

# 判例について

金 築 誠 志\*

- I はじめに
- II 司法制度における判例の位置づけ
- III 主論と傍論
- IV おわりに

## I はじめに

本稿は、昨年9月に中央大学法科大学院において行った講演のために準備した原稿に、加筆修正を行ったものである。当日は、時間が限られていたことや私の話術の拙さもあって、説明をかなり端折らざるを得なかった。そのため、ただでさえ分かり難い話が、さらに分かり難いものになったのではないかと、講演を聴いていただいた院生の皆さんに申し訳なかったと思っている。本稿を本誌に掲載していただくのは、その埋め合わせの意味もある。

同大学院の中山隆夫教授が、私に判例について話すよう依頼されたのは、ひとつには、昔、私が司法研修所の所付判事補をしていたとき、司法研修所論集に「主論と傍論—刑事判例について」（同論集1973-II）という論文を書いたことがあるためであろう。当時の私は、初任の東京地裁で3年間刑事裁判の左陪席を務めたことがあるだけで、実務経験も浅く、判例について研究の蓄積があるわけでもなかった。最高裁調査官の経験を持つ教官から、折に触れ、調査官の仕事などについて話を聞いたことがあるほかは、文献を集め、それを手がかりに素材となる判例を探し出してまとめただけの、机上の産

\* 元最高裁判所判事

物に過ぎないものであった。それに、何分にも40年も前のものであり、事例として引いた判例も、現在ではすっかり古びたものが多くなってしまった。にもかかわらず、今でも上記論文（以下「旧論文」として引用）が参考文献として引用されることがあるのは、広く読まれている中野次雄編『判例とその読み方』（有斐閣、初版、1986年）において、一般的法命題も判例であるとする私の見解を、批判の対象として取り上げていただくという榮譽に浴したことが与っているのではないかと思う。

その後、判例について特段の研究をしたことがあるわけではないが、判事任官後の4年間、最高裁調査官の仕事をし、裁判官としての最後の6年余は、最高裁判事を務めたので、判例を作る側での経験は積んだことになる。また、私は、裁判官になってから21年間は専ら刑事事件の担当であったが、22年目から民事部に移籍したので、その後の地裁時代は、読む判例が主として民事関係のものになった。

今回、講演の準備をするに当たっては、最高裁調査官が執筆したジュリストの最高裁・時の判例Ⅰ～Ⅶ（平成元年～23年）等から議論の材料になりそうな判例を探し、旧論文以降の文献も入手できた範囲で目を通して見たが、出来上がった原稿は、基本的な考え方において旧論文と殆ど変わりのないものになった。旧論文と比較して、主として変わった点は、素材となる判例について、民事判例を加えた上で、その多くを平成になってからのものに替えたこと、判例の事実上の拘束力についてやや詳しい記述を付加したこと、一般的法命題の判例性についての上記批判に対する私の考えを述べたこと、主論のタイプについて説明を補充したことなどであるが、論述の中心は主論と傍論をめぐらる問題であるから、旧論文の続編として読んでいただければと思う。

## Ⅱ 司法制度における判例の位置づけ

### 1. 成文法国における判例の意義

いうまでもなく、わが国は、英米のような判例法国ではないが、今や、主要な法領域において、膨大な判例が蓄積され、法令の条文を見るだけでは、現実に適用されている法の姿を知ったことにはならない場合が多い。いわゆる法の欠缺の場合について実質的に補充的な規範を創設している判例は当然そうであるが、民法、刑法等、成立年代の古いわが国の基本法においては、重要な条文で規定の仕方が抽象的なものが多く、その場合、判例による法解釈の展開は広範かつ複雑である。債権法において判例の解釈を取り

入れた法改正が行われようとしているのも、その事実が然らしめたものであるし、明治40年に制定されて基本的な部分は改正されていない刑法が、その後100年を超える時代の激動、社会経済状況の著しい変化にもかかわらず役割を果たし続けているのも、判例が新しい事象に対応してきたからであろう（いわゆる自然犯を中心とする刑法は、基本的部分が変り難い法律ではあるが）。

判例の拘束力という点でも、イギリスにおいて1966年に厳格な先例拘束の原理が放棄されて久しく、アメリカにおいても、判例変更は決して少ないわけではないとされている。もちろん、判例法国と成文法国とでは、判例の位置付けや、判例に対する法律家の意識、姿勢等において異なる点はいろいろあるのであろうけれども、判例の実際上の働きという点では、判例法国と成文法国との差は小さくなってきているのではないかと推測される<sup>1)</sup>。

もともと、裁判において先例が尊重されるのは、ごく自然なことである。人間社会の様々な制度の運用において、先例を尊重することは、判断の一貫性、安定性を確保する上で重要な役割を果たしているが、とりわけ裁判においては、先例に従うことによる平等取扱いと予測可能性の確保は、正義に対する要求の一面として、重要な意味をもってきたと思われる。また、法の生成そのものが、古代社会においては、予め存在する法を裁判において適用するという形ではなく、裁判における先例の積み重ねから法が生み出されてきた場合が多いと考えられていることも、法の歴史が教えるところである。そういう意味では、裁判実務において判例が重要な地位を占めるのは、法域の如何を問わないといってよいのではないか。

## 2. 実定法上の概念としての「判例」

「判例」という言葉は、もともとは実定法上の概念ではなく、人により場合によって異なるものを指していることがある。古くは、判例の繰り広げる学説的な法解釈を、判例は〇〇説であるとして、学説の一種であるかのように引用するといったことが普通に行われていたようであるが、大正10年判例民法の末弘博士による巻頭言以後、先例としての判例の意義についての認識が浸透し、さすがに現在ではこうした判例の読み方は克服されたものと思われる。

**上告理由等に関する規定** 刑事分野においては、刑訴法405条が「判例違反」を上告理由として規定したことから（同法433条に特別抗告について、少年法35条1項に少年事件の再抗告について、それぞれ同様の規定がある。）、実定法上の概念としての「判例」を論

ずる場合が多かったように思われるが、民事分野では、法社会的に判例を研究する学者が有力であったという事情も与ってか、下級審の裁判例を含めて広く「判例」と呼び、判例の概括的な傾向をとらえてそれが「判例」であるとする場合が、少なくなかったようである。こうした実定法上の「判例」概念に限定しない判例の傾向等についての実証的研究は、今後も十分な意義を有する。

しかし、現行民訴法の制定によって、上告受理制度（民訴法 318 条 1 項）が設けられ、受理することができる事件として、刑訴法と同様の判例違反が例示されたことから、民事分野においても、少なくとも実務家の間では、刑事と同様に実定法上の概念としての「判例」を論ずることが多くなってきているのではないかと思う。受理するか否かは、最高裁の裁量であるから、刑訴法のように権利上告理由ではないが、少なくとも最高裁判例違反があれば、受理される可能性が高いと考えられ、実態としては、刑訴法とそれほどの違いはないのではあるまいか。

**判例変更等に関する規定** 裁判所法 10 条 3 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」は、小法廷で裁判をすることはできないと規定している。ここでは、「判例」という文言は使われていないけれども、刑訴法の上告理由、民訴法の上告受理事由における「判例」の概念を前提として、これを変更する場合であると解されており、実際もそのように運用されている。

ところが、合憲判断を例外的に小法廷ですることができる場合の規定である同条 1 号かっこ書きの「意見が前に大法廷でした、その法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するとの裁判と同じであるとき」については、同様の文言を用いているにもかかわらず、判例の趣旨（すなわち後述の「主論」でないもの）を引用して合憲判断をすることが行われている。これは、大法廷を開くまでもない憲法違反の主張が多いために採られている措置である。また、厳密な意味では先例といえない判例を参照判例として引用する場合があるが、これは考え方として参考にすべきものという趣旨の引用であって、主論において一致していると解しているわけではない。一般的にいて、前の判例を維持し、当該事件の判決の補強に使う場合はゆるやかに採用する反面、前の判例を排斥し、これと異なる結論を導こうとする場合は、厳格な限定を加える傾向がみられると評されたりするのは（松尾浩也「刑事法における判例とは何か」法セ 279 号 8 頁）、ひとつには、そうした最高裁の実務慣行があるためと思われる。

もっとも、事件の同種性につき厳格な限定をせずに、前の判例を排斥し異なる結論を採用したものと解釈された事例もある。最二小決昭 55・12・4 刑集 34 卷 7 号 499 頁は、第 1 審が懲役 1 年の実刑を言い渡し、被告人のみが控訴したのに対し、第 2 審が懲役 1

年6月、3年間執行猶予、保護観察付の刑に変更したために、被告人が最二小判昭25・3・3刑集4巻3号305頁に違反するなどとして上告した事案について、同判例は、最大判昭26・8・1刑集5巻9号1715頁によって変更されているとした。昭和25年二小判決は、第1審が懲役10月の実刑を言い渡したのを、第2審が懲役1年、4年間執行猶予に変更した事案について、第2審において第1審よりも長い懲役刑に処したときは、たとえ右刑の執行を猶予する言渡しをした場合でも、原判決の刑より重い刑を言い渡したことに該当し、刑訴法402条の不利益変更の禁止に反する旨判断したもので、本件は、まさにこれに違反するといわざるを得ないが、上記大法廷判決の事案は、第1審の懲役6月、執行猶予3年の刑を、第2審において禁固3月に変更したことが不利益変更にあたるとしたものであるから、昭和25年二小判決と同種の事案とはいえない。両判決の間に抵触はなく、昭和25年二小判例は生きているという見解も少なくなかった。しかし、昭和55年二小決定は、上記大法廷判決は、第1審、第2審の各判決の刑の軽重を判断するにあたっては、各判決の具体的な刑を総体的に比較して実質的に考察すべきであり、その際、刑の執行猶予の言渡しの有無も当然に考慮すべきであるとし、その理由として、執行猶予の言渡しは、それが取り消されない限りは現実に刑の執行を受ける必要がなく、しかも、その猶予の期間を経過したときには、刑の言渡しそのものが効力を失うのであり、実質的には執行猶予のもつ法律的社会的価値判断は実際において高く評価されており又されるべきであるとしたものであるから、この判旨に照らすと、昭和25年二小判例は、執行猶予の有無を考慮していない点において上記大法廷判決の趣旨に反することが明らかであり、これによって既に変更されたものと認めるのが相当であるとした。ここでは、法律判断における実質的なものの考え方の違いをもって、判例の抵触があるものと認めている。

なお、裁判所法4条に規定する上級審の裁判の拘束力は、当該事件限りのものである点で、「判例」の拘束力とは全く別のものであり、拘束力の生じる内容的範囲及び拘束力の強さにおいても、判例より広範かつ強力である。

### 3. 事実上の拘束力

**判例は法源か** わが国において、判例は法源の一つか。そうだという見解もある（末弘巖太郎「判例の法源性と判例の研究」『民法雑記帳上巻』（日本評論社、1953年）22頁）。裁判官は、現実に判例に従って裁判をしているのであるから、裁判官の判断をコントロールしているものとして、法源と考えてよいのであろう。学説も、裁判官の判

