The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

| | |
|---|---|
| Title | アメリカ憲法理論における「法」と「政治」の相剋 : 新リアリズム法学を中心に |
| Author(s) | 岡室, 悠介 |
| Citation | 阪大法学. 2013, 63(2), p. 193-219 |
| Version Type | VoR |
| URL | https://doi.org/10.18910/67935 |
| rights | |
| Note | |

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

# アメリカ憲法理論における「法」と「政治」の相剋

## ――新リアリズム法学を中心に――

岡室悠介

はじめに
第一章　アメリカ法理論における「法」と「政治」の分離
　第一節　分析法学
　第二節　リアリズム法学
　第三節　プロセス法学とその系譜
　第四節　法学と政治学の分離
第二章　憲法理論における「法」と「政治」の統合
　第一節　最高裁と学説の距離
　第二節　新リアリズム法学の展開
　第三節　憲法理論研究における新リアリズム法学的アプローチ
おわりに

（阪大法学）63（2-193）449〔2013. 7〕

## はじめに

### （一）本稿の目的と方法

憲法解釈を行うにあたっては、その解釈者の体系的な価値観が反映されており、[1] こうした憲法解釈における基礎理論は一般に「憲法理論」と称される。周知の通り、わが国が長らく範としてきたアメリカ憲法学においては、こうした憲法の基礎理論に関する議論は学問上の中心的論点であり、また、わが国でもこれまで活発に議論されてきた。しかし、わが国ではそうした憲法理論に関する議論において、理論を解釈する主体に関する議論、すなわち、憲法理論と裁判所との関係についての議論はあまり省みられてこなかったのではないだろうか。むしろ、そこでは、実務と理論は無関係であるとする司法過程と憲法解釈の峻別論が前提としてこれまで共有されてきたように思われる。[2]

では、憲法解釈の実践主体としての裁判所の存在は、理論研究の上で考慮する必要はないのであろうか。ここで、アメリカの法理論史に鑑みると、司法における現実の政治性と法理論に対する中立性の要請との矛盾は、長きにわたってその中心的かつ重要なテーマであったことが想起される。加えて、近年のアメリカでは、法理論と現実の司法過程との乖離をかつて厳しく批判していたリアリズム法学（Legal Realism）の問題意識を受容しつつも、その手法の洗練を試みる新リアリズム法学（New Legal Realism）と呼ばれる動きが進展しつつある。

こうした状況に鑑みれば、わが国において憲法理論を論じるにあたっても、その前提問題として、現実の裁判所における「法」に基づいた内的要因と「政治」的な外的要因を検討することをもはや無視できないであろう。そして、アメリカにおいてリアリズム法学がどのように受け止められ、どのように進展しつつあるのかを検証する作業

もまた、わが国の憲法学において一定の意義を有するものと思われよう。本稿は、以上の問題意識に基づき検討を進めていくことにしたいが、まず最初に、今後の議論を展開するにあたってわが国の議論状況を概観しておきたい。

### （二）わが国におけるこれまでの議論

以前から、わが国においては、憲法理論の性質に関する議論が広汎に展開されてきた。なかでも、各々の解釈論には前提として各自の憲法理論が体系的に存在しているという点を明確に指摘したのは、渡辺康行と早瀬勝明である。まず、渡辺は、ドイツにおける憲法解釈論争の帰結から、憲法解釈を行なう「過程で働く『前理解』を憲法理論という形で明示することが、正当化の過程で重要な『議論』の手がかりとして有意味ではないか」と主張する。(3) 渡辺によれば、各人が自身の憲法解釈論を展開する前提には、その基礎となる憲法理論が存在することは明らかであるとされる。従って、その上で憲法理論に関する議論を深めるためには、それらは明示され、議論の場にさらされる必要がある。(4)

さらに、早瀬は上述の渡辺の議論を踏まえ、憲法理論の役割を自らの憲法解釈を正当化する一般理論であると捉える。(5) 加えて、早瀬は、渡辺と同様に、個人の主観的信念や価値観の違いによって、法解釈及び価値判断の完全な正当化は不可能な状況にあることを認めた上で、各自の憲法理論を互いの間での「議論」を通じて限定的に正当化することを提案する。このように、渡辺と早瀬は、あくまでも現実の司法プロセスとは無関係に純粋な抽象法理としての憲法理論という理解を共有しており、各々の憲法解釈の基礎にある理論レベルでの妥当性を議論を通じてより明確化することを試みているように思われる。

これに対して、武田芳樹は、「憲法理論」が憲法学において論じられるに際して、現実の裁判官が他の政治的ア

クターから受ける影響といった要素が除外されている現況に疑問を呈する。武田は、アメリカの憲法学者であるフリードマンの議論に依拠して、議会や裁判所といった国家機関相互における対話を基軸として、憲法理論を理解すべきとの興味深い主張を行なっている。[6] その上で、武田は、「実証的な研究成果と規範理論を架橋する必要性」を指摘しつつ、その具体的な手段として、司法府と立法府の対話という構想を提示する。[7] ここには、政治過程の一部として裁判所を把握した上で、現実の政治過程において実現可能な憲法理論を志向する姿勢を読み取ることができよう。

### （三）本稿の構成

こうした武田による、政治学における実証研究と憲法学における規範理論を架橋する必要性の指摘は、これまであまり省みられてこなかった視点を憲法学に提示する点で重要な問題提起ではないかと思われる。また、アメリカの法学史を振り返れば、こうした規範理論と実証研究の関連は何度も争点とされてきた。したがって、憲法学の立場から見ても、こうした法理論史を振り返ることが、迂遠であっても実証研究と連関した憲法規範論の可能性を探究する上では不可欠な作業かと思われる。

本稿では、そうした観点から、まず、第一章においてリアリズム法学とそれに対するプロセス法学による批判を検討することで、アメリカ法理論における「法」と「政治」という論点がいかに変遷していったかを概観する。第二章では、近年における興味深い学説上の動向として、リアリズム法学における理論上の難点に対する克服を試みる動きである、新リアリズム法学へと至る過程を見る。最後に、憲法学における新リアリズム法学的アプローチの例として、コーン（Andrew Coan）の議論に着目し、検討を試みたい。

