

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

製作  
共進印刷株式会社

(県史)

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

論 説

## 判例の拘束力

——判例変更、特に不適切的判例変更も含めて——

君塚 正臣

はじめに

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

判例は、「科学」ではなくとも、これによつて近似的な類推を要する<sup>7)</sup>もので、裁判官の恣意的な「裁量」を統制し<sup>8)</sup>、裁判所への信頼を確保し<sup>9)</sup>、安定性<sup>10)</sup>を与える可能にする<sup>11)</sup>。だが、長時間の経過と社会的価値観の変化、先例の欠陥など<sup>12)</sup>による変更はあり得る。その本源的根拠は当該事案での具体的妥当性（実質的正義）<sup>13)</sup>であろうが、これが上記の理念や価値との緊張状

態を超えるほどでなければならない<sup>14)</sup> こととも示唆される。では、どのような場合に変更が許容されるのか。これも、本稿の検討すべき課題である。なお、ここで「判例」及び「先例」と呼ぶものは、判決・決定のうち、「適用が事件の真の争点の決定に必要な部分」<sup>15)</sup>であり、後の裁判の基準として適用される法準則・法命題（ratio decidendi）<sup>16)</sup>を指し、判断の基準となるいそれ以外の傍論（obiter dictum）は除かれる。そしてまた、先例となるには同趣旨の判決等が繰り返されるべきか、一回の判決等によっても成立するかの争いがある<sup>17)</sup>が、後の裁判所から見て拘束されるべき法準則・法命題であるかによるのであれば、回数が問題ではないことも予見しておきたい。

## 1 判例の法準則性について

### (1) 「事実の拘束力」説

長く、日本は英米法のような判例法主義の法制度ではないといふことが、日本において判例の法的拘束力を否定する根拠とされてきていた<sup>18)</sup>。この主唱者は中野次雄である。中野は、判例はどの裁判所も作り得るが、「先例としての力、実務を支配する力には違ひがない」ので、まず、「判例」という語は「最高裁判所のそれだけを意味」して用いると言う<sup>19)</sup>。そして、「実務家は判例を尊重しこれに従うべきだと考えられている」<sup>20)</sup>のであり、判例を法とする明文規定もなければ、裁判所法4条などは「その事件について」下級審裁判「より次元の低い」訴訟経済<sup>21)</sup>もその根拠ではないとする。判例にはまた、最高裁判例の法的安全、一般人の不安の除去<sup>22)</sup>も、「正義を第一義とする裁判」「より次元の低い」訴訟経済<sup>23)</sup>もその根拠ではないとする。判例には強い弱いがあり、絶じて長期繰り返され、大法廷が全員一致で、実務家・学説も異論がないようなものが強いと言う<sup>24)</sup>。つまり、中野の主張は、判例が拘束力を持つのはそれが「法」だからなく、最高裁の権限だからであって、「直接裁判官を拘束するのではなく」い<sup>25)</sup>。「事実の拘束力」説と解してよからう。

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

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

ると言う<sup>37)</sup>。そして、判例は最高裁自身に対する抑止的效果を生んでいないと指摘する<sup>38)</sup>。また、判例に「法的拘束力」があるということには、フランス等での「法律は一般意思の表明」という観念と結び付いた制定法主義との相克があり<sup>39)</sup>、「判例になんらかの『規範定立力』『法源性』をみとめることの苦しさ」があると言う<sup>40)</sup>。判例による一般的規範の形成は、権力分立原則との抵触も疑われるところである<sup>41)</sup>。立法院は、判例の憲法解釈に反する立法をすることもできなくなるのである<sup>42)</sup>。だからこそ、「憲法判例の拘束力があくまで『事実上』のものであることをあげて強調する定式を選びづけることが、結局のところ、『(判例が)恣意に流れないよう抑止する課題』にこたえることになる」<sup>43)</sup>と結ぶのである。アメリカのような連邦制でもないため、最高裁が頂点であることは疑いなく、同位裁判所間で判例が矛盾することは少なく、かつ、司法研修所が法曹教育を行い、最高裁が判例解説をなし、官僚裁判官がこれに従い、「強い」拘束力が生じていることであろう<sup>44)</sup>。杉原泰雄はさらにも、「そもそも、『判例拘束の法理』は日本国憲法下では法的に不可能」とまで断ずる<sup>45)</sup>。その根柢は、国会が「唯一の立法機関」であること、憲法43条からしても、国会が「国民代表府」であって、「国民意思を国政の基準(法規範)として表明する機関である」こと、そして、平等原則をもつて先例拘束性を認めることは「制定法主義国にはおよそそなじまない」ことなどを挙げるのである<sup>46)</sup>。また、この法理を認めめるメリットもなく、「国民-国会のルートの軽視につながる」などの疑問もあり<sup>47)</sup>、改めて「裁判官の良心と独立性があらためて強調されるべき」だとするのである<sup>48)</sup>。浦部法穂もまた、判例が「法」であることを否定し、「裁判官は、裁判にあたって、判例の法解釈がまちがっていると思ったならば、自分が正しいと確信する解釈をとる」ものであるが、「裁判所の法解釈が事件ごとにバラバラというのでは、国民の権利を不安定なものとするから、そういう事態を基本的に避け」るべく、判例には「一走の『拘束力』が認められる」ものと説明した<sup>49)</sup>。専門部信喜も、判例を ratio decidendi に限定し、これを裁判官が準拠すべき基

準として「法源」の一つであるとするのは、「事実上の拘束力」説でも認めてきたところで、法的拘束力とのみ結び付くものではないと言う<sup>50)</sup>。そして、仮に法的拘束力だとしても、判例の法源性は第二次的なものであると述べる<sup>51)</sup>。どちらでも、「具体的にはほんど違はないことになる」<sup>52)</sup>と評する。英米でも判例が拘束力を有するというのは、「法源」であるからではなく、「むしろ法の適用の公正性なり、審級制に基づく能率(訴訟経済)なり、あるいは予測可能性・法的安定性というような、実定法秩序および裁判制度に内在する原理であると考えられるので」<sup>53)</sup>あって、司法権概念<sup>54)</sup>が英米流であるとしても、直ちに先例の拘束力が法上のものだとする理由はないとする<sup>55)</sup>。特に、下級審がこれを排除するのに「相応の理由を先例との関連において示すべきこと」になり<sup>56)</sup>、法的拘束力説が有力化した結果、最高裁が「下級審に対する先例の拘束力を現在よりもさらに強める可能性がないではない」ことを懸念するのである<sup>57)</sup>。田藤重光は、「刑法の領域では、いうまでもなく罪刑法法定主義が支配するので、『判例の法源性は否定されている。これは当然のことである』とする<sup>58)</sup>。安西文雄も、判例は「裁判所のよるべき『よすが』」に留まとする<sup>59)</sup>。

## (2) 「事実の拘束力」説への批判

以上のような「事実の拘束力」説に対しては、多くの疑問がある。まず、中野が、判例の拘束力を、専ら最高裁判例と下級審裁判官との関係において理解している点は、ます疑問であろう<sup>60)</sup>。上級審判例の下級審拘束が強調されているが、先行判例が当該裁判所の後の判断を拘束するかについて、あまり語っていない<sup>61)</sup>。先例拘束力とは、裁判所、司法であれば、法の支配や平等などの要請をもって、当該判決が後のまさに当該裁判所を拘束することに意味がある以上、原理的に最上級審と下級審とで議論を区別すべきではない<sup>62)</sup>。しかも、「事実の拘束力」と言いながら、下級審は当該判例を守るべきだと主張しており、既に判例に法的な意味を与えた感がある。そうであれば、「拘束力」と言わざ「權威」と記せばよい。次に、判例は法ではないとする「法」

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

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

たな法創造を阻害するキャラクタ裁判官制度<sup>78)</sup> 자체を問題視せねばならないが、制度の当不當を超えて憲憲とまで断じられるかは微妙なところである。個々の裁判官の全く自由な法解釈という意味での裁判官の独立が、憲法が要請しているであろう、異なる判決を受ける当事者間の公平性、法的安定性などに優先されるとするのはやはり疑問ではないか。国民（人民）主権を強調しつつ、最も民主的統制から遠隔な下級審裁判官に自由な法創造を推奨するのは矛盾である。第一、先例に準拠すべきとする考え方<sup>79)</sup>、そして、判例の「変更」を論じること自体、判例に何らかの意味での法的性格を承認している証左である<sup>80)</sup>。日本には先例の法的拘束力ないとする見解は、イギリス<sup>81)</sup>で、コーケーが、コモンローは法を宣言するもの、「ただの古い証拠」などとしていた<sup>82)</sup>段階から転じ、ブラックストーン流の、裁判官は法の口といふ観念故<sup>83)</sup>、19世紀に判例変更のできる例外が否定され<sup>84)</sup>、上訴が当事者間の具体的争いを解決するものとされ、上訴裁判の法創造的機能を後景に退かせ、貴族院における法律専門家による事件処理能力の向上の要請が高まる<sup>85)</sup>と、先例は強度の拘束力を有するに至り、1898年の貴族院において判例変更是絶対に許されないことが確立した<sup>86)</sup>のがそれである、との認識が強いようには思われる。判例拘束の原則は古くはローマ法にまで遡るうが、近代イギリス法の中で、「個人の自由・権利の平等かつ確実な保護という思想を基底にかつ裁判の法創造性の認識を媒介とする裁判のコントロールの必要性が自覚され」て成熟したものであった<sup>87)</sup>。しかし、議会が法律を変更できないのに匹敵する<sup>88)</sup>このルールは、イギリスでも当時において控訴院には当ではまるものでもなく<sup>89)</sup>、当時から貴族院では「重要な事実」を狭く解して先例を回避することが行われており<sup>90)</sup>、優れたものとは考えられず、寧ろ議論の対象であった<sup>91)</sup>。そして、貴族院の1966年7月26日の少數意見すら付かない判断<sup>92)</sup>を境に、遂に貴族院でもそこではなくなくなった。同判断は、あくまでも貴族院の判例について、「先例の遵守が厳格にすぎるとときは、個々の事件において正義に反する結果を生ずることもあり、さらに法の適正な発展に対し不当な制約が加えられることがあることも、

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

### (3) 法的拘束力説

このような通説批判を経て、また、公平又は平等の要請<sup>106)</sup>から、あるいは加えで適正手続の要請<sup>107)</sup>から、判例の拘束力を認める学説が現在では多い<sup>108)</sup>。日本国憲法上の先例拘束性の根拠に関して、佐藤幸治は、「何よりも憲法144条の法の下の平等原則（その法適用上の平等の側面）の要請するところといえるが（ここでの平等は過去と現在との平等、つまり時間における平等であるが、空間における平等の要請との関連では後述する）、憲法32条の裁判を受ける権利（ここでの裁判は当然に公正な裁判が肯定されていると考えるべきである）および憲法が当然前提とする（憲法32条がそれに關する規定かどうかはここでは問わない）罪刑法定主義の大原則からも同様の要請が帰結されるべきである」<sup>109)</sup>と述べている。法の支配のためにも必要である<sup>110)</sup>。そして、判例の法的性格を否定した田藤重光も、「判例が法的安定性に寄与する」ことは認めており、「具体的な事案に即して裁判所が下す判断の集積によって、はじめて犯罪定型の具体的な内容が形成されて行く」ところから、「判例にかような意味における形成的機能をみとめることは、「罪刑法定主義の要請するところだときさえいべき」だ」とし、「かような意味と限度において、刑法の領域においても、判例の法源性を主張したいとおもう」とまで述べるのである<sup>111)</sup>。判例が全く尊重されないとすれば、それは法ではない<sup>112)</sup>のだが、逆に、先例に何らかの意味で拘束性、規範を認めるとすれば、何らかの意味で法なのであり、先例をおよそ守る必要がないといふことは、「司法」の判断として適切ではない。先例が予測可能性を与えず、罪刑法定主義にも寄与しないとは信じ難いものである<sup>113)</sup>。

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

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

## 2 判例変更に関する理論

### （1）判例の変更可能性

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

当然、判例変更是適切な理由が必要である。<sup>124)</sup> 法律の改正に審議と民主的多數決が必要であるように、司法的判断の変更には、司法に相応しい十分の理由の提示が必要である。芦部信喜は、時の経過により事情が変更した、経験の教訓に照らして調節が必要となつた、先例の誤りが極めて明確となつたなどの理由を挙げる。<sup>125)</sup> 佐藤幸治は、前の判決が間違つており、判例変更是、正義の諸目的からそなへたものであるべきだとする。<sup>126)</sup> 専属殺人罪と専属傷害致死罪を違憲とした場合に限るべきだとする。<sup>127)</sup> 専属殺人罪と専属傷害致死罪を違憲とした

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

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

だが、憲法判例の特性を第一次的理由にせず、時代の変化に応じた社会の要

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

## (2) 判例の默示的変更

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

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

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

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

日本でこのような黙示的判例変更が行われるのは、日本の法律学が一般に判

例法準則を厳密に検討しないところにもよるとの分析<sup>174)</sup>がある。全農林警職法最高裁判決<sup>175)</sup>が、都教組事件最高裁判決<sup>176)</sup>などの二重の統一論を変更したとの論評が多いが、この理論は闇と裁判官の多数を占める意見ではなく、判例法準則でもないにも拘らず、判例も学説もこれを判例変更と捉えたことに現れている<sup>177)</sup>。この意味で、判例変更とは判例の法準則の変更と理解すべきであるし、後の裁判所が何を「先例」と読むかはまさに法解釈の問題であることは逃れられず、こういった例は今後も留めることはできないであろう。

### （3）憲法判例変更の「効力」

なお、特に憲法判例が変更されたとき、その効力については学説の対立がある<sup>178)</sup>。一般的効力説は、法令違憲判決は憲法81条により対世効を有し、98条などからして、これに反する法令等は当然に無効になるとし、そのことにより、個別的効力説の弊害である法的安定性の欠如という難点も除去できるとする<sup>179)</sup>。そうでなければ、不平等な結果も招くとする<sup>180)</sup>。判例変更の効果は遡及し、現に、変更前の事実を内容とする他の事件でも新判例によって裁判がなされていると指摘する<sup>181)</sup>。しかし、憲法41条の国会の「最高機関」性や「唯一の立法機関」性と矛盾すること、権力分立原理に反するほか、この説の下で、法令がいつから無効となるのかについて意見が分かれており、それによつて、例えば租税法規が無効とされたときに非常に混亂してしまう恐れがある<sup>182)</sup>。個別的効力説はこの点、最高裁はどこまでも「司法裁判所」であるので、その違憲判決と雖も個別的効力しか有せず、これにより特に立法府の権限を害しないとする。だが、判決が当事者を拘束するのは当然であつて、憲法81条や98条の規定は、それを超えて一般的効力を認めた趣旨なのではないか、などの反論を浴びている<sup>183)</sup>。しかし、これらの条項は最終的有権解釈者が司法権であることを示したものであり、このことから最高裁判決が一般的効力を有するとは論理の飛躍がある<sup>184)</sup>。一般的効力説は、共通して、違憲判決には憲法裁判所的な対世効を認めるものである<sup>185)</sup>が、日本の最高裁は憲法裁判所ではなく、判決の效力は当該事件に留まるべきである<sup>186)</sup>。他の説として、宮沢俊義は法律に委ねたとする<sup>187)</sup>が、憲法自身がこの点を定めないことはあり得ず、下位法が上位法の中身を規定する結果に陥り、妥当ではない<sup>188)</sup>。事件を解決することが司法権の目的であり、かつ消極的立法作用となつてはならない以上、よほど憲法判例には特に一般的効力を認めねばならない根拠が示されない限り、判決が個別的効力を有するのが原則であろう<sup>189)</sup>。それは、付隨的違憲審査制故の必然ではないとの指摘<sup>190)</sup>程度では描ぐるものではない。

「違憲判決の効力」という論点が設定されがちであるが、「司法権」の判断が個別的効力であるのであれば、最高裁の憲法判断だからといって特徴的な事情もなかろう。違憲判決に、違憲となつた法令を法令集から除去する効果がないという意味では、日本における裁判所の判決・決定は個別的効力しかない<sup>191)</sup>。特に、下級審でも法令違憲の確定判決があり得ることを考えると、そうである。司法の作用が、当該事件の法的な終局的解決であるとすれば、判決が一般的効力を持って当該事件以外の判決に影響を及ぼしたり、既に決着した判決に対しても後の判決が直接修正を施したりすることは許されない。判決が一般的効力を有し、消極的立法となることは、日本国憲法の基本構造を掘り崩そう<sup>192)</sup>。そもそもこれが一般的効力を有するのだとすれば、これまでの先例拘束性の議論は必要ない。議論の存在に、一般的効力拒否の通奏低音を聞き取れる。

だが、そうだとしても、特に最高裁による法令違憲判決が単なる個別的効力しか有さないとすることは違和感があるのが自然である。憲法81条が「決定する権限」と謳うのは、単なる既判力を超えるものであるというのもであり、それを超えて、最高裁による違憲判決については、国会がそれを是正する義務を負っていると解せる<sup>193)</sup>。これは、判決自体は当該事業の解決のためのものであるから、週及効も将来効も有さないが、そのような判例が拘束力を有し、前後の判決に対し、これと矛盾なき解決を求めるべく、法的拘束力があるからにはかならない<sup>194)</sup>。個別的効力説の下でも、当該判例の先例拘束性を認めればその効果は相当に緩和される<sup>195)</sup>。そして、同説の多くは、公務員には

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

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

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

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

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

### 3 判例変更の裁判例再考

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

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

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

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

### (1) 利益変更

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

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

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

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

以上のような、相手側が国や公共団体で、原告や被告人である国民等に有利な判例変更については、専らその新しい法解釈・結論の適切さが問われるのみで、新たな憲法問題は生じないものと思われる。罪刑法定主義の見地からしても、刑事判例における被告有利の変更是当然に許される<sup>233</sup>。それどころか、刑事事件では同一事件の再審も、真実発見のため、広く認められるべきである<sup>234</sup>。

なお、刑事判例の利益変更では、週及効自体ではないとしても、過去の同種事件との公平という観点も重要である。アメリカでは、人身保護令状による釈放を求めるところである<sup>235</sup>が、日本ではこのような方法は一般化しておらず、尊属殺重罰規定違憲判決に際しても、その後の処理に禍根を残した。判決を個別的効力と捉えた上で、内閣による個別恩赦での対応等に留まつたが、量高裁が違憲とするものを内閣が「誠実に執行」（憲法73条1号）するのは「最大のアイロニー」であるから、法令違憲判決の場合、行政機関は当該法律を一般的に執行できぬ状態に置かれる解すべきである<sup>236</sup>。加えて、最高裁による適用違憲の場合でも、当該事案とおよそ同様の事案に同様の適用を行うことはできない状態となつたと解すべきであろう<sup>237</sup>。

### (2) 不利益変更

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

の見地から、それだけで押し通すことには憲法上も疑義が生じよう<sup>238)</sup>。全司法仙台事件最高裁判決<sup>239)</sup>を変更した全農林警職法最高裁判決は、これに該当する。実際、全司法仙台事件判決の「二重の統り」論からすれば、被告は有罪となかったように思われる。同様のことは、岩手県教組事件第二次上告審判決<sup>240)</sup>でも生じており、一審判決<sup>241)</sup>も二審判決<sup>242)</sup>も、「二重の統り」論を採用していた都教組事件最高裁判決に反しない判断したとしたいが、最高裁はこれと異なる判断を行った。本判決が批判されているのは、単なる不利益変更だからではなく、それが「短期間での変更」であり、從来の判例の「信頼を裏切る変更」であって、同じ事案に異なる判断を示す「不平等な変更」であり、かつ「不必要的変更」である点にもある<sup>243)</sup>ようである。

このほか、悪徳の衆え事件<sup>244)</sup>で、一審が法律判断で無罪を言い渡したとき、控訴審は、改めて事実の取調をすることなく、自ら有罪の判断を下せると判示して先例<sup>245)</sup>を変更したこと、被告に不利な判例変更であると言える。以上の事案は何れも刑事裁判でもあり、不利益が刑罰であって一方的不利益変更であり、一種の過及处罚、異刑法定主義違反ではないかとの疑いも生じる。多くの場合は、判例変更が「不当な場合」と論評され、「被変更判例の推論と分析に適正な考慮を払わないとき」、「判例の継続性に固有的価値に適正な配慮を示さず、とりわけ国民の権利・自由に多大の悪影響を及ぼすとき」、もしくは「判例変更が裁判所の構成員の変動にのみ由来するとき」の何れかに分類されて論評されている。<sup>246)</sup>ように思われる。「最高裁」が「当事者に」「不都合を及ぼすことのないよう原則的には配慮している」かどうかは不明であるが、但し、このような事案は、上述のように、極めて少ない<sup>247)</sup>。

### (3) 一方当事者に利益的だが他方に不利益的な変更

しかし、裁判は両当事者が存在するのであり、以上のような、一方が国や公共団体である事例は全体的には寧ろ稀である<sup>248)</sup>。それ以外の争いでは、裁判はゼロ・サム・ゲームとなり、特に、民事事件では、一方当事者の権利の拡大は、

他方の権利の縮減になり得る<sup>249)</sup>ので、一般に不利益的判例変更是許されないとの硬直的主張には無理がある。これについては、一部につき憲法29条3項の損失補償という考え方もあるが、「公共のため」の拡大解釈に過ぎるほか、「損失」があつたのは多額の費用をかけ、苦労して勝訴判決を得た側にあるのであって、判例変更で敗訴した側の不利益を過剰に考えており、疑問である<sup>250)</sup>。

典型例としては、利息制限法に関する下級審が原本充當説を探たのを最高裁が覆した1962年の先例<sup>251)</sup>が、2年後に原本充當説に変更された例<sup>252)</sup>がある<sup>253)</sup>。内容は兎も角、単純多数決によって判例を変更したため、法的安定性の面での弊害が指摘されている<sup>254)</sup>。財産権に関する憲法判例である森林法違憲判決<sup>255)</sup>も、先例に従えば共有林の分割を阻止できることを考えていた当事者にとっては不利益変更であるが、勝訴した原告にとては逆である。非嫡出子相続分差別違憲判決<sup>256)</sup>は、勿論、非嫡出子差別を解消し、その憲法上の権利を保障したのだが、嫡出子側からすれば、予定していた法定相続分を相続できなかつたのであるから、妥当か否かは別として、不利益変更である。

民事事件の場合、過及すれば、利益を得ていた側の当事者にとっては不利益変更になり、不都合が生じ易い。非嫡出子相続分差別違憲判決が瀕及効を制限する声明をなしたもの、相続という誰にも起こりうる事象での混亂を回避するための政策的配慮によるものとされるが、これはや動かさないほうが法秩序の平和のために望ましいという法的安定の考慮<sup>257)</sup>から、「そのままにしておくほかはない」と結論付けている<sup>258)</sup>。

ところで、一連の議員定数不均衡判決<sup>259)</sup>では事情判決などとなり、現時点では選挙の全部又は一部が無効とされた例はなく、あつたとしても、不利益を被るのは当該選挙区民だが、違憲判断の趣旨を貫徹すれば、結局、当該選挙区割りにより人口比以上の代表を選出していくない、出廷もしない選挙区の住民に利益を与える、過剰な代表を選出している選挙区民の不利益となる変更を求める特異な例となると言えよう。訴訟手続的な怠れであるとも言えよう。

この点で、住民訴訟による政教分離原則に関する違憲判決は更に評価が難しい。形式論とすれば、判決がどうなると、個別の「利益」を得る当事者はいない。しかし、この種の訴訟の本質は裁判所の違憲宣言を得られるかどうかにあると解すれば、そして、もし合意的運用がそれまでの慣例であるとすれば、出訴した住民と自治体は利益背反な関係にあると言えよう。愛媛玉串料訴訟最高裁判決<sup>259)</sup>、空知太訴訟最高裁判決<sup>260)</sup>は、そういった例である。

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

#### 4 不適切的判例変更について

突然にして予想外の判例変更により、先例に依拠していた当事者が思わず不利益を被る場合、その「信頼」の保護は考えねばならず<sup>261)</sup>、特に刑罰法規の拡張的解釈による場合、法的問題がないとは言えまい<sup>262)</sup>。しかし、そのためにそのような刑事判例変更是一切認めないと考えるべきは、誤った判決を糺すことができないことになるため、探ることを躊躇する<sup>263)</sup>。これに関連して、当該事件には先例の準則を適用しつつ、立法府が一定時までに立法的措置を行わなければ、新たな準則に従って処理することを明らかにする将来効判決の手法も提唱された<sup>264)</sup>。しかし、判決時点で誤っていると信じる先例を尊重すること、将来発生する事案を先回りして判断することが、現実の紛争を解決することを本務とする司法権の作用として適切か、疑問が残る。

そこで、被告に不利益な判例変更に限っては、罪刑法定主義に反する<sup>265)</sup>などとして裁判官の法創造性を制限し、「先例に依拠して行動した者を不當に害するおそれ」があるとき、「場合によっては、法的安定性の見地から判例の愛

更を差し控えるべき」だ<sup>266)</sup>として、新判例の法準則を過去の事例に遡って適用しないとする、不適切的変更という手法を採用すべきとする議論が生じた。特に、当該事件にも適用しないことは純粋不適切と呼ばれ、旧判例に依拠した者の保護、平等の観点からは、これによつて論理的一貫性を認める指摘がある<sup>267)</sup>。新しい法準則の樹立を促した当事者に対する報奨だとの説明もある<sup>268)</sup>。

アメリカでは、法律の被告人が予期しない不利益な解釈による処罰も違憲ではないとする最高裁判決<sup>269)</sup>が下された後の1910年代末に、学説の理論的支持が始まり<sup>270)</sup>、1932年にはベンジャミン・カードウゾーが、先例に依拠して行為がなされたときには、不適切的変更を行い、これによつて将来判例法が変更される旨の予告を与えておくことで、判例法の変更を積極的に行い得るようにすべきだと述べた<sup>271)</sup>。そして、米最高裁は1932年に全員一致で、州裁判所が判例の不適切的変更をすることは、合衆国憲法修正14条の適正手続条項に反しないと判断した<sup>272)</sup>。実際に、そのような判断を行つた例もある<sup>273)</sup>。但しこれは憲法や法律の解釈に関する判例変更についてであり、元来判例法で発展し、その後も制定法が作られない分野ではそうではない<sup>274)</sup>。

日本では、特に、前述の岩手県教組事件第二次上告審判決を巡つて論争が生じた。岩手県教組の中央執行委員長が、傘下の小・中学校教職員に同盟罷業を行うよう説得し、日教組本部の指令を傘下組合員に伝達したことが、地方公務員法違反に問われた事案である。行為当時の最高裁の判例の法解釈に従えば無罪となるべき行為を、後の判例変更によって処罰することは、憲法39条の廃止及処罰の禁止に違反する<sup>275)</sup>として、彼らが上告していた。しかし、最高裁は、「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈に従えば無罪となるべき行為を处罚することが憲法39条に違反」「しないことは、当裁判所の判例」「の趣旨に徴して明らかである」として、上告を棄却したのである。

これには、本考案に当たり興味深い、河合伸一判事補足意見がある。このようないくつかの問題で「問題にすべきは、所論のいうような行為後の判例の『適切な適用』

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

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

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

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

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

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

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

判所が傍論を述べてはいけないとのルールはなく、そうせざるを得ない場合もあるとの反論もある<sup>32)。</sup>過剰に用いれば、裁判所の信頼感を害するとの指摘もあり<sup>33)、</sup>また、これにより判例変更が安易になされ、法的安定性が害されるとの懸念もあるが、そのケースは上述のように稀であり、先例が明白に不合理だと考えられる場合だと予測してよいであろう<sup>34)。</sup>当事者の判例変更を求める意欲を失わせるとの懸念もあるが、判例変更がなされるかは判決が下されるまで解らないものであり、抑止的效果が生じるのは例外的な場合に限られるよう<sup>35)。</sup>そして、こういった手法が平等原則に反するとの批判もあるが、ある時点を境に用いられる法理が異なるのは制定法の場合と同じである<sup>36)。</sup>

判例の不適切的変更を肯定する田中英夫は、アメリカの判例を参考に、結論において從来の判例に依拠することが「合理的」でなければならないとする<sup>37)。</sup>そして、その筆頭例として、旧判例では無罪となる行為が新判例では有罪とされる場合、或いはそうであれば罪刑法定主義の精神に反するとして質的ともいえるほどの差異が」あるときにはこの法理を例外的に用いるべきだとする<sup>38)。</sup>このほか、新判例では新たに課税の対象となる場合、新判例では当該財産を有効に取得できなくなった場合、先例に依拠して契約が締結されている場合、新判例によると新たに不法行為上の責任が負わされる場合なども、この判例の不適切的変更とされるべき例とする<sup>39)。</sup>そして、この手法を探らぬとき、裁判所は政務部門によるよき法改革を待つしかないが、日本ではそれは稀であるので、日本の裁判所が自ら法形成過程の重要な一環であることを自覚し、時宜に応じて判例の不適切的変更の手法を用いるべきだと主張する<sup>40)。</sup>何れにせよ、刑事处罚の場合は高度に適正手続が守られ、その具体として過及処罰の禁止が厳密に守られるべきことからすれば、それに匹敵する明らかな不適切处罚は違憲であろう。なお、根拠条文については、憲法31条を示唆する見解<sup>41)、</sup>もあるが、「合理的」な変更は騒められるのも錯誤論の一種だとしつつ、憲法39条の問題とする見解<sup>42)、</sup>も有力である。

民事法の分野でも、川井健は、「判例が法としての機能を果す以上」、「慣習肯定」の判例を「慣習否定」の形で変更することは、それが慣習法にまで高まっていることなどからして、許されないとする<sup>43)。</sup>また、政策的理由としても、このような場合の「理論的変更」の判例変更是、「従来の判例を前提にしてきた取引行為や身分行為を根本的にくつがえすことにより法的生活の安定を害し、不慮の損害を人々にもたらす」から妥当でないとする<sup>44)。</sup>そして、以上の弊害を避けるためには、「判例の不適切的変更」により判例が是正されうればともかくだが、その理が認められぬかぎりは、「実質的判例変更の方法が考えられる。すなわち確立された判例の前提とした事実は異った事実を重視することにより、結論的に従来の判例とは逆の結果を導き、また原則的には旧判例を維持しつつ、それから生ずる不當さを一般条項や事実上の推定その他の解釈の操作により個々的な事例につき妥当な結果を導くように努力することである」<sup>45)。</sup>として、つまりは「区別」(distinction) の手法を推奨するのである。判例変更是、新立法の場合とは異なり、具体的な事件を契機としてなされるのであり、「常に判例変更の時以前に生じていた事実にも遡って適用される」との指摘もある<sup>46)。</sup>過激的の問題は先例拘束性の問題と混同してはならず、法政策の問題として論じるべきであるとの指摘がある<sup>47)。</sup>既に判例変更の方向性が示唆されていた場合、不意打ちとの批判もし難く、罪刑法定主義は大事であるが、判例変更による当事者への不都合は、解釈によって相当程度軽減できる<sup>48)。</sup>川井の指摘はあるものの、判例変更による受益者と損失者が生ずる民事裁判などを特に考慮する必要はあるまい<sup>49)。</sup>アメリカでも、判例の不適及立された判例だったとは言えない事案では、違法性の錯誤などの問題として刑の軽減などで対応すべきである<sup>50)。</sup>そして、はっきりと、予想も付かない判例変更により無罪が有罪となるような、純粋に、判例変更によって専ら不利益を受ける当事者には不適とすればよい。刑事件についてこれが強く求め

