

司法裁量と裁量統制 (二・完)

大 林 啓 吾

一 序

I 歴史と伝統のテスト

一 背景

二 経緯

三 歴史と伝統のテストの定式化

四 歴史と伝統のテストの動搖

五 歴史と伝統のテストの確立

六 歴史と伝統のテストと裁量統制

(以上、九十七卷四号)

II 主要問題の法理

一 主要問題の法理の萌芽

二 主要問題の法理の確立

III 主要問題の法理と裁量統制

一 主要問題の法理の位置付け

二 不当性審査

三 不当性審査の萌芽

四 不当性審査の登場

五 不当性審査の是非

IV 裁量統制の性格

一 消極的側面

二 積極的側面

後序

(以上、本号)

II 主要問題の法理

二〇世紀後半になると、行政国家の進展に伴う行政機関の役割の拡大と大統領と連邦議会の政治的対立の常態

化により、行政機関の判断をめぐる憲法問題が喫緊の問題として浮上し、司法は行政機関の判断をどこまで統制できるのかという点に頭を悩ませてきた。憲法上、行政機関が何らかの権限を行使するのであれば、原則として法律の授權が必要である。しかし、目まぐるしく変化する社会に対応していくにはある程度現場で専門的に対応する行政機関の判断に委ねざるをえない。その結果、どの程度法律の授權が必要なのかという問題が浮上することとなった。より具体的にいえば、常に明確な授權が要求されるのか、明確でない場合は行政機関の判断に委ねたと理解していいのかなどの問題が浮上したのである。

この問題には権力分立や民主主義の要請が絡み、最終的には司法が様々な考慮要素を踏まえて法律の意味の明確性をどのように判断するかという問題が存在する。とりわけ、分割政府下では法律の改正がままならないため、政府は法改正を経ないまま法解釈によって行政機関に政策変更を行わせることが増えるようになり、司法は法律との整合性をどのように判断するかを迫られるようになった。

そうした中、一九八四年の *Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC* 連邦最高裁判決⁽¹⁷⁾において登場したシェブロン法理は行政判断敬讓型の審査手法を確立したものと注目された⁽¹⁸⁾。すなわち、裁判所は、法律の意図が明確である場合には行政機関がそれに従っているかどうかをチェックし、法律の意図が不明確である場合には行政機関の判断が合理的であればそれに敬讓するという法理である。従来は、立法による授權の明確な意思があるかどうかや争点となっていたが、シェブロン法理によって、立法が明示的に授權している場合だけでなく、黙示または不明瞭な場合にも行政機関の判断に委ねられる——それが合理的であれば——ことになったため、敬讓型審査が設定された⁽¹⁹⁾と位置付けられた。

もつとも、シェブロン法理の射程は必ずしも定まっておらず、それ自身が敬讓型審査であるかどうかも怪しいところがある。シェブロン法理を回避する審査手法も並置され、シェブロン法理が妥当する射程もケースによっ

て異なることとなった。また、シェブロン法理を適用しても敬讓しないケースも散見されるようになり、判例の動向はやや錯綜気味な感がある。

そうした中、ある一つの法理が確立されつつある。主要問題の法理である。この法理は、重要な政治的事項や経済的事項を行政機関の判断に任せる場合、法律はそのことを明示していなければならぬというものである。もともと主要問題の法理は一九九〇年代にシェブロン法理の例外として顔をのぞかせるようになり、二〇一四年の *Utility Air Regulatory Group v. EPA* 判決においてその概要が提示され、二〇二二年の判決群によってそれが確立したとされる。⁽²⁰⁾ この法理は立法の明確な授權を求めるものであり、立法府に立法の責任者たる地位の自覚を促すと同時に、行政の恣意的な判断にストップをかけるものであった。

しかしながら、この法理の含意はそう単純ではない。なぜなら、それは委任禁止の法理の延長として立法裁量に統制をかけたのか、それともシェブロン法理の延長線上にあるものとして行政裁量に統制をかけたのかが必ずしも判然としないからである。もし前者であるとすれば、消失しかけていた委任禁止の法理を復活させるものがあり、その意味で立法裁量統制を試みるものであるといえる。一方、後者であれば、敬讓型のシェブロン法理に歯止めをかけたという点で、行政裁量統制を強化するものといえる。あるいは、両方を併有するとすれば、法形成のあり方という高次の観点から両方の機関の裁量統制をはかるものといえるだろう。そしてその射程は司法による裁量統制の広狭に影響を及ぼす。以下ではこの法理の成立の経緯を概観する。

一 主要問題の法理の萌芽

主要問題の法理は一九九四年の *MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.* 連邦最高裁判決を契機とする一連の判例によって形成されていった。⁽²¹⁾ 一九三四年通信法 (the Communications Act

of 1934) は通信会社に対して通信料金の届出を求めていたが、連邦通信委員会がその要件を「変更」(modify) できるとしていた。⁽¹²³⁾ 同委員会は非支配的長距離通信会社に対して届出を任意としたため、支配的長距離通信会社の AT & T はその決定が法律の範囲を逸脱して違法であるとして訴訟を提起し、当該決定が「変更」の範囲内かどうか争われることとなった。つまり、行政機関の法解釈が法律の範囲内かどうか問題となったわけである。スカリア裁判官の法廷意見は、「変更」の文言解釈を行い、それには大きな変更と小さな変更がありうるが、同法は根本的変更を認めているわけではないとし、通信料金届出対象は規制の本質的部分に当たり、その変更はできないとした。同判決は重要事項の明示に言及しているわけではないが、重要な事項については勝手に変更できないとしているわけであり、主要問題の法理に近い判断を行ったといえる。⁽¹²⁴⁾

MC I 判決が提示した内容を主要問題の法理に近付けたのが、二〇〇〇年の FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp. 連邦最高裁判決⁽¹²⁵⁾であった。食品医薬品化粧品法 (Food, Drug, and Cosmetic Act)⁽¹²⁶⁾ は食品医薬品局 (Food and Drug Administration) に「薬物」(drug) や薬物接種用の「器具」(devices) を規制する権限を授け、同局はニコチンがこの薬物に該当するとしてタバコ規制を行ったため、それが法律の授権を逸脱していないかどうか争われた。オコナー裁判官の法廷意見は、食品医薬品化粧品法の立法意図を探りながら、同法は食品医薬品局がタバコ規制を行う権限を与えていないことが明らかであるとし、当局によるタバコ規制を違法と判断した。その際、法廷意見は先の MC I 判決に触れながら、次のように述べた。「MC I 判決と同様に、連邦議会がそのような不可解な方法で行政機関に経済的・政治的に重要な事項を委任すると意図していなかったと確信している」⁽¹²⁷⁾と。ここでは、重要事項については立法がそれを意図していることが必要であることを示したのである。⁽¹²⁸⁾

また、通常の行政機関ではなく、司法長官の解釈ルールと法律との関係が争われる中で主要問題の法理に近い判断が示されたのが二〇〇六年の Gonzales v. Oregon 連邦最高裁判決⁽¹²⁹⁾であった。連邦の物質規制法 (the

Controlled Substances Act) は薬物の種類に応じて薬物濫用を防ぐための規制を行っていた。オレゴン州は医師による自殺補助を一定の条件下で認めており、そこで用いられる薬物は物質規制法の二類 (Schedule II) に指定されていた。この薬物は医師の処方が必要と認められなければならず、⁽¹³¹⁾ 医師は司法長官によって認められた登録証が必要とされていた。もし司法長官がその登録が公益に反すると認められた場合には登録を取り消したり停止したりすることができるようになっていた。⁽¹³²⁾ 司法長官は医師による自殺補助のために当該薬物を用いることは正当な目的のための使用とはいえず、そのような医師の登録は公益に反するために取消等の対象になるとする解釈ルールを交付した。⁽¹³³⁾ そこでこの解釈ルールが物質規制法に反するかどうか争われた。ケネディ裁判官の法廷意見は、物質規制法の登録規定がそのような重要な権限を司法長官に黙示的に授權しているとはいえないとした。法廷意見は、連邦議会がそのような漠然とした文言や付随的な規定によって規制枠組の根本的変更を考慮していたとはいえず、「MC I 判決と同様に、連邦議会がそのような不可解な方法で行政機関に経済的・政治的に重要な事項を委任する」と意図していなかったと確信している⁽¹³⁴⁾としたFDA v. Brown 判決を引用しながら、「医師による自殺補助は全国レベルで、真剣かつ深淵な議論⁽¹³⁵⁾の主題となってきたものであり、その重要性が曖昧な規定によって委任があったとする主張を一層怪しいものにさせる」としたのである。

二 主要問題の法理の確立

主要問題の法理を確立したが、二〇一四年の Utility Air Regulatory Group v. EPA 判決⁽¹³⁶⁾である。この事件では、環境保護庁が大気浄化法 (the Clean Air Act) に基づく温室効果ガスの規制対象を拡大したことの合法性が争われた。本件の問題は二〇〇七年の Massachusetts v. EPA 連邦最高裁判決⁽¹³⁷⁾に遡る。Massachusetts v. EPA 判決は、新たに製造する自動車から排出する温室効果ガスが大気浄化法の規制対象になるとしたが、温室効果ガス

を大量に排出する「固定発生源」(stationary source) も「重要な悪化の防止」(Prevention of Significant Deterioration: PSD) に関する許可 (PSD 許可) の対象となるかという問題が残されていた。オバマ (Barack Obama) 政権において環境保護庁がそれを規制対象に含むことから、電力企業等が訴訟を提起した。

