

職業公務員制の憲法的機能

——メツツガーの「行政内における権力分立」論を参考に——

佐藤太樹

- 一 序
- 二 メツツガーの問題意識…指揮監督権の制度と実態
 - (一) ブラウンロー委員会報告書における行政管理と調整の観念
 - (二) ブラウンロー委員会報告書以後の行政改革とその帰結
 - (三) メツツガーの問題意識…官僚機構の政治化
- 三 職業公務員制の憲法的機能…メツツガーの憲法解釈論
 - (一) 職業公務員制の憲法的機能と誠実執行条項
 - (二) 司法審査の再定位…入国制限令に係る裁判例を参考に
 - (三) メツツガーの所説の批判的検討
- 四 結

一 序

1 日本の問題状況と本稿の課題

一九九〇年代以降の政治行政改革では、官僚機構のセクシヨナリズムを克服し、民主的な責任行政を実現するために内閣の機能強化が進められた。一連の改革では、憲法上、内閣が「国務の総理」機能（国政の運営に関する総合戦略・総合政策的発想に基づく総合調整力）を持つとの理解が前提となつて、予算編成や人事管理などの各局面で内閣の権限が拡充され、内閣のリーダーシップの強化が図られた^①。もっとも、近年では、過剰な政治主導が原因となつて官僚機構の機能不全（官僚的合理性の後退）が顕在化しており、政治主導の時代に改めて官僚機構の役割を再検討する議論が徐々に注目を集めている^②。

こうした背景の下、本稿では、近年アメリカの憲法学説において官僚機構の専門的自律性が再評価されつつある点に注目し、特にメッツガー（Gillian E. Metzger）の所説を中心に検討を行う。

2 新しい理論潮流の誕生

近年アメリカでは官僚機構の専門的自律性を再評価する議論として、「行政府内における権力分立（administrative separation of powers）」論が主張されている。この理論は、憲法学者のマイケルズ（Jon D. Michaels）やメッツガーを中心に、近年アメリカでその支持を拡大しつつある学説であり、マイケルズについては日本でも紹介がなされている^③。

この学説によると、執行府の内部は大統領だけでなく、職業公務員（civil service）から構成される官僚集団によって分権化されているところ、職業公務員は、執行府内部でのカウンター・バランスを構成し、専門性の観点から内部

的チェックを行うべきものとして再評価されている。この学説の背景には、官僚機構の政治化という文脈が関係している。即ち、アメリカでは、一九三七年のブラウンロー委員会報告書以降、大統領の指揮監督権を組織・人事・政策調整の各局面で強化し、官僚機構に対するコントロールを強化する行政改革が行われてきた。もともと、その反作用として、執行府内部での専門的チェックを迂回し独断的に政治主導を断行する大統領の専制性が次第に顕在化するようになった。これを受けて、近年アメリカの憲法学でも、政治と行政の役割分担を改めて問い直す気運が生じている。具体的には、職業公務員が、大統領からの党派的要求を斥け、行政の中立性や合理性を確保し、執行府内部の抑制均衡を維持する役割を果たす点が注目されるようになった。もともと、実際には、大統領が独断的な政治主導を断行し、執行府内部でのチェックの仕組みを骨抜きにする場合があり得る。そのため、その場合には、裁判所が司法審査を通じて内部的チェック機能を復元する役割を担うべきだとされる。

3 本稿の構成…なぜマイケルズではなくメッツガーなのか

「行政府内における権力分立」論は新参の学説である。アメリカの憲法学では、ケーガン (E. Keegan) の「大統領による行政 (presidential administration)」論⁴⁾のように、官僚集団に対する民主的コントロールの重要性を強調する見解が主流である。そのため、「行政府内における権力分立」論を紹介するにあたっては、その対抗言説を綿密に検討する必要があるが、その作業は他の機会に委ね、本稿では、「行政府内における権力分立」論の主張者の一人であるメッツガーに焦点を絞る。以下その理由を説明する。

まず理論潮流の全体像を概略すると、ケーガンをはじめとする主流派に対して体系的な批判を展開したのは、先述したマイケルズである。マイケルズは、行政に対する民主的コントロールの意義を強調するだけでは憲法理論として不十分であり、執行府内部の抑制均衡という憲法的価値にも目を向ける必要があると主張している。この主張の背景

には、大統領による過剰な官僚統制が、大統領の独断主義や専制主義を加速させてしまったという評価が関係している。しかしマイケルズの議論は次の二つの難点を抱えており、その課題を克服する観点から特にメッツガーの議論に注目する意義が認められる。

第一にマイケルズは、執行府内部の抑制均衡（大統領対職業公務員）が重要だと指摘しながらも、具体的に職業公務員が如何なる規範的役割を担うべきなのかを詳論していない。これに対してメッツガーは、職業公務員制が、法の支配などの憲法的価値を支える制度体として機能している実態に着目し、それが誠実執行条項に基づく憲法上の要請であると明言している。具体的には、①行政の能率性・専門性（執行適格ないし機関適正）、②執行府内部での抑制均衡（政治的党派性の抑止、大統領の党派性に左右されない行政の合理性の確保（法の支配））、③政治任用職との協働（組織分化を前提とした協働）、の三点が職業公務員制の憲法的機能であるとされる。

第二に司法審査論の観点からみても、メッツガーにはマイケルズにはない新しい視点が加味されている。マイケルズによれば、「行政内部の権力分立が崩壊しそれが短期間で変更された」場合には、裁判所は、Chevron 敬讓の適用を取り止め、State Farm 型のハードルックを適用し、職業公務員を担い手とする内部的チェックを維持強化するような審査を行うべきとされる。メッツガーもマイケルズと同様、執行府内部の抑制均衡を確保する観点から State Farm 判決を再評価しているが、これに加えてメッツガーは、入国制限令に係る裁判例を参考にしながら、判断過程統制の視点を加味しようと試みている。後述するように、この裁判例では、執行府内部での政策形成の過程で職業公務員が果たすべき規範的役割が問われていたといえるが、メッツガーはそれを、執行府内部でのチェックと協働のプロセスとして剔出し、そのうえでかかるプロセスの保全を、司法審査の役割として再定位している。

第二章では、メッツガーの現状認識に照らして行政改革の来歴を概観し、彼女の問題意識を適切な文脈に位置付ける作業を行う。具体的には、ブラウンロー委員会報告書以降、実定法上、大統領の指揮監督権がどのように強化され

てきたのかを分析し、かかる実定制度の現状に対してメッツガーがどのような批判的視座を持っていたのかを明らかにする。後述するように、ブラウンロー委員会報告書以降、組織・人事・政策調整の各局面で大統領の指揮監督権が拡充されてきたが、メッツガーによると、その結果、官僚機構の政治化が進行し、行政の合理性や専門性が後退している状況にある。そこでメッツガーは、肥大化した大統領の権能を執行府内部から抑制する職業公務員の機能を憲法的に再評価し、そのうえで、執行府内部でのチェック機能を維持強化する司法審査のあり方を模索するべきではないか、という問題提起を行っている。第三章第一節では、メッツガーが、職業公務員制の憲法的機能を同定し、これを誠実執行条項の解釈論に結び付けて立論している点を検討する。第二節では、トランプ大統領の入国制限令に係る裁判例を分析し、メッツガーの司法審査論を検討する。第三節では、メッツガーの議論を批判的に吟味する。

二 メッツガーの問題意識…指揮監督権の制度と実態

(一) ブラウンロー委員会報告書における行政管理と調整の観念

本章の課題は、大統領の指揮監督権に関する実定制度を記述的に概略することである。具体的には、ブラウンロー委員会報告書以降、組織・人事・政策調整の各局面で大統領の指揮監督権が強化されてきた来歴を明らかにし、同時に、かかる権限作用のなかに行政全体での総合調整の契機が含まれていた点を明らかにする。もっとも、一連の行政改革の結果、実際には官僚機構の政治化が進行しており、このことが、メッツガーの問題意識の背景事情となっている。

1 ブラウンロー委員会報告書以前における有権解釈の状況…大統領と行政

大統領の指揮監督権に関する実定制度やその運用を把握するためには、現行制度の原点となったブラウンロー委員会報告書にまで遡って検討を加える必要があるが、それに先立ち以下では、ブラウンロー委員会報告書が提出された当時、指揮監督権に関してどのような憲法解釈が確立していたのかを確認する。予め概略すると、憲法典には大統領の指揮監督権を明文化した条文は存在しないが、制憲期以来、大統領が指揮監督権を持つことが有権解釈を通じて確立されてきた。Myers判決は、こうした制憲期以来の有権解釈を、憲法先例として確定させる意義を持っていたといえる。もつとも同判決は、メリット・システムの合憲性も承認しており、これによって、解任を通じて大統領の行政コントロールの及ばない領域（行政）が憲法上確保されたことになったが、ここに生ずる政治と行政の相克を如何に調停するのが、その後の行政改革に通貫するテーマを設定することになった。

合衆国憲法には大統領の指揮監督権を明記した条項は存在しない。もつとも、かかる権限は、制憲期以来、有権解釈を通じて実務上承認されてきた。歴史的にはまず、各省の長官を解任する権限が大統領に与えられてきたことが重要である。即ち、制憲直後に開かれた第一議会では、財務省や外務省などの主要省庁を創設するための法案が審議されていたが、合衆国憲法には解任権の所在を定めた規定が存在しなかったため、この権限を誰が持っているのかをめぐって論争が生じた。この論争を最終的に決着させたのは、当時下院議員として法案審議に加わっていたマディソンである。マディソンは審議のなかで、「執行権とは、法を執行する者を任命・監督・コントロールする権限である」と述べて、憲法上特段の定めがない限りは、究極のコントロール手段である解任権についても、憲法上執行権の帰属先である大統領に専属するのが原則であると主張した。⁽⁶⁾ この見解は議会多数派に採用され、その結果、外務省設置法と陸軍省設置法では、長官を筆頭とする上級職 (Principal officer) が大統領によって解任され得ることが定められた。⁽⁷⁾ 財務省設置法についても、長官が大統領によって解任され得ることが明記された。⁽⁸⁾

以後今日に至るまで、各省庁のトップを解任する権限は、憲法上大統領に専属するものと解釈されている。実際こうした解釈に基づいて大統領は、しばしば自らの意に沿わない行政官を更迭してきたが、その際解任権は、「大統領配下の行政官をコントロールする権力と責務を担保するために憲法上大統領に与えられたサンクション」⁽⁹⁾として位置付けられてきた。

