

規制， トランプ政権， シェブロン法理

ダニエル・ファーバー⁽¹⁾

阿 部 満・信 澤 久美子（監訳）
辻 雄一郎（訳）

I. はじめに

トランプ政権は、金融業界から環境の分野に至るまで、既存の行政規則を廃止しようとする多大な取組みに携わっている。トランプ政権はまた、規制を拡大することを困難にするだろう新しい手続きを採用した。次の新しい大統領がこれらの手続きを廃止するかもしれないが。

既存の行政規則の廃止を正当化するにあたり、オバマ政権時代の規則が正当に制定されたものではないという主張にトランプ政権は基づいている。裁判所は、これらのオバマ政権時代の規則を廃止しようとする取組みを審査する際に、シェブロン法理に注目することになる。本稿は、トランプ政権の行動を説明し、シェブロン法理を説明しつつ、それがどのように幾つかの重要な行政規則廃止に関連するのかを示していく。また、合衆国最高裁がシェブロン法理を破棄する可能性についても検討する。

II. トランプ政権と行政規則

トランプ大統領のとった最初の行動の一つはある大統領命令を発して行政機関が新しい規則を制定することを一層、困難にしたことである。セクション A

では、大統領命令とそれが提起する法的争点の幾つかを検討する。トランプ政権が科学的問題ですら行政機関の専門性を重要視しない点は特徴的である。セクション B では、トランプ政権のこの専門性を重視しない見解について検討する。

A. ふたつをひとつにする (Two for One) 大統領命令

政府の事業に対する過剰な規制だとトランプ大統領が考えるものを扱うに際して、大統領は大統領命令を発して、あらゆる新しい規則を制定するためにあたり少なくとも2つの規則を廃止し、一定の期間内に作成されるすべての行政規則の遵守費用総計に上限を課すことを義務づけた⁽²⁾。当初のこの費用上限はゼロに設定された⁽³⁾。それは新しい規則の費用が完全に他の規制を廃止することで相殺されなければならないことを意味していた。例えば、年間1億ドルの費用のかかる新しい規則を作成するためには、行政機関は、少なくとも合わせて年間費用が同額となる2つの他の規則を廃止しなければならないことになる。

行政機関は、新しい行政規則の制定と廃止に関して無制約の法的な裁量権を有していないため、大統領命令を実施することは複雑となるであろう。他の2つの行政規則を廃止することは司法審査に服するため、行政機関が新しい行政規則の費用の相殺に成功することは困難だろう。さらに、新しい行政規則を制定する法的な義務が存在するかもしれない。それは、たとえ行政機関が相殺する規則を発見することができなかったとしても、規則制定の法的義務は適用される。他の状況では、行政機関は新しい行政規則を制定することを避けることで大統領命令に対応するかもしれない。これらの様々な可能性があるので、大統領命令を実施する行政機関の能力の限界を理解するには、幾つかの異なるシナリオを検討しなければならない。もちろん、裁判所がこの新しい規則についてどのように判断するかについて確証を持ってないのだが、少なくとも幾つかのシナリオとの関係において、法が明らかになるように思われる。

シナリオ1 行政裁量行使の不作为(沈黙)の場合

最初のシナリオでは、新しい規則の制定が、法律上、義務付けられていない。そのため行政機関は規則制定を進めるかどうかの裁量権を有している。廃止すべき2つの行政規則を認定するのが困難なため、大統領命令が原因で行政機関は規則を制定しない。しかし、行政機関は、何の説明もしない。行政機関の決定を争う術は少ないだろう。行政機関に対して特定の期限を議会制定法で設定していなかったり、行政機関の規制すべき法的義務が明らかではなかったりする場合に、裁判所が規則制定の不作为を審査することは一般的ではない⁽⁴⁾。この場合、大統領命令は、行政機関の新しい規則制定を阻止するに効果的である。

シナリオ2 規則制定の期限を守らない場合

連邦議会は、行政機関の規則制定に期限を設定するのが通常であり⁽⁵⁾、もし行政機関が規則を制定しなければ裁判所が介入する。行政機関が一定の期日までに行政規則を制定すべきであると連邦議会が命じた場合、新しい規則の負担を相殺するために廃止すべき2つの規則を探しているのだ、という行政機関の言い訳を裁判所は聞き入れるとは考えられない。ゆえに、この場合に、大統領命令を適用することは法に反することになるだろうし、ホワイトハウスが認める指針により大統領命令は適用されないだろう⁽⁶⁾。数百ではないが数十の期限が様々な法にわたってあちこちに存在しているため、これは想定しうるシナリオである。トランプ政権は連邦議会が期限を付したり規則制定を義務付けたりしている場合を除いて、産業界に対して新しい規則を制定することはまれだろうと考えられる。ゆえに、このシナリオは、トランプ政権下の大半の新しい規則制定を説明することになるのかもしれない。

シナリオ3 費用の相殺を設定するためだけに規則を廃止することが明らかな場合

2つの既存の規則を廃止するための行政機関の公式な理由付けが、単に新たな行政規則を制定するために2つでひとつ(two for one)の要件を充足することである場合をを想定してみる。連邦議会の制定法は、特定の規定を実施するために規則を制定するにあたって考慮できる要素を限定しているのが通常であるだろう⁽⁷⁾。規則を廃止する場合も同じ要素に依拠して判断される。その結果、新しい規則を制定するにあたって、単に大統領命令の要件を満足するために、ある規則を廃止することは違法となるだろう。ゆえに、行政機関が既存の2つの規則を廃止する正当化が妥当な場合を除いて、大統領命令は適用されない。それでは次により狡猾な状況を検討していく。

シナリオ4 規則制定の申立てを退ける場合

行政手続法は、行政機関が新しい規則を制定することを要請する申立て手続きを規定している⁽⁸⁾。規則制定の申立ての却下は司法審査の対象になるのが通常である。その際、行政機関は一定の説明を与えなければならないだろう。規則制定に期限が付されている場合、行政機関が修正できる余地は少ない(シナリオ2)。しかし、判断するための期限が付されていない場合、連邦議会が優先順位の設定について行政機関に裁量を与えたと推測される。大統領命令のもとで必要な相殺(2つの行政規則を廃止して、1つの新しい規則を制定する)を行っていないことを理由にして、規則制定の申立てを行政機関は退けることはできるだろうか。必ずしも明らかではない。規則制定するかどうかの判断に際して、行政機関の考慮できる要素とは、裁判所では完全に解決できない極めて興味深い争点である⁽⁹⁾。しかし、規則制定の期限が存在せず、行政機関が規則制定を遅らせた場合、裁判所が有意義な方法で介入することは極めて難しいため、現実的というよりは理論的な問題かもしれない⁽¹⁰⁾。ゆえに、廃止すべき2つの行

政規則の認定が困難であることを理由にして行政機関が新しい規則制定手続きを開始しない場合、規則制定の申立ては行政機関を動かす強力な手段とならない。但し、議会制定法が期限を付していたり、一定の条件を満たす場合に規則制定を義務付けていたりする場合を除く。

