

## 判例変更と制定法の訂正への一試論\*

青 井 秀 夫

### 一 はじめに

筆者は、大陸法系の法律学方法論、とりわけ解釈、欠缺補充、制定法訂正に関する理論的検討から研究を開始したが、研究の途上で、関心は次第に比較方法論の構築へと拡張していった。<sup>(2)</sup> そうした比較方法論における最終目的の一つとして、各国の方法論における理論と実務のずれを説明しうる理論枠組を解明するという課題が浮かび上がっている。こうした課題との取り組みの中でかなり大きな比重を占めているのは、大陸法での先例変更と英米法での先例変更を比較する仕事である（以下で大陸法というのはもちろんヨーロッパ大陸法を指している）。

というのも、判例変更（overruling）の問題、とりわけ裁判官が先例を変更することの可否、制約条件、許容範囲や限界などの論点をめぐる問題は、法理論と方法論において放置されてきた未解決の難問である。近年の急速なグローバル化に伴い、欧米諸国では、この問題について断片的な指摘がなされつつあるものの、法系の違いを超え

た、共通の確固とした分析枠組はいまだ提示されていないため、各国の実務も学説も不統一のまま、混乱の度を深めているように思われる。こうした現状の下では、各国で見られる明示的判例変更と隠れた判例変更のずれの大小に注目して、各法秩序の基本的な構造差の序列関係を解明しうる統一的枠組を構築すると共に、その枠組に照らして日独英米における判例変更の理論と実際を方法論的に捉え直すことが大いに期待されているといえよう。

ところが先例変更について大陸法と英米法を対比するという仕事に実際に着手すると、困難な壁にぶつかり、それほどスムーズに捗ってはいかない。その理由としては、大陸法での先例変更理論が未発達である上に、概して英米法での方法論議は未成熟状態であり、こうした研究にとって刺激となるような英米法での先例変更や制定法の訂正に関する理論も驚くほど少ない、といった事情を挙げることができる。

こういう状況からの抜け道としては、やや似通った問題であり緻密な議論がかなり蓄積されている大陸法での制定法訂正の問題を媒介項として用いるのが、最も無難ではないだろうか。そのアプローチは、まずは大陸法系の法秩序に視座を限定しつつ、制定法拘束性の例外である裁判官の制定法訂正はいかなる要件・制約と限界の中で正統と認められているかという問題に関する解決法を導きの糸とみなして、それと対比させつつ、先例拘束性の例外である判例変更問題への解決策を探る、という手順を採用する。

このアプローチを採用する場合、大陸法系の方法論議では、制定法訂正の前提要件というテーマに関して、まず矛盾（法秩序の統一性の阻害）と誤謬とが区別されて論じられている。これに鑑みると、判例変更の前提要件についても先例同士の矛盾と単一の先例における誤謬を区別してかからなければならないことになるが、それらはそれぞれいかなる様相をおびているのであろうか。以下では、こうした論点を手がかりとして、若干の思いつきを述べてみたい。

## 二 先例同士の矛盾

判例変更の発動要件の一つとして先例相互の矛盾という論点に注目すると、判例変更とは、先行する複数の先例の間に矛盾があるため、この矛盾を解消する作業であるということになる。しかしこの問題はそれほど単純ではなく、一口に矛盾といってもいかなる意味・様相の矛盾がありうるか、また先例の中で相互にぶつかっているのは方法論的にみていかなる側面であるのか、について細かく解析してみなければ、考察を先に進めることはできない。

〔1〕 いかなる種類・様相の矛盾がありうるか

(a) 矛盾の各種　まず矛盾の多様性という第一の論点についてであるが、大陸法、とくに制定法訂正をめぐるドイツ法の議論においては、矛盾という概念を論理的な矛盾律の侵害という狭い意味には捉えないで、法秩序の統一性の障害という、より広い意味に捉えると共に、法秩序統一性が障害をきたしている場合として、つぎの五つの矛盾が区別されている。(イ) 法律技術的矛盾、(ロ) 規範矛盾、(ハ) 評価矛盾、(ニ) 目的論的矛盾、(ホ) 原理矛盾<sup>(8)</sup>。これらは、法秩序を主として制定法から成る規範法秩序として捉えた上で、制定法秩序の統一性が障害をきたしている様相を列挙したものであるが、先例相互のコンフリクトを考察する場合は、判例法秩序の統一性を公理でありかつ指導準則であるともみなすことになる。これらの五種類の矛盾の内(イ)の法律技術的矛盾は、制定法規定の内の法命題概念が相対性を有するという独特の性質と結びついているので、判例法秩序については省いて考えざるをえない。また(ニ)の目的論的矛盾も、制定法の立法者が法命題の内的体系の内に一体的な目的論的連関を創り出す作業に付随して問題になることが多いため、判例相互の間ではこの種の目的と手段の齟齬がそれほ

