

- 〔略歴〕 新潟県で生れる。
昭和12年 京都大学法学部卒業。
京都大学法学部助手、助教授を経て、現在、法学部教授。
- 〔主要著書・論文〕
 「司法審査とデセクレシー(1)(2)」(昭和38年、39年 法学論叢
74巻3号、5・6号)
 「プライバシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察(1)
(2)」(昭和45年 法学論叢86巻5号、87巻6号)
 「憲裁判決の効力」(昭和49年 法学論叢94巻3・4号)
 「表現の自由」「結社の自由」「通信の秘密」(芦部信喜
編)「憲法II人権(1)」(昭和53年 有斐閣)所収
 「日本憲法史」(共著) (昭和51年 東京大学出版会)
 「注釈日本国憲法(上)」(下) (共著) (昭和58年、63年 青林書
院)
 「憲法訴訟と司法権」(昭和59年 日本評論社)
 「憲法I II」(編著) (昭和61年、63年 成文堂)
 「現代国家と司法権」(昭和63年 有斐閣)
 「要説コンメンタール・日本国憲法」(編著) (平成3年 三省
堂)
 「現代国家と宗教団体」(共編) (平成3年 岩波書店)
 「アシダメンタル憲法 I」(共著) (平成6年 有斐閣)
 「注解法律全集1 憲法 I」(共著) (平成6年 青林書院)
- 委任命令 230 尾高朝雄
井上継 67 オーブン・ショップ 633
アクセス権 455, 542 違法収集証拠 589 恩赦 145 オンブズマン 10
旭川学力テスト事件 509, 510, イリイ 145
628, 629 岩倉具視 66, 67
か
朝日訴訟 343, 621, 622 岩手学力テスト事件 510
アショーウンダー判決 336 イン・カメラ・レヴュー 320 会期 157
厚木基地訴訟 302, 356, 359 インフォームド・コンセント 460 一制 157, 158, 211
アメリカ合衆国憲法 6, 8, 19, 35, 7
44, 65, 294, 383, 550, 644 ヴァージニア憲法 5, 383 会計検査院 189, 231
アメリカ独立宣言 443 「宴のあと」事件 526 戦闘大権 49
安保条約 355 浦和事件 328 外国人 417
い
上乗せ条例 287 外国に移住する自由 418, 555
委員会 153 外在的制約 = 政策的制約 402
——中心主義 174 外務省スパイ事件 366
イエリック 41, 385, 407
ギリスの憲法 18, 80, 443 永久税主義 181
違憲性の推定 371, 517 営業の自由 557, 558, 566 ——と司法審査 227
違憲 (立法) 審査 11, 45, 332, 采典 257, 476 革命権 5, 51, 383
違憲判決の効力 373 営利的言論 518 学問の自由 399, 408, 484, 508
石井記者事件 539 閲読の自由 432, 535 確立された国際法規 32, 302, 643
伊豆シャボテン公園仮処分事件 473 「エロス+虐殺」事件 514 加藤高明 70, 391
板垣退助 66 延命治療拒否 522 カードゾーリ裁判官 514
板まんだら事件 496 過度の広汎性の法理 523
イタリアの憲法 8, 12, 47, 127, カベレッティ 11
147, 213, 401 大分県教組入勧スト処分訴訟 588, 604
一事不再議 159 大限重信 67, 70 川崎民商事件 313, 326
一事不再理 608, 609 大阪国際空港公害訴訟 302, 簡易裁判所 313, 326
一年税 181 第三版第1刷発行 457, 624
一般的効力説 374, 379 大津事件 71 間接選挙制 45, 294
一般的人格権 451 大牟田市電気ガス税訴訟 286 間接 (代表) 民主制 78
一般的審査 367 公の支配 183 完全補償説 574
伊藤博文 3, 67 公の賠償請求権 614 官吏 229, 432
伊東已代治 67 沖縄デー破防法事件 532, 553 管理化国家 9
委任の代表 137, 139 「押しつけ憲法」論 77

甲第104号証

現代法律学講座

憲法 (第三版)

平成二五年年年一一三月三〇日	平成二五年年年一一三月三〇日	平成二五年年年一一三月三〇日
六四九四四〇日	六四九四四〇日	六四九四四〇日
月月月月月月月月月月月月	月月月月月月月月月月月月	月月月月月月月月月月月月
一〇一五五〇日	一〇一五五〇日	一〇一五五〇日
佐藤 見	佐藤 見	佐藤 見
発行者	発行者	発行者
株式会社	株式会社	株式会社
青林書院	青林書院	青林書院

振替番号 13
東京都文京区本郷一丁目一〇三一三〇〇
一〇九一五八一四一七〇七七〇
印刷・製本／中央精版印刷㈱

©1995 佐藤 Printed in Japan
ISBN4-417-00912-0

うけ、また刑法典の尊属殺害罰規定のように後になつて最高裁判所によつて違憲無効とされるという例もあるが、これららの法典が日本国憲法所定の立派手続によつて成立したものではないといふ事実は残る。最高裁判所は、明治憲法下の法律は、その内容が日本国憲法の条規に反しない限り、なお法律としての効力を有するとして、そのことは日本国憲法九八条の規定によつてうかがわれるとする（最高裁判所昭和三三年六月二日判決）が、憲法の特性を授權規範性に求めるにすれば、同条にそのような意味を読み込むことは、同条に加重負担を強いるものではなかろうか。後にみると、明治憲法と日本国憲法との間には主権の変動があり、その意味では「革命」があつたとみなければならないが、その「革命」は国家の同一性にかかるようなものではなく、しかも、そのことに加えて、国民の生活のあり方を大きく左右する私法秩序の独自性を基本的に認めている点で明治憲法と日本国憲法とで共通するものがあるであつて、民法典などの引続いての妥当性の根拠はむしろそちらに求められるべきであらう。

(3) 憲法の前文の効力 憲法典には「前文」が付せられているのが通例である。「前文」の様式や内容には各種のものがあり（単に憲法制定の由来を説くにとどまるものもあれば、フランス第四共和制憲法のように権利宣言に該当するものを規定しているものもある）、したがつてその法的性質も一律に論じきれないところがあるが、大別して、法的規範性承認説と法的規範性否認説（前文は単に歴史的事実を陳述したにとどまるとか政治的・道徳的理想的を表示したにとどまるとする）とに分かれる。日本国憲法の「前文」は「日本国憲法」という題名の後におかれ、憲法制定の由来・目的および憲法の基本原理・理想に関して述べるかなり詳細なものであるが、そのことから、「前文」は憲法典の一部を構成してはがつて法規範性を有する（その改変は憲法改正手続によらねばならないとする点では学説は概ね一致している（さらに、憲法典内部に形式的効力の違いを認める立場からは、憲法制定権力の所在を示し、基本的人権尊重主義など憲法の基本原理・理想をうたう「前文」は一般に憲法改正の限界をなすとされる）。「前文」が法規範性を有する以上、それに抵触する下位規範

の効力は理論上排除されることになるが（九八条）、「前文」がさらに直接の裁判規範性をもつかにについては肯定説と否定説とに分かれる。否定説は、法規範の中には裁判規範性をもたないものがあるとの基本的前提に立て、「前文」の内容の抽象性・非具体性などを根拠とするが、肯定説もかなり有力で、下級審の判決例の中には肯定説によつているものがみられる（例、長崎高等裁判所昭和三四年九月七日判時一三号二四頁附）。もつとも、否定説も、「前文」が憲法本文の各条項の解釈の基準となることを承認しており、判例もその趣旨のものと解されうる点は注意を要する（例、最高裁判所昭和三四年一二五三頁）。

(4) 憲法判例 そもそも判例が法源性を有するか否かについては議論の存するところであるが、既に示唆したように、憲法判例を含めて積極に解さるべきであり（わが国の現行法上、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なされる、憲法典に関する解釈にかかる判例として成立する）、最高裁判所の憲法判決は先例拘束性をもつと解される。それは、日本国憲法の定める司法権がアメリカ流のものと解されるということのほかに、基本的には同種の事件は同じように扱わなければならないという公正の観念によるものであり、日本国憲法の解釈論的にいえば、憲法一四条の法の下の平等原則、三二一条の裁判をうける権利（ここでの裁判は当然に公正な裁判の意でなければならぬ）、および憲法三一条の定める罪刑法定主義に根拠する。但し、その場合、先例として拘束力をもつのは、憲法判決中の ratio decidendi の部分であつて、法律などの合憲・違憲の結論それ自体ではなく、その結論に至る上で直接必要とされる憲法規範的理由づけてある点が留意されるべきである。憲法判例については、通常の判例と違つた特殊性が考慮されなければならないが、その点については後述する（第三編第二章第三節）。この先例拘束性の原則の下に、最高裁判所は自らの憲法判例に拘束されるとともに、下級審は最高裁判所の憲法判例に拘束される（但し、最高裁判所の判例に下級審が従わないからといって、現行法上破棄される可能性があるにとどまる）。もつとも、その場合、拘束力をもつ

は判決中の抽象理論ではなくて *ratio decidendi* であること、そのことに関連して下級審は英米法にみられる“区別 (distinction)』を通じて相当の創造性を發揮しうる余地をもつこと、最高裁判所の考え方には変化ないしそのまましがみられるときはその新傾向を先取りすることが正当化されることがあること、などの点が留意るべきである。

なお、右のような理解に対しては、憲法の解釈論として、憲法七六条三項に「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」とあることに注目し、さらに裁判所法四条に「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」(筆者注) とあること(その反対解釈として、上級裁判所の判例は下級裁判所に対して法的拘束力をもたないとする)にも言及しながら、判例の法源性に否定的な見解が存する。が、憲法七六条三項にいう「憲法及び法律」には命令・規則・条例などのほか慣習法など不文の法規範も含まれると解するのが一般的であり、またそう解すべきである。裁判所法四条については、先例拘束性の問題と全く無関係とみることもできるし、あるいは、先例拘束性のあることを前提に、ただその事件との関係では下級裁判所を絶対的に拘束する趣旨を明らかにしたものと解することもできないではない。このように、先例拘束性の原則を認めることは、憲法上および法律上の障害ないと解すべきであるが、わが国では、判例法主義の英米法系とは違って制定法主義の国であって、判決も事実上の拘束力をもつにとどまると解するのがむしろ一般的である。けれども、判例法主義と制定法主義といつて二分法がそもそも妥当なものが否か、制定法主義であるから先例拘束性は認められないとするのはあまりに図式的な結論ではないか、事実上の拘束力という観念は明確性を欠くところがないか、むしろ事実上の拘束力という観念の下に最高裁判所の示す抽象的な法理論が下級裁判所に対してかえって強い影響力を与えてきたという面がなかつたか、といった疑問がある。

ところで、政治部門は、その機能行使にあたつてその憲法適合性について判断する権限と義務をもつが、その際憲

法判例にどのような態度をとるべきか。結論的には、国会は、その機能行使にあたつてその憲法適合性について判断する際に、憲法判例を考慮すべきはあるが、それに法的に拘束されると考えるのは妥当ではなく、判例の示す憲法解釈は正確であろうとの推定を覆すに足る確信をもつ場合には、「訴訟において違憲とされるかもしないが、自己の責任で」という立場で行動できると解される。このように国会に対して法的拘束力はないと解される理由は、國權の最高機關にして國の唯一の立法機關である国会(四一)を核とする代表民主制とそこにおける最高裁判所が占めるべき地位・性格に求められる。なお、特定の事件判決で違憲とされた法律自体にまつわる問題については後述する(第三編第二章第三節)。内閣は、「法律を誠実に執行」すべき立場にあるが(七三条)、最高裁判所によって違憲とされた法律は一般的に執行できない状態におかれると解される。もつとも、国会が違憲とされた法律を何らかの理由で廢止する措置をとらなかつた場合において、違憲判決以後の各種判例から判断して判例変更の可能性が合理的に予見されうるときは、そのことを期待して、テスト・ケースを提供すべく、当該法律を敢えて執行することは憲法上禁止されていふると解することはおそらく妥当ではないであろう。また、ある訴訟で違憲とされた法律とは別に国会が同種の法律を独自の判断と責任で新たに敢えて制定したような場合には、内閣は、その法律を執行すべき義務を負うことになると解すべきであろう。

(5) 憲法と国際法 (1) 国際法と国内法との関係 昨にみたように、硬性憲法においては、「國の最高法規」として、「その条規に反する法律、命令、詔勅及び國務に関する他の行為」の効力を排除する(九八条) という帰結が導かれる。しかし、これは国内法秩序との関係において考察してのことであつて、国際法秩序との関係を視野に入れた場合はどうなるか。

国際法と憲法以下の国内法との関係について、理論上、両者はその妥当根拠において全く次元を異にするところの

佐藤幸治
さとうこうじ

1937年 新潟県に生まれる
1961年 京都大学法学部卒業
現在 京都大学教授
主要著書・論文 「表現の自由」「集会・報社の自由」(誠信の
秘苑) (宇都宮信吾編)『憲法Ⅲ人権1』(有斐閣)所収)
『日本憲法史』(共著・東大出版会)
『憲法』(青林書院新社)
『注釈日本国憲法(上)』(共著・青林出版新社)

憲法訴訟と司法権

1984年7月1日／第1版第1刷発行
1986年3月10日／第1版第7刷発行
著者／佐藤幸治
発行者／大石 進
発行所／株式会社日本評論社
〒160 東京都新宿区須賀町14 電話 03 (341) 6161
振替 東京0-16
©1984 K. Sato 横田省裕
印刷／ミツワ印刷株式会社 製本／幾波製本株式会社
Printed in Japan

著者／海保透
ISBN4-535-57481-2 C 3032

五 憲法判例の特殊性とそれによつてゐる問題

(1) 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きれる憲法判断にかかるものとして存在する。憲法判例として拘束力を持つのは、憲法判決中の *ratio decidendi* の部分であることも、考え方としては他と同様である。ただ、憲法判決の先例拘束性の機能は、一般的な場合とやや事情を異にしていることが注意される必要がある。つまり、「通常法は不斷に生起する法的問題の多数に精度をもつて適用されうる、準則 (rules) にかかるのに対し、他方憲法は理論 (doctrines) にかかる」という事情である。換言すれば、通常法においては法準則は裁判所が承認する他の準則と適合することが多くなく、判例の認定事実（判決事実）との類型的同一性が認められれば当該法準則を適用すればすむのに対し、憲法においては先例（したがって判決事実）の外、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、歴史からどのような教訓をくみとるべきかといった諸点（立法事実）を考慮せざるをえない。あるうといふことは、少なくとも一般論としては否定し難い。こうしたことから、憲法判決は、他の判決に比べて、裁判所が後に守らざるをえないほどには争点を解決することが少ないという特徴が生まれる。

(2) 右において、他の法領域の判例に比較して、憲法判例は構成的性格を持たざるをえないのではないかを示唆したが、アメリカにおいて、少なくともタネー長官の時代以来、最高裁判所は、非憲法判例の場合よりも柔軟に憲法判例の変更をなしうるといつては、「支配的ドクマ」であったといわれるもののほとんど関連していく。アランダイス裁判官は、他の法領域では法的ルールが正しく確定されるとより多く確定されると自体に意義があり、誤りがあるとすれば立法部によって匡正されうるのに対し、憲法の領域では立法部による匡正がほとんど不可能であり、裁判所としては「経験の教訓とより良き推論の力」に従つて判示すべきで、誤った先例を変更することに躊躇すべきではない」と述べている (*Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U. S. 393 [1932] [Brandeis, J., dissenting])。憲法典の改正困難性、立法部による匡正の事实上の不可能性が、憲法判例変更の柔軟性の直接の根拠とされるが、その背景には、「憲法典が、客観的な法の叙述としては不完全で」あるという事情ないしその認識が作用しているのではないかということは、右のアランダイスの言からもうかがわれよう。

わが国の現行法制は、憲法解釈の重大性に鑑み、最初の憲法判例の形成を大法廷の任務として（裁判所法一〇条一号）、その変更も大法廷で行うべきものとするが、憲法以外の法令の解釈適用についても、「意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」は小法廷で裁判をなしえないとしている。この法則は、すでに示唆したように、判例変更特に「慎重さ」を求めたものとは解し難いが、判例が法源

をなすと解する以上、その変更に際しては、先例に適正な配慮を払いつつもなおその変更を必要とする理由が示されなければならないという要請が帰結される。このことを前提にして、憲法判例と他の種の判例とを同一次元でとらえるべきか、あるいは、憲法判例の重きを考慮しその変更には特別の要件の充足が必要と解すべきか、あるいは、逆に、右にみたアメリカの場合と同様の発想に立って憲法判例の変更の柔軟性を帰結すべきか。

(3) わが国において、判例の拘束力が自覚的に問題とされる場合には、「一般に、裁判所は、他の法領域と比較して、憲法を解釈する判例の変更に対していつそう柔軟な態度をとつてよいであろう」というように、第三の見解が表明されることが多い。が、判例の拘束力の要請の実質的根柢を、人の権利・利益状況についての予見性の保障に求め、その立場から、「憲法判例についてだけ、他と区別すべき理由はないであろう」と説かれることもある。もともと、この説も、「国民の基本的人権を縮減する方向での判例変更は、裁判所がさりとて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と述べており、第一の見解さながらではない。「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 자체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たらし得るものであるとの立場から、先例を変更して新しい憲法

286

解釈を示すに際しては「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」とし、より具体的には、憲法判例変更の条件として、①「その前に変更の要否ないしは適合について特段の吟味、検討を施すべきものであり」ことに、②「僅少差の参数によってこのような変更を行なうこととは、運用上極力避けるべきである」と述べる、全般林警職法事件判決(最高判昭四八・四・一五刑集二七巻四号五四七頁)における田中等五裁判官の共同意見は、第二の見解を思わせる。

右の共同意見については、最高裁判所の判示が「権威ある判断としての拘束力と実効性」を持つのは、「理由づけ 자체がもつ説得力」とか「他の国家機関や国民一般の支持と承認」とかによるものなのか、それは結局最高裁判所判例の法源性を否認することになるのではないか、そうだとすれば最高裁判所判例の変更が何故に「実質的には憲法自体の改正にも匹敵するもの」でありうるのか、の疑問が生ずる。憲法判例変更の条件①②も、意味の如何によつてはかなり問題となるべき余地がある。

憲法判例の変更がより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。判例一般の拘束力を高い次元に据える場合には、憲法判例の変更をより厳格に解することは、特定時の最高裁判所には憲法の固定権を認めることにならうし、低い次元に据える場合には、憲法判例の変更をそれよりさらに柔軟に考えるというのでは、憲法判例の拘束力を認めないに等しくなる。判例一般の拘束力がかなり高いものであることを前提にした場合には、考え方の筋途としては第二の見解に落ち着かざるをえないのではないか。なお、そうすると人権保障

287

との関係で問題にならないかの疑問もありうるところであつて、先に触れた、人権を「縮減する方向での判例変更」は「原則として許されない」との説は、この点についての配慮を示すものといえるが、例外として何を想定するかの疑問とともに、特定時の最高裁判所にどのような憲法固定権を与えることになるかどう評価するか、それは最高裁判所裁判官の国民審査制度を内包する憲法の趣旨と果して適合するものであるか、の疑問が生ずる。罪刑法定主義ないし廻及处罚禁止原則や人の権利についての予見性の問題については、判例の不適切的変更の手法を用いるという途がある。

(4) ただ、第三の見解によるとしても、そこには立法部による匡正の事実上の不可能性については若干の留保が必要であるし、また、憲法判例の変更にかかる法制度上の問題を無視して変更の柔軟性が過度に強調されるべきではない点に留意しておきたい。

まず、一般的にいえば、最高裁判所によって違憲無効とされた当該法律自体の運命の問題（この点については、「12 違憲判決の効力」すでに触れた）は別として、判例の拘束力の次元でみた場合、立法部は「最高裁の憲法解釈は正確であろうとの推定を覆えずに足りる確信をもつ場合には、訴訟において違憲とされるかもしれないとの自己の危険において行動できると解される」。その理由は、代議制民主制（我が国の場合特に四一条が重要）とそこにおいて最高裁判所が占めるべき地位・性格に求められる。次に、アメリカにおいて、一定の場合には、立法部が最高裁判所の判決を実際に乗り越えうるこ

とが判例上認められているということがある（例えば、*Leisy v. Hardin*, 135 U. S. 100 [1890]において、国会による措置がない場合に州がある種の方法で酒類の販売を禁止することは州際通商条項に抵触するとして、*Clark Distilling Co. v. Western Maryland Railway Co.*, 242 U. S. 311 [1917]において、右判例を明示的に再確認しつゝ、同じく規制でも国会の授權がある場合には憲法上容認されると判断している。逆に、最高裁判所が憲法上差し支えないとした根拠を、修正一四条五節に基づいて国会が故意に無効とするということも判例上認められたことがある）。第三に、判決が立法部のとりうる行為に実際上の限界を画す（憲権主義型判決）という趣旨を伴わない場合（非憲権主義型判決）には、立法部は積極的措置をとりうることである（例えば、報道者は憲法上取材源秘匿権は保障されていないと判断された場合に、立法部は法律によってかかる権利を認めることができる）。

アメリカで、一九五九年までに憲法判例が変更されたのは六〇、その後の一〇年では四七を下らぬといわれるが、このような頻繁な判例変更は何を物語っているか、それは最高裁判所の正統性の基盤に問題を投げかけてはいいか、あるいは、そのような頻繁な変更是法制度全般に無用の緊張を強いる結果になつていなか、そのような変更が不可避だとともかく無用の緊張を回避すべきどのような工夫がこらされているか、また、理論上どのような工夫が可能であるか、といった様々な疑問が生じてくるところである。ここでは、これらの疑問に立ち入って検討を加える余裕はない。次の諸点を指摘するにどもなければならない。

ジユリスト

1973.6.15 (No.536)

合憲限定解釈と判例変更の限界

—全農林警職法事件判決の問題点—

はしがき

四月二十五日下された全農林警職法事件最高裁判決（以下全農林判決と略称）は、從来判例のとった國公法（昭和四〇年法律六九号による改正前のもの）九八条五項、一一〇条一項一七号の合憲限定解釈を、「犯罪構成要件の保障的機能を失わることとなり、その明確性を要請する憲法三一条に違反する疑いすら存する」として否定し、「いわゆる全司法仙台事件についての裁判所の判決（昭和四一年（あ）第一一二九号同四四年四月二日大法廷判決・刑集二三卷五号六八五頁）は、本判決において判示したところに抵触する限度で、変更を免れない」と判示した。これによって、全司法判決だけではなく、それと同趣旨の都教組判決（最判昭和四四・四・二刑集二三卷五号三〇五頁）も、くつがえされたことは明らかである。

それだけではない。都教組判決は全通〇巻八号九一二頁）を前提とし、それを

发展させ、その延長線上にあると解されるので、全農林判決（多数意見）が合憲限定解釈を排斥しながら、公務員の地位

と勤務条件の法定という特殊性および争議行為を禁止に見合う代償措置の存在とを理由として、一律かつ全面的に争議行為および争議行為をあおる行為等を禁止。

違反しないとしていることを考え合わせると、今回の多数意見は、判文上は全通中郵判決を維持しているようにみえながら、実質的にはその基本理念を大きく傷つけたといわざるをえない（1）。全通中郵判決の立場を押し進めれば、まったく限定解釈を加えないまま現行法の規制を

芦部信喜

ある。合憲限定解釈のアプローチをとる

べきでないとすれば、むしろ、田中二郎

裁判官等五裁判官の意見に指摘されてい

るとおり、「公務員の争議行為を、その

主体、内容、態様または程度などのいか

んにかかわらず全面的に禁止し、これを

あおる等のすべての行為に刑事制裁を科

するような」現行法は、そのままでは、

「どうてい、合理性をもつ立法として憲

法上これを正当化することはできないと

いわなければならない」であろう。これ

は、全通中郵、都教組、全司法の諸判決

を契機に公にされた労働法・刑法・憲法

政法専攻の多数の研究者の論稿が、ほと

んど異論なく認めていたところであり、

以上のよう、今回の判決は、官公

下審判決もまた、一般にそういう立場

を基調とする点ではほぼ一致していたと

いうことができる。「ILOの条約及び

勧告の適用に関する専門家委員会」の報

告書（一九六六）は、こう述べていると

いう（2）。「いくつかの国々において、こ

の点に関して定められているストライキ

の禁止は、条約に適合するというには、あまりにも一般的であるよう思われる。たとえば公的役務に従事しているすべての職員に対して、その職務の性質を問わず一律に、この禁止が適用される場合

（注：ギリシャ刑法二四七条、日本の國公法九八条、一一〇条一項一七号、地公法三七条、六一一条四号が挙げられている）、一〇五号条約の一条のD号に抵触する可能性がある」と。

このようない多數の学説や從来の判例にしたがう下級審判決の一般的動向とは逆に、全通中郵判決前の判例——すなわち「公共の福祉」ないし「全体の奉仕者」という一般的・抽象的な基準から一律かつ全面的な労働基本権の制限を合憲とした立場——と実質的にほとんど異ならぬ見解をとった全農林判決は、まさに時計の針を逆に戻す判決だと評されよう。

判決直後に新聞が「異例の『判例後もどり』」という見出しで事件を報道した（四・二五朝日夕刊）趣旨も理解にかかる。

（四・二五朝日夕刊）趣旨も理解にかかる。

以上のよう、今回の判決は、官公労働者の争議権に対する現行法規の制限の合憲性という問題から、それと密接に関連する合憲限定解釈の限界の問題、さらに判例変更の条件の問題、および憲法事件に対処する裁判官のあり方の問題など、廣汎な論点にわたって検討を迫る重大な判決であるが、それは労働法・刑

法の領域に深くかかわる問題である上に、現在限られた時間しか許されないのことで、ここでは到底立ち入った分析を行なうことはできない。そこでとりあえ、「合憲限定解釈と判例変更の問題について」若干の覚え書き的な考察をこころみるにとどめたい。(3)

(1) もうとも、今回の判決によって直ちに中郵判決が全面的に覆されたと解すべきかどうかは、具体的な事案と関連させて慎重な考慮を要する問題である。

(2) 全司法判決の總引連邦調査官解説(法曹時報二一巻六号二三五頁注三〔一九六九〕参照)によると、「一〇一〇五年六月、わが国は批准していない」。

(3) 今回の労働三事件は総合的に考察する必要があるが、ここでは対象を全農林業審法事件判決に限ることとする。

一 従来の判例の立場と問題点

一 判例の合憲限定解釈

全農林判決において判例を変更すべしとする石田長官等八人の裁判官の多数意見と、変更すべきでないとする田中裁判官等五人の裁判官の意見(上告棄却の点で多数意見と結論と同じにするが、ここでは少数意見とよぶ)とが袂を分かつた決定的なポイントは、官公労働者に対する一律かつ全面的な争議行為および争議行為をおおる行為等の禁止と处罚の規定が、そのままで憲法二八条に適合する

