OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	アメリカ連邦最高裁における「法」と「政治」の相剋
Author(s)	岡室, 悠介
Citation	阪大法学. 2014, 64(2), p. 99-126
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71502
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

アメリカ連邦最高裁における「法」と「政治」の相剋

岡室悠介

はじめに
第一章　司法政治学における政治的分析モデルの展開
　第一節　態度モデル
　第二節　戦略行動モデル
　第三節　権力分立モデル
第二章　司法政治学における法的分析モデルの展開
　第一節　計量分析モデル
　第二節　先例拘束モデル
　第三節　各モデルに対する検討
おわりに

（阪大法学）64（2-99）　415〔2014.7〕

はじめに

（一）問題の所在

前稿においては、わが国における「憲法理論」に関して、アメリカの法理学における近年までの議論の経緯について検討した[1]。そこで明らかになったのは、①「憲法理論」と裁判所との関係についての議論への洞察がこれまで不十分であったという点、及び②これに関連して、裁判所における「憲法理論」を実現する上での期待可能性を適切に評価する必要があることであった。さらには、その背景には、現実に裁判官がどの程度「中立的に」判断しうるかへの解明なくしては、規範理論をめぐる議論自体が不毛なままに終わることへの懸念が存在することも指摘した。

上記の観点からすれば、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とのどちらが期待可能性を有するかを評価する為に、裁判所における組織的要因や制約を実証研究によって明らかにし、さらに政治的選好から独立した憲法規範へのコミットメントに基づく司法判断が可能な領域を解明する必要性がある[2]。本稿では、こうした「法」と「政治」の領域区分と相互関係を明らかにすることを目的として、アメリカの司法政治学における実証分析の成果に依拠し、その全体像を俯瞰することを試みたい[3]。

（二）アメリカの司法政治学における裁判行動分析の類型

もっとも、個別の領域に関わる具体的な諸研究を検討する前に、そうした裁判行動分析の類型をここで整理しておきたい。これまでのアメリカにおける司法政治学では、連邦最高裁についても他の政策決定主体と同様に、様々な考慮事項がその判断決定に際しての要因として挙げられてきた。例えば、司法政治学の泰斗であるバウムは、連

邦最高裁の判断に関して、①各判事が有する政治的選好、②判事間相互の影響、③連邦最高裁をとりまく政治的及び社会的環境、④判事の憲法規範へのコミットメントの四点を検討することで、相当程度の示唆を得られると指摘している。(4)

まず、各判事の有する政治的選好は、大統領の指名、圧力団体の影響、上院による承認の為の審査といった一連の選考過程において常にチェックされる項目である。したがって、司法政治学においても、それは、各判事の判断における主要な影響要因とみなしうる要素であることがこれまでにも示されている。

次に、連邦最高裁判事は、個人的選好以外にも合理的選択に基づく戦略的行動を取っている。(5)こうした裁判所内部における判事間の相互影響に焦点を当てる立場からは、裁判官は、①裁量的上訴受理、②合議における戦略的評決、③多数派形成等において自らが理想とする見解を修正し、自らが望む政策に可能な限り近しい結論を志向するとされる。

さらに、他の政治部門が連邦最高裁に対する具体的な統制行動を起こす可能性についても指摘されている。すなわち、連邦最高裁に対する外部からの制約については、連邦最高裁の管轄権限を制約する立法等を通じて、連邦議会が連邦最高裁を牽制していることが見られる。また、そうした権限の存在によって、連邦最高裁判事は他部門との衝突を回避するよう動機づけられる点が説明される。(6)

最後に、憲法規範へのコミットメントに関しては、判事は、①判断の基礎として法の存在を尊重する伝統の下で教育され、②同僚集団として他の判事や法学研究者から非公式に評価されていることが指摘される。その為に、そうした集団にも受け入れられるような望ましい憲法規範を定立しようとする動機から、憲法典及び憲法判例によって一定程度の拘束を受けている点がみられる。(7)

本稿では、こうしたバウムによる定式化に基づき、これらの立場を順次吟味していきたい。具体的には、まず第一章において、連邦最高裁判事の判断における政治的動機に着目した分析として、第一の「態度モデル（Attitudinal Model）」（第一節）、第二の「戦略行動モデル（Strategic Behavior Model）」（第二節）及び第三の「権力分立モデル（Separated-Power Model）」（第三節）についての検討を試みる。続く第二章では、同判事の法的動機に焦点を当てた分析モデルとして、第四の「法的拘束モデル」に関して、「計量分析モデル」（第一節）と「先例拘束モデル」（第二節）とについてそれぞれ考察を加える。その上で、各モデルに対して比較検討（第三節）を行う。最後に、これらの検討から連邦最高裁の行動要因としていかなる要素が導出されるかについてのまとめを提示し、わが国に対する若干の示唆へと代えたい（「おわりに」）。

第一章　司法政治学における政治的分析モデルの展開

第一節　態度モデル

（一）法規範モデルへの疑義

態度モデル以前においては、裁判官の判断動機は、主に法規範モデル（Legal Model）という立場に基づいて説明されていた。法規範モデルとは、裁判官の判断が「法」すなわち制定法及び判例法理に従ってなされ、かつそれらによって厳格かつ全面的に拘束されているとする立場である。法規範モデルは、これまで様々な変遷を経て洗練されてきている。すなわち、法的問題に対する唯一の正しい解答が存在するとの想定にたつ機械的法学観は、法規範モデルを支持する論者においても既に否定されており、法の解釈がより多様な解釈可能性に開かれていることは事実として広く認識されてきた。だが、裁判官の判断は、憲法や法律の文言上明白な意味、起草者の意図、先例等

に鑑みてなされるという共通理解が、現在の法規範モデルの基底に、依然として存在していることは否定できない。

これに対して、シーガルらは、以下の二点において現在の法規範モデルに対する批判を展開する。第一に、法規範モデルは、条文の明白な意味については、言語を用いる上で現実にはありえない「数学的厳密さ（mathematical exactness）」を前提としており、解釈の多様性に関心を示さない点が疑問とされる。第二に、判例による先例拘束性についても、裁判官は先例の射程を限定することで意図的に拘束を回避することが可能であり、わざわざ明示的な判例変更をせずとも、実質的に同等の効果を得られる点が指摘される(8)。

