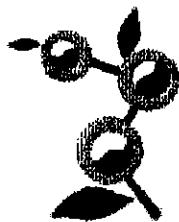


参院定数不均衡最高裁判決
最高裁二〇〇四年一月十四日
大法廷判決をめぐって



早稲田大学教授
今関源成
いませき・もとなり

はじめに

2004（平成16）年1月14日最高裁大法廷は、選挙人数を基礎とする選挙区間の最大較差1対5.06という参議院の定数不均衡を合憲と判断した¹⁾。参院における本件較差については先例で合憲とされた較差の枠内にとどまっていたり、6倍という通俗的な計数基準を超えていたため、合憲の結論は予想されたものである²⁾。しかし、最高裁裁判官の間で意見はさまざまに分かれた。多数意見も一枚岩ではな

く、従来の判例の枠組みとは異なる立法裁量の手続的統制を行政裁量の統制との類比で行って配分表の違憲性を強く示唆しながらも合憲の結論に止まつた意見（補足意見2）が新たに登場した。反対意見に加わる裁判官も各自追加反対意見を書いている。多数意見と反対意見の人数比は9対6（補足意見1（町田長官、金谷、北川、上田、島田）+補足意見2（亀山（検察官）、横尾（官僚）、藤田（学者）、甲斐中（検察官））対 福田（外交官）+梶谷（弁護士）+深澤（同）+濱田（同）+滝井（同）+泉³⁾）であり、2000年大法廷判決⁴⁾10対5から変化した。2000年にはキャリア裁判官対弁護士出身者⁵⁾という比較的はっきりした裁判官の対立構図が描けたが、今回1人のキャリア裁判官が違憲の側に立ったためにこれが崩れたことが注目される。反対意見を書いた裁判官たちは、民主主義システムの正統性危機に対する強い危惧を表明している。

I 従来の枠組み

議員定数不均衡問題は、1976年の衆院最高裁違憲判決以降も30年近く裁判所で争われ続けてきている。衆院の定数配分を対象とする場合、判断枠組みは、以下のようなものである⁶⁾。①憲法の保障する選挙権の平等の原則は投票価値の平等を含む。②立法裁量論：憲法47条を根拠として、定数配分について広い立法裁量を認め、「公正かつ効果的」代表の実現につき、投票価値の平等は唯一絶対ではないとされ、憲法上の要請とされながらも他の政策的考慮事項によって相対化され、立法

1) 判時1849号3頁、判タ1144号105頁。本件の評証として、新井誠「参議院議員選挙をめぐる2つの最高裁大法廷判決」法セ594号68頁。

2) 従来の判例の流れ、とりわけ2000年と1998年の大法廷判決に関して、井上典之「公職選挙法14条、別表第3の参議院（選挙区選出）議員の議員定数配分規定の合憲性」民商124巻6号48頁参照。

3) 括弧による注記は前職。注記を付していない者はキャリア裁判官である。

4) 最大判2000（平成12）・9・6民集54巻7号1997頁。選挙時の最大較差1対4.98の合憲性が争点。

5) 多数意見には、山口長官、千種、藤井、金谷、北川、町田のキャリア裁判官に検察官（井嶋、亀山）、官僚（大出）、学者（奥田）出身者が加わり、弁護士出身者4人（河合、遠藤、元原、梶谷）と外交官出身者（福田）が反対意見を書いた。

6) 最大判1976（昭和51）・4・14民集30巻3号223頁参照。衆議院の場合は、「投票価値の不平等が、国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんしゃくしてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているとき」で、それを「正当化すべき特段の理由が示されない限り」違憲となる。

裁量権の行使に合理性が認められれば平等が破られてもやむをえないとする。③合理的期間論：人口変動によって不平等が許容限度を超えた場合（「違憲状態」）には、立法不作為の構成をとり、国会がその事実を知ってから具体的は正策を決定するのに必要な猶予期間が設定され、その徒過がなければ「違憲」とされない。④いわゆる事情判決の法理の援用：「違憲状態」にあるにもかかわらず何ら是正が行われないまま「合理的期間」が徒過し「違憲」となっても、裁判所は、いわゆる「事情判決の法理」を援用して選挙を無効とせず、主文において違憲を宣言するにとどめる。

参議院の定数不均衡の場合には、憲法が二院制を定める趣旨を受けて参院の特殊性が加味され、立法裁量の幅は衆院より格段に広がる⁷⁾。まず、①二院制の趣旨に照らし、「公正かつ効果的」代表を実現するために、職能代表的色彩（全国区）と地域代表的機能（都道府県単位制）を参院選挙制度に付与することは「専ら立法政策の問題にとどまる」とされ、国会が定めた現行制度の仕組みが裁量の合理的行使として是認しうる以上、投票価値の平等の要請は「一定の譲歩、後退を免れない」とされる。次いで、②人口の変動によって不均衡が生じた場合については、「人口の異動が当該選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態を生じさせ、かつ、それが相当期間継続して、このような不平等状態を是正するなんらの措置を講じないことが、前記のような複雑かつ高度に政策的な考慮と判断⁸⁾の上に立って行使されるべき国会の裁量

的権限に係るものであることを考慮しても、その許される限界を超えると判断される場合に、初めて議員定数の配分の定めが憲法に違反するに至るものと解するのが相当である」という定式が示される。さらに、「二院制の本旨」から「選挙区割や議員定数の配分をより長期にわたって固定し、国民の利害や意見を安定的に国会に反映させる機能」をもたせることも立法政策として許容され、偶数配分制をとる以上、総定数を増減しないままの較差は正には限界があることも考慮される。

立法府に対する最大限の「譲歩」が、ここに示されている。憲法47条を根拠とする広い立法裁量権の行使に際して、立法府が投票価値の平等を実現しなくともよいことを根拠づける様々な考慮事項を挙げ、判決は憲法上の要請とされた投票価値の平等の憲法規範的意義を事実上無化している。この審査基準によって違憲判断が下されることとは、およそありえそうもない。むしろ、民主主義にとって絶対にあってはならないことのように思われる。実際、最高裁が参院の定数配分を違憲と判断し、事情判決の法理が援用されるに至ったことはない。「到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態」（違憲状態）は認定されたことがあるが、「相当期間」⁹⁾という高いハードルゆえに、結局合憲判断に終わっている¹⁰⁾。

憲法47条と二院制の本旨に裏づけされた立法裁量、相当期間、事情判決の法理という3つの法理に立法府は守られている。事情判決の出番はまだない。違憲判断即無効という構成を放棄した上で、なお違憲判断にこれほど躊躇を示す理由を理解するのは難しい。選

7) 最大判 1983(昭和 58)・4・27 民集 37 卷 3 号 345 頁参照。

8) 「社会的、経済的変化の激しい時代にあって不斷に生ずる人口の異動につき、その政治的意味をどのように評価し、政治における安定の要請をも考慮しながら、これをいつどのような形で選挙区割、議員定数の配分その他の選挙制度の仕組みに反映させるべきか、また、これらの選挙制度の仕組みの変更にあたって予想される実際上の困難や弊害をどのような方法と過程によって解決するかなどの問題」（前掲注 7）最大判 1983・4・27 民集 352-353 頁のこと。

9) 衆院の合理的期間論に対応するが、参院の任期の長さ、代表の安定性の要請、定数配分見直し規定の欠如等からより長いと理解されている。

10) 最大判 1996(平成 8)・9・11 民集 50 卷 8 号 2283 頁。評析として、安西文雄「立法裁量論と参議院選挙区における投票価値の平等」法教 196 号 26 頁参照。

挙という民主制の土台にかかわる問題について、3つの法理で三重に国会の事実上の怠慢を敢えて保護し、投票価値の平等という憲法規範を否定することは、違憲立法審査機関としての職責の放棄であろう。

2004年大法廷判決では、立法裁量論が包藏する問題点に、各裁判官が従来の反対意見よりも立ち入った形で応えようとしている。

II 2004年1月14日大法廷判決 多数意見：2つの立法裁量論

本件で問題となったのは、2000年に改正された定数配分規定に基づく2001年7月の選挙における鳥取県選挙区と東京都選挙区の議員1人当たりの選挙人数を基準とする最大較差1対5.06である。2000年の公選法改正は、非拘束式比例代表制の導入¹¹⁾と、参院の定数削減を目的とするものであった。定数は比例区選出で4人、選挙区選出で6人が削減された。定数不均衡是正は直接の目的ではなかったが、逆転現象の解消と定数不均衡の拡大を防止するという配慮から、定数4人の選挙区の中で人口の少ない3選挙区の定数を2人ずつ削減した。この改正によって、いわゆる逆転現象は解消されたが、改正前後で人口を基礎とする最大較差4.79は変わらなかった。

原審東京高裁は、先例の判断枠組みを再確認した後に、本件較差について「一連の最高裁判所判決の判示する趣旨¹²⁾に従って」として、先例で問題となった最大較差の数値と比較して本件較差の合憲性を導出した¹³⁾。

最高裁の多数意見は本件較差について、最終的には原審の判断を是認し合憲の結論を支持するが、その論理構成では意見が割れた（補足意見1と2）。

11) これについては本件と同日付で最高裁が合憲性を認めている。

12) 83年大法廷判決1対5.26、86年一小判決1対5.37、87年一小判決1対5.56、88年二小判決1対5.85、98年大法廷判決1対4.97、2000年大法廷判決1対4.98、これらの較差はすべて合憲とされた。96年大法廷判決で違憲状態とされたのは、1対6.59。

13) 東京高判2002(平成14)・10・30判時1810号47頁。

14) 反対意見は、これを違憲とは考えない（梶谷、泉各追加反対意見等参照）。

1 「補足意見1」

これは、5人のキャリア裁判官によるものである。判断枠組みとしては、従来の先例に忠実に従っている。従来と異なるのは、本件較差の合憲性を導くに際して、偶数配分と都道府県単位制を較差是正のために改めるべきだという原告側の主張に応えている部分である。偶数配分をやめると「47選挙区のうち15選挙区が定数1人の選挙区となり、これらの選挙区では、6年に1度しか参議院（選挙区選出）議員の選挙が行なわれないことになるから、……定数2人以上の選挙区と定数1人の選挙区との間において投票機会の著しい不平等が生ずることになり、憲法上の疑義が生じかねない」とする¹⁴⁾。このような制度の採用は立法裁量の範囲外となると読めるが、投票価値の平等は憲法14条等に根拠を持つにもかかわらず、立法裁量の前に大きく譲歩を迫られるのに、憲法の規定する半数改選制から派生する偶数配分制あるいは「投票機会」の平等は立法裁量を制約するというのは、整合性を欠いている。広汎な立法裁量を認める立場に立ちながら、偶数配分制の合理性を擁護するあまり、かえって立法裁量を制約する根拠を導き出し、立法裁量論の前提を掘り崩してしまう点で、この意見は自家撞着に陥ったように思われる。別言すれば、立法裁量の結果に過ぎない既成事実（偶数配分制）を、憲法上の要請に格上げし正当化しようとする点で倒錯した憲法論である。

また、区割りに際して都道府県を単位とすることにも、合区分区の主張に対する反論の中で憲法上の根拠が与えられようとしている。合区分区を行うと、「地域社会の歴史的成り立ちや政治的、経済的、社会的な結び付き、地域住民の住民感情等からかけ離れた選挙区割

りとなり、政治的にまとまりのある単位を構成する住民の意思を集約的に反映させることにより地方自治の本旨にかなうようにしていくとする従来の都道府県単位の選挙区が果たしてきた意義ないし機能が果たされなくなるおそれがある」という。都道府県単位制が「地方自治の本旨」と結び付けられて、投票価値の平等を実現するための合区分区に対する憲法上の障害であるかのようなニュアンスがつけられている。合区分区の主張を封じるために、従来の立法裁量論的発想から「二院制」も動員される。合区分区の繰り返しは「参議院が国民の利害や意見を安定的に国会に反映させる機能」を阻害し二院制の実効性を殺ぐので、合区分区による投票価値の平等の実現が「従来の選挙区割りに比して憲法の趣旨により適合する合理的なものであることが明らかであるとまでいふことはできない」とされる。

上告人の現行の仕組みを前提とせず投票価値を実現すべきであるとする主張をこのように退けた上で、いわゆる逆転現象が消滅したことでも勘案して、補足意見1は、公選法改正によって前記較差が残ったとしても「当該選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度に達しているとはいはず、本件改正をもって立法裁量権の限界を超えるものということはできない」とし、改正9カ月後の本件選挙時の較差も合憲とした¹⁵⁾。

2 「補足意見2」

この意見は「従来の多数意見」に対して「立法府に要請される複雑高度な政策的考慮と判断を理由に、とりわけその単なる不作為についても、結果的に極めて広範な立法裁量の余地を是認してきたことについては、賛成することができず、そのような思考枠組みに従

うことはできない」と批判的立場をとる。具体的な内容は、次のようになる。
①立法裁量権の行使については、憲法の趣旨に反してはならないという消極的制約だけでなく「憲法が裁量権を与えた趣旨に沿って適切に行使されなければならないという義務」も付随している。
②裁量権行使の態様、「例えば、様々な要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならないのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはないか、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、又はさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断がなされてはいいなか、といった問題は、立法府が憲法によって課せられた裁量権行使の義務を適切に果たしているか否かを問うものとして、法的問題の領域に属し」違憲審査の対象となる。
③参院選挙制度創設時の政策判断（投票価値の平等、地域的利益への配慮、半数改選制を前提とする各選挙区への2名定員の当然の配分）は合理的だが、その後の人口分布の大きな変化によって「3要素（地域的利益、半数改選制、人口比例）間における均衡が著しく崩れたにもかかわらず、このことに全く配慮することなく、ただ無為の裡に放置されて来た」といった状況が認められるとしたならば「適正な立法裁量権の行使とはいえない。
④要考慮事項には軽重があり、「立法政策上考慮されることは可能であるが憲法上の直接の保障があるとまではいえない事項」よりも「憲法上直接に保障されていると考えられる事項」の方を「当然」重視すべきである。地域代表的要素、都道府県単位制などは前者であるが、投票価値の平等は後者に属する。
⑤裁量判断において重視すべき投票価値の平等が大きく損なわれている状況下で、偶数配分制を維持し地域的利益に配慮しようとすれば、現行制度のあり方 자체を変更しなければならなくなるのは「自明」

15) 補足意見1への島田裁判官の追加補足意見は、現行制度（都道府県単位制、偶数配分制、定員現状維持）を前提とする限りで、今は合憲としたことを強調しており、その仕組みを変更しても是正を図る必要が出てくる場合もあり、最大較差が1対5程度でも逆転現象が著しいとき、または投票価値の平等を「不当に軽視した」場合には違憲となるとする。

であるが、「それにもかかわらず、立法府が一向にそういう作業に着手しないのは、何をどのように考慮したことであるのか、また、そこには合理的な理由が認められるのか否かが問題と」なる。⑥以上の前提に立つと、立法府はこれらの問題について「十分な対処をしてきたものとは到底いえず」、「立法府自らが基本的にどう考え、将来に向けてどのような構想を抱くのかについて、明確にされることのないままに、単に目先の必要に応じた小幅な修正を施して来たにとどまるものといわざるを得ない。これでは、立法府が、憲法によって与えられたその裁量権限を法の趣旨に適って十分適正に行使して来たものとは評価し得ず、その結果、立法当初の選挙区間における議員1人当たりの選挙人数の較差からはあまりにもかけ離れた較差を生じている現行の定数配分は、合憲とはいえないのではないかとの疑いが強い」。⑦「もっとも、本件についてより詳細に検討するならば」、逆転現象の解消と定数較差の拡大防止が「今回の改正の目的（考慮要素）の一つ」であり、「不平等是正に向けての一歩であることは疑いがない」。もとより今回改正は、較差減少を直接の動機とするものではなく、「最小限の作業」に過ぎないが、しかし「参議院の定数削減それ自体、国民の要望に基づき立法府が果たすべき課題の一つであったこと」、現行都道府県単位制を前提とすると総定数削減により「最大較差の是正の余地はそれだけ窮屈なものになること等」にかんがみると、「今回の改正作業にそれなりの合理性が認められることを否定することはできない。その意味において、私たちは、今回の改正の結果をもって違憲と判断することには、なお、躊躇を感じざるを得ないのである」。⑧「しかし、改めて繰り返すまでもなく、今回の改正もまた、定数配分をめぐる立法裁量に際し諸考慮要素の中でも重きを与えて

られるべき投票価値の平等を十分に尊重した上で、それが損なわれる程度を可能な限り小さくするよう、問題の根本的解決を目指した作業の中でのぎりぎりの判断に基づくものであつたとは、到底評価することができない。したがって、例えば、仮に次回選挙においてもなお、無為の裡に漫然と現在の状況が維持されたままであったとしたならば」違憲判断の余地は「十分に存在する」。

補足意見2は、従来の多数意見の立法裁量論とは異なり、行政裁量に関する審査手法を立法裁量に適用して裁量統制のプロセスを可視化し、その限りで立法裁量に対する司法審査を実質化しようとするものである。しかし、この議論も投票価値の平等の規範内容を立法裁量論とは独立に画定しようとはしていないため、立法者による様々な考慮事項に関する裁量的判断の中で投票価値の平等の要請をやはり何處かに雲散霧消させてしまっている。上述⑥から⑦への展開、即ち、合憲ではない強い疑いを示しながら、議会の「最小限の作業」を評価し「それなりの合理性」を認めて合憲へと結論を転轍するやり方は理解しがたいが、このような展開は、この意見が投票価値の不平等（民主主義にとって重要な選挙権の侵害）の憲法適合性ではなく、立法裁量の合理性しか問題としないから可能となるのである¹⁶⁾。立法裁量の合理性と、法律による人権侵害の有無とは、論理的に別の次元の事柄である。立法裁量が合理的であるから、投票価値の平等は侵害されていないという連関が当然にあるわけではない。投票価値の平等が憲法上保障されているのであれば、それを破る必要性が示された場合に初めて立法者の判断は憲法上正当化されうことになる。この関係を不明確にしたまま、あれこれの考慮事項を挙げ投票価値の平等を相対化する従来の多数意見も、単に考慮事項の序列しか語らない補

16) 京裁判官は、「本件においては、……本件定数配分規定自体の合憲性を審査すべきであり、……〔そ〕の内容が憲法の前掲各規定に違反し、現に国民の権利を制限するものである以上、裁判所はこれを違憲とすべきものであり、過去の改正経過等に照らしてこれを合憲とし、あるいは違憲とすべき理由はない」として、「逆転現象の解消に向けた国会の努力の一端」をとらえて「配分規定を合憲とすべき理由を見いだすことは困難である」とする。

足意見2も、投票価値の平等と他の考慮事項との対抗関係を曖昧にする点では変わらない。やはり、投票価値の平等が破られている場合には、それを正当化する特段の事情があるか、侵害の程度が最小限度のものかという通常の人権論的発想で解決すべきである¹⁷⁾。

従来から選挙制度が憲法47条において法律事項とされていることを根拠として、広い立法裁量が無媒介に導かれてきたが、たとえば泉裁判官¹⁸⁾も説くように、そこに投票価値の平等を破るほどの強い解釈を与えるべき必然性はなんら存在しない。法律事項に関しては立法府は憲法を守らねばならない。民主主義において選挙権を有する主体は、あらゆる社会的属性を纏う以前の自由で平等な市民であるから、選挙制度が法律事項だからといって、立法府がこの原則から外れて、1人が2人分以上の投票権を行使するのを認めるに等しい選挙制度を定めることも自由だという議論など成立する余地はない。

立法裁量のプロセスを可視化させ、それを手がかりに裁判所が裁量統制を行う方向を示している点で、従来の多数意見からすれば格段の進歩であろうが、補足意見2も所詮裁量論であり、投票価値の不平等という現実に人権問題として正面から向き合うアプローチではない。結論部分における肩すかしは、国会のちょっとした所作をとらえ違憲判断を回避する点で、合憲とするためにすべてを動員するといった裁判所の姿勢からこの意見も自由ではないことを示している。

本件大法廷判決は実質的な判決理由をすべて補足意見に譲っているが、それは裁判官の間で定数不均衡問題について合意が調達できていないこと、「従来の多数意見」が最高裁内部で通用力を喪失していることの現れである。補足意見1は、「従来の多数意見」に最も近い

ものであるが、批判に応えて立法裁量論の説得力を高め、かつ、立法裁量の結果である現行制度の合理性を擁護しようとするあまり、裁量論から逸脱して実体的な議論に傾斜し自家撞着に陥った。これまで「公正かつ効果的な代表」や「二院制の趣旨」といった曖昧な実体観念は、立法裁量に根拠を与えるためだけに援用され、裁量を枠付ける方向で機能したことはなかったが、偶数配分制や都道府県単位制を憲法規定に結び付けて現行制度を正当化したため、かえって立法裁量に憲法上の制約を課すことになり、その幅は狭まってしまっている。

他方、補足意見2は、逆に立法裁量論を手続統制に純化する方向を目指したが、結局、最後のところで立法裁量権の行使の合理性を否定できず、合憲判断に与してしまった。これは、立法裁量論が投票価値の平等の憲法上の意義をきちんと捉えきれない枠組みだからである。

従来の立法裁量論は、本件判決において、実体化と手続統制へと二方向に分裂したが、どちらも説得力を獲得できるには至らなかつたようと思われる。

III 民主主義システムの正統性危機と司法の使命：反対意見

1 投票価値の平等と立法裁量の限界

反対意見は、投票価値の平等と立法裁量の関係について、基本的に次のように考えている。民主制における選挙権の重要性を考慮して、1人に実質的に2票以上を与えることとなる制度は許されない。したがって、立法裁量が許されるとしても較差1対2未満を限度とする¹⁹⁾。参院の選挙制度の設計について、参

17) 深澤裁判官は、「司法は、投票価値の不平等が、国会の裁量の範囲内であるかを検討するのではなく、……憲法の解釈として許容されるかどうかを判断しなければならず、かつ、それをもって足りる」とし、立法目的の合理性、不平等の程度の手段としての相当性、及び憲法14条の下での許容性を審査すべきであるとする。なお、郵便法違憲判決（最大判2002〔平成14〕・9・11民集56巻7号1439頁）における福田・深澤裁判官の意見の立法裁量論批判も参照。

18) 憲法47条は「選挙事項法律主義の原則を示したものにすぎず、この規定を根拠に国会の広範な裁量権を導くことは許されない」（泉追加反対意見）。滝井裁判官も同旨の指摘。

院の独自性を強調せず（衆院との選挙制度の類似性、権限の対等性等を理由に）、現行制度の都道府県単位制、偶数配分制を憲法の定める半数改選制と一体のものとは考えず、憲法上の原則である投票価値の平等を損なってまで維持すべきものとはしない。むしろ投票価値の平等の実現を図るために必要であれば、現行制度を抜本的に変更すべきであるとする。大要このような論理で、本件較差は違憲となる。

多数意見の立法裁量論に対しては、それが投票価値に関する実質的平等論とあいまって「平等論議のなかに限りなく多くのことを立法機関の裁量の名において持ち込むことを許すことになりかねず、そうなれば投票価値の平等の重要性をどのように強調しても、その姿は主権者たる国民の目には見えないものとなってしまうのである」（瀧井）という批判がなされ、明確な限界を提示し得ない立法裁量論にかわるものとして1対2という形式的基準が示され、それをいかなる場合であれ超えられない絶対的な基準とすべきであることが強調されている（濱田、瀧井）。

泉裁判官は、「差別の対象となる国民の権利・利益が民主主義社会における基本的な権利・利益である場合は、……その合理性の判断について厳格な基準を適用すべき」であるとして、「表現の自由等と並んで民主主義社会を支える基本的な権利である」選挙権が問題となっている定数不均衡問題について厳格審査がなされるべきであるとした。

また、本件の不均衡について、最大較差の1対5だけでなく、総人口の35%（4427万人余）で選挙区選出議員の過半数（74人）を選出することが可能であること、また東京都選挙区との関係で投票価値が2倍以上の選挙区は28あり、その合計人口4107万人余（総人口の33%）が実質2票以上を与えられている