もっとも解任権を行使する場面は実際には限定的であり、通常は、解任の影をちらつかせつつも、大統領が随時指示や通達を出すなかで行政各部をコントロールしている。そしてこのような意味での指揮監督権は解任権と同様、憲法上大統領の執行権のなかに含まれるものと解釈されてきた。例えば、一八二三年の司法長官意見は、「憲法は、法執行に従事する行政官が大統領の一般的な監督の下に置かれるべきことを要請している」⁽¹⁰⁾と明言しており、それ以後の司法長官意見でも、大統領が、指示・通達・覚書・協議などの各種各様の形式を通じて行政各部に随時指揮監督権を行使できる旨が確認されている⁽¹¹⁾。

このような理解は、一九二六年の *Myers* 判決でも確認されている。同判決では、第一級から第三級までの郵便局長の任免を上院の助言と承認に基づき大統領が行うものとする規定の合憲性が争われていたが、最高裁は、解任権は憲法上大統領に専属するものであるから同規定は違憲無効であると判示した。最高裁は、憲法上解任権が大統領に専属することを論証する説示のなかで、解任権を行政コントロール権の一手法であると位置付け、かかる行政コントロール権一般も大統領の執行権のなかに包含されるものと解釈した。説示では、次のように述べられている⁽¹²⁾。

法律で定められた行政官の通常の職務は、大統領に包括的に執行権を授権していることを根拠とした、一般的な行政コントロール (general administrative control) に服する。大統領は単一かつ均一な法執行を確保するために、行政官の法解釈に対して適切な監督と指導を行う (supervise and guide)。このことは、合衆国憲法二条が、大統領単独に執行権を付与している趣旨

からして明白である。

ここでは、大統領の指揮監督権を通じて執行府の単一性が維持されるべきだとする理解が示されている。Myers判決によれば、この意味での執行府の単一性は、大統領を頂点とする責任の連鎖を生み出し、かかる連鎖の頂点にある大統領が民主的な統制を受けることで、民主的な責任行政が保障されるものと説明されている。

Myers判決の判示事項との関係でいえば、大統領の解任権が何らかの形で制約される場合、究極のコントロール手段が剥奪され、行政ヒエラルキーにおける大統領の首長性が損なわれるため、独立行政委員会のような制度を創出することは原則として違憲になるものと解される。Myers判決以後の最高裁判例も、基本的にはこの立場を踏襲している。¹³⁾

しかし本稿との関係でむしろ注目されるのは、Myers判決がその傍論の説示のなかで、解任法理の射程を、各行政官庁の長などから成る主要官吏 (Principal officer) に限定しつつ、主要官吏の配下である下級官吏 (inferior officer) については大統領による解任の対象にはならないと説示した点にある。最高裁が指摘するように、一八八三年のペンドルトン法¹⁴⁾の制定以降、「スポイルズ・システムの弊害」を克服するために、競争採用試験を中心とするメリット・システムが導入された。その結果、最高裁によれば、「大統領による独立した解任権の行使は、メリット・システムに事実容喙できない」ものになった。¹⁵⁾

従って、Myers判決によれば、実定法上、執行府全体のなかに、大統領が解任のサンクションを以ってコントロールすることのできない領域が確保されたことになる。この領域は、当時の公法学説の用語法でいえば、行政 (administration) と呼ばれてきたものであり、大統領をはじめとする政党システムの領分である政治 (Politics) からは区別される専門性の領域として位置付けられてきた。この点、グットナウ (E. J. Goodnow) が指摘していたように、

元来職業公務員制は、行政機構を政党組織ではなく専従の専門職員によって組織することで、行政（法執行）の中立性と合理性を確保するための仕組みであり、そのためには、公務員の任免を大統領の党派的影響から切り離し、能力主義に基づく人事任用を確立する必要があった。⁽¹⁶⁾ とりわけ一九世紀後半以降、産業構造の複雑化に伴い、規制措置に複雑なリスク評価が要求されるようになる、「経済社会活動の立法的規制が、行政機構（administrative instruments）に委任される」ようになり、「高度に専門化された職業公務員（highly professionalized civil service）」が行政機関の専門性を支えるようになった。⁽¹⁷⁾ 実際、一八八三年にペンドルトン法が制定された当初、メリット・システムが適用される範囲は、連邦職員全体のおよそ一〇％に留まったが、その範囲は漸次拡大の一途をたどり、一九三二年までにはその適用範囲が全体の八〇％近くに及んだ。⁽¹⁸⁾ また、職業公務員制を党派的な人事介入から保護するための仕組みも徐々に強化された。特にメリット・システムの対象となる公務員を解任する場合には、法令上、解任を基礎付ける正当な理由が公務の効率性の観点に限定されるべきものとされ、政治的動機を含んではならないと定められた。⁽¹⁹⁾

このようにアメリカの職業公務員制度は、採用や解任などの人事任用について政治家による党派的介入を遮断し公務員の能力主義を徹底させることで、専門職員の育成を制度化するための仕組みであり、これによって政治的党派性に左右されない行政の合理性が確保されることになった。もともと、先述の *Myers* 判決でも示されているように、大統領は解任権を通じてメリット・システムに介入することができないにしても、行政に対する一般的コントロール権を保有するべきものと解されている。以下では、この一般的コントロール権（指揮監督権）が実定法上どのように具体化されてきたのかを概観する。

2 ブラウンロー委員会報告書

ブラウンロー委員会報告書とは、行政管理に関する大統領委員会（President's Committee on Administrative

(Management) によって起草された文書であり、一九三七年に行政改革の指針を勧告するために、フランクリン・ルーズベルト大統領に提出され、大統領を通じてこれが議会に提出された。報告書は、大統領の行政管理能力を強化する機構改革を提言しており、以後、この報告書の基本指針が、その後の行政改革に大きな影響を与えた。以下では、報告書において、大統領の指揮監督権が、行政管理と調整という視点から位置付け直されていた点を明らかにする。

まずルーズベルト大統領によって委員会が立ち上げられた経緯について述べると、当時ニューディール政策を遂行するために次々と新規の行政機関が創設され、行政組織の規模が拡大するなかで、大統領自身が行政全体をトップ・マネジメントする必要に迫られていたという事情が関係している。一九三三年に大統領に着任したルーズベルトは、就任早々、失業対策や経済回復のための法案を矢継ぎ早に議会で成立させることに成功すると、同年七月一日に大統領令 (Executive Order 6202A) を発出し、これらの政策を担当する関係省庁を総合調整するための場として、大統領評議会 (Executive Council) を設置した。もっとも、同評議会は関係行政機関のトップを寄せ集めたものに留まり、大統領を支える人員スタッフが構造的に不足していたため、集権的に政策を調整する場としては機能しなかった。⁽²⁰⁾ その後も「場当たりのな解決策が試されたが、どれも上手くいくことはなかった」⁽²¹⁾。そこでルーズベルト大統領は、一九三六年、「行政管理の問題を検討させ」、「執行部門の組織機構を精査させる」ために、ブラウンロー (F. Brownlow) を座長とする諮問委員会を立ち上げ、⁽²²⁾ 概ね次のような改革指針が示された。

まず、報告書は、「大統領には助けの手が必要だ」という基本方針を宣明し、大統領の指揮監督権の強化を提言している。報告書によれば、大統領には憲法上行政各部を監督 (direction) し、行政全体を調整する (coordinate) 権限が与えられているが、現実には、巨大な官僚組織をコントロールするだけの人員や組織が整備されていないため、大統領とその少数の側近のみだけで行政全体を統御することは不可能であり、その結果、「官僚制の脅威を抑止すること」⁽²⁴⁾ できず、行政に対する「民主的なコントロールも失われている」⁽²⁴⁾。このような状況を打開し、民主的な責任行

政を確立するためには、大統領の行政管理能力を拡充するための機構改革が必要である。具体的には、①大統領の補佐機関として大統領府を設置し、ホワイトハウスの人員を拡充するとともに、予算や計画に関わる行政管理機能を大統領中枢に集約化すること、②公務員の人事行政は、従来、大統領から独立した合議体である人事委員会の所管となっていたが、大統領による柔軟な人事管理を可能とするために、現行の人事委員会を廃止し、新しく単独制の人事局 (Civil Service Administration) に組み替えるべきこと、などが提案された。

その一方で、報告書は、「メリット・システムを上下八方に拡大するべきである」と主張し、その理由として、「今日のように増大する業務と責任を担うに至った民主的な政府の下では、高いレベルの人材が要求されており、そのような人材は、適正な能力を備え、高い習練を経ており、職務に忠実で、長年の経験によって練達しており、個人的政治的なパトローネージに阻害されることなく地位の継続性が保障された存在でなければならない」と述べている⁽²⁵⁾。さらに報告書によれば、職員公務員は、政策決定を担う政治任用職の監督の下で、彼らの決定した政策を適格に実行に移す役割を担うべきだと提言されている。

約言すると、報告書では次の二つの指針が提示されている。即ち、一つには、「活力や指導力、行政管理の中枢⁽²⁶⁾」としての大統領の地位を強化し、そのために必要な機構改革を行うべきことが提言されている。他方で、大統領の指揮監督の下に「有能な人材⁽²⁷⁾」を育成し、職業公務員制度を拡充するべきことが提言されている。こうしてみると、報告書は、大統領の行政管理能力の強化を提言する一方、職業公務員制の意義を再確認しているところにその特徴を看取することができるが、こうした改革指針の二面的な性格は、報告書を起草した各委員の学問的な背景とも関係している。報告書の知識社会的な背景を研究したカール (Barry D. Karl) の伝記研究によると、まず、ブラウンローとギューリック (J. Guillek) は主に都市行政の知見を背景にしながら、行政官の専門的修練と専門分化の必要性を強調していたとされ、これが職業公務員制に関する上述の提言に結実したとされる⁽²⁸⁾。他方で政治学学者であった委員のメ

リアム (C. Merriam) は、「知識の集積と組織化」⁽²⁹⁾のプロセスとして計画 (planning) の概念を理論化し、この計画的統合の契機を、大統領の指揮監督権の觀念に結び付けたとされる。

以上を整理すると、ブラウンロー委員会報告書は、執行部門が、メリット・システムの適用される職員公務員と、大統領とその側近である政治任用職の層によって分層化されるべきことを前提に、大統領が行政全体を総合調整するべき存在として位置付けられている。この点、委員の一人であったギューリックは、報告書が提出された翌年に、同報告書で提示された行政改革の指針を、行政組織論の形で体系化する論文を公表しており、報告書の内容を理解するための補助線を提供している。⁽³⁰⁾ 即ち、ギューリックは、『管理科学論集』のなかに寄稿した自身の論文のなかで、「大規模で複雑化した業務」を的確に遂行するためには、職員の専門分化と分業 (division of work) が必要になると指摘する一方、組織全体の共通目的を実現するためには、調整のメカニズムを組織化する必要があると述べている。そして、一人の人間が組織全体監督できる時間と範囲には限界がある以上、調整のメカニズムは、個別業務ごとの単発の命令で行われるのではなく、POSDCORB (計画 Planning、組織 Organization、人事 Staffing、指示 Directing、調整 Coordinating、報告 Report、予算 Budgeting) の各局面を集権的にコントロールすることで達成されると結論付けている。

