

判例変更論再考

— 小山昇『裁判と法』および西野喜一『裁判の過程』の紹介を中心として

五十嵐 清

目次

- 一 はじめに
- 二 川井論文の紹介
- 三 西野著の紹介
- 四 小山著の紹介
- 五 判例変更論再考—結びに代えて

一 はじめに

一昨（一九九五）年に判例変更に関し画期的な労作がふたつ刊行された。小山昇『裁判と法』（信山社）（以下、「小山著」と略称）と西野喜一『裁判の過程』（判例タイムズ社）（以下、「西野著」と略称）がそれである。両著ともこれまでのところわが法学界から無視されているようである。もっとも、西野著の主要部分を占める「判例の変

更」は一九九四年に『判例時報』一四九五号から一五〇七号にかけて連載されたので、多くの実務家・学者に注目されたと思われるが、現在わが国を代表する碩学である小山の著作は、そのあまりにも一般的なタイトルのせいか、それが全体として判例の変更を素材とし、しかも日本のみならず、イギリスの判例変更に関する詳細な分析をふくむものであることが、イギリス法の専門家にも知られていないのではないかと危惧される。⁽¹⁾そこで、この二著を判例変更論の角度から紹介しようとするのが、本研究ノートの目的である。

私もこれまで判例変更論に関心をもち、その一端は拙著『法学入門』のなかでまとめてあるが、⁽²⁾西野著はその部分に対し批判を展開している（三〇一、数字は西野著のページ数、以下同じ）。そこで、この批判を受けて、私の判例変更論、さらには判例そのものについて再考したいというのが、本稿のタイトルを「判例変更論再考」とした理由である。小山著は判例の変更そのものを対象とする研究でないとされるが（序vi、数字は小山著のページ数、以下同じ）、この問題を考える場合に、避けて通ることはできないので、同時に考察の対象とした。

（1）近刊の『アメリカ法』一九九六―2所収の『英米法研究文献目録』補充および追加（一九九五年分）には、小山著の記載はなく、また『法律時報』の年間回顧の「英米法」にも過去二年間とりあげられていない。さらに近刊の『英米判例百選〔第三版〕』の「絶対的先例拘束性の修正」の項（一五二頁）にも、小山著の引用はない（飯塚和之執筆）。

（2）五十嵐清『法学入門』（一粒社、一九七九年）七八頁以下。なお西野は判例時報連載論文では、五十嵐清ほか『法学講義』（有斐閣、一九七九年）一八頁以下を引用していたが、私の希望を入れ、西野著では、『法学入門』もあわせて引用している。

二 川井論文の紹介

二著の紹介のまえに、判例変更に関する先行業績で、西野著が批判の有力ターゲットとし、小山著が、西野の判時論文とともに、「いずれも傑作である。」と評した(序vi)川井健「判例変更の限界」(北法一七卷四号「一九六七年」)(以下、「川井論文」と略称)の内容を改めてかんたんに紹介したい。

川井は前記論文のなかで、最高裁が昭和四一年までに、最高裁自身または大審院の先例を変更した民法に関する一二件の判例を、理念の変更(前借金の返還に関する最判昭和三〇年一〇月二日民集九卷一一号一六一六頁のみ)、理論の変更(十判例)、説明の変更(時効利益の放棄に関する最大判昭和四一年四月二〇日民集二〇卷四号七〇二頁のみ)にわけて分析した。そして、それが慣習を肯定するか、否定するか、あるいは慣習と無関係かにわけ、慣習を否定する判例変更は、理念の変更(前記最判昭和三〇年がその例)または説明の変更の場合をのぞき(つまり理論の変更の場合には)望ましくないとし、具体例として、利息制限法に関する最大判昭和三九年一月一日(民集一八卷九号一八六八頁)をあげている(五七八頁以下。なお最大判昭和三九年の分析は、五六六頁以下)。川井はここに判例変更の限界を見だし、したがってそのような判例変更が行われようとする場合には、前判決で少数意見を表明した裁判官も、前判決の場合と同じ意見をくりかえすことが唯一のとるべき態度ではなく、「前判決の場合と異なり、もう一つ新たに変更の必要性という問題が登場していることを自覚し、この問題についてあらためて検討すべきであったと思われる」とする(五八五頁)。

以上のような川井の判例変更論については、その後、西野著により、「判例変更の限界を我が国で恐らく初めて探

究したものととして貴重なものである。またその実質的な結論は……基本的には穏当なものである」と評価されたが（三一七）、「理念の変更」と「理論の変更」の区別はかならずしも明確ではなく、要するに、「判例変更の限界を法律上のものとして根拠づけようとするのは無理であり、またその必要性も疑問である」と批判された（三一九）。しかし、後に小山著の紹介で明らかにされるように、イギリスの裁判官は川井論文の趣旨を生かしており、有力な支持者を見いだすことになる。なお、川井論文は、発表当時の昭和四〇年代の初期の判例の分析で終わっているが、最高裁は四〇年代に多くの判例変更を経験しているので、その後のフォローが必要である。だが残念ながらこの希望は満たされていない。

三 西野著の紹介

西野喜一は裁判官出身の民事訴訟法学者のひとりであるが、その判例変更論はまず一九九四年に「判例の変更」と題して、『判例時報』誌上に九回にわたって連載され、翌年出版された論文集『裁判の過程』の「第三（章）法の適用」のなかで、ほぼそのままの形で公表された。全体として二〇〇頁をこえ、本書全体の半分弱を占める。以下は、この部分にしぼった紹介である。なお出版の順序としては小山著のほうが先だが、判時論文は小山著より先なので、西野著の紹介を先にしたい。

1 序・問題の所在

西野は、まず判例を「最高裁判所（又は同様に最上級審であった大審院）の先例に示された法的判断である」

と定義^①し、本章ではその判例の変更について検討するが、「私のここでの中心的な関心は……全体としての判例の変更であって、これまでにどのような判例の変更があつて、全体としてどのような傾向を示しているか、また判例を現実に形作っているのは個々の裁判官の意見の集合であることを直視した場合に、その変更はどのようなようにして行われてきたのか、また、その過程において、当事者や下級裁判所はどのような役割を果たしてきたのか、ということにある」とし、「そこで、判例変更の実情をなるべく網羅的に調査、分析した上、これを資料として、判例変更に関する問題点を検討し、合わせて今後の展望を得たいというのが本章の趣旨である」とされる(一六三以下)。後で紹介する小山著の趣旨とはかなり異なるものがある。

2 判例変更の実情

西野は、一九九二(平成四)年末までに公表された最高裁判例のうち、大審院または最高裁の先例を変更した判例を、民事・刑事をとわず、明示の変更と黙示の変更に分けて、もうら的に検討している。まずその数を示すと、最高裁判例の変更として、明示の変更は、民事では一七件、刑事では二〇件、計三七件、黙示の変更は民事五件、刑事六件、計一一件であり、総計四八件となる。これに対し、大審院判例を最高裁が変更した例としては、明示の変更に限っているが、それでも民事が三五件、刑事が一五件ある。西野は、これらの先例変更判決の大量的観察を主目的とするので、個々の判例変更については、判例変更裁判の判決要旨、判例変更の当事者への影響度、両裁判に参与した裁判官がいるときは、その裁判官の意見の変更の有無などについて、かんたんな言及がなされているだけである。ここでは、私自身の関心と、小山著との比較のために、民事事件で、最高裁が最高裁の先例を明示的に

変更した一七件についてのみ、以下に掲げる（一七三以下、最初に先例を変更した判例をあげ、矢印（↑）のあとに変更された先例を「複数あるときは、原則として一件にしぼって」掲げた。なお小山著でも取り上げている判例については、小山著の判例番号を付した）。

〔1〕最大決昭和三五年七月六日民集一四卷九号一六五七頁↑最大決昭和三一年一〇月三一日民集一〇卷一〇号一三五五頁（小山著①） 調停に代わる裁判を合憲から違憲としたケース。最高裁の構成の変更が影響を与えた事例で、二裁判官が改説（うち一名が補足意見）。

〔2〕最大判昭和三八年一月三〇日民集一七卷一号九九頁↑最一判昭和三六年七月二〇日民集一五卷七号一八九二頁 手形の呈示を伴わない催告に時効中断の効力を認めない先例を、呈示不要説に変更。一年六か月で先例を変更したケースであり、二裁判官が改説。

