

# 米 国 連 邦 不 法 行 為 請 求 権 法 に お け る 裁 量 免 責 の 法 理

近 藤 卓 也

## 目次

序章 はじめに

第一章 裁量免責条項の立法経緯

第一節 委員会報告書

第二節 公聴会記録

第二章 裁量免責条項に関する連邦最高裁判所判例

第一節 第一期

1 Dalehite 判決

2 Indian Towing 判決

3 計画レベル対実行レベルのテスト

第二節 第二期

米 国 連 邦 不 法 行 為 請 求 権 法 に お け る 裁 量 免 責 の 法 理

同 志 社 法 学 六 四 卷 四 号

三 七 ( 二 一 七 )

1 Yard 判決

2 Berkovitz 判決

3 二 段 階 テ ス ト

第 三 節 第 三 期

1 Gaubert 判 決

2 「 強 力 な 推 定 」 と 「 影 響 度 」 分 析

第 三 章 近 時 の 動 向

第 一 節 連 邦 控 訴 裁 判 所 判 決 の 検 討

1 肯 定 例

2 否 定 例

第 二 節 代 替 案 の 検 討

1 プ ロ セ ス ・ ア プ ロ ー チ

2 三 要 件 テ ス ト

3 イ ン セ ン テ イ プ 認 識 ア プ ロ ー チ

終 章 お わ り に

序 章 は じ め に

わが国において、行政裁量に対する司法審査の問題は、主として取消訴訟の領域で理論形成が図られてきた。現在において、すべての裁量行為に対して、行政事件訴訟法三〇条に明文化された裁量権の踰越濫用論に基づく限定審査が

及ぶと考えられている。また、裁量行為に対する司法審査は国家賠償法一条に基づく損害賠償請求訴訟においても問題となるが、ここでは、取消訴訟と同様、裁量権の踰越濫用論に基づき国家賠償法一条における違法性が判断されている。たとえば、最高裁は、個室付浴場業事件<sup>〔1〕</sup>においては、本件の「事実関係のもとにおいては、本件児童遊園設置認可処分は行政権の著しい濫用によるものとして違法である」と判示しているし、規制権限不行使の違法性が争われた関西水俣病事件<sup>〔2〕</sup>においても、裁量権消極的濫用論を採用し、「国又は公共団体の公務員による規制権限の不行使は、その権限を定めた法令の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、具体的事情の下において、その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法一条一項の適用上違法となるものと解するのが相当である」と判示している。

さらに、裁量行為に対する司法審査は、国家賠償法一条における違法性の判断のみならず、同法二条における瑕疵判断においても問題となりうる。現在、国家賠償法二条の定める営造物管理責任の領域において、裁量論を展開している裁判例はないように思われるが、学説上は、営造物の設置・管理者の裁量的判断に対する評価が意味を持ちうる余地があるとして、裁量行為を含む営造物管理の瑕疵判断にかかる具体的な基準の定立を主張する見解も存する。<sup>〔3〕</sup>

取消訴訟と国家賠償は、ともに行政機関の違法な行為（または不作為）を争うという点では共通するが、前者が適法な状態を作出することを直接の目的とした事前の救済制度であるのに対して、後者は違法な行政作用に起因して私人に生じた損害を行政が賠償することを直接の目的とした事後の損害賠償であるから、両者は根本的な性格を異にする。それにもかかわらず、現在、国家賠償における裁量論について、独自の理論形成はほとんどみられず、国家賠償の領域において、いかなる裁量について損害賠償責任が認められるのか、いかなる基準をもって裁量行為の違法性が判断されているのか<sup>〔4〕</sup>が不明確な状況にある。

この点につき、わが国同様、第二次大戦後に国家賠償制度を確立させたアメリカに目を向けると、そこには裁量免責条項 (discretionary function exception) と呼ばれる一つの興味深い条項がみられる。すなわち、従前のアメリカにおいては、主権免責 (sovereign immunity) の法理が通用しており、連邦政府は損害賠償責任を負わないものとされていた。しかし、連邦政府の機能が増大し、市民生活に関与する政府活動の範囲が拡大するに当たって、前近代的な主権免責の法理に対する批判も強まり、一九四六年、連邦議会は、わが国の国家賠償法に相当する連邦不法行為請求権法 (Federal Tort Claims Act, 以下、同法) については F T C A と略記する) を制定し、同法理を放棄した。F T C A は多くの点でわが国の国家賠償法と異なるが、その特徴の一つに、広範な適用除外条項の存在がある。F T C A は合衆国法典二八巻一三四六条 (b) および二六七一条ないし二六八〇条 (以下、F T C A の関連条文については条文番号のみで略記する) に成文化されているが、そのうち二六八〇条 (a) 後段は、「その裁量が濫用されたか否かにかかわらず、連邦行政機関もしくは政府職員が担当する裁量的職務または義務 (discretionary function or duty) を行使・遂行した」ともしくは行使・遂行しなかったことに基づくすべての請求」について、同法は適用されないと規定している。これが、一般に裁量免責条項と呼ばれるものである。同条項は権力分立の維持を意図して制定されたものであるが、解釈次第で連邦政府の損害賠償責任を大きく変化させることから、その適用範囲がアメリカの国家賠償制度における重要な問題となっている。

このようにアメリカにおいては、違法性の問題としてではなく適用除外条項該当性の観点から、国家賠償における裁量論が取り扱われているが、程度の差こそあれ、裁量行為に対して司法が敬讓的態度を示すという点で、両国の裁量行為に対する司法審査のあり方は方向性を同じくする。したがって、裁量行為に対する免責規定の有無および裁判所の審査方式の相違をふまえても、アメリカの裁量免責条項を考察することは、わが国の国家賠償における裁量論を考えるに

あたって、なお有用であると思われる。

アメリカの国家賠償制度に関する先行業績は多数散見されるが、裁量免責条項を中心的に考察したものは数少ない。<sup>(6)</sup>したがって、本稿では、FTCAにおける裁量免責条項を、その成立から現在に至るまで包括的に論じることとする。第一章では、裁量免責条項の立法経緯について、議会資料を通じて制定当時の連邦議会の意図を分析する。第二章では、連邦最高裁判所において、裁量免責条項がどのように解釈・適用されてきたかを明らかにするとともに、同条項の適用について連邦最高裁判所の提示した判断基準を整理・検討する。第三章では、近時の動向として、連邦控訴裁判所判決と学説の提示する代替案をそれぞれ紹介し、裁量免責条項をめぐる現在の判例・学説の状況を概観する。そして、終章では、以上のような裁量免責条項の考察を通じて、わが国の国家賠償における裁量論を考えるうえで、どのような示唆が得られるかを検討する。

## 第一章 裁量免責条項の立法経緯

二六八〇条(a)は、法令執行免責および裁量免責を並列的に規定している。すなわち、「法令の執行にあたり、当該法令が有効であるか否かにかかわらず、政府職員が相当の注意をもってした行為または不作為に基づくすべての請求、あるいは、その裁量が濫用されたか否かにかかわらず、連邦行政機関もしくは政府職員が担当する裁量的職務または義務を行使・遂行したこともしくは行使・遂行しなかったことに基づくすべての請求」に対して、FTCAは適用されない。このうち、後段の裁量免責条項については、一九九七年の第六巡回区連邦控訴裁判所におけるRosebush v. United States判決<sup>(8)</sup>の反対意見が「裁量免責条項は、FTCAにおける責任根拠規定を飲み込み、消化し、排出する<sup>(9)</sup>」と指摘し

たことに象徴されるように、FTCAによる主権免責の放棄の意義を著しく損なうとの批判が強い。

FTCAが制定されたのは一九四六年の第七九議会であるが、裁量免責条項については、それ以前に、一九四二年の第七七議会で提出された下院提出法案六四六三号<sup>10)</sup>の四〇二条(一)に現行法と完全に一致する条項が設けられていた。したがって、本章では、第七七議会および第七九議会の議会資料、すなわち、第七七議会における下院報告書、上院報告書および公聴会記録ならびに第七九議会における下院報告書に基づいて、裁量免責条項の立法経緯を分析する。

### 第一節 委員会報告書

前述の議会資料における三つの下院報告書・上院報告書は、裁量免責条項の立法趣旨について全く同様の説明をしている。以下、その引用である。

「四〇二条(一)〔現行二六八〇条(a) — 筆者註〕は、裁量の濫用の有無にかかわらず、連邦行政機関または政府職員が裁量的職務または義務を行使・遂行したこともしくは行使・遂行しなかったことに基づく請求を、あるいは、有効無効にかかわらず、法令の執行において相当の注意を尽くした政府職員の作為・不作為に基づく請求を、本法案から除外する。同条項は、本法案が、政府職員のいかなる過失も立証されえず私人による同様の行為が不法行為になるといった主張、あるいは、根拠法令が無効であるといった主張のみが訴訟の根拠となる、治水事業や灌漑事業のような法律上認められた行為から生じた連邦政府に対する損害賠償請求訴訟を認容するものと解釈される可能性を排除することを意図した、極めて重要な適用除外である。また同条項は、過失の有無にかかわらず、政府職員による裁量権限の濫用に基づき、連邦取引委員会 (Federal Trade Commission) や証券取引委員会 (Securities and Exchange Commission) のような規制行政機関に対する請求に本法案を適用することの排除をも意図している。別の例を挙げれば、財務省のブラッ

クリスト (blacklisting) 権限または凍結 (freezing) 権限の過失ある行使に基づく請求が除外されることも意図されている。本法案は、過失を伴って行使され裁量の濫用を包含した裁量行為であっても、その妥当性を審理する、あるいは、それを根拠に救済を提示するために、損害賠償請求訴訟を認容することを意図していない。制定法の合憲性や規則の適法性が不法行為損害賠償請求訴訟の媒介を通じて審理されることは、望ましくもなければ意図されてもいない。<sup>11)</sup>

これらの報告書における治水事業・灌漑事業に関する記述は法令執行免責に関するものと思われるため、当該記述を除いた部分を整理すると、裁量免責条項は、「制定法の合憲性、規則の適法性、裁量的行政行為の妥当性が不法行為損害賠償請求訴訟の媒介を通じて審理されること」を排除しようとしていたと考えられる。一九八四年の *United States v. S. A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)* 判決<sup>13)</sup>において、連邦最高裁判所は、裁量免責条項の適用を判断するにあたって、これらの議会資料を検討したうえで、「連邦議会は、不法行為訴訟を通じて、社会的、経済的、政治的政策に基づく立法および行政上の判断に対して、司法による『二次的判断 (second-guessing)』がなされることを阻止しようとしていた<sup>14)</sup>」と述べた。

Pierce 教授は、このような政策的判断に対する司法の「二次的判断」の阻止という裁量免責条項の立法趣旨を、次の三点から正当化している。すなわち、①立法機関および行政機関は、裁判所に比べ政府政策の代替案における費用便益を判断するのに適している、②民主主義の統治形式においては、政治的責任を負わない裁判官ではなく、政治的責任を負う機関が政策決定に対し権限および責任を有している、③政策的裁量の行使における憲法上・制定法上の限界が不明確かつ予測困難なものであるため、そのような限界を超える過失のすべてについて連邦政府に損害賠償を請求することは政策決定に支障をきたしかねない<sup>15)</sup>。

## 第二節 公聴会記録

F T C A に関する唯一の公聴会は一九四二年の第七七議会において開催されたが、同公聴会では、下院提出法案六四六三号および五三三七三号<sup>(16)</sup>が審議された。四〇二条(1)に現行の裁量免責条項と同様の規定を置く六四六三号に対し、五三三七三号には裁量免責の規定はなく、代わりに、三〇三条(7)が「連邦取引委員会や証券取引委員会による法の執行から生じた損害に対する請求」には同法案が適用されないと規定していた。同条項は、現行の法令執行免責条項の原案に相当するものと思われる。両法案の相違につき、当時の Francis M. Shea 司法次官補 (Assistant Attorney General) の以下のような証言が記録されている。

「下院提出法案五三三七三号は六四六三号四〇二条(1)における包括的適用除外〔裁量免責条項―筆者註〕を規定していないが、同条項の範囲内にある事件は、司法解釈 (Judicial construction) によって下院提出法案五三三七三号からも除外されるであろう。裁判所が不法行為請求権法を制定法または裁量的行政行為の妥当性にまで拡張させるとは考えにくい<sup>(17)</sup>が、下院提出法案六四六三号はこれを明文で規定する。」

Shea 司法次官補の証言によれば、裁量免責条項が適用される事件は、同条項がなくとも「司法解釈」によって当然に免責されるものであり、裁量免責条項はそのような既往の「司法解釈」を明文化したものにすぎないというのである。したがって、裁量免責条項が適用される事案の判断にあたっては、右の「司法解釈」がいかなるものであるかが重要になってくる。この点につき、一九五三年の Dalehite v. United States 判決<sup>(18)</sup>において、連邦最高裁判所は、前記報告書の記述および第七七議会の公聴会における Shea 司法次官補の証言を引用したうえで、以下のように判示した。「当裁判所は、裁量免責条項が条文の後段において離散的に規定されていることから、同条項は法令の執行以上のものに適用されるということが意図されていると考える。同条項により保護される『裁量的職務』とは、裁判官の裁量、すなわち、



司法審査に服する実定法の範囲内で決定する権限ではない。それは、執行部または行政官が自己の最善の選択に従って行使した裁量であり、アメリカ法における重要な歴史的伝統 (historical ancestry) の概念である。<sup>19)</sup>

ここにいう「歴史的伝統」の意味するものについて、連邦最高裁判所は脚注で F T C A 制定以前の判例を五つ提示しているが、<sup>20)</sup>これらの判例は、すべて、問題とされた行為が政府職員による裁量権限の行使を包含していたために、当該職員の免責を認定したものである。たとえば、一九一四年の *Louisiana v. McAdoo* 判決<sup>21)</sup>において、連邦最高裁判所は、政府職員が純粹に「羈束的 (ministerial)」職務を執行した場合には民事責任が認定されるが、「当該職員に判断または裁量の行使が要求されているならば、裁判所は、制定法によってその執行を委任された公務員の判断または裁量に、その判断を代替させることを拒否するであろう。そのような事案への干渉は、通常の政府の職務への干渉に相当する」と判示している。<sup>23)</sup>したがって、裁量免責条項の制定において、連邦議会は、このような行政の裁量行為に対する伝統的な司法部の尊重を明文化することで、従来の免責に正当性を付与したものと思われる。すなわち、「裁量免責条項は、裁判所が独自にこのような免責を定立しうるかという問題を解決するという点で、F T C A に同条項を規定した一九四六年の連邦議会にとって重要なものであった<sup>24)</sup>」のである。

## 第二章 裁量免責条項に関する連邦最高裁判所判例

裁量免責条項に関する連邦最高裁判所判例は、現在に至るまで五件あるが、本章では、これを三つの時期に大別する。すなわち、第一期として一九五〇年代における *Dalehite* 判決および *Indian Towing Co. v. United States* 判決<sup>25)</sup>、第二期として一九八〇年代における *Vang* 判決および *Berkovitz v. United States* 判決<sup>26)</sup>、そして第三期として *Gaubert v.*

United States 判決<sup>27)</sup>を考察することで、裁量免責条項に関する連邦最高裁判所判例の推移をたどっていく。詳細については後述するが、裁量免責条項の適用にかかる判断基準につき、連邦最高裁判所は、第一期において計画レベル対実行レベルのテストを、第二期において二段階テストを確立し、第三期において、前期の二段階テストに「強力な推定」と「影響度」分析を追加した。なお、第三期につき、一九九一年に下された *Gaubert* 判決は、時期的に第二期と近接するのみならず、その内容も基本的には第二期の判断基準を踏襲するものであり、第二期に包摂されると考えることもできるが、同判決が追加した新たな判断要素は、従前の裁量免責条項の解釈・適用を著しく変更するものであり、同条項をめぐる現在の状況を考察するうえでとくに重要と思われるため、独立して論じることとする。

## 第一節 第一期

### 1 *Dalrymple* 判決

裁量免責条項に関して連邦最高裁判所が初めて解釈を示したのが、一九五三年の *Dalrymple* 判決である。本件は、テキサスシティ大災害 (Texas City Disaster) と呼ばれる一九四七年の爆発事故を契機とするテスト・ケース (test case) である。当時、連邦政府は、第二次大戦後の被占領国に対する復興援助を行っており、その一環として、食糧増産を目的とした化学肥料輸出計画を立案していた。一九四七年四月一五日、爆発物の原料に用いられる硝酸アンモニウムを主要成分とする化学肥料が、テキサスシティの港に停泊していたフランス政府の船舶に積み込まれたが、翌朝発火、大爆発を起し、死亡者約五六〇人、負傷者約三〇〇〇人、損害額数百万ドルの大惨事を引き起こした。この事故における死亡者の遺族、負傷者および損害を被った者が、FTCAに基づき連邦政府に対して損害賠償請求訴訟を提起した。テキサス州南部地区連邦地方裁判所は、①計画の立案・採用、②肥料の製造、③肥料の保管・船積みに対する規制、

④消火活動の四点において、連邦政府の過失を認定、原告の請求を認容したが、第五巡回区連邦控訴裁判所は裁量免責条項を適用して第一審判決を破棄した<sup>29)</sup>。

連邦最高裁判所は、五対三で政府勝訴の原審判決を支持した。まず Reed 裁判官による法廷意見は、裁量免責条項の立法経緯の検討にあたって以下のように述べている。「連邦政府が統治的性質または機能 (government nature or function) を有する行為から生じた責任を課せられるということは、意図されていない。」<sup>30)</sup>「二六八〇条は、過失により生じた場合であっても、統治的機能に影響を及ぼす請求から連邦政府を保護するために、連邦議会が配慮したものと解釈される。」<sup>31)</sup>このような判示から、法廷意見は、裁量免責条項の解釈として、地方自治体の主権免責にかかる判断基準として用いられてきた統治的・財産的区別 (governmental-propriety distinction)<sup>32)</sup>を採用している、すなわち、政府固有の機能 (uniquely governmental functions) を免責するものとして同条項をとらえているように思われるが、文言上、二六八〇条 (a) が免責の対象とするものは「統治的機能」ではなく「裁量的職務」であり、このような解釈は不合理であると指摘されている<sup>33)</sup>。

さらに法廷意見は、「本件と離れて、裁量の範囲を正確に定義する必要はない。F.T.C.A.に基づく訴訟の基盤を形成しえない『裁量的職務または義務』の文言が、計画および活動の開始段階に限定されないということを判示すれば十分である。この文言は、計画や実施細目、実施予定の策定過程において執行官または行政官によってなされた決定をも包含する。政策的判断および決定の余地があるところ、裁量は存する。必然的に、上級職員の命令に従って政府活動を実行する下級職員の行為を訴えることはできない。さもなければ、二六八〇条 (a) の保護は、それが必要とされる場合、すなわち、下級職員が、裁量行使あるいは濫用する上級職員によって命令された作為または不作為のような訴訟原因となる行為を実行または実行しなかった場合に及ばないであろう」と判示した<sup>34)</sup>。

以上のように裁量免責条項を解釈したうえで、法廷意見は、第一審の認定した四つの過失を順次検討した。第一に、法廷意見は、計画の立案・採用について、「化学肥料輸出計画に関する閣議レベルの決定が裁量行為であったことについては、大きな争いはない。(中略)」このような決定は、まさにF.T.C.Aから除外される政府の職務の問題である<sup>(35)</sup>と判示した。

第二に、肥料の製造については、①肥料を包装する際の温度が高温であったこと、②包装袋が紙製であったこと、③爆発性に関する警告がラベルに表示されていなかったこと、④可燃性の物質で肥料をコーティングしたことの四点が争われたが、法廷意見は、「これらの過失を認定された行為は、上層執行部からの計画策定権限の直接的委任に基づいて上位のレベルで策定された計画の指示に基づいて実行されたものである<sup>(36)</sup>」としたうえで、「申立てられた『過失』について、連邦政府は責任を負わない。問題とされた決定は、すべて実行レベルではなく計画レベルで行われており、連邦政府による化学肥料計画の実行可能性にとって少なからず重要な考慮事項を包含している<sup>(37)</sup>」と述べた。これは、計画レベル対実行レベルの区別という重要な判断基準を示すものである<sup>(38)</sup>。Jackson 裁判官の反対意見 (Black, Frankfurter 裁判官が同調) も、計画レベルにおける裁量的決定を免責することについては同意している<sup>(39)</sup>。

