

論 説

裁判官が判例に拘束される理由

早 瀬 勝 明

1 はじめに

1-1 本稿の目的

本稿の目的は、判例の拘束力に関わる問題を提起することである。判例が裁判官を拘束することを、どう説明するか。判例の拘束力については、日本の憲法学でも議論が積み重ねられてきた。それを前提としつつ、本稿は、従来の議論の枠組みでは見えづらくなっていた問題を重視し、視点を少し変えて議論してみてもどうか、という提案を行おうとしている。

1-2 概要

日本では、判例の拘束力について、それが「法的」拘束力なのか「事実上の」拘束力なのかというかたちで、議論されてきた。私は、この二者択一的な議論に参加するのは難しいと考えており、この選択の問題とは別に、そもそも判例に従うべき理由を理論的にどう説明するかの問題があると考えます。また、法的拘束力の有無について語るとき、そこには一定の「法」理解が前提とされているはずであるから、法的拘束力の有無の問題は「法とは何か」の問題と密接に関連するとの指摘も行う。(ただし、本稿の中心は、判例が裁判官に対しても拘束力にある。判例と「法」概念との関連については、問題の指摘にとどめ、その検討は別の機会に行いたい。)

本稿が参照するのは、イギリスの法学者Neil Duxbury⁽¹⁾の著書“The Nature and Authority of Precedent”⁽²⁾である。Duxburyは、先例の拘束力を理論的に説明することを重要な課題と捉え、様々な角度から考察を行っている。彼の議論を見て思うのは、「イギリスは判例法主義の国

だから、判例に法的拘束力がある」というような説明は、少々雑だということである。Duxburyは、コモン・ローと(司法的)先例を同一視していない。両者が異なるものだとすれば、common lawを「判例法」と訳すことには一定の留保が必要になるし、「先例はコモン・ロー(すなわち法)だから、裁判官を法的に拘束する」と説明するのは難しくなる。また、イギリスにも先例と制定法があるが、先例は制定法と同じように裁判官を拘束するわけではないと、Duxburyは言う。そして、制定法とは異なる性質をもつ先例独自の拘束力について、考察している。つまり、コモン・ローの国であるイギリスにあっても、先例の拘束力は、それ自体議論の対象となるのである。また、先例の拘束力は「あるかないか」という二者択一的な議論になじまないという指摘や、先例の中で拘束力をもつ部分(ratio decidendi)の定義や抽出方法に唯一絶対のものがあるわけではないという議論も、示唆的だと思われる。

本稿は、より広い研究テーマの一部として位置づけられる。将来的な検討課題として、現実の法実践のあり方とは別個独立に法文の意味内容を考えることができるかどうか、そもそも法文の意味内容はどこにあるのかという問題を、本稿の最後に提起する。法律の文章は、それ自体では単なる文字列にすぎない。その文字列が意味をもつというのはどういうことなのか。法文の意味は、現実の法文の使われ方とは独立に存在するのか。あるいは、法文の意味を知ることが、現実の法文の使い方を知ることなのか。これらの問題は、現実の法実務において重要な役割を果たしている判例を無視して、法文の真の意味を探することはできるのかという問題設定によって、判例をめぐる問題と密接に結びつく。

(1) The London School of Economics and Political Scienceの法学教授。「法理学(Jurisprudence)」などの授業を担当している。(参照URL：<http://www.lse.ac.uk/collections/law/staff/neil-duxbury.htm>) (2014年5月現在)

(2) NEIL DUXBURY, THE NATURE AND AUTHORITY OF PRECEDENT (Cambridge Univ. Press, 2008).

2 日本での議論状況と問題提起

2-1 日本の判例

裁判所の先例は、日本では判例と呼ばれる。(judicial) precedentと判例が異なる概念だとは考えられておらず、precedentを「判例」と訳しても間違いではないと思われるのだが、外国における議論と日本の議論とを区別するため、本稿では、precedentを「先例」と訳し、日本の文脈では日本での通例に従い「判例」という言葉を用いることとする。

さて、一口に判例と言っても、そこには様々なものがある。少し具体例を見よう。憲法21条2項前段は、「検閲は、これをしてはならない」と定めるが、そこにいう「検閲」とは、「行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるもの」⁽³⁾だとされている。この定義は後の事案でも用いられ、例えば、裁判所が訴えに基づいて雑誌の販売を差し止めることは、行政機関ではなく司法裁判所によるものだから、検閲に該当しない、という判断の理由づけの一部となっている⁽⁴⁾。訴訟において憲法21条2項前段違反の主張がなされたときは、裁判所はこの定義に従って判断を行うのであり、例えばもし下級審がこれと異なる定義を使って判断した場合は、(判例変更がなされない限り)判例違反だということになる。

1つの条文の解釈の仕方だけが判例として機能しているわけではなく、複数の条項にまたがるものもある。例えば、共有森林の分割請求を制限する森林法の規定を憲法29条2項に反すると判断した最高裁判決⁽⁵⁾は、薬局の距離制限を定めた薬事法を憲法22条1項に反するとした判決⁽⁶⁾を引用している⁽⁷⁾。29条2項解釈の仕方について、憲法22条1項の

(3) 最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。(札幌税関検査事件)

(4) 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。(北方ジャーナル事件)

(5) 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。(森林法事件)

(6) 最大判昭和50年4月40日民集29巻4号572頁。(薬事法事件)

解釈を示した判決を引用しているのである。

また、判例とされるものは、具体的な判断から抽象的の言明まで様々である。例えば、裁判員制度は憲法の諸規定に反しないという個別具体的な判断⁽⁸⁾から、政教分離違反かどうかの判断枠組⁽⁹⁾、憲法13条は国民の私生活上の自由を保障しているが、その自由も公共の福祉のために制限を受けることがありうるという一般的な言明⁽¹⁰⁾など、それぞれが後の裁判所の判決で判例として引用されている。

2-2 事実上の拘束力か法的拘束力か

以上のような判例は、最高裁大法廷で判例変更がなされない限り、下級裁判所はもちろん、最高裁自身の判断をも拘束すると考えられている。「具体的な事件に対する裁判所の応答である判決が、当該事件を超えて法的妥当性を有するのか、はっきり定める制定法は存在しない」⁽¹¹⁾が、例えば刑事訴訟法405条(2号)は最高裁判所の判例に反することを上告理由の一つとして認め、裁判所法10条(3号)は最高裁小法廷では以前の最高裁の裁判に反する解釈適用(判例変更)ができないとしているなど、実定法上判例が一定の機能を果たすことが想定されている⁽¹²⁾。

(7) 「財産権に対して加えられる規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべき」などと述べる際に、薬事法違憲判決を引用している。

(8) 最大判平成23年11月16日刑集65巻8号1285頁。これを引用する判決として、例えば、最一判平成24年12月6日(集刑309号67頁、裁判所ウェブサイト)。

(9) 津地鎮祭事件。最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁。これを引用するものとして、例えば、最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁。(愛媛玉串料訴訟)

(10) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。これを引用するものとして、例えば、最一判平成20年3月6日民集62巻3号665頁。(住基ネット訴訟)

(11) 毛利透ほか『憲法I』(有斐閣、2011)21頁〔毛利執筆〕。

(12) この他、民事訴訟法318条1項も参照。

ただ、「判例」を正確に定義するのは難しい。先に見たとおり、憲法判例だけ見ても、様々なものがある。「判例」という言葉の意味は「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、単なる『判決』の別名として使用され、あるいは自覚的に『裁判上の先例』の意味で用いられる」⁽¹³⁾。本稿が考察の対象とするのは、「拘束力をもつ」とされる狭義の意味⁽¹⁴⁾での「判例」である。この意味での「判例」は、判決文のすべてを指すのではない。拘束力をもつのは、「判決の結論を導くうえで意味のある法的理由づけ、すなわち『判決理由』(レイシオ・デシデンダイratio decidendi)⁽¹⁵⁾であり、これと区別される「傍論」(オビタ・ディクタムobiter dictum)は拘束力をもたないと言われる。

