

## 政治学における司法部門研究の現状と課題 (一)

井 関 竜 也

本論は、民主主義体制における司法部門を政治学がどのように扱い、何を明らかにしてきたのかを整理するとともに、残された課題について検討することを目的としている。

民主主義体制において、自律的な司法部門には、行政部（と行政部を統制する執政部）の行政活動や、立法部すなわち議会による立法活動の合法性・合憲性を審査し、憲法や法令に反する行政・立法を無効とし、個人の権利や法秩序を守ることが期待されている。言い換えれば、司法部門は、議会や行政部など他の政府部門を監視・抑制する水平的権力分立関係を置かれている。

しかし、全ての司法部門が、期待通りに他部門の行動を制約できるとは限らない。近年、司法部門による議会や行政部に対する実質的な自律性・権限の程度を指標化する試みが多数なされているが（Coppedge ほか 2019; Feld & Voigt 2003; Ginsburg 2003; Linzer & Staton 2015）、これらの指標を用いた研究によると、司法部門が政府の他部門に対して実質的な制約となりうる程度、いわば司法部門の権力分立関係における「強さ」には、民主主義諸国に限っても国・時代ごとに多様性があることが示されている。

では、民主主義体制における司法部門の「強さ」は、どのような要因によって規定されるのであろうか。形式的には司法部門が存在していても、その自律性が十分に保障されていない、あるいはその権限が限定的であれば、司法部門は

行政部や議会の活動に対して、実質的な歯止めとなりえないであろう。また、仮に司法部門が十分な自律性と権限を有していたとしても、司法部門が他の政府部門に対して挑戦的な態度を取ることもあれば、司法部門自らの意思によって議会や行政部に有利な判断を下し続けることもありうる。どのような条件下で、司法部門は効果的に立法・行政を監視し、その活動を阻止する判決を下しうるのだろうか。

以上の問題は、司法行政研究の主要な対象であり続けてきた。この問いに対して、従来の研究はいかなる答えを提示してきたのであろうか。本論では、司法行政研究の先行研究を概観することを通じて、既存の研究が蓄積してきた知見を確認すると共に、残された課題について検討する。

第一節以降で具体的に検討する通り、司法行政研究は大きく分けて二つのアプローチから、司法部門と他の政府部門との関係について論じてきた。一つは、司法部門のシステムレベルの自律性、特に制度的権限・自律性を問う、マクロレベルの研究である。もう一つは、一定の制度設計を所与のものとして、その制度下で司法部門が個別の争点に対してどのような行動を取るかを説明しようとする、ミクロレベルの研究である。

以下、本論文は次のように構成される。まず第一節ではマクロレベルの研究蓄積を概観した上で、マクロレベルの研究が説明するのは司法部門の制度変化という先進国においては稀な現象であること、したがって一定の制度設計下での、ミクロレベルの司法の行動を分析する必要があることを指摘する。続く第二節では、ミクロレベルの研究についてその蓄積を概観する。ミクロレベルの研究では、司法部門が自らの政策目標に基づいて行動する政策アクターとして位置付けられると共に、司法部門は行政部や議会といった他のアクターの制約を受けながら、その制約の下で可能な限り自らの望む政策帰結を実現しようとする戦略的アクターであることが指摘されてきたことを確認する。以上の議論を踏まえ第三節では、司法部門はいかなる条件下で他の政府部門の行動を実質的に制約しうるのかを解明するにあたっての課題を提示する。

## 一 マクロレベルの研究：制度設計の理由とその帰結

いつ司法部門は行政部・議会の活動を制約しうるのかという問いに対する一つの答えは、司法部門の自律性が高く、司法が行使しうる権限の幅が広いときに、司法部門が行政・議会の強力な歯止めになる、というものである。たとえば、裁判官が試験採用され司法部門内部で昇進していく制度の下では、議会や、行政部の長である首相や大統領に政治任用される制度に比べて、議会や行政部の意向に忠実な裁判官が任命されにくくなり、議会・行政部の意向に反する判決が増加すると考えられる (Fiorino, ほか 2007; Padovano, 2009; Padovano, ほか 2003)。

しかし、他の政府部門に対して自律的で、権限の大きな司法部門が制度設計されることは、それ自体が不思議な現象といえる。というのも、行政部や議会に対して自律性を持ち、それらの活動の合法性を審査する権限を有する司法部門の存在は、行政部・議会多数派の活動にとって大きな制約条件となりうる。一方で、法令や憲法を制定することによって司法部門を創設し、その制度的自律性・権限の範囲を決定するのは、基本的には議会多数派の側である。場合によってはこれに加えて行政部の長である執政長官が法案の提出や大統領拒否権といった形で、法令の制定や憲法改正に関することになる。司法部門の自律性・権限が憲法によって保障されている場合でも、最終的には憲法改正によって司法部門の自律性を低下させ、あるいは権限を縮小することは可能であろう。したがって、自律的で強力な権限を持つ司法部門によって自らの行動を制約されてしまうはずの議会・行政部が、なぜ自律的な司法部門を創設し維持するのかという<sup>(1)</sup>こと自体が、説明を要する問いといえよう。

そこで、マクロレベルの制度変化を説明する司法政治研究では、なぜ自律的な司法部門が創設されるのか、また、一旦創設された司法部門の制度変化はなぜ生じるのかが問われてきた。この問いに対して提示されてきた主要な理論が、経済合理性による説明と、政治的競争による説明である。以下、司法部門の権限・自律性を規定する制度的特徴を確認

したうえで、それぞれの理論について概観すると共に、本論の関心に即してマクロレベルの説明が持つ意義と問題点について論じる。

### 一・一 司法部門の制度類型…自律性を規定する制度的特徴

マクロレベルの制度変化から司法部門の他部門に対する「強さ」を説明するときにまず問題となるのは、どのような制度の下で司法部門は実質的に政府の行動を制約しうるのか、ということである。

ここでは、司法部門がどのような問題について判断を下すことができるのかという権限の観点と、司法部門がどの程度政府からの影響力を受けずに判断を下すことができるのかという自律性の観点から、いかなる制度設計の下で司法部門はより「強く」なるのかについて検討する。<sup>(2)</sup>

