Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-06-19

# 司法裁判所の「思惟律」と行政裁量 : 1803年～1950年のアメリカ行政法について（2完）

中川, 丈久

(Citation)
法学協会雑誌,107(5):818-877

(Issue Date)
1990-05

(Resource Type)
journal article

(Version)
Version of Record

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/90008349

研究

# 司法裁判所の「思惟律」と行政裁量（二・完）

## ――一八〇三年～一九五〇年のアメリカ行政法について――

中川丈久

序
第一章　二つの憲法論
Ⅰ　一九世紀の諸法理
Ⅱ　一九二〇～一九三〇年代における憲法法理の変移
第二章　A型の思惟律
Ⅰ　立法政策上の背景
Ⅱ　内容・歴史・ターミノロジー
Ⅲ　具体的運用（以上一〇七巻四号）
第三章　B型の思惟律
Ⅰ　立法政策上の背景
Ⅱ　内容・歴史・ターミノロジー
Ⅲ　具体的運用
結びにかえて（以上本号）

## 第三章　B型の思惟律

本稿でB型の思惟律として抽出した考え方は、いわゆる実質的証拠基準の形成にその発端を有するものであるが、この「実質的証拠の裏付けがあるか」という定式は、B型の思惟律の具体的な発現形態のひとつであるに過ぎない。従来わが国で「審査範囲」「実質的証拠法則」「法律問題・事実問題」などといった標題の下に紹介・研究されてきた諸法理[1]は、B型の思惟律の一側面を扱ったものといえる。本章では、「序」で示した叙述方針に基づき、従来の議論の拡充および再解釈を試みる。

### Ⅰ　立法政策上の背景

第二章Ⅰで示した連邦議会の立法政策が大きく変更されるのは、一九世紀末における州際通商委員会(Interstate Commerce Commission: ICC) の創設を機縁としてである。本項では、ICCを初めとして導入されたいわゆる regulation[2] のうち、本稿で扱うものの特質を述べ、これら行政機関の決定に対する司法審査についての立法府の態度の変化に触れて、次項以下の叙述

の背景とする。

いわゆる経済規制とそれ以前の一九世紀的行政との根本的な相異は、従来コモンロー裁判所のみが権限を有していた事項について、連邦議会が、行政機関を用いて介入するという点にある。[3] ここに連邦議会の重大な方向転換が見出されるのである。[4] すなわち、司法の失敗（a judicial failure）あるいはコモンローの失敗（the failure of the common law）[5]といわれる状況認識を背景に、司法府による規制（judicial regulation）の代替として行政機関による規制（administrative regulation）が導入されたのである。[6] 本稿が扱う時期において最初に現れた各種規制立法は、「不合理な」「不公正な」「差別的な」といった行き過ぎ（excesses）があった場合にそれを矯正するだけの権限しか有していない、警察的機能（a policing function）を果たすにとどまるものであった。[7] これは、部分的に現れる行き過ぎを対症療法的に矯正しさえすれば、市場は健全に機能するという考え方に基づく規制態様であり、[8] 不公正な取引慣行に対するコモンロー上の不法行為による抑止と、本質的にそれほど異なるものではないと評価されている。[9]

一九世紀の後半、つまり南北戦争以後の急激な経済発展を支えたもののひとつに、鉄道による大量輸送が可能になったことがある。そしてこれに対しては、鉄道運賃の差別的な設定に関し、コモンローでの対応が可能であった。コモンローには「不公正な競争（unfair competition）」に関する法原則があり、これを理由として不法行為を構成し損害賠償あるいはインジャンクションで損害を補償・抑止することができた。[10] しかし、このようなコモンロー上の「不公正な競争」は、当時の交通手段（鉄道）の事案にも適用可能ではあったものの、過当競争（competitive excesses）という状況を抑えるだけの有効な手段とはなりえなかった。[11] 鵜飼信成等が指摘しているように、[12] より強力な国家規制を求めるグレンジャー運動が以上を背景に広がりを見せ、それが、一九世紀半ばからの州レベルでの鉄道会社の州内料率の規制を生み出したのである。当初は、法律で直接に最高料率を定めるという方法がとられたこともあったが、次第に料率設定権限は州の行政機関に委任され、行政活動として行われることになる。同様の規制を州際の交通サービスにも広げる必要から、このような動向が一八八七年に州際通商法（Interstate Commerce Act of 1887）によるＩＣＣの設立に結実し、これが連邦政府による最初の経済規制立法となったのである。[13] 当初、ＩＣＣは暫定的な性格の機関と考えられていたようであるが、[14] 結局は定着し、連邦の規制行政の政治的な起動力はプログレッシブの立場によって主に担われ、この種の規制がいくつか立法化されていった。[15] 巨大企業をめぐっては、すでに一八九〇年にシャーマン法（Sherman Act）が立法されていた（同法は行政機関を設置せず、裁判所に執行させていた）が、これを修正する目的で、更にクレイトン法（Clayton Act）と連邦取引委員会法（Federal Trade Commission Act）が立法され、連邦取引委員会（Federal Trade Commission: FTC）が設置された。[16] また、ＩＣＣについては、その権限強化の一環として最

高料率設定権限の付与その他の修正を行ったヘッバーン法（一九〇六年）などの修正法が数度にわたって立法されている。[17] 他方、大衆の健康安全保持という点では、食肉検査法と純良食品・薬品法が一九〇六年に立法されたが、同法に基づく農務省の規制手法は、表示ラベルに関わる程度に留まり、コモンロー上の詐偽的行為の禁止と余り変わらないといわれる。[18]

以上のいずれも、規制態様としては同じ範疇に括りうる。[19] これらの規制立法は、政治的にはいわゆるプログレッシブの改革理念に依拠したものである。プログレッシブの中にもいくつかの立場があるが、例えばその代表的支持者の一人であるブランダイス（連邦最高裁判事）の思想は、巨大企業を抑え中小企業の競争状態を維持すべしという古典的自由主義である。[20] このようなプログレッシブ的規制は、多かれ少なかれ司法府による規制を基本的範型としてイメージしていたといえよう。しかしながら、このような考え方は、第一次世界大戦で変化を見せ始め、いわゆる戦間期、つまり大恐慌とニューディールで新たな段階に達する。[21]

第一次世界大戦への参加に伴う広汎な統制は、戦時ゆえの例外的措置とされ戦後解除されるが、[22] この経験を経て、アメリカにおける規制哲学の変化の最初の象徴的存在である交通法（一九二〇年）（Transportation Act of 1920）が立法された。これはＩＣＣの権限を大幅に拡大するもので、差別的な料率の矯正にとどまる従来の規制スタイルから離れ、適切な交通体系を維持するための産業の再構築（restructure）の役割をＩＣＣに担わせるに至った。[23] さらに、大恐慌を経たニューディール期においては、従来とかけ離れた立法が生み出されることとなる。[24] しかし、ニューディールは一貫した規制哲学にもとづいていたわけではなく、従来の規制概念の延長上にある行政機関も、引き続き新設されている。例えば、証券取引法（Securities Act）によって設置された証券取引委員会（Securities Exchange Commission: SEC）はプログレッシブ的な警察的規制の継続である。ブランダイス以来の伝統的な反・巨大企業の思想に基づく規制方法である、公益事業持株会社法（Public Utility Holding Company Act）や全米労働関係法（National Labor Relations Act）も、この時期の立法である。[25]

本稿で扱う規制は、以上のような性格を有するものであるが、これら規制行政の担当は、いわゆる独立規制委員会（independent regulatory commissions）だけではなく、伝統的な執行府行政機関にも委ねられている（以下で扱う中では、農務長官による家畜輸送に関する料率規制がその好例である）。したがって、本稿の対象は独立規制委員会に限定されるわけではない。[26]

以上にともない、司法救済についての連邦議会の方針も大きく転換されており、個々の制定法において救済方式を定めることが通例となる。連邦議会は、初めての連邦経済規制行政である州際通商法において、ＩＣＣの命令が裁判所によって取り消されうることを規定して以来、個別制定法ごとに司法審査規定を置く方針へと転換したのである。[27] そして、司法審査規定の内容という点では、連邦取引委員会法のものが、その後の立法の

雛形になったと言われる。なお、[28] ICCの命令の審査裁判所として、特別に商業裁判所（Commerce Court）の設置されていた時期があったが、これは司法裁判所とされていたので、[29] ここでは特に問題にしない。

## II 内容・歴史・ターミノロジー

### 一 内 容

一九一〇年代以降の連邦最高裁は、一定の行政分野において、みずからの強力なイニシアティブによってA型とは異質の思惟律の構想を始めたと考えられる。憲法論も、行政法的なコントロールのテクニックも異ならしめるこの新たな規範的思考を、仮にB型の思惟律と呼ぶことにする。第一章IIでは、Nelson Bros.（1933）に見られる憲法法理の変移がB型の思惟律に基因するという主張をあらかじめ示したのであるが、本章では、この主張を具体的に展開することになる。

本稿で扱う一九四〇年代までの時期に限定すれば、この一定の行政分野とは、財産の自由使用に対する制約を予定するいわゆる経済規制である。そして、B型の思惟律は、規制目的実現のために、行政機関を裁判所のパートナーの地位にまで引き上げようとするものであり、標語的には、行政機関と裁判所が共通の目的を実現するために「パートナーシップ（partnership: 協働関係）」を組むと表現される考え方[30]である。アメリカで「行政法」というときには、ほぼ常にICCの設置以降の規制行政が関心の対象となっている[31]通り、米国の現代行政法の基盤は、B型の思惟律によって形成されたと位置付けることができる。そして、司法審査（本案）について、しばしば「伝統的モデル」と称されるものは、まさにB型の思惟律に基づく考え方に他ならない。[32]

A型の思惟律であれば、このような行政分野においては、コモンロー上の権利もしくは財産権についての司法裁判所の固有かつ独占的な責務が誘発されるはずである。[33] これに対し、B型は、財産権に対する司法裁判所の責務についてのA型的な理解を否定し、代わりに、行政機関の独自の責務、つまり新たな行政裁量のタイプを認めたものであるといえる。[34] ただし、これは、司法裁判所が財産権について憲法上有すべき責務が、行政機関との関係で固有かつ独占的なものではないと捉え直したのであって、司法裁判所の責務の範囲から財産権を完全に排除したわけではない。

B型の思惟律において、司法裁判所が自らの役割を判定するための基準は何かという問題は、このパートナーという行政機関の地位の内容、言い換えれば行政裁量が、何を源泉として規定されるのかということに帰着する。行政機関のパートナーたる地位の内容は、法律（議会の意図）を源泉として認められ、裁判所の役割は、その意図を汲み取ることに限定される。ここにおいては、憲法の司法権規定は、もはや、行政裁量のあり方を一律に規定するような規範性を有してはいないのである。A型の思惟律では、司法裁判所の憲法上の責務が誘発されるか否かが基準とされており、これは到底議会の左右しうるものでは

ないことに鑑みれば、両者は極めて対照的といえる。そしてこの時期に盛んに言及された「行政機関の専門性」の概念は（少なくともその一部は）、A型の思惟律が採用する憲法論から脱却するための、脱構築的な役割を果たしたものと考えられる。しかし、それ以上に、B型における行政裁量の認識構造を規律する積極的な役割は果たさなかったものと思われる。

B型の思惟律における第二の特徴は、司法関与すべき点が存在するときの審理態様である。右に述べたことを前提とすると、次のように考えられるであろう。議会が行政裁量の存在を認める意図を有する場合、議会は同時に、その外延をも定めており、また行政機関による適切な裁量行使をも求めていると考えられる。したがって、裁判所が議会の意図を根拠として裁量の存在を認めたときは、裁判所は、①その法律上の外延を画した上で、行政機関の裁量的判断がこの範囲に留まっていることを確認すること、つまり、非裁量部分について判断代置し、行政機関がこの点の判断を誤まっていないことを確認すること、だけでなく、②裁量の行使が合理的であるかという審査も求められていることになる。①の存在は当然といえるが、この②が、A型における審理態様との最も大きな相違である。およそ議会がある事項を行政裁量に委ねる場合は、適切な裁量の行使を行政機関に対して求めているといえる。このことは、議会と行政機関の関係では常に妥当するものと思われるが、裁判所と行政機関の関係（裁判所が行政機関に対しどのような役割を果たすべきかという関係）においては、必ずしもあてはまるわけではない。A型の思惟律の場合は、紛争事項がコモンロー上のそれに類似するものでなければ、そもそも、裁判所の憲法上の責務の範囲を越え、このような議会の意図もしくは希望は、裁判所にとっては何の意味も有しないものとなるのである。逆に、B型の思惟律においては、この意図が大きな意義を有するのである。

ここでは、行政機関の現実の判断が合理性の偏差の中に収まっていたかという問題が新たに設定され、裁判所はこの問題については独自に判断を下すことになる。その際、裁判所は、あくまでも行政機関が用いた事実群または根拠によってその結論が正当化されるか否かを判断する。[35] この審理態様が、いわゆる「行政機関の判断を尊重しつつ行われる司法審査」であって、「制限的審査（restricted review）」「限定的審査（limited review）」などとも呼ばれるものである。[36]「審査基準（standard of review）」や審査範囲（scope of review）」は、制限的審査を行う裁判所がどこまで踏み込むべきかを示す基準であり、「実質的証拠（substantial evidence）」の裏付けの有無という基準は、この一例にほかならない。[37] なお、非裁量の場合、行政機関が現実に下した判断に裁判所の判断を代置するが、この審理態様は「判断代置（substitute of judgment）」「全面審査（full review）」「独立的判断（independent judgment）」などと呼ばれることがある。[38] なお、②の意味での司法関与も排斥される完全な行政裁量の付与を議会の意図限りで認めることができるかの問題がある。[39] これについてはデイビス＝バーガー論争が有名であるが、

本稿で扱う時期においては主要な問題としては現れていないので、割愛する。

B型の思惟律の第三の特徴は、前述の②の司法審査が、行政機関の現実の判断自体に対する審査たることを確保するために、裁判所での審理資料が限定されていることである。これも審理態様の問題の一つである。審理資料の限定は、B型の思惟律による司法審査の特徴を最も端的に示したものである。そして、判例上この点が争われる場合は、裁判所による独自の事実認定がどの程度認められるべきかという問題として現れている。第一章Ⅱ「二　連邦最高裁の分裂」で紹介し、また次項「二　歴史」の中のB型の成立経過の箇所でも再度言及する一九二〇～一九三〇年代にかけての連邦最高裁の動揺（多数意見と少数意見の対立）は、まさにこの論点を直接の契機としていたのである。この対立の本質を、本稿では思惟律間の争いと理解した由縁である。以上の通り、B型における審理態様の特徴の一つは、いわゆる事実的判断に対する司法審査の限定に見られるのであるが、ここで、この現象と行政手続との関係について、本稿の立場をあらかじめ明確にしておく必要があると思われる。すなわち、このような審理態様は、行政機関における手続整備という点のみでは十分説明しきれる現象ではなく（それが、一つの要素でもあったことを否定する趣旨ではない）、むしろ基本的には、裁判所と行政機関の関係が変化したことの帰結として理解されるというのが、本稿の立場である。(40)

## 二　歴　史

本稿の立場から見れば、ICCは、A型の思惟律がB型の思惟律に変容していく過程を明確に辿ることのできる判例を生み出した唯一の連邦行政機関であり、その初期の制度と判例は極めて重要な意義を有している。B型の思惟律の成立の端緒は、いわゆる実質的証拠基準の形成過程、すなわち一九一〇年代のICC関連判決に見出されるのであるが、それ以前のいわば最初期のICC関連判決を検討するならば、そこにA型の思惟律を発見することができる。したがって、ICCに関わる初期の判例は、B型の思惟律がA型からの変容として成立したことを示すための貴重な証拠となる。(41) 以下の叙述の焦点は、B型への思惟律変容の推進力、言い換えれば実質的証拠基準の形成の推進力が何であったかにある。

なお、同時期の連邦最高裁は、他の行政領域においては、第二章で述べた通りA型の思惟律を通して自らの役割を律していた。その一方でB型の思惟律は、一定の新規導入の連邦行政領域についてだけ、他のA型思惟律の判例とは断絶した形で形成されていったのである。(42)

### (1)　最初期のICC関連判決：A型による対応

ICCは財産権に係る決定を下す権限を有するから、A型の思惟律によるならば、司法審査を行なう裁判所は新たな事実認定をして最初から判断をやり直せるはずである。その際に行政機関の決定に何らかの比重を認めるとしても、租税の場合のような証拠法則上の一定のウェイト、つまり立証責任を私人の側に負わせることにとどまるはずである。実際、連邦議会は、I

CCを設立した最初の法律である州際通商法（一八八七年）[43]においてそのようなシステムを採用していた。当時の連邦最高裁もこの立法を忠実に守り、A型と評価できる審理態様を堅持していたのである。

州際通商法（一八八七年）がICCに与えていた権限は、既に鉄道会社等が設定した料率についてそれが合理的か否かを審査し、不合理なものに中止命令（cease and desist order）を出すというものにとどまっており、それ以上の権限、例えば、将来的な料率設定権限などは付与されていなかった[44]。しかも、この命令はそれ自身の拘束力を有せず（not itself binding）、命令に不服従を続ける者がいた場合は、ICCその他の関係者が連邦巡回裁判所（Circuit Court）にその差止めを求めることができることになっていた。つまり、命令は裁判所の審理を受けたうえではじめて執行されることになっていたのである。また同法は、この審理のための救済方式を定める（制定法上のインジャンクション）とともに、「行政機関の認定は一応の証拠（prima facie evidence）である」とも規定していた[45]。ICCの命令からの直近の審査請求先である巡回裁判所は、同法のもとでは一貫して始審的な（de novo）審理を行っており、ICCに提出された証拠のほか、自らも証拠を収集して事実を認定した後、命令を支持するか否かを決定している[46]。「巡回裁判所はICCの事実的判断または結論に拘束されず、自ら追加的な証拠を収集し当事者の主張を聴取することができる。但し、委員会の事実的判断に一応の証拠としての効果を与えるよう配慮しなければならない[47]」というのが、その典型的な判示例である。その際ICCの認定に与えられる「一応の証拠」という地位は、租税の場合と同様、単なる証拠法則（merely a rule of evidence）上のものであり、ICCの事実的判断を覆すだけの立証がなされない限りICCの判断が支持されると理解されていたのである[48]。また当時の論文によれば、立証責任の所在をどう定めるかまでは立法の定めうるところであるが、裁判所における始審的な事実審理を排除するならば、それは憲法違反であるとされている[49]。このように、裁判所で審理をやり直した後に命令が執行されるという制度においては、当然ICCでの証拠の出し惜しみ、証拠提出の手控え現象がおきるわけであるが、裁判所はこれに不満を示すにとどまっている[50]。

このように連邦最高裁はA型の思惟律を忠実に踏襲していたようであるが、他方で、既にこの時期の判例のなかに、A型からの離反の徴候を読みとることもできる。行政機関に「一応の証拠」たる比重が与えられたのは議会がそれに専門的判断を求めたからに他ならないこと[51]、したがって、必要な事実や証拠が不足しているとして、上訴裁判所が差戻しの必要を感じたときは、巡回裁判所で審理のやり直しをするのではなく、ICCに差し戻すべきことといった判示[52]は、ICCが巡回裁判所の単なる前置機関ではないという理解の現れということができよう。しかし、このときにはこれ以上の展開はなく、巡回裁判所での事実審理の拒否を導くまでには至っていなかったのである。

以上をまとめるならば、ICCは、その最初期においては、

巡回裁判所に飲み込まれる形で存在していたといえる。すなわち、ＩＣＣおよび巡回裁判所という組合せに対して、巡回高等裁判所（Circuit Court of Appeals）や最高裁は、事実審に対する法律審として、つまり通常の民事訴訟の一環として、「法律問題と事実問題」の区別や事実審の事実認定に対する事後的な審査の仕方などを用いることになるのである。

⑵　Ｂ型の登場

右のように法律上極めて限定された権限しか与えられていなかったＩＣＣについては、その強化を求める政治上の諸勢力による法律改正の動きがあり、それは一九〇六年にヘッバーン法[53]と呼ばれる改正法へと結実した[54]。これによりＩＣＣは最高料率を命ずる権限を新たに与えられ、また、賠償命令を除く全ての命令（最高料率の他、従来からの中止命令も含まれる）は事前の司法審査なく効力を有する（effective）ように変更された[55]。連邦議会は明らかに、ＩＣＣに対して従来よりも強力な機能を期待するようになったのである。しかし司法審査のあり方の局面では、ＩＣＣと裁判所との関係について、連邦議会は最終的な決着に至らなかった[56]。結局法文上は、単に制定法上の救済を定めるにとどまり、審査内容については「一応の証拠」の文言を削除したまま、何の定めも置かなかったのである[57]。ヘッバーン法がこのような状態であったので、裁判所は、自ら審理態様を決定し、宣言せざるを得ない状況におかれていたといえる[58]。このことが本稿では極めて重要な意義を持つのである。