どししばし問題となることはない(皆無とはいえないとしても)と考えられるため、これも視野から除くことにする。そこで残るのは、(ロ) 規範矛盾、(ハ) 評価矛盾、(ホ) 原理矛盾の三つである。それらは、先例相互間ではいかなる様相のコンフリクトを指しているか。

(b) 先例とは何か この問題を考えるための前置きとして、そもそも「先例」という表現は何を指しているかという点に関して簡単な説明をしておかなければならない。最も無難な説明であると思われるのはK・ラーレンツの見解であるが、かれによれば、先例とは、現在のケースについて登場している法的問題と同じ法的問題に対して以前の裁判所が与えた法的解答(法的見解)のことである。<sup>(9)</sup>より詳しくいえば、結局それは英米法でレイシオ・デシデンダイ(ratio decidendi)と呼ばれてきたものにあたるであろう。このレイシオ・デシデンダイについてはさまざまな捉え方が主張されてきたが、筆者としては、それは、①当該ケースに現れている利益コンフリクトのパタンに関する先決裁判所のコンフリクト決定という基層部分と、②そのコンフリクト決定の言語的表現としての法的ことば的表現という表層部分、から成るものであると考える。<sup>(10)</sup>この見解でいくと、裁判官思考の表層部分においてことば的表現が相互にぶつかるときは、規範矛盾が登場し、基層部分でのコンフリクト決定の前提となっている利益コンフリクトの評価が相互にぶつかるときは、評価矛盾に陥っているということになる。さらにそうしたコンフリクトの評価の原理的前提が相互にぶつかっているときは、原理矛盾が登場していると捉えられる。

(c) 規範矛盾 これら各種の矛盾を解決するという課題に入ると、大陸法での制定法国家における制定法の規範矛盾とパラレルに考えれば、先例同士の規範矛盾の場合も、制定法同士の規範矛盾とほぼ同じ仕方 で解決すべきということになり、そのための三つの格率が頭に浮かぶ。すなわち、①新法は旧法に優先する、②上位法は下位法に優先する、③特別法は一般法に優先する、という三ルールである。判例変更の問題を上位裁判所と下位裁判所

の間の審級制の問題に矮小化させないためにも、中核的な問題は、最上級審の判例相互間での変更に限定して考えるのが通常である。そうになると、最高レベルの審級の判例相互の規範矛盾の場合には、三つの格率の中の②上位法は下位法に優先するという解決法はほとんど役に立たない。

(d) 評価矛盾　これに対して、先例相互の間に評価矛盾がみられるときはどうなるか。この場合の評価矛盾の局面では、いくつかの評価項目が登場しているので、それらの一つ一つを点検しなければならないが、これはかなり複雑な作業である。というのも、一つの先例には、①関連制定法規を制定した立法者によりなされた利益コンフリクトの評価と②当該ケースの中のコンフリクトを先決裁判所がどう評価したかという先例自身のなしたコンフリクト評価、という二つの項目があり、二つの先例をつきあわせるときは、四つの評価項目が出てくる。その上に現在のケースに直面した裁判官（過去の矛盾した二つの先例に解決をつけようとしている現時点の裁判官）がそのケースの中で着眼しているコンフリクト・パタンの捉え方が追加される。それらの多くの評価やパタン視座をつきあわせながら、妥当と思われる評価を温存し、不適切と思われる評価は再評価・変更するということになる。

(e) 原理矛盾　先例相互の原理と原理の衝突をいかに調整すべきであろうか（たとえば一般的人格権を承認する先例とそれを否定する先例の衝突など）。上の評価矛盾の場合と同じように、一つの先例には、原理決定への遡源を必要とした当該ケースの中のコンフリクト・パタンの捉え方と、それを適切に解決するために必要不可欠である原理視座が含まれており、二つの先例を並べて比較すると、先の場合と同じように、その倍にあたる四つの比較項が出てくる。そのほかに目前のケースに関するコンフリクト視座と制定法上の原理的視座をも引き寄せ、それらすべてを丹念につきあわせてみなければならぬから、ここでの矛盾の解決は複雑かつ困難な作業である。

