

資 料

最高裁判所と政治的法学：新制度主義と
旧制度主義*

コーネル・W・クレイトン

村山史世・土屋 清 訳

本書のテーマは不可解かもしれない。最高裁判所の意思決定（Supreme Court decision-making）には諸制度の影響があるという見解を各寄稿者は共有する。換言すれば、フォーマル及びインフォーマルの法構造（例：憲法，制定法，判例法理，或いは共有された平等観ないし自由観）を独立変数（independent variables）と考え，判事の意味決定を従属変数（dependent ones）と考えているのである。しかし，法や法制度を普段とても重視している弁護士や裁判官にとって，これは新奇な考えではない。ロバート・クシュマン（Robert Cushman），エドワード・コーウィン（Edward Corwin），チャールズ・グローヴ・ヘインズ（Charles Grove Haines）などの政治科学者が創始した古典的公法学に精通した者にとっても，新しい考えではない。実際，司法的意思決定には法の影響があると提唱する学問などは，世間の平均的な人物にとっては，自明なことをくたぐたと論じているにすぎない。では，本書で説明されることは何か。

本書で述べられる学問上の新しい又は重要なことは何か。それを理解するためには，最高裁判所の意思決定に関する理解の仕方について，自他の相違を考察するという文脈で考えなければならない。したがって，本章の目的は，主として記述的及び歴史的なものなのである。本章では，「法と裁判所」を研究す

* Cornell W. Clayton. 1999. "The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms." In Cornell W. Clayton and Howard Gillman eds., *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* (pp. 15-41). Chicago: The University of Chicago Press. (Copyright by the University of Chicago)

る政治科学者がその主題と研究方法についてどう考えてきたかを説明し、なぜ、法実務家や公衆一般にとっては明らかに自明かつ陳腐な命題が、我々には独創的かつ新鮮に見えるのかを説明する。そのためには、次の考察が必要である。第一は、最高裁判所研究に対する支配的なアプローチである行動主義アプローチ、いわゆる「態度モデル」(attitudinal model) (Segal and Spaeth 1993) の淵源の考察であり、第二は、そのアプローチや裁判所研究に対するもっと伝統的な「旧制度主義」アプローチと「新制度主義」との差異の考察である。

総論的にいえば、私が述べたいのは、司法の意思決定を政治活動として適切に文脈にあてはめる (*properly contextualize*) ことの意味についてである。そこで、政治科学者が、諸制度及び新制度主義をどのように概念構成すべきかについての所見を述べることにした。各論的には、諸々の法制度をより広範な政治システムの構成部分と考えることの重要性を指摘したい。法制度の個々の意味は、政治体制を形成する制度関係の現存パターン内部において、制度の置かれる文脈に応じて与えられる。私は、学問研究に自意識過剰な性格を与えがちな特殊用語・専門用語を使わないで話をすすめたい。

リアリズム、法学界、「旧制度主義」

20世紀初期の哲学上のリアリズムは、発生期の諸社会科学と法学界の両者に強い影響を及ぼした。政治科学では、ローレンス・ロウエル (Lawrence Lowell)、ウッドロー・ウィルソン (Woodrow Wilson)、チャールズ・ビアード (Charles Beard) といった学者が、あまり理想に走らない統治制度理解に賛成し、制度の現実的な機能の仕方と制度が仕える利益とに関するよりリアリズム的な分析に賛成した。これらの「旧制度主義」は、「国家、経済、社会は人間本性を反映する」という当時支配的だった見解に反対した。そして、「これらは、歴史的に進化するパターン (彼らの言う制度) に沿って構成されるのであって」、思慮深い判断 (reflective judgment) 及び賢明な立法的選択 (wise legislative choices) を通じて、「その制度自体の修正が可能である」と主張した (Ethington and McDonagh 1995)。これらの制度の中心が国家 (ひいては憲法典) なのである。これらの旧制度主義者がしばしば「国家」研究や「憲法」研究に関心をもつ者として記述されるのは、そのためである。

法学においても、オリヴァー・ウェンデル・ホームズ (Oliver Wendell

Holmes), カール・ルウェリン (Karl Llewellyn), ジェローム・フランク (Jerome Frank) といったリーガル・リアリストが、機械的・形式的な伝統的法観を葬り去った。代わりに彼らが強調したのは、判決中に見出される創造性であった。広範な知的運動の例にもれず、アメリカのリーガル・リアリズムにもいくつかの要素やバラエティーがあるが、その核心には、裁判官は法の発見だけではなく法の創造も行っている、という今日でも有名な批判があった (Llewellyn 1930参照)。法は、もはや単独で理解できるものではなく、もっと大きな政治的・経済的・社会的な背景構造に照らして理解されねばならないとされた。これが、リアリズム運動の一つの重要な帰結である (Posner 1987)。ルウェリンは、こうした学問的自立 (disciplinary autonomy) の喪失を率直に認めた。

このようなアプローチにおける法の分野には、現在の法の分野に包含される全てのものだけでなく、もっとずっと多くのものが包含される。多くの面で、社会の全て及び社会における人間の全てが法の構成部分となる。このように素描される他の社会科学分野との重なり合いが全く観察できないとすれば、遺憾である。社会科学には、不動産のような境界標はない。法においてさえも、領域侵犯に対する罰金は高額ではない (1930: 465)。

学問的自立の喪失を所与とすれば、リーガル・リアリズム運動の帰結として、政治科学内部の明確な下位領域 (subfield) として公法が登場したことは驚きではない。政治科学者は、裁判官や法学者が権威的には言及できない法律問題に言及することができた。当時、政治の領域でも同じレベルの議論が生じており、政治科学者は、それについて独自の見識を有していたのであろう。このように、まさに初めから、公法という下位領域は、「リアリズム的」ないし政治的な法プロセス理解と結びついていた。司法的意思決定と政治的諸価値とは密接に関連しており、法は、より広範な政治的・社会的な構造から相対的に自立していたにすぎない。この意味で、ポスト・リアリズム政治科学は、その制度主義的バラエティーであれ行動主義的バラエティーであれ、「政治的法学 (political jurisprudence)」と結びついてきた (但し、この用語は、マーティン・シャピロ (Martin Shapiro) [1964a, 1984, 1989] が、より限定的な研究形態を記述するために、後になって使用したものである)。

法と司法プロセスの教え方・考え方に關するリアリズムの帰結は、法学と政

治科学とは全く異なる。法学の中心的機能は弁護士・裁判官・法実務家の養成だったので、法観の変化や法と政治との新たな結合にはあまり影響されなかった。伝統的な「リーガル・モデル」の定義と専門家はその定義に固執する程度とには、議論の余地がある。しかし、先例・先例拘束性 (*stare decisis*)・形式主義を通じて、大抵の法学生が法を体験し、裁判官が判決意見中で自らの営為を記述し続けている、ということには議論の余地がない。法学の臨時科目及び偶発的になされる「司法的廉直 (*judicial candor*)」の言明を例外として、ロー・スクールの履修課程や判決意見は、かなり伝統的な「リーガル・モデル」に依拠しつつ、法の技巧を説明し続けている。リチャード・ポズナー (Richard Posner) の指摘によれば、リアリズム運動の興隆以後もずっとそうである。

僅かな例外はあるが、法学教授は、法学生の研究に必要なのは権威ある法テキストと……それに関する適切な注釈書、加えて、論理的な識別力・論証力だけだと信じ続けた。ラングデル時代 (Langdell's day) から変化したことといえば、法が社会統制を目的とする道具だという認識が高まってきたことだけである。そこで、……法の改良には、……社会に関する某かの知識が必要とされた。しかし、その「某」とは、十分な一般教養と常識とを備えた聡明な人物ならば誰もが知っていることであった (1990 : 425)。

たしかに、エリート法学者は、リアリズムがアメリカ法学の伝統的仮定を侵食するものであり、具体的には司法審査制度の正当化危機をもたらすものであることを認識していた (Fried 1988)。とりわけ、ウォーレン・コートの司法積極主義以後になって、ジョン・ハート・イリィ (John Hart Ely), ロナルド・ドゥオーキン (Ronald Dworkin), ブルース・アッカーマン (Bruce Ackerman) などの学者による憲法理論が噴出した。それらは、司法審査及び法の支配に対する信仰と、判決自体が政治権力の行使であるとのリアリズム的認識とを調停する一致協力の努力の表れである (Seidman and Tushnet 1996)。にもかかわらず、司法審査をリアリズムから救出するこれらの「新伝統主義的」努力 (Posner 1990) と、ポスト・リアリズム運動の提起したラディカルな法批判 (例えば、批判的法学研究、法と経済学、フェミニズム法学) とは、法学内部でははっきりと分けられたままであり、大部分が法理学的理論の議論に限定されている。奇妙なことに、それらは、専門家養成プロセスか

らも法技巧の実務からも分離されている⁽¹⁾。裁判官が、その判決意見の中でこれらの理論に依拠することは殆どない。また、法の訓練においては、法律家の在り方を法学生に教授するために、ケース研究とか法理分析といったどちらかといえば伝統的な方法が用い続けられている。法実務家の典型的な法の見方は、*American Trucking Assns. v. Smith* (1990) におけるスカリア (Scalia) 判事の意見である。

本日、我々が意思決定を迫られている争点の枠組自体は、我々の意思決定は法創造だとみなす見解を前提としている。この見解は、何が既存の法かの宣言だとみなす見解と対置される。このような見解は、合衆国憲法典3条1節1項の「司法権」の理解と対立する。「司法権」とは、常識的・伝統的なものであるだけでなく、裁判所が、適切に選挙された立法府の違憲立法から強制力と実効力を奪うことを正当化できる唯一のものなのである。……政府行為に対する違憲の判示は、我々による禁止の宣言なのではなく、憲法典による禁止なのである…… (174)。

スカリア判事や彼と同意見をもつ法律家は、ずっと以前に、リアリズムによって没政治的な法理論が支持され得なくなったことをよく知っている。しかし、彼らの主張によれば、法の技巧 (craft) と実務 (practice) とは、理論的・学術的な法概念構成とは区別されうる。実際、法律専門家たちのこうした分裂症が原因で、司法プロセスの研究者の中に、裁判官の「不正直」又は「自己欺瞞的」な行動を批判する者もでてきた (Segal and Spaeth 1993; Bork 1990; Posner 1985)。これらの批判は、もし「裁判官がいかに行動するか」と対置される「裁判官が何を信じるか」の記述であるならば、誤りであると考えられる。その理由は、後で立ち戻るつもりだが、今ではある程度明らかかなはずである。実務家基底の法概念化と学術的な法概念化との間の分裂症は現在存在している。今や、「リーガル・モデル」が法学及び法職にとっての時代思潮としてどのように存続するか (存続するか否かではない) が唯一の争点なのである。リーガル・モデルは裁判官がどんな意思決定に到達するかを説明・

(1) Posner (1990) は、これらの運動によって法学界は変化し始めていると主張する。しかしながら、これらの運動には、知的運動としての評判がある一方で、ロー・スクールの履修課程や判決意見執筆に重大な変化をもたらしているという証拠は殆どない。