シナリオ5 規則を廃止するための偽りの説明を付ける場合

行政機関が、相殺（2つの行政規則を廃止して、1つの新しい規則を制定する）を用意するためにひとつの行政規則を廃止することが他の点からみても明らかであるが、規則廃止に関する正式な説明を与えるにあたり、司法審査をパスするために十分な別の正当化事由を行政機関が示す場合を想定する。裁判所は、公式の理由にを越えて、（不当な）現実の動機に着目することはできるだろうか。その答えはおそらく NO である。裁判所は、行政官の実際の意図を徹底的に審査することをためらうだろうからである。

端的に言えば、大統領命令は行政法上興味深い多くの争点を生んでいる。しかし、行政機関がどのように、いつ、大統領命令を実施するかについて法的な限界が存在することは明らかなように思われる。行政機関が新しい規則を制定しようとするれば、2つの既存の規則を廃止する法的に妥当な理由を見つけなければならない。議会制定法上の期限や他の法的義務がある場合、新しい規則を制定することを妨げるために大統領命令を利用することもできないだろう。2つでひとつの要件を満足することが困難であるため、トランプ政権は、新しい規則を制定しようとはしないだろう。但し、連邦議会が、期限を設定したり、（一定の事実が存在すれば必ず行政機関の規則制定が義務付けられるような）他の義務づけを課したりしている場合を除く。

B. トランプ政権での専門性と意志決定

トランプ政権の他の面も、規則制定過程に関して憂慮されている。トランプ

大統領の専門性の尊重に対する疑念は、行政機関の専門性だけにとどまらない⁽¹¹⁾。例えば、彼の経済助言者チームには、専門的な経済学者が存在しない⁽¹²⁾。トランプ政権は科学を冷たくあしらっている。トランプは政権内の重要な科学的ポストの任命をかなり遅らせて、気候変動に関するパリ協定から離脱する、という突然の印象的な決定をする前に、科学的な助言を聴かないようにしていた⁽¹³⁾。ホワイトハウス内では、多くの科学技術助言者の多くの職が空席であり、ほんの数人の任命された者も定期的なブリーフィングに出席していない⁽¹⁴⁾。科学的共同体との間に一定の距離を置く兆候が政権に見られ、2017年に彼が連邦議会に送った予算案は科学や医学研究を大幅に削減している⁽¹⁵⁾。

行政機関の手元にある科学が行政機関の長を通じて大統領に届くまでに、その経路は遅延したり、阻止されたりするかもしれない。例えば、EPAのスcott・ブルーイト長官は、報道によれば、その判断にあたりEPAの職員ではなく産業界の圧力団体に依拠してきた。組織内部の専門職員の意見を聞かず、「彼は重要な業務を弁護士、圧力団体や他の団体のネットワーク、とりわけ共和党の州の司法長官に外部委託してきた」⁽¹⁶⁾。政権内の各行政機関の規制緩和チームに対して、廃止すべき規則を確定する作業が与えられてきた。産業界や関連業界から政治的に任命された者たちが、これらのチームで支配的である⁽¹⁷⁾。同領域の専門家による審査は、独立した組織の専門家の意見を聞く機会を提供している。EPAの長官スcott・ブルーイトは、利益相反の推定を理由にしてEPAの科学委員会から政府の助成を受けている科学者の数を減らした。その一方で、産業界の科学者と入れ替えた⁽¹⁸⁾。

EPAのような行政機関内の専門職員は、独立した専門的知識を提供したり、行政機関の法律上の任務を擁護したりすることができなくなった。ある引退した上級職員によれば、「以前の政権であれば、共和党支持者も民主党支持者も等しく、職員は自分の事案を行政機関の長にもって行って、規則制定の提案をしたり、他の規制決定を支える科学的証拠を提示したりしていた」⁽¹⁹⁾。しかし、

現政権では専門職員の影響力は、たとえ相談の機会があったとしても小さい、と言われている⁽²⁰⁾。報道によれば、多くの科学者を含めて、行政機関から多くの人材が流出している⁽²¹⁾。

III. 2つの重要な環境に関する行政規則を廃止する取り組み

トランプ大統領の目標の一つは、オバマ政権の重要な行政規則の幾つかを廃止することである。これらの廃止を裁判所が審理する際に生じるだろう法的争点を理解するには、これらの規則を詳細に検討することが肝要である。このセクションでは、2つの重要なオバマ政権の環境に関する行政規則と、トランプ政権がそれらを廃止しようとする主張を概説する。行政機関がラポンス判決スカリア意見に沿って新しい規則を即座に制定しようとしていない点は特筆すべきである。これは、裁判所がスカリアの解釈を支持するかどうか疑わしいことを反映しているのかもしれない。

A. WOTUS (Waters of the United States, WOTUS) 規則

米国水質規則 (Waters of the United States, WOTUS) は、どの水体系と水質が水質浄化法上保護される「米国水域 (water of the United States)」に該当するか、の判断を規律する狙いがある⁽²²⁾。これらの地域に対して汚染物質を排出する者は、連邦政府の規制に服する。連邦政府は、埋立てや浚渫も規制している⁽²³⁾。ゆえに、「米国水域」の定義は水質汚染を統制し、湿地を保護する連邦政府の権限の範囲を決定する。この規則が最も顕著に適用される場合として、河川、湖底や湿地を乱すものが陸軍工兵部隊 (Army of Corp of Engineers) の許可を得なければならぬ時期が定義されている。(そのため、この行政規則は陸軍工兵隊と EPA の協働で作成されたものである) この行政規則は水質保護に広範な影響を及ぼす可能性があった。

この規則に関する幾つかの背景が理解の助けとなる⁽²⁴⁾。連邦政府は、船舶の利用が可能な州際の水体系、小川や湖に対して管轄権を有している。小さな支流や湿地に対して連邦政府の管轄権がどの程度、及ぶか、が争点となる。水質に関する科学者と連邦行政機関の専門家は、共に次のことを長らく認識してきた。主要な河川や湖の水質と水量は、それらが流れ込む水体系の支流の水質と水量に密接に関連しており、年間のうち一定の間だけ流れる間欠河川、水を利用した小さな建築物や傍の湿地が含まれている。上流や隣接する水源の水は、さらに主要な水路と水面と、そして地下水路とも連結している。主要な水路の水質と流れを確保するには、上記のような主要な水系以外の地域の規制能力が重要になる。リバタリアンを擁護する団体は、いわゆる財産権を主張する者たちであり、土地開発者や汚染事業は、小さな水流や間欠河川が米国連邦政府の規制権限に服する、という行政機関の主張に対して、長年にわたって争ってきた。WOTUS 規則それ自体は、EPA のスナップショット・アーカイブで利用可能である。(すべてではないが大部分が、2017年1月19日付のEPAのウェブサイトにEPAの素材が掲載されている)⁽²⁵⁾

