

ニュー・リーガルリアリズムとアメリカ行政法

——マイルズとサンステインの挑戦——

正 木 宏 長*

目 次

はじめに

- 1 リーガルリアリズム
- 2 ニュー・リーガルリアリズムとは何か
- 3 マイルズとサンステインの挑戦——イデオロギーに基づいて行動する裁判官——
 - 一 Chevron 判決法理と裁判官
 - 二 ハードルック審査と裁判官
 - 三 マイルズとサンステインが語るニュー・リーガルリアリズム
- 4 アメリカ公法学の対応

おわりに

は じ め に

21世紀に入り、アメリカの法学界において言及されていることがある。それは、アメリカの法学においてニュー・リーガルリアリズム (new legal realism) なる潮流が現れているということである¹⁾。

本稿は、まず、20世紀に現れたアメリカのリーガルリアリズムを紹介する。次に、今世紀に入り議論の俎上に載るようになったニュー・リーガルリアリズムを考察する。本稿では特に、マイルズとサンステインによる行

* まさき・ひろたけ 立命館大学法学部准教授

1) 本稿で検討対象となるリーガルリアリズムは、アメリカのそれである。これに対して、スカンジナビアのリアリズム法学も有名であり、スカンジナビアの新リアリズム法学が語られることもあるが、参照、佐藤節子「S・イオルゲンセン——新リアリズム法学に向けて」長尾龍一編『現代の法哲学者たち』(日本評論社, 1987) 146頁、それは本稿が検討対象とするニュー・リーガルリアリズムとは異なる。

政訴訟における裁判官の行動の研究を中心に分析し、そのうえで、それに対するアメリカ公法学の応答を見る。そして、わが国で活性化しつつある裁判所および裁判官の行動への研究に対する知見の提供を試みる。

1 リーガルリアリズム

(1) アメリカにおいて1930年代に興隆したリーガルリアリズムの動向は、すでに「リアリズム法学」として、わが国に紹介されているが、ここで簡単に振り返っておこう。まず、伝統的な英米法の思想は自然法思想に立脚しており、事物の本性にそって、普遍的な法があると考えられていた。そこにアメリカでは歴史主義が交わり、法とは数世紀を経て「成る」ものであると考えられるようになった。そうしてできた法に対する分析主義を基礎とした法実証主義的態度が、アメリカの法律家の20世紀初頭の法解釈態度であった²⁾。

20世紀に入ると、この法解釈態度に対して、新思潮が現れることになる。その代表者が、ホウムズであった。ホウムズは、自然法思想を排斥して、法の問題を善悪の判断から切り離すことを主張した。彼は、法学の目的は裁判所がある事実に対してどのような結論を出すかの「予言」にあるという法予言説を唱えた。ホウムズは、著書『コモン・ロー』において、「法の生命は論理ではなく経験であった」という名言によって彼の立場をあきらかにする。法の発展は、表向きには、先例から三段論法的に新しい判決が引き出されるとされているが、実際には、時代の要求、道徳的通念、あるいは裁判官の偏見までもが、準則の決定に際して、三段論法よりも大きな役割を果たしてきたと主張したのである。そしてホウムズから二つの流れが生じる。一つは法を社会的事実との関連の下でとらえるパウンドに代表されるプラグマティズム法学であり、もう一つがリーガルリアリ

2) 早川武夫『アメリカ法学の展開』（一粒社、1975）4頁以下。田中英夫「アメリカ法学」
碧海純一ほか編『法学史』（東京大学出版会、1976）243頁、253頁以下。

ズムである³⁾。

(2) リーガルリアリズムの代表的論者として、ルウェリンとフランクがいる。

ルウェリンは1930年の「リアリスティックな法理学」と題する論文の中の一節で、法が「私が何をすべき (ought) か?」を意味しているということと、法が道徳的であると考えられている現在の慣行を選択的に理想化することと大きく異ならないという命題に関して、疑問を呈している。ルウェリンは、民事法や刑事法で人々が法だと考えているものである「人々の法 (folk-law)」の重要性と、交通法が人々の道徳に浸透していくような刑事法分野での実定法と「人々の法」の相互作用を指摘する。そして、ルウェリンは、結論において、法について実りある思考のトレンドは、法を価値それ自体ではなく、目的を持った発動機であると見なす方向に向かっているとするのである⁴⁾。

このくだりには、当時のアメリカの伝統的な法解釈態度に対する、ルウェリンの批判的な姿勢が見られる。ルウェリンは、法を価値や道徳から切り離れたうえで、現実に機能している法を見ることの重要性を指摘したのである。そしてそこには、存在 (is) と当為 (ought) を区別する哲学が看取できる。

フランクは、1930年の著書『法と現代精神』において、裁判官の結論が理由づけ (reasoning) を決定するとして、裁判官が準則 (rules) と法原理 (principles) を事実に応用することで判決にいたるという命題に対する、疑問を提示した。フランクは、裁判官はフィーリングや「勘 (hunch)」によって判決しているのだとするハッチソンの論文を引用して、法が判決によって作られ、判決が裁判官の勘に基づいているのならば、裁判官の勘を生み出すものが法を作り出すとする。そして、勘を生み出す刺激として

3) 田中英夫『英米法総論 上』(東京大学出版会, 1980) 314頁以下。田中・前掲注(2) 268頁以下。早川・前掲注(2)13頁以下。

4) Karl N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence*, 30 COLUM. L. REV. 431, 462~464 (1930).

は、準則や法原理や政治的・経済的・道徳的偏見だけではなく、特定の人物や集団に対する愛憎や人種の敵愾心や個人的偏見といった、裁判官の個別的な個性が挙げられるというのである⁵⁾。

フランクは、心理学のファザー・コンプレックスの観念を想起させる比喩を用いて、法的安定性の主張を批判する。宗教的な説明によると、社会発展に関する神人同形説（anthropomorphic）の時代においては、法を与え、法を形成し、悪事を罰するのは神の権能である。これらは子供が最初は父親の権能の一部だと認識するものであろう。そして、法は父なる神（the father-God）にその権威を由来する。フランクによると、現代では法を定める父親（審判官として父親（the Father-as-Judge））へのあこがれは、天におわす父親を「迂回」していて、法が、子供にとっての絶対に間違えない父親裁判官（Father-Judge）の代わり（substitute）と見なされているのである。法は「神格化」されてはいないが、「父親化」されたのである。こうして、フランクは法の安定性に対する幻想の原因を宗教にではなく、父親の代わりを求めると子供をあこがれに見出す⁶⁾。

そして、フランクは、法の安定性の主張に対する批判を行う。それは父親の権威に従う子供の心情に基づくものであって、父親の支配から自由な精神が現代精神には求められるのであり、法の権威の中に隠された父親像を認識し、その支配に終止符を打たなければ、正義の文明的な執行への第一歩にたどり着けないのである⁷⁾。

(3) 法の安定性に疑問を提示したルウェリンやフランクの主張は上のようなものである。彼らの主張や活動は多岐にわたるが、一般的には、リー

5) JEROME FRANK, LAW AND THE MODERN MIND 103~106 (1930). 同書には翻訳がある。ジェローム・フランク（棚瀬孝雄＝棚瀬一代訳）『法と現代精神』（弘文堂、1974）。フランクが裁判所の事実認定に焦点を合わせた論文を紹介するものとして、野村好弘「法に関するジェローム・フランクの現実主義的仮説」川島武宜『経験法学の研究』（岩波書店、1966）291頁。

6) *Id.* at 202~203.

7) *Id.* at 252.

ガルリアリズムの中でも指向する方向性から、ルウェリンは法準則の役割に疑問を呈する準則懐疑論者 (rule skeptics) に、フランクは裁判官や陪審が行う事実認定に疑問を呈する事実懐疑論者 (fact skeptics) に、位置づけられている⁸⁾。

リーガルリアリズムは、一貫した知的運動または統一もしくは体系的な法理学ではなく、知的なムードや時には矛盾した一群の傾向であったとの評価がある⁹⁾。実際、パウンドのリアリズム法学を批判する論文に対する反駁の中で、ルウェリンは、リアリストという学派は存在しないし、そのような学派が成り立つという見込みもない。しかしながら、法についての思考と作業における運動は存在すると述べていた¹⁰⁾。ルウェリンがそこで掲げた研究者達が後にリアリストの一群と見なされることなる。

ルウェリンは、彼が掲げた研究者達を指して、見解や関心は異なるが共通する発展を示しているとして、9つの共通点を挙げていた。概略を示すと、(1) 法を流転するものとして、変動する法として、そして、法は裁判所の創造物であると観念する。(2) 法それ自体を目的とするのではなく、社会目的のための手段と観念する。(3) 一部の法が社会に合致しているかどうかを再吟味する必要の蓋然性を常に与えるほどに、社会は法よりも早く流転し、変動するものと観念する。(4) 研究の目的のためには、存在 (Is) と当為 (Ought) を一時的に分離する。(5) 裁判所や人々が現実に行っていることを記述する目的の限りにおいて、伝統的な法準則 (legal rules) と法概念を疑う。(6) 伝統的な法準則への不信と同一歩調をとる、伝統的な記述された法準則定式 (rule-formulations) が、裁判所の判決形成における重要な作用要素であることへの不信。(7) かつて行われていた

8) 田中・前掲注(3)315頁。

9) MORTON J. HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1870~1960*, at 169 (1992). 同書には翻訳がある。モートン・J・ホーウィッツ (樋口範雄訳) 『現代アメリカ法の歴史』(弘文堂, 1996)。

10) Karl N. Llewellyn, *Some Realism about Realism*, 44 HARV. L. REV. 1222, 1233~1234 (1931).

よりもより狭い類型に判決と法状況を分類することの価値への確信。(8) 法の効果 (effects) に関して法のあらゆる部分を評価することの強調と、この効果を発見することを試みる価値の強調。(9) これらの一連の線にそって法の問題に対し持続的かつ計画的な攻撃をすることの強調。ルウェリンは、これらの共通点には、新しい運動に特有ではないものも含まれているが、(4)(7)(8)(9)は、新しい運動に特有のものであり、これらの項目にあてはまる人物や研究成果が、自分にとって「リアリスティック」であるとしている¹¹⁾。

(4) リーガルリアリズムの運動は、「人の支配」を是認するのではないかという疑問から自然法的な立場からの攻撃を受け、次第に廃れていくのだが、伝統的な法や裁判官の機能を疑うリーガルリアリズムの姿勢は、アメリカ法学に多大な足跡を残した。判決は「法」によって発見されるのではなく「人間」によって作られるとして、判決に対する裁判官の個別的な個性の影響を疑う姿勢は、裁判官の行動を大量観察的に分析して、裁判官の経歴や支持政党・宗教とどのような関連を持つかを検討する「行動科学的法学」にいたるとされる¹²⁾。また、リーガルリアリズムの経験的な姿勢は、「法と経済学」や「批判的法学」のような後世のアメリカ法学の動向に影響を与えているという¹³⁾。

ルウェリンらが唱道した20世紀前半のリーガルリアリズムとアメリカ行政法学との関係を見てみると、そこには若干の関係性が見出される。ルウェリン自身は、論文の中で法として行政活動をとらえることを主張していた。つまり、法は裁判所によって形成されるというのが伝統的な考え方

11) *Id.* at 1235~1238.

12) 田中・前掲注(2)281頁以下。行動科学的法学について、早川・前掲注(2)75頁以下。アメリカにおける裁判官の行動分析を紹介するものとして、大沢秀介『司法による憲法価値の実現』(有斐閣, 2011) 89頁以下。大沢は、ヴァミュールの裁判官の偏見は裁判所の偏向に結びつかないという指摘の紹介の際に、ニュー・リーガルリアリズムに若干の言及をしている。大沢・同上69頁。

13) 中山竜一『二十世紀の法思想』(岩波書店, 2000) 67頁。

なのだが、裁判紛争にならない場合、利害関係を持つ一般人にとっては行政が最終的な法を表現することになるので、ルウェリンは、裁判官の活動のほかに、利害関係を持つ一般人や行政官の活動に注目する必要性を指摘していた¹⁴⁾。ルウェリンは、パウンドに送った非公開のリストの中で、当時の代表的な行政法学者であるフランクファーターやランデイスをリアリストとして挙げていたが、最終的に論文の中ではリアリストに含めなかった。しかし、ニュー・ディール期にランデイスが、教科書や判例の権威から引き出される一般化や法原理ではなく、「実際の」な判断により法形成がなされる領域があるとして、専門性を有する行政機関の役割を強調したことは、リーガルリアリストが伝統的な裁判官の形式主義や概念主義を批判したことを繰り返したもののとの評価がなされている¹⁵⁾。

2 ニュー・リーガルリアリズムとは何か

(1) リーガルリアリズムによる伝統的法学への攻撃は、20世紀のアメリカ法学史を彩る大事件であった。リアリスト達の運動は次第に収束へと向かっていったが、法や事実を疑い、経験的 (empirical) な社会科学の方法を重んじるリーガルリアリズムの主張は、アメリカ法学に受容された。1985年に公表されたハーゲットの講演録によると、リアリストの洞察に影響されていない「伝統派」は全体の5%~20%くらいであり、アメリカの法学者の半数以上が属する「主流派」は、リアリズム的視点を受け入れつつ、伝統的理論との調和を図ろうとしているという。すなわち、経験的社会科学の有用性を認めつつ、それは法学者が行うものではないとし、そして、法的決定が恣意的であると裁判官の個人的偏見に基づくという観念は退けて、法は往々にして捉えどころがないものであるが、ルール、原

14) Llewellyn, *supra* note 4, at 455~456.