第三に、肥料の保管・船積みに対する規制について、第一審は、異なる手法で肥料の保管・船積みを規制することによって火災を防止できたとして、連邦政府の過失を認定したが、法廷意見は、肥料の保管・船積みに対する規制は規則制定権限と同視しうるものであり、「裁判所は、伝統的に規則に基づく判断に異議を唱えていない」と判示した<sup>(40)</sup>。

以上三つの行為については、裁量免責条項を適用することによって連邦政府の免責が図られたが、最後に、消火活動上の過失について、法廷意見は、公共団体は消火活動上の過失から免責されるとのコモン・ロー上の法理に依拠し、「理論上、不法行為法において正当化されるものがあるならば、それは消火活動に基づく損害に対する地方自治体およびそ

の他の公共団体の免責である」と判示した<sup>(41)</sup>。このように、連邦最高裁判所は、第一審の認定した過失のすべてについて、連邦政府の免責を認めた。

なお、F T C Aに基づき救済は否定されたものの、テキサスシティ大災害については、一九五五年の第八四議会において、個別法律のかたちでテキサスシティ大災害請求権法 (Texas City Disaster Claims Act) が制定され、被害者救済が図られた。同法の制定を、救済を否定した Dalehite 判決に対する連邦議会の不満の表明と評価する見解もあるが<sup>(42)</sup>、連邦議会が、Dalehite 判決と同様の結果を招かないように F T C A 自体を改正するという行動をとらなかったことや、同法的一条において、「連邦議会は、テキサス州テキサスシティにおける爆発と火災によって損害を被った者に対する合衆国の特別責任 (compassionate responsibility) を認め、損害額を決定する手続を提示する」と規定し、法的責任ではなく特別責任から救済を提示すると述べていることから、学説の大勢は、連邦議会は Dalehite 判決を是認していると推測している<sup>(44)</sup>。

## 2 Indian Towing 判決

Dalehite 判決の二年後、連邦最高裁判所は、Indian Towing 判決において、Dalehite 判決による裁量免責条項の解釈を限定する見解を提示した。本件は、一九五一年一〇月一日に生じたタグボートの座礁事故によって損害を被った者が、現場付近の灯台が停止していたことから、その操業を担当していた沿岸警備隊 (Coast Guard) の過失を主張して、F T C A に基づき連邦政府を提訴したというものである。連邦政府は、本件訴訟は海事訴訟法 (Suits in Admiralty Act) または公船法 (Public Vessels Act) に基づいて提起されるべきであると主張して、訴え却下の申立てを行った<sup>(45)</sup>。ミシシッピ州南部地区連邦地方裁判所は連邦政府の申立てを認容し、第五巡回区連邦控訴裁判所も第一審判決を支持した。

連邦最高裁判所は、五対四で政府勝訴の原審判決を破棄し、差戻しを命じた。上告審において、連邦政府は、本件において裁量免責条項の適用がないことに同意したが、代わりに、「合衆国は、同様の状況にある私人と同一の方法および程度で賠償責任を負う」との二六七四条を論拠に、灯台の運営は「政府固有の機能」であるから、連邦政府は免責されるべきであると主張した。したがって、本件は裁量免責条項の適用が直接争われた事案ではなかったが、連邦最高裁判所は、本件に関連する規定として二六八〇条（a）を挙げており、<sup>(46)</sup>裁量免責条項との関連性を認識している。

Frankfurter 裁判官による法廷意見は、その判示の冒頭において、<sup>(46)</sup>Dalton 判決を引用したうえで、「本件における問題は、当裁判所が政府活動の『実行レベル』と述べた段階での過失に対する責任である」と述べており、<sup>(47)</sup>Dalton 判決において提示された計画レベル対実行レベルの区別を肯定している。

他方、Dalton 判決の法廷意見が統制的・財産的区別に対して親和的であったのに対して、Indian Towing 判決の法廷意見は、このような区別を「長年にわたって地方自治体における法秩序の混乱を招いた『統制的』・『非統制的』という泥沼<sup>(48)</sup>と指摘し、さらに、「FTCAは、地方自治体の不法行為責任に関する詭弁〔統制的・財産的区別―筆者註〕を内在させることによって混乱を招くものではない」と判示することで、FTCAにおける同区別の適用を否定した。法廷意見は、仮に私人が灯台を操業したならば、連邦政府の主張する「政府固有の機能」は消失するとしただ、「連邦政府によって実施されるという点では、必然的にすべての政府活動は『政府固有の』ものである。（中略）当裁判所が現在思料するような、ある時のみ私人によって行われうるものとなる、あるいは、どうしても私人によって行われえないというような『政府固有の』『実行レベル』の政府活動を想定することは困難である」と判示した。<sup>(50)</sup>

そして法廷意見は、連邦政府の損害賠償責任を判断するにあたって、コモン・ロー上の「よきサマリヤ人（Good Samaritan）」の法理を援用し、以下のように判示した。「沿岸警備隊は、灯台に関する業務を引き受ける必要はない。

しかし、ひとたびシャンデルア島の灯台を操業する裁量を行使し、その灯りによる誘導に対して信頼を生じさせた以上、その灯りが正常に作動するよう相当の注意を尽くす義務を負うのであって、仮にその灯りが消えてしまった場合には、沿岸警備隊はこれを発見して修理するか、あるいは、機能停止の警告を発する注意義務を負うのである。沿岸警備隊がその義務を怠り、上訴人に損害が生じたならば、合衆国はFTCAに基づき損害賠償責任を負う。<sup>52)</sup>このように結論付けて、法廷意見は、連邦政府の損害賠償責任を認定した。

なお、本判決には、Reed裁判官の反対意見 (Burton, Clark, Minton 裁判官が同調) が付されているが、反対意見に与した四名の裁判官のうち、Clark裁判官を除く三名は、Dalehite判決において法廷意見を述べた裁判官であった。したがって、以下の判示からも窺えるように、反対意見は「政府固有の機能」を免責することに積極的である。「灯台の点灯上の過失にかかる連邦政府の責任は、たとえば、Dalehite判決において免責された消火活動上の過失に対する責任と同様、不法行為法において先例のないものである。灯台の管理は、消火活動同様、政府固有の機能である。(中略)多数意見の理論は、この点に関して判示したDalehite判決が覆されていないにもかかわらず、消火活動上の過失に対しても適用されてしまう。」<sup>53)</sup>このように反対意見は、先例との整合性を重視する観点から、連邦政府の損害賠償責任を否定した。

### 3 計画レベル対実行レベルのテスト

一九二〇年のHam v. Los Angeles County判決<sup>54)</sup>において、カリフォルニア州上訴裁判所が「どれほど羈束的であっても、釘の打ち方ひとつにまで裁量は存するのであるから、まったく裁量の余地のない行為を想定することは困難である」と指摘しているように、あらゆる行為に裁量は存するといえる。<sup>55)</sup>このような裁量の広範な性格を前提に、初期の連邦裁判



所が裁量免責条項の適用を判断するにあたって提示したのが、計画レベル対実行レベルのテストである。

Dalehite 判決および Indian Towing 判決が、計画レベルの行為と実行レベルの行為を区別し、かつ、計画レベルの行為が問題となった Dalehite 判決では連邦政府の責任が否定され、実行レベルの行為が問題となった Indian Towing 判決では肯定されていることから、その後の連邦下級裁判所は、計画レベルの行為と実行レベルの行為を区別したうえで、前者を免責し後者を免責しないという判断基準を適用した。<sup>(57)</sup>

しかし、このような計画レベル対実行レベルのテストに対しては、多くの論者から否定的評価がなされた。まず、計画レベル対実行レベルのテストにおける最大の問題点と指摘されたのが、同テストが、当該行為が裁量的であるか否かという行為の性質ではなく、誰が当該行為を行ったかという行為者の階級を考察の対象としている点であった。すなわち、同テストは、単に上位の行為と下位の行為を分類するのみであるため、裁量免責条項において保護されるべき行為を判断するには不適當であり、誤った判断を導きうると批判された。<sup>(58)</sup> この点は、Dalehite 判決の反対意見も指摘するところである。<sup>(59)</sup>

次に、計画レベル対実行レベルのテストの理論的正当性に対して疑問が提示された。すなわち、同テストによる計画レベルと実行レベルの区別は、前章で検討した裁量免責条項の立法経緯からは見出せず、仮に連邦議会がこのような区別を意図していたならば、明文中に「計画レベルの行為 (acting at a planning level)」などの文言が挿入されるはずであったとの指摘がなされている。<sup>(60)</sup> また同テストは、「問題とされた決定は、すべて実行レベルではなく計画レベルでなされており、連邦政府による化学肥料計画の実行可能性にとって少なからず重要な考慮事項を包含している」との Dalehite 判決の判示に依拠するものであるが、これが裁量免責条項に関する判断基準を一般的に定立するものでないということは、同判決の「本件と離れて、裁量の範囲を正確に定義する必要はない」との判示から明らかであり、



Dalehite 判決が計画レベル対実行レベルのテストのような判断基準を定立する意図を有していたならば、これらの文言に対してより多くの言及がなされるはずであろうとも指摘されている。<sup>(63)</sup>

さらに、実際の運用過程においても、計画レベル対実行レベルのテストは弊害を生じさせた。すなわち、前述のように、連邦最高裁判所自体が計画レベルと実行レベルのメルクマールについて何ら具体的な説明を設けていなかったことから、計画レベルと実行レベルの境界を判断するのが困難であった。<sup>(64)</sup> したがって、その後の連邦下級裁判所は、この問題を解決するために、さらに別のテストを設定する必要に迫られ、様々な考慮要素に着目して裁量免責条項の適用を判断したが、結果的にそれらの事案は単一の基準で把握できるようなものではなかった。<sup>(65)</sup>

このように、計画レベル対実行レベルのテストには多くの問題点が内在していたが、それにもかかわらず、同テストは、裁量免責条項の適用にかかる判断基準として、一九八四年に至るまで連邦下級裁判所において支配的な地位を占めた。<sup>(66)</sup>

## 第二節 第二期

### 1 Varig判決

Dalehite 判決から約三〇年後の一九八四年、連邦最高裁判所は、Varig 判決において、裁量免責条項の解釈に新たな考慮要素を提示した。本件においては、二件の類似した航空機事故に関する訴訟が併合して審理された。第一の事件は、一九七三年七月一日、リオデジャネイロ・パリ間を飛行していた航空機が洗面所から発火、着陸には成功したものの乗員一三五人中一二四人が窒息または有毒ガスにより死亡、機体の大部分が炎上したというものである。同機の所有会社および遺族は、洗面所の耐火性に安全規則に違反する問題があったにもかかわらず型式証明書 (type certificate) を

交付した民間航空局 (Civil Aeronautics Administration, 連邦航空局 (Federal Aviation Administration) の前身) の過失を主張して、FTCAに基づき連邦政府を提訴した。

カリフォルニア州中部地区連邦地方裁判所は、二六八〇条 (a) の裁量免責および同条 (h) の不实表示免責が適用されること、また、不法行為地であるカリフォルニア州の州法が検査や認証行為に対して不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を認めていないことから、原告の請求を斥けた。控訴審において、第九巡回区連邦控訴裁判所は、航空機の検査は政策的裁量を包含しないことから裁量免責を、本件損害は証明書の実表示からではなく民間航空局の検査における過失から生じたものであることから不实表示免責を否定し、また、カリフォルニア州の「よきサマリヤ人」の法理の下、検査および認証行為を行った私人はその過失に対して責任を負うから、連邦政府の場合も同様に判断されるべきであるとして第一審判決を破棄した。<sup>67)</sup>

第二の事件は、一九六八年一月八日、ラスベガス付近を飛行中の民間航空機が発火、墜落し、機長、副操縦士および乗客二名が死亡したというものである。同機の所有者および保険会社は、同機への機内用暖房の取付けに安全規則に適合しない欠陥があったにもかかわらず、補充型式証明書 (supplemental type certificate) を交付した連邦航空局の過失を主張して、FTCAに基づき連邦政府を提訴した。

カリフォルニア州南部地区連邦地方裁判所は、同州の「よきサマリヤ人」の法理を適用して原告の請求を認容したが、第九巡回区連邦控訴裁判所は、連邦政府に対して同法理を適用することが妥当であるか、また、仮に私人が同様の認証を行ったならば当該私人は損害賠償責任を負うかという点につき、さらなる審理の必要があるとして差戻しを命じた。<sup>68)</sup>

差戻第一審において、カリフォルニア州南部地区連邦地方裁判所は、同州の「よきサマリヤ人」の法理により、連邦政府は損害賠償責任を負うと判示した。第一の事件の控訴審と同日に行われた差戻控訴審において、第九巡回区連邦控訴

裁判所は、第一の事件の控訴審判決と同様の理由から、連邦政府の控訴を棄却した。<sup>(69)</sup> 両方の事件において、連邦政府が上告し、連邦最高裁判所は裁量上訴を認めた。

連邦最高裁判所は、全員一致で両原審判決を破棄した。上告審では、主に裁量免責条項の適用が争われたが、Burger 首席裁判官による法廷意見は、その解釈にあたって同条項の立法経緯および *Dalehite* 判決に言及したうえで、「*Dalehite* 判決において提示された二六八〇条 (a) の見解は、その後の F T C A を解釈した事案 [Indian Towing 判決および *Eastern Air Lines, Inc. v. Union Trust Co.* 判決—筆者註] によつて、覆されていないまでも疑問視されている」との被上訴人の主張に対して、「確かに当裁判所による F T C A の解釈は一貫していないが、当法廷は、もはや *Dalehite* 判決は裁量免責条項に対する正当な解釈を示すものではないとの仮定を受け入れることはできない」と判示した。<sup>(70)</sup>

そして法廷意見は、「裁量免責条項のあらゆる点を厳密に定義することは、不必要かつ事実上不可能である。しかし、立法資料および判例から、政府職員の行為が二六八〇条 (a) によつて免責されるか否かを決定するにあたって、いくつか有用な要素を抽出することは可能である」として、以下のように判示した。<sup>(71)</sup>

「第一に、当該事件につき裁量免責条項が適用されるか否かは、行為者の地位ではなく行為の性質によつて決定される。*Dalehite* 判決において指摘したように、裁量免責条項は『連邦行政機関のみならず裁量を行使するすべての政府職員』に及ぶ。したがつて、裁量免責条項の適用に関する考察は、行為者の地位にかかわらず、当該職員の行為が、連邦議会が不法行為責任から保護することを意図した性質のものであるか否かによる。」<sup>(72)</sup>

「第二に、裁量免責条項がその他いかなるものを包含しようとも、同条項が私人の活動の規制者としての役割を果たすにあたって行なわれる連邦政府の裁量行為を包含することは明らかである。立法経緯は、幾度となく当該適用除外条項の及ぶ実例として規制行政機関の行為に言及しているが、とりわけ、連邦議会が初期に検討した法案が、名称を挙げ

て二つの主要な規制行政機関〔連邦取引委員会および証券取引委員会―筆者註〕を免責するとしていたことは重要である。このような規制活動に対する保護の重視は、FTCAにおける裁量免責の基盤を提示する。すなわち、連邦議会は、不法行為訴訟を通じて、社会的、経済的、政治的政策に基づく立法および行政上の判断に対して、司法による『二次的判断』がなされることを阻止しようとしていたのである。<sup>(75)</sup>

このような判示から、Yang 判決は、規制行政機関のすべての活動に対して裁量免責条項が適用されるという規制的・非規制的区別 (regulatory/nonregulatory distinction) という判断基準を提示したとの指摘もあるが、このような見解は、後述する Berkovitz 判決において明確に否定されている。<sup>(77)</sup>

以上のような解釈を前提として、法廷意見は、本件における連邦航空局の過失を検討した。まず法廷意見は、連邦航空局の認証手続を概観したうえで、問題となった航空機を認証する前に当該航空機の設計の一部を検査しなかったことが連邦航空局の過失であるとの被上訴人の主張は、必然的に認証手続の二つの側面を争うものであるとした。すなわち、①安全規則が遵守されているかの審査に抽出検査 (spot-check) システムを採用する<sup>(78)</sup>とした決定、および②当該航空機への同システムの適用である。

①について、法廷意見は、「行政機関が私人の安全確保手続をどの程度まで監督するかという決定は、最も基本的な裁量的規制権限の行使である。規則の執行方法の決定は、連邦政府による規制プログラムの実行可能性および実用性に直接影響を及ぼす。このような決定は、行政機関に、達成目標と予算定員のような実際の考慮事項を比較することによって政策実現のための優先順位を設定することを要求する。本件において、連邦航空局は、製造業者が最低限の安全基準を遵守しているかを『抽出検査』によって決定するプログラムが、航空輸送の安全性という目標と行政機関の資源の有限性という現実とを適合させるにあたって最善であると判断した。不法行為訴訟を通じてこのような意思決定に司法

が介入することは、裁判所に、規制機能を行使する行政機関の政治的、社会的、経済的判断に対する『二次的判断』を要求することになる。裁量免責条項は、このような類いの意思決定に対する司法の介入を妨げることを意図している」と判示した。<sup>79)</sup>

②について、法廷意見は、「行政機関の指示に従って『抽出検査』プログラムを実行した連邦航空局職員行為も、同様に裁量免責条項によって保護される。本件において航空機の検査を行なった連邦航空局職員は、とくに一定の製造業者に対する合理的な信頼の程度、連邦航空局の規則を最大限遵守させる必要性、行政資源の効率的な配分に関して政策的判断を行う権限を明示的に与えられている」と判示した。<sup>80)</sup>以上をもつて、連邦最高裁判所は、両事案における裁量免責条項の適用を肯定した。

## 2 Berkovitz判決

一九八八年のBerkovitz判決は、Yang判決の提示した二つの考慮要素をより明確な判断基準へと一般化した。本件は、ポリオワクチンにかかる予防接種禍事件である。一九七九年五月一〇日、生後二ヶ月のKevin Berkovitzは、経口用ポリオワクチンの接種を受け、その後ワクチンの副作用により重度のポリオに罹患した。そこでBerkovitzおよびその両親は、当該ワクチンに対する生物基準局(Division of Biologic Standards)による製造許可および生物製剤局(Bureau of Biologic)による販売許可が不法行為にあたりと主張して、FTCAに基づき連邦政府に対して損害賠償請求訴訟を提起した。

連邦政府は裁量免責条項の適用を主張したが、ペンシルヴァニア州西部地区連邦地方裁判所はこれを否定し、原告の請求を認容した。控訴審において、第三巡回区連邦控訴裁判所は、裁量免責条項が連邦行政機関のすべての規制活動に

適用されるとする連邦政府の主張は排斥したものの、当該ワクチンに対する製造許可および販売許可はいずれも全面的に裁量行為であるとして、裁量免責条項の適用を否定した第一審判決を破棄した<sup>(81)</sup>。Berkovitz が上告し、連邦最高裁判所は裁量上訴を認めた。

Marshall 裁判官による法廷意見（全員一致）は、裁量免責条項の解釈にあたって、Varing 判決において提示された二つの考慮要素を確認したうえで、以下のように判示してこれらを明確化した。

「当裁判所は、『Varing 判決』において、『当該事件につき裁量免責条項が適用されるか否かは、行為者の地位ではなく行為の性質によって決定される』と述べた。争われている行為の性質を考察するにあたって、まず裁判所は、当該行為が政府職員にとって選択の問題であるか否かを検討しなければならない。この考察は、裁量免責条項の文言によって義務付けられている。すなわち、判断または選択の要素を含まない限り、その行為は裁量的にはなりえない。〈中略〉したがって、連邦の法律、規則または政策が、政府職員が従うべき一連の行為を明確に規定している場合には、裁量免責条項は適用されないであろう。この場合、当該職員に正当な選択権はなく、命令を遵守しなければならない。そして仮に、政府職員の行為が適切に判断または選択の所産となりえないのであれば、当該行為には裁量免責条項が保護すべき裁量は存しない。」<sup>(82)</sup>