スカリア裁判官の法廷意見 (一部相対多数意見) は、大気浄化法が温室効果ガスを PSD 等の対象にすることを命じていると解釈することは誤りであるとし、同法の立法意図が明確ではないことから、シェブロン法理に基づいて行政機関の解釈が合理的かどうかを判断するとした。その際、スカリア裁判官が述べたのが主要問題の法理である。

スカリア裁判官は、「環境保護庁の解釈は、連邦議会の明確な授権がないまま、環境保護庁の規制権限を著しくかつ変造的に拡大するので、それは不合理である。行政機関が既存の法律の中にそれまで知られていなかったアメリカ経済の重要な部分、を規制する権限を見つけたと主張するとき (Brown & Williamson, 529 U.S. at 139)、我々は懐疑的な態度で挑んできた。もし連邦議会が行政機関に広く、経済的・政治的に重要な判断を委ねようとしているのであれば、連邦議会はそれを明らかにしていることが求められる (Id. at 160; see also MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co., 512 U.S. 218, 231,)」と述べた。⁽³⁸⁾つまり、経済的・政治的に重要な事項について行政機関の判断に委ねる場合には立法府の明確な意図が必要であることを示したのである。

Utility Air Regulatory Group v. EPA 判決がシェブロン法理の第二段階で主要問題の法理を用いたのに対し、翌年の King v. Burwell 連邦最高裁判決はシェブロン法理を適用せずにそれを用いた。この事件はいわゆるオバマケアの合憲性に関する一連の判例の一つである。患者保護及び医療費負担適正化法 (the Patient Protection and Affordable Care Act) は州に医療保険の取引所を設けることを義務付け、もし州が自前の取引所を設けない場合

は連邦の健康人事サービス省長官 (the Secretary of Health and Human Services) がその州内に取引所を設けなければならぬとしていた。そして、同法が定める「州によって設けられた取引所」(an Exchange established by the State)⁽¹⁴⁾ において保険に加入した場合には税額控除が受けられることになっていた。⁽¹⁴⁾ 内国歳入庁はここでいう取引所には州が設けた取引所も連邦政府が設けた取引所も両方含まれるとする規則を制定した。⁽¹⁴⁾ そして保険加入を望まない者らが提起した訴訟の中で、法律は州が設けた取引所のみを指しているかどうか争点となり、当該規則の合法性が争われた。

ロバーツ長官の法廷意見は、本件はシェブロン法理が妥当しないケースであるとし、「連邦の設けた取引所の場合でもこれらの税額控除が受けられるかどうかは本法の制度の根幹に関わるきわめて、経済的・政治的に重要な問題である。そのため、もし連邦議会がこの問題について行政機関に任せようと望んでいるとすれば、それは必ず明示されていなければならない」(Utility Air Regulatory Group v. EPA, 573 U. S. 302 (2014) quoting Brown & Williamson, 529 U. S., at 160)⁽¹⁴⁾ として、主要問題の法理を提示し、連邦議会が内国歳入庁にこの種の委任を行ったとは言い難いとした。ただし、法廷意見は、続けて、問題となっている文言が明白な意味を示しているかどうかを判断しなければならぬとした上で、この文言は曖昧であり、法の他の部分と整合するように考える必要があるとし、税額控除は本法の目玉の一つであり、連邦議会がそれを減殺するような規定を設けたとは考えられないため、連邦の取引所も税額控除に含まれるとした内国歳入庁の判断を合法とした。

本件は、シェブロン法理を用いない場合にも主要問題の法理が登場することがあることを示し、さらに主要問題の法理に反すること(明示的授權の欠如)があっても行政機関の解釈が合法とされることがあることをも示したといえる。

さらに二〇二二年には主要問題の法理に言及する判決または決定が相次いだ。一つはワクチン接種の義務付け

に関するケースである。新型コロナウイルスのパンデミックの際、バイデン政権はワクチン接種を推奨する政策を実施し、その一環として労働省長官は従業員にワクチン接種を受けさせるように大企業に義務付ける規則を制定した。そこで全米独立企業連盟 (National Federation of Independent Business) 等はこの規則の差止訴訟を提起し、連邦高裁が規則の効力を認める決定を下したため、原告らが連邦最高裁に緊急停止を求めた。それが Nat'l Fedn. of Indep. Bus. v. DOL 連邦最高裁決定⁽¹⁴⁾である。

匿名法廷意見は、「連邦議会は行政機関に広く経済的・政治的に重要な権限の行使を授權しようとする場合にはそれを明示する」ことを求められる。(Alabama Assn. of Realtors v. Department of Health and Human Servs., 141 S. Ct. 2485 (2021) (per curiam))。労働安全衛生局がそのような授權を受けていないことはほとんど疑いがない。すると、問題は労働安全衛生法が労働省長官に明らかにそのような強制を認める授權をしているかどうかである。同法はそのような授權をしていない。同法は同長官に労働環境を安全に保つようにする権限を与えているが、それは健康全般に関わるわけではない。「法令略」本法の規定は明らかに労働に関わる従業員の危険について定め⁽¹⁵⁾たものである。「法令略」同法は健康全般を扱っておらず、それは同法の対象外である。」⁽¹⁶⁾とした。

ところが、同じくワクチン接種の強制が問題となった Biden v. Missouri 連邦最高裁決定⁽¹⁶⁾では異なる結論となった。この事件では、ヘルスケア施設のスタッフへのワクチン接種をヘルスケア施設に義務付けた規則の合法性が争われた。新型コロナウイルス禍に際し、保険福祉省長官は、連邦法に基づいてその責務を遂行するために必要な規則を制定する権限を付与されていることを根拠にして、⁽¹⁷⁾メデイケア・メデイケイド・サービスセンター (The Centers for Medicare and Medicaid Services: CMS) を通じて、ワクチン接種を強制する規則を制定した。⁽¹⁸⁾具体的には、ヘルスケア施設のスタッフが患者に感染させてしまうリスクを減らすために、施設管理者が連邦の助成を受ける条件として、スタッフが新型コロナウイルスのワクチン接種済であることを保証しなければならなかった。

匿名法廷意見は、連邦法はサービスを受ける者の健康や安全の利益のためにメディケアやメディケイドの助成を受けるための条件を保険福祉省長官が設定することを認めており、ワクチン接種を義務付けることでスタッフが患者にウイルスを感染させないようにすることは患者の健康と安全に寄与するものであり、合法であるとした。

一方、トーマス裁判官の反対意見は主要問題の法理に言及しながら、本件にはそのような明示がないとした。トーマス裁判官は、「連邦議会は行政機関に広く経済的・政治的に重要な権限の行使を授権しようとする場合にはそれを明示することを求められる」（Alabama Assn. of Realtors v. Department of Health and Human Servs.）。また、「もしそれが州と連邦の権限のバランスを著しく変えようとする場合には連邦議会は殊更に明確な文言を用いることが求められる。本件規則は疑いなく重要事項——何百万ものヘルスケア従業員に生活の糧を失うか彼らがこれまで拒否してきたワクチン接種に不本意ながら同意するかを選択を迫る——に関するものである。ワクチン接種の強制は間違いなく州のポリスパワーに基づくものであり（see *Zucht v. King*, 260 U. S. 174, 176 (1922)）、これまで、連邦政府がこれを実施することはきわめて稀であった。もし連邦議会がCMSに全国レベルのワクチン接種強制を行う権限を与えたいのであれば、結果的に連邦と州のバランスを変えることになるので、明確な文言で示す必要がある。だが、本件規則はそうなっていない⁽⁴⁹⁾とした。トーマス裁判官の反対意見は経済や政治という政策事項にフォーカスした主要問題の法理の対象に連邦と州の権限バランスという要素を加味した上で、その明示性を強めている点が特徴である。

これに対し、匿名法廷意見はトーマス裁判官が本法の授権規定は技術的な管理運営に関する雑駁な内容にすぎないとしてその範囲を狭く解しているとし、むしろこの規定は慣行的に助成の条件を決める際の根拠とされてきたと反論した⁽⁵⁰⁾。そのため、匿名法廷意見は条文の明確性よりも慣行面を重視したのに対し、反対意見は文言に着目していることが窺える。

さらに、連邦最高裁が主要問題の法理に直接言及しながら判断したのが *West Virginia v. EPA* 連邦最高裁判決⁽¹⁶⁾である。この事件もまた環境保護庁の大气汚染対策が問題となったケースであり、やや複雑な経緯をたどっている。二〇一五年、オバマ政権下において、環境保護庁は既存の発生源からの汚染物質規制を認める大気浄化法⁽¹⁷⁾の一条を根拠にクリーンパワープランを策定し、州に対し、既存の石炭や天然ガス火力発電による二酸化炭素排出量の限界を設けた。その際、排出量削減の最善のシステム (*best system of emission reduction: BSER*) (以下、「最善システム」という⁽¹⁸⁾) を決めることで限界を判断することができるとし、既存の石炭や天然ガス火力発電における最善システムの方法を示した。ところが、トランプ (Donald Trump) 政権はこの政策を撤回し、無理のないクリーンエネルギー (*Affordable Clean Energy: ACE*) 政策を発表した。これに対し、複数の州が違法であるとして訴訟を提起したところ、連邦最高裁が ACE を違法とした。訴訟において、ある石炭会社は環境保護庁の規制が広範すぎて違法であると主張し、連邦最高裁がクリーンパワープランの合法性を判断することとなった。

