

〔著書紹介〕

アメリカにおける憲法先例拘束性の原則

磯本 典章

MICHAEL J. GERHARDT, THE POWER OF PRECEDENT,
Oxford University Press, 2011, pp.v+340

〈目次〉

- I. はじめに
- II. 本書の概要
- III. 若干の検討

I. はじめに

本書の著者のミシェル J. ゲルハート (Michael J. Gerhardt) は、1956 年ウィスコンシン州マディソンに生まれ、イエール大学で B.A. (1978)、ロンドン・スクール・オブ・エコノミクスで M.Sc (1979)、シカゴ大学で J.D. (1982) を取得した。

その後、テネシー州西部地区合衆国地方裁判所 (1982 -1983) および第 6 巡回区合衆国控訴裁判所 (1983 -1984) において裁判官の書記官を務めた。

現在、チャペルヒルのノースカロライナ大学ロースクールで憲法のサミュエル・アッシュ特別教授である。市民的権利、市民的自由、立法過程、権力分立を専門としている。

ゲルハート教授は、本書 *The Power of Precedent* (2008) の他に、*The Forgotten Presidents: Their Untold Constitutional Legacy*(2013)、*Constitutional Theory : Arguments and Perspective* (2007) (共著) , *The Federal Impeachment Process : A Constitutional and Historical Analysis* (2000) などの著書がある。

ゲルハート教授は、過去 25 年間以上に渡り、大統領と議会との間の主要な憲法上の衝突のすべてについて、特別顧問、パブリック・コメンテーター、専門家証人を務めてきた。

ゲルハート教授の広範な公的職務には、議会の指導者やホワイトハウスの関係者への助言が含まれる。ゲルハート教授は、大統領に選ばれたビル・クリントン大統領の司法省政権移行準備チームの 8 人のメンバーの 1 人を務めた。1997 年から 1998 年におけるクリントン大統領に対する弾劾手続きを通して、非公開の全下院の下で話すために招かれた唯一の専門家であり、下院司法委員会で証言をするための唯一の共同証人であった。

ゲルハート教授は、現在の最高裁判所裁判官の内の 6 人に対して、最高裁

判所確認聴聞会に参加した唯一の法学者である。ステファン・ブライヤー裁判官の確認に関するクリントン大統領の特別顧問を務めた。ブッシュ大統領がジョン・ロバーツを2005年にアメリカ合衆国最高裁判所の首席裁判官へ指名するについて上院議員に助言した。2006年にサミュエル・アリトー裁判官の確認聴聞会で、専門家証人として証言した。ソニア・ストマイヨール(2009年)とエレナ・ケイガン(2010年)の最高裁判所への指名のために、パトリック・レイヒー議長および上院司法委員会の特別顧問を務めた。

ゲルハート教授は、ニール・ゴースッチ(2017年)の最高裁判所への指名のために、評価委員会および上院司法委員会の特別顧問を務めた⁽²⁾。

- (1) 筆者は、2009年に、日米法学会機関紙『アメリカ法』より、2009年2号に掲載する本書の「著書紹介」の執筆依頼を受けた。筆者は承諾の上で執筆を行ったが、しかし、当時、筆者は手脚を負傷しており、期日までに原稿を提出できなかった。本稿は、『アメリカ法』へ提出予定であった「著書紹介」の原稿に加筆修正を加えたものである。
- (2) 2017年4月7日、アメリカ上院議会は、ドナルド・トランプ大統領が指名したニール・ゴースッチ裁判官(第10巡回区合衆国控訴裁判所裁判官)を承認した。

Ⅱ. 本書の概要

ミシェルJ.ゲルハート教授の本書の執筆目的は、憲法における先例の重要性の議論を解説して、その全ての側面を考察する点にある。本書は、6つの章並びにイントロダクション及びコンクリュージョンから構成されている。加えて、巻末に極めて詳細な先例リストが付けられている。

