



Title	大統領による行政コントロール：法律外行政活動の例として
Author(s)	澤田，知樹
Citation	阪大法学. 2005, 55(1), p. 89-118
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/55075">https://doi.org/10.18910/55075</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 大統領による行政コントロール

——法律外行政活動の例として——

澤 田 知 樹

はじめに

近年、交渉や協働といった手法が注目されている。行政の意思決定やその執行について、私人が行為者として登場するようになってきた。従来は、私人つまり国民は行政客体と呼ばれ、行政行為の客体として扱われてきた。しかし国民主権のもとでは、「客体」と呼ぶことは適切でないという主張もある。<sup>(1)</sup>あるいは「客体」として扱われるのではなく、行政に対し能動的に働きかける主体へと変貌してきた。つまり受動的「私人」から能動的「市民」への成熟であろう。<sup>(2)</sup>このような能動的行為者としての市民が行政に働きかける方法として交渉・協働という動向が見られるようになってきた。これらの交渉・協働というテーマについて筆者も少し論じさせていただいた。<sup>(3)</sup>そこでの観点は二つある。一つは、市民の要望を行政が採りこむ場合に於いて、その判断の適正さを確保する方法はいかなるものかという観点と、いま一つは、行政機関は法律に書かれていない事項を行ってよいのか、よいとすればその理由は何かという観点であった。後者つまり法律外の行政活動について、逆の視点から見ることによって新たなヒ

ントを提示できるかも知れないと考え、本稿を執筆する所存である。逆の視点とは、法律的権限があるにも拘わらずその行使を控えるべき場合である。その例として、米国に於いて任期末の大統領はその権限行使を控えるべきであるという主張がある。<sup>(4)</sup>本稿では、米国大統領の行政に対する権限について述べる。第一章ではまず大統領はその任期の最後の日までその権限を行使できることは法律上当然であり、むしろそれを制限することの方が問題であることについて述べる。第二章では任期末の大統領は権限行使を控えるべきであるという主張について述べる。第三章では大統領が行政機関に対してその活動に関して指示を発することは法律上書かれている訳ではないが、その法律に書かれていない指示を発することとそれを正当化する理由について述べる。第四章では大統領に権限を付与しすぎることにについての懸念とその制限について述べる。第二章と第三章で述べることは、同じ根拠を逆の視点から見ものである。つまり法律上書かれていない行為をなす根拠があるときはその行為を行ってよいということは、反対に解釈すれば、その根拠となる事由がないときには法律上の権限あるにも拘わらずその発動を控えるべきであるという考えを導くことになると考えられよう。米国大統領という、日本の行政にとって関連のない事項についてであるが、法律外の行政活動についての問題に一つのヒントを提示できるかも知れないと考える。

## 第一章 任期末大統領の権限行使

### 一、任期末大統領の権限

大統領はその任期末に於いて、次期大統領が反対政党の推す候補であるときあるいは政策や主義主張が異なる者であることがすでに決定しているとき、自己の権限をその期日の最終の日まで行使することができ得るであらうか。任期末の大統領は、公衆の信頼に従って名誉ある適切な判断をなすべきであり、政策の不可避免的な変遷に対して抵

抗したり妨害したりすべきではない。つまり任期末の大統領がなお行政活動を積極的に行うことは、大統領権限の濫用であり、そのような行為を行うべきでないとの主張もある。<sup>(5)</sup> それに対して、一般論としては現職の大統領は、次期大統領が就任する瞬間まで、すべての大統領権限を行使し得ることは明白であると言わなければならないという主張もある。<sup>(6)</sup>

前者の主張については次章で述べるが、本章では後者の主張について見ることにする。Beermann は次のように述べる。次期大統領への交代が現実に行われるまで、現大統領はすべての大統領権限を行使することができるという前提で説明を始めるとき、それは論理的問題と実務的問題の双方から説明され得るだろう。論理的問題として、任期末の政府の積極的な活動は憲法の下に認められた権限内のものであり、国家的政策過程の一部である。次期大統領の政策に抵抗あるいはそれを妨害するようなことがあっても、それはまったくの政策過程の一部であり、論理的問題としては完全に許容され得るものである。実務的見地からは、任期末の大統領は、利益グループによる圧力から自由であろうし、そして政治的なしごみによる懸念から逃れて社会福祉政策を推し進めることが可能であろう。その時期の大統領は利益グループによる支持を必要としないため、全般的な公衆の利益について焦点をあてて考慮することができであろう。<sup>(7)</sup>

現大統領の任期末に於いて次期大統領選挙の結果が明らかになった日から新大統領就任までの期間になされた規制はミッドナイト規制 (midnight regulation) と呼ばれたりするが、この種の規制が重大な不安定要因となるかどうかは明らかではない。むしろ、それはどのようにしてなぜ起きるのか、新大統領は如何なる方法でそれに対処するかが問題である。<sup>(8)</sup>

## 二、任期末大統領の行為・新大統領の対応

大統領の任期末に多くの行為がなされることとなる理由について、この論者は次のように説明する。大統領は、形式的には憲法、協定、法律、規則等で許容されるすべての行為をなし得る。しかしながら、それらをなすについて議会の承認が必要とされる場合には、実務的な問題として、大統領はその任期中のすべての期間にわたって権限を行使できる訳ではない。その最たる例は連邦裁判官の任命である。また、任期末の行政府が採り得る最も長期的な施策は、新たな行政規則を発することである。なぜ任期末に新しい行政規則を発することが増加するかであるが、それは最終期限が迫ってくることに因るものである。そのような最終期限の接近により、行政官にとっては業績をまとめようとするについての効果的な刺激となる。ホワイトハウスのメンバー達にとっては、期限を延長することはできないのである。<sup>(9)</sup>

新大統領にとって最も採りやすい戦術は、前政権末期の規則を延期、取消、修正することである。だが、手続的には、告知コメント手続を経てなされた規則を取り消すためには、新たな告知コメント手続なしには行うことができない。実質的な問題としては、他の規則を取り消したり修正したりする規則は、個別の関連法規の下で適用される審査基準に適合しなければならぬ。Airbags Case<sup>(10)</sup>に於て最高裁は、新政権に於いて行政機関が規則を撤回するについて十分な理由を示せたかを審査した<sup>(11)</sup>。この見解では先の政権の行為は新大統領を拘束し得ることを意味するであろう<sup>(12)</sup>。また新大統領が、前大統領の任期末に公布された規則の発効・執行を凍結するためには、その適法性を強く主張することが必要となるであろう。大統領の第一の権限は「法律を忠実に執行するというテイク・ケア (take Care)」<sup>(13)</sup>である。

