

# 甲第98号証

編集委員会 (五十音順)  
岩崎 政明  
川端 康之  
工藤 昇  
小池 治  
齋野 彦弥  
根本 洋一

横浜法学 第24巻第1号  
2015年12月25日発行

編集兼 発行者 横浜法学会 〒240-8501 横浜市保土ヶ谷区常盤台79-4  
横浜国立大学大学院国際社会科学研究院法律系内

製作 共進印刷株式会社

（県史）

【岩手県史】  
〔愛媛県史 社会経済 6 社会〕  
〔愛媛県史 近代 上〕  
〔福井県史 通史編 5 近現代〕  
〔身延町史 第8編 厚生〕

論 説

## 判例の拘束力

——判例変更、特に不遡及的判例変更も含めて——

君塚 正臣

はじめに

判例の拘束力と何か。およそ終局的判決は、「当事者間の争いに最終的に最終的な決着をつけ、それにより当事者は同じ主張を再び裁判所に持ち出すことはできない」という機能」即ち「既判力」(bindende Kraft)を有する<sup>①</sup>と共に、「その判決の示す法命題(法準則)が、後の別の裁判の規準となるという機能」即ち「先例の拘束力」を有するとされる<sup>②</sup>。実際、裁判所が類似事件について過去の裁判例を全く無視することはおよそあり得ず、少なくとも事実上の判例拘束力はあると言つてよい<sup>③</sup>。また、判例拘束力とは、下級審が上級審の先例に拘束されることも含むが、上級審が自らの先例に拘束される方が前提であり核心である<sup>④</sup>。よつて、問題は、裁判所法10条起點ではなく<sup>⑤</sup>、憲法を根拠として<sup>⑥</sup>先例に当該法廷を縛る規範性、即ち法的拘束性があるかということである。

判例は、「科学」ではなくとも、これによって近似的な類推を要する「もの」で、裁判官の恣意的な「裁量」を統制し<sup>⑦</sup>、裁判所への信頼を確保し<sup>⑧</sup>、安定性<sup>⑨</sup>を与え、予知を可能にする<sup>⑩</sup>。だが、長時間の経過と社会的価値観の変化、先例の欠陥など<sup>⑪</sup>による変更はあり得る。その本源的根拠は当該事案での具体的妥当性(実質的正義)<sup>⑫</sup>であろうが、これが上記の理念や価値との緊張状

態を超えるほどでなければならない。<sup>14)</sup> こととも示唆される。では、どのような場合に変更が許容されるのか。これも、本稿の検討すべき課題である。

なお、ここで「判例」と及び「先例」と呼ぶものは、判決・決定のうち、「適用が事件の真の争点の決定に必要な部分」<sup>15)</sup>であり、後の裁判の基準として適用される法準則・法命題（ratio decidendi）<sup>16)</sup>を指し、判断の基準となるいそれ以外の傍論（obiter dictum）は除かれる。そしてまた、先例となるには趣旨の判決等が繰り返されるべきか、一回の判決等によっても成立するかの争いがある<sup>17)</sup>が、後の裁判所から見て拘束されるべき法準則・法命題であるかによるのであれば、回数が問題ではないことも予見しておきたい。

## 1 判例の法準則性について

### (1) 「事実の拘束力」説

長く、日本は英米法のような判例法主義の法制度ではないということが、日本において判例の法的拘束力を否定する根拠とされてきた<sup>18)</sup>。この主唱者は中野次雄である。中野は、判例はどの裁判所も作り得るが、「先例としての力、実務を支配する力には違いがある」るので、まず、「判例」という語は「最高裁判所のそれだけを意味」して用いると言う<sup>19)</sup>。そして、「実務家は判例を尊重しこれに従うべきだと考えられている」<sup>20)</sup>のであり、判例を法と限定的に拘束するとしている。「一般的な法的拘束力がない」と言う<sup>21)</sup>。また、最高裁判例の法的安定、一般人の不安の除去<sup>22)</sup>も、「正義を第一義とする裁判」「より次元の低い」訴訟経済<sup>23)</sup>もその根拠ではないとする。判例には強い弱いがあり、総じて長期繰り返され、大法廷が全員一致で、実務家・学説も異論がないようなものが強いと言う<sup>24)</sup>。つまり、中野の主張は、判例が拘束力を持つのはそれが「法」だからなく、最高裁の権威だからであって、「直接裁判官を拘束するのではない」<sup>25)</sup>。「事実の拘束力」説と解してよからう。

中野は、判例の変更とは相反する判決等が前後してなされたに留まらず、前の判例に取って代わること<sup>26)</sup>だが、国の判断故、一貫したものでなければならず、判例変更の対象は最上級審裁判所に限られるのは、「事実の拘束力」であるとしても「前の効力を失わせておかないと混乱をひき起こす虞がある」からだとも言う<sup>27)</sup>。他方、説得的理由付けがあれば下級審の裁判が最高裁の判例変更を促すこととはあり得<sup>28)</sup>、最高裁判例の下級審拘束は絶対ではないとする<sup>29)</sup>。下級審や最高裁小法廷が判例を変更することは「理論上は不可能ではない」が、「この機会に判例の統一を図るために、併せて判例変更を慎重ならしめるため」だとする<sup>30)</sup>。憲法判例の法源性については特に述べていない<sup>31)</sup>。

樋口陽一も、日本で「判例の拘束力」と言うとき、何よりもそれが「最高裁判所の判例が同種の事件の処理にあたって下級審の裁判所をどのような意味で拘束するのか、ということ」だとまず指摘する<sup>32)</sup>。そして、事実上の拘束力説は、下級審の裁判が判例の発展因子であることを肯定的に捉えているが、「下級審が違法をおかすことこそが『判例の発展』を可能にすることになるのだろうか」と、法的拘束力説に疑問を投げ掛ける<sup>33)</sup>。そして、日本の制度の違いは捨象できず、「わが国の最高裁が、下級裁判所の裁判官を事实上《hire》し、かつ《fire》することのできる地位にある、ということの重要性が大きさなければならぬ」<sup>34)</sup>と言う。法曹一元が前提で、昇任・昇給という観念がないアメリカと、キャリア・システムの下、人事行政面で最高裁が効力的な管理手段を持っている日本とでは大差があり、そうなると「事実上の拘束」と呼ばれる日本の「ことはいわないにしても——、より大きな効果を發揮しているのではないか」<sup>35)</sup>と指摘するのである<sup>36)</sup>。しかも、日本の下級審には「区別」（distinguish）の技術の蓄積がなく、それは審級制度から導かれる要請でしかない<sup>37)</sup>。アメリカ流に「法的拘束力」と考えるべきだとするのであれば、「他に」についても「アメリカ流のものに変えることが可能であるという見とおしがあってはじめて、「事実の拘束」<sup>38)</sup>という定式化をすべて正面から先例法理をみとめるべき」であ

ると言<sup>37)</sup>。そして、先例は最高裁自身に対する抑止的効果を生んでいないと指摘する<sup>38)</sup>。また、判例に「法的拘束力」があるということには、フランス等での「法律は一般意思の表明」という觀念と結び付いた制定法主義との相克があり<sup>39)</sup>、「判例になんらかの『規範定立力』『法源性』をみとめることが苦しさ」があると言う<sup>40)</sup>。判例による一般的規範の形成は、権力分立原則との抵触も疑われると指摘するのである<sup>41)</sup>。立法府は、判例の憲法解釈に反する立法をすることもできなくなるのである<sup>42)</sup>。だからこそ、「憲法判例の拘束力があくまで『事實上』のものであることをあえて強調する定式を選びつけることが、結局のところ、『判例が』恣意に流れないよう抑止する課題】にこたえることになる」<sup>43)</sup>と結ぶのである。アメリカのような連邦制でもないため、最高裁が頂点であることは疑いなく、同位裁判所間で判例が矛盾することは少なく、かつ、司法研修所が法曹教育を行い、最高裁が判例解説をなし、官僚裁判官がこれに従い、「強い」拘束力が生じていることであろう<sup>44)</sup>。杉原泰雄はさらに激しく、「そもそも、『判例拘束の法理』は日本国憲法下では法的に不可能」とまで断る<sup>45)</sup>。その根拠は、国会が「唯一の立法機関」であること、憲法43条からしても、国会が「国民代表枠」であって、「国民意思を国政の基準（法規範）として表明する機関である」こと、そして、平等原則をもつて先例拘束性を認めることは「制定法主義国にはおよそなじまない」ことなどを挙げるのである<sup>46)</sup>。また、この法理を認めるメリットもなく、「国民－国会のルートの軽視につながる」などの疑問もあり<sup>47)</sup>、改めて「裁判官の良心と独立性があらためて強調されるべき」だとするのである<sup>48)</sup>。

浦部法穂もまた、判例が「法」であることを否定し、「裁判官は、裁判にあたって、判例の法解釈がまちがっていると思ったならば、自分が正しいと確信する解釈をとる」ものであるが、「裁判所の法解釈が事件ごとにバラバラといふのでは、国民の権利を不安定なものとするから、そういう事態を基本的に避け」るべく、判例には「一定の『拘束力』が認められる」とのことと説明した<sup>49)</sup>。

芦部信喜も、判例を ratio decidendi に限定し、これを裁判官が準拠すべき基準として「法的拘束力」と言わざ「權威」と記せ<sup>50)</sup>。次に、判例は法ではないとする「法」

準として「法源」の一つであるとするのは、「事實上の拘束力」説でも認めてきたところで、法的拘束力とのみ結び付くものではないと言う<sup>50)</sup>。そして、仮に法的拘束力だとしても、判例の法源性は第二次的なものであると述べる<sup>51)</sup>。どちらでも、「具体的にはほとんど違ひはないことになる」<sup>52)</sup>と評する。英米でも判例が拘束力を有するというのは、「法源」であるからではなく、「むしろ法の適用の公正性なり、審級制に基づく能率（訴訟経済）なり、あるいは予測可能性・法的安定性というような、実定法秩序および裁判制度に内在する原理であると考えられるので」あって、司法権概念<sup>53)</sup>が英米流であるとしても、直ちに先例の拘束力が法上のものだとする理由はないとする<sup>54)</sup>。特に、下級審がこれを排除するのに「相応の理由を先例との関連において示すべきこと」になり<sup>55)</sup>、法的拘束力説が有力化した結果、最高裁が「下級審に対する先例の拘束力を現在よりもさらに強める可能性がないではない」ことを懸念するのである<sup>56)</sup>。田藤重光は、「刑法の領域では、いうまでもなく罪刑法法定主義が支配するので、」「判例の法源性は否定されている。これは当然のことである」とする<sup>57)</sup>。安西文雄も、判例は「裁判所のるべき『よすが』」に留まとする<sup>58)</sup>。

## (2) 「事實の拘束力」説への批判

以上のような「事實の拘束力」説に対しては、多くの疑問がある。まず、中野が、判例の拘束力を、専ら最高裁判例と下級審裁判官との関係において理解している点は、まず疑問であろう<sup>59)</sup>。上級審判例の下級審拘束が強調されているが、先行判例が当該裁判所の後の判断を拘束するかについて、あまり語っていない<sup>60)</sup>。先例拘束力とは、裁判所、司法であれば、法の支配や平等などの要請をもって、当該判決が後のまさに当該裁判所を拘束することに意味があるのである以上、原則的に最上級審と下級審とで議論を区別すべきではない<sup>61)</sup>。しかも、「事實の拘束力」といながら、下級審は当該判例を守るべきだと主張しており、既に判例に法的な意味を与えた感がある。そうであれば、「拘束力」と言わず「權威」と記せ<sup>52)</sup>ばよい。

とは制定法を想定していると思われるが、判例に法源性を認める<sup>63)</sup> 説も制定法と同様の意味で判例に法観念を認めてはおらず、この点も疑問である<sup>64)</sup>。制定法（text）の解釈ではなく、制定法の原意自体が法となる危険がある。中野は、「博士もまた、判例が制定法のように絶対的な拘束力をもつものではな」として、未弘蔵太郎批判をする<sup>65)</sup>が、法的拘束力説の殆どは、判例にそのような絶対的拘束力を認めるものではない。しかし、そう語る中野が、同じ判例が繰り返され、確立したものになると、一種の不文法としての「判例法」が成立する余地があるとする<sup>66)</sup>のは矛盾がある。ならば、判例は繰り返されれば法になるとと言えば済む<sup>67)</sup>。このほか、判例の法的拘束力を認める明文規定がないことを自説の根拠とするが、英米法でも根拠規定はない<sup>68)</sup>。

そもそも、「事実上の拘束力」という觀念は明確ではない<sup>69)</sup>。最高裁の判例に違背を上告理由ととする規定をもって事実上の拘束力が説かれるが、「拘束性が規範性を意味するすれば事実上のというのがよくわからぬ」という佐藤幸治の指摘<sup>70)</sup>が的確である。事実上の拘束力の結果、「判例には法形成的な機能があるとみななければならぬ」<sup>71)</sup>ならば、それは既に「法」であろう。憲法76条3項が裁判官は憲法と法律に拘束されると規定しているのは、文字通りに、規則や条例、条約を除く意味ではないのは勿論、「所与の客観的法規範」<sup>72)</sup>以外に拘束されないことを示すものであり<sup>73)</sup>、そうなれば、判例が法であることは寧ろ当然であろう。罪刑法定主義からして刑事判例に法源性はないとする説<sup>74)</sup>も、同様に疑問である。そして、停滞する下級審の判例状況は、この「事実上の拘束力」という定式の中で生じたものなのではないかとの疑いも禁じ得ない<sup>75)</sup>。仮に、最高裁がするであろう判断を行うことが、下級審裁判官の「職務上の義務」となっていれば、「この拘束は間接的には法的根拠を有する」<sup>76)</sup>のではないか。また、逆に、いくつかの下級審判決は、最高裁判例から自由な対応の仕方をしてきたきらいがあり、判例に法的拘束力はないとして、それとの関係を全くと言ってよいほど判文上明確にしない対応の仕方が果たして妥当なのかも疑問である<sup>77)</sup>。このような現状が非立憲的であるとすれば、新

たな法創造を阻害するキャラクタ裁判官制度<sup>78)</sup> 自体を問題視せねばならないが、制度の不当を超えて違憲とまで断じられるかは微妙なところである。個々の裁判官の全く自由な法解釈という意味での裁判官の独立が、憲法が要請しているであろう、異なる判決を受ける当事者間の公平性、法的安定性などに優先されるとするのはやはり疑問ではないか。国民（人民）主権を強調しつつ、最も民主的統制から遠隔な下級審裁判官に自由な法創造を推進するのは矛盾である。第一、先例に準拠すべきとする考え方<sup>79)</sup>、そして、判例の「変更」を論じること自体、判例に何らかの意味での法的性格を承認している証左である<sup>80)</sup>。日本には先例の法的拘束力ないとする見解は、イギリス<sup>81)</sup>で、コーケーが、コモンローは法を宣言するもの、「ただの古い証拠」などとしていた<sup>82)</sup>段階から転じ、プラックストーン流の、裁判官は法の口という觀念故<sup>83)</sup>、19世紀に判例変更のできる例外が否定され<sup>84)</sup>、上訴が当事者間の具体的争いを解決するものとされ、上訴裁判の法創造的機能を後景に退かせ、貴族院における法律専門家による事件処理能力の向上の要請が高まる<sup>85)</sup>と、先例は強度の拘束力を有するに至り、1898年の貴族院において判例変更是絶対に許されないことが確立した<sup>86)</sup>のがそれである、との認識が強いようと思われる。判例拘束の原則は古くはローマ法にまで遡るうが、近代イギリス法の中で、「個人の自由・権利の平等かつ確実な保護という思想を基底にかつ裁判の法創造性の認識を媒介とする裁判のコントロールの必要性が自覚され」て成熟したものであった<sup>87)</sup>。しかし、議会が法律を変更できないのに匹敵する<sup>88)</sup>このルールは、イギリスでも同時ににおいて控訴院には当てはまるものでもなく<sup>89)</sup>、当時から貴族院では「重要な事実」を狭く解して先例を回避することが行われており<sup>90)</sup>、優れたものは考えられず、寧ろ議論の対象であった<sup>91)</sup>。そして、貴族院の1906年7月26日の少數意見付かない判断<sup>92)</sup>を境に、遂に貴族院でもそうではなくった。同判断は、あくまでも貴族院の判例について、「先例の遵守が厳格にすぎるとときは、個々の事件において正義に反する結果を生ずることもあり、さらに法の適正な発展に対し不当な制約が加えられることもあることも、

認められる」として、その絶対性を排除したものである。時代遅れと考えられる、判例に厳格に拘束されるべしとの姿勢を排除した<sup>93)</sup>。また、制定法を無視したと考えられる判決や、上位・同位裁判所の他の判決と矛盾する判決、より先例についての誤解に基づき置いている判決などには権威が不足することが指摘されている<sup>94)</sup>。僅差で結論が示された判例も同様のようである<sup>95)</sup>。しかし、勿論、この判断は、判例に法的拘束力がなくなったことを宣言しているものではなく、判例の変更によって「契約、財産権の確定、財政上の措置などをする際の基礎となつたものを、遡って乱すおそれがあること、および刑事法の面では特に〔法的〕安定の必要性が高いことに、留意するものである」との注意が付いている。このような修正がなされたのは、先例拘束主義の機能が、法的「安定性」と予見可能性、信頼性、平等性と遭遇の統一性、司法的な便宜と効率性、経験の活用、裁判官の恣意性に対する抑制、といった要素」に基づき、これらが「およそすべての立憲民主主義国の法体系に妥当し必要とされるもの」<sup>96)</sup>であるから、そもそもその硬直的な適用は目的に反する故であろう。但し、当時、イギリスにおいて最高裁の役割を担っていた貴族院のこの方向転換により、下級審がこれに倣うことは当然予想され、イギリスの先例拘束性の原理はこれにより大変革されたと評された<sup>97)</sup>。判例が後の裁判所を無用に厳しく拘束せず、自己抑制するところが寧ろ裁判所の力でもある<sup>98)</sup>。アメリカやコモンウェルス諸国も今日、厳格な先例拘束性の原理を採用していない<sup>99)</sup>。確かに、厳密な制定法主義に立てば、判例は事実上の権威を有するに過ぎず、その權威は著しく低くなろう<sup>100)</sup>。だが、絵に描いたような制定法国、判例法國は最早存在しない<sup>101)</sup>。英米法でも、先例拘束性の原理は実定法上の根拠を持たないのである<sup>102)</sup>。アメリカでも成文法規が第一次的法源であり、判例法は第二次的法源である<sup>103)</sup>。いわゆる英米法の大陸法國<sup>104)</sup>との違いは、法の基幹部分がほぼ全面的に成文法によって規定されているか、多くが判例法に任されているか、即ち、新たな問題に直面したときに法律家がその推論の基礎として第一次的に用いるのが成文法か判例法かというに過ぎなくなっているのである<sup>105)</sup>。

### (3) 法的拘束力説

このような通説批判を経て、また、公平又は平等の要請<sup>106)</sup>から、あるいは加えて適正手続の要請<sup>107)</sup>から、判例の拘束力を認める学説が現在では多い<sup>108)</sup>。日本国憲法上の先例拘束性の根柢に関して、佐藤幸治は、「何よりも憲法14条の法の下の平等原則（その法適用上の平等の側面）の要請するとこどといえるが（ここでの平等は過去と現在との平等、つまり時間における平等であるが、空間における平等の要請との関連で生ずる判例変更については後述する）、憲法32条の裁判を受ける権利（ここでの裁判は当然に公正な裁判が肯定されていることとするべきである）および憲法が当然前提とする（憲法32条がそれにに関する規定かどうかはここでは問わない）罪刑法定主義の大原則からも同様の要請が帰結されるべきである」<sup>109)</sup>と述べている。法の支配のためにも必要である<sup>110)</sup>。そして、判例の法的性格を否定した田藤重光も、「判例が法的安定性に寄与すること」ことは認めており、「具体的な事案に即して裁判所が下す判断の集積によって、はじめて犯罪型の具体的内容が形成されて行く」ところから、「判例にかような意味における形成的機能をみとめることは、「[「罪刑法定主義の要請するとこどだとさえいべき」]だとしつかのような意味と限度において、刑法の領域においても、判例の法源性を主張したいとおもう」とまで述べるのである<sup>111)</sup>。先例が全く尊重されないとすれば、それは法ではない<sup>112)</sup>のだが、逆に、先例に何らかの意味で拘束性、規範を認めるときには、何らかの意味で法なのであり、先例をおよそ守る必要がないといふことは、「司法」の判断として適切ではない。先例が予測可能性を与えず、罪刑法定主義にも寄与しないとは信じ難いものである<sup>113)</sup>。

結局、「最上級審の判例の下級審に対する拘束力は、」日本で「質的にちがつたものとしてうけとられているわけではない」<sup>114)</sup>ようである。多くの学説において、「法的拘束力」と「事実上の拘束力」の「質的な違い」も認め難い<sup>115)</sup>。であれば、あとほどちらかが理論的に妥当かの問題である。法的拘束説も判例に制定法と同様の効力があるとは述べていない。仮に、判例が制定法と同様に法改正は立法府が行うべきであり、そもそもそのようなものを裁判

所は創設できない。他面、法が解釈されて初めて意味を有する以上、裁判所の拘束権は法そのものである。判例が法であり、拘束力があるとなれば、立法と判例は程度の差でしかない。<sup>116)</sup> 判例の変更が認められることは、法律も改正されなければならない、判例の法源性を否定する根拠にはならない<sup>117)</sup>。よって、法的拘束力を前提に、判例の法形成作用をいかに運用すれば、その適正を期しうるかが論じられるべきである<sup>118)</sup>。要は、「判例法は制定法と同じ意味の法ではない。しかし、判例もまた法であることを直視することによって、その法の内容は何か（レイシオ・デシデンティ）を検討する出発点とすべき<sup>119)</sup>」だつたのである。

## 2 判例変更に関する理論

### (1) 判例の変更可能性

判例に何らかの意味で拘束力があるとすれば、では、判例は変更し得るか<sup>120)</sup>。まず、進歩的な判例変更是許容されるが、その逆は許されないという主張は、恣意的に過ぎて受け容れ難い<sup>121)</sup>。次に、判例に法的拘束力を認めない一部の説からは、判例変更が認められると、何が判例かがしばしば不明確となり、判例が法の準則を設けたとは言えず、権力分立原理に反するなどの反論が予想できる<sup>122)</sup>が、裁判所が法創造を行うことは否定できない<sup>123)</sup>。法が解釈によつてしか意味を有さない以上、有権解釈をもつて当座の法とせざるを得ず、法は権限ある機関によって適切に変更できるものである。

当然、判例変更是適切な理由が必要である<sup>124)</sup>。法律の改正に審議と民主的多数決が必要であるように、司法的判断の変更是、司法に相応しい十分の理由の提示が必要である。声部信喜は、時の経過により事情が変更した、経験の教えに照らして調節が必要となった、先例の誤りが極めて明確となたなどの理由を挙げる<sup>125)</sup>。佐藤幸治は、前の判決が間違つており、判例変更是、正義の諸目的からその変更が要求されることがほぼ合理的な疑いを超えて納得できる場合に限るべきだとする<sup>126)</sup>。専属殺人罪と専属傷害致死罪を違憲とした

第一審判決<sup>127)</sup>は先例との関係をおよそ説がなかつたが、下級審が最高裁判例と異なる判断をなしたこと自体ではなく、理由が不十分であることが問題なのである<sup>128)</sup>。下級審が疑問ある最高裁判決に従わないとき、それが上告審で單純に破棄される危険が大きい<sup>129)</sup>こともあり、そうである。学説に加え、下級審や最高裁判少數意見が判例の批判を行う場合もあるが、判例変更を行うときは、判例を信じて行為した当事者の信頼もある以上、慎重でなければなるまい<sup>130)</sup>。判例への批判が十分に強まり、そちらの方が説得的であるときの変更是十分な理由を示して行うことができる<sup>131)</sup>が、これらがなお有力とは言えないときは、はつきりした判例変更是避けねばならない。判例は絶対ではないが、判例と異なる判断を行うときは、從来からのルールへの「合理的な期待」及び「正当な信頼」が判例変更によって打ち破られないかを考察した<sup>132)</sup>後、その十分な根拠を示す必要があり、「自己の判断正しいと思えば遠慮なく判断することも可能」<sup>133)</sup>とまで述べることは躊躇すべきであるようと思われる。

特に憲法判例について、憲法の拘束と判例の拘束を受け変更が難しいが故に、裁判所がその判断を優先させるのが妥当な場合を問題別に考察すべき<sup>134)</sup>であり、裁判所は過去の憲法判断が誤りであることを示さなければ判例変更ができない<sup>135)</sup>、などとよく言われる。アメリカでも、Burnet v. Colorado Oil & Gas Co. 判決<sup>136)</sup>のプランダイス判事反対意見以来、そうである<sup>137)</sup>。伊藤正己は、財産権分野の先例の重さと異なり<sup>138)</sup>、「憲法判例の拘束力は一般の判例のそれよりも弱く、裁判所の慣行として、判例変更が容易であると考えてもよい」とする<sup>139)</sup>。佐藤幸治も、通常判例は準則（rules）に關わるが憲法判例は理論（doctrines）に關わり、先例のほか、「何が政治的に適正であり、何が社会経済的実態と考えるべきかであるか、歴史からどのようないくみとなるべきかといった諸点（立法事実）を考慮せざるをえない」点<sup>140)</sup>、憲法判例が憲法自身ならば、政治部門もそれに反する措置は憲法改正以外にない点<sup>141)</sup>で一般の場合と異なると述べている。

だが、憲法判例の特性を第一次的理由にせず、時代の変化に応じた社会の要

請に裁判所が憲法上の諸価値をどこまで即応させるべき実質的理由によって決まりうる<sup>142</sup>。憲法判例をさらに区分し、財産権や契約上の事件では、先例への信頼が発生するので拘束力が相対的に強いとするなどの言明に、十分な根拠があるのか、疑問である<sup>143</sup>。裁判所による判例は制定法とは異なる意味での法であり、しかしそれは裁判官立法を認めることではなく、その変更には合理的な理由が必要であることなどが憲法の要請である<sup>144</sup>ということであり、この点は、憲法判例でも変わらないであろう。加えて、人権侵害的な判例変更が容易にななされることがある<sup>145</sup>。法的安定性への要求が、憲法判例については低いといふこともあり得ない<sup>146</sup>。ただ違うのは、立法府が判例に疑義があるとき、法律レベルの判例については新たな立法で対応できるが、憲法判例ならば憲法改正の発議が必要であることである。それを直視することにより、法的判断が恣意に流れないという課題に取り組むべきであろう<sup>147</sup>。

## (2) 判例の默示的変更

ところで、判例変更には、明示的変更もあれば、判決文はこれを明言していないが内容、実態共に変更であるといふ默示(実質)的変更と言えるものもあり<sup>148</sup>、近時多くなっている<sup>149</sup>。当該事案は先例の事案と区別されるとする、区別(distinction)の手法<sup>150</sup>が英米法ではしばしば用いられてきた。裁判官は、先例が存在する際、明示的な変更、区別、踏襲の何れかを行う<sup>151</sup>中で、下級審がこれによってかなりの創造性を發揮してきたものである<sup>152</sup>。度重なる明示的な判例変更是最高裁に対する国民の信頼を傷付けるかもしれない<sup>153</sup>。日本も含め、最高裁の判例が変化する兆しがあるとき、下級審が採るべき姿勢とも言えない<sup>154</sup>。1966年までのイギリスのような先例の絶対的拘束力が崩れれば先例の主要部分(ratio decidendi)を狭く読む必要はなくなり、この手法は衰退するのではないかとの予測も存在した<sup>155</sup>。しかし、判例は、何れの理解においても拘束力を有するとなれば、論理的には拘束される先例から逃れるべく、極めて通常のテクニックである「類推」を用い、事実関係を照合して別

の判例を類推して当該事案に適用して判断を下す<sup>156</sup>ことは当然に継続しよう。また、主要部分が何であるかが解釈の産物であるとすれば、そもそも判例変更と区別との区別は困難であり<sup>157</sup>、区別の手法に留まるものでもない。一見動かなかつた判決・決定でも、補足意見と反対意見があれば、これをきっかけに判例が動いていくことが予想できる<sup>158</sup>。そして、それによつて従觀的には法的安定性は崩れつつも、巨視的には継続していくこと<sup>159</sup>。

日本では、はつきりと判例変更の宣言なく、なし崩し的判例変更がしばしば行わかれている。住居侵入罪について、大審院判例は保護法益を住居権の侵害であるとし、住居権者(基本的には夫)の承諾がなければ成立するとしていた<sup>160</sup>が、最高裁は「居住者又は看守者が法律上正当の権限を以て看守するか否かは犯罪の成立を左右するものではない」<sup>161</sup>と判示して、住居権を保護法益とする考え方の破綻を暗示した後、「保護すべき法律上の利益は、住居等の事実上の平穡である」<sup>162</sup>とするに至り、事実上、判例を変更してしまった<sup>163</sup>。

蓮華寺事件最高裁判決<sup>164</sup>では、宗教団体内部の内部紛争であり、実質的に住職の地位の存在・不存在を争うもの故、先例として引くべきは、宗教上の教義の解釈に関する限りは裁判所が審判権を有するとする慈照寺事件判決<sup>165</sup>などであった。しかし、実際には種徳寺事件判決<sup>166</sup>のほか、事案として距離のある板まんだら事件判決<sup>167</sup>が引用され、法律上の争訟ではないする実質的判例変更がなされた。この流れは日蓮正宗管長事件判決<sup>168</sup>に引き継がれ、同判決も本門寺事件最高裁判決<sup>169</sup>を引用し、これを固めたのである。堀越事件最高裁判決<sup>170</sup>では、猿払事件<sup>171</sup>の事例と区別を行い、同じ日の宇治橋判決<sup>172</sup>とも区別して被告人を無罪としたのだが、少なくとも非管理職の現業公務員の政治活動については、何よりも冷感が終結し、官公労組も弱体化したという時代の変化があり<sup>173</sup>、事案も組織的活動とは言えなかつた。判決は、実質的に先例である猿払判決を判例変更したものであり、明示的判例変更が望ましいとも思えるところ、黙示的判例変更に留めた例と言えよう。日本でこのような默示的判例変更が行われるのは、日本の法律学が一般に判

例法準則を厳密に検討しないところにもよるとの分析<sup>174)</sup>がある。全農林警裁最高裁判決<sup>175)</sup>が、都教組事件最高裁判決<sup>176)</sup>などの二重の統り論を変更したとの論評が多いが、この理論は関与裁判官の多数を占める意見ではなく、判例準則でもないにも拘らず、判例も学説もこれを判例変更と捉えたことに現れている<sup>177)</sup>。この意味で、判例変更是判例の法準則の変更と理解すべきであるし、後の裁判所が何を「先例」と読むかはまさに法解釈の問題であることは逃れられず、こういった例は今後も留めることはできないであろう。

### （3）憲法判例変更の「効力」

なお、特に憲法判例が変更されたとき、その効力については学説の対立がある<sup>178)</sup>。一般的効力説は、法令違憲判決は憲法81条により対世効を有し、98条などからして、これに反する法令等は当然に無効になるとし、そのことにより、個別的効力説の弊害である法的安定性の欠如という難点も除去できるとする<sup>179)</sup>。そうでなければ、不平等な結果も招くとする<sup>180)</sup>。判例変更の効果は廻り、現に、変更前の事実を内容とする他の事件でも新判例によって裁判がなされていると指摘する<sup>181)</sup>。しかし、憲法41条の国会の「最高機関」性や「唯一の立法機関」性と矛盾すること、権力分立原理に反するほか、この説の下で、法令がいつから無効となるのかについて意見が分かれており、それによって、例えば租税法規が無効とされたときに非常に混乱してしまう恐れがある<sup>182)</sup>。

個別的効力説はこの点、最高裁はどこまでも「司法裁判所」であるので、その違憲判決と雖も個別的効力しか有せず、これにより特に立法律の権限を害しないとする。だが、判決が当事者を拘束するのは当然であって、憲法81条や98条の規定は、それを超えて一般的効力を認めた趣旨なのでないか、などの反論を浴びている<sup>183)</sup>。しかし、これらの条項は最終的有権解釈者が司法権であることを示したものであり、このことから最高裁判決が一般的効力を有するとするのは論理の飛躍がある<sup>184)</sup>。一般的効力説は、共通して、違憲判決には憲法裁判所的な対世効を認めるものである<sup>185)</sup>が、日本の最高裁は憲法裁

判所ではない

法最高裁判決<sup>175)</sup>が、都教組事件最高裁判決<sup>176)</sup>などの二重の統り論を変更したとの論評が多いが、この理論は関与裁判官の多数を占める意見ではなく、判例準則でもないにも拘らず、判例も学説もこれを判例変更と捉えたことに現れている<sup>177)</sup>。この意味で、判例変更是判例の法準則の変更と理解すべきであるし、後の裁判所が何を「先例」と読むかはまさに法解釈の問題であることは逃れられず、こういった例は今後も留めることはできないであろう。

### （3）違憲判決の「効力」

なお、特に憲法判決が違憲判決だからといって特別な事情もなかろう。違憲判決に、違憲となつた法令を法令集から除去する効果がないという意味では、日本における裁判所の判決・決定は個別的効力しかない<sup>182)</sup>。特に、下級審でも法令違憲の確定判決があり得ることを考えると、そうである。

司法の作用が、当該事件の法的な終局的解決であるとすれば、判決が一般的効力を持って当該事件以外の判決に影響を及ぼしたり、既に決着した判決に対しで後の判決が直接修正を施したりすることは許されない。判決が一般的効力を有し、消極的立法となることは、日本国憲法の基本構造を掘り崩そう<sup>183)</sup>。そもそもこれが一般的効力を有するのだとすれば、これまでの先例拘束性の議論は必要ない。議論の存在に、一般的効力拒否の通奏低音を聞き取れる。

だが、そうだとしても、特に最高裁による法令違憲判決が単なる個別的効力しか有さないとすることに違和感があるのが自然である。憲法81条が「決定する権限」と謳うのは、単なる既判力を超えるものであるというのも尤もであり、それを超えて、最高裁による違憲判決については、国会がそれを見直す義務を負っていると解せる<sup>184)</sup>。これは、判決 자체は当該事案の解決のためのものであるから、遡及効も将来効も有さないが、そのような判例が拘束力を有し、前後の判決に対し、これと矛盾なき解決を求めるべく、法的拘束力があるからにはならない<sup>185)</sup>。個別的効力説の下でも、当該判例の先例拘束性を認めればその効果は相当に緩和される<sup>186)</sup>。そして、同説の多くは、公務員には

判例の拘束力

判所ではなく、判決の効力は当該事案に留まるべきである<sup>187)</sup>。他の説として、宮沢後義は法律に委ねたとする<sup>188)</sup>が、憲法自身がこの点を定めないことはあり得ず、下位法が上位法の中身を規定する結果に陥り、妥当ではない<sup>189)</sup>。事件を解決することが司法権の目的であり、かつ消極的立法作用となつてはならない以上、よほど憲法判例には特に一般的効力を認めねばならない根拠が示されない限り、判決が個別的効力のみを有するのが原則であろう<sup>190)</sup>。それは、付隨的違憲審査制度の必然ではないとの指摘<sup>191)</sup>程度では留るぐものではない。

「違憲判決の効力」という論点が設定されたが、「司法権」の判断が個別的効力であるのであれば、最高裁の憲法判断だからといって特別な事情もなかろう。違憲判決に、違憲となつた法令を法令集から除去する効果がないという意味では、日本における裁判所の判決・決定は個別的効力しかない<sup>192)</sup>。特に、下級審でも法令違憲の確定判決があり得ることを考えると、そうである。

司法の作用が、当該事件の法的な終局的解決であるとすれば、判決が一般的効力を有し、消極的立法となることは、日本国憲法の基本構造を掘り崩そう<sup>193)</sup>。そもそもこれが一般的効力を有するのだとすれば、これまでの先例拘束性の議論は必要ない。議論の存在に、一般的効力拒否の通奏低音を聞き取れる。

だが、そうだとしても、特に最高裁による法令違憲判決が単なる個別的効力しか有さないとすることに違和感があるのが自然である。憲法81条が「決定する権限」と謳うのは、単なる既判力を超えるものであるというのも尤もであり、それを超えて、最高裁による違憲判決については、国会がそれを見直す義務を負っていると解せる<sup>194)</sup>。これは、判決 자체は当該事案の解決のためのものであるから、遡及効も将来効も有さないが、そのような判例が拘束力を有し、前後の判決に対し、これと矛盾なき解決を求めるべく、法的拘束力があるからにはならない<sup>195)</sup>。個別的効力説の下でも、当該判例の先例拘束性を認めればその効果は相当に緩和される<sup>196)</sup>。そして、同説の多くは、公務員には

当該判決に従い、法令を改廃し、これを尊重する政治的・道徳的又は法的な義務があり<sup>197)</sup>、政治部門は違憲判決を尊重して、当該法令を廃止し、廢止するまではその執行を自制すべきといいういわゆる礼讃期待説<sup>198)</sup>を探っている。専属懲罰規定違憲判決<sup>199)</sup>、棄事法違憲判決<sup>200)</sup>とともに実務の措置は、個別の効力説を前提にしていた<sup>201)</sup>。しかし、何れの判例とも、同種の事件が生じたとき、同様の判断がなされるべく対応しようとしたと言えよう。

逆に、多くの一般的効力説も「事実上は、個別的効力説への接近をみとめる<sup>202)</sup>。それどころか、多くの国で憲法の明文、憲法の解釈、法律などにより様々なバリエーションがあり、個別の効力か一般的効力の理念型を結論とはしていない<sup>203)</sup>。両説の帰結は理論的な対立ほどには鋭くなく、相対的である<sup>204)</sup>。判例の効力説が判例変更の可能性を左右するとの理解は、論理の飛躍がある<sup>205)</sup>。ならば、原則に則り、個別の効力説を探るべきである<sup>206)</sup>。

専属懲罰規定違憲判決後の立法府は、最高裁の法令違憲判決ですらたかだか純粋な個別の効力しか有しないとしても言いたげに、法改正を怠った。しかし、これを違憲的・非立憲的対応だとする非難が一般的であったことは、最高裁の法令違憲判決による判例変更が単なる個別的効力ではないといふことが一般的認識であることを示していた。内閣は個別恩赦で、検察は訴因変更で対応したことでもまた、判例変更是個別の効力ではあるが、それ以上の法的効果を有することを裏打ちしている。もしも放置されれば、再審請求などの形で憲法上許容範囲に戻す動きが生じたようになるに推察できる。

この点、国権の最高機関が自らの信ずる憲法解釈に従って行為するが、裁判所により違憲の判断を下さればこれに従うべきだとして、裁判所に対する拘束力と、政治部門に対する拘束力に微妙な違いがあるとする見解<sup>207)</sup>もある。また、「憲法判例に関する限り、「その意味からいえば、先例拘束原則は政策の原則であり、機械的な公式ではないということができる」<sup>208)</sup>とも言われる。内閣が、合憲となる判例変更があり得ると考えた「医死状態」にある法令を再び適用することは可能であり、もしも、判例変更がなされれば、当該法令は全

面的に適用されると言うのである<sup>209)</sup>。しかし、判例拘束力のために同じ事案には同じ結論が要求され、結果、後の裁判所は先の法令違憲判決から逃れられず、国会は法的安定性を保つために法改正の義務が生じ、裁判所法もこれを円滑に行うため、裁判書を国会に送ることを定めている。最高裁の法令違憲の判断に一般的に従うのは、普く国家機関の憲法尊重擁護義務の帰結である。

