

規則制定手続における一方的交信

(Ex Parte Communication) に つ い て

紙野 健二

はじめに

一 行政手続と一方的交信

(1) 四六年A P A と個別法令

(2) 判例の検討

(3) 七六年サンシャイン法

二 規則制定手続における一方的交信

(1) 判例の検討

(2) 七七年行政会議勧告

むすび

はじめに

アメリカ行政法学にいう一方的交信 (Ex Parte Communication) とは、行政上の決定行為に関与する行政機関

のいずれかの構成員が、法定の手続外で手続の一方当事者または第三者との間でなす秘密の意見・情報の交換行為をいう。その形態が書面によるものであるか口頭であるかはここではさしたる問題でない。連邦行政手続法（以下A P Aという）は、七六年法改正において、「公開の記録に記載されず、全ての当事者に対し合理的な事前の告知が与えられることのない全ての口頭または書面による⁽³⁾交信」について、これを規律の対象としている。

一方的交信に対する法的規律の問題は、総じて行政上のいかなる法形式のまたは手続の行為について、行政機関のいかなる構成員について、いかなる相手方との交信行為について、何を根拠として、さらにいかなる方法によってこれを規律するかにあるとい⁽³⁾ってよい。

ところで、一方的交信に対する法的規律が、近代的司法における対審的手続構造を念頭におきつつ、そこでの裁判官の心証形成が法廷における当事者相互の応酬のみをつうじてなされねばならないとする要請を基礎にもっていることは、比較的容易にこれを理解しうるであろう。したがって、行政上の決定に際しても、一方的交信に対する法的規律が求められるとすれば、それはとりあえず準司法的構成をとる決定行為が念頭におかれることとなる。ただし、行政機関のいずれかの構成員の当該行為が法的に疑義ありと観念されるのは、そこで求められるべき特段の公正さと、そのコロラリーである記録の排他性に反するからである⁽⁴⁾。したがって、右の形式以外の行為について一方的交信の法的規律が問題になるとすれば、そのこと自体に何らかの説明が求められよう。

本稿は、行政機関のなす規則制定に際しての右の問題に検討を加えんとするものである。その素材は、七〇年代末における若干の下級審の判決例に求められる。したがってここでの検討も一方的交信に対する法的規律について、その問題点を網羅して論ずるものでは必ずしもない。問題点の所在は、すでに前稿で示したように、制定法上明文の根

拠のない手続法理を解釈論上いかに構成しうるかにある。⁽²⁾

- (1) 一方的接触 (Ex Parte Contact) とは、APA では Communication の語を用いているので本稿でもこれに従うことと
した。
- (2) 5 U.S.C. §551 (14) (1976).
- (3) 規律の方法としては、交信行為をなした職員に対する民刑事罰の適否、その相手方たる当事者の手続上の取扱、行政機関
のなそうとしていた行為の適法性の問題などがある。Peck, Regulation and Control of Ex Parte Communications with
Administrative Agencies, 76 Harv. L. Rev. 233, 236 (1962).
- (4) Robinson, Gellhorn & Bruff, The Administrative Process 400-401 (2nd ed., 1980).
- (5) 拙稿「アメリカにおける規則制定の法的コントロール」法政論集80号一九七九年を参照。

一 行政手続と一方的交信

(1) 四六年APAと個別法令

1 行政機関のなす準司法的行為たる裁決について、一方的交信が禁止または制限の対象となるのはなぜか。⁽¹⁾

一つには、それは交信の相手方とならなかった当事者の手続的権利が侵されるからである。すなわち、交信行為の存在とその内容を知りえないならば、彼は手続中の争点について有効な主張をなしえず、相手方の主張に反論を加える機会を事実上奪われることとなるからである。したがってこれに何らかの制限を加えることは、公正な手続のための一つの条件といえよう。

二つめの論拠は、司法審査とのかかわりにおいてのべられる。裁決においては、右の手続的保障のコロラリーとし

て、聴聞における正規の記録が最終的な行政決定の排他的な根拠となることが求められる。しかるに一方的交信は、右の排他性を損う恐れが大きいため、当該行政決定が右の記録にもとづいているか否かの司法審査が可能であるためにも、何らかの制限が加えられねばならない。

かくして、裁決における一方的交信の制限は、当該作用の性質から容易に導かれるところである²⁾。もっとも、右の問題は実際には必ずしも明確な位置づけをもった手続法理として展開してきたわけではなかった。一部には、聴聞を統轄する官吏と、訴追・調査を行なう官吏との組織上の分離の問題と混同する向きがなかった³⁾。

四六年 A P A は、「一方的交信」の文言を用いておらず、五条 C 項において、「制定法により、機関における聴聞の機会の後、記録にもとづいて決定が下されることが求められる裁決」において、「法により一方的な問題の処理が求められる場合を除いて」、聴聞官が「全ての当事者に対し、告知およびそれに参加する機会を与えない限り、争点となっている事実について、一定の者または当事者と協議をしてはならない」と定めていた。ここでの規律対象は、(イ)フォーマルな裁決において、(ロ)聴聞官に対して、(ハ)争点となっている事実についての交信行為であった。A P A は、右の禁止の期間を明示しておらず、また仮に右の禁止行為がなされた場合の取扱、すなわち聴聞官に対する職務規律上の扱い、相手方に対する手続上の扱いおよび当該交信内容の扱いや当該裁決の効力の問題などについて、定めをおいていなかった。したがってこれらは個別法令の定めによっていた。

A P A による右の規律の特色の第一は、その対象の狭隘さであった。本稿で後に検討するインフォーマルな規則制定は、二重の意味で右の対象とはなりえなかった。ただしその作用は、聴聞官の関与しないインフォーマルな手続を経ての行為であり、かつ立法的な行為であったからである。

第二の特色は、右の規定が聴聞官の組織的分離の定めと並列しておかれていたことによる。すなわち、一方的交信の法的規律は、一個の手続法理としての明確な位置づけを与えられなかったといつてよい。⁽⁴⁾