断に影響を与えることはあるが、学説に対しては、裁判官は、法的にはもちろん、事実上も従う義務は全くないから、後述のように事実上の拘束力を有すると考えられている判例とは、質的に異なる<sup>2)</sup>。

もっとも、裁判官は、法的には、判例に従う義務があるわけではない。刑事上告審では、判例違反は破棄理由であるが（刑訴法410条1項）、判例を変更して原判決を維持するのを相当とするときは、破棄理由でなくなるし（同条2項）、民事上告審では、判例違反は、受理できる事件として例示されているが、判例違反が直ちに破棄理由となるわけではなく、法令解釈を誤ったことが破棄理由とされるのである。裁判官の判断の正当性を判断する基準は、あくまで法令解釈の正当性自体にあるということをして、こうした規定からも窺うことができるように思う。憲法76条3項は、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と規定するが、文理的にも、後述の判例の事実上の拘束力の意味合いからも、同条項によって裁判官を拘束するものに、判例は含まれないと解すべきである。

したがって、法源を、裁判官が法的に従う義務があるものと狭く定義するなら、わが国では、判例は法源ではないことになるのであって、判例が法源か否かは、法源の定義如何によるに過ぎない。なお、確立した判例が、慣習法として法源性を取得する場合があるとする学説もある。確かに、確立した判例であればあるほど事実上の拘束力が強いとはいえるが、先例性を持つ判例には、1回限りの判決、決定も含まれるとするのが一般であるし（実定法上の「判例」については、そのように解することに異論がない。）、慣習法は、実社会における慣行に合理性を認めて法的効力を与えるものを指すとするのが普通ではなかろうか。ちなみに、行為当時の最高裁の判例に従えば無罪となるべき行為であっても、これを処罰することは憲法39条に違反しないとした最二小判平8・11・18刑集50巻10号745頁は、判例を法と同視しないことが前提となっていると解される。

**事実上の拘束力の根拠** 従来から一般に、判例には事実上の拘束力があると説かれてきたが、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1と定めた民法の規定を違憲とした最大決平25・9・4民集67巻6号1320頁は、同決定の先例としての遡及効を限定すべきことについて判示するに当たり、「先例としての事実上の拘束性」という表現を用いた。

判例に事実上の拘束力があるとすべき根拠について、有力な学説（中野次雄「判例の拘束力についての一考察」判タ150号221頁、同編『判例とその読み方』[3訂版]（有斐閣、2009年）10頁以下、小林充「刑事判例に関する覚書」司法研修所論集99号（1997年）114頁）は、最高裁の判例には法令解釈統一の機能があり、個々の裁判官も裁判所全体として法の統一的

な適用を実現する義務を負っているからであるとしている。したがって、最高裁の判例がある場合は、その判例が変更される見込みがあるのでない限り、判例に従う義務があるとされる。上訴審で破棄される可能性が高い判例に反する判断を無暗に行うのは、当事者に迷惑を掛けるだけで、裁判官の職務上の義務に反するというのも、しばしば理由に挙げられる。

判例とは異なる法解釈を採るべきであると思ったとしても、まずは、自己が妥当と考える結論を導くために、判例と当該事件とで事案の区別ができないかどうか検討すべきであって、それが無理な場合は、当該判例が古い時代のもので現在では維持されるべき根拠を失っているとか、異論の多い不安定な判例で判例変更があり得るといった場合でない限り、判例に従うべきものであろう。ただ、上記のような説明は、いささか最高裁判例の下級審裁判官に対する拘束力の説明に傾き過ぎている気がしないでもない。判例の事実上の拘束力の根拠については、もう少し広い観点からの説明も必要ではないかと思う。

前述のように、実定法上の概念としての「判例」には、地裁や家裁の裁判例は入らないし、後に同種の事件について判断する裁判官にとっても、地裁や家裁の裁判例は、通常、単なる参考という位置付けであって、拘束性を持つ先例という感覚はないであろう。しかし、例えば、上級審の判例はないけれども、地裁、家裁レベルで固まっている解釈や取扱いがある場合に（上級審の判断を受ける機会が比較的少ない令状関係、非訟事件等においては、そういうものが割合あるのではないか）、合理的な理由なく、これと異なる判断をすることは、やはり先例尊重の原理に反するというべきである。裁判における先例尊重の意味を、前述のように、裁判における本来的な要請ととらえる場合には、拘束力の根拠を考えるに当たって、実定法上の「判例」概念を前提にする必要はないものと思う<sup>3)</sup>。

また、最高裁判例の最高裁裁判官自身に対する「効力」も、問題にならないわけではない。最高裁判例が存在する場合、これと異なる裁判をするについては、大法廷で行わなければならないという手続的な制約があるだけであるが、甲説に立つ判例を乙説に変更するかどうかの判断に際しては、どちらの説がより優れているかという点だけでなく、判例を変更することによる社会的経済的影響も検討されることになるであろう。そして、判例がなければ乙説を選ぶが、甲説にもそれ相当の合理性があり、判例を変更することによる取引への悪影響等も考慮すると、判例を変更してまで乙説を採ることは相当でないと考えて甲説に賛成した裁判官がいたとすれば（伊藤正巳『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）50頁によれば、合議の過程で、そのような主張をされたことが一再ならずあったとのことである。）、判例の内容的な是非とは別に、先例を維持すること自体に一定の

価値を認めるという意味で、判例の存在に拘束された判断であるといえなくはない。最大判平 21・11・18 民集 63 卷 9 号 2033 頁は、地方議会議員のリコール請求につき、公務員が請求代表者となることを禁止した地方自治法施行令の定めが同法の委任の範囲を超えらるゝとして、最二小判昭 29・5・28 民集 8 卷 5 号 1014 頁を 55 年ぶりに変更したものであるが、同大法廷判決における反対意見は、同判決により変更された判例の合理性を主張するとともに、長年にわたり確立していた解釈を覆すことが相当でない旨の指摘をしている（私自身は、この判例が取り扱った問題は、先例尊重という面からは、経済取引あるいは身分法上の問題とは、かなり異なる点があると思っているが）。

このように考えると、判例の事実上の拘束力の根拠は、最高裁による法令解釈の統一機能だけでなく（これはいわば空間的な広がりを持つ拘束性）、先例に従うことによって平等取扱いと予測可能性を確保するという面（こちらは時間軸での拘束性）にも求めるべきではないかと考える。

**判例変更の遡及効の制限** 判例は、それ以降に同種の事案について判断する裁判所に対して事実上の拘束力を及ぼすが、拘束力の及ぶ事案は、判例より後のものに限られるわけではない。判例変更が行われた場合、事案が判例変更前のものであったとしても、変更前の判例に従った判断をすれば、判例違反を犯すことになる。このように、判例変更には、遡及効がある。しかし、判例変更前に行われた取引等について、変更後の判例を適用すると、変更前の判例を信頼して行動した者に不測の損害を及ぼすなど、法的安定性を害する可能性がある。そこで、判例変更の効果を遡及させない不遡及的変更が、論議されることになる<sup>4)</sup>。

前掲最大決平 25・9・4（非嫡出子法定相続分規定違憲決定）は、わが国において初めて、その判例としての遡及効に限定を加える判断を示した。すなわち、同判決は、民法 900 条 4 号ただし書き前段の規定は、遅くとも平成 13 年 7 月（本件相続が開始した時点）当時において、憲法 14 条 1 項に違反していたと判断しつつ、この違憲判断は、同時期から同決定までの間に開始された他の相続につき、同規定を前提としてされた遺産分割の審判その他の裁判、遺産分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律判断に影響を及ぼすものではないと解するのが相当であるとした。なお、同決定は、平成 7 年大法廷決定を始めとする従来の判決・決定が、それより前に相続が開始した事件について、その相続開始時点での本件規定の合憲性を肯定した判断を変更するものではないとしており、通常の意味での判例変更ではないが、平成 13 年 7 月以降に相続が開始した事件については、判例変更と同様の効果が生じている。

同決定の私の補足意見で述べたように、先例としての事実上の拘束性は、同種の事件



に同一の解決を与えることにより、法の公平・平等な適用という要求に応えるとともに、法的安定性の実現を図るものであるから、憲法14条1項の平等原則が合理的な理由による例外を認めるのと同様に、合理的な理由に基づく例外が許されてよいし、拘束性を認めることが、かえって法的安定性を害するときは、その役割を後退させるべきであると思う。また、当該事件を離れて、特定の法解釈の適用範囲を決定する行為は、立法に類するところがあるから、裁判所による法解釈は正しい法の発見にとどまると考える立場では、遡及効の制限についても、否定的な見解に傾くことになろうが、裁判における法解釈の実態としては、事柄により程度・態様に違いはあっても、通常、何ほどかの法創造的な側面を伴うことは避け難いと考ええる。

不遡及の範囲については、当該事件についても変更後の判例を適用しない純粹型不遡及的変更と、当該事件については変更後の判例を適用する限定型不遡及的変更との間で、いずれが妥当かの議論があるが<sup>5)</sup>、上記決定は、関係者間において裁判、合意等により既に確定的なものとなったといえる法律関係に限って遡及効を否定する点でも、特色のある判断といえよう。

### Ⅲ 主論と傍論

#### 1. 両者を区別する必要性

下級審の裁判であっても、先例としての意義がないわけではないが（とくに高裁判例は、上告理由等となる場合がある。）、実務上重要なものは、何といても最高裁判例であるから、以下、最高裁判例を対象として検討を進める。

最高裁の判決・決定には、通常、判断に必要な限度で、事案の事実関係が摘示され、論旨に対する判断が示される。論旨に対する判断は、簡潔に結論だけが述べられる場合もあるが、問題が重要あるいは複雑な事件においては、結論に至る理由が詳細に説示される。そうした説示の中には、事件の背景事情の説明、関連法令についての言及、一定の解釈を採用した場合の影響、従来判例の状況等、事件の論点に対する直接の判断ではなく、そこに至る道行きの議論が含まれていることが多い。判決中の説示は、その全てが先例としての価値を有するわけではなく、「判例」となるのは真の「判決理由」(ratio decidendi) だけであり、これに該当しない記載は先例としての価値がない「傍論」(obiter dictum) に過ぎない。なお、「判決理由」という呼び方は、形式的意義の判決理由と紛

らわしく、また、わが国の実定法に基づく議論をするからには、ratio decidendiではない呼称の方がよいのではないかと考え、旧論文では、岩田誠元最高裁判事の用語を拝借し、「主論」とした。その後の論文等を見ると、この用語もある程度市民権を得てきたようなので、本稿でも、「主論」を用いることにしたい。

主論と傍論の区別は、もともとは、厳格な先例拘束性の原理が支配する判例法体系の下で、拘束力の及ぶ範囲を限定する必要上生まれたものであるが<sup>6)</sup>、判例が事実上の拘束力しか有しないわが国においても、その必要性は否定されない。この区別は、判例違反の有無及び判例変更のための大法廷回付の必要性を判断する実定法上の解釈問題でもある<sup>7)</sup>。