# 第一章　アメリカ法理論における「法」と「政治」の分離

はじめに、本稿における「法」と「政治」という概念について説明しておきたい。ここでは、さしあたり「法」という用語は法規範、判例、及びその解釈上の規範原理となる法原理といった概念を指すものと定義しておく。対して、本稿での「政治」という用語は裁判官の政治選好、信条といった法規範以外の要素を指す。なかでも、とりわけ重要なのは、リアリズム法学以降のアメリカ法理論では、こうした「法」と「政治」という二分法を基軸として議論が展開しているという点である。以下では、まず最初に、リアリズム法学の批判対象である、一九世紀のアメリカ法理論における主流的立場であった分析法学について概観することとしたい。(8)

## 第一節　分析法学

アメリカにおける分析法学の体系化を大きく進展させたのは、ラングデルであると言われている。(9) この分析法学は主に二つの目的を有していた。それは、第一に、法的議論における客観性と非裁量性を証明することであり、第二に、議論における唯一の正解を追求することであった。(10) すなわち、分析法学においては、個々の判決中に含まれる様々な法理は理論上、整理統合され、論理的に一貫した一般原理の体系化が試みられていた。(11)

ラングデルの言説における焦点はそれほど明確ではない。だが、その前提とする研究上のアプローチの原型をあえて一文に集約すれば、「注意深く事例を収集し、公理としての原理を発見し、そうした原理を演繹的な法理によって適用することで、仮説的であれ実際上であれ、研究者はいかなる法学上の論争においても、唯一の正しい帰結のみならず特定の法理を見分けうるのだ」といった主張になる。(12)

加えて、分析法学は、法制度を社会における他要素から自律したものとみなしていた。その結果、科学としての法学においては、法以外の考慮要素は必然的に除外され、政策的な考慮は法領域の外部に存在することとなった。これにより、法理論は、具体的なコンテクストの捨象により、中立的かつ非政治的な一般化が可能になったのである。[13]

## 第二節　リアリズム法学

こうした伝統的な分析法学の手法に公然と異を唱えたのは、いわゆるリアリズム法学である。リアリズム法学は、統一的、体系的な法学運動というよりも、当時の知的な雰囲気の総体とも言うべきある種の知的潮流（intellectual tendency）であった。[14] また、その背景には、二〇世紀初頭からニューディール時代において、判決における裁判官の政策的考慮への疑念が法学において広範に生じていたことが挙げられる。[15] すなわち、当時は、リベラル派と保守派との間で僅差による判決が相次いでいたことで、連邦最高裁判決における政治性が顕在化していたのである。

リアリズム法学は、全体的な傾向として革新主義の立場から、司法判断における理性や道徳性への懐疑を示していた。具体的に、彼らは、法を政治から峻別し裁判における中立性・非政治性を維持しようとする分析法学の態度を、裁判官の主観的判断を隠蔽するものとして、その形式的・演繹的論理を批判したのである。そして、その代わりに、法を真に理解するためには、現実社会においてそれを実際に運用する裁判官の行動に対する記述、説明及び予測こそが研究されるべきであるといった主張を展開した。

リアリズム法学は、まず第一に、法律学にプラグマティズムを応用し、法を論理ではなく、人間生活の観点から把握しようとした。第二に、それまでの概念法学が、概念の操作に重点を置いていたのに対して、裁判所の実際の

行動に重点を置くことで、その三段論法に基づく推論過程そのものを批判した。すなわち、実際の裁判では、概念法学が示すように論理的な推論から決定がなされるのではなく、まず予め直観的な決定が行われた後に理由づけがなされるとの主張を展開したのであった。[16]

以下では、リアリズム法学の基本的見解を、その代表的論者であるホームズ（Oliver Wendel Holmes, Jr.）とルウェリン（Karl N. Llewellyn）の主張から簡単に振り返っておきたい。

ホームズは、リアリズム法学の源流となった考えを初めて打ち出した人物である。[17] 彼は、初めは分析法学的な立場から、法における正義を合理性によって裏付けることを試みていたが、やがて、裁判における法の役割に対する懐疑主義へと転じた。[18] 転向後のホームズが主張するところによれば、判決における裁判官の真の動機づけは政策的及び社会的利益に対する考慮であって、それ以外の自然権的個人主義に基づく良心や道徳といった主観的基準は、必然的に個人の特殊な判断に堕するに過ぎないとされていた。[19]

もっとも、このように一見掴みどころのないように思えるホームズの法思想は、裁判官の「直観（intuition）」による法創造の余地を認めつつも、その背後において、法律家として確立した思考習慣に基づいた判断の連続性を見出したものとも捉えられよう。この点、「法の生命は論理ではなく、経験であった」という彼の有名な警句は、[20] 法における論理的発展と実際的経験の両方を重視すべきとの立場を集約している。結局のところ、ホームズはプラグマティズムの帰結主義に基づいて、経験と論理、実際の必要性と歴史的発展過程といった矛盾する要素の調和を志向していたのである。[21]

これに対して、ルウェリンは、裁判官による現実における法創造の側面を純化させた。彼もまた、「ルール懐疑主義（rule-skepticism）」という自らの立場に基づき、司法過程における法準則の役割を疑問視した。[22] この立場に

よると、たしかに裁判官の裁量が、ロー・スクール等における法学教育や様式化された法的推論による文化的及び制度的要因によって法制度上制約されていることは必ずしも否定しえないが、リアリズム以前の法学は判決の推論過程におけるルールの役割を過大に評価しすぎている。すなわち、裁判官を一定程度拘束する「文書上の法理（paper rule）」は無意味ではないが、実際の裁判官は「現実の法理（real rule）」に従って行動している。むしろ、ここでの文書上の法理とは、そうした現実における原理によって決定がなされた後に、先例や法規範に合致する形で推論過程を正当化するのである。言い換えれば、一般的に司法過程において、事案における事実認定が行われた後に、それに基づいて法準則が適用される場面を想定した場合には、裁判官は、厳密な論理操作によって、自らが妥当と考える結論に合わせて法規範を柔軟に処理することが可能となるのである。ここから、ルウェリンは、要件事実に即して裁判所の行動を正確に予測することは可能としつつも、法規や先例は司法判断の決定的要因ではないとして[23]、法学研究の有用性は、こうした司法判断過程における法理以外の政治的な何らかの他の意図の探究にあるとの主張を展開した[24]。

しかしながら、リアリズム法学は、第二次大戦後において、大戦中に拡大したファシズムなどの全体主義と通じる、民主主義と法の支配を浸食する考えとして批判され、その学説的影響力を著しく低下させることになった[25]。