ことも指摘され、定数不均衡の深刻さ、非民主性が強調されている（泉、福田追加反対意見（1）も参照）。

2 選挙の効力と次回選挙の合憲性

反対意見を述べた裁判官たちは、選挙の効力についても立ち入った見解を述べている。深澤裁判官は、国会による自主的な較差は正を期待することは「百年河清を待つに等しい」と述べ、「選挙無効の判決をすることが違憲立法院審査権の適正な行使であるといわざるを得ない」とし、参院の場合は、選挙を無効としても半数の非改選議員と比例代表選出議員の地位には影響がないので、事情判決の援用を正当化する不都合は生じないとする。他の裁判官は、本件についてはいわゆる事情判決の法理により違憲の宣言にとどめ選挙を無効とはしていない。ただ、違憲状態が是正されないまま参院選挙が繰り返されるのを防ぐために「違憲状態にある議員定数配分を一定期間内に憲法に適合するように是正することを立法院に求め、そのように是正されない定数配分に基づく将来の選挙を無効とする旨の条件付宣言的判決の可能性も検討すべきものと考える」（濱田）という指摘もなされている。

次回選挙（2004年）以降に言及して、現行の選挙制度が基本的に維持された形で選挙が行われ、違憲な状態が継続するときには、選挙区選挙について無効の宣言をすべきとする見解も述べられた（福田、梶谷）。

本判決では、本件の配分規定を合憲とする者は9名（うち補足意見2に加わる亀山、藤田、甲斐中の3名は、次回選挙において現状が漫然と維持されたならば違憲判断の余地が十分にあるとする²⁰⁾）、違憲とする者6名（うち選挙無効1名、次回選挙の無効を明示的に示唆する者2名）である。しかしぬる次回選挙については、それが

19) 福田裁判官は1対1を基本とし、「純粹に技術的に修正不可能な要素」による逸脱のみ許容する。

20) 補足意見2に加わる横尾裁判官は、個別に追加補足意見を書いており、立法裁量のプロセスの透明化の部分についてのみ補足意見2に同意しているだけである。投票価値の平等については、人口比例を配当基準2以上の選挙区間でしか要求しない（較差3倍未満を許容）ので、本件ではこの方式だと最大較差が3倍未満で当然に配分規定は合憲となる。96年大法廷判決の團部意見に近い発想だが、團部意見は定数4人以上の選挙区で1対4以上の較差が生じたときに違憲とする（前掲注10）最高裁判所1996・9・11民集2295頁以下参照）。

現行制度のままで行われ本件程度の較差が生じる場合には、合憲違憲の立場が逆転し、6 対 9 で配分規定が違憲となる可能性がある。すでに裁判官の入れ替えがあるので次の判決の予想はさておいても、この判決によって最高裁の 9 人の裁判官は国会に対して次回までに均衡を是正するよう明確なメッセージを送ったことになる。

本判決後、参議院に定数較差問題に関する協議会が設置されたが、結局較差是正を見送る報告書を提出した²¹⁾。裁判所のメッセージは全く無視された形だが、政治家は、違憲と判断されても事情判決だ、あるいは違憲判決が出る頃には参院の「抜本改革」がなされてしまっていると多寡を括っているのだろうか。6人の最高裁判事が違憲といい、3人の裁判官が「合憲とはいえないのではないかとの疑いが強い」とし、これ以上放置したら次回選挙は違憲と判断する可能性が高いと警告した現行配分規定のまま選挙が行われる。それによって選出された議員の法的正当性は維持できるのだろうか。国会の自己規律をあくまで期待する最高裁の親切な警告を無視して選挙を強行する政治家の違法感覚の麻痺は、民主主義の土台を揺るがすほど深刻なものである。また、「法の支配」という言葉が行政改革、司法制度改革の文脈でキーワードとして流通する状況の中で、法の番人である最高裁が政治部門から無視されるという皮肉な現実を、最高裁はどのように受け止めるのであろうか。政治の民主的正当性と、司法の権威がともに揺らいでいる。

3 民主主義における司法審査の役割

反対意見を書いた裁判官たちはいずれも、立法裁量論により極度に敬謹的姿勢を立法府に示してきた結果、司法の陥ったジレンマを

21) 「本年の通常選挙後、新たな会派構成の下に速やかに協議会を設置し、第 21 回参議院議員通常選挙に向けて、定数較差問題について結論を得るよう協議を再開するとの意見が大勢を占めました」(参院ホームページから)。2006 年通常国会で選挙制度の抜本的見直しを目指すという(朝日新聞 2004 年 5 月 29 日朝刊)。

22) 補足意見 2 の追加補足意見で龜山裁判官も、自己の立場変更を説明しつつ、最高裁の従来の多数意見が立法裁量も「無限定」ではないというメッセージを立法府に明確な形で送って来なかった点を反省している。ただし、それを根拠に本件を直ちに違憲とするには躊躇を覚えるとする。

抜け出す必要性を感じている。76 年判決で最高裁は、国民の権利救済のため投票価値の不平等を、公選法 204 条を通じて争うことを認め、さらにいわゆる事情判決の法理を考案して政治に対して慎重な配慮をしながら、定数不均衡の違憲性を宣言するという大胆な法創造を行い、司法の果たすべき使命を果たすべく一歩を踏み出したが、政治の側からは然るべき対応を引き出しができないまま今日に至った。この過程で、政治との対立を回避しようとする 76 年判決の局面のみが肥大化していった。事情判決の法理も当初は最高裁が定数不均衡違憲を宣言するためのむしろポジティブな道具立てだったといえるが、立法府が違憲の宣言に鋭敏に対応しなかったため、判決の影響力を無化する消極的意味しか持たなくなった。裁判所の側は立法府に対抗する更なる一步を踏み出す道をとらず、制度防衛のためか、無力感からか、事情判決の法理の手前で、広範な立法裁量と合理的期間論を活用して不均衡の合憲性を弁証する方向に向かったように思われる。この負の連鎖によって、違憲宣言をするための慎重な道具立てが、違憲の申立てを排斥する方便となり、76 年の枠組みは惰性態と化した。政治との対決を避ける日本の司法・最高裁の体質が、今日の状況を生み出す一因であることは確かである。

今回の判決、とりわけ反対意見は、政治に対する従来の最高裁のスタンスが政治部門と司法部の関係に及ぼした悪影響の深刻さを前に反省し²²⁾、自らの使命の再確認を行っている。

「これまでの司法の対応は、時の権力に奉仕、追従し続けるものにほかならないとの批判には理由がある。現状を見る限り、選挙制度について、最高裁判所は違憲審査権を適切に行使する責任を果たしておらず、憲法に定める

我が国の民主主義体制を維持するための所定の役割を果たしていない」(福田),「代表制民主主義の根幹を揺るがす不平等を裁判所が合憲として容認することは、司法が、司法権の謙抑的な行使の名目の下に、憲法に定める違憲立法審査権の適切な行使を怠っているというべきである」(梶谷), 最高裁が違憲審査の行使に関し「あまりにも謙抑的であることは、民主主義社会と憲法の擁護の任にある司法に対する国民の期待と付託に背くことになる」(濱田),「司法機関は、そのこと〔立法裁量に限界があること一筆者注〕を明示し、立法における指針を明らかにすべきであって、これを示してこなかったことが立法機関のこのような重要な国民の憲法上の権利にかかわる問題についての緩慢で弥縫的とも解ざざるを得ないこれまでの対応を助長する結果になったことは、否定し得ない」(滝井)。最高裁裁判官自身による司法の謙抑性に対する否定的な評価である。

他方、日本の民主主義についても裁判官たちは憂えている。日本の統治システムは「歪められ硬直化した選挙制度」によって、「より閉塞感の強い、真の改革や進歩の実現からは縁遠いシステム」となっており(福田),「代表民主主義においてその根幹を成し、かつ生命線である最も重要な原則」である投票価値の平等の侵害によって議会の「国民の代表としての正当性」が奪われている(梶谷)。「不平等な投票価値を是認する選挙制度は、多くの選挙民の政治への幻滅を招き、ひいては民主主義への信頼を損なうもの」(濱田)であり、「国政への平等な参加が保障されたとはいえない選挙によって選ばれた議員から成る国会は、主権者たる国民の意思を正しく反映したものとはいはず、したがって、その権威は正当性を保ち得ない」(滝井)し、「民主的政治機構としての正統性を失うことにもなりかねない」(泉)。最高裁裁判官が、国会自体の民主的正統性を否定するということは異常なことであ

る。

民主制の異常事態に対して、司法はどうすべきなのか。福田裁判官は、裁判所は「健全な民主的統治システムの維持を確実にするための最後の手段」として然るべき役割を果たすべきであると説く。泉裁判官は、司法の謙抑、即ち議会に広範な立法裁量権を認め、その行使の是非を「投票と民主政の過程」の判断にゆだねることの大前提は、「選挙制度が国民の声を議会に届けるシステムとして正当に構築され、議会が国民代表機関として正当に構成されている」ことにあるので、「選挙制度の構築、特に投票価値についてまで議会が広範な裁量権を有する」のでは、この大前提が崩れることになるとして、「民主主義のシステムが正常に機能しているかどうか、国民の意思を正確に議会に届ける流れの中に障害物がないかどうかを審査し、システムの中の障害物を取り除くこと」が司法の役割であるとする²³⁾。

最高裁の76年判決の論理を一般化すれば、民主過程の基礎をなす基本的な権利が侵害されている場合には、裁判所は、現行法の枠にとどまることなく憲法的視点から法創造を行ってでも民主制を正常に機能させる前提の回復を図るべきであるということであろう。その論理からすれば、いまなお投票価値の不平等の是正が立法府の自律によっては実現されず、他にこれを実現する方途が存在しないのであれば、投票価値の平等の実現に今一步踏み込んだ実体的判断を下し、事情判決の法理を乗り越える方策を工夫することは、裁判所の当然の職責であるということになるであろう。その意味で、反対意見こそ76年判決の嫡流といえるものである。

国会の自浄作用に期待していれば、ますます政治システムは民主主義の論理から逸脱していき、同時に最高裁の権威も失墜してしまう。制度戦略としてみた場合にも、最高裁は、権力の視線のみ意識した制度防衛戦略が自己

23) 泉裁判官は、民主過程において代表を得ることが困難な「少数グループ」の保護も司法の役割であるとする(非嫡出子相続分違憲訴訟(第一小判 2003(平成15)・3・31判時1820号62頁)における反対意見(同66頁))。

の国政上の地位を低下させるだけだという現実を直視し、裁判所に人権・権利侵害の救済を求める国民の声を梃子にして、「法原理機関」、違憲審査機関という自己のアイデンティティーを再確認し、本来の権力チェック機関として積極的にその存在意義を打ち出す戦略に転じるべきであると思われる。そのためには違憲審査と民主主義が対立するという権力分立の消極的な理解を捨て、違憲審査の然るべき積極性こそが民主制を支えるという気概を持って、違憲審査が機能せず政治システムが民主性を喪失している状況を変えるべきである。90年代以降、政治改革、行政改革によって与党・内閣の地位の強化がなされたが、二大政党制の成立を前提とする野党的政治的チェック機能は働かない状況にある。司法制度改革は、人権保障の確立への関心を欠いていたが、裁判の重要性を国民に知らしめる機会とはなった。こうした制度配置の中で、裁判所の役割を増大すべき客観的な基礎は存在している。

むすび

国会は最高裁から民主的正統性の危機を迎えているという警告を受けた。しかし、抜本的改革の予定を口実に、定数配分規定を改正せず、最高裁の送った明確なメッセージを公然と無視した。立法裁量論と事情判決の法理のつけが回ってきたといえば、最高裁にとっては自業自得ということになる。国民を公正に代表していない国会と、司法の職責を果たし損ねた裁判所だが、最高裁の方は自己の進むべき道について瀕踏みをしているように思われる。今回、最高裁事務総長経験者である裁判官が、学界における議論の蓄積を十分に意識した意見を書いた。参議院についても1対2未満を定数不均衡の限度とし、選挙制度の仕組みの抜本的改革を迫る投票価値の平等の厳格な解釈が提示され、全国民代表としての議員は、自由で平等な市民によって選出されなければならないという民主主義の基本原則

が確認されている。この意見でも事情判決の法理の問題については、相変わらず残されたままであるが、政治家の司法に対する敬謹の欠如ゆえに課題化してしまったという面があることも否定できない。

他方、参院選を前にした国会では与党政府が年金法案を強行採決した(6月5日)。政府与党が数の力で法案を可決し、野党がそれに対して無力であるのは、政府と与党が一体化した議院内閣制である以上仕方がないということでは済まされない問題がそこには含まれている。国会の審議機能を代議制民主主義の重要な要素と見る立場からすれば、国会での十分な審議をショートカットする形で法律の制定を図るのは民主的でないというのは当然である。国民による選挙で政権と政策が決まるべきであるという論理で国会を重視せず、政府与党の討議を無視した政策決定をも正当化するに至る立場に立った場合でも、政府が、国会審議を通じて国民に法案の争点を明らかにする努力を怠ったまま、国政の重要課題を決定することは、選挙において国民が選択する際の素材を提供しないという点で非民主的と評価されるべきものである。ましてや投票価値の不平等によって、政権と政策の決定の場とされた選挙も非民主的であるということでは、民主主義の存在自体が疑われてしまうのである。

議会は現在、敬謹に値するものであるか、最高裁に期待されるものは大きい。

* 6月24日の総務省の発表によれば、参議院の定数較差は、5.16倍に拡大している(朝日新聞2004年6月25日朝刊)。

しい具体化の機能を果たすことになる。以上ののような社会国家理念の現実的実現の可能性に加えて、この制度がそのような機能を将来果たしかねか否かにこの制度の評価と将来の存続がかかるところであろう。そのうえで憲法保障は適切な憲法の運用および権限の相俟つてはじめて現実がらむべきものだ。

- (→) いきふる法の法 Pfeiffer, G., Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, 1959, S. 56 ff.; Ermacora, F., Verfassungsrecht durch Richterspruch, 1960, S. 18 ff. 等参照。
- (△) Nef, op. cit., S. 213.
- (○) Bachof, op. cit., SS. 28, 29.
- (+) Nef, op. cit., S. 239; Friesenhahn, op. cit., S. 156.
- (×) Friesenhahn, op. cit., S. 155.
- (○) Marcić, R., Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien, 1957, S. 344.
- (△) Forsthoff, E., Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, H. 12, 1954, S. 17 ff.
- (∞) Bachof, 基本法と社会的法の解釈 S. 39 ff.

【憲法書】

《執筆者現職・専攻》	
法 井 敦	(あさい あつし) 1954年愛知大学卒 愛知大学法学部助教授 憲法・中国法
法 井 部 信 政	(あしふ のぶよし) 1949年東京大学卒 東京大学法半部教授 憲法・国法學
法 井 道 達 政	(かわい どうとよじ) 1946年京都大学卒 大阪大学法学部助教授 憲法
法 井 達 忠 雄	(かわい たつお) 1946年東北大卒 東北大大学機械部教授 憲法
法 井 達 雄	(かわい たつお) 1946年東北大卒 東北大大学機械部教授 憲法
法 井 達 敏	(かわい たつとし) 1949年慶應義塾大学卒 慶應義塾大学法学部助教授 憲法・行政法
法 井 達 精 一	(かわい だいいち) 1949年慶應義塾大学卒 九州大学法学部助教授 憲法・行政法
法 井 達 季	(かわい たつき) 1953年九州大学卒 九州大学法学部助教授 憲法・行政法
法 井 順 忠 一	(かわい ただかず) 1953年東京大学卒 北海道大学法学部教授 憲法

岩波講座 現代法 3 (全15巻 第5回配本) ¥ 600

発行所 東京都千代田区神田一ツ橋2~3 株式会社 岩波書店 精興社印刷・三水舎製本
1965年10月11日 第1刷発行 ◎

「九六〇卦」四爻，「專擅權也勿之以利也貞吉」（《象傳上》）；「九六〇卦」五爻，「專擅權也勿之以利也貞吉」（《象傳上》）。

(17) 斎藤秀夫、前脚本「110回べーひ。女弟」斎藤了！「東京裁判の橋田英輔監督」斎藤秀夫脚本『東京裁判』にかかる研究』四八ページ以下。

(8) 真子監属著「鐵門」原載一九六四年，日本評論社。

(8) McCloskey, *op. cit.*, p. 229.

(8) 佐竹三正「春琴判例の研究(終)」『英精詩報』三七卷四号、四三七八、一九六五年。

(1) Freund, The Supreme Court of the United States, 1961, p. 89.

(2) フードルフ「基督教」譜略一版、一八七六年、東京大学出版会。

(2) Whitehead, *Symbolism—Its Meaning and Effect*, 1927, p. 88, cited in Mason, op.

(2) "Intend, believe,"

3 司法審査と「一生きた憲法」の備忘

事実分析の重要性 以上のような憲法裁判における最高裁の象徴性と権力性の相関関係は、別の見地からいえは裁判所の憲法解釈の前提条件として、憲法が時代と社会の変転に応じて変化する「生きた思想の皮袋」だという観念を語るだけではどうやらいかに憲法を尊重する。ヨーロッパの「生きた憲法」(living constitution)の思想からみた司法審査のあるべき姿に考察の眼を転じてみたい。

裁判所が憲法事件に一定の判断を下す過程は、通常はつきの二つの段階に分けられる。第一は、それぞれの憲法上の主張——たとえば公安条例事件を例にとれば、思想表現の自由の一形態としての集団示威運動と、それを制約する原理として採用される公共の福祉——に内容を有する段階であり、第二は、この相争う主張の一つを他の主張に従属させる段階である。ところが、憲法を進化発展する「生きた」文書だとなる立場をとると、高柳博士の強調される「事件に關連する社会事実に十分な検討を加え、これに第一次的重要性を置いて意識的に解釈する」社会学的方法が当然に重視されねばならないから、特別の事件を除いて、通常は右にあげた二つの段階のいずれにおいても、相争う両当事者の主張に含まれた種々の社会的利益と無関係に、形式論理で分析を行なうことは許されない。

すなわち第一の段階で裁判所が抱すべき心は、何よりもホーリス昇等の立派に含まれた意義を闇解しながらいたのである。「憲法の諸規定は、その形式に本質をもつ数学上の公式ではなし。……その意味は、生命のものやものやおいて形式的なものではない。(だれか)その意味は、論じて言葉と辞體を取るといふよりしてやせん」憲法規定の起原とその発展の路線を考慮するにいよいよ、つかみとられるべきである。」(のべたる)憲法規定の發展路線を直視し、その現代的・具体的意味の探求を志向するアプローチをしてやきだすれば、裁判官に「抽象からの解釋よりは事實に集中する」とが要求される⁽⁴⁾のは、論をまだない。したがって、誰が「何を」いひ、「いつ」から「どんな動機、意図から」いかなる事實のゆじで行なつたかじらう事実(アメリカやらう adjudicative facts)はおもろく、法令の違憲性が争われる事件では、第一の段階における分析とも密接に關係してくるが、法律の基礎にもうてそれを支えている——つまり法令の背景をなす社会的・經濟的事実(アメリカやらう legislative facts)すなわち歴史が制定される前に存在していた狀態、それを改めるために制定された法令の実効性、法令の制定による出する損失(たゞまは國民の権利制約の程度)より少ない犠牲で同じ実効性をあげうる可能性など、法令の目的と手段の合理性を実証的に検討するいふ(ゆづる)「明白かつ現在の危険」の原則のよくなき統一の基準で合憲性が判断されねばならない場合は、その基準との關連や事実問題を分析・論証するいふが、眞理や意味をもつことにかかる。いつも事実の総合的把握しつけがあるて、はじめて相手の憲法上の主張に具体的な内容を与えやうができないからである。」(のべたる)これがこれまでどおり、日本の憲法裁判でも「しめ屬がりなかつた問題の一つであるが、別にかなり註へる點やいりのないことがある」同じ問題意識から時国事件、長谷川教授などのすべくだ論稿を含むにされてくるので、それらの考察を行ふ、いよいよ論点の指揮にいきぬてよ。

選択の主権的特権 ところで第一の分析段階、すなわち裁判官が一つ、かしきばそれ以上の主張の間で選択を行なわねばならない段階では、司法審査にどのようない機能が期待されるのか。いつもでもなく、裁判所が相手の主張の

つを選択し、それに他の主張を從属させる過程は、憲法・法律の解釈——川島教授のいう「リヒャルト技術」による法的価値判断⁽⁵⁾——という形をとる。しかし、リヒャルト解釈上課すべき問題点に立ち入る余裕はないので、「法の解釈が、一定の価値判断を前提として解釈者が自らもやがれだと考へる法を主張する」のです。一個の基礎でもないれば、法解釈論争以後ほぼ共通の認識となりました「リヒャルト前提」として「生きた憲法」の概念を詮味する立場から右の第11の分析段階を考えた場合に問題となりうる論点を一つとりあげておこう。それは、憲法事件の多くは、かつてホームズも指摘したりおり、「英聯邦は11つの社会的希望の間の衝突だ」という性格をもつたがってそこででの可逆的問題は、「これから希望が衝突の時点において、より強いか」から社会的問題と不可分に組み合ってらわれる。したがって、「どのような事件の解決には「論理じゅう論理が道具では十分でなく」、裁判官が新築事件の事実・社会関係の分析を行うことで、この原則が判断を下すのに適用であるが「選択の主権的特徴(soveteign prerogative of choice)を行使するリヒャルトが要求される」ことらしいである。

もちろん選択の主権的特徴としての「一定の限界が存する」はさらうめでめなら。その選択は、相争つ憲法的価値のうちいずれが特定の事実関係おもびそれと同様の弊害起りうる事実関係によらず、「われわれの社会の質に永続的な貴値」をなす可能性があるかといふ關係なるかぎり「かじねる」しかもその「社会の質」の評価は、到底に具体化された「自由が社会の基本的な精神面」にあらわされても問題に思われるだけではだめなら。ところが文選法の下においては、憲法の規定性なり、人権保障を中心とする憲法の価値体系から精神が剥離される一定の結果出現するによって、裁判官の「選択」は極く堅定となる。この點で「裁判の裁りやむ」が憲法に親切心點を本來の姿を保持する必要性⁽²⁾からの限界が、實として存在する以上は越してはならない。したがて社会的的方法としての「こすれの解釈が正しいかを自由裁量や法規や」裁判所に一般的に歸るわけではあるかない。しかし、右の限界内にいては、裁判官の「選択の主権的特徴」は、裁判官に憲法の尊親なり判則則論に見出されない生きた原則(living

principle) の構成やその職務する場合役立たないものである。そうだとすれば、裁判官の選択の結果である憲法判例を既存の法および原則にもとづいて説明し「正当化」されなければ指揮あるだけでは不十分、というものが場合によつては不當だといつことにならう。

312

たゞえば、最近アメリカでは、いくつかの重要な憲法判例に対して、最高裁は結果を正当化するだけの理由を従来の判例理論と首尾一貫した形で明らかにしたもの——つまり、憲法判決には原則化された(principled)ものがなければならぬのに、最高裁は論理的に結論をだしてはならない(not reasoned)結果に合わせただ(result-oriented)解釈を行なつてゐる——という有力な批判が加えられているが、この批判論のうちに、憲法審査権を行なうとする裁判官の任務は既存のルールなり原則の中から事件解決のために適切なるものを選択して、それを特定事件の事案に適用することだ。しかし、この觀念を前提とする議論は、いわゆる機械的法(mechanical jurisprudence)の弊におち入つてしまつてしまふを免れがたいだらう。バウムを引用するまでもなく、彼は「司法のための手段であり、その達成する結果によつて判断されるべきだ」……その論理過程が眞事であらうが、法のルールが法の基礎をなす教義から厳格に発してくるが、こうして判断されるべきではない」のだから、憲法事件に裁判官が自己の下す算段によって将来促進される「結果」を顧慮し、ある程度 result-oriented な解釈を行なうことは不可避であり、しかもその場合多くの原則または価値の中から裁判官が行なう選択は、たゞ既存の原則または規則が正当化できなきものであるても、社会学的な正当性をもつて正当化される場合があると言へばである。こうした判決は、既存の原則なりルールからみれば not principled であり not reasoned であるが、社会学的には決してではなく、いわば社会の生ける法(民・ナショナル)に合致するが故り、やはり「原則化された」か「結論の通り」た憲法裁判の方法と考えてらうのではないか、と私は思う。もしも、困難な憲法事件で「社会の生ける法」の確証が必要だらうとしても、裁判官に文字通りの法社会学的根拠を要求する趣旨では決してない。「運が良がれ」といつてもかなり近接したり手知りする極端に一般

の同意をうるだらう諸原則のみを「法として宣言すべきだ」という意味に解してよい。⁽³⁾ 裁判官が事件を「全経験に照らして審査しなければならない」(ホーリー)からわかる趣旨は、そこにあるべきだ。

もしも「論理的に結論の通り」た判決とは、理論上の諸概念が首尾一貫しているだけでは、決して十分だとは思えない。憲法判決の結論が通つてゐるが否かは、むしろ、憲法によるて達成されるべき目的と、この目的を果すために取りうる手段とを検討する手続、およびこれら手段の中から選択された手段があたる結果を評価する方法について、記憶せらるべきであつた。すなはち reason をそな具体目的であるかのように考えらるべきではなく、それを裁判官の価値選択のもたらす結果と関連させて考えることが要求されるのである。

司法審査と先例拘束力の原則 憲法審査権の機能を以上のように持つると、先例拘束力の法理doctrine of stare decisis)との関係が問題となるが、アメリカでは、憲法判例に關するが故り、「立派な規則による訂正が實際上不可能である」ことを主たる論據として、先例拘束性の「憲法の分野では、限定されず適用」これが認められない。したがつて、憲法判例の変更は他の判例変更よりも容易だと考へられてゐる。英米流の先例拘束の原則がそのまま妥当しないわが国でも、むしろ判例が先例として事實上の拘束力をもつことは否定できないから、その変更は十分の理由にあらずかねばならないが、それにもかかわらず、「憲法判例の拘束力は一般の判例のそれよりは弱く、裁判所の慣行として、かねばならない」である。ただ、その根拠は——憲法を「生れた憲法」としてひらく立場判例変更が容易であると考えてゐる⁽⁴⁾である。ただ、その根拠は——憲法を「生れた憲法」としてひらく立場から憲法典に現代的・具体的の意味を付与してゆかねばならぬ、といつての本邦——日本に限れば、やはり、憲法によつて最高裁の憲法判決を訂正するといつて實際には不可能だといつて存するのだから、この論據が民主憲法の下で正當性をもつたるためには、最高裁が憲法に内在する基本的な価値を適用する公平な決定機関であるといつて、シカゴを維持するわく組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、アメリカではしき指摘を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、それを以て必要とする理由を十分に明らかにしなければならない。もつとも、反対に理由が存する以上は、積極的に変更に踏みきるべきで、その意味では、「判決の安定性は」裁判所の職務に対する尊厳を得るにはほどんど重要性はない」といきそう。

- (一) 米国連邦最高裁判所判決「ミラーリー」 Miller, Notes on the Concept of the "Living" Constitution, George Washington Law Review, Vol. 31, 1963, p. 881; Pollak, Constitutional Adjudication: Relative or Absolute Neutrality, Journal of Public Law, Vol. 11, 1962, p. 48.