## 2. 主論

### A 結論命題

裁判における法律判断を解剖学的に見ていくと、その骨格に当たる判断は、当該事件における実体法上又は訴訟法上の一定範囲の事実関係と、これを前提とする法律的效果とから構成されているものが多いことが分かる。最も典型的には、民事実体法における一定の法律効果の発生又は不発生と、その判断の前提となる事実関係、刑事実体法における有罪無罪あるいはその構成要素に関する判断と、その判断の前提となる事実関係という形があるが、手続法上の法律問題であっても、やはり事実関係と法律効果という形に還元することができる。もっとも、法令の規定違憲の成否のように、当該事件の事実関係を前提としない法律判断も存在するが、この類型の法律判断は、ひとまず置いておくことにする。

この当該事件における一定範囲の事実関係と、これを前提とする法律的效果の組み合わせが、結論命題といわれるものである。裁判は、最終的な目標として実体法上の法的効果を争って行われるものであり、これに対する法律判断としての結論命題は、裁判における中核的判断というべきものである。こうした事件の具体的事実関係に基づく判断こそが、司法判断として価値あるものであり、先例として尊重されるべきものだとする論者が多い。手続法上の争点は、これに比べると事実関係が典型的な場合が多いかもしれないが、やはり具体的事案における裁判所の法律判断として、先例価値があるであろう。こうした結論命題を主論とすることに、異論は殆どないようである。

**黙示の判断** 事件の事実関係に対する法律判断が判例になるのだとすると、その法律判断が黙示あるいは事実上のものであっても、判例となり得るのではないかというこ

とになる。現に、最高裁の判例集の編さんにおいては、そのような考え方がとられている。例えば、最二小決平5・5・31刑集47巻6号1頁は、有罪判決を受けて上告した被告人が上告取下書を提出したのに対し、弁護人が取下げは極度の心因性拘禁反応により訴訟能力を欠いた状態でなされたもので無効である旨主張した事案において、第二小法廷は、精神鑑定を行った上、「被告人が心神喪失の状態にあるものと認め、検察官及び弁護人の意見を聴き、刑訴法414条、404条、314条1項本文により、裁判官全員一致の意見で、次のとおり決定する」と前書きした上で、「(主文)本件公判手続を停止する」との決定をしたが、それ以上の決定理由の記載はないのに、上告審の手続に刑訴法314条1項の準用がある旨を判断したものとして、判例集に登載されている。

**理由について多数意見がない場合** 裁判官が個別意見を述べる事が認められている最高裁特有の問題であるが、理由について多数意見が構成できないケースがある。この場合も、結論命題については先例としての価値が認められるので、結論命題が判例とされる。最大判昭25・3・15刑集4巻3号335頁は、1審が当時少年であった被告人に懲役1年以上2年6月以下の不定期刑を言い渡し、被告人のみが控訴したところ、控訴審は、判決時既に成人となっていた被告人に対し、懲役1年6月の定期刑を言い渡したという、不定期刑から定期刑への不利益変更禁止の限度について争われた事案である。判決に関与した13名の裁判官のうち、結論的に不利益変更にあたらないとする意見が10名で多数であったが、理由付けの点では、6名がいわゆる中間位説(1審の不定期刑の中間位である1年8月を超えないから不利益変更にならない。)、4名が長期説(不定期刑の長期である2年6月を超えないから不利益変更にならない。)に分かれたため、理由付けの点において過半数を占めた意見は存しなかった。このような場合、理由付けの点が主論となる余地はないので、本件事案における刑の変更が不利益変更にあたらないという結論命題の限度で先例となるとするほかない<sup>8)</sup>。

最近の例も挙げておくと、最二小判平14・3・8判時1785号38頁は、通信社から配信を受けた名誉棄損に当たる記事を、独自取材をすることなくそのまま掲載した新聞社の責任がどうなるかという、いわゆる配信サービスの抗弁が問題になった事件であるが、梶谷裁判官は、配信サービスの抗弁を認めるべきであるとする反対意見、福田・亀山両裁判官は、新聞社が配信記事であることを理由として何らかの抗弁を主張しようとする場合には、いわゆるクレジットを付していることを要するが、本件では「共同」のクレジットが付されていないから抗弁を認める余地はないとの意見、北川裁判官の意見(河合裁判官同調)は、一般的には配信記事であることを責任阻却事由とすることはできないが、通信社と新聞社との関係に一体性があり、かつ、通信社について記事が真実で

あると信じたことに相当の理由があるときは、新聞社はこれを自己の抗弁として援用できる、しかし、本件では通信社に相当の理由がないというものであった。相当の理由ありとした原判決を破棄すべきとの多数意見の中で、理由付けが2対2に分かれてしまったため、結論命題のみが先例となった事例である。ちなみに、その後、最一小判平23・4・28民集65巻3号1499頁は、上記北川意見とほぼ同様の見解を採用して新聞社の責任を否定しているが、配信サービスの抗弁そのものの採否については、最高裁の態度は未だ明らかではない。

**重要な事実**　ところで、事件の事実関係は、問題となる法律的事象が生じた時間、場所、当事者、行為の態様、経緯等において、当該事件限りの多様性、具体性を持つものであるから、そのままでは、後の裁判に対する先例として働くことはできない。判例となる法律判断に対して関連性を持たないと考えられる事実は捨棄されなければならないし、関連性のある事実も、当該法律判断の前提事実としての意味が明らかになるように一般化されなければならない。このようにして選び出され一般化された事実が、「重要な(material)事実」といわれるものである。結論命題は、重要な事実で構成される事実関係(a set of material facts)に対する法律判断であって、重要な事実を共通にする事案に対して、先例性を持つ。事案が同一か、異なるかという点は、判例の射程距離の決定において、最も基本的なものである。

重要な事実をいかにして決定するかについては、グッドハートの示した指針が知られているが<sup>9)</sup>、同指針の特徴は、重要か重要でないかの判定を、その判決をした裁判官の明示又は黙示の意思にかからしめているところにある。すなわち、判決中で、裁判官がある事実が重要である、重要でないと述べている場合は、その意見に従わなければならないし、記録中に現れているが裁判官が言及していない事実は、重要でないとの黙示の認定がされているものと通常は考えるべきであるというのである。そして、判決中に述べられている理由付けや法命題は、それ自体は判例ではないが、ある事実が重要であるか否かについての裁判官の意見を表すものとして重視されるべきであるとする。私のように、一般的命題も主論になり得ると考える立場においては、一般的命題の適用結果である結論命題における重要な事実の決定について、裁判官の述べた理由付けや法命題を重視すべきであるのは当然であるが、しかし、これを絶対視すべきではない。法理論の発展等により、その一般的命題を判例として維持することが相当ではないが、判例を解釈し直して、結論命題の射程距離を制限するということがあり得るからである<sup>10)</sup>。反面、射程距離を限定しようとする余り、トリヴィアルな事実によって事案を区別する傾向が生じると、判例法全体として整合性・合理性を欠く結果に陥るおそれがあることに

も、警戒が必要であろう<sup>11)</sup>。

最近の最高裁判例においては、判文の記述においても、判例集の判決・決定要旨の構成においても、何が重要な事実であるかについて意識した記載がなされているように思うが、判例集の要旨の記載が絶対的でないことはいうまでもない。判文に摘示がない事実も重要と考えるべきではないかという場合さえ、ないとはいえない。

**前提的な問題** 判例の射程距離に関連し、ある規定の解釈を示した判例が、その後、当該規定について法改正があった場合に、判例として生きているかという問題があるが、その法改正が、判例の示した解釈を維持できないような内容のものかどうかで、個別的に決定するほかないと思われる。

民事と刑事で、相互に判例になり得るかという問題もある。例えば、刑事事件の捜査、起訴等に関連して国家賠償訴訟が提起されることは少なくないが、刑事事件と国家賠償法とでは違法性の判断基準・方法が異なるから、同一の行為が対象の場合も、通常は、問題の共通性を欠く。もっとも、名誉棄損における事実の真実性の証明の問題に関して、最大決昭44・6・25刑集23巻7号975頁は、真実であることの証明がない場合でも、真実であると誤信したことについて相当の理由があるときは、故意がなく名誉棄損罪は成立しないと、従来の判例を変更したが、これは、民事事件において既に同様の結論を出していた最一小判昭41・6・23民集20巻5号1118頁との実質的な抵触を解消したものである。また、特定の法条の解釈については、民刑の区別がない場合がある。最三小決昭44・3・25刑集23巻3号212頁は、裁判所支部・本庁間の事件回付の措置に対して訴訟法に準拠した不服申立はできないとした刑事判例であるが、できるとの判断を示していた民事判例である東京高決昭42・7・14高民集20巻4号329頁を変更し、弁護士法72条本文のいわゆる非弁行為は業務性を要件とするか否かについて、同条違反罪に関する最大判昭46・7・14刑集25巻5号690頁は、業務性がなくても委任契約が無効になるとしていた最一小判昭38・6・13民集17巻5号744頁を変更している<sup>12)</sup>。

**横田基地事件判決** 結論命題の射程距離に関して、最近、将来の給付の訴えの適格性をめぐって、興味ある判例の展開が見られた。最三小判平19・5・29判タ1248号117頁は、航空機による騒音等の被害について将来分を含めた損害賠償等を求めた第5次ないし第7次横田基地訴訟に係るものである。原審は、口頭弁論終了後も、原判決言渡日までの8か月ないし1年といった短期間については、周辺住民が受けていた騒音の程度にさほど変化が生じないことが推認され、受忍限度や損害額の評価を変更すべき事情も生じないから、再訴の負担にかんがみ、原判決言渡日までに限り、将来の給付の訴

えを適法としたのに対し、第三小法廷の法廷意見は、大阪空港訴訟に係る最大判昭56・12・16民集35巻10号1369頁等を引用し、継続的不法行為に基づき将来発生すべき損害賠償請求権については、たとえ同一態様の行為が将来も継続されることが予測される場合であっても、損害賠償請求権の成否及びその額をあらかじめ一義的に明確に認定することができず、具体的に請求権が成立したとされる時点において初めてこれを認定することができ、かつ、その場合における権利の成立要件の具備については債権者においてこれを立証すべく、事情の変動を専ら債務者の立証すべき新たな権利成立阻却事由の発生としてとらえてその負担を債務者に課するのは不当であると考えられるようなものは、将来の給付の訴えを提起することのできる請求権としての適格性を有しないものと解するのが相当であり、本件請求権もこれに該当するとして、訴えを却下すべきものとした。

この判決には、5名の裁判官全員の意見が付されているが、そのうち那須裁判官の反対意見は、大阪空港訴訟と本件とは事案の区別が可能で、原判決を是認しても判例違反にはならないというものである。同意見は、空港の使用目的、設置及び管理の主体、立地条件、騒音被害の種類、性質、内容、程度及び今後の損害発生の見通し等の違いが重要な事実となる可能性についても述べているが、最も重要な違いは、原判決言渡りまでに期間を限定した点にあるとしているものと解される。これに対し、上田・堀籠両裁判官の共同補足意見は、大阪空港大法廷判決の判示のうち、「空港周辺の住民が同空港を離着陸する航空機による騒音等により被る損害の賠償請求のうち、事実審の口頭弁論終結日の翌日以降のものは、権利保護の要件を欠き、不適法である」とする判断は、継続的不法行為に基づく損害賠償請求の適否に関する上記の一般法理（一般的命題）を本件に当てはめた結論命題であり、これが本件事案にも及ぶとしている。この意見は、空港騒音に基づく損害賠償請求という請求権の基本的な性質こそが重要な事実であり、それ以上の具体的事情や期間限定の有無は重要ではないとするものであろう。藤田裁判官は、補足意見において、理論的に見る限り判例違反を犯すものであることは否定し得ないとされ、田原裁判官も、本件は大阪空港訴訟と同種の被害にかかる事案であって、同訴訟判決の判旨に抵触するが、同判決の定立した基準（上記の一般的命題）は狭きにすぎることから判例変更すべきであるとされる。私も、大阪空港訴訟判決は、不動産の不法占有者に対する明渡し義務の履行完了までの賃料相当損害金の請求と対比して論じていることなどからも、責任原因及び損害の基本的な種別、性質で、訴えの適否を決めるという考えに立っていることは否定できず、事案の区別は難しいように思う。

