

アメリカにおける行政解釈方法論 (1)

福 永 実

序論

第 1 章 行政解釈方法論の基礎理論

第 1 節 制度論構成と規範論構成

第 2 節 行政解釈方法論の成立可能性

第 3 節 行政機関による立法補佐活動と実証研究

(以上、本号)

序 論

(1) 本稿は、行政機関が行う行政法解釈、即ち行政解釈 (agency statutory interpretation) の方法論について⁽¹⁾、アメリカ法での議論の諸相を検討するものである。

近年、我が国の行政法学では行政法解釈方法論への関心が高まりつつある⁽²⁾。ただ、そこでの「行政法解釈」の対象は裁判所が行う行政法解釈、即ち司法解釈 (judicial statutory interpretation) に向けられている。

しかし、行政法を解釈するのは裁判所だけではない。多くの場合、個別行政法を最初に解釈するのは行政機関である。

従って、行政解釈は司法解釈に先行する。もちろん、司法解釈が行政解釈に法的に拘束されることはないが、時間的に先行する行政解釈が後続の司法

(1) ここでいう解釈方法論とは、法の意味を探る上で何を参照して正当化したか、をめぐする方法論である。なお、我が国の行政解釈方法論の検討は別稿を予定している。

(2) 山本隆司「行政法の法理・解釈に関する裁判所の先例」公法研究 81 号 (2019 年) 41～42 頁、興津征雄「行政法学の自己規定」法律時報 91 卷 9 号 (2019 年)、阿部泰隆「行政法解釈のあり方」『行政法の解釈』(信山社、2019 年) 3～82 頁、中川文久「行政法解釈の方法」民商法雑誌 154 卷 5 号 (2018 年)、高木光「行政法規の解釈における参照事項」法曹時報 69 卷 6 号 (2017 年) など参照。

解釈に事実上の影響（例えば行政解釈の尊重）を及ぼす可能性は否定できない。また、そもそも行政解釈は紛争事案にならなければ司法審査を受けることはないから、違法性が確定する時点まで行政解釈は事実上の影響力を持ち続ける。

このような行政解釈について、これまで我が国の行政法学では、司法解釈が行政解釈から受け得る影響の度合いについて裁判例の実証研究の必要性が説かれてきたほか、通達事項と法律事項の区別基準、行政解釈の司法統制といったテーマが議論されてきたが、そもそも行政解釈がどのような方法で形成されるべきか、といった前提問題には関心が寄せられてこなかった。

その背景には、行政解釈は裁判所が違法と判断すれば覆される暫定的存在であり、焦点は司法解釈方法論に振り向けるべきとの学問的合理性のほかに、そもそも行政解釈の方法は司法解釈の方法と同種である、との暗黙の措定があったように思われる。しかしこの点は自明であろうか。

行政解釈は司法審査によるレビューを受けることなく、行政領域において自生し続けるものも多いだろう。そうであれば、行政解釈を司法判断による確定を待つまでの暫定的存在として軽視せず、行政機関による行政法解釈はどのような方法でなされるべきか、裁判所による行政法解釈と異なるのか、と問題を設定してみるのも検討に値しよう。

(2) 以上の点について、本稿は、アメリカ法を比較対象として検討する。

アメリカではこの30年ほど、好んで制定法解釈方法論が議論されてきた。そこでは、代表民主政において法形成を担うのは立法部門であるとの観念（立法府の優越）を前提に、制定法解釈を担う司法部門の適切な役割は何か、特に立法資料（legislative history）の利用の是非を通じて議論されてきた⁽³⁾。しかし、それは必ずしも行政機関による制定法解釈をも念頭に置くものではなかった。

他方で近年、その関心の一部は公法学者を中心に行政解釈方法論に波及しつつある。

大統領制を採るアメリカでは、議会多数派と大統領が異なる民主的基盤を備える可能性が常にあり、また投票行動における党議拘束も厳しくないことから、制定法をめぐる立法部意思と執行部意思とは必ずしも一致しない。そこで行政機関の解釈が議会に忠実であることは何を意味するのか、大統領や制定法可決後の現在の議会構成の意向に配慮し得るかとの問題が、法的・政治的に大きな課題として認識されている。しかもアメリカでは、*Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984) (以下、*Chevron* 判決という。)により一定の場合に行政解釈は司法部から尊重されるので(後述)、司法部より尊重を受ける行政解釈の方法論そのものに関心が寄せられる素地があるのである⁽⁴⁾。

そして、この議論の中で、行政解釈の方法は司法解釈の方法と異なる、と明確に主張する有力学説が存在する。

以上に対し、議院内閣制を採る日本では、議会多数派と行政部の政治的構成が一致するのが通常であり、行政機関ないし公務員の行政解釈が制定法(議会意思)に忠実であるべきことは、自明とも思える。しかし議院内閣制下にあっても政権交代により議会構成は変化するのであり、また行政機関は内閣の統轄に服するから、行政機関が制定法解釈に際し、いかなる立法者を想定すべきか、といった視点は日本法においても不可欠であろう。我が国の行政法学が「行政解釈方法論」の基礎理論の比較の視座を求める上で、アメリカ

(3) 差し当たり拙稿「行政法教育と制定法解釈」広島法科大学院論集10号(2014年)207～260頁、同「アメリカにおける制定法解釈と立法資料(1)～(7)」広島法学38巻3号1～38頁、39巻1号17～59頁、39巻2号(以上、2015年)49～85頁、40巻2号(2016年)9～40頁、40巻3号1～27頁、40巻4号1～33頁、41巻1号(以上、2017年)19～48頁を参照。なお本稿は、上記「アメリカにおける制定法解釈と立法資料」の継続論文であるが、諸般の事情により改題して公刊することとした。

(4) Jerry L. Mashaw, *Norms, Practices, and the Paradox of Deference: A Preliminary Inquiry into Agency Statutory Interpretation*, 57 Admin. L. Rev. 501 (2005), at 503; Kent Greenawalt, *Statutory and Common Law Interpretation* (Oxford University Press, 2013), at 141.

の議論は十分参考に値する。

(3) 次章の検討に入る前に、アメリカでの制定法解釈方法論を簡単に確認しておきたい。

代表的な解釈方法論として①インテンショナリズム (intentionalism: 議会意図主義)、②パーポズイビズム (purposivism: 目的主義)、③テクスチュアリズム (textualism: 法文尊重主義)、④ダイナミズム (dynamism: 動態主義)がある。論者により必ずしも定義の一致を見るものではないが、ここでは、①インテンショナリズムは、制定法解釈の目的は当該解釈問題に関する制定当時の立法者意思を明らかにすることにあると考え、とりわけ立法資料 (legislative history) を重視する立場とする⁽⁵⁾。②パーポズイビズムは、制定法の制定目的を指定した上で当該目的から解釈問題の解決を導く立場であり、①とは立法者意思をより抽象レベルで把握する点に差異がある。③(ニュー・)テクスチュアリズムは制定法解釈の目的を立法者が法文に示した意味を明らかにすることと捉え、法目的の参照は法文の劣位に置き、また立法資料の利用は原則として禁止する。①②③は立法者意思の再現という点でいずれもオリジナリズム (originalism) と整理できるのに対し、④ダイナミズムは制定法解釈の目的を望ましい社会状態の創造にあると捉え、条文や立法資料だけでなく、制定法を取り巻く現在の社会的環境変化を踏まえて、「最も妥当な」結論に到達することを許容する⁽⁶⁾。

かなり大雑把に言って、「裁判所」の方法論については、アメリカ合衆国最

(5) legislative history は委員会報告書、法案提出者による議場討論、両院協議会報告書といった立法資料 (legislative material) ばかりでなく、広義には立法制定の経緯・背景、公聴会、文案変遷過程、または立法後の立法経過 (post-enactment legislative history) や立法不作為 (legislative inaction) まで多様な意味を含むため、通例、「立法経過」と訳されるが (田中英夫著『英米法のことば』(有斐閣、1986年) 81頁参照)、本稿ではその中心をなす議会議事録や委員会報告書を指す場合に「立法資料」の訳語を当て、その他広く法令の形成・変遷過程に関係する情報を差す場合に「立法経過」の訳語を当てて区別している。

高裁では 19 世紀までは③が、1940 年代までは①が、1980 年代までは②が、そして現在は再び③が主要な方法論として採用されてきた。行政解釈方法論としては、これらの方法論と同種となるのか否かが問われることとなる。

