

## 判例の拘束力

——判例変更、特に不遡及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」即ち「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」即ち「先例の拘束力」を有するとされる<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ってよい<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条起点ではなく<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、これによっ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、予知を可能にする<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、判断の基準とならないそれ以外の傍論（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うことが、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>。

この主張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いがある」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」下級審を限定的に拘束するとしているので、「一般的な法的拘束力がない」と言う<sup>21)</sup>。また、最高裁判例の法的安定、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、総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、最高裁の権威だからであって、「直接裁判官を拘束するのではな」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、前の判例に取って代わること<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乱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と、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」だとまず指摘する<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とこそが『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る<sup>33)</sup>。そして、日米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実上《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さなければならない」<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「事実上の拘束」と呼ばれる日本の「ことがらの方が、実は、個々の裁判官に対して——あえて《chilling effect》とまではいわないにしても——、より大きな効果を発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じめて、『事実の拘束』という定式化をすてて正面から先例法理をみとめるべき」であ

と言う<sup>37)</sup>。そして、先例は最高裁自身に対する抑止的効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指摘するのである<sup>41)</sup>。立法府は、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)恣意に流れないように抑止する課題』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ということであろう<sup>44)</sup>。

杉原泰雄はさらに激しく、「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>。その根拠は、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、平等原則をもって先例拘束性を認めることは「制定法主義国にはおよそなじまない」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「一定の『拘束力』が認められる」ものと説明した<sup>49)</sup>。

芦部信喜も、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、「具体的にはほとんど違いはないことになる」<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」あって、司法権概念<sup>53)</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>54)</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>55)</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>56)</sup>。団藤重光は、「刑法の領域では、いうまでもなく罪刑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>57)</sup>。安西文雄も、判例は「裁判所のよるべき『よすが』」に留まるとする<sup>58)</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、まず疑問であろう<sup>59)</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>60)</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るべきではない<sup>61)</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」と言わず「権威」と記せ<sup>62)</sup>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<sup>63)</sup> 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」と末弘厳太郎批判をする<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>。最高裁の判例違背を上告理由とする規定をもって事実上の拘束力が説かれるが、「拘束性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> が的確である。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しなければならない」<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、条約を除く意味でないのは勿論、「所与の客観的法規範」<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、停滞する下級審の判例状況は、この「事実上の拘束力」という定式の中で生じたものな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」となっていれば、「この拘束は間接的には法的根拠を有する」<sup>76)</sup> のではなかろうか。また、逆に、いくつかの下級審判決は、最高裁判例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言っ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リア裁判官制度<sup>78)</sup> 自体を問題視せねばならないが、制度の当不当を超えて違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<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、コークが、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う観念故<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は絶対に許されることが確立した<sup>86)</sup>のがそれである、との認識が強いように思われる。判例拘束の原則は古くはローマ法にまで遡ろうが、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て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日の少数意見すら付かない判断<sup>92)</sup>を境に、遂に貴族院でもそうではなくなった。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もありうることも、



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礎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っ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ったものを、遡っ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」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らう<sup>100)</sup>。だが、絵に描いたような制定法国、判例法国は最早存在しない<sup>101)</sup>。英米法でも、先例拘束性の原理は実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>。いわゆる英米法国の大陸法国<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は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、あるいは加えて適正手続の要請<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 14 条の法の下での平等原則（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<sup>8)</sup>（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生ずる判例変更については後述する）、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指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 条がそれに関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団藤重光も、「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見とめることは、「罪刑法定主義の要請するところだとさえいえるべき」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>。先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うことは、「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「質的にちがっ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、あとは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制定法と同様の効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であれば、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・デシデンダイ）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、進歩的な判例変更は許容されるが、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、権力分立原理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>。法が解釈によってしか意味を有さない以上、有権解釈をもっ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、判例変更には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数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、経験の教えに照らして調節が必要となった、先例の誤りが極めて明確となったなどの理由を挙げる<sup>125)</sup>。佐藤幸治は、前の判決が間違っており、判例変更は、正義の諸目的からその変更が要求されることがほぼ合理的な疑いを超えて納得できる場合に限るべきだとする<sup>126)</sup>。尊属殺人罪と尊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ったが、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、慎重でなければなるまい<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は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、はっきりした判例変更は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、従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に思われる。