**共有物の賃料事件** 将来の給付の訴えの適格性に関しては、横田基地訴訟とは異なる

る種別の請求権についても、最近、判例の事案の異同が論議されている。最二小判平 24・12・21 判時 2175 号 20 頁は、土地の共有者の一人が第三者に駐車場として賃貸して得る収益について、他の共有者がその持分割合に相当する部分を不当利得として請求した事案において、口頭弁論終結日の翌日以降に生ずべき不当利得金の返還請求は、その性質上、将来の給付の訴えを提起することのできる請求としての適格性を有しないと、これを認容した部分を破棄した。同判決は、最一小判昭 63・3・31 判時 1277 号 122 頁を引用しているが、二小判決に付された千葉裁判官の補足意見は、一小判決は、およそ持分割合を超える賃料部分の不当利得返還の将来請求は不合法としたものと理解すべきではなく、二小の事案と同様、駐車場の賃料であるという賃料の内容・性質をも含んだ事例判断であると理解すべきであり、居住用家屋の賃料や建物の敷地の地代などで、将来にわたり発生する蓋然性が高いものについては、将来の給付請求を認めるべきであるとしている。これら全ての判例において、上記大阪空港判決の示した一般的命題を当てはめる形で、将来の給付の訴えの適格性に関する判断がなされている点は共通しているが、その厳格性を緩和すべきではないかという意見も有力といえるようである。

**損益相殺的調整事件** 最二小判平 16・12・20 判タ 1173 号 154 頁は、交通事故により死亡した被害者の相続人が加害者に対して提起した損害賠償請求訴訟において、相続人が受けた労働者災害補償保険法（労災保険法）に基づく遺族補償年金及び厚生年金保険法に基づく遺族厚生年金によって填補される損害についても、事故時から支払日までの遅延損害金が生じており、支払を受けた年金の額が、支払時における損害金の元本及び遅延損害金の全部を消滅させるに足りないときは、遅延損害金にまず充当すべきである（民法 491 条 1 項参照）との判断を示していた。この判旨については、下級裁の交通事件担当者らからの批判が強かったところ、最一小判平 22・9・13 民集 64 卷 6 号 1626 頁は、交通事故により傷害を受け後遺障害が残った被害者が、労災保険法に基づく保険給付や公的年金制度に基づく年金給付を受けたときは、これらの社会保険給付は、それぞれの制度の趣旨目的に従い、特定の損害について必要額を填補するために支給されるものであるから、同給付については、填補の対象となる特定の損害と同性質で相互補完性を有する損害の元本との間で、損益相殺的な調整を行うべきであり、不法行為の時から相当な期間が経過した後に現実化する損害を填補するために社会保険給付がされ又は給付されることが確定したときは、それぞれの制度の予定するところと異なってその支給が著しく遅滞するなどの特段の事情のない限り、填補の対象となる損害は、不法行為の時に填補されたものと法的に評価して損益相殺的な調整を行うべきであるとした。平成 16 年判決の事案は、被害者が事故当日に死亡したケースであるのに対し、平成 22 年

判決は、後遺障害を理由とする種々の給付がなされる場合であるから、事案が異なると評価することは可能である<sup>13)</sup>。しかし、交通事故等の不法行為の損害賠償における損害の内容や損害算定の方法、社会保険給付の性質といった基本的な事実については違いがないのであるから、いずれ平成16年判決と同様に不法行為と間隔を置かず死亡したケースが最高裁に係属すれば、同判決の見直しは必至だったのであり、その意味では、平成22年判決は、平成16年判例の射程距離を限定することによって、取り敢えず、実質的に部分的な判例変更を行ったものであるともいい得るであろう。はたして最大判平27・3・4民集69巻2号178頁は、平成16年判例を変更して、平成22年判例に沿った判断を示し、判例の理論的整合を図った。

**事例判例等** 事例判例と呼ばれるものは、一般性のある法解釈について判示した法理判例ではない、具体的事案限りの判断を示した結論命題のことを広く指すようであるが（判例集で、「……とされた事例」という形の要旨になっているものが、これに当たる。）、この中には、重要な事実が極めて多数で、事案の個別性が高いために事例判例にせざるを得ないものと、法理判例（とくに後述の「場合判例」）において、その法理を当該事件に当てはめたものがある。

事実認定や量刑は、法律判断ではないから、通常は、その判断が判例となることはない。もっとも、民事事件の上告審において、経験則違反は法令違反を構成すると解されているから、判例となる余地がないわけではない。刑事事件においては、経験則違反の有無も事実誤認の有無の判断として行われるが、事実誤認あるいはその疑いがあるとして判例集に登載される事例は、必ずしも稀ではない。最近のものとしては、例えば、密輸組織が関与する覚せい剤の密輸入事件における被告人の覚せい剤に関する認識を認定する場合の経験則について判示した最一小決平25・10・21刑集67巻7号755頁、同じく覚せい剤の密輸入事件において共謀を認定する場合の経験則について判示した最三小決平25・4・16刑集67巻4号549頁がある。ただし、経験則違反を具体的事案と離れて一般化することには慎重であるべきであろう。最三小判平22・4・27刑集64巻3号233頁は、現住建造物等放火の公訴事実について間接事実を総合して被告人が犯人であると認定した1,2審判決を、認定された間接事実中に被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明することができない（あるいは、少なくとも説明が極めて困難である）事実関係が含まれているとは認められないなど、間接事実に関する審理不尽、事実誤認の疑いがあるとして破棄した。同判決は、情況証拠を総合して犯人性を認定することを否定したものではないと解され、「被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明することができない（あるいは、少なくとも説明が極めて困難である）事実関係が含まれていること



を要する」との説示の判例性については、複数の読み方が可能であって（原田國男・法学教室 360 号 40 頁）、判例集においても、同説示を独立の判示事項とはしていない。

量刑についても、死刑の選択基準について最二小判昭 58・7・8 刑集 37 卷 6 号 609 頁が判示したいわゆる永山事件基準などは、一般には「判例」として引用されることが多いようである。しかし、同基準とは異なる考え方で死刑選択の当否について判示したからといって、判例違反とされるわけではなく、上級審では量刑不当か否かという形で審査されることになると思われる。傷害致死罪の裁判員裁判において、懲役 10 年の求刑を超えて懲役 15 年としたのを量刑不当とした最一小判平 26・7・24 刑集 68 卷 6 号 925 頁のように、とくに一般的な量刑基準について判示したのではなく、最高裁における量刑不当の破棄事例にすぎないものでさえも、実務に対する影響は、かなり大きなものがあるが、少なくとも実定法上の「判例」には当たらないと考えられる。

#### B 一般的命題（中間命題）

判決・決定において、当該事案に対する法規の適用の有無等を判断する前提として、規定の趣旨を明らかにしたり、規定上の文言・概念を定義したり、特定の法律問題を判断する基準や方法を判示したりすることは多い。このうち定義判例と基準・方法判例は、一般的命題の特色が分かりやすい形で表れているので、これらから説明を加えることにしたい。

**定義判例** 定義判例の古典的なものとしては、大審院以来の、心神喪失とは、精神の障害により事物の理非善悪を弁識する能力又はその弁識に従って行動する能力のない状態をいい、心神耗弱とは、精神の障害がまだこのような能力を欠如する程度に達していないが、その能力が著しく減退した状態をいうとか、わいせつとは、いたずらに性欲を興奮又は刺激させ、かつ、普通人の正常な羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するものをいうとか、よく知られている例である。刑法 54 条 1 項にいう「一個の行為」とは、法的評価を離れ、構成要件的観点から捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上一個のものとの評価を受ける場合をいうとした最大判昭 49・5・29 刑集 28 卷 4 号 114 頁も、定義判例である。

最近の例も一つ挙げると、最三小決平 13・2・27 民集 55 卷 1 号 149 頁は、行政事件訴訟法 12 条 3 項にいう「事案の処理に当たった下級行政機関」とは当該処分又は裁判に関し事案の処理そのものを実質的に関与した下級行政機関をいうとの定義を下している。この事案は、原告が国及び社会保険庁長官を被告として、和歌山地方裁判所に提起した国民年金法による障害基礎年金の支給停止処分等の無効確認訴訟において、被告ら

が同条1項により本件訴訟は社会保険庁長官の所在地である東京地方裁判所の管轄に属する旨主張して移送の申立をしたものであるが、最高裁は、12条3項の立法趣旨が、事案の処理に当たった下級行政機関の所在地に管轄を認めても被告行政庁の訴訟対応上困ることはないと考えられ、他方、原告の訴訟追行上の便宜は大きく、当該管轄区域内に証拠資料や関係者も多く存在すると考えられることにあったことなどを考慮し、組織法上の権限や法令上の事務分担の観点からではなく、事務処理の実態面から決するという解釈を採用したものであり<sup>14)</sup>、判例集は、上記定義部分とともに、和歌山県知事が「事案の処理に当たった下級行政機関」に該当するとの事例判断を判例要旨に掲げている。

**判断基準・方法判例** 判断基準ないし判断方法を判示した例も珍しくない。最一小判平15・10・16民集57巻9号1075頁は、所沢市内においてほうれん草等を生産する農家である原告らが、テレビ番組「ニュースステーション」の報道により所沢産の野菜の安全性に対する信頼が傷つけられたとして、放送会社に対し不法行為に基づき損害賠償等を求めた事案である。原審は、本件放送で摘示された事実は、その重要部分につき真実性の証明があったとして、不法行為の成立を否定したが、最高裁は、テレビジョン放送をされた報道番組によって摘示された事実がどのようなものであるかについては、一般の聴取者の普通の注意と聴取の仕方とを基準とし、その番組の全体的な構成、これに登場した者の発言の内容、画面に表示された文字情報の内容を重視し、映像及び音声に係る情報の内容並びに放送内容全体から受ける印象等を総合的に考慮して判断すべきである旨判示した上で、この判断基準を本件に当てはめ、番組により摘示された事実の重要な部分は、ほうれん草を中心とする所沢市産の葉物野菜が全般的にダイオキシン類による高度の汚染状態にあり、その測定値が高い水準にあることとみるべきであり、放送で用いた研究所の調査結果とは別の調査で、白菜1検体から、放送された最高数値に比較的近似した測定値が得られたことなどをもっては、摘示された事実の重要部分について真実性の証明があるということではできないとして、破棄差し戻した。視聴者は、音声及び映像により次々と提供される情報を瞬時に理解することを余儀なくされ、録画等の特別の方法を講じない限り、提供された情報の意味内容を十分に検討したり、再確認したりすることができないというテレビ放送の特性が考慮された判断基準ということのようである<sup>15)</sup>。