(二) 洋服業者「拉斐特」(一九一九年)は、「被服業者並びにその被服業者との競争を禁する」(公法二二二〇六条)に一致しないと、大法院。

(三) Gompers v. United States, 233 U. S. 604(1914).

(四) Freund, The Supreme Court of the U. S., 1961, p. 109; 拉斐特は「被服業者」に大いに影響。

(五) 拉斐特は「被服業者」の被服業者並びにその被服業者との競争を「被服業者」(被服業者)に統合する「被服業者」(被服業者)と「被服業者」(被服業者)との競争を「被服業者」に統合する。

(六) 三國制の『被服業者』(被服業者)と「被服業者」(被服業者)との競争。

(七) 田嶽清長の「被服業者」(被服業者)と「被服業者」(被服業者)との競争。

(八) Holmes, Law in Science and Science in Law, in Collected Legal Papers, 1920, pp. 238-239; 被服業者と被服業者との競争は「被服業者」(被服業者)と「被服業者」(被服業者)との競争。

(九) Pollak, op. cit., p. 56.

(十) Bodenheimer, Jurisprudence, 1962, p. 353; 三國制の「被服業者」(被服業者)は、「厚々の被服業者」(被服業者)と「被服業者」(被服業者)との競争。

(十一) 拉斐特の Miller, op. cit., pp. 893 et seq.; 大学院の被服業者と被服業者との競争は「被服業者」(被服業者)と「被服業者」(被服業者)との競争。

(十二) 拉斐特の Miller, op. cit., pp. 893 et seq.; 大学院の被服業者と被服業者との競争は「被服業者」(被服業者)と「被服業者」(被服業者)との競争。

(十三) Pound, Mechanical Jurisprudence, Columbia Law Review, Vol. 8, 1908, p. 605, cited in Rostow, The Sovereign Prerogative, 1962, p. 31.

(十四) Bickel, The Least Dangerous Branch, 1962, p. 239.

4 司法の自己制限の論拠と問題点

問題の所在 同治維新後より中國統治の時代に、勿論其の影響したからうつたキリスト教の反対との争いの連絡第10回
「この問題は、その他の問題と並んで、最も重要な問題である。」而して問題を解くには、中国の歴史と文化、政治、社会、経済、思想などを理解する必要がある。この問題は、中国の歴史と文化、政治、社会、経済、思想などを理解する必要がある。この問題は、中国の歴史と文化、政治、社会、経済、思想などを理解する必要がある。

リスト

合憲限定解釈と判例変更の限界

—全農林署職法事件判決の問題点—

芦部信喜

はしがき

四月二十五日に下された全農林署職法事件最高裁判決（以下全農林判決と略称）は、従来判例のとった国公法（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せることとなり、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当裁判所の判決（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・刑集二三巻五号六八五頁）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・二刑集二三巻五号三〇五頁）も、くつがえされたことは明らかである。

1973.6.15 (No.536)

それだけではない。都教組判決は全通中郵判決（最判四一・一〇・二六刑集二〇巻八号九一二頁）を前提とし、それを四月二十五日に下された全農林署職法事件最高裁判決（以下全農林判決と略称）が合憲限定解釈を排斥しながら、公務員の地位の特殊性と職務の公共性を強調し、それと勤務条件の法定という特殊性および争議行為禁止に見合う代償措置の存在を理由として、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・処罰する右國公法の規定を憲法二八条に違反しないとしていることを考え方合せると、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だみえながら、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（一）。全通中郵判決の立場を押し進めれば、まったく限界解釈を加えないまま現行法の規制を「国民全体の共同利益の見地からするやむをえない」「最少限度」の制限だ、と解することはできないと思われるからである。

それでは、なぜかと云ふと、その理由は、その可能性がある」と。このような多數の学説や従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——すなわち裁判官等五裁判官の意見に指摘されているので、全農林判決（多數意見）が合憲限定解釈を排斥しながら、公務員の地位の特殊性と職務の公共性を強調し、それと勤務条件の法定という特殊性および争議行為禁止に見合う代償措置の存在を理由として、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・処罰する右國公法の規定を憲法二八条に違反しないとしていることを考え方合せると、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だみえながら、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（一）。全通中郵判決の立場を押し進めれば、まったく限界解釈を加えないまま現行法の規制を「国民全体の共同利益の見地からするやむをえない」「最少限度」の制限だ、と解することはできないと思われるからである。

以上のようだ、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、広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

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に思われる。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、日本の国公法九八条、一一〇条一項一七号、地方法三七条、六一条四号が挙げられていく）、一〇五号条約の一条のD号に抵触する可能性がある」と。

このように多數の学説や従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だ。現行法は、そのままで、「どうして、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・全司法の諸判決は、全通中郵判決を契機に公にされた労働法・刑法・憲法行を契機に公にされた労働法・刑法・憲法行政法專攻の多數の研究者の論議が、ほとんど異論なく認めていたところであり、

（四・二五朝日夕刊）趣旨も理解にかかる。

以上のように、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、広汎な論点にわたって検討を迫る重

(No.536) 1973.6.15

47 刑事判例と労働争議・官公労

リスト

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では、ここでは到底立ち入った分析を行なうこととはできない。そこでとりあえす、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ぐつがえ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) 全司法判決の總引締部調査官解説

(法曹時報二一巻六号)三五頁注三〔一九六九〕参照。もとより、一九一〇五年号条約は、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省農法事件判決に限定する。

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ふ問題である。

周知のようだ、「憲法判断は、それをすることが不可避でないかぎり行なわなければ、それが原則であり、この憲法上の争点を処理するさいの「厳格な必要性のポリシー」の一つとして、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い。

「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、限定解釈によつ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つてゐるが、後者は、限定解釈によつて法律の合憲性に対する疑いを除去し、法律の効力を施せば、「規制の限界が認められるの

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、周知のようだ、「憲法判断は、それをすることが不可避でないかぎり行なわなければ、それが原則であり、この憲法上の争点を処理するさいの「厳格な必要性のポリシー」の一つとして、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い。

「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る、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、限定解釈によつ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を前提とつてゐる

ものとして、これらの規定は、いづれも、違憲の疑を免れないであろう」

（2）なお通常隨伴行為と認められないもの例につき、全司法判決の入江裁判官補足意見参照。

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(上告棄却の点で多數意見と結論を同じくするが、ここでは少數意見とよぶ)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あ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ふ問題である。

周知のようだ、「憲法判断は、それをすることが不可避でないかぎり行なわなければ、それが原則であり、この憲法上の争点を処理するさいの「厳格な必要性のポリシー」の一つとして、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い。

「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、限定解釈によつ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つてゐるが、後者は、限定解釈によつて法律の合憲性に対する疑いを除去し、法律の効力を施せば、「規制の限界が認められるの

いう合憲限定解釈とは、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判示した。全司法判決も同じアプローチをとる。

ショリスト

1973.6.15 (No.536)

においても種々の観点からさまざまな内容の批判をうけた。それらは、「行為の違法性はすべての法域を通し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あおり行為等を独立に处罚する規定の合理性を積極的に認め、合憲限定解釈に反対する)、可罰的違法性の理論をとるか、どちらか(從来の判例の限定解釈は違法性一元論を排し、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、単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すれば、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ものが普通の解釈であって、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えない。率直な違憲論こそ展開すべきものである。」

(2) 限定方法不当論 これは、合憲限定解釈の方法が妥当すること自体は認めつつ、「二重のしばり」をかける解釈しているのである。

「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ものが普通の解釈であって、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」ということほど明白な違憲の根拠は他にあり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らうか。一律禁止や一律处罚は違憲であるといいながら、一律禁止と一律处罚を表現した実定法規定をそのままのこすということは、单には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って、それ自体憲法三一条に違反する……」

この文理逸脱論は争議禁止・处罚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)。

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・一一・二八下刑集六卷一一・一二号)の合憲性についても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(4)。

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・一一・二八下刑集六卷一一・一二号)の合憲性についても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(5)。

この点、今回の農林判決前の裁判例(例、佐賀地判昭和三七・八・二七下刑集四卷七・八号一三頁)のよう、全通中郵判決前に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(6)。

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・一一・二八下刑集六卷一一・一二号)の合憲性についても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(7)。

この点、今回の農林判決前の裁判例(例、佐賀地判昭和三七・八・二七下刑集四卷七・八号一三頁)のよう、全通中郵判決後にあおり行為・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・一八下刑集一〇巻四号三五三頁)に見出される。

(3) 構成要件不明確論 これは、限定解釈によっ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ら、罪刑法定主義(8)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を衝く解釈として注目に値するが、その表現した実定法規定をそのままのこすほか都教組判決・全司法判決の限定方法と異なる解釈をとる立場は、周知のようになり行為限定説(例、東京地判昭和三〇九頁)と指摘していたが、これほか都教組判決・全司法判決の限定方法と同趣旨の立場をとる学説は少なくない(9)。

この点、今回の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处分取消判決(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定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」として、そのことを指摘したのち、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。このようないまいまいな概念から、客観的妥当性のある基準を導き出すことは至難である。とくに、「刑罰法規においては、構成要件が十分に明確である」とする解釈である。すでに全通中郵判決前に、大阪地裁が、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

内容を複雑かつ漠然たらしめて、憲法三一条の要請の一つである構成要件の明確性に背反し、結局憲法三一条に忠実であろうとして却つてそれに背馳するに至つたとの識りをまぬかれることができない」(昭和三九・三・三下刑集六卷三・四号三〇九頁)と指摘していたが、これほか都教組判決・全司法判決の限定方法と同趣旨の立場をとる学説は少なくない(10)。

この点、今回の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处分取消判決(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定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」として、そのことを指摘したのち、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。このようないまいまいな概念から、客観的妥当性のある基準を導き出すことは至難である。とくに、「刑罰法規においては、構成要件が十分に明確である」とする解釈である。すでに全通中郵判決前に、大阪地裁が、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(一九七二)参照。

(2) 齋田隼人「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

三四号一一页(一九六九)。

(3) なお、「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

「国家公務員と争議行為の禁止」ジーリス

ト五二〇号三三頁(一九七一)、「逆立らし

た解釈」などする山内敏弘「公務員の労働

争議権と政治への統日本の憲法判例一七

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

点につき、吉原邦郎「罪刑法定主義の展

開」ジーリスト五〇〇号三七四頁(一九七

二)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「一

重しばり」論が構成要件の明確性について

廢棄を残し、「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」ジーリスト臨増・昭和四四

年度重要判例解説(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六一頁(一九七一)。

事件の弁論」法律時報四四卷一三号六一頁(一九七一)。

二 合憲限定解釈の限界

一 文理の問題

以上のような反論のうち、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、合憲限定解釈には、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わめて困難である。たとえば、去る四月四日の尊属殺害罰規定違憲判決で、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に刑法二〇〇条を適用した原判決を破棄した」判例(最判昭和三二・二・二〇刑集一一卷二号八二四頁)について、判決は

「同条の「配偶者の直系尊属」とは現に生存する配偶者のそれを指すものとし、刑法二〇〇条の適用を否定せざるを得ないが、たしかにこの解釈は文理と立ては問題のあるところ」と指摘した。問題だ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さいとよく見られ、法律の書き直しか否かをめぐつて意見がきびしく対立するのである(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」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、

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

とである。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

て合憲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

る違憲的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

1973.6.15 (No.536)

不可能にしている」場合は、法律の存在と過度に広汎な範囲をもつて規制することを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⁽⁴⁾の参照を乞う。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定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とするところに、注意を促したい。その点も、猿払事件をめぐって争われた国公法一〇二一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いうソーンヒル理論（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をともに含み、それが可分でなく、しかも違憲的な制限を除去する限定解釈も合理的に成立し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⁾。

地が厳しく制約されるので、右に引用した全農林判決少数意見のかかけた命題も、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少なくとも、公務員の争議権については性質上差異があり、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、政治的自由の場合よりも内在的制約の度合ないし範囲が強く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つ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、全農林判決少数意見が、右に引用の命題について、「公務員の争議行為の禁止のように、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だ」と述べている趣旨は、政治的自由と区別しているか否かはさておき、従来の判例の合憲限定解釈の「当否を考へる上」できわめて重要なポイントといわねばならない。

より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になる。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面的な禁止規定を、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という実体の適正の問題と密接に関連することは、うまでもない。

二 構成要件の問題

今回の全農林判決多数意見は、都教組の少數意見が、「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……処罰する旨を規定しており」とか、法の明文を強調していたのは異なり、構成要件不明確論に重点をおいて論旨を開展している。その後の学説ないし下級審判決の影響を看取ることはできる。

多數意見（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きる。② 則則については、争議行為そのものの違法性が強いことと、あた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「通常随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境界を不明確にする。③ 中郵判決が憲法上の保障を受けけるかどうかの観点から示した争議行為の

(2) 被告「アーリスト三七〇号六四頁（一九六七）」シヨリリスト三七〇号六四頁（一九六七）高橋一光著者不詳著者不詳

(2) 声部・前掲「憲法判断の回避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依り、同部略載「法律の合憲解釈とその限界」法学論叢九〇巻一・二・三等一・二頁（一九七一）。

(3) NAACP v. Button, 371 U. S. 415(1963).

(4) 松井(2)引用の拙稿三五四頁、三七一—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」シヨリリスト五〇号五頁以下（一九七一）。

(5) 佐藤「公務員の政治活動禁止の違

(2) 英部・初獨「憲法判断の回避と裁判所の憲法保障機能」三二一頁、西ドイツにおける例について、同部立裁「法律の合憲解釈とその限界」法学論叢九〇卷一・二、三三七—三三八頁（一九七一）。

(3) NAACP v. Button, 371 U. S. 415 (1963).

(4) 村田（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」シナリスト五〇五号九四頁以下（一九七一）。

(5) 佐藤「公務員の政治活動禁止の違

(4) 右注(2)引用の拙稿三五四頁、三七一—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」シニリスト五〇五号九四頁以下(一九七一)。

(5) 両部「公務員の政治活動禁止の違

(4) 右注(2)引用の拙稿三五四頁、三七一—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」ショリスト五〇五号九四頁以下(一九七一)。

(5) 茶部「公務員の政治活動禁止の違

(4) 右注(2)引用の拙稿三五四頁、三七一—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」シニリスト五〇五号九四頁以下(一九七一)。

三七一—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」シリリスト五〇五号九四頁以下（一九七一）。

三七一 一七五頁、および「公務員の政治活動規制立法の合憲性判定基準」シニリスト五〇五号九四頁以下（一九七二）。

動規制立法の合憲性判定基準」シリリスト
五〇五号九四頁以下（一九七一）。

勧説説明法の合意性半定基準」がニリスド・
五〇五号九四頁以下（一九七一）。

(5) 芦部「公務員の政治活動禁止の違

正当性を画する基準「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」「社会の通常に照らして不當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、そこに法的恩恵の混迷があるほか、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しているが、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からかんがみ、労働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、不当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っているのであって、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従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、通常随伴行為にあたらぬ」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」が、それは全農林事件のような場合と異なるとし、右のよう構成要件の限定解釈を「憲法三一条に違反する疑惑があるとしてこれを排斥するのは相当でない」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、構成要件が不明確とはいえないのは、そのたたず差別であつて、そのうちには、公務の性質を有する私企業の業務の停業にによる影響とその内容、性質においてほとんど区別なく、むしろ、後者の方がその程度いかんによつては、「国民生活に對して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。政活活動の自由の場合と違つ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、通常随伴行為にあたらぬ」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」が、それは全農林事件のような場合と異なるとし、右のよう構成要件の限定解釈を「憲法三一条に違反する疑惑があるとしてこれを排斥するのは相当でない」と多数意見に反論を加えている。

この点と関連して第二に注目しなければならないのは、芝原教授も指摘しているところ（一）、「わが国では広汎で包括的な構成要件を特徴とする現行刑法のもとで実務の慣行が確立している」ので、「明確性の理論によつて法規そのものを要求されるわけではないことである。たゞおり（二）、「わが國では広汎で包括的な構成要件を特徴とする現行刑法のもとで実務の慣行が確立している」ので、「明確性の理論によつて法規そのものを無効と判示することは、かえつて困難な状況にある」ともいえること、明確性の理論は「実体的適正手続の理論」と相もなつてゐるので、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

である。ところが「明白かつ現在の危険」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」の有無の認定とほぼ同じような判断を裁判所に期待することになる。そこに右危険の基準の一つの問題点があることは否定できないが、この基準の有効性を認するよう立場からいえば「国民生活に重大な危険」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はじまない」とする全農林判決の比較衡量により判断して違法性の強弱能だとしても、「国民生活に重大な支障を及ぼす虞れ」の有無を事案ごとに法益を保護するためには、必ずしも「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、それは全農林事件のような場合と異なるとし、右のよう構成要件の限定解釈を「憲法三一条に違反する疑惑があるとしてこれを排斥するのは相当でない」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、構成要件が不明確とはいえないのは、そのたたず差別であつて、そのうちには、公務の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、「国民生活に對して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。政活活動の自由の場合と違つ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、通常随伴行為にあたらぬ」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」が、それは全農林事件のような場合と異なるとし、右のよう構成要件の限定解釈を「憲法三一条に違反する疑惑があるとしてこれを排斥するのは相当でない」と多数意見に反論を加えている。

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、全通中郵判決の基礎理念を発展させた從来の判例の限定解釈を、今回の多数意見（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。刑法学者によれば、裁判官補足意見に対して「贊意を表す」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、立法権の侵犯といふことではなく、違憲立法院査査権の当然の属性として許容されることだと言つてよい」とする意見⁽³⁾が要するに私は、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、全通中郵判決の基礎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取り、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、限定期解釈の限界は、当該解釈が実体的適正手続の観点からいって、どれほど個々の人の権保障の趣旨・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。それで、従来の判例および全農林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出てこないのでないかと思う。ところが今回の多数意見は、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。刑法学者によれば、裁判官補足意見に対して「贊意を表す」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、立法権の侵犯といふことではなく、違憲立法院査査権の当然の属性として許容されることだと言つてよい」とする意見⁽³⁾が要するに私は、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、全通中郵判決の基礎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取り、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、限定期解釈の限界は、当該解釈が実体的適正手続の観点からいって、どれほど個々の人の権保障の趣旨・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。それは、とくに

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出てこないのでないかと思う。ところが今回の多数意見は、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。刑法学者によれば、裁判官補足意見に対して「贊意を表す」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、立法権の侵犯といふことではなく、違憲立法院査査権の当然の属性として許容されることだと言つてよい」とする意見⁽³⁾が要するに私は、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、全通中郵判決の基礎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取り、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、限定期解釈の限界は、当該解釈が実体的適正手続の観点からいって、どれほど個々の人の権保障の趣旨・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。それは、とくに

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を及ぼす（またはその虞れがある）としたて、一律かつ全面的な禁止を合意としている点にあらわれている。

なお、多数意見が、合憲性を基礎づけた道であると私は解する。追加補足意見は、「法の規定が、その文面からは一義的にしか解釈することができず、しかも憲法上許される必要最小限度を超えた規制がなされていると判断せざるを得ないならば、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構成要件の問題とは別個の論点として立ち入った検討を要する。そこで、ここでは疑問を提起しておこう。

（1） 芝原・前掲「罪刑法定主義の展開」三七六一七八頁。

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

（3） 藤木英雄「刑法の超法規的適用」ジユリスト五〇〇号三八八一八九頁。なお参考・藤木「あおり」についての解釈法律のひろば一九三二号一六頁（一九六六）。

（4） I-L-Oの一一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ざ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适当であるとして多数意見を論難するの

であるが、職種と職務内容の公共性の程度が弱く、その争議行為が国民全体の共同利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、多数意見が指摘しているところである」とするが、「立法機關において慎重に考慮すべき立法問題」（多数意見）というだけで、現行法規が一律かつ全面的な規制でない理由にはたしてなるのか。むしろ、追加補足意見のいう「憲法上許される必要最小限度を超えた規制がなされている」場合に当たることにならないか。

(No.536) 1973.6.15

リスト

は判例変更の真にやむをえないやえんに
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
の多数によつて憲法判例の変更を行なう
ことは、運用上極力避けるべく、もしそ
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。
これに対し、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、「本件の處理上、基本的問題の判断
を避けて一時を翻塗すべきである」という
にひとしく、……承服したい」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義が
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
から解放」したかのとき誤った理解を
植えつけることになったことをあげ、さ
らに、(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
が区々にわかっていて、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
るところがあつたと断じ、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、少数意見の(3)の点は「いわゆる
ない批判にすぎず、強く反論せざるをえ

ない」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で
ことは、運用上極力避けるべく、もしそ
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。
これに対し、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、「本件の處理上、基本的問題の判断
を避けて一時を翻塗すべきである」という
にひとしく、「……承服したい」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義が
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
から解放」したかのとき誤った理解を
植えつけることになったことをあげ、さ
らに、(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
が区々にわかっていて、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
るところがあつたと断じ、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、少数意見の(3)の点は「いわゆる
ない批判にすぎず、強く反論せざるをえ

ない」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で
ことは、運用上極力避けるべく、もしそ
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。
これに対し、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、「本件の處理上、基本的問題の判断
を避けて一時を翻塗すべきである」という
にひとしく、「……承服したい」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義が
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
から解放」したかのとき誤った理解を
植えつけることになったことをあげ、さ
らに、(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
が区々にわかっていて、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
るところがあつたと断じ、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、少数意見の(3)の点は「いわゆる
ない批判にすぎず、強く反論せざるをえ