### 3 判例変更の裁判例参考

では判例変更是どの程度あり、実際にはどのようなものなのか、最高裁での判例変更事案を軸に整理したい<sup>210)</sup>。先例を安易に拡大したり、先例の射程の捉え方に不統一があつたり、先例として引用されたりされなかつたりであり<sup>211)</sup>と、先例拘束性がルールではありながら、事後の解釈という性質上、「変更」という語の曖昧さは捨象できないが、明示的変更是、西野喜一の調べによれば、1992年まで民事17件、刑事20件、默示（実質）的変更是と思われるものは民事5件、刑事6件とされ<sup>212)</sup>、憲法判例は計8件<sup>213)</sup>であるので、やはり少なめである。明示的変更の方が多いというのも興味深い。判例変更是、西野の調査した48件では、1967年から1976の間に22件が集中しており、その後は激減した<sup>214)</sup>。ただ、近年は復活の印象もある。（基本的に先例に従つた）下級審判断を破棄したものが22件、棄却したものが15件で、当事者の主張がないのに取り上げた職権型は5件に留まる<sup>215)</sup>から、直前まで高義は先例に実際拘束されていたと言えるし、明示的変更が37件のうち変更が全員一致でなされた事案が26件で、1票差は2件に留まる<sup>216)</sup>ところから、最高裁には判例変更是圧倒的多数によつてなすべきとの意識があるよう感じられる。

ただ、終戦直後の事案について9名の裁判官が立場を変更したために判例変更に至つた例<sup>217)</sup>もあるが、それ以外は、裁判官の交代なくして判例変更がないう事案である<sup>218)</sup>。約束手形請求事件<sup>219)</sup>でのように、複数の裁判官が旧判例<sup>220)</sup>から意見変更<sup>221)</sup>していくても、裁判官の交代が判例変更の主要因となつている。

これは、内閣がある判例を潰すために戦略的に裁判官を交代させることを想起させます。<sup>222)</sup>が、殆どは、「時代の変遷が現在の裁判官をして先例を受け入れ難いと思わしめ」<sup>223)</sup>たものと考えるべきように思われる。

これらの分類指標の中でも、重要なのは、当事者にとって利益変更なのか不利益変更なのか、であろう。判例が法であるならば、それが制定法によるものではないが、行為後に判例変更がなされることは言わば事後法の適用である。利益変更なら問題ないが、不利益変更是不意打ちであり、不公平であり、不適正であるとの印象は拭えない。以下、これに従い、判例変更を整理する。

### （1）利益変更

一般に、刑事案件や行政事件で、それまでの判例を人権配慮的に変更すれば、当事者にとっては利益変更になる。最高裁が数少ない法令違憲判決を下したと論評されるような判決は、往々にしてこういった事業である。

いわゆる尊属級重罰規定違憲判決は、同規定を合憲とした先例<sup>224)</sup>を否定した、最高裁大法廷での違憲判断の最初の例として人口に膾炙しており、またその典型と言つてよい。刑すらも免除した、この第一審判決なども、具体的事實を見てそれを求めた例と言える。国籍法違憲判決<sup>225)</sup>も、母が外国人で生後認知の非嫡出子に日本国籍を付与する判例変更であるから、この判断を意の沿わないとする訴外第三者があつたとしても、当事者にとっては利益変更である。全過東京中郵事件判決<sup>226)</sup>、再審決定に関するいわゆる巣鴨王事件第5次再審決定<sup>227)</sup>なども、被告人や再審請求者（元被告人）に有利な判例変更である。

棄事法違憲判決は、確かに県条例の定める距離制限が違憲となることで既得権が希薄になる薬局の経営者等の利益は脅やかすが、事業としては、憲法上の人权を不适当に制限されていた国民の権利を回復するものである。郵便法違憲判決<sup>228)</sup>もそうであろう。多分に、浜松の土地区画整理事業計画決定取消請求事件最高裁判決<sup>229)</sup>も、整理事業の施行地区内に土地を所有する者に有利な判例変更をした行政法判例と解されよう。

### 判例の拘束力

このほか、前述の堀越事件最高裁判決は、豪沢事件と事業の区別（distinction）を行うことで默示的判例変更を行い、救済を図ったものと言える。法令違憲判決以前に、亡夫の両親の殺人未遂の事例に尊属級重罰規定を適用しなかった判決<sup>230)</sup>も、このようなものと考えられる。下級審の事業ではあるが、東京都公安条例違反につき一部無罪とした日韓条約反対デモ事件第一審判決<sup>231)</sup>は、控訴審で覆された<sup>232)</sup>が、これを意欲した例と言えよう。

以上のような、相手側が国や公团体で、原告や被告人である国民等に有利な判例変更については、専らその新しい法解釈・結論の適切さが問われるのみで、新たな憲法問題は生じないものと思われる。罪刑法定主義の見地からしても、刑事判例における被告有利の変更是当然に許される<sup>233)</sup>。それどころか、刑事案件では同一事件の再審も、真実発見のため、広く認められるべきである<sup>234)</sup>。なお、刑事判例の利益変更是、遍及効自体ではないとしても、過去の同種事件との公平という観点も重要である。アメリカでは、人身保護令状による釈放を求めるところである<sup>235)</sup>が、日本ではこのような方法は一般化しておらず、尊属級重罰規定違憲判決に際しても、その後の処理に禍根を残した。判決を個別的効力と捉えた上で、内閣による個別恩赦での対応等に留まつたが、最高裁が違憲とするものを内閣が「誠実に執行」（憲法73条1号）するのは「最大のアイロニー」であるから、法令違憲判決の場合、行政機關は当該法律を一般的に執行できない状態に置かれると解すべきである<sup>236)</sup>。加えて、最高裁による適用違憲の場合でも、当該事業とおよそ同様の事業に同様の適用を行うことはできない状態となつたと解すべきであろう<sup>237)</sup>。

### （2）不利益変更

これに対して、逆に、刑事案件の被告人や通常の行政事件での原告等が、判例変更によって刑罰が重くなったり処分されたりすることになることがあるが、假に新たな判例の内容が正しいものであるとしても、当事者にとつては不意打ちである。判決・決定は個別の効力であると雖も、公平性や適正手続

の見地から、それだけで押し通すことには憲法上も疑義が生じよう<sup>233)</sup>。

金司法仙台事件最高裁判決<sup>234)</sup>を変更した全農林警職法最高裁判決は、これに該当する。実際、全司法仙台事件判決の「二重の絞り」論からすれば、被告は有罪とならなかったように思われる。同様のことは、岩手県教組事件第二次上告審判決<sup>235)</sup>でも生じており、一審判決<sup>236)</sup>も二審判決<sup>237)</sup>も、「二重の絞り」論を採用していた都教組事件最高裁判決に反しない判断したとしていたが、最高裁はこれと異なる判断を行った。本判決が批判されているのは、単なる不利益変更だからではなく、それが「短期間での変更」であり、従来の判例の「信頼を裏切る変更」であって、同じ事案に異なる判断を示す「不平等な変更」であり、かつ「不必要的変更」である点にある<sup>238)</sup>ようである。

このほか、悪徳の栄え事件<sup>239)</sup>で、一審が法律判断で無罪を言い渡したとき、控訴審は、改めて事実の取調をすることなく、自ら有罪の判断を下せると判示して先例<sup>240)</sup>を変更したことも、被告に不利な判例変更であると言える。以上の事案は何れも刑事裁判でもあり、不利益が刑罰であつて一方的不利益変更であり、一種の廻及処罰、罪刑法定主義違反ではないかとの疑いも生じる。多くの場合は、判例変更が「不当な場合」と論評され、「被該変更判例の推論と分析に適正な考慮を払わないとき」、「判例の継続性に固有の価値に適正な配慮を示さず、とりわけ国民の権利・自由に多大の悪影響を及ぼすとき」、もしくは「判例変更が裁判所の構成員の変動にのみ由来するとき」の何れかに分類されて論評されている<sup>241)</sup>ようと思われる。「最高裁」が「当事者に」「不都合を及ぼすことのないよう原則的には配慮している」かどうかは不明であるが、但し、このような事案は、上述のように、極めて少ない<sup>242)</sup>。

### (3) 一方当事者に利益的だが他方に不利益的な変更

しかし、裁判は両当事者が存在するのであり、以上のような、一方が国や公共団体である事例は全体的には寧ろ稀である<sup>243)</sup>。それ以外の争いでは、裁判はゼロ・サム・ゲームとなり、特に、民事事件では、一方当事者の権利の拡大は、特異な例となると言えよう。訴訟手続的な捻れであるとも言えよう。

他方の権利の縮減になり得る<sup>244)</sup>ので、一般に不利益的判例変更是許されないとの硬直的主張はある。これについては、一部につき憲法29条3項の損失補償という考え方もあるが、「公共のため」の拡大解釈に過ぎるほか、「損失」があつたのは多額の費用をかけ、苦労して勝訴判決を得た側にあるのであって、判例変更で敗訴した側の不利益を過剰に考えており、疑問である<sup>245)</sup>。

典型例としては、利息制限法に関する、下級審が原本充當説を探ったのを最高裁が覆した1962年の先例<sup>246)</sup>が、2年後に原本充當説に変更された例<sup>247)</sup>がある<sup>248)</sup>。内容は兎も角、単純多数決によって判例を変更したため、法的安定性の面での弊害が指摘されている<sup>249)</sup>。財産権に関する憲法判例である森林法違憲判決<sup>250)</sup>も、先例に従えば共有林の分割を阻止できることを考えていた当事者にとっては不利益変更であるが、勝訴した原告にとっては逆である。非嫡出子相続分差別違憲判決<sup>251)</sup>は、勿論、非嫡出子差別を解消し、その憲法上の権利を保障したのだが、嫡出子側からすれば、予定していた法定相続分を相続できなかつたのであるから、妥当か否かは別として、不利益変更である。

民事事件の場合、廻及すれば、利益を得ていた側の当事者にとっては不利益変更になり、不都合が生じ易い。非嫡出子相続分差別違憲判決が廻及効を制限する言明をなしたものも、相続という誰にも起こりうる事象での混乱を回避するための政策的配慮に説める。中野次雄も、判例変更の効果は廻及するところも、「これを是正する制度が存在しない」と、「確定裁判で決定された法状態はもはや動かさないほうが法秩序の平和のために望ましい」という法的安定の考慮<sup>252)</sup>から、「そのままにしておくほかはない」と結論付けている<sup>253)</sup>。

ところで、一連の議員定数不均衡判決<sup>254)</sup>では事情判決などとなり、現時点では選挙の全部又は一部が無効とされた例はなく、あつたとしても、不利益を被るのは当該選挙区民だが、違憲判断の趣旨を貫徹すれば、結局、当該選挙区割りにより人口比以上の代表を選出していない、出廷もしない選挙区の住民に利益を与える、過剰な代表を選出している選挙区民の不利益となる変更を求める特異な例となると言えよう。訴訟手続的な捻れであるとも言えよう。

この点で、住民訴訟による政教分離原則に関する違憲判決は更に評価が難しい。形式論とすれば、判決がどうなるかと、個別の「利益」を得る当事者はいない。しかし、この種の訴訟の本質は裁判所の違憲宣言を得られるかどうかにあると解すれば、そして、もし合憲的運用がそれまでの慣例であるとすれば、出訴した住民と自治体は利益相反の関係にあると言えよう。愛媛県甲子訴訟最高裁判決<sup>269</sup>、空知大訴訟最高裁判決<sup>270</sup>は、そういう例である。

以上のように考えると、判例変更がときに憲法上も許容されるかどうかが議論されるべきなのは、主として刑事案件で、当事者に突然の不利益な変更を及ぼす稀有な事案に絞られよう。不利益も重大である。これが不適切の判例変更論であり、以下、これに焦点を絞り、節を改めて論ずることとしたい。

#### 4 不適切的判例変更について

突然にして予想外の判例変更により、先例に依拠していた当事者が思われない利益を被る場合、その「信頼」の保護は考えねばならず<sup>271</sup>。特に刑罰法規の拡張的解釈による場合、法的問題がないとは言えまい<sup>272</sup>。しかし、そのためにはそのような刑事判例変更是一切認めないという考えは、誤った判決を繰り返すことができないことになるため、探ることを躊躇する<sup>273</sup>。これに連関して、当該事件には先例の準則を適用しつつ、立法府が一定時までに立法的措置を行わなければ、新たな準則に従って処理することを明らかにする将来判決の手法も提唱された<sup>274</sup>。しかし、判決時点で誤っていると信じる先例を尊重すること、将来発生する事案を先回りして判断することが、現実の紛争を解決することを本務とする司法権の作用として適切か、疑問が残る。

そこで、被告に不利益な判例変更に限っては、罪刑法定主義に反する<sup>275</sup>などとして裁判官の法創造性を制限し、「先例に依拠して行動した者を不当に害するおそれ」があるとき、「場合によっては、法的安定性的見地から判例の変

更を差し控えるべき」だ<sup>276</sup>として、新判例の法準則を過去の事例に適応しないとする、不適切的変更という手法を採用すべしとする議論が生じた。特に、当該事件にも適用しないことは純粹不適及と呼ばれ、旧判例に依拠した者の保護、平等の観点からは、これに論理的一貫性を認める指摘がある<sup>277</sup>。新しい法準則の樹立を促した当事者に対する報奨だとの説明もある<sup>278</sup>。

アメリカでは、法律の被告人が予期しない不利益な解釈による处罚も違憲ではないとする最高裁判決<sup>279</sup>が下された後の1910年代末に、学説の理論的支持が始まり<sup>280</sup>、1932年にはベンジャミン・カーデュックが、先例に依拠して行為がなされたときには、不適切的変更を行い、これによって将来判例法が変更される旨の警告を与えておくことで、判例法の変更を積極的に行得るようにすべきだと述べた<sup>281</sup>。そして、米最高裁は1932年に全員一致で、州裁判所が判例の不適切的変更をすることは、合衆国憲法修正14条の適正手続条項に反しないと判示した<sup>282</sup>。実際に、そのような判断を行った例もある<sup>283</sup>。但し、これは憲法や法律の解釈に関する判例変更についてであり、元来判例法で発展し、その後も制定法が作られていない分野ではそうではない<sup>284</sup>。

日本では、特に、前述の岩手県教組事件第二次上告審判決を巡って論争が生じた。岩手県教組の中央執行委員長が、傘下の小・中学校教職員に同盟農業を行いうよう説得し、日教組本部の指令を傘下組合員に伝達したことが、地方公務員法違反に問わたる事案である。行為当時の最高裁の判例の法解釈に従えば無罪となるべき行為を、後の判例変更によって处罚することは、憲法39条の廃止の禁止に違反する<sup>285</sup>として、彼らが上告していた。しかし、最高裁は、「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈に従えば無罪となるべき行為を处罚することが憲法39条に違反」「しないことは、当裁判所の判例」「の趣旨に従して明らかであ」るとして、上告を棄却したのである。

これには、本考察に当たり興味深い、河合伸一判事補足意見がある。このような事案で「問題にすべきは、所論のいうような行為後の判例の『適切の適用』

の許否ではなく、行為時の判例に対する国民の信頼の保護如何である」ので、被告によつては「犯罪を行う意思、すなわち、故意を欠くと解する余地がある」としつつも、本件被告についてはこれに該当しないとしたのである。

中山研一は、この判決を契機に議論を開き、法律の変更の場合と比べ、判例変更の適用上の効果が全く逆であり、被告人不利の変更が「遡及するとしても統一したルールがなくしばしばその質問が妨げられる」という「アンバランス」があると批判した<sup>276</sup>。最高裁は、日教組・都教組事件判決<sup>277</sup>がこの点を「全く触れることもなく」結論を導くなど、「消極的で保守的な姿勢」を真いたとして<sup>278</sup>、この判決はおよそ「理由も説明も全くない」と酷評した<sup>279</sup>。そして、不遡及的変更是憲法31条よりも39条から導かれる方が「むしろ自然である」とし、憲法39条と、刑法の廃止に関する刑法6条をモデルとした解釈を原則として採るべきだと主張し<sup>280</sup>、これについての立法的提案をしながら<sup>281</sup>、多くの学説が、不遡及説も判例に事実上の「法源」又は「拘束力」を認めさせていたにも拘らず、遡及効を挙げて否定していること、行為者を無用に優遇することとなるとしていることなどを批判したのである<sup>282</sup>。

確かに、先例とされる全農林警職法事件最高裁判決は、全司法仙台事件最高裁判決を僅か4年で変更したものであり、その変更も明示的ではなく、全農林警職法事件上告審からの推測を当然として行動することまでは難しい<sup>283</sup>。地方公務員関係に絞れば、行為当時は1974年であり、1976年の岩手県教組学テ事件最高裁判決<sup>284</sup>の判例変更の前であった。このため、判例は法であり、憲法39条から不遡及的変更是一律に認められないという説<sup>285</sup>がある。罪刑法定主義の名宛人は立法者だけに限るのか、ということであろう<sup>286</sup>。少なくとも大法廷に回付すべきだったとの批判もある<sup>287</sup>。河合補足意見についても、行為者の錯誤論で処理しようとするものである<sup>288</sup>が、明示されない判例変更の予測を国民に要求することには無理があるのである<sup>289</sup>。

しかし、中山の主張に対しては、裁判所の複数の判決の結論をもつて「判例」と認識できるのか<sup>290</sup>との批判がある。そして、全司法仙台事件上告審を既に

変更する判断である全農林警職法事件最高裁判決は、合憲判断が公務員の争議活動に関する一般的・概括的性格を有しており、その意味では默示的判例変更であるが<sup>291</sup>、彼らはその後に行はれており、類似の事案への推測は可能であつて、都教組事件上告審判決が変更される前であるとは言え、公務員の争議権を巡る判例変更の方針ははつきりしており、違法性の認識はあり<sup>292</sup>、故意阻却の余地はなく<sup>293</sup>、救済の必要性に欠ける<sup>294</sup>との批判がある<sup>295</sup>。また、この説では、およそ刑事判例の不利益的変更とその適用はできないことになり、解釈変更の余地を擅に悪意ある被告人を見逃し、判決を制定法と同様の意味で法と考えることになってしまふ弊害もあると思われる<sup>296</sup>。確かに、行為者が自らを完全に無罪だと信じ、信じるもの全く当然だとは思えなかつた。

だが、個々の事件の事情を考慮して、全てを行は者の責任の問題に還元すれば、類推禁止や明確性の原則が意味を有さないのであるから、やはり、刑罰法規は国民一般の信託による民主的立法であることが肝要であるといいう要素は大きい<sup>297</sup>。そうであれば、岩手の事案がそぞうであるかは兎も角、国民一般にとつて不利益な突然の判例変更是、一般に憲法上疑義があらう。

確かに、判例の不遡及的変更については、立法権の侵害であるとの批判があり得る<sup>298</sup>。これに対しては、裁判所が行つていることを機能的に眺めれば、裁判所は、一定の範囲内で法を創造しているのであり、場合によって不適切な形でそれを行つたからといって、司法権の枠を超えるものではないとの反論がある<sup>299</sup>。そもそも、判例変更自体を司法的立法だと非難できないのであれば、この種の判断手法のみをそうち批判することは矛盾しよう<sup>300</sup>。次に、判例を不遡及的に変更する旨を述べた部分は、具体的事件の解決に關係ない勧告的意見ではないかとの批判があるが、勧告的意見とは具体的紛争のない、抽象的な形での裁判所の意見を指すものであり、具体的紛争に当事者が訴訟を提起した事案はこれに当たらず、結果的に当該事件の解決に關係なかつたからといつて、事件の解決に關係を持つ可能性のある争点については、判断を下す権限を有すると言つてよい<sup>301</sup>。そして、それは傍論であるとの批判に対しては、裁

判所が傍論を述べてはいけないとのルールはなく、そうせざるを得ない場合もあるとの反論もある<sup>302</sup>。過剰に用いれば、裁判所の信頼感を害するとの指摘もあり<sup>303</sup>、また、これにより判例変更が安易になされ、法的安定性が害されるとの懸念もあるが、そのケースは上述のように稀であり、先例が明白に不合理だと考えられる場合だと予測してよいであろう<sup>304</sup>。当事者の判例変更を求める意欲を失わせるとの懸念もあるが、判例変更がなされるかは判決が下されるまで解らないものであり、抑止的効果が生じるのは例外的な場合に限られよう<sup>305</sup>。そして、こういった手法が平等原則に反するとの批判もあるが、ある時点を境に用いられる法理が異なるのは制定法の場合と同じである<sup>306</sup>。

判例の不適切的変更を肯定する田中英夫は、アメリカの判例を参考に、結論において從来の判例に依拠することが「合理的」でなければならないとする<sup>307</sup>。そして、その筆頭例として、旧判例では無罪となる行為が新判例では有罪とされる場合、或いはそうであれば罪刑法定主義の精神に反すると同じく有罪となるときでも、單なる適用条文の違いではなく、「判の程度において質的ともいえるほどの差異が」あるときにはこの法理を例外的に用いるべきだとする<sup>308</sup>。このほか、新判例では新たに課税の対象となる場合、新判例では当該財産を有効に取得できなくなつた場合、先例に依拠して契約が締結されている場合、新判例によると新たに不法行為上の責任が負わされる場合なども、この判例の不適切的変更とされるべき例とする<sup>309</sup>。そして、この手法を探らぬとき、裁判所は政治部門によるよりよき法改革を待つしかないが、日本ではそれは希があるので、日本の裁判所が自ら法形成過程の重要な一環であることを自覚し、時宜に応じて判例の不適切的変更の手法を用いるべきだと主張する<sup>310</sup>。何れにせよ、刑事処罰の場合は高度に適正手続が守られ、その具体として廻及処罰の禁止が厳密に守られるべきことからすれば、それに匹敵する明らかな不意打ち処罰は違憲であろう。なお、根拠条文については、憲法31条を示唆する見解<sup>311</sup>もあるが、「合理的」な変更是認められるのも錯誤論の一種だとしつつ、憲法39条の問題とする見解<sup>312</sup>も有力である。

民事法の分野でも、川井健は、「判例が法としての機能を果す以上」、「慣習肯定」の判例を「慣習否定」の形で変更することは、それが慣習法にまで高まっていることなどからして、許されないとする<sup>314</sup>。また、政策的理由としても、このような場合の「理論の変更」の判例変更是、「從来の判例を前提にしてきた取引行為や身分行為を根本的にくつがえすことにより法的生活の安定を害し、不慮の損害を入れにもたらす」から妥当ないとする<sup>315</sup>。そして、以上の弊害を避けるためには、「『判例の不適切的変更』により判例が是正されうればともかくだが、その理が認められぬかぎりは、」「実質的判例変更の方法が考えられる。すなわち確立された判例の前提とした事実は異った事実を重視するにより、結論的に從来の判例とは逆の結果を導き、また原則的には旧判例を維持しつつ、それから生ずる不当さを一般条項や事実上の推定その他の解釈の操作により個々的な事例につき妥当な結果を導くように努力することである」<sup>316</sup>として、つまりは「区別」(distinction) の手法を推奨するのである。

判例変更是、新立法の場合とは異なり、具体的な事件を契機としてなされるのであり、「常に判例変更の時以前に生じていた事実にも遡って適用される」との指摘もある<sup>317</sup>。廻及効の問題は先例拘束性の問題と混同してはならず、法政策の問題として論じるべきであるとの指摘がある<sup>318</sup>。既に判例変更の方針性が示唆されていた場合、不意打ちとの批判もし難く、罪刑法定主義は大事であるが、判例変更による当事者への不都合は、解釈によって相当程度軽減できる<sup>319</sup>。川井の指摘はあるものの、判例変更による受益者と損失者が生ずる民事裁判などを特に考慮する必要はあるまい<sup>320</sup>。アメリカでも、判例の不適切的変更是斥けつつ、「法の不知は許さず」の例外として、故意の阻却を認めた例がある<sup>321</sup>。一般人を基準として予想できる判例変更であれば<sup>322</sup>、或いは確立された判例だったとは言えない事案では、違法性の錯誤などの問題として刑の軽減などで対応すべきである<sup>323</sup>。そして、はつきりと、予想も付かない判例変更により無罪が有罪となるような、純粹に、判例変更によって専ら不利益を受ける当事者には不適とすればよい。刑事件についてこれが強く求め

られることは、日本国憲法が、特に、刑事裁判の適正を強く要請している<sup>324)</sup>ことと適合的である。このような司法判断による混乱は大きいとの批判もあるうが、前述のようにこのような刑事案件・行政事件等は特異で稀であり、限定的事案では、憲法上、判例の不適切的変更を宣言すべきである。

なお、この種の方法を用いねばならないような法令は、そもそも曖昧な法令であって、憲法の明確性の要請<sup>325)</sup>に反するのではないかとの疑問もある<sup>326)</sup>。また、いくつかの解釈が成立するのであれば、合憲限定解釈<sup>327)</sup>により、より限定期的な解釈を選択する途もある。そのような法令については、裁判所はそうすべきである。ただ、刑法条文の解釈が学説による争いがないことなどあり得ず、また、裁判所が先例の誤りをはっきり認めた場合、この主張は貫徹し難い。これも踏まても、判例の不適切的変更の余地は残すべきである。

#### おわりに

一般論としては、判例には法的拘束力があり、憲法判例の特殊性は特になく、判例の変更是十分な理由をもつて行うべきである。判例が法であれば、それは憲法上の要請を受け、特に刑事裁判等の不利益変更に際しては適正さ、公平さの繰りがある。このため、憲法上、予測困難であれば、それに比例した刑の減輕等で十分だが、ごく稀な全くの不意打ち的な判例変更是当該事件に遡及させるべきでない。このような解決が、憲法の文言、論理、そして何よりも立憲主義に適合的な結論であると思われる。

2015年夏は、安保関連法案を巡り、政府の憲法解釈の変遷が示され、殆どの憲法学者<sup>328)</sup>や多くの与党・内閣法制局長官・最高裁判事のOBが法案を違憲と表明しながら、7月26日に首相補佐官から「法的安定性は関係ない」との発言がなされる<sup>329)</sup>など、政治部門において、過去の公権解釈が現在をどこまで縛るのかが問題となつた<sup>330)</sup>。違憲が鮮明な法律が成立したこととは、法の支配・法治主義に反し、近代立憲主義<sup>331)</sup>、或いは「普遍的近代化」<sup>332)</sup>に反す

る事態である。他面、こういったことが問題視されることは、参加型民主主義（市民デモ）の夜明けというだけでなく、近代立憲主義が広く理解されようとしていることでもある<sup>333)</sup>。政府答弁等についても「法」ではないかとの意識が芽生えたということである。本稿の主張についても、稀有名な事案の処理のための議論と矮小化せず、こういった文脈で読まれることを望みたい。

- 1) これは「大陸法系におけるローマ法以来の伝統である」。小室直人「変更判決の研究」法学14巻2号69頁、70頁（1950）。大陸法に限らず、「司法権」の作用である判決・決定というものはそうであると思われる。
- 2) 高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟第3巻』139頁（有斐閣、1987）。アメリカについては、松井茂記「アメリカ憲法入門」〔第7版〕71頁以下（有斐閣、2012）などを参照。
- 3) 山田卓生「日本における判例拘束性」中大法学新報106巻11=12号75頁、81頁（1997）。
- 4) 高橋前掲註2) 論文142頁。
- 5) 戸松秀典「憲法訴訟」〔第2版〕400頁（有斐閣、2008）。
- 6) 山田前掲註3) 論文81頁以下は、明治以来の法律がどうなっているかを主たる根拠として論を展開するが、戦後、この点の根拠は日本国憲法、特に司法の章にあるものである。裁判所法や各訴訟法がいかに定めようと、それが憲法と抵触すれば、それらの法令が違憲無効といいうだけである。この意味で、大林啓吾「憲法判断における2重の拘束について」千葉大学法學論集27巻2号294頁、291-290頁（2012）が、憲法典と判例の順に「2重の拘束」を語ることは適切である。
- 7) 新井正男「科学としての判例法」中大法学新報98巻1=2号1頁、24-25頁（1991）。
- 8) 大林前掲註6) 論文291頁は、アメリカでの議論をこう整理する。
- 9) 宮下均「アメリカにおける先例変更の基準」東洋法学会58巻2号47頁（2012）。
- 10) 同じことを意图してか、河原峻一郎「違憲判決の効力」ジュリスト41号11頁、14頁（1953）は、民事事件に関して「取引の安定」を根拠に挙げる。
- 11) 新井正男「先例の拘束力について」中大法学新報63巻11号1頁、2頁（1956）。また、川井健「判例変更の限界」北大法學論集17巻4号1頁、8頁（1967）は、私法に関する「生活規範の機能」を有し、このような「機能は重要視されなければならない」とする。
- 12) 宮田量司「判例変更」武藏大学論集50巻2号291頁、208-209頁（2003）。青井秀夫「判例変更と制定法の訂正への一試論」岡山商科大学法學論集17号1頁、3頁以下（2009）は、

- 「先例の欠陥」の一例と言うべきか、先例同士の矛盾を挙げる。
- 13) 小室前掲註1) 論文82頁。
  - 14) 青井前掲註12) 論文14頁。
  - 15) 佐藤幸治「現代國家と司法権」 352頁(有斐閣、1988)参照。関連して、高井裕之「論文紹介」アメリカ法 [2001-1] 150頁も参照。
  - 16) これは傍論と区別して抽出される必要がある。新井正男「先例拘束性と“Distinguishing”の機能(2)」中大法学報67巻10号32頁、33頁以下(1960)など参照。同論文43頁は、期せずして、「レシオ・デシデンダイは抽象的なものであり、具体的な事件からレシオ・デシデンダイを発見する過程には、生の、具体的な、個々的な事実から一般性、抽象性へのいわば抽象化の過程を予定している」と述べているところであるし、このことは早くも戦前に、大阪谷公雄「英米法における判例の限界」民商法雑誌4巻6号172頁、175頁(1936)で既に指摘されていたことである。
  - 17) 樋口陽一「判例の拘束力・考」佐藤功古著記念「日本国憲法の理論」675頁、692頁(有斐閣、1986)、佐藤前掲註15)書354頁注2参照。中野次雄編「判例とその読み方」[第3版]8頁(有斐閣、2009)「中野」は、一回で判例となると断ずる。
  - 18) 高橋前掲註2) 論文140頁。
  - 19) 中野編前掲註17)書9頁「中野」。
  - 20) 同上11頁「中野」。
  - 21) 同上13頁「中野」。
  - 22) 同上16-17頁「中野」。
  - 23) 同上19頁「中野」。なお、山田前掲註3)論文88頁は「便宜」としてこれも根拠とする。
  - 24) 中野編同上25頁「中野」。
  - 25) 同上21頁「中野」。
  - 26) 同上75頁「中野」。
  - 27) 同上75-76頁「中野」。
  - 28) 同上26頁「中野」。
  - 29) 楠本孝「被告人に不利益に変更された判例の濫及禁止」関東学院法学7巻2号81頁、96頁(1998)は、下級審が最高裁判例から「逸脱」することがあり、これを疑問とする。しかし、判例拘束力は絶対的ではなく、「法」である判例の変更には相当の理由が必要であるというだけのことである。
  - 30) 中野編前掲註17)書78頁「中野」。
  - 31) 高橋前掲註2) 論文146頁。
  - 32) 樋口前掲註17) 論文680頁。
  - 33) 同上682頁。
  - 34) 同上683頁。
  - 35) 同上684頁。
  - 36) 同上685頁。
  - 37) 同上同頁。
  - 38) 同上687-689頁。
  - 39) 同上695頁。
  - 40) 同上696頁。
  - 41) 同上697頁。
  - 42) 同上同頁。
  - 43) 同上700頁。
  - 44) 山田前掲註3) 論文99-100頁同旨か。
  - 45) 杉原泰雄「最高裁判例の法源性」杉原泰雄=樋口陽一編「論争憲法学」274頁、280頁(日本評論社、1994)。
  - 46) 同上同頁。ところで、この説によれば、「下流社会」に押された2014年末の総選挙結果に起因する2015年夏の国会の結末はどう評価すべきであろうか。
  - 47) 同上同頁。
  - 48) 同上281頁。
  - 49) 浦部法穂「憲法教室」[全訂第2版]331頁(日本評論社、2006)。
  - 50) 団藤重光「法学入門」143-144頁(筑摩書房、1973)、及び、中野次雄編「判例とその読み方」15頁(有斐閣、1986)を引用した芦部信喜「人権と憲法訴訟」210-211頁(有斐閣、1994)。
  - 51) 芦部同上211頁。
  - 52) 同上212頁。
  - 53) これについては、君塚正臣「司法権定義に伴う裁判所の中間領域論—客観訴訟・非讼事件等再考(1)」横浜法學22巻3号143頁(2014)など参照。
  - 54) 芦部前掲註50)書214頁。
  - 55) 同上同頁。

- 56) 同上 215 頁。
- 57) 団藤前掲註 50) 書 144 頁。
- 58) 安西文雄ほか『憲法学読本』[第2版] 9頁（有斐閣、2014）[安西]。このほか、須賀博志「司法権を『法律ニ依リ』行うこと」佐藤幸治古稀記念「國民主権と法の支配上巻」379頁、416-417頁（有斐閣、2008）は、明治憲法下の学説の論争を「示唆」として、日本国憲法下でも裁判官が拘束されるのは憲法と「法律」に限られるとするが、その基盤とする歴史解釈主義から疑問である。君塚正臣「対審権と伝聞証拠」大沢秀介=大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』41頁、438頁注 118（成文堂、2014）も参照。
- 59) 佐藤前掲註 15) 書 382 頁。
- 60) 高橋前掲註 2) 論文 153 頁。
- 61) 田中英夫『英米法研究1—法形成過程』7頁（東京大学出版会、1987）。細かく言えば、当該裁判所の第何法廷の先例という言い方も可能なかもしない。
- 62) 新井正男「判例の権威阻害要因」中大法学新報 77巻 4=5号 215頁、220頁（1970）。
- 63) そもそも、法は存在しないのであり、「裁判所が事件・争訟を解決する際に準拠すべき『法』が何かの問題だ」と言うべきかもしれない。松井茂記「憲法判例の法源性・先例拘束性と憲法判例の変更」樋口陽一編『講座憲法学 6—権力の分立 [2]』203頁、212頁（日本評論社、1995）。
- 64) 佐藤前掲註 15) 書 382 頁。松原久利「判例の不利益変更と判例への信頼保護」産大法学 34巻 3号 279頁、283頁（2000）同旨。清水洋雄「判例変更と罪刑法定主義」秋田法学 42号 71頁、79頁（2004）は、成文法主義を根柢に「形式的には」先例拘束性を否定しているが、同論文 82-83 頁は、司法権の立法権抑制などから、判例の法源性を認める。
- 65) 中野編前掲註 17) 書 15 頁〔中野〕。
- 66) 同上 27 頁〔中野〕。
- 67) 新井前掲註 62) 論文 229 頁は、「量の漸次的な増大から質的な変換へといふ、かなり長い期間を」経て、判例の権威が崩れることがあることを指摘している。
- 68) 佐藤前掲註 15) 書 383 頁。
- 69) 市川正人『基本講義憲法』328 頁（新世社、2014）、芦部前掲註 50) 書 210 頁。
- 70) 佐藤前掲註 15) 書 351 頁。
- 71) 同上 384 頁。
- 72) 同上 352 頁。
- 73) 奥平康弘=杉原泰雄編『憲法学（6）』49 頁（有斐閣、1977）〔浦部法穂〕など。
- 74) 安田拓人「判例の不利益的変更と遡及処罰の禁止」大野眞義古稀記念「刑法学の潮流と展望」45 頁、56 頁（世界思想社、2000）、楠本前掲註 29) 論文 96 頁など。
- 75) 佐藤前掲註 15) 書 384 頁。
- 76) 団藤前掲註 50) 書 143 頁。
- 77) 芦部前掲註 50) 書 192 頁。
- 78) 重村博美「判例形成過程における判例拘束の影響に関する一考察」近畿大学工業高等専門学校研究紀要 2 号 75 頁、77 頁（2009）。
- 79) 松井前掲註 63) 論文 212 頁参照。
- 80) 西野喜一「判例の変更（8）」判例時報 1505 号 3 頁（1994）。
- 81) 19世紀までの英國判例法の歴史については、新井正男「先例拘束性と“Distinguishing”の機能（1）」中大法学新報 65巻 11号 1頁、4 頁以下（1958）など参照。
- 82) 大林前掲註 6) 論文 286 頁参照。
- 83) この間の 18世紀の BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAW OF ENGLAND も、先例が全く不合理または不正な (flatly absurd or unjust) 場合は判例変更が許されるとしていた。田中英夫「先例の拘束力と判例法の発展」法学セミナー 147号 96 頁、94 頁（1968）より引用。
- 84) 18世紀後半にマンスフィールド卿を首席裁判官とする王座裁判所が、まだ先例拘束性の法理を確立するには至らなかった。堀部政男「イギリスにおける先例拘束性法理の確立期論」東大社会科学研究 20巻 3=4号 170 頁（1969）。
- 85) 望月礼二郎「十九世紀イギリスにおける先例拘束性の確立」世良見志郎還暦記念下（岡田与好ほか編）『社会科学と諸思想の展開』571 頁、578-589 頁（創文社、1977）。
- 86) London Street Tramways Co, Ltd. v. London County Council, [1898] A.C. 375, 新井前掲註 11) 論文 4 頁、望月前掲註 85) 論文 575 頁以下参照。田中前掲註 61) 書 70-71 頁なども参照。その後、どのような判決を産んだかは、新井前掲註 81) 論文 17 頁以下などを参照。
- 87) 佐藤前掲註 15) 書 350-351 頁。
- 88) 新井前掲註 11) 論文 5 頁。
- 89) 同上 6 頁。
- 90) 同上 40 頁。
- 91) 同上 13 頁。
- 92) [1966] 1 W.L.R. 1234, 田中前掲註 61) 書 62 頁より引用。
- 93) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』12 頁（有斐閣、1981）同旨。

- 94) 新井前掲註62) 論文231頁以下。
- 95) これはよく言われる点なのではあるが、このことを強調することは、理性ではなく力が結論を決することを肯定するものだとする批判がアメリカにはある。紙谷雅子「判例の変更」時の法令1417号2頁、3頁(1992)参照。
- 96) 佐藤前掲註15) 書351頁。
- 97) 田中前掲註61) 書64頁。
- 98) 佐藤前掲註15) 書72頁。
- 99) 田中前掲註61) 書9-10頁。芦部前掲註50) 書193頁は、アメリカの「最高裁が自らの先例に従うのは、言わば政策(policy)の問題である」と断言する。アイルランドも、その最高裁が他の全裁判所を拘束することが第一原則のようであり、他方各レベルの裁判所は理由があれば以前の判断に従わなくてよいとされている。小野新「アイルランドにおける先例拘束法理」中大法学新報106巻11=12号219頁、242頁(1997)。よって、厳格な判例拘束性は認め難い。カナダ最高裁も絶対的な判例拘束主義を放棄した。鈴木敏和「カナダにおける先例拘束」立正法学8巻3=4号1頁(1975)、松井茂記『カナダの憲法』86頁(岩波書店、2012)参照。
- 100) 新井前掲註62) 論文257頁。
- 101) 山田前掲註3) 論文78頁。
- 102) 高橋前掲註2) 論文158頁。
- 103) 同上140頁。
- 104) 川嶋四郎「判例を通じた法創造の一局面」井上治典追悼記念『民事紛争と手続理論の現在』461頁(法律文化社、2008)は、ドイツにおける民事訴訟法分野の特殊な教養手続が、判例を重ねることで形成されていることを紹介する。また、井口文男「合意性判断の手法とその拘束力」初音正典選著記念『各國憲法の差異と接点』359頁(成文堂、2010)は、イタリアにおける憲法裁判所の違憲判断の過激化・対世効などを説明する。
- 105) 田中前掲註61) 書10頁。
- 106) 同上5頁など。
- 107) 畑博行「憲法判例変更の問題点」広大政経論叢24巻4=5号1頁、5頁(1974)など。
- 108) 高橋前掲註2) 論文153頁参照。
- 109) 佐藤前掲註15) 書351頁。
- 110) 松井茂記『日本国憲法』[第3版]33頁(有斐閣、2007)。
- 111) 団藤前掲註50) 書144頁。同書143頁も、これらを根拠とし、「單なる社会学的事実の下級審の役割の大きさを認めている。
- 94) 「いうだけではな」いと述べる。山田前掲註3) 論文87頁同旨か。
- 112) 横口範雄「先例拘束と憲法判例」法学セミナー445号10頁(1992)。山崎友也「刑事判例の変更と憲法39条」富山大経済論集52巻2号87頁、95頁(2006)同旨。
- 113) 山崎前掲註112) 論文96頁(2006)同旨。
- 114) 横口前掲註17) 論文700頁。
- 115) 高橋前掲註2) 論文160頁。
- 116) 田中前掲註61) 書11頁。
- 117) 団藤前掲註50) 書143頁。
- 118) 田中前掲註61) 書69頁。
- 119) 高橋前掲註2) 論文151頁。松井前掲註63) 論文213頁同旨。
- 120) 判例変更については、小山昇「裁判と法」(信山社、1995)、五十嵐清「判例変更再考」札幌法学8巻2号27頁(1997)なども参照。
- 121) 植松正「大法官判例の変更と法的安定」判例時報699号19頁、21頁(1973)。
- 122) 高橋前掲註2) 論文147頁参照。
- 123) 同上149頁は、イギリスにおける論争も創造説の勝利に終わっていると解説する。
- 124) 芦部前掲註93) 書11頁。
- 125) 同上同頁。
- 126) 佐藤前掲註15) 書364頁。
- 127) 宇都宮地判昭和44年5月2日判タ237号262頁、266頁。
- 128) 芦部前掲註50) 書181頁。
- 129) 同上182=183頁は、公職選舉法の戸別訪問全面禁止規定違憲判決である松江地判昭和44年3月27日判タ234号別冊30頁、広島高松江支判昭和55年4月28日判時964号134頁などを例にそう述べる。東京地判昭和42年3月27日判時493号72頁も、最高裁判例の論旨に触れた部分は全くない。同書183頁。
- 130) 川井前掲註11) 論文54頁同旨。
- 131) 西野喜一「判例の変更(9・完)」判例時報1507号11頁(1994)は、「下級審裁判官が判例に賛同できないという場合には、判例に従わないことができる範囲をもつと認めるべきもの」だと述べる。同論文18頁は、「下級審裁判官の個別の判例に対する姿勢は、結局その人の判断に任せるとかはない」としており、同論文21頁は、判例変更における下級審の役割の大きさを認めている。