## 〔2〕何と何の間の矛盾であるか

ここで問題になるのは、矛盾において対立している項の方法論的性質である。先例とは過去の裁判における法的問題に対する法的見解であるということになると、裁判官が制定法に拘束される建前の法秩序では、法的見解とは所詮、(a) 制定法の解釈であるか、それとも (b) 裁判官による発展的法形成であるか、のいずれかである(そのほかその裁判での包摂・あてはめも法的見解にあたると考える人もいるかもしれないが、包摂は論理的につきつめていくと結局解釈に帰着するから、包摂の問題は解釈に含めて考えることができる)<sup>①</sup>。要するに、先例のぶつかりといっても、方法論的にはこれらの二種類のぶつかりのいずれかである。これら二種類の矛盾のそれぞれについて、矛盾除去にまつわる問題性を考えてみよう。

ここでの話は、解釈と発展的法形成とは区別することが可能かつ必要であるということが大前提である。解釈の名において発展的法形成に訴えることが許されるところであり、その両操作に何の相違もみられないとする立場に立つと、以下のような考察はあまり意味がないということになる。筆者の方法論の基本的な立場はそうではなくて、文言限界内に留まる解釈の段階(以下ではこれを第一段階という)、文言限界外であるが評価限界内で動く発展的法形成の段階(以下では第二段階という)、評価限界外でかつ法なき空間の内側でなされる発展的法形成の段階(以下では第三段階という)、という三段階の方法論的位相の違いを可能な限り配慮することが、裁判官の法思考の健全化のために必要かつ有益である、と考えるものである<sup>②</sup>。

(a) 解釈と解釈の矛盾 結局は、制定法規定の解釈のあり方をめぐる二つの裁判所の見解の相違から規範矛盾、評価矛盾、原理矛盾が生じているとする。そのときには、それが本当に解釈の範囲内の作業であり、つまりは制定法の文言限界の範囲内に留まってなされる解釈である限りは、私見では、大陸法ではそうした先例における解

釈のあり方に、原則的に法的効力と先例拘束性を認める余地はない（先例拘束性の捉え方として、文言限界の範囲内では先例からの逸脱は問題とならない<sup>③</sup>）。つまり、後の裁判官にとっては、対立している両判例中のいずれか一方の先例を選び取るのも、あるいは衝突欠缺の場合のように第三の解釈を採用する新判例を創造するのも、裁判官に委ねられた自由である。文言限界の範囲内では、裁判官を拘束しているのは先例ではなくて、国民代表の意思である。文言の範囲内で何が国民代表の意思の正しい捉え方であるかをめぐって判例間での解釈見解の違いが表面化しているにすぎない場合、正しい解釈であるかどうかはすべての裁判官が独立して判断する責任を負わされている、と考えるべきであろう。

（b）発展的法形成と発展的法形成の矛盾      ところが裁判官による二つの発展的法形成が相互に矛盾する場合は、それとは異なる。二つの発展的法形成の成果が規範矛盾をきたしている場合には、後の裁判官には矛盾克服に向けての真摯な努力が必要となる。両判決における発展的法形成が、相互に評価的基礎において矛盾しているか、あるいは原理的観点における深刻な矛盾に陥っている場合も、同様である。これらの場合の矛盾の解決には、容易な場合も困難な場合もあるかもしれない。しかしいずれにしても私見によれば、こうした場合には、それぞれの判例が直面した発展的法形成の出発点の問題に立ち帰って、妥当な発展的法形成のあり方を遂行しているかどうかを、チェックする必要がある。その場合、とくにそれぞれの判例が直面したケースのコンフリクト・パターンについての視座に立ち帰って、再検討を加える必要がある<sup>④</sup>。このように考えると、両判例の矛盾を解決するという課題の中に、発展的法形成に関する一般的方法論が入り込んでくる。よって、矛盾に目をうばわれる前に、過去のそれぞれの裁判所による発展的法形成の適否を綿密に検討すべしということになる。

