

# 行政機関の立法行為に対する司法審査の意義 —アメリカにおける最高裁の先例踏襲と司法審査の新たな可能性—

矢 邊 均

## I. 問題認識の背景

今日、行政は国民の福利厚生に対してますます多様化するニーズに応えるべく、極めて加速度的にその役割を伸張させつづけている。立憲国家として理想的な公共の福祉の実現は当然の国家的使命であり、三権の抑制と均衡の大原則のもとで、極めて複雑な国家作用の中核をなしている。憲法の掲げる目的たる理想の実現は、しばしばその困難さゆえに様々な問題が提起され現実との乖離を解決すべく多重螺旋が入り組んだ多次元的空間における実現可能な秩序の構築が求められ、ともすると魑魅魍魎のような迷路を進んでいるという事情を否定することができない。理想と現実の乖離を矛盾と捉えるか、到達点への過程と捉えるか、一時的妥協として矛盾を許容もしくは黙認することがあったとしても、常に到達点を見失わないことこそが重要である。当然理想の実現へのプロセスをないがしろにすることもあってはならない。常に生成する過程における問題点をいかに透明性をもって対処するかが、理想の実現を担保する唯一の道であることを忘れてはならない。

史上空前のコロナ禍が世界を席卷し、わが国においてもその被害は甚大で国民の将来的不安は計り知れない状況にあって、行政の役割はこれまではない重みをもって評価されることは間違いない。戦時下や大災害のような非常・緊急事態におけるのとは異なり、世界レベルでの連鎖現象を大前提に、国家が自らの進む道を模索することは極めて困難であることはだれの目にも明らかである。それゆえ、国家のリーダーシップに対する期待もまたこれまでとは比較にならない。

かような切迫した状況下において、わが国においては、政府のあいまいかつ不透明な国民への対応がそれ以前から批判の対象となってきたが、ここにきてさらに行政に対する批判はさらに厳しくなっている。行政のコロナ対策自体が多方面で機能不全を起こしている事実をしり目に、司法制度自体の根幹を揺るがすようなまさに火事場泥棒のような検察庁法改正案を無理やり通そうとする政府側の姿勢は、行政の暴走を加速させることになる大いなる契機につながりかねない。

内閣はしばしば法解釈の変更を理由に自らの政策を実現しようとする強行的姿勢をあらわにし、説明責任を伴う本来ガラス張りであるべきプロセスが見えないところで進めらる傾向が顕著で、国民の不信感をより増長させている。行政府自体の縦割りによる機能不全に加え、それを横断的に指揮する司令塔自体の独走という、根本的な構造上のバグが存在することによる統治自体に対する負の影響は否定できない。議院内閣制の下で法案可決までのプロセスにおいて成立ありきという前提で多数決主義にのみ頼り最終的に政府の意思を国会に丸投げすることの意味することが極めて憂うべきことであることは自明であろう。

本来民意により監視されコントロールされる行政・立法過程が、国民の意思の反映の機会の更なる整備が必要とされるに至っていることも容易に理解できるところであろう。SNSを利用した広い国民の意見の聴取と対応は、今日の社会においてはセキュリティー等の技術及び倫理的側面等クリ

アしなければならないハードルがあるにせよ、無視できないところまで来ている<sup>1</sup>。ただ、それを性急に実現することにより今日のような政治に対する閉塞感を改善しようとするのは現実的ではない。それなりの試行錯誤の積み上げが必要となることは当然である。将来を見据えた改革を期待しつつ、今ある制度の中での改善を図ることがより現実的である。

その意味で、今日の日本における議院内閣制下の行政・立法のありかたに対する民意の反映の一方法として、司法の役割を最大限に活用する手段の検討は当然候補にあがってくるであろう。最も民主的コントロールが及ばないとされながらも、それが司法の独立と役割上首肯し得るとする建前を、民意の反映とそれによるコントロールにも利するものとして、裁判所を位置づけることが憲法上の精神にも合致するのではないかという合理的視点から検討することは意義あることと思われる。

一体司法はいかなる役割を果たすのかという問いに対して、その評価や議論は多様である。冤罪などの誤りについては裁判制度自体の根本にかかわる部分にまで切り込まなければならないものの、判決までの手続の厳格な整備により一定の改善が図られその危険の回避がある程度イメージできる。しかし、いわゆる統治行為論に基づく裁判所の政治に対する姿勢については、ともすると三権分立の根本に至る重大な問題をはらんでおり、いまだに十分な検討に至っているとは言えない。訴訟の入り口で重大な憲法問題の議論がなされずに終わるケースは少なくない。特に最高裁判所のスタンスは今日に至っても釈然としない印象をぬぐいきれない。

国際社会において、いわゆる規制国家の体裁を整える国々で、統治システムにおける行政の肥大化とそれに伴う行政権限の強大化が顕著になり、国家のリーダーの軌道を逸脱した権限行使拡大にもつながる傾向が顕著になっている。いわゆる大国とされるアメリカ、ロシア、中国がその代表であろう。国家成立の歴史的経緯を含めた国家制度の特徴を考慮すれば後者2国については別の視点からの考察が必要となるところである。問題は民主国家アメリカにおけるトランプ大統領のパフォーマンス重視の政策に見る本来の民主的プロセス軽視とその憂うべき現状であろう。常に自らの立場と権威を意識し、その言動が国内外にもたらす負の影響への配慮がみられない現状は、民主的発展への脅威とも位置付けられ得る。少なからずその傾向はわが国にもみられる。かような問題認識を前提に、これまで国家における行政のリーダーの問題についていくつかの検討を行ってきたが、そこでは本来適正な民主的プロセスにおけるコントロールが機能することで回避できるという建前のみでは解決できない現状の打破・突破口について検討することの重要性を強く意識してきた。筆者は、その解決の糸口として司法の役割の再検討に注目してきたが、本稿の構想中及び執筆中にそれについて前向きになることができるニュースに接することができた。法案の成立を阻んだ民意の新たな作法の顕在化というべき出来事と後で触れるがアメリカ連邦最高裁判所の行政に対す

<sup>1</sup> 2020年5月15日現在、検察庁法改正案に対しては多彩・多様な人材からの多くの反対声明・意見がネット上にアップされマスコミでも盛んに報道された。コロナ禍という特別な状況下での投稿という側面もあるが、コロナ対策に関心を持つ国民の目がより広くかつ厳しい視点で政府を見るようになってきていることは確かなように思われる。そしてその結果、法案改正の会期中の成立を断念するところまで政府が影響を受けたことは、特筆すべきことであろう（「検察庁法改正見送り 世論反発で転換」毎日新聞2020年5月19日朝刊一面トップ）。また、広く知られる韓国の「ネット請願」システムのように、ダイレクトに国家のリーダーに意見が向けられ、それが国民に公表されるシステムのような仕組みについては、政権の度量も含め今後の政治のありかたを考えるうえで重要な指針の一つとなり得るのではないかと考える。ただ、法案改正の先送りをしなければならなくなったわが国政府がまさに誠意をもって、愚直に上記システムについて取り組むか否かが政府の評価を左右することにもなるが、前途多難な見通しも否定できない。