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ることを示さなけ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>のブランダ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) に関わるが憲法判例は理論 (doctrines) に関わり、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るべき実質的理由によって決まろう<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うこともあり得ない<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である。それを直視することにより、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) 判例の黙示的変更

ところで、判例変更には、明示の変更もあれば、判決文はこれを明言していないが内容、実態共に変更であるという黙示(実質)的変更とも言えるものもあり<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、踏襲の何れかを行う<sup>151)</sup>中で、下級審がこれによってかなりの創造性を発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は最高裁に対する国民の信頼を傷付けるかもしれない<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も言えなくない<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区別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。一見動かなかった判決・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、それによって微視的には法的安定性は崩れつつも、巨視的には継続していこう<sup>159)</sup>。

日本では、はっきりと判例変更の宣言なく、なし崩しの判例変更がしばしば行われている。住居侵入罪について、大審院判例は保護法益を住居権の侵害であるとし、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穩である」<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、実質的には住職の地位の存在・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慈照寺事件判決<sup>165)</sup>などであった。しかし、実際には種徳寺事件判決<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と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、官公労組合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った。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>などの二重の絞り論を変更したとの論評が多いが、この理論は関与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<sup>178)</sup>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>179)</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>180)</sup>。そうでなければ、不平等な結果も招くとする<sup>181)</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>182)</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、それによって、例えば租税法規が無効とされたときに非常に混乱してしまう恐れがある<sup>183)</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って、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>184)</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するのは論理の飛躍がある<sup>185)</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>186)</sup>が、日本の最高裁は憲法裁



判所ではなく、判決の効力は当該事件に留まるべきである<sup>187)</sup>。他の説として、宮沢俊義は法律に委ねたとする<sup>188)</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>189)</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、判決が個別的効力のみを有するのが原則であろう<sup>190)</sup>。それは、付随的違憲審査制故の必然ではないとの指摘<sup>191)</sup>程度では揺るぐものではない。

「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別な事情もなかろう。違憲判決に、違憲となっ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>192)</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>193)</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、そうだとすると、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ことに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尤もであり、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>194)</sup>。これは、判決自体は当該事案の解決のためのものであるから、遡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>195)</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>196)</sup>。そして、同説の多くは、公務員には



当該判決に従い、法令を改廃し、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ういわゆる礼讓期待説<sup>198)</sup>を採っている。尊属殺重罰規定違憲判決<sup>199)</sup>、薬事法違憲判決<sup>200)</sup>ともに実務の措置は、個別的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バリエーションがあり、個別的効力が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、個別的効力説を採るべきである<sup>206)</sup>。

尊属殺重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か純粋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う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もまた、判例変更は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よう。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に推察できる。

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ということが出来る」<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、裁判所法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事案を軸に整理したい<sup>210)</sup>。先例を安易に拡大したり、先例の射程の捉え方に不統一があったり、先例として引用されたりされなかったりであったり<sup>211)</sup>と、先例拘束性がルールではありながら、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、明示の変更は、西野喜一の調べによれば、1992年までで民事17件、刑事20件、黙示(実質)的変更と思われるものは民事5件、刑事6件とされ<sup>212)</sup>、憲法判例は計8件<sup>213)</sup>であるので、やはり少なめである。明示の変更の方が多いというのも興味深い。判例変更は、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った)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、明示の変更が37件のうち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は圧倒的多数によってなすべきとの意識があるように感じられる。

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<sup>220)</sup>から意見変更<sup>221)</sup>していても、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>たものと考えるべきように思われる。