（c）交差的な矛盾はどうか

以上のような解釈相互の矛盾、発展的法形成相互の矛盾のほかに、解釈と発展

的法形成の間の交差的な矛盾を、ここで取り上げて問題とすべきであるという意見も考えられる。しかし、このような解釈と發展的法形成という異なったレベルの操作が相互に「矛盾する」という言い方は、矛盾の本来のニュアンスに反するであろう。そうした場合は、過去の判例の中で、同一の法的問題に対して解釈と發展的法形成という異質な応答が併存する事態が生じており、その内のいずれが妥当な作業であるかの決着をつけることが、後の裁判官の法思考にとって克服課題となっている。このようなときの解決法としては、つぎのようなことが考えられる――当面のコンフリクト・ケース（およびその中のコンフリクト・パターン）を直視したときに浮かび上がっている法的問題の解決にとって、もともと解釈による対応の仕方と發展的法形成による対応の仕方のいずれがボタン適切な解決をもたらしたであろうかを考えてみる。その法的問題に対しては、解釈で十分対応でき、解釈がもともと適切な操作であったのに、不必要に發展的法形成を行ってしまったとすれば、ある先例が間違つて宣言してしまつた發展的法形成のあり方を解消した上で（その解消の方法は發展的法形成の領域でなされることになる）、解釈の一般原則に戻つて元來の法的解答を案出すべきであろう。逆に、その法的問題をみれば元來發展的法形成で対応するしかなく、發展的法形成こそが適切な対応であつたところ、ある先例が間違つて単なる解釈の問題として処理してしまつているというような場合は、發展的法形成といつても、次節で述べる方法論の第二段階のそれであるかそれとも第三段階のそれであるかの位相を慎重に検討しながら、適正な發展的法形成を展開しなければならない（そのほか欠缺補充の系列であるのかそれとも誤謬訂正の系列であるのかの相違にも注意しなければならない）、ということになる。



### 三 単一の先例の中の誤謬

先例とは要するに、以前の裁判において登場していた同一の法的問題に関する法的見解（厳密に言えば法的解答）であるとする、法的見解は解釈と発展的法形成に分けられ、発展的法形成はさらに欠缺補充と制定法訂正に分けられるから、先例の誤謬<sup>⑬</sup>というのは、結局、解釈の誤謬、欠缺補充の誤謬、制定法訂正の誤謬のいずれかであるということになる。

#### 〔1〕先例における制定法解釈の誤謬

先例の採用した制定法解釈に問題があると考えられても、それは「表層的な」誤謬にすぎない。この場合には、不適切な解釈（たとえば文理の取り違えや立法者意思の把握に関するミス）をより適切な解釈により置き換える作業が必要になる。大陸法では、もともとこのような不適切な解釈に依拠した先例であれ、適切な解釈を展開している先例であれ、理論的にみて、それらに法的拘束性があるかどうかきわめて疑問である（先例に事実上の効力があることは否定しえないであろう）。制定法の正しい解釈であるかどうかは、すべての裁判官がそれぞれ独立して判断する権限と責任がある。不適切な解釈を後の裁判所がより適切な解釈に置き換えることは、それが制定法の文言限界の範囲内に留まる操作である限り、先例拘束性の制約から逸脱した不当な裁判であるということではできないであろう。

ただ場合によっては、元来は解釈の枠内で処理すべきではなく発展的法形成として処理すべきであった問題を不適切にも解釈の枠内で処理してしまったような誤謬が生じることも考えられる。この場合は解釈の内在的誤謬とい

うよりは、解釈の前提となる方法論的位相の取り違えから誤謬が生じている。そのような場合は、解釈の作業空間である方法論の第一段階から発展的法形成の領域である第二段階または第三段階に活動の舞台を移して、そこでの方法準則にのっとって適正な発展的法形成のあり方を構想し直さなければ、誤謬の除去は不可能である。

〔補説〕 わが国の裁判所法一〇条三号は「憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」には大法廷を開くことを最高裁に要求しているが、その趣旨をいかに解すべきであるかは、慎重な検討を要する問題である。わが国の最高裁の判例の中には、解釈適用に関する判例変更でありながら大法廷を開くことなく小法廷の判決の中で判例変更を行っているようにみられる例が少なくない（たとえば、近年でも、最判平成九年二月一四日〔法定地上権の成否〕<sup>15)</sup>、最判平成二二年六月二七日〔盗品等の占有者の代価弁済請求〕<sup>16)</sup>、最判平成一八年七月二一日〔民事裁判権の免除〕<sup>17)</sup>、最判平成一九年三月八日〔不当利得返還義務の内容〕<sup>18)</sup>など）。このような場合の最高裁の小法廷判決では、「先例……の判決は本件判決と抵触する限度で変更すべきものである」と明記することがしばしばである。裁判所法一〇条三号の厳密な趣旨との関係で、こうしたわが国の判例実務をどのように整合的に理解すればよいか、ということとは放置できない論点である。