#### 一・一・一 司法部門の権限

司法部門の権限、具体的には司法部門が判断を下しうる事項の幅が広いときに、司法部門が議会や行政部に対してより強力な制約条件となることは容易に想像される。

今日の民主主義体制において、政府の活動が法律・法令に基づいて行われる以上、その合法性が司法部門による判断の対象となることは言うまでもない。権限について特に問題となるのは、議会・政府が制定する法律・法令の合憲性を判断し、憲法違反と認める場合には当該法律・法令自体を無効とする違憲審査権の有無、形式である。

かつては、議会主権 (parliament sovereignty) の原則が多くの民主主義国家で受け入れられており、司法部門が違憲審査権を有する国はアメリカ合衆国など一部に限られていた (Ginsburg, 2003; Heinke & Rosenbuth, 2009)。今日でも、イギリスなど、制度化された違憲審査を持たない民主主義国家が存在する。<sup>(3)</sup> このような違憲審査を持たない司法制度

と、違憲審査権を持つ司法制度を比較すれば、後者の方がより制度的権限が強い司法制度といえよう。

もつとも、今日では違憲審査権を有さない民主主義国家は例外的存在であり、多くの民主主義国家では違憲審査制度が導入されている。そこで、違憲審査権の形式が次なる問題となる。

#### 付随的違憲審査と抽象的違憲審査

違憲審査の形式についてまず問題となるのは、付随的違憲審査と抽象的違憲審査のいずれを、あるいは両方を認めるのか、ということであろう。付随的違憲審査とは、文字通り、通常の裁判に付随してある法令の憲法適合性を審査する制度である。すなわち、付随的違憲審査制度を認める場合には、通常の裁判のなかで一方当事者が、ある法令が憲法違反であり無効だと主張することが可能となる。この主張に基づいて、当該法令の憲法適合性が審査され、その法令が違憲無効であるとされた場合には、元の裁判でも当該法令は判決の根拠として用いられなくなる。一方の抽象的違憲審査とは、個別具体的な法的紛争が起こる以前にある法令の憲法適合性を審査する制度である。

第一の類型は、司法部門が付随的違憲審査権のみを有する制度である。このような制度をとる国の代表例は、マリーベリー対マディソン事件を通じて世界で初めて違憲審査権を確立したアメリカ合衆国であろう。アメリカ合衆国の影響を受けたカナダや日本も、この類型の代表例である。

一方、第二の類型として、抽象的違憲審査権のみを有するという制度も想定される。抽象的違憲審査権のみが制度化されている場合、通常の裁判とは無関係に違憲審査が行われるため、憲法問題を専門的に管轄する特別裁判所として、憲法裁判所が別途設置されるのが通例である (Stone, 2012)。この類型に属する例として、世界最古の憲法裁判所である設立当時のオーストリア憲法裁判所が挙げられる。また、二〇〇八年の憲法改正以前のフランス憲法院も、この類型に属する。二〇〇八年以前のフランス憲法院のように、ある法律が成立する以前に、議会で法律案が審査されている段階

で違憲審査を行う場合には、司法部門が議会における第二院(フランスのよう二院制をとる場合には第三院)として機能するとの指摘もある(Stone, 1992)。もともと、ここに挙げた二か国がそうであるように、近年では、第二の類型から付随的違憲審査権と抽象的違憲審査権の両方を有する第三の類型に移行する例もみられる。

第三の類型が、付随的違憲審査権と抽象的違憲審査権の双方を制度化している司法部門である。二つの違憲審査権を共に有する司法部門が登場したのは第二次大戦以降であり、ドイツ連邦憲法裁判所やイタリア憲法裁判所がその代表例である。この類型の場合、抽象的違憲審査権を有するため、第二の類型と同じく、憲法裁判所が別途設置されている場合が多い。しかし、最高裁判所第四法廷が違憲審査権を担当するコスタリカのように、通常の司法裁判所内部に抽象的違憲審査を担当する部門を置く例もみられる。

この中で最も司法部門の権限が強くなると考えられるのは、付随的違憲審査権と抽象的違憲審査権の双方を有する第三の類型であろう。一方、第一の類型と第二の類型ではいずれの制度下で司法部門の政府に対する制約がより強力なものとなるのかは、必ずしも明らかではない。

少なくとも、付随的違憲審査権と抽象的違憲審査権を有する第三の類型が最も権限の強い司法制度であり、一方のみを有する第一と第二の類型がそれに続き、違憲審査権を有しない場合が最も権限の弱い司法制度であることには、広い合意があるといえよう。

#### 提訴権者の範囲…違憲審査へのアクセス

次に、違憲審査権の類型と関係して問題となるのが、誰が違憲審査を求めて提訴することができるか、言い換えれば違憲審査へのアクセスをどこまで広く認めるかという問題である。私人に違憲審査の請求を認める制度がある一方で、国と地方政府、国の機関、一定数以上の議員など、特定の主体にしか違憲審査の請求を認めない制度も存在する。

違憲審査権との関係で考えると、付随的違憲審査権のみが制度化されている場合、違憲審査は通常の裁判内である法令の違憲性が主張されることによって開始するため、違憲審査の請求は訴訟を提起したあらゆる私人に可能ということになる。先にも挙げたアメリカ合衆国やカナダ、日本がそうである。

一方、抽象的違憲審査権を有する第二の類型では、違憲審査を提訴できる主体が問題となる。第二の類型に属する例として二〇〇八年以前のフランス憲法院、設立当初のオーストリア憲法裁判所等が挙げられるが、いずれも一般の私人には違憲審査の請求権が認められていなかった。

両方の違憲審査権を制度化した第三類型の場合、付随的違憲審査については一般私人にも認められることとなる。両方の違憲審査制度を有する国として、イタリア、二〇〇八年以降のフランス、スペイン、ベルギーなどが挙げられるが、これらの国ではいずれも、抽象的違憲審査の提起を一定の主体に制限している。一方、ドイツ連邦憲法裁判所は、私人が抽象的違憲審査を請求する制度を有しており、付随的違憲審査・抽象的違憲審査の双方を私人に対して開いた、違憲審査へのアクセスが最も開かれた制度といえる。

各類型の中で比較すれば、違憲審査を請求できる主体が限られている場合に比べて、私人が違憲審査を請求できる場合の方が、司法部門の権限は強力になると考えられる (Ginsburg 2003)。というのも、司法部門は外部から訴訟を提起されて初めて判断を下すことのできる受動的な性格を有するため、訴訟提起権者の幅が広いほど、実際に司法部門が判断することのできる問題の幅が広くなり、したがって政府に対する制約も強力なものになると考えられるからである。<sup>(4)</sup>