「さらに、争われている行為が判断の要素を含むとした場合、裁判所はその判断が裁量免責条項による保護を意図された類いのものであるか否かを決定しなければならない。裁量免責条項の基盤は、『不法行為訴訟の媒介を通じて、社会的、経済的、政治的政策に基づく立法および行政上の判断に対して、司法による「二次的判断」がなされることを阻止する』との連邦議会の要望である。したがって、適切な解釈において、裁量免責条項は、公的政策 (public policy) の考慮に基づいた連邦政府の行為および決定のみを保護する。〈中略〉すなわち、本件において争われている行為が許

容された政策的判断の行使を包含するならば、裁量免責条項は連邦政府を免責する。<sup>(83)</sup>

以上のように裁量免責条項を解釈したうえで、法廷意見は、連邦行政機関のすべての規制活動が免責されるとの連邦政府の主張を検討した。法廷意見は、①裁量免責条項の文言が「規制の職務 (regulatory function)」ではなく「裁量的職務」を保護していること、②同条項の立法資料が、裁量免責条項は規制行政機関やその職員の前述の行為ではなく、その性質において「裁量的」な行為にのみ適用されるということを立証していること、③ Indian Towing 判決および Rayonier v. United States 判決<sup>(84)</sup>といった先例が連邦政府による同様の主張を否定していることから、連邦政府の主張を排斥した。<sup>(85)</sup>

そして法廷意見は、Berkefeld の主張を、ワクチンの製造許可に関するものと販売許可に関するものに大別し、さらに製造許可に関しては、試験データの不受理と安全基準の不適合の二つに分けたうえで、これらを順次検討している。まず試験データの不受理に関して、法廷意見は、関係法令が製造業者からの試験データの受理を製造許可の前提条件としていることを指摘したうえで、「生物基準局は、必要とされる試験データを受理することなく、製造を許可する裁量を有しない。そのような行為は、規制にかかる特定の法規定に違反する。したがって、上訴人の製造許可に関する請求が、必要とされる試験データを受理することなく製造を許可した生物基準局の決定に基づく場合には、裁量免責条項は適用されない」と判示した。

次に安全基準の不適合に関して、法廷意見は、当該ワクチンが安全基準に適合していないにもかかわらず、生物基準局が販売を許可したとの主張は三通りに解釈されるとした。すなわち、生物基準局は、①ワクチンが安全基準に適合しているかを判断することなく、その販売を許可した、②ワクチンが安全基準に適合していないと認定したにもかかわらず、その販売を許可した、あるいは、③ワクチンが安全基準に適合していると認定したが、この認定は誤っていた。法



廷意見は、販売許可にかかる関係法令によれば、生物基準局はワクチンが安全基準に適合しているとの決定に基づかなければその製造を許可することはできず、同局はこの義務的な手続を逸脱する裁量を有しないから、①や②の場合には裁量免責条項は適用されないと述べた。<sup>(87)</sup>そして法廷意見は、③の場合については、裁量免責条項の適用は、「安全基準の適合にかかる決定手法が、裁量免責条項によつて保護される類いの行政機関の判断を包含するか否かによつて決定される。上訴人は、当該決定は客観的科学的基準の適用を含むものであると主張する。他方、連邦政府は、当該決定は相対的『政策的判断』を含むものであると主張する。これらの主張において、各当事者は、それぞれ適切な方法で争点を形成しているが、安全基準適合の決定が誤っていたとの請求に対する裁量免責条項の適用は、当該決定を行った行政機関の職員が許容された政策的判断を行使したか否かによる。(中略)当裁判所は、眼前にある乏しい記録のみでこの問題を決定することを躊躇せざるをえない」と判示した。<sup>(88)</sup>

最後に法廷意見は、ワクチンの販売許可に関する Berkovin の主張について判断した。まず法廷意見は、販売許可にかかる関係法令が生物製剤局に対していかなる義務も課しておらず、適切な規制手法の決定を同局に委ねていることから、ワクチンの販売にかかる規制につき、生物製剤局がいかなる手法を採用しようとも、そのような政策形成は裁量免責条項によつて保護されると判示した。また法廷意見は、生物製剤局によつて採用された手法が検査官に政策的判断を行う余地を認めている場合にも、同様に裁量免責条項が適用されると判示した。<sup>(89)</sup>しかし、法廷意見は、「生物製剤局の政策が、一定の行為を行うにあつて、職員が政策的判断を行使する余地を残していない場合または当該行為が単純にそのような判断の行使を包含しない場合には、裁量免責条項は適用されない」と述べ、<sup>(90)</sup>裁量免責条項の適用が否定される余地を認めた。そのうえで法廷意見は、Berkovin の主張するように、生物製剤局が、すべてのワクチンに対して安全検査を行い、基準に適合していないものについては販売を禁止するという政策を採用していたにもかかわらず、基



準に適合しないワクチンの販売を、それを知りながら許可していたならば、裁量免責条項はこのような主張を妨げないとした。<sup>(91)</sup>したがって、連邦最高裁判所は、ワクチンの製造許可および販売許可にかかる請求に対して裁量免責条項が適用されると判断した点につき、原審判決を破棄差戻した。<sup>(92)</sup>

### 3 二段階テスト

Varig 判決および Berkovitz 判決は、裁量免責条項の解釈にあたって、従前の計画レベル対実行レベルのテストとは異なる、新たな二段階テストを確立した。二段階テストの第一段階において、裁判所は、当該行為がその性質において裁量的であるか、すなわち、「判断または選択」の要素を包含するか否かを審理する。この「判断または選択」の要件は、「連邦の法律、規則または政策が、政府職員が従うべき一連の行為を明確に規定している」場合には充足されない。この場合、「当該職員に正当な選択権はなく、命令を遵守しなければならない」からである。<sup>(93)</sup>

この第一段階において重要な点は、義務的な規定に違反した行為に対しては裁量免責条項が適用されないということである。<sup>(94)</sup>一見してこれは当然のことのように思われるが、Berkovitz 判決以前のいくつかの裁判例は、義務的な規定に違反する行為に対しても裁量免責条項を適用していた。たとえば、一九八三年の Jayvee Brand, Inc. v. United States 判決<sup>(95)</sup>において、コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、「FTCA の目的に鑑みれば、義務的な手続に違反する裁量的決定は裁量の濫用とみなされるべきである」と判示している。裁量免責条項において、裁量の行使は「その裁量が濫用されたか否かにかかわらず」免責されるため、裁量の濫用とみなされる限りにおいて、義務的な規定に違反する行為に対しても連邦政府の損害賠償責任を問うことはできないことになる。<sup>(97)</sup>このような解釈は、法令遵守および責任ある行動を連邦政府に促すという FTCA の規律を排除するという点で不適当であるとの指摘もあつたところ、二段階テストはこの

ような従前の解釈を変更した。Barkovitz 判決以降、原告は、当該行為が義務的な規定に違反していることを立証することによって、裁量免責条項の適用を免れることが可能になった。

ただし、以下の二点からこのような立証は困難であるとも指摘されている。第一に、法律、規則または政策によって明示的に義務付けられた政府職員の行為はわずかであり、多くの場合、政府職員は裁量を有している<sup>(99)</sup>。第二に、裁量免責条項の適用を享受するために、たとえ義務的な規定を設けることが効率的な行政運営に資する場合であっても、不明瞭な規定を設けることによって下級職員に裁量を委譲しようとの不適切なインセンティブが行政機関に対して生じかない<sup>(100)</sup>。

二段階テストにおいては、当該行為が判断または選択の要素を含むとされた場合、審理は第二段階に移る。第二段階において、裁判所は、「その判断が裁量免責条項による保護を意図された類いのものであるか否か」を決定する。裁量免責条項の目的は、「不法行為訴訟を通じて、社会的、経済的、政治的政策に基づく立法および行政上の判断に対して、司法による『二次的判断』がなされることを阻止」することであるため、同条項は「公的政策の考慮に基づいた連邦政府の行為および決定のみを保護する。」<sup>(101)</sup>したがって、第二段階を充足するためには、政府職員は当該行為を行うに当たって実際に公的政策を考慮していなければならない。これら両方の段階が充足された場合、裁量免責条項が適用される。

Davis 教授は、このような Yang 判決および Berkovitz 判決の確立した二段階テストに対して、以下のような肯定的見解を述べている。「制定から約半世紀を経た現在においては、一九四六年当初の FTCA は、連邦政府は裁量の行使に対して責任を負わないと規定するのではなく、連邦政府は法制定および政策形成に対して責任を負わないと規定すべきであったということが容易に考察される。『裁量的』との文言は不適切である。正しい文言は『政策的』であった。連邦最高裁判所は、『裁量的職務』を『政策的判断の行使』に修正し、効果的に FTCA を改正した。」<sup>(102)</sup>

なお、従前の計画レベル対実行レベルのテストについては、Vang 判決が、裁量免責条項の適用は「行為者の地位ではなく行為の性質によって決定される」と述べていることから、同判決によって排除されたと解することもできるが、他方で、同判決は、「もはや Dalemie 判決は裁量免責条項に対する正当な解釈を示すものではないとの仮定を受け入れることはできない」として、依然として Dalemie 判決が有効な先例であることを認めているため、同テストは依然として存続していると解することもできる。Vang 判決の四年後に下された Berkovitz 判決も、この点については言及していない。

### 第三節 第二期

#### 1 Gaubert 判決

連邦最高裁判所は過去約二〇年間において裁量免責条項に関する判決を下しておらず、同条項に関する最も近時の連邦最高裁判所判例は、一九九一年の Gaubert 判決まで遡る。本件は、一九八〇年代の規制緩和により相次いだ貯蓄貸付組合 (savings and loan association) の倒産に関係する。一九八四年、連邦住宅貸付銀行理事会 (Federal Home Loan Bank Board) およびダラス連邦住宅貸付銀行 (Federal Home Loan Bank Dallas) は、テキサス州公認の貯蓄貸付組合であった独立アメリカ貯蓄組合 (Independent American Savings Association) に対して、①倒産寸前の貯蓄銀行との合併を要請するとともに、同組合の委員長兼大株主であった Thomas M. Gaubert に対して、②経営からの撤退と③保証金二五〇〇万ドルの支払いを求めた。その後、連邦住宅貸付銀行理事会は、④独立アメリカ貯蓄組合の経営陣を刷新し、⑤同組合の日常業務に過度に介入した (具体的には、経営コンサルタントの雇用、子会社の破産に関する助言、給与上の紛争の調停、訴状原案の審査、連邦政府公認への移行の催促、州行政機関による監督者 (supervisory

agent) 任命の試みに対する積極的干渉などである)。Gaubert 在任時、独立アメリカ貯蓄組合は財政的に健全であったが、新経営陣に交代後まもなく経営難に陥った。そこで Gaubert は、右の①-⑤の監督行為における過失を主張して、FTCA に基づき、組合の損失七五〇〇万ドルと彼個人の保証金二五〇〇万ドルの合計一億ドルを求めて、連邦政府に対して損害賠償請求訴訟を提起した。

テキサス州北部地区連邦地方裁判所は、Gaubert の主張する行為はすべて裁量免責条項の範囲内にあるとして、連邦政府による訴え却下の申立てを認容した。控訴審において、第五巡回区連邦控訴裁判所は、計画レベル対実行レベルのテストを用いて、①-④の行為は計画レベルの行為に該当するため裁量免責条項が適用されるが、⑤の行為は実行レベルの行為に該当するため同条項は適用されないと判示した<sup>(10)</sup>。

上告審において、White 裁判官による法廷意見は、裁量免責条項の解釈にあたって、Vaig 判決および Berkovitz 判決の確立した二段階テストを踏襲したうえで、以下のように述べた。「規則が政府職員に裁量を認めるならば、まさに当該規則の存在自体が、当該規則により認められた裁量行為には、規則の公布をもたらしたのと同様の政策的考慮が含まれるとの強力な推定を生じさせる。〈中略〉既存の政府政策が、法律、規則、行政指針 (agency guidelines) によって明示的または黙示的に政府職員に裁量の行使を認めている場合、当該職員の行為は、その裁量を使用するにあたって政策に基づいていると推定されなければならない。訴え却下の申立てを克服するためには、当該行為が規制制度にかかった裁量を使用する政府職員の主観的意思ではなく、当該行為の性質およびその行為が政策分析の影響を受けやすいものであるか否かによる」<sup>(11)</sup>

このような解釈を前提に、法廷意見は、原審判決について以下のように判示した。「二六八〇条 (a) に関するこれ

らの先例および解釈を考慮すれば、控訴裁判所が本件における銀行の实行または管理レベルでなされた決定に裁量免責条項が及ばないと判示したことが誤りであることは明らかである。裁量行為とは、選択または判断を含むものであり、排他的に政策形成機能または計画機能にのみ適用される類いのものではない。銀行業務における日常的管理は、その他の業務における管理と同様、許容される様々な手法のいずれが最善であるかということに関して、定期的に判断を要求する。裁量行為は、政策レベルまたは計画レベルに限定されない。<sup>10)</sup>このように述べて、法廷意見は、裁量免責条項に関する初期の事案において支配的であった計画レベル対実行レベルのテストを完全に否定した。そして法廷意見は、同テストの根拠とされる Dalehite 判決および Indian Towing 判決についても、このようなテストを提示するものではないと述べている。すなわち、法廷意見の理解によれば、Dalehite 判決の提示した計画レベル対実行レベルの区別は、単に争われた行為が生じたレベルを述べたものに過ぎず、実行レベルの行為は政策に基づいていないと提言するものではなく、Indian Towing 判決においても、争われた行為が実行レベルのものであったからではなく、灯台の管理が許容される政策的判断の行使を包含しないものであったために、連邦政府の損害賠償責任が認定されたのである。<sup>11)</sup>このように判断したうえで、法廷意見は、「控訴裁判所は、Gaubert によって争われたいくつかの行為が実行レベルで生じたものであると判断し、それゆえに、それらの行為は必然的に裁量免責条項の範囲外にあると結論付けた点で誤っている」と述べて、原審判決を破棄した。

以上のように判示したうえで、法廷意見は Gaubert の主張を検討しているが、Gaubert は、前述の①―④の行為に対して裁量免責条項が適用されることは認めたものの、⑤独立アメリカ貯蓄組合の日常業務に対する過度の介入に対しては裁量免責条項は適用されないと主張した。これに対して、法廷意見は、当該行為は前述した二段階テストの両方を充足するから裁量免責条項が適用されると判示した。まず法廷意見は、当該行為が裁量的であったか、あるいは、義務的

な法令によって統制されていたかを考察した。法廷意見は、関係法令につき、「義務的ではなく、金融機関に対する手続実施の時期およびその手法に関する決定を当該行政機関の判断に委ねていた」としたうえで、以下のように判示した。「この場合、当該行政機関は特定の方法において行動するよう義務付けられることはない。すなわち、これらの権限の行使は、『判断または選択の要素』を多分に包含していた。」<sup>(16)</sup>

次に法廷意見は、第二段階に関して、「当裁判所は、当該規制行為は裁量免責条項による保護を意図された類いの政策的判断を包含していると確信している」と述べた。法廷意見は、Gaubertによって争われた行為は、貯蓄貸付組合産業全体の支払能力の保護および独立アメリカ貯蓄組合の資産の保全という二つの政策的理由から行われたものであるとしたうえで、以下のように判示した。「Gaubertによる補正訴状 (amended complaint) は、規制者による裁量行為は免責されないということに関して、正当な主張を行っていない。Gaubert自身の承認に基づき、連邦貯蓄貸付保険公社 (Federal Savings and Loan Insurance Corporation) の保険資金を保護するため、規制者は独立アメリカ貯蓄組合の経営者を交代させた。したがって、当該行為が公的政策の考慮に基づいていたということに議論の余地はない。連邦政府公認への移行の催促および州行政機関への干渉を行うにあたっての規制者の行為は、貯蓄金融機関に対する連邦政府の監督に関する公的政策の考慮に直接関連していた。経営コンサルタントの雇用に関する助言、子会社の破産の時期に関する助言、組合の利益となるようにテキサス州の監督者に干渉したこと、訴訟方針に関する助言および給与上の紛争の調停についても同様である。規制者が法律の背後にある政策の範囲内にある助言以外の行為を行ったとの主張はなされていない。」<sup>(17)</sup>このように述べたうえで、連邦最高裁判所は、Gaubertの請求が裁量免責条項によって妨げられないとした点で原審判決は誤っていると、破棄差戻しを命じた。<sup>(18)</sup>

なお、本判決には、Scalia 裁判官の同意意見が付されている。Scalia 裁判官は、以下のように述べて、計画レベル対



実行レベルのテストを完全に否定した法廷意見とは異なる裁量免責条項の解釈を示した。「当該決定が行われたレベルは、しばしば裁量の考察に関係する。その考察の結論は、訴訟の対象および意思決定者の職務に依存するからである。私の見解においては、ある選択が、特定の状況の下、社会的、経済的、政治的政策といった考慮事項により影響を受けるものであり、かつ、職務上の責任がそれらの考慮事項の評価を包含する政府職員によって果たされたものであるならば、当該選択は裁量免責条項によって損害賠償責任から保護される。」<sup>(12)</sup>このような Scalia 裁判官の見解は、計画レベル対実行レベルの区別にも一定の理解を示したうえで、当該職員の職務上の責任を考察に加えることで、法廷意見による裁量免責条項の解釈を限定するものである。さらに Scalia 裁判官は、政府職員が関連政策に対して職務上責任を有する場合、当該職員による決定が政策分析の影響を受けやすいものであるとの推定が生じ、そして、この推定は政策決定レベルが高まるにつれて強固なものになると述べた。<sup>(13)</sup>

以上のような解釈を示したうえで、Scalia 裁判官は、本件における連邦住宅貸付銀行理事会の行為を、同理事会の助言による独立アメリカ貯蓄組合接収の決定であったとした。そして Scalia 裁判官は、このような決定は、「『社会的、経済的、政治的政策』の考慮によって影響を受ける決定であり、必然的にそのような考慮事項を判断する責任を有する連邦住宅貸付銀行理事会の職員によってのみ行われる」ものであるから、本件においては裁量免責条項の適用が認められると判断した。<sup>(14)</sup>

## 2 「強力な推定」と「影響度」分析

Gaubert 判決は、Varig 判決および Berkovitz 判決によって確立された二段階テストに、「強力な推定」と「影響度」分析を追加した。まず Gaubert 判決は、「義務的規定違反が見出せず、規則が政府職員に裁量を認めるとして第一段階

が充足された場合、「まさに当該規則の存在自体が、当該規則により認められた裁量行為には、当該規則の公布をもたらしたと同様の政策的考慮が含まれるとの強力な推定を生じさせる。(中略) 既存の政府政策が、法律、規則、行政指針によって明示的または黙示的に政府職員に裁量の行使を認めている場合、当該職員の行為は、その裁量行使するにあたって政策に基づいていると推定されなければならない」と述べた。この「強力な推定」により、立証責任は原告に転換される。そして、原告がこれに反証できなかった場合、右の推定に基づき第二段階が充足され、裁量免責条項が適用されることになる。<sup>(16)</sup>

またGaubert判決は、「考察の焦点は、法令によって与えられた裁量行使する政府職員の主観的意思ではなく、当該行為の性質およびその行為が政策分析の影響を受けやすいものであるか否かによる」と述べて、第二段階の焦点を「事実の領域から仮定の領域へ」移動させた。このような「影響度」分析において、裁判所は、政府職員が当該行為を行うにあたって実際に公的政策を考慮しているかではなく、それらの行為が政策分析の影響を受けやすいものであるか否かを判断することによって、裁量免責条項の適用を決定する。

Gaubert判決による「強力な推定」および「影響度」分析の追加は、裁量免責条項の解釈・適用に著しい変化をもたらしたが、とりわけ、同条項の適用範囲を、政府職員が当該決定を行うにあたって実際に政策を考慮した行為から、政府職員が必ずしも政策を考慮していない行為にまで拡大したことは重要である。<sup>(17)</sup> また同判決は、Gaubertによって争われた行為が政策分析の影響を受けやすいものであるか否かを判断するにあたって、当該行為は貯蓄貸付組合産業全体の支払能力の保護、あるいは、独立アメリカ貯蓄組合の資産の保全という政策に関連していたとして裁量免責条項の適用を肯定したが、とくに後者を同条項適用の根拠としたことは問題であると指摘されている。なぜなら、独立アメリカ貯蓄組合の資産の保全は、同組合の預金保険機関である連邦貯蓄貸付保険公社の資産の保全、すなわち、連邦政府におけ