〔3〕最大判昭和三九年六月二四日民集一八卷五号八五四頁↑最二判昭和三一年七月二二日民集一〇卷八号一〇七九頁（小山著②） 幼児の過失相殺能力につき、責任弁識能力を必要としたものを、事理弁識能力があれば足りると改めたもの。

〔4〕最大判昭和三九年一月一八日民集一八卷九号一八六八頁↑最大判昭和三七年六月一三日民集一六卷七号一三四頁（小山著③） 利息制限法所定の制限をこえて支払った利息を元本に充当できるか否かにつき、非充當説を充當説に改めた（一〇対四の先例を九対五で変更した）もので、もっとも注目された判例変更の一例である。両方に関与した六人の裁判官で意見を変えた者はいない。「本判例変更をもたらしたものは明らかに最高裁の構成の変更である」（一七八²）。

〔5〕最大判昭和四一年四月二〇日民集二〇卷四号七〇二頁↑最一判昭和三五年六月二三日民集一四卷八号七〇二頁（小山著④） 消滅時効完成後の債務の承認につき、時効の完成を知ってなしたものと推定した先例を改めたもの。実質上時効利益の放棄を認めたとして、川井のいう「説明の変更」の事例とされる。両方に関与した一裁判官が改説した。

〔6〕最大判昭和四三年一月四日民集二二卷一三号二八五五頁↑最三判昭和三〇年六月二八日民集九卷七号九五頁（小山著⑥） 回復登記手続きにおいて、登記上利害関係を有する第三者は、従来は悪意の場合に承諾が必要としたものを、善意・悪意を問わず、承諾をしなければいけないと改めたもの。本件では上告が棄却されたが、旧判例を信頼して上告しなかった当事者が損をした事例である（一八一）。

〔7〕最大判昭和四三年一月二五日民集二二卷一三号三五一一頁↑最三判昭和三九年三月二四日民集七二号六一九頁 商法二六五条でいう取引には、取締役と会社の間直接成立する利益相反行為だけ（先例）でなく、取締役個人の利益となり会社に不利益を与える行為も含まれるとするもの。二裁判官が両者に関与し、一名が改説した（補足意見付き）。

〔8〕最大判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号五八七頁↑最大判昭和三九年一月二三日民集一八卷一〇号二二一七頁（小山著⑦） 債権の差押と相殺の関係につき、第三債務者が債務者に対し差押時に反対債権を有していたときは、その債権と被差押債権の弁済期の前後を問わず（旧判例はその前後を問題とした）、相殺可能とするもの。「これも短時間で大法廷判決が覆った事例として著名なものである。」（一八二） 「双方判決に関与した裁判官は七名であるが、意見の変更はなく、最高裁の構成の変更によって、新旧の多数意見、少数意見が入れ代わった。」（一

八三)

〔9〕最大判昭和四五年七月一五日民集二四卷七号八六一頁↑最三判昭和三四年五月一二日民集一三卷五号五七六頁 親子関係存否確認の場合に、当事者の一方が死亡していても、検察官を相手方として訴えを起こすことができるとし、それを否定した先例を変更した。「市民の訴の利益を拡大する判断である。」（一八三）

〔10〕最大判昭和四五年一月一日民集二四卷一、二、三、四号一八五四頁↑最二判昭和三七年七月一三日民集一六卷八号一五一六頁（小山著⑧） 民法上の組合において、組合規約に基づき訴訟を進行する権限等を与えられた業務執行組合員は、組合員から任意的訴訟信託を受けたものであり、自己の名で訴訟を進行することが許されずとして、それを否定した先例を変更したものである。

〔11〕最大判昭和四七年一月八日民集二六卷九号一四八九頁↑最二判昭和三三年一〇月二四日民集一二卷一四号三一九四頁（小山著⑨） 株券発行前でも、一定の場合には、株主は会社に対する関係でも有効に株式の譲渡ができる」とし、それを否定した先例を変更したものである。

〔12〕最大判昭和四九年九月四日民集二八卷六号一一六九頁↑最二判昭和三八年一二月二七日民集一七卷一、二、三、四号一八五四頁（小山著⑩） 他人の権利の売主をその権利者が相続し、売主としての履行義務を承継した場合でも、権利者は、特別の事情のないかぎり、右履行義務を拒むことができるものである、それを拒むことができないとした先例を変更した。本件の判例変更により、買主の期待が侵害された余地がある（一八五）。

〔13〕最大判昭和四九年一〇月二三日民集二八卷七号一四七三頁↑最一判昭和四五年三月二六日民集二四卷三号二〇九頁など 仮登記担保の集大成判決であり、仮登記担保権者の清算義務の相手を従前の諸判例に較べて制限した

点で、判例を変更した。旧先例のいずれかに関与した裁判官は二名で、いずれも改説したが、うち一名は補足意見を書いた。

〔14〕最大判昭和五一年三月一〇日民集三〇巻二号七九頁↑最一判昭和四三年四月四日民集二二巻四号八一六頁（小山著^⑪） 特許無効の抗告審判で審理判断されなかった公知事実との対比における特許無効原因を、審決取消訴訟において主張することは許されないとして、それを認めてきた先例を変更したもの。

〔15〕最大判昭和五二年二月二三日民集三一巻一号九三頁↑最三判昭和三七年九月一八日民集一六巻九号一九八五頁（小山著^⑫） 不当労働行為によって解雇された労働者が解雇期間中に他の職について得た収入を控除しないで、賃金相当額全額の遡及支払を命じた労働委員会の救済命令を違法とするものだが、先例との対応において裁判官の間で意見がわかれ、要約の困難な事例である（詳細な分析は、小山著六二以下参照）。

〔16〕最大判昭和六二年四月二二日民集四一巻三号四〇八頁↑①最三判昭和三〇年五月三一日民集九巻六号七九三頁、②最二判昭和四五年一月六日民集二四巻一二号一八〇三頁（小山著^⑬） 変更判例は、共有物の分割の態様として、持分の価格を超える現物を取得する共有者に超過分を支払わせて、過不足を調整することも許されるとするものだが、先例二件のどこを変更したのか、かならずしも鮮明ではない（三件の詳細な分析として、小山著七〇以下参照）。判例変更となった民法二五八条と価格賠償との関係は、原判決にも上告理由にもない。西野によれば、「本判決がこれを取り上げたのは、共有物である森林について常に分割の可能性を開いたので、その具体的な方法との整合を示す必要があると考えたからであると想像される。」（一八九）

〔17〕最大判昭和六二年九月二日民集四一巻六号一四二三頁↑最三判昭和二七年二月一九日民集六巻二号一一〇頁

（小山著^⑭） いわゆる「踏んだり蹴ったり」判決を三五年ぶりに変更し、有責配偶者の離婚請求を一定の場合に認めた有名な判例変更の事例であるが、「本件判決はその（従来）の判例を信頼して行動した被告〔妻〕の（）信頼と期待を裏切るものである。」（一九〇）

以上が西野著で取り上げられた、最高裁判民事判例を最高裁が明示的に変更した事例のすべてである（もっとも平成に入ってから一件加わったが、小山著の紹介のところを取り上げる〔西野著一七二（注10）で言及〕。黙示的判例変更の事例や刑事事件については省略せざるをえないが、判例変更論の立場から、つぎの二件の刑事における明示的判例変更は無視できないので、西野著により紹介する。

〔刑12〕最大判昭和四八年四月四日刑集二七卷三号二六五頁↑最大判昭和二五年一〇月二五日刑集四卷一〇号二二六頁ほか 尊属殺重罰規定の合憲を違憲に変更したもので、「変更判例の事例として、特に著名なものの一つである。」（二〇八） 直近の最高裁合憲判決である二件と本大法廷判決とで三名の裁判官が共通であるが、いずれも改説した（補足意見なし）。ただし、田中二郎裁判官について、西野は「内心では以前から違憲説であったのが、裁判官として発表する意見が合憲から違憲に変わったのではないかと私には思われる。」とする（二〇八、詳細は二三二以下）。

