

先例拘束についての一考察

——アメリカにおける先例拘束理論の歴史的形成——

宮 原 均*

この論文は、中央大学法科大学院の研究会「公法系勉強会」において、2014年5月24日（土）に「判例変更に関する機能的な検討—アメリカにおける学説の整理を中心に」と題してなされた報告をもとにして執筆されている。

公法系勉強会とは、2004年12月に、当時の特任教授・藤本哲也氏（財務省から派遣）と大貫（現在の主催者）が創設した研究会である。その創設趣旨は、理論教育と実務教育との架橋を理念とする中央大学法科大学院の研究・教育水準を高めるべく、教員等が日常の授業や研究活動において有する問題意識に基づくテーマについて、学術的・実務的な見地から検討を加える場を提供することにある。当時修了生はまだ出ていない時期であったが、将来的には、実務家と研究者の共同研究の場として充実させることも念頭において研究会は始まった。爾来、約10年に亘り、年4回研究会を開催し（次回研究会は40回目の研究会になる）、予定通り修了生の報告も増え（最近では37回研究会で、一期修了生の遠藤輝好弁護士に「さらば、猿払基準—堀越事件・世田谷事件について」と題して、担当事件をもとにした報告をしていただいた）、また、学外の研究者の参加・報告も多数得ている（宮原教授の報告がその一例である）。

設立当初より、研究会での議論の成果を本誌に掲載することを検討することが意図されていたにも拘わらず、これまで、第1回報告「東京都銀行税条例訴訟における和解の位置づけについて」（藤本哲也教授）〔3巻1号〕、第20回報告「公の営造物の『通常用法』と『本来用法』について」（土田伸也教授）〔8巻1号〕が本誌に掲載されたほかには、その機会がなかった。しかし、研究会も軌道に乗り、学外の研究者・実務家の参加・報告も増えている。今後はできる限り、研究会の成果を公表し、本研究会を理論研究の場として、また、実務家と研究者の共同研究の場としてさらに充実させたいと考えている。この度、本誌編集委員会のお許しを得て、本学法科大学院所属でない教員の論文を掲載することになったのは、このような事情による。

本論文掲載にあたっての本誌編集委員会のご配慮に深く感謝する。

（中央大学法科大学院教授 大貫裕之）

* 東洋大学法学部教授

はじめに

I 先例拘束とその根拠

II 制定法解釈の変更

III 憲法解釈に関する先例変更

IV 先例変更の遡及効と信頼保護

まとめ

はじめに

裁判所は、法の適用により、具体的な争訟を解決するが、適用されるべき法の内容は必ずしも明確ではない。成文法においても、その文言を国語的にのみならず、法律上の観点から、その意味を明らかにする必要がある。また、条文相互の関係を明らかにすることによってはじめてその意味を確定することができる場合も少なくない。

他方、法律は、現実の事件に妥当な解決を示すことを目的とし、様々な事件を想定した上で制定されている。しかし、そのすべてを制定時において把握することは不可能であり、また、個々の事件に具体的に対応する条文を定めることは、むやみに条文数が増えてしまい、現実的ではない。更には、社会の急激な変化に、法律の制定・改廃は必ずしも対応することはできない。そこで、その文言には一般性や抽象性をもたせ、具体的な事件を解決する際に、裁判所がその意味を明らかにしていく必要がある。

このように、具体的な事件・事実を通して、法の内容を確定していく裁判所のはたらしは極めて重要であるが、事件ごとに示される裁判所の判断は、あくまで当事者を拘束するにすぎない。もっとも、同種の事件・事実に対して、同じような判断が積み重ねられると、そこには一定の方向性や予測可能性が生じ、これが法的確信にいたる場合には、不文法・判例法として、法源の一つに加えられることになる。そこで、裁判所は、事件解決にあたり、集積された同種の事件を探し、これらに解決をもたらした基本的な法理論等を抽出し、これに基づいて判断を示そうとする。このことは、それぞれの事件において、一から法の解釈を行い、その上で判断を下す労力を裁判所に省かせるだけでなく、当事者にとっても、従前から存在する一貫した法に基づく裁判を受けることを可能にするのである。

もっとも、先例に基づく裁判には大きな利点が存在するが、その一方で、先例に従う

ことは裁判所にとって義務なのか、という疑問が生ずる。この点について、日本国憲法は語るどころはなく、先例拘束を一般的に定める明文規定も存在しない¹⁾。

それにもかかわらず、裁判所は、その判断の根拠として先例を積極的に引用し、また、学説等が特定の裁判を批判・検討する際には、類似する裁判例の中から基礎理論を抽出し、これとの比較によりその是非を論ずることが中心であり、この場合には、先例の内容・射程範囲の解明が重視されていることはいうまでもない。つまり、先例拘束は明文規定においては義務づけられていないが、先例の存在を無視することはとうてい許されず、事実上、拘束力が認められるといつてよいと思われる²⁾。

しかしながら、現実には先例の変更が行われている。そこで、拘束されるはずの先例を、あえて変更するに至る要因は何か、が問われることになる。すなわち、先例変更は、先例拘束がもたらす法の一貫性・安定性・信頼性を、具体的に侵害するが、これを上回るいかなるメリットが存在しているのか、が問われることになるのである³⁾。

この点について、アメリカ合衆国最高裁判所（最高裁）においては、先例拘束が念頭に置かれつつも、これが変更される事例は少なくない。そこで、本稿においては、このような変更について同国の学説がどのような見方をしてきたのか、確認をしていきたい⁴⁾。

そこで、本稿の対象と記述の流れは以下の通りである。まず、先例拘束の根拠とその意義を確認する。次に、その拘束は、最高裁においては絶対的ではなく相対的なものであると、比較的早い時期から認識されていたこと、その際には「法宣言説」の克服や、憲法判例におけるゆるやかな拘束の理由等に触れる。最後に、先例変更のもたらす遡及効と信頼保護に関する議論を紹介しておく。