ここでは、前大統領が策定した規則もそのテイク・ケアの対象に含まれるから、新大統領はそれを忠実に執行す

ることになるという構成であると考えることができよう。

### 三、大統領の行為の性質

現行法は前大統領の任期末に関わった行為や新政権のそれに対する行為について制限を設けているであろうか。多くの法律問題は、政府権能の執行府への配分についてどのように理解されているかという問題について考えることになる。議会は直接大統領に権限を委任することもあるが、多くは個別の政府の省や行政機関に権限を委任する。大統領は、自身の権限よりも、各機関に委ねられた権限を重視することが多くなってきた。大統領が規則制定に関与するとき、行政機関が米国行政手続法 (Administrative Procedure Act: 以下 A P A と略す) や他の法律で要求されている全ての手続に従っており、そして行政機関に提出された記録が審査基準の下に適正であるとき、問題は、大統領が影響力を行使したことが、その規則にとつてのマイナス点になるかどうかである。<sup>(14)</sup> ここでの問題は、議会が個々の行政機関に権限を委任しているにも拘わらず、その権限を大統領やそのスタッフが公式でないにしろ行政官に代わって行使したことについてであろう。大統領の圧力によって、決定権者は公開性に欠けてしまうことになる。A P A は、規則制定進行に際し決定権者に対して、告知コメント期間中に提出された関連事項を考慮することを要求している。<sup>(15)</sup> だが A P A は行政機関の規則制定について実質的な制限を設けているようには解せられないであろう。A P A は明示的に公開性までを要求している訳ではない。提出された関連事項を考慮するよう要求していても、最高裁は A P A で要求されている手続にさらに追加することには消極的であり、そのような強い手続要求を課すことを是認しそうにないであろう。行政官を規則制定過程から除外するかどうかを判定する際に、裁判官はその者が偏った見解を有するか否かを判断することを避けてきた。<sup>(16)</sup>

そして、裁判所は規則の適法性について疑問を投げ掛けることについて消極的であるようである。裁判所の判決

の影響の下、行政機関は現実の行政の目的から逸脱した規則を発することになってしまいかも知れない。加えて、行政官に対する大統領の記録外の対話に対する訴訟は、あまり成功しそうにないであろう。規則制定手続に於ける大統領の一方的(ex parte)対話が禁止されているかどうかは明確ではない。APAには、公式の手続進行を除いては、そのような禁止はなく、個別の法律の多数に於いても禁止されていない。法律上の権限がない以上、裁判所に規則制定手続に於ける偏った対話を禁ずる権限があるかどうか疑わしい。<sup>(17)</sup>大統領が行政官と口頭の対話をなすについて、憲法第二編とVermont Yankee<sup>(18)</sup>の制限原理を共に考慮するならば、裁判所は、法文で要求されている事項を超える関与を求めるについて特別の注意を払わなければならない。<sup>(19)</sup>

ここでは、大統領が法律で定められた権限以外の行為を行った場合について、それが法律の条文に明確に違反していない限りは、裁判所は大統領のその行為を違法であると宣言しそうにないであろうことが示されている。だが、そのことから、任期末の大統領が積極的に行動することの可否について、何れになるかの結論が導き出される訳ではない。

#### 四、前大統領・新大統領の関係

現行法が、任期末の大統領による規制活動について効果的な対処法を規定していないのならば、任期末の大統領の行為の権能を妨げるような方法を探ることも考えることができよう。議会は、APAを改正して、任期の終期のある一定期間に於いて新たな規則制定案の提出を禁止することができるとも知れない。だがこれは重大な問題を惹起する。一つは、執行権に対して制限を設けることは、何者もが埋めることのできない権能の空白を生じせしめ、そして政府権能を不完全ならしめることになるかも知れない。いま一つは、大統領の権限の幾つかは、制限することが非常に困難なものであろう。それは、最も根本的な事項であるが、執行府の固有のものとして考えられる権限、

あるいは憲法第二編に列挙された権限について、それを大統領が行使することを制限することは議会にはできないであろうということである。<sup>(20)</sup> 執行府固有の権限の行使を制限するような試みは、憲法上の問題を惹起することになるであろう。

ところで問題の要素となる事項は、新大統領が自身の政策に適合しない規則の発効を停止したりそれに代わる新しい規則を制定しようとするものである。法的に要求されたすべての事項が一連の行政の手続進行に於いて適切な官吏によって採られたのであるから、大統領の関与は顧みられなければならないであろう。行政機関の長官は、大統領の命令を顧みないことができる。この場合には、大統領は長官を交代させることになるであろう。新政権が、前政権の任期末の行為を扱うことについて、新政権は何らかの権限を有するべきではないかと仮定できよう。その可能性の一つとしては、司法判断を通じてあるいはAPAを修正することによって実現可能だが、公布されたばかりの規則について、行政機関が撤回したり修正したりするについて告知コメント手続の要求なしに行えるようにすることとも考え得るであろう。<sup>(21)</sup> これにより、新政権にとつてあまりに政策から逸脱する規則について対処できることになる。ただし、発効日に及んで規則を撤回する権限を与えることには多少問題がある。現行法では、一般的に規則は発効していても公布があれば、それにより行政機関の最終行為(finality)があつたと解される。ひとたび規則が最終段階に達した(final)となると、その規則を撤回しあるいは修正することは、新たに公布される規則と同様にそれと同じ基準の下で司法審査の対象となる。<sup>(22)</sup> ただ、議会が別の基準を設けることを妨げるものではない。<sup>(23)</sup> そのような立法がなされたのなら、新政権は前政権が任期末に発した規則を自由に撤回あるいは修正できることにならう。だが、なお問題は残る。任期末に策定された規則とそれ以外の規則との区別がとても困難であるということである。



## 第二章 大統領権限の源泉

## 一、任期末に於ける権限行使の問題

任期末に於いて、いわば駆込み的に規則制定等の権限行使を行うについて批判する論者も多い。駆込み的な行政活動は、新大統領の権限やコントロールを減殺することを目的にすると見られる場合もあるため、非民主的であるという印象を与える。さらに、これらの活動はしばしば大統領選挙後に行われるために、投票者は行政機関の責任を追求するための重要なツールを失う事態となる可能性もある。反対に、論者の中には大統領による行政の規制政策コントロールを強調することにより、行政が一部の利益と結びつくことあるいは自己の目的を追求するという弊害を抑止することができる<sup>(24)</sup>と主張する者もあり、これらの問題はより強調される様相となるであろう<sup>(24)</sup>。