Ｂ型の端緒といえる判示は、ヘッバーン法による修正の後、まず一九一〇年に抽象論で現れ、二年後にその具体的内容が示された。ICC v. Illinois Central R. R. Co. (1910) は、「司法裁判所は、司法権の行使を隠れ蓑にして、行政的機能を簒奪してはならない」から、命令を下す「委員会の見識を審査すべきではない[59]」と述べており、従来とは異なる思考を示し始めた[60]。本件ではその具体的な審理態様は示されなかったが、つづくICC v. Union Pacific R. R. Co. (1912) が、ＩＣＣの判断に《実質的な証拠の裏付け》があれば、裁判所はそれを終局的・終決的（final, conclusive）と扱うことを明示した[61]。もっとも、その引用する判決には一八八七年法のものも含まれており、混乱した観があるのは否めない。しかしながら翌年（一九一三年）には、この新たな審理態様の特徴が、次のように明らかにされた。ICC v. Louisville & Nashville R. R. Co. (1913) において、《実質的証拠に裏付けられているか》の定式の具体的内容として、①裁判所は証拠の評価をしないこと、②証拠の法的効果は実質的証拠の有無で審査されること、③裁判所は、命令を裏付けるだけの実質的な証拠があるか否かを判定する観点から、記録を審査すること、④矛盾を孕みつつも実質的といえる程度の証拠によって裏付けられていれば、恣意的な（arbitrary）命令とはいえないことが述べられた[62]。

以上の通り、一九一〇年代初頭に見られた実質的証拠基準の突然の出現は、法律規定に直接の根拠を有するものではなかった。しかもこれは、当時の憲法法理に反するものでもあったと考えられる。第一章で指摘した通り、この考え方の憲法上の正

当性は、一九三〇年代にようやく正面から認められたのであって、当時この定式を支える憲法論上の根拠は無かったと思われるからである。結局この現象は、ヘッバーン法に潜在していたICC強化への期待という立法意図[63]にこたえて、これを強力に実現しうるような審理態様を連邦最高裁自身が独自に構想した結果という他ないであろう。実質的証拠基準が判例法上の産物とされていることは[64]、以上のような背景のもとに理解されるべきものと考えられる。

(3) B型の思惟律の拡大・動揺・定着

実質的証拠による審査は、特にブランダイス裁判官の影響力のもとに定着し[65]、その後同種の経済規制行政が新設されたのにともない、その適用領域が立法上も判例上も拡大された。連邦議会が救済方式と審理態様を規定する際にこの定式を明示する立法例は、前出 ICC v. Louisville & Nashville R. R. Co. (1913) の後は、数多く見られる[66]。また、法律が審理態様についてこの定式を明示していない場合、例えば「実質的」の語が抜けて《証拠の裏付けがある限り行政判断を終局的とする》という文言の場合や、《行政機関の決定は終決的である》と定めるだけの場合でも、実質的証拠基準の定式を意味するものと考えられた[67]。さらに、第一章に述べた通り、このような司法審査の憲法上の正当性は、その形成からはかなり遅れて一九三三年になってはじめて正面から認められたのである。

しかし、この時期においてB型の思考が、全く障害無く認められたわけではない。本稿の立場からは、第一章Ⅱ「二　連邦最高裁の分裂」で既に紹介した一九二〇、三二、三六年の連邦最高裁の三件は、B型が憲法上の根拠を有しないものであるが故のゆり戻しが起きて、多数意見と少数意見の対峙という明確な見解の対立が現出したものと理解されるのである。三件とも、救済方式を定める立法規定において審理態様が漠然としか定められていなかった事案であり[68]、その多数意見はいずれも、第一章で述べた通り表現を凝らして裁判所による始審的審理を根拠付けようとするものであった。少数意見はこれを厳しく論難するのであるが、対立の本質は、単に裁判所が事実認定をするか否かではなく、行政裁量を認めるか否かにあった[69]。本稿の叙述に即して位置づけるならば、多数意見は一九世紀的憲法法理に依拠しているという点で、A型の思惟律を部分的にであれ、復活させようとするものと評価でき、他方、ブランダイス裁判官がリードした少数意見は、B型の立場からのものと考えられる。すなわち、ブランダイス裁判官は、Ben Avon (1920) においては、財産没収的という主張がなされてもなお尊重的審査にとどまるべきであり、実質的証拠の裏付けがあるか否かの審査がなされるべきことを主張し[70]、Crowell v. Benson (1932) においては、多数意見が、土地部局、軍人恩給といった行政と、ICC、FTC、精肉出荷業および輸送家畜保管業法を担当する場合の農務長官が行う行政とを同列に扱っていることを批判し、それぞれ司法裁判所との関係が異なると把握すべきことを強調している[71]。さらに St. Joseph Stock Yards (1936) では、争点の財産評価について、実質的証拠の裏付けがある限りその決定は

終局的とされるべきこと、財産に関しては憲法第Ⅲ編（司法権規定）およびデュープロセス条項上、司法裁判所による独立の事実審理が要請されるわけではないこと、「法の優越（the supremacy of law）」の要請は、誤った法準則が適用されていないか、および手続が適法であったかについて、裁判所が判断を下す機会があれば、それで満たされていると考えるべきことを主張している。[72] これは、パートナーシップの考え方の代表例として挙げられるものである。[73]

第一章でも述べた通り、St. Joseph Stock Yards (1936) を最後として、多数意見のロジックは財産規制分野では現在に至るまで復活していない。したがって、実質的証拠基準は、一九一〇年代に初めて登場して以来、一九三七年以降になってその正当性が最終的に確立したことになる。なお、連邦行政手続法（一九四六年）(Administrative Procedure Act of 1946: APA) の司法審査規定は、[74] このときまでの判例の要約として成立したものであるから、[75] 少なくともB型が主要な思考として組み込まれていることになる。

## 三　ターミノロジー

B型の思惟律の下で用いられている用語のうち、思惟律形成の初期（一九一〇年代から三〇年代）に用いられたものは、「法律問題・事実問題（questions of law and fact）」の区別と「実質的証拠の裏付け（supported by substantial evidence）」である。その後、これらの表現が問題の実質を反映していないとの反省のもとに、一九四〇年代（ニューディール期）を境として、用語法が多少の変化を見せるに至っている。そこで、A型の場合と同様、用語法の歴史的起源（借用関係）を整理するとともに、借用の内実がその起源とは必ずしも対応しておらず、B型の思惟律によって理解されることに言及する。

判例は、行政機関の判断のうち尊重すべきものを「事実問題」、裁判所が独立に判断を下すべきものを「法律問題」と呼んで区別し、審査範囲の決定に役立てている。[76] これが、初期の用語法としての「法律問題・事実問題」の区別という枠組みである。一般に、この区別が司法審査において用いられるに至った事情の説明としては、裁判所と行政機関の関係が、民事訴訟の制度における法律審と事実審の関係、または裁判官と陪審の関係になぞらえて把握された結果とされている。[77] この借用関係は、二つの側面に分けて理解されるべきであろう。すなわち、「法律問題・事実問題」の枠組み自体の歴史的起源と、B型の思惟律を体現するものとしてこの枠組みが借用されるに至った直接の経過という二側面である。

まず、「法律問題・事実問題」の区別が、イギリスやアメリカ植民地時代以来、大権令状や通常の上訴関係といった分野で、「法的問題ゆえ上級裁判所（もしくは裁判官）が判断し、事実に関する問題ゆえに下級裁判所（もしくはその他の機関）の判断に委ねられる」という原則として、広く用いられてきた枠組みであることは、歴史的な事実である。[78] しかし、この枠組みが、例えば裁判官とその他の機関の役割分担の基準を示す目的をもつものであったという点以外には、これがアメリカの連邦憲法

のもとで、行政の行為の司法審査に応用されるべき必然的理由を見いだすことはできない。

そこで次に、B型の思惟律を体現するものとしてこの枠組みがどのように用いられ始めたかを、前項「二　歴史」に即して見るならば、既にICCの最初期の判例において、「法律問題・事実問題」という枠組みの使用例を見いだすことができる。これは、最高裁または巡回高等裁判所が判断に必要な証拠・事実が不足しているとした場合に、事案の差し戻し先が事実審たる巡回裁判所ではなくICCであることを、その問題が「ICCが判断すべき事実問題」と表現したものであった。[79] これは上訴関係からの借用といってよいであろう。そしてこの段階では、事実問題とされてもなお巡回裁判所での独立の審理は明確に認められていた[80]から、この枠組みはまだ、B型の思惟律における審査のあり方を体現するものとはいえない。しかしやがて、ヘッバーン法のもとで、最高裁が、巡回裁判所も含めた裁判所一般の役割を制限するという方向に転換したとき、つまりB型の思惟律へと進んだときに、この枠組みは新たな要素を付加されて用いられるようになったと考えられる。すなわち、「ICCが判断すべき事実問題」という定式を維持しつつ、その問題に対する巡回裁判所の役割を「実質的証拠の裏付け」の審査などに制限することを付加することによって、[81] この枠組みは、裁判所と裁判所外の機関（行政機関）の間の新たな役割分担を表現する枠組みとしての意味を持たされるようになった。そしてこれがB型思惟律における代表的なターミノロジーとなったのである。したがって、B型における「法律問題・事実問題」の枠組みは、法律審と事実審の上訴関係や、裁判官と陪審の関係を規律する場合の「法律問題・事実問題」と結果的、現象的に類似する部分があっても、それは単なる借用に過ぎず、[82] 決して、連邦憲法上、行政機関が事実審や陪審と同視されたことの産物などとは言えないのである。[83]

以上が「法律問題・事実問題」の枠組みが用いられるに至った経緯であるが、その結果成立した、B型の思惟律を体現するものとしての「法律問題・事実問題」の枠組みと、A型の思惟律の中で用いられていた同じ枠組みとは、その内実の点で多いに異なるものといえよう。このことは、「事実問題」の意義の相異として明確に現れている。[84] いずれの場合も、裁判所と行政機関の役割分担を示す機能を果たしているのであるが、後者、すなわちICCの最初期における「事実問題」が、既に述べたように、事案の差戻し先を示唆する言葉であるのに対し、B型の下では、実質的証拠の裏付けという言葉と結び付き、司法審査の範囲を示す表現として用いられるに至ったのである。[85] その前史も合わせて考えるならば、結局のところ、この枠組みは、歴史的には決して一定の意味を保持するものではなく、きわめて多義的に用いられてきたと考えられる。つまり、この枠組みにおいては、その字義に即して問題を演繹的に法律と事実とに振り分けるということがその本質を構成するのではなく、そのような言葉を用いた振り分けが、一部であれ現象的に見られることのみを共通点とする、多義的な用法が認められてきたと考

えるのが正鵠を射た理解と思われる。したがって、法律・事実という名の下に隠れた実質を探る必要が出てくるのである。

さて、B型の思惟律を体現するものとしての「法律問題・事実問題」の枠組みを用いて論じられている問題の本質が、行政裁量であることは、遅くとも一九二七年には指摘されていたのであるが[86]、その行政裁量に対する認識の深化にともない、一九四〇年代以降は、法律と事実という単純な二分類表現に変化が見られるようになる。「法律問題・事実問題」や「実質的証拠の裏付けがあるか」以外の表現が便宜的に利用されるようになったのである[87]。そして、そのような判例上の蓄積を整理した用語法を提案するものとして、近時アメリカ法曹協会は、連邦行政手続法（APA）の中の司法審査規定の修正案を提出している[88]。これは裁判所による審査範囲をドラスティックに広めようとする、いわゆるバンパース法案（Bumpers Amendment）[89]への対案でもある。

## Ⅲ　具体的運用

本稿で扱う時期においては、B型の思惟律は、いわゆる経済規制の分野のみをその舞台としていた。また、司法審査の構造も、A型に比べ格段に複雑化している。そこでここでは、第二章Ⅲのように異なる分野を通して共通の構造を見るという方法ではなく、司法審査の構造がどのように理解されるかに焦点を合わせることとする。

以下では、次の順序で叙述を進めることとする。まず、司法審査を行なう裁判所がその役割を決定するために、行政機関の意思決定過程を念頭においていたことから、その判断過程のモデルについて述べる（一）。それを前提として、次に、行政裁量の認識構造を具体的に検討することとする（二）。これが、本章の中心である。そして最後に、一九四〇年代までの成果がその後の時期にどのような展開を見せるかをごく簡略に述べて（三）、本章を閉じることとする。

### 一　判断過程のモデル

裁判所が、他の機関の意思決定過程を念頭におきつつ、自らの役割を規律するという審査のあり方は、上訴制度では古来より普遍的なことである。B型の思惟律の一つの特徴は、このようなタイプの審査が行なわれることである。この思惟律の形成経過から明らかなように、そこでは、民事裁判における判断過程モデルを念頭において、裁判所の役割が理解されていたものと思われる。そこで、このモデルの概略を述べ、それが行政行為の司法審査においてどう変化させられているかについて言及する。

#### (1)　民事裁判における判断過程のモデル[90]

民事裁判における裁判所の判断過程のモデルは、ごく大雑把にいえば、事実認定・法律解釈・法律の適用の三段階であり、これを把握するための用語と、そこに生じるとされる問題点は、通常次の通りである。

事実を認定する過程においては、証拠から近い順に evidentiary facts（直接立証事実）と ultimate facts（最終事実）が区

別される。[91] その結果、次の三つの過程が区別される。

第一に、『証拠』自体の取り扱い方に関する過程があり、証拠の提出方法、その許容性（admissibility）等々が論じられる。[92] 第二に、『credibility and weight of evidence から evidentiary facts（直接立証事実）を認定する』という判断過程がある。これは、証言の信用性（credibility of testimony）、および当事者間の証拠の証拠力の相対的な優勢さ（weight of the evidence）を判断する過程[93]であり、本稿では、まとめて「証拠の評価」と呼ぶことにする。この過程で証拠から直接に立証された事実が evidentiary facts あるいは evidential facts と呼ばれる。[94] この事実は、さらに、何を見たか、何を言ったかといった「生の要素（raw elements）」[95]や、specific facts, real facts[96] さらに primary evidentiary facts[97] などと言い換えられることもある。第三に、『事実から事実への「推認（inference）」を経て ultimate facts（最終事実）に至る』という判断過程がある。「推認」とは、論理則・経験則（logic and common sense）によって evidentiary facts から次々に事実（推認事実）を導き出す過程であり、[98] 最終的には ultimate facts が導かれる。[99] これは事実認定過程の究極の目標ということで、「最終事実」「究極的事実」などと訳せよう。[100] 証拠法上は、同義語として material facts, constitutive facts, operative facts, dispositive facts が用いられている。[101]

さて、「法の準則（a rule of law）」が法律解釈や過去の判例によって確定されれば（『法を宣言する過程』）、最後に、事実に法を適用する（application of law to fact）過程が残る。すなわち、『a conclusion of law（法適用による結論）の導出過程』である。これは、認定された事実に法準則を適用した結果導かれた結論である。[102] したがって、第三の過程との関係では、法準則によって「最終事実」に効果（consequences）を付与したものといわれる。[103]

民事訴訟においては、法律審が事実審の判断をコントロールするために、各判断過程が法律問題（a question of law）か事実問題（a question of fact）かの振り分けが行われる。この点について一八世紀末以来指摘されてきたことは、法律問題と事実問題の区別が曖昧な問題、つまり両方の性格を有する問題の存在である。[104] 従来より「混合問題（a mixed question of law and fact）」との名称が与えられて注意が喚起されてきた問題である。[105] 勿論、混合問題というのは単なる便宜的呼称であって、これがどう扱われるべきかという肝心な点については、何の解決をも提供するものではない。[106] そこで、混合問題と呼ばれる現象における問題の所在を確かめておく必要がある。

右に示した理念的な判断過程のうち、第三の過程の中の「推認」、および第二の過程が、その定義上、事実問題であることに疑いはない。[107] 他方、一般的適用性を持つ「法準則」の確定が法律問題であることにも争いはない。[108] 問題は、「最終事実」の周辺にあり、[109] ここにおいて事実たる側面と法的な側面とが曖昧に共存するのである。「最終事実」は当該事案限りの説明にとどまるものであるが、しかし同時に、それが法効果付与の対象

である以上、当該事案のうち法効果が与えられるべき、法律上の連関性を有する部分（legally relevant aspects）を述べるものでなくてはならないという二重の性格を有するのである。[110] したがって、「混合問題」という呼称のもとには、一般的な適用性のある法準則を述べることとは区別される意味での、《個々の状況限りでの法的考慮》が、いかなるときに、法律審が判断すべき問題（法律問題）になるのかという問いが隠されているのである。

### (2) 用語の整理

B型思惟律の少なくとも初期（一九一〇年代から二〇年代）の司法審査においては、基本的にこのモデルを用いて、各判断過程に対する司法審査のあり方が論じられた。そこで、以下の叙述に便利なように、問題となる各判断過程に名称を付しておくことにする。

第一に、混合問題のことを、決して一般的な表現ではないが、ある論稿に従い《個別化の過程》と呼ぶことにする。これは一般的適用性のある法律上の基準を個々の事案に個別化する（particularize）過程である。[111] 通常は、個々の状況の法律適合性、または個々の状況への法律の適用などと呼ばれている過程であり、[112] 個別の事情が法律上の概念（「労働者」「製造者」「不当」「競争抑圧的」等々）に該当するかどうかのあてはめである。[113] そしてここに行政裁量が認められるならば、これを個別化裁量と呼ぶことにする。これを法の適用における裁量と呼ぶことも可能であろうが、ミスリーディングであるので、[114] 本稿では避けることとする。この点について、わが国ではすでにいくつかの研究があるが、必ずしも問題点が明確にはされなかったように思われる。[115] 後述するように、個別化裁量の認容が、B型思惟律の裁量認識の出発点となったのである。

第二に、事実問題として異論の余地のなかった「証拠の評価」及び「推認」をあわせて《証拠評価・推認の過程》と呼び、《個別化の過程》と区別する。傷害の有無やその場所、言動の真意、解雇の理由などの認定がこの例である。[116] 論文によっては、純粋な事実認定（pure finding of fact）という表現や、直接立証事実（basic facts）と推認された事実（an inference of fact）の双方という表現を用いることもある。[117] なお、事実認定という語は、右に示したように最終事実まで含みうるものであり、《個別化の過程》との境界が不分明となるので、用いないことにする。また、inference の語は、《個別化の過程》の意味（推論またはリーゾニング）にも、《証拠評価・推認の過程》における意味（事実の推認）にも用いられているので、[119] やはり本稿では避けることとする。

司法審査を論ずる際に、《証拠評価・推認の過程》と《個別化の過程》を区別しておくことは、実際上の困難さはともかく、[120] 少なくとも一九四〇年代以降の論文上は、共通の認識といってよいと思われる。[121] 同時代の判例も同様であり、例えば、「証拠が事実認定を裏付け、その認定が命令を裏付ける（the evidence supports the findings and the findings support the order）かどうかの問題」[122] という表現は、そのような区別にのっとった

ものといえよう。また、一九一〇年代、二〇年代の判例にも、明確な区別例を見出すことができる。例えば、「証拠の評価を行うこと（to consider the weight of the evidence）や、命令の見識（the wisdom）を審査することは、当裁判所の職務範囲を越えることである」[123]という表現は、両者の区別にのっとったものであり、さらに、「個々に認定された事実（every fact specifically found）の全てを裏付ける実質的証拠があることは明らかである」とした後に、設定料金が合理的差別の範囲内か否かの審査に入る判例[124]や、「本件の問題は、立証済みの諸事実が、公共の必要性の存在を示すものであるかを判断することである」[125]という表現は、《個別化の過程》のみが問題であることを強調するものであり、「本件では the evidentiary facts（直接立証事実）に関しては争いがないが、これをもって、裁判所は行政機関の判断に自らの判断を代置することはできない」[126]という判示は、個別化裁量の存在に注意を喚起しているのである。

第三に、裁判所が独立に判断できる法律上の準則があり、論者によってはこれを純粋な法律解釈（pure statutory construction）と呼ぶことがある[127]。いわゆる法律解釈の作業であるが、後述する通り、ここにもいくつかの問題が生じている。

以上を前提として、次項では、各過程について裁判所がどのようなコントロールを及ぼしているかを検討し、それによってB型の思惟律における行政裁量の認識構造を探ることとする。

## 二　行政裁量認識の構造

歴史的にも論理的にも、B型の思惟律の出発点は《個別化の過程》に行政裁量の余地を認めることにあったといえる。すなわち、まず個別化裁量を認めるという方向転換が一九一〇年代以降見られ、この個別化裁量を認める必要から、B型思惟律における司法審査の全体構造が選択されたと考えられるのである。そこで本項の叙述はふたつの焦点を有することになる。第一に、個別化裁量を認めるという方向転換が、裁判所と行政機関の役割分担の基準をどのように変更させることになったかについて、いわゆる「行政機関の専門性」という言葉の意味の検討も含めて、分析する(1)。そして第二の焦点は、個別化裁量を認めることが、各判断過程において具体的にどのような司法関与のあり方をもたらしたかの検討である(2)(3)(4)。

### (1)　B型の思惟律における裁判所の役割の源泉

#### (a)　《個別化の過程》において行政裁量を認めることの意義

既述のB型の思惟律の登場の経過を、行政裁量という観点から捉えるならば、それは個別化裁量を認めるという意味を持つものであったといえる。言い換えれば、ヘッバーン法に至る、政治的諸勢力によるICCの権限強化運動は、法的あるいは裁判所レベルでは、ICCが専門的判断（この意義についてはすぐ後で述べる）を行うための器として個別化裁量を認めるという形で実現されたと考えられる。端的にこのことを示しているのが、実質的証拠基準が形成され始めた時期のICC関連判決（一九一四年）であり、「連邦議会がICCを設置した理由は、まさに、事実の存否の争いの有無に関わらず、その事実から料