I 先例拘束とその根拠

1. 先例拘束の沿革

先例に拘束的効果が認められるようになったのは何時からか、これをはっきりさせることは難しい⁵⁾。しかし、少なくともその起源としてローマ法を挙げることができ、紀元3世紀以前のローマ帝国において、具体的な事件に対する皇帝の判断（decreta）は、その事件のみならず、同種の事件すべてにとっても決定的なものであった⁶⁾。イギリスにおいては、13世紀のエドワード1世の治世において先例拘束が認識されるようにな

り、イヤーブックの期間を通して、判事は、しばしば先例の神聖さについて言及し、厳格な先例拘束の伝統を築いてきた。アメリカにおいても、これが継承されたが、20世紀に入り、先例拘束に関する考え方がイギリスとは異なることが明らかになってきた⁷⁾。

2. 先例拘束の利点

先例拘束の理論が形成されてきた理由については、当初より「法における安定性と確実性」が挙げられていた。すなわち、内容は悪であっても、その意味が確実である法は、内容は善でも、その機能する範囲が不明確な法に勝るのである。つまり、法の確実性は、法の合理性よりも一層重要と考えられたのである⁸⁾。

次に、先例の「利便性」が指摘されてきた。モスチスカは、先例拘束のルールは、当面の問題を最初から考察する手間を裁判官から省かせ、弁護士に対しては、その依頼人に合理的な程度の確実性と安全性をもってアドバイスすることを可能にし、一般人に対しては、契約その他の権利が裁判所において守られることを確実にする、としている⁹⁾。

更に、先例拘束は「恣意的判断の排除」につながるとされてきた。特に、革命期に「法による政府」という原理が発達したアメリカにおいては、判事たちは、自らの恣意的な意思ではなく、法に従っていることを示す必要があり、先例拘束はまさしくこの要請に応えるものであったのである¹⁰⁾。

このように、先例拘束は、安定性・利便性、画一性・一貫性、そして恣意性排除というメリットが強調され、定着してきたといえる¹¹⁾。

3. 先例への相対的な拘束

もっとも、アメリカにおいては、先例への拘束を絶対とする考え方は、比較的早い時期から採られていなかった¹²⁾。先例拘束の理論が厳格に遵守されてきたイギリスとは異なって¹³⁾、合衆国最高裁は、この理論を認識しつつも、自らの判断が明らかに誤っていたと考える場合には、先例から逸脱し、これを変更する権限を有していると判断した¹⁴⁾。

その理由は、法の継続性という先例拘束が有する価値は、時として法の成長及び変革にその道を譲らなければならない、とされたからである。先例の示すルールが、状況の変化のために、もはや有効とはいえず、その先例から離れることの方が有益であると確信している場合には、アメリカの裁判所は先例を変更してきたとされる¹⁵⁾。

パウンドは、昨日の状況の下では不合理であったものが、明日の状況の下では不合理とはいえないかもしれない。過去の状況下では恣意的で不合理であるとされた判断は、時、場所、状況が同じとはいえない場合には、拘束的ではないことは明らかである。司法過程において、完全な安全性・画一性・予測可能性を示すと同時に、完全な柔軟性すなわち、社会的及び経済的秩序における変化の要請に、直ちに、完全に適合することは不可能である。せいぜいのところ、両者のバランスを維持することである、と主張している¹⁶⁾。

このように、先例拘束は、安定性・画一性・一貫性・恣意性排除につながる一方で、社会の変化に対応できず、先例への固執は、具体的な事件において正義に反する結果をもたらしかねず、先例を変更する必要性及び正当性が指摘されてきた¹⁷⁾。

しかしながら、現実への対応のために従来の考え方を改めるのは当然としても、それを裁判所が、先例変更という形で行うことには若干の問題がある。なぜならば、議会による法（以下、制定法）の解釈として示されてきた先例については、その変更は本来、議会が行うべきであり、議会が制定法の改正に関して「沈黙」している以上、その法・解釈は維持されるべきで、先例の変更は議会の意思に反し、ひいては司法による立法権の侵害につながるのではないか、ということである。

更には、制定法は存在せず、コモンローとして先例が確立してきた領域においては、裁判官の法創造との関係で問題がある。すなわち、そもそも、裁判所は具体的な事件の中で「法」を創造したのではなく、客観的に存在していた「法」を発見し、それに基づいて解決を図っただけであるとの考え方がある。この「法宣言説」からすると、先例の変更は消極的に解することになろう。そこでまず、「法宣言説」と先例変更の関係について整理しておこう。

4. 先例拘束と「法宣言説」

上述のように、英米においては、「裁判官による法」と「制定法による法」の二つに分けられ、前者について、裁判官が「法」を定めるのではなく、不文ではあるが、古来より存在していた一般的な慣習を裁判所が「証明」したものであり、先例拘束の理論によってその内容が確定的となるのである¹⁸⁾。

もっとも、この理論においても先例変更は必ずしも否定されておらず、ブラックストーンは、先例変更は、先例が「法」を正しく「証明」していなかったためこれを改めたのであって、「法」そのものを変更したものではない、変更された先例は悪法ではな

く法ではなかった、としたのである¹⁹⁾。

しかし、この「法宣言説」には批判がある²⁰⁾。まず、この理論は子供じみたフィクションにすぎない、というだけでなく、裁判は具体的な争訟を解決し、法律は普遍的なルールを設定することをそれぞれ主な目的としているが、裁判もルールを定める点では制定法と変わるところがない²¹⁾。また、「法宣言説」によれば、変更された判決は正しい「法」を反映していなかった、変更を行なった判決は、本来の正しい法を証明したのであるから、当面の事件には遡及的に適用されて解決がなされることになる²²⁾。しかし、この当然遡及の考え方は、当事者に思わぬ不利益をもたらすことがある²³⁾。そこで、判決に法創造性を認め、制定法と同様に将来効を認めること等により、具体的妥当性を図ることが主張されるのである²⁴⁾。

