

## [論 文]

## アメリカ行政法における「適用法」のテストに関する一考察(1)

山 本 敬 生  
Takao Yamamoto

- I. 問題の所在
- II. 適用法のテストの検証 (以上本号)
- III. 連邦最高裁による適用法のテストへの固執
- IV. 実質的アプローチ
- V. 結語

## I. 問題の所在

19世紀後半以降、国家の性格も変貌を遂げてきた。自由国家からいわゆる行政国家へと国家機能の重点が移ることにより、行政機能が增大し行政権の立法権、司法権に対する相対的優位が確立された。このことは、福祉国家を実現することに貢献した一方、行政機関の恣意専断により国民の権利を侵害される蓋然性を増大させた。このような行政による人権侵害に対して、司法機関による人権救済が重要な役割をもつにいたった。アメリカ連邦最高裁判所（以下連邦最高裁とする）は、1967年の *Abotto Laboratories v. Gardner* 事件判決<sup>1</sup>（以下 *Abotto Laboratories* 事件判決とする）において、司法審査のあり方について以下のように述べている。

---

キーワード：適用法のテスト、審査不能性の法理、アメリカ行政手続法、アメリカ連邦最高裁判所  
1 *Abotto Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136 (1967).

「我々が考慮する第一の問題は、連邦議会が、連邦食品薬品化粧品法において局長により公布されたこの種の規則の施行前の審査を禁止する意図を有していたか否かである。その問題は、「委任」というよりむしろ「禁止」の文言においてあらわれている。なぜならば、我々の判例の概観は、権利を侵害されたものにより提起された行政機関の最終的行為の司法審査は、それが立法機関の意図であることを確信するだけの説得力のある理由がない限り、遮断されないことを示しているからである<sup>2</sup>。」

このように連邦最高裁は、連邦議会の意思は司法審査排除にあると推察できる説得力のある理由が存しないならば、行政行為<sup>3</sup>の司法審査は排除されないと判示し、司法審査に有利に働く審査可能性の推定を確立した。こうして、*Abotto Laboratories* 事件判決は行政行為に対して司法審査は有効な機能をもつことを示した象徴的判決と位置付けられた。しかし、過度に司法機関に行政機関への介入を認めることは権力分立の原則から問題があるし、司法的資源の効率的運用の観点からも疑問が残る。一定の行政行為については司法審査が及ばないことを認めることは、やむを得ないことといえよう。そこで、アメリカ行政手続法<sup>4</sup> (*Administrative Procedure Act*, 以下APAとする) § 701(a)は「(a)本章(司法の章)では、各規定に従い以下を限度に<sup>5</sup>その場合を除いて適用される。(1)制定法が司法審査を排除する場合、もしくは(2)行政行為が法により行政機関の裁量に付託されている場合」と規定し、この二つのケースに該当する

---

2 *Id.* at 140.

3 本稿においては、*administrative action* (act)の訳語については「行政行為」と訳すことにする。ただし、わが国における講学上の概念としての行政行為は公定力、不可争力、自力執行力、不可変更力、拘束力といった特殊な効力を有するが、アメリカにおける *administrative action* (act) という用語はそのような効力を有していない。

4 5 U.S.C. § § 701-706.

5 § 701(a)が「限度(to the extent)」と規定しているのは、行政行為が全面的のみならず、部分的にも審査不能になりうることを示していると解されている。全面的に審査不能とは、行政行為あるいはその根拠となる事実認定のすべてが司法審査の対象にならないことを意味するのに対し、部分的に審査不能とはこれらの一部のみが司法審査の対象にならないことを意味する。

場合に限り例外的にAPAの司法審査規定の適用が除外されるとした。このAPA § 701(a)に基づき認められた理論が、いわゆる審査不能性の法理<sup>6</sup> (unreviewability) である。すなわち、審査不能性の法理とは、特定の行政行為あるいはその根拠となる事実認定に司法審査が及ぶか否かを定める法理で、当事者適格<sup>7</sup> (standing), 行政救済の完了<sup>8</sup> (exhaustion of administrative remedies), 成熟性<sup>9</sup> (ripeness), 第一次管轄権<sup>10</sup> (primary jurisdiction), ムートネス<sup>11</sup> (mootness), 政治問題<sup>12</sup> (political question), 審査範囲の法理<sup>13</sup> (scope

---

6 アメリカ行政法における審査不能性の法理に関する邦語文献としては、下山瑛二「アメリカにおける行政行為の司法審査」大阪市大法学雑誌2巻3号40-43頁(1955), 橋本公亘・米国行政法研究134-36頁168-71頁(1958), 千葉勇夫「アメリカ行政法におけるUNREVIEWABLE ACTION」近大法学15巻3・4号33頁(1967), 武田真一郎「アメリカにおける行政訴訟の審査対象の研究(1)」成蹊法学30号173頁(1991)等参照。

7 アメリカ行政法における当事者適格に関する邦語文献は枚挙に暇ないが、さしあたり安本典夫「アメリカ連邦行政訴訟における原告適格」民商法雑誌63巻6号861頁, 64巻1号52頁(1971), 藤田泰弘「アメリカ合衆国における行政訴訟原告適格の法理」訟務月報19巻5号59頁(1973), 同「原告適格(standing)に関するアメリカ判例法の展開」公法研究37号140頁(1975), 金子正史「アメリカ合衆国における行政事件訴訟の原告適格」独協法学6巻113頁(1975), 雄川一郎「訴の利益と民衆訴訟の問題」公法理論(田中二郎先生古希記念論文集)中巻1239頁(1976), 田井義信「アメリカ環境訴訟における原告適格理論の動向」同志社法学28巻1号1頁(1976), 伊藤真「米国における当事者適格理論発展の一側面」民商法雑誌81巻6号1頁(1980), 82巻1号1頁, 金子正史「アメリカ合衆国における行政訴訟の原告適格の法理」自治研究59巻3号18頁, 4号70頁, 6号130頁, 8号66頁(1983)等参照。

8 アメリカ行政法における行政救済の完了の法理に関する邦語文献として、下山瑛二「アメリカにおける行政行為の司法審査」大阪市大法学雑誌2巻3号40-43頁(1955), 荒秀「行政法におけるexhaustion of administrative remediesの法理について」公法研究23号153頁(1961)等参照。

9 アメリカ行政法における成熟性の法理に関する邦語文献としては、細川俊彦「行政事件訴訟における『争訟の成熟性』に関する米国連邦裁判所および我国判例の比較法的研究」民商法雑誌78巻1号72頁, 2号146頁, 3号305頁, 4号430頁(1978), 金子正史「アボット判決における紛争の成熟性の法理」成田頼明退官・国際化時代の行政と法161頁(1993)等参照。