〔刑13〕最大判昭和四八年四月二五日刑集二七卷四号五四七頁（全農林警職法事件）↑最大判昭和四四年四月二日刑集二三卷五号六八五頁（全司法仙台事件） 公務員争議行為禁止規定の解釈をめぐる有名な判例変更の事例であり、「当該事件での判例変更自体の必要性、僅少差表決による判例変更の妥当性、多数意見裁判官の少数意見裁判官に対する戦闘的姿勢等が激しい議論を呼んだ。」（二〇九） 「裁判官の交代が判例変更をもたらしたことが明白な

事例である。」(二二〇) 双方に共通の裁判官は四名であるが、意見変更はない。

3 最高裁判例変更の検討

西野は、以上で一部紹介したわが国での判例変更の実情をふまえ、最高裁が自らの判例を変更した分(四八件)について、以下のような検討を加えている。

(1) 変更の状況

ここでは、まず判例変更の分野、時期、類型・表決等を分析しているが、とくに興味深いのは時期で、変更判例は昭和四〇年代にもっとも多く(四二年ないし五一年に二二件)、五〇年代以後顕著に減少している(このことは上記一七例でも明らかである)。

このうち、明示的変更が、四八件中三七件と、全体の四分の三以上を占めていることも、アメリカと較べ、特徴の一つとされている。アメリカでは、一六〇年間で明示的変更は八一件中四五件を占めるにすぎない。アメリカが判例法国家であるのが、その理由と解される(二二五)。

(2) 判例変更と裁判官

「前項で見たことからすれば、判例が変更されるのは、最高裁裁判官の顔触れが変わった時である、という命題は明確に正しいといえるべきである。」(二二六) 「もっとも、このような場合においても、裁判官の交代のみが判例変更をもたらしたと断定できるかどうか、は疑問であるし、また、裁判官の交代のみが当該判例の変更を招いたかどうか、ということの経験的検証はまず不可能である。」このような裁判官の交代による判例の変更という「傾

向に對しては学説の間で批判が強いが、この現実はず承認されなければならない。」（二二七）

(3) 意見の変更

最高裁判官の意見の変更は合計すると延べ五二件となるが、この点に関する西野の見解はつぎのとおりである（二二九以下）。

(a) 最高裁判官の意見変更も現実にはかなりある。

(b) しかし、その意見変更の特徴は、一例外をのぞき、すべて従前の見解から、今回の多数意見に同調するという方向への変更であることである。その理由として、大勢に順応するという日本人の特徴がこの場合にもではないか。さらに、最高裁判事としての激務のため、反対意見をまとめる負担に耐えられないのではないか。そのことは、意見変更の大部分の場合に補足意見の付されることがないこと（これまでわずか四件五人のみ）からもうかがうことができる。しかし、「最高裁判官の地位と職責の重大さに鑑みれば、意見変更の場合には、法律専門家たる者の道義上の義務として、旧見解をもちや取らず、新見解がより望ましいと考えた所以を説明する補足意見を求めるのは、決して無理なことではないであろう。」（二三一）

(c) 意見変更は没価値的な争点に限られ、前記「刑13」公務員争議行為禁止事件のような政策的な争点については、意見が変わることはない。

なお西野著は、ひきつづきとくに「憲法判例の変更」について学説に対応しているが（二三六以下）、ここでは省略する。また西野著では、そのあと、「判例変更の実情その2」として、大審院判例を最高裁が変更した事例について、網羅的な検討をしているが、それも省略したい。

4 判例変更の全体像

この部分は、最高裁判例を変更した最高裁判例だけでなく、大審院判例を変更した最高裁判例をも対象としてなされた、判例分析の総括部分である。

(1) アメリカとの比較

西野はまずアメリカの連邦最高裁における判例変更について、Uimerの研究に依拠して、一七九〇年より一九五七年までを概観するが(二七八以下)、この間の判例変更数は八一件(うち明示的変更は四五件)である。それ以後一九九〇年までについては、西野自身の調査によれば、明示的変更だけで六九件ある(第二次世界大戦後は計七五件)。

これに対し、日本では一九九二年までの最高裁における明示的判例変更総数は八七件で、数からいえば両者の間にそれほど差はない。しかも、アメリカの最高裁にくらべ、日本の最高裁ははるかに多くの事件を取り扱っている。したがって、日本のほうが判例が安定していないということとはできない。むしろ近時はアメリカのほうが判例変更が多く、将来は逆転することが予想される。アメリカでは最高裁判官の任期が長いので、わが国の学説に見られるように、最高裁判官の任期を長くすれば判例が安定するという見解が正しいとは限らない(二八六⁽⁴⁾)。

(2) 判例変更の検討

(a) 時期 日本では大審院判例の変更を含めても、昭和三〇年代より四〇年代にかけて判例変更が多く、以後激減し、「現在では判例というものが甚だ強固な存在となつて、最高裁の判断を左右していることが読み取れる」(二八九)。

(b) 票決 先例を変更した裁判における最高裁裁判官の票の一致の仕方をみると、全員一致ないしこれに準ずる態様が極めて多いことが、アメリカの事例（省略）と比較して、顕著な特徴である。これは、「日本人の大勢順応思考と、最高裁裁判官の多忙さのゆえに其他裁判官の意見に同調して済ませることが多いという現象に由来するものではないか」という持説がくりかえされる。ただし、わが国でも僅少差（一、二票差）の判例変更が七件あり、これに対する学説の批判があるが、西野は「僅少差による判例変更の是非については、その時の裁判官の票決の結果として、これは已むを得ないものと思う。」とされる（二九二）。

(c) 当事者への不都合 この点については、個々の判例変更のコメントにおいて西野の考えが示されているが、まとめてみると、「確かに不都合な事例も存在することは否定できないものの、その数及び程度は相当程度に小さいといつて差し支えないと考える。」（二九四） とはいつても、先例を信頼した当事者にとって不都合な判例変更はありうるので、これに対しまず判例の不遡及的変更という技術が提唱されている。しかし、それよりも、「具体的妥当性を損なうことのないように結論を加減するという手法が当分無難ではないか」とされる（二九六）。また、この場合の当事者の救済に関して、憲法二九条三項による損失補償を提示する見解があるが、これに対し、西野は詳細な反論を加えている（二九六以下）。

(3) 判例変更の原因

(a) 概説 ここですまづ拙著『法学入門』（八一以下）などを引用し、判例変更の場合として、①先例に最初から誤りがある場合、②先例以来、時代が変遷し、もはや先例が現在の事態に適合しなくなった場合、③裁判官の交代による場合、の三者があることを指摘し、「このような見解は常識的で穏当なものであり、また通説的な見解になって

いるものと思われる」とする(三〇一)。

しかし、①については、現実に最高裁がひとたび採用した程の見解が、最初から論理的に成り立たないなど、全くの誤りということは想定しにくく、この場合の判例変更も、真の意味は、最高裁の現在の多数派が従来の見解を取らないというだけのものであり、したがって、「判例が変更される場合の一は旧判例が誤っていた場合である、という独立した命題の意義はかなり乏しいことになるように思われる。」(三〇二)

②については、具体的な判例変更の場合において、①か②かの判定は困難である。判例集の判文からは、②と明確に判断できるものはあまりない(尊属殺違憲判決の下村三郎意見が数少ない事例とされる。刑集二七卷三号二八六頁参照)。②の場合も、「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て、判例が変更されることになるというべきであろう。」(三〇三) 尊属殺違憲判決においても、「判例の変更をもたらしたものは、結局は裁判官の交代であり、時代の変化であり、そして何よりも、判例を変更しなければ本件の具体的妥当性が得られないという事案の特殊性ではなかったのかと思われる。」(三〇四) 結局、「最終的に事件の帰趨を決めるのは所詮裁判官の交代、それも多数意見生成の原動力となるような裁判官の交代に帰する他はないように思われる。」(三〇四)

(b) 裁判官の交代と判例変更 我が国の学説の間では、裁判官の構成の変化が判例の変更をもたらすことに対する批判的な空気が強い(とくに全農林警職法事件判決について)。アメリカでは、判決文のなかで、それを明言する例が多い。しかし、西野は、「私は、裁判官の構成の判例の変更をもたらすということは、現行制度がもたらす当然の帰結であり、むしろ時に応じて必要なことであろうと思う。」(三〇七)として、これを一般的に肯定している。