第1章においては、ゲルハート教授は、合衆国最高裁判所の先例の様式について、以下のように述べる。

先例に関する手引きのために人々が頼りにする最も通常の場所は最高裁判所である。特に最高裁判所が以前の判決を変更すべきか否かを判決して

いるときには、最高裁判所は先例について多くを語る。これらの議論は、2つの根本的な理由のために重要である。第1に、それらの議論は、先例に関して最高裁判所の法理 (doctrine) すなわちその確立した法と実践 (law and practice) を含んでいる。第2に、最高裁判所の先例を覆すための最も期待できる手段は、それらを無効にするために最高裁判所を説得することである。全ての裁判官およびほとんどの学者が認めるところであるが、憲法の根本的な原理 (principle) は、議会が裁判所の憲法上の判決を通常の立法を通して覆すことはできないのである (9頁)。

最高裁判所が先例を取り扱う際の最も顕著な型は、先例変更の数と率の中に存在する。1789年から2004年の終わりの開廷期を通して、最高裁判所は133のケースにおいて明白に208の先例を覆した。これらのケースは、最高裁判所が憲法の先例を覆しているという大変多くの文言を用いて宣言した例である。

先例に従うための又は拒絶するための最高裁判所の一貫した理由付けに関して、現代の最高裁判所は、しばしば、最高裁判所が先例を評価するためにより以前のケースにおいて使用した同じ規準使っている (17頁)。

先例変更を見出すことは容易である。なぜならば、裁判官が先例を「覆す (overrule)」という用語を使用するからである。最高裁判所が先例を変更するための通常の説明は、その後の先例との不整合 (少なくとも69ケースにおいて引用されている) および誤って判決された (39ケースにおいて引用されている) ケースである。さほど多くはないが、先例変更に対する正当化事由として、運用の困難 (16ケース) や状況の変化 (11ケース) がある。College Savings Bank ケース (1999) 以来、最高裁判所は、明確に、7つの憲法先例を変更した。いずれにおいても、先例変更に対する最高裁判所の主要な正当化根拠は、その後の判例法とのそのの不整合であった (31頁)。

明白に憲法の先例を変更することは、最高裁判所が行う先例変更のほんの一部にしかすぎない。多くのケースにおいては、最高裁判所は単純に、通常

は他の典拠と共に、例えば憲法の条文、原意、構造と共に、その先例を適用する。先例の適用は先例の解釈を求め、先例の解釈は先例の緩和を伴い、そして、先例の緩和はしばしば先例の適用範囲の拡張または縮小を伴う。その結果として、多くのケースは弱められるが、しかし公式には変更されない。

実際は、ケースは暗黙の変更 (implicit overrulings) または制限解釈を通して弱められうる。沈黙の先例変更 (overrulings *sub silentio*) は、区別立て (distinction) を通して、他の判決を弱める判決とは異なった実際的な効果を持つ (35 頁)。

しばしば、一連の区別立ては、明白に先例を弱めるかまたは先例変更のための御膳立てをする。たとえば、最高裁判所は、Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority (1985) において National League of Cities v. Usery (1976) を明示的に先例変更したが、しかし、正にその間に National League of Cities を徐々に衰えさせたいいくつかのケースを判決した後においてであった。かなり多数の評論者は、Roe 判決 (1973) が同様の道をたどるであろうと予測する (37 頁)。

最高裁判所における先例の様式として、先例を再確認することがある。最高裁判所は、Dickerson v. United States (2000) において Miranda 判決 (1966) を再確認した (41 頁)。

第 2 章において、ゲルハート教授は、法学者や社会学者によって提案された先例に関する最も支配的な理論を以下のように検討している。

先例に対する弱い見解は、最高裁判所は先例に服従する義務をほとんどまたは全く負わないと考える。先例に対する強い見解は、先例を憲法における最も重要な礎石として理解する (47 頁)。

まずは、先例に対する弱い見解の起源として、トーマス・リーやウィリアム・ブラックストーンをあげる。そして、現代における先例に対する弱い見解を述べる者として、W. O. ダグラス裁判官、ブラック裁判官、スカリア裁