## 第三節　プロセス法学とその系譜

リアリズム法学に代わってアメリカ法学の中心的立場になったのが、プロセス法学（Legal Process）であった。アメリカにおけるプロセス法学の中心命題は、いかにして非政治的（apolitical）な原理に基づいて裁判官の判断を基礎づけるかという点にある[26]。本節では、こうしたプロセス法学の流れを汲む論者として、ハートとサックス

(Henry M. Hart & Albert Sacks) 及びドウォーキンをとりあげたい。[27]

プロセス法学という名称を初めて用いたのは、ハートとサックスであると言われている。その主張の要点は、第一に、裁判官による法創造というリアリズム法学の基本認識を受容しつつ、第二に、判決形成において裁判官を拘束しうる法理を模索しようという点にあった。[28] 彼らは、ラングデルらが主張していた形式的法理によっては、裁判官の裁量を排除できないとのリアリズム法学による批判を受容する。[29] もっとも、プロセス法学はリアリズム法学とは異なり、アメリカの法文化における中核的要素としての制度上の手続を通じて裁判における裁量的要素の制約を試みていた。[30]

ここで、彼らの主張と従来の法学との考え方の対比を試みたい。リアリズム以前の伝統的法学においては、機械的・形式的司法観、すなわち、裁判官は制定法や判例を事案に機械的に適用するとの前提に立っていた。しかし、プロセス法学では、法準則の基底に法を正当化しうる「原理」が存在すると想定する。[31] その上で、法共同体の技能として法準則を一貫させる「原理」に対する知見を要求した。そこでの法準則の効力や説得力は、こうした「原理」に基づく説明による一貫性によって判断されることとなった。

彼らが、法創造批判への具体的な応答として提示するのは、裁判官の法創造を長きにわたって成熟したコモン・ロー上の責務に基づく行為として正当化する試みである。プロセス法学の立場からすれば、既存のルールを新しい文脈に拡張するという点において、法創造は司法における本質的な役割である。すなわち、裁判所が直面する実際の事例のほとんどは、適用しうる制定法が存在しない争点であって、それらを解決するための知見については、裁判官は法準則の背景にある「原理」から獲得せざるを得ない。[32] もっとも、プロセス法学は、「理由づけ (reason)」に基づいた判決こそが最高裁に求められた役割として、司法判断に対する制度的制約を強調していたが、[33] そうした

法創造を制約する「原理」の妥当性についての具体的な論証は不十分であった。[34]

これに対して、ドゥォーキンはこうした「原理（principle）」及びそれを構成する「法理」と「政策」の定義に関して、プロセス法学の残した課題を洗練させた。[35] まず、前提として、ドゥォーキンは、自らの構築した法理論に基づき、明確な一貫性を備えた最も妥当な解決をあらゆる事例に対して示しうる、理想としての「超人的な技能、学習力、洞察力を兼ね備えた法律家」として、哲人裁判官ハーキュリーズ（Hercules）を想定する。[36]

そして、このハーキュリーズによる「正答テーゼ（the right answer thesis）」に基づき、制定法の条文に対する機械的解釈から判断し得ない微妙な事案である「難事例（hard case）」に対して、第一に「適応化（fit）」のテストと、そして、第二に「正当化（justify）」のテストという二段階の審査によって、「法理」に基づく判断かどうかを峻別することを試みている。[37] まず、第一の「適応化」テストの段階においては、既存の制定法及び判例に含意される法的な「法理」に合致しているかについての検討が行われる。続いて、第二の「正当化」テストの段階においては、判断が共同体における道徳的観点から最も正当化されうるものかが問われる。ドゥォーキンによれば、両テストの基準をクリアした判断だけが、全ての法的論点における唯一の「正答」になるとされる。[38]

ここから、法的・政治的責任の一貫性として裁判官に要求されるのは、「法における純一性（integrity in law）」という概念に基づく道徳意識である。そこでは社会全体の利益よりも、各人に対する「平等な尊重と配慮」が優先され、そうした理念を裏付ける物語としての「法」という全体的な整合性が要求される。[39]

また、ドゥォーキンは、裁判官の判断が「法理」のみならず、自らの政治的選好に基づく「政策」に基づいたとしても、「原理」によって修正される場合があるとする。すなわち、「法理」と同程度にまで理論的に一貫した「原理」としての範囲内であれば、政治的動機及び法理に基づく判断がたとえ混在していても認められうるのである。[40]

### 第四節　法学と政治学の分離

ウェルマンは、ドゥォーキンが一九七〇年代から八〇年代までにおける法理論上の論争における中心に位置づけられたことで、七〇年代以降におけるアメリカ法学の方向性がある程度決定づけられたと指摘する。[41] 彼によれば、ドゥォーキンは、現実の裁判所に対する認識とドグマとしての法理論とを分離することで、[42] リアリズム法学からの司法判断における政治性批判に対して裁判官の法創造を何らかの形で正当化する、というプロセス法学が当初持っていた観点を喪失させた。また、法学において衰退したリアリズム的な視点は、政治学における実証研究に引き継がれたが、[43] そこでの研究成果は、法学においてはほとんど無視されることになった。[44]

## 第二章　憲法理論における「法」と「政治」の統合

### 第一節　最高裁と学説の距離

一九七〇年代中頃以降のアメリカにおいて、法学研究と裁判所の判決との間の乖離は、とりわけより深刻なものとなっていった。このことを如実に表すのは、マックリントック（Michael D. McClintock）による研究である。彼は、一九七五年、一九八五年及び一九九五年の各年度から一年間にわたって、全米のロー・スクール四〇校におけるロー・レヴューに対する裁判所の引用回数を調査した。その調査によれば、連邦最高裁及び州最高裁におけるそれらロー・レヴューの引用数は、一九七五年から九五年の約二〇年間において、約四七％にもわたって低下していた。[45]

むろん、判決における引用数の低下と、裁判官をはじめとする法曹に対する法学研究の影響力の低下とを安直に結びつけるのは早計に過ぎよう。だが、ここから少なくとも、ウォーレン・コート期における学説と判例の緊密な

関係からの変容を如実に見ることはできる。すなわち、アメリカの法学研究は以前よりも実務との関連性を低下させつつあるとの指摘からすれば、こうした引用数の低下はその説得的な証拠となりうるであろう。[46] 実際に、連邦最高裁が重要な憲法判断を下す中で、多くの事件と関連し競合する憲法理論研究が平然と無視されることも多くあったのである。[47]