2 いうまでもなく、APAは行政機関が遵守しなければならない最低の手続基準を定めたものであるから、個別の制定法または機関の定める規則が、これを超えて一方的交信を制限することもさしつかえない。

実際のところ、制定法が右の規律をなしている例はほとんどなく、機関の定める手続的規則または職員に対する倫理規則などが多くこれについての規律を定めていた。しかし、対象と方法においてきわめて複雑な一方的交信の個別的規律は、顕著に不統一であった。すなわち、その対象をめぐっても、APAと同様の規定をもつにとどまるもの(連邦電力委員会)、フォーマルな規則制定をも含むもの(連邦通信委員会)、聴聞官に加えて委員をも含むもの(州際通商委員会、証券取引委員会)、手続当事者に対しても禁止を明示するもの(農務省)など多岐にわたっていた。⁽⁵⁾ また、交信を禁止する期間、交信が仮になされた場合の措置すなわち交信内容の公表・聴聞の再開、当事者の取扱いなどをめぐっては、規則においても定めなきを含めて同様に不統一きわまりなかった。

したがって、一方的交信に対する法的規律は、その対象の狭隘さとそれに伴う不統一性によって明確な内容をもつものとは扱えられなかったといえるのである。

3 右の状況は、行政権と被規制大企業との法定手続外での交信が、しばしば手続を形骸化させ、実体的にも行政決定を歪めているとの事実認識からすれば、⁽⁶⁾改善すべき緊急の課題であった。したがって、五〇年代後半以降の大統領の諮問にかかる行政機構改革案や議会聴聞において、右の問題はしばしばとりあげられ、立法上の重要な課題ともなった。⁽⁷⁾

六一年、時の大統領ケネディは、行政機関の官吏の、当事者との密室での交信行為を、行政の公正さを損う非違行為として指摘し、「政府における倫理行動にかんする大統領教書」の中で次のようにのべた。「各個の型の機関の手に適用される、特別の基準を列記する機関内の一方的交信を規律し、法律または機関の規則が、フォーマルな聴聞の記録にもつばらもついで決定を下されるべきことを求めている全ての手續において、私人との一方的接触の絶対的禁止を含む一個の行動規範⁸⁾」の法定が必要であると。

また、翌六二年の合衆国行政会議 (Administrative Conference of United States) の勧告も、憲法、制定法もしくは機関の定めるところにより、当該決定が記録にもとづくべきことが求められる手續において、当事者もしくはその代理人が、機関のいかなる構成員、聴聞官または決定に関与する職員に対し、一方的交信を禁ずる規則の公布を、各機関に求めた。この勧告では、交信禁止期間は、聴聞の告知または各機関の指定するそれ以前の時点をもって開始すべきものとし、仮に交信がなされた場合には、直ちに当該事件の公開の記録に交信内容を記載し、あわせて反対当事者に反駁の機会を与えるべきものとのべていた。また交信をなした官吏に対して、刑事罰を課するのは適切でなく、民事罰にとどめるべきものとした。⁹⁾

右のうち、ケネディ教書は職務規律の観点からの立法要求であったが、行政会議勧告はこの国において初めて一方的交信の問題点を包括的に指摘したものと注目してよい。ここでは、とりわけて対象がフォーマルな手續一般に拡大されていることを指摘しておかねばならない。しかしながらこのことは、本稿が後に検討すべきインフォーマルな規則制定における一方的交信が、なお何ら問題視されていないことを意味したのである。通常、当事者といえども特定人でなく一般の利害関係人として現われ、かつそれぞれが何らかの手続的権利主体ではない手續において、

行政機関がたとえその一部の者のみから情報を得る行為をなしたとしても、それは何ら疑問視さるべき事柄でなかったのである。

七二年のテキストにおいてすら、デビスは一方的交信を作用分離 (Separation of Functions) の一項目として位置づけ、インフォーマルな手続におけるそれについて次のようにのべる。「インフォーマリテイとは、一方的交信を意味するし、またそうあるべきである。当事者は、機関の構成員とスタッフの構成員とを自由に説得可能でなければならぬし、説得は影響と圧力とを含むものである。」⁽¹⁰⁾ 行政会議「勧告は、記録にもとづく手続をつうじて行なわれる場合を除いて規則制定には適用されない。かかる手続をつうじては行なわれないかなる規則制定においては、一方的交信は通常むしろ望ましいものである。なぜなら、行政官はそれによって利害関係人の欲するものを知りうるからである。A P A の下の手続の支柱は、規則原案に対する一方的意見 (Ex Parte Comments) である。我々は、行政に対する民主的影響を欲するものであり、かかる影響の主な径路 (channel) は一方的交信なのである。」⁽¹¹⁾ インフォーマルな規則制定の「民主的」性格に高い評価を与え、これにフォーマルな手続法理を安易に拡大適用することには消極的なデビスにしてみれば、そこでの手続的公正さにはさしたる関心はなく、むしろ調査・訴追権限の行使が一方的交信によって不当な影響をうけることの方が重要であった。彼の思考は、そこからインフォーマルな行為における裁量のコントロールへと展開してゆくのであるが、⁽¹²⁾ それはともかく、右の時期に到るも、インフォーマルな規則制定における一方的交信は、むしろ当然の好ましい慣行ですらあり、そこから何らかの法学的問題が生ずるとは考えられていなかったのである。⁽¹³⁾

(2) 判例の検討

1 最高裁判所は、行政手続における一方的交信の可否についてのべたことはなかった。しかし、下級裁判所の中には、フォーマルな裁決における一方的交信の禁止対象を聴聞官に限定せず、行政委員会の委員についても、当該行為をフェア・プレイまたはデュー・プロセスに反するとして、行政機関の最終決定の違法を導き出した若干の例がある。事例のほとんどは、連邦通信委員会（FCC）の放送免許付与にかかわるものであった。⁽¹⁴⁾ ちなみに、FCCの手続規則はフォーマルな裁決について、聴聞官、委員もしくは当該事案につき審査権限を委任された者に対し、その旨の告知と全ての当事者に対し参加の機会を与えない限り、一方的交信を禁止している。