る有限の財源保護に資するところ、連邦政府の財源保護という考慮要素は、政府職員によるあらゆる決定に少なからず影響を及ぼすものであると考えられ、このような包括的な考慮要素を裁量免責条項適用の根拠となる公的政策とすることは、財政的制約によって影響を受けるすべての行為に対して裁量免責条項が適用されることを意味するからである。<sup>(10)</sup>したがって、Gaubert 判決は、裁量免責条項の適用範囲を著しく拡大し、連邦政府の損害賠償責任を過度に限定したとして、多くの論者から「放棄された主権免責の真の復活に相当する」<sup>(11)</sup>などと批判されている。

次に Gaubert 判決は、裁量免責条項にかかる訴訟過程にも変化をもたらした。同判決以前においては、裁判所が訴え却下の申立ての段階で裁量免責条項の適用を認める可能性は極めて低いものであった。すなわち、従前の解釈においては、裁量免責条項が適用されるには当該行為を行った政府職員が実際に政策を考慮していなければならなかったため、原告が政府職員は当該決定を行うにあたって政策を考慮していなかったと申立てれば、当該決定をめぐる事実関係を調査する必要性から、必然的に開示手続が行われていたのである。<sup>(12)</sup>しかし、Gaubert 判決以後においては、裁判所が、当該行為は政策分析の影響を受けやすいものであると判断する限りで裁量免責条項の適用が認められるため、事実関係を調査するまでもなく、連邦政府による訴え却下の申立てが認容されうる。

このような訴訟過程の変化は、以下の二点において原告に不利益をもたらすと指摘されている。第一に、Gaubert 判決以降、連邦政府は訴訟にかかる時間と資源を大幅に節減することが可能となった。通常、訴訟が長引けば長引くほど、連邦政府には原告に対して和解や補償を行おうとのインセンティブが生じるが、訴え却下の申立てによる早期決着はこのようなインセンティブを減少させる。<sup>(13)</sup>

第二に、Gaubert 判決以降、連邦政府は何らかの事実を立証する必要はなく、単に当該行為に関連するであろう政策を主張すれば、前述のように、当該行為は政策に基づいていたと推定される。他方、原告は、連邦政府の主張する政策

が当該行為には関連していないとの事実を立証することで、この「強力な推定」を覆さなければならず、明らかに、連邦政府に比べ原告にかかる負担が過大である<sup>(134)</sup>。これらの理由から、Gaubert判決以後においては、原告の請求は訴え却下の申立ての段階で迅速かつ容易に斥けられる可能性が高くなったと指摘されている<sup>(135)</sup>。

さらに、Gaubert判決の理論的正当性についても疑問が提示されている。すなわち、同判決は、前述のような重要な判示を行うにあたって、その根拠を明示しておらず、従前の連邦最高裁判所判例やGaubert事件の経緯にも正当化事由を見出すことはできない。Gaubert判決以前に同様の手法を用いて裁量免責条項の適用を判断した連邦控訴裁判所判決はいくつか存するものの<sup>(136)</sup>、Gaubert判決による重大な変更を正当化するにはいずれも不十分なものである<sup>(137)</sup>。このような点から、Gaubert判決による「強力な推定」および「影響度」分析の追加は、法的根拠を欠く「予測不可能な論理的飛躍」であると批判されている<sup>(138)</sup>。

以上のように、Gaubert判決に対して学説の大勢は批判的であるが、肯定的見解も存する。このような見解によれば、Vang判決およびBerkovitz判決の確立した二段階テストにおいては、裁量免責条項を適用するために、政府職員が実際に政策を考慮したことが要求されるため、原告は政策考慮の欠如を明らかにする記録を探し回り、またそのような証言を行うおとすであろうし、対照的に、連邦政府は政策考慮の存在を主張するため、記録を選別し、最悪の場合、偽証を行うとも考えられるところ、Gaubert判決はこのような不必要な証拠の争いをなくさせるといふ利点を有する<sup>(139)</sup>。しかし、同判決によって、証拠の争いが生じる以前の訴え却下の申立ての段階で請求が斥けられる可能性が増加したこと<sup>(140)</sup>に鑑みれば、このような利点はそれほど実益のあるものではないとも指摘されている<sup>(141)</sup>。

## 第三章 近時の動向

前述のように、一九九一年の *Gaubert* 判決以降、連邦最高裁判所は裁量免責条項に関して判断を示していないが、連邦下級裁判所においては依然として相当数の事案が争われており、現在においても同条項が F T C A における大きな問題であることが窺える。本章においては、裁量免責条項にかかる近時の動向につき、第一節において連邦下級裁判所判決を、第二節において学説の提示する代替案を検討する。

### 第一節 連邦控訴裁判所判決の検討

本節では、*Gaubert* 判決以後の裁量免責条項に関する連邦控訴裁判所判決を、同条項の適用を肯定した裁判例と否定した裁判例に大別して考察することで、現在の裁量免責条項の適用状況を概観する。

#### 1 肯定例

##### (1) *Gaubert* 判決の法廷意見の踏襲例

*Gaubert* 判決以後の連邦下級裁判所は、基本的に *Gaubert* 判決の法廷意見を踏襲して裁量免責条項の適用を肯定する傾向にあり、この傾向は現在においても継続している。<sup>(10)</sup> 以下、その具体例として比較的近時に示された三件の連邦控訴裁判所判決を紹介する。

第一に、二〇〇九年の *Fothergill v. United States* 判決<sup>(11)</sup> は、プエルトリコのボケロンにある郵便局で生じた事故につき、郵政公社 (*Postal Service*) の過失が争われたものである。二〇〇五年四月二五日、同郵便局に運転を誤った車が駐車

米国連邦不法行為請求権法における裁量免責の法理

同志社法学 六四卷四号

場から進入、局内を走行した。この事故によって負傷した原告は、郵政公社が入構口および駐車場を設計するにあたって、入構口に縁石や柵を設置していれば、あるいは、駐車場に目印をつけていれば損害を回避できたと申立てて、FTCAに基づき連邦政府を提訴した。控訴審において、第一巡回区連邦控訴裁判所は、裁量免責条項の適用を判断するにあたって *Gaubert* 判決の二段階テストを用いた。第一段階において、同控訴裁判所は、郵便局および駐車場の設計においていかなる安全対策が必要であるかという決定は裁量的である、すなわち、原告は設計段階で郵政公社に何らかの行為を義務付ける規定を指摘しておらず、このような場合、当該決定は政府職員の裁量に委ねられた問題であると述べた。<sup>(14)</sup> さらに第二段階において、同控訴裁判所は、郵便局の設計における安全対策にかかる決定は、「効率性、安全性、美観、費用のような無数の要素に関する問題を調整する必要性から影響を受ける。換言すれば、これらの選択は政策分析の影響を容易に受ける」と判示した。<sup>(15)</sup> 原告は、郵政公社がこれらの政策を実際に考慮したということが立証されていないと主張したが、同控訴裁判所は、連邦政府は実際に政策的判断が行われたことを立証する必要はなく、「裁量免責条項は、そのような分析が一定の状況においてなされたか否かにかかわらず、政策分析の影響を受けやすいすべての行為および不作為に対して適用される」と述べて原告の主張を排斥し、裁量免責条項を適用した原審判決を支持した。

第二に、二〇〇九年の *Indemnity Insurance Co. v. United States* 判決は、二〇〇四年三月六日にボルチモア湾で生じた乗客運搬用船舶 *Lady D* の転覆事故に関して、同船の所有者と保険会社によって提起された事件に関するものである。事故発生前、沿岸警備隊は、姉妹船 *Fells Point Princess* に対する安定性認証テスト (*stability proof test*) に基づき、*Lady D* を二五人程度の運搬が可能であると認定していたが、事故後の再検査により、一五人程度の運搬が適切であったことが判明した。原告は同テストの実施における沿岸警備隊の過失を主張し、連邦政府は裁量免責条項の適用を主張した。控訴審において、第四巡回区連邦控訴裁判所は、裁量免責条項の適用を判断するにあたって、*Gaubert* 判決の二

段階テストの充足を認定し、裁量免責条項を適用した原審判決を支持した。第一段階において、同控訴裁判所は、安定性認証テストに関するマニュアルが、特定の検査方法を義務付けるのではなく推奨するのみであることから、Fells Point Princess の運搬可能人数の認定において沿岸警備隊は裁量を有していたと判示した。<sup>108</sup>次に第二段階において、同控訴裁判所は、Gaubert 判決の提示した「強力な推定」を引用し、原告は Fells Point Princess の運搬可能人数の認定における沿岸警備隊の決定が政策分析の影響を受けやすいものではないということを立証できていないと述べた。<sup>109</sup>また同控訴裁判所は、当時 Fells Point Princess の検査を担当した沿岸警備隊の検査官が、当該テストの実施方法を誤っていると考えていたとする原告主張の事実についても、「考察の主眼は、法律または規則によって与えられた裁量の行使における政府職員の主観的意思ではなく、行われた行為の性質およびそれらが政策分析の影響を受けやすいものであるか否かによる」から、本件の審理において重要なものではないと判示した。<sup>110</sup>

第三に、二〇一一年の Carroll v. United States 判決がある。<sup>111</sup>事実の概要は、二〇〇六年一月十七日、原告の娘が保育所において三輪車に乗っていたところ、芝刈り機の弾いた石が額に当たり、負傷したというものである。事故当時、保育と芝の手入れは、それぞれ異なる事業者が一般調達局 (General Services Administration) と契約して行っていた。原告は、連邦政府が保育所の経営と芝の手入れにかかる契約者を管理する手法について、その過失を争った。具体的には、児童のすぐ傍で芝刈り機を使うことを許容した点、芝刈り機が作動している場で児童が遊ぶことを許容した点、損害の危険性を回避するようスケジュールを調整しなかった点で、連邦政府は注意義務に違反していたとの主張がなされた。控訴審において、第一巡回区連邦控訴裁判所は、まず右のような原告の主張を、児童が屋外で遊ぶ時間帯には芝の手入れを行わないようなスケジュールを策定・実施しなかったという点にまとめたうえで、Gaubert 判決の二段階テストに基づき、裁量免責条項の適用を判断した。第一段階につき、原告は、本件において連邦政府は州法上、契約上および

びその経験から安全性にかかる義務を負うと主張したが、第一巡回区連邦控訴裁判所は、これらの主張を排斥したうえで当該行為は裁量的であると判示した<sup>(15)</sup>。次に第二段階においては、児童の屋外活動と芝の手入れのスケジュールを調整する職務を個別の契約者に委ねた点に政策的理由が存するか否かが問題となったが、同控訴裁判所は、審理は「政府職員による裁量の行使には政策的判断が含まれるとの推定」から開始されるとしたうえで、「推定によれば、契約者を個別に雇用するとの判断は、費用配分と政府職員の時間の活用にかかる効率性の問題に基づく。(中略)このような要素の考慮が政策的判断であることは明白である」と判示した<sup>(16)</sup>。このように両段階の充足を認定し、同控訴裁判所は裁量免責条項の適用を肯定した。

## (2) Gaubert 判決の同意意見の踏襲例

Gaubert 判決以後に裁量免責条項の適用を肯定した裁判例は、Gaubert 判決の法廷意見に従うものがほとんどであるが、同条項の適用を判断するにあたって当該職員の職務上の責任を加味する *Scalia* 裁判官の同意意見に依拠するものもある<sup>(17)</sup>。

一九九七年の *Ochran v. United States* 判決<sup>(18)</sup>は、その一例である。本件の原告は、一九九一年一月二日、麻薬取引の罪で起訴された元交際相手の報復によって肺破裂などの重傷を負った。訴訟においては、担当の連邦検事補 (assistant United States attorney) の過失が争われたが、当該検事補が加害者による原告への脅迫に関して合衆国連邦保安局 (U.S. Marshals Service) に報告していなかった点について、第一巡回区連邦控訴裁判所は、このような決定は被害者保護にかかる有限の政府資源の配分という政策的考慮事項を包含すると認定したうえで、以下のように判示した。「(一)のような事案において妥当な審理は、当該決定を行った政府職員が当該選択の政策的含意を考慮するというこ

とを連邦政府が想定していたか否かによる。訴追者および民事訴訟の当事者として連邦政府を代理するにあたって、連邦検事補が高度の職務とそれに付随する裁量を一般に委譲されているとの事実、予算上の制約がその意思決定に及ぼす影響に関して特定の指針が存しないということと相俟って、司法長官が連邦検事 (United States attorney) および検事補に司法省 (Department of Justice) の有限の資源配分という職務を委譲していることを示唆する。したがって、当該判所は、〈中略〉〔当該決定は一筆者註〕政策分析の影響を受けやすいものであって、裁量免責条項の範囲内にあると結論付ける。<sup>(17)</sup>このように述べて、同控訴裁判所は裁量免責条項の適用を肯定した。

## 2 否定例

### (1) 義務的規定違反

Gaubert 判決以後に裁量免責条項の適用を否定した裁判例は、その論拠から五つに分類することができる。第一に、連邦最高裁判所が確立した裁量免責条項の適用にかかる二段階テストにおいては、当該職員が義務的規定に違反した場合には、同テストの第一段階が充足されないとして裁量免責条項の適用が否定される。<sup>(18)</sup>

その一例として、二〇〇二年の *Miles v. National Aviation Museum Foundation* 判決<sup>(19)</sup>が挙げられる。事実の概要は、一九九四年五月二四日、私人所有の航空機 (以前は連邦政府所有) が滑走路を走行中に前輪が破損、バルブが飛散し、そのうちの一つが原告に直撃、右脚切断の重傷を負わせたというものである。連邦政府が当該航空機を所有していた当時、連邦航空局および国防総省 (Department of Defense) の規則が、非破壊検査 (nondestructive inspection) に関して訓練を受け、その実施を認められた整備士が前輪の検査を行うことを義務付けていたにもかかわらず、連邦政府が当該検査にあたって右のような資格のない整備士を用いていたことから、第一一巡回区連邦控訴裁判所は、「連邦政府



の行為は Gaubert 判決の第一段階を充足しないため、第二段階を審理する必要はない。連邦政府は当該行為において裁量を有しない<sup>(10)</sup>として、裁量免責条項の適用を否定した。そのうえで、同控訴裁判所は、このような規則に適合しない運用の結果、不適切な検査が行われ当該事故が生じたとして、連邦政府の損害賠償責任を認定した<sup>(11)</sup>。

また、二〇〇五年の Garza v. United States 判決<sup>(12)</sup>においては、二〇〇一年二月六日、連邦刑務所の囚人であった原告が刑務所内の娯楽場で生じた囚人同士の抗争に巻き込まれ負傷した事案につき、刑務所職員が巡回を怠っていたことの過失が争われた。控訴審において、第五巡回区連邦控訴裁判所は、勤務終了時における巡回に関する規定を、「秩序と安全性を維持するために看守が従わなければならない既定の行為」<sup>(13)</sup>を定めたものと解釈したうえで、「当該職員は一筆者註」勤務終了時における娯楽場の巡回を敬遠する裁量を有しない。そのような行為は、連邦刑務所における特定の規定に違反する。したがって、当該規定の不遵守は裁量免責条項によって保護されない<sup>(14)</sup>と述べて、裁量免責条項の適用を否定した。

さらに、二〇〇七年の Bolt v. United States 判決<sup>(15)</sup>において、本件の原告は、一九九九年四月一日、除雪の行われていなかった米軍基地の公共駐車場において転倒、足首を骨折した。事故が発生したのは四月であったが、軍部の除雪政策は、毎年二月末から三月の間に当該駐車場の除雪を行うことを軍部の職務として規定していた。控訴審において、第九巡回区連邦控訴裁判所は、このような職務は特定のかつ義務的なものであるから、軍部が事故以前に除雪を行わなかったことに対して裁量免責条項は適用されないと判示した<sup>(16)</sup>。

## (2) 客観的基準の存在

第二に、連邦最高裁判所が確立した裁量免責条項の適用にかかる二段階テストにおいては、当該決定が公的政策に基



づくものでない場合には、同テストの第二段階が充足されないとして裁量免責条項の適用が否定される。したがって、争われた行為が公的政策を考慮する余地のない客観的基準を適用することによって行われるものであるならば、当該行為に対して裁量免責条項は適用されない。<sup>(10)</sup>

当該行為に公的政策を包含しないとして裁量免責条項の適用を否定した代表的な事案が、炭鉱爆発事故にかかる一九四四年の *Myers v. United States* 判決<sup>(11)</sup>である。同判決においては、鉱山安全保健管理局 (Mine Safety and Health Administration) 職員の調査上の過失が争われたが、控訴審において、第六巡回区連邦控訴裁判所は、鉱山労働者・鉱山所有者の利益や鉱山安全保健管理局の有限の資源の効率的な活用といった公的政策は、法令制定の際に、連邦議会および労働長官 (Secretary of Labor) によって十分に考慮されており、当該調査官は、事案ごとにこれらの政策を再度考慮することを認められていないとしたうえで、以下のように述べて裁量免責条項の適用を否定した。「当裁判所は、鉱山安全保健管理局職員によって行われた評価は、F T C A の裁量免責条項によって保護される『政策的』決定ではないと判示する。これらの評価に固有の選択は、産業の専門的判断および知識を斟酌して、調査官が自身の意見を考慮して行うものである。『政治的、社会的、経済的政策』の考慮は、このような決定において役割を果たすことを認められていない。したがって、当裁判所は、関係法令によって調査官に与えられた裁量は、公的政策に基づくものではなく、裁量免責条項によっては保護されないと判示する。<sup>(12)</sup>」

また、二〇〇五年の *Whisnant v. United States* 判決<sup>(13)</sup>は、海軍基地内の精肉店において発生した有毒のカビによって肺炎などに罹患した原告が、連邦政府はその危険な状態を軽視して従業員を同店舗で労働させていたと主張して、F T C A に基づき連邦政府を提訴した事件に関するものである。控訴審において、第九巡回区連邦控訴裁判所は、裁量免責条項に関する連邦控訴裁判所の傾向として、「科学的専門的判断(とくに安全性に関する判断)の問題が社会的、経済的、

政治的政策の影響を受けやすいとみなされることは稀である」と述べたうえで、以下のように判示して裁量免責条項の適用を否定した。「食料品店を従業員および顧客にとって安全な環境に維持するという連邦政府の職務は、裁量免責条項が保護する類いの政策的選択ではない。カビの除去は、社会的、経済的、政治的政策の判断ではなく、専門的科学的判断を包含する。(中略) 明らかな健康被害の除去は、政策ではなく安全性の問題であるため、連邦政府が有毒なカビの蓄積を防止しなかったことは裁量免責条項によつては保護されない。」<sup>(15)</sup>

### (3) 財政制約論の否定

第三に、Gaubert 判決は、いわゆる財政制約論を肯定しているように思われる。そのため、Gaubert 判決以後の連邦下級裁判所は、概ね財政制約論に基づく裁量免責条項の適用を肯定する傾向にある。これに対して、一九九五年の第一〇巡回区連邦控訴裁判所における *Donne v. United States* 判決<sup>(16)</sup>の補足意見が、財政的制約に基づいて裁量免責条項の適用を肯定した一連の裁判例は F T C A を形骸化させると述べているように、財政制約論を否定する裁判例もいくつか散見される。<sup>(17)</sup>

たとえば、二〇〇二年の *O'Toole v. United States* 判決<sup>(18)</sup>においては、河川の氾濫につき、インディアン事務局 (Bureau of Indian Affairs) による灌漑システムの整備における過失が争われた。連邦政府は、灌漑システムの修復・整備を行わなかったことは、インディアン事務局における有限の資源配分を含む政策的決定の結果であると主張し、ネバダ州連邦地方裁判所はこれを認容した。控訴審において、第九巡回区連邦控訴裁判所は、「財政的理由から、その所有物に対する日常的メンテナンス(通常の所有者に期待される)を留保するとの行政機関の決定は、裁量免責条項の保護する類いの政策的決定ではない」と判断した。そして同控訴裁判所は、「不適切な資源配分のみを理由に裁量免責条項の保護