他方で、これまで最高裁に全面的に受容された憲法解釈理論は何ら存在していないにも関わらず、新たな憲法理論はそうした状況をほとんど無視して展開され続けてきた。また、当時のアメリカ法学界においても、この頃から、論文執筆に際して、司法府あるいは立法府に対して法を方向づけ、あるいは法の変革への影響を与えることへの期待は黙示的にすら示されなくなってきたのである。[48]

## 第二節　新リアリズム法学の展開

### （一）リアリズム法学に対する反省

注目すべきことに、近年においては、新リアリズム法学と称される法学運動によって、リアリズム法学における事実認識が再評価され始めている。[49] その背景として指摘されるのは、第一に、司法判断における実証主義に基づいた「法」と「政治」の区分に対する再認識の必要性である。というのも、リアリズム法学の問題意識を引き継いだ司法政治学は、裁判所に対する外部からの政治的圧力を誇張し、裁判所による比較的独立した制度上の行動可能性を無視する傾向という難点を有していたからである。[50]

しかし、こうした司法政治学における想定自体もまた非現実的であった。例えば、女性の妊娠中絶権を認めたロー判決[51]の中核部分を先例拘束性の法理に基づいて維持すべきかどうかが争われたケーシー判決では、保守派とリ

ベラル派といった党派性を超えて両者の間で広範な合意に至った[52]のであり、こうした最高裁の判断は近年でもかなり見られることからも、連邦最高裁の判決傾向を裁判官の党派性のみによって説明するのは困難であろう[53]。

また、第二の背景と考えられるのは、リアリズム法学に対する反省の必要性である。これも、具体的には、背景的思想に対する反省と研究上のアプローチに関する批判との二つに分けることができる。まず、リアリズム法学は、その思想的背景における法的ニヒリズム傾向によって、司法判断における法的要素は全て政治に還元しうると過剰に誇張していた。この点、新リアリズム法学は、裁判の決定要素として法的要因と政治的要因が同時に存在することを認めつつ、法に対する政治への還元主義も、政治に対する法へのそれも共に否定している。

さらに、第三の背景として、リアリズム法学は、自らが繰り返し主張していた科学的手法へのコミットに対しても終始不完全な態度を示し続けていたことが挙げられる。実際に、彼らは、社会科学としての法学という自らのスローガンにのっとり、しばしば実証研究に対するコミットを口にしていた。だが、当時の研究状況においては、時間的及び費用上の問題から今日では一般的な統計などの研究手法が利用できなかったために、それらは修辞的な枕言葉にすぎなかった[54]。この点に関しても、新リアリズム法学では、統計学をはじめとした実証科学の進歩によって、ほとんどの論者が実際に実証主義的手法にコミットしている点が特徴的である[55]。

### （二）新リアリズム法学の意義

新リアリズム法学は、リアリズム法学と同様に様々な学派からなる運動体である。本節では、ノースとシャファーの説明に即して、新リアリズム法学の全体像を把握することを試みたい。ノースとシャファーの分類によれば、新リアリズム法学の立場に立つ研究は、大まかに以下の四つに分類される[56]。以下では、この類型に基づいて、それぞれの立場に対する説明を試みたい。

まず、第一の立場として挙げられるのは態度主義（Attitudinalist）である。[57] 態度主義は、政治学の中心的アプローチである態度モデルに依拠し、司法判断における主要な決定要素が、結局のところ裁判官自身の価値観に集約されると想定する。したがって、この立場によれば、裁判官の司法判断において、①法テクスト及び法理の存在は重要視されないこと、及び②大統領府及び連邦議会といった外部の政治機関から最高裁は圧力を受けないことが想定される。すなわち、態度主義においては、法テクスト、判例、起草者意思といった法的要因は、最高裁判決には実質的に全く影響を与えないとされ、裁判官はあくまで自らの政治選好あるいはイデオロギーに基づいて判断を行なうと仮定されるのである。

第二に示されるのは、行動主義（Behaviorist）である。これは、裁判官の司法判断を行動経済学に基づく戦略モデルに基づき検証する立場である。この立場においても、裁判官の判断過程における考慮要素としての先例拘束性や法理に基づくコミット、及び外部からの影響の存在は排除されている。だが、行動主義では、第一の態度主義的要素に加えて、他の裁判官との妥協的譲歩の可能性や協調による戦略的行動などの余地が認められうる。

行動主義に基づく研究としては、マイルズとサンスティンが挙げられる。[58] 彼らによれば、連邦控訴裁判所の判決における同僚裁判官からの影響に注目すると、判事に対する指名大統領の所属政党と、同僚の判事の指名大統領のそれとの間に明らかな相関関係が見出される。例えば、一九九六年から二〇〇六年の開廷期において、共和党指名の裁判官がリベラルな立法を支持する割合は、同僚裁判官が二人とも共和党である場合は四九・六％であるが、民主党が二人の場合は六四・六％になる。他方で、民主党指名の裁判官についても、同僚が二人とも共和党の場合は六四・〇％だが、二人とも民主党の場合はその割合は七八・三％となる。[59] このように、自身と同じ政党の大統領によって指名された同僚が多い場合は、中絶や死刑といった個人の信条に深く関わる領域を除いては、自らのイデオ

ロギー傾向が助長され（ideological amplification）、その数が少ない場合には逆にイデオロギーに基づく投票が抑制される（ideological dampening）傾向が示されるのである。

さらに、第三に挙げられるのは、制度主義（Institutionalist）である。[60] 制度主義が重視するのは、どの制度が最も望ましいかに関する選択の問題である。そこから、制度主義は、従来の裁判所を中心とした研究から、政治過程全体の制度的な力学に焦点を当てる。すなわち、連邦最高裁の司法判断は、他機関との相互的影響に基づく制度上の作用において捉えられるべきであり、裁判官が自らの政治選好に加えて、政治制度上の外的環境からも影響を受けている点が重視される。ここから、従来の裁判所を中心とした権利に重点を置く研究姿勢から、プラグマティックな意味で制度上の経験を含んだ問題解決型の姿勢への志向を見ることができる。

そして、最後に提示されるのは、文脈主義（Contextualist）である。この立場に立つ論者は、政治社会学的なアプローチに基づき、法と社会の相互的関係を究明した上で、組織が法をいかに受容するかという観点から研究を進める。また、文脈主義は、リアリズム法学において軽視された規範理論研究の意義についても認めるものの、制度上の権力作用に対する理解なくしてはそうした研究は不十分なものになるとの理解を示している。

