

多元的システムにおける行政法学 －アメリカ法の観点から

藤谷 武史

はじめに

本稿は、「多元的システムにおける行政法学」のテーマの下で行われた日独行政法学の比較研究（レール論文・原田論文）に、新たな視点を付け加えるべく、アメリカ行政法学の議論状況を（筆者の能力の限界ゆえにごく限られた範囲で）紹介することを目的とする。企画趣旨説明でも述べたように、「多元的システムにおける行政法学」という本特集のテーマは、基本的に日本とドイツの行政法学の問題意識から出発したものである。そもそも歴史的に多くの議論を共有してきた日独の行政法学と、アメリカ行政法（学）との隔たりは大きいと言わざるを得ない¹。しかしながら、本特集が「多元的システム」と呼ぶ法現象自体は（「複線化」「多層化」という形で概念化こそされないものの）アメリカ法にも存在しており、アメリカの行政法学においても同様に活発な議論が行われている。もとより憲法的・法制度的背景が相当に異なるアメリカ行政法学の知見を直ちに日本での議論に持ち込むことには慎重であるべきだが、同時代的に進行する法現象にアメリカ行政法学がどのように対応しているのかを知ることは、「多

¹ 法体系としての日米行政法間の隔たりの大きさと、それにもかかわらずなおアメリカ行政法を参照する意義について、参照、中川丈久『行政手続と行政指導』（有斐閣・2000年）1頁以下。また、日米行政法の歴史的背景の違いを指摘するものとして参照、鶴飼信成『行政法の歴史的展開』（有斐閣・1952年）245～246頁（注4）、264～265頁。

元的システム」への我々の対応の選択肢を豊富化するのみならず、問題の捉え方（とりわけ「国家」を軸とする議論の立て方）自体を相対化・反省する契機ともなる。

ただし、本稿では、筆者の能力と紙幅の制約から、アメリカにおける「多層的システム」の最たるものと言うべき連邦と州、ないし州政府と地方政府との関係については扱わない²。また、アメリカの公私協働行政（本特集に言う「複線化」現象）についても、詳細は先行業績に譲り³、本稿では簡単に触れるにとどめる（I）。かくして、本稿の主要部分は、国際的な層における規範定立（・執行）と国内法秩序の相互作用・緊張関係に關する、アメリカ行政法学の応答の紹介と若干の検討に割かれる（II・III）。もちろんここでも複線化と多層化は相互に関連して現れるため⁴、やはり「多元的システム」の問題として捉えられることになる。

I. 公的任務の複線化現象とアメリカ行政法学

アメリカ行政法学においても伝統的には公私二元論が強固であった⁵が、

² これはアメリカ憲法の基本原則であると同時に政治思想にも関わる「連邦主義（federalism）」の問題に関連する。例えば、本稿の課題との関係では、近年「複線化」が進行する公的任務の多くは州・地方レベル、または連邦と州が連携して遂行されるものであるところ（貧困家庭一時扶助（TANF）はその一例である）、ここに連邦裁判所が（民間化に伴う公法規範の潜脱を防ぐために）私人の活動に憲法的要請を拡張する形で介入することが、連邦主義との緊張関係を生じうるという問題が指摘されている。See, Gilliam E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 COLUM. L. REV. 1367, 1409 (2003).

³ 原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣・2007年）、ジョディ・フリーマン（比山節男訳）「米国行政法における公私協働による社会統治システムの理論と実務の展開」アメリカ法2005-1（2005年）20頁、稲葉一将「アメリカにおけるNPM改革」法律時報78巻9号57頁（2006年）、及びそこで引用されている文献を参照のこと。

⁴ 私的主体による公的機能遂行とグローバル化が交錯する例として、ISO や ICANN（The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers）などが挙げられている。

⁵ 伝統的なアメリカ行政法学の課題は、行政の強制的な規制権限に対して、私的領域の自由や自律性を法的に保護することであった。See, e.g., Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 HARV. L. REV. 1667 (1975), at 1670. 但

1980年代以降の規制緩和・規制改革を経て、規則制定手続⁶と執行過程⁷における双方向的な公私協働⁸、公的任務の民間化⁹が進行しており、この新たな行政のあり方が、“collaborative governance”¹⁰、“new governance”¹¹等の概念で論じられている¹²。これらの概念を用いる論者は、関心や力点の所在は各々異なるものの¹³、ニューディール型の行政国家・福祉国家の限界に対応し、ヨリ効率的・実効的な社会管理を実現する手段として、公私の双方向的な協働の仕組みを基本的には肯定しつつ、そこに伴う答責性の欠如や私人の権利保護水準の低下の懸念にどう対応するか、という問題意識を共有している。

し、ここに言う「公私二元論（public/private dichotomy）」がドイツ流の「国家」と「社会」の二元論とは大きく異なることは言うまでもない。後掲注26も参照のこと。

⁶ 1990年以降、交渉による規則制定手続は連邦行政手続法（APA）の一部となっている（5. U.S.C. §§ 561-570）。

⁷ フリーマン・前掲注3、24頁以下。

⁸ しばしば regulatory negotiation と呼ばれる。See, Jody Freeman & Laura I. Langbein, *Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit*, 9 N.Y.U. ENVTL. L. J. 60 (2000). 他方、やや懐疑的な観点からの解説として参照、STEPHEN G. BREYER, RICHARD B. STEWART, CASS R. SUNSTEIN & ADRIAN VERMEULE, *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT, AND CASES* (6th ed.) (Aspen, 2006), pp.570-574.

⁹ 具体的には、公的医療保険や社会福祉におけるサービス供給の民間一括委託、公立学校の民間委託、パウチャー制度、刑務所の民営化などが含まれる。See, e.g., Metzger, supra note 2.

¹⁰ Jody Freeman, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 45 UCLA L. REV. 1 (1997).

¹¹ Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342 (2004).