ない」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で
ことは、運用上極力避けるべく、もしそ
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。
これに対し、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、「本件の處理上、基本的問題の判断
を避けて一時を翻塗すべきである」という
にひとしく、「……承服したい」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義が
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
から解放」したかのとき誤った理解を
植えつけることになったことをあげ、さ
らに、(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
が区々にわかっていて、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
るところがあつたと断じ、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、少数意見の(3)の点は「いわゆる
ない批判にすぎず、強く反論せざるをえ

ない」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で
ことは、運用上極力避けるべく、もしそ
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。
これに対し、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、「本件の處理上、基本的問題の判断
を避けて一時を翻塗すべきである」という
にひとしく、「……承服したい」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義が
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
から解放」したかのとき誤った理解を
植えつけることになったことをあげ、さ
らに、(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
が区々にわかっていて、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
るところがあつたと断じ、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、少数意見の(3)の点は「いわゆる
ない批判にすぎず、強く反論せざるをえ

ない」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で
ことは、運用上極力避けるべく、もしそ
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。
これに対し、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、「本件の處理上、基本的問題の判断
を避けて一時を翻塗すべきである」という
にひとしく、「……承服したい」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義が
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
から解放」したかのとき誤った理解を
植えつけることになったことをあげ、さ
らに、(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
が区々にわかっていて、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
るところがあつたと断じ、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、少数意見の(3)の点は「いわゆる
ない批判にすぎず、強く反論せざるをえ

ない」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で
ことは、運用上極力避けるべく、もしそ
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。
これに対し、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、「本件の處理上、基本的問題の判断
を避けて一時を翻塗すべきである」という
にひとしく、「……承服したい」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義が
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
から解放」したかのとき誤った理解を
植えつけることになったことをあげ、さ
らに、(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
が区々にわかっていて、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
るところがあつたと断じ、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、少数意見の(3)の点は「いわゆる
ない批判にすぎず、強く反論せざるをえ

ない」と主張する。

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に傾きやす
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ふ指摘も正当と思
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 (strict
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
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
のよう立場をとれば、問題の本質は、
さきに摘記した第(2)点、すなわち憲法判
決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、みずから解釈にもとづいて、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なり
かねない」ということが指摘されるにと
どまり、「業務上の混乱」とは具体的に
何かは明らかにされていない。結局、都
教組・全司法両判決が、関係公務員法の
規定は文字どおり解釈すれば違憲の疑い
を免れないとして行なつた合憲限定解釈
に対する根深い反対の立場が、裁判官の
抽象的、概念的思惟に基づいて、公務
員による争議行為を制限禁止した関係公
務員法の当該規定は違憲の疑いがあると
てこの重大な判例変更をあえて行なわし
めたというほかないからだ。

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、つぎのよう
に述べたことがある(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——右に述べたとおり、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
正当性をもたらるために、最高裁が
憲法に内在する基本的な諸価値を適用

する公平な決定機関であるといふ。しかし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ったとおり、最高裁の「権威の究極的根拠」として、この客觀性と公平性への一般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。

右の引用という先例変更を「真に必要とする理由」に連絡して、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方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」かを説いていた点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、さらには先例の誤りがきわめて明確で判例変更が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、多数決によっていかなる判例

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」(モ)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

不必要ならしめるこことを意味しないこと

は、いうまでもない。プラウスタイン

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めた場合、(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特に

意味するところの、「判例の一貫性に内

在する価値」に対し適正な重要性を認

めることを怠った場合、(3) 判例の変更

がもっぱら最高裁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

あることが周知であつたり、またはその

見込みがあることを理由に任命されたよ

うな場合、の三つをあげている(5)。今

さきに触れたとおり不明確であり、さらには先例の誤りがきわめて明確で判例変更が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」(モ)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

不必要ならしめるこことを意味しないこと

は、いうまでもない。プラウスタイン

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めた場合、(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特に

意味するところの、「判例の一貫性に内

在する価値」に対し適正な重要性を認

めることを怠った場合、(3) 判例の変更

がもっぱら最高裁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

あることが周知であつたり、またはその

見込みがあることを理由に任命されたよ

うな場合、の三つをあげている(5)。今

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

従来わが国で注目された判例変更として、純然たる訴訟事件についてなされた調停に代わる裁判が最も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あることが周知であつたり、またはその見込みがあることを理由に任命されたような場合、の三つをあげている(5)。今

従来わが国で注目された判例変更として、純然たる訴訟事件についてなされた調停に代わる裁判が最も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あることが周知であつたり、またはその見込みがあることを理由に任命されたような場合、の三つをあげている(5)。今

従来わが国で注目された判例変更として、純然たる訴訟事件についてなされた調停に代わる裁判が最も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あることが周知であつたり、またはその見込みがあることを理由に任命されたような場合、の三つをあげている(5)。今

従来わが国で注目された判例変更として、純然たる訴訟事件についてなされた調停に代わる裁判が最も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あることが周知であつたり、またはその見込みがあることを理由に任命されたような場合、の三つをあげている(5)。今

従来わが国で注目された判例変更として、純然たる訴訟事件についてなされた調停に代わる裁判が最も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あることが周知であつたり、またはその見込みがあることを理由に任命されたような場合、の三つをあげている(5)。今

(No. 536) 1973. 6. 15

リスト

力の問題がある。全農林判決は一四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是当事者の有罪・無罪の結論を出すには必ずしも必要でないた事案である。しかも、新判例が打ち出した基準の目的、従来の判例が示した基準に対する影響などの要件を考慮に入れるなど、新判例の効力は遡及せず、その意味ではアメリカ憲法判例に「prospective overruling」の場合に当たる。参考文献。

- (1) 伊藤正二・憲法の研究一七九頁以下(一九六五)。
 (2) 筑部「司法審査制の理念と機能」
 城波講座・現代法の「現代の立法」川口一
 一四頁(一九六五)。
 (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) 『米立々々ノーハー判事反対意見』
 (5) Blaustein-Field, "Overruling"
 Opinions in the Supreme Court, 57 Mich. L. Rev. 151, 177 (1958).

力の問題がある。全農林判決は一四対一の多数で上告を棄却しており、多数意見によ

(6) Ulmer, An Empirical Analysis of Selected Aspects of Lawmaking of the United States Supreme Court, 8 J. Pub. L. 414, 426 (1959).

(7) 「Jの意味で、少数意見が、「かつて大法廷の判例を変更するに付けては特別多数決による他の規則改正案を一般規則制定諮問委員会に諮問した」といふ。裁判官の英知と良識による運用に委ねるのが適当であるとの多数意見の意見によれば、改正の実現をみると至らなかつた」と触れ、僅少差の多数による変更は極力避ける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ことを妥当とする趣旨であつてはならない。そのような制度化はかえつて弊害を生む。

(8) たとえば、利息制限法事件については、前の判例に「多くの学者の批判があつたが、大部分は判例に反対であった」と説く我妻栄「債務者は、任意に支払った制限超過利息の原本充當を主張する」リスト三一四号一〇頁(一九六五)、強制調停事件については筑部「家庭裁判所の審判と憲法第三二条および第八二条」清和・佐藤編・続憲法演習一一六頁(一九六七)参照。尊属殺事件については文献をあげるまでもなかろう。

(9) この問題については、田中英夫「判例の不遡及的変更」法学協会雑誌八三卷七・八号一〇〇五頁(一九六五)。

憲法 演 習		憲法の変遷と「文民」		統 憲 法 演 習		憲法の変遷と「文民」		憲法 演 習	
元首	清宮 四郎	天皇の行為の性質	清宮 四郎	天皇の行為の性質	清宮 四郎	会期不継続の原則	田上 譲治	優越	田上 譲治
内閣総理大臣による	中谷 敬寿	受刑者の基本的人権	中谷 敬寿	内閣総理大臣による	中谷 敬寿	議員の懲罰	黒田 達吉	有倉	黒田 達吉
新聞の報道の自由	橋本 公宣	新規の保障	橋本 公宣	権限改定の効力	林田 和博	権限改定の効力	林田 和博	権限改定の効力	林田 和博
生存権の保障	宮沢 敏正	最高裁判所の性格	宮沢 敏正	地方自治の本旨	杉村 敏正	地方自治の本旨	杉村 敏正	地方自治の本旨	杉村 敏正
予算	佐藤 功	予算	佐藤 功	会期の延長と衆議院の	佐藤 功	会期の延長と衆議院の	佐藤 功	会期の延長と衆議院の	佐藤 功
労働者の団体行動権	佐藤 功								
範囲	長谷川正安								
共犯者の自由	和田 英夫								
默秘権と反対訊問権	平野 錠一								
主権・統治権	中村 哲								
会期の延長と衆議院の	佐藤 功								
A5160頁		A5160頁		A5160頁		A5160頁		A5160頁	
定価600円		定価600円		定価600円		定価600円		定価600円	

有斐閣

《論 著》

憲法判例の變更

伊藤正己

一 はしがき

日本國憲法が憲法立法院者權を司法機關に認めただことは、少なくともその審査權の及ぶ範圍内において、憲法に対する公權的な解釋權を裁判所、もしくは最高裁判所に与だねたことを意味する。あたかももアメリカの連邦憲法がその規定形式の複雑をもつていて、司法審査を通じて形成された判例法によって、その内容が決定されてもかんどうが多いのと同様に、わが國の憲法が、多くの面において、解説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、すでにいくつかの項目すぐれ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からかのにはばかりなら」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しまつておるといふを指摘してしまつて解して差支えないとあらう。同じように、日本國憲法のもとで、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く述定をもつては解釋の餘地を狭くしてしまつてはいえるが、それにしておる内容の充實の必要は大である。たゞそれは基本的自由權のものにつきおいてみてお、判例による解釋運用が規定され

てらやむらやがはながたのやおる。かじりやが豊野はがしと、かかる憲法条例の総合研究の業績がおもやれてしるいが、當然のりんこはしや選挙からゆくふくやく、公選舉會で、行政法の並べて、憲法における制例の理論と實際が論究の課題とされたんじゆが選舉をねだゆのふくやく。しかし、なまわが國によして憲法条例法の歴史は幾く、從つて制例法の理論的側面たりうての綱領がたるべくゆのなれし。わたくしが、憲法法例を體察して、かなりの理據的光明のたれがたうてアリカの場合を參照しり、この小稿はがしと、この試論を展開してみだらうと思つ。

いよいよ、本論はだらうやれれれりて擇擇しておれたし體がゆる。それば、制例法が憲法の實質的内容を形成してゆく憲法が選挙をねだゆのうか、その機能が選挙のゆめいゆゆる。制例法の憲法の體質が即ちである。その體質を簡單に表現するだらうは、裁判規範として選挙から憲法の選舉の受當範圍に限るふくやくうじゆる。その體質がりやだんじゆ、換算やがしと種の政治の導則たる役割をめぐら憲法規範が問題にされたんれば、合憲性の実現を行ひゆるが、政治的部門でゆる、その決定や轉換するが裁判所ではだく、それでこそが國民の選舉じゆゆくあるががただ。それで選挙なりある處分なりが選舉でゆるう事えらがゆるにしゆる。それが裁判規範として常に憲法の選挙に反したのでせらうだいが、その機能性を司法過程を通じて追及するがやれだらうゆゆり、政治的部門の活動にうりて、矯正されやうのみやありて、ややを國民が詮釋してゆくことにならうやう。

從つて、司法機関の存在するいよいよだれりては、憲法の選挙のいよいよが裁判規範としてゆくゆくゆるか、あだある選挙にして、いよいよが司法過程を通じて選挙をねだゆるかを詮釋するにが、憲法學の一つの課題でせらうがじめゆるが。しかしりんじゆ、このいよいよが憲法と政治との關係の本質たいたがる困難な問題にだらうゆくはやれだ。いよいよ擇擇しておれたんじゆ、このいよいよが選挙の存在するがゆる、憲法条例の實質性が

體現するゆくゆく、それが憲法解釈を公掲かねりゆくして決して實體のゆのやなし體である。憲法の内容を充實かねゆくゆくして、制例法のゆふに、制例法から憲法上の眞面目なりの存在やいよいよが詮釋してだらうじゆる。

(一) 喜多川正安・憲法条例の歴史は、近頃やがれ成績をあげたゆうであるが、制例が選挙とはくやにしたがつて、最近のやうに、制例の体質が沿襲にならうに思われる。田原忠輔・喜多川正安はその一つのゆゆくゆるが、選和軍事院秘書長に所取やれる憲法の部分やうに三項が公刊され、制例法が累積やれたらうる弊害ゆつてせ、いかが詮釋する制例の総合的檢討がなれだらう。

二 憲法条例の變更可能性

憲法に關する氣氛にうつるが、一般的な理論上の問題として、憲法行続の理論、違憲判決の效力、法律の合憲性の推定のいよいよ異議ある論題をあげるにがであるが、憲法に關する氣氛やゆくゆく問題として論議をとりおける場合には、そんでの最も重要な理據的問題は、制例の變更が可能かどうか、逆にいえば憲法条例の拘束力がどの程度でゆくかじゆく問題といふやうであるが、いよいよが國の選挙によつては、右をあげた憲法判決をめぐる諸問題に藉りて、かたな詮釋が行はれてしゆるに反して、制例の拘束力から問題が、出獄犯に懲罰されたりやから問題がたれり、かたな事實にあつて、いよいよのいよいよ最高裁判所が過去の制例を變更すべきかがどうかを深く考慮するゆくゆくがやめた事例がめだらうゆく。しかし、いよいよが制例が累積してゆくにしたがつて、この問題がひつねりゆくゆくおれゆくゆく思ふが。

いの詮釋にうつる出獄的結果に謹記してゆくゆくゆく、加護像義教説のノンスンルーを想起せん。わたくしがそこから體積をうかねよう。教説にゆれど。

「最高裁判所が法令の合憲性について判断せしむる場合」その判断が裏面からいはば許されどか。日本では最高裁判所が審査する
ことは一般的に可能と考へられて來るので、この點が問題となる。

〔憲法判決の效力に關する〕個別的效力說によれば、判例の變更は可能と解られる。この點では、法令の合憲性に関する判
斷でも、その他の問題や問題がかかるべき性質はなしとされる。

一般的效力說によれば、少くとも憲法の判斷がなされたといはば、それによって法令の效力が一般的に失ふたといふ解するの
であるから、その法令が效力を失ふたりとはそれで確定してゐるべく、その判例に裏面が許されないと解される。

法令につき、合憲の判斷がなされた場合にも、最高裁判所が憲法の抗議を排斥し、その合意である旨を示した場合に、そ
の示すがまま裏面からいはば許されただらしく解すべきものとされる。

これがの場合は、判例の變更を許さないといはば、法律改進世を構するといひだせば、いはば「一般的效力說よりの區
別」とおもふべし。

ともかくのとく。

この引用がいかで取らなければならぬか、いはば憲法判例の變更可能かどうか、その判決の效力をどう解するかと結
びつけられる。やがてわが、憲法判決の效力を當該事件のみに及ぼすとする個別的效力說をこれば、變更が可能と
なり、判決が法令の一般的な效力を左右するとの解する立場にたてば、變更が不能とする考え方とするのである。や
がてわが、博士によれば、憲法判決については一般的な形成力を有するといひ、その効果は裏面からいはば
れる。⁽³⁾ 他方において、合憲判決が個別的效果をもつてあたらしく裏面が可能であるといふのがある。

このように憲法判例の拘束力の問題を、判決の效力の範囲と直接に結びつけられなければならないか。わたく
しが、この考え方ば、異なる平面に屬する問題を同一面に繋げてはしてはいるがに思ふが、いはば本物の

點から明らかなである。もし一般的效力說を採用する場合は、憲法判決は當然にその審査の結果となつた法令の效
力を確定的に消滅する。その法令がまだかま正規の手續を以て廢止されたにひとしい效果をもつて裏面するわ
けである。その意味では、それは憲法由立法行館によるものであつて、やうこすがは、それが後において、裁判所がそ
れを適用するといふがやれなほのは、當然のといひながら、判例變更に名を冠して、それを適用するにことになれば、そ
れは廢止された法令を適用した結果にひとしく、當然に破棄を免れたといひにならう。いはばに考へるがいは、
この場合は、判例變更が不能といふのではなく、註解日本國憲法の脚摺からいはり、判例變更の問題がじゆから
生じたらしいのが正しかるべきである。

わたくしの見るところでは、右のようには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
認めんとは、憲法判例の意味をある特定の法令なり處分なりの裏面がどうかの判断そのものにはならないと考
えんといふにゆづけては思ふが。果して憲法判例の意義をその點からいはが正しきのであるが。判例がそ
のまま法源なる地位を占めるものであるがどうかは、法體系によりて異なるであらうが、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とい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て判例法に昇華する。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。やがて判例が、その本質からいひて、その事件の事實とかに結合して理解されるの
かは困難な問題であつて、いはやがれらのとはあたひが、要するに、その結論に至るために裁判所の採用した
理由づけのうちだ、それが判例の實質的な法的意義が明らかであるのじが。そして我が國のまことに成文憲法とお
いては、成文規定の解釋をもつてて判例が成立するにたり、その事柄が尊厳といふに、法解釋に於て重要な
意義をもつ所には、判決が成文規定のうちに規範的意味を蘊藏するからであり、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。人の人とは、民法に属する判例たると憲法に属する判例たる人がどちらもいる。しかし、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属する裁判所の解釋なのでありて、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。たゞえば、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る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付して一般的に效力を失なうかどうかとは別問題であつて、それがどう解されるかにかかわらず、重要な意義をもつのである。

人のように考へるとか、判例變更が可能がどうかという問題は、ある法令なり處分なりの違憲性質はじつてある判決の採用した論理過程が、のちに同じ内容をもつて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、そのまま維持しながらがちだらうのかをもつてはいけないといふのがであるのかどうりハビタスやシカネばならぬ。前に審査をうけた法令がそのまま再び審査をうけねばならぬのである。ふくに合憲の判決である場合には、再度の審査をうけた機會のあつたらうじが容易に想像だれ。その後制定された用に付した内容の法令が問題とされたら、前と同様の問題となる。前の判決が違憲判断じつたときは、たゞ個別の效力説をもつて最高裁判所による決定の場合ば、法令が立法過程によつて效力を削減せしめられたりが期待されるからのかに問題となるのは新たに制定された法令にならう。もちろん、地方公共團體の條例のいわゆる場合は、他の地方公共團體の同種の條例がのちに問題とされかねんじがありえぬ。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、おそれそりだらうれた論理過程やねねじねが付だねが。

憲法判例は變更しうなしと解する立場は、果して人のように人とを重複してしまふであらう。形の人の場合

が、我が國においては竟然に判例變更が可能であると言えられるであらう。もしかりに、人の場合をも變更不能とするに付かば、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もつてしむらぬから他に理由となるものを持てることがでないであらう。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しつつ重大な影響を及ぼすがそれがあつてもうまい。かくして私見によれば、判例の意味に對するわだくしの見解が誤つてはならぬ。判例變更の可能がどうかは、判決の效力とは關係がない。憲法判例の變更は付はば法的に可能といわねばならない。ただ一般的效力説をもつては、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つて復活せらるとはでもないが、人の人とは當然のことであつて、判例變更の可能がどうかは別の問題である。そしてその場合でもののむにれど全く同一の法令が制定されて審査をうけねらるは全く同一内容の他の地方公共團體の條例が審査をうけるに至つたとき、のれを判断して合憲かねんじが計られねらるのむらべれてある。のれがまたに判例變更の問題にはがならぬのである。

アメリカ憲法においても、判例變更の問題は、人に述べだらうに理解されている。たゞは、公立學校によつて児童に國旗敬禮式參加を強制することが修正第一回條に違反するがどうかという問題について、はじめこれを合憲としつつ、數年もただないのにこれを違憲とした例⁽⁵⁾、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、平等権の侵害でなしとしたのが⁽⁶⁾、のれに小学校のみ公立學校にやつて、分離するに自體がすでに平等に反するとした例⁽⁷⁾といふれば、判例變更の著名な例である⁽⁸⁾。まだ違憲から合憲に變つた例として、ハーリンピア地圖の最低賃金法が、はじめ労働立法に不利が環境の中で違憲とされたながら、のれと同じ内容のマジン

この判決が合意されたんじが取れてる。人のもとで審査、ついに終了の場合に、それは憲法判決の效力にして個体からもQDとして、人の問題ではない。人の問題として求めたらいいが、人のもとにアメリカの制度の裏面からわかるのが、同一の送金にかかる問題の裏面でのみならず、憲法制度の裏面にはがめらからじたQDである。そこで、すべての場合を通じて、人の問題は可能かそれが、それに異議がたこのである。

これがやがて、アメリカが憲法判例として、その最近の制度改進の動向は別として、我が國との具体的拘束力を問へ詰める憲法系である。人のもとの憲法判例を徹底的にあらわすのが本件では、憲法判例が行なわれてしまつた。我が國において、憲法判例が改めて改定不能かの問題をとりえだしてある。人の問題が問題である。

(一) 宪法改修・日本國憲法大判一回目。

(二) 第二回・裁判法八〇回。

(三) 第二回改修判例改めて改めたふる者にて改められてもかかわる。しかし、この問題からみて制度の裏面の改修の效力の問題も關係して考案されたといふは明らかのものである。

(四) 法學報會・註解日本國憲法1111回目。

(五) Minersville School District v. Gobitis, 310 U. S. 586 (1896).

(六) Board of Education v. Bardette, 319 U. S. 624 (1943).

(七) Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896).

(八) Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954).

(九) 人のもとの憲法改修判例 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) 参照 Appendix A 及び Appendix B を参照。たゞ出題の憲法改修問題に接觸した改修判例 Reference, Precedent in Constitutional Interpretation, 3 Race Relations Law Reporter 395, 403 et seq. (1958).

(十) Adkins v. Children's Hospital, 261 U. S. 525 (1923).

(十一) West Coast Hotel v. Parrish, 300 U. S. 379 (1937).

(十二) 人のもとの 憲法の判決改修は大統領の権限に訴えてなされた法務省の回函が参考である。39 Ops. Atty. Gen. 22 (1937).