判官、トーマス裁判官をあげる（51頁）。

先例に対する弱い見解には問題点がある（55頁）。第1に、最高裁判所は決して実際に先例に対する弱い見解を採用したことが無かった。第2に、先例に対する弱い見解は、憲法の意味についての主な法源すなわち本文、構造、原意と抵触する。これらの法源は先例の合法性を十分に支持する。リチャード・ファロンが述べるように、*Marbury v. Madison*（1803）以来認められた憲法が意味するもの又は要求するものを述べる権限は、憲法判断が正しく基礎をおく権威の法源を決定する権限を意味する。第3に、先例を審査する裁判官の基準は、重要な憲法の利益を保護するための基準と同じ法的評価を有する。議会は、最高裁判所に対して、最高裁判所が憲法のケースを判決する際に使うべき基本原理を指示する権限を有しない。

先例に対する弱い見解とは反対に強い見解への支持は、憲法の意味に関する全ての伝統的な法源から導き出す。更に、先例に対する強い見解への支持は二つの長期間存続する実践（practice）から導き出す（64頁）。第1は、一般的に不適切に判決されたと看做されるいくつかの憲法判決に対する最高裁判所の不動の堅持である。第2に、長期間存続する実践は、主として司法における先例に基礎づけられた原理に対する最高裁判所の付託である。

先例に対する強い見解を支持する学者として、ロナルド・ドゥウォーキン、デイビッド・ストラウス、キャスリーン・サリヴァンがいる（66頁）。

しかしながら、先例に関する強い見解への最も重大な問題は、社会学者によって蓄積された立証できるデータによって提供される。この中には多少の法学者も含まれる。社会学者は、司法先例が裁判所を強く拘束するものではないと述べる。

多くの法学者は、最高裁判所についての支配的な社会科学モデルを無視するか、または、最高裁判所の判断は数量化できないものであると主張し、そして社会学者の実験的分析は容易に操作できるので、それは信頼できないと考える。

先例の構造と発展を説明するためには、伝統的な法学分析と社会科学調査とを統合する理論が必要となる（77頁）。

第3章では、ゲルハート教授は、先例に関する弱い見解および強い見解に代替するような先例に関する極端に走らない見解を次のように提案する。

ゲルハート教授は、憲法における主要な動態性(dynamic)を、先例に関する黄金律(golden rule of precedent)と称する（79頁）。

ゲルハート教授は、伝統的な法学分析を社会科学の調査研究に結び付ける。その目的は、裁判官は抽象的には先例に対して尊敬の念を表す一方で、しかしケースを判決する実際の過程は、裁判官が先例を変更はしないにしても弱めることに同意するであろう特定の先例を予測することを不可能ではないが困難にする十分な役割を持つことを示すことのためである。しかし、先例の研究において、多くの社会学者はこの動態性を理解していないように見える。そして、多くの社会学者は、しばしば樹を見て森を見過ごしている。彼らは、多くの学理上の領域において特定の先例が強い方針従属性(path dependency)を生み出さないことを示す研究から、多くを推論する。言い換えれば、彼らは特殊な選択や結論を排除しない。しかし、特別な学理上の領域における強い方針従属性の不存在は、先例が一般的に法的な効力(force of law)の欠如であるとの証明とはならない（79頁）。

先例に対して方針従属性を負わせるためには、先例は5つの属性を持つ必要がある（84頁）。方針従属性の第1の重要な要素は、永続性(permanence)である。永続性とは、議論された憲法上の論点に関する特別の司法判決の永続的決断を意味する。方針従属性の第2の前提要件は一連性(sequentialism)である。一連性は、最高裁判所が結論に影響を与えるケースを判決する際に指示を命じる。一連性は、以前に生じたことは後に生じる明確な又は予見できるいくつかの結果を前もって仮定する。方針従属性のために要求される第3の属性は整合性(consistency)である。整合性は先例をして特定の判決の流