を享受できるとするならば、当裁判所は、主権免責の放棄を過度に厳格に解釈し、裁量免責条項を過度に広範に解釈することになるであろう。しかし、連邦政府の過失により損害を被った個人に対する補償という連邦議会の意図に鑑みれば、FTCAは救済法として寛容に解釈されるべきであり、裁量免責条項は限定的に解釈されるべきである」と判示して、裁量免責条項の適用を肯定した原審判決を破棄し、差戻しを命じた。<sup>(8)</sup>

#### (4) 「強力な推定」の否定

第四に、Gaubert判決の追加した「強力な推定」は、裁量免責条項にかかる立証責任を原告に転換するものであり、FTCAに基づく損害賠償請求訴訟の原告に相当の負担を課すものであったが、Gaubert判決以降、とくに第九巡回区連邦控訴裁判所は、いくつかの事案において、このような「強力な推定」を否定している。

その嚆矢となるのが、一九九二年のPrescott v. United States判決<sup>(9)</sup>である。本件は、ネバダ州の核実験場において放射能傷害を被った労働者により提起された。原告は、FTCAに基づき、放射能被曝の危険性の警告や安全対策の実施を怠ったことなど連邦政府の八つの過失を申立てた。控訴審において、第九巡回区連邦控訴裁判所は、裁量免責条項にかかる立証責任の問題を検討し、「FTCAによる概括的な主権免責の放棄に対する例外〔裁量免責条項―筆者註〕は、文面上は管轄権に関するものであるが、積極的抗弁(affirmative defense)に類似するものである」から、このような抗弁から利益を得る当事者である連邦政府が「裁量免責条項にかかる立証責任を負う。(中略)裁量免責条項の適用にあたって、連邦政府は、争われた過失ある行為が、(1)判断の要素を包含しており、かつ、(2)その判断が社会的、経済的、政治的政策に基づいていたということを立証しなければならない」と判示した。<sup>(10)</sup>そして同控訴裁判所は、「連邦政府は、特定の過失ある行為が、競合する政策的考慮事項を調整する責務を明示的に委任された現場職員による政策的判断から

生じたという証拠を提示できていない」と判断して、原告勝訴の原審判決を支持した。<sup>(186)</sup> Prescott 判決は、連邦政府に裁量免責条項にかかる立証責任を課した点で、Gaubert 判決の「強力な推定」を明確に否定している。<sup>(187)</sup>

Prescott 判決以降、第九巡回連邦控訴裁判所は、裁量免責条項の適用が争われた多くの事案において、同条項の適用にかかる立証責任を連邦政府に課している。<sup>(188)</sup> たゞしばしば、二〇〇一年の Bear Medicine v. United States 判決<sup>(189)</sup> においては、一九九三年一〇月六日にモンタナ州のインディアン保留地にある伐木場で生じた事故につき、インディアン事務局の過失が争われたが、控訴審において、第九巡回連邦控訴裁判所は、以下のように判示して「強力な推定」を否定している。「Prescott 判決において―筆者註〕当裁判所は、裁量免責条項の適用にかかる立証責任は連邦政府に課せられ、これは単なる主観的な供述によって果たされるものではないと判示している。裁判所が、当該決定が政策に基づくものであった、あるいは、政策分析の影響を受けやすいものであったと認定するためには、推定ではなく、記録上の合理的な証拠がなければならぬ。」<sup>(190)</sup> このように述べて、同控訴裁判所は、裁量免責条項の適用を肯定した原審判決を破棄し、差戻しを命じた。

(5) 「影響度」分析の否定

第五に、「影響度」分析は、裁量免責条項の適用範囲を、実際に公的政策を考慮した行為から政策分析の影響を受けやすい行為にまで拡大することによって、連邦政府の損害賠償責任を過度に限定するものである。前述のように、Gaubert 判決以後の連邦下級裁判所は、基本的に「影響度」分析を踏襲しているが、わずかながらこれに乖離するような裁判例も存する。

たとえば、一九九九年の Shansky v. United States 判決<sup>(191)</sup> は、ハベル・トレーディング・ポスト国立史跡を観光中に階

段から転落して負傷した原告によって提起された事件に関するものであるが、訴訟においては、国立公園局 (National Park Service) が事故現場に手摺を設置していなかった点につき、同局の過失が争われた。控訴審において、第一巡回区連邦控訴裁判所は、以下のように述べて「影響度」分析に疑問を提示している。<sup>(14)</sup>「当裁判所は、政策という正当化事由の可能性が裁量のポンプに呼び水を差すのに十分であるとは示唆していない。実際、あらゆる政府行為は何らかの政策的判断の影響を受けているが、希薄な関係性は当該行為が政策に基づいているということを根拠付けるには不十分である。(中略) そのうえ、まったく関係ないまたは過度に希薄である、あるいは、その両方である正当化事由と、そうではない正当化事由を区別する判断は、事案ごとのものであり、明確な公式の機械的な適用によって解決されるものではない。(中略) 事案ごとの手法が要求される。」<sup>(15)</sup> Shansky 判決のこのような判示に対しては、裁量免責条項に関して Gaubert 判決以前の裁判所が提示していた、事案ごとの事実関係に基づく手法に実質的に回帰するものであるとの指摘がなされている。<sup>(16)</sup>

また Shansky 判決は、右の判示に際して、一九九五年の *Cope v. Scott* 判決<sup>(16)</sup>を引用している。同判決は、一九八七年にロック・クリーク国立公園内の道路で生じた交通事故に関するものであり、国立公園局による道路整備および不適切な警戒標識の設置における過失が争われた。控訴審において、コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、前者については裁量免責条項を適用したが、後者についてはその適用を否定した。後者の判断につき、同控訴裁判所は、一定の状況においては、警戒標識の設置にかかる決定が景観保全と安全性の調整という公的政策を包含するために、裁量免責条項の適用が肯定されるということに同意しながら、本件はこのような状況には該当しないと述べた。<sup>(16)</sup> すなわち、同控訴裁判所は、事故現場を含む半マイルの区間に二三もの交通標識がすでに設置されているという事実に着目し、国立公園局が道路の安全性につき利用者に注意を喚起する試みを実際に行っていると鑑みれば、同局による不適切な警戒

標識の設置にかかる決定が右のような公的政策を包含しているとはいえないとして、裁量免責条項の適用を否定した。<sup>(87)</sup>

さらに、国立公園内での交通事故に関する近時の二つの事案において、第九巡回区連邦控訴裁判所は、明らかに「影響度」分析とは異なる手法を採用している。二〇〇六年の *Oberson v. Forest Service* 判決は、一九九六年二月二十五日にイエローストーン国立公園・ガラティン国有林間で生じたスノーモービル二台の衝突事故において、急勾配であった事故現場の危険性を改善しなかった点および警戒標識を設置しなかった点につき、林野庁 (*Forest Service*) の過失が争われたものである。控訴審において、第九巡回区連邦控訴裁判所は、裁量免責条項の適用を判断するにあたって連邦最高裁判所の二段階テストに言及し、*Berkovitz* 判決および *Gaubert* 判決を引用したうえで、裁量免責条項は裁量的かつ「社会的、経済的、政治的政策分析の影響を受けやすい決定」を包含する行為<sup>(88)</sup>に対して適用されると述べて、「影響度」分析を明示している。しかし、このような判示にもかかわらず、同控訴裁判所は、第二段階の審理において、「林野庁は、警戒標識を設置しなかったことが政策的決定の結果であるということと立証する証拠を提示できていない。(中略)警戒標識を設置しなかったまたは危険性を改善しなかったことが政策的選択の所産であったとの証拠を欠く場合、当裁判所は、裁量免責条項は林野庁を不法行為責任から保護しないと結論付ける」と述べて、裁量免責条項の適用を否定した。<sup>(89)</sup>

*Oberson* 判決の三ヶ月後、第九巡回区連邦控訴裁判所は、*Soldano* 判決<sup>(90)</sup>において、*Oberson* 判決の判断基準を踏襲した。本件は、一九九八年六月二三日、ヨセミテ国立公園内をオートバイで走行中に駐車車両に衝突し重傷を負った原告が、F T C A に基づき連邦政府を提訴したというものである。原告は、内務省 (*Department of Interior*)、国立公園局、ヨセミテ国立公園管理事務所 (*Superintendent*) による、①道路の管理・設計、②警戒標識の設置、③制限速度の設定における過失を主張した。控訴審において、第九巡回区連邦控訴裁判所は、①の請求については証拠不十分、②の請求



については裁量免責条項を適用してこれらを斥けたが、③の請求については、安全な制限速度の設定にかかる決定は「安全性にかかる客観的基準により制限されており、裁量免責条項によって保護される類いの政策的決定の結果ではない」として、裁量免責条項の適用を否定した<sup>(20)</sup>。また、脚注において同控訴裁判所は、以下のように判示して「影響度」分析を否定した。「連邦政府は、制限速度を時速三五マイルに設定するとの国立公園局の決定が、専門的科学的判断ではなく、社会的、経済的、政治的政策に基づく決定の結果であったということを立証する証拠を提示していない。口頭弁論において、連邦政府は、そのような証拠を政府が提示する義務はなく、その代わりに、社会的、経済的、政治的政策を示す仮定的正当化事由に依拠することと足りると主張した。これは先例〔Oberson 判決を含む―筆者註〕に反する。」<sup>(26)</sup>この判示においては、争われた行為が実際に政策的選択の所産であったとの証拠を欠く場合、裁量免責条項は否定されないと判示した先例として、Oberson 判決が引用されている。

Oberson 判決および Soldano 判決は、その判示において Prescott 判決を引用していないが、裁量免責条項にかかる立証責任を連邦政府に課している点で、「強力な推定」を否定した Prescott 判決の影響を受けていると指摘されている<sup>(26)</sup>。また両判決は、各事案において争われた行為が実際に政策的選択の結果であったとの立証を連邦政府に要求することによって、「影響度」分析についても採用を否定している。したがって、両判決は、Gaubert 判決の追加した「強力な推定」および「影響度」分析の両方を排除し、Gaubert 判決以前の二段階テストに回帰するものであると思われるところ、このような裁判所の態度に対しては、Gaubert 判決によって確立された現在の判断基準に対する学説の批判に、司法が一定の反応を示したうえで、裁量免責条項の適用範囲の限定を試みたものであると評価する見解も存する<sup>(27)</sup>。



## 第二節 代替案の検討

前章で述べたように、Gaubert 判決に対して学説の大勢は批判的であり、Gaubert 判決以降、同判決の二段階テストに代わる様々な判断基準が提示されている。本節では主要な学説として、プロセス・アプローチ (process approach)、『三要件テスト (three-pronged test)』、インセンティブ認識アプローチ (incentive recognition approach) の三説を紹介し、裁量免責条項の適用範囲を限定しようとする学説の傾向を概観する。<sup>(20)</sup>

## 1 プロセス・アプローチ

プロセス・アプローチは、裁量免責条項の適用を判断するにあたって、現在の連邦最高裁判所の判断基準のように当該行為の性質に焦点を当てるのではなく、当該行為に至るまでのプロセスに依拠すべきであると提言する。<sup>(21)</sup> 同アプローチの根拠は、主に政府職員による不法行為に対する抑止効果および権力分立の二点に求められる。すなわち、裁量免責条項が権力分立に資することを目的としたものであることは明らかであるが、同条項を適用した場合、政府職員による不法行為の防止という F T C A の抑止効果が排除されることになるため、裁量免責条項の分析においては、これら二つの考慮要素を両立させる必要がある。<sup>(22)</sup> 同アプローチは、当該行為の性質に焦点を当てた現在の判断基準は、F T C A の抑止効果を考慮せず、権力分立の観点からは連邦政府を過度に保護していると指摘する。<sup>(23)</sup>

抑止効果の観点から、プロセス・アプローチは、裁量免責条項が F T C A の抑止効果を排除することに鑑みれば、F T C A 以外の抑止効果が連邦政府に対して働く場合にのみ同条項が適用されるべきであるとする。連邦政府に対しては、損害賠償責任のみならず、行政機関が政策を形成する際のプロセスからも抑止効果が生じうる。<sup>(24)</sup> すなわち、行政機関によって策定された政策は、政府職員の裁量を統制するとともに、相当数の市民に影響を与えるため、その形成にあつ

ては、行政機関内部の様々な部署から情報提供がなされたうえで、その内容および影響に関して熟議が重ねられる。<sup>(24)</sup> 政府職員は、このような行政上のプロセスに固有の内部的な制約によって、恣意的な活動を抑止される。したがって、このような政策形成や熟議的行為 (deliberative actions) に対しては、行政上のプロセスによる抑止効果が働くため、F T C A による抑止効果の必要性は追加的なものに過ぎない。<sup>(25)</sup> 他方、郵便配達車の交通事故や退役軍人病院 (veterans hospital) における医療過誤のような、政府職員個人の判断に基づく非熟議的行為 (non-deliberative actions) に対しては、前述のような行政上のプロセスによる抑止効果が働いていないため、F T C A による抑止効果が必要となる。<sup>(26)</sup>

他方、権力分立の観点から、プロセス・アプローチは、政策形成における連邦政府の優位性に鑑みれば、裁量免責条項は政策形成に対して適用されるべきであるとする。<sup>(27)</sup> そこで、免責されるべき公的政策に相当する行為と相当しない行為の区別が問題となるが、前述のように行政機関の政策は、通常行政機関内部の熟議から生じる。これに対して、行政上のプロセスを経ない非熟議的行為は通常一職員の判断に過ぎないため、このような行為に対する司法審査は連邦政府の政策形成機能を阻害しない。<sup>(28)</sup>

したがって、裁量免責条項の分析における抑止効果と権力分立という二つの考慮要素は、行政上のプロセスに焦点を当てることによって両立しうる。<sup>(29)</sup> プロセス・アプローチにおいて、裁判所は、当該行為が行政上のプロセスを通じた決定から生じたのか、あるいは、各事案における職員個人の判断から生じたのかを審理する。前者には裁量免責条項が適用され、後者にはされない。<sup>(30)</sup> このように、プロセス・アプローチは、裁量免責条項の適用を熟議的行為に限定する点で、同条項の適用範囲を著しく限定する。

二〇〇二年の第四巡回区連邦控訴裁判所における *Smith v. Wash. Metro. Area Transit Auth.* 判決の反対意見は、一部プロセス・アプローチに依拠した。法廷意見が *Gaubert* 判決の判断基準に従って裁量免責条項の適用を肯定したのに

対して、反対意見は以下のように述べている。「法廷意見の分析が例証するように、Gaubert 判決のアプローチは、費用と安全性のトレードオフを包含する判断は、裁量免責条項の目的にかかる経済的政策に基づいているとの判示に裁判所を誘導する傾向にある。このような判示は F.T.C.A を形骸化させるおそれがあるが、予算上の制約に基づく決定はいかなる場合においても政策に基づくものではないとの主張も同程度に不合理なものである。費用と安全性のトレードオフを要求する連邦政府の決定が、裁量免責条項の保護に値する場合もあれば、値しない場合もあるとの見解がより合理的である。〔中略〕裁量免責条項の保護が認められるか否かは、「当該行為の性質のみならず―筆者註〕当該行為がなされるプロセスに少なくとも一部依拠する。」<sup>(22)</sup>

## 2 三要件テスト

三要件テストは、裁量免責条項の適用を判断するにあたって、裁判所は、①実際の政策決定、②政策形成権限、③正当な政策要素の三つの要件を審査すべきであると提言する<sup>(23)</sup>。実際の政策決定の要件は、当該職員が実際に政策決定を行っていることを要求し、Gaubert 判決による「影響度」分析を否定するものである<sup>(24)</sup>。前節で挙げた Oberzon 判決および Soldano 判決は、裁量免責条項の適用を判断するにあたって、同様の要件を課したものと見える<sup>(25)</sup>。同要件は、「影響度」分析のように政策決定の可能性のある行為を保護するのではなく、実際になされた政策決定のみを保護する<sup>(26)</sup>。

政策形成権限の要件は、Gaubert 判決における Scalia 裁判官の同意意見に基づくものであり、当該職員が当該政策に関して決定権限を有することを要求する<sup>(27)</sup>。三要件テストによれば、当該政策に関して決定権限を委譲されていない政府職員が、当該政策を考慮するにあたって裁判所以上に優れていると考えるべき理由はないし、また、裁判所の審理が及ばない政策要素の範囲を、当該職員が明示的に考慮することを認められた政策要素に限定することは当然である<sup>(28)</sup>。

正当な政策要素の要件は、裁量免責条項は正当な政策要素を包含する決定に対して適用されるべきであるというものである。<sup>(20)</sup> 三要件テストは、何が正当な政策要素に相当するかの判断は容易ではないが、財政的制約に基づく裁量免責条項の適用が否定されるべきであることは明白であるとする。<sup>(21)</sup>

また三要件テストは、裁量免責条項の理論的根拠として、以下の三つを挙げる。<sup>(22)</sup> 第一に、裁量免責条項は権力分立に資することである。第二に、政府職員の活動に対しては、行政上・政治上のプロセス、すなわち、行政機関内部での熟議や世論からの影響によっても、不法行為に対する抑止効果が働くことである。このような行政上・政治上のプロセスによって政府職員の恣意的な活動が抑制されるならば、F T C Aによる抑止効果の必要性は低くなる。第三に、政府職員の活動に損害賠償責任を課すことは、連邦政府の活動を委縮させることである。三要件テストは、裁量免責条項の適用にかかる判断基準は、このような「権力分立」、「行政上・政治上の抑制」、「連邦政府の意思決定に対する委縮効果」という三つの理論的根拠と整合すべきであるとしたうえで、前述した三つの要件がこれらの理論的根拠に抵触するものではないということを確認している。

まず、実際の政策決定の要件については、第一に、権力分立は行政機関による政策形成を尊重するものであって、実際に政策決定がなされていない場合の司法審査まで排除するものではない。このような状況においては、行政機関による一次的判断が存しないため、司法による二次的判断も観念しえない。<sup>(23)</sup> 第二に、行政機関内部での熟議は政策形成に關して行われるものであり、政策決定ではない行為に対しては行政上・政治上の抑制は及ばない。<sup>(24)</sup> 第三に、同要件が委縮させる行為とは、「決定に相当しないもの (nondecisions)」や不適切に行われる技術的判断のみであり、裁量免責条項による保護に値するものではない。<sup>(25)</sup>

次に、政策形成権限の要件については、政策形成権限を有しない政府職員の行為に対する司法審査は行政機関の政策

形成機能を侵害しないであろうし、このような行為に対しては行政上・政治上の抑制も及ばない。<sup>(26)</sup> そして、政策形成権限の要件が委縮させると考えられるのは、そもそも当該政策を考慮することを認められていない政府職員による政策決定であり、保護の必要性に乏しい。<sup>(27)</sup>

最後に、正当な政策要素の要件については、第一に、権力分立原則は、正当な政策要素に基づく決定に裁量免責条項を適用することによって完全に充足される。<sup>(28)</sup> 第二に、正当な政策要素の要件は、意思決定者が正当な政策要素を考慮したことの立証を連邦政府に要求することによって、恣意的な政府活動を行政上・政治上抑制するものとなるが、このような抑止効果は、上級官庁や政府高官が主たる役割として担っている政策監督と同様の効果を有するものである。<sup>(29)</sup> 第三に、正当な政策要素の要件によっては少なからず委縮効果が生じ、一定の領域における連邦政府の関与が減少することが予想されるが、このような領域は、私企業が容易に参入できる領域であり、そこには公共財の提供のような社会的、政治的政策決定は存しない。<sup>(30)</sup>

以上の検討を通じて、三要件テストは、連邦政府が、正当な政策要素に基づいて、当該政策に関して決定権限を有する政府職員が、実際に政策決定を行ったということを立証した場合にのみ、裁量免責条項が適用されるべきであると提言する。<sup>(31)</sup> このように同テストは、「Gaubert 判決による「強力な推定」、「影響度」分析および財政制約論をすべて否定することによって、裁量免責条項の適用範囲を限定する。先に挙げた *Smith* 判決の反対意見は、三要件テストにつき、「このような代替案は非常に興味深いものである」と述べている。<sup>(32)</sup>