TV局開設免許に際してなされたFCC委員と申請人との交信行為にかんする *WKAT Inc. v. FCC*⁽¹⁵⁾ におおむね、裁判所は、裁判官または陪審に対して個人的な影響を与えんとする試みが許容されえないとするかつての判示に言及しつつ、次のようにのべた。

「この法理は、行政機関の裁決作用に適用がある。我国の法制にしたがって、公開の記録にもとづき係争争点につき決定を下す義務を課せられた官吏に対し、不正な影響力を行使せんとする試みは、我国の統治システム——デュー・プロセス、フェア・プレイ、手続の公開、偏見なき決定——のまさに核心を蚕食するものである。」⁽¹⁶⁾

裁判所は、右の交信行為をなした右申請人に対してFCCがとった手続上の措置に違法はないと断じた。

また、TVチャンネル配分にかんする裁決手続において、委員に対する右申請人の交信行為につき *Massachusetts Bay Telecasters, Inc. v. FCC*⁽¹⁷⁾ は、「委員会の準司法的権限のまさに核心にふれる不当な影響が、もし流布するようなことがあれば、それは確実に致命的な事柄である」として、一方的交信の介在を理由に手続の差し戻しが命ぜられていた。

かくして、判例においては、裁決手続についてはAPAよりもその対象を拡大しての手続法理が存在したといえよう。⁽¹⁹⁾
2 これに対して、APAはいうまでもなく、個別法令においても禁止されていないインフォーマルな規則制定における一方的交信は、これを違法とする余地はほとんど存しなかった。⁽²⁰⁾

TV局開設免許に際してのインフォーマルな規則制定における委員と申請人との交信のため、当該申請人への免許付与の適法性が争われた *Van Curler Broadcasting Corp. v. U.S.*⁽²¹⁾ において、裁判所は右主張を却けつ次のように述べた。

「原告は、当該手続過程に委員会が一方的にCBSの代理人と会合をもち、意見を聴取したが故に、委員会の行為が無効であると主張する。しかし、これらの招待と対話は、全国的な(各放送会社におけるVHFとUHFの——引用者註)組み合わせ問題についてであり、それにかんしては、委員会は、組み合わせを処理するため、一般的な全国規模の規則制定手続を始める準備として、全ての種の助言と情報を求めていたのである。我々は、この記録にのべられたような意見の聴取を委員会が考慮したとしても、何ら不当であるとか誤りであるとか考えるものではない。」⁽²²⁾
右のいわゆる組み合わせ問題は、一般的な政策問題であったが、しかし同時に規則制定における主題に他ならなかったから、本件は、そこでの一方的交信の可否について、先例をなすものとされてきた。⁽²³⁾

また、連邦取引委員会(FTC)による繊維製品表示にかんする規則制定に際して、FTCが、一部の業者から一方的交信による情報提供をうけた故に、当該規則制定が無効であると主張した *Courtaulds (Alabama) Inc. v. Dixon*⁽²⁴⁾ において、裁判所は、「委員会が不当にも秘密裡に何ごとかをなし、または全ての者がもつわけでない利便を、何名かの利害関係人に与えたという証拠をどこにも見出すことはできない」とし、「行政上のデュー・プロセス

説
の拒否は存しなかった⁽²⁶⁾」とのべて、訴えを却けた。

インフォーマルな規則制定における一方的交信は、APAを初めとする法令はいうまでもなく、右のように裁判所によっても、これを違法とする余地はほとんど存しないかのごとくであった。そのことは、この手続要件の法的性格からしても当然の理解であるといつてよかつたのである⁽²⁷⁾。

3 右にもかかわらず、ほとんど唯一の例外的な判決がある。それは、FCCによるTV局開設免許に際しての規則制定にかんする *Sanganon Valley Television Corp. v. U.S.*⁽²⁸⁾ であつた。

書面意見提出期間後になされた委員と、申請人との交信につき、裁判所は、規則制定の場合にはかかる行為といえども違法でないとするFCCの主張を却け、利害関係人と委員との一方的交信の故に当該行為を違法と断じた先例が規則制定にかんするものではないことを認めつつ、次のようにいう。

「当該手続が何と称されようと、それは、コミュニティ間のTVチャンネル配分にとどまらず、貴重な特権 (*Valuable privilege*) に対する私人間の相競争する請求の解決を含んでおり……根本的な公正さによって、かかる手続が公開の下で実行されるべきことが要求される⁽²⁹⁾」。

裁判所は、右の規則制定を無効として手続をFCCに差し戻した。

Sanganon Valley 判決は、規則制定をつうじての免許付与が、少数特定の申請人のうちいかなる者に対してなされるべきかにかかわる、むしろ実質的に裁決に近いものである場合に、機関の作用の法的形式に拘泥せず、影響をうける権利が財産権であり、しかもその影響が直接的なものであることから、特段の手続的公正さの要請を導き、一方的交信の違法の判断を下したのである⁽³⁰⁾。直後のある判決が、これを競願者が唯一名の事例と特徴づけたように、右判

決は、規則制定における一方的交信の可否についての全く例外的なものであった。

(3) 七六年サンシャイン法

先にみたように、行政手続における一方的交信に対する法的規律は、四六年A P Aにおいては適切な位置づけと明確な内容をもちえていなかった。したがって、永く個別法令とりわけ機関の規則がこれを規律しているにすぎなかったのである。A P Aによる右の規律の問題点は比較的早くから指摘されていたが、七六年に到って、会議公開を中心としたいわゆるサンシャイン法による改正⁽³²⁾によって、その定議はもとより、対象と手続上の措置が拡大・明確化されることとなった。

サンシャイン法は、五五七条d項においてこれまでと異なりかなり詳細な規律をおいた⁽³³⁾。その特色は、次の諸点に求められる。

第一に、一方的交信の禁止対象作用をフォーマルな裁決にとどまらず、フォーマルな規則制定にまで拡大したことである。

第二には、対象となる官吏を、聴聞官のみにとどまらず、「機関の構成員」および「決定過程に関与し、または関与することが合理的に推定される職員」に拡大するとともに、相手方たる「機関外の利害関係人」に対しても、交信行為の禁止を明示した。