ロバーツ長官の法廷意見は、「主要問題の法理」 (*major questions doctrine*) という言葉を正面から使用し、これを適用して判断した。法廷意見は、「先例に基づく」と、本件は主要問題に関わるケースである⁽¹⁹⁾とした上で、「……政府は——主要問題の法理に基づき——そのような方法で規制するという、明白な連邦議会の授権⁽²⁰⁾があることを示さなければならない」としたのである。そして法廷意見は、政府側は環境保護庁が最善システムのために二酸化炭素排出上限を決められると主張するが、最善システムの「システム」という用語は中身の無い言葉であり、それは明らかに排出規制権限を与えているとはいえないとし、政府側が主張するその他の規定も根拠にはならないとした。

法廷意見が採用した主要問題の法理につき、その補足説明を行ったのがゴースッチ裁判官の同意意見である⁽²¹⁾。ゴースッチ裁判官は、「本件を解決するにあたり、連邦最高裁は主要問題の法理を用いた。この法理に基づく」と、

行政機関は広く「経済的・政治的に重要な決定を行う権限があると主張する場合、明白な連邦議会の授権があることを示さなければならないことになる」と述べ、本件が主要問題の法理を用いたことをあらためて明らかにした。そして彼は明確な言明のルール（clear statement rule）⁽¹⁵⁶⁾との関係を説明する。ゴースッチ裁判官によれば、司法は連邦議会の活動が憲法に基づいているかどうかを確認する責務があり、その一つの判断手法が明確な言明のルールであるという。それは、法律に明確な立法意図の言明がない場合、連邦議会は憲法に合致するように法が運用されるように意図していたと考え、裁判所はそのように解釈するものであるとする。そして主要問題の法理はこれと同じ権力分立上の要請に基づくものであるとし、憲法一条は立法権を連邦議会に与えており、たとえ連邦議会が細部について行政機関に任せようとしているとしても、重要な問題については立法府自体が全体を規律しなければならないとする。そのため、「連邦議会が立法権を執行府に委ねてしまうことは、この全体の枠組を放り投げてしまうことになる」とし、その結果、立法権が大統領ひいては民主的正当性のない行政機関の公務員の手にはわたることになり、自由が容易に侵害され、政権ごとの人員交代で不安定な状態をもたらすことになるとした。

これに対してケイガン裁判官の反対意見は法廷意見が先例に従わずに主要問題の法理を導入してしまったと批判している。⁽¹⁶⁰⁾ケイガン裁判官によれば、これまで先例は文脈に応じた法解釈を行ってきたが、主要問題の法理はそれに代わって厳密なルールを満たすように要求することになったとする。だが、そもそも連邦最高裁はこれまでに「主要問題の法理」という言葉を用いたことはなく、むしろ広範な法律の枠組と行政機関の判断が合致するかどうかを審査してきたのであり、主要問題の法理はそれに反するとした。

連邦最高裁は二〇二三年も引き続き主要問題の法理を適用しており、同法理はこの領域における重要なポジションを獲得していると見える。Biden v. Nebraska 連邦最高裁判決は主要問題の法理を適用した。この事件では、

バイデン政権が新型コロナウイルス禍を踏まえて学生ローンの減免等の措置を行ったことが法律の範囲を逸脱しているかどうかが争われた。連邦政府が提供する学生ローンについては、教育法 (Education Act)⁽¹⁶⁷⁾ が一定の事由に対して減免措置を定めていたが、それとは別にヒーローズ法 (the Higher Education Relief Opportunities for Students Act of 2003: HEROES Act) が教育省長官に緊急時における対応を認めており、長官は緊急時に助成金に関する規定を「修正」(modify) できるとしていた⁽¹⁶⁸⁾。バイデン政権はそれを根拠に二〇二〇—二〇二一年の総収入が一、二万五千ドル以下の者に対して最大一万ドルのローン免除を行うなどの対応を行った。その結果、学生ローンの四三〇〇億ドルが免除されることとなった。そこでローン提供事業者の設立に関わっているミズーリ州などがその違法性を主張して訴訟を提起した。

本件の争点は、バイデン政権の減免措置がヒーローズ法の認める修正の範囲を逸脱しているかどうかであった。ロバーツ長官の法廷意見は、同法に基づいて助成制度を修正することができるものの、それは制度の根本的変更を認めるものではなく、マイナーな変更しかすることができないとした上で、バイデン政権が行った対応は新制度を創設するようなものであり、法律の範囲を逸脱したものであるとした。その際、ロバーツ長官は主要問題の法理に言及し、経済的な重要事項については法律の明示が必要であるとされた。そして本件では、四三〇〇億ドルという重要な経済問題が関わる事項について法律上明示的な規定がなく、法律がかかる措置を認めているとはいえないので、行政裁量を逸脱しているとしたのである。

なお、主要問題の法理につき、バレット裁判官は主要問題の法理を適用しなくても本件を解決することは可能であり、あえて言及する必要はなかったとの同意意見を書いている⁽¹⁶⁹⁾。

三 主要問題の法理と裁量統制

以上の判例法理の展開を踏まえると、主要問題の法理とは、行政機関の判断の違法性を検討する際、重要な経済的・政治的事項については立法の明示を要求するものといえる。⁽¹⁶⁾ この法理の適用をめぐっては、主として保守派の裁判官が法律の授権を求めることが多いことから、党派の嗜好と連動している可能性もある。実際、*West Virginia v. EPA* 判決におけるロバーツ長官の法廷意見は行政国家の進展によって主要問題の法理を適用しなければならぬような場面が生じることになったのに対し、⁽¹⁶⁾ ケイガン裁判官の反対意見は、主要問題の法理を用いることは連邦議会が行政機関に重要な役割を与えようとしてもそれを認めないものであり、「それは法廷意見の行政国家の姿勢が提示されたもの」⁽¹⁶⁾ であると批判しており、行政国家化に歯止めをかけようとする保守側と行政国家を首肯するリベラル側との対立が透けて見える。

また、アメリカの政治状況もこの法理に党派性が絡む要因となっている可能性がある。一九九〇年以降は共和党が連邦議会（両院または一院）の多数派を握る機会が多く民主党が政権を握っても法律の授権が得られにくかったこと、環境問題に関するケースでは環境規制の拡大を止める文脈でこの法理が用いられていたこと、ワクチンをめぐる問題ではワクチン接種強制に否定的な保守派の裁判官がこの法理の適用を主張したこと、などが挙げられる。もっとも、裁判官の党派性については、法的理論が保守的——たとえば原意を重視したり条文を重視したりするなど——であるがゆえにそうなるのか、党派的イデオロギーに基づくがゆえにそうなるのかは、鶏と卵のような側面がある。

この点、環境規制の問題については、政権が代わるたびに環境保護庁の政策が変わることとなり、裁判所がその合法性を判断する際に行政機関の判断に敬讓してしまうと、政治的判断または行政機関の専門性に名を借りた政治的判断を尊重することにもなりかねない中で、それ以前に法律の授権があるかどうかという点にフォーカス

することで、党派とは関係ない法的判断を実践した可能性もある。

もつとも、憲法的観点からみると、それが裁量統制として機能し、法の支配に適う法理になっている点が重要である。⁽¹⁶⁸⁾ただし、これまでの先例、とりわけシェブロン法理との関係をどのように考えるべきかという問題がある。

これまで連邦最高裁が時にシェブロン法理の適用に進まないことがあり、そのようなケースはステップゼロ(ゼロ段階)と呼ばれてきた。⁽¹⁶⁹⁾サンステインは、シェブロン法理が適用されるかどうかを判断する段階が存在するとし、シェブロン法理が二段階に分かれていることにあわせてそれをゼロ段階と位置付け、主要問題の法理がシェブロン法理を回避していることから、このゼロ段階に位置付けている。⁽¹⁷⁰⁾実際、King v. Burwell 判決はシェブロン法理の前段階、すなわちゼロ段階で主要問題の法理を適用した。また、West Virginia v. EPA 判決も主要問題の法理をシェブロン法理のゼロ段階で使っているといえる。

一方、Utility Air Regulatory Group v. EPA 判決はシェブロン法理の第二段階として主要問題の法理を適用した。つまり、法律が行政機関について権限を付与したかどうかが曖昧な場合の審査としてこの法理を用いたわけである。

主要問題の法理をシェブロン法理の例外として位置付けるのであれば、これらの法理はいずれも独立した法理として存在する可能性がある。しかし、そうなると、シェブロン法理の第二段階において登場することと整合しない。一方、主要問題の法理をシェブロン法理の一要素とみなすアプローチもありうる。重要事項を授権しているかどうかは、シェブロン法理の考慮要素の一つであり、シェブロン法理に進む前に検討することもあれば、シェブロン法理の第二段階において検討することもあるというわけである。

四 主要問題の法理の位置付け

主要問題の法理の位置付けをより複雑にするのが委任禁止法理との関係である。連邦最高裁は委任禁止の法理をほとんど用いなくなっているが、行政裁量統制の法理は積極的に用いる傾向にある。⁽¹⁷⁾ 委任禁止法理は連邦議会の立法権の限界を扱うものであるのに対し、行政裁量統制は行政機関の裁量逸脱濫用を扱うものなので、両者は異なる問題を扱うものである。そして主要問題の法理は行政機関の裁量統制として機能するものであるが、その憲法的根拠は権力分立原理にあり、とりわけ立法権に関連するものである。そのため、委任禁止の法理との異同を考える必要がある。