¹² See also, Michael P. Vandenbergh, *The Private Life of Public Law*, 105 COLUM. L. REV. 2029 (2005) [公的規制や規制における公私の協働だけでなく、規制を意識しつつ行われる私人間の合意が重要な役割を果たしていることを強調]；Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 N.Y.U. L. REV. 543 (2000).

¹³ 例えば、同じ“New Governance”を標榜する論者の中でも多様な考え方が存在しており、理論的に一貫した学問体系というよりはある種の学問運動とみるべきと指摘される。See, Bradley C. Karkkainen, “New Governance” in *Legal Thought and in the World: Some Splitting as Antidote to Overzealous Lumping*, 89 MINN. L. REV. 471 (2004).

公的任務の民間化現象に対しては、憲法の適正手続（デュープロセス）保障が及ぶ政府行為（ステイトアクション）の解釈論的拡張の可能性¹⁴や制定法による手続保障¹⁵、公的任務の民間化を私人への授権と捉えてその憲法適合性を担保するための制度設計¹⁶、再規制¹⁷・予算的統御・契約・不法行為法などを通じた公法的価値（民主主義・適正手続・合理性・平等・答責性）の私的領域への拡張¹⁸、などが提唱されている。また、交渉による規則制定のような規制の双方向化についても、行政機関の中立性や、利害関係人の交渉過程への適切な包摂の問題が指摘されるものの、元来アメリカ行政法は規則制定・執行（裁決）における厳格な手続保障を特徴としており¹⁹（むしろ規則制定手続の硬直化（“ossification”）が規制の実効性・機動性を低下させていると批判されてきた²⁰）、交渉による規則制定もその制度的前提の上で機能すると考えられていることに注意が必要である²¹。

¹⁴ 参照、原田・前掲註3、160-161頁。

¹⁵ 例えば、Verkuilは、連邦法が、告知コメント手続や理由付記などを命ずる「公正な手続（fair procedures）」を自主規制機関である証券取引所が定めることを要求していることを例として挙げる。See, Paul R. Verkuil, *Privatizing Due Process*, 57 ADMIN. L. REV. 963 (2005), at 980.

¹⁶ See, Metzger, supra note 2 [ステイトアクション法理によるよりも柔軟かつ段階的な統制が可能になることをこの方法のメリットとして強調する]。

¹⁷ 「再規制」の用語法はFreemanが用いているわけではないが、提言の内容は原田大樹「民営化と再規制—日本法の現状と課題」法律時報80巻10号54頁（2008年）という「再規制」に対応するため、これに従った。

¹⁸ Jody Freeman, *Extending Public Law Norms Through Privatization*, 116 HARV. L. REV. 1285 (2003).

¹⁹ 中川・前掲註1、松井茂記「非刑事手続領域に於ける手続的デュー・プロセス理論の展開（一）～（五・完）」法学論叢106巻4号21頁、6号44頁、107巻1号7頁、4号62頁、6号20頁（1980年）。

²⁰ See, Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, 78 N.Y.U. L. REV. 437, 447 (2003).

²¹ 交渉によって作られるのは規則案であり、規則が法的効果を持つ前に要する公衆に対する公示・告知コメント手続やOMBによる規制審査などは当然に適用がある。また、交渉の合意に基づく規則に対して裁判所は従来型の規則に対する以上の敬讓を与えてはならない（5. U.S.C. § 570）。参照、フリーマン・前掲註3、34頁。OMB

このように、公法規範（public law norms）を段階的に適用するという面では、「複線化」現象に対するアメリカ行政法学の対応は日独の行政法学のそれに接近するとも言えそうである。

もともと、本特集のレール論文・原田論文が示すように、日独の行政法学が「複線化」現象を〈国家〉の相対化の問題として捉えるのに対して、アメリカ行政法学はこれをデモクラシーの問題として捉える傾向があることは、興味深い対比として指摘できるように思われる。例えばFreeman教授は、憲法や行政手続法による政府活動の手続的規律の主眼は「開かれた、答責的、合理的、公正な（open, accountable, rational, and fair）」公共的決定を担保することにあると位置づけた上で²²、公的任務の民間化がこれらを潜脱することで答責性・デュープロセス・平等・合理性という「民主政の諸規範（democratic norms）」との緊張関係が問題になる、と強調する²³。さらに、そこで言う「民主政」も一義的ではない。例えば、行政過程における私人の参加、公私の協働、多様な実践の許容、柔軟性、失敗からの学習可能性などの意義を強調する「New Governance」論は、「民主的実験主義（democratic experimentalism）」²⁴の考え方を有力な思想的基盤の一

の規制審査の概要については参照、BREYER ET AL, supra note 8, at 102-106, 117-118.

²² See, Freeman, *Extending Public Law Norms*, supra note 18, at 1302.

²³ See, id., at 1285, 1302, 1351. もともと、別の箇所では「自由民主主義的規範（liberal democratic norms）」という語を用いていることからすれば、“democratic”の語に深い意味を読み込むことは避けるべきかもしれない。

²⁴ See, ROBERTO MANGABEIRA UNGER, *DEMOCRACY REALIZED: THE PROGRESSIVE ALTERNATIVE* (1998); Michael C. Dorf, *Legal Indeterminacy and Institutional Design*, 78 N.Y.U. L. REV. 875 (2003); Michael C. Dorf & Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, 98 COLUM. L. REV. 267 (1998); MARTHA MINOW, *PARTNERS, NOT RIVALRY: PRIVATIZATION AND THE PUBLIC GOODS* (2002). Dorfの「民主的実験主義」の検討として参照、松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回（二・完）」民商法雑誌140巻2号197頁（2009）、218-227頁。また、特にMinowの民主的実験主義の法システムへの含意について参照、尾崎一郎「トートロジーとしての法（学）—法のインテグリティと多元分散型統御—」新世代法政策学研究3号（2009）191頁、216頁以下。

公的任務の遂行に係る多様な「実験」を許容する場合、相互の調整をどうつけるのか、という問題を避けて通ることができない（関連して参照、原田論文第Ⅲ節）が、DorfとSabelは、行政はベンチマークと最低基準を設定し、情報を共有させ、