この「拘束力」の理解の仕方に関して、学説の対立がある⁽¹⁶⁾。一方には、判例の拘束力は事実上のものにすぎないという事実上の拘束力説がある⁽¹⁷⁾。この立場は、判例法主義をとる国では判例は法的拘束力をもつが、制定法主義の国ではその拘束力は事実上のものに過ぎないなどと述べる⁽¹⁸⁾。もう一方は、法的拘束力説である。この立場は、「判例法主義と制定法主義といった、二分法がそもそも妥当なものか否か、制定法主義であるから先例拘束性は認められないとするのは、あまりに図式的な結論ではないか」⁽¹⁹⁾といった疑問を呈し、「『判例』も(制定法に從位する)『法』であり、裁判の準則であって、その意味で裁判官(最高裁判所の裁

(13) 佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、1988)349頁。

(14) 金子宏ほか『法律学小辞典〔第4版補訂版〕』1028頁参照。

(15) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第5版〕』(岩波書店、2011)380頁。

(16) 学説の状況を詳しく紹介したものとして、例えば、松井茂記「憲法判例の法源性・先例拘束性と憲法判例の変更」樋口陽一編『講座憲法学6 権力の分立(2)』(日本評論社、1995)203頁。(松井は事実上の拘束力説をとる。)

(17) 例えば、樋口陽一『憲法〔第3版〕』(創文社、1992)432-433頁、中野次雄編著『判例とその読み方〔三訂版〕』(有斐閣、2009)15頁〔中野執筆〕。

(18) 法令用語研究会編『法律用語辞典〔第4版〕』(有斐閣、2012)955頁。

(19) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011)32頁。佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社、1984)262頁以下。

判官も含めて)は法上それに拘束される」(傍点原文)⁽²⁰⁾などと主張する。

2-3 先行する諸問題？

2-3-1 どちらかを選ぶのは難しい

判例がもつ拘束力は法的なものなのか、事実上のものなのか。そのような二者択一式の議論に参加するのは、少なくとも私にとっては、簡単ではない。理由がいくつかある。まずは、概念の曖昧さである。ある法的拘束力説の論者は、「事実上の拘束力」という概念の不明確性を指摘する⁽²¹⁾。これに対し、事実上の拘束力説論者の一人は、「事実上の拘束力」という概念の不明確性を認めつつ、「法的拘束力」の具体的な意味は必ずしも明らかではないと主張する⁽²²⁾。「事実上の拘束力」も「法的拘束力」も不明確なのだとなれば、いずれかの説を選べと言われても難しい。

もし、「法的拘束力」の意味するところが異なるのであれば、法的拘束力の有無に関わる議論はかみ合わない(かみ合っていない)可能性が出てくる。例えば、「法的拘束力」の意味について、次の2つのいずれを前提に議論がなされてきたのだろうか。(ア)「法による拘束」のみを意味する、(イ)「法ではない何か法のように(あるいは、法に似たかたちで)拘束する」ことも含む⁽²³⁾。上記の学説の議論は、おそらく、(ア)を想定し「法」によらない拘束は「法的拘束力」とは呼ばないのだと思われる。本稿では、「法的拘束力」とは「法」による拘束のみを意味するものと、一応、しておく。一応の想定であることを強調するのは、これによって「法的拘束力」の中身が明らかになるわけではないからである。

理由の二つ目は、事実上の拘束力か法的拘束力かという従来の議論の枠組では見えづらくなっている、重要な問題の存在にある。そもそも、「事実上の拘束力」や「法的拘束力」という、対立する学説の中心的概念がいずれも不明確なのに、どうして議論ができるのか。私の考えで

(20) 佐藤・前掲注(13)、385頁。

(21) 佐藤・前掲注(19)『日本国憲法論』32頁

(22) 芦部信喜「憲法判例の拘束力と下級審の対応」国家学会編『国家と市民 第1巻 公法』51頁、84頁。

は、それら学説の対立の根本には、判例の拘束力をどのように記述するかという問題とは異なる問題に対する立場の違いがある。以下、互いに密接に関連する2つの問題を挙げておきたい。

2-3-2 判例の拘束力を肯定的に評価するか否か

第一に、裁判官が判例に拘束されるべきか否かという評価の問題における立場が違う可能性が考えられる。つまり、事実上の拘束力説(の、少なくとも一部の論者)は、判例が裁判官を拘束することを否定的に評価しており、だからこそ判例の拘束力は事実上のものにすぎないと主張するのではないか。

「拘束」の具体的な意味はさておき、現実には裁判官が判例に拘束されていることは、事実上の拘束力説に立つ論者も認める⁽²⁴⁾。その上で、「『事実上の拘束力』『事実上の法源』という定式化は、後の裁判で『事実』として従われていることを指す記述概念であり、それに従うべき必要はないとする」⁽²⁵⁾のである。これは事実を記述した上で、評価を行っ

(23) もし、事実上の拘束力説が(ア)を採るなら、「判例による拘束は法による拘束ではない。しかし、判例は法のように裁判官を拘束する」と主張しても、矛盾はない。これに対し、事実上の拘束力説が(イ)を採り、判例は「法」ではないとの立場を採るなら、判例の拘束力は「法による拘束」として説明することも「法に似た拘束力」として説明することもできないことになる。

一方、法的拘束力説が(ア)を採るなら、この説は、判例による拘束は「法による」拘束だと主張していることになる。これに対し、法的拘束力説が(イ)を採り、判例は法ではないとの立場を採った場合、「判例による拘束は法による拘束ではない。しかし、判例は法のように裁判官を拘束する。」と主張することができる。

以上からわかるのは、事実上の拘束力説が、「法的拘束力」は「法による拘束」のみを意味するとの立場を採り、法的拘束力説が、「法的拘束力」は「法ではない何か法のように拘束する」ことも含むとの立場を採るなら、両説に違いはない可能性があるということである。

(24) 樋口・前掲注(17)、430頁。「現実には『判例』というものが裁判官の職権行使に際して持つ意味は、きわめて大きい。」

(25) 樋口陽一「解題」樋口陽一編『講座憲法学6 権力の分立(2)』(日本評論社、1995)1頁、12頁。

ているように見える。しかし、実際には、評価が先行しているのではないだろうか。つまり、裁判官が判例に拘束されることに対する消極的な評価が先あって、そこから記述の仕方が導かれているのではないだろうか。事実上の拘束力説に立つ樋口陽一は、判例が制定法と主権者＝国民の両方に対して緊張関係に立つと指摘しつつ、『判例の拘束力』といわれているものが事実上のものにすぎないはずだ、ということ強調することが、やはり重要な意味を持つであろう」（傍点原文）⁽²⁶⁾と述べている。このような説明を見ると、樋口は、「判例は裁判官を事実上拘束している。しかし、裁判官は判例に従う必要はない」というかたちの主張ではなく、「裁判官は判例に従う必要はない。だから、判例は裁判官を事実上拘束しているにすぎないというべきだ」という論理形式の主張をしているのではないのかとの疑問が生じる⁽²⁷⁾。もし、判例が拘束力をもつことに対する評価が先行するのだとすれば、判例に拘束力を認めるべきか否かの問題を別に論じる必要があろう。

2-3-3 「法」とは何か

第二に考えられるのは、「法」とは何かの問題に関する立場の違いである。「法」的拘束力について語るとき、そこには一定の「法」理解が前提とされているはずである。事実上の拘束力説が、「事実上の」という言葉の不明確性を自覚しながら、判例に「法的」とか「法上の」拘束力を認めない⁽²⁸⁾のは、一定の「法」概念を前提としつつ、そこに判例を含めない立場をとるからではないのか。もし、判例も法だとするなら、判例による拘束が法による拘束を意味するのは当然だと言える。一方、判例は法ではないとの立場をとった場合、「判例は法的拘束力をもちえない」との結論が当然に導かれるとは限らない。「法的拘束力」が「法ではない何かが法のように(あるいは、法に似たかたちで)拘束する」こと

