

## LAW & LEVIATHAN : Redeeming the Administrative State

渡邊榮文

### 1. はじめに

書評本の主表題は『法とリヴァイアサン』(以下「本書」という。)である。本書の副表題は「行政国家の復活」である。著者はカス・R・サンスタイン (Cass R.Sunstein) とエイドゥリアン・ヴァーミュール (Adrian Vermeule) である。B6 版全 188 頁で 2020 年にハーバード大学が出版する。本書は行政国家を巨大な怪獣 (=リヴァイアサン) にたとえ、これと法 (公法) との関係を対象としている。

評者が法学部 4 年次生のとき、手島孝先生とその著『現代行政国家論』(勁草書房、1969 年)に出会う。この出会いが評者の大学院進学の内発的動機づけとなる。手許に「行政国家」と題する国内外の専門書が数冊ある。和書は前述書の他に片岡寛光著『行政国家』(早稲田大学出版部、1976 年)、手島孝著『行政国家の法理』(学陽書房、1976 年)、D.ワルドー著 (山崎克明訳)『行政国家』(九州大学出版会、1986 年)、手島孝著『ネオ行政国家論』(木鐸社、1991 年)である。外書は D.ワルドー (Dwight Waldo), *The Administrative State* (The Ronald Press Company, 1948)、F.M.マークス (Fritz Morstein Marx), *The Administrative State* (The University of Chicago Press, 1957) および書評本である。

帰巢本能それかあらぬか衝動にかられての本書書評のゆえに、それは本書の脚注にある文献や判例は参照しておらず、ごく簡単なスケッチに留まっている。

### 2. 本書の目的と構成

#### (1) 本書の目的

「現代行政国家は非合法 (illegitimate) か? 違憲 (unconstitutional) か? 無責任 (unaccountable) か? 危険 (dangerous) か? 不寛容 (intolerable) か?」。

アメリカ公法学はこれらの問題の論争によって長く分裂している。本書の目的は「様々な基本的な見解を調整するための統一的な枠組み」を提示することにある。

#### (2) 本書の構成

本書は序論、本論 (全 5 章) および結語から成る。

ア. 序論

序論は「長きにわたって激しく戦わされた論争」(Long-Continued and Hard-Fought Contentions)と題し、現代行政国家(以下「行政国家」という。)に対する批判と擁護の概観、本書の計画を述べる。

#### イ. 第1章

本論の第1章は「新コーク」(The New Coke)と題する。

コークはイギリスのエドワード・コーク(Edward Coke, 1552-1634)である。彼は法律家としてスチュアート朝の専制政治(Stuart despotism)と戦う。行政国家はスチュアート朝の専制政治に類するとし、これを批判する者が新コークである。新コークは行政国家による「行政権濫用の危険性」(Risk of Executive Abuse)に強い懸念を抱いている。この懸念はアメリカ合衆国憲法の起草者も抱いていたので、珍しくはない。それは、憲法が王権の恣意的な行使に対する「革命の余波」(aftermath of a revolution)であるからである。

#### ウ. 第2章

本論の第2章は「法の道德その1: ルールと自由裁量」(Law's Morality, 1: Rules and Discretion)と題する。

「法は道德的(moral)であるか。もし法が道德的でないかまたは十分に道德的でないならば、法は法とはいえないのか」。法は「内的道德」(internal morality)、すなわち「義務の最低限の道德と願望のより高次の道德」(minimal morality of duty and higher morality of aspiration)である。

法の内的道德に対する侵害は以下の8つである。それらは、①すべての問題をその場その場で決定しようとして初めからルールの制定を怠ること、②影響を受ける人が遵守しなければならないルールの透明性が欠如していること、③人は現行のルールを信頼することができず、変更の脅威にさらされているという意味での遡及効を濫用すること、④ルールを理解不能にすること、⑤相互に矛盾するルールを發布すること、⑥人が行い得ない事を行うように要求するルールであること、⑦ルールに従って行動することができないようなルールを頻繁に改変すること、⑧公布のルールと実施のそれとの間に食い違いがあることである。このようにルールは法の道德の根底を成しているのである。