このギューリックの論文を背景に改めて報告書の内容を整理すると、その内容は概ね次のように要約することができる。即ち、大統領の行政管理能力の強化とは、指揮監督権を組織・人事・政策調整の各局面で強化することで、大統領の政策指針に従って行政全体を方向付ける作業を意味する一方、ここでいう行政管理は、職業公務員制を前提とした分業体制を基礎に、「各作業部門を相互に関連付ける」⁽³¹⁾総合調整の契機を含むものであったと整理することができる。次節では、ここで提示された行政改革の指針が、その後の制度改革に実際にどのような影響を与えたのかを、分析する。

(二) ブラウンロー委員会報告書以後の行政改革とその帰結

既述のように、委員会報告書の改革指針は、①組織・人事・政策調整の各局面で大統領の指揮監督権を強化し、その指導性を強化する側面と、②職業公務員制を基盤とした分業体制を前提に各部門と連携しながら総合調整を図る側面、の二つに大別して理解することができ、両者ともに実際の制度改革に大きな影響を与えた。もつとも、以下でみるように、実際の制度改革で強調されたのは、①の指導力強化の側面であったといえる。

報告書以後の主要な改革を列挙すると、まず初めに行われたのが、メリット・システムの拡大である。既述のように、ルーズベルト大統領は、大恐慌対策のために行政機関の新設と増員を行ったが、新設された行政機関の大半では、メリット・システムの適用外となる特別職員 (excepted service) から人事採用が行われ、その結果、メリット・システムの適用範囲は、全体の八〇%から六〇%にまで下降した。もつとも、一九四〇年に *Ramspack* 法⁽³²⁾が制定され、大統領が大統領令を通じて、従前特別職員に分類されていた職員を、メリット・システムの適用対象に切り替えることができる旨が定められた。その後、メリット・システムの適用拡大が進められ、一九五一年にはその適用割合が全体の八八%を占めるに至った。その意味で *Ramspack* 法に始まるメリット・システム拡大の動きは、「一九三七年の行政管理に関する大統領委員会で提言された、人事管理に関する勧告と軌を一にするものであった⁽³³⁾」といえよう。

もつとも、ブラウンロー委員会報告書以後の行政改革の主眼は、大統領の行政管理能力の強化に置かれていたとみることができる。関連する改革を時系列に沿って列挙すると、まず、一九三九年の大統領府が設置され、大統領の補佐支援体制が強化された。次いで一九七八年の公務員制度改革で、主に各省の課長級から構成される上級管理職 (Senior Executive Service (SES)) が創設され、SES全体の一〇%を超えない範囲で政治任用を行うことが可能となった⁽³⁴⁾。さらにOMB審査の創設によって、大統領が、各行政機関のルールメイキングに関して、その判断過程を実

体的にコントロールできるようになった。

このように、ブラウンロー委員会報告書以降、官房組織・人事管理・政策調整の各局面で大統領の指揮監督権が強化されてきたといえるが、以下では主にOMB審査の運用に着目しながら、一連の制度改革が相互にどのように連関し、如何なる変化をもたらしたのかを子細に検討したい。

OMB審査とは、大統領府直下のOMB（行政管理予算局）が監督機関となつて行われる政策調整メカニズムであり、大統領令（Executive Order）一二一九号によつて新設された。当該大統領令は、OMB審査を新設した目的について、「規制措置に関する行政機関の応答責任（accountability）を高めて、規制プロセスに対する大統領による監督（oversight）を確保するため」と述べたうえで、概ね次のような手順を定めた。まず、審査の実体的基準として費用効用分析（cost-benefit analysis）が導入された。次いで、審査対象となる規制措置が、この基準と適合しているかどうかを審査するために、各行政機関に、管轄する規制規則について予め規制影響分析を作成させ、これを事前にOMBに提出することを義務付けた。そのうえで各行政機関は、当該規制措置についてOMBと協議（consult with）すること、義務付けられるとともに、OMB局長の意見に応答（respond to the Director's views）しない場合、規制措置の公表及び告知を留保（refrain from）しなければならないと定められた。

行政法学者のケーガン（E. Kagan）が指摘しているように、OMB審査は、「OMBが、各行政機関の提出する規制影響分析の適否を判断し、審査手続きが完了するまで、場合によって永久に、提案された最終的な規則の発行を停止する権限を有する」という意味で、「規則制定手続きに対する実質的なコントロールの形式」を規定しており、レーガン政権以降、「大統領の政策課題を実現するための手段」として定着した。⁽³⁵⁾

ケーガンも指摘するように、OMB審査が集権的な政策調整システムとして定着した背景には、ブラウンロー委員会報告書以降、大統領の行政管理能力が制度上拡充されてきたことが関係している。とりわけ重要なのは人事面にお

ける制度変化である。先述したように、一九七八年の公務員制度改革ではSES制度が導入され、大統領による政治任用の範囲が拡大された。とりわけ各省課長級以上から成る幹部職員が政治任用の場合には、「大統領の政治選好に合致しているかどうか注目して任用が行われるため、大統領の任用権は、自らの同胞を予め官僚機構のなかに忍び込ませることで政治的応答性を高める手法として効果的に活用されてきた」⁽³⁶⁾。このように大統領は、政治任用を通じて自身に協力的な陣容を整えることで、政策の決定と調整を自らの下に集権化させるに至った。

(三) メツツガーの問題意識・官僚機構の政治化

以上でみたように、ブラウンロー委員会報告書以降、官房人事・人事管理・政策調整の各局面で大統領の指揮監督権が強化され、その結果、「内閣、官僚機構、OMBといった執行府内部の政策形成に関わるアクターが、組織上層へ集合され調整される」⁽³⁷⁾ようになり、官僚機構の政治化 (politicization) が進化した。本節では、官僚機構の政治化という実態に対してメツツガーが如何なる問題意識を持っていたのかを明らかにする。具体的には、メツツガーの引用した文献(実証研究及び判例)に依拠しながら、官僚機構の政治化により大統領の党派性に左右されない行政の合理性や専門性が浸食されつつある、というメツツガーの現状評価を概観する。

先述したように、OMB審査が、大統領を頂点とする集権的な政策調整の仕組みとして定着した背景には、ブラウンロー委員会報告書以降、官房組織や人事管理の局面で大統領の行政管理能力が強化されてきたことが関係している。特にSES制度が導入され、各省課長級の人事を一定程度大統領が掌握できるようになると、「政権の綱領を実行するうえで重要な政策や事業に関わる官職を、大統領が柔軟にコントロールできるように」⁽³⁸⁾なり、その結果、一九七〇年代以降、メリット・システムの適用領域は全体の六〇%から五〇%近くにまで下降した⁽³⁹⁾。この点、政治学者のルイス(D. Lewis)は、「政治任用の拡大を通じた官僚機構の政治化が、行政の専門性や合理性といった要素を急速に浸食

しつづけると警告している。彼によれば、「政治任用者が公務外から入ってきて職業公務員に取って代わるようなことがあれば、幹部の離職が増え、専門的な職業公務員の採用・引き留めが困難となり、職員士の気や専門知識を身に付けるインセンティブが低下して問題が発生するのが自然であり、それによって「現場固有の知識や長期的視点に立った計画立案、組織に受け継がれる記憶、安定性」といった知的資源が急速に後退しつづける」という。³⁹⁾

このルイスの研究は、メツガーによって引用されており、後述するメツガーの問題意識を裏面で裏支えるものであるが、官僚機構の政治化によって行政の専門性や合理性が浸食されつづけるという事態は、裁判例のなかでも争点化されており、この判例もまたメツガーによって引用されている。紙幅の関係上詳述はできないが、二〇〇七年のEPA判決⁴⁰⁾では、自動車から排出される大気汚染物質を規制するための規則制定権をEPAが行使しなかったことの違法性が争点となった。この事案でEPAが排ガス規制を行わなかった背景には、当時、新規の排ガス規制に難色を示していたブッシュ(子)政権が、「科学的な知見に関わる報告書に改変を加え、政権内部の専門家に対して沈黙を強いて、自らの政治的立場にとって都合な科学的情報を覆い隠してしまった」⁴¹⁾事情が関係していたが、これに対して最高裁は、「環境保護庁は、規制を行わない根拠を縷々述べている。例えば、地球温暖化の脅威に対する効果的な対応策として、既に任意ベースでの行政措置が多く行われていると言われ、或いは、温室効果ガスを今規制してしまうと、温室効果ガスの削減をめぐる主要途上国との大統領の交渉力が削がれてしまうということや、個々の自動車の排出規制ということでは断片的で非効率な方法であるということが言われている。……こうした考慮は、温室効果ガスが気候変動をもたらすかどうかということとは何の関係もない。まして、科学的判断を拒絶することの適切な正当化事由とはならない」と述べたうえで、排出規制に関する「必要な情報」が何ら提示されておらず、権限を行使しなかったことに対する「合理的な説明は提示されていない」(故に違法)と判示した。⁴²⁾

このように科学的根拠の提示が要求された点について、或る判例評釈は、「行政機関が、外からの政治的圧力、と

りわけホワイトハウスや政治任用職から来る政治的圧力から独立して専門的判断を行使できるように担保した⁽⁴³⁾ものだ」と指摘しており、この判例評釈もメッツガーに引用されている。

以上、メッツガーが引用した文献や判例を概観してきたが、上記の文献引用によってメッツガーが表明しているのは、官僚機構の政治化によって、行政の合理性や専門性が政治化 (politicization of administration)⁽⁴⁴⁾ されつつあるという問題意識である。そして、次章でみるように、メッツガーはかかる問題意識を基盤に据えながら、肥大化した大統領の権能を執行府内部から抑制する職業公務員の機能を憲法的に再評価し、そのうえで、執行府内部でのチェック機能を維持強化する司法審査のあり方を模索するべきではないか、という問題提起を行っている。具体的には、誠実執行条項の解釈を軸とする憲法解釈論を提示し、職業公務員制度の憲法的機能を抽出しようと試みている。そのうえで彼女は、入国制限令に係る裁判例を参照しながら、上記の職業公務員の機能を維持強化するメカニズムとして司法審査の役割を再定位しようと試みている。