れに論理的にまたは首尾一貫して適合することを要求する。方針従属性のために要求される第4の属性は強制力 (compulsion) である。強制力とは、裁判官が判決することを好まない判決をすることを裁判官に強いることを課すことである。方針従属性のために要求される第5の属性は予測可能性である。予測可能性は、裁判官が行う選択が憲法上の司法的判断に関する方針について予想を生み出し、そしてこれらの予想が大きく正当化され実現化される。

如何にしてそして如何なる理由で先例が方針従属性を生み出すかを証明する憲法上の司法的判断に関連する少なくとも8つの内部生成的な要素がある (94頁)。これらの要素とは、第1は、憲法設計 (constitutional design) である。第2は、憲法判断に関する特殊な性質である。第3は、如何にして最高裁判所はその判決の構造を作るかである。第4は、憲法における侵害の事象である。第5は、最高裁判所の裁判官の構成の変動である。第6は、過半数により判決を決する複数慣例としての最高裁判所の動態性 (dynamics) である。第7は、先例を解釈するための公式の規則 (rules) の不存在である。第8は、Xファクターである。Xファクターとは、憲法理解および憲法原理における永続的な変化の予測できない要素である。原理 (doctrine) と社会的・政治的・経済的事実との間に起こりうる関連を検証することにおいては、社会学者は法学者よりもより親和的でありより精通している。第9は、ネットワーク効果である。先例の意味および価値は、次の裁判官がどのように考えるかにかかっている。つまり、方針従属性は裁判官が先例をどのように解釈するかによる。社会学者および法学者は、ネットワーク効果を分析することにより、先例に関する次の使用の推測を研究する。ネットワーク効果を分析するとき、先例の価値は先例がより高い頻度をもって引用されることで増大することがわかる。反対に、先例の価値は先例がより低い頻度をもって引用されることで減少することがわかる。

第4章では、ゲルハート教授は、司法外の先例 (nonjudicial precedent) に

関して、次のように述べる。

司法外の先例とは、裁判所の外で形成された全ての過去の憲法判断であり、公的機関が規範的権限を付与しようとするものをいう（111頁）。

全ての司法外の活動が先例として適格性を有するわけではない。むしろ、全ての司法外の活動は先例となる可能性を有していることが重要である。しかし、発見可能である司法外の活動のみが先例とみなされる。発見可能性 (discoverability) は、司法外の活動を先例へと変容させるものである。発見可能性は、一定の過去の司法外の活動に規範的権力を付与するための公的成果の成就である。司法外の先例の発見可能性は、先例のネットワーク効果を可能にする。

ゲルハート教授は、容易に発見可能性のある司法外の先例として、副大統領の大統領の地位への承継 (succession)、大統領の声明への署名、下院議員の弾劾の不可能性をあげる（113頁）。司法外の先例として発見可能性が不可能ではないにしても困難なものとして、大統領への非難表明 (censure) すなわち下院または上院による大統領の行為を非難する決議や、下院における過半数規則等をあげる（118頁）。

発見可能性は司法外の先例のための重要な必要条件であるので、司法外の先例は別の特徴を持つ。そこで、ゲルハート教授は司法外の先例と司法上の先例とが相違する特徴を検証する（125頁）。第1は、司法外の先例の分類であり、司法外の行為者の広範な多様性、憲法判断の異なった種類、形式または文脈を基礎とした分類、議会の権能と大統領の権限を述べる。第2に、司法外の憲法上の行為の司法審査は通常考えられる以上に制限されるのであり、司法審査の限定された範囲および司法審査の時期を述べる。第3は、司法外の先例の力 (power) についてであり、司法外の先例を垂直—垂直型、垂直—水平型、水平—水平型、水平—垂直型に分類する。第4は、司法外の先例の限定された方針従属性を述べる。