III 憲法判例改修の難易

南山に於いて、わたしが憲法判例の裏面が、その本末の效力をいかに考えるかにかかるが、問題に於ける人のもとの憲法改修問題である。人のもとの憲法改修問題が、憲法には改修問題のものからなるが、かくの裁判所へはに最高裁判所としてひらくが問題行為から改修の問題である。しかし、人のもとの憲法改修の権利をかくに問題あるかにかかるものである。憲法の解釈の本質にゆがむかねばして、憲法判例を詮索するに當りて説明が必要となるのである。それが本物のうつた問題である。憲法判例が改修可能であるとして、判例として法的安定の要請に奉仕しならぬ事、一定の拘束力をもつてしむ。英米の判例は、判例として法的源地位を離れて法的拘束力を失敗しないが、我が國においても、憲法上の拘束力のみが當然である。人のもとの問題は、憲法判例が先例としての問題の問題をもつたが、設言すればその構造上の拘束力が、他の法律域に属する事項と比して強いがど

うが、逆にいえば、憲法判例の變更は、他の種の制度に比較して、困難であると言ふべきが、同じでもないするべきが、もしもは意味ではよりよくやればいいがとしつつあります。これがおもる意味ですが、やがてそれがたしかに、裁判所の判例適用の心得をもつてゐるが、われわれが憲法判例の意味と機能をどう評價するかにかかるものである。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、獨立した考え方があつた。⁽¹⁾ 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混同されないものとして、通常の判例よりも賛成する立場がある。しかしアメリカでは、かかる考え方にはつらくなつた。周知のように、アメリカ法においては、イギリス法にかられるような厳格な先例拘束の原理が認められたいが、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ていて航行いかる。⁽²⁾ 憲法判例が現實の政治と深く結び合へる上、イギリスのように綴録的拘束力を判例に認められないにて憲法を僵直化されないことがでたらしくからである。その意味では、憲法判決の存在は、判例の拘束力一般を認めたものと意識されてゐるのではなくて、憲法判例の變更が通常の判例の場合よりも困難であることは考えにくのである。そして實際上も、憲法判例の變更是他の場合より頻繁に行なわれてゐるのは明らかである。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にみて、最高裁判所の判例數量が三〇件であるが、うち11件が憲法判例が占めている。⁽³⁾ これは、最高裁判所の管轄事項を考慮に置いて、憲法判例の變更が抱き取らなければならぬことを示してしまつ。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說と、それを否定して判例の拘束力をともに憲法判例であるからといって勝手にひがめさせられるならしくやがて獨立するのである。⁽⁴⁾ 以下にかけて簡単に兩者の代表的な論者を述べてみよう。

まず最初に、先例拘束とは直接の對照にすむ、從つて論調性をもつてゐるが、その中で最も歴史的先例の重要性を主張する。先例拘束とは直接の對照にすむ、從つて論調性をもつてゐるが、その中で最も歴史的先例の重要性を主張する。先例拘束とは直接の對照にすむ、從つて論調性をもつてゐるが、その中で最も歴史的先例の重要性を主張する。先例拘束とは直接の領域においてがちりであつた。憲法の解釈または適用の問題となると、先例拘束の政策は必ずしも弱い。後者の場合、誤判を止めるのが煩雜な憲法修正手續のため事實上不可能だため、前の判例を廢棄したり、修正したり、あるいは全然無視したりする人が多く行われる」⁽⁵⁾ のである。まだウエーバーは「先例が同種の事實状態に適用されるべきが法院の最良の證據 (best evidence) であるから考究されなければならない」との如きが成文憲法の存在する限り妥當したらしく主張する。なぜなら、やがて憲法の規定の實質に沿うる最良の證據が、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「ねむ先例によつてではなく憲法の規定自体によつて判決を理由づけなければならない。やがてやがて憲法の解釈が事實とともに直ちに繋げてゆくことだからな」が、裁判所は自己の誤りをのちに矯正するのを躊躇すべきだとして諭してゐる。

この立場を最も明瞭にとしたのは、ながら最高裁判所の裁判官の進歩派を構成してゐたタグラスの「先例拘束の原理」と題する著名な論文である。その一篇を引用すれば「憲法における先例拘束の原理の地位は、いつそう憲法そのものである。憲法判例を能める裁判官は、過去の歴史を尊重し、前に書かれた意見をうけいれるから心的に強しられるがゆしなら。しかし、彼は、他の何ものにもまして、彼が支持し難難するのを嫌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しとを恐れるものではなし。かくして彼は、しかもつかひかひとの見解を誤りながらにして却て、他の見解をけんかながら、彼自身の見解を形成するものになるのである」。そしてタグラスは、「憲法判決に誤りがあるとき、立派選舉によるその矯正がいかにもしく困難である」と、裁判所が自ら犯した誤りを自分で正すことを躊躇しない、他の部門の行動をもつては責任ある憲法の要求に反する

めのであり、裁判所がひねり自らの決定を再検討し、自らの誤りを直すやういふからだといふのが裁判所への尊敬を増す所以であつて、人の人は憲法判例の場合とくに必要じやうべつて、自己の誤を基礎づけられんやうである。⁽⁸⁾

これに反して、憲法判例が先例としての價值だらうといふ論者も、他の種の判例や風説すぐれではだらういう主張が存在する。やや古めは古めが、先例拘束の原理について詳しく述べて行なつたトマス・ハーリンやサウスウッドなどが最も多く。彼の説は、憲法判例の拘束力をむしろ他に出して厳格に解すべきだがゆうに近づくやうにも思われる。彼によれば、よほど先例拘束の原理は、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はあり、人の法的安定性には法の奉仕する目的のうち最も高い價值があつてゐる。そして人の法的安定の要請は憲法の領域だから他の法律領域などによって相違がない。むしろある意味では、たゞが商事法の問題より憲法解釋の問題の方が重大とやらべきやうであり、「單なる私的な關係のみに於ける場合に出して、憲法解釋に於ける法則が變更されだとかば、」⁽⁹⁾ 一般公衆に與える不便たり不利益が少だらぬといふが、それより「べきだ」とやうだ。

もともと憲法領域が既にかに誤りだつたやうなときは、先例拘束の原理を適用して、判例變更を認めなければならぬが、しかしりの場合は、解釋運用される規範が憲法じやうべつて他と區別する根柢は充分ではだらうと主張されるのである。

人の説に同感するやうなトマス・ハーリンがおこつた。その主張によれば、法の統一性、適用可能性、安定性などを確保する人の立場が先例拘束の原理であり、その要請は憲法の領域じやう他の法律などとは、憲法判例については當然にハシハシ無効をすればならぬものである。ゆゑゆゑ、かつて憲法判例において、餘りにゆえその時代の生れた規範から離脱したあだなたは、さかに氣例の變更を許せばだらうことがお約の（これが「統一ハリ」・「一・テ・一・ハ」の憲法判例を許すのであると照れる）。しかしトマス・ハーリンによれば、憲法判例が正確な司法機能の分析

を逸脱し、不當に政策決定の領域にやみこへだために、人のもとたな事態を生じたのであり、たゞが自由放任政策を憲法の原則としてとり入れただめに、ゆえにそれを憲法の外に置放する必要に迫られ、判例變更の必要を終らざることになつたのである。従つて、トマス・ハーリンの立場によれば、違憲審査制度が適正に運用されてゆくにむき向ける限り、他の領域と同じように先例拘束の原理を維持すべきだ、まだそのまゝに維持しなければだらうことにたるものである。⁽¹⁰⁾

最近に發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。それによれば、たゞが先例拘束の原理は、ロモン・ローのやうな純然たる判例法に妥当するものであり、憲法のまことに國民の意志が主権者の意志としてその内容を決定する法律域においては、先例拘束の原理はむしろない性質のものだといわれれる。人のやうに、憲法を判例の拘束力と無縁な分野とするよりも單色の規範試験でから、一貫するよと憲法判例が迭的に無意味などと、従つてその拘束力を否定するがにふれて。しかしその眞意はむしろ違のやうである。すなわち、先例拘束の原理が、イギリスのやうな絶對的拘束力を認めるのではなく、たゞが判例變更の可能性を容認するところから大巾な變更は、實質上は憲法改正にはかなうが、人のもとたなことは裁判所の權限外であつて、かかる變更是、國民の意志にしだがつて正式な憲法改正の手續をもつてはいる不行なつておるといふ主張をだらうと考へられる。人のもとたなれば、ロングの説は、ひれりおおは憲法判例の變更不能説に近づくものであるが、果してそこまで徹底して考へてはいるがどうかは明らかでない。しかし、少しづつも憲法判例の拘束力の強化を主張するやうにして、判例變更の容易でおおりんに新立する意見があつておらう。

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やうである。そして事説が主體としてみて、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、これが反対する點の論據にはかなり疑問のある點が少なくない。しかしけれわれとしては、變更が容易である以上にして積極的に論證してい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。

まずは判例の拘束力が一般的に法分野を異にする上に差異を生ずるかの問題の先決問題として、まずは判例の拘束力が一般的に法分野を異にする上に差異を生ずるかの問題かどうかという問題が現れる。しかしりんではなにたからむことだれたら。相違のみをおけば、當然に差異がもつて然るべきではないかと考えてしまう。たゞ今は私法のうちにおいても、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、不進行憲法の場合に比較して、判例の變更が困難であるとするべきでもある。一定の法分野の規範の性格や、そこの慣例の意味からみて、判例の果す機能もまたおのずから相違があるからアリであります。もしりんの點についての相違が正しつかがは、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しうるだけの相違の論據があるかどうかがとわれればはなに。そのような論據については右の所説を検討するからもう略過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ゐるのを分析しつつ考察を加えてみよう。

第一にウーリンがみにみられたように、憲法が成文であることに注目し、純粹のロマン・ローの領域の判例よりも拘束力が弱いとするのがある。すなわち裁判所は、先例からの成文規定そのものを尊重しなければならぬからである。しかしりんの論據では、成文の法律の場合にも采當する上にだつて正確とは思われない。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離すべきで、それが不當であれば立法院が法律に手を加えねばならぬという意見が強いのである。しかもノルマに成文憲法に属する宪法であるからには、充分の理由にならぬにし、いうまでもなく、純粹の領域外を定めなきが圖のせんだ成文法國に於いては、問題となるが

次にアーリス法の背景から語るがわかる。すなわち、先例拘束の原理がアメリカに在するのを、日本が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構成が離れてからと考えられる。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、アメリカで這種審査が行なわれるのをもめて制度がなりて、アメリカ的意義での憲法判例は、イギリスでは存在しないといえる。そういうところも、這種審査の行使の結果として生みだされる憲法判例については、その本質の形での先例拘束の原理は離かないで、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。以上の點はアメリカ法の構造のうちで権利や規則の命令われども、直接にわれわれの問題につながるものでないから、ここで指摘するにこしむ。

第三に、いわゆる既得権侵害の理論と呼ばれるのがおけられる。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権利關係を認定する上にやむなくのであり、逆にいえばそれが變更は法秩序の安定を害することになりて、個人の既成の権利關係を侵す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上にならざるを免だら。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して設定付與されてしまふれば、當然に判例の變更是容易であると考えられ、そして憲法の領域がそれ以後者にわたるこれがるのである。上の考え方は、一般的にうつて法的安定の要求が財產法におけるよりや憲法において離らじん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して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よいよはだしかであるが、憲法判例一般について拘束力の弱いことになるとよりて理由がくるがどうかは疑わしい。憲法判例においても、財產關係と深く

結びの「このせいかくはなし」から社会の取引關係の基礎を提供する画面をうつしめたりする（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もにいことができる）。この論據をおしえすれば、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りた評價をしなければならなくなるようと思われる。結果、この論據は、憲法たる他の法領域たることをこね、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ころ、ある意味で自明の理を表現するのである。この点からおけるに適したものは、つてよろどおも。

第四の論據は、憲法判例の變更が他よりお容易であるとする論旨のはとんどすべてがあげらるゝである。すなわち、立法部の行爲によつて判例を變更できるところにおいては、判例の拘束力を強く認めて差支えなし、むしろ解釋によつて解釋してゆくから、判例の變更を困難にして、その法律の不當を憲議させ、立法部の判断をもつて矯正をもつくるのが最も簡単である。立法機關において責任を負ひるのは立法部であらべきて、制定法を解釋する判例の拘束力を強く認めるにとほり、法律の内容の向上の責を立法部に集中せしめるにとなるら。しかし、こうまであると、憲法判例は、單なる立法部の行爲によつて變更するにとどまらぬ。立法部はむしろ憲法の最終的解釋者である裁判所とともに真實裁判所の意思に従わねばならぬ。そこで、もしも憲法判例が不當である場合、まだ當初は正當な解釋であつても、時代の進展とともに社會に適合しなかつた場合、これを矯正する立派的手段は憲法改正に限らる。そしてそれは慢性的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11回の修正が、判例を變更する效果をもつてゐる。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屬するとした判例をもつてした修正第一一條、所得税が直轄税の一體として人口數に比例して州に課せられてゆく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、たゞ一例である。憲法修正案が連邦議會によって提出されながら、ついに必要な數の州の承認を得ると、これが認められ、憲法は裁判所による判例變更をもたらねばならなかつたりしかば、憲法改正の方法の實現が困難などと示してしまふ。このように考へるとき、憲法判例は他の判例と異なりた面をもつ、そのような區別を理由として、その拘束力を弱らし認めるにとほり可能のようと思われる。だだりの考え方に対する反論としては、憲法の内容はみ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が、後つて、判例變更を通じて實質上の憲法の變化をもたらすんだけれどもしくだべ、憲法の變化の必要なときは正式の改正手續によるべくあり、それが困難なときは、憲法として當然のものであるという考え方があげられる。

かくして、われわれは憲法が社會の變化にどう應應してゆくかが、むしろ憲法の解釋なり運用なりの本質に与れる問題を含む最後の論據によつておわるをえなくなつたのである。すなわち、憲法の解釋運用は固定するにとほり、時代とともに變化し、社會の實態に順應するべくものと考えるかどうかである。憲法を永續的的統一體であり、固定的性格をもつ一般規範である點を重視するだけは、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、後つて判例變更を困難にしむつかる立場に傾いてゆく。この場合でも憲法は時代と共に遊離することができるが、それを接着されねるのは、正式の改正手續にはからなじみになる。これに反して、憲法をまた社會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くものであり、新たな社會状態に對しては新しい解釋適用を行つてゆくので、はじめて憲法規範が生きた有機體として存續できやうじう立場からみれば、社會の基礎をなす憲法といえども、既述のとく改正の實現の困難なりといおしまつて、司法過程自體を通じての内容の改変によつて進化をやる必要があり、判例の拘束力を強くするにとほり、憲法そのものを輕量化をやることだけで、不當な結果を生ずるにからう。この一つの考え方は、憲法をいかに理解するかにかかる大きな問題である。

わたくしの立場は、司法権が不當な政策の実現にあらゆる手段をもってその実現を阻害する場合の拘束力を「法の精神からして」認めることはできない。だが本題に於ける論理が成り立つては、憲法性といふ意味がやがたにならぬ。やがてやがたかかづく、憲法が被権利者の権利に及ぼす影響が憲法上問題となる際の世間の見解からして、憲法が社会の既存の構造を維持するうえで合理的な機能を有するが、果して何が合理的が不合理的かは、社会の発展とともに当然に變遷する時代、その社會の状況が正義感をもつて決定されるべきだ。かくして、時代の進歩とともに法の原則が、憲法よりもはるかに進歩する。したがって、憲法の被権利者に対する影響が、憲法よりもはるかに進歩する。」

- (一) 植景國川・同前釋の趣旨 田中辰夫・英米法の構築 II 国画 Goodhart, Case Law in England and America, in Essays in Jurisprudence and the Common Law (1931), 50, 67-68.
- (二) ハーナー・トマス著「各州判例の統一と判例法の統一」岩波新書 111 第四編 111 頁。
- (三) Cf. Douglas, Stare Decisis, 49 Colum. L. Rev 735, 757 (1949) Appendix B.
- (四) おお國じるは虚偽機械山だらけのトドケ 植景國川・権力と法の風景。
- (五) ハーナー(第三回米語)。唯くの權力問題よりシド・カーロー博士「ハーナー」(1931)。大谷千代子(同上)。権力と法の風景 115-116 頁。
- (六) Warren, 3 The Supreme Court in United States History, 470-71 (1923).
- (七) Douglas, op. cit., at 736.
- (八) 本題の立場は必ずしも本題が示すところと異なる。たゞ本題 Von Moschzisher, Stare Decisata, 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). また Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U. S. 393 (1932) はアーヴィング・ブランデス、ストーン

軍事の範囲の論述。

- (九) Chamberlain, The Doctrine of Stare Decisis as applied to Decisions of Constitutional Questions, 3 Harv. L. Rev. 125 (1889). 本題の立場は必ずしも本題が示すところと異なる。たゞ本題 Von Moschzisher, Stare Decisata, 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). また Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U. S. 393 (1932) はアーヴィング・ブランデス、ストーン
- (十) Ibid., at 131.
- (十一) Bishoff, The Role of Official Precedents, in Supreme Court and Supreme Law, 76 (ed. by Cahn, 1954).
- (十二) Long, The Doctrine of Stare Decisis: Misapplied to Constitutional Law, 45 A. B. A. J. 921 (1959).
- (十三) 本題の立場は必ずしも本題が示すところと異なる。たゞ本題 Von Moschzisher, Stare Decisata, 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). また Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U. S. 393 (1932) はアーヴィング・ブランデス、ストーン
- (十四) たゞ本題の立場は必ずしも本題が示すところと異なる。たゞ本題 Von Moschzisher, Stare Decisata, 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)。たゞ本題の立場は必ずしも本題が示すところと異なる。たゞ本題 Von Moschzisher, Stare Decisata, 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)。
- (十五) 本題の立場は必ずしも本題が示すところと異なる。たゞ本題 Von Moschzisher, Stare Decisata, 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)。
- (十六) Chisholm v. Georgia, 2 Dall. 419 (1793).
- (十七) Pollock v. Farmers' Loan Trust Co., 157 U. S. 429 (1895).
- (十八) 本題の立場は必ずしも本題が示すところと異なる。たゞ本題 Von Moschzisher, Stare Decisata, 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)。

した修正案に因襲せられたといふべきだ。つまりの理由は、常に單獨の議題が扱われてはならない。

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

20

四 カ す び

以上のべた如きが、わたした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、前篇において述べた據據のうち、主として最後の11つの理由によつて、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強く、裁判所の慣習として、判例變革が容易であると考えてよからぬではなかろうか。しかし今世紀にわたり、それが急激な社會的變化のためか、もしくは憲法判例が硬化し、内容が固定化してしまつたのが、變法そのものが脆弱化する危険性をもつてゐる。

それにもとより、憲法判例の判例の慣習を無視せざるを得ない。判例が先例として事實上の拘束力を持つ、それが後わざの判例に及ぼす影響が強くなる。それを憲法や法律が例外でもある。かくてアメリカの裁判官がもしして判例が變更されるのを直感して、なぜか判例が「單なる慣習」、慣習限り適用の近事拘束のいふものに陥ると皮肉つだが、ゆづれただけでは、判例、ひいては變法の権限の慣習が失なわれる。かくて變法そのものの尊厳が減退するのみならぬ。その意味では、かくてアメリカでみるかぎり、最高裁判所の人的權威が變化するのみならず、世間の尊嚴にわたる差異が生じておかかわらず判例が變更されんとは、それがの意味が明白に不合理であるわけが瞭然で、好ましくもいふべきである。がく文部省令大選提調官事務所 (Legal Ten-

(1) der Cases) によると、⁽¹⁾ 变法判決は、その事件の当日に指名された1人の裁判官の新任によって區別され、出抜団アバウト・コートとされるが、⁽²⁾ 他の結果の是非がしきりに争はれて、結果決定をうながすと、出抜団はその日から出抜である。

かへつて、わたしたが、憲法判例の變革が他の場合より容易じゆくこと、ゆくだけに憲法が開拓いたるだけの根據——それが単に社会的變遷の變化を認識するのである——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变法判決において、カーリンが、平等規定の解釋を示した事蹟のほかに、かつての大判の特徴の公立學校教育の変状、黒人教育の實態をとりがれつゝ、それを現状と比較しながら、判例を變更した幅度が出来たことを述べる。

(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). これ裁判官の幕僚の議論の結果である。 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

憲法判例の變更	伊藤正己	1
人身保護法とその判例	河原誠一郎	22
行政法における「公法」と「私法」の問題をめぐる判例の推移	有倉透吉	48
行政法における「公法」と「私法」の問題をめぐる判例の推移	成田順明	76
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	成田順明	76
基本的人權の擁護と公共の福祉	芳野勝	127
動の制限の基準	言論・集會・集団行進・集団示威運動	137
「明白にして現在の危險」原則の適用をめぐる問題	水谷	137
破防法第31條違反の問題點	土井多賀子	147
判例にあらわれた憲法第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判例を對象として――	田口精一	166
西ドイツ憲法裁判所の判例について	田口精一	166
出入國管理令第25條の合憲性	太田益男	180
生活保護基準をめぐる行政訴訟	太田利男	191
労働者の権利に関する判例の動向	菅原博	201
シンボシウム	横川川	201
憲法・行政法判例および自由課題	シンボシウム	211

有斐閣

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 日本評論社
■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――牧製本印刷株式会社
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(5)。
- (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、千葉地判昭和五四年一〇月一日訟務月報「六巻一号一一一頁」、東京地決昭和五一年一月一九日行裁例集「七巻一一・一一号一七七一頁」。

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おいたことは当然のことである。そのような中で問題となってきたのが、いのちゅう「判例」を「法源」と認めるといふかであらかじめ、そして「判例」に「先例拘束性」を認めることができるかじめであった。

では、以上の問題と連絡があるのをうなづかれていたのである。以上の小稿では、以上の点や日本の連絡網の井手紀を振り返ってみた。

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なる場合、「判例」は、裁判所がお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、「総説」「主文」と「判决理由」「理由」中の結論を導く上で意味ある法的根拠・理由

ついでに区分するといふのである。ついでから「事例」は、この「辨決理由」の部分を指す。^(二)なお、判断が積み重ねられたときなどはじめて「事例」と呼ぶこともあるが、ついでから「事例」は一度の判断によっても成立する。

では、どのような「判例」の何が問題なのであろうか。ある事件で、最高裁判所のある判断を下したもの。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ところについては異論はない。日本でも、ルリルヒヤダウムのはじめから。裁判所法第四条が、「上級権の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級権の裁判所を拘束する」も認めてゐる。ルリルヒヤウムカシテしている。ルリルヒヤウム、ルリルヒヤウム問題となるのは、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」だったのですあり、イギリスでは先例は議会の制定法にどう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、判例は特別の法的的地位を認められ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大条で「司法権」を裁判所に付与したが、ここでいう「司法権」は、大陸法系のようないくに民事・刑事案件のみでなく、英米法系のようないくに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はなかろうか。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いか、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いかからだろうか。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つてゐるようなすべての権限を憲法上付与したものと考へるべきだったのでなかろうか。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従来の憲法学の議論

ところが、従来、日本国憲法によって英米法型の司法権が採用されたにもかかわらず、いのちうな判例について、英米法で認められるような先例拘束性は認められないままされてきた。例えば田上穣治教授は、「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……。すなはち、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、最高裁判所の判例に従う」となく、自己の判断に従ひ独立に……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」から考へ方は妥当でないとして、「我が国で判例の拘束力と言ふわれてゐるのは、やはり『事実上の拘束力』だといわれるべきなり」という。

その根柢とされたのは、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、憲法の大条三項の「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職權を行ひ、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、その根柢には、先例拘束性原理の根柢とな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へることなく判例ひいうだけの理由でそれに従えといふのは、例外的理據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にじにもなりかねず、あまりにも下級審裁判官の主体性を無視するところになりはしないだろうか」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へなかつた。実際、裁判所法一〇条三号は、「憲法その他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關係でも、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ニアガスコトヲ得」と定めており、民事訴訟法四八条は、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」に含まれるとしている。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る、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をわめて多くなつていて⁽²⁾。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る。学説も、判例が持つて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⁽³⁾。

その結果、従来の学説は、こののような判例を憲法の「法源」と認めたりとも拒否しておらず、「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て⁽⁴⁾。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」と認めることを拒否しておいたのである。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、強制するところが期待され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つたく違わないという⁽⁷⁾。しかも田中教授は、こののような「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に直したのである⁽¹⁰⁾。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、その陰でかゝ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ふ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ぬはずである。そして、成文法を解釈する判決に先例性を認めたりといそが罪刑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⁽¹¹⁾。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⁽¹²⁾。

このような見解は、浦部法穂教授によっても支持されている。浦部教授は、「我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遵拠するという形態をとらなければならず、具体的紛争事案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つ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⁽¹³⁾。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うべきであろう」という⁽¹⁴⁾。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⁽¹⁵⁾。

(4) 潤訳からの反論

210

しかし、人のような主張にもかかわらず、潤訳は、依然として憲法判例に先例拘束性を認める上には適切である。では、なぜ先例拘束性を認める上には反対なのであらうか。

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)上にも遣り出す(fire)上に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、拘束されてはいるのである」とする学説に触れ、「人の觀点からすると、わが国の最高裁が、下級裁判所の裁判官を裏賃で《hire》し、かつ《fire》するなどである程度上の地位にある、という以上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についてアメリカ流にながらおこうとするのならば、同時にアメリカ流に改めなければならぬのは、日本の「火」があり、「それらの火が燃えたりしてアメリカ流のものに改めることは可能である」という是と非しあつてはじめて、「事業上の拘束」という定式化をして正面から先例法理をみとめるべきだ」という異言が可能になるのではないか」と反論する。⁽²⁵⁾

吉田信貴教授も、たしかに事業上の拘束力という概念は明確とは言えないが、法的拘束力という觀念もまた「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。そして吉田教授は、法的拘束力を認める佐藤幸治教授に、次の如きに反論する。第一に、事業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則すべき基準として「法源」の一つであるといふ點も、これは可能であり、判例を法源と認める上には、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。だが、先例の拘束力を事業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、憲法七十六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則する」とを義務づけられるものでなく

準則する上にが適切であると答認されている「法源」という意味で、「許容的・誤得的法源」であるといひゆる。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いつてもないが、問題は、そこから当然に日本国憲法の司法制度のもとで「事業上の拘束力」説をいわれないかどうかなどという。吉田教授は、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ふ。そして吉田教授は、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ほぼ異論ないが、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』であるといつても、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業上のものではないと言つ上にはできません、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、むしろそのものが状況は、拘束力を法上のものと考える上にとつてかえって一層強まるのではないかと反論する。⁽²⁶⁾