### 3 インセンティブ認識アプローチ

インセンティブ認識アプローチによれば、裁量免責条項の適用にかかる連邦最高裁判所の二段階テストにおいては、

連邦の法律、規則または政策が政府職員の従うべき行為を明確に規定している場合には裁量免責条項は適用されないため、たとえ義務的な規定が望ましい場合であっても、下級職員に裁量を付与するような規則を制定することによって、損害賠償責任を回避しようとの不適切なインセンティブが行政機関に対して生じると考えられるが、これまで提示されている代替案は、いずれもこの問題に完全に対処できていない<sup>(25)</sup>。したがって、同アプローチは、このような不適切なインセンティブに焦点を当て、次のような二段階の判断基準を提言する。

インセンティブ認識アプローチの第一段階は、行政上のプロセスに焦点を当てるプロセス・アプローチとまったく同様の分析を行う<sup>(24)</sup>。プロセス・アプローチに対しては、裁量免責条項の適用範囲を過度に限定し、連邦政府に過剰な責任を課すとの批判がなされている。すなわち、仮に政府職員が行政上のプロセスを経ずに行動したという理由で裁量免責条項が適用されないならば、行政機関はその職務を合理的かつ迅速に遂行することが困難となり、行政運営が硬直化すると指摘されているのである<sup>(25)</sup>。インセンティブ認識アプローチは、当該行為が行政上のプロセスを経ているか、一定の要件を充足した場合には裁量免責条項の適用を肯定する第二段階を設定することによって、このようなプロセス・アプローチに対する批判を回避する<sup>(26)</sup>。インセンティブ認識アプローチの第一段階においては、当該行為が行政上のプロセスを経たものであれば裁量免責条項が適用され、経たものでなければ第二段階の審理に移る<sup>(27)</sup>。

インセンティブ認識アプローチの第二段階において、裁判所は三つの要件を審査する。すなわち、当該職員は、①特定の政策要素を考慮するにあたって裁量を行使する権限を適切に委譲されていたか、②当該行為を行う前に自身が考慮しなければならぬ政策要素を知りうるような訓練 (training) を受けていたか、③当該行為を行うために必要な情報を提供されていたかの三点である<sup>(28)</sup>。第一の権限委譲の要件は、当該職員が当該政策決定を行う権限を適切に委譲されていることを要求したうえで、この権限委譲にあたっては、どのような政策要素を考慮する権限を委譲するのが明示さ

れていなければならないとする。<sup>(29)</sup>したがって、単に裁量を付与するような規則を制定するだけではこの権限委譲の要件は充足されないため、同要件は、インセンティブ認識アプローチの主眼たる不適切なインセンティブを排除することができる。<sup>(30)</sup>また第二の訓練の要件および第三の情報提供の要件は、当該職員が当該政策決定に関する訓練を受け、必要な情報を提供されていなければならないというものであるが、これらの要件は政策決定を行うにあたって必要とされる経験を有しない職員や合理的に判断を行うために必要な情報を有していない職員による行為に対しては、裁量免責条項は適用されるべきではないとの主張に基づく。<sup>(31)</sup>これらの要件の充足によって、より情報に通じた政策決定および円滑な行政運営の促進が期待される。<sup>(32)</sup>

連邦政府が、当該職員は当該政策決定を行う権限を適切に委譲されており、かつそのために必要な訓練および情報を提供されていたとして、これら三つの要件が充足されていることを立証した場合、裁量免責条項が適用されるとの推定が生じる。<sup>(33)</sup>これに対して、原告は、当該決定は政策に基づくものではなかったということを立てることによって、この推定を覆すことができる。<sup>(34)</sup>

このようにインセンティブ認識アプローチは、裁量免責条項の適用にあたって、一次的に、当該行為が行政上のプロセスを経て行われたものであること、二次的に、当該行為が、それを行うために必要な権限、訓練、情報を備えた政府職員によって行われたことの立証を連邦政府に要求する点で、FTCAに基づく損害賠償請求訴訟における原告の負担を軽減するとともに、裁量免責条項の適用範囲を限定する。



## 終章 おわりに

本稿では、F T C Aの裁量免責条項について、立法経緯から連邦最高裁判所判例、近時の動向に至るまでを考察してきた。アメリカの国家賠償制度において、裁量免責条項の適用範囲は、その解釈如何によって連邦政府の損害賠償責任の範囲を左右する重要な問題である。同条項の立法趣旨は政策的判断に対する司法の「二次的判断」の阻止という点に求められるが、このような裁量免責の概念はF T C Aの制定によって新たに創設されたものではなく、既往の「司法解釈」の明文化であると指摘されている。そして、裁量免責条項に関する連邦最高裁判所判例は、F T C A制定から約六五年が経過するにもかかわらず、いまだ五件しかないが、これらの事案において連邦最高裁判所は、同条項の適用にかかる判断基準を発展させてきた。しかし、Gaubert判決が追加した「強力な推定」および「影響度」分析は、原告側に著しい負担を課すとともに、裁量免責条項の適用範囲を過度に広範なものにすると批判されている。現在、連邦下級裁判所は概ね同判決の見解を踏襲する傾向にあり、裁量免責条項の適用が争われた多くの事案において、その適用が肯定されている。このような裁量免責条項の解釈・適用に対して学説の大勢は批判的であり、同条項の適用範囲を限定する様々な代替案が提示されている。また、近時の連邦下級裁判所判決の中にも、Gaubert判決とは異なる観点から裁量免責条項の適用を判断するものが現れはじめており、新たな展開がみられる。

アメリカの国家賠償制度において裁量免責条項の果たしてきた役割を要約すれば、次の三点を指摘することができる。第一に、同条項の立法趣旨である権力分立の維持が挙げられる。すなわち、行政に委ねられた政策的判断を裁判所が代替して行うことは制度上および機能上適当ではなく、裁量免責条項を適用することによって、これらの判断に対する司法審査を排除することは、行政と司法の役割分担を明確なものとす。

第二に、政府職員のあらゆる行為に損害賠償責任を課すことは、職員を過度に委縮させ、積極的な公務遂行の妨げとなる。裁量免責条項が存しない場合、政府職員は裁量行為を行うことを躊躇し、その結果、柔軟な行政活動が停滞、行政運営の硬直化が生じかねない。したがって、裁量免責条項は適正な行政運営に対する担保機能を有しているといえる。

第三に、現実的な帰結として、裁量免責条項は政府財政の安定化に貢献している。仮に裁量免責条項が適用されたすべての請求について損害賠償が認められたとすれば、連邦政府の財源が著しく圧迫され、行政サービスの質の低下を招きかねない<sup>(28)</sup>。

他方で、これまで考察してきたように、裁量免責条項によって連邦政府の活動により損害を被った者の救済が否定されていることは事実であり、少なくとも被害者救済の観点から問題があることは疑いようがない。

このように、裁量免責条項には肯定的側面と否定的側面があるが、同条項については、その適用範囲が制定当時から重要な問題となっている。この点につき、これまで判例・学説の双方において多様な見解が提示されてきたが、そこには一つの共通する考慮要素が存すると思われる。すなわち、「政策」の概念である。現在の「影響度」分析は「当該行為が政策分析の影響を受けやすいものであるか否か」を審理するものであり、それ以前の二段階テストも「公的政策の考慮に基づいた連邦政府の行為および決定のみを保護する」ものであった。また、裁量免責条項に関して連邦最高裁判所が初めて判断した *Dalme* 判決も、「政策的判断および決定の余地があるところ、裁量は存する」と述べている。さらに、学説の提示する各代替案も、何らかのかたちで「政策」の概念を判断基準に取り入れていている。現在支配的な「影響度」分析が妥当なものであるか否かは今後の司法の展開に委ねられているが、いずれにせよ、裁量免責条項の適用を判断するにあたって、「政策」の概念が重要な考慮要素であることには変わりないであろう<sup>(29)</sup>。

そこで以下、本稿で述べてきたアメリカの裁量免責条項の考察を通じて、わが国にどのような示唆が得られるかを検

討する。第一に、わが国の従来の通説においては、行政の政治政策的裁量および専門技術的裁量については、ともに自由裁量に属する判断であるとして、判断代替方式の審理になじまないものとされてきた<sup>(20)</sup>。これに対して、アメリカにおいては、裁量免責条項が、政治政策的裁量に対しては適用されるが、専門技術的裁量に対しては適用されないと判断されている。これは、前述した「政策」の概念が専門技術的裁量には観念できないことによる。すなわち、行政に委ねられた政治政策的裁量に対して司法が二次的に判断を及ぼすことは権力分立原則に反するが、専門技術的裁量に対する司法審査は同原則に反しないと考えられるため、裁量免責条項の適用を判断するにあたって、これらの裁量は明確に区別されている。わが国においても、専門技術的裁量を政治政策的裁量と同一に扱うことには疑問が提示されており、とくに従来の公害問題や薬害問題などに関する損害賠償請求訴訟において裁判所が積極的に科学問題の究明に取り組んできたことから、専門技術的裁量に対しても積極的な実体判断を行うべきであるとの見解も多くみられる<sup>(21)</sup>。以上のような連邦裁判所の考え方やわが国の学説に鑑みれば、少なくとも、すでに発生した不法行為の責任を追及する「過去裁判」である国家賠償請求訴訟の領域においては、専門技術的裁量に対して裁判所が踏み込んで審理することが可能であると考えることもできるように思われる<sup>(22)</sup>。

第二に、アメリカにおいては、裁量免責条項の適用を判断するにあたって、財政的制約が同条項の適用を根拠付ける「政策」に含まれるか否かという問題があるが、わが国においても、国家賠償法二条の瑕疵判断における財政制約論という類似の問題がみられる。財政的制約が瑕疵判断において持つ意義につき、最高裁は、大東水害事件<sup>(23)</sup>において、瑕疵判断に際して財政的制約をはじめとする諸制約が考慮されることを明言したうえで、河川管理者の裁量的判断を尊重すべきことを強調して、河川管理の瑕疵を否定している<sup>(24)</sup>。しかし、同判決に対しては、行政の裁量を大幅に承認し、行政の現状を追認することになるとの批判的見解も少なくない<sup>(25)</sup>。他方、アメリカにおいては、Gaubert判決以降、財政的制

約に基づく裁量免責条項の適用が肯定される傾向にあるが、これに対して学説は、少なくとも単に財政的制約が存するというのみで裁量免責条項の適用を肯定することには否定的であり、連邦下級裁判所の事案においては、河川水害に関して、連邦政府の財政的制約の主張を排斥し、裁量免責条項の適用を否定した裁判例も現れている。<sup>(20)</sup> このようなアメリカの財政制約論に関する近時の動向に鑑みれば、わが国における財政制約論についても見直す余地があるものと思われる。<sup>(21)</sup>

第三に、アメリカのFTCAにおいては、裁量免責条項を通じて、立法上、権力分立原則の維持が図られていることが注目される。すなわち、アメリカにおいては、裁量免責条項の適用範囲を境に、行政と司法の役割分担が明確化されており、行政に委ねられた政策的判断に対して、司法が二次的判断を及ぼすことは許されない。わが国の国家賠償法が被害者救済重視の立場から非常に広範に活用されてきたのに対して、アメリカのFTCAは権力分立の維持を重視した救済法であつて、その役割は限定的であるといえる。この点で被害者救済の観点から批判が絶えないことは繰り返し述べてきたところではあるが、裁量免責条項の存在のみをもって、連邦政府の活動により損害を被った者の権利救済が不十分であると論じることはできない。たとえば、Dalehite事件においては、裁量免責条項によって救済を否定された被害者は個別法律によって救済されているし、<sup>(22)</sup> また、FTCAにおいては行政上の賠償請求も用意されているのであるから、<sup>(23)</sup> アメリカにおける国家賠償制度全体を評価する際には、これらの救済制度が実際の程度機能しているかを別途検討する必要がある。<sup>(24)</sup> 裁量免責条項の適用範囲については、なお議論の余地があると思われるが、同条項を通じた権力分立原則の厳格な遵守という点で、アメリカの国家賠償制度は、いかなる行政上の損害賠償制度が妥当であるかを検討するうえで一つの興味深いモデルを提示しているといえる。

アメリカの裁量免責条項について、現在はGaubert判決が提示した判断基準が一般に通用しているが、近時の連邦

下級裁判所においては、依然として新たな解釈の試みが継続している。アメリカの裁量免責条項をめぐる今後の判例・学説の動向に注目するとともに、わが国の国家賠償における裁量論の発展に期待したい。

- (1) 最判昭和五三年五月二六日民集三三卷三号六九八頁。
- (2) 最判平成一六年一〇月一五日民集五八卷七号一八〇二頁。
- (3) 芝池義一「行政裁量と河川管理責任」法律時報五六卷五号（一九八四年）五三頁参照。
- (4) 例外的に、規制権限不行使の分野では、従来から自由裁量論（行政便宜主義）の克服として、様々な議論が行われてきた。この点に関する判例・学説の動向につき、西登章「行政の不作為責任―規制権限不行使の違法性を中心に―」明治大学法科大学院論集七号（二〇一〇年）七八頁参照。しかし、現在、規制権限不行使の違法性の判断基準として最高裁が採用する裁量権消極的濫用論に対しては、「具体的な要件を定立せずに個別具体的な事情など諸般の事情を総合考慮して判断するもので、国家賠償責任を認める場合も否定する場合も、その判断過程は不明である」との批判がある。阿部泰隆「裁量に関する司法審査―自由と正義五三卷七号（二〇〇六年）二四頁。

- (5) 28 U.S.C. § 1346 (b), 2671-2680.
- (6) アメリカの国家賠償制度に関する先行業績として、伊藤正己「英米における国家賠償法の成立」比較法研究一号（一九五〇年）一六頁、下山瑛二「英米における国家賠償責任について」比較法研究六号（一九五三年）一頁、広岡隆「アメリカ連邦の不法行為責任」都市問題研究六卷一号（一九五四年）八七頁、成田頼明「主権の免責」は放棄されたか―米国家賠償法に関する四つの新判例について―ジュリスト六四号（一九五四年）三〇頁、同「英米法における國の賠償責任」公法研究一一号（一九五四年）九三頁、下山瑛二「英米の國家賠償責任に関する若干の問題点について」公法研究一一号（一九五四年）一〇三頁、同「國家賠償」〔日本評論新社、一九五四年〕六二頁以下、N・L・ネイザンソン（鶴飼信成訳）「アメリカ公法における主権の概念―國家の訴訟免責特権を例として―」法律時報一七卷七号（一九五五年）五六頁、今村成和「國家補償法」〔有斐閣、一九五七年〕二六頁以下、古崎慶長「國家賠償法」〔有斐閣、一九七一年〕五八頁以下、雄川一郎「アメリカ國家責任法の一断面」下山瑛二・高柳信一・和田英夫編「アメリカ憲法の現代的展開―統治構造」〔東京大学出版会、一九七八年〕三〇五頁、下山瑛二「人權と行政救済法」〔三省堂、一九七九年〕五八頁以下、磯部力ほか「國家賠償請求訴訟の動向―実体法上の要件（一）―適用範囲の問題」法令解説資料総覧一三三号（一九七九年）一八〇頁以下〔綿貫発言〕、綿貫芳源「国及び公共団体の損害賠償責任の再検討」公法研究四二二号（一九八〇年）一三八頁、宇賀克也「アメリカ國家責任法の分析」

米国連邦不法行為請求権法における裁量免責の法理

同志社法学 六四卷四号 九五（二二七五）

法學協會雜誌一〇三卷九号(一九八六年)一六七九頁(同『國家責任法の分析』(有斐閣、一九八八年)所収、二九九頁)、植村榮治、「各国の國家補償法の歴史の展開と動向——アメリカ」西村宏一『幾代通』團部逸夫編『國家補償法体系——國家補償法の理論』(日本評論社、一九八七年)一三一頁、須藤典明『アメリカの「連邦不法行為請求権法」について』司法研究所論集八四号(一九九一年)一五六頁参照。

(7) 裁量免責条項に関する先行業績として、岩淵正紀「アメリカにおける政府の不法行為責任と裁量免責の法理」(一) — (四) — 完』判例時報七七五号(一九七五年)三頁、七七六号(一九七五年)三頁、七七八号(一九七五年)三頁、七七九号(一九七五年)三頁、劉宗徳「連邦不法行為請求権法における裁量免責条項——アメリカ國家責任法の「考察」名古屋天学法政論集九六号(一九八三年)一四七頁、若狭愛子「裁量免責 (discretionary function exception) についての「考察」——アメリカ連邦不法行為請求権法 (Federal Tort Claims Act) の判例より」関西大学法學論集五一卷六号(二〇〇二年)一〇九八頁参照。

(8) 119 F.3d 438 (6th Cir. 1997).

(9) *Id.* at 444 (Merritt, J., dissenting).

(10) H.R. 6463, 77th Cong. (1942).

(11) H.R. REP. NO. 77-2245, at 10 (1942); S.R. REP. NO. 77-1196, at 7 (1942); H.R. REP. NO. 79-1287, at 5-6 (1945). *you can find the 下院報告書 (H. R.) の引用部分に続けて以下のように述べている。*「しかしながら、規制行政機関の職員によるロモン・ロー上の不法行為は、非規制行政機関の不法行為と同様の範囲で、本法案の範囲内に含まれるであろう。したがって、敵性国通商法 (Trading With the Enemy Act) の執行または財務省 (Treasury) の財政運営によって生じた請求を除外する四〇二条 (5) および (10) (現行二六八〇条 (e) および (一) 筆者註) が、財務省または同様の職務を執行するその他の連邦行政機関の職員の過失によって生じた自動車事故のようなコモン・ロー上の不法行為を除外することは意図されていない。」また、第七七議会の公聴会記録にも、これらの下院報告書・上院報告書と趣旨の記述があるが、同公聴会記録は、裁量免責条項が適用される実例として、右報告書の述べる規制行政機関に財務省外国資産管理室 (Foreign Funds Control Office of the Treasury) を併記すること、連邦基金の支出および連邦計画の実行のような規制の性質を有しない行政活動を追記している。 *Tort Claims: Hearings on H.R. 5379 and H.R. 6463 Before the H. Comm. on the Judiciary, 77th Cong. 28 (1942)* [hereinafter *Hearings*] (statement of Francis M. Shea, Assistant Attorney General).

(12) *Hearings, supra* note 11, at 28 (statement of Francis M. Shea, Assistant Attorney General).

(13) *United States v. S.A. Empresa de Vacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines)*, 467 U.S. 797 (1984). 同判決の邦語判例評釈として、宇賀克也

[United States v. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines) et al.; United States v. United Scottish Insurance Co. et al., 467 U.S. 797, 104 S. Ct. 2755 (1984)] — 民間航空に利用される航空機の証明に際しての連邦航空局の過失に基づく合衆国に対する損害賠償請求は「連邦不法行為請求権法の裁量免責条項により認められない」アメリカ法一九八七年一号（一九八七年）二四二頁参照。

- (14) *Id.*, at 814.
- (15) 3 RICHARD J. PIERCE, JR., ADMINISTRATIVE LAW TREATISE 1819 (5th ed. 2009).
- (16) H.R. 5373, 77th Cong. (1942).
- (17) *Hearings*, *supra* note 11, at 29, 65 (statement of Francis M. Shea, Assistant Attorney General).
- (18) Dalehite v. United States, 346 U.S. 15 (1953).
- (19) *Id.*, at 34.
- (20) *Id.*, at 34 n. 30.
- (21) 234 U.S. 627 (1914).
- (22) *Id.*, at 633.
- (23) *See also* Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 170 (1803); Spalding v. Vilas, 161 U.S. 483, 498 (1896); Alzua v. Johnson, 231 U.S. 106 (1913); Perkins v. Luken's Steel Co., 310 U.S. 113, 131 (1940).
- (24) McMillon v. United States, 387 F.3d 329, 339 (4th Cir. 2004).
- (25) Indian Towing Co. v. United States, 350 U.S. 61 (1955).
- (26) Berkovitz v. United States, 486 U.S. 531 (1988). 同判決の邦語判例評釈として、宇賀克也「予防接種禍に対する連邦の責任——パーコウィッツ事件 最高裁判決——」判例タイムズ六六九号（一九八八年）一九頁参照。
- (27) Gaubert v. United States, 499 U.S. 315 (1991).
- (28) 「S. 466 分類委員会報告」*See* William P. Kratzke, *The Supreme Court's Recent Overhaul of the Discretionary Function Exception to the Federal Tort Claims Act*, 7 ADMIN. L.J. AM. U. 1 (1993).
- (29) *In re* Texas City Disaster Litigation, 197 F.2d 771 (5th Cir. 1952).
- (30) *Dalehite*, 346 U.S. at 28.