司法権の優越は、司法上の先例と同様に司法外の先例が、裁判官または他

の政府の行為者の行動を制限することの他に、多くの機能を形成するという事実を見ることによって、地位が弱められる。これらの多様な機能は、司法外の先例をしてわれわれの法と文化に莫大な影響をもたらすことを可能にする。

第5章では、ゲルハート教授は、司法上の先例および司法外の先例が形成する多様な機能について次のように述べる（147頁）。

かなりの数の学者は、裁判官または他の政府の行為者の行動を制限することのために除いたこれらの機能の全てを排除する。その理由は、彼らは裁判官または他の政府の行為者の行動を制限することを、先例の唯一の重要な目的として考えるからである。しかし、先例のこれらの他の機能は、いくつかの理由のために重要である。司法上の先例および司法外の先例によって形成された機能の例として次のものがある。

第1は、憲法上の議論の一つの形態としてである。第2は、紛争の解決である。すなわち、最高裁判所は憲法から生じる全てのケースを判決する力を有しているという意味である。第3は、拘束力をもつ法源または説得的法源としての先例である。第4は、最高裁判所の議事事項 (agenda) の設定である。第5は、司法上の先例および司法外の先例は憲法の意味について国民の対話を促進する。第6は、全ての先例は、いくつかの重要な方法で、憲法構造を形成し明白にすることを含みいくつかの構造的機能を果たす。第7は、司法上の先例および司法外の先例は、歴史的機能を務める。まず、最高裁判所の意見および司法外の活動はしばしば歴史的事件に巻き込まれる。たとえば、*Dred Scott v. Sandford*(1857)である。次の先例の歴史的機能は、憲法の歴史を記録にとどめることとである。最高裁判所の史料編修は沢山あり、例えば *Nixon v. United States*(1993)、*Jones v. Alfred H. Mayer Co.*(1968)、*New York Times v. Sullivan*(1964)、*Harmelin v. Michigan*(1991)、*Marsh v. Chambers*(1983)である。最後の先例の歴史的機能は、先例は司法当局およ

び司法外当局が自分自身を歴史の適切な側に置こう試みる手段としてである。例えば、Brown 判決、Roe v. Wade(1973)、Furman v. Georgia(1972)、Lawrence v. Texas(2003) である。第 8 は、人々に憲法について教育をする機能である。第 9 は、象徴性である。後の裁判官は先例の象徴的重要性を具体化しようとするのであるが、司法外の行為者は、司法外先例の象徴的な意義を考案するにおいてのみならず、最高裁判所が如何にしてその先例を識別するかを考案するにおいて、より大きな影響力を及ぼす。Brown 判決は、この動的な (dynamic) 相互作用を例証する。第 10 は、国民の同一性の形成である。第 11 は、憲法価値の実行である。憲法は自動施行されない。憲法において認められた制度・権利・権限は、憲法修正案の承認の瞬間に自発的に存在することにはならない。

第 6 章において、ゲルハート教授は、スーパー先例 (super precedent) について、以下のように述べる。

ゲルハート教授によれば、スーパー先例とは、法や文化の中に深く埋め込まれているので、實際上覆されることを免れことになったような先例をいう (177 頁)。本章は、スーパー先例の際立った特徴、如何なる理由でスーパー先例が重要であるのか、憲法理論および憲法実践に対する規範的意味を検証する。

スーパー先例の第 1 の種類は、司法部の基本的な制度上の実践を確立する長期間存続する最高裁判所判決から構成される。司法審査の制度的実践のための基礎を提供するスーパー先例のよい例として、Marbury v. Madison(1803) および Martin v. Hunter's Lessee(1816) がある (179 頁)。

スーパー先例の第 2 の種類は、基本的法理 (foundational doctrine) を確立する最高裁判所判決から構成される。基本的法理とは、憲法の議論に関する永続的な範疇・枠組み・部類・種類についての最高裁判所や他の公的制度の連続した承認および支持を意味する。