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法規範の定立は、原則として憲法上明示の根拠を要すると解される上と、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)として表明する機關であるといふのである。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ことである。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」だといふ。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上であり、第一に、それが結果として国民―国会のルート

211

の整根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、必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ねばならないのである。⁽²⁾

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、いのうな從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と思われる。既に見ただように、「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遵従すべき「法」が何かの問題だと言るべきようだと思われる。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」法源とする從来の捉え方は、問題の本質を見誤つているようだと思われる。通説は、明らかに裁判所が判例を「法」として扱つてゐるという記述を行つてゐる。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、拘束力はないと言つてゐると言わらないのである。

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のも、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。これは、その最高裁判所が制定法の解釈としてあるに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のも、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看す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、最高裁判所による日本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ゐる。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つべきであろう。

(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」という考え方は、きわめて曖昧であるだけではなく、実際には無意味

213

なものであることが指摘されなければならない。既に見だすように、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」として從われていろいろと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、それと同種の事件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」を持つていて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。⁽²⁾しかも、こののような「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ゐるようと思われる。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ひきつけてきた」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てしまふ」おもいがあるのである。⁽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らうか。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これまで（それが変更されたのは、一九六六年になってからのことであった）。しかしながら、アメリカでは、このようないくつか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。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。⁽⁴⁾さらには、先例拘束性原理は、憲法に違反するとの声さえ聞

かれる。⁽⁵⁾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。⁽⁶⁾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、より根柢的には司法審査を正当化する法の支配の概念に不可欠だといふ。⁽⁷⁾しかもモナガン教授は、このような先例拘束性原理を、憲法三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も示唆している。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。⁽⁸⁾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。⁽⁹⁾

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つべきであろう。

しかも、連邦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つた。例えば、日本が大陸法系の成文法主義に立つてきたことはその通りであるが、そのことは日本国憲法七十六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三項については、そういう「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⁽⁶⁾。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⁽⁷⁾。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っ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いか⁽⁸⁾。

(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、権力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みても、事態は変わらないのではないか⁽⁹⁾。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ので、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ければなかろうか。そうだとすれば

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といふことが求められるのではないか⁽¹⁰⁾。

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たりと変わらない。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って認めていたりである。しかし、もしやうだとすれば、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⁽¹¹⁾。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どうしているか加減な態度は、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と思われる。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いたりに照らせば、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らかに思われる。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⁽¹²⁾。従って、裁判所が法律のない場合に判例によつて法を確定し、法律のテキストに有権的な解釈を下し、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⁽¹³⁾。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。たとえ権力教授の指摘されるような問題が残されたとしても、先例拘束性原理を否定する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、国民一国会のルートを何う輕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ないに対する通説からの反論は、いずれも説得力を失っている。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わべきである。

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、先例拘束力についても、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。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しても、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ふことを意味するにすぎない。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も、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得ない。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、先例拘束性の觀点からきわめて問題である。これは、先例拘束性の完全な無視と言わざるをえない。第一に、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。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いとを無視したものである。したことは、第三の点に類似している。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礎に立って、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・抽象的な理論の提示に立ち入らなければ自制すべし」である。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

われたときも、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。⁽⁶⁾このことから、最高裁判所が先例の前提となつてゐる事実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。これらのことは、先例に対する最高裁判所の姿勢がいかに「ひじ加減」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展張すれば、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してしま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、これをもとめらるの判断で採用し、これに従わないのでは、その理由をみずから判断で述べればはひじう見解は、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。事案が異なると、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、先例を前提とし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してよいと許される。⁽⁷⁾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ければ正當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委ねないしそのまじめなことが見られない」、「新傾向を先取りする」と正當化されるといふおもねじりやべれ」など。⁽⁸⁾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といふにはなるまい。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ゐる事案を考慮するところなく、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、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っても、判例変更が可能であるといふ。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。⁽⁹⁾そして、先例拘束性原理を認める学説もこのことを見ている。通常の事件の判例であれば、国会が憲法を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る。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。⁽¹⁰⁾

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ゝ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これまでていた。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」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。⁽¹¹⁾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て、基本的には、「前の判決が間違つてなされたかつ正義の都目的からその変更が要求されるときは合理的限りを超えて」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う。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根拠される場合として、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

を想起するといふ」③「先例に明白な誤りが存するといふ」④「明示的変更が以前の事実上の変更の宣言にといひ切るといふ」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むお正当とされる場合として、①「ある先例に従うかあるには他の判例に示されるそれと相対立する哲學に従うかを選択しなければならない」といふ、②「先例がその後の時代的要請に対応しなくなつた」といふ、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」といふを挙げる。他方佐藤幸治教授は、憲法判例の変更が不適な場合として、①「被変更判例の推論と分析に適正な考慮をおわねない」といふ、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」といふ、③「判例変更が裁判所の構成員の変動のみ由来する」といふを挙げる。

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、全農林省職法事件判決⁽¹⁵⁾が、全司法仙台事件判決⁽¹⁶⁾を覆したことに対しては重大な疑問の余地がありえもう。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はといふと説明しておらず、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。田中一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評している。「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、その行使はさきわめて慎重であるべく、事業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ぬ」といは、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新た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つては、その必要性および相違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、その理由つ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といひなり、はじめて権威ある判断としての拘束力と実効性をもちうるものであり、このような権威を保持し、憲法秩序の安定をはかるためには、憲法判例の変更は輕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、解釈者にとっ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いんじかりであつて、いのちうな場合、終極的決定は多数者の見解によるといひながらいわなければならない。しかし、いつたん公權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いのち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」することによってはじめて先例拘束性が認められるとしている点で、この意旨は適切とは言えない⁽¹⁷⁾。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、日本でも吉田教授はそのような立場を示唆している。されば、「判例変更によつてめだ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。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からの場合に限つて判例変更を認めるべきではなかろうか⁽¹⁸⁾。

5 結びに代えて

本稿では、憲法判例の拘束力について従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、従ってその判例も、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」といった意味のない概念を捨てて、ハシゴをもじと真剣に受けとめるることではなかろうか。

- (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) 田上穎治『日本国憲法原論』(青林書院、一九八〇年) 一六八頁。

- (6) 佐藤功『ホケシト注釈全書 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『裁判者と学者の間』(有斐閣、一九九三年) 四三頁以下参照。
- (10) 大東水吉訴訟最高裁判所判決(最一小判)一九八四年(昭和五九年一月)「六日民集三八巻」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、いかにも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)追従しているのがよくわかる。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)二二二~二三三八頁、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、一九九一年)(以下、芦部『憲法学』と引用)二二二~二三九頁、同『憲法』(岩波書店、一九九三年)(以下、芦部『憲法』と引用)二〇四頁、伊藤正己『憲法(新版)』(弘文堂、一九九〇年)七九一八〇頁、野中俊彦・中村勝男・高橋和之=高見勝利『憲法II』(有斐閣、一九九一年)二二一~二二三頁(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)二二一頁、芦部『憲法学』前掲書注(1) 一一五頁、野中俊彦=中村勝男=高橋和之=高見勝利『憲法I』(有斐閣、一九九一年)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) 二二一頁、二〇四頁。

- (14) 高橋・前掲注(12) 一二頁。
- (15) 田中英夫「英米法研究」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った。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、國法は、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関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・岡部照哉・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、二一一一頁。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、少なくからずの学説は、判例が積み重ねられるに従って「判例法」となるという見解をとっていた。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)二七一頁。
- (21) 佐藤幸司・前掲書一七七一七八頁。また、佐藤幸治「現代國家と司法権」(有斐閣、一九八八年)三五〇一三五一页、同・前掲書注(2)二六一二七頁参照。
- (22) 佐藤幸治・前掲書注(2)二二三頁、二六頁。
- (23) 濱部法橋『事例式演習教室憲法』(勁草書房、一九八七年)(以下、濱部『演習』と記す)二三二七二三八頁。また、濱部法橋「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、濱部「判例」と引用)四八頁、四八五五二頁も同趣旨。
- (24) 戸松・前掲注(5)二二七二二八頁。

- (25) 江橋崇・戸松秀典『基礎演習憲法』(有斐閣、一九九一年)二〇七頁(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。前掲二〇八頁。
- (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・栗城義夫「憲法と裁判」(法律文化社、一九八八年)九七一一一〇頁(横口陽一執筆)、横口陽一「憲法」(創文社、一九九一年)(以下、横口『憲法』と引用)四〇五一四〇六頁参照。
- (27) 聰部・前掲注(10)八四頁。
- (28) 聰部・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)二七〇二二七一七一頁(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)二〇頁。
- (31) この点で注意すべきは、この「法源性」は裁判所との關係でのみ妥当するといふことである。裁判所の判例が、他の政府の機關、つまり国会や内閣が從うべき「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府の關係」ジヨリスト1037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ぬのか」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」をめぐらて議論する意味が改めて問われなければならぬとして、最高裁判所判例の下級審に対する拘束力は「強い」「弱い」と言えます、事実上の拘束力という概念も、法的拘束力という概念とともに廃棄した方がよいという。高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」若部信喜編『講座憲法訴訟 第3巻』(有斐閣、一

九八七年)一三九頁、一五四頁、一五七頁。しかし、はたして英米でも先例拘束性は事實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て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らうか。

- (33) 佐藤幸治・前掲書注(20) 一七九一二八〇頁。

- (34) 田中・前掲書注(3) 四八〇頁参照。

- ⁽⁵³⁾ Edward B. Whitney, *The Doctrine of Stare Decisis*, 3 Mich. L. Rev. 89, 94 (1904).

- (8) 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' 誓罪の手口をもとめ、'権利侵害を防ぐための合意がなければ'。

- ⁽⁵⁵⁾ 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). ^{日本の法学者} 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).

- ⁽⁸⁸⁾ Gary Lawson, *The Constitutional Case against Precedent*, 17 Harv. J. L. & Public Policy 23 (1994).

- (39) 最近はりかねで問題のトーカーたるが「Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)」である。女性の妊娠中絶の権利を踏むて中絶禁止法を憲法と判断した同判決に対する裁判官の趣旨は次のようにある。「合衆国最高裁判所が」このように同判決を、先例拘束性を理由として拒否したわけではある。そして、Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania v. Casey, 112 S. Ct. 2791 (1992) では、「川人の裁判官による共同憲法が」Roe 判決の是非にかかるべく、先例拘束性を理由で同判決を確定した。しかし、反対意見は、「同判決が誤ってたために理由で」再検討を強めて主張したりした。先例拘束性によっての最高裁判所の各裁判官の持つべき立場は、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。

- ⁽⁵⁵⁾ Henry Paul Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 Colum. L. Rev. 723, 748-53 (1988).

- (二) Id. at 754. *共國某狀判例檢討山口要尋找長安的歷史*，*歷長史的歷史*。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).

- (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」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くるわけではないし、先例拘束性原理を認める日本の学説もそのような立場を主張してはならない。

(46) 佐藤幸治・前掲書注(20) 116大頁、海部「判例」・前掲注(23)四九一五〇頁、吉部『憲法学』前掲書注(1) 111五頁。

(47) 佐藤幸治・前掲書注(20) 116七頁。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。吉部『憲法学』前掲書注(1) 111六頁。

(48) 佐藤幸治・前掲書注(20) 116七頁。なお、東京地判 1980(昭和55)年3月14日第46号審議第六号 17頁は、「最高裁判所の判例への尊重を」「審級制度にある下級裁判所」としての義務と理解し、最高裁判所判例の「強に事實上最高裁判所の判例への尊重を」「審級制度にある下級裁判所」としての義務と理解し、最高裁判所判例の「強に事實上の拘束力」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限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つてはいけない。他方、上田勝彌編『ヤマール憲法判例』(法律文化社、一九八六年) 115四頁、115七一115八頁(大久保史郎著)(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ものであるという。しかし、審級制度が先例拘束性を否定するよりもでは言えないであろう。

(49) 田中・前掲書注(15) 15頁参照。

(50) 田中・前掲書注(15) 17頁。

(51) 田中・前掲書注(15) 17頁。

(52) 佐藤幸治・前掲書注(20) 117八頁。また、佐藤幸治・前掲書注(12) 116-117頁、同・前掲書注(21) 1151頁、115六頁参照。もちろん、英米法でも、何が「先例」なのかについては、異なる見解が見られる。豊月・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、ソートラウト「拘束力」は裁判所との関係で問題となるものであり、他の政府の機關、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」という形で論議されてきたものは、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) 1111頁、1111頁は、この点を論議しているうちに思われる。佐藤幸治・前掲書注(21) 三八一-三八九頁参照。

(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実現したものであることを認めます。それは法における継続性の要素をもたらしたものであり、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って、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っても、それを使ってそれがその範囲においてより包括的で、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從事するの機械的な方法なのではない」; Boys Markets, Inc. v. Retail Clerk's Union, 398 U.S. 235, 240-41 (1970). 先例は「拘束」されるに至らじとの意味について、Larry Alexander, Constrained by Precedent, 63 S. Cal. L. Rev. 1 (1989) 参照。

(55) 佐藤幸治・前掲書注(21) 116一頁、海部「演習」前掲書注(23) 111九頁。

(56) いのちうな傾向は、森林法事件判決(最高判一九八七年四月111日民集四一卷11号四〇八頁)に典型的に見られる。最高裁判所は、いのちで森林法の共有分認制限を違憲と判断したが、その判断は経済的自由の範囲に關する小

亮商業調整特別措置法事件判決（最高判一九七一・昭和四七年一月二二日刑集一六巻九号五八六頁）とも薬事法事件判決（最高判一九七五・昭和五〇年四月二〇日民集一九巻四号五七二頁）とも整合しないからである。

(57) 例えばその典型例は、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一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書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「憲法一一条一項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、さらにこれが憲法一一条二項前段の「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、憲法一一条一項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、刑法一七五条の猥褻的表現の禁止に関する「チャタム夫人の恋人」事件判決（最高判一九五七・昭和三二年三月二二日刑集一巻三号九九七頁）と『惡徳の榮え』事件判決（最高判一九六九・昭和四四年一〇月一五日刑集一三巻一〇号二二二九頁）であり、残りの一つは青少年保護育成条例による運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（最高判一九八五年一月一一日民集三八巻二号二二〇頁）である。これらは、青少年保護育成条例による有書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。まだ憲法一一条一二項の検閲禁止に当たらないと結論の先例として引用されているのは、秘密検査にかかる秘密検査事件判決（最高判一九八四年五月九年一月二二日民集三八巻二号二二〇八頁）と裁判所による名著毀損的表現の差止めに關する北方ジャーナル事件判決（最高判一九八六年六月一一日民集四〇巻四号八七二頁）であつた。これらは、いずれも有書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つた。

(58) 戸松・前掲注(9)二二六一二二七頁、戸松・前掲注(25)二二〇七頁。また、戸松秀典「憲法判例の明示的変更と默示的変更」ジパリスト一〇三七号（一九九四年）二二一頁、二二五頁参照。

(59) 佐藤幸治・前掲書注(20)二二九頁。

(60) 佐藤幸治・前掲書注(20)二二五頁、二二九頁、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）二〇九頁、二二〇頁参照。

(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、そのままに、公用されていない判例をも先例として扱う傾向があるともえ言われている。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)二三五八一三五九頁。

(63) 佐藤幸治・前掲書注(20)二二六一頁。

(64) 佐藤幸治・前掲書注(21)二二六一二二六二一頁。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)二二八頁、同『人権論』前掲書注(1)二二三五二二三六頁、伊藤・前掲書注(1)八九一九〇頁、野中・前掲注(1)二二七三頁。この点、伊藤正己「憲法判例の変更」公法研究二二号（一九九〇年）一頁参照。

(67) 佐藤幸治・前掲書注(20)二二八四一二二五頁、二二七頁、戸松・前掲注(25)二二〇六頁。また、伊藤・前掲書注(1)二二六三八頁。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すべきなければならないとする前提を置いていられるという見解もある。浦部『演習』前掲書注(23)二二四〇頁。

(68) 茅部教授は、そのように書くべき根柢として、憲法は「生れた憲法」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」なども挙げている。茅部『憲法訴訟』前掲書注(1)二二八頁、同『人権論』前掲書注(1)二二三五五頁。この点については、異論がありえよう。松井茂記「二重の基礎論」（有斐閣、一九九四年）参照。

(69) 佐藤幸治・前掲書注(20)二二八大頁。

- (70) 菅部「人権論」前掲書注(1)二二二六頁、菅部「現代的展開」前掲書注(1)一一頁。
- (71) 佐藤幸治・前掲書注(2)二二五三一三五四頁。
- (72) 佐藤幸治・前掲書注(2)二二六九一三七一頁。また、浦部「演習」前掲書注(2)二二二九頁参照。
- (73) 最大判一九七三（昭和四八年四月二五日刑集二七卷四号五四七頁）。
- (74) 最大判一九六九（昭和四四年四月二日刑集二三卷五号六八五頁）。
- (75) 佐藤幸治・前掲書注(2)二二八七頁。
- (76) 野中・前掲注(1)二二七四一二七五頁。
- (77) この点、浦部「判例」前掲注(2)五七頁は、「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。

第8章

裁判規範と政治過程

遠藤比呂通

- に関する二段階制立法政策説 150
 ——に関する立法過程説 148
 ——に関する立法者意識説 148
 ——の沿革 146
 ——の財源 160
 ——の事務 138
 慎法上の—— 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—— 138
 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 122
 123, 128
 ——に関する伝承説 119
 ——に関する成田説 124, 128
 ——に関する柳原説（保津否定説） 122
 ——の本質 119~
 地方分権 157
 中央集権 157
 超過負担 163, 164
 道州制 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~
 特別地方公共団体 144
- 苦米地事件 19, 29, 30
 行 150
 内閣告示形式 190
 長尾判事再任拒否事件 105
 長沼ナイキ基地訴訟 7, 19
 二重煙突事件 9
 在官差別事件 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
 平賀晉介事件 14, 91, 105
 普通地方公共団体 144
 分限裁判 77
 法律の留保 139
 傍 聞 50
- ま 行
- ミズリ一榮 81
 宮木裁判官再任拒否事件 13, 105
 27
 27
 27
- ら 行



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
-
- 編 者 奥 平 康 春 雄
 江 草 忠 先
-
- 発行所 京都千代田区神田神保町 2-17
 有斐閣 (264) 1 3 1 1 (大代表)
 〒56 東京 (101) 振替口座東京 6-370 郵便番号
 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
-
- 印刷 株式会社三陽社・製本 稲村製本
 © 1977, 奥平康弘・江原雅雄. Printed in Japan
 落丁・乱丁はお取扱いいたします。

★ 定価は外巻に表示しております

◆本書の略語◆									
ジユリスト	*	*	*	行政事件訴訟法					
判時 協時 法時 法法	判例時報 法學雑誌 法律時報 法學セミナー	*	*	刑事訴訟法	公職選舉法	公選会	国会	國公	國國
法時セ	*	*	*	國家公務員法	公職司法	公會	國公	國國	國國
憲法講座	清宮四郎=佐藤功編・憲法講座(全4巻)〔有斐閣〕	(有斐閣)	財政法	裁判官分限法	裁判官審査法	審限	裁財	裁裁	裁裁
体系憲法事典	田上種治編・体系憲法事典(青林書院新社)		最高裁判所裁判官民 審査法	最高裁判所裁判官民 審査法	最高裁判所裁判官民 審査法	彈劾	彈劾	彈劾	彈劾
官沢・コントール社	宮沢俊哉・日本国憲法 〔法律学本系・コンメタル社〕(日本評論社)		裁判官彈劾法	裁判官彈劾法	裁判官彈劾法	政治	自治	自治	自治
最高判地行裁判集	*	*	*	地方財政法	財政法	財	財	財	財
判集	最高裁判所判決		私的独占の禁止及び公 正取引の確保に関する 法律	私的独占の禁止及び公 正取引の確保に関する 法律	禁	禁	禁	禁	禁
民集	地方裁判所判決 行政事件裁判例集		弁護士法	弁護士法	民事訴訟法	訴訟	訴訟	訴訟	訴訟
	最高裁判所〔民事〕判例集		民事訴訟規則	民事訴訟規則					

目 次

- 第1編 裁判所** 1
- 1 裁判官の独立** 1
1. 裁判官の独立の保障 (i) 2. 行政府からの独立 (4)
 3. 立法院からの独立 (8) 4. 司法行政機關からの独立 (xx)
 5. 社会的勢力からの独立 (x)
- 2 統治行為（政治問題）** [山野一美] · 19
1. 統治行為の意義 (19) 2. 慎法上の根拠 (26)
- ◆関連問題◆ 審判所法 3条の意義 (3r)
- 3 最高裁判所による法律違憲の判断の効力** [佐藤幸治] · 33
1. 個別的効力説と一般的効力説 (33) 2. 理論と実際的要請
との妥協（個別的効力説と一般的効力説との合一化傾向） (37)
 3. 効力論にまつわる若干の技術的問題 (44)
- ◆関連問題◆ 法律違憲判決の適致 (45)
- 4 最高裁判所の判例** [浦部法穂] · 48
1. 判例の意義 (46) 2. 慎法判例的一般性と特殊性 (53)
 3. むすび (58)
- ◆関連問題◆ 英米の先例拘束主義 (58)
- 5 参与裁判官制度** [森 英樹] · 61
1. 参与裁判官制度とは (61) 2. 判事補制度 (62) 3. 制定過程と内容 (64) 4. 参与判事補制度の問題点 (68)
- 6 最高裁判所裁判官の選任制度** [畠 博行] · 72
1. 最高裁判官の選任制度 (72) 2. 内閣の最高裁判官任命権と司法権の独立 (72)
- ◆関連問題◆ 最高裁判所裁判官の資格要件 (78)

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ますか。

1. 判例の意義

わが国では、ある個別具体的な事件に対しして下された判例の拘束性 決が、後の裁判を拘束する——という法原則（先例拘束性の原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）は、制度上明示的に確立されているものではない。そのようなどころから、わが国においては、判例の拘束力は事實上のものであるどころか、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（たとえば、下級裁判所が最高裁判所の判決に従うのは、上告審での破棄可能性をおそれての、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り意味での）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、光例拘束性の原理は、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だから、くり返されることは要件とすることはできないはずである。畢竟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。刑事事件においては、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（判断405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（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（競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、大法廷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なり、また、最高裁判所の判例は、最高裁判所の裁判を、小法廷かぎりでは変更しないという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（田上龍治・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）に準拠してなされねばならないことを意味するものおよび法規範以外の何ものにも拘束されねばなら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、判例を構成するもの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欠くことのできない前提とされている部分（眞の判決理由、いわゆるレイシオ・デシデンダイ）であって、結論にとって關係のない傍論（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・デシデンダイが判例として機能しなかった事例もあるれば、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、判例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るよう。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。

判例の拘束性の要譜

近代の民主的裁判制度のもとにおいて、裁判はあるべきことが要請される。裁判といふと、社会生活上生起する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次的基準は、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るであろう。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＝國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るのである。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身をではなく、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はなく、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うことができる。人々の裁判は、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のである。このように、判例（裁判上の先

例)に従うべきことの要請は、裁判が制定法に従うべきこ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の要請の根拠は、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ところができるならば、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も、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——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・経済的原因についての理論証など）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、甲という結論にとつてより直接的な理由づけの方をレイシルの場合は、甲といふ結論にとつてより直接的な理由づけの方をレイシル・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体的な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ふ見を与えうるから、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. 宪法判例の一般性と特殊性

憲法判例の意義 いうまでもなく、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、それ自体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ル・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、必ずしも同一であるわけではない。たとえば、刑事事件で、*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、この判決のレイシル・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、判例に従つて、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*⇒違憲の結論につい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である。これを要するに、当該判決のレイシル・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っ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・利益の予見性と憲法判例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東質的根拠は、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、人は当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行うことができ、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。憲法判例にとって重要なのは、憲法上の争点についての判断の理由づけのなかに豊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って重要な臨時内容は、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、当該事件に適用される法令の合憲性が問題になる場合

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、とく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など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ない。この点が判断されていれば、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行うことができるであろう。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行うこともできません。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、その法の適用の合憲性が問題になる場合