と解しうるか否かにある。この基本的な立場の相違を法的構成の上で尖鋭な対立の形で示したのが、右規定の合憲限定解釈が可能か否かという問題である。

周知のよう、「憲法判断は、それをすることが不可避でないがぎり行なわない」のが原則であり、この憲法上の争点を処理するさの「厳格な必要性のポリシー」の一として、アメリカでは、ブランダイス裁判官が *Ashwander v. TVA* (297 U.S. 288 [1935]) で示した次のようないルールがある。

「連邦議会の法律の効力が問題になつた場合に、合憲性について重大な疑いが提起されても、裁判所がその憲法問題を避けることができるような法律解釈が可能かどうかを最初に確かめることは、基本的な原則である。」

このルールは、憲法問題回避のルールといわれ、別稿で詳しく分析したとおり

(1) 「法律の違憲判断の回避」と「法律の合憲性に対する疑いの回避」という異なる二つの方式を含む。前者は、限定解釈によって法律を違憲と判示することを回避する方式で、そこでは原則として合憲判断を行なうことが前提となっている

といわれ、別稿で詳しく述べたとおり

(2) なお通常隨伴行為と認められない、合理的に解釈されるべきもの」であ

る。そのとすれば、それは、前段の公務員の労働基本権を保障した憲法の趣旨に反し、必要やむをえない限度をこえて争議行為を禁止し、かつ、必要最小限度にとどめなければならないとの要請を無視

し、その限度をこえて刑罰の対象としているものとして、これらの規定は、いずれも、違憲の疑を免れないであろうが、「法律の規定は、可能な限り、憲法の精神にそくし、これと調和しうるよう、合理的に解釈されるべきもの」であり、右規定もそういう合理的な限定解釈を施せば、「規制の限界が認められるのであるから、その規定の表現のみを高く評価されながら、他方では、「法の明文に反する一種の立法であり、法解釈する所論主張は採用することができない」と判示した。全司法判決も同じアプローチをとる。

二 判例に対する反論

この合憲限定解釈は、一方で積極的に憲法に対する疑いを除去し、法律の効力を、直ちにこれを違憲無効の規定であるとの例につき、全司法判決の入江裁判官補足意見参照。

いう合憲限定解釈とは、通常は前者のアプローチを指し、従来の官公労働者の労働基本権に関する判例が採用してきたアプローチも、それである。すなわち、

アプローチも、それである。すなわち、周知のよう、「憲法判断は、それをすることが不可避でないがぎり行なわない」のが原則であり、この憲法上の争点を処理するさの「厳格な必要性のポリシー」の一として、アメリカでは、ブランダイス裁判官が *Ashwander v. TVA* (297 U.S. 288 [1935]) で示した次のようないルールがある。

「連邦議会の法律の効力が問題になつた場合に、合憲性について重大な疑いが提起されても、裁判所がその憲法問題を避けることができるよう法律解釈が可能かどうかを最初に確かめることは、基本的な原則である。」

このルールは、憲法問題回避のルールといわれ、別稿で詳しく述べたとおり

(1) 「法律の違憲判断の回避」と「法律の合憲性に対する疑いの回避」という異なる二つの方式を含む。前者は、限定解釈によって法律を違憲と判示することを回避する方式で、そこでは原則として合憲判断を行なうことが前提となっている

といわれ、別稿で詳しく述べたとおり

(2) なお通常隨伴行為と認められない、合理的に解釈されるべきもの」であ

る。そのとすれば、それは、前段の公務員の労働基本権を保障した憲法の趣旨に反し、必要やむをえない限度をこえて争議行為を禁止し、かつ、必要最小限度にとどめなければならないとの要請を無視

し、その限度をこえて刑罰の対象としているものとして、これらの規定は、いずれも、違憲の疑を免れないであろうが、「法律の規定は、可能な限り、憲法の精神にそくし、これと調和しうるよう、合理的に解釈されるべきもの」であり、右規定もそういう合理的な限定解釈を施せば、「規制の限界が認められるのであるから、その規定の表現のみを高く評価されながら、他方では、「法の明文に反する一種の立法であり、法解釈する所論主張は採用することができない」と判示した。全司法判決も同じアプローチをとる。

この都教組判決が可能な解釈として示した合憲限定解釈は、つぎのように、法文に「二重のしばり」をかける方法、すなわち、まず、あたり行為の対象となる争議行為を違法性の強いものにしばり、たとえば、「争議行為そのものが、職員団体の本来の目的を逸脱してなされるとか、暴力その他これに類する不当な圧力が、文字どおりに、すべての地方公務員の一切の争議行為を禁止し、これらの争議行為の遂行を共謀し、そそのかし、あおる等の行為(以下、あたり行為等といふ)」をすべて处罚する趣旨と解すべきたとすれば、それは、前段の公務員の労働基本権を保障した憲法の趣旨に反し、必要やむをえない限度をこえて争議行為を禁止し、かつ、必要最小限度にとどめなければならないとの要請を無視

し、その限度をこえて刑罰の対象としているものとして、これらの規定は、いずれも、違憲の疑を免れないであろうが、「法律の規定は、可能な限り、憲法の精神にそくし、これと調和しうるよう、合理的に解釈されるべきもの」であり、右規定もそういう合理的な限定解釈を施せば、「規制の限界が認められるのであるから、その規定の表現のみを高く評価されながら、他方では、「法の明文に反する一種の立法であり、法解釈する所論主張は採用することができない」と判示した。全司法判決も同じアプローチをとる。

リスト

1973.6.15 (No.536)

においても種々の観点からさまざまなものとおもつた。それらは、「行為の容の批判をうけた。それらは、「行為の違法性はすべての法域を通じて一義的に決せらるべきもの」という違法性一元論を肯定するか、しないか(都教組判決反対意見は肯定論に立ち、しかも違法な争議行為に原動力を与えるおり行為等を独立に処罰する規定の合理性を積極的に認め、合憲限解釈に反対する)、可罰的違法性の理論をとるか、どちらか(従来の判例の限解釈は違法性一元論を排斥し、可罰的違法性の理論をとる)という問題とも関連するので、單純に類型化することは問題もあるが、反論の主要な論点を挙げれば、つきのようになろう。

(1) 文理逸脱論　これは法の文言ないし文理に重点をおいた反論で、つきのような見解(2)がその例としてあげられる。

「公務員法、公労法等の規定は、文面上一律的・全面的に争議行為を禁止しているのであり、したがって、官公労働者はその職種・職務の内容いかんにかかわらず、また争議行為の態様のいかんにかかわらず、全面的・無条件的に争議行為が禁止されていると解するのが普通の解釈であつて、大幅な制限を加えて合憲性を導きだす最高裁の解釈は、まことに不自然といわざるをえない。率直な違憲論こそ展開すべきものである。」

「文字通り解釈すれば違憲の疑がある」ということはほど明白な違憲の根拠は他にありえないと考えられるにもかかわらず、判決は何故に形式的違憲論にまでいたなかつたのであるか。一律禁止や一律処罰は違憲であるといながら、一律禁止と一律処罰を表現した実定法規定をそのままのこすということは、單にはなはだしい論理矛盾であるとどまらず、実定法規の違法性および可罰性限定機能を棚上げするものであつて、それ自体憲法三一矛盾であるとどまらず、実定法規の違法性および可罰性限定機能を棚上げするものであつて、それ自体憲法三一

この文理逸脱論は争議禁止・処罰規定の合憲性については都教組判決反対意見と正反対の立場をとりながら、憲法訴訟における法律解釈のあり方としてはほぼそれと同じアプローチをとるものということができる(3)。

(2) 限定方法不当論　これは、合憲限解釈の方法が妥当すると自体は認めつつ、「二重のしづり」をかける解釈、すなわち、「おり行為等の対象とせらるる国公法上違法な争議行為の中で、さらに争議行為の違法の程度、反社会性の程度に強弱の区別をたてて、その程度の強いものに対するおり行為等がはじめて國公法の刑罰法条の適用を受けるものであり、程度の弱いものに対するおり行為等はその適用外である」とする解釈を疑問とする反論である。全司法判決の

「文字通り解釈すれば違憲の疑がある」ということはほど明白な違憲の根拠は他にありえないと考えられるにもかかわらず、判決は何故に形式的違憲論にまでいたなかつたのであるか。一律禁止や一律処罰は違憲であるといながら、一律禁止と一律処罰を表現した実定法規定をそのままのこすということは、單にはなはだしい論理矛盾であるとどまらず、実定法規の違法性および可罰性限定機能を棚上げするものであつて、それ自体憲法三一矛盾であるとどまらず、実定法規の違法性および可罰性限定機能を棚上げするものであつて、それ自体憲法三一

卷三・四号三六三頁),争議行為限定説(例、佐賀地判昭和三七・八・二七下刑集四卷七・八号一三頁、高知地判昭和三九・一・二八下刑集六卷一・一二号一三二頁)のよくな、全通中郵判決前に当時の判例を前提しながら違憲の疑いのある法規の適用を拒否しない限定しようととした下級審判決、および全通中郵判決後におり行為・争議行為の両者に限定を加え混合説とよばれる解釈論を展開した判決(例、福岡高判昭和四三・四・一八下刑集一〇卷四号三五三頁)に見出される。

(3) 構成要件不明確論　これは、限定解釈によつて導き出された基準が漠然としていることを指摘し、そのような基準で権利を制限する法規は構成要件が不明確であるか、罪刑法定主義(4)ないし憲法三一条に反するという反論である。すでに全通中郵判決前に、大阪地裁判決によつてその適用外である」とする解釈が、限定解釈論は「構成要件の内容を適正ならしめるために努力した結果、その

入江裁判官意見、都教組および全司法判決の岩田裁判官意見などが典型的な例であり、それはそれで判例の一つの弱点かかわらず、判決は何故に形式的違憲論にまでいたなかつたのであるか。一律禁止や一律処罰は違憲であるといながら、一律禁止と一律処罰を表現した実定法規定をそのままのこすということは、單にはなはだしい論理矛盾であるとどまらず、実定法規の違法性および可罰性限定機能を棚上げするものであつて、それ自体憲法三一矛盾であるとどまらず、実定法規の違法性および可罰性限定機能を棚上げするものであつて、それ自体憲法三一

判決の岩田裁判官意見などが典型的な例であり、それはそれで判例の一つの弱点性に背反し、結局憲法三一条に忠実であるとして却つてそれに背馳するに至つたとの譏りをまぬかれることができなくはない。異なる解釈をとる立場は、周知のようない(昭和三九・三・三下刑集六卷三・四号三〇九頁)と指摘していくが、これに、おり行為限定説(例、東京地判昭和三七・四・一八下刑集四卷三・四号三〇三頁、同昭和三八・四・一九下刑集五〇三頁)と同趣旨の立場をとる学説は少なくない(5)。

この点、今回の全農林判決前の裁判例で注目されたのは、東京地裁の都教組懲戒処分取消判決(昭和四六・一〇・一五判時六四五号二九頁)である。この判決は、都教組判決の合憲限解釈の問題点として、「余りにも文理とかけ離れた解釈」で「立法作用と同一の機能を営む」ことを指摘したのか、つきのように述べている。人権の「制限または禁止の基準が法文上明確なものでなければならぬ」のに、「国民生活に重大な障害とか、必要最小限の禁止」というような一般条項をもつて、基本的人権の制限規定を設けるときは、その制限の基準は、必ずしも明確ではないということになる。このよ

うなあいまいな概念から、客観的妥当性のある基準を導き出すことは至難である」とくだ、「刑罰法規においては、規定の内容が十分に明確であることが要求される」のに、判例のとる争議行為を疑問とする反論である。すでに全通中郵判決前に、大阪地裁判決によつてその適用外である」とする解釈が、限定解釈論は「構成要件の内容を適正ならしめるために努力した結果、その

が禁止の対象とされているのかは、必ずしも明確であるとはいがたい」ので、「憲法三一条ならびに罪刑法定主義に反する疑いがある」と。

(1) たとえば井上祐司「最高裁四・二両判決と可罰的違法性の理論」法律時報四

四卷一三号六八頁(一九七一)参照。

(2) 藤田隼人「行政罰からの解放—佐教組判決を機縁として」法律時報四三卷

一二号(一三頁)(一九七一)、中山研一「公

務員の争議行為と刑事罰」判例タイムズ二

三四号(一頁)(一九六九)。

(3) なだ、「実質的には新しい国会立

法と同視されるべきもの」とする川上勝己

「国家公務員の争議行為の禁止」ジャーナル

ト五二〇号三三頁(一九七一)「逆立ち

た解釈」などる山内敏弘「公務員の労働

争議権と政治スト」総日本憲法判例一七

〇頁(一九七一)等参照。

(4) 罪刑法定主義の新しい展開とし

て、「明確性の理論」が注目されつある

点だが、荒原邦爾「罪刑法定主義の展

開」ジャーナル五〇〇号三七四頁(一九七

一)参照。

(5) たとえば、片岡昇「最高裁四・二

判決と公務員の争議権」判例タイムズ二三

四号三一七頁(一九六九)は、判例の「二

重しほり」論が構成要件の明確性について

疑義を残し、「大阪地裁(大教組事件・昭

三九・三・三〇判決)の提起した問題点に

ついて、十分にこれを克服していかない

とする。なお、中山和久「公務員の争議行

為と刑事免責」ジャーナル盛岡・昭和四四

年度重要判例解説一五〇頁(一九七〇)、

深山喜一郎「公務員の争議行為と『あお

り』罪」季刊労働法八五号四一頁(一九七

一)、野村平爾・佐藤昭夫「大法廷三労働

事件の弁論」法律時報四四卷一三号六二頁(一九七一)。

二 合意限定解釈の限界

一 文理の問題

以上のようないかく、憲法からみて從来の判例の最大の問題点を衝く批判は、構成要件不明確論に見出される。もちろん、合意限定解釈には、法の文言と立法目的の二つの面から限界があり、適切な資料から立法目的および法文の意味が明確で、それによれば違憲となり、それ以外に合理的な解釈の成立する余地がない場合には、実質的に法律を書き直すような限定解釈は許されない⁽¹⁾。

しかし、ある限定解釈が文理を著しく曲げたかどうか、あるいはまた——それと密接に関連する問題であるが——立法目的に反し、その本質を変えたかどうかは、具体的には一義的に決定することがきわめて困難である。たとえば、去る四月四日の尊殺重罰規定違憲判決で、田中二郎裁判官は、「冷遇に苦しめられ、亡夫の父母等を殺害しようとした未亡人刑罰二〇〇条を適用した原判決を破棄した」判例(最判昭和三三・二・二〇刑集一卷二号八二四頁)について、判決は

第一は、規制される人権が人権のカタログにおいて「優越的地位」を与えるが、しかも「われわれの社会においてこそ、それが極端なものでないかぎり、限定解釈の当否の決定はきわめて困難であるのが通例である。官公労働者の争議権に関する従来の判例についても、さきに引いた文理逸脱論のようだ、法の文言だけから直ちに、「全般的・無条件的に争議行為が禁止されている」と解するのが普通の解釈」だとはいえないであろう。

むしろ、憲法訴訟の法理からいえば、

規制を全面的に憲法違反として無効とし得なければならないわけではなく、合意

的の限定解釈が成り立つかぎり、「でき

かつたのである。その結論は妥当として支すべきものであろうが、同条の解釈としては問題のあるところ」と指摘しているが、たしかにこの解釈は文理と立てては問題のあるところだと指摘しといわねばなるまい。(だからこそ、田中裁判官も、「右の結論を引き出すためには、根本に立ち帰つて、刑法二〇〇条そのものの合憲性について検討を加えるべきではなかつたかと思う」と説かれているのである)⁽²⁾しかし、このような例は、諸外国の憲法訴訟においても限定解釈のアプローチがとられる様によく見られ、法律の書き直しか否かをめぐってややく傷つきやすくなる⁽³⁾精神的自由である場合には、規制措置の合憲性はそれが極端なものでないかぎり、限定解釈の当否の決定はきわめて困難であるのが通例である。官公労働者の争議権に関する従来の判例についても、さきに引いた文理逸脱論のようだ、法の文言だけから直ちに、「全般的・無条件的に争議行為が禁止されている」と解するのが普通の解釈」だとはいえないであろう。

第一は、規制される人権が人権のカタログにおいて「優越的地位」を与えるが、しかも「われわれの社会においてこそ、それが極端なものでないかぎり、限定解釈されず、推定されてもきわめて弱いと考えるべきであるから、アメリカ憲法判例に見られる「過度の広汎性」(overbreadth)のゆえに無効の理論だらない。全農林判決少數意見のいう「人権を侵害するような広範に過ぎる制限、禁止の法律」については、原則として文面上無効と判断すべき場合が少なくないということがある。すなわち、広汎に失する法令が、憲法上の保護を受けない行為に対しても合意的に適用される可能性だけでなく、憲法上の保護を受ける行為を規制する違憲の適用の可能性をも有し、両者が不可分の関係にある場合、すなわち、「問題の条項の明確さと正確さが、実質

リスト

1973.6.15 (No.536)

的な書き直しなしには、その無差別な射程と過度に広汎な範囲とを狭めることを不可能にしている」場合は、法律の存在自体が自由に対する chilling effect を及ぼすので、利益の比較衡量を行なわず、かりに自由を規制する価値が大きくても、原則として文面上無効とされるのである。この点の詳細は別稿(も)の参照を乞い、ここでは繰り返さないが、ただ、この法理が、ひとり一般国民の人権を規律する法令だけでなく公務員の人権(政治的自由)を規律する法令にも妥当することに、注意を促したい。その点も、犠牲事件をめぐって争われた国公法一〇二条および人事院規則一四一七の合憲性問題につき、アメリカ憲法判例に従うソーンヒル理論(Thornhill doctrine)——すなわち、ある条項が表現の自由に対して合憲的な制限と違憲的な制限とともに含み、それが可分でなく、しかも違憲的なものである場合には「合憲的制限解釈」または適用違憲のアプローチをとるべきえないような表現が用いられている場合には、裁判所に係属した事件において問題の特定行為を合憲的に規制できるかどうかに關係なく、右規定は全体として無効であるとする理論——の導入という形ですでに論じたところである(5)。

问题是、公務員の労働基本権、とくに争議権の規制についても、同じ理論構成例の「過度の広汎性」のやえに無効の理論なしソーンヒル理論と同じ法理が妥当しないとしても、合憲限定解釈の合理性は、法律の適用範囲を限定することによって、大きな留保をつける必要がある。ところが、精神的自由権と社会権との間に性質上差異があり、合憲性推定原則のはたらきが異なることを認め、あるいは、少なくとも、公務員の争議権については政治的自由の場合よりも内在的制約の度合いが大きいといふ立場をとれば、「広範に過ぎる制限、禁止の法律」に対して、「できるかぎり解釈」によって規定内容を合憲の範囲にとどめる方法が是認される可能性は大きいといわねばならぬ。こう考へると、全農林判決の「公務員の争議行為の禁止のようだ、右の基本的人権の侵害にあたる場合がむしろ例外で、原則としては、その大部分が合憲的な制限、禁止の範囲に属するよう

(1) 茂部「違憲審査権と司法権」、『ジャーリスト』三七〇号六四頁(一九六七年)。

(2) 茂部「憲法判断の回遊と裁判所の憲法保護機能」三六一頁、西ドイツにおける例について、同部著成「法律の合憲解釈とその限界」(法学論叢九〇巻一・二、三三一―三三七頁)(一九七一)。

(3) NAACP v. Button, 371 U.S. 45(1963).

(4) 同注(2)引用の拙稿三五四頁、三七一―三七五頁、および「公務員の政治活動規制立法の合憲性判定基準」ジャーリスト五〇五号九四頁以下(一九七一)。

(5) 茂部「公務員の政治活動禁止の違

地が厳しく制約されるので、右に引用した全農林判決少數意見のかかげた命題も、大きな留保をつける必要がある。ところが、精神的自由権と社会権との間に性質上差異があり、合憲性推定原則のはたらきが異なることを認め、あるいは、少なくとも、公務員の争議権については政治的自由の場合よりも内在的制約の度合いが大きいといふ立場をとれば、「広範に過ぎる制限、禁止の法律」に対して、「できるかぎり解釈」によって規定内容を合憲の範囲にとどめる方法が是認される可能性は大きいといわねばならぬ。こう考へると、全農林判決の「公務員の争議行為の禁止のようだ、右の基本的人権の侵害にあたる場合がむしろ例外で、原則としては、その大部分が合憲的な制限、禁止の範囲に属するよう

よって基本的人権保障の趣旨に反しない結果を導くことができるかどうかが決め手となる。ただ、その場合、従来の判例の合憲限定解釈が、現行法の一律かつ全般的な禁止規定を、全通中郵判決の基本理念に沿い憲法二八条の精神に反しない形で内在的制約の限度にまで制限する解釈として、成功しているかどうかについては、種々議論の存するところであるから、合憲限定解釈の合理性を左右するボイントとして、より直接的に、まず犯罪構成要件の明確性の要件を充足し憲法三一条に違反しないと解しうるか否かを検討しなければならないであろう。もちろん、それも、後述するようだ、限定解釈が憲法二八条の趣旨に適合するかどうかを検討しなければならないであろう。もちろん、それも、後述するようだ、限定解釈が憲法二八条の趣旨に適合するかどうかを検討しなければならないであろう。もちろん、それも、後述するようだ、限定解釈が憲法二八条の趣旨に適合するかどうかを検討しなければならないであろう。もちろん、それも、後述するようだ、限定解釈が憲法二八条の趣旨に適合するかどうかを検討しなければならないであろう。もちろん、それも、後述するようだ、限定解釈が憲法二八条の趣旨に適合するかどうかを検討しなければならないであろう。もちろん、それも、後述するようだ、限定解釈が憲法二八条の趣旨に適合するかどうかを検討しなければならないであろう。

憲性」判例評論一一四(判時五一九)号一五頁(一九六八)。

II 構成要件の問題

今回の全農林判決多数意見は、都教組

判決の少数意見が、「法文上考えられない」とか、「ことさらに明文に反する解釈」とか、「[何人も]……处罚する旨を明定しており」とか、法の明文を強調しておいたのとは異なり、構成要件不明確論に重点をおいて論旨を展開している。そ

こには、さきに触れたような都教組判決の学説なし下級審判決の影響を看取ることがができる。

多数意見(および補足意見)が全司法判決の限定解釈の問題点としてあげた主重要なものは、(1)労働基本権について職務の公共性に対応する制約を内包しているという立場を強調しながら、限定解釈にあたっては、職務の公共性が考慮されず争議行為の態様のみが問題にされている。(2)罰則については、争議行為そのもの違法性が強いことと、あり等の行為の違法性が強いことを要するばかりでなく、争議行為に「通常隨伴して行なわれる行為」は処罰の対象とならないとするが、かような違法性の強弱という曖昧な基準は、刑事制裁を科しうる場合と科し得ない場合との限界を不明確にす

る。(3)中郵判決が憲法上の保護を受けた場合から示した争議行為の

リスト

正当性を認する基準「政治的目的のために行なわれたような場合」「暴力を伴う場合」「社会の通念に照らして不適に長期に及ぶような国民生活に重大な障害をもたらす場合」と同一のものを違法性の強弱判定の基準としており、そこに刑法的思惟の混迷があるほか、右基準は刑法規の構成要件として不明確である。

④ 「国民生活に重大な障害」の有無というような行為の態様の基準の明確な確立は、判例の集積による方法になじまない、という点である。

たしかに、従来の判例の合憲限定解釈が示した違法性の強弱、とくに「国民生活に重大な支障を及ぼすおそれ」の有無の基準は、構成要件の明確性という点からいえば疑義がないわけではない。都教組判決の松田補足意見は、「形式上より見ても、いわば条文を狭く解釈したものであつて、何等条文の拡張又は類推解釈をしたものでもない」から、「条文の枠内に止まるもの」であり、罪刑法定主義に反しない旨論じているが、狭く解釈しても明確性を充足できない場合はあるので、憲法三一条違反の疑いが残る可能性は否定しがたいであろう。

これに対して、今回の全農林判決少数意見は、従来の判例は「憲法二八条が労働基本権を保障していることにかんがみ、勤労者である公務員の争議行為どこれをあおる等の行為のうち、刑罰の対象

とならないものを認めるべきであるとの基本的観点にたち、その基準として、争議行為については、職員団体の本来の目的を達成するために、暴力などを伴わず、不適に長期にわたる等国民生活に重大な支障を及ぼす虞れのないものにかぎつているのであつて、いわゆる違法性の強弱という表現は、以上の趣旨で用いられたものと解される」と述べ、もつとも議論の多かった從来の判例のいう違法性の強弱という表現の趣旨を説明し、通常随伴行為について、「異常な態様で行なわれた場合および組合員以外の第三者または組合員と第三者との共謀によつて行なわれた場合は、通常隨伴行為があたらぬ」とするものが判例の立場であることが明らかにしたのち、「それゆえ、公務員の争議行為をあおる等の行為が右の基準に照らして処罰の対象となるかどうかは、事案ごとに具体的な事実関係に照らして判断されなければならないこととなる」が、それは全通中郵事件のような場合と異なるとし、右のような構成要件の限定解釈を「憲法三一条に違反する疑いがあるとしてこれを排斥するのには相当でない」と多数意見に反論を加えている。

しかし、「以上の反論で判例に対する疑問がすべて克服されたか否かは問題である。たとえば、「公務の内容、性質もきわめて多岐多様であるとともに、その運

営の阻害が公共の利益に及ぼす影響もまた千差万別であつて、そのうちには、公益的性質を有する私企業の業務の停業による影響とその内容、性質においてはほとんど区別なく、むしろ、後者の方がその程度いかんによつては、国民生活に対してもより重大な支障をもたらす虞れのある場合すら存する」とする以上（これは中郵判決以来、判例の立場であるが）、やはり主体に対する区別の基準が考慮されねばならないが、それは「事案ごとに具体的な事実関係に照らして判断」すればよいのか。政活動の自由の場合と違つた場合は組合員と第三者との共謀によつて行なわれた場合は、通常隨伴行為があたらぬ」とするものが判例の立場であることを明らかにしたのち、「それゆえ、公務員の争議行為をあおる等の行為が右の基準に照らして処罰の対象となるかどうかは、事案ごとに具体的な事実関係に照らして判断されなければならないこととなる」と明確化したのが、「それゆえ、公務員の争議行為をあおる等の行為が右の基準に照らして処罰の対象となるかどうかは、事案ごとに具体的な事実関係に照らして判断されなければならないこととなる」が、それは全通中郵事件のような場合と異なるとし、右のような構成要件の限定解釈を「憲法三一条に違反する疑いがあるとしてこれを排斥するのには相当でない」と多数意見に反論を加えている。