実定法の専門家ではない筆者の試論にすぎないが、この点につき、本稿で述べているように、判例変更の中では単なる解釈に関する判例変更と発展的法形成に関する判例変更とは基本的に性質を異にすると捉え、さらに方法論的段階構造の位相差に応じて先例の法的拘束力（先例拘束性の法理）を段階的漸増的に捉える私見に立つならば、同法の趣旨を文理の表面よりは多少柔軟に解し再構成を施す余地が出てくると考えられる。すなわち、同法一〇条三号は、判例法が法的拘束力を有している場合に、それに変更を加える裁判官立法を法秩序の統一性と法的安定性に鑑みて慎重に行うよう最高裁に求めている趣旨であると解するならば、そうした慎重さが要求される場合としては、つぎの三つが考えられる。一つは、先例が制定法の欠缺を補充する発展的法形成を行っている場合（方法論の第二段階ならびに第三段階における作業）であ

る。もう一つは、先例が制定法の誤謬に訂正を加える発展的法形成作業を行っている場合（方法論の第二段階ならびに第三段階における作業）である。第三には、先例の行った作業は狭い意味での解釈にあたるが、その特定の解釈の下に制定法の中のある文言を理解することが学説・実務・下級審判例の間ですでに相当の承認を得ており、一種の慣習法に近い効力を伴っている解釈であるのに、その解釈をあえて変更しようとする場合である（具体例として、財物の「もの」という表現につき、従来は有体物説の有体物として理解することが慣習法のような慣性を伴ってきたとすると、あえてその解釈を覆して管理可能性説の立場から解釈することに變更しようとするような場合。すでに学説・下級審判例の間で相当程度支持を失っており法的確信が空洞化しているとみられる先例である場合はその逆になろう）。いずれにしても、同法一〇条三号のいう「解釈適用」という表現は、狭い意味での解釈のみならず、制定法の発展的法形成も広く含むことになり、裁判官の法令適用作業全般を指す拡張的な意味において理解される。さらに右の第三の場合のように、狭い意味での解釈作業の内、慣習法にまで高まった解釈作業とそうではない単なる解釈を区別して、その後者についてまでいちいち大法院を開くことを要求する趣旨ではないとする理解を貫こうとすると、同法一〇条三号の文理に対しては一種の目的論的縮減を加えざるをえない、と考えられる（「解釈適用」という文言の文理に当然あてはまっているある種の作業《慣習法的地位を獲得するには至っていない単なる解釈》を、原則に対する例外として原則に関する文言の中から除外することになる）。このような素人の理解がはたして最高裁の裁判実務と整合的であるかどうか、このような理解にもとづいてもなお正当とはみなしえない最高裁の小法廷判決があるかどうか、という点は、上記判例を含め一つ一つの判例にあたつて丹念に検討してみなければならぬが、そうした検討は今後の課題としておきたい（とくに上記の最高裁小法廷の判例変更は、本当に解釈の変更であるかそれとも解釈の外観のもとに実は発展的法形成の変更を行っているかとみられるのかは、逐一制定法の文言限界と照らし合わせて慎重に検討すべき作業であらう）。

## 〔2〕欠缺補充の誤謬

先例が欠缺補充の作業過程において誤謬に陥っている場合はどうか。この場合には、先に述べた方法論の第二段階（制定法規定の文言限界外であるが、いまだ評価限界内である領域）と第三段階（評価限界の外の段階）という、二つの段階に分けて考える必要がある。<sup>(20)</sup> 方法論の第二段階ならびに第三段階のいずれにおいても、先例が操作ミスを行なうことが考えられる。第二段階での操作ミスとは、たとえば表層欠缺の存否を認定する作業や、その欠缺を補充する作業に関して、間違いが起こりうる。具体的には類推と反対推論を取り違える操作（類推で対処すべきケースに反対類推を施してしまった）はその一例である。第三段階での操作ミスとしては、たとえば深層欠缺の認定やそれを補充する仕方が不当であったというような場合が考えられよう。