当該法令の規定が、一般的な概念条項である場合、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

この場合には、当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 자체が重要である。ここでは、具体的な行為等の根拠法令自体の合憲性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・デンデンダ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 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律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って必ずしも直接の関係をもない基準については、どう考えるべきであろうか。これらの基準は、いわば、憲法判断中の傍論ともいいくものであるが、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、一般的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 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実質的根拠を、既述のように、人の権利・利益状況についての予見性的保障という点に見出せば、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、ほんなどない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優先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、くり返しをいとわずにいえば、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わ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、過剰的処罰禁止の原則による罰法規を合憲とする場合をも含む)には、過剰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、判例の不適及ぶる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、裁判所がか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。

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つ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うことは當

然考えられるはすである。すなわち、憲裁判決の効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試論である。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」論によりしかつた安易な合憲判決が多く、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えないこととなる。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。

- (1) 先例拘束性の原理 (principle of stare decisis) は、いままでもなく、イギリス法の制度であり、それがイギリス植民地として差別をとげたアメリカにもうけつぶれたものである。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・ロービス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。すなわち、後の裁判は、先の判決を法的決定基準としなければならず。したがって、後の裁判は先の判決に拘束されないとするほどに、きわめて厳格

れることとなる。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ぬとする、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、制定法ではなく裁判が裁判の基準とされるにいたったのは、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伝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、裁判官がイギリス全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世纪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してきた。とされている（これらのことにつき、川嶋武宣「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、このよりな嚴格な先例拘束主義は、法の簡直化をもたらし、社会的・經濟的等の変化に対応しない結果とならざるを防ぐために法が対応しないために、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・デシデンダイと考られたものは、実は真のレイシオ・デシデンダイではなく単なるオーバー・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つた。しかしながら、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、連邦最高裁判はしばしば判例変更を行なっている。これは、アメリカのコモン・ローの継受が、「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ンクストーンの理論を媒介になされたためであるといわれれる。それと同時に、アメリカの裁判所が、憲法をもつこととともに重要な理由として指摘される。アメリカでは、一般に、憲法を

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

は、今日ではかなり柔軟に解されている。したがって、わが国の制度との相違点は、今日ではもはや原理的なものではなく、歴史的な伝統のちがいからくる実際の運用上の程度の差になっている、といつてもよいようと思われる。

〔浦部法穂〕

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う内容上の疑点と、このよな裁判所の組織に関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き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

憲法判例の変更

青井未帆

I 背景と問題点

本稿では憲法判例として最高裁のそれを念頭に、学説の抱える問題を中心に論述する。

1 「憲法判例の変更」という概念は、判例が何らかの拘束力を有することを前提とする。先例拘束性を定める実定法規定はないが、下級審も最高裁自身も事案の解決に際して先例を参照してきており、学説においても判例研究の重要さは否定するべくもない。

しかし学説はこの拘束力を正面から認めてきたわけではない。背景には、(1)制定法主義的な発想と(2)判決状況への否定的評価があることを指摘できる。

(1) 大陸法伝統では判例の法源性は強く否認されており、わが国でのかつての通説的見解でもそうであった(田中耕太郎『法律学概論』[1953] 291頁)。今日では大陸法諸国の裁判実務でも先例に従う慣行が定着し、制定法主義国と判例法主義国とで先例拘束性には大差ないことが指摘されている(田中成明『法理学講義』[1994] 61頁)。しかし、判例の法形成は司法権に内在する機能とする見解(田中英夫『法形成過程』[1987] 15頁など)には、学説の多数が消極的であった。その理由には、「法形成は立法府の任務であり司法府の任務ではない」という制定法主義的発想が抜き難く存在してきたことが、挙げられよう。

(2) 判決状況として、事案の解決には必要ないにも拘らず、憲法判断が判決の中で示されることがままある(皇居前広場事件最大判昭和28・12・23民集7巻13号1561頁、朝日訴訟最大判昭和42・5・24民集21巻5号1043頁、名取川事件最大判昭和43・11・27刑集22巻12号1402頁など)。学説は、具体的な事案を超越した一般的で抽象的な法律理論ないし定式を呈示する裁判例の傾向を、指摘してきた(川島武宜「『法律学』の現代的問題点11」法セ171号53頁、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』[1984] 279~280頁、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」高柳信一先生古稀記念『現代憲法の諸相』[1992] 219頁)。必要とされる範囲を超えた抽象的法規範の定立(過度の法形成の実態)を学説は批判してきたのである。

2 他方で学説は判例に「事実上の」拘束力を認め、判例変更にも「充分な理由」を要求している(II, III)。学説のこのような矛盾した態度は、拘束力を有し変更の対象である「憲法判例」という、ありていに言えば判例が形成した「法」に他ならないものの位置付けを曖昧にしているからこそ生じているのであり、これを問題点として指摘しうる(N, V)。

II 憲法判例の拘束力

1 憲法判例が後の下級審及び最高裁に対し何らかの

拘束力を有すことへは、今日、学説上ほぼ異論ない(判決の検討として米沢広一「最高裁と下級審」佐藤幸治ほか編『憲法50年の展望II』[1998] 143頁以下参照)。また判例概念を前提とする実定法上の仕組み(裁10条3号、刑訴405条2号・3号、民訴312条1項・3項、民訴規192条)も、一定の手続的・制度的な影響を与えている。判例の拘束性の実質的根拠としては、公平性、法的安定性、予見性、平等性などが挙げられる。そして特に憲法判例の場合、事件の個別事実に依存しない側面があり、これも拘束力に影響を与えている。

2 拘束力の性質を事実上のものとするのが通説であるが(芦部信喜『憲法訴訟の理論』[1973] 28頁、中野次雄編『判例とその読み方(改訂版)』[2002] 12頁)、他方で法的拘束力とする説も有力に唱えられてきた(小嶋和司『憲法判例の変更』清宮四郎ほか編『統治機構(新版・改訂版)』[1987] 222頁、佐藤・前掲278頁)。しかし現実には両説に実質的な相違はないことも指摘されている(高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟(3)』[1987] 154頁、長谷部恭男『憲法(第4版)』[2008] 33頁)。

この学説対立を、制定法主義的伝統という背景でなされてきた、判決による過度の法形成を抑止する試みとして理解することもできよう(樋口陽一「判例の拘束力・考」佐藤功先生古稀記念『日本国憲法の理論』[1986] 700頁、佐藤幸治『現代国家と司法権』[1988] 384頁など参照)。しかしあが国の実態が、判例法主義国・制定法主義国の何れから見ても異色とすると(川島・前掲53頁)、拘束力の性格付けによって抑止が可能かは疑問である。

制定法主義国と判例法主義国とを問わず、裁判制度自体から先例拘束力が生まれると考えられ(戸松秀典『憲法訴訟(第2版)』[2008] 400頁)、ならば問題とすべきは法の性質ではなく判例の中身であろう。

III 憲法判例の変更

1 憲法判例の変更の例には、解釈手法の変更で全司法仙台事件最大判(昭和44・4・2刑集23巻5号685頁)を覆した全農林警職法最大判(昭和48・4・25刑集27巻4号547頁(合憲限定解釈の否定))、法令違憲の例として最大判昭和25・10・25(刑集4巻10号2126頁)などを変更し尊属殺重罰規定を違憲とした最大判昭和48・4・4(刑集27巻3号265頁)、処分違憲の例として最大判昭和35・10・19(刑集14巻12号1574頁)を覆した第三者所有物没収違憲判決(最大判昭和37・11・28刑集16巻11号1593頁)などがある。

2 学説では憲法判例の変更に関して当初、憲法判例の意味を法令などの合憲性判断と捉えて、いわゆる「違憲判決の効力」につき一般的効力説に立つならば、違憲判決は変更が許されない、とのように論じられていた(宮沢俊義『日本国憲法』[1955] 683~684頁、兼子一『裁判法』[1959] 80頁)。なお伊藤正己『憲法の研究』[1965] 181頁以下参照)。しかし今日では、憲法判例に合憲・違憲の結論だけでなく憲法解釈も含めて捉えるのが一般的である。この場合、判例変更とは解釈の変更に他ならないため、変更は法的に可能であり挙げて裁判官の裁量となる。この裁量の限界については、(1)拘束力の強さと(2)変更の妥当性という観点から論じられてきた。

(1) 具体的には、憲法判例を通常の判例と区別するとして、憲法判例の拘束力の方が、①弱いと解する立場(伊藤・前掲200頁、佐藤・前掲憲法訴訟287頁)と②強いと解する立場(全農林警職法事件田中二郎裁判官らの意見)

がある。学説の多数は①説に立つ。その主たる理由は、制定法解釈の変更は法律制定により可能だが、憲法解釈の変更は憲法改正に拠らねばならないという憲法判例の特殊性におかれる。

(2) 先例の解釈に重大な誤りがある場合や、時代の変化、慎重な再検討により解釈の変更が確信された場合などが判例変更の条件として挙げられている（佐藤・前掲『現代国家』370頁、新正幸『憲法訴訟論』[2008] 685頁）。

3 結局のところ、変更における裁判官の裁量の限界は、判例の中身がどれだけ変更を必要とするかの度合いによる。そこで「判例の意味する内容」が問題となる。この点、学説から批判を浴びた変更の代表例が全農林警職法最大判であるが、これは変更対象の憲法判例が何かについても問題を提起するものだったことが注目される（石田裁判官ら補足意見参照）。また、黙示的な判例変更と理解されうる例（新潟県公安条例事件最大判〔昭和29・11・24 刑集8巻11号 1866頁〕と東京都公安条例事件最大判〔昭和35・7・20 刑集14巻9号 1243頁など〕）や、学説は判例変更に等しいとするものの判決自身は否定する例（在外邦人選挙権訴訟最大判〔平成17・9・14 民集59巻7号 2087頁〕と小樽在宅投票事件最判〔昭和60・11・21 民集39巻7号 1512頁〕）も判例の意味につき問題を提起している。

以下、学説の憲法判例理解を判例の意味に遡って検討してみよう。

IV 判例とは

1 単なる裁判例を約めて判例ということもあるが、通常は後の判決に影響を与えるルールとして理解されている。判例は反復された同旨の判決から生ずるとする説と（兼子・前掲7頁）、英米法系における ratio decidendi（以下、RD）として、1回の判決からも生ずるとする説とがあるが、厳密にいう場合の判例は後者であることには学説の広い了解がある。

2 英米のような判例法主義国では、制定法主義国における成文法的規範を具体的な事件から抽出するため、「重要な事実に対する法的効果」という形で構成される準則を RD として、後の事件で適用してきた（田中英夫『英米法総論(下)』[1980] 482頁）。RD 以外の部分が obiter dictum（以下、傍論）であり、区別の意味は先例価値・判例変更の対象を画することにある。

3 わが国では、判決主文における結論と、それを導くために不可欠な判決理由中の要素が RD であるといえる。RD を概念化する実益としては、上告理由や判例変更の範囲を定めることができよう（金篠誠志「主論と傍論」司法研修所論集 1973-II 132頁）。

V 憲法判例

1 では憲法判例とは何だろうか。付隨審査制において憲法判断とは通常、ある事実関係下で生じた具体的な事件の法的解決において示される、法令などの憲法適合性判断である。仮に R1 → R2 → R3 という論理の展開の結果として、合憲・違憲の結論が下されたとすると、結論は導く理由に依存するため、R1, R2, R3 における憲法解釈などの憲法的意味付けも憲法判例の構成要素となろう（伊藤・前掲184～185頁、畠博行「憲法判例の変更について」公法研究37号49頁、本稿Ⅲ2）。このとき、示された憲法判断全てを先例価値を有し判例変更の対象であると考えるか、それとも先例価値を有する憲法判断とそれ以外とを区別するか。

2 1つの考え方は、後者を探り、具体的な事件との結び付きを指標として先例価値の有無を決するものであり、学説の多くは——必ずしも明確にされてはいないのだが——この立場に立っているようである（新・前掲654頁、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』[1977] 53～54頁、戸松・前掲憲法訴訟361頁、松井茂記「憲法判例の法源性・先例拘束性と憲法判例の変更」樋口陽一編著『講座憲法学(6)』[1995] 218頁）。判決による過度の法形成は抑止されるべきとの考え方からすれば、先例価値の対象を限定するのは自然な選択ではあり、その際に事件とのつながりに着目することも、事件性の要件を司法権発動要件と考えてきた通説の立場からすれば当然であろう。

この立場によれば、「RD の中でなされた、当該事件での合憲・違憲の結論及びそれに必要な憲法的意味付け(a)」こそが先例価値を有する憲法判例であり、「傍論における憲法判断(b)」や「RD の中でなされた憲法判断であっても、当該事件での合憲・違憲の結論に不必要的憲法的意味付け（たとえば不必要に一般的な違憲審査基準論の展開など）(c)」は、先例価値を有しないこととなる。

3 もう1つの考え方は、表された憲法判断の価値は全て同等として先例価値を認めるものである。そもそも憲法判断とは法解釈の問題であることから、これと具体的な事件との間に論理必然的な関係は存せず、また先例価値の有無を区別するについても同様のことがいえる（渋谷秀樹『憲法』[2007] 667頁参照）。すなわち違憲審査の中心にある、下位規範の憲法適合性判断という作用は、具体的な事実に依存するものではないという意味で、抽象的である。憲法上の争点についての規範的意味付けは一般的な命題として書き表すことができ、それに照らして法令などの憲法適合性が判断可能ならば、上記(a)(b)(c)のどこで表されても先例価値を認めるとの立場もありうるのであり、本稿はこれを支持する。

この立場は基本的に判決の法形成につき現状を肯定するものだが、過度の法形成を抑える理論的試みは、たとえば裁判所が憲法判断に踏み込む段階での裁量統制など、他の局面でも考えることができる。

4 なお2の立場からも、(a)だけでなく「広義の憲法判例」をも観念する必要が指摘されている（戸松・前掲憲法訴訟335頁、新・前掲654～655頁）。これはすなわち、先例価値の対象ではないものにも、考察の際の参考としての価値を認める考え方である。また学説は、判決の憲法的意味付けが広義と狭義のどちらに当たるかを厳格に識別せずに、広く先例として扱っているという現状が指摘されている（青柳幸一「憲法判決における『主論』」筑波ロー・ジャーナル創刊号7頁）。何れも理論上の考察対象を広く解する学説の傾向と理解できるが、憲法判断の抽象的性格から当然に生じているものと捉えられよう。

5 上記2, 3どちらが妥当であるにせよ、先例拘束力を有し変更の対象たる憲法判例が何であるのかを自覚的に論することは、学説の避けて通れない課題である。

〈参考文献〉

本文中に掲げたもの

（あおい・みほ = 信州大学准教授）

平成二〇年一二月一五日発行
新・法律学の争点シリーズ 3 憲法の争点

LLI/DB

判例秘書.JP

<https://www.hanreihisho.jp>

新コンテンツ追加!

判例秘書.JPが
さらに情報力をアップしました。

インターネット時代のニーズから生まれた「判例秘書.JP」は、
延べ22万件の判例データと、約8000冊におよぶ
デジタル化された法律雑誌・文献をリンクして提供します。
判例を参照後、関連する論文・評釈を瞬時に参照可能。
さらに新コンテンツの追加で情報力がアップしました。

常に進化を続ける「判例秘書.JP」が、
皆様の実務を強力に支援します。

判例秘書とリンクするデジタルコンテンツ

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

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



無料トライアル受付中!!

無料トライアルをご希望の方は、
弊社HPよりお申込み下さい。

<http://www.hanreihisho.com>

■開発・提供 株式会社 LIC Legal Information Center

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

禁複写
編集人 高橋均
発行人 江草貞治
印刷所 精文堂印刷株式会社

発行所 東京都千代田区神田神保町二ノ一七
株式会社 有斐閣

東邦・二井合同図書館



9784641113190



300046152



1929432028002

ISBN978-4-641-11319-0

C9432 ¥2800E

定価（本体2,800円+税）

雑誌 60797-13

憲法判例の変更について

畠 博 行

一 はじめに

日本国憲法九八条は「この憲法は、國の最高法規であるて、その条項に反する法律、命令、訓勅及び國務に関するその他の行為の全部又は一部は、その效力を有しない」と述べ、ついで同八二条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するか否かを決定する権限を有する終審裁判所である」と規定している。本条の保障する憲法立法院監査権の性質に就いては、詳説も色々に分れてはあるが、昭和三十七年のいわゆる警察予備隊理憲訴訟において、本条の憲法監査権は、法律の抽象的判断を特質とする西ドイツ・イタリヤ型のそれではなく、具体的な法律上の争点の裁判に附隨してのみ審査を行なうことを立前とするアメリカ型のそれであるとの解釈が定着した。この違憲審査の導入は革新的であり、日本国憲法下の統治機構についての一大特色といつてはでもよい。しかも最高裁は憲法の条規について最終かつ決定的な解釈をなし、国権

の最高機関である国会の制定した法律を無効とし、事業上一般的にその意の根を止めることができるのである。一年に一つの重要な憲法判例の変更が相次いで行なわれ、国民の間に大きな議論をよみがえり、「この議会に憲法判例変更の弊病」おもびそれによつて生ずる問題について、若干の評例の概説を通じ、考察を加えたいと思ふ。

(一) 増設議員監察権判決(最高裁判所昭和四八年四月四日、刑集二十七卷三号二六五頁)、全選舉権監査事件判決(最高裁判所昭和四八年四月二十五日、刑集二十七卷四号五四七頁)

二 憲法判例の意味

前述の通り、日本国憲法下の憲法監査は司法権の枠内に限定され、具体的な訴訟の前提としてのみ行なわれるにすぎない。このうちの制度の下では、憲法監査のための特別な手続というものがわかるわけではなく、裁判所としては、具体的には民事、刑事又は行政事件の裁判に附隨して違憲審査を行なう

のであり、憲法判例よりのやがて事件の判断を通じて形成されるものとなる。

では憲法判例とは一体何であろうか。わが国の裁判所は、具体的な事件の裁判の前提として当然な限りにおいて、法令や処分の違憲判断を行なうが、それらの命令や処分が違憲であるとか合憲であるとかの判断そのものが憲法判例となるのではなく、そのような判断にいたつた理由(英米法ではratio ratione decidendi)こそが憲法判例となるのである。したがつて、たとえ裁判所による憲法解釈であつても、それが事件の裁判に直接關係なく、單に参考までに行なわれたにすぎない場合ば、それは傍論(obiter dictum)であつて、厳格な意味での憲法判例ではない。とは云ふて、裁判所が、傍論としてではあるが、單なる希望的意見としてではなく、判断の中で真正面から憲法規定について示した判断は、說得的意見として広く憲法の憲法判例となすすべきであろう。

つまに、判例の拘束力の有無について検討してみる。わが国では英米におけるやがて先例拘束の原則doctrine of stare decisis)がないことを理由に、消極的に解する意見が多い。判例に拘束力、すなわち、法源性が認められないとするれば、判例は、單にのちの裁判官が裁判するにあつて参考にすべき意見にすぎないことにになつてしまふ。これは日本国憲法における判例の機能の重要性を見落した見方とはいえないだろうか。今日、裁判所(とりわけ最高裁)の判决によつて形成される憲法判例は、抽象的かつ不明瞭な憲法や法律の規定内容を明確にするこ

とから重要な意義を果してゐる。実際は、憲法の法規からして、その条文はあわめて一般的抽象的な表現で示されてからだめ、その中味を正確に捉えることは容易ではない。一つのりごとを定めたり規定であつてお詫びらに詫びでくる条文はある。たとえば、憲法三二一条は「何人も、法律の定むる年齢に満たなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他用刑を課せられなし」と定めているが、字面だけをみると、りの規定は科刑の要件として文字通り手続の法定化のみを要求していると受けとれるし、現にそのような解釈をしてくる者もある。またこの規定の適用範囲についても、文理解取から刑事手続のみに適用されるとする説もある。しかし通説は、本条は手続の法定化のみならず事体の法定にも要求しており、かつそれのみに止まらず、手続法、実体法ともに適正な内容を有するものでなければならぬことを要求してゐると説く。もちらん適用範囲は刑事手続に限られず、行政手続などに及ぶとしている。このほか、憲法三二一条の「裁判所において裁判を受ける権利」という概念の「裁判」の意味、あるいは憲法二八条の「被労者」の因縁する権利、及び団体交渉その他の因縁する権利」という場合の「労働者」の意味、あるいは憲法二一条の保障する憲法監査権の性質等につれての問題が存在する。かゝるに、一口に憲法としても、判例をみるとことなしに憲法の具体的意義を知ることは不可能といつぱはかない。換言すれば、憲法判例こそがわれわれに憲法や法律の具体的な内容をおしえてくれるのであり、がくつた判例の権効的作用によつて、法的安定性の要

讀が充たされやうであるし、本来自己の行為が罰せらるべきのであるが否かについての予測可能性を保障するにとては目的とする罪刑法定主義（憲法三一一条）の要請も充たされりとなるのである。かくして「法的安定性」とりわけ、罪刑法定主義との関連から、判例による憲法や法律の補完作用は不可欠となり、この憲法や判例に「憲法拘束性」を認めることは必須となつてくる。⁽²⁾

このほか、国際は、当然に前と同じく的な事案については同じく同じく法的効果（罪状）が裁判所によって付与されるとしてを期すが、これは他の下の平等（憲法一四条）、満足手續（憲法三一一条）などの保障する公平な裁判の要請である。これに応えるやうに、裁判官は、それが正義に反するものでない限り、判例を遵守しなければならない根拠がある。

（2）小憲法規範は、刑事判例の效力について、「本邦を治てまえとする刑罰法規が必ずから犯罪の成立要件についての明瞭な障害すべきを除く、ならばはにだを既に處してしまつて、その範囲内に除ける眞理法規は、むしろ其の自身の許容するところに解しかねればならぬ。しかしながら被訴による顯示の責任をそなにみじめてしまう。かくして形成される眞理法規内には、成文法規を当然に補充しつゝ、他の適用を拘束するといふ意味だ、それじだい、これが法規の性格をなすのである。それは直接法規に対して眞理法規または権利法規として呼ばれるにあらざらじゆう」と述べてゐる。小林「刑事判例の眞理法規第一 罪刑法定主義をめぐる」第一北大法学一七卷四号六四一頁。

三 憲法判例の変更の必要性と 法的安定性の要請

人々が、抽象的一般的な文言で書かれている憲法や法律よりも、むしろそれらの規定をより具体的に示した判例を振り所として、社会生活を運んでらるる所では、それらの判例はそうやすやすと変更されるべきではない。ある判例を信頼して権利を取得したところが、のちに判例が変更されたため折角得た権利を失つたり、また判例を信頼し、誤認の対象とならなくして確信してある事業を始めたところが、のちに判例が変更され、多額の税金を賦課されるといふようなどとは法的安定性の見地から許さるべきではない。そして、前の判例の下では許される行為が、のちに判例が変更されて罰せられるといふようだることになれば、それは由々しに問題となるわけはならない。要するに、多くの人々が判例を行動基準として生活を営んでいる以上、法の確定性・予測可能性を否定する判例の変更是つてしまなければならぬことにはらがでならない。

しかしながら、憲法や法律は一定の社会的・政治的条件の中で制定されたものであり、したがつて、いかの多くは、時の経過とともに、現実の事態に対応し得ない時代遅れなものとなるが、又は正義に反するものとなつてゐるを得なら。たとえば、アメリカ合衆国憲法修正一四条の平等保護条項は、制定後少くとも十数年は新らしく解放された黒人のための規定と一般的に理解されていた。しかしやがて、本条は法人にも適用される

と解され、企業の防衛として大きな力を發揮した。⁽³⁾ 修正五条および一四条の修正手続きについても同じく法的安定性がみられる。その上、憲法審査の長い歴史をもつてアメリカの経験の中には、時代の変化に対する最高裁判官の洞察力の欠如から、多数の著しく非現実的かつ不合理な判決が相次いで下され、これらがのちに誤りとして変更されるという時時があつた。法的安定性は法の本質に内在する重要な機能であり、その維持は絶対的に必要であるが、憲法判例に限らず、おとや過去の判例が明らかに誤っている場合、又は著しく正義に反する場合、それは当然に変更されねばならないことはいうまでもない。やつとて、この場合その判例が議会の制定法の解釈に属するものであつて、憲法解釈にかかるならじるものである場合には、イギリスでみられるように、あえて判例の変更という形をとらかして、新しい法律を制定することによって問題の解決をはかることができる。法律は公布された日以後にしあが力をもたないので、過去の判例の下に権利を取得した人々の利益を損なうといふ不況もわけである。ところが判例といつても憲法解釈に属する判例、すなわち、憲法判例となると、事態は容易ではない。制定法に關する判例の誤りの是正の場合のうつに、憲法修正を行なうことによつて、憲法判例の誤りを是正するといつては、憲法改正のいじから難しいわが國では至難のやうであり、操作すべくめだ。いすれば憲法判例の誤りや不合理の是正は、そのうつた判例を作り出した裁判所自らが判例変更の形で行なう以外にならない。かくして、法的安定性の重要性を十分考慮に入れておるが

ひ憲法判例の変更の必要性を認めないわけにはいかない。とはいっても、長らく有効なものとして承認され、遵守されてきた憲法判例の変更是既存の法秩序に深刻な影響を与えることになり、ただ問題だとうだけではすまされないのである。アメリカではかなり以前から、あまりオーバードラクスなやり方ではないが、判例変更の効果を週及させるために、判例変更の必要性と法的安定性の要請との調和をはかるべきであるとの主張がなされた。いわゆる「憲法の議論が展開せられた」この主張をもう少し分りやすくして、判例は必要するが、法的安定性を考慮して、変更が前に発生した事件の裁判はすべて古い判例（最高法院の判例）によって行なうといつて、「判例の不適切な変更」とはされたじや。法的安定性が書されることを防止するためには、そのうなテクニックを用ひるのは、州トドクノロジーは古くからあるが、連邦憲法裁判所一九六一年のローランダウスター事件においてのよほうな方法を始めて採用した。このよほうな方法の採用については、アメリカでも同様の基礎を振り舞すものとしてながめられ反対意見もあるが、法的安定性の要請と判例変更の必要性とを調和させるためのアラゴンテクニックが解決方法として注目されている。⁽⁴⁾

(2) William O. Douglas, *Stare Decisis*, 49 Col. L. Rev. 737 (1949).