裁判所は、数十年の間、水質浄化法の保護する水路の限界はどこか、という問題を扱ってきた⁽²⁶⁾。水質浄化法が「事実上、航行可能な」水路から水路に流れ込む他の多くの水路までを含むという点に争いはない。保護の連鎖がどこまで続くのかという問題は—小さな支流、アメリカ西部の大半でよく見られる間欠(年間を通して断続する)水流、あるいは、隣接する湿地について—激しく議論されてきた。2006年の合衆国最高裁のラボンス判決⁽²⁷⁾は複雑な判決で、水質浄化法の権限の限界について各裁判官の意見が鋭く分岐しており、多数意見が存在していない。ケネディ裁判官の見解によれば、「その地域の土地にそれぞれ独立してあるいは関連して位置しており、他のおおわれた水で、化学的、物理的、生態的に完全な状態にあり、「航行可能」として理解されやすい」湿地及び支流は、水質浄化法の管轄が及ぶ。このケネディの見解は、5人の裁判官がそれら

の事案で連邦の管轄権を認めたため、一般的な法的基準として定義された。他の4の裁判官はスカリア裁判官執筆の意見に同調した。裁判管轄が及ぶために必要な要件は「伝統的に州際の航行可能な水域に比較的、恒久的に連結している水体系」に「水面が持続して接続している」とした。

9人のうち4人の裁判官しか、水質浄化法の管轄の限界に関するスカリア裁判官の限定的な見解に同調しなかった。そのため、スカリアの立場は、現在、裁判所の解釈する法とはならない。ラポンス判決以来、多くの裁判所は、ケネディ裁判官の「重大な結びつき」あるいはスカリア裁判官の「持続的な水面の接続」のいずれかを満たすものが水体系や湿地であると事案を解釈してきた。なぜなら、いずれかの基準に適合する水域を水質浄化法の管轄であると合衆国最高裁の裁判官の多数意見が判断するであろうと考えるためである⁽²⁸⁾。

就任まもなくトランプ政権は、WOTUS 規則を扱う大統領命令を発した⁽²⁹⁾。大統領命令は本規則の再考を命じ、大統領命令のセクション3は、米国水域を定義するラポンス判決のスカリアの解釈を具体化するように法を再解釈するように当該行政機関に明示して義務付けている。当該行政機関はWOTUS 規則の発効を2年後に延期して、対応するための時間を猶予する規則を作成した⁽³⁰⁾。その一方で、行政機関は2つの手順を提案した。まずWOTUS 規則を廃止したうえで、次に将来の一定の時期に米国水域を定義する新しい規則を作成するという手順である⁽³¹⁾。提案された廃止の狙いは、WOTUS 規則をめぐる紛争で生じる法的混乱を回避し、連邦主義を考慮に入れて、WOTUS 規則の根底にある政策的決定を再調整する時間を行政機関に与えることである。

それでもなお、WOTUS 規則の延期や廃止で提案された論理は、それ自身が法解釈の問題を提起する。当該行政機関は、その法的妥当性や政策的な根拠を直接争うことなく、規則の適用を回避しようとしている。ある行政機関が、他の規則が法解釈として妥当であるとか、その解釈が、行政機関が否定する解釈よりも優れているという立証をすることなく、妥当な規則を廃止して、別の規

則に置き換えることが可能なのか明らかではない。

B. クリーンパワープラン

クリーンパワープラン (Clean Power Plan, CPP) は、オバマ政権が気候変動を扱う重要な取組みである⁽³²⁾。クリーンパワープランは発電所の二酸化炭素排出を削減する取組みである。既存の発電所—とりわけ既存の石炭燃料発電所を一規制するために、EPA は、もともとは曖昧な規定であった大気浄化法の 111(d)⁽³³⁾ に注目した。111(d) は、以下に示すように例外規定があり、EPA は 111(b) に従い、同じ範疇にある新規発生源のために基準が作成された場合、既存の発電所の排出を統制する計画の提出を州に義務付けることができる。前述したように EPA は、111(b) に従い、発電所の温室効果ガスの新規発生基準を作成したため、111(d) が発動した。もし州が計画を提出できない場合、EPA は州のために執行力のある計画を作成しなければならない。その計画は、産業界の遂行基準に依拠している。すなわち、当該州の既存の施設に照らして、「十分に立証され」た「最善の排出削減のための最善のシステム (best system of continuous emission reduction, BSER)」をいう。重要な争点は、システム (体系、機構) の文言の範囲内に関するものであった。この文言は、特定施設の排出制限措置だけを含むのか、それともより広範に定義されるのか。

BSER を定義するにあたり、クリーンパワープランは、二酸化炭素といった汚染物質を除去するために導入されうる汚染統制設備に依拠するのではなく、新しい方法を採用した。実際、既存の発電所が汚染防止設備を導入するのは実行可能とは言いがたい。EPA は、既存のユニット (一群) に対する BSER を、代わりに 3 つの構成要素 (building block) で構成した。第 1 に、石炭燃焼発電の効率性を向上させる、第 2 に、実行可能であれば石炭発電を天然ガス発電に代替する、第 3 に、再生可能エネルギーの利用を増加させる。発電システムは、互いに連結された 3 つの送電網 (東部、西部、テキサス) でできているので、

EPAは、3つの送電網にそれぞれの構成要素を適用して、どの排出削減が、全国的に現実に達成可能か、を決定する。最終的に、EPAは州の発電源の構成に応じて、それぞれの州に各構成要素を適用する。例えば、天然ガスの利用割合が既に高く、石炭の利用割合が少ない州は、石炭から移行することを通じて削減を達成することは難しくなることは明らかである。

111(d)により、目標に適合する計画を作成する義務を州は負っている。EPAの作成する計画は、州が達成できなかった場合の予備案である。州は、2022年から2029年の間に中間目標を、そして2030年には最終目標を達成しなければならない。EPAは、州が実施できるようにできるだけ広い柔軟性を州に認めることを望んでいる。本規制は州に多くの選択肢を与えている。例えば、州は、二酸化炭素排出量の毎メガワットか総量のいずれかから目標を設定できる。州は、化石燃料発電所の排出制限について、どのように基準に適合させるのかを発電者に委ねる方法で設定して排出目標を達成することもできるし、あるいは3つの構成要素を具体化する規制枠組みを州は採択することもできる。州は、基準をさらに安価に達成するために排出枠取引を利用するように奨励されてはいるが、義務付けられてはいない。

EPAは、クリーンパワープランによる公衆の健康と気候の便益の便益が、2030年には毎年340から540億ドルになると見積もっている。これは、毎年84億ドルの費用をはるかに上回っている。石炭の使用を削減することは、多くの大気有害な微粒子性物質を減少させるため、公衆の健康というコベネフィット（相乗便益）は、この均衡方程式の重要な要素である。このプランは、発電所の二酸化炭素排出を約三分の一削減する。

EPAが規則を正式に制定するまでに、その規則制定を阻止するための訴訟はすでに提起されていた。これらの訴訟は、多くの事実また法的な争点を生んだが、最も重要なものだと判明したのは、BSERの定義と関係している。典型的に、111条による規則は、集塵機といった施設に注目した汚染統制システム