むしろ、シーガルらによれば、実際に裁判官が日々行っていることは、無数の判例から自らの政策的選好に合致したものを選び出すという作業である(9)。また、連邦最高裁は、マーベリ判決以降(10)、様々な政治的争点に関わる事件に関与してきたのであり、連邦政府の側からしても、任命等の過程を通じてそうした影響力のある組織を統制する動機づけが生じるのも自然であろう(11)。こうした理由から、シーガルらは、連邦最高裁の判断がイデオロギー的態度及び価値観に基づいているとする態度モデルの立場を支持する(12)。

（二）態度モデルにおける司法行動分析

態度モデルは、リアリズム法学、実証主義政治学、心理学、及び経済学等の知見を積極的に摂取することでこれまで発展を遂げてきた。態度モデルの考え方によれば、連邦最高裁は、判事が有するイデオロギー的態度及び価値観とつき合わせて事件を判断しているとされる(13)。

まず、シーガルらは、各判事の価値観と実際の評決行動との比較手法による実証分析を試みる。この分析に際しては、裁判官の価値観を測る上での外因的手法として、市民的権利及び自由に関する限りで、裁判官候補者に対する新聞社説によるリベラル／保守の評価が用いられている。具体的に、シーガルらは、市民的権利及び自由の領域

において、ウォーレン・コートが始まった一九五三年から一九九九年までの連邦最高裁判例につき、連邦最高裁データ・ベース（The Supreme Court Database）を用いて[14]、言論の自由、信教の自由、その他の市民的権利、刑事手続上の権利、デュー・プロセス条項に関して、リベラル／保守の変数に応じた基準に基づく分析を試みている[15]。その結果、各裁判官のイデオロギー的価値観と実際の評決行動との相関指数は約七六％となり、両者が相当程度に深く関わりを持っていることが確認された。

また、バウムも同様の分析を行っている。彼の場合は、まず、①市民的自由に関する争点において、表現の自由、プライバシー、平等権及び刑事手続の保護等を重視する立場をリベラルとし、他方で、こうした領域において効率的な法執行や国家の安全を擁護する立場を保守と定義する。同様に、②経済的自由に関しては、基本的に経済的弱者を擁護し、彼らに恩恵をもたらしうる政策を支持する立場をリベラルとし、対して、労働組合の保護や政府による経済規制に反対する側を保守と分類する。その上で、二〇〇九年及び二〇一〇年開廷期の連邦最高裁における、リベラルな判決への各判事の同意率を調査したところ、まず、リベラル派の判事については、ソトマイヨール（Sonia Sotomayor）判事が五九・九％、ギンズバーグ（Ruth Bader Ginsburg）判事が五六・七％、ブライヤー（Stephen Breyer）判事が五六・五％、中間派のケネディ（Anthony Kennedy）判事が四二・一％という数値が見出された。対して、保守派に関しては、ロバーツ（John Roberts）長官が四一・四％、スカリア（Antonin Scalia）判事が三九・二％、トーマス（Clarence Thomas）判事が三六・三％、アリート（Samuel Alito）判事が三四・五％という結果となり、報道等における一般的な各判事へのイメージと実際の評決行動にかなりの相関がみられることが明らかとなった[16]。

さらに、リベラル派及び保守派の判事間における評決行動の一致についても、イデオロギー面で有意な統計的差

異がみられた。例えば、二〇一〇年の開廷期において、各判事の間において見解が一致する確率は平均約六六％であり、なかでも保守派とリベラル派の判事との間で見解が一致する確率は約五四％にすぎなかった。しかしながら、リベラル派の判事四人の間において一致する確率は約八三％であり、同じく保守派の判事四人の間では約七七％であった。さらに、同開廷期においては、一六件の五対四判決のうち、一四件の判決において保守派又はリベラル派の判事が四人とも反対意見に回っている。[17] ここから、バウムは、連邦最高裁判事に対する直観的なラベリングが「相当程度統計的にも正しい」との主張を展開している。

第二節　戦略行動モデル

裁判官個人のイデオロギー的態度に基づいて司法行動への包括的な説明を試みる態度モデルに対して、とりわけ、判決における多数派形成過程に着目し、その際における戦略的行動の可能性を指摘するのが戦略行動モデルである。連邦最高裁の判決過程では、判事の戦略的行動は、主に本案合議（conference vote on merit）において見られる。

まず、本案合議においては、最初に長官が評決を行い、続いて在職期間の長い判事から順に評決に加わる。[18] この際にも、判事が戦略的に協力しようとする動機づけはかなり強力である。というのも、彼らは最低でも九人のうち五人による過半数の同意が必要な多数意見の形成を望むからであり、さらには多数意見への参加者を増やすことでその正統性をさらに確保したいと考えている為である。[19]

もっとも、連邦最高裁判事の間での戦略行動は、場面によって違いが生じている。[20] とりわけ、本案合議については、バーガー・コート（一九六九年～一九八六年）を対象とした統計分析において、多数意見の内容変更が特定の判事によって要求されたのは、全判決のうちの約三三％にも及び、そのうち三分の二に当たる二二％において実際

に要求が受け入れられ、多数意見の修正が行われたとされている。[21]

連邦最高裁判事によるこうした戦略的修正の典型例として著名なのは、クレイグ判決におけるブレナン（William J. Brennan）判事の行動である。[22] 同事件は、オクラホマ州法が、若年男性による酒酔い運転の全米での増加を理由として、二一歳未満の男性には一律に酒類の販売を禁じていたものの、低アルコールの麦酒であれば、一八歳以上の女性に対しては販売可能としていた点が、性別に基づく差別として、合衆国憲法修正第一四条一項の平等保護条項に違反すると争われた事案である。[23]

この事件の争点は主に以下の二点であった。第一は、本件の共同原告である麦酒小売業者に原告適格が存在するか否かであった。[24] 第二は、州法に対して適用すべき審査基準の類型として、厳格審査基準を用いて違憲とする判断を導くか、又は、合理性の基準を採用して合憲とするかであった。[25] このうち、第一の原告適格に関しては、ホワイト（Byron White）、マーシャル（Thurgood Marshall）、スティーヴンス（John Paul Stevens）、スチュアート（Potter Stewart）各判事ら四人の同意を合議段階で得ており、ブレナン判事を含めて五人による多数意見の形成が可能であった。