ここまで、違憲審査権に関する問題を軸に、司法部門の制度的権限について論じてきた。以上の議論を踏まえれば、司法部門の制度類型は表1のようにまとめることができるだろう。なお、抽象的違憲審査権のみを有する類型は今日では減少傾向にあるため、表1からは省略した。

表1 違憲審査権と提訴権者の類型

違憲審査権の有無	違憲審査権なし	違憲審査権あり		
違憲審査権の類型		付随的違憲審査のみ		付随的違憲審査+抽象的違憲審査
提訴権者		一般私人可	付随的違憲審査権のみ一般私人も可	両方とも一般私人可
具体例	イギリス	アメリカ合衆国、カナダ、日本	イタリア、フランス(二〇〇八~)	ドイツ

この表のうち、左端に位置する違憲審査権を有しない類型が最も制度的権限の弱い司法制度といえる。次いで、付随的違憲審査権のみを有する類型が存在する。その次に位置するのは、付随的違憲審査権と抽象的違憲審査権の両方を有する類型である。

付随的違憲審査権と抽象的違憲審査権の双方を有する類型では提訴権者の範囲が問題となる。付随的違憲審査のみ一般私人にも提訴が可能で抽象的違憲審査は特定の主体に限られる制度と、両方とも一般私人が提訴可能な類型が考えられる。両方の違憲審査権を持ち、両方とも一般私人に提訴可能な場合、最も制度的権限が強い類型といえる。

#### 一・一・二 司法部門の自律性

司法部門の「強さ」を規定するもう一つの制度的側面が、司法部門の自律性である。たとえ広範な権限を有していたとしても、権限の行使にあたって行政部や議会の影響が強く及んでいる場合、行政部や議会の意向に反した判決を下すことは困難となる。では、どのような制度的特徴が、司法部門の自律性を規定するのであろうか。言い換えるならば、行政部や議会が司法部門に影響力を行使しようとするとき、行政部や議会の側にはどのような制度的手段がありうるのだろうか。

司法権の自律が広く規範として受け入れられている現代の民主主義国家において、行政部を統制する執政部や、議会多数派が、司法部門に直接影響力を行使する制度的手段は、決して多くはない。このことは、官僚制研究と対比すると理解しやすい。官僚制研究の体系的レビューを行った皆我(2016a, 2016b)は、議会や執政長官が官僚制を統制する手段を(1)事後コ



ントロール、(2)手続きと組織による事前コントロール、(3)権限移譲を通じた事前コントロールの三類型に分けて整理している。このうち(3)権限移譲を通じた事前コントロールは前節で論じた権限の問題にあたるため、(1)と(2)の手段を通じて政府が司法部門に対して影響力を行使しうるかを検討してみよう。

まず、(1)事後コントロールとは、コントロールの対象となるアクターが、コントロールする側のアクターにとって望ましくない行動をとったとき、その行動を観察し、修正を命じるという統制手段である。その手段として、議会による行政活動の監視や、行政訴訟・行政監視のための機関などが想定されている。しかし、これらの機関が官僚制の行動を差し止め、是正を命令できるのに対し、司法部門の判断を取り消し、判決の変更を命ずることのできる機関は、司法部門内部のより上位の裁判所を除けば、通常は存在しない。<sup>(5)</sup>したがって、政府が事後コントロールを通じて司法部門に影響力を与えることは、困難であると考えられる。

では、(2)手続きと組織を通じたコントロールはどうであろうか。このうち、少なくとも司法制度の組織的特徴、特に裁判官人事制度が司法部門の自律性を左右することについては広く合意がなされている。そこで以下では、裁判官人事制度をめぐる議論について概観することとする。

#### 裁判官任用制度…政治任用の有無

組織コントロールからみた司法部門の制度的自律性を構成する要素として特に注目されてきたのが、裁判官人事における政治任用の有無である。行政官僚制や、司法部門と同じく議会や行政部からの自律性が要請される中央銀行に関する研究でも、政治任用の有無はその自律性を構成する指標として広く用いられている (Alesina & Summers, 1998; Grilli はか 1991)。このことは司法についても同様であり、議会や行政部といった他の政府部門によって裁判官が政治任用される場合には、任命主体の意向にそった判断を下す傾向にある裁判官を任用することを通じて、司法部門が議会や執政

部・行政部の意向に沿った判決を下すよう誘導しようと考えられる(Giornoほか2007)。一方、試験採用された裁判官が司法部門内部で昇進を重ねていくキャリアシステムをとる場合、議会や行政部が自らに有利な裁判官を選任することは困難であり、司法部門は他の政府部門に対してより強力な制約となりうることが想定される。

この点については実証的根拠も提示されている。政治任用による裁判官と職業裁判官の中から選抜された裁判官が混在しているイタリア憲法裁判所を分析したPadovano(2007)らによれば、審理に参加した裁判官のうち職業裁判官出身者が占める割合が高かったときほど、国レベルの法令に対する違憲判決が下されやすかったことを示している。

また、政治任用ともキャリアシステムとも異なる人事制度として、アメリカ合衆国の一部の州で採用されているように、裁判官が選挙によってえらばれるという制度も存在する。裁判官の選挙に政党が参入している場合、裁判官は議員などと同じく政党が選挙によって獲得するポストとなる。この場合には、裁判官に選出されるために候補者は、政党や党派性を帯びた利益団体等の支持を取り付ける必要がある(Landes & Posner, 1975)。したがって、裁判官は政党を通じて党派的影響力にさらされることとなり、司法部門の自律性はキャリアシステムに比べて低下すると考えられる(Dubois, 2016)。

#### 裁判官の任期・政治的キャリアとの関係

裁判官の任用制度それ自体の他にも、司法部門の自律性に影響を及ぼすと考えられる人事制度として、裁判官の任期や、定年等によって規定される、裁判官職のキャリア上の位置づけが想定される。

まず任期について検討する。裁判官の政治任用が行われている場合でも、特に裁判官の任期が短い場合、政府は人事を通じた司法部門への影響力行使が容易となる<sup>(6)</sup>。というのも、任用の機会が多ければ、前政権によって任用された裁判官や、任命後に政府に対立的立場を取り始めた裁判官を、より政府の意向に沿った判決を下しやすい裁判官に置き換え

ることが可能だからである。逆に、裁判官の任期が長い場合には、たとえ裁判官の政治任用が行われている場合でも、政府にとっての人事介入の機会が制限されることとなる。その最も極端な例は裁判官の任期が終身の場合で、アメリカ合衆国連邦最高裁がその代表例である。