なお管見の限り、アメリカでは法分野に通底する一般的な制定法解釈方法論が議論されるのが通常であり、行政法固有の解釈方法論が論じられることは極めて稀である⁽⁷⁾。ただ行政解釈方法論の探究により、副産物として裁判所による行政法解釈の方法論の一端を探ることもできるだろう。

第 1 章 行政解釈方法論の基礎理論

第 1 節 制度論構成と規範論構成

(1) 法形式論・規範論・制度論

行政機関の組織階層、行使する権限の性格、また行政解釈の形式などは多様であるから、行政解釈の方法論は司法解釈方法論を語るとき以上に抽象化して議論せざるをえない⁽⁸⁾。

そこでまず、行政解釈の方法論を構想する上で、ベースとなる基礎理論を

(6) Thomas W. Merrill, *Faithful Agent, Integrative, and Welfarist Interpretation*, 14 Lewis & Clark L. Rev. 1565 (2010), at 1568-69. 我が国での法解釈方法一般と対比させると、①は歴史的解釈を、②は目的論的解釈を、③は文理・論理解釈を重視する立場であり、④は法の欠缺補充による法創造を率直に認める立場として整理できよう。

(7) See Jonathan R. Siegel, *Textualism and Contextualism in Administrative Law*, 78 B.U. L. Rev. 1023 (1998).

(8) 行政機関 (agency) の概念自体、必ずしも定まったものではない。連邦行政手続法 (APA) は、行政機関について「合衆国政府の各機関であり、他の機関に属するか、又は他の機関から監査を受けるかどうかを問わないもの (但し合衆国議会や裁判所等に属する機関を除く)」と広範に定義しており (Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § 551(1))、ある政府組織単位の行政機関該当性がしばしば訴訟で問題となっている。行政機関について、本稿は差し当たり国務省や財務省等の 15 の執行各部 (executive departments)、連邦食品薬品局 (Food and Drug Administration) など大統領執行府 (Executive

何に求めるか。

筆者は以前、制定法解釈方法の基礎理論として、方法論の正統性を憲法条項から導き出そうとする①法形式論、制定法解釈主体の法形成における役割をどのように措定するか（忠実な代理人（faithful agent）か協調的パートナー（cooperative partner）か）に関する②規範論、実証研究も踏まえつつ法解釈者の能力及び相互作用に即して制定法解釈の方法を構想する③制度論に区別して整理した⁽⁹⁾。

そして、裁判所の制定法解釈方法論について言えば、一般に①法形式論や②議会と裁判所の関係を規定する忠実な代理人モデルに基礎理論を求めるのが通例であり、③制度論は補強論として用いられる傾向がある。

これに対し行政解釈方法論では、むしろ③制度論を主軸に理論構成する立場が主流であり、①憲法条項や②忠実な代理人モデルによる基礎付けを明示する論者は少ない。そこで、まずは制度論による制定法解釈論を確認しておこう。

(2) Adrian Vermeule の制度論と Chevron 判決

制度論を制定法解釈方法論に応用する代表的論者が Adrian Vermeule である。Vermeule は、従来の制定法解釈論が不完全な論争に留まっていたのは、裁判官を理念化された解釈者として措定した上で、憲法論や民主政といった理論をベースとした抽象論に陥っていたからであると批判し、制定法解釈理論の構築には当該解釈者がどのような能力を持ち、どのような条件下で解釈

Office of the President) や執行各部の所管下にある部局 (bureau, administration, division, office)、連邦環境保護庁 (Environmental Protection Agency) など大統領執行府や執行各部の所管外にある独立行政機関 (independent agency) 等、アメリカ連邦政府の執行体制下にある政府機関を念頭に置いて考察を進める。アメリカ連邦政府における行政機関の構成の詳細につき、See Jennifer L. Selin & David E. Lewis, Admin. Conf. of the U.S., Sourcebook of United States Executive Agencies (2d ed., 2018).

(9) 福永実「アメリカにおける制定法解釈と立法資料 (4)」前掲註 (3) 10～12頁。

を行うかという③制度論の視点と⁽¹⁰⁾、複数の解釈が相互に及ぼす影響の分析を踏まえるべきであると主張する⁽¹¹⁾。

制度が異なれば、同じ業務でもそれぞれの能力に応じて異なった方法で対処されることになるのは当然である。具体的な解釈方法として、Vermeule は、制定法の文言が曖昧であれば裁判所は常に行政解釈を尊重すべきである、と主張する。制定法の文言が曖昧な場合、テクスチュアリズムの方法にせよインテンションアリズムの方法にせよ、法文の意味を探る裁判官のコストは高まる割に、行政機関や被規制者から解釈の予測可能性を奪うなど、不確実性がある。他方で、制定法の立法過程に関与し、制定法の制定にまつわる社会状況や立法時の交渉結果、立法資料の内容について知識経験を有し、また公衆からの反応に政治的に即応し得る行政機関は、裁判所よりも法解釈上の考慮事項を幅広く参酌し、より低いコストで適切な解釈に到達し得る専門性がある。両者の制度論的能力の差異に鑑みれば、解釈の正確性の観点で裁判所が行政解釈に重ねて再解釈を示す意義に乏しく、行政解釈尊重論が制度論的に帰結される⁽¹²⁾。他方で、法文の意味が明確であるならば、専門家たる裁判官は正にその意味に従って解釈すべきであるが、但しその際、立法資料の検証は能力的な問題から行うべきではない⁽¹³⁾。

(10) 制度論一般につき、See Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy* (1994). 藤谷武史「『より良き立法』の制度論的基礎・序説—アメリカ法における『立法』の位置づけを手がかりに」新世代法政策学研究 7 号 (2010 年) 179 ~ 188 頁参照。

(11) Adrian Vermeule, *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation* (2006), at 80-83; Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*, 101 *Mich. L. Rev.* 885 (2003), at 886, 914-915. Vermeule の法解釈方法論を紹介する邦語文献としては、福永実「アメリカにおける制定法解釈と立法資料 (6)」前掲註 (3) 17 ~ 19、29 ~ 30 頁、松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回 (2・完)」*民商法雑誌* 140 卷 2 号 (2009 年) 210 ~ 218 頁参照。

(12) Vermeule, *supra* note 11, at 205-215.

(13) *Id.* at 183, 189, 198, 202-03. 従って Vermeule が提示する司法解釈方法はニュー・テック

Vermeule の議論は、明らかに Chevron 判決の法理から示唆を得ている。Chevron 判決については、筆者は制定法解釈理論の視座から分析したが⁽¹⁴⁾、本稿のテーマに大きく関係するので、その法理の内容と根拠を確認しておこう。

Chevron 判決によれば、行政機関が執行する制定法の解釈が関わる場合、裁判所は第 1 段階審査 (Step One) として、当該解釈問題について議会が制定法に直接的な言明をしているか、あるいは制定法が曖昧 (ambiguity) かどうかを「伝統的な制定法解釈手法」を用いて解釈する (clarity/ambiguity test)。その結果、制定法が曖昧と解される場合、第 2 段階審査 (Step Two) として、行政解釈が制定法解釈上「許容し得る」「合理的な」ものであるかどうかを問う (permissible test)。そしてこれが肯定される場合、裁判所は、たとえ行政解釈とは異なる正しい解釈が想定し得たとしても行政解釈を尊重しなければならず、行政解釈の合理性が否定される場合に限り行政機関に判断を差し戻すか、裁判所が自ら解釈を示すことになる。以上が Chevron 判決の二段階法理である⁽¹⁵⁾。

このように Chevron 判決は合理的な行政解釈に法的拘束性を認めようとする謙譲法理であるが、Chevron 判決の理論的基礎は、議会の行政機関に対する解釈権の明示的又は黙示的委任 (implicit delegation) であり、かつ、その基底には、行政機関の (裁判所に欠ける) 専門性、及び大統領の統制により行政機関の権限行使の民主的答責性 (accountability) が確保されているという「行政機関の比較優位性」にある⁽¹⁶⁾。

スチュアリズムである。

(14) 福永実「アメリカにおける制定法解釈と立法資料 (7)」前掲註 (3) 参照。

(15) Chevron, 467 U.S. 837, at 842-44.