しかし、第二の審査基準に関して、ホワイト、マーシャルの両判事は厳格審査の適用に同意していたものの、スティーヴンス判事は「単なる合理性以上の基準（scrutiny above mere rationality）」の採用を、また、スチュアート判事は、合理性の基準を用いることを合議において主張していた。[26] その為に、五人による多数意見の形成を目指していたブレナン判事が支持する厳格審査の適用に同意する判事が当初は三人しか見込めなかった。そこで、ブレナン判事は、五人以上の同意を得て法廷意見を形成する為に、これに代えて中間審査基準の適用を合議の最終段階において提案した。結果として、同基準が採用され、七対二で同州法に対する違憲判断が下されたのであった。[27]

もっとも、ブレナン判事の本来の立場が、性別に基づく差別を「疑わしき区分（suspect classification）」と見なし、厳格審査の適用を求めるものであったことは、以前の判例からも明らかであった[28]。これは、エプシュタインらの分析によれば、同判事は、合理性の基準を採用するといった最も望ましくない結論を避ける為に、本件において中間審査基準を用いたと理由づけられている。ゆえに、本件は、司法判断における合理的選択において同判事と他の判事とが相互依存関係にあることを示唆する事例と言えよう[29]。

また、判事間において戦略的駆け引きが見られる場合には、多数意見の執筆者は、自身のイデオロギー点よりも、多数意見におけるイデオロギー的中間点での意見を下すことが多い[30]。もっとも、連邦最高裁判例全体を通しても、多数派の形成が最少人数でなされる場合は稀である。加えて、合議での評決と、最終評決とで判事が意見を変える理由は、ほとんどの場合においては戦略に基づくのではなく、単純に自身の見解を変えた為であったことが確認されている[31]。例えば、バーガー・コート期においても、バーガー（Warren E. Burger）長官に関しては、自身の選好に反して多数派に加わる行動が散見されたものの、他の判事にはそうした傾向はほとんど見られなかった[32]。

第三節　権力分立モデル

（一）連邦下院による圧力

本節では、連邦最高裁の判断に影響を与える要因として、議会や大統領府といった外部の政治機関による圧力に焦点を当てた「権力分立モデル」を取り上げる。もっとも、裁判所以外の政治機関による圧力が、連邦最高裁の判断に明確な影響を与えるかどうかについては、司法政治学においても議論が分かれている。

ブレナーらは、外部環境による裁判所への影響について、まず第一に、連邦議会による「覆し（overturn）」を

回避する為に連邦最高裁が選好に反する判断をする傾向は、一般的には見られない点を指摘する。第二に、連邦最高裁が、世論による否定的な反応を回避する為に社会の雰囲気に従って選好に反する判断を示すことも稀であることを挙げ、世論による影響についても否定的である。(33)

他方で、バウムは、連邦議会が新たな立法によって裁判所の憲法解釈を覆す、又は判事の俸給の増額を抑制する等の権限を有するために、連邦最高裁が判決に対する議会の反応を考慮せざるを得ない点を指摘し、外部の政治機関が連邦最高裁の判断に一定の影響を及ぼしていると主張する。(34)同じく、ハーヴェイも、合衆国憲法上の規定によって、連邦最高裁は判事の身分保障、報酬、及び予算に関して連邦議会の多数派の意思に依拠せざるを得ない点を強調する。(35)その際に、彼女が注目するのは、これまでの態度モデルが注目してきた連邦最高裁判事の指名及び承認に関わる大統領及び上院の動向ではなく、連邦議会下院による圧力の存在である。具体的に、彼女は、第一に、合衆国憲法第一条二項五節において、下院に対し連邦裁判所判事への専属的な弾劾訴追権が与えられていることを挙げる。とりわけ、弾劾に関する同条項は、上下両院の賛成のみを要件とし、大統領の同意を必要としない点で例外的でもある。(36)さらに、下院の過半数の賛成のみによって弾劾手続を開始することが可能であり、その際には、裁判官の非行に関する具体的な証拠は要求されない点も注目に値する。(37)

その他、合衆国憲法第三条二項二節においては、連邦裁判所の管轄権についても、連邦議会に広範な裁量が付与されている。さらに、憲法上は、大統領の拒否権が行使されない限り、連邦議会両院における過半数の賛成によって連邦最高裁判事の定数を増減することも可能である。このように公選部門の多数派、とりわけ連邦議会下院は、司法部が立法府に敬譲を示すよう誘導しうる多数の手段を有している。言いかえれば、下院は、裁判所への弾劾及び歳出割当についての「特に重要なお目付けとしての役割」を付与されているのである。

また、これまでの合衆国史を顧みても、独立期の改革派は、行政権による恣意的な罷免から裁判官を保護する必要性を認めつつも、立法府による罷免に関しては特に同じように保護する必要を想定していなかったことが理解される。むしろ彼らの議論からは、報酬に基づく立法府による統制を熱心に擁護していた事実が窺える[38]。ここからも、憲法の起草者及び批准者たちは、公選部門が司法部門の判断に影響を与えることを憲法の諸条項において許容していたと推察されよう[39]。

加えて、連邦議会は連邦裁判所の司法管轄を制限する目的で、死刑、州民投票、中絶や同性愛に対する司法審査権を剝奪する立法の制定をこれまでしばしば意図してきた。こうした連邦議会の動きについては、例えば、オコナー（Sandra Day O'Connor）判事が「司法権の独立についての、合衆国憲法制定以来のあらゆる考えに反する」として実際に批判していたことが知られている。また、彼女は、公選部門に対して脆弱な裁判所は「大統領や連邦議会を本気で怒らせない」よう用心すべきであるとの趣旨を、アメリカ上訴裁判弁護士協会（American Academy of Appellate Lawyers）の会合において述べていたことが明らかになっている[40]。

この点に関して特に注目に値するのが、共和党が多数派を占めていた時期に同党の下院院内総務を務めたディレイ（Tom Delay）議員の一連の行動である。彼は、弾劾制度の熱心な唱道者であり、「連邦裁判所の各判事がどのような判断傾向を有しているかを理解する為に、我々は、彼らの裁判記録についての膨大な調査を現在行っている」と常日頃から述べており、弾劾の対象となるべき連邦裁判所判事を彼らの判決における評決行動に基づいて調査していることも公言していた。

これに対して、連邦最高裁判事においても、こうした共和党議員による威嚇についての言及が見られる。例えば、中間派のケネディ判事は、一九九八年に連邦最高裁が連邦議会による「攻勢にさらされている」として、世論によ

る支援を広く求めていたことが明らかになっている。また、リベラル派のギンズバーグ判事も、ディレイ下院議員の弾劾キャンペーンについて「彼の弾劾リストにそのうち私も載るだろう」と述べていたことも注目に値する。(41)