なお、日本の最高裁判所のように、定年のみが規定され、任期が規定されないという制度設計もありうる。この時は、政府は比較的高齢の定年が近い裁判官を任命することで、事実上の任期を短縮し、人事を通じた影響力行使の機会を確保できると考えられる (Ramseyer, 1994)。

任期・定年と関連する問題として、裁判官職と政治家としてのキャリアとの関係も司法部門の自律性を規定すると考えられる。官僚制の構造と汚職の関係を分析した Dahlstromら (2017) は、官僚と政治的キャリアが融合しているとき、官僚制は違法な活動も含めた政治家の影響下におかれ、汚職が増加することを示している。司法部門も同様に、裁判官のキャリア政治的キャリアと融合している、具体的には、裁判官出身者が政治家や他の政治任用職に転ずることが慣行化している場合には、司法部門の自律性は低下すると考えられる。

## 1. 2 制度選択の要因

前節までで、いかなる制度下で司法部門が政府の行動を制約しうる程度が強くなるのかを検討した。これを踏まえて、改めてマクローレルの説明の問いに立ち返りたい。政府はなぜ、自らの行動を制約しかねない「強い」司法部門を創設・設計するのだろうか。以下では、先行研究によって提示されてきた主たる理論である、経済合理的説明と、政治的保険理論と呼ばれる説明についてその概要を紹介したうえで、本論の問いからみたその意義と残された課題について検討していく。

## 一・二・一 経済合理性による説明…コミットメント問題

自律的かつ強力な司法部門が設置される理由として最も早く提示されたのは、経済合理性に基づく説明である。より具体的にいえば、政治的権力の活動を制約する自律的司法部門は、財産権保障における対外的なコミットメント問題を解決するための手段であり、そのために司法が導入されるとする議論が展開されてきた。

国家が経済発展するうえで国外からの投資を獲得することは極めて重要である。一方、投資家にとっては自らが投資した財産が、投資先の国家によって接収されることを回避したいため、投資家は財産権が適切に保障された国に投資を行おうとする。したがって、投資を誘致したい国家は財産権を保障し投資を誘致しようとする。しかし、短期的には私人の、特に外国から投資された財産を接収することが国家の利益となるため、国家は短期的には財産権を侵害する誘因を持つ。その結果、単に財産権を保障すると宣言するだけでは、他国の投資家にとって信頼されがたい。そこで、国家が政治権力から自律的な裁判所を設置し、裁判を通じて財産権が保障される制度を設計することによって、財産権の保障が国外に対して信頼されるコミットメント (credible commitment) となるのである。

この議論を提示したのは、NorthとWeingastによる研究 (North & Weingast, 1989; Weingast, 1993) である。彼らは、名誉革命期のイングランドで王権に従属的な星室庁裁判所が廃止され、国王と議会に対して自律的な裁判所が創設された歴史的過程を分析することを通じて、自律的な司法部門が財産権を保障し、経済発展に寄与してきたことを示している。

FeldとVoigtはより現代の司法を対象に、自律的な司法の存在が経済発展をもたらすことを示している (Feld & Voigt, 2003)。彼らは、司法の自律性を形式的自律性と実質的自律性という二つの側面に分解し、後者の実質的自律性が経済発展につながっていることを、多国間比較から定量的に示している。

Frye (2004) は個人の認識レベルで、自律的司法部門が信頼されるコミットメントとして機能していることを指摘する。Frye は自由主義経済への移行後間もないロシアで行われたサーベイ調査をもとに、政府から市民の財産権を保護する裁判所の能力への信頼が、投資に積極的な態度と結びついていることを示している。

#### 経済合理性に基づく説明の限界

このように、自律的司法部門が財産権保障への信頼されるコミットメントとして機能することは、今日では広く受け入れられつつある。ただし、司法と政府との関係が何によって規定されるのかという本論の関心に照らしたとき、コミットメントに基づく説明は、理論・実証の両面において、問題を抱えていることも事実である。

経済合理性に基づく説明が有する理論上の問題は、自律性の差異や変化を説明し難いということである。たしかに、Frye (2004) が扱ったソビエト連邦崩壊後のロシアのように、体制転換によってそれまで投資の誘致に関心をもたなかった国家が投資を誘致する必要性に迫られ、司法制度の変化につながることは想定しうる。しかし、少なくとも現代の民主主義国家に限れば、他国からの投資を誘致したいという誘因はあらゆる国が持つはずである。では、現代の民主主義国家においても司法部門の自律性に差異や変化がみられるのはなぜであろうか。経済合理性に基づく説明からは、この点を説明することが困難である。

実証上も、経済合理性に基づく説明には困難が伴う。自律的司法部門をコミットメント問題解消の手段ととらえる研究は、自律的な司法部門を独立変数としてその効果を検証する傾向にあり、司法部門の自律性自体を従属変数とした分析はみられない。すなわち、自律的司法部門が経済発展に資する以上は、自律的司法部門が創設される理由は経済発展を目指すためであろう、という推論が行われているにすぎないのである。いわゆる、機能主義 (functionalism) のバイアスである (Pierson 2004)。

また、次節で検討する政治的競争性による説明にも共通する点であるが、コミットメント問題による説明が想定しているのは司法部門の創設、あるいは司法部門の制度的自律性・権限の強化であり、司法部門と他の政府部門との関係の短期的変化や、個別の判決ではないということにも注意を要する。

#### 一・二二二 政治的競争による説明：保険理論

経済合理性に基づく説明に対して、政治的な要因から司法部門の制度設計を説明する議論もある。これが、保険理論(Insurance theory)と呼ばれる考へである。<sup>(7)</sup>

保険理論とは、政治的競争性が高いときに、政権交代を予測した現政権が下野した後の自らの利益を守る目的で、現政権も含めた政府の行動を制約する施策をとることで、新政権の行動を制約する、とする議論である。その具体的手段としては、財政赤字の意図的な増大(Alesina & Tabellini, 1990)、自律性の高い行政官僚機構の創設(Moore, 1989)、自律性の高い中央銀行の設置(Boylan, 2001)、情報公開法制の導入(Bettiner, 2014)などが挙げられてきた。