第三には、禁止された交信行為があった場合、当該官吏は、(イ)全ての交信書面、(ロ)口頭による場合にはその概要、(ハ)および(ニ)に対する回答書面および概要、を公開記録に記載しなければならない。

第四に、禁止期間を明示した。すなわち、原則としてその開始を各機関の指定に委ねつつ、聴聞の告知以降であつ

説
てはならず、また交信に責任を負う者があらかじめ右の告知がなされることを知りえた場合には、これを知った時からとした。

右の法改正は、いくつかの前進面をもちつつも、本稿の関心からいえば、インフォーマルな規則制定をなお適用除外としていた。当時、すでに規則制定手続における制定法を超える判例法理の展開が有力な潮流となっていたとはいえず、その帰結はなお未確定であり、加えてここでの一方的交信の可否にまでいまだ右の展開は及んでいなかったことからしても、右の法改正におけるインフォーマルな規則制定の扱い自体には、さしたる問題は見出せなかったのである。そして、右にいう有力な潮流の一方的交信への波及とそこにおける問題点は、以下に検討されよう。

論

- (1) Note, *Ex Parte* Contacts With the Federal Communications Commission, 73 *Harv. L. Rev.* 1178, 1178-1179 (1960).
- (2) ハックはこう。「伝統的な権力分立概念は、いかなる型の機関の手続が一方的交信から隔離すべきかの決定に対する出発点とすべきである。」Peck, *Regulation and Control of Ex Parte Communications with Administrative Agencies*, 76 *Harv. L. Rev.* 233, 239 (1962).
- (3) *Id.* at 260.
- (4) *Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act* 53-56 (1947).
- (5) Peck, *supra* note 2, at 251-253. なお、制定法による例は、連邦通信法のみであった。
- (6) とりわけ独立規制委員会が、現実の政治力学の中で、それぞれの顧客たる被規制大企業との構造的な相互依存関係におよびつづめることの指摘は、十分にかなり一般的なものであった。Bernstein, *Regulating Business by Independent Commission* 278 (1955).
- (7) Peck, *Progress Report on the Code of Agency-Tribunal Standards of Conduct*, 13 *Ad. L. Rev.* 150(1961).
- (8) 107 *Cong. Rec.* 6454(1961).
- (9) Davis, *infra*, 267-268.
- (10) Davis, *Administrative Law Text* 268(1972).

規則制定手続における一方的交信 (Ex Parte Communication) について

- (11) *Id.*
- (12) See Davis, *Discretionary Justice* (1969); *Police Discretion* (1975).
- (13) ナショナル・エクスプレス「一方的交信と影響の禁止は、法的問題とすべきではない」との意見に「このように、Schwartz, *Administrative Law* 373 (2nd ed., 1984).
- (14) ケン・スチュアートの「範囲の免許と権限をめぐって」との放送企業との不明朗な関係は、かねてからの物議をたもつた。Robinson, *The Federal Communications Commission: An Essay on Regulatory Watchdogs*, 64 *Va. L. Rev.* 169, 225 (1978).
- (15) 296 F. 2d 375 (D.C. Cir. 1961).
- (16) *Id.* at 383.
- (17) 261 F. 2d 55 (D.C. Cir. 1957).
- (18) *Id.* at 66-67.
- (19) 次の判決を参照。Pillsbury Company v. FTC 354 F. 2d 952 (5th Cir. 1966); *Camero v. U.S.* 345 F. 2d 798 (Ct. Cl. 1965).
- (20) Peck, *supra* note 2, at 239.
- (21) 236 F. 2d 727 (D.C. Cir. 1956).
- (22) *Id.* at 730.
- (23) Carberry, *Ex Parte Communications in Off-the-Record Administrative Proceedings: A Proposed Limitation on Judicial Innovation*, 1980 *Duke L.J.* 65, 77.
- (24) 294 F. 2d 899 (D.C. Cir. 1961).
- (25) *Id.* at 904.
- (26) *Id.* at 905.
- (27) 参照「拙稿」アメリカにおける規則制定の法的コントロール」法政論集八〇号（一九七九年）二〇一―二〇七頁。
- (28) *Sangamon Valley Television Co. v. U.S.*, 269 F. 2d 221 (D.C. Cir. 1959).
- (29) *Id.* at 224.
- (30) *Case Note, Ex Parte Contacts in Informal Rulemaking: Home Box Office, Inc. v. FCC and Action for Children's*

- Television v. FCC, 65 Calif. L. Rev. 1316, 1324 (1977).
 (31) Courtaulds (Alabama) Inc. v. Dixon, 294 F. 2d 899, 904 n. 16 (D.C. Cir. 1961).
 (32) サンシャイン法の概要をめぐって Davis, 1 Administrative Law Treatise 439-442 (2nd ed. 1978).
 (33) 5 U.S.C. §557 (d)
 (34) 拙稿前掲註(27)二一〇—二二二頁。

二 規則制定手続における一方的交信

(1) 判例の検討

1 いわゆるインフォーマルな規則制定手続は、規則案の事前の告知、利害関係人による規則案への意見の提出およびそれらを勘案した上での最終的制定という、三段階の手続から構成されている。このような司法的厳格さから解放された手続において、一方的交信の禁止を導くとすれば、そのこと自体に特段の法学的説明を要する。改めていえば、一方的交信は、ここでは行政機関にとって必要な情報の収集方法として不可欠でありこそすれ、禁止さるべき性質のものではなかったからである。しかし、右の状況は、七〇年代の規則制定手続における制定法の要件を超える下級審判例の潮流に乗って、大きく転換するかにみえた。以下ではその検討を試みるが、ここでも、法令の具体的な根拠もなく、何にもとづいてその禁止が導かれるかに、さしあたりの問題点が求められよう。

この問題の嚆矢として、有料CATV等における番組編成を規制する規則の制定手続において、法令により禁止されてはいない委員と放送企業団体との交信行為を違法として手続の差戻しを命じた七七年の Home Box Office, Inc.