それらの論者は、大統領は選挙によって選出された官吏であるために、公衆の要望に応じそれを行政機関（独立行政委員会を除く）に伝えることが求められる。選挙過程を通じて公衆の価値観や政策要望に関する対話をなし十分に情報を得てそしてそれを確定することができる<sup>(25)</sup>と仮定する。これらの見解は、大統領の権限行使の根拠を、選挙による民主的基盤に求める考え方である。この考え方を反対に解釈して、任期末の大統領について、対立政党の候補あるいは政策や主義・主張を異にする候補者の当選が確定している場合には、現大統領はすでにその民主的基盤を失っていると解する構成であると考えられよう。

また、行政機関の裁量の拡大も問題とされる。ニューデール (New Deal) 以後、行政機関は政策決定の中核となる部分を決定するについて議会から委任されてきた。議会は、自身が政策立案する専門性に欠けそしてコンセンサスに達することができないことなどを理由に広汎な権限を行政機関に委任したのである<sup>(26)</sup>。そして行政機関は柔

軟性や裁量を保持するためあるいは行政コストを減少させるためさらには司法審査を避けるために、ガイダンスや内部指示といったインフォーマルな手法を通じて政策を策定する方向を好むであろう。行政機関の下部に於いては、拘束力ある手続や判断基準が比較的整備されていない状況が多いために、アドホックには決定にあたつてかなりの自由度が与えられる様相となっている。これにより、決定権者の見解のみに基づくのではなく、一部の利益グループや政治的に偏つた目的を追求するような決定がなされる事態もある。<sup>(27)</sup>

## 二、行政機関とアカウンタビリティ

米国に於いて行政機関は「第四府」<sup>(28)</sup>と呼ばれたりしているが、この第四府についてその正統性のソースとして機能し得るものは何であろうか。

正統性は次の二つの問いに答えることによって評価されるのではなからうか。一つは、議会という最も選挙民に近い機関が政策の中核部分を定めなかった場合に、行政機関の権限行使は民主的な事項として捉えることができるか。いま一つは、その行使する権限について行政機関はアカウンタブルであるか。<sup>(29)</sup> アカウンタビリティの問題は、行政機関がその行動を正当化し公開する義務があるかどうか、そしてその権限は意味のある (meaningful) 制限事項によって限界づけられているものとして見るができるかというところに焦点を当てる。アカウンタビリティは、どこまでの範囲の外部機関が行政機関の活動をチェックすることができるかということに密接に関連する。そしてアカウンタビリティと民主主義は二つの方法でリンクする。一方では、法の支配によって制限される行政機関の権限の範囲について、選挙民が行政機関の活動をより正統なものとして認識できるであろうことであり、他方では、選挙過程そのものがアカウンタビリティの一形態を提供し得るということである。<sup>(31)</sup>

行政機関の機能が、単に議会が決定した政策を執行し具体化するというだけであれば、行政機関の権限について

独立した民主的正統性のソースを必要としない。同様に、行政機関の裁量は明確化され決定された境界内に制限される<sup>(32)</sup>。だが行政機関の判断が、専ら技術的なものよりはむしろ実質的で価値を負わされた内容となるにつれ、行政機関に対する何らかのコントロールが必要になってくる。その役割を担う機関として、議会や裁判所が考えられるが、大統領によるコントロールという考え方も浮上してくる。

大統領は立法をなすことはできないが、行政機関の長を交代させることを通じて行政機関をアカウンタブルに保つことができる。行政機関の長を交代させる権限に加え、大統領の執行オフィスは今では行政規制活動を審査し、行政機関の予算をコントロールし、行政機関にその活動や結果についての報告を求め、そして行政活動の優先順位の決定を監督することによって、行政官僚による惰性に対する是正を試みている<sup>(33)</sup>。

また選挙民は、大統領選挙を通じて事前に政策についての要望を表明することができ、その要望を最もよく具体化するような政策を提供する候補者を選ぶことができる。そのように大統領は公衆の見解を導入し、さらには再選のチャンスが高めるために任期中を通して、選挙時に示した見解に対して責任を保ち続ける可能性が高い。論理的には、大統領は、行政機関がその裁量を行使したことについての説明を行政機関に求めることもできるであろう。執行府のヒエラルキー的配列に依るところによって、もしすべての政府政策について包括的に監視するに適した機関があるとすれば、それはホワイトハウスであろう<sup>(34)</sup>。あるいは行政機関が人民に対して直接にアカウンタブルでないのであるから、執行府の長がそのような政策判断をなすことが、政府の政策部門にとって全般的に適切であろう<sup>(35)</sup>。

### 三、行政機関の判断の適切性

前節では大統領によるアカウンタビリティについての主張を見てきたが、それに対して行政機関自身の意思決定に、より直接に民主的正統性を求めることができるという考え方もある。

Seidenfeldによると、民主的熟慮の所在は、議会ではなく行政機関自身に見いだすことができるとされる。行政国家に於ける意思決定過程は熟慮過程として観念づけることができ、それは政策全般の価値によって情報づけられた熟慮による意思決定を求める市民リパブリカンにとって最善の要望を提供する<sup>(36)</sup>。だが同時に欠点も指摘される。隔離された位置に於いての意思決定過程によって、コンセンサスの価値からかけ離れることにより非民主的な結果を導くことになるかも知れない。そのような逸脱は、行政機関が情報や見解についての範囲を適正に定められず十分な対話が行われないため、あるいは行政機関がそれ自身の目的や計画を追求しようとするために起きることになるであろう<sup>(37)</sup>。

また、次のような考え方もある。行政機関の意思決定を外部からの一連の要望の集合であるとして理解したとしても、内部での政策上の多様性は優れたメリットを提供するであろう。意思決定者は、利益グループからの要望についての情報を収集しあるいは大統領選の民意表明機構を通して、私人の要望を伝えるパイプとして機能する。行政機関の最終的な決定の適切性は、行政過程の中で影響を受ける様々な利害関係者を公式に代表することができる<sup>(38)</sup>。かどうかに依存することになる。

これらの見解によると、大統領によるコントロールは正統性の中心的なソースではなく、熟慮が歪められたときあるいは不適切な結果に対する安全保障として捉えているようである。これらは、あまりにも行政機関に決定権限の比重を置きすぎているのではないであろうか。議会あるいは大統領よりもむしろ、議会から相当な程度の裁量を与えられた行政機関それ自身が公的利益を増進することができると考えているようである<sup>(39)</sup>。