る姿勢の転換点となるかもしれない判断が示されたことである。かような出来事にも依拠しつつ、行政判断やその活動に対する影響力、特に民意によるまたは民主的プロセスによるコントロールを実行あらしめる契機を創出する司法の可能性について、アメリカのケースを中心に検討することが本稿の目的となる。

## II. 行政と司法

### 1. 行政の民主的コントロールに関する閉塞感

#### (1) わが国における現状

国民の社会生活のあらゆる場面に直接的関係性を有する国家作用として行政は認識されその機能を果たしている。行政は、国民の信託を受けた国家のリーダーたる行政の長を頂点として極めて多様な役割を機能させ、遂行するために編成され組織された中央官庁たる行政機関によって担われている。縦割りによる機能障害を伴いながらも、国家目的の達成のため日々特定領域において各行政機関が果たす役割は重大であり、立憲民主制のもと、本来国民のコントロール下でそれら機関の正統性が担保される。行政の長も当然国民の信託のもとでその指導的権限を発揮している。

各行政機関の守備範囲は当然その役割によって一定の枠におさまっているが、部分的な重なりを排除できず結果的にいくつかの機関が関わる横断的範囲が存することも少なくない<sup>2</sup>。かような場合にどこがあるいは誰が司令塔となり法令解釈や裁量権を行使し各機関の連携調和をとり政策を実現していくのかは常に重要な問題である。コロナ禍における政府の対応の混乱・停滞が生じたのもここに原因があることは否めない。

最終的な判断やその責任が行政の長に帰属するという原則的理解は前提であるが、行政の判断についてその適正か否かを最終的に判断するのは主権者たる国民であり、そのコントロールも国民による。それゆえ行政の判断に関して国民は常に納得できる根拠について強い関心をもってしかるべきである。しかし、かような関心を有する国民がある程度いたとしても、それが民主的プロセスにおいてテーゼとして行政に働きかけるレベルに達することは困難を伴う。民主的プロセスによる行政のコントロールのネックともいえるところである。そこに政治的無関心層の増加が拍車をかけ、行政機関及びその長の独断的判断とそれによる行政の不透明性が顕著になってきたという経緯は否定できない。ただし、その状況は今日まさに国民の不信・不満を増大させ横溢した状態にまで達した感がある。

時の政権批判は政治的解決をみずに時間とともにフェードアウトしていくのが常であるという憂慮すべき認識は、政治に対する諦めともとられてきた。政治への関心という観点から特にわが国で顕著な傾向は、わが国の官僚制ともリンクし、行政はよりわかりにくくなってきたことも否定できない。政権交代によって行政自体まで総入れ替えになるアメリカのスポイルシステムと比較すれば、わが国においては政権と官僚との力関係は前者が流動的で後者は固定的な立場にあることで官僚主導といわれていた時期が長く続いたが、昨今の情勢は政権寄りの官僚による力技の行政が極めて顕著になっていることは明白である。それゆえアメリカのような政権交代による行政システムの

<sup>2</sup> 権力分立に基づいた権限の配分はさらに行政権に関していえば、権限をどの省庁が有するかという問題においても、単に権限の形式的な配分の問題ではないことは容易に理解できるであろう。

リセットによる軌道修正が困難な状況でもある。大統領選挙を契機として最長8年のランニングにつなげていこうとするうえで、取りあえず2年目の中間選挙や正念場である4年目の2期目の大統領選挙を乗り切るために、それまでの政策に対する批判を一気に自らの政策に反映させそれらを実現しなければならないという工程が明確であるアメリカにおいては、国民の選択の失敗は少なくとも4年で修正が可能である。この観点からわが国をみると、衆議院の解散はあるものの、政権交代の政治的土壌が整うことがないことに加え、本来政権と官僚との間に存したバランスの変化による官邸主導の政治状況においては、解散権自体が国民の意図通りに行使されることは困難で、それゆえ国民が自らの意思をいかに適時に反映させることができるかという問題関心が民主政治において極めて重要になってきていることは明らかで、今に始まったことでもない。そのストレス、フラストレーションがある意味今日の政治的無関心にまでつながってきた感はぬぐえない。しかし、そのような閉塞感はコロナ禍を契機<sup>3</sup>としてそれなりに新たな展開の入り口が期待できる状況にあるようにも思われる。

## (2) アメリカにおける状況

アメリカではトランプ政権になってから特に大統領令<sup>4</sup>に基づいて様々な行政機関によって政策の実現に対する布石が打たれてきたが、それが民主的意見を反映したものと言いきれないこともよく知られている。そもそもアメリカの大統領制では外見上シンプルな三権分立のシステムにおいて独立して行政権が行使される。この権力分立は、現代においてはその機能性に差はあるものの、効率的に国家作用を公正かつ効率的に行使するための仕組みであることは確かであろう。そして、権力分立における三権の抑制と均衡は一体理想や建前に過ぎないのかという問いは、そもそも権力の配分に関する理論的アクセス<sup>5</sup>によって長きにわたって議論されてきている。しかし、理屈がどうあれその理想は単なる建前ではなく実現が前提であるべきことこそが法理念の実践であり、それは民主国家が築き上げてきた知恵として極めて重要であるはずである。

しかし実際には、権力分立自体の機能は常に建前によってそのシステムが維持されてきた<sup>6</sup>にす

<sup>3</sup> 検察庁法改正の渦中の人物である黒川検事長が緊急事態宣言のさ中に賭けマージャンを行っていたことが週刊誌で報道されたことをきっかけに辞任という結果になった。毎日新聞2020年5月22日（金）朝刊一面。結果として政治主導の人事が一旦白紙に戻ったことになるが、かといって官邸の関与までは白紙に戻ったとは言いきれない。さらに、この事件が発覚した5月21日に、安倍首相の事務所が関連する「桜を見る会」の前夜祭パーティーの違法性について全国の弁護士約600名の連名で告発がなされたことは極めて興味深い。

<sup>4</sup> トランプに大統領令については、梅川健、「アメリカ大統領権限分析プロジェクト：トランプ大統領と「大統領令」：とくに行政命令について」、東京財団政策研究所 Website(2017.3.15) 参照。https://www.tkfd.or.jp/research/detail.php?id=2036 (April.7.2020,UTC13:07)。

<sup>5</sup> 単に配分に対する理論か配分された権限行使に関して他の権限とのバランスをいかに維持し効果を最大化し得るかというさらに踏み込んだ実践的理論かは、現実的権限行使とその成果をどこまで担保し得るかという本質的な問題にも大きくかわかることは容易に理解できよう。この観点について、駒村圭吾『権力分立の諸相 アメリカにおける独断の機関問題と抑制・均衡の法理』南窓社 11頁以下2002)。