に依拠してきた。構成要素2と3を争うため、事業者は、制御「システム」は、天然ガスや再生可能エネルギーの利用を増加するといった「フェンスラインを越えた」措置を含めることができないと主張した。実のところ、EPAの提案した規則は当初、エネルギー効率を第4の構成要素として含めていた。供給側の規制である他の構成要素と異なり、効率性という要素は、電力消費の削減という需要側の取組みである。従って、規制の適用範囲は発電者から消費者に及ぶ。第4の構成要素を断念した主な理由は、統制「システム」のひとつを構成しない、という懸念によるものであろう。

送電網に送られる電力量の変化を含めて汚染制御のシステムを定義することは、EPAにとっては新しい試みである。EPAは通常、汚染制御装置を特定の発生施設を基準にして定義してきた。実際、EPAは、州の送電網上の全ての発電所を単一化された(ひとつの)発生源として扱っていた。これは送電網の運用方式—世界で最も複雑な機構—と、二酸化炭素統制の実用性から見て、かなりの説得力を有している。

トランプ政権はクリーンパワープランを廃止しようとする際、廃止を正当化するためにこの同じ争点を扱った⁽³⁴⁾。トランプ政権はEPAに州の電力送電網を全体として単一に扱うことを認める手法をとらなかった。発電所の効率性が増加すれば、より少ない石炭燃料で同じ電力量を産出できるのだから、EPAが考察できることは単一の発生源を明らかにするだけだ、とトランプ政権は主張した。

換言すれば、トランプ政権の主張によれば、ひとつの発電所のフェンスライン内に存在する特定の排出源の技術や運用の変更を義務付ける規則をEPAは制定することができるにすぎない。クリーンパワープランは、しかしながら、汚染度の高い発生源の発電を再生可能エネルギーのように清浄なエネルギー源に代替することを基軸にしている。しかし、これらの清浄な発生源は、規制対象である二酸化炭素排出者(発電者のこと)のフェンスライン(物理的・地理的

管轄・法的管轄)の外に存在している。事実、太陽光や風力といった清浄な発生源は二酸化炭素の排出はゼロであるため、汚染者には完全に権限が及ぶEPAの管轄の外にあることになるのかもしれない。

トランプ政権の主張はいくつかの重要な争点を惹起している。第1に、多くの規則は、一発電所の汚染制御装置の追加のように一規則は、技術や過程の変化を特定の汚染施設に対して法律上、義務付けるという点においてフェンスライン内で運用されてきた。フェンスライン内だけの規制を要請するという制約は法律上、存在しない。実際、EPAの過去の実践が、新しい規則を展開する裁量権に力を与えるというなら有意義であろうが、過去の経緯を用いて、新しく斬新な問題に取り組む行政機関の能力を縛るのは有意義なこととはいえない。現代の緊密に連携した送電網下で操業している発電者を前提にすれば、このことは正に当てはまる。さらに、明らかに妥当とされる多くの防止措置は、施設の外で実施される行為(そしてEPAの管轄の外)に依拠してゐる。その措置には多くの例がある。ひとつの明らかな例は、酸性雨の発生を引き起こす排出を削減するように設計された大気浄化法の規定である。それらの規定は、公益事業が低硫黄石炭を利用することで遵守することを認めており、この遵守の方法は、燃料の仕入れ取引や輸送など、特定の石炭発電所施設の完全に外側でおきることを伴っている⁽³⁵⁾。

EPAが特定の発生源のフェンスライン内でのみ規制できるという前提は、きわめて疑わしい。現代において、送電網は一層、統合されたネットワークとなっている。しかし、その前提を根拠にしてもEPAの主張には大きな穴が存在する。クリーンパワープランが要請する炭素削減の全てが炭素排出のフェンスラインの中で生じているのは、なぜなら、(フェンスライン内にある)石炭発電所などの排出者が、より低い水準で利用されているからである。炭素排出ゼロあるいは低炭素発生源の利用が増加することそれ自体は、排出削減の源にならないが、汚染度の高い発生源の利用を減少させるひとつの方法である。換言

すれば、「オフ・スイッチはフェンスライン内なのである」。ゆえに、トランプ政権の提案している法解釈は深刻な紛争を招く。

これまで見てきたように、法解釈は、既存の2つの規則を廃止するトランプ政権の取り組みに大きな役割を果たしてきた。WOTUS規則の再考を命じる大統領命令は、スカリアの法解釈を採用するよう求めているように思われる。クリーンパワープランの廃止は、すべて法の再解釈に依拠しているように思われる。

両方の事案において、行政機関は、既存の規則が科学的あるいは経済的基礎を欠いていると立証して、詳細な政策的な分析を根拠にして規則を廃止することを控えてきた。そのような政策的な分析は、行政機関の専門職員に大きく依拠した長期間に及ぶ過程を要求するだろう。しかし、トランプ政権は、行政機関の専門職員との折り合いが悪く、科学的専門性の便益を利用する能力が限られている。このことは、法の新しい解釈に依拠する主張など、詳細な政策分析を要しない主張を利用する方向にさらに向かわせている。このため、米国の裁判所が行政機関の法解釈をどのように審査するかは重要である。これはシェブロン基準で規律され、IV章で議論される。

IV. シェブロン法理の理解

30年間、以下で説明されるように合衆国最高裁は、シェブロン法理を適用してきた。これは、行政機関の法解釈の合理性を尊重するものである。セクションAでは、この基準を説明する。パートBでは、トランプ政権と関係する判例を簡単に検討する。そしてパートCでは、合衆国最高裁がシェブロン法理を破棄する可能性を検討する。

A. シェブロン法理の理解

シェブロン判決において⁽³⁶⁾ 合衆国最高裁は、法律の行政機関の解釈は尊重

に値する根拠を「規制枠組みが複雑で専門的であり、行政機関がその問題を詳細にそして合理的な方法で検討し、その決定は、矛盾する政策を調整している」ためである、とした⁽³⁷⁾。合衆国最高裁は、「連邦議会には、両方の利益を調整する意図があるが、これらの事案で提示されるレベルで明示することはなかった」と判示した⁽³⁸⁾。

シェブロン法理は、法が曖昧な場合に行政機関の2つの理由に言及している。第1に、連邦議会は、裁判所ではなく行政機関がその争点を判断することを望んだのかもしれない。換言すれば、連邦議会は自らの権限を行政機関に授権したのである。第2の理由は、裁判所よりも行政機関にこの権限を授権する方が民主的であるというものである。行政機関は大統領に責任を負うが、連邦裁判所の裁判官は終身で任命されている。授権（委任）理論は、一種の擬制（フィクション）と考えられるが⁽³⁹⁾、その後の判決により一層影響力を増した⁽⁴⁰⁾。

シェブロン法理の適用は、授権（委任）理論を採用したミード判決⁽⁴¹⁾で制限された。ミード判決は、シェブロン法理の敬讓が適用される場合は、法的拘束力を有する規則を制定する権限を連邦議会が行政機関に授権し、その権限行使の結果として、尊重を求める行政機関の解釈が形成された場合に限られる、とした⁽⁴²⁾。ミード判決で合衆国最高裁は、行政機関のために連邦議会の設定した手順が行政機関に規則制定の権限を授与する意図を示していない、そのため、シェブロン法理で与えられる程度の尊重よりは小さい、とした⁽⁴³⁾。この見解は、行政機関の専門性を個別に検討したものであるが、合衆国最高裁は最終的には、法の解釈手法について独自の見解を下している。