これらの分類指標の中でも、重要なのは、当事者にとっ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る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、不利益変更は不意打ちであり、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、またその典型と言ってよい。刑すらも免除した、この第一審判決なども、具体的事実を見てそれを求めた例と言える。国籍法違憲判決<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ったとしても、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巖窟王事件第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、憲法上の人権を不当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）を行うことで黙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った判決<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は当然に許される<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、遡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ったが、最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ない状態に置かれると解すべきである<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っ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・決定は個別的効力であると雖も、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「二重の絞り」論からすれば、被告は有罪となら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、「二重の絞り」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ていたが、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、従来の判例の「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「不必要な変更」である点にもある<sup>243)</sup>ようである。

このほか、悪徳の栄え事件<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>を変更したことも、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、一種の遡及処罰、罪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の価値に適正な配慮を示さず、とりわけ国民の権利・自由に多大の悪影響を及ぼすとき」、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に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は許されないと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もあるが、「公共のため」の拡大解釈に過ぎるほか、「損失」があったのは多額の費用をかけ、苦勞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、利息制限法に関して、下級審が元本充当説を採ったのを最高裁が覆した 1962 年の先例<sup>251)</sup>が、2 年後に元本充当説に変更された例<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と考えていた当事者にとっては不利益変更であるが、勝訴した原告にとっては逆である。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ったのであるから、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、遡及すれば、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遡及効を制限する言明をなしたのも、相続という誰にも起こりうる事象での混乱を回避するための政策的配慮に読める。中野次雄も、判例変更の効果は遡及するとしながらも、「これを是正する制度が存在しない」ことと、「確定裁判で決定された法状態はも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」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>257)</sup>。

ところで、一連の議員定数不均衡判決<sup>258)</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、あったとしても、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ない、出廷もしない選挙区の住民に利益を与え、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。訴訟手続的な捻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、判決がどうなろうと、個別的「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、もし合憲的運用がそれまでの慣例であるとするれば、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、主として刑事事件で、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。これが不遡及的判例変更論であり、以下、これに焦点を絞り、節を改めて論ずることとしたい。

#### 4 不遡及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ぬ不利益を被る場合、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、そのためにもそのような刑事判例変更は一切認めないという考えは、誤った判決を糺すことができないことになるため、採ることを躊躇する<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立法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当に害するおそれ」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変



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、不遡及の変更という手法を採用すべし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粹不遡及と呼ばれ、旧判例に依拠した者の保護、平等の観点からは、これに論理の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、学説の理論的支援が始まり<sup>270)</sup>、1932年にはベンジャミン・カードゥゾが、先例に依拠して行為がなされたときには、不遡及の変更を行い、これによっ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遡及の変更をすることは、合衆国憲法修正14条の適正手続条項に反しないと判示した<sup>272)</sup>。実際に、そのような判断を行った例もある<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てい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って論争が生じた。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条の遡及処罰の禁止に違反する<sup>275)</sup>として、被告らが上告していた。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処罰することが憲法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」として、上告を棄却したのである。

これには、本考察に当たり興味深い、河合伸一判事補足意見がある。このような事案で「問題にすべきは、所論のいうような行為後の判例の『遡及的適用』

の許否ではなく、行為時の判例に対する国民の信頼の保護如何である」ので、被告によっては「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展開し、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「遡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」を貫いたとして<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、不遡及の変更は憲法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、刑の廃止に関わる刑法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の提案をしながら<sup>281)</sup>、多くの学説が、不遡及説も判例に事実上の「法源」又は「拘束力」を認めてきたにも拘らず、遡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条から不遡及の変更は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、中山の主張に対しては、裁判所の複数の判決の結論をもって「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、合憲判断が公務員の争議活動に関する一般的・概括的性格を有しており、その意味では黙示的判例変更であるが<sup>291)</sup>、被告らはその後に行爲しており、類似の事案への推測は可能であって、都教組事件上告審判決が変更される前であるとは言え、公務員の争議権を巡る判例変更の方針ははっきりしており、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>、救済の必要性に欠ける<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の変更とその適用はできないことになり、解釈変更の余地を楯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う弊害もあると思われる<sup>296)</sup>。確かに、行爲者が自らを完全に無罪だと信じ、信じるのも全く当然だとは思えなかった。