率に差別があったか否かを判断することに適した性格を有する機関を創設することにあった（傍点筆者）」と述べて、《個別化の過程》において専門的判断を行わせるための器としての裁量こそが重要視されるべきことを示唆している。[128] その後も、行政機関の専門性と関連させつつ個別化裁量の余地を認めるのが、判例・論文上の共通した表現方法となっている。[129] また、行政裁量に関するまとまった研究文献は一九二〇年代頃から現れ始めるのであるが、一九四〇年代以前のこれら論文が、行政裁量（administrative discretion）という言葉を用いるときは、個別化裁量が念頭におかれていたといってよいと思われる。[130]

そこで、《個別化の過程》において認められた行政裁量がいかなる内容をもつものかが問題となるが、これについては特に一九四〇年代以降その認識が深まることとなる。一言で言えば、それは、《個別化の過程》は、行政裁量に委ねられると単なる個別化ではなくなるという認識であった。そもそも《個別化の過程》は、具体的な事実状況を睨みつつ行われる判断であり、①結論を下すために関わりがある（relevant）諸要素を体現する具体的事実を、個々の状況の中から取捨選択し、②取り出されたそれぞれの事実に適当な比重を与えて結論を導き出すという判断過程である。[131] そして、これは次のような規範的な性格を持つものといえる。まず第一に、ある具体的状況が特定の法律概念に該当するという判断は、法律に具体的意味を付与する規範的なものであって、[132] その決定は一種の先例的な価値を持つものといえるであろう。[133] ジャフィその他が、個別化裁量の判断内容が「事実問題」ではなく法的な問題であることを力説し、判例の通常の言葉使いに異を唱えたのも、それによって裁判所の独立の判断を帰結させようとしたのではなく、問題の理論的な性格付けを明らかにしようとの意図に基づいたものである。[134] 第二に、同一の機関がこのような規範的性格を持つ判断を繰り返し行えるならば、ちょうど司法判決が判例理論を形成するのと同様に、自ずから一般基準への結晶化（crystallize）がありうる。すなわち、議会が設定した基準の個別的なあてはめが行政裁量に委ねられると、そこでは、[135] 行政機関による一般的な基準の定立が必然的に生じるのである。この基準をどう扱うかについての、少なくとも一九四〇年代以降の共通の理解は、行政裁量（個別化裁量）を母胎として形成された基準である以上、やはり、行政裁量の行使の結果として扱われるというものである。[136] したがって、このような一般的な基準が、何らかの原因で個別化裁量から分離され、それが司法審査の独立の対象となる場合は、特にこれを「基準定立の裁量」と呼ぶことにする。[137] 行政機関が個々の裁決を繰り返す中で、一般的な基準を定立する（あるいは、法形成（law-making）をする、政策形成（policy-making）をする）という指摘は、[138] この現象に言及するものと考えられる。

以上をまとめれば、個別化裁量は、一般的基準の形成の可能性を常に孕みつつも、その基準が明確に表示されていない裁量である。そこでは、外部に明示されない形で定立されたこのような基準が、法律上の基準とともに適用されているという可能

性が、常に存在するのである。そして、その一般的な基準が、何らかの原因で個別化裁量から分離された後（これは、基準定立裁量として、個別に、司法審査の対象となる）も、個別化裁量はやはり個別化裁量であり続け、新たな一般的基準を定立する可能性はなお存続する。さらに、以上の裏面として、個別化裁量が存在するとき、および存在しないときのそれぞれにおいて、司法裁判所による独立の法律解釈としての非裁量が存在していることになる。[138][139] なお、個別化裁量の内容を説明するときに用いられる陪審へのアナロジーは、陪審は事実上の規範形成機能を持つものの、恒常的な基準定立をしないという意味で、適切ではない。[140]

さて、行政裁量の所在を示す表現方法としては、本稿で用いたものの他、判例および論文上、少なくとも二通りのものがある。[141] それらいずれも、「解釈」と「適用」、または「一般性」と「個別性」の区別、すなわち、法律の「解釈」が一般的適用性のある基準を述べるものであり、「適用」は個別具体的な事案がそれに包摂されるかどうかのあてはめであるという定義によって、両者が区別できるという前提に立った上でのものである。[142] 本稿ではこのような表現方法をことさらに避けたのであるが、その理由は、要するに、行政裁量における右のような問題の所在が、解釈か適用か（または、一般性か個別性か）という表現によっては十分に把握されず、場合によってはミスリーディングでさえあるということにある。

第一の方法は、この解釈・適用（または、一般性・個別性）の区別を用いる際に、法律の解釈（一般性）であれば裁判所が行い、適用（個別性）であれば行政機関に委ねられるという語法を前提としている点に特徴がある。[143] これは、一定の分析があった上での事後的なラベリングに過ぎないのであるが、[144] 裁量の存否の理由が、解釈か適用かという判断過程の性質自体に求められるという語弊を招きやすい表現である。また、適用という語のもとに行政裁量（個別化裁量）の存在を表現することになるので、個別化裁量の第二の要素である、行政自身による一般的基準の形成の契機が明確にされていない。[145] そして、そもそもこの語法は、事実審に対する法律審によるコントロールから発想されたものであり、[146] これがそのまま司法審査にもちこまれるべき理由の無いことに、留意しなければならない。

第二の方法は、右のものから、解釈か適用かによって裁量の所在を示すという部分を取り去ったものである。[147] その結果、解釈適用のいずれにおいても、裁量と非裁量の双方がありうることになる。これに従えば、個別化裁量は、一定の範囲での法律解釈およびその適用の双方における行政裁量が、未分離のままで組み合わさったものと表現されることになる。両者が未分離である以上、他の言葉（すなわち、個別化裁量）を用いるのが適切と思われるのである。また、法律の解釈が、裁判所ではなく行政機関の裁量に委ねられるという表現は、司法権の侵害という語弊を招きやすい言い回しでもある。[148] しかも、本稿では既に、司法審査における「法律の解釈」の語を、行政裁量が認められない次の二つの局面において用いることにしている。すな

わち、境界確定における（ある種の）法律解釈と、非裁量とされた部分における法律解釈とである。[150] したがって、この点でも、「法律解釈が裁量に委ねられる」といったような紛らわしい表現は、避けるのが望ましいことになる。本稿ではこれを基準定立の裁量と呼んだ次第である。

（b） 裁判所の役割の判定基準

このような性格を持つ行政裁量（個別化裁量および基準定立裁量）を認めるという裁判所の方向転換を前提とするならば、裁判所と行政機関の役割り分担の基準として、何を帰結させるのが最も整合的と考えられるであろうか。

判例に最も適合的な説明は、行政裁量は議会の意図（legislative intent）を根拠として認められると把握することと考えられる。すなわち、議会は一定の範囲で自ら何らかの基準を宣言しつつも、行政機関の判断に委ねるためにその残りを空隙として残すという意図を有していると考えることによって、裁判所が個別化裁量の存否を判定するために用いる基準は、議会のこの意図に他ならないと考えられるのである。[151] これを「明らかな立法意図（clear purpose）」とする論者もいるが、[152]「明らかに」である必要はないともされている。[153] いずれにせよ、行政機関は、議会が空隙として残した部分を自らの判断で埋める責務があることになる。[154] このことは基準定立裁量についても同様である。一般的基準であっても、議会の意図という点から見ればそれはやはり空隙なのであり、裁判所が判断代置することのできない行政裁量である。[155]

「議会の意図」に行政裁量の有無の根拠を求めるという考え方をA型の思惟律と比較してみるならば、その意義が、行政裁量に関する規律を、憲法レベルから法律（議会）レベルに降ろしたことにあることが明らかになるであろう。したがって、このような形で行政裁量を認めることを憲法上正当化する概念が何であったかが、次に問題となる。第一章Ⅱでは、憲法上の法理が変移したことを示したのみで、どのような新たな憲法上の正当化概念が採用されたのかについてまでは、言及しなかった。ここで注目されるのが、いわゆる「行政機関の専門性（expertise, expertness）」、または行政機関と裁判所の能力比較（the comparative qualification）の概念である。[156] ニューディールの積極的な支持者であったランディスは、司法審査においては、裁判所がその能力上なしうることを行なっている反面、その能力上劣ることを行政機関の裁量に委ねたとしても、法の優越に反することはなく、「法の優越は専門性の問題に帰着する」と論じている。[157] これに対しては、司法権を脅かしかねないという危惧からする反対論があったように、[158] ランディスのこの定式は、専門性の概念を新たな司法権の理解の基礎付けとして用いるものと考えられる。しかしながら、行政機関の裁量的判断はその経験・専門に基づく判断であるという表現は、一九世紀以来の[159] A型の思惟律に規律される判例にも見られたところであって、この概念自体に、どれほど独自の（つまり、B型の思惟律を積極的に特徴付けるものとしての）内実があったかという点では、多いに疑問の余地がある。そもそも、そこで用いられている専

門性や能力が、どれだけの裏付けをもった概念かという点が問題となる。例えば、裁判所は法の専門家であるというスローガンには、客観的裏付けがなく、むしろ行政機関の方がその担当する法律の解釈については能力を有するという指摘がある。[160] しかし他方で、行政機関の専門性についても、これへの信頼は本稿で扱った時期では強かったようであるが、一九七〇年代に入ると逆に不信の声が高まるのである。[161] さらに近時では、専門性に代わる新たな正当化事由として（行政機関における）利益代表の概念が試みられていることから見ても、憲法上の正当化概念としての専門性概念の不確実性が窺われる（もっともこのことは、利益代表の概念についても同様と思われる）。[162] 結局のところ、（特に行政機関の）専門性がニューディール期においてことさらに強調されたのは、A型の思惟律における憲法論を否定してB型の思惟律に移行するための、脱構築的な役割がこの概念に期待されたためであって、これはそれ以上に積極的な役割を果たすものではなかったと考えられる。専門性は、憲法論上は、このような歴史的な役割に限定して理解されるべきものと思われる。[163]

専門性の概念には、このような憲法論レベルでの意味の他、裁判所と行政機関の役割分担（行政裁量の存否）の判定の直接の基準としようとする用法もある。これは、裁判所と行政機関はそれぞれが専門的能力を有する問題についてのみ、判断を下すべきであるという考え方である。[164] この主張をする論者は必ずしも、議会の意図を判定基準とすることに反対しているのではなく、裁量の存否を決定するにあたっての裁判所の恣意を排除するためという意図があるようであるが、[165] 専門性や相対的能力比較が、それほど明確な判定基準ではないことは、その主張者自身認めていることである。[166] しかしながら、いずれにせよ、この説明に対しては、次のような批判がなされるべきであろう。[167] 司法裁判所自身が直接、能力比較の判断を行えるとする点を捉えて、この立場が、三権分立に根拠を持つ説明の仕方ではないことが指摘される。[168] 通常、行政機関の専門性として含意されているものは、与えられた問題に専念しうることから生まれる経験や特殊専門的な知識である。[169] 議会は、このような行政機関の専門性への期待を、事務の担当機関として、裁判所ではなく、行政機関を選んで立法するときの理由のひとつとして、[170] またその際に議会が行政裁量を認めようとするときの理由のひとつとして、[171] 考慮することができるのは確かである。しかしながら、行政裁量の余地を認める場合、議会はさらに進んで、具体的にどのような範囲で裁量を認めるかの判断を、別途下さなければならないと考えられる。ここではもはや、行政機関と裁判所の専門性比較の概念の果たすべき役割は失われている。[172] ここでの問題は、議会と行政機関の役割分担だからである。[173] したがって、裁判所が、行政裁量を認めるか否かの判定をするときは、既に述べたように議会の意図を確定するという方法によると考えざるを得ず、裁判所が独自に行政機関と裁判所の間の専門性の有無や能力比較をするという方法によるわけではないのである。一言でいえば、裁判所と行政機関の能力比較は、議会の関

心事であって、司法裁判所はこれを議会意図の一環としてのみ考慮しうるということである。[173] 同様に、裁判所の専門性についても、そもそも、裁判所は法律について専門家だから最終的権威を持つのではなく、既に最終的とされているから専門家と表現されるにすぎないというのが正確であろう。[174] 結局のところ、行政裁量を認める根拠は、議会の意図に求められると考える他はないと思われる。

さて、以上のような考え方によれば、裁量の有無およびその外延は、図式的には次のように判断されることになる。[175] まず第一に、《個別化の過程》における裁量の存否は、議会が意図した法律上の基準が、まさに当該個別的状況を目的としたものか否かによって判定される。これは本稿でいう境界確定の作業である。第二に、議会がまさに当該個別的状況を目的としたものである場合は、裁判所は、その意図に沿って判断代置することになる。これは、個別化裁量が否定される場合である。第三に、それ以外の場合、つまり個別化裁量が存する場合においては、議会はその法律上の外延を画しているのが通常であるから、裁判所は、この部分について判断代置することになる。本稿の表現で言えば、第二と第三は、境界確定の結果非裁量とされた部分において、裁判所が独立に行なう法律解釈ということになる。そして、これら三つのいずれにおいても、それぞれ異なる側面を持つ法律解釈論上の問題が生じている。本稿の直接のテーマを越えるが、次に、第一の境界確定における（ある種の）法律解釈上の問題についてのみ、ごく簡単に言及しておくこととする。[176]

個別化裁量は、「公益」「合理的」などといった漠然とした（incomplete and vague）言葉を用いるときに認められやすいが、[177] 勿論、漠然性自体が裁量存否の基準となるわけではない。あくまで、右に述べた議会の意図を探知することが、その基準となる。しかし、この意図は極めて確定しにくいものであり、B型の思惟律のもとでの境界確定（のある種の）法律解釈は、極めて基準の不明確なものにならざるを得ない。[178] 例えば、ある事項について議会がどう処理する意図であったかがいかにしても不明である場合、行政裁量に委ねる意図であったと即断することはできない。裁判所による判断（判例による展開）に委ねる意図であった可能性もあるからである。[179] 裁判所がこの点についてどのような法律解釈をすべきかを、どのような枠組みの中で考えるかは、司法審査の文脈における法律解釈論上の極めて興味深いテーマとなるのである。[180]

### (2) 個別化裁量の法律上の外延

まず、個別化裁量が認められた場合に、その外延、つまり非裁量の部分がどのように画されるかについて扱う。行政機関が辿る判断過程全体の中での《個別化の過程》の、一方の境界線が、《証拠評価・推認の過程》との間に引かれることは既に述べた通りである。ここでは、《個別化の過程》が行政裁量に委ねられた場合のもう一方の外延を画するもの、つまり法律上の外延を扱うことにする。それは、議会が一般的適用性のあるテストとして意図した、法律上の実体的な一般基準である。[181] これは、

裁判所が独立の判断を下すべき問題という意味での「法律問題」である。[183] この判断は、いわゆる法律解釈に他ならず、後述するようにB型の思惟律に固有の構造がここに見られるわけではないが、B型の裁量構造を明確化するためには有用と思われるので、行政解釈の取り扱いと、考慮要素の二点について述べることとする。

まず、裁判所がこのような意味での独立の解釈をする際の、いわゆる行政解釈（administrative construction, administrative interpretation）の取り扱いに留意する必要がある。裁判所による独立の判断といっても、何が法律の意味であるかを探知する一資料として、裁判所が、当該法律の執行を担当する行政機関の解釈を参照することが禁止されるべき理由はない。[184] この場合、行政解釈は、法律解釈における通常の参照資料（法の文面、立法経過、法の目的等）以外に参照可能な一資料として、一方当事者側の主張に過ぎないことを超えない位置付けをもって扱われる。言い換えれば、裁判所が法律の意味を決定する際に、いわば専門意見・鑑定意見たる一資料として行政解釈を参照し、それを通して行政の判断を裁判所の中に取り込むことといえるであろう。[185] それをどの程度採用するか否かは裁判所の判断ひとつにかかっているのである。[186] そして、この場合の行政解釈の尊重度を測るための指標として、例えば、議会の意図を知る点での裁判所と行政機関の能力比較（高度の特殊専門性・技術性の関わる問題か、憲法やコモンロー原則との関係に関わる問題かなど）、行政解釈の特徴（立法当時からある行政解釈、長年の慣行となっている解釈など）、行政解釈に対する議会の態度、などが考えられる。[187]

右のような行政解釈の取扱いは、前項(1)で述べたような、議会が行政機関に委任する意図で空隙を残している場合とは、少なくとも理論的には区別されなければならない。[188] 前者であれば、裁判所は唯一の正しい解釈を特定しなければならないが、後者は、裁量審査であるから、個別化裁量の行使の中で行政機関の示した一般基準が合理的であるかの審査に留まる。[189] 特にこの相違は、行政の示した解釈なり一般基準なりに、裁判所が不満足であった場合に顕著となる。前者では、なお裁判所が解釈を示さなければならないが、後者では、裁判所自身は基準を示さず、[190] 命令の取り消し、あるいは行政機関への差戻しということになるであろう。しかし、逆に、裁判所が満足した場合は、判決の文面上からは両者を区別しがたいことも事実であり、およそ行政解釈の広義の尊重の現象一般という観点から論ずる例もある。[191]

次に、議会が設定した一般的適用性を持つ実体的基準が、特に要考慮要素等として現れる場合について言及する。これは、個別化裁量の埒外にあり、その範囲（外延）を画しているものである。法律が定めるテストとして、「考慮すべき、または考慮すべきでない要素（factors to be considered; factors not to be considered）」、つまり常に関連性があり、または無いと判断されるべき要素を指定している場合、およびある要素が結論導出にあたって決定的な比重（controlling weight）が与えられるべきことを指定していると解釈される場合がある。[192] また、法律

上列挙されている要考慮要素の趣旨をどう捉えるべきかが、法律解釈として争われる場合もある。[193] この場合、要考慮要素または考慮禁止要素とされたもの以外の要素については、関連性の有無が裁量的判断に委ねられており、またそれら全ての要素についていかなる比重をかけるかについても同様である。[194]

このような要考慮要素等による審査を歴史的に観察すれば興味深いものがある。古くは、一八九六年の段階で、「法の解釈を誤った結果、考慮すべき事実を考慮から除外したならば、その命令は維持されえない」[195] ことを明示する判例があり、その後も同じ手法によるものが続出しているように、[196] この審査方法は、ＩＣＣ設立直後に裁判所がＡ型の思惟律で行動していたときの判例において極めてよく用いられていた。これは、そもそも法律審と事実審という構造の中で存在しうる統制方法であるから、最初期のＩＣＣの制度が前提とされる限りは、Ａ型の思惟律であっても存在可能なのである。したがって、Ｂ型の思惟律に特徴的な審査方法とはいえない。

さて、行政機関が、要考慮要素を考慮せず、考慮禁止要素を考慮した場合、あるいは決定的比重を与えるべき要素をそう扱わなかった場合、これは法律解釈の誤りであり、命令は違法となる。個別化裁量が存在する以上、裁判所が、要考慮要素を考慮したり、考慮禁止事項を除いたりして、ありうる結論を下すことは許されない。したがって、このような誤りがあった場合はそれだけで命令の取り消し理由となり、差戻しの対象となりうる。[197]

### (3) 《個別化の過程》に対する司法関与のあり方

個別化裁量が認められる場合の、その外延は右に述べた通りであるが、その外延の中に収まっている裁量について、裁判所は次に、その行使自体への審査に進まなければならない。（a）では、その方法、およびそのために生じたと考えられる審理資料の限定という問題を扱う。そして（b）では、《個別化の過程》が行政裁量に委ねられないと判断された（境界確定の作業）後の、判断代置を扱う。これは、いわゆる法律解釈の問題の一つであって、本稿の直接の射程を越えるが、簡単に言及することとする。

#### （a） 個別化裁量が認められた場合

個別化裁量が認められた場合、この裁量を認めつつも裁判所が一定の統制を行うための方法として、判例上最初に現れたものが、「実質的証拠の裏付けがあるか」という定式である。「証拠」という語が用いられているが、この定式は《証拠評価・推認の過程》だけではなく《個別化の過程》（個別化裁量）もその射程に収める審査方法である。[198] そして、実質的証拠の裏付けがあるか否かの判定自体は、裁判所が独自に判断できる「法律問題」に分類されている。[199] 他方、行政機関が個別化裁量の行使として行う判断の内容は、「事実問題」と表現される。[200] 後者は、字義通りの用語法ではなく、「法律問題」（裁判所が独立に判断しうる問題）以外の全てを指す、補集合的概念としての「事実問題」に過ぎないことに留意しなければならない。[201] これが尊重される理由は、その事実的側面にあるのではなく、行政機関の

裁量的判断に委ねられるべきという側面にあるからである。[202]