三 職業公務員制の憲法的機能…メッツガーの憲法解釈論

(一) 職業公務員制の憲法的機能と誠実執行条項

前章では、ブラウンロー委員会報告書以降、実定法上、大統領の指揮監督権がどのように強化されてきたのかを観察し、かかる実定制度の現状に対してメッツガーがどのような批判的視座を持っていたのかを明らかにした。本章では、メッツガーがかかる問題意識に基づき具体的にどのような解釈論を提示しているのかを分析する。メッツガーは、職業公務員制の憲法的機能を明確化し(本章第一節)、それが司法審査に及ぼすインプリケーションを分析している

(本章第二節)。

メツツガーは職業公務員制の憲法的機能を、次のように要約している。「行政国家は、官僚機構や専門職員、組織内部の複雑性といった要素を伴いながら、重要な憲法的機能 (constitutional functions) を果たしており、それは、アカウンタビリティや組織内部の抑制的機能、そして能率的な執行部門にとつての鍵である」⁽⁴⁵⁾。ここでは憲法的機能が三つに大別されている。その三つの機能とは、①行政の能率性・専門性、②執行府内部での抑制均衡 (政治的党派性の抑止、大統領の党派性に左右されない行政の合理性の確保 (法の支配))、③政治任用職との協働 (組織分化を前提とした協働) の三点であるが、以下それぞれを子細に検討する。

1 行政の能率性と誠実執行条項

既述のように、ブラウンロー委員会報告書は、大統領の行政管理能力を拡充し、行政各部に対する民主的なコントロールを強化すべきだと提言する一方、職業公務員制を拡充し、専門知に裏付けられた能率的な行政の必要性を強調していた。メツツガーも、この報告書の後者の側面、つまり、行政作用には専門性 (expertise) とそれを組織面で裏付ける専門分化 (specialization) が必要であると述べている。そのうえでメツツガーは、ランデイス (J. Landis) の見解を参照しながら、能率的なガバナンス (effective governance) のためには、議会や大統領などの政治部門から独立した固有の統治作用として、専従の職業公務員制から構成される行政作用が必要不可欠であると指摘している。

このようにメツツガーは、ランデイスの法理論に回帰しながら、能率の実現のためには専門特化した職員や組織が必要である旨を再確認している。かかる要請は、誠実執行条項 (「大統領は法が誠実に執行されるように留意しなければならぬ」) 「The President」 shall take care that the Law faithfully be executed. の解釈論として再構成され、職業公務員制が憲法上の要請として明言されている⁽⁴⁷⁾。

ここからは、誠実な法執行に留意すべき義務を果たすために大統領に必要とされる行政能力 (administrative capacity) が要請されるべきことが導かれる。……では、広範な委任が行われている場合にここでいう行政能力は何を意味することになるのか？ まずもってそれは、委任権限の執行を適切に監督するために必要な官僚機構と官僚的な統率体制を意味している。また、高度の不確実性と複雑性の伴う状況で委任権限を誠実に執行できるようにするためには、十分な (sufficient) 行政資源と人員、とりわけその執行に見合う的確な (adequate) 専門性と専門分化が要請されている。つまり、今日では専門職能を備えた専門職員が憲法上要請されるのであり、また、行政機関内部での専門性と組織としての持続性が必要とされる限りで職業公務員 (civil service) が憲法上要請される。

ここでは、不確実性と複雑性の伴うリスク評価が議会によって行政機関に委任され、「行政国家全域に不確実性が遍在している状況」⁽⁴⁸⁾を前提としながら、かかる規制プログラムを的確に執行するための組織体制として、憲法上職業公務員制が要請されるものと解されている。さらにこの執行適格ないし機関適正の観念は、次項でみるように、デュー・プロセスや抑制均衡などの他の憲法的価値と結び付きながら、職業公務員制の憲法的機能を規定するものとして位置付けられている。

2 執行府内部での抑制均衡と職業公務員制度の自律性

職業公務員制の憲法的機能は、行政の能率性だけではなく、デュー・プロセスや法の支配とも密接に関連している。メツガーによれば、デュー・プロセスのなかには、統治権が恣意的に行使されないように適正化されるべきだという一般的要請が含まれており、かつ、法執行の適正性を実現するためには、政治的党派性によって左右されない行政の合理性や専門性を確保しなければならず、こうした法の支配の価値を制度化するためには、職業公務員制が憲法上

要請される。とりわけ「大統領によって駆り立てられた行政の単独主義と権力増大の可能性」を抑え込み、「行政権が政治的に濫用されることを抑制」するためには、大統領に対するカウンター・バランスとして職業公務員制が要請される⁽⁵¹⁾。

このように、メツガーによれば、職業公務員制は、執行府内部での法の支配の担い手として位置付けられている。その際メツガーはその論証にあたって、職業公務員制の歴史と理念を再確認し、その歴史の実態のなから「政治と行政の機能分化」という論理を抽出し、これを憲法的機能として再構成しようと試みている。メツガーによれば、元来職業公務員制は、スポイルズ・システムのような党派的な人事慣行を改め、「採用、任期保障、給与の面で政治的独立性を確保」するための仕組みであり、とりわけ「政治的に動機付けられた任用判断を禁止する」⁽⁵³⁾ことで能力主義を徹底するところにその本質があつた。このメリット・システムによって、行政機関の内部に専門職能固有の組織文化 (professional network) が醸成されるようになり、専門職能固有の規範に準拠して行政が管理運営されるようになった⁽⁵⁴⁾。

このように、実定法上、採用や昇進の局面で政治的影響力が遮断され能力主義が制度化された結果、職業公務員に職能的心性が内面化されるようになった。これに加えて職業公務員は、政治任用職からの党派的要求を拒けることで、党派性に左右されない法の支配の価値を支えている。メツガーは次のように述べている⁽⁵⁵⁾。

修練を経た専門家がしばしばそうであるように、職業公務員は、法規範や倫理規範、専門職能固有の規範の観点からみて超えてはならない一線を堅持しており、そうした法的な権威に対する彼らの志向性は、しばしば見過ごされがちだが、行政機関内部で法の支配の防波堤としての働きを果たしている。

ここでは、職業公務員の専門家としての矜持が、政治任用職の党派性を牽制し得ることが記述されている。メッツガーはかかる事例の例示として、司法省内部の法律家の役割に言及し、彼らが安全保障政策などで法治主義(legalism)の番人として機能してきたことにも触れている⁽⁵⁶⁾。もつともこうした専門知へのコミットメントは、法曹集団だけではなく、専門職能によって組織される官僚集団にもみられる現象であるとされる。つまり、官僚集団内部での指示通達(peer review)は、「一貫性、統一性、権威性、合理的根拠、恣意的でない統治活動といった法の支配の重要な価値⁽⁵⁷⁾」を促進する働きを持っており、このことが、政治的党派性に左右されない行政の合理性や専門性を支えている。

3 組織分化を前提とした協働の規範

もつとも、職業公務員は、独立行政委員会とは異なり、大統領の指揮監督権の下に服すべき存在であり、ブラウンロー委員会報告書でも述べているように、政治任用職によって決定された政策方針に従うべきものとされる。但し、ブラウンロー委員会報告書は、職業公務員と政治任用職との協働と連携を前提にした政策調整を志向しており、メッツガーも同趣旨の立論を展開している。メッツガーによれば、「末端の職員が政治的に決定された政策を執行し、かつ行政活動に関わる有用な情報が、政治任用の幹部職員に送り届けられるようにすることを確保し」、それによって「執行部門の政策を策定するにあたって様々な視座を組み合わせて審議検討(Debate)すること」⁽⁵⁸⁾が重要とされる。ここでは、執行部門全体が、政治任用職と職業公務員によって分層化されていることを前提に両者の協働と連携の仕組みが志向されているといえる。後述するように、両者間の微妙なバランスを維持する役割を、司法審査が担うべきものとされている。

(二) 司法審査の再定位…入国制限令に係る裁判例を参考に

以上メツガーによれば、①能率・専門性の実現（機関適正）、②執行府内部での抑制均衡（政治的党派性の抑止、大統領の党派性に左右されない行政の合理性の確保（法の支配））、③組織分化を前提とした協働といった要素が、職業公務員制の憲法的機能として再構成されながら、これらの機能を実現するために、憲法上、職業公務員制が要請される。

もつとも、職業公務員制を設立すれば、それによって自動的に上記の機能が約束されるわけではない。むしろ大統領は、独断的な政治主導を断行して執行府内部のチェック機能をスキップする場合があります。そのためメツガーによれば、かかる事態を防ぎ、執行府内部での抑制均衡を維持強化するために、裁判所が一定の役割を担うべきものとされる。具体的には、トランプ大統領の入国制限令に係る裁判例を手がかりとしながら、大統領の独断的な政治主導が強行され、執行府内部でのチェックと協働のプロセスが迂回された場合には、裁判所は、執行府内部での抑制均衡を復元させる役割を担うべきだと主張している。そこで本節では、まずメツガーが引用した裁判例やその関連裁判例を紹介し、そのうえで、メツガーがかかる裁判例にどのような批評を加えているのかを分析する。

なお以下では、メツガーが引用した裁判例だけではなく、入国制限令に関わる他の幾つかの裁判例も検討している。裁判例の検討に先立ち、なぜそのような考察手法を採用しているのかについて補足する。メツガーは、執行府内部の決定プロセスの瑕疵に着目した裁判例として、*Washington v. Trump*, 847 F.3d 1151 (9th Cir. 2017) を引用している（主要な裁判例が、メツガーが論文を公表した後に出ているためやむを得ないところもあるが）。しかしこの裁判例は、一回目の入国制限令に対して一方的緊急差止命令（temporary restraining order）を発給した事案であり、一時的な救済方法ということもあってその判旨は極めて簡素である。従って、この裁判例を紹介するだけでは、入国制限令に関する一連の裁判例の全体像を把握することは不可能であり、そのため、メツガーが引用した裁判例以外にも視野を拡

げる必要がある。そこで本稿では、一連の裁判例を客観的に分析し、それらの裁判例において判断過程統制が活用されていた点を明らかにする（本節一項）。本節二項では、裁判例に対するメッツガーの評価を分析し、彼女が、入国制限令に係る裁判例を手がかりとしながら如何なる司法審査基準を汲み出そうと模索しているのかを分析する。次節では、メッツガーの司法審査論の全体像を紹介し、その理論体系のなかに判断過程統制がどのように位置付けられているのかを分析する。

1 トランプ大統領の入国制限令に係る裁判例

二〇一七年、トランプ大統領は就任早々、中東諸国からの入国を制限する大統領令を発出した。しかし下級審レベルで仮差止命令（preliminary injunction）の発給が続出した。以下でみるように、この背景には、「執行府のなかでの内部的規範や法的なプロセスが崩壊⁵⁹」し、行政官僚との専門的な協議検討が行われないうまま、大統領が独断的に政策決定を断行したことへの否定的な評価が関係している。なお以下の判旨に記した傍線は全て筆者であり、括弧内の数字は登載判例集の頁数である。