だが、個々の事件の事情を考慮して、全てを行爲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は、一般に憲法上疑義があろう。

確かに、判例の不遡及の変更については、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、場合によって不遡及的な形でそれを行ったからといって、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う批判することは矛盾しよう<sup>300)</sup>。次に、判例を不遡及的に変更する旨を述べた部分は、具体的事件の解決に関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、結果的に当該事件の解決に関係なかったからといって、事件の解決に関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ってよい<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>302)</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>303)</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>304)</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どうかは判決が下されるまで解らないものであり、抑止的効果が生じるのは例外的な場合に限られよう<sup>305)</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>306)</sup>。

判例の不遡及的変更を肯定する田中英夫は、アメリカの判例を参考に、結論において従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>307)</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<sup>308)</sup>、同じく有罪となるときでも、単なる適用条文の違いではなく、「刑の程度におい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>309)</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、この判例の不遡及的変更とされるべき例とする<sup>310)</sup>。そして、この手法を採らないとき、裁判所は政治部門によるより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遡及的変更の手法を用いるべきだと主張する<sup>311)</sup>。何れにせよ、刑事処罰の場合は高度に適正手続が守られ、その具体として遡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意打ち処罰は違憲であろう。なお、根拠条文については、憲法 31 条を示唆する見解<sup>312)</sup>もあるが、「合理的」な変更は認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>313)</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>314)</sup>。また、政策的理由としても、このような場合の「理論の変更」の判例変更は、「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>315)</sup>。そして、以上の弊害を避けるためには、「『判例の不遡及の変更』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には」、「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、それから生ずる不当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の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>316)</sup>として、つまりは「区別」(distinction)の手法を推奨するのである。

判例変更は、新立法の場合とは異なり、具体的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>317)</sup>。遡及効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>318)</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>319)</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>320)</sup>。アメリカでも、判例の不遡及の変更は斥けつつ、「法の不知は許さず」の例外として、故意の阻却を認めた例がある<sup>321)</sup>。一般人を基準として予想できる判例変更であれば<sup>322)</sup>、或いは確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>323)</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、純粹に、判例変更によって専ら不利益を受ける当事者には不遡及とすればよい。刑事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事件・行政事件等は特異で稀であり、限定的事案では、憲法上、判例の不遡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令は、そもそも曖昧な法令であって、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ろう。そのような法令については、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っきり認めた場合、この主張は貫徹し難い。これも踏まえても、判例の不遡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、判例の変更は十分な理由をもって行うべきである。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、公平さの縛りがある。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は当該事件に遡及させるべきでない。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縛るのが問題となった<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は、参加型民主主義（市民デモ）の夜明けというだけでなく、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であると思われる。
- 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58巻2号47頁（2012）。
- 10) 同じことを意図してか、河原峻一郎「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」北大法学論集17巻4号1頁、8頁（1967）は、私法に関して「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ぬ」とする。
- 12) 宮田量司「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『現代国家と司法権』352頁(有斐閣、1988)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・デシデンダイは抽象的なものであり、具体的事件からレシオ・デシデンダイを発見する過程には、生の、具体的な、個々の事実から一般性、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「英米法に於ける判例の限界」民商法雑誌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) 樋口陽一「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) 楠本孝「被告人に不利益に変更された判例の遡及禁止」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うだけのことである。
- 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) 樋口前掲註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) 杉原泰雄「最高裁判例の法源性」杉原泰雄＝樋口陽一編『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) 浦部法穂『憲法学教室』〔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『判例とその読み方』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—客観訴訟・非訟事件等再考（1）」横浜法学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) 安西文雄ほか『憲法学読本』〔第2版〕9 頁（有斐閣、2014）〔安西〕。このほか、須賀博志「司法権を『法律ニ依リ』 行うこと」佐藤幸治古稀記念『国民主権と法の支配上巻』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「対審権と伝聞証拠」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かもしれない。
- 62) 新井正男「判例の権威阻害要因」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『講座憲法学 6—編力の分立【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、成文法主義を根拠に「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変換へという、かなり永い期間を」経て、判例の権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）、芦部前掲註 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。