v. FCC⁽¹⁾ がある。

本件における両者の交信行為は、弁論による意見提出の機会が与えられた後になされておられ、原告は、FCCの右規則の効力を争う理由の一つとして、一方的交信の違法を主張したのである。裁判所の認定によれば、右規則制定に際してFCC各委員に対する広範囲の交信の試みがなされていた。裁判所は、インフォーマルな手続を経た決定の適正さに対する司法審査が、フォーマルな聴聞記録の存しないこの手続では実際に録取された記録、すなわち「行政上の記録」の依存してなされることができるとの、最高裁のある判決を引用しつつ、次のようにいう。

「実際問題として、諸々の意見を支持しまたはこれに反論する関連情報が、機関の手続への参加人によって審査裁判所の注意を引くように、機関に対して提出された全ての意見を、公開の記録が反映しなければならぬことを、Overton Park 事件の判示は意味するのである。この道順は、もし交信が機関に対して秘密裡になされ、かつ機関自らが、提出された情報を開示しないならば、明らかに閉ざされる。それ以上に、本件におけるように、機関が公開書類中の情報にのみ言及することによって自らの行為を理由づけ、機関に提出された他の関連情報の内容を開示しない場合には、審査裁判所は機関が適切な行為をなしたとの前提はとりえない⁽³⁾。さらに、「たとえ委員会が、当裁判所に対し一方的にのべられた事柄の内容を開示したとしても、我々は当事者間の対審的討議という便益をもたないから、TV企業について知ったと委員会が主張したことの真偽を判定するのは、なお困難であろう。機関の決定作成と司法審査過程の適切な運営にとっての、かかる討議の重要性は、当裁判所の諸事件において明らかである⁽⁴⁾。」

裁判所は次のようにもいう。

「等しく重要なのは、秘密というものは、デュー・プロセスに黙示的に含まれる基本的な公正観念と、また我国行政法の全ての基礎をなす本案について理由のある決定作成の理念と矛盾することである⁽⁵⁾。」

説

したがって、「以上のべてきたことから、規則制定に関係することとなる公衆から一方的に収集された情報が、何時でも開示されねばならないことは明白である。他方、我々の認めるところによれば、機関と公衆との間のインフォーマルな接触は、行政過程の『ペンとバター』であり、それらが司法審査を阻害せず、または重大な公正さの問題を生起させない限り、全く適切なものである。』⁽⁶⁾

論

裁判所は、このようにして規則制定における一方的接触の取扱いかんする、次のようなきわめて包括的な原則を提示したのである。「一度、規則制定案の告知が発せられたなら、いかなる機関の官吏または規則制定手続の決定過程に関与し、もしくは関与すべきことが合理的に推定される職員は、機関の決定以前に利害関係人またはその代理人と、規則制定手続の処理にかんする問題の討議に対して、これを拒否しなければならない。』⁽⁷⁾「それにもかかわらず、一方的接触が生じた場合には、我々の考えによれば、利害関係人がそれについて意見提出をなしうるように、いかなる書類資料またはいかなる口頭による交信の要約も、その交信をうけた後速やかに各個の規則制定のために備えられた公開の書類に記載されねばならない。』⁽⁸⁾

右の判決の特徴は、第一に、(i)デュー・プロセスに黙示的に含まれる基本的公正観念、(ii)APPAの求める司法審査の効果的な実施、(iii)交信内容の対審的討論が機関の決定作成自体と司法審査を損うこと、(iv)公衆の意見提出権の無意味化の阻止、の四つに根拠を求めつつ、第二に、ここから規則制定における告知後の一方的交信の原則的禁止を提示したことであった。

Home Box Office 判決の四カ月後、FCCによるTV番組編成規制にかんする Action for Children's Television v. FCC⁽⁹⁾も一方的交信の問題を論じた。

子供向けTV番組の改善を目的とする一市民団体(以下ACTという)は、かねてから子供向け番組の編成と広告に対して規則を求める運動をFCCに対して行なってきた。FCCもこれに答えてそのための規則制定手続を開始したが、公聴会におけるACTと企業側との応酬と双方による意見提出を経て、FCCは、企業側による自主規制策の実施の表明に満足の意を示し、結局当初意図した規則制定を行なわない旨の決定を下した。これに対してACTは、公聴会終了後に業界代表とFCC委員長との間に非公式の交信行為があり、そこで業界の規約改正と規則の不公布にかなする合意が成立した事実を指摘するとともに、ここにおける業界の見解に対して、自らが反論する機会を保障されなかったために、右の不行為には手続上の違法があると主張した。

これに対して裁判所は、Home Box Office判決が本件については遡及的に適用されないと述べつつ、むしろこれに批判的な見解を示した。

「公開の意見提出段階の途中もしくはその後において、全ての一方的接触の開示を禁止しても、または要求してもいない議会の意思において前提されていることにてらしていえば……規則制定手続が『貴重な特権に対する相競争する請求』を含むか否かの点に、我々はその線をひくことになろう。」¹⁰⁾

裁判所は、かつてのSangamon Valley判決の示した基準に依存しつつ、原告はこれに合致する地位にないとして訴えを却けた。

2 Home Box Office判決は、当時のアメリカ行政法学の焦点の一つであった規則制定における手続法理の問題に、さらに新たな論点を付加するものであった。これと異なるACT判決をも含めて、そこで提起された問題は、第一に、規則制定手続における一方的交信の禁止を何を根拠として導きうるかであり、第二には、交信の原則的禁止の

当否の問題であった。

第一の禁止の根拠の問題を、論者の主張も含めて検討するとすれば、次のような整序が可能であろう。⁽¹¹⁾

論

一つの根拠は、手続上の公正な取扱いである。すなわち、規則制定をなす者が一部の利害関係人とのみ交信行為をなし、これによって実質的な決定がなされ、その事実や内容が他の利害関係人に知られることがないならば、彼らにとって、意見提出をつうじて決定過程に参加する機会は全く無意味となる。けだし、「公衆が適切な情報を与えられた場合にのみ、最終決定にかんする何らかの意見交換と現実的対話が存在しうる」⁽¹²⁾からである。かくして、規則制定手続における利害関係人の有意の参加権または反駁権 (right to rebut) の保障なくしては、この手続の形骸化が招来してしまうことに、その根拠を求める者も登場した。⁽¹³⁾