(26) 樋口・前掲注(17)、432-433頁。

(27) ただ、これは事実上の拘束力説をとるすべての論者に共通するわけではない。例えば、中野・前掲注(17)は、「判例が実務を支配している」などと述べて実務における判例の重要性を認めつつ(10-12頁)、わが国での判例の拘束力は「事実上の拘束力」だという立場をとる。(15頁)

(28) 例えば、中野・前掲注(17)、15頁。

も含むものであれば、判例の「法的拘束力」を認める余地が出てくることになる。

「法」概念に関わる問題は難問である。この議論が決着したという話を、私は聞いたことがない。この問題を本稿は正面から扱わないが、制定法と判例の区別が実は難しいのではないかという考えについては、後述する。ここで確認しておきたいのは、判例の拘束力を「法」による拘束力として把握できるかどうかは、どのような「法」概念を前提するかによって依拠するのであり、一定の「法」概念を当然の前提として議論を進めることはできないということである。もし、論者によって「法」や「法的拘束力」の意味するところが異なるのであれば、法的拘束力の有無に関わる議論はかみ合わない(かみ合っていない)可能性が高くなるだろう。

なお、判例の拘束力をめぐる従来の学説の議論について、「少なくとも、最高裁判所の判例が下級裁判所に対して持つ拘束力に関する限り、事実上の拘束力説と法的拘束力説との間に意味のある違いはない」⁽²⁹⁾とする立場もある。例えば、両説の対立が、判例に拘束力を認めるべきかどうか、あるいはどの程度認めるべきかといった問題や、「法」とは何かをめぐる問題に解消されるのであれば、両説を対立構造で捉えることに意味はなくなるのかもしれない。本稿では、両説の違いの有無については検討しないが、もし、両説に意味のある違いがないとしても、判例の拘束力をどう説明するかの問題が消えるわけではない。

以下では、判例の拘束力について論じたNeil Duxburyの著書“The Nature and Authority of Precedent” (Cambridge Univ. Press, 2008)を参照しながら、判例の拘束力に関わる議論の仕方について検討してみたいと思う。(以下、本文括弧内の数字は同書のページ番号を表す。)

(29) 長谷部恭男『憲法〔第5版〕』(新世社、2011)、31頁。また、長谷部恭男『憲法の円環』(2013、岩波書店)第11章「憲法判例の権威について」も参照。

3 Neil Duxbury “The Nature and Authority of Precedent”

3-1 概要

Duxburyは、先例をルールや類推(analogy)、慣習などと同一視することはできないと言う(x、1-9)。先例の性質や権威は、それ自体独特なものとして、独自の検討の対象となる。そして、先例の権威を説明しないし正当化する単一の理論は存在しないとの結論が導かれる。ただし、これは先例の拘束力を理論的に説明することはできないと主張するものではない。それぞれに弱点を抱えた理論が、共に、先例拘束性の原理を説明するのである。(182)

なお、以下でのHartやDworkinなどの理論は、Duxburyによる理解に基づくもの(を、早瀬なりに紹介したもの)である。Duxburyの理解の仕方を問題視することも可能ではあるが、その検討は別の機会に譲りたい。

3-2 法実証主義と先例

3-2-1 古典的法実証主義と先例

裁判所がある問題について判断を下した後、別の訴訟で同じことが再び問題とされたとき、以前の裁判所の判断に従わなければならない。これが、いわゆる先例拘束性の原理(doctrine of precedent, *stare decisis*)である(12)。

それでは、なぜ裁判所は、過去の裁判所の判断に縛られるのか。Duxburyは、古典的な法実証主義によっては、先例の拘束性をうまく説明できないという⁽³⁰⁾。裁判官は先例に拘束されるが、それは古典的法実証主義的な意味においてはではない。古典的法実証主義によれば、法的ルールないし法規範は、従わなかった場合の制裁に裏付けられている。しかし、コモン・ローの裁判官は制裁を背景に先例に従うよう命じられ

(30) 先例法理の確立は19世紀後半からのことなので、BenthamやAustinら古典的法実証主義者たちが、先例拘束性の問題を重要な問題として捉えなかったとしても不思議はない。ただ、だとしても、古典的実証主義の立場が先例法理をいかに説明するかという問題が重要でなくなるわけではない。(18-19)

ているわけではない(14、16)。法的制裁による威嚇がないのであれば、裁判官はどのように先例に拘束されるというのだろうか(19)。

Duxburyは、先例の拘束力に関わる議論は、妥当性(validity)ではなく、権威(authority)という語を用いるのが良いと述べる。妥当性はあるかないかという二者択一な概念であるのに対し、権威には程度の差がある。先例は、裁判官を全か無かというかたちで拘束するわけではない(23)。そして、古典的法実証主義の立場からは先例についてうまく説明することが難しい。その理由の一つは、古典的実証主義が法の妥当性について説明しようとしていたことにある。妥当性は、有るか無いかの二者択一的な問題として語られる傾向があり、段階的な強弱で捉える方が適切な先例の権威の分析に適さないのである(58)。

3-2-2 Hart理論による説明

制裁の脅威がないとすれば、裁判官たちが先例に拘束されることをどう説明すれば良いのか。Hartの主著The Concept Law⁽³¹⁾は、法実証主義の立場から先例の拘束力について説明することを可能にした。鍵は、Hartによる「内的視点 internal point of view」の導入にある。これによって、先例に従う等の慣行が、それに従わなかった場合のペナルティを前提としなくても、権威あるものとして理解することができるのである。

裁判官たちが裁判活動に関する一定の内的視点を採用するということは、彼らが一定のルールを受け入れるということである。このルールは、自分や他の裁判官の振る舞いを評価するための規準として用いられる。裁判官たちが先例に従うのは、彼らが制裁を恐れるからではなく、先例に従うことが、彼らの間で正しい行いだと考えられており、逸脱に対する否定的評価が予想される規範の一つとみなされているからなのである。(20-21)

3-3 コモン・ローと先例

3-3-1 コモン・ローと先例は同一視できない

ただ、これですべてを説明しきれわけではない。次に問題となるの

(31) H.L.A HART, THE CONCEPT OF LAW (OXFORD UNIV. PRESS, 1961)

は、裁判官たちが先例に従うことを規範の一つとして内面化している事実を、どう説明するかである(151)。司法上の先例は、明らかに何らかの権威をもっている。しかし、その権威はどこから来るのか(24)。

先例を慣習と捉える考え方もありえよう。先例拘束性原理は、一種の慣習法なのだ。しかし、Duxburyは司法上の先例と慣習は同視できないと言う(8-9)。先例と慣習はどちらも、コモン・ローの源泉であるが、様々な理由から、両者は異なるものとして理解すべきである。例えば、先例と慣習は対立することがあるし、先例の参照は過去の特定可能な出来事を参照することであるが、慣習は有史以前の(immemorial)誰の記憶にも残っていないものであっても司法的判断の根拠となり得る。

だが、おそらく最も決定的な証拠はコモン・ローそれ自体だと、Duxburyは言う。彼によると、先例とコモン・ローを同一視することはできない。コモン・ローは先例以外のものも含む(182)。先例拘束性原理がなくても、コモン・ローは機能する(34)。事実、イギリスにおいて先例拘束性原理が確立したのは19世紀のことであり、それよりずっと前から、コモン・ローは慣習法の一形式として存在したのである(9)。したがって、先例に従うことを慣習やコモン・ローと同一視して、その権威の源泉を語ることはできない。(なお、ここに言うコモン・ローは、(議会)制定法と対比される用法で、(コモン・ロー)裁判所で発展、蓄積されてきたルールその他の集合を指していると思われる。common lawを「判例法」を訳す⁽³²⁾と、先例とコモン・ローを同一視しないDuxburyの議論の趣旨を捉え損なう恐れがあるため、本稿では訳語をあてずカタカナ表記することにする。)