第3の種類は、基本的な判決 (foundational decisions) である。基本的な判決は、最も議論的になるスーパー先例へ我々を誘う。基本的な判決とは、憲法に関する論点についての最高裁判所の判決であり、その要件は、時を超えた判決であること、公的機関によって承認されて繰り返して引用されている判決であること、憲法の一つ又はそれ以上の分野において法理の発展を形成した判決であること、一つの形またはそれ以上の形で広汎な社会的承認を享有した判決であること、堅固に解決されており再検討のために貴重な司法資金の支出を求められないような裁判所によって広く認められてきた判決である。

基本的な判決の実例として、初期のスーパー先例としては *Knox v. Lee*(1871) がある。そして、*Brown v. Board of Education*(1954) は適切なケースである。しかし、*Row* 判決 (1973) はスーパー先例ではない (182 頁)。

次はスーパー先例を確認する基準である。確認する単純な基準はないといえる。判決が生み出された紛争の理由のために、いくつかのケース、すなわち *Lochner v. New York*(1905) や *Dred Scott v. Sandford*(1857) が思い出されるが、それらはスーパー先例ではない (185 頁)。スーパー先例であるか否かを決定する大きな要素は、そのネットワーク効果である。*Miranda* 判決 (1966) はスーパー先例であるが、しかしそれは当初有していた以上の影響力はない。しかし、明らかにスーパー先例になった判決が *Griswold v. Connecticut*(1965) である。*Loving v. Virginia*(1967) は更に明らかにスーパー先例である (186 頁)。

以上を踏まえ、スーパー先例への批判を検討し、スーパー先例の憲法の理論および実践に対する密接な関係を述べている。

結論の章において、ゲルハート教授は先例の将来について、いくつかの見解と試みの予測とを、以下のように述べる。

いくつかの見解とは、次のようなものである。ロバーツ・コートの最初の

二つの開廷期において、先例に関係する全ての通常の動態性 (dynamics) は明らかとなった。第1に、ロバーツ・コートは一般的に先例に対して敬意を示した。先例は、断然、その判決のための最も一般的な基底であった。または、ロバーツ・コートが弱められたいいくつかの先例から外れた時でさえ、それは先例を基礎にしてそのように行った。さらに、ロバーツ・コートは最初の二つの開廷期のどちらか一方においても、一つの憲法ケースにおいてさえも先例変更を行わなかった。それゆえ、一つの開廷期において一つの憲法先例をも変更されないことは、40年間以上において、初めてのコートである。更に加えて、最高裁判所の二人の最も新しい裁判官であるロバーツ首席裁判官とアリトー裁判官のどちらも、憲法先例を変更することに賛成しなかったし、または変更を議論する意見に加わらなかった。第2に、ロバーツ・コートは、先例の制限された方針従属性を証明した (199頁)。

いくつかの試みの予測とは、次のようなものである。第1に、先例は憲法の議論および正当化の一般的な様式として作用し続けるであろう。先例は、われわれの法的制度および文化に固有なものである。第2に、最高裁判所の裁判官および他の公的機関は、先例の黄金律に従い続けるであろう。第3に、最高裁判所の選任手続は、先例に対して敬意を表す裁判官に賛成し続けるであろう。第4に、司法的先例および司法外先例は、裁判官や他の政府行為者の行為の制限は除かれるが、複数の機能を形成し続けるであろう。

さらに、司法外の当局が先例を生み出し維持することのみならず、スーパー先例が憲法の持続的な一部分であることを十分に理解することなしには、憲法を理解することは不可能である。永続する司法的先例および司法外先例は、当然に、スーパー先例である。十分に更に深く憲法を認識することは、法的方法論と社会科学的方法論とに橋を架けることの価値と有用性を理解することを求める。先例を理解することは、我々がいくつかの特別先例との縁を切ることができることを認めることを要求するが、しかし、先例から離脱することはできない (203頁)。