15) HORWITZ, *supra* note 9, at 184, 215~216. ランデイスの主張については、正木宏長「行政法と官僚制(2)」立命館法学299号(2005)46頁, 57頁以下。

理、政策から成る体系であり、合理的に理解し説明することが可能であると考えているのである¹⁶⁾。リアリズムの影響を受けた法学のグループとしては、弁論技術についての臨床的法律教育を重んじる「法技術論」、裁判官・行政官・立法者による決定のプロセスに注目する「法的決定理論」、法体系の作用を行動現象として把握する「社会学的法理論」、法の作用に経済分析を応用しようとする「法と経済学」、マルクス主義の影響を受けて法思考に含まれる社会的価値観の正体を暴露しようとする「批判的法学」があるとされる¹⁷⁾。

このように、伝統的学説に対する批判運動であったリーガルリアリズムは、学問的には、その問題意識を受けた様々な学派へと発展していき、リーガルリアリズム自体は過去のものとなった感があった。ところが、21世紀に入り、ニュー・リーガルリアリズムを名乗る学派が現れているのである。

(2) ニュー・リーガルリアリズムという語は、1990年代後半から議論に現れるようになった。

クロスは、1997年に「政治学とニュー・リーガルリアリズム」と題する論文を記しているが、そこでクロスは、先例や法律ではなく、裁判官の政治的イデオロギーに従って判決は予想できるという態度モデル (attitudinal model) を、欠点はあるが他方で法学者が十分に認識していない真実を含むものと分析している¹⁸⁾。ここでは裁判官の個性が判決に与える影響に注目するというリーガルリアリズムが想定されている。

また2001年にはファーバーが、合理的選択論を批判したサンステインの編著書「行動主義の法と経済学¹⁹⁾」に対する書評論文に、「ニュー・リー

16) ジェームズ・E・ハーゲット（長谷川晃訳）「現代アメリカにおける法思考の諸傾向」北大法学論集35巻5号（1985）104頁、98頁以下。

17) ハーゲット・同上94頁以下。

18) Frank B. Cross, *Political Science and the New Legal Realism*, 92 Nw. U. L. Rev. 251, 252~254 (1997).

19) CASS R. SUNSTEIN, ED., *BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS* (2000).

ガルリアリズムに向けて」というタイトルを与えている。ここでは、法システムの運営を向上させるために隣接社会科学に対して法学者が目を向けるということが、リーガルリアリズムに含意されている²⁰⁾。

ニュー・リーガルリアリズムと呼ばれる、あるいはニュー・リーガルリアリズムを名乗る学派が明確な形で現れるのは、21世紀に入ってからである。ウィスコンシン大学ロースクールに所属する多くの法学者達が、ニュー・リーガルリアリズムの必要性を主張して²¹⁾、各所でニュー・リーガルリアリズムを唱道していることが、運動の一つの中核をなしているようである²²⁾。一つのロースクールの法学者達による運動であるのならば、些末な事柄として片付けることもできるかもしれないが、ニュー・リーガルリアリズムと題する論文を記しているのはウィスコンシン大学ロースクールに所属する法学者に限られないし、この学派に属していないと思われる法学者の論文も、ニュー・リーガルリアリズムの観念に言及することがあるので、もはやニュー・リーガルリアリズムは、21世紀のアメリカの法学界で無視し得ない影響力を持っていると言えよう。

では、ニュー・リーガルリアリズムは、その主張者達がオールド・リーガルリアリズムと位置づけるルウェリンやフランクに代表される1930年代のリーガルリアリズムと比べて、何が新しいのだろうか。

(3) ウィスコンシン大学ロースクールのニュー・リーガルリアリズムの主要な主張者と思われるマコーレーの主張を見てみよう。マコーレーの

20) Daniel A. Farber, *Toward a New Legal Realism*, 68 U. CHI. L. REV. 279, 302 (2001).

21) Stewart Macaulay, *Contracts, New Legal Realism, and Improving the Navigation of The Yellow Submarine*, 80 TUL. L. REV. 1161, 1165 (2006).

22) ウィスコンシン大学ロースクールに所属する法学者が関わった、ニュー・リーガルリアリズムを題する研究成果として以下のようなものがある。Howard Erlanger et al, *Is It Time for a New Legal Realism ?*, 2005 WIS. L. REV. 335 (2005); Stewart Macaulay, *The New Versus the Old Legal Realism*, 2005 WIS. L. REV. 365 (2005). 同論文には翻訳がある。スチュアート・マコーレー (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 (1)(2)」 桐蔭法学 13 卷 1 号 59 頁 (2006), 13 卷 2 号 167 頁 (2007)。Victoria Nourse & Gregory Shaffer, *Varieties of New Legal Realism*, 95 CORNELL L. REV. 61 (2009).

2005年の論文では、フォーマルとインフォーマル、公と私といった観念による線引きに疑問が投げかけられている。商業紛争で裁判に代えて私的な仲裁システムが用いられるが、そこでの仲裁者や調停者は公的裁判所を退職した裁判官である。これは紛争解決のフォーマル/インフォーマルの線引きが曖昧になっている例であろう。また、政府についてもマコーレーは公/私線引きへの疑問を提示する。企業、教会、労働組合のような「私的政府 (private governments)」は、公的政策と結びつく又は反する自身の外交政策を追求できるし、規範を創造し、サンクションを課すことができるのである。マコーレーによると、ニュー・リーガルリアリズムの目標の一つは、このようなボトムアップの観点をロースクールに持ち込むことであるという²³⁾。

契約法におけるニュー・リーガルリアリズムを論じる2006年の論文では、マコーレーは次のように主張している。初期のリーガルリアリズムの多くの成果は上訴審の判決に注目していた。リアリスト達の多くは、裁判官を見識のない形式主義から解放することができれば、裁判官は自由に社会目的を追求し、状況に敏感に対応するであろうと推測していた。これに対して、今日では我々は、上訴審の裁判官を強化するよりも、世界をより良い場所にする、あるいは世界を理解することを考えている。マコーレーによると、ニュー・リーガルリアリズムは、活動における法と生ける法 (the law in action and the living law) に我々を誘う。こうしてマコーレーは、上訴審の審理による判決理由を超えて、調停者のように振る舞ったり当事者の和解を推進する裁判官の役割や、契約を起草し企業実務を適合させる法律家の役割、判決を知った企業人の反応、あるいは「生ける法」に注目することで、長期の継続的な契約関係に到った当事者間での紛争解決等に関する商慣習や、代替的紛争解決 (ADR) に目を向けることを説く²⁴⁾。

23) Macaulay, *supra* note 22 at 399~402.

24) Macaulay, *supra* note 21 at 1165~1167, 1169~1170.

(4) ナースとシェーファーは2009年の「ニュー・リーガルリアリズムの多様性」と題する論文において、新古典派の法と経済学、あるいはそれに由来する「新形式主義」に挑戦するものとして、ニュー・リーガルリアリズムを位置づけている²⁵⁾。

まず、ナースとシェーファーは、ニュー・リーガルリアリズムを「行動アプローチ (behavioral approaches)」、 「文脈アプローチ (contextual approaches)」、 「制度アプローチ (institutional approaches)」の三つに分類する²⁶⁾。

「行動アプローチ」をとる行動主義者は二つに分けられ、行動主義経済学によるものとして、合理的選択モデルを攻撃する、先述のファーバーが紹介したサンスティンの編著書や、判決に法的推論は無関係であり、裁判官のイデオロギーや政治的態度によって判決は予見できるとする、政治学の態度モデルを扱ったクロスの研究などが挙げられている²⁷⁾。

「文脈アプローチ」では、人類学的、社会学的アプローチを採用する経験的研究の重要性を強調するウィスコンシン大学のニュー・リーガルリアリズムを捉えるために「活動における法」という標語を展開したマコーレーが挙げられている。研究の例としては、マコーレーの企業人がいかに交渉を（多くが完全に法を無視して）まとめるかについての研究や、メーツの法言語はその意味を伝える文脈関係に依存しているという主張などが示されている。単なる経験的研究ではなく、マコーレーのような「活動研究」を行うものが、このアプローチに分類されるようである²⁸⁾。

「制度アプローチ」をとる制度主義者としては、全ての目的追求は制度的過程によって決定され選択されることから、社会的目的又は社会的価値の選択は、法と公共政策を語るには不十分なものであることを示した、コ

25) Nourse & Shaffer, *supra* note 22 at 64.

26) *Id.* at 70.

27) *Id.* at 76~78.

28) *Id.* at 79.

ムサーの研究がまず挙げられている。そして次に、コロンビア大学ロースクールで唱えられている、裁判中心、権利中心の法を超えることを目指す「新しい統治（new governance）」の理論も挙げられている。これは、法創造と法執行について、協調的、多当事者的、重層的、適応的な、新形態の問題解決手法に注目するものである。新しい統治の論者は、革新の重要性と、規範や実務は共有された経験の観点から継続的に更新されることを学習することの重要性を強調している。さらに批判的法学やフェミニズム法学による、法主体についての新しい考え方——「法主体/国家と反支配（antidomination）モデル」という表題にまとめられる——も、ニュー・リーガルリアリズムであるとされる。ここでは、不合理である可能性があるからではなく相互依存的であることを理由に、個人的主体は国家に優先するという像を攻撃し、脆弱性（vulnerability）の分析は、特定の集団に関して注目するのでは不十分であって、——公と私の——制度や「構造を注視し」なければならないとするファイマンの主張が挙げられている²⁹⁾。

ナースとシェーファーは、経験的根拠と理論的根拠を理由としてニュー・リーガルリアリズムを、新古典派の法と経済学の説明に直接的又は間接的に挑戦するものと位置づけている。彼らは、新古典派の法と経済学による法解釈の態度を新形式主義（new formalism）に属すると位置づけ、前世紀の形式主義的な法解釈へのリアリストの批判を想起させる、以下（次頁）のような図を描き出している³⁰⁾。

ナースとシェーファーは、ニュー・リーガルリアリストの特徴を、オールド・リーガルリアリズムの関心を拡張する三つの命題にまとめている。すなわち(1) 経験的研究の必要性の強調、(2) 市場は一つの形態に過ぎないとする、制度への注目、(3) 哲学的プラグマティズムを根拠とする³¹⁾、である。

29) *Id.* at 85～89. コムサーの主張に言及する邦語文献として、藤谷武史「『より良き立法』の制度論的基礎・序説」新世代法政策学研究7号（2010）149頁、180頁以下。

30) *Id.* at 100～101.

31) *Id.* at 112. ナースとシェーファー自身の主張は、新世界秩序の時代に即して、他のメ

	新形式主義	ニュー・リーガルリアリズム
個人	自律的	非合理性, 政治的行動, 制度的影響, 脆弱性に支配される
国家	市場国家	制度選択において, 市場を初期設定としない (no market default)
法原理	コモン・ローが初期設定	コモン・ローを初期設定としない
学派	新古典派の法と経済学	経験的, 学際的 (multidisciplinary), 多角的手法 (multimethod); 政治学, 行動主義, 制度分析, 文脈主義を含む

3 マイルズとサンスティンの挑戦

——イデオロギーに基づいて行動する裁判官——

一 Chevron 判決法理と裁判官

(1) ニュー・リーガルリアリスト達の主張は上のようなものである。リーガルリアリズムがそうであったように, 主張を共通する学派というよりも研究態度・対象に共通点がある運動といった感がある。ニュー・リーガルリアリズムの成果としては, 裁判官の行動についての研究から, 裁判外での規範の形成や ADR への注目, 隣接諸学問との連携や経験的研究といったものが示されている。裁判所を疑い, 裁判以外での規範の形成, 経験的研究や隣接諸学問の成果を重視するというのは, かつてのリーガルリアリズムの基本的な態度であり, この点では, ニュー・リーガルリアリズムは, まさに21世紀に蘇ったリーガルリアリズムであると言える。かつてのリーガルリアリズムに, 法の外での ADR やトランスナショナルな組織の活動といった現代的な関心, 近年の情報化の発達によって可能となった

↘学問と相互作用的な、「ダイナミック・ニュー・リーガルリアリズム」が追求されるべきであるとのことである。Id. at 127~129.

経験的手法の活用，あるいは現代法哲学の成果を加味しているのが，ニュー・リーガルリアリズムの特徴だろうか。

では，ニュー・リーガルリアリズムの運動はアメリカの行政法学にいかなる影響を与えているのだろうか。行政法の観点からすると，ニュー・リーガルリアリズムの一派として位置づけられる「新しい統治」の理論の成果として，トゥルーベックほかの EU 統合におけるソフト・ローに関する研究³²⁾やフリーマンの協調的統治の研究³³⁾をナースとシェーファーが挙げていることが目をひく³⁴⁾。

アメリカ行政法学の黎明期にフランクファーターやランディスの成果がリアリストに注目されていたが，リーガルリアリズムとの関わりを特に云々しなくても，ランディス以降のアメリカ行政法学の成果には，実証研究に裏打ちされたものが多い。だが，それにはアメリカ法におけるリーガルリアリズムの影響というべきもの以上の位置づけを与えられることはなかったし，ニュー・リーガルリアリズムの例とされているフリーマンの研究も，フリーマン自身が自らの研究姿勢をニュー・リーガルリアリズムと位置づけているわけではない。ニュー・リーガルリアリストの論文には，伝統的な法学研究以外の研究成果で彼らの問題関心に合致するものは，原著者の意向にかかわらず，「ニュー・リーガルリアリズム」に分類する傾向も見られるので，どれがニュー・リーガルリアリズムの成果か，誰がニュー・リーガルリアリストかの見極めには慎重になる必要がある。

アメリカの行政法学とニュー・リーガルリアリズムとの関わりは，マイルズとサンスティンの共著による一連の経験的研究によって生じている。マイルズとサンスティンの研究成果は，「ニュー・リーガルリアリズム」

32) David M. Trubek et al., 'Soft Law', 'Hard Law' and EU Integration in GRAINNE DE BURCA & JOANNE SCOTT, LAW AND NEW GOVERNANCE IN THE EU AND THE US (2006).