<sup>6</sup> 権力分立の定義に関する理論と実際のギャップを鋭くとらえ、その再定義を提起する阪本昌成教授の視点は、その機能の限界をも包摂し立憲国家のありかたにまで言及することで更なる論争を期待させるところである。ただ、その論争を更なる著書とすることに肉体的限界を感じられ、最後の著書としてこのテーマで締めくくられたことに、感嘆しつつ寂しさを禁じ得ない。阪本教授は全くご存じないことだが、わたくしの英米法の師、早川武夫先生のもとで学ばれた教授の話をよく師からきき、不逞の弟子たるわたくしが見習わなければならない先輩として、教授のあずかり知らないところで、様々な啓示をいただいていた。それについて感謝申し上げるとともに、著作ではなくとも何らかの形で新たな視点、問題提起等をお示しくださることを願ってやまない。阪本昌成『権力分立 立憲国家の条件』有斐閣（2016）。

ぎないことが、トランプ政権でより顕在化したに過ぎないという解釈もそれなりに説得力を持ち得る。そもそも、本稿のテーマ自体が権力分立の建前と理想のはざまを意識するものにほかならない。

アメリカにおける権力分立は、行政の肥大によって本来の意義と乖離した新たなパワーバランスを容認している。それはまた、行政府が立法府までもコントロールすることができるという意味で、さらに最高裁判事の任命権を大統領が持っているがゆえに裁判所に政治的性格をもたせることによって、議会と裁判所に自らの判断を援護射撃させることが可能になっている。

さらにトランプ大統領自体が再選に利するのであれば手段を選ばない無軌道な政策をあからさまにとる傾向があり、その暴走は国内外に大きな影響を与えているが、議会も裁判所も最終的にそれを止める体制は不十分と言わざるを得ない。敵を明確にすることによって支持者を拡大しようとする姿勢は、権力分立の脆弱さに付け込んだ不敵な行状であるといえよう<sup>7</sup>。

## 2. 司法のジレンマ

いわゆる政治が絡む問題について大抵の民主的国家的裁判所は権力分立制のもとで慎重な対応をとらざるを得ない。ここにおいて最も重要なことは、権力分立における裁判所の役割と位置づけである。裁判所は具体的事件を通して法律の違憲性を審査する。本来憲法の番人であるがゆえに当然に憲法解釈を前提に法律やそれに基づく政策についてもその妥当性に切り込んでいかなければならない。とかく明らかな人権問題についてはそれも可能であるが、こと政治が絡むと周知のごとく一線を越えないという不文律がそれを阻む。我が国においてはそれが統治行為論という先例を生み出し現在に至っている。

しかし、先例により裁判所がそれに納得しているわけでもない。我が国において国政選挙のたびに一票の格差が問題とされることはよく知られるが、そこにおいて違憲状態という表現こそが裁判所の立場を象徴する一つとあってよいであろう。理想として違憲と断ずることが正道である。またそれを現実にするのが憲法の理念でもある。憲法の番人の役割を果たし得ないもどかしさの要因が政治であることは否定できない。

政治の顔色を窺い正義を体現できな原因がなににあるのか、権力分立における自らの立ち位置を自覚しつつ微妙なバランスの中で判決を下さなければならない裁判所の政治的配慮を直接的に批判することは容易であるが、民主的コントロールという観点から裁判所を位置づけた場合、その中立性を担保するうえでの行政との関係を再定義することの困難も否定できない。

アメリカにおいては、大統領による最高裁の裁判官の任命のタイミングによって保守、中道、リベラルが理想的なバランスを維持できる事情にはない。そこに偏りが出ることによる閉塞感と不具合が生じていることは後述するが、いずれにせよ裁判所が少なからず政治からの影響を受けてい

<sup>7</sup> ただし、このトランプ大統領の政策は、これまでになく民衆の注目を集め、味方をつくるためのに敵をつくる手法は、結果的にその敵による民主的プロセスの復活の契機ともなっており、民主主義の理性を復活の兆しを誘発するものともいえるように思われる。差別容認の姿勢に対する民衆の抗議、裁判所の差し止めの判断からスタートしたトランプ政権であったが、連邦最高裁がその流れに棹をさした経緯はあるが、それとは逆の傾向が芽生え始めている。例えば、ミネソタ州において警察官に拘束された黒人が死亡した事件をきっかけに始まった抗議行動が本来の趣旨から逸脱した暴動にまで広がりを見せ、これに対してトランプ大統領が軍の出動を宣言したことに対して、エスカレートした民衆を死亡した黒人の弟が「暴力ではなく選挙で解決しよう」という説得を行い、民主だけでなく警察官までもがそれに同調したという出来事は極めて象徴的なものとしてとらえられるべきであろう。なお、本稿「V. むすび」を参照されたい。

るという事実を肯定しながら、それでも公正をいかに実現するか、最終的にそれを評価するのが国民であり、その国民の意思をいかに反映させるか、そのシステムの検討が必須であることは言うまでもない。また、司法に対してフラストレーションを抱えているのは国民であることも間違いない。

### Ⅲ. 行政の立法行為の背景

議会が法律を作り、行政がそれを実現し、裁判所が議会の作った法律に基づいて行政行為についての法的判断を下すという通常の関係が、行政の肥大化でそのバランスが崩れているという認識はアメリカだけのことではない。裁判所すら政治の道具と化してしまう。しかし、最も効率的なのは行政が自らの政策・目的を実現すべく議会の立法過程に積極的にかかわり、まさに仕事のしやすい環境を整えることであることは明らかである。まさに行政主導の統治システムであり、最も公正かつ迅速に国民の利益を実現することのみを絶対条件とするのであればそれもしかりであろう。

しかし、わが国の内閣法制局のように、裁判所と並んで「法の番人」といわれる機関が、最初に改憲ありきというスタンスで、解釈改憲を既定路線に乗せようとするようなことは本来の法の支配を危機に貶めるような、時の政権の意思が強く反映した判断がなされること<sup>8</sup>はあってはならない。しかし今日、国家のリーダーが自らの考えに基づいて、タブー視されてきた行政による暴走が顕著になる傾向がみられ、特にアメリカにおいてはトランプ大統領の自らの2度目の大統領選に焦点を当てた政策運営においては、本来あるべき権力分立の理想とまではいかないまでも、一定の不文律をも侵す危険な状況が顕著にみられることは容易に理解できよう。

何のための権力分立の秩序なのかに関する精査は今日の必須の問題であることは明らかである。その精査において、法律・規則である以上行政が関わったか否かに関係なくそれらを審査する役割を担っているのが裁判所のはずである。それを見る前提として以下では行政が議会の立法にどう食い込んでいくのかについてみておく。