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

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

#### おわりに

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

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

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

- 1) これは「大陸法系におけるローマ法以来の伝統である」。小室直人「変更判決の研究」法学14巻2号69頁、70頁(1950)。大陸法に限らず、「司法権」の作用である判決・決定というものはそういうものと思われる。
- 2) 高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟』第3巻139頁(有斐閣、1987)。アメリカについては、松井茂記『アメリカ憲法入門』(第7版)71頁以下(有斐閣、2012)など参照。
- 3) 山田卓生「日本における判例拘束性」中大法学新報106巻11=12号75頁、81頁(1997)。
- 4) 高橋前掲註2)論文142頁。
- 5) 戸松秀典「憲法訴訟」(第2版)400頁(有斐閣、2008)。
- 6) 山田前掲註3)論文81頁以下は、明治以来の法律がどうなっているかを主たる根拠として論を展開するが、戦後、この点の根拠は日本国憲法、特に司法の章にあるものである。裁判所法や各訴訟法がいかに定めようと、それが憲法と抵触すれば、それらの法令が違憲無効というだけである。この意味で、大林啓吾「憲法判断における2重の拘束について」千葉大学法学論集27巻2号294頁、291-290頁(2012)が、憲法典と判例の順に「2重の拘束」を語ることは適切である。
- 7) 新井正男「科学としての判例法」中大法学新報98巻1=2号1頁、24-25頁(1991)。
- 8) 大林前掲註6)論文291頁は、アメリカでの議論をこう整理する。
- 9) 宮下均「アメリカにおける先例変更の基準」東洋法学会58巻2号47頁(2012)。
- 10) 同じことを意図してか、河原誠一郎「違憲判決の効力」ジュリスト41号11頁、14頁(1953)は、民事事件に関して「取引の安定」を根拠に挙げる。
- 11) 新井正男「先例の拘束力について」中大法学新報63巻11号1頁、2頁(1956)。また、川井健「判例変更の限界」北大法学会論集17巻4号1頁、8頁(1967)は、私法に関する「生活規範の機能」を有し、このような「機能は重要視されなければならない」とする。
- 12) 宮田豊司「判例変更」武蔵大学論集50巻2号291頁、208-209頁(2003)。青井秀夫「判例変更と制定法の訂正への一試論」[岡山商科大学法学論集17号1頁、3頁以下(2009)は、

「先例の欠陥」の一例と言うべきか、先例同士の矛盾を挙げる。

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

- 56) 同上 215 頁。
- 57) 団藤前掲註 50) 書 144 頁。
- 58) 安西文雄「憲法判例の変遷と法の支配上巻」379 頁、416-417 頁 (有斐閣、2008) は、明治憲法下の学説の論争を「示唆」として、日本国憲法下でも裁判官が拘束されるのは憲法と「法律」に限られるとするが、その基盤とする歴史解釈主義から疑問である。君塚正臣「対憲権と伝聞証拠」大沢秀介=大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』411 頁、438 頁注 118 (成文堂、2014) も参照。
- 59) 佐藤前掲註 15) 書 382 頁。
- 60) 高橋前掲註 2) 論文 153 頁。
- 61) 田中英夫『英米法研究1—法形成過程』7 頁 (東京大学出版会、1987)。細かく言えば、当該裁判所の第何法廷の先例という言い方も可能なのかもしれない。
- 62) 新井正男「判例の權威阻害要因」中大法学新報 77巻 4=5 号 215 頁、220 頁 (1970)。
- 63) そもそも、法は存在しないのであり、「裁判所が事件・争訟を解決する際に準拠すべき『法』が何かの問題だ」と言うべきかもしれない。松井茂記「憲法判例の法源性・先例拘束性と憲法判例の変更」樋口陽一編『憲政憲法学 6—権力の分立 [2]』203 頁、212 頁 (日本評論社、1995)。
- 64) 佐藤前掲註 15) 書 382 頁。松原久利「判例の不利益変更と判例への信頼保護」産大法学 34巻 3 号 279 頁、283 頁 (2000) 同旨。清水洋雄「判例変更と罪刑法定主義」秋田法学 42 号 71 頁、79 頁 (2004) は、成文法主義を根柢に「形式的には」先例拘束性を否定しているが、同論文 82-83 頁は、司法権の立法権抑制などから、判例の法源性を認める。
- 65) 中野編前掲註 17) 書 15 頁 [中野]。
- 66) 同上 27 頁 [中野]。
- 67) 新井前掲註 62) 論文 229 頁は、「量の漸次的な増大から質的な交換へといふ、かなり長い期間を」経て、判例の權威が崩れることがあることを指摘している。
- 68) 佐藤前掲註 15) 書 383 頁。
- 69) 市川正人『基本講義憲法』328 頁 (新世社、2014)、声部前掲註 50) 書 210 頁。
- 70) 佐藤前掲註 15) 書 351 頁。
- 71) 同上 384 頁。
- 72) 同上 352 頁。
- 73) 奥平康弘=杉原泰雄編『憲法学 (6)』49 頁 (有斐閣、1977) [浦部法穂] など。

- 75) 佐藤前掲註 15) 書 384 頁。
- 76) 団藤前掲註 50) 書 143 頁。
- 77) 声部前掲註 50) 書 192 頁。
- 78) 壱村博美「判例形成過程における判例拘束の影響に関する一考察」近畿大学工業高等専門学校研究紀要 2 号 75 頁、77 頁 (2009)。
- 79) 松井前掲註 63) 論文 212 頁参照。
- 80) 西野喜一「判例の変更 (8)」判例時報 1505 号 3 頁 (1994)。
- 81) 19 世紀までの英國判例法の歴史については、新井正男「先例拘束性と "Distinguishing" の機能 (1)」中大法学新報 65巻 11号 1 頁、4 頁以下 (1998) など参照。
- 82) 大林前掲註 6) 論文 286 頁参照。
- 83) この間の 18 世紀の BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAW OF ENGLAND も、先例が全く不合理または不正な (natty absurd or unjust) 場合は判例変更が許されるとしていた。田中英夫「先例の拘束力と判例法の発展」法學セミナー 147 号 96 頁、94 頁 (1968) より引用。
- 84) 18 世紀後半にマンスフィールド卿を首席裁判官とする王座裁判所が、予測可能性の要請を受けて、近代的法則を形成していくが、まだ先例拘束性法理の確立期論」東大社会科学研究 20巻 3-4 号 170 頁 (1969)。
- 85) 望月礼二郎「十九世紀イギリスにおける先例拘束性の確立」世良見志郎遺贈記念下 (岡田与好ほか編)『社会科学と諸思想の展開』571 頁、578-589 頁 (創文社、1977)。
- 86) London Street Tramways Co., Ltd. v. London County Council, [1898] A.C. 375, 新井前掲註 11) 論文 4 頁、望月前掲註 85) 論文 575 頁以下参照。田中前掲註 61) 書 70-71 頁なども参照。その後、どのような判決を産んだかは、新井前掲註 81) 論文 17 頁以下など参照。
- 87) 佐藤前掲註 15) 書 350-351 頁。
- 88) 新井前掲註 11) 論文 5 頁。
- 89) 同上 6 頁。
- 90) 同上 40 頁。
- 91) 同上 13 頁。
- 92) [1966] 1 W.L.R. 1234 田中前掲註 61) 書 62 頁より引用。
- 93) 声部信喜『憲法訴訟の現代的展開』12 頁 (有斐閣、1981) 同旨。

- 94) 新井前掲註62) 論文231頁以下。
- 95) これはよく言われる点なのではあるが、このことを強調することは、理性ではなく力が結論を決することを肯定するものだとする批判がアメリカにはある。紙谷雅子「判例の変更」時の法令1417号2頁、3頁(1992)参照。
- 96) 佐藤前掲註15) 書351頁。
- 97) 田中前掲註61) 書64頁。
- 98) 佐藤前掲註15) 書72頁。
- 99) 田中前掲註61) 書9-10頁。芦部前掲註50) 書193頁は、アメリカの「最高裁が自らの先例に従うのは、言わば政策(policy)の問題である」と断言する。アイルランドも、その最高裁が他の全裁判所を拘束することが第一原則のようであり、他方各レベルの裁判所は理由があれば以前の判断に従わなくてよいとされている。小野新「アイルランドにおける先例拘束法理」中大法学新報106巻11=12号219頁、242頁(1997)。よって、厳格な判例拘束性は認め難い。カナダ最高裁も絶対的な判例拘束主義を放棄した。鈴木敏和「カナダにおける先例拘束」立正法学8巻3=4号1頁(1975)、松井茂記【カナダの憲法】86頁(岩波書店、2012)参照。
- 100) 新井前掲註62) 論文257頁。
- 101) 山田前掲註3) 論文78頁。
- 102) 高橋前掲註2) 論文158頁。
- 103) 同上140頁。
- 104) 川嶋四郎「判例を通じた法創造の一局面」井上治典追憶記念『民事紛争と手続理論の現在』461頁(法律文化社、2008)は、ドイツにおける民事訴訟法分野の特殊な教養手続が、判例を重ねることで形成されていることを紹介する。また、井口文男「合意性判断の手法とその拘束力」初信正典遺嘱記念「各國憲法の差異と接点」359頁(成文堂、2010)は、イタリアにおける憲法裁判所の違憲判断の趣及・対世効などを説明する。
- 105) 田中前掲註61) 書10頁。
- 106) 同上5頁など。
- 107) 畑博行「憲法判例変更の問題点」広大政経論叢24巻4=5号1頁、5頁(1974)など。
- 108) 高橋前掲註2) 論文153頁参照。
- 109) 佐藤前掲註15) 書351頁。
- 110) 松井茂記「日本国憲法」[第3版]33頁(有斐閣、2007)。
- 111) 団藤前掲註50) 書144頁。同書143頁も、これらを根拠とし、「単なる社会学的事実」の下級審の役割の大さきを認めている。

というだけではなし」と述べる。山田前掲註3) 論文87頁同旨か。

- 112) 横口範雄「先例拘束と憲法判例」法学セミナー445号10頁(1992)、山崎友也「刑事判例の変更と憲法」39条富山大経済論集52巻2号87頁、95頁(2006)同旨。
- 113) 山崎前掲註112) 論文96頁(2006)同旨。
- 114) 横口前掲註17) 論文700頁。
- 115) 高橋前掲註2) 論文160頁。
- 116) 田中前掲註61) 書11頁。
- 117) 団藤前掲註50) 書143頁。
- 118) 田中前掲註61) 書69頁。
- 119) 高橋前掲註2) 論文151頁。松井前掲註63) 論文213頁同旨。
- 120) 判例変更については、小山昇「裁判と法」(信山社、1995)、五十嵐清「判例変更論再考」札幌法学8巻2号27頁(1997)なども参照。
- 121) 横松正「大法庭判例の変更と法的安定」判例時報699号19頁、21頁(1973)。
- 122) 高橋前掲註2) 論文147頁参照。
- 123) 同上149頁は、イギリスにおける競争も創造競争の勝利に終わっていると解説する。多くの入門書・概説書は判例に法源性を認めるに至っている。
- 124) 声部前掲註93) 書11頁。
- 125) 同上同頁。
- 126) 佐藤前掲註15) 書354頁。
- 127) 宇都宮地判昭和44年5月2日判タ237号262頁、266頁。
- 128) 声部前掲註50) 書181頁。
- 129) 同上182=183頁は、公職選舉法の戸別訪問全面禁止規定違憲判決である松江地判昭和44年3月27日判タ234号別冊30頁、広島高等法院江支判昭和55年4月28日判時964号134頁などを例にそう述べる。東京地判昭和42年3月27日判時493号72頁も、最高裁判例の論旨に触れた部分は全くない。同書183頁。
- 130) 川井前掲註11) 論文54頁同旨。
- 131) 西野喜一「判例の変更(9・完)」判例時報1507号11頁(1994)は、「下級審裁判官が判例に賛同できないという場合には、判例に従わないことができる範囲をもつと認めるべきもの」だと述べる。同論文18頁は、「下級審裁判官の個別の判例に対する姿勢は、結局その人の判断に任せるとかはない」としており、同論文21頁は、判例変更における下級審の大さきを認めている。

- 132) 宮下前掲註9) 論文58頁。
- 133) 重村前掲註78) 論文76頁。
- 134) 伊藤正己「憲法判例の変更」公法研究22号1頁、16頁(1960)、芦部前掲註50)書194頁。
- 135) 大林前掲註6) 論文290頁。
- 136) 285 U.S. 393 (1932)。
- 137) 芦部前掲註50)書194頁、伊藤前掲註134) 論文10頁以下。
- 138) 伊藤同上15-16頁。
- 139) 同上20頁。
- 140) 佐藤前掲註15)書356-357頁。
- 141) 同上359-360頁。
- 142) 高橋前掲註2)論文173頁。芦部信喜「憲法訴訟の理論」28-29頁(有斐閣、1973)同旨か。
- 143) 樋口前掲註112)論文11頁。
- 144) 大林前掲註6)論文274頁は、アメリカの場合について、先例拘束を憲法の「司法権」から導くと「政治部門は対抗できないことになってしまう」とするが、先例拘束はあくまでも、先例が制定法とは意味での法であり、これが後の裁判所を拘束するものであれば、これを覆す方法は憲法内に存在しよう。
- 145) 西野喜一「判例の変更(3)」判例時報1498号3頁、8頁(1994)。
- 146) 同上同頁。
- 147) 高橋前掲註2)論文150-151頁。
- 148) 西野喜一「判例の変更(1)」判例時報1495号3頁、4頁(1994)。
- 149) 矢戸常寿「憲法解釈論の応用と展開」〔第2版〕290頁(日本評論社、2014)。
- 150) 詳細は、新井正男「先例拘束性と"Distinguishing"の機能(3・完)」中大法学新報67卷11号31頁、32頁以下(1960)など参照。
- 151) 新井正男「先例拘束性と類推の機能」内田力三古稀記念「現代イギリス法」415頁、421-422頁(成文堂、1979)。
- 152) 佐藤前掲註15)書361頁。
- 153) 芦部前掲註50)書198頁参照。
- 154) 佐藤前掲註15)書361-362頁。
- 155) 田中前掲註61)書66頁。この部分の初出は1967年である。
- 156) 新井前掲註15)論文418頁。

- 157) 新井前掲註16)論文48頁参照。
- 158) 西野前掲註80)論文7頁。
- 159) 新井前掲註150)論文53頁。
- 160) 大判大正7年12月6日刑集24輯1506頁。夫の重諾なしに妻が姦通した事案で、住居侵入罪は成立するとした例がある。大判昭和13年2月28日刑集17卷125頁。
- 161) 最決昭和28年5月14日刑集7卷5号1042頁。
- 162) 最決昭和49年5月31日判例集未収載。
- 163) 河上和雄「法解釈の変遷とその限界」判例タイムズ497号32頁、33頁(1983)。
- 164) 最判平成元年9月8日民集43卷8号889頁。
- 165) 最判昭和44年7月10日民集23卷8号1423頁。
- 166) 最判昭和55年1月11日民集34卷1号1頁。
- 167) 最判昭和56年4月7日民集35卷3号443頁。
- 168) 最判平成5年9月7日民集47卷7号4667頁。
- 169) 最判昭和55年4月10日判時973号85頁。
- 170) 最大判平成24年12月7日刑集66卷12号1337頁。本件に関して、青柳幸一「公務員の政治的行為の自由をめぐる判例変更」明治大学法科大学院法学13号25頁(2013)も参照。ただ、立法院の審議に集約する61頁以下の結び方は、憲法解釈の放棄のようにも思える。併せて、織川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む(1、2)」法学教室393号84頁、同395号90頁(2013)も参照。
- 171) 最大判昭和49年11月6日刑集28卷9号393頁。
- 172) 最大判平成24年12月7日刑集66卷12号1722頁。
- 173) 君塚正臣「演習 憲法」法学教室413号134頁、135頁(2015)参照。
- 174) 高橋前掲註2)論文161頁。
- 175) 最大判昭和48年4月25日刑集27卷4号547頁。
- 176) 最大判昭和44年4月2日刑集23卷5号305頁。
- 177) 高橋前掲註2)論文161-162頁。
- 178) 同上171頁。
- 179) 種谷春洋「違憲判決の効力」ジュリスト638号178頁、179頁以下(1977)、野中後彦「判決の効力」芦部信喜編「講座憲法訴訟第3巻」109頁、113-114頁(有斐閣、1987)。個別的効力説の原型は美濃部達吉「新憲法における憲法裁判制度」法律新報736号3頁。

- (1947)、一般的効力説の魔矢は中田淳一「違憲の判定を受けた法令の効力（1）」法学論叢54巻1=2号1頁（1947）や兼子一「新憲法と司法」56頁（憲法普及会編、1948）であるとされる。井口前掲註104) 論文359-361頁参照。
- 180) 大西芳雄「違憲判決の効力」立命館法学51=52号1頁、56頁（1964）参照。
- 181) 田中前掲註61) 論文51頁。
- 182) 中野編前掲註17) 論文83頁〔中野〕。
- 183) 大西前掲註180) 論文6-9頁参照。
- 184) 同上9-11頁参照。
- 185) 同上14頁。
- 186) 種谷前掲註179) 論文184頁。
- 187) 雄川一郎「違憲判決の効力」法律新報754号3頁、7頁（1979）。更に、アメリカでも同じであろうと述べる。この点、阪本昌成「憲法理論Ⅰ」〔第3版〕454頁（成文堂、2000）が、「司法権」の定義を行なながら、個別の効力説と法律委任説を批判して、法令違憲判決に一般的効力を認めることには、やはり違和感がある。
- 188) 宮沢俊義「法律学体系シンメントル篇1—日本国憲法」678頁（日本評論社、1955）。
- 189) 大西前掲註186) 論文12-13頁。
- 190) 時國康夫「憲法訴訟とその判断の手法」258頁（第一法規、1996）。佐藤前掲註15) 論310頁同旨。これに対し、最高裁が抽象的違憲審査可能なだとすれば、その判断は一般的効力を有することとなる。抱喜久雄「違憲判決の効力についての一考察」聖徳大紀要15号21頁、25頁（1982）はまさにそう論ずる。戸波江二「違憲判決の効力」法学セミナー480号72頁（1994）も同様。しかし、日本国憲法上、「司法権」から生ずる司法審査権がそのようなものだとは思えない。また、野中俊彦ほか「ゼミナール憲法裁判—憲法裁判のルール形成とその問題点（3）」法学会ミナー361号60頁、68頁（1985）「戸波江二」は、「やはり、個別の効力説は基本として確認しなければならない」と述べている。
- 191) 川岸令和「違憲裁判の影響力」戸松秀典＝野坂泰司編「憲法訴訟の現状分析」90頁、95頁（有斐閣、2012）。
- 192) 佐藤前掲註15) 論387頁。
- 193) 大西前掲註180) 論文13頁。
- 194) 同上17頁。
- 195) 和田前掲註201) 論文28頁同旨か。

196) 佐藤前掲註15) 論305頁。

197) 川岸前掲註191) 論文95頁、時國前掲註190) 書260頁。小嶋和司「憲法概説」499頁（良書普及会、1987）は、個別的効力説を探りつつ、「場合によっては内閣の忠実執行義務を解除する」とし、藤井俊夫「司法権と憲法訴訟」163頁（成文堂、2007）は法的義務説を探る。

198) 橋本公亘「憲法」574頁（青林書院、1972）はこのようない説を探っていたが、同「日本国憲法」633頁（有斐閣、1980）は、「立法者がどのように措置すべきかは、いちがいに論じえない」として明示的学説変更をしている。

199) 最大判昭和48年4月4日刑集27卷3号265頁。

200) 最大判昭和50年4月30日民集29卷4号572頁。

201) 和田英夫「違憲判決の効力をめぐる論理と技術」明大法律論叢48巻4=5=6号1頁、15頁及び22頁（1976）。

202) 同上8頁。

203) 佐藤前掲註15) 書309頁参照。同書335頁は、両説「は、自己の立場は理念型を修正させて形成しつつ、相手方に対しては理念型ととらえて論難するという傾向をもつものではなかったか」と論難する。

204) 種谷前掲註179) 論文184頁。ましてや、一連の流れを、違憲審査と法改正の繰返しとして捉える、佐々木雅壽「対話的違憲審査の理論」9頁以下（三省堂、2013）の立場では、ここでの学説の対立は相対化してしまうのである。

205) 伊藤正己「憲法判例の変更」公法研究22号1頁、23頁（1960）。

206) 毛利透ほか「憲法Ⅰ」353頁（有斐閣、2011）「松本哲治」は、「弱い一般的功力を認め立場が正当」とし、本稿と実質的な差はないが、「司法権」の原則からすれば個別的功力説が導き易く、これを基盤に修正を施すのが妥当ではなかろうか。

207) 佐藤前掲註15) 書389頁。判例拘束力の問題と、政治部門の採るべき態度と問題とは別個に考えるべきだ、と続く。

208) 肢部前掲註93) 書12頁。

209) 佐藤前掲註15) 書391頁。

210) 以下に整理するもののほか、大審院判例の変更是圧倒的に多くが最高裁小法廷でなされているが、本稿の対象としない。これについては、西野喜一「判例の変更（4）」判例時報1499号16頁、同（5）同1501号42頁（1994）参照。

211) 米沢広一「最高裁と下級審」佐藤幸治ほか編「憲法五十年の展望Ⅱ—自由と秩序」143頁、186-187頁（有斐閣、1998）。

- 212) 西野前掲註148) 論文6頁。
- 213) 西野前掲註145) 論文3頁。この少なさは、6割が憲法判例であるアメリカと比べて頗著だと述べる。西野喜一「判例の変更（6）」判例時報1502号16頁、24頁（1994）。
- 214) 西野前掲註145) 論文3頁。
- 215) 同上4頁。
- 216) 同上同頁。
- 217) 最大決昭和30年2月23日刑集9巻2号372頁。旧判例は最大決昭和26年12月26日刑集5巻13号2654頁。西野喜一「判例の変更（2）」判例時報1496号3頁（1994）より引用。
- 218) 西野前掲註145) 論文5頁。
- 219) 最大決昭和38年1月30日民集17巻1号99頁。以下、西野前掲註148) 論文78頁より引用。
- 220) 最大決昭和36年7月20日民集15巻7号1892頁。
- 221) 意見変更について、西野前掲註145) 論文5-6頁は、「現実にはかなりある」が、1つの例外を除いて「従前の見解から今後の多数意見に同調するという方向への変更である」と分析している。
- 222) これに対して、西野喜一「判例の変更（7）」判例時報1504号24頁、27頁（1994）は、全農林警職法最高裁判決についてそのような批判もあるが、全通東京中郵事件最高裁判決のような「先立つりペナルな先例」も裁判官の交代なしで生まれていない点を指摘する。
- 223) 同上25頁。
- 224) 最大決昭和25年10月11日刑集4巻10号2037頁、最大決昭和25年10月25日刑集4巻10号2126頁。
- 225) 最大決昭和37年10月30日刑集16巻10号1467頁。以下、西野前掲註217) 論文5頁より引用。
- 226) 最大決昭和41年10月26日刑集20巻8号901頁。
- 227) 最大決平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。
- 228) 最大決平成14年9月11日民集56巻7号1439頁。
- 229) 最大決平成20年9月10日民集62巻8号2029頁。本判例変更については、江原熱「はんれい最前線—『青写真判決』42年ぶりの判例変更」判例地方自治312号5頁（2009）も参照。

- 230) 最大判昭和32年2月20日刑集11巻2号824頁。
- 231) 東京地判昭和42年5月10日下刑集9巻5号638頁。
- 232) 東京高判昭和48年1月16日判時706号103頁。
- 233) 西野前掲註222) 論文28頁。
- 234) 白鳥決定=最決昭和50年5月20日刑集29巻5号177頁。川岸令和ほか「憲法」〔第3版〕266頁（青林書院、2011）「君塚正臣」など参照。
- 235) 田中前掲註61) 書73頁参照。
- 236) 佐藤前掲註15) 書363-364頁。
- 237) 適用遡意の場合、複数の小法廷の間で異なる判断が下される場合があり、このような場合には、内閣が特に何れかの判断に拘束されるべき要請はなく、事実上、最も拘束的でない判断に従って行政を行うことになろう。このような事態はやはり混亂を来すため、実際には第2の事件において大法廷に回付し、判例を統一することが望ましい。
- 238) 川岸ほか前掲註234) 書345頁「君塚正臣」。君塚正臣編「ベーシックテキスト憲法」〔第2版〕269頁（法律文化社、2011）「憲法歴史」同旨。
- 239) 最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号685頁。
- 240) 最判平成8年11月18日刑集50巻10号138頁。本件訴訟には、村井敏郎「判批」ジユリスト臨時増刊1113号「平成8年度重要判例解説」142頁（1997）、今崎幸彦「判批」ジユリスト1120号99頁（1997）、同「判批」法曹時報51巻1号338頁（1999）、高井裕之「判批」法学教室202号116頁（1997）、大山弘=松宮孝明「判批」法學セミナー510号84頁（1997）、高山佳奈子「判批」ジユリスト1132号160頁（1998）、同「判批」法學教室210号別冊付録「判例セレクト97」29頁（1998）などがある。
- 241) 盛岡地判昭和57年6月11日判時1060号42頁。
- 242) 仙台高判昭和61年10月24日労判485号66頁。
- 243) 西野前掲註222) 論文29頁。
- 244) 最大判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁。以下、西野前掲註217) 論文7頁より引用。
- 245) 最判昭和33年2月11日刑集12巻2号187頁。
- 246) 佐藤前掲註15) 書370頁及び372頁。芦部前掲註93) 書11頁同旨。
- 247) 西野前掲註233) 論文27頁。
- 248) なお、このほかに当事者が共に国や公共団体といふ、機関訴訟のような事案も考えるが、現時点では判例変更の例として思い浮かばない。

- 249) 高橋前掲註2) 論文173頁。また、同論文同頁は、「刑事案件においても処罰の拡大は市民の安全・福祉の確保のためという面をもつ」とも述べるが、このような国家保護主義的・社会衛生的刑罰觀は妥当だとは思えない。
- 250) 西野前掲註213) 論文28頁。
- 251) 最大判昭和37年6月13日民集16巻7号1340頁。
- 252) 最大判昭和39年11月18日民集18巻9号1868頁。
- 253) 植松正「大法廷の判例の変更」時の法令520=521号48頁、50頁(1965)は、専ら裁判所の人的構成の変化でしか説明できないと非難する。
- 254) 中野編前掲註17) 書79頁〔中野〕参照。権松同上52頁は、大法廷の判例変更には、3分の2か4分の3の賛成を必要とする方が法定の安定性の見地から妥当だとするが、多くの支持を得ていない。
- 255) 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。
- 256) 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。
- 257) 中野編前掲註17) 書83頁〔中野〕。
- 258) 衆議院に関する最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁、最大判昭和60年7月17日民集39巻5号1100頁、參議院に関する最大判平成24年10月17日民集66巻10号3357頁、東京都議会に関する最大判昭和59年5月17日民集38巻7号721頁など。君塚正臣「演習 篤法」法学教室406号140頁(2014)も参照。
- 259) 最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁。
- 260) 最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁。
- 261) 宮原均「先例拘束についての一考察」中央ロー・ジャーナル11巻3号85頁、95頁(2014)。また、奈良俊夫＝吉田宣之「判例変更と『裁判官による週及處罰』の可能性」中大法学新報81巻7号155頁(1974)は、西ドイツの判例を素材とする先駆的業績である。
- 262) 河上前掲註163) 論文34頁。
- 263) アメリカでも、そのために判例変更を認めなかつた例がある。See, People v. Tompkins, 186 N.Y. 413 (N.Y. 1906)。村井敏邦「判例変更と罪刑法法定主義」一橋論叢71巻1号32頁(1974)参照。だが、アメリカで「あまり採用されていない」。同論文38頁。
- 264) 佐藤前掲註15) 書376頁参照。
- 265) 村井前掲註263) 論文176頁。
- 266) 高橋前掲註2) 論文176頁。
- 267) 同上同頁。これに対し、当該事件に適用されるが、この事件の判決になされた行為には適用されないものを、田中前掲註61) 書72頁は、「既定型不適切的変更」と呼ぶ。

268) 田中同上72頁参照。

269) Ross v. Oregon, 227 U.S. 150 (1913); Frank v. Mangum, 166 U.S. 290 (1915).

270) 以下、田中前掲註61) 書83-84頁参照。

271) Address by Chief Justice Cardozo, New York State Bar Association, Jan. 22, 1932, in 35 Report of NYSBA, 263, 295-98 (1932), quoted in B. BLAKEYNEY, MATERIALS FOR THE STUDY OF AMERICAN LAW 431 (1951).