Ⅲ. 若干の検討

本書の主題である「先例の力」を論ずる前提として、アメリカ合衆国憲法について検討する必要がある⁽³⁾

合衆国憲法(The Constitution of the United States)は単一の成文の文書であるが、アメリカ憲法(American constitutional law)は、成文の憲法であること以上にはるかに多くを含む複合する社会的・文化的・政治的な実践(practice)である⁽⁴⁾。

合衆国憲法は順応性のある文書であり、その意味を部分的に考えの発展や事態の圧迫から描いている⁽⁵⁾。理論上、アメリカの憲法実践(practice)における変化の多くは、憲法の修正を通して起りえたかもしれない。しかし、合衆国憲法の修正には困難がある。かくして、アメリカの憲法実践は、しばしば正式な修正を行うことよりも柔軟でプラグマティックな憲法解釈の実践に依拠してきた⁽⁶⁾。

裁判所、特に合衆国最高裁判所は、憲法を解釈する。しかしながら、合衆国憲法の「解釈」は、通常、文脈の外部のさまざまな考慮事項に依拠している。これらは、議会や大統領の歴史的实践、過去の司法判決または「先例」、民衆の期待、実践的な考慮、および道徳的価値・政治的価値を包含する⁽⁷⁾。際立って、合衆国憲法をどのように解釈するかについての議論は、憲法の実践において⁽⁸⁾、少なくとも最高裁判所の裁判官の間では、しばしば生じる⁽⁹⁾。

先例は一旦確立されれば、憲法裁判において高く評価される必要がある。もちろん、合衆国最高裁判所は、先例によって絶対的に拘束されることはない。しばしば、合衆国最高裁判所は、それ自身を「覆す」ことを選択する⁽¹⁰⁾。

憲法上の判決を行うに際して先例の演じる役割に関しては、法学者とアメリカ政治学の間で絶えず対立を生じる主題である。その議論はその問題の経験的実証的側面および規範的側面の両方において対立する。

憲法の先例の重要性について、先例に関する弱い見解は、先例が憲法において重要性をほとんど又は全く持たない又は持つべきではないと考える。他方で、先例に関する強い見解は、憲法上の意義に関して唯一の重要な法源(source)とまでは言わないが、先例を主要なものと考え、先例は法的な効力を有すると主張する。

ゲルハート教授は、本書において、先例には意味がない（あるべきではない）と信じている人々と特別な法的効力を持つと信じている人々とを分けている溝に架橋する先例に関する明確な説明を提案している。ゲルハート教授は、先例を、すべての過去の憲法の意見、判決、または最高裁判所または司法外の当局が規範的な権限を与える事象と定義する。そして、最高裁判所において、先例は多くの形をとるのであり、それは裁判所の過去の意見だけでなく、典型的行動様式（可能な限り、憲法問題に判断を下すことを避けることのような）、歴史的慣行（例えば、祈りによる立法期の開始のような）、裁判官が従うことを熟考の上選んだ伝統（最高裁判所に対してそして連続してではなく意見を示すような）を含む。

これらの形態において、先例は一般に認識されている以上の力を発揮する。この効力(force)は、ゲルハート教授が「先例の黄金律(golden rule of precedent)」と呼ぶところの憲法における大きな動態性(dynamic)に関する実行と認識に要約される。先例の黄金律は、裁判官や他の公的機関をして、彼らは彼らの先例が他者によって尊重されることを期待するので、彼らは同じ尊重を他人の先例に供しなければならないことを意味する(4頁)。この黄金律は、たとえば、共和党の大統領が、過去11人の最高裁判所の裁判官指名のうちの8人を、Roe判決を覆す明確な目的のために指名したにも関わらず、Roe v. Wade判決(1973)がまだ耐えている理由について説明することができる(4頁)。

ゲルハート教授は、レーンキスト・コートの終焉とロバーツ・コートの出現が、我々が先例について認識しているものを吟味する理想的な機会を提供

するという。そして、ロバーツ・コート（そして、他の公的機関）が先例をいかに取り扱うであろうかについて、いくつかの仮の予測をもって結論を下すとする。本書は、ロバーツ・コートの最初の二つの開廷期までを述べており、第1にロバーツ・コートは一般的に先例に対して敬意を示したこと、第2にロバーツ・コートは、先例の制限のある方針従属性を証明したことを述べる（199頁）。