- 132) 宮下前掲註9) 論文58頁。
- 133) 重村前掲註78) 論文76頁。
- 134) 伊藤正己「憲法判例の変更」公法研究22号1頁、16頁(1960)、芦部前掲註50)書194頁。
- 135) 大林前掲註6) 論文290頁。
- 136) 285 U.S. 393 (1932).
- 137) 芦部前掲註50)書194頁、伊藤前掲註134) 論文10頁以下。
- 138) 伊藤同上15-16頁。
- 139) 同上20頁。
- 140) 佐藤前掲註15)書356-357頁。
- 141) 同上355-360頁。
- 142) 高橋前掲註2)論文173頁。芦部信喜「憲法訴訟の理論」28-29頁(有斐閣、1973)同旨か。
- 143) 横口前掲註112)論文11頁。
- 144) 大林前掲註6)論文274頁は、アメリカの場合について、先例拘束を憲法の「司法権」から導くと「政治部門は対抗できないことになってしまう」とするが、先例拘束はあくまでも、先例が制定法とは意味での法であり、これが後の裁判所を拘束するものであれば、これを覆す方法は憲法内に存在しよう。
- 145) 西野喜一「判例の変更(3)」判例時報1498号3頁、8頁(1994)。
- 146) 同上同頁。
- 147) 高橋前掲註2)論文150-151頁。
- 148) 西野喜一「判例の変更(1)」判例時報1495号3頁、4頁(1994)。
- 149) 安戸常寿「憲法解釈論の応用と展開」〔第2版〕290頁(日本評論社、2014)。
- 150) 詳細は、新井正男「先例拘束性と“Distinguishing”の機能(3・完)」中大法学新報67巻11号31頁、32頁以下(1960)など参照。
- 151) 新井正男「先例拘束性と類推の機能」内田力三古稀記念「現代イギリス法」415頁、421-422頁(成文堂、1979)。
- 152) 佐藤前掲註15)書361頁。
- 153) 芦部前掲註50)書198頁参照。
- 154) 佐藤前掲註15)書361-362頁。
- 155) 田中前掲註61)書66頁。この部分の初出は1967年である。
- 156) 新井前掲註151)論文418頁。

157) 新井前掲註16)論文48頁参照。

158) 西野前掲註80)論文7頁。

159) 新井前掲註150)論文53頁。

160) 大判大正7年12月6日刑集24輯1506頁。夫の浮説なしに妻が姦通した事案で、住居侵入罪は成立するとした例がある。大判昭和13年2月28日刑集17巻125頁。

161) 最決昭和28年5月14日刑集7巻5号1042頁。

162) 最決昭和49年5月31日判例集未登載。

163) 河上和雄「法解釈の変遷とその限界」判例タイムズ497号32頁、33頁(1983)。

164) 最判昭和元年9月8日民集43巻8号889頁。

165) 最判昭和44年7月10日民集23巻8号1423頁。

166) 最判昭和55年1月11日民集34巻1号1頁。

167) 最判昭和56年4月7日民集35巻3号443頁。

168) 最判平成5年9月7日民集47巻7号4667頁。

169) 最判昭和55年4月10日判時973号85頁。

170) 最大判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁。本件に関して、青柳幸一「公務員の政治的行為の自由をめぐる判例変更」明治大学法科大学院法13号25頁(2013)も参照。ただ、立法府の責務に集約する61頁以下の結び方は、憲法解釈の放棄のようにも思える。併せて、鷹川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む(1、2)」法学教室393号84頁、同395号90頁(2013)も参照。

171) 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁。  
172) 最大判平成24年12月7日刑集66巻12号1722頁。

173) 君塚正臣「演習憲法」法学教室413号134頁、135頁(2015)参照。  
174) 高橋前掲註2)論文161頁。

175) 最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁。  
176) 最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号305頁。

177) 高橋前掲註2)論文161-162頁。  
178) 同上171頁。

179) 稲谷春洋「違憲判決の効力」ジュリスト638号178頁、179頁以下(1977)、野中後彦「判決の效力」芦部信喜編「講座憲法訴訟第3巻」109頁、113-114頁(有斐閣、1987)。個別的効力説の原型は美濃部達吉「新憲法における憲法裁判制度」法律新報736号3頁

- (1947)、一般的効力説の嚆矢は中田淳一「違憲の判定を受けた法令の効力（1）」法學論叢 54巻1-2号1頁（1947）や兼子一「新憲法と司法」56頁（憲法普及会編、1948）であるとされる。井口前掲註104) 論文359-361頁参照。
- 180) 大西芳雄「違憲判決の効力」立命館法学51=52号1頁、56頁（1964）参照。
- 181) 田中前掲註61) 書51頁。
- 182) 中野編前掲註17) 書83頁〔中野〕。
- 183) 大西前掲註180) 論文69頁参照。
- 184) 同上9-11頁参照。
- 185) 同上14頁。
- 186) 稲谷前掲註179) 論文184頁。
- 187) 雄川一郎「違憲判決の効力」法律新報754号3頁、7頁（1979）。更に、アメリカでも同じでありますと述べる。この点、阪本昌成「憲法理論I」〔第3版〕454頁（成文堂、2000）が、「司法権」の定義を行いながら、個別的効力説と法律委任説を批判して、法令違憲判決に一般的効力を認めることには、やはり違和感がある。
- 188) 宮沢俊義「法律学体系コンメンタール篇1—日本国憲法」678頁（日本評論社、1955）。
- 189) 大西前掲註180) 論文12-13頁。
- 190) 時國康夫「憲法訴訟とその判断の手法」258頁（第一法規、1996）。佐藤前掲註15) 著310頁同旨。これに対し、最高裁が抽象的違憲審査可能なだとすれば、その判断は一般的効力を有することとなる。抱喜久雄「違憲判決の効力についての一考察」聖徳大紀要15号21頁、25頁（1982）はまさにそう論ずる。戸波江二「違憲判決の効力」法哲学セミナー480号72頁（1994）も同様。しかし、日本国憲法上、「司法権」から生ずる司法審査権がそのようなものだとは思えない。また、野中彦彦は「ゼミナール憲法裁判—憲法裁判のルール形成とその問題点（3）」法學セミナー361号60頁、68頁（1985）「戸波江二」は、「やはり、個別的効力説は基本として確認しなければならない」と述べている。
- 191) 川岸令和「違憲裁判の影響力」戸松秀典=野坂泰司編「憲法訴訟の現状分析」90頁、95頁（有斐閣、2012）。
- 192) 佐藤前掲註15) 書387頁。
- 193) 大西前掲註180) 論文13頁。
- 194) 同上17頁。
- 195) 和田前掲註201) 論文28頁同旨か。

- 196) 佐藤前掲註15) 書305頁。
- 197) 川岸前掲註191) 論文95頁、時國前掲註190) 書260頁。小嶋和司「憲法概説」499頁（良書普及会、1987）は、個別の効力説を探りつつ、「場合によっては内閣の忠実執行義務を解除する」とし、藤井俊夫「司法権と憲法訴訟」163頁（成文堂、2007）は法的義務説を探る。
- 198) 橋本公亘「憲法」574頁（青林書院、1972）はこのような説を探っていたが、同「日本国憲法」633頁（有斐閣、1980）は、「立法者がどのように位置すべきかは、いちがいに論じえない」として明示的学説変更をしている。
- 199) 最大判昭和48年4月4日刑集27卷3号265頁。
- 200) 最大判昭和50年4月30日民集28卷4号572頁。
- 201) 和田英夫「違憲判決の効力をめぐる論理と技術」明大法律論叢48卷4-5=6号1頁、15頁及び22頁（1976）。
- 202) 同上8頁。
- 203) 佐藤前掲註15) 書309頁参照。同書335頁は、両説「は、自己の立場は理念型を修正させて形成しつつ、相手方に対しては理念型とらえて論難するという傾向をもつものではなかつたか」と論難する。
- 204) 稲谷前掲註179) 論文184頁。ましてや、一連の流れを、違憲審査と法改正の繰返しとして捉える、佐々木雅寿「対話的違憲審査の理論」9頁以下（三省堂、2013）の立場では、ここでその学説の対立は相対化してしまうのである。
- 205) 伊藤正己「憲法判例の変更」公法研究22号1頁、23頁（1960）。
- 206) 毛利透ほか「憲法II」353頁（有斐閣、2011）[松本哲治]は、「弱い一般的効力を認める立場が正當」とし、本稿と実質的な差はないが、「司法権」の原則からすれば個別的効力説が導き易く、これを基盤に修正を施すのが妥当ではなかろうか。
- 207) 佐藤前掲註15) 書389頁。判例拘束力の問題と、政治部門の採るべき態度と問題とは別個に考えるべきだ、と続く。
- 208) 芦部前掲註93) 書12頁。
- 209) 佐藤前掲註15) 書391頁。
- 210) 以下に整理するもののほか、大審院判例の変更是圧倒的に多くが最高裁小法廷でなされているが、本稿の対象としない。これについては、西野喜一「判例の変更（4）」判例時報1499号16頁、同「同（5）」同1501号42頁（1994）参照。
- 211) 米沢広一「最高裁と下級審」佐藤幸治ほか編「憲法五十年の展望II—自由と秩序」143頁、186-187頁（有斐閣、1998）。

- 212) 西野前掲註143) 論文6頁。
- 213) 西野前掲註145) 論文3頁。この少なさは、6割が憲法判例であるアメリカと比べて著だと述べる。西野喜一「判例の変更（6）」判例時報1502号16頁、24頁（1994）。
- 214) 西野前掲註145) 論文3頁。
- 215) 同上4頁。
- 216) 同上同頁。
- 217) 最大決昭和30年2月23日刑集9巻2号372頁。西野喜一「判例の変更（2）」判例時報1496号3頁（1994）より引用。
- 218) 西野前掲註145) 論文5頁。
- 219) 最大判昭和38年1月30日民集17巻1号99頁。以下、西野前掲註148) 論文7-8頁より引用。
- 220) 最大判昭和36年7月20日民集15巻7号1892頁。
- 221) 意見変更について、西野前掲註145) 論文56頁は、「現実にはかなりある」が、1つの例外を除いて「從前の見解から今後の多數意見に同調するという方向への変更である」と分析している。
- 222) これに対して、西野喜一「判例の変更（7）」判例時報1504号24頁、27頁（1994）は、全農林警職法最高裁判決についてそのような批判もあるが、全通東京中郵事件最高裁判決のような「先立つリベラルな先例」も裁判官の交代なくして生まれていない点を指摘する。
- 223) 同上25頁。
- 224) 最大判昭和25年10月11日刑集4巻10号2037頁、最大判昭和25年10月25日刑集4巻10号2126頁。
- 225) 最大決昭和37年10月30日刑集16巻10号1467頁。以下、西野前掲註217) 論文5頁より引用。
- 226) 最大判昭和41年10月26日刑集20巻8号901頁。
- 227) 最大判昭和41年6月4日民集62巻6号1367頁。
- 228) 最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁。
- 229) 最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁。本判例変更については、江原熱「はんれい最前線—『青写真判決』42年ぶりの判例変更」判例地方自治312号5頁（2009）も参照。

- 230) 最大判昭和32年2月20日刑集11巻2号824頁。
- 231) 東京地判昭和42年5月10日下刑集9巻5号688頁。
- 232) 東京高判昭和48年1月16日判時706号103頁。
- 233) 西野前掲註222) 論文28頁。
- 234) 白鳥決定=最決昭和50年5月20日刑集28巻5号177頁。川岸令和ほか「憲法」[第3版]226頁（青林書院、2011）〔君塚正臣〕など参照。
- 235) 田中前掲註61) 著73頁参照。
- 236) 佐藤前掲註15) 著363-364頁。
- 237) 適用違憲の場合、複数の小法廷の間で異なる判断が下される場合があり、このような場合には、内閣が特に何かの判断に拘束されるべき要請はなく、事実上、最も拘束的でない判断に従って行政を行うことになろう。このような事態はやはり混乱を来すため、実際には第2の事件において大法廷に回付し、判例を統一することが望ましい。
- 238) 川岸ほか前掲註234) 著345頁〔君塚正臣〕。君塚正臣編「ベーシックテキスト憲法」[第2版]269頁（法律文化社、2011）〔森鷗史〕同旨。
- 239) 最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号685頁。
- 240) 最判平成8年11月18日刑集50巻10号138頁。本案訴訟には、村井敏邦「判批」ジュリスト臨時増刊1113号「平成8年度重判判例解説」142頁（1997）、今崎幸彦「判批」ジュリスト1120号99頁（1997）、同「判批」法曹特報51巻1号338頁（1999）、高井裕之「判批」法学校室202号116頁（1997）、大山弘=松宮孝明「判批」法學セミナー510号84頁（1997）、高山佳奈子「判批」ジュリスト1132号160頁（1998）、同「判批」法學教室210号別冊付録「判例セレクト97」29頁（1998）などがある。
- 241) 盛岡地判昭和57年6月11日判時1060号42頁。
- 242) 仙台高判昭和61年10月24日労判485号66頁。
- 243) 西野前掲註222) 論文29頁。
- 244) 最大判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁。以下、西野前掲註217) 論文7頁より引用。
- 245) 最判昭和33年2月11日刑集12巻2号187頁。
- 246) 佐藤前掲註15) 著370頁及び372頁。岩部前掲註93) 著11頁同旨。
- 247) 西野前掲註213) 論文27頁。
- 248) なお、このほかに当事者が共に国や公共団体といい、機関訴訟のような事案も考えるが、現時点では判例変更の例として思い浮かばない。

- 249) 高橋前掲註2) 論文173頁。また、同論文同頁は、「刑事事件においても処罰の拡大は市民の安全・福祉の確保のためめ面をもつ」とも述べるが、このような国家保護義務論的・社会防衛的刑罰觀は妥当だとは思えない。
- 250) 西野前掲註213) 論文28頁。
- 251) 最大判昭和37年6月13日民集16巻7号1340頁。
- 252) 最大判昭和39年11月18日民集18巻9号1868頁。
- 253) 植松正「大法廷の判例の変更」時の法令520=521号48頁、50頁(1965)は、専ら裁判所の人的構成の変化でしか説明できないと非難する。
- 254) 中野編前掲註17) 論文79頁〔中野〕参照。植松同上52頁は、大法廷の判例変更是、3分の2か4分の3の賛成を必要とする方が法的安定性の見地から妥当だとするが、多くの支持を得ていない。
- 255) 最大判昭和52年4月22日民集41巻3号408頁。
- 256) 最大法平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。
- 257) 中野編前掲註17) 論文83頁〔中野〕。
- 258) 衆議院に関する最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁、最大判昭和60年7月17日民集39巻5号1100頁、参議院に関する最大判平成24年10月17日民集66巻10号3357頁、東京都議会に関する最大判昭和59年5月17日民集38巻7号721頁など。
- 君塚正臣「演習 憲法」法学教室406号140頁(2014)も参照。
- 259) 最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁。
- 260) 最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁。
- 261) 富原均「先例拘束についての一考察」中央ロー・ジャーナル11巻3号85頁、95頁(2014)。また、奈良俊夫=吉田宣之「判例変更と『裁判官による廻及處罰』の可能性」中大法学生新報81巻7号155頁(1974)は、西ドイツの判例を素材とする先駆的業績である。
- 262) 河上前掲註163) 論文34頁。
- 263) アメリカでも、そのため判例変更を認めなかつた例がある。See, People v. Tompkins, 186 N.Y. 413 (N.Y. 1906)。村井敏邦「判例変更と『罰刑法定主義』」一橋論叢71巻1号32頁(1974)参照。だが、アメリカで「あまり採用されていない」。同論文38頁。
- 264) 佐藤前掲註15) 論文376頁参照。
- 265) 村井前掲註263) 論文参照。
- 266) 高橋前掲註2) 論文176頁。
- 267) 同上同頁。これに対し、当該事件に適用されるが、この事件の判決になされた行為には適用されないものを、田中前掲註61) 論文72頁は、「限定期不廻及的変更」と呼ぶ。

- 268) 田中同上72頁参照。
- 269) Ross v. Oregon, 227 U.S. 150 (1913); Frank v. Mangum, 166 U.S. 290 (1915)。
- 270) 以下、田中前掲註61) 論文83-84頁参照。
- 271) Address by Chief Justice Cardozo, New York State Bar Association, Jan. 22, 1932, in 55 Report of N.Y.S.B.A. 263, 295-98 (1932), quoted in I.B. Blakeney, MATERIALS FOR THE STUDY OF AMERICAN LAW 431 (1951).
- 272) Great Northern Ry. v. Sunburst Oil & Ref. Co., 287 U.S. 358 (1932).田中前掲註61) 論文84頁参照。
- 273) State v. Bell, 136 N.C. 674 (N.C. 1904); State v. Longino, 109 Miss. 125, 133, 67 So. 902 (1915); State v. Jones, 44 N.M. 623 (N.M. 1940).村井前掲註263) 論文36-38頁参照。
- 274) 田中前掲註61) 論文86頁。
- 275) 姉博行「憲法判例の変更について」公法研究37号48頁、56頁(1975)、山崎前掲註112) 論文88頁。
- 276) 中山研一「判例変更と廻及處罰の問題(5)」判例評論486号8頁、9頁(1999)。
- 277) 最判平成元年12月18日刑集43巻13号882頁。
- 278) 中山前掲註276) 論文10頁。
- 279) 中山研一「判例変更と廻及處罰の問題(続)(2・完)」判例評論520号10頁、15頁(2002)。
- 280) 中山前掲註276) 論文12頁。
- 281) 同上13頁。
- 282) 中山前掲註279) 論文16頁。
- 283) 山崎前掲註112) 論文91頁。
- 284) 最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号1178頁。
- 285) 山崎前掲註112) 論文95頁。
- 286) 村井前掲註263) 論文32頁。
- 287) 村井前掲註240) 評駁143頁、大山=松宮前掲註240) 評駁143頁85頁、高山前掲註240) ジュリスト評駁161頁など。
- 288) 同様の見解を探るのが、阿部範二「判例変更と廻及處罰の禁止」研修610号7頁、14頁(1999)である。
- 289) 山崎前掲註112) 論文90頁。
- 290) 橋本裕義「判例の不廻及的変更」放送大学研究年報17号27頁、37頁(1999)。

291) 戸松秀典「憲法裁判の方法（3）—憲法判例の変更」法学教室194号77頁、79頁（1996）。  
 292) 前田雅英「可罰的違法性と判例の不適及変更」警察学論集51巻9号187頁、199頁（1998）など。

293) 山崎前掲註112) 論文89頁。  
 294) 橋本前掲註280) 論文37-38頁。

295) このほか、米田泰邦「書評」法律時報74巻1号86頁（2002）も参照。

296) 安田前掲註74) 論文62頁は、このことから判例の不適及的処罰は「過剰な僵遇」であるとするが、民主的要請を重視するのであれば、立法によらない判例の不利益的変更是罪刑法定主義に反すると言うべきであり、疑問である。

297) 同上50-52頁同旨。

298) 村井前掲註263) 論文39頁。佐藤前掲註15) 書376頁も参照。

299) 田中前掲註61) 書93頁参照。

300) 佐藤前掲註15) 書377頁。

301) 田中前掲註61) 書95-96頁。

302) 同上96-97頁。ただ、原則としては、事案の解決に無関係な主張は「司法権」が行うべきではない。

303) 同上98-100頁参照。

304) 同上100頁。

305) 同上101頁。

306) 同上101-103頁。

307) 同上105頁。

308) 同上106頁。

309) 同上107頁。

310) 同上107-111頁。ほかに、身分法上の地位に重要な変動を来す場合、手続に関する判例により当事者の訴訟進行が十分になされる機会を奪う危険性が大きい場合などを例として挙げている。

311) 同上113頁。

312) 高井前掲註240) 計算117頁など。

313) 山崎前掲註112) 論文97-98頁。

314) 川井前掲註11) 論文45頁。併せて、同「判例変更の限界」私法31号106頁（1969）も参照。

315) 川井前掲註11) 論文48-49頁。

316) 同上49頁。

317) 田中前掲註61) 書11頁。アメリカでもそうである、と言う。同書72頁。

318) 高橋前掲註2) 論文178-179頁。

319) 西野前掲註80) 論文7頁。

320) 宮下前掲註9) 論文66頁は、アメリカ連邦最高裁の判例変更の事例であるLeegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. Citations, 551 U.S. 877 (2007) を分析して、既に判例が「侵食」されており、事案が「審査方法」に関するものであって、違法が適法に直接的に転じた事案でないことも判例変更を許容できる理由だとする。

321) State v. O'Neil, 147 Iowa 513, 126 N.W. 454, 33 L.R.A. 788 (1910); James v. United States, 366 U.S. 213 (1961), 村井前掲註263) 論文35-36頁参照。

322) 判例変更の予測ができる者にまで行き過ぎた保護を与えるべきではないという見解もあるようであるが、罪刑法定主義は民主的立法の明確性・安定性を基盤とする、法治国家原則の帰結であり、この批判は当たらない。奥村正雄「判例の不適及的変更」現代刑事法31号44頁、48頁（2001）。

323) 同上49頁。

324) これについては、君塚正臣「明確性の原則」戸松秀典=野坂泰司編「憲法訴訟の現状分析」324頁（有斐閣、2012）など参照。  
 325) 君塚正臣「裁判を受ける権利」の作法の発想転換—日本国憲法32条の法意の再検討」横浜国際経済法学会21巻3号250頁（2013）。同「米判批」同2号187頁（2012）、同「米判批」憲法訴訟研究会=戸松秀典編「統・アメリカ憲法判例」334-340頁（有斐閣、2014）、君塚正臣「刑事訴訟法281条の4違反被告訴件鑑定意見書」横浜国際社会科学研究20巻3号113頁（2015）なども参照。義務教育教科書の有償への変更是、適切な政策ではないとしても、進歩ではない。刑事判例の変更をこれと同様なものと見ることはできない。

326) 村井前掲註263) 論文39頁。

327) 詳細は、君塚正臣「合憲限定解釈の再検討—労働基本権を制約する最高裁判決を素材に」帝塚山法学11号35頁（2006）など参照。  
 328) 朝日新聞2015年7月11日朝刊1・35面、東京新聞2015年7月12日朝刊12・13面参考。なお、君塚正臣「2015年安保法強行採決事件・私の意見（1）—憲政擁護・閣議打壓」判例時報2267号130頁（2015）以降、安保諸法及び立憲主義に関する憲法学者や元最高裁判事などのコメントが随時掲載されている。

329) <http://www.asahi.com/articles/ASH7V5MHTVULFA004.html>

330) 高橋前掲註2) 論文159頁は、「朝令暮改は悪であることは、裁判というかたちの国家の意思表示にもあてはまる」と述べているが、政治部門でも同じである。

331) 特に、佐藤幸治「世界史の中の日本国憲法」（左右社、2015）参照。

332) 高田敏「法國家觀の展開」416-417頁（有斐閣、2013）によれば、「近代以降の現在にいたる」「主義の近代」「を通じて妥当すべき原理」のことであり、「憲法に関連するもの」としては「人権の尊重、権力濫用の防止、平和主義等の原理」、「人権尊重とそれを担保するための権力濫用防止から引き出される法政治主義」などが含まれると言う。

333) 深子利美ほか「高等学校 新現代社会」（帝國書院、2013）において、筆者は、同書従来版とは異なり、幾多の抵抗に抗して「近代立憲主義」の語を入れることに成功した。中学・高校の教科書の世界では、「立憲主義」で代用されることが多いが、前者は、法の支配や権力分立を含む概念として把握され直さねばなるまい。

[付記] 本稿は、平成25年度—29年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「司法権・憲法訴訟論の統合構築」(課題番号:25380029)による研究成果の一部である。本稿では、全て敬称は略させて頂いた。脱稿後、巻美矢紀「拘泥の効力」公法研究77号196頁(2015)に触れた。

本編でも引用した、西野喜一「判例の変更(9・完)」判例時報1507号11頁(1994)は、自らの後輩である「裁判官の官僚化」などを批判し、「苦労して考えて自分なりの結論を出すという手数を嫌い、安易に「正解」を求めて、これに拘りかからがる」傾向があると警告しているが、法曹全般或いは法科大学院生にその雰囲気がないか、反省すべき時期かもしれない。私学文系の3教科並み入試、大学・文科省挙げての教養教育の堅張、法学部教育における基本七法のドリルの上に法科大学院が存在し、これもまた文科省等に採算や「数字」を求められ、巨大ロースクールへの集中もあって、幅広い思考の時間を欠いている。こういった部分を補正して整備せねば、法曹養成は崩壊しよう。法科大学院制度10周年をどう考えるかは、文科省・法務省や広義の法曹界もそうだが、勿論、大学人の課題である。

## 論 説

### 『鯨肉・鮫肉事件 (Haakjöringsköd-Fall)』 (RGZ 99, 147) の再評価 ——「誤表は害さず」の法理と壳主の責任——

#### 渡邊 拓

##### 一 問題の所在

民法の分野における、ドイツのライヒ裁判所のもっとも著名な判例の一つとして「鯨肉・鮫肉事件 (Haakjöringsköd-Fall)」がある。本判決は、契約の解釈において「誤表は害さず (falsa demonstratio non nocet)」の法理を用いたリーディングケースとして、さらに、瑕疵担保責任における客觀的瑕疵概念から主觀的瑕疵概念へのターンингポイントとしてつとに有名である<sup>1)</sup>。本件は、「Haakjöringsköd」という「鮫肉」を意味するノルウェー語を、契約当事者双方が「鮫肉」であると誤解したことに起因しているのであるが、「鮫肉を注入して、届いた包みを開けてみたら鮫肉だった」というような単純な事件ではないかったことに注意を要する。本件が起こった背景には、後述するように、第一次世界大戦の戦時統制経済が関わっているのであるが<sup>2)</sup>、このような背景事情を含めて本判決を改めて評価し直してみると、本判決は、從来から言われてきたような、契約の解釈や瑕疵概念だけでなく、契約における合意と履行義務や契約不適合と壳主の責任についても重要な示唆を含むようにならねばならない。

そこで、本稿では、「鯨肉・鮫肉事件 (Haakjöringsköd-Fall)」についての、

この判決の事案は、国鉄労組という全国的な単一組合の一下部組織にすぎない大分地方本部における事實上の分裂ないし集団脱退の事案であつて、単一組合それ自体の事實上の分裂ないし集団脱退に関するものではないのであるから、事案としても、眞の意味の組合分裂の事案ではないのである。

要するに、この判決は、その最高裁判所判例集における「判示事項」に記載されているとおり、「労働組合の下部組織が事實上分裂した場合において離脱組合員の結成した新組合が右下部組織の財産につき権利を有しないとされた事例」であつて、組合の分裂を法律上の概念として認めたものではなく、最高裁判所が、組合の分裂の概念を肯定する立場に立つか、それともこれを否定する立場に立つかの態度の表明は、なお留保されていふべきであろうと思われる。

(宍戸 達徳)

中野次雄 前早稲田大学客員教授  
 佐藤文哉 静岡家庭裁判所所長  
 篠田省二 法務省人権擁護局長  
 本吉邦夫 名古屋高等裁判所判事  
 宍戸達徳 新潟家庭裁判所所長



## 判例とその読み方

1986年8月15日 初版第1刷発行  
 1991年11月30日 初版第9刷発行

編 者 中 野 次 雄  
 発 行 者 江 草 忠 敬

(101) 東京都千代田区神田神保町2-17  
 株式会社 電話 (03) 3264-1314 [編集]  
 有 妻 開

振替口座 東京 6-370番  
 京都支店 (606) 左京区田中門前町44

印刷 大日本法令印刷・製本 和田製本工業  
 © 1986, 中野次雄. Printed in Japan  
 落丁・乱丁本はお取替えいたします。

★定価はカバーに表示しております。

ISBN 4-641-02660-2

戦後の昭和二十二年に制定された現行刑事訴訟法がその四〇五条および四一〇条一項に初めて「判例」という言葉を規定し、同年制定の刑事訴訟規則一二五三条および昭和二一年制定の民事訴訟規則四八条にもこの言葉が使われていて、今日ではそれが法令上の用語になっていることに注意する必要がある。これが法律上の概念としての「判例」だと考えざるをえないし、それがまたわれわれの考えている「判例」の概念とも一致するから、以下、本書では、この意味での判例を「判例」と呼ぶことにしようと思う。

では、その「判例」とは、どんなものであろうか。

### 判例とは裁判所の一つの判断である

右に述べた刑事訴訟法四〇五条の一一号・二号をみると、原判決が「……裁判所の判例と相反する判断をしたこと」が上告理由になると規定されている。そこで、これを手がかりとして考えると、いわゆる判例とは原判決の判断と相反するなものであるから、それもまた一つの判断だといわなければならぬ。つまり、判決・決定そのものが判例なのではなく、その中に示された裁判所の判断が「判例」なのである。

もともと最高裁判所の判例変更のことを規定した裁判所法一〇条三号には、「意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」となつていて、われわれの判例と考えているものが「裁判」という言葉で表現されている。しかし、これも、意見がそれに反するものであるから、「裁判」と書いてあっても、「裁判における意見」と読まなければならない。そして、この「意見」とは判断にはかならないから、この規定からみても、判例が一つの判断であることは明らかである。

### それは特定の裁判において示された判断である

次に、ここでいう判例とは、個々の特定の裁判（判決・決定）において示された裁判所の判断である。そのことは、民事訴訟規則四八条および刑事訴訟規則一二五三条に、上告理由（刑事では上告趣意という。）の中で判例違反を主張する場合には「その判例を具体的に示さなければならない。」とあることからも知られるし、前記裁判所法一〇条三号に判例のことを「前に最高裁判所のした裁判」としているのも、特定の裁判における判断を指していると読むのが自然である。

これに対し、個々の裁判において示された判断の根底にある裁判所の一般的な考え方——学説といえば「〇〇説」に相当するようなもの——を判例と呼ぶことがあるのはすでに述べたが、それは本書でいう判例とは異なる。それはそれで将来の判例を予測するための重要なものではあるが、本書ではこれを判例と区別して「判例理論」と呼ぶことにしたい（六九頁以下参照）。

### それは裁判の理由中に示された法律的判断である

判例とは、裁判所の判断であるが、それはのちに別の事件を裁判するときに先例となるような性質の判断でなければならない。そして、先例となりうるためには、その判断が他の事件にも適用するこ

とができるような一般性を有していることが必要である。

ところが、事実の認定や慰藉料の算定、刑の量定などの判断は、のちの裁判に際してかなり参考となるものであるから（この点については九四頁以下参照）、広い意味で先例だといえないこともないけれども、その前提となる証拠や事実関係は事件ごとに千差万別で、しかもその微妙な差を無視してはこの判断は意味を失うから、これを別の事件に直接適用できるような一般命題の形に直すことは不可能だといわざるをえない。それゆえ、これらの判断は判例ではないとされている（むつとも、事実認定などに関する判断でも、それが合法か違法かという問題になれば、それは法律的判断になる）。

これに対して、法律的な判断は、あとで説明するように、その前提事実を捨象してこれをある程度一般的な命題とすることができ（この点については四〇頁以下参照）、それをのちの事件に直接あてはめることができる。だから法律的な判断だけが判例だといわれるのである。このことは、前述の判例変更に関する裁判所法一〇条三号が「憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」と規定したところに示されているし、最高裁判所自身も、刑事訴訟法四〇五条の「判例」の意義について、「量刑理由を判示しただけで他の事案に適用すべき法律的見解を含んでいない」ものは判例ではないと判示している（最（一）小 深昭和二八年二月二日刑集七巻二号二二一頁）。

ところで、このような裁判所の法律的判断は、裁判の理由の中で述べられるものである。それゆえ、判例とは裁判所が個々の裁判の理由の中で示した法律的判断をいう、と定義しておいてよろしいであろう。

## 法律的判断の態様

この法律的判断は、通常は当事者の主張に答えるという形で述べられるか、あるいは裁判所自ら採り上げた問題点（論点）について述べられる。そして、その場合は結論だけでなく理由づけも一時としてはかなり詳細に——示されることが多いから、いかにもこのように意識的に論点とされたものについて述べられた法律的判断だけが判例であるように思われ易い。

しかし、いやしくも裁判理由の中で示された法律的判断たる性質をもつ以上、それ以外のものではやはり判例だといわなければならぬであろう。たとえば、これは刑事案件の場合であるが、第一審の有罪判決が被告人の行為に一定の法条を適用したということは、まさにその事実がその法条に該当するという法律的判断を示したものにはかならない。そこに特段の説明が附されていようとしましてもそれは同じことである。そして、このことは、第一審ばかりでなく、控訴審・上告審において原判決を破棄したうえ自ら判決をした場合でも全く異ならない。ただ、これらの場合、その法条適用の当否が特に問題とされていないと、裁判官に問題意識がないため、熟慮を欠くということはあるかもしない。しかし、だからといってそれは弁解にならないことで、その法律的判断につき責任を免れるわけにはいかないのである。だから、かような形での判断も、やはり一つの判例だと考えられる（ただし、二五六六頁参照）。

## 一回だけの判断でも判例である

次に、一個の裁判で一回だけ示された法律的判断でもそれ自体判例であることを念のためつけ加えておきたい。それは、結局は、判例がなぜ先例としての力（いわゆる拘束力）を持つのかという問題の帰結としていえることで、それについては次の第一の説明（特に113頁）を読んでいただきたいと思うが、このことは、少なくとも結論としては判例法の国といわれる英米でも認められていることがある（田中・英米法総論四七五頁参照）。また、わが最高裁判所の見解も同様であることは、一回だけの判断でも、これを刑事訴訟法四〇五条にいう判例として取り扱い、その判断を変更するのに大法廷による判例変更の手続をとっていることからみて、明らかである。

## 眞の「判例」と傍論

最後に、——実はこれが最も重要でありかつ考え方の分かれている問題なのだが——裁判所が裁判理由で示した法律的判断のうちのどの部分が先例としての力を持つ眞の「判例」などの部分がそういう力を持たない「傍論（あるいは余論）」なのかという問題がある。判例とはなにかというその定義を説明するためにはこの問題にも当然ここで触れなければならないはずであるが、それは判例に関する議論の中心課題だといつてもよい難しい問題なので、あとの「第三 裁判の理由のどの部分が『判例』なのか」で別に詳しく説明することにしようと思う。したがって、ここでは、裁判所が裁判理由において示した法律的判断であっても、そのすべてが判例なのではなく、その一定の部分だけが判例

なのだとということだけを頭に入れておいていただきたい。

## 本書で対象とする判例

さて、以上で厳密な意味での——同時に法令上の用語としての——判例の定義をひととおり述べたが、それは、その定義に合致する限り、どの裁判所のものであっても差し支えない。そのことは、前述の刑事訴訟法四〇五条二号に「高等裁判所の判例」という言葉があることからも分かることである。

しかし、同じ判例でも、先例としての力、実務を支配する力には違いがあり、そういう強い力を持っているのは最高裁判所（戦前といえば大審院）の判例だけであって、それ以外の裁判所の判例にはそういう力はなく、単なる参考資料としての意味を持つにすぎないことは、次の第二で説明するところである（113頁以下参照）。ところで、われわれが本書で判例をテーマとし、これを考察するのは、その実務を支配する機能に着眼するからであった。そうだとすると、その考察の対象はおのずから最高裁判所の判例に限られることになる。したがって、以下本書で判例というときは、最高裁判所のそれだけを意味していることをお断りしておく。

わゆる判例の拘束力、単なる傍論であればそういう力をもたないという点でこの区別は重要なのである。

### 「判例」は裁判理由の中にある——判決（決定）要旨は「判例」ではない

前に述べたように、「判例」は裁判の理由の中で裁判所の示した法律上の判断である。それゆえ、それは、判決・決定の理由の中から直接に発見され、読み取られるわけなければならない。

ところが、判例集を見ると、そこに登載されたそれぞれの判決・決定の冒頭に、「判決（決定）要旨」というものがゴシック活字で印刷されているから、慣れない人は、それを直ちに「判例」だと思うかもしれない。しかし、それは、その判決・決定がなされたあとでその裁判をした大法廷・小法廷ではない第三者（判例委員会）の作成したもので、判決・決定の一部をなすものではない。もちろん、作成者としては、その裁判の「判例」と自ら考えたものを要旨として書いたわけで、それはたしかにわれわれが「判例」を発見するのに参考になり、よい手がかりにはなる。少なくとも索引的価値があることは十分に認めなければならない。しかし、なにが「判例」かはあとで述べるように大いに問題があるので、作成者が判例だと思ったこととそれが真の判例だということとは別である。現に、要旨の中には、どうみても傍論としか言えないものを掲げたものもあるし（一例を挙げれば、最（一小）昭和五七年七月一九日民集三六巻六号一一一九頁の要旨、最（大）昭和五二年五月四日刑集三一巻三号一八一頁の要旨三など）、稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくじ離れた要旨が示されたことすらないではない（最（三小）判昭和二三年四月一三日刑集二巻四号三四一頁の要旨参照）。判決・決定要旨として書かれ

たものをそのまま「判例」だと思うのはさわめて危険で、判例はおくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。以上述べたことは、イギリスでも、判例集の頭注 head note は「判例」ではないという形で言い表わされている（高柳・英米法源理論一一頁参照）。

### 「判例」とは論点についての判断である

まず、「判例」とは、その上告事件（以下上告事件を例にとって述べるが、特別抗告、非常上告などの事件でも同じようと考えてよい。）の法律上の論点に対してなされた判断でなければならず、それ以外の法的な問題について述べられたものは傍論であるにすぎない。

この法律上の論点は、当事者の上告理由によって一個ないし数個提示されるのが普通であるが、時としては裁判所自ら職権でこれを採り上げることもある（最高裁判所が刑事案件において破棄自判の場合にいかなる法条を適用するかという問題（七頁参照）は、明示的に論点として採り上げられていないため、いわば默示的な一つの論点とみることができる。）。

ところで、論点が真の論点であるためには、もしその点についての原裁判所の判断が誤っているということになれば必然的に原裁判が破棄されまたは取り消されるような、結論に直結しこれを左右する問題点でなければならない。したがって、上告事件の場合でいうと、民事でいえば一定の権利・義務の存否、刑事では一定の犯罪の成否、手続法の面でいうと判決に影響するような訴訟手続違反に関するものとなろう。そして、実体法上の論点は、単に権利・義務の存否、犯罪の成否という結論的な