II 制定法解釈の変更

1. 議会の「沈黙」

このように、やや神秘的な「法宣言説」も、もとをただせば客観的な明文規定のないところで、裁判官がその恣意を疑われることなく、当事者が納得する判決を示すための工夫であったといえよう。これに対して、制定法は文言で定められているが、その具体的な意味は現実の事件・事実に適用して確定していくことになる²⁵⁾。このような制定法の解釈にも先例拘束及びその変更がなされうるが、先例変更を行う場合には、裁判所と議会との関係が問題になる。すなわち、いったん裁判所による解釈が示され、もしもその解釈に不満があれば、議会は改正の手続をとるはずである。それにもかかわらず「沈黙」している場合、議会は先例の解釈を支持しており、これを裁判所が変更することは議会の立法権を侵害することになるのではないかということである²⁶⁾。

更には、最高裁が制定法を解釈すると、この判決の後には「制定法+最高裁の判断による法」が形成される。この最初の判決を変更するなら、最高裁は立法を行っていることになるが、この場合には、通常の立法行為には備わっている安全弁、すなわち、公的討論、二院による承認、大統領への提出、等が欠けている。先例の変更は憲法1条を侵害する、というのである²⁷⁾。

2. 議会の「沈黙」への批判

しかしながら、このような形式的な考え方は、最高裁の多数意見を構成することではなく、現実にも、先例変更は頻繁に行われている。これについて、エスクリッジは次のように説明している。第一に、最初の解釈が、議会の意図するところを誤解し、明らかな誤りをおかしていたならば、裁判所がこの先例を変更しても、議会の立法権を侵害することにはならない。第二に、制定法への以前の解釈が、後の制定法の政策と一致していない場合、以前の解釈への固執は、進行中の立法府の意図を損なうことになる。第三に、以前の解釈が機能しないことが判明している場合にも、これに固執することは、議会が暗に当然の前提としていたことを軽んずることになる、とする²⁸⁾。そして、何よりも、政治プロセスは多様であるので、議会の「沈黙」「不作為」が実際のところ何を意味するかを判断するのは困難である、とするのである²⁹⁾。

更に、制定法に関する裁判所の解釈に、議会はどれだけ注目し、迅速な対応を行おうとしているのか、疑問を呈するのがモルツである。議会は多忙であり、裁判所の判決が投げかけた問題にいちいち時間をかけることはできない。したがって、制定法に関する裁判所の解釈に賛成できない場合であっても、議会がこれを改正するとの保証はない。

また、議会の多数派が、裁判所の判断は誤りであると考えていたとしても、いかなる問題に、いかなる票を議員が投じるかについては、議会内における様々な駆け引きによって左右されうるのである³⁰⁾。

以上は制定法解釈に関する先例変更の問題であるが、憲法解釈に関する先例変更の場合には、これをより緩やかに認めていく傾向があるとされている。

Ⅲ 憲法解釈に関する先例変更

1. 憲法自体の柔軟性

憲法の領域においては、先例拘束は比較的緩やかに認められているとされる³¹⁾。これには、まず、憲法という成文法のはたす機能とその特徴を確認しておく必要がある。コリンズは、憲法はあたかも有機体であり、成長し、社会的な生命体であるとしている。その理由として、特に修正14条を例に挙げ、その文言が漠然、不明確、不確定である

ので、裁判所はその具体的な意味を明らかにしなければならないが、その完全な定義を下すことなく、先例の集積の中で、あるものは採り入れ、あるものは排除しながら段階的に意味内容を確定しようとする。これにより、憲法自体の改正がなされなくとも、社会生活を取り囲む状況の絶えざる変化に対応することが可能になる、としている³²⁾。

同様に、その文言の一般性から、社会の変革に対応する柔軟性を憲法が備えていることを強調するのがキャットレットである。すなわち、社会変革の必要性が生じても、これに対応すべく憲法の改正は困難であることを前提に、憲法が、変革及び成長を自らの内に宿す柔軟性を備えていれば、継続的・平和的に社会変革に対応することが可能になる。憲法の文言の一般性はこのことを可能にするとしている³³⁾。

このように、一般的な文言により、改正を待つまでもなく、変革に対応するだけの柔軟性を備えていることが憲法の特徴であるならば、その意味に関する先例への拘束はいかなるものとなるであろうか³⁴⁾。

2. 先例変更と「区別」等

これについて、コリンズは、最高裁が憲法に対する態度を変化させる場合においても、先例への「説明」「区別」「限定」という方法が用いられるのが一般であるとしている³⁵⁾。

そして、この「区別」が、実質的には先例変更につながることを強調するのがダグラスである。ダグラスは、先例変更が法に突然の変化をもたらすのではない。先例の浸食が「区別」により徐々に進んでいき、最終的に既成事実となった法の変化を確認するだけであるとしている³⁶⁾。

以上の見解は、憲法自ら社会の変化に対応すべき柔軟性を備え、その意味を具体的な事件の中で裁判所が確定する際にも、核心的な定義を下さず、事件に即した限定的な意味を示し、その先例に「区別」等を繰り返すことにより、段階的に変更をもたらすとの学説を紹介した³⁷⁾。しかしながら、このような「区別」によらない直接の「変更」も行なわれていることはいうまでもない³⁸⁾。この変更の場合に特に問題になるのが、先例への信頼保護の問題である。すなわち、先例変更のおかげで財産や契約上の権利を失った訴訟当事者への救済をいかにはかるか、である。