(1) *Aziz v. Trump*, 234 F. Supp. 3d 724 (E. D. Va. 2017)

【事案】トランプ大統領は、就任から僅か七日後の二〇一七年一月二七日に、テロ対策を名目として、シリアやイラクなどの中東七か国からの入国を九〇日間停止する大統領令（Executive Order 13769）に署名した。これに対して原告は、当該大統領令が、ムスリムの排除を目的とした差別的措置によるものだとして、国教樹立条項違反などを理由とする仮差止命令の発給を申し立てた。裁判所は、以下の如くに判示して仮差止命令の発給を認めた。

【判旨概要】仮差差止命令の発給が認められるためには、本案での勝訴可能性が認められなければならない。この点、当該大統領令が国教樹立条項に適合するか否かを判断するにあたって、最高裁先例であるいわゆるレモンテスト

に照らして、まず当該措置が、世俗目的 (secular purpose) によるものであるかどうかを検討する (at 734. Lemon v. Kurzman, 403 U.S. 602 (1971) を引用)。この点、政府は、本件大統領令の目的は、イスラム過激派によるテロ行為を防止するための安全保障上の理由であると反論している。具体的には、テロリストの侵入を防ぐために入国管理を見直す必要があり、そのために一定期間対象国からの入国を停止する必要があると主張している。しかし、本件で提出された証拠資料によると、「共和党政権と民主党政権の双方の時期にわたって、国務省や国土安全保障省、CIA、国家安全保障会議で高官の地位にあった安全保障の専門家一〇人から次のような声明が出されている」(at 729)。その声明によると、本件の入国停止措置を正当化するような安全保障上の脅威は目下のところ存在していない。また一連の事実経過に鑑みると、「本件大統領令が、安全保障上の合理的根拠によって動機付けられたものではない、という原告 Commonwealth 側の主張に理由がある。安全保障の専門家からの声明で述べられていたように、安全保障上の行政措置は、通常、大統領令で提案された事項について幅広い経験を備えている専門家たる行政官 (agency agencies) からの種々の見識を得て、これに基づいて行われる。しかし本件では、そのような熟慮検討のプロセス (deliberative process) が踏まれたとする証拠が存在しない。むしろ安全保障に関わる大統領配下の高官が不意を突かれたとする証拠が存在している」(at 736)。他方で、大統領は選挙期間中に「ムスリムを全面的かつ完全に締め出す」(at 730) という発言を公言している。これらの証拠資料に照らしてみると、本件大統領令は、安全保障上の合理的な動機に基づくことなく、一宗教集団を劣遇する意図から出たものである。従って、国教樹立条項違反につき本案での勝訴可能性があるため、仮差止め命令の発給が認められる。

【評釈】 本案勝訴可能性に関する主な争点は、当該大統領令が国教樹立条項に違反するかどうかであったが、裁判所の審査は、レモンテストにおける目的審査要件を検討するのみで結審している点に特徴がある。即ち、本訴での最大の関心事は、当該入国停止措置が、真摯な安全保障上の検討によるものだったのか、それともトランプ大統領個人

のイスラム教排除のプロバガンダに依拠したものであったのか、に置かれていたといえよう。この点、裁判所の事実認定は、ムスリム排斥に係る大統領個人の発言等を参照するだけではなく、行政機関内部で安全保障上の専門家との熟慮検討が行われなかった点に注目し、これを差別的意図の認定と結び付けた。

(2) *Int'l Refugee Assistance Project v. Trump*, 241 F. Supp. 3d 539 (D. Md. 2017)

【事案】一度目の大統領令が各地の下級審で相次いで仮差止め命令を受けた後、大統領は、二〇一七年三月六日に二度目の大統領令 (Executive Order 13780) に署名を行った。メリーランド地方裁判所は、この二度目の大統領令についても仮差止め命令の発給を認めた。

【判旨概要】本件大統領令は、一度目の大統領令と同様に原則九〇日間の入国停止措置を定めたものであるが、前回の大統領令とは異なり、例外的にビザを発給する要件などを明文化し、就業や就学などの場合について個別の審査によって例外的に入国停止措置を解除する仕組みを規定している。しかし一度目の大統領令と同様、「指定国の国民の入国を包括的に禁止している政策の核心部分は変化しておらず」(at 560)、前回と同様、国教樹立条項との適合性が審査されるべきであり、本件ではレモンテストに照らして、大統領令の目的が世俗的なものかどうかを検討しなければならぬ。この点、政府は、本件大統領令が、安全保障のために発出されたものと主張している。しかし、大統領はかねてよりムスリムの排斥を示唆する発言を繰り返している。また「最初の大統領令の起草過程では、関連行政機関等による行政内部での審査 (interagency review) が行われていなかった。とりわけ、国務省や国防省、司法省、国土安全保省との協議は行われていなかった」(at 565)。「証拠資料に照らすと、安全保障上の目的は、入国禁止の主要な目的ではなかったと強く推認される。第一に、一回目の大統領令で入国禁止の基本構想が採択された際に、当該案件について通常行われるような行政内部での協議プロセスは踏まれていなかった。……ホワイトハウスが、安全保障に関連する諸機関からの意見や判断を受け取ることなく、極めて異例の手順で入国禁止措置を導入したということ

は、宗教上の目的が主要なものであったことを示唆している」(at 562)。従って、本件大統領令は、レモンテストの世俗目的要件に抵触する可能性(本案勝訴可能性)があり、仮差止め命令の発給が認められる。

(3) *Int'l Refugee Assistance Project v. Trump*, 857 F.3d 554 (4th Cir. 2017)⁽⁸⁾

【事案】前記(2)事件の控訴審でも、仮差止め命令の発給を認めた上記の地方裁判所の判断が維持された。

【判旨概要】政府は、二回目の大統領令は、ムスリムを劣遇する目的で発出されたものではなく、テロ対策の目的で発出されたものであるから、目的の世俗性を否認した地方裁判所の判断は誤っていると主張する。政府の主張するように、入国管理は伝統的に執行府に広範な裁量が委ねられてきた領域であり、執行府の判断に司法敬讓が与えられるのが原則である。そのため裁判所の審査は原則として、「争われている行為が文面上正当であり、信憑性がある(bona fide)」(at 590)のかぎりかに限定される(*Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972))を引用)。もっとも、この信憑性の要件を充たすためには、「政府が当該措置を誠実に(ju good faith)講じた」といえなければならず、仮に不真正性の徴憑(showing of bad faith)が認められた場合には、裁判所は、「文面上正当とされる根拠を精査するために当該措置の真相を審査(look behind)し」、レモンテストに照らして目的の世俗性を審査する(at 590, 590-591)。

大統領令の目的がテロ対策だとする政府の主張の信憑性について検討する。この点、政府の主張の信憑性を疑わせる証拠が原告から提出されている。第一に、大統領はムスリムを排除する旨の発言を繰り返している。第二に、「原告は、二回目の大統領令が、安全保障上の問題と関連していることを相対的に疑わせるよう証拠を提出している。そうした証拠のなかには、意思決定のプロセスから安全保障関連の行政機関を排除したことや、安全保障を理由とした説明が後付け的なものであること、そして、二回目の大統領令が、潜在的なテロ活動の脅威を抑止するようには機能していないとの国土安全保障省から出た証拠が含まれている。これらの証拠に照らすと、二回目の大統領令の目的として主張されている安全保障上の利益は、宗教的な目的の隠れ蓑として主張されたものであり、その主張には信憑性

がない、とする原告の主張は確からしいものと認定される。(at 591-592)。

次に目的の世俗性について検討する。第一に、大統領はムスリムを排除する旨の発言を繰り返している。第二に、「二回目の大統領令の目的が安全保障と関連しているとの政府の主張は、トランプ大統領が、関連する行政機関と協議することなく一回目の大統領令を発出したという証拠からすると、疑わしいものである。さらに国家安全保障省の内部文書は、安全保障上の理由から大統領令を正当化する説明とは整合していない。或る内部報告書によれば、海外で生まれ合衆国に滞在する暴力的な過激派は、合衆国に入国してから数年後に過激性を増すことが多く、そのため、入国管理を審査する行政官が、安全保障の観点からそうした人物の入国を予防する能力には限界がある。安全保障分野に従事していた元行政官たちの証言によると、ここ四〇年間合衆国では当該六か国の市民によってアメリカ人がテロ攻撃の犠牲になったという事はなく、かつ、これらの国が基になって生じる新しい安全保障のリスクを示す証拠がないことに鑑みれば、大統領令二条(c)は正当な安全保障上の目的を促進するものではない」(at 593)。これらの証拠に照らすと、本件大統領令の真の目的はムスリムの排斥にあるといえ、レモンテストの世俗目的の要件に抵触する可能性(本案勝訴可能性)があり、仮差止命令の発給が認められる。

2 下級審裁判例の特徴とその後の影響

ここまで、入国制限令に対して仮差止命令を発給した裁判例を瞥見してきたが、これらに共通するものとして次のような特徴を指摘することができる。即ち、一連の下級審では、執行府内部での専門家との協議がスキップされ、大統領のみで独断的に政策決定が断行されたという事実が敢えて強調されることで、一連の入国禁止措置が、安全保障に関わる真摯な検討から由来したのではなく、むしろ大統領個人のムスリム排除のプロパガンダによって動機付けられたものであることが炙り出されており、これが決め手となって仮差止命令が発給されている。やや踏み込んでい

えば、執行府内部での審議検討が踏まれなかったことが判断過程の瑕疵として評価され、かかる評価を媒介としながら、目的の正当性やその信憑性が否定的に推認され、その結果（あくまでも本案勝訴可能性の判断のなかではあるが）、レモンテストにおける目的の世俗性が否定され、或いは根拠法律との適合性が否定された⁶¹⁾。

こうした判断手法は、特に一回目の入国制限令についてメツッガーが評釈しているように、「トランプ大統領の最初のトラベル・バンを綿密に審査するにあたり、執行府で通常行われる内部的審査が欠如している点を強調した⁶²⁾」ものであり、職業公務員を主な担い手とする内部的チェックの仕組みを、司法審査を通じて維持強化しようとした試みとして整理することができる。

もつとも、ここでメツッガーが指摘しているように、一連の仮差止め命令が、実際にトランプ大統領の独断的な行政運営のあり方に変化をもたらしたといえるかどうかは、別途慎重な検討を必要とする。ここでは仮差止め命令後の政権側の対応と最高裁の反応を確認しておきたい。