ものではなく、より細分された問題として現われる。すなわち、まず、権利・義務の存否の問題はその発生・変更・消滅の事由の存否に、犯罪の成否は構成要件該当性と各犯罪阻却事由の有無に分けて問題とされるべきであるし、さらにそれらの事由はそれぞれいくつかの法律上の要件から成り立っているから、そのそれぞれの要件の存否——たとえば、民事でいようと、その契約は公序良俗に反しているか（民法九〇条）、被告の行為が原告の「権利ヲ侵害」したか（同法七〇九条）、弁済の相手方が「債権ノ準占有者」といえるか（同法四七八条）など、刑事でいえば、その物は「財物」（刑法二三五条）であるか、被害者の行為は「急迫……ノ侵害」（同法三六条一項）にあたるか、などというように——が独立した論点となる（手続法上の問題もこれに準する）。このように法律上の個々の要件に該当するかどうかが論点になるのは、裁判は法律によってなされるべきものであり、そのためにはその要件に該当するかどうかをまず確定する必要があることの当然の帰結である（したがって、たとえば、同じく正当防衛の成立を否定する場合でも、侵害の急迫性を否定するのと、行為の防衛性を否定するのとでは、論点を異にするから、そのそれについて判例が成立することになる）。

以上の例が示すように、論点は、認定された事実が一定の法条の定めるところに該当するかどうかといふいわゆる当てはめの問題、いいかえると法令解釈の問題であるのが通常である。しかし、それ以外にも、その当てはめの前提となるべき法条自身の有効無効ないしは当該事実につきその法条の適用がそもそもあるかどうかというような、適用法条の側の問題も、一定の法律的効果の要件に関するものであるから、論点となりうる。ある法条の合憲違憲の問題が前者の例であり、後者の例としては、

いわゆる全通中郵事件（東京・名古屋）（二八頁、八四頁、一六八頁参照）で争われたような、公共企業体等の職員の争議行為に労働組合法一条一項の適用があるか、という論点を挙げることができよう。

### 主論点と附隨論点

右に述べた論点は、第一審裁判所や民事の控訴審裁判所では直ちにそれだけを判断すれば足りるが、事後審査の審級である上告審と刑事の控訴審では、これにさらに一つの論点が附隨していることに注意しておく必要がある、以下、かりに、中心となる本来の論点を主論点、附隨する論点を附隨論点と呼ぶことにしよう。

附隨論点の一つは、判断順序からいと主論点に先行するもので、主論点のいわば論点資格を問題とするものである。したがって、この種の附隨論点の判断において主論点の論点性が否定されてしまえば、それでその主論点について判断を与える必要はなくなるわけである。

ところで、最高裁判所の場合、民事事件につき上告裁判所たる高等裁判所から事件の移送を受けたとき（民訴法四〇六条ノ一、民訴規則五八条）と、刑事件につき上告受理（刑訴法四〇六条）がなされたときには、そのことによってすでに論点性が明らかになっているから、この第一の附隨論点は生じない。しかし、通常の上告事件では、当事者の主張が法の定める上告理由にあたらなければ主論点になりえないもので、どうしてもこの附隨論点が問題となる。そして、民事の通常上告事件では法律上の問題はすべて主論点の資格を持つから（民訴法二九四条参照）問題は比較的小ないとと思われるが、特別上

林広子さん、高橋道子さんに、心からお礼を申し上げる。なお、本書の編集にあつたのは、芦部信喜、奥平康弘、菊井康郎、杉原泰雄および清水睦の五人である

一九八五年一二月

編集代表

芦 部 信 喜  
清 水 睦

日本国憲法の理論  
昭和61年1月10日 初版第1刷発行  
定価 13,000円



|      |                        |     |     |
|------|------------------------|-----|-----|
| 編集代表 | 芦 清                    | 部 水 | 信 喜 |
| 発行者  | 江 草                    | 忠 忠 | 睦 敬 |
| 発行所  | 株式会社 有斐閣               |     |     |
|      | [101] 東京都千代田区神田神保町2~17 |     |     |
|      | 電話東京 264-1311(大代表)     |     |     |
|      | 振替口座 東京6-370番          |     |     |
|      | 京都支店 (606) 左京区田中門前町44  |     |     |

印刷・株式会社三陽社 製本・靴職本印刷株式会社  
© 1986, 芦部信喜・清水睦 Printed in Japan  
落丁・乱丁本はお取り替えいたします。

ISBN 4-641-03049-9

判例の拘束力・考

——特に憲法の場合——

穂 口 陽 一

- 一 はじめ
- 二 下級審に対する「判例の拘束力」の性質
- 三 最上級審に対する「判例の拘束力」の問題
- 四 「判例の拘束力」の根拠
- 五 おわりに

## 一 はじめ

法学の研究と教育にとって、判例が素材としてもつ意味がますます大きくなっていることについては、今さらいうまでもない。憲法学についても、日本国憲法のもとで違憲審査の実例がつみ重ねられてくるなかで、判例を素材とした憲法訴訟論が、ますます大きな比重を占めるようになってきている。そしてそれは、日本についてだけのことではない。司法権に対する信頼を基本におく社会と、それに対する不信ないし留保の意識のつよい社会それぞれの典型として、アメリカ合衆国（司法オブティシズム）とフランス（司法ベシシズム）をあげることができんだろうが、前者にあつては、ウォーレン・コート（一九五三／六九年）からバーガー・コート（一九六九年）への展開のなかで、それぞれの意味で重要な多くの素材が提供されているし、後者にあつても、近年大きな変化が見られる。というのは、司法権ではないにしても裁判的機関（憲法院）による違憲審査の運用が一九七〇年代以降活性化し、この国ではじめて「立法権をも拘束するものとして裁判所によって適用される憲法」という概念を前提にした議論がおこなわれるようになったからである。これまで違憲審査制に対して最も冷淡でありつづけてきた国でのそのような変化は、国際的なフォーラムでの憲法学の議論のありかたにも反映をみせ、特にヨーロッパで、この主題に関連するコロキウムが数多く開かれるようになっていいる。<sup>(1)</sup> 一九世紀から二〇世紀初頭にかけての古典的な近代憲法が議会中心主義によつてつらぬかれ（「議会の世紀」）、議会制の研究——両大戦間期にはその危機をめぐる論議——が憲法学の主要関心事だったとするば、憲法および憲法学の今日の状況は、「判例の世紀」をむかえているといつておもさそうである。

そういうなかにあって、しかし、わが国での「判例」のあつかわれ方をあらためて眺めてみると、いくつかの逆説的なありようにつかされる。

第一に、今日の憲法学の研究・教育が判例をねぎにして成り立たないことは当然のこととして——したがって、憲

法学の研究・教育にとって判例についての知識が不可欠のものとして求められることは当然のこととして——、判例というものが知識の対象とされてくるうちに、いつしか法的思考の基準としての役割を果たすことになつてはいないであろうか。教育の場面についていいうならば、立法はつねに大法全書を参考すればよいのに対し、判例については——多かれ少なかれ——それ自身を知つておることが要求される。いってみれば、立法はおぼえる必要はないが、判例はある程度おぼえておることが必要とされる。この点は、判例を主な材料とするいわゆるケース・メンジドの教育がおこなわれているアメリカにくらべて、いささか逆説的な対照を示しているのではないだろうか。ケースブックを含めて持ち込みをゆるす試験や、持ちかえり試験までが見られるアメリカに対して、大学で専門法律家養成の訓練までをおこなわない日本の場合は、かえって、概括的な知識として判例を知つておるかどうかを聞いたために、「判例なき大法」のみ持參をゆるすといふ試験方式が（私自身を含めて）一般的だからである。くわえて、連邦と各州にわたる判例の多様性がみられるアメリカにくらべて、そのような事情のない日本の場合は、判例を考察対象にするよりは思考の基準とする傾向が、より生まれやすくなつておるのではないかだろうか。

第一に、司法権とりわけ最高裁自身による「判例」のあつかい方の問題である。わが最高裁の司法行政当局は、多くの長官談話等に見られるように、司法の自制と謙抑を強調するのが常であるが、それにしては、もともと個別的事件についての決定である判決が「判例」として強大な役割をもつことに対し、疑念を表明することがない。この点は、「司法ペシミズム」の典型であったフランスで、個別的事件についての法的判断である判決が判例として一般的規範性をもつことへの強い懷疑が底流を流れ、裁判官の意思による「一般意思」の箇箇という問題（ロベスピエール流にいえば、「自由な人は判例をもつてはならぬ」という問題）が強く意識され、さらには、憲法判例の存在そのことが「裁判官の憲法制定権」をみどめることになるのではないか、ということすら議論されてきたので、対照的である。そのうえにまた、わが国では、下級審に対する最高裁判決の「判例」性が強調される一方で、先行判例の最高裁自身に対

する拘束性という問題意識自体が見られず、默示の先例変更と見られるものを含めて、先例との緊張関係を意識することなくその変更がおこなわれている。この点は、英米系の「判例」概念が、自分自身に対する拘束——一九世紀中葉から一九六六年までのイギリスのような厳格な先例拘束性の原理を掲げるかどうかは別として——という問題を少なくともなんらかの形で意識させてきたのと、対照的である。先例法理を最上級審自身が少なくともなんらかの形で意識してきた社会では、下級審が先例法理に敬意を払い一つもその射程を限定することによって当該事件の適切妥当な判断を導き出す、というゆき方のもちうる積極的意味が理解されやすいのに対し、自分自身はじめからどんな意味でも先例に拘束されない、という前提から出発するところでは、そのような理解は求めがたくなる、という相違がでてくるだろう。

そういう状況があるなかで、わが国の学界・実務界では、判例が「拘束力」をもつ——あるいは「法源性」をもつ——といふいふ方を共通の前提としたうえで、それが「事実上」のものなのか「法的」なものなのか、どうかたちで議論がおこなわれることが多い。そこで、本稿では、これまで日本の多くの見解が英米の判例について「法的拘束力」ないし「法源性」を肯定し、日本の判例については「事実上の拘束」ないし「事実上の法源」にどどあるといういい方がなされてきた際に、どのような実態をそれぞれのいい方によつて問題にしてきたのか、どうことの再点検からはじめるにしたい（二）（三）。そのような仕事は、必然的に、「拘束力」とよばれているものの根拠をめぐる問題、したがつてまた、反対に、判例が「拘束力」をもつことを警戒する見方の根拠をめぐる問題（四）に、われわれの目をむけてくれるであろう。

なお、その際、判例の「拘束力」ないし「法源性」という言葉がしばしば多義的に使われることがあるだけに、最小限度の言葉の約束をしておくことが必要であろう。ここでは、具体的事件の裁定にあたつて裁判官が準拠すべきものとされている一般的規範があるとき、その規範について、「拘束力をもつ」あるいは「法源性をもつ」という。そ

れゆえ、憲法判例が「拘束力をもつ」か——あるいは「法源性をもつ」か——どうかという問題は、わが国の場合、附隨的違憲審査権の行使の場面で、判例が、憲法適合性審査の基準として依拠すべき一般的規範として裁判官に課されている、と考えるべきかどうか、という問題である。

(1) さしまつて私の研究ノート「憲法学の『法律化』をめぐつて——第五共和制におけるフランス憲法学の新傾向——」  
国家学会雑誌九五巻三・四号(一九八一年)を見られたい。

(2) Louis Favoreu の編になる《Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux》(Economica, 1982) は、一九八一年のエクスでのシンポジウムのまとめであるが、その対象は独・仏・伊・西・仏にまたがつており、一九八三年八月ベオグラードでの第一回国際憲法学、八四年六月ウラサラでの国際法律学会では、それぞれ、アメリカ、第三世界、社会主义国をも含めたかたちで、この制度が主題とされた。

(3) カルセンの思考を機縁として、ルール儀規の視点から、「違憲審査権を裁判官にみどめるとは、彼に憲法制定権をあたえることになる」という問題を提出したものとして、トロベールの議論がある。その点についての私のうけどめ方として、前出・国家学会雑誌九五巻三・四号の論稿、および、「判例による憲法変遷」という考え方について——その論理的前提についての検討——外尾・広中・樋口編『人権と司法——齊藤忠昭弁護士追悼』(一九八四年、朝草書房)を参照。トロベールについては、なお、長谷部恭男「ミシニル・トロベールの法解釈理論」学習院大学法学部研究年報20(一九八五年)のくわしい分析を見よ。

## 二 下級審に対する「判例の拘束力」の性質

わが国で判例の「拘束力」が問題とされるとき、何よりも念頭におかれているのは、最高裁判所の判例が同種の事件の処理にあたって下級審の裁判所をどのような意味で拘束するのか、ということである。そして、そのような間に

対する答として、普通には、判例は、「(それに)反する裁判をしても結局は上訴によって破棄されるであろうことが下級審の裁判官をしてこれに反する裁判をすることを躊躇させる」という意味で、「事実上の拘束力」をもつ、という説明がおこなわれるのが常であった。「法源」という用語で記述がおこなわれる場合には、「一種の不文法源としての地位を与えることも誤りとはいえない」「制定法や慣習法に対する関係では第一次的な……法源性をみどめるべきだとおもう」というふうないい方となる。

そのような説明、ないし方が一般的ななかにあって、最近、佐藤幸治氏によつて、注目すべき提言がおこなわれている。同氏は、「日本国憲法七六条一項にいう『司法権』は英米流のものであると一般に理解されてきたが、それでは英米流の司法権とは何かという点になると、少なくとも憲法解釈論との関係においては、必ずしも十分立ち入った考察がなされていないところがあつたのではないか」、「日本国憲法にいう『司法権』について、これを英米流のものであるとしつつ、先例法理は別であるというように考えることが果して妥当なものか否か」という疑問を提出し、「事実上の拘束力」という分明ならざる概念の下に、かえて「判例の抽象的な理由づけがものをいつてきたところがなかつたか」を問い合わせ、「日本国憲法上先例法理が妥当ると考えるべき」であり、「判例も『法源』をなすことを直視することによって、『それだけにそれが恣意に流れないよう抑止する課題に自覚的に取り組む必要がある』と主張するのである。その際、同氏は、「アメリカでは(そして一九六六年以降イギリスでも)判例の変更の可能性が前提とされているから、建前上大陸法系とどれだけ違うのか、先例法理が妥当するか否かというようなカテゴリーカルな発想は間違っているのではないか、というような疑問もありうる」と指摘している。<sup>(8)</sup>

こうして、問題はひとまず二つに分かれる。第一は、日本が英米流、特に連邦審査制の点でアメリカ流の司法概念をとりながら、先例法理についてだけ「日本は違う」といえるのか、という問題であり、第二は、日本で現におこなわれていることがすでに、英米流の先例法理と質的に違つていないのでないか、という問題である。

後者の見地をより前面におし出しているのは、浦部法穂氏の議論の立て方である。同氏は、一般にわが国での議論が「事実上の拘束力」という定式化することを批判し、英米の先例拘束法理が、アメリカではもちろん、今日ではイギリスでもかなり柔軟に解かれていることを指摘するとともに、わが国の場合、上級審での破棄可能性という拘束も「決して事実上のものとはいえないはず」だ、と説くからである。

ところで、判例の拘束を「事実上」のものとして位置づける見解は、「下級審の裁判が判例の発展の因子」となり、「判例を動かして行く原動力」となることを強調し、「ことに第一審は生まの事実に直面し当事者の生まの要求を体しながら裁判をするのであるから、その裁判は現実に根を下ろしている。その裁判が従来の判例の線から外すれていふらとも、それだけの理由のあることが多い、上級審もこれを軽視することはできない」、といふ判断をふまえている。このような考え方それ自体を真向から否定するのであれば別であるが、そうでない場合、判例に「法的拘束力」までをみると、いう立場からすると、下級審が違法をおかすことこそが「判例の発展」を可能にする、ということになるのだろうか。国民私人についてならば、みずからいつたん刑事被告人の立場にあえて立つことによって、自分に適用されようとする処罰規定につき裁判所の憲憲判断を求めるのだ、といふ方がありえよう。しかし、裁判所自身に、違法をおかすことを求めることが「判例の発展」をもたらすのだ、と説くことになるような定式化は、適切といえるだろうか。

この疑問は、それなら「先例法理——判例の法的拘束力——がみどめられているというアメリカでは、この点はどう説明されているのか、という間をみちびき出すこととなる。この間はまた、総じて、アメリカと日本とのあいだで、下級審に対する判例の「拘束力」に関してちがいがあるのかどうか、あるとすれば本当のちがいはどこにあるのか、という間につながるだろう。

グラント・キルモアは、一九七四年の講演で、「合衆国最高裁判所が遠い昔に下した時代おくれの判例が、明らか

に解決困難な深刻な問題となりつつある」という問題意識のうえに立って、「いまや、下級の連邦裁判所が、必要がある場合には自分たちは時代おくれの最高裁判所の先例には従わず、あるいはそれらに拘束されるとは思わない」という考え方を実地にためす時期が到来したといえよう」のべ、「どう見ても、かかる刷新的連邦裁判官を待ちうけている運命は、最悪の場合でもせいぜい、「自己の判決が」破棄されるおそれがあるといふだけのことであり、彼らがそれによつて弾劾されることにはならないであろう」(傍注筆者)と結んでいる。たしかに、ここでいわれていることは、さしあたてては、「数多くの伝統的法理に対する攻撃と新しい進路の開拓努力に向つて大胆に突き進む」んだ、と評されたキルモアその人の見解にとどまる。しかし、この引用は、日本で「事実上の拘束」、アメリカで先例拘束法理とよばれているもののあいだに、水炭もいれぬほどの質的な断絶があると決めてかかるべきでない、といふこととの根柢とはなるであろう。

しかも、そのような先入観をとり扱つてながらみると、普通に強調されてきたことはまったく別の意味で、判例の拘束力に関して、日米のちがいがあるのではないか、という問題になつかる。

キルモアによつて、さきに引用した箇所の脚注で「周到かつ秀逸な議論」として紹介されている一法律雑誌の「ノート」「最高裁判所先例の下級裁判所による否認」は、「先行する判決によつて「拘束」されているといふことが下級裁判所にとって正確には何を意味するのか、明瞭でない」、「実際には、最高裁判所は裁判官たちを雇入れる(hire)とともに遣り出す(fire)ことしかできないのだから、下級裁判所は、上訴で取消されることがあるといふ意味でだけ、拘束されているのである」、と述べている。この観点からすると、わが国の最高裁が、下級裁判所の裁判官を実質上《fire》し、かつ《fire》するこゝのできる制度上の地位にある、といふことの重要性が指摘されなければならないだろう。

憲法八〇条一項の運用として、最高裁判所の指名した者の名簿のままを内閣が任命する慣行が確立しており、少なくとも、最高裁判所が指名しない者を内閣が任命することは不可能であるし(《fire》の問題)、また、裁判官の十年任期

判についても、最高裁は、「再任は新任と全く同じで、裁判官としてやがていか、よきわしくないかは最高裁の裁判官会議が自由な裁量で定めること」ができる<sup>(4)</sup>、という考え方のうえに立っている(『fire』の問題)。法曹一元制度を前提とし、昇任や昇給という観念をもたないアメリカとは対照的に、いわゆるキャリア・システムをとるわが国で、補職や給与表上の格付けなどの人事行政面で、最高裁が強力な管理手段をもつていていることも、考慮に入れなければならない。制度をえた次元での裁判官職の自立性への信念、さらには、より一般的にいつて、支配的見解に対して異論を提出することの価値についてそれぞれの社会が抱いている考え方、などとも視野に含めるならば、わが国で「事実上の拘束」という名では呼ばれているところの方が、実は、個々の裁判官に対して——あえて『chilling effect』とまではいわないにしても——、より大きな効果を發揮しているのではないかだろうか。下級審判決がみずから、「審級制をとる訴訟制度のもとにおいては、最高裁判所の判例がもつべき判例統一の機能やこれによつて法的安定をはかるべき必要性を軽視することはできない。とくに、最高裁大法廷による判断、しかもその度重なる同旨の判断内容は、実務上最も尊重され、下級審に対し、強い事実上の拘束力を認められなければならないと考えられる」(東京地判昭和五五年二月一四日刑事裁判月報一一卷三号一三三頁)どのく、「事実上の拘束力」の「強」さを、自己の法的判断をのべるのに際してことさらには強調しているのを見ると、そのような想定が裏づけられるようにおもわれる。

これまでとりあげてきたのは、下級審が最高裁判所の先例に正面から反するかたちで判断をする場合のことであるが、より日常的に重要な意味をもつのは、先例を正面から変更することなしに、実質上その拘束を脱するという技術である。類似の事件は同じく扱われるべしとする先例法理は、判決の対象となる具体的な事件についての解決を導くのに必要かつ十分な範囲の法的判断(ratio decidendi)が先例となることを要求するが、レイシオ・デシデンディの拘束は、それと「重要な事実」を異にする事案には及ばないとされるから、何が「重要な事実」であるかを確定するという操作を媒介とし、当面の事件を先例の事件とは異なる性質の事案としてその適用を排除する技術が用いられる。

「区別」(distinguish) ともはれるこの技術については、周知のとおり精緻で詳細な議論のつみ重ねがあるが、わが国の実務では、それに対するだけの蓄積があるとはいえない。そしてこのことは、わが国で判例の拘束力の問題がほとんどもっぱら「審級制度から必然的に導かれる要請」(前出の東京地裁判決)として意識され、最上級審自身への拘束という問題の存在自体が——その点についての結論は別として——あまりにも意識されていないことと、無関係ではないようにおもわれる。最上級審自身への拘束という問題が少なくとも意識されているところでは、判例の発展のためにその拘束を実質的に弱めるための技術の必要性が意識され、また、判例の拘束力が審級制以外にどのような実質的な根拠を持つことができるか、という問題の所在が意識されるだろうから、このちがいは重要である。われわれも、つぎに、最上級審に対する「判例の拘束力」の問題をとりあげることが必要となる。

いずれにしても、このように見てくると、『アメリカ流の司法観念をとりながら先例法理についてだけ「日本は違う」といえるのか』という問題提起は、同時につきのような問題につながつてゆく性質のものであることがわかる。すなわち、先例法理についてだけ「日本は違う」というべきでないとしても、やはり「日本は違う」というべきでない重要なことがら——したがつて、先例法理のあり方についてアメリカ流にならおうとするのならば、同時にアメリカ流に改めなければならないはずのことがら——が他にもありますのではないか、という問題である。別いいかたをすれば、それらのことがらについてアメリカ流のものに変えることが可能であるといふ見どおしがあってはじめて、「事実上の拘束」という定式化をすべて正面から先例法理をみるとべきだ、という提言が可能になるのではないだろうか。この点についてはなお、最後にもう一度、総括的にふれることとする。

(4) いまでもなく、上級審裁判所の裁判における判断がその事件について下級審裁判所を拘束する(裁判所法四条)、という問題は、別箇の問題である。なお、最高裁判所事務総局総務局による「裁判所法逐条解説」は、裁判所法四条の解説に關連して、本稿本節の問題にも言及し、英米法系諸国におけるような、判例の一般的拘束力は、「わが国では……認められ」ぬ、

と述べている（裁判所時報四〇号）。

- (5) 中野次雄「判例の拘束力についての一考察」判例タイムス一五〇号（一九六三年）二二三頁。わが国では、「事実上の拘束力」といはう方は一般的である。たとえば、我妻栄『民法総則』（一九五一年、岩波書店）一九頁。
- (6) 伊藤正己『憲法』（一九八二年、弘文堂）七八一七九頁。
- (7) 団藤重光『法学入門』（一九七三年、筑摩書房）一四三頁。
- (8) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（一九八四年、日本評論社）二六一頁以下。なお、同氏の概説書『憲法』（一九八一年、青林書院）一二三頁以下。
- (9) 浦部法卿「最高裁判所の判例」（奥平・杉原編『憲法学』6）（一九七六年、有斐閣）四八頁以下。
- (10) 団藤・前掲、一六六頁。
- (11) G・ギルモア『アメリカ法の軌跡』望月礼二郎訳（一九八四年、岩波書店）一三九頁。
- (12) ケスターによるネクロロジーのことば（前掲訳書）一〇九頁。
- (13) Note by P. K. H., Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent, *Virginia Law Review*, vol. 60 (1974), p. 495.
- (14) 一九七一年四月二三日最高法院審査委員会での最高裁判事務長答弁。
- (15) 田中英夫『英米法総論・下』（一九八〇年、東京大学出版会）四九〇頁以下、望月礼二郎『英米法・改訂版』（一九八五年、青林書院）九八頁以下。注(11)であげたギルモアの議論も、当然のことながら、この方法について言及している。

### 三 最上級審に対する「判例の拘束力」の問題

最高裁判所の判例は、同種の事件について最高裁自身をなんらかの意味で拘束するか。大法廷判例と小法廷との関係という問題もあるが、ここでは、最も重要な場合として、大法廷による判例の大法廷に対する関係での拘束を問題にする。

周知のとおり、英米では、程度の差はある、最上級審自身に対する判例の拘束力の問題が、少なくとも意識される。

一九世紀中葉以降、とりわけ一八九八年の判決以後、一九六六年までのイギリスでは、最高裁判所としての House of Lords の判例が House of Lords 自身を拘束するという点を含めて、厳格な先例拘束性の原理が支配し、先例を正面から変更するには、国会の立法をまつほかなかつた。この原理は、一九六六年の貴族院自身の決定によって改められたし、アメリカでは、そこまでの厳格な先例拘束性の観念は成立したことなく、特に憲法判例については、その効果を政治部門の作用によって変更しようとするには普通の立法ではなく憲法改正手続をとらなければならないという事情もあって、判例変更はより可能とされてきた。しかし、その場合でも、単に「審級制度の要請」というだけでなく、より基本的に、近代法のあり方の根幹にかかる予測可能性の確保という要請、および、国民に対する待遇の平等という要請が、実質的な価値理念として意識されている。そしてそのことは、判例変更に際して一定の抑止的効果を生むこととなるだろう。

わが国の場合はどうだろうか。明示的に「……この見解に反する当審從来の判例はこれを変更する」とべる場合（たとえば、最高大判昭和四八年四月四日刑集二七卷三号一六五頁）には、判例を変更しなければならないと考えた理由がそれなりに開陳されることになるが、他方で、重要な変更が非明示的に——また、アメリカ流の「区別」に類する説明をともなうことなく——おこなわれたのではないか、と見られる例も少なくない。少なくとも、そのような見方の是非が検討してしかるべき例は、多い。新潟県公安条例判決と東京都条例判決（集团行進への許可制による規制がどの限度までなら合憲かという判断）、砂川事件判決と吉米地事件判決（「一見極めて明白に憲法」の場合を含めて、「極めて政治性の高い國家統治の基本に関する行為」には司法審査が及ばないのかどうか）、石井記者事件と博多駅フィルム事件（取材の自由が憲法二二条の表現の自由の問題となりうるか）、ボボロ事件判決と旭川学テ事件判決（教育ないし教授の自由一般も、大学

におけるそれに限らず、憲法二三条の学問の自由との関連が問題になりうるか(2)、全農林省職法事件と税關ボルノクラフィ事件(適用法令に合憲的限定解釈をくわえることが違憲審査の手法としてゆるされるか)などである。

688

憲法判例の変更の問題それ自体が意識的に論ぜられたのは、何より、全農林省職法事件で最高裁判廷の多数意見が、全司法仙台事件の先例を変更した際の、田中一郎裁判官など五裁判官の意見、および、それに反論する多数意見の側からの補足意見の応酬においてであつた(前出、最高裁判所昭和四八年四月二十五日刑集二七巻四号五四七頁)。五裁判官の意見によれば、——「憲法の解釈は、憲法によって司法裁判所に与えられた重大な権限であり、その行使にはきわめて慎重であるべく、事案の処理上必要やむをえない場合に、しかも、必要な範囲にかぎってその判断を示すといふ建前を堅持しなければならない」……「最高裁判所が最終審としてさきに示した憲法解釈と異なる見解をとり、右の先例を変更して新しい解釈を示すにあたっては、その必要性および相当性について特段の吟味、検討と配慮が施されなければならない。けだし、憲法解釈の変更は、実質的には憲法自体の改正にも匹敵するものであるばかりでなく、最高裁判所の示す憲法解釈は、その性質上、その理由づけ自体がもつ説得力を通じて他の国家機関や国民一般の支持と承認を得ることにより、はじめて権威ある判断としての拘束力と実効性をもちうるものであり、このような権威を保持し、憲法秩序の安定をはかるためには、憲法判例の変更は軽々にこれを行なうべきものではなく、その時機および方法について慎重を期し、その内容において真に説得力ある理由と根拠とを示す用意を必要とするからである」……「ことに、僅少差の多数によつてこのような変更を行なうことは、運用上極力避けるべきである」。

このような強い主張をおしきつて、多数意見は、実質的には全運中郵事件判決にはじまる一連の最高裁自身の判決が七年間にわたつて示してきた、公務員の労働基本権の行使を刑事罰から解放するという方向を再逆転させたのであつた。当面のわれわれの関心の問題にとって、この実例がもつ意味のよみとり方となると、必ずしも一義的ではない。

第一の読み方——多数意見は、五裁判官の意見に対し、「多数意見の真意を理解せず、いたずらに誇大な表現を用いて、これを論難するもの」とはげしく反撃するのであるが、反対論者のいう、「最高裁判所の示す憲法解釈は、その性質上、その理由づけ自体がもつ説得力を通じて他の国家機関や国民一般の支持を得ることにより、はじめて権威ある判断としての拘束力と実効性をもちうる……」という主張自体を排斥したのではなく、多数意見の方がより「説得力」をもつと考えているのだ、と見ることは可能である。また、僅少差による判例変更の是非といふ論点についても、五裁判官の主張は「運用上極力避けるべきである」というのであるから、多数意見の側がそのこと自体を否定したものとうけれど必要はない。そのように考えることができるとするならば、わが国の運用としても、最上級審はみずから判例を変更できるが、変更するにつき「裁量権の限界が問題とな」りうるのであって、判例変更の際には、先例との関連を意識したうえでそれをおこなう必要がある、という建前がとられている、と解釈しておくことができる。ただし、そのような建前を枠組としながらも、実際に、判例の変更に際して、最高裁がそれだけの考慮をしているかどうかは、別であるが。

第一のうけとり方——多数意見が、五裁判官の意見を排斥したのは、そのことによつて、「最高裁の判示が『権威ある判断としての拘束力と実効性』をもつのは『理由づけ自体がもつ説得力』といった内容的根拠にもとづくのではないか、いわんや、それを『通じて他の国家機関や国民一般の支持と承認を得ること』を条件とするものではない。それは、最高裁が憲法上もつ地位・権能にもとづくもの」だ、といふ立場を示した、と考える。これは、それとして十分に成立可能な、ひとつの読みどり方であるが、先に見たアメリカ流の判例の位置づけとはちがつを考えかたになつてゐることに、注意しておきたい。この読み方をする場合、最上級審の「判例」が成立するための実質的価値は問題とならず、したがつて、最上級審自身に対する判例の「拘束力」は、どのような意味でも、はじめから問題にならない。この点は、つまるところ、判例の「拘束力」の根拠として何を考えるのかといふ問題につながつてゆくの

で、つきの節であらためて検討することとする。

その点は別として、つけくわえておけば、わが国では、右の一つの見方のうちどちらをとるにしても、判決主文を導き出すうえに必要不可欠ではなくとも、憲法判例の変更をすることができる、とされている。憲法判断すること自体について、「きわめて慎重であるべく、事案の処理上必要なむをえない場合に」しかも、必要の範囲にかぎつてその判断を示すという「建前を堅持しなければならない」(前述、五裁判官の意見)といふ立場、もっと端的にいえば、「裁判所の憲法判断は、それをしなければ、裁判の結論が出せないという場合にだけなされるべきであり、憲法判断をもち出さずに裁判がじゅうぶんにできる場合には、憲法判断をするに及ばないだけでなく、そういう場合は、むしろ、<sup>26</sup>憲法判断をすべきではない」という考え方があるが、周知のとおり、最高裁は、そういう考え方を探っていなければ、それと同様に、憲法判例の変更についても、最高裁は、限定期的な見解を探っていないことに、ここで注意をしておきたい。憲法判断をするかどうか自体が問題であるときとくらべると、憲法判例の変更が問題となっているときは、すでに先行した憲法判断があるという点が、大きなちがいであり、憲法判断消極主義の立場に立つたとしても、後者の場合には、前者の場合と同等の禁欲が必然的に要求されるわけではないであろう。しかし、先行する判例のなかですでになされている憲法判断を支持しない、のちの裁判官にとって、判例変更だけが可能な解決法なのではない。たとえば、全農林事件についていえば、先行する判例が、争議行為に対する刑事制裁を定めた国家公務員法の条項についての限定合憲解釈の手法を示していたのに対し、一方では、全面合憲論(同事件の多数意見)があり、他方では、全面違憲論(最高裁判官のなかには見られないが)がありうる。その際、全農林事件の事実関係が限定合憲解釈の手法をとっても刑罰の適用をうける性質のものとして認定されている以上、限定合憲解釈と全面合憲論のどちらをとっても同じ主文が得られるのであり、そうであるならば、全面合憲論への判例変更是、それを採るかどうかによって主文の結論が変わらうような事案の場合——したがって、判例変更の是非が当事者間でいちばん真剣に争われるような、

かつ、その意義と効果がいちばん目に見えるかたちで意識されているような場合——に、「おこなわれるべきだ」という考えは、十分に成立しうる。また、反対に、全面違憲論をとる裁判官がいたとして、それへの判例変更是、そうしなければ当事者をどうしても刑罰から解放できないような事案について——したがって、司法の権利保障機能を果たすためにはどうしても判例の変更が必要だ、ということが、事実に即して明らかにされるような事案について——おこなわれるべきであり、そうすることによって、新判例の安定性も期待されうる、という考えが、これまた十分に成立しうる。全農林事件の多数意見は、これらの考え方とは対照的な見地に立っているのである。

(16) そのような「正統理論」を生み出した要因について、望月礼二郎「一九世紀イギリスにおける先例拘束性の確立」(西田一広中=櫻口編『社会科学と諸思想の展開——世界教授遺稿記念(下)』一九七七年、創文社、所取)を見よ。

(17) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』前出、二七〇—二七一頁。

(18) 最(大)判昭和二九年一一月二四日刑集八卷一一号一八六六頁と、最(大)判昭和三五年七月二〇日刑集一四卷九号一一〇六頁。

(19) 最(大)判昭和三四四年一一月一六日刑集一三卷一二号三三一一五頁と、最(大)判昭和三五年六月八日民集一四卷七号一一〇六頁。

(20) 最(大)判昭和二七年八月六日刑集八号九七四頁と、最(大)判昭和四四年一一月二六日刑集二三卷一一号一四九〇頁。

(21) 最(大)判昭和三八年五月二二日刑集一七卷四号三七〇頁と、最(大)判昭和五年五月二二日刑集三〇卷五号六一五頁。

(22) 最(大)判昭和四八年四月二五日刑集二七卷四号五四七頁と、最(大)判昭和五九年一一月二二日刑集三八卷一一号一三〇八頁。

(23) 佐藤幸治『憲法』前出、二六五頁は、「憲法判例は変更可能であり、変更するかどうかは基本的には裁判所の裁量に属する」と解されるが、裁量権の限界が問題となる」(傍点引用者)と定式化している。

なお、「最上級裁判所の判例の下級裁判所に対する拘束力ないしは指導力の場合と、最上級裁判所自身の自己の判例尊重の場合とを区別して考える必要がある」ことを前提に、後者の問題につき、その背後に、「『法による裁判』なるものの基礎にあるところの、同様のことは同様に扱わなければならないという正義の要求が存在している」ことを指摘するものとして、中村治朗「判例について」司法研修所論集五八号（一九七六年）114—115頁、を参照。そこでは、「法の解釈が正しいか正しくないかは、……結局比較的適当か不適当かという程度の問題にすぎないのではない（か）」……比較的不適当なものと比較的適当なものに変えるということは、さらにこのような変更に伴ういろいろの不都合という面を十分に考えたりえなければ、そう簡単にいいか悪いかの答を出すことのできるものではない」という見地をふまえ、「判例の変更是あくまで例外であつて原則ではな（し）」とのべられている（115—119頁）。

(24) 小船和司「憲法判例の変更」清宮・佐藤ほか編『新版憲法演習・3』（一九八〇年、有斐閣）111—112頁。

(25) 宮沢俊義「憲法判決について」（一九六七年）（『憲法と裁判』一九六七年、有斐閣、所収）。

(26) 多くの論者の指摘するところであるが、さしあたって、私の「連憲審査制の近代型と現代型」（一九六七年）（『司法の積極性と消極性』一九七八年、勁草書房）19頁、を見られたい。

#### 四 「判例の拘束力」の根拠

これまで、「判例の拘束力」についての諸見解を検討しながら、「判例」という言葉についての別段の吟味をすることなく、この言葉を使つてきた。しかし、実は、わが国での議論を見るど、一回の判決でも「判例」と考えるのか、反復性が必要と考えるのか、ということ自体が必ずしも明確にされているとはかぎらない。その点は、一方で英米につき、「裁判所が同旨の判決を繰り返した場合……に限つて拘束力を認めるという考え方」ではない。その点についての唯一つの判決でも、判例としての尊重をうける」とされ、他方でフランスでは「反対に、『個別の一箇の判決』

の問題でなく「一連の諸判決」の問題が「判例」の問題なのだ、という区別が比較的はつきりと意識されているのとくらべて、大きなちがいである。そして、日本の場合のそのようなありようは、「判例」とよばれるところのもの「拘束力」の根拠についていくつかの考え方があることを、反映している。さしあたっては、三つのタイプに分かれること。

(a) 第一に、なんらかの意味での反復性を「判例」成立のために必要な要素と考える立場があり、その際、多くの場合には、裁判所以外の法適用者、受範者、ないし国民一般の同意や支持という要素が加わることの必要性が、言及される。慣習法成立のための要素としてあげられることが多い「物的要素」（corpus）——古い言葉でいえば「体素」——と「心理的要素」（animus）——「心素」——といふいいまわしを使えば、corpus として裁判例の反復性を必要とし、それに animus がつけ加わることについては、特にその必要性を強調する見解がある、ということになる。

(b) 第二に、一回の判決でも「判例」の成立要素たる corpus として十分であり、ただし animus として「他の国際機関や国民一般の支持・承認を獲得」することが必要と考える立場がある。この立場は、「判例の拘束力」の根拠として、その事実上の説得力にもとづく適用機関や受範者、ひろく世論の同意という要素を、決定的なまでに重視していることとなる。

(c) 第三に、「判例」の成立要素たる corpus として反復性を要求しないだけでなく、それになんらかの animus がつけ加わることを必要と考えない立場がある。この立場からすれば、判決の理由づけがもつ事実上の説得力にもとづく animus の有無は、「判例の拘束力」の根拠とはかかわりないものであり、最終審裁判所が「憲法上もつ地位・権能」のみが、その根拠としての問題となる。

これららのうち、(a)ないし(b)に属する見解は、しばしば、「判例の拘束力」に「事実上」などいう形容詞をつけて呼ぶ。

それは、これらの場合、「判例」が (corpus の問題として) 一定の程度の反復性、あるいは——または、および——

(animus の問題として)事実上の説得力にもとづく同意の獲得という、事実の要素から成り立つとされていることを反映している。それに対し、(b)は、「判例の拘束力」の根拠を、最終審裁判所が有権的解釈権を最終的ににぎつているという法的要素に求めるのであるから、その「拘束力」は「法的」のものとされることとなる。実際、(b)の立場に立つ論者は、「判例」を「事実上の法源」とよぶ立場に対し、「法源」の語の<sup>(3)</sup>「妄用」と批判するとともに、みずからは最高裁の判例に「法源」という言葉づかいをすることを正面からみとめるのである。