（二）レーンキスト・コートにおける「転換（change）」

ここで、ハーヴェイが特に注視するのは、レーンキスト・コート（一九八六年～二〇〇五年）における連邦最高裁の突如としての方針転換である。同コートは、最初の八年間は穏健なリベラル姿勢を見せていたが、一九九四年開廷期を契機に、唐突に保守的な方向へと転換したことがこれまで指摘されてきた。(42)ゆえに、同コートについては、多くの研究者が一九九三年までを前期、一九九四年以降を後期と分類している。実際に、彼女の分析によれば、前期レーンキスト・コートにおいて、連邦法に対する憲法上の異議申し立てに対して、連邦最高裁が保守的な判断を下す割合は、約一三％に過ぎなかった。だが、共和党が連邦議会で多数を獲得した一九九四年以降の後期レーンキスト・コートでは、その割合が約六二％まで急上昇している。(43)

このように、つとめて現状維持的な傾向を示していた前期レーンキスト・コートとは対照的に、後期レーンキスト・コートにおいては、学校区における銃規制(44)や女性への暴力に対する民事上の救済(45)に関する連邦法を、いずれも通商条項等において認められた連邦議会の権限からの逸脱を理由に五対四で違憲と判断したのをはじめとして、リベラルな立場の連邦法に対する違憲判決が相次いで出されるようになった。こうした転換の要因については、確かに、フリードマンが主張するように、連邦最高裁が選挙において反映された民意に従って方針を転換したとする説明も考えられよう。(46)しかしながら、ハーヴェイによる上記の考察に基づくと、こうした転換の理由は、一九九四年から二〇〇四年にかけて共和党が連邦下院を支配するようになったことで、連邦下院の予算削減や弾劾動議が実際には提出されずとも、その可能性が現実的となり、それによって連邦最高裁に対する間接的な圧力となったことに

見出されるのである。(47)

第二章　司法政治学における法的分析モデルの展開

本章では、裁判官の判断動機における法理へのコミットメントの存在を強調する法規範モデルを、統計上の実証分析等によって洗練させる近年の試みとしての「法的拘束モデル」について考察することにしたい。前章で検討した態度主義及び戦略行動モデルの立場については、裁判官の行動が法規範の存在によって制約される実例を余りにも軽視しているとの批判がなされてきた。(48)例えば、シーガルらは、分析の対象とする連邦最高裁判例において、そこでは各判事が自らの政治的選好を表明する契機を欠いているという理由から、全員一致判決を排除している。(49)だが、全員一致判決は、裁判官に対する先例拘束性を支持する立場からは、各自の政治的利害を超越して、各判事が法的コミットメントに基づく合意に至ったことを示す格好の事例であるとも言えよう。(50)

したがって、最近の司法政治学においては、態度モデルの考え方を受け入れつつも、認知心理学の理解に基づき裁判官の判断行動における法的拘束を指摘する動きが見られる。(51)例えば、ブレナーは、法の条文自体についての多義的な解釈の可能性を認めた上で、法的論拠には「説得力の強弱」が存在していることから、それが裁判官の判断に一定の影響を与えている点を指摘する。(52)また、パーシリーらは、連邦最高裁が、時と場合によっては公立学校における祈祷を違憲と判断したり、(53)国旗を公然と焼却する行為を象徴的言論として認めたりしていること(54)を根拠として、世論の支持が得られにくいと思われる判断をこれまでも示してきたことを摘示している。(55)

このように、近年の司法政治学におけるこうした知見を踏まえた上で説得的な議論を展開するには、裁判官のイデオロギー的態度による影響と比較した上で、法的コミットメントに基づく動機要因からの影響を示す必要があろ

う。[56] 以下では、そうした司法判断における法的動機づけの解明に関して、まずケックとベイリーらによる計量分析モデルを取り上げる。その上で、そうした法的コミットメントが連邦最高裁判事に見られることへの有力な説明として、ガーハートによる制度史的視点からの「超越的判例（super precedent）」論を見ていくことにしたい。

第一節　計量分析モデル

裁判官個人の党派的判断と判例法理へのコミットメントとの区分モデルを用いたケックの分析によれば、後期レーンキスト・コートの一九九四年から二〇〇三年開廷期では、言論の自由、自己決定権、投票価値の平等などの領域において、いわゆるウォーレン・コートにおけるリベラルな判例法理への支持が見られる。[57] 例えば、二〇〇二年の超党派選挙運動改革法（Bipartisan Campaign Reform Act of 2002）をはじめとする、超党派又は民主党により制定されたリベラルとされる連邦法のうちでは、[58] 中間派のオコナー、ケネディ、保守派のスカリア及びトーマス各判事はそれぞれ、そのうちの約二〇％の支持に回っており、また驚くべきことに、保守派のレーンキスト（William Rehnquist）長官に至っては、その約六〇％までもの同意に至っているのである。[59] 他方で、連邦最高裁での評決を左右するスウィング・ヴォーターでもあるオコナー、ケネディ両判事の判例法理へのコミットメントに関しても、興味深い統計上のデータが見られる。具体的には、同時期において、五対四の僅差で判断されていた一五五件の判決のうち、三六件の判決では、オコナーあるいはケネディがリベラル派のブライヤ、ギンズバーグ、スーター、スティーブンス判事らと同調して、リベラルな多数派を形成していた。ケックは、ここでの両判事の果たした役割に対して、結果的に「ウォーレン・コートの遺産のほとんどが維持」されたと評価している。[60]

また、ベイリーらは、こうした「イデオロギーに基づく党派的／判例法理に基づく非党派的」という区分を受容

しつつも、さらに計量分析の手法を洗練させることで、より明確な図式化を試みている。[61] 具体的には、一九五〇年から二〇〇八年までの、言論及び信教の自由、その他の市民的権利、中絶及びプライバシーといったデュー・プロセス等の事例に関する三二三九件の連邦最高裁判例における各判事の評決を対象として、それらをイデオロギー（保守＝プラス一／リベラル＝マイナス一）及び法理（判例維持＝プラス一／判例変更＝マイナス一）に関する数値評価によって区分した上で、ベイズ統計型マルコフ連鎖モンテカルロ法（Bayesian Markov Chain Monte Carlo）を用いた分析を試みている。[62]