しかし、「以上の反論で判例に対する疑問がすべて克服されたか否かは問題である。たとえば、「公務の内容、性質もきわめて多岐多様であるとともに、その運営の阻害が公共の利益に及ぼす影響もまた千差万別であつて、そのうちには、公益的性質を有する私企業の業務の停業による影響とその内容、性質においてはほとんど区別なく、むしろ、後者の方がその程度いかんによつては、国民生活に対してもより重大な支障をもたらす虞れをもたらす場合」と同一のものを違法性の強弱判定の基準としており、「国民生活に重大な障害をもたらす場合」の有無の基準を適用すれば、「危険の重大性、切迫性および規制手段の最小必要限度など、まさにここにいう「国民生活に重大な障害をもたらす場合」の有無の基準の明確な確立は、判例の集積による方法にはじまない」とする全農林判決追加補足意見（およびそれを支持する七教判官補足意見）の考え方は、はたして正当かどうかが疑問になる。その論旨に都教組判決少数意見に現われた文理偏重の思考が強く看取されることを指摘せざるをえない。

もつとも、明確性の理論が適用される場合でも、いくつかの論点を考慮しなければならない。第一は、事実を認定し处罚の対象となるか否かを決定する基準が、すべて法文に明記されていることが要求されるわけではないことである。たとえば、表現の自由との関係で問題となる「あおり」行為について「明白かつ現在の危険」の基準を適用すべきだという状況にある」ともいえること、明確性の理論は「実体的適正手続の理論」と相もなっているので、構成要件の限定解釈は憲法上の個々の人権保障の趣旨・目的

リスト

1973.6.15 (No.536)

と直接関連させて行なわなければならぬことである。このような観点を加味しながら判例を検討すると、全通中郵判決の本理念を發展させた從來の判例の限定解釈を、今回の多數意見（補足意見、追加補足意見を含む）のような理由から直ちに法解釈の限界を逸脱し憲法三一条に反するといえるかどうかは、にわかに断じがたいものがある。刑法学者に、都教組・全司法判決の多數意見および松田裁判官補足意見に対し「贅意を表する」意見⁽²⁾、あるいは「かりに法の明文に反する縮小解釈であるとしても、立法権の侵犯ということではなく、違憲立法審査権の當然の属性として許容されることだと書いてよい」とする意見⁽³⁾がみられるのも、その証左といえようか。

要するに私は、判例が法文の中に多く

の要件を読み込みすぎているきらいがあ

ることは否定できないので、全通中郵判決の本理念をより生かすためには、一

律かつ全面的な禁止および处罚の規定は違憲だという法令違憲のアプローチをと

り、具体的な基準の設定を立法に委ねるのが筋であったという感をもつが、限定

解釈の限界は、当該解釈が実体的適正手

統の観点からいって、どれほど個々の人権保障の趣旨・目的に忠実であるか否か

という点とも密接にかかわる問題である

ので、從来の判例および全通判決少數意見が法文の中に読み込んだ要件が明確

か不明確かという観点だけからは、必ずしも一義的な結論は得出できないのではないかと思う。ところが今回の多數意見は、明確性の理論を譲るのみで、実体的適正手続の点で労働基本権保障の趣旨にはたして適合する解釈かどうかをきわめて疑わしい論理構成を打ち出している。從来の判例の限定解釈が構成要件の明確性を充足しえず、文理にしたがうべきだというならば、学説・中郵判決後の裁判例の動向および公務員のスト禁止立法・裁判に関する世界的な潮流⁽⁴⁾を前提として考へる以上、直載に法令違憲に踏み切ることが中郵判決の本理念を具体化する道であると私は解する。追加補足意見は、「法の規定が、その文面からは一律にしか解釈することができず、しかも制がなされていて判断せざるをえないならば、たとえ立法目的が合憲であるとしても、その法は違憲とされなければならない」と述べているが、これはむしろ多数意見に対する批判である。

（1） 藤原・前掲「罪刑法定主義の展開」三七六—七八頁。

（2） 茂木邦雄「公務員の争議行為と違法性」判例評論二二六（判時五六〇）号二〇頁（一九六九）。

（3） 藤本英雄「刑法の超法規的運用」シリリスト五〇〇号三八八—八九頁。なお参照 藤木「あおり」についての解釈

法律のひらば一九巻二号一六頁（一九六六）。

（4） I-L-Oの一般的傾向については、私は知るところが少ない。しかし、色川裁判官反対意見は、労働法の専門家によさわしく説得的である。

（5） 七裁判官補足意見は、「五裁判官の意見は「一律全面的」な争議行為の禁止

は不当であるとして多數意見を論難するの

か不明確かという観点だけからは、必ずしも一義的な結論は得出できないのではないかと思う。ところが今回の多數意見は、明確性の理論を譲るのみで、実体的適正手続の点で労働基本権保障の趣旨にはたして適合する解釈かどうかをきわめて疑わしい論理構成を打ち出している。從来の判例の限定解釈が構成要件の明確性を充足しえず、文理にしたがうべきだというならば、学説・中郵判決後の裁判例の動向および公務員のスト禁止立法・裁判に関する世界的な潮流⁽⁴⁾を前提として考へる以上、直載に法令違憲に踏み切ることが中郵判決の本理念を具体化する道であると私は解する。追加補足意見は、「法の規定が、その文面からは一律にしか解釈することができず、しかも制がなされていて判断せざるをえないならば、たとえ立法目的が合憲であるとしても、その法は違憲とされなければならない」と述べているが、これはむしろ多数意見に対する批判である。

（1） 茂原・前掲「罪刑法定主義の展開」三七六—七八頁。

（2） 茂木邦雄「公務員の争議行為と違

法性」判例評論二二六（判時五六〇）号二

〇頁（一九六九）。

（3） 藤本英雄「刑法の超法規的運用」

シリリスト五〇〇号三八八—八九頁。なお

参照 藤木「あおり」についての解釈

法律のひらば一九巻二号一六頁（一九六

六）。

（4） I-L-Oの一般的傾向については、

私は知るところが少ない。しかし、色川裁

判官反対意見は、労働法の専門家によさわ

しく説得的である。

（5） 七裁判官補足意見は、「五裁判官

の意見は「一律全面的」な争議行為の禁

止は不当であるとして多數意見を論難するの

強調し、公務員については、職務内容の別なく争議行為を行なうことが労働者を含めた国民全体の共同利益に重大な影響益にさほどの障害を与えないものについては、労働政策の問題として立法上慎重に考慮されるべきものであることについては、一律かつ全面的な禁止を合憲としている点にあらわれている。

なお、多數意見が、合憲性を基礎づけ

る理由として、公務員の労働条件の決定

は法律と予算によって定められるという

特殊性をもつてゐるとする点、および有効な代償措置制度が設けられているとする

点の解釈についても、少数意見が指摘

するように疑問が少くないが、それら

は限定解釈における構成要件の問題と

別個の論点として立ち入った検討を要す

るので、こひでは疑問を提起しておくに

とどめる。

（1） 茂原・前掲「罪刑法定主義の展

開」三七六—七八頁。

（2） 茂木邦雄「公務員の争議行為と違

法性」判例評論二二六（判時五六〇）号二

〇頁（一九六九）。

（3） 藤本英雄「刑法の超法規的運用」

シリリスト五〇〇号三八八—八九頁。なお

参照 藤木「あおり」についての解釈

法律のひらば一九巻二号一六頁（一九六

六）。

（4） I-L-Oの一般的傾向については、

私は知るところが少ない。しかし、色川裁

判官反対意見は、労働法の専門家によさわ

しく説得的である。

（5） 七裁判官補足意見は、「五裁判官

の意見は「一律全面的」な争議行為の禁

止は不当であるとして多數意見を論難するの

は判例変更の真にやむをえないやうに思ふ。ついて何ら合理的な説明を示さず、それは客観的にも発見できない。(3) 僅少差の多数によって憲法判例の変更を行なうこととは、運用上極力避けるべく、もしぞれを行なえば、最高裁判所の憲法判断の安定に疑惑を抱かせ、ひいてはその権威と指導性を低からしめるおそれがある。

これに対する、七裁判官補足意見は、全司法判決に触れるべきでない」というのは、「本件の処理上、基本的問題の判断を避けて一時を翻案すべきである」といふにひとしく、「……承服しがたい」とし、(2) 判例変更に踏み切った理由として、全司法判決は憲法解釈上の誤りを犯していること、その限定解釈に重大な疑惑があること、判例が惹起している労働・行政または裁判実務上の混乱も無視できないこと、一般に対し「争議行為を刑事罰植えつけることになったことをあげ、さらだ、(3) 全司法判決多数意見は、「そ

のいうところの限定解釈についての内容が日々にわかれられていて、過半数の意見の裁判官による一致した意見は存在しない」ので、判例としての指導性にも欠けるところがあったと断じ、全司法判決は「今日、もはやいかなる意味においても『判例』として機能しない」と反駁し、少數意見のうち(3)の点は「いわれのない批判にすぎず、強く反論せざるをえ

な」と主張する。

右のような対立する意見のうち、「憲法判断は、それをすることが不可避免でないが、行なわない」という、違憲審査権運用上の一つの原則を示した少數意見第(1)点は、建前としてはまさにその通りであり、また本件があえて憲法解釈の変更を行なうことなくして解決しうる事案ではなかつたかという指摘も正当と思われるが、「憲法判断はそれをしなければ結論を出せない場合にだけ行なわれる」という厳格な必要性のルール(necessity rule)も、あらゆる場合に憲法判断の可能性を排除するものではなく、重要な理由が存するかぎり、そこに最高裁判の政策的考慮がはたらく余地があることを認めるべきである。これはアメリカの憲法判例にも見られるところであり、そのような立場をとれば、問題の本質は、さきに摘記した第(2)点、すなはち憲法判断を行なう判例をあえて変更しなければならないのではなかろうか。労働・行政または裁判実務上の混乱といふ点についても、みずから解釈にとどめて、従来の判例によれば「結局公務員の争議行為が野放しのまま放置される結果ともなりかねない」ということが指摘されるにとどまり、「実務上の混乱」とは具体的に何が明らかにされていない。結局、都

な憲法判断の手法は、労働基本権に絶対的な優位を認めようとする傾きをすく、現実の社会的、経済的基盤の上に立つて国家と国民および国民相互の相反する憲法上の諸利益を調整すべきものであるという憲法解釈の要諦を忘れたもの」であるとか、補足意見が五裁判官意見を評して使った言葉をかりれば、まさに從来の判例の「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」しているが、多數意見自体、さきに指摘したように、学説・判例の動向にも労働基本権に関する世界の潮流にも逆行するものであり、むしろ「憲法解釈の要諦を忘れたもの」という批判を甘受しなければならないのではなかろうか。労働・行政または裁判実務上の混乱といふ点についても、みずから解釈にとどめて、従来の判例によれば「結局公務員の争議行為が野放しのまま放置される結果ともなりかねない」ということが指摘されるにとどまり、「実務上の混乱」とは具体的に何が明らかにされていない。結局、都

な憲法判断の手法は、労働基本権に絶対的な優位を認めようとする傾きをすく、現実の社会的、経済的基盤の上に立つて国家と国民および国民相互の相反する憲法上の諸利益を調整すべきものであるという憲法解釈の要諦を忘れたもの」であるとか、補足意見が五裁判官意見を評して使った言葉をかりれば、まさに從来の判例の「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」しているが、多數意見自体、さきに指摘したように、学説・判例の動向にも労働基本権に関する世界の潮流にも逆行するものであり、むしろ「憲法解釈の要諦を忘れたもの」という批判を甘受しなければならないのではなかろうか。労働・行政または裁判実務上の混乱といふ点についても、みずから解釈にとどめて、従来の判例によれば「結局公務員の争議行為が野放しのまま放置される結果ともなりかねない」ということが指摘されるにとどまり、「実務上の混乱」とは具体的に何が明らかにされていない。結局、都

このように考えると、全通中郵判決の基本路線を發展させ、判例の限定期解釈にひそむ問題点を判例の集積という形ではなく立法的に明確化するため、多数の裁判官の同意のもとに法令違憲のアプローチをとる場合ならともかく、憲法解釈の誤りがきわめて明白だとは到底いえない。判例の変更の条件と思われるものを必ずしも充たしていないと及ぼすような判例変更を強行した今回の全通林判決は、憲法判例変更の条件と思われるものを必ずしも充たしていないといわざるをえない。

二 憲法判例変更の条件

かつて私は、「憲法判例の拘束力は一般的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」という伊藤正己教授の「憲法判例の変更」と題する研究⁽¹⁾に展開された論旨に賛意を表しつつ、つきのよう述べたことがある⁽²⁾。

「ただ、その根拠は——憲法を『生きた憲法』としてとらえる立場から憲法典に現代的・具体的な意味を附与してゆかねばならぬ、ということのほかに——右にあればとおり、議会によつて最高裁の憲法判決を訂正することが実際には不可能だということに存するのだから、この論拠が民主憲法の下で正當性をもたらすためには、最高裁が憲法に内在する基本的な諸価値を適用

1973.6.15 (No.536)

する公平な決定機関であるといふイメージを維持する枠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、アメリカでしばしば指摘され実際にも問題になつたとおり、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の信頼』を失わせる危険性が、多かれ少なかれ、つねに存在する。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。

右の引用にいう先例変更を「真に必要とする理由」に關連して、私は、アメリカのイスラエル教授が、(1) 時の経過により事情が変更したという理由、(2) 「経験の教訓」に照らして調節が必要だという理由、(3) 先例は誤りだという理由(先例を変更する新しい判決の論理の由)が先例のそれよりもすぐれているという理由のほか、一般には、変更さるべき判例がそれ以後の同じ問題または関連する事項についての判決と矛盾するという理由)等をあげ、裁判官の交替による判例変更が、いかに「最高裁に対する国民の尊敬を動搖させる」かを説いている点(3)が注目される旨付記したが、今回の全農林判決による判例変更には、それを正当化するに足る右のような条件を見出すことはむずかしい。事情変更の条件は存在しないし、「経験の教訓」の条件は

さきに触れたとおり不明確であり、さらに先例の誤りがきわめて明確で判例変更を必要とし正当化する状況にあつたとは考へられないからである。

もちろん、最高裁は判例を変更する権利を有し、その権利行使するか否かは裁量に属するので、厳密に法的な意味においては、多数決によつていかなる判例変更でも行なうことは可能である。「われわれ自身の権限行使に対する唯一の抑制は、われわれ自身の自制の分別である」(4)という有名な提言は、ここにも妥当する。しかし、そのことは、「不当な」判例変更とは何か、という問題の探求を必要ならしめることを意味しないことは、いうまでもない。ブラウスタイン・フィールドの共同執筆による論稿『最高裁における破棄判決』は、「不当な」判例変更として、(1) 最高裁が変更される判例を産んだ推論と分析に対して適正な考慮を払うことを見ついた場合、(2) 最高裁が信頼をうることのできる基礎である法の統一性、安定性および安全性を認めることを見つめた場合、(3) 判例の変更意味するところの、「判例の一貫性に内在する価値」に対して適正な重要性を認めることを見つめた場合、(3) 判例の変更がもつばら最高裁判官の交替に由来する、すなわち新メンバーが先例に反対で憲法三二条・八二条に違反しない旨の判例を約四年後に九対六で違憲だとしてくつがえした場合

票 差	1	2	3	4	5	6	7	8	9	計
事件数	7	6	10	7	10	3	7	12	19	81
比 率	8.6	7.4	12.3	8.6	12.3	3.7	8.6	14.8	23.5	100

回の全農林判決が、判例変更を正当化するに足る条件を充たしていないだけではなく、右に指摘したような不当な判例変更を必要とし正当化する状況にあつたとは考へられないからである。

アルマー教授の研究(6)によれば、アメリカでは、一九五七年までの判例変更是八一件、そのうち明示的に変更したもの四五件であるが、多数意見と少数意見の票差を図示すると、つぎのようになる(4)といふ。

私には思える。

アルマー教授の研究(6)によれば、アメリカでは、一九五七年までの判例変更是八一件、そのうち明示的に変更したもの四五件であるが、多数意見と少数意見の票差を図示すると、つぎのようになる(4)といふ。

債務者は任意に支払った制限超過の利息を元本に充当することを主張できないと

余地もあるが、從来の判例変更と対比してみると、その性格がかなり強いようだ。刑集一六卷一一号一五九三頁)、利息制限法の制限を超過する高利で金を借りた場合(最判昭和三七・一・二八)、利息制限合憲判決を約二年後に一〇対四で変更した場合(最判昭和三七・六・一三民集一六卷七号一三四〇頁)、刑法の尊属殺重罪規定合憲判決を約二年後に一四対一でくつがえした場合(最判昭和四八・四・四判時六九七号三頁)などがある。

これらの判例変更是、もとよりそれぞれ事案も異なるので、それを正当化する理由は別個の考察を要するが(たとえば

憲法解釈の実体上の問題と当事者適格と

いう手続上の問題は区別しなければならぬ)、今回の判例変更と異なるのは、多

数と少數の票差もさることながら、強制

調停違憲事件による利息制限法事件にし

る、あるいは尊属殺事件にしろ、変更さ

れた前の判例には大多數の学説が反対で

あり(8)、変更を正当化する実質的理由

が顕著だと考えられることである。その

点だけからいっても、今回の判例変更の異常性を指摘しないわけにはいかない。

なお、判例変更と関連して、判決の効力

(No. 536) 1973. 6. 15

力の問題がある。全轟林判決は「四対一」の多数で上告を棄却しており、多数意見による判例変更は当事者の有罪・無罪の結論を出すには必ずしも必要でない。した事案である。しかも、新判例が打ち出した基準に対する行政実務の依存度、裁判実務に対する影響などの要件を考慮に入れるべく、新判例の効力は廻及せず、その意味ではアメリカ憲法判例に「prospective overruling」の場合に当たる、と考えられる。

最後に私は、多数意見の半文の行間にうかがわれる少数意見に対する戦闘的な姿勢は、最高裁の今後の行方に暗黙を投げかけるものを感じることを「」に記す。最高裁が、このような危機を経験し終わらざり、人権擁護の府に徹する」といふ要望しだ。

- (1) 伊藤正「憲法の研究」一七九頁以下(一九六五)。
- (2) 茂部「司法審査制の理念と歴史」
憲法講座「現代法」三三三
- (3) J. Israel, Gideon v. Wainwright: The "Art" of Overruling, 1963 Sup. Ct. Rev. 211, 215-29.
- (4) United States v. Butler, 297 U. S. 1 (1936) 並びにK. L. Rev. 151, 177 (1958).

リスト

の多數で上告を棄却しておらず、多数意見による判例変更は当事者の有罪・無罪の

(c) Ulmer, An Empirical Analysis of Selected Aspects of Lawmaking of the United States Supreme Court, 8 J. Pub. L. 414, 428 (1959).

(7) この意味で、少数意見が、「お

で、大法廷の判例を廢止するだけでは特別多数決による前の規則改正案を一般規則

制定規則を廃止と認めたといふ。裁判官の英語と民衆による選用に委ねるのが通常であるとの多数委員の意見によれば、改定の実現をめざすに至らなかつた」と触れ、僅少差の多数による委員は権力離脱のべきだとしている点には賛成するが、それは特別多数決を制度化するとの妥当性に対する趣旨であつてはならない。そのような制度化はかえりて弊害を生む。

(8) たとえば、利害制限法事件においては、前の判例に「多くの学者の批判があつたが、大部分は判直と反対であった」と

説く牧野栄「債務者は、任意に支払った制度超過利息の元本充当を主張しうる」ジャ

リスト二四四〇頁(一九六五)、強制調停事件などでは財部「家庭裁判所の審

判と憲法第三一条および第八一条」清和=佐藤編「統憲法演習」二二六頁(一九六七)参照。算賃殺事件については文献をあげるがやまなかある。

(9) この問題について、田中英夫「判例の不適切的変更」法学雑誌八三卷七・八号 100-101頁(一九六〇)。

講 師 演 題		会場	料金
天皇の行為の性質	清宮 四郎	優越	田上 横治
第九条と自衛権	中谷 敏寿	会期不連続の原則	黒田 達吉
新聞の報道の自由	鶴銅 信成	議員の懲罰	有倉 達吉
生存権の保障・法律と予算	橋本 公良	内閣総理大臣による権限	森田 和博
地方自治の本旨	杉村 敏正	権限争議裁判の効力	林田 俊義
労働者の団体行動権の範囲	佐藤 功	最高裁判所の性格	宮沢 俊正
共犯者の自由	長谷川正安	地方自治法の本旨	木村 敏正
監査権と反対訴問権	平野 龍一	参議院の緊急集会	和田 英夫
会期の延長と衆議院の	主権・統治権	和田 英夫	中村 哲

講 師 演 題		会場	料金
憲法の交渉と「文民」	清宮 四郎	第三一条及び第八二条・芦部 信喜	▲5-111-111-100円
規定	清宮 四郎	「國權の最高機關」の	
「皇室の尊嚴」と言論の自由	一巳 一億	比較憲法的考察	
血田	針生 誠吉	権力分立と衆議院解散権	
自衛隊のいわゆる国連軍	小島 和司	大阪重信の政党内閣制論	
の参加と憲法第九条・佐藤 功	稻田 正次	首相公選制	
基本的人権と公共の福祉との関係	杉原 泰雄	对外政策に	
良心的反戦論と良心の	康弘	關する国会の権限	
自由	結城光太郎	連憲審査制に	
公務員の労働関係の特質	暮沼 謙一	關する憲法改正意見・覚道	
道路交通法の反則行為に関する通告制度(試案)	大西 賴明	豊治	
意見	成田 芳雄	地方公共団体と政府の	
(10) Blaustein-Field, "Overruling"	施策	施策・デモ行進と条例	
Opinions in the Supreme Court, 57 Mich. L. Rev. 151, 177 (1958).	大西	知事四選禁止と憲法	

有斐閣

〔論 論〕

憲法判例の變更

伊藤正巳

— はしがき —

日本國憲法が憲立法審査権を司法機能に認めたことは、少なくともその審査権の及ぶ範囲内において、憲法に對する公權的な解釋権を裁判所、とくに最高裁判所にゆだねたことを意味する。あたかもアメリカの連邦憲法がその規定形式の簡潔さとあいまつて、司法審査を通じて形成された判例法によつて、その内容が決定されてきたところが多いのと同様に、わが國の憲法も、多くの面において、解釋によるその内容の決定が判例を通じて行なわれることが豫測されるし、また事實において、すでにいくつかの注目すべき判例が生みだされている。「憲法とは、最高裁判所の裁判官がこれが憲法であるといふものにはかならない」という有名なヒューズ (Hughes) の言葉は、その眞意は別として、判例憲法こそがアメリカ憲法の實體を形成しているものであることを指摘しているものと解して差支えないであらう。同じように、日本國憲法のもとでも、判例は重要な意義をもつ。もちろん多くの點でアメリカ憲法に比較して詳しい規定をもつことは解釋の餘地を狭くしているとはいえるが、それにしても解释による内容の充實の必要は大きく、たとえば基本的自由権のどの一つをとりあげてみても、判例による解釋運用が豫定され

ているといわねばならないのである。すでにわが學界において、かかる憲法判例の総合研究の業績があらわれていることは、當然のこととはいえ難むしらずのところである。公法學會で、行政法と並んで、憲法における判例の理論と實際とが論究の課題とされたことの時宜をえたものといえよう。しかし、なおわが國において憲法判例法の歴史は浅く、從つて判例法の理論的側面についての資料となるべくものに乏しい。わたくしは、豊富な判例を背景として、かなりの理論的発明のなされてゐるアメリカの場合を参照しつゝ、この小稿において、一つの試論を開いてみたいと思う。

ところで、本論にたどりこむにあたつて指摘しておきたい點がある。それは、判例法が憲法の實質的内容を形成してゆく重要な法源であるとしても、その機能に限界のあることである。判例憲法の働きうる領域は限られている。その領域を簡単に表現するならば、裁判規範として機能しうる憲法の規範の妥當範囲に限られるということである。その領域をこえたとき、換言すれば一種の政治の進則たる役割をもつ憲法規範が問題とされるときには、合憲違憲の決定を行なうものは、政治的部門であり、その決定を審査するのは裁判所ではなく、あえていえば國民の総意であるとするほかはない。ある法令なりある處分なりが違憲であると考へられるにしても、それが裁判規範として働く憲法の法規に反したのでなければ、その違憲性を司法過程を通じて追及することができないのであり、政治的部門の活動によつて、矯正されるのみであつて、それを國民が監督してゆくことになるであろう。

從つて、司法審査制の存在することにおつては、憲法の規範のどこまでが裁判規範として認められるのか、またある規定において、どこまでが司法過程を通じて實現しうる内容をもつのかを調査するなど、憲法学の一つの課題ではないかと考へられる。しかしなれば、どのような裁判と政治との關係の本質につながる困難な問題にたどりこむことはできない。ここで指摘しておきたいことは、このような限界の存在する以上、憲法判例の重要性が

認められるとしても、それが憲法解釋を公表する人々について決して萬能のものでない點である。憲法の内容を充実させるものとして、判例法のほかに、制定法なり憲法上の慣例なりの存在するなどを忘れてはならないであろう。

(イ) 長谷川正安・憲法判例の研究は、注目される成果をあげたものであるが、判例が豊富になつてくるにしたがつて、最近いつそうちに種の研究が活潑化したように思われる。田畠忍編・判例憲法學はその一つのあらわれであるし、総合判例研究叢書に所収される憲法の部分もすでに三冊が公刊され、判例法が累積されたとみられる條文については、いずれも詳しい判例の総合的検討がなされている。

二 憲法判例の變更可能性

憲法に関する判決については、一般的な理論上の問題として、統治行爲の理論、違憲判決の效力、法律の合憲法性的推定のうち興味ある論題をあげることができるが、憲法に関する判例をめぐる問題として論點をとりあげる場合には、そこで最も重要な理論的問題は、判例の變更が可能かどうか、逆にいえば憲法判例の拘束力がどの程度であるかという問題といえるであろう。これまでわが國の學界においては、右にあげた憲法判決をめぐる諸問題に對しては、かなり深い論究が行なわれてゐるに反して、判例の拘束力といふ問題は、比較的に闇却視されているようと思われるし、まだ事實において、これまでのところ最高裁判所が過去の判例を變更すべきかどうかを深く考慮することができられた事例はみあたらぬようである。しかし、これから判決が累積してゆくにしたがつて、この問題はとりあげられてゐなければならないと思われる。

この論點について比較的詳細に論及しているものとして、宮澤俊義教授のコメントをあげよう。わたくしはそこから論述をすすめよう。教授によれば、

「最高裁判所が法令の合憲性について判断を下した場合、その判例を變更することは許されるか。日本では判例を變更することは一般的に可能と考えられているので、この點が問題になる。」