さて、それでは、先例拘束性原理はどのようにして確立していったのだろうか。中世のコモン・ロー裁判官が先例を全く考慮に入れなかったわけではない。しかし、現代的な先例拘束性原理が形成され始めたのは、18世紀のことである。(32-35)

3-3-2 理由づけ(reason)

先例法理の歴史的な形成過程については、様々な説明の仕方がある。

(32) 例えば、法令用語研究会・前掲注(18)、420頁。

例えば、BenthamやAustinら法実証主義者によるコモン・ロー批判が先例法理の確立を促したという見解がある。彼らの分析的アプローチは、ルールを目に見える形で特定しようとするものであり、裁判官はすでにある法が何かを明らかにし宣言するだけで法創造はしていないとする法宣明説(declaratory theory)の想定を否定する拠り所となった。裁判官の法創造に対する法実証主義者たちの批判をかわすため、裁判所は先例拘束性の原理に訴えるようになったという説明は、それなりに説得力がある。ただ、法実証主義が、法学者たちではなく、裁判官たちにどれほどの影響を与えたのか、証明するのは難しい。(37-39, 44)

Duxburyが有力だと考えるのは、理由づけreasonが必要とされるようになったことが先例拘束性原理の確立を促したという説明である。Hobbesは、理由づけが司法的決定に不可欠のものだと認識していた。そして、裁判の審理構造の変化に伴い、17世紀には理由づけが法にとって非常に重要なものと考えられるようになっており、先例と理由づけは確実に結びつくことになる。

先例は、特定のルールや原則の理由を提供するものと見なされるようになったため、法的議論の中で強い権威をもつようになった。それは、審理における裁判当事者たちの戦略の変化などに伴い、裁判官の役割が変化した結果である。それまでのアドバイザー的な役割ではなく裁定を下すことを、裁判官は期待されるようになった。そして、裁判官は以前の裁判でなされた裁定の存在を意識しつつ、自らの裁定の理由を示すことが求められるようになる。(48-52)

ただ、そこから先例拘束性の原理が確立するまで、さらに200年以上の月日が流れている。それほどまでの時間を要した理由は、裁判記録の不備にあった。類似の事案を判断する後の裁判官を拘束するような、信頼できる記録はまだ数が少なかったのである。状況が変わるのは18世紀中盤からであり、速記法の発展や記録保存の改善に伴って、先例拘束性原理は発展し確立していった。裁判所の判断が記録され、その理由づけの大事なポイントが認識できるようになっていくことで、先例拘束性が実効的に機能するようになったのである。(53-56)

3-4 *ratio decidendi* の不明確性

ところで、一口に裁定の理由と言っても、種類も重要性も様々なものがある。どの理由づけが重要なのだろうか。また、その理由づけはどのように機能するのだろうか。(57)

先例として重要な理由づけ。一般に、それは*ratio decidendi*のことだと言われている。事案の判断の中で、決定の理由である*ratio decidendi*とそうではない*obiter dicta*が区別され、*ratio decidendi*が重要な機能を担うのだと。

しかし、一般論としてはそれでよいとしても、現実には、両者を区別するのは難しい。様々な区別の試みがなされてきたが、やればやるほど見えてくるのは、区別のためのメタ・ルールはありそうにないということである。区別が難しい理由はいくつもあると、Duxburyは言う。例えば、*ratio*と*obiter*の境界線は曖昧であり、以前はと*obiter*とみなされていたものが*ratio*となることがある。あるいは、*ratio*は一つの判決に一つとは限らず、複数の*ratio*が存在していたり(*rationes*)、何が*ratio*かについて意見の対立があり、後の裁判所が裁量的な判断で何を*ratio*とみなすかを決定したりする(ただし、裁量は無制約ではない)。(67-75)

また、*ratio decidendi*の定義や何が*ratio*かを定める問題もある。これがまた難しい。*ratio decidendi*について確実に言えるのは、それが不確かさだらけの概念だということだけである。*ratio decidendi*が拘束力をもつ部分だということに関しては一般的な合意があるけれども、何が*ratio decidendi*なのかについての合意はほとんどできていない⁽³³⁾。

*ratio decidendi*の把握が困難であることから、探究を放棄する者もいる⁽³⁴⁾。ただ、定義について合意ができないことから直接に、事案の中に*ratio*を見出せないとの結論が導かれるわけではない。*ratio*が存在し、それが重要であることについては、ほとんど疑いがないと、Duxbury

(33) 例えば、Authur Goodhartによる*ratio decidendi*の定式化と、それをめぐる様々な議論が紹介されている。(83-89)

(34) 例えば、Karl Llewellynは、事例における*ratio decidendi*の探求をいつまで経っても答えの出ない無駄な試みとして切り捨てる。(68-69)

は言う⁽³⁵⁾。(78-79)

*ratio decidendi*を抽出する単一のルールは、見つかっていない。それでも、*ratio*をめぐる議論が必要とされるのは、それが先例の拘束力を論じるために不可欠だからである。一定の事実状況における裁定の理由づけを先例が提供している場合、裁定者は先例に従う。先例に含まれる、重要な理由づけが*ratio decidendi*であるから、*ratio*の定義や特定の仕方についての議論が不要だと考えることは難しい。

3-5 先例拘束性原理の説明ないし正当化

しかし、先例の拘束力を先例が提供する理由づけの仕方に根拠づける議論が、すべてを説明できるわけではない。例えば、先例の権威が先例を支える理由づけに支えられているとは限らない。理由はともかく先例に従うというのは、よくあることである。また、先例の理由づけを受け入れるからといって、先例の拘束力を認める必然性があるわけではない。裁判官が先例の理由づけの仕方を採用するのは、その理由づけが適切だからであって、先例に従う必要性に駆られたわけではないということもありうる。そして、先例が一定の問題解決の仕方の理由を示すことを認めたとしても、それが、理由づけを決定的に重要なものとみなさねばならないとか、その先例に従わねばならないことを意味するわけではない。

Duxburyは、先例の拘束力についてなされてきた様々な説明の仕方を挙げ、検討を加えている。先に見たとおり、彼は、先例の拘束力は単一の包括的理論によって説明することはできないと述べる。従来の理論的説明は、いずれも完全ではない。それぞれに長所があり、短所もある。しかし、短所を過度に強調して理論を全否定するのも妥当ではない。そのような立場を、彼は採用する。

先例が理由づけの仕方を提供するという、先例の拘束力の説明の仕方には、弱点がある。しかし、だからといってこの説明が全否定されるわ

(35) ただし、先例の権威は*ratio decidendi*に還元されるわけではない。したがって、*ratio*の特定は、必ずしもある決定が拘束力をもつ証拠になるわけではない。(91)

けではない。事実、裁判官が先例に従うことは頻繁にある。まったく何もないところから問題に取り組むのではなく、先例の理由づけの仕方を参照することで、問題を十分に解決しようと、裁判官たちが考えているからである(152)。

3-6 帰結主義的な正当化

先例の拘束力を説明ないし正当化する方法は、先例が理由づけの仕方を提供するという説明のほかに大きく分けて2つある。1つは帰結主義的な正当化であり、何らかの目的を達成する手段として先例拘束性を捉える。もう1つは義務論的な正当化であり、何か別の利益のためではなく、先例に従うことがそれ自体に価値があると考ええる。以下、順に見ていこう。