しかしながら、インフォーマルな手続とは、もともと決定作成者による自由な情報収集が、換言すれば広い手続的裁量が認められたものであり、そこでも利害関係人に対して、何らかの手続的取扱いを求める法的地位が与えられるものではないとの、伝統的見解よりの反論もありえたのである。⁽¹⁴⁾

二つめの根拠は、司法審査の必要上の要請である。裁判所は、行政機関の行為に対して審査をなす際、当該行為の根拠となった記録と、当該行為との間の合理的な関係の存否の審理をなす。もっとも、フォーマルな手続を経たいない行為においては、正規に記録の録取が求められているわけではなく、実際に存在する記録中に、機関が一方的交信によって得た決定的に重要な情報が含まれていないとすれば、裁判所は当該行為を支持しえない。したがって、機関は、インフォーマルな規則制定においても、決定根拠としての記録に相当の厳密性を確保しなければならず、一方的交信もその限りで禁止さるべきこととなる。

しかしながら、A P A は規則制定に対する審査における「記録」の内容に、フォーマルな裁決に対するそれと同等な厳密性を求めているわけではない。フォーマルな手続とインフォーマルな手続との、それに対する司法審査をも含めた伝統的な区別を前提にする限り、規則制定における右のごとき厳密な「記録」の要請と、一方的交信の禁止は、A P A の解釈論としても、また Home Box Office 判決が依存した Overton Park 判決からも導かれるものではないとの反論がある。¹⁵⁾

右のいずれの根拠も、フォーマルな裁決における一方的交信の禁止のそれを、インフォーマルな規則制定においても拡大適用せんとするものであった。したがって、両者の手続の法的性格とそれぞれに対する司法審査のあり方の相違に力点をおく伝統的解釈からすれば、いずれの根拠も容認しえないのは当然であったのである。

第二の問題は、仮に右の根拠から一方的交信の何らかの制限が必須であるとしても、はたして、その原則的禁止が論理必然的に導かれねばならないかである。すなわち、その具体的形態が口頭のものであれまたは書面によるものであれ、少なくとも意見提出期間中に試みられた交信行為はこれを公開の記録に記載するとともに、他の利害関係人に対しこれへの反論の機会を与えることで十分といえるかもしれない。また意見提出期間後の交信行為についても、その公表と利害関係人の反論権の保障によって目的は十分に達せられるともいえよう。このようにして、一方的交信の何らかの制限の根拠を右のいくつかに求めうとする論者ですら、多くは Home Box Office のごとき原則的禁止に疑問を呈したのである。¹⁶⁾

3 ところで、右のべたように Home Box Office 判決は、七〇年代において有力な規則制定手続法理の展開にそったものであった。しかし、かかる展開は、七八年の Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural

Resources Defence Council Inc.⁽¹⁷⁾ において、最高裁によって包括的に否定されたのであった。すなわち同判決は、裁判所が A P A の定める規則制定手続を超えて、何らかの理由にもとづいて特別の手続の採用を機関に対して求めることをほとんど否定したのである。右にいう特別の手続とは、個別の争点についての反対尋問の機会や弁論手続を指していたのであって、確かに一方的交信の可否がそこで争われたのではなかった。しかし、Home Box Office 判決が依存したとき一方的交信の禁止の根拠は、Vermont Yankee 判決によって否定されてしまったが故に、この最高裁判決によって、一方的交信の禁止についても、同様に否定されたと解さざるをえないのか否かに関心が寄せられたのである。⁽¹⁸⁾

Vermont Yankee 判決後のある下級審判決は、なおも制定法上の「聴聞」要件からインフォーマルな手続における一方的交信の禁止を導き、これを右の最高裁判決も許容していると解した。⁽¹⁹⁾

また、論者の中にも、最高裁判決が明示的に言及していない、規則制定手続における利害関係人の反駁権の存在およびその司法的保障を根拠としつつ、規則制定といえども実質的に一般的なものではなく裁決に近い場合には、一方的交信はなお禁止されると主張する者もあった。⁽²⁰⁾

しかし、ほとんどの論者は、Vermont Yankee 判決そのものには批判的見解を留保しつつ、ここでの一方的交信の禁止を構成することは、解釈論上もはや不可能とみなすに到った。⁽²¹⁾ かくして、規則制定における一方的交信の可否をめぐる問題は、Home Box Office 判決によって提起されたものの、Vermont Yankee 判決によって、解釈論としてはまさにまたたく間に幕を閉じてしまったのである。

(2) 七七年行政会議勧告

規則制定における一方的交信が、A P A または裁判所によって規律の対象にならないとはいへ、これが行政の公正さに対して抱く国民の信頼を損うこと大であることは、もはや何人の目にも明らかであった。合衆国行政会議は、いち早くこの問題をとりあげ、七七年勧告の中で、各行政機関における手続上の取扱いにつき、次のような改善を求めている。⁽²²⁾

勧告によれば、A P A の定める規則制定手続の目的は、規則案の主題についての機関の有する知識を豊富ならしめるとともに、全ての利害関係人に対して、機関の提案および諸々の代替案にかんする資料または見解等を提出する機会を与えることにある。これらの手続は、ある場合には司法審査の根拠をも与えるものである。その限りにおいて、機関は、手続上の争点の性質および重要性にとって必要な具体的手続が何かの判断についての広い裁量をもつべきであり、不当な遅延と費用を生ぜしめる司法的手続の拘束をうけるべきではない。

しかしながら、一般に指摘されるように、ここでの一方的交信が行政過程の公開の要請に反し、また司法審査において重要な情報が提出されず、さらには交信をなさなかった利害関係人の手続上の反論権が保障されないことは好ましくない。したがって、規則制定手続においても、利害関係人の数が多数にのぼる場合や一般的な政策問題が争点となっている場合を除いて、手続の改善が必要である。