この点につき、メリル (Thomas W. Merrill) は次のように整理している。⁽¹⁷⁾ まず、憲法一条一節の立法権付与条項⁽¹⁷³⁾により、委任禁止の法理 (the nondelegation doctrine) と権限委任の法理 (the exclusive delegation doctrine) の二つが要請される。委任禁止の法理は、立法府が立法権を付与されている以上、立法府は立法権を他権に委譲してはならないことを要求するものである。一方、権限委任の法理は、行政機関は自ら拘束力のある立法規則を制定することができないので、立法府による権限委任が必要であることを要求するものである。このうち、法律の授権や行政機関の裁量に関わるのが後者である。判例法理は、後者の問題を法解釈の権限配分の問題として扱っている。シェブロン法理によれば、立法府が行政機関に一定事項を委任していれば、行政機関はたとえ法律の規定が曖昧であっても法解釈によってそれを実施することができる。ただし、裁判所はその法解釈が合理的かどうかを審査する。他面、立法府が行政機関に権限を委任していなかったり、行政機関が権限を行使しなかったりした場合、裁判所は諸々の文脈的要素を考慮して行政機関の法解釈が適切かどうかを判断する。

以上のメリルの見解を踏まえれば、主要問題の法理は権限委任の法理から導出されることとなり、その憲法的根拠は立法権付与条項に求められる。つまり、重要事項について立法の委任が必要なのは立法権が立法府に委ね

られているからであり、行政機関は生の形でそれを行使することはできないことになる。立法権を軸にするという点では、主要問題の法理も委任禁止の法理も共通の基盤を抱えているといえる。ところが、立法権を委譲してはならないことを求める委任禁止の法理と異なり、権限委任の法理はむしろ委任がなければならぬことを求める点において、両者は異なる次元の問題となる。その結果、権限委任の法理が実際に統制するのは行政機関の裁量となり、その系列に属する主要問題の法理も同様の機能を果たすことになる。

この点につき、アドラー (Jonathan H. Adler) は次のように説明する。⁽¹⁴⁾ 憲法は立法府に立法権を付与しているので、立法府が権限を授権しない限り、行政機関は当該権限を行使することができない。つまり、立法府の委任が必要であることを要求しているわけであるが、しかし、これは委任禁止の法理とは異なる。委任禁止の法理は立法府が委任してはならない事項を委任することを禁止するものだからである。一方、主要問題の法理は、行政機関が権限を行使するには委任が必要だとするものであり、委任自体は認められるものである。

アドラーが指摘するように、委任禁止の法理が立法府に対して委任してはならないことを求めるのに対し、主要問題の法理は行政機関に対して重要事項の授権が明示されていることを求めるので、内容も対象も異なっている。しかしながら、両者の内容が異なるとしても、主要問題の法理は行政裁量統制だけでなく、二次的に立法裁量統制として機能している点があることに留意しなければならない。なぜなら、立法府が当該重要事項について行政機関に権限を行使させたければ、それを明示しなければならないことになるからである。

また、行政裁量統制を強化しようとする立場の者からすると、委任の程度に照射するので、委任禁止の法理は委任の範囲が広ければ広いほど違憲の方向に向かうのに対し、権限委任の法理は委任があればあるほど合憲の方向に向かうので、両者は異なるベクトルを向いているといえるが、しかし、この委任の程度を軸に判断するといふ観点においては共通しているともいえる。⁽¹⁵⁾

実際、個別意見レベルでは両者の近似性または関係性を指摘する裁判官も存在する。ゴースッチ裁判官は、「我々は憲法ルールとして連邦議会は立法権を執行府の機関に移すことよって立法権自体を放棄してはならないとする主要問題の法理を用いている⁽¹⁷⁾」と述べており、ここでは委任禁止の法理と近接している。また、キャバノー (Brett Kavanaugh) 裁判官は裁量上訴を否定した事件の同意意見において主要問題の法理と委任禁止の法理の関係について言及している⁽¹⁸⁾。キャバノー裁判官によれば、主要問題の法理は、立法府が主要問題を明示した上で行政機関にそれを授權しなければならないことを指す場合と、立法府は明示的に行政機関が主要問題について判断すると規定して委任しなければならないことを指す場合とがあるという。後者は、行政機関が主要問題について判断することを認めてしまうので、立法権の主要な部分を委任してはならない原則と衝突する側面がある。そのため、後者は委任禁止の法理との整合性を考えなければならないという点で、委任禁止の法理と関係があるといえる。

いずれにせよ、主要問題の法理は司法が立法権の要請に基づいて行政裁量統制を行うものであり、権力分立原理に従いながら行政裁量統制を行うものである。重要事項について立法の明示的授權を要求することはシェブロン法理よりも行政裁量の統制を強めるように見える。さらに、行政裁量統制に加えて立法裁量統制の側面をも含んでいるとすれば、それは司法が積極的に他権の裁量統制を行っているような印象を受ける。しかし、どの機関の法解釈およびそれに付随する政策判断を優先させるかという観点からみたとき、主要問題の法理は司法の影響を縮減するアプローチとなつている可能性がある。先述したように、政権が代わると行政機関の判断も変更される可能性が高く、その政策変更を行うための法解釈が法律との関係で許容されるかどうかが裁判所で問われる場合、司法がいかなる判断を行ってもその政策に影響を与えてしまうことになる。その点、主要問題の法理は重要事項を立法の手に委ねるので、司法が行政機関の法解釈の是非を判断するという構図を薄め、立法による行

政裁量統制の形を提示することになる。かかる観点からすれば、主要問題の法理もまた司法の自己抑制に基づく裁量統制の一種ということになる。ただし、主要問題の法理の適用によって行政機関の判断がいくつか違法とされていることを踏まえると、必ずしも自己抑制的な手法になっていないという疑念が生じるかもしれない。また、何が主要問題に当たるのかについては必ずしも明らかではなく、司法裁量に委ねられている。だが、行政機関が重要事項すらも恣意的に決めてしまう状況を見逃すのであれば、権力分立や法の支配を歪める結果となり、それを違法としないことは司法の過少実施という責めを免れないだろう。主要問題の中身についてはケースバイケースにならざるをえないが、一定の輪郭を描いておかなければ司法が立法内容进行操作してしまうおそれがあり、その司法裁量に枠を作っておく必要がある。

Ⅲ 不当性審査

さらに、司法は行政機関の動機をも審査して、その裁量を統制することがある。行政機関に限らず、立法府や執行府など政府の行為が憲法に反する不当な動機に基づいて行われた場合、司法はその行為を違法または違憲と判断することがあるのである。たとえば、連邦議会は憲法に列挙された事項しか立法することができないので、連邦議会が憲法に列挙されていない事柄を実施するために立法することは不当な動機に基づく立法ということになる。⁽¹⁷⁾ かつて *McCulloch v. Maryland* 連邦最高裁判決は次のように述べていた。「もし連邦議会が権限を行使する際に憲法によって禁止された方法を用いる場合、または、連邦議会がその権限行使を口実 (pretext) に、連邦政府に委ねられていない事柄を達成するための法律を制定する場合、それをめぐる事件が連邦最高裁に上がった場合には、そのような行為は合衆国における法とはいえないと判断せざるをえないだろう」。⁽¹⁸⁾ 連邦最高裁は

ここで pretext という言葉を用いており、それは見せかけの理由によって権限を正当化することはできないことを意味し、そのような不当な動機に基づいていないかを審査することが示されている。

このような不当性を問う審査は他の分野においても取り上げられており、たとえば修正四条の文脈においても、警察が不当な動機に基づいて逮捕等を行ったと疑われる事案において動機審査を行うべきではないかという議論が行われてきた。⁽¹⁸²⁾ また、緊急事態においては緊急事態対策を掲げて別の目的を實踐しようとするような不当な行為が散見される傾向にあるという指摘があり、⁽¹⁸³⁾ 権力統制の観点において不当性を問う審査は重要な一翼を担う可能性がある。

不当性審査が行政裁量統制の場面以外でも行われていることからすると、それは裁量の問題以前に、法の支配または権力統制の要請の帰結として導かれるものとして位置付けた方が適切かもしれない。つまり、裁量の枠からはみ出たかどうかではなく、そもそも法の世界で許容されない権力行使の問題としてみなすということである。もともと、裁量統制を広く捉えれば、不当な動機に基づく権力行使も与えられた裁量の逸脱濫用の一形態であるとみなすこともできないわけではなく、実際、連邦最高裁の判例を見ると行政裁量の逸脱濫用の場面で不当性審査を用いている。以下では、行政裁量統制の場面における不当性審査の判例を考察する。

一 不当性審査の萌芽

一般に、行政機関の政策判断に対し、司法がその判断の自身を審査して、根拠または理由がないと判断することはない。それが憲法上の権利を侵害するような場合には司法がその動機の不当性を判断することもあるが、それでもない限り、政策自体に妥当な根拠があるかどうかを司法が審査することは原則としてないといつてよい。

ただし、例外もある。ハードロック審査の異名を持つ Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe 連邦

最高裁判決は例外的に行政機関の動機を審査することがあることを指摘した。マーシャル裁判官の法廷意見は、「もともと、行政の判断権者の内面 (mental processes) を審査するようなことは通常避けるべきである。United States v. Morgan, 313 U.S. 409, 422 (1941). 444. Morgan 判決がそうであったように、その判断の際に行政の事実認定が行われる場合、その審査を行う前に悪意または不正行為を示す強い証拠がなければならぬ。」とした。つまり、行政がある事実を基に行った政策判断が悪意に基づいていたり不正行為が絡んでいたりすると強く推定される場合には例外的にその政策の動機を審査し、根拠や理由がないと判断することもありうるのである。