(16) 筑紫圭一「米国における行政立法の裁量論 (3)」自治研究 86 巻 9 号 (2010 年) 104 ~ 105 頁。

「裁判官はこの分野の専門家ではなく、政府の二つの政治部門のいずれにも属さない。裁判所が競合する政治的利益を調整しなければならないケースもあるが、裁判官の個人的な政策選好に基づいてはならない。これに対し、議会が政策形成の責任を委任した行政機関は、自らの判断を形成するために、委任の範囲内で、賢明な政策に関する現政権の見解に適切に依存することが許される。行政機関は人民に直接の責任を負ってはいないが、大統領がこれを負っている。そしてこの政府の政治部門 (political branch) が、議会自体が不注意にも解決しなかった、または、日常の現実には照らして制定法の実施の任を担う行政機関によって解決されるべく意図的に残した、競合する諸利益の調整という政策選択をなすことは、全く適切である。」

「かなり概念化された制定法の条文について、行政機関による解釈の問題の中心が、議会により残された隙間 (gap) の範囲内での合理的選択であるかどうかではなく、実は行政機関の政策の賢明さにあるのなら、問題は終わりとしなければならない。そのような場合、選挙民を持たない連邦裁判官は、それを持つ者がした正当な政策選択を尊重する義務がある。そのような政策選択の賢明さを評価し、公益について対立する諸見解をめぐる闘争を解決する責任は、司法部にはない。『我々の憲法は、そのような責任を政治部門 (political branches) に付与している⁽¹⁷⁾。』」

Chevron 法理の正当化については、その是非を含め、様々な議論があるところであるが、Vermeule は Chevron 法理を不明確な憲法理論でも制定法解釈理論からでもなく、率直に制度論から正当化している⁽¹⁸⁾。

(3) Peter L. Strauss

さて行政機関の制定法解釈方法論を最初にリードしたのが、Peter L. Strauss であった。

Strauss によれば、従来の制定法解釈論争は解釈主体として裁判官を措定し、彼が偶然担当することとなった紛争事案を個別的に解決する際に、制定法の執行に関わる政治的答責性とは無関係に、解釈は制定法内部から発見できる、という構図を前提に論争されてきた。しかし、実際には制定法解釈のほとん

(17) Chevron, 467 U.S. 837, at 865-66 (citing TVA v. Hill, 437 U.S. 153 (1978)).

(18) Vermeule, *supra* note 11, at 211.

どはこのような形で実施されていない。

まず、圧倒的に制定法解釈を行うのは、行政機関である。

次に、行政機関の制定法解釈は、制定法を所管する行政機関が政策を実施する過程で、政策の継続性・発展性も睨んで実践的意図的に行われる。

そして、行政機関の制定法解釈は、政治部門（議会及び大統領）から影響を受ける。行政職員は裁判官と異なり終身制ではなく、予算編成や人事、国政調査の行使によりこれら政治部門の監督に服するため、行政解釈は司法統制のみならず政治統制にも服する。裁判官の法解釈は政治的であってはならないが、行政機関の制定法解釈は、元々「正当な」政治的論争に巻き込まれることが予定されている。

最後に、多くの解釈問題は立法者によって解答が用意されておらず、むしろ立法者は行政機関に対し、所定の基準と手続のみを提示して適切な解釈の創出自体を求めている場合が多い。制定法は頻繁に改正し得ないため、立法者は制定法の法文を曖昧な表現にとどめ、行政機関による状況即応的な解釈を期待する。行政解釈の有用性はダイナミックな解釈変更（政策変更）が可能な点にあるとも言える⁽¹⁹⁾。

このように Strauss は、行政機関が議会や大統領の政治的統制に服しつつ、状況変化に合わせ政策実現の責任を果たそうとする点に制度論的特性を見出した上で、行政解釈の難問は、行政解釈を政治と区別された「法（法の支配）」に服せしめることにある、と問題提起した。

行政機関の活動は常に現在の政治勢力（議会、大統領）の影響を受ける。前述の通り、Chevron 判決が行政解釈を尊重すべきとする理由の一つは、行政解釈が政治部門から統制を受けることにあるから、現在の政治勢力が行政解釈を統制することは民主政にとり望ましい一面はあるものの、仮に制定法

(19) Peter L. Strauss, *When the Judge Is Not the Primary Official with Responsibility To Read: Agency Interpretation and the Problem of Legislative History*, 66 Chi.-Kent L. Rev. 321 (1990), at 321, 329.

解釈の素材が文理でしかなければ、現在の政治勢力は、法文の曖昧性を根拠に自己の意向に沿った解釈を容易に行政機関に強いることができる。これに抗して行政機関に「法（法の支配）」に即した制定法解釈を行わせたいとしても、行政機関の職員の個人的資質に依拠したり、従来の解釈慣行を持ち出させることは現実的ではない。また立法者が後の政治勢力に解釈を曲解されないよう精緻な法文を作成するのでは、行政解釈のメリットを奪うことになる。

そこで Strauss は、行政機関は「政治的記録 (political history)」から解釈の許容範囲と限界を引き出し、これに依拠して現在の政治的解釈に対抗することが有用であると主張した⁽²⁰⁾。

Strauss が言う政治的記録とは、行政機関が関与した立法制定に至る経緯・経過ばかりでなく、行政機関が法の執行過程で政治部門（議会・大統領）と継続的に関係性を保つ中で知り得た制定法の評価・意味、行政内部で正当に積み重ねられてきた解釈慣行まで含まれ、広く制定法の法秩序を維持する情報を含んでいる。但し、Strauss が中核的に取り上げているのは制定法制定時に作成された記録、つまり立法資料である⁽²¹⁾。

Strauss の関心は、Chevron 判決後の行政機関職員の行動原理にあった。Chevron 法理の下で行政解釈が尊重される条件の一つは現在の政治勢力による行政解釈の統制であり、それ自体を正統な統制たらしめるには、行政機関に立法資料を参照させ（インテンショナリズム）、法と政治を調和させた望ましい行政解釈を提示させることが必要となるのである⁽²²⁾。

(4) Jerry L. Mashaw

Strauss の問題提起ののち、これに憲法構造論を加味して行政解釈方法論を

(20) *Id.* at 321-322, 330-36, 351-52. *See also* Mashaw, *supra* note 4, at 511; Vermeule, *supra* note 11, at 210.

(21) Strauss, *supra* note 19, at 335, 338.

(22) *Id.* at 351. Todd D. Rakoff, *Peter L. Strauss, An Introduction*, 115 *Colum. L. Rev.* 1679 (2015), at 1680.

独立した学問テーマに発展させたのが Jerry L. Mashaw である。Mashaw も Strauss と同じく、Chevron 法理下での行政機関の役割に関心を持っていた。Mashaw は、Chevron 判決により、行政解釈が司法解釈とは異なる自律的活動 (autonomous enterprise) であることが認められたと理解した上で、行政解釈それ自体が法的規範構造を備えたものと仮定する。Mashaw は、行政解釈の規定条件は①憲法秩序における行政機関の位置付けに由来する規範、及び②行政活動を機能させる現実的必要性によって左右されるとし、そこから司法解釈と行政解釈に以下のような相違があると分析する (①は憲法論、②は制度論に近い議論と思われる (かつ、後述するように①②は重複する))。

①憲法規範論からは、行政解釈は (a) 大統領による政治的統制、(b) 憲法適合的解釈、(c) 法秩序維持、(d) 立法資料・立法経過の参照、(e) 先例拘束性の諸点に関して司法解釈と異なる特性が見出される⁽²³⁾。第一に、行政機関は大統領令や任用権等を通じ大統領の政治的統制を受けて制定法解釈を行う。明確な憲法上又は制定法上の権限がない限り大統領が行政機関の解釈を完全に統制するのは適切でないが、大統領の指令が制定法の権限に適合するものである限り行政機関がこれを考慮して解釈すること自体は、「単一執行権論 (unitary executive theory)」を持ち出すまでもなく、政治的答責性の確保の観点から望ましい。第二に、行政機関も憲法の統制を受け憲法適合的に制定法解釈する必要があるが、行政解釈では憲法判断回避 (avoidance of constitutional issue) の準則を用いるべきではない⁽²⁴⁾。司法審査の機会を奪い司法権への侵害となるばかりか、法執行に消極性が生まれるからである。第三に、司法解釈は法秩序への統合を目指す、行政機関設立の直接の目的は政策実現であり、法体系・秩序の維持の観点は行政解釈では二次的なもので良い (司法解釈は法秩序の統御を目指す、行政解釈は政策適合性を目指す)。

(23) Mashaw, *supra* note 4, at 506-15.