もうひとつ民事の例を挙げよう。意思無能力者について、家裁による後見人の選任手続を経ないまま、近親者が事実上法律行為をし、その後に紛争になるという事例はかなりの多いとのことであるが、ここで取り上げる最三小判平6・9・13民集48巻6号1263

頁も、そうした事案である。このような法律行為は、無権代理行為であり、本人が禁治産宣告を受け、選任された後見人が追認するのでない限りは、本人に効果が及ぶことはないのが原則であるが、追認を拒絶することが信義則に違反するような事情がある場合には、追認拒絶が許されない結果、効果が本人に及ぶとの法律構成が生み出されている。こうした法律構成の先駆けは、無権代理行為と相続に関する一連の判例であり、無権代理人が本人を相続した場合に関する最二小判昭40・6・18民集19巻4号986頁等も、本件に類似した面はあるが、未成年者乙（17歳10月）の事実上の後見人甲が行った建物売買について、後に正式に後見人に就職した甲が追認を拒絶することは、甲が財産管理を当たっていたことにつき誰からも異議が出なかったこと、当該売買につき甲乙間に利害相反の関係がなかったことなどの事情に照らして、信義則に反するとした最二小判昭47・2・18民集26巻1号46頁が、本件の事実関係に最も近い先例である。本件の原審は、この判例に依拠したものとみられ、追認拒絶が信義則に反するとしたが、最高裁は、禁治産者の後見人が、その就職前に禁治産者の無権代理人によって締結された契約の追認を拒絶することが信義則に反するか否かは、(1)契約の締結に至るまでの無権代理人と相手方との交渉経緯及び無権代理人が契約の締結前に相手方との間でした法律行為の内容と性質、(2)契約を追認することによって禁治産者が被る経済的不利益と追認を拒絶することによって相手方が被る経済的不利益、(3)契約の締結から後見人が就職するまでの間に契約の履行等をめぐってされた交渉経緯、(4)無権代理人と後見人との人的関係及び後見人がその就職前に契約の締結に関与した行為の程度、(5)本人の意思能力について相手方が認識し又は認識し得た事実など諸般の事情を勘案し、契約の追認を拒絶することが取引関係に立つ当事者間の信頼を裏切り、正義の観念に反するような例外的な場合に当たるか否かを判断して、決しなければならない旨、本件のようなケースにおいて信義則違反を判断する場合に考慮すべき要素について判示した上、(2)の点等について十分に検討することなく信義則違反を認めた原審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法があるとして、破棄差し戻した<sup>16)</sup>。

刑事で基準・方法判例を探してみると、理由について多数意見が構成できなかった結論命題の例として、不定期刑から定期刑への不利益変更禁止の限度に関する最大判昭25・3・15刑集4巻3号335頁を挙げたが、その後、最大判昭29・1・20刑集8巻1号41頁、最二小判昭32・9・20刑集11巻9号2353頁は、いわゆる中間位説を採ることを明示した。この中間位説は基準判例に属する。最一小決昭50・5・20刑集29巻5号177頁（白鳥事件決定）の、刑訴法435条6号にいう「無罪を言い渡すべき明らかな証拠」であるかどうかは、もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出され

ていたとするならば、はたしてその確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかという観点から、当の証拠と他の全証拠とを総合的に評価すべきであるとの判示は、判断方法に関する一般的命題であり、同決定の、刑訴法 435 条 6 号にいう「無罪を言い渡すべき明らかな証拠」であるかどうかの判断に際しても、再審開始のためには確定判決における事実認定につき合理的な疑いを生ぜしめれば足りるという意味において、「疑わしいときは被告人の利益に」という刑事裁判における鉄則が適用されるとの判示は、判断基準に関する一般的命題である<sup>17)</sup>。判断方法に関する最近の判例としては、最一小決平 19・3・20 刑集 61 卷 2 号 66 頁が、適切な工具を使用すれば損壊せずに取り外しが可能な玄関ドアが、建造物損壊罪の客体に当たるか否かを判断するに際して、建造物に取り付けられた物が建造物損壊罪の客体に当たるか否かは、当該物と建造物との接合の程度のほか、当該物の建造物における機能上の重要性をも総合考慮して決すべきであるとの判示をしたものがある（住居の玄関ドアとして外壁と接続し、外界との遮断、防犯、防風、防音等の重要な役割を果たしていることを理由に、建造物損壊罪の客体に当たることを肯定した。）。

**一般的命題の性質** 以上のような定義判例と基準・方法判例には、具体的事件における結論と結び付いた法律判断である結論命題との性質の違いが、明確に表れている。定義判例は、その定義に当てはまるか否かで、当該事件における事実関係に対する法規の適用の有無を決定しようとするものであり（旧論文では、これを「双面的な判断基準という性質」と表現した。）、法規と具体的事実を結び付けるものとして、中間的命題とも呼ばれるが（平野龍一『刑法の基礎』（東京大学出版会、1966 年）236 頁以下）、結論命題との性質上の大きな違いは、定義命題は、結論に対して中立的であることである。この点に関しては、基準・方法判例も同じである。

定義判例や基準・方法判例を、主論と認めるか否かの実定法上の効果は、異なる定義や判断基準・方法を用いて判断したときにそれだけで判例違反となるかどうか（同一の定義、判断基準・方法で判断したが、その当てはめを誤ったときは、判例の適用の誤りとなるにとどまる。ただし、重要な事実が先例と同一であれば、結論命題たる判例に違反することになる。）、定義や判断基準・方法を変えるときに小法廷限りでできるかどうかである。

このレベルで判例違反を犯しても、判例に従った場合と同じ結論になることがあり得ないわけではないが（結論に影響しない判例違反）、通常は、異なる結論を導くことになる可能性が高い。結論命題だけでは、判例による法令解釈の安定性、統一性の確保は、かなり限られたものになると思われる。また、小法廷限りで変更が可能であるとする、理論的には、小法廷間で異なる定義、判断基準・方法が並立することを認めることにな

るが、これは明らかに望ましくない事態というべきであろう。判例の定義や判断基準・方法そのままでは、妥当な結論が得られないが、大法廷で抜本的な法解釈の変更をするまでもないといった場合に、小法廷限りで処理しようと思えば、先例の判旨を縮小・限定解釈するなどして、その射程距離を制限することで、矛盾、抵触を避ける途をとることが相当であろう。

**一般的命題を主論とすることの当否** 一般的命題は、前述の双面的判断基準という性質を始めとして、多かれ少なかれ、事件の事実関係に対する判断を超えた法解釈を含んでいるから、こうしたものを主論と見ることは適当ではないとする有力な見解がある。私は、旧論文において、判例変更が自由なわが国において、主論の範囲を結論命題という狭い範囲に限る必要はないのではないか、判例変更をするには大法廷によらねばならないことにしたのは、法令適用の基本ないし出発点となるような重要な法令解釈が判例となることを予想したからではないか、刑訴法 405 条等が、法令違反一般を上告理由とすることなく、判例違反を上告理由として取り上げたのは、これを通じて下級審の法解釈に対して強い指導力を発揮するためであったのではなかろうか、事実関係に対する法律判断のみでは、判例による法解釈の安定性、統一性を確保する上で必ずしも十分でないように思われるのであって、一般的命題は、事実関係に対する法律判断を、より広い枠で規制するものとして、裁判を方向づけるのに役立つものといっよから、これも判例と考えるべきだとしたのであるが、これに対して、前掲『判例とその読み方』[3 訂版] 55～65 頁（中野次雄元大阪高裁長官執筆部分）から、次のような批判を受けた。

批判の第 1 点は、一般的命題を判例と認めることは、最高裁に裁判官に対する事前の一般的指示権を与えるに等しく、「判例」という形式での立法を行うことを認めることになる、結論命題も下級審裁判官に対する指導性はあるが、結論命題は、最高裁が当然の職務として行う個々の裁判においてどうしても与えなければならない判断の内容であって、それが判例として一種の拘束力を及ぼしても、それは裁判をしたことに必然的に伴う付随的・反射的効果であるにすぎず、裁判と切り離すことができないものであるから、当該裁判にとって必然的なものといえない理由付けとしての一般的命題を判例と認めることとは、明らかに違うというにある。

確かに、裁判の使命は、個々の具体的事件の解決にあり、一般的命題を定立することは、裁判にとって常に必要とされるものではない。当該事件の事実関係が、ある法規の文言・概念に該当するか否かを、端的に判断すれば足りる場合も少なくない。しかし、当該事件の事実関係に当該法規を適用すべきか否かを決定するために、法規の意味するところを解釈によって明らかにしなければ、判断の手がかりがない場合もあるし、一定

の判断基準や判断方法を法規の解釈から導き出して、それに基づいて判断するのでなければ、恣意的な判断になる恐れがある場合もあるのではなからうか。こうした場合の定義や判断基準・方法の判示には、法規と結論命題を結ぶ中核的な判断として必然性があり、立法機関が制定した法規を具体的な事件に適用するために必要な法規解釈権限の行使として、司法的判断の範疇を逸脱するものではないと考えられる<sup>18)</sup>。裁判所の法解釈が法の創造的機能を持つのかどうかについては、様々な議論があろうが、判例の不遑及の変更の項でも触れたように、事柄により程度・態様に違いはあっても、通常、何ほどかの法創造的な側面を伴うことは避け難いように思われる。そのようなものとしての一般的命題が、判例としての事実上の拘束力を下級審裁判官に及ぼすとしても、事件の事実関係そのままではなくこれを一般化したものである結論命題が拘束力を及ぼすことと、質的に大きな違いがあるとまではいえないのではなからうか。

批判の第2点は、一般的命題を判例と認めることは、裁判官の判断の特質に反するという点にある。すなわち、裁判官は、法規からの演繹的論理操作によって結論を出すわけではなく、裁判官の法律的素養と長年にわたる実務経験に基づく法的直感によって事件に結論を下しており、その判断こそが裁判官の法律的判断として尊重に値するものである。結論の正しさを説得するために書かれた理由付けの部分は、裁判官的法感覚の所産ではなく、むしろ学者の領分である学問的思考の分野に属し、一般的命題を他の事件に適用しても妥当な結論が得られるように全ての事例を予め想定することは至難のわざであって、個々の事件を処理する裁判官の関心事ではないというのである。

裁判官の判断において法的直感が重要な役割を果たしていることは、その通りであるが、直感的には判断を下しかね、どのような法的枠組み、基準・方法で考えれば、関連問題を含めて妥当で整合的な結論が得られるか、思考を重ねていくというケースもある。事件が複雑であればあるほど、そういう思考方法の採られることが多いのではなからうか。当初の直感的判断の結論が、そうした検討の結果、覆ることもなくはない。そして、そのような裁判官の思考方法によって生み出された一般的命題は、多数の生の事件に接する中で蓄積された経験に裏打ちされたものであり、純粹の学理的思考の産物とは、自ずから異なるところがあるのではないかと思う。当該一般的命題が、当該事件の結論命題を導き出すための唯一無二のものではない場合はもちろんあるが、とりわけ、最高裁において判例になるような事件を審理する場合には、関連問題にどのような影響が及ぶ可能性があるか、慎重に調査・検討した上で、最も適切と考えられる論理、表現が選択される。最高裁の判例は、関連事件一般への影響を睨みながら作り出されるものである。そうした考慮があるからこそ、下級審での裁判例の蓄積が不足しており、問題