ミード判決以降、シェブロン基準には少なくとも3つの手順があった。
 ステップ0 行政機関は法的拘束力のある行政規則を作成する権限を有しているか。もし権限がない場合、シェブロン法理は適用されない⁽⁴⁴⁾。しかし、その専門性ゆえに低めの程度の尊重が行政機関に認められる。もし行政機関にその権限が認められる場合、次のステップ1

に移る。

ステップ1 法律は曖昧かどうか。もし曖昧ではない場合、裁判所は、自ら法解釈を決定する。さもなければ、分析は次のステップに移る。

ステップ2 行政機関の法解釈は合理的か（たとえ裁判所自身が異なる解釈を採用したかもしれない場合であっても）⁽⁴⁵⁾

シェブロン法理のステップ1によって審査裁判所は法の意味を決定するという伝統的な権限を保持することができる⁽⁴⁶⁾。もしステップ2に移る場合、しかしながら、「許容性」の審査は恣意的で専断的（arbitrary and capricious test）審査と類似している。もし行政機関の解釈が合理的である場合、その解釈は少なくとも過去、支持されてきた⁽⁴⁷⁾。これから検討するように、この傾向は変わりつつあるかもしれない。読者は、これからシェブロンが「少なくとも」3つのステップを踏むことに気づくかもしれない。なぜなら、その後の判決は、ステップ間で分類することが難しく、少なくともひとつあるいは二つ以上の手順を追加している点で争いがあるからである⁽⁴⁸⁾。

シェブロン法理が適用された典型的な事案はEME ホーマー判決⁽⁴⁹⁾である。本件は、州を越えた大気汚染の問題を扱う大気浄化法の「良き隣人」規定に関するものである。風下の州が連邦の全国大気質基準を満たすことができない場合、良き隣人規定は風上の州に排出の削減を義務付けている。EPAが直面した問題は、風下の州の大気質基準違反に複数の州が寄与している場合に、どのように複数の州の間で排出削減を割り当てるかということであった。この状況で、EPAは風上の複数の州の排出削減費用を平等化するように試みた⁽⁵⁰⁾。大気浄化法の文言は、風下の州が全国大気質基準に適合するのに必要な量の排出削減を州に義務付けていた。大気浄化法の排出「量」の文言を捕まえてコロンビア特別区連邦裁判所は、EPAはそれぞれ風上の州の排出量のみを考慮でき、汚染削減の費用は考慮できないと判示した⁽⁵¹⁾。

合衆国最高裁は、この判断を破棄して、ギンズバーグ裁判官執筆の法廷意見

はEPAの解釈を支持した。「結論として解釈の手がかりとなる指針が存在しない場合、EPAの決定は、連邦議会が残した隙間を行政機関が合理的な方法で埋めるものである」とした⁽⁵²⁾。合衆国最高裁の見解によれば、EPAの選択した良き隣人規定は、行政機関に扱うように義務付けている配分の問題に効率的で公平な解決策を提供しており、「道理にかなっている」⁽⁵³⁾。

法律上の政策間の矛盾を解決する行政機関の役割は、十分に確立されている。シェブロン判決自身とEMEホームー判決は、矛盾する政策がひとつの法律の中に存在していたが、ワイルドライフ判決⁽⁵⁴⁾では、その矛盾は、絶滅の危機に瀕する種の保存法と、それより前に制定された法律であるため絶滅の危機に瀕する種に対する影響に関する行政機関の義務について特に言及していない連邦諸法との間に生じていた。これらの法の多くの義務付けは、絶滅の危機に瀕する種の保護法の背景に反して (against the statutory backdrop) おり、合衆国最高裁は、「法の文言で解決されていない基本的な曖昧性が残されている」と判断した⁽⁵⁵⁾。かく判断して、合衆国最高裁は次のように判示した⁽⁵⁶⁾。「執行行政機関の専門的解釈を頼りにすることは、適切であり」、そして「(その専門的解釈は、) 絶滅の危機に瀕する種の保存法の該当規定を適用することでこれらの諸制定法を統合し、当該行政機関の裁量権限を行使するものであって、明確な権限を無視するように読むべきではない」そして、シェブロン法理を適用して、行政機関の解釈は尊重に値すると判断した⁽⁵⁷⁾。

B. 法解釈とトランプ政権

これまでのところトランプ政権は、裁判所に対して特別な関与をしてきてはいない。いくつかの大きな後退があった。環境上の規制緩和の面でいえば、トランプ政権の規制緩和の取組みについて、トランプ政権が関与したことを根拠に格別な尊重を裁判所は与えていないように思われる。しかし、もちろんこれがどのように結論が出るのかまで確信するにはまだ早いのだが。例えば、第十

巡回区控訴裁判所は、(政府が公有地を貸出して石炭を採掘する)石炭リースを認める場合、気候変動の影響を検討するように政府に義務付けた。この判決は、化石燃料に関する他の問題についての現政権の判断を困難にするだろう。当該行政機関は、石炭採掘鉦は至るところに存在しており、それらが代わりになるのだから、石炭リースを否定しても世界的な排出に影響を及ぼさない、と主張した。裁判所は行政機関の分析を退けて、基本的経済原理に矛盾する経済的前提に依拠している点に裁量の濫用が認められる、とした。裁判所は、気候変動が「科学の最先端であり」、行政機関の判断は特別な尊重に値する、という当該行政機関の主張をわざわざ退けた⁽⁵⁸⁾。

同様にコロンビア特別区裁判所は、石油と天然ガスの運用で生じるメタンの排出を制限するEPA規則を一時停止するトランプ政権の決定を破棄した。この判断は特筆に値する。この判断は、正式の規則制定手続きを踏まないうえ既存の規則を破棄する政権の能力を制限しているからである。裁判所は、EPAの、規則を一時停止することは行政機関の本来の権限であるとの主張を退け、そして、EPAが法のある特定の規定に基づいて停止しようと試みているのは、記録上明らかに矛盾しているとの主張も退けている⁽⁵⁹⁾。

オバマ時代の行政規則に対するトランプ政権の攻撃は、次の争点を再発させている。すなわち、政策変更に伴う政策の展開を裁判所はどの程度、尊重すべきかという争点である。裁判所は、WOTUS規則やクリーンパワープランの廃止のような、トランプ政権の規制緩和の主要な取組みを争点として扱わざるを得なくなるだろうし、扱った結果、最終的な行政機関の行為は司法審査に服することになるだろう。

新車のエアバッグや受動的安全装置を義務付ける初期の規制を廃止するレーガン政権の決定を破棄したステートファーム判決⁽⁶⁰⁾で最初の争点が浮上した。合衆国最高裁の理由付けはホワイト裁判官執筆の多数意見の最後のセクションに集約されている。「何が公益なのか、についての行政機関の判断は、状況の