- 74) 安田拓人「判例の不利益の変更と遡及処罰の禁止」大野眞義古稀記念『刑事法学の潮流と展望』45頁、56頁（世界思想社、2000）、楠本前掲註29）論文96頁など。
- 75) 佐藤前掲註15）書384頁。
- 76) 団藤前掲註50）書143頁。
- 77) 芦部前掲註50）書192頁。
- 78) 重村博美「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世紀までの英国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（1958）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（flatly 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」法学セミナー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、近代的法準則を形成していったが、まだ先例拘束性の法理を確立するには至らなかった。堀部政男「イギリスにおける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」世良晃志郎還暦記念下（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) 芦部信喜『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」井上治典追悼記念『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救済手続が、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「合憲性判断の手法とその拘束力」初宿正典還暦記念『各国憲法の差異と接点』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遡及効・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、「単なる法社会学的事実

- というだけではな」と述べる。山田前掲註3) 論文 87 頁同旨か。
- 112) 樋口範雄「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) 樋口前掲註 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) などとも参照。
- 121) 植松正「大法廷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、イギリスにおける論争も創造説の勝利に終わっており、日本においても、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と解説する。
- 124) 芦部前掲註 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) 芦部前掲註 50) 書 181 頁。
- 129) 同上 182-183 頁は、公職選挙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、広島高松江支判昭和 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っと認めるべきもの」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ほかはない」としており、同論文 21 頁は、判例変更における下級審の役割の大きさを認めている。