まずは帰結主義的な議論から。効率性は、先例に従うことで達成される利益の代表例である。先例に従う慣行がないと、裁判所はいつも一から事案を処理することになる。先例があることで、裁判官たちはより裁定をしやすくなり、裁定のコストを減らせるのである。この他、司法的決定や司法制度の強化につながったり、裁判の誤りを減らしたり、その他諸々、先例に従うことから生じる帰結が好ましいというようなことが挙げられる。(93-97)

しかし、帰結主義的な正当化には、限界がある。このかたちの正当化の弱点の一つは、先例に従うことよりも他のやりの方が一定の帰結をもたらす手段として優れている場合に、先例に従うべきだというのが難しくなる点にある(153)⁽³⁶⁾。例えば、先例に従うよりクジで裁定する方が効率性には優れているが、なぜクジではだめなのか。また、事案に関連する数多くの先例があり互いに矛盾するように見える場合、先例の理解の仕方について悩むより、まっさらな状態から判断した方が効率的か

(36) 帰結主義的な正当化は、先例に従って決定を行った場合のすべての予測可能な帰結と、他の方法で決定した場合のすべての予測可能な帰結とを比較検討し、先例に従った決定が他の代替的手段に問題解決のアプローチとして優ることを示すことができた場合のみ可能である。また、先例に従うことが決定を行う人の望む帰結をもたらすよう保証することは、非常に難しいことが多い。(153-154)

もしれない。

さらに、先例に従うことで良くない効果が生まれることもある。好ましくない先例に従うのは、好ましくない判断を繰り返すことになるかもしれない。このような場合、先例に従わない選択肢もありうるだろう。実際、裁判官は、先例に従うことで効率性などが促されることは認めつつ、効率性等に優先される考慮事項があるという理由で、先例に従わない方が良いと考えることもある。(97-98) 先例に従うことが不適切な判断につながる場合は、先例に従わない方が良い。そして、実際、裁判所は、区別(distinguishing)や先例変更(overruling)を行うことで、先例の拘束力から逃れることがあるのだ。

このことは、他の説明の仕方にも影響する。例えば、先例を排除的理由(exclusionary reason)と捉える立場は、先例によって、裁判官たちには自らの個人的な判断に従って裁判する余地がなくなると説明する。先例が示した理由づけを用いなければならないとすれば、裁判官は好き勝手な理由づけができなくなる。これは一つの説得的な議論ではあるが、すべてを説明できるわけではない。特に問題となるのは、裁判官たちは先例に完全に拘束されているわけではないということである。区別や先例変更を行って先例の拘束力から逃れるとき、裁判官は先例をもはや排除的理由と扱っておらず、自ら判断を行っている。先例を排除的理由と捉える立場は、このような現象をうまく説明できない。(99-108)

また、区別や先例変更等に関し、裁判官に相当程度の裁量が認められることは、安定性(stability)や確実性(certainty)、予測可能性(predictability)などをもたらすとする先例の拘束力の説明にも、やっかいな問題を投げかける。問題の詳細を見る前に、区別や先例変更はどのような決定なのか、確認しておこう。

3-7 区別と先例変更

3-7-1 区別と先例変更

先例の拘束力は絶対的ではない。裁判官たちは、区別や先例変更といった手段を用いて、先例の拘束力から逃れることができる⁽³⁷⁾。

区別には、1つの事案の中での区別と、別々の事案の間の区別がある。1つの事案の中での区別は、先例のどこに拘束されるのかの判断で

あり、*ratio decideni*と*obita dicta*が区別される。複数の事案の間の区別は、事実関係が異なることを理由として、先例の拘束力が及ばないとすることである。

何もかもまったく同じ事案はこの世に2つとないから、複数の事案の間での区別は、常に可能である。ただ、事実の違いだけで区別ができるわけではない。先例に従わないことを正当化するためには、その違いが重要であることを示すことが必要となる。(113-116)

先例変更は、区別よりもはっきりと先例の拘束力を否定するものである。それでは、先例変更が適切なのはどのような場合なのか。難しい問題だが、少なくとも、先例に従わない裁判官は、その理由を示すことが期待されており、先例変更の場合、その理由は特に重要なし強いものでなければならない。まず考えられるのは、先例の誤りを理由とする場合であろう。この他、誤った先例を覆すことが全体として法の改善をもたらすとか、望ましい改変は立法府によっては達成できないといった理由が示されることもありうる。(117-118)

理由が適切ならば、先例変更は、単に許容されているのではなく、期待されているとも言う。例えば、過去に裁判所が不適切な裁量の行使をした領域での事態の改善のために、先例変更が必要な場合である。このような場合、先例変更は、裁判所が、法を支え維持するための手段として理解できるかもしれない。(121-122) そうだとすれば、先例変更は先例法理と両立できるだけでなく、先例法理を支えるのだとも言える。(27)

37) 先例は裁定に関する一定の方向性を示すが、示された方向性は常に受け入れられるわけではない。さらに、先例の示す方向性が受け入れられる程度や期待は、国や制度によって異なる。ただ、裁判所が先例に従わずに行動できるからといって、先例が権威として弱いとの結論には必ずしも結びつかない。先例に従わない場合であっても、裁判官はその先例がないかのように行動するわけではなく、先例に従わない理由を述べることが期待される。区別や先例変更は、ある種の法創造ないし法の変更であると言えるが、無制限に許されるわけではなく、一定の制約はあるのだ。(111-113)

3-7-2 予測可能性などに訴える議論に与える影響

先例法理が絶対的ではないのは、コモン・ローの諸原理を発展させる機会を裁判所に与えるという点で長所だと言える。しかし、柔軟な修正が許容されることで、確実性や予測可能性は一定程度犠牲となる。つまり、確実性や予測可能性は、完全には保証されない。例えば、訴訟を起こそうとする人やその代理人らは、裁判所が、彼らの従って欲しい先例に従う、あるいはそうあって欲しいと思う従い方をする、とは確信できないのである⁽³⁸⁾。(160-163)

3-8 義務論的な議論

義務論的な立場からは、何らかの目的のために先例に従うのではなく、先例に従うことに固有の価値があるのだと説明される(168)⁽³⁹⁾。中でも重要なのは、平等ないし形式的正義の観点から先例法理を正当化する議論である。この観点からは、本質的に同様の事案は同様に扱われ、本質的に異なる事案は違うように取り扱われるべきだと主張される。(170)

しかし、この議論にも種々の難点がある。例えば、「類似の事案」かどうかは、形式的な手順で決められるわけではない。何もかもまったく同じ事案は存在せず、すべての事案には何かしらの共通点と相違点があるから、事案の間の類似や相違を決定するのは非常に難しい。類似や相違、あるいは関連性の有無を判断する規準がないと、同様の事案は同様に扱うべきだという主張は、あまり有益ではないのである。

そして、形式的正義の原理の最も明らかな難点は、他の規準によって補足しないと意味がないという空虚さではなく、欠陥のある先例を尊重させる根拠として機能する点にある。同様の事案は同様に扱うことは、不正義が繰り返される可能性を含むのである。ただし、多くの批判があ

(38) Riggs v. Palmerでは、(被相続人を殺した相続人はその財産を相続できない、という明示的なルールのないときに)相続財産目的で祖父を殺した孫の相続の権利が否定された。この事案で相続の権利を否定された孫は、相続できるという期待を裁判所によって裏切られている。

(39) 単にそれが先例だから従うという立場もあるが、適切な説明を提供できていないとして批判されている。(168-170)

るという事実を強調しすぎてはいけない。裁判官たちは、類似や相違に関する自らの理解で、形式的正義の原理を補っている。(174-179)

3-9 結論

先例の機能や権威は、一つの包括的理論によって説明できず、複数の様々な理由に帰されるというのが、Duxburyの結論である。効率性、予測可能性、形式的正義(平等)などなど、様々な観点から先例の拘束力は説明されるが、どれも完全ではない。しかし、弱点があるからといって、全否定すべきでもない。弱い糸は、いくつもより合わさって強いロープになり得るのである。(182)