しかし、一九三〇年代後半頃（ニューディール期）からは、行政裁量であることを理由にして、このような「事実問題」「実質的証拠の裏付け」の名称を付すのは不適切であるとの批判が、論文上現れるようになった。[203] それと前後して、判例の中にも、個別化裁量について異なる表現を用いるものが現れ始めた。Gray v. Powell (1941)[204] や NLRB v. Hearst Publications, Inc. (1944)[205] を代表例とする傾向である。すなわち、単なる事実という表現にとどまらず、「法と事実の混合問題」「最終事実」「法の適用」「議会が委任したこと」などという語を用いて、《証拠評価・推認の過程》とは違う過程であることを殊更に強調するようになった。[206] なおも「事実問題」と名付ける例が無くなったわけではないが、[207] 事実問題という語を用いつつも、それが単なる事実の存否ではなく、適用されるべき基準と密接に絡まった判断過程であることを明記する例も見られる。[208] 個別化裁量を「事実問題」と呼ぶ判例は一九六一年以降は見られないとの指摘もある。[209] 審査基準の名称もそれに応じて変化を見せ、法律上は実質的証拠基準が規定されているにもかかわらず、「合理的根拠があるか」「法律上合理的で、記録上の根拠があるか」「専断・恣意的でないか」「裁量の濫用はないか」といった表現を用いる判決が出てきたのである。[210] これらは、現在では、合理性の基準（rationality test）と総称されているものであるが、[211] 《証拠評価・推認の過程》に対する実質的証拠基準を、裁量的判断に適用できるように表現しなおしたものと考えられるであろう。[212] 他方、「事実問題」の語を用いる判例では、なお実質的証拠という名称が用いられている。[213] このような用語変化は、個別化裁量の認識が定着するとともに、審査内容の実質を反映させるべく、初期の用語法を整理したものと考えられる。

さて、ここで取られている審査構造は、右に挙げた審査基準の中で唯一その内容の定式化がなされている「実質的証拠の裏付け」の基準[214]を、個別化の局面に即してパラフレーズしてみることによって理解される。これは、行政機関の認定した事実群（以下、直接立証事実およびそこから推認された事実の集合をこう呼ぶ）が、合理的人間ならば行政機関と同じ結論に至りうるだけの十分な（substantial）根拠を提供しているかどうかを見る審査ということになるであろう。[215] しかも、現実の判断が合理的であったといいうるためには、根拠としうる事実が、その事実群の一部にあればよいというだけでは不十分で、事実群の全体がそのような根拠を提供するものである必要があろう。[216] いわゆる「全記録要件」[217]のパラフレーズである。そしてこの審査は、仮に裁判所が同じ事実群を用いて判断を代置したときに、異なる結論に至る可能性があった場合でも行政機関の結論の合理性を認める余地を認めることによって、判断代置とは区別されているのである。[218] これは、(4)で述べる《証拠評価・推認の過程》において、裁判所は自身で事実認定をしないとされているのに対応している。[219]

この審査方法の特徴は、行政機関の現実の判断が合理的なものか否かという独立の問題を設定し、裁判所がこの問題につい

てのみ独自の判断を下すとすることによって、（少なくとも理屈の上では）裁判所は行政裁量（個別化裁量）の内容自体には手を触れずに、しかも一定の統制を及ぼすという構造になっている点である。行政機関は、自ら認定した事実群の中から、個別化裁量の行使として、①関連性の判断を行って、根拠とすべき事実を選び、②それぞれに適切な比重を与えることによって、結論に至っている。これに対し、司法審査を行う裁判所は、行政機関が認定した事実群の全て、かつそれのみを審理資料とすることによって行政機関と判断の基礎を共通にした上で、同じ結論の導出可能性を問うのである。言い換えるならば、裁判所は、行政機関の認定した事実群と行政機関の結論との間に一定の説得性のある対応関係があるか否かのみを審査するわけであり、①②についての行政機関の判断自体に直接手を触れるわけではない。裁判所は、ただ単にある事実が考慮されたことや比重のかけ方、または他の事実が無視されたことだけをもって、命令を違法とすることはできないのである。[220] 説得的な対応関係がなく、判断の合理性がないと裁判所が考えた場合、すなわち、結論を正当化するような事実が行政機関の前に出揃っていなかったと判断された場合は、事案は行政機関への差戻し（remand）の対象となる。[221] 以上を要約すれば、事実群と結論の対応関係の審査と、審理資料の限定がポイントとなる。以下それぞれについて簡単に敷衍する。

まず、事実群と結論の対応関係の審査についてであるが、この延長上に様相の異なる審査、つまり、行政機関の用いた根拠自体の審査が行われることがある。行政機関が用いた根拠が、個々の事実だけではなく、行政機関が定立した一般基準としても存する場合は、その基準自身に対する審査が別途行なわれることになる。[222] いわゆる Chenery I (1943) および Chenery II (1947)[223] がその好例であり、これは、基準定立裁量に対する審査に他ならない。[224] この審査の構造自体は本稿のテーマを越えるので扱わないが、審査の結果、この一般基準が違法なものとされたときは、当該決定の根拠が全くないことになり命令自体も違法となる。[225] そして、命令を違法とした後は、裁判所が代わりの基準を定立できない以上、判断のやり直しのために行政機関への差戻し（remand）がなされる。[226] 以上は、行政機関が用いた根拠もしくは理由に係る審査についての議論の出発点となる Chenery Doctrine と呼ばれるものである。[227] もっともこのように行政の定立した一般基準が明確化され、審査の対象とされた Chenery I (1943) および Chenery II (1947) のような事例は、一九四〇年代においてもなお例外的であり、通常は（規則制定などによって明らかにされない限り）、行政機関がいかなる一般基準を定立していたかが明確でないために、従来からの審査方法を用いるに留まっていたのである。

次に、このような審査構造を支えていた、裁判所での審理資料の限定について述べておく。右のような審査をするためには、裁判所は、基本的に、行政機関が認定した事実群と、そこから行政機関が導いた結論とを審理資料とし、その対応関係を見れば十分である。行政機関が認定したもの以外の事実を裁判所が

新たに認定するならば、裁判所が個別化裁量を取込んで「関連性あり」との判断を行ったことになる。すなわち、行政機関の側が自らの結論の合理性を補強する目的で、また私人の側が行政機関の結論の合理性を攻撃する目的で、それぞれ新たな事実認定（additional factfinding）の要請をしても、裁判所による行政裁量の取込みを避けるべきことを理由に、裁判所はこれを認めないのである。[228] 一般に、裁判所が新たな事実を認定して審理資料に加えることが否定されているのは、このような理由によると考えられる。[229] なお、以上の叙述は、審理資料となる事実群の個々の事実自体は妥当に認定されたものであることを前提としている。重要な事実を行政機関が見落として認定していなかったなどといった私人の側の主張は、《証拠評価・推認の過程》自体に対する審査の問題として、(4)で検討する。

このような審理資料の限定は、個別化裁量の審査の場合に限定され、それ以外のものの審査については当てはまらない。[230] 例えば、行政手続が法律上または憲法上の要請を満たして履践されたか否かの問題は、行政機関の判断に何らかの終決性を与えるべきものではなく、裁判所が判断すべき問題であるから、[231] 裁判所はその独立の事実認定に依拠して結論を下すことになる。[232] また、同種の行政機関が連邦と州にある場合、ある事案がいずれの管轄に属するかという問題は、いずれかの行政機関の判断を裁判所が尊重して解決すべきものではなく、まさに連邦議会が裁判所に解決を委ねている問題であるから、裁判所が独立に判断しなければならないとする例がある。[233] ここでは、行政機関の管轄の存否と表現しうることが決め手になるわけではないことに留意しなければならない。ある行政機関の規制がある事案に及ぶべきか（つまり、管轄が及ぶべきか）が、具体的事実状況を睨んだ個別的な判断によって決定される場合は、それが行政裁量に委ねられる限り、審理資料を限定した上でこれまで述べてきたような審査の対象になるのである。[234]

（b）　個別化裁量が認められない場合

右とは逆に、《個別化の過程》が行政裁量に委ねられず、裁判所がこの部分を判断代置することがある。この現象は、制定法上または判例法上、実質的証拠の裏付けの有無による審査が規定されまたは確立していても生じている。

個別化裁量を認めずこの部分について裁判所が判断代置する判例は、一九一〇年代より見られたところである。[235] 特に、同一の法律文言の個別化に際して、ある事案では個別化裁量が認められながら、他の事案ではそれが認められず裁判所が判断代置を行っている場合に、審査範囲に混乱があるのではないかとの関心を惹くことになる。例えば、連邦取引委員会（FTC）関連判決の中で、ある判決は法律上規定されている実質的証拠規定には言及せず、ただ、法の文言を事実に適用することは裁判所が判断すべき法律問題であり、裁判所の完全な審査に服すると判示し、当該取引慣行が「不公正な競争方法」にあたるか否かについて判断代置を行った。しかし他の判決は、同じ「不公正な競争方法」の適用について、実質的証拠による裏付けの有無を問題にしている。[236] また、実質的証拠基準による審査を規定

するワグナー法上の「労働者」の概念をめぐる全米労働関係委員会（NLRB）の決定の司法審査判例においても、路上の新聞売りと工場長のそれぞれに対するこの概念の個別化（「労働者」か否か）に関して、同様の対照的な判決例がある。(237) このような非裁量の存在形態は、「事実に争いのない事案（admitted cases）」の場合にのみ認められているようであるが、(238) これは、《証拠評価・推認の過程》に争いがなければ、ただちに《個別化の過程》が非裁量になるという趣旨ではない。(239) この場合、《証拠評価・推認の過程》についての実質的証拠による審査がなされないのは当然であるが、さらに《個別化の過程》についても裁判所が判断代置すれば、判決全体としては全く裁量の余地を認めなかったような体裁になる。その結果、同じ法律上の文言に個別化裁量を認めた他の判例と比べて、極めて強い対照が生まれる。これをどう説明するかについては、混乱があった。(240)

この現象は、これまで述べてきたB型の思惟律の一環として、次のように理解される。すなわち、境界確定の作業において、ある法律上の概念が、通常は個別化裁量に委ねられるということと、一定の具体的事案においては裁量に委ねられないということは矛盾するものではない。これは、《個別化の過程》が常に具体的な事実状況と接線を共有するために起きる現象であり、《個別化の過程》における裁量の存否に特徴的な現象であると考えられる。例えば、ある法律がその適用対象を「労働者」という言葉で規定する場合、典型的な「労働者」として同法の適用がある一定の具体的状況や、いかなる意味でも同法上の「労働者」ではないという一定の具体的状況が立法の際に予定されていたならば、これも議会の意図の一内容である以上、行政裁量に委ねることはできない。(241) つまり、具体的状況がこのような議会意図に合致するときは、その個々の場合において個別化裁量の余地が法律上認められていないことになり、実質的証拠の有無または裁量の濫用の有無などによって審査するのではなく、まさに裁判所が自ら結論を出してさしつかえないと考えられるのである。(242) 以上のような境界確定の結果、非裁量とされた《個別化の過程》については、裁判所による判断代置がなされる。その判断代置の内容は、通常の法律解釈論上の問題として扱われるべきことになる。(243)

### (4) 《証拠評価・推認の過程》に対する司法関与のあり方

《個別化の過程》に対する司法審査が以上のように理解されるとした場合、この審査の前提となるべき《証拠評価・推認の過程》に対する司法審査がいかなるものであるかについて次に検討する。なお、「事実に争いのない事案」の場合は、もちろんこの審査は不要であるから、以下の議論は、《個別化の過程》において裁量が認められている場合のみを念頭におけばよいことになる。まず（a）では、B型の思惟律に依る司法審査において、《証拠評価・推認の過程》はどのような位置を占めるものであるかを論じ、続いて（b）において、その過程への具体的な司法審査のあり方について検討する。後者においては、B型の思惟律の考え方に由来する要請と、手続き上の効率性の要請とをどう妥協させるかという問題が生じており、困難な課題

となっている。

（a）《証拠評価・推認の過程》の位置付け

《証拠評価・推認の過程》が、論理則・経験則に基づく判断過程であるという側面よりすれば、これを行政機関の判断に委ねるべき理由はなく、本来裁判所が代わりに行いうるものとも考えられる。そして、この過程が、言葉の本来の意味での「事実問題」であることに疑問の余地はないであろう。[244] しかしながら、この「事実問題」という表現は、同時に、裁判所が独立の審査を行わないことのラベルとしても用いられている。すなわち、行政機関が認定した事実群に対して、裁判所は、実質的な証拠の裏付けがあるか否かという事後的な審査を加えるにとどまっており、自ら証拠を評価して事実を認定するという意味での始審的な（de novo）審理を行わず、行政段階で出された証拠・証言の評価（weigh the evidence or testimony）、証拠間の矛盾（conflict in evidence）を裁判所自らが行うことはない。[245] そして、裁判所段階で初めて提出される追加的な証拠による事実認定を行わず、必要最小限でその証拠への考慮を払うに過ぎない。[246] もっとも、このことは全連邦裁判所に徹底しているわけではなく、追加証拠を採用し、始審的な審理をした連邦地裁の判決を連邦最高裁が正すという構図は、散見されるところである。[247] そこで、裁判所の独立の事実認定が否定されるべき理由について検討する。

そのためには、《証拠評価・推認の過程》が論理則・経験則に依拠した事実認定であるという性格付けだけでは不十分で、さらに進んで、《証拠評価・推認の過程》に対する司法審査がどのような観点から必要とされるのかに立ち帰らなければならないと思われる。[248] 既に述べたように、個別化裁量に対する審査においては、行政機関が認定した事実群が審理資料とされなければならない。そしてこの審査に入る準備として、当該事実群自体に対する審査、すなわち行政機関が個別化裁量を行使する前提として認定した具体的事実が十分なものであったかの検討が不可欠である。また、行政機関の事実認定に対しては、憲法上の要請として、裁判所の審査が少なくとも何らかの形で行われなければならない。[249] 以上が、《証拠評価・推認の過程》に対する司法審査のおかれた状況である。なお念のため付言すれば、以下で扱うのは、裁判所が、行政機関の事実認定が不十分（insufficient）と表現する現象のうち、その不十分さの原因が《証拠の評価・推認の過程》における行政機関の作業に求められる場合のみである。同じ現象は、行政機関が法律解釈を誤った場合にも生じるが、これは《証拠の評価・推認の過程》に由来する現象ではなく、性格が異なるので、以下では除外されている。[250]

そこで審査方法の選択肢としては、まず、裁判所が一から証拠を評価し直し事実認定をやり直す方法（始審的審理）がありえよう。しかしこれでは結局の所、B型の思惟律の下における司法審査の目的を果たし得ないと思われる。《証拠評価・推認の過程》に対する審査において求められていることは、裁判所が自由に証拠を収集し評価をし直して得た独自の事実認定をもって、行政機関の《証拠評価・推認の過程》の判断（事実群）に

代置することではない。行政機関が前提としていたものとは異なる事実群が設定されてしまっては、その後、個別化裁量の審査に入ることができないからである。行政機関の認定した事実群と裁判所のそれとが完全に符号することが必要なのではなく、[251] 行政機関の事実群が事実認定として許容しうる偏差の範囲内にあることの確認が必要なのである。例えば、行政機関と裁判所がある重要な事実について正反対の認定に至った場合、問題はこのような不一致自体にあるのではない。証拠上のわずかな差で結論的には正反対になることもありうるのであって、問題は、このような微妙な事実認定上の差異か否かの確認なのである。

したがって司法審査のあり方としては、行政機関の行った《証拠評価・推認の過程》の判断の事後的な審査にとどまる方法、つまり既に行政機関の前にあった証拠から、行政機関の認定した具体的事実が導かれうるか否かを検討する方法を取る以外に選択肢はないと考えられるのである。要約すれば、《証拠評価・推認の過程》に対する司法審査の方法は、個別化裁量に対する審査構造によって規定されたものなのである。

《証拠評価・推認の過程》に対する司法審査が限定されることの説明としては、まず、通常の民事事件であっても裁判官が事実認定をするとは限らず、陪審が用いられているから、司法審査で裁判官が事実認定を行うべき要請はないと説明されることがある。[252] これは右に示した本稿の理解と、内容的に共通の部分もあるが、説明の方法としては説得的ではない。行政機関と陪審とはその存在理由が全く異なり、到底同視できるものではないばかりでなく、[253] 陪審はその利用が強制されず、当事者が求めた場合にのみ構成されることに鑑みれば、陪審との対比による説明は、裁判官が事実認定をしなくてもよいことを導く可能性はあっても、原則的に事実認定をしないという要請を導くには不十分と思われる。その他、行政機関の専門性を理由とする立論などがあるが、これも説得力に乏しい。[254] また、裁判所が事実認定のやり直しをすべきでないことは、追加証拠の主張が手続遅延策として用いられ、いたずらに裁判所での審理の繰り返しをさけるためだと説明されることもあるが、[255] これはそれほど本質的な理由ではないであろう。たしかに、重要な証拠の出し惜しみによって行政決定は裁判所で簡単に覆されることについては、以前より裁判所が不快感を示していた。しかし、A型の思惟律に依拠していたICCの初期の判例がこのような点に不満を示すにとどまっていたのに対し、追加証拠が禁止されるに至ったのは思惟律がB型に変更してからだということに注意しなければならない。[256] 追加証拠提出に対する制限は、B型の思惟律に必要であったという観点から捉えられるべきであろう。

（b） 追加証拠の扱いと、実質的証拠基準による審査

追加証拠が出されても裁判所は自ら評価しないという原則によって、間接的に、《証拠評価・推認の過程》であらかじめ全証拠の提出が要請されていることになる。たしかに、行政機関による個別化裁量の行使が適正であるためには、これは望ましいことといえよう。行政機関が正しく関連性の判断を行い、根拠とすべき事実を十分に選択できるためには、最初から行政機

関の面前にその事案に関する全ての事情についての証拠が不足なく提出されていることが必要である。このような事情よりすれば、行政機関に提出されなかった証拠（未提出証拠）がある場合は、行政機関に再聴聞を求めるという方法をとることになろう。[257] そして、行政機関が不当に証拠採用申請を却下した場合や、合理的理由のある未提出証拠がある場合は、裁判所による何らかの手当て、つまり追加証拠（additional evidence）への配慮が必要となる。[258] このような追加証拠としては、行政が無視した事実の証拠の他に、行政が認定した事実の存在を否定する証拠が考えられる。

裁判所がこのような追加証拠の必要性を肯定するときは、既に述べてきた審査方法と矛盾なくこれに対処するために（つまり個別化裁量の取込みとならぬように）、裁判所は、追加的な事実認定（additional factfinding）をせず、行政機関に対して、当該証拠を評価し事実を認定し直すよう指示して差し戻し、判断のやり直しを命ずることになる。[259] ここで問題となるのが、いかなる場合がこのような差戻しに値する不当な証拠申請却下であるかの基準である。効率性の観点からは、およそ全ての証拠却下に対しこのような手当てを認めるわけにはいかない以上、その不当性の判断には、純粋に行政手続き上の考慮だけではなく、その証拠の重要性という要素が入り込むことになるであろう。例えば、事実認定のやり直しのための差し戻しの必要があるか否かの判定基準として、未提出の合理的理由だけでなく、未提出証拠が重要なものであることを要求する事例がある。[260] ど

の証拠が重要であるかを裁判所が判断することによって、個別化裁量の一部を取り込む可能性が生じており、ここにB型の思惟律の要請と効率性との間の妥協をどう解決すべきかの問題が現れるのである。[261] なお、事情変更があった場合の新証拠の取り扱いについては詳らかでない。[262]

さて、追加証拠を勘案する必要がない場合、《証拠評価・推認の過程》に対する司法審査は、行政機関の前に提出された証拠のみを審理資料とする。すなわち、裁判所は「行政機関の前に提出された証拠の評価を行わ」ないが、「行政機関が個々に認定したそれぞれの事実（every fact specifically found）について、その存在を認めうるだけの実質的証拠の裏付けがあるか」を審査するにとどまる。[263] 実質的証拠があるか否かの審査自体は、裁判所が独立に判断を下すべき「法律問題」と表現される。[264] 以下、《証拠評価・推認の過程》における実質的証拠の裏付けの問題について、ごく簡単に言及することにする。[265]

実質的証拠があるか否かの判定は、証拠から直接立証事実の認定、その事実から他の事実への論理則・経験則による推認という両方の判断過程に働くものである。[266] これは、同じ証拠を前にした場合、合理的な人間ならば同じ結論を導きうるほどの十分な証拠であるかという視点から審査する方法であり、[267] 実質的証拠の裏付けの有無という、証拠の十分性の審査にとどまることによって、裁判所自身は事実認定をすることなく、しかも事実に関わる何らかの審査をしていることになる。[268] また、この審査は判断の合理性を問うものであるから、審理資料の全体に対

して行われなければならない。[269] いわゆる「全記録要件」である。[270] これに関連して、「実質的な証拠」は「単なる一片の証拠（a mere scintilla）を超えるもの」でなければならないという叙述が見られる。[271] 元来「一片の証拠」とは、民事訴訟において陪審の事実的判断の審査基準として用いられたことがある表現である。その判断を裏付ける証拠が記録上いくつか存在すればよいとするもので、言い換えれば判断を裏付けない証拠の存在は無視してもよいという極めて寛容な基準であった。[272] このような審査態度は、陪審に関しては既に否定されていたが、行政の行為の司法審査においてもやはり採用されなかったわけである。