(24) See generally Trevor W. Morrison, *Constitutional Avoidance in the Executive Branch*, 106 Colum. L. Rev. 1189 (2006).

第四に、裁判官と異なり、行政機関は政治過程と距離を取る必要が無く、法規命令を授權された場合は立法者の立場にもある。そこで政治的答責性の確保の観点から行政解釈は立法資料の参照を、更には制定法可決後の立法経過の参照まで求められる。第五に、行政機関には、判例の先例拘束性は司法内部と同程度には及ばない。

次に Mashaw は、②解釈者が制定法解釈に際して考慮すべき賢明さの視点 (*prudential consideration*) として、(a) 解釈ミスの防止、(b) 解釈者としての正統性の獲得・維持、(c) 解釈業務の効率性、を挙げた上で、司法解釈と行政解釈とは、以下のような相違点があると分析した⁽²⁵⁾。

第一に、解釈の結果が複数あり得る不確実性に直面した際、解釈ミスを防止する方策として、裁判所は権利擁護的な解釈を選択するが、行政機関は制度適合的な解釈を選択する。また行政機関は立法過程に深く関与しているため、立法資料や(事後的)立法経過を用いようとする。

第二に解釈者としての正統性について、裁判所は制定法の違憲判断をし過ぎると国民から司法積極主義であると批判されるため憲法判断回避をしようとするが、行政機関の場合、行政消極主義(行政の不作为)は非効率で不当と政治的に評価されるため、行政機関は可能な限り被規制者に詳細な解釈の事前提示に努め、また状況に合わせて解釈を再構築する傾向がある。更に、政策を効率的に実現する上で政治部門(大統領、議会)から信頼を獲得するのが得策であるから、行政機関は政治部門の政治的選好に沿った解釈を進んで選択することがある。

第三に解釈の効率性について、全国に大量の裁決決定者を抱える行政機関の場合、全国的な政策の一貫性を確保するため、行政内部の階層構造に配慮してニュアンスのある解釈は示さない傾向にある。なお裁判所も下級裁判所に過度の仕事がもたらされる解釈を採用しない傾向があるが、常にではない。

(25) Mashaw, *supra* note 4, at 517-20.

以上を基に Mashaw は、行政解釈に適合的だが司法解釈に適合的ではない解釈準則の一例として、①大統領の指示の重視（明白に権限外である場合を除く）、②立法資料・立法経過の利用、③制定法の目的を実効化させる解釈、④積極的な法形成的解釈、⑤行政活動が効率的であるような戦略性への配慮、⑥組織内の階層的統制がきく解釈、⑦現在の政治状況への配慮を挙げ、逆に司法解釈に適合的だが行政解釈に適合的ではない解釈準則として、⑧憲法判断回避の準則、⑨司法先例の尊重、⑩法秩序の一貫性の確保、を挙げる⁽²⁶⁾。

このように司法解釈と行政解釈を対比することで、Mashaw は裁判所と行政機関の規範的・制度的諸前提の相違を明らかにした。その上で Mashaw は両者の解釈方法がパラレル・ワールド的に併存することを是認し、制定法解釈を通じた法形成の役割を司法部門と執行部門が緩やかに共有するものと捉える⁽²⁷⁾。

但し、Mashaw は特定の行政解釈方法論を展開することなく行政解釈の準則について試論を述べるにとどまり、多くは将来の実証研究の成果に委ねられるべき問題とした。

(5) 制度論と忠実な代理人モデル

上述の通り、Strauss と Mashaw は裁判所と行政機関それぞれの制度論的能力や憲法構造上の相違を分析的に捉え、裁判所の用いる伝統的な解釈方法論又は解釈準則のうち、何を行政解釈で用いるのが適切か、という視座から議論を展開した。

Strauss と Mashaw にとっての行政機関の制度論的特性とは、立法過程への

(26) *Id.* at 521-22, tbl.1.

(27) *Id.* at 523-24, 537. またこのことを突き詰めれば、司法部が自らの正統な方法論とは異なる方法論で示された行政解釈の是非を判断することは不可能ではないか、との「謙讓のパラドックス (paradox of deference)」が生じるとする。See also Edward Rubin, *Dynamic Statutory Interpretation in the Administrative State*, ISSUES IN LEGAL SCHOLARSHIP (2002), at 8-10.

関与、執行機関として日々の経験から蓄積される専門性、政治部門の選好や反応の熟知、その政治的統制を受けること、などである。特に Strauss と Mashaw がともに、行政機関が裁判所と異なり元来政治的の制度であり、大統領や議会の政治的選好に影響を受けて行政解釈すること自体は正当であると認めている点が注目される。

このように、Strauss も Mashaw も行政解釈方法論を展開する際、行政機関と裁判所の解釈能力ないし解釈環境の比較（制度論）に依拠する一方で、規範論（忠実な代理人モデル）には明示的に依拠していない。その後も現在に至るまで、行政解釈の基礎理論は基本的に制度論が主流を占め続けているが、これはなぜであろうか。

確かに忠実な代理人モデルから、「裁判所と同じく、選挙で選ばれていない行政機関による制定法解釈は、議会多数派の意思に忠実に展開されるべきである」、との行政解釈方法論を展開することは理論的に可能である。連邦議会は政策実現のために制定法を制定し、所定の行政機関に制定法実施の責任と権限を授権する。そして憲法上、大統領は法律が誠実に執行されるよう配慮する（take Care that the Laws be faithfully executed）義務を負うところ⁽²⁸⁾、その大統領が統制する行政機関の法執行も当然に誠実義務が課せられるから、忠実な代理人モデルは、ある意味で「議会（本人）－裁判所（代理人）の関係」以上に「議会（本人）－行政機関（代理人）の関係」に馴染む。

しかしアメリカの場合、行政機関と代理関係にある「本人」は、議会ばかりでなく時に大統領を指す場合があり、忠実な代理人モデルから単純に特定の方法論を導きにくい面がある⁽²⁹⁾。

(28) U.S. CONST. art. II, § 3.

(29) Strauss, *supra* note 19, at 336; Christopher J. Walker, *Legislating in the Shadows*, 165 U. Pa. L. Rev. 1377 (2017), at 1379, n4. 忠実な代理人モデルから行政解釈方法論の展開を試みるものとして、See Robert R. M. Verchick, *Toward Normative Rules for Agency Interpretation Defining Jurisdiction Under the Clean Water Act*, 55 Ala. L. Rev. 845 (2004), at 850.

また、憲法理論や忠実な代理人モデルから構想した場合には解釈主体の属性は捨象されやすく、裁判所の制定法解釈とは異なる「行政解釈」方法論を構想する上で困難な問題が生じる。

行政解釈尊重の法理を掲げた *Chevron* 判決の論拠自体が制度論的思考に馴染むものであったことも関係していよう。

行政解釈方法論がまずは制度論に立脚して展開されてきたのは、以上の背景があるものと思われる。もっとも *Mashaw* も述べる通り、制度論は究極的には憲法論に根源を持ち、両者は正確に区別し得ないことに注意を要する⁽³⁰⁾。また後述の通り、学説には実質的に忠実な代理人モデルから行政解釈方法論を展開していると思われるものも見られ、本稿ではこの点の分析も試みたい(第2章)。

ともあれ *Strauss* と *Mashaw* は、行政国家において行政解釈を司法解釈モデルでのみ構想するのは多くの認識の誤りを産む⁽³¹⁾、と警鐘を鳴らしたのである。

第2節 行政解釈方法論の成立可能性

(1) Richard J. Pierce, Jr. からの異論提起

Strauss と *Mashaw* は、制定法の「主たる解釈者 (primary official interpreter)」は裁判所ではなく行政機関であること⁽³²⁾、また裁判所と行政機関の制度的相違に注目すれば行政解釈の方法は司法解釈とは異なって然るべきであるとして、行政解釈方法論の独自性を強調した。

(30) *Mashaw*, *supra* note 4, at 504-505, 516.

(31) *Id.* at 523-24.

(32) *Id.* at 503; Peter L. Strauss, *The Courts and the Congress; Should Judges Disdain Political History?*, 98 *Colum. L. Rev.* 242 (1998), at 243, 262-63. *See also* Cass R. Sunstein, *Is Tobacco a Drug? Administrative Agencies as Common Law Courts*, 47 *Duke L.J.* 1013 (1998), at 1055; Rubin, *supra* note 27, at 2.