欠缺補充における誤謬をあえて訂正する作業を考えると、第二段階と第三段階のいずれでも、以下のような独特の緊張関係が顔をのぞかせる点に注意を喚起しておきたい（われわれはこれを正統性のパラドックスと名付けることができる）。すなわち、一方では、これらの第二段階と第三段階では、もともと裁判官に対する要求水準や制約枠が非常に厳しい。よって実際上は、裁判官操作の際に可謬性が大きく、先例が一旦枠を逸脱する限り、それは脱線のな発展的法形成であるとみなされて、その訂正は理論上は速やかにかつ断固なされてしかるべし、ということになる。ところが、他方では、制約を一応守った正統性の外観を有する発展的法形成であれば、第二段階から第三段階へとより困難な方法的階梯を昇つていけばいくほど、先例拘束性の要請にもとづき、先例にはより一層強い法的効力が認められることになる。社会や学界からある程度承認された先例の発展的法形成であればなおさらのこと、その法的効力は強いものとなり、仮にそうした先例を子細に検討した結果、種々問題があつて訂正する必要が判明しているとしても、実際上は、正面切つての訂正はほとんど不可能となる。

〔3〕制定法訂正の誤謬<sup>(2)</sup>

この問題でも欠缺補充の場合と同じく、上述の二つの段階に分けることができる。

(a) 第二段階でのミス 先例が第二段階（制定法規定の文言限界外、しかし評価限界内である領域）において施した制定法規定の訂正作業、たとえば法命題システムの表層誤謬がみられるときに、裁判官がその誤謬を立法計画に抵触しない範囲で文言訂正を施すような作業（より具体的には、いわゆる制定法上の原則規定が広すぎるときに、立法者により見落とされた例外を目的論的縮減の操作により補充する作業のような場合）の場合（これはいわゆる第一次訂正である）に、先例の操作の中にミスがあれば（たとえば原則規定を必要以上に狭く縮減してしまった場合など）、後の裁判官が介入して訂正することになる（「こちらは第二次訂正にあたる」）。

(b) 第三段階でのミス 法命題システムに内在する深層誤謬の認定に関するミスまたはそれに対して以前の裁判官によって立法計画に逆らった訂正作業にミスがみられるという場合は、第三段階でのミスをさらに訂正することになる。こうした場合に最初になされた訂正作業を第一次訂正と称すると、ここでは、第一次訂正をさらに重疊的に訂正する第二次訂正の作業が登場する。

ここでも、上の欠缺補充で述べたのと多少似通った、つぎのような緊張関係を看取することができる。

(a) 方法論の第二段階や第三段階では、法律を制定する立法者の作業の間違ひに対して裁判官が変更を加えたり介入したりする第一次訂正作業の正統性の余地は抑制されており、その訂正の制約と限界には非常に厳しいものがある。にもかかわらず裁判官が介入して第一次訂正を敢行しようとする、その第一次訂正作業は当然介入を正統化するための厳しい論証責任のハードルを超えなければならない。万一このハードルを踏み外し限界を越えているということになれば、その先例における制定法訂正作業〔第一次訂正〕は正統な発展的法形成とはいえず、理論上

は、越権的な訂正作業として第二次訂正を受けつけなければならないことになる。<sup>(22)</sup>

(β)ところが他方では、第一次訂正作業がそうした制約を守り権限の限界内でなされる限り、またそれに対する承認が一定程度蓄積すれば、きわめて強い先例的効力が生じることになり、多少の問題が判明したとしても、実際上は、そのさらなる訂正(第二次訂正)は、当然かなりの抵抗と摩擦に遭遇せざるをえないことになる。

#### 四 裁判官にとつての回避策

こうしたハード・ケースに直面している後の裁判官は、上のような緊張関係のみならず、もう少し別の緊張関係の中にも身をおいている(正統性パラドックスに対して、こちらの方は法理念パラドックスと名づけることができる)。それは、いかに釈然としない先例であつても、それを忠実に踏襲することによって連続性利益や法的安定性の要請をみたさなければならぬという側面と、他方であまりにも不正義な先例であると思われる場合はそれぞれの裁判官が自分自身の正義判断に耳を傾けることにより、先例を覆してでも実質的正義を貫徹しなければならぬという側面との緊張である。一言でいうと、一方の連続性利益または法的安定性、他方の実質的正義という、これら両理念の対立から不断にかつ不可避的に生じてくる緊張状態である——実質的正義の要請からは、問題のある先例は当然訂正すべきであるが、法的安定性の要求に照らすと、判例変更は極力避けなければならない。