#### 1. 行政側のスタンス

合衆国憲法第1条1節において「憲法によって付与されるすべての立法権は合衆国議会に属する」旨規定されている。権力分立の原則を明言したものにほかならない。しかし今日のような行政権の急激な肥大化に至る過程において、それが社会的要請によるものであっても、だからといって行政機関が自らがやりやすいように規則を制定することをその原則が容認しているわけではない。基本的に委任禁止法理<sup>9</sup>によってとりあえず立法権は行政と切り離されているという体裁を維持してきた。

しかし現実問題として、常にスピード感をもった対応を求められる行政機関とそれに迅速に対応して立法しなければならない議会とは、いずれも機能不全に陥ることは明白であった。特に各行政機関の専門性を熟知して規則を制定することについて議会はそこまでの技量を有していないことも容易に理解できる。これに対して、行政機関は行政審判権を有しており、審判例の積み重ねは立法的要素を十分に含んでいる<sup>10</sup>ことは確かで、議会に比べ知識、経験いずれもはるかに上回っている。

<sup>8</sup> 阪田雅裕『「法の番人」内閣法制局の矜持—解釈改憲が許されない理由』大月書店（2014）参照。

<sup>9</sup> 詳細については、リチャード・J・ピアース・Jr[著]、正木宏長[訳]：『アメリカ行政法』勁草書房（2016）8頁以下参照。

<sup>10</sup> 田中館教授は、「アメリカ社会を規制する規則を制定する機能」としている。田中館照橋「アメリカ行政立法手続とわが国の行政手続に関する考察」明治大学社会科学紀要、第31巻2号（1993. 3）65頁。

これはまさに事実上議会が行政に対して立法を委任しているという外観を呈することになる。行政機関は当然行政機能の効率化を前提に規則をつくりあげ業務の合理化・効率化を図ることができる。その規則制定において行政機関の専門性及び経験の積み重ねが反映される。行政機関が誠実に業務を遂行し国民の要請に迅速に対応し問題を解決するという性善説に立てば、議会による委任の容認も可とされ得る。しかし、そもそも行政が立法権を行使し得るとすれば、そこに民主主義の伝統的な考え方との齟齬または民主主義自体に対する違和感を感じざるを得なくなる<sup>11</sup>。単に事実状態として、必要性に重点を置いてそれを容認するのにとどまるだけでは、何かをきっかけに立憲民主制自体が危機にさらされることになる。権力分立のチェック機能とバランスはそもそもが理想論をベースにして歴史的展開の結果として今日に至っているが、実践的にどこまでリジットに分けるかは理屈通りにはいかないことをわれわれは十分認識しており、それゆえ決して盤石なシステムとして完成されたものでもない。付け入るスキはいたるところにある。しかもそのバランスを最も崩したがるのは、直接的に政治とかかわり、大義名分を盾に無理を正当化しようとする傾向が否定できない行政であることも容易に理解できるであろう。

三権で民主的コントロールのもと理屈の上で最高機関たりえる議会が間隙について民主的プロセスによるコントロールを回避するような立法権を行使する可能性<sup>12</sup>よりも、行政の権限行使によってバランスが崩壊する可能性のほうがはるかに高い。現状からいえば、議会が政府をコントロールすることは困難で、政府が議会をコントロールするというパワーバランスが顕著であるように思われる。

議会に対する政府・政権の理屈は多数派をもって強行されるが、大掛かりな立法等についてはそう簡単にはいかない。しかし、アメリカにおいて行政手続法の領域となると、それが大局的な見地に立った政党間の対立を調整しつつ実現しなければならない問題と異なり、ある程度行政が主導的に動くことを積極的に否定しないものであれば議会のガードも決して高くない。むしろ議会において政党間の論争となるような問題でなければ、いちいち議会で議論することは少ないのが通常であろう。

それがまさに行政が規則制定にかかわることができる要因であるともいえよう。議会は立法院であるとともに、政権を争う場でもあり、そこにおいて取り上げられるのは極めて限られた問題で政党の主張を際立たせるようなパフォーマンス性の高いものである。それゆえ、立法と行政の業務遂行における相互の認識の齟齬を行政が自らに有利になるように利用しているといえよう。

## 2. 行政による立法のマジック

### (1) マジックの仕組み

制定法である以上は当然裁判所の審査の対象である。この原則をいかに回避し得るかが極めて重要になる。そもそも、立法権は議会に属しているわけだから、行政が実質的に立法に直接従事しているなどということは憲法上許されるわけがない。あくまで立法は議会によるもので、行政機関がそれを解釈・運用するという外観を維持しなければならない。そのためのマジックや呪文が必要となってくる。

<sup>11</sup> 同上66頁。ここでは「伝統的な民主主義の原則を確保するという考え方に対し一つの脅威を与えるものではないかという疑問」という表現がなされている。

<sup>12</sup> 議会が民主的であるといっても、その権限行使が別の意味で非民主的であるという事例が、まさにアメリカ独立戦争の要因になったという解釈もできよう。

実質は行政が中心に座ってその周りを立法と司法が回っているという統治の実際を、三権が各々その役割に応じた権限を行使しバランスの取れた秩序が維持されているという外観にいかにも埋没させるかという全く異なるパラダイムの調和を社会の現実的要請という言訳で擬制してしまうことにより、現在の統治システムが成り立っているといってもよいのかもしれない。

そもそも、制定法ありきの行政規則である。制定法の行政規則自体行政機関の内部規則に類するもので、機関内の上下のやり取りのルールであって、国民の権利義務に直接かかわるものでもない。行政機関は制定法を解釈し、それに基づいて機関のガイドラインとなる規則をつくりあげる。その意味では立法には当たらない。そうであるなら裁判の審査の対象とはならないという単純な理解が成り立つ<sup>13</sup>。

素直にこの理屈を受け止める限りうえでみてきたような批判はない。しかし制定法と行政規則の関係逆転させてみるとからくりが透けてくる。行政機関は自らの事務処理等業務を効率的に遂行できる環境整備、機関内での交通整理のために行政規則をつくる。しかし、業務遂行を最優先に考えた場合、自らの利便性を担保する規則を前提とした制定法があれば行政機関にとっては都合がよい。十分な専門知識や経験もない議会によって制定法が乱発されれば行政機関はたまったものではない。そこで先んじて逆回転マジックの手法をとるわけである。

ところで、規則といえど非公式あるいは予告の意見聴聞に基づく規則制定手続 (informal or notice-and-comment rulemaking) のような規則略式制定手続については、行政手続法は連邦の行政機関に対して起草された規則が決定規則 (final rule) になる前に、パブリックノティスやコメントに服するよう命じており、それゆえこの場合には、法的審査の対象となるとされる<sup>14</sup>。この場合、単純に逆回転マジックによるわけにはいかない。そこで今度は特別な呪文が必要になる。Chevron 敬讓という呪文が最高裁の判決によって導き出され、それは行政機関の守護神とも位置付けられる原則となった。この原則を盾にすればたとえ裁判において制定法に関する行政機関の解釈が問題とされても、裁判所はその判断に深入りできない結界を張ることができる。そしてこの敬讓の原則こそアメリカの統治システムにおいて混沌としたパワーバランスを生み出す一要因となっていることは確かであろう。