更に Mashaw は、「主たる (primary)」とは単に制定法解釈の作業量ばかりでなく、法の意味を明らかにできること (宣言性) も含むとした⁽³³⁾。

しかしアメリカでは、制定法に意味を付与する作用について statutory interpretation と statutory implementation を理論的に区別し、何が法かを宣言する interpretation ("to say what the law is") は所定の手続を踏む司法権にのみ属し、行政の意思決定はあくまで法執行ないし政策形成に過ぎない、とも理解されてきた⁽³⁴⁾。連邦行政手続法 (APA) 706 条も、「審査裁判所は、…関連する全ての法律問題を決定し、憲法及び制定法の条項を解釈…しなければなら」ず、また「制定法上の管轄や権限、諸制限を越え、又は制定法上の権利がない」と「認定された行政活動や事実認定、結論は違法として取り消さなければならぬ」と規定することで⁽³⁵⁾、法解釈の最終的判定権限が司法権にあることを確認している。裁判所が行政解釈を違法として破棄し得ることから、アメリカでも行政解釈の方法は司法解釈のそれと同一であることが暗黙に指定されてきた⁽³⁶⁾。

Mashaw の論文を受けて、Richard J. Pierce, Jr. も上記の視点から、裁判所の制定法解釈方法論と異なる独自の「行政解釈方法論」が成立する余地があるのか、異論を唱えた。Pierce は、Chevron 法理の下での行政機関の役割を分析しようとした Strauss と Mashaw は、Chevron 法理が適用される行政の意思決定過程を「文字通りの制定法解釈」と捉え過ぎたことで誤解してしまったと

(33) Jerry L. Mashaw, *Agency-Centered or Court-Centered Administrative Law? A Dialogue with Richard Pierce on Agency Statutory Interpretation*, 59 Admin. L. Rev. 889 (2007), at 894.

(34) Elizabeth V. Foote, *Statutory Interpretation or Public Administration: How Chevron Misconceives the Function of Agencies and Why It Matters*, 59 Admin. L. Rev. 673 (2007), at 678-91. いわゆる法と事実の混合問題につき、高橋正人『行政裁量と司法審査論』(晃洋書房、2019 年) 45 ~ 120 頁、周作彩「アメリカ行政法における法律問題の概念」南博方先生古稀記念『行政法と法の支配』(有斐閣、1999 年)(特に 216 ~ 217 頁) 参照。

(35) 5 U.S.C. § 706 (2)(C).

(36) Morrison, *supra* note 24, at 1192; Rubin, *supra* note 27, at 2.

論難する⁽³⁷⁾。なぜなら、Strauss と Mashaw は行政機関が「解釈」していることを所与とするが、Chevron 判決で「合衆国最高裁判所が認識していたことは、ある法律における曖昧な文言に意味を与えることは、法的決定ではなく、政策決定であるということだった」からである⁽³⁸⁾。

Pierce によれば、第一に、「解釈」とは法文の意味を説明することであり、Chevron 法理の下では、議会がある解釈問題について沈黙していたかどうかの審査（第1段階審査）がまさに「解釈」を行うものである。Chevron 第2段階審査は、曖昧な法文について行政機関が付与した特定の意味が「解釈として許容し得るか」どうかを審査するものであるが、行政機関の「解釈」は許容し得る意味づけの中からの選択に過ぎず、まさに「政策決定」である（司法審査としても State Farm 判決以来の⁽³⁹⁾、政策決定の合理性審査が行われる）。つまり Chevron 第2段階審査で判定を受ける行政解釈は、「制定法解釈」ではなく「政策決定」である⁽⁴⁰⁾。

第二に、裁判所は「制定法解釈の伝統的道具」を用いて行政解釈の是非を覆審的に（de novo）審査し、これを是認し得ないときは判断代置する⁽⁴¹⁾。行政解釈が司法部の覆審的審査に服する以上、たとえ行政機関が日々制定法解釈の業務に当たっていたとしても、行政機関が「主たる解釈者」であろうは

(37) Richard J. Pierce, Jr., *How Agencies Should Give Meaning to the Statutes They Administer: A Response to Mashaw and Strauss*, 59 Admin. L. Rev. 197 (2007), at 198.

(38) リチャード・J・ピアース・Jr. (正木宏長訳)『アメリカ行政法』(勁草書房、2017年) 113頁。

(39) *Motor Vehicle Mfrs.' Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29 (1983).

(40) Pierce, *supra* note 37, at 199-200. Pierce は政策決定的な法解釈 (statutory construction) と通常の制定法解釈 (statutory interpretation) を区別しており、正木宏長「委任命令の違法性審査」立命館法學 355号 (2014年) 108頁 (註27) は前者を法律構築、後者を法律解釈と区別して訳している。

(41) Chevron 判決は脚注で、「制定法解釈の問題に関する最終的権限を有しているのは司法部であり、明確な議会意思に反する行政解釈は拒否しなければならない…」としている。Chevron, 467 U.S. 837, at 842-44, and n.9.

がない。

第三に、賢明な行政機関は、第 1 段階審査を通過したいのであれば、裁判所と同種の解釈方法を正確に行わなければならない。従って、(例えば Strauss の主張に反して) 行政解釈の場合も司法解釈と同じく立法資料を重視する方法を採ることはできず、行政解釈の方法に独自性はない。確かに、Chevron 第 2 段階審査 (State Farm 判決型の政策決定の合理性審査) では、行政機関は当該行政解釈において決め手となった考慮要素 (decisional factor) が解釈上考慮可能であることを裁判所に説明しなければならず、そのような活動は「解釈」ではあるが、第 2 段階審査を通過するには司法解釈と同種の方法を用いなければならないことには変わりはない。従って、制定法解釈において裁判所と行政機関が衝突するパラドックスも起きない⁽⁴²⁾。

(2) Mashaw の反論

Pierce の見解に対して、Mashaw は次のように反論している。

第一に、Pierce は Mashaw らに対し Chevron 法理を誤解していると論難するが、裁判所による Chevron 法理に沿った司法審査の方法と、行政機関がどのような方法で解釈業務に従事すべきかの問題は、理論的に別である⁽⁴³⁾。Pierce の思考は司法判決から行政法を認識するという伝統的方法に依拠するものであるが、行政法学は実態として自律的に存在する行政実務にも注目すべきである。

第二に、制定法「解釈」は制定法の意味を読解することであり政策決定と異なる、との Pierce の見解は狭すぎる。行政機関は、政策決定にあたり制定法の目的や手段を正しく認識するために「解釈」を必要とする。法解釈と政策決定は密接不可分であり、「行政解釈」は「政策決定」の一過程である⁽⁴⁴⁾。

第三に、行政機関は司法解釈を真似ざるを得ないから行政解釈方法に独自

(42) Pierce, *supra* note 37, at 198-199, 202-204.

(43) Mashaw, *supra* note 33, at 894.

(44) *Id.* at 896-898. See also Kevin M. Stack, *Purposivism in the Executive Branch: How Agencies*

性は認められないとする Pierce の議論は、行政機関の戦略的行動予測を述べたもので規範論ではない。そもそも裁判所が Chevron 法理をどう適用し、どのような制定法解釈を採用するかは予想できないから、そのような防衛的戦略論こそ無意味である。むしろ Chevron 判決からすれば、行政解釈の方法がなぜ司法解釈と同じでなければならないか（同じ方法論であるなら、なぜ尊重されるのか）説明がつかない⁽⁴⁵⁾。

第四に、確かに司法部の解釈が持つ宣言性は最終的であるが、多くの行政解釈は原告適格や審査対象性、成熟性等々の問題から司法審査の対象にならないから、それら審査不能な行政解釈も一種の宣言性の性質を持っている⁽⁴⁶⁾。

(3) 行政解釈の司法独立モデルと司法同質モデル

こうして Mashaw は、行政解釈が違法であってはならないのは当然である（行政機関は法を遵守すべき独自の義務を負う）ものの、行政解釈が司法解釈と同種でなければならないというのは司法中心的な行政法観であり、望ましい憲法秩序の観点から断固否定する。また行政機関は、国家政策に関わる法の意味を決定する責任を裁判所とともに負う存在であるとし、訴訟により司法判決に拘束される場合を除き、行政解釈の宣言性を是認する⁽⁴⁷⁾。

Mashaw のように、裁判所と行政機関の制度的相違に注目して行政解釈方法論の独自性を認め、また限定的ながら行政解釈に法の意味を明らかにする宣言性を認める立場（「行政解釈の司法独立モデル」）によれば、行政解釈と司法解釈は互いに影響し合いながら展開されていく、ということになる。

これに対し、Pierce によれば、司法部が行政解釈を破棄し得る点から行政

Interpret Statutes, 109 Nw. U. L. Rev. 871 (2015), at 901-902; Aaron Saiger, *Agencies' Obligation to Interpret the Statute*, 69 Vand. L. Rev. 1231 (2016), at 1260-61; Rubin, *supra* note 27, at 3.