つとしている²⁵。ここに、〈国家〉概念を理論構築上重視しないアメリカ行政法学²⁶において行政と法の間接関係を問い直すことは、民主政理論と不可分の関係に立たざるを得ないのではないか、との推測が働くが、本格的な検討は別の機会に譲らざるを得ない。

II. 統治のグローバル化への対応

1. 問題状況

経済社会のグローバル化に伴い、国際的な対応が要請される公的任務は急速にその領域を拡大している。この結果、国際的なレベルで形成された規範が、単に主権国家間の規範であるにとどまらず、国内の私人や行政活動に対しても、間接・直接に、事実上または法的に作用する場面が飛躍的に増大している²⁷。「ヨーロッパ(化)」という層を持たないアメリカ法も、このような意味での統治のグローバル化や国際行政²⁸の埒外ではあり得な

透明性と答責性を確保する役割を担うべきであるとする (Dorf & Sabel, *supra*, at 345-46)。また、Lobel, *supra* note 11, at 400-404 も、行政 (“central authority”) は社会各所の多様な試みを繋ぎ、問題や経験を共有させ、緩やかに方向性を示しつつ実験を促進させる役割を担うべきであり、法制度はサブシステムにおける実験を許容しつつ、サブシステムの構成員に対するサブシステム自体の答責性の確保、サブシステム間の相互調整などの役割を担うべきであるとする。

²⁵ See, Karkkainen, *supra* note 13, at 484-485.

²⁶ アメリカ公法学における〈国家〉概念の不存在について参照、藤田宙靖「ドイツ人の観たアメリカ公法—「法治行政」と「法の支配」に関する覚え書き」同『行政法の基礎理論 上巻』(有斐閣、2005年〔初出・1986年〕) 134頁。イギリス行政法について参照、北島周作「行政法における主体・活動・規範(一)」国家学会雑誌122巻1・2号51頁(2009年)、63頁。

²⁷ 国際的規制レジームの研究は国際政治学・国際行政学において先行した。See, e.g., ABRAM CHAYES & ANTONIA HANDLER CHAYES, *THE NEW SOVEREIGNTY: COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL REGULATORY AGREEMENTS* (1995), ANNE-MARIE SLAUGHTER, *A NEW WORLD ORDER* (2004)。なお、本誌2号(2009年7月)に掲載された特集「グローバルな標準化プロセスにおけるEUの役割」も参照。

²⁸ 国際行政という現象は19世紀半ばに姿を現し、1920～30年代には顕著になった。See, Benedict Kingsbury, Nico Krisch, & Richard B. Stewart, *The Emergence of Global*

い。

グローバル化された行政は、様々な形態を取り得る。Kingsbury らは、①条約に基礎を置く国際機構による行政活動(例:国連・世界銀行・モントリオール議定書の事務局)、②各国規制当局間の水平的なネットワークによる事実上の規則制定(例:バーゼル委員会、IOSCO)²⁹、③「各国に分配されたグローバル行政」、すなわち各国国内の行政活動が事実上国際行政レジームの一部として機能する場面(例:生物多様性保護条約の国内実施)、④公私融合型の組織(例: Codex 委員会・ICANN)、⑤私的組織(例: ISO)の活動が国際機構の活動(例: WTO)に取り込まれる場面、という類型を挙げる³⁰。また、主権国家のみを主体と捉える伝統的な国際法や現実主義(リアリズム)国際関係論とは異なり、個人・企業・NGOなどもグローバル行政の主体として認識される。このような認識は、(a)国際機構の活動が国家を媒介とせず直接私人に対する法的効果を持つ場面³¹において特に有用だが、(b)規制当局間のネットワークで決定された事項がそのまま国内行政機関により執行される場合にも応用可能である。また、ILO条約、モントリオール議定書、有害物質の越境移動に関するバーゼル条約のように、締約国を名宛人として条約を実施する義務を負わせる仕組みにおいて国際的な行政機構(事務局)がその促進にあたる例も見られる。ここでは、直接の法的関係は各国の行政主体と私人の間に形成されるが、国際行政機構が間接的に影響を及ぼしている。

Administrative Law, 68 LAW & CONTEMP. PROBS. 15 (2005), at 19. この時期の国際行政の形成について参照、城山英明『国際行政の構造』(東京大学出版会・1997年)。

²⁹ 国際租税法の分野では、各国の税務当局者が参加する OECD 租税委員会による OECD モデル租税条約とそのコメンタリーが現実の租税条約交渉・解釈に大きな影響を及ぼしている。参照、増井良啓・宮崎裕子『国際租税法』(東京大学出版会・2008年) 24頁。

³⁰ Kingsbury et al., *supra* note 28, at 22-23. また、Richard B. Stewart, *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?*, 68 LAW & CONTEMP. PROBS. 63, 65 (2005) は、①条約ベースの国際規制レジーム、②国際的な規制ネットワーク、③国内規制基準の各国間での相互認証、を国際的な規制レジームの例として挙げる。

³¹ 本特集の原田論文(121～124頁)で紹介された例を参照。他にも UNHCR による難民認定などが例として挙げられる。See, Kingsbury et al., *id.*, at 25.