10 アメリカ行政法における第一次管轄権に関する邦語文献としては、大平正平「始審的管轄権の法理」愛知大学法経論集26巻165頁(1959), 西鳥羽和明「アメリカ行政法における『第一次管轄権』法理序説」早稲田政治公法研究9号181頁(1980), 同「反トラスト訴訟とPrimary Jurisdiction法理」早稲田政治公法研究10号219頁(1981)等参照。

11 アメリカ行政法におけるムートネスに関する邦語文献としては、佐藤幸治「ムートネスの法理」法学セミナー327号106頁, 328号120頁, 329号106頁(1982), 野坂泰司「訴えの利益とムートネスの法理」講座憲法訴訟第1巻283頁(1987)等参照。

12 アメリカ行政法における政治問題に関する邦語文献についても枚挙に暇がないが、尾吹善人「『政治的問題』の問題性」新潟大学法経論集15巻4号31頁(1966), 諸根貞夫「政治問題の法理の再検討」早稲田法学会誌30巻429頁(1979), 31巻314頁(1980), 小林節「アメリカ合衆国における『政治的問題』に関する判例の動向と実態」法学研究(慶應大学)53巻3号81頁(1980), 同「アメリカ合衆国における『政治的問題』に関する学説の検討」法学研究(慶應大学)53巻12号323頁(1980), 同「政治問題の法理」講座憲法訴訟第1巻321頁(1987), 藤井俊夫「違憲審査の対象」講座憲法学4巻

of review) 等と並んで、アメリカにおける司法審査要件の法理の一つで、司法審査へのアクセスを制限する抗弁である<sup>14</sup>。本稿においては、審査不能性の法理のうち § 701(a)(2)に規定されている「法により行政機関の裁量に付託された行為」の問題<sup>15</sup>について考察をしていきたい<sup>16</sup>。

アメリカ行政法学において、APA § 701(a)(2)の条項は注目すべき動向を示している。1985年の *Hecker v. Chaney* 事件<sup>17</sup>（以下 Chaney 事件とする）において、死刑囚たちが死刑執行に際して致死性薬物を注射することは、食品薬品化粧品法（Food Drug and Cosmetics Act）に違反するとして、その実施を中止させるために食品薬品局（Food and Drug Administration）に規制権限行使を要請し、食品薬品局がこれを拒否した事案において、連邦最高裁は食品薬品局の規制権限の不行使は § 701(a)(2)に基づき推定的に審査不能であると判示した。1988年の *Webster v. Doe* 事件<sup>18</sup>（以下 Doe 事件とする）において、連邦最高裁は CIA（中央情報局）を免職された職員は、§ 701(a)(2)に基づき憲法上の請求を除いて裁判所において免職処分を争えないと判示した。こうした連邦最高裁による § 701(a)(2)の復権により、アメリカ行政法学において研究が比較的進展してい

---

95頁（1995）等参照。なお、審査不能性の法理と同様に § 701(a)(2)を根拠にする政治問題の法理との関係について言及しておく。政治問題の法理とは憲法が明示的あるいは黙示的に政治部門の判断に付託している場合、法的基準が存在しない場合、高度に政治的な争点である場合等を理由に裁判所が司法審査を自制する法理である。一方、審査不能性の法理も同様に裁判所が司法審査を自制する法理であるが内容が明確に定まっておらず、原則として判例法により内容が形成される。このことから、政治問題の法理は、内容が形成途上にある審査不能性の法理の中で既に確立された一内容と位置づけることができよう。

13 アメリカ行政法における審査範囲の法理に関する邦語文献としては、下山瑛二「アメリカにおける行政行為の司法審査」大阪市大法学雑誌 2 巻 3 号 43 頁以下（1955）、高柳信一「行政行為の司法審査」公法研究 24 号 65 頁、96 頁以下、武田真一郎「アメリカにおける行政訴訟の審査対象の研究(2)」成蹊法学 31 号 33 頁（1991）等参照。

14 この司法審査の要件の法理が適用されると、裁判所による敬讓的審査さえも受けなくなる。

15 Rogers は「行政機関の裁量に付託された (committed to agency discretion)」という規定が、適切な裁量が行使された場合と定義されるならば、この一節はほとんど意味がない」と主張している。See *Rogers, A Fresh Look At Agency "Discretion"*, 57 TUL. L. REV. 776, 787-88 (1983).

16 なお、審査不能性の法理のうち § 701(a)(1)の司法審査を排除する制定法についての議論は主に 2 つある。第 1 に司法審査を排除する制定法を解釈するための規則の問題であり、第 2 に新たに司法審査を排除する制定法を制定すべきか否かの問題である。

17 *Hecker v. Chaney*, 470 U.S. 821 (1985). この事件に関する邦語文献として、佐伯祐二「行政機関の権限不行使に対する司法的統制」判例タイムズ 611 号（1986）、大沢秀介 [1987] アメリカ法 234 頁参照。

18 *Webster v. Doe*, 486 U.S. 592 (1988).

なかったAPA § 701(a)(2)の分析は緊急性をもつに至った。

ところで、Abotto Laboratories 事件判決において、連邦最高裁は審査可能性の推定を確立したが<sup>19</sup>、Abotto Laboratories 事件判決自体は個々の事件を解決する機能をもたないし、一定の行政行為が審査不能か否かを判断する上で裁判所に判断方式を提示してもいなかった。審査可能性の推定は確かに行政行為の審査に有益ではあるものの、まさしく「推定」でしかなく、§ 701(a)(2)の適用は限定的であることを示す以外、何ら理論的基盤を構築していなかった。そこで、1971年以来、連邦最高裁は行政行為がAPA § 701(a)(2)に該当するか否かを判断するための判断方式として、適用法 (law to apply) のテストを使用してきた。適用法のテストとは、Citizen to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe. 事件<sup>20</sup> (以下 Overton Park 事件とする) においてはじめて提示されたテストで、裁判所が行政行為を審査する場合は適用すべき法的基準が不存在の際、当該行政行為は行政機関の裁量に付託されており、裁判所はもはや当該行政行為を審査できないとするものである。しかし、この適用法のテストは、アメリカの論者から厳しい批判を受けている。例えば、K. C. Davis は「適用法が存在しない場合、裁判所は行政行為を審査すべきでないとする概念は審査可能性の法理に極めて重要なことである。その概念は明確に根拠がない。というのは、法が適用されようがされまいが、行政行為が専断的あるいは恣意的でないか、もしくは裁量濫用に該当するか否かを確認するためには、司法審査は頻繁に必要とされるからである<sup>21</sup>。」とし、さらに「たとえ適用法のテストの概念が審査不能性の法理において最も有力になっても、たとえ何百もの判決が適用法のテストの概念に従ったとしても、たとえ適用法のテストの概念が深く根付いたとしても、適用法のテストの概念はいかなる制定法上の根拠も、いかなる立法経過の根拠も、

19 Abbott Laboratories 事件において、連邦最高裁は審査可能性の推定はAPA § 701の規定により制約されるとしている。See 387 U.S. 136, 140 (1967). しかし、逆に Abbott Laboratories 事件判決が示した推定を受けて、裁判所は一般に § 701(a)(2)を頻繁に適用してはならず、すべての行政行為の中で極めて限定された一部の行政行為にのみ適用されるべき条項とみなしてきた。すなわち、Abbott Laboratories 事件判決は、§ 701の司法審査排除規定の解釈指針となっていたのである。

20 Citizen to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe., 401 U.S. 402, 410 (1971).

21 5 K.DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE 290 (1983).