33) Jody Freeman, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 45 UCLA L. REV. 1 (1997).

34) Nourse & Shaffer, *supra* note 22 at 76 n.49.

と題する2008年の論文³⁵⁾に到るわけであるが、彼らの研究成果を巡り、他の法学者を巻き込んだ活発な論議がなされている。以下では、マイルズとサンスティンによる一連の研究成果とその周辺の議論を見てみる。

(2) マイルズとサンスティンは二人の共著論文において、連邦裁判所の判決に対する経験的研究を行った。彼らの関心は行政法分野の判決群に向けられていた。マイルズとサンスティンの研究成果は、まず2006年の「裁判官は規制政策を形成するのか?」と題する論文³⁶⁾で示される。同論文において、マイルズとサンスティンはChevron 判決 (Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984)) の法理に対する経験的研究の成果を示した。

Chevron 判決は、行政機関の法律解釈を裁判所が審査する際の基準を示した先例であるが、既に日本で知られているところである³⁷⁾。Chevron 判決が示した基準を簡単にまとめると、行政機関の法律解釈を裁判所が審査する場合、議会の意思が明白である場合はそれに従い (議会意思の審査が Chevron 判決の審査の第一段階と呼ばれる)、議会の意思が明白ではない場合は、行政機関の法律解釈が合理的で許容可能である限りで裁判所はそれに謙譲する (合理性の審査が Chevron 判決の審査の第二段階と呼ばれる) というものである。

Chevron 判決は、アメリカでは行政訴訟に際して広く適用されており、行政法に関する最重要判例と見なされている。ゆえに Chevron 判決法理

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

36) Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, *Do Judges Make Regulatory Policy?*, 73 U. CHI L. REV. 823 (2006).

37) 筆者も別稿で取り上げたことがある。正木宏長「行政法と官僚制(3)」立命館法学303号(2006) 1頁, 49頁以下。日米の文献の紹介等の詳細な検討はそちらにゆずるが、同論文公刊後の Chevron 判決法理を扱う日本語文献として、今本啓介「アメリカ合衆国における行政機関による制定法解釈と司法審査(1)(2)(3)」商学討究59巻4号(2009) 99頁, 60巻2 = 3号131頁, 61巻1号(2010) 159頁。筑紫圭一「米国における行政立法の裁量論(3)」自治研究86巻10号(2010) 101頁。

を題材とする論稿はアメリカでは数多く存在するが、アメリカの文献の中には Chevron 判決法理に対する経験的なアプローチを試みるものもある。著名な経験的研究として、1990年のシュックとエリオットによる論文がある。シュックとエリオットによると、連邦裁判所が行政機関の決定を維持する確率（affirmance rate）が、Chevron 判決以前は70.9%だったのが、Chevron 判決以後は81.3%になったとされる³⁸⁾。シュックとエリオットの研究は Chevron 判決以降の成果としては、比較的早期のものであるが、この研究は Chevron 判決の基準は、従来よりも裁判所が行政機関の法律解釈に謙譲する基準であるとの理解の形成に寄与したものと言える。

マイルズとサンステインは Chevron 判決の適用について、1989年～2005年までの連邦最高裁の判決と、1990年～2004年までの環境保護庁及び全国労働関係委員会の法律解釈が争われた連邦控訴裁判所の判決を検討対象としている。マイルズとサンステインは、論文の冒頭で衝撃的な結論を提示する。すなわち、連邦最高裁と連邦控訴裁判所の双方において、Chevron 判決の適用は裁判官自身の信念に強く影響されている。データは裁判官のイデオロギー的信念と行政決定を支持する（validate）可能性の強い関係を明らかにしている。最も保守的な裁判官達は、リベラルと分類される行政機関の解釈と比べて保守的と分類される行政機関の解釈を支持するよう投票する可能性が30%ほど高い。逆に、リベラルな裁判官達は、保守的と分類されるものに比べてリベラルな行政機関の解釈を支持するよう投票する可能性が27%ほど高い³⁹⁾。

結論を先に示したうえで、マイルズとサンステインは彼らの検証経過を示している。まず仮説として、「理論仮説（doctrinal hypothesis）」と「リアリスト仮説（realist hypothesis）」の二つを示す。「理論仮説」は、Chevron 判決の基準は裁判官の政治的傾向による違いを除去するもので

38) Peter H. Schuck and E. Donald Elliott, *To the Chevron Station*, 1990 DUKE L. J. 984, 1038 (1990).

39) Miles & Sunstein, *supra* note 36 at 824~826.

あり、分析結果として、裁判官毎の行政決定を支持する確率は、特定の裁判官のイデオロギーとは無関係な統一的なものになるだろうと予測するものである。「リアリスト仮説」は、裁判官の政治的選好は、事案に対して如何に判決するかに影響を与え、かつ決定しており、法律の条文が明白であろうと無かろうと、裁判官は自らの政策判断に一致する行政機関の結論を支持するだろうというものである⁴⁰⁾。

以上の準備作業を経て、マイルズとサンスティンは連邦裁判所の判決を統計に基づき分析するわけだが、彼らは「リベラル」な行政決定とは何かを決定するうえで、産業側 (industry) や企業が環境保護庁や全国労働関係委員会の決定を裁判で争っている場合は「リベラル」な行政決定、公共利益集団や労働団体が行政決定を裁判で争っている事案は「保守的 (conservative)」な行政決定とするという分類方式を採用している⁴¹⁾。

(3) マイルズとサンスティンの分析は、統計的手法を用いて様々な観点からなされているが、以下でそのいくつかの分析を抜粋して紹介する。

まず、Chevron 判決の基準を適用する事案で、連邦最高裁の裁判官のグループ毎の行政決定の支持率は以下 (次頁) のようになる⁴²⁾。

リベラル派の裁判官は保守的な行政決定と比べるとリベラルな行政決定により支持を与え、保守派の裁判官は保守的な行政決定により支持を与えるという結果が示されている。これは、Chevron 判決を適用する際も、連邦最高裁の裁判官のイデオロギーが、行政機関の法律解釈を支持するか

40) *Id.* at 827~828. さらにマイルズとサンスティンは、第三の仮説として、スカリア裁判官のように法律の「純粋な意味」を重んじる裁判官は、法律の明白性の審査を通じて Chevron 判決の基準の第一段階で、行政活動を無効とする可能性が高く、プレイヤー裁判官のように、スカリア裁判官の立場に批判的な立場の裁判官は、Chevron 判決の基準の第二段階に到達することで、結果として行政活動を支持する確率が上がるという仮説を提示している。*Id.*

41) *Id.* at 830~831.

42) マイルズ=サンスティン論文の TABLE 2 のデータを抜粋したうえで、筆者 (正木) が同論文の区別に従って裁判官のイデオロギーについて補足を行った。また、後掲注(51)のマイルズ=サンスティン論文の図表と平仄を合わせるために、確率値の 1 の位が空欄の

裁判官	行政決定のイデオロギー内容		
	合計	リベラル	保守 (not liberal)
スティーブンス, スーター, プライヤー, ギンズバーグ (リベラル派)	0.754	0.848	0.582
オコナー, ケネディ (中道派)	0.674	0.646	0.720
レンキスト, スカリア, トーマス (保守派)	0.567	0.455	0.761

否かに影響を与えているという、マイルズとサンステインの言うところの「リアリスト仮説」に一致する⁴³⁾。

Chevron 判決を適用する判決とそうでない判決について、連邦最高裁の裁判官の行政決定に対する支持率は比較すると次のようになる⁴⁴⁾。

スティーブンス, スーター, プライヤー, ギンズバーグ (リベラル派)		
	行政決定のイデオロギー内容	
	リベラル	保守
Chevron 判決を適用する連邦最高裁判決	0.848	0.582
Chevron 判決を適用しない連邦最高裁判決	0.875	0.647

オコナー, ケネディ (中道派)		
	行政決定のイデオロギー内容	
	リベラル	保守
Chevron 判決を適用する連邦最高裁判決	0.646	0.720
Chevron 判決を適用しない連邦最高裁判決	0.389	0.333

↘場合は0の数字を付加した。Id. at 834~835. 以降の図表の紹介の際も、同様の抜粋や補足を行っている。

43) Id. at 838.

44) Id. at 846.

レンキスト, スカリア, トーマス (保守派)		
	行政決定のイデオロギー内容	
	リベラル	保守
Chevron 判決を適用する連邦最高裁判決	0.455	0.761
Chevron 判決を適用しない連邦最高裁判決	0.320	0.688

Chevron 判決を適用しない事案でも、リベラル派の裁判官はリベラルな行政決定を支持し、保守派の裁判官は保守的な行政決定を支持しており、裁判官達の行動に Chevron 判決の適用の有無は関係が無いことをこの統計は示している。そしてリベラル派は、Chevron 判決を適用しない場合に高い支持率を示している。ここからマイルズとサンズティンは、Chevron 判決は、最もイデオロギー的な裁判官にとって、行政決定への裁判所の支持率を高めるものではないとしている⁴⁵⁾。

(4) 次に、マイルズとサンズティンは、連邦控訴裁判所の Chevron 判決の適用を見る。彼らは連邦控訴裁判所の裁判官の判決の際の合計680の投票結果——合計369の共和党政権に任命された裁判官による投票と合計311の民主党政権に任命された裁判官による投票——を、環境保護庁と全国労働関係委員会の行政決定に対する司法審査で、争っている原告によって行政決定がリベラルか保守かを決定するという指標によって分析する。

まず全体で見たとき、Chevron 判決の基準が適用される際の連邦控訴裁判所の裁判官の平均的な行政決定の支持率は64%であり、連邦最高裁判所の裁判官の場合は平均的な支持率は67%である。Chevron 判決の基準を適用する事案における、裁判官を任命した大統領の政党毎の、連邦控訴裁判所の裁判官の行政決定の支持率は以下の通りである⁴⁶⁾。

45) *Id.* at 847.

46) *Id.* at 848~849.

任命した大統領の政党	行政決定のイデオロギー内容		
	合計	リベラル	保守
民主党	0.640	0.739	0.511
共和党	0.637	0.595	0.698

連邦控訴裁判所の判決においても、民主党の大統領により任命された裁判官は、リベラルな行政決定については保守的な行政決定よりも約23%ほど支持率が高く、共和党の大統領により任命された裁判官は、保守的な行政決定についてはリベラルな行政決定よりも約10%ほど支持率が高いという、明確な結果が示されている。

さらに、マイルズとサンステインは連邦控訴裁判所の合議体の構成に注目した研究結果も示している。つまり合議体の裁判官3人全員が同一政党（共和党又は民主党）の大統領による任命の場合をそれぞれ共和党の場合はRRR、民主党の場合はDDDとし、合議体の3人の裁判官に民主党の大統領による任命と共和党の大統領による任命が混在している場合は、共和党2人民主党1人ならRRD、共和党1人民主党2人ならDDRとして、それぞれの合議体構成毎に、裁判官毎の支持率のデータが示されている⁴⁷⁾。

任命した大統領の政党	合議体構成	行政決定のイデオロギー内容		
		合計	リベラル	保守
民主党	DDD（民主党のみ）	0.742	0.857	0.542
民主党	DDR 又は RRD（混在）	0.612	0.701	0.505
共和党	DDR 又は RRD（混在）	0.622	0.647	0.591
共和党	RRR（共和党のみ）	0.667	0.506	1.000

ここで、目をひく結果が示される。裁判所の合議体構成が民主党のみ又は共和党のみという場合、それぞれ民主党のみであれば、裁判官がリベラルな行政決定を支持する確率が上がるし、共和党のみであれば、裁判官が

47) *Id.* at 854~856.

保守的な行政決定を支持し、リベラルな行政決定を破棄する確率が上がる。ところが合議体に民主党と共和党の裁判官が混在している場合は、民主党のみ又は共和党のみの場合と比べると、民主党の裁判官がリベラルな行政決定を支持する確率が下がり、共和党の裁判官がリベラルな行政決定を支持する確率が上がり、保守的な行政決定を支持する確率が下がっているのである。

このような分析を経て、マイルズとサンステインは冒頭で示された結論を再び示す。すなわち、現実の適用においては、Chevron 判決の枠組は連邦裁判所の裁判官の政治的な信念に大きく影響されているのである⁴⁸⁾。

二 ハードルック審査と裁判官

(1) マイルズとサンステインの研究はさらに進展する。2008年に刊行されたシカゴ大学ロー・レビュー75巻2号は、マイルズとサンステインの新論文を掲載し、それに対するシュトラウス、ポズナーによる応答論文、さらに、マイルズとサンステインの再応答論文を収録しており、あたかもマイルズとサンステインの研究の特集号の様相を呈していた⁴⁹⁾。そしてマイルズとサンステインのシュトラウスに対する再応答論文のタイトルこそが「ニュー・リーガルリアリズム⁵⁰⁾」だったのである。

まず、マイルズとサンステインの2008年の新論文「現実世界の専断性審査⁵¹⁾」を見てみる。この論文でマイルズとサンステインは、1996年～2006年に判決が下された環境保護庁と全国労働関係委員会の行政決定が争

48) *Id.* at 870.

49) しかし、正式に特集が組まれているわけではない。ロー・レビューの同一の号において、内容が密接に関連する論文が一斉に掲載されたということは、論文著者間で研究会等の何らかの交流が行われたということを推測させるが、そのことについて筆者（正木）は、報告者は不明だが研究会が開かれたことと、著者間で草稿のやりとりがあったこと以外の事実関係の確認を得ることができなかった。

50) Miles & Sunstein, *supra* note 35.

51) Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein, *The Real World of Arbitrariness Review*, 75 U. CHI L. REV. 761 (2008).