ところが、(b)と(c)をつきあわせてみると、(b)が「事実上の法源」とし、(c)が端的に「法源」といういふ方をしていることからするか、逆説的に見える状況がある。というるのは、(b)の立場にあっては、「理由つけ自体がもつ説得力」を重視することによって、最終審裁判所が自分自身の判例を変更するについても、一定の「裁量権の限界」が少なくとも「問題となる」ことになるのに対し、(c)の立場は、そのような限界の可能性をはじめから否定することになるからである。そしてたしかに、(c)の見地からすると、有権的解釈権を最終的ににぎる最終審裁判所を拘束するような「法源」はそもそも存在しない、ということになるであろう。「事実上の法源」という定式化をする(b)よりも、「法源」性を強調する(c)の方が、最終審裁判所に対する「法源」の存在を否定する点でラディカルだといふのは、一見逆説的に見えるだけに、このことには、十分に注意しておく必要がある。このことに関連して、最終審裁判所の活動を拘束できないもの——したがって、それによる憲法審査権の行使にあたって判断基準となることができないもの——を「法源」とよぶことには、それこそ「語の妄用」という言葉があてはあるのではないか、という意味がくわえられてしまうべきである。<sup>(3)</sup>

実際、アメリカの場合について判例を「法源」とよぶことに異論がないとしたら、それは、最上級審裁判所にどうでも前述のような意味でそうよばれるにふさわしい意味をもつてゐるからなのではないだろうか。他方、下級審に対する拘束についていえば、前述のように、我が国で「事実上の拘束力」といわれているのと本質的な断絶があるとは

いえないアメリカで、判例が「法源」とよばれているのである。そのように見てくると、アメリカの事態は実は、前述の三類型でいうなら(c)ではなくて(b)にあたると見たほうが適切であろう。一回の判決でも判例とされることとともに、先例拘束性の根拠として、予測可能性や国民の平等などの実質価値があげられるのが普通であることが、それを裏書きするであろう。

他方、アメリカと対照的に、フランスでは、「判例の法源性」をみとめることについて、大きな障害があることがあることがつよく意識されてきた。まず、「判例」と「判決」の区別を強調(前述(c)の見地)することが多いが、それは、判決が一般的規範として機能することについて、「法律は一般意図の表明」という概念とむすびついた制定法主義との相克が、強烈に意識されるからである。裁判官が判決(arret)という形式で一般的規範(règlement)をつくることを明示に禁止した民法典五条の存在は、特にその意識を強めた。それに、「一連の諸判決」を素材としてはじめて「判例」が成立する、という前提をとつたうえでも、そのような corpus につけ加わるべき animus についての、より念入りな説明がおこなわれる。一九五八年憲法以前には、憲法判例というべきものが存在するための前提がなかつたから、公法の分野では行政法の領域で、「判例の規範定立力」(pouvoir normatif de la jurisprudence)または「判例の法源性」(problème de la jurisprudence source du droit)を論ずるというかたちで、議論がおこなわれていた。その際、「判例」という現象は社会学的現象にすぎぬとする古典的見地に対して、判例の法源性を肯定する見解は、なんらかの animus の要素、たとえば、「関係人の同意」、「コンセンサス」を援用することが多い。ただし、それは、立法権のみが一般的規範を定立できるという建前に對して、「法の世界の多元主義的<sup>(3)</sup>サイジション」を對置することになつてしまふ。それを避けようとして、クリースのように、判例の法源性を、「立法府による、判例規範の默示の受容」という概念によつて説明し、いわば、立法府のみによる一般的規範の定立という一元主義的サイジションをあくまで維持しようとするここでも出される。——「立法府は、判例の存在を知り、それを拒否することができるのにそりしないことによつ

て、判例がその規範立力を行使したことに誠可をあたえるのではないだろうか」というのである。

どちらにしても、判例になんらかの「規範立力」「法源性」をみとめることの苦しさが、ここでは、多かれ少なかれ自覚されている。「判例の『規範立力』とは、かなりにミステリアスである。なぜなら……それはわれわれの表むきの法システムと広い範囲で衝突するし、他方で、理論的に説明することがかなりむずかしいものであるから」、というふうに、率直にそのことをみとめるにせよ、「一連の諸判決」すなわち「判例」は「ひとつの法規範を出現させる」としても、それは、「裁判官の判決に先立つて存在していたと考えられるべき」であって裁判官がつくったものでない、というふうに、擬制的説明にたよるにせよ。

それに対しては、たしかに、「判例による法形成」すなわち、判例による一般的規範の形成を、「司法権に内在する機能」として正面から位置づける見方が、ありうる。この見解も、「憲法あるいは……法律が、裁判官によるこの機能の行使に制限を加えることは、可能である」としており、いわゆる法規的判決(*arrêt de règlement*)を禁止するフランス民法五条はまさにそのような例と考え方であるが、そのような規定をもたない日本の場合には、原則にもどつて、判例による一般的規範の形成が「司法権に内在する機能」とされることになるだろう。

ところで、この見解は、裁判所による一般的規範の形成が権力分立の建前に反するのではないかという論点に關して、「その機能の行使によって形成される法が、立法部によって形成される法の下位に立つ以上、三権分立の原理に反する点はなんら存在しない」と説明し、だからこそ、「この点で、憲法判例は、全く異なった性質をもつ」と正當に指摘している。憲法判例以外については、「判例で形成された法の準則は、いつでも立法によってこれを変更することができる」のに、「憲法判例の示したところは、憲法改正という手段によってでなければ変更されえない」のであり、硬性度の高い憲法であればあるほど、憲法改正は困難だ、という事情があるからである。<sup>(3)</sup>

それにくわえ、普通の判例についてであれ、憲法判例についてであれ、それら判例を overrule する、立法なし改

正された憲法規定の解釈権の所在、という問題がある。それらについての最終的解釈権がつまるところ裁判所自身にゆだねられている場合には、判例による一般的規範の形成は、たとえば行政部の命令が法律を前提としておこなう法形成にくらべて、権力分立原則との抵触をより強く疑われなければならないだろう。

判例による一般的規範の形成をどう位置づけるかについては、憲法判例の場合、それが一般的規範として機能するとした場合、立法とのあいだにどのような差違があるか、という観点から考察してみると、有益であろう。

まず、裁判所に対する判例の機能と、立法府に対する立法の機能とを比較すればどうなるか。いずれも、裁判所あるいは立法府が、先行する判例あるいは立法を、それぞれ変更できるという点で共通である。ただし、判例が「法的拘束力」をもつ、ないし正式の「法源」である、とされているところでは、最上級審裁判所自体が、先例拘束性の原理との関連を多かれ少なかれ意識する状況があるのでに対し、立法府に対する立法の機能の場面では、端的に、《*ex posterior derogat priori*》の原理が適用されるから、先行する立法との関連の問題ははじめから意識されない、というちがいがある。

つぎに、裁判所に対する立法の機能と、立法府に対する判例の機能とを比較すればどうなるか。裁判所は立法の拘束を公然と——違憲判断によって——、あるいは非公然に——いわゆる合憲限定解釈などによって——まぬかれることができるが、立法府は、判例のかたちで示された憲法解釈に反する立法をすることができない。

このように見てくると、憲法判例に「法的拘束力」ないし「法源性」を正面からみとめた場合の効果は、立法にそれをみとめる場合にくらべて、より大きい、ということになる。今のところ、日本の場合、憲法判例が立法府に対抗するかたちで重要な役割を演じているとはいえないために、問題は陰にかくれている。しかし、憲法判例が立法と対抗的に大きな役割を演することが権力分立に反する事態だとするならば、憲法判例が立法を强度に正統化するものとして大きな役割を演することも、やはり権力分立との整合性が問われるべきではないだろうか。

- (27) 田中英夫『英米法論・下』前出、四七五頁。
- (28) この点につき、拙稿「憲法学の対象としての『法源』——フランスの場合を素材として——」『法学協会百年記念論文集』第二卷（一九八三年、有斐閣）二四七頁。
- (29) 「本来は、裁判の先例を以て、判決として繰り返されたものをさす」というときの語法（『新版新法律辞典』一〇〇五頁〔一九六七年、有斐閣〕）である。
- (30) ここでも animus の要素は、「同意」「コンセンサス」という、いわば容器の問題として示されることが多いが、「予測可能性」「法の適用をうける者の平等取扱」など、いわば本身の実質価値の問題として示されることもある。また、「反復」という要素は直接には corpus の次元に属するが、下級審裁判所による反復をも問題にする場合には、実質的には、法適用者の同意という animus の要素が入ってくることになる。
- (31) 前出、最（大）判昭和四八年四月二五日刑集二七巻四号五四七頁での、田中二郎裁判官など五裁判官の意見。
- (32) 小幡和司「憲法判例の変更」前出、11111頁。
- (33) 小幡・前掲、11111頁。
- (34) 小幡和司『憲法概観』新版（一九七五年、有斐閣）は、「最高裁判所の判例に対しては、アメリカ憲法学にみられるごく同様な法源性を承認」する（序11頁）。もつとも岡氏は、英米では「法源とされるためには裁判規範性が不可欠」だが、日本では、「裁判規範でない法も認められる」とし、「法概念を緩和して考える」という（同「憲法判例の変更」前出、11111頁）。
- (35) 前出、注(23)を参照。
- (36) もつとも、注(34)の後段に見られるように、もともと裁判規範でないものとして「法源」の語が使われているのだとすれば、——逆に審査権が裁判所にあたえられている条件のもとで——「法用」でないかどうかは、必ずその次元で問題となるであろう。
- (37) Jacques Maury, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, in *Mélanges G. Rippert*, tome I, L. G. D. J., 1950, p. 43.

- (38) Olivier Dupeyroux, *La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit*, in *Mélanges G. Marty*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p. 472.
- (39) Marcel Waline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in *Mélanges G. Scelle*, L. G. D. J., 1950, p. 627. ここでいう構成の場合は、ひどい性質上、1回の判決を素材としても「判例」が成立することとなるのである。
- (40) Georges Vedel et Pierre Delvolvè, *Droit administratif*, 7 éd., P. U. F., 1980, p. 387.
- (41) François Luchaire, *De la méthode en droit constitutionnel*, in *Revue du droit public*, 1981, no. 2, p. 288.
- (42) 田中英夫「判例による法形成——立法による法形成との比較を中心に——」法学協会雑誌九四巻六号（一九七七年）や二二一七七三頁。
- (43) 田中・前掲、七七五—七七六頁。

## 五 おわりに

ここで、さきにとりあげた佐藤幸治氏の問題提起に立ちかえることにしよう。同氏は、「我が国でも、『英米流』『先例法理』にならって、憲法判例に正面から法源性をみとめるべきことを提倡するが、それは、現在の日本の司法をめぐる状況のなかで、最高裁判所判決の拘束力を無批判に強めようとする立場からの立論ではなかつた。もつたく反対に、それは、『事実上の拘束力』という分明ならざる観念の下に、かえて、判例の抽象的な理由づけがものをいつてきたところがなかつたか」という、批判的な現状認識から発した提言なのであつた。そのような、「(判例が)恣意に流れないよう抑止する課題」を、同氏と共にしたうえで、本稿の検討をおこなつた結果、われわれは、つきの選択に当面する。

ひとつは、同氏とともに、「判例も『法源』をなすことを直視する」ことである。

わが国で、下級審に対し最高裁判所の判例が「事実上の拘束力」をもつといふことがいわれるが、実はアメリカでも、最上級審の判例の下級審に対する拘束力は、それと質的にちがつたものとしてうけとられているわけではない。反面、判例を正面から「法源」として位置づけることによって、最上級審自身が自分の先例をなんらかの意味で意識すべきであることが念頭におかれるようになり、そうなれば、先例の拘束を緩和する技術について多少とも議論が深まり、ひいては、下級審にどつても、説得性を欠く上級審判断の拘束からのがれるための有用な論理が提供されることが、期待されるだろう。

しかし、他方、最上級審裁判所の判例の下級審に対する拘束のありかたを、より事実に即してながめてみると、「事実上の拘束にすぎない」として定式化されてきたわが国の方でこそ、最高裁判所による強力な司法行政権——特に裁判官人事を中心とする——の行使のもとで、むしろ、強度の拘束が機能しているという側面を見出すことはできない。そのうえ、アメリカでは、法曹一元制のもとで裁判官が法律家個人として自立した地位をもつており、また、より一般的に、正統的見解に対し異論を提出することへの社会の寛容度が大きいことなどを考えあわせると、そのような条件ないし環境そのものを効果的に変えてゆく展望なしに、第一の選択の、ありうべき積極的側面だけに期待をよせることは、目的に対して適合的でない手段をとることといわなければならぬだろう。その際は、憲法判例の拘束力があくまで「事実上」のものであることをあえて強調する定式を選びつづけることが、結局のところ、「(判例が) 慎意に流れないよう抑止する課題」にこたえることになる、と考えられるだろう。そして、それが本稿によるさしあたっての選択である。

reactions and change in their neighbors';<sup>17)</sup> that the element of surprise about great trends is common; and that "civilized societies that have flourished....all accepted ethical systems that emphasized kindness and love." They also note that adherence to such ideals contributed to their long survival. Japan now seems poised for an era of unprecedented influence in the world, but the degree and quality of that influence, and its effect on free speech in the future of the world, are not clear, in part because it is not clear if or how Japan will speak.

In terms of the future of intercultural tolerance and freedom of speech, the United States, Western Europe, and the USSR have had only limited success in providing enlightened leadership. In an era of increased international openness, the non-Western world needs a powerful, articulate and intelligible voice of its own, a voice promoting intercultural comprehension, but also tolerance and cooperation. Japan may be able to fulfill that destiny. The nation is sufficiently powerful in economic, technological and cultural terms, adequately nationalistic and cohesive as a social system to present a coherent image to the world, politically stable and competent in law, and amply competitive and ambitious for a form of world leadership. Japan may or may not channel this power, nationalism and ambition into quiet but unmistakable advocacy of cross-cultural openness on a world scale in a spirit of nonaggressive and informed internationalism.

17) Donald Kagan, "The Changing World of World Histories," *Book Review, New York Times*, November 11, 1984, p. 1, a summary of the basic perspectives of leading world historians.

## 著者紹介

佐藤 幸治 (さとう こうじ)

1937年 新潟県に生まれる。  
現在 京都大学法学部卒業  
主 著 「表現の自由」「集会・結社の自由」「通信の秘密」  
(芦部編)憲法II人権(1)〔有斐閣, 1978〕  
憲法 (現代法律学講座5) (青林書院, 1981)  
注釈日本国憲法上巻 (共著) (青林書院, 1984)  
憲法訴訟と司法権 (日本評論社, 1984)  
憲法I 総論・統治機構 (編著) (成文堂, 1986)  
他

## 事項索引

|                          |                              |
|--------------------------|------------------------------|
| 構造的――                    | 90, 111, 116                 |
| 予防的――                    | 116                          |
| ウエクスター                   | 60                           |
| 上杉慎吉                     | 226                          |
| ウェルマン                    | 485                          |
| 「宴のあと」事件                 | 216                          |
| エクティ                     | 265                          |
| 開説の自由                    | 115                          |
| 「エロス+虐殺」上映事件             | 467, 468                     |
| オイノミクス (economics)       | 50                           |
| 応答的法                     | 163, 165                     |
| 大阪国際空港訴訟                 | 135, 141                     |
| 大西芳雄                     | 124                          |
| 公の賠償請求権                  | 281                          |
| オースティン                   | 163                          |
| オピター・ディクタ (Obiter dicta) | 352                          |
| オブラー                     | 234, 239, 241                |
| 力 行                      |                              |
| ――の効力と憲法判例の拘束力           | 386                          |
| ――の効力としての強い效力            | 340                          |
| ――の効力としての弱い效力            | 340                          |
| ――の過及効                   | 415                          |
| 石井記者証言拒否事件               | 306                          |
| 解釈共同体                    | 63, 103                      |
| 解釈主義的モデル                 | 93                           |
| 回復的権利                    | 269, 271, 514                |
| 外務省スパイ事件                 | 401                          |
| カードゾフ                    | 325, 359                     |
| 兼子――                     | 34, 246                      |
| カベレッティ                   | 334                          |
| 環境権訴訟                    | 134                          |
| 勧告的意見                    | 78, 250, 254                 |
| 官僚制国家主義                  | 450                          |
| 議員定数不均衡憲訴訟               | 112, 119, 141,               |
| 機関訴訟                     | 215, 251, 262, 286, 371, 424 |
| 違法収集証拠排除法則               | 273, 281                     |
| 基礎規範                     | 214                          |
| 規則制定権                    | 169                          |
| 匡正的――                    | 116                          |
| 匡正――                     | 275                          |

甲第101号証

---

|                    |                      |
|--------------------|----------------------|
| 著 者                | 佐 藤 幸 治              |
| 発 行 者              | 江 草 忠 敬              |
| [101]              | 東京都千代田区神田神保町2~17     |
| 発 行 所              | 株式会社 有 斐 閣           |
| 電 話                | (03) 264-1314[編集]    |
|                    | 265-6811[営業]         |
|                    | 振替口座東京6-370番         |
|                    | 京都支店 [606]左京区田中門前町44 |
| 印刷・精興社             | 製本・和田製本工業            |
| © 1988 佐藤幸治        | Printed in Japan     |
| 落丁・乱丁本はお取替えいたします。  |                      |
| ISBN 4-641-03096-0 |                      |

---

## 〔付記〕

この論説は、昭和六一年八月に執筆したものである。

# VI 憲法判例の法理

## 一 判例の意義と憲法判例の特殊性

### (1) 「判例」の意義と機能

「判例」なる語義は、わが国における代表的定義によれば、「本来は、裁判の先例をいい」<sup>(1)</sup>判決として繰り返されたるものとさす」とされるが、かく断定してよいか疑問なほど曖昧ないし多義的で、漠然とあるいは意識的に「判決例」・「裁判例」・「裁判の実例」の意味に用いられたり、単なる「判決」の別名として使用され、あるいは自觉的に「裁判上の先例」の意味で用いられる。判決の先例的拘束性の意味において判例を理解する場合でも、これを事実上のものとみるか法的なものとみるかに分れ、さらに後者においても同趣旨の判決が繰り返されるところに根拠を求めるもの(反覆説)<sup>(2)</sup>と、一回の判決にも先例性を認めるもの(一回説)<sup>(3)</sup>とがある。

「判例」なる用語の理解をめぐるかかる混沌は、基本的には、わが国が継承し・理解したヨーロッパの法制度と思想の基盤の上に英米法思想を導入しようとした部分的試みに由来するが、疑いもなくアメリカ法思想の強い影響を受けて成立した日本国憲法下に至っても事情は必ずしも変らず、「判例」は「判決例」・「裁判例」とは明確に区別されずに使用される場合が少なくなく、先例的拘束性を問題とする場合でも、事実上の拘束性説ないしせい

せい反覆説（慣習説）が支配的であつたしまた依然としてそうであるといつてよいようである。けれども、事実上あるいは法上の拘束性が存するという場合の「拘束性」の意味が問題であるといふべきのみならず、そもそも制定法主義が論理必然的に先例拘束主義（doctrine of stare decisis）を排除することになるか、換言すれば、先例拘束主義は英米法固有の特殊現象としてかたづけてよいか、がそれ自体問題である。

この点、今日整備した成文法をもつアメリカの州において判例の法源性が当然規定されていることが指摘されなければならないが（アメリカを判例法國とするのは間違いたとする主張はこのことに関連するが、ただ大陸法の概念的な法体系化と異なり判例法の成文法的整序という事情は無視できないであろう）、何よりも先例拘束主義が「法の支配」と不可分の関係にあることが留意されるべきである。

先例拘束主義はプラクトンや年書（Year Books）にその形跡が認められるとされ、あるいはその本質は既にローマ法に見出されうるともいわれるが、イギリスにおいてこの原則が確立された事情として裁判官・弁護士による裁判・法に関する情報独占および法はこれら特別の聖職者の手中にある神聖な秘蹟であるとの信念の存在というイギリスの特殊性をぬきに考えられえないとしても、先例性の近代的理論が一八世紀末までに確立され、一九世紀後半においてその最も厳格な形において結果<sup>(6)</sup>し、アメリカもその頃イギリスのそれに接近した背景には、資本主義社会の要諦たる取引の安全の確保（予見可能性）の強い要請の影響を当然推定しうるとともに（わが国において先例としての判例が自覚的に論じられるようになつたのが資本主義の発達が一定の段階に達した第一次大戦直後であったことは示唆<sup>(7)</sup>い）、今世紀に至つてアメリカにおける「法の社会化」現象（ペント）に伴ひイギリスの法曹からみればこの原則に対する「革命的」ともいえるような態度変化が生じたとはい（因みに、イギリスも、一九六六年、ついに貴族院は先例の拘束力を緩和する方針を明らかにするに至つている）、この原則そのものは依然として基本的なものとして維持・遵

守されているのは、個人の自由・権利の平等かつ確実な保護という思想を基底にかつ裁判の法的適性の認識を媒介とする裁判のコントロールの必要性が自覚されているからである。あるいは、論者のいうように、「いく一般的にいって、大陸法は安定性を立法部に、進歩を司法部に託したのに対し、アングロ・アメリカ法は安定性を司法部に、進歩を立法部に託した」とはいえども、先例拘束主義の機能としてあげられる安定性と予見可能性・信頼性、平等性と処遇の統一性、司法的な便宜と効率性、経験の活用、裁判官の恣意性に対する抑制、といった要素は、およそすべての立憲民主主義国の法体系に妥当し必要とされるものである（もともと、かかる要素が判決の正当性を支える十分条件とは問題で——例えば、法的安定性と予見可能性といつても、秩序正しく繰り返さるべき結果の性質は問のままである——実質的正義と有利性も問われなければならないが、この点については後述する）。

日本国憲法の解釈論のレヴィエルに即していえば、何よりも憲法一四条の法の下の平等原則（その法適用上の平等の側面）の要請するところといえるが（ここでの平等は過去と現在との平等、つまり時間における平等であるが、空間における平等の要請との関連で生ずる判例変更については後述する）憲法三二一条の裁判を受ける権利（ここで裁判は当然に公正な裁判が措定されていると考えるべきである）および憲法が当然前提とする（憲法三二一条がそれに関する規定かどうかはここでは問わない）罪刑法定主義の大原則からも同様の要請が帰結されるというべきである（コモン・ローを基調とする英米両国が罪刑法定主義の母国と称されるゆえんは規範の安定性にあり、法典主義的罪刑法定主義をとるわが国にもつても成文法を解釈する判決に先例性・法源性を認めることは罪刑法定主義に合致こそそれそれに反するといふことはできない）。判例変更是大法廷で行わなければならないとし（裁判所法一〇条三号）、最高裁判所の判例違背を上告理由とする（民事訴訟法三九四条、民事訴訟規則四八条、刑事訴訟法四〇五条）等の現行法制はかかる文脈で捉えらるべきであろう（これをもつて一般に事実上の拘束力の存在が認かるが、拘束性が規範性を意味するとすれば事実上のといふのがよくわからない）。なお、憲法七六条三項

を根拠に判例の拘束性を否定する見解もあるが、<sup>(1)</sup> そこには「法律」とはおよそ所与の客觀的法規範とみるのが通説で、判例をも含めるに妨げとならない。

先例性をもつ判決は原則として最高裁判所のそれに限られ（反覆を要しないことは上述のところから明らかであろう）、かつ、判決中の ratio decidendi に限定される。<sup>(2)</sup> ratio decidendi の性質・範囲については諸説があり、大雑把に分けて事実説とも称すべきものと法原理説とも称すべきものがある。前者は、ratio decidendi をもって、裁判官が事實的なものとして扱う事実およびその事実に基づく決定として捉える。<sup>(3)</sup> その根拠は、裁判所の意見のなかには法の準則が述べられていないこともありうること、裁判官の定式化する法の準則は広すぎたり狭すぎたりすることなどである。しかし、これに対しては、裁判官はいかなる特定事実を事實的とみているかを必ずしも常に明確に告げているわけではないこと、最初の裁判官に事実の事實性の評価の絶対権を付与することの是非の点で批判がありえ、少なくともアメリカの裁判所においては後者の法原理説、なかでも obiter dicta との区別論に立って、裁判所が法準則を述べる意見のうちその適用が事件の真の争点の決定に必要な部分と捉える見解が支配的であり、本稿でもこの見解に従うことを前提とする。もとより実際問題として後の裁判所の価値・政策の相違に応じて ratio decidendi が広狭様々に受けとめられ、あるいは obiter dicta が後の判決に取り入れられる可能性のあることは否定できないが、先例性を ratio decidendi に限定するのは、第一に、司法が抽象的規範の定立ではなく事件の処理を本来的課題とするものであること、第二に、事件の真の争点に即した法準則が最も信頼に足るものであること、第三に、かくすることによってのみ上述の裁判のコントロールが可能となるということに基づく。然らざる限り、裁判所は立法者の立場で判決理由を書かなければならぬことになり（しかし、裁判所は立法者と連携して調査委員会を作りたてて幅広く意見を聴取・調整し、文言を吟味するなどの作業をすることはできない）、その厄介さを回避

しようとするはいきおい無難な抽象的かつ簡単な理由づけで事件を処理することにならざるをえない。<sup>(4)</sup> このことは、別の視点からいえば、先例の規範的位置に関する準制定法的効力しか認めるべきでないとの根拠にもなる。

右のことと関連して、判例は制定法そのものではないから立法者でなければ変更できないというものではなく、裁判所は十分の理由のある場合には判例を変更できると解すべきである。イギリスは最近まで先例の絶対的拘束性論によってきたが、ホールズワースによれば、イギリスに受け入れられた先例の理論は三つの留保・条件（究極的にはケースは法を作るのではなく「法が何であるかについての最著の証拠にすぎない」というコーカ・プラクストン等の説く法宣言説に依拠する）すなわち、①先例性は事件の決定に必要な原理に限るとする先の条件のほか、②先例が「明らかに不合理・不都合」の場合には従う必要はなく、③対等の裁判所が矛盾した判決を下した場合には選択権をもつという留保付きであったとされる。<sup>(5)</sup> この留保はアメリカにおいて①先の ratio decidendi 論、②間違った判例は匡正されるべきであり、③矛盾する先例は選択を許すという形で展開されるとともに、上述の「法の社会化」に伴い、革命的柔軟化を生起せしめ、合衆国最高裁判所は先例に従うか否かは「全く裁判所の裁量に属する」（Hertz v. Woodman, 218 U. S. 205, 212 [1910]）と断するほどまでになっている。元来プラクストン流の先例証拠説の強いアメリカでは、判決は他の証拠と同様の文脈で受けとめられ、判決における強い反対意見の存否、長期にわたって維持されてきたものか最近のものか、単一のものか一連の諸判決の一つか、判決を書いた裁判官の能力評価等によって左右され、加えて立法部は常に開かれているわけではなく、また正しい法原理の確立にとつて立法部よりも優れているという裁判所の自負心、後述の憲法判決の存在等の事情が先例拘束主義の柔軟化に寄与したといわれる。ただ、このことは法分野の相違を無視して一律には論じえず、また、実際的経験と正義（空間的平等）の観念に照らし先例に従うか否かは裁判所の裁量に属するとはいっても法的安定性の犠牲の上に成り立つ

以上、基本的には、裁判所として、「前の判決が間違つてなされかつ正義の諸目的からその変更が要求されることをほほ合理的疑いを越えて」(傍点筆者)納得できる場合に限ると解すべきであろう(後述参照)。

354

(1) 新法律学辞典(新版)(有斐閣 昭和四二年) 一〇〇五頁。

(2) 例えば、梅謙次郎「最近判例批評」法学志林五八号(明治三七年) 一一一頁には「從來裁判例ニ於テハ……」なる表現がみられ、その論法からみても判例をもって単に裁判の実例の意に解していると思われる使い方をしている(川島武宣『法律学』の現代的問題点(8)「法学セミナー」一五五号(昭和四四年) 四〇頁参照)。他方、魏賀重遠・法理学大綱(岩波書店 大正六年) 一七三頁(七四頁)は、「判例ニハ一定ノ國家機關ニヨリ一定ノ形式アリテ意識的ニ作成セラレハ点ニ於テ慣習法トハ其ノ根本ノ立脚点ヲ異ニシ、寧ロ裁判所ノ立法院行為ニ因リテ発生スルモノト云フベキナリ」と述べ、早川武夫「判決と判例」井上茂・矢崎光男編・演習法律学概論(青林書院 昭和四八年) 一一八(一九頁)によれば、「その論理的帰結として一回説まであと一歩」の見解を明らかにし、判例の法源性を否定する考え方の圧倒的な時代に注目されるが、さらに一回説を明言する末弘敏太郎「解釈法学における法源論について」法学協会五〇周年記念論文集第一部(昭和八年) 三九九(四〇一頁)は異色である。

(3) 先の種横の所説の背景には、イギリスにおいて学んだコモン・ロー思想の影響を看過しないし、末弘については改めて説くまでもない。

(4) See Fred W. Catlett, *The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which It Should Be Applied*, 21 WASH. L. REV. 158-59 (1946).

(5) 川島・前田进(2)の論文(5)(これは、法学セミナー一五〇号(昭和四三年) 一一一頁)。

(6) Catlett, *supra* note 4, at 160.

(7) 後来の判決例としての判例研究を批判して先例としての判例研究の必要性の自覚に立つ民法判例研究会が東大法部研究室にできたのは大正一〇年のことである。まだ大審院が從来の「判決録」に代えて「判例集」を刊行したのもこの頃である(但し、そいでの「判例」理解の問題点について、川島・前田进(2)の論文(これは、法学セミナー一七一号(昭和四五年) 五〇(五一)頁参照)。

(8) Robert A. Sprecher, *The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which It Should Be Applied*,

31 A. B. A. J. 501, 505 (1945).

(9) See, e. g., *id.* at 505-506; Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence* 426-27 (1974).

(10) Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision* (1961) がとりわけ示唆深く、ここでは深入りする余裕はない。

(11) 小暮得雄「刑事判例の規範的効力」北大法学論集一七卷四号(昭和四一年) 六五四(五七頁)参照。なお、まだ根博行「憲法判例の変遷について」公法研究三七号(昭和五〇年) 四九(五〇頁)参照。

(12) 田上穂治・憲法概説(有信堂 昭和三一年) 一一一八頁。

(13) See Arthur L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, 40 YALE L. J. 161 (1930).

(14) See, e. g., Edmund M. Morgan, *Introduction to the Study of Law* 155 (2nd ed. 1948); John W. Salmond, *The Theory of Judicial Precedents*, 16 L. Q. REV. 376 (1900).

(15) Bodenheimer, *supra* note 9, at 435-36. 今神・前田进(1)六五〇頁は、「直接法源」や「間接法源」を並んで「補充法源」と呼ぶ。

(16) Sprecher, *supra* note 8, at 502-503.

(17) アラン・タイバーも、「stare decisisは通常は質問される政策である」(傍点は筆者)として、この判決を引きながら前の判決に従うかどうかは全く裁判所の裁量に属するとする(Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U. S. 393, 406 [1932])。

(18) Robert von Moschzisker, *Stare Decisis* (1929) (Catlett, *supra* note 4, at 164 に引かれる。同論文も同様の見解をとる)。

## (2) 憲法判例の意味と特殊性

アメリカと同様憲法判例を生起せしめる独自の訴訟類型のないわが国においては、憲法判例は、民事・刑事・行政の各具体的事件の解決に必要な限りにおいて積極または消極になされる憲法判断にかかる判例として成立する。この場合訴訟要件も含めて解すれば、警察予備隊連憲訴訟判決(最高判昭和一七年一〇月八日民集六卷九号七八三頁)も憲法判例ということになり、実際、重要な憲法判例として言及されてきているところである。実体判断とし

355

ると考えられるのに対し、刑事の領域、とりわけ実体法の領域では被告人および受刑者に有利に適及し不利益には適及しない原則が妥当すべく、手続法の領域でも事実認定過程の信頼性。完全性にかかる場合には被告人および受刑者の利益にまで一般的に適及効を認める必要がある<sup>(5)</sup>。上述の専属殺重罰規定違憲判決につき、実務は「将来に向かって無効であつて、過去にさかのばらない」との解釈をとり、刑の均衡・不適応に対しては個別恩赦による方針を明らかにしたが、理論的に問題であるのみならず、恩赦によってのみしか救済されない現行法制が今後の検討課題とされなければならない。

(5) 事実認定過程の信頼性・完全性という基準も厳密にいえば問題のある点については、佐藤幸治「違憲判決の効力」法学論叢九四巻三・四号（昭和四九年）二〇八～二〇九頁（本書所収のV論文）参照。なお、刑事法の領域における適及・不適及の問題については、小暮得雄「刑事判例の規範的効力」北大法学論集一七巻四号（昭和四一年）六五九頁以下、畠博行「憲法判例の変更について」公法研究三七号（昭和五〇年）五二頁以下参照。

(6) 和田英夫「違憲判決の効力をめぐる論理と技術」法律論叢四八巻四・五・六号（昭和五一年）三〇～三一頁参照。

\* \* \*

## 補 論

### (1) 本稿の趣旨とその後の展開

本稿は、「憲法判例の法理」と題して、シリスト臨時増刊・日本国憲法——三〇年の軌跡と展望——（昭和五二年）に掲載したものと、最小限の補正を施してここに収めたものである。筆者は、その後、本論文と同様の問題意

識に立って、拙著・憲法訴訟と司法権（日本評論社、昭和五九年）において、判例に関する問題について論する機会をもつた。

本稿は、先例法理をとる英米と違って、わが国では判例は「事実上の拘束力」をもつにとどまるとか、判例は「事実上の法源」をなすなどと一般に説かれることが多いなかにあって、わが国でも先例法理が妥当すると考えるべきこと、法上拘束力をもつのは *ratio decidendi* と考えるべきことを主張し、そのような前提の下に、憲法判例の意義や変更等々の問題について若干の考察をしようとするものであった。筆者がこのように考へるに至った背景には、先に触れた拙著で述べたところを繰り返せば、「日本国憲法七六条一項にいう『司法権』は英米流のものであると一般に理解されきていたが、それでは英米流の司法権とは何かといふ点になると、少なくとも憲法解釈論との関係においては、必ずしも十分立ち入った考察がなされないところがあつたのではないか」、「日本国憲法にいう『司法権』について、これを英米流のものであるとしつつ、先例法理は別であるというように考へることが果して妥当なものか否か」（二六二～二六三頁）、という疑問があり、さらに具体的にいえば、「制定法のみを『法』規範とみることは現実を無視した考え方であつて、判例も『法源』をなすことを直視する必要がある、それだけにそれが恣意に流れないように抑止する課題に自覚的に取り組む必要があるのではないか」、「この点、『事実上の拘束力』といふ分明ならざる観念の下に、かえつて、判例の抽象的な理由づけがものをいつてきたところがなかつたかどうか」（二七九～二八〇頁）、という疑問をかねて感するところがあつたからである。

これまで既に「判例」について優れた分析があり、それらは本稿（および拙著）で引用したが、本稿（および拙著）執筆後も、筆者にとって奥深い著書・論文が幾つか公にされた。樋口陽一「判例の拘束力・考——特に憲法の場合——」（佐藤功古稀・日本国憲法の理論（有斐閣、昭和六一年））、中野次雄編・判例とその読み方（有斐閣、昭和六一

年)、高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」(講談社法論叢③「有斐閣、昭和六一年)等がそれである。

こうした最近の業績において、筆者の見解も、あるいは肯定的にあるいは批判的に言及されており、これらの業績をもとに再考したものをお公にする機会は将来もちたいと考えているが、ここでは、感じたところの一、二をこく印象的に触れるにとどめておきたい。

380

## (2) 「判例」の法源性について

中野編・前出書は、裁判実務家による判例に関する画期的な総合的研究書であって、筆者にとって多大の示唆に富るものであった。論点は多岐にわたるが、ここでは「判例」の法源性の問題についてのみ取り上げることにする。

同書(中野執筆部分)によれば、「判例」とは「裁判所が個々の裁判の理由の中で示した法律的判断」(六頁)であって、その事件の前提事実を抽象してある程度一般的な命題として示されたものである。かかる「判例」は直接には裁判官だけを拘束するが、裁判にもちこねば判例に従つた解決が与えられるということであるから、判例は実務の世界を越えて社会生活全般を支配することになる。しかし、「判例」がこうした拘束力をもつのは、「判例」がそれ自体「法」だからというためではない、と同書はいう。何故なら、ヨーロッパ大陸諸国と同様、「わが法制にも、判例を法だとする明文の規定は存在」せず(一三頁)、また、末弘謙太郎はじめ「判例」の法源性を承認する見解が早くからあつたが、それらの見解も「法的正義の要求」のため判例を無視すべき場合のあることを認め、また判例の拘束力を「善良なる司法官の注意義務」に求めているからであつて(一四~一五頁)、結局、わが国で「判例の拘束力」といわれるは「事実上の拘束力」だといわざるをえないという(一五頁)。そして、「事実

上の拘束力」いうのはやや明確でない概念である」とは語めつつも、それは要するに「法律上の拘束力に対するもの」であつて、拘束力を裏づける直接の法の明文ではなく、判例に反する裁判をしてもそのこと自体によって直ちにその裁判が違法な裁判とは考みておらず、「いいかえればその拘束力は法の持つ拘束力に比べてかなり弱いものであることを意味していると思われる」(一五頁)とされる。

それでは、そのような「事実上の拘束力」の根拠はどのように考えられているのか。よく指摘されるのは、「法的安定性」とか「訴訟経済」ということであるが、「正義を第一義とする裁判」の觀点からは十分なものとはなし難く、結局、次のこと、すなわち、「裁判」というものは国の作用であり、国の意思表示であつて、裁判官は、個人としてではなく、国の機關といふ立場においてこれをを行うのだから、裁判は本来それがそれを担当しようと同じであるべき性質のものであるところ、行政作用の場合と違って、裁判官独立の原則との關係から事前統制による統一は許されず、「裁判については事後統制によって国の意思表示の統一が行われ」ることになるが、そのことを前提にして、裁判官のるべき態度を考えると、「最高裁判所のするであろう判断を志すのが裁判官のるべき態度だということ」、それが「裁判官の職務上の義務だということ」に拘束力の根拠が求められる(一九~二二頁)。因みに、この「職務上の義務」は明文の規定によるものではないが、「明文はなくともやはり法的な地位に基づく義務だといわなければならないから、その意味ではこの拘束には——間接にではあるが——やはり法的根拠がある」(二四頁)とされる。

以上のように、同書は、「判例」は「法」ではないとするが、しかし、同じ判例が繰り返され確立したものになるに伴つて、一種の不文法としての「判例法」が成立する余地を認める(二七~二八頁)。そして、そのような「判例法」が成立する余地があるのは、民事の実体法(罪法定主義との關係から、刑事の実体法の領域では考えられな

い) および民・刑事の手続法の領域であるとされる。

中野教授（現在）の右のような「判例」の拘束力の捉え方について、筆者は幾つかの疑問を覚える。第一に、「判例」の拘束力が、もっぱら最高裁判所の判例と下級審の裁判官との関係において理解されているように思われるということである。本稿（および拙著）で示唆したように、「判例」の拘束力は予測可能性の確保や処遇の平等と統一性といった実質的価値に求められ、したがって先行判例の後の裁判に対する拘束力一般が指定されており、そのことは「判例」の法源性を承認する論者によって広く認められているところであるが（例えは、田中英夫「判例による法形成」法学協会雑誌九四巻六号〔昭和五一年〕七五五頁参照）、中野教授もこうした事柄に言及されるものの、何故か最高裁判所自身に対する拘束力は直接には問題とされていない。樋口教授は、「わが国では、下級審に対する最高裁判決の『判例』性が強調される一方で、先行判例の最高裁自身に対する拘束性という問題意識自体が見られず、默示の先例変更と見られるものを含めて、先例との緊張関係を意識することなくその変更がおこなわれている」（前出六七八～七九頁）といわれるが、その点はどうであろうか。

第二に、「判例」は「法」ではないとされるとき、そこで指定されている「法」概念は制定法のようであるが、「判例」の法源性を認める立場はそのような「法」概念を前提としてのものであろうかという疑問である。本稿において、「判例」は制定法に準ずる効力しかももせず、憲法「判例」も憲法典そのものではなく、それに準ずる効力しかももしないことを示唆したが、このような表現が適切なものかどうかはともかくとして、「判例」の法源性を承認する立場にあっても、その「判例」は制定法（憲法「判例」の場合は憲法典）に従位する「法」として理解されているのが例ではなかろうか。高橋教授は、田中英夫教授の所説（前出論文）も引き合いに出しながら、「英米法であればわが国の法であれ、（憲法判例を除いて）判例法はその性質上常に制定法に従位する」その意味でテンタティヴ