米国連邦不法行為請求権法における裁量免責の法理

同志社法学 六四卷四号

九七 (二二七七)



(31) *Id.* at 32.

(32) 従来、地方自治体の主権免責を判断するにあたっては、判例上、地方自治体の統制的機能については免責し、財産的機能については民間企業と同様に損害賠償責任を負わせるとの法理が発展してきた。同法理はほとんどすべての州において受容されたが、実際には、統制的機能と財産的機能が区別することは極めて困難であり、類似の事案について、一方では救済が認められ、他方では救済が否定されるというような判例上の不統一と矛盾が生じ、各州において混乱を招いた。その後、地方自治体の損害賠償責任については、一九七八年の *Monell v. Department of Social Services of the City of New York* 判決 (436 U.S. 658 (1978)) において、連邦最高裁判所が、市町村等の地方自治体も合衆国法典四二巻一九八三条 (42 U.S.C. § 1983) における被告となりうることを明示して以降、§ 1983訴訟の下で判断されるようになった。地方自治体の主権免責につき、詳しくは、桜井昭平「アメリカ地方公共団体の不法行為責任——主権免責の法理 (the doctrine of sovereign immunity) をめぐって——」明治社会学法制研究所紀要九号 (一九六五年) 七五頁参照。また、F.T.C.A. における統制的・財産的区別の適用可能性について、劉・前掲註(7) 二六八頁以下参照。

(33) 5 KENNETH C. DAVIS, *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE* 65-66 (2d ed. 1984); *Pierce, supra* note 15, at 1820.

(34) *Dalehite*, 346 U.S. at 35-36.

(35) *Id.* at 37-38.

(36) *Id.* at 39-40.

(37) *Id.* at 42.

(38) DAVIS, *supra* note 33, at 66.

(39) 反対意見は、「この問題に関する共通意識は、免責される裁量の行使において採用された政策が、末端職員の仕事によって不注意に実行されたという点である。我々は、末端部における監督と費用、安全性と製造、警告と沈黙にかかるすべての調整にまで免責が及ぶということには同意できない」と述べており、連邦政府は計画の実行過程における過失に対しては損害賠償責任を負うとすべき点で、法廷意見と異なり、*Dalehite*, 346 U.S. at 58 (Jackson, J., dissenting).

(40) *Id.* at 43.

(41) *Id.* at 44.

(42) しかし、この点については、法廷意見が述べたコモン・ロー上の法理は、一九五七年の *Rayonier v. United States* 判決が述べるように、F.T.C.A. によって変更されたものであり、免責の根拠となるものではないとの批判がなされた。DAVIS, *supra* note 33, at 67. *Rayonier* 判決は以下のように述

- へている。「消火活動上の過失に基づいて合衆国に責任を負わせることは『新規かつ先例のない』ものかもしれないが、F.T.C.A.の目的は不法行為に対する伝統的かつ包括的な免責を放棄することであり、新規かつ先例のない連邦政府の責任を確立させることである。」352 U.S. 315, 319 (1957).
- (43) Raymond R. Roberts, *Federal Tort Claims Act: A More Liberal Approach Indicated*, 22 Mo. L. Rev. 48, 72 (1957).
- (44) Osborne M. Reynolds, Jr., *The Discretionary Function Exception of the Federal Tort Claims Act*, 57 Geo. L.J. 81, 96 (1968).
- (45) *Indian Towing Co. v. United States*, 211 F.2d 886 (5th Cir. 1954).
- (46) *Indian Towing Co.*, 350 U.S. at 63.
- (47) *Id.* at 64 (quoting *Dalehite*, 346 U.S. at 42).
- (48) *Id.* at 65.
- (49) *Id.*
- (50) *Id.* at 67-68.
- (51) 第二次不法行為法リステイトメントによれば、「軽率であろうと熟慮のうえであろうと、他人または他人の物を保護するために必要であると認識したうえで、他人に対してサービスの提供を引き受けた者は、(a) 彼が相当な注意を払わなかったことよって損害の危険性が高まった場合、あるいは、(b) 引き受けたことが信頼されていたために損害が生じた場合、相当な注意を払わずに仕事を遂行したことよって生じた身体的損害に対し不法行為責任を負ふ。」RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 323 (1965).
- (52) *Indian Towing Co.*, 350 U.S. at 69.
- (53) *Id.* at 75-76 (Reed, J., dissenting). このように反対意見は、連邦政府に対する免責の論拠として消火活動上の過失に言及しているが、前述のように、連邦最高裁判所は、*Rayomer* 判決において、消火活動上の過失に対する連邦政府の免責を否定している。*Rayomer*, 352 U.S. at 319.
- (54) 46 Cal. App. 148 (1920).
- (55) *Id.* at 162.
- (56) また、一九六七年の *Smith v. United States* 判決において、第五巡回区連邦控訴裁判所は、「政府職員がコイントスによって選択を行うようなことでもしなく限り、その決定には裁量が含まれる」と述べた。375 F.2d 243, 246 (5th Cir. 1967).
- (57) 計画レベル対実行レベルのテストを適用した連邦下級裁判所の事案を *q. v.* See Robert D. Thomson, *Federal Tort Claims: A Critique of the Planning Level-Operation Level Test*, 11 U.S.F.L. Rev. 170, 179 n.60 (1976).

- (85) John B. Givhan, *Discretionary Function Exception to Federal Tort Liability*, 2 *CUMB-SAMFORD L. REV.* 383, 401 (1971); Thornton, *supra* note 57, at 181.
- (59) 反対意見は、以下のように指摘している。「法廷意見は、裁量の文言を無定形 (amorphous) かつ包括的な解釈に固定したうえで、当該行為が裁量的であるか否かではなく、誰がその裁量行使したかによって、裁量免責条項の適用範囲を決定した。F.T.C.A 自体は、このような文書整理係やトラック運転手の行為に限り審理可能とするテストに関して、極めて不明瞭な暗示すら含んでいない。」*Dalehite*, 346 U.S. at 58 n. 12 (Jackson, J., dissenting).
- (96) Givhan, *supra* note 58, at 399-400.
- (71) *Dalehite*, 346 U.S. at 42.
- (92) *Id.* at 35.
- (93) Cornelius J. Peck, *The Federal Tort Claims Act: A Proposed Construction of the Discretionary Function Exception*, 31 *WASH. L. REV.* 207, 219 n. 37 (1956).
- (49) この点で、計画レベル対実行レベルのテストは、前述した統制的・財産的区別以上に不明瞭であるとも指摘されている。*Id.* at 219.
- (95) Reynolds, *supra* note 44, at 104-05. See also Donald N. Zilman, *Regulatory Discretion: The Supreme Court Reexamines the Discretionary Function Exception to the Federal Tort Claims Act*, 110 *MIL. L. REV.* 115, 125-27 (1985); Osborne M. Reynolds, Jr., *The Discretionary Function of the Federal Tort Claims Act: Time for Reconsideration*, 42 *OKLA. L. REV.* 459, 463-64 (1989).
- (98) DAVIS, *supra* note 33, at 66.
- (92) S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense (Varig Airlines) v. United States, 692 F.2d 1205 (9th Cir. 1982).
- (99) United Scottish Ins. Co. v. United States, 614 F.2d 188 (9th Cir. 1979).
- (96) United Scottish Ins. v. United States, 692 F.2d 1209 (9th Cir. 1982).
- (72) 221 F.2d 62 (D.C. Cir. 1955), *aff'd sub nom.* United States v. Union Trust Co., 350 U.S. 907 (1955).
- (71) *Varig Airlines*, 467 U.S. at 811.
- (72) *Id.* at 811-12.
- (73) *Id.* at 813.

- (74) *Id.*
- (75) *Id.* at 813-14.
- (76) Mitchell E.F. Plave, *United States v. Varig Airline: The Supreme Court Narrows the Scope of Government Liability Under the Federal Tort Claims Act*, 51 J. Air L. & Com. 197, 222 (1985).
- (77) Berkovitz v. United States, 486 U.S. 531, 538-39 (1988).
- (78) *Varig Airlines*, 467 U.S. at 819.
- (79) *Id.* at 819-20.
- (80) *Id.* at 820.
- (81) Berkovitz v. United States, 822 F.2d 1322 (3d. Cir. 1987).
- (82) *Berkovitz*, 486 U.S. at 536.
- (83) *Id.* at 536-37.
- (84) Rayonier v. United States, 352 U.S. 315 (1957).
- (85) *Berkovitz*, 486 U.S. at 538-39.
- (86) *Id.* at 542-43.
- (87) *Id.* at 544.
- (88) *Id.* at 545.
- (89) *Id.* at 546.
- (90) *Id.* at 546-47.
- (91) *Id.* at 547.
- (92) *Id.* at 548.
- (93) *Id.* at 536.
- (94) See Grover Glenn Hankins, *The Federal Tort Claims Act: A Smooth Stone for the Sting*, 31 *Govt. L. Rev.* 27, 46 (1995).
- (95) 721 F.2d 385 (D.C. Cir. 1983).

- (95) *Id.* at 390.
- (96) See also C.P. Chemical Co. v. United States, 810 F.2d 34 (2d Cir. 1987). *yo-ya-ya* 一九八五年の *Baxley v. United States* 判決 (767 F.2d 1095 (4th Cir. 1985)) 44 F.R.C.A.は「公務員による怠惰や悪行 (bureaucratic inaction and ineptitude)」を解決する努力を意図してなる場合に裁量免責条項の適用を肯定しており、同年の *Chamberlin v. Isen* 判決 (779 F.2d 522 (9th Cir. 1985)) も、裁量免責条項の適用を判断するに当たって規定違反は無関係であるとしている。
- (98) John W. Bagby & Gary L. Gittings, *The Evasive Discretionary Function Exception from Government Tort Liability: The Narrowing Scope of Federal Liability*, 30 Am. Bus. L.J. 223, 236 (1992).
- (99) Richard H. Seamon, *Causation and the Discretionary Function Exception to the Federal Tort Claims Act*, 30 U.C. Davis L. Rev. 691, 707 (1997). See also Donald N. Zilman, *Protecting Discretion: Judicial Interpretation of the Discretionary Function Exception to the Federal Tort Claims Act*, 47 Me. L. Rev. 366, 387 (1995).
- (100) See Seamon, *supra* note 99, at 707; Harold J. Kent, *Preserving Discretion Without Sacrificing Deterrence: Federal Governmental Liability in Tort*, 38 UCLA L. Rev. 871, 892 (1991); Bagby & Gittings, *supra* note 98, at 238.
- (101) *Berkovitz*, 486 U.S. at 536.
- (102) *Variig Airlines*, 467 U.S. at 814.
- (103) *Berkovitz*, 486 U.S. at 537.
- (104) DAVIS, *supra* note 33, 451 (2d ed. Supp. 1989).
- (105) *Variig Airlines*, 467 U.S. at 813.
- (106) *Plave*, *supra* note 76, at 223, 233.
- (107) *Variig Airlines*, 467 U.S. at 811-12.
- (108) 註釋Δを採る米上級法院の意見書は「*yo-ya-ya*」を解決する努力を意図してなる場合に裁量免責条項の適用を肯定するに当たって規定違反は無関係であるとしている。 See Zilman, *supra* note 65, at 142.
- (109) *Gaubert v. United States*, 885 F.2d 1284 (5th Cir. 1989).
- (110) *Gaubert*, 499 U.S. at 323-24.
- (111) *Id.* at 324-25.

- (112) *Id.* at 325.
- (113) *Id.* at 326.
- (114) *Id.*
- (115) *Id.* at 329.
- (116) *Id.*
- (117) *Id.* at 332.
- (118) *Id.* (quoting *Gaubert*, 885 F.2d at 1290).
- (119) *Id.* at 332-33.
- (120) *Id.* at 334.
- (121) *Id.* at 335 (Scalia J., concurring in part and concurring in the judgment).
- (122) *Id.* at 336-37 (Scalia J., concurring in part and concurring in the judgment).
- (123) *Id.* at 338 (Scalia J., concurring in part and concurring in the judgment).
- (124) *Id.* at 324.
- (125) Brandon Eric Elmhart, *A Technological Dream Turned Legal Nightmare: Potential Liability of the United States Under the Federal Tort Claims Act for Operating the Global Positioning System*, 33 VAND. J. TRANSMATL. L. 371, 399 (2000); James R. Levine, *The Federal Tort Claims Act: A Proposal for Institutional Reform*, 100 COLUM. L. REV. 1538, 1543 (2000).
- (126) *Gaubert*, 499 U.S. at 325.
- (127) Bruce A. Peterson & Mark E. Van Der Weide, *Susceptible to Faulty Analysis: United States v. Gaubert and the Resurrection of Federal Sovereign Immunity*, 72 NOTRE DAME L. REV. 447, 456 (1997).
- (128) Zilman, *supra* note 99, at 387; Mark C. Niles, “Nothing but Mischief”: *The Federal Tort Claims Act and the Scope of Discretionary Immunity*, 54 ADMIN. L. REV. 1275, 1332 (2002).
- (129) Niles, *supra* note 128, at 1333; Peterson & Van Der Weide, *supra* note 127, at 498.
- (130) Niles, *supra* note 128, at 1334.

- (11) See also Zillman, *supra* note 99, at 387-88; たたご, Gaubert 判決における裁量免責条項の適用範囲の拡大を疑問視するの意義, *See Barry R. Goldman, Can the King Do No Wrong? A New Look at the Discretionary Function Exception to the Federal Tort Claims Act*, 26 Ga. L. Rev. 837, 850-52 (1992); Kratzke, *supra* note 28, at 20-22.
- (12) Niles, *supra* note 128, at 1329.
- (13) *Id.* at 1329-30.
- (14) *Id.* at 1330-31.
- (15) *Id.* at 1331.
- (16) See *Myslakowski v. United States*, 806 F.2d 94 (6th Cir. 1986); *Bacon v. United States*, 810 F.2d 827 (8th Cir. 1987); *Allen v. United States*, 816 F.2d 1417 (10th Cir. 1987); *In re Consolidated United States Atmospheric Testing Litigation*, 820 F.2d 982 (9th Cir. 1987); *United States Fidelity and Guaranty Co. v. United States*, 837 F.2d 116 (3d Cir. 1988); *Kennwick Irrigation District v. United States*, 880 F.2d 1018 (9th Cir. 1989).
- (17) *Peterson & Van Der Weide, supra* note 127, at 456-61.
- (18) *Id.* at 461.
- (19) Zillman, *supra* note 99, at 388; また、行政機関が訴訟対策として損害賠償責任をもちしめるような行為をすべて記録するようになれば、それに伴う事務作業が著しく増加し、行政運営の効率性の悪化が懸念されるが、Gaubert 判決はこのような懸念を解消しようとも指摘されていない。*Id.*
- (20) Andrew Hyer, *The Discretionary Function Exception to the Federal Tort Claims Act: A Proposal for a Workable Analysis*, 2007 B.Y.U.L. Rev. 1091, 1115 (2007).
- (21) 裁量免責条項の適用状況につき、Gaubert 判決前後の連邦下級裁判所判決を対象とした調査によれば、Gaubert 判決を境に、以下のように裁量免責条項の適用が増加していることが窺える。すなわち、Gaubert 判決以前の三年間においては、一三三件の損害賠償請求において裁量免責条項の適用が争われたが、それらの請求のうち同条項が適用されたものは八三件であり、その確率は約六七％である。他方、Gaubert 判決以後の三年間においては、一三六件の損害賠償請求において裁量免責条項の適用が争われたが、それらの請求のうち同条項が適用されたものは一一〇件であり、その確率は約八一％である。*See Peterson & Van Der Weide, supra* note 127, at 465-74.
- (22) 筆者が LexisNexis における「discretionary function」をキーワードに二〇〇年以後の連邦控訴裁判所判決を検索した結果によれば、同年以降、一五三件の事案において裁量免責条項の適用が争われているが、そのうち一一六件において同条項の適用が肯定されている(二〇一二年七月三十一日



現在)。

- (143) 566 F.3d 248 (1st Cir. 2009).
- (144) *Id.* at 253.
- (145) *Id.*
- (146) *Id.*
- (147) 569 F.3d 175 (4th Cir. 2009).
- (148) *Id.* at 180.
- (149) *Id.* at 181 (quoting *Gaubert*, 499 U.S. at 324).
- (150) *Id.* (quoting *Gaubert*, 499 U.S. at 325).
- (151) 661 F.3d 87 (1st Cir. 2011).
- (152) *Id.* at 100. この点については *Gaubert* 判決以後のいくつかの事案において、連邦控訴裁判所は、連邦最高裁判所の二段階テストを適用する前に、当該請求は否かそれの行否を「対象 (based upon)」としてみるかという「対象」問題に対処してきている。See, e.g., *Antony v. United States*, 992 F.2d 1523, 1527 (11th Cir. 1993); *Fisher Brothers Sales, Inc. v. United States*, 46 F.3d 279, 286 (3d Cir. 1995); *Rosebush*, 119 F.3d at 441; *Miles v. National Aviation Museum Foundation*, 289 F.3d 715, 721-22 (11th Cir. 2002); *Lakomy v. United States*, 70 Fed. Appx. 199, 205 (5th Cir. 2005); *Fothergill*, 566 F.3d at 252. 「対象」問題については、詳しくは *See Seamon, supra* note 99, また、「対象」問題を考察した邦語文献として、若狭・前掲註(7) 一一二頁以下参照。
- (153) *Carroll*, 661 F.3d at 104.
- (154) *Id.*
- (155) 本文中に挙げる裁判例以外に、Scalia 裁判官の同意意見に依拠するものとして *See also Smith v. Wash. Metro. Area Transit Auth.*, 290 F.3d 201, 221-23 (4th Cir. 2002) (Michael J., concurring in part and dissenting in part).
- (156) 117 F.3d 495 (11th Cir. 1997).
- (157) *Id.* at 502.
- (158) 本文中に挙げる裁判例以外に、当該職員が義務的な規定に違反したとして裁量免責条項の適用を否定したものととして、*See, e.g., Phillips v. United*

米国連邦不法行為請求権法における裁量免責の法理

States, 966 F.2d 1071, 1076 (11th Cir. 1992); *Thinkler v. United States*, 982 F.2d 1456, 1464 (10th Cir. 1992); *Faber v. United States*, 56 F.3d 1122, 1126 (9th Cir. 1995); *Hines v. United States*, 60 F.3d 1442, 1448 (9th Cir. 1995); *In re Glacier Bay v. United States*, 71 F.3d 1447, 1452-53 (9th Cir. 1995); *Common v. United States*, 114 F.3d 64, 65 (5th Cir. 1997); *Ball v. United States*, 127 F.3d 1226, 1230 (10th Cir. 1997); *Andrews v. United States*, 121 F.3d 1430, 1441 (11th Cir. 1997); *Appley Bros. v. United States*, 164 F.3d 1164, 1173 (8th Cir. 1999); *Signan v. United States*, 217 F.3d 785, 795, 798 (9th Cir. 2000); *Audio Odyssey v. United States*, 255 F.3d 512, 517-19 (8th Cir. 2001); *Bultrera v. United States*, 359 F.3d 379, 384-85 (6th Cir. 2004); *United States v. Acorn Tech. Fund, L.P.*, 429 F.3d 438, 445-46 (3d Cir. 2005); *Navarette v. United States*, 500 F.3d 914, 919 (9th Cir. 2007); *Ashford v. United States*, 511 F.3d 501, 505 (5th Cir. 2007); *Reynolds v. United States*, 549 F.3d 1108, 1113 (7th Cir. 2008); *Myers v. United States*, 652 F.3d 1021, 1029-30 (9th Cir. 2011).