が熟していないとして、判例にすることが見送られることもあるのである。したがって、最高裁判例の一般的命題が、裁判実務の判断としては価値が低いとはいえないように思う。

主論とは何かという問題を検討する場合、実体法の適用が念頭に置かれていることが多いように思われる。結論命題こそが判例だという考え方には、そのことも影響しているような気がするが、当然のことながら、判例は実体法の適用問題に関するものだけではない。法令の規定の憲法適合性の判断は、事件の事実関係は、直接には関係がないし、憲法判例は司法判断としては特殊なものだというなら、政令や条例が法律の委任の範囲内かどうかという法律問題も、当該事件の事実関係に対する判断ではない。あくまで裁判に必要な範囲に限られることはいうまでもないが、一般的、抽象的な法解釈を公権的に示すことも、裁判官の任務に属する。

一般的命題が判例にならないとすると、困る場合もある。例えば、前に出てきた不定期刑から定期刑への不利益変更の限度の問題で、仮に中間位説という一般的命題は判例になり得ないとすると、事例の積み重ねだけでは、不利益変更のぎりぎりの境界がどこにあるのか、一向にはっきりしないことになる。また、破棄差戻しの場合、前に判断基準・方法判例の例として挙げたダイオキシン放送事件や禁治産者の無権代理人事件がそうであるが、破棄差戻しの理由となった問題点については結論が出されていない状態であるから、結論命題を抽出することはできず、上記二つの事件などにおいては、最も重要な法律判断が判例でなくなってしまう（強いて、破棄差戻しを結論として、結論命題の形にすることが不可能ではないのかもしれないが、不自然極まりないことであろう）。

なお、一般的命題は、判文上に表現されている法命題であるから、結論命題と異なり、黙示ないし事実上の判断ということはある得ない。いわゆる判例理論（前掲『判例とその読み方』〔3訂版〕69頁）は、その意味でも、主論たり得ず、判例の趣旨として引用されることがあるにとどまる。

もちろん、一般的命題を主論とする場合、それが想定しなかった事案が出てくるという問題点はある。そのときは、その一般的命題の見直しを行って、これを修正するなり、判例変更するなりの措置は必要となるが、こうしたことがあるからといって、一般的命題がおよそは主論になり得ないと考えるべきではなかろう<sup>19)</sup>。

**場合判例** 「場合判例」と呼ばれるパターンの判例は、法規の当てはめについての裁判所の判断が事件の具体的な事実を含む類型的な判断として示されるものであるが<sup>20)</sup>、これには、一般的命題の性質を有するものと、結論命題にとどまるものとがあるように思われる。

最三小判平8・11・12民集50巻10号2673頁は、「同一当事者間で締結された2個以上の契約のうち一の契約の債務不履行を理由に他の契約を解除することのできる場合」との判示事項1を掲げ、「同一当事者間の債権債務関係がその形式は甲契約及び乙契約といった2個以上の契約から成る場合であっても、それらの目的とするところが相互に密接に関連付けられていて、社会通念上、甲契約又は乙契約のいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体として達成されないと認められる場合には、甲契約上の債務の不履行を理由に、その債務者は、法定解除権の行使として甲契約と併せて乙契約をも解除することができる。」との理由部分を、判決要旨1としている。この判例は、リゾートマンションの区分所有権の売買契約と同時にスポーツクラブ会員権契約が締結されたが、屋内プールの完成が遅延したため、買主が両方の契約を解除したという事案であるが、判例集においては、両契約間には密接な関連性があるなどとしてマンションの売買契約を解除することができる旨の事例判断も、判決要旨2とされている。

この判例が、同一当事者間に2個以上の契約が締結されている場合に、一つの契約の債務不履行を理由に他の契約を解除することができるのは、契約の目的が相互に密接に関連付けられていて、社会通念上、それらの契約のいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体として達成されないと認められる場合に限られるという趣旨のものであるとすれば（そう解すべきであるように思われるが。）、判決要旨1は、前述の双面的な判断基準という性質を有しており、一般的命題に属することになる。ただ、他に解除できる場合があることを明確に排除しているわけではないから、判決要旨1は、判決要旨2の事例判断を一般化した結論命題にすぎないと見ることも可能ではあろう<sup>21)</sup>。

しかし、最三小決平10・12・18民集52巻9号2024頁のようなものについては、一般的命題と考えざるを得ないのではないかと思う。動産の買主がこれを用いて施工した請負代金につき動産の売主が動産売買の先取特権に基づく物上代位権を行使し得るかどうかについては、これを否定した大審院判例があったが、学説では肯定説が多かったところ、最近の下級審裁判例及び執行実務は、請負代金が他の商品資材や労力等の価値を包含している場合には、売主によって提供された目的物の価値を直接代表するものとはいえないことなどを理由として、原則的否定説に立っていた<sup>22)</sup>。三小決定は、「請負工事に用いられた動産の売主は、原則として、請負人が注文者に対して有する請負代金債権に対して動産売買の先取特権に基づく物上代位権を行使することができないが、請負代金全体に占める当該動産の価額の割合や請負契約における請負人の債務の内容等に照らして請負代金債権の全部又は一部を右動産の転売による代金債権と同視するに足りる特段の事情がある場合には、右部分の請負代金債権に対して右物上代位権を行使するこ



とができる」とし、機械設置工事の請負代金額 2080 万円のうち、機械の代金相当額が 1740 万円であった当該事案について、特段の事情を認めた。こうした判例の場合、原則があつての例外であつて、例外事案についての結論命題だけでは、判例の趣旨は明らかにならないように思われる。

最近の刑事判例から、例を挙げよう。最二小判平 24・9・7 刑集 66 卷 9 号 907 頁は、前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合の証拠能力について、前科証拠は、自然的関連性があることに加え、証明しようとする事実について、実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められるときに証拠能力が肯定され、前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合は、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであるときに証拠能力が認められるとした。

この判旨は、証拠能力が認められるための要件を判示した形になっているけれども、上記の要件を満たさない限り、同種前科に証拠能力を認めない趣旨の判例であることは明らかで、現に本件で証拠能力は否定されている。したがって、上記判旨は、双面的な判断基準の性質を有する一般的命題であるといわなければならない。上記判旨は、最一小決平 25・2・20 刑集 67 卷 2 号 1 頁において、前科以外の他の犯罪事実拡大する形で踏襲されているが、前科と前科以外の他の犯罪事実を全く同じように扱ってよいかは問題であり、同決定が判断の対象とした事実関係を正確にとらえた上で、決定の趣旨を理解する必要があると考える<sup>23)</sup>。

**複合的準則** 以上に検討した定義判例、判断基準・方法判例及び場合判例は、当該事件の事実関係に直ちに当てはめることを予定した法命題であるが、直接当該事件の事実関係に当てはめる要件を設定したものでない法理を述べた判示であっても、事件の事実関係に当てはめる判断の枠組み、基準・方法を複合的に設定した準則と認められるものは、主論というべきであると思われる。例えば、最三小判平 18・2・7 民集 60 卷 2 号 401 頁は、公立小中学校等の教職員の職員団体が教育研究集会の会場として市立中学校の学校施設を使用することを不許可とした市教育委員会の処分が裁量権を逸脱したものである旨判断する前提として、①公立学校の学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられており、学校教育上支障がない場合であっても、行政財産である学校施設の目的及び用途と当該使用の目的、態様等との関係に配慮した合理的な裁量判断により、許可しないこともできる、②学校教育法 85 条に定める学校教育上の支障がある場合とは、物理的支障がある場合に限られるものではなく、

教育的配慮の観点から、児童、生徒に対し精神的悪影響を与え、学校の教育方針にもとることとなる場合も含まれ、現在の具体的な支障がある場合だけでなく、将来における教育上の支障が生ずるおそれが明白に認められる場合も含まれる、③公立学校の学校施設の目的外使用を許可するか否かの管理者の判断の適否に関する司法審査は、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となる、との一般論を示した。③は、裁量処分に対する司法審査の在り方として一般的に判例の採る立場であり、①が、公立学校の学校施設の目的外使用を許可するか否かを判断する際の裁量権行使の基準、②は、①の基準中の「学校教育上の支障」の意義を明らかにしたもので、これらを複合的に当てはめることによって、本件の結論が導かれている。

**一般的命題に対する判例の態度**　これまで見てきたように、最高裁は、少なくとも判例集の編さん上は、一般的命題も広く判例＝主論であると見ているように思われるが<sup>24)</sup>、主論か否かは、後にその判例との同種性が問題となる判例によって、決定されるものであることを忘れてはならない。判例は、注10に掲げた証拠開示に関する最二小決昭44・4・25のように、ときに、判例変更によらずに、新たな法理をもって一般的命題を実質的に修正することがある。従来判例（最三小判昭24・12・12集刑15号349頁）が、押収物は押収手続が違法であっても物自体の性質、形状に変異を来たす筈がないからその形状等に関する証拠たる価値に変わりはなく、それ故裁判所の自由心証によって、これを罪証に供すると否とはその専権に属するとしていたのを、最一小判昭53・9・7刑集32巻6号1672頁が、判例変更によらず、証拠物の押収等の手続に憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるべきである旨、違法収集証拠排除法則を明らかにしたのも、同様の例である<sup>25)</sup>。

こうした例はあるものの、概して判例は、一般的命題を判例（主論）として取り扱っている。例えば、前掲平25・9・4非嫡出子相続分規定違憲大法廷決定は、憲法14条1項の規定する法の下での平等は、「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである」として、最大判昭39・5・27民集18巻4号676頁及び最大判昭48・4・4刑集27巻3号265頁を引用し、同項違反の有無の判断基準という一

般的命題の主論性を認めているし、前掲平19・5・29横田基地訴訟判決も、大阪空港訴訟大法廷判決の判示した将来の給付の訴えの適格性に関する一般的命題を、当裁判所の判例とするところと述べている。