- 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) 穴戸常寿『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 巻 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 151) 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 日刑録 24 輯 1506 頁。夫の承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 日判例集未掲載。
- 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、立法府の責務に集約する 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、蟻川恒正「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)、野中俊彦「判決の効力」芦部信喜編『講座憲法訴訟第 3 卷』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)、一般的効力説の嚆矢は中田淳一「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、5-6頁(1964)参照。
- 181) 田中前掲註61)書51頁。
- 182) 中野編前掲註17)書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」の定義を行いながら、個別的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『法学体系コンメンタール篇1—日本国憲法』678頁(日本評論社、1955)。
- 189) 大西前掲註180)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)書310頁同旨。これに対し、最高裁が抽象的違憲審査可能なのだとすれば、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)」法学セミナー361号60頁、68頁(1985)[戸波江二]は、「やはり、個別的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)書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) 書 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、個別的効力説を採りつつ、「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）は法的義務説を採る。
- 198) 橋本公巨『憲法』574 頁（青林書院、1972）はこのような説を採っていたが、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 巻 3 号 265 頁。
- 200) 最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 巻 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、佐々木雅寿『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ろう。
- 205) 伊藤正己「憲法判例の変更」公法研究 22 号 1 頁、2-3 頁（1960）。
- 206) 毛利透ほか『憲法 I』353 頁（有斐閣、2011）〔松本哲治〕は、「弱い一般的効力を認める立場が正当」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効力説が導き易く、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) 芦部前掲註 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、大審院判例の変更は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「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顕著だと述べる。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) 最大判昭和 38 年 1 月 30 日民集 17 巻 1 号 99 頁。以下、西野前掲註 148) 論文 7-8 頁より引用。
- 220) 最判昭和 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「従前の見解から今回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「先立つりべラルな先例」も裁判官の交代なくして生まれていない点を指摘する。
- 223) 同上 25 頁。
- 224) 最大判昭和 25 年 10 月 11 日刑集 4 巻 10 号 2037 頁、最大判昭和 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) 最大判昭和 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) 最大判平成 14 年 9 月 11 日民集 56 巻 7 号 1439 頁。
- 229) 最大判平成 20 年 9 月 10 日民集 62 巻 8 号 2029 頁。本判例変更については、江原勲「はんない最前線—『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 卷 2 号 824 頁。
- 231) 東京地判昭和 42 年 5 月 10 日下刑集 9 卷 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 卷 5 号 177 頁。川岸令和ほか『憲法』〔第 3 版〕226 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) 適用違憲の場合、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乱を来すため、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）〔森脇敦史〕同旨。
- 239) 最大判昭和 44 年 4 月 2 日刑集 23 卷 5 号 685 頁。
- 240) 最判平成 8 年 11 月 18 日刑集 50 卷 10 号 138 頁。本件評釈には、村井敏邦「判批」ジュリスト臨時増刊 1113 号『平成 8 年度重要判例解説』142 頁（1997）、今崎幸彦「判批」ジュリスト 1120 号 99 頁（1997）、同「判批」法曹時報 51 卷 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」法学セミナー 510 号 84 頁（1997）、高山佳奈子「判批」ジュリスト 1132 号 160 頁（1998）、同「判批」法学教室 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 卷 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 卷 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 213) 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う、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、「刑事事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義務論的・社会防衛的刑罰観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。植松同上 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的安定性の見地から妥当だとするが、多くの支持は得ていない。
- 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、参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 憲法」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『裁判官による遡及処罰』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った例がある。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) 論文参照。
- 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、「限定型不遡及的変更」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 55 Report of N.Y.S.B.A. 263, 295-98 (1932), *quoted in* 1 B. BLAKENEY, 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) 畑博行「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 112) 論文 88 頁。
- 276) 中山研一「判例変更と遡及処罰の問題 (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 卷 13 号 882 頁。
- 278) 中山前掲註 276) 論文 10 頁。
- 279) 中山研一「判例変更と遡及処罰の問題 (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 卷 5 号 1178 頁。
- 285) 山崎前掲註 112) 論文 95 頁。
- 286) 村井前掲註 263) 論文 32 頁。
- 287) 村井前掲註 240) 評釈 143 頁、大山＝松宮前掲註 240) 評釈 143 頁 85 頁、高山前掲註 240) ジュリスト評釈 161 頁など。
- 288) 同様の見解を採るのが、阿部純二「判例変更と遡及処罰の禁止」研修 610 号 7 頁、14 頁 (1999) である。
- 289) 山崎前掲註 112) 論文 90 頁。
- 290) 橋本裕藏「『判例の不遡及的変更の法理』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遡及変更」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遡及的処罰は「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の変更は罪刑法定主義に反すると言わなければならない、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) 書 376 頁も参照。
- 299) 田中前掲註 61) 書 93 頁参照。
- 300) 佐藤前掲註 15) 書 377 頁。
- 301) 田中前掲註 61) 書 95-96 頁。
- 302) 同上 96-97 頁。ただ、原則としては、事案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) 評釈 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) 書 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、事案が「審査方法」に関するものであって、違法が適法に直接的に転じた事案でないことも判例変更を許容できた理由だとする。
- 321) *State v. O'Neil*, 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た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、法治国家原則の帰結であり、この批判は当たらない。奥村正雄「判例の不遡及的変更」現代刑事法 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 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『続・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 違反被告事件鑑定意見書」横浜国際社会科学 研究 20 巻 3 号 113 頁 (2015) など参照。義務教育教科書の有償への変更は、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 面参照。なお、君塚正臣「2015 年安保法強行採決事件・私の意見 (1) —憲政擁護・閥族打破」判例時報 2267 号 130 頁 (2015) 以降、安保諸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/ASH7V5T5MH7VULFA004.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、政治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『法治国家観の展開』416-417 頁 (有斐閣、2013) によれば、「近代以降の現在にいたる『広義の近代』を通じて妥当すべき原理」のことであり、「憲法に関連するもの」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治主義」などが含まれると言う。

333) 浅子和美ほか『高等学校 新現代社会』(帝国書院、2013) において、筆者は、同書従来版とは異なり、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ったが、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れねばなるまい。

〔付記〕 本稿は、平成 25 年度—29 年度日本学術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、全て敬称は略させて頂いた。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。

本編でも引用した、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、「苦勞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、これに拠りかかりたがる」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軽視、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、法曹養成は崩壊しよう。法科大学院制度 10 周年をどう考えるかは、文科省・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。