特に文脈主義のアプローチにおいて重視されるのが、「重複的評価（double accounts）」という考え方である。これは、司法判断過程における動機を解明する際において、法的要因と政治的要因が同時に生じている事実を異なる制度上の文脈において相互に解明する試みである。[61] また、そこでの法の役割とは、政治的動機づけに基づく恣意的な意思決定を制約し、理由づけられた正当化を要求するものとして位置づけられる。したがって、こうした「重複的評価」の立場においては、法学と政治学を架橋する媒介理論の発展が研究上の主目的とされる。

たしかに、裁判官の判断が法文及び判例法理ではなく、主に、個人の政治的イデオロギーや党派的アイデンティ

ティに基づいているとする態度主義の考え方は、法学研究の土台を掘り崩しかねない。だが、司法政治学の研究成果が法学研究の中心的な論拠に関わる以上、法学における理論上の前提からみて理解困難であるからという理由からこれを無視すべきではなく、こうした知見は法学研究に組み入れられるべきであろう。[62]

加えて、文脈主義の立場に立つクロスによれば、今日の法学研究における支配的見解は、厳密な古典的法モデルの重要な特性をいまだに受け継いでいる。問題なのは、多くの法学研究者が、そうした法理論上の思考枠組みを実際の司法過程に対する見方に反映させてしまっているために、実証研究を適切に評価できていない点にある。むしろ、法学と政治学のモデルをそれぞれ比較することは、両者の守備範囲（dimensions）を理解する重要な手がかりとなる。

クロスは、法が裁判官を縛る縄のような存在と想定した上で、裁判官を法で拘束したいのであれば、実際の結論に対して有形的な影響を示しうる実証研究アプローチに対する理解が必要不可欠であると述べる。[63] すなわち、司法過程の現実的な判断過程に踏み込んだ上で、それに即応した法理論を将来的に構築する方向が志向されるのである。

### （三）検討

ノースらによれば、新リアリズム法学におけるアプローチは以上の四つに分類される。このうち、態度主義と行動主義に基づくアプローチは、いわゆる司法政治学における態度モデルと合理的戦略モデルにそれぞれ対応している。[64] ノースらもまた、これらのアプローチは、概して法学以外の他分野に対する強い依存傾向を示すがゆえに、司法判断における法理の役割を無視する立場であると批判している。そして、新リアリズム法学における望ましい研究手法として、制度主義と文脈主義を支持するのである。[65]

また、近年におけるアメリカ憲法学の領域においても、後者の文脈主義に基づくアプローチを受容した研究が示

されつつある。そこで以下では、こうした文脈主義の議論に着目して、同アプローチに基づく憲法研究を検討することとしたい。

## 第三節　憲法理論研究における新リアリズム法学的アプローチ

本節では、ウィスコンシン大学におけるノースらの同僚であり、新リアリズム法学にもコミットしているとされる憲法学者コーンの議論を検討する。まず、コーンも、クロスらと同様に、憲法理論への制約を考える上で、司法の独立を考慮することは避けられないとの認識を示す。その際に、司法の独立領域を画定するに当っては、政治的圧力に加えて、司法における「制限された受容能力（limited capacity）」を検討する必要があるとする。[66] ここでの「制限された受容能力」とは、主に最高裁が訴訟を処理するに当って、職業上の最低水準を維持するために、最高裁が本格的（full-dress）に判断する事件数が年間一五〇件から二〇〇件程度までに限定されていることを示す。

具体的には、裁判所が訴訟件数を増加させる場合には、実定法規を原告に親和的に解釈する、あるいは原告適格要件を緩和するなどの措置がとられる。他方で、減少させる場合には、原告に厳しく解釈することで訴えの認容判決に対する期待値を減少させる、あるいは、より範疇化された（categorical）基準を用いることで、下級審における判断の非一貫性を減少させ和解を促すとされる。[67]

コーンは、厳格に範疇化された基準によって政治過程に対する敬譲への圧力が裁判所に課される典型領域として、合衆国憲法第一条八節三項における、いわゆる通商条項（commerce clause）に関わる裁判例を取り上げる。従来、連邦議会による州際通商に対する規制権限は、ニューディール期以降は広範に認められてきたが、レーンキスト・コート以降は次第に限定的に解されるようになった。

まず、その先駆けとなったロペス判決では、最高裁は、学校周辺での包括的な銃規制は連邦の権限を超えており、また州際通商に実質的に影響を与えるものではないとして違憲判断を下した[68]。また、モリソン判決では性別に基づく暴力に対する救済を規定した連邦法を通商条項の下で違憲と判断する際に、ロペス判決を再確認し、さらに踏み込んで、非経済的活動に対する法規制は実質上それだけで無効となると判示している[69]。さらに、続くゴンザレス判決では、連邦政府の司法長官が、オレゴン州における尊厳死法に対して薬物使用の規制に関する連邦法が規定する正当な医療行為に該当しないとする解釈指針を提示した事案において、経済活動とみなされる領域をより狭めることで、予測しうる訴訟の増加を抑制する意図が見られた[70]。これらの判断において、経済活動と非経済活動の区別という範疇化による区別が理由付けに用いられたことに対して、コーンは、司法の受容能力に対する最高裁の懸念を強く示唆するものであるとする。

こうした司法の受容能力モデルも、他の多くの記述モデルと同様に規範的分析に対して示唆を与える。すなわち、この司法の受容能力は、①最高裁に対して機能上は擁護し得ないような政府の活動を必然的に支持させうる敬譲的かつ範疇化された基準、あるいは②最高裁に対して機能上は擁護しうるような政府の活動を違憲無効へと必然的になしうる別の範疇化された基準を解釈論上の選択肢として提示しうるからである[71]。

加えて、コーンは、憲法理論を主張する前提として、「法」と「政治」を実証分析する必要性を強調する。彼は、「人民立憲主義（Popular Constitutionalism）」に基づく憲法理論、すなわち、政治プロセスによる憲法理念の実現を称揚する憲法理論を一定程度は評価しつつも、その司法政治学の実証研究に対する姿勢を批判する[72]。コーンによれば、人民立憲主義の立場に立つ論者は、連邦最高裁における、職業法曹としての義務への動機づけや責任感から、相対的に自律した伝統を維持することへのコミットの可能性を無視しており、彼らはそもそも実証研究に対する関