われた事案で、専断性 (arbitrariness) の基準と実質的証拠の基準に基づいて審査が行われる場合に関する、連邦控訴裁判所の裁判官の行動の経験的研究を行っている⁵²⁾。

(2) 一般論として、専断性の基準と実質的証拠の基準は、APA (Administrative Procedure Act, 連邦行政手続法) の手続類型のうち、行政機関が聴聞手続を行わないインフォーマル手続がとられた場合は専断性の基準が、行政機関が聴聞手続を行う正式 (formal) 手続がとられた場合は実質的証拠の基準が司法審査に適用される⁵³⁾。マイルズとサンスティンは、この二つをまとめて「専断性の基準」としたうえで経験的研究の検討対象としている。

専断性の基準とは、APA 706条(2)(A)の「専断、恣意的、裁量の濫用、又はその他の法に違反する」行政活動、事実認定、結論が違法となるという基準⁵⁴⁾である。マイルズとサンスティンは、この基準の運用に関して裁判所が採用しているハードルック (hard look) 審査に結びつけて説明する。ハードルック審査とは、簡単にまとめると、政策問題と事実問題について行政機関に、結論に対する詳細で百科的な説明、反論への応答、過去の実務からの逸脱の正当化、そして提案されている活動方法への代替案の慎重な考慮を要求する基準である。ハードルック審査の目的は、裁判官自身の政策的選好を行政国家に課することなしに、行政決定を統制することにあるとされてきた。連邦最高裁は専断性の基準について、State Farm 判決 (Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co., 463 U.S. 29 (1983)) で、行政決定が専断・恣意的と判断されるのは次のような場合であるとしている。「行政機関が、議会が考慮を意図しなかった要素に依拠したとき、問題の重要な側面を全く考慮しなかったとき、決定のために提出された説明が行政機関の前の証拠

52) *Id.* at 766.

53) JACK M. BEERMAN, *INSIDE ADMINISTRATIVE LAW* 112 (2011).

54) 5 U.S.C. § 706.

に反しているとき、見解の相違に帰することができない又は行政機関の専門性の産物たりえないほどに信頼できないとき。」判決のこの文言がハードルックを示しているとする⁵⁵⁾。

実質的証拠の基準は、日本でも知られている通り、正式手続を経てなされた決定の事実認定が合理的な証拠で補強されているかどうかという観点から審査するという基準で、APA 706条(2)(E)で規定されている。

マイルズとサンステインが、専断性の基準と実質的証拠の基準の双方をまとめて、「専断性の基準」とした理由は、State Farm 判決以降、実務的には、専断性の基準と実質的証拠の基準が、ハードルック審査を媒介に本質的には同一化しているとの問題意識に基づく⁵⁶⁾。

マイルズとサンステインは、ハードルック審査の現況を上のようにまとめたうえで、現在、アメリカでなされているハードルック審査に対する議論の状況を紹介する。批判的な指摘としては、ハードルック審査は単に厳しすぎるだけなのでソフトルックのほうがより優れているという指摘（脚注ではピアースの論文が例とされている）や、司法の偏見（bias）がハードルック法理の運営で大きな役割を占めているとの懸念（脚注ではメルニックの論文が例とされている）がある。一方で、そのような指摘に対し

55) Miles & Sunstein, *supra* note 51 at 761~763.

56) *Id.* at 764. 本稿では、専断性の基準と実質的証拠の基準の同一化の現象について詳述はしないが、アメリカ行政法学では教科書等で言及される一般的な論点である。Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute 判決 (448 U.S. 607 (1980)) で、実質的証拠の基準によりながら、謙譲的ではない審査が行われたことから、両者の違いに対する疑問が提示されたのである。BEERMAN, *supra* note 53 at 118. もっとも、後掲注(66)のシュトラウスの論文のように、専断性の基準と実質的証拠の基準の違いを強調する論者も依然として存在するようである。ハードルック審査を扱う邦語文献として、古城誠「規則制定と行政手続法 (APA)」藤倉皓一郎編『英米法論集』(東京大学出版会, 1987) 223頁。大浜啓吉「制限審査法理の変容と法の支配」高柳信一先生古稀記念論集『行政法学の現状分析』(勁草書房, 1991) 479頁。西田昌弘「Hard Look 法理の変容と行政機関の応答義務」立命館法政論集創刊号 (2003) 39頁。中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査——アメリカ (下) 3」ジュリスト1248号 (2003) 80頁。筑紫圭一「米国における行政立法の裁量論(4)」自治研究86巻11号 (2010) 88頁。

て、プレイヤーのように、行政機関の政策と事実についての判断にハードルック審査が行われているときも、裁判所は行政機関の法律解釈にしばしば謙譲しているという事実と一致していないと反論する者もいる⁵⁷⁾。

このようにハードルック審査に対するアメリカ行政法学の評価は定まっていなかったところなのだが、マイルズとサンステインは、2006年論文で行った裁判官の投票行動の経験的研究の方法により、裁判官のイデオロギーがハードルック審査にどのような影響を与えているかを明らかにしたのである。

前稿と同じく、マイルズとサンステインは、まず調査結果を示す。まとめると次のようになる。

① 環境保護庁と全国労働関係委員会の事案において、政治的コミットメントは、ハードルック審査の運用に重大な影響を与えている。行政決定がリベラルであれば、民主党の裁判官の支持率は72%であり、共和党の裁判官の支持率は58%である。行政決定が保守的であれば、民主党の裁判官の支持率は55%であり、共和党の裁判官の支持率は72%である。

② 合議体効果 (panel effects) は、ハードルック審査におけるイデオロギーの役割を強調している。民主党が任命した裁判官は、他の二人の裁判官が民主党に任命されていればリベラル投票率がより高くなり、共和党が任命した裁判官は、他の二人の裁判官が共和党に任命されていれば、リベラル投票率がより低くなる。

③ 専断性審査の下での行政決定の支持率は64%であった。民主党が任命した裁判官の支持率は70%であり、共和党が任命した裁判官の支持率は60%で、民主党が任命した裁判官のほうが、支持率が高い。注目すべきことは、Chevron 判決が適用される行政機関の法律解釈を扱う事案と、専断性審査の支持率がつまるところ同じであることである。これは、裁判所は行政機関の法律に対する判断よりも事実に対する判断に、より厳しい精

57) Miles & Sunstein, *supra* note 51 at 765.

査を与えるであろうというプレイヤーの示唆に疑問を呈するものである⁵⁸⁾。

(3) マイルズとサンスティンによる経験的研究の結果の詳細を見てみよう。マイルズとサンスティンの調査手法は2006年論文と同様であるが、連邦控訴裁判所の判決のみが対象となる。前稿と同じく、公共利益集団や労働組合が訴訟を提起している場合は保守的な行政決定であり、産業側が訴訟を提起している場合はリベラルな行政決定と判定される⁵⁹⁾。

まず、専断性審査（マイルズとサンスティンの整理だと実質的証拠の基準の場合を含む）が行われた場合の、連邦控訴裁判所の裁判官の行政決定に対する支持率を図表でまとめると以下のようになる⁶⁰⁾。

任命した大統領の政党	行政決定のイデオロギー内容		
	合計	リベラル	保守
民主党	0.699	0.721	0.548
共和党	0.596	0.582	0.722

結果は明快で、民主党が任命した裁判官はリベラルな行政決定については保守的な行政決定よりも約17%ほど支持率が高く、共和党が任命した裁判官は保守的な行政決定についてはリベラルな行政決定よりも約14%ほど支持率が高い。

合議体構成に注目した判決の際の裁判官の行動について、図表でまとめると以下のようになる⁶¹⁾。

58) *Id.* at 767~768. Chevron 判決法理による審査と専断性審査で支持率が一致していることは、筑紫・前掲注(56)104頁で既に紹介されている。

59) *Id.* at 773~775. 図表の引用にあたり、マイルズとサンスティンの2006年論文の際と同様の処理をした。

60) *Id.* at 777.

61) *Id.* at 788.

		行政決定のイデオロギー内容		
任命した大統領の政党	合議体構成	合計	リベラル	保守
民主党	DDD（民主党のみ）	0.746	0.812	0.381
民主党	DDR 又は RRD（混在）	0.689	0.703	0.590
共和党	DDR 又は RRD（混在）	0.619	0.612	0.683
共和党	RRR（共和党のみ）	0.551	0.526	0.818

ここでも、マイルズとサンスティンの言う合議体効果が発生している。つまり、合議体の裁判官が民主党（共和党）が任命した裁判官だけの場合、極端にリベラル（保守）よりの投票をするが、裁判所の合議体に、民主党が任命した裁判官と共和党が任命した裁判官が混在していると、各裁判官のリベラル色、保守色が弱まるのである。

他にマイルズとサンスティンは、経験的研究の対象とされることが多いコロンビア特別区連邦控訴裁判所と他の巡回区連邦控訴裁判所の比較を行っている。そこでは、コロンビア特別区連邦控訴裁判所の民主党任命の裁判官は、共和党任命の裁判官よりリベラルよりの投票をするが、行政決定への支持率自体はリベラルにつき約62.9%、保守につき約66.7%との結果が示されている⁶²⁾。

(4) マイルズとサンスティンは、ハードルック審査について次のようにまとめている。ハードルック法理は、1960年～1970年の間の、行政機関の誤りや偏見を是正するうえでの司法審査の価値に対する仮定に基づいていた。行政機関が関連する諸利益の範囲を主張することに対する注目を保障することで、行政機関のアカウントビリティを増大させるための手段として、そして困難な問題に対する技術的専門性の適用を増進させるための手段として、行政機関が「虜」となることを恐れた裁判官が守った法理なのである。しかし、ハードルック審査が、行政機関の規則制定を減衰させたり司法の偏見が争点に反映されるリスクを指摘して疑問を呈する者がい

62) *Id.* at 797, 799.

る⁶³⁾。

こう述べたうえで、マイルズとサンスティンは自らの研究結果は二つの立場を補強すると主張する。第一に、関与した一部の裁判官の政治的コミットメントを反映した破棄判決のリスクを小さくするためには、司法審査は弱められるべきである。第二に、党派的な支持や破棄の可能性に関連するリスクを減少するための、手立てがとられなければならない。民主党だけの合議体はリベラルな行政決定を一様に支持するし、共和党だけの合議体は逆である⁶⁴⁾。

マイルズとサンスティンは、論文をまとめるうえでこのように結論する。「任命した大統領の政党は、専断性審査を伴う事案で一人の裁判官がいかに投票するかについての一つの正当な良き予測変数 (predictor) である：だが、合議体の他の二人の裁判官を任命した大統領の政党も、同様に一つの強力な予測変数である⁶⁵⁾。」

三 マイルズとサンスティンが語るニュー・リーガルリアリズム

(1) シュトラウスは上のマイルズとサンスティンの二つの論文を受けて、それに反論する論文を執筆している。シュトラウスは、マイルズとサンスティンの研究は、判決の重要な要素は法律家の政治的世界に対する所見という点から説明することができるという、リアリストが昔我々に疑うよう教えたことを示したと論文を切り出す。だが続けて、Chevron 判決や State Farm 判決は、マイルズとサンスティンが示す以上に、執行部と司法部の活動の間の適切な関係に対する合理的な枠組を確立するものだと反駁する⁶⁶⁾。

63) *Id.* at 810.

64) *Id.* at 811.

65) *Id.* at 813~814.

66) Peter L. Strauss, *Overseers or "The Deciders"——The Courts in Administrative law*, 75 U. CHI L. REV. 815, 815 (2008).

シュトラウスは、Chevron 判決の基準と他の基準の類似性も指摘しているが、ここではまず、Chevron 判決についてのシュトラウスの見解を見てみよう。

シュトラウスによると、法律解釈に際して、議会の意思の探求を求めた Chevron 判決の第一段階については、独立した司法の領域になっており、議会の立法史を受容するか否かといった法律の解釈の際、マイルズやサンステインが明らかにしたように政治的な裁判官が影響を及ぼす余地がある。しかし、シュトラウスは、このような考えは、議会がしばしば行政機関に抽象的な任務の割りあてをすることがあるという主張を打ち破るものでも、司法の判決に影響するような政治的多様性を取り去るための、司法の独立的判断の行使に関する何らかの規範に向けた下準備となるわけでもないとして、Chevron 判決の第一段階の審査を擁護する。また法の支配の価値は、割りあてについて明白な立法部による指示のないところで、行政機関に割り当てられた裁量領域の範囲内にあるかという問題を認定することを敬遠する保守的な価値観に賛成すると考えられる。「ネズミの穴から象」を見るべきではないと考えている裁判官は、彼が法律問題と考えていることについても、意見を差し控えるというのである⁶⁷⁾。

シュトラウスは、行政機関の事実認定の審査について、APA は「実質的証拠」と「専断、恣意的、裁量の濫用」の二つの基準を用意しており、裁判所は二つは異なるアウトカムを生み出す異なる基準であることを示そうとしてきたとする。そして、言葉の意味の違いを形成するような訴えに直面したときの裁判所の反応は、より厳しい審査をすべきという議会の指示を、「実質的証拠」の基準の中に認定することである⁶⁸⁾。

またシュトラウスは、APA の「専断、恣意的、裁量の濫用」の基準により、State Farm 判決に基づいてハードルック審査が行われる場合の効

67) *Id.* at 819–820.

68) *Id.* at 822.