272) Great Northern Ry. v. Sunburst Oil & Ref Co., 287 U.S. 358 (1932).田中前掲註61) 書84頁参照。

273) State v. Bell, 136 N.C. 674 (N.C. 1904); State v. Longino, 109 Miss. 125, 133, 67 So. 902 (1915); State v. Jones, 44 N.M. 623 (N.M. 1940).村井前掲註263) 論文36-38頁参照。

274) 田中前掲註61) 書86頁。

275) 番博行「憲法判例の変更について」公法研究37号48頁、56頁(1975)、山崎前掲註11.2) 論文88頁。

276) 中山研一「判例変更と週及處罰の問題(5)」判例評論486号8頁、9頁(1999)。

277) 最判平成元年12月18日刑集43巻13号882頁。

278) 中山前掲註276) 論文10頁。

279) 中山研一「判例変更と週及處罰の問題(続)(2・完)」判例評論520号10頁、15頁(2002)。

280) 中山前掲註276) 論文12頁。

281) 同上13頁。

282) 中山前掲註279) 論文16頁。

283) 山崎前掲註112) 論文91頁。

284) 最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号1178頁。

285) 山崎前掲註276) 論文95頁。

286) 村井前掲註263) 論文32頁。

287) 村井前掲註240) 評駁143頁、大山＝松宮前掲註240) 評駁143頁85頁、高山前掲註240) ジュリスト評駁161頁など。

288) 同様の見解を探るのが、阿部純二「判例変更と週及處罰の禁止」研修610号7頁、14頁(1999)である。

289) 山崎前掲註112) 論文90頁。

290) 橋本裕蔵「[判例の不週及的変更の法理]について」放送大学研究年報17号-27頁、37頁(1999)。

- 291) 戸松秀典「憲法裁判の方法（3）—憲法判例の変更」法学教室 194 号 77 頁、79 頁（1996）。
- 292) 前田雅英「可罰的違法性と判例の不適及変更」警察学論集 51巻 9号 187 頁、199 頁（1998）など。
- 293) 山崎前掲註 112) 論文 89 頁。
- 294) 橋本前掲註 290) 論文 37-38 頁。
- 295) このほか、米田泰邦「書評」法律時報 74巻 1号 86 頁（2002）も参照。
- 296) 安田前掲註 74) 論文 62 頁は、このことから判例の不適及的処罰は「過剰な優遇」であるとするが、民主的要請を重視するのであれば、立法によらない判例の不利益的変更是罪刑法定主義に反すると言うべきであり、疑問である。
- 297) 同上 50-52 頁同旨か。
- 298) 村井前掲註 263) 論文 39 頁。佐藤前掲註 15) 論文 376 頁も参照。
- 299) 田中前掲註 61) 論文 93 頁参照。
- 300) 佐藤前掲註 15) 論文 377 頁。
- 301) 田中前掲註 61) 論文 95-96 頁。
- 302) 同上 96-97 頁。ただ、原則としては、事業の解決に無関係な主張は「司法権」が行うべきではない。
- 303) 同上 98-100 頁参照。
- 304) 同上 100 頁。
- 305) 同上 101 頁。
- 306) 同上 101-103 頁。
- 307) 同上 105 頁。
- 308) 同上 106 頁。
- 309) 同上 107 頁。
- 310) 同上 107-111 頁。ほかに、身分法上の地位に重要な変動を来す場合、手続に関する判例変更により当事者の訴訟追行が十分になされる機会を奪う危険性が大きい場合などを例として挙げている。
- 311) 同上 113 頁。
- 312) 高井前掲註 240) 新訳 117 頁など。
- 313) 山崎前掲註 112) 論文 97-98 頁。
- 314) 川井前掲註 11) 論文 45 頁。併せて、同「判例変更の限界」私法 31 号 106 頁（1969）も参照。

315) 川井前掲註 11) 論文 48-49 頁。

316) 同上 49 頁。

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

318) 高橋前掲註 2) 論文 178-179 頁。

319) 西野前掲註 80) 論文 7 頁。

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

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

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

323) 同上 49 頁。

324) これについては、君塚正臣「明確性の原則」戸松秀典=野坂泰司編「憲法訴訟の現状分析」324 頁（有斐閣、2012）など参照。

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

326) 村井前掲註 263) 論文 39 頁。

327) 詳細は、君塚正臣「合憲限定期解釈の再検討—労働基本権を制約する最高裁判決を素材に」帝塚山法学 11 号 35 頁（2006）など参照。

328) 朝日新聞 2015 年 7 月 11 日朝刊 1・35 面、東京新聞 2015 年 7 月 12 日朝刊 12・13 面参考。なお、君塚正臣「2015 年安保法施行採決事件・私の意見（1）一憲政譲譲・闊別打破」判例時報 2267 号 130 頁（2015）以降、安保法及び立憲主義に関する憲法学者や元最高裁判事などのコメントが随時掲載されている。

329) <http://www.asahi.com/articles/ASH7V5T5MHT7VJLFA004.html>

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

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

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

333) 淺子和美ほか「高等学校 新現代社会」（帝國書院、2013）において、筆者は、同書從来版とは異なり、幾多の抵抗に抗して「近代立憲主義」の語を入れることに成功した。中学・高校の教科書の世界では、「立憲主義」が「民主主義」で代用されることが多かつたが、前者は、法の支配や権力分立を含む概念として把握され直さねばならない。

〔付記〕 本稿は、平成25年度—29年度日本学术振興会科学研究費基盤研究（C）一般「司法権・憲法訴訟論の総合構築」（課題番号：25380029）による研究成果の一部である。本稿では、全て歴史は略させて頂いた。脱稿後、巻美矢紀「判決の効力」公法研究77号196頁（2015）に触れた。

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

## 論 説

### 「鯨肉・鮫肉事件（Haakjöringsköd-Fall）】

#### （RGZ 99, 147）の再評価

——「誤表は害さず」の法理と売主の責任——

#### 渡邊 拓

##### 一 問題の所在

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

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

## 編者紹介

芦部信喜 (あしひのぶよし)  
1923年 長野県に生まれる  
1949年 東京大学法学部卒業  
現在 在学留院大学法学部教授

## 事項索引

- インパクト論 ..... 263  
アメリカ憲法裁判における司法権主権・消極主義 ..... 195  
アメリカにおけるインパクト論 ..... 263  
アメリカの宣言判決 ..... 39  
アルマー, S. ..... 299, 300  
イガリターリアン・アクティヴィズム ..... 199  
違憲警告 ..... 81, 137, 241  
—判決 ..... 74, 81  
違憲事実の追認 ..... 77  
違憲状態 ..... 137  
違憲審査権 ..... 117, 188, 189, 194, 192, 196, 202, 203, 204, 213, 218, 220, 221, 230, 290  
違憲審査制 ..... 118, 124, 134, 200, 203, 204, 213, 219, 221  
違憲性確認判決 ..... 80, 87, 94, 97  
違憲性確認判創説 ..... 87  
違憲宣言判決 ..... 87  
違憲判断の効力 ..... 109  
違憲判断権(または消極)主義 ..... 229  
違憲判断の法的効果 ..... 109  
違憲無効の判決 ..... 91  
要約的効果 ..... 7  
一部違憲判決 ..... 25  
一部無効 ..... 8  
一般的効力 ..... 98, 115, 116, 120, 126, 130, 172  
一般的効力説 ..... 113, 117, 119, 120, 126, 130, 179  
一般的過及効 ..... 115, 116  
違法宣言中間判決の制度 ..... 85  
日本における— ..... 272  
ヴィンソン, F. M. ..... 199  
ウォレン, E. ..... 194, 206  
ウォレン・コート ..... 195, 196, 198, 199, 206, 207, 305  
訴えの利益 ..... 236  
ウレ, C. H. ..... 86  
運用遼遠 ..... 5, 278  
エクイティ ..... 268  
—上の救済手段 ..... 180  
LRAの基準 ..... 17, 28  
オースティン, J. ..... 149  
オビター・ディクタム →傍論  
オールド・アクティヴィズム ..... 192, 198, 199, 205  
オールド・コート ..... 192, 195, 197  
穏健な積極主義 ..... 214  
力 行 力 行

## 講座 憲法訴訟(第3巻)

昭和62年6月30日 初版第1刷発行 定価 2,800円

編 者 芦 部 信 喜  
発 行 者 江 草 忠 敬  
発 行 所 株式会社 有斐閣  
(101)東京都千代田区神田神保町1~17  
電 話 03(364)1311(大代表)  
張替口座東京5-370番 FAX 03(262)8635  
京都支店 (606) 京都市中京区四条通44  
印刷・株式会社精興社 製本・和田本工業株式会社  
© 1987, 芦部信喜. Printed in Japan  
落丁・乱丁本は取扱いいたしません。  
規範論議論者 ..... 43, 146  
ISBN 4-641-01293-8

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

- (1) 「遺言判決」法理の詳しい検討は、本巻マの3川端論文に譲り、(2)では著者の基本的な考え方のみを述べる。
- (2) (1)の通りの問題に加え、より詳しくは、野中俊彦「立派義務と遺言審査権——遺言権訴訟を軸に——」(前掲書)・憲法訴訟と人権の理論一八三頁以下(一九八五)を参照。
- (3) 議員定数訴訟の場合には、選舉無効判決により国会自体も法的な痛手を受ける(無効とされた選舉区議員の喪失とともに伴う混乱、選舉やり直しの法的義務(公選法114条))から、最終的には最高裁にもそれが切り札として残される。しかし、それ以外の一般的な場合には、選舉無効判決により国会は法的には権力を受けない。弁護的には最高裁による暫定立法措置を認める以外に方法はないと思われるが、それ以前の段階でもなんらかの有效な方法があるかこれが検討課題である。
- (4) 一口に将来効判決といつても種々の型がある(佐藤幸治・憲法訴訟と司法権111頁以下に詳しく述べられている)を参照)。ここでは議員定数訴訟を念頭において、さしあたりのどのような判決方法の意味で用いる。
- (5) 最大判昭和六〇年七月一七日民集三九卷五号一一〇〇頁。
- (6) 議員定数訴訟に關しては、将来効判決、選舉無効判決、差止訴訟、裁判所による暫定緊急等の可能性と問題が、すでにかなり詳しい検討されている。田中英夫「定数配分不平等に対する可逆的緊急」シリハ三〇号四一頁以下(一九八五)、芦部信喜他「[研究会] 選舉無効の客觀性と創造性」シリハ三五号二七頁以下(一九八五)、佐藤幸治「基本的人権の保護と救済——議員定数不均衡問題に着せて——」法教五五号、五六号各六五頁以下、五九頁以下(一九八五)等を参照。
- (7) 最大判昭和五一年四月一四日民集三〇卷三号一一一三頁。
- (8) 最大判昭和五八年一一月七日民集三七卷九号一一四三頁。
- (9) 野中俊彦「衆議院議員定数大法廷判決の意義と問題点」シリハ〇六年一一一頁以下(一九八四)参照。

## 5 先例拘束性と憲法判例の変更

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

高橋 一修

### 第一節 考察の視点

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

る程度の法的拘束力は認められるが、制定法の拘束力のように総対的なものではない」と説明されるのが多々ある。その際は「とんど常に」その理由として、わが国は英米法のように判例法主義の法制度をとらないからだと説明されてきた。

140

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

しかし、周知の通り、英米法の中にも成文法規を第一次的法源とし、判例法を第一次的法源とする分野がある。われわれがしばしば参考にするアメリカの憲法、刑法がその例である。それらの法分野では、成文法規とそれを解釈・適用する判例の関係は、法律的範囲において、わが国の法制度におけるそれと同じはずである。問題は、アメリカでそれらの判例が純粹の判例法（ロヨハ・ロー）と同じく「判例法（case law）」と呼ばれ、先例拘束性の原理も等しく適用されているといふと、わが国では判例は法源ではないとされ、先例拘束性は事実上のものと言われる。この間に、法制度の「伝統」の運び以上に何か法理論的に説明のつく違いがあるのかどうかと/or/どちらかが意識するといふが、「英米は判例法國だからそこで議論はカテゴリカルにわが国のような成文法國においてはせがむないとする」誤りを避けるために必要と思われる。

一 最近、佐藤幸治教授は、わが国憲法のいう「司法權」は英米流のものと一般に理解されてきたが、「先例法理」は別であると考えるところは果して妥当なものか、と問題提起をし、「事実上の拘束力」という分明ならざる概念の下に、かえて、判例の抽象的な理由づけがものをもつてきたところがなかつたがどうか」という疑念を述べている。すなわち、わが国の最高裁は、「基本的には、当該事件・争訟の確かな事実的基礎に立て、肯定された問題について判断すべき」であるのに、不必要に「抽象的理論の呈示を優先させてしまっているのではないか」というのである。そして、わが国でも判例が法源をなすことを重視するところにて、「それが恣意に流れだらうに抑止する課題に自覚的に取り組む」ことの必要性を指摘している。

また、樋口陽一教授は、「わが最高裁の司法院行政担当は、……司法の自制と謙抑を強調するのが常であるが、それにしては、めじめ個別的事件についての決定である判決が『判例』として強大な影響をもつていて、疑惑を表明することがない。」「そのうちにまだ、わが国では、下級審に対する最高裁判決の『判例』性が強調される一方で、先行判例の最高裁自身に対する拘束性という問題意識 자체が見られず、顯示の先例尊重と見られるものを含めて、先例との緊張関係を意識するのではなくその変更がおこなわれている」と、興味ある指摘をしている。

これらの指摘を合せると、わが国では、わが国の法制度は判例法主義ではないから判例は法ではないと言つて、かえて最高裁は抽象的なからで法を定立し、判例は事実上の拘束力しかもだないと言つて、自己に対する先行判例の拘束力を意識するのなくルーズに判例を尊重するといつ、「司法の自制と謙抑」などではない違脱的状況が生じて、という皮肉な見方も成り立つ。そこで、自覚的に取り組むべき課題とは、判例の法源

性の承認と、先行判例の拘束性という意味での先例拘束性の再検討である。

わが国では、最高裁判例の下級審に対する拘束力を議論するときには、「判例の拘束力」なる語を用いることが多いようであるが、必ずしも先例拘束性の1つの側面が明確に区別されているとは思われない。英米法においても、先例法理の内容は、簡単には①上級審は自らの先例に拘束される、②下級審は上級審の先例に拘束されると説明されるが、③は①を前提として初めて意味をもつてあるから、先例拘束性の核心は前者にあると考えるべきである。このことを意識する限りは、権口教授が指摘する限り、「先例法理を最上級審自身が少なくともなんらかの形で意識してきた社会では、下級審が先例法理に敬意を払いつつもその射程を限定することによる当該事件の適切妥当な判断を導き出す」というゆき方のもう一つの横濱的意味が理解されやすいものに対し、自分自身はじめからどんな意味でも先例に拘束されなら、という前提から出発する限りでは、そのような理解は求めがたくなる」という傾向を「抑止する課題」ひとり組むためにも必要と思われる。

三 内田力彦教授によれば、英米法の先例拘束性の原理には、実際には切り離すことはできないが理論的には区別される1つの側面があるといつ。つまり、判例によって法が作られるからといって、すなわち、裁判官の恣意成績能を認めると、この原則であら、他は「先例の法理」と呼ばれる先例の運用に関する伝統的・慣習的な原則である。わが国でも、先例(判例)の拘束力の問題は、判例の法源性と関連づけて論じられるのが常であるが、以下では、1つを分けて検討してみるにとする。

(1) 田中英夫・英米法概説(原訂版) 111頁、198~1101頁(1986)。

(2) 小幡和司「憲法判例の変遷」講習会=佐藤功・阿部照哉・松原泰雄編・新版憲法概説(1105頁) 111頁(1980)

は、「アメリカ合衆国の判例で、憲法典に規定のない数多くの選択が示されるのは、不文法的要素による」からだが、これは「依拠する憲法条文を示さずに」いう意味ではない。合衆国の憲法判例は、常に憲法条文の解釈という形をとる。

(3) 田中英夫「判例による法形成」造詣九四巻大序七五五、七六五頁(1979)。

(4) 佐藤幸治・憲法訴訟と司法権 171頁(1984)。

(5) 佐藤・鶴田注(4) 1179~110頁。

(6) 権口陽一「判例の拘束力・考」佐藤幸吉著・日本憲法の理論大七八~七九頁(1986)。

(7) 田中・鶴田注(1) 156頁。

(8) 権口・鶴田注(6) 679頁。

(9) 内田力彦「判例といつめる考え方」法キルヤ大串117頁(1981)。

## 第1節 判例による法形成

判例は法か、という問題は古くから新しい問題である。田中英夫教授によれば、この間に於する「答は、『法源』という言葉の定義によって定まるのであって、この問題は、文脈の類度に対応するほどの複雑性をもつてしない」ということであるが、先の佐藤教授の言う「判例が恣意に流れながらもつに抑止する」という現代的課題もある。この問題をここで本格的に論じるのは私の能力を越えたりとも思え、以下では、判例の法源性を否定する代表的見解として、最近(1986年)刊行された中野次雄編『判例とその読み方』<sup>(2)</sup>の中の考え方を、肯定する見解として田中英夫教授の論文『判例による法形成』(1979年)<sup>(3)</sup>におけるそれを紹介して、比較検討してみるにとする。いずれの所説もそれぞれの論稿の前掲的な一部にすぎないが、両者の判例研究の基礎にすえられた考え方でもあるので、論旨の一部を切り出して検討してもあながち不当ではないであろう。

### 一 判例の法源性否定説

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

その理由は、「まず」わが国には判例を法だとする明文の規定はない。訴訟法(四〇五条11、3号)が判例違反を上告理由にしたのは判例を法と認めたのだという説があるが、この規定は上告の窓口を狭める条件にすぎず、これを根拠にするのは無理である。むしろ、裁判所法四条が、上級審の破棄理由は「その事件について」下級審を拘束すると規定しているのは、他の事件については一般的に法的拘束力がないと解することができる。次に、学説においても、かつて末弘博士をはじめとして判例の法源性を承認する見解があるが、同博士が別の所で裁判官が時として正義のために判例を無視すべきりしを語る、「また」判例の拘束力の根拠を「善良なる司法官の注意義務」に求めていたりとかかる、「判例が制定法と同じ意味で『法』であり、だから裁判官を直接拘束する」という説だとみるのは妥当でない。このように考えると、わが国で「判例の拘束力」と言われているのは、やはり「事実上の拘束力」だと言わざるをえない」と中野判事は結論する。

(2) それでは、その事実上の拘束力の根拠は何か。しかし、「法的安定性」とか「訴訟経済」の観點でいうことがあげられるが、「正義」が裁判の第一義的要請であることを考えれば、これは決定的理由にはならない。結

局、その拘束力は、裁判というかたちで行われる国家の意思表示を統一する必要から、事後的統制として行われる「最高裁の判断」を予測すべき裁判官の「職務上の義務」から生ずる。各地で行われる裁判は、裁判を受ける側からすれば、同じでも同じ裁判がなされなければ不公平になる。また、国家の作用として、裁判は誰が担当しても同じであるべき性質のものである。これが行政作用であれば、上からの事前の規制が可能であるが、司法作用では許されない。そのため判断が区々になるのは避けられないから、上訴制度によって事後的に統一をはかる。これを前提にすれば、下級審の裁判官は「最高裁のするであろうとうとうた判断」を志すべき職務上の義務があり、その義務は明文の規定がなくとも、やはり法的地位にやどりく義務であるから、事実上の拘束力といつても間接的には法的根拠がある。このように中野判事は説明する。

(3) 他方、中野判事は、右の「法でない判例」とは別に、わが国にも「判例法」が生れることを認める。同じ判例がくり返され確立した判例になるにつれて、裁判所でも社会でも、その内容が一體の不文法として意識されるようになる。ただし、そのような判例法は、民事の実体法と民・刑事の手続法の分野で法律の空白(欠缺)がある場合にのみ形成される。民事実体法で法律の空白が生ずる原因は、①解釈者に一任され、未更に規定がない、②立法当時予想しきなかつた事実の発生、③立法技術の拙劣、などが考えられる。手続法では、法律が大枠を定め細部は規則に委ねられているが、それでもカバーしきれない「隙間」に判例による手続ルールが生れる、としている。

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

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

## 二 判例の法源性肯定論 (田中教授による) (1)

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

裁判所に公平な (even-handed) 解決を与えることが期待されている場合には、裁判所は同様の事件は同様に解決すべきやるべきものが平等の要請である。それゆえ、ある判断が完全に既存の法規則の枠内ではされたのではなくれば、たとえ一回限りの事件の解決を目指した判断がひも、後の事件において国家機関の一つたる裁判所が適用し、強制するところが期待される法規則が形成される。<sup>(1)</sup> わが国の憲法には、司法部が even-handed な裁判をするべきを期待していただけたことを示すのは何もないし、また、司法部が「判例による法形成」機能を有するべきを制約する制度を採られていない。裁判所のそのような機能を制約する制度をもつけることは可能であるが、その場合には、裁判所に報告的権限を有する権限を与えるために憲法の明文の規定を要するとの同様に(その基

返して)、実質的意味をもつ規定がなければならぬ。わが憲法にはそのような規定はない。憲法四一条が国会を「唯一の」立法機関としていることは、憲法自身、命令・裁判所規則・条例など他のがたまで国会以外の機関が立法を行うことを認めてしま以上<sup>(2)</sup> 法的には一つのルールに対する規制<sup>(3)</sup>の規定は、国会が最高の立法機関として「法律」というかたでの法形成作用を独立するところを意味する。判例法は、他の従位的立法と同様、この法律に従位する法である。<sup>(4)</sup> のように田中教授は語る。

(2) 判例を法であるとする考え方には、いくつかの反論が予想される。判例は被覆されるといふ、何が判例かはしばしば不明確であるとか、判例が法の準則をもつければすべきだとは言えながらも反論がありうる。これに対して田中教授は、英米法のような判例法主義の下でも、一九六六年までのイギリスのように先例に絶対的拘束力を認める国はないのだから、判例変更の可能性だけで判例の法的性質を否定できないし、また、制定法でもしあれば「解釈」というかたで変容をうけることは広く認められているのだから、不明確性を理由にそれを否定するといふことができない、と再反論する。また、判例がくり返され確立した判例に限り法的効力を認める国が多いのではないかという反論に対しては、そのような判例であっても絶対的拘束力を認めないと上記所説程度の差ではなかろか、と言ふ。<sup>(5)</sup>

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

(3) しかし、この最後の点で憲法判例は全く異なる性質をもつ」と田中教授は指摘する。通常の法分野の判例法は、国会の作る制定法によって変更されない限り有効だという意味でテクニカルな法であるが、憲法解釈の判例法は「裁判所が判例変更をしない限り、国会によって変更する」ことができるという特性をもつ。憲法改正による変更是可能であるが、硬性憲法の下では国会立法にくらべ格段に困難である。だから憲法判例の法源性を否定せよ」と田中教授は言うのではない。だからこそ、違憲立法院制をとる憲法体制下の裁判所は、立法による法形成と判例による法形成の性質と機能の違いを自覚して、裁判所の判断を優先させるのが妥当なのはどのような場合かを、問題別に考察することが必要なのだ」と田中教授は主張するのである。<sup>(48)</sup>

148

### 三 若干の考察

(1) 右の紹介から明らかのように、中野判事と田中教授の所説の顕著な違いは、「判例は法か」についての前者は制定法と同じ意味の法を指定し、後者は(憲法判例を除いて)制定法に従位する法といふ上で、これらにあらる。後述するように、英米法であれ我が国の法であれ(憲法判例を除いて)判例法はその性質上常に制定法に従位する、その意味でテクニカルな法のはずであるが、なぜ判例法の「法」が制定法と同じ意味での「法」でなければならぬのか、中野判事は答えてはくれない。

中野判事のいう「法でない判例」と「判例法」を区別するいっぽうで、思考を凝固させる以外に何が意義があるのだろうか。「判例は制定法と同じ意味での『法』とは言えない。だから、制定法と同じ意味で裁判官を直接拘束するものではない。」と言つゝも、中野判事の言う「判例法」はいかがなものであろうか。「判例」でも「制定法」でもない第三の法律のやうなものであるつか。まだ、リの考え方立つて、先に述べたように、英米法で成文

法規を解釈・適用する「判例法」が純粹の判例法と区別されてしまうことは、法でないものを法として扱つてはいるとして、原理的に批評されるべきなのであろうか。一方で「判例は制定法と同じ意味での『法』ではない」(それはそれで正しい)と言しながら、他方で「判例法」のカテゴリーをもつたりいとは、論理的に矛盾していると言えないであろう。<sup>(49)</sup>

(2) かつて、イギリスにおいて1世纪にわたり、裁判所の法形成作用に因して「造営説」と「造営譲説」の論争があつた<sup>(50)</sup>といふ。よく知られてゐる。プラックストーンを代表とする「裁判官は法を作るのではなく、既存の法を宣言する」とする説に対し、「かくもやオースティンらが、そのような考えは「イギリスの裁判官が用いる子供じみた擬制」と批判して、裁判官は法を作ること主張した。その論争の結果は、「たれでゆ今日では、裁判官が法を作る」といふが、まじめに否定はしないであろう」と断定されるほどに、創造説の勝利に終つてゐるといつゝである。<sup>(51)</sup>

この論争は、判例法圏におけるものであり、我が国の判例の法源性論争と議論の場面を異にするのであるが、裁判官の法形成機能という点に鑑定すれば、まだ似而非なるものとは思われない。我が国ではかつては判例の法源性否定説が通説と言われたが、最近の初学者向きの法学入門・概論書、憲法その他教科書では、判例に法源性を認めるものが多く、この印象をうける。従来から、法哲学・民法学の領域では、「解釈の名による法の創造」が語られてきた。憲法学者たとえば小嶋和司教授は、①法解釈の本質論からする反対にもつて解釈者による法発見作用の承認、②司法権による制定法の範囲内の法発見・法宣言の機能、③法の本質的属性として的一般性に判例の法源性の根柢を求めている。また、刑法法によると、判例に「間接法源または補充法源」的性格を認めて、刑法条文を解釈した判例に法源的効力を与えても罪刑法定主義の原則に矛盾しないとする説が

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

(3) 望月れい一郎教授の紹介によれば、判例の法源性を否定する大陸法系の嚴格な法源秩序は、「[市民]革命のイデオロギー」が内包した国家実証主義と権力分立論の要素からやがてわざだと説明せらうる。国家実証主義は、すべての法が国家によって作られることを要求し、国家は外部に対してのみならず内部においても主権を主張した。加えて、権力分立論は、国家主権の発動たる立法が立法府のみによるて行われるといふことを要求したのである。しかし、大陸法諸国におけるこのような古典的法源構造は崩れつつある。その大きな要因は、立憲主義(憲法主義constitutionalism)の発展である。憲法立法審査権が裁判所に与えられた国では、かつてのような厳格な立法権の司法権よりの分立のドグマは崩くことになるところである。<sup>(27)</sup>

田中和夫教授によれば、「法の支配」の思想には、「何が法であるかの最終的決定権が、政治的権力から独立した司法裁判所にある……。」<sup>(28)</sup> 『法の支配』の思想の中には、渾然と『司法権の優位』(judicial supremacy)の思想が含まれてゐる。この意味での「法の支配」を実定法的制度として樹立したのが、アメリカ連邦最高裁のマーベリック(1803年)であるといふことは周知のことである。わが国の憲法ハ一条などをマーベリックの法理を明文化したものであるといふが、わが最高裁判を認めてゐる。わが国の最高裁判が、憲法上何が法であるかを最終的に決定する権能を有するが、その裁判所のするといふは法の形成ではないと言つてしたら、イギリスの法言者説にあひせられた「予拂じみた機制」いう批判が、いよいよあつがせいといふことになる。

(4) いのちに考へると、わが国でも、「判例は法である」といふが承認されるべきと思われる。それは決して

「裁判官立法」を無視しないといふことではない。判例法は制定法と同じ意味の法ではない。しかし、判例の法が法であるといふことを直視するといふことで、その法の内容は何か(トマホーク・テントハシヤ)を想起する幼稚点となり、「先例の射程を限定するといふより、て前該事件の適切妥当な判断を導き出す」積極的意味を理解し、それがひいては「判例が恣意に流れなくとも抑止する課題」を自覚的に取り組む道が開かれると思われるからである。

- (1) 田中美夫「判例による逆形態」法學九四巻六号七五五頁、七五七頁。
- (2) 中野次雄編・判例とその讀方(一九八一)。本書は、中野元刑事ほか四名の現職裁判官の分担執筆によるものである。本稿では、回書の序文や序説の扱い方に批評的であるが、それは回書が刊行されたことを面々評價するといふには矛盾しない。中野氏は裁判官を退官されているが、以下では中野刑事と表す。
- (3) 田中・前田注(1)。
- (4) 中野編・前田注(2) 四~七頁の要案。これは、いわゆる英米法のトマホーク・テントハシヤ、本稿では「判例の法則」を同じくして読みやる。第三節参照。
- (5) 中野編・前田注(2) 一三頁。
- (6) 中野編・前田注(2) 一四~一五頁。
- (7) 中野編・前田注(2) 一六~一九頁。
- (8) 中野編・前田注(2) 一九~二四頁。いの謹言が、中野次雄「判例の拘束力についての考察」評タト刊(一九六三)ですでに展開されている。
- (9) 中野編・前田注(2) 二二~二八頁。
- (10) 中野編・前田注(2) 二〇三頁(後田省一著述)。
- (11) 中野編・前田注(2) 二二九頁(佐藤文館・藤田省一著述)。
- (12) 中野編・前田注(2) 二二六~二二七頁、「破綻官判と事実の取扱いの取扱い」をめぐる議論III・二二七條認体の判例がとりあげられている。
- (13) 田中・前田注(1) 七五七~五八頁。

- (14) 田中・前出注(1) 七五九~八〇頁。
- (15) 田中・前出注(1) やや11~七五頁。
- (16) 田中・前出注(1) 七六四~七一頁。
- (17) 田中・前出注(1) やや11~七五頁。
- (18) 田中・前出注(1) やや五~七六頁。
- (19) 中野洋輔は田中英次教授の論文を翻訳して「アーティスティックな裁判」の序文にてこの裁判なり異議を同様の中でもちべきであると思ふ。
- (20) 先のうちには「判例による法の創造」の章では判例実法、「異例による法の創造」で作り出された「手続ハーバー」の章では判例手続法を張つたが、「手続ハーバー」の語の使用は、明らかに裁判権の実質機能を意識したからであろう。従つて「手続ハーバー」が「規則」と同じくべきとするならば、「判例法」は「補足法」と同じ意味の法であり、もしそうなら三権分立論なりする批判に答えなければならぬ。逆に「異例法」は「規定法」と同じ意味の法ではなくどうだか、「異例法」と「異法」とに概念を分ける必要性を説明しなければならない。りのひこへを繰るには、田中教授のうちには判例法を從在の法だと規定するよりもはがにだらのではなかろうか。まだその方が、初学者に法規範の説明をすりむけ、よりよくカリした説明ができるからに限られる。
- (21) 田中英夫・英米法概論（再訂版）一八六~一九三頁など。
- (22) 内田力彦「判例による法の創造」法セミナーレポート二〇一九六四年四月（一九六一）。引用の言葉は H. HANBURY, ENGLISH COURTS OF LAWS 23 (1953).
- (23) 沢井裕一・清水龍一・金木重勝編『法學研究の歴史』第三卷川川眞司著（田中英明翻訳）（一九八一）五十頁等・法律入門六八頁以下（一九七九）田中英夫・実践法学入門（第三版）一九八頁（一九七四）田藤重光・法学入門一四三頁以下（一九七三）など。伊藤正己・慶應七八頁（一九八一）佐藤善治・慶應一三三頁（一九八一）など。
- (24) 簡単にば、山田卓士「法解釈の主張」加藤一郎編・民法学の歴史と課題九七頁、一〇六~一〇九頁（一九八一）、沢井裕一編・前田注(23)四〇頁以下（大権管之輔執筆）。
- (25) 小林和尚「憲法判例の変遷」清宮他編・新版憲法演習(2)一一九頁。
- (26) 小暮得雄「刑事判例の規範的効力」北大法論集一七卷四号六四一頁、六四八頁以下（一九六七）。また、因幡・前田注(23)一四三~四四頁、松尾浩也「刑事法における判例とは何か」法セミナーレポート（一九七八）を参照。

- (27) 望月和郎「大陸法と英米法」望月和郎=櫻口豊一=安藤次郎編・法の比較研究七十五頁、や川〇~川一頁（一九八六）（MERRYMAN, THE CIVIL LAW TRADITION (2d ed. 1985) の紹介）。同著者の説明にても、貴論者・憲法論の理論四~一四頁（一九七三）参照。
- (28) 田中・前出注(27) 五〇頁。
- (29) Marbury v. Madison, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).
- (30) 最大判昭和三三午七月八日刑事二部八〇一、八〇六頁。

### 第三節 判例拘束性

- 7
- 一 問題の所在
- (1) 先に紹介した中野判事と田中教授の所説にみられるもう一つの違いは、前者はもっぱら最高裁判例の下級審に対する拘束力を考へ、後者は先行判例の後の裁判に対する拘束力を念頭において議論をしている点である。
- 先に述べたように、上級審判例の下級審に対する拘束力は、上級審の先行判例の上級審自身に対する拘束性を前提とした上で、審級制からの帰結と看されるのであるが、櫻口教授が指摘するように、わが国では先行判例の拘束力についての問題意識が乏しく思われる。従つて「先例拘束性」の問題を考えるに当つては、この二つの側面を分けて検討する必要があると思われる。
- (2) もともと、中野判事と田中教授の考え方には共通する面もある。それは、判例の法源性を認めるか否かにかかわりなく、判例の拘束力の根柢を公平または平等の要請に求めていくことだ。
- 最近、浦部法穂教授も似たような考えを述べている。すなはち、個別具体的な紛争事実が法の予定する定型的

事実から外れる場合、裁判所は法を解釈・適用しなければならないが、その際、同種の紛争事案に異なつた結論が与えられるならば、人々は自己の権利・利益が保護されるか否か予見できなくなる。従って、人々の権利・利益の安全の要素は、当然に同種の事件は同様に解決されるべしとする要請を生み、そこから、裁判が制定法に従うべきだといつて全く同じ意味で（その延長線上で）判例に従つべきことが法的に要請され、というのである。このように、わが国の法律家は、判例の拘束力を平等・公平の要請に求める点では一致していると考えてもよしであろう。しかし、そのためには、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が生れる。