#### 四、大統領選の民意反映についての不十分性

大統領による行政コントロールの考え方に於いては、大統領選での投票者は、単に指導者を選択するのみならず、

行政機関が直面するであろう問題についての選挙民の要望を伝達するものである。この見解では、選出された大統領についての行政的アカウンタビリティは、大統領が選挙に勝利したからではなく、国家的選挙が大統領の政策的な志向が選挙民の要望を反映しそれに行政機関が応じるであろうという状況を提供することにより行政機関は適正に機能するであろうという仮定に、依拠することになる。<sup>(40)</sup>だが、このような考え方がすべての場合についてあてはまる訳ではない。行政機関によって提示された問題について、選挙民の多数は事前に十分に情報を得あるいは要望をまとめ整理することができないであろうし、最も重大な問題についてののみコンセンサスを与えるか否かの選択しか残されていないであろう。<sup>(41)</sup>このような場合については、投票者は事前に政策的見地を十分に形成したと結論することはとても困難であろう。たとえ投票者が要望を十分にまとめ整理することができたとしても、それを一人の大統領を選ぶことによって表明することはできなかったであろう。

選挙については次のような欠点も指摘される。大統領選によって投票者の要望について信頼できるメッセージを伝えることは、ありそうにもないことではなからうか。その理由は次のようなものである。第一に候補者は選挙期間中には個々の具体的な問題について直面することはないであろう。たとえ直面することができたとしても、候補者は自分の志向について対話することはできないであろうし、あるいは選挙後になって初めてその志向を形成することができるとも知れない。第二に、具体的な政策問題が提起されそして討議されたとしても、大統領選挙の構造により、投票者はその要望について候補者と対話することができないであろう。現在の政党システムでは、投票者は一般の選挙に於いて二人の候補者から選ぶこと以上のことはほとんどできない。それ故に投票者は一般的に言って、二つの政策目標のパッケージの中から選ぶことになってしまふ。投票者の要望よりも候補者が示す主要な問題について支持できるかどうかになってしまふ。最後に、選挙期間中に個々の具体的な問題について十分に形成さ

れた要望があったとしても、別の問題がある。大統領が圧倒的多数で選出されない限りは、大統領の政策目標は、国民の大部分によって支持され十分に形成された見解といえども、代表し表明され得ないであろう。<sup>(42)</sup>大統領の政策は、相当数の支持によって継続的に導入され得るものであり、選挙による多数派によるものではないであろう。<sup>(43)</sup>このように、大統領の政策目標はその内容については必ずしも適正なものではないかも知れない。ここで示されたことは、選挙による民主的正統性と判断内容の適正さとは必ずしも一致するものではないかも知れないということである。そして内容の適正さは、むしろ熟慮によってもたらされる可能性が高いと考えることもできよう。選挙による民主的正統性か、熟慮による内容の適正さか、という問題に収斂するものであらうと考えられるが、引き続き、次章では大統領の行政に対するコントロールについて考察していく。

### 第三章 大統領による行政コントロール

#### 一、行政部門を統括する者——大統領

米国の行政国家の歴史に於いて、政策に対するコントロールについてそれぞれの三部門が互いに争い抑制しあってきたため、それらのうちどれか一つが最終的に優位者として現れることはなかったし、またそのようなことはありそうになかった。だが、時代は変遷し、一つあるいはもう一つの部門が、行政過程の結果について影響を与え、方向を示すに当たって比較的優位にあるものとして前面に出てきた。<sup>(44)</sup>それが大統領である。

大統領の解任権の行使から実質的に保護される行政部局と大統領の関係を調整するための広汎な権限を持つものは議会であることは、憲法上容認されている。<sup>(45)</sup>さらに議会は、大統領による解任権を受ける官吏についても裁量的決定の行使については保護することができるであらう。議会は、権限を大統領ではなく行政官に委任してきた。<sup>(46)</sup>だ

が、条文で委任された裁量の範囲内で具体的な行為を行うように官吏に命ずる大統領が現れた。Clintonである。ある論者は、これを指示権 (directive authority) と呼び、次のように主張する。議会が、行政活動で大統領から引き離し保護するについての広汎な権限を持つことは認めるが、議会は一般に認識されている以上に大統領に権限を与えていると考えることができる。独立行政委員会の長は別として、それを除く行政機関に対して権限を委任する条文は、その委任された裁量の行使について大統領が指示権を主張することができる<sup>(47)</sup>と読むことができるであろうと考える。ここでは、アカウンタビリティと効率の価値について焦点を当てる。他のコントロール形態に比較して、行政府の大統領化という新たな考え方が、公衆に対して官僚制をより透明にし責任あるものにするために、尽力することができるであろうと考える。

この主張は、議会から与えられた行政機関の裁量を適切にコントロールし得るのは誰 (どの機関) であるかという問いについて、そのコントロールを行使するのに最も適している者 (機関) は大統領であろうという一つの仮定を導くものであると考えることができる。さらに、裁量のコントロールという消極的側面のみならず、積極的な政策目標を実現するために、大統領は各行政機関に対してその裁量の範囲内で可能な範囲で、裁量行使に於ける方向性ないし目標性を与えることができるという積極的側面もあると解することができるであろうと考えられよう。本章では、大統領の指示権の行使について、行政裁量のコントロールという消極面と政策的目的実現という積極面との双方について考察していこう。

## 二、議会による行政機関の裁量コントロールの弱点

行政機関に権限を与える法律の多くは、結果については拘束せずあるいは広汎な裁量をもたらす権限付与を含み、公的政策の主要な問題について行政機関の裁量に任せてきた。議会が一旦権限委任を行うと、行政機関の政策決定

についての効果的なコントロールを行使することはできないであろうし、少なくとも議会はそれを行ってこなかった。<sup>(48)</sup> 議会が、行政機関の決定に対するコントロールを可能にするような機構を採用したとしても、実際にそれを行使用することはうまく機能するであろうか。議会によるコントロールの方法としては、立法的な制裁を設けることによって担保された監視システムを設けることである。だが、立法的制裁システムには二つの弱点がある。一つは、そのような監視システムを実施する機関の位置づけに関するものである。議会による審査を開始させるアクターは、上院や下院の本会議ではなく委員会や各議院の小委員会である。委員会のメンバーは適切に選ばれているとは言えないときもあろう。そのメンバーが利益グループと強く結ばれていることも少なくない。これらのメンバーにより構成された委員会が、議会全体としての要望や目標を適正に反映しているとは考えにくいのではなからうか。そして、いま一つは、議会の委員会は外部の利害関係者の不満に焦点を当てることにある。これらの不満は行政機関が政策を変更する時に多く噴出しやすい。そのため、議会による監視の結果は保守的な内容に傾くことになるであろう。さらに、これらの不満は、広汎な規制問題といった見地からすれば、そこからかけ離れたような問題を表明することが多い。不満に対応して活動するという監視の方法は、行政政策の全体的な考慮よりはむしろアドホック的なものへと向かわせてしまう。<sup>(49)</sup>