一般的命題を主論としていると考えられる根拠について、別の角度からの例を挙げると、最大判昭62・9・2民集41巻6号1423頁は、有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦の別居が当事者の年齢及び同居期間と対比して相当の長期間に及び、その間に未成熟の子がない場合には、相手方配偶者が離婚によって精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情のない限り、有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないとすることはできない旨判示して、この見解と異なる当裁判所の判例は、いずれも変更すべきものとした。離婚請求者が有責である場合は自己の作り出した破綻を理由として離婚を請求することは許されないとしていた従来の判例を、上記大法廷判決の基準によれば離婚請求が認められる事案であったか否かにかかわらず、全て変更したものであり、一般的命題を判例として扱ったものと考えられる。また、最大判昭52・2・23民集31巻1号93頁は、労働委員会のいわゆるバックペイ命令と中間収入の控除に関する大法廷判決であるが、中間収入の控除の要否及びその程度の決定は、解雇により労働者が受けた個人的被害の救済の観点からだけでなく、解雇が当該使用者の事業所における組合活動一般に与えた侵害の除去の観点にも立って、合理的裁量によりされなければならない旨を判示し、バックペイの金額は、当該不当労働行為により労働者が事実上被った損失の額を限度とし、労働者が解雇期間中に他の職に就いて得た収入は、それが副業的なもので解雇がなくても取得できる等特段の事情のない限り、遡及賃金額から控除すべきであるとした最三小判昭37・9・18民集16巻9号1985頁を、上記大法廷判決と抵触する限度において変更した。大法廷の事件では、中間収入を控除しなかった労働委員会のバックペイ命令を取り消した原審を維持しており、判例変更は、一般的命題のレベルである。さらに、最大判昭41・4・20民集20巻4号702頁は、債務者が消滅時効が完成した後に債務を承認する場合には、時効完成の事実を知っているのはむしろ異例で、知らないのが通常であるから、債務者が商人の場合でも、消滅時効完成後に債務を承認した事実から、承認は時効が完成した事実を知ってされたものであると推認することは許されないとして、推定を認めた最一小判昭35・6・23民集14巻8号1498頁を変更したが、大法廷判決は、上記判示に続けて、しかしながら、債務者が自己の負担する債務について時効が完成した後に、債権者に対し債務の承認をした以上、時効完成の事実を知らなかったときでも、信義則に照らし、爾後、時効の援用をす

ることは許されないものと解するのが相当であるとした。消滅時効完成後の債務承認の効果という法律問題の結論としては、変更後の判例も同一であって、理論構成を変えたものにすぎない<sup>26)</sup>。これも、法理すなわち一般的命題を判例として取り扱った例と考えられる。

最高裁が、一般的命題について、一般的にはその判例性を肯定しながら、個別的にはこれに否定的態度を示すことがある点に対しては、一貫性を欠くとの批判があり得るかもしれない。判例が出された当時予想されなかった事案の出現や法理論の発展を受けて、一般的命題をそのまま維持することが適当でないことになった場合は、すべからず判例変更に踏み切るべきであるという意見もあり得よう。しかし、そうした場合に、一般的命題を解釈し直してその趣旨を限定し、漸進的に新たな判例を生み出していくという手法を採用することが望ましい場合もあり、必ずしも否定されるべき手法ではないと考える。また、こうしたことがあるからといって、一般的命題の主論性を全面的に否定することが相当であるとも思われない。

### C 純粋に抽象的な法命題

前述したように、裁判所が行う法律判断には、法令の規定の憲法適合性についての判断、政令や条例が法律の委任の範囲内かどうかといった、当該事件の事実関係に対する判断ないしは判断の基準等ではない（すなわち、Aの結論命題でも、Bで検討した一般的命題でもない）純粋に抽象的な法命題がある。こうした判断が判例としての事実上の拘束力を有することを、否定することはできないであろう。

また、最大判昭32・3・13刑集11巻3号997頁（チャタレー事件判決）の、憲法21条の保障する表現の自由については、同法22条、29条の場合のように制限の可能性が明示されていないとしても、同法12条、13条の規定からしてその濫用が禁止され、公共の福祉の制限の下に立つものであり、絶対無制限のものではない旨の判示のような極めて一般的、抽象的な憲法解釈も、裁判における法律判断の大枠を画するものであり、表現の自由は公共の福祉による制限を受けず絶対無制限であるとの判断をしたとすれば、判例違反とされざるを得ないであろう。ただ、表現の自由が公共の福祉による制限を受けるというだけでは、具体的事件における特定の表現行為の制限が憲法21条に違反するかどうかを判断する基準としては、あまりに不明確であり、判断基準としてより詳細で機能可能な基準が、その後の判例によって打ち出されてきている。例えば、最三小判平5・3・16民集47巻5号3483頁（第1次教科書訴訟判決）は、表現の自由といえども無制限に保障されているものではなく、公共の福祉による合理的で必要やむを得

ない程度の制限を受けることがあり、その制限が容認されるかどうかは、制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきである旨の比較較量基準を用いている。

ちなみに、伊藤正己「憲法判例の変更」『憲法の研究』184頁は、ある特定の法令や処分が憲法に適合するかどうかという判断は、判例ではなく、判例として意味をもつのはその判断を基礎づけるために用いられた憲法解釈であり、その論理過程であるとしているので、上記のような判示こそ判例であるとされるのであろう。法領域によって判例の在り方は異なるのではないかという見方があるが、確かに憲法判例は、民法、刑法等と比較すれば、抽象的なレベルの判例が多いといえよう。もっとも、憲法判例の中にも、市が町内会に対し市有地を無償で神社施設の敷地としての利用に供している行為が憲法89条、20条1項後段に違反するとされた最大判平22・1・20民集64巻1号1頁（空知太神社事件）のような事例判例や、死体を検案して異常を認めた医師は、自己がその死因等につき診療行為における業務上過失致死等の罪責を問われるおそれがある場合にも、医師法21条の届出義務を負うとすることは、憲法38条1項に違反しないとした最三小判平16・4・13刑集58巻4号247頁のような場合判例も、決して少なくはなく、これらも主論であることはいうまでもない。

### 3. 傍論

**典型的な傍論** 判決・決定中で述べられた法的記述のうち主論でないものが傍論なのであるから、ある判示が主論かどうかを決定する議論は、それが傍論かどうかを決定する議論にもなるわけである。傍論に属するものとして異論がないのは、法律判断を正当化するための理論的、実質的根拠の説明、法制度や法規の一般的解説、法解釈の一般的指針についての判示のようなものである。例えば、薬事法の配置規制の違憲判決（最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁）は、判文中で、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請が強い旨、いわゆる二重の基準論的な説示をして注目されたが、一般的、理論的な説示であって、傍論にすぎない。結論正当化のため、あるいは判断の射程距離を予めはっきりさせておくため、当該事件の事実関係とは異なった場合について仮定的判断を示すことができるが、これも典型的な傍論である。

最高裁は、問題の性質、重要性にかんがみ、事件の結論を出す上では不要な判示を付け加えることがある。この類型の傍論としてよく知られているのは、いわゆる朝日訴訟

に関する最大判昭42・5・24民集21巻5号1043頁である。この判決の多数意見は、生活保護受給権は一身専属的な権利であって相続性がなく、本件訴訟は上告人の死亡とともに終了したと宣言したのち、なお念のために本件生活扶助基準の適否に関する当裁判所の意見を付加するとして、実体判断を示した。このような傍論判断を示すことには、同判決の少数意見中にも批判がある。

**チャタレー事件判決** 事件の事実関係に対する判断（結論命題）と距離のある抽象的な法理を述べた判示を、どこまで主論と見ることができるか、前述の判断基準・方法判例や複合的準則たる判例に含めてよいかは、多少微妙なところがある。例えば、前掲最大判昭32・3・13（チャタレー事件判決）には、12に及ぶ判決要旨が掲げられているが、そのうち、「芸術的作品であっても猥褻性を有する場合がある。」、「猥褻性の存否は、当該作品自体によって客観的に判断すべきものであって、作者の主観的意図によって影響されるものではない。」といった判示は、芸術性・猥褻性非両立説やいわゆる相対的猥褻概念説を否定しており、猥褻性を判断する基準・方法の一環を構成する法理として重要なものといえるから、主論というべきであろう。しかし、「文書が『猥褻文書』にあたるかどうかは、当該文書についてなされる事実認定の問題でなく、法解釈の問題である。」、「文書が『猥褻文書』にあたるかどうかは、一般社会において行われている良識、すなわち社会通念に従って判断すべきものである。」、「社会通念は、個々人の認識の集合またはその平均値でなく、これを超えた集団意識であり、個々人がこれに反する認識をもつことによって否定されるものではない。」といった判示になると、当然の事理に近いものを述べるにとどまり、事実関係に対する法律判断をするための基準・方法判例のレベルに達していないように思われる。

**共謀共同正犯法理** 大判昭11・5・28刑集15巻715頁は、刑法の共謀共同正犯をいわゆる共同意思主体説によって理論的に根拠付けた大審院連合部判決であるが、この共同意思主体説なるものは、まさに法律判断を正当化するための理由付けであって、傍論である。最高裁になってからは、最大判昭33・5・28刑集12巻8号1718頁（練馬事件判決）が、共謀共同正犯についてのリーディング・ケースである。同判決は、「いわゆる共謀共同正犯が成立するには、2人以上の者が特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が存しなければならない。」、「いわゆる共謀共同正犯成立に必要な共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、共同正犯の刑責を負うもので、かく解することは憲法31条に違反しない。」と判示したが、

これは共謀共同正犯を間接正犯類似の理論によって根拠付けたものと解されている。もし「互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議」が、特定の日時場所における明示的事実として認定されなければならないのであるとすれば、この判示は、共謀共同正犯における共謀の成立要件を判示したのものとして、一般的命題たる主論と考えてよいであろう。しかし、同判決は、「共謀の判示は、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の分担役割等についてまで、いちいち具体的に判示することを要しない。」とも判示しており、そうすると、間接正犯的な説明は、共同意思主体説と同様、共謀共同正犯を理論的に根拠付けたものにすぎず、傍論というべきである。

**ピンクレディ事件判決** 民事事件で、最近の例を検討しよう。最一小判平24・2・2民集66巻2号89頁は、いわゆるパブリシティ権侵害の成否が争われたものであるが、「肖像等を無断で使用する行為は、①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、③肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合に、パブリシティ権を侵害するものとして、不法行為法上違法となる」とした。この判示における①～③の例示は、果たして主論であろうか。本件各写真の掲載行為は、専ら肖像の有する顧客吸引力の利用を目的とするものといえないから違法ではないとされたのであるが、例示のような違法な場合に当たらないという点が、結論を導くポイントになっていることは間違いない。その点からすると、パブリシティ権侵害の成否の要件を示した一般的命題の内容をなすものであるようにもみえるが、限定列举でないことは判文からも明らかであり、主論となるのは、「専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合は、パブリシティ権侵害となる」という部分だけであって、例示部分は、仮定的説示として傍論であると解すべきであろう。

**結論に対する影響の有無** 判決・決定の結論に影響のない判示は、必ずしも必要のない余分な判示として、一般的には傍論になるが、常にそうであろうか。最大判平7・2・22刑集49巻2号1頁は、ロッキード事件上告審判決であるが、米国裁判所においていわゆる刑事免責を付与して得られた供述を録取した嘱託証人尋問調書の証拠能力について、同調書を除いても、本件各犯罪事実を優に認定することができるから、同調書の証拠能力を争う所論は、原判決の結論に影響を及ぼさない主張であるとしながら、所論の重要性にかんがみ判断を示すとして、刑訴法はいわゆる刑事免責の制度を採用しておらず、刑事免責を付与して得られた供述を録取した嘱託証人尋問調書を事実認定の証拠とすることは許容されないと判示した。