周知の如く、国際的なレベルでの規範形成に対しては伝統的に答責性や透明性の欠如（「民主主義の赤字」）が批判されてきた³²。しかし、国内行政の重要な部分が国際的なレベルで形成される規範に枠付けられるようになり、あまつさえ個人の権利利益に直接影響を及ぼすようになると、答責性・透明性・適正手続保障の欠如は国内公法規範の観点からも看過しがたい程度に及ぶ³³。しかし、国内法単独による対応可能性は、少なくともアメリカにおいてはかなり限られている³⁴。そこで、上記の現象を「グローバル行政空間（Global Administrative Space）」として再定位した上で、そこに妥当している（すべき）法原則、すなわち「グローバル行政法（Global Administrative Law）」を、国内行政法の蓄積をも活かす形で構想することによって、これらの問題に対処すべきであると説くのが、次項に紹介する

³² この裏返しとして、（特に規制当局間で形成される国際的な規制ネットワークにおいて顕著であるが）グローバル行政を進行させる固有のダイナミズムも指摘される。専門知識と問題意識を共有する各国の当局者が集まり、国内の政治的圧力から遮断された場所で行われる議論の調整コストはそうでない場合よりも低い。この点を捉えて、透明性・参加が常に望ましいとは限らない点を指摘するものとして参照、Simon Chesterman, *Globalization Rules: Accountability, Power, and the Prospects for Global Administrative Law*, GLOBAL GOVERNANCE 14 (2008), pp.39-52 (49)。また、ネットワーク効果による規制の国際的収斂や「規制の輸出」も生じやすい（See, e.g., ANNE-MARIE SLAUGHTER, A NEW WORLD ORDER (2004), at 171-194)。反面、国際的な規制の協調が先行し、国内の他の行政分野との調整が後手に回る傾向も指摘される（See, Stewart, supra note 30, at 67）。なお、国際政治と国内政治の関係について参照、Robert D. Putnam, *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*, 42 INT'L ORG. 427, 457 (1988)。規制の越境は、市場を介しても生じうる。大きな市場を抱える国の規制基準は、国外の企業によっても参照・遵守されるが（Chesterman, id., at 40）、翻ってそれが当該企業の所在国の規制水準を押し上げる方向にも働く。

³³ See, e.g., Stewart, supra note 30, at 76-77.

³⁴ See, Kingsbury et al., supra note 28, at 31-32; Stewart, supra note 30, at 77-82, 84-85。例えば、APAの適用対象となる連邦行政機関agencyの定義に国際機関は通常含まれず、外交に関わる事項に関するAPAの規則制定・裁決手続の適用除外条項（5 U.S.C. § 553(a)(1), 554(a)(4)）を裁判所は広く解釈する傾向がある（Stewart, supra note 30, at 81）。

研究プロジェクト「Global Administrative Law」である³⁵。

2. 学問運動としての“Global Administrative Law”の構想

ニューヨーク大学のKingsbury教授を中心とする研究グループは、「グローバルな行政機構の答責性を促進する仕組み・原理・実践・社会的了解の総体」としての“Global Administrative Law”（以下GAL）という概念を提示し、これを理論的に体系化するプロジェクトを遂行している³⁶。GALが特に重視する価値は、グローバル行政が、透明性、参加、理に適った決定（reasoned decision）、適法性、及び行政による規則や決定に対する実効的な審査、に対する適切な基準を満たすことである³⁷。もとより、国際的なレジームの機能を「行政」と観念しうるかについては異論があり得るし³⁸、ましてそこに何らかの（国際公法にとどまらない）「法」を観念しうるかについては全く自明ではない。その意味で、GALとは規範論的な動機の下に記述論的体系化作業を行う、一つの学問運動であると理解した方がよい³⁹（その位置づけについては後述）。

上述のような「総体」としてのGALにとって、既存の国際公法（条約・慣習国際法）のみでは不十分であり、法の一般原則や万民法（*ius gentium*）

³⁵ なぜ「グローバル」行政法であって「国際（international）」行政法ではないか、について、Kingsburyは、国際という語は「政府間（inter-governmental）」という響きが強く、国内関係と国際関係が截然と区別されるというニュアンスを持つとし、多様な主体が国境の内外を問わずネットワークを形成し、相互に作用しあっている、上に述べたような動態性を捉えられない、としている。See, Benedict Kingsbury, *The Concept of 'Law' in Global Administrative Law*, EUROPEAN J. INT'L LAW 20(1) (2009) pp.23-57 (25)。

³⁶ <http://www.iijl.org/GAL/default.asp>

³⁷ Kingsbury, et al., supra note 28, at 17.

³⁸ 伝統的な現実主義の国際関係論からすれば、これは主権国家間の国益と勢力均衡のゲームの結果にすぎない。

³⁹ Kingsbury, et al., supra note 28, at 42 [Participants [in GAL project] ... recognize that these are normative projects, and not simply a taxonomical exercise or the promulgation of practical technical solutions to well-defined and accepted problems posed by global regulatory administrations.]

も十分な規律密度を与えるものではない。他方、各国国内公法にはグローバル行政の答責性を担保する仕組みの端緒は見出しうるものの、やはり体系的ではない。かくして、GALはグローバル行政に既に存在する答責性確保のための多様な仕組みや実践を拾い上げ、領域横断的に比較し、体系化することを目指す。GALが体系構築のための素材として着目するのは、①国内の司法⁴⁰・行政手続⁴¹・議会承認⁴²によるグローバル行政への審査・統制の事例、②国際機構内部⁴³・各国規制当局間ネットワーク⁴⁴における私人の参加⁴⁵や答責性の担保に向けた仕組みの存在、③逆に、国際機構・規範が各国行政過程の改革を義務づけるモメントの存在⁴⁶、である。そして、

⁴⁰ Kingsbury, et al., supra, at 32 は、国際公務員であっても活動の実態において国内行政官と同視しうる場合には国内公法の規律に服する、としたボスニアでの判例を紹介している。また、国際私法の問題として、非国家的な国際組織（例：IOCのスポーツ仲裁裁判所）の決定を抵触法上「法」と認めるかというレベルでの審査もありうる。参照、横溝大「抵触法の対象となる「法」に関する若干の考察—序説的検討」筑波ロー・ジャーナル6号（2009年）3頁。

⁴¹ Stewart 教授は、国際的な基準設定に連邦政府職員が参加する前に告知コメント手続を経るべきことを要求する仕組みの可能性を示唆する。See, Stewart, *A Model*, supra note 30, at 72.

⁴² 銀行規制当局がバーゼル委員会の提言（recommendations）に賛成する前に連邦議会に報告することを義務づける立法提案もなされている。See, David Zaring, *Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration*, 5 CHI. J. INT'L L. 547, 599 (2005).