変化に応じて、あるいは状況の変化がなくても変わるかもしれない。しかし、その過程を変える行政機関は、理由付けられた分析を提供しなければならない。]⁽⁶¹⁾ 対照的に反対意見は、人々が投票した結果、生じた政権の変化は、その綱要と規則に対して費用便益分析に基づいてについて行政機関が再評価する合理的な基礎となる、と主張した⁽⁶²⁾。さらに最近フォックス・テレビ判決⁽⁶³⁾で、合衆国最高裁は、「放送局による突発的なわいせつ (fleeting obscenity)」に関する従来の政策を破棄する FCC (Federal Communications Commission) の決定を支持した。スカリア執筆の法廷意見は、FCC が急きょ態度を変化させたことは恣意的で専断的とはいえない、とした。その意見の一部で、スカリアは、規制決定における「政治的」配慮の正当性に関するレーンキストの見解に依拠した。しかし、その部分は、相対的多数意見となった。

大統領の政権交代や行政機関の職員の交代に伴う、政策に関する見解の変化は不可避である。そのような変化は、しかしながら、行政機関が合理的に法を解釈したか、とか、その政策的決定が記録によって支持されるかどうか、とは無関係である。裁判所がレーンキストやスカリアの少数意見ではなく、ステートファームの法理を用い続けることが望まれる。

C. シェブロン法理は破棄されるべきか

およそ 30 年間以上にわたって裁判所は、行政機関の法解釈が争われた際にシェブロン法理を用いてきた。概略すれば、この法理は、行政機関の法解釈が合理的であれば、たとえ仮に裁判所が異なる解釈を採用していただろう場合でさえ、行政機関の法解釈を受け入れるよう裁判所に求めるものである。保守派の中には、この法理は行政機関にあまりに強い権限を与え、法を解釈する裁判所の権限を崩すものだと主張するものもある。将来この法理は維持されるだろうか。

格言が述べるように、とりわけ将来を予想することは難しい。しかし、

合衆国最高裁がいずれシェブロン法理を破棄するかは疑わしい。これまでのところ、ゴーサッチ裁判官とトーマス裁判官は、シェブロン法理を破棄するように票を投じるかもしれないように思われる⁽⁶⁴⁾。しかし、他の3つの票がどこから投じられるのは明らかではない。幾つかの理由でロバーツ、ケネディ、アリトー裁判官がためらうかもしれない。第1に、シェブロン法理は行政法の基本的判決となった。次から次へと事案ごとに裁判所はシェブロン法理を適用してきた。合衆国最高裁は、これまで200回以上もシェブロン法理を引用してきた。ウェストローによれば、15,000回以上もシェブロン判決を下級裁判所は引用してきた。(ロージャーナルのように他の二次的資料では一層多くなるだろう) 合衆国最高裁は、そのように確立された先例を覆す前に考え直すだろう。

第2に、シェブロン法理をここ数年の間に破棄することは、共和党の大統領の規制緩和計画を妨げることになる。トランプの決定に対する裁判所の尊重の程度は低だろう。これまで見てきたように、将来、トランプは、シェブロン法理を裁判所で強く主張する必要があるだろう。この主題について合衆国最高裁の裁判官の思考を色付けして分類することを考えることは現実的かもしれないが、それが決定的である、と考えるまで冷笑的になる必要はない。

第3に、保守派が長らくあざ笑ってきた判決ですら、主要な判決を真正面から破棄することを合衆国最高裁はためらってきた。その代りに、実際、これらの判決に修飾語や限定、例外を付け加えて、これらの判決を少しずつ削り取る手法を好んでいるように思われる。

現実には、この過程は既に始まっている。すでにみたようにミード判決は、曖昧な関税の争点に関する事案であり、シェブロン法理を行政機関の法的外見解に関する非公式の表明に対置する、規則制定のような法的拘束力を備えた行為に限定した。キング判決(オバマケアの事案)⁽⁶⁵⁾は、ロバーツ首席裁判官は事柄の重要性ゆえにシェブロン法理の適用を否定して、重要性の低い行政機関の決定に関する事案にシェブロン法理を限定した。ミシガン判決⁽⁶⁶⁾では、裁判所

はEPAの制定した発電所からの水銀排出規則を破棄し、「合理性」の要件に追加的な歯止めを用意した。要するに、行政機関はシェブロン法理を通じて、その法解釈はそれほど頻繁に尊重されておらず、その尊重の程度は限定されている。合衆国最高裁は、シェブロン法理を破棄するのではなく、削り取り続けるだろう。

いずれにせよ、シェブロン法理を破棄することでどれだけ重要な影響がでるか、は明らかではない。この法理は、裁判所に対して行政機関の判断を進んで尊重するようにしている。しかし、シェブロン法理を適用しない場合にも裁判所は尊重している。大きな違いは、シェブロン法理が適用されない場合、尊重の程度は極めて文脈に左右され、政治的潮流の変化を追従するために法解釈を変更するという行政機関の裁量は小さくなるだろう。

シェブロン法理に代わるものはスキッドモア尊重であり、ここでは裁判所の尊重は複数の要素に左右されており、法文言が曖昧かどうかだけに限られていない。行政機関の理由付けの説得力、法律の複雑性、行政機関の専門性の程度、行政機関の見解の首尾一貫性、そして、争点に対する慎重な考察などである⁽⁶⁷⁾。

シェブロン法理は、スキッドモアよりも利点がある。シェブロン法理はスキッドモアより簡略で、予想可能である。スキッドモアと比べれば、状況に応じて行政機関に法解釈を変更する裁量を与えている。しかし、これらの2つの基準の実際の違いは、これらの異なる公式が提示するほどに顕著なものではない。EPAや他の行政機関は、1984年のシェブロン判決以前から存在してきた。証券取引委員会や連邦取引委員会は、はるか昔から活動してきた。合衆国最高裁がシェブロン法理を破棄することは、行政機関の裁量を若干、制限し、新しい大統領（トランプ大統領を含め）は、規則を変更することは難しくなるだろう。しかし、その影響は限定されている。

V. おわりに

トランプ政権は、2008年以來、そして、2008年以前に採用されてきた連邦規則の多くを消滅させるか、弱めようとしている。そのためには、新しい規則を制定するために必要とされる同じ手続きを踏まなければならないだろう。既存の規則の廃止は司法審査に服することになるだろう。廃止を正当化するためには多くの法律を積極的に再解釈しなければならないだろう。シェブロン法理は多くの保守派に批判されてきた。一方で、トランプ政権が、規則廃止を成功させるためにこのシェブロン法理に依拠しなければならないことは皮肉である。これまでのところ、トランプ政権から生じた事案が裁判所で判断された例は少ない。それ故、主要な規則を廃止しようとするトランプ政権の取り組みについて、裁判所がシェブロン法理を用いてどのように判断するのかについて明確になるにはまだ早い状態である。

(注記) 本稿は、2018年3月16日に行われた明治学院大学法律科学研究所外国人招聘スタッフセミナーでの講演原稿 (Daniel Farber, "Regulation, The Trump Administration, and the Chevron Doctrine") を翻訳したものである。

注

- (1) Sho Sato Professor of Law, University of California, Berkeley.
- (2) Donald J. Trump, Executive Order 13771: Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs (Jan. 30, 2017)
- (3) Section 2(a) of the Executive Order provides that "[u]nless prohibited by law, whenever an executive department or agency (agency) publicly proposes for notice and comment or otherwise promulgates a new regulation, it shall identify at least two existing regulations to be repealed." Section 2(c) provides that "in furtherance of the requirement of subsection (a) of this section, any new incremental costs

associated with new regulations shall, to the extent permitted by law, be offset by the elimination of existing costs associated with at least two prior regulations.”