用を指摘する。環境保護庁内部での科学的問題の審査において、執行部や環境保護庁の内部審査は消極的なものであり、巡回区連邦控訴裁判所の司法審査の可能性があることで十分なデータと検証手続が要求されていたことを伝えるペダーセンの論文⁶⁹⁾の引用をしつつ、マイルズとサンスティンが指摘するように司法政治が審理のアウトカムに影響していたとしても、ペダーセンが報告している影響は政治に対して科学を補強するものであって、「ハードルック」の影響が都合の悪いものだと考えられないとしている。さらに、マイルズとサンスティンが示した裁判官の合議体効果については、連邦控訴裁判所の3人の裁判官の合議体が無作為に構成されるのではなく、任命した大統領や政党が異なる混合した合議体になるよう立法で要求するという案が検討されているが、司法審査において政治が正統な役割を果たしているという命題を是認するという点から問題があるとしている⁷⁰⁾。

シュトラウスは別の方向からも、マイルズとサンスティンの研究方法に疑問を呈している。全ての環境保護庁の事案を同列に位置づけることはできない。環境保護庁について、文献は規則と裁決とで傾向が違うことを示している。あらゆる当事者から争われる規則に比べると、裁決の当事者は限られており、裁決の争点も科学や技術的判断ではなく事実問題であって、しばしば、実質的証拠により審査が行われる。全国労働関係委員会については、記録に基づく裁決は実質的証拠による審査に服することが多く、争点は事実問題が中心で科学や技術的判断ではないので、State Farm 判決の「ハードルック」法理は大きな役割を果たしていないのである。むしろ全国労働関係委員会については、巡回区連邦控訴裁判所ごとの支持率の違いが注目されている。例えば、1994年度では第8巡回区連邦控訴裁判所は全国労働関係委員会の事案について支持率42%なのに対して、

69) William F. Pedersen, Jr., *Formal Records and Informal Rulemaking*, 85 YALE L. J. 38 59-60 (1975).

70) Strauss, *supra* note 66 at 824-25.

第9巡回区連邦控訴裁判所は支持率81%⁷¹⁾である⁷²⁾。

シュトラウスは、結論として、審査基準が何であれ、全国労働関係委員会の裁決の司法審査のアウトカムに、政治に由来する違いが示される余地は予想できる。だが、「教えられてきた伝統の不確定性」と、法によって許容された範囲（これに政治的選好は含まれない）の中で正当化されなければならないその審査結果の解釈は、これらの違いを制限すると願っていると主張している。しかし、それらを排除できると考えることは無益だろうとも述べている。そのうえでシュトラウスは、規則を制定する際の理由付けや文書化についてハードルック審査が規則制定者に配慮をさせているということを挙げて、State Farm 判決の基準をソフト化するという主張を牽制している⁷³⁾。

シュトラウスは、裁判官は自らのイデオロギーに従って判決を下すというマイルズとサンスティンの主張について、直接的に反論はしていないが、彼らの概括的な研究方法に対する批判にはそれなりに説得力がある。もっとも、シュトラウスの主張の主眼は、ハードルック審査のソフト化の示唆に対して、State Farm 判決に基づくハードルック審査の可能性が、行政機関の規則制定に際して、行政側に理由付けと記録を整備させているという現実上の長所を指摘して、ハードルック審査を擁護することにあると言えよう。

(2) マイルズとサンスティンは、シュトラウスの反論に応えつつ、自らの思想的立脚点を明らかにする。マイルズとサンスティンの再応答論文のタイトルこそが、「ニュー・リーガルリアリズム（The New Legal Realism）」であった。駆け出しのマイルズはいざ知らず、共著とはいえ法学界で名高いサンスティンがニュー・リーガルリアリズムを自称したこと

71) このデータについてシュトラウスは次のケースブックを引用している。ARCHIBALD COX, ET AL., LABOR LAW 108 (12th ed. 1996).

72) Strauss, *supra* note 66 at 826-28.

73) *Id.* at 828-829.

は、ニュー・リーガルリアリズムが、ウィスコンシン大学ロースクールの一部の法学者だけのものにとどまらないものであることを意味している。マイルズとサンステインの論文「ニュー・リーガルリアリズム」はニュー・リーガルリアリズムのウェブサイトでも推奨されている、ニュー・リーガルリアリスト陣営の代表的論文である⁷⁴⁾。

マイルズとサンステインは、ルウェリンの言葉の紹介により論を始め。ルウェリンは、リアリストの経験的な目標に言及する際、「事実とアウトカムについての大規模な計量的研究を行うための、我々が報じた事案についての富の出資のための…努力」を語っていた。それにより、少量の事案への熱心な研究に基づく予見に対して、さらなる確実性を付け加える一連の予見を形成することができるのだが、しかし、ルウェリンは付け加える。「私はそんな公刊成果はしらない」。マイルズとサンステインは上のルウェリンの言葉を紹介して、こう続ける。我々は、多くの公刊成果を伴う「事実とアウトカムについての大規模な計量的研究」の開花のさなかにいる。この関連研究はニュー・リーガルリアリズムを生み出した⁷⁵⁾。

マイルズとサンステインは、裁判官の個性がある程度事案のアウトカム

74) <http://www.newlegalrealism.org/readings/Addressub.html> 「ニュー・リーガルリアリズム」のウェブサイトは、マコーレーが率いるグループが作成しているようであり (<http://www.newlegalrealism.org/index.html>)、マイルズとサンステインの論文でも言及されている。Miles & Sunstein, *supra* note 35 at 831 n4. 同サイトは、ニュー・リーガルリアリズムの概要や関連文献について多くの情報を提供している。もっとも、同サイトの記述によると、マイルズとサンステインの論文は司法行動の計量的研究に限定される「小さい天幕 (tent)」のニュー・リーガルリアリズムの業績であって、「大きい天幕」のアプローチのニュー・リーガルリアリズムは、多様な社会科学の分野と、法廷だけでなく他の場所における法を研究することを描く、元祖 (original) リアリストに従うとしている。「大きい天幕」のニュー・リーガルリアリズムのイメージは、本稿第 2 章で紹介したニュー・リーガルリアリズムの成果に一致する。

75) Miles & Sunstein, *supra* note 35 at 831. 脚注(74)で見たように、マイルズとサンステインはニュー・リーガルリアリズムの対象を限定している。マイルズとサンステインの言葉によるとクロスの論文、Cross, *supra* note 18, が言うニュー・リーガルリアリズムが彼らの観念に近い。Miles & Sunstein, *supra* note 35 at 831 n4.

を説明するというルウェリンの主張を振り返りつつ、ルウェリンの示唆は、現代の法学者にとっては、あまりにも雑（*crude*）だったとする。だが、現在では、「法と政治」として知られる、政治学の下位区分により、司法のアウトカムに対するイデオロギーの影響についての大量で有益な経験的文献が執筆されている。その一方で法学者は「法と政治」の政治学についてほとんど関心を払わなかった。それは法学者が経験的手法に精通していなかったから、そして、自身のそれと異なっていたからだろう。しかし、近時、経験的研究への欲求が、法学教授の間で急速に増大しており、ロースクール内部で「経験的法学研究（*empirical legal studies*）」という法学派の下位ジャンルを構成するほどに敷衍しているのである⁷⁶⁾。

マイルズとサンステインは言う。「我々が思うに、生じつつある司法の行動についての経験的研究の多くは、リーガルリアリズムの新世代として最も良く理解できる。ニュー・リーガルリアリストが行っているのは、ルウェリンと彼の同輩が具現化しようとしたもの——事実とアウトカムについての大規模な計量的研究にほかならない。我々が見込んでいるのは、ニューリアリストの司法の行動の研究は『法と政治』の政治学と『経験的法学研究』の区別を浸食するであろうということである⁷⁷⁾。」

マイルズとサンステインは、ルウェリンが「個性」と呼んだものについて、ニュー・リーガルリアリストは、裁判官の個性とは、政治的所属、人口統計、以前の専門的経験のような、観察可能な裁判官の特性だと受けとめているとし、研究の目的は検証可能な仮説の形成であるとしている。そして、ニュー・リーガルリアリストは、司法の行動を制度的コンテクストのもとで把握する。ニュー・リーガルリアリストは、社会への影響、裁判官の投票における同僚間の影響に関心を持つのである⁷⁸⁾。

ある法学者は法の制約を重要視するが、他の法学者は、特定の裁判官の

76) *Id.* at 832–833.

77) *Id.* at 834.

78) *Id.* at 835.

価値またはコミットメントが決定的な役割を果たしていることを強調する。幾人かの旧形式 (old-style) のリアリストは後者の立場をとったのだが、なんらの体系的研究も伴わない、印象や逸話に満足することにとどまった。ニュー・リーガルリアリストは、検証することでき、そして検証すべき、法的理由付けについての仮説として、これらの主張を取りあげているのである。ニュー・リーガルリアリストは、いつ、いかにして法が不確定化するか、いつ、いかにして「裁判官の個性」がアウトカムの成分となるかを知りたいと望んでいるのである⁷⁹⁾。

そしてマイルズとサンスティンは、「ニュー・リーガルリアリズム」の成果として自らの研究を紹介する。彼らは「ニュー・リーガルリアリズム」を自称したのである。マイルズとサンスティンは自らの研究をこう振り返る。多くのニュー・リーガルリアリズムの成果は連邦控訴裁判所の判決に注目するが、裁判官は3人である。民主党により任命された裁判官が増えれば増えるほど、合議体の投票パターンはリベラルになっていく。リーガルリアリストは、上訴審での同僚の影響を「同僚効果 (peer effects)」または「合議体効果」と記述する⁸⁰⁾。

マイルズとサンスティンによると、観察された合議体効果は二つに分けられる。第一にイデオロギー的緩衝である。連邦控訴裁判所の裁判官が民主党による任命が2名、共和党による任命が1名の場合、共和党が任命した裁判官もリベラルな投票パターンとなる。第二にイデオロギー的増幅である。共和党が任命した裁判官2名が同僚の場合、共和党が任命した裁判官は特に保守的になる。民主党の場合も同様である。マイルズとサンスティンは原因として、イデオロギー的緩衝については、孤立した人間が一致した他者の見解に直面したときに典型的に及ぼされるという、一致効果 (conformity effect) を挙げ、イデオロギー的増幅については、同じような

79) *Id.* at 835~836.

80) *Id.* at 837.

気質の人間同士が熟議をすることで、熟議以前と比べてより極端な点に到達するという、集団の偏り（group polarization）を挙げる⁸¹⁾。

マイルズとサンステインは他の研究を挙げて、このようなパターンは普遍的なものではないとも主張している。共和党が任命した裁判官も民主党が任命した裁判官も、刑事訴訟や財産権、州際通商条項の下での議会権限、訴えのスタンディングのような分野では、想定されるほどの重大な違いを投票パターンで示していない。これらの領域では、法が多大なディシプリンを課しており、イデオロギーによる違いが生じることができないのであろうとマイルズとサンステインは推測している。またマイルズとサンステインは、合議体効果は、墮胎や死刑の領域でも現れていないとし、これらの領域では裁判官は、自身の信念に基づいて投票しており、少なくとも結論においては合議体の他の裁判官の影響を受けていないと整理している⁸²⁾。

マイルズとサンステインは、現在のニュー・リーガルリアリズムの成果が断片的なところに止まっていることは認識している。これまで行われた経験的研究は、公刊された判決を対象としており、さらに範囲や判決の年代を限定しているのでさらなる研究が必要である。また、ニュー・リーガルリアリズムは大部分が理論を欠いて（atheoretical）おり、彼らによるChevron判決の基準や専断性の基準に基づく司法審査の研究についても、この批判があてはまるとする。つまり合議体効果が発生していることは明らかにしたが、それを生じさせているメカニズムについては不十分にしかわかっていないのである⁸³⁾。

81) *Id.* at 839.

82) *Id.* マイルズとサンステインは、他に、ある裁判官は他の裁判官に比べて重要な救済の申立てへの支持率が1820%であることや、ある連邦控訴裁判所は原告に有利な判決をする確率が他の連邦控訴裁判所に比べて1148%であるとした、ラムジー・ノガレスほかの研究、Jaya Ramji-Nogales, et al., *Refugee Roulette*, 60 *STAN. L. REV.* 295, 301 (2007). を紹介している。

83) Miles & Sunstein, *supra* note 35 at 841~843.

マイルズとサンスティンは、自らの研究成果とアメリカ行政法の関係について、こうまとめている。調査を行う前に数人の行政法の専門家と裁判官に破棄率を予想できるかどうかと聞いたところ。しばしば「わからない」との返事があり、幾人かは10%くらいだろうと答えた。また、裁判官が共和党に任命されるか民主党に任命されるかで、違った傾向を示すかどうかということについては、「おそらく技術的な領域では、示さないだろう」ということだった。だが実際には破棄率は36%だったのであるし、裁判官を任命したのが共和党であるか民主党であるかで、判決傾向に違いがあったのである⁸⁴⁾。

シュトラウスからの、State Farm 判決による専断性審査と実質的証拠の区別は重要ではないかという批判に対しては、理論的には State Farm 判決は多くの分野に適用できるような一般的な枠組を設定することを連邦最高裁が目的としていたとする。そして、経験的には State Farm 判決を引用する裁判例の支持率は51%と低いとはいえ、引用している裁判例自体が87と少なく、さらに重要なことに裁判官の政治的なコミットメントの傾向が、引用しない裁判例と同様であり、合議体効果も相当なものであるとして、実質的証拠と専断性審査を区別する必要はないとし、シュトラウスの批判を退けている⁸⁵⁾。

しかし、マイルズとサンスティンは、ハードルックの緩和に反対するシュトラウスの主張には理由があると認める。ハードルック審査は、良き分析を覆すような利益集団からの圧力や政治的コミットメントに由来する悪しき決定を事前に抑止し、事後に是正するのに役に立つとして、専断性審査を緩和すべきであるかどうかについて、最終的な結論は出さないと、前稿の立場からの後退を示している⁸⁶⁾。

結論において、マイルズとサンスティンは、裁判官のイデオロギーに

84) *Id.* at 847.

85) *Id.* at 847~848.

86) *Id.* at 849~850.