そして問題の「全農林警職法事件判決の不当性は、必ずしも判例の変更を必要としない局面において、かつ、市民の権利を制限する方向での判例変更を強行した点に求められるべきものであろう」（三〇八）とする。

(c) 「不当な」判例変更 いわゆる「不当な」判例変更のうち、西野の是認するのは、①信頼を裏切る変更、②不平等な変更、③不必要な変更の三者だけである（三一以下）。

(d) 判例変更の限界 この部分は、本稿の冒頭で川井論文への批判として、すでに紹介した。

5 判例の考え方

西野著における判例変更論プロパーは以上で終わるが、引き続き、「判例の考え方」と題して、判例一般について論じている。そこで述べられていることの多くは、判例変更を考える場合に重要な示唆を与えるので、以下この部分もかんたんに紹介する。

(1) 判例の法源性

西野も判例が法源として機能している事実は認めるが、判例の拘束力は、「法律上のものではなく、事実上そうである」というに過ぎない。先例拘束主義、判例法主義の伝統を持たない我が国では、判例は先例での一つの解釈例であるにとどまるのである。（三二三）として、判例の法源性を明確に否定している。そして、英米においても判例の拘束力は所詮事実上のものであり、わが国との間で質的な差異はないとする見解に対しても、それは誤っているとする（三二六）。西野にとっては、「現在の日本において、判例の法源性を強調することは、疑いもなく判例ないし解釈の進展を阻害する方向に働くと思われることである。」（三三〇）という判断がその根底にある。したがって、

「今求められているのは……最高裁、下級審を通して、その思考が躍動し得るような状況なり、理論なりを模索することであろうと思う。」(三三二)

(2) 最高裁と判例

最高裁は判例をどう考えるべきであろうかについての西野の見解は、「最終的には、正当と思えばこれに従い、不当と思えばこれを変更して、新しく相当な見解を打ち出す、ということに尽きる。」(三三三) そして、現状認識としては、「真に恐れるべきは、最高裁、下級審ともに、裁判所が既存の判例の体系と、これを正当化し、補強する理論の中に安住しているうちに、これを臨機に変更してゆく活力を失い、判例が時代の変化に対応できないままに化石と化した結果、市民から、今の裁判所は頼りにならない、と思われることである。」(三三四)

(3) 下級審裁判官と判例

西野は、まず下級審裁判官の判例に対する態度について、「裁判官の大部分は、他からの圧力で不本意ながら判例に従っているのではなく、何も考えずに、或は喜んで従っているのではないかと思われる。」(三三六) と厳しい評価をする。

さて西野は、下級審裁判官の判例に対し取りうる対応として、以下の三つをあげる。

(a) 判例追従型 「しかし、私はこのような考え方に賛成することはできない。」(三四一)のは、当然であろう。

(b) 判例基礎重視型 これは、特別な事情のある場合のほかは、判例を尊重すべきであるという見解だが、下級審裁判官が判例に従うことを要しないという場合はこれに限るか、が問題であるとされる。

(c) 判例予見説 これは中野次雄説であり、下級審裁判官は最高裁のするであろう判断を志すべきであるという

見解である。^⑤「私としては、この見解にも十分な理由があることを認めるが、やはり終局的には賛成することはできない。」（三四六）これでは現在の状況下では結局のところ判例追隨説になるのではないかなどが、その理由である。

西野著では、この問題について他の多くの実務家の見解を紹介しているが、^⑥西野自身は、「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いうことである」（三五五）とする。「下級審裁判官が忠誠を誓うべき対象は、法であり、判例でもなければ最高裁でもないのである。」（三五七）

6 終わりに

西野は、さいごに以下の二点をくりかえし強調している（三六二以下）。

「その一は、これまで判例変更に際して下級審が非常に大きな役割を果たしてきているのであって、その職責には極めて重大なものがあり、またこれからもそうでなければならぬ、ということである。

その二は、判例変更のあり方やその内容を法制上制限しようとする立法論としての試みは、いずれも、その当否も必要性も疑問であるということである。

なお、判例変更のありかたを論じるについては、これまで必ずしも実証的な裏付けを伴っていない議論もあったのではないかと、という点も付け加えておきたい。」

そして、「現代の日本がどのような状況にあると見るか、という最後の課題を前にして、私は、今や明らかに創造性と柔軟性が求められているときであると考える。」（三六三）というのが、本書をつうじて著者が一番いいたいこ

とであるように思われる。

7 西野著に対するコメント

- (1) 本書は、判例変更論についての二〇〇頁をこえる、わが国における初めての本格的研究である。
- (2) 著者は、現在のわが国で、時代は激動しているのに、判例があまりにも固定している状況を憂い、判例変更を促進しようという目的で本書を書いた。著者は、判例変更に批判的な学説に対し反論を加えているが、この点についての著者の見解は、多くの学説の支持をうるものと思われる。私も、基本的に賛成したい。^⑦
- (3) 著者はそのための方法論として、実証的態度を堅持し、その点で、私をふくめ、これまで憶測で書いている学者・実務家に反省を求めている。
- (4) 著者は、裁判官の交代による判例の変更という、これまで学説上批判の多い判例変更を是認しているが、その反面として、判例変更の基準がはっきりせず、悪く言えば、裁判官に対する精神論に終わっているといえないこともない。
- (5) そこで、著者の方法論を補うものとして、他の方法の導入を考える余地があるのではないか。たとえば、公務員争議行為事件については、イデオロギー的要素も無視できないと思われるし、^⑧その他、各種の科学的方法の導入により、問題の一層の解明が期待される。

(1) この点では、中野次雄編『判例とその読み方』(有斐閣、一九八六年)六頁(中野次雄執筆)によっている。

(2) 西野はここで、五十嵐は、最高裁が「学者の批判を受け、わずか二年五カ月後……元本に充当することを認め……」と評する箇所（『法学講義』一九頁）を引用し、学者の批判によって意見を変えた裁判官はいなかったわけである、と批判している（西野著一七八頁注（25））。ここはことば足らずであり、学説の批判が、おそらく新裁判官に影響を与えたのではないか、と推測したわけである。しかし、その事実は証明できないことはいうまでもない。もっとも、学説の判例に対する影響については、わが国の判決文のなかで、諸外国（たとえばドイツなど）と違い、学説を引用しないため、すべてが推測の域をでないことになる。裁判官の学説への対応については、学者出身の元最高裁裁判官の手になるものであるが、伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、一九九三年）一四〇頁以下参照。

(3) ここでも、拙稿『法学講義』一八頁が批判の対象の一つとされているが、この部分については考え直したい。

(4) ここでは拙著の引用がないが、私も「いずれにせよ、判例変更には弊害がある。しかも、わが国の場合、その原因として、最高裁裁判官の短期間の交代という事実があげられる以上、その選任方法と任期を問題とせざるをえない。」と書いている（『法学入門』八四頁以下）。裁判官の任期と判例変更の関係については、前注のように再考したいが、事実上の任期が短いことはやはり問題としたい。私自身六〇歳代を経験し、そこには個人差があることは認めるものの、六〇歳なかばで最高裁裁判官になったとしたら、定年までなにほどのことがやれたか自信がない。憲法七九条二項は一〇年以上の任期を前提としているので、もっと若い裁判官を最高裁にいれるべきである。もっとも、任期の長すぎるのも問題であり、もし憲法の改正がなされるならば、最高裁の裁判官の任期を一〇年とし、四〇代、五〇代の裁判官を加えるようにすべきではないか。

(5) 中野次雄編『判例とその読み方』（前掲）二〇頁参照。

(6) 西野は浅見宣義「『静かな正義』の克服をめざして―私の司法改革案その三・完成」判時一四六六号二〇頁（一九九三年）における「下級裁判所は最高裁に挑戦する気概と文化を」を高く評価している（西野著三五四）。

(7) ちなみに、私も一九六七年に発表された「判例、立法と民事裁判」と題する小論で、わが国における判例の保守性・学説の進歩性というテーゼをたて、さいごに「幸い、最近の最高裁裁判所は、学説の批判を謙虚に受け入れ、確定した判例を変更することに躊躇を示さなくなった。」と述べた（判タ二〇一号二八頁）。その十数年後、一九八〇年に「判例、立法と民事裁判―再論」