イギリスの最高裁たる貴族院が、一八九八年から一九六六年までの間、自らの先例を変更する（<sup>1)</sup>とはできないとする絶対的先例拘束性の原理を採用してはいたことはよく知られている。その時代には、イギリスの裁判官は先例に従つ「法的義務」があるとされていた。わが国で言う「判例の事実上の拘束力」という「分明ならざる」（<sup>2)</sup>ことは対置される「法的拘束力」なる言葉の背後には、何のかつてのイギリスにおける先例拘束性のイメージが付着しているのではないかと思う。しかし、イギリスの貴族院は一九六六年に、先例に従つ（<sup>3)</sup>ことが著しい不正義をもたらし、あるいは法の発展を阻害する場合には、先例を変更する（<sup>4)</sup>もありうることを表明した。また、アメリカの裁判所は、かつてのイギリス的意味での絶対的先例拘束性を一度も採用したことがないことは周知の通りである。すなわち、英米法においても、先例の拘束力は事実上のものである。それなら、わが国で「事実上の拘束力」「法的拘束力」をめぐって議論をする意味が、あらためて問われなければならないであろう。

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

を明確に「裁判上の先例」という意味で用いたのは、<sup>(1)</sup>川島博士が最初のことであるが、川島博士は大正六年（一九一七）に「……裁判所が具体的事件ノ解決トシテ為シタ判決ガ一般的法規トナルノハ數テ怪シムニ足ラス。而シテ裁判所ノ判例、後ノ同種事件ニ付キ其裁判所及ビ同級下級ノ他ノ裁判所ニ付シテ法律上又ハ事実上ノ拘束力ヲ有スル……」（管轄追加）と述べて、先例が「法規」となり、それがその裁判所自家にて被審を拘束することを明らかにした。<sup>(2)</sup> 何のようだ概念を分化しながら「判例」という用語を未分化に「先例」という語を採用せずに、残したために、「裁判上の先例を通じて裁判をより精密にコントロールする」といふこと、まだそのことを通じて予見可能性を高める（<sup>3)</sup> に対する誠心なし真味を確立する（<sup>4)</sup> ）に着手しているのではないか（管轄追加）と、川島博士は述べている。<sup>(5)</sup> の指摘は、先の佐藤・樋口両教授の指摘に通ずるものがあるが、先例拘束性の問題を考えるに当りては、「裁判をより精密にコントロールする」すなわち「判例が恣意に流れないように抑止する」ために、「予見（予測）可能性を高める」すなわち「先例の射程を限定する」ために、「判決が一般的法規トナル」とは何かを、あらためて検討する必要があると思われる。

## 二 判例の下級審に対する拘束力

(1) 下級審に対する上級審判例の拘束性に関する、実定法上の根柢として言及されるのは、裁判所法四条の規定「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する」である。この規定については、先の中野判事のように、その反対解釈として他の事件については一般的に拘束力をもたないとする説<sup>(1)</sup>、同条は判例の拘束力について肯定否定いずれの結論をも指示しないとする説<sup>(2)</sup>、一般的に拘束性のあることを前提に、その事件については常に絶対的拘束力があることを念のため定めたものとする説<sup>(3)</sup>があるが、いずれも

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

この点で、一九八〇年のいわゆる「日教退職校事件」東京地裁判決が、しばしば引用されるとして有名である。同判決は、審級制とする訴訟制度の下で、最高裁判例のもつべき判例統一の機能、これによる法的安定の必要性を離脱するところではないとして、「しかし、最高裁判大法廷による判断、しかもその度量なる同旨の判断内容は、実務上最も尊重され、下級審に対し、強い事実上の拘束力を認めなければならないと考えられる」と述べたのであつた。

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

あえて《chilling effect》ともいわないうしても——、より大きな効果を發揮しているのではないか」と、権口教授は言つてある。

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

### 三 先例（先行判例）の拘束力

(1) 憲法七六条二項は、「裁判官は……の憲法及び法律にのみ拘束される。」と定めている。これを文字通りに解すれば、わが国では先例拘束性の原理は否定されることになる。しかし、この「法律」とは、不文法も含めた法規一般の意味であり、この規定は「裁判官があらかじめ予えられた客観的基準（=法規範）に遵拵してなされるべきこと」および法規範以外の何ものにも拘束されなければならないなど<sup>(11)</sup>の意であると解するのが通説である。

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

するとき」は大法廷を開かなければならぬとしていることは、判例変更を慎重にするべきを要求したもので、これは最高裁判例が小法廷のものであっても後の小法廷を法的に拘束する効果をもつ、と説かれることがある。だが、最高裁判例の場合には「初めの最高裁判決が大法廷で行われる（原案1号）」わけだから、その変更を大法廷によるのは「制度的均衡」にすぎず、この議論はあてはまらない。まだ、最高裁判例以外のその他の法令の解釈・適用判例の場合についても、判例変更是大法廷にやらなければならぬとしていることは、小法廷間の判例統一といったことのために必要なものであって、判例変更是大法廷にやらなければならぬとしたければ、小法廷間の判例統一としたことでもある。同じく「同一の小法廷が自己の先例を変更する」とは理論的には差支えないと思われるのに、その場合にも大法廷によることを要求するのは、やはり判例変更を慎重ならしめるためのものとする余地はある。しかし、だからといって、そのことをもって我が国における先例拘束性の法的根拠だと言つても根拠薄弱に過ぎよう。判例の下級審に対する拘束力の場合と同様、先行判例の拘束力についても、何ら実定法上の根拠はないと言わざるをえない。

(2) 英米法においても、先例拘束性の原理 (doctrine of stare decisis または doctrine of precedent など) は、実定法上の根拠をもたない。イギリスにおいては、ある判例がある法律を示した先例であると言つて同じ意味で、先例法理の準則を示した先例を引用することができるからいう間にあって、答は「ノー」である。それなら、なぜ裁判官は先例に拘束されるのかという間に對して、「正しき答」は「七百年近くの古い裁判官はそういう義務をひき受けたからだ。」と言われている。アメリカにおいても、先例拘束性の原理はヨルハ・ローの伝統の一部としてイギリスから継承されたものであり、「伝統として、それは成文のルールにされたりとはなく、最高裁判法あるいは官憲の宣誓文書の中にも見出せることはなし」と説明されている。伊藤正己=田島裕教授は、か

つてのイギリスの厳格な先例拘束性の原理について、その「原理は法律に定められた原理ではないので、つきつめて言えば、この原理は、一九世紀になってから裁判所がペナサム主義者たちの批判にこたえ、裁判の客觀性を主張するために作り出したフックションであるといわれるべきだ。」と述べている。このように、先例は英米法においても絶対的拘束性という意味での法的拘束力はない。我が国においても、先例(判例)の「法的拘束力」を探求することはフックションを求めるに等しいとも思われる。

(3) しかし、先例拘束性は判例法主義をとる英米法の伝統であるから、我が国においてはもじめられていけない。朝令暮改は惡であることは、裁判所がだらの国家の意願表示にもあてはまる。内田力蔵教授は、イギリスの先例法理の根拠について、それは他の何らかの集団の伝統とか慣行と呼ばれるものと同じように「裁判官なかまの世論の圧力によって裁判に与えられる義務」であり、「裁判官をよくむ迷言の集団的専門職業的統制力にかかる」として、「もじめられしができもう」としている。このようだが、いわば司法制度に内在する専門職業的統制力に支配された先例の拘束力は、我が国の法制度においても承認されてしかるべきものである。まだ、裁判をうける側からみれば、先にも触れたように、「判例の拘束力の根拠が公平・平等の要請にある」とは、我が国で意見の一致をみて、いると言つてもらいたと思われる。あるアメリカの学者も、その法理の存在理由は、「平等 (equality)」予測可録性 (predictability)、経済 (economy)、尊敬 (respect) の四語に要約しうるとしている。このほかにこれまでの説明が可能であり、また実際になされているが、要するに先例法理とは、「实际上普遍的に適用される格率 (maxim)」あるいは「政策の原則」ともいふべき法の基本原則であり、そのように理解された先例拘束性の原理は、我が国の法制度にも内在していると言えるべきである。

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

同一の法制度内でも法分野の違いによって、「強い拘束力」「弱い拘束力」という「程度の邊り」はみられるであろう。しかし、それは「法的拘束力」「事実上の拘束力」というほどに「質的な邊り」があるわけではない。それにもかかわらず、わが国では判例法國の判例と制定法主義をどる國の判例とでは、何か本質的な邊りがあるよう思われるがちである。たとえば、制定法主義の國では、「判例に従つべから」との要請は、あくまでも、制定法の法典内でのものにすぎないから<sup>(37)</sup>、判例の拘束力は制定法と同様な嚴格なものではないが、判例法主義の場合には、「判例が第一次的基準であるから」その拘束力は、制定法主義国における制定法の拘束力と同じく、もわめて厳格なものとしてじらえなければならないことになる（第3項追加）と説明されることがある。<sup>(38)</sup>これは、あまりにカテゴリカルな見方である。判例法主義においても、判例法は制定法のように厳格なものとしてじらえることはできない。それは、次のようなイギリスの学者の説明を読むばわかるであろう。すなわち、「裁判官たちは、制定法に対して本来的に付与される類の厳格な服従を要求するような法的命令を発することができない。裁判官は、あらゆる注意を払いあたうる限りの正確さをもって自己の判決のトイシオ・ティシデンダイを定式化するかもしれないが、にも拘らず、彼の言明をのちの裁判官が修飾し、さらには、彼の決定を全く別の根拠にもじへや正当化するという事態に遭着するかもしれない。」<sup>(39)</sup>このように、判例法主義であれ制定法主義であれ、判例の拘束力は制定法にくらべ弱いものである。それは、法体制の邊りとは關係なく、判例法といつものが本来的に「固定した言語形式をもたない準則」からなる法だからである。それゆえに、判例が法であることを直視して、判例法をじのようにつけるかを次に問題とすべきなのである。

#### 四 先例の射程範囲——先例の法準則

(1) 「先例に拘束される」という場合、それは先例からひき出された法準則 (rule of law) あるいは法命題 (proposition of law) が、制定法の条文の範囲と同じように、後の裁判の標準として適用されるということである。<sup>(40)</sup> 1) どのような法準則のことを英米法ではトイシオ・ティシデンダイ (ratio decidendi 理決理由・主體) といい、判決文中のそれ以外の部分をオビタ・ディクタム (obiter dictum 側論) とする。<sup>(41)</sup> 問題は、先例からじのじつに法準則をひき出すか、英米法でいう「トイシオ・ティシデンダイの決定方法」であり、これをめぐってわが国においても英米法においても、学説上さまざまな議論が行われている。<sup>(42)</sup> ここでそれを紹介する余裕はないが、大切なことは、判例法準則の決定方法を抽象的に定式化することではなく、具体的な先例事件について、その法準則は何かを検討することと思われる。わが国では、判例違反が上告理由（刑訴四〇五条、民訴法四八条）となるのであるから、判例違反があるかないかを決めるためにも、また一般的に、先例の射程範囲を決めて裁判を予測し、あるいはコントロールし、ひいては判例が恣意に流れないように抑止するためにも、判例の法準則が何かを検討することは実際的意義を有している。

先に引用の樋口教授が指摘するように、わが国の最高裁は先行判例に拘束される意識がうすく、しかしは「默示的判例変更」を行なうことが問題にされるが、その一因は、わが国の法律学が一般に判例法準則（トイシオ・ティシデンダイ）を厳密に検討しないところにあるのではないかと想われる。その例は、すでに指摘されていることであるが、昭和四八年の有名な全農林監職法事件最高裁大法廷判決によつて「変更された」昭和四四年の都教組、全司法仙台事件<sup>(43)</sup> 大法廷判決が樹立したとされるいわゆる「二重のしづり」論（地方法が公務員の争議行為とそのあり行為を一律・全面的に禁止しているのを含義とするだぬ、争議行為おもひおり行為のいずれもが通常の違法性を有する場合のみ可罰性があるといううように限定解釈を加えた理解）は、実は闇と裁判官のうち多数を占める意見ではなく、従つてそ

これは「判例法準則」ではなかつた（ただし、「限定解釈を加える」点では多数意見はある）にもかかわらず、後の最高裁判廷も学説も、それがあたかも判例法であるかのように扱つたりとに現れてゐる。

(2) 先例の法準則は、先例事件に含まれる具体的な事実のうち重要な事実をある程度抽象化。定型化して前掲事実（要件事実）とし、それに法的結論を加えた形の命題で書き表わされると言われる。法的結論は判決の結果から容易に知れるから、先例の法準則の決定は、結局はその判決に現れた事実のうち何をもつて重要な事実とするかにかかっていると説明される。<sup>(3)</sup> この説明は、英米法の純粋な判例法を念頭におくと理解しやすい。制定法の条文がないのであるから、裁判の規準になるべき「法規」（法準則）を、まず先例から抽出しなければならないからである。

これに対して、我が国のもつじゆはから制定法の条文にもついて裁判が行われる場合には、先例からひき出される法準則は、<sup>(4)</sup> 1つのレベルの違うタイプのものがあるもう1つに思われる。1つは、右と同じく「重要な事実プラス結論」という形の法準則である。たとえば、「これが文書は、刑法一七五条の猥せつ文書にあたる」（ただし「猥せつ」の概念が明確で仮定する）もつじゆは、「具体的な事実配列によつて作られる準則であり（事実的命題の法準則）金縛識別事項は、これを「事実関係に対する法律判断としての主論」と呼ぶ。<sup>(5)</sup> 1つの場合、「重要な事実」とは、法準則が同種の事件は同様に扱うという平等の要請、あるいは裁判の予測、法的安定性の要請を満たすのだけではなくだらば上、ある程度事件の個性を捨棄した、抽象化された定型的事実でなければならない。たとえば、「悪徳の業」という書物が猥せつ文書だと判断された判例の法準則は、「『悪徳の業』は猥せつ文書にあたる」ではなく、たとえば「これよりの性的描写を含む文書は、猥せつ文書にあたる」という一般性をもつた形のものでなければならない。我が国では、判決の「結論命題」がレイシオ・テシテンダイ（算例法準則）であると

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

もう1つのタイプの法準則は、法令を具体的な事件に適用する前提として、法令の規定の意味内容に解釈を加え、法令の用いる概念に定義を与える、あるいは法的判断の基準を示す判例から抽出される法準則である（一般的命題の法準則）。右の猥せつ文書の例において、裁判で「猥せつ」の概念が漠然不明確すぎるとの論点が提起され、判決がそれにこたえて「猥せつ」の定義を与えた場合などがそれである。我が国で「法令の公権的解釈」と呼ばれる判例からは、この種の法準則がひき出されることが多いと思われる。金縛識別事項は、これを法規と具体的な事実を結びつける中間的命題として「一般的命題としての主論」と呼び、「判決の結論との間に論理的なつながりがある限り」、英米法のレイシオ・テシテンダイと同じ意味で拘束力を認めてもらつてゐる。

これに対しては、そのような一般的準則は、当該具体的な事件をもつて他の類似の事件への適用をも想定した準則であるから、それに拘束力を認めることは、判例というかたちで裁判所が立法をするにじつあるには上級審が下級審に対して事前に一般的指示をすることを認めるに等しいのではないか、<sup>(6)</sup> という批判がありうる。しかし第一に、一般的性質をもつた法令を解釈する判例からある程度一般的な法準則が生れるのは必然的であること、第二に、判決からもつじゆののような法準則がひき出しうるかは、裁判における論点形成の仕方によっても左右されるし、また、当該判決を下す裁判所が決めるわけではないこと、第三に、一般的命題の法準則なる概念をもつけることには、先例の拘束力の範囲を画定し、裁判を予測するための判例分析の判断枠組をもつけるにすぎないといふなどを考えると、右の批判は当らぬといふと思われる。判例の法準則を見出す作業において、一般的命題を検討するにいふは、佐藤教授の指摘する「最高裁が抽象的理論の呈示を優先させや」とことを許すに同じではないであらう。

(3) イギリスのクロス (Cross) 教授は「トイシオ・デンデンダイを決定する定式を作るのは不可能である」とつづつ、しかし、法律家達がその言葉を用いるときに何を意味しているかについて、「説明」する正確をもつた説明」はできるとして、「トイシオ・デンデンダイとは、裁判官が用いた理由からの過程 (line of reasoning) に着目して、彼が結論に到達するに必要なステップとして、または、陪審に対する説示の必要な部分として、暗示または暗示に扱つだらゆる法準則 (rule of law)」であるとしている。

トイシオ・デンデンダイには、①先例に拘束されるからといふの、その拘束力ある準則、②先例判決を下した裁判官が基礎にした準則、という二つの意味があるが、クロス教授によれば、この「説明」は両者を包含するものであるから。また、この考え方によれば、裁判官が二つ以上の理由づけの方法を用いた場合は、トイシオ・デンデンダイは複数成立し、あるいは、仮定の事実によつてトイシオ・デンデンダイもありうるとしている。わが国では、判決文中の「仮定的判断」(これがの場合は……と解すべきであるが、本件の場合は……)からそれが前提部分において「カッコ書き」または「な字書き」(主語理由にあたらなしとして棄却しながら、それに続けて「なお……」)から形で実質的判断を示した部分が、傍論かどうか議論されているが、右のクロス教授の言うやうな「結論に到達するに必要なステップとして扱われたもの——金縛り刑事のいう「結論との間に論理的なつながりがある」から——であれば、先例の法準則として認めてよい場合もあると思われる。右以外の場合にも、傍論かどうかは一義的には決定できないが、一応「傍論との関連性」がわかれ目になると思われる。

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

III 1条に違反する。」といった具体的な事実關係によつていた形のものである。他方、法令の合憲・違憲を問題にする判例からは、一般的命題の法準則が見出されることが多いであろう。いわゆる「合憲性判断の基準」などは、その典型例と考えられる。もちろん、二つのタイプの法準則は相互に排斥しあうものではなく、事件によっては二つの法準則が見出される場合もある。運用違憲の手法をとる判例はその例ではないかと思われる。もとより、どのような法準則を見出すかは、カテゴリカルに決めるのではなく、結果、裁判で提起された論点と、裁判所の理由づけの過程・方法によって決まるものと思われる。

法令審査の判例の場合、たとえば、〇〇県の公安条例が、テモ行進の届出の際に参加者の名簿の提出を義務づけていたのを違憲とした判例があるとする。このときの判例の法準則は、先の渡せつ文書の例と同じ理由から、「〇〇県の公安条例は違憲」という結論命題ではなく、「テモ行進届出の際に参加者の名簿提出を義務づける公安条例は違憲」といった一般性をもつた形のものになるはずである。この形の法準則も、結局は「重要な事実アラス結論」の形をしているから、二つのタイプの法準則を指定する必要はないと考えるにことは可能である。しかし、具体的な事実關係によつていた法準則と、具体的な事実に適用されるにとけて予定した法令の規定を憲法にてらして審査した判例の法準則は、レベルが違うと考えてもよいではないだろうか。

(5) 具体例として昭和四八年の尊属殺人罪違憲最高裁判決を取り上げてみる。周知の通り、最高裁は昭和二十五年一〇月に、ます尊属傷害致死罪の規定(刑法110五条)を合憲と判決<sup>(45)</sup>し、一週間後にその判決を援用して尊属殺人罪(刑法110条)も合憲とした<sup>(46)</sup>。この時、カッコの中で「……法定刑は、厳に失する懲りがないではないが、これにてお……立法の当否の問題に屬する……」としていた。最高裁は昭和四八年に、尊属殺人罪の規定を違憲とする判例変更を行つた(昭和四九年には、尊属傷害致死罪は合憲とした)が、この四八年判決の法準則(トイシオ・デンデン

ンダイ) は何であろうか。

一方において、この場合、事件に含まれる具体的な事実的要素——どのような親子関係だったか、どのような事情で親殺しに至ったのが——を基礎にした判例法導則をひき出すことはできない。裁判の論点は、明らかにそこにはなかつたからである。もちろん、裁判の論点が事実関係にむづつて提起され、最高裁がそれに答えるために事実関係にもじらう理由つけの方法を用いながら、事実的命題の法導則をひき出すことは可能である。他方、(1)の判決の「判決要旨」の擱けるところは、「刑法1100条は、憲法一四条一項に違反する。」である。(1)の結論命題は、法導則(レイシオ・テンテンダイ)であろうか。もしそうすれば、これは先例の射程範囲の画定あるいは裁判の予測という観点からは、ある意味では狭すぎる法導則であり、別の意味では広すぎる。私見のように、先に例としてあげた「『懲懲の米え』は猥せつ文書にあたる」「〇〇県公安条例は違憲」という形の法導則は狭すぎて世に立たないとする立場からは、右の「判決要旨」は法導則として狭すぎる。一方、法律の条文を類推適用するように、右の形の結論命題をレイシオ・テンテンダイとしてやう(レイシオ・テンテンダイをそのようなものと理解されれば)、それを別の事件に類推適用すればよしとするならば、昭和11五年のもう一つの尊属侵害死罪の判例を参考されればよいである。なぜなら、11五年の11つの判決は、同じ理由つけの過程を経て11つの刑法条規を含意としたのであるから、一方が違憲といつても他方も論理的に違憲になるはずである。しかし、この意味の法導則は、田中11郎裁判官ら六名の裁判官の意見からひき出しつる法導則である。これに対して、八名の裁判官の多数意見からは、その理由つけに着目すれば、①尊属に対する犯罪について加重刑罰規定をもつけることは、憲法一四条一項に違反しない。②尊属に対する犯罪について、法律上許される減輕を一度加えても執行を認められないと刑罰加重をもつける規定は、憲法一四条一項に違反する。<sup>(2)</sup>——以上二形の11つの

法導則ないしは②だけの法導則がひき出されるのであり、(1)のようすに判例法導則を見出すにむけて、翌四九年に尊属侵害死罪の規定を再度含意とする最高裁判決を予測しきだし<sup>(3)</sup>また、尊属逮捕禁制罪(刑法1110条二項)および尊属遺棄罪(刑法111ハ条二項)についても、四八年判例の法導則にもじらへ限り、最高裁はそれらの規定を含意するであつたことが予測であるのである。

(1)のようすの判例の法導則を見出す作業は、もちろん、当該判例の結論・理由つけの妥当性、あるいは憲法判断の手法の妥当性について論じるにひととは別である。それらの議論の出来がとなる作業と言つてもよいであろう。しかし、「判例とは何か」から問題に対する答は、憲法訴訟学的には、「それは判例からひき出される法導則である」という共通の認識は最低限必要であると思われる。<sup>(4)</sup>

- (1) 横部英輔「判決の効力と判例理論」法政大学・憲法論1119頁、1111頁～11大頁(一九八三)。
- (2) 田中英夫・英米法総論(四七や～八一頁) 同・英米法総論(一八四～八五頁(一九八〇) など。
- (3) 川島武宜「判決と判決例」兼子一慶監・新判決の諸問題(大五一頁、大五四～六一頁(一九七〇))。
- (4) 川島・前出注(3) 大五七頁に引用の櫻庭重遠「婚姻子約有効判決の真意義」法学志林(九卷九号)一頁、1111頁(一九一七)。
- (5) 川島・梅田達(3) 大六七頁。
- (6) 前出第1節(1)。有食道吉「憲法における判例の意義」判例ロハメンタル・憲法(1)五頁(一九七七)。
- (7) 小嶋和同「憲法判例の変遷」海宮四郎・佐藤均=河添照哉・杉原泰進編・新版憲法演習(110九、1110頁)。
- (8) 佐藤泰治・憲法訴訟と司法権(一六七頁) また、同「憲法判例の整理」シヨリ六三八号1111頁、1113頁(一九七七)を参考照。
- (9) 東京地判昭和五五年三月一四日判時九六七号一七、115頁。
- (10) 繩口勝「判例の拘束力・考」佐藤功吉編・日本憲法の理論大手五頁、六八三～八四頁。
- (11) Note, Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent, 60 VA. L. REV. 494, at 495 (1974).

- (12) 濱部・前田注(1) 11115頁。また、佐藤・前田注(8) 憲法訴訟と司法権115~166頁参照。
- (13) 田上謙治・新版日本国憲法原論110~111頁、1183~1184頁(1980)。田中英夫・英米法概説(再訂版)115頁を同旨。
- (14) 濱部法橋「最高裁判所の判例」梨平廣弘・杉原泰雄編・憲法卷6四九頁(1977)。佐藤・前田注(8) 憲法訴訟と司法権116頁。
- (15) そのように佐藤・前田注(8) 憲法訴訟と司法権1175頁、小幡・前田注(7) 1110頁は述べているが、出典は不明。
- (16) 小幡・前田注(7) 1114頁。
- (17) 佐藤・前田注(8) 憲法訴訟と司法権1175頁。小幡・前田注(7) 1114~1115頁。
- (18) 金堀義志「判例と学説」司法院修所論集11973年1115頁、1110頁(1973)。なお、裁判所法四条は、上級審の判断がその事件につきて下級審を拘束するとしているが、その事件が再度上訴された場合、四条の論理的構成として上級審自身先の判断に拘束されねばならぬのが学説論より最高裁判所例へりである。中野次雄編・判例とその説み方93頁。前田注(8) 本文の立場をとるが、四条は「先例」の場合は「親判的」拘束性を定めたものに似たう。
- (19) R. CROSS, PRECEDENT IN ENGLISH LAW 225 (3d ed. 1977).
- (20) E. FARNSWORTH, AN INTRODUCTION TO THE LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES 45 (2d ed. 1983).
- (21) 伊藤正元=田嶋裕・英米法11118頁(1985)。
- (22) 内田力蔵「判例からみたべき方法」法セミナー1号40頁、41頁(1961)。
- (23) E. FARNSWORTH, *supra* note 20, at 45. いわゆる「雄辯」は「雄辯雄辯」ではない。「雄辯」は先代の裁判官の教科書に見られる慣習的な敬語を指すらしいのである。
- (24) かくべき=田嶋・前田注(21) 11119頁。
- (25) R. CROSS, *supra* note 19, at 4.
- (26) 西脇恒輔・憲法論の現代拓跋記111頁(1981)。
- (27) 横谷・前田注(1) 11116頁。かく、「最高裁判所議のやうじは、最高裁判所に因ずる判例は、原則的に拘束力を持たえなら。」(回) しかし、これは判例法主義の英米法でもまざたく。

(28) 鶴見茂116頁・英米法の記述1100頁(1985)注\*リヒルケなど Lücke, *The Common Law: Judicial Impartiality and Judge-Made Law*, 98 LAW Q. REV. 29, at 40-41 (1982).

(29) 鶴見・前田注(28) 99頁。

(30) 田中英夫「判例による法形成」法論94卷6号1155頁、116~118頁。R. CROSS, *supra* note 19, at 38-79.