次に、右の審査の後始末の問題がある。このような場合としては、行政機関が認定したある事実に実質的証拠の裏付けが無く、その立証自体があやふやな場合の他、[273] 行政機関が、存在しないと認定した事実が、実は提出されていた証拠上実質的な証拠の裏付けを持っていたという場合があろう。[274] いずれの場合も、行政機関が判断の基盤とし、裁判所が審理資料とする事実群に異同が生じたことになる以上、B型の思惟律の要請に忠実に従うならば、その点の事実認定のやり直しを命じて差し戻す（remand）という方法をとることになろう[275]（その先に個別化裁量があるので、裁判所自身が認定することはできない）。しかしこれではあまりに手続の無駄が多くなるために、実際には一定の妥協的な対応が取られている。すなわち、問題となった事実を当該事実群から除き、またはそれを付け加えた事実群を基礎とした場合に、結論が異なりうる場合にのみ、行政機関に対してその点の追加的事実認定を指示して、差し戻すというものである。[276] 結論の異同を考慮する点で、裁判所が個別化裁量の一部を取り込む可能性を孕むことになり、ここにも、B型の思惟律の要請と、効率性の要請との間の妥協という問題が生じているのである。

さらに、証拠から直接立証事実に至る過程に対する実質的証拠の裏付けの審査に関しては、[277] 証拠の取り扱いという特殊な問題が関わるため、次の点に留意する必要がある。第一に、裁判所が始審的審理をせず、行政段階で出された証拠の評価や証拠間の矛盾を自ら判断することはないという原則と、証拠から直接立証事実の認定過程に対する実質的証拠の有無の審査との両立が、実際上は困難という問題がある。[278] 第二に、証明方法（method of proof）自体が問題とされることがある。いかなる証明方法が適切であるかの判断は、裁判所が法律解釈として下しうるもので、実質的証拠の裏付けがあるか否かの審査の前提となる問題である。例えば、証明方法として、ある会社そのものの資料ではなく、複数の会社に共通すると行政機関が考える typical evidence（典型証拠）を用いて具体的な事実を認定してよいかが問題となった事案は、議会の意図を探るという形で解決されている。[279] 委員会が証拠として、典型証拠だけを用い、個々の会社に即した証拠を用いずに事実を認定することができるかなどもその例である。[280] 他方、典型証拠を用いうるとされた場合に、個々の事案における典型証拠が十分なものであるかは、実質的証拠の問題である。[281] 第三に、証拠にかかわる手続規制が

ある場合、それの司法審査への影響という問題もある。例えば、証拠の許容性に関する民事訴訟上の証拠法則を行政機関にどの程度応用すべきかという行政手続の問題が、実質的証拠の裏付けの審査に及ぼす影響についての議論がある。一般に行政機関では、司法裁判所で用いられる許容性ルールよりは緩和されたものが採用されており、[282] 司法手続であれば証拠能力がない（incompetent）ものを証拠として採用しただけでは、行政決定の取り消し理由とはされない。[283] そこで、実質的証拠の裏付けの有無を見る司法審査において、行政機関の評価した証拠が伝聞証拠等であることがどのように評価されるべきかという問題が生じるのである。[284]

## 三　展　望

一九五〇年代以降の動向のうち、これまで述べてきたことの直接の延長線上に理解されるべきこととして、次の二点について注意を促し、B型の思惟律の歴史的拡がりを示唆して、本章を閉じることとする。

### (1)　いわゆる略式裁決（informal adjudication）へのB型の思惟律の展開[285]

B型の思惟律による司法審査は、いわゆる正式裁決（formal adjudication）、つまり手続保障があり、整理された記録が残される場合に限定されるものではない。[286] 連邦最高裁がこのことを示唆したのは Overton Park (1971) においてであり、ここでは、手続保障のないいわゆる略式裁決への、B型の思惟律による司法審査がなされた。本件は、連邦政府（運輸長官）から州への補助金決定の事案で、行政機関においては手続保障もなく記録も残されていなかった。しかしなお、司法裁判所が審査するのはあくまでも実際に行政機関が辿った判断過程であること、整理された記録が残されていないために審理資料が不足するときは、証言や宣誓供述書によって実際の判断過程を裁判所に提出すべきこと、それは事後的な合理化であってはならないこと、裁判所が行政機関の事実認定を代行することは原則としてないことが明確に述べられ、その後のリーディング・ケースとされている。[287] このように、考え方としてはB型の思惟律で一貫することが宣言されたわけであるが、この場合、裁判所による追加的事実認定が全く認められないのかが、実際的な課題として残される。[288] 多くの裁判所は事実認定の要請を認めていないが、ごく例外的な場合に、裁判所による追加的事実認定を認める判決も目立ち始めている。[289] B型の思惟律の実現と効率性の調整の中で、いかなる範囲でこれを認めるべきかが、相当に困難な課題となるのである。

### (2)　行政機関による政策形成への司法審査

一九五〇年代以降に現れる、行政裁量に関する新たな議論の展開も、個別化裁量を認めることの理論的な延長線上に捉えられる。個別化裁量の広汎な許容という一九三〇年代頃からの連邦最高裁の傾向を基盤とし、個別化裁量の中から基準定立裁量を析出させることによって、特に、一九五〇年代以降は、行政機関が定立する一般基準が大きな関心の対象となる。これまでの議論は、本稿における素材の限定上、裁決の場合のみを念頭

においていたが、基準定立裁量の内容という点では、その形成の方法が個々の裁決を通してのものであろうと、規則制定によるものであろうと、両者を区別する必要はない。[290] そこで、議論の重心は、規則制定をも含めた形で、行政機関の基準定立裁量、または「政策形成（policymaking）」[291]へと推移していくのである。

もっとも、このふたつの方法は、遡及的変更や、関係人の参加等の手続面で様々な差異がある。例えば、個々の裁決の中で一般基準を定立することによって、規則制定の際の手続規制を回避することが可能になるであろう。そこで、行政機関がいずれの方法を用いるかについて規制を加える必要はないかという問題が生じるのである。これが、一九六〇年代から七〇年代初頭にかけてよく論じられた、「規則制定と裁決の選択」の問題である。[292] また、立法府と行政機関の関係についての憲法論においては、行政機関によるこのような一般基準定立機能が広汎にわたり過ぎているとして、立法権限委任禁止理論（nondelegation doctrine）の復活が、一部ではあるが、有力に主張されている。[293] さらに、このような基準定立裁量の司法審査においては、民事裁判の判断過程モデルを借用することができない。したがって、本稿で扱った時期以降においては、これまでのような、多かれ少なかれ民事モデルに依拠した行政裁量論は、もはやその役を終え、視野の端にまで遠ざかろうとしているのである。

（1）　わが国における研究は、戦後の行政委員会の新設にともない、一九四七年頃から一九六〇年頃までの一五年間に集中的に発表されている。主なものを挙げると次の通りである。中村治郎「米国行政法における司法審査の問題」法律タイムズ一一号七三頁（一九四七）、猪股幸一「実質的証拠」法曹時報三巻六号四〇二～四一八頁（一九五一）、鵜飼信成「英米的行政法理論の限界」『行政法の歴史的展開』（一九五二）、中務俊昌「所謂実質的証拠法則による司法審査の限界」私法一〇号八六～九八頁（一九五三）（およびそこに引用される文献）、杉村敏正「法の支配」『法の支配と行政法』一九～二二、四四～五二頁（一九七〇）（一九五四初出）、下山瑛二「アメリカにおける行政行為の司法審査（一）～（三）」大阪市立大学法学雑誌一巻四号一九頁、二巻二号二六頁、三号二八頁（一九五四～五五）、和田英夫「司法審査と実質的証拠の理論」公法研究八号一二九頁（一九五六）、橋本公亘『米国行政法研究』一八三～二一五頁（一九五八）、西岡久鞆「行政庁の事実認定と実質的証拠」佐賀大学法経論集六巻一・二号三五頁（一九五九）、川上宏二郎「アメリカ行政法における実質的証拠の法理」九大法学六号五九～七九頁（一九五九）、山田準次郎「英米法の行政行為司法審査における法律問題と事実問題（一）～（三）」明治大学法律論叢三四巻二号一頁、三号一頁、五号一頁（一九五九）、川上宏二郎「実質的証拠に立証される『事実』について」九州大学法政研究二六巻四号四一七頁（一九六〇）、園部逸夫「行政裁量と行政手続」『行政手続の法理』（一九六九）（一九六〇初出）、高柳信一

「行政行為の司法審査」『行政法理論の再構成』二四九～二五九頁（一九八五）（一九六二初出）。また、その後では、利光大一「司法裁判所の管轄権からみた行政上の事実問題について」愛知学院大学論叢法学研究一四巻二号一九頁（一九七一）、和田英夫「司法審査」日本法律家協会編『準司法的行政機関の研究』一六五～一七五頁（一九七五）、山川隆一「不当労働行為事件命令の司法審査（一）～（三）」法学協会雑誌一〇三巻二号一七五頁、四号六八一頁、五号八〇九頁（一九八六）などがある。その他に翻訳として、シュウォーツ（和田訳）『アメリカ行政法』一八九～二二五頁（一九六一）、シュウォーツ＝ウェイド（堤口訳）『英米行政法』二四七～二五四頁（一九七六）がある。

(2) Regulation の語は、一般的に、個人の権利（the rights of private individuals）を侵害し、その権利の行使態様を規制するものという意味で用いられる。B. Schwartz, The Economic Regulation of Business and Industry 3 (1973). 本稿は個人の権利の中でも、財産権に関わるもののみを扱っている。

(3) J. Landis, The Administrative Process 135-36 (1938); J. Dickinson, Administrative Justice and the Supremacy of Law 71-74 (1927).

(4) Rabin, Federal Regulation in Historical Perspective, 38 Stan. L. Rev. 1189, 1200 (1986).

(5) Stewart & Sunstein, Public Programs and Private Rights, 95 Harv. L. Rev. 1193, 1236 (1982).

(6) W. Chase, The American Law School and the Rise of Administrative Government 9 (1982); J. Landis, supra note 3, at 125; Rabin, supra note 4, at 1193（不法行為法と公営（public management）の両極の間に、アメリカ的規制スタイルを打ち立てた）; Stewart & Sunstein, supra note 5, at 1236; Schwartz, The Administrative Agency in Historical Perspective, 36 Ind. L. J. 263, 267-68 (1961).

(7) Rabin, supra note 4, at 1207, 1218, 1239.

(8) Rabin, Legitimacy, Discretion, and the Concept of Rights, 92 Yale L. J. 1174, 1175-76 (1983).

(9) Rabin, supra note 4, at 1252.

(10) Sheehan, Regulation of Private Trade, 12 Rutgers. L. Rev. 162, 164-66 (1957); Wyman, State Control of Public Utilities, 24 Harv. L. Rev. 624, 633-34 (1911); W. Chase, supra note 6, at 5-6; Stewart & Sunstein, supra note 5, at 1236; Rabin, supra note 4, at 1252.

(11) B. Schwartz, supra note 2, at 17; Rabin, supra note 4, at 1200 n. 24; Stewart & Sunstein, supra note 5, at 1235-36（対等の交渉力をもつ当事者間の契約ではないこと、個別事案毎の解決しかできないこと、社会的害悪であっても個々人の被害は僅少であり、損害賠償やインジャンクション請求は実効的あるいは効率的でないこと、統一的

取り扱いを生み出せないことの四点が理由).

(12) 鵜飼信成「アメリカにおける行政委員会制度の由来」東大社会科学研究所編『行政委員会』(一九五一) および そのはしがき二頁、鵜飼・前出注 (1) 二〇五～二〇九頁、橋本・前出注 (1) 四二～五二頁。

(13) Rabin, supra note 4, at 1197-1208; J. LANDIS, supra note 3, at 125-26; I. SHARFMAN, THE INTERSTATE COMMERCE COMMISSION 13-19 (1931); R. CUSHMAN, THE INDEPENDENT REGULATORY COMMISSIONS 19-34, 37-38 (1941); B. SCHWARTZ, supra note 2, at 17-18.

(14) R. CUSHMAN, supra note 13, at 64-65; I. SHARFMAN, supra note 13, at 12; White, Allocating Power Between Agencies and Courts: The Legacy of Justice Brandeis, 1974 Duke L. J. 195, 197 (1974).

(15) White, supra note 14, at 198-99, 205-06; Rabin, supra note 4, at 1192-93.

(16) B. SCHWARTZ, supra note 2, at 1721-1818; Rabin, supra note 4, at 1216-25. 橋本・前出注 (1) 五二～五九頁。

(17) I. SHARFMAN, supra note 13, at 35-70; B. SCHWARTZ, supra note 2, at 17-1388; R. CUSHMAN, supra note 13, at 65-83.

(18) Rabin, supra note 4, at 1225-28; Rabin, supra note 8, at 1175-76.

(19) I. SHARFMAN, supra note 13, at 71-103 (一九一〇年法までの、ICC規制の消極的性格).

(20) Rabin, supra note 4, at 1219.

(21) Rabin, supra note 4, at 1243, 1252 (既に第一次大戦以来、規制の役割が変わりつつあったが、ニューディールは過去からのはっきりとした決別である).

(22) 斎藤真『現代アメリカ史』一〇三～一〇四頁 (一九七六)。Rabin, supra note 4, at 1236-39.

(23) I. SHARFMAN, supra note 13, at 104, 177-244; Rabin, supra note 4, at 1240-41. 交通法についての立法資料は B. SCHWARTZ, supra note 2, at 1393-1717 および The New England Divisions Case, 261 U. S. 184, 189-91 (1923) などにある。

(24) ニューディールの核心は産業復興であり、全米産業復興法 (National Industrial Recovery Act of 1933: NIRA)、農業調整法 (Agricultural Adjustment Act: AAA)、国有企業であり電力の生産・供給を行うテネシー河谷開発公社 (Tennessee Valley Authority: TVA) がその象徴である。いずれも従来の規制概念からは大きく逸脱したものである。NIRAは企業の自主規制のための公正競争規約（コード）を業種別に作らせ、認可をくて反トラスト法の適用除外とし、政府主導のもとで企業の合同、産業合理化を進めるものである。AAAは、農産物の生産調整によって価格下落を防ぐ意図を有する。さらにTVAは国家計画を含意

するものである。もっとも、NIRAについては Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U. S. 388 (1935); Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U. S. 495 (1935) が、AAAについては United States v. Butler, 297 U. S. 1 (1936) が違憲との判断を下している。以上、ニューディール初期の失業対策、農業対策、産業政策について、新川健三郎『ニューディール』七二～一〇四頁（一九七三）および Rabin, supra note 4, at 1243-51 などを参照。なお、この時期には、社会保障法（Social Security Act of 1935）も立法されている。これは保険制度を採用しているうえに、適用除外の範囲も大きく、本格的な福祉立法というには程遠いものであったが、それでも個人主義倫理に反するという批判を呼ぶには十分であった。Rabin, supra note 4, at 1247-48.

(25) Rabin, supra note 4, at 1247-48, 1252. 橋本・前出注（1）六二～六五頁。

(26) 独立規制委員会と執行府行政機関のいずれに規制を行わせるかについては、特に基準はなかったという指摘がある。Feller, Prospectus for the Further Study of Federal Administrative Law, 47 Yale L. J. 647, 652-53 (1938). ICCが独立規制委員会という態様で設立された理由としては、その州レベルにおける同種の行政機関のあり方が参照されたこと、政治的影響からの独立が望ましいことなどが挙げられるが、そもそも、立法者の関心をそれほど引く論点ではなかった。Cushman, supra note 13, at 61-62.

(27) Lee, The Origins of Judicial Control of Federal Executive Action, 36 Geo. L. J. 287, 297 (1948).

(28) 4 K. Davis, Administrative Law Treatise §23:4 (2d ed. 1984).

(29) Katz, Federal Legislative Courts, 43 Harv. L. Rev. 894, 915-16 (1930).

(30) 司法審査に関する裁判所の態度が、B型として確立する一九三〇年代末から一九四〇年代初頭のいくつかの判決に現れて以来、判例・論文上しばしば用いられている表現である。例えば、「裁判所と行政機関は全く独立・無関係に正義を実現する装置ではない。裁判所と行政機関は法の目的を達成するために選択された手段であり、制定法の文言は、両者の連携的な（co-ordinated）行為によってその目的が達せられるように解釈されなければならない」United States v. Morgan, 307 U. S. 183, 191 (1939)（いわゆる Morgan III）という一節を引いて、ブラウンは、「行政機関の司法審査は、〔広義の〕政府の一機関が他の機関に対して行う干渉ではなく、正義実現における通常のステップに過ぎぬと考えられるであろう」と述べている。Brown, Fact and Law in Judicial Review, 56 Harv. L. Rev. 899, 928 (1943). またジャフィは、ブランダイス裁判官の次の立言を、行政機関と裁判所のパートナーシップの標準的な定式としている。「法の優越（supremacy of law）の要請上、

誤った法の準則が適用されていないかどうかは、必ず裁判所によって審査されるが、その法準則の適用されるべき事実的判断が正しいかどうかは、常に審査されるわけではない。」St. Joseph Stock Yards Co. v. United States, 298 U. S. 38, 84 (1936)（ブランダイス少数意見）. L. Jaffe, Judicial Control of Administrative Action 546 (1965).

その他、パートナーシップに相当する言葉を用いる例に次のものがある。United States v. Morgan, 313 U. S. 409, 422 (1941)（いわゆる Morgan IV）は、「正義実現のための協働的装置（collaborative instrumentalities）」と述べ、F. Cooper, Administrative Agencies and the Courts 307 (1982) は、「裁判所と行政機関は、立法意図の達成という共同責任を分担する、連携的な正義実現装置（coordinate instrumentalities of justice）と考えられるべきだというドクトリン」としている。その他、White, supra note 14, at 225, 229, 230, 237 (1974); Leventhal, Environmental Decisionmaking and the Role of the Courts, 122 U. Pa. L. Rev. 509, 511-12 (1974); M. Shapiro, The Supreme Court and Administrative Agencies 102-03 (1968); Note, Remedies Against the United States and Its Officials, 70 Harv. L. Rev. 827, 903 (1957) などにも同様の表現が見られる。

近時、いわゆるハードルックを提示する判例で、再びこの表現が強調されている。Greater Boston Television Corp. v. FCC, 444 F. 2d 841, 851 (D. C. Cir. 1970), cert. denied, 403 U. S. 923 (1971) では、「行政機関と裁判所は公益促進のためにパートナーシップを組んできた」、また Environmental Defense Fund v. Ruckelshaus, 439 F. 2d 584, 597 (D. C. Cir. 1971) では、「長年にわたって成果を挙げてきた行政機関と審査裁判所との協働関係（collaboration）」と述べられている。もっともここでは、強度の審査を行う際の枕言葉として用いられているようであり、必ずしも本稿で紹介する原意に即した用法ではないように思われる。

(31) Gellhorn & Robinson, Perspectives on Administrative Law, 75 Colum. L. Rev. 771, 772 (1975); L. Jaffe, supra note 30, at 3-10. 教科書類で行政法の歴史的概観がなされるときには、一九世紀の行政やコモンロー上の救済方式に言及されることがあっても、それが分析対象となることはまずないといってよいであろう。B. Schwartz, Administrative Law §1. 10 (2d ed. 1984); K. Davis, Administrative Law Text §1. 04 (3d ed. 1972); S. Breyer & R. Stewart, Administrative Law and Regulatory Policy 22-40 (2d ed. 1985) など。

(32) Stewart, The Reformation of American Administrative Law, 88 Harv. L. Rev. 1667, 1671-87 (1975)（一八八〇年代から一九六〇年代までの「伝統的モデル」）; Rabin, Administrative Law in Transition: A Discipline

in Search of an Organizing Principle, 72 Nw. U. L. Rev. 120, 120-35 (1977)（伝統的行政法のアプローチを要約）; Gellhorn & Robinson, supra note 31, at 773（行政法の基本的概念はＡＰＡ以来変わっていない）; S. Breyer & R. Stewart, supra note 31 at 32-35.

(33) 州際通商委員会（ＩＣＣ）の最初期の制度および連邦最高裁の対応がこのことを物語っている。後出注（43）～（52）およびその該当する本文を参照。

(34) 「〔新たな〕公法原則は、行政的正義はコモンローの伝統に従って配分されなければならないとする従来の古い理論を否定するものである。」Cooper, Administrative Justice and the Role of Discretion, 47 Yale L. J. 577, 588 (1938). また R. Cushman, supra note 13, at 692 も同旨である。

(35) 後出注（214）～（227）およびその該当する本文を参照。

(36) Stason, "Substantial Evidence" in Administrative Law, 89 U. Pa. L. Rev. 1026, 1044 (1941); Schwartz, Judicial Review of Administrative Action: Mixed Questions of Law and Fact, 50 Geo. L. J. 684, 694-96 (1962); Monaghan, Marbury and the Administrative State, 83 Colum. L. Rev. 1, 23 (1983).

(37) Stason, supra note 36, at 1029, 1034-35; Koch, Judicial Review of Administrative Discretion, 54 Geo. Wash. L. Rev. 469, 471 (1986).

(38) Stason, supra note 36, at 1031-33; Schwartz, supra note 36, at 688; Levin, Identifying Questions of Law in Administrative Law, 74 Geo. L. J. 1, 4, 10 (1985).