とりわけ、彼らがこうした分析において裁判官による判例法理へのコミットメントを見いだすのは、表現の自由に関わる諸判例に関する領域である。例えば、五対四で公共の場における国旗焼却を一律に禁止したテキサス州法を象徴的言論の法理に基づき違憲としたジョンソン判決では、[63] リベラル派のブラックマン（Harry Blackmun）、マーシャル、中道派のケネディ、保守派のスカリアが多数意見を支持する一方で、同じくリベラル派のスティーブンス、中道派のオコナーとホワイト、保守派のレーンキストが反対意見に回っていた。こうした事実からは、連邦最高裁判事の判断における法的コミットメントに基づく動機づけと政治的イデオロギーによる動機づけの混在が推察されよう。

実際に、分析対象とされた判例全体から算出されたイデオロギー指標の上では、ジョンソン判決で反対意見に回ったスティーヴンス判事（マイナス〇・七七）は、多数意見に回ったブラックマン判事（マイナス〇・五二）、スカリア判事（プラス〇・五八）及びケネディ判事（プラス〇・四七）よりも数値が低くリベラルな傾向を示していた。同様に、反対意見に回ったオコナー判事（プラス〇・二二）とホワイト判事（プラス〇・三七）も、スカリア判事やケネディ判事よりもリベラルな傾向が見られた。ゆえに、これらの数値からすると、同判決における評決は、

判事個人のイデオロギーに基づいたものではないことが理解できよう。

対して、同判決への各判事の態度を判例法理へのコミット指標によって整理してみると、多数意見に回ったケネディ判事（プラス〇・六二）、スカリア判事（プラス〇・三二）、ブラックマン判事（プラス〇・二六）及びブレナン判事（プラス〇・二四）のいずれもが、反対意見に回ったオコナー判事（プラス〇・二三）、スティーヴンス判事（プラス〇・一七）、レーンキスト長官（プラス〇・〇六）及びホワイト判事（プラス〇・〇四）よりも高い数値を示していた。ここからは、各判事のイデオロギー傾向によっては説明できない評決行動が、判例法理に対するコミット指標によって説明できよう。(64)

第二節　先例拘束モデル

（一）歴史的制度主義における「超越的判例」論

多くの事例において、連邦最高裁は事件を判断する際に、関連する先例を直接的に引用している。だが、そこでの解釈に際して、実際には、①先例を公式に破棄することなくその射程を限定したり、②前提となる事実の差異を根拠としてほぼ同一の事例についても異なった判断を示すことがしばしばなされる。この点に関して、ガーハートは、歴史的制度主義の立場から連邦最高裁判例の中でも特定の判例を、とりわけ強い先例拘束性を事実上有する「超越的判例」として区分することを試みる。(65)

ガーハートによれば、連邦最高裁判事は、経験、教育、及び職業上の気質から、自らが先例を無視して判断を成し得る立場にはないと自覚していることが、これまでの判例から読み取れるとされる。何故ならば、判事らは、自身が支持する先例に対して、同僚の判事から同様に無視されるのを警戒していることから、自らが異議を述べる先

例を慎重に選別する為である。このように連邦最高裁判例の中でも、とりわけ、連邦最高裁又は他の政治部門による頻繁な肯定的引用の為に、その意義及び価値がアメリカの法文化に深く根付くようになり、実質的に破棄される恐れがほぼ無くなった幾つかの先例を、ガーハートは「超越的判例」と定義している。(66)

通常の判例とこうした「超越的判例」を区分する上での主要素となるのは、とりわけ社会の多方面に対する「網羅的な影響（network effect）」の有無である。例えば、捜索及び押収におけるいわゆる「ミランダ警告（Miranda warning）」を確立したミランダ判決について見ると、(67)これまで多くの批判を受けてきており、後の連邦最高裁判決においてもその射程が徐々に限定されてきている。だが、同判決は、後のディッカーソン判決においてその中核的意義が再確認され、(68)かつ、政治指導者及び世論からも広く支持を受けていることからも、合衆国の文化及び法において「象徴的地位（symbolic position）」を与えられていると見なされるのである。(69)

（二）「超越的判例」における具体的区分

ガーハートの区分によれば、こうした「超越的判例」は大きく分けて、（a）司法権に関する制度的慣習の基礎を確立した連邦最高裁判例のうち、長期にわたって支持されてきたもの、（b）基礎的な原理を確立した連邦最高裁判例のうち、憲法的争点に対する範疇、枠組、区分、種類に関連して連邦最高裁及び他の政治部門から永続的に認められてきたもの、及び（c）（憲法上の権利に関する）「基底的判決（foundational decisions）」の三つに分類される。

まず、（a）については、①憲法の実現に不可欠なものとして司法及び社会において広く承認されているものと、②司法審査に関わる判例に区分される。とりわけ、②の司法審査に関わる「超越的判例」として挙げられるのは、まず、連邦最高裁の司法審査権を判例上認めたマーベリ判決である。連邦最高裁は、マーベリ判決を連邦法に対す

る司法審査権行使を権威づける先例として、これまで繰り返し判決中において引用し、かつこれに依拠してきた。このことから、マーベリ判決は、合衆国の政治文化において広く受け入れられた伝説的判決となってきたと言えよう。同様に、司法審査権の範囲を州法にまで拡大したマーティン判決も「超越的判例」に含まれる。[70]というのも、確かに、同判決はマーベリ判決とは異なり、合衆国において広く人口に膾炙した判決とは言い難いが、憲法及び連邦法違反の疑いがある州の行為に対して、広く連邦最高裁の司法審査が及ぶことについては一般的にも広く受け入れられているからである。[71]

次に、（b）の例として挙げられるのは、①合衆国憲法修正第一四条一項によって州に対する適用が編入されてきた権利に関する諸判例である。例えば、保守派のトーマス判事は、修正第一条における国教樹立禁止条項をデュー・プロセス条項へ編入することに反対してきたが、それは他の保守派の判事の支持すら得ることはできなかった。[72]そして、②政治問題の法理に関する先例についても、もともと、司法審査が及ぶ法的問題と他の政治部門に敬譲すべき政治問題との区分は、マーベリ判決に起源を有するものであった。さらに、後のルーサー判決において、共和政体保障条項に関する判断についても、司法審査になじまない性質にあることが確認された。[73]加えて、ベーカー判決においては政治問題の法理を確立する上での幾つかの思慮深い判断基準が明確に提示されており、[74]こうした判例法理の発展経緯を踏まえれば、マーベリ判決は「超越的判例」の一つと見なしうるのである。