各国の裁判実務では、制定法の訂正作業について明示的な訂正のみならず隠れた訂正や迂回的訂正がみられるように、判例変更についても、迂回的または隠れた判例変更<sup>(23)</sup>や、向未来的判例変更(先例変更の効果を遡及させず将来に対してのみ有効とする)<sup>(24)</sup>、さらに先例の変形(先例の維持の名目でなされるものの先例を変形している)など

の複雑かつ周辺の操作があることが知られている。

これらの裁判実務は、上述の二つの緊張を回避するための一つの手段であるともみなせないだろうか。隠微な形で判例変更は、法理論的には問題があるとしても、実際上は大なり小なりどの国でもさまざまな仕方で行なわれている。とりわけ先に述べた発展的法形成の第三段階では、先例拘束性の要請が強いのみならず、法的安定性の要求も強いので、苦しい緊張から逃れるためにさまざまな回避策が講じられることは、容易に想像がつく。また理念的な緊張だけでなく、最上級審裁判所の限られた裁判官数に対して十分な処理が困難なほど多くの係争事件が押し寄せている場合には、裁判官にとつての現実的な緊張も考慮すべきであろう。そうした場合、時間的思考経済的圧力を軽減したいという裁判官の実際の動機から、種々の回避策を採用する方向に流れることが考えられる。このような側面は、法社会学的制度論的見地から分析されるべき課題である。

## 五 残された課題

以上は今後の展開に向けてのほんの手始めにすぎない。その延長線上で多くの仕事待ちを受けている。

たとえば、(一)大陸法系についても、先例変更の理論的前提である先例拘束性の意味と限界を視野に入れつつ、先例変更の許容性や正当化条件をより緻密に論じること。(二)先例変更を回避しているさまざまな技術をより綿密に分析すること。(三)英米のケースローの秩序においては、先述のような大陸での先例変更と制定法訂正の理論的解明はどの程度妥当するかを検討すること。(四)英法や米法において方法論と実態のずれはどのように現われているか、英法と米法の間にはどのような違いがみられるかを解明すること。(五)大陸法と英米法に関する検

討結果を総合し、そこから包括的な枠組を作り出し、その中に日本法における判例変更の理論と實際を方法的に正しく位置づけること。

これらの計画にある程度の輪郭を与えるためには、多少の時間が必要であるが、ここでの小論はそれに向かっての最初の一步である。

## 注

\* 本稿のもとになっているのは、二〇〇七年夏にポーランドのクラカウで開催された第二三回国際法哲学社会哲学連合(IVR)・世界会議の席上での研究報告「Overruling and statute-correction」(八月六日発表)である。当初は近時の内外の判例の引用を多少織り込んで具体的内容のより豊富な論文に発展させたいと考えていたが、さまざまな事情からその作業は別の機会に譲ることにして、今回は当初の講演テキストに最小限の手直しを加えたものを公表するにとどめる。

この研究は、平成一九年度から二二年度にかけて学術振興会から科学研究費(基盤研究C)の助成を受けて筆者が行っている研究(「判例変更と制定法の訂正——理論と動態に関する比較方法的的研究」課題番号一九五三〇〇一七)の一部をなすものである。

- (1) 拙著『法理学概説』(有斐閣、二〇〇七年)四五二頁以下、五二四頁以下、五五七頁以下参照。
- (2) 比較方法的論のテーマについては、拙著前掲(注一)『概説』五九一頁以下参照。
- (3) Fikentscher, W., *Methoden des Rechts*, II, Tübingen: J. C. B. Mohr 1975, pp. 58ff, 148ff. 以下参照。
- (4) 拙著前掲(注一)五六一頁一次頁。