を書き、その後の最高裁判例の躍進を高く評価したが、「しかし、最高裁が真に創造的判決を出したのは昭和四〇年代の前半にかぎられ、それ以後は創造力を感ぜさせるものは乏しい。」と書かざるをえなかった(判タ四〇〇号四頁)。ぞんねんながら、この傾向はその後ますますはつきりした。

(8) 去る平成九年四月二日の愛媛玉串料事件最高裁大法廷判決に対するコメントのなかで、百地章は「予想に反し十三人もの裁判官が違憲の立場をとったが、これは連立政権時代の後遺症であり、たまたま違憲派が多数を占めたに過ぎないと思われる。」と述べているが(朝日新聞四月三日朝刊)、このような見解にも、まったく根拠がないわけではない。

四 小山著の紹介

1 序

小山著は、長いあいだ民事裁判の研究と取り組んできた著者の「民事裁判の研究の最終報告書である。」小山によれば、本書は報告書であって、論文ではない。「結論を体系的に整理して提示するにとどまるのではなく、結論の説得力に必要な証拠―本書のテーマの論証に必要なのは法判断をする裁判官の判断過程の子細である―をも提示するものであるからである。本書は判決に示される裁判官の法的判断の過程を分析して法的判断の本質に迫ることを目的とする。素材にする判決として、判例を変更する判決を選んだ。」(以上、v)したがって、「本書は判例の変更そのものを対象とする研究ではなく、法はどういうものかを知るために判例の変更をしたまたはあえてしなかった判例を素材として扱ったものである」(vi)とされるが、内容的には、判例変更論を再考するための素材に満ち満

ちている。本稿が、西野著の紹介とならんで、あえて本書の紹介を試みようとするゆえんである。

2 日本の判例

小山著では、まず最高裁大法廷で判例の変更をした一五の判決（民集四八巻二号まで）^①をとりあげ、一件につき四、五頁から一〇頁近い詳細な分析を加えている。この一五件の判決のうちの一件は、最高裁大法廷による大審院判例の変更の事例であるが、それ以外は、最後のものを除き、すでに西野著の紹介にさいし、民事事件についての最高裁による最高裁の先例の明示的変更の事例として紹介済みである。本来なら、小山著の詳細な分析を、ある程度詳しく紹介すべきであるが、紙数の節約のため、先例を変更した最高裁判決の年月日とかんたんな事件名を記し、あとは前出の西野著の記述を参照していただき、ここでは小山著の各判決についての最終的コメント（と思われるもの）引用するに止める。

① 最大決昭和三五年七月六日（西野著〔1〕） 調停に代わる裁判

本件は民事裁判における適法性と合目的性の対立であり、「この種の問題は、見解の帰一を期待することがきわめて困難な問題である。……より精緻な見解が多数を獲得するということがいえそうである。」（一一）

② 最大判昭和三九年六月二四日（西野著〔3〕） 幼児の過失責任能力

本件判例変更は、「他人に対し責任を負う能力と自己につき損害を避ける自己管理の能力とに差を認め前者は前者より低いものでよいかどうか考えた点である。ただし、責任原因たる過失と相殺原因たる過失とは、同程度であるのが公平か、後者が低いほうが公平か。公平論をならべていずれがよりきめ細かいかを見るべきであろう。」

(一四)

③ 最大判昭和三九年一月一八日(西野著〔4〕) 利息制限法

ここでは充當説と不充當説の根拠が詳細に分析され、さいごに「返還請求できない部分につき、債権者の保有か債務者の債務の消滅かの問題が残った。この点は法条に規定がない。そこで、法の探究が行われたのである。そして、いろいろの探究態様が見られるのである。」とされる(二二二)。

④ 最大判昭和四一年四月二〇日(西野著〔5〕) 時効利益の放棄

「事実関係を異にする二つの事件につき、請求の当否の判断のための先決問題につき法を適用するに当たり、経験則についての認識が違うことにより、『判例を変更すべきもの』という観念が用いられている。」(二二五)

⑤ 最大判昭和四一年一月二日民集二〇卷九号一六四七頁 ↑ 大判昭和八年五月二六日民集一二卷一三四三頁
本件は大審院判例を最高裁大法廷判決で変更したため、小山著で取り上げられた(西野著では、最高裁による大審院判例の変更のところで取り上げられている。同著二五一)。白地手形による請求によって、時効が中断されるかについて、それを否定した大審院判例を、最高裁が変更し、時効の中断を認めたもの。ここでは、「補充しなかったことを怠慢として保護しないか、補充を強要する結果とならないようにするか」が問題である、とされる(二九)。

⑥ 最大判昭和四三年一月二日(西野著〔6〕) 回復登記手続き

旧判例と新判例の間に、「(旧判例)が仮登記が対抗力を賦与するものでない点に問題を見たのに対し、(新判例)は仮登記が対抗力を賦与するものの胚芽である点に問題を見たというちがいが存する。」(三三三)

⑦ 最大判昭和四五年六月二四日（西野著〔8〕） 差押と相殺

「甲に対し債務者である乙の債権はそうでない丙の債権よりも、行使において優先するのか。これを定める明文の規定はない。そして解釈は分かれた。……各結論は、それに導くためのそれぞれの法解釈の構成を展開した。それらはいずれもそれなりに理論的である。しかし異なるものである。なぜ異なったのか。出発点すなわち相殺制度の法的評価において異なったからであろう。」（四二）

⑧ 最大判昭和四五年一月一日（西野著〔10〕） 組合の任意訴訟信託

「いずれにせよ、当該の者を清算人または代表者に選んだことを当該組合の構成・経営等にかんがみどう評価するか、という問題であろう。」（四五）

⑨ 最大判昭和四七年一月八日（西野著〔11〕） 株券発行前の株式譲渡の効力

小山は、商法二〇四条二項の解釈における本件の判例変更を疑問とし、その点に関する新旧両判決の相違は「解釈のための原理であるが―均衡感の発生源と結びつくのではあるが―解釈の内容を成すものではない」ところで見られるとする（五一）。

⑩ 最大判昭和四九年九月四日（西野著〔12〕） 他人の権利の売買と相続

両判決の対立点は、「つまるところ、買主が売主の相続人に対して売主の義務の履行を求める利益と目的物につき相続人が元来もっている所有の利益とが両立しない場合にいずれを優先させるかという点であると思われる。……つまるところどういふふうにバランスをとるかの違いである。」（五四）

⑪ 最大判昭和五一年三月一〇日（西野著〔14〕） 特許無効事件

両判決を比べて、「いずれがより説得力が強いか。いまひとつきめ細かい議論が必要であると思う。」(六一)
⑫ 最大判昭和五二年二月二三日(西野著〔15〕) 不当解雇中の収入の控除

本件最大判では、多数意見、岸反対意見、共同反対意見に分かれ、いずれも先例を変更したものである。先例は、特段の事情がない限り、解雇期間中に他の職について得た収入を遡及賃金額より控除すべきである、という法原則を立てているが、本件の岸反対意見は、原則としてそれを控除すべきでないという法原則を立てている。また多数意見と共同反対意見ともに控除の要否・程度を被害・侵害を評量して判定すべきであるという法原則を立てている。この意味合いで、先例の法原則と両立しないので、先例を変更すべきものとしたのであろう(六九)、とされる。

⑬ 最大判昭和六二年四月二二日(西野著〔16〕) 共有物分割

本最大判は先例二件を変更したものであるが、三件とも事実関係が異なるため、先例のどこを変更したかが問題となる判例変更である。小山によれば、本件の二先例に対する見解は、「それらを自分が裁判するならばそれらと違う分割をしたであろうということに帰するように思われる。つまり、どういう分割法が当該事件について合目的であるか、という点において違うことを示したにとどまる。それは法原則の違いを示したものである。この意味では、先例を改めるという表現を用いるのは適当であるかが問題である」とされる(七八)。

⑭ 最大判昭和六二年九月二日(西野著〔17〕) 有責配偶者の離婚請求

本件の判例変更は、婚姻破綻の原因がもっぱら離婚請求者の背徳行為にあると見られるときでも、「離婚請求が認められないわけではないという法原則を立てたということであろう。……しかし、このような法原則を認識す