な法のはずであるが、なぜ判例法の「法」が制定法と同じ意味での「法」でなければならぬのか、中野判事は答えてはくれない」という（前出一四八頁）。

第三に、中野教授は、「判例」が「法」ではなく、「事実上の拘束力」をもつにとどまる理由として、ヨーロッパ大陸諸国と同様、明文の規定がないことを根拠とされるが、明文の規定がないことは確かだとして、そして現行法の解釈としても根拠を見出すことが困難であるとの立場をとるとして、そのことをもつて「判例」の「法」的性格を否認する決め手にすることは果して妥当かという疑問である。この点、英米法においても、先例法理の実定法上の明文規定があるかといえば、おそらく消極的な答えになるのではないか（高橋・前出一五八～五九頁参照）。先例法理は、本稿（および拙著）においても示唆したように、伝統とともに法理の問題として考えられるべき事柄ではないかと思う。

そのほかにも疑問に思うところがあるが、それはさておき、結論として、「判例法は制定法と同じ意味の法ではない。しかし、判例もまた法であることを直視することによって、その法の内容は何か（レイシオ・テシデンティ）を検討する出発点となり、『先例の射程を限定することによって当該事件の適切妥当な判断を導き出す』（樋口・前出六七九頁参照）積極的意味を理解し、それがひいては『判例が恣意に流れないように抑止する課題』（拙著二七九頁参照）に自覚的に取り組む道が開かれると思われる」という高橋教授の主張（前出一五一頁）に共感する。

### (3) 「判例」の「事実上の拘束力」か「法上の拘束力」かの「選択」の戦略について

樋口教授は、先に触れた筆者の疑問（拙著二六二頁以下）に基づく主張をもつて、「事実上の拘束力」というような一般的な説明方法に対する「注目すべき提言」と受けとめて理解を示しつつ、「事実上の拘束」という定式を棄て

て正面から先例法理を認めるべきだという提言は、わが国における事態をアメリカ流のものに変えることができないという見とおしがあつてはじめて可能なことではないかと問う、わが国の制度上の仕組や実態を分析・検討したことから、「(判例が)恣意に流れないよう抑止する課題」にこたえることになる、と考えられるだろう。そして、それが本稿によるさしあたつての選択である」とされる(前出七〇〇頁)。こうした「選択」の背景には、法曹一元制の下で裁判官が法律家個人として自立した地位をもち、また、より一般的に、正統的見解に対し異論を提出することへの社会の寛容度が大きいというようなアメリカ的事情がなく、むしろ、「最高裁判所による強力な司法行政権——特に裁判官人事を中心とする——の行使」(前出七〇〇頁)というような事情が考慮されている。

樋口教授の右の主張は、従来自覚されなかつた論点を提起したものとして、きわめて興味深いものがある。そして、筆者も、判例の拘束を「事実上の」ものと位置づける見解が、生の事実に直面する下級審の創造的活動、動態的な判例の生成発展を可能ならしめようといふことへの配慮に基づくものである側面をもつてゐることを考えぬわけではない。しかし、樋口教授と筆者との間で少ながらざる面で評価を共通にする現在の「判例」状況は、結局のところ、「事実上の拘束力」という分明ならざる定式の下で招来されたのではないか?たかどいう思いを筆者はなお棄てきれない。拙著でも触れた、昭和四九年春闘日教組スト事件第一審判決(東京地判昭和五五年三月一四日判時九六七号一七頁)は、「審級制をとる訴訟制度のもとにおいては、最高裁判所の判例がもつべき判例統一の機能やこれによつて法的安定をはかるべき必要性を軽視することはできない。とくに、最高裁大法廷による判断、しかもその度重なる同旨の判断内容は、実務上最も尊重され、下級審に対し、強い事実上の拘束力を認められなければならぬと考えられる」(傍点は筆者)と述べているが、こうした表現ないし発想は何を物語つてゐるで

あらうか。既にみたように、中野教授は、「事実上の拘束力」だとしつつ、最高裁判所のするであろう判断を志すのが裁判官の「職務上の義務」であり、それは法的地位に基づく義務である以上、この拘束は間接的には法的根拠を有するとしている。

本稿(および拙著)で述べようとしたのは要するに次のとく、すなわち、「判例」も(制定法に從事する)「法」であり、裁判の準則であつて、その意味で裁判官(最高裁判所の裁判官も含めて)は法上それに拘束されるが、それだけにその具体的な中身を詰めて考へる必要があり、そうしたなかで「(判例が)恣意に流れないよう抑止する課題」も達成されるのではないかといふことである。筆者が「判例」の拘束力は「法上のもの」だとか「法的拘束力」とかいう場合、それは右のことを指すことにどまる。

高橋教授は、「わが国で言う『判例の事実上の拘束力』といふ『分明ならざる』」にばり対置される『法的拘束力』なる言葉の背後には、このかつてのイギリスにおける先例拘束性(イギリスの最高裁判所たる貴族院は、一八九八年から一九六六年までの間、絶対的先例拘束性の原則を採用し、イギリスの裁判官は先例に従う「法的義務」があるとされていた)のイメージが付着しているのではなかろうか(前出一五四頁)といわれるが、少なくとも筆者は、そのような「イメージ」の下で述べようとしたのではない。なお、高橋教授は、「『強い』『弱い』と言えはすむものを、『事実上の』『法律上の』という概念をもつけ、拘束力の性質の差異を探るという問題の立て方」をするところに問題があり、「右の東京地裁判決(先に触れた昭和五五年三月一四日判決)に象徴されるような官僚的司法銀を醸成する『事実上の拘束力』『法的拘束力』なる概念は、廢棄した方がよい」(前出一五七頁)と主張されるが、そこでいわんとされる趣旨については筆者も理解できる。

ある論者によれば、「制定法主義の国においては、判例に従うべきことの要請は、あくまでも、制定法のワク内

「ものにすぎないから」、判例には制定法と同様の厳格な拘束性は認められないが、「判例法主義をとる場合に

は、判例が裁判の第一次的基準であるから、その拘束力は、制定法主義における制定法の拘束力と同じく、きわめて厳格なものとしてとらえなければならないことになる」とされる（鶴部透穂「判決の効力と判例理論」法学セミナー増刊・憲法訴訟〔昭和五八年〕二三六頁）。が、高橋教授もいわれるよう、「これは、あまりにカテゴリカルな見方である」と、「判例法主義であれ制定法主義であれ、判例の拘束力は制定法にくらべ弱いものである」（前出一六〇頁）。筆者が「判例」も「法」だというとき、こうした理解を前提としている。そして、こうした理解を前提としたつて、憲法解釈論上、「判例」も法源と考えるべきではないかと主張したのであった。ある状況が問題だと考える場合、その状況を開拓するために何を「選択」することがさしあたり適合的かということは、法解釈にあたって避けられない実践的課題であることは確かであるが、法解釈はこうした課題だけにつきない論理的筋途のようなるものをもつているように思われる所以である。

#### (4) 違憲判決の効力と憲法判例の拘束力について

本稿において、違憲判決の効力と憲法判例の拘束力の問題とは別次元のものではないかを示唆し、拙著『憲法書院』〔昭和五六年〕二六五頁においてそのことを明言した。何故ことさらにこのようなことを述べたのかといえば、本稿でも言及したように、かつて、「個別的効力説によれば、判例の変更は可能と解される」が、「一般的効力説によれば、少なくとも、違憲の判断がなされたときは、それによって法令の効力が一般的に失われると解するのであるから、その法令が効力をもたないことはそれで確定するものと見るべく、その判例に変更は許されないと解される」（宮沢俊義・日本国憲法〔コンメンターカ〕〔日本評論社、昭和三〇年〕六八三・八四頁）というように述べら

れることがあり、しかし、伊藤正己教授が指摘された（伊藤正己・憲法の研究〔有斐堂、昭和四〇年〕一八二頁以下、二二六・二七頁参照）ように、「判例」の意味のとり方が問題で、憲法解釈として打ち出された法準則と捉えれば、いわゆる「一般的効力説」の下でも、判例変更が可能であることを示さんとするためであった。

本書V論文とその補論において、違憲判決の効力について、いわゆる「一般的効力説」か「個別的効力説」かといふように選択を迫られれば、違憲とされた法律の法令集からの除去効果はないといわざるをえないが、そしてその限りでは「個別的効力説」に手するということになるが、しかし、違憲判決の効力を考へる場合、そのことだけですましうるわけではなく、いわば弱い効力も想定に入れなければならないのではないかという趣旨のことを見た。

このように述べると、従来の「一般的効力説」「個別的効力説」という枠組みにこだわる立場からは、いずれの説をとるのか曖昧であり、歯切れが悪いといふような批判が予想されるところであり、他面、判例の拘束力とどう違うのかといふ批判が予想される。前者については、V論文の補論で触れたが、後者について、最近、高橋教授は、「違憲判決の効力は、判例の拘束力の範囲——判例の法準則は何か——によって決まる」（前出一七二頁）という注目すべき立場を打ち出された（特に、高橋一修「違憲判決の効力論・考」藤倉皓一郎編・英米姿論集〔東京大学出版会、昭和六二年〕一一三頁）。

高橋教授は、筆者の論述（主として拙著・前出の憲法）および同じような論法をとる伊藤正己・憲法（弘文堂、昭和五七年）を取り上げ、両者とも、「従来から行われて来た『違憲判決の効力』論を前提にして、一般的効力説と個別的効力説のいずれをとるのか、読者には何とも決めかねるような歯切れの悪い論述をしている」とし、こうした「混乱」は、「違憲判決の効力」は「憲法判例の拘束力」と別のものだと考えたところから生まれたものであると

し、そして、「違憲判決の効力」とは「違憲判断を下した憲法判例の拘束力」と『全く同次元のもの』である」と主張される（前出の「違憲判決の効力論・考」一三一～三二頁）。「判決の効力が一般的効力をもつか個別的効力をもつのかは、その判決が『判例』としても拘束力の範囲——わが国でいう判例の射程範囲、英米法でいうレインオーディエンス——によって決まるのであり、わが国の違憲判決の効力論がこれまで指定してきたように一義的には決定することはできない」（同論文一三二頁）といふのがその結論である。そして、そのような観点から、わが国の憲法学が長年にわたって論じてきた「違憲判決の効力」に関する一般的効力説・個別的効力説なるものは、わが国は判例法主義の国ではないから判例の拘束力を考える必要はない、あるいは考えてはいけないという前提の下に、それでもなお違憲法令審査権を与えた最高裁判所の違憲判決の効果はどのようなものかを抽象的に考えてみたところにはじまつたのではないか、ところが、判例の重要性が認識されるにつれ、わが国でも判例の拘束力を検討せざるをえなくなり、それでもなお昔の思考習慣から抜け出せないでいる、それが「違憲判決の効力論」であつて、その意味で「昔の憲法学の残滓」ではないか、また、そのような形で判決の効力を論じながら、同時に判例の拘束力を論じることは矛盾しているのではないか、と主張される（同論文一三六頁）。

筆者の所説が直接の批判対象とされているとはいへ、高橋教授の自由闊達な発想と問題意識に筆者も共感し、また、反省させられるところも少なくない。しかし、その主張に直ちには賛同しかねるところがある。判例法主義の国たるアメリカにおいて、これまで「違憲判決の効力」なし「違憲とされた法律の効力」如何といった発想ないし問題のたて方が果してなかつたかどうかといふ疑問もないわけではないが、そのことはおくとして、「違憲判決の効力」とは「違憲判断を下した憲法判例の拘束力」と『全く同次元のもの』であるといひきれるものかどうか。「判例の拘束力」とは、直接には裁判官との関係のものではなかつたか。もちろん、そのことか

ら、「判例による法形成」について語ることができるが、本稿でも述べたように、国家統治機構上の国会・内閣の位置づけについて考える必要がありはしまいか。最高裁判所の憲法判決が出ると、その後最高裁判所自身および下級裁判所は法上その「判例」に従うことを求められるが、国会・内閣も同様の意味で「判例」に従わなければならぬのであろうか。もともと、最高裁判所は憲法についての最終的な有権的解釈権を与えられた存在であるから、国会・内閣もその「判例」に敬意を払い、それに従つて行為することが賢明な方途である。しかし、本稿で、議会は裁判所の憲法解釈を受け入れる道義的または法的強制を受けるわけではないとか、「さしあたり、立法部は裁判官形成の憲法理論に拘束されると指定する必要はない。かかる理論は立法部において正しいとの強い推定を受けるということは十分である」とか、というアメリカの論に触れたが、日本国憲法上国民の代表機關にして「國權の最高機關」とされる国会は、自己の正しいと信ずる、「判例」とは異なる憲法解釈に従つて行為することは憲法上正統化されると解される。しかし、再び訴訟となり、国側が裁判所を説得する（その合憲性について）ことに失敗すれば、その行為は違憲と判断され、ときには国は国家賠償責任を負わなければならないといふこともありうるものかもしれない。本稿で、国会は「自己の危険において行動できると解される」と述べたのはその趣旨である。

しかし、このような国会・内閣に対する「判例の拘束力」の問題と、ある特定の事件で違憲と判断された特定の法律に対して国会・内閣がとるべき態度にかかる問題とは、別個に考えなければならないのではないかというのが筆者の立場である。いわゆる「一般的効力説」によれば、ratio decidendi が何であれ、違憲とされた法律は直ちに法令集から除去される。その後、国会は ratio decidendi にあわせて「判例」上違憲とならしいような法律を新たに制定することもできるし、訴訟になれば裁判所を説得する覚悟で同じような法律を新たに制定すること

ともできる。筆者の立場は、既述のように、違憲とされた法律は直ちに法令集から除去されるという効果が生ずることは考えるべきではないが、弱い効力として、内閣は一般的に——ratio decidendiの範囲如何にかかわりなく——その法律の執行を控えるべきであり、国会はその法律を廢止するか ratio decidendi にあわせて法律を改正するかの方途を講ずることを求められるということである。V論文の補論でみたように、違憲判決後、刑法二〇〇条等は一般的に適用されない措置が講ぜられた。

390

高橋教授は、刑法二〇〇条に関する四八年判決について、それは「執行猶予をつけえない法定刑の規定は（あまりに）均衡を失するから）違憲」という法準則を定立したもの（文面一部無効）であつて、「尊属に対する犯罪を別に規定することは違憲」（文面全文無効）としたわけではなく、後者によれば刑法二〇〇条は「死んだ」ことになるが、前者によれば、立法府は法定刑をひき下げて二〇〇条を生き返らすことができるから、「仮死状態」になつたということであるとし、「いずれの場合も」検察官も裁判官も一般社会も刑法二〇〇条を相手にしないという意味において、刑法二〇〇条は法令集から排除されたに等しい（一般的効力）とされる（前出の「先例拘束性と憲法判例の変更」一七一～七二頁）。四八年判決の ratio decidendi が「執行猶予をつけえない法定刑の規定は（あまりに）均衡を失するから）違憲」ということであるとすれば（これには筆者も同感であるが）、そして「違憲判決の効力」が「判例の拘束力」と「全く同次元のもの」だとしたら、にもかかわらず何故に二〇〇条は一般的に適用されないことになるべきだということになるのか。筆者には、違憲とされたその法律についてのケシメのつけ方の問題と判例の拘束力の問題とはやはり区別して考えられるべきものではないかと思われるるのである。

ところで、周知のように、薬事法距離制限規定の場合と違って、刑法二〇〇条は国会によって改廢されず、法令集に残っている。裁判所によって違憲とされた法律は一般的に適用されない状態におかれが、このように、

立法権者たる国会によって廢止されない場合でも、永久に適用されないことになるのか。もしそうだとしたら、二〇〇条は——法令集に残っていても——「死んだ」ということになる。それは、違憲判決が直ちに違憲の法律の法令集からの除去効果をもつといつても（一般的効力説）とほとんど変わらないものになる。しかし、そのように解すべきものではあるまい。国会が違憲とされた法律を廢止しないといつるのは、国会としてケシメのつけ方を怠つたということになるが、国会が理由はともあれあえて改廢措置を講じないといつことは、国会としての一つの意思表示であり、同法を合憲とする判例変更（刑法二〇〇条についていえども、もとより筆者は不当な判例変更と考えるが）が見込まれるときには内閣はテスト。ケースとして同法を再び適用することは可能であり、実際に判例変更がなされれば同法は全面的に適用されることになる。その意味で、違憲とされながらなお法令集に残っている法律は、「死んだ」のではなく、「冬眠状態におかれている」ということになろう。

#### 〔付 記〕

この補論は、昭和六一年八月に執筆したものである。

## 判例の法源性

向 井 久 了

### I 問題の所在

裁判所によって終局的な判決が下された場合、その確定判決は、当事者間の争いに最終的な決着をつけ、以後当事者が同じ問題を裁判所でむしかえすことはできないという機能を果たすとともに、その判決の示す当該事件に適用される法令を解釈した結果でてくる一般的な法命題（法準則）が、将来の別の裁判の規準となるという機能をも果たすことがある。前者が既判力と呼ばれる作用であり、後者が先例の拘束力と呼ばれるものである。

周知の通り、英米型司法観念の重要な特質として、先例は法源として扱われ、先例を裁判の拠り所とする先例拘束性の原理があげられる。日本国憲法76条にいう「司法権」とは、英米型の司法観念に立つものとされているが先例拘束性の原理については、これまでの学説は否定的に受けとめる傾向が強く、判例の拘束性を問題とする場合にも、事実上の拘束力を有するにすぎないものとされてきた。

そこで、日本国憲法のいう「司法権」について、これを英米流のものであると解しながら、「先例法理」は別であると考えることは果たして妥当なものか否か、ということが問題とされる。

### II 先例拘束性の原理

#### 1 判例の意義

判例の法源性（先例拘束性）を問題とする場合、「判例」および「法源」の意義について触れておく必要がある。判例は、必ずしも明確に定義されているわけではないが、①個別の判決例の意味、②反覆された同旨の判決の意味（「例」のうちに反覆性の意味をこめるものである）、③判決の基礎とされた一般法理の意味、④「念のため」に付加された「なお」書き判示などの意味で用いられている（芦部信喜『憲法講義ノートI』[1986] 62頁参照）。先例拘束性の原理において問題となる「判例」は、主として裁判の準則との関係において問題とされるのであるから、③の意味での用法であり、反覆性は要件とされない。

判例（先例）に拘束されるという場合、それは判例（先例）から引きだされた法準則が、制定法の条文の働

きと同じように、将来の裁判の規準として適用されるということであるが、このような法準則のことを英米法ではレイシオ・デシデンダイ（ratio decidendi）という。つまり判例（先例）とは、「主文」で述べられた実質的結論を導く上で意味のある法的根拠や決定的な理由づけとなる部分である、最高裁判決中のレイシオ・デシデンダイとされている。それは、裁判所は具体的な事件の解決を本來の任務とするものであり、したがって、裁判所が事件の真の争点に即して述べた判断（法準則）が最も信頼に足るものである、などの理由に基づく。

#### 2 法源の意義

法源とは、一般に「法の存在形式」として理解されており、このような法源には、①裁判官が制度的に従うべきものとされている「制度上の法源」と、②裁判官が事実上従っている「事実上の法源」とを区別することができる（伊藤正己・加藤一郎編『現代法学入門（第4版）』[2005] 49頁参照）。したがって、「判例」は「法源」か、の問いは、①制度上の法源（強制的・拘束的法源）か、②事実上の法源（許容的・説得的法源）か、という意味をもつことになる。

#### 3 判例の法源性（判例は法か）

英米の先例拘束性の原理は、その判例法主義に由来するが、わが国が制定法主義をとることから、判例は、制度上の法源として認められないとするのが、かつての通説である。たとえば、判例は直接的には裁判官、間接的には実務・一般社会を拘束・支配するが、その拘束力は、判例が「法」であるから生ずるのではない。その理由は、わが国には判例を法だとする明文の規定ではなく、制定法と同じ意味で指定された「法」概念に従えば判例を「法」だとみるのは妥当でないとし、判例は制度上の法源になっていないと主張する（中野次雄編『判例とその読み方（改訂版）』[2002] 13頁以下、伊藤・加藤編・前掲書60頁参照）。

しかし、このような考え方に対して判例の法源性を肯定する学説がみられる。そこでは、法源たる「判例」とは、判決例のことではなく、判決の基礎とされた一般法理のことであるとしたうえで、特に最終審裁判所のそれは、公的権威をもってそれを最終的に決定するが、「法の下の平等」の原則はそれが他の事件にも適用されることを要求し、国の重要な法源となるとし（小嶋和司『憲法概観（第3版）』[1986] 39頁参照）、あるいは、憲法14条の「法の下の平等」は、法適用の平等を要請し、類似の事件には同じような解決を与えることを要請する。その意味では、「判例による法形成」は「司法権に内在する機能」であるといつてよいと主張する（佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』[1984] 277頁参照）。

ただ、判例の法源性を承認する立場にあっても、その判例は一般に制定法に従位する法として、その意味でテ

ンタティヴな法として理解されている。

#### 4 判例の拘束力

判例の拘束力については、同種の事件は同様に解決すべきだとする平等・公平の要請がその根拠とされているが、その拘束力をどのような性質のものととらえるかについては、大きく、(1)制定法上の効力、(2)「事実上の拘束力」説、(3)「法的拘束力」説に分かれている。

(1) 制定法上の効力 判例は、制定法上、一定の効力を有している。まず、下級審に対する上級審の判例の拘束力であり、裁判所法4条は「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する」と規定する。これは上訴制度をとる以上、当然のことともいえる。ついで、上級審の判例の上級審自身に対する拘束力である。裁判所法10条は、「憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」(3号)は、「小法廷では裁判をすることができない」として、大法廷の審理を要求しているのが、これに当たる。

(2) 「事実上の拘束力」説 従来の支配的見解であり、それは、①日本国憲法下では、判例法主義の下におけるような「判例拘束の法理」は認められず、最高裁判決にも、一般的な法的拘束力はない。②最高裁判決については、「事実上の拘束力」が問題となりうるにすぎない、というものであった。裁判所法4条の規定は、当該事件についてのことであって、ここに問題としている判例(先例)の拘束力、即ち、将来の他の事件に対する拘束力とは全く異なるものであり、判例は制度上の法源にならないといふ、というものであった。

(3) 「法的拘束力」説 先例法理を支える最も重要な基礎は、類似の事件は同じように扱うべしという公正の観念にあり、日本国憲法との関連でいえば、直接には14条の「法の下の平等」に含まれる法適用の平等の要請するところということになる。したがって、最高裁判所の判決が拘束力をもつのは、日本国憲法上の「司法権」のあり方そのものから導かれるに解されるが、「法的拘束力」をもつのは厳密には、判決中のレイシオ・デシデンダイに限られる、という。

さらには、「事実上の拘束力」、「法的拘束力」なる概念は、もはや破棄されるべきである、とする見解がみられる。そこでは、先例法理とは、「實際上普遍的に適用される格率(maxim)」あるいは「政策の原則」ともいうべき法の基本原則であり、そのように理解された先例拘束性の原理は、わが国の法制度にも内在していると考えるべきであるが、法制度の伝統の違い、あるいは同一の法制度内でも法分野の違いによって、「強い拘束力」、「弱い拘束力」という「程度の違い」はみられ、ただそれは「法的拘束力」、「事実上の拘束力」というほどに「質的な違い」があるわけではない。つまり、それは「質的な違い」ではなく「程度の違い」である、という

(高橋一修・後掲159~160頁参照)。

これまで、「事実上の拘束力」説が通説といわれていたが、現実に行われている法規範の具体的な内容を知るために、判例を無視することはできず、あらゆる法領域において、判例なしに法を語ることは不可能であるとさえいわれており、判例に対しても、「法的拘束力」(一定の制度的拘束力)を認めるのが適切であろう。

#### III 判例の変更

先例法理をとるアメリカにあっても最高裁判所の判例変更是当然視されている。

わが国で、最高裁判所の判例変更是、大法廷を開かなければならぬことのほかは内容上は自由である。しかし、判例の拘束力の実質的根拠が、人々の権利・利益についての予見可能性、つまりひとたび判例が確立すると、将来もそれが維持されるとの予測の保障という点にある以上、判例の変更是、最高裁判所の全くの自由ではなく、その変更是、適正な配慮の下に行われるべきことは当然であろう。具体的には、①先例における法令の解釈が明らかに誤りである場合、②先例における解釈の維持を困難とする社会的・経済的等の諸条件が存在するにいたったとき、などの場合にはじめて判例を変更することになる。

#### IV 憲法判例の変更

憲法判例について、その変更が他の判例一般よりも柔軟になされるべきか否かが問題とされている。そこでは、憲法判例の変更の難易を他の判例と区別しない立場に立ちつつ、一般的に、国民の権利・利益を拡大する方向での判例変更是比較的やかに考えてよいが、国民の基本的人権を縮減する方向での判例変更是、裁判所がぎりで人権を奪うに等しいものであるから原則として許せないとする見解がみられる。憲法判例は、基本的人権にかかる場合が多いから、その変更については、人権保障の観点よりする別の制約がありうるとするものである。

#### 〈参考文献〉

- 高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟(3)』[1987] 139頁  
浦部法穂「憲法判例の変更」岩間昭道=戸波江二編『憲法I』[第3版] [1994] 197頁  
杉原泰雄「判例拘束の法理と日本国憲法」奥平康弘=杉原泰雄『憲法演習教室』[1987] 265頁  
樋口陽一「判例の拘束力・考」佐藤功先生古稀記念『日本国憲法の理論』[1986] 675頁  
佐藤幸治「判例の法源性」憲法の争点 [旧]〔新版〕 269頁

(むかい・ながのり=帝京大学教授)

平成二〇年二月一五日発行  
新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点

LLI/DB

# 判例秘書.JP

<https://www.hanreihisho.jp>

新コンテンツ追加!

判例秘書.JPが  
さらに情報力をアップしました。

インターネット時代のニーズから生まれた「判例秘書.JP」は、

延べ22万件の判例データと、約8000冊におよぶ

デジタル化された法律雑誌・文献をリンクして提供します。

判例を参照後、関連する論文・評釈を瞬時に参照可能。

さらに新コンテンツの追加で情報力がアップしました。

常に進化を続ける「判例秘書.JP」が、

皆様の実務を強力に支援します。

判例秘書とリンクするデジタルコンテンツ

各コンテンツは、  
PDFファイルの採用  
により誌面そのまま  
参照・印刷が可能です。

- |            |                |
|------------|----------------|
| ●最高裁判所判例解説 | ●金融・商事判例       |
| ●判例タイムズ    | ●銀行法務21        |
| ●ジュリスト     | ●労働判例          |
| ●判例百選      | ●邦文法律雑誌記事索引    |
| ●法学教室      | ●六法全書電子復刻版 NEW |
| ●有刑金融法務事情  |                |



無料トライアル受付中!!

無料トライアルをご希望の方は、弊社HPよりお申込み下さい。 <http://www.hanreihisho.com>

■開発・提供 株式会社 **LIC**

〒107-0062 東京都港区南青山2-6-18 渡辺ビル7F TEL:03-3401-5181 FAX:03-5412-0535

禁複写  
編集人  
高橋均

发行人  
印刷所  
江草貞均  
精文堂印刷株式会社

発行所  
株式会社  
有斐閣  
東京都千代田区神田神保町二ノ一七

東邦・二井合同図書館



9784641113190



300046152



1929432028002

ISBN978-4-641-11319-0

C9432 ¥2800E

定価 (本体2,800円+税)

雑誌 60797-13

編者紹介  
芦部信喜 (あしへ のぶよし)  
1923年 長野県に生れる  
1949年 東京大学法学部卒業  
現在 在学習院大学法学部教授

## 事項索引

- ア 行**
- アメリカ憲法裁判における司法積極主義・消極主義 ..... 195
  - アメリカにおけるインパクト論 ..... 263
  - アメリカの宣言判決 ..... 39
  - アルマー, S. ..... 299, 300
  - イガリターリアン・アクティヴィズム ..... 199
  - 違憲警告 ..... 81, 137, 241
  - 判決 ..... 74, 81
  - 違憲事実の追認 ..... 77
  - 違憲状態 ..... 137
  - 違憲審査権 ..... 117, 188, 189, 191, 192, 196, 202, 203, 204, 213, 218, 220, 221, 230, 290
  - 違憲審査制 ..... 118, 124, 134, 209, 203, 204, 213, 219, 221
  - 違憲性確認判決 ..... 80, 87, 94, 97
  - 違憲性確認判決創造説 ..... 87
  - 違憲宣言判決 ..... 87
  - 違憲判決の効力 ..... 109
  - 違憲判断積極(または消極)主義 ..... 229
  - 違憲判断の法的効果 ..... 109
  - 違憲無効の判決 ..... 91
  - 萎縮的効果 ..... 7
  - 一部違憲判決 ..... 25
  - 一部無効 ..... 8
  - 一般的効力 ..... 98, 115, 116, 120, 128, 139, 172
  - 一般的の効力説 ..... 113, 117, 119, 120, 126, 139, 179
  - 一般的の遞及効 ..... 115, 116
  - 違法宣言中間判決の制度 ..... 85
- イ ンパクト論**
- アメリカにおける—— ..... 263
  - 日本における—— ..... 272
  - ヴィンソン, F. M. ..... 199
  - ウォーレン, E. ..... 194, 206
  - ウォーレン・コート ..... 195, 196, 198, 199, 206, 207, 305
  - 訴えの利益 ..... 236
  - ウレ, C. H. ..... 86
  - 運用違憲 ..... 5, 278
  - エクイティ ..... 268
  - 上の救済手段 ..... 180
  - LRAの基準 ..... 17, 28
  - オースティン, J. ..... 149
  - オビター・ディクタム → 傷論
  - オールド・アクティヴィズム ..... 192, 198, 199, 205
  - オールド・コート ..... 195, 197
  - 権健な積極主義 ..... 214
  - 力 行
  - 確認訴訟 ..... 41, 49, 53
  - 確認の利益 ..... 59
  - 下級審に対する判例の拘束力 ..... 155
  - 過度に広汎な法律 ..... 4, 7
  - 過度の広汎さのための無効 ..... 63
  - 可分性 ..... 20
  - の問題 ..... 7
  - 可分・不可分 ..... 8
  - カーランド, P. B. ..... 207
  - 勧告的意見 ..... 43, 146
  - 期限付無効判決 ..... 101, 102
  - 規範懷疑論者 ..... 315
  - ギブソン, J. ..... 397



## 講座 憲法訴訟(第3巻)

昭和62年6月30日 初版第1刷発行 定価2,800円

編 者 芦 部 信 喜  
発 行 者 江 草 忠 敬  
発 行 所 株式会社 有斐閣  
(101)東京都千代田区神田神保町2~17  
電話 03(264)1311(大代表)  
振替口座東京6-370番 FAX 03(262)8035  
京都支店 (606) 左京区田中門前町44

印刷 株式会社精興社 製本・和田製本工業株式会社  
© 1987, 芦部信喜 Printed in Japan  
落丁・乱丁本はお取替えいたします。

ISBN 4-641-01293-8

違憲判決の効力に関しては、從来立てられてきた問題の枠内では論議はほぼ出尽していると思われる。今後はむしろ右に挙げたような新しい課題の検討に、より大きな比重がかけられるべきであろう。

- (1) 「事情判決」法理の詳しい検討は、本巻Vの3川端論文に譲り、ここでは筆者の基本的な捉え方のみを述べる。
- (2) この辺りの問題につき、より詳しくは、野中俊彦「立憲義務と憲法審査権——選舉無効訴訟を素材に——」芦部信喜選憲・憲法訴訟と人権の理論一八三頁以下(一九八五)を参照。
- (3) 議員定数訴訟の場合には、選舉無効判決により国会自体も法的な痛手を受ける(無効とされた選舉区議員の喪失とともに伴う混乱、選舉やり直しの法的義務(公選法三四条)から、最終的には最高裁にもそれが切り離して残されている。しかし、それ以外の一般的場合には、違憲無効判決により国会は法的には痛手を受けない。実質的には最高裁による暫定立法措置を認める以外に方法はないと思われるが、それ以前の段階でもなんらかの有効な方法があるかどうかが検討課題である。
- (4) 一口に将来効判決といつても種々の型がある(佐藤幸治・憲法訴訟と司法権)一一八頁以下に詳しく論じられているところを参照)。ここでは議員定数訴訟を念頭において、さしあたりこのような判決方法の意味で用いる。
- (5) 最大判昭和六〇年七月一七日民集三九卷五号一一〇〇頁。
- (6) 議員定数訴訟に関しては、将来効判決、選舉無効判決、差止訴訟、裁判所による暫定禁等々の可能性と問題が、すでにかなり詳しく検討されている。田中英夫「定数配分不平等に対する司法的救済」シリ八三〇号四一頁以下(一九八五)、芦部信喜他「[研究会]憲法裁判の客觀性と創造性」シリ八三五号二七頁以下(一九八五)、佐藤幸治「基本的人権の保障と救済——議員定数不均衡問題に着せて——」法教五五号、五六号各六五頁以下、五九頁以下(一九八五)等を参照。
- (7) 最大判昭和五一年四月一四日民集三〇卷三号一一三三頁。
- (8) 最大判昭和五八年一月七日民集三七卷九号一一四三頁。
- (9) 野中俊彦「衆議院議員定数大法廷判決の意義と問題点」シリ八〇六号一一頁以下(一九八四)参照。

## 5 先例拘束性と憲法判例の変更

|           |              |
|-----------|--------------|
| 第一節 考察の視点 | 第二節 判例による法形成 |
| 第三節 先例拘束性 | 第四節 憲法判例の変更  |

高橋 一修

### 第一節 考察の視点

一 憲法訴訟であれ他の訴訟であれ、終局的な判決が下された場合、その判決は、当事者間の争いに最終的な決着をつけ、それにより当事者は同じ主張を再び裁判所に持ち出すことはできないという機能を果すとともに、その判決の示す法命題(法則)が、後の別の裁判の規準となるという機能をも果すことがある。前者が既判力と呼ばれる作用であり、後者が先例の拘束力と呼ばれるものである。わが国の法律学・実務においては、既判力については細部の点で議論はあるものの、その効力のおおよその内容、それが法的効力であることは意見の一一致をみているといえようが、先例の拘束力については、「事実上の拘束力であって法律上の拘束力ではない」とか「あ

る程度の法的拘束力は認められるが、制定法の拘束力のように総括的なものではない」と説明されるのがふつうである。その際ほとんど常に、その理由として、わが国は英米法のように判例法主義の法制度を知らないからだと説明されてきた。

歴史的に、英米法の主要部分が先例を裁判規範として発展してきたことは、誰でも知っている。先例のみが裁判の依り所なのであるから、先例は法源と扱われ、先例に拘束力を認めなければ訴訟は全くの水物となって法体系は混乱に陥ることになるから、先例拘束性の原理が判例法主義の基本原理となる。そのような法制度の下でも制定法は存在するが、それは判例法の補充、変更、成文化のために作られるのであって、その背後には常に判例法がひかえている（たとえば、ある事件が制定法のカバーする範囲に入らなければ、「従前の判例法によつて」解決される）ことに注意しなければならない、すなわち、英米法においては判例法が第一次的法源であつて、制定法は第二次的法源であり、その点で、わが国の法制度は、英米法とは異なるというのである。<sup>(1)</sup>

しかし、周知の通り、英米法の中にも成文法規を第一次的法源とし、判例法を第二次的法源とする分野がある。われわれがしばしば参考にするアメリカの憲法、刑法がその例である。それらの法分野では、成文法規とそれを解釈・適用する判例の関係は、法構造的にみて、わが国の法制度におけるそれと同じはずである。<sup>(2)</sup>問題は、アメリカでそれらの判例が純粹の判例法（common law）と同じく「判例法（case law）」と呼ばれ、先例拘束性の原理も等しく適用されていることと、わが国では判例は法源ではないとされ、先例拘束性は事実上のものと言われること間に、法制度の「伝統」の違い以上に何か法理論的に説明のつく違いがあるのかといふことである。このことを意識することは、「英米は判例法國だからそこで議論はカテゴリカルにわが国のような成文法國にあてはまらないとする」誤りを避けるために必要と思われる。<sup>(3)</sup>

二 最近、佐藤幸治教授は、わが国憲法のいう「司法権」は英米流のものと一般に理解されてきたが、「先例法理」は別であると考へることは果して妥当なものか、と問題提起をし、「事実上の拘束力」という分明ならざる観念の下に、かえって、判例の抽象的な理由づけがものをいつてきたところがなかつたかどうか」という疑念を述べている。すなわち、わが国の最高裁は、「基本的には、当該事件・争訟の確かな事実的基盤に立つて、特定された問題について判断すべき」であるのに、不必要に「抽象的理論の呈示を優先させすぎているのではないか」というのである。そして、わが国でも判例が法源をなすことを見慣することによって、「それが恣意に流れないよう抑止する課題に自覚的に取り組む」ことの必要性を指摘している。<sup>(4)</sup>

また、樋口陽一教授は、「わが最高裁の司法行政当局は、……司法の自制と謙抑を強調するのが常であるが、それにしては、もともと個別の事件についての決定である判決が『判例』として強大な役割をもつことに対し、疑惑を表明することがない。」「そのうえにまだ、わが国では、下級審に対する最高裁判決の『判例』性が強調される一方で、先行判例の最高裁自身に対する拘束性という問題意識自体が見られず、默示の先例変更と見られるものを含めて、先例との緊張関係を意識することなくその変更がおこなわれている。」<sup>(5)</sup>と、興味ある指摘をしている。

これらの指摘を合せ読むと、わが国では、わが国の法制度は判例法主義ではないから判例は法ではないと言つて、かえって最高裁は抽象的なかたちで法を定立し、判例は事実上の拘束力しかもたないと言つて、自己に対する先行判例の拘束力を意識することなくルールズに判例を変更するという、「司法の自制と謙抑」どころではない逆説的状況が生じているという皮肉な見方も成り立つ。そこで、自覚的に取り組むべき課題とは、判例の法源

性の承認」と、先行判例の拘束性という意味での先例拘束性の再検討である。

わが国では、最高裁判例の下級審に対する拘束力を議論するときには、「判例の拘束力」なる語を用いることが多いようであるが、必ずしも先例拘束性の二つの側面が明確に区別されているとは思われない。英米法においても、先例法理の内容は、簡単には①上級審は自らの先例に拘束される、②下級審は上級審の先例に拘束されると説明されるが、②は①を前提として初めて意味をもつてゐるから、先例拘束性の核心は前者にあると考えるべきである。このことを意識することは、樋口教授が指摘することなく、「先例法理を最上級審自身が少なくともなんらかの形で意識してきた社会では、下級審が先例法理に敬意を払いつつもその射程を限定することによって当該事件の適切妥当な判断を導き出す」というゆき方のもううる積極的意味が理解されやすいのに対し、自分自身ははじめからどんな意味でも先例に拘束されない、という前提から出発するところでは、そのような理解は求めがたくなる<sup>(8)</sup>という傾向を「抑止する課題」にとり組むためにも必要と思われる。

三 内田力蔵教授によれば、英米法の先例拘束性の原理には、実際には切り離すことはできないが理論的には区別される二つの側面があるといふ。一つは、判例によって法が作られるといふこと、すなわち、裁判官の法形成機能を認めるとする原則であり、他は「先例の法理」と呼ばれる先例の運用に関する伝統的・慣行的な原則である。わが国でも、先例（判例）の拘束力の問題は、判例の法源性と関連づけて論じられるのが常であるが、以下では、二つを分けて検討してみることにする。

(1) 田中和夫・英米法概説（再訂版）115、198~201頁（一九八六）。

(2) 小幡和司「憲法判例の変更」清宮四郎・佐藤功・阿部照哉・杉原泰雄編・新版憲法演習③209頁、211頁（一九八〇）

は、「アメリカ合衆国の判例で、憲法典に規定のない数多の法理が示されるのは、不文法的思考による」とするが、これは「依拠する憲法条文を示さずに」という意味ではない。合衆国の憲法判例は、常に憲法条文の解釈という形をとる。