- (5) 拙著前掲(注1)五六二頁―次頁。
- (6) 拙著前掲(注1)五六三頁以下。
- (7) 拙著前掲(注1)五六五頁。
- (8) 拙著前掲(注1)五六五頁―次頁。
- (9) Larenz, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo/Hong Kong/Barcelona/Budapest: Springer-Verlag 1991(6<sup>th</sup> ed.), p. 429. 「先例」につきより詳しくは「拙著前掲(注1)四七頁も参照」。
- (10) 拙著『法思考とパターン』(創文社、二〇〇〇年)三一八頁―次頁。
- (11) 包摂と解釈の關係については、拙著前掲(注1)四二八頁参照。
- (12) この点につき、拙著前掲(注1)三四一頁、五三八―四〇頁参照。
- (13) 拙著前掲(注1)一五七頁―次頁において、裁判官法の法的効力ならびに先例拘束性を段階的に把握するフィケンチャーの見解に一定の理解と賛意を表しておいた。
- (14) 裁判官による発展的法形成の出発点とそこにおけるコンフリクト・パターンの果たす役割については、拙著前掲(注1)の二四章と二五章においてアウトラインを示しておいた。
- (15) より厳密にいうと、解釈と発展的法形成の中間に規範的概念や裁量条項のような弛緩概念の操作があり、弛緩概念取扱いにおける誤謬という問題も考察しなければならないが、ここでは単純化のためにその問題には立ち入らない。
- (16) 民法の法定地上権の成否に関して、同一所有者に属する土地建物に共同抵当権が設定された後、建物が建て替えられた場合、新しい建物のために法定地上権が成立するかどうか争われたケース。大判昭和十三年五月二五日はいわゆる「個別価値考慮説」に立って新しい建物のために法定地上権が成立するとしていたが、最判平成九年二月一四日民集五一・二・三七五はこれを覆し、「全体価値考慮説」を採用した上で、新しい建物のために法定地上権は成立しないとした。この小法廷判決の中でも、「大審院昭和三年五月二五日判決・民集一七・一二・一一〇〇」は右と抵触する

限度で変更すべきものである」と述べて、判例変更を行っている趣旨を明らかにしている。

(17) 盗品の占有者が民法一九四条にもとづき盗品の引き渡しを拒否することができるときは、占有者は被害者に対して代価の弁済を請求できるかどうかという問題につき、大判昭和四年二月一日は、請求できないと否定的に解していた。最判平成二年六月二十七日民集五四・五・一七三七において最高裁判法廷は、この先例を変更して、占有者は被害者に対して代価弁済を請求できると解し、判決の中で「大審院昭和四年二月一日判決・民集八・九二三」は、右と抵触する限度で変更すべきものである」と述べている。

(18) 外国国家に対する民事裁判権免除の問題について、大決昭和三年二月二十八日民集七・一二・一一二八は、いわゆる絶対免除主義（外国国家は原則として法廷地国の民事裁判権に服することを免除されるとする考え方）の解釈的立場を採用していた。最判平成一八年七月二一日民集六〇・六・二五四二において最高裁の大法廷はこれを訂正して、制限免除主義の立場（国家の行為を主権的行為とそれ以外の私法的または事務管理的な行為に区分し、免除は前者の主権的行為に限られるとする考え方）に立った上で、「昭和三年二月二十八日大審院決定は以上と抵触する限度においてこれを変更すべきである」と明言している。

(19) 大判昭和一八年二月二二日によれば、不当利得の返還義務の内容につき、利得された物が上場株式など代替性のある物である場合には、代替物による返還を請求することができる（同種同量の他の株式の返還を命ずべきである）と解されていた。これに対して、最判平成一九年三月八日民集六一・二・四七九は、受益者は代替性のある物を第三者に売却した場合の売却代金相当額の返還義務を負う（すなわち代替物による返還の請求はできない）という、先例とは異なった見解を採用した上で、判決の中で、「大審院昭和一八年二月二二日判決・法律新聞四八九〇・三は、以上と抵触する限度においてこれを変更すべきである」と述べている。

(20) これらの方法論的二段階の意義および欠缺についての表層欠缺と深層欠缺という区別については、拙著前掲(注1)五三二頁、五三八頁―次頁参照。

- (21) わが国の利息制限法一条二項・四条二項の規定（制限超過利息を任意に支払った債務者は超過利息金の返還を請求することはできない旨の規定）に関して、制限超過利息金を元本に充当しうるかどうかをめぐる最高裁判例の変遷（とくに最大判昭和四三年一月一三日民集二二・一二・二五二六に注目する必要がある）は、この問題にとって好例といえよう。拙著前掲（注1）五七七頁脚注八参照。
- (22) 拙著前掲（注1）五七七―七九頁参照。
- (23) 拙著前掲（注1）六〇六頁参照。
- (24) Eisenberg, M. A., *The Nature of Common Law*, Cambridge/Massachusetts/London: Harv. Univ. Press 1988, pp. 127ff.
- (25) こうした課題については、拙著前掲（注1）六〇七―〇九頁参照。