議会による行政裁量のコントロールがうまく機能しないために、行政官は彼らの実質的な責任の範囲内で、規則を策定し優先順位を決定するについて広汎な自由度（許容範囲）を得ることになる。このような強化された官僚権限を正当化するための理由として最も優勢なものとして、専門知識の必要性が出現してきた。専門性がそれ自身の指針を設定し、行政裁量の問題を効果的に解決するものとして機能している。だが、行政に関する法律的文献ではオミットされがちだが、官僚制には固有の悪慣行もある。その第一は、慣性と無気力である。<sup>(50)</sup> 行政に対するコント



ロールというのが解決に向けられた可能性であるならば、コントロールから外れた官僚制についてチェックをなし得るような責任ある機関を探索することである。<sup>(51)</sup>そして官僚制コントロールのために必要なものは、制限を課すことよりも、方向や目標そして活力を提供することであるかも知れない。<sup>(52)</sup>この方向・目標や活力を吹き込むに最も適している機関は大統領であるという思考の流れになるであろうと考えられる。

### 三、大統領の行政に対する積極的介入

最初に Reagan 大統領の就任によって多くの変化がもたらされた。Reagan は政権の方針を各行政機関に課すための戦略を採り、任命権を活用し始めた。さらに二つの大統領命令を発し、行政機関の規則制定を審査する機構を中央に集中させた。大統領命令第一二二九一号<sup>(53)</sup>により、主要な規則案は連邦官報 (Federal Register) による公表の前に、費用便益 (cost-benefit) 比較を含む規則の規制影響分析 (regulatory impact analysis) と共に行政予算管理庁 (Office of Management and Budget: 以下 OMB と略す) に提出されなければならないことが、行政機関 (独立行政委員会を除く) に対して命ぜられた。さらに、大統領命令第一二四九八号<sup>(54)</sup>により、各行政機関に年間の行動計画をリストした年間規制プランを OMB 審査に提出するように命じ、もって早期の段階で規則制定に対して影響力を行使する機会を OMB に与えた。

これらの OMB 審査による監督についての推奨者は、政府の複雑さが増大し行政機関の拡散にともなって、それらを効果的に調整し優先順位の設定を行う必要性を強調する。<sup>(55)</sup>議会が横断的な調整をすることができないのであれば、大統領のみがこの調整機能を遂行できるであろう。

次に Clinton 大統領は大統領命令第一二八六六号<sup>(56)</sup>を発し、OMB による審査を続けた。一二二九一号による OMB 審査と異なるところは、一方的接触 (ex parte contacts) と情報開示に関わるものであるが、Clinton は一般的に

言つてより規制を強化する姿勢を示した。さらに Clinton は独立行政委員会に対しても一定の範囲で一二八六六号の対象とした。個々の規則の審査については、独立行政委員会は遵守を求められないものの、規則計画については遵守を求められた。加えて、一二八六六号は、独立行政委員会を除いて、執行府の各省の長官に対して、その委任された規則制定の実施にあたって、大統領が指示 (direct) を発する権限を有することを示した。Reagan は、規則制定の過程に大統領が関与するメカニズムを創ったが、行政官の判断を代行する究極的権限までは主張しなかった。それに対して Clinton の命令はまさにその権限を含んでいた。<sup>(57)</sup> この相違は、Reagan と Clinton とのそれぞれの政権の方針の違いによるものかも知れない。Reagan は規制緩和という方向であったが、Clinton は規制強化という方向であった。何れにせよ、それぞれの政権の方針を推進するために規則制定過程に大統領が関与するという方法が採られた訳である。これらのように大統領は、積極的な政策目的実現のためにそれぞれの行政機関に対して自己の政権の方針に合致するような規則案の策定を求め、それを通して政権の目標を推し進める方策を行った。

#### 四、大統領の指示権の根拠

では、このように大統領には行政活動全般に対して指示を発する権限はあるのだろうか。Clinton は規制を策定したりその裁量を行使するについて、議会の明示的委任を背景に、指示を発した。だが、議会が明示的にこの権能を遂行する者として選んだのは、大統領よりむしろ行政官である。大統領は、その意思決定を長官がなす決定として適正なものとして代行することができるであろうか。Clinton は、議会が行政官を意思決定権者と位置づけているのなら大統領はその行政官の職務に踏み込むことができるという仮定によって、指示権を行使した。このことが問題の基礎をなすところである。<sup>(58)</sup>

一般的な見解では、大統領は各行政機関に委任された裁量について行政官に指示を発す権限に欠けると認識され

ている。<sup>(59)</sup> 大統領は、その意思によって行政官を解任する権限があり、これを議会が剥奪することはできないであろう。そこで大統領には、行政官に対するいわば「手続的」<sup>(60)</sup> 監督権があるとし、それにより行政官から情報を求めそして政策について評議することが可能となるかも知れない。この手続的監督権が、OMB 審査について、少なくとも最終的決定権が行政官の手中にある限りは、許容できるものであるとし、そして Clinton の行政官に対する指示権を肯定する方向に働くと考え得ることができるとも知れない。<sup>(61)</sup>

さらに次のような考え方もある。憲法第二編は、大統領に執行あるいは連邦行政法に関与する行政機関の長に対するコントロールの全権を規定した。この主張は憲法のオリジナルの解釈に基づくものである。<sup>(62)</sup> この考え方を採る論者は、最高裁は議会に行政機関を大統領から引き離すための権限を与えずっていると主張する。だが、憲法第二編のオリジナルの解釈は十分に明確ではなく、そのような立場を支持するには不十分である。それよりはむしろ、議会が大統領に対して指示を発することを禁止することが可能であるということは、議会が指示を禁止したということの意味しないということに着目しよう。つまり、条文の解釈の問題なのである。この解釈の選択は、立法意図の判断と、行政官のコントロールにはどの機関が適しているかについての判断とに、依拠することになる。議会が、大統領に対して指示を発する権限を委任したのであれば、大統領がそのなす決定に対してアカウンタブルであることを意味する。そして、議会による大統領への権限の委任は、論理的には、大統領が行政機関のすべてについて究極のコントロール権を有するという仮定を伴う。そして大統領による行政機関のコントロールが、アカウンタブルであることと効率的な行政活動を促進するということであれば、議会はそのコントロールを制限するについての意図をはっきりと表示しなければならないと言わなければならない。<sup>(63)</sup>

#### 第四章 統合調整機能を担う大統領

##### 一、大統領権限に対する制限

大統領による行政システムは、行政機関の政策形成に於いて、他の機関の機能と置き換えることができるであろうか。大統領による指示権を制限する可能性のあるものについて述べる。その第一は議会である。大統領による行政が、法律の起草者の目標と一致しない解釈を採ることによって、議会が志向した意図を置き換えるというリスクもある。しかし、このような危険に対しては司法審査によって十分なチェックが図られるであろう。