これらの議論と同様に、自律性の強い司法部門の存在もまた、政権交代後の新政権を制約する手段として理解されている。この種の議論の嚆矢とされるのが、Ransoyerの研究である(Ransoyer, 1994)。Ransoyerはアメリカ合衆国と日本の事例比較から、一定頻度で政権交代が生じているアメリカでは司法が政府に対して自律的であるのに対して、自民党の一党優位が続いていた日本では、自民党政権は司法への介入を行っており、司法が政府自民党の意向に追隨的になるのだとした。<sup>(8)</sup>

政権が自らの利益に基づき司法制度を設計する過程を詳述した研究として、Ginsburgの研究(Ginsburg, 2003)が挙げられる。Ginsburgは、民主化直後の新興民主主義国において、なぜ政府の行動を制約しかねない違憲審査制度が導入されるのかを検討している。その答えとしてGinsburgは、憲法を制定した勢力が民主化後の選挙によって敗北する可

能性が高いときに、新政権の行動を制約する目的で、強力な違憲審査制度が導入されると主張している<sup>(10)</sup>。

Ginsburg が司法制度の創設を分析したのに対して、Finkel (2005) は制度変化の過程を分析している。Finkel が直接の分析対象としたのは、一九九四年のメキシコで制度的革命党の Ernesto Zedillo 大統領主導で行われた、最高裁判所の権限を強化する司法制度改革である。Finkel はこの改革を、制度的革命党の退潮と政権交代を予期した Ernesto Zedillo 政権が、下野後の自らの利益を保護する目的で行った改革であると説明する。同様に、Hirschi (2008) も制度変化を説明する。Hirschi は、イスラエル、カナダ、ニュージーランド、南アフリカの四か国を比較研究することを通じて、支配的地位にある政党が政権交代の蓋然性が高まったときに、政権交代後の政策変化を阻止する目的で司法部門の権限が拡大されたと主張する。

Hanssen (2004) は数理モデルを用いて議論を精緻化するとともに、政権交代可能性の高さが司法制度の変更につながっていることを定量的に示している。この論文で Hanssen は、二つの政党が競合している状況を仮定した数理モデルを通して、政権交代の可能性が高く、政党間のイデオロギー的懸隔が大きいほど、現在の政権党は自律性の高い司法制度を選択する誘因を持つとの仮説を導出した。そのうえで、アメリカ合衆国の州レベルの裁判官任用制度を対象とし、政権交代可能性が高いと考えられる州ほど自律的裁判官任用制度<sup>(11)</sup>への移行が生じていることを定量的に実証した。

さらに近年の研究は、多国間比較によって保険理論を検証している。Randazzo らの研究 (Randazzo ほか 2016) は、一九六〇年から二〇〇〇年にわたる一四五か国を対象とした時系列多国間データを用いて、民主主義体制の下では、政治的競争性の高さが司法の自律性を高めることを示している。

自律性の高い司法が、実際に下野した旧政権の利益を保護していることを示す研究も存在する。Epperly (2013) は司法部門の実質的自律性が高いほど、旧政権のリーダーが下野後に殺害・収監される、あるいは国外逃亡を余儀なくされる確率が低下することを、多国間比較によって定量的に示している。

## 保険理論の意義と境界

コミットメント問題による説明と比べた保険理論の理論的意義は、司法の自律性の差異・変化を説明しうることである。政治的競争性の程度は国ごと・時期ごとに変化しうるため、政治的競争性の変化の帰結として、司法制度の差異・変化を説明しうる。実証面でも、質的比較事例研究、量的研究の双方において、司法制度の差異と変化を説明する研究が蓄積されている。

ただし、保険理論の立場をとる司法政治研究の多くが実際に説明しているのは、司法の制度創設・制度変化であり、司法の行動ではないということには注意を要する。もちろん、自律的司法部門の創設や、既に存在する司法部門の制度的自律性・権限の変化は、司法政治学にとって重要な課題であり、これを説明することは保険理論の重要な理論的貢献である。

その一方で、本論が関心の対象とするような民主主義体制を前提とする限り、司法制度の変化が極めて特殊な出来事であることもまた事実である。Ginsburg が分析対象としたような民主化後の司法制度の創設が一回性の出来事であることはもちろんのこと、司法制度は憲法レベルで規定されている場合も多く、政治的競争性の変化によって頻繁に変更できるものではない。特に、司法権の独立が規範として広く受け入れられている今日において (Ginsburg, 2003; Helmke & Rosenbluth, 2009)、政権交代の可能性が低いからといって司法部門の自律性・権限を縮小する制度改正を行うことは、現実的には困難であろう。<sup>(12)</sup>

したがって、制度的自律性を説明した保険理論による研究の知見は、あくまで司法部門の創設や制度変化といった稀な事象を説明するものと理解すべきであり、同一制度下での司法部門の態度変化や、個別の判決を説明する議論に適用することには慎重であるべきであろう。



## 一・三 小括…マクロレベルの研究の意義と限界

以上のように、マクロレベルの司法政治研究は、なぜ議会や行政部が、自らの行動を制約しかねない自律的司法部門を制度設計するのかを分析してきた。その答えとして、経済合理性による説明と保険理論が提示され、それぞれに質的・量的な研究が蓄積されてきた。このうち、コミットメント問題による説明は、制度の差異を必ずしも十分に説明できないという弱点をかかえていたものの、保険理論は制度の差異・変化にまで踏み込んだ分析を行ってきた。

ただし、これも既に指摘した通り、マクロレベルの司法政治研究が説明しているのは、制度レベルでの変化や制度創設といった、極めて特殊な事象である。もちろん、これらの事象を説明することは、司法部門と政府との関係を理解するうえで、きわめて重要な課題には違いない。しかし、いったん制度設計された司法部門が、政府に対してどのような態度・行動を取るかは、別途検討を要する問題である。特に、少なくとも一定程度は自律的な司法部門が既に創設され、その制度が安定している民主主義諸国における司法と政府との関係の差異・変化を説明するには、ある制度配置を所与のものとして、その制度下での司法部門の行動を分析する必要がある。

そこで、二節では、司法部門の個別の行動を分析対象とする司法行動論と呼ばれる研究について検討する。

- (1) 近年、陪審員・参審員制度など、裁判への市民参加制度が国際的に普及しつつあることを背景に、裁判所の市民・有権者からの自律性も新たな論点となりつつある (Kage 2017) が、政府・議会との水平的部門間関係という本章の関心からは外れるため、紹介するにとどめる。
- (2) 同様の整理をするものとして建林・曾我・待鳥 (二〇〇八)。
- (3) イギリスの司法制度については、加藤 (二〇一五)、木下 (二〇一七) などを参照。
- (4) 違憲審査へのアクセスを広く認めること、大量の訴訟が司法部門に持ち込まれ、司法による活動に支障をきたす可能性もある。しかし、司法の側が有する人員その他の資源を一定とすれば、違憲審査へのアクセスが広いほど、司法部門が議会・行政部に対してより強い制約となりうるという関係は妥当であるろう。