「憲法判決の效力に関する」個別的效力論によれば、判例の變更是可能と解される。この點では、法令の合憲性に関する判斷でも、その他の判斷でも別にちがうことはないとする。

一般的効力論によれば、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效力が一般的に失われるとして解するであるから、その法令が效力をもたないことはそれで確定するものと見るべく、その判例に變更是許されないと解される。

法令につき、合憲の判断がなされた場合にも、最高裁判所が違憲の抗辯を排斥し、その合憲である旨を判断した場合は、その判例はもはや變更することが許されないと解すべきものであろう。

いずれの場合でも、判例の變更をみじめりとは「法的安定性を著すりとはなはだしく、一般的効力をもつことと兩立しないことがわれる」⁽¹⁾

とされるのである。

この引用からも明らかのように、いよいよ憲法判例の變更可能かどうかが、その判決の效力をどう解するかと結びつけられている。すなわち、憲法判決の效力を當該事件のみに及ぼすとする個別的効力論をすれば、變更是可能となり、判決が法令の一般的效力を左右すると解する立場にたてば、變更是不能とする考え方をとるものであり、さわめて明瞭な結論である。兼子一博士もまた、その論旨は、效力と判例變更を關連させていくことなくみられる。すなわち、博士によれば、違憲判決については一般的な形成力を認めることなく、その判例は變更できない⁽²⁾。他方において、合憲判決は個別的效果をもつにすぎないから變更是可能であるとされるのである。

このように憲法判例の拘束力の問題を、判決の效力の問題と直接に結びつけることは正しいであろうか。わたくしには、この考え方は、異なる平面に屬する問題を同一面で論じようとしているかに思われる。いのいとは大きな

點から明らかである。もし一般的効力論を採用する場合には、違憲判決は當然にその審査の対象となつた法令の效力を確定的に消滅させ、その法令があたかも正式の手續をへて廢止されたにひとしい效果をもつことを承認するわけである。その意味では、それは消極的立法行為であるといえる。そうすれば、それ以後において、裁判所がそれを適用することができないのは、當然のことであり、判例變更に名をかりて、それを適用することになれば、それは廢止された法令を適用した結果にひとしく、當然に破棄を免れないことにならう。いのいのように考へるならば、この場合は、判例變更が不能というではなく、註解日本國憲法も指摘するおり、判例變更の問題がはじめから生じないというのが正しいとみるべきである。⁽⁴⁾

わたくしの見るところでは、右のよう憲法判例の拘束力の問題と憲法判決の效力の問題とに必然的な關連性を認めるることは、憲法判例の意味をある特定の法令なり處分なりの違憲かどうかの判断そのものにはかならないと考えるところによづくように思われる。果して憲法判例の意義をそし解することが正しいのであるか。判例がそのまま法源なる地位を占めるものであるかどうかは、法體系によつて異なるであろうが、それは別として、通常に理解される意味における判例とは、裁判機能を通じて明らかにされ、將來においても被われることが豫測される規範的な意味づけであり、それが法的拘束性をもつとき判例法に昇華する。單純な裁判の結論なり、具體的判断は、判例ではないと思われる。もちろん判例が、その本質からいって、その事件の事實といかに結合して理解されるのかは困難な問題であつて、ここでだからることはできないが、要するに、その結論に至るために裁判所の採用した理由づけのうちに、まさに判例の實質的な法的意義がみいだされるのである。そして我が國のような成文法國にあつては、成文規定の解釋をめぐつて判例が成立することになり、その判例が學說とともに、法解釋にとつて重要な意味をもつ所以は、判決が成文規定のうちに規範的な意味を發揮するからであり、單に具體的な事案について決定を

行なうからではあるまい。このことは、民法に関する判例たると憲法に関する判例たるとを区別しないであろう。
かくして、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、ある特定の法令や處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い。たとえば、ある公安条例が違憲で無効と判定する判決があらわれたとした場合、判例として意味をもつのはその判断を基礎づけるために用いられた憲法解釋であり、その論理過程である。これは、その特定の公安条例がそれによつて一般的に效力を失なうかどうかとは別問題なので、それがどう解されるかにかかわらず、重要な意義をもつるものである。

このように考えると、判例變更が可能かどうかという問題は、ある法令なり處分なりの違憲審査においてある判決の採用した論理過程が、のちに同じ内容もしくは近似した内容をもつ法令や處分の效力が問題とされたときに、そのまま維持しなければならないのかもしくはこれを覆えすことができるのかということであるといわねばならない。前に審査をうけた法令がそのまま再び審査をうけることもありえよう。もしに合意の判決である場合には、再度の審査をうける機会のありうることが容易に想像できる。その後制定された用じよ的な内容の法令が問題とされることがあるらう。前の判決が違憲判断であったときは、たゞ個別の效力説をとつて最高裁判所による決定の場合は、法令が立法過程によって效力を消滅せしめられることが期待されるからのちに問題となるのは新たに制定された法令にならう。さらに、地方公共團體の条例のとき場合は、他の地方公共團體の同種の条例がのちに問題とされることがありますよう。これらの場合を通じて、前の判決が判例として機能するのは、おもにそいでいたる論理過程であるといわねばなるまい。

憲法判例は變更しえないと解する立場は、果してこのようないふとを豫想しているであろうか。恐らくこの場合

は、わが國においては當然に判例變更是可能であると考えられるであろう。もしかりに、この場合をも變更不能と解するときは、判決の效力と關係をもたないから、その論據を他に求めねばなるまい。そして恐らく、憲法判例の重要な政治性からみて變更が法的安定性をいかにかしつけ書するという點より他に理由となるものを考えることができないであろう。しかし、判例變更による法的安定の阻害は、憲法判例に限られるものではない。社會の取引關係の基盤となつてゐる取引法の判例の場合の方がいつそう重大な影響を及ぼすおそれがあるともいえよう。かくして私見によれば、判例の意味に對するわたくしの見解が誤つていなし以上、判例變更の可能かどうかは、判決の效力とは關係がない。憲法判例の效力をいかに考えるかにかかわりなく、換言すれば、たゞ效力について一般的效力説をとることでも、憲法判例の變更是つねに法的に可能といわねばならない。ただ一般的效力説をとることには、違憲無効を宣せられた法令の效力を、のちに司法過程によって復活させるることはできないが、このことは當然のことであつて、判例變更の可能かどうかは別の問題である。そしてその場合でものちにこれと全く同一の法令が制定されて審査をうけあるいは全く同一内容の他の地方公共團體の条例が審査をうけるに至つたとき、これを判断して合意とすることは許されるものといふべきである。これがまさに判例變更の問題にはかならないのである。

アメリカ憲法においても、判例變更の問題は、ここに述べたように理解されている。たゞは、公立學校において児童に國旗敬禮式參加を強制することが修正第一四條に違反するかどうかという問題について、はじめこれを合憲としつつ⁽⁵⁾、數年もたたないのにこれを違憲とした例⁽⁶⁾、人種による差別についても、分離をしても平等の施設が双方にそなえられる以上、平等權の侵害でないとしたのを、のちに少なくとも公立學校において、分離すること自體がすでに平等に反するとした例⁽⁷⁾ときは、判例變更の著名な例である⁽⁸⁾。また違憲から合憲に變つた例として、コロンビア地區の最低賃金法が、はじめ労働立法に不利な環境のもとで違憲とされながら、のちに同じ内容のワシントン

トン州法が合憲とされたことが知られている。この suchな場合、後に後者の場合に、それを判断をうけた法令の效力がどうなるかは、興味がある點であるが、それは憲法判決の效力に主として關係するものであつて、このでの問題ではない。ここで指摘しておきたいことは、このようにアメリカで判例變更の場合といわれるものは、同一の法令に対する態度の變更なのではなくて、憲法解釋の變更にはからないことなのである。そして、すべての場合を通じて、この變更は可能とされており、これに異論はないのである。

以上までがなく、アメリカは判例法國として、その最近の判例法主義の動搖は別として、わが國よりも判例拘束力を強く認める法體系をもつ。ここですら憲法判例を變更でせんとする考え方は存在しないし、事實上したばん變更が行なわれておこっている。わが國において、憲法判例なるが故に變更不能とする結論をとりえなしことは、この點からも明らかであろう。

- (1) 宮澤俊義・日本國憲法六八三一四頁。
- (2) 爺子一・裁判法八〇頁。
- (3) もつとも博士は、ある法令の違憲判決の場合に「後に判例の變更によつて、その效力を復活させる餘地はない」とされるから、もしもも判例變更が考えられないと考えておられるとしても解される。しかしその敘述からみて判例變更の問題を単純の效力の問題と關係して考察されていよいよは明らかのようである。
- (4) 法學協會・註解日本國憲法111111頁。
- (5) Minersville School District v. Gobitis, 310 U. S. 586 (1896)
- (6) Board of Education v. Bardette, 319 U. S. 624 (1943).
- (7) Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896).
- (8) Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954).

- (9) ひがみの事例をもじだらのヒント Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U. S. 393, 407 n. 2 (1932); Smith v. Allwright, 321 U. S. 649, 665 n. 10 (1944); Douglas, Stare Decisis, 49 Colum. L. Rev. 735 (1949) 所収の Appendix A 及び Appendix B を参照。なお主要な事例を簡単に概観したまゝのヒント Reference, Precedent in Constitutional Interpretation, 3 Race Relations Law Reporter 395, 403 et seq. (1958).
- (10) Adkins v. Children's Hospital, 261 U. S. 525 (1923).
- (11) West Coast Hotel v. Parrish, 300 U. S. 379 (1937).
- (12) これがつか、海賊の司法直轄に大統領の権限に類似したされた法務長官の回憶が参考される。39 Ops. Atty. Gen. 22 (1937).

二 憲法判例變更の難易

以上において、わたくしが、憲法判例の變更が、その判決の效力をいかに考へるかにかかわらず、可能であるという結論に到達した。つまにわれわれに残された問題は、厳密には法的性質のものとしよりか、むしろ裁判所とくに最高裁判所としてどのぐれを實行あるいは態度の問題である。しかし、この點は憲法判例の意味をいかに理解するかにかかるものであり、憲法の解釋の本質をおさえるものとして、憲法判例を論ずるにあたつて論及を必要とするものであろう。それは次ぎのようないわゆる問題である。憲法判例が變更可能であるとしても、判例として法的安定の要請に奉仕している以上、一定の拘束力をもつてゐる。英米のように、判例にそのまゝ法源たる地位を認めて法的拘束力を賦與しないわが國にあっても、事實上の拘束力をもつことは當然である。ところで問題は、憲法判例が先例としてどの程度の價値をもつか、換言すればその事實上の拘束力が、他の法領域に屬する判例に比して強いかど

うが、逆にいえば、憲法判例の變更は、他の種の判例に比較して、困難であると考えるべきか、同じであるとするべきか、ましくは容易であるとするべきであるかということである。これはある意味では、すでに述べたように、裁判所の判例適用の心構えともいえるが、われわれが憲法判例の意味と機能をどう評価するかにかかわるものである。アメリカにおいては、この點についてかなりの論及が行なわれ、對立した考え方がある。わたくしは、以下にこの論争を眺めながら、この問題にアプローチしてみたいと思う。

ところで、前述のように、わが國では、憲法判例の拘束力を判決の效力と闘争させるにとよって、通常の判例よりも強いものと認める立場がある。しかしアメリカでは、かかる考え方にはしません。周知のように、アメリカ法においては、イギリス法にみられるような嚴格な先例拘束の原理が認められないが、そのような事態を生みだした理由の一つとして、アメリカの裁判所が違憲審査権をもつことがあげられる。憲法判例が現實の政治と深く結びつく以上、イギリスのように絶対的拘束力を判例に認めるにとよつて憲法を僵直化をすることができないからである。その意味では、憲法判決の存在は、判例の拘束力一般を弱化させることと意識されているのであって、憲法判例の變更が通常の判例の場合よりも困難であるとは考むべしのである。そして實際上、憲法判決の變更是他の場合より頻繁に行なわれていることは明らかである。たとえば、判例變更の頻度の高かつた一九三七年から一九四九年までの間をみると、最高裁判所の判例變更是三〇件であるが、うち一一件を憲法判例が占めている。これは、最高裁判所の管轄事項を考慮にいれて、憲法判例の變更が他より少ないとはいえないことを示している。かくして、アメリカでは、憲法判例の變更是、他の場合よりも容易であると主張する説と、それを否定して判例の拘束力をとくに憲法判例であるからといって弱いものとは考まられないとする説とが對立するのである。以下において簡単に兩者の代表的な論者のとくことらをあげてみよう。

それは、先例拘束とは政策の準則にすぎず、従つて融通性をもつものであるが、そのような柔軟な先例の拘束性は「いわゆる私法の領域においてもそうであった。憲法の解釋または適用の問題となると、先例拘束の政策はもつと弱い。後者の場合、誤判を正すことが煩難な憲法修正手續のため事實上不可能なため、前の判例を覆えしたり、修正したり、あるいは全然無視したりすることがよく行なわれる」のである。またウオーレンも、先例とは同種の事實状態に適用されるべき法規範の最良の證據 (best evidence) であるという考え方によどき、そのことは成文憲法の存在するときに妥當しないと主張する。なぜならば、ある憲法の規定の意味についての最良の證據は、裁判所の判例ではなく、むしろ憲法そのものであり、従つて最高裁判所は、つねに先例によつてではなく憲法の規範自体によつて判決を理由つけねばならない。もちろんそういうても憲法の解釋が事情とともに直ちに變つてゆくことにならぬが、裁判所は自己の誤りをのちに矯正するにと躊躇すべきでないと説くのである。

この立場を最も明瞭にといたのは、ながく最高裁判所の裁判官の進歩派を構成してきたダグラスの「先例拘束の原理」と題する著名な論文である。その一節を引用すれば「憲法における先例拘束の原理の地位は、いつそも薄弱なものとさえいえる。憲法判例を眺める裁判官は、過去の歴史を尊重し、前に書かれた意見をうけいれるよう心理的に強いられるかもしだれない。しかし、彼は、他の何ものにもまして、彼が支持し擁護することを誓つたのは憲法そのものであつて、彼の先人たちが憲法に付した註解ではないことを忘れるものではない。かくして彼は、いくつかのかつての見解を誤つたものとして却け、他の見解をうけいれながら、彼自身の見解を形成するようになるのである」。そしてダグラスは、もし憲法判決に誤りがあるとき、立法過程によるその矯正がいちじるしく困難であるし、裁判所が自ら犯した誤りを自ら正すことを躊躇して、他の部門の行為をまつのは責任ある政治の要求に反する

ものであり、裁判所がつねに自らの決定を再検討し、自らの誤りを自白する人をもとむわざないことが裁判所への尊敬を増す所以であり、このことは憲法判例の場合とくに必要であるとして、自己の説を基礎づけようとするのである。⁽⁸⁾

これに反して、憲法判例が先例としての価値に乏しいことを認めず、他の種の判例と區別すべきではないという主張が存在する。やや時代は古いが、先例拘束の原理について詳しい研究を行なつたチキン・パリンをますおけることができる⁽⁹⁾。彼の説は、憲法判例の拘束力をむしる他に比して厳格に解すべきであるというのに近いようにも思われる。彼によれば、およそ先例拘束の原理は、法の發見と適用に安定性を確保するために形成されたものであり、この法的安定性こそは法の奉仕する目的のうち最も高い價値をもつものである。そしてこの法的安定の要請は憲法の領域たると他の法領域たるとによって相違がない。むしろある意味では、たとえば商事法の問題よりも憲法解釋の問題の方が重大ともいえるのであり「單なる私的な關係のみについての場合に比して、憲法解釋についての法則が變更されたときに、一般民衆に與える不便なり不利益が少ないなどとは、ほとんどいえない」のである。もとより前の判決が明らかに誤ったものであるときは、先例拘束の原理を緩和して、判例變更を認めねばならぬが、しかしながら場合、解釋運用される規範が憲法であることによって他と區別する根據は充分ではないと主張されるのである。

この説に同調するものとして、ビショフがあげられる。その主張によれば、法の統一性、豫測可能性、安定性などを確保する一つの手段が先例拘束の原理であり、その要請は憲法の領域でも他と異ならない以上、憲法判例についても當然にひとしく遵守されねばならないものである。もちろん、かつて憲法判決において、餘りにもその時代の生き残機から離脱しきれたために、のちに判例の變更を餘儀なくされたことがめだつ（これは、恐らく＝「一・ディール造憲判決を指すものであると思われる）。しかしビショフによれば、憲法判例が正常な司法體の分野を逸脱し、不當に政策決定の領域にふみこんだために、このような事態を生じたのであり、たとえば自由放任政策を憲法の原則としてとりいれたために、のちにそれを憲法の外に追放する必要に迫られ、判例變更の必要を来たすことになつたのである。従つて、ビショフの立場によれば、違憲審査制度が適正に運用されてゆくことを前提とする限り、他の領域と同じように先例拘束の原理を維持できるし、まだそのように維持しなければならないことになるのである。⁽¹⁰⁾

最近に発表されたロングの論文は、先例拘束の原理について興味ある見解を含むものである⁽¹¹⁾。それによれば、およそ先例拘束の原理は、コキン・ローのような純然たる判例法に發達するものであり、憲法のように國民の意思が主権者の意思としてその内容を決定する法領域においては、先例拘束の原理はあいられない性質のものであるとされる。このように、憲法を判例の拘束力と無縁な分野とすることは黒色のある試論であり、一見すると憲法判例が法的に無意味なこと、従つてその拘束力を否定するにふれて、しかしその眞意はむしろ逆のようである。すなわち、先例拘束の原理が、イギリスのような絶對的拘束力を認めるのではなく、なお判例變更の可能性を容認することに注目しつつ、重要な憲法判例の變更とくに＝「一・ディール造憲判例の變更にみるような全く正反対の解釋をとるような大巾な變更は、實質上は憲法改正にはかならず、このようなことは裁判所の權限外であつて、かかる變更は、國民の意思にしたがつて正式の憲法改正の手續をまつてはじめて行なうべき」といふと主張されていると考えられる。このようにみると、ロングの説は、つまりれば憲法判例の變更不能説に近づくものともいえるが、果してそこまで徹底して考えているかどうかは明らかでない。しかし、少なくとも憲法判例の拘束力の強化を主張するものとして、判例變更の容易であることに對立する意見であるといつてよいであろう。

以上が憲法判例の變更の難易についての意見として注目されるものである。そして寧ろは全體としてみて、憲法

判例の變更が容易であるとの考え方方が有力のように思われる。そして、これに反対する説の論據にはかなり疑問のある點が少くない。しかしわれわれとしては、變更が容易であることについて積極的に論證しうるだけの根據を示す必要があると思われる。以下若干の考察を加えてみよう。

まずこの點の先決問題として、おもそ判例の拘束力が一般的に法分野を異にするこことによつて差異を生ずるものであるかどうかという問題がある。しかしここではこれにたまいることはできない。結論のみをあければ、當然に差異があつて然るべきではないかと考えている。たとえば私法のうちであつても、社會の構成員が判例を信用して取引關係をそのうえに構築してゆく契約法の場合、不法行為法の場合に比較して、判例の變更が困難であるとすべきであろう。一定の法分野の規制の對象の性格や、そこでの判例の意味からみて、判例の果す機能もまた必ずしも相違があるといつてよいであろう。もしもこの點についての私見が正しいとすれば、それを前提としてはたして憲法判例の場合に他のものと區別するだけの相當の論據があるかどうかがどうかはねばならない。そのような論據については右の所説を検討するときじきじき指摘しなかつたのであるが、それらの論争を通じて浮ひあがつてくるものを分析しつつ考察を加えてみよう。

第一にウオーレンなどにみられるように、憲法が成文であることに注目し、純粹のコモン・ローの領域の判例よりも拘束力が弱いとするみかたがある。すなわち裁判所は、先例よりも成文規定そのものを尊重しなければならないからである。しかしこの論據では、成文の法律の場合にも妥當することになつて正當とは思われない。アメリカにおいても、法律を解釋する判例はむしろ拘束力を厳格に解すべきで、それが不當であれば立法部が法律に手を加えればよいという意見が強いのである。とにかく單に成文憲法に關する判例法であるということは、充分の理由にならないし、いうまでもなく、海群の判例法體系をもたない我が國のような成文法國においては、問題とならない。

次に、アメリカ法の背景から論ずるものがある。すなわち、先例拘束の原理がアメリカに存在するのに存在しないイギリス法の一部として繼承されたからである。しかしアメリカの實際に適しない法理は繼承が排除されたと考えられる。憲法の領域では、イギリスが國會主權の原理をとつて、一切の法律を最高法規とするのと、アメリカで違憲審査が行なわれるのとはきわめて對照的であつて、アメリカ的意味での憲法判例は、イギリスでは存在しないといえる。そう考えるとき、違憲審査権の行使の結果として生みだされる憲法判例については、そのままの形での先例拘束の原理は働かないで、緩和された形態が適用されると解すべきであるとされるのである。この點はアメリカ法の構造のうちで検討すべきものを含むけれども、直接にわれわれの問題につながるものでないから、ここで指摘するにとどめよう。

第三に、いわゆる既得権侵害者の理論と呼ばれるものがあげられる。すなわち、判例が拘束力を與えられるのは、社會の構成員がそれを信用して權利關係を認定することによつてであり、逆にいえばその變更是法秩序の安定を害することになつて、個人の既成の權利關係を侵害する結果になるからであると考える。かくして財產法の分野において、まさに先例の價值は高く評價されることにならざるをえない。これに反して、財產権や契約上の権利がかつての判例の定める規範によつて設定付與されていないときは、當然に判例の變更是容易であると考えられ、そして憲法の領域はまさに後者にあたるとされるのである。この考え方によつて法的安定の要求が財產法におけるよりも憲法において弱いことを指摘するものである。すでに述べたように法領域の性質上からいつつ法的安定の必要度の差異がみられ、それが先例の意味に影響していくことはたしかであるが、憲法判例一般について拘束力の弱いことをこれによつて理由づけるかどうかは疑わしい。憲法判例においても、財產關係と深く

結びつけるのは少なくないし、むしろ社会の取引関係の基礎を提供する面をもつてゐる（その典型的な例としてアメリカ連邦憲法の州際通商條項をめぐる莫大な量の判例をおけることができる）。この論據をおしそうれば、憲法の内容も一律でなく、それぞれの條項についても異なった評價をしなければならなくなるようと思われる。結局、この論據は、憲法たると他の法領域たるとをとわず、その性質上法的安定の要求の強い場合には、判例の變更が困難であるという、ある意味で自明の理を表現するものであつて、こゝにとりあげるに適しないものといつてよいであつら。

第四の論據は、憲法判例の變更が他よりも容易であるとする論旨のはとんどすべてがおけるところである。すなわち、立法部の行為によつて判例を變更できるところにあつては、判例の拘束力を強く認めても差支えないし、むしろ解釋によつて救済してゆくよりも、判例の變更を困難として、その法律の不當を意識させ、立法部の判断をもつて矯正させてゆくことが望ましい。立法機能について責任をもつるのは立法部であるべきで、制定法を解釋する判例の拘束力を強く認めるることは、法律の内容の向上の責を立法部に集中せしめることにならう。しかし、じうまでもなく、憲法判例は、單なる立法部の行為によつて變更することができない。立法部はむしろ憲法の最終的解釋者である裁判所とくに最高裁判所の意思に従わねばならない。そこで、むしろ憲法判例が不當である場合、また當初は正當な解釋であつても、時代の進展とともに社会に適合しなくなつた場合、これを矯正する立法的手段は憲法改正に限られる。そしてそれは硬性憲法のもとでは困難な手續である。過去一七〇年にも及ぶアメリカ憲法史の示すところでは、僅か一回の修正が、判例を變更する效果をもつものであつた。すなわち、他州の市民が州を訴える訴訟が連邦の司法権の管轄に属するとした判例をくつがえした修正第一一條、所得税が直接税の一種として人口數に比例して州にわりあてられるとした判例を變更した修正第一六條がそれである。そして有名な兒童労働保護立法の

これがまさにその憲法修正案が連邦議會によって審議されながら、ついに必要な數の州の賛同を得ることができる。結局は裁判所による判例變更をまたねばならなかつた」ときは、憲法改正の方法の實現が困難なことを示している。このように考えてみると、憲法判例は他の判例と異なつた面をもち、そのような區別を理由として、その拘束力を弱いと認めるにとも可能のように思われる。ただこの考え方に対する反論としては、憲法の内容はふだりに變化するものではなく、國家の根本規範として固定性をもつべきであるとし、従つて、判例變更を通じて實質上の憲法の變化をもたらすことは好ましくなく、憲法の變化の必要なときには正式の改正手續によるべきであり、それが困難なことは、憲法として當然のことであるという考え方があげられよう。

かくして、われわれは憲法が社会の變化にどう対応してゆくべきかという憲法の解釋なり運用なりの本質にふれる問題を含む最後の論據にうつらうるをえなくなるのである。すなわち、憲法の解釋運用は固定することなく、時代とともに變化し、社会の質態に順應するべきものと考えるかどうかである。憲法を永續的な統一體であり、固定的性格をもつ一般規範である點を重視するならば、その内容がその環境の變化に應じて變轉することには消極的となり、従つて判例變更を困難にしようとする立場に傾いてゆく。この場合でも憲法は時代と全く遊離することができないが、それを接着させるものは、正式の改正手續にはかならないことになる。これに反して、憲法もまた社会に存在するものとして、時代とともに内容を變化させるべきものであり、新たな社会状態に對しては新しい解釋適用を行なうことによって、はじめて憲法規範が生きた有機體として存續できるといふ立場からみれば、社会の基礎をなす憲法といえども、既述のことく改正の實現の困難なこととあいまつて、司法過程自體を通じての内容の改変によつて進化させる必要があり、判例の拘束力を強くすることは、憲法そのものを硬着化することとなつて、不當な結果を生ずるにことなる。この二つの考え方は、憲法をいかに理解するかにもかかる大きな問題である。

わたくしとしては、司法審査権が不當に政策の領域にのみとまじ限り、憲法判例の拘束力を一般の判例とひとしくみるに認めておるが、なお変更可能の餘地が残されており、融通性にとも運用ができるではないが、それにもかかわらず、適正な審査権の範囲内においても、なお社会の要請に憲法の内容を即應させる必要の生ずることは避けられないと考えている。たとえば平等権の内容について、合理的な差別は許容されると解するが、果して何が合理的かということについては、社会の變化とともに當然に變動し、その時代、その社会の支配的な正義觀念によって決定されるに至る。かくして、時代の轉移とともに判例の變更は、憲法によつて常に必要であり、人のいふは判例法の立法過程による修正が難しかるに至つて、しつしそう高められるべきことであらう。

- (1) 高柳寅三・司法権の地位(五三頁)、田中和夫・英米法の基盤(四頁)、Goodhart, Case Law in England and America, in Essays in Jurisprudence and the Common Law (1931), 50, 67-68.
- (2) フレーラー・アメリカ法における判例法體系の諸相、法律時報1111卷四號11六一頁参照。
- (3) Cf. Douglas, Stare Decisis, 49 Colum. L. Rev. 735, 757 (1949) Appendix B.
- (4) わが國に於ける歴史を考察したるものとして、高柳寅三・前掲(五四頁以下)。
- (5) ダルホン(早川寅太郎)・黒人分離教育問題について、シヨリバム一八二號一八頁。なおダルホン(早川)・山田譯・基本的人權(五)11六頁も同趣旨。
- (6) Warren, 3 The Supreme Court in United States History, 470-71 (1923).
- (7) Douglas, op. cit., at 736.
- (8) その他これに加わるみかたの讀者はかなり多い。たゞ伏せ、Von Moschzisher, Stare Decisis, Res judicata and Other Selected Essays, 16-17 (1929); Boudin, The Problem of Stare Decisis in Our Constitutional Theory, 8 N.Y. U. L. Rev. 589 (1931). 並びに Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U. S. 393 (1932) 並びに Brandeis, Stone 等

判例の意見も参照。

- (9) Chamberlain, The Doctrine of Stare Decisis as applied to Decisions of Constitutional Questions, 3 Harv. L. Rev. 125 (1889). これによるとの論文の書かれた時期までにはいくつかの例外を除いて、憲法判例の變更はまだたゞ現象に過ぎないなかつたりとも考慮に入れてやうやくやれておらぬ。
- (10) Ibid., at 131.
- (11) Bishoff, The Role of Official Precedents, in Supreme Court and Supreme Law. 76 (ed. by Cahn, 1954).
- (12) Long, The Doctrine of Stare Decisis: Misapplied to Constitutional Law, 45 A. B. A. J. 921 (1959).
- (13) 直ちに右の論文の讀者から反響が示されたといふからみて、拙文すぐれ難見であつたもうは思われる。45 A. B. A. J. 1124 et seq. (1959). しかしながら本格的批判はあらねでしない。
- (14) たとえばセシヨフの說も、達篤審査権が正當な範囲にどもゆくべきことを主張する意味では正しけが、果していかなる點がその限界を畫するかは必ずしも明らかではないし、現實に於ける境界がやみこえられるにとも豫想しなければならないである。それがやみこえられるにともないことを鑑定して、先例拘束の原理の適用を根據づけることはできまいに想われる。
- (15) リの論を考究したものがハーパー McKean, The Rule of Precedents, 76 U. Pa. L. Rev. 481 (1927).
- (16) もちろん、法律の立法技術の拙劣なため達篤無効とされた場合のひじき、立法部が法律を技術的に改めて合意化するとはできるがこれが判例を變更するにいたらなければ、いうまでもない。
- (17) Chisholm v. Georgia, 2 Dall. 419 (1793).
- (18) Pollock v. Farmers' Loan Trust Co., 157 U. S. 429 (1895).
- (19) 「もし1700年以前に生れれば、奴隸制度を容認した有名なドレッド・スコット事件 (Scott v. Sanford, 19 How. 393 (1859)) に對し、「合衆国において出生し、……その管轄権に服するすべての人は、合衆国及びその居住する州の市民である」と

した修正第一四條はそれを變更したといふられる。しかしこの修正は、いくに判例變更の意圖をもつてゐるのではない。

- (20) Hammer v. Dagenhart, 247 U. S. 251 (1918); Child Labor Tax Case (Bailey v. Drexel Furniture Co.), 259 U. S. 20 (1922).
 (21) United States v. Darby, 312 U. S. 100 (1941).