(45) Mashaw, *supra* note 33, at 895, 900-901.

(46) *Id.* at 896.

(47) *Id.* at 901-902.

解釈方法論の独自性は認められず、また行政解釈の宣言性も認められない(「行政解釈の司法同質モデル」)。

法執行部門の制定法解釈の方法は、全て同一のもの(かつ、それが司法部のもの)でなければならないか、行政解釈方法論が独立した法学テーマとして成り立つかについては、なお決着を見るものではないが、以下では行政解釈論のその後の展開を見ることとする。

第 3 節 行政機関による立法補佐活動と実証研究

Strauss の問題提起を行政解釈方法論の萌芽期とすると、行政解釈方法論の成立可能性をめぐる Mashaw と Pierce の論争は第二期と位置付けることができる。前述の通り、Mashaw 自身は行政解釈に適合的な解釈準則を試論として述べたにとどまり、多くを将来の実証研究に委ねたが、これを受け、現在は実証研究から行政解釈の司法独立モデルを深掘りしようとする動きが顕著である。

(1) 制定法解釈理論における実証研究

近時、アメリカ制定法解釈論では、立法過程に関する実証研究を踏まえて制定法解釈理論の再構成を模索する動向がある⁽⁴⁸⁾。

従来の制定法解釈理論において、立法過程の実証研究はそれほど高い関心は寄せられていなかった。例えばニュー・テクスチュアリズムは、立法過程について自己の私益を追究する集団の戦略的交渉の場と措定するものの、立法過程や立法手続の実証研究を踏まえていた訳ではない。テクスチュアリズムであれインテンショナリズムであれ、忠実な代理人モデルはそれぞれの立場から何らかの理念化された立法者(本人)を措定した上で、あらゆる解釈問題に適用し得る標準的かつ唯一の解釈方法論を構築してきたに過ぎない

(48) その一端については拙稿「アメリカにおける制定法解釈と立法資料(4)～(6)」前掲註(3)の各節において紹介した。

(universalism)。制度論から、空虚な抽象論と批判される所以である。

実際には、立法過程のプレイヤーは、議員以外にも、議員の個人的スタッフ、議会委員会の専属スタッフ、更には両院の議員法律顧問 (legislative counsel)、議会調査部 (Congressional Research Service)、議会外では政府執行部門、民間団体、利益集団、学識者、アメリカ合衆国行政会議、アメリカ法律協会など多様なアクターが関与している⁽⁴⁹⁾。議員が法案起草者ではなく、法案決定者に過ぎないことは周知であろう。また制定法解釈方法論の最大の争点である立法資料の信用性は立法者の認識に左右され、それは議会手続や議会慣行からの背景分析が不可欠である。そこで論者は、制定法解釈方法を画一的に捉えるのではなく、立法過程の実証研究を踏まえ、立法の種別、採用された立法過程手続、制定法の領域ごとに法解釈方法論を変え、適用される解釈準則を明確化するべきと主張する⁽⁵⁰⁾。

(2) 議会内部の実証研究

ところで、このような立法過程研究の対象の一つに、連邦議会議員の立法活動を補佐する活動 (起草補佐 / drafting assistance) の実態分析があった。議員に対して法案策定に関わる専門性を提供する上記の多様なアクターのうち、実証研究は、起草補佐の枢軸を担うのが議会内の議員法律顧問と並び、議会外部の政府執行部門であることを明らかにした⁽⁵¹⁾。

連邦議会上下院において制定法の起案実務を担う 137 人の立法スタッフ (委員会スタッフや議員法律顧問等) へのインタビューを基にした Abbe R. Gluck と Lisa Schultz Bressman による実証研究によれば、立法起草者の 25% が制定

(49) 浅香吉幹「アメリカ合衆国における法形成」岩波講座現代法の動態第 1 巻『法の生成／創設』(岩波書店、2014 年)、廣瀬淳子『アメリカ連邦議会』(公人社、2004 年) 73 頁以下参照。

(50) Lisa Schultz Bressman & Abbe R. Gluck, *Statutory Interpretation from the Inside—An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Canons: Part II*, 66 Stan. L. Rev. 725 (2014), at 797-800.

(51) Ganesh Sitaraman, *The Origins of Legislation*, 91 Notre Dame L. Rev. 79 (2015), at 107.

法の最初の起案者を大統領執行府又は行政機関と回答し⁽⁵²⁾、行政機関が立法過程に関与していることを自認した。また Chevron 法理の下、制定法に文言上の曖昧さがある場合にこれを埋めるべき解釈者として、立法起草者の 39% が裁判所としたのに対し、行政機関としたのは約 91% であった⁽⁵³⁾。更に起草者の 37% は、制定法解釈準則は制定法の起草に際して、将来の行政解釈を想定するのに特に役立つと回答した⁽⁵⁴⁾。

それらのデータから Gluck と Bressman は、立法起草者は「制定法の主たる解釈者」が裁判所ではなく、行政機関であることを前提に立法活動に従事していると評価する⁽⁵⁵⁾。従来の制定法解釈理論は、裁判所が議会にとって「忠実な代理人」であるか「協調的パートナー」であるかを規範論において論争していたが、議会内部の実証研究からは、そもそも議会と裁判所の関係性でのみ解釈法理を構築してきたことの意義が問い直される。

(3) 行政機関内部の実証研究

Gluck と Bressman による議会内部の実証研究を受けて、その対照を成す行政機関内部の実証研究も現われた。

(a) 行政機関の立法補佐機構

実証研究の紹介の前に、まず行政機関の行う起草補佐活動の制度・仕組みを整理する⁽⁵⁶⁾。多くの執行各省 (Executive Departments) 及び各省部局 (bureau, administration, division, office) は立法実務に関与する部署として議会担当事務局 (室) (office of legislative affairs) と法律顧問局 (室) (office of legislative counsel) を設置している⁽⁵⁷⁾。議会担当事務局 (室) は議会 (立法スタッフ)

(52) Bressman & Gluck, *supra* note 50, at 758.

(53) *Id.* at 766, 769-70, 774.

(54) *Id.* at 767.

(55) *Id.* at 765, 767.

(56) See generally, Christopher J. Walker, *Federal Agencies in the Legislative Process: Technical Assistance in Statutory Drafting*, ADMIN. CONF. U.S. (2015), at 6-11.

(57) 但し議会担当事務局と法律顧問の名称及び省内における設置階層 (局部課室) は各省

との連絡業務を担当しつつ、行政機関内部での法案形成を調整する。法律顧問は（議会の同名職の業務内容と同様に）制定法の起案、及び議会や外部団体が企画した法律案の条文審査を担当する⁽⁵⁸⁾。

行政機関が組織として法律案を企画する場合、まず要法律化の立法判断に至った行政機関内の執行担当部局が立法案を企画・提示し、議会担当事務局による省内調整・内部審査を経由しつつ、法律顧問が省内の専門部局の担当官とともに条文形式の立法原案を起草する（委員会報告書のような逐条解説が添付される）⁽⁵⁹⁾。次に、策定された立法原案は、制定法による除外がある場合を除き、行政管理予算局（Office of Management and Budget）（以下、OMB という。）による事前確認審査（preclearance）を受ける。OMB による審査は大統領の政策との整合性及び省間調整の観点から実施され、OMB の承認を得なければ法案を議会に提案することができない⁽⁶⁰⁾。

その他、行政機関は立法過程への関わり方として、制定法案又はその個別条文案について議会に対し意見書（Views Letter）を提出して組織として賛否の見解を示すほか、公聴会で証言する。これら意見書及び証言内容も、行政機関の内部審査と OMB の審査を経た公式見解となっている⁽⁶¹⁾。また議会の上下院で可決された登録法案（enrolled bill）の是認又は拒否の判断につき、

及び部局の規模、性格に応じて様々である。Id. at 48-90.

(58) Jarrod Shobe, *Agencies as Legislators: An Empirical Study of the Role of Agencies in the Legislative Process*, 85 Geo. Wash. L. Rev. 451 (2017), at 464-66.