大統領による行政コントロールが、議会の独立した調査活動を排除する訳ではない。議会は、行政活動に対し影響力を行使するために、同様のヒアリング等を行いそして制裁を課すことができる。だが、行政府に対する大統領のコントロールと議会のコントロールは、どちらかの選択を求めるものではない。大統領の関与は、議会による監視システムにさらに政策的コントロールによる上乗せされたレベルの監視を課す。大統領が行政活動に積極的に従事するのであれば、規制政策に対して、大統領の影響は、立法府の影響にある程度置き換えることができるかも知れない。

ここで、ひとたび大統領が行政活動に対して介入し始めるならば、議会はその領域を譲歩するであろう。大統領の介入に反発するよりむしろ、困難な決定をなす政治的責任を巧みに逃れることができる方へ、議員たちは救済を求めることができる。Ackermanは指摘する。<sup>(64)</sup> 反対に、大統領による行政活動に対する指示は、議会の監視活動の増加へと駆り立てるとFarinaは主張する。システムの中で他の機関の関与が起こることにより、霸権的な主張が監視競争を起こさせるかも知れない。<sup>(65)</sup>

だが、議会は行政に対する監視活動を行うときには、委員会を使う。これらは、適正に代表された者でもなく、そして特定の利害関係者と結びついていることが多い。議会は、調整や効率そしてリーダーシップを期待できそうにない方法で、これら活動を行うであろう。そこで行政に於いては、議会より大統領が比較的優位な位置にあることによって、首尾一貫したそして能動的な政策監視が行われるという状況が導かれるべきであろう。行政活動に対するコントロールの透明性によって民主的価値が増進されるような方法を強調することで、この分野に於ける立法活動の重要な役割を意味づけることができる<sup>(66)</sup>。

また、大統領による議会の活動の代行は別の問題を惹起する。大統領による指示は、行政機関に委任された裁量を行うときのみ機能することが出来る。広汎な委任により、政府の複雑さと具体的問題について集合体による合意達成の困難さが避け難いものになる。大統領による行政活動へのコントロールが強化されることにより、議会は広汎な権限の委任の必要性についてより注意深く思慮するようになるかも知れないし、そして困難な意思決定をなす権能を委任に頼ることに慎重になるかも知れない。そして大統領による行政コントロールは、裁判所の介入に頼ることなく、議会に対し政策選択の第一段階についての責任を増大させる圧力となり、ノンデリゲーション(non-delegation)原則の政策的な代替となるかも知れない。

## 二、法律規定と権限委任

大統領に対する権限の配分について前章で述べたが、そのような考え方により、アカウンタブルで能率的な行政決定を促進する目的でのコントロールのメカニズムの能力を発展させることができるかも知れない。現行の法規定では、ほとんどがこの機能を行うについての大統領によるコントロールの可能性について無視している。この可能性を認識することにより、裁判所は行政機関に裁量をなす権限を委任している条文を、大統領がこの権限を行使す

るについて指示を与えることを可能にする根拠として、読むことができるかも知れない<sup>(67)</sup>。だが、条文は直接には行政官に裁量行使をなす権限を委任しているのであり、大統領に對してではない。そこで法条文による委任の性質について少し述べる必要があるであろう。ここではノンデリグーション原則との関連を概要だけ述べることにする。

ノンデリグーション原則とは、合衆国憲法第一編から導きだされる。憲法第一編は、すべての立法権限は合衆国議会に付与されると規定する。この条文は、議会に對する権限の付与とその行使の限界との双方についての規定である。条文は、議会が他のいかなる機関にも立法権限を付与することを禁止する。この禁止はノンデリグーション原則と呼ばれ、行政機関への広汎で漠然とした委任が憲法違反を構成するか否かという問題を惹起する<sup>(68)</sup>。しかし、行政機関の規則制定に於ける裁量行使については、詳細を埋める権限として許容されることになる。ここでは、大統領の行為との関連についてのみ述べる。

最高裁はこの原則を、議会が直接大統領に権限を委任したときのみ適用してきた<sup>(70)</sup>。ただし、大統領に権限が付与された場合について常にこの原則が適用されてきたという訳ではない。法の支配の原理として考えるなら、ノンデリグーション原則は大統領の行為に信任を与えるかも知れない。しかし、それは大統領に對する直接の委任がなされた場合についてである。そして、ノンデリグーション原則は行政官に對する委任に依拠してなされた大統領の指示行為について寛容であるべきかも知れないということが提示されよう。またアカウンタビリティ原理として考えるなら、ノンデリグーション原則は大統領の行政府への能動的で公開された関与を歓迎すべきであるかも知れないということが提示されようと kagan は主張する<sup>(71)</sup>。

Clinton v. City of New York に於ける反対意見の中で Breyer 判事は述べている。大統領は行政機関の長とは異

なり、憲法上の官吏である。憲法はそれ自身が大統領に対して執行権を委任している。憲法上のノンデリゲーション原則を大統領の権限に関する問題に適用するときには、裁判所はこの事項を勘案しなければならない。<sup>(73)</sup> *Rehnquist* 判事によると、この原則は秩序ある政府行政部門と一致する範囲に於いて、重要な社会政策の選択は、公衆の意思に最もよく対応することができる政府部門である議会によって決定されるという命題を確実なものにする。<sup>(74)</sup> *Sunstein* によると、この原則は具体的な決定を求められることからくる一種のアカウンタビリティを促進する。<sup>(75)</sup> 行政官に与えられた裁量の行使に大統領が関与するときは、これらの委任からくる問題は別個に考察され評価されるべきであろう。広汎な委任に一致するような大統領の政策選択は、立法府の決定とは同質のものではない。<sup>(76)</sup> これらからは、行政機関に対する委任と大統領への委任との相違により、ノンデリゲーション原則はそのまま適用される訳ではないかも知れないという思考の方向であると推測され得るであろう。

### 三、選挙によるアカウンタビリティの確保

行政活動に於けるすべてのモデルは、いかに行政活動を公衆に対してアカウンタブルに保つことができるか、そしていかに行政活動を効率的に行うことできるかという二つの課題に言及している。<sup>(77)</sup> 効率的な行政活動は、行政官に多大な裁量をもたらすことになる委任を必要とする。この広汎な委任がアカウンタビリティに関する深刻な問題を生じさせる。なぜなら、行政官は選挙によって選ばれた訳ではないからである。

大統領による行政は二つの原理が互いに関連する方法でアカウンタビリティを促進する。一つは、大統領によるリーダーシップによって透明性が高められ、公衆が官僚制の権限のソースと本質についてより正確に理解すること可能にする。いま一つは、大統領によるリーダーシップは公衆と官僚制との間に選挙によるリンクを創り出し、前者に対する後者の責任を増強する。近年、大統領と公衆の関係の特質は、この主張を以前より強調する。だが、