いかなる連邦最高裁判決の根拠も有しない<sup>22</sup>。」と述べている。

また、Chaney事件において、Marshall裁判官の結果同意意見<sup>23</sup>は次のように述べ、適用法のテストを批判している。

「明確に決まりきった結論に達することを急ぐあまり、具体的な状況において冷静に考察し、これらの原理等の意味する所を完全に理解するならば回避することができるはずの原則、法理、所説を、裁判所が提示してしまったために、時折、容易な事件は悪法を生み出している。私に言わせれば、今日提示された審査不能性の推定は容易な事件がすべてをあまりにも容易にしてしまう、いわば規律の欠如が生み出した産物である。多数意見は、信じ難い結論とわざわざレットルを貼った判決……を破棄することを望んでいた。破棄すべきであることに私も同意しているが、多数意見は単に破棄するだけでなく、連邦議会が他に何ら特別な指示をしていないならば、規制措置をしない行政機関の決定は審査不能であるとする見解をその方法に従い全くでたらめに創造している。なぜならば、この審査不能性の推定は本質的に我々の法律学の考え方(jurisprudence)に固く根付いている法の支配の原則と調和していない。なぜならば、この審査不能性の推定は規制措置の裁量は合理的かつ理に適った制約に服するとする司法的管轄権の浮かびあがった境界線を切り詰めることを要求している。なぜならば、結局、誰もその推定を十分に解明できないために、誰もがその推定の完全な意味を争ったりまたは理解したりもしない。特別の事実状況において存在した過去の遺物として、この推定が理解されるようになることが一般的に望まれているからである<sup>24</sup>。」

また、適用法のテストは審査不能性を考察する際、多くの重要な要素を無視するテストであったため、連邦最高裁は審査不能性を判断する上で適用法のテ

---

22 *Id.*

23 Marshall 裁判官の法廷意見の分析を拒絶した結果同意意見は、15頁に渡る長文であった。

24 470 U.S. 821, 840 (1985).

ストを表面上絶対的基準として行使しつつも、*Chaney* 事件判決あるいは *Doe* 事件判決では実際には様々な実質的理由に基づき判断されていた。このことは、連邦最高裁が適用法のテストのみで § 701(a)(2) の境界を判断することに限界を感じ、実質的理由に基づく必要性も認めていることを示唆している。換言すれば、連邦最高裁が審査不能性の判例法の源泉である § 701(a)(2) について、新たなアプローチを模索し始めたといってもよからう。

そこで、本稿では、最初に適用法のテストを理論的に分析し、それに代わる新たな判断方式として R. M. Levin が主張する「実質的アプローチ」の可能性を検討する<sup>25</sup>。そのことにより、審査不能な行政行為の見極める方法を明らかにし、審査不能性の法理の確立の一助にしたいと考える。このことは、わが国における裁量行為の司法審査のあり方についても有益な示唆を与えることになるとと思われる。

## II. 適用法のテストの検証

ここでは、適用法のテストをはじめて提示した *Overton Park* 事件判決を改めて分析し、それに基づき適用法のテストを検証することで、このテストの理論的問題点を明らかにする。

### 1. *Overton Park* 事件判決の分析

*Overton Park* 事件の事実の概要は以下のとおりである。

1969年、運輸長官は、テネシー州メンフィス市において州際高速道路の建設とその路線を承認し、連邦の資金をその高速道路建設に支出する決定を下した。しかし、その提案された高速道路の路線は、テネシー州メンフィス市の公立公園である *Overton* 公園を2つに分断するものであったため、自然保護団体および地元の地域住民らから大きな反対の声が上がっていた。

この決定に対して、自然保護団体および一般市民等が、運輸長官の決定は実

---

25 R.M. Levin, *Understanding Unreviewability in Administrative Law*, 74 MINN. L. REV. 688 (1990).

行可能かつ賢明な代替的路線が存在する場合には公立公園を通過する道路建設に連邦の補助金支出の許可を禁止することを規定する高速道路の補助金に関する制定法に違反すると主張し、出訴した。第一審の地方裁判所は、高速道路の路線認可に関して運輸長官の権限は広汎であり、逆に審査裁判所の権限は限定的であると判断し、運輸長官が自らの権限を越える決定をした根拠はないと判示し、原告の請求を棄却した。第二審の第六巡回区控訴裁判所も上訴を棄却した。連邦最高裁は裁量上訴の申し立てを受理し、以下のように判示し原判決を破棄差戻にした。

「……同様に、ここでの運輸長官の決定は、行政機関の裁量に付託された行政行為に対する例外に該当しない。これは極めて限定的な例外なのである。Berger, *Administrative Arbitrariness and Judicial Review*, 65 Col L Rev 55 (1965)。APAの立法経過は一定の事例において、適用法が存在しないといえる程多義的な文言で制定法が規定された稀な例に該当する場合において、その例外は適用可能であることを示している<sup>26</sup>。」

「しかし、制定法の存在自体は、公園保護に最高の重要性を置くことを予定していることを示している。特別な場合において存在する特異な要素が実際に存在しなかったり、もしくは代替案である路線から生じた費用あるいは地域社会の混乱が特別な規模に達していないならば、数少ない緑の避難所である公立公園は失われるべきではない。制定法がそのような意図を持っている以上、運輸長官は代替案の路線に特別な問題が生じていること見いだせない限り、公園の土地の破壊を承認することはできない。……明確に適用法は存在する。したがって、行政裁量に付託された行政行為であることによる司法審査の免除は当てはまらない<sup>27</sup>。」

こうして連邦最高裁はAPAの立法経過に基づいて適用法のテストを導き出

26 470 U.S. 821, 410 (1985).

27 *Id.* at 412-413.