(59) 後述する Shobe の実証研究によれば、行政機関は起案に際して所管行政法内の特定の法文表現については一貫性ある解釈を採用している（他方で行政機関相互間における一貫性までは確保されていない）という。Id. at 518-20.

(60) Office of Mgmt. & Budget, Exec. Office of the President, Circular No. A-19: Legislative Coordination and Clearance (last revised Sept. 20, 1979) § 8 (c)(3), § 8 (d)(1); Shobe, *supra* note 58, at 469-470, 483-89, 512.

(61) Circular No. A-19, *supra* note 60, § 7 (g); Jarrod Shobe, *Agency Legislative History*, 68 Emory L.J. 283 (2018), at 300-303.

OMB を通じ、大統領から意見具申を求められる⁽⁶²⁾。このように行政機関の立法活動は OMB を通じて大統領から統制を受けるが、これらの統制は大統領が合衆国憲法上有する法案勧告権限（合衆国憲法第 2 条第 3 節）や執行各部の長に対する意見聴取権限（同第 2 節）などに由来するものである⁽⁶³⁾。

他方で、行政機関は連邦議会サイド（委員会スタッフ、議員個人）から直接依頼を受けて立法案の条文審査を行ったり、依頼された政策テーマに沿って立法原案そのものを立案する場合がある。この非公式の立法起案補佐は、政権及び行政機関の政策志向を反映させないことを前提に、立法技術に特化して提供される。その方式は、口頭の場合もあれば書面の場合もある⁽⁶⁴⁾。

上述の通り、行政機関の行う起草補佐活動には立法技術に関わる起草補佐（technical drafting assistance）と立法政策（立法内容）そのものに関わる起草補佐（policy or substantive drafting assistance）に区別できる。立法技術的起草補佐とは、制定法案の条文及び全体構成について既存法体系との一貫性を確保するための審査、また法案が可決された場合の影響に関する機械的評価をいい、立法政策的起草補佐とは具体的な政策目的そのものを形成するものという⁽⁶⁵⁾。

OMB による公式の審査を受けるのは行政機関による立法提案（立法政策的起草補佐）のみであり⁽⁶⁶⁾、議会からの依頼を受け提供される起草サービス（立

(62) Circular No. A-19, *supra* note 60, § 10.

(63) U.S. CONST. art. II, § 3 & § 2.

(64) Shobe, *supra* note 58, at 472-73.

(65) Christopher J. Walker, *Inside Agency Statutory Interpretation*, 67 Stan. L. Rev. 999 (2015), at 1036; Walker, *supra* note 29, at 1385-86; Sitaraman, *supra* note 51, at 107; Shobe, *supra* note 58, at 489. 訳語としては、我が国の立法学での立法政策と立法技術の用法に差し当たり対応させた。小林直樹『立法学研究』（三省堂、1984 年）32～33 頁参照。

(66) OMB は審査の対象となる立法案（Proposed legislation）を「行政機関が議会に対し考慮を求めて提示を望む法案又は補助文書（口頭メモ、逐条分析、目的・正当性の陳述書等）」と広範に定義している。Circular No. A-19, *supra* note 60, § 5(c).

法技術的起草補佐) については OMB による審査の対象外である⁽⁶⁷⁾。但し、当然のことながら両者の区別は、実務上困難である⁽⁶⁸⁾。

(b) 規則起案者及び立法担当スタッフへの実証研究

Gluck と Bressman による議会内部の実証研究と対照を成す行政機関内部の実証研究として、まず、7つの行政機関と2つの独立行政機関に所属する128人の規則 (rule) 起草者に質問調査をした Christopher J. Walker の実証研究がある。それによれば、規則起草者のうち、その属する行政機関が制定法の立法技術的起草補佐に「常に又は度々 (always or often)」従事していると回答したのは78%、立法政策的起草補佐に「常に又は度々」従事していると回答したのは59%であった⁽⁶⁹⁾。

また、14の行政機関と7つの独立行政機関に勤務する54人の立法スタッフ (議会担当事務局職員及び法律顧問) へ電話調査した Jarrod Shobe の実証研究では、議会の依頼なく行政機関の発案で立法案を「常に又は度々 (always or often)」作成するとの回答は50%であったのに対し、議会から依頼を受け議会立案の条文を「常に又は度々」審査すると回答したのは89%、議会から依頼を受けて立法案を「度々 (often)」作成するとの回答は30% (「時々 (sometimes)」作成するとの回答は44%) であった⁽⁷⁰⁾。また議会が行政機関からの立法技術的起草補佐を「常に又は度々」受容していると回答したのは96%、立法政策・内容的起草補佐を「度々 (often)」受容していると回答したのは57% (「常に (always)」は0%) であった⁽⁷¹⁾。

また Walker も10の行政機関に所属する立法スタッフに面接調査を実施し

(67) Circular No. A-19, *supra* note 60, § 7(i). 立法技術的起草補佐を提供する場合にも OMB に対する通知義務があるが、実務的に形骸化しているとされる。

(68) Walker, *supra* note 29, at 1389, 1395; Sitaraman, *supra* note 51, at 114; Walker, *supra* note 56, at 33-34; Shobe, *supra* note 58, at 489.

(69) Walker, *supra* note 65, at 1037-38.

(70) Shobe, *supra* note 58, at 469, 472-73, 476-77.

(71) *Id.* at 481.

ており、それによれば、行政機関に直接関係する制定法について議会サイドから立法技術的起草補佐を「大抵又は度々 (usually or often)」求められるとの回答が 70%、行政機関に直接関係しない制定法の場合は、「度々 (often)」求められるのが 30% (「時々 (sometimes)」の場合は 60%) であった⁽⁷²⁾。

Walker と Shobe による行政機関内部の実証研究は、法を解釈する執行担当部門と法を立案する立法担当部門をそれぞれ対象とするもので興味深い。両者の実証研究によれば、概ね、議会は行政機関が企画する立法政策的起草補佐より、自ら行政機関に依頼する立法技術的起草補佐を受容する傾向があるが、立法政策的起草補佐の受容度も決して低レベルではない。また議会スタッフが行政機関に立法技術的起草補佐を依頼する度合いが予想外に大きいことが窺える。むしろ、行政機関による起草補佐業務の大部分は、議会から依頼された立法技術的起草補佐であるとも言えよう。

なお、Walker の実証研究によれば、行政機関の規則制定権者も、行政機関が「主たる制定法解釈者」であるとの自覚を有しているという。「制定法の文言が曖昧な場合、裁判所は、行政解釈が合理的であるならば、たとえ自ら最善の解釈と考える解釈とは異なっても当該行政解釈を是認すべきか？」との質問に対し、規則立案者の 85% が是認し、司法解釈が優先するとの回答は 5% であった⁽⁷³⁾。

(c) 行政機関による立法資料の作成

以上によれば、行政機関は立法技術的起草補佐ないし立法政策的起草補佐を通じて立法形成に深く関与している。では制定法に付随する立法資料の作成についてはどうであろうか。

Walker によれば、規則立案者のうち、その属する行政機関が (委員会報告書や両院協議会報告書のような) 立法資料の作成に「常に又は度々 (always

(72) Walker, *supra* note 56, at 14-16.

(73) Walker, *supra* note 65, at 1051-52.

or often)」関与していると回答したのは24%であった⁽⁷⁴⁾。また Shobe の実証研究でも、行政機関が立法資料案を立案・審査することは「全く又はほとんどない (rarely or never)」と回答したのは81%であり、「度々 (often)」あるとの回答は僅か2%であった⁽⁷⁵⁾。

但し、行政機関が提案する条文案とその逐条解説（議会も議員スタッフも条文案よりも逐条解説を希望するという）、意見書（Views Letter）や公聴会の証言のほとんどは、明示的に（又は引用されることなく）委員会報告書に組み込まれる。この点で行政機関の作成資料も広義では立法資料と呼べるものであり、Walker と Shobe は、行政機関は制定法だけでなく、実質的に立法資料の作成にも関与していると評価する⁽⁷⁶⁾。

(4) 立法過程への政府執行部門の関与が許される理由

前稿では、1940年代の合衆国最高裁の制定法解釈がインテンショナルリズムに常態化した原因として、Nicholas R. Parrillo の実証研究に依拠し、連邦政府の訴訟活動の変容、そしてそれを招来した行政国家化現象が深く関係していた、という仮説を紹介した⁽⁷⁷⁾。Parrillo の実証研究によれば、連邦議会議員に対する行政機関の立法補佐活動は既にニュー・ディール政策が開始された1930年代には顕在化し⁽⁷⁸⁾、1950年代の連邦議会改革による立法体制整備後もこの慣行は継続していた。大統領制を採るアメリカでも連邦議会が執行部門

(74) *Id.* at 1037-38.