## (2) Chevron 敬讓

Chevron 敬讓はその判決<sup>15</sup>以来、行政機関自身の解釈の妥当性を担保するうえで画期的なアイテムになってきた。あくまで行政機関にとって有益というだけで、しかもそれを裁判所が後押ししている形になってきたことが問題視される。Chevron 敬讓は、各行政機関において最も知られたクライテリアで、この存在が機関の規則のドラフティングにおいて重要な役割を果たしていることが調査の結果判明<sup>16</sup>しているとされる。

<sup>13</sup> 規則と規則制定という観点からの詳細は、E.ゲルホーン/R.M.レヴィン著、大浜啓吉・常岡孝好訳『現代アメリカ行政法』木鐸社(1996)230頁以下参照。

<sup>14</sup> しかし、See Christopher J. Walk, Lawmaking Within Federal Agencies and Without Judicial Review, 32 J. LAND USE & ENVTL., 551 at 553-557 (2017). Also see 5 U.S.C. § 553 (2012), id. § 702.

<sup>15</sup> Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. 457 U.S. 837 (1984).

<sup>16</sup> See Christopher J. Walker, Administrative Law Without Courts, 65 UCLA L. Rev. 1620 at 1634 (2018). Christopher の調査によれば、調査対象の連邦機関の9割以上がChevron 敬讓を評価していたという結果が示されている。See id.



Chevron 敬譲についてはすでに行政法関連の先行研究<sup>17</sup>において詳細に検討がなされておりここで改めてその作業を行うまでもないと思われる。そこで以下では、これ以降の言及において参考に資する程度の整理をしておくことにする。

連邦最高裁は行政機関の関わる事件について深入りしないというスタンスを長い間とってきたことはよく知られている。特に Warren Court までは政府にこびない積極的な判決によって社会改革を先導したという歴史的事実はよく知られているが、Burger Court 以降連邦最高裁のスタンスは政権寄りになっていった。そもそも行政機関の規則制定については、議会と行政の互譲・信頼関係が前提にならなければならない。行政が立法作用の一翼を担うということはリジットな憲法解釈の下では許されない。基本的に立法を担う議会の意図とそれを解釈運用する行政の意図がシンクロし、双方の利害の一致が信頼によって担保されることにより、議会は初めて行政とかがかわることができる。法律を作ってそれに命を吹き込み実際に運用されなければ立法自体の意味がない。制定法には常に立法意図が存しており、それを適切に解釈運用することが求められる。議会と実際に制定法を運用する行政機関のコラボレーションによって、国家は一定のサービスを提供することができる。

それゆえ、判例上も行政の立法へのかかわり方については、裁判所も一定の理解を示してきたことは確かである。このくだりにおいては、三権が各々適切な役割の下で適切な権限の行使を行っているという印象をもつことができる。特に、裁判所が、立法と行政との関係についてそれがどうあるべきか、憲法による立法の委任の禁止に関して中立的解釈を担っているようにみえる。

Chevron 敬譲以前においてうえのような印象を与え得るのが Skidmore 敬譲と呼ばれる法理である。民主党のフランクリン・D・ルーズヴェルト政権下で示された法理であった。ルーズヴェルト大統領がアメリカ政治史上唯一、戦時・有事を理由に 4 選されたことはよく知られている。リベラル派からの評価が高かったが、最高裁判事の人事に介入したことについて、権力分立の観点からの批判もされた<sup>18</sup>。その意味では共和党政権でも民主党政権でも行政にとって裁判所はそれなりの存在意義があるだけに何らかの手立てを打ちたくなる事情が存することも否定できない。

Skidmore 判決<sup>19</sup>の法理は、裁判所の独立した判断による解釈が前提とされたうえで、一定の要件のもと行政機関の解釈に敬譲を与えるというものであった。すなわち、行政機関の判断が徹底した証拠に基づいており、その理由づけが妥当で、最初から最後まで一貫性があり、判決に説得力を与えるすべての要素に基づいていれば、裁判所に対して優位な権限があるかないかにかかわらず、裁判所は行政機関の判断に敬譲を与えてしかるべしというものであった<sup>20</sup>。

<sup>17</sup> 常岡孝好「行政機関の解釈への敬譲」ジュリスト判例百選20頁(2012)、辻雄一郎『シェブロン法理の考察』日本評論社(2018)、竹中勲「規則制定の司法審査の基準」判例タイムズ546号73頁、海道敏明「行政機関による制定法解釈と Chevron 法理(一)」神戸法学会雑誌第66巻第3・4号(2017.3)、福永実「アメリカにおける制定法解釈と立法資料(7)」広島法学41巻1号298頁(2017)、今本啓介「アメリカ合衆国における行政機関による制定法解釈と司法審査—法規命令・行政規則二分論の再検討を指して—(1)～(3)」商学討究59巻4号99頁、60巻2・3号131頁(2009)、61巻1号159頁(2010)、筑紫圭一「アメリカ合衆国における行政解釈に対する敬譲型司法審査(上)(下・完)」上智法学論集48巻1号113頁(2004)、上野恵司「行政機関による制定法解釈—Chevron 判決の理論的根拠—」早稲田法研論集66号1頁(1993)等参照。

<sup>18</sup> そもそもルーズヴェルト大統領と共和党政権によって任命された裁判官によって占められていた連邦最高裁との対立はよく知られているところである。大沢秀介著『アメリカの司法と政治』成文堂(2016)313頁参照。

<sup>19</sup> Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134 (1944).

<sup>20</sup> See id. at 140. なお海道前掲註16) 82頁参照。

### (3) 行政機関による Chevron 敬讓の認識

これはある意味、裁判所の政治とのかかわりにおいて一線を越えないガイドラインであったといえることができるであろう。Burger Courtにおいてこのガイドラインがボーダレス化されるような法理である Chevron 敬讓が示されるに至った。この法理は、行政解釈を2段階で審査するもので、第1段階で裁判所は争点に関して議会の意図が明確に存在する場合には議会の意図通りの判断をし、そうでない場合すなわち議会の意図が存在しない場合には、裁判所は行政解釈が許容可能か否かを審査するというものである<sup>21</sup>。議会の意図の有無という表現は、その制定法の運用についてどこまで具体的な意図をもって議会在がそれを制定したかということにかかわっており、議会の意図が明確であればその時点で行政機関はその意図に拘束され、裁判所も制定法自体が違憲でない限り、権力分立におけるバランスの維持の要請からそれを尊重しなければならない。しかしそれ以外の場合、制定法の運用についてはその解釈とセットで行政機関に留保することが合理的であるという認識の余地も生まれる。そしてこれはさらに、それが議会の意図だということになると、余計に裁判所は手出しができなくなるというパラドキシカルな状況を創出する循環論法に陥ってしまう。