⁴³ Kingsbury, et al., supra note 28, at 34 では、以下のような例が紹介されている。①国連安保理のテロリスト指定についての手続保障の欠如が問題視されてきたが、最低限の仕組みとして、理に適った決定の要件と、決定を行う安保理決議1267委員会に対する安保理による審査制度が導入された。See, Peter Gutherie, *Security Council Sanctions and the Protection of Individual Rights*, 60 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 491, 512-14 (2004)。②世界銀行の内部的な法令遵守の仕組みとしての査閲パネル（Inspection Panel）による援助プログラムの調査報告（停止・変更権限はない）。

⁴⁴ Basel II の策定過程における利害関係人からのコメント収集や、OECDにおける告知コメント制度の整備などが挙げられている。See, Kingsbury, et al. supra note 28, at 35.

⁴⁵ 例えば、Codex 委員会には NGO も参加している。See, Kingsbury, et al., id.

⁴⁶ Shrimp/Turtle 事件における WTO 上級委員会報告書が、各国が GATT20条の例外

これらを基にして、(1)手続参加と透明性⁴⁷、(2)理に適った決定（reasoned decisions）⁴⁸、(3)決定者以外による審査（review）⁴⁹、(4)実体的基準（比例性・目的手段合理性・不必要に厳格な手段の回避・正当な期待の保護）、という GAL の基本原理が提示され⁵⁰、さらにこれら原則に対する例外として、主権免除（但し私的利益との適切なバランスが要請される⁵¹）と行政領域ごとの事情に応じた特例の可能性が指摘されている。

このように、GAL とは、従来の国際法（国際公法・国際私法）と国内公法の素材と発想が融合され、かつ伝統的な国内公法規範に近づける形⁵²での体系構築を目指す理論的企てであることが指摘される。ではその体系構築はいかになされるのであろうか。

まず前提として、国内行政法の理論・制度的工夫をそのまま持ち込むこ

規定の適用を受けようとする場合には影響を受ける当事者に適正手続（デュープロセス）を保障しなければならない、とした例や、世界銀行や IMF の支援・融資における good governance や conditionality の存在が指摘される。

⁴⁷ 1962年に FAO によって設立された Codex 委員会は当初は専門家集団による閉鎖的な組織であったが、1994年の WTO の SPS 協定発効により Codex 基準が重要性を増したことに伴って NGO の関心も高まり、現在では NGO のオブザーバー参加が認められている。

⁴⁸ 上述の Shrimp/Turtle 事件の WTO 判例がこの原理の基礎として挙げられる。See, Kingsbury, et al., supra note 28, at 39.

⁴⁹ 世界銀行の査閲パネルなどがその例である。もっとも、この仕組みが要請されながら取り入れられていない領域は多い（例えば安全保障理事会の口座凍結措置や、UNHCR の認定）

⁵⁰ そこからさらに進んで、GAL のコミットする原理的価値として①レジーム内部の答責性の確保、②権利の保障、③民主主義の促進の可能性まで検討されている（Kingsbury, et al., supra note 28, at 42-51）。

⁵¹ 国際私法における議論の状況につき参照、横溝大「主権免除」に関する抵触法的考察」国際法外交雑誌107巻3号375頁（2008）。

⁵² もちろん、国際法の側に類似の発想がないわけではない。国際法学にあって国際公益を重視する陣営は、国際人権法・国際環境法などの領域で、主権国家間の合意を超えた国際公共価値の法的含意を探求してきた。See, TERUO KOMORI & KAREL WELLENS, PUBLIC INTEREST RULES OF INTERNATIONAL LAW: TOWARDS EFFECTIVE IMPLEMENTATION (2009).

とは、グローバル行政の①インフォーマル性（法的拘束力を持つ命令統制手法とその法的統制を中核とする国内行政法とは異なり、拘束力のない提言や非公式の意思決定手続が大半）、②決定権限の多層的分散（責任統制のターゲットを絞ることが困難）、③私的な要素の存在（国内法における公私協働とは異なり明確な委任法理等の縛りがないにもかかわらず、国内以上に大きな役割を私的主体が担っている）、という特性のために容易ではないことが指摘される。その上でなお国内行政法の経験を活かす方法として、ボトムアップ型・トップダウン型という二つのアプローチが示されている⁵³。

ボトムアップ型のアプローチは、①国内行政官が国際的な規制ネットワークに参加する際意思決定手続の透明性担保⁵⁴、②国際合意の国内実施としての国内行政活動に対する国内裁判所の司法審査、③個人の権利利益に直接関わる国際的決定に対する国内裁判所の司法審査⁵⁵などの手法を提唱する。確かに、グローバル行政といっても、具体的な行政任務はその大半はもともと国内行政法が統制を及ぼしてきた領域であり、現在も国内行政機構によってその実施が行われていることに鑑みれば（特に②）、このアプローチは有効に機能しうる。しかし、先に述べたように、国際機構のレベルで正式に決定が行われている類型や、公私融合型の組織による活動、さらに「分配されたグローバル行政」において他国の国内行政官庁が自国民に影響を及ぼす決定を行った場合など、このアプローチがうまく対応できない場面も多い。また、このアプローチの下ではグローバル行政の法的

⁵³ Kingsbury, et al., supra note 28, at 53-54.

⁵⁴ 例えば米国の銀行規制当局は、バーゼルでの議論が進行中の2000年に規則案に関する事前告知を行った。See, Michael S. Barr & Geoffrey P. Miller, *Global Administrative Law: The View from Basel*, EUROPEAN J. INT'L LAW, 17(1), (2006), pp.15-46 (p.31). 他方、裁判所は一般的に執政府の外交権限に対しては敬讓を示すことがあり、APAを梃子にした法的統制の拡大には限界も指摘される。See, Stewart, *A Model*, supra note 30, at 84.