心に乏しいか、[73]あるいは自説を補強しうるような主張を恣意的に選択してきたとされる。[74]

他方で、コーンが同時に問題視するのは、いわゆる人民立憲主義が批判してきたエリート主義、すなわち連邦最高裁の司法審査による変革を支持する論者達も、連邦最高裁に対する独善的な見解を支持してきた点である。いわば、彼らもまた、大衆の無知を例証する意図から、現代のアメリカの有権者の実像ではなく、ジム・クロウ法（Jim Crow Laws）による人種差別や、第二次大戦中における日系人への強制収容政策などの連邦議会による過去の過ちを引き合いに出すことで、陳腐な歴史的教訓に基づいて自らの経験上の直観を裏付けているにすぎない、と指摘するのである。[75]

ここから、コーンは、「憲法上の問題を、通常の政治過程を通じて解決することを求める民主的主張〔＝人民立憲主義〕の妥当性は、大部分が裁判所と比べてその想定する『説明責任における優越性（accountability advantage）』がどれほどであるかに左右される」として、憲法理念の実現にとって裁判所と立法府又は行政府等の政治アクターのどちらが期待しうる存在であるかを実証的に評価すべきとする。[76]もっとも、こうした評価を適切に行う上では、実証研究による裁判所における組織的要因や制約を明らかにすることが重要であり、現実に裁判官がどの程度「中立的に」判断しうるかを解明することなくしては、規範理論をめぐる「議論」自体が不毛なままに終わることも指摘されよう。

## おわりに

これまでの検討によれば、アメリカにおける法理論史の現場で問われてきたのは、現実の司法過程における政治的動機と法的動機の相剋に関する事象であった。なかでも、これまで見てきたように法学運動としての新リアリズ

ム法学は、アメリカにおける法学上の論争から半ば放擲された主題を再び俎上に載せんとする試みとして今後の進展が期待される。ここから、憲法学においても、それらの司法判断における両方の動機づけが相互にいかに機能しているかを実証的に分析した上で、それに基づいた規範理論を提示することが課題とされよう。とりわけ、前述のコーンによる議論は、司法審査に期待しうる領域とそうでない領域を実証的に区分する必要を指摘する点において、司法審査理論と人民立憲主義の理論的統合への可能性を示唆する上で注目に値しうる議論かと思われる。

ここで最後に、本稿におけるこれまでの検討から、わが国の憲法理論に関する議論へのささやかな示唆を提示したい。樋口陽一は、日本国憲法体制下におけるあるべき司法のかたちとして、裁判所が政治機関と独立した特権集団として自立した「コオルとしての司法」論を唱える。[77] しかし、本稿での議論を踏まえれば、こうした議論の前提としてまず問われるべきは、裁判所がどの程度の範囲において憲法理論に基づいて判断しうる可能性があるかを実証研究によって画定する必要であろう。具体的に言いかえれば、裁判所が法理に基づいて判断を下す領域については、司法審査理論に期待しうる領域として、従来の通り望ましい司法審査理論を議論すべきであるが、他方で、司法審査に期待しえない政治的動機づけが働く領域においては、人民立憲主義が提起するように、政治過程を通じた憲法理論の在り方を追求すべきという視座が憲法理論を構築する上でも必要なのではないだろうか。

実際に、近年の司法政治学における実証研究では、裁判官の法理に対するコミットを統計的に計量化する興味深い試みがなされている。[78] 本稿では、紙幅の関係からこうした議論に言及できなかったが、これについては今後の課題としたい。

（1）例えば、長谷部恭男は、ドウォーキン（Ronald Dworkin）の切り札としての権利論に依拠した上で自身の解釈論を展開している。参照、長谷部恭男『憲法（第五版）』一〇八―一一一頁（新世社、二〇一一年）。同様に、松井茂記もイ

リィ（John Hart Ely）のプロセス理論に立脚した上で、日本国憲法を理解することを試みる。松井茂記『日本国憲法（第三版）』三九―四五頁（有斐閣、二〇〇七年）参照。

（2） 田中英夫『実定法学入門（第三版）』二二五頁（東京大学出版会、一九七四年）。

（3） 渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話（一）」国家一〇三巻一・二号一頁（一九九〇年）。

（4） 渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話・補遺」法時七四巻三号一〇五頁（二〇〇二年）。

（5） 早瀬勝明『憲法13条解釈をどうやって客観化するか』五五―六四頁（大学教育出版、二〇一一年）、同「『憲法理論』の一般的意義」阪法五二巻六号二〇七頁（二〇〇三年）。

（6） 武田芳樹「反多数決主義の難点を超えて（一）・（二）」早研一二五号二三一頁、同一二七号七五頁（二〇〇八年）。また、武田が依拠するフリードマンも、法学における規範理論は、一般的にその解釈主体が誰であるかという点について無関心である点を指摘する。See also, Barry Friedman, *The Politics of Judicial Review*, 84 Texas L. Rev. 257, 257-59 (2005).

（7） 武田・前掲註（6）（二）八九―九〇頁。

（8） リアリズム法学とプロセス法学に関する憲法学からの検討として、常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス」北大法学論集三一巻二号三〇一頁（一九八〇年）。また、法思想史における両者の意義を踏まえた詳細な検討として、中山竜一『二十世紀の法思想』四二頁以下（岩波書店、二〇〇〇年）参照。

（9） See, Christopher C. Langdell, A Selection of Cases on the Law of Contracts, vi-vii (Little, Brown & Co., 1871).

（10） See, Morton J. Horwitz, The Transformation of American Law 1870-1960, 16-18 (Oxford U. Pr., 1992)［樋口範雄訳『現代アメリカ法の歴史』一七―一九頁（弘文堂、一九九七年）］.

（11） See, Bruce A. Kimball, The Inception of Modern Professional Education: C. C. Langdell, 1826-1906, 349-51 (University of North Carolina Pr., 2009). ラングデルのこうした思想的側面については、早川武夫『アメリカ法学の展開』八頁以下（一粒社、一九七五年）参照。

（12） Kimball, *supra* note 11, at 108-17.