しているが<sup>28</sup>、この短い一節が連邦最高裁の § 701(a)(2)に関する唯一の分析であった。この連邦最高裁の分析が極めて簡潔な理由は、司法審査を認めた日から、わずか三ヶ月後に本判決が下されるという裁判の早いペースに原因があるとされている<sup>29</sup>。連邦最高裁は、ここでアメリカ行政法史上最も激しい論争といわれた Davis = Berger 論争<sup>30</sup>の発端となった Berger の「行政の恣意性と司法

28 このように連邦最高裁は、立法経過を唯一の根拠にして適用法のテストを正当化していた。したがって、このテストの正当性は上院司法委員会の報告書の信頼性に依拠していた。さらに、適用法のテスト自体は、厳密には連邦最高裁判例の変更に該当している。連邦最高裁は、適用法のテストを使用することなく、パナマ運河の通航料の決定は審査不能であると判示していたからである。See *Panama Canal Co. v. Grace Line, Inc.*, 356 U.S. 309, 317-19 (1958). もっとも、従来、連邦最高裁は行政行為の司法審査に理解を示してきたので、適用法のテストの採用自体は驚くべきことではなかった。

29 1970年12月7日に裁量上訴が認められ、1971年3月2日に判決が下された。

30 See Berger, *Administrative Arbitrariness and Judicial Review*, 65 COLUM. L. REV. 55 (1965); Davis, *Administrative Arbitrariness-A Final Word*, 114 U. PA. L. REV. (1966); Berger, *Administrative Arbitrariness-A Reply to Professor Davis*, 114 U. PA. L. REV. (1966); Berger, *Administrative Arbitrariness-A Rejoinder to Professor Davis' "Final Word"*, 114 U. PA. L. REV. (1966); Davis, *Administrative Arbitrariness -A Postscript*, 114 U. PA. L. REV. (1966); Berger, *Administrative Arbitrariness: A Sequel*, 51 MINN. L. REV. (1967); Davis, *Administrative Arbitrariness: Is Not Always Reviewable*, 51 MINN. L. REV. (1967); Berger, *Administrative Arbitrariness: A Synthesis*, 78 YALE L. J. (1969); BERGER, CONGRESS AGAINST THE SUPREME COURT (1969). Davis=Berger 論争に関して詳細に紹介した文献として、田島裕「行政裁量行為の恣意性についての司法審査—デイヴィス=バーガー論争の紹介—」(1970) 参照。Davis = Berger 論争とは、K.C.Davis および R.Berger の間で繰り広げられた1946年に制定された当時の APA § 10の解釈に関する論争である。1965年に、Berger が「行政における恣意性と司法審査」という論文を発表し、Davis の § 10の解釈を批判したことから始まった。1946年制定された当時の APA § 10は「(a)本章（司法審査の章）は、……(2)行政行為が法によって行政機関の裁量に付託される限度でその場合を除いて適用される。(e)……審査裁判所は、……(2)(A)専断的かつ恣意的であるまたは裁量権の濫用と思われる、あるいは法に従っていないと思われる行政行為、事実認定及び決定を違法としそれを無効にしなければならない。」と規定していた。当時の APA § 10(a)が現行の APA § 701(a)に該当し、§ 10(e)が § 706に該当する。当時アメリカ行政法学の最高権威であった Davis は § 10(a)と § 10(e)を有機的に検討し、§ 10(a)の司法審査が排除される場合とは一定の行政行為が行政機関の裁量に付託された場合に該当し、§ 10(e)の司法審査は当該行政行為が行政機関の裁量に付託されていない場合に実施されると解釈していた。これに対し、Berger は § 10(a)と § 10(e)を独立的に検討し、§ 10(a)にある司法審査が排除される場合が一定の行政行為が行政機関の裁量に付託された場合であることは認めつつも、行政行為が恣意的であったり、裁量濫用に該当する場合は § 10(a)とは関係なく、§ 10(e)により司法審査の対象になると解釈していた。Davis および Berger の最大の争点は、裁量の概念の理解の相違にあると思われる。Davis が、裁量行為は恣意的であったり裁量濫用にあたる疑いがある場合にも司法審査に服さないとし、裁量の概念を司法審査を排除する行政機関の判断と考えたのに対し、Berger は裁量行為といえども恣意的であったり裁量濫用にあたる疑いがある場合は常に司法審査に服するとし、裁量の概念を一定の尊重を受けつつも常に恣意的あるいは濫用に該当するか否かの司法審査をうける行政機関の判断と考えたことにある。このような Davis と Berger の見解の相違は、裁判所の機能への両者の見解の相違にもあると考えられる。田島裕は、Davis は司法審査も一種の権力として認識し、司法審査であっても濫用の危険性があることを理由に裁判所の機能を行政の権力濫用の抑制として重視していないのに対し、Berger は司法審査以外に行政の権力濫用を抑制するものは存在しないことを理由に裁判所の機能を重視していると述べている。田島・前掲論文216頁以下参照。私見によれば、Davis

審査 (Administrative Arbitrariness and Judicial Review)」という論文を引用している。この論文で、Bergerは行政裁量に委ねられている行政行為であろうと裁量権濫用の疑いがある場合は司法審査の対象になるとし、一切の司法審査の排除を認めないスタンスをとっていた。Berger自身は適用法のテストをまったく主張しておらず、適用法のテスト自体が一定範囲での司法審査の排除を認めていることから、連邦最高裁のBergerの論文の引用は不適切であるように思われる。それにもかかわらず、連邦最高裁がBerger論文を引用したのは、その法道徳的思想を導入したかったからであろう<sup>31</sup>。多くの事案において適用法は存在することから、適用法のテストもBergerの思想と共通の法道徳的基盤を有していた。しかし、連邦最高裁はBergerの主張をストレートに受けいれて、すべての行政行為に司法審査を認める立場をとることはなかった。中途半端にBergerの思想の影響を受け適用法のテストを発明していた。そのため、その発明品は不必要な厳格性という理論的問題点を抱えていたのである<sup>32</sup>。

## 2. 無益の理論

適用法のテストの第一の問題点は、審査不能性の概念の捉え方にある。適用法のテストは、審査不能の概念を裁判所が行政行為を審査する上で重要な法的基準が存在しない場合、それを審査できない (can not) ことと捉えている。Levinは、このような審査不能の概念の捉え方を「無益の理論」と名づけ、厳

---

およびBergerの見解はともに支持できない。そもそも§10(a)は司法審査の排除を規定しながら、§10(e)は恣意および濫用についての司法審査を常に認めており、両規定は一見矛盾している。これを解決する正しい解釈は、§10(a)はDavisの主張する司法審査を一切受けない完全に行政機関の裁量に付託された行政行為を対象とし、§10(e)はBergerの主張する一定の尊重を受けつつも常に恣意的あるいは裁量濫用に該当するか否かの司法審査をうける不完全に行政機関の裁量に付託された行政行為を対象にしていると考えよう。

31 同様の立場をとる論者として、例えば、C. Sunsteinは、裁判所が一定の行政行為を審査不能と判断する前に、当該行政行為の司法審査排除に関するあらゆる理論を考慮すべきと主張している。See Sunstein, *Reviewing Agency Inaction After Heckler v. Chaney*, 52 U. CHI. L. REV. 653, 659-60 (1985).