(3) Ibid.

(4) ローランダウスター事件は、最高法院の判決が「令を済す」判例裏返りの「既に済す」に成り下りたと述べてゐる。Smith v. Allwright, 321 U.S. 649, 669 (1944).

- (6) イギリスは限界の成文解説をめざす、圓錐刑罰の原則による議会の制定した法律が最高法規であるから、自らの罪権によっても絶対的に拘束されるという厳格な先例拘束主義をとり得たのである。しかし、この解説が先例拘束主義を織りむれることが一九六六年七月二十六日発表された。Note: 82 Law Quarterly Rev. 328, 441 (1966).
- (7) 田中英夫教授が「アメリカに博士をもつてかが圓錐刑罰の解説が「アーティカリーナー」といふと、我が國にはシドニー・マクダーリーの解説が最も優秀であるから、自らの罪権によっても絶対的に拘束されるという厳格な先例拘束主義をとり得たのである。
- (8) トメリカはおもむく罪権の不適及格致の問題については田中英夫教授の詳説がわかる。田中「罪権の不適及格致の發展」法律論文集第三卷七、八叶100頁。
- (9) Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 (1965). 本件については「解説罪権の問題」(該論文集)四卷四、五章(一九七四年十一月)八頁を参照されたい。
- (10) Mishkin, The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law, 79 Harv. L. Rev. 56, 62 (1965); James B. Haddad, Retroactivity Should Be Thought: A Call for the End of the Linkletter Doctrine, 60 J. of Criminal Law, Criminology and Police Science 417, 440 (1969).
- (11) 田中英夫教授は、「従来の罪権に依據して行動した者を保護するため、裁判所は、座直に立てて、判例の不適及格致のチラリックを利用すべきだと述べておられる。(前掲田中論文10大四回)」し、佐藤義治教授も、鈴木栄(不適及格致論)にはまだ色々と問題があるとしてその是非については慎重な態度をとりながらある。「解説罪権が出来ても然るべき事実にあらじて違憲判決が由くる懸念を有する」と、鈴木栄も懸念に満ちておられた。……解説罪権不拘束に関する昭和四八年七月三一日の東京龍溪の評決は、改めて以下に

「お尋ねされやう」へ対応している。桂園「解説罪権の效力一審采決の問題を中止に」(該論文集)四卷三、四章一八一頁。

四 わが国における憲法判例変更に関する 若干の問題点

判例の変更は、成文法の枠内ではあるが、実質的には法そのものの改正と同じ機能を果す。したがって、その変更はきわめて慎重でなければならぬからいは前記した通りである。本章では、わが国における若干の憲法判例変更の事例をとりあげ、それらのゆる問題点を指摘し検討するにいたりたい。

- (1) 東京都公安条例の合憲性に関する最高裁判例の問題点
昭和十九年の新潟県公安条例違反報告事件上告審判決によじて、最高裁判は、公安条例の違憲合憲判断の基準として、つかのようないつつの基準を打ち出してある。すなわち、(1)届出権なら使用、(2)なく一般的な許可権を怠めてこれを書面に記載するものは違憲である。(2)公共の秩序を保持し、又は公共の権利が尊重され得られないことを防止するため、特徴の場所又は方法につき、合理的かつ明確な基準の下に、届出権をもつて、りかれていて違憲と解するに至らざらない。(3)集団示威行動などについて公共の安全に対し明らかな差し迫った危険を及ぼすことが予見されるときは不許可又は禁止してお直ちに違憲と解するに至らざりやしない。本判決にはなお種々の問題点が存するが、違憲合憲の客觀的判断基準を述べようとした点は評価し得るところである。

以上が昭和三五年の東京都公安条例違反報告事件においては、最高裁判は、前記新潟県条例事件の川善基について何ら触れるところなく、テキサス州議・出版等の他の表現手段と異なり、計画的あるいは突然的な内外からの干渉により行動せし、警察力でもつてしておらかんともしがたくなる危険性を内包するものであるから、地方公共団体が、「公安条例」によって、「地方的情況その他諸般の事情を十分考慮に入れ、不適の事態に備え、法と秩序を維持するに必要かつ最少限度の措置を事前に講ずるにつけ、けだし止めを得なし次第である」と述べておられる。この二つの辨決の基本的な相違点は、三五年の辨決が事前の抑制となる一般的な許可権の有無を違憲合憲の判断の決め手とするなど判断基準の明確化にこだわるのであるのに對し、三五年辨決は「届出権と許可制」として「概念を用語のみにして」違憲合憲を決めるべきではない、「条例全体の精神」を「実質的かつ有機的に」考案するにこよて決めるべきであるとして、基準の明確化という線から後退してしまったのである。また新潟県公安条例には、公安委員会がアモルヒス日時の「四時間前までに許可不許可についての詔勅の意思表示を行なわなかつたときは許可があつたものとして行動する」とができるとする教説規定(四条)があるが、三五年辨決は、このよろくな詔旨の規定がないからとして、本条例を違憲無効とする原判決の詔勅は本来の範囲であつて妥当ではならんがべつから。要するに、本辨決の立場は、公安条例の違憲合憲は、許可権とお届出権というよろくな「用語や概念のみによつて」決められるべきではない

とするが、まだその判断にあたつては詔旨の決定が保證されず、まことに行動実施予定日が到来した場合の詔勅升級が認められていないがこの「条例の立法技術上のからかの欠陥にも拘泥してはならない」とある点などに詔旨に付しておられる。しかしながら、公安条例の違憲合憲は、条例が憲法の保護する表現の自由を不当に制限するものであるか否かによって認められるべきであるからつので、その判断基準はあくまでも抽象的なものとなつてしまつ。りのうちに、三五年判決は、三九年判例を無視する體裁に由ながらも、都公安条例三條によつて、公安委員会は集団行動の実施が「公共の安寧を保持する上に直接危険を及ぼすと明らかに認められる場合」のほかは許可しなければならないとして許可が義務づけられており、不許可の場合が厳格に制限されているから、規定の文面上許可制となつておる、実質的には届出権と異ならなくなつて、届出権・詔旨の基準に一定のこだわりを貰つてしまつ。これはさて、そのすべとして、「集団行動の条件が許可であれ届出であれ、要はそれによつて表現の自由が不当に制限されまい」とある。つまり、「そのすべとして、」(三)のとおりのとある。そつするにこれが法的根柢の維持の要請に極めてよろしくなるし、同時に新しい判例の正確な意味を国民

最高裁判は國家の根本法である憲法の解釈に関するものであるだけに、その変更に際しては、少なくともその判例の不合理な点を指摘し、その点についての解釈の変更の必要性をはかりうるやうとする。そつするにこれが法的根柢の維持の要請に極めてよろしくなるし、同時に新しい判例の正確な意味を国民

に示すことになり、基本的人権尊重の趣旨にかなうことになるからである。

(12) 最大判例昭19年1月1日刑集八巻1号166頁。

(13) 最大判例昭三五七年11月10日刑集一四巻六号1141頁。

(14) 三五年判決は「三段階」によるもので、一人の反対意見があるが、その一人である豊田裁判官は「多數意見とはやせじか、今日やすく前示の憲法条項に認する大逆罪判決に影響を及ぼす本原則に反対を加える憲法あるよりは思われない」(刑集一四巻九号153頁)と述べているが、これは三五年判決(金員一致)に加わった裁判官六人が今度の判決の多数意見に入っている点などを皮肉っているともいわれる。

(15) 宣次、武義、岸子らも「大逆罪判決は少くして理窟つくりをしてきた三五年判例にひいて、三五年判決が全く離れないのは問題であるとしている。『憲法』は三つの公安条例判決(憲法)」シラス・スミー110頁(川口一七頁)。

(16) 刑法1100条(尊属教訓罰規定)を遵應とした

最高裁判決の問題点

刑法1100条は、昭和四八年四月四日、最高裁判所より達成無効とされたが、本条が認められたとしていたものであり、これまでに多数の人々が同条違反として有罪判決をつけ、懲役されてしまう。これらの人々の中には、もし尊属教訓罰規定がなければ、減刑され執行猶予になつた可能性のある者も少なからずいるであろうと思われる。刑法1100条を合意とした三五年判決(111段1)からそれを遵應とした四八年判決(14段1)への推進には、歴後から今日にかけての大きな社会的、経済的変動によって生じた国民の意識の変化の反映としての面があるかもしないが、最高裁判が刑法1100条を遵應無効と宣言した

以上、それによって有罪とされ服役している人々の救済が問題となるのは当然のことである。このような場合、イタリヤや西ドイツでは審判権により、まだアメリカでは判例権によりて根拠の申立てが認められている。(25) 有罪判決がすでに確定し、事件そのものは解決済みであるとしても、有罪判決の基礎となる法律が適用無効と宣斷されたとしたときに、その宣断前にとはしましてその適用の法律に違反したとして有罪とされ服役している人がなお存在するのですね? それは不合理であり、正義に反する。今度の尊属教訓事件における判例権ではなく單形の法で影響を与えるだけにすぎないが、連帶判決によって犯罪そのものがなくなつたからではない場合、問題は一層重大である。今度の場合でも、刑法1100条が存在したため單形の法で不利益を蒙つたと想われる受刑者については個別恩赦(まだ場合によっては救済立法)が考案されてくること思われているが、恩赦は恩恵的なものであり、刑事権衡の対象とならず、完全な救済策とはいがたい。早急に正義にかなうた救済手段の立派化が必要である。

今度の事件では尊属教訓罰を定めた実体規定が遵應もされたわけであるが、実体規定は問題なく、裁判前の手続においてある手続上の権利が与えられなかつたことが遵應であると宣言されたもとの場合はどうなるのであろうか。アメリカでは、從来合意とされていた手続がのちに遵應し宣言された場合、その宣言前にその手続にしたがつて有罪とされ服役している者は、遵應の手続によって不当に身体を拘束されているとして、人身保護令状(habeas corpus)による解放を求めることがあら。

これは一纏の両轍である(曰く)、わが国の刑訴法上の再審はこのような場合には認められない。だとせば、アメリカでは、一九六三年まで、死刑に相当する犯罪以外の重罪で起訴された被告人が経済的に困難しているため弁護人を依頼することができない場合に国選弁護人を手配なかつたとしても遵應ではないとされていた。このため、公費による弁護人依頼権を保障する特別な立法をもたない南部などの諸州では、弁護人の助力を得られないとため有罪とされた人も少なくないと思われる。しかし一九六三年キテナ・対ウイントン事件(26)において、最高裁判は、一九四一年の判例(ベッソンズアラモ)を覆して、死刑に相当する犯罪以外の重罪で起訴された者にも、實力がない場合には、州は国選弁護人を付与しなければならないと判断した。この事件は国選弁護人制度をもたない諸州に大きな影響を与え、事件の起きたフロリダ州だけでも何千人から受刑者が再審を受け、千人以上の者が何らかの理由で解放されている。(27) このような場合、手続上の権利の否定が裁判の際の事実認定の信頼性に重要な影響を与えたか否かによって救済を認めたり、否認したりしているわけである。

実体法にせよ、手続法にせよ、ある法律が遵應と宣言された場合に、過去において同じ法律に基づき有罪とされた現在服役している人がいるとするれば、それは不合理かつ不公平であり、早急に公正妥当な救済が与えられなければならないことはもうまでもない。とはいえ、わが国の現行法上、このような人々を救済するには困難である。四八年の四・四判決が出たとき、

法務省は最初、検事総長による非常上告による救済(刑訴法四五四~六〇条)を考えようであるが、のちにそれは適当ではなしとして、個別的な恩赦が特別な立派によりて救済をはかるという方向に傾いていたようである。そして、結果的には、特別な救済立法は行なわれず、恩赦による救済に止まつてしまつた。しかしわが国ではこれらの問題がギティオン判決の際にかられたような極端な形であらわれたりとがなく、したがつて、あまり真剣に論議されたことなかつたが、問題の重要性に鑑み、早急に公正妥当な内容をもつた救済立法がなされねばならぬのである。

(16) 刑集17年4月11日165頁。

(17) 最大判例昭15年1月1日刑集四卷10号110頁。

(18) 同送稿件によれば、昭和13年から47年にいたる間に八一四件が第一審で尊属教訓有罪判決を下してゐる。

(19) Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (Bobbs-Merrill, 1971), p. 95.

(20) Betts v. Brady, 316 U.S. 455 (1942).

(21) Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335.

(22) 「一九六三年判決」国選弁護人の制度をもつたか? た判例は一五州に及ぶ。Erwin N. Griswold, *Law and Lawyers in the United States—the Common Law under Stress* (Stevens & Sons, 1964), p. 92.

(23) Griswold, op. cit., p. 94.

(24) Cappelletti, op. cit., p. 96.

(25) 四八年11月川口栗原氏の感想は八八件で、却下五二件。審査中一件を除き、三五件が刑の執行免除又は減刑を認められてゐる(四六年1月16日法務省の問合せをばらべ)。

(1) 全農林省職法事件最高裁判決の問題点

全司法仙台事件における最高裁判決(四四年)は、國公法一〇〇条一七号に定められている公務員の争議行為のおおり等の処罰の要件として、(1)争議行為そのものの違法性が強く、かつ(2)おおり行為自体の違法性を強くななくてはならず、これらの要件が充たされない限り、おおりは刑事罰の対象とならならしい。しかし、違法性の強し争議行為のメルクマールとして、判決は(1)組合本来の目的を逸脱した場合、(2)暴力その他これに類する不適な圧力を伴う場合、(3)社会運営に反して不当に長期に及ぶなど国民生活に重大な障害を及ぼす場合の二点をあげている。判決はさらに、違法性の強いおおり行為として「争議行為に通常違反するとは體ねられたら」おおり、だといえども、争議行為の主体たる職員団体と関係のない第三者によるおおり行為などをあげてある。これは四一年の全農中訴事件判決以来の公務員の労働基本権についてのリードした裁判の流れを集大成したものである。この判官は、公務員のおおりの処罰の条件として「1章のしほりをかけてしまうからか」一般に「1章のしほり論」を述べてある。しかしながら、1章のしほりをかけないと、國公法による争議行為のおおり等の処罰は運用上違憲になるというのである。ところが、四八年にいたって、最高裁は、らわゆる全農林省職法事件において、公務員の地位の特殊性と職務の公共性を強調した上、「労働者を含めた国民全体の共同利益」のためにには公務員の争議行為を一律全面的に禁止しても過當とはしませぬし、公務員にはその代り十

分な化粧措置が講じられてゐることとして、はからず全司法仙台判例を変更する旨宣言した。本件判決の中で、最高裁は、「1章のしほり論」のせいでわざわざの合意の限界解釈は、争議行為をおおり行為の違法性の認定の判断基準があいまいであるため、かえつて、犯罪構成要件の保護機能を失わせることになり、罪刑法定主義を定めた憲法三三一条に反するに至ると述べているが、「1章のしほり論」が公務員の労働基本権の擁護のために繰り出された基準であることを考へると、この主張は本末転倒の感がせぬでもない。

本判決のもう一つ問題点は、廻及処罰を禁じた憲法三九条との関連において生ずる。回條にはれば、「実行の際に過度であつた行為」については刑事上の責任は認められないことが保障されてしまうが、ある行為が「過度であつた」か否かを決める根拠は成文法でなければならぬのであろうか。少なくとも、判決が下された時点では、「1章のしほり論」を以て全司法仙台判例がリードとなるケースであり、その基準からすれば、上告人の行為には可罰的違法性はなかつたということがわかる。もし判例が行為の通常違法を決める根拠となり得るのであれば、彼にして有利な前の判例を変更し、不利な新しい判例を適用して有罪としたのは、むちに廻及処罰であり、罪刑法定主義の原則に反するとする論理においては同じであるが、ややリードへの進つた過當論が主張をなしてゐる。それにすれば、全司法仙台判決の合意限界解釈に対する、「おおり」行為を罰する國公法

条⁽²⁶⁾に見る鶴木英雄教授の意見。シドリスイ五三六頁三一頁。

五 むすび

の規定は専念的に權力を失つたわけであるが、それを今一度の判決で「1章のしほりを取つねう」というて再び復活せたのは、罪刑法定主義に反するというのである。すなわち、罪刑法定主義の原則からすると、裁判所がいつだや国会の法律の処罰の範囲を縮少してしまう。それを拡大するのは国会でなければならない。裁判所が解釈でふくらませるのは許されないとこうるのである。この説は、刑罰はあくまでも成文法によって規定されなければならないとするオーンドックスな立場を徹底して實りつつあるものであるが、筆者の想定は、これと異なり、法規の内容が部分的に違憲だからといって、その法規全体を違憲無効とするようなことは避けようとするアラタマティックな限界合意解釈のテクニクの採用によつて、法律がその文言だけでは理解困難となり、判例による内容の補完なくしては予測可能性の基礎たり得なくなつてしまつてから理解に難しくなるに、刑法化した罪刑法定主義の原則の実質化のためには、判例に成文法の枠内で法源性を認めることが不可欠であるとするものである。とすれば、憲法判例の変更が止むを得ならしい。少なくともそれを報告に不利益に変更するよりも憲法上許されないことになる。この憲法判例の必要性と廻及処罰の禁止との妥協策の一つとして前述の判例の不廻及的変更のテクニックの利用を考えられる。

(26) 最大判昭和四四年四月一日、刑集二三卷五号六八五頁。

(27) 最大判昭和四一年一〇月二六日、刑集二〇卷八号九〇一頁。

(28) 最大判昭和四八年四月二五日、刑集二七卷四号三四七頁。

(29) 「昭和四八年四月二五日労働三事件最高裁判決をめぐる(座談)

基本的人権を永久不可侵の権利として保障し、統治権限であつて通常立派な権限を用いてはわが國の憲法の下にやらず、憲法判例が国民に憲法規範を具体的に示すという重要な機能を果してゐる。国政はそれを極力所とつて其権限を擴べらるゝべくして過當論ではない。しかるに、最高裁の打ち立てた判例が、のちの裁判所によつて沿らす從われるという保障のない單なる参考意見にすぎない。されば、法的安定性の要素が充されないばかりか、罪刑法定主義が保障の目的の一つとしている干渉可能性の保障をきわめて不十分なものにならざるを得ない。しかし、前述したように、罪刑法定主義の下の平等、公平な裁判を保障した憲法規定を実質的に解すれば、最高裁の判例は、当然成文法の枠内ではあるが法源性を有し、のちの裁判所に對して拘束力をもつたものでなければならぬ。もちろん、最高裁の憲法判例ともども法的的保障のうわけではなく、したがつて、明らかに不合理な判例、正義に反する判例は変更されなければならない。その際、法的安定性とりわけ、刑法の分野では、廻及処罰を禁じた罪刑法定主義との競わりあいが問題となる。これらの矛盾を解決する一方法として、判例の不廻及的変更のテクニックを用ひるこも検討に値すると思つ。さらに判例が、一歩下つて事實上のものにすれどもとした場合であつても、かりに拘束力をもつすれば、その変更是検討

58 でなければならぬとして、被取の理由、内情等は明確に示されなければならない。憲法上の訴訟権が、しあしが多數審査と少數審査とに分れるだけではなく、多數審査にも複数審査などがあるて、必然ずしめむからと統一したかのでは限らない。しあしその憲法の重要性に鑑みて、判例審査を行なつ裁判所としては、判例のどの部分がどのように變つたかを明確かつ統一的に示すよう努めなければならぬことは当然である。

(四)

〔専門講壇〕

連続の争点を提起する道格

時 国 康 夫

一 憲法訴訟における Standing からう論点には、大別すれば、(1)原告道格、被告道格という本来の意味における当事者道格の問題(当事者道格をつくとおこなはれは却てされざるから、同様権利の前提条件である)。(2)事件にかかる当事者道格のものが、攻撃又は防禦の方法として連続の争点を提起する道格(この道格をつくとおこなはれはその争点の主張が不適切にされた、その争点についての判断はなされないが、本件についての判断はなされる)という二種のものが含まれてゐる。

事件につき当事者道格のあるもの(例えば、刑事案件の被告人)が、攻撃又は防禦方法として連続の争点を提起する道格が問題となるが最高裁判例を分類してみると、その主たるものとしては、次の五つの場合が考えられる。

(1) 連続と主張される法令の適用をつけるものが、連続の理由として、特定の第三者的憲法上の権利を援用する場合(第三者所有物没収についての旧國税法の規定を、刑事の被告人が、

没収の対象の所有者に告解時間の機会が制度上与えられないことを理由として、憲法三一条に反すると攻撃する場合)

(2) 連続と主張される法令の適用をつけるものが、連続の理由として、その法令が不特定の第三者に適用される場合、不明確であるとか、広汎にまつた表現の自由を歓迎するが主張し、その法令は文言上連続無効であるから、自己に対しても連続無効であると攻撃する場合

(3) 無許可行為で処罰される被告人が、許可制なし許可基準の連続無効を主張し、許可制なし許可基準が連続無効なら、無許可行為を処罰する法令も連続無効と主張する場合

(4) 或る法律の特定の法条の適用をつけるものが、その法律全体なししが、その法律のうち自己に適用されない他の法条の連続を主張し、法律全体なししが、他の法条が連続無効であるなら、これと不可分の關係に立つ、自己に適用される法条も連続であると主張する場合

(5) 刑事事件の被告人が、訴追されている行為の憲法上問題

公法研究九

第三十七号

憲法訴訟

憲法訴訟の理論と技術	1
憲法判例の変更について	49
違憲の争点を提起する適格	59
第一部会討論要旨	73

訴えの利益

行政事件訴訟における訴えの利益	原田尚彦	79
抗告訴訟の対象	田中館照橋	113
訴えの利益の諸問題	山村恒年	127
原告適格に関するアメリカ判例法の展開	藤田隆弘	140
抗告訴訟における仮の保護の利益	岡本廣	150
訴の利益——民事訴訟と行政訴訟	谷口安平	161
第二部会討論要旨	166

講演

アメリカ合衆国における弾劾手続	トマス・J・エマーソン	238
イギリス行政法と自然的正義	H・W・R・ウェイド	227
イギリス行政法における原告適格について	...H・W・R・ウェイド	218

学界展望

憲法	中村睦男	173
行政法	小早川光郎	190
エルンスト・チャルストホフ教授の逝去を悼む	高田敏	208
学会記事・他

有斐閣

1975