よって判決が影響を受けていることに対する対応策を考慮している。シュトラウスの異なる政権が任命した裁判官による混合合議体を義務づけるという案については、同一政党の裁判官3人の合議体の場合の弊害を考慮し、少なくとも行政法の分野では政治的裁判の機能は混合合議体によって小さくなるとして、評価を与えている。その他、全ての裁判官の任命政党が同じ場合、合議体の裁判官が政治的に異なる立場の決定を破棄するときには審理を一時中断して再考するということや、偏見を持つ方向で合議体が運営されているときに合議体の審査をする——このような場合には移送令状の付与の特別の保証を連邦最高裁が考慮する、ということが挙げられている。マイルズとサンスティンは、自らの主張は行政法の分野では経験的なもので規範的なものではないとしつつ、ニュー・リーガルリアリズムはまだまだ幼児期だが、成長するにつれ、我々はより多くを学ぶだろうと結んでいる⁸⁷⁾。

4 アメリカ公法学の対応

(1) マイルズとサンスティンの経験的研究の成果は、行政法のみならずアメリカの公法学に対して多大なインパクトを与えるものであった。マイルズとサンスティンがもたらした成果は、二つの命題にまとめられるだろう。まず、第一に、行政訴訟において裁判官は自らのイデオロギーに基づいて行動している。また合議体効果が生じている。第二に、謙讓的審査と言われている Chevron 判決による審査も、ハードルックと呼ばれる State Farm 判決の基準による審査も、行政決定に対する裁判所の支持率はおおむね同じである。このようなマイルズとサンスティンの研究成果は、他の法学者からはどのように見られているのだろうか。

(2) まず、裁判官が自らのイデオロギーに基づいて行動することについて

87) *Id.* at 850~851.

て、マイルズとサンスティンの2008年論文と同時にシカゴ大学ロー・レビューに掲載されたポズナーの「司法における政治的な偏見は問題か?」と題する論文は、マイルズとサンスティンの論文を受けて、一見すると風変わりな提案をする。第7巡回区連邦控訴裁判所の裁判官でもあるポズナーは、裁判官の政治的偏見やその他の法的には無関係な裁判官の個性(人種、性別など)が、裁判官の投票パターンと事案のアウトカムに影響していることを示す研究がなされており、マイルズとサンスティンがこの運動をニュー・リーガルリアリズムと名付けたことは正しいとしつつ、司法の偏見は(制限内であれば)全く問題ではなく、それ自体が「偏見」を反映している可能性がある法律や規則を含む政府の活動を阻止し、そして制約することが、裁判官に期待されている我々のシステムにおいては、むしろ有益であると主張する⁸⁸⁾。

ポズナーが司法の偏見を有益であると主張するのは、次のような根拠による。まず、立法部の多数派が法律を制定する際に便益とコストの分配を決定する。このとき多数派は二大政党のうち片方だけに利益になるよう法律を定めることも、両方の利益になる法律を制定することもできる。もし、裁判官が高度に謙讓的な審査をする場合は、立法部は多数派の利益だけになるような法律を制定するだろう。このような法律は、少数派にコストを割り当てる限りで多数派に便益を与える⁸⁹⁾。

もし司法審査が、裁判官が自らの党派的利益を推進しない法律を破棄するという形で行われたらどうなるだろうか。そのような場合は、多数派の利益だけを推進する法律であれば、党派的便益がコストを下回る限りで、対立政党の裁判官がその法律を破棄するだろう。立法部の多数派にとって

88) Eric A. Posner, *Does Political Bias in the Judiciary Matter?* 75 U. CHI. L. REV. 853, 853~855 (2008). なお、ポズナーの論文は、法律の合憲性についての司法審査を念頭に記述されているが、ポズナーによると、彼の理論は他の種類の司法審査にも容易に拡張できるとのことである。Id. at 858.

89) Id. at 861.

このアウトカムは、法律が無駄になるというコストをもたらすものになる。このような破棄のリスクを減少させるために、立法者は行動を変更するだろう。法律が破棄されるリスクを最小限化するために便益とコストをより公平に分配する法律を制定するのである⁹⁰⁾。

このように論じたうえでポズナーは、司法改革に関して提案されていることに対し評価を加える。いくつかを見てみると、まず、裁判官の任命手続に関して、大統領と上院は裁判官の任命に際してイデオロギーのフィルターを用いるべきではなく、能力やイデオロギーの中庸さによって任命すべきだという提案については次のように答える。立法過程が、効率的な法律が制定され不公正な法律が阻止されるという超多数派原則の最適水準を保持していないのであれば、裁判官の偏見が望ましく、偏見を削減させる任命手続改革は望ましくない。もし立法過程が適切なバランスに達しているなら、司法の偏見の削減が望ましいが、それよりも良い改革は司法審査の減少又は排除であるということになる⁹¹⁾。

マイルズとサンステインが主張するような、裁判所の合議体を民主党2

90) *Id.* at 861~862. ポズナー論文では、立法部の決定の方式として、過半数の多数決で決めるという多数派原則 (majority rule) と全員一致で決めるという超多数派原則 (super-majority rule) の二つが想定されており、*Id.* at 863~864. 多数派原則で決定がされる場合は裁判官の偏見が有効という立論のようである。ポズナーは、たとえ偏見を有する裁判官であっても、立法部のアウトカムが司法の関与によって向上させられることができる場合について、以下のような条件をつけている。

- 1 法案が単純な多数派原則、又は強力な超多数派原則より弱い原則によって、制定されている
- 2 任命過程と政党の競争が、司法部に党派的多様性を生じさせている
- 3 世論が長期にわたり比較的統一されている
- 4 立法の際の取引コストが低い
- 5 裁判能力が相対的に重要でない、又は立法能力に対する補助物である
- 6 裁判官の立法能力が高い。*Id.* at 868.

91) *Id.* at 869. ポズナーは、党派的な裁判官が望ましくなる他の条件として、ある政党によって任命された極端な裁判官が、別の政党によって任命された極端な裁判官によって均衡させられるような政治的競争があることや、裁判官に裁判能力だけでなく、裁判の中で政党の利益を推進するような立法能力があることを挙げている。*Id.* at 869~870.

人共和党 1 人という風に混合的なものにするをを求める提案については、ポズナーはこう分析する。訴訟当事者にとってはこの提案は有益であるが、コストが考慮される必要がある。現状、完全に無作為に裁判官を配分すると、民主党が多数派の合議体は全体の30%になる。ところが共和党のみで3人というような極端合議体を排除し、混合合議体のみで裁判所を構成すると民主党が多数派の合議体は全体の20%となる。現状で混合合議体を強制すると、共和党の立法部であれば司法の抵抗が弱くなり、民主党の立法部であれば司法の抵抗が強くなるのである。つまり、司法がある政党よりも別の政党の構成員を多く抱えている場合——常にそうであろう——、混合合議体を要求すると、多数派政党が3人の党派的裁判官を一合議体に所属させるような「無駄遣い」を回避することで、平均すれば、党派的偏見は拡大するのである⁹²⁾。

現状では無期限の連邦最高裁裁判官の任期を制限する提案については、ポズナーはこう答える。任期の制限により、立法部の多数派の選好と司法部の選好が異なる可能性は減少するだろう。例えば裁判官の任期が4年であったら立法部の多数派は全ての裁判官を党派に所属させることができるが、こうなると、裁判所が非効率的で配分的に不公正な法律を阻止する可能性は低くなる⁹³⁾。

ポズナーは、基本的には、司法の偏見は小さい問題で、司法審査自体が望ましいかどうかは条件次第という態度のようである。結論としては、二つの方向を示していて、議会で超多数派主義がとられていて、任命過程や政党の競争が司法の多様性を保証せず、立法の際の取引コストは高いとい

92) *Id.* at 871~872. ポズナーは、同一の政党の裁判官のみから構成される極端合議体が、合議体の政党にコストを課すとして、混合合議体では支持されるような場合でも対立政党の法律を破棄するのだとすれば、立法部の取引コストが低い限りで極端合議体のほうが良いとも述べている。混合合議体の提案の評価には、極端合議体が減少させる便益と「少数派が多数を占める」合議体の数が減少するコストの評価が必要だということである。*Id.* at 873.

93) *Id.* at 877~878.

うような条件の下では、司法審査に利益が少なく、問題は司法の偏見よりもむしろ司法審査であるということになり、司法審査を弱める改革が指向されるべきである。逆に、政治システムの超多数派主義が不十分で、立法の際の取引コストが低く、任命過程や政党の競争が司法の多様性を保証しているというような場合は、たとえ裁判官が政治的偏見を持っていても、司法審査が正当化されるということになる⁹⁴⁾。

ポズナーの主張は憲法学的観点が強いののだが、経験的研究から明らかになった裁判官の偏見という問題については一つの答えを示している。つまり、多数派に有利な不公正な立法がされた場合に、少数派の裁判官が政治的偏見に基づき阻止することができる可能性があるとして、理論的観点から裁判官が政治的イデオロギーに基づき行動することを有益なものとして肯定するということである。しかし、これはアメリカの伝統的な裁判官像からは決定的に離脱するものであろう。

(3) 行政機関への司法審査が、単に法を適用しているだけなのか、それとも政策についての裁判官の見解に従うものなのかという争点は、ニュー・リーガルリアリズム以前から存在していた。裁判官が政治的なイデオロギーに従って判決を下しているというマイルズとサンステインの研究は、この議論に経験的研究の成果をもたらすことになる。

シュトラウスほかの編集による行政法のケースブックは、サンステインとマイルズの論文を大きく紹介している⁹⁵⁾。ゲルホーンとバイスの名を

94) *Id.* at 882~883.

95) PETER L. STRAUSS ET AL., *GELLHORN AND BYSE'S ADMINISTRATIVE LAW* 1154 (11th ed. 2011). 同書で紹介されているサンステインとマイルズの論文は、Cass R. Sunstein & Thomas J. Miles, *Depoliticizing Administrative Law*, 58 *DUKE L. J.* 2193 (2009). であるが、同論文の内容は既に紹介した、Miles & Sunstein, *supra* note 36, Miles & Sunstein, *supra* note 51. との重複が多いので、ここでは改めてとりあげない。裁判官のイデオロギーの判決への影響に関連して、マイルズとサンステインの研究を引用する行政法のケースブック・教科書は多い。筆者が知り得たものとしては、シュトラウスほかのケースブック以外に以下のものがある。JERRY L. MASHAW ET AL., *ADMINISTRATIVE LAW* 890 (6th ed. 2009); RICHARD J. PIERCE, JR. ET AL., *ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS* 417 (5th ed. 2009); ↗

冠する伝統あるケースブックで紹介されていること自体が、マイルズとサンスティンの研究のインパクトの大きさを物語っているが、シュトラウスほかのケースブックではマイルズとサンスティンの研究は、コロンビア特別区連邦控訴裁判所の裁判官であったエドワーズの主張に挑戦するものと位置づけられている。エドワーズはライバーモアとの共著でマイルズとサンスティンに対する反論も行っているので、ここではシュトラウスほかのケースブックのまとめるところに従って、エドワーズの主張を簡単に見てみよう。

エドワーズは、1991年の論文で、自らがコロンビア特別区連邦控訴裁判所の裁判官を勤めた経験から、裁判官が政治により啓発されて判決形成 (decisionmaking) を行っているとか、コロンビア特別区連邦控訴裁判所はイデオロギー闘争によって分断されているといった俗説を否定している。彼によればコロンビア特別区連邦控訴裁判所の現実はこういった公衆の感覚には合致しない⁹⁶⁾。

エドワーズは事案を「イージー」、「ハード」、「ベリー・ハード」の三つに分類して説明する。ほとんどの事案は、簡単に確認できる法を事実に応用するだけの「イージー」な事案である。これは、裁判官が法原理によって強く拘束されていると感じるような事案で、この場合はイデオロギーの挿入の余地はない。「ハード」な事案は、両当事者がそれぞれ説得的な法的主張を行っているような事案である。この場合、裁判官には、対立する法原理と先例のうち適用すべきなのはどれかといったことを考慮したり、様々な法律と憲法の規定の目的を分析したり、複雑な行政機関の記録を評価したりすることが要求されるが、結局は「ハード」な事案でも片方の当

↘ RICHARD J. PIERCE, JR., 1 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE 37, 38 (5th ed. 2010); WILLIAM F. FUNK ET AL., ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND PRACTICE 152 (4th ed. 2010). STEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY 379~380 (7th ed. 2011).

96) Harry T. Edwards, *The Judicial Function and the Elusive Goal of Principled Decisionmaking*, 1991 Wis. L. REV. 837, 855 (1991).

事者の主張のほうが強く、それに従って判決されることが多い。エドワーズによると35%～40%が「ハード」な事案であり、「ハード」な事案については、適用する法理と先例の選択や議会意思の探求においてイデオロギー的操作する余地はあるが、彼が思うにこの可能性は利用されておらず、裁判官たちは全般的には法の理解に従って事案に判決していたという。5%～15%の「ベリー・ハード」な事案は、関連する法的素材が、両当事者の主張とも強力であるということを示しているだけで、判決をしなければならない裁判官が均衡状態の下に取り残されているような事案である。この場合、裁判官は彼ら自身の社会的道徳的信条からある程度は引き出される裁量を行使しなければならない。エドワーズは、「ベリー・ハード」な事案では「正しい」答えがないので、政治的又はイデオロギー的な考慮に影響された判決形成がされる可能性が（不可避ではないが）有るとしている⁹⁷⁾。

エドワーズの主張の主眼は、「法理による判決形成が司法作用の本質であるという信条をほとんどの裁判官が、依然として共有している⁹⁸⁾」という彼の言葉にある通り、全般的には裁判官は法を事実に応用することで判決を下しており、政治的イデオロギーに基づいて判決を下しているわけではないということ明らかにすることにあるようである。それに対して、マイルズとサンスティンによる研究は、経験的手法によって裁判官がイデオロギーに基づいて行動していることを明らかにしたわけである。そして、このような結果を示す経験的研究は、マイルズやサンスティン以外の研究者によっても行われている。2009年にエドワーズはライバーモアとの共著の論文⁹⁹⁾によって、裁判官がイデオロギーに基づいて判決を下すと

97) *Id.* at 856～858. もっとも、エドワーズは判決の起案の際の合議に、隠された政治的議題や、イデオロギー的偏向は無いとしている。*Id.* at 858.