それゆえ Chevron 敬讓は Skidmore 敬讓と比べ説得力を構成する要因について踏み込んで審査する必要がなくなる。行政機関側からすれば Chevron 敬讓が適用される確信があれば、より積極的に立法にかかわりやすくなる。その意味でその法理は行政機関の解釈・運用を正当化し、かつそれを担保する制定法の立法作業にもかかわることを可能にするという意味で極めて重要なクライテリアであった。実際、連邦の行政機関においてはこの法理の下で、制定法についてその解釈が曖昧である場合、それを明確にする主たる解釈者は行政機関であり、その解釈が合理的である限り司法審査に優越すると信じる傾向が極めて強い。そしてそれを根拠に、行政機関が法令をドラフティングする際、その時点でそれについての司法審査を念頭に置き、Chevron 敬讓が適用される可能性がどの程度あるかを考えているドラフターが9割近くに達し、それを行政機関の司法審査に対する勝率としてとらえる傾向があることについて調査結果を基にした指摘がなされている<sup>22</sup>。

さらに、行政機関が司法審査においてその敬讓の適用を確信した場合、解釈作業がよりアグレッシブになるという指摘もなされている<sup>23</sup>。結局、行政機関は、この法理を司法審査を回避した政策立案の余地がどれ程かを判断する拠り所として認識し、その庇護のもとにより積極的な政策を実現しようとしていることが理解できる<sup>24</sup>。

### (4) 裁判所による Chevron 敬讓の認識

Chevron 法理を導き出したのは裁判所にほかならない。これを単純に Skidmore 法理を進化させたものとみるのか政権寄りの付度の結果とみるかであるが、その後 Auer 判決<sup>25</sup>においてさらに新たな法理が示された。この判決は Chevron 法理のさらに上をいくもので、制定法の許容可能な解釈に基づく限り、行政機関の規則解釈を尊重するという、行政機関のあいまいな規則の合理的解釈

<sup>21</sup> See 457 U.S. 837 at 842-43. 海道前掲註16) 94頁参照。

<sup>22</sup> Christopher J. Walker, Chevron Inside the Regulatory State: An Empirical Assessment, 83 FORDHAM L. REV. 703 at 722 (2014).

<sup>23</sup> See id at 723.

<sup>24</sup> See id at 724.

<sup>25</sup> Auer v. Robbins, 519 U.S. 452 (1997).

に敬讓を与えるまさに妄信的ともいえる法理を裁判所が導き出したのである。

ところで民主党のクリントン政権の時にこの Auer 判決が下された。しかしその当時の最高裁のメンバーは、共和党大統領によって任命された裁判官が7名、クリントンによって任命された裁判官が2名という構成であった<sup>26</sup>。従って、単に政権に対する忖度という度合いを超えて、まさに最高裁保守派の確たる意思表示ととることのほうがよりわかりやすい<sup>27</sup>。

しかし、それはまた行き過ぎであった。というのも、この法理が示されたことで、Chevron 法理の存在意義が結果的に際立つことになった。その効果を狙った Auer 判決だったのではないかと思わせるくらいである。これについてもまた調査に基づく指摘がなされている。すなわち、3つの法理（敬讓）のどれを適用するかということに関して、控訴裁判所の裁判官がなにを優先するかについての調査で、Chevron 法理が圧倒的に優位であるという結果が示された<sup>28</sup>のである。Auer 法理のような過剰な敬讓は保守派からも敬遠され、Skidmore 法理に利があるが、やはり Chevron 法理の優勢は揺るがないという状況であった。

#### IV. 行政機関による立法への関与と司法審査

立法委任の禁止は憲法上の建前として尊重されなければ、今日における行政権の肥大化に伴う暴走はより露骨になってしまい、民主的コントロールの根拠たる憲法の存在意義自体が危うくなってしまふ。行政機関が自らの権限のあくなき拡大を目論んでいるというわけでもない。民主的社会において、憲法の建前のもといかに折り合いをつけていくかという認識は少なくとも持っていると思われる。それゆえいかに権力分立の秩序を維持しつつ自らの権限行使を優位に進めるかという関心事が優先するにすぎず、根底からのパラダイムシフトを実現しようとすわけでもない。そこで、以下ではいかなる手法で行政機関が立法とかかわるのか、そしてそれに対して司法は本来のレゾナントルを取り戻し得るのかについての可能性の糸口に関して概観する。

##### (1) 立法における起草補助

立法機関たる議会が制定法を成立させるプロセス<sup>29</sup>において、その契機は民意の反映でなければならない。しかしその民意を政策的に実現するのが行政の役割であり、両者が相互補完の関係にある

<sup>26</sup> See Supreme Court Website, Justices 1789 to Present, [https://www.supremecourt.gov/about/members\\_text.aspx](https://www.supremecourt.gov/about/members_text.aspx) (25 May, 2020 13:17 UTC).

<sup>27</sup> 恩師早川武夫先生は、「法の発展は表向きの建前として、論理的に行われ、先例から三段論法的に新しい判決が引き出されることになっているが、実際に法規範を決定するのは三段論法ではなく、むしろ時代の要求、道徳的・政治的忖念、自覚され、またはされざる交易の直観、裁判官とても一般人同様に免れえない偏見などであることの方が多い。それは一般的に本能的な好悪や漠然たる信念の形をとっている。だから裁判官は判決中に正面からそれを述べることはなく、秘密にするか、精々弁解的に触れるに過ぎない。ともかく、それは裁判官の主張を濾過した社会の利益である。・・・」と述べている。裁判官特に指名された大統領の政党を同じくする最高裁判官にそれなりの共通項を見出すことは決して不可能ではない。いな明白かもしれない。早川武夫著『アメリカ法学の展開—自然法学から行動法学まで—』一粒社(1974)14頁参照。なおこのような視点から、連邦最高裁の裁判官のイデオロギーの側面からアプローチしたものととして、正木宏長「ニュー・リーガリズムとアメリカ行政法—マイルズとサンステインの挑戦—」立命館法学2012年1号(341号)48頁、64頁以下参照。

<sup>28</sup> Christopher supra note 16 at 1636.

<sup>29</sup> See Christopher J. Walker, Federal Agencies in the Legislative Process : Technical Assistance in Statutory Drafting, FINAL ADMIN. CONF. U.S. Report at 9 (Nov. 2015). Ohio State Public Law Working Paper No. 303. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=26955901##](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=26955901##) (June 3 2020, UTC 7:10).