A P A の手続要件にのみしたがう規則制定においては、以下のごとく勧告する。

- 一、全ての機関に対して、私的な口頭または書面による交信をうけることを、一般的に禁止するのは望ましくない。
- 二、規則案の告知以降およびその手続中に本案にかんしてなされた書面による交信は、すみやかに公開書類中に記載すべきである。

説

三、右の交信のうち、口頭によるものについては、公開書類中にすみやかにその要約を記載するか、または公衆の出席する公聴会においてこれを公表するなどの措置をとるべきである。ただし、右の措置によって、利害関係人が弁論手続や意見提出期間の延長を求める新たな手続的権利を主張しうるものと解さるべきではない。

論

四、機関は、書類公開を適宜停止し、要約作成要件の適用を除外しうる。

五、議会または裁判所は、一定の手続においては公正さもしくは適切な司法審査の実施のために、一方的交信のより厳格な制限が好ましいとの結論を下す余地がある。

行政会議勧告は、行政機関の裁量の余地を残しつつも、原則として、書面による交信についてはこれを規則制定のための公開の記録に記載するとともに、一般の利害関係人による反論の機会を与えるべきものとし、同時に口頭による交信についてはその要約を同様に記録に記載すべきものとしたのである。⁽²³⁾多くの機関は、これに従って手続規則の改正をなし、一部には個別制定法においてほぼ右に従って一方的交信の規律をなすに到った。

かくして、規則制定手続における一方的交信の規律の問題は、表面的には、Vermont Yankee 最高裁判決と行政会議勧告をもって、実務上の取扱いも含めて、一応の落ちつきを得たのであった。

(1) 567 F. 2d 9 (D.C. Cir. 1977).

(2) Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971).

(3) 567 F. 2d at 54.

(4) Id. at 55.

(5) Id. at 56.

(6) Id. at 57.

- (7) *Id.* 引用符は省略した。
- (8) *Id.*
- (9) 564 F. 2d 458 (D.C. Cir. 1977).
- (10) *Id.* at 477. 市田謙次を誤記した。
- (11) See generally Case Note, Ex Parte Contacts in Informal Rulemaking: Home Box Office, Inc. v. FCC and Action for Children's Television v. FCC, 65 Calif. L. Rev. 1315 (1977); Note, Due Process and Ex Parte Contacts in Informal Rulemaking 89 Yale L.J. 194 (1979); Note, Ex Parte Contacts Under the Constitution and Administrative Procedure Act, 80 Colum. L. Rev. 379 (1980); Gellhorn & Robinson, Rulemaking "Due Process": An Inconclusive Dialogue, 48 U. of Chi. L. Rev. 201 (1981). なお、ヤルホーン＝ロビンソンの論文については、松井茂記氏による紹介がある。〔一九八三—一〕アメリカ法中野真次郎。
- (12) United States Lines v. FMC, 584 F. 2d 519, 540 (D.C. Cir. 1978).
- (13) Preston, A Right of Rebuttal in Informal Rulemaking: May Courts Impose Procedures to Ensure Rebuttal of Ex Parte Communications and Information Derived from Agency Files after Vermont Yankee? 31 Ad. L. Rev. 621 (1979).
- (14) Comment, Ex Parte Contacts in Informal Rulemaking: The "Bread and Butter" of Administrative Procedure, 27 Emory L. J. 294, 313-318 (1978).
- (15) Carberry, Ex Parte Communications in Off-the-Record Administrative Proceedings: A Proposed Limitation on Judicial Innovation, 1980 Duke L.J. 65, 88-92; Verkuil, Jawboning Administrative Agencies: Ex Parte Contacts by the White House, 80 Colum. L. Rev. 943, 972 (1980). なお、Home Box Office 事件判決はオクスフォード大学キーン判事の小多数意見と見らるべきと述べている。567 F. 2d at 61-64.
- (16) Robinson, The Federal Communication: An Essay on Regulatory Watchdogs, 64 Va. L. Rev. 169, 230 (1978); Davis, 1 Administrative Law Treatise 535 (2nd ed. 1978); Nathanson, Ex Parte Communications in Informal Rulemaking Proceedings, 30 Ad. L. Rev. 377, 398 (1978). ネイサンソンの「仮に告知後の一方的交信を全く禁止しつゝ、次は告知以前と同様の行為がなされる結果を招くたすであるから、実効性を伴わないものである」として、*Id.* at 399 n. 27.
- (17) 435 U.S. 519 (1978). 本判決については、拙稿「アメリカにおける規則制定の法的コントロール」法政論集八〇号（一九七九年）二一九—二二二頁を参照。

(18) Gellhorn & Robinson, *supra* note 11, at 237-258.

(19) United States Lines v. FMC, 584 F. 2d 519 (D.C. Cir. 1978) に於て、裁判所は、海運業法 (Shipping Act) 一五条が連邦海運委員会 (FMC) による海運業者間の規約の認定の際に「聴聞」要件を定めていることを指示し、これがいわゆるフォーマルな聴聞までを意味するのでなく、事件と争点の性質にしたがって、なおいかなる手続を採用するかについて FMC の自由な判断余地があるとのべた。しかし、同時にかかる自由といえども絶対的なものでなく、右の要件によって「聴聞」なるものが存すべきことおよび何らかの最低限の手続上の拘束が存すべきことが求められるとしつつ次のようにのべている。「当裁判所の考えによれば、これらの拘束のうちの一つは、FMC のなした……規約認定に先立つ秘密の一方的接觸への依存によつて、明確な違反をうけたのである。」*Id.* at 537. 同判決は、Vermont Yankee 最高裁判決との整合性の論証を次のように試みている。「当裁判所の結論は憲法上の制限またはきわめてやむをえない条件が存しない限り、行政機関が自ら手続規則を自由に形成すべきであるとする最高裁の最近の……判決とも矛盾するものでない。最高裁は、規則制定手続において機関の用いた手続が不適切だとの当裁判所の判決を、かようにくつがえした。しかし、Vermont Yankee 判決で認められた行政機関の自らの手続を形成する自由は、制定法の要件を無視する自由には到達するものでない。Vermont Yankee 判決の最高裁は、『*ザ・ロビンソン*、機関が関連制定法の命ずる手続にしたがったか否かを、裁判所が決定せねばならない』と慎重に指摘する。Vermont Yankee 判決は、本件のごとく、司法審査が制定法によって与えられる場合に、審査を効果的に阻害する機関の手続と慣行に対して根拠を与えるものでもない。当該判決のどこにも、APA と最高裁の諸判決中に見出されることごとき十分確立した原則に疑問を呈するものはないのである。すなわちそれは、機関の行為が専断的・恣意的かまたは一定の場合には実質的証拠により支持されるか否かの判定のために、裁判所は、『綿密かつ慎重な』審理をなすことが求められるという原則である。』*Id.* at 542, n. 63. また、National Small Shipments, Traffic Conference Inc. v. ICC 590 F. 2d 345 (D.C. Cir. 1978) も、州際通商法二六条の項の「聴聞」の要件に依存して、一方的交信の排除を判令していた。