四 むすび

以上のように考へるととも、わたくしの結論を要約すれば、憲法判例は變更が可能であるのみならず、前節における根柢のうち、主として最後の一一つの理由にもとづいて、アメリカにおけると同じく我が國においても、憲法判例の拘束力は一般の判例のそれより弱く、裁判所の慣行として、判例變更が容易であると考えてもよいのではないかろうか。とくに今世紀にみられるような急激な社會的變化のもとにおいて、もし憲法判例が硬化し、内容が固定せしめられるとき、憲法そのものが脆弱化する危険にさらされるであろう。

もとよりこのことは、憲法判例の判例たる價値を無意味にするものではない。判例が先例として事實上の拘束力をもつ、のちにも從われるは原則であつて、それを變更することは例外である。かつてアメリカの裁判官があいついで判例が變更されるのを直視して、もはや判例が、單なる當日、當列車限り通用の汽車切符のことをものに置いたと皮肉つたが、もしそうなるときは、判例、ひいては違憲審査制への信賴が失なわれ、さらに憲法そのものへの尊敬が減退することにならう。その意味では、かつてアメリカでみられたように、最高裁判所の人的構成が變化するにかつて、時代の環境に適したる差異がないにもかかわらず判例が變更されることは、その判決が明らかに不合理であるときを除いて、好ましいものとはいえないであろう。たとえば有名な法廷通貨事件(Legal Tender Cases)⁽²⁾ 以来(1)、違憲判決が、その判決の当日に指名された一人の裁判官の新任によつて間もなく五つ四でくつがえされた(2)れば、その結果の是非はしばらくおいて、法的安定をいかじりしきするものといえるであろう。

かくして、わたくしは、憲法判例の變更が他の場合より容易であるとしても、そのためには變更を理由づけるだけの根據——それは主として社會的背景の變化を論證するものであろう——が明らかに示されねばならないと考える。その意味で、有名な黒人の分離教育の違憲判決において、ウォーレンが、平等規定の解釋を示した判旨のうち、かつての先例の當時の公立學校教育の實状、黒人教育の實態をふりかえりつつ、それを現状と比較したうえで、判例を變更した態度が注目されてよいであろう。

(1) per Roberts, in Smith v. Allwright, 321 U. S. 649, 669 (1944).

(2) Hepburn v. Griswold, 8 Wall. 603 (1869).

(3) Legal Tender Cases, 12 Wall. 457 (1871). この裁判官の構成の變動の経緯について、Ratner, Was the Supreme Court Packed by President Grant, 50 Pol. Sci. Q. 343 (1935); Fairman, Mr. Justice Miller and the Supreme Court, c. VII (1939).

(4) Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483, 492-493 (1954).

公法研究

第二十二號

論 説

- 憲法判例の變更とその判例 伊藤正己 1
人身保護法における判例 河原曠一郎 22
行政法における「公法と私法」の問題を 有倉遼吉 48
行政法における「公法と私法」の問題を 成田頼明 76
めぐる判例の推移 ——
行政上の法律關係への私法原理及び
私法規定の妥當性を中心として——
研究報告

- 基本的人權の擁護と公共の福祉 芳野勝 127
——論議・集會・集団行進・集團示威運動の制限の基準——
「明白にして現在の危険」原則の適用を
めぐる問題 清水睦 137
——破防法38II事件の判例を中心にして——
判例にあらわした憲法第31條違反の問題點 土井多賀子 147
——とくに同條の「法律の定める手續」に
關する最高裁判所刑事判例を對象として——
西ドイツ憲法裁判所の判例について 田口精 166
出入國管理令第25條の合憲性 田益男 180
生活保護基準をめぐる行政訴訟 太原利男 191
労働者の権利に関する判例の動向 橋川博 201
シンボシウム
憲法・行政法判例および自由課題 211

斐閣有

著者紹介

長谷部 恒男 (はせべ やすお)
 1956年 広島市生まれ
 1979年 東京大学法学部卒業
 現在 早稲田大学大学院法務研究科教授

主要著作

- 『権力への懷疑——憲法学のメタ理論』(日本評論社, 1991年)
 『テレビの憲法理論——多メディア・多チャンネル時代の放送法制』(弘文堂, 1992年)
 『憲法学のフロンティア』(岩波書店, 1999年)
 『比較不能な価値の迷路——リベラル・デモクラシーの憲法理論』(東京大学出版会, 2000年)
 『憲法の境界』(羽鳥書店, 2009年)
 『憲法入門』(羽鳥書店, 2010年)
 『憲法のimagination』(羽鳥書店, 2010年)
 『憲法の円環』(岩波書店, 2013年)
 『憲法の理性』[増補新装版] (東京大学出版会, 2016年)
 『憲法の論理』(有斐閣, 2017年)

新法学ライブラリー=2
憲 法 第7版

初 版	2 版	3 版	4 版	5 版	6 版	7 版
1996年11月10日©						
2001年2月10日©	行	行	行	行	行	行
2004年3月25日©		行	行	行	行	行
2008年2月25日©			行	行	行	行
2011年3月10日©				行	行	行
2014年12月25日©					行	行
H36 2018年2月25日©						行
2018年5月25日						行

著 者 長谷部恭男
 発行者 森平敏孝
 印刷者 山岡景仁
 製本者 米良孝司

【発行】

〒151-0051 東京都渋谷区千駄ヶ谷1丁目3番25号
 編集 ☎ (03)5474-8818(代) サイエンスビル

【発売】

〒151-0051 東京都渋谷区千駄ヶ谷1丁目3番25号
 営業 ☎ (03)5474-8500(代) 振替 00170-7-2387
 FAX ☎ (03)5474-8900

印刷 三美印刷
 製本 プックアート

《検印省略》

本書の内容を無断で複写複製することは、著作者および出版者の権利を侵害するござりますので、その場合にはあらかじめ小社あて許諾をお求めください。

ISBN 978-4-88384-270-4

PRINTED IN JAPAN
 サイエンス社・新世社のホームページのご案内
<http://www.saisensu.co.jp>
 ご意見・ご要望は
shin@saisensu.co.jpまで。

❖国際法学の等位理論

「等位理論（調整理論）」といわれるもので、国際法と国内法の関係に関する国際法学の通説は、国内法秩序では国内法が優位し、国際法と国内法が衝突する場合には、当該国際法優位だが、両者の衝突を解消（調整）する義務を負うとするものである。そこでいう「優位、劣位」は、効力の上の優劣関係をいうもので、ケルゼンが問題とした授権関係についていわれるものではない（ケルゼン・一般理論 540・43頁）。

国際法と国際法の衝突を解消（調整）する「義務」については、より立ち入り考察が必要である。第一に、衝突しているのが「原理」なのか「準則」なのかという問題がある。準則同士が衝突する場合には、一方が妥当すれば地方は妥当しない（同じことだが、一方に従えば他方には背く）ことになるので、たとえば、国際法に即して国内法を改正するなどの調整が必要となる。他方、少なくとも一方が原理であれば、当該原理の解釈適用について、国際的あるいは国内的調整を行うことで多くの場合、事は足りるであろう。

第二に、「調整する義務」の内実は何かという問題がある。調整しなければならない理由が、個人レベルでも約束を守らなければ他人に約束を守ってもらえないからだ。このことは自己利益についての慎謹（prudence）に関する問題にとどまるのではなく、これは国連決議を守らざる者（international lawbreaker）が国際約束は守らざる者（international lawbreaker）に負うことになるから、あるいは国連決議を守らざる者（international lawbreaker）が多国籍軍に攻撃されると多国籍軍に攻撃されるからというのも似た理由づけである）。そもそも、国際法秩序では国際法優位だが国内法秩序では国内法が優位だと認識した時点で、調整「義務」を法的義務として説明する意図は放棄されているところも可能である。国際法学における調整理論については、小寺彰 [2001] 参照。

立 法 の 不 作 為 国会による立法の不作為は、立法権の行使の態様の一つであるから、それが裁判所によって違憲との評価を受ける可能性は否定できない。迅速な裁判を受ける権利の侵害が問題となつたいわゆる高田事件で、最高裁は、あらゆる点から見て明らかに迅速な裁判を受ける権利を侵害すると認められる異常な事態が生じたときに、「単に、これに対処すべき補充立法の措置がないことを理由として、救済の途がないとするがごときは、右保障条項の趣旨を全うするゆえんではない」とし、非常の救済手段として免訴をいい渡した（最大判昭和47・12・20刑集26巻10号631頁）。

いわゆる在宅投票制度の廃止および復活の不作為が、国会による違法な立法権の行使として国家賠償請求が提起された事件で、最高裁は立法行為の本質的な政治性を理由に、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行いうごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない」としている（最判昭和60・11・21民集39巻7号1512頁）。もっとも、在外邦人選挙権に関する最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁は、この判決の射程を実質的に限定し、立法不作為を理由とする国家賠償請求を認めている。この点については、11.2 ❖ 参照。

14.4.7 判例とその変更

判例の拘束力 判例、とくに最高裁判所の判例が、法的拘束力を持つか否かと いう点については、前に述べた（13.4(2)）。結論のみを繰り返すならば、いわゆる法的拘束力説と事実上の拘束力説とは、最高裁判所の判例が下級裁判所に対して持つ拘束力に関する限り、差異を生じない。判例が裁判所を事実上拘束しているということは、結局、法的拘束力があるということである。他方、判例法とされる英米諸国においても、判例法は成文法と異って権威ある定式化を許さず、仮に定式化がなされてもそれは従前の諸判決の内容を記述する意味しか有していないため、新たに発生した個別の事件ごとに状況に応じ背景となる正当化理由にさかのぼる柔軟な判断を許容するとされることに留意する必要がある。

憲法問題に関する最高裁判所の判例が、最高裁判所自身をどこまで拘束しうるかという問題がある。これが判例変更の条件である。憲法問題に関する判例を他の国家機関が変更しようとすれば、憲法改正の手続をとることが必要となるため、憲法判例の変更是柔軟に行われるべきだとの考え方もあるが、基本的な方向としては、それぞれの判例の機能に即して以下のように考えるべきであろう。

判例変更の条件 先例拘束性原理を支える論理として、アメリカ合衆国ではしばしば言及されるのは、「多くの事柄では、適用される法的

一ルルが定まっていることは、それが正しく定まることがより重要である」とのア

ランダイス裁判官の見解である（*Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932））。判例の役割が、大多数の当事者が従うべきルールを示し、調整問題を解決することに求められる場合、判例は私人に行動の基準を提供し、その予測可能性を保障するから、判例を形成した裁判所自身について禁反言のルールがある。判例の変更によって社会全体により多くの利益が生まれるという確実な保障がない限り判例は変更されることはなく、とくに判例に従ったことによる不利益を当事者である私人に課すべきではない。

憲法判例の特殊性 前述のブランダンディス裁判官の意見は、通常の判例であれば、それが誤っていると考える立法院によつて変更が可能であるが、憲法判例であれば憲法の改正が必要となるため、より柔軟な判例変更が求められるとする。判例による解決が要求されているのが調整問題の関係であれば、それが「誤っている」と自体が考えにくい。むしろ、憲法判例には、通常の立法によっては変更されるべきでない社会の基本的価値の維持が期待されており、そのため、その実質的内容の持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で、はじめて拘束力と実効性を備えることができることができる（*全農林警職法事件判決*（最大判昭和48・4・25刑集27巻4号547頁）に付された田中二郎等5裁判官の意見参照）。

したがって、その内容の説得力を通じて現に広く社会の支持を得ている憲法判例を変更するにはきわめて慎重であるべきであるが、社会の良識に照らして誤っていると見られる憲法判例については、通常の判例に比べて、その変更是より柔軟に考慮されるべきであろう。

14.4.8 民主主義と司法審査

議会の代表する社会全体の利益（公共の福祉）と、それに対応する議会と裁判所の役割分担は、相互に密接に関連しており、さまざまな立場からの検討がなされている。とりわけ問題となるのは、公共の福祉と憲法上の権利との権利とが衝突する場合に、政部門と裁判所は、それぞれいかなる判断を行るべきかである。裁判所が違憲判断について積極主義をとるべきか、消極主義

をとるべきかが議論されることがあるが、全面的な積極主義も全面的な消極主義も、望ましい選択肢とはいえない。問題はむしろ、いかなる根拠に基づき、いかなる場面において、裁判所が積極的な違憲審査を行うべきかである。以下では、いくつかの議論の筋を紹介する（松井〔1991〕、長谷部〔1994〕、トロペール〔1995〕、阪口〔2001〕など参照）。

法実証主義 懐疑的な立場を徹底すると、何が国民全体の利益であり、何が多数決でも侵害しない人权かをあらかじめ知ることはできない。議会が多数決で投票して、はじめて何が公共の福祉かがわかり、裁判所が判決を下した後にはじめて各自の人权の中身がわかる。懷疑主義は、法律や判決のように、はっきりと誰の目にも明らかに見えるものだけが判断の根拠になるという実証主義と結びつく。この場合、議会や裁判所の決定は、それとして受け入れる他はなく、いったん下された決定の善し悪しを評価する独立の判断基準は存在しない。もっとも、徹底した懷疑主義は、実証主義をも掘り崩すであろう。

政治的多元主義 そこまで徹底しなくとも、国民全体の利益の中身は、実際に企業や圧力団体など、さまざま私的利害が議会に反映され、そこでの力関係と交渉・妥協の過程を通じてはじめて判明するものであり、それと独立の判断基準はないといいう政治的多元主義の立場もある。このようない考え方に対応して、裁判所の役割も、人権や正義という超越的な基準に基づいてこのような利益集団の交渉の結果を覆すことではなく、政治過程が特定の利益集団によって占拠されないように、多元的な利害が議会に反映される道筋を確保し、多数派－少数派の交代を可能にする条件を整えることに限られることがある。この考え方からすると、裁判所にとって、政治参加の機会均等や表現の自由、少数民族の自由を確保することは重要だが、たとえば個人の自由な決定の権利を政治的多数派の決定に对抗して守るべきであるとは言えないことになる。

「国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益」の公正な反映と調整を国会の任務とする最判昭和60・11・21民集39巻7号1512頁や最判平成9・9・9民集51巻8号3850頁はこうした考え方と親和的である。また、民主的政治過程を利益集団の競合と妥協の場とする考え方によつて経済活動規制に関する

甲第109号証

講座・憲法学 第6巻 権力の分立(2)

●――1995年3月30日 第1版第1刷発行

編著――樋口陽一
発行者――大石 進

発行所――株式会社 日本書論社
〒170 東京都豊島区南大塚3-12-4 電話03-3987-8621(販売) 振替 00100-3-16
03-3987-8631(編集)

印刷所――港北出版印刷株式会社
製本所――牧製作印刷株式会社
検印省略 © Y. HIGUCHI 製本／銀山宏子 Printed in Japan
ISBN4-535-00516-8



- (71) 違憲確認の方式の導入を積極的に主張する見解は、竹下・前掲注(5)および野中・前掲注(50)。
- (72) 竹下・前掲注(5)六八八頁。
- (73) 竹下・前掲注(5)六九一頁。
- (74) 竹下・前掲注(5)六七九頁。
- (75) 前出注(8)で言及した。
- (76) たとえば、千葉地判昭和五年一〇月一日訟務月報一六巻一号一一一頁、東京地決昭和五年一二月一九日行裁例集一七巻一一・一一号一七七二頁。

第7章

憲法判例の法源性・先例 拘束性と憲法判例の変更

松井茂記

1 はじめに

日本国憲法制定後半世紀が過ぎようとしているが、その間にかなりの数の憲法判例が積み重ねられている。実際、日本国憲法が日本の憲法制度に持ち込んだ功績の一つは英米型司法権の採用と司法審査制度の導入であり、裁判所がその司法審査権を行使して憲法判例を積み重ねてきたことは当然のことである。そのような中で問題とされてきたのが、このような「判例」を「法源」と認めることができるかどうか、そして「判例」に「先例拘束性」を認めることができるかどうかであった。

では、この問題に憲法学はどういうふうに応えてきたのであろうか。この小稿では、この点での日本の憲法学の半世紀を振り返ってみたい。

2 判例の法源性・先例拘束性と憲法学

(1) 問題点

判例の法源性・先例拘束性が問題とされる場合、「判例」は、裁判所がある事件で示した判断のことを指している。通常、裁判所の判断は、「結論」・「主文」と「判決理由」・「理由」の中の結論を導く上で意味ある法的根拠・理由

づけに区分することができる。ここでいう「判例」は、この「判決理由」の部分を指す。^{〔1〕}なお、判断が積み重ねられたときにはじめて「判例」と呼ぶこともあるが、ここでいう「判例」は一度の判断によつても成立する。^{〔2〕}

では、このような「判例」の何が問題なのであろうか。ある事件で、最高裁判所がある判断を下したとしよう。そして最高裁判所が、当該事案を下級裁判所に差し戻したとき、事件を差戻された下級裁判所が最高裁判所の判断に拘束されることについては異論はない。日本でも、このことを疑うものはいない。裁判所法四条が、「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」と定めているのは、このことをあらわしている。これに対し、ここで問題となるのは、その最高裁判所の判断が、後の他の同種の事件について最高裁判所を拘束するかどうか、そして同種の事件について下級裁判所を拘束するかどうかである。

この点、英米法では、判例は「法源」の一つとされ、先例として拘束力（先例拘束性）を持つと言われてきた。先例拘束性原理が認められてきたわけである。^{〔3〕}元来英米は判例法主義に立脚しており、判例こそが「法」だったのであり、イギリスでは先例は議会の制定法によらなければ変更されえず、変更されない限りは絶対的に後の事件を拘束すると考えられてきた。アメリカではこのような厳格な先例拘束性原理はとられなかつたが、それでも先例拘束性は認められてきた。そして、合衆国憲法の制定と裁判所による司法審査権行使により、合衆国最高裁判所が合衆国憲法の規定の有権的最終的解釈権者となつたが、その判例にも先例拘束性が認められた。従つて、最高裁判所の憲法判例は、後の同種の事件において最高裁判所を拘束するとされ、また後の同種の事件において下級裁判所を拘束するとされってきたのであつた。

もともと英米法のような判例法主義とは異なる成文法主義に立つ大陸法系に属した日本では、日本国憲法制定以前は、このような先例拘束性は認められないものと考えられた。大陸法では議会制定法こそが法であり、判例は特別の法的地位を認めなかつたのであつた。日本国憲法の制定は、このような従来の立場を再検討させる余地を

開いた。日本国憲法はその七六条で「司法権」を裁判所に付与したが、ここでいう「司法権」は、大陸法系のように民事・刑事事件のみでなく、英米法系のよう行政事件も含むものだと理解された。つまり、「司法権」の捉え方は、大陸法型から英米法型に転換したのである。だが、転換したのは、それだけだったのであろうか。日本国憲法による「司法権」は、単に司法権が行政事件も含むという意味においてだけ英米法型になつたのではなく、その「質」についても英米法型になつたことを意味していたのではなかろうか。つまり、日本国憲法の「司法権」は、日本の裁判所に、アメリカの裁判所が当然持っているようなすべての権限を憲法上付与したものと考えるべきだったのではないかだろうか。先例拘束性原理も含めてである。

(2) 判例の法源性・先例拘束性をめぐる從来の憲法学の議論

ところが、從来、日本国憲法によつて英米法型の司法権が採用されたにもかかわらず、このような判例について、英米法で認められるような先例拘束性は認められないと考えられてきた。例えば田上穰治教授は、「裁判所の判例は法規でないから、裁判官を拘束しない。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を拘束するが、……判例が同種類の他の事件について裁判所を法的に拘束する意味ではない」という。また佐藤功教授は、最高裁判所の判例は「直ちに下級裁判所の裁判官を拘束するものではない……。すなわち、最高裁判所の判例は、いわゆる判例法主義……の下におけるとは異なり、一般的な先例拘束力を有するものではない……。したがつて、下級裁判所の裁判官は、その事件以外の他の事件においては、仮りに同種の事件であつても、最高裁判所の判例を従うことなく、自己の判断を従い独立に……判断をなすことができる」という。そして中野次雄教授も、「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」という考え方は妥当でないとして、「我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』だといわざるをえない」という。

その根柢とされてきたのは、一般には、日本が英米法の判例法主義ではなく、大陸法の成文法主義に立脚しているという点であった。また、しばしば、憲法七六条三項の「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」という規定も、先例拘束性原理を否定する根柢として引用された。さらに、裁判所法四条も、その反対解釈として、先例拘束性を否定するものとも主張された。しかし、その根底には、先例拘束性原理の根柢とされる法的安定性の要請よりも具体的正義の要請が優先するという意識がある。「判例があればその内容のいかんを考えることなく判例というだけの理由でそれに従えといふのは、例外的現象であるにせよ判例に反する裁判をすることを一切封ずることにもなりかねず、あまりにも下級審裁判官の主体性を無視することになりますしないだろうか」というのである。

しかし、これらの学説も、先例はまったく何の拘束力も持たないとは考えなかつた。実際、裁判所法一〇条二号は、「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」に小法廷では裁判をすることができないと規定し、小法廷では判例変更を行えないことを定めている。また下級裁判所との関係でも、刑事訴訟法四〇五条は、下級審判決が「最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと」、「最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたこと」を上告理由としている。また民事訴訟法は同じ趣旨の規定を置いていないが、その三九四条で「上告ハ判決ニ憲法ノ解釈ノ誤アルコト其ノ他憲法ノ違背アルコト又ハ判決ニ影響ヲ及ボスコト明ナル法令ノ違背アルコトヲ理由トスルトキニ限りヲ為スコトヲ得」と定めており、民事訴訟規則四八条は、最高裁判所などの「判例と相反する判断」をした場合も、この「法令ノ違背」に含まれるとしてゐる。従つて、下級裁判所が最高裁判所の先例と相反する判断を行つた場合、最高裁判所に上告ができ、最高裁判所はその下級裁判所判決を覆すことができる。しかも、実際の問題として、日本国憲法制定以来半世紀がたとうとしている現在、最高裁判所が

先例に依拠して憲法判断する事例はきわめて多くなっている⁽³⁾。また、下級裁判所も、最高裁判所の判例に従つて判断する傾向が非常に強くなつてきていている。学説も、判例が持つこのような事実上の強い影響力を無視することはできなかつたのである。そこで、これらの学説は、最高裁判所の先例は「事実上の拘束力」を持つと考えた⁽⁴⁾。

その結果、従来の学説は、このような判例を憲法の「法源」と認めるこども拒否してきた。「法源」の意味は必ずしも明確ではないが、一般に「法源」は、「法の存在形式」として理解されている。そして、先例拘束性を否定しつつ判例の法源性を認める学説もあつたが、通説は、先例拘束性を否定し、判例を「法」と認めるこども拒否してきたのである。ただ、その通説も、先例に「事実上の拘束力」を認めてきた。そのため、判例は、「事実上の」法源として位置づけられてきた⁽⁵⁾。