⁵⁵ このようなことを語りうる前提として、アメリカにおいては連邦法律と条約とは同等の権威を持つ（条約は州法には優越する）とされていることも影響しているかもしれない。参照、松井茂記『アメリカ憲法入門〔第6版〕』（有斐閣・2008年）57-58頁。

統制は結局各国ごとで区々となる、あるいは力の強い国（アメリカ？）の国内行政法ルールが国際的に押しつけられる、といった懸念もある。そもそも、グローバル行政においては、民主的正統性を有する機関からの権限委任の階統的連鎖構造や、手続参加・司法審査の仕組みを欠いており、国家中心に構築された国際法体系においては私人の参加や原告適格を認めることも難しい、という根本的な障壁もある。

他方、トップダウン型のアプローチは、国際機構レベルで答責性・透明性確保の仕組みを整備することを模索する。これは、現代の国際法秩序には親和的である反面、グローバル行政のさらなる法化・制度化を招くことによる運用の硬直化・政治的コストの増大などを抱え込むことになる。また、現状以上に各国国内の民主政原理との緊張関係が高まることにもなる。

これらの難点を踏まえ、第三の方途として、国内行政法モデルに限定されない様々な回路（例えば、市場や他国からの圧力、財政的統制、あるいは世論の圧力など）での答責性確保を目指すアプローチも提唱されているが、これも力の強い国には十分な抑制とならないなど、限界がある。結局、限界を認識しつつも国内行政法のモデルに依拠しつつ、適宜新しい方法で補完する、という方策が採られることになる⁵⁶。その際には、公私協働等に対応する新しい国内行政法上の議論や手法が有用な示唆を与えるであろう。

3. GALの位置づけと課題

主導者自らが認めるように、GALは生成途上の概念であり、そもそもGALという問題の立て方が適切かというレベルでも異論はありうる⁵⁷。国際関係をあくまでも主権国家の国益と勢力均衡の観点から捉える（国際関

⁵⁶ 他にも、EUの開かれた調整方式（Open Method of Coordination）に範を採ることや、グローバル行政の活動を国内裁判所が自国の基準で審査することを認め、その相互作用の中で次々にグローバル行政に求められる答責性・透明性の基準が強化されていくことに期待するアプローチなどが検討されている。Kingsbury et al., supra note 28, at 58.

⁵⁷ Kingsbury, et al., supra note 28, at 61.

係論の) 現実主義(リアリズム)の立場からすれば、GALが妥当すべき「国際行政空間」なるものの存在自体が懐疑的に捉えられよう⁵⁸。

とりわけ、GALが国内行政法に範型を見出しつつグローバル行政の「法的な」統制を模索する上で最大の問題は、国内行政法における行政統制の中核を担う行政から独立した司法裁判所による審査制度が、グローバル行政においては殆ど存在しないという事実である⁵⁹。

これに対するGALの応答は、①GALのプロジェクトを通じて審査制度を初めとする行政法的要素のグローバル行政への導入を促進すべきこと⁶⁰、②司法中心の行政法観から離れてより多面的な透明性・答責性担保手法の発展を探究すべきこと⁶¹、の二点となる。まず、①について言えば、各個に独立して発展してきた(これは「国際法の断片化(fragmentation)」現象とも関わる⁶²)グローバル行政の諸領域をGALが横断的に体系化することで相互参照が可能になり、透明性・答責性・手続保障の先進領域から他の領域へと同様の手法を拡張していく途が開かれる⁶³。また、②についても、

⁵⁸ GALに関連する国際関係論の議論状況について参照、Joshua Cohen & Charles Sabel, *Global Democracy?*, 37 NYU J. INT'L. LAW & POL. 763, 767-772 (2005)。

⁵⁹ See, Stewart, *A Model*, supra note 30, at 104. 他方で、国際的な裁判機関の独立性を希求するこのような議論に対する現実主義の論者からの懐疑的な議論として参照、Eric A. Posner & John C. Yoo, *Judicial Independence in International Tribunals*, 93 CAL. L. REV. 1 (2005)。

⁶⁰ また、各国の国内裁判所が一方的に国内行政法規を適用してグローバル行政の法的統制を行えば(例えば、適正手続違反を理由に国内において当該国際行政機構の決定を無効と宣言する)、国際行政機構の側には内部的な手続保障の制度を整備するインセンティブが働く、という意味では、ボトムアップ型とトップダウン型は相互に関連し得る。See, Stewart, *A Model*, supra note 30, at 78. しかし逆に、国内裁判所は「分配されたグローバル行政」について決定を下す際に、それが同じ規制ネットワークに属する他国にどのような影響を及ぼすかという点も考慮しなければならないかもしれない。

⁶¹ See, Stewart, *A Model*, supra note 30, at 72.

⁶² 国際法の断片化に関して参照、奥脇直也「現代国際法と国際裁判の法機能—国際社会の法制度化と国際法の断片化」法学教室281号(2004年)29頁。

⁶³ Stewart, *A Model*, supra note 30, at 100-103は、手続の透明化・情報へのアクセス・意思決定過程への参加(特にNGO)・「理に適った決定」の要請・独立した裁判体に

世界銀行の査閲パネル⁶⁴、NAFTA北米環境協力協定の遵守手続⁶⁵、Codex委員会へのNGOの参加など、狭義の司法的統制に限定しなければ、様々な透明性・答責性確保手段が構想されうる。先にも触れたように、国内裁判所を通じての法的統制には限界も多いが⁶⁶、政治部門が応答してグローバル行政に関わる手続保障を整備する可能性もある⁶⁷。

これに関連して、そもそもGALは“Law”と称しているものの、実際に「法」と呼ぶ実体があるのかという問題もある。GALの論者は認識論の問題としてはこれを率直に認めた上で、各種の領域で次第に形成され共有されつつある規範を、体系化と相互参照によって他の領域にも拡張していくための規範的コミットメントとして敢えて「法」と呼称するとの立場を採る⁶⁸。あるいは、アメリカ国内行政法の構成要素のうち、グローバル