32 C. Sunsteinは適用法が存在する際、行政行為は常に審査可能であるが、必ずしも適用法がなくとも審査不能性の法理は裁判所が原告による行政機関の恣意性の立証について判断することを妨げるべきでないとしていた。Id. at 682-83. また、Sunsteinは§701(a)(2)は不必要であり廃止すべきと主張している。See also Sunstein, *Constitutionalism After the New Deal*, 101 HARV. L. REV. 421, 477-78 (1987).

しく批判している<sup>33</sup>。例えば、裁判所が一定の行政行為を審査する上で行政機関の判断を覆す法的根拠を見いだせないならば、行政機関側の勝訴となるだけである<sup>34</sup>。すなわち、審査不能の概念を「審査できない (can not)」と捉えては、その概念定立の意義が見いだせないのである。そこで、Levinは、審査不能の概念を裁判所が行政行為を審査する上でその性質上（例、軍事・外交問題等）当該行政行為を審査すべきでない (should not) ことと捉えるべきであると主張している。審査不能の概念を「審査すべきでない (should not)」と捉えてこそ、概念定立の意義が見いだせるというのである。このLevinの主張は基本的に正当であろう。したがって、この「無益の理論」に依拠する適用法のテストは理論的瑕疵を伴うテストであった。

### 3. 裁量濫用審査との矛盾

第二に適用法のテストは、判例法における裁量濫用の審査<sup>35</sup>と相容れないという問題がある。APA § 706(2)(A)は「審査裁判所は、……以下に該当すると認められる行政行為、事実認定、及び決定を違法とし、あるいは破棄する。(A)専断的、恣意的、裁量権濫用その他法に適合しないと認められる場合」と規定している<sup>36</sup>。この審査は、「専断性の審査」もしくは「裁量権濫用に対する審査」と呼ばれ、現在の判例法上確立している審査方式である。すなわち、裁判所は、行政機関が制定法あるいは他の法源を誤って解釈している場合にの

33 Levin, *supra* note 25, at 692.

34 適用法のテストにより § 701(a)(2)が誤って適用されたとしても根拠がないならば、行政機関は裁判に勝つので問題は生じないように思える。しかし、特定の行政行為が審査不能と一度判示され先例として確立されると、それらの行政行為は後において裁判で争われなくなったり、裁判所は当該行政行為について審査を回避するようになったり、行政機関が当該行政行為を無責任に行う危険性が生じる可能性があるだろう。

35 See, e.g., Levin, *Scope-of-Review Doctrine Restated; An Administrative Law Section Report*, 38 ADMIN. L. REV. 239, 250-60 (1986). 裁量濫用の理論の先例をカタログにし、引用している。

36 § 701(a)(2)と § 706(2)(A)の規定の矛盾の問題であるが、連邦最高裁は両規定に存在意義をもたせるため、§ 701(a)(2)は裁量濫用の疑いがある場合でも裁量濫用審査を受けない完全に裁量付託された行政行為に適用され、§ 706(2)(A)は裁量濫用の疑いがある場合は裁量濫用審査を受ける不完全に裁量付託された行政行為に適用されると解釈しているようである。すなわち、連邦最高裁は2種類の裁量行為を想定しているといえよう。

み裁量濫用に該当すると判断するのではなく<sup>37</sup>、行政機関が事実誤認をしている場合、行政機関が正当な理由なしに判例を変更している場合、行政機関が最低限合理的な方法で判断を下してない場合、行政機関が不誠実な価値判断をしている場合等も裁量濫用に該当すると判断するのである。換言すれば、行政機関の事実認識、論理、一貫性についての審査である<sup>38</sup>。このような裁量濫用審査は、規制権限の行使に過度の司法的介入を招くことを理由に反対する論者もいるが<sup>39</sup>、現在のアメリカの司法審査理論においては不可欠な要素と理解されている。このように判例法の裁量濫用審査は、法的要素のみならず、非法的要素も考慮している。一方で、適用法のテストは、法的要素のみを考慮するテストである。したがって、適用法のテストの論理に立つことは、この重要な判例法を破棄する問題点を有する。

#### 4. 立法経過の検討

第三に連邦最高裁は *Overton Park* 事件判決において、APA の立法経過に基づいて適用法のテストを導き出している。この引用にも問題が存する。ここでいう立法経過とは APA に関する上院司法委員会報告書のことである。上院司法委員会報告書は、「例えば、一定の事件において適用法が存在しないといえる程多義的な (broad) 文言により制定法が規定しているならば、勿論裁判所は司法審査をする上で制定法上の問題は存在しない<sup>40</sup>。」と述べている。しかし、この上院司法委員会報告書から適用法のテストを導き出すことには疑問が残る。その理由として、この報告書は、「……多義的な (broad) 文言により制定法が

37 Rogers は裁量濫用審査をこのような法的要素についての審査と考えているようである。See Rogers, *supra* note 15, at 777. このため、Rogers は *Overton Park* 事件判決が提示した適用法のテストについて、特にその理論的瑕疵を認識してはいなかった。See *id.* at 788-92.

38 K.C. Davis も、たとえ適用法が存在しなくても、常に裁判所は正義、公平、合理性等の基準に反する行政機関の裁量行使を審査できると主張している。Davis, "No Law to Apply", 25 SAN DIEGO L. REV. 1, 6 (1988).

39 See, Mashaw & Harfst, *Regulation and Legal Culture: The Case of Motor Vehicle Safety*, 4 YALE J. ON REG. 257, 292-99 (1987); Smith, *Judicialization: The Twilight of Administrative Law*, 1985 DUKE L. J. 427.

40 S. Rep. No. 752, 79th Cong., 1st Sess. 26 (1945). See also, Levin, *supra* note 25, at 696. この資料は参照できなかったため、同論文の引用に負った。

規定しているならば」という条件で、「制定法の問題」は存在しないと述べるにとどまっているからである<sup>41</sup>。裁判所が審査をする上での基準は制定法に限られず、判例法、法の一般原則、慣習法等も審査基準となりうる。つまり、制定法が審査基準を示していないことは、司法審査排除の根拠にはなりえないのである。実際、この報告書は司法審査の排除の問題まで踏み込んで言及してはいない。すなわち、制定法の問題はクリアされていても、判例法、法の一般原則等の問題が残存するので、なお司法審査の可能性が残ることを認めているからであろう。

次に、この報告書は「例えば (for example)」という文言を用いている点である。この理由として、報告書がここで審査不能な場合の一例を論じたに過ぎないと考えることもできる。しかし、むしろ司法審査を広く認める立場から、適用法が存在する場合は少なくとも司法審査は認められることを強調していると理解すべきだろう。すなわち、たとえ適用法がなくても、司法審査が認められる余地があることを強調することにより、広く審査可能性の原則を認めているのである。この立場から、「例えば (for example)」という文言の存在は、適用法のテストを認めるものとはいえないだろう。