とはいえ、連邦最高裁がこの例外的な手法を用いることはほとんどないのであるが、二〇一九年の *DOC v. New York* 連邦最高裁判決は不当性審査 (pretext review) を行った。この事件以前から、トランプ政権では政府の政策判断に不当な動機が混じっていると疑われるケースがいくつもあり、いわゆる入国禁止令の合憲性が争われた *Trump v. Hawaii* 連邦最高裁判決の際にも同様の疑いがかけられていた。⁽¹⁸⁸⁾ トランプ大統領は以前からムスリム系を警戒する発言をしていたことから、入国禁止令にはそのような差別が潜んでいる可能性があったからである。

Trump v. Hawaii 判決において、原告側は、入国禁止令はムスリム系を差別した不当な動機に基づくものであり、入国禁止政策には根拠がなく、不当 (pretext)⁽¹⁸⁹⁾ であると主張した。しかし、ロバーツ長官の法廷意見は、入国に関する事項は執行府の裁量が認められる領域であるとし、入国禁止令に敵意があったかどうかを審査する必要はなく、国防という正当な目的であるかどうかを審査するとし、文面上本件命令は正当な目的を提示しているとした。これに対してソトマイヨール裁判官の反対意見は当該政策の動機に踏み込んだ。ソトマイヨール裁判官は、「記録にある証拠に基づくと、合理的な観察者であれば入国禁止令は反ムスリムという敵意に動機づけられているということが出来る。」⁽¹⁹⁰⁾ とし、不当な動機が含まれているとした。

二 不当性審査の登場

この事件では不当性審査は反対意見にとどまったが、*DOC v. New York* 判決は法廷意見がこの審査を採用した。しかも法廷意見を書いたのは *Trump v. Hawaii* 判決で不当性審査を用いなかったロバーツ長官であり、連邦最高裁がこの審査を用いることがあることが示されたといえる。

この事件は、トランプ政権が国勢調査の際に市民権の有無に関する質問を盛り込んだことの違法性が問われたものである。国勢調査を実施するに際し、司法省は投票権法を実施するときに適切な市民のデータが必要であるとして、国勢調査を担当する商務省に対し、市民権の有無に関する質問を盛り込むように求めた。その要請に応じて、二〇一八年、ロス（*Wilbur Ross*）商務長官は、国勢調査に市民権の有無に関する質問を盛り込むメモを発行した。これに対してニューヨーク州等はそのような質問を求めることが裁量の逸脱濫用であり違法であるとして訴訟を提起した。連邦地裁は不当性審査を行い、商務長官の判断は不当な根拠に基づくものであるとして違法判断を下した⁽¹⁹⁾。連邦最高裁は連邦地裁の判断が適切であったかどうかを審査した。

法廷意見は、連邦地裁の追加記録の証拠開示についてはそれをすべきではなかったと批判しながらも、証拠を総合的に見分し、「我々は『行政の判断権者の内面』の審査について狭く例外的に認められるとしてきた（*Overton Park*, 401 U. S. at 420）⁽¹⁹⁾。『悪意または不正行為を示す強い証拠』があれば、そのような審査は追加記録の証拠開示を正当化しうる」として不当性審査に言及し、連邦地裁の不当性審査を認めた。法廷意見によれば、商務長官は司法省が投票権法実施のためにデータが必要であると要請したことを判断の理由にしていたが、記録に基づくと実際には商務長官が質問項目を設置するのを決めてから、後付け的に司法省の要請を用いており、政府側の主張は記録と合致していないとした連邦地裁の判断が適切であるという。そして法廷意見は、「……我々は本件決定とそれについての説明の間の乖離を無視することができない。……つまり、行政法が要求する合理的

説明は行政機関が重要な決定について真の正当化を行うことを求めるものであり、その理由は裁判所や市民によって審査されなければならない。……もし司法審査が空虚な儀式的なものでないのであれば、本件行為に関する説明よりも適切な理由を要求しなければならない⁽¹⁹⁾とした。つまり、法廷意見は政府側が提示した説明は本件決定の理由にならず、それを不当であるとした連邦地裁の判断を認容したのである。

法廷意見はまさに連邦地裁の不当性審査に依拠して政府側の決定を違法にした⁽¹⁹⁾。すなわち、行政機関が真の理由以外の説明で当該決定を正当化する場合、それは理由として適切でなく、違法になるとしたのである。端的に言えば、偽の正当化理由はその決定を正当化できないことを示したといえる。

三 不当性審査の是非

不当性審査については *Overson* 判決にその萌芽を垣間見ることができ、本件はそれを初めてルール化し、①裁判所は行政機関がその行為について言及していない理由があったからといって提示した合理性を否定することはできない、②行政機関はその行為の基礎となる理由を提示しなければならぬ、③裁判所は行政機関の政策決定が政治的考慮やその他の優先事項に影響を受けたかもしれないという理由のみでそれを無効にできない、④悪意または不正行為を示す強い証拠があれば行政の判断権者の内面を審査できる、という判断枠組を設定したとされる⁽¹⁹⁾。

このうち、不当性審査の核を占めるのは④である。通常、裁判所がそこまで踏み込むことは少ないが、例外的に行政機関の説明に悪意や不正行為があったことを示す強い証拠があれば、行政機関の決定の実質的根拠を審査することが示された。

もっとも、本件では連邦地裁が追加証拠を要求したことで初めて事実が明らかになった事案であり、こうした

事例は例外的である。そのため、裁量逸脱濫用を審査する際に不当性審査が行われる場面はきわめて限られているといえる。

かかる限定があつたとしても、*DOC v. New York* 判決はこれまでの敬讓型審査から離れてしまつたとし、提示された他の理由に正当性があれば十分であり、また本件における説明は不当とはいえないとしたのがトーマス裁判官である。⁽¹⁹⁶⁾ トーマス裁判官によれば、先例は裁量濫用逸脱審査 (the arbitrary and capricious standard) を適用し、行政機関が関連データを検討したか、当該行為について説得力ある説明を提示したかのみを審査する敬讓型審査を実践してきたが、本件法廷意見は裁量逸脱濫用審査にとどまらず不当性審査を行つて違法判断を下したため、先例から乖離しているという。⁽¹⁹⁷⁾ つまり、先例に従い、裁量濫用逸脱審査にとどめるべきであつたといつたのである。

トーマス裁判官が指摘するように、裁量濫用逸脱審査と不当性審査は異なる内容を審査しているように見えるが、両者がまったく異なる審査手法なのか、それとも後者は前者の側面なのかについては検討が必要である。両者を整理すると、前者は、行政機関が関連データを参照したか、あるいはデータに基づいて合理的選択を行ったかを審査するものであるのに対し、後者は関連データの参照に先行する決定に照射するものであり、本来の決定の主要因を審査し、それが行政機関の提示した理由と合致しているのかを審査するものである。⁽¹⁹⁸⁾ 両者を異なる審査として考えるのであれば、審査手法の違いや審査レベルの違いなどに着目することになると思われる。審査手法の違いは、裁量濫用逸脱審査がデータ参照の有無などのように行政機関の判断の合理性を外形的にチェックするものであるのに対し、不当性審査は行政機関の理由の真贋といった内面的チェックを行うという違いがある。審査レベルとしては、裁量濫用逸脱審査が形式的チェックにすぎないので行政機関の判断に敬讓する形で行われるのに対し、不当性審査は行政機関の判断の実質的理由が説明と合致しているかを問うので一定程度踏み込んだ

審査を行うという違いがある。

他面、両者を統一的に捉えることもできるように思われる。たとえば、法廷意見も認めるように、不当性審査は敬讓型審査の例外をなすものである。ゆえに、両者は同一の裁量統制の中の原則と例外の関係にあり、裁量濫用逸脱審査が原則であるが、場合によっては例外的に不当性審査を行うことがあるという関係にあると位置付けることができるわけである。また、裁量濫用逸脱審査の内容を拡張すれば、不当性審査につながる可能性もある。裁量濫用逸脱審査は、行政機関の判断が関連データを参照したか、合理的選択をしたという説明があるかをチェックするわけであるが、その一断面として行政機関の判断の実質的理由が説明された内容と合致しているかをチェックすることを加味すると捉えるのである。

実際、本件における法廷意見とトーマス裁判官の意見との違いは、当てはめ部分における見解の相違によるところが大きい。トーマス裁判官によれば、本件は行政機関が言及していなかった別の理由に言及しただけであり、それを不当とみなすのが問題だという。一方、法廷意見は、言及していなかった別の理由を持ち出したから直ちに不当だと判断したわけではなく、提示していなかったにもかかわらず、それが根拠となるような説明をしていたことが問題であり、しかもそれを示す証拠が出ているため、悪意または不正行為を強く示す証拠になっており、当該判断を不当とした連邦地裁の判断を支持したわけである。

仮にこうした審査自体が可能であるとしても、その判断結果との連動については検討が必要である。不当性審査は、基本的に悪意または不正行為を強く示す証拠がある場合に行政機関の内面を審査することを要求するものであり、それが不当であり裁量の逸脱濫用に当たるという結果に直結するわけではない。しかし、法廷意見は連邦地裁の判断を認容したので、本件のような理由に基づく決定が違法になることが示されたともいえる。そうなると、不当性審査は実質的に悪意または不正行為を示す強い証拠があった場合にはそのままその理由が不当と認