これに対し、先例拘束性・判例の法源性を認める見解がなかつたわけではない。田中英夫教授が、その典型である。田中教授は、いつたん判決がなされると後に同種の事件が生じた場合には裁判所は同じ解決を与えるべきであるとの要請（「平等の要請」）が生じ、そのために、直接には一回限りの具体的事件の解決を目指した判決から、その後の事件においても裁判所が適用し、強制することができるような準則が形成されることになるという⁽⁶⁾。そして田中教授は、このような先例の拘束性についての基本的な建前は、大陸法系と英米法系の間でまったく違わないという⁽⁷⁾。しかも田中教授は、このような「判例の法形成」作用を正面から認め、これを司法権に内在する機能として承認したのであつた⁽⁸⁾。しかし、通説は、このような田中教授の見解を受け入れはしなかつた⁽⁹⁾。

（3）判例の法源性・先例拘束性をめぐる議論の転換

これに対し、最近になって、判例に先例拘束性を認める見解が有力に主張されるようになつた。佐藤幸治教授は、憲法七六条の司法権が英米流のものとなつたのに英米とは異なり先例拘束性原理が妥当しないとされてきたことに

対して本当にそのような理解が適切なのかを問い合わせたのである。佐藤幸治教授は、「事実上の拘束力」という概念の不明確性を批判し、その陰でかえつて判例の抽象的な理由づけがものをいつてきた点を指摘した。そして、佐藤幸治教授は、先例拘束性原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るという。それは、直接には憲法一四条の法のもとの平等の要請である。さらに、憲法三二一条は「憲法により司法権を行なうべき国家機関としてみとめられる裁判所」による「裁判」を意味し、それは公正の観念に強く裏打ちされたものでなければならないはずである。そして、成文法を解釈する判決に先例性を認めることが刑法法定主義に合致する。このようにして佐藤幸治教授は、先例拘束性原理を認めることが日本国憲法の構造・理念と適合すると主張した⁽¹⁰⁾。そして佐藤幸治教授は、それに応じ、判例の「法源性」をも肯定したのであつた⁽¹¹⁾。

このような見解は、浦部法穂教授によつても支持されている。浦部教授は、「わが国は制定法主義をとるから、裁判の第一次的基準は制定法」であり、裁判は「制定法に準拠して行なわれなければならない」が、近代の民主的裁判制度においては裁判はあらかじめ与えられた客觀的基準に準拠するという形式をとらなければならず、具体的紛争事実に制定法を適用する際には、当然同種の事件は同様に解決されるべきとする要請を生み出すという。従つて、制定法主義をとる場合であつても、裁判が制定法に従うべきだとする要請とまったく同じ意味において、判例に従うべきことが要請されるというのである。「制定法主義のもとでは、判例そのものに独自の拘束力が当然に認められるわけではなく、それは、いわば、制定法の拘束力の反映としてでしかない」が、それでも制定法の枠内では、「判例には独自の法的拘束力が認められなければならない」というのである⁽¹²⁾。また戸松秀典教授は、憲法判例の実態を直視し、憲法判例がまさに後の憲法訴訟を解決する法となつており、「この事実を無視して、判例の法源性を否定することは空虚だといつべきであろう」という⁽¹³⁾。そして戸松教授も、先例拘束性原理を認める見解を「基本的には正しい」と主張しているのである⁽¹⁴⁾。

(4) 通説からの反論

しかし、このような主張にもかかわらず、通説は、依然として憲法判例に先例拘束性を認めるには消極的である。では、なぜ先例拘束性を認めることに反対なのであろうか。

樋口陽一教授は、アメリカ法の先例拘束性との対比で、アメリカでは「実際には、最高裁判所は裁判官たちを雇入れる(hire)とともに追い出す(fire)こともできないのだから、下級裁判所は、上訴で取消されることがあるという意味でだけ、拘束されているのである」とする学説に触れ、「この觀点からすると、わが国の最高裁が、下級裁判所の裁判官を実質上《hire》し、かつ《fire》することができる制度上の地位にある、ということの重要性が指摘されなければならない」という。そして、「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ぬのはずのことがら」があり、「それらのことからたついてアメリカ流のものに改めることが可能であるという見とおしがあつてはじめて、「事実上の拘束」という定式化をして正面から先例法理をみどめるべきだ」という提言が可能になるのではないかどううか」と反論する²¹⁰。

芦部信喜教授も、たしかに事実上の拘束力という概念は明確とは言えないが、法的拘束力という概念もまた「それが具体的に何を意味するかは、必ずしも明らかではない」という。そして芦部教授は、法的な拘束力を認める佐藤幸治教授に、次のように反論する。第一に、事実上の拘束力説をとる学説でも、判決理由としての判例が裁判官の準拠すべき基準として「法源」の一つであることを認めるることは可能であり、判例を法源と認めることは、その拘束力が法的なものであることを直ちには意味しない。ただ、先例の拘束力を事実上のものと解する立場では、判例の法源性は制定法に対する関係では第一次的なものであり、憲法七六条三項との関係では、「法律」に不文法源としての判例が含まれるとしても、それは「裁判官が必ずしも常にそれに準拠することを義務づけられるものでなく

準拠することが適切であると容認されている法源」という意味で、「許容的・認得的法源」であるにとどまるという。第二に、日本国憲法の定める司法権が英米法的であることは言うまでもないが、問題は、そこから当然に日本国憲法の司法制度のもとで「事実上の拘束力」説をとることが許されないのでどうかだという。芦部教授は、日本の下級審判決が自由に先例を否認する傾向は、必ずしも先例に法的効力が否定されてきたことの結果ではないという。そして芦部教授は、先例拘束性原理の放棄を主張するアメリカの学説に着目し、「英米法系の判例・学説では判例を『法源』と考える点については異論ないが、判例が先例として拘束力をもつと考えられる主要な根拠は、それが『法源』であるということよりも、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、日本国憲法の司法権が英米型だからといって、直ちに先例の拘束力は法上のもので事実上のものではないと言うことはできます、また両者を区別してみても、それだけでは区別の実質的意味は明らかでない」という。そして第三に、抽象的な法理論が下級裁判所に対してものをいつてきたという点については、むしろそのような状況は、拘束力を法上のものと考えることによってかえって一層強まるのではないかと反論する²¹¹。

さらに杉原泰雄教授は、そもそも先例拘束性原理は日本国憲法のもとでは「許されない」という。その根拠は、第一に、憲法四一条が国会を唯一の立法機関と規定している以上、他の国家機関による違規範の定立は、原則として憲法上明示の根拠を要すると解されること、そして第一に、国会が国民代表府であり、国民代表府こそが国民意思を具体的な国政の基準(法)として表明する機関であること、である。従つて、先例拘束性原理を認めるためには憲法に明文の規定が必要だというのである。さらに杉原教授は、かりに先例拘束性原理が日本国憲法の解釈上可能であるとしても、次の理由により、それは「なお不適当」だという。第一は、樋口教授のいうように、そのような考え方のメリットを期待しうる諸条件が欠落していることであり、第一に、それが結果として国民―国会のルート

の輕視につながるのではないかと懸念されるからである。杉原教授は、むしろ「憲法及び法律」を解釈する上の裁判官の良心と独立性を強調する。下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の先例を妥当とすれば、みずからの判断でこれを採用し、それに従わないのであればその理由をみずからの判断で述べればよいというのである。²¹²

3 判例の法源性・先例拘束性再考

(1) 判例の法源性再考

では、このような従来の通説の理解は適切だったのであろうか。

まず判例を「法源」と考えるべきかどうかの問題は、結局のところ、「法源」の意味にかかっているように思われる。既に見たように、「法源」は一般に法の存在形式と理解されてきたが、「法」は「存在」するものではない。従つて、むしろ「法源」の問題は、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わなければ思われる。そうであれば、判例が「法源」かどうかは、裁判所が判例を「法」として適用すべきかどうかという問題となる。憲法の場合にも、日本国憲法のもとで司法審査権を付与された裁判所が、「憲法」を解釈し、法律の「憲法」との適合性を判断するときに、裁判所が何をもって「憲法」と見るべきかが憲法の「法源」の問題なのである。判例が「法」であれば、裁判所はそれを適用しなければならない。そうでなければ、裁判所にはそれを適用すべき義務はない。このように見ると、判例を「事実上の」法源と見る従来の捉え方は、問題の本質を見誤っているように思われる。通説は、明らかに裁判所が判例を「法」として扱っているという記述を行っている。しかし

通説は、判例が「法」として扱われるべきかどうかという問題に対しては、結局これを否定している。つまり、拘束力はないと言っているのと変わらないのである。

しかし最高裁判所が、制定法の解釈をし、あるいは制定法のない場合に法を確定するとき、最高裁判所は、何が「法」であるかを最終的に確定する役割を果たす。とすれば、その最高裁判所が制定法の解釈としてあるいは制定法のない場合に確定した「法」は、裁判所が準拠すべき法規範として「法」と扱うべきではなかろうか。確かに、制定法に対して最高裁判所が与えた解釈は、制定法そのものではない。従つて、判例は、制定法と同じ意味で「法源」とは言えない。しかし、その最高裁判所の判例が制定法に与えた解釈はその制定法の有権的な最終的解釈として妥当する。その意味では、最高裁判所の判例は、「法源」性を有していると言つてもよいのではないか。また裁判所が司法審査権を行使し、法律の合憲性を審査するとき、裁判所が「憲法」として援用できるものが「憲法」の「法源」だと捉えた場合、裁判所が日本国憲法の規定を第一次的法源と考えるべきことは当然である。従つて、「自然法」や「憲法の精神」など、不文の憲法と言われるものを裁判規範として援用することは、裁判所による憲法解釈の正当性という点からみて問題がある。しかし、最高裁判所によるこの日本国憲法の規定の「解釈」は、日本国憲法の規定の有権的な最終的解釈としての機能を持つている。それゆえ、最高裁判所の判例は、日本国憲法の規定そのものと同じではないが、それに対する有権的な最終的解釈として「法源」性を有していると言わべきであろう。²¹³

(2) 判例の先例拘束性再考

次に、判例の先例拘束性についてはどのように考えるべきであろうか。

まず、日本の学説のいう「事実上の拘束力」という考え方とは、きわめて曖昧であるだけではなく、実際には無意味

なものであることが指摘されなければならない。既に見たように、学説は、「事実上の拘束力」という言葉でもって、判例が後の裁判において「事実」として從われているという趣旨を語っているものと思われる。つまり、「事実上の拘束力」というのは、記述概念である。しかし、問題は、判例があるとき、それと同種の事案を審理する裁判所が、その先例に拘束されるべきかどうかという点である。拘束されないものであれば、判例には拘束力はない。つまり、先例に従うべき必要性はない。拘束されるのであれば、判例には拘束力がある。つまり先例に従うべきだということになる。それゆえ、ここで判例が「事実上の」拘束力を持つていると述べることは無意味である。つまり、「事実上の拘束力」という概念は、拘束力ではなく、先例に従うべき必要性ないと述べているのと何ら変わりはないのである。⁽³⁾しかも、このような「事実上の拘束力」という概念のために、かえつて実務に様々な弊害が生じているようと思われる。佐藤幸治教授の指摘するように、「事実上の拘束力」という不明確な概念のもとで、「かえつて、判例の抽象的な理由づけがものをいつてきただ」ところがあるのである。即ち、このような不明確な概念のゆえに、「個々の事件の持つ個性や特殊性への配慮よりは、抽象的理論の呈示を優先させすぎている」きらいがあるのである。⁽³⁾

では、そもそも英米法における先例拘束性原理は、いかなる性格のものであろうか。この点イギリスでは、既に触れたように、先例は制定法と同じ拘束力を認められ、議会制定法によらなければ変更できないという厳格な理解がとられてきた（それが変更されたのは、一九六六年になつてからのことであつた）。ところが、アメリカでは、このような厳格な先例拘束性原理は一度も受け入れられなかつた。しかも、アメリカでは先例拘束性原理に批判的な学説もあつた。そして学説は、次第に社会的変化に応じた先例変更を積極的に支持し、先例が誤つていれば先例変更も許されるという立場を支持するようになつた。とりわけ憲法領域では、立法による訂正が实际上不可能であるから、先例拘束性原理は限定的にしか適用されないという見解が支配的になつた。⁽³⁾現在では、憲法の領域では先例拘束性原理を放棄した方がよいと主張する声もかなり強い。⁽³⁾さらには、先例拘束性原理は、憲法に違反するととの声さえ聞

⁽³⁾かかる。しかし、最高裁判所は、依然として憲法領域でも先例拘束性原理を一応尊重している。⁽³⁾そして、学説の中にも、先例拘束性原理の重要性を認める立場もある。例えば、ヘンリー・モナガン教授は、先例拘束性原理は一般に一貫性、整合性、公正さ、平等、予測可能性、効率性などの重要な価値を促進するものとして正当化されているが、より根底的には司法審査を正当化する法の支配的概念に不可欠だという。⁽³⁾しかもモナガン教授は、このような先例拘束性原理を、憲法二条による司法権付与に内在するものとして、あるいは憲法コモン・ローの性質を持つものとしてみる可能性を示唆している。また、最高裁判所の判例が連邦の下級裁判所の裁判を拘束することも一般に認められてきた。このような拘束力を否定する見解やそれを批判する見解も有力であるが、それでも一般にはこのような先例拘束力は当然のことと思われており、それを積極的に擁護する声もある。

このように見ると、アメリカでは先例拘束性が認められているが、その是非については激しい意見の対立があることがわかる。しかし、日本でも、司法権を裁判所に付与した日本国憲法のもとで、司法権に内在するものとして先例拘束性原理が認められるべきではなかろうか。というのは、先例拘束性原理は、モナガン教授のいうように、裁判所が司法権を行使する正当性そのものにとって不可欠であり、とりわけ司法審査制度の正当性にとって不可欠だからである。しかも、同種の事件は同様に判断されるべきであるという要請は、平等の要請でもある。従つて、先例拘束性は絶対的ではなく、判例変更や先例に従わないことが正当化される場合もあるが、原則としては、裁判所は先例に従うべきだと言うべきであろう。

しかも、通説が日本国憲法のもとで先例拘束性原理を否定する根拠としてきたものは、いずれも疑わしいものであった。例えば、日本が大陸法系の成文法主義に立ってきたことはそのとおりであるが、そのことは日本国憲法七六条による司法権の裁判所への付与が、従来の考え方の維持を前提としたものだとの結論を導くものではない。また、成文法主義だからといって、先例拘束性原理が否定されなければならないわけではない。しかも、憲法上先例

拘束性を否定したものとされる憲法七六条二項については、そこでいう「憲法又は法律」は成文または不文の法規一般の意味であり、この規定が先例拘束性原理を否定するものとは言えない。また、法律上先例拘束性原理を否定したものとされる裁判所法四条も、はたして同条がそのような解釈を導くかどうか疑問である。実際、裁判所法四条は、一般的に先例拘束性原理が妥当することを前提に、当該事件についての上級審判決の絶対的拘束力を明記したものと解釈する余地もある。しかも、より本質的には、憲法七六条が英米法型の司法権をとつたとすれば、むしろ当然先例拘束性原理が憲法上要求されたと解釈する余地もある。もしそうだとすれば、先例拘束性原理は法律によつて承認するとか否定するとかいうものではないのではなかろうか。

(3) 通説からの反論に応えて

では、通説からの反論には、どのように応えるべきであろうか。

確かに、樋口教授の指摘するように、アメリカと異なり、日本では下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によって内閣により任命される(憲法八〇条一項)。従って、裁判所内部の裁判官統制の問題性については、特に重大な懸念を生じさせる。しかし、先例拘束性の問題は、まず最高裁判所自身が、みずから先例に拘束されるかの問題である。そして、下級裁判所裁判官が最高裁判所の先例に拘束されるのかの問題に限定しても、既に最高裁判所の判例は現に下級裁判所を強く縛っている。そのような現状で、最高裁判所の判例には「事実上の拘束力」しかないと主張しても、事態は変わらないのではないかろうか。下級裁判所が、最高裁判所の判例の前提とする事案を仔細に考慮することなく判例の理論のみを適用したりする傾向は、むしろ事実上の拘束力という曖昧な無意味な概念のもとで、裁判所はその事案に必要な範囲でだけ判断を示すべきであり、先例拘束性が認められるのはあくまで先例の前提とする事案に限定されていることが適切に理解されていないからではなかろうか。そうだとすれ

ば、現状を変化させるには、むしろ先例拘束性をもつと真剣に捉えることこそが求められるのではないかろうか。

芦部教授の批判は、結局のところ、佐藤幸治教授の見解でも事実上の拘束力という通説と変わらないのではないかという点に帰着する。実際、芦部教授の主張は先例拘束性を認めているのと変わらない。芦部教授は判例の法源性を承認しており、しかも判例変更を正当な理由がある場合に限つて認めているのである。しかし、もしそうだとすれば、むしろ「事実上の拘束力」という概念の無意味さに照らし、先例拘束性が認められるべきことを正面から認めた方がよいのではないか。佐藤幸治教授の指摘するように、現在の裁判所が先例に対してとつているいわゆる加減な態度は、やはり「事実上の拘束力」という概念の不明確さに起因しているように思われる。判例が厳然として後の最高裁判所判決・下級裁判所判決に強い影響力をもつていてることに照らせば、むしろ先例拘束性原理を承認した上で、先例についてもつと真剣に考えるよう裁判所に求めた方がよいであろう。

また、杉原教授の批判について言えば、まず裁判官の独立を根拠とする批判は、既に述べたように妥当しない。また、憲法四一条を根拠とする批判も、結論的には妥当しないようと思われる。判例が「法」として拘束力を有するのは、それが法律のない場合は判例そのものが「法」であるからであり、それがテキストの解釈である場合はテキストの有権的解釈だからである。このような何が法であるかを宣言する権限は、司法権に内在する権限である。従つて、裁判所が法律のない場合に判例によって法を確定し、法律のテキストに有権的解釈を下し、それが法として先例拘束力をもつたとしても、それは憲法四一条に何ら反するものではないと言つべきであろう。しかも、法律のない場合の裁判所の判例も、法律のテキストに対する裁判所の有権的解釈の場合も、もし国会がそれに不満であれば、いつでもそれを変更することができる。その意味で、判例は常に法律に従属している。この点、憲法判例については状況が異なる。憲法の条文に対して与えられた最高裁判所の有権的解釈は、国会によつては基本的に修正しえないものである。それは、判例変更がされない限り、現実には憲法改正によつてでなければ修正されえない。

しかし、最高裁判所の判例は、あくまで日本国憲法の条文テキストの有権的最終的解釈であるがゆえに、後の同種の事件で最高裁判所によって法として扱われ、先例拘束性を認められるのである。最高裁判所が憲法の有権的最終的解釈権者であることは憲法八一条からも明らかであり、最高裁判所にそのような権限を認めても憲法四一条や他の規定に反しないと言えよう。従って、日本国憲法が先例拘束性原理を否定しているとは考えられない。また、先例拘束性原理を承認しても、杉原教授の言われるような問題は生じない。たとえ樋口教授の指摘されるような問題が残されるととも、先例拘束性原理を否定することよりも先例拘束性原理を認めた方が問題解決に寄与すると思われるし、先例拘束性原理を認めても、国民―国会のルートを何う軽視する結果にはつながらないからである。

このように、日本で先例拘束性を認めることに対する通説からの反論は、いずれも説得力を欠いている。従って、日本でも、先例拘束性が認められ、最高裁判所の判例は、後の同種の事件において最高裁判所の判断を拘束し、そして後の同種の事件の下級裁判所も拘束すると言うべきである。

4 憲法判例の先例拘束性

(1) 裁判所の先例に対する扱いへの疑問

もちろん、このように日本国憲法のもとで先例拘束性を認めたとしても、先例拘束性の認められる範囲、つまり「先例」と言えるものは、判決理由の部分に限られる。それは、「『主文』で述べられた結論を導く上で意味のある法的根拠・理由づけ」であり、「当該事件の判断のため必ずしも必要とされない法理を述べた」傍論とは区別される。

また、先例拘束力といつても、最高裁判所の憲法判例が、後の同種の事件で下級裁判所を拘束する力と最高裁判所を拘束する力には異なったものがある。アメリカでも、最高裁判所判例の下級裁判所に対する拘束とは異なり、最高裁判所判例の最高裁判所自身への拘束は「政策」の問題だとされているのである。³³⁾日本でも、最高裁判所がみずから先例に従うべきかどうかは、基本的には最高裁判所の自制的な政策的要請だと考えるべきであろう。また、最高裁判所の判例が後の同種の事件で下級裁判所を拘束するといつても、現実には、先例に従わなかつた下級裁判所の判決も上告されて最高裁判所によって破棄されうるということを意味するにすぎない。³⁴⁾しかし、当事者に裁判の予測可能性を与え、公正で平等な取り扱いを確保することとともに、裁判所に対してはその裁判に一定の枠を設け、とりわけ先例と異なる判断を示す場合や判例変更をする場合に、それなりの正当化を求めるという点で、やはり先例拘束性を認める十分な意義が見出されるであろう。

このような意味で先例拘束性を認める立場からは、現在の最高裁判所による先例の扱いについてはいくつか疑問を感じざるをえない。まず第一に、先例があるにもかかわらず最高裁判所がその先例を全く無視している事例や、先例が妥当すると思われるのに先例に従わないその理由が説明されていないような事例が見られる。このような事例は、先例拘束性の観点からきわめて問題である。³⁵⁾これは、先例拘束性の完全な無視と言わざるをえない。第二に、最高裁判所は、事案の違いを無視して先例を適用する傾向が強い。³⁶⁾これは、先例として引用することが許されるのが、先例の前提とする事実と同種の事例に限られることを無視したものである。このことは、第三の点に結びついている。先例拘束性原理は、裁判所が具体的な事件の中で「法」を宣言するという考え方を前提としている。従って、裁判所は、「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つて、不必要に一般的・抽象的な理論の呈示に立ち入らないよう自制すべき」である。³⁷⁾ところが、日本の最高裁判所は、具体的な事件の範囲を超えて、一般的な判断を下しがちである。そもそも最高裁判所は、ある法律の合憲性が争

われたとき、具体的事例を離れてその法律の文面上の合憲性について検討し、その合憲性を認める傾向がきわめて強いのである⁽¹⁾。このことが、最高裁判所が先例の前提となつてゐる事案を超えて判例の抽象的理論や結論だけを引用する傾向を生み出しているのである。これらのこととは、先例に対する最高裁判所の姿勢がいかに「いに加減」であるかを如実に示していよう。

また、このような先例拘束性原理を前提とすれば、最高裁判所の先例があるにもかかわらず、先例の妥当すべき同種の事例で下級裁判所がそれを無視したり、それと反する判断を下すことは問題とされなければならない。下級裁判所が最高裁判所の憲法判例を妥当とすれば、これをみずかららの判断で採用し、これに従わないであれば、その理由をみずかららの判断で述べればよいといふ見解⁽²⁾は、妥当とは思われない。もちろん先例が拘束力を持つのは、同種の事案に限られる。事案が異なれば、当然先例は適用されないのであるから、後の事件で、下級裁判所は、先例を前提とされた事案に限定して事案を区別すれば、先例とは異なる判断を下すことも許される。さらに、一定の場合には、下級裁判所が最高裁判所の先例に従わないことが正当化される場合もあると考えられる。例えば、佐藤幸治教授は、「最高裁判所の考え方方に変化なししそのきをしが見られるとき」「新傾向を先取りする」というが正当化されることもあるといふべき」だとう。このように解せば、先例拘束性を認めても、下級裁判所が最高裁判所の先例に何が何でも従わなければならぬことにはなるまい。むしろ先例拘束性といふ点で問題とされるべきは、下級裁判所が、最高裁判所の先例の前提とされていてる事案を考慮することなく、最高裁判所の宣言した理論だけに追従する傾向がある点であろう。

(2) 憲法判例の変更

このように先例拘束性原理が認められるべきだとしても、憲法判例の場合には、通常の先例とは異なつた考慮が

必要である。実際、アメリカでも、合衆国最高裁判所は、憲法判例については判例変更を比較的簡単に認めている。日本でも、既に判例に事実上の拘束力しか認めない通説にあつても、判例変更が可能であること、憲法においては判例変更是緩やかに認められるべきことは承認されてきていた⁽³⁾。そして、先例拘束性原理を認める学説もこのことを認めている。通常の事件の判例であれば、国会が望ましくないと考えた場合それを修正することができるが、憲法判例の場合、判例変更されない限り、憲法改正によってしかそれを覆すことができないからである。また、憲法判例が、しばしば当該具体的な事案だけを射程にして下されるわけではないことも重視する必要があろう。憲法判例は必然的に当該具体的な事案を超えた影響を持たざるをえないものである。従つて、憲法判例については、通常の場合より先例拘束性は緩やかに捉えるべきである。

しかし、先例拘束性原理が認められる以上、先例の変更是まったくの自由だとは考へがたい。まず第一に、少なくとも先例拘束性原理が認められる以上、「その変更に際しては、先例に適正な配慮を払いつつもなおその変更を必要とする理由が示されなければならない」と言うべきであろう。この点、既に判例に事実上の拘束力しか認めない通説でも、憲法判例の変更が例外的に、正当な理由がある場合に限り正当化されるとされてきていた。例えば芦部教授は、①「時の経過により事情が変更したという理由」、②「経験の教え」に照らして調節が必要だという理由⁽⁴⁾、③「先例は誤りだという理由」を、判例変更を正当化する理由と示唆している。この点、先例拘束性を認める立場でも、佐藤幸治教授は、裁判所は「十分の理由のある場合」に判例を変更できるとし、基本的には、「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ばは合理的疑いを越えて」納得できる場合に限つてのみ判例変更が正当化されるといふ。また佐藤幸治教授は、別のところでは、「変更するか否かは基本的には裁判所の裁量に属する」としつつ、憲法判例の変更が妥当とされる場合のうち、まず判例変更が必要性の観点から正当視される場合として、①「矛盾する先例を選択する必要があるとき」、②「先例の解釈が実行不能ないし重大な困難

を帰結するとき」、③「先例に明白な誤りが存するとき」、④「明示的変更が以前の事実上の変更の宣言にとどまるとき」の各場合を挙げ、また憲法判例の変更が必ずしも必要とは言えないがなお正当とされる場合として、①「ある先例に従うかあるいは他の判例に示されるそれと相対立する哲学に従うかを選択しなければならないとき」、②「先例がその後の時代的要請に対応しなくなつたとき」、③「慎重な再検討に基づき先例と違つた解釈の妥当性を確信するに至つたとき」を挙げる。他方佐藤幸治教授は、憲法判例の変更が不當な場合として、①「被変更判例の推論と分析に適正な考慮を払わないとき」、②「判例の継続性の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」、③「判例変更が裁判所の構成員の変動にのみ由来するとき」を挙げる。²⁵⁾