予見するモデルだと考える者がいる (Segal and Spaeth 1993) 一方で、リーガル・モデルはよき判決を目指す規範的理論のままだと論じる者 (Brisbin 1996, Rosenberg 1994; Smith 1994) もいる。さらには、リーガル・モデルは両者の中間だと考える者 (Knight 1994; Knight and Epstein 1996b; Songer and Lindquist 1996) までいる。

こうした分裂症には、きっといくつかの理由がある。第一に、一流の進歩的なリーガル・リアリストの多くが司法府に組み込まれたので、「契約の自由」法理の放棄や連邦民事訴訟規則の採用などを通じて、彼らの唱道した改革が達成された。第二に、合衆国においてはニューディール及び第二次世界大戦を支持する政治的コンセンサスがあり、そのことが、法が政治と密接に関わるようになったという事実を覆い隠した。イデオロギー的・文化的なコンセンサスの強い時期には、政治用語ではなく専門用語で法を考察するのは当然である (おそらくこうした時期においては、実際にも法は政治的ではないだろう) (Posner 1990: 427)⁽²⁾。最後に、最も重要なことだが、1930年代までのロー・スクールは専門家養成センターになっており、法実務家の養成を主要任務としていた。もし弁護士や裁判官が、(どんな理由であれ) 伝統的なリーガル・モデルに基づいてその技巧を実践・記述し続けたならば、ロースクールが実務家教育の方法を変更しても殆ど無意味であったろう。さらに、伝統的なリーガル・モデルには、実務家共同体内で生じたいののことを正確に記述するという効用がある。リーガル・リアリズムは法が不確定的なのは一定レベルにおいてのみだと指摘し、裁判所システムの階層構造は、ほんの一握りの裁判官と弁護士だけが決まってそのレベルの問題に直面することを含意する。そのレベルの問題が、最終手段を有する裁判所におけるいわゆる「難解な事案 (hard cases)」なのである (だから、たいていのリアリズム的分析は最高裁判所に注目するのである)。

他方、政治科学者のたいていの理解によれば、彼らの関心は、法自体ではなく法がどのように政治の構成部分であるかの理解だけにあった。マーフィー&タネンハウス (Murphy and Tanenhaus) は、下位領域としての公法に関する歴史叙述の中で、「この時期の一流の公法学者である、エドワード・S・

(2) このことによって、Hart (1959), Herbert Wechsler (1961), Edward Levi (1949) といった1950年代や1960年代初めの法学者が、専門的で政治的に中立な「プロセス法学」が依然として可能であると論じて、その時代に成功をおさめた。

コーウィン (Edward S. Corwin), ロバート・E・クシュマン (Robert E. Cushman), チャールズ・グロヴ・ヘインズ (Charles Grove Haines), トマス・リード・パウエル (Thomas Reed Powell) は、すべてリーガル・リアリストであった」と指摘する (1972: 13)。たしかに、これらの政治科学者は、当時の法教育者が用いたと同様の法理分析・歴史分析の方法に依拠した。しかしながら、彼らの目的は、法及び個々の司法的意思決定が、それらに意味を与えるもっと広範な政治的文脈とどう関係するのかを理解することだけであった。実際、クシュマン (Cushman) の1925年の教科書 *Leading Constitutional Decisions* の序文以上に、この政治的法学についての明瞭な言明は見出せない。「最高裁判所は真空の中で仕事をこなすのではない。重要な憲法問題に関する最高裁判所の意思決定を完全な意味で理解するためには、それを取り巻く歴史、政治、経済、個性といった背景に照らして考察しなければならない。意思決定はそこから生じるのである」(Haines 1944: 48も参照)。

マーフィー&タネンハウスの指摘によれば、これらの法理志向的ないし「旧制度主義的」な学者は、後の「行動主義的」学者が研究対象としたのと同じタイプの、司法的意思決定に対する政治的影響を繰り返し承認した (1972: 15)。「裁判所に係属する個々の訴訟は、競い合う政治的諸力間の闘争の舞台の一つにすぎない」と彼らは力説した。彼らの説明によれば、裁判官たちは、敵対的反応を回避すべく戦略的行為をとる。敵対的「反応には、最高裁判所に対する民衆の広範な悪態ひいては判決に対する不服従をはじめ、最高裁判所の権威を減じる試み又はその構成員に干渉する試みまでも」が含まれる。そして、彼らは、「主要な意思決定のもっと広範で体系的な帰結」を強調した (前掲)。

それでもなお、これらの旧制度主義者は、政治が、巧妙かつ複雑に司法プロセス内に入り込んでいると信じた。彼らは、政策選好や個々の「利益」によって、事件に対する裁判官の意思決定の在り方が左右され则认为していた。その意味では、彼らは、政治又は法について実証主義的な見解を抱いていたのではない。彼らは、司法的意思決定へのこのような選好の影響を認識しながらも、より深くより構成的に司法的選択や法を構造化するのは政治であると考えた (McCann 1996; Brigham and Gordon 1996)。ヘインズの1922年の小論 “General Observations on the Effects of Personal, Political, and Economic Influences in the Decisions of Judges” を検討せよ。

司法的意思決定のような複雑な事柄には、人間の本性・人間の行為のルーツ

自体に我々の目を向けさせる人的要因・法的要因が関わる。政治的先入観すなわち古風な法の原理・伝統を用いた狭く限定的な法学訓練の影響や、富や財産的利益とは殆ど又は全く関係のないクラス・バイアスは、いわゆる「経済的利益」以上に、裁判官の意思決定に影響を及ぼしがちである (49)。

これらの学者にとって、司法の意思決定は政治的行為である。それは、裁判官が、選挙された政策決定者と同様に、政策選好や有権者の利益を意識的に推進するからではない。法自体が政治的諸価値を構築するプロセスだからであり、法解釈には、情動的・認知的レベルで司法の態度を形成する強力な政治的諸力の影響がいつも及ぶからである。これらの学者は、政治と法との関係についてのこうした構成的見方 (constitutive conception) にとって、法理や法制度の記述的分析を規範的な政治的分析に結びつけることが必要だ、とも認識していた。当時最も広く知られた憲法学者であったろうエドワード・コーウィン (Edward Corwin) は、歴史的に措定された憲法典の政治的な目的・目標が、同文書にどのように意味を与えるべきかを理解することに全力を傾けた。コーウィンは、*The Twilight of the Supreme Court* (1934) において、なぜ最高裁判所は、「進歩する社会の憲法がその社会に遅れをとらないこと」を保証すべきか、を説明した。大統領の権力に関する彼の著作 (1940年) では、権力分立の法理の歴史的偶然性と現代国家におけるその法理の意味を理解する必要性とが強調された。彼の “Higher Law Background of the American Constitution” (1928) 及び “The Constitution as Instrument and Symbol” (1936) は、おそらく今でも、歴史的に進化する進歩的裁判官像が憲法の権威をどのように支えているのかを説明する最良のものである。そして、コーウィンは、この学問領域における彼の最も重要な叙述である “The Democratic Dogma and the Future of Political Science” において、この学問領域を実証主義的な「自然科学」に変容させる努力に反対した。政治的行動主義 (彼のいう「新政治科学」) は、集団や個人の利益に対する理解を適度に増進させるだけではない。政治科学者は、一方で自分自身の考えを植え付けながら、なぜ他人によって公共心に植え付けられたステレオタイプを測定することに時間を費やさねばならないのか、とコーウィンは問うたのである (1929: 590)。コーウィンは、政治科学を「形式的記述及びリベラリズム哲学」の一分野として規定することを拒否した。彼が「科学的」方法に賛成したのは、それを使えば、「いつもなされていることを、つまり国家の真の目的とそれを実現する最良の方法とに関する

批判と教育とをもっと巧妙かつ正確に」行えるときだけであった（前掲）。

こうして、公法は、方法においてだけでなく範囲と焦点においても、ロースクールの学問と区別された。結局、その学問領域の中心は、まさに自身の意思決定が政治的選択となる司法的意思決定者の小集団、つまり通常は最高裁判所であった。こうした研究への関心を共有する法学者もいたが、その関心は、決して法学の中心ではなく現実の法運用を理解する上で不可欠だとは考えられなかった。

これらの旧制度主義者は、リアリズム的な制度観をも抱いていた。彼らが記述しようとしたのは、理想化された形態においてではなく現実に存在するものとしての制度であった。だから、裁判所、判例法理、判決意見、制定法、憲法といったフォーマルないし有形の制度に焦点が当てられたのである。これらの制度は、いつも考案者の意図どおりのものとは限らないけれども、思想及び行動の歴史的に安定したパターンの源泉であった。なぜなら、制度を用いて個々の思想及び行動を公的に正当化することが可能であったし、制度にはそれに付随する手段（通常は国家の権力ないし権威）が備わっていたからである。つまり、最終的には、こうした手段によって個人の行動を規範的に強制できたのである。この見解によれば、司法の態度・行動は、歴史的に進化する法制度によって構造化されており、その制度自体ももっと広範な社会的・政治（国家）的な制度に埋め込まれていた。しかしながら、単純な態度・行動と対置される思慮深い判断によって、これらの制度的諸力からの部分的自立、したがって規範的分析の役割がいつも維持されていた。こうして、歴史的・解釈的分析は、実在する制度の現実的機能及びその目標・目的を説明するために用いられた。そして、機能が目的に合致しない場合には、この分析によって、改良に関する道理に基づく判断を導くことができるとされたのである。

行動主義、そして態度モデルの限界

政治科学における他の領域と同様に、「現実の」（フォーマルかつ有形の）分析客体とインフォーマルの（歴史的かつ解釈的な）方法との結合は、1950年代・1960年代に公法において猛威をふるった「行動主義革命」に箔をつけた（Ethington and McDonagh 1995）。もちろん、学問的パラダイムの移行によって、あまりにも多くのことが生じ得る。行動主義の絶頂期においてさえも、歴史的・解釈的な分析方法を用いて判例法理の進化の理解に努める学者がいた

(e. g., Beaney 1955; McCloskey 1960; Mendelson 1963; Shapiro 1964a)。しかし、1963年にグレンドン・シュューベルト (Glendon Schubert) が *Judicial Decision-Making* を公刊する頃までには、学問領域の中心は明らかに移行していた。その変化は、同書序章の表題である「公法から司法の行動へ」として理解されている。さらに、広範な学問プログラムの例にもれず、行動主義運動にも多くの要素がある。しかし、一般に、同運動は、歴史的・解釈的な理論・研究方法よりも実証的な理論・研究方法を強調し、制度や目的パターンよりも個人の行為や行動のレベルに焦点を当てた (Ulmer 1961; Murphy and Tanenhaus 1972)。

1948年のC・ハーマン・プリチェット (C. Herman Pritchett) の *The Roosevelt Court* の公刊を転機として、最高裁判所の意思決定に関する研究に対して行動主義アプローチが適用されるようになった。プリチェットは、リール・リアリズム的な法観・司法プロセス観を維持する一方で、計量的技術 (quantitative techniques) を用いて判事の個々の行動・投票を記述し、彼らがどんな政策を支持するかに即して判事の分類を行った。プリチェットは、裁判官は主として自身の (政策) 選好に動機付けられると考えたけれども、旧制度主義者と同様に、裁判官が何をなすのが適切かについての見方によって司法の「選好」が左右されることをも承認した。このように、彼は、判事の政策選好と事件における判事の投票との間の仲介変数 (intervening variable) を論じたのである。彼は、この仲介変数を「司法の役割観」 (judicial role conception) と呼んだ (Pritchett 1954; Brenner and Stier 1995, Gibson 1978, Perry 1991も参照)。