(31) 田中英夫・東洋法學入門(第3版)1115頁では、コラム「アーティクルの語彙」「最高理由」はわが國の司法文中の「理由」と異なれやすく、「最高や承認された憲法」とするふたつかず書かねらる。本稿では、この「最高や承認された憲則」という意味や「判例の憲則」「判例憲則」なる語を用いる。また、中野次雄編・判例とその説め方は「判例」なる語をより意味に便て用ひやすやある。「井端」は刑事訴訟係属の語を使われやすである。金堀・前田注(18)「最高法」は「刑法法における最高」とは異なる。

(32) かくなどには、英米法にしても鶴見・前田注(28) 97~100頁。わが國にしても、中野・前田注(18) 119~120頁。

(33) 繩口・前田注(10) 116~118頁にその例。また、早川義郎「刑事案件における判例変更をめぐる」司法院修所論集11973年115頁(1973)参照。

(34) 金堀・前田注(18) 1140~1141頁。田中英夫「全體本體法事件における判例変更をめぐる諸問題」ジヤリ五三六号五六頁、五六~五七頁(1971)。

(35) 最大判昭和四八年四月二日刑集117卷四号五四七頁。

(36) 最大判昭和四四年四月二日刑集111卷五号110頁。

(37) 最大判昭和四四年四月二日刑集113卷五号六八五頁。

(38) 金堀・前田注(18) 1141頁に引用の、福岡県教組事件および社員教組事件。最大判昭和四六年三月二日刑集115卷11号17頁、110頁。学説については田中・前田注(3) 五六頁の指摘。

(39) いの「重要な事実」のみつけ方を定式化したのが有名なアンドベートの理論であり、これは鶴見重柳著「憲法」にてわが國に紹介され、現在でも影響を及ぼしている。田中・前田注(2) 11481~11484頁、田中・前田注(3) 1104~1105頁、高橋實三・英米法源理論(全訳版)77~84頁(1966)。

(40) 金堀・前田注(18) 1135~1136頁。

- (41) 田中・前出注(30)七九八~九九頁。
- (42) 中野編・前出注(18)三九~五三頁。
- (43) 金繁・前出注(18)一五〇~六八頁。
- (44) 中野編・前出注(18)五六~五七頁。
- (45) R. CROSS, *supra* note 19, at 76.
- (46) 伊藤正口「憲法判例の変更」公送研111号1頁、大頁(一九六〇)も「憲法判例といわれるものは、その判決のうちに示された規範的意義、より具体的には憲法の規定に対する裁判所の解釈なのであって、ある特定の法令や処分が憲法に適合するかどうかといった判断そのものではなら」とする。これは、憲法判例に感づく、判例一般について言ふべきものと思われる。
- (47) 最大判昭和15年10月11日刑集四卷10号11031頁。
- (48) 最大判昭和15年10月11日刑集四卷10号11111頁。
- (49) 最大判昭和48年4月4日刑集117卷3号1165頁。戸波江一「判例変更と違憲判決の効力について」野中後彦=江橋景一=浦部法橋=戸波江一=ミナール憲法解説110頁、1110頁(一九八六)の説明は、この変更の対象になつた先例は右の事属傷害致死罪合憲判決であるからどうな説得を採る。同本1111頁の註中「戸波著書を参照」。
- (50) 最一小判昭和49年9月16日刑集118卷6号319頁。
- (51) 初復正典「刑法1100条と適用達意の可能性」(リザ66号81頁、85頁(一九八〇))は、「最高裁は1100条の「本件への適用は達意」という手筋をもつて可能だとしている。まだ最大判昭和111年11月11日刑集11卷1号8114頁は、「亡夫の尊属」に対する殺人にひいて1100条の合憲性に觸れるところなく同条の適用を排除した。これがいはゞれど、審実的命題の法準則がひき出される場合である。なお、佐藤・前出注(8)「憲法語詮と同法理114~18参照」。
- (52) もちろん、もとと簡単には①尊属に対する犯罪類型をもつては合憲、②尊属に対する犯罪につき法定刑が著しく均衡を失する場合は違憲と讀むだけなりともかく。まだ、まだ別形の法準則をひき出すことも可能である。それは法律解釈について異説が成立するとの同じである。
- (53) 言うまでもなく、それらの法定刑は減輕を加えれば執行猶予がつく。
- (54) この理由から、戸波・前出注(49)1110頁「憲法判例いせ」当該事件における判例(英米法にいふratio decidendi)とは

異なり、裁判所が、当該事件に限って示した憲法上の争点についての判断を以て棄却するに解すべきであら、傍論における憲法判断や、判決の論證とは直接に結びつかない憲法解釈である。でも、先例として機能する場合があると解される」との所説には疑問を覚える。もちろん「尊属殺は人倫の大本に反するが否か」の議論を「判例」の内容としておもふ。しかしそれは「先例として機能する」判例であるにはならない。

#### 第四節 憲法判例の変更

##### 一 憲法判例変更の特性

- (1) 右のように先例拘束性を理解するなら、それは厳格な法的なものではないから判例は変革されうる。しかし、まだ右のように理解された先例の拘束力を前提にすれば、その拘束力とは先例からひき出される法準則の效力であるから、「判例の変更」とは「判例の法準則の変更」と理解すべきであろう。このことは、憲法判例であるうじその他の判例であろうし、變りはないはずである。先の尊属殺人罪をめぐる判例を例にとれば、昭和15年の「刑法1100条は合憲」とする判決からひき出される「死刑・無期懲役のみの法定刑の規定は立派の当否の問題だから合憲」という趣旨の法準則の部分が、四八年判決の「執行猶予をつけえない法定刑の規定は(つまり拘束を失するから)違憲」という趣旨の法準則へ変更されたわけである(文面一部無効)。それは「人は歩道のない道路の左側を歩け」という制定法規が「人は歩道のない道路の右側を歩け」に改正(変更)されたのと同じである。この法規改正が「人は歩道のない道路を歩くな」という意味でないのと同じ、四八年判決は「尊属に対する犯罪を別に規定することは違憲」(文面全部無効)としたわけではなしにとは明らかである。もし、この田中11郎裁判官ら六

裁判官の意見と同じ判決を最高裁がしたなら、刑法1100条は「死んだ」ことになる。しかし、四八年判決の法準則に従えば、立法院は法定刑をひき下げるにむかって刑法1100条を生き返らすことができるから、四八年判決により刑法1100条は「仮死状態」にならざる。<sup>(1)</sup> いずれの場合も、検察官も裁判官も一般社会も刑法1100条を相手にしないという意味において、刑法1100条は法令集から排除されたに等しい（一般的効力）。もし最高裁が、刑法1100条は「本件に適用するにおいて違憲」と判決（適用違憲）したなら、その判決からは事実的命題の法準則がひき出されるだけであり、刑法1100条は「手負をうけるも生存」という状態にならう（個別的効力）。<sup>(2)</sup> いのちうに、違憲判決の効力は、判例の拘束力の範囲——判例の法準則は何か——によって決まると思われる。

(2) 憲法判例について、その変更が一般の判例より柔軟になされるべきかが議論されている。先に引用した田中英夫教授が説くように、憲法判例は、裁判所自らの判例変更が憲法改正の方法によらなければ変更できないという特性をもつていて、伊藤正巳教授は、「アメリカにおけると同じく我が国においても、憲法判例の拘束力は一般の判例のそれより弱く、裁判所の慣行として、判例変更が容易であると考えてもよし」とする。これに対しては、「我が国においては、判例の拘束性はそもそも厳格なものではなからず、ときに憲法判例についてだけ、その変更を容易なものと考えなければならないとする前提を欠く」と批判されたり、あるいは「憲法判例の変更が柔軟であるべきか否かの問題は、判例一般の拘束力およびその程度をどのように理解するかに左右される」と指摘されたりしている。これについては、一方で、先例の拘束力の程度をどうに考へても、先に述べたような憲法判例の特性がある以上、裁判所は立法部に委ねるという選択肢がないのであるから、その選択肢の数の多少が判例変更の難易に全然關係しないのかという疑問を提出すると同時に、他方で、憲法判例の変更を柔軟にすべきか否かが、そういう憲法判例の特性を第一次的理由にするのではなく、時代の変化に応じた社会の要請に裁判所が憲法上の諸価値をじりまで貢献させるべきかという実質的理由によって決まるのではないかという疑問を提出するに至る。<sup>(3)</sup> もともと、伊藤教授も、変更を必要とする理由が明らかに示されなければならないと考えているのであるから、先例拘束性のみを理由に判例に固執することが説得力をもたないようだ。憲法判例の特性のみをもって、憲法判例の変更はより容易にすべきだと主張していると理解する必要はない。

## 二 憲法判例変更の条件

(1) 「憲法判例は変更可能であり、変更するかどうかは基本的には裁判所の裁量に属すること解されるが、裁量権の限界が問題となる。」その限界として、一般的に「国民の権利・利益を拡大する方向での判例変更是……比較的ゆるやかに考えてよい」「国民の基本的人権を縮減する方向での判例変更是、裁判所がより人権を尊重に等しいものであるから、原則として許されない」（ただし、いわゆる「一義的に判断しない」）とする見解がある。<sup>(4)</sup> この見解は、具体的にどのような判例変更を考えているのが明らかでないが、民事事件では、一方当事者の権利の拡大は、他方の権利の縮減になりうるから「一義的に判断しない場合も多い」と同様、刑事案件においても处罚の拡大は市民の安全・福祉の確保のためという面をもつもあり、これも一義的には判断しないであろう。平等権・福祉受給権の縮減という方向での判例変更是、その「許されない」具体例とも考えられるが、右のような考慮は、次項の「判例の遇及効」との関連でも少し具体的に検討されるべき問題と思われる。

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

るところが実際には不可能だといつては存するのだから、この論理が民主憲法の下で正当性をもたらすためには、中で活動するところが要請される。しかし、憲法判例の変更には、……最高裁の『権威の究極的根拠であるところの客觀性と公平性への一般の信頼』を失わせる危険性がある……に存在する。そこで、先例を変更する判断は、か。声部教授によれば、「①歴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理由であるが、しかし「右のような判例変更の条件に適切な配慮を怠りたり、まだあるばは裁判官の本意が原因にも、少なくともやむを得ない限界がある。」と声部教授は指摘する。

(3) 右の「不當な判例変更」としては、先に触れた昭和四四年の金司造仙台事件大法廷判決をわずか四年後に覆した四八年の全農林監察事件大法廷判決<sup>(2)</sup>があげられる。この時最高裁は、公務員の年譲行基とそのおおり行為の被告人らの行為は、旧判例の法連則による有罪とされたものであつたから、しかし判例変更をする必要性もなかつたのである。まだ、裁判官の本意による多數派のシフトによって、もたらされた判例変更であるが、この判決の中で、田中一郎裁判官ら五裁判官の「意見」は、憲法判例の変更には、その必要性、根拠について、実質的には憲法自体の改正にも匹敵するものであるばかりでなく、最高裁判所の示す憲法解釈は、その性質上、

その理由つけ自身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ころによると、はじめて権威ある判断としての拘束力と実効性をもつるものであり、このような権威を保持し、憲法秩序の安定をはかるためには、憲法判例の変更是絶対に行なうべきものではなく、……その内容において真に説得力ある理由と根拠とを示す用意を必要とするからである。」

このような考え方について、小幡和可教授は、「最高裁の公示が『権威ある判断としての拘束力と実効性』をもつのは『理由つけ自身がもつ説得力』といつた内容的根拠によるものではなし、いわゆる、それを『通じて他の国家機関や国民一般の支持と承認を獲得すること』を条件とするものではない。それは、最高裁が憲法上もつ地位・機能にないもので、右の公示は、最高裁判例の法源性の否認とするなどしている」と、激しく批判する。しかし、この見解は、「拘束力と実効性」なる言葉をもつて厳格に法的な意味に理解してゐるようである。一般には、サイフも剣ももたない司法部の決定に人々が従う窮屈的な根拠は、その説得力によつて人々の支持と承認をつかえる力であると理解されているのではないかだろうか。アメリカのコックス(Cox)教授も、その著書『最高裁判所の役割』の中で次のように言つ。

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

支持を求める力の本質的な主要要素である。司法的決定の場合に、その正当性の力は、判断に偏りが主要な影響力が個人的命令ではなく、裁判官も訴訟当事者もともに拘束する原則であり、しかも、今日だけではなく昨日・明日の人々すべてにひとしく適用される原則である、どうぞ認識によるところが大きと考えられる。<sup>(19)</sup>このように考えれば、先の五裁判官の意見あるいは首部教説の考え方、どれほどの隔たりがあるのであろうか。従って、判例変更のためにも、この「正当性の力」を獲得するに足る説得力ある理由が示されなければならないといふべきである。

### 三 判例の廻及効および将来効

(1) 不廻及的変更 裁判は通常「過去の事件」に対する判断であるから、判例が変更された場合（先例がなく新判例が确立された場合と同じ）、新判例の法準則は、他の同種の過去の事例——新判例より以前に生じ、新判例より後に裁判される同種の事例——にも適用されるのは当然である。すなわち、判例は廻及効をもつのが原則である。これは、先例拘束性の問題ではない（後述）。しかし、新判例に常に廻及効を認めると、旧判例の法準則に依拠して行動した人々の地位・権利・利益が害され、まだ基本的人権が侵害されるという、一般に正義に反する結果が生ずる場合もある。その不都合を避けるために、新判例の法準則を過去の事例に廻及して適用しないという、アメリカで発展した法的テクニックが「判例の不廻及的変更（prospective overruling）」と呼ばれるものである。<sup>(20)</sup>この場合、新判例の法準則を当該事件にも適用しならうと「純粹不廻及」と、当該事件には新法準則を適用するが、他の過去の事件には適用しないという「限定不廻及」（または「限定廻及」）の二つの手法がある。旧判例に依拠した者の保護の観点、まだ平等の觀点からは、純粹不廻及の方が論理的に一貫性がある。

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

不廻及とする実定法上の根拠としては、刑事案件の場合、憲法三九条前段の廻及処罰禁止の規定、事例によつては刑法六条もあげられよう。憲法三九条は、一般には立法による廻及処罰の場合のみを規定していると解されてゐるが、文面上に立法の場合に限定する根拠はなく、また、判例は法ではないから理由で憲法三九条は適用できないといつても、本末転倒した議論である。むしろ、憲法三九条を判例変更の場合にも適用することを禁じてはいない、と理解すべきであろう。民事の場合にも、旧判例によれば有効とされた取引行為が新判例により無効とされたもつたとき、刑事と同じ問題が生ずるが、憲法三九条の精神を民事事件にも擴張するが、あるいは「事情判決の制度」は法の基本原則だとした最高裁判所<sup>(23)</sup>にならつて、旧判例に依拠して行動した者を保護するためには判例の不廻及的変更是法の基本原則だと考へることもできる。あるいは民・刑事ともにこの問題は手続法の問題であるといえるなら、先に紹介した『判例とその読み方』の手続ハートの「問題」論も参考になる。判例によつて創造される手続ハートのなかには、立法にわたると思われるものも少くないが、同書は、その場合でも最高裁がもともと憲法により規則制定権を与えられているのだから、実質的にはその権限を行使したと考

えられるとしている。<sup>(25)</sup> この考え方を援用すれば、不適切的判例変更の実定法上の根柢は、憲法が最高裁に与えた規則制定権に求められよう。

178

(2) 遷及効 右とは逆に、新判例の法準則をいつまで遷及させるかという問題がある。よくに刑事案件において、旧判例に従って有罪の確定判決があり服役していたところ、判例変更によって旧判例の下での刑事手続あるいは実体法規が違憲とされた場合、服役者は新判例の利益をうけることはできないかという問題である。<sup>(26)</sup> 既判力による判決の確定性は司法制度の安定のために重要な価値であるが、服役者の人権の保護もそれにまさる価値とされるなら、何らかの救済措置がとられなければならない。この問題は、右の(1)と同様、新判例の樹立に伴う「過去の問題の処理」が課題となるのであるから、合せて「判例の遷及効」の問題としていえるといふべきである。

わが国においては、この問題は、昭和四八年の専属殺人罪違憲最高裁判決<sup>(27)</sup>によって現実化した。この判例変更により、検察庁は係属中の事件においては専属殺人罪に訴因変更をして確定事件については検事総長による非常上告の申立て（刑訴四五条以下）が検討されたが、これは採られず、個別恩赦による救済がなされた。<sup>(28)</sup> このような場合、アメリカでは服役者自身による人身保護法による救済の請求がなされるのが常であるが、わが国ではそのような請求はみられない。わが国の人身保護手続は、とりわけ人身保護規則（民公）によつて、請求事件が「拘束の著しい違法性が顕著である場合」に制限されているため、「この種の事例にはほとんど使ひものにならない」と言っているが、積極的に解する意見もあり、なお検討を要する課題である。

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

生じた事件への適用（遷及効の問題）と、将来生ずる事件への適用（拘束力の問題）とは違うのと同様、1つは理論的に区別されるべき問題である。<sup>(29)</sup> このような問題を考えるに当つても、判例が法準則を定立するといつぱり準立法の機能を営むものであることを認識するといつぱりが大切であるといつぱりが分るであろう。また、遷及効の問題は、違憲判決のいわゆる一般的効力説・個別の効力説との関係で議論されるが、最近では、遷及効の問題は、次の「将来効」の問題と同じく、論理的に、違憲判決の効力の問題とは区別して——遷及効は法政策的問題、判決の効力は法理論として——考えることが、「問題を混乱させないために」必要であるとの主張が有力である。<sup>(30)</sup>

(3) 将来効 アメリカ法のprospective overrulingなる語は、英米法学者の田中英夫教授により「判例の不適切的変更」<sup>(31)</sup>、憲法学者の佐藤幸治教授により「将来効」と訳されている。それぞれの研究者の問題關心に違いがあることはいえ、1つの概念に1つの訳語があるのはわが国の法律学の不幸である。そこで、一部の憲法学者があつたことはいえ、1つの概念に1つの訳語があるのはわが国の法律学の不幸である。そこで、一部の憲法学者がすでに用い始めているように、新判例の樹立に伴う「過去の問題の処理」を議論するいわばれば、判例の「遷及効」「不適切的変更」「不適切的適用」などといった語を用い、「将来の問題の処理」を議論するときに、判例の「将来効」の語を用いた方が、思考の混乱を避けられるであろう。判例が一般に将来へ向けて効力をもつのは当然なのだから、たとえば、将来効判決とは「ある選挙の違憲の効果を直ちに発生せやうに」将来に委ねるといつ判決」というように、限定した用語法を採用することを提案したい。

将来効判決が議論される契機となつたのは、昭和五一年の衆議院議員定数最高裁判決<sup>(32)</sup>である。周知の通り、最高裁は、議員定数分配規定を違憲と判断しつつ、行訴法三一条一項のいわゆる「事情判決」の制度の基礎にあると考えられる「一般的な法の基本原則」によつて、選舉を無効とはしなかつた。<sup>(33)</sup> このような場合に、裁判所が、今回の選挙については事情判決をしながら、たとえば「次回の選挙で同じ定数分配を用いれば、その選挙は

無効とする」といふのが警告的な判決を下すことがでやれば、わが国においても将来効判決は現実化するに至る。アメリカの裁判所は、エクイティ（衡平法）上の救済手段としてどのような手続を活用に用いるが、そのような法制度をやがてわが国で、果して右のやうな判決をすることが許されるかどうか疑問が生じる。しかし、「法の基本原則」によつて事情判決が下せらるなら、同じ原則によつて将来効判決を下しても、それはどうぞ異ではあるまい。国民に対して政治的責任をおわたら司法省の、それはさぞやかな国民に対する責務の履行となろう。

田中英夫教授は、政治的責任をおわらない司法部が法形成をなすにあたっては、問題が先行規範 (primary law) だいたる衆体法と解してから) に關するものが、それもありの衆体法がいかなる手段で実現されるかに關する救済法 (remedial law) もるゝは平衡法に關するものが考慮し、衆体法の擴張においては、立法部の判断を重んずべき場合が多いから法形成に慎重を期すべきであるが、救済法なし手續法の擴張は、法の認められた価値をいかにして法的形で実現するかといつて、それに法律家が主たる責任を担つべき領域に属するのであるから、より積極的に法形成を行つべきであるとしている。<sup>(38)</sup> 先に述べたように、中野次雄編『序例とその読み方』は、判例による手続ルールの形成は、最初おこなはる官能が憲法上有する規定制定権の行使と考えられるとしている。従つて、(39) これら将来効判決の実定法上の根拠は、憲法(十七条)の規定制定権に求められるとする。最高裁判が、一方で直接的に選舉権・無効判決を下すに際して國政に選舉をめぐらすりと、他方で事情判決ばかりくり返すに際して「國民は最高裁判のみやかけの自負を棄つてゐる」という結果をめぐらすとの間のつなぎを述べるには、将来効判決はすべて現実的な、人々の承認と支持を得る方法と思われる。

(1) 口述江口「序例変更と憲法判決の效力について」監中執事=江橋泰=浦部法橋=口述江口・セミナー報告書第110四頁

1110頁では、「四八年判決の論理の不明確をもたらすものが、判例変更の論理的意義を不明確にしてしまふ」とし、まだ同部解説「適用解説について」(1110頁)、1111頁(1981)では、「四八年判決の判例としての意味が不明確なことが「刑法」1100条の解釋について立派標榜をしておらずやむ」(4)としているが、序例変更を憲法の変更と考へると、四八年判決とその判例変更の意味はそれほど不明確とは思われない。判決の詮諭に至る理由つけの説得力のなれ、論理のゆらぎがある、判決からひき出せられたる法規則はまた別のものである。しかに専門的判例からでも、法規則はひき出しつづく、まだひき出す努力をしなければならない。

(2) ひの城にわく 増補一修「憲法判決の效力論・著」憲法指・節釋・英米法講義 1110頁(1987)。

(3) 伊藤山口「憲法変更の変更」公法研究1110頁(1960)。まだ、現在行なうる「憲法判例の変更について」公法研究1110年四月、五1頁(1975)参照。

(4) 浦部法橋「判決の效力と判例理論」法や・増刊・憲法訴訟111九頁、111八頁。

(5) 佐藤幸治・憲法訴訟と司法権 111七頁。

(6) 佐藤幸治・憲法111六五頁(1981)。

(7) 浦部・前註注(4) 111八頁。

(8) 浦部法橋「合憲性決定裁判所例とその変更」監中執事=江橋泰=浦部法橋=口述江口・セミナー報告書111大頁、1110頁では、全農林業法事件最高裁判決(後述注(3))のやうな判例変更を考えていく。

(9) 松尾浩也「民事訴訟における判例とは何か」法や・111九四頁、一八頁。

(10) 畑・前註注(3) 五七頁。小幡和司「憲法判例の変更」憲法四部=佐藤功=阿部照哉=杉原泰雄編・新版憲法演習(1)109頁、1111五~1116頁。

(11) 菅部信吉・憲法訴訟の理論111八~111九頁。

(12) 菅部信吉・憲法訴訟の現代的展開 111頁。まだ、より詳細な「判例変更の条件」の分析として、佐藤幸治「憲法判例の法理」シナリオ大三八号1111~1112頁、1113九~1114頁。

(13) 最大判昭和四八年四月1115日刑集1117卷四四五七頁。菅部信吉「合憲性決定裁判と判例変更の歴史」シナリオ大書四六頁、五11~五三頁(1973)参照。

- (14) 刑集117巻4号五九八頁。
- (15) 小幡・前田社(10) 1111頁。同上。佐藤・前田社(5) 116四頁。りのうが批評が「判例の法源性を踏むべく最高裁判を拘束する送達はなし」として「法規案に見えやがれ況」をもたらすりにひいて「権利陳述」「判例の拘束力・考」佐藤功吉著・日本国憲法の理論六七五頁、六九四頁。
- (16) A. ノックス(最高法院議論)・最高法院の役割(1976)。原翻訳 A. COX, THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN AMERICAN GOVERNMENT (1976).
- (17) A. ノックス(最高法院議論)・前田社(10) 1611~1613頁。記述・解説を参照。
- (18) A. ノックス(最高法院議論)・前田社(10) 170頁。
- (19) りの点は「ある事件が起きて」それに對及適用されやすく立派が行われたりとを規定すれば「わかりやすくておらへ。他の問題の事件にもその立派は対及適用されるべきである。
- (20) 田中英夫「判例の不適及的要義」法務八川著七・八号100頁以下(1964)。
- (21) 前田社(23)。他の具体例につき「小暮健雄「刑事判例の規範的效力」北大法律論集17卷4号六四一頁。
- (22) 裁判が「田中社は「雖々灰つても過度な強制的」」「非難に着て刑事局から開放」したのであるがゆえに誤った理解を極えつけたと述べているが、もしもそれが本筋なら、りのうが者はいたばかである。
- (23) 田中英夫「全般林業問題事件における判例要義をめぐる諸問題」ハリ53大号五六頁、六〇~六一頁。
- (24) 衆議院議員投票権判決・後田社(35)。
- (25) 中野次選舉・評議とその説明11110頁(佐藤文哉・篠田編11事論)。
- (26) アメリカでは刑事手続の分野で、りの問題をめぐって複数最高裁の判例はしまだに発展中である。その端緒となる1965年のリンクレタ(Linkletter)訴状にひいて田中・前田社(20) 10111~111頁。田中英夫「最近の判例」アメリカ法1966-1988頁。佐藤功吉「憲法判決の效力」法學論叢114巻4・5号1頁、八頁(1974)。アメリカの最高裁判所の Allen v. Hardy, 106 S. Ct. 2878 (1986); Shea v. Louisiana, 105 S. Ct. 1065 (1985); Solem v. Stumes, 104 S. Ct. 1338 (1984)。
- (27) 最大判昭和48年4月4日刑集117卷4号1165頁。

- (28) 平田友川「駆逐」現代刑罰法体系(4)400頁以下(1981) はじめ、減刑1111名、刑の執行の免除1111名、復讐5名が語られた。
- (29) 横部・前田社(4) 1111頁。
- (30) 皆國康夫「連帶判決の效力」公判法体系(3)1111~1112頁(1974)。なお民事の連带事件の場合も連帶判決の適及効が問題になりうるが、民事の場合は既判力による法的安定性の要請を上まわる人権の侵害という事態はあまり考えられないと思われる。
- (31) 横部・前田社(4) 1111頁第11節の記述は遡向してから承認せん。
- (32) 口波・前田社(1) 1110~1111頁。まだ「高権・前田社(2) 1111頁参照。
- (33) 田中・前田社(20) 1110九頁。
- (34) 佐藤・前田社(26) 1111頁。まだ「佐藤・前田社(5) 1111大頁以下。
- (35) 伊藤正己・義法大1111頁。口波・前田社(1) 111011~1111頁。
- (36) 最大判昭和51年4月14日民集30巻11号1111頁。
- (37) 田中英夫「判例による送達法」法務六四巻6号七五五頁、七八四~七八六頁。
- (38) 同上。佐藤・前田社(5) 1111頁。
- (39) A. ノックス(最高法院議論)・前田社(10) 1111頁。

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

366

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

(宍戸 達徳)

中野次雄 前早稲田大学客員教授  
 佐藤省二 静岡家庭裁判所所長  
 篠田吉夫 法務省人権擁護局長  
 本邦夫 名古屋高等裁判所所長  
 安戸達徳 新潟家庭裁判所所长



## 判例とその読み方

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

編 著 中 江 車 次 雄  
 発 行 者 江 忠 敬

[101] 東京都千代田区神田神保町2-17  
 株式会社 電話 (03)3264-1314 [編集]  
 3265-6811 [営業]  
 振替口座 東京 6-370番

京都支店 [606] 左京区田中門前町44

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

★ 定価はカバーに表示しております。

ISBN 4-641-02660-2

戦後の昭和13年に制定された現行刑事訴訟法がその四〇五条および四一〇条一項に初めて「判例」という言葉を規定し、同年制定の刑事訴訟規則一五三条および昭和二一年制定の民事訴訟規則四八条にもこの言葉が使われていて、今日ではそれが法令上の用語になってしまったことに注意する必要がある。これが法律上の概念としての「判例」だと考へるをやめたらしく、それがまだわれわれの考へている「判例」の概念と一致するから、以下、本書では、この意味での判例を「判例」と呼んでおこうと思う。

では、その「判例」とは、どんなものであろうか。

### 判例とは裁判所の一つの判断である

右に述べた刑事訴訟法四〇五条の一一号・二二号をみると、原判決が「……裁判所の判例と相反する判断をしたこと」が上告理由になると規定されている。それではこれを手がかりとして考へよう。ところが、このういう判例とは原判決の判断と相反するがためにものであるから、それはまだ一つの判断だといわなければならぬ。つまり、判決・決定そのものが判例なのではなく、その中に示された裁判所の判断が「判例」なのである。

もしとも最高裁判所の判例変更のりんを規定した裁判所法一〇条三号には、「意見が前に最高裁判所のした裁判に反するものを」などとして、われわれの判例と考へているのが「裁評」という言葉で表現されている。しかし、これが、意見がそれに反するものであるから、「裁評」と書いても、

でも、「裁判における意見」と読まなければならぬ。そして、この「意見」とは判断にはからないから、この規定からみて、判例が一つの判断であることは明らかである。

### それは特定の裁判において示された判断である

次に、このじゅう判例とは、個々の特定の裁判（判決・決定）において示された裁判所の判断である。そのりんは、民事訴訟規則四八条および刑事訴訟規則一五三条に、上告理由（刑事では上告趣意という）の中で判例違反を主張する場合には「その判例を具体的に示さなければならぬ。」ともいふことからも知られるし、前記裁判所法一〇条三号に判例のりんや「前に最高裁判所のした裁判」としているのも、特定の裁判における判断を指してると読むのが自然である。

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

### それは裁判の理由中に示された法律的判断である

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

とができるような一般性を有してしまって必要である。

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

これに対して、法律的な判断は、あとで説明するように、その前提事実を捨棄して入れをある程度一般的な命題とすることができる（この点については四〇頁以下参照）。それなのでものの事件に直接あてはめることができる。だから法律的な判断だけが判例だといわれるのである。このことは、前述の判例更に闡する裁判所法一〇条二号が「審査その他の法令の解釈適用について」意見が前に最高裁判所のした裁判に反するときは規定したところに示されているし、最高裁判所自身も、刑事訴訟法四〇五条の「判例」の意義について、「量刑理由を示しただけで他の事案に適用すべき法律的見解を含んでいたい」ものは判例ではなくと判定している（最（一）決昭和十八年11月11日刑集七卷1号111頁）。

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

### 法律的判断の態様

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

しかし、そもそも裁判理由の中で示された法律的判断たる性質をみると、それ以外のものではやはり判例だといわなければならぬであろう。たとえば、これは刑事案件の場合であるが、第一審の有罪判決が被告人の行為に一定の法条を適用したところだが、まさにその事実がその法条に該当するという法律的判断を示したものにはほかならない。そこに特段の説明が附されてこなかったら、それは同じことである。そして、このことは、第一審ばかりでなく、控訴審・上告審において原判決を破棄したりえ自ら判決をした場合でも全く異ならない。ただ、これらの場合、その法条適用の当否が特に問題とされていないと、裁判官に問題意識がないため、熟慮を欠くことになりかねない。しかし、だからといってそれは弁解にならないうこと、その法律的判断につき責任を免れるわけにはいかないのである。だから、がちうだ形での判断も、やはり一つの判例だと考えられる（ただし、一五二六頁参照）。

## 一回だけの判断でも判例である

次に、一個の裁判で一回だけ示された法律的判断でもそれ自体判例であることを命のためつけ加えておきたい。それは、結局は、判例がなぜ先例としての力（いわゆる拘束力）を持つのかという問題の帰結としていえることだ。それについては次の第一の説明（特に1111頁）を読んでいただきたいと思うが、このことは、少なくとも概論としては判例法の国といわれる英米でも認められていることがある（田中・英米法総論四七五頁参照）。また、わが最高裁判所の見解も同様であることは、一回だけの判断でも、これを刑事訴訟法四〇五条にいう判例として取り扱い、その判断を変更するのに大法廷による判例変更の手続をとっていることからみて、明らかである。

### 真の「判例」と傍論

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

なのだというリリだけを頭に入れておいていただきたい。

### 本書で対象とする判例

さて、以上で厳密な意味での——同時に法令上の用語としての——判例の定義をひととおり述べたが、それは、その定義に合致する限り、どの裁判所のものであっても差し支えない。そのことは、前述の刑事訴訟法四〇五条三号に「高等裁判所の判例」という言葉があることから分かることである。しかし、同じ判例でも、先例としての力、実務を支配する力には違いがあり、そういう強じい力を持つてるのは最高裁判所（戦前では大審院）の判例だけであって、それ以外の裁判所の判例にはそういう力はない、専なる参考資料としての意味を持つにすぎないことは、次の第一で説明するとおりである（1111頁以下参照）。といつて、われわれが本書で判例をテーマとしてこれを考察するのは、その実務を支配する機能に着眼するからである。そうだとすると、その考察の対象は必ずしも最高裁判所の判例に限られるものになる。したがって、以下本書で判例といふときは、最高裁判所のそれだけを意味していることを断りしておく。

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

30

### 「判例」は裁判理由の中にある——判決(決定)要旨は「判例」ではない

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

ところが、判例集を見ると、そこに登載されたそれぞれの判決・決定の冒頭に、「判決(決定)要旨」というものがシンシック活字で印刷されているから、慣れなじ人は、それを直ちに「判例」だと思ふかもしれない。しかし、それは、その判決・決定がなされたあとでその裁判をした大法廷・小法廷ではない第三者(判例委員会)の作成したもので、判決・決定の一部をなすものではない。もちろん、作成者としては、その裁判の「判例」だと自ら考えたものを要旨として書いたわけで、それはたしかにわれわれが「判例」を発見するのに参考になり、もし手がかりにはなる。少なくとも索引的価値があることは十分に認めなければならない。しかし、なにが「判例」かはあとで述べるように大いに問題があるところで、作成者が判例だと思つたことこそが真の判例だといふことは別である。現に、要旨の中には、どうみても傍論としか見えないものを擱けたやうのやあるし(一例を挙げれば、最(1-1)昭和五七年七月一九日民集三一六巻六号一二一九頁の要旨、最(大)判昭和五一年五月四日刑集三一巻三号一八二一頁の要旨三一九頁)、細々過去の例ではあるが、裁判理由いへん遷へた要旨が示せばだりとするしないではない(最(三小)判昭和一三年四月一三日刑集一巻四号三四一頁の要旨参照)。判決・決定要旨として書かれ

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

### 「判例」とは論点についての判断である

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

この法律上の論点は、当事者の上告理由によって一個ないし数個提示されるのが普通であるが、時としては裁判所自ら権限でこれを採り上げることもある(最高裁判所が刑事案件において破棄自判する場合にかかる法条を適用するかという問題(七頁参照)は、明示的に論点として採り上げられていないので、いわば暗示的な一つの論点とみるとよい)。

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

31

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

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

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

### 主論点と附隨論点

右に述べた論点は、第一審裁判所や民事の控訴審裁判所では直ちにそれだけを判断すれば足りるが、事後審査の審級である上告審と刑事の控訴審では、これにからむに11つの論点が附隨していることに注意しておくる必要がある。以下、かりに、中心となる本来の論点を主論点、附隨する論点を附隨論点と呼ぶことにしよう。

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

ところで、最高裁判所の場合、民事事件につき上告裁判所たる高等裁判所から事件の移送を受けたとき（民訴法四〇六条ノ一、民訴規則五八条）と、刑事案件につき上告受理（刑訴法四〇六条）がなされたときには、そのことによってすでに論点性が明らかになつてゐるから、この第一の附隨論点は生じない。しかし、通常の上告事件では、当事者の主張が法の定める上告理由にあたらなければ主論点になりえないので、どうしてもこの附隨論点が問題となる。そして、民事の通常上告事件では法律上の問題はすべて主論点の資格を持つから（民訴法三九四条参照）問題は比較的少ないと思われるが、特別上

## 著者紹介

佐藤幸治 (さとう こうじ)