定され、違法になる可能性が高いことになる。ただし、それは行政機関の判断の不当に踏み込む手法となり、司法がそこまで裁量統制を行っていないのかという問題が生じる。つまり、司法裁量を逸脱しているのではないかという問題である。実際、行政手続法は不当性について何も言及しておらず、不当性審査は従来の行政手続法に関する判例法理に反する可能性があるとの指摘もある¹⁹⁾。

IV 裁量統制の性格

一 消極的側面

裁量統制は各機関の専門的判断を尊重しつつその逸脱濫用を問うものであることからすれば、権力分立の要請に基づき、権力濫用を止めるために、いわば消極的に行われるものといえる。これまでに見てきた歴史と伝統のテスト、主要問題の法理、不当性審査はいずれも権利保障や法の支配などの憲法秩序を維持するための基本原則的裁量統制であり、司法自身を含む各機関が裁量を逸脱した行為を行っていないかをチェックするものであることから、これらも消極的側面を表しているといえる。

ただし、消極的作用であっても、そのやり方次第では必ずしも消極的姿勢にとどまらない可能性がある。その意味で、司法による他権の裁量統制は同時に司法裁量統制の問題を含む。

立法、執行、司法などの各憲法アクターは憲法の権限配分に基づき自らの権限行使について裁量を有する。司法が他権の裁量統制を試みるとき、司法はその裁量が憲法の枠内に収まっているかどうかをチェックするわけであるが、裁量統制の射程や手法は司法裁量に委ねられているともいえる。たとえば、憲法が政治部門に明示的に委ねた事項について司法が容喙することは司法裁量を拡張することとなり、また裁量統制の際の基準を厳しく設

定したり救済方法において他権に一定の行動を迫ったりすることは裁量の手法を広げることになる。つまり、基本的権利の有無の判断のような場面に限らず、他権の裁量統制を行う場面においても司法裁量統制が同時に関わってくるのである。

とはいえ、そのような場面における司法裁量の行使は本来限定的であってしかるべきである。なぜなら、他権は憲法上の権限を行使しているわけであり、行政機関の行為に対して主要問題の法理を適用したり不当性審査を行ったりすることは行政国家統制といった側面があり、行政機関による政策形成を無効にして司法が自ら考える憲法秩序を押し進めることになるからである。司法審査には憲法保障的側面があるとはいえ、それはいかようにも拡大しうるものである。それをどこまで実践するかは司法裁量に委ねられているともいえるわけであり、最終的には裁量と裁量の衝突という場面に突き当たることになる。

このように、司法による裁量統制は他権の裁量とぶつかることから、厳密な基準としてそれを定立すると、他権の裁量を大幅に縮減することになる。一方、連邦最高裁は裁量の逸脱濫用をチェックするだけにとどまらず、審査基準を適用してその合憲性を判断することもある。たとえば *Dobbs* 判決は歴史と伝統のテストによって基本的権利の存否に関する司法裁量のチェックを行った上で、合理性の基準を適用して規制の合憲性を審査した。もっとも、このケースでは、基本的権利を認めた司法判断の是非の問題と、州の中絶規制の合憲性の問題とに審査内容が分かれており、司法裁量の逸脱濫用を問うた上で、さらにその裁量的判断の合憲性を審査したわけではない。もちろん、中絶規制の合憲性を審査する点において両者が完全に断絶しているわけではないが、個々の審査内容自体は異なる事柄を審査している。

したがって、裁量統制自体は厳密な基準を提示しているわけではない。歴史や伝統の審査自体は実際の出来事を対象とするものであるが、対象となる時間、場所、主体は設定次第で異なる結果になる可能性があり、抽象的

な物差しであるといえる。また、結果的に、権利が存在するかしないかという、オールオアナッシングの判断となる側面もあり、その意味においても大雑把な基準であるといえる。

また、主要問題の法理や不当性審査も同様に抽象的基準である。主要問題の法理は政治的・経済的に重要事項については法律の明確な授權を要求するわけであるが、政治的・経済的に重要事項とは何なのかは定かではなく、またそこでは法律の授權のチェックを行うにすぎない。不当性審査は行政判断の理由の真偽を問うものであり、やや踏み込んだ審査ではあるものの、厳密にその理由の妥当性をチェックするものではなく、行政機関の判断とその理由との間に明らかに距離があり、いわば偽の理由を提示しているような場合が対象となるわけで、その審査手法は厳密とはいえない。

もつとも、本稿が取り上げたこれらの裁量統制はいずれも憲法秩序の根幹に関わる基本原則的裁量統制であったがゆえに抽象的レベルにとどまっている可能性がある。権利の存否や権限行使のあり方については憲法が直接何かを語っているわけではなく、その枠が存在するか否かも不明瞭である。一方、たとえば、経済的自由や社会権に関する立法裁量などのような個々の分野における裁量統制については、憲法の権限分配規定などにより、少なくとも何らかの枠が想定されているといえる。そうした場面では、枠の内容自体は定かではないものの、裁量の枠内かどうかを審査するために審査基準を設定し、裁量に基づく判断の合理性を問うことになる。そのため、かかる場面では裁量統制と審査基準が一つのセットになる傾向にある。

二 積極的側面

行政国家に代表されるように、現代国家は各機関が積極的な公益実現をはかることが要請されている。そうすると、行き過ぎた裁量統制は望ましくないこととなり、各機関の公益実現に関する裁量を認めていく手法を考え

なければならなくなる。とはいえ、いかなる機関が公益実現の担い手となるべきなのか、またそれは権力統制と
 いう消極的側面以上に必要なかを検討しなければならない。

ヴァーミユール (Adrian Vermeule) によれば、司法裁量統制は公益実現のための敬讓とみなすことができる
 という。⁽²⁰⁾ ヴァーミユールは、近時、保守派がスカリアの原意主義の看板を掲げながら行政国家統制を試みよう
 としているが、それはスカリアの原意と異なるという観点からこの問題を取り上げている。ヴァーミユールによ
 れば、スカリアは公益を一般化したのが法であるとし、その内容が抽象的でそのまま実施できないときに行政機
 関がその穴を埋める形で公益を実現することになると考えており、そのためには司法が自制して行政機関の判断を
 尊重し、公益実現をはかろうと目論んでいたとする。そして原意主義もまた司法裁量を統制することで政府によ
 る公益実現(あるいは憲法価値の実現)を求めるプロジェクトであったと考えている。かかるアプローチは、裁量
 統制の目的を公益実現と結び付ける点において裁量統制の積極的側面を提示し、さらにその中で司法裁量統制こ
 そが公益実現につながる点としている点に興味深い。

司法裁量と公益実現の関係は、かつて物議をかもした公共訴訟をめぐる議論⁽²¹⁾を思い出させる。公共訴訟の中に
 は差止などの救済手段を用いて制度形成をはかることがあり、どのような救済を選択するかがまさに司法裁量の
 問題として扱われた。⁽²²⁾ 公共訴訟は裁判所が当事者の権利救済の範囲を超えて構造的変革や制度形成を試みるこ
 から、司法固有の権限を広げるという意味においても他権の判断に深く介入するという意味においてもまさに司
 法積極主義の体をなしていたといえる。しかもそこでは利益の多元化が進んだ行政国家を司法がどのようにして
 統制または調整をはかるかといった大きなテーマも絡んでおり、司法が法形成や政策形成の役割を果たすことの
 可能性が、その是非を含めて議論されていた。

ここでは司法が公益実現の一翼を担うべきかどうかにかかわらずフォーカスされていたのに対し、ヴァーミユールの議論

は司法裁量統制が公益実現に寄与することに照射しているため、いずれも司法裁量と公益実現との関係を対象として見ているもの、見ている方向は異なっている。

本稿で取り上げた主要問題の法理はまさに行政国家を統制するかどうかに関連する。この法理が主として環境問題に関するケースが多いのは政権によって環境政策が変わるからであり、法律が変わらないまま行政機関が政策変更をすることの是非が問題となった際に、司法は基本的に敬讓する姿勢を見せてきた。従来のシェブロン法理も立法意図との関係を軸に行政機関の法解釈の合理性を判断してきたことから立法判断に委ねるアプローチであったが、行政機関の判断を法解釈の観点から審査することは結局司法が環境政策を決めることになってしまっているのではないかと懸念を払拭できない。しかも、時に司法はシェブロン法理を適用しても敬讓しないこともあり、行政裁量統制において司法の自制が必ずしも十分ではないと思わせる側面があった。

この点、主要問題の法理が行政敬讓型になるかどうかは検討の余地がある。重要問題を立法事項とし、それ以外の場面でシェブロン法理を適用するのであれば、それは行政敬讓型の審査となる可能性がある。しかし、重要問題を立法府の手に戻そうという試みは行政国家を統制する側面があり、実際にそれによって違法とされたケースがすでにいくつか出ていることを踏まえると、それは行政裁量統制を強める結果になっている。

本来、主要問題の法理は司法が自己抑制的に行政裁量統制を行うように機能しうるものである。なぜなら、重要事項について立法の明示を問うことで立法的統制の領域を画定しつつ、それ以外の分野では行政機関の裁量が認められる可能性を残すアプローチだからである。そしてそれは、法律が曖昧な場合に行政機関による公益実現を認めることから、ヴァーミュールが指摘するような構造にも親和的な側面がある。

ただし、主要問題の法理は、重要事項以外の問題をどの程度行政機関の判断に委ねるかはっきりと提示しているわけではなく、その点はシェブロン法理の射程の問題に収斂されることになる。