IV 先例変更の遡及効と信頼保護

1. 事後法の禁止

その根拠として、合衆国憲法第1条9節及び10節の事後法の禁止が挙げられるが（第1条第9節1項3項「〔合衆国議会は〕……遡及処罰法を制定してはならない。」、同条第10節1項「いかなる州も……遡及処罰法もしくは契約上の債権債務関係を害する法律を制定し……てはならない。」高橋和之編『新版世界憲法集』59-60頁（岩波文庫、2007年）、この規定は、議会を拘束するものであって、裁判所が、先例変更により事後的に不利益をもたらした場合には適用されない（議会と裁判所のプロセスの違いを強調し、後者はまず先例からスタートし、先例のない問題に遭遇した時にも、過去との合理的な結びつきをもたせるとの司法的な理由づけにより結論に達する、一方、議会においてはこの制約はないとの指摘がある（*See By Roger J. Traynor, Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility*, 50 *HASTINGS L. J.* 771, 774-75(1999)）。

しかし、行為時の法に信頼したところ、思わぬ不利益を受けたという場合、それが裁判所による先例であるという理由だけで一切の救済が認められないでよいのか、問題とされるべきである。そして、この問題は、憲法解釈の場合に限定されない。そこで、次に、先例変更と信頼保護について、制定法解釈の変更等も含めて議論を紹介しよう。

2. 先例の遡及適用とデュープロセス条項

スナイダーは、変更判決を遡及的に適用するならば、商取引は停滞し、権利は不安定になり、裁判所の判断に対する信頼が破壊される、等の大きな弊害が生ずるとする³⁹⁾。更に、刑事法の分野では、犠牲者を捕獲するための罠となってしまうとされる⁴⁰⁾。

同様に、フリーマンも遡及的不利益に関する憲法の明文規定は、議会に対するものであって裁判所に対するものではないとしつつも、デュープロセス条項であれば、裁判所にもこれが適用されるとする。そして、成立時において適法であった財産権等が先例変更により剥奪された場合には、デュープロセスなくして財産の収用がなされたと主張することは決して不合理ではないとして、この考え方を支持する多くの下級審の裁判例が紹介されている（*See Robert H. Freemann, The Protection Afforded against the Retroactive*

Operation of an Overruling Decision, 18 COLUM. L. REV. 230, 232-33(1918))。すなわち、「先例を信頼した当事者が、先例変更により損害をもたらされないように保護される理論」の形成を図っていく必要性を唱えている⁴¹⁾。

3. 「信頼」への批判

しかしながら、これに対して「信頼」はフィクションであるとの反論がある。ロビンガーは、先例に信頼を寄せていたかどうかは純然たる事実の問題であり、主張者の方でこれを証明する責任がある。そして「信頼」をすべての者に対して推定することは、法的なフィクションにすぎないとする⁴²⁾。同様に、先例が明らかに誤りである場合には、合理的な人間であれば、それが現在または将来の裁判所の審査に耐えられないことをあらかじめ警告されていることになる。この場合には、先例変更を行った判決を遡及的に機能させることは賢明である、とするのである⁴³⁾。

このように、先例変更を阻止する要因として、「信頼」の存在を過大に評価することには慎重でなければならないと思われる。イェール (71 巻)・ノートも、当事者が常に法の内容を知った上で行動し、先例変更により「信頼」が裏切られ、思わぬ不利益を受ける、との考え方には消極的である。しかしながら、その一方で、古いルールへの「合理的な期待」及び「正当な信頼」が、新ルールの遡及適用により打ち破られることにならないか、についての考察はなされるべきであるとしている⁴⁴⁾。

4. 保護されるべき「信頼」

これについて、まず、変更された古いルールがどのように定着していたか、その程度が問われる。すなわち、裁判所により一貫して遵守され、同一の判断が繰り返されてきた、ランドマーク的な先例の場合、これを変更するならば当事者にとってはサプライズ（不意打ち的信頼侵害）になる。逆に、重なりつつも一部ずつ矛盾している一連の事件が存在し、それぞれが他の事件と事実に関して区別されるならば、一個の先例に対して信頼を寄せることは合理的ではない。そして、先例がこのように盤石でない事の方がしばしばであるとする⁴⁵⁾。

同様に、先例が既に長い間にわたって浸食されている場合、および、社会における劇的な変化が生じるかなり以前に下された先例を変更した場合には、サプライズは生じない。有能な弁護士であれば、これらの変化を認識し、先例の変更も十分にありうるとの

説明を依頼人に行うことが可能である、としている⁴⁶⁾。

しかしながら、現実にはサプライズが生じている場合もあり、これを放置してよいことにはならないであろう。そのための一つの工夫として変更判決の効力を将来効にとどめることが主張されている。ココレック & コーベンは、先例を信頼して財産権が取得された場合、本来、その是正は立法的に、将来的に行なわれるべきである。しかし、立法はスローであるので、裁判所が先例変更を行い、これに将来効を認めて既得権を傷つけないようにするというのである⁴⁷⁾。

スナイダーも、一般に、先例を変更した判決は遡及的に適用されるが、例外があり、その例として契約を挙げている。変更前の判決を信頼して具体的に締結された契約及び取得された財産等を、先例変更の遡及適用から保護しようというのである。そこで、契約については、契約が締結されたときに存在していた判決によって判断され、逆にいえば、判決が契約を支配するためには、契約が締結されたときにその判決が有効でなければならぬということである⁴⁸⁾。

ま と め

以上、アメリカにおける先例変更に関し、主として学説を中心にまとめてみた。まず、厳格な先例拘束は採られておらず、現実にも先例変更は行われている。ただし、このことは、先例を度外視しているということではおよそなく、先例拘束がもたらす安定・画一の要請と先例変更による、様々な変化への柔軟な対応という、矛盾する方向を意識しながら、そのバランスを考慮しなければならないということである。例えば、「区別」等により先例の「浸食」がすすみ、変更は、実際のところは既定事実の確認にすぎない、との実態を持たせるなどが指摘されている。

しかしながら、このような漸進的で安定を害しない変更ばかりではない。突然にして、予想外の変更で、先例に依拠していた当事者が思わぬ不利益を被る場合がある。この場合の「信頼」保護をいかに行うか、先例変更の課題である。この問題を考える場合、いくつか確認すべきことがある。ひとつは、先例変更は、制度的な問題のみならず裁判当事者の権利・利益に関わり、事後法の禁止等、遡及的不利益変更に関する憲法の規定はどのように適用されるか問題になる。これについて、憲法の保障は議会に対するもので、裁判所に対する保障にはなっていないとされている。