この点では、国家公務員の争議行為の禁止に関する事例で、全農林監職法事件判決²⁶⁾が、全司法仙台事件判決²⁷⁾を覆したことに対しては重大な疑問の余地がありえよう。最高裁判所は、なぜ先例を覆さなければならなかつたのかほとんどじと説明しておらず、最高裁判所の構成が変わつたための先例変更としか考えられないからである。田中二郎裁判官ら五人の裁判官は、多数意見に対して次のように批判している。「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ことは、改めていうまでもないところである。ことに、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解釈をとり、右の先例を変更して新しい解釈を示すにあたつては、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たらさるものであり、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。もとより、法の解釈は、解釈者によつて見解がわかれうる性質のものであり、憲法解釈においてはとくにしかりであつて、このような場合、終極的決定は多数者の見解によることにならざるをえない。しかし、いつたん公権的解釈として示されたものの変更については、最高裁判所のあり方としては、その前に変更の要否ないしは適否について特段の吟味、検討を施すべきものであり、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」と。判決は「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」することによつてはじめて先例拘束性が認められるとしている点で、この意見は適切とは言えない。²⁸⁾しかし、判例変更是慎重であるべきだとするその趣旨は支持できよう。

おそらくこの点で最も問題となるのは、先例が誤つていると考えた場合には判例変更が正当化されると考えるかどうかであろう。この点アメリカでは、先例が誤つていれば判例変更してもかまわないのではないかという見解も有力に主張されており、日本でも芦部教授はそのような立場を示唆している。さらに、「判例変更によつてもたらされた新しい解釈・適用の中身が正当であれば、判例変更も正当であり、中身が不当であれば、判例変更も不当だつた」という評価になるはずであり、大切なことは判例変更という形式ではなくて、その中身である」という声も聞かれる。²⁹⁾しかし、それでは先例拘束性を認める意味はほとんどない。やはり、先例拘束性を前提として、先例に判例変更を正当化するほどの誤りが存在し、判例変更が司法権の正当性を損なわないものであるような場合に限つて判例変更を認めるべきではなかろうか。

5 結びに代えて

本稿では、憲法判例の拘束力について從来の憲法学の考え方を再検討し、日本でも判例は「法源」と認められるべきこと、先例拘束性原理が認められるべきことを主張した。最高裁判所の判例は、後の同種の事件で最高裁判所を拘束し、そして後の同種の事件で下級裁判所をも拘束する。しかし、最高裁判所の判例は、具体的な事案を前提として下されるものであり、従つてその判例も、その具体的な事案を前提とする限りにおいてのみ拘束力を持つ。今日何よりも必要なことは、「事実上の拘束力」といつた意味のない概念を捨てて、このことをもっと真剣に受けとめることが必要である。

- (1) 中野次雄編『判例とその読み方』(有斐閣、一九八六年) 四頁、六頁。
- (2) 中野編・前掲書八頁。
- (3) 英米法における先例拘束性原理については、Rupert Cross, *Precedent in English Law* (3rd ed. Oxford University Press 1977); Arthur L. Goodhart, *Precedent in English and Continental Law*, 50 Law Q. Rev. 40 (1934) 参照。邦文では、望月礼二郎『英米法』(青林書院、一九八一年) 九〇~一〇頁、田中英夫『英米法総論』(東京大学出版会、一九八〇年) 四七七頁以下参照。
- (4) この点については、松井茂記『裁判を受ける権利』(日本評論社、一九九三年) 一六五~一六七頁参照。
- (5) 田上毅治『日本国憲法原論』(青林書院、一九八〇年) 一二八頁。

- (6) 佐藤功『ボケット注釈全書 憲法』(新版) (有斐閣、一九八四年) 九七二頁。
- (7) 中野編・前掲書注(1) 一五頁。
- (8) 中野編・前掲書注(1) 一六一~一七頁。
- (9) 戸松秀典「最高裁判所の憲法判例における先例の扱い方について」高柳信一古稀記念『現代憲法の諸相』(専修大学出版局、一九九二年) 一九七頁参照。最高裁判所が先例を偏重する傾向については、伊藤正己『裁判官と学者の間』(有斐閣、一九九三年) 四三頁以下参照。
- (10) 大東水喜訴訟最高裁判所判決(最一小判一九八四・昭和五十九年一月二六日民集二八卷1号五三頁)に対する下級裁判所の反応を見れば、下級裁判所が、いかに最高裁判所の先例に(その前提とされた具体的な事案を考慮することなく)追従しているかがよくわかる。もつとも、過去においては、最高裁判所を無視する下級裁判所判決も見られた。芦部信喜『憲法判例の拘束力と下級審の対応』国家学会百年記念『国家と市民 第一巻』(有斐閣、一九八七年) 五一頁参照。
- (11) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、一九七三年) (以下、芦部『憲法訴訟』と引用) 二八頁、同『現代人権論』(有斐閣、一九七四年) (以下、芦部『人権論』と引用) 三三二~三三八頁、同『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣、一九八一年) (以下、芦部『現代的展開』と引用) 一一頁、同『演習憲法新版』(有斐閣、一九八八年) 三〇一頁、同『憲法学』(有斐閣、一九九二年) (以下、芦部『憲法学』と引用) 一三三~一三九頁、同『憲法』(岩波書店、一九九三年) (以下、芦部『憲法』と引用) 三〇四頁、伊藤正己『憲法』(弘文堂、一九九〇年) 七九~八〇頁、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法II』(有斐閣、一九九二年) 一七一~一七三頁(野中俊彦執筆) (以下、野中と引用)。
- (12) 佐藤幸治『憲法』(新版) (青林書院、一九九〇年) 一二一頁、芦部『憲法学』前掲書注(1) 一二五頁、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I』(有斐閣、一九九二年) 八頁(高橋和之執筆) (以下、高橋と引用)。
- (13) 宮沢俊義『憲法』(改訂版) (有斐閣、一九六九年) 六七頁、伊藤・前掲書注(1) 八〇頁、芦部『憲法学』前掲書注(1) 一二六頁、一三五頁、同『憲法』前掲書注(1) 一二一頁、三〇四頁。

- (14) 高橋・前掲注(12) 一二三頁。
- (15) 田中英夫『英米法研究 I 法形成過程』(東京大学出版会、一九八七年)五頁。
- (16) 田中・前掲書一〇頁。
- (17) 田中・前掲書一五一六頁。
- (18) 小嶋和司教授は、憲法学で例外的に判例の法源性を認めた一人であつた。小嶋教授は、「事実上の法源」という概念を「法源」の語の妄用」と批判し、国法は、上告審裁判所の判決が存在する場合、それが変更されない限り、それをもつて日本国における社会關係を支配すべき法としており、「判例は、この意味での法を指示する法源である」としていた。小嶋和司『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3』(有斐閣、一九八〇年)以下、小嶋「憲法判例」と引用)二〇九頁、二二一—二二二頁。また、小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、一九八七年)八九一九〇頁参照。
- (19) ただ、少なからざる学説は、判例が積み重ねられることによって「判例法」となるという見解をとつていた。橋本公亘『日本国憲法(改訂版)』(有斐閣、一九八八年)六八五頁、佐藤功・前掲書注(6)九七一頁参照。
- (20) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社、一九八四年)二七二頁。
- (21) 佐藤幸司・前掲書二七七一七八頁。また、佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、一九八八年)三五〇—三五一頁、同・前掲書注(12)二六一—七頁参照。
- (22) 佐藤幸治・前掲書注(12)二三三頁、二六一頁。
- (23) 浦部法穂『事例式演習教室憲法』(勁草書房、一九八七年)以下、浦部『演習』と引用)二三七—三八頁。また、浦部法穂「最高裁判所の判例」奥平康弘・杉原泰雄編『憲法学6』(有斐閣、一九七七年)以下、浦部「判例」と引用)四八頁、四八一五二頁も同趣旨。
- (24) 戸松・前掲注(9)一一七一一八頁。

- (25) 江橋崇・戸松秀典『基礎演習憲法』(有斐閣、一九九一年)三〇七頁(戸松秀典執筆)(以下、戸松と引用)。但し戸松教授は、最高裁判所自身の先例に対する曖昧な態度から見て、先例が最高裁判所自身あるいは下級裁判所に拘束力を持つと言えるかどうかを疑問としている。前掲三〇八頁。
- (26) 横口陽一「判例の拘束力・考」佐藤功古稀記念『日本国憲法の理論』(有斐閣、一九八六年)所収六七五頁。また、横口陽一・栗城壽夫『憲法と裁判』(法律文化社、一九八八年)九七〇—一〇〇頁(横口陽一執筆)、横口陽一『憲法』(創文社、一九九二年)以下、横口『憲法』と引用)四〇五—四〇六頁参照。
- (27) 萩部・前掲注(10)八四一八八頁。
- (28) 萩部・前掲注(10)八四一八八頁。
- (29) 奥平康弘・杉原泰雄『憲法演習教室』(有斐閣、一九八七年)二七〇—二七一頁(杉原泰雄執筆)。また、杉原泰雄『憲法II』(有斐閣、一九八九年)三八〇頁参照。
- (30) 佐藤幸治・前掲書注(20)二六七頁、横口『憲法』前掲書注(26)一一〇頁。
- (31) この点で注意すべきは、この「法源性」は裁判所との関係でのみ妥当するということである。裁判所の判例が、他の政府の機関、つまり国会や内閣が従うべき「法」かどうかは、また異なる問題である。この問題は判例の「権威性」の問題として議論されているものである。松井茂記『最高裁判所判決と行政の関係』ジユリスト一〇三七号(一九九四年)九七頁参照。
- (32) この点、高橋一修教授は、「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」を提起し、英米法においても「先例の拘束力は事実上のもの」であり、日本で「事実上の拘束力」「法的拘束力」をめぐって議論する意味が改めて問われなければならないとして、最高裁判所判例の下級審に対する拘束力は「強い」「弱い」と言えばすみ、事実上の拘束力という概念も、法的拘束力という概念もともに廃棄した方がよいといつう。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』(有斐閣、一

九八七年) 139頁、154頁、157頁。しかし、はたして英米でも先例拘束性は事業上のものにすぎないかどうか疑問である。また、「強い」拘束力とか「弱い」拘束力とは、何を意味しているのであろうか。しかも、高橋教授は、「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」は日本でも承認されしかるべきだという。前掲一五九頁では、一体その拘束力とはいかなる規範に基づくものであろうか。

(33) 佐藤幸治・前掲書注(20) 179-180頁。

(34) 田中・前掲書注(3) 四八〇頁参照。

(35) Edward B. Whitney, *The Doctrine of Stare Decisis*, 3 Mich. L. Rev. 89, 94 (1904).

(36) United States v. Scott, 437 U.S. 82, 101 (1978), citing Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393, 405-08 (1932)(Brandeis, J., dissenting) (「先例拘束性は、既判力のルールとは異なり、普遍的な容赦のない命令なのではない。『先例拘束性のルールは、判決の一貫性と統一性に奉仕するものではあるが、柔軟性のないものではない。それに従うべきか、それともそれからそれるべきかは、もっぱら、かつて判断された問題を検討することを再び求められた裁判所の裁量の範囲の問題である』……。先例拘束性は、通常は、賛成な政策である。というのは、ほとんどの場合、適用される法のルールが正しく確立されるにこより、じわから確立されるに至る方がより重要だからである……。」)のことは、過ちが重大な関心事である場合であっても通例はそうである。但し、これは、是正が立法を通じてなされうる場合のことである。ところが、連邦憲法に関する事例においては、立法による是正が实际上不可能であるから、当裁判所はしばしば先例を覆していくだ。裁判所は、経験の教訓とより優れた推論の力に頼を垂れ、物理学において非常に有益な成果をあげてきた試行錯誤の過程が、司法の機能においてもまた適切であることを認めていたのである)。以上の見解については、William O. Douglas, *Stare Decisis*, 49 Colum. L. Rev. 735 (1949) 参照。憲法事件における先例拘束性については、Henry J. Abraham, *The Judicial Process* 324-27 (6th ed. Oxford University Press 1993); Albert P. Blaustein & Andrew H. Field, "Overruling" Opinions in the Supreme Court, 57 Mich. L. Rev. 151 (1958) 参照。

(37) James C. Rehnquist, *The Power That Shall Be Vested in a Precedent: Stare Decisis, the Constitution, and the Supreme Court*, 66 B.U.L. Rev. 345 (1986); Charles J. Cooper, *Stare Decisis: Precedent and Principle in Constitutional Adjudication*, 73 Corn. L. Rev. 401 (1988). 先例拘束性の無根を懸念する評議も少なくなる。Henry P. Monaghan, *Taking Supreme Court Opinions Seriously*, 39 Md. L. Rev. 1 (1979); Earl M. Maltz, *Some Thoughts on the Death of Stare Decisis in Constitutional Law*, 1980 Wis. L. Rev. 467; Earl Maltz, *The Nature of Precedent*, 66 N.C. L. Rev. 367 (1988).

(38) Gary Lawson, *The Constitutional Case against Precedent*, 17 Harv. J. L. & Public Policy 23 (1994).

(39) 最近とりわけ問題となってきたのは、*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) である。女性の妊娠中絶の権利を認めて中絶禁止法を撲滅と判断した同判決に対する批判の声もありに対し、合衆国最高裁判所は、このように同判決を、先例拘束性を理由に支持してきていた。そして、Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania v. Casey, 112 S. Ct. 2791 (1992) でも、三人の裁判官による共同意見は、*Roe*判決の是非にかかわらず、先例拘束性を理由に同判決を確定した。ところが、反対意見は、同判決が誤っていたことを理由に、判例変更を強く主張したのであった。先例拘束性についての現最高裁判所の各裁判官の考え方の対立については、Kathleen M. Sullivan, *The Supreme Court, 1991 Term — Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 Harv. L. Rev. 22, 70-76 (1992); Michael J. Gerhardt, *The Pressure of Precedent: A Critique of the Conservative Approaches to Stare Decisis in Abortion Cases*, 10 Const. Comm. 67 (1993) 参照。

(40) Henry Paul Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 Colum. L. Rev. 723, 748-53 (1988).

(41) Id. at 754. 先例拘束性に憲法上の根柢を求める見解は、ほかにも興味がある。Note, *Constitutional Stare Decisis*, 103 Harv. L. Rev. 1344 (1990); Michael J. Gerhardt, *The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory*, 60 Ge. Wash. L. Rev. 68 (1991) 参照。

- (42) Evan H. Caminker, Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?, 46 Stan. L. Rev. 817, 818 (1994).
- (43) Paul L. Colby, Two Views on the Legitimacy of Nonacquiescence in Judicial Opinions, 61 Tul. L. Rev. 1041, 1056-59 (1987).
- (44) Caminker, supra note 42, at 822.
- (45) 前注(16)参照。実際、アメリカでは「合衆国憲法」という憲法典が存在し、それが第一次的法源であることを否定するものはいないが、先例拘束性原理が認められている。先例拘束性原理に否定的な学説は、日本では判例は制定法と同じ意味では「法」とは言えないとするが、アメリカでも判例が制定法と同じだとされているわけではないし、先例拘束性原理を認める日本の学説もそのようなことを主張してはいない。
- (46) 佐藤幸治・前掲書注(20)二六六頁、浦部「判例」・前掲注(23)四九一五〇頁、芦部『憲法学』前掲書注(1)一二五頁。
- (47) 佐藤幸治・前掲書注(20)二六七頁。裁判所法四条は、先例拘束性を支持も否定もしないという見解もある。芦部『憲法学』前掲書注(1)一二六頁。
- (48) 佐藤幸治・前掲書注(20)二六七頁。なお、東京地判一九八〇年昭和五五年三月十四日判例時報九六七号一七頁は、最高裁判所の判例への尊重を、「審級制度下にある下級裁判所」としての義務と理解し、最高裁判所判例の「強い事実上の拘束力」を「審級制度から必然的に導かれる要請」という。審級制度は、あくまで当該事件に関する限りで問題となるものであるから、先例拘束性原理を審級制度からの必然的な要請と言ふことはできない。他方、上田勝美編『ミニナル憲法判例』(法律文化社、一九八六年)三五四頁、三五七—三五八頁(大久保史郎執筆)(以下、大久保と引用)は、審級制度は各裁判所が独自に判断を下すことを求めるという。しかし、審級制度が先例拘束性を否定するとまでは言えないであろう。
- (49) 田中・前掲書注(15)一五頁参照。

- (50) 田中・前掲書注(15)一七頁。
- (51) 田中・前掲書注(15)一七頁。
- (52) 佐藤幸治・前掲書注(20)二七八頁。また、佐藤幸治・前掲書注(12)二六一—七頁、同・前掲書注(21)三五一頁、三五六頁参照。もつとも、英米法でも、何が「先例」なのかについては、異なった見解が見られる。望月・前掲書注(3)九三—九八頁、田中・前掲書注(3)四八一—四八四頁参照。
- (53) なお、既に見たように、ここでいう「拘束力」は裁判所との関係で問題となるものであり、他の政府の機関、つまり国会や内閣との関係で問題となる判決の「権威性」とは異なる。従来「違憲判決の効力」という形で議論されてきたものは、主として後者の「権威性」を問題としてきた点に注意されたい。高橋一修「違憲判決の効力論・考」藤倉皓一郎編『英米法論集』(東京大学出版会、一九八七年)一一一頁、一一二頁は、この点を誤解しているように思われる。佐藤幸治・前掲書注(21)二八八—二九九頁参照。
- (54) Helvering v. Hallock, 309 U.S. 106, 119 (1940)(Frankfurter, J.)（「我々は、先例拘束性が重要な社会政策を具現したものであることを認める。それは法における連續性の要素をあらわしたものであり、合理的な期待を満たすという心理的な必要性に根ざしたものである。しかし先例拘束性は政策の問題であつて、最新の決定に、それがいかに最近のものであり疑問なものであつても、それに従うことがその範囲においてより包摂的で、本質的により健全であり、経験で実証された以前の理論との衝突を含むものである場合にまで従うことの機械的な公式なのではない」）；Boys Markets, Inc. v. Retail Clerk's Union, 398 U.S. 235, 240-41 (1970). 先例に「拘束」されるということの意味については、Larry Alexander, Constrained by Precedent, 63 S. Cal. L. Rev. 1 (1989) 参照。
- (55) 佐藤幸治・前掲書注(21)三六一頁、浦部『演習』前掲書注(23)一二三九頁。
- (56) このような傾向は、森林法事件判決(最高判一九八七年四月二二日民集四一卷三号四〇八頁)に典型的に見られる。最高裁判所は、ここで森林法の共有分割限を違憲と判断したが、その判断は経済的自由の制限に関する小

先商業調整特別措置法事件判決（最大判一九七二年昭和四七年一一月二二日刑集二六巻九号五六六頁）とも薬事法事件判決（最大判一九七五年昭和五〇年四月三〇日民集二九巻四号五七二頁）とも整合しないからである。

(57) 例えはその典型例は、岐阜県青少年保護育成条例事件判決（最三小判一九八九年平成元年九月一九日刑集四三巻八号七八五頁）である。青少年保護育成条例による有害図書の自動販売機への収納禁止の合憲性が争われたこの事件で、最高裁判所は「これが憲法二二条一项に違反しないことは、当裁判所の各大法廷判例……の趣旨に従じ明らかであるから、所論は理由がない」と結論し、さらにこれが憲法二二条一项前段の「検閲に当たらないことは、当裁判所の各大法廷判例……の趣旨に従じ明らかであるから、所論は理由がない」と結論した。しかし、憲法二二条一项違反の主張を斥けるために引用された判例のうち一つは、刑法二七五条の猥褻的表現の禁止に関する「チャタレ夫人の恋人」事件判決（最大判一九五七年昭和三二年三月二三日刑集一一巻三号九九七頁）と「悪徳の栄え」事件判決（最大判一九六九年昭和四四年一〇月一五日刑集二三巻一〇号一一三九頁）であり、残りの一つは青少年保護育成条例による淫行禁止規定に関する福岡県青少年保護育成条例事件判決（最大判一九八五年昭和六〇年一〇月二三日刑集二九巻六号四一二頁）である。これらは、青少年保護育成条例による有害図書の規制の合憲性についての先例とはなりえないはずであった。また憲法二二条一项の検閲禁止に当たらないとの結論の先例として引用されているのは、検閲検査にかかる検閲検査事件判決（最大判一九八四年昭和五九年一一月一一日民集三八巻一一号一一〇八頁）と裁判所による名著毀損的表現の差止めに関する北方ジャーナル事件判決（最大判一九八六年六月一一日民集四〇巻四号八七二頁）であった。これらは、いずれも有害図書の自動販売機への収納禁止が検閲に当たらないとする判断の先例とはなりえないものであった。

(58) 戸松・前掲注(9)一一六一一七頁、戸松・前掲注(25)二〇七頁。また、戸松秀典「憲法判例の明示的変更と默示的変更」ジユリスト一〇三七号（一九九四年）一一一頁、一一五頁参照。

(59) 佐藤幸治・前掲書注(20)一一八〇頁。

(60) 佐藤幸治・前掲書注(20)一一五頁、一一九頁、市川正人「適用違憲に関する一考察」佐藤幸治・初宿正典編「人権の

現代的課題（有斐閣、一九九〇年）三〇九頁、三一〇頁参照。

(61) しかも、最高裁判所は、一般に市販されていない裁判集に掲載されている判例すら先例として引用している。その上、引用されこそしないが、公刊されていない判例さえ先例として扱う傾向があるときさえ言われている。伊藤・前掲書注(9)四六頁。このような行為は、きわめて疑問である。

(62) 前掲注(29)、大久保・前掲注(48)三五八一三五九頁。

(63) 佐藤幸治・前掲書注(21)三六一頁。

(64) 佐藤幸治・前掲書注(21)三六一三六一頁。この点、Note, Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent, 60 Va. L. Rev. 494 (1974); David C. Bratz, Stare Decisis in Lower Courts: Predicting the Demise of Supreme Court Precedent, 60 Washington L. Rev. 87, 90 (1984) を参照されたい。

(65) 伊藤・前掲書注(9)四八一四九頁。

(66) 茅部「憲法訴訟」前掲書注(1)一一八頁、同「人権論」前掲書注(1)三三五一三三六頁、伊藤・前掲書注(1)八九一九〇頁、野中・前掲注(1)二七三頁。この点、伊藤正己「憲法判例の変更」公法研究二二号（一九六〇年）一頁参照。

(67) 佐藤幸治・前掲書注(20)一八四一八五頁、一八七頁、戸松・前掲注(25)二〇六頁。また、伊藤・前掲書注(1)六三八頁。もつとも、日本では判例の拘束性はそもそも厳格ではないのであるから、特に憲法判例についてだけ、その変更を容易なものと考へなければならないとする前提を欠いていいるという見解もある。浦部「演習」前掲書注(23)一一〇頁。

(68) 茅部教授は、そのように考へるべき根柢として、憲法は「生きた憲法」として「憲法典に現代的・具体的な意味を付与してゆかなければならぬ」ことも挙げている。茅部「憲法訴訟」前掲書注(1)一一八頁、同「人権論」前掲書注(1)三三五頁。この点については、異論がありえよう。松井茂記「二重の基準論」（有斐閣、一九九四年）参照。

(69) 佐藤幸治・前掲書注(20)一一六頁。

- (70) 芦部『人権論』前掲書注(1)二三三六頁、芦部『現代的展開』前掲書注(1)一一頁。
- (71) 佐藤幸治・前掲書注(2)三五三一三五四頁。
- (72) 佐藤幸治・前掲書注(2)三六九一三七一頁。また、浦部『演習』前掲書注(23)一二三九頁参照。
- (73) 最大判一九七三令昭和四八年四月二十五日刑集二七巻四号五四七頁。
- (74) 最大判一九六九令昭和四四年四月二日刑集二三巻五号六八五頁。
- (75) 佐藤幸治・前掲書注(20)二八七頁。
- (76) 野中・前掲注(1)二七四一二七五頁。
- (77) この点、浦部「判例」前掲注(23)五七頁は、「国民の基本的人権を縮減する方向での判例委員は、裁判所か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とすべきであろう」という。しかし、一概にこのように言うことはできないのではないかろうか。

裁判規範と政治過程

遠藤比呂通

第8章

- に関する二段階制立法政策説 150
 ——に関する立法過程説 148
 ——に関する立法者意思説 148
 ——の沿革 146
 ——の財源 160
 ——の事務 138
 憲法上の—— 144, 147
 地方公務員 167
 ——の勤務条件 167~
 地方財政 157~
 ——の自立性 157
 地方自治 119~
 ——と地方財政 157~
 ——の本旨 132, 140, 149, 157
 国民主権と—— 133
 人権と—— 132
 地方自治権 119~
 ——に関する固有権説 119~, 126
 ——に関する承認説 121, 127
 ——に関する制度的保障説 128
 ——に関する伝来説 119
 ——に関する成田説 124, 128
 ——に関する柳澤説（保険否定説） 122
 ——の本質 119~
 地方分権 157
 中央集権 157
 超過負担 163, 164
 道外制 152
 統治行為（政治問題） 19~
 統治行為肯定論 27
 統治行為否定論 27
 特別区 144, 154~
 特別地方公共團体 144
- 苦米地事件 19, 29, 30
 な 行
 内閣告示形式 190
 長尾裁判官再任拒否事件 105
 長沼ナナイキ基地訴訟 7, 19
 二重選挙事件 9
 任官差別事件 12
- は 行
 長谷川裁判官再任拒否事件 13, 105
 判決理由 50
 判 事 100~
 ——の指名 100~
 判事補 62, 93
 ——の指名 96~
 ——の指名拒否理由 98
 ——の新任 93
 判事補制度 63
 判 例 48
 ——の拘束性 48, 51
 最高裁判所の—— 48~
 「日の丸」 185, 188
 平賀書簡事件 14, 91, 105
 普通地方法團体 144
 分限裁判 77
 法律の留保 139
 傍 論 50
 東京都千代田区神田神保町 2~17
 発行 所 株式会社 有 製本 稲村製本
 電話 東京 (264) 1 3 1 1 (大代表)
 郵便番号 (101) 振替口座東京 6-370番
 本郷支店 (113) 文京区東京大学正門前
 京都支店 (606) 左京区田中門前町 44
- ま 行
 ミズリ一案 81
 宮本裁判官再任拒否事件 13, 105
 27
 27
 ら 行
 レイシオ・デシデンダイ 50