また、重要事項の明示があるか否かを決める際、その法解釈を行うのは司法であり、その意味では司法が公益実現を立法に任せるか行政機関に任せるかの判断を行っていることになる。すると、主要問題の法理は必ずしも司法裁量統制になっているとはいえないだろう。

そうだとすれば、表面的には、主要問題の法理は立法府が重要事項を決め、それ以外の事項は行政機関の判断を尊重するという点で司法の自己抑制に基づく行政裁量統制ということになるが、水面下では司法がその匙加減を行い、潜在的に公益実現のあり方を決断しているという可能性を消去できないことになる。そのため、判例が司法裁量統制と他権の裁量統制のいずれが公益実現に寄与するのかを念頭に置いているのかはなお判断としない。だが、いずれのアプローチを採用するにしても、裁量統制が公益実現に関連するわけであり、裁量統制にはそうした積極作用があることを考慮しておくべきである。

後序

これまで考察してきた裁量統制は、いずれも権力作用が裁量の枠内に収まっているかどうかをチェックし、権力濫用によって憲法が内側から破壊されないように試みるものであった。とりわけ、権利保障や法の支配といった憲法の基本原則の維持をはかるために裁量統制を行っているため、基本原則的裁量統制を実践してきたといえる。その際の基準自体は緻密に設計されているわけではないが、裁量逸脱濫用を検討するか、結論の理由付けを説明するケースが多く、権力濫用に歯止めをかける機能を担ってきた。

このように、アメリカでは司法が様々な場面で裁量統制を試みており、権力分立や法の支配などのような憲法秩序を維持する役割を果たしている。しかし、本来的には、民主的正当性のある政治部門が権力に責任を持つと

同時にその行使についても統制する任を担うはずであり、司法の任務は限られてくる。剣と財布のない弱い司法だからこそこうした権力統制の任を担うことが期待されるともいえるが、しかし、それは必ずしも司法の専権事項というわけではない。

とりわけ、その実際の作業は各機関の裁量を認めつつ、その逸脱濫用を防ぐためのものであることから、絶妙なバランス感覚が問われる。ともすると、権力濫用統制の名の下、司法が他権の領域に深く立ち入ってしまうおそれがあり、実際、各場面ではそうした側面が顔を覗かせていたことも否定できない。まず、歴史と伝統のテストは、一見すると司法裁量統制を試みるものであるものの、その判断の際に先例を重視するのであれば、それはとりもなおさず司法が形成してきた内容に依拠することとなり、それが司法裁量の統制をはかるものとして機能しうるかどうかについては検討の余地がある。次に、主要問題の法理は、外形上は立法による行政裁量統制をはかるものであるが、実質的には法律が何を意味しているのかを解釈することが事件の帰趨を決めることになるので、それを行うのが裁判所であることからすれば、法律の存在意義のみならず、司法のプレゼンスも高められているといえる⁽²⁸⁾。また、不当性審査も例外的ケースに限られるとはいえず、司法が動機に踏み込んで審査することからすれば、司法の介入の程度が高いといえよう。

そうなると、実質的には自身の裁量統制については甘く他権の裁量統制については厳しい可能性が出てくるが、必ずしもそうなっているとは断定できない。というのも、歴史と伝統のテストによって基本的権利の存否に関する司法裁量を統制し、また行政機関の判断についても敬讓的側面を維持したり立法に投げ返したりしていること自体は自制を意識した裁量統制になっているからである。それは裁量統制だけを意識したのではなく、どのようにして裁量を残すかを意識したものと見える。また、厳密ではないものの裁量統制の基準を設定することは、裁量を残しつつ、裁量の枠を明らかにする試みとして受け止めることができる。

司法裁量の問題は理論的にも実務的にも常に司法が頭を悩ませてきた事項であり、統制してもしなくても問題が発生するという難解な事柄でもある。だからこそ、自制を意識しながらコミットメントしている姿勢を見せつつ、かつ裁量の枠を提示することが肝要となるわけであり、ロバーツコートは少なくともそれに取り組む姿勢を示しているといえる。

一方、日本の最高裁を見ると、冒頭で述べたように個々の分野における立法裁量や行政裁量一般については各機関の裁量を尊重した上で審査基準と連動させながら裁量統制の法理を展開している。もともと、憲法上の権利の存否に関する司法裁量統制についてはやや不明瞭な感がある。というのも、憲法で明文化されていない権利の有無を判断する際、それを認める場合も認めない場合も、判断基準を示さず、理由付けについても十分な説明を行っているとはいえないからである。たとえば、最高裁は大阪空港騒音訴訟⁽²⁰¹⁾において当事者は環境権を主張したもののそれには触れずに判断し、百里基地訴訟⁽²⁰⁵⁾における平和的生存権の主張については平和が抽象的概念であり具体的訴訟における判断基準にはなりえないとしてあっさり否定している。あるいは、被拘禁者喫煙禁止事件⁽²⁰⁶⁾判決では「喫煙の自由は、憲法一三条の保障する基本的人権の一に含まれるとしても⁽²⁰⁷⁾」と述べ、覚せい取締法合憲性訴訟⁽²⁰⁸⁾では、「指定医薬品を販売授与する等の自由を制約することになっても⁽²⁰⁹⁾」と述べており、権利や自由を仮置きしつつ、規制の合憲性を検討する傾向にある。一見すると、権利や自由を想定しているように見えるため、司法裁量統制としては緩いように思えるが、実際には権利の仮置きは合憲性の判断に大きな影響をもたらさず、規制の合理性を容易に認める傾向にあるので、権利の認否がどのような意味を持っているのが判然としない。そして、権利を認める場合も判断基準を示さず、理由付けも不十分なことが多い。たとえば、プライバシーの権利は特段の理由付けをしないままそれを認めており⁽²¹⁰⁾、また、権利との異同の問題があるものの、取材の自由、筆記行為の自由、婚姻の自由などのような尊重に値する自由も認められている⁽²¹¹⁾。

権利の存否を正面から判断しないことで権利論争や文化闘争に巻き込まれるのを免れると同時に一種の自制を行っているようにも見えるが、しかし、それが司法裁量統制として機能しうるのかどうかという疑問が残る。あるいは、他の機関の専権領域に関する裁量を広く認めつつ、司法の裁量も広く残しておき、権力分立のバランスを保つというのが日本の最高裁のアプローチといえるかもしれない。

行政裁量統制の場面では、日本においてもかつては敬讓型審査、法解釈の合理性審査、立法事項審査などをめぐって最高裁の中でも見解が分かれていた。サーベル登録拒否事件判決⁽²¹³⁾では、多数意見が行政機関の専門的判断を尊重する敬讓型審査を採用したものの、反対意見は法解釈の合理性審査や立法事項審査を提示し、立場が二つに分かれた。このような判断手法はアメリカのシェブロン法理や主要問題の法理に近い側面もあり、一定の裁量統制を試みようとしているようにも見える。

ところが、行政裁量統制の場面において、裁判所は人権の縮減を通して裁量統制をはかろうとしており、「……わが国では、裁判所は『統制されざる統制者』であり、裁判所自身が人権に拘束されるという觀念が希薄である⁽²¹⁴⁾」と指摘される。そうだとすれば、先の文脈とは異なるが、ここでも司法裁量統制が十分意識されているとはいえないことになる。

先述したように、ドーナツは実体がなければ穴を認識することができず、実体と穴の両方があって初めてドーナツが存在することを踏まえると、憲法もその実体と限界となる枠を明らかにしなければ、憲法全体を把握することができない。ゆえに憲法構造を踏まえた審査基準、限界ライン、禁止ルールなどを設定することでその枠を可視化する作業が必要であると思われる。そもそも憲法判断における司法裁量を認めることは、司法が憲法解釈を示すことによって人民が憲法にコミットメントすることにつながるからであるという指摘がある⁽²¹⁵⁾。司法裁量が認められる理由にこうした側面があるとすれば、憲法構造を踏まえた基本原則的裁量統制の枠を提示することも

その任務の「いごひあふん照ねね」。

- (11) Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984).
- (11) Thomas W. Merrill and Kristin E. Hickman, *Chevron's Domain*, 89 GEO. L.J. 833 (2001).
- (11) Nathan Richardson, *Deference Is Dead (Long Live Chevron)*, 73 RUTGERS U. L. REV. 441 (2021).
- (12) Nathan Richardson, *Antideference: Covid, Climate, and the Rise of the Major Questions Canon*, 108 VA. L. REV. ONLINE 174 (2022).
- (12) MCI Telecommunications Corp. v. AT&T Co., 512 U.S. 218 (1994).
- (12) Joshua S. Sellers, "Major Questions" Moderation, 87 GEO. WASH. L. REV. 930, 939-945 (2019).
- (12) 47 U.S.C. § 203.
- (12) Abigail R. Moncrieff, *Reincarnating the "Major Questions" Exception to Chevron Deference as a Doctrine of Noninterference (Or Why Massachusetts v. EPA Got It Wrong)*, 60 ADMIN. L. REV. 593, 600-601 (2008).
- (12) FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 529 U.S. 120 (2000).
- (12) 21 U.S.C. §§ 301 et seq.
- (12) 529 U.S. at 160.
- (12) Blake Emerson, *Administrative Answers to Major Questions: On the Democratic Legitimacy of Agency Statutory Interpretation*, 102 MINN. L. REV. 2019, 2036 (2018).
- (12) Gonzales v. Oregon, 546 U.S. 243 (2006).
- (13) 21 U.S.C. § 829 (a).
- (13) 21 U.S.C. § 822 (a) (2).
- (13) 21 U.S.C. § 824 (a) (4); § 822 (a) (2).
- (13) 66 Fed. Reg. 56608 (2001).
- (13) 529 U.S. at 160.