最後に、（c）について見ると、それらは、ガーハートによれば以下の五条件に該当する判決群であることが確認される。第一の条件は、一定期間経過の後に「永続的評価」を得ていることである。第二に、公的機関の支持の下で繰り返し引用されていることであり、第三に、特定の憲法領域において「法理的な進展（development of doctrine）」が見られることである。第四に、広範な「社会における黙諾（social acquiescence）」が存在すること

であり、第五に、司法部門によっても確固とした定着が広く承認され、判例法理の存在を再確認する上で裁判所における資源消耗を必要としないことである。

とりわけ、ここで「超越的判例」か否かの判断にあたってガーハートが重視するのが、連邦最高裁判事候補の指名に際して、それらの諸判例が連邦議会上院における承認手続の際に公聴会で果たす役割である。[75] こうした条件に合致する「適例（case in point）」としてまず挙げられるのは、ブラウン判決である。[76] 連邦最高裁は、同判決に基づいて系統的に各州における人種分離政策を無効と判断してきたが、注目すべきことに、同判決は、上院公聴会においてその支持を候補者に宣明させるものとして、ある種の「儀礼的役割（pro forma）」を果たしてきた。例えば、コロンビア巡回区連邦控訴裁判所の判事であったボーク（Robert Bork）の連邦最高裁判事への指名が上院において拒否されたのは、彼が同判決に対して露骨な批判を行った為であると言われている。対して、上院での指名承認が認められたトーマス判事の場合は、同判決に対するある程度の不快感を表明していたものの、就任後の具体的な対応については言明を避けていた為に、彼のそうした態度は承認手続には影響を与えなかったとされている。さらに、同じく指名承認を受けたロバーツ長官やアリート判事に至っては、ブラウン判決などのアメリカの政治文化及び憲法に深く根付いた画期的判決に対しては、自ら忠誠を誓う旨を承認手続において明確に宣言していた。[77]

また、夫婦間での避妊具使用を禁止した州法が憲法上のプライバシー侵害に当たると判示したグリスウォルド判決も、[78] 連邦最高裁判決において持続的、拡張的、支持的に引用されてきたことで、その意義及び価値を後退し得ない段階まで増幅させてきた「超越的判例」と見なしうる。というのも、同判決においても、指名候補にとってその支持が指名の前提条件であると過去二〇年にわたり理解されてきたことが指摘されるからである。例えば、前述のボーク判事に対する上院の承認拒否は、彼がグリスウォルド判決が誤った判断であると述べたことで、先例に対す

る相応の敬意を欠いているとの印象を与えてしまったことによるものである。これに対して、ロバーツ長官が指名承認を得た際には、個人のプライバシーに関する言及は避けたものの、家族間におけるプライバシー権を認めた判断として同判決の先例としての意義を認めていた(79)。また同様に、女性の妊娠中絶権を憲法上のプライバシー権と初めて判示したロー判決も、ケーシー判決等によって再確認され、アメリカ国民の多数の支持を得てきたことから、同じく「超越的判例」と見なすことができよう(80)。

第三節　各モデルに対する検討

本節では最初に、第一章で取り上げた、態度モデル、戦略行動モデル及び権力分立モデルに対する評価を試みたい。まず、態度モデルと戦略行動モデルにおいては、各裁判官のイデオロギー的態度と裁判所内部における多数派形成を目的とした判事間での戦略的行動による広範な影響が全体的傾向として見られた。なかでも、態度モデルについては、連邦最高裁判決に影響を与える全ての要因において最も重要な要素は各判事の政治的選好であることが確認された。ここからは、連邦最高裁の人的構成が判断に対して最も大きな影響を与えるとの結論が導出されよう。次に、戦略行動モデルにおいては、一定の状況の下で、他の判事による支持を得る為に必ずしも自身の政治選好を反映していない見解を判事が採用することが確認された。

加えて、権力分立モデルに関しては、①判事個人のイデオロギー的選好は、大統領や上院における党派性に起因するところが大きいこと、②任命以降の判決傾向は、下院における党派性に左右されることが示された。とりわけ、権力分立モデルにおいては、レーンキスト・コート期における連邦最高裁の態度変容に関して、連邦下院による圧力の可能性が指摘された。

また、第二章における法的拘束モデルについては、特定の憲法領域における連邦最高裁の判断において、自らの党派的イデオロギーではなく判例法理へのコミットメントに基づく動向が確認された。まず、統計分析モデルにおいては、とりわけ言論の自由、平等、プライバシーといった特定領域において画期とされた判断について、各判事の間で党派的イデオロギーを超えた広範な合意が見られることが統計的に示された。そして、こうした連邦最高裁判事による判例法理へのコミットメントを説明する手がかりとして、次に取り上げたのが、先例拘束モデルである。同モデルに関しては、ガーハートの「超越的判例」論に基づいて、判例法理へのコミットメントが、上院公聴会における聴聞手続等の外在的プロセスから説明された。

こうしたアメリカの司法政治学に対する一連の検討からは、連邦最高裁の憲法判断における判断動機に対して如何なる示唆を得られるであろうか。少なくとも以上の考察によると、各判事のイデオロギー的選好（態度モデル）、多数派形成への妥協（戦略行動モデル）あるいは他の政治部門による圧力（権力分立モデル）に基づいて裁判官の行動を理解しようとする見方に対して、連邦最高裁の憲法判断において政治から中立な「法原理」に対するコミットメントを計量分析や判事の任命プロセスの検討を通じて実証的に見出そうとする近年のアメリカ司法行動論の傾向を見てとることができよう。すなわち、ここからは、イデオロギー、戦略及び外的圧力の影響を受けることなく既に特定の憲法判例が定着したのが如何なる領域であるかを評価するに当たっては、それらの判例の形成過程における政治的背景を検討していく必要が指摘されるのである。

おわりに

これまで本稿において検討してきた問いの前提にあるのは、「裁判官たちを取り巻く政治力学を憲法理論として

どのように位置づけることができるか」という近年のアメリカ憲法理論の課題であった[81]。すなわち、憲法理論研究におけるこうした問いに取り組む前提として、裁判官による解釈が、政治的動機づけによってどの程度抑制されているかを実証的に検討した上で、憲法判例をはじめとする憲法規範によってどの程度拘束されうるのかを見ていく必要があった。そして、その為には、政治過程による直接的及び間接的影響を受けつつも、最高裁判所裁判官がいかにして憲法規範へのコミットメントを維持しているのかを明らかにすることが要求されよう[82]。本稿におけるこれまでの考察は、そうした点を司法政治学における様々な立場の実証研究を通じて明らかにしようとする試みであった。もっとも、上記の検討からは、具体的にそうした政治的制約と法的制約の境界を設定することはできなかった点は否めないであろう。しかし、連邦最高裁の憲法判断が実際には双方を起因としたダイナミズムによって規定されていることの一端は、明確に示されたのではないだろうか。