1960年代初めまでには、ダネルスキー (Danelski), ヤコブ (Jacob), ネーゲル (Nagel), シュペース (Spaeth), ウルマー (Ulmer) といった学者が、行動主義アプローチを用いて最高裁判所の意思決定の他の側面を研究していた (Schubert 1963)。しかしながら、これらの仕事の大半は、プリチェットが開拓したアプローチの新機軸というよりはその拡張であった。

1965年までには、司法の意思決定に関する有力な2冊の本が公刊されていた。どちらの本も、独自の方法で司法の意思決定についての実証主義的な政治科学研究の過去及び未来の展開を活写した。第一の本は、ウォルター・マーフィー (Walter Murphy) の *The Elements of Judicial Strategy* (1964) である。同書もやはり行動主義的な実証主義的方法を力説したが、その焦点は個々の行為や単なる票の集計からは離れていた。ダール (Dahl 1957) やシャピロ

(Shapiro 1964a) の先行する著作と同様に、マーフィーは、より大きな政治的・社会的な権力の構造が、どのようにして、その社会政策に影響を及ぼす個々の裁判官の能力を条件付けるか、を力説した。自分の政策選好が現実のものだと思いたい裁判官は、同僚裁判官、立法者、将来の訴訟当事者、利益集団、その他の政治的人物の見解について、戦略的計算を行わねばならなかった。こうした考慮を行うが故に、裁判官は、その制度的環境に拘束されなければ行わなかったであろう行動ないし投票を強いられた。個人的な政策選好は、未だに司法的行動の目標だと想定されている。しかし、制度的構造は、裁判官が自身の目標を実現するために克服しなければならない障害とみなされた。マーフィーの説明によれば、「この本の中心は次の疑問である。最高裁判所の判事は、どのようにしたら最も効果的に、彼の公認されたリソース・個人的なりソースを利用して特定の一組の政策的目標を実現できるのか」(1964: 3-4)。結局、この著作は、予見モデリングの発展につながった。これは、「合理的選択」又は司法的意思決定に対する「戦略的アプローチ」と呼ばれるようになる（本書の Maltzman 論文, Spriggs 論文, and Wahlbeck 論文を参照）。

第二の本は、グレンドン・シュューベルト (Glendon Schubert) の *The Judicial Mind* (1965年公刊) である。同書は反対の方向に進んだ。この著作も実証主義的な方法論を保持していたが、個人レベルの行動及びそれと個人的態度との関係を検討する方向へと非常に大きく移行した。シュューベルトは、認知心理学・経験心理学の著作に依拠しつつ「態度」アプローチを展開した。彼は、そのアプローチを用いて、リベラルのイデオロギーから保守のイデオロギーへの配列 (continuum) に即して、司法の態度及び事案における事実的刺激 (the fact stimuli) を「測定」(scale) した。こうして、シュューベルトは、個々の判事が先行するイデオロギー的選好に基づいて個々のタイプの事案に投票する仕方をモデル化した。このモデルを構築する際、ロード&シュペース (Rohde and Spaeth 1976) は、司法的態度の概念を精緻化し、「最高裁判所の各メンバーが最高裁の直面した政策問題に関して選好を有すること、及び、意思決定を行う際に自分の政策選好にできるだけ近似する帰結を判事が欲すること」、を主張した (72)。

最高裁判所の意思決定に対するこの態度アプローチの「熟した果実」は、シーガル&シュペース (Segal and Spaeth) の *The Supreme Court and the Attitudinal Model* で登場した。シーガル&シュペースは、30年以上にわたる最高裁判所の意思決定を分析して、次のことを発見した。すなわち、1) 個々の

争点又は政策の領域における判事の投票が「一次元的構造」(unidimensional structure)に近似すること(すなわち、判事の投票パターンは時が経っても安定したままであること)、2)判事の投票パターンが彼らのアプリオリな政策選好とびたりと一致していること、を発見した。このアプリオリな政策選好は、裁判官自身の以前の投票記録と承認当時の彼らの政策的見解に関する新聞記事とによって明らかにされた。つまり、「レーンキスト(Rehnquist)がそのように投票するのは彼が極端な保守主義者だからであり、マーシャル(Marshall)がそのように投票するのは彼が極端なりべラルだからである」ことがデータによって示された。彼らがそのように投票するのは、決して法に基づいてのことではないとされたのである(65)。

対照的に、シーガル&シュペースは、どんな意思決定の所産であれそれを支持するためには、裁判官が伝統的な「リーガル・モデル」を採用できること、したがって、そのモデルには予見的それ故に「科学的」な価値が欠落していること、を主張した。シーガル&シュペースは、その後の著作で、彼らの経験的アプローチを用いてそのモデルの重要な一局面である先例拘束性の法理を分析し、そのモデルでは司法の投票パターンが全く説明できないと認定した(1996)。

シーガル&シュペースは、彼らのモデルを最高裁判所における行動の説明、及びメリット(実体的事項)に関する意思決定だけに限定した。最高裁が独特の制度的立場を占めていることを彼らが承認していたからである。「最高裁が司法ヒエラルキーの頂点に位置するために、そして、最高裁判所に持ち込まれるタイプの事案においてはテキスト・意図・先例といった法的要素が概して曖昧であるために、判事は、自身の個人的な政策選好に基づいて自由に意思決定を行うのである」(1996: 973)。こうした重要な限定にも拘らず、態度モデルはいくつかの面で批判される。例えば、バウム(Baum 1994)がシーガル&シュペースの著作を批判した。投票結果を決定するのは個人的な政策選好であり法その他の考慮事項ではないという主張を支持する際に、彼らの著作では誤った証拠が用いられている、と彼は批判する。まず、新聞の論説及び過去の投票記録が提供するものは、判事の個人的な政策選好に対する間接的な尺度だけである。さらに、シーガル&シュペースは、一定の政策的立場を支持するために判事は一貫した投票を行っているという証拠を提示するが、その証拠によって、判事が個人的な政策選好の故にそうした投票を行うのだ、ということが示されない。他の多くの要素によって、一貫した投票パターンがもたらされるの

である。バウムは次のように説明する。

では、シーガル&シュペースは、限定された証拠から、どのようにして最高裁の意思決定に関する広範な結論を獲得するのか。彼らは、述べられていない前提に依拠しつつ直観的な飛躍を行っているようである。その前提とは、彼らが判事の投票の内に見出す構造には、公共政策に関する判事たちの態度以外には何の根拠もありえない、というものである。それは、あまり無理のない飛躍であり、他の最高裁判所研究者が行ってきたものである。しかし、それは、提示された証拠によって強要されることではない（1994a：4〔強調追加〕）。

他方、ナイト（Knight 1994）は、態度モデルは失敗だと考える。そのモデルが説明しようとしたことについて説明が足りないからではなく、そのモデルが説明しようとしていないことの故にである。そのモデルは「どんな態度がメリットに関する意思決定と相関的か」に焦点を狭く絞り込むが、そのことによって看過されてしまう事柄がある。例えば、なぜ判事たちはあるケースを審査し他のケースを「メリットなし」と論結するのか、将来の事案の意思決定は態度的に駆り立てられるものなのに、なぜ先行するケースの事実がそれに影響を与えるのか、或いは最高裁判所が制定法や先例を（無効にするのではなく）維持するときには何が判事の意見を駆り立てるのか、といった事柄である。したがって、そのモデルでは、最高裁の意思決定の最も重要な側面を説明できない。ナイトの議論によれば、

態度モデルは、個々の判事の投票と特定の結果の達成との関係を複雑化する要因を説明できない。もし裁判官の意思決定が、主として、公共政策に影響を及ぼしたいという彼らの欲求に照らして説明されるべきだとすれば（私は一般的にその説明に同意する）、このような説明には、最低でも、それらの要因が組み込まれるべきであって、それらによって、実際に戦略的計算がどのようなものであるかが左右されるのである（1994：6）。

しかし、態度アプローチの最も重大な欠陥は、そのモデル自体にではなく、むしろ司法の意思決定に関する対案的な理解の仕方の性格づけにあるのかもしれない。シーガル&シュペースのような態度主義者は、リーガル・モデルから

薬人形（※【訳註，以下同様】批判するためにでっち上げた標的）を構築する。そして、そのモデルの示唆によれば、制定法・憲法典の明白な意味・制定者の意図・先例・社会的利益の比較衡量に照らして見た場合、最高裁の意思決定は事案の事実に基づいているということを前提とする（1993：32）。このようなモデルの下では、大統領が誰を任命するか或いは上院がどちらを承認するかは、最高裁の行動を予見する際に重要であろうはずがない。なぜなら、判事が抱く諸価値は事案を判断するのに重要ではないからである（125）。

とりわけブリスビン（Brisbin 1996）は、リーガル・モデルのこうした性格づけを完全に拒否する。リーガル・モデルは、判事がどのように投票するかを予見するものというよりは、良き判決に関する規範的理論だとみなされるべきだという。しかし、彼の議論が最高裁判所に適用可能であるかどうかは、まさに、シーガル&シュペースの承認する制度的要因によって左右される。他の批判者（Rosenberg 1994；Smith 1994）の主張によれば、リーガリズムのモデルは、それが適切に理解された上で最高裁判所に適用されるならば、シーガル&シュペースのような態度主義者が示唆するような単純で・機械的・没政治的な法学に依拠するものではない。むしろそれは、事案を判断する際の、一組のアプリオリな「解釈の典拠ないし原理（interpretive canons or principles）」（実体的に政治的なものもある）の適用に対するコミットメントとして理解する方がよい。したがって、それは、「原理づけられた」意思決定プロセスと「結果基底的な」意思決定プロセスとの区別であって、政治的モデルと没政治的モデルとの区別ではない。ローゼンバーグ（Rosenberg）の説明によれば、そのコミットメントは解釈哲学に向けられたものだから、解釈哲学が異なればそれがもたらす結果も異なるという理由で、「大統領が最高裁判所判事に誰を任命するかはとても重要である」（1994：7）。だとすれば、スミス（Smith）が指摘するように、現在の規範的法学に代わる経験的に根拠付けられた代案を提起しようとする態度主義者は、誤った標的を攻撃してきたことになる。

現にシーガル&シュペースは、今日最も標的としてふさわしい「リーガリスト」への言及を全く怠っている。その標的とは、ロナルド・ドゥオーキン（Ronald Dworkin）やブルース・アッカーマン（Bruce Ackerman）のような法学者による洗練されたポスト・リアリズム法学である。これらの著者は、古い機械的リーガル・モデルを拒否し、司法的諸価値が意思決定に与えるインパクトを認識している。しかしながら、法の信用を維持するために、彼らは、

未だに司法的諸価値の意義を最小化しようと試みる（裁判官が特定の政策選好よりも道徳的ないし政治的な原理に固執すること、或いはその裁判官が先行する憲法制定期の「諸々のテキスト」を総合（synthesize）することによってである）。しかし、シーガル&シュペースは、こうした有力な現在の標的を相手にせず、長い間放置された風車に立ち向かっているのである（1994：8）。