- (135) 546 U.S. at 267.
- (136) *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U.S. 302.
- (137) *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007).
- (138) 573 U.S. at 324. スカリア裁判官が法廷意見を形成できた部分と相対多数意見にとどまった部分とに分かれるが、主要問題の法理に言及した部分（II-A-2）は法廷意見に該当する箇所である。この部分には、ロバーツ、ケネディ、トーマス、アリートが主要問題の法理の箇所を含むIIの箇所について賛同している。
- (139) *King v. Burwell*, 576 U.S. 473 (2015).
- (140) 42 U. S. C. § 18031.
- (141) 26 U. S. C. §§ 36B (b)-(c).
- (142) 45 CFR § 155.20 (2014).
- (143) 576 U.S. at 486.
- (144) *Natl Fedn. of Indep. Bus. v. DOL*, 142 S. Ct. 661 (2022) (per curiam).
- (145) *Id.* at 665.
- (146) *Biden v. Missouri*, 142 S. Ct. 647 (2022) (per curiam).
- (147) 42 U. S. C. § 1302 (a).
- (148) 86 Fed. Reg. 61555 (2021).
- (149) 142 S. Ct. at 658.
- (150) *Id.* at 652.
- (151) *West Virginia v. EPA*, 142 S. Ct. 2587 (2022).
- (152) Section 111 of the Clean Air Act, 42 U. S. C. § 7411.
- (153) § 7411 (a).
- (154) 142 S. Ct. at 2610.
- (155) *Id.* at 2614.

- (156) *Id.* at 2616 (Gorsuch, J. concurring).
- (157) *Id.*
- (158) このルールの成り立ちについては、小林祐紀「法律制定における立法府に対する明確性の要求——明確叙述準則の議論を素材にして」法政論究九七巻二六九頁(二〇一三年)を参照。
- (159) 142 S. Ct. at 2618.
- (160) *Id.* at 2626 (Kagan, J. dissenting).
- (161) Biden v. Nebraska, 143 S. Ct. 2355 (2023).
- (162) 20 U. S. C. § 1070 (a).
- (163) 20 U. S. C. § 1098bb (a) (1). なお、文脈に照らし、「modify」ではなく「修正」と訳した。
- (164) 143 S. Ct. at 2376 (Barrett, J. concurring).
- (165) Mita Sohoni, *The Major Questions Quartet*, 136 HARV. L. REV. 262 (2022).
- (166) *West Virginia v. EPA*, 142 S. Ct. at 2608.
- (167) *Id.* at 2641.
- (168) Ilya Somin, *A Major Question of Power: The Vaccine Mandate Cases and the Limits of Executive Authority*, 2022 CARO SUP. CT. REV. 69. たゞ、ロマンをめぐり問題にまつ主要問題の法理が適用されたのは執行府の裁量統制という面から評価すべきであるとの指摘がある。
- (169) Merrill & Hickman, *supra* note 118, at 873.
- (170) Cass R. Sunstein, *Chevron as Law*, 107 GEO. L.J. 1613, 1669 (2019).
- (171) Kristin E. Hickman, *The Roberts Court's Structural Incrementalism*, 136 HARV. L. REV. F. 75, 82-91 (2022).
- (172) Thomas W. Merrill, *Rethinking Article I, Section 1: From Nondlegation to Exclusive Delegation*, 104 COLUM. L. REV. 2097, 2103-2114 (2004).
- (173) 合衆国憲法一条一節「立法権はすべて合衆国議会に属す」。
- (174) Jonathan H. Adler, *West Virginia v. EPA: Some Answers About Major Questions*, 2022 CARO SUP. CT. REV. 37.

- 58-62.
- (175) See, e.g., Gary Lawson, *Delegation and Original Meaning*, 88 V.A.L. REV. 327, 355-372 (2002).
- (176) Merrill, *supra* note 172, at 2172.
- (177) *Gundy*, 139 S. Ct. at 2142 (Gorsuch, J., dissenting). 44号 ロビンソン長官とトーマス裁判官が賛同している。
- (178) Paul v. United States, 140 S. Ct. 342 (Kavanaugh, J., concurring).
- (179) J. Randy Beck, *The Heart of Federalism: Pretext Review of Means-End Relationships*, 36 U.C. DAVIS L. REV. 407, 412-422 (2003).
- (180) *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).
- (181) *Id.* at 423.
- (182) Cynthia Barmore, *Authoritarian Pretext and the Fourth Amendment*, 51 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 273 (2016).
- (183) Amy L. Stein, *Domestic Emergency Pretexts*, 98 IND. L.J. 479 (2023).
- (184) *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971).
- (185) *Id.* at 420.
- (186) *DOC v. New York*, 139 S. Ct. 2551 (2019).
- (187) *Trumm v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392 (2018).
- (188) Laura Boyer, *Expanding the Administrative Record: Using Pretext to Show "Bad Faith Or Improper Behavior"*, 92 U. COLO. L. REV. 613, 627 (2021).
- (189) Pretext は「口実、見せかけ、もっともらしい理由」などを意味する言葉であり、司法審査の文脈では、根拠や理由がなごらなごら、真の目的とは異なる目的を掲げていること、不当な動機に基づいていることなどを指す。これらを総合すると、規制が不当であるかどうかを審査するといえるので、本稿では pretext を「不当」と訳すことにした。なお、前述の *McCulloch* 判決の判示部分については文脈上「口実」と訳した。
- (190) 138 S. Ct. at 2433 (Sotomayor, J., dissenting).
- (191) *New York v. United States DOC*, 351 F. Supp. 3d 502 (SDNY 2019).

- (182) *DOC v. New York*, 139 S. Ct. at 2573-2574.
- (183) *Id.* at 2575-2576.
- (184) Adriel I. Cepeda Derieux, Jonathan S. Topaz, and Dale E. Ho, “Contrained”: *The Voting Rights Act Pretext for the Trump Administration’s Failed Attempt to Add a Citizenship Question to the 2020 Census*, 38 YALE L. & POLY REV. 322, 354 (2020).
- (185) Jack Thormin, *An Agencies Lie? A Redlist’s Guide to Pretext Review*, 80 MICH. L. REV. 1021, 1040-1041 (2021).
- (186) 139 S. Ct. at 2576-2584 (Thomas, J., concurring in part and dissenting in part), なお、トーマス大法官は「トーマス大法官が賛同している」。
- (187) *Id.* at 2577-2578.
- (188) Erica Hudson, *Pretext: Forms and Functions in Employment-Discrimination, Batson, and Administrative-Law Claims*, 72 CASE W. RES. 223, 230-231 (2021).
- (189) Louis Murray, *Reconceptualizing Pretext’s Role in Administrative Law*, 57 HARV. J. ON LEGIS. 481 (2020).
- (190) Adrian Vermeule, *The Original Scalia*, 2023 HARV. J.L. & PUB. POLY PER CURIAM 1.
- (191) 公共訴訟をめぐる議論については、大沢秀介『現代アメリカ社会と司法—公共訴訟をめぐる』(二二—一六頁(慶應通信、一九八七年))、同「公共訴訟としての憲法訴訟」(法社会学四六号一五五頁(一九九四年))などを参照。
- (192) See, e.g., William A. Fletcher, *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, 91 YALE L.J. 635 (1982).
- (193) Bijal Shah, *Judicial Administration*, 11 U.C. IRVINE L. REV. 1119 (2021). 司法が行政国家統制を通して介入の度合を高める状況を「司法的行政」(Judicial Administration)と呼ぶ見解がある。
- (194) 最大判昭和五六年二月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁。
- (195) 最三小判平成元年六月二〇日民集四三卷六号三八五頁。
- (196) 最大判昭和四五年九月一六日民集二四卷一〇号一四一〇頁。
- (197) 被拘禁者喫煙禁止事件判決・前掲注(196)一四一二頁。

- (208) 最大判昭和三十一年六月一三日刑集一〇卷六号八三〇頁。
- (209) 覚せい取締法合憲性訴訟・前掲注(208)八三四頁。
- (210) 個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由（肖像権と称するかどうかは別として）を認めた京都府学連事件判決（最大判昭和四四年一月二四日刑集二三卷一 二号一六二五頁）や氏名や住所等の個人情報もプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるとした講演会名簿提出事件判決（最二小判平成一五年九月一二日民集五七卷八号九七三頁）などが挙げられる。
- (211) この問題に関する判例分析として、御幸聖樹『「尊重」の意味——『尊重に値する』ことは権利が認められたことにはならないのか』大林啓吾・柴田憲司編『憲法判例のエンigma』九一頁（成文堂、二〇一八年）を参照。
- (212) 博多駅テレビフィルム提出命令事件判決（最大決昭和四四年一月二六日刑集二三卷一 号一四九〇頁）、レベタ訴訟（最大判平成元年三月八日民集四三卷二 号八九頁）、再婚禁止期間違憲訴訟（最大判平成二七年一月一六日民集六九卷八号二四二七頁）。
- (213) サーベル登録拒否事件判決・前掲注(11)三七二—三七七頁。
- (214) 穴戸常寿「裁量論と人権論」公法研究七一号一〇〇頁、一〇八頁（二〇〇九年）。
- (215) Todd E. Pettys, *Judicial Discretion in Constitutional Cases*, 26 J. L. & Politics 123, 124, 163-169 (2011).

※ なお、本稿は二〇二三年一〇月に脱稿したものである。