また、ささやかではあるが、ここで今後の研究への示唆についても付け加えておきたい。かねてより、佐藤幸治は、裁判所を非政治的かつ非権力的に法の客観的意味を探求した上で、諸紛争にそれを適用することで法秩序の貫徹を図ることを期待された機関であるとみなしている。すなわち、佐藤によれば、司法権は他の政治部門及び一般世論による圧力を排し、「人ではなく法による統治」の実現を任務とする法原理機関として、他の政治部門とは一線を画した役割を果たすべき存在と位置づけられる[83]。こうした文脈に照らすと、わが国の議論に対して本稿における検討が与えうる示唆についても、考察を進めていく必要が窺われよう[84]。ここでは、当然ながら、わが国の大陸法的な制定法主義と英米の判例法主義との差異等も含めて様々な障壁が想定されるが、わが国の最高裁における憲法判断についても、そうした裁判所における「法」と「政治」の相剋から展開される司法における力学的要素への問いは興味深い。言いかえれば、わが国の最高裁に対しても、それが如何なる範囲及び程度において、政治的影響か

ら中立な「法原理部門」たりうるのかを実証的見地から検討する必要があるように思われる。しかしながら、紙幅の関係からも、その具体的な分析については他日を期すことにしたい。

（1）拙稿「アメリカ憲法理論における『法』と『政治』の相剋」阪法六三巻二号一九三頁（二〇一三年）参照。なお、本稿が想定している「憲法理論」とは、憲法解釈におけるあるべき規範理論を純粋に探究しようとする従来の「（純法理的）憲法理論」ではなく、裁判官の判断における法以外の政治的動機付け等を考慮しつつ、なお展開が可能な「（現実的）憲法理論」を指している。

（2）他方で、わが国においてはアメリカの司法政治学に関する検討が既になされている。主なものとして、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス』（成文堂、二〇一二年）、大沢秀介『司法による憲法価値の実現』九五―一二四頁（有斐閣、二〇一一年）及び中谷実『アメリカにおける司法積極主義と消極主義』（法律文化社、一九八七年）参照。本稿もまた当然ながら、これらの先行知見に大きく依拠していることを予めお断りしておきたい。

（3）劉武政は、司法行動分析を、裁判官の法への忠誠に基づく判断としての「内在主義」と、司法判断に対する外的な政治勢力の反映としての「外在主義」に区分している。その上で、双方の立場とも司法判断の一側面しか記述しておらず、プロセスを完全に把握するためにはその差異を統合することが必要であると指摘する。劉武政「アメリカ連邦最高裁の決定作成をめぐる内在主義と外在主義の論争（一）」論叢一六八巻五号六九―七〇頁（二〇一一年）参照。

（4）See, Lawrence Baum, The Supreme Court 114–48 (11th ed., 2012).

（5）See, Jeffrey A. Segal & Harold J. Spaeth, The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited 94–100 (2002).

（6）Baum, *supra* note 4, at 179.

（7）See, Lee Epstein & Jack Knight, The Choices Justices Make 9–12 (1998).

（8）Segal & Spaeth, *supra* note 5, at 110.

（9）Id. at 80–83. これらの事例として彼らが提示するのが、妊娠中絶をめぐる連邦最高裁の先例に対する態度の変遷である。例えば、ロー判決では、妊娠期における最初の三分の一期間においては、母胎及び胎児保護の両目的をもってしても、

女性の妊娠中絶権が妨げられることはないと判示された。しかし、その後のウェブスター、ケーシー両判決では、ロー判決の先例拘束性を確認しつつも、主に、前者では三分割期間による枠組を否定し、後者では中絶権を認めるに当たり「不当な負担（undue burden）」基準を導入することで、実質的な修正を行っている。Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973), Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989), Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

(10) Marbury v. Madison, 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803).

(11) Baum, *supra* note 4, at 2–3.

(12) See, Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth & Sara C. Benesh, The Supreme Court in the American Legal System 38–40 (2005). 態度モデルは、リアリズム法学運動をその起源としている。こうした態度モデルの展開を概観するものとして、See also, Richard L. Pacelle, Jr. Brett W. Curry & Bryan W. Marshall, Decision Making by the Modern Supreme Court 34–39 (2011).

(13) Segal & Spaeth, *supra* note 5, at 86.

(14) http://scdb.wustl.edu/（最終アクセス二〇一四年五月一六日）.

(15) Segal & Spaeth, *supra* note 5, at 321–22.

(16) Baum, *supra* note 4, at 123–25.

(17) Id. at 125–26.

(18) See, Saul Brenner & Joseph M. Whitmeyer, Strategy on the United States Supreme Court 168–70 (2009).

(19) See, Donald P. Green & Ian Shapiro, Pathologies of Rational Choice Theory: A Critique of Applications in Political Science 14–17 (1994).

(20) Brenner & Whitmeyer, *supra* note 18, at 161–63.

(21) See, Lawrence Baum, The Puzzle of Judicial Behavior 106–07 (1997).

(22) Epstein & Knight, *supra* note 7 at 1–3.

(23) Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).

(24) Id. at 192–97.

(25) Id. at 199–204.
(26) Epstein & Knight, *supra* note 7, at 3–6.
(27) Id. at 7–9. また、同判決の詳細な検討については、君塚正臣『性差別司法審査基準論』一八–二二頁（信山社、一九九六年）参照。
(28) Frontiero v. Richardson, 411 U. S. 677 (1973).
(29) Epstein & Knight, *supra* note 7, at 56.
(30) Brenner & Whitmeyer, *supra* note 18, at 87–102.
(31) Id. at 59–67.
(32) Id. at 53–58.
(33) Id. at 115–25.
(34) Baum, *supra* note 4, at 145.
(35) See, Anna Harvey, A Mere Machine: The Supreme Court, Congress, and American Democracy 6–8 (2013).
(36) Id. at 8.
(37) Id. at 55.
(38) Id. at 42–52.
(39) マディソンもまた、他の政治部門から独立した裁判所という考えを明確に否定していた。彼は、フェデラリスト・ペーパー四八編にて、三権が相互監視される体制が望ましいとして、いかなる部門であれ他と独立して運用されるべきではないと述べていた。See, James Madison, Alexander Hamilton & John Jay, The Federalist Papers 143–44 (Tribeca Books ed., 2009).
(40) See, Sandra Day O'Connor, *Remarks on Judicial Independence*, 58 Fla. L. Rev. 1, 1–6 (2006).
(41) Harvey, *supra* note 35, at 66–68.
(42) See, Erwin Chemerinsky, The Conservative Assault on the Constitution 239–50 (2010).
(43) Harvey, *supra* note 35, at 14–33.