よる適法性審査などの行政法的な要素が「出現しつつあるパターン」として指摘できるとしており、これをカタログ化していくことはGALの目的の1つであるとする。

⁶⁴ See, Daniel D. Bradlow, *International Organizations and Private Complaints: The Case of the World Bank Inspection Panel*, 34 VA. J. INT'L. L. 553 (1994)。

⁶⁵ See, Sarah Richardson, *Sovereignty, Trade, and the Environment - The North American Agreement on Environmental Cooperation*, 24 CAN.-U.S. L.J. 183 (1998), at 193-194. 特筆すべき点として、締約国が環境法規制の執行において協定に違反している場合に私人が環境協力委員会に対し違反を申立てることを認め、委員会は強制力を持たない違反状況報告書を公表するという仕組みの存在が指摘できる。

⁶⁶ See, e.g., *Public Citizen v. Department of Transportation*, 541 U.S. 752 (2004) [運輸省がNAFTAの協定実施のためにメキシコの運送業者に事業免許を発給する際に環境影響評価を行う必要はないと判示]; see also, Stewart, *A Model*, supra note 30, at 82.

⁶⁷ 例えば、NAFTAやウルグアイラウンドの交渉において連邦通商代表部(USTR)が環境影響評価を作成しなかったことが違法であるとしてNGOが出訴した事案で、裁判所はUSTRの交渉過程はAPAの下での司法審査の対象外であるとした(*Public Citizen v. U.S. Trade Representative*, 970 F.2d 916)が、クリントン大統領は大統領令13141号を発して、USTRが通商交渉の過程で環境影響の調査を公表すべきことを義務づけ、さらに連邦議会もUSTRに通商交渉における労働市場への影響評価を義務づけた。See, Stewart, *A Model*, supra note 30, at 85-86.

⁶⁸ Kingsbury, *The Concept of 'Law'*, supra note 35, at 26. Kingsburyは、H.L.A. Hart流の実証主義的法概念を動的に拡張する、という言い方もしている。Id., at 30.

行政にも適用しやすい部分（情報へのアクセス・透明性の保障、規範形成過程における告知コメントやその他の参加の仕組みの整備など）を先行させる「軽量版行政法（*Administrative Law Lite*）」として GAL をまずは立ち上げて、次第に充実させていくとの現実路線も示唆されている⁶⁹。

Ⅲ. 若干の考察 — アメリカ行政法の観点から

以上に紹介した GAL は、ニューヨーク大学を拠点としており、その意味ではアメリカ行政法における議論と言えるかもしれないが、他方で世界各国の研究者が参加しており、また GAL の主要業績においては随所にヨーロッパ行政法の議論の参照が見られるなど、必ずしも「アメリカ行政法の観点」が色濃く出たものではないようにも思われる。

しかし、いまだ「グローバル民主政」を語り得ない状況にあって、GAL の論者が異口同音にグローバル行政の当面の課題は「民主主義の赤字」ではなく答責性や透明性の確保であると強調する⁷⁰背景として、アメリカ行政法学の経験が反映しているのではないかと、とも思われる。

よく知られている通り、アメリカ合衆国憲法は「行政」に関する明示の規定を持たない。20世紀の行政国家化、特にニューディール期においてこの問題に直面したアメリカ法は、憲法上の位置づけが曖昧な「行政」をいかに法的に位置づけて民主主義の下に統制するか、に注力してきた。その

⁶⁹ Stewart, *A Model*, supra note 30, at 105. 現代のアメリカ国内行政法の司法的統制は、行政の適法性と私人の権利保障という中核的機能（こちらは当面は整備が遅れることを甘受せざるを得ない）のみならず、利害・情報の適切な反映による理に適った実効的な行政決定の促進を担保する機能も担っている。少なくとも後者については、司法審査の欠如を代替・補完する仕組みによってグローバル行政においても実現可能であり、まずはそこから行うべきである、という考え方である。

⁷⁰ See, e.g., Kingsbury et al, supra note 28, at 56-57; Chesterman, supra note 32, at 40 も、課題は民主主義の赤字の解消ではなく、行政的決定がより理に適ったもの (reasoned) であることを担保することであるとする。すぐ後に述べるように、適切な参加・透明性・手続の保障は「理に適った決定」の必要条件であるとする傾向は、特にアメリカ行政法学に顕著である。

営みこそがアメリカにおける行政法学の本質的部分と言えよう⁷¹。となれば、グローバル行政への法的対応としての GAL が、根本規範との関係が曖昧なままに現実が先行する中で適正手続や民主政原理を手がかりに体系構築を図らざるを得ないという意味において、アメリカ行政法学の歴史的経験を再度演じる企てとして自己を位置づけたとしても不思議ではない⁷²。

アメリカ行政法の中核は、APA による手続保障（規則制定における告知コメント手続・裁決における正式手続（対審方式のヒアリング））、司法審査、情報公開であり⁷³、司法的統制が要の役割を果たしてきたことは確かである。しかし、他方で、アメリカにおけるデュープロセス保障は、常に司法過程による統制を要求するものではなく、「どこかの段階で必ず対審構造で意見を述べる機会が与えられること」がその核心であったとの指摘がある⁷⁴。また、近時のアメリカ行政法学は、議会による統制よりも⁷⁵むしろ、執政府による統制⁷⁶、そして APA を中核とする行政過程そのものによる統制を重視する傾向にある。さらに、行政決定の適法性担保と私人の権利保障という伝統的機能にとどまらず、民主的正統性の階統秩序のみでは

⁷¹ アメリカ行政法学の自己認識の歴史的展開について参照、Stewart, *Twenty-First Century*, supra note 20.

⁷² こうした意識は、Stewart, *A Model*, supra note 30 の論文のタイトルに良く現れているように思われる。また、行政のグローバル化現象は、「答責性を持たない新たな政府部門」を作り出すという意味で、ニューディールによる連邦行政機関の創設に比肩しうる根本的な統治体制の変更であると指摘するものとして参照、Chantal Thomas, *Constitutional Change and International Government*, 52 HASTINGS L.J. 1 (2000).