## 5. 形式主義的性質

第四に適用法のテストが極端に単純なテストであるがために、司法審査を形式主義化している問題である。例えば、R. M. Levinは適用法のテストが非常に簡潔で歴史的根拠はなく、その含意において不必要に厳格であると批判している<sup>42</sup>。適用法のテストは適用すべき法的基準が存在するか否かで行政裁量を判断するがゆえに、それ以外の実質的理由を考慮できないテストである。これでは、審査不能性という重大な問題を考察する上で簡潔な分析しかできないし、

---

41 この点について、武田真一郎も「この立法資料によれば、最高裁が適用法の不存在の法理の根拠として引用した部分は、適用法が存在しない場合には司法審査が排除されるべきであると述べているわけではなく、適用法の不存在の法理が司法審査を排除する法理として、APAの立法資料に根拠を有すると解することはできないであろう。」と主張している。武田・前掲註(6)237頁参照。

42 Levin, *supra* note 25, at 692.

考察自体が短時間で終了してしまうことになる。§ 701(a)(2)を分析するにはケース・バイ・ケースで様々な要素を考慮せねばならないし、歴史的論拠に基づく法理の分析も必要であろう。例えば、政治問題の法理、主権者免責の法理、官吏免責の法理等である。実際、連邦最高判例も適用法のテストが問題となったChaney事件およびDoe事件において、表面上は審査不能性を判断する上でそれを絶対的基準としつつも実際には様々な実質的理由に基づき判断してきた。ここでは、この二つの判決を概観してみたい。

Hecker v. Chaney事件の概要は以下のとおりである。

オクラホマ州およびテキサス州の法律の下で死刑判決を宣告されている囚人たちは食品薬品局に、州が死刑執行を行う上で使用する薬品は医学目的で食品薬品局により認可されており、死刑執行の使用目的のために認可されていないとし、これらの薬品は死刑執行の使用目的のためには検査を受けておらず、薬品はおそらく即効性のある苦痛のない死をもたらさないこと、さらに死刑執行する上でのこれらの薬品使用は認可を受けた薬品の認可外使用であり、「薬品及び器具は、ラベル（使用説明書）が適切な使用方法を提示していないならば、不当表示とみなす」とする食品薬品化粧品法に違反すると主張した。さらに食品薬品局にこれらの薬品は現在新たな使用目的のため新薬品としての認可が必要である以上、州際取引においてこれらの薬品が扱われる前に死刑執行する上で安全かつ効果的な薬品として認可することを要請し、食品薬品局にこれらの法律違反を防止するため調査行動と規制権限を行使するよう要求した。これに対し、食品薬品局長はこれらの要求をすべて拒絶する回答をしたので、これを受けて食品薬品化粧品法の違反を理由に先の申請で要求した規制措置をとることを食品薬品局に求めて出訴した。第一審の地方裁判所は調査と規制措置に着手することを差し控える行政機関の決定は本質的に審査不能であると判示した。第二審のコロンビア特別区巡回区控訴裁判所は、食品薬品局の連邦官報に公示した政策のガイドラインとすべての行政行為は司法審査に服するとする強い推定とを考慮した上で、行政行為の不作为の審査は排除されないと結論づけ、原判決を破棄し地方裁判所に事件を差戻した。連邦最高裁は裁量上訴の申立てを

受理し、以下のように判示し、控訴審判決を破棄した。

「Overton Park 事件判決は、要求された規制権限の行使を拒絶する行政機関の決定と関係していない。Overton Park 事件判決は、いつ問題とされる承認を与えるべきか否かを判断する上での明確な実質的指針を有する制定法の下で積極的な承認行為に関係している。規制権限行使の拒絶の措置は、一般的には正反対の場合に該当している。そのような場合、司法審査は利用できないとする推定が存在すると思われる。当裁判所は何年もの間民事訴訟手続であろうと刑事訴訟手続であろうと、訴追もしくは規制権限を行使しない行政機関の決定は一般的に行政機関の絶対的裁量に付託された決定であると折に触れて認めてきた。……我々がこの裁量の存在を認める理由は、規制権限を行使しない行政機関の決定がもつ司法審査の一般的不適性にあるとはまったく考えていない。その理由は数多くある。第一に規制権限を行使しない行政決定は、しばしば特に専門領域における多くの要素の複雑な比較考量に係わっている。したがって、行政機関は違反が生じているか否かを審査しなければならないだけでなく、行政的資源が事件ごとに効率よく運用されているか、行政機関が規制権限を行使した場合成功するか、要求された特定の規制権限行使が、行政機関の政策全般と最もよく適合するか、実際に行政機関は規制の権限に着手するための十分な資源をもっているか否かを考慮しなければならない。行政機関は、一般的に行政機関に規制権限行使をする責任を課した制定法の各法技術的違反に該当する行動をとれない。その優先性について適切な命令をする上で係わる多くの変数は、裁判所が考慮するよりも行政機関の方がはるかに考慮する上でのより良い能力を備えている。同様の問題は、裁判所が一般的に行政機関が執行する制定法については行政機関の解釈に従い、その制定法を執行する上での手続は行政機関が採用するものに従うべきとする行政法の原理を発展させている。……

以上のような行政上の問題に加えて、行政行為を拒絶する場合、行政機関は一般的に個人の自由権もしくは財産権に関して侵益的権限を行使していない。したがって、裁判所がしばしば保護することを求められる領域を侵害していな

い。同様に、行政機関が行政措置をする場合、行政機関が何らかの形で権限を行使しなければならない以上、当該行為自体が司法審査の争点をもたらすことになる。少なくとも、当該行為は行政機関が制定法上の権限を踰越しているか否かを判断する上で審査しうる。……最後に、我々は行政機関の行政措置の不作为はある程度行政府における検察官の不起訴の決定の特殊性と類似していると認識している。一すなわち、憲法により行政府は法が忠実に執行されるため細心の注意を払うよう義務づけられていることから、長い間、不起訴決定は行政府の特別領域とみなされてきた<sup>43</sup>。」

このように Chaney 事件において、連邦最高裁は表面的には Overton Park 事件判決を引用して、適用法がないことを理由にしつつも、それ以外に①規制権限の不行使は専門領域における多くの要素を比較考量して決定されること、具体的には行政的資源の効率的配分<sup>44</sup>、規制権限行使の成功の可能性、政策全般との適合性、行政的資源の保有問題をなどの専門的な要素を考慮せねばならないこと<sup>45</sup>、②規制権限の不行使は個人の自由権もしくは財産権を侵害しておらず具体的争点がないこと<sup>46</sup>、長い間行政府の特別領域とみなされた刑事裁判制度

---

43 470 U.S. 821, 831-32.