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

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

(46) See, Barry Friedman, The Will of The People 375–85 (2009).

(47) See, Anna Harvey, *The Will of The Congress*, 2010 Mich. St. L. Rev. 729, 729–732.

(48) See, Micheal J. Gerhardt, The Power of Precedent 74 (2008).

(49) Segal & Spaeth, *supra* note 5, at 295.

(50) この点に関して、近年における主な全員一致判決をみても、以下のような実例が挙げられる。① Reno v. Condon, 528 U.S. 141 (2000) においては、運転免許者の個人情報を州等が開示及び売却することを禁じた連邦による運転免許者プライバシー保護法が支持された。② Clinton v. Jones, 520 U.S. 681 (1999) では、大統領在任時における民事訴訟からの一時的免除は、合衆国憲法上の権力分立原則に基づいて認められているわけではない点が判示された。③ Nixon v. United States, 506 U.S. 224 (1993) においては、合衆国憲法第一条三節六項における上院による弾劾手続については、連邦最高裁による違憲審査が認められないことが示された。

(51) See, Eileen Braman & Thomas E. Nelson, *Mechanism of Motivated Reasoning?: Analytical Receptions in Discriminational Disputes*, 51 Am. J. Polit. Sci. 940, 942 (2007).

(52) Brenner & Whitmeyer, *supra* note 18, at 5–7.

(53) Lee v. Weisman, 505 U.S. 577 (1992).

(54) United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990).

(55) See, Nathaniel Persily, Jack Citrin & Patrick J. Egan, eds., Public Opinion and Constitutional Controversy 5–10 (2008).

(56) See, Hervert M. Kritzer & Mark J. Richards, *Jurisprudential Regimes and Establishment Clause Cases*, 37 Law & Soc'y Rev. 827, 838–840 (2003).

(57) See, Thomas M. Keck, The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism 10–13 (2003).

(58) McConnell v. FEC, 540 U.S. 93 (2003).

(59) Keck, *supra* note 57, at 268–71.

(60) See, Thomas M. Keck, *Party Politics or Judicial Independence ?*, 32 Law & Soc. Inquiry 511, 540–541 (2007).

(61) See, Micheal A. Bailey & Forrest Maltzman, The Constrained Court: Law, Politics, and the Decisions Justices Make 48–50 (2011).

(62) Id. at 33–40. ベイズ統計型マルコフ連鎖モンテカルロ法とは、ベイズの定理［P(B/A)（事後確率）=P(A/B)（尺度）・P(B)/P(A)（事前確率）］を用いたマルコフ連鎖（初期値を任意設定とした、特定時点における条件により次の変数が決定されるとする変数モデルによる推移確率の収束によって、過去の推移確率から影響を受けない不変分布を作成する統計手法）にモンテカルロ法（マルコフ連鎖の不変分布が成立するような乱数の計算法）を組み合わせる統計手法である。詳しくは、伊庭幸人編『計算統計Ⅱ―マルコフ連鎖モンテカルロ法とその周辺』（岩波書店、二〇〇五年）参照。

(63) Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

(64) Bailey & Maltzman, *supra* note 61, at 138–140.

(65) Gerhardt, *supra* note 48, at 34–39. ここでの歴史的制度主義とは、制度的機関としての裁判所を歴史的観点から分析する立場を指す。

(66) See, Micheal J. Gerhardt, *The Irrepressibility of Precedent*, 86 N. C. L. Rev. 1279, 1291–96 (2008).

(67) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

(68) Dickerson v. United States, 530 U.S. 428, 432 (2000).

(69) Gerhardt, *supra* note 48, at 177–85.

(70) Martin v. Hunter's Lessee, 1 Wheat (14 U.S.) 304, 379–80 (1816).

(71) Gerhardt, *supra* note 48, at 178–80.

(72) Zelman v. Simmons-Harris, 536 U.S. 639, 677–80 (2002) (Thomas, J., concurring); Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow, 542 U.S. 1, 50 (2004) (Thomas, J., concurring); Van Orden v. Perry, 545 U.S. 677, 692–93 (2005) (Thomas, J., concurring).

(73) Luther v. Borden, 48 U.S. 1 (1849).

(74) Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 210–11 (1962).

(75) See, Micheal J. Gerhardt, *Super Precedent*, 90 Minn. L. Rev. 1204, 1210–13 (2006).

(76) Brown v. Board of Education 347 U.S. 483 (1954).

(77) Gerhardt, *supra* note 48, at 181–84.

(78) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

(79) Gerhardt, *supra* note 48, at 193–98.

(80) Id. at 184–87.

(81) この点に関しては、武田芳樹「衆議と戦略―裁判官たちを制約するものは何か―」山院ロー八号一三八―四七頁（二〇一三年）参照。

(82) 実際に、最高裁判所裁判官の任命プロセスにおいては、事前に、内閣官房長官が、最高裁事務総長と候補者選定の「交渉」を行うと言われている。参照、デイヴィッド・S・ロー（西川伸一訳）『日本の最高裁を解剖する』八頁（現代人文社、二〇一三年）。

(83) 佐藤幸治『日本国憲法論』五七五頁（成文堂、二〇一一年）。

(84) わが国の司法政治学においては、かねてから、内閣による最高裁人事への介入によって、内閣による統制が行われている可能性が指摘されてきた。すなわち、まず制度上も、憲法上の権限において、内閣は、最高裁長官の指名権（憲法第六条二項）、長官以外の最高裁裁判官の任命権（同第七九条一項）、及び「最高裁判所の指名した者の名簿」に基づく下級裁裁判官の任命権（同第八〇条一項）を通じて裁判官人事に干渉することが可能である。参照、西川伸一『日本司法の逆説』一二三―二八頁（五月書房、二〇〇五年）。また、こうした内閣による圧力を受けた司法権内部における官僚的統制については、新藤宗幸『司法官僚』（岩波新書、二〇〇九年）及び、真渕勝『官僚』一三六―五〇頁（東京大学出版会、二〇一〇年）を参照されたい。