だが、このような形式的な文言解釈により、先例変更によりサプライズを受けた当事

者への救済を拒否してよいものか、大いに疑問である。この点について、一般条項ではあるが（それ故に）裁判所にも適用が及ぶデュープロセス条項を用いて、先例変更・サプライズの問題を検討し、その分析にあたっては、事後法の禁止や契約関係不可侵といった対議会への保障規定を参照とすることになるだろう。

もう一つは、変更判決の将来効である。変更判決に将来効を認めるならば、当事者にはサプライズを与えず、当事者以外には予測を与えることになる。しかしながら、この将来効により敗訴した当事者の納得は果たして得られるのか、そもそも、制度的に将来効を認めることは可能なのか、問題がある。いずれにせよ、立法的な解決が必要とされていると思われる。

注

- 1) 裁判所法4条は、具体的事件における上級審の裁判所の判断が、下級審の裁判所を拘束することを定めた規定であり、本稿における先例拘束とは別の問題である。
- 2) 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁も、先例に事実上の拘束力がはたらくことを前提に、その範囲を法的安定性の見地からいかに限定するかを問題にしている。わが国において憲法判例の変更の問題が積極的に論じられるようになったのは、全農林警職法事件（最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁）以来とされている。国家公務員の争議権に関し、先例を変更した多数意見に対し、5裁判官の「意見」が、憲法判例の変更は軽々に行われるべきではなく、時期・方法に慎重を期し、真に説得力ある理由と根拠が示されるべきで、特に僅少差の多数によって変更することは許されない、と激しく批判した。もっとも、憲法判例の変更は他の判例変更よりも容易だとされている。この点については、芦部信喜『憲法訴訟の理論』28頁（有斐閣、1973年）。

一方、そもそも、先例拘束がはたらくのか問題となるが、その一つの根拠として、判決中に先例が引用されていることが挙げられるが、その引用の仕方について主としてアメリカとの比較に基づいて着目しているのが、戸松秀典「最高裁判所の憲法判例における先例の扱い方について」奥平康弘編『高柳信一古希記念・現代憲法の諸相』197頁（専修大学出版局、1992年）。また、憲法判例の変更は原則として可能であり、それは基本的には裁判所の裁量に属するとし、更にその条件等について言及するものとして新正幸『憲法訴訟論・第2版』668頁（信山社、2010年）。憲法判例の拘束力の問題は、憲法判決の効力・遡及効の議論とも分かちがたく結びついているとするのが、高橋一修「違憲判決の効力論・考」藤倉皓一郎編『英米法論集』123頁（東京大学出版会、1987年）。

そもそも、「判例」とは1回の判決で足りるのか、一連の諸判決が必要であるのか、を議論するのが樋口陽一「判例の拘束力・考―特に憲法の場合」芦部信喜・清水睦編『日本国憲法の理論』675頁（有斐閣、1986年）。更に、判例も「法源」をなすことを直視すべきと同時に、裁判所は当該事件の確かな事實的基盤に立ち特定された問題について判断し一般的抽象的理論の呈示に立ち入らないように自制すべきとするのが、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』279-80頁（日本評論社、1984年）。

- 3) パウンドによる「法は安定していなければならないが、立ち止まることは許されない。安定と変動それぞれの必要性を満たすという、矛盾した要請を調和させるために、法の思考のすべてが注がれるといっても過言ではない」は引用されることの多い言葉である。See Albert Kocourek & Harold Koven, *Renovation of the Common Law through Stare Decisis*, 29 ILL. L. REV. 971 (1935).

[hereinafter *Kocourek & Koven*]