(75) Shobe, *supra* note 58, at 490-91.

(76) *Id.* at 491; Shobe, *supra* note 61, at 309-311; Walker, *supra* note 65, at 1038.

(77) Nicholas R. Parrillo, *Leviathan and Interpretive Revolution: The Administrative State, the Judiciary, and the Rise of Legislative History, 1890-1950*, 123 *Yale L.J.* 266 (2013). 福永実「アメリカにおける制定法解釈と立法資料 (3)」前掲註 (3) 49～57 (272～264) 頁参照。

(78) Edwin E. Witte, *Administrative Agencies and Statute Lawmaking*, 2 *Pub. Admin. Rev.* 116 (1942), at 116-117. 立法補佐の実務慣行は、連邦議会に常設委員会 (standing committee) が設置された19世紀初期から既に存在していたとされる。O. Douglas Weeks, *Initiation of Legislation by Administrative Agencies*, 9 *Brook. L. Rev.* 117 (1940), at 119-120.

に立法形成に関与させる背景にはどのようなものが考えられるか。

第一に、議会（委員会）と比較して行政機関が特定の行政分野について有する専門性の制度論的優位性である。行政機関は、起草した法文表現につき、制定法の執行に際して生じる解釈問題・法的问题等について委員会スタッフや議員個人以上に予想が適確である⁽⁷⁹⁾。実際に、議会の立法スタッフが行政機関に立法技術的起草補佐を求めるのは多くの場合、政策課題が複雑で専門性が求められる場面であり、逆に可決の見込みの乏しい政治スローガンの法案の場合に要請されることは少ないとされる⁽⁸⁰⁾。

第二に、議会からすれば立法過程に行政機関を参画させ立法者意思を共有させることで、それに沿った行政活動の実現を担保し、かつ事後的行政統制を実効ならしめることが可能になる、との指摘もある⁽⁸¹⁾。

なお第三に、行政機関としても、立法政策的起草補佐により事前に行政内部で調整を済ませ、より政策的に好ましい立法内容を固めた上で議会に立法提案し、立法成立の方向性を誘導できるというメリットがある⁽⁸²⁾。また立法技術的起草補佐の場合、たとえ議会から起案の依頼を受けた立法の内容が行政機関の政策と一致していないとしても、少なくとも法の条文過誤を防止できることは望ましい。更に実証研究によれば、立法技術的起草補佐の主要な目的の一つは、法体系を熟知していない議会スタッフによる立法起案によって、既存の規制権限が削減されたり、規制権限行使の柔軟性が損なわれないようにすることにあるとされる⁽⁸³⁾。

(79) Shobe, *supra* note 58, at 456, 477, 497-99; Weeks, *supra* note 78, at 123-124.

(80) Sitaraman, *supra* note 51, at 104, 108, 113; Shobe, *supra* note 58, at 481-82.

(81) Sitaraman, *supra* note 51, at 127; Shobe, *supra* note 61, at 332. なお山岸敬子『行政権の法解釈と司法統制』（勁草書房、1994年）65頁参照。

(82) Sitaraman, *supra* note 51, at 104, 107-108; Shobe, *supra* note 58, at 514-15.

(83) Walker, *supra* note 29, at 1391-94; Shobe, *supra* note 58, at 494. 事実として、行政機関は立法技術的起草補佐の提供を拒否することで、議会の立法活動に一定の影響力を行使することも可能であろう。

(5) 起草補佐活動と行政解釈方法論

アメリカでも行政機関が立法過程に深く関与していることは公然の事実であるが⁽⁸⁴⁾、Bressman と Gluck、Walker、Shobe らの実証研究により、行政機関が「主たる制定法解釈者」であるばかりでなく、「主たる制定法起草者」でもある点が改めて確認された。

Strauss と Mashaw は、司法解釈方法論とは異なる独自の行政解釈方法論が成立する根拠として、ともに行政機関の（司法機関には見られない）政治部門との関係性を指摘していた。しかし、それは制定法成立後の関係、即ち行政機関が政治部門（議会、大統領）の影響下での活動を余儀なくされる点に主として着目するものであり、制定法成立前における行政機関の立法過程への関与については、なお抽象論の域を出ていなかった。立法過程段階における実証研究は Mashaw の行政解釈の司法独立モデルを強化するものであり、またその成果は行政解釈方法論について重要な示唆を含む。

第一に、これら実証研究は行政解釈方法論の理論的な成立可能性を実証面から補強した。Bressman と Gluck、及び Walker による実証研究によれば、立法者と行政機関は双方とも、制定法の「主たる解釈者」が裁判所ではなく、行政機関であると認識している。規範形成者と執行者間の認識を前提とすれば、議会と裁判所の関係に目を向けた制定法解釈論とは別に、議会と行政機関の関係にも目を向けた制定法解釈論も構想に値するだろう⁽⁸⁵⁾。

第二に、最高裁の制定法解釈がインテンショナリズムに常態化した原因として連邦政府の訴訟実務が深く関係していたという Parrillo の仮説からは、行政解釈方法論は司法解釈にも影響し得るものであり、行政解釈の方法が司法

(84) そもそもアメリカ公法学の文献では、行政機関が立法形成に関与していること自体の言及があるだけで、それ以上の分析はない。廣瀬淳子『アメリカ連邦議会』前掲註(50) 56頁は、実質的な行政府省庁主導の法案数を定量的に把握するのは困難であると述べていた。

(85) Sitaraman, *supra* note 51, at 127-29; Walker, *supra* note 65, at 1006, 1011.

解釈を真似るだけの司法同質モデルにとどまらない、とも言い得る⁽⁸⁶⁾。

第三に、行政機関が立法過程に関与し、法目的や立法資料を熟知していることに照らせば、その解釈方法は司法の場合以上にインテンシヨナリズムに、又はパーポズィビズムに適合的である。この点は次章で検討する⁽⁸⁷⁾。

もちろん、Walker や Shobe ら実証研究の成果に対しては、議会の立法手続は（委員会が所管する法分野、また上下院の相違等によって左右され）統一性がないこと、またいわゆる分裂統治体制（divided government）下であるかどうか、利益集団の関与の程度により行政機関による立法過程の支配度は変わり得るとして異論もある⁽⁸⁸⁾。ともあれ、制度論として裁判所にのみ傾注し、議会と行政機関を政治学の問題として遠ざけてきた従来の方法論を改め、行政機関の内部研究に即して様々な公法理論を構成し直そうとすることこそが、Mashaw が行政解釈方法論の必要性を説いた所以だったのである。

（次号に続く）

(86) Parrillo, *supra* note 77, at 286-87. 但し Shobe の実証研究によれば、行政機関の立法担当者の 85% が所属行政機関に関係する司法判決に関心を持ち、これに追従すると回答し、61% が裁判所の解釈を想定して制定法を「常に又は度々」起案・審査している、と回答している。Shobe, *supra* note 58, at 516-17, & n298.

(87) なお行政機関による起草補佐の実態を明らかにした実証研究は、行政解釈方法論以外の分野にも様々な示唆を与える。まず制定法解釈論に対しては、制定法の成立直後に示された行政解釈は、行政機関が立法過程に深く関与していることに照らし、立法者意思に近い合理的解釈であるとの解釈準則を補強する。Sitaraman, *supra* note 51, at 128-29; Shobe, *supra* note 61, at 299.

また行政機関による起草補佐のうち、OMB の内部統制を受けない立法技術的起草補佐は実態として行政機関による「隠れた立法活動（legislating in the shadows）」であり、制定法を起点とする伝統的な行政法学の見方とは深刻な齟齬がある。このような主客の逆転は我が国の公法学では既に周知の問題ではあるが、アメリカでは「行政機関による議会の虜」をきかかねないとして、Chevron 法理の適用条件の見直しなど議論が惹起されている。Walker, *supra* note 29, at 1430-31; Shobe, *supra* note 58, at 509-514.

(88) James J. Brudney, *Contextualizing Shadow Conversations*, 166 U. Pa. L. Rev. Online 37 (2017).