それでは、2005年にロバーツ・コートが誕生してから約10年以上が経過したが、ゲルハート教授の予測はどのようになったであろうか。

ロバーツは、上院公聴会において、先例拘束についての理解を次のように述べている。「私は、先例拘束を立憲政体における裁判官の適切な役割に関する広い概念の文脈の中に位置づけてきました。ここでいう広い概念とは、私が本質的な司法の謙抑としてみなしてきたことです。」⁽¹¹⁾。この発言からすれば、ロバーツは先例拘束を重視するとともに、先例拘束を司法の謙抑の一手段とみなしているといえることができる⁽¹²⁾。

しかし、統計的手法を用いて分析するクロス (Frank B. Cross) によれば、統計上、ロバーツは先例を尊重しているとは断言できないとする⁽¹³⁾。すなわち、就任1年目を見ると、他の裁判官よりも先例に言及ことは多かったものの、ロバーツが先例に従った割合は11.3パーセントでケネディー裁判官より低いとされる。また、当該事案と先例との区別を図った割合は22.7パーセントでケネディー裁判官の3倍とされ、ロバーツが部分的に先例を覆した割合も8.7パーセントであったとされる⁽¹⁴⁾。大林啓吾准教授は、ロバーツは必ずしも先例を尊重しているとは言えない可能性がある⁽¹⁵⁾と述べられている。

ゲルハート教授は、本書において、憲法が裁判所の内と外の双方でどのように作られ進化するかについて鮮やかに描写しており、「私の先例に関する評価が、司法の先例と司法外の先例との相互依存への理解を増進するであろうことを望み、そして、私の先例に関する評価が、先例を研究するに際して

社会科学的研究と従来の法学分析とを合成することの重要性に対する理解を増進させることを望む」と述べている。

そして、最後に次のように述べて、本書を締めくくっている。「先例の研究は、まさしく先例が作られた文脈ではなく、先例を構築した永続的制度に焦点を合わせる必要がある。これらの制度およびそれらの指導者は、先例なしには機能することができない。これらの制度およびそれらの指導者に厳格に強いる先例の力 (the power of precedent) は必ずしも強力ではないかもしれなが、しかし、解明する力は確固として永続的である (204 頁)。」

注

(3) 本書 *The Power of Precedent* を著書紹介する際して、極めて有益であったのが Richard H. Fallon Jr. の *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, 2d ed. (Cambridge University Press, 2013) であった。

この本の第1版である *The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2004) は、リチャード・H・ファロン・Jr. (平地秀哉=福嶋敏明=宮下紘=中川律訳) 『アメリカ憲法への招待』(三省堂、2010) として出版されている。

(4) RICHARD H. FALLON JR., *THE DYNAMIC CONSTITUTION: AN INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW AND PRACTICE* 1 (2d ed. 2013).

(5) FALLON, *supra* note 4, at 353.

(6) *Id.* at 354.

(7) *Id.* at 1.

(8) 憲法の実践 (practice) に関しては、Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986). 翻訳として、ロナルド・ドゥウォーキン (小林公訳) 『法の帝国』(未来社、1995)。

(9) FALLON, *supra* note 4, at 1.

(10) *Id.* at 280.

- (11) 大林啓吾「ロバーツの裁判官像」大林啓吾ほか編『ロバーツコートの立憲主義』18頁(成文堂、2017)。
- (12) 大林・前掲注(11)19頁。
- (13) 大林・前掲注(11)19頁。Frank B. CROSSはTexas Law Facultyの名誉教授。
- (14) 大林・前掲注(11)19頁。
- (15) 大林・前掲注(11)19頁。

(学習院大学大学院法学研究科博士後期課程修了)