(58) 289 F.3d 715 (11th Cir. 2002).

(59) *Id.* at 722.

(60) *Id.* at 723.

(61) 161 Fed. Appx. 341 (5th Cir. 2005).

(62) *Id.* at 344.

(63) *Id.*

(64) 509 F.3d 1028 (9th Cir. 2007).

(65) *Id.* at 1302.

(66) *See Berkowitz*, 486 U.S. at 345. 本文中に挙げる裁判例以外に、当該行為が公的政策を包含しない客観的基準の適用によるものであるとして裁量免責の適用を否定したものは、*See, e.g., Ayala v. United States*, 980 F.2d 1342, 1349-50 (10th Cir. 1992); *Cope v. Scott*, 45 F.3d 445, 452 (D. C. Cir. 1995); *In re Glacier Bay*, 71 F.3d at 1453; *Goha v. United States*, 115 F.3d 176, 181-82 (3d Cir. 1997); *Ochiron*, 117 F.3d at 504; *Duke v. Dept. of Agric.*, 131 F.3d 1407, 1412 (10th Cir. 1997); *Bei Lei Fang v. United States*, 140 F.3d 1238, 1243 (9th Cir. 1998); *Stigman*, 217 F.3d at 796; *Gestonaro v. United States*, 211 F.3d 749, 759 (3d Cir. 2000); *Bear Medicine v. United States*, 241 F.3d 1208, 1215 (9th Cir. 2001); *Meyers*, 652 F.3d at 1032.

(67) 17 F.3d 890 (6th Cir. 1994).

- (169) *Id.* at 898.
- (170) *Id.*
- (171) 400 F.3d 1177 (9th Cir. 2005).
- (172) *Id.* at 1181.
- (173) *Id.* at 1183.
- (174) *See Gaubert*, 499 U.S. at 332.
- (175) *See, e.g.,* *Kiehn v. United States*, 984 F.2d 1100 (10th Cir. 1993); *Kirchmann v. United States*, 8 F.3d 1273 (8th Cir. 1993); *Williams v. United States*, 50 F.3d 299 (4th Cir. 1995); *National Union Fire Insurance v. United States*, 115 F.3d 1415 (9th Cir. 1997); *Ochran v. United States*, 117 F.3d 495 (11th Cir. 1997); *Waller v. United States*, 474 F.3d 1137 (8th Cir. 2007).
- (176) 61 F.3d 787 (10th Cir. 1995).
- (177) *Id.* at 795 (Henry J., concurring).
- (178) *See, e.g., Bear Medicine*, 241 F.3d at 1216-17; *Whitsman*, 400 F.3d at 1183-84.
- (179) 295 F.3d 1029 (9th Cir. 2002).
- (180) *Id.* at 1036.
- (181) *Id.* at 1037.
- (182) 行政機関の財政的制約にかかる司法審査の問題に、*See* Richard J. Pierce, Jr., *Judicial Review of Agency Actions in a Period of Diminishing Agency Resources*, 49 Admin. L. Rev. 61 (1997).
- (183) 973 F.2d 696 (9th Cir. 1992).
- (184) *Id.* at 702-03.
- (185) *Id.* at 703.
- (186) ただし、Prescott 事件においては最終的に裁量免責条項の適用が肯定されている。Prescott v. United States, 858 F. Supp. 1461 (D. Nev. 1994).
- (187) *See* Peterson & Van Der Weide, *supra* note 127, at 466-67; Ugo Colella & Adam Bain, *The Burden of Proving Jurisdiction Under the Federal Tort Claims Act*, 67 FORDHAM L. REV. 2859, 2926-27 (1999). たゞし、Prescott 判決自体は *Gaubert* 判決への整合性を肯定している。Prescott, 973

F2d at 702 n.4.

- (81) See, e.g., *Erickson v. United States*, 976 F.2d 1299, 1302 (9th Cir. 1992); *Valdez v. United States*, 56 F.3d 1177, 1179 (9th Cir. 1995); *Senger v. United States*, 103 F.3d 1437, 1444 (9th Cir. 1996); *Miller v. United States*, 163 F.3d 591, 594 (9th Cir. 1998); *Sigmon*, 217 F.3d at 793; *Reed v. United States DOI*, 231 F.3d 501, 504 (9th Cir. 2000); *Kelly v. United States*, 241 F.3d 755, 760 (9th Cir. 2001); *Garcia v. United States*, 20 Fed. Appx. 676, 678 (9th Cir. 2001); *Baker v. San Carlos Irrigation Project Dist.*, 58 Fed. Appx. 303, 304 (9th Cir. 2002); *Gatz/Airlog Co. v. United States*, 286 F.3d 1168, 1174 (9th Cir. 2002); *Whisman*, 400 F.3d at 1181; *Nawawithe*, 500 F.3d at 916; *Bolt*, 509 F.3d at 1032; *Terbush v. United States*, 516 F.3d 1125, 1134; *Olson v. United States*, 306 Fed. Appx. 360, 363 (9th Cir. 2008).

(82) 241 F.3d 1208 (9th Cir. 2001).

(83) *Id.* at 1216.

(84) 164 F.3d 688 (1st Cir. 1999).

(85) しかし、結果的に *Shansky* 判決は、「影響度」分析を用いて「本件において争われた一筆者註」決定は、政策分析の影響を受けやすいものである」と判示し、裁量免責条項の適用を肯定している。*Id.* at 636.

(86) *Id.* at 692-93.

(87) *JARRY L. MASHAW, RICHARD A. MERRILL, & PETER M. SHANE, ADMINISTRATIVE LAW THE AMERICAN PUBLIC LAW SYSTEM CASES AND MATERIALS* 1159 (6th ed. 2009).

(88) 45 F.3d 445 (D.C. Cir. 1995).

(89) *Id.* at 452.

(90) *Id.*

(91) 441 F.3d 710 (9th Cir. 2006).

(92) *Id.* at 710 (quoting *Whisman*, 400 F.3d at 1181).

(93) *Id.* at 711-12.

(94) *Oberson* 判決に対しては、裁量免責条項の適用は、当該決定が政策的決定の結果であるか否かではなく、「影響度」分析に基づいて判断されるべきであるところ、国立公園における警戒標識の設置にかかる決定は明らかに政策分析の影響を受けやすいものであるから、裁量免責条項の適用が肯

定されるべきであったとの批判も存する。Pierce, *supra* note 15, at 1829.

(202) 453 F.3d 1140 (9th Cir. 2006).

(203) *Id.* at 1147.

(204) なお、本件においては、国立公園局が策定した行政上の規準に、制動停止視距との関係から設定すべき制限速度が明記されていたところ、本件事  
故現場における制限速度は明らかにこの規準に反していた。*Id.* at 1148. したがって、Soldano 判決に対しては、義務的規定違反が認められ、連邦最  
高裁判所の二段階テストにおける第一段階を充足しないから、第二段階に関する判示は傍論であったとの指摘も存する。Hyer, *supra* note 140 at  
1123 n.166.

(205) *Soldano*, 453 F.3d at 1150 n.7.

(206) Hyer, *supra* note 140, at 1123 n.166.

(207) *Id.* at 1123.

(208) 本節で紹介する以外にも、裁量免責条項の適用にかかる判断基準として、アドホック・アプローチ (ad hoc approach) や機能的アプローチ (functional  
approach) が提示されている。See Bagby & Gittings, *supra* note 98, at 254-58; Niles, *supra* note 128, at 1335-45. 前者の代替案は、権限委譲と意  
思決定プロセスに焦点を当てた二段階テストであり、後者の代替案は、ニューサンス (nuisance) の排除と権力分立という観点に基づき、当該行為  
に対する裁判所の審理が政策的判断に対する司法の二次的判断に相当するか否かによって裁量免責条項の適用を判断するものである。しかし、アド  
ホック・アプローチについては、その内容が本節で紹介する三要件テストと重複することから、機能的アプローチについては、連邦最高裁判所の見  
解との異同が明確ではないと思われることから、本稿では割愛する。また、裁量免責条項の適用にかかる判断基準に関するものではないが、同条項  
に対する問題意識から、国家賠償制度全体の抜本的な改革を主張するものとして、See Levine, *supra* note 125, at 1554-64.

(209) Krent, *supra* note 100, at 902. See also Harold J. Krent, *Reconceptualizing Sovereign Immunity*, 45 Vand. L. Rev. 1529, 1545-51 (1992).

(210) Krent, *supra* note 100, at 885.

(211) *Id.* at 873; Krent, *supra* note 209, at 1549-50.

(212) Krent, *supra* note 100, at 887.

(213) またプロセス・アプローチは、連邦政府に対しては政治上のプロセスからも抑止効果が生じうるとする。すなわち、連邦政府の活動によって損害  
を被った一定の利益集団は、連邦議会や行政機関に対する陳情という政治的影響力を行使することによって、当該活動の中止や補償を得ることがで

きる。しかし、連邦政府による損害が通常政治的影響力を行為しえない組織化されていない個人に拡散することに鑑みれば、政治上のプロセスから生じる抑止効果は限定的なものであるとも指摘されている。*Id.* at 888-89.

(214) *Id.* at 889-90.

(215) *Id.* at 893.

(216) *Id.* at 899.

(217) F T C A は、一三四六条 (b) において、連邦政府が損害賠償責任を負うのは「合衆国が仮に私人であったならば、当該行為または不作為がなされた場所の法に照らし、請求人に対して損害賠償責任を負うとされる場合」であると規定している。これは、一般に州法要件 (state law requirement) と呼ばれるものであるが、仮に行政機関による政策形成に F T C A 上の損害賠償責任を課すならば、このような F T C A に固有の州法要件に関連して、以下のような問題が生じると指摘されている。第一に、この場合、州法が連邦の政策に優先することになるが、これは連邦議会の意図するところではない。第二に、州法要件により各州において不法行為となる要件が異なるために、連邦行政機関は合衆国全土において一貫しない基準を設けなければならず、行政運営の均一性と効率性が損われる。Krent, *supra* note 209, at 1546-47.

(218) Krent, *supra* note 100, at 898-99. ただし、プロセス・アプローチは「訴追裁量 (prosecutorial discretion) や不作為 (agency inaction) などの特定の非熟議的行為に関しては、裁判所が審理を行えないために、裁量免責条項が適用されるべきであるとする。*Id.* at 902.

(219) *Id.* at 906.

(220) *Id.*

(221) 290 F.3d 201 (4th Cir. 2002).

(222) *Id.* at 217-18 (Michael J., concurring in part and dissenting in part).

(223) Peterson & Van Der Weide, *supra* note 127, at 486.

(224) *Id.* at 487.

(225) Hyer, *supra* note 140, at 1123.

(226) Peterson & Van Der Weide, *supra* note 127, at 487-88.

(227) *Id.* at 491.

(228) *Id.* at 491-92.

- (229) *Id.* at 495-96.
- (230) *Id.* at 498.
- (231) *Id.* at 480-83.
- (232) *Id.* at 483.
- (233) *Id.* at 488-89.
- (234) *Id.* at 489.
- (235) *Id.*
- (236) *Id.* at 495.
- (237) *Id.*
- (238) *Id.* at 501-02.
- (239) *Id.* at 502.
- (240) *Id.* at 502 & n.190.
- (241) *Id.* at 486.
- (242) *Smith*, 290 F.3d at 221 n.4 (Michael J., concurring in part and dissenting in part).
- (243) Hyer, *supra* note 140, at 1133.
- (244) *Id.* at 1135.
- (245) Peterson & Van Der Weide, *supra* note 127, at 488 n.149.
- (246) Hyer, *supra* note 140, at 1135.
- (247) *Id.*
- (248) *Id.* at 1136-37.
- (249) *Id.* at 1136.
- (250) *Id.*
- (251) Peterson & Van Der Weide, *supra* note 127, at 492.



- (22) Hyer, *supra* note 140, at 1137.
- (23) *Id.* at 1145.
- (24) *Id.* at 1137-38.
- (25) *Id.* at 1138.
- (26) Levine, *supra* note 125, at 1538.
- (27) Gaubert, 499 U.S. at 325.
- (28) Berkowitz, 486 U.S. at 557.
- (29) *Dalziel*, 346 U.S. at 36.
- (30) Davis教授は、裁量免責条項適用の判断要素としての「政策」概念の重要性について、以下のように述べている。「一九四六年当初のFTCAは、連邦政府は裁量の行使に対して責任を負わないと規定するのではなく、連邦政府は法制定および政策形成に対して責任を負わないと規定すべきであった」ということが容易に考察される。「裁量的」との文言は不適切である。正しい文言は「政策的」であった。」Davis, *supra* note 33, 451 (2d ed. Supp. 1989).
- (31) 田中二郎『新版行政法上巻（全訂第二版）』（弘文堂、一九七四年）二一八頁以下。
- (32) 原田尚彦「行政裁量論難感」高柳信一先生古稀記念論集『行政法学の現状分析』（勁草書房、一九九二年）二〇七頁以下、同「裁判と政策問題・科学問題」小島武司・荻原金美編『講座民事訴訟①民事紛争と訴訟』（弘文堂、一九八四年）一七〇頁以下、同「行政判例の役割」（弘文堂、一九九三年）所収、一六二頁以下）、同「行政訴訟の構造と実体審査」田中二郎先生追悼論文集『民法の課題』（有斐閣、一九八五年）三九四頁以下、植村栄治「行政裁量について」法学教室一九四号（一九九六年）一三六頁、宮田三郎「行政裁量」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系二行政過程』（有斐閣、一九八四年）五七頁以下、同「行政裁量とその統制密度（増補版）」（信山社、二〇〇二年）所収、二四頁以下、同「専門技術的裁量について」判例時報二〇六七号（二〇〇一年）七頁以下、同「行政裁量とその統制密度（増補版）」（信山社、二〇〇二年）所収、三五二頁以下）等参照。また、塩野宏『行政法Ⅰ行政法総論（第五版）』（有斐閣、二〇〇九年）二二二頁は、「専門技術的判断については、現代行政の特殊性からして認めざるをえず、その方向を裁判所も志向しているが、その法的正当化根拠については、また必ずしも日本法として説得的な説明はできていない」と述べている。

(33) とくに、四大公害事件訴訟やスモン訴訟において、裁判所は、鑑定などを適宜活用することによって、高度に科学的な問題に関して疫学的な立証

を踏まえて因果関係を認定し、被害者の救済を実現してきた。原田・前掲註(262)「裁量論雑感」二二頁。

(264) 阿部泰隆「原発訴訟をめぐる法律上の論点」判例タイムズ三六二号(一九七八年)一六頁、松浦寛「環境行政訴訟における審査方式―伊方原発訴訟を手かりとして―」阪大法学二一八・一九九号(一九八一年)二〇一頁以下、保木本一郎「西ドイツにおける放射性廃棄物処理問題」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題上』(有斐閣、一九九〇年)六〇六頁以下等参照。

(265) 原田教授は、すでに発生した不法行為の責任を追及する損害賠償請求訴訟を「過去裁判」、人類の将来のあり方を規定する原子力訴訟などを「未来裁判」として両者を区別する。すなわち、①その対象が、すでに発生した過去の事象であるか、あるいは、不確定な未来の事象であるか、②訴訟当事者が、原則としてすべての関係者であるか、あるいは、実質的關係者のうちごく一部のものであるか、③判決の効果が、当事者の間での金銭の分配問題にとどまるか、あるいは、人類の将来のあり方を一般的に方向づけることとなるかという点で、両者はその本質において相違する。このような指摘のうえ、原田教授は、「未来裁判」における判断代替方式の審理を否定するが、「過去裁判」についてはこれを否定していない。原田・前掲註(262)「裁量論雑感」二二頁。

(266) 高橋滋「科学技術と司法審査―原子力法制を題材として」公法研究五二号(一九九〇年)二〇〇頁(同「先端技術の行政法理」岩波書店、一九九八年)所収、八七頁)は、高度の専門的知識が必要とされる原発の設置運転に関する司法的救済につき、「原子力発電所の運転に伴う損害が現に発生した場合には、損害賠償請求訴訟等において裁判所は踏み込んだ判断を下すことができよう」と述べている。

(267) 最判昭和五九年一月二六日民集三八卷二五五三頁。

(268) この点につき、詳しくは、芝池・前掲註(3)五〇頁以下参照。

(269) 芝池・前掲註(3)五二頁、潮海一雄「大東水害最高裁判決の問題点」法律時報五六卷五号(一九八四年)五八頁、古崎慶長「国家賠償法研究(日本評論社、一九八五年)一四四頁、阿部泰隆『国家補償法』(有斐閣、一九八八年)二二二頁以下、桜井敬子「橋本博之『現代行政法』(第二版)」(有斐閣、二〇〇六年)二七五頁等参照。

(270) See Niles, *supra* note 128, at 1333; Peterson & Van Der Weide, *supra* note 127, at 498.

(271) O'Toole v. United States, 295 F.3d 1029 (9th Cir. 2002). 同判決の概要は「*オギキ*」本稿第三章第一節2の(3)参照。

(272) 大東水害事件において提示された財政制約論に対しては、あまりに一般的すぎて、個別事案における瑕疵の判断基準としては不適切であるとの批判がある。古崎・前掲註(269)一四四頁、阿部・前掲註(269)二二七頁、西荻章「国家賠償法」(青林書院、一九九七年)三〇七頁。また、財政的制約をはじめとする河川管理上の諸制約については、大東水害判決においては、瑕疵判断のいわば前提として述べられていたのに対して、その後の

多摩川水害事件（最判平成二年二月一三日民集四四巻九号一一八六頁）においては、瑕疵の判断基準そのものの中に包含され、より直接的な意味を持つようになったとの指摘がなされている。芝池義一「多摩川水害訴訟最高裁判決の検討」法律時報六三巻四号（一九九二年）三四頁。

(273) 桜井・橋本・前掲註(269) 二五九頁以下は、国家賠償法が広範に活用されていることを指摘したうえで、「国家賠償法は、行政訴訟が機能不全に陥っていることとあいまって、事実上その代替機能を果たすという重要な役割を担っている」と述べている。

(274) 綿貫・前掲註(6) 一六〇頁は、①国の損害賠償責任は結局国民の財政負担となることから、裁判所が判断することは適当ではないこと、②賠償によって救済を得られるのは訴訟に参加した者のみであり、特別法により、広くすべての被害者の救済を図るのが合理的であることの二点から、個別法律による救済を一つの合理的な救済方法であると評価する。

(275) FTCAは、二六七五条において、行政上の賠償請求前置を義務付けている。すなわち、同条は、連邦政府に対する損害賠償請求訴訟は、まず請求人が適切な連邦行政機関に対して賠償請求を行い、当該請求が拒否されない限り提起できないと規定している。行政上の賠償請求につき、詳しくは、鶴恒介「米国における行政上の賠償請求の研究—連邦不法行為請求権法の規定から—」成蹊大学法学政治学研究一七号（一九九八年）二二頁参照。

(276) かなり以前の資料となるが、合衆国空軍 (Air Force) を対象とした一九八二年度の調査によれば、同年、空軍は二七二七件の請求を受理し、そのうち一四三三件を解決している。See DAVIS, *supra* note 33, at 51.

(277) 宇賀・前掲註(6) 一七三九頁以下は、「個別法律、行政上の処理、公務員賠償、逆取用の制度や理論により、国家賠償制度の不備が一定程度補われている」と指摘したうえで、さらに、製造物責任の法理とインジャンクションに留意すべきであると述べている。

(278) 雄川一郎「行政上の損害賠償」田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹編『行政法講座第三巻 行政救済』（有斐閣、一九六五年）一頁以下は、行政上の損害賠償制度を国家責任型、公務員型、無責任型の三つに分類しているが、このような類型化に基づき、宇賀・前掲註(6) 一六八〇頁は、「アメリカの国家責任法制の現状が、故雄川一郎教授の言われる国家責任型、公務員型、無責任型の混合形態であるがゆえに、これら三つの理念型の長所、短所が、その中对照的に浮き彫りにされうると思料される」と述べている。