ることがいかにして可能であったか。離婚を認める条件についての社会における思想の慣習が旧来のそれから次第に変化して旧来のそれと異なるものに成熟したという土壤が存したのであるうか。」（八二以下）

⑮ 最大判平成五年三月二四日民集四七卷四号三〇三九頁 ↑ 最判昭和五〇年一〇月二一日裁判集民事一一六号三〇七頁、および最判昭和五二年一二月二二日裁判集民事一二二号五五九頁 不法行為と同一の原因によって被害者又はその相続人が第三者に対して取得した債権の額を、加害者の賠償額から控除することの要否及びその範囲について、の判例変更であるが、変更された二判例の判旨はそれぞれ異なり、また最大判には、多数意見のほか、三種の反対意見があり、それらがどう違うかについて、小山著は詳細な分析をしている。しかし、引用すべきコメントはない。

3 イギリスの判例

小山著は、日本だけでなく、イギリスにおける判例の変更を調べ、日英間の異同を明らかにし、それにより法的判断の本質が見えてくると予想する。このため、先ずJowitt's Dictionary of English Law, vol.2, 1977 の《Precedent》という項目に掲載されている以下の判例の分析から始める。なお小山著は、その変更が問題となった先例の事実関係および判決理由の分析から始め、判例の変更を論じた貴族院判決については、事実関係および一・二審判決の要旨を述べ、さらに貴族院の各裁判官の判例理由を詳細に分析している。したがって、詳細は小山著の直接の参照を乞う。

(1) 貴族院の一九六六年宣言まで

(a) The London Street Tramways Co. Ltd. v. The London County Council [1898] A.C.375 イギリス貴族院が先例拘束性の原理を確立したとされる有名な判決である。⁽²⁾ Earl of Halsbury 卿の説示のなかに、「法の問題についての House of Lords の判決は、決定的なものであり、本院の判決において正しくないと主張されたことを正すことができるのは Act of Parliament しかない。このことは、法職者の間で普遍的な原則であると受けとられている。」と述べられている(小山著一〇〇)。小山も、先例拘束性の原理については、「本判決におけるこの Halsbury 判決が、いわば決定的な、leading decision であるということになる」とする(一〇五)。そして Halsbury 卿は、「争い」には終結がなければならぬ、ということ根拠とした。」とコメントしている(一〇六)。

(b) London Transport Executive v. Bets [1959] A.C.213 第二次世界大戦後の貴族院判例で、塗装がメンテナンスにあたるかどうかにつき、四裁判官は先例に拘束されると解したが、Denning 卿は、先例が基本原理に反するときは、それに拘束されるべきでないと述べている(一一四以下)。

(c) Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd. [1944] 1 K.B.718 戦前の控訴院判決であり、労働者補償法上の補償請求とコモン・ロー上の損害賠償請求との関係についての判決であるが、前掲の Jowitt の辞書には、控訴院も原則として自身の判決に拘束されることを宣言した判決例として、あげられている(九三)。小山著は、本件のほか、これに関連する四判決を詳細に分析している(一一六以下)。

(d) House of Lords の一九六六年宣言

ここで有名な一九六六年の貴族院大法官 Gardiner 卿の実務慣行宣言—そうすることが正しいと思われるときは先例から離れるという提案—が登場する⁽³⁾(一一三五)。

(e) *Gallie v. Lee and Another* [1969] 2 Ch.17 前記一九六六年宣言は控訴院を拘束しないので、控訴院がこの問題をどう扱ったかについての控訴院判決である。事案は、原告（老女）が内容を見ないで自己に不利な証書に署名したのち、その無効を主張したのだが、控訴院の三裁判官とも結論的には原告の主張を退けた。しかしDenning卿は、それに反する控訴院判決は間違っているので、従うべきでないとしたのに対し、他の二裁判官は、Denning卿の理論に反対した。両者の間には、法的アプローチの違いがある。「そうすると、先例に拘束されるか否かの問題に直面するのは、どのような法的アプローチをするかと密接にかかわることになる。」というのが、小山のコメントである（一四六）。

(2) 貴族院の判例変更例

小山著は、*Halsbury's Laws of England, vol.26 para.577 House of Lords decisions*に従い、以下三件の貴族院判決を判例変更例とし、他の二件を先例変更に歯止めをかけた判決として、詳細な分析をしている。しかし、*Cross and Harris, Precedent in English Law, 4th ed. 1991, p.135*によると、最初の判決は変更事例とされず、またその他に六件の判例変更事例があげられている。小山著の特色は、個々の判決の詳細な分析にあるので、以下は小山著に掲げられている判決だけをここで紹介し、残りは、注でとりあげることにする。⁽⁴⁾

(a) *British Railways Board v. Herrington* [1972] A.C.877 本件（*Herrington*ケース）は、幼児が壊れたフェンスをくぐって、電流の通じたレールに近づき、負傷をした事案で、同型の先例である*Addie*ケース（*Robert Addie & Sons(Collieries), Ltd. v. Dumbreck* [1929] A.C.358）の場合と違い、一審以来、軌道会社のネグリジエンスの責任を認めた。*Addie*ケースでは、危険物保有者は侵入者に対して原則として注意義務を負わないとされたが、小山

著は、Herringtonケースにおける五人の貴族院裁判官のAddieケースに対する対応について詳細に分析し（一五二以下）、本件は、侵入幼少児については、Addieケースのルールを変更したとし、その原因を「環境の展開」に求める（一六八）。しかし、五裁判官のAddie判決のルールに対するアプローチはさまざまであり、「こうみてくると、Addie判決が変更されたか否かは言葉の問題になってしまいうように思われる。」というのが、小山著の最終コメントである（一六九）⁽⁵⁾。

(b) *E.L.Oldendorf & Co.G.m.b.H. v. Tradax Export S.A.* [1974] A.C.479 本件は、船主と傭船者との間の滞船料の算定をめぐる争いであるが、算定の基準である船の港への到着が何時であるかにつき、対立が生じた。この点の先例であるAello号事件（一九五七年）のルールによれば、本件は「到着船」にあたらないことになる。しかし、本件では、貴族院裁判官の全員が「到着船」にあたるとし、しかもそのうち、四名は明示的にAello号事件判決に従わないと述べており、明らかな判例変更のケースである。ここでも詳細な分析は小山著を見ていただくほかない。ルールが適用されるケースの範囲の画定について、いろいろな方法があるが、「いずれも、心の中の総合的な結論（本音）にひょうそくを合わせるための言語的表現手段であるという側面をもつように思われる。」というコメント（一九五）を引用したい。

(c) *Miingos v. George Frank(Textiles) Ltd.* [1976] A.C.443 従来イギリスの裁判所は、債権額が外国通貨で表示された場合でも、外国通貨による請求を認めず、したがって債権者は弁済期における為替相場でポンドに換算して請求しなければならなかった（先例として、*In re United Railways of Havana and Regla Warehouses Ltd.* [1961] A.C.1007）。本件は、この時代遅れのルール（ハバナ・ルール）を変更し、日本民法四〇三条のようなルー

ルを採用した判決である。⁽⁶⁾ 貴族院では、Wilberforce卿が、事情の変更により生じた本件の不正義をさけるために、ハバナ・ルールから離脱すべきであるとし、他の三裁判官がこれに同調したが、Simon of Glaisdale卿は、ハバナ・ルールは司法裁判上根を下ろしているので、廃棄すべきでない⁽⁷⁾と主張した。しかし、小山によれば、両者の間に事情の変化についての認識が異なるわけではなく、事情の変化と先例からの離脱とを結ぶかどうかについて見解が分かれた。「なぜ、見解が分かれるのか。おそらく、法とはなにかという問題と取り組むしかたが違うのであろう。法の解釈適用において異なるのであろう。」とされ（二二四）、その説明は後述される。