「リーガル・モデル」に関する議論は、司法の意思決定に対する態度アプローチその他の行動主義アプローチの限界を理解する上で重要である。「リーガル・モデル」に対する定義や期待のこうした多様性は、法律専門家における分裂症の遺物であり、また、近代政治科学が選好した行動主義的方法論への偏向の帰結でもある。リーガル・モデルは、たとえ再定式化されたとしても、記述的には不正確なものだろう。判事たちは専ら自身の政策選好に投票しながら、法原理を用いてその真の動機を隠そうとする、と述べる点では、態度主義者は正しいかもしれない。しかし、それを知る唯一の方法は、解釈的・歴史的なアプローチに回帰することである。すなわち、判事の意思決定をより広範な意味・動機の領域へと文脈化するのである。票の集計その他の実証主義的方法論によって具体的な行為ないし行動を記述することはできるが、その行為ないし行動の動機・目的ないし意味を記述することはできない（Gillman 1997; McCann 1996; Smith 1992）。こういう訳で、同じ行為でも、文脈が異なれば異なる意味をもつのである。例えば、会合で手を挙げることと戦場で手を挙げることにが対置される。したがって、類似の事案での類似の投票が類似の動機・意味をもつという仮定は、その事案が類似の歴史的・文脈的な空間に置かれる限り維持できない。例えば、平等保護条項の「カラー・ブラインド」な見方（a “colorblind” conception of the Equal Protection Clause）を州のプログラムに適用する意思決定についていえば、諸州が公然と人種差別を行っていた1954年と、過去の差別の結果を解消したり過少にしか代表されない少数者を援助するために、諸州が人種コンシャスなプログラムを用いてきた1994年とでは全く異なる意味をもったのである。たしかに、どちらの投票も判事の「リベラルな」政治的選好を示しているとの仮定は誤りかもしれない。しかし、司法の動機に関する実証主義的尺度は、まさにこの種の仮定を行っているのである⁽³⁾。

(3) 態度主義者は、この方法論的限界を認識している。シュールベルトは、司法の投票パターンが政治的態度を性格に測定できると仮定した。もちろん、これは

行動主義は旧制度主義と対置される。旧制度主義者は、インフォーマルな歴史的・解釈的な方法を用いて、制定法や判例法理といった相対的にフォーマルないし有形の主題を研究した。これに対し、行動主義は、フォーマルの、実証的ないし「科学的」な方法を用いて、態度やプロセスといった無形の主題を研究する (Ethington and McDonagh 1995: 88)。司法の意思決定に関する研究という点では、行動主義者は先行する公法学とともに法リアリズムを共有する。実証主義的方法論と還元主義的見地とを採用することによって、行動主義は、この関係の一面を評価する際に、それまで以上の明瞭性と厳格性とを約束した。すなわち、個々の政治的態度ないし政治的諸価値が司法の意思決定にどのように影響を及ぼすのかという面である。しかしながら、この移行に伴い失われたものが重要である。おそらく、この移行によって、法及び政治の再概念構成が不可避となった。ヘインズやコーウィンのような学者も、ドゥオーキンやアッカーマンといった現代のポスト・リアリズムの法学者も、より複雑な法の構成的概念構成 (constitutive conceptualization) を主張したが、態度主義者は、法とは、裁判官が個々の政策選好を実現するための単なる道具にすぎないという考えを次第に強めていった (Segal and Spaeth 1993)。

「構成的な」法観から「道具的な」法観へのこうした移行に伴い、行動主義アプローチ (とりわけ態度モデル) においては、司法的思考を拘束する力や動機付ける力として法を理解することができなくなった (Gillman 1993; Kahn 1994; McCann 1996; Smith 1994)。政治的態度は、司法的意思決定に対して唯一措定された動機づけとなる。そして、裁判官は、その判決意見においてその意思決定の基礎は法原理・法理論であると主張すれば、「不誠実」(dis-ingenuous) ないし「自己欺瞞的」(self-deceptive) な者として性格付けられ

循環論法的である。投票は、政治的態度を説明するために使われ、態度は投票を説明するために使われた。シューベルトのモデルを批判することによって、シーガル&シュベースは、解釈的記述 (判事の政治的態度に対する新聞記事) の薄層を伴うモデルを拡大させた。新聞記事は、依然として態度の間接的尺度である。もっと重要なことは、判事の見解を予測する新聞記事は、たいてい、下級裁判所における過去の投票記録、過去の最高裁判所の意思決定に対して被任命者が自ら公言した賛成又は反対の表明に依拠している。このように、循環論の問題は除去されていない。にもかかわらず、このことによって、実証的方法は、それだけでは動機についての意味ある分析の基礎を提供できないので、完全に解説的な政治科学においては比較的わずかな部分でしかありえない、という重要な認識が示されている。

ることになる。したがって、やや奇妙なことだが、リーガル・リアリズムの中核的仮定（法と政治とは分離できない）は、根本から覆される。こうしたアプローチにおいては、法と政治とが概念的に区別されるだけではない。判事たちは政治的要因によってのみ動機付けられるのであって、意思決定のために法的規準（legal criteria）を裁判所が援用することは、マントで現実の動機を覆い隠すことになる。したがって、法の行動主義的還元がもたらす重要な帰結として、法と政治との間に完全に「非リアリズム的な」区別が必要とされるのである。その区別が、今度は、司法の動機付けに関するいわゆる「リーガル・モデル」及び「直観的飛躍」の誤った性格づけにつながるのである。

同様に、政治を個人の政策選好へと行動主義的に還元すれば、より広範な制度化された意味パターンによって選好がどのように構成されるのかを解釈的に説明することなく、規範的内容の分析を排除することになる（Barber 1989; March and Olson 1984; Smith 1988, 1992）。旧制度主義者の主張によれば、政治は複雑で相互作用のない構成的な現象であるから、政治を理解するには、個々の選択が埋め込まれた制度的な意味パターンないし規範パターンに照らし、個々の選択に留意する以外にない。対照的に、行動主義は、個別的レベル（individual）の行為に焦点を当てることにより、道具的ないし功利主義的な政治観と結びつく。政治は、自立した個人的選好の集合にすぎないと考えられるのである（Barber 1989; Shapiro 1989; Smith 1989）。したがって、司法の政治学は、最高裁判所における個々の意思決定の帰結が、個々の判事のアプリオリな政策選好によってどのように産み出されるのかの記述に還元される。その分析には、司法の意思決定の記述を規範的な法学と結合させるという初期公法学の関心がない（Smith 1988）。

行動主義的方法論の体系的な弱点は、政治学者が法共同体内部における分裂症的法観の出現を認識できなかったために、いっそうひどくなった。仮に、法実務家が自分たちの技巧を伝統的な「法的」規準によって、或いは少なくとも（規範的だとしても）原理に基づく政治的法学に対するコミットメントによって導かれるものだと考えつづけるとしよう。さもなければ、そのモデルがどんなに明瞭かつ優美であろうとも、司法的意思決定についての性格づけは、法や司法プロセスを生きた実体験として具体化するだけのものとなろう。結果として、法実務家・法教育者が最高裁判所の意思決定に関する行動主義的説明を読めば、たいていは即座にその説明を捨て去ることになる（Griffin 1996）。そこには究極のアイロニーがある。すなわち、政治科学は、予見的であればある

ほど、つまり司法の意思決定を「科学的に」理解しようとすればするほど、実際に法実務に携わる者や裁判官を任命できる選挙された公職者（※大統領や上院議員のこと）にとって効用も魅力もないものになってしまう。コーウィンやヘインズの時代には、政治科学者は、最高裁判所及び憲法典に関する有力な専門家だと考えられていた。しかし、司法の意思決定に対する政治の影響の仕方をもっと正確に記述するドゥオーキン (Dworkin)、サンステン (Sunstein)、アッカーマン (Ackerman)、ボーク (Bork) といった法学者によって、政治科学者は次第に窓際へと押しやられている。

たしかに、今では、司法行動の真摯な研究者で、態度が司法の意思決定に差異をもたらすことを疑う者はいない（本書の Segal 論文参照）。しかし、重要なことは、「態度」が何を意味するか、及び「態度」をどう評価するかである。シーガル&シュペースでさえ承認するように、「態度」には、「認知的 (cognitive)・情動的 (affective)・行動的 (behavioral) な要素」がある (1993: 69)。これらの要素の最後のものと実証主義的方法論とに没頭することにより、近時の政治科学研究の多くは、法と政治との有意な相互関係のあり方を看過し、司法的動機の目的的分析つまり規範的な探究・処方をはば不可能にしている。学問形態が次第に具体化されていくのはその結果である。そうした学問形態は、その学問の外で学問領域の構造に貢献する者にとっては、対外的妥当性 (external validity) の疑わしいものであり、限界効用 (marginal utility) しかもたないものなのである。

新制度主義

人間の他の努力と同様に、世代間で学問的伝統の変化が生じるのは、各世代が、前世代において支配的だった見解・態度に照らして自己定義を行うときである。社会科学の内部においては、行動主義アプローチの弱点に対する意識が増大しつつあり、また、制度的関係の重要性が再強調されたことにより、政治やその他の人間的意味をもつ活動（※例えば、社会的、経済的、宗教的な活動）をどのように理解しうるのか、についての研究に対する関心が復活している (Grafstein 1992; Koelble 1995; March and Olson 1984, 1989; Powell and DiMaggio 1991; Steinmo, Thelen, and Longstreth 1992)。

政治科学における「新制度主義」への移行は、ジェームズ・G・マーチ&ジョハン・P・オルセン (James G. March and Johan P. Olsen) の “The New

Institutionalism: Organizational Factors in Political Life” (1984) で示された。新制度主義の核心には、行動主義を性格付ける還元主義的・道具主義的な政治観への異議と、構成的・規範的な政治観及び制度が後者の政治観において果たす役割に対する再評価とがある。マーチ&オルセンによれば、

政治科学における現在の理論は、たいてい、政治及び政治行動を道具的關係で理解している。行為の意図は行為の結果の内に見出され、政治システムを組織する原理は利害対立に直面した際の稀少資源の配分である。……新制度主義はこうした結果優位に（異議を唱える）。……政治を通じて、各人は、自分自身・自分たちの共同体・公共善を發展させる。こうした見解によれば、公民生活への参加は、教養ある人物にとっての最高次の活動形態なのである。……政治は、教育とみなされる。すなわち、意味を発見・推敲・表現する場であり、共有された（又は対立する）経験観・価値観・実存本性観を確立するのである。それは、弱者を狼狽させる強者の装置としての記号という近時の意味においてではなく、解釈秩序の道具としての記号という意味において、記号的である（741）。

ロジャーズ・スミス (Rogers Smith) の “Political Jurisprudence, The ‘New Institutionalism,’ and the Future of Public Law” は、新制度主義アプローチが「法と裁判所」研究にどのように適用され得るかを指摘した (1988)。具体的には、スミスは、裁判官の意思決定プロセスにおける独立した力として、法制度・政治制度の重要性を承認すべきだと主張した。これらの制度は、それ自体が過去の人間の意思決定によって創られたものであり、その過去の意思決定は、ある程度まで自由裁量によるものであるが、将来の同様の意思決定によってある程度まで変更可能である。しかし、にもかかわらず、それらの制度は独自の生命をもち、明らかに「制度的な」見地・見解をもつように制度によって規定された役割を担う裁判官その他の行為者の自己像 (self-conception) に対して影響力をもつ。このように、制度によって法的行為者の行動が形成され、次には、その行動によって制度も影響を受ける。したがって、制度は、単独で適切な分析ユニットになる (1988: 95)。