まず仮差止め命令を受けた後の政権側の対応をみると、大統領は、各地で仮差止め命令が続出している事態に対応するために、大統領令を改変するように迫られた。実際、三月六日付けで発出された二回目の大統領令では、裁判所の懸念 (judicial concern) に備えて、入国制限の適用を免除する例外規定を明文で詳細化する旨が宣言された。実際、就業や就学を目的とする場合に個別の審査を通じて例外的に入国禁止措置を解除できる例外規定が創設され、さらに、入国禁止措置を適正に運用するために関係省庁間で全体調整を行い、そのために適宜ガイドラインと報告書を作成すべきことが定められた。

確かに、こうした新しい入国審査の仕組みが、「官僚的運用 (bureaucratic operation)」として実際に機能していたのかどうかは、その後の裁判例でも争いになり、下級審では再び仮差止め命令が発給されている⁶³⁾。しかし、少なくとも、最高裁は、二回目の入国制限令の仕組みを基本的に踏襲した三回目の入国制限令 (Proclamation 9645) について、新

しい入国審査の仕組みでは「複数の関係や行政機関によって行われた調査プロセスの結果が反映されている」との評価を示し、結論として入国制限令を合憲合法と判断している。

勿論、この最高裁判決自体を批判的に吟味する必要があるが、少なくとも、下級審での仮差止命令が一つのサンクシオンとなって、執行府内部に関係省庁間の連携の仕組みが制度化されるようになり、それによって、当初の入国禁止措置が一定程度沈静化されるようになったといえる。

3 メツツガーの司法審査再定位論

ここまで本稿は、メツツガーが引用した裁判例だけではなく、関連する裁判例もひろく検討し、下級審の全体像の把握に努めてきた。約言すると、下級審において仮差止命令が相次いで発給された理由は、トランプ大統領が独断的な政治主導を強行し、執行府内部での専門家との協議や内部的チェックをスキップしたため、こうした判断過程の瑕疵が間接的な証拠となつて、一連の入国禁止措置が、安全保障に関わる真摯な検討から由来したものとみなされず、その結果、根拠法令の要件充足性が否定され、或いは目的の正当性（世俗性）が否定された点にあった。この点、憲法学者のレナン（D. Renan）も指摘しているように、一連の裁判例は、「事実による裏付けを得て吟味された大統領の判断が欠落している点に注目しながら」、「行政機関相互からの情報のやり取りを促進し、信頼できるデータを産出する制度プロセスを、大統領が台無しにした点を強調」し、これを決め手に仮差止命令を認めたものである⁽⁶⁵⁾。

一連の仮差止命令は、執行府内部での専門職員との協議検討を無視した大統領の専制性を糾弾したものと理解することができる。この点、メツツガーは、入国制限令に係る同種の裁判例を引用しながら、特に職業公務員の役割に注目し、そこから次のような司法審査基準論が汲み出され得ると指摘している⁽⁶⁶⁾。

裁判所は、身分の保障された職業公務員スタッフの反対 (objection) を飛び越えて——または、行政内部での協議や審査なく (without internal administrative consultations and reviews) ——なされた決定には高められた司法審査が適用されるといふシグナルを送ることで、内的チェックを促進強化することができる。

ここでメツッガーは、前章で紹介した職業公務員制の憲法的機能に留意しながら、入国制限令に係る裁判例を参考にしつつこれを読み替え、新しい司法審査の規準を提示しようと試みている。即ちここでは、職業公務員が憲法上一定の役割や機能——Objection: 対抗性の契機、大統領の党派性に左右されずに行政の合理性を確保する機能。Consultation: 協働性の契機——を担うべきであるとの憲法解釈論を前提としながら、それが大統領によって踏みじられた場合に、裁判所がかかる機能を復元させ、執行府内部での抑制と均衡をメンテナンスする役割を担うべきだと解釈されている。

既述のように、メツッガーは、憲法上職業公務員が、大統領の独断性や専制主義を内側から抑制する役割を担うべきものとして位置付けている。そしてメツッガーは、かかる職業公務員の役割を、あるべき政策形成プロセスとして再構成し、これを司法審査の規準にも接続しようと試みている。なおここでいう高められた司法審査の意味はそれ自体判然としないところがあるが、上記の一連の裁判例を踏まえると、次のように善解することもできる。つまり、職業公務員を主な担い手とする内部的チェックと協働のプロセスが迂回された場合には、それは判断過程の瑕疵と評価され、目的の正当性を否認する間接証拠として援用され得る。

(三) メツッガーの所説の批判的検討

本節では、①メツッガーの司法審査論と②誠実執行条項解釈を、批判的に検討する。①については、メツッガーの

司法審査論の全体を俯瞰したうえで、その理論体系のなかで先述の判断過程統制の手法が如何に位置付けられているのかを分析する。

1 メツッガーの司法審査論

執行府内部の抑制均衡を保全する観点から司法審査の役割を見直すべきだとのメツッガーの主張は、二〇〇九年の論文で初めて提示されたものである。メツッガーは、「職業公務員スタッフや行政内部の専門家の反対を押し切って判断が行われたという証拠は、しばしばより厳格な司法審査の引き金となる」と述べており、かかる見解の例示として、State Farm 判決を引用している。同判決は、司法審査の基準として、「行政機関の専門性の産物」といえる程度に「十分な根拠と説明」が提示されなければならないと判示した先例である。この点、メツッガーは、同判決が、政権交代等によって規則内容が変更された場合であってもその変更に「合理的な分析」が示されなければならないと説示していた点に注目し、同判決の法理のなかに、執行府内部の抑制均衡を保全する働きがあることを指摘している。さらにメツッガーは、二〇〇九年の論文のなかでEPA判決（本稿一章三節参照）にも言及している。同判決は、排気ガスを規制するEPAの権限（不行使）が合法であるためには、科学的根拠の提示が必要である旨を説示したものである。メツッガーによれば、同判決は科学的根拠を要求することで行政内部の専門家に力添えを与え、「行政を政治化し大統領が過度に行政を主導することから行政機関を遠ざけるように仕向ける」意義を持つているという。

このように、メツッガーは、執行府内部の抑制均衡を保全する観点からState Farm 判決を再評価し、既存の判例法理のなかから新しい司法審査の規準（執行府内部の抑制均衡と司法審査との相互補完性）を再構築しようと試みている。こうした姿勢は、マイケルズズの司法審査論とも共鳴するところがある。即ちマイケルズも、State Farm 判決が、執行府内部の抑制均衡を保全する働きを持つことに注目したうえで、「行政内部の権力分立が崩壊しそれが短期間で変更

された」場合には、裁判所は、Chevron 敬讓の適用を取り止め、State Farm 型のハードルックを適用すべきだと主張している。⁽¹⁾ もっとも既にみたように、メツガーの司法審査論は、入国制限令に係る裁判例を参考にすることで、判断過程統制という新しい視座も加味されている。彼女は、職業公務員が独自の憲法的機能（内部的チェックや協働プロセス）を果たすべきことを根拠に、かかるプロセスを司法審査によって間接的に補強すべきだと主張している。具体的には、大統領が内部的チェックと協働のプロセスを迂回した場合に、かかる判断過程の瑕疵を司法審査の規準と結び付けることで、裁判所が、執行府内部の抑制均衡を維持強化する方途を提示している。但しメツガーの司法審査論には課題も多い。第一に、既に触れたように、仮差止命令を発給した下級審の判断過程統制のアプローチは、最高裁では有効に機能しなかった。この背景には、移民問題につき広範な政治裁量認められてきたことが関係している他、下級審のアプローチがどこまで汎用性のある判断手法なのかも不明である。第二に、職業公務員の役割にのみ注目するのは視野狭窄である。執行府内部の判断プロセスは、〈大統領〓政治任用職対職業公務員〉の二項対立で単純化できるものではなく、そのなかには諮問委員会などの別のアクターも介在している。現状、メツガーの議論はこれらの点に対する目配りが効いていないとはいえない。第三に、メツガーは、ハードルックや判断過程統制の手法を活用しながら、執行府内部の抑制均衡を維持強化すべきだと主張している。しかしなぜ裁判所がそのような任務を担うべきなのかについて、必ずしもその根拠が詰められていない。この課題を克服するためには行政法学の知見を再検討する必要があるだろう。

2 誠実執行条項の解釈論

メツガーは、誠実執行条項から執行適格の観念を導き出し、そこから職業公務員制を導出しようと試みている。しかしかかる見解は、誠実執行条項の解釈論としてはほぼ独自説といってもよいものであり、そのため、その客観的

妥当性が慎重に吟味されなければならない。そこで、従来の諸説を確認すると、「大統領は法が誠実に執行されるように留意 (take care) しなければならない」と定める合衆国憲法二条三節については、法の誠実執行を担保するために大統領が行政各部を指揮監督する権限を持つことを定めた条文として理解されることが多く、Opinion Clause (合衆国憲法二条二節一項) と並んで、大統領の指揮監督権の根拠条文として援用されることが多い⁽⁷²⁾。さらに近年では、誠実執行条項から「違憲な法令を無視する大統領の権限ないし責務」が導出されるかどうかについても活発な議論が展開されている⁽⁷³⁾。ただ少なくとも、判例上、誠実執行条項は、法律の執行を停止する大統領の権限を否定し、大統領に対して議会制定法の忠実な執行を求めるものと解されている⁽⁷⁴⁾。

本稿では、誠実執行条項に関わるこれらの学説を全て詳述することはできないが、少なくとも上記の概観によつてメツガーの見解が目新しいものであることが了解されたと思われる。もともと、誠実執行条項の歴史的起源を再検討する二〇一九年の論文によると、誠実執行条項は、法執行に一定の質 (公平無私・適切性・熟練性・善良性) を要求する条文であるとされる⁽⁷⁵⁾。本稿は、誠実執行条項の文意や原意を丹念に遡ればメツガーの見解を説得的に基礎付けることもできると考えているが、本格的な検討は他日を期せざるを得ない。ここでは、誠実執行条項の文意や原意に注意しながらメツガーの議論を補強する見解として、フリーマン・ジェイコブスの所説を紹介するに留めたい。

彼らによると、誠実執行条項 (法を誠実に執行するように留意する大統領の義務) の文意や原意のなかには、「法が公正かつ能率的に実現され、その遂行に過誤がないようにする大統領の義務」といった内容が含まれており、かかる義務を遂行するためには、メツガーが指摘しているように、効率的なガバナンスを実現するために一定の行政能力が憲法上要請される⁽⁷⁶⁾。そのうえで、フリーマン・ジェイコブスは、ペンドルトン法を起源とする職業公務員制が、スポイルズ・システムの弊害を抑えることで行政の官僚的合理性を支え、大統領の恣意や独断性を抑制する働きを果たしてきたことを強調している⁽⁷⁷⁾。こうしてみると、誠実執行条項から職業公務員制を導出するメツガーの解釈論は、誠実

執行条項の文理解釈として可能な見解の一つとして理解できるように思われる。

四 結

ここまで本稿は、メッツガーの「行政府内における権力分立」論を検討してきた。彼女は、職業公務員制度が、抑制均衡や法の支配などの憲法的価値を支える制度体として機能してきた実態に注目したうえで、同制度が誠実執行条項に基づく憲法的要請であると解釈している。そのうえで彼女は、入国制限令に係る裁判例を参考にしながら、上記の職業公務員の機能を維持強化する仕組みとして司法審査の役割を再定位するべきだと主張している。具体的には、大統領の独断的な政治主導が強化され、執行府内部でのチェックと協働のプロセスが迂回された場合には、裁判所は、執行府内部の抑制均衡を復元させる役割を担うべきだと解されている。

本稿ではまず、メッツガーの問題意識を適切な文脈で理解するために、彼女が批判しようとした実定制度の現状を実証的に理解することに努めてきた。大統領の指揮監督権に関する現行の実定制度の原点を提示したのは、ブラウンロー委員会報告書であった。同報告書は、官房組織・人事・政策調整の各局面で大統領の指揮監督権を強化するように提言する一方、行政の能率性を実現するためには職業公務員制が必要不可欠であると論じるものであった。従って同報告書では、大統領と職業公務員の機能分化を前提に、大統領の指揮監督権が、行政全体での総合調整や協議検討を前提にする作用とされており、その意味で、大統領単独の独断的な政治主導を正当化する言説ではなかった。しかし、その後の行政改革では、官僚機構の政治化が進行し、大統領の独断主義が加速した結果、行政の専門性や合理性が浸食される事態が顕在化した。一方、かかる事態に批判的な態度を採ったのが、メッツガーをはじめとする「行政府内における権力分立」論の陣営である。メッツガーは、ペンドルトン法の制定以降、執行作用の専門性（行政）を

支える仕組みとして職業公務員制が採用されてきた点に留意したうえで、規範的な観点から、職業公務員制の憲法的機能を明確化し、職業公務員を大統領に対するカウンター・バランスとして位置付けようと試みている。メッツガーによれば、職業公務員制は、①行政の能率性・専門性（執行適格ないし機関適正）、②執行府内部での抑制均衡（政治的党派性の抑止）、③政治任用職との協働（組織分化を前提とした協働）といった三つの憲法的機能を担うべきものと解されている。そのうえで、メッツガーは、政治と行政の機能分化を説いたランディスの議論に依拠しながら、大統領の政治的党派性に左右されない行政の合理性（法の支配）を確保するために、憲法上、職業公務員制が要請されるものと解釈している。具体的には、専門家集団としての公務員を創出するために、能力主義に基づく人事制度を確立し、党派的判断に基づく任用措置を禁止すること¹⁾、*professional network*に基づく人的集団を涵養するべきものとされる。

- (1) 参照、佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、二〇〇二）。
- (2) 参照、嶋田博子『政治主導下の官僚の中立性』（慈学社出版、二〇二〇）、山本龍彦「政官関係と司法についての覚書」判時二二七二二号（二〇一八）三頁。
- (3) See Jon D. MICHAELS, *CONSTITUTIONAL Coup* (2017). 参照、山本・前掲注(2)、佐藤太樹「『行政府内における権力分立』論の憲法的意義」法学政治学論究二二五号（二〇二二）一七七頁。なお訳語選択は次の通りである。合衆国憲法二条は大統領に執行権（executive power）を授権しており、かかる執行権のなかには、議会制定法の執行だけではなく、軍事や外交に関わる一定の執政作用（political or governmental function of executive powers）が含まれている（FRANK J. GOODNOW, *THE PRINCIPLES OF THE ADMINISTRATIVE LAW OF THE UNITED STATES* 66 (1905)）。また、大統領を頂点とする行政組織全体を指示する用語としては、執行府（executive branch）とゴウロトバが用いられる。対して行政（administration）の語は、法執行用のうち、政治とは区別された専門性の領域を括り出した概念であり、元々は一九世紀後半の公務員制度改革の際に職業公務員制を正当化する文脈のなかで援用されてきた。もっとも、大統領の執行権のなかには行政をコントロールする権限も含まれているため、大統領は行政権の首長（Administrative Chief）と表現されることも多い。特に行政改革の文脈では、大

統領が組織・人事・政策調整の各局面で官僚機構全体（行政）をコントロールする権限を持つことが強調され、その場合大統領は行政管理（administrative management）を行うものと整理される。この点、「行政府内における権力分立」論は、執行府内部の分権性（大統領⇨政治任用職／職業公務員）を憲法的に再評価する議論であり、行政の専門性や合理性を確保するために職業公務員制が要請されると主張している。「執行府内部の分権性」という表現が最も適当であるようにもみえ、本稿ではこの用語法を多用している。但し、行政を専門性の領域として観念してきたアメリカ法の伝統に注意すると、administrative separation of powers の訳語としては、「行政府内における権力分立」という訳語が適当であろう（この場合、執行府と行政府が同義的に用いられる）。実際マイケルズやメツガーも、「執行府内部の分権性」と「行政内部の分権性」というコトバを互換的に用いる場合があるが、これは、広義の執行作用のなかに行政作用が包含されるためである（執行作用の専門性（行政）を支える主な担い手は職業公務員だが、執行府全体（特に官僚機構⇨行政）をコントロールするのは大統領であるため、しばしば presidential administration という表現が可能となる）。なお佐藤・前掲書一八一頁（「アメリカにおいて行政（administration）が固有の統治領域として概念化されるようになったのは、一九世紀後半の公務員制度改革以降のことである。歴史的には、メリット・システムが導入され、行政組織が政党の党派的支配から切り離されていく過程のなかで、行政が科学的専門性に支えられた政治的中立性の領分として観念されるようになった。」）参照。

(4) 後掲注(35)参照。

(5) 「行政府内における権力分立」論が登場した学説系譜を検討したものと、佐藤・前掲注(3)参照。但しこの文献でもサンステインの単一執行府論（官僚機構の党派性を抑制する観点から民主的コントロールを強調）などが検討されており、今後一層の検討を必要としよう（その予備的作業として、本稿二章では行政改革の来歴に留意しながら大統領の指揮監督権を分析している）。See Cass R. Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal*, 101 HARV. L. REV. 421 (1987); Cass R. Sunstein & Lawrence Lessig, *The President and the Administration*, 94 COLUM. L. REV. 1 (1994).

(6) 1 ANNALS OF CONG. 463 (Joseph Gales ed., 1834).

(7) An Act for establishing an Executive Department, to be denominated the Department of Foreign Affairs, ch. 4, 1 Stat 28 (1789); An Act to establish an Executive Department, to be denominated the Department of War, ch. 7, 1 Stat 49 (1789).

(8) An Act to establish the Treasury Department, ch. 12, 1 Stat. 65 (1789).

(9) Edward S. Corwin, *The President as Administrative Chief*, 1 J. POLITICS 17, 38 (1939). See GOODNOW, *supra* note 3, 75-82.

- (10) 1 Op. Atty. Gen. 624, 625 (1823).
- (11) See 6 Op. Atty. Gen. 326, 346 (1854); 7 Op. Atty. Gen. 453, 477-478 (1855).
- (12) Myers v. United States, 272 U. S. 52, 135 (1926).
- (13) Seila L. LLC v. Consumer Fin. Prot. Bureau, 140 S. Ct. 2183 (2020). 独立行政委員会の日憲性につき、駒村圭吾「権力分立の諸相」(南窓社、一九九九)。
- (14) Civil Service Act of 1883, ch. 27, 22 Stat. 403 (1883).
- (15) Myers, 272 U. S. at 173.
- (16) 佐藤・前掲注 (c) 一八一—一八六頁参照。
- (17) Felix Frankfurter, *Task of Administrative Law*, 75 U. Pa. L. Rev. 614, 618 (1927).
- (18) DAVID E. LEWIS, *THE POLITICS OF PRESIDENTIAL APPOINTMENTS* 20 (2008).
- (19) Act of Aug. 24, 1912, ch. 389 §6, 37 Stat. 539, 555 (codified as amended at 5 U. S. C. §7513).
- (20) Peri E. Arnold, *MAKING MANAGERIAL PRESIDENCY* 89-91 (2nd ed., 1998).
- (21) Noah A. Rosenblum, *The Antifascist Roots of Presidential Administration*, 122 COLUM. L. REV. 1, 19 (2022).
- (22) *Letters to the Vice President and the Speaker of the House in Reference to the Foregoing Plan*, March 22, 1936, in 5 THE PUBLIC PAPERS AND ADDRESSES OF FRANKLIN D. ROOSEVELT 143 (Samuel I. Rosenman ed., 1938).
- (23) THE PRESIDENT'S COMMITTEE ON ADMINISTRATIVE MANAGEMENT, *ADMINISTRATIVE MANAGEMENT IN THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES* 5 (1937).
- (24) *Id.* at 3, 8, 30.
- (25) *Id.* at 7.
- (26) *Id.* at 2.
- (27) *Id.* at 2.
- (28) BARRY DEAN KARL, *EXECUTIVE REORGANIZATION AND REFORM IN THE NEW DEAL* 82-165, 169-170, 262-263 (1963).
- (29) *Id.* at 169.
- (30) See Luther Gulick, *Note on the Theory of Organization*, in PAPERS ON SCIENCE OF ADMINISTRATION 1 (1937).

- (31) *Id.* at 13.
- (32) Ch. 919, 54 Stat 1211 (1940).
- (33) U. S. CIVIL SERVICE COMMISSION, BIOGRAPHY OF AN IDEAL 68-69 (1974).
- (34) See 5 U. S. C §§3134 (c) - (d).
- (35) Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 HARV. L. REV. 2245, 2278, 2282 (2001). ケーガンの議論につき、佐藤・前掲注(3)一八八—一九九頁参照。
- (36) Terry M. Moe, *The Politicized Presidency*, in THE NEW DIRECTION IN AMERICAN POLITICS 235 (John E. Chubb & Paul E. Peterson ed., 1985).
- (37) *Id.*
- (38) Lewis, *supra* note 18, at 23.
- (39) *Id.* at 211, 219.
- (40) Massachusetts v. EPA, 549 U. S. 497 (2007).
- (41) Jody Freeman & Adrian Vermeule, *Massachusetts v. EPA: From Politics to Expertise*, 2007 SUP. CT. REV. 51, 55 (2007).
- (42) Massachusetts, 549 U. S. at 533, 534.
- (43) Freeman & Vermeule, *supra* note 41, at 52.
- (44) Gillian E. Metzger, *The Interdependent Relationship between Internal and External Separation of Powers*, 59 EMORY. L. J. 423, 423 (2009).
- (45) Gillian E. Metzger, *Foreword: The Administrative State Under Siege*, 131 HARV. L. REV. 1, 71-72 (2017).
- (46) 「行政プロセスは、単純な三部門方式の統治形態では現代の諸課題に必ずしも不適格であることから発現したものであり、JAMES M. LANDIS, 『THE ADMINISTRATIVE PROCESS I』(1938)、佐藤大樹・前掲注(3)一八—一八六頁参照。
- (47) Metzger, *foreword*, *supra* note 45, at 89-90. なお、メッツガーがブラウンロー委員会報告書やランデイスの議論を参照しつつ述べている *see, id.* at 72-74, 85.
- (48) *Id.* at 89, n. 534 (citing ADRIAN VERMEULE, LAW'S ANNEGATION 153 (2016)).
- (49) 独立行政委員会の合憲性に関する文脈であるが、誠実執行条項から執行適格要請を導き出す見解として、駒村・前掲注

- (32) 参照。
- (50) Gillian E. Metzger, *The Constitutional Duty to Supervise*, 124 *YALE L. J.* 1836, 1896–1897 (2015).
- (51) Metzger, *foreword*, *supra* note 45, at 77, 81 (citing Jon D. Michaels, *An Enduring, Evolving Separation of Powers*, 115 *COLUM. L. REV.* 515 (2015)).
- (52) Metzger, *constitutional duty to supervise*, *supra* note 50, at 1885.
- (53) Metzger, *the interdependent relationship*, *supra* note 44, at 429.
- (54) See Metzger, *foreword*, *supra* note 45, at 81 (citing DANIEL P. CARPENTER, *THE FORGING OF BUREAUCRATIC AUTONOMY* (2001)); Metzger, *constitutional duty to supervise*, *supra* note 50, at 1882, 1885.
- (55) Metzger, *foreword*, *supra* note 45, at 80 (citing Lewis, *supra* note 18, at 30).
- (56) *Id.* at 80–81. See Metzger, *the interdependent relationship*, *supra* note 44, at 430 (citing Dawn E. Johnson, *Faithfully Executing the Laus: Internal Legal Constraints on Executive Power*, 54 *UCLA L. REV.* 1559 (2007)). ネットガーが引用する論者の一人であるジョンセン (Jonhsen) によれば、「大統領の職務宣誓を実現し、法が誠実に執行されるように留意するべき義務を実現するためには、大統領は信用に値する法的アドバイスの源泉を置かなければならず」「この要請を充足するためには、問題となっている法律について正確かつ忠実な評価を提示しなければならず」とされる (Jonhsen, *id.* at 1576, 1580)。⁹ 司法省法律顧問局 (Office of Legal Counsel for the United States department of Justice) による「横大道「執行府の憲法解釈機関としてのOLCと内閣法制局」研究論文集五巻一号 (二〇一七) 一頁」。
- (57) Metzger, *foreword*, *supra* note 45, at 79.
- (58) *Id.* at 78, 83.
- (59) W. Neil Eggleston & Amanda Elbogen, *The Trump Administration and the Breakdown of Intra-Executive Legal process*, 127 *YALE L. J.* F. 825 (2018)。なお、トランプスジェンダーの米軍入隊禁止を定めた大統領命令が、「平等条項違反の疑いがあるとして仮差止め命令の発給を求めた事案におつて」Stone v. Trump, 280 F. Supp. 3d 747 (D. Md. 2017) は、「軍事に関する熟慮された政策形成プロセスが存在しない」(*Id.* at 768) 点に注目しながら、「入隊禁止措置が軍事上の正当な利益に基づくとした政府の主張を斥け、仮差止め命令を発給した。See also Doe v. Trump, 275 F. Supp. 3d, 167, 213–214 (D. D. C. 2017)。

- (60) cert. granted by Stay granted by, in part Int'l Refugee Assistance Project v. Trump, 137 S. Ct. 2080 (2017).
- (61) See Reman, *infra* note 65, at 2259.
- (62) Metzger, *foreword*, *supra* note 45, at 82, n. 487 (Washington v. Trump, 847 F.3d 1151, 1165-66 (9th Cir. 2017)). メツガーの引用した裁判例の該当箇所では、大統領令の適用範囲をめぐって執行府全体で統一した指針が示されず内部で混乱していた様子が認定されてゐる。See Aziz v. Trump, 234 F. Supp. 3d, at 727-728.
- (63) Int'l Refugee Assistance Project v. Trump, 265 F. Supp. 3d 570, 620, 624 (D. Md. 2017).
- (64) Trump v. Hawaii, 138 S. Ct. 2392, 2421 (2018). 邦語評釈として、大林啓吾「トランプ大統領の入国禁止令が合憲・合法とされた事例」判時二二七九号一八頁(二〇一八)。最高裁では、①本件大統領令が法律の授權を逸脱していないかと、②それが国教樹立条項に違反していないかどうかの二点が争いとなった。法廷意見は次のように説示している(傍線・強調は筆者)。一つ目の争点について (*Id.* at 2408)。移民国籍法 (8 U. S. C. §1182(e)) は、或る外国人の入国が合衆国に危害をもたらすと認定 (*finds*) した場合に、大統領がその者の入国を停止することができると規定している。「大統領は、複数の行政機関によって行われた各国調査に基づき、対象国からの入国が合衆国の利益に危害をもたらすという認定を行い、裁量権を適法に行使し」て、本件大統領令を発出している。「合衆国法典一一八二条(f)で定められた条件は、大統領が、対象国の外国人の入国が合衆国の利益に危害をもたらすと認定することである。大統領は明らかにこの要件を充たしている。まず大統領は、国土安全保障省やその他の行政機関に対して、情報とリスク評価の規準にそれぞれの国が合致しているかどうかの総合的な調査を行うように命じている」。そのうえで大統領はかかる行政機関からの調査と評価に基づいて、対象国からの入国を一時制限する大統領令を発令しており、大統領令は、移民国籍法の授權の範囲にあるものといえる。二つ目の争点について (*Id.* at 2415-2423)。原告は、本件大統領令が、ムスリムの排除を目的として発令されたものであり、国教樹立条項に違反すると主張している。これに対して政府は、大統領令は安全保障上の理由から発令されたものだとして反論している。入国管理は主権が関係する領域のため、裁判所は、執行府の判断に敬讓を払うべきであり、大統領令の目的を精査するにあたっては、合理性の基準が採用されるべきである。この点、本件大統領令は、文面上安全保障上の目的を理由に発令されており、宗教については何も言及していない。「また大統領令は、複数の関係や行政機関によって行われた各国調査のプロセスの結果を反映している」。さらに本件大統領令は、入国制限を免除する例外規定も整備している。そうすると、裁判所としては、本件大統領令が安全保障上の理由から発令されたものだとする政府の判断を尊重するべきであり、国教樹立条項違

反にはあたらなない。

このように法廷意見は、移民問題について広範な政治裁量が認められることを根拠に、大統領の判断の合理性に深く踏み込まない姿勢を明確にしている。もっとも、敬讓審査の枠内ではあるが、争点①と②の双方について、大統領が、複数の行政機関からの調査結果に基づいて大統領令を發出していた点が指摘されており、そのことが大統領の事実評価の合理性を支える論拠として援用されている。これに対して反対意見は、移民管理の実態に注目しながら次のように述べている。「もし大統領令自身の定める安全保障上の基準を充たしているムスリムに対してビザの発給が拒否されていれば、政府が宗教に着目して彼らを排除しているとの主張が成り立つことになる。しかし残念なことに、この二番目の可能性、つまり政府が大統領布告を文面通りには適用していないことを支える証拠が存在する。大統領令§3 (C) (ii) は、國務長官と国土安全保障長官が、入国制限を個別解除するかどうかを決める領事の判断に関するガイドラインを、策定するために総合調整を行うと定めている。しかし私の知る限りそのようなガイドラインは発令されていなく」(Id. at 2430-2431 (Breyer, dissenting).)。

- (65) Daphna Renan, *Presidential Norm and Article II*, 131 HARV. L. REV. 2187, 2259 (2018).
- (66) Metzger, *foreword*, *supra* note 45, at 82.
- (67) Metzger, *the interdependent relationship*, *supra* note 44, at 445.
- (68) Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 463 U. S. 29, 43, 34 (1983).
- (69) *Id.* at 30.
- (70) Metzger, *the interdependent relationship*, *supra* note 44, at 456-457, n. 148.
- (71) MICHAELS, *supra* note 3, at 182. See Chevron, U. S. A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, Inc., 467 U. S. 837 (1984). ケーガンの議論との対比も含めて、佐藤・前掲注(3)一九三―一九五、二〇八―二〇九頁参照。
- (72) See Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 COLUM. L. REV. 573, 597-599, 646-650 (1984); Steven G. Calabresi & Saikrishna B. Prakash, *The President's Power to Execute the Laws*, 104 YALE L. J. 541, 582-585 (1994).
- (73) See Saikrishna B. Prakash, *The Executive's Duty to Disregard Unconstitutional Laws*, 96 GEO. L. J. 1613 (2008).
- (74) See Kendall v. United States ex rel. Stokes, 37 U. S. 524, 613 (1838).
- (75) Andrew Kent, Ethan J. Leib & Jed Handelsman Shugeman, *Faithful Execution and Article II*, 132 HARV. L. REV. 2111

(2019) (誠実執行条項は、イングランド法制にその起源を持つものであり、それがアメリカの諸邦・連邦の憲法典にも受け継がれた。法執行の誠実性の観念は、国王や総督が恣意的に官職を私物化することを厳禁するところから始まり、次いで公平無私・適切性・熟練性・善良性などの規範的価値を含む概念として一般化されるに至った。)

(76) Jody Freeman & Sharon Jacobs, *Structural Deregulation*, 135 HARV. L. REV. 585, 633-634 (2021) (citing Metzger, *constitutional duty to supervise*, *supra* note 50.).

(77) *Id.* at 644-646.

佐藤 太樹 (ざとう たいき)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 国立国会図書館調査及び立法考査局憲法課調査員 (非常勤)

所属学会 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

専攻領域 全国憲法研究会、比較憲法学会

憲法

主要著作 『「政府内における権力分立」論の憲法的意義——アメリカ公法学説に

おける行政の位置付けをめぐって』『法学政治学論究』一三五号 (二〇二二年)