(3) 田中英夫「判例による法形成」法協四巻六号七五五、七六五頁（一九七七）。

(4) 佐藤幸治・憲法訴訟と司法権271頁（一九八四）。

(5) 佐藤・前出注(4) 279~280頁。

(6) 樋口陽一「判例の拘束力・考」佐藤功吉・日本国憲法の理論678~79頁（一九八六）。

(7) 田中・前出注(1) 156頁。

(8) 樋口・前出注(6) 679頁。

(9) 内田力蔵「判例というものの考え方4」法セミセ九号217頁（一九六一）。

## 第二節 判例による法形成

判例は法か、という問題は古くて新しい問題である。田中英夫教授によれば、この問に対する「答は、『法源』という言葉の定義によって定まるのであって、この問題は、文献の頻度に対応するほどの重要性をもっていない」ということであるが、先の佐藤教授の言う「判例が恣意に流れないように抑止」するという現代的課題もある。この問題をここで本格的に論じることは私の能力を越えることゆえ、以下では、判例の法源性を否定する代表的見解として、最近（一九八六年）刊行された中野次雄編『判例とその読み方<sup>(2)</sup>』の中の考え方を、肯定する見解として田中英夫教授の論文『判例による法形成<sup>(3)</sup>』（一九七七年）におけるそれを紹介して、比較検討してみることにする。いずれの所説もそれぞれの論稿の前提的な一部にすぎないが、両者の判例研究の基礎にさえられた考え方でもあるので、論旨の一部をとり出して検討してもあながち不当とはいえないであろう。

### 一 判例の法源性否定説

(1) 中野次雄元判事を編者とする『判例とその読み方』は、わが国における画期的ともいべき判例に関する総合的研究書である。その冒頭の章において、中野判事は、「判例」とは「特定の裁判において示された、(その事件の前提事実を抽象して)ある程度一般的な命題で示された法律的判断」と規定したあと、この意味での判例が直接的には裁判官、間接的には事務・一般社会を拘束・支配するが、その拘束力は、判例が法であるから生ずるのではないとする。

その理由は、まず、わが国には判例を法だとする明文の規定はない。刑訴法(四〇五条二、三号)が判例違反を上告理由にしたのは判例を法と認めたのだという説があるが、この規定は上告の窓口を狭める条件にすぎず、これを根拠にするのは無理である。むしろ、裁判所法四条が、上級審の破棄理由は「その事件について」下級審を拘束すると規定しているのは、他の事件については一般的に法的拘束力がないと解することもできる。次に、学説においても、かつて末弘博士をはじめとして判例の法源性を承認する見解があつたが、同博士が別の所で裁判官が時として正義のために判例を無視すべきことを認め、また、判例の拘束力の根拠を「善良なる司法官の注意義務」に求めていることからも、「判例が制定法と同じ意味で『法』であり、だから裁判官を直接拘束する」という説だとみるのは妥当でない<sup>(6)</sup>。このように考えると、わが国で「判例の拘束力」と言われているのは、やはり「事実上の拘束力」だと言わざるをえない、と中野判事は結論する。

(2) それでは、その事実上の拘束力の根拠は何か。しばしば、「法的安定性」とか「訴訟経済」の要請といふことがあげられるが、「正義」が裁判の第一義的要請であることを考えれば、これらは決定的理由にはならない<sup>(7)</sup>。結

局、その拘束力は、裁判というかたちで行われる国家の意思表示を統一する必要から、事後的統制として行われる「最高裁の判断」を予測すべき裁判官の「職務上の義務」から生ずる。各地で行われる裁判は、裁判を受ける側からすれば、どこでも同じ裁判がなされなければ不公平になる。また、国家の作用として、裁判は誰が担当しても同じであるべき性質のものである。これが行政作用であれば、上からの事前の統制が可能であるが、司法作用では許されない。そのため判断が区々になるのは避けられないから、上訴制度によって事後的に統一はかかる。これを前提にすれば、下級審の裁判官は「最高裁のするであろうような判断」を志すべき職務上の義務があり、その義務は明文の規定がなくとも、やはり法的地位にもとづく義務であるから、事実上の拘束力といつても間接的には法的根拠がある。このように中野判事は説明する。

(3) 他方、中野判事は、右の「法でない判例」とは別に、わが国でも「判例法」が生れることを認める。同じ判例がくり返され確立した判例になるに従い、裁判所でも社会でも、その内容が一種の不文法として意識されるようになる。ただし、そのような判例法は、民事の実体法と民・刑事の手続法の分野で法律の空白(欠缺)がある場合にのみ形成される<sup>(8)</sup>。民事実体法で法律の空白が生ずる原因是、①解釈者に一任され、殊更に規定がない、②立法当時予想しなかった事実の発生、③立法技術の拙劣、などが考えられる。手続法では、法律が大枠を定め細部は規則に委ねられているが、それでもカバーしきれない「隙縫」に判例による手続ルールが生れる、としている。

(4) 以上のような『判例とその読み方』の考え方に対し、憲法判例は単なる判例なのか、それとも判例法となる余地があるのであろうか。同書は、「判例による法の創造」「判例によって作り出される手続ルール」なる章をもうけて詳細に判例法の実例を検討するのであるが、これとは別に「判例による違憲判断」と題する章をもう

けているのをみると、憲法「判例法」は認めないようである。憲法判断は多くは法令審査であるから、法律の空白ということはありえないのかもしれない。しかし、他方、憲法条項の中には一般的・抽象的な規定が多く、その意味で解釈者に一任されていると言いうる場合もあり、また、刑事手続においては、法の間隙で憲法問題が生じる場合も多いであろうから、同書の立場をとっても憲法分野で判例法が発生することは認められるかもしれない。いずれにせよ、『判例とその読み方』は、憲法判例の法源性については特に何も述べてはいない。

## 二 判例の法源性肯定説（ひやくせきのほうげんせいせつ）

(1) 田中教授は、法とは「規範性をもつ準則 (Rule) で、最終的には「国家」が強制によって実現することが予定されているものの総体」と規定し、法形成とはそのような法を創出・変化させることに直接寄与する作用であるとした上で、判例の法源性(法形成作用)の根拠は、国家機関たる裁判所に期待される「平等の要請」にあるとする。

裁判所に公平な (even-handed) 解決を与えることが期待されている場合には、裁判所は同種の事件は同様に解決すべきであるというのが平等の要請である。それゆえ、ある判決が完全に既存の法準則の枠内でなされたのではないときには、たとえ一回限りの事件の解決を目指した判決からも、後の事件において国家機関の一つたる裁判所が適用し、強制することが期待される法準則が形成される。わが国の憲法には、司法部が even-handed な裁判をするのを期待していないことを示すものは何もないし、また、司法部が「判例による法形成」機能を営むことを制約する制度も採られていない。裁判所のそのような機能を制約する制度をもうけることは可能であるが、その場合には、裁判所に勧告的意見を述べる権限を与えるためには憲法の明文の規定を要するのと同様に（その裏

返して）、実定的意味をもつ規定がなければならぬ。わが憲法にはそのような規定はない。憲法四一条が国会を「唯一の」立法機関としていることは、憲法自身、命令・裁判所規則・条例など他のかたちで国会以外の機関が立法を行うことを認めていた以上、法的には一つのレトリックにすぎず、この規定は、国会が最高の立法機関として「法律」というかたちでの法形成作用を独占することを意味する。判例法は、他の従位的立法と同様、この法律に従位する法である。このように田中教授は認く。

(2) 判例を法であるとする考え方には、いくつかの反論が予想される。判例は変更されること、何が判例かはしばしば不明確であることから、判例が法の準則をもつけたとは言えないという反論がありうる。これに対して田中教授は、英米法のような判例法主義の下でも、一九六六年までのイギリスのように先例に絶対的拘束力を認める国はないのだから、判例変更の可能性だけで判例の法的性質を否定できないし、また、制定法でもしばしば「解釈」というかたちで変容をうけることは広く認められているのだから、不明確性を理由にそれを否定することもできない、と再反論する。また、判例がくり返され確立した判例に限り法的効力を認める国が多いのではないかとか、という反論に対しては、そのような判例であっても絶対的拘束力を認めない以上は、所詮程度の差ではなかろうと言ふ。

最も伝統的な反論は、裁判所に法形成作用を認めるることは権力分立に反する、ということである。これに対して田中教授は、その法形成作用は司法権に内在する機能であると考える。司法部に対し、裁判に際して even-handed な解決を与えることが期待されているとみうる限り、また、その機能が明示的に制約されていない限り、裁判所が法形成作用を営むことは、いわばその系として当然に認められるべきである。この司法権の行使によって形成される法は、立法部の作る法に従位する法と考えれば、権力分立の原理に反することはない。

(3) しかし、この最後の点で憲法判例は全く異なる性質をもつ、と田中教授は指摘する。通常の法分野の判例法は、国会の作る制定法によって変更されない限り有効だという意味でテンタティヴな法であるが、憲法解釈の判例法は、裁判所が判例変更をしない限り、国会によって変更することができないという特性をもつ。憲法改正による変更是可能であるが、硬性憲法の下では国会立法にくらべ格段に困難である。だから憲法判例の法源性を否定せよ、と田中教授は言うのではない。だからこそ、違憲立法審査制をとる憲法体制下の裁判所は、立法による法形成と判例による法形成の性質と機能の違いを自覚して、裁判所の判断を優先させるのが妥当なのはどのような場合かを、問題別に考察することが必要なのだ、と田中教授は主張するのである。<sup>(38)</sup>

### 三 若干の考察

(1) 右の紹介から明らかなように、中野判事と田中教授の所説の顕著な違いは、「判例は法か」というときに、前者は制定法と同じ意味の法を肯定し、後者は(憲法判例を除いて)制定法に従位する法とどちらでいるところにある。後述するように、英米法であれわが国の法であれ、(憲法判例を除いて)判例法はその性質上常に制定法に従位する、その意味でテンタティヴな法のはずであるが、なぜ判例法の「法」が制定法と同じ意味での「法」でなければならないのか、中野判事は答えてはくれない。<sup>(39)</sup>

中野判事のように「法でない判例」と「判例法」とを区別することは、思考を混乱させる以外に何か意義があるのだろうか。「判例は制定法と同じ意味での『法』とはいえない。だから、制定法と同じ意味で裁判官を直接拘束するものではない」と言うとき、中野判事の言う「判例法」はどうなのであろうか。「判例」でも「制定法」でもない第三のレベルのものなのであろうか。また、この考え方には立つと、先に述べたように、英米法で成文

法規を解釈・適用する「判例法」が純粹の判例法と区別されていないことは、法でないものを法として扱っているとして、原理的に批判されるべきなのであろうか。一方で「判例は制定法と同じ意味での『法』ではない」(それはそれで正しい)と言しながら、他方で「判例法」のカテゴリーをもうけることは、論理的に矛盾していると言えないであろうか。<sup>(40)</sup>

(2) かつて、イギリスにおいて1世纪にわたり、裁判所の法形成作用に関して「法宣明説」と「法創造説」の論争があったことは、よく知られている。<sup>(41)</sup> ブラックストーンを代表とする「裁判官は法を作るのではなく、既存の法を宣言する」とする説に対して、ベンサムやオースティンらが、そのような考えは「イギリスの裁判官が用いる子供じみた擬制」と批判して、裁判官は法を作ると主張した。その論争の結果は、「だれでも今日では、裁判官が法を作ること」を、まじめに否定しきれないであろう。と断定されるほどに、創造説の勝利に終つていることである。<sup>(42)</sup>

この論争は、判例法国におけるものであり、わが国の判例の法源性論争と議論の場面を異にするのであるが、裁判官の法形成機能という点に限定すれば、まったく似而非なるものとは思われない。わが国ではかつては判例の法源性否定説が通説と言われたが、最近の初学者向きの法学入門・概論書、憲法その他の教科書では、判例に法源性を認めるものが多いという印象をうける。<sup>(43)</sup> 従来から、法哲学・民法学の領域では、「解釈の名による法の創造」が語られてきた。<sup>(44)</sup> 憲法学者などときは小幡和司教授は、①法解釈の本質論からする反対にもとづく解釈者による法発見作用の承認、②司法権による制定法の範囲内の法発見・法宣言の機能、③法の本質的属性として的一般性、に判例の法源性の根拠を求めていた。<sup>(45)</sup> また、刑法においても、判例に「間接法源または補充法源」的性格を認めて、刑法条文を解釈した判例に法源的効力を与えても罪法定主義の原則に矛盾しないとする説が

となえられるようになつた。<sup>(26)</sup> わが国においても、裁判官が法を作るということを誰もまじめに否定しない状況になっているのではなかろうか。

(3) 望月礼一郎教授の紹介によれば、判例の法源性を否定する大陸法系の厳格な法源秩序は、「(市民)革命のイデオロギー」が内包した国家実証主義と権力分立論の要素からもたらされたと説明される。国家実証主義は、すべての法が国家によって作られることを要求し、国家は外部に対してのみならず内部においても主権を主張した。加えて、権力分立論は、国家主権の発動たる立法が立法府のみによって行われることを要求したのである。しかし、大陸法諸国におけるこのような古典的法源構造は崩れつつある。その大きな要因は、立憲主義(憲法主義constitutionalism)の発展である。連憲立法審査権が裁判所に与えられた国では、かつてのような厳格な立法権の司法権よりの分立のドグマは搖くことになるというのである。<sup>(27)</sup>

田中和夫教授によれば、「法の支配」の思想には、「何が法であるかの最終的決定権が、政治的権力から独立した司法裁判所にある……。いいかえると、『法の支配』の思想の中には、当然に『司法権の優位』(judicial supremacy)の思想が含まれている。」<sup>(28)</sup> ということである。<sup>(29)</sup> この意味での「法の支配」を制定法的制度として樹立したのが、アメリカ連邦最高裁のマーベリ判決(一八〇三年)<sup>(30)</sup> であることは周知のことである。わが国の憲法八一条がそのマーベリ判決の法理を明文化したものであることは、わが最高裁も認めている。<sup>(31)</sup> わが国の最高裁が、憲法上何が法であるかを最終的に決定する権能を与えられていながら、その裁判所のすることは法の形成ではないと言うとしたら、イギリスの法宣言説にあびせられた「子供じみた擬制」という批判が、ここでもあてはまる事にならう。

(4) このように考えると、わが国でも、「判例は法である」ことが承認されるべきと思われる。それは決して

「裁判官立法」を無制約に認める事ではない。判例法は制定法と同じ意味の法ではない。しかし、判例もまた法であることを直視するによって、その法の内容は何か(レイシオ・ティンディ)を検討する出発点となり、「先例の射程を限定することによって当該事件の適切妥当な判断を導き出す」積極的意味を理解し、それがひいては「判例が恣意に流れないように抑止する課題」に自覚的に取り組む道が開かれると思われるからである。

(1) 田中英夫「判例による法形成」法協九四巻六号七五五頁、七五七頁。

(2) 中野次雄編・判例とその読み方(一九八六)。本書は、中野元刑事ほか四名の現職裁判官の分担執筆によるものである。本稿では、同書の判例と判例法の扱い方に批判的であるが、それは同書が刊行されたことを高く評価することとは矛盾しない。中野氏は裁判官を退官されているが、以下では中野刑事と敬称する。

(3) 田中・前出注(1)。

(4) 中野編・前出注(2)四七頁の要約。これは、いわゆる英米法のレイシオ・ティンディ、本稿でいう「判例の準則」と同じものと思われる。第三節参照。

(5) 中野編・前出注(2)一三頁。

(6) 中野編・前出注(2)一四一五頁。

(7) 中野編・前出注(2)一六一九頁。

(8) 中野編・前出注(2)一九一四頁。この論旨は、中野次雄「判例の拘束力についての一考察」判タ一五〇号(一九六三)すでに展開されている。

(9) 中野編・前出注(2)一七一八頁。

(10) 中野編・前出注(2)一〇三頁(静岡県二執筆)。

(11) 中野編・前出注(2)一一九頁(佐藤文哉・横田省二執筆)。

(12) 中野編・前出注(2)一一六一七頁に、「被棄自刑と事実の取扱いの必要性」をめぐる憲法三一・三七条關係の判例がとりあげられている。

(13) 田中・前出注(1)七五七五八頁。

- (14) 田中・前出注(1)七五九~六〇頁。
- (15) 田中・前出注(1)七七一~七五頁。
- (16) 田中・前出注(1)七六四~七二頁。
- (17) 田中・前出注(1)七七一~七五頁。
- (18) 田中・前出注(1)七七五~七六頁。
- (19) 中野判事は田中英夫教授の論文を読まれている以上、この点についての批判なり見解を同書の中で示すべきであったと思う。
- (20) 先のように「判例による法の創造」の章では判例実体法、「判例によって作り出される手続ルール」の章では判例手続法を扱うが、「手続ルール」の語の使用は、明らかに法規範の段階構造を意識したからであろう。従って、「手続ルール」が「規則」と同じレベルとすれば、「判例法」は「制定法」と同じ意味の法であり、もしそうなら三権分立論よりする批判に答えなければならない。逆に、「判例法」は「制定法」と同じ意味の法ではないといふなら、「判例法」と「判例」とに概念を分ける必要性を説明しなければならない。このジレンマを避けるには、田中教授のように判例法を從位の法だと規定するよりほかはないのではないかろうか。またその方が、初学者に法規範の説明をするときに「す」とスッキリした説明ができるようと思われる。
- (21) 田中和夫・英米法概説(再訂版)一八六~九三頁など。
- (22) 内田力蔵「判例というものの考え方」法セミ七六号四四頁(一九六一)。引用の言葉は H. HANBURY, ENGLISH COURTS OF LAWS 23 (1953)。
- (23) 沢井裕・清水陸・鈴木重勝編・法学部学生のための法律学概論三三頁以下(田中成明執筆)(一九八一)、五十嵐清・法学入門六八頁以下(一九七九)、田中英夫・東洋法学入門(第三版)一九八頁(一九七四)、田藤重光・法学入門一四三頁以下(一九七三)など。伊藤正己・憲法七八頁(一九八二)、佐藤寺治・憲法一三頁(一九八一)など。
- (24) 簡単には、山田卓生「法解釈の主觀性」加藤一郎編・民法学の歴史と課題九七頁、一〇六~一〇九頁(一九八一)、沢井裕他編・前出注(23)四〇頁以下(大橋智之編執筆)。
- (25) 小幡和司「憲法判例の変遷」清宮他編・新版憲法演習②一一九頁。
- (26) 小暮得雄「刑事判例の規範的効力」北大法学論集一七卷四号大四一頁、六四八頁以下(一九六七)。また、田藤・前出注(23)一四三~四四頁、松尾浩也「刑法における判例とは何か」法セミ一七九号四頁以下(一九七八)も参照。

- (27) 望月礼一郎「大陸法と英米法」望月礼一郎・樋口陽一・安藤次男編・法と法過程七一五頁、七三〇~三一頁(一九八六)(MERRYMAN, THE CIVIL LAW TRADITION (2d ed. 1985) の紹介)。同趣旨の説明につき、芦部信喜・憲法訴訟の理論四~一四頁(一九七三)参照。
- (28) 田中・前出注(21)五〇頁。
- (29) Marbury v. Madison, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).
- (30) 最大判昭和二三年七月八日刑集二卷八号八〇一、八〇六頁。

### 第三節 先例拘束性

7  
5 先例拘束性と憲法判例の変遷  
一 問題の所在  
(1) 先に紹介した中野判事と田中教授の所説にみられるもう一つの違いは、前者はもっぱら最高裁判例の下級審に対する拘束力を考え、後者は先行判例の後の裁判に対する拘束力を念頭において議論をしている点である。  
前に述べたように、上級審判例の下級審に対する拘束力は、上級審の先行判例の上級審自身に対する拘束性を前提とした上で、審級制からの帰結と考えられるのであるが、樋口教授が指摘するように、わが国では先行判例の拘束力についての問題意識がうすいとされる。従って、「先例拘束性」の問題を考えるに当つては、この二つの側面を分けて検討する必要があると思われる。

(2) もともと、中野判事と田中教授の考えには共通する面もある。それは、判例の法源性を認めるか否かにかかわりなく、判例の拘束力の根柢を公平または平等の要請に求めていることである。  
最近、浦部法橋教授も似たような考えを述べている。すなわち、個別具体的な紛争事実が法の予定する定型的

事実からざる場合、裁判所は法を解釈・適用しなければならないが、その際、同種の紛争事実に異なつた結論が与えられるならば、人々は自己の権利・利益が保護されるか否か予見できなくなる。従って、人々の権利・利益の安全の要求は、当然に同種の事件は同様に解決されるべしとする要請を生み、そこから、裁判が制定法に従うべきだということと全く同じ意味で（その延長線上で）判例に従うべきことが法的に要請される、というのである。このように、わが国の法律家は、判例の拘束力を平等・公平の要請に求める点では一致していると考えてよいであろう。しかし、そのためにかえって、判例の「拘束力」の上になぜ「事実上の」とか「法律上の」または「法的」という形容詞をつけなければならないのかという疑問が生れる。

イギリスの最高裁たる貴族院が、一八九八年から一九六六年までの間、自らの先例を変更することはできないとする絶対的先例拘束性の原理を採用していたことはよく知られている。その時代には、イギリスの裁判官は先例に従う「法的義務」があるとされていた。わが国で言う「判例の事実上の拘束力」という「分明ならざる」ことはに対置される「法的拘束力」なる言葉の背後には、このかつてのイギリスにおける先例拘束性のイメージが付着しているのではないかと思われる。しかし、イギリスの貴族院は一九六六年に、先例に従うことなどが著しい不正義をもたらし、あるいは法の発展を阻害する場合には、先例を変更することもありうることを表明した。また、アメリカの裁判所は、かつてのイギリス的意味での絶対的先例拘束性を一度も採用したことがないことは周知の通りである。すなわち、英米法においても、先例の拘束力は事実上のものである。それなら、わが国で「事実上の拘束力」「法的拘束力」をめぐって議論をする意味が、あらためて問われなければならないであろう。

(3) 川島武宜博士によれば、わが国の「判例」なる語には、「裁判上の先例」という意味と「判決中の法律論」という意味が未分化のまま包含され、そのため長く学界に概念の混乱をもたらしてきただといふ。<sup>153</sup>「判例」という語

を明確に「裁判上の先例」という意味で用いたのは、鷹賀重遠博士が最初のことであるが、同博士は大正六年（一九一七）に「……裁判所が具体的な事件を解決する際シテ為シタ判決が一般的な法規トナルノハ數字程ニ足ラヌ。而シテ裁判所ノ判例ノ後ノ同実質ノ事件ニ付キ其裁判所及ビ同級下級ノ他ノ裁判所ニ對シテ法律上又ハ事実上の拘束力ヲ有スル……」（傍点追加）と述べて、先例が「法規」となり、それがその裁判所自身と下級審を拘束することを明らかにした。しかし、このように概念を分化しながら「判例」という用語を未分化に「先例」という語を採用せずに残したために、「裁判上の先例を通じて裁判をより精密にコントロールする」ということ、またそのことを通じて予見可能性を高めるということに対する関心ないし興味を稀薄にすること、に着手しているのではないか<sup>154</sup>（傍点原文）と、川島博士は述べている。この指摘は、先の佐藤・樋口両教授の指摘に通ずるものがあるが、先例拘束性の問題を考えるに当っては、「裁判をより精密にコントロールする」すなわち「判例が恣意に流れないように抑止する」ために、「予見（予測）可能性を高める」すなわち「先例の射程を限定する」ために、「判決が一般的な法規トナル」とは何かを、あらためて検討する必要があると思われる。

## 二 判例の下級審に対する拘束力

(1) 下級審に対する上級審判例の拘束性に関する規定として、実定法上の根柢として言及されるのは、裁判所法四条の規定「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する」である。この規定については、先の中野判事のように、その反対解釈として他の事件については一般的に拘束力をもたないとする説<sup>155</sup>、同条は判例の拘束力について肯定否定いずれの結論をも指示しないとする説<sup>156</sup>、一般的に拘束性のあることを前提に、その事件については特に絶対的拘束力があることを念のため定めたものとする説<sup>157</sup>があるが、いずれも

決定的とは言えない。そこで、中野判事は先のように、判例の拘束力の根拠を、最高裁がするであろう判断を志すべき下級審裁判官の職務上の義務に求めることになる。

この点で、一九八〇年のいわゆる「日教組横殴事件」東京地裁判決が、しばしば引用されることで有名である。同判決は、審級制をとる訴訟制度の下で、最高裁判例のもつべき判例統一の機能、これによる法的安定の必要性を軽視することはできないとして、「とにかく、最高裁大法廷による判断、しかもその度重なる同旨の判断内容は、実務上最も尊重され、下級審に対し、強い事実上の拘束力を認めなければならないと考えられる。<sup>(9)</sup>」と述べたのであつた。

(2) 右の判決文にみられる考え方を、アメリカの連邦下級審裁判官の立場と比較して、樋口教授は、あるアメリカの法律雑誌の論文を引用しつつ次のような興味深い論評を加えている。<sup>(10)</sup> その論文は、アメリカの連邦最高裁判官たちを雇い入れる(hire)とともに追し出す(fire)とともにできないのだから、「下級裁判所は、上訴で取り消されることがあるという意味でだけ、拘束されている」と述べていた。これに対して、わが国では、憲法八〇条一項の運用として、最高裁が指名した者の名簿のままを内閣が任命する慣行が確立していること(hireの問題)、裁判官の一〇年任期制について最高裁は「再任は新任と同じで、裁判官としてふさわしいか、ふさわしくないかは最高裁の裁判官会議が自由な裁量で定めること」ができるという考え方をとっていること(fireの問題)、また、昇任・昇給という観念をもたないアメリカの裁判官と対照的に、いわゆるキャリア・システムをとるわが国で、人事行政面で最高裁が強力な管理手段をもつこと、制度をこえた次元での裁判官職の自立性への信念、さらに一般的に、支配的見解に対して異議をとらえることの価値についてそれぞれの社会が抱いている考え方、などを考慮すると、「わが国で『事実上の拘束』という名で呼ばれていることがらの方が、実は、個々の裁判官に対して――

あえて〈chilling effect〉とまではいわないにしても――、より大きな効果を發揮しているのではないだろうか。」と、樋口教授は言うのである。

右の東京地裁判決について、浦部教授は、判決が「最高裁判例の事実上の拘束力」と言いながら「特別の事情のないかぎり最高裁判例に従わなければならぬ」という、規範的命題が引き出されているのであるから、それは「端的に法的拘束力といるべきものである。」(傍点原文)と批判している。中野判事も、先に要約したような下級審裁判官の職務上の義務は、法的地位にもとづく義務である以上、事実上の拘束力と言つても間接的には法的根拠があると述べている。このように考えると、わが国における最高裁判例の下級審に対する拘束力は、全く今まで言えないにしてもかなり法的な拘束力に近づくといふべんな結論になりそうである。それでよいのであるうか。これは、「強い」「弱い」と言えばすむものを、「事実上の」「法律上の」という概念をもつけ、拘束力の性質、質の差異を探るという問題の立て方からもたらされた結果ではないのであろうか。右の東京地裁判決に象徴されるような官僚的司法観を醸成する「事実上の拘束力」「法的拘束力」なる概念は、<sup>119</sup> 廉價した方がよいと思われる。

### 三 先例(先行判例)の拘束力

(1) 憲法七六条三項は、「裁判官は……の憲法及び法律にのみ拘束される。」と定めている。これを文字通りに解すれば、わが国では先例拘束性の原理は否定されることになる。しかし、この「法律」とは、不文法も含めた法規一般の意味であり、この規定は「裁判があらかじめ与えられた客觀的基準(=法規範)に準拠してなされるべきこと、および法規範以外の何ものにも拘束されなければならない」との意であると解するのが通説である。

他方、裁判所法一〇条三号が、「憲法その他の法令の解釈適用について意見が前に最高裁判所のした裁判に反

〔10〕

するとき」は大法廷を開かなければならぬとしていることは、判例変更を慎重にすることを要求したもので、これは最高裁判例が小法廷のものであっても後的小法廷を法的に拘束する効果をもつ、と説かれることがある。<sup>158</sup> ただ、憲法判例の場合には、初めの憲法判決が大法廷で行われる（同条二号）わけだから、その変更も大法廷によるのは「制度的均衡」にすぎず、この議論はあてはまらない。また、憲法以外のその他の法令の解釈・適用判例の場合についても、判例変更是大法廷によらなければならないということは、小法廷間の判例統一といつたことのために必要なのであって、判例変更なるがゆえに特に慎重さを求めた制度ではない、と強力に主張している。<sup>159</sup> とともに、同一の小法廷が自己の先例を変更することは理論的には差支えないと思われるのに、その場合にも大法廷によることを要求するのは、やはり判例変更を尊重ならしめるためのものだとみる余地はある。<sup>160</sup> しかし、だからといって、そのことをもって我が国における先例拘束性の法的根拠だと言うのも根拠薄弱に過ぎよう。判例の下級審に対する拘束力の場合と同様、先行判例の拘束力についても、何ら実定法上の根拠はないと言わざるをえない。

(2) 英米法においても、先例拘束性の原理 (doctrine of stare decisis または doctrine of precedent という) は、実定法上の根拠をもたない。イギリスにおいては、ある判例がある法準則を示した先例であると言つて同じ意味で、先例法理の準則を示した先例を引用することができるかという問に対して、答は「ノー」である。それなら、なぜ裁判官は先例に拘束されるのかという問に対して、「正しい答」は「七百年近くのあいだ裁判官はそうする義務をひき受けってきたからだ。」と言っている。アメリカにおいても、先例拘束性の原理はコモン・ローの伝統の一部としてイギリスから継承されたものであり、「伝統として、それは成文のルールにされたことはなく、憲法、制定法あるいは官憲の宣誓文言の中にも見出されることはない」と説明されている。伊藤正己・田島裕教授は、か

つてのイギリスの厳格な先例拘束性の原理について、その「原理は法律に定められた原理ではないので、つきつめて考えれば、この原理は、一九世紀になってから裁判所がベンサム主義者たちの批判にこたえ、裁判の客觀性を主張するために作り出したフィクションであるといわざるをえない」と述べている。<sup>161</sup> いのうに、先例は英米法においても絶対的拘束性という意味での法的拘束力はない。我が国においても、先例(判例)の「法的拘束力」を探求することはフィクションを求めるに等しいものと思われる。

(3) しかし、先例拘束性は判例法主義をとる英米法の伝統であるから、我が国においてはまらないとするとはできない。朝令暮改は惡であることは、裁判というかたちの国家の意思表示にもあてはまる。内田力蔵教授は、イギリスの先例法理の根拠について、それは他の何らかの集団の伝統とか慣行と呼ばれるものと同じように「裁判官なかまの世論の圧力によって裁判に与えられる譲歩」であり、「裁判官をふくむ法曹の集団的専門職業的統制力にかかるつてはいる、ともいふことができる」としている。このようないわば司法制度に内在する専門職業的統制力に支えられた先例の拘束力は、わが国の法制度においても承認されしかるべきものである。また、裁判をうける側からみれば、先にも触れたように、判例の拘束力の根拠が公平・平等の要請にあることは、我が国で意見の一致をみていくと言つてよいと思われる。あるアメリカの学者も、その法理の存在理由は、「平等(equality)」予測可能性(predictability)、経済(economy)、尊厳(respect)の四語に要約しうるとしている。<sup>162</sup> このほかにもさまざまな説明が可能であり、また実際になされているが、要するに先例法理とは、「実際上普遍的に適用される格率(maxim)<sup>163</sup>」あるいは「政策の原則」ともいべき法の基本原則であり、そのように理解された先例拘束性の原理は、わが国の法制度にも内在していると考えるべきである。

(4) 先例拘束性が普遍的格率あるいは政策の原則として認められたとしても、法制度の伝統の違い、あるいは

同一の法制度内でも法分野の違いによって、「強い拘束力」「弱い拘束力」という「程度の違い」はみられるであろう。しかし、それは「法的拘束力」「事実上の拘束力」というほどに「質的な違い」があるわけではない。それにもかかわらず、わが国では判例法國の判例と制定法主義をとる国の判例とでは、何か本質的な違いがあるよう思われるがちである。たとえば、制定法主義の国では、「判例に従うべきことの要請は、あくまでも、制定法のワーク内でのものにすぎないから」、判例の拘束力は制定法と同様な厳格なものではないが、判例法主義の場合には、「判例が第一次的基準であるから、その拘束力は、制定法主義国における制定法の拘束力と同じく、きわめて厳格なものとしてとらえられなければならないことになる」(傍点追加)と説明されることがある。<sup>160</sup>これは、あまりにカタゴリカルな見方である。判例法主義においても、判例法は制定法のように厳格なものとしてとらえることはできない。それは、次のようなイギリスの学者の説明を読めばわかるであろう。すなわち、「裁判官たちは、制定法に対して本来的に付与される類の厳格な服従を要求するような法的命令を発することができない。裁判官は、あらゆる注意を払いあたうる限りの正確さをもつて自己の判決のレイシオ・デシデンダイを定式化するかもしれないが、にも拘らず、彼の言明をのちの裁判官が修飾し、さらには、彼の決定を全く別の根拠にもとづき正当化するという事態に遭着するかもしれない。」<sup>161</sup>このように、判例法主義であれ制定法主義であれ、判例の拘束力は制定法にくらべ弱いものである。それは、法体制の違いとは関係なく、判例法というものが本来的に「固定した言語形式をもだない準則」からなる法だからである。それゆえに、判例が法であることを直視して、判例法をどのようにみつけるかを次に問題とすべきなのである。

#### 四 先例の射程範囲——先例の法準則

(1) 先例に拘束されるという場合、それは先例からひき出された法準則 (rule of law) あるいは法命題 (proposition of law) が、制定法の条文の働きと同じように、後の裁判の規準として適用されるということである。<sup>162</sup>このような法準則のことを英米法ではレイシオ・デシデンダイ (ratio decidendi 判決理由・主謨) といい、判決文中のそれ以外の部分をオビター・ディクタム (obiter dictum 傍論) と呼ぶ。問題は、先例からどのように法準則をひき出すか、英米法でいう「レイシオ・デシデンダイの決定方法」であり、これをめぐってわが国においても英米法においても、学説上さまざまな議論が行われている。<sup>163</sup>ここでそれを紹介する余裕はないが、大切なことは、判例法準則の決定方法を抽象的に定式化することではなく、具体的な先例事件について、その法準則が何かを検討することと思われる。わが国では、判例違反が上告理由 (刑訴四〇五条、民訴規則四八条) となるのであるから、判例違反があるかないかを決めるためにも、また一般的に、先例の射程範囲を決めて裁判を予測し、あるいはコントロールし、ひいては判例が恣意に流れないように抑止するためにも、判例の法準則が何かを検討することは実質的意義を有している。

先に引用の樋口教授が指摘するように、わが国の最高裁は先行判例に拘束される意識がうすく、しばしば「暗示的判例変更」を行うことが問題にされるが、その一因は、わが国の法律学が一般に判例法準則 (レイシオ・デシデンダイ) を厳密に検討しないところにもよるのではないかと思われる。その例は、すでに指摘されていることであるが、昭和四八年の有名な全農林省職法事件最高裁大法廷判決<sup>164</sup>によって「変更された」昭和四四年の都教組、全司法仙台事件大法廷判決が樹立したとされるいわゆる「二重のしほり」論 (地公法、国公法が公務員の争議行為とそのおり行為を一律・全面的に禁止しているのを含意とするため、争議行為およびおり行為のいずれもが強度の違法性を有する場合にのみ可罰性があるというように限定解釈を加えた理論) は、実は闇に裁判官のうち多数を占める意見ではなく、従つてそ

169  
れは「判例法準則」ではなかつた（ただし、「限定解釈を加える」点では多數意見はあつた）にもかかわらず、後の最高裁判小廷も学説も、それがあたかも判例法であるかのように扱つたことに現れている。

162

(2) 先例の法準則は、先例事件に含まれる具体的事実のうち重要な事実をある程度抽象化・定型化して前提事実（要件事実）とし、それに法的結論を加えた形の命題で書き表わされると言われる。法的結論は判決の結果から容易に知れるから、先例の法準則の決定は、結局はその判決に現れた事実のうち何をもつて重要な事実とするかにかかっていると説明される。<sup>169</sup>この説明は、英米法の純粋な判例法を念頭におくと理解しやすい。制定法の条文がないのであるから、裁判の規範になるべき「法規」（法準則）を、まず先例から抽出しなければならないからである。

これに対して、わが国のようにもっぱら制定法の条文にもとづいて裁判が行われる場合には、先例からひき出される法準則には、一つのレベルの違うタイプのものがあるようと思われる。一つは、右と同じく「重要な事実プラス結論」という形の法準則である。たとえば、「これこれの文書は、刑法一七五条の猥せつ文書にあたる」（ただし「猥せつ」の概念が明確と仮定する）といつように、<sup>170</sup>具体的事実関係にもとづいて作られる準則であり（事実的命題の法準則）、金森誠志判事は、これを「事実関係に対する法律判断としての主論」と呼ぶ。この場合、「重要な事実」とは、法準則が同種の事件は同様に扱うという平等の要請、あるいは裁判の予測、法的安定性の要請を満たすものでなければならない以上、ある程度事件の個性を捨象した、抽象化された定型的事実でなければならない<sup>171</sup>。たとえば、「悪徳の栄え」という書物が猥せつ文書だと判断された判例の法準則は、「『悪徳の栄え』は猥せつ文書にあたる」ではなく、たとえば「これこれの性的描写を含む文書は、猥せつ文書にあたる」という一般性をもつた形のものでなければならない。わが国では、判決の「結論命題」がレイシオ・デシデンダイ（判例法準則）であると

する考えがある<sup>172</sup>が、それを右の前者のような形で理解するならば、それは「悪徳の栄え」という書物の事件にしか適用できないのであるから、狹すぎる法準則と言わなければならぬ。

もう一つのタイプの法準則は、法令を具体的事件に適用する前提として、法令の規定の意味内容に解釈を加え、法令の用いる概念に定義を与え、あるいは法的判断の基準を示す判例から抽出される法準則である（一般的命題の法準則）。右の猥せつ文書の例において、裁判で「猥せつ」の概念が漠然不明確すぎるとの論点が提起され、判決がそれにこたえて「猥せつ」の定義を与えた場合などがそれである。わが国で「法令の公権的解釈」と呼ばれる判例からは、この種の法準則がひき出されることが多いと思われる。金森判事は、「これを法規と具体的な事実を結びつける中間的命題として『一般的命題としての主論』と呼び、『判決の結論との間に論理的なつながりがある限り』、英米法のレイシオ・デシデンダイと同じ意味で拘束力を認めてよいとしている。

これに対しては、どのような一般的準則は、当該具体的な事件をこえて他の類似の事件への適用をも想定した準則であるから、それに拘束力を認めることは、判例というかたちで裁判所が立法すること、あるいは上級審が下級審に対して事前に一般的指示をすることを認めに等しいのではないか<sup>173</sup>、という批判がありうる。しかし、第一に、一般的性質をもつた法令を解釈する判例からある程度一般的な法準則が生れるのは必然のこと、第二に、判決からどのような法準則がひき出しうるかは、裁判における論点形成の仕方によつても左右されるし、また、当該判決を下す裁判所が決めるわけではないこと、第三に、一般的命題の法準則なる概念をもうけることは、先例の拘束力の範囲を画定し、裁判を予測するための判例分析の判断枠組をもうけるにすぎないこと、などを考えると、右の批判は当らないと思われる。判例の法準則を見出す作業において、一般的命題を検討することは、佐藤教授の指摘する「最高裁が抽象的理論の呈示を優先させる」とことを許すことと同じではないであろう。

(3) イギリスのクロス (Cross) 教授は、レイシオ・デシデンダイを決定する定式を作るのは不可能であるとして、しかし、法律家達がその言葉を用いるときに何を意味しているかについて、「許容しうる正確さをもつた説明」はできるとして、「レイシオ・デシデンダイとは、裁判官が用いた理由づけの過程 (line of reasoning) に着目して、彼が結論に到達するに必要なステップとして、または、陪審に対する説示の必要な部分として、明示または默示に扱つたあらゆる法準則 (rule of law)」であると述べている。<sup>164</sup>