公法の過去及び将来に関して、スミスは、新制度主義が、行動主義的な経験的厳密性の探究と、伝統的公法学及び現在のエリート法学者によって行われている規範的法学の構成部分であるより包括的な「政治と法」観との統一を約束

するものだ、と論じる⁽⁴⁾。現在までのところ、「法と裁判所」に関する新制度主義の著作のうち、少なくとも2つの主要な異型が認識されている。つまり、実証的制度理論 (the positive theory of institutions=PTI) すなわち「合理的選択」型と、歴史解釈的な型とである (Ethington and McDonagh 1995; Smith 1988)。本書では、ハワード・ギルマン (Howard Gillman) だけでなく、マルツマン (Maltzman), スピッグス (Spriggs), ウォールベック (Wahlbeck) がこれらの2つのアプローチをそれぞれ唱道する。

PTI アプローチに関心をもつ学者たちは、マーフィーの著作 (1964) に依拠しつつ、個々の司法的意思決定を理解する際に肝要なのは、個人的権力や個人的な政策選好を最小化することへの関心を所与とした場合に、裁判官ないし判事が行うであろう一組の実現可能な選択を条件づける戦略上の地勢を綿密に作図することだ、と論じる⁽⁵⁾。ギルマンは、このアプローチに対する広範な批判を提示し、同アプローチが結局のところ歴史的分析及び解釈的分析に依存しているという (本書の Gillman 論文参照; Smith 1992 も参照)。根本において、このアプローチは、司法活動の制度的文脈を分析するという関心を共有しながらも、実証主義的方法と「政治と法」に関する道具主義的仮定に依拠し続

-
- (4) スミスは、4つの具体的勧告を行う。第一に、法と裁判所を研究する学者は、「それらの独立変数を相対的に永続する構造」つまり制度的パターンと「考えるべきである」。第二に、彼らは、「そうした構造が過去の議論の的となった政治的選択からどのように生じたかに対する敏感さをもって、検討対象となる構造ないし制度の起源に関するいくつかの指摘」を行うべきである。第三に、質的方法であれ量的方法であれ、分析を行う者は、「従属変数つまり司法的意思決定のような一組の『意味ある行為』をできるだけ完全に同定すべきである。彼らはその解説を必要とするのである」。最後に、「法的選択とそれを形成する『背景的』制度との相互関係についての公法研究は、少なくとも、意図的にであれ非意図的にであれ、そうした選択が今度はこうした制度にどのような影響を及ぼすのかに関する疑問を提起しなければならない」(1988: 102-03)。
- (5) 現在の PTI 学者の大半は、Kenneth Shepsle (1979) や William Riker (1980, 1982) の理論的主張をも援用する。彼らは、制度配置によって、個々の利益の追求・実現を包含することも排除することもできるという認識に基づいて、制度研究への回帰を要求する。換言すれば、制度配置は、「構造的均衡」を創出することができ、それ自体が過去の個別的選択の所産である諸制度は、それらに精通した個人の当座の利益・選好からの相対的自立が可能となる。これが正しいとすれば、構造的均衡とは何かを理解することが重要である (本書の Maltzman 論文, Spriggs 論文, Wahlbeck 論文)。

けている。諸制度は、自己利益を最大化するゲームを演じるために与えられた一組のルールにすぎない（Gillman 1997）。このように、司法的意思決定に対する PTI アプローチは、行動主義一般に伴う実証的かつ没規範的な性格を保持している。この根本的な弱点を所与とすれば、PTI によっては、司法的意思決定に対する行動的・態度的なアプローチに代わるより完全でかつより注目に値する代案は提示されそうにない。とりわけ、新制度主義の目標が経験的に厳密な研究と規範的な法学との再統一であるとすればなおさらである。

主要な雑誌においてはあまり目立たないが、司法的意思決定に関する発展途上の研究の根幹には、スミスがその著作（1988, 1992）において究極的に求めていた種類の歴史的制度主義がある。新たな歴史解釈的制度主義は、行動主義及び合理的選択が提供する道具的な「政治と法」観を拒否するが、その際、司法的意思決定とは、裁判官の弁別的な専門的役割、彼らの義務感、及び顕著な制度的見地を通じて司法の価値・態度を形成するプロセスだと説明しようとする。そうであれば、解釈的方法論を用いて、意味ある行為に関するこのような制度化された見地ないしパターンの歴史的進化を記述することが、このアプローチの中心になる（see Burgess 1993; Gillman 1993; 1994b; Kahn 1994; Smith 1985）。

このアプローチは、解釈的方法論と、旧制度主義者が抱いていた構成的な法制度観・政治制度観との双方を共有する。それらの伝統的な対応物と同様に、この新たな仕事を行う者は、それらの探求の記述的側面と規範的側面とを結合することにも関心を持つ（Smith 1988）。だから、この新たな解釈的制度主義が司法的意思決定に対する行動主義的アプローチや PTI アプローチとどう異なるかを理解することは容易であるけれども、それが古い公法とどう異なるかを理解することは容易ではない。例えば、マーティン・シャピロ（Martin Shapiro）は、「スミスによって称賛された制度的分析の新たな人気は、『伝統的な政治科学』への回帰にすぎない」と主張する（1989：89）。

この主張には真理があり、もし、我々が「古い」解釈的制度主義と「新しい」解釈的制度主義との関係を曖昧にするならば、多くのものが失われる。にもかかわらず、そこには、私がここで提供できる以上に注目すべき重大な差異がある。当面の目的にとって最も重要な差異は、より動態的で多孔的（porous：※柔軟で適応性があること）な制度観の新たな受容と、政治分析における国家の重要性をあまり強調しないことの受容とである。新制度主義者の多くは、政治制度を（ある意味で国家と結びつけられる）⁽⁶⁾「現実」ないし有

形の権力・権威・資源の構造とみなすのではなく、これらのフォーマルな構造と、インフォーマルな規範・神話・思考習性ないし意味の背景的な構造・パターンとの差異を強調しない傾向にある (Gillman 1997; Orren 1995a; Skowronek 1995; Smith 1995)。スミスの指摘によれば、諸制度は、「政府機関のようなかなり具体的な組織であるだけでなく、修辭的正統化のパターンのような認知的構造でもある。その構造は、政治的言説の一定の伝統に特有のもの、或いは民衆の信念体系に見出されるその種の結合価値に特有のものなのである」(1988: 91)。この意味で、旧制度主義者がよりフォーマルかつ有形の諸制度を政治行為の原因ないし動機とみなしたのに対して、新制度主義者は、そうした制度自体が一般に受容されている文化の枠組及び社会的に構築された思考の内部で産み出されたものだとして理解する。したがって、諸制度は、あらゆる社会活動を位置付けるイデオロギー・宗教・クラス・人種・ジェンダーといった認知・評価の複雑な社会的パターンに影響を及ぼすだけではなく、そのパターンと不可分のものでもある (Selznick 1996; Smith 1995)。スミスの説明によれば、

ロード・ボルチモア・ホテルは一種の制度である。社会科学歴史協会も一種の制度である。国務省も一種の制度である。しかし、これらの制度は、制度との関係において自らの役割を規定する思想を念頭に置いた多くの人間がいなければ、どれも 1 秒たりとも機能しないだろう。制度の目的・制度の企てこそがその制度を機能させる。制度や組織にとって、思想はある意味で二次的だと [述べる] は、私には一貫しないように思える。……そして、もし思想が制度の存在ないし機能にとって必要なものだとすれば、なぜ、思想を分離されたものとして、そして二次的なものとして扱うのか (1995: 138)。

このより多孔的な制度観は、マルクス主義の歴史分析及びウェーバー、パー

(6) シーダ・スココボル (Theda Skocpol), キャレン・オレン (Karen Orren), ステファン・スコウロネク (Stephen Skowronek) のような学者による制度的研究を復興させる初期の努力は、政治的制度化の一条件として、政治の目的と国家の権威、権力、資源との結合を強調するから、「国家の指図を導入する」ものとしてしばしば参照されるのである (Evans 1983; Florina 1995b)。

ソنز、マートンのような社会学者の構造-機能分析の遺産である（Smith1988：96）。伝統的な制度主義とは対照的に、両者の思想潮流は、フォーマルの諸制度のより深遠な機能的・認知的な決定因子（determinants）を考察するためには、意識的かつ有形の制度パターンの分析を超える必要があると力説した。そうであれば、この遺産は、旧制度主義と比べれば、新制度主義の強みであり且つ弱みである。一方で、制度のより動態的な定義によって、政治制度のフォーマルないし有形の行為を記述する分析を超えた、背景構造及びその構造に付随する文化的に埋めこまれた意味をも記述する分析へと移行することが可能になる。このことは、どのようにして、フォーマルな政治制度が、異なる社会集団・クラス間の相関的な権力関係に基づいて偶然的な意味をもつことができるのか、の理解に関心を持つ者にとって、とりわけ重要である。他方、リアリズム的な制度観を放棄することによって、特に政治制度と国家との結合を放棄することによって、重要な問題が生じる。

第一に、概念的・分析的な明瞭性の問題がある。仮に、認知的意味の理念ないしパターンと、権威・資源の「現実の」構造との区別があまりにぼかされてしまうとしよう。そうすると、信念ないし動機の個々のパターンの原因となるもの又はそのパターンによってもたらされるものとして、個々の制度を語ることが不可能となる。もし理念と諸制度とを分離できず、あらゆるものがそれ以外のあらゆるものと関連するならば、新たな制度的分析がどこで支配的なのかは不明確である（Smith 1995）。制度分析は、無数の制度的相互作用の単なる記述のままなのかかもしれない（Gates 1991）が、殆ど又は全く理論的・説明的な価値を提供しないだろうし、経験的分析にとっては効用を殆ど持たないだろう（Gibson 1986）。

認知の背景的な理念・パターンの理解が個々の政治制度の社会的意味の理解に必要であることは間違いなく正しいが、政治制度の定義と社会におけるそのインパクトや意味の評価とが別々の作業だということも正しい。分析的明瞭性の問題として、「背景構造」及び理念とフォーマルないし現実の諸制度との間の区別（従属変数と独立変数との区別）を除去すれば、経験的に制度がいかにして信念の理念・パターンを形成するか、或いは逆に理念が制度をいかにして形成するかを調査することが困難になってしまう。

第二の問題は、理念を制度と不可分にしてしまうという問題である。すなわち、その分析自体から規範的内容が失われてしまうという問題である。そうした分析は、個別社会の道徳的慣習が、その歴史的に進化する制度及び思想のパ

ターンを独立に評価する手段を持たずに、そのパターンに埋め込まれるとすれば、その慣習の単なる記述となってしまうだろう (Barber 1989)。ここにおいて、マルクス主義的な歴史主義と構造的-機能的な社会学の遺産は明白である。これらの先行するアプローチに関する問題は、それらが決定論的であり、個々のエージェンシー及び意味ある選択の余地が殆ど残されていないことである。故に、それらによっては、規範発生プロセスとしての政治自体の重要性が認識できなかった。個人の選択及び政治的行為は、もっと大きな唯物論的ないし構造的な諸力の付帯現象とみなされ、逆にそれら諸力を形成し得る相対的に自立した出来事とはみなされなかった (Smith 1988: 100)。