大統領による強力な役割が、強いアカウンタビリティを確保するものではない。大統領による行政のシステムが応答性と透明性を促進する範囲は、採用される形態と用いられる方法とに大きく依拠することになる。

官僚制は政府のブラックボックスのようなものであり、その強制力の行使は最も予測し難く、そして最も脅威となる。それ故、透明性を高め政府の決定権者としての責任を保持しなければならない。これを可能にするためには、官僚制政府の行為過程を単純化し人格化するための十分な推理力が求められる。そこで大統領の統一的な権限の構造、注目度、パーソナリティが、権限の行使について公衆が覚知し評価できる方法を提供する。官僚制の大統領化が、ある範囲に於いて、結果と過程にも同様に注意を払い、官僚制の公衆化をもたらすのである。選挙によるアカウンタブルな機関が、行政活動が要求する正統性を最もよく保持しているのである。<sup>(78)</sup>

もう一つの課題である効率性であるが、大統領の役割との関連について少し述べる。大統領は単一の機関であるから、集合体に見られるような不決断・非効率から開放されて行動することができる。そして、議会の委員会、利益グループそして専門官僚にはできないような方法で行政機関の活動に統一的な原理を適用し、そして同調させて進行させることができる。その第一は、おそらく調整機能であろう。次は、行政活動の優先順位の設定をより合理的にするという目標に関わるものであろう。個々の行政機関は自身が規則を課す場合のリスクと他の機関によって規制が課されるときとのリスクとを比べて測る方法を持たない。それ故、合理的な方法で総合的優先順位を設定するために必要な比較評価を行うことができないであろう。それに対して、集中化された機関は、この問題を軽減することができるであろう。

また、政府内でのエネルギーの必要性を認識することも重要である。政府がエラーをしないことよりも、何らかの活動の能力を持つことの方が重要であると考えられることもできよう。だが、官僚制に対する大統領のコントロール



を導入することにより政府のダイナミズムを促進するような方法は、耐えがたい独裁制と不安定の双方のリスクを課すことになるかも知れない。このような結果についての恐れを避けるためには、公衆に対する大統領のアカウンタビリティを結び付けなければならない。それにより、政治的アカウンタビリティが政府内のエネルギーを<sup>(79)</sup>チェックし、公衆の意見から離れないように繋ぎとめて置くことができるかも知れない。

#### 四、総括

大統領の権限を制限することの可否について、そしてその指示権の根拠について述べてきた。最初には、任期末の大統領の権限行使の問題であった。そこで示されたことは次のような内容である。任期末の権限行使について制限を課すべきでないという主張は、もし制限を課したならば、その期間中には政府権能の一部に空白が生じてしまうこと、そして執行府に付与された固有の権限に対して議会が制限を課すことは、憲法違反の疑いが生じることを根拠とする。これは、法理論上当然の帰結であり、贅言を要しないと考えられよう。それよりむしろ、任期末の大統領の権限行使を制限する主張は、いかなる根拠を提出しているかを考察して見るべきである。

任期末の大統領の権限を制限する主張は、その根拠として、やはり選挙による民主的基盤に重点を置いているように考えられる。任期末の大統領の対立政党の候補あるいは政策主義、主張を異にする候補者の当選の結果が出ているときには、現大統領はすでにその民主的基盤を失っていると解することを理由の中心と捉えていると考えられよう。

選挙による民主的基盤という概念に対しては、現在の二大政党のシステムでは、有権者は二者択一の選択しかできなくなり、民意が十分に反映されているかは疑問であると指摘される。しかし、それは事実上の問題であって、そのことにより直ちに民主的正統性が否定される訳ではないと考えることができよう。また二〇〇〇年の大統領選

挙に於いては、獲得票数が上回った者が必ずしも大統領選の勝者になれる訳ではないということを示した。これは、現在の大統領選挙のシステムに問題がある。この問題については、選挙制度を改正するという方法によって対処するしかないであろうと考えられよう。そのためには憲法の改正を要求されるので今後の課題としてさらに探求・考察が求められるであろう。

大統領の権限行使の根拠づけとして、最も根本的なものは選挙による民主的基盤であると考えられよう。そしてこの民主的基盤により、大統領は行政機関に対して包括的に指示を発する権限を有するという方向での論理の展開となってくる。Kagan は次のように主張する。行政機関に対して権限を委任する法条文は、その委任された裁量の行使について大統領が指示権を主張することができると読むことができる。そして、議会が、大統領に対して行政機関に指示を発する権限を委任したのならば、大統領はそのなす決定についてアカウンタブルであることを意味すると主張する。前者については、少なくとも法条文は、大統領が指示を発することを禁止はしていないであろうが、そのことにより、指示を発することが許容されると読むことができるかについては疑問が残る。後者については、大統領の行為がアカウンタブルであるということは、選挙を通して公衆に対してアカウンタブルであることであると考えられ、結局のところ、選挙による民主的基盤に依るものと考えることができであろう。

また、アカウンタビリティの他に効率性という観点が示されている。官僚制には固有の悪慣行があり、それは惰性と無気力である。この官僚制をコントロールするために必要なのは、制限を課すことよりも、方向や目標やそして活力を提供することであろうと考えられ、これらを吹き込むに当たって最も適している者（機関）は大統領であると主張される。あるいは、行政機関は個別に判断し活動し、他の機関との比較や相互調整を、自身が行える訳ではない。この統合調整機能を担う者として最も相応しい者は大統領であると主張される。大統領は、政策目標を掲

げ、選挙を通して選挙民からその目標をいわば認証されているのであるから、行政機関が統一された政策目標・方向に進むように導くのは大統領の役割であるという論理思考の流れであると考えることができよう。これらの思考は、その根拠とするところは、やはり選挙による民主的基盤ということに帰納されると考えることができよう。

### むすびにかえて

本稿では、米国大統領についてその法律的権限外の活動について見てきた。大統領による法律外の行政活動はどのように選挙により選ばれた者ゆえに、根拠付けすることが比較的容易であると考えられる。それに対して、行政機関による法律外の行政活動の根拠付けは、熟慮による内容の適正さや公益の追求に求められることになるであろう。選挙による民主的正統性と、熟慮による内容の適正さとは必ずしも一致しないという訳であるが、それではこの両者の関係を如何に解すればよいのであろうか、あるいはどちらに優位を置くべきであらうか。この問題に関しては様々な行政モデルが論じてきた課題である。本稿では紙面の都合もあつて述べることはできなかったが、引き続き考察を続けようと考ええる。また、ノンデリゲーション原則との関係についてもさらに研究・考察を続ける所存である。