4 検討

Duxburyの理論的な整理や議論の仕方が適切かどうかは、別に検討の対象となりうる。彼の理論を紹介したのは、判例の拘束力をめぐる議論の仕方を考えるために有益だと考えたからである。Duxburyの議論から得るものは、あると思う。彼の議論を参照しつつ考えると、以下に示すようないくつかのことが、判例の拘束力に関わる問題について論じる際に留意すべき事柄として思いつく。それらを大きく2つに分けた上で、順に見ていきたい。1つは拘束力、もう1つは「法」概念に関わる問題である。

4-1 拘束力

4-1-1 判決の好ましさと拘束力

先例の権威は、それが正しいかどうかに関する裁判所の見解から独立していると、Duxburyは言う(24)。確かに、判決の好ましさと、その拘束力の問題は、明確に区別されるべきだろう。例えば、判例に強い拘束力を認めようとしなかった憲法学者が、憲法解釈に関わる自分の学説を日本の最高裁が次々に採用し始めた途端、判例の拘束力は強いのだと主張し始めたでしょう。この場合、その学者が判例に強い拘束力を認めなかったのは、それまでの最高裁の諸判決が彼(女)にとって好ましくないからであり、好ましくない内容の判決が判例として後の裁判所を法的に拘束するというに否定的だったからだ、説明できるかもしれな

い。日本の判例に対する評価が判例の拘束力に関わる立場と結びつくこと自体が間違いとは言いきれないが、両者は別個の問題として捉えるべきだろう。

4-1-2 コモン・ロー＝判例ではない

Duxburyによれば、先例拘束性原理がなくても、コモン・ローは機能するのであり(34)、先例とコモン・ローは区別できる。そうだとすると、コモン・ローの法システムを採用する国であるかどうかと、先例拘束性の有無は、別の問題だということになる。そして、common lawを「判例法」と訳すことには一定の留保が必要となるだろう。common lawを「判例法」と訳しておいて、「判例法主義の国では判例が拘束力をもつ」とする説明は、コモン・ローと先例(判例)が同視できること、及び、先例が拘束力をもつことを前提としている。しかし、その前提は当然視できるものではない。

また、「コモン・ローの国には先例拘束性原理がある」としても、そこから「コモン・ローの法システムを採用しない国には先例拘束性の原理は認められない」との結論が、直接に導かれるわけではない。「コモン・ローの国でも、そうでない国でも、裁判システムがあるところには、先例拘束性原理がある」という可能性を、最初から否定することはできないだろう。

4-1-3 拘束力あるなしの二分法の困難

先例の拘束力に関わる議論には、あるかないかが二者択一に語られる「妥当性」ではなく、段階的な程度の差がある「権威」という語を用いるべきだと、Duxburyは言う(23)。もし、「判例の拘束力」には、程度の差があるのだとすると、法的拘束力の有無という二者択一の枠組は、そもそも問題になじまない可能性がある。その意味では、「判例の『拘束力』の上になぜ『事実上の』とか『法律上の』または『法的』という形容詞をつけなければならないのかという疑問」を呈し、判例の拘束力については「強い」「弱い」と言えば済むとして、「『事実上の拘束力』『法的拘束力』なる概念は、廃棄した方がよい」⁽⁴⁰⁾と主張する見解には、一定の理があることになる。「『強い』拘束力とか『弱い』拘束力とは、何を意味しているのであろうか」⁽⁴¹⁾との疑問が提示されているが、「強さ」

を、「あるかないか」で論じるのは難しい。文字通り、「強い拘束力」とは拘束力が強いことを意味するのであり、拘束力の強さには程度の差があると考えれば、判例の拘束力について「強い」「弱い」と言うことに、さほど無理を感じることはない。

ただ、法的拘束力をめぐる議論は、拘束力の強弱にかかわらず、それが「法的」なものであるかどうかを問題にしているのだとの応答も考えられる。つまり、判例の拘束力を法によるものと捉えるかどうかの問題なのであり、拘束力の強弱は別の問題である、と。このような捉え方だと、「強い法的拘束力」とか「弱い法的拘束力」という言い方も可能であり⁽⁴²⁾、判例の拘束力を「強い」「弱い」というかたちで論じることができることから直接に、「法的拘束力」「事実上の拘束力」という概念を放棄すべきだとの結論が導かれるわけではないということになる。そして、問題は結局、「法的拘束力」とは何かというところに帰着する。そして、この問題は「法とは何か」という問いと切り離すことができない。

4-1-4 拘束力をもつ部分

Duxburyによれば、*ratio decidendi*は不確実さに満ちた概念であり、*ratio decidendi*が拘束力をもつ部分だということに関しては一般的な合意があるけれども、何が*ratio decidendi*なのかについての合意はほとんどできていない。(78) 従来の学説の議論は、「判例には拘束力をもつ部分とそうでない部分がある」とした上で、「その拘束力は法的なものか事実上のものなのか」を問うものだったように思う。しかし、拘束力をもつ部分の定義や抽出の仕方について様々な立場があり、しかもそれが拘束力の理論的根拠とも結びつくのであれば、議論はもっと複雑なもの

(40) 高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編著『講座憲法訴訟 第3巻』139頁、154、157頁。

(41) 松井・前掲注(16)、228頁注(32)。

(42) 例えば、憲法前文から導かれる平和的生存権には裁判規範性が認められないとされたり(芦部・前掲注(15)、37頁)、憲法25条の生存権は抽象的権利だとされたりする(同260頁)。これらの権利は、裁判規範性が認められる具体的な権利に比べると、裁判官を拘束する力が弱い、という言い方も、場合によってはできるかもしれない。

となる。論者によって拘束力をもつ部分(ratio decidendi)の定義や抽出の仕方が異なるのであれば、その拘束力について議論をしても、かみ合わない議論となってしまう可能性があるだろう⁽⁴³⁾。

4-1-5 判例の拘束力の正当化

先例の拘束力をいかにして説明ないし正当化するのか。Duxuburyの問いは、先例の拘束力が法的なものなのかどうかとは一応別個の問題として成立しうる。日本でも、法的拘束力説と事実上の拘束力説のいずれを選択するのかは別にしても、そもそも判例に拘束力があることをどう説明するのかは、これ自体重要な問題として提示することができるだろう。英米の議論を参考に、安定性や予見可能性の実現、あるいは平等の要請などから先例拘束性を説明する議論はこれまでも見られた⁽⁴⁴⁾。一方で、判例が最高裁による下級裁判所裁判官の規制力として働くことを問題視する立場⁽⁴⁵⁾がある。後者の立場には、判例の拘束力が不当な司法的判断の繰り返しをもたらすことに対する問題意識があるように思われる。判例の拘束力については、肯定的あるいは否定的な評価に傾く事情のどちらもある。様々な事情を念頭に置きつつ、最終的な落としどころを見つけることができるのかどうか。議論してみる価値はあるように思う。

4-2 「法」概念に関わる問題

判例の拘束力が「法」的なものかどうかは、どのような「法」概念を想定するかの問題と密接不可分である。

4-2-1 どのような「法」概念を前提として議論するのか

(43) これまでも、「ratio decidendiの決定方法には必ずしも確定した準則はない」ということは指摘されている。佐藤・前掲注(9)『憲法訴訟と司法権』、279頁。また、具体的な判決文のどの部分をratio decidendiと理解すべきかが議論の対象となることもある。例えば、中富公一「国公法二事件最高裁判決は何を変えたのか」岡山大学法学会雑誌63巻4号162頁(2014)を参照。