44 行政機関は常に限られた行政的資源で最大限効率的に行政運営をするかを考慮している。そのことから、多くのアメリカの論者は、行政決定の経営的性質を審査をする上で、裁判所がかなりの配慮をすることを肯定している。See, e.g., *Judicial Review of Administrative Action in a Conservative Era*, 39 ADMIN. L. REV. 353, 389 (1987) (panel discussion) (Alan B. Morrison の発言); *id.* at 392-93 (Cass Sunstein の発言)。これらの2人の論者は、行政的資源の配分の考慮は審査不能性よりむしろ審査の範囲に影響すると主張している。Stewart & Sunstein は、審査裁判所は行政機関の資源の限界を認識しているため、私権を実現するの困難性に直面していると主張している。See also Stewart & Sunstein, *Public Programs and Private Rights*, 95 HARV. L. REV. 1193, 1267-71 (1982).

45 確かに行政機関は多くの諸要素を比較考量して行政決定しており、その判断の司法審査は非常に困難な側面があり、連邦最高裁の判断は一定の説得力を有している。ここで連邦最高裁が主張する諸要素は、行政的資源が絶対的に足りないことに原因がある。しかし、そのことが制定法を完全に実施しないことを法的に正当化することにはならず、まして司法審査排除の理由にすることは論理の飛躍があるとの批判を免れないだろう。

46 規制権限の不行使は直接的には個人の自由権あるいは財産権を侵害していないが、間接的には侵害する可能性がありうる。本件についても、食品安全局長の規制権限の不行使は直接的には何ら自由権あるいは財産権を侵害していないが、間接的には死刑囚たちの苦痛なく死刑執行を受ける権利を侵害している可能性がある。連邦最高裁は規制権限の不行使による人権侵害への配慮が欠けている嫌いがある。



の起訴便宜主義における検察官の刑事上の不起訴決定と類似しており<sup>47</sup>、行政裁量に付託されていることを理由に規制権限不行使に対する司法審査を回避していた。

Webster v. Doe 事件の概要は以下のとおりである。

CIA のタイピストの事務員であった John Doe が自ら同性愛者であることを告白した結果、CIA 長官が国家安全保障法 § 102(c)<sup>48</sup>に従い免職処分にしたことに対し、CIA 長官の免職決定は APA § 706 違反、財産権と自由権とプライバシーに関する権利等憲法上保障された権利を剥奪し、第 1, 第 4, 第 5, 第 9 修正条項および第 5 修正条項によって保障された手続的デュープロセスと法の平等保護違反であると主張し、当該免職処分は APA と憲法に違反しているとする宣言的判決、さらに免職処分以前の CIA における地位に原告を復職させることを被告に命じる差止命令を求め、コロンビア特別区における地方裁判所に出訴した。第一審の地方裁判所は、原告を違法に免職処分にしたと認定したが、第二審のコロンビア特別区巡回区控訴裁判所は、地方裁判所の判断を破棄差戻にする決定をしたので、連邦最高裁に上訴された。連邦最高裁は以下のように判示し、控訴審判決を一部維持し、一部破棄する判決を下した。

「当該事件において、被上訴人の CIA に対する請求は、CIA 長官の国家安全保障法 § 102(c) 違反の主張を発端にして提起された。まず第一に、§ 102(c) は CIA 長官にアメリカ合衆国の利益においてそのような免職が必要あるいは賢明であると思われる場合はいつでも（強調して付け加えると、単に免職がこのような利益に対して必要かつ賢明でない場合ではない）、行政機関の職員の免職

---

47 連邦最高裁は、食品安全局長の規制権限の不行使と検察官の刑事上の不起訴の決定がなぜ類似するのか具体的な理由について言及していない。両者とも行政機関の不作为の決定であることは共通するが、裁判所は数多くの不作为を審査しており、実際、障害者給付金の拒絶に対する訴訟は、連邦裁判所が扱う事件の中でもかなりの件数を占めている。

48 National Security Act of 1947, § 102(c). (codified as amended at 50 U.S.C. § 403(c) (1982). 1947年の国家安全保障法 § 102(c) は、CIA 長官は、裁量により「合衆国の利益にとって、当該免職が必要かつ賢明であると思われる」時はいつでも、当該行政機関の官吏もしくは被用者を免職できると規定していた。

を許容していることに注目しなければならない。この基準はかなりCIA長官に対する敬讓がにじみでており、そして司法審査する上での重要な司法的基準の適用を排除しているように思われる。国家の安全と免職された職員がアメリカ合衆国の利益に反するか否かの問題に関するCIA長官の見解については、CIA長官の反対尋問以外に審査裁判所が適切に行政機関の免職決定を判断するための根拠を我々は見いだすことはできない。したがって、§ 102(c)の文言はその実施自体が、法によって行政裁量に付託されていることを強く示唆するものである。

国家安全保障法の全体的解釈は非常に強くそのことを示唆している。第二次世界大戦の終結の後、すぐに国家安全保障法によりCIAは創設され、CIA長官には情動的資源と組織的方策が非公式に開示されないように防御する責任が与えられた。……§ 102(c)は制定法にとって不可欠な部分である。なぜならば、行政機関の機能と国家の安全は行政機関の職員の信頼性と信用性に大部分依存しているからである。我々が*Snepp v. United States* 事件判決444 US 507, 510, 62 L Ed 2d 704, 100 S Ct 763 (1980)で認識したように、CIAの職員の雇用問題は恐らく政府のサービスにおいて、他と比べることができないぐらい高度の信頼性を伴うものである。

行政機関において確保されるべき完全性にとって最も重要かつ必要な事であるが故に、我々は、*CIA v. Sims* 事件判決471 US 159, 85 L Ed 2d 173, 105 S Ct 1881 (1985)において、保護すべき情報資源が明らかにならないように、CIA長官が国家安全保障法 § 102(d)(3)を適用することを是認した。*Sims* 事件判決において、被上告人の情報自由法に基づくCIAの一定の記録の提出要求を我々が拒絶した時、我々は国家安全保障法の立法経過と同様に制定法上の文言の明確な意味は、……連邦議会がCIA長官に開示から全ての機密情報資源を保護する為に広範囲の権限を与えていることを示すことを述べていた。……本件を考察する上で国家安全保障法の重要部分である § 102(c)は全体の法律の一部を構成しており、同様に個々の職員を免職する上でのCIA長官の決定において、CIA長官に対して法律上特別の敬讓を示すものなのである。