- (5) なお、自らにとつて望ましくない判決に直面した政府や議会多数派が、司法部門が判決を下すにあたって準拠する法令や憲法自体を改正してしまふことも想定される。この場合は、個別の判決を取り消すことができるわけではないものの、事実上判決を覆すに近い効果を持つと考えられるため、法改正・憲法改正が事後コントロールに近い司法部門に対する影響力行使の制度的手段となりうるようにも思われる。これは二二節で検討する戦略的行動論が論じてきた問題であるが、これも後に見る通り、実証研究は法改正・憲法改正が、司法部門の行動を制約する手段となりうるという見解に対して否定的である。
- (6) 中央銀行に関する議論でも、総裁職の任期が長いほど中央銀行の自律性は高くなると考えられている(Gillほか1991)。
- (7) 「保険理論」という名称は後に用いられ始めたもので、以下で紹介する研究が必ずしも「保険理論」という名称を用いているわけではない。ここでは整理の都合上、まとめて「保険理論」と呼ぶこととする。
- (8) ただし、自律性の高い官僚機構や情報公開制度、さらには以下で検討する司法部門は現政権・次期政権の党派性に関わらず政権交代後の新政権を拘束する手段として機能しうるのに対して、Rogoffが扱った事例は、再分配を志向する左派政権が次期政権として想定された議論であることには注意を要する。
- (9) 後の研究でRansøyerは、政府に不利な判決を下した下級裁判所の判事たちが、人事上不利な扱いを受けていると主張している(Ransøyer & Rasmussen, 2010)。ただし、この研究に対しては方法上の問題があることが指摘されており、生存分析を用いて追試を行った福元と増山によれば、政府に不利な判決を下した裁判官が人事上の制裁を受けるといふ結果は再現されていない(Fukunoto & Masuyama, 2015)。
- (10) 政権交代後の新政権の行動を制約する手段は、違憲審査制度の導入に限られるわけではないが、特に違憲審査制が選ばれる理由として、(二)院制の導入といった)他の手段に比べ制度を維持するコストが低いこと、国際社会の同意・支援が得やすいことが挙げられている。
- (11) 具体的には、非党派的な選挙とメリットシステムが、自律性の高い裁判官任用制度とされている。
- (12) たとえばHansen (2004)も、自律的な裁判官人事制度の導入を従属変数とした分析を行っており、司法部門の自律性が低下するという現象は確認されていない。自律性の導入・強化の有無・タイミングのみを説明し、自律性の低下を説明しないという特徴は、中央銀行の自律性を分析したBoixや、情報公開法制を分析したBeitzelにも共通する。

## 二 ミクロレベルの研究…司法行動論

司法部門と議会・行政部との部門間関係を論じるもう一つのアプローチは、司法部門による個別の行動が何によって規定されるのかを分析することである。司法部門が、民主的に選出された行政部の活動や議会による立法を無効とする

判決を下し、政府・議会に対して実質的な政策変更を迫れば、司法部門は政府・議会の行動を監視・抑制するという自らに期待された役割を果たしていると言えるよう。

司法政治研究の中でも司法行動論 (Judicial behavior) と呼ばれる研究は、司法部門、具体的には裁判所や、裁判所に属する裁判官の行動が何によって規定されるのかを分析してきた (Howard & Randazzo, 2017; Segal 2010)。

規範的には、裁判官には、自身が信じる正しい法解釈・法適用のみに基づき、判断を下すべきであろう。言い換えると、裁判官は党派的利害から離れた法的思考・法的良心に基づいた判断を下すことが、規範的には期待されている。しかし、司法行動論の先行研究は、裁判官の党派的なイデオロギーや、判決に対する政府・議会の反応を見越した戦略的な行動などの要因が、裁判所・裁判官の個別の行動に影響していることを明らかにしてきた。

以下それぞれ検討するように、司法行動論には二つの有力な見解が存在している。一つは裁判官の政策選好・イデオロギーによって司法部門の行動を説明する議論であり、もう一つは他部門の行動を予測した戦略的行動に注目する議論である。次節からは、それぞれの議論の主張と研究動向について概観したうえで、司法行動論が現在までに蓄積した知見を総括し、未解明の課題について指摘していく。

## 二二一 イデオロギー・党派性

### 二二一・一 アメリカ連邦最高裁研究における態度論

#### Segalによる態度論の理論化

裁判官の政策選好・イデオロギーによって裁判官・司法部門の行動を説明する理論は、当初、アメリカ連邦最高裁を対象とした司法行動論研究において発達した。態度論 (attitudinal model) と呼ばれるこれらの議論は、個々の裁判官が

持つ政策選好・イデオロギーこそが、裁判官の票決を、ひいては連邦最高裁の行動を規定する主たる要因であると論じてきた (Rohde & Spaeth, 1976; Schubert, 1974; Segal & Cover, 1989; Segal & Spaeth, 2002)。

態度論の発達に大きく貢献したのが、Segalらによる一連の研究である (Segal & Cover, 1989; Segal & Spaeth, 2002)。ここでは、態度論の集大成と評されるSegalとSpaethの著作 (Segal & Spaeth, 2002) に基づき、連邦最高裁研究における態度論の主張を概観する。

Segalらは、連邦最高裁(判事)は、公式的立場としては個別の事件に法適用を行っているだけであつたとしても、実質的には政策形成者であると位置づける。すなわち、裁判官は判決を下すにあたって、当該の法的紛争を解決することだけを目指しているのではなく、判決の効果を通じて法制度・政策の現状を自らが望む方向に変更することで、自らの政策目標を実現しようとするアクターであるとされたのである。そのうえで、このような連邦最高裁の判決を通じた政策形成の在り方は何によって規定されるのかというのが、Segalらの研究関心である。