(44) 例えば、佐藤・前掲注(9)、『憲法訴訟と司法権』271頁。田中英夫『法形成過程』(東京大学出版会、1987)5頁以下。

(45) 樋口陽一「裁判の独立」樋口陽一編『講座憲法学6 権力の分立(2)』(日本評論社、1995)41頁、47-48頁。

Duxburyによれば、古典的法実証主義では先例の拘束力を適切に把握できないが(58)、従わない場合の制裁が予定されていないから、先例は法ではないとするのは、適切な法理学的立場とは言えない。(182-3)では、どのような「法」理解が適切なのか。Duxburyは、Hart理論を引用しつつ先例の拘束力について一定の説明が得られるとするが、今回紹介した著書では、「法」とは何か、先例は「法」かという問題には深入りしていない。Duxburyは、HartやDworkin(その他)の理論を用いて先例の拘束力について説明しているが、例えばDworkinによる法実証主義批判⁽⁴⁶⁾をどう捉えているのだろうか。この問題の検討は本稿では行わないが、Duxburyの先例拘束性原理に関わる議論をはしごととして、HartとDworkin理論を改めて比較検討してみるのも良いかもしれない。

さて、Duxburyの理解が適切だとすると、古典的法実証主義の立場を採用すれば、判例の拘束力は「法的」なものではないことになる。だとすれば、判例は法的な拘束力をもつと述べる論者は、「法」概念について古典的法実証主義以外の立場を採用しなければならない。それはどのような立場になるのだろうか。繰り返しになるが、判例による拘束が法による拘束と見なせるかどうかは、どのような「判例」理解をとるかとともに、どのような「法」理解を採用するかにも左右される。もしかしたら、「法」概念をめぐる法哲学的な議論を避けつつ判例の法的拘束力の有無について論じる方法もあるのかもしれないが、少なくとも今の私にはそのアイデアがない。

4-2-2 判例法主義と制定法主義という二分法について

Duxburyは、司法的先例と制定法は、どちらも拘束力をもつが、違いがあるとし、その違いについて、次のようなことを述べている。例えば、判例法(case law)は、制定法とは違うかたちで、修正可能である。先例が示す原理は、それが示された時点で確定した内容をもつわけではなく、その内容の形成ないし再形成は、後の裁判所に委ねられる。ま

(46) 例えば、RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (Harvard Univ. Press, 1977, 1978) ch. 2, ch. 3.(木下毅ほか訳『権利論』(木鐸社、1986)第1章、2章。)

た、現在の事案を処理するにあたっては、先例の事案と現在の事案が同様の事例と言えるかどうかの判断が行われることから、判例法は、制定法と違い、解釈されるというよりは分析されるのだと言えるかもしれない。(59)

また、司法的先例と制定法は、どちらも裁判官を拘束するが、その拘束の仕方は異なる。Duxburyは、Dworkinの説明を引用する。Dworkinは、制定法の力と先例がもつ重力のような力(gavitational force)を区別して、先例のもつ拘束力の特質などを捉えようとした。重力のような力は、判決の文言を参照しても説明できない。その力は、公正の観点から、一貫性、すなわち類似の事案は同様に扱うことが要求されるとの考えに依拠する。先例に従うことを法的ルールの解釈と同一視するのは誤りである。先例がもつ重力のような力は、権威と同様、可変的であり、裁判官の間でも、ある特定の先例の重要性やその先例が確立した原理をどう解すべきかについて、見解が分かれうる。(60-62)

以上のような議論は、共通点と相違点をもつ制定法と司法的先例が存在するというものである。つまり、制定法も、先例も、両方ある。が、両者は同一ではない。そうだとすれば、判例の拘束力については、制定法とは別個に考察が必要となる。また、先に見たとおり、コモン・ローと先例拘束性が不可分ではない可能性もあり、「コモン・ローの国だから、先例には拘束力がある」と、簡単に言うことはできない。そうだとすれば、たとえ「判例法主義の国」と「制定法主義の国」を区別することができるとしても、その区別から判例の拘束力に関わる何らかの結論が、直接に導かれるわけではない。

4-2-3 判例と制定法の境界は明確か

先例と制定法との違いを前提にしつつ、違うからこそ、判例に制定法と同様の拘束力を認めるわけにはいかない、という議論の仕方もあるだろう。ただ、裁判官を法的に拘束する「制定法」とは何かという問題は、見かけほど単純ではない。

例えば、憲法23条は「学問の自由は、これを保障する。」と(だけ)規定する。この「学」「問」「の」(…「す」「る」「。」の順に並ぶ「文字列」は「法の定め」だろう。では、「大学の自治」はどうだろうか。「憲

法23条は、(…)大学自治をも定めたと理解すべきである」⁽⁴⁷⁾と言われるが、「大学(の)自治」という文字列は憲法23条には含まれていない。では、大学の自治は憲法の内容として認められないのか。裁判で大学の自治の侵害が問題とされたとき、裁判官は「大学の自治は憲法のどこにも書いていないから、大学の自治を重要な法益として考慮に入れる必要はない」のか。

現実には、大学の自治を認めた最高裁大法廷判決⁽⁴⁸⁾があるので、日本の裁判官は、少なくとも判例変更がない限り、憲法23条が大学の自治を認めたものと解しつつ判断を行わなければならない。つまり、日本の裁判官は、大学の自治を憲法23条の保障内容とする判例に拘束される。では、大学の自治は、憲法23条の内容の一部なのか、それとも判例によって認められているのか、あるいは両方か。

「判例は制定法とは異なる」。いつでもどこでも、そうなのだろうか。「制定法」を法文の文字列の集合に限る立場も想定しうが、それで良いか。解釈の方法は別の問題としてあるが、解釈を通じて導かれた内容も「法」ではないのか。そうだとすれば、大学の自治のように、最高裁の判決中に示された法解釈は「法」の内容ではないのか。条文の文字列以外は「法」ではないとすれば、大学の自治が認められると述べる憲法学者は、何について語っているのか。

これに対し、大学の自治が憲法23条の保障内容として認められるのは、その解釈が正しいからであり、判例はそれを確認しただけだとの説明もありうる。つまり、裁判官が大学の自治を考慮に入れるのは、判例が彼・彼女らを拘束するからではなく、それが正しい憲法23条解釈だからなのだ、と。しかし、その解釈が「正しい」かどうかは、どのようにして判定されるのだろうか。ここに、憲法解釈の正しきの判定の仕方が、別の問題として現れることになる。

4-2-4 法文の意味はどこにあるのか

憲法解釈を導くために、どのような方法をとるべきなのか。それとも

(47) 樋口・前掲注(47)、247頁、芦部・前掲注(15)、167頁。

(48) 最大判昭和38年5月22日刑集17巻4号370頁。(東大ポポロ事件)

正しい憲法解釈を導く方法などないのか。憲法解釈が目指すべきは「正しさ」ではないのか。そもそも、憲法解釈の「正しさ」とはなにか。これらは憲法解釈の方法をめぐる難問である。本稿はこれらの問題について回答を試みるものではないが、今後のために、問題意識は示しておこう。この問題意識は、言語哲学の意味の理論(theory of meaning)影響を受けている。

成文法(や過去の判決文)を記した紙(六法など)には、文字が連続して配置されている。例えば、六法を開いて憲法第13条のところを見ると、「す」「べ」「て」「国」「民」「は」「、」「個」「人」「と」「し」「て」(...)というかたちで順に文字が並んでいる。この文字列は、何からの意味をもつものとして扱われているが、その「意味」をどう説明すれば良いだろうか。

哲学において、意味の一般理論は「言葉が意味をもつというのはどういうことか。それだけではただの音や模様にはすぎないものが、ある決まった意味をもつ言語的記号となるのは、何によってか。」といった問いを扱うと言われる⁽⁴⁹⁾。例えば、意味を靴のように個体として存在する物(individual thing)として捉えるのか、あるいは、文の使われ方に意味を求めるのかといった議論がなされている⁽⁵⁰⁾。