したがって、§ 102(c)の文言と解釈から、連邦議会が個々のCIA 職員の免職をCIA 長官の裁量に付託していることが明らかである以上、我々は、§ 701(a)(2)がAPAの下でのこれらの決定の司法審査を排除していることを認定する。我々は、控訴審がそのような免職処分は裁判所によって審査可能であると認定する限りで、控訴審を破棄する<sup>49</sup>。」

このようにDoe事件においても、連邦最高裁は表面的には国家安全保障法 § 102(c)の解釈が適用法の不存在を示していることを理由<sup>50</sup>にあげているものの、国家安全保障法を全体的に解釈した上で、国家安全保障法によりCIAは創設され、CIA長官には情動的資源と組織的方策が非公式に開示されないように防御する責任が与えられていること、行政機関の機能と国家の安全は行政機関の職員の信頼性と信用性に大部分依存していること、*Snepp v. United States* 事件判決が示したCIAの職員の雇用問題は恐らく政府のサービスにおいて他と比べられないぐらい高度の信頼性を伴うことを理由にして、CIA職員の免職処分に対する司法審査を回避していた。

## 6. 憲法との関係

第五に適用法のテストとアメリカ合衆国憲法との関係である。適用法のテストは適用すべき法的基準が存在しない場合は、当該行政行為は行政機関の裁量に付託され、裁判所は審査できないとしている。仮に、憲法も適用法に含まれるとすると、適用法が不存在の場合はなくなり、このテスト自体が存立できないことになる。これが問題となったのは、先に述べたDoe事件判決である。連

49 486 U.S. 592, 600-01 (1988).

50 連邦最高裁は、CIA長官が官吏もしくは被用者を免職する条件として、§ 102(c)が「合衆国の利益において、そのような免職が必要もしくは賢明であると思われる (deem)」場合と規定していることを適用法の不存在を示す唯一の証拠としていた。しかし、従来、連邦最高裁は「deem」という言葉を司法審査を排除する程の文言とはみなしていなかった。実際、連邦最高裁は、制定法上の「deem」という文言は、農業規則の司法審査を排除していないと判示していた。See *Barlow v. Collins*, 397 U.S. 159, 166 (1970). また、§ 102(c)は合衆国の利益をCIAの免職基準にしていた。このことから、少なくとも、CIA長官が個人的復讐心あるいは同性愛者に対する個人的嫌悪感等を理由に免職処分をすることは認められないだろう。

邦最高裁は、以下のように判示している。

「上訴人は、被上告人の憲法上の請求の性質が何であれ、司法審査は § 102 (c)の文言と意図によって排除されると主張している。上訴人の見解によると、全てのCIAの免職決定は、通常憲法に反する施策に基づくものでさえ、CIA長官の絶対的裁量に付託されており、こうしたことからAPAの下で審査不能であるとされている。我々は § 102(c)は、憲法上の請求の審査を排除していると解釈することができるとは思わない。我々は、Johnson v. Robison 事件判決415 US 361, 39 L Ed 2d 389, 94 S Ct 1160 (1974)において、連邦議会が憲法上の請求の司法審査を排除することを意図する場合は、排除する趣旨を明確にしなければならないと強調している。……我々は、連邦の制定法を明確な憲法上の請求を審査するための法廷を拒絶していると解釈する場合、生じることが予想される重大な憲法上の問題を回避するために、幾分この強化された立証を要求する<sup>51</sup>。」

このように連邦最高裁は、国家安全保障法 § 102(c)は憲法上の権利に基づく司法審査まで排除していないとした上で、連邦議会は憲法上の請求に基づく司法審査を排除する意図がある場合はその意図を明確にしなければならないと判示した。すなわち、連邦最高裁は本件においてAPAの下での司法審査を排除しながら、憲法の下での司法審査を認めているのである。しかし、連邦最高裁は、憲法が適用法になりうるとは主張していなかった。連邦最高裁の主張は、憲法上の請求に対して司法審査は排除されないという推定であった<sup>52</sup>。Renquist 首席裁判官はこの推定を認めた理由とし、制定法が憲法上の請求に対する司法審査を排除していると解釈された場合生じうる重大な憲法上の問題を回避するために要請されると説明している。この憲法上の請求に対して司法審

51 486 U.S. 592, 603 (1988).

52 したがって、憲法上の請求は除外されないという推定は、Abbot Laboratories 事件判決が提示した審査可能性の推定よりも強力な推定であるといえよう。

査は排除されないとする推定は、単に憲法判断を排除することへの裁判所の抵抗のみ生じているわけではなく、憲法上の権利の貴重性<sup>53</sup>、重大な憲法問題を提起する行政行為は比較的少数あるという期待等から生じているといえよう<sup>54</sup>。このように、連邦最高裁は憲法が適用法になることを否定していた上で、憲法に基づく権利請求を認めたわけだが、この論理自体が法的基準が存在しない場合、裁判所は審査できないとする適用法のテストの論理と矛盾していた<sup>55</sup>。

---

53 もっとも、Scalia裁判官は、原告にとって憲法上の権利は制定法上の権利より必ずしも重要でないとして主張している。See 486 U.S. 592, 618-20 (1988).

54 しかし、連邦最高裁の判断は、矛盾を抱えている。というのは、行政機関に対する憲法上の請求は、結局のところAPAを適用して行われるべきだからである。すなわち、連邦最高裁は、CIA長官の免職処分は、706(2)(B)に基づく審査を排除する程は行政裁量に付託されていないと判示すればよかったのである。もっとも、連邦最高裁は、雇用差別に対する請求権は憲法の下で直接請求できることを示唆したことがある。See *Davis v. Passman*, 442 U.S. 228, 234-44 (1979).

55 なお、*Chaney* 事件判決においては、連邦最高裁は原告が主張していないことを理由に次のように述べて、憲法第8修正条項の問題についての判断を避けていた。

「本件においては、行政機関が規制権限行使への着手を拒絶することは、原告の憲法上の権利に違反するとの明確な主張は何等されていない。われわれは一定の事件（例、*Johnson v. Robinson* 事件 415 U.S. 356）において、提起された争点に取り組むことはしない。……この事件に関係する薬品が死刑を科す上で最終的に使用されているという事実のために、連邦最高裁もしくは他の裁判所は、合衆国憲法の第8修正条項の意味に関する深遠な意見の相違を行政法の領域の中に持ち込むべきでない。」 See 470 U.S. 821, 838 (1985).

このことは、連邦最高裁は憲法が適用法にはなりえないこと、適用法のテストと憲法問題は別次元の問題であることを暗に示唆しているとも解釈できよう。この点、Brennan裁判官の同意意見は、「連邦最高裁は以下の事件において、規制権限の不行使の決定は審査不能であるとは適切なことに判断していない。……(4)規制権限不行使の決定が憲法上の請求に違反する事件……」と明確に述べ、適用法のテストと憲法問題は別次元の問題であることを主張していた。See *id.*, 839.