ことは容易に理解できよう。民主主義の象徴としての議会は法の支配の実現と法による支配の否定が使命であるとされるが、そのいずれをも担保するのが司法である。この構図の中で、そのバランスの中心にあるのがどこかが現代民主国家における大きなテーマであると言っても過言ではないであろう。

ところで、議会が社会的要請を立法により実現しようとしても、直接的な担い手である行政を無視することは困難で、それゆえ議会自体が法解釈に一定の余白をつくりそれを行政に委ねざるを得ない状況<sup>30</sup>をどうとらえるべきかは極めて重要である<sup>31</sup>。それゆえ逆に行政がその余白をどう扱うかによって、制定法自体の本質にも関わってくる。行政機関が立法といかなる関係性を有するかが問題とされる。

行政機関は、実質的に法律の制定を議会に提案し、議会のスタッフによる立法作業において自らの専門性・経験をもとに技術的なドラフティングのアシストをすることによって、制定法の中身、特に余白部分に食い込んでいくという手法をとることが一般的であるとされる<sup>32</sup>。というのも、制定法そのものについてその意義・合憲性を裁判所は審査するが、そのドラフティングに行政機関がどのように関与しているか<sup>33</sup>とか、制定法上の命令内容等が広範かつ漠然と留保されていることで行政機関が立法権限を自任しているか否かの評価について踏み込んで審査することもないからである。まさに、立法は議会によるものであるという建前の範囲内でしか裁判所は審査をしないということである<sup>34</sup>。従って、制定法の成立の裏側で、行政機関が最初から自らの業務遂行について司法審査を排除するようなドラフティングの役割を果たしていたか否かまで審査の対象とはしていない<sup>35</sup>。

行政機関の議会の法制定作業のプロセスでその方向性を大きく左右するドラフティングにおける技術的な補助は、議会と行政機関との間で阿吽の呼吸でなされるもので、それは対立政党にも、公にも、そして場合によってはホワイトハウスにも開示されることはないとされ、“影の立法作用”とも呼ばれたりする<sup>36</sup>。そして、行政機関が直接的にかかわって立法までもっていくというものもあるにはあるとしても、技術的な補助という形で行政機関の指揮による法案は極めて膨大になるとされる<sup>37</sup>。

一体純粋な立法目的・趣旨にあらかじめ行政機関がバイアスをかけた制定法が議会の立法権限のもとで成立したという問題を切り離し、その制定法を形式的に裁判所が審査することについては、行政法分野に限らず憲法問題として議論される必要があることは明白であるように思われる。制定法の成立自体が行政機関が仕組んだ出来レースということがはっきりしていてもそれを放置することは、結果として行政機関に利する法的問題自体に対して司法審査をブロックすることで行政の軌道逸脱を容認することにつながり、結果として民主的コントロールを回避することにもつながる問題として認識すべきであろう。

<sup>30</sup> See 457 U.S. 837 at 843-44.

<sup>31</sup> Christopher *supra* note 16 at 1636.

<sup>32</sup> See *id.*

<sup>33</sup> See *id.*

<sup>34</sup> See *id.*

<sup>35</sup> See *id.*

<sup>36</sup> See Christopher J. Walker, *Legislating in the Shadows*, 165 U. PA. L. REV. 1377 (2017).

<sup>37</sup> Christopher *supra* note 16 at 1637.

## (2) 予算案の起草補助

司法審査をブロックする行政機関の意図がより如実に出るのは財政面である。行政機関が様々な業務遂行をするための資金調達はある意味生命線にかかわる問題である。この場合、単純に議会との関係では済まない。一方で予算案の作成とその通過では議会との関係が問題となり、もう一方でホワイトハウス内の行政管理予算局との関係が問題になる。

前者は制定法に関して議会を補助するパターンと類似するが、制定法のドラフティングと異なり、予算割り当て立法において実体的な付加条項によって特定の機関に対して予算の増減をすることでその機関に影響を与えることができるわけだから、単純に阿吽の呼吸で事が済むというわけでもない。その意味で行政機関は、制定法のドラフティングにおけるサポートにおいていかに議会と良好な関係を維持していくかにも神経を使わなければならない。ただ、行政機関が予算の成立にかかわっていても、それについて裁判所の審査は及ばない。

後者については議会との関係以前にホワイトハウスの意向との折り合いが最重要課題となる。ホワイトハウスは各行政機関の総元締めで大統領の予算執行のドラフティングをする予算局との折衝がうまくいかなければその時点でその行政機関の死活問題にもなりかねない。大統領の予算執行手続は、連邦政府による政策にどの機関を組み込むかまでを含めすべての連邦機関をコントロールするためのホワイトハウスの重要なツールとなっているとされる<sup>38</sup>。

このツールが各行政機関に強大な威力を発揮する理由は、単純に予算配分のさじ加減の問題にとどまらない。予算局の役人がどれだけの力を有しているかは逆に明確ではない。なぜならその手続自体が公的な透明性を欠いているからで、ブラックボックスの中でどのような折衝がなされているかについて当然裁判所は審査すべくもない。

現状は結局のところ、行政機関の立法や予算へのかかわりは裁判所を通して可視化することが難しい状態にある。それが政治的慣行として認知されてきたというこれまでの経緯があったとしても、今日のように行政権の肥大化によって民主的コントロールが十分に機能しているとは言い難い状況において、より透明性のある行政活動が望まれていることは確かである<sup>39</sup>。そもそも、民主的な手続であるはずの立法過程が不透明になるということ自体、民主主義の形骸化をもたらす要因であることは間違いない。

裁判所がこれに対して中立という建前で切込めないことが法的安定性を担保するうえでやむを得ないのか否か、簡単に答えが出るものではないが、憲法理念に基づけば、現状を肯定しその状態を維持することを正当化することはできないはずである。

## (3) 最近のアメリカ最高裁の動向

トランプ大統領が連邦最高裁リベラル派の Ginsburg、Sotomayor の両裁判官に対してトランプ自身や政権にかかわる係争案件から手を引けと傲慢な要求をしたというニュースが2月の終わりに報道された<sup>40</sup>。目障りなメンバーは、自らの再選にとって排除しなければならない存在であり、そ

<sup>38</sup> See Eloise Pasachoff, *The President's Budget as a Source of Agency Policy Control*, 125 *YALE L. J.* 2182 at 2185 (2016).

<sup>39</sup> Christopher *supra* note 16 at 1638.

<sup>40</sup> See Steve Holland, *Trump says liberal Supreme Court Justice Ginsburg, Sotomayor should recuse*, Reuters Feb. 25 2020, <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-trump/trump-says-liberal-supreme-court-justices-ginsburg-sotomayor-should-recuse-idUSKBN20J1R8> (May 7 2020, 15:37 UTC).