有斐閣
S52

有斐閣双書

憲法学 6 『統治機構の基本問題III』

昭和 52 年 2 月 15 日 初版第 1 刷印刷
 昭和 52 年 2 月 25 日 初版第 1 刷発行

奥 平 康 泰
杉 原 雄 允

江 草 忠 允
発行者

© 1977, 奥平康弘・杉原泰雄 Printed in Japan
 落丁・乱丁本はお取替えいたします。

★ 定価は外函に表示しております

◆本書の略語◆									
ジユリ	ジュリスト	*	*	*	*	*	*	*	行政事件訴訟法
判時法	判例時報	法学協会雑誌	刑公國	行公國	訴國	刑事訴訟法	公職選舉法	公職選舉法	行政事件訴訟法
時協法	法律時報	法律セミナー	*	*	*	裁判官の保障	立法院からの独立	立法院からの独立	立法院からの独立
時セ法	法學セミナー	*	*	*	*	1. 裁判官の保障 (r)	2. 行政府からの独立 (r)	3. 立法院からの独立 (s)	4. 司法行政機關からの独立 (r)
憲法講座	清宮四郎=佐藤功編・慈法講座 (全4巻) (有斐閣)	最高裁判所裁判官・国民審査法	裁財	裁限	審	裁判官分限法	裁判官分限法	裁判官分限法	裁判官分限法
体系憲法事典	田上穎治編・体系憲法事典 (青林書院新社)	最高裁判所裁判官・国民審査法	裁	裁	審	最高裁判所裁判官・国民審査法	最高裁判所裁判官・国民審査法	最高裁判所裁判官・国民審査法	最高裁判所裁判官・国民審査法
宮沢・コメンダール	宮沢修義・日本国憲法 [法律学体系・コメンダール篇] (日本評論社)	最高裁判所裁判官・国民審査法	裁	裁	審	裁判官彈劾法	裁判官彈劾法	裁判官彈劾法	裁判官彈劾法
最高裁判所判例集	最高裁判所 [民事] 判例集	最高裁判所裁判官・国民審査法	自	自	治	地方自治法	地方財政法	地方財政法	地方財政法
地判行裁例集	地方法院判決	最高裁判所判決	独	獨	禁	私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律	民訴規則	民訴規則	民訴規則
刑集民集	行政事件裁判所判決	最高裁判所 [民事] 判例集	弁	辯	訴	弁護士法	民事訴訟法	民事訴訟法	民事訴訟法
	最高裁判所 [民事] 判例集	最高裁判所 [民事] 判例集	民	民	規	民訴規則	民訴規則	民訴規則	民訴規則

◆本書の略語◆

- 第1編 裁判所.....
1 裁判官の独立.....
 1. 裁判官の独立の保障 (r) 2. 行政府からの独立 (r)
 3. 立法院からの独立 (s) 4. 司法行政機關からの独立 (r)
 5. 社会的勢力からの独立 (r)
2 統治行為 (政治問題)
 1. 統治行為の意義 (r) 2. 慎法上の根柢 (s)
◆関連問題◆ 裁判所法 3条の意義 (s)
3 最高裁判所による法律違憲の判断の効力
 1. 個別的効力説と一般的効力説 (s) 2. 理論と実際の要請との妥協 (個別的効力説と一般的効力説との合一化傾向) (s)
 3. 効力論にまつわる若干の技術的問題 (s)
◆関連問題◆ 法律違憲判決の廃止効 (s)
4 最高裁判所の判例
 1. 判例の意義 (s) 2. 故法判例の一般性と特殊性 (s)
 3. むすび (s)
◆関連問題◆ 英米の先例拘束主義 (s)
5 参与裁判官制度
 1. 参与判事補制度とは (s) 2. 判事補制度 (s) 3. 制定過程と内容 (s) 4. 参与判事補制度の問題点 (s)
6 最高裁判所裁判官の選任
 1. 最高裁判所裁判官の選任制度 (s) 2. 内閣の最高裁判官任命権と司法権の独立 (s)
◆関連問題◆ 最高裁判所裁判官の資格要件 (s)

最高裁判所の判例

判例は法であるといえるか。また、最高裁判所はその判例を任意に変更することができる。

1. 判例の意義

わが国では、ある個別具体的な事件に対して下された判例の拘束性 決が、後の裁判を拘束する——すなわち、先の判決が後の裁判の基準とされるべきである——という法原則（先例拘束性の原理）は、制度上明示的に確立されているものではない。そのようなところから、わが国においては、判例の拘束力は事實上のものであるとか（たとえば、下級裁判所が最高裁判所の過去の判決に従うのは、上告審での破棄可能性をもつての、事實上の問題であるとか）、判例の法源性（裁判の法的決定基準という意味での）を、同一内容の判決がくり返されることによって成立する慣習法として認めようとするなどの見解が存在する。しかしながら、先例拘束性の原理は、ただ1回かぎりの判決であっても拘束するといふところに意義があるのであるから、くり返されることを要件とすることはできない。そしてまた、上級審における破棄可能性という拘束も、決して事實上のものとはいえないはずである。すなわち、刑事案件においては、最高裁判所（または大審院もしくは上告裁判所たる高等裁判所）の判例違反は上告理由とされ（民訴406条2項、3項）、また民事においても、上告理由たる法令違背の中に最高裁判所（または大審院もしくは上告裁判所たる高等裁判所）の判例違反を含ませている（民訴394条、民訴規48条）。したがって、下級裁判所は、最高裁判所などの上告裁判所の判例に従うことが、法律上要請されているの

であり、もしこれに従わなかつた場合には、最高裁判所が判例を変更しないかぎり、当然に破棄され、差戻しをうけた場合、下級裁判所は当該事件について上級裁判所の判断に拘束されることとなるのである（表4条）。そして、最高裁判所は、憲法その他の法令の解釈について、前になした解釈と異なる解釈を後の裁判でしようとする場合には、大法官という特別の手続によらなければならぬ（同10条）。このかぎりで、最高裁判所などの上告裁判所の判例は、下級裁判所の裁判を拘束しておる。また、最高裁判所の判例は、最高裁判所の裁判を、小法官かぎりでは変更しえないので、程度において拘束するものであって、これをもつて単に事實上の拘束力とすることはできないであろう。もとより、この拘束力は、かつてのイギリスにおけるような、最高裁判所にあたる貴族院の判決は下級裁判所のみならず自身をも拘束し変更是立法による以外なしえない、というほどの絶対的なものではない。しかし、英米法の先例拘束性の原理は、今日ではアメリカにおいてはもちろん、その母国であるイギリスにおいても、これほど厳格に解されていないのである。

以上がわが国における判例の実定法上の地位である。

76条3項との関係 しかし、憲法76条3項は「すべて裁判官は……この憲法及び法律のみ拘束される」と規定しており、学説の中には、この規定を根拠に判例の拘束性を否定するものもある（田上穎治・憲法概要）ので、この点について若干のコメントを付加しておく必要があろう。

76条3項の規定は、通説的理解によれば、裁判官が個々の具体的事件を裁判するにあたって、その事件を規律する憲法および法律の規定だけを適用すべきことを意味する。要するにこの規定は、裁判官があらかじめ与えられた客観的基準（=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ではないことを意味するものである。したがって、ここにいう「法律」は、形式的意味の法律だけではなく、成文・不文を問わず、実質的意味の法律すべてを含むものと解され

るべきである。そうであれば、この規定は、判例の拘束性を否定する根拠となるはずのものではなく、逆に通説が、ここにいう「法律」に判例法を含めているのは、当然のことといわなければならない。ただ、制定法主義をとるわが国においては、判例は通常制定法の解釈という形をとる。したがって、判例の拘束性は、外見上は制定法の拘束性に吸収されることになるであろう（実質的には、判示された事項については、制定法の拘束性が判例の拘束性に吸収されることとなる）。

以上述べたように、わが国においても、最高裁判所の判決理由と傍論判例には一定の法的拘束力が認められるが、そうであれば、つぎに、先の判決のどの部分が判例として機能するのかという点が明らかにされなければならない。この点、従来から、判例を構成するには判決のなかに書かれている判決理由のうち、判決の結論にとって全くことのできない前提とされている部分（真の判決理由、いわゆるレイシオ・デシデンダム）であって、結論にとって関係のない傍論（オハイタ・ディクタ）は判例を構成しないと説かれることが多い。しかし、実際には、レイシオ・デシデンダムが判例として機能した事例もあり、したれば、またオハイタ・ディクタが判例として機能した事例もあり、したがって、判例を事実の問題として——すなわち、現実に後の裁判において従われたところの先例として——とらえるならば、以上の区別は意味をもたないというべきであろう。なにが判例を構成するかを、事実の平面でみるとなるならば、判例とは後の裁判が判例として引用したところのものであるとしかいいかからである。このように、事実の問題として、なにが判例として機能しているかを探究することも、法律学の重要な課題の一つであるが、本稿では、この点よりも、なにが判例として機能すべきかという、判例についての解釈論を展開することが中心課題とされよう。そのためには、まず、なにゆえ先例に従うべきことが要請されるのか、その実質的な根拠が明らかにされる必要がある。

判例の拘束性の要請
判例が制定法に準拠して行なわれるべきことが要請される。裁判といふ個別具体的な紛争を公權的に裁定し、もって社会秩序の維持をはかることを目的とするものである以上、権力による恣意的な実力的支配を許さないことをたてまえとする近代民主主義体制のもとにおける裁判は、なんらかの客觀的基準に準拠するという形式をとらなければ、その機能をはたすことはできないであろう。わが国を含めて、いわゆる大陸法系諸国においては、そのための第1次の基準は、制定法である。そして、裁判が制定法に準拠して行なわれるという保証がある場合、人々は自己の行為について一定の予見をうることが可能となり、自己の権利・利益の安全を期することができます。すなわち、人々は、自己の権利・利益が、どのような場合には法的保護＝国家権力による保護をうけるかを、あらかじめ知ることができます。ところが、制定法の各規定は、通常、ありうべき具体的な事実それ自体ではなく、その定型的なものを予定しあるいは抽象的な規定を与え、それに一定の法的効果を結びつけている。したがって、個別具体的な紛争事実は、つねに法の予定する事実そのままでなく、むしろ、法の予定する定型的事実からはずれるさまざまな事実を含み、あるいは、抽象的な形で与えられた法の規定する事実に該当するかどうか明確でない場合の方が多いといふことができる。個々の裁判は、このような、いわば非定型的な具体的紛争事実に、法を解釈・適用するものである。この場合、同種の紛争事実に異なった結論が与えられるならば、人々はその事実のもとで自己の権利・利益が保護されるか否か、予見することができないとならざるをえない。自己の権利・利益の安全の要求は、この場合、当然に、同種の事件は同様に解決されるべきである——すなわち、先例に従うべきであるとする要請を生みだすであろう。このように、判例（裁判上の先

判例拘束性の要請は、裁判が制定法に従うべきこととの要請と同じレベルにおいて、自己の権利・利益状況の安定という、社会構成員の要求から必然化されるものである。そして、この要求は、自己の権利・利益が権力の恣意に委ねられないという近代民主主義の公理として、尊重されなければならないものである。いわゆる法的安定性的要請の根拠は、この点にあることができる。

判例拘束性の要請の実質的根拠を、以上のように、人の権利・利益状況についての予見性の保障という点に求めることができるならば、拘束すべき判例とは何であるかについても、この点から確定されなければならない。ひとつの個別具体的な裁判例から人々が知ることができるのは、どういう認定事実に対してどういう理由からどのような結論が与えられたか、ということである。したがって、少なくとも当該判決に書かれている理由づけのうち認定事実からその結論を導きだすにいたった直接的な理由づけについては、後の裁判においても、後の裁判でこれと異なる見解にたつ場合——判例を変更する場合オ・デシデンダイにあたる部分は、判例の構成要素と考えられるべきであり、後の裁判でこれと異なる見解にたつ場合——判例を変更する場合には、予見性の保障を侵害するに足る十分な理由（たとえば、先の解釈が明らかに誤りであることを納得させうるだけの理論づけとか、先の解釈の維持を困難とする社会的・経済的等の諸条件の存在についての論証など）が必要とされよう。当該判決に書かれているそのほかの理由づけについては、まず第1に、同じ甲という結論を導きだすのにAという理由づけとBという理由づけとが競合的ないしは選択的に書かれている場合には、甲という結論にとってより直接的な理由づけの方をレイシオ・デシデンダイとみるべきであり、他はいわゆる傍論として判例を構成しないとみてよいであろう。しかし、同じく傍論であっても、裁判所が、当該事件の事実とは直接関係のない仮定的な事実を設定しそれに具

体的な効果を付与している場合には、後にその仮定的事実に該当する具體的事案があらわれた場合にはそのように解決されるであろうという見を見を与えるから、これもやはり判例として機能すべきものとするのが妥当と思われる。

2. 憲法判例の一般性と特殊性

憲法判例の意義 いまでもなく、アメリカ型の司法審査制をとるわが国にあっては、憲法判例を生みだす独自の訴訟類型があるわけではない。裁判所は、民事・刑事・行政の各具体的訴訟において、原則として当該事件を解決するのに必要な限度で、憲法上の争点について判断を加える。すなわち、憲法上の争点についての判断は、それが自己目的なのではなく、具体的事件の解決という目的達成のための手段であるのが原則である。したがって、ある判決が憲法判断を含んでいても、その判決自体のレイシオ・デシデンダイにあたる部分と、憲法判例を構成する部分とは、必ずしも同一ではない。たとえば、aという行為が法規Aに違反するとして起訴されたが、法規Aが憲法に違反するとの理由で無罪とされた場合、この判決のレイシオ・デシデンダイは、a⇒無罪の結論にとって直接必要とされる理由づけである「法規Aは違憲」とする判断である。したがって、後に同じくaという行為が問題となつた場合には、判例に従って、法規Aは違憲との理由で無罪を言い渡すべきことになる。ここで確定されたのは、法規Aについての判例である。これに対し、憲法判例となるべき部分は、A⇒違憲とする憲法上の争点についての結論それ自体ではなく、A⇒違憲の結論にとって直接必要とされる理由づけでなければならない。それは、上記の例において、a⇒無罪の結論それ自体が判例ではなく、その結論にとって直接必要とされる理由づけが判例となる、というのと、全く同じ意味においてある。これを要するに、当該判決のレイシオ・デ

シデンダイ自体が憲法判例となるのではなく、憲法判例となるのは、そのレイシオ・デシデンダイに含まれる憲法上の争点についての結論にとつて直接必要とされる理由づけであり、ここに、憲法判例を判例一般と区別すべき特殊性が見出されるのである。なお、以上のことは、傍論が判例として機能すべき場合（前述）についても、同様である。

憲法判例には、判例一般と区別されるべき以上の権利・利益の予見性の保障と憲法判例についての裁判所の判断が先例として機能すべき要請の実質的根拠は、判例一般についてと同じく、人々の権利・利益状況についての予見性の保障という点に求められなければならない。ことに、憲法上の争点は、国民の基本的人権に直接かかわるものであるだけに、恣意的な解決によって、人権の保障を不安定なものにすることは許されないとすべきであろう。ところで、判例一般については、人は該判決の認定事実のごとき事実があれば、当該の結論が得られるであろうとの予見をうることができ、したがって、当該事件の具体的な事実（いわゆる判決事実）が、判例を確定する際に重要な意義をもつこととなる。これに対し、憲法判例については、前述した特殊性にもとづき、当該事件の具体的な事実が必ずしも重要な意味をもたない場合が多い。憲法判例にとつて重要なのは、憲法上の争点についての判断の理由づけのなかに書かれている諸事情である。したがって、ある判決における憲法判断が、判例として有効に機能するためには、十分な理由づけがなされていなければならぬ。それが不十分な場合には、憲法判例の確定はきわめて困難とならざるをえない。そして、憲法判例の確定にとつて重要な諸事情の内容は、憲法上の争点がどのような形で提起され解決されるかによって異なるであろう。以下では、これを類型化して考察することとした。

第1の類型は、當該事件が問題になる場合

この場合には、當該事件の具体的な事実に対する憲

の場合には、当該事件の判決事実は、憲法判例の確定にとって、どこに重要な意味をもたない。むしろここでは、当該法令の必要性・合理性を支える社会的・科学的等の事実（いわゆる立法事実）の存否が重要である。当該法令の規定の文言と憲法の条項とを単純に比較することによって合憲性を決定できる場合には、立法事実の存否の判断は必要ではなく、当該法令の文言自体が重要な要素となるが、このような場合はきわめてまれであろう。多くの場合には、当該法令を必要かつ合理的とする根拠となる事実の存否の判断なくして、その合憲性を決定することはできない。この点が判断されれば、人は、どのような立法事実があれば（もしくは、なければ）、どのような法令が合憲もしくは違憲とされるかについての予見をうることがができるであろう。逆に、当該法令の必要性・合理性についての具体的な論証がない場合には、人はそこから何の予見をうることもできない。このような判決は、憲法判例として機能すべき実質的基盤を欠くものといわなければならない。

第2の類型は、法令自体の合憲性ではなく、その法令の適用の合憲性が問題になる場合 法令が当該事件に適用されることについての合憲性が問題になる場合 法令が問題になる。これは、主として、当該法令の規定が、一般的な櫛括条項である場合、あるいは限定解釈を許す場合に問題となる。ここでは、どのような具体的な事実にどのような法令が適用されることが合憲か違憲か、という点が中心的な争点となるから、当該事件の具体的な事実がきわめて重要な意味をもつてくる。それと同時に、限定解釈の手法が用いられる場合は、その範囲内で、当該法令自体の合憲性についても判断されなければならないから、この場合には、立法事実も重要な要素とならざるをえない。

第3の類型は、行政処分その他の具体的行為もしくは事実状態の合憲性が問題になる場合 法令が問題になる場合 この場合には、當該事件の具体的な事実に対する憲

法的評価が、まさに争点として提起されているのであるから、なによりも具体的な事実それ自体が重要である。ここでは、具体的な行為等の根拠法令自身は問題にならないから、立法事実が問題とされる余地はないであろう。

憲法上の請求権の場合 第4の類型は、憲法の条項を直接根拠にして、なんらかの給付を請求する場合である（たとえば、憲法29条3項など）。この場合は、憲法が一定の請求権を与えており、どのような事実のもとでそれが認容されまたは棄却されるかの点が中心的な争点であるから、当該判決のレイシオ・デシデンティイそのものが憲法判例を構成する。したがって、ここでは、一般の判例と同様、当該事件の判決事実のみが問題となるはずである。

違憲審査の基準
憲法の判断についての判断 たとえば、ある基本的人権を制約している法令等の合憲性を審査するにあたって、裁判所は、その人権の制約立法の合憲性の判断基準を一般的に述べる場合がある。この場合、そこで問題とされている法令等の合憲性を決定するのに直接必要とされる基準は、当然に憲法判例の構成部分となるが、そのほかの当該法令等の合憲性の決定にとつて必ずしも直接の関係をもたない基準については、どう考えるべきであろうか。これらの中の基準は、いわば、憲法判断中の傍論ともいいうべきものであるが、しかし、裁判所が、憲法上の争点につき、仮定的な諸事情を設定しそれに合憲・違憲の具体的効果を付与している以上、後に当該基準にあてはまる法令等が問題となつた場合にはそのように判断されるであろうとの予見を与えるから、この部分もやはり憲法判例を構成するとみてよいであろう。すなわち、一般の判例にとつての傍論と同様に考えるべきものと思われる。

憲法判例の変更 わが国における判例の拘束性は、かつてのイギリスにおけるように絶対変更を許さないといいうほどに厳格なものではなく、最高裁判所は、大法廷手続によれば、いつでも判例を変

更することが可能である。このことは、憲法判例であれ他の判例であれ、異なるところはない。従来、憲法判例については、憲法の改正がその他の法令の改正より困難であるなどの理由から、他の判例よりも変更が容易なものと考えるべきだ、とする見解がしばしばみられた。しかし、判例の拘束性の要請の根拠を、既述のように、人の権利・利益状況についての予見性の保障という点に見出すならば、憲法判例についてだけ、他と区別すべき理由はないであろう。問題は、判例変更のルールである。何らのルールなしに判例変更が可能であるとするならば、予見性の保障も、ほとんどなき¹¹といふのとならざるをえない。この点は、先に述べたように、判例を変更する場合には予見性の保障を侵害するに足る十分な理由が必要とされる、と考えるべきである。（その理由として考えられるものは、くり返しをいとわざにいえば、①先の解釈が明らかに誤りであることを納得させうるだけの理論づけ、②先の解釈の維持を困難とする社会的・経済的等の諸条件の存在についての論証、などである。ただ、憲法判例は、国民の基本的人権にかかるものであるだけに、人権保障の観点よりする別の制約に服すべき場合がありうるであろう。たとえば、ある刑罰法規を違憲とする判例を変更する場合（同一の刑罰法規を合憲とする場合をも含む）には、溯及的処罰禁止の原則による制約をまぬかれず、直に判例変更の必要がある場合にも、判例の不適及的変更の手法が用いられなければならない。また、国民の基本的人権を縮減する方向での判例変更は、裁判所からぎり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とすべきであろう。

なお、違憲判決の効力につき一般的効力説をとる場合には、違憲とされた法令はそれによって一般的に無効となるから、当該法令については、判例変更の余地はないこととなる。しかし、その法令と同じ事情のもとにある他の法令については、この説のもとでも判例変更といふことは当

然考えられるは必ずである。すなわち、憲法判決の效力の問題と憲法判例の変更の可否の問題とは、論理的には別個の問題である。

3. むすび

以上は、判例の確定方法および変更のルールについてのひとつの討論である。わが国の場合、とくに憲法判例に関しては、十分な理由づけのない、抽象的な「公共の福祉」論や「国民全体の共同利益」論によりしかった安易な合憲判断が多く、また、恣意的なもしくは政治的とさえいえる判例変更がしばしば見出されうる。このような状況のもとでは、判例についての解釈論の展開は、裁判に対する社会的統制のひとつの理論として、重要な実践的意義をも持つであろう。しかし、これら判例の拘束性についての議論も、裁判所による法解釈が正当なものでない場合には、不当な解釈を固定化させるだけの機能しかはたしないこととなる。判例についての議論が、十分にその意義を發揮するためには、裁判所による法解釈の正当性を確保することが前提になる、ということを、蛇足ながらつけ加えておきたい。

◆ 関連問題 ◆ 英米の先例拘束主義

英米における先例拘束主義を説明し、わが国の制度と対比せよ。

れることがある。その意味で、英米の先例拘束主義も、裁判があらかじめ与えられた客觀的基準にもとづいて行なわれなければならないとする、近代の民主的裁判制度の基本的な要請のひとつがあらわれである。

(2) イギリスにおいて、制定法ではなく判例が裁判の基準とされるにいたたのは、イギリスの法の歴史的環境と無関係ではない。イギリスでは、古くから、裁判と法に関する情報は、裁判官および弁護士の手に独占されており、法はこれら特別の聖職者ないしカリスマ的権威をもつものの手中にある神聖な伝統とする信念が一般的であった。このようなどころから、法は、裁判官がイギリス本土の普遍的な慣習法を発見しこれを具体的なケースについて宣言したものと考えられ、18～19世紀にかけて判決の公刊の方法が整備されるにしたがって、先例拘束性の原理が確立されてきた、とされている（これらのことにつき、川島武宣「法律学の現代的問題点 [5]」法セ150号）。このような歴史的背景のもとに確立されたイギリスの判例拘束性の原理は、最高裁判所にあたる貴族院の判例は下級裁判所はもちろんのこと自己自身をも拘束し、国会の制定法によつてしか変更しえないとするほどに、きわめて厳格

に考えられていた。しかし、このような厳格な先例拘束主義は、法の便宜化をもたらし、社会的・經濟的等の変化に法が対応しない結果とならざるをえない。このため、貴族院は、好ましくない判例の拘束力を回避するために、前事件でレイシオ・デシデンダイと考へられたものは、実は真のレイシオ・デシデンダイではなくオバイタ・ディクタにすぎない、などの論理を用いて、實際上、先例拘束性を緩和する策をとっていた。しかしながら、こうした論理にも限界があり、貴族院の権威をそこなうことにもなりかねないところから、ついに1966年、貴族院自身が、先例の拘束力を緩和する旨の声明を発表し、嚴格すぎる先例拘束主義を排するにいたつたのである。

(3) 一方、アメリカにおいては、先例拘束性の原理も、きわめて柔軟に解されており、實際に、連邦最高裁はしばしば判例変更を行なっている。これが、「問題なく不合理または不正」の場合には先例は拘束力をもたないとするブラックストーンの理論を媒介して、アメリカのコモン・ローの継承が確立されてきた、とされている（これらのことにつき、川島武宣「法律学の現代的問題点 [5]」法セ150号）。このように歴史的背景のもとに確立されたイギリスの判例拘束性の原理は、最高裁判所にあたる貴族院の判例は下級裁判所はもちろんのこと自己自身をも拘束し、国会の制定法によつてしか変更しえないとするほどに、きわめて厳格に考へられる。アメリカでは、一般に、憲

- (1) 先例拘束性の原理 (principle of stare decisis) は、いうまでもなく、イギリス法の側面であり、それがイギリス植民地として発展をとげたアメリカにもうけつがれたものである。いわゆる大陸法系諸国においては、裁判の第1次的基本は制定法であるが、コモン・ロー一体系を中心とする英米においては、判例がその基準とされる。

法の改正がきわめて困難であることを理由として、とくに憲法判例については、その変更を不可能としあるいはきわめて厳格に解することは妥当ではない、と主張されているのである。

(4) 以上にみたように、英米の先例拘束主義も、アメリカにおいてはもちろん、イギリスにおいても原理的に

5 参与裁判官制度

参与裁判官（判事補）制度とはなにか、また、それは最近の司法政策の傾向のなかで憲法上でどのような問題があるか。

1. 参与判事補制度とは

参与判事補制度とは、最高裁判所裁判官会議が1972年9月13日に可決し同年11月20日に施行した「地方裁判所における審理に判事補の参与を認める規則」（以下「規則」と略称する）によつてうまれたもので、地方裁判所の1人制裁判所の審理に未特例判事補（後述）を「参与」させ、審理に立ち合わせたり意見を述べさせたりする、というものである。最高裁判所は規則制定にあたつて、その目的を、未特例判事補の事件処理能力の修得向上と、1人制審理の充実強化、特に前者に重点があると説明した。しかし、周知の通りこの制度は、最高裁判所で検討が開始されて以来各方面から厳しい批判をうけてきた。なぜなら、この制度によれば、裁判官でありますながら裁判結果に責任を負わない者が審判に関与することになるし、また、裁判官を裁判職務のうえで他の裁判官の従属下におくことになり、「裁判官の独立」（憲76条3項）を侵すおそれがあるといふ内容上の疑点と、このような裁判所の組織に關することは最高裁判所の規則制定権（同77条1項）の範囲をこえているという手続上の疑点とがあつたからである。加えて、最高裁判所がこの制度の検討を開始した1971年9月から制定に至る約1年は、1971年4月におこった宮本裁判官再任拒否・坂口修習生罷免事件を頂点とするいわゆる「司法の危機」問題がもっとも顕在化した時期にあたり、それだけにこの制度の創