1937年 新潟県に生まれる。  
1961年 京都大学法学部卒業  
現在 在京都大学法学部教授

主著 「表現の自由」「集会・結社の自由」「通信の秘密」  
(芦部編・憲法II人権(1)「有斐閣」、1978)  
憲法(現代法律学講座5)「青林書院」、1981)  
注承日本国憲法上巻(共著)「青林書院」、1984)  
憲法訴訟と司法権(日本評論社、1984)  
憲法I 総論・統治機構(編著)「成文堂」、1986)  
他

## 章項索引

### ア 行

- アイゼンバーグ ..... 97  
アクセス権 ..... 457, 458, 459, 471  
「懲戒の采え」事件 ..... 466, 470  
朝日訴訟 ..... 216  
新しい人権 ..... 476  
アドヴァザリ・システム(アロセス) ..... 80, 81  
アピール判決 ..... 263  
違憲確認訴訟(立法不作為の) ..... 260  
違憲確認判断 ..... 263, 289  
違憲審査最高裁判所集中 ..... 234, 240, 249  
違憲審査制 ..... 209, 538, 541  
——の「近代型」 ..... 345  
——の「現代型」 ..... 345  
違憲判決
- の効力と憲法判例の拘束力 ..... 386  
——の効力としての強い效力 ..... 340  
——の効力としての弱い效力 ..... 340  
——の過及効 ..... 306  
石井記者証言拒否事件 ..... 465  
意思説 ..... 488  
「一応の権利」 ..... 487, 504  
市村光恵 ..... 226  
一般的効力説 ..... 302, 387  
——の論拠 ..... 309  
一般過及的 ..... 304  
当事者過及的 ..... 304  
一般的審査 ..... 219  
一般的の法秩序 ..... 173  
伊藤博文 ..... 225  
京都市支店(606)左京区田中門前町44  
印刷・株式会社 製本・和田製本工業  
© 1988 佐藤幸治 Printed in Japan  
落丁: 亂丁本はお取扱いいたします。
- 振替口座東京6-370番  
京都市支店(606)左京区田中門前町44  
接觸訴訟 ..... 215, 251, 262, 286, 371, 424  
基礎規範 ..... 110  
匡正的 ..... 116
- 構造的 ..... 90, 111, 116  
予防的 ..... 60  
ウェクスター ..... 226  
上杉真吉 ..... 495  
ウェルマン ..... 225  
「裏のあと」事件 ..... 115  
エクイティ ..... 467, 468  
閲覧の自由 ..... 265  
「エロス+虐殺」上映事件 ..... 265  
オイノミックス(economics) ..... 50  
応答的法 ..... 163, 165  
大阪国際空港訴訟 ..... 135, 141  
大西芳雄 ..... 124  
公の賃償請求権 ..... 281  
オスティン ..... 163  
オビター・ディクタ(Obiter dicta) ..... 352  
オブラー ..... 234, 239, 241
- 力 行
- 開示制限命令 ..... 415  
解釈共同体 ..... 63, 103  
解釈主義的モデル ..... 93  
回復的権利 ..... 269, 271, 514  
外務省スパイ事件 ..... 401  
カードゾー ..... 325, 359  
兼子一 ..... 34, 246  
カベレッティ ..... 334  
環境訴訟 ..... 134  
勅告的意見 ..... 78, 250, 254  
官僚制国家主義 ..... 450  
議員定数不均衡選挙訴訟 ..... 112, 119, 141  
一般的法秩序 ..... 215, 251, 262, 286, 371, 424  
接觸訴訟 ..... 214  
基礎規範 ..... 169  
規則制定権 ..... 275

43

### 現代国家と司法権

昭和63年3月10日 初版第1刷発行 定価4,500円

著者 佐藤幸治  
発行者 江草忠敬  
株式会社 有斐閣  
電話 (03) 264-3134(編集)  
265-6811(営業)  
振替口座東京6-370番  
京都市支店(606)左京区田中門前町44

印刷・株式会社 製本・和田製本工業  
© 1988 佐藤幸治 Printed in Japan  
落丁: 亂丁本はお取扱いいたします。

ISBN 4-641-03096-0

ハ二〇号（昭和六〇年）四三五は「法の前の平等をうたはずが、何人も、一人は一人、やがて上じゆめそれが下ぢやない、からう」とが基盤になければならぬとして、「選挙における投票権の平等について考える際も、出発点は、（人口を基にするにせよ有権者数を基にするにせよ）『一人一票』でなければならぬのではないか。その上で、他の考慮で『一人一票』の厳格な適用をどうするかで議めることができるか」という、いわば『議論の方法』的考察をなすべきである」とする。なお、同部照載「一票の格差と法の下の平等」シリスト八三〇号（昭和六〇年）五四五は、「本文の格差は立法者により定数配分規定の合憲性を疑わせる注意信号であり、これにより国会は分配規定の是正を準備・実行すべき時期に入り、一・五倍に達すれば、「国会において通常考査しうる諸般の要素をしゃしゃくしてもなお、一概的に合理性を有するものとはさうして考えられなければならない程度にしておき」にあたり、その違憲性が司法的にも確認をうる状態になり、この時点からいわゆる「合理的期間」がはじまり、この期間が満了し、現実に違憲宣告がなされる頃には格差が三倍前後になっていることもある」とする。なお、五八年一月判決については、野中・前田注(2)、江見・前田注(2)、中村謙男「衆議院議員定数訴訟上告審判決」シリスト臨時増刊・昭和五八年度重要判例解説、都築弘「衆議院定数訴訟最高裁判決」法律のひろば三七巻1号（昭和五九年）、高橋和之「定数不均衡訴訟に関する判例理論の現状と問題点」月刊法学教室四二号（昭和五九年）等参照。

## (2) 司法的教説の諸方法

今後の展開を考える場合、端的にいえば、「事情判決」の手法を繰り返すのが、「より積極的な何らかの措置」をとることになるのか、といつりになる。五八年一月判決において、田嶋、中村、横井、谷口、木戸口、安岡の大裁判官は、定数配分規定が違憲の瑕疵を帯びるとされたが、いずれも五一年判決と同様「事情判決」の手法によるべきであるとする点で一致している。そのなかで、格差一対一を超えるものは一切許されないと、最も明確で厳しい立場をとる横井反対意見は、「この種の事件につき……分配規定を全体として違憲とする場合、常にいわゆる事情判決の法理に従つた処理をせざるをえない」（傍点は筆者）としている。その背景には、違憲審査制に関して、アメリカ合衆国方式と大陸法系方式があるといふ、「我が国は、もしも沿革的にみても基本的には大

陸法系に属するのであるが、日本国憲法は、右のアメリカ合衆国の方を取り入れて司法裁判所に違憲立審査権を与えることとした」という基本的認識がある。英米法系の裁判所を通ずる一つの特徴として、具体的事案に応じて内容的にも形式的にも出動自由に裁判をする権が開かれている。また、大陸法系の国においては通常その違憲立審査機關の権限の行使に際し種々の具体的定めがされているのに反し、「我が國の場合、違憲立審査権の行使の方法、これを行使して法律を違憲とした場合の法的結果、その後始末等について憲法上ならぬ規定もないのであるから、これら実定法の規定の存しない分野における裁判所の行動にはおのずから限界があり、できる限り既存の東洋法の解釈に工夫を加えることによって対応するばかりなのである」という。つまり、「一で示唆したりして、わが国の違憲審査制が英米法系と大陸法系という「一大潮流」の間にあって教説の問題をかかえていよいよ、の率直な認識の表明といつりとができる。かかる認識に立てて、わが国の裁判所は、合衆国のように、裁判所が自ら定数配分を定めたり、違憲と判断する定数配分規定による選挙の施行を差止めたりすることはせず、結局、「人口の較差の最大値が一対一を超えることは許されないことを判決において明らかにして、国会と国民の質問な対応を求めるだけで、憲法が司法に課した任務は十分果たされたものと信ずる」という結論が導かれる。

右の主張はそれはそれとして十分慎重に値するといつりであり、筆者自身從来ややそれに近い線で考めたといふないわけではなかった。それといつても、権利と教説の問題とをひいて切り離し、権利の問題はそれ自体として厳格に判断し、教説の問題については、少なくとも本件については事柄が事柄だけに、取り敢えずは政治部門に対しがんを示す、その自明的な是正行為をもつといつりとにはそれなりの憲法規定上（四三条1項・四七条）および憲法哲学上の根柢があると考えだからである（右にみだせり、「憲法序文」を繰り返すといつりに極めた横井反対意見

が、最も厳しく「裁判所の権限をいか由からりいに機械的取扱を實れる」。しかし、組織は「権力分立構造の下」権力相互間の相談であるべきではないので、裁判所の政治部門に対する一方方向での相談で終了ではなくなければならないはずのものである。そしてこれまでの政治部門の歴史をみる限り、裁判所の相談に対して応えてもらひはしない難い。そして本稿で種々の角度からみててもだいたい、司法作用において「権利の判定・宣言が「本来」である限り裁判による「裏づけ」を止められないべきものであるはずである（その趣旨で、田中英夫教授が「同趣旨の二つの基本原理は、裁判所は、紛争の解決に直接、間接に資する場合でなければ、訴訟を止めるべきでない」といっている）。損害賠償これが禁止命令といつたが、司法的救済手段の選択が予定されてしまう場合には、「特段の事情がない限り事件をいつあけない」というのが、（その法技術的内容は皆と所とによって異なるが）『権限の範囲』を要素とするとの基本構成なのではなかろうか」とされるように其意を覚える。だが、「特段の事情」がどのような場合を指してのことは必ずしも明らかではないけれども、憲法訴訟の場においては、裁判所はこの特段に該当するべきかどうかは、一概にいじめられたりせんから問題が生ずる。そして、五一年判決がこのような事態の展開を規定していただのかについては推測の域を出ないけれども、「より積極的な何らかの措置」を中心と可聴性を含む規定するものではなしあり得ないからである。また、「事態判決」の手法は、その性質上、再三再四用ひたいには抵抗感があるりとは否めない。もしも、五一年判決は、五〇年改正法前の部分規定に歸するので、今後「事態判決」の手法を用ひやしないで、再度該手法を用ひるものではないうへ思方もあり得ない。しかし、そういう見方はやはり形式論じするのではなく、かうらへ取扱はしてならない（鷹井反対意見も、その点に觸れ、「私は、そういう形式論じにて述べさせて貰おう」と述べてある）。

以上の二つについても、政治部門が是正措置を講じないがかり事態が推移した場合、裁判所としてせば、「より積極的な何らかの措置」をとらなければならぬ立場に立たざるといふことになるのではないか、どうりとなる。

それでは、その二つが「措置」についての二つあるのが考えられる。思ひへりがれにしませば、①総括が提起された選挙区の選挙を無効とする方法、②選挙全体を無効とする方法、③選挙を差し止める方法、④裁判所自ら定数表を作成する方法、等が一応考えられる。④の方法の可聴性については、例えは中村反対意見によつて明確に示唆されてゐるが、上述の二つは、五一年判決における岸反対意見の二つに解すれば別であるけれども、然らるる限り、当該選挙区の議員がしなくなり、under-representation が（一議席にかけ）no representation へ至る状態になつてしまつて、不都合が生ずる。その意味で、訴訟を提起した狙いが満足されないかも知れないが、その他の異常事態の発生が立法改正を間接的に強制する要機会をもつたりして考えられ、実質的には訴訟の狙いが達せられる可能性もあるかも知れない。一概に無効張へばされながらかも知れない。②の方法については、公職選挙法110条の訴訟についてその二つの方法が可能かの疑問が残るところであり、少なくとも従来の裁判所の理解ではその二つの差額はとられていないから無効であるけれども、既に基本的権利の侵害行為に對して是正・救済をはかるために該訴訟を相当程度換骨奪胎していよいよに變る。しかも、定数分配規定は不可分一体であつて全体として違憲であるとの五一年判決の前提に立てば、考えられる二つの候補であるからしてない（実際、五一年判決なりの二つの文脈で理解できる余地もなくないわけではなく、二つに照れられる）。その場合、将来に向つての選挙無効もしくはいかなる形で考えられるべきものと照れられるが、その無効の時限をいつにおくか、そもそも裁判所はその二つの候補を自由に設定しうるかの問題が生ずるといふことだろう。仮に設定しつらひして、その時点の到来とともに議員が存在しないといつてになり、結果、總選挙が行われなければならぬことになる。その場合、国会が定数規定を改正していかねばならぬが、然しかるべき、しかる定数分配に従つて選挙が行われるのかどうか問題が生ずる。その場合は、參議院の聯衆集会により暫定的な法改正を行つてそれにより總選挙を施行するという

方法<sup>(4)</sup>あるいは、そのような場合に備えて、裁判所自らが定数配分を予め決めておくという④の方法を併用する。このことは理論的には考えられよう。裁判所が④の方法を併用するという場合、いわゆる「一人一票」原則をとるものでないだけに、いかなる具体的な基準によって定数配分を行うかという困難な問題が生ずるが、この点、「一人一票」原則を前提とするものとはいい、田中教授の提言は示唆に富む。<sup>(5)</sup>④の方法は、公職選挙法110条による訴訟とは別の然るべき訴訟で行われるということもありうるかも知れないが、それがどのようなものでいかにして可能かは現在の筆者には的確な判断はできない。いずれにしても、④の方法は、憲法四三一条一項や四七条に照らし、いかにもグラマティックな印象をもたらすかもしれない（因みに、田中教授の提言は、議員数等は現行通りとするという前提に立つ）。②の方法や④の方法にこののような複雑かつ困難な問題があるとするならば、裁判所としては、公職選挙法110条の訴訟で、選挙は無効とはしないが、定数配分規定は将来に向けて全体として違憲無効であると言宣言し、配分規定を改正しないままに選挙が行われようとした場合、選挙差止めの請求があればそれに応えて③の方法を用いるという覚悟を決め、その宣言を明らかの形で明らかにするといふこともあらうかも知れない。その場合、国会として法改正のできない事情にあれば、結局、参議院の緊急集会において暫定的な法改正を行ふそれにより総選挙を施行することになりしならざるをえない。

以上述べたのは、いかにも異端な事態といわなければならぬであろう。しかし、それは、政治部門が裁判所の裁断に対して応えずに自ら招いた結果であり、高田事件判決（最高判昭和四七年十一月二〇日刑集二六卷一〇号六三一頁）の言葉を用いるならば、裁判所をして「非常救済手段」に訴えざるをえない立場に追い込んだためである。いずれにせよ、議員定数不均衡是正問題は、基本的人権の保障との關係における救済の問題をグラマティックに提示するところがだ。この定数是正問題が最終的にどのような決着をみせるにせよ、一で述べたところを

三度繰り返すなら、大陸法系と英米法系という「一大潮流」の間にあって取り残された纏のある救済の問題について、今後より自覚的に取り組みその間をうめる方向での動きの契機となるならば、それはそれとして評価すべきことではなかじ善である。

(4) 田中・前出注(3)四一頁。

(5) 田中・前出注(3)四七～四八頁參照。

#### 〔付記〕

本論文は、「基本的人権の保障と救済(1)」も題して、月刊法律教育五五号、五六号（昭和六〇年）に掲載したものだ、ほぼそのままにいじり取られたものである。

なお、最高判昭和五八年四月二七日（民集三七卷二二号二四五頁）は、昭和五一年の参議院議員選挙の際の最大格差一対五・二六の不均衡を、最高判昭和六一年三月二七日（判タ六〇四号八二三頁）は、昭和五五年の参議院議員選挙の際の最大格差一対五・三七の不均衡を、遺憾ではないとしたが、参議院の場合については、なおかつての「極端な不平等」纏が生じて居る感がする。筆者は、「参議院の場合には、全国選出議員（現在は比例代表選出議員）がある以上、地方選出議員（現在は選舉区選出議員）は都道府県代表機能をもつものとして平等権の問題ではないと考え、他方、衆議院の場合には最大許容格差一対11程度で考えるべきではないかと考えている。この点、判例の立場は、参議院の場合も衆議院の場合も平等権の問題と考えつつ、結局、いずれも中道半端な結果に終つて居るようと思えてならない。

## 〔付記〕

この概論は、昭和六一年八月に執筆したものである。

## VI 憲法判例の法理

## 一 判例の意義と憲法判例の特殊性

## (1) 「判例」の意義と機能

「判例」なる語義は、わが国における代表的定義によれば、「本来は、裁判の先例をいい、判決として繰り返されたものをさす」とされるが、かく断定してどうか疑問なほど曖昧ないし多義的で、漠然とあるいは意識的に「判決例」・「裁判例」・「裁判の実例」の意味に用いられたり、単なる「判決」の別名として使用され、あるいは自觉的に「裁判上の先例」の意味で用いられる。判決の先例的拘束性の意味において判例を理解する場合でも、これらを事実上のものとみるか法的なものとみるかに分れ、さらに後者においても同趣旨の判決が繰り返されやうじろに根拠を求めるもの(反覆論)<sup>(1)</sup>と一回の判決にも先例性を認めるもの(一回記)<sup>(2)</sup>とがある。

「判例」なる用語の理解をめぐるかかる混沌は、基本的には、わが国が継承し・理解したヨーロッパの法制度と思想の基礎<sup>(3)</sup>の上に英米法思想を導入しあつとした部分的試みに由来するが、疑いもなくアメリカ法思想の強い影響を受けて成立した日本国憲法に至っても事情は必ずしも異なる、「判例」は「判決例」・「裁判例」とは明確に区別されずに使用される場合が少なくてなく、先例的拘束性を問題とする場合でも、事実上の拘束性説ないしセイ

せい反覆説（慣習法説）が支配的である。だしあくは依然としてそうであるといふべきであつて、けれども、事業上あるときは法上の拘束性が存するという場合の「拘束性」の意味が問題であるといふべきのみならず、そもそも制定法主義が論理必然的に先例拘束主義（doctrine of stare decisis）を排除するに至るか、換言すれば、先例拘束主義は英米法固有の特殊現象としてかたづけてよいが、がそれ自体問題である。

この点、今日整備した成文法をもつアメリカの州において判例の法源性が当然想定されていることが指摘されなければならないが（アメリカを判例法国とするのは間違いたゞや枉體せりのいふに認定するが、ただ大陸法の觀念的な法体系化と異なり判例法の成文法的整序という事項は無視できないであろう）、何よりも先例拘束主義が「法の支配」と不可分の關係にあることが留意されるべきである。

先例拘束主義はプラクトンや年書（Year Books）にその形跡が認められるといわれ、あるいはその本質は既にローマ法に見出されるといわれれるが、イギリスにおいてこの原則が確立された事情として裁判官・弁護士による裁判・法に関する情報独立および法はこれら特別の聖職者の手中にある神聖な秘蹟であるとの信念の存在というイギリスの特殊性をねらに考えられたとしても、先例性の近代的理論が一八世紀末までに確立され、一九世紀後半においてその最も厳格な形において結果し<sup>(5)</sup>、アメリカもその頃イギリスのそれに接近した背景には、資本主義社会の要請たる取引の安全の確保（予見可能性）の強い要請の影響を当然推定しうるといひ（我が國において先例としての判例が自覚的に謳じられるようになつたのが資本主義の発達が一定の段階に達した第一次大戦直後であることは示唆深く）、今世紀に至つてアメリカにおける「法の社会化」現象（ベクハム）に伴ひイギリスの法曹からみればこの原則に対する「革命的」といえるような態度変化が生じたとは云々（因みに、イギリスも「一九六六年」つうに貴族院は先例の拘束力を緩和する方針を明らかにするに至つてゐる）、この原則そのものは依然として基本的なものとして維持・遵

守られているのは、個人の自由・権利の平等かつ確實な保護という思想を基底にかつ裁判の法創造性の認識を媒介とする裁判のロールの必要性が自覚されているからである。あるいは、論者のいつたり、「従々一般的にいつて、大陸法は安定性を立法部に、進歩を司法部に託したものにして、アングロ＝アメリカ法は安定性を司法部に、進歩を立法部に託した」とは云々とも、先例拘束主義の機能としてあげられる安定性と予見可能性、信頼性、平等性と処遇の統一性、司法的な便宜と効率性、経験の活用、裁判官の恣意性に対する抑制、といった要素は、おもそすべての立憲民主主義国の法体系に採用しが観察されるものであつても、かかる要素が判決の正確性を支える十分条件とは問題で——例をば「法的安定性と予見可能性」として、然正しく繰り返されるが、結果の性質は不同のまゝである——実質的正義と功利性の間になければならないが、このあたりでは後述する。

日本国憲法の解釈論のレヴァルに即して云ふは、何よりも憲法第一四条の法の下の平等原則（その法適用上の平等の側面）の要請すらといふべきが（いわゆる平等は過去と現在との平等、つまり歴史における平等であるが、空間における平等との関連で生ずる判例収集については後述する）、憲法三二一一条の裁判を受ける権利（いわゆる裁判は当然に公正な裁判が構成されてゐることをさへやうやくである）および憲法が当然前提とする（憲法三二一条がそれに認する規定がどうかはこゝでは問わない）罪刑法定主義の大原則からも同様の要請が帰結されるといつてもである（ローソンの著述を基調とする英米両国が罪刑法定主義の母國と称せらるゆえんは規範の安定性にあり、法典主義的罪刑法定主義をさる我が國にも「ても成文法を解釈する判決に先例性・法源性を認める」とは罪刑法定主義に合致にそむくそれに反するといつてはやむをえない）。判例収集は大法廷で行わなければならぬこと（裁判所法第一〇条二二号）、最高裁判所の判例遵賛を上告理由とする（民事訴訟法三九四条、民事訴訟規則四八条、刑事訴訟法四〇五条）等の現行法制はかかる文脈で捉えらるべきであつて（これがもつて一般に基業上の拘束力の存在が認められるが、拘束性が規範性を意味するときは基業上のところがちくわからぬ）。なお、憲法七六条三項

を根拠に判例の拘束性を否定する見解もあるが、そこには「法律」とはおもそ所与の客観的法規範とみるのが通説で、判例をも含むに妨げとならない。

352

先例性をもつ判決は原則として最高裁判所のそれに限られ（反対を要したりとは当然のことから明らかである）、かつ、判決中の ratio decidendi に限定される。ratio decidendi の性質・範囲については諸説があり、大雑把に分けて事実説と法理説がある。前者は「ratio decidendi をもって、裁判官が実質的なものとして扱う事実やその事実に基づく決定として捉える」。その根拠は「裁判所の意見のなかには法の準則が述べられていないこともありうる」と、裁判官の定式化する法の準則は必ずしも既すきたりするに至ることである。しかし「それに対しては、裁判官はかかる特定事実を実質的としているかを必ずしも常に明確に告げてゐるわけではない」と、最初の裁判官に事実の実質性の評価の絶対権を付与するに至るのは非の点で批判がありえ、少なくともアメリカの裁判所においては後者の法理説、ながらも obiter dicta への辯論に立て、裁判所が法準則を述べる意見のうちその適用が事件の真の争点の決定に必要な部分と捉える見解が支配的であり、本稿でもこの見解に従つたことを前提とする。もちろん実際問題として後の裁判所の価値・政策観の相違に応じて ratio decidendi が広狭様々に受け止められ、あるいは obiter dicta が後の判決に取り入れられる可能性のあることは否定できないが、先例性を ratio decidendi に限定するのは、第一に、司法が抽象的規範の定立ではなく事件の処理を本来的課題とするものであるといふ、第二に、事件の真の争点に即した法準則が最も信頼に足るものであるといふ、第三に、かくするにしても、のみ上述の裁判のルールが可能となることからして然り。然らば、裁判所は立法者の立場で判決理由を書かなければならぬことになり（しかし裁判所は立法者と連れて體育委員会を作りして幅広く意見を聴取・審議し、文言を吟味するなどの作業をすることはしない）、その厄介さを回避

しならなければならぬ難な抽象的かつ簡単な理由だけで事件を処理することにならざるをえない。このいふことは、別の視点からいえば、先例の規範的位置に関する準制定法的効力しか認めるべきでないとの根拠にもなる。

右の二点を踏まえて、判例は詰問せそのものではなから立法者でなければ尊重できなんとうるものではなく、裁判所は十分の理由のある場合には判例を尊重できると解すべきである。イギリスは最近まで先例の絶対的拘束性論によつてきたが、ホールズワースによれば、イギリスに受け入れられた先例の理論は三つの留保・条件（発極的にはケースは造を作るではなく「造が何であるかについての最善の証拠にすぎない」というローク・ラッシュストーン等の説く法言説に依拠する）すなわち、①先例性は事件の決定に必要な原理に限ることとする先の条件のほか、②先例が「明らかに不合理・不都合」の場合には従つ必要はない、③同等の裁判所が矛盾した判決を下した場合には選択権をもつという留保付きである。この留保はアメリカにおいて①先の ratio decidendi 論、②間違った判例は匡正されるべきもあり、③考慮する先例は選択を許すところが、上述の「法の社会化」に伴う「革命的柔軟化を生起せしめ」合衆国最高裁判所は先例に従うか否かは「全く裁判所の裁量に属する」（Hertz v. Woodman, 218 U. S. 205, 212 [1910]）と断するに至っている。元来ラッシュストーン流の先例証拠説の強いアメリカでは、判決は他の証拠と同様の文脈で受けとめられ、判決における強い反対意見の存否、長期にわたつて維持されてきたものが最近のものが、单一のものが一連の諸判決の一つが、判決を書いた裁判官の能カ力評価等によって左右され、加えて立法部は常に聞かれてゐるわけではなく、まだ正しい法原理の確立にとって立法部よりも優れてゐるといつて裁判所の自負心、後述の遷憲判決の存在等の事情が先例拘束主義の柔軟化に寄与したことわかる。ただ、このことは法分野の相違を無視して一律には論じせず、また、実際的経験と正義（空間的平等）の概念に照らし先例に従うか否かは裁判所の裁量に属するとはいっても法的安定性の犠牲の上に成り立つ

以上、基本的には、裁判所として、「前の判決が間違つてなされたかつ正義の諸目的からその変更が要求される」といふは合理的疑いを越えて」(傍聴著者)納得できる場合に限ると解すべきであろう(後述参照)。

- (一) 新版法律辞典(新版)(昭和四四年) 100頁。

(2) 例えば、精識次郎「東洋新法規」卷第五八号(明治三七年) 111頁に「從來裁判例「於テく……」なる表現があるが、その説法からみて評論家も「て邊に裁判の実例の範に解してからと照ねやく使ひ方を以てしら」(三崎試判「辯護争」の現代的問題)⑥) 著者ヤマナカ五五五号(昭和四四年) 四〇頁参照)。起訴・癒應量刑・邊理學大變(坂根轉作)大正六年) 141頁～144頁に「新法「く」定「而後議院」に「起訴」形式アリテ議院拘り付成ヤクレル皆ニ於テ實體法「其」根本「立論法」ノ異ニシ「實口證評定」立派也將ニ因リテ發生スルヤヘト云々キナリ」と述べ、早川試判「罪決と死刑」井上茂安監査官署。濱脇法律事務所(青林轉作)昭和四年) 111頁～119頁によれば、「その調査結果據るとして「回覆までやむ」共の眞髓を眼にし、罪例の邊縁性を否定する考への正確的な時代に注目せられたが、れども「回覆を明言する未滿歳大師「解説法學」における邊縁性にひいて」若松裕金五〇周年記念文藝集11編(昭和八年) 三九九～四〇一頁は異母である。

(3) 先の擬制の指摘の如斯には、ヤギニスはおらず争ひやべり入。ヨーロッパの議論も順調にやがて、米洲にひいては極めて甚だら。

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

(5) 三崎・福田組(乙)の鑑文(イ)ヤマナカ五五五号(昭和四年) 11～111頁。

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

(7) 従来の罪状書つゝの罪状説を採用しておるところとしての罪状説の為歐洲の法學者に立つては、日本法學研究會が東大法學部研究室にいたるだけ大正10年(1921)の「大韓族が從来の「罪状書」に代て「罪状案」を立てたものと見られる(四二)といひやう「罪例」理解の問題がひいて、三崎・福田組(乙)の鑑文(イ)ヤマナカ五五五号(昭和四年) 五〇～五十一頁参照)。

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

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

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

(二) Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision* (1961) はこの点を強調するが、これは裁判の本質的な特徴である。

(1) 小暮得趣「那暮御原の腰錆鉄丸」北大法師編纂「甲子四亭」(昭和四〇年)六五四~五七頁参照。なお、吉大「烟燭行」巻之二の歌詞に「那暮御原の腰錆鉄丸」(昭和五〇年)四九~五〇頁参照。

(2) 田上鑑治・廣井頼次(有信堂)昭和二年)二二八頁。

<sup>(52)</sup> See Arthur L. Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, 40 YALE L. J. 161 (1930).

(2) See Article II, Goodman, *Domestic Violence*, 16 I. O. REV. 376 (1990).

<sup>12</sup> Bodenheimer, *supra* note 9, at 435-36.

「權充法濶」と呼ぶ。

(16) Sprecher, *supra* note 8, at 502-503.  
 (17) ハーバードの「stare decisis」は眞理が眞理を教える（巡査が巡査）こと、即ち眞理が眞理を教えることを示す。

どうかは全く裁判所の裁量に属するとしている (Burnett v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U. S. 393, 406 (1932)).

(22) Robert von Moschzisker, *Stare Decisis* (1929) (Catlett, *supra* note 4, at 164) (footnote omitted).

## (2) 憲法判例の意味と特殊性

アメリカと同様憲法判例を生起せしめる独自の訴訟類型のないわが国においては、憲法判例は、民事・刑事・行政の各具体的事件の解決に必要な限りにおいて積極または消極になされる憲法判断にかかる判例として成立する。この複合訴訟要件を含めて解すれば、警察干渉隊による訴訟判決（最大判昭和二十七年一〇月八日民集六巻九号七八三頁）も憲法判例ということになり、実際重要な憲法判例として言及されてもいるところである。実体判断として

## 判例の法源性

向井久了

### I 問題の所在

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

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

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

### II 先例拘束性の原理

#### 1 判例の意義

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

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

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

#### 2 法源の意義

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

#### 3 判例の法源性（判例は法か）

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

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

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

ンタティヴな法として理解されている。

#### 4 判例の拘束力

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

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

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

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

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

(高橋一修・後掲159~160頁参照)。

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

#### III 判例の変更

先例法理をとるアメリカにあっても最高裁判所の判例変更是当然視されている。

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

#### IV 憲法判例の変更

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

#### 〈参考文献〉

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

(むかい・ながのり=帝京大学教授)

平成二〇年一二月一五日発行  
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

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

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



無料トライアル受付中!!