以下二件は、貴族院が判例変更に慎重な態度を示した事例である。

(d) Jones v. Secretary of State for Social Services [1972] A.C.944 本件は労災事件であり、制定法上の判定官の判定の他機関に対する拘束力が問題となった。この点の先例はDowlingケース（一九六七年）であり、そこでは四対一で、制定法上の当局の判定は、その管轄に属する実体事項については最終のものであるとされた。Jones事件においては、貴族院では四対三でDowling判決に従うべきものとされた。興味深いのは、Simon of Glaisdale卿の意見である。彼は、個人的にはDowling事件の少数意見（Wilberforce卿の意見）に賛成だが、制定法の解釈については先例を変更すべきでないという理由で、先例から離脱するのは正しくないと述べた（小山著二二一以下）。

(e) Fitzleet Estates Ltd. v. Cherry (Inspector of Taxes) [1977] 1 W.L.R.1345 法人税の査定に關し所得税法の解釈が問題となった事案。先例のC社事件判決（一九六六年）は三対二の僅差であったが、本件では貴族院裁判官の全員が先例に従った。先例にも關与したWilberforce卿は、C社事件は正しくないとはいえないし、その後の状況の変化もないので、判例変更は正当でないとし、他の裁判官もこの見解に従った（小山著二二三以下⁽⁷⁾）。

4 法について

つづいて小山著には「法について」と題する叙述がある。本稿では詳しく紹介する余裕はないが、後半に、小山著のキータームである「均衡感覚」が出てくるので、かんたんに紹介したい。

小山著によれば、「法は人の社会関係において人に存在する。」(二四五) 法はどんな働きをするかといえ、それは他人とのかかわりにつき行動に関するさしずを与える(二四六以下)。「法が人においてあるというのは、人が自己において自己に対するさしずを自覚することである。ひとことではいえば法による制約の原初の姿は自己制御であるといつてよいと思う。」(二五一) 法を知ることについては、素人の法と裁判官の法は区別される。両者の間に価値の区別があるわけではないが、小山著は「裁判官において法が存在し、裁判官がそれを宣言するという局面を主として念頭に置く。」(二五四)

つぎに、「法は社会関係においてあるというのは、法は人の社会関係として受けとった(体験または証拠による事実認定により、または、自白により)社会関係においてある」とまとめられる。「法はつまるところある社会関係につき関係者に利益または不利益を帰属させてもって均衡をはかる。」それだけでなく「同型の社会関係につき同型の均衡をはかる作用をする。」(二五六) そこで社会関係の型が問題となるが、社会関係型の抽出は均衡感覚に基づくとされる(二五九)。したがって、それは均衡感覚の相違により異なるとして、具体例が示されるが、均衡感覚の相違を、正しいものと正しくないものの違いと理解すべきでない、とされる(二六四)。しかし、「均衡感覚の発生の機序はいまのところ説明できないものようである。」(二六六)

裁判において「均衡感覚」はどのように作用するか。均衡感覚は人によって異なるので、多数決制が用いられる。多数意見のルールのほうが少数意見のルールより正しいわけではないが、多数決は、「事案につき宣言されるべき法のルールは単一のものでなければならぬ」という意味をもつ（二七〇）。つぎに、「均衡感覚」と法規の適用について、日英の不法行為の判例の比較がなされる。そこには判例法と制定法の相違があるが、「しかし、結論のきめ手になるのは、つまるところ、その事案に密着して均衡感覚が触発されて判断されたところである、という点では、日本とイギリスとで、制定法の下と、先例拘束性の下とで、違いはないようである。」（二八二）

5 判例の変更について

ここは、本稿にとって重要な箇所なので、小山著の全項目を要約紹介する。

(1) 判例の変更とはなにか

日本では、法令の「解釈・適用」上の解釈を変えることであるが、イギリスでは、先例に従わないことにすることが、判例の変更にあたる（二八四）。

(2) 法令の「解釈」の変更とはなにか

細分化された法原則を認識することが、制定法の下での、法規の「解釈」であり、それを変更するのが、判例の変更である（二八六）。

(3) 先例に従わないとはどういうことか

ここでは、前掲のイギリス判例を分析して、日本における判例の変更は、制定法規の「解釈」の変更であるが、

イギリスにおける判例の変更には、判例法規（先例判決が宣言したルール）そのものの変更と、判例法規の「解釈」の変更とがある、とされる（二九一）。

(4) 判例の変更と外界の事情の変化

小山著は、同型のケースなのに違うルールを認識するのは、「先例のケースにおいては考慮に入っていなかった事実を考慮に入れるという違いが原因であるに違いない」とし（二九二）、イギリスの判例のなかで、Herrington判決とMiliangos判決をとりあげ、「先例のルールに従わないことを決断されるものに（均衡感覚を触発させる）社会的状況があることが明らかになった」と結論づける（二九五）。これに対し日本では、原則としてその例はないが、共有物分割事件（小山著⑬）と有配偶者離婚請求事件（小山著⑭）を例外としてあげる。とくに後者について「最判⑭は、離婚観が、日本社会において、だんだんと変わっていき、それが社会的背景にあつて、それが判決に反映したものである、と理解することができる」とされる（二九七）

(5) 「解釈」上の見解の変更の意味

では日本の最判が、外界の事情の変化がないのに判例を変更するのは、どういうことか。成文法条は概念構成命題だが、「法条の解釈を通して法規を解釈するに当たり、概念を通していたにとどまるのでは、法規命題を認識することができても、その法規命題が当該具体的事項を律するのに最適のものであると結論する根拠を、当該命題は示すものではない。」その根拠は、「つまるところ、均衡感覚にある。」この点では、「日本の裁判官とイギリスの裁判官との間に違いはないことになろう。（三〇〇）

(6) 判例の変更は不可逆的か

判例変更の原因を人の均衡感覚に求めると、判例を変更した判決の再変更が起こりはしないか、が問題となる。法は秩序を形成し、秩序は安定をその性質とするから、「判例の変更は秩序を破るものでないことが望まれる。」（三〇七）しかし、「判例の変更を控える配慮は最高裁判決の理由からは読みとれない。」判例変更の諸例の中には、可逆的でありそうなもの（最判③）と不可逆的でありそうなもの（最判⑨）の区別が認められるが、それ以外は、あえて判例の変更をしなくてもよかつたのではないかと、という疑いを起こさせる（三〇八以下）。

(7) 先例に従わないことの要件—イギリス

「判例法のもとでは、法の問題について先例に従うことは必然の要請である。」（三一〇）一九六六年宣言以後、制定法の解釈については、判例変更の例は見当たらず、判例変更を控える判決として紹介されたJonesケースとFitzeetケースにおいては、各裁判官はその要請を十分に考量している。「このように一九六六年宣言の利用については禁欲的である。目立つのは、先例判決の法見解には個人的に反対であってもなお先例判例から去ることをしないでとである。」このことは、制定法の解釈が問題であった場合に限られない。判例法についても、貴族院が軽々しく自己の先例から去るべきでない。「したがって、たんに、多数決を多数決によりくつがえすことは許されない。そこに、くつがえさなければ不正義が起こるまたは法の発展を阻害するという要件が加重されるのである。」（三一四）

(8) ルールと均衡感覚の函数関係

「イギリスにおいて、先例判決に従わないことを決めさせるものはつきつめていけば常識（common sense、共通感覚）である。それは法にかかわるものであるときは共通の均衡感覚（正義感覚といってよい）であろう。」（三一六）

「法はひとつの文化であり、法は人においてある。カルチュアの広く深い人においてある法のルールは説得力が大きいはずである。カルチュアの広く深いことはルールのきめこまかさに現われるのではなからうか。」(三一八)

後例で志向されたルールが、先例のルールと異なるときに、両者の衝突が生ずる。「この状態を抜け出すには安定を損なうことと先例ルールを固執することから生ずる弊の調和をはからざるをえない。ここにおいて、安定を損うことによって起こる社会的事実と固執によって起こる社会的事実との双方に接触して均衡感覚が調和のルールを成立させることになる。」(三一九)

6 小山著に対するコメント

(1) 本書は、日本だけでなく、イギリスにおける先例変更判決の分析を通じて、裁判官の法的思考の営みを子細に分析した労作であり、著者の年齢を考えると、私のように長年著者の近くにいた者にとっても信じがたい業績である。

(2) 本書は日英両国の判例を比較しているが、それはRabelによって開拓された機能的比較法を実践しており(とくに二八二頁参照)、わが国の比較法学に対しても貴重な貢献をしている。