- 4) 本稿においては、基礎理論にとどめ、判例変更に関する具体的な基準等については別稿に委ねる。
- 5) 先例拘束の問題を考える前提として、何が、先例であるかを確かめる必要がある。これについて、シャウアーは、事件の「事実」を問題とし、先例となるためには「事実」が完全に同一である必要はないが、どのように特徴づけるかが重要であるとする。これにより、関連する類似性の判断が求められ、重要なものと、無視してよいものとを振り分ける基準が必要であるとしている。*See Frederick Schauer, Precedent*, 39 STAN. L. REV. 571, 577(1987). [hereinafter *Shauer*]
- 6) *See Kocourek & Koven, supra* note 3, at 974.
- 7) *See id.*, at 974-77(1935). なお、先例変更が柔軟に理解されればされるほど、その拘束の程度が問題とされる。シャウアーは、弁護士は、先例にしばしば言及するが、先例は具体的な判断を下すための一つの理由にすぎず、決定的ではない。何が、拘束をもたらすのか、検討することの必要性を主張している。*See Schauer, supra* note 5, at 592. モスチスカは先例の拘束の程度は、問題の性質のみならず、先例を形成した裁判所内における裁判官の意見対立によっても左右されるとする。意見が二つに分かれ、反対意見に説得力がある場合、その先例の拘束の程度は弱いものになるという。*See Robert von Moschzisker, Stare Decisis in Courts of Last Resort*, 37 HARV. L. REV. 409, 415(1924). [hereinafter *Moschzisker*] ノランドも、先例が、最高裁内部において鋭い対立の下に形成されたのか、全員一致であったのか、十分に議論を尽くした上で決定されたものなのか、その拘束の程度を判断するのに必要な要素であるとし、更には、一個の判決なのか一連の判決の積み重ねがあるのかも重要であるとした。*See John D. Noland, Stare Decisis and the Overruling of Constitutional Decisions in the Warren Years*, 4 VAL. U. L. REV. 101, 110(1969). [hereinafter *Noland*] チェンバレンは、「その先例にいかなる権威が認められるかは…その先例が時代の精神にどれだけ一致しているか、あるいは、その後の裁判所が、先例の正当性に関して現行若しくは現実の法を語っていると判断するかどうかにかかっている」としている。*D. H. Chamberlain, The Doctrine of Stare Decisis as Applied to Decisions of Constitutional Questions*, 3 HARV. L. REV. 125(1889).
- 8) *See Charles Wallace Collins, Stare Decisis and the Fourteenth Amendment*, 12 COLUM. L. REV. 603(1912). [hereinafter *Collins*]
- 9) *See Moschzisker, supra* note 7, at 410.
- 10) *See Orvill C. Snyder, Retrospective Operation of Overruling Decisions*, 35 Illinois Law Review of Northwestern University 121, 123(1940). [hereinafter *Snyder*] なお、モルツは、先例拘束は、裁判官が、一握りの権力者たちではなく、中立的な権力の根拠に基づいて判断していることを示し、その正当性をアピールできるとしている。*See Earl Maltz, The Nature of Precedent*, 66 N.C. L. REV. 367, 371(1988). [hereinafter *Maltz*]
- 11) *See William O. Douglas, Stare Decisis*, 49 COLUM. L. REV. 735, 736(1949). レンキストも先例拘束の利点として、公正さ、安定性、予測性、効率性を挙げている。*See James C. Rehnquist, The Power that shall be vested in a precedent: Stare Decisis, the Constitution and the Supreme Court*, 66 B.U.L. REV. 345, 347(1986).
- 12) 「先例拘束の理論は、先例の変更を行うことを妨げるべきではない…先例拘束は、通常は、賢明な行動原理である。しかし、それは普遍的で、不可避の行動原理ではない」とのブランドイス裁判官の見解が引用されている。*See Kocourek & Koven, supra* note 3, at 977.
- 13) イギリスにおいては、先例の拘束力は絶対的であるとされていたが、1966年に貴族院の表明がなされ、この考え方が揺らいできた。すなわち、先例の遵守が厳格にすぎると個々の事件において正義に反する結果を生ずることがあり、更には法の適正な発展が阻害されうるので、従来の慣行を改め、先例からの離脱も許されうるとした。田中英夫『英米法研究1 法形成過程』62-63頁（有斐閣、1987年）。
- 14) *See Henry Ellenbogen, The Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which it Should be Applied*,

20 TEMP. L. Q. 503, 504(1947). モナハンも、先例拘束は、憲法による命令ではなく、司法が担う権利と義務から自然にもたらされる結果であるとしている。See Henry Paul Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 COLUM. L. REV. 723, 754(1988).

更に、先例に従うかどうかは、厳格な法的なルールに基づくのではなく、裁判所の賢明さ *prudence* の問題であるとの指摘がなされている。See Note, *Constitutional Stare Decisis*, 103 HARV. L. REV. 1344, 1358(1990).

- 15) See William N. Eskridge, JR., *Overruling Statutory Precedents*, 76 GEO. L. J. 1361(1988). [hereinafter *Eskridge*] この点につき、日本の最高裁は、事情の変更により同一の法に対する合憲・違憲の評価が変わっても、それは先例を変更したことにはならないとしている。すなわち、前記最大決平成25年9月4日は、民法900条4号ただし書が制定された昭和22年から現代に至るまで、家族形態の多様化、これに伴う国民意識の変化、諸外国の立法のすう勢、最高裁による度重なる問題点の指摘等を総合的に考察し、人々の意識や関連する法制度が、時の経過とともに徐々に変化し、一定の時点をこえて合憲・有効から、違憲・無効へと転じたとしている。したがって、最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁において、本件規定を合憲とした判断に誤りはなく、その後の上述の如き時の経過に伴う諸状況の変化が、本件規定を違憲たらしめたとしている。その結果、平成7年の当時においては、本件規定は合憲であり、前記最大決平成25年は先例変更を行っていないとしている。しかし最高裁は、先例の前記最大決平成7年自体に過誤がなかったことは指摘しているが、民法900条4号ただし書について合憲から違憲へと結論が変化したことには違いがなく、先例変更があったことは認めざるを得ないのではなかろうか。
- 16) See Roscoe Pound, *What of Stare Decisis ?*, 10 FORDHAM. L. REV. 1, 11(1941). [hereinafter *Pound*] ムーア&オグリベイも、先例拘束の背後にある考え方は、訴訟当事者への取扱いの画一性及び法における安定性・確実性であるとしつつも、そのルールがもともと誤っていたり、状況が変化した場合には、先例から離れることによってもたらされる不利益と利益とを比較し、後者が明らかに勝るという場合には先例拘束は及ばないとしている。See James Wm. Moore & Robert Stephen Oglebay, *The Supreme Court, Stare Decisis and Law of the Case*, 21 TEX. L. REV. 514, 539-40(1943).
- 17) ノランドは、先例拘束は政策であるとする。そして、先例に従う、従わないを判断するためには様々な要素の衡量が求められるとする。その動的要素として、法の成長を挙げ、その時代ごとに求められる規範、制度、正義に法は一致しなければならないとする。他方、静的要素としては、安定性と確実性に価値が置かれる。その結果、裁判官による法の成長は徐々にすき間を埋めるやり方で、歴史の連続性と調和するものでなければならないとするのである。See Noland, *supra* note 7, at 103. ブラウステン&フィールドは、先例に従う、従わないは、裁判官の裁量であるが、その裁量行使にあたって考慮されるべきは安定・一貫性と社会変化への対応という相対立する利益の調和であるとしている。See Albert P. Blaustein & Andrew H. Field, *"Overruling" Opinions in the Supreme Court*, 57 MICH. L. REV. 151, 166(1958). 更に、先例の変更が、①必要とされる場合、②正当化される場合、③正しくない場合、の3つに分類しているが、特に「裁量」が濫用された場合には、その変更は不適切であるとし、その例として、変更を導いた推論・分析に適切な考慮が払われていない、法の画一性・安定性が重視されていない、裁判官の構成の変化のみに由来して変更がなされた場合、を掲げている。See *id.* at 177. モナハンも、先例に反するだけの相当程度の考慮 *substantial countervailing considerations* が存在しない限り、先例拘束が及ぶとしている。そこで、裁判官にとっては、先例拘束は条件付きの義務 *conditional obligation* であるとしている。See Monaghan, *supra* note 14, at 757. しかしながら、結局のところ、先例変更が頻繁に行なわれないようにするための唯一のものは、裁判所の自己抑制であるとするのが、キャトレットである。See Fred W. Catlett, *The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which it Should be Applied*, 21 WASH. L. REV. 158, 165(1948).
- 18) See Edward B. Whitney, *The Doctrine of Stare Decisis*, 3 MICH. L. REV. 89, 91(1904).
- 19) See Robert Hill Freeman, *The Protection Afforded against the Retroactive Operation of an Overruling*