(39) この論争は、田島裕「行政裁量行為の恣意性について の司法審査」〔一九七〇〕アメリカ法二〇五頁（一九七〇）で紹介されている。

(40) いわゆる事実的判断に対する司法審査の限定を、行政機関における手続保障と専門性の双方から正当化するのが通常の方法である。例えば J. Landis, supra note 3, at 142-44 の記述は、その好例である。しかし、実質的証拠基準を生み出した初期のＩＣＣ関連判決を見るならば、手続保障よりもむしろ、行政機関の専門性の方に重点が置かれているように思われる。しかも、一九七〇年代以降の展開を見ると、ますます、手続保障による正当化の方は、補充的な位置しか占めないように思われるのである。後出注（285）～（288）およびその該当する本文を参照。

(41) ＩＣＣの初期の判例において裁判所の態度が変更されたことを明確に指摘する文献に、Young, Public Rights and the Federal Judicial Power: From Murray's Lessee through Crowell to Schor, 35 Buffalo L. Rev. 765, 813-16 (1986); Hankin, Conclusiveness of the Federal Trade Commission's Findings as to Facts, 23 Mich. L. Rev. 233, 237-45 (1925); Lee supra note 27, at 301-06 がある。

(42) B型思惟律を成立させた行政分野についての判例や、A型思惟律の用いられている行政分野の判例が、それぞれその他方を引用することは、筆者の調査した限りでは、あまり見られない。逆に、Crowell v. Benson, 285 U. S. 22, 88-93 (1932) におけるブランダイス意見は、両者を一括して考えるべきではないことを明確に述べている。後出注 (71) およびその該当する本文を参照。なお、Young, supra note 41, at 815-18 の記述も参照。

(43) 24 Stat. 379 (1887). 同法に関する立法時の議論は B. SCHWARTZ, supra note 2, at 31-578 に収録されている。

(44) I. SHARFMAN, supra note 13, at 25-35.

(45) Wyman, Jurisdictional Limitations upon Commission Action, 27 Harv. L. Rev. 545, 560 (1914); Lee, supra note 27, at 301; Stason, supra note 36, at 1039; B. SCHWARTZ, supra note 2, at 19-20, 593; I. SHARFMAN, supra note 13, at 22-23.

(46) Hankin, supra note 41, at 238-39; Dickinson, Crowell v. Benson: Judicial Review of Administrative Determinations of Questions of "Constitutional Fact", 80 U. Pa. L. Rev. 1055, 1061 (1932); Wyman, supra note 45, at 552 n. 16.

(47) ICC v. Alabama Midland Ry. Co., 168 U. S. 144, 175-76 (1897). その他 ICC v. Chicago, Great Western Ry. Co., 209 U. S. 108, 123 (1908); Cincinnati, New Orleans and Texas Pacific Ry. Co. v. ICC, 162 U. S. 184, 196 (1895); Texas & Pacific Ry. Co. v. ICC 162 U. S. 197, 239 (1896) も同様の判示をしている。

(48) Lee, supra note 27, at 302, 305.

(49) Wyman, supra note 45, at 553-54 n. 20.

(50) Cincinnati, New Orleans and Texas Pacific Ry. Co. v. ICC, 162 U. S. 184, 196 (1895). また Lee, supra note 27, at 302 を参照。

(51) Illinois Central R. R. Co. v. ICC, 206 U. S. 441, 454 (1907).

(52) Texas & Pacific Ry. Co. v. ICC, 162 U. S. 197, 238-39 (1895); Louisville and Nashville R. R. Co. v. Behlmer, 175 U. S. 648, 675-76 (1900); East Tennessee, Virginia & Georgia Ry. Co. v. ICC, 181 U. S. 1, 27-28 (1901); ICC v. Clyde Steamship Co., 181 U. S. 29, 32-33 (1901). この点については Hankin, supra note 41, at 239 を参照。

(53) Hepburn Act of 1906, 34 Stat. 584 (1906). 同法立法時の議論は B. SCHWARTZ, supra note 2, at 609-994 に収録されている。

(54) グランジャー法に至る当時の政治上の諸勢力の状況については White, supra note 14, at 199-200; Rabin, supra note 4, at 1225, 1227-28 を参照。

(55) I. SHARFMAN, supra note 13, at 45-47; B. SCHWAR-

TZ, supra note 2, at 594; Rabin, supra note 4, at 1227; R. CUSHMAN, supra note 13, at 70-76.

(56) White, supra note 14, at 201-204; R. CUSHMAN, supra note 13, at 76.

(57) ICCの命令を賠償命令とそれ以外の命令にわけ、前者を、通常の損害賠償と同様、裁判所の第一審的な審理のもとにおき、「一応の証拠」の文言も残された。34 Stat. 590 (1906). 他方、本稿が問題とする、賠償命令以外のものについては、その審理態様について何も立法されなかったのである。Stason, supra note 36, at 1029, 1040; Lee, supra note 27, at 306-07; Hankin, supra note 41, at 240; Young, supra note 41, at 814.

(58) Stason, supra note 36, at 1029-30, 1040; I. SHARFMAN, supra note 13, at 388 がこのことを強調している。その他 Hankin, supra note 41, at 237, 240, 241-44; Young, supra note 41, at 814 も同旨。

(59) ICC v. Illinois Central R. R. Co., 215 U. S. 452, 470 (1910).

(60) J. DICKINSON, supra note 3, at 159-67. 特に前注(59)の判決は、始審的審理 (de novo review) の終焉を告げ、制限的司法審査という現代行政法の考え方を採用したものと評されている。Rabin, supra note 4, at 1234.

(61) 「ICCの命令の便宜・見識 (expediency and wisdom) は審査しない。「〔ICCの〕結論は、証拠の裏付けがある限り、終局的なものとして認められる。」「〔ICCの命令が維持されるためには〕一片の証拠による証明 (a mere scintilla of proof) では不足で、それを裏付ける実質的証拠 (substantial evidence) がなくてはならない。」ICC v. Union Pacific R. R. Co., 222 U. S. 541, 547 (1912). また、Dickinson, Judicial Review of Administrative Determinations, A Summary and Evaluation, 25 Minn. L. Rev. 588, 593 n. 14 (1941) を参照。

(62) ICC v. Louisville & Nashville R. R. Co., 227 U. S. 88, 92, 93, 94, 98-100 (1913).

(63) 「司法審査において、ICCの判断を一応の証拠とするだけでなく、終決的に正しい (conclusively correct) とした修正法は、立法意図における進歩的な〔あるいはプログレッシブの〕展開 (progressive evolution) を示すものである。」United States v. Louisville & Nashville R. R. Co., 235 U. S. 314, 320 (1914).

(64) Stason, supra note 36, at 1029-30, 1040-41; Stern, Review of Findings of Administrators, Judges and Juries: A Comparative Analysis, 58 Harv. L. Rev. 70, 74 (1944) (歴史的に a judge-made rule である); Lee, supra note 27, at 304-06.

(65) White, supra note 14, at 216, 231.

(66) この判決直後に「実質的証拠の裏付け」を明示した立法例として、連邦取引委員会法がある。Federal Trade

Commission Act, 38 Stat. 719, 720 (1915). 同法の起草過程ではＩＣＣ関連の判例が参照されていた。Stason, supra note 36, at 1042-44. 以後の立法はこの規定を雛形とし、多少字句を変更させながらも同じ思想を受け継いでいく。実質的証拠を定める初期の立法例については、Stason, supra note 36, at 1026-29; Stern, supra note 64, at 75-76 に資料がある。

(67) Dickinson, supra note 61, at 593-94 n. 16; Stern, supra note 64, at 75-76; 5 K. Davis, supra note 28, §29: 1.

(68) 司法審査の内容は次のように規定されていた。「裁判所は委員会からの記録に基づいて、その命令が合理的で法に沿った (reasonable and in conformity with law) ものであるかを判断する。」Ohio Valley Water Co. v. Ben Avon Borough, 253 U. S. 287, 291 (1920);「法に沿ってないし (not in accordance with law) とき、……当該命令は取り消される。」Crowell v. Benson, 285 U. S. 22, 44 (1932); St. Joseph Stock Yards Co. v. United States, 298 U. S. 38, 73 (1936) (司法審査規定は、ＩＣＣのそれが準用される).

(69) Dickinson, supra note 46, at 1072.

(70) Ohio Valley Water Co. v. Ben Avon Borough, 253 U. S. 287, 297-98 (1920).

(71) Crowell v. Benson, 285 U. S. 22, 88-93 (1932).

(72) St. Joseph Stock Yards Co. v. United States, 298 U. S. 38, 75, 77, 84 (1936).

(73) L. Jaffe, supra note 30, at 546.

(74) 5 U. S. C. §701-06 (1982).

(75) ＡＰＡの中心的起草者であったＷ・ゲルホーンが最近回顧したところでは、同法は既に存在していた法の宣言であり、修正を試みた部分は僅かであったという。Gellhorn, The Administrative Procedure Act: The Beginnings, 72 Va. L. Rev. 219, 232 (1986). 当時の文献としては、Shine, Administrative Procedure Act: Judicial Review "Hotchpot"?, 36 Geo. L. J. 16, 17, 29-31 (1947) がある。

(76) L. Jaffe, supra note 30, at 546; Levin, supra note 38, at 9.

(77) Schwartz, supra note 36, at 685-86; Levin, supra note 38, at 10.

(78) Schwartz, supra note 36, at 685; Monaghan, Constitutional Fact Review, 85 Colum. L. Rev. 229, 234 (1985).

(79) 前出注 (52) に引用した判決を参照。

(80) 例えば Texas & Pacific Ry. Co. v. ICC, 162 U. S. 197, 238-39 (1895) が明示している。

(81) 前出注 (59)〜(62) およびその該当する本文を参照。

(82) このことに言及する例として、Schwartz, supra note

36, at 685; Levin, supra note 38, at 10; Lee, supra note 27, at 302-06; J. Dickinson, supra note 3, at 168-70, 318-19 などがある。その結果、これらの論者はその区別の実質をどう理解し、またはどう表現するかについて、それぞれの工夫を凝らすことになる。この工夫については、後出注（142）～（150）およびその該当する本文で扱う。

（83）Stern, supra note 64, at 81-83, 100-01 は、事実的判断の尊重について、陪審や事実審と行政機関とが、全く異なる正当化の契機を有することを指摘している。また、後出注（252）（253）およびその該当する本文を参照。さらに、実際の判断内容を見ても、両者は異なる。後出注（141）およびその該当する本文を参照。

（84）なお、同じ「事実問題」という言葉を用いる例が、第二章で述べた公有地判例にもあるが、これは、「法律問題・事実問題」の枠組みの中で用いられたものではないので、区別が必要である。第二章注（73）～（76）およびその該当する本文を参照。また、第一章注（130）およびその該当する本文も参照。

（85）B型の思惟律のもとにおける「事実問題」の意義については、後出注（200）～（221）、（244）～（284）およびその該当する本文を参照。

（86）J. Dickinson, supra note 3, at 168.

（87）後出注（203）～（213）およびその該当する本文を参照。なお、本文では、「法律問題・事実問題」の枠組みを中心的に扱ったが、「実質的証拠の裏付け」についても、同様の問題が生じている。民事におけるそれとの機能的な比較については Stern, supra note 64, at 76-77, 80-93 を参照。そして、司法審査の文脈におけるこの語の内実（二通りの意味を有する）については、後出注（198）～（221）、（263）～（272）およびその該当する本文を参照。

（88）A Restatement of Scope-of-Review Doctrine, 38 Admin. L. Rev. 235 (1986); Levin, Scope-of-Review Doctrine Restated: An Administrative Law Section Report, 38 Admin. L. Rev. 239 (1986); Levin, Federal Scope-of-Review Standards: A Preliminary Restatement, 37 Admin. L. Rev. 95 (1985); Koch, supra note 37, at 474 n. 13.

（89）S. 2408, 94th Cong., 1st Sess., 121 Cong. Rec. 29, 956 (1975). これは原案であるが、その後の変遷も含め次のものを参照。O'Reilly, Deference Makes a Difference: A Study of Impacts of the Bumpers Judicial Review Amendment, 49 U. Cin. L. Rev. 739 (1980); Levin, supra note 38, at 2-3; Diver, Statutory Interpretation in the Administrative State, 133 U. Pa. L. Rev. 549, 552 (1985); Pierce & Shapiro, Political and Judicial Review of Agency Action, 59 Tex. L. Rev. 1175, 1176-77, 1189-90 (1981).

（90）以下のような判断過程分析は、既にわが国で紹介され

ている部分が多い。橋本・前出注（1）一八六～一八九頁、川上・前出注（1）九州大学法政研究二六巻四号四一九～四二〇頁、川上・前出注（1）九大法学六号六三～六四頁、高柳・前出注（1）二五一頁、山川・前出注（1）法学協会雑誌一〇三巻二号二三二～二三六頁、四号六八二～六八三頁、六八七～六九一頁。

(91) Brown, supra note 30, at 902; Stern, supra note 64, at 96.

(92) S. Gifis, Law Dictionary 12 (2d ed. 1984). なお、付言すれば、証拠と証言は互換的に用いられることもある。Stason, supra note 36, at 1026 n. 1. しかし、当然のことながら、通常は証拠の方が、証言をも含みうる広い意味を持つ語である。Id. at 480. また real evidence（物証）と testimonial evidence（証言）という使いわけがなされることもある。Id. at 386; Morris, Law and Fact, 55 Harv. L. Rev. 1303, 1328 (1942).

(93) Bohlen, Mixed Questions of Law and Fact, 72 U. Pa. L. Rev. 111, 117 (1924). 証拠力の相対比較については S. Gifis, supra note 92, at 515 および田中英夫『英米法総論』四六九頁（一九八〇）を参照。

(94) S. Gifis, supra note 92, at 494 (directly established by testimony or evidence という事実).

(95) Brown, supra note 30, at 902.

(96) Stern, supra note 64, at 96; Zuckerman, Law, Fact or Justice?, 66 B. U. L. Rev. 487, 489 (1986).

(97) Brown, supra note 30, at 903.

(98) W. Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions 34 (1923); Stern, supra note 64, at 96.「推認」は、論理・経験則による推論（deduction）である。J. Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 263 (1898); Zuckerman, supra note 96, at 490; S. Gifis, supra note 92, at 84, 230 (by virtue of the common experience of man).

(99) ultimate facts は次のように定義されている。S. Gifis, supra note 92, at 494 (evidence と a conclusion of law の間にあるとされるもの。deducted by inference from evidentiary facts という事実); Brown, supra note 30, at 902 (evidentiary facts から導かれる結論); Morris, supra note 92, at 1326（法的効果の付与される事実）.

(100) 高柳・前出注（1）および山川・前出注（1）は、「究極的事実」と訳している。本稿では「最終事実」と訳した。

(101) Morris, supra note 92, at 1325 n. 44; W. Hohfeld, supra note 98, at 34.

(102) Stern, supra note 64, at 97; S. Gifis, supra note 92, at 84, 187.

(103) J. Thayer, supra note 98, at 197（法は最終事実に効果（consequences）を直接付与する）; Morris, supra note 88, at 1326（最終事実は、事象のうち、法的効果（legal

consequences）が付与される部分を描いたものである），1328（a conclusion of law は事象に法的効果（legal effects）を与えたときに生じるもの）；S. Gifis, supra note 92, at 494（最終事実は the final conclusion of law の基礎となるもの）；Zuckerman, supra note 96, at 490（法が効果を与える対象として，ultimate facts, material facts, operative facts, dispositive facts がある）．

(104) J. Thayer, supra note 98, at 22（一七八六年のトンスフィールドの言葉に遡る）．

(105) Stern, supra note 64, at 94; Brown, supra note 30, at 903-04.

(106) Stern, supra note 64, at 93.

(107) Bohlen, supra note 93, at 112; Stern, supra note 64, at 96.

(108) Stern, supra note 64, at 93-94; Brown, supra note 30, at 904.

(109)「法準則が最終事実に法的効果を付与する場面に問題が生じる。」Brown, supra note 30, at 903; Stern, supra note 64, at 97; Morris, supra note 92, at 1328-29.

(110) Morris, supra note 92, at 1329. 何が「最終事実」であるかは，法律が何に法効果を与えているかによって知ることができる（逆にいえば，最終事実は法律に述べられている）から，最終事実の内容として，様々な具体的事実が取捨選択される過程で，必然的に法的考慮が入らざるを得ないのである。Zuckerman, supra note 96, at 492.

(111) Stern, supra note 64, at 97-99. これは混合問題の内実を明快に分析した論稿である。

(112) Nathanson, Administrative Discretion in the Interpretation of Statutes, 3 Vand. L. Rev. 470, 473-78 (1950); Jaffe, Judicial Review: "Substantial Evidence on the Whole Record", 64 Harv. L. Rev. 1233, 1258-59 (1951); Woodward & Levin, In Defence of Deference: Judicial Review of Agency Action, 31 Admin. L. Rev. 329, 337-39 (1979); J. Dickinson, supra note 3, at 237-38, 315; Stern, supra note 64, at 97-99; Brown, supra note 30, at 904-05, 907; Bohlen, supra note 93, at 115; Schwartz, supra note 36, at 689, 693; Levin, supra note 38, at 10-11; 5 K. Davis, supra note 28, §§29:9-29:14. また，判例では NLRB v. Hearst Publications, Inc., 322 U. S. 111, 131 (1941) がある。さらに，園部・前出注（1）九二頁を参照。

(113) Schwartz, supra note 36, at 689; Brown, supra note 30, at 905-07; Levin, supra note 38, at 10-11; Cooper, supra note 34, at 582-83. また，全米労働関係局（NLRB）に関する例については山川・前出注（1）が詳しい。

(114) 後出注（142）〜（150）およびその該当する本文を参照。

(115) 高柳・前出注（1）二四九〜二五九頁および，山川・前出注（1）法学協会雑誌一〇三巻二号二三二〜二三六頁，

四号六八二～六九一頁、七一五～七二四頁を見る限り、「推論」「究極的事実」の過程、法の適用の過程、および法の解釈の過程の相互関係が明らかにされていないように思われる。

(116) L. Jaffe, supra note 30, at 548-50, 596-600.

(117) Levin, supra note 38, at 10 n. 55.

(118) Jaffe, supra note 112, at 1241-42.

(119) Jaffe, supra note 112, at 1241-42; J. Dickinson, supra note 3, at 68, 238, 319.

(120) J. Dickinson, supra note 3, at 55; Brown, supra note 30, at 903-04. 特に推認と《個別化の過程》との実際的な区別は困難なことが多いと思われる。

(121) Jaffe, supra note 112, at 1241-42; Brown, supra note 30, at 900-05; Stern, supra note 64, at 96-97; Levin, supra note 38, at 10. 川上・前出注（1）九州大学法政研究二六巻四号四二〇頁、高柳・前出注（1）二五三頁。

(122) Morgan v. United States, 298 U. S. 468, 481(1936)（いわゆる Morgan I).

(123) Akron, C. & Y. Ry. Co. v. United States (The New England Divisions Case), 261 U. S. 184, 203-04 (1923); Federal Radio Commission v. Nelson Bros. Bond & Mortgage Co., 289 U. S. 266, 277 (1933).

(124) Virginian Ry. Co. v. United States, 272 U. S. 658, 663 (1926).

(125) Washington ex rel. Oregon R. R. & Navigation Co. v. Fairchild, 224 U. S. 510, 528 (1912)（ワシントン州の公益事業委員会の決定の司法審査の事案).

(126) Gray v. Powell, 314 U. S. 402, 412 (1941).

(127) Woodward & Levin, supra note 112, at 331, 337; Levin, supra note 38, at 39 n. 225.

(128) United States v. Louisville & Nashville R. R. Co., 235 U. S. 314, 320 (1914). 引用部分は、具体的事実に争いがないことを理由に、下級審判決が《個別化の過程》について判断代置をした点を批判する箇所で述べられたものである。

(129) J. Landis, supra note 3, at 142-44; Stern, supra note 64, at 74, 76, 82; Schwartz, supra note 36, at 686-87; Cooper, supra note 34, at 583, 595, 597, 599; Woodward & Levin, supra note 112, at 338. 判例が行政機関の専門性に言及することは極めて多い。以上の文献が引用する判例を参照。

(130) Isaacs, The Law and the Facts, 22 Colum. L. Rev. 1, 8-9 (1922); Fuchs, Concepts and Policies in Anglo-American Administrative Law Theory, 47 Yale L. J. 538, 544-45 (1938); Cooper, supra note 34, at 581-83, 587; J. Dickinson, supra note 3, at 167 n. 14. また、シャトーも同旨である。Jaffe, supra note 112, at 1258-59.

(131) Stern, supra note 64, at 97-98, 106; Jaffe, supra note 112, at 1258 (関連性について); Levin, supra note 38, at 22; J. Landis, supra note 3, at 145; L. Jaffe, supra note 30, at 555-56; Monaghan, supra note 36, at 29.

(132) Schwartz, supra note 36, at 693-94; Davis, "Judicial Control of Administrative Action": A Review, 66 Colum. L. Rev. 635, 670 (1966); Levin, supra note 38, at 10-11.

(133) L. Jaffe, supra note 30, at 554, 563.