98) *Id.* at 838.

99) Harry T. Edwards & Michael A. Livermore, *Pitfalls of Empirical Studies That Attempt to Understand the Factors Affecting Appellate Decisionmaking*, 58 *DUKE L. J.* 1895 (2009).

結論した経験的研究に対する反論を行っている。

エドワーズとライバーモアによると、経験的法学研究は、司法の「イデオロギー」を分析する際に用いている手段が雑である。特に任命した大統領で裁判官のイデオロギーを決めたりすることや、判決内容が「保守」か「リベラル」かを決める方法が単純すぎるのである¹⁰⁰⁾。

また、司法の判決形成が裁判官のイデオロギーによって影響されているという仮説が注目すべきものになるのは、イデオロギーが法に外在しているときだけで、その限りである。雑な「イデオロギー」の測定は、法に道徳的/政治的理由付けが内在するという形式と、それらが法に外在することを区別していないのである。裁判官が授権された権限、あるいはコモン・ローの権限を行使する際に、法的理由付けは道徳的判断の性質を帯びる。法が要求される事案において、司法の判決形成は、アメリカの政治共同体の伝統的規範を据え置き鍛錬して練り上げることを包含することができる。このように考えると、本来的には論争となる政治的判断を代表するものも、端的に法に組み込まれており、良き判断の通常の構成物であると我々には思えるのである。法の観念を生じさせる判決は、(1) 何らかの方法で法に反するイデオロギー的なものではなく、そして、(2) 法自体が方法内在的にイデオロギー的なものである¹⁰¹⁾。

エドワーズとライバーモアは、経験的研究は、司法の判決形成はしばしば裁判官のイデオロギーによって影響されるだけでなく、イデオロギーは常に法に外在すると考えているが、これは経験的な主張を装った規範的(normative)な主張であるとし、経験主義の学者達は、法的問題は道徳的政治的問題を含まないということを主張するような形式主義的あるいは「ハードな」実証的理論を我々が採用すべきことを納得させなければならぬとする。そして、仮にそれができても、それらは裁判官が法を彼らの

100) *Id.* at 1944~1945.

101) *Id.* at 1945~1947.

イデオロギーと置き換えていることを示すものではなく、むしろ裁判官が我々が規範的理由から拒否すべき法の観念に従っていることを示しているだけであるとしている¹⁰²⁾。

シュトラウスほかのケースブックの説明によると、エドワーズは、結局のところ、全般的に適切な司法的手法と彼が考えることと、行政決定の審査に特に適用可能である司法的手法を区別しないという立場に至っている。この立場は、行政訴訟における政策判断については行政官の判断を尊重するという立場に対置される¹⁰³⁾。

裁判所が適用する法には政治的・道徳的問題も含まれており、判決を下すことで法が発展していくという命題は、アメリカにおいては一般的な立場ではあるが、その政治的・道徳的問題に対する見解が裁判官毎に異なると、結局、前世紀のリーガルリアリストやニュー・リーガルリアリストが主張するように、裁判官の個性や偏見によって判決内容が異なるという問題が生じてしまう。結局、この議論はかつてリアリストと伝統的法学者との間で行われたものの再現ではないかと、筆者（正木）は感じるところである。

エドワーズとライバーモアの主張に対しては、ポズナーが反論論文を執筆している。ポズナーは自らの立場を、多くの事案で裁判官が立法的な役割を果たしていると見る「リアリスティック・アプローチ」であるとして、裁判官は伝統的な法源に従って法を適用するというエドワーズとライバーモアの「リーガリスティック・アプローチ」と対立するものであると位置づけている¹⁰⁴⁾。ポズナーは同論文の中で、エドワーズは法廷で判決される事案の5%～15%は、リーガリストの観点からは不確定なものであ

102) *Id.* at 1948. 他に、エドワーズとライバーモアは、公刊されている判決の90%が裁判官の全員一致であるが、公刊されていない判決はそれ以上に反対意見が出る場合が少ないとして、裁判官たちの熟議が合意形成で果たす役割が大きいことを指摘している。*Id.* at 1943～1944.

103) STRAUSS ET AL. *supra* note 95 at 1159.

104) Richard A. Posner, *Some Realism about Judges*. 59 DUKE L. J. 1177, 1177 (2010).

るとするが、もし、長年にわたり多くの裁判所でこれだけの数量が累積しているなら、莫大な量の判決がリーガリストックには不確定であることが明らかであると指摘している¹⁰⁵⁾。

(4) 行政訴訟に対する経験的研究は、マイルズとサンステイン以外の研究者によってもなされている。ピアースは2011年の論文「行政活動についての司法審査の研究が意味するものは何か？」において、マイルズとサンステインの研究を含む10の経験的研究の成果を概観したうえで¹⁰⁶⁾、行政訴訟の際に適用される複数の法理の間に違いはなく、法理の選択を議論することはやめて、一つの法理で説明すれば良いという、衝撃的な議論を展開している。

まず、ピアースはアメリカ行政法で司法審査の基準として機能している法理として、6つの法理を挙げる。

第1は、行政機関の法律解釈に対して適用される Chevron 判決の法理である。これは本稿では既に見た。第2は、United States v. Mead Co.判決 (533 U.S. 218 (2001)) で法的効力のない行政機関の法律解釈に対して、Chevron 判決に代えて適用されると連邦最高裁に判示され、注目されている Skidmore v. Swift & Co. 判決 (323 U.S. 134 (1944)) の法理である。Skidmore 判決の法理は、裁判所が行政機関の裁定や、解釈、意見を審査

105) *Id.* at 1180. ポズナーの反論に対する、ライバーモアの再反論論文として、Michael A. Livermore, *Realist Lawyers and Realistic Legalists*, 59 DUKE L. J. 1187 (2010).

106) Richard J. Pierce, Jr., *What Do the Studies of Judicial Review of Agency Actions Mean?*, 63 ADMIN. L. REV. 77, 78 (2011). ピアースがデータとして用いている10の経験的研究は以下のものである。Miles & Sunstein, *supra* note 36; Miles & Sunstein, *supra* note 51; Schuck & Elliott, *supra* note 38; Frank B. Cross & Emerson H. Tiller, *Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine*, 107 YALE L. J. 2155 (1998); William N. Eskridge, Jr. & Lauren E. Baer, *The Continuum of Deference*, 96 GEO. L. J. 1083 (2008); Kristin E. Hickman & Matthew D. Krueger, *In Search of the Modern Skidmore Standard*, 107 COLUM. L. REV. 1235 (2007); Orin S. Kerr, *Shedding Light on Chevron*, 15 YALE J. REG. 1 (1998); Richard L. Revesz, *Environmental Regulation, Ideology, and the D.C. Circuit*, 83 VA. L. REV. 1717 (1997); Paul R. Verkuil, *An Outcomes Analysis of Scope of Review Standards*, 44 WM. & MARY L. REV. 679 (2002); David Zaring, *Reasonable Agencies*, 96 VA. L. REV. 135 (2010).

するにあたって、考慮において明らかにされている徹底性、理由の妥当性、前後の言明との一貫性、もし統制の権限を欠いているのであれば説得力を与える全ての要素によって評価するというものである。第3に、専断・恣意的の基準の適用に際して、詳細な理由づけがされた意思決定を求める State Farm 判決の法理である。これは本稿では既に見た。第4は、実質的証拠の法理である。ピアースは、State Farm 判決の法理に基づく専断・恣意的基準と実質的証拠の法理とが、連邦最高裁では同様の機能を果たしていることに言及しつつも、ひとまず区別している。第5は、Auer v. Robbins 判決 (519 U.S. 452 (1997)) に引用されたことで注目されている Bowles v. Seminole Rock & Sand Co. 判決 (325 U.S. 410 (1945)) の法理である。ピアースは Auer 判決の法理と呼んでいるが、これは、行政機関の定めた規則の文言に疑義がある場合、裁判所は議会意思や憲法原則も参照するが、純粋な誤りや規則との矛盾がない限り究極的な尺度は、行政機関による規則の解釈であるという基準を示すものである。Chevron 判決の法理は行政機関の法律解釈に適用される基準であるのに対して、Auer 判決の法理は行政機関の規則解釈に適用される基準である。第6の法理は、初審的審査 (de novo review) である¹⁰⁷⁾。

State Farm 判決の法理と Chevron 判決の法理はいかなる関係に立つのか、Chevron 判決の法理と Skidmore 判決の法理の使い分けはどのようにするのかといった議論は、アメリカ行政法学の議論のいわば花形であり、多くの議論がなされてきた。日本の文献も、アメリカの議論を受けてこれらの法理の内容と差異の分析に努めてきた¹⁰⁸⁾。ところがマイルズとサンステインによると、Chevron 判決の法理によっても State Farm 判決の法理（彼らの整理だと実質的証拠の法理も含まれる）によっても、行政決定に対する裁判所の支持率は大きく異ならないとのことであった。

107) Pierce, *supra* note 106 at 78~83.

108) アメリカの法理を概観するものとして、常岡孝好「司法審査基準の複合系」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』（有斐閣、2004）357頁。

経験的研究が示す行政決定に対する裁判所の支持率は、データの取り方により数値にばらつきがあったが、ピアースは10の経験的研究の成果をこうまとめる。裁判所が行政活動の審査に適用する法理の選択は、連邦最高裁や連邦控訴裁判所では、アウトカムの重要な決定要素ではない。行政決定に対する支持率のレンジは Chevron 判決の法理は60%~81.3%, Skidmore 判決の法理は55.1%~73.5%, State Farm 判決の法理は64%, 実質的証拠の法理は64%~71.2%, 初審の審理は66%。全てのレンジが重複していて、アウトカムへの法理ごとの違いはほとんど見られない。唯一、Auer 判決の法理を裁判所が適用した場合のみ、裁判所の支持率は90.9%と高い¹⁰⁹⁾。

例外である Auer 判決の法理の場合は90.9%の支持率というのも連邦最高裁の場合であり、連邦控訴裁判所の統計は含まれていない。ピアースはワイズとの共著による別論文で自ら経験的研究を行い、連邦地方裁判所と連邦控訴裁判所では Auer 判決/Seminole Rock 判決に従っても支持率は76.26%であることをつきとめている¹¹⁰⁾。

ピアースがまとめるところ、要するに連邦最高裁と連邦控訴裁判所の判決形成の研究が示しているのは、行政決定の司法審査の結果の標準は支持率70%だということである。この結果を受けてピアースは、6つの法理のうち5つについては、裁判所が同一の広範な法理を述べることの代わりになっているのではないかと主張する。同一の広範な法理とは、裁判所は合理的な行政活動を支持するべきである、というものである。そして合理的な行政活動とは何かということについては、三つの基準で決まる。第一に、行政活動が関連する法律と一致しているか。第二に、行政活動は利用可能な証拠と一致しているか。第三に、行政機関は、関連する法律の文言と利用可能な証拠から到達した結論に到るまでどのような理由によったの

109) Pierce, *supra* note 106 at 85.

110) Richard J. Pierce, Jr. & Joshua Weiss, *An Empirical Study of Judicial Review of Agency Interpretations of Agency Rules*, 63 ADMIN. L. REV. 515, 519 (2011).

かを十分に説明しているか¹¹¹⁾。

マイルズとサンステインが示した、裁判官がイデオロギーによる影響を受けていることや、合議体効果については他の経験的研究によっても確認されているという¹¹²⁾。

ピアースは、論文の読者に応じた結論を提示している。

実務法学家に対しては、ピアースは次のようなことを主張する。裁判所はどの法理を適用すべきかというような議論に注ぐ時間やエネルギーを少なくするべきである。ピアースの主張する三つの基準を法律家は全ての事案で強調するべきである。また、問題の行政活動が良いか悪いかといった結果 (consequences) を強調するべきである。裁判所の裁判官の構成には注意するべきであるし、行政決定の破棄率の高いコロンビア特別区連邦控訴裁判所は原告にとって良い選択肢である。

教員に対してはピアースは次のように述べている。法理の選択に関して

111) Pierce, *supra* note 106 at 85~86. たとえば、告知コメント規制決定手続の場合の裁判所の支持率は72.5%、正式裁決手続の場合の裁判所の支持率は65.4%というように、行政機関の行政手続の選択も、裁判所の支持率にほとんど影響を与えていない。Id. at 86~87.

112) Id. at 89. ピアースによると、コロンビア特別区連邦控訴裁判所の行政決定に対する支持率が他の巡回区連邦控訴裁判所に比べて低いことも、経験的研究から確認できるという。ピアースはその原因について、第一にコロンビア特別区連邦控訴裁判所は行政訴訟の件数が多いので裁判官が行政実体法に精通する結果、行政機関に謙譲しなくなること。第二に、コロンビア特別区連邦控訴裁判所の裁判官の任命には大統領の影響が強いこと、第三に、連邦最高裁裁判官はコロンビア特別区連邦控訴裁判所の裁判官から選ばれることが多いので、コロンビア特別区連邦控訴裁判所の裁判官は、最高裁裁判官の候補になるために、政党指導者の選好に一致するような方法で判決を下すかもしれないこと。第四に、コロンビア特別区連邦控訴裁判所の審理する事件数は他の巡回区連邦控訴裁判所に比べて少ないので、行政訴訟に多くの時間を割けることを挙げている。Id. at 90~92. ピアースは、他の巡回区連邦控訴裁判所は謙譲することが多いことを伝える逸話として、彼の友人の巡回区連邦控訴裁判所裁判官から聞いた次のような話を伝えている。ピアースの友人の裁判官やその同僚は、しばしば Chevron を動詞として使っているという。長い口頭審理が終わって、合議で先任の裁判官がこう尋ねるのである。「我々はこの事案にシェブロンすべきだろうか？ (Should we Chevron that case ?)。」多くの行政法に関する事案で、その他の裁判官達はいくつかのほどよい理由で行政決定を支持するという対応をしているのである。Id. at 92.