無料トライアルをご希望の方は、  
弊社HPよりお申込み下さい。

<http://www.hanreihisho.com>

■開発・提供 株式会社 LIC

〒107-0062 東京都港区南青山2-6-18 渡辺ビル7F TEL 03-3401-5181 FAX 03-5412-0595

禁複写

編集人 高橋均  
草薙貞治  
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

東井・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

林広子さん、高橋道子さんに心からおれを申し上げる。なお、本書の編集にあたったのは、声部信喜、奥平康弘、鶴井康郎、杉原泰雄および清水睦の五人である

一九八五年一二月

編集代表

声 部 信 喜  
清 水 睦

日本国憲法の理論	昭和 61 年 1 月 10 日 初版第 1 刷発行	定価 13,000 円
編集代表	芦 清 江	喜 瞳 敬
著 行 者	水 部 信 忠	草 忠
発 行 所	株 式 有 限	会 社
	電話東京 264-3111 (大代表)	電話東京 6-3707番
	振替口座 東京区田中門前町 44	振替口座 東京区田中門前町 44
京都支店	(606) 左京区田中門前町 44	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・株式会社日本印刷株式会社	
© 1986. 声部信喜・清水睦 Printed in Japan		
落丁・乱丁本はお取り寄せいたします。		
ISBN 4-641-03049-9		



樋 口 陽 一

判例の拘束力・考

—特に憲法の場合—

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

## 一 はじめに

法学の研究と教育にとって、判例が素材としておもて意昧がますます大きくなつてゐることについては、今さらいぢまでもない。憲法学についても、日本国憲法のむすび連憲審査の実例がつみ重ねられてくるなかで、判例を素材とした憲法訴論が、ますます大きな比重を占めるようになつてきてゐる。そしてそれは、日本についてだけのことではない。司法権に対する信頼を基本におく社会で、それに対する不信ないし確保の意識のつよい社会それぞれの典型として、アメリカ合衆国（司法オフィス）やフランス（司法ペシックス）をあげることができるだろうが、前者については、ウォーレン・ロー（一九五三～六九年）からベーガー・ロー（一九六九年～）への展開のなかで、それぞれの意味で重要な多くの素材が提供されているし、後者についても、近年大きな変化が見られる。ところは、司法権ではないとしても裁判的機關（憲法院）による連憲審査の運用が一九七〇年代以降活性化し、この國ではじめて「立法権をも拘束するものとして裁判所によつて適用される憲法」という概念を前提にした議論がおこなわれるようになつたからである。<sup>(1)</sup>これまで連憲審査に対して最も冷淡でありつづけてきた國でのそのような変化は、国際的なフォーラムでの憲法学の議論のありかたにも反映をみせ、特にヨーロッパで、この主題に関連するヨロキウムが数多く開かれるようになつてゐる。<sup>(2)</sup>一九世紀から二十世紀初頭にかけての古典的な近代憲法が議会中心主義によつてつらぬかれ（「議会の世紀」）、議会制の研究——両大戦間期にはその危機をめぐる論議——が憲法学の主要関心事だったとするば、憲法および憲法学の今日の状況は、「判例の世紀」をおこしてゐるといつてもよからざらである。

そういうなかにあって、しかし、わが国での「判例」のおひがわれ方をあらためて眺めてみるとともかくかの逆説的なありよう気にかかる。

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

法学の研究・教育について判例についての知識が不可欠のものとして求めらるべきは当然のところ——」判例というものが知識の対象とされてからやがて、いつしか法的思考の基準としての役割を果たすことになつてはならないであろうか。教育の場面についてもならば、立派はつねに大法全書を参照すればするものに対し、判例については——多かれ少なかれ——それ自体を知つておることが要求される。うつてみれば、立派はおぼえる没有必要はないが、判例はある程度おぼえておることが必要とされる。この点は、判例を主な材料とするいわゆるケース・スタディの教育がおこなわれているアメリカにくらべて、さわやかで活潑な授業を示してくるのではなうだらうか。ケース・スタディを含めて持ち込むをゆるす試験や、持ちかえり試験までが見られるアメリカに対して、大学で専門法律家養成の訓練までをおこなわない日本の場合は、かえつて、概括的な知識として判例を知つておるかどうかを聞いたために、「判例なき大法」のみ参考をゆるすという試験方が（私自身を含む）一般的だからである。くわえて、連邦と各州にわたる判例の多様性がみられるアメリカにくらべて、そのような事情のない日本の場合は、判例を考察対象にするよりは思考の基準とする傾向が、より生じやすくなつてしまふのではなうだらうか。

第一に、司法権とりわけ最高裁自身による「判例」のおつかい方の問題である。わが最高裁の司法行政当局は、多くの最高裁判等に見られるように、司法の自制と譲却を強調するのが常であるが、それにしても、おこない個別的事件についての決定である判決が「判例」として過大な役割をもつこに及し、疑念を表明するものではない。この点は、「司法パラツクスイ」の典型であったフランスで、個別的事件についての法的判断である判決が判例として一般的規範性をもつこくの強烈な影響が底流を流れ、裁判官の意識にもなる「一般概念」の階層から距離（ローベンジャーの如きは、「自由な人民は判例をもつてはならない」という問題）が強く意識され、さらには、憲法判例の存在そのことが「裁判官の憲法制定権」をもつめることになるのではないか、といういじめられたので对照的である。そのうえにまた、わが国では、下級審に対する最高裁判決の「判例」性が強調される一方で、先行判例の最高裁自身に対

する拘束性という問題意識自体が見られず、顯示の先例を重んじるがるものと含めて、先例との緊張關係を意識することなくその変更がおこなわれている。この点は、英米系の「判例」觀念が、自分自身に対する拘束——一九世紀中葉から一九六六年までのイギリスのような厳格な先例拘束性の原理を掲げるかどりかは別として——という問題を少なくともなんらかの形で意識させてきたので、对照的である。先例法理を最上級審自身が少なくともなんらかの形で意識してきた社会では、下級審が先例法理に敬意を払いつつもその範囲を限定することによって当該事件の適切妥当な判断を導き出す、というゆき方のうちから積極的意味が理解されやすいものに於し、自分自身はじわからこんな意味でも先例に拘束されない、という前提から出発するところでは、そのような理解は求めがたくなる、という相違がでてくるだらう。

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

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

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

(イ) さしあたって私の研究ノート「憲法学の『法律化』をめぐつて——第五共和制におけるフランス憲法学の新傾向——」  
国際学会雑誌九五巻三・四号（一九八二年）を見られた。

(2) Louis Favoreu の論文による《Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux》(Economica, 1982) は、一九八一年のエクスでのシンポジウムの論じ物であるが、その対象は独・英・西・仏にまたがっており、一九八三年八月ベオクラードでの第一回国際憲法学会、八四年六月ウラサウでの国際法律学会では、それぞれ、アメリカ、第三世界、社会主义国家を含めたかたちで、この制度が主題とされた。

(3) ケルセンの思考を機縫として、ハール機縫の視点から、「憲法審査権を裁判官にみどあることは、彼に憲法制定権をあたえることになる」という問題を提出したのであって、トロベールの論議がある。その点についての私のうちとめ方として、前出・国家学会雑誌九五巻三・四号の論稿「おもひ」「『罪例による憲法変遷』という考え方について——その論理的前提についての検討——」外尾=広中=樋口編『人権と司法——齊藤忠昭弁護士追憶——』(一九八四年、朝草書房)を参照。トロベールについては、なお、長谷部恭男「シシエル・トロベールの法解釈理論」学習院大学法学部研究年報20(一九八五年)のくねしい分析を異う。

## 二 下級審に対する「判例の拘束力」の性質

わが国で判例の「拘束力」が問題とされるとき、何よりも念頭におかれているのは、最高裁判所の判例が同種の事件の處理にあたって下級審の裁判所をどのような意味で拘束するのか、という点である。<sup>(4)</sup>そして、そのような間に

たる者として、普通には、判例は、「(それに) 反する裁判官としての権限は上級によって破棄されるであらう」が  
下級審の裁判官をしてこれに反する裁判官とするじを體認せしむ」からう意味で、「事業上の拘束力」をもつて、さう  
いう説明がおこなわれるのが常であつた。「法源」という用語や記憶がおこなわれる場合には、「一種の不文法源として  
の地位を有するじを誤りではない」、「制定法や慣習法に対する關係では第一次的な……法源性をもつねんべ  
だとかゆう」からうからうなし方となる。

そのような説明、ないしいう方が一般的ななかにあって、最近、佐藤幸治氏によって、注目すべき提言がおこなわれている。同氏は、「日本国憲法第七条一項にいう『司法権』は英米流のものであると一般に理解されてきたが、それでは英米流の司法権とは何かという点になると、少なくとも憲法解釈論との關係においては、必ずしも十分立ち入った考察がなされていないところがあるといったのではないか」、「日本国憲法にいう『司法権』について、これを英米流のものであるとしてつゝ、先例法理は別であるといきなりに考えることが果して妥当なものか否か」という疑問を提出し、「事実上の拘束力」という分明ならざる概念の下に「かえつて、判例の抽象的な理由づけがものをいつてきたところがなかつたか」を問いかねし、「日本国憲法上先例法理が妥当するに考えるべき」であり、「判例も『法源』をなすことがなかつたか」を問いかねし、「それだけにそれが恣意に流れないより抑止する課題に自覺的に取り組む必要がある」と主張するのである。その際、同氏は、「アメリカでは（そして一九六六年以降）キリスト教の判例の変革の可能性が前提とされているから、建前上大陸法系とこれだけ違うのか、先例法理が妥当するか否かというようなカテゴリーカルな発想は間違つていいのではないか、というような疑問もありうる」と指摘している。<sup>(19)</sup>

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

ところで、判例の拘束を「事実上」のものとして位置づける見解は、「下級審の裁判が判例の発展の因子」となり、「判例を動かして行く原動力」となることを強調し、「ここに第1義は生もの事実に直面し当事者の生もの要求を体しながら裁判をするのであるから、その裁判は現実に根を下ろしている。その裁判が往々判例の線から外れずでないよりも、それだけの理由のあることが多く、上級審もこれを解消することはできない」という判断をやめている。このような考え方それ自体を真向から否定するのであれば別であるが、そうでない場合、判例に「法的拘束力」までをみじめるという立場からすると、下級審が憲法をやむなしとする「判例の発展」を可能にする「いろいろなこと」になるのだろうか。国民私人についてならば、みずから「たん刑事被告人の立場にあえて立つこと」にして、自分に適用されようとする处罚規定につき裁判所の達成判断を求めるのだ、という立場があり得る。しかし、裁判所自体に、憲法をやむなしを求めるのが「判例の発展」をもたらすのだ、と説くことになる。もう定式化は、道筋といえるだろうか。

この疑問は、それなら、先例法理——判例の法的拘束力——がみじめられてくるからアメリカでは、この点はどう説明せらるのか、という間をみぢびき出すことになる。この間はまだ、總じて、アメリカと日本との違いだけで、下級審に対する判例の「拘束力」に関してからがるのがどうか、あるいは本筋のやがいはことにあらぬのか、という間につながるだろう。

グラント・ギルモアは、一九七四年の講演で、「合衆国最高裁判所が連邦に下した時代やくれの判例が、明らか

に解決困難な深刻な問題となりつつある」という問題意識のうえに立て、「しかも、下級の連邦裁判所が、必要がある場合には自分たちは時代やくれの最高裁判所の先例には従わず、あるいはそれらに拘束されるとは思わない」という考え方を実地にためす時期が到来したといえども、「いつも見ても、かかる刷新的連邦裁判官を持ちうけている運命は、最悪の場合でもせいやう〔自己の判決が〕破棄されるおそれがある」というだけのことであり、彼らがそれによって弾劾されることにはならないであろう（陪審員）と結んでいる。しかしながら、やがては、「もしもあつては、『数多くの伝統的法理に対する攻撃』と新しい進路の開拓努力に向って大胆に突き進むた」と評されたギルモアその人の見解にどどまる。しかし、この引用は、日本で「事実上の拘束」、アメリカで先例拘束法理と呼ばれているもののあいだに、水底あいられぬほどの質的な断絶があると決めてかかるべきでない、というひととの根拠とはなるであろう。

しかも、そのような先入観をとりおつてながらみると、普通に強調されてきたことはまつたく別の意味で、判例の拘束力を聞いて、日米のちがいがあるのではないか、という問題にぶつかる。

ギルモアによつて、さきに引用した箇所の脚注で「開拓かつ秀逸な議論」として紹介されている法律雑誌の「ハート」「最高裁判所先例の下級裁判所による否認」は、「先行する判決によつて『拘束』されてしまうことが下級裁判所にとって正確には何を意味するのか、明晰でない」「実際には、最高裁判所は裁判官たちを雇入れる(hire)とともに追い出す(fire)しかできないのだから、下級裁判所は、上訴で取消されることがあるという意味でだけ、拘束されているのである」と述べている。この解説からすると、わが国の最高裁が、下級裁判所の裁判官を実質上《hire》し、かつ《fire》するにひきできる制度上の地位にある、という以上の重要性が指摘されなければならないだろう。憲法八〇条一項の運用として、最高裁判所の指名した者の名簿のままを内閣が任命する慣行が確立しており、少なくとも、最高裁判所が指名しない者を内閣が任命することは不可能であるし（《hire》の問題）、また、裁判官の十年任期

側に立つておる。最高裁が「再任は新任と全く同じだ。裁判官としてやれることは、専門知識ではないから」等やねじらかは最高裁の裁判官会議が自由な裁量で進めることができる」という考え方のうえに立てておる(《fire》の問題)。法曹一元制度を前提として、昇任や昇給という概念をもたないアメリカとは対照的に、いわゆるキャリア・システムなどあるわが国で、補職や給与表上の格付けなどの人事行政面で、最高裁が強力な管理手段をもつておらじょも、考慮に入れなければならぬ。制度をこえた次元での裁判官職の自立性への信念、さらには、より一般的に立つて、支配的見解に対して異論を提出することの価値についてそれが社会が抱いてる考え方、がこのやむ投票に含むるならば、わが国で「事実上の拘束」という名で呼ばれているところの方が「実は、個々の裁判官に対して——あえて《chilling effect》ともいわねりにしてお——、より大きな効果を発揮しておるのではないか。下級審判決が必ずから」「審級制を通じた訴訟制度においては、最高裁判所の判例が必ずしも判例統一の機能やこれによって法的安定をはかるべき必要性を軽視することはできない。とにかく、最高裁大法廷による判断、しかもその度重なる同旨の判断内容は、実務上最も尊重され、下級審に於し、強い事実上の拘束力を認められなければならないと考えられる」(最高裁判官昭和五五年三月十四日刑事裁判月報11巻1号1111頁)の、「事実上の拘束力」の「強」さを、自己の選択判断をのべるに際しありからんに判決理由のなかで強調しておるのを見ると、そのどちらが想定が裏つけられるようにやめられる。

これまでとりあげてきたのは、下級審が最高裁判所の先例に正面から反するかたちで判断をする場合のことであるが、より日常的に重要な意味をもつのは、先例を正面から変更するかたちに、実質上その拘束を離すかという技術である。類似の事件は同じく扱わるべし、とする先例法理は、判決の対象となる具体的な事件についての解決が尋ねに必要な十分な範囲の法的判断(ratio decidendi)が先例とするかを要求するが、トイシオ・チシテ・トイ・拘束は、それと「重要な事案」を異にする事案には及ばないやねねから、何が「重要な事案」であるかを確定するかいう操作を媒介として、当面の事件を先例の事件とが異なる性質の事案としてその適用を排除する技術が用いられる。

「区別」(distinguish)とも呼ばれるこの技術については、周知のことの如く、各種の教科書で詳細な講義のつかまねがあるが、わが国の実務では、それに対応するだけの蓄積があるとはいえない。そしてそのことは、わが国で判例の拘束力の問題がほんとうかほんとうに「審級制度から必然的に導かれる要請」(指出の東京地裁判所)として意識され、最上級審自体への拘束という問題の存在自体が——その点についての結論は別として——あまりにも意識されていないこと、無関係ではなしもろにやめられる。最上級審自体への拘束という問題が少なくとも意識されていることでは、判例の発展のためにその拘束を実質的に弱めるための技術の必要性が意識され、また、判例の拘束力が審級制以外にどのような実質的な根拠を持つことかであるか、という問題の所在が意識されるだろうから、このあたりは重要である。われわれも、つぎに、最上級審に対する「判例の拘束力」の問題をとりあげることが必要となる。

いずれにしてお、ひのちに見てくると、《アメリカ流の司法概念をとりながら先例法理についてだけ「日本は違う」といえるのか》という問題提起は、同時にひのちのちの問題につながつてゆく性質のものであることがわかる。すなわち、先例法理についてだけ「日本は違う」とひのちぐれじとしたが、やはり「日本は違う」とひのちぐれじない重要なことから——したがつて、先例法理のあり方にについてアメリカ流にならねらじするのならば、同時にアメリカ流に改めなければならぬはずのことから——が他にもありますのではないか、という問題である。別のひのちたをすれば、それのことからひのちてアメリカ流のものに取れることが可能であるひのち見とおしがあつてはじめて、「事実上の拘束」という定着化をして正面から先例法理をめぐらるべきだ、という提言が可能になるのではないかだろうか。この点についてはなお、最後にもう一度、総括的にやることとする。

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

じゆべでいる(裁判所時報1140号)。

- (5) 中野次雄「判例の拘束力についての「考察」判例タビタケ150号(1963年)1111頁。わが国では、「事实上の拘束力」といういふ方は一般的である。たとえば、我萬栄『民法總則』(1951年、岩波書店)19頁。
- (6) 伊藤正己『憲法』(1961年、弘文堂)七八一七九頁。
- (7) 因幡真光『法学入門』(1973年、筑摩書房)143頁。
- (8) 佐藤泰治『憲法訴訟と司法権』(1964年、日本評論社)161頁以下。なお、岡氏の解説書『憲法』(1981年、青林書院)113頁以下。
- (9) 梶浦法織「最高裁判所の判例」(東平=杉原編『憲法学(6)』(1976年、有斐閣)48頁以下。
- (10) 因幡・前掲、162頁。
- (11) G・キルチャ『アメリカ法の歴史』墨月社11版(1984年、岩波書店)129頁。
- (12) ケベラーによるギロロジーのことは(前掲註110丸頁)。
- (13) Note by P. K. H., Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent, *Virginia Law Review*, vol. 60 (1974), p. 495.
- (14) 一九七一年四月二三日衆議院法務委員会での最高裁判事務総長答弁。
- (15) 田中英夫『英米法総論・下』(1980年、東京大学出版会)490頁以下、墨月社11版『英米法・改訂版』(1985年、青林書院)98頁以下。注(1)であげたギルチャの議論も、当然のことながら、この方法について言及してくる。

## II 最上級審に対する「判例の拘束力」の問題

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

にする。

周知のとおり、英米では、程度の差はあれ、最上級審自身に対する判例の拘束力の問題が、少なくとも意識される。一九世紀中葉以降、とりわけ一八八八年の判決以後、一九六六年までのイギリスでは、最高裁判所としての House of Lords の判例が House of Lords 自身を拘束するという点を含めて、厳格な先例拘束性の原理が支配し、先例を正面から変更するには、国会の立法をまつほかない<sup>(3)</sup>。この原理は、一九六六年の貴族院自身の決定によって改められたし、アメリカでは、そこまでの厳格な先例拘束性の觀念は成立したことなく、特に憲法判例については、その効果を政治部門の作用によって変更しもらとするには普通の立法ではなく憲法改正手続をやまなければならぬといふ事情もあって、判例変更是より可能とされてきた。しかし、その場合でも、単に「審級制度の要請」というだけではなく、より基本的に、近代法のあり方の根幹にかかる予測可能性の確保という要請、および、国民に対する待遇の平等という要請が、実質的な価値理念として意識されている<sup>(4)</sup>。そしてそのことは、判例変更に際して一定の抑止的効果を生むことになるだろう。

わが国の場合はどうだろうか。明示的に「……この見解に反する当審從來の判例はこれを変更する」とべる場合(たとえば、最(大)判昭和四八年四月四日刑集17卷3号165頁)には、判例を変更しなければならないと考えた理由がそれなりに開陳されることになるが、他方で、重要な変更が非明示的に——また、アメリカ流の「区別」に類する説明をともなうことなく——おこなわれたのではないか、と見られる例も少なくない。少なくとも、そのような見方の是非が検討されてしかるべき例は、多い。新潟県公安条例判決と東京都条例判決(集団行進への許可制による規制がどの限度までなら合憲かという判断)<sup>(5)</sup>、砂川事件判決と苦米地事件判決(「見極めて明白に違憲」の場合を含めて、「極めて政治性の高い國家統治の基本に関する行為」には司法審査が及ばないかどうか)<sup>(6)</sup>、石井記者事件と博多駅フイルム事件(取材の自由が憲法11条の表現の自由の問題となりうるか)<sup>(7)</sup>、ホーロ事件判決と旭川学テ事件判決(教育なし教授の自由一般も、大学

にがむるそれに限らず、憲法131条の半配の自由との関連が問題になりうるか」。全農林省職務事件と税關ホルノグラフィ事件（適用法令に合致的限定解釈をくわだらじくおこなはれ職務事件の手続としてゆるされるか）などである。

688

憲法判例の変更の問題それが自体が意識的に論ぜられたのは、何より、全農林省職務事件で最高裁判廷の多数意見が、全司法仙台事件の先例を変更した際の、田中11郎裁判官など五裁判官の意見、および、それに反論する多数意見の側からの権限意見の応酬においてであった（前出「最（大）判昭和四八年四月一五日刑集一七巻四号五四七頁）。五裁判官の意見によれば、「憲法の解釈は、憲法によって司法裁判所に与えられた重大な権限であり、その行使にはきわめて慎重であるべく、事案の処理上必要をむかえない場合に、しかも、必要の範囲にかぎつてその判断を示すこゝう建前を堅持しなければならない」……「最高裁判所が最終審としてさきに示した憲法解釈と異なる見解をとり、右の先例を変更して新しい解釈を示すにあたつては、その必要性および相当性について特段の吟味、検討と配慮が施されなければならない。けだし、憲法解釈の変更は、実質的には憲法自体の改正にも匹敵するものであるばかりでなく、最高裁判所の示す憲法解釈は、その性質上、その理由つけ自身がもつ説得力を通じて他の国家機関や国民一般の支持と承認を獲得することにより、はじめて権威ある判断としての拘束力と実効性をもたらすものであり、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、憲法判例の変更是軽々にこれを行なうべきものではなく、その時機および方法について慎重を期し、その内容において眞に説得力ある理由と根拠とを示す用意を必要とするからである」……「こどに、僅少差の多数によるこのような変更を行なうことは、運用上極力避けるべきである」。

このような強い主張をおしきつて、多数意見は、実質的には全過中部事件判決にはじまる一連の最高裁判の判決が七年間にわたって示してきた、公務員の労働基本権の行使を刑事罰から解放するこゝう方向を再進展させたのであつた。当面のわれわれの関心の問題にとつて、この実例がもつ意味のゆみどり方となると、必ずしも一義的ではない。

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

第二のうけどり方——多数意見が、五裁判官の意見を排斥したのは、そのことによつて、「最高裁の判示が『権威ある判断としての拘束力と実効性』をもつては『理由つけ自身がもつ説得力』といった内容的根拠にもじうくのではないし、いわんや、それを『通じて他の国家機関や国民一般の支持と承認を獲得すること』を条件とするものではない。それは、最高裁が憲法上もつ地位・権能にもじうくもの」だ、といふ立場を示した、と考える。これは、それとして十分に成立可能な、ひとつの読みどり方であるが、先に見たアメリカ流の判例の位置づけとはちがつた考へかたになつてゐることに、注意しておきたい。この読み方をする場合、最上級審の「判例」が成立するための実質的価値は問題とならず、したがつて、最上級審自身に対する判例の「拘束力」は、どのような意味でも、はじめから問題にならない。この点は、つまるところ、判例の「拘束力」の根拠として何を考えるのかといふ問題につながつてゆくの

じ、つきの節であらためて検討するにいたる。

その点は別として、つづくわれておけば、わが国では、右の11つの見方のうちどちらをどうにしてか、司法主文を導き出すうえに必要不可欠ではなくとも、憲法判例の変更をすることができるか、いやがてはいる。憲法判断をすることが自体について、「さわめて慎重であるべく」事案の処理上必要やむをえない場合に、しかも、必要の範囲にかぎってその判断を示すという趣旨を堅持しなければならない（前述「五裁判官の意見」）という立場、もつと端的にいえば、「裁判所の憲法判断は、それをしなければ、裁判の権能が出せないという場合にだけなされるべきであり、憲法判断をもれ出さずには裁判がじゅうぶんにできる場合には、憲法判断をするに及ばないだけでなく、そういう場合は、むしろ、憲法判断をすべきではない」という考え方があるが、周知のとおり、最高裁は、そういう考え方を探っていない。<sup>(16)</sup> それと同様に、憲法判例の変更についても、最高裁は、限定的な見解を探っていないことに、ここで注意をしておきたい。憲法判断をするかどうか自体が問題であるとあくまでもあると、憲法判例の変更が問題となっているところには、すでに先行した憲法判断があるという方が、大きなおがいであり、憲法判断権主張の立場に立つたとして、後者の場合には、前者の場合と同等の禁欲が必然的に要求されるわけではないであろう。しかし、先行する判例のなかですでになされてくる憲法判断を支持しない、のちの裁判官にとって、判例変更だけが可能な解決法なのではない。たとえば、全農林事件についていえば、先行する判例が、争議行為に対する刑事制裁を定めた国家公務員法の各項についての限定合憲解釈の手法を示していたのに対し、一方では、全面合憲論（同事件の多数意見）があり、他方では、全面違憲論（最高裁判官のなかには見られないが）がありうる。その際、全農林事件の事実関係が限定合憲解釈の手法をとっても刑事罰の適用をうける性質のものとして認定されて以上、限定合憲解釈と全面合憲論のどちらかどっちでも同じ主文が得られるのであり、そうであるならば、全面合憲論への判例変更是、それを採るかどうかによって主文の結論が変わるものな事案の場合——したがって、判例変更の是非が当事者間でいちばん真剣に争われるような

690

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

(16) そのような「正統理論」を生み出した要因について、翌月刊「一九世紀イギリスにおける先例拘束性の確立」（西田

= 本文 = 横口編『社会科学と諸思想の風潮——世貿易政策記念』(下) —— 一九七七年、創文社、所収）を見よ。

(17) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』前出、1170—1171頁。

(18) 最(大)判昭和二九年一一月二四日刑集八卷一一号一八六六頁と、最(大)判昭和三五年七月二〇日刑集一四卷九号一一四三頁。

(19) 最(大)判昭和三四年一二月一六日刑集一三卷一三号三三三五頁と、最(大)判昭和三五年六月八日民集一四卷七号一一〇六頁。

(20) 最(大)判昭和二七年八月六日刑集六卷八号九七四頁と、最(大)判昭和四年一一月二六日刑集一三卷一一号一四九〇頁。

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

(22) 最(大)判昭和四八年四月二五日刑集一七卷四号五四七頁と、最(大)判昭和五九年一一月二二日刑集三八卷一一号一三〇八頁。

(23) 佐藤幸治『憲法』前出、1165頁を、「憲法判例は変更可能であり、変更するかどうかは基本的には裁判所の裁量に属する」と解されるが、裁判権の限界が問題となる（傍点引用者）と定式化している。

なお、「最高級裁判所の判例の下級裁判所に対する拘束力ないしは指導力の場合と、最高級裁判所自身の自己の判例尊重の場合とを区別して考える必要がある」ことを前提に、後者の問題につき、その背景と、「法廷による裁判」なるものの基礎にあるところの、同様のことは同様に扱われなければならぬから正義の要素が存在してゐる」ことを指摘するものとして、中村治郎「判例について」司法院修政論集五八号（一九七六年）11四—11五頁、を参照。そこでは、「法廷の裁判が正しからぬときは、……結局比較的適当か不適当かという程度の問題にすぎないのである（a）」……比較的不適当なものと比較的適當なものに見えるところが、からにはのどちらが變更に伴うべきとの不適合という面を十分に考えたうえでなければならない。そちら簡単にいふと勝ち手の筋を出さないものもあるのである（b）」からも眞理を含めて、「判例の變更はあくまでも例外であつて原則ではな（c）」（11四—11五頁）。

(24) 小幡和司「憲法判例の変更」序言=佐藤は文編『新版憲法演習・3』（一九八〇年、有斐閣）1111—11頁。

(25) 宮沢敏義「憲法判例について」[一九六七年]（『憲法と裁判』一九六七年、有斐閣、所取）。

(26) 多くの著者の指摘するところであるが、やしあたつて「私の『憲法審査制の近代型と現代型』（一九六七年）（『司法の積極性と消極性』一九七八年、歴史書房）19頁、を見られたい。

#### 四 「判例の拘束力」の根拠

これまで、「判例の拘束力」についての諸見解を検討しながら、「判例」から言葉についての語彙の意味をするとともなく、この言葉を使つてきた。しかし、実は、「我が國での議論を見ると」、1回の判決でも「判例」と考えるのが、反復性が必要とするのか、からじめ自身が必ずしも明確にされたらるべきがあらぬ。そのため、「一方で英米につき、「裁判所が同旨の判決を繰り返した場合……は既に拘束力を認めるという考え方だ」とならない。そのためついで、唯一の確実な「判例としての尊重をうける」とされ、他方でフランスでは、反対に、「個別の1回の判決」

の問題ではなく「1連の諸判決」の問題が「判例」の問題なのだ、から、この問題が出来たばかりの問題が、からじめのところから、大体な方がいい。そして、日本の場合のそのどちらがどちらか、「判例」よりもむしろこの中の「拘束力」の根拠についていくつかの考え方があるんだが、反映してくる。やしあたつては、三つのタイプに分かれること。

(a) 第一に、なんらかの意味での反復性を「判例」成立のために必要な要素とする立場があり、その際、多くの場合には、裁判所以外の法適用者、受範者、ならし国民一般の同意や支持から要素が加わるといふ必要性が、言及される。<sup>(28)</sup> 慣習法成立のための要素としておけられたるものが、多くは「物理的要素」(corpus)——古く言葉からいへば「体素」——と「心臓的要素」(animus)——「心素」——かららしめしを使えば、corpus として裁判例の反復性を必要とする。それに animus がつけ加わることについては、特にその心臓性を強調する見解がある、からことになる。

(b) 第二に、1回の判決でも「判例」の成立要素たる corpus として十分であり、ただし animus として「他の國家機関や国民一般の支持・承認を得」することが必要とする立場がある。<sup>(29)</sup> この立場は、「判例の拘束力」の根拠として、その事実上の説得力にもとづく適用機関や受範者、ひらく世論の同意という要素を、決定的なまでに重視していることとなる。

(c) 第三に、「判例」の成立要素たる corpus として反復性を要素しないだけでなく、それになんらかの animus がつけ加わることを必要とする立場がある。この立場からすれば、判決の理由だけがもつ事実上の説得力にとどまらず、animus の有無は、「判例の拘束力」の根拠とはかねりだらぬのであり、最終審裁判所が「憲法上もつ地位・権能」のみが、その根拠としての問題となる。

これらのうち、(a) に属する見解は、いわゆる「判例の拘束力」に「算定上の」という形容詞をつけて呼ぶ。それは、これらの場合、「判例」が (corpus の問題として) 一定の程度の反復性、あるいは——または、おもひ——

(animus の問題として) 事実上の説得力にむかつく同意の精神という、事実の要素から成り立つてはいるけれども、反映してしまる。それに対し、(2)が「判例の拘束力」の根拠を、最終審裁判所が有権的解釈権を最終的ににあつてゐるという法的要素に求めるのであるから、その「拘束力」は「法的」のものじやれることとなる。<sup>(33)</sup> 実際、(2)の立場に立つて讀者は、「判例」を「事実上の法源」とする立場に於し、「『法源』の語の運用」と批判するじゆふに、必ずしもは最高裁の判例に「法源」から言葉づかうをするといふ正面からみむねるのである。<sup>(34)</sup>