⁷³ Stewart, *A Model*, supra note 30, at 73.

⁷⁴ 中川・前掲註1、36-37頁。

⁷⁵ 議会拒否権を違憲とした Chadha 判決 (*INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983)) ; 議会拒否権について参照、松井茂記「岐路に立つアメリカ行政法 (I) — 議会拒否権制度の崩壊とその意味するもの」*阪大法学*133・134号177頁 (1985年)、委任禁止法理 (nondelegation doctrine) の空文化 (See, e.g., Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 U. CHI. L. REV. 1721 (2002)) など、連邦議会による行政統制の位置づけは相対化されている。

⁷⁶ See in general, Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 HARV. L. REV. 2245 (2001).

十分ではない私人の多様な利害の反映を担保する機能も担うようになってきている⁷⁷。前節で検討してきた GAL の構想に、以上のようなアメリカ行政法学の影響を見出すことはあながちの外れとも言えないように思われる。

おわりに

本稿は「多元的システム」に行政法学がどのように対応すべきか、という問題意識から出発して、アメリカ行政法学における議論状況の一端を論じてきた。ただし、本稿が紹介し得たのは、近時の理論的動向のごく一部、いわば「目を惹く」部分に偏っていることには十分に留意する必要がある。アメリカ行政法学の全体において、あるいはアメリカ行政法の実践において、本稿が紹介した議論が支配的であるということではない。この点に関する包括的な像の提示は、他日を期さざるを得ない。

その上で、今後の研究課題をいわば備忘録的に（従って十分に詰められていない思いつきの類を）記すことが許されるのであれば、以下の四点が指摘できるように思われる。

まず、本稿の主たる素材である GAL は、各論領域の記述論から出発し、体系化と相互参照を通じて一般的な原則を規範命題として定立し⁷⁸、そこ

⁷⁷ Stewart は、1960年代以降、行政手続の中で利害関係人が参加して必要な利害や情報を行政過程に入力し、適切な手続の中でそれらが考慮されることが特に重視されるようになっていくとして、これを行政法の利益代表モデル (interest representation model) と呼んでいる。See, Stewart, *Twenty-First Century*, supra note 20, at 441. 同様の指摘について参照、松井・前掲注75論文178頁。また、行政規則制定手続の核心は、利害関係を有する者から広く見解・情報・異議を聴取することで行政がその専門性を社会各層から補充してもらい、情報豊かに決定できるよう手続を整備することにある、との指摘がある（中川・前掲註1、101頁）。これらの指摘から窺われるのは、多様な利害や異議申立に行政が応答することを重視するアメリカ行政法学の考え方であり、“accountability”や“reasoned decision-making”の語にそれが良く現れていると言えよう。但し、利益代表モデルへの批判として参照、Freeman, *Collaborative Governance*, supra note 10.

⁷⁸ 例えば Kingsbury, *Concept of 'Law'*, supra note 35 は、実定条約上・慣習法上の根拠があるわけではないしつつも、適法性 (legality)・適理性 (rationality) の語が充

から各論領域への規範的な指針を導くという点で、日独における行政法総論の思考方法とも類似しているように思われる⁷⁹。

と同時に、国際法学が国際公共価値や国際条約の国内実施過程に関心を深めつつある現在⁸⁰、行政法学と国際法学の協働に向けた一つの可能性を GAL は示唆しているようにも思われる。前提となる憲法的・制度的与件の違いに留意しつつも、日本の行政法学における国内・国際の境界の克服、国際法学との対話にあたって、参照する価値は認められるであろう⁸¹。

他方で、ルール論文・原田論文が、〈国家〉を理論構築上の繋留点として重視するのに対して、本稿が参照したアメリカ行政法学の議論は、国内行政の公私協働・グローバル行政のいずれにおいても、そのような傾向は窺われなことが興味深く指摘される。国家概念の空隙を埋めるものとして①適正手続を軸としたプロセス的な発想と②民主政理論の直接参照 (GAL においても、グローバル民主政理論の必要性は今後の展開の方向性として意識されている) が存在しているのではないかとの憶測が働くが、これは現時点での筆者の手に余る問題であり、将来の課題とせざるを得ない。

最後に、統治構造のネットワーク化・非中心性・水平性を強調するガバナンス論の影響は、本稿が紹介した公私協働論・GAL のいずれにも見出すことができた。ルール論文・原田論文が指摘するように、ガバナンス論は

てられているが、内容は「行政が私人や各国政府に影響を及ぼす決定について適切な理由づけを与えること」とあるのでむしろ他の箇所「理に適った (reasoned) 意思決定」と言われているものに近い)・比例性 (proportionality)・法の支配 (rule of law)・人権 (human rights) などの原理を掲げ、これらを満たすものがよき GAL であるとしている。そして、GAL の体系化がそれと表裏をなす作業として位置づけられている。

⁷⁹ 実際、GAL の論者はドイツ行政法学の文献を積極的に引用している。See, e.g., Kingsbury et al., supra note 28, at 43 (footnote 82, citing SCHMIDT-ASSMANN, *DAS ALLGEMEINE VERWALTUNGSRECHT ALS ORDNUNGSIDEE* (2d ed. 2004)).

⁸⁰ See, KOMORI & WELLENS, supra note 52.

⁸¹ なお、1つの試みとして、北大 GCOE・北大環境法政策研究会では、国際法学者と行政法学者が共同で、国際環境条約の国内実施過程に関する研究プロジェクトを進行させている。

記述理論としては有益であるが、規範理論として直ちに依拠できるものではない。この点、GALの議論においては、価値的コミットメント（グローバル行政の透明性・答責性・適理性の向上等）は別途与えられており、ガバナンス論の知見は現状認識と対処方針を立てる際の有益な情報（いわば「地図」）として用いられているように思われる。これは、公法学がガバナンス論という隣接社会科学の知見とどう向き合い、それを活用していくかについての一つの示唆を与えているようにも思われる。