右の二判決にもかかわらず、制定法上の「聴聞」要件といえども、インフォーマルな手続において右のように特定の意味をもつといえるか否かは疑わしい。けだしそれは、書面手続をもって足りるとすら解されているからである。拙稿前掲註(17)二〇八一—二〇頁参照。

(20) Preston, *supra* note 13, プレストンはいう。「デュー・プロセス上のまたは『準デュー・プロセス上の』反駁権は次の二つの条件のいずれかの場合に Vermont Yankee 判決にもかかわらず存在しうる。すなわち、第一に、利害をうける人数の規模がきわめて少数で、そして第二に、その構成員が、人数にかかわらず不平等な取扱いをうけた場合である。』*Id.* at 657.

デビイスはいう。「この主題にかんする諸事件は、規則制定の審査における（下級審の——引用者註——）裁判官らの公正または不公正の感覚を考慮にいれることを彼らに禁ずる、最高裁の権限の欠如を示す最良の例であろう。」Davis, 1982 Supplement to Administrative Law Treatise 115 (1982).

(21) Verkuil, supra note 15, at 978; Davis, supra note 16, at 533; Schwartz, Administrative Law 169 (2nd ed. 1984).

(22) Administrative Conference of United States, Recommendation 77-3: Ex Parte Communications in Informal Rulemaking Proceedings, 1 C.F.R. 305. 77-3 (1977).

(23) デビイスはいう。「全ての種類の交信は、告知と意見提出の手続の生命である。それらは多ければ多い程よい。それらは禁止されるべきでない。それらは促されかつ鼓舞されるべきものである。もし、委員やスタッフが利害関係人と話をする時間があれば、時間の許す限りそれをすべきである。そしてもちろん公正にそれをなそうとすべきである。全ての種の交信は、書面資料、手続での弁論による主張およびインフォーマルな協議を含めて、考慮すべき実際の事情の許す限り許容されるべきである。意見提出の切断点には必要ではあるが、公正さまたは司法審査の必要のいずれかによって求められる唯一の制限は、全ての重要な交信の本質的部分が公開の記録に記載されるべきことである。」(傍点イタリック) Davis, supra note 16, at 537.

Home Box Office 判決の多数意見を書いたライト判事は、行政会議勧告に対して、口頭による交信内容の公表がその要約にこづいてはならないと不満を表明している。Wright, Musings on Administrative Law, 33 Ad. L. Rev. 177, 181 (1981).

む す び

規則制定における一方的交信の問題は、右にみたようにほとんど例外的な下級審判決を契機として、七〇年代末のアメリカ行政法学の一個のテーマとなりえたものの、事実上半年足らずの間に終焉を迎えてしまった。

その解釈論的可否はともかく、しかし右の問題の提起した事柄は決して看過しうるものではなかった。そこで以下ではそれらの整序を試みておくことにしよう。

第一に、一方的交信の問題は、法定の手続外での行政機関の行為の適否を問うものであるがゆえに、行政の現実態

の一端を白日の下におくこととなつたことである。すなわち、複数の利害関係人のうち、行政機関がいかなる者との恒常的な交信の機会をもってきたかを概観すれば、そこでまさにいかなる権限行使がなされてきたかを推測するに、さほどの困難はないからである。このことは、規則制定においても同様である。すなわち、右の問題は、この手続に対する仔細な法的検討も経ずして、その多元の性格から安易にこれを民主的と評してきた従来の理解に対しても、改めて反省を迫ることにならう。かくして、一方的交信に対する法的規律の問題は、法定の手続の形骸化を阻止するための一つの有効な方法であつて、手続的適正をより具体的に実現する可能性を含んでいたのである。

第二に、右のように、もとより手続的適正の要請が、その具体的内容はともかく当該手続の性質を超えて存在すべきものにもかかわらず、なお現実の解釈論としては、一方的交信に対する規律は、インフォーマルな規則制定において明確な内容をもちえなかつた。すなわち、いくつかの解釈論的試みにもかかわらず、右の問題は、手続の性質とそれに付随する司法審査の方法における二分論的枠組みをなお克服しえなかつたのである。

第三に、したがって一方的交信の規律をめぐつてのさしあたりの理論的課題は、右の枠組みの狭隘さに対する立法的克服にあるといえよう。すなわち、これをより具体的にいえば、そこにおける利害関係人の手続的権利をより積極的に位置づけるとともに、インフォーマルな手続における手続的適正の内容を、法的に一層具体化することが求められるように思われるのである。

ところで、規則制定における一方的交信の問題は、右のように行政機関と私人たる一部の利害関係人との間のそれとは別に、行政権内部、とりわけて大統領またはその管理部門と行政機関との間の交信の問題として注目を集めている。それは、大統領の、規制実施部門に対する総合調整の法的検討の一部として論ずることが適切であろう。かかる作業は別稿を待たなければならない。