(3) 著者は、全体として判例変更には消極的である。判例変更に慎重な態度をとっているイギリスの裁判官に好意的であり、とくに先例が正しくないと思っても、それだけで先例を変更すべきでないという見解に賛成している。西野著との違いは鮮やかである。

(4) 著者は、判例変更の原因を、外界の事情の変化のない場合には、最終的に裁判官個人の「均衡感覚」に求めて

いる。この「均衡感覚」こそ、著者の長年の法学研究の到達点である。

(5) おそらくわが学界からは、本書に対し、著者のいう「均衡感覚」では理論的説明にならないのではないかと、という反論がでることが予想される。現在提唱されている各種の法学方法論、とくに、利益衡量論、議論の理論、「スジ」と「スワリ」論などとの関係が説明されれば、もう少し著者の見解の意義が明らかになるであろう。しかしそれをなすことは、もはや著者の義務ではない。⁽¹⁰⁾

(1) それ以後こんにち（民集五〇巻九号）まで先例変更判決はない。なお西野著でとりあげた判例のうち、小山著では〔2〕〔7〕〔9〕〔13〕がとりあげられていない。

(2) 本件は、『英米判例百選〔第三版〕』（有斐閣、一九九六年）一五〇頁（樋口範雄執筆）にも収録されている。

(3) この宣言については、『英米判例百選〔第三版〕』一五二頁（飯塚和之執筆）およびそこの引用文献参照。

(4) 以下はCross and Harris, *Precedent in English Law*, 4th ed. 1991, p.135により、残りの六件につき紹介する（最初の判例以外は直接判例集にあたることができたが、一瞥したにすぎないことをお断りしたい）。

① *Dick v. Burgh of Falkirk*(1976) SLTR 21 → *Darling v. Gray and Sons*(1892) RHL 31（なきWood v. Gray and Sons(1892) A.C.576は参照できた） スコットランドのコモン・ローによれば、事故の被害者がその死亡の前に法的手続きを開始したときには、遺族は訴えを提起できないとされていたが、それを変更したもの。

② *Vestey v. Inland Revenue Commissioners*(1980) A.C.1148 → *Congreve v. Inland Revenue Commissioners*(1948) 1 ALLER 948 裁量信託の下の受益者による税の支払いに関する所得税法（一九五二年）の条文の解釈についての判例変更。制定法の解釈についての判例変更の点で注目される。

③ *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Khawaja*(1984) A.C.74 → *ex parte Zamir*(1980) A.C.930 移民法（一九七一年）の三三条の「不法入国」の定義規定の解釈に関する判例変更である。

- ④ R. v. Shivpurri(1987) A.C.1 ↑ Anderton v. Ryan(1985) A.C.560 本件被告人はヘロインの取引に関与したのだが、Criminal Attempts Act 1981の条文の解釈につき、先例を変更した。きわめて短期間における判例変更の事例だが、Bridge of Harwich卿は、本件の先例の判決は間違っていた(wrong)とし、「本院の判決のなかに具体的に表現された重大な誤りが法を歪めたときは、それは少しでも早く訂正されれば、それだけ良い。」と説示し(at p.23)、他の裁判官もこれに同調した。
- ⑤ R. v. Howe(1987) A.C.417 ↑ Lynch v. Director of Public Prosecutions for Northern Ireland(1975) A.C.653 他人から殺人をしないとお前を殺すと脅されて、やむなく謀殺をした者にとって、脅迫はdefenceとなるか、というこれまで争いのあった問題についての判例変更であり、新判例は脅迫はdefenceにならないとした。刑法の適用範囲を拡大した判例変更である。
- ⑥ Murphy v. Brentwood District Council(1991) 1 A.C.398 ↑ Anns v. Merton London Borough Council(1978) A.C.728 地方当局が不注意で検査に合格させた欠陥的基礎をもつ家屋の買主に対し、地方当局がネグリジエンスに基づく責任を負うかという問題について、これを肯定した先例を変更した。両判決ともわが国のイギリス不法行為法の専攻者に注目された。Murphy判決の詳細については、早大英米判例研究会「ネグリジエンス法の動揺—マーフィー事件判決によるアンズ事件判決の否定」比較法学二七巻二号二四五頁(一九九四年)、担当者・佐野隆)参照。その他、佐野「ネグリジエンスにおける一般的傾向および制限的側面」早誌四三号(一九九三年)、望月礼二郎「ネグリジエンスの構造・再論」社会科学研究四二巻一号(一九九〇年)、同「ネグリジエンスの構造・再論・補説」加藤一郎古稀記念『現代社会と民法学の動向』(有斐閣、一九九二年)四四一頁以下、同『英米法「新版」』(青林書院、一九九七年)一六五頁以下参照。
- 制定法の解釈については、一九六六年宣言の権限は及ばないとする見解が当初有力であったが、②事件で退けられた(とくにEdmund-Davies at p.1196)。③、④両事件がそれにつづいた。また宣言では、契約や刑事法の領域においては安定性が尊重されなければならないとされたが(小山著一三五頁、『英米判例百選(第三版)』一五二頁)、本文記載のOldendorff事件やMilian-Boss事件は、契約に関するものだし、また前掲④、⑤両事件は刑事事件であり、しかも刑法の範囲を拡大した事件である。こうしてみると、小山著の記述とは違い、イギリスではとくに八〇年代以後判例変更に積極的になったという印象を持たざるをえない。この印象が正しいかどうかは専門家の批判をまちたい(なお後注(9)参照)。

- (5) 本件について、Cross and Harrisは判例不変更のケースとしてあげている。op. cit. p.136 note 50. もっとも、本件における判例の変更については、コメンテーターの見解が分かれているとしている（同注）。また、望月『英米法〔新版〕』（前掲）は、「この判決によりコモンの準則は変更された。」としており（二〇五頁）、小山著が本件を判例変更のケースとしてとりあげたのは、間違いではない。
- (6) 本件はイギリスにおける国際取引法の領域での重要な判例変更である。たとえば、川地宏行『外貨債権の法理』（信山社、一九九六年）五四頁以下参照。
- (7) 本件は判例不変更のケースとしてCross and Harrisにも引用されているだけでなく（p.136 note 50）、その中でWilberforce卿の見解が、貴族院における判例変更に消極的な意見の典型として、引用されている。p.139 et seq.
- (8) この記述が事実と反することについては、前注（4）参照。
- (9) この箇所を、全変更事例を視野にいたしたHarrisの貴族院における判例変更の要件についての記述（Cross and Harris, op. cit. p.138 et seq. 『英米判例百選（第三版）』一五三頁）と比較してみると、小山著とは基本的に変わらないように思われる。
- (10) 小山著における最高裁判例⑤および⑩のコメントでは、利益衡量論の立場がとられているように思われる。また、「弁論および評議は反省のきっかけを与えるはずである。」という表現は（小山著二六七）、議論の理論と無関係ではないように見える。なお、「スジ」と「スワリ」については、松村良之ほか「裁判官の判断におけるスジとスワリ」判タ九一一号（一九九六年）以下連載中、同「裁判官の判断構造―「スジ」と「スワリ」を手がかりとして」法社会学四九号（一九九七年）など参照。

五 判例変更論再考―結びに代えて

1 判例の法源性

以上の西野・小山両著の紹介をふまえて、ここで私の判例変更論を再考することで、本稿の締めくくりとしたい。再考の素材として、拙著『法学入門』（一粒社、一九七九年）をとりあげ、まず、判例の法源性を問題とする。

もともと拙著においては、判例の法源性についてアンビバレントなものがあつた。一方では、形式的にみれば、わが国では判例の法源性は認められないとしながら（六六以下、『法学入門』のページ数、以下同じ）、他方では、判例が事実上法として機能していることを重視している（六八以下）。そして、本音としては判例の法源性を積極的に認めようとするものであつた。それが揺らぎだしたのは、一九八〇年代に入り、最高裁があいついで、私が裁判官なら従いたくないような判決を打ち出したためである。具体的には、大阪国際空港事件の最大判昭和五六年一月一六日（民集三五卷一〇号一三六九頁）と大東水害訴訟の第一判昭和五九年一月二六日（民集三八卷二号五三三頁）がその代表格であるが、これに対して下級審裁判所が場合によっては最高裁以上に