- Decision*, 18 COLUM. L. REV. 230, 232-33 (1918). [hereinafter *Freeman*] See Note, *Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts*, 71 YALE L. J. 907-08 (1962). なお、この理論が最初に唱えられたのは14世紀頃、スコット裁判官によるとの指摘がある。See C. Sumner Lobingier, *Precedent in Past and Present Legal Systems*, 44 MICH. L. REV. 955, 967 (1946). [hereinafter *Lobingier*]
- 20) フリーマンは、この理論は著名な学者によって否定され、この理論を支持する裁判例も多くの例外を認めていると指摘している。See *Freeman*, *supra* note 19, at 232-33.
- 21) See *Lobingier*, *supra* note 19, at 971-72.
- 22) この理論は、そもそも遡及効が一般に及ぶことを説明するための根拠として主張されてきたとの指摘がある。See Note, *The Effect of Overruled and Overruling Decisions on Intervening Transactions*, 47 HARV. L. REV. 1403, 1404 n.6 (1934).
- 23) モルツは、平等の見地から遡及効を問題にする。同等の地位にある者は同等の取扱いを受けることを確実にするために先例拘束が用いられ、変更した判決を遡及的に適用する場合に問題が生じてくるとしている。See *Maltz*, *supra* note 10, at 369-70.
- 24) See Charles E. Carpenter, *Court Decisions and the Common Law*, 17 COLUM. L. REV. 593, 603-04 (1917). なお、この問題について、議会と裁判所の作用は、それぞれが将来効及び遡及効をもたらすとの指摘を行うのがバウンドである。すなわち、政治的・経済的な変更が大きく、しかも突然に現れた場合、議会はこれに迅速に、将来効の立法で対応する。他方、裁判所は、過去の事件及びこれと同様の将来の事件のために規範を定める。過去に生じた事実に適用するために規範を見出し定めるため、その判断は必然的に遡及的なものとなるとする。See *Pound*, *supra* note 16, at 10. 更にイェール (71 巻)・ノートは、司法判断がその性質上遡及的であるのはブラックストーンに遡るとし、その根拠として次のように述べられていたとする。すなわち、裁判所の任務は新しい法を宣言することではなく、古い法を維持し、詳説することである。判事は、事件を解決する際に、争いが生じたときに存在していた法をあるがままの姿で発見し、その事件を支配する原理であると宣言する。この宣言的な性質が遡及適用の根拠であるとしているのである。See Note, *Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts*, 71 YALE L. J. 907-08 (1967). [hereinafter *Yale (71) Note*]
- 25) 先例と制定法律の関係について、モルツは、本来、先例の影響力は制定法の制定によって終わりを告げる。裁判所はその制定法の解釈に際しては立法者の意図を追求することが期待される。しかし、制定法の文言解釈に当たっては判例法で確立してきた定義に目を向けることになり先例の影響は及んでいくとする。See *Maltz*, *supra* note 10, at 386.
- 26) 制定法と判決との関係についてココレック & コーベンは次のように説明している。議会は事件に適用されるためのルールを定め、これを裁判所は無視することはできない。しかし、これらのルールに欠落や不十分なところがあれば、裁判所は自らの判決を合理的に説明するためにルールを定めることができる。しかし、このルールは法とはいえない。法はあくまで三権分立の下では議会が定める権限を有し、裁判所の権限は判決に限定されている。この判決における合理的な説明は重要ではあるが法に付随するものにすぎない、としている。See *Kocourek & Koven*, *supra* note 7, at 998.
- 27) See *Eskridge*, *supra* note 15, at 1397.
- 28) See *id.* at 1399.
- 29) See *id.* at 1405.
- 30) See *Maltz*, *supra* note 10, at 389. そもそも最高裁の解釈を検討するフォーマルな機会には議会には設定されていないとの批判もある。See *Eskridge*, *supra* note 15, at 1404. 議会の沈黙と先例拘束問題一般については、マーシャルも論じている。See Lawrence C. Marshall, "Let Congress Do It": *The Case for an Absolute Rule of Statutory Stare Decisis*, 88 MICH. L. REV. 177, 184-196 (1989).
- 31) ダグラスは、裁判官が擁護することを誓ったのは憲法であって、先達が示した憲法解釈に対し