政治的選択がいかに有意味かを理解することに関心をもつ学者は、個人の選択が、どの程度まで創造的であるか、制度的文脈及び個人が埋めこまれている社会的な背景構造からどの程度まで相対的に自立しているか、を力説するはずである。しかし、理念自体が制度の構成部分であり具体的な制度的文脈と不可分であるとすれば、一体どのようにして、個人は規範分析において求められるタイプの思慮深い自立ないし制度に関する道理に基づく判断を実践し得るのかを理解することはできない。もし理念がいつも偶然的でありその制度的文脈に左右されるものだとなれば、或る制度又は制度一般の役割は、それ自体は制度によって構成されるわけではないので、その役割に関する理念を抱くことはできないだろう。故に、歴史的な制度分析では、けっして制度的な規範・価値を評価し得ないだろう。そうした分析では、それらを記述することしかできないだろう⁽⁷⁾。

-
- (7) スミスは、制度的変化は真に自立した創造的な人間の選択の結果として生じるのではなく、むしろ、既存の制度的な価値や規範の「創造的再構成」の結果として生じるのだと論じるが、それは新制度主義の内に決定論的底流を認識してのことである (1988: 100)。ここで、彼は、オレン&スコウロネクの「複合的秩序 (multiple orders)」テーゼの受容に傾いている。同テーゼは、創造的で思慮深い選択との関連ではなく、全個人が複合的な制度配列に同時に埋めこまれているという事実、したがって、ある制度と結び付いた規範や価値を次の制度へと伝えることが可能であるという事実との関連で、制度の変化を説明する (Skowronek 1995; Smith 1995: 139)。もちろん、これは、現実には、決定論や変化の評価と結び付いた根本的な規範的問題を解決しない。それは、ある制度の変化を別の制度からの価値の移入との関連で説明することはあるとしても、制度が異なればなぜ規範や価値が異なるのか、一体なぜ制度が変化するのか、そして最も重要なことだが、ある制度的規範が他の制度的規範よりもなぜ好ましいのか又はどう好ましいのか、を説明しない。制度が他の制度の変化

もちろん、すべての分析が規範的でなければならないわけでも、すべての規範的分析において基本的原理ないし「グランド・セオリー」をめぐる議論が行われなければならないわけでもない。しかし、もし、新しい歴史的制度主義において、理念や判断がそれらを形成する諸制度からの意味ある自立の獲得を許容されないとすれば、その分析がどうすれば現実の規範的内容を獲得しうののかを理解することは困難である。結果として、経験的な政治科学を規範的な法学に接続する努力はつまづいてしまうだろう。

「政治システム」アプローチの復活

より動態的で多孔的な制度観の受容と関連する問題を考えると、（国家ないしその他の形態の政治的な権力・権威・資源に付随する目的・意味のパターンとしての）「現実的」な政治制度観を維持する解釈的制度主義への回帰の利点を指摘せざるをえない。しかしながら、私が提示したいアプローチは、いわゆる「政治的法学」の「政治システム」分析を行う最高裁判所学者の著作を土台にしているともいえそうである。シャピロは、「政治的法学」という用語を用いて、すべてのポスト・リアリズム法学を記述しようとしたというよりは、法と司法的意思決定とを有権者集団の相互作用及び政治権力関係の産物と考える具体的アプローチを同定しようとしたのである。ロバート・ダール（Robert Dahl）、アーサー・ベントレイ（Arthur Bentley）、デヴィッド・トウルーマン（David Truman）の利益集団多元主義の理論に基づいて、この範疇に属する学者は、裁判官の態度的動機に関する行動主義的仮定を概ね維持しながらも、いつでも、より広範な政治システムにおける最高裁判所の相対的な権力関係に関しては、最高裁判所における一連の態度したがって最高裁判所の意思決定のパターンを説明した。例えば、ダールの先駆的著作“Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”（1957）の議論によれば、最高裁判所は、国内政治システムにおける支配的連立党派（governing coalition）の利益に反する形では、減多に司法審査権を行使しない。このタイプの「政治システム」分析の下では、最高裁判所の役割したがってその意思決定の累積の内容は、党派の再編成（Adamany 1980; Funston

に影響を与え変化を引き起こすことによって変化の問題は背後に退くが、変化についての一般的な説明は全く提供されておらず、個々の変化の望ましさを評価するために利用できる基礎は全くない。

1975; Lasser 1985; Shapiro 1978, 1981, 1986; Sheingold 1974) や、強力な社会的諸力・集団の間での同盟関係・相互関係 (Gibson 1978; Goldman 1982; Rohde and Spaeth 1976; Schubert 1974; Tate 1981) などに左右される。

これらの先行研究は、裁判所の役割を他の政治的・社会的な諸制度及びその権力を統制する諸集団との関係に拘束されたものとして説明するという意味において、「合理的選択」ないし PTI アプローチに分類されると批判されてきた (本書 Kahn 論文; Kahn 1994; Smith 1985)。一般に、それらの研究が依拠していたのは、「司法的意思決定は、一定の制度化された拘束の下で自己利益ないし選好を最大化するための道具としての政治を反映する」という前提であった。換言すれば、裁判官は、法原理への真正のコミットメント又は構成的な政治的意思決定プロセスに基づいて事案に対して意思決定を行うのではなく、意識的にであれ無意識的にであれ裁判官の権力に対する制度化された拘束の影響を受けているが故に、その個人的政策選好を節制して意思決定を行うのである。実際、最高裁判所に関する現在までで最も傑出した PTI 研究は、実証的な「権力分立モデル」を用いて、最高裁判所が連邦議会・大統領のような他の重要な政治制度と対峙する事案についていかにして意思決定を行うかを例証している (Epstein and Walker 1995; Eskridge 1991a; Ferejohn and Shipan 1990; Marks 1988; Spiller and Gely 1992)。

たしかに、この批判は、「政治的法学」ないし「政治システム」分析というラベルの下でなされた仕事の多くに当てはまる。だが、この批判は言いすぎである。例えば、*Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer* (1952) のジャクソン (Jackson) 判事のように、権力分立法理の基礎をなす目的に真正にコミットした裁判官は、連邦議会や大統領職を支配する集団の選好に敏感かもしれない。しかしながら、この敏感さは、政策無効 (override) の恐れに対する計算でも支配的な政治的連立党派の政策選好に対する単なる受容でもない。むしろ、それは、法の目的自体は政治システム内での相対的な制度関係に左右されるという信念なのかもしれない。換言すれば、判事は、個々の法制度がそれ自体もっと大きな政治システム及びそのシステムにおける相対的關係の内部に埋めこまれていること、したがってそこからその意味を引き出さねばならないこと、を信じているのかもしれない。*Youngstown* 判決での結果同意意見におけるジャクソンの説明によれば、

各部門の権能に対する司法的定義は文脈から引きちぎられた孤立した条項さ

らには単一の条文に基づいてなされる。しかし、その定義は、憲法典に基づく現実の統治技術とは一致しないし一致し得ない。……憲法典は、統治部門に分離を命じると同時に相互依存をも命じる。つまり自治を命じると同時に互酬をも命じるのである。大統領の権能は、固定的なものではなく変動的なものであり、それが連邦議会の権能と分離又は結合する程度に左右される。我々は、（どんな憲法分析であれ）このような相対性の要因からの法的諸帰結を大雑把に区別することからはじめることができる〔強調付加〕。

制度化された競争的な行為者の間で法的主権が意図的に分割される憲法の文脈において、権力分立の法理に限らずたいの法的諸制度は、偶然のかつ相対的なシステムないし全体制的な関係に敏感であることが期待される。例えば、現代のフェデラリズムの事案においては、最高裁判所は、抽象的な法原理ではなく「政治的安全装置（political safeguards）」すなわち政治的諸部門によって採用された憲法上の境界の定義に依拠して、州政府と連邦政府との憲法上の関係を定義している。したがって、*Garcia v. San Antonio* (1985) におけるブラックマン（Blackmun）判事の議論によれば、第10修正の事案についての適切な決定は、「予め確定された主権の観念にあるのではなく憲法体系」に照らして州の主権を定義することにある。「議会の権限を検討する際に、我々には、独自の州主権観を採用する資格はない」（但し *United States v. New York* 1992参照）。繰り返しになるが、この事件における最高裁判所の動機は、政治的諸部門ないし支配的な政治的連立党派による戦略的計算ないし政策無効の恐怖としてではなく、憲法条項の政治的偶然性を認識することに向けられた純粹の関心として記述する方がよいだろう。

個人の権利に関わる事案においても同様に、最高裁判所は、しばしば、社会の「現在の基準」への敏感さ、「進化する品位基準」（evolving standards of decency）ひいては我々の人民の「良心と伝統」に見出される諸価値をも必要とする様々な法観に依拠している。こうした基準によって必要とされるのは、実体的な見解及び重要な政治集団と制度的行為者との相対的な関係に対応した真正の法解釈を施したいと望む裁判官である。

上述のような基準の示唆によれば、最高裁判所は、法を構成的な政治プロセスと考えがちであり、そこでは、他の政治的行為者の相対的な立場や実体的な見解が、特定の選好を促進する際の障害となるだけでなく、それ自体が適切な法的所産の基礎ともなる⁽⁸⁾。この意味で、最高裁判所は、法の意味をめぐ

り、他の政治部門・政治的行為者との構成的対話 (a constitutive dialogue) を行う (Fisher 1988参照)。したがって、法的諸制度に対応するものとして司法の意思決定を理解するならば、現存する政治体制内部における制度関係のパターンに注意を払う必要がある。

このアプローチを用いて司法の意思決定を分析する学者は、旧制度主義者と同様の法制度 (判例法理、先例、制定法など) に注意を払うであろう。また、彼らは、政治システム学者が強調した政治システム関係 (政党の綱領などに見出される利益集団及び選挙での連立党派が抱く法の諸見解、公的言論、裁判官の任命をめぐる議論、法務長官・連邦議会議員又は利益集団によって提出された法廷助言者の意見書) にも注意を払う。規範的分析は、個別的法制度の基礎にある諸目的をどう同定するかに左右されるだろう。その諸目的は、その源泉となる具体的な集団の制度的権力の文脈と対比される。例えば、Clayton (1994) は、最高裁判所のいわゆる *Chevron* 法理への固執を批判する。同法理は、政府が分裂状態にある間、下級裁判所に対して、制定法上の義務に対する「リーズナブル」な機関解釈に敬讓を示すよう要求する。もし、行政手続法と同法理の依拠する権力分立原理とが基礎とする論拠が、選挙されていない裁判官が選挙された政策決定者に敬讓を示さねばならないことにあるとすれば、その政治システムは、行政国家に対する統一的又は分割的な民主政的統制を産み出すために想定し得るか否かについて、いくつかの差異を生み出す。もし、行政職員が議会の意図を実現することに努めながら制定法を解釈しているとすれば、敬讓という高い基準は意味をなす。他方、もし行政職員が制定法に対して連邦議会の意図した解釈を施していると仮定できないとすれば (1980年代における事案に多い)、司法的敬讓という広範な基準は不適切である。他の学者は、このアプローチを用いて、法理の変化、選挙での連立党派の移行、及び被選挙部門からの最高裁判所の制度的自立の三者間の関係などの説明を展開している (Silverstein and Ginsberg 1987)。集团的権力のパターン、制度的資源、政治組織の比較的大きな変化が個人的権利に関する最高裁判所の議論にどう影響す