(134) L. Jaffe, supra note 30, at 554, 556, 563; Jaffe, supra note 112, at 1259-60. また Levin, supra note 38, at 11; Stern, supra note 64, at 97 も同旨。

(135) H. Friendly, The Federal Administrative Agencies 14-17 (1962); Monaghan, supra note 36, at 29; L. Jaffe, supra note 30, at 562-64; Woodward & Levin, supra note 112, at 337-38, 339. この現象は、司法判決のアナロジーによって説明されることが多く、本文もそれに沿った。しかし、行政機関による一般的基準の定立は、必ずしも個々の判断の結晶化の場合に限定されるものではない。行政機関は、(規則制定を用いない場合でも) 一時に基準を立てることもできることに留意しておく必要があるであろう。

(136) ディキンソンおよびランディスは、それぞれの一九三〇年前後の著作において、いずれもこのような一般的基準が形成される事実を認めている。しかしながら、この一般的基準に規則制定の場合と共通の要素があることを認めつつも、裁決の中で形成された場合は、それは裁判所が判断すべき問題となり、行政裁量として扱われるべきではないと主張している。J. Dickinson, supra note 3, at 170; J. Landis, supra note 3, at 149-151. しかし、その後の判例の展開を見るとこれは首肯しがたい考え方といえよう、後出注 (137) (147) (155) およびその該当する本文を参照。なお、念のため付言しておくと、裁判所が従来の法律解釈を変更し、従来、行政の裁量に委ねられるとしていたものを、裁判所の独立の解釈によって新たな準則を宣言し、それが行政機関が定立していた一般的基準と同じものであった場合は、表面的には、ディキンソンおよびランディスの主張と似たことになるが、理論上は、区別されるべきであろう。本稿ではこの現象については扱っていない。

(137) 基準定立の裁量の問題については、後出注(222)〜(227) およびその該当する本文 (基準定立裁量の司法審査)、注 (290) およびその該当する本文 (規則制定の場合との対比から生じる問題) を参照。なお、基準定立の裁量という名称に関し、後出注 (140) を参照。

(138) Diver, Policymaking Paradigms in Administrative Law, 95 Harv. L. Rev. 393, 401-08 (1981); Stern, supra note 64, at 106-09 (一般的原則という語を用いる); Co-

oper, supra note 34, at 596-97 nn. 72 & 73.

(139) 本章Ⅲ二「(2) 個別化裁量の法律上の外延」および「(3)(b) 個別化裁量が認められない場合」を参照。なお、事実認定の問題については、「(4)《証拠評価・推認の過程》に対する司法関与のあり方」で扱う。また、当然のことながら、本稿でいう境界確定の作業も、非裁量の一部である。後出注(177)〜(180)およびその該当する本文を参照。以上の構造については、「序」(5)を参照。

(140) なお、以上のような概念を用いるにあたっては、次の論文に言及しておく必要があるであろう。Koch, supra note 37 は、裁量と法律の関係を、法律に対する例外設定、法律の設定した枠組みの穴埋め、枠組みの設定それ自体（対立する価値そのものの調整）が法律によって委ねられるものの三つに類型化し、それぞれの場合における裁判所の関与の強弱を論じるものである。このうち、「例外設定の裁量（individualizing discretion）」は、行政の実施過程にいる行政官（implementing officer）が、個別的正義のために法律に反した行為を行ないうる局面での裁量を意味している。これは、行政の実施過程を視野に入れた場合に考えるべき裁量現象と思われ、本稿の射程を越えるものである。これに対し、「執行裁量（executing discretion）」と「政策形成裁量（policymaking discretion）」が、本稿と同様の考察対象を扱うものといえる。本稿の観点よりすれば、「執行裁量」と「政策形成裁量」のいずれにおいても、なお個別化裁量と基準定立裁量を区別することができるであろう。つまり個別化裁量も、個別化裁量を母胎として定立された一般的基準も、法律が設定した目的に沿ったものに過ぎない場合もあれば、対立する価値判断を行政機関が行なった結果であるものもあろう。本稿では両者を区別していない。

(141) Levin, supra note 38, at 20; Monaghan, supra note 36, at 29 n. 173; Stern, supra note 64, at 105-06. なお、「法律問題」事実問題」の区別に際しての、陪審へのアナロジーの不適切さという点については、前出注(83)およびその該当する本文を参照。

(142) 本稿で用いた表現方法は、用語に多少の差異はあるものの、Levin, supra note 38; Monaghan, supra note 36; Stern, supra note 64 の考え方に依拠したものである。

(143) J. Dickinson, supra note 3, at 313 n. 20; Schwartz, supra note 36, at 693.

(144) 判例では NLRB v. Hearst Publications, Inc., 322 U. S. 111, 131 (1944) が、論文では J. Dickinson, supra note 36, at 168, 312-18; Brown, supra note 30, at 904-05, 907, 911, 914 がその典型的な例である。この表現方法の存在に言及するものに Levin, supra note 38, at 27-28; Stern, supra note 64, at 105-06; Schwartz, supra note 36, at 693 がある。

(145) Levin, supra note 38, at 27（本当の意味での判定基

準ではなく、事後のラベリングに過ぎない)．また、このような区別が、そもそも実際上不可能という観点から、同じ指摘をするものもある。Schwartz, supra note 36, at 693-94. 具体的に述べると、本稿では、個別化裁量が否定される場合と理解する判決（本章Ⅲ二「(3)（b）個別化裁量が認められない場合」で扱う）をどう理解するかの点に、この表現方法の弱点が現れる。この立場によれば、裁量が否定されている以上、それをなお解釈（一般性）の事案と整理することになる。Brown, supra note 30, at 905, 911-16. しかし、その事案を見たかぎりでは適用の場面といえるのであるから、もはや解釈・適用という区別はその役割を果たしていないといえよう。

(146) Monaghan, supra note 36, at 29-30; Stern, supra note 64, at 106; Levin, supra note 38, at 27 n. 154; B. Schwartz, § 10. 30, at 652-54.

(147) Stern, supra note 64, at 105-06. 例えばブラウンは、行政機関は、最低限、事実審が法律審から受けるのと同じ程度のコントロールを受けるべきであろうという論じ方をしている。Brown, supra note 30, at 927-28. ディキンソンも、法律・事実の区別の基準を考察するにあたって、陪審からヒントを得て、それと同じものを用いようとしている。J. Dickinson, supra note 3, at 168-70, 315-18. また、J. Landis, supra note 3, at 150 も上級審・下級審の関係に言及している。

(148) ここでは、「行政解釈に対する尊重的審査」という表現になって現れる用語法を念頭においている。その好例は、行政手続法（APA）の基本報告書となった司法長官委員会リポートの記述である。S. Doc. No. 8, 77th Cong., 1st Sess. 90-91 (1941). また、法律解釈の権限（interpretive authority）を司法裁判所と行政機関のいずれにふりわけるべきかという表現を用いるものも、その一例と考えられる。Diver, supra note 89; Farina, Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State, 89 Colum. L. Rev. 452 (1989).

(149) このような語法の下では、「裁判所は何が法であるかを宣言する」という Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 177 (U. S. 1803) 以来の確信と、「行政解釈」が裁判所を拘束しうるという、一見矛盾した表現とが両立することになる。Scalia, Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law, 1989 Duke L. J. 511, 513-14 (1989). しかし、両者は、その内実においては矛盾しないのである。Monaghan, supra note 36; Levin, supra note 38 は、ともにこのことを主張する論文である。本稿では、出来るかぎり、その内実を表しうるような表現を用いることとした。

(150) 「序」(5)を参照。

(151) Stern, supra note 64, at 98, 107-09; Levin, supra note 38, at 20-22, 24, 41-42; Monaghan, supra note 36, at 25-27, 30, 61; Woodward & Levin, supra note 112,

at 339; Koch, supra note 37, at 479-80. さらに、Diver, supra note 89, at 570-71, 593-96 を参照。

(152) L. Jaffe, supra note 30, at 572-75.

(153) レビンによれば、ジャフィが「明らか」という形容を用いたのは、裁判所が独立に法の意義を解釈するときでも行政解釈の尊重がありうることを加味してのことで、本質的な意義を持つものではないという。Levin, supra note 38, at 37-40.

(154) Nathanson, supra note 112, at 474-76; Woodward & Levin, supra note 112, at 339; Koch, supra note 37, at 479-80. 判例の中で、このような説明方法を明示的に採用するものとして Gray v. Powell, 314 U. S. 402, 411-12 (1941); Rochester Telephone Corp. v. United States, 307 U. S. 125, 145 (1939) がある。

(155) Stern, supra note 64, at 106; Scalia, supra note 149, at 516-17. 前出注（136）（137）を参照。

(156) 行政裁量の正当化概念としての専門性に言及するものとして、例えば Stewart, supra note 32, at 1676-79.

(157) J. Landis, supra note 3, at 144-45, 152. ランディスは、《証拠評価・推認の過程》に対する制限的司法審査の根拠付けにも、専門性を用いている。後出注（254）およびその該当する本文を参照。

(158) Brown, supra note 30, at 927-28.

(159) 租税や公有地判例で、「この問題は裁量に委ねられ、その専門的判断に委ねられるべきである」という表現が見られる。J. Dickinson, supra note 3, at 269; Brown, supra note 30, at 922-23.

(160) Diver, supra note 85, at 574-92; Levin, supra note 38, at 43-44.

(161) J. Freedman, Crisis and Legitimacy 46-51 (1978); Getman & Goldberg, The Myth of Labor Board Expertise, 39 U. Chi. L. Rev. 681 (1972)（NLRBの専門性の神話）; White, supra note 14, at 234; Levin, supra note 38, at 44.

(162) Stewart, supra note 32, at 1781-90.

(163) 例えば J. Freedman, supra note 161, at 44-46 など。

(164) 5 K. Davis, supra note 28, §29: 14（唯一ではないが、主要な判定基準）; J. Landis, supra note 3, at 152-55; Dickinson, supra note 61, at 592-93. この立場によれば、Levin, supra note 38, at 43; L. Jaffe, supra note 30, at 579-85; Jaffe, The Illusion of the Ideal Administration, 86 Harv. L. Rev. 1183, 1187 (1973); Brown, supra note 30, at 921-28 が言及している。

(165) 5 K. Davis, supra note 28, §29: 14（必ずしも判例を説明する意図ではない）.

(166) J. Landis, supra note 3, at 153; 5 K. Davis, supra note 28, §29: 14, at 393. ブラウンは、前出注（158）のほか、この点でも専門性の立場に批判的である。Brown,

supra note 30, at 926-27.

(167) Levin, supra note 38, at 43-44; L. Jaffe, supra note 30, at 579, 584.

(168) Scalia, supra note 149, at 514. なお後出注(186)に該当する本文における「専門性」「能力比較」との区別に留意が必要である。

(169) Stern, supra note 64, at 100; J. Landis, supra note 3, at 44-45; Koch, supra note 37, at 470; Hughes, New York Times, February 13, 1931, at 18 (ヒューズ最高裁長官の講演).

(170) Stern, supra note 64, at 100.

(171) Cooper, supra note 34, at 581-83, 599.

(172) Gray v. Powell, 314 U. S. 402, 411-12 (1941).

(173) Stern, supra note 64, at 101 n. 134.

(174) Levin, supra note 38, at 44.

(175) なお、境界確定という判断と、非裁量における判断代置(独立の法律解釈)は、現実には、逆の順序で、しかも連続的に行なわれるものであろう。すなわち、裁判所は、その独立の解釈を可能な範囲で行い、裁量の外延を画した上で、その残りを行政裁量とするということになる。その意味では、全ては「法律解釈」をする中で決定されるわけである。しかし、本稿では、裁量の司法審査の構造を取り出すために、この「法律解釈」を二つに分解して考えている。すなわち、境界確定における(ある種の)法律解釈と、非裁量における法律解釈とである。境界確定を独立した作業として捉えることによって、B型だけでなくA型をも含めて、裁量の存否の判断構造の違いを把握することができるのである。なお、付言すれば、本稿は、さらにこの境界確定を審理態様とも連結させて考えている。本稿の用語法の説明については、「序」注(4)およびその該当する本文、さらに「序」(5)を参照。

(176) 第二の問題は、本章Ⅲ二「(3)(b) 個別化裁量が認められない場合」で、第三の問題は、本章Ⅲ二「(2) 個別化裁量の法律上の外延」でそれぞれ扱う。

(177) Koch, supra note 36, at 479, 482; Jaffe, supra note 112, at 1258.

(178) Scalia, supra note 149, at 517 (a wild-goose chase と形容する); Levin, supra note 38, at 40-42 (too inconclusive という).

(179) Scalia, supra note 149, at 515-17.

(180) いかなるときに裁量を認め、認めないべきかの判断(法律解釈)という問題について、伝統的な解釈論の立場から言及する例として Sunstein, Interpreting Statutes in the Regulatory State, 103 Harv. L. Rev. 405, 444-46 (1989); Farina, supra note 148 があり、裁判所と行政機関のいずれが能力を有するかという点から功利的アプローチを取る例として Diver, supra note 89 がある。後者の論文については後出注(191)を参照。

(181) 例えば O'Leary v. Brown-Pacific-Maxon, Inc., 340 U. S. 504, 506-07 (1951).

(182) Friendly, Chenery Revisited: Reflections on Reversal and Remand of Administrative Orders, 1969 Duke L. J. 199, 217 (1969); Stern, supra note 64, at 98.

(183) Levin, supra note 38, at 39; Woodward & Levin, supra note 112, at 336; 5 K. Davis, supra note 28, §29: 16, at 399.

(184) Nathanson, supra note 112, at 478; Farina, supra note 148, at 453-54.

(185) Monaghan, supra note 36, at 16, 27; Woodward & Levin, supra note 112, at 334-35, 337; Diver, supra note 89, at 565, 593.

(186) Woodward & Levin, supra note 112, at 332-35; Farina, supra note 148, at 454 n. 8; Scalia, supra note 149, at 517. また、Diver, supra note 89, at 562 n. 95 も参考になる（但、後出注（191）を参照）。さらに、行政解釈の取り扱いの例を収集したものとして Annotation, Effect of Practical or Administrative Construction of a Statute on Subsequent Judicial Cnstruction, 73 L. Ed. 322 (1928); Note, Supreme Court Evaluation of Administrative Determinations of Law: 1932-42, 56 Harv. L. Rev. 100 (1942); 5 K. Davis, supra note 28, §29: 16 がある。

(187) Monaghan, supra note 36, at 27-28; Nathanson, supra note 112, at 470, 490-92; Note, supra note 186, at 107-08; Farina, supra note 148, at 453-54. また、実際上の差異もあるという論者もいる。裁量とすると、行政機関の政策変更としてある程度の柔軟性が確保できるのに対し、非裁量とすると裁判所はそれほど解釈を変更することができないから、固定的になるという点が指摘されている。Scalia, supra note 149, at 517-19.

(188) Nathanson, supra note 112, at 470; Farina, supra note 148, at 454; Scalia, supra note 149, at 517.

(189) L. Jaffe, supra note 30, at 563.

(190) L. Jaffe, supra note 30, at 589. 後出注（222）～（227）およびその該当する本文を参照。

(191) なお、本文に述べたものとは異なるアプローチをするものが Diver, supra note 89 である。これは、本文で述べた行政解釈の尊重の二つの意義が、実際の判例では連続的に現れうることを述べた後、法律の解釈を、「法の発見（lawfinding）」の場合と「法の定立（lawmaking）」の場合とに分け、それぞれにおいて、行政解釈の尊重（広義：二つの意義）と裁判所による独立の判断（狭義：行政解釈を一切参酌しない）のいずれを選択すべきかという枠組みで、叙述を進めるものである。これと、本稿で述べたこととの対応関係は次の通りである。「法の発見」の場合において行政解釈を尊重することは、本稿でいう非裁量における行

政解釈の尊重に相当する。他方「法の定立」の場合において、裁判所が独立の判断をするときは、議会が裁判所に判例による展開を委ねた場合に相当し、行政解釈の尊重をするときは、行政裁量を認めたことになる。

(192) Stern, supra note 64, at 97, 98; Brown, supra note 30, at 908-11; Monaghan, supra note 36, at 29; Levin, supra note 38, at 22; L. Jaffe, supra note 30, at 555.

(193) 例えば交通法（一九二〇年）に代表されるように、規制行政の基本的思想が変更された場合（前出注（23）およびその該当する本文を参照）、要考慮要素・考慮禁止要素を通じて法の趣旨が争われうる。Akron, C. & Y. Ry. Co., v. United States (The New England Divisions Case), 261 U. S. 184, 189-95 (1923); United States v. Abilene & Southern Ry. Co., 265 U. S. 274, 284-86 (1924).

(194) L. Jaffe, supra note 30, at 555-56. 比重が裁量に委ねられるとする例として、Levin, supra note 38, at 22 および ICC v. Louisville & Nashville R. R. Co., 227 U. S. 88, 98 (1913) がある。また、関連性の判断が、裁量に委ねられることがある場合を示唆する例として、Jaffe, supra note 112, at 1258-59 および FPC v. Natural Gas Pipeline Co., 315 U. S. 575, 586-92 (1942) がある。

(195) Texas & Pacific Ry. Co. v. ICC, 162 U. S. 197, 217-19, 235, 238-39 (1896)（海運との競争状況）.

(196) その後も次のような判例が現れている。ICC v. Alabama Midland Ry. Co., 168 U. S. 144 (1897); Cincinnati, Hamilton, Dayton Ry. Co. v. ICC, 206 U. S. 142, 155-58 (1907); Illinois Central R. R. Co. v. ICC, 206 U. S. 441, 459 (1907).

(197) Levin, supra note 38, at 25; Friendly, supra note 182, at 217; L. Jaffe, supra note 30, at 589.

(198) Woodward & Levin, supra note 112, at 338; L. Jaffe, supra note 30, at 563. 判例では Virginian Ry. Co. v. United States, 272 U. S. 658, 663 (1926) が明確に示している。高柳・前出注（1）二五三頁もこの点を指摘している。

(199) Albertsworth, Judicial Review of Administrative Action by the Federal Supreme Court, 35 Harv. L. Rev. 127, 144 (1922); S. Doc. No. 8, 77th Cong., 1st Sess. 88 (1941); L. Jaffe, supra note 30, at 593; Levin, supra note 38, at 9 n. 46. 判例として ICC v. Louisville & Nashville R. R. Co., 227 U. S. 88, 92 (1913) がある。

(200) Brown, supra note 30, at 905-07; Levin, supra note 38, at 11. 判例として Virginian Ry. Co. v. United States, 272 U. S. 658, 665-66 (1926); Swayne & Hoyt v. United States, 300 U. S. 297, 304 (1937); Shields v. Utah Idaho Central R. R. Co., 305 U. S. 177, 180, 181 (1938) などがある。

(201) Stern, supra note 64, at 102-04.

(202) Id.

(203) Isaacs, supra note 130, at 8; Cooper, supra note 34, at 590 nn. 43 & 44; Jaffe, supra note 112, at 1259-60. 特にステイソンが、実質的証拠基準は、「事実的判断」の審査基準であって、裁量に対するものではないことを指摘しているのが注目される。Stason, supra note 36, at 1046, 1051. なお、比較的最近の論文に目を向けても、同様の指摘を見出すことができる。純粋な事実認定を超え、政策的判断にまで実質的証拠の基準を用いるのは、「実質的証拠テストの破産」だというものがある。Gellhorn & Robinson, supra note 31, at 789-90. また、実質的証拠の基準は、純粋な事実認定の過程に対してだけ用い、本稿でいう個別化裁量には「専断的・恣意的」という言葉を用いることにしているという裁判官もいる。Leventhal, supra note 30, at 540-41.

(204) Stern, supra note 64, at 102-03; Levin, supra note 38, at 11; Woodward & Levin, supra note 112, at 338. 園部・前出注（1）八五～九一頁。

(205) Gray v. Powell, 314 U. S. 402 (1941).

(206) NLRB v. Hearst Publications, Inc., 322 U. S. 111 (1944).

(207) 例えば Rochester Telephone Corp. v. United States, 307 U. S. 125, 145 (1939) および後出注（213）の判例がある。また Comments, Administrative Tribunals-Judicial Review of Administrative Interpretations of Statutory Provisions, 47 Mich. L. Rev. 675, 678 n. 11 (1949) を参照。

(208) O'Leary v. Brown-Pacific-Maxon, Inc., 340 U. S. 504, 507-08 (1951).

(209) Levin, supra note 38, at 11 n. 60.

(210) Stern, supra note 64, at 102-03; Levin, supra note 38, at 11; Woodward & Levin, supra note 112, at 338.

(211) Levin, supra note 38, at 24-25.

(212) Stern, supra note 64, at 103 n. 155; Schwartz, supra note 36, at 692; Comments, supra note 207, at 679（用語変化の代表例である NLRB v. Hearst (1944) が引用するのは、事実問題との名称を用いていた諸判例であることを指摘する）.

(213) 例えば Swayne & Hoyt v. United States, 300 U. S. 297, 304-05 (1937); South Chicago Coal & Dock Co. v. Bassett, 309 U. S. 251, 257-58 (1940); O' Leary v. Brown-Pacific-Maxon, Inc., 340 U. S. 504, 508 (1951).

(214) この定式については、後出注（266）～（269）およびその該当する本文を参照。

(215) J. Dickinson, supra note 3, at 167, 190, 193.