- (4) See Eric Biber, *Two Sides of Same Coin: Judicial Review of Administrative Action and Inaction*, 26 Va. Env. L. Rev. 461 (2008); Eric Biber, *The Importance of Resource Allocation in Administrative Law*, 60 Admin. L. Rev. 1 (2008).
- (5) Jacob E. Gersen & Anne Joseph O’Connell, *Deadlines in Administrative Law*, 156 U. Pa. L. Rev. 923 (2008).
- (6) Office of Information and Regulatory Affairs, Guidance Implementing Executive Order 13771, Titled “Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs” (April 5, 2017), available at <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/memoranda/2017/M-17-21-OMB.pdf>.
- (7) For an extensive discussion of this issue, see Daniel A Farber, *Taking Costs into Account: Mapping the Boundaries of Judicial and Agency Discretion*, 40 Harv. Envtl. L. Rev. 87 (2016)
- (8) 5 U.S. Code § 553(e) provides: “Each agency shall give an interested person the right to petition for the issuance, amendment, or repeal of a rule.”
- (9) This issue is discussed in Farber, *supra* note 7.
- (10) *Defenders of Wildlife v. Gutierrez*, 532 F.3d 913, 921 (D.C. Cir. 2008). See also *WildEarth Guardians v. U.S. EPA.*, 751 F.3d 649, 655 (D.C. Cir. 2014) (upholding an agency’s resource allocation decision because “the statute affords agency officials discretion to prioritize sources that are the most significant threats to public health to ensure effective administration of the agency’s regulatory agenda.”)
- (11) For a broad survey of the administration’s attitude toward expertise, see James Hohmann, *No Relevant Experience? It’s Not a Problem for Trump*, Wash. Post (July 24, 2017), available at https://www.washingtonpost.com/news/powerpost/paloma/daily-202/2017/07/24/daily-202-trump-marginalizes-experts-debases-expertise/597548fc30fb043679543214/?utm_term=.158c3b1ec01d&wpisrc=nl_daily202&wpm=.
- (12) Justin Wolfers, *Why Most Economists Are So Worried About Trump*, NY Times (Jan. 11, 2017) (<https://www.nytimes.com/2017/01/11/upshot/why-most-economists-are-so-worried-about-trump.html>).
- (13) Chris Mooney, *85 Percent of the Top Science Jobs in Trump’s Government Don’t Even Have a Nominee*, Wash. Post (June 7, 2016), available at https://www.washingtonpost.com/news/energy-environment/wp/2017/06/06/trump-has-filled-just-15-percent-of-the-governments-top-science-jobs/?utm_term=.881d54885228.
- (14) Cecilia Kang and Michael D. Shear, *Trump Leaves Science Jobs Vacant, Troubling*

- Critics*, NY Times (March 30, 2017), available at <https://nyti.ms/2oBjfkH>. Even in July, the White House Office of Science and Technology had only a third of the staff it had in the Obama Administration, and the science division appears to have had no remaining staff. See Christa Marshall, *Science Office a Shadow of Its Former Staff*, E&E News (July 3, 2017), available at <https://www.eenews.net/stories/1060056920>.
- (15) Joel Achenbach and Lena H. Sun, *Trump Budget Seeks Huge Cuts to Science and Medical Research, Disease Prevention*, Wash. Post (May 23, 2017), available at https://www.washingtonpost.com/news/to-your-health/wp/2017/05/22/trump-budget-seeks-huge-cuts-to-disease-prevention-and-medical-research-departments/?utm_term=.848e19c348e0.
- (16) Coral Davenport, *Counseled by Industry, Not Staff, EPA Chief is Off to a Blazing Start*, NY Times (July 1, 2017), available at <https://nyti.ms/2uwXBYi>. Pruitt and Education Secretary Betsy DeVos seem to be the most extreme cases, but some other cabinet-level appointees are also estranged from staff because of the appointee's hostility to their agency's missions. See Juliet Eilperin and Emma Brown, *Cabinet Secretaries' Tough Task: Lack of Funding, Support for Agency Missions*, Wash. Post (July 2, 2017), available at https://www.washingtonpost.com/politics/cabinet-secretaries-tough-task-lack-of-funding-support-for-agency-missions/2017/07/02/d17279ee-4ad9-11e7-a186-60c031eab644_story.html?utm_term=.5ed58fac56ed. The schism between agency staff and the political appointees extends below Pruitt's level. For example, agency experts were dismayed when new rules governing the chemical industry were shaped by a deputy assistant who had been a lobbyist for the industry until her appointment. Annie Snider, *EPA Staffers, Trump Official Clashed Over New Chemical Rules*, Politico (June 22, 2017), available at <http://www.politico.com/story/2017/06/22/trump-epa-energy-chemicals-clash-239875>.
- (17) Danielle Ivory and Robert Paturechi, *The Deep Industry Ties of Trump's Deregulation Teams*, NY Times (July 11, 2017), available at <https://nytu.com.ms/2v6AHAb>.
- (18) Sean Reilly and Kevin Bogardus, *Boards Add Industry and State Officials, Drop Scientists*, Greenwire (Nov. 3, 2017), available at <https://www.eenews.net/greenwire/2017/11/03/stories/1060065619>.
- (19) Talia Buford, *What It's Like Inside the Trump Administration's Regulatory Rollback at the EPA*, ProPublica (Dec. 18, 2017), available at https://www.propublica.org/article/inside-trump-regulatory-rollback-epa?utm_source=&utm_medium=email&utm_campaign=12685.