Segalらは、以下で述べる五つの点を理論的根拠として、連邦最高裁判事たちのイデオロギーが、連邦最高裁の判決を規定する主たる要因になると論じた。第一の理由は、連邦最高裁が、上訴を認めるかどうかの裁量 (docket control) を有していることである。その結果、結論が明らかでありイデオロギー的判断の余地がない事件について連邦最高裁は判断を下す必要がなく、イデオロギー的対立の余地がある争点についてのみ、連邦最高裁は判決を下すことになる。第二の理由は、判事たちが選挙アカウンタビリティを負っていないことである。連邦最高裁判事たちは選挙を通じて解任されるおそれがないため、有権者の意向や世論の動向にかかわらず判決を下しうる。第三の理由には、他の政府部門に対して政治的アカウンタビリティを負っていないことが挙げられる。連邦最高裁判事は弾劾を除いて他の政府部門から制裁を受けることがない。その弾劾も過去に行われた例がなく、実質的脅威とは言い難い。また、分権的な議会制度の下では、法改正や憲法改正を通じて連邦最高裁の判決を覆すことも困難であるとSegalらは主張する。第四の理由は、

連邦最高裁判事の職が、判事たちにとってキャリアの到達点だということである。そのため、政府にとっては、より魅力的なポストと引き換えに有利な判決を引き出すことが困難であるとされる。第五の理由は、連邦最高裁が終審として裁判を行う最上級裁判所だということである。その結果、より上位の裁判所によって判決を覆されることを恐れることなく、連邦最高裁は自らの志向する判決を下しうるとされる。

Segalらは、以上の理論的主張に基づき、連邦最高裁判事個々人のイデオロギーが当該判事の行動を規定していることを、定量的分析を通じて実証している。すなわち、判事とはある提案に対して、自らの政策選好に従い投票を行うアクターであることが、実証上示されているのである。

#### 態度論の修正：他の要因の影響、条件付き態度論

このように、SegalとSpaethは、裁判官のイデオロギーが裁判官の行動の規定する最も強力な要因であり、イデオロギーに基づいた行動を制約する要因はないとする、極めて強い主張を行っている。SegalとSpaethによれば、憲法の条文を解釈する権限が連邦最高裁にある以上、憲法改正さえ、連邦最高裁判事のイデオロギーに基づいた判断を阻害することはできない、とする。これに対して、態度論の立場に立つ後続の研究は、イデオロギー以外の要因もまた司法判断に影響を及ぼしうることを認める、あるいはイデオロギーが判決に影響する条件を探求する傾向にある。SegalとChangin (2017) の表現を借りるならば、イデオロギーのみが判決の規定因であるとすると純粋な態度論は今日においては議論の出発点であり、実際には他の要因の介在を認めた、修正された態度論が通説的見解として受け入れられているのである。

中でも、Segalらが、態度論が成立する第三の条件として挙げた政治的アカウンタビリティの欠如を見直し、連邦最高裁の判決は議会の立法・憲法改正によって覆されうると主張し、その結果、判事みずからのイデオロギー以外の外在

的な要因が判事の行動を規定すると考える議論は戦略的行動論 (strategic model) と呼ばれ、態度論と並ぶ有力な理論として受け入れられている。戦略的行動論については第二・二節以降で改めて検討することとして、ここでは部門間関係以外の、連邦最高裁判事によるイデオロギーに基づいた行動を条件づける要因とは何かを指摘した研究を概観する。

その代表例が、法原理・法規範の影響力を再評価するものである。George と Epstein (1992) は、判事のイデオロギー的傾向を含む政治学的変数と法学的変数を同時に投入したモデルを提示し、双方の変数が判事の行動に影響を及ぼしていることを、定量的分析によって示している。また、表現の自由 (合衆国憲法第一修正) に関する連邦最高裁の判断を分析した Richards と Kritzer (2002) は、ある事件類型に関する先例の蓄積によって形成された法的レジーム (jurisprudential regimes)<sup>(47)</sup> が、判事のイデオロギーと同時に、判事の行動に影響を与えていることを、定量的分析に基づいて主張している。同じく連邦最高裁による憲法判断を分析した Batels (2009) は、判事のイデオロギーが、法規範に条件づけられるとする議論を提示している。Batels は、より厳格な違憲審査基準 (level of scrutiny) が採用された事件でも、そもそも合憲の判断を下す余地が少ないため、裁判官のイデオロギーが判決に影響するのは、比較的緩やかな違憲審査基準が採用された場合に限定されることを指摘し、定量的分析によってこの指摘を裏付けている。

事件のセイリアンス (salience・重要性) の影響も指摘されている。Utah と Hancock (2006) は、連邦最高裁による判決の中でも一部の判決は、重要な政策争点を内包し、それゆえに強い関心を集めるという点で、その他の判決に比べてセイリアンスが高いことを指摘する。そのうえで、イデオロギーが判決に影響を及ぼすのは、当該事件のセイリアンスが高い場合に限られることを定量的に実証している。連邦最高裁判事による投票の一貫性 (常にリベラル・保守的な票決を行う程度) を分析した Collins (2008) も、セイリアンスが高い事件ほど、判事たちによる投票は安定的となるという分析結果を示している。イデオロギー的投票の条件を体系的に分析した Batels (2011) も、同様の結果を報告している。

事件の性質に関する要因としては、事件の複雑性も挙げられている。EpsteinとSegal(2006)は、合衆国憲法第一修正が保障する表現の自由のみが争点となった「純粋な(pure)」事件では、リベラルな判事ほど表現の自由の侵害を認めやすいというイデオロギー的投票が見られるのに対し、プライバイシーの権利等、他の権利との「価値の衝突(conflict of values)」が生じた事件では、判事たちのイデオロギー的投票が見られないことを、定量的分析によって指摘した。Bartels(2011)も態度論が想定するイデオロギー的投票は事件が単純な場合に限られるとするが、Collins(2008)は、事件の複雑性が判事による投票の一貫性に影響を及ぼさないとする分析結果を示しており、見解が分かれている。

## 二・二・二 比較政治上の受容

司法部門、あるいはそこに属する裁判官の行動が裁判官のイデオロギー的選好によって規定されるとする考えは、アメリカ政治にとどまらず比較政治学上も広く受容されている。特に、欧州をはじめとする民主主義諸国の最高裁判所・憲法裁判所を対象として、裁判官のイデオロギーが裁判官個人の票決、あるいは司法部門の下す判決に影響を及ぼすことが広く観察されてきた。