は、ピアースは授業で教え続ける。なぜなら全ての法律家は、いかにして行政機関、裁判所、顧客と効果的に交信するかを習得しなければならないからである。だが、法理の選択は重要ではないということも話すだろう。法理の選択には些細な意味しかないという知識から、法理の学習に授業時間を割くことに学生が怒ってしまうことが懸念される。ピアースが説明することは、法理の些細な役割として、効果的な弁論は法律家に特定の法理に言及しながら主張を形成することを要求するということや、どの法理もピアースの主張する三つの基準によっていることである。一方で、裁判官のイデオロギー的選好の問題については、学生に教えると、学生が不健全に冷笑的な観点に立つことが懸念される。しかしながら、行政法の実務の現実を説明することは彼らに対する義務である。ピアースが説明することは、裁判官の投票の7%~31%はイデオロギー的選好に基づくものであるが、69%~93%は選好に基づいていないのであり、そこでは裁判所は政治的イデオロギー的に見て中立的な判決形成をしていることである。

裁判所に対しては、最高裁は、6つの法理を裁判所は合理的な行政活動を支持するべきであるという一つの法理に置き換えるべきであり、そして行政活動が合理的であるかどうかは、ピアースの主張する三つの基準によることが主張されている。

法学者に対しては、判例の法理の違いや適用される状況を議論することに費やす時間を少なくして、ピアースの主張する三つの基準に注目すべきであること、結果に関する主張により関心を払うべきことが主張されている¹¹³⁾。

ピアースの主張は、行政訴訟でどの法理を用いても裁判所の支持率が変わらないことを受けて、行政活動に対する司法審査は行政活動の種類を問わず、関連する法律と一致するか、利用可能な証拠と一致するか、関連する法律の文言と利用可能な証拠から到達した結論に到るまでどのような理由によったのかを十分に説明しているか、という三つの基準によって行わ

113) *Id.* at 93~98.

れるべきことを示すことにあるようである。

わが国でも知られている通り、ピアースはアメリカ行政法に関する大著『行政法論¹¹⁴⁾』の著者である。彼もまた、ニュー・リーガルリアリズムの成果に直面し、そして行政訴訟の審査基準を一つに統一せよという過激な主張に到っているのである。ピアースの主張がアメリカの行政法学界に受け入れられるかは不確定であるが、アメリカ行政法学がニュー・リーガルリアリズムの成果に無関心ではいられなくなっていることはたしかであろう。

お わ り に

(1) 本稿は、マイルズとサンステインの主張を中心にニュー・リーガルリアリズムの主張するところを検討し、そしてそれに対するアメリカ公法学の対応を見てきた。アメリカの法学の流れを簡単に振り返ると、リーガルリアリズムによって生じた裁判官の行動への注目や経験的研究の重視といった潮流が、隣接諸学問と法学とが連携する学際学問分野を生み出し、そして学際学問分野による経験的研究の成果を受けて、現在の法学の新運動たるニュー・リーガルリアリズムが、既存の法学に対する問題提起を行っているといったところだろうか。

アメリカ行政法学において、裁判官の行動に対する経験的研究の結果、議論になっていることとして、① 裁判官がイデオロギーに基づいて行動すること、および裁判官の合議体における合議体効果の問題と、② アメリカ行政法において行政訴訟の審査基準として用いられていたものは、経験的研究の結果、どれも裁判所の支持率が大きく変わらないことが明らかになったこと、がある。この成果から、日本の法学者がどのような知見を得ることができるかを最後に簡単に考察してみる。

(2) アメリカで裁判官の行動に対する研究がなされる背景として、立法

114) PIERCE, *supra* note 95.

部、執行部、司法部の権力分立において、司法部がいかなる役割を果たすべきなのかについて民主主義との関連で議論が継続的に蓄積されていることがある。そういった議論は、わが国では主として憲法学の観点から紹介されている¹¹⁵⁾。しかし、アメリカでの議論が日本に直ちにそのままの形であてはまるかという疑問の余地がある。裁判官の任用についてアメリカの連邦裁判所の裁判官の選考は、明らかに日本よりも「政治的」であろう。日本でも、裁判官を任命した時の政権与党がどこか、それによって裁判官の行動が異なるのではないかという争点がないわけではないが、しかし現在のところ、それほど深刻な問題とは受け止められていないように思える¹¹⁶⁾。

115) 日本との比較の中でアメリカの議論を紹介するものとして次の文献を紹介しておく、棚瀬孝雄編『司法の国民的基盤』（日本評論社、2009）。

116) 最高裁判官の経験がある田中二郎はアメリカの連邦最高裁人事に対する感想を残している。田中二郎は、在米日本国大使館による「米連邦最高裁判所の動向」と題する報告書を読んだ。報告書の内容はアメリカの連邦最高裁判官の人事についてニクソン大統領の影響が強く及んでいて、裁判官の交代により、ウォレン・コートから、ニクソン・コートの方向に動いているというものであった。田中二郎は、ニクソンの暗躍を記した書物『ブレザレン』（ボブ・ウッドワード＝スコット・アームストロング（中村保男訳）『ブレザレン』（ティビーエス・ブリタニカ、1981））にも目を通して、田中二郎『日本の司法と行政』（有斐閣、1982）135頁以下、印象として以下のように述べている。「アメリカの裁判官任命の動向などが日本にも影響を及ぼし、それこそまさに雑音というべきものがあるような形で従来の慣行を動かし、政府主導型の人選に陥るようなことでもあれば、大変なことだと思います。」田中・同上50頁。「アメリカの最高裁というのは、日本の最高裁の模範とすべきものをたくさんもっているというふうにいままでだれもが考えてきたのですけれども、『ブレザレン』に出てくる内容が仮に全面的でなくわずか10パーセントでも真実を伝えているとするなら、非常に問題をもった裁判所であるといわざるをえない。これにくらべますと、日本の最高裁は、ずっと純粹だと思います。いろいろなことがありますが、アメリカのようなひどい暗躍とか政府勢力のインフルエンスは、及んでいない。」田中・同上136頁。だが、アメリカ人が日本の司法制度を見たとき、裁判官の無個性と政治からの隔絶は、名もない顔もない司法と映るようである。参照、ダニエル・H・フット（溜箭将之訳）『名もない顔もない司法』（NTT出版、2007）。また、計量分析を通じて、日本の裁判官達は長く政権党であった自由民主党に有利なように判決を下すインセンティブに直面せざるをえなかったとする研究もある。参照、J・M・ラムザイヤー＝E・B・ラスムセン（河野勝訳）「日本における司法の独立を検証する」レヴァイアサン22号（1998）116頁。

早川武夫は1955～1960年間の最高裁の大法廷判決について、人権関係判決の尺度表分析を試みている¹¹⁷⁾。憲法に関して当事者の人権関係の主張を認めるかどうかで分類するという方式を採用したうえで、早川は人権の主張を認める立場を「左翼」、認めない立場を「右翼」として、各最高裁裁判官の行動を分析している。それによると左翼（人権関係の主張を認める）1～5位が弁護士出身であり（だが早川は右翼7名中2人も弁護士出身であったとのデータも付している）、裁判官出身の最高裁裁判官はだいたい中央を占めるといった結果が示されている¹¹⁸⁾。

大沢秀介は、1960年～1966年間の「横田喜三郎」コートについて、アメリカの司法行動論のアプローチに示唆を得た分析を行っている。それによると、最高裁裁判官の間には、裁判官の中でも一貫して裁判官の道歩んだ「実務型裁判官」、裁判官の中でも最高裁事務総局事務総長などの司法行政のキャリアを経ている「司法行政官」、「学者・弁護士」の三つのブロックが形成されており、「司法行政官」のブロックが判決において主導権を持っていることが明らかにされている¹¹⁹⁾。また問題別に見た態度としては、人権問題に対して、弁護士出身者や「学者・弁護士」ブロックが人権問題に積極的であり、検察官出身者や「実務型裁判官」「司法行政官」ブロックは人権問題に消極的であることや、経済問題については一般に学者・弁護士出身の裁判官は契約の自由や取引の安全に寄与する判断を下すという点でより進歩的であり、職業裁判官出身の裁判官はより保守主義的であるということも示されている¹²⁰⁾。

これらの分析は、法学者が漠然と感じている最高裁の裁判官の出身母体毎のイメージに合致するので、これらの研究の結論は受け入れやすいとこ

117) 早川武夫「最高裁判所判決の尺度表分析」川島武宜『経験法学の研究』（岩波書店、1966）269頁。

118) 早川・同上284頁以下。尺度表は早川・同上280頁以下。

119) 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」法学研究51巻1号（1978）40頁、63頁以下。

120) 大沢・同上68頁以下。

ろであろう¹²¹⁾。だが、こういったわが国での経験的研究が、わが国の法学研究に影響を持っているかというところ、そうは言いたいがたいところである。結局のところ、いかなることをしなければならぬかという規範論が伴わなければ、経験的研究それだけでは実体を明らかにするという以上の通用力を持たないという、リーガルリアリズムが直面した課題に突き当たるのではないだろうか。

本稿で得た知見に基づいて、わが国の最高裁裁判官の構成について言及するならば、筆者は次のように考えている。マイルズやサンスティンが示しているように、同じようなイデオロギーを持つ者が集まると、より偏った判決を下すという合議体効果が生じ、そして日本の場合、裁判官の出身母体により裁判官の行動の傾向が異なるのであれば、日本の最高裁が、多様な出身母体の裁判官から構成されているというのは、偏った合議体効果が生じない健全な熟慮を促すという点では有益ではないか。

このように考えると、職業裁判官のみで構成される高等裁判所や地方裁判所の場合は偏った合議体効果が生じるおそれがあるとも考えられる。日本の場合は裁判官の任用に政党の影響は少ないので、職業裁判官のみによる合議体がイデオロギー的な偏りを生じさせるかどうかは、裁判官自身が司法官僚制の中でイデオロギー的中立性を発揮できるかどうかにかかっているとされる¹²²⁾。また、裁判員制度による国民参加は同じ傾向を持つ

121) もっとも、1967年～1970年までの最高裁大法廷判決を対象とした経験的研究を行った武士俣敦は、最高裁裁判官の間に人権尊重型と秩序優先型の軸を見出す一方で、日本の最高裁はアメリカの連邦最高裁と異なり、全員一致の判決が多いことから、全員一致ではない判決を対象とする分析方法には問題があるとしている。武士俣敦「最高裁判所の心理学的分析」東京都立大学法学会雑誌21巻1号(1980)249頁、310頁以下。

122) この問題について、田中二郎が気がかりな発言を残している。(雄川一郎の、裁判一筋の裁判官は具体的な事件に集中するという傾向になりやすいが、裁判所の事務局にいと天下の大勢を見渡して、いろいろな問題の所在を広く考えるということになるのではないかという問いかけに対して)「確かに視野が広がって、広い見地から公正妥当な判断をすることができるというプラスの面もあると思います。しかし、ある意味からすると、政治的な圧力という言い過ぎだけでも、一つの考え方に引っ張られて、その事件の公

人間が集まることで生じる偏りを減少させる可能性を有している。

(3) アメリカ行政法において行政訴訟の審査基準として用いられていたものは、どれも裁判所の支持率が大きく変わらないということは、日本のアメリカ行政法を研究する法学者にとっては、留意しなければならない研究結果であろう。

これは筆者の印象だが、日本の法学者がアメリカ行政法の判例法理を見るとき、ややもすれば、State Farm 判決のようなハードルックを行う判例は、審査密度を向上させて行政機関に厳しい審査を行い、行政決定の質を向上させる、日本にとって参考になる善玉判例であるのに対して、Chevron 判決のような謙讓的な基準を示す判例は、行政機関に裁判所が謙讓することで審査密度を低下させる、日本にとっては参考にならない悪玉判例であるかの如く見なしていた感がある。比較法研究を行う意義を日本の行政法に対して進歩をもたらすために外国法を参照するというところに求めるならば、このような印象にいたるのも致し方ないところである。だがピアースが言うには、実際にはどの審査基準でもアメリカの裁判所の行政決定の支持率の標準は70%である。こういった数値は公判判例を基に算出されているので、数値だけが一人歩きするのも危険であるが、日本の法学者はそれを踏まえうたえてアメリカの行政訴訟の実態をイメージしなければならぬのではないだろうか。

▽ 正な判断の点において欠けるという危険性もないわけではないのです。たとえば、司法行政の関係で例の青法協問題などを手がけていると、一種の危機感、危険意識が先に立って、政治的なものの考え方をしがちになるのではないかと感じがするのです。ですから、そういう経路を辿った人には、ほんとうの「裁判する心」というものによってではなくて、自分では意識しないとしても、政治的な背景に結びついたある種のものによって判断をする危険性が強いのではないかと思います。」田中・前掲注(116)110頁。行政学の観点から、最高裁事務総局による裁判官への「統制」を指摘するものとして、新藤宗幸『司法官僚』（岩波書店、2009）。

* 本研究は科研費（22730031）の助成を受けたものである。

** 本稿で引用した web ページの最終閲覧日は2012年4月30日である。