(216) Jaffe, Administrative Procedure Re-Examined: The Benjamin Report, 56 Harv. L. Rev. 704, 733 (1943). なお、行政機関が認定した事実群の中にも、結論導出のため

の根拠とはされないものがありうる。Friendly, supra note 182, at 221. 行政機関が、結論導出のためにある事実を用いなかったということは、それに関連性がないとの裁量的判断を行った結果であると考えるならば、裁判所は、行政機関が認定した事実群全体を考慮すべきであり、その視野を行政機関が依拠した事実にのみ限定すべきではないであろう。

(217) 後出注 (269)〜(270) およびその該当する本文を参照。

(218) Stern, supra note 64, at 77. また、判例としては Swayne & Hoyt v. United States, 300 U. S. 297, 304 (1937); South Chicago Coal & Dock Co. v. Bassett, 309 U. S. 251, 260 (1940); Norton v. Warner, 321 U. S. 565, 568 (1944).

(219) 後出注 (244)〜(245) およびその該当する本文を参照。

(220) Friendly, supra note 182, at 211. 個別化裁量の審査の典型例として、例えば Rochester Telephone Corp. v. United States, 307 U. S. 125, 144-46 (1939) は、行政機関の前にあった事実を要約した上で、そこから行政機関側の結論が導かれうることを是認している。

(221) Friendly, supra note 182, at 217-18, 223; L. Jaffe, supra note 30, at 589; Hankin, supra note 41, at 259-60 (「行政機関の結論を正当化するような事実なり状況なりが、記録上全く現れていない」とする判例を挙げる). 判断を正当化しうるような事実が全く見当たらないとされる場合は、個別化の判断のうち、関連性の判断を誤ったか、比重のかけ方が不適切であったか、あるいはその両方であったかのいずれかのはずである。

(222) SEC v. Chenery Corp. (Chenery I), 318 U. S. 80 (1943).

(223) 前出注 (222) の Chenery I が再び裁判所に係属した事件である。SEC v. Chenery Corpo., 332 U. S. 194 (1947).

(224) なお、本章Ⅲ1「② 行政機関による政策形成への司法審査」を参照。

(225) Chenery I, 318 U. S. 80, 89-90, 93-95 (1943). この理屈は Chenery II, 332 U. S. 194, 196-97 (1947) でも要約されている。

(226) Chenery I, 318 U. S. 80, 95 (1943). また L. Jaffe, supra note 30, at 589 を参照。

(227) Friendly, supra note 182, at 209-17, 222-23; Levin, supra note 38, at 27; Garland, Deregulation and Judicial Review, 98 Harv. L. Rev. 505, 526 (1985).

(228) 「〔農務長官の〕決定を、裁判所における新証拠によって攻撃しまたは裏付けることを許容するならば、裁判所は料率決定機関としての行政機関にとって代わることになる。」Tagg Bros. & Moorhead v. United States, 280 U. S. 420, 444 (1930).

(229) 典型的な事例として Shields v. Utah Idaho Central

R. R. Co., 305 U. S. 177, 187 (1938) がある。本件はある新事実の考慮・不考慮で結論が変わりうる事案であったと思われる。すなわち、連邦地裁は、新証拠によって立証される新たな事実を組み込んだ結果、決定を取り消したが、最高裁は新事実の組み入れを認めず、逆にＩＣＣの決定には実質的証拠の裏付けがあるとして、その命令を支持した。

(230) 例えば、Shields v. Utah Idaho Central R. R. Co., 305 U. S. 177, 185 (1938) は、後出注 (233) の United States v. Idaho (1936) のような事情や手続問題がないことを確認した上で、委員会の前に出された証拠に基づく実質的証拠の有無の審査に入っている。

(231) Morgan v. United States, 298 U. S. 468, 477 (1936) (いわゆる Morgan I). なお、一般論として、手続問題であれば行政裁量に委ねる余地がないというわけではない。手続の細部を行政規則等に委ねることはある。たとえば Gellhorn, Rules of Evidence and Official Notice in Formal Administrative Hearings, 1971 Duke L. J. 1, 19 (1971) (証拠採否の行政規則).

(232) United States v. Abilene & S. Ry. Co., 265 U. S. 274, 286-90 (1924); Florida East Coast Ry. Co. v. United States, 234 U. S. 167, 212-15 (1914); Morgan v. United States, 298 U. S. 468, 476-77 (1936) (いわゆる Morgan I) (手続不遵守については、原告はそれを立証することができる).

(233) United States v. Idaho, 298 U. S. 105, 109-10 (1936) (本文に述べたことを理由として、地裁が追加的証拠を採用して結論を下したことを違法ではないとした).

(234) 例えば Gray v. Powell, 314 U. S. 402 (1941) や NLRB v. Hearst Publications, Inc., 322 U. S. 111 (1944) はいずれも、ある者がそれぞれの行政機関の規制の管轄に入るか否かの事案であったとも言えるが、既に述べたように、行政裁量の問題として処理されている。また、第一章Ⅱで述べたように Crowell v. Benson (1936) は、「管轄的事実」であれば、個別化裁量を認める余地がなくなるのかという点が争われた事案である。

(235) 初期の例として The Tap-Line Cases (United States v. Louisiana & Pacific Ry. Co., etc.), 234 U. S. 1 (1914) がある。その他の判例については Brown, supra note 30, at 911-16 を参照。

(236) 例えば FTC v. Gratz, 253 U. S. 421 (1920) と FTC v. Keppel & Bros., 291 U. S. 304 (1934) という対照例がある。また、FTC関連のその他の判断代置例については Hankin, supra note 41, at 253 を参照。

(237) NLRB v. Hearst Publications, Inc., 322 U. S. 111 (1944); Packard Motor Car Co. v. NLRB, 330 U. S. 485 (1947). その他の例は、5 K. Davis, supra note 28, §§29: 9-29: 12 に広く収集されている。

(238) 特にその理由は記されていないが、admitted cases の

場合の現象として論じられている。5 K. Davis, supra note 28, §29: 9, at 365; Brown, supra note 30, at 911-16.

(239) Stern, supra note 64, at 98, 101-02; J. Dickinson, supra note 3, at 319. また判例としては United States v. Louisville & Nashville R. R. Co., 235 U. S. 314, 320 (1914); Gray v. Powell, 314 U. S. 402, 412 (1941) がある。

(240) ブラウンの理解は、前出注(145)で述べた。また、スティンソンは、一時的現象と見たようである。Stason, supra note 36, at 1034-35. また、テーヒスは現在でも、これを説明する基準を見出すことはできないという。5 K. Davis, supra note 28, §§29: 9-29: 12.

(241) Stern, supra note 64, at 98; L. Jaffe, supra note 30, at 579. また判例では Gray v. Powell, 314 U. S. 402, 413 (1941); Shields v. Utah Idaho Central R. R. Co., 305 U. S. 177, 187 (1938) に、これと同旨の表現が見られる。

(242) Levin, supra note 38, at 24-26.

(243) なお、前出注(175)を参照。

(244) Brown, supra note 30, at 901-02; L. Jaffe, supra note 30, at 548-50. ジャフィはこの著書において、「事実問題」の語をこの意味でのみ用いている。

(245) Wyman, supra note 45, at 565; Brown, supra note 30, at 902; Schwartz, supra note 36, at 688. このことは、実質的証拠基準の形成判決である ICC v. Louisville & Nashville R. R. Co., 227 U. S. 88, 92 (1913) ですでに明確に宣言されていた。「裁判所は、証人の信用性や証言の矛盾を自ら判断するという方法によっては、ICC が下した事実に関する結論 (conclusions of fact) を審査しない。」その他このことを確認する判決に次のものがある。Akron, C. & Y. Ry. Co. v. United States (The New England Divisions Case), 261 U. S. 184, 203-04 (1923); Virginian Ry. Co. v. United States, 272 U. S. 658, 663 (1926); Federal Radio Commission v. Nelson Bros., 289 U. S. 266, 277 (1933); Shields v. Utah Idaho Central R. R. Co., 305 U. S. 177, 185 (1938); Norton v. Warner, 321 U. S. 565, 568-69 (1944); United States v. Carolina Freight Carriers Corp. 315 U. S. 475, 484 (1942).

(246) Tagg Bros. & Moorhead v. United States, 280 U. S. 420, 442-45 (1930); Florida East Coast Ry. Co. v. United States, 234 U. S. 167, 186 (1914). また Hankin, supra note 41, at 245-46 を参照。

(247) South Chicago Coal & Dock Co. v. Bassett, 309 U. S. 251, 253 (1940); Norton v. Warner, 321 U. S. 565, 567 (1944); Tagg Bros. & Moorhead v. United States, 280 U. S. 420, 433, 442-43 (1930); Shields v. Utah Idaho Central R. R. Co., 305 U. S. 177, 185-86 (1938).

(248) この問題について十分と思われる説明をしている米国

の論文・判例は、現在のところ発見できていない。この点について、わが国では山田・前出注(1)明治大学法律論叢三四巻二号四七～五二頁の着眼が興味深い。「ただ単に事実の存否であるが故に司法審査が除外されるという説明は納得し難いものである」という指摘に、筆者は全く同感である。しかし、それをどう説明するかについては見解を異にする。専門性を理由として事実認定には行政機関の「自由裁量」が認められるという教授の説明によれば、裁判所が専門性を持つ場合には裁判所による事実認定の余地を認めることになるはずであるが、現実の判例はそのような細かな分類をしていないという点で、賛成できない。後出注(254)およびその該当する本文を参照。

(249) Schwartz, supra note 36, at 687.

(250) 行政機関が認定し根拠とした事実のうちには、要考慮要素が含まれていなければならず、かつ考慮禁止要素が含まれていてはならない。本稿では、これらは法律解釈の問題として整理されるという考えから、本章Ⅲ二「(2) 個別化裁量の法律上の外延」で取り扱った。この点については Morgan v. United States, 298 U. S. 468, 480 (1936)（いわゆる Morgan I）を参照。

(251) Hankin, supra note 41, at 271.

(252) J. Landis, supra note 3, at 124-25（素人たる陪審でさえ、実質的証拠に基づく限りでその事実認定が認められているのだから、いわんや、専門家たる行政官の認定が裁判所の尊重をうけても、憲法違反ではない）; Cooper, supra note 34, at 590（陪審アナロジー）.

(253) 前出注（83）およびその該当する本文を参照。

(254) J. Landis, supra note 3, at 144-45. この立論に対しては、専門性の関わらない簡単な事実認定であれば、裁判所が行うことになるはずであるが、そのような分別をした判例はないとの反論が可能であろう。その他の理由付けについては Jaffe, supra note 216, at 731.

(255) Dickinson, supra note 46, at 1061-62. 山川・前出注(1) 法学協会雑誌一〇三巻四号七〇一頁。

(256) 前出注（50）（62）およびその該当する本文を参照。

(257) Tagg Bros. & Moorhead v. United States, 280 U. S. 420, 444-45 (1930)（重要な証拠を行政官の前に提出しそこなった場合は、当事者は裁判所に救済を求めるのではなく、行政機関に手続の再開を求めるほかはない）.

(258) Consolidated Edison Co. v. NLRB, 305 U. S. 197, 225-26 (1938)（但し、追加証拠に関する立法上の手当てがあった事例）; Florida East Coast Ry. Co. v. United States, 234 U. S. 167, 186 (1914)（一般論として、下級審の採用した追加証拠については、争点に必要な限りでのみ考慮すると判示した）.

(259) Friendly, supra note 182, at 219-25; L. Jaffe, supra note 30, at 653（但し、裁判所が自ら認定する余地を否定しない）; Hankin, supra note 41, at 266.

(260) 例えば、全米労働関係委員会（NLRB）や連邦通商委員会（FTC）などには、立法上の手当てがなされている。Hankin, supra note 41, at 245-46 および Consolidated Edison Co. v. NLRB, 305 U. S. 197, 226 (1938) などの他、山川・前出注（1）法学協会雑誌一〇三巻四号七〇一～七〇五頁を参照。

(261) 後出注（289）およびその該当する本文を参照。

(262) Virginian Ry. Co. v. United States, 272 U. S. 658, 662-63, 667-68 (1926)（事情変更に関する証拠として当事者が提示したものは、既に行政機関が考慮済みだとされた）。また、山川・前出注（1）法学協会雑誌一〇三巻四号七〇四頁注（18）を参照。

(263) Brown, supra note 30, at 902; Stason, supra note 36, at 1038, 1046, 1050-51. また判例として Virginian Ry. Co. v. United States, 272 U. S. 658, 663 (1926) がある。

(264) Schwartz, supra note 36, at 687; L. Jaffe, supra note 30, at 595; Brown, supra note 30, at 902-03. また判例として Florida East Coast Ry. Co. v. United States, 234 U. S. 167, 185 (1914) がある。

(265) Stason, supra note 36, at 1038-39, 1047, 1051; Stern, supra note 64, at 72-93; Schwartz, supra note 36, at 688; L. Jaffe, supra note 30, at 615-18.

(266) Jaffe, supra note 112, at 1241-42; Stason, supra note 36, at 1046, 1051.

(267) Stason, supra note 36, at 1038, 1046-51; Jaffe, supra note 216, at 732-33; Stern, supra note 64, at 77, 82; L. Jaffe, supra note 30, at 596; Gellhorn, supra note 231, at 24; 5 K. Davis, supra note 28, §29: 5, at 352. また、典型的な判示例として Consolidated Edison Co. v. NLRB, 305 U. S. 197, 229-30 (1938); NLRB v. Columbia Enameling & Stamping Co., 306 U. S. 292, 299-300 (1939) などがある。

(268) L. Jaffe, supra note 30, at 595, 602-04（区別はむつかしい）.

(269) この趣旨の初期の判例として FTC v. Curtis, 260 U. S. 568, 580 (1923) がある。また、この理解は一九四〇年代には一般化していたようである。Stason, supra note 36, at 1038-39; Jaffe, supra note 216, at 732-33; Stern, supra note 64, at 77-79.

(270) Universal Camera Corp. v. NLRB, 340 U. S. 474 (1951).

(271) 同趣旨のことは以前から判例上言われていた。ICC v. Union Pacific R. R. Co., 222 U. S. 541, 547-48 (1912). また、著名な例は Consolidated Edison Co. v. NLRB, 305 U. S. 197, 229 (1938) である。「実質的な証拠とは、一片の証拠ではない。通常の頭脳の持ち主であれば、結論の裏付けとして適切と考えるだけの関連性を有する証拠（relevant evidence）をいう」と述べられている。

(272) 「一片の証拠」については Stason, supra note 36, at 1036; Jaffe, supra note 216, at 732-33.

(273) Friendly, supra note 182, at 223.

(274) Friendly, supra note 182, at 224. この種の判例として FTC v. Curtis, 260 U. S. 568, 580 (1923) がある。これについては Hankin, supra note 41, at 262-67 を参照。

(275) L. Jaffe, supra note 30, at 589; Friendly, supra note 182, at 223-24.

(276) Friendly, supra note 182, at 219-21, 223-24. また判例として FTC v. Curtis, 260 U. S. 568, 580, 583 (1923) がある。

(277) この過程に対する実質的証拠の有無の判定方法は Cooper, Administrative Law: The Substantial Evidence Rule, 44 A. B. A. J. 945 (1958) が多くの例を取集し整理している。これについて Pierce & Shapiro, supra note 89, at 1184 n. 46 は、判例はかなり一様性をもって実質的証拠の基準を用いているとの評価を下している。

(278) 証拠の信用性について行政機関の下した判断に、裁判所はどう対処すべきかという問題である。L. Jaffe, supra note 30, at 605-10; Jaffe, supra note 112, at 1242-47 n. 42; Stern, supra note 64, at 78-79; Dickinson, supra note 61, at 593; 5 K. Davis, supra note 28, §29: 26; Davis, supra note 132, at 673-74. 江川・前出注（1）法学協会雑誌二号二二七～二三二頁、四号六八三～六八五頁。

(279) 典型証拠の是非は連邦議会の意図によるとし、議会はICCがこの証明方法を用いている慣行を認めたものと解されるとして、これを是認している。Akron, C. & Y. Ry. Co. v. United States (The New England Divisions Case), 261 U. S. 184, 197-199 (1923). 和田英夫「補論・行政手続における証拠法則」『行政委員会と行政争訟制度』三四八頁（一九八五）（一九五四初出）。

(280) United States v. Abilene & Southern Ry. Co., 265 U. S. 274, 291 (1924) (各会社固有の事情を示す証拠を排除するのは、妥当でない).

(281) Florida East Coast Ry. Co. v. United States, 234 U. S. 167, 187-88 (1914) (典型証拠を用いうることは、一般論としては是認されるが、本件では十分な典型証拠が根拠とされていない).

(282) Consolidated Edison Co. v. NLRB, 305 U. S. 197, 229 (1938); ICC v. Baird, 194 U. S. 25 (1912). Jaffe, supra note 216, at 717; Wyman, supra note 45, at 566. 行政機関における証拠法則についての立法、判例の状況をまとめたものとして H. Stephens, Administrative Tribunals and the Rules of Evidence (1933) がある。また、わが国の研究として和田・前出注（279）がある。

(283) ICC v. Louisville & Nashville R. R. Co., 227 U. S. 88, 93 (1913); United States v. Abilene & Southern

Ry. Co., 265 U. S. 274, 288 (1924); Consolidated Edison Co. v. NLRB, 305 U. S. 197, 230 (1938). なお ICC v. Baird, 194 U. S. 25 (1904) が、最も初期の事例とされる。

(284) Gellhorn, supra note 231, at 18-26. 例えば Consolidated Edison Co. v. NLRB, 305 U. S. 197, 230 (1938) は、単なる伝聞証拠は実質的証拠を構成しないとする。

(285) 一九七〇年代以降に活発化する議論であるが、それ以前にこの問題に言及したものとして、次のものがある。L. JAFFE, supra note 30, at 622-23; Davis, supra note 132, at 674-75.

(286) Overton Park v. Volpe, 401 U. S. 402 (1971).

(287) Id. at 415-21.

(288) その11年後の Camp v. Pitts, 411 U. S. 138, 141-43 (1973) も同じ趣旨の判決を下している。前出(286)の Overton Park (1971) と合わせて、リーディング・ケースとされている。McMillan & Peterson, The Permissible Scope of Hearings, Discovery, and Additional Factfinding During Judicial Review of Informal Agency Action, 1982 Duke L. J. 333, 336-39 (1982).

(289) McMillan & Peterson, supra note 288.

(290) Nathanson, supra note 112, at 489-90; Monaghan, supra note 36, at 26.

(291) 例えば Clagett, Informal Action-Adjudication-Rulemaking—Some Recent Developments in Federal Administrative Law, 1971 Duke L. J. 51, 71 (1971) など。なお前出注(135)(140)およびその該当する本文を参照。

(292) Peck, A Critique of the NLRB's Performance in Policy Formulation: Adjudication and Rule-Making, 117 U. Pa. L. Rev. 254 (1968); Shapiro, The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy, 78 Harv. L. Rev. 921 (1956); Robinson, The Making of Administrative Policy: Another Look at Rulemaking and Adjudication and Administrative Procedure Reform, 118 U. Pa. L. Rev. 485 (1970). 西島羽和明「規則制定と裁決の裁量的選択」早稲田政治公法研究一一三号三一七頁(一九八三)。また、比較的最近のものとして Diver, supra note 138 を参照。

(293) 長らく重要性を失った憲法理論とされていた。Fuchs, supra note 130, at 546; Gellhorn & Robinson, supra note 31, at 774-79. これに対して、復活を唱えているのはイリィやレーンキスト(連邦最高裁長官)だとされている。J. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST 131-34 (1980); T. LOWI, THE END OF LIBERALISM 297-99 (1969); Wright, Beyond Discretionary Justice, 81 Yale L. J. 575, 582-87 (1972). また Industrial Union, AFL-CIO v. American Petroleum Institute, 448 U. S. 607, 671 (1980) (レーンキスト裁判官の同調意見). これらについて Frug, The Ideology of Bureaucracy in American Law, 97 Harv. L. Rev.

1276, 1300-05 (1984); Stewart, supra note 32, at 1694; Diver, supra note 89, at 569 n. 144 を参照。

## 結びにかえて

以上が、一九世紀から一九四〇年代にかけて存在していたと考えられる、行政裁量についての思考の見取り図である。新しい概念を提出するにあたっての挙証責任を全て果たしたとは考えていないが、とりあえず、ふたつの「思惟律」の存在を仮定し、この時代に見られる様々な叙述を整理し理解することを通じて、古典的なアメリカ行政法、言い換えれば現代アメリカ行政法の基底的部分の解明を志した。そして、一九七〇年代以降の多様な行政裁量審査判例を歴史的に位置付け的確に理解することは、この作業の延長線上にのみあると思われる。なお、「序」でも述べたように、これは特に最近のアメリカにおけるいくつかの文献に触発されて筆者が考案したアプローチであるので、本稿は、まずはアメリカ行政法研究としてまとめたものである。そして、本稿が全ての行政分野をカバーするものではないことは勿論であり、扱った時期の限定上からも、この見取図はなお未完成である。

わが国において問うべきことは、思惟律によって行政裁量を捉えうる構造が、潜在的にであれ存在しているのかどうか、仮に存在しているならば、現在までの思惟律を確定した上で、今後それを維持すべきか、あるいは新たなものを構想すべきか、あるいはまた過去のものを復活させるべきかというそれぞれの選択肢の妥当性を論ずることであろう。つまりこの概念は、将来的には、わが国における行政裁量の司法審査のあり方を明確化し、双方向的な外国法研究を行う際に、自らが何者であるかを明示する方法の一つとなりうることを意図して考案したものである。

〔完〕

（東京大学大学院博士課程）