このような議論を参照すれば、法文の意味についても、例えば次のような問題を提起できるだろう。法文の意味は、人の思考や行動とは独立

(49) 廣松渉ほか編『岩波哲学・思想事典』(岩波書店、1998)99頁「意味論」〔飯田隆執筆〕。また、サイモン・エヴニン(宮島昭二訳)『デイヴィッドソン行為と言語の哲学』(勁草書房、1996)162頁も参照。「一般に、文が何かを意味するとはいかなることなのであろうか。また、それぞれの文は、その意味するところを実際にはどのようにして意味しているのだろうか。ある言語に対する意味の理論が答えようとしているのは、このような種類の問題である。」

(50) 例えば、WILLIAM G. LYCAN, PHILOSOPHY OF LANGUAGE (2nd. ed.) (2008, Routledge)(荒磯敏文ほか訳『言語哲学』(勁草書房、2005)(初版))105頁以下は、意味の諸理論として、存在物説(観念説、命題説)、使用説、心理説、検証説、真理条件説を紹介している。

して存在していると考えなのか。それとも、法文の意味は人の思考や行動から独立した存在物ではなく、人々が法的な問題を処理する中で法文が果たしている役割に関わるものであり、法文の意味を知るとは、法的問題の処理が行われる状況での法文の適切な使い方を知ることなのだと考えるのか(使用説)⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾。

法文の意味を人間の言動から独立してどこかに存在するものと捉えるなら、法文の真の意味は、裁判官による法の解釈適用の仕方とは独立に存在する。そうだとすれば、法学者が法文の真の意味を示しながら、裁判所が法文の真の意味を捉え損なっていると批判することは説明しやすい。また、判例の拘束力については消極的な評価をすることになるだろう。正しい法解釈をした裁判例に従うべきなのは、それが正しい法文の意味に従っているからである。判例に拘束力があるからではない。

一方で、使用説的な立場で法文の意味を捉えるなら、法文の意味は現実の法実務での法文の使われ方に一定程度左右されることになるだろう⁽⁵³⁾。したがって、裁判所による解釈適用の仕方を無視して法文の意味を論じるのは、どこかの外れた議論になる可能性がある⁽⁵⁴⁾。判例の拘束力は、程度の問題はあれ、認める方向へ行きやすいのではないだろう

(51) ウィトゲンシュタインによると、「単語の意味とは、言語におけるその使われ方(Gebrauch)である」(『哲学探究』43)。LUDWIG WITTGENSTEIN (translated by G. E. M. Anscombe et al.), *PHILOSOPHICAL INVESTIGATIONS* (Revised 4th ed.) (Wiley-Blackwell, 2009), ルートヴィヒ・ウィトゲンシュタイン(丘沢静也訳)『哲学探究』(岩波書店、2013)42頁。また、一ノ瀬正樹『功利主義と分析哲学』(放送大学、2010)第10章参照。

(52) (憲)法学このような議論に関わる必要はないという主張もありうるだろう。ただ、そのような立場はどのような理由に基づいて採用されるのだろうか。「これまで憲法学が扱ってこなかったから」とか、「常識で考えればわかるといった」理由づけは、採用するのが難しいと思われる。少なくとも私は、自らの「常識」を疑問の対象とせずに振りかざすのは、学問的営みからはほど遠いと感じる。

(53) このように述べるのが、「法文の意味は判例の中にしかない」という立場の採用に直接つながるとは限らない。法文の意味の形成における判例の役割については、程度や態様の問題として扱うことができるかもしれない。

か。法文の意味が法文の用いられ方に影響されるのであれば、過去の法文の用いられ方を全く無視して法文の意味を確定することはできないからである。

4-2-5 判例と学説

以上のように考えると、判例とは異なる「通説」の存在を認める人⁽⁵⁵⁾や、「法曹の養成のための中核的な教育機関」である法科大学院で、判例とは異なる理論ばかりを教える大学教員は、現実に司法権を担う裁判官たちの思考や決定から独立に法文の意味があると考えている可能性が高い。そのような立場もありうるが、彼・彼女らは、法文の意味がどこにあるかに関し一定の理論的立場をとっているものであり、しかもそれは当然視できないことを、確認しておきたい。学説と判例の関係も1つの検討課題となりうるが、これは今後の検討課題とする⁽⁵⁶⁾。

(54) これに対し、どこかに存在する「制定者の意思」を想定して、裁判官は制定者の意思に従うべきだと主張もありえよう。しかし、「制定者の意思」なるものが裁判官の解釈適用行為から全く独立に存在すると考えるのは、それ自体1つの理論的立場であり、当然の前提としうるわけではない。

また、起草者の意図の確定の手續に唯一のものがあるわけではない。例えば、起草や議決に関わった複数の人々のうち、誰の意図を問題とするのか、またそれらの人々のどの時点でのどのような心理状態を「起草者の意図」とするのかについて、議論が必要となる。RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE (Harvard Univ. Press, 1985) Ch. 1(森村進・鳥澤円訳『原理の問題』(岩波書店、2012年)第1章)参照。

さらに、法文の意味はそれを作った人々の意図した事柄であるとするのは、一つの理論的立場であるが(心理説がこれに近い)。LYCAN, *supra* note (50), pp. 63-133(邦訳143頁以下)参照)、その適切さを当然視できるわけではない。

(55) 認めない立場もある。例えば、平野竜一「法学における理論の役割」碧海純一編『現代法学の方法』(岩波書店、1966)57頁、69頁。「『通説』とは、裁判所にゆけば、おそらくそう判断されるであろう判決・学説をいうのであって、判決とは別に、これと異なった『通説』というものが存在しうるはずはない」

5 むすびに代えて

法を学ぶ人たちは、判例や学説などを学習する過程のどこかで考え方のそのものが変化すると言われる。「学習以前と以後では、その限度で世界の見え方が変化し、それへの対応の仕方も異なったものになってしまう」⁽⁵⁷⁾。そして、現実の法実務で重要な役割を果たしている判例を無視した法の学習はありえない。学説の知識を問われることの多かった旧司法試験の時代でも、司法修習が始まれば、判例中心の議論の仕方を叩き込まれたと言われる⁽⁵⁸⁾。現在では司法試験でも判例の知識と理解を正面から問われるし、それ以前の法科大学院教育でも判例学習は必須である。

おそらく、法実務家志望の学習者は、判例を学ぶうちに、判例の権威を内的視点から受け入れるようになるのだろう。そして、判例実務を外から批評する研究者にとっても、現実の法実践にたずさわる人々の内的視点から受け入れられた判例の権威は無視できないのではないだろうか。また、法解釈その他の法実践から距離をとりながら、「法」概念について考察するとしても、法実務で重要な役割を果たしている判例を完全に無視することは難しいように思われる。

(56) 議論をする際に留意すべき点と思われる点を示しておく。まず、判例を好ましくないと考えたとしても、判例の拘束力や権威を低く見積もることが、学説の権威を高めるわけではない。「裁判官は判例に従う義務はない」と結論したとしても、学説に従う義務が生じるわけではない。また、「通説」に権威を認めたければ、通説の形成過程が適切であることを証明する必要があるかもしれない。誰の学説を「通説」とするかが決まるプロセスに、学閥とか学界内のつきあいといった要素が入り込むのは適切ではないかもしれない。あるいは、通説を決める人々の能力の問題もあるかもしれない。ただ、判例とは異なる「通説」にさほどの意味がないのであれば(例えば、狭いサークルに属している人たちにとってのみ重要である、とか)、通説の形成過程に気を配る必要などなくなるだろう。

(57) 嶋津格『問いとしての〈正しさ〉』(NTT出版、2011) 3-4頁。

(58) 中野・前掲注(17)、10頁。