法の道德は裁量(discretion)の問題を生ぜしめる。行政国家は際限のない非統制の裁量権を行使している。裁量権はルールに基づいて行使されるべきである。法の道德の根底はルールであるから、行政国家のルールからの自由、すなわち行政国家の裁量行為は法の道德を侵犯することになる。

#### エ. 第3章

本論の第3章は「法の道德その2: 一貫性と信頼」(Law's Morality, 2: Consistency and Reliance)と題し、法の道德としての一貫性と信頼を取り上げる。

一貫性は信頼とは異なる価値を有する。しかし、「正当と認められる信頼」(justified reliance)を保護することは一貫性を促進しようとする行政法原理の中核的な目標であるので、本書はこれらと一緒に取り扱っている。法の道德としての一貫性と信頼は、「行政機関はそれ自身のルールに従って行動しなければならない」(“Agencies Must Follow Their Own Rules”)ことである。例えば、ルールの頻繁な解釈変更やルールの性急な変更は、一貫性と信頼を侵犯することになる。ルールの頻繁な解釈変更等はある種の「悪意の恣意性」(willful arbitrariness)であり、漠然とした曖昧なル

ールと同じである。

#### オ. 第4章

本論の第4章は「法の道德その3: 限界、交換および司法の役割」(Law's Morality, 3: Limits, Trade-offs, and The Judicial Role) と題する。

本書の主たる企画は現代行政法に最高の光を当てることである。行政国家批判に対する有望版 (promising version) は法の道德の強調である。しかし、行政法の道德には3つの難点がある。すなわち、実証主義 (Positivism)、交換 (Trade-offs) および司法の誤りと判決上の負担 (Judicial mistakes and decisional burdens) である。

行政法の道德に関する1つ目の難点は実証主義である。これは行政法の道德を法的に根拠づけることができないことである。2つ目の難点は交換である。これは法の支配の価値と対立する価値との間の交換である。法の道德の1つとしての不遡及は福祉分野では正当化することができず、遡及効が求められることである。3つ目の難点は司法の誤りと判決上の負担である。これは裁判所が時間と情報に関して制約を受けているので、行政の合理的で予測可能な政策体系を混乱に陥れてしまうことである。

#### カ. 第5章

本論の第5章は「機能の代替的保護手段」(Surrogate Safeguards in Action) と題する。

行政国家の行政権濫用の危険性に対し、前述の行政法の道德の諸原則が法の支配に関わるとして機能の代替的保護手段として用いられる。その具体的な用法は、行政によるルール解釈は「合理的」(reasonable) でなければならないこと、ルール解釈は行政の「自立した専門的知識」(substantive expertise) が示されていること、ルール解釈は「公正かつ熟慮した判断」(fair and considered judgment) を反映していることである。

#### キ. 結語

本書の最後は「結語」(Final Words) である。アメリカ行政法は「法の内的道德」(internal morality of law) を有し、「何か賞賛に値するもの」(something to celebrate) である。それは双面神ヤヌス (Janus) のように対照的であるので、行政国家に権限を付与したり行政国家の権限を制限したりする。この「二元性」(duality) がアメリカ公法学の長期論争を終結させるのである。

### 3. おわりに

アメリカ公法学は行政国家に対する批判論と擁護論とが対立する。書評本はこれに終止符を打つべく枠組みを提示する。それは行政法の道德である。行政法の道德、すなわち「行政機関はそれ自身のルールに従って行動しなければならない」が対立する行政国家論争を終結させるのである。

本稿は書評するために筆を執っているので、評者の更なるコメントがあつて然るべきであろう。しかし、「はじめに」で記したように書評は帰巢本能に駆られたものであるので、評者の更なるコメントはできなかった。本書の巻頭にシェークスピア (William Shakespeare) の言葉が掲げられているので、それに代えたいと思う。「巨人の力を有することはすばらしいことである。しかし、それを巨人のように用いることは暴虐である。」(O, it is excellent to have a giant's strength: but it is tyrannous to use it like a giant.)

拙稿を目にした方が書評本に当たってみようと思われるならば、書評の目的は遂げられたことになる。