- てではないとする。See *Douglas, supra* note 11, at 736. エスクリッジは、先例拘束について、その正当性への推定の強さを基準に 3 つに分類している。コモンローには強い推定が及ぶのに対して、憲法の先例には、より緩やかな推定がはたらく。古くなった憲法理論を変更できるのは唯一裁判所だからである。制定法解釈に関する先例には、超強度の推定がはたらく、やむにやまれぬ状況においてのみ変更が認められるとする。もっとも、合衆国最高裁がどこまで超強度の推定をしていたかは疑問で、かなりの例外が認められるとしている。See *Eskridge, supra* note 15, at 1365-66. なお、反トラスト法の領域においても先例変更はやや緩やかであるとの指摘がある。すなわち、その理論が反トラスト法の目的及び確たる経済理論にもはや一致しなくなったと考えると最高裁は反トラスト法の理論を変更することに躊躇しなかったとの指摘がある。See Daniel M. Tracer, *Stare Decisis in Antitrust: Continuity, Economics, and the Common Law Statute*, 12 DEPAUL BUS. & COMM. L. J. 1,2(2013).
- 32) See *Collins, supra* note 8, at 604-06(1912). ダグラスは、憲法は、時の移り変りに向けた設計がなされている、一つの時代の音色を後世にわたってまで響かせることは意図されていない、としている。See *Douglas, supra* note 31, at 737. 同様に、ノランドも憲法の意味の変化を重視し、その解釈・適用に際しては、制定者の意図を確かめるだけでは不十分であるとしている。See *Noland, supra* note 17, at 105.
- 33) See *Catlett, supra* note 17, at 167.
- 34) ノランドは、憲法の領域においても、最高裁の裁判官は、先達の解釈に影響され、過去との継続性の外観を維持しようとする。最高裁は過去と現在の継続的な対話において中心的な位置を占めている、とする。そして、憲法理論は必然的に変化し、先例も変更されるのであるが、この場合には「継続性への要請」とその結果がもたらす政治的社会的結果に着目しなければならないとする。See *Noland, supra* note 17, at 126-27.
- 35) See *Collins, supra* note 8, at 607.
- 36) See *Douglas, supra* note 11, at 747. ブロウステン&フィールドは、先例変更と「浸食」を区別することは必ずしも容易ではない。判例理論が長期間にわたって段階的に変更される場合、先例変更をもたらしたのはどの判決かを具体的に特定することは大変に難しい、としている。See *Blaustein & Field, supra* note 17, at 156-57.
- 37) エスクリッジは、憲法（コモンロー）の変化は進展的發展であるとしている。すなわち、原理や政策が相互に関連し合い、ゆっくりと基盤の形成がなされる。これらを一個の判決が単独で形成するのではなく、それぞれが他の判決とらせん状に関わりを持ち、このらせんと結びつかない判決はしばしば変更されても安定性は侵害されることがない。これに対して、制定法の発展は直線的である。そして、先例が制定法の解釈を示すと制定法の方性を決定され、その変更は混乱をもたらす安定性は損なわれるとしている。See *Eskridge, supra* note 15, at 1401.
- 38) ノランドは、先例拘束の理論によっては、変更を行う裁判官の裁量を的確な範囲にとどめることはできず、先例の変更は、憲法そのものが国家が発展していくためにデザインされた歴史的文書であることを最高裁に確信させているとしている。See *Noland, supra* note 7, at 128.
- 39) スナイダーは、法が第一に関わりを持つのは当事者であって裁判官ではないとする。そこで、当事者は、自らの行為時において適用される法を信頼し、これに裁判官も拘束される。裁判官の義務は当事者の過去の行為に関する権利義務について判断することであって、これを超えて、何が正しい原理かを示す義務を負っていない、当事者の過去の行為を判断する過程の中で、正しい原理を指摘することであるとする。See *Snyder, supra* note 10, at 150-51.
- 40) See *id.* at 142. 刑事法の分野においては、行為時において適法であったとされる先例を信じて行動した者を、先例変更により処罰することは正義に反する、との主張がなされている。See Note, *The Effect of an Overruling Decision upon Acts Done in Reliance on the Decision overruled*, 29 HARV. L. REV. 80, 82(1915).
- 41) See *Freeman, supra* note 19, at 245. ココレック&コーベンも、先例変更を行うに際して、当面

の事件には従来の先例を適用し、この判決以降生じた事件に関しては変更後の新ルールを適用するとの宣言にとどめることも可能であるとする。これにより、以後、裁判所は正しいと宣言した法に従う義務を負担し、他方、当事者には自らが信頼した従来のルールを適用しその権利を保護するとしている。See *Kocourek & Koven, supra* note 3, at 972-73. 刑事法の観点から、その範囲を拡張する裁判所の判断を遡及的に適用することは、事後法の禁止の問題を提起する。しかしながら、厳密にいうと、この規定は裁判所の判断には適用されない。そこで、最高裁は、デュープロセス条項は、審判的な遡及を制約すると判示してきた、との指摘がある。See Trevor W. Morrison, *Fair Warning and the Retroactive Judicial Expansion of Federal Criminal Statutes*, 74 S. CAL. L. REV. 455, 459(2001)

- 42) See *Lobingier, supra* note 19, at 981-84. 更に、実際には法を知らなかった者に対して「信頼」を認めることは正義に反する、との主張もなされている。See Note, *Prospective Operation of Decisions Holding Statutes Unconstitutional or Overruling Prior Decisions*, 60 HARV. L. REV. 437, 440(1947).
- 43) See *id.* at 441.
- 44) See *Yale (71) Note, supra* note 24, at 945.
- 45) See *id.* at 946.
- 46) See *id.* at 947.
- 47) See *Kocourek & Koven, supra* note 3, at 990-91.
- 48) See *Snyder, supra* note 10, at 138. これに対して、エレンボーゲン将来効を批判して、新たなルールが確立した場合にも、それが当該事件には適用されないとしたならば、先例を覆そうとして、自らの負担で訴訟提起しようとする当事者はいなくなるとしている。See *Ellenbogen, supra* note 14, at 513-14. 取引の安全という観点から先例変更を分析するハーバード（47巻）・ノートは①取引がどの最終段階に差し掛かっていたか、②先例を信頼したことからのどのような範囲の損害がもたらされたか、③政策との整合性を挙げている。See Note, *The Effect of Overruled and Overruling Decisions on Intervening Transactions*, 47 HARV. L. REV. 1403, 1405(1934).

〈付記〉

本稿は、2014年5月14日開催の「公法系勉強会」において発表し、そこでの議論・批判等を参考にまとめたものである。掲載の機会をいただき、厚く御礼申し上げます。