これと関連して、刑事事件の上告、特別抗告等の決定において適法な上告（抗告）理由に当たらないとして上告（抗告）を棄却しつつ、なお書きで主張に対する判断を示すことがあるが（かつては、括弧に入れて記載されることが多かった。）、これは傍論なのかという問題がある。旧論文で、私は、このような判示は、刑訴法 411 条で破棄する場合の裏であって、同条を発動すべき理由がないという判断を経ていることを示していると解され、形式的には判決の主文を導き出していないようにみえるけれども、実質的には主文に至る過程中的判断であり、かつ、何よりも、当該事件の事実関係の上に立って最高裁が自己の判断を示したものだから、主論と考えるべきではないかと述べた。しかし、最高裁は、原判決に著しく正義に反するとして破棄すべきほどの瑕疵があるとはいえないことが初めから明らかと思われる場合等であっても、一定の論点につき判断を示すことが少なくない<sup>27)</sup>。旧論文のうち、刑訴法 411 条を発動すべき理由がないという判断を経ていることを示しているとした部分は、「なお書き」判示が常にそのような判断を経ているわけではないという点で、適当ではなかった。そして、個々の判示、そのような判断を経ている判示と解されるかどうかを探求して、主論かどうかを決定することは、相当と思われない。上記のような運用は、刑訴法 411 条を同法 406 条の上告受理制度に代わるものとして使っているものようにも思われる。このような運用には批判的な意見もあるが<sup>28)</sup>、上告受理は、申立自体が稀であること、最高裁は理由書等の送付を受けた日から 14 日以内に受理の決定をしなければならない（刑訴規則 261 条）など、極めて使い勝手が悪い制度であることからすると、刑訴法が本来予定した姿とはズレがあるとしても、この定着した運用を否定するのは相当ではあるまい。そうすると、少なくとも刑事事件については、判決・決定に影響するかどうかにかかわらず、事件の事実関係に基づく判断であれば、主論とすべきであるように思われ、上記刑事免責供述の証拠能力に関する判示も、主論としてよいこととなる。

前掲非嫡出子法定相続分規定違憲決定が示した先例としての遡及効果を限定する判示は、他の事件に対する法適用の在り方についてのものであるから、傍論に過ぎないのではないかという疑問があるであろう<sup>29)</sup>。しかし、最大決平 7・7・5 民集 49 卷 7 号 1789 頁を始めとするそれ以前の非嫡出子法定相続分規定合憲判例における補足意見において、違憲判断に踏み切れない理由のひとつとして、違憲判断が既になされた遺産分割の効力等に影響して法的安定性を害することが挙げられていた。今回の決定における上記判示は、予測される混乱を回避する方途を示すことなく同規定を違憲と判断することは相当でないという見地からなされたものと解されるのであって、単なる傍論と評価すべきではない。仮に、この判示が主論ではないとすれば、小法廷限りで異なる判断を



することも可能であることになるが、それが相当でないことは明らかであろう。

以上のような点からすると、判決・決定の結論に対し影響のある判示であるという点を、主論性の要件として厳格に要求することは、難しいように思われる。

#### IV おわりに

本稿のメインテーマである主論の諸類型、一般的命題の判例性等、主論の抽出・決定をめぐる議論は、教室で法律を学ぶ過程にある人たちにとっては、いささか煩わしいものに感じられるかもしれない。しかし、将来、実務家として判例を取り扱う立場になったとき、判例の射程距離に関して緻密な検討が必要とされる事案に出会うことが、きっとあるに違いない。当該事案が、ある判例の射程距離の範囲内かどうか、すなわち当該判例の主論は何かを決定するための分析技術を身につけることは、裁判官として法律判断をする上で必要であるのはもちろんのこと、弁護士、検察官等の当事者的立場で活動する者にとっても、判例を有利に援用し、また、不利な判例の拘束力を免れる論陣を張る上で、有力な武器となるであろう。本稿が、判例を学ぶ人たちのために、少しでも役立てば幸いである。

なお、本稿については、中山隆夫教授に目を通していただき、種々有益な助言を受けた。深く感謝申し上げる次第である。

#### 注

- 1) 田中英夫「判例による法形成」法協94巻6号765頁(1977年)参照。ちなみに、アメリカの証拠法の大家であるウィグモアは、徳川幕府の裁判を研究し、日本はイギリスと並んで裁判官が判例を発展させた国であると述べている(ジョン・H・ウィグモア「法律の進化」法時7巻6号(1935年)3頁)。田宮裕教授も、「日本は、運用によって手続きの実像を作りかえていくというきわだった才覚をもっていったと思う。このような自由な法伝統は、ときにコモン・ローの国ではないかとみまがうばかりである。…刑事訴訟法の変遷…に大きく寄与しているのが、ほかならぬ判例だといえよう。」と述べている(「刑事訴訟判例に関する一考察」団藤古稀祝賀(4)(有斐閣、1965年)108頁)
- 2) 刑事法の学者から最高裁判事に就任された団藤裁判官が、学説としては共謀共同正犯に反対しておられたが、裁判官として共謀共同正犯を許容する立場を採られたことは、裁判官にとっての判例と学説の違いを示唆するものがある(最一小決昭57・7・16刑集36巻6号695頁)。
- 3) 上告理由や判例変更の手続的制約に関する規定は、判例の事実上の拘束力を反映し、あるいはそれを支えるものであるが、通常、上告理由とはならない民事判例や、判例変更の手続的制約に服さない大審院判例にも、判例としての事実上の拘束力はある。
- 4) アメリカ法における判例の展開を紹介しつつ、この問題を論じた文献として、田中英夫「判例

- の不遡及的変更」法協 83 卷 7・8 合併号 1 頁がある。
- 5) 注 4 の田中論文参照。
  - 6) 「判例の比較法的研究」比較法研究 26 号 (1965 年) 27 頁, 34 頁によれば, フランスやドイツでは, こうした区別はしないとのことである。
  - 7) 傍論であっても刑法 405 条の上告理由にはなるものがあることを肯定する学説もあるが, 少なくとも我が国の実定法に基づいた議論をする場合には, そのような乖離を認めることは適当ではないように思う (旧論文 132 頁参照)。
  - 8) なお, この不定期刑から定期刑への不利益変更の限度に関するその後の判例については, 21 頁参照。
  - 9) グッドハートの指針や関連するストーンの議論については, 旧論文 144 頁以下を参照されたい。
  - 10) 検察官手持証拠の開示命令について立法化が実現した現在では実務的意義が失われたが, およそ裁判所に開示命令を出すことを認めた規定はない旨, 一般的な判示をしていた従来の判例の射程距離を限定的に解釈し, 訴訟指揮権に基づく証拠開示命令という途を開いた最二小決昭 44・4・25 刑集 23 卷 4 号 248, 275 頁は, 判例とは何かを考えるについて, 好個の事例たる意義は失っていない (これについては, 旧論文 141 頁参照)。
  - 11) 注 1 に掲げた田中「判例による法形成」799 頁が紹介するアメリカ連邦最高裁のプロスポーツ組織に対する独禁法の適用の判例は, この問題点を考えさせる適例である。
  - 12) これらの判例については, 早川義郎「刑事事件における判例変更をめぐる」司法研修所論集 1973 - I 54 頁参照。
  - 13) 平成 22 年判例と同様の事案についての最二小判平 22・10・15 集民 235 号 65 頁に付された千葉裁判官の補足意見参照。
  - 14) 最高裁・時の判例 I - 269 頁参照
  - 15) 最高裁・時の判例 V - 171 頁参照
  - 16) 本件と昭和 47 年二小判決との事案の違い等については, 最高裁・時の判例 II - 4 頁参照。
  - 17) 白鳥事件決定におけるこの判示については, 傍論ないし傍論的なものと見る有力な見解がある (前掲松尾・法セ 279 号 9 頁, 前掲田宮・団藤古稀祝賀(4)98 頁)。その理由は, 具体的事件の結論としては, 旧来の基準に従って再審請求を棄却した原審の判断が維持されており, 疑わしきは被告人の利益の原則が適用されたわけではないという点にあるようである。しかし, 最高裁は, 判示にかかる判断方法・判断基準に照らして当該具体的事件の結論を導き出しているのであり, 同判示は当該事件に適用されたものといえる。一般的命題は, 結論命題と違い, 具体的事件の結論とセットになったものではないから, 一般的命題も主論であることを承認するならば, 同判示を主論と認めることに支障はないものと思う。
  - 18) 高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」『講座憲法訴訟 3 卷』(有斐閣, 1987 年) 163 頁は, 「一般的性質をもった法令を解釈する判例から, ある程度一般的な法準則が生まれるのは必然的である」としている。
  - 19) 三好幹夫「判例の諸相をみる」小林・佐藤古希祝賀下巻 (判例タイムズ社, 2006 年) 420 頁は, 今日では, 裁判実務家の間では, 一般的法命題をも判例とみる見解が優勢であるように思われるとしている。
  - 20) 河上和雄他編『注釈刑事訴訟法 (第 3 版) 7 卷』(立花書房, 2012 年) 490 頁 (香城敏磨 = 永井敏雄執筆部分)
  - 21) 判決要旨 1 のような判示を, 双面的な判断基準という性質を有するか否かにかかわらず一般的命題に分類する文献も見られるようである。これは法理判例を広く一般的命題に含める考え方であろう。用語の問題ではあるが, 一般的命題を主論として認めない見解は, 当該事件の結論とセットとなっていない判断を主論とすることに問題があるとしているのであり, 結論とセットになっているものである限りは, 重要な事実の一般化の程度が高いものであっても, 主論になり得るとすることに反対はされないのではないかと思う。そのような観点から, 本稿では, 当該事件の結

論とセットとなっていない判断だけを一般的命題として取り扱っている。

- 22) 最高裁・時の判例Ⅱ - 93頁参照
- 23) 同決定に付した私の補足意見参照。
- 24) もっとも、判例集で判決・決定要旨に掲げられたからといって、必ずしも、判例であるとか、主論であるとかいえないことは、判例とはいえない量刑の破棄事例なども掲載されていることから明らかである。
- 25) 前掲・注釈刑訴法 496頁
- 26) 川井健「判例変更の限界」北大法学論集 17 卷 4 号 575 頁は、「説明」の変更にすぎないとする。
- 27) 安廣文夫「上告理由としての判例違反」松尾浩也 = 井上正仁編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、新版、1991年）250頁
- 28) 前掲田中「判例による法形成」769頁
- 29) 前掲田中「判例の不遡及的変更」83頁は、こうした判示が傍論に過ぎないことは、認めざるを得ないとしている。

### ●Summary

Japan is a country of written law, but case law plays an important role in interpretation and application. Deviation from case law is grounds for a final appeal in Criminal Procedure and one of the grounds for a final appeal in Civil Procedure. It is said that although case law may not bind judges legally, it does so practically. The Supreme Court is able to change its case law but only by judgment of the Grand Bench.

Not all sections of a court opinion constitute case law. Only the parts essential to deciding a case, the “ratio decidendi,” are entitled to that distinction. Other language in an opinion, called “obiter dictum,” is not treated as case law in Criminal Procedure or Civil Procedure. The “ratio decidendi” includes both the legal conclusions about the material facts of the case and the legal propositions used to reach a decision.