ここからも裁判所が決して無力ではなく、トランプにとって危険な存在であることが分かる。常に政権は自らの政策実現を見据え、最高裁判事の任命を行ってきた。しかし、ここまであからさまな非難をすることは大統領の品格を貶めるとしか言いようがない。

自分の意のままに判決をする裁判官の任命こそが彼の理想であり、その期待が危ぶまれる出来事があったが故の言動だったのかもしれない。というのも、あまりにも政権への配慮のし過ぎであるとされてきたAuer敬讓をトランプが任命したGorsuch, Kavanaugh両裁判官によって制限的に解釈された判決<sup>41</sup>が最高裁によって下された。先例拘束性という高いハードルによって長い間守られてきた<sup>42</sup>、Chevron, Auer両敬讓は、トランプの意図に反してその存在意義自体の再考の必要性を示唆するものとなるかもしれない。裁判の大原則に従いつつその先例を軌道修正し、裁判所本来の役割中立性を回復しようとする新たな最高裁のポリシーの芽生えと裁判官の覚醒<sup>43</sup>がトランプのご都合主義的政策の下でそれをにらんで始まろうとしているように思われる。

## V. むすび

トランプ大統領の狙いはあくまで再選であり、それ以上を望んでいるようには思われない。どの国家においても国家のリーダーの地位の確保、保身が優先する傾向が少なからずみられることは確かである。その際、最も注視しなければならないのは、立憲民主制という歴史的に築き上げてきた社会、共同体、国家の知恵の本質にひずみがどの程度生じているかである。

歴史上展開されてきた民主主義に基づく社会、共同体、国民国家は、国際社会においてドメスティックな領域で独自のシステムをつくりあげてきたが、それらにおいては国家のリーダーの利益を中心に、システムにかかわる様々な人員の思惑の中で透明性が担保されなくなってしまうという共通の現象がみられるようになった。どの時代においてもどのようなイデオロギーの国家においても、理想と現実の乖離が生じ、その崩壊を繰り返してきたという歴史的な事実は否定できないであろう。極論は、すべての民衆が国家的境界こそあっても平等に自由と権利を享受できればよいだけのことで、そこに到達してユートピアを築き上げることを理想とすること自体を否定することはできない。ただ、今日に至るまでの人類の試行錯誤はその先がいまだに遠いことを物語り、さらなる理想への覚悟を自覚させる。

話が大きくなりすぎたので、現実に戻ると、まずわれわれが最も意識しなければならないのは、一人ひとりの相互理解、互譲に基づく民主的プロセスを重視した国家秩序である。そのための統治システムでもある。そのシステム自体いまだ十分に目的を達成するだけ成熟しているとは言い難い

<sup>41</sup> Kisor v. Wilkie, 588 U.S. \_\_, 139 S.Ct.2400 (2019).

<sup>42</sup> Chevron判決が過去半世紀において、連邦最高裁によって下された最も影響力のある行政法のケースの一つであること、そしてこのケースが行政機関の制定法解釈の審査の基本的スタンダードとして最も引用されてきたことについて、合衆国司法省がアナウンスしていることからこの判決の存在感の大きさを知ることができる。See, Environment and Natural Resources Division, CHEVRON, U.S.A. V. NATURAL RES. DEF. COUNCIL, Department of Justice Website, <https://www.justice.gov/enrd/chevron-usa-v-natural-res-def-council> (June 7 2020, UTC 13:07).

<sup>43</sup> See e.g. David L. Portilla, Will C. Giles, Kisor v. Wilkie: A New Limit on Agency Deference and Tts Implications for Banking Organizations, ABA Website Jan. 14 2020 , [https://www.americanbar.org/groups/business\\_law/publications/blt/2020/01/kisor-v-wilkie/](https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2020/01/kisor-v-wilkie/) (June 5 2020, UTC 3:17).

状況にあるだけかもしれない。それを促すのは紛れもなく民衆の目であり、意見であり、意思であり、行動でなければならない。

今、アメリカでいまだコロナ感染が終息を見ない中、ミネソタ州ミネアポリスで起きた黒人男性が白人警察官に首を圧迫され死亡した事件をきっかけに全米中に人種差別に対する抗議活動が広がりを見せている。国際社会全体が直面しているコロナ問題に伴う混乱の中で、国内及び国際社会のあり方が問われている。その問題は決して国家やそのリーダーに任せておける問題ではないことを多くの人々が学んでいる。死亡した黒人男性の弟がデモを続ける人々に向かって訴えている。“…so let’s do this another way, let’s do this another way! Yeah right! Let’s do this another way! Let’s stop thinking that our voice don’t matter. Let’s vote!…educate yourself, educate yourself, don’t wait for somebody else to tell you who’s who, educate yourself and know who you’re voting for and that’s how we gonna hit him because it’s a lot of us!…and we still going to do this peacefully… they think we’re going to do something and we’re going to switch it on them. Let’s switch it up y’ all, let’s switch up, do this peacefully please…”（…だから、やり方を変えよう、違う方法でやろう！ そうだ！ ほかの方法でやろう！ われわれの声は重要じゃないなんて考えるのはやめよう。投票しよう！ …学ぶんだ、学ぶんだ、誰かが君らにだれに投票するか教えてくれるのを待つんじゃなくて、自分で学ぶんだ、そして君らが誰に投票するかを知るんだ、それが彼らを打ちのめす方法なんだ、なぜならこんなにたくさんいるじゃないか！ そして平和的にやろう…彼らはわれわれが何かやらかすと思ってる、だから我々は彼らを変えてやるんだ。変えようみんな、変えよう、平和的にやろう、お願いだから…)<sup>44</sup>。

政権批判は民主的プロセスにおいても重要である。カリフォルニアの知事時代に日系アメリカ人に対して行われた強制収容に積極的にかかわったがそれを生涯悔いていたとされる、リベラル派のWarren最高裁長官の下で1951年に下されたBrown事件判決は、当時の政治状況も手伝って、公民権運動の後押しに貢献した。その時と状況は異なるが、黒人に限らずすべての民衆の政治を見る目が大きく変わってきているように思われる。

民主的に、平和にというスローガンと教育が結びつくことで確かに何かを変えていくことができるかもしれない。それを変えるための声を反映させる最大のシステムは選挙である。しかし、そのきっかけとして裁判が重要な役割を果たし得ることは過去から学ぶことができる。連邦最高裁の内部にも変えようとする兆しが見えつつある。やはり裁判は民主的意見を実現する契機となる場でなければならない。

<sup>44</sup> 2020年6月1日、ミネアポリスのデモの群衆に向けてのスピーチ。「暴力をやめて投票を 弟の訴え」ノーカット版、YouTubeより。<https://www.youtube.com/watch?v=yrNLgmihgDQ&t=7s> (June 10 2020, UTC 17:31).

理想的国際社会のあり方について常に熱く、自らの考えを貫かれた  
恩師小林直樹先生は、  
教育こそがその理想実現の手段であると熱心に語られていました。  
静かにそして力強く。  
その先生のもとで学ぶことができたことを心から感謝します。

「享（う）けにし生命（いのち）を最後まで」<sup>45</sup>全うされた小林直樹先生へ  
不出来な弟子でしたが、この論文を謹んで捧げます。  
ありがとうございました。  
静かにおやすみください。

---

<sup>45</sup> 小林直樹著『暴力の人間学的考察』岩波書店（2011）、321頁「あとがき」より引用。