-
- (8) ここでの私の指摘は、ブルース・アッカーマンの *We the People* (1991) において素描された憲法法学と多くのことを共有している。同書は、最高裁判所が、最後の「創憲期」又は体制形成期の間に作り出された実体的な政治的諸価値を維持する役割を演じることを指摘する。また、Louis Fisher (1988) の議論とも多くのことを共有している。同論文は、憲法の意味が最高裁判所と政治的機関との継続的対話を通じて固定すると論じる。

のか。そして、最高裁判所による司法審査の行使が多数決主義的民主政とどう調停されうのか（Graber 1993）。

先に素描した「制度的システム」アプローチは、スミスなどの学者が唱道した歴史的制度主義と似ている。両者ともに、法制度には司法的態度に対する構成的ないし形成的な影響が欠けているという PTI 的・行動主義的な見解を拒絶するだろう。そして、両者ともに、司法の意思決定を理解するための鍵として、具体的な法制度の解釈的・歴史的な分析を要求するだろう。しかしながら、具体的な法的制度を政治システムの構成部分として理解する努力によって、その分析は、ある形式の国家権力ないし政治権力に付随するフォーマルないし有形の諸制度と密接に結びつけられる。こうして、定義的混乱の問題や歴史的決定論の問題が回避されるのである。さらには、司法的意思決定の現実の制度（権力及び資源）的文脈に注意を払うことによって、このタイプの分析は、同じ行為に対して裁判官がしばしば異なる動機を持ち得るという事実に便宜を図ることができる（一方では法原理を実施したいという願望と結びつき、他方では、個人的な政策選好への影響に関する戦略的計算と結びつく）。こうして、このアプローチには、戦略的行動に関する PTI の識見と歴史的制度主義者によって好まれる構成的法観とを架橋することが期待される。

結 論

新制度主義は、行動主義や旧制度主義が提供した以上に完結的で動態的な司法的意思決定観を約束する。それでもなお、このアプローチが、その源泉からの遺産である諸問題を克服し得るかどうかは明らかではない。PTI アプローチは、純道具主義的な「法と政治」観を超える方途を発見しなければならない。他方で、新しい歴史解釈的アプローチは、多孔的制度観を保持しながらも、経験的厳密性及び有意な規範分析を可能にするために、概念的明瞭性を必要とするというジレンマを解消しなければならない。もっと現実的な制度観ひいてはもっと伝統的なスタイルの制度主義に立ち戻ることなくこれを行い得る可否かは、なおも検討されねばならない。

最後に、将来の制度的研究への有望なルートは、政治システム分析の識見を土台にして、それらの識見と構成的な「法と政治」理解とを結合させることである。そのためには、学者は、司法的選択を別々の行為とみなすのではなく、むしろ個々の制度的要素に意味を与えるもっと広範な制度的システムないし政

治的体制内に埋めこまれたものとみなす必要がある。このようなアプローチにラベルを貼ることはさほど重要ではない。むしろ、司法的意思決定の政治的な意味・意義を理解するためには、それらを適切な政治的文脈に置くことが必要だという認識の方が重要なのである。

参考文献リスト

Ackerman, Bruce

1991. *We the People*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Adamany, David

1980. "The Supreme Court's Role in Critical Elections." In *Realignment in American Politics*, ed. Richard J. Trilling. Austin: University of Texas Press.

Barber, Satirious A.

1989. "Normative Theory, the New Institutionalism, and the Future of Public Law." *Studies in American Political Development* 3:56-73.

Baum, Lawrence

1994a. "Symposium: The Supreme Court and the Attitudinal Model." *Law and Courts Newsletter* 4:3-5

1994b. "What Judges Want: Judges' Goals and Judicial Behavior." *Political Research Quarterly* 47:749-68.

Beane, William M.

1955. *The Right to Counsel in American Courts*. Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Press.

Bork, Robert H.

1990. *The Tempting of America: The Political Seduction of Law*. New York: Simon and Schuster.

Brenner, Saul, and Marc Stier

1995. "Does Stare Decisions Influence the Justices' Voting on the Supreme Court?" Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Chicago.

Brigham, John, and Diana R. Gordon

1996. "Law in Politics: Struggles over Property and Public Space on New York City's Lower East Side." *Law and Social Inquiry* 21: 265-83.

Brisbin, Richard A.

1996. "Slaying the Dragon: Segal, Spaeth and the Function of Law in Supreme Court Decisionmaking." *American Journal of Political Science* 40: 1004-17.

- Burgess, Susan R.
1993. "Beyond Instrumental Politics: The New Institutionalism, Legal Rhetoric, and Judicial Supremacy." *Polity* 24: 445-59.
- Clayton, Cornell W.
1994. "Separate Branches-Separate Politics: The Case for Judicial Enforcement of Congressional Intent." *Political Science Quarterly* 109: 843-72.
- Corwin, Edward S.
1940. *The President: Office and Powers*. New York: New York University Press.
1936. "The Constitution as Instrument and Symbol." *American Political Science Review* 30: 1071-85.
1934. *The Twilight of the Supreme Court: A History of Our Constitutional Theory*. New Haven, Conn.: Yale University Press.
1929. "The Democratic Dogma and the Future of Political Science." *American Political Science Review* 23: 569-92.
1928. "The Higher Law Background of the American Constitution." *Harvard Law Review* 42: 149-85 and 365-409.
- Dahl, Robert.
1957. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker." *Journal of Public Law* 6: 279-95.
- Epstein, Lee and Thomas G. Walker
1995. "The Role of the Supreme Court in American Society: Playing the Reconstruction Game." In *Contemplating Courts*, ed. Lee Epstein. Washington, D. C.: CQ Press.
- Eskridge, William N., Jr.
- 1991a. "Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions." *Yale Law Journal* 101: 331-417.
- Ethington, Philip J., and Eileen L. McDonagh
1995. "The Common Space of Social Science Inquiry." *Polity* 28: 85-90.
- Evans, Peter R., Dietrick Rueschemeyer, and Theda Skocpol
1985. *Bringing the State Back In*. New York: Cambridge University Press.
- Ferejohn, John, and Charles Shipan
1990. "Congressional Influence on Bureaucracy." *Journal of Law Economics and Organization* 6: 1-20.
- Fisher, Louis.
1988. *Constitutional Dialogues*. Princeton, N. J.: Princeton University Press.
- Fiorina, Morris P.
- 1995b. "Rational Choice and the New (?) Institutionalism." *Polity* 28: 107-16.
- Funston, Richard

1975. "The Supreme Court and Critical Elections." *American Political Science Review* 69 : 795-811.
- Fried, Charles.
1988. "Jurisprudential Responses to Legal Realism." *Cornell Law Review* 73 : 331.
- Gates, John B.
1991. "Theory, Methods, and the New Institutionalism in Judicial Research." In *The American Courts : A Critical Assessment*, ed. John B. Gates and Charles Johnson. Washington D. C.: CQ Press.
- Gibson, James L.
1986. "The Social Science of Judicial Politics." In *Political Science : The Science of Politics*, ed. Herbert Weisberg. New York : Agathon Press.
1978. "Judges' Role Orientation, Attitudes and Decisions: An Interactive Model." *American Political Science Review* 72 : 911-24.
- Gilman, Howard
1997. "The New Institutionalism, Part I." *Law and Courts Newsletter* 7 : 6-11.
- 1994b. "Preferred Freedoms: The Progressive Expansion of State Power and the Rise of Modern Civil Liberties Jurisprudence." *Political Research Quarterly* 47 : 623-53.
1993. *The Constitution Besieged : The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*. Durham, N. C.: Duke University Press.
- Goldman, Sheldon
1982. *Constitutional Law and Supreme Court Decisionmaking*. New York : Harper and Row.
- Graber, Mark A.
1993. "The Nonmajoritarian Difficulty : Legislative Deference to the Judiciary." *Studies in American Political Development* 7 : 35-73.
- Grafstein, Robert
1992. *Institutional Realism*. New Haven, Conn.: Yale University Press.
- Griffin, Stephen M.
1996. *American Constitutionalism : From Theory to Politics*. Princeton, N. J.: Princeton University Press.
- Haines, Charles Grove
1944. *The Role of the Supreme Court in American Government and Politics, 1789-1835*. Berkeley : University of California Press.
1922. "General Observations on the Effects of Personal, Political, and Economic Influences in the Decisions of Judges." Reprinted in *Judicial Behavior : A Reader in Theory and Research*, ed. Glendon A. Schubert. Chicago : Rand McNally.

- Hart, Henry
1959. "The Time Chart of the Justices." *Harvard Law Review* 73: 84-129.
- Kahn, Ronald
1994. *The Supreme Court and Constitutional Theory*. Lawrence, Kans.: University Press of Kansas.
- Knight, Jack.
1994. "Symposium: The Supreme Court and the Attitudinal Model." *Law and Courts Newsletter* 4: 5-6.
1993. "Interpretation as Social Interaction." Paper presented at the Political Economy of the Law Conference, Wallis Institute, University of Rochester.
- Knight, Jack, and Lee Epstein
1996b. "The Norm of Stare Decisis." *American Journal of Political Science* 40: 1018-35.
- Koelble, Thomas A.
1995. "The New Institutionalism in Political Science and Sociology." *Comparative Politics* 231-43.
- Lasser, William
1985. "The Supreme Court and Periods of Critical Realignment." *Journal of Politics* 47: 1124-87.
- Levi, Edward
1949. *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago: University of Chicago Press.
- Llewellyn, Karl N.
1930. "A Realistic Jurisprudence-The Next Step." *Columbia Law Review* 30: 431-65.
- March, James G., and Johan P. Olsen
1989. *Rediscovering Institutions: The Organizational Basis of Politics*. New York: Free Press.
1984. "The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life." *American Political Science Review* 78: 734-49.
- Marks, Brian A.
1988. *A Model of Judicial Influence on Congressional Policymaking: Grove City College v. Bell*. Working Papers in Political Science, P-88-7, The Hoover Institution, Stanford University.
- McCann, Michael W.
1996. "Causal versus Constitutive Explanations (or, On the Difficulty of Being So Positive)." *Law and Social Inquiry* 21: 457-82.
- McCloskey, Robert G.
1960. *The American Supreme Court*. Chicago: University of Chicago Press.