- (20) *Id.*
- (21) Lisa Friedman, Marina Affo, and Derek Kravitzdec, *E.P.A. Officials, Disheartened by Agency's Direction, Are Leaving in Droves*, NY TIMES (Dec. 22, 2017), available at <https://www.nytimes.com/2017/12/22/climate/epa-buyouts-pruitt.html>.
- (22) The American Bar Association has compiled an extensive list of documents relating to this rule and the resulting litigation, with links to the documents, which is available at https://www.americanbar.org/groups/environment_energy_resources/resources/wotus/wotus-rule.html.
- (23) For an overview of federal wetlands regulation, see Margaret N. Strand, *Federal Wetlands Regulation*, 23 Env. L. Rep. 10,185 (Part I), 23 Env. L. Rep. 10284 (1993) (Part II) (1993).
- (24) A report by the Congressional Research Service is an excellent background document about the WOTUS rule. See Claudia Copeland, *EPA and the Army Corps' Rule to Define "Waters of the United States"* (Jan. 5, 2017), available at <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43455.pdf>.
- (25) https://19january2017snapshot.epa.gov/cleanwaterrule_.html. The website explains: "The Web Snapshot consists of static content, such as webpages and reports in Portable Document Format (PDF), as that content appeared on EPA's website as of January 19, 2017 [the day before Trump took office]."
- (26) In *United States v. Riverside Bayview Homes, Inc.*, 474 U.S. 121 (1985), the Court held that federal jurisdiction included wetlands that are adjacent to water bodies if those water bodies themselves are under federal jurisdiction. In *Solid Waste Agency of Northern Cook County v. U.S. Army Corps of Engineers*, 531 U.S. 159 (2011), however, the Court invalidated a regulation that extended federal jurisdiction to any wetland used by migratory birds.
- (27) 547 U.S. 715 (2006).
- (28) See, e.g., *United States v. Gerke Engineering*, 464 F.3d 723 (7th Cir. 2006); *United States v. Johnson*, 467 F.3d 56 (1st Cir. 2006).
- (29) See Donald J. Trump, *Presidential Executive Order on Restoring the Rule of Law, Federalism, and Economic Growth by Reviewing the "Waters of the United States" Rule* (Feb. 28, 2017), available at <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-executive-order-restoring-rule-law-federalism-economic-growth-reviewing-waters-united-states-rule/>.
- (30) This action is found at <https://www.epa.gov/wotus-rule/final-rule-definition-waters-united-states-addition-applicability-date-2015-clean-water>.

- (31) EPA, Definition of “Waters of the United States”—Recodification of Pre-Existing Rules, 82 Fed. Rev. 34899 (July 27, 2017), available at <https://www.epa.gov/sites/production/files/2017-07/documents/2017-13997.pdf>
- (32) For an overview of the plan and the resulting litigation and repeal effort, see Robert Glicksman, *The Fate of the Clean Power Plan and U.S. Greenhouse Gas Emissions in the Trump Era*, 11 Carbon & Climate L. Rev. 292 (2017)
- (33) 42 U.S.C. § 7411 (d).
- (34) See Request for Comment on Repeal of Carbon Pollution Emission Guidelines for Existing Stationary Sources: Electric Utility Generating Units (October 16, 2017), EPA-HQ-OAR-2017-0355, available at <https://www.epa.gov/stationary-sources-air-pollution/electric-utility-generating-units-repealing-clean-power-plan-0>.
- (35) 42 U.S.C. § 7651 et seq.
- (36) 467 U.S. 837 (1984). *Chevron* arose in a complicated regulatory setting that is described in detail in Jody Freeman, *The Story of Chevron: Environmental Law and Administrative Discretion*, in Richard Lazarus and Oliver Houck, *Environmental Law Stories* (2005). Regarding the complexities of implementing *Chevron*, see Kenneth A. Bamberger, *Normative Canons in the Review of Administrative Policymaking*, 188 Yale L.J. 64 (2008).
- (37) 467 U.S. at 865.
- (38) *Id.*
- (39) See Kevin M. Stack, *Chevron is Dead, Love Live Chevron*, 115 Colum. L. Rev. 1867, 1876 (2015).
- (40) There is evidence that Congress views administrative agencies, not courts, as the main interpreters of statutes and as its primary audience. See Abbe R. Gluck and Lisa Schultz Bressman, *Statutory Interpretation from the Inside: An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Canons*, 65 Stan. L. Rev. 901 (2013).
- (41) 533 U.S. 218 (2001).
- (42) *Id.* at 226–27.
- (43) *Id.* at 231–32
- (44) The Court ruled in *United States v. Mead*, 533 U.S. 218 (2001), that *Chevron* applies only when the agency acts pursuant to authority to make rules with the force of law. Otherwise, the agency receives the lower level of deference described in *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1940), based primarily on the agency’s expertise and experience.
- (45) See Cass R. Sunstein, *Chevron Step Zero*, 92 Va. L. Rev. 187 (2006) (arguing that

Chevron should be applied more broadly than it was even before *Mead*, to allow decisions to be made by institutions more expert and more politically accountable than the courts). Note that *Chevron* deference applies even when the question is the agency's jurisdiction rather than the substance of its decision. See *City of Arlington, Tex. v. FCC*, 133 S.Ct. 1863 (2013).

- (46) See, e.g., *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120 (2000) (striking down at step one the FDA's assertion of regulatory authority over tobacco products as "drug delivery devices" within the meaning of the Food, Drug and Cosmetic Act).
- (47) See *INS v. Aguirre-Aguirre*, 526 U.S. 415 (1999) (overruling the court of appeals for not accepting, at step two, the United States Board of Immigration Appeals' definition of "serious nonpolitical crime").
- (48) See *King v. Burwell*, 135 S. Ct. 2480 (2015) (declining to apply *Chevron* test in major Obamacare case); *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 134 S. Ct. 2427,244 (2014) ("enormous and transformative expansion in EPA's regulatory authority" would be required by agency interpretation); *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120 (2000) (*Chevron* does not apply to "major questions" such as FDA's ability to regulate tobacco industry).
- (49) 134 S. Ct. 1584 (2014).
- (50) *Id.* at 17.
- (51) *EME Homer City Generation L.P. v. EPA*, 696 F.3d 7, 20-22 (D.C. Cir. 2012).
- (52) *Id.* at 1607.
- (53) *Id.*
- (54) 551 U.S. 644 (2007).
- (55) *Id.* at 666.
- (56) *Id.* The Court explained:

Surely, there must be some limits on the statute's application to nondiscretionary actions: the ESA surely does not require the Treasury Department to condition income tax refunds on a showing that the recipient will not use the money for activities harmful to endangered species!

Id. Of course, EPA's decision to approve a state's permitting program was not "non-discretionary" in the same sense, and the Court's failure to consider this difference more fully can be reasonably criticized.

- (57) *Id.* at 666-668.
- (58) *WildEarth Guardians v. United States Bureau of Land Management*, 870 F.3d 1222 (10th Cir. 2017).

- (59) Clean Air Council v. Pruitt, 862 F.3d 1 (D.C. Cir. 2017).
- (60) 463 U.S. 29 (1983).
- (61) Id. at 57.
- (62) Id. at 59.
- (63) FCC v. Fox Television Stations, Inc., 556 U.S. 502 (2009).
- (64) When he was a lower court judge, Justice Gorsuch argued that *Chevron* should be overruled in a concurring opinion in *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, 834 F.3d 1142 (10th Cir. 2016). Justice Thomas questioned the *Chevron* doctrine in his separate opinion in *Michigan v. EPA*, 135 S. Ct. 2699, 2171–2713 (2015).
- (65) *King v. Burwell*, 135 S. Ct. 2480 (2015).
- (66) *Michigan v. EPA*, 135 S. Ct. 2699 (2015).
- (67) The *Skidmore* doctrine dates back to a 1944 case by that name about overtime pay. *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944).