むかわが、(2)も(3)もおおむねしてあるが、(3)が「事実上の法源」から、(2)が端的に「法源」からいふ力をしていふのがからむるが、逆説的に見える状況がある。むかわのせ、(2)の立場にあつては、「理由づけ自体がもつ説得力」を主張するじよじよして、最終審裁判所が自分自身の判例を変更するについても、一定の「裁量権の限界」が少なくないが、「距離がある」ことになるのに對し、(3)の立場は、そのうちが限界の可能性をはらむから否定するじよじよになるからである。そしてたしかに、(2)の異地からすると、有権的解釈権を最終的ににある最終審裁判所を拘束するような「法源」はむちむじ存在しない、むかわじよじよになるであろう。「事実上の法源」から定式化をする(2)より、「法源」性を強調する(3)の方が、最終審裁判所に対する「法源」の存在を否定する点でうってかわだといふのは、一見逆説的に見えるだけに、このじよじよには、十分に注意しておく必要がある。このじよじよに關連して、最終審裁判所の活動を拘束でもらうかの——したがつて、それがによる連繩審査権の行使にあたつて判断基準をもつておかねばならないの——を「法源」からじよじよには、それこそ「語の運用」から言葉があつてはあるのではないか、むかわ吟味がくわえられてしまうべきである。<sup>(35)</sup>

実際、アメリカの場合につけて判例を「法源」からじよじよに異論がないとしたら、それは、最上級審裁判所にあつても前述のどちらの意味でそう呼ばれるにやさむじよじよが適切である。一回の判決でも判例もわかるじよじよ同時に、先例拘束性の根拠として、予測可能性や国民の平等などの実質価値があらわれるのが普通であるじよじよ、それを裏書きするであろう。

いえなしアメリカで、判例が「法源」からじよじよにある。そのじよじよ見てみると、アメリカの事態は実は、前述の二類型からなら(2)ではなくて(3)にあたると見たほうが適切である。一回の判決でも判例もわかるじよじよ同時に、先例拘束性の根拠として、予測可能性や国民の平等などの実質価値があらわれるのが普通であるじよじよ、それを裏書きするであろう。

他方、アメリカと对照的に、フランスでは、「判例の法源性」をめぐるじよじよについて、大きな騒ぎがあることがつよく意識されてきた。まず、「判例」と「判決」の区別を強調(前出の脚注)するものが多らが、それは、判決が一般的規範として機能するじよじよにして、「法律は一般意図の表明」から離れておらず、したがつて制定法主義との相克が、強烈に意識されるからである。裁判官が判決(arrest)という形で一般的規範(règlement)をつくるじよじよを明示に禁止した民法典五条の存在は、特にその意識を強めた。それに、「1連の認判決」を素材としてはじめて「判例」が成立する、という前提をつたうえでも、そのじよじよ corpus につけ加わるべくも animus につけての、より念入りな説明がおこなわれる。一九五八年憲法以前には、憲法判例からくるものが存在するための前提がなかつたから、公法の分野では行政法の領域で、「判例の規範性立場」(pouvoir normatif de la jurisprudence)または「判例の法源性」(problème de la jurisprudence source du droit)や論者らむじよじよたちで、議論がおこなわれていた。その際、「判例」という現象は社会学的現象にするか、とする古典的見地に対して、判例の法源性を肯定する見解は、なんらかの animus の要素、たとえば、「関係人の同意」、「コンセンサス」を採用するじよじよが多い。<sup>(36)</sup> ただし、それは、立法権のみが一般的規範を定立できるという趣前に對して、「法の世界の多元主義的ナシ」<sup>(37)</sup> を対置することになつてしまつ。それを避けようとして、ココースのように、判例の法源性を「立法院による、判例規範の顯示の妥否」という觀念によつて説明し、いわば、立法院のみによる一般的規範の定立という「元主義的ナシ」をあくまで維持しようとするところみも出される。——「立法院は、判例の存在を知り、それを拒否することができるのにそらしないじよじよ

て、判例がその規範的立力を行使したことに許可をあたえるのではないだろうか」というのである。<sup>(8)</sup>

どちらにしても、判例になんらかの「規範的立力」「法源性」をみるかしないかの質問だが、ここでは、多かれ少なかれ自覚されている。「判例の『規範的立力』とは、かなりにミステリアスである。なぜなら……それはわれわれの妻ひきの法システムなどに範囲で衝突するし、他方で、理論的に説明することのがかなりむずかしいものであるから」<sup>(9)</sup> といふやうに、直にそのことをみどめるにせよ、「一連の諸判決」すなわち「判例」は「ひとつの法規範を出現させる」としても、それは、「裁判官の判断に先立つて存在していたと考えられるべき」でもって裁判官がつくったものでない、といふやうに、機制的説明にたどるにせよ。<sup>(10)</sup>

それに対しては、たしかに、「判例による法形成」すなわち、判例による一般的規範の形成を、「司法権に内在する機能」として正面から位置づける見方が、あらうる。この見解も、「憲法あるいは……法律が、裁判官によるこの権能の行使に制限を加えることは、可能である」<sup>(11)</sup>としており、いわゆる法規的判決 (arrêt de règlement) を禁止するフランス民法五条はまさにそのような例と考えられるであろうが、そのような規定をもたない日本の場合には、原則にもとづいて、判例による一般的規範の形成が「司法権に内在する機能」とされることになるだろう。

ところで、この見解は、裁判所による一般的規範の形成が権力分立の趣前に反するのではないかという論点に関連して、「その機能の行使によって形成される法が、立法府によって形成される法の下位に立つ以上、二権分立の原理に反する点はなんら存在しない」と説明し、だからこそ、「この点で、憲法判例は、全く異なった性質をもつ」ゼ——正當に——指摘している。憲法判例以外については、「判例で形成された法の選則は、いつでも立法によってこれを変更することができる」のに、「憲法判例の示したところは、憲法改正という手段によつてでなければ変更されえない」<sup>(12)</sup>のであり、便性度の高い憲法であればあるほど、憲法改正は困難だ、といふ事情があるからである。

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

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

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

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

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

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

- (27) 田中英夫『英米流総論・下』前出、四七五頁。
- (28) ひの井光一著「憲法上の教義としての『憲法』——トマスの場合を基準として——」『憲法研究会周年記念論文集』第1巻（一九八三年、有斐閣）11四七頁。
- (29) 「本来は」裁判の実際やから「訴訟がいかに繰り返されたかをやかましく」さらさらの詮説（『新版新法理学講義』100頁〔一九六七年、有斐閣〕）じゆ。
- (30) ルネラム animus の要素は「回復」「ロイヤルチャーチ」から「うねる本體の距離として示されるものが多らる」「本體可視性」「遠の距離からくる相の平等取扱」など「それは中央の実質個體の距離として示されたりむべし。また」「反復」から要素は個體には corpus の次元に属するが、下級裁判所による反復をも問題にする場合には「実質的には」遠隔用者の回復から animus の要素が入るべしむべだが。
- (31) 指定（大）平成昭和八年四月二十一日昭葉11号第四中止函を以て「田中11号裁判官など五裁判官の意見」。
- (32) 小幡和司「憲法學の發展」前出、11111頁。
- (33) 小幡・指標、11111頁。
- (34) 小幡和司『憲法學』新版（一九七五年、有斐閣）は「憲法裁判所の評議は決して」たゞココは憲法裁判所だからやる回復な憲法性を承認する（注11頁）。おひいき回出は、英米では「憲法がなされたらには憲法解釋が不可欠」だが、日本では「裁判規範にならぬや體をなす」から「憲法をや解釋してやれ」から（同「憲法學の發展」前出、11111頁）。
- (35) 指定（大）（33）を貞。
- (36) おひいき指（34）の後段に見らるやうに「おひいき裁判規範は決して「憲法」を認めず」とあるが、なぜか——憲法審査権が裁判所にあたえられてゐる条件のゆゑに——「憲法」を認めどもが、おもやの次元で問題となるむゆ。
- (37) Jacques Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit, in *Mélanges G. Rippert*, tome I, L. G. D. J., 1950, p. 43.

- (38) Olivier Dupeyroux, La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit, in *Mélanges G. Marty*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p. 472.
- (39) Marcel Waline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, in *Mélanges G. Scelle*, L. G. D. J., 1950, p. 627. 11645  
おひいきの場合は「おひいき裁判所」1回の訴訟や訴訟をもつて「憲法」を認めずといふべきである。
- (40) Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, 7 éd., P. U. F., 1980, p. 387.
- (41) François Luchaire, De la méthode en droit constitutionnel, in *Revue du droit public*, 1981, no. 2, p. 288.
- (42) 田中英夫「判例における法形成——判例による法形成とその出発点をめぐる——」憲法研究会講習会開催（一九八一年）11—や川真。
- (43) 田中・指標、775—776頁。

## 五 やわりに

おひいきやわにとりあげた佐藤春治氏の問題提起にたがふるんむじこむら。回出は「わが国でも」「英米流の」「先例法理」にならって、憲法判例に正面から憲法性をみるやうにやを躍躍するが、それは、現在の日本の司法をめぐる状況のなかで、最高裁判所判決の拘束力を無批判に強めようとする立場からの立論ではないか？たゞく反対に、それは、「事実上の拘束力」じうの分明なりとも鐵砲の手に、かくして、判例の抽象的な理由づけがゆのをいつてあたどひるがなかつたが」じうの、裁判的実現可能性から導いた根拠がのじゆつた。そのよりが、「（判例が）恣意に流れなじむら抑止する課題」を、回出が共有したうえで、本稿の検討をおこなつた結果、われわれは、ひあの選択に当面する。

ひとつの「回出といひて」「判例が『法源』をやむいを直擧する」ひむじむ。

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

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

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

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

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

【略歴】  
昭和12年 新潟県で生まれる。  
昭和36年 京都大学法学部卒業。  
京都大学法学部助手、助教授を経て、現在、法学部教授。

〔主要著書・論文〕

- 「司法審査とデモクラシー(1)(2)」(昭和38年、39年 法学論叢74巻3号、5・6号)
- 「プラヴィアシーの権利(その公法的側面)の憲法論的考察(1)(2)」(昭和45年 法学論叢85巻5号、87巻6号)
- 「達成判決の效力」(昭和49年 法学論叢94巻3・4号)
- 「表現の自由」「集会・結社の自由」「通信の秘密」(芦部信喜編「憲法II 人権(1)」(昭和53年 有斐閣)所収)
- 「日本憲法史」(共著) (昭和51年 東京大学出版社)
- 「注釈日本国憲法(上)・(下)」(共著) (昭和59年、63年 青林書院)
- 「憲法訴訟と司法権」(昭和59年 日本国論社)
- 「憲法I II」(編著) (昭和61年、63年 成文堂)
- 「現代國家と司法権」(昭和63年 有斐閣)
- 〔要説コメンタール・日本国憲法」(編著) (平成3年 三省堂)〕
- 「現代国家と宗教団体」(共編) (平成3年 岩波書店)
- 「アシダメンタル憲法」(共著) (平成6年 有斐閣)
- 〔注解法律全集1 憲法 I」(共著) (平成6年 青林書院)〕

- あ  
アクセス権 ..... 455, 542  
旭川学力テスト事件 ..... 509, 510, イリイ ..... 145  
628, 629 岩倉具視 ..... 66, 67  
か  
朝日訴訟 ..... 343, 621, 622 岩手学力テスト事件 ..... 510  
アシュワンダー判決 ..... 336 イン・カメラ・レヴュー ..... 320 会期 ..... 157  
厚木基地訴訟 ..... 302, 356, 359 インフォームド・コンセント ..... 460 —制 ..... 157, 158, 211  
アメリカ合衆国憲法 ..... 6, 8, 19, 35, う  
44, 65, 294, 383, 550, 644 アメリカ独立宣言 ..... 443 ヴァージニア権利章典 ..... 5, 383 会計検査院 ..... 6, 207, 208  
安保条約 ..... 355 「妻のあと」事件 ..... 596 被裁大権 ..... 189, 231  
浦和事件 ..... 388 外国人 ..... 417  
い  
上乗セ条例 ..... 287 外国に移住する自由 ..... 418, 555  
委員会 ..... 153 運用適意 ..... 366 在外的制約=政策的制約 ..... 402  
——中心主義 ..... 174  
エ ..... 下級裁判所 ..... 313, 325  
イエリネック ..... 41, 385, 407 イギリスの憲法 ..... 18, 80, 443 永久税主義 ..... 181 開 議 ..... 224, 227  
違憲性の推定 ..... 371, 517 営業の自由 ..... 557, 568, 566 —と司法審査 ..... 227  
違憲 (立法) 審査 ..... 11, 45, 332, 典 ..... 257, 476 革命権 ..... 5, 51, 383  
違憲判決の効力 ..... 373 閱読の自由 ..... 432, 535 確立された国際法規 ..... 32, 3102, 643  
石井記者事件 ..... 539 離婚事件 ..... 361 家庭裁判所 ..... 306, 333, 326  
伊豆シャボテン公園仮処分事件 エマーン ..... 514 加藤高明 ..... 391  
.....473 「エロス+虐殺」事件 ..... 522 カードゾン裁判官 ..... 514  
板垣退助 ..... 66 延命治療拒否 ..... 522 過度の広汎性の法理 ..... 523  
板まんだら事件 ..... 496 オ ..... カベレッティ ..... 11  
イタリアの憲法 ..... 8, 12, 47, 127, 147, 213, 401 大分県教組人組スト別分析訴訟 ..... 635  
一事不再讐 ..... 159 大隈重信 ..... 67, 70 節度裁判所 ..... 313, 326  
一事不再理 ..... 608, 609 大阪国際空港公害訴訟 ..... 302, 360, 458  
一年税 ..... 181 伊藤博文 ..... 366, 437, 439  
——一般的効力說 ..... 374, 379 大津事件 ..... 71 間接選舉制 ..... 112, 137  
——一般的人格権 ..... 451 大牟田市電気ガス税訴訟 ..... 286 間接(代表)民主制 ..... 78  
——一般的審査 ..... 367 公の支配 ..... 183 完全補償説 ..... 374  
伊藤博文 ..... 3, 67 公の陪償請求権 ..... 614 官吏 ..... 229, 432  
伊東日代治 ..... 67 沖縄デー破防法事件 ..... 532, 553 管理化国家 ..... 9  
委任の代表 ..... 137, 139 「押しつけ憲法」論 ..... 77

現代法學論叢 5

憲法(第三版)

平成十五年年平成十五年年	一七六年年	一二月三〇日	新版本第一刷第三版第一刷	新版本第一刷第三版第一刷
	六四九年四月二二日	二月二二日	第三版第一刷第三版第一刷	第三版第一刷第三版第一刷
	月二五日	月二五日	第三版第一刷第三版第一刷	第三版第一刷第三版第一刷
	○日	○日	第三版第一刷第三版第一刷	第三版第一刷第三版第一刷
著者	佐藤 慎一	著者	株式会社 青林書院	株式会社 青林書院
発行者	逸見	発行者	印	印
印	電話	電話	電話	電話
印	口座	印	印	印

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

うけ、また刑法典の尊属殺害罰規定のように後になって最高裁判所によって違憲無効とかれるという例があるが、これらの法典が日本国憲法所定の立法手続によって成立したものではないといふ事実はある。最高裁判所は、明治憲法下の法律は、その内容が日本国憲法の条規に反しない限り、なお法律としての效力を有するとして、そのことは日本国憲法九八条の規定によりてうかがわれるとする（明治憲法第13条第1項）。が、憲法の特性を権利規範性に求めるとして、同条にそのような意味を読み込むとする（明治憲法第13条第1項）。が、憲法の特性を権利規範性に求めるとして、同条にそのような意味を読み込むとする（明治憲法第13条第1項）。が、憲法の特性を権利規範性に求めるとして、明治憲法と日本国憲法との間には主権の移動があり、その意味では「革命」があるとみなければならぬが、その「革命」は国家の同一性にかかるものではなく、しかも、そのことに加えて、国民の生活のあり方を大きく左右する私法秩序の独自性を基本的に認めていた点で明治憲法と日本国憲法で共通するものがあるのであつて、民法典などの引継ぎでの妥当性の根拠はむしろそした点に求められるべきである。

(3) 憲法の前文の效力 憲法典には「前文」が付せられてゐるのが慣例である。「前文」の様式や内容には各種のものがあり（詳に憲法制定の由来を説くにあたるものがこれ）、フランス第四共和制憲法から権利宣言に該当するものを規定してしまつてゐる（したがつてその法的性質も一律に論じられるものがあるが、大別して、法的規範性系説と法的規範性否認説（前文は単に歴史的事実を陳述したりといひが政治的・道徳的立場を表示したりといひがれども）とに分かれる）。日本国憲法の「前文」は「日本国憲法」という題名の後につけられ、憲法制定の由來・目的および憲法の基本原理・理想を陳述していくが、そのいじから、「前文」は憲法典の一部を構成したことによって法規範性を有する）、その改變は憲法改正手続によればならぬとする点では学説は概ね一致している（それにも、憲法典内部に形式的効力の違いを認める立場からは、憲法制定権力の所在を示し、基本的人権尊重主義など憲法の基本原理・理想をうだら「前文」は一般に憲法改正の限界をなすいわゆる）。 「前文」が法規範性を有する以上、それに抵触する下位規範

の効力は理論上排除されることになるが（九八条）、「前文」がさうに直接の裁判規範性をもつか否かについては肯定説と否定説とに分かれる。否定説は、法規範の中には裁判規範性をもたらさるものがあるとの基本的前提に立て、「前文」の内容の抽象性・非具体性などを根拠とするが、肯定説もかなり有力で、下級審の判決例の中には肯定説によつているのがみられる（例：長崎訴訟第一審判决による裁判規範説）。ゆづれ、否定説も、「前文」が憲法本文の各条項の解釈の基準となることを重視しており、判例もその趣旨のものと解される点に注意を要する（例：大正四年三月二十二日判決）。

(4) 憲法判例 そもそも判例が法規範性を有するか否かについては議論の余地あるところであるが、既に示唆したように、憲法判例を含めて實権に解せられていおり（我が国の現行法上、憲法判例は、民事・刑事・行政の各具体的事件の解決に必要な限りにおいてなされる、憲法典に関する解釈にかかる判例として成立する）、最高裁判所の憲法判決は先例拘束性をもつと解される。それは、日本国憲法の定める司法権がアメリカ流のものと解されるといふのはかに、基本的には同種の事件は同じように扱わなければならぬから公正の觀念によるものであり、日本国憲法の解釈論的にいえども、憲法一四条の法の平等原則、三三一条の裁判をうむる権利（いりでの裁判は当然に公正な裁判の意でなければならない）および憲法三三一条の定める罪刑法定主義に根拠する。但し、その場合、先例として拘束力をもつては、憲法判決中の ratio decidendi の部分でもして、法律などの合憲・違憲の結論それ自体ではなく、その結論に至る上で直接必要とされる憲法規範的理由である点が留意されるべきである。憲法判例については、通常の判例と違つた特殊性が考慮されなければならないが、その点については後述する（第二回講義三章第三節）。この先例拘束性の原則の下に、最高裁判所は自らの憲法判例を拘束されといひ、下級審は最高裁判所の憲法判例に拘束される（但し、最高裁判所の判例に下級審が從わないからとして、現行法上破棄される可能性があるといひがい）。ゆづれ、その場合、拘束力をもつての

は判決中の抽象理論ではなく ratio decidendi やめんじ、そのルートに因縁して下級審は英米法にみられる「區別 (distinction)」を通じて相当の創造性を發揮しうる余地をもつとい、最高裁判所の考え方へ変化なし。それがしがみられるときはその新傾向を先取りするといが正常化されたりがめんじ、などの点が留連されるべである。

なお、右のような理解に対しては、憲法の解釈論として、憲法七六条三項に「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、人の憲法及び法律にのみ拘束される」とあるように注目し、さらに裁判所法四条に「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する」(筆者) やめんじ(その反対解釈として、上級裁判所の判例は下級裁判所に対して法的拘束力をもたらしかねない)にも言及しながら、判例の法源性に否定的な見解が存する。が、憲法七六条三項にいう「憲法及び法律」には命令・規則・条例などのはが慣習法など不文の送規範も含まれると解するのが一般的であり、まだそう解すべきである。裁判所法四条については、先例拘束性の問題と全く無関係しみんじめである。あるいは、先例拘束性のあることを前提に、ただその事件との関係では下級裁判所を絶対的に拘束する趣旨を明らかにしたものと解するよりもむづかしい。このように、先例拘束性の原則を認めるには、憲法上および法律上の障壁はなしと解すべきであるが、我が国では、判例法主義の英米法系とは違って制定法主義の國であつて、判決の事実上の拘束力をもつていかなければ解するものがむしろ一般的である。けれども、判例法主義と制定法主義といつた二分法がそもそも妥当なのが右が、制定法主義であるから先例拘束性は認められないとするのはあまりに図式的な結論ではないか。事実上の拘束力という概念は明確性を欠くといふがながら、むしろ事実上の拘束力という概念の下に最高裁判所の示す抽象的な法理論が下級裁判所に対してかえりて強い影響力を与えてきたという面がなかつたか、といつた疑問がある。

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

法判例にこのような態度をとるべきか。結論的にはいへば、国会は、その機能行使にあたつてその憲法複合性について判断する際に、憲法判例を考慮すべきではあるが、それに法的に拘束されるべきるのは妥当ではなく、判例の示す憲法解釈は正確であつうとの推定を覆すに足る確信をもつ場合には、訴訟において違憲とされるがめしかしながら、自己の責任で、そぞら立場や行動でわざと解かねや。人のうちに国会に対して法的拘束力がないと解れる理由が、国権の最高機関にして國の唯一の立法機關である国会(第1章)が極めて代表民主制のそとに立ける最高裁判所が占めるべき地位・性格に求められる。なお、特定の事件判決や違憲とされた法律自体にまつわる問題については後述する(第三編第二章第三節)。内閣は、「法律を誠実に執行」すべき立場にあるが(第1章)、最高裁判所によって違憲とされた法律は一般的に執行できぬ状態におかれると解われる。もつとも、国会が違憲とされた法律を何らかの理由で施行する措置をとらなければ、たゞ然にやして、憲法判決以後の各種判例から判断して平均改良の可能性が合理的に予見せらるいわけは、そのことを期待して、テスト・ケースを提供すべく、当該法律を敢えて執行するといは憲法上禁止されてゐるとい解するといはおやじ來当たはなしであらう。また、ある訴訟で違憲とされた法律とは別に国会が同種の法律を独自の判断と責任で新たに敢えて制定したような場合には、内閣は、その法律を執行すべき義務を負つゝことになると解すべきであらう。

(5) 憲法と国際法 (A) 國際法と国内法との關係 前にみだらうに、憲法憲法においては、「國の最高法規」として、「その象徴に反する法律、命令、詔勅及び國務に關するその他の行為」の效力を排除する(第6条)という帰結が導かれる。しかし、これは国内法秩序との關係において考察してのことでありて、国際法秩序との關係を視野に入れた場合がどうなるか。

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



さとうこうじ  
佐藤幸治

1937年 新潟県に生まれる  
1961年 京都大学法学部卒業  
現在 京都大学教授  
主要著書・論文 「表現の自由」「効果・結果の自由」「憲法の  
解説」(芦部信洋編『憲法』人選山)〈創立閣〉所収  
「日本憲法史」(共著・東大出版会)  
「憲法」(竹林書院)  
『注釈日本憲法(上)』(共著・吉林出版新社)

### 憲法訴訟と司法権

1984年7月1日／第1版第1刷発行  
1986年8月10日／第1版第7刷発行

著者／佐藤幸治

発行者／大石 進

発行所／株式会社日本評論社  
〒160 東京都新宿区須賀町4 電話 03 (341) 6161

振替 東京0-16  
①1984 K. Sato 桜印省略  
印刷／ミツフジ印刷株式会社 製本／健次製本株式会社  
Printed in Japan

著者／新保透  
ISBN4-535-57481-2 C3032

## 五 憲法判例の特殊性とそれによる問題

(1) アメリカと同様憲法判例を生起せしめる独自の訴訟類型のない我が国においては、憲法判例は、民事・刑事・行政の各具体的事件の解決に必要な限りにおいて権利または拘束になられる憲法判断にかかわるものとして存在する。憲法判例として拘束力を持つのは、憲法判決中の ratio decidendi の部分であるといふ考え方としては他と同様である。ただ、憲法判決の先例拘束性の機能は、一般の場合とやや事情を異にしていふのが注意される必要がある。つまり、「通常法は不斷に生起する法的問題の多数に精度をもって適用されうる準則 (rules) にかかわるものに対し、他方憲法は理論 (doctrines) にかかるか」から事情である。換言すれば、通常法においては法律院は裁判所が承認する他の準則と競合するよりも多くなく、判例の認定事実(判決事実)との類型的同一性が認められれば当該法準則を適用すべきものに対し、憲法においては先例(したがって判決事実)の外、何が政治的に適正であり、何が社会経済的実態と考えるべきか、歴史からどのくらいの期間をもくじゆくかがといつた諸点(立法院)を考慮されるべきなしであるからいひば、少なくとも一般論として否定し難い。したところから「憲法判決は、他の判決に比べて、裁判所が後にやらねばならないには争点を解決するにとどめ少ないという特徴が生まれる。

284

(2) 右において、他の法領域の判例に比較して、憲法判例は構成的性格を持たれるべきなものではないかを示唆したが、アメリカにおいて、少なからずタオル長官の時代以来、最高裁判所は、非憲法判例の場合よりも柔軟に憲法判例の変更をなすいふことから、「支配的立場」でもたらされたるのれりのりの問題連続してしまつ。フランス式裁判官は、他の法領域では法的ルールが正しく確定されるからそのまゝ権限をもつてしらべるに自己に意識があり、誤りがあやしくすれば立法院によって匡正をめぐらるのに対し、憲法の領域では立法院による匡正がほとんど不可能であり、裁判所としては「経験の教訓により良き推論の力」に従つて示すやくれど、誤った先例を変更するいふに躊躇すべきではない、と述べてゐる (Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U. S. 393 [1932] [Brandeis, J., dissenting])。憲法典の改正困難性、立法院による匡正の事実上の不可能性が、憲法判例変更の柔軟性の直接の根柢とされるが、その背景には、「憲法典が、客観的な法の象徴としては不完全で」という事情ないしその認識が作用してゐるではだらかならぬいひば、右のフランス式の言からぬががわかるよう。

285

わが国の現行法制は、憲法解釈の重大性に鑑み、最初の憲法判例の形成を大法廷の任務とし(裁判所法10条1号)、その変更も大法廷で行なわれるとするが、憲法以外の法令の解釈適用についても、「意見が前に最高裁判所のした裁判に反するいひれ」は小法廷で裁判をなさないとしている。この法制は、すでに示唆したように、判例変更特に「慎重化」を求めるものとは解釈が難いが、判例が法源

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

(3) わが国において、判例の拘束力が自営的に問題とされる場合には、「一般に、裁判所は、他の法領域と比較して、憲法を解釈する判例の変更に対しては、その柔軟な態度をとつてよいであらう」というように、第三の見解が表明されることが多い。が、判例の拘束力の要請の実質的根拠を、人の権利・利益状況についての予見性の保障に求め、その立場から、「憲法判例についてだけ、他と区別すべき理由はないであらう」と読がれるといふのがある。<sup>(4)</sup>も「しかし」の説が、「国民の基本的人権を縮減する方向での判例変更は、裁判所がきりり人権を奪うに等しいものであるから、原則として許されない」と述べており、第一の見解をながらではない。「憲法解釈の変更は、実質的には憲法自体の改正にも匹敵するものであるばかりでなく、最高裁判所の示す憲法解釈は、その性質上、その理由づけ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に至り、はじめて権威ある判断としての拘束力と実効性をもがくであらう」との立場から、先例を変更して新しい憲法

286

解釈を示すに際しては「その必要性および相違性について特取の吟味、検討と配慮が施されなければならぬ」とし、より具体的には、憲法判例変更の条件として、①「その前に変更の要否なしは通常について特取の吟味、検討を施すべきものであり」、ことに、②「憲法の多數によつてこのようないか変更を行なうことは、運用上極力避けるべきである」と述べる、全農林省職法事件判決（最大判昭四八・四・二二刑集二七巻四号五四七頁）における田中等五裁判官の共同意見は、第一の見解を思わせる。

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

憲法判例の変更がより柔軟であるべきか否かの問題は、判例一般の拘束力およびその程度をどのように理解するかに左右される。判例一般の拘束力を高い次元に据える場合には、憲法判例の変更をより厳格に解することは、特定時の最高裁判所には憲法の固定性を離れることにならうし、低い次元に据える場合には、憲法判例の変更をそれよりさらに柔軟に考えるというのでは、憲法判例の拘束力を認めないに等しくなる。判例一般の拘束力がかなり高いものであることを前提にした場合には、考え方の筋途としては第三の見解に落ち着かざるをえないのではないか。なお、そうすると人権保障

との関係で問題にならぬいかの疑問もありうるといふのであって、先に触れた「人権を「縮減する方向」での判例変更」は「原則として許されない」との觀点なりに於ての配慮を示すものといえるが、例外として何を標準とするかの疑問といひて、特定時の最高裁判所にそのような憲法固定権を与えることになるべきをどう評価するか、それは最高裁判所裁判官の国民審査制度を内包する憲法の趣旨と果して適合するものであるが、の疑問が生ずる。刑法法定主義なし選及处罚禁止原則や人の権利についての予見性の問題については、判例の不適切的変更の手法を用ひやすらぎがおる。

(4) ただ、第三の見解はむろんこの通り、せりだらう立派部による匡正の事実上の不可能性については若干の留保が必要であるし、また、憲法判例の変更にかかる法制度上の問題を無視して変更の柔軟性が過度に強調されるべきではない点に留意しておあた。

まず、一般的にいへば、最高裁判所によって違憲無効とされた当該法律自身の運命の問題(この点については、「12 違憲判決の效力」すでに触れた)が別として、判例拘束力の次元でみた場合、立法部は「最高裁の憲法解釈は正確であらうとの推定を覆えずに足りる確信をもつ場合には、訴訟において違憲いわれなかつたらとの自己の危険において行動じやくを解かれる」。その理由は、代議制民主制(わが国の場合は四十七条が重要)において最高裁判所が止められると地位・性格に求められる。次に、アメリカにおいて、一定の場合には、立法部が最高裁判所の判決を実際に乗り越えうる

288

のが判例上認められた例をやひらいてある(例えど Leisy v. Hardin, 135 U. S. 100 [1890] などにて、国会による措置がなされた場合にかかる種の方法で酒類の販売を禁止するよりも本禁酒令に抵觸するとしたが、Clark Distilling Co. v. Western Maryland Railway Co., 242 U. S. 311 [1917] など)。右判例が明示的に再確認しつゝ、同じくられた規制や、国会の憲權がある場合には憲法上認められぬと示してある。逆に、最高裁判所が憲法上違しやくならぬとした判決を修正(四条五節に基づいて国会が各議院に無効とするむしろことを判例上認められた)のがある)。第IIに、判決が立法部のとりうる行為に実際上の限界を画す(「讀憲主義型判決」)という趣旨を持つ場合(「非讀憲主義型判決」)では、立法部は権力的措置をとりうること、うりふである(例えど、報道者は憲法上取扱権限は保障をうながすと示された場合に、立法部は法律によってかかる権利を認めることができる)。

アメリカで、一九五九年までに憲法判例が変更されたのは六〇、その後の110年では四七を下らないといわれるが、このような頻繁な判例変更是何を物語つてゐるか、それは最高裁判所の正統性の基盤に問題を投げかけてはしませんが、ゆゑに、そのような頻繁な変更是法制度全般に無用の緊張を強いる結果になつてしまふが、そのような変更が不可避だとしてかかる無用の緊張を回避すべきのような工夫がいろいろござるが、まだ、理論上のどのような工夫が可能であるか、といった様々な疑問が生じてゐるからである。いよいよ、これらの疑問に立ち入って検討を加える余裕はない。次の諸点を指摘するにとどめなければならぬ。

289