- Mendelson, Wallace.
 1963. "The Neo-Behavioral Approach to the Judicial Process: A Critique."
American Political Science Review 57: 593-603.
- Murphy, Walter F.
 1964. *Elements of Judicial Strategy*. Chicago: University of Chicago Press.
- Murphy, Walter F., and Tanenhaus, Joseph
 1972. *The Study of Public Law*. New York: Random House.
- Orren, Karen.
 1995a. "Ideas and Institutions." *Polity* 28: 97-102.
- Perry, H. W., Jr.
 1991. *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*.
 Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Posner, Richard A.
 1990. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University
 Press.
1987. "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987." *Harvard
 Law Review* 100 (1987): 761-80.
1985. *The Federal Courts*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Powell, Walter W., and Paul J. DiMaggio, eds.
 1991. *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago: University
 of Chicago Press.
- Pritchett, C. Herman.
 1954. *Civil Liberties and the Vinson Court*. Chicago: University of Chicago
 Press.
1948. *The Roosevelt Court*. New York: Macmillan.
- Riker, William H.
 1982. *Liberalism against Populism*. San Francisco: W. H. Freeman.
1980. "Implications from the Disequilibrium of Majority Rule for the Study of
 Institutions." *American Political Science Review* 74: 432-46.
- Rohde, David W., and Harold J. Spaeth
 1976. *Supreme Court*. San Francisco: W. H. Freeman.
- Rosenberg, Gerald N.
 1994. "Symposium: The Supreme Court and the Attitudinal Model." *Law and
 Courts Newsletter* 4: 6-8.
- Schubert, Glendon.
 1974. *The Judicial Mind Revisited: A Psychometric Analysis of Supreme Court
 Ideology*. New York: Free Press.
1965. *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court
 Justices, 1946-1963*. Evanston, Ill.: Northwestern University Press.

- Schubert, Glendon, ed.
 1963. *Judicial Decision-Making*. New York : Free Press.
- Segal, Jeffrey A., and Harold J. Spaeth
 1996. "The Influence of Stare Decisis on the Votes of U. S. Supreme Court Justices." *American Journal of Political Science* 40 : 971-1003.
1993. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York : Cambridge University Press.
- Seidman, Michael Louis, and Tushnet, Mark V.
 1996. *Remnants of Belief : Contemporary Constitutional Issues*. New York : Oxford University Press.
- Selznick, Philip
 1996. "Institutionalism 'Old' and 'New.'" *Administrative Science Quarterly* 41 : 270-77.
- Shapiro, Martin
 1989. "Political Jurisprudence, Public Law, and Post-Consequentialist Ethics : Comment on Professors Barber and Smith." *Studies in American Political Development* 3 : 88-102.
1986. "The Supreme Court's Return to Economic Regulation." In *Studies in American Political Development*, ed. Karen Orren and Stephen Skowronek. New Haven, Conn.: Yale University Press.
1984. "Whither Political Jurisprudence : A Symposium." *Western Political Quarterly* 36 : 533-70.
1981. *Courts : A Comparative and Political Analysis*. Chicago : University of Chicago Press.
1978. "The Supreme Court from Warren to Burger." In *The New American Political System*, ed. Anthony King. Washington, D. C.: American Enterprise Institute.
- 1964a. *Law and Politics in the Supreme Court : New Approaches to Political Jurisprudence*. New York : Free Press.
- Sheingold, Stuart
 1974 *The Politics of Rights*. New Haven, Conn.: Yale University Press.
- Shepsle, Kenneth A.
 1979. "Institutional Arrangements and Equilibrium in Multi-Dimensional Voting Models." *American Journal of Political Science* 23 : 27-59.
- Silverstein, Mark, and Benjamin Ginsberg
 1987. "The Supreme Court and the New Politics of Judicial Power." *Political Science Quarterly* 102 : 371-88.
- Skowronek, Stephen
 1995. "Order and Change." *Polity* 28 : 91-96.

Smith, Rogers M.

1996. "Science, Non-Science and Politics." In *The Historic Turn in Human Science*, ed. Terrence J. McDonald. Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Press.

1995. "Ideas, Institutions, and Strategic Choices." *Polity* 28 : 135-40.

1994. "Symposium : The Supreme Court and the Attitudinal Model." *Law and Courts Newsletter* 4 : 8-9.

1992. "If Politics Matters : Implications for a 'New Institutionalism.'" *Studies in American Political Development* 6 : 1-36.

1989. "The New Institutionalism and Normative Theory : Reply to Professor Barber." *Studies in American Political Development* 3 : 74-87.

1988. "Political Jurisprudence, the 'New Institutionalism,' and the Future of Public Law." *American Political Science Review* 82 : 89-108.

1985. *Liberalism and American Constitutional Law*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.

Songer, Donald R., and Stefanie Lindquist

1996. "Not the Whole Story : The Impact of Justices' Values on Supreme Court." *American Journal of Political Science* 40 : 1049-63.

Spiller, Pablo T., and Rafael Gely

1992. "Congressional Control or Judicial Independence : The Determinants of U. S. Supreme Court Labor-Relations Decisions, 1949-1988." *RAND Journal of Economics*, 23 : 463-92.

Steinmo, Sven, Kathleen Thelen, and Frank Longstreth, eds.

1992. *Structuring Politics : Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. New York : Cambridge University Press.

Tate, C. Neal

1981. "Personal Attribute Models of the Voting Behavior of U. S. Supreme Court Justices : Liberalism in Civil Liberties and Economics Decisions, 1946 -1978." *American Political Science Review* 75 : 355-67.

Ulmer, S. Sidney.

1961. "Introduction to Political Behavior." In *Readings in Political Behavior*, ed. Sidney Ulmer. Chicago : Rand McNally.

Wechsler, Herbert.

1961. *Principles, Politics and Fundamental Law*. Chicago: University of Chicago Press.

引用判決リスト

American Trucking Assns. v. Smith, 110 L. Ed 2d. 148 (1990).
Chevron v. National Resources Defense Council, 467 U. S. 837 (1984).
Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority, 469 U. S. 528 (1985)
U. S. v. New York, 112 S.Ct. 2408 (1992).
Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer, 343 U. S. 579(1952).

訳者あとがき

本稿は、1999年に The University of Chicago Press より出版されたコーネル・W・クレイトン準教授とハワード・ジルマン準教授による編著，“Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches” の第1章として執筆されたクレイトン準教授論文「最高裁判所と政治的法学：新制度主義と旧制度主義」の訳出である。この論文は、本書全体の総論的な位置を占めており、アメリカにおける公法研究の歴史に新制度主義アプローチを位置づけ、その意義と課題を論じている。また本書は、新制度主義アプローチを用いて、最高裁判所の意思決定＝裁判官による判決形成過程を分析する13の論文により以下のように構成されている。

Introduction

Howard Gillman and Cornell W. Clayton, “Beyond Judicial Attitude: Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making”

Part One: Conceptualizing the Supreme Court as an Institution

Cornell W. Clayton, “The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalism”

Forrest Maltsman, James F. Spriggs II, and Paul J. Wahlbeck, “Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making”

Howard Gillman, “The Court as an Idea, not a Building (or a Game): Interpretive Institutionalism and the Analysis of Supreme Court Decision-Making”

Part Two: Legal Norms and the Internal Structure of Supreme Court Decision-Making

David M. O'Brien, “Institutional Norms and Supreme Court Opinions: On Reconsidering the Rise of Individual Opinions”

Charles H. Sheldon, “The Incidence and Structure of Dissensus on a State Supreme Court”

Sue Davis, "The Chief Justice and Judicial Decision-Making: The Institutional Basis for Leadership on the Supreme Court"

Elizabeth Bussiere, "The Supreme Court and the Development of the Welfare State: Judicial Liberalism and the Problem of Welfare Rights"

Ronald Kahn, "Institutional Norms and Supreme Court Decision-Making: The Rehnquist Court on Privacy and Religion"

Part Three: Extra-Judicial Influences on Supreme Court Decision-Making

Lawrence Baum, "Recruitment and the Motivations of Supreme Court Justice"

Lee Epstein and Jack Knight, "Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amici Curiae"

Jeffrey A. Segal, "Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Marksist Model"

Charles R. Epp, "External Pressure and the Supreme Court's Agenda"

Melinda Gann Hall and Paul Brace, "State Supreme Courts and Their Environments: Avenues to General Theories of Judicial Choice"

コーネル・W・クレイトン準教授は、1960年生まれの新進気鋭の若手研究者である。ユタ大学卒業後、オックスフォード大学で政治学修士・博士を取得。現在は、ワシントン州立大学人文学部政治科学科準教授として憲法・人権論・官僚制論を担当している。本書は、*Government Lawyers: The Federal Legal Bureaucracy and Presidential Politics* (University Press of Kansas, 1995) に続くクレイトン準教授の2冊目の編著であり、単著 *The Politics of Justice: The Making of Legal Policy* (M. E. Sharpe Inc., 1992) も含めると3冊目の著書である。またクレイトン準教授は、1998年9月にボストンで開催された American Political Science Association において、本書の執筆者を中心とした新制度主義学者とともにセミナーを行い、注目を集めた。

アメリカの公法学には、二つの潮流が存在する。一つは、ロースクールにおける法学としての公法研究であり、もう一つは、政治科学の一分野としての公法研究である。このうち、政治科学としての公法研究は、従来あまり注目されてこなかった。クレイトン準教授の本訳出論文は、政治科学としての公法研究の歴史的展開の中に新制度主義アプローチを位置づけ、その意義を論じている。本論文の訳出によって、読者は、アメリカにおける「法と政治」の「リアル」な分析を目指す政治科学としての公法研究の蓄積を知ることが出来る。クレイトン準教授が自ら提唱し、かつ本訳出論文で整理分類を試みた新制度主義アプローチは、実証的分析と規範的分析の再統合を目指しており、我国の公法学者にとっても、注目に値する方法論であると思われる。

政治科学としての公法研究は、「法と政治は分離できない」というリーガル・リアリズムの影響の下に出発した。法学としての公法研究と違って、政治科学として

の法学研究は法自体を考察の対象にするのではない。むしろ、政治制度における法と裁判所の役割・機能、また、逆に裁判官の判決形成過程、すなわち司法の意思決定に対する政治の影響を分析してきた。

クレイトン準教授は、方法論的に新制度主義アプローチを採用している。新制度主義は、行動主義アプローチへの異議申し立てとして現れたが、行動主義アプローチ自体は、旧制度主義アプローチへの批判として展開された。新制度主義は、行動主義アプローチの実証的分析は評価しつつも、法と政治に関する道具主義的な見方、すなわち「法とは、裁判官が政策選好を実現するための手段にすぎない」という見方を拒否する。そして、むしろ旧制度主義の「法と政治」に関する構成的見方、すなわち「法は、政治的諸価値を構築するプロセスであって、法解釈および司法の意思決定には、政治の影響が及ぶ」という見方に賛同する。司法の意思決定について言えば、裁判官は、自らの政策選好だけでなく、裁判官としての地位に付随する規範に義務づけられながら、意思決定を行う、と想定する。

では、新制度主義と旧制度主義とは、何が異なるのであろうか。クレイトン準教授によれば、それは制度観の違いである。旧制度主義者が分析の対象としたのは、裁判所、判決、法律、憲法といった、国家に結びつけられたフォーマルかつ有形の制度であった。他方、新制度主義は、これらに加えて、インフォーマルかつ無形の制度、すなわちインフォーマルな規範、イデオロギー、思考パターンも、またこれらが影響を及ぼす社会パターンも、制度として考察の対象とする。

我国においては、「法と裁判所」における政治の影響を直視する研究は、公法学においても政治学においても、あまり馴染みがない。公法学は、法と政治の分離を前提としており、政治学の教科書には、裁判所の意思決定過程の記述が見られない。政治科学的な方法論、特に新制度主義アプローチを我国でも採用できるかどうかはなお慎重に検討しなければならないが、アメリカにおける研究の展開を知ることとは有意義であろう。