（13） ラングデル主義法学においては、研究成果の公表を通じて法曹に忠告することによって、法制度や法実践に直接参加するという共通理解が当時既に存在していた。それは主に二つの理由による。第一に、彼らの研究は実務法曹の共同体を

読者に想定していたことである。当時の法学教授は、より厳密かつ洗練された解釈論を示すことで、職業集団としての法律家に対して、実践的に貢献し彼らの仕事に助力する責務を果たすと考えていた。第二に、実際の講義において用いられた判例集の事案が研究にも転用されたことで、自らの研究執筆上の技術が、実務家のそれと遜色ないものであると当時の多くの研究者が見なしていたことである。以上の点につき、See, Stephen M. Feldman, *The Transformation of an Academic Discipline: Law Professors in the Past and Future*, 54 J. LEGAL EDUC. 471, 472-73 (2004).

(14) See, NEIL DUXBURY, PATTERN OF AMERICAN JURISPRUDENCE, 69 (Oxford U. Pr., 1995). こうした「法と政治の峻別を当然の前提としつつ、一般的・抽象的な法原則から、具体の事件に妥当する明確な結論を価値中立的に引き出すことができる」とする伝統的かつ古典的な法学メソッドに対して、第一次大戦後に勃興した革新主義的立場からの批判が頂点に達したのがリアリズム法学であった。この点に関しては、大内孝『アメリカ法制史研究序説』三七五頁以下（創文社、二〇〇八年）参照。

(15) 早川・前掲註(11)二二―二三頁。

(16) 岡嵜修「リアリズム法学の出現とその背景」明大院一八号二九頁以下（一九八一年）。

(17) See, OLIVER WENDEL HOLMES, JR, THE COMMON LAW, 115-20 (M. Howe ed., Harvard U. Pr., 1963).

(18) HORWITZ, *supra* note 10, at 126-28［邦訳一五九―六〇頁］.

(19) See, HOLMES, *supra* note 17, at 302-03,

(20) See, Oliver Wendel Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 462-78 (1897).

(21) このようなホームズ法思想の一貫性を丹念に記述する試みとして、金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム』一五八―一八九頁（風行社、二〇〇六年）。

(22) See, Karl N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence*, 30 COLUM. L. REV. 431, 438-40 (1930). また、田中英夫「アメリカ法学」碧海純一ほか編『法学史』二七九頁以下（東京大学出版会、一九七六年）参照。

(23) See, Karl N. Llewellyn, *Some Realism About Realism*, 44 HARV. L. REV. 1222, 1236-37 (1931).

(24) 対して、フランク（Jerome M. Frank）は、ルウェリンが最高裁における法律審にのみ注目している点を批判し、むしろ、裁判官の裁量は下級審における事実認定の段階で多く用いられることを指摘した。彼は、判決における真の決定的

要因が、裁判官の人格、感情、行動にあるとして、「事実懐疑主義（fact-skepticism）」の立場から、主に二つの主張を試みた。第一の主張は、事実認定自体も裁判官によって左右されうること、第二のそれは、裁判官は自らの「勘（hunch）」によって得た結論を判決理由によって正当化しうることである。See, Jerome M. Frank, Law and The Modern Mind, 35-43 (Brentano's, 1930)［棚瀬孝雄ほか訳『法と現代精神』七五―八五頁（弘文堂、一九七四年）］.

(25) See, Stephen M. Feldman, *The Rule of Law or the Rule of Politics?: Harmonizing the Internal and External Views of Supreme Court Decision Making*, 30 Law & Soc. Inquiry 89, 90 (2005).

(26) Duxbury, *supra* note 14, at 3-5.

(27) ウェルマン（Vincent A. Wellman）はハートらプロセス法学とドゥォーキンとの共通点を指摘する。それは、第一に、両者が、司法判断過程において裁判官が従うべき規範上の責務を「法理（principle）」と「政策（policy）」に関する議論としていた点であり、第二に、裁判官による法創造の正当化に際して、一種の自然法的な思考を想定していたことである。本節では、彼の見解にのっとり、便宜上これらをまとめて検討することにしたい。See, Vincent A. Wellman, *Dworkin and the Legal Process Tradition: The Legacy of Hart & Sacks*, 29 Ariz. L. Rev. 413, 417-23 (1987).

(28) See, Henry M. Hart, *Holmes' Positivism- An Addendum*, 64 Harv. L. Rev. 929, 932-35 (1951).

(29) Horwitz, *supra* note 10, at 253-55［邦訳三三一―三三三頁］. また、この点につき常本・前掲註(8)三三四頁以下も参照。

(30) Duxbury, *supra* note 14, at 298.

(31) Wellman, *supra* note 27, at 430-31.

(32) See, Henry M. Hart & Albert Sacks, The Legal Process: Basic Problem in the Making and Application of Law, 366-68 (Tentative Edition, 1958).

(33) プロセス法学の思考は、憲法学においては、ウェクスラーによる法を政治と区別しうる「中立的原理（neutral principle）」をめぐる論争へと展開した。ウェクスラーは、学校区における人種別学の違憲性をめぐる判決であるブラウン判決（Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954)）に対して「結社及び社交の自由（freedom to associate）」から導かれる「中立的原理」に基づいてその正当性を疑問視した。See, Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of*

*Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1, 15-17 (1960) ; Thomas E. Baker, *Constitutional Theory in a Nutshell*, 13 WM. & MARY BILL RTS. J. 57, 68-69 (2005). また、この点につき、小谷野勝巳「司法過程における『中立性の原理』」拓論四六・四七号二九七頁（一九六五年）も参照。

(34) Baker, *supra* note 33, at 101. プロセス法学もまた、自らを法曹における職業上のスキルを厳密化するのみならず、最高裁判事に対する助言者として法制度において重要な役割を果たす存在と想定していた。See Feldman, *supra* note 13, at 485-86.

(35) See, RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, 22-28 (Harvard U. Pr., 1977)［木下毅ほか訳『権利論』一四―二三頁（木鐸社、二〇〇三年）］.

(36) See, RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE, 239-54 (Hart Publishing, 1986)［小林公訳『法の帝国』三七三―三九四頁（未来社、一九九五年）］.

(37) DWORKIN, *supra* note 35, at 31-39［邦訳二七-三八頁］.

(38) See, RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE, 11-21 (Harvard U. Pr., 1985)［森村進ほか訳『原理の問題』一四―二二頁（岩波書店、二〇一二年）］.

(39) Id. at 23-28［邦訳三〇―三六頁］.

(40) DWORKIN, *supra* note 35, at 86-88［邦訳一〇四-一〇八頁］.