レイシオ・デシデンダイには、①先例に拘束されるというときの、その拘束力ある準則、②先例判決を下した裁判官が基礎にした準則、という二つの意味があるが、クロス教授によれば、この「説明」は両者を包含するものであるという。また、この考え方によれば、裁判官が一つ以上の理由づけの方法を用いた場合は、レイシオ・デシデンダイは複数成立し、さらに、仮定の事実にもとづいたレイシオ・デシデンダイもありうるとしている。わが国では、判決文中の「仮定的判断」「これこれの場合は……と解すべきであるが、本件の場合は……」とするときの前提部分および「カッコ書き」または「なお書き」(上告理由にあたらなしとして棄却しながら、それに続けて「なお……」) という形で実質的判断を示した部分が、傍論かどうか議論されているが、右のクロス教授の言うような「結論に到達するに必要なステップとして取られたもの——金葉判事のいう「結論との間に論理的なつながりがある」もの——であれば、先例の法準則として認めてよい場合もあると思われる。右以外の場合にも、傍論かどうかは一義的には決定できないが、一応「結論との関連性」がわかれ目になると思われる。

(4) 憲法判例についても、右に述べたことはあてはまる。なお検討を要する問題であるが、おそらく憲法収集証拠、自白の任意性など、いわゆる手続的アロー・アクセスに関する判例<sup>165</sup>あるいは運用違憲の手法を用いた判例からは、事実的命題の法準則がひき出されることが多いと思われる。たとえば「これこれの尋問方法は、憲法

三一条に違反する。」といった具体的な事実関係にもとづいた形のものである。他方、法令の合憲・違憲を問題にする判例からは、一般的命題の法準則が見出されることが多いであろう。いわゆる「合憲性判断の基準」などは、その典型例と考えられる。もちろん、一つのタイプの法準則は相互に排斥しあうものではなく、事件によっては二つの法準則が見出される場合もある。適用違憲の手法をとる判例はその例ではないかと思われる。もつとも、どのような法準則を見出すかは、カテゴリカルに決めるることはできず、結局、裁判で提起された論点と、裁判所の理由づけの過程・方法によって決まるものと思われる。

法令審査の判例の場合、たとえば、〇〇県の公安条例が、デモ行進の届出の際に参加者の名簿の提出を義務づけていたのを違憲とした判例があつたとする。このときの判例の法準則は、先の猥せつ文書の例と同じ理由から、「〇〇県の公安条例は違憲」という結論命題ではなく、「デモ行進届出の際に参加者の名簿提出を義務づける公安条例は違憲」といった一般性をもつた形のものになるはずである。この形の法準則も、結局は「重要な事実アラス結論」の形をしているから、一つのタイプの法準則を指定する必要はないと考えることは可能である。しかし、具体的な事実関係にもとづいた法準則と、具体的な事実に適用されることを予定した法令の規定を憲法にてらして審査した判例の法準則は、レベルが違うと考えてよいのではないだろうか。

(5) 具体例として昭和四八年の尊属殺人罪違憲最高裁判決をとり上げてみる。周知の通り、最高裁は昭和二五年一〇月に、まず尊属傷害致死罪の規定(刑法二〇五条)を合憲と判決し、一週間後にその判決を援用して尊属殺人罪(刑法二〇〇条)<sup>166</sup>も合憲とした。この時、カッコの中で「……法定刑は、敵に失する憾みがないではないが、これとても……立法の当否の問題に帰する……」としていた。最高裁は昭和四八年に、尊属殺人罪の規定を違憲とする判例変更を行つた(翌四九年には、尊属傷害致死罪は合憲とした)が、この四八年判決の法準則(レイシオ・デシデン

ンダイ)は何であろうか。

一方において、この場合、事件に含まれる具体的な事実的要素——どのような親子関係だったか、どのような事情で親殺しに至ったのか——を基礎にした判例法準則をひき出すことはできない。裁判の論点は、明らかにそこにはなかったからである。もちろん、裁判の論点が事実関係にもとづいて提起され、最高裁がそれに答えるために事実関係にもとづいた理由づけの方法を用いたら、事実的命題の法準則をひき出すことは可能であろう。<sup>(55)</sup> 他方、この判決の「判決要旨」の掲げるところは、「刑法二〇〇条は、憲法一四条一項に違反する。」である。この結論命題は、法準則(レイシオ・デシデンダイ)であろうか。もしそうとすれば、これは先例の射程範囲の画定、あるいは裁判の予測という観点からは、ある意味では狭すぎる法準則であり、別の意味では広すぎる。私見のように、先に例としてあげた「悪徳の榮え」は撰せつ文書にあたる「〇〇県公安条例は違憲」という形の法準則は狭すぎて役に立たないとする立場からは、右の「判決要旨」は法準則として狭すぎる。一方、法律の条文を類推適用するように、右の形の結論命題をレイシオ・デシデンダイとしておいて(レイシオ・デシデンダイをそのようなものと理解できればの話であるが)、それを別の事件に類推適用すればよいとするならば、昭和二十五年のもう一つの尊属傷害致死罪の判例も変更されるはずである。なぜなら、二十五年の二つの判決は、同じ理由づけの過程を経て二つの刑法条規を含憲としたのであるから、一方が違憲というなら他方も論理的に違憲になるはずである。しかし、この意味の法準則は、田中一郎裁判官ら六名の裁判官の意見からひき出しうる法準則である。これに対して、八名の裁判官の多数意見からは、その理由づけに着目すれば、①尊属に対する犯罪について加重刑罰規定をもうけることは、憲法一四条一項に違反しない。②尊属に対する犯罪について、法律上許される減刑を一度加えても執行猶予を認められないほどに刑罰加重をもつける規定は、憲法一四条一項に違反する。<sup>(56)</sup> ——といった形の二つの

法準則ないしは②だけの法準則がひき出されるのであり、このように判例法準則を見出すことによって、翌四九年に尊属傷害致死罪の規定を再度含憲とする最高裁判決を予測しきだし、また、尊属逮捕監禁罪(刑法二二〇条二項)および尊属遷棄罪(刑法二二八条二項)についても、四八年判例の法準則にもとづく限り、最高裁はそれらの規定を含憲とするであろうことが予測できるのである。

このような判例の法準則を見出す作業は、もちろん、当該判例の結論・理由づけの妥当性、あるいは違憲判断の手法の妥当性について論じることとは別である。それらの議論の出発点となる作業と言つてよいであろう。しかし、「判例とは何か」という問に対する答は、憲法訴訟学的には、「それは判例からひき出される法準則である」という共通の認識は最低限必要であると思われる。<sup>(57)</sup>

(1) 阿部法樹「判決の効力と判例理論」法セミ増刊・憲法訴訟二二九頁、二三五~三六頁(一九八三)。

(2) 田中英夫・英米法総論(四七七~八二頁)、同・英米法総論(一八四~八五頁)(一九八〇)など。

(3) 川島武宜「判決と判決例」兼子一選層・裁判法の諸問題(六五一頁、六五四~六一頁)(一九七〇)。

(4) 川島・前出注(3)六五七頁に引用の藤原重遠「婚姻予約有効判決の真意義」法学志林一九卷九号一頁、二三頁(一九一七)。

(5) 川島・前出注(3)六六七頁。

(6) 前出第二節(1)。有倉逸吉「憲法における判例の意義」判例コメンタール・憲法(1)五頁(一九七七)。

(7) 小幡和司「憲法判例の変更」清宮四郎・佐藤功・阿部照哉・杉原泰雄編・新版憲法演習(二二〇九、二二一〇頁)。

(8) 佐藤幸治・憲法訴訟と司法権(一六七頁)。また、同「憲法判例の法理」ジヨリ六三八号二三一頁、二三五頁(一九七七)も参考。

(9) 東京地判昭和五年三月二十四日判時九六七号一七、二五頁。

(10) 稲口陽一「判例の拘束力・考」佐藤功古稀・日本国憲法の理論六七五頁、六八三~八四頁。

(11) Note, *Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent*, 60 VA. L. REV. 494, at 495 (1974).

- (12) 潘部・前出注(1) 113頁。また、佐藤・前出注(8) 憲法訴訟と司法権 165~166頁参照。
- (13) 田上敏治・新版日本国憲法原論 101頁、183~184頁(一九八〇)。田中和夫・英米法概説(再訂版) 155頁も同旨か。
- (14) 潘部透穂「最高裁判所の判例」奥平康弘・杉原泰雄編・憲法学(6) 49頁(一九七七)。佐藤・前出注(8) 憲法訴訟と司法権 166頁。
- (15) そのように佐藤・前出注(8) 憲法訴訟と司法権 175頁、小幡・前出注(7) 1110頁は述べているが、出典は不明。
- (16) 小幡・前出注(7) 1114頁。
- (17) 佐藤・前出注(8) 憲法訴訟と司法権 175頁。小幡・前出注(7) 1114~115頁。
- (18) 金榮誠志「主論と傍論」司法研修所論集 1973Ⅱ 115頁、130頁(一九七三)。なお、裁判所法四条は、上級審の判断がその事件について下級審を拘束するとしているが、その事件が再度上訴された場合、四条の論理的帰結として上級審自身の判断に拘束されるというのが学説および最高裁判例のことである。中野次雄編・判例とその読み方 93頁。前出注(8) 本文の立場をとると、四条は「先例」の場合にも絶対的に拘束性を定めたことになろうか。
- (19) R. CROSS, PRECEDENT IN ENGLISH LAW 225 (3d ed. 1977).
- (20) E. FARNSWORTH, AN INTRODUCTION TO THE LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES 45 (2d ed. 1983).
- (21) 伊藤正己・田島裕・英米法 338頁(一九八五)。
- (22) 内田力蔵「新領土らの考え方」法セミナー40頁、41頁(一九六一)。
- (23) E. FARNSWORTH, *supra* note 20, at 45. いのうち「経済」とは訴訟経済ということであり、「尊敬」とは先行世代の裁判官の教知と経験に適切な敬意を払うことである。
- (24) たとえば、伊藤・田島・前出注(21) 339頁。
- (25) R. CROSS, *supra* note 19, at 4.
- (26) 萩原信吾・憲法訴訟の現代的展開 11頁(一九八一)。
- (27) 潘部・前出注(1) 113頁。また、「制定法主義のもとでは、制定法に反する判例は、原理的に拘束力を持ちえない。」(同頁)とも言つが、これは判例法主義の英米法でもまったく同じ。

- (28) 望月礼一郎・英米法(改訂版) 100頁(一九八五)注\*に引用された Lücke, *The Common Law: Judicial Impartiality and Judge-Made Law*, 98 LAW Q. REV. 29, at 40-41 (1982).
- (29) 望月・前出注(28) 99頁。
- (30) 田中英夫「判例による法形成」*法商* 94卷6号755頁、796~805頁。R. CROSS, *supra* note 19, at 38-79.
- (31) 田中英夫・実定法学入門(第3版) 115頁では、レイシオ・デンデンダイの訳として「判決理由」はわが国の判決文中の「理由」と混同されやすいから、「判決で示された準則」とするかカタカナ書きがもじとしている。本稿では、この「判決で示された準則」という意味で「判例の法準則」「判例法準則」なる語を用いる。また、中野次雄編・判例とその読み方は、「判例」なる語をこの意味に使っているようである。「主論」は刑法関係者の間で使われるようである。金榮・前出注(18)、松尾浩也「刑事法における判例とは何か」法セミニ 79号4頁以下など。
- (32) かんたんには、英米法について、望月・前出注(28) 97~104頁。わが国について、中野・前出注(18) 19~73頁。
- (33) 樋口・前出注(10) 687~88頁にその例。また、早川義郎「刑事案件における判例変更をめぐって」司法研修所論集 1973Ⅰ 54頁以下(一九七三)参照。
- (34) 金榮・前出注(18) 140~141頁。田中英夫「全農林省職法事件における判例変更をめぐる諸問題」ジヨリ 536号五六頁、五六~57頁(一九七三)。
- (35) 最大判昭和四八年四月二五日刑集 17卷4号五四七頁。
- (36) 最大判昭和四四年四月二日刑集 13卷5号三〇頁。
- (37) 最大判昭和四四年四月二日刑集 13卷5号六八五頁。
- (38) 金榮・前出注(18) 141頁に引用の、福岡県教組事件および佐賀県教組事件。最大判昭和四六年三月二三日刑集 15卷 1号7頁、110頁。学説については田中・前出注(34) 五六頁の指摘。
- (39) この「重要な事実」のみつけ方を定式化したのが有名なクレードベートの理論であり、これは戦前高柳貢三教授によってわが国に紹介され、現在でも影響を及ぼしている。田中・前出注(2) 148~184頁。田中・前出注(30) 804~805頁、高柳貢三・英米法源理論(金訂版) 77~84頁(一九六六)。
- (40) 金榮・前出注(18) 135~150頁。

- (41) 田中・前出注(30)七九八~九九頁。
- (42) 中野編・前出注(18)三九~五三頁。
- (43) 金樂・前出注(18)一五〇~六八頁。
- (44) 中野編・前出注(18)五六~五七頁。
- (45) R. CROSS, *supra* note 19, at 76.
- (46) 伊藤正己「憲法判例の変更」公法研究11号1頁、六頁(一九六〇)も、「憲法判例といわれるものは、その判決のうちに示された規範的意味、より具体的には憲法の規定に対する裁判所の解釈なのであって、ある特定の法令や処分が憲法に適合するかどうかという判断そのものではなし」とする。これは「憲法判例に限らず、判例一般について言いうるものと思われる。
- (47) 最大判昭和二五年一月一日刑集四卷10号110三七頁。
- (48) 最大判昭和二五年一月二五日刑集四卷10号111六頁。
- (49) 最大判昭和四八年四月四日刑集17卷3号116五頁。戸波江一「判例変更と違憲判決の效力について」野中俊彦・江橋崇・浦部法穂・戸波江一・セミナール憲法裁判110四頁、111〇頁(一九八六)の説明は、この変更の対象になつた先例は右の尊属傷害致死罪合憲判決であるかのような誤解を招く。同右111一頁の野中、戸波发言も参照。
- (50) 最一小判昭和四九年九月二六日刑集18卷6号311九頁。
- (51) 初宿正典「刑法110〇条と適用違憲の可能性」シリ七六六号八二頁、八五頁(一九八〇)は、最高裁は110〇条の「本件への適用は違憲」という手法をとることが可能であったとしている。また、最大判昭和三二年一月二〇日刑集11卷2号八二四頁は、「亡夫の尊属」に対する殺人について、110〇条の合憲性に触れることなく同条の適用を排除した。これらはいずれも、事実的命題の法準則がひき出される場合である。なお、佐藤・前出注(8)憲法訴訟と司法権一一四~一八参照。
- (52) もちろん、もつと簡単に①尊属に対する犯罪類型をもうけることは合憲、②尊属に対する犯罪につき法定刑が著しく均衡を失する場合は違憲」と書いたりすることもできよう。まだ、まづ別の形の法準則をひき出すことも可能である。それは法律解釈について異説が成立すると同じである。
- (53) 言うまでもなく、それらの法定刑は減輕を加えれば執行猶予がつく。
- (54) この理由から、戸波・前出注(4)110頁「憲法判例とは、当該事件における判例(英米法にいふratio decidendi)とは

異なり、裁判所が、当該事件に関連して示した憲法上の争点についての判断を広く意味すると解すべきであり、傍論における憲法判断や、判決の結論とは直接に結びつかない憲法解釈であつても、先例として機能する場合があると解される」との所説には疑問を覚える。もちろん「尊属殺人は人倫の大本に反するか否か」の議論を「判例」の内容としてもよい。しかしそれは「先例として機能する」判例であつてはならない。

#### 第四節 憲法判例の変更

##### 一 憲法判例変更の特性

- (1) 右のように先例拘束性を理解するなら、それは厳格な法的なものではないから判例は変更されうる。しかし、また右のように理解された先例の拘束力を前提にすれば、その拘束力とは先例からひき出される法準則の效力であるから、「判例の変更」とは「判例の法準則の変更」と理解すべきであろう。このことは、憲法判例であろうとその他の判例であろうと、變りはないはずである。先の尊属殺人罪をめぐる判例を例にとれば、昭和二五年の「刑法110〇条は合憲」とする判決からひき出される「死刑・無期懲役のみの法定刑の規定は立派の当否の問題だから合憲」という趣旨の法準則の部分が、四八年判決の「執行猶予をつけえない法定刑の規定は(あまりに均衡を失するから)違憲」という趣旨の法準則へ変更されたわけである(文面一部無効)。それは「人は歩道のない道路の左側を歩け」という制定法規が「人は歩道のない道路の右側を歩け」に改正(変更)されたのと同じである。この法規改正が「人は歩道のない道路を歩くな」という意味でないと同様、四八年判決は「尊属に対する犯罪を別に規定することは違憲」(文面全面無効)としたわけではないことは明らかである。もし、この田中一郎裁判官ら六

裁判官の意見と同じ判決を最高裁がしたら、刑法二〇〇条は「死んだ」ことになる。しかし、四八年判決の法準則に従えば、立法府は法定刑をひき下げるによつて刑法二〇〇条を生き返らすことができるから、四八年判決により刑法二〇〇条は「仮死状態」になつたと言えよう。いずれの場合も、検察官も裁判官も一般社会も刑法二〇〇条を相手にしないといふ意味において、刑法二〇〇条は法令集から排除されたに等しい（一般的効力）。もし最高裁が、刑法二〇〇条は「本件に適用するにおいて違憲」と判決（適用違憲）したら、その判決からは事実的命題の法準則がひき出されるだけであり、刑法二〇〇条は「手負をうけるも生存」という状態になろう（個別的効力）。このように、違憲判決の効力は、判例の拘束力の範囲——判例の法準則は何か——によつて決まると思われる。<sup>2)</sup>

(2) 憲法判例について、その変更が一般的な判例より柔軟になさるべきか否かが議論されている。先に引用した田中英夫教授が説くように、憲法判例は、裁判所自らの判例変更が憲法改正の方法によらなければ変更できないといふ特性をもつことから、伊藤正巳教授は、「アメリカにおけると同じくわが国においても、憲法判例の拘束力は一般的な判例のそれより弱く、裁判所の慣行として、判例変更が容易であると考えてもよい」とする。これに対する「わが国においては、判例の拘束性はそもそも厳格なものではないから、とくに憲法判例についてだけ、その変更を容易なものと考えなければならないとする前提を欠く」と批判されたり、あるいは「憲法判例の変更が柔軟であるべきか否かの問題は、判例一般の拘束力およびその程度をどのように理解するかに左右される」と指摘されたりしている。これについては、一方で、先例の拘束力の程度をどのように考えようと、先に述べたような憲法判例の特性がある以上、裁判所は立法部に委ねるという選択肢がないのであるから、その選択肢の数の多少が判例変更の難易に全然関係しないのかという疑問を提出すると同時に、他方で、憲法判例の変更を柔軟に

するべきか否かは、そういう憲法判例の特性を第一次的理由にするのではなく、時代の変化に応じた社会の要請に裁判所が憲法上の諸価値をどこまで即応させるべきかという実質的理由によって決まるのではないかといふ疑問を提出するにとどめる。もちろん、伊藤教授も、変更を必要とする理由が明らかに示されなければならないと考へているのであるから、先例拘束性のみを理由に判例に固執することが説得力をもたないよう、憲法判例の特性のみをもって、憲法判例の変更是より容易にすべきだと主張していると理解する必要はなかろう。

## 二 憲法判例変更の条件

(1) 「憲法判例は変更可能であり、変更するかどうかは基本的には裁判所の裁量に属すると解されるが、裁量権の限界が問題となる」<sup>6)</sup>その限界として、一般的に「国民の権利・利益を拡大する方向での判例変更是……比較的ゆるやかに考えてよい」「国民の基本的人権を縮減する方向での判例変更是、裁判所がぎりで人権を奪うに等しいものであるから、原則として許されない」（ただし、いずれも「一義的に判断しえない」とする見解がある。この見解は、具体的にどのような判例変更を考えているのか明らかでないが、民事事件では、一方当事者の権利の拡大は、他方の権利の縮減になりうるから「一義的に判断しえない場合も多い」と同様、刑事案件においても処罰の拡大は市民の安全・福祉の確保のためといふ面をもつこともあり、これも一義的には判断しえないであらう。平等権・福祉受給権の縮減といった方向での判例変更が、その「許されない」具体例とも考えられるが、右のような考慮は、次項の「判例の廻遊効」との関連でもう少し具体的に検討されるべき問題と思われる。）<sup>7)</sup>

(2) 判例変更には説得力ある理由が示されなければならないことは、ほとんど異論はないであろう。芦部信吾教授は、先の伊藤教授の所説に賛成しつつも、「ただ、その根柢は、……議会によって最高裁の憲法判決を訂正す

るところが、実際には不可能だといふことに存するのだから、この論拠が民主憲法の下で正当性をもつたためには、最高裁が憲法に内在する基本的な諸価値を適用する公平な決定機関であるといふイメージを維持するわく組みの中で活動することが要請される。ところが、憲法判例の変更には、……最高裁の『権威の究極的根拠であるところの客觀性と公平性への一般的信頼』を失わせる危険性がある……に存在する。そこで、先例を変更する判決は、それを真に必要とする理由を十分に明らかにしなければならない」と述べている。そこで、その「理由」とは何いふ理由、③先例の誤りがきわめて明確であるという理由、②経験の教訓に照らして調節が必要だと由であるが、しかし「右のような判例変更の条件に適切な配慮を怠つたり、また、もっぱら裁判官の交替が原因にも、少なくともかような限界がある」と芦部教授は指摘する。

(3) 右の「不当な判例変更」としては、先に触れた昭和四四年の全司法仙台事件大法廷判決をわずか四年後に覆した四八年の全農林警職法事件大法廷判決があげられる。この時最高裁は、公務員の争議行為とそのあたり行為を禁する国公法の規定に「合憲限定解釈」を加えた四四年判決を「全面合憲」に立場を変じたのであるが、事件の被告人らの行為は、旧判例の法準則によつても有罪とされうるものであつたから、とくに判例変更をする必要性もなかつたのである。また、裁判官の交替による多數派のシフトによつて、もたらされた判例変更であつた。この判決の中で、田中一郎裁判官ら五裁判官の「意見」は、憲法判例の変更には、その必要性、相当性について、実質的には憲法自体の改正にも匹敵するものであるばかりでなく、最高裁判所の示す憲法解釈は、その性質上、

その理由づけ自体がもつ説得力を通じて他の国家機関や国民一般の支持と承認を獲得することにより、はじめて権威ある判断としての拘束力と実効性をもつるものであり、このような権威を保持し、憲法秩序の安定をはかるためには、憲法判例の変更は軽々にこれを行なうべきものではなく、……その内容において真に説得力ある理由と根拠とを示す用意を必要とするからである。」

このような考え方について、小幡和司教授は、「最高裁の判断が『権威ある判断としての拘束力と実効性』をもつのは『理由づけ自体がもつ説得力』といった内容的根拠にもとづくのではないし、いわんや、それを『通じて他の国家機関や国民一般の支持と承認を獲得すること』を条件とするものではない。それは、最高裁が憲法上もつ地位・機能にもとづくもので、右の説示は、最高裁判例の法源性の否認とすらなつてゐる」と激しく批判する。しかし、この見解は、「拘束力と実効性」なる言葉をきわめて厳格に法的な意味に理解しているようであつて、一般には、サイフも剣ももたない司法部の決定に人々が従う窮屈的な根拠は、その説得力によつて人々の支持と承認をかちえる力であると理解されているのではないだろうか。アメリカのコックス (Cox) 教授も、その著書『最高裁判所の役割』の中で次のように言う。

「自由な社会において法の最も重要な特質は、社会からの承認と支持を獲得する力であり……私はこの特質を『正当性の力 (power of legitimacy)』と呼ぶ。……」「司法府は、憲法裁判に従事するとき、他に類がないほどこの正当性の力に依拠する。……判決は強力な利益をくじき、争点は最も深い政治的感情をゆりおこす。……そのような場合、判決に従うこととは、裁判所が自らに課された役割を正当に遂行しており、その役割が維持されることは重要なのだといふ信念からもたらされるのである。」「憲法判断を、先例その他の一般に承認された法源に關係づけることのできる原則によつて真摯に、理論的に説明できることは、法律家の伝統によれば、最高裁が承認と

支持を集める力の本質的な主要要素である。司法的決定の場合に、その正当性の力は、判断に働くいた主要な影響力が個人的命令ではなく、裁判官も訴訟当事者とともに拘束する原則であり、しかも、今日だけなく昨日・明日の人々すべてにひとしく適用される原則である、という認識によるところが大きと考えられる。<sup>(18)</sup>」と。このような考えは、先の五裁判官の意見あるいは芦部教授の考え方とどれほどの隔たりがあるのであろうか。従って、判例変更のためにも、この「正当性の力」を獲得するに足る説得力ある理由が示されなければならないというべきである。

### 三 判例の週及効および将来効

(1) 不週及的変更 裁判は通常「過去の事件」に対する判断であるから、判例が変更された場合（先例がなく新判例が樹立された場合と同じ）、新判例の法準則は、他の同種の過去の事例——新判例より以前に生じ、新判例より後に裁判される同種の事例——にも適用されるのは当然である。すなわち、判例は週及効をもつのが原則である。これは、先例拘束性の問題ではない（後述）。しかし、新判例に常に週及効を認めると、旧判例の法準則に依拠して行動した人々の地位・権利・利益が害され、また基本的人権が縮減されるという、一般に正義に反する結果が生ずる場合もある。その不都合を避けるために、新判例の法準則を過去の事例に週って適用しないという、アメリカで発展した法的テクニックが「判例の不週及的変更（prospective overruling）」と呼ばれるものである。この場合、新判例の法準則を当該事件にも適用しないという「純粹不週及」と、当該事件には新法準則を適用するが、他の過去の事件には適用しないという「限定不週及」（または「限定週及」）の二つの手法がある。旧判例に依拠した者の保護の観点、また平等の観点からは、純粹不週及の方が論理的に一貫性がある。

わが国で現実にこのような問題がシリアルなかたちで提起された判例変更の事例はまだないようであるが、問題が顕在化する可能性があったのは、先の全農林警職法事件判決<sup>(21)</sup>である。この事件において、被告人の行為（政治スト）は旧判例によつても有罪とされうるものであつたが、適用法規の合憲限定期解釈を放棄する形で判例変更がなされた結果、処罰の範囲が拡大されたわけであるから、旧判例によれば不可罰であるが新判例によれば有罪とされうる行為をした者がほかにいたはずであり、そのような者に対して別個の訴追が提起されたなら、まさに変更判例の不週及的適用の問題が現実化しきたのである。幸い、そのような訴追はなされなかつたが、この事件は、「純粹不週及的判例変更」を行う最も適切な事例であつたと思われる。<sup>(22)</sup>

不週及とする実定法上の根拠としては、刑事案件の場合、憲法三九条前段の週及処罰禁止の規定、事例によつては刑法六条もあげられよう。憲法三九条は、一般には立法による週及処罰の場合のみを想定していると解されているが、文面上、立法の場合に限定する根拠ではなく、また、判例は法ではないという理由で憲法三九条は適用できないというのも、本末転倒した議論である。むしろ、憲法は三九条を判例変更の場合にも適用することを禁じてはいない、と理解すべきであろう。民事の場合にも、旧判例によれば有効とされた取引行為が新判例により無効とされたようなとき、刑事と同じ問題が生ずるが、憲法三九条の精神を民事事件にも拡張するか、あるいは「事情判決の制度」は法の基本原則だとした最高裁判例にならつて、旧判例に依拠して行動した者を保護するために判例の不週及的変更是法の基本原則だと考えることもできよう。あるいはまだ、民・刑事ともにこの問題は手続法の問題であるといえるなら、先に紹介した『判例とその読み方』の手続ルールの「隙間」論も参考になる。判例によって創造される手続ルールのなかには、立法にわたると思われるものも少なくないが、同書は、その場合でも最高裁がもともと憲法により規則制定権を授えられているのだから、実質的にはその権限を行使したこと考

きられるとしている<sup>(35)</sup>。この考え方を援用すれば、不適切的判例変更の実定法上の根拠は、憲法が最高裁に与えた規則制定権に求められよう。

(2) 遷及効 右とは逆に、新判例の法準則をどこまで遷及させうるかという問題がある。とくに刑事案件において、旧判例に従つて有罪の確定判決があり服役していたところ、判例変更によつて旧判例の下での刑事手続あるいは実体法規が違憲とされた場合、服役者は新判例の利益をうけることはできないかという問題である。既判力による判決の確定性は司法制度の安定のために重要な価値であるが、服役者の人権の保護もそれにまさる価値とされるなら、何らかの救済措置がとられなければならない。この問題は、右の(1)と同様、新判例の樹立に伴う「過去の問題の処理」が課題となるのであるから、合せて「判例の遷及効」の問題ととらえることができる。

わが国においては、この問題は、昭和四八年の尊属殺人罪違憲最高裁判決<sup>(36)</sup>によって現実化した。この判例変更により、検察庁は係属中の事件においては尊属殺から殺人罪に訴因変更をし、確定事件については検事総長による非常上告の申立て(刑訴四五四条以下)が検討されたが、これは採られず、個別恩赦による救済がなされた。このような場合、アメリカでは服役者自身による人身保護法にもとづく救済の請求がなされるのが常であるが、わが国ではそのような請求はみられなかつた。わが国の人身保護手続は、とりわけ人身保護規則(四条)によつて、請求事件が「拘束の著しい違法性が顕著である場合」に制限されているため、「この種の事例にはほとんど使いものにならない」と言われているが、積極的に解する意見もあり、なお検討を要する課題である。

判例の遷及効の問題は、先例拘束性の問題と混同されはならない。たとえば、人身保護法にもとづいて、服役者が新判例の遷及適用を求めて救済の請求をした場合、その裁判手続は新判例のあとに行われ、新判例の法準則が裁判の規準になるために、一見、この場合も先例の拘束力が働くように見える。しかし、ある立法の過去に

生じた事件への適用(遷及効の問題)と、将来生ずる事件への適用(拘束力の問題)とが違うのと同様、二つは理論的に区別されるべき問題である。このような問題を考えるに当つても、判例が法準則を定立すること、つまり準立法の機能を営むものであることを認識することが大切であることが分るであらう。また、遷及効の問題は、違憲判決のいわゆる一般的効力説・個別的効力説との関係で議論されるが、最近では、遷及効の問題は、次の「将来効」の問題と同じく、論理的に、違憲判決の効力の問題とは区別して——遷及効は法政策的問題、判決の効力は法理論として——考えることが、「問題を混乱させないために」必要であるとの主張が有力である<sup>(37)</sup>。

(3) 将来効 アメリカ法のprospective overrulingなる語は、英米法学者の田中英夫教授により「判例の不適切的変更<sup>(38)</sup>」、憲法学者の佐藤幸治教授により「将来効<sup>(39)</sup>」と訳されている。それぞれの研究者の問題感心に違いがあつたとはいゝ、一つの概念に二つの訳語があるのはわが国の法律学の不幸である。そこで、一部の憲法学者がすでに用い始めているように、新判例の樹立に伴う「過去の問題の処理」を議論するときには、判例の「遷及効」「不適切的変更」「不適切的適用」などといった語を用い、「将来の問題の処理」を議論するときに、判例の「将来効」の語を用いた方が、思考の混乱を避けられるであらう。判例が一般に将来へ向けて効力をもつのは当然なのだから、たとえば、将来効判決とは「ある選挙の違憲の効果を直ちに発生させずに、将来に委ねるといふ判決」というように、限定した用語法を採用することを提案したい。

将来効判決が議論される契機となつたのは、昭和五一年の衆議院議員定数最高裁判決<sup>(36)</sup>である。周知の通り、最高裁は、議員定数配分規定を違憲と判断しつつ、行訴法三二条一項のいわゆる「事情判決」の制度の基礎にあると考えられる「一般的な法の基本原則」にもとづいて、選挙を無効とはしなかつた。このような場合に、裁判所が、今回の選挙については事情判決をしながら、たとえば「次回の選挙で同じ定数配分を用いれば、その選挙は

無効とする」というような警告的な判決を下すことができれば、わが国においても将来効判決は現実化することになる。アメリカの裁判所は、エクイティ(衡平法)上の救済手段としてこのような手法を活潰に用いるが、そのような法制度をもたないわが国で、果して右のような判決をすることが許されるかという疑問は生じうる。しかし、「法の基本原則」にもとづいて事情判決が下せるなら、同じ原則にもとづいて将来効判決を下しても、それはどう奇異ではあるまい。国民に対して政治的責任をおわない司法部の、それはささやかな国民に対する責務の履行となろう。

田中英夫教授は、政治的責任をおわない司法部が法形成をなすにあたっては、問題が先行規範(primary law)だいたい実体法と解してよい)に関するものか、それともこの実体法がいかなる手段で実現されるかに関する救済法(remedial law)あるいは手続法に関するものかを考慮し、実体法の領域においては、立法部の判断を重んすべき場合が多いから法形成に慎重を期すべきであるが、救済法なし手続法の領域は、法の認められた価値をいかにして法的な形で実現するかという、まさに法律家が主たる責任を担うべき領域に属するのであるから、より積極的に法形成を行るべきであるとしている。<sup>(1)</sup>先に述べたように、中野次雄編『判例とその読み方』は、判例による手続ルールの形成は、実質的には最高裁が憲法上有する規則制定権の行使と考えられるとする。従って、ここで将来効判決の実定法上の根柢は、憲法(七七条)の規則制定権に求めるべきである。<sup>(2)</sup>最高裁が、一方で直接的に選挙違憲・無効判決を下すことによって国政に混乱をもたらすことと、他方で事情判決ばかりくり返すことによって「国民は最高裁のみせかけの自負を失うであろう」という結果をもたらすこととの間のジレンマを逃れるには、将来効判決はすぐれて現実的な、人々の承認と支持を得る方法と思われる。

(1) 戸波江二「判例変更と違憲判決の効力について」野中俊彦=江橋崇=浦部法穂=戸波江二・ゼミナール憲法裁判10四頁

110頁では、「四八年判決の論理の不明確さとあいまいさが、判例変更の論理的意味を不明確にしている」とし、また阿部照哉「適用違憲について」法教13号111頁、113頁(一九八二)では、「四八年判決の判例としての意味が不明確なことが「刑法110条の敬席について立法者をして去就に迷わせる」因」としているが、判例変更を法準則の変更と考えると、四八年判決とその判例変更の意味はそれほど不明確とは思われない。判決の結論に至る理由づけの説得力のなさ、論理のあいまいさと、判決からひき出される法準則はまったく別のものである。いかに思案的な判例からでも、法準則はひき出しうるし、またひき出す努力をしなければならない。

(2) この点につき、高橋一修「違憲判決の効力論・考」藤倉皓一郎編・英米法論集113頁以下(一九八七)。

(3) 伊藤正己「憲法判例の変更」公法研究11号1頁、10頁(一九六〇)。また、畠博行「憲法判例の変更について」公法研究27号48頁、51頁(一九七五)参照。

(4) 浦部法穂「判決の効力と判例理論」法セミ増刊・憲法訴訟119頁、138頁。

(5) 佐藤幸治・憲法訴訟と司法権187頁。

(6) 佐藤幸治・憲法165頁(一九八一)。

(7) 濱部・前出注(4)113頁。

(8) 濱部法穂「合憲限定解釈判例とその変更」野中俊彦=江橋崇=浦部法穂=戸波江二・ゼミナール憲法裁判116頁、1130頁では、全農林省職法事件最高裁判決(後出注(13))のような判例変更を考えている。

(9) 松尾浩也「刑事法における判例とは何か」法セミ1179号4頁、18頁。

(10) 畠・前出注(3)57頁。小幡和司「憲法判例の変更」清宮田郎=佐藤功=阿部照哉=杉原泰雄編・新版憲法演習(2)109頁、1125頁、116頁。

(11) 芦部信喜・憲法訴訟の理論181~19頁。

(12) 芦部信喜・憲法訴訟の現代的展開1頁。また、より詳細な「判例変更の条件」の分析として、佐藤幸治「憲法判例の法理」ジョリ大三八号131頁、139~141頁。

(13) 最大判昭和四八年四月二五日刑集27卷四号五四七頁。芦部信喜「合憲限定解釈と判例変更の限界」ジョリ五三六号46頁、511~533頁(一九七三)参照。

- (14) 刑集117巻4号59頁。
- (15) 小幡・前出注(10)11111頁。同旨、佐藤・前出注(6)116頁。このような批判が、判例の法源性を認めつつ最高裁を拘束する法源はないという「逆説的に見える状況」をもたらすことについて、樋口陽一「判例の拘束力・考」佐藤功古稀・日本国憲法の理論675頁、694頁。
- (16) A.コックス(音部監訳)・最高裁判所の役割(1977)。原著はA. COX, THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN AMERICAN GOVERNMENT (1976)。
- (17) A.コックス(音部監訳)・前出注(16)1161~163頁。訳は一部変えてある。
- (18) A.コックス(音部監訳)・前出注(16)1170頁。
- (19) この点は、ある事件が起きて、それに遡及適用されるべく立法が行われたことを想定すれば、わかりやすいであろう。他の同種の事件にもその立法は遡及適用されるはずである。
- (20) 田中英夫「判例の不遡及的変更」法協八三巻7・8号100頁以下(1966)。
- (21) 前出注(13)。他の具体例につき、小暮得雄「刑事判例の規範的効力」北大法学論集17巻4号641頁。
- (22) 判決が、旧判例は一般に対し「公務員労働者の」「争議行為を刑事罰から解放」したものであるかのことを誤った理解を種えつけたと述べているので、もしこれが本当なら、この二つはいたはずである。
- (23) 田中英夫「金澤林書賃送事件における判例変更をめぐる諸問題」シヨリ五三六号五六頁、六〇~六一頁。
- (24) 衆議院議員定数選憲判決・後出注(36)。
- (25) 中野次雄編「判例とその読み方」110頁(佐藤文説・篠田省一執筆)。
- (26) アメリカでは刑事手続の分野で、この問題をめぐって連邦最高裁の判例はいまだに発展中である。その端緒となつた一九六五年のリンクレタ(Linkletter)判決について、田中・前出注(20)1031~107頁。田中英夫「最近の判例」アメリカ法一九六六~一九八頁。佐藤半治「連邦判決の効力」法学論叢九四巻三・四号1181頁、1981101頁(1974)。横井行「憲法判例変更の問題点」政経論叢114巻4・5号1頁、八頁(1974)。アメリカの最近の判例として、Allen v. Hardy, 106 S. Ct. 2878 (1986); Shea v. Louisiana, 105 S. Ct. 1065 (1985); Solem v. Stumes, 104 S. Ct. 1338 (1984)。
- (27) 最大判昭和四八年四月四日刑集117巻3号1165頁。

- (28) 平田友二「恩赦」現代刑法体系(7)四四〇頁以下(1981)によると、減刑111名、刑の執行の免除111名、復讐五名が認められた。
- (29) 潟部・前出注(4)1134頁。
- (30) 時国康夫「連邦判決の効力」公判法体系(3)二七八~七九頁(1975)。なお民事の確定事件の場合も連邦判決の遡及効が問題になりうるが、民事の場合は既判力にもとづく法的安定性の要請を上まわる人権の侵害という事態はあまり考えられないと思われる。
- (31) 潟部・前出注(4)1134頁第1段の記述は遡及している例と思われる。
- (32) 戸波・前出注(1)1101~114頁。また、高橋・前出注(2)1139頁参照。
- (33) 田中・前出注(20)1009頁。
- (34) 佐藤・前出注(26)1183頁。また、佐藤・前出注(5)1119頁以下。
- (35) 伊藤正己・憲法6111頁、戸波・前出注(1)11011~114頁。
- (36) 最大判昭和五一年四月一四日民集三〇巻三号1113頁。
- (37) 田中英夫「判例による法形成」法協九四巻6号755頁、七八四~八六頁。
- (38) 同旨、佐藤・前出注(5)1155頁。
- (39) A.コックス(音部監訳)・前出注(16)117頁。