ドイツ連邦憲法裁判所とフランス憲法院における違憲審査を分析したHornig(2006)は、イデオロギー的に中央に属し、それゆえに票決を左右する位置にある裁判官の党派性が両国の憲法裁判所の判決に影響を及ぼしていることを、定量的に示した。スペイン憲法裁判所を分析したHanretty(2012)も、裁判官のイデオロギーの影響を指摘している。Hanrettyはスペイン憲法裁判所判事たちの票決記録から、判事たちの理想点を一次元上に推定すると共に、理想点が両極に位置する判事たちほど、少数意見に与しやすいくことを定量的に実証した。イタリア憲法裁判所を分析したPellegrinaとGaroup(2013)は、主に国と州が争う抽象的違憲審査である主要問題型合憲性審査において、国と、国と党派性の異なる州が対立した事件を対象に定量的分析を行い、裁判官の党派性が判決に影響していることを指摘する。

イタリア憲法裁判所の判事は一五名中五名が議会の両院合同会議によって、五名が大統領によって任命され、これらの政治任用された判事には党派性があるとされる。政治任用された判事が、審理に大きな影響を与えるとされる報告担当判事になったとき、その党派性が憲法裁判所の判断に影響を及ぼすことを、PellegrinaとGaroupaは定量的分析によって実証している。同様の分析を行った後の研究からは、裁判官の党派性の影響は、イタリア政治がより多数決主義的になったとされる第二共和制期において、より拡大したことも示されている(Garoupa & Grembi, 2015)。

また、これもアメリカ連邦最高裁研究と同様に、イデオロギー以外の要因が裁判官の行動に影響を及ぼすことを認めただ上で、イデオロギーが裁判官の行動を規定する要因について検討する研究も存在する。その嚆矢といえるAnaral-Garciaらの研究(Anaral-Garciaほか2009)は、ポルトガル憲法裁判所における、裁判官のイデオロギーの影響を分析している。彼らは、裁判官を任命した政権に基づいて裁判官の党派性を特定したうえで、以下の論点について分析を行った。第一に、政府と党派性の一致している裁判官が合憲の判断を下しやすいことを確認し、裁判官のイデオロギーが判決に影響を及ぼしていることを示している。第二に彼らは、いつ裁判官が党派的な判断を下しやすいのかも分析している。その結果、右派の裁判官は党派的判断を下しやすいことや、違憲審査となった法令の政策分野によって党派的判断が下される割合が異なることが、定量的分析によって示されている。ポーランド憲法裁判所を対象としたKantorowiczとGaroupa(2016)も、裁判官の党派性による影響を支持する結果を得ている。同研究は、違憲審査を提起したアクターと裁判官の党派性が一致するとき、違憲判決を下す可能性が高いことを定量的分析によって示している。

また、専ら裁判官が党派的に行動する条件に着目した研究として、Garoupaらの研究(Garoupaほか2013)が挙げられる。スペイン憲法裁判所を対象としたこの研究では、政治的重要性が高い争点において、裁判官が党派的に投票する傾向が強いことが定量的に示されている。



## 二・一・三 小 括

以上のように、裁判官が政党間対立と呼応する形でイデオロギーを持ち、そのイデオロギーが裁判官の行動を規定するとする議論は広く実証されており、司法行動論における定説的理解といえる。

改めてイデオロギー・党派性に基づく説明に共通する主張を整理すれば、以下の点に集約できるだろう。第一に、裁判官・司法部門は、判決を通じて実質的な政策形成を行っており、自らが理想とする政策の実現を目指す政策アクターと理解されている。第二に、裁判官が理想とする政策を規定するのは裁判官自身のイデオロギー・党派性であり、それゆえ、裁判官個人・司法部門の行動は、裁判官のイデオロギー・党派性によって規定される<sup>15</sup>。以上の二点は、イデオロギー・党派性に基づく司法行動論に共通する主張といえる。

ここで、次節以降に検討する戦略的行動論との関係で重要なのが、イデオロギー・党派性に基づく議論は、司法部門の決定は何者にも覆されないという前提をおいていることである。たとえ司法部門が自らの望む政策を実現しようとする政策アクターであったとしても、自らの判決が何者かに覆されるのであれば、自らが本来理想とする政策選択に基づいた行動を取りえないであろう。他のアクターに覆されない程度に判決内容を妥協し、司法部門本来の政策選択とは異なる判決を下す可能性がありうる。

二・一・一節でみた通り、アメリカ司法政治研究における初期の態度論は、アメリカ連邦最高裁による判決を、議会をはじめとする他のアクターが覆すことは事実上不可能であるとする立場を取っている (Segal & Spaeth, 2002)。また、裁判官のイデオロギー以外の要因の影響を認める修正された態度論も、後述する戦略的行動論に属する研究を除けば、連邦最高裁が他のアクターによって行動を拘束されると考えているわけではない。このことは、アメリカ連邦最高裁以外を対象としたイデオロギー・党派性に基づく司法行動論研究にも共通しており、他のアクターが司法部門の判断を覆す

可能性は明確に否定されるか、考慮されていない。

これに対して、司法部門の判断といえども、法改正や憲法改正などの方法により、実質的に他のアクターによって覆されうることを前提とする議論が展開された。これらの議論は、司法部門は自らの判決が覆される事態を回避するため、時として自らの本来の政策選好に反した行動を取ると主張する。それが、次節以降で検討する、戦略的行動論と呼ばれる議論である。

(13) 見平(2012, p.24)の記述による。

(14) 分析に際して法的レジームの具体例として取り上げられているのは、表現内容規制と表現内容中立規制の区別である。

(15) なお、イデオロギー・党派性に基づく説明が直接分析している司法部門・裁判官の行動は、裁判所による判決、個別の裁判官による票決が公開されている場合には裁判官による最終的な票決が主である。議員行動にたとえるならば、法案に対する議員の賛否を分析するように、裁判官の最終的票決、それが観察できない場合には裁判所による判断を分析しているのである。しかし、最終的な票決・判決以前にも、どのような判決を提案するかによって多数派形成を行うなどの手段を通じて、自らの理想点に近い判決が下されることを誘導し、自らの望む政策形成を行っていることも想定される。議員行動の比喻を用いれば、法案に対する票決以前の法案提出の意思決定もまた分析の余地がある。これを分析したのが戦略的行動論の中でも内的戦略的行動論と呼ばれる議論であるが(Epstein & Knight, 2017)、「内的戦略的行動論は最終的に司法部門がどのような判決を下すかについてはイデオロギー・党派性に基づく説明と同じ結論を導くため(Segal & Spaeth, 2002)」、ここでは紹介するにとどめる。