(41) Wellman, *supra* note 27, at 413-14.

(42) ベイカーは、ドウォーキンが法理論と切り離された実際の最高裁における変革の手段として、法解釈共同体の一員として適切な人物か否かを連邦議会上院での公聴会において調査することで、より「原理」に基づく裁判官による構成へと最高裁を編成させうるとの主張を展開していたと指摘する。See, Baker, *supra* note 33, at 91-92.

(43) 司法行動論の先駆けとなったのは一九四八年のプリチェットによる研究である。彼は、連邦最高裁における全員一致以外の判決に関して、各判事をイデオロギー毎のブロックに分割した上で分析し、その中の多くの判決がリベラル派と保守派の見解対立によって説明できると結論づけた。See, C. HERMAN PRITCHETT, THE ROOSEVELT COURT (The Macmillan Co., 1948). また、大沢秀介「横田喜三郎コートにおける最高裁判所裁判官の司法行動」法研五一巻一号四〇頁（一九七

八年）参照。

(44) 他方で、リアリズム法学が提起した裁判における政治性という問題意識は、批判法学（Critical Legal Studies）によって、先鋭化された形で継承された。参照、松井茂記「批判的法学研究の意義と課題」アメリカ法［1987-1］一頁（一九八七年）。See also, MARK KELMAN, A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES (Harvard U. Pr., 1987).

(45) See, Michael D. McClintock, *The Declining Use of Legal Scholarship by Courts : An Empirical Study*, 51 OKLA. L. REV. 659, 684 (1998).

(46) Id. at 660-66. もっとも、裁判官が自らの判断を裏付けるために論文を恣意的に引用していた可能性についても同時に言及されている。

(47) See, Stephen M. Griffin, *What Is Constitutional Theory?: The Never Theory and the Decline of the Learned Tradition*, 62 S. CAL. L. REV. 493, 493-95 (1989).

(48) Feldman, *supra* note 13, at 488-89.

(49) See, Frank B. Cross, *Political Science and the New Legal Realism*, 92 NW. U. L. REV. 251, 252-54 (1997). その他、新リアリズム法学に関する一連の議論については、See also, Daniel A. Farber, *Toward a New Legal Realism*, 68 U. CHI. L. REV. 279 (2001); Arthur F. McEvoy, *A New Realism for Legal Studies*, 2005 WIS. L. REV. 433; Stewart Macaulay, *Contracts, New Legal Realism, and Improving the Navigation of the Yellow Submarine*, 80 TUL. L. REV. 1161 (2006). また、行政法学における新リアリズム法学の詳細な検討として、正木宏長「ニューリーガルリアリズムとアメリカ行政法」立命三四一号四八頁（二〇一二年）参照。本稿は同論文に多くの示唆を得ていることをここでお断りしておく。

(50) See, Thomas M. Keck, *Party Politics or Judicial Independence?: The Regime Politics Literature Hits the Law Schools*, 32 Law & Soc. Inquiry 511, 513 (2007).

(51) Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973).

(52) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U. S. 833, 854-69 (1992).

(53) See, Victoria Nourse & Gregory Shaffer, *Varieties of New Legal Realism : Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?*, 95 CORNELL L. REV. 61,123 (2010).

(54) See, Stewart Macaulay, *The New versus the Old Legal Realism*, 2005 WIS. L. REV. 365, 376［山口裕博訳「新リーガルリアリズム対旧リーガルリアリズム（一）」桐蔭一三巻一号六五頁（二〇〇六年）］.

(55) Nourse & Shaffer, *supra* note 53, at 92.

(56) Id. at 76-93.

(57) See generally, JEFFERY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED (Cambridge U. Pr., 1993).

(58) Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, *The New Legal Realism*, 75 U. CHI. L. REV. 831 (2008).

(59) Id. at 835-39.

(60) See generally, NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY (Chicago U. Pr., 1994).

(61) Nourse & Shaffer, *supra* note 53, at 124.

(62) Cross, *supra* note 49, at 253-54.

(63) Id. at 326.

(64) 司法政治学における合理的戦略モデルについては、さしあたり、See, LEE EPSTEIN & JACK KNIGHT, THE CHOICES JUSTICES MAKE (CQ Pr., 1997). また、これらの分類については、See also, Feldman, *supra* note 25, at 91-93.

(65) Nourse & Shaffer, *supra* note 53, at 126.

(66) Andrew B. Coan, *Judicial Capacity and the Substance of Constitutional Law*, 122 YALE L. J. 422 (2012).

(67) Id. at 427-35.

(68) United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995).

(69) United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000).

(70) Gonzales v. Oregon, 546 U.S. 243 (2006).

(71) Coan, *supra* note 66, at 443-46.

(72) See, Andrew Coan, *Toward a Reality-based Constitutional Theory*, 89 WASH. U. L. REV. 273 (2012). アメリカにおけ

る人民立憲主義の全体像については、See Doni Gerwirtzman, *Glory Days : Popular Constitutionalism, Nostalgia and the True Nature of Constitutional Culture*, 93 Geo. L. J. 897, 898-99 (2005).

(73) ここでの批判の対象については、See, Larry D. Kramer, The People Themselves : Popular Constitutionalism and Judicial Review, 244-46 (Oxford U. Pr., 2004).

(74) 同じく批判対象として、See, Mark V. Tushnet, Taking the Constitution Away from the Courts, 29 (Princeton U. Pr., 1999).

(75) Coan, *supra* note 72, at 282.

(76) Id. at 283.

(77) 樋口陽一『憲法　近代知の復権へ』一三六頁以下（東京大学出版会、二〇〇二年）参照。樋口の見解に対する法社会学からの批判としては、棚瀬孝雄「司法制度改革と市民の法主体性」同編『司法の国民的基盤』二三―二六頁（日本評論社、二〇〇九年）参照。

(78) See, Michael A. Bailey & Forrest Maltzman, The Constrained Court : Law, Politics, and the Decisions Justices Make (Princeton U. Pr., 2011). 同書は、ベイズ統計におけるマルコフ連鎖モンテカルロ法（Bayesian Markov Chain Monte Carlo）という統計手法に基づき、一九五〇年から二〇〇八年までの刑事手続、市民的権利、言論の自由、信教、中絶、プライバシー等の事例に関する三二三九件の最高裁判例における各判事の投票行動と一五三八件の連邦議会議員のそれとの比較を試みる。