- (1) 芝池義一『行政法総論講義〔第四版〕』（有斐閣二〇〇一年）五頁。
- (2) 石川敏行「行政法における私人の地位・能力」芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点〔第三版〕』（有斐閣二〇〇四年）一四、一五頁。
- (3) 拙稿「インフォーマルな行政手法の適法化・正当化―交渉方式・協働統治の利用可能性―」『阪大法学第五三卷二号（二〇〇三年）四七頁、「インフォーマルな行政手法の利用可能性」『阪大法学第五三卷六号（二〇〇四年）六九頁。
- (4) Nina A. Mendelson, Agency Burrowing: *Entrenching Policies and Personnel before a New President Arrives*, 78

- NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW 557 (2003).
- (5) *Id.* at 564, 567.
- (9) Jack M. Beermann, *Presidential Power in Transitions*, 83 BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW 947 (2003).
- (7) *Id.* at 952.
- (8) *Id.* at 952.
- (6) *Id.* at 954-955.
- (10) 463 U. S. 29 (1983).
- (11) *Id.* at 43.
- (12) Beermann, *supra* note 6, at 984.
- (13) U.S. Constitution Article II Sec. 3.
- (14) Beermann, *supra* note 6, at 999-1000.
- (15) 5 U. S. C. 553 (c).
- (16) 931 F. 2 d 1556, 1564 (1991).
- (17) Beermann, *supra* note 6, at 1001-1003.
- (18) 435 U. S. 519 (1978).
- (19) 657 F. 2 d 924 (1981).
- (20) Beermann, *supra* note 6 at 1004-1006.
- (21) Ronald M. Levin, *More on Direct Final Rulemaking: Streamlining, Not Corner-Cutting*, 51 ADMINISTRATIVE LAW REVIEW 757, 765 (1999).
- (22) 463 U. S. 29, 41 (1983).
- (23) *Id.* at 30.
- (24) Cynthia R. Farina, *Faith, Hope, and Rationality or Public Choice and the Perils of Occam's Razor*, 28 FLORIDA STATE UNIVERSITY LAW REVIEW 109, 125 (2000).

- (52) Mendelson, *supra* note 4, at 566, 567.
- (53) Victoria F. Nourse & Jane S. Schacter, *The Politics of Legislative Drafting : A Congressional Case Study*, 77 NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW 575, 595-596 (2002).
- (54) Martin Shapiro, *Administrative Direction : The Next Stage*, 92 YALE LAW JOURNAL 1487, 1500. (1983).
- (55) 535 U. S. 743, 773 (2002).
- (56) Mendelson, *supra* note 4, at 576.
- (57) Gerald E. Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, 97 HARVARD LAW REVIEW 1276,1284 (1984).
- (58) Mendelson, *supra* note 4, at 574.
- (59) Lisa Schultz Bressman, *Beyond Accountability : Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State*, 78 NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW 461, 470 (2003).
- (60) Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 HARVARD LAW REVIEW 2245, 2339 (2001).
- (61) Mark Seidenfeld, *A Big Picture Approach to Presidential Influence on Agency Policy-making*, 80 IOWA LAW REVIEW 1, 12 (1994).
- (62) 467 U. S. 837, 865 (1984).
- (63) Mark Seidenfeld, *A civic Republican Justification for the Bureaucratic State*, 105 HARVARD LAW REVIEW 1511, 1515 (1992).
- (64) David B. Spence & Franc Cross, *A Public Choice Case for the Administrative State*, 89 GEORGETOWN LAW JOURNAL 97, 106 (2000).
- (65) Richard B. Stewart, *the Reformation of American Administrative Law*, 88 HARVARD LAW REVIEW 1667, 1670 (1975).
- (66) Mendelson, *supra* note 4, at 587.
- (67) *Id.* at 617.
- (68) Cynthia R. Farina, *The Consent of the Governed : Against Simple Rules for a Complex World*, 72 CHICAGO-KENT

LAW REVIEW 987, 995 (1997).

- (42) Mendelson, *supra* note 4, at 618-619.
- (43) Farina, *supra* note 24, at 128.
- (44) Kagan, *supra* note 33, at 2246.
- (45) 487 U. S. 654 (1988).
- (46) Richard H. Pildes & Cass R. Sunstein, *Reinventing the Regulatory State*, 62 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 1, 25 (1995).
- (47) Kagan, *supra* note 33, at 2251, 2252.
- (48) Stewart, *supra* note 38, at 1696.
- (49) Kagan, *supra* note 33, at 2260.
- (50) *Id.* at 2263.
- (51) Stephen Breyer, *The Legislative Veto after Chadha*, 72 GEORGETOWN LAW JOURNAL 785, 796 (1984).
- (52) Kagan, *supra* note 33, at 2264.
- (53) Executive Order 12291, 3 C. F. R. 127.
- (54) Executive Order 12498, 3 C. F. R. 323.
- (55) Peter L. Strauss & Cass R. Sunstein, *The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking*, 38 ADMINISTRATIVE LAW REVIEW 181, 189 (1986).
- (56) Executive Order 12866, 3 C. F. R. 638.
- (57) Kagan, *supra* note 33, at 2290.
- (58) *Id.* at 2321-2322.
- (59) Pildes & Sunstein, *supra* note 46, at 25.
- (60) Strauss & Sunstein, *supra* note 55, at 200.
- (61) Kagan, *supra* note 33, at 2325.

- (26) Steven G. Calabresi & Saikrishna B. Prakash, *The President's Power to Execute the Laws*, 104 YALE LAW JOURNAL 541 (1994).
- (27) Kagan, *supra* note 33, at 2226, 2227, 2229.
- (28) Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 HARVARD LAW REVIEW 633, 647 (2000).
- (29) Cynthia R. Farina, *Undoing the New Deal through the New Presidentialism*, 22 HARVARD JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY 227, 235 (1998).
- (30) Kagan, *supra* note 33, at 2349.
- (31) *Id.* at 2364, 2326-2330.
- (32) Richard J. Pierce Jr., Sindy A. Shopiro, Paul R. Vercuil : ADMINISTRATIVE LAW and PROCESS (3rd. Edition) (1999).
- (33) 220 U. S. 506, 517 (1911).
- (34) 293 U. S. 388 (1935).
- (35) Kagan, *supra* note 33, at 2365.
- (36) 524 U. S. 417, 439-440 (1998).
- (37) *Id.* at 490.
- (38) 448 U. S. 607, 685 (1980).
- (39) Cass R. Sunstein, *Is the Clean Air Act Unconstitutional?*, 98 MICHIGAN LAW REVIEW 303, 335-336 (1999).
- (40) Kagan, *supra* note 33, 2368.
- (41) Stewart, *supra* note 38, at 1676-79.
- (42) kagan, *supra* note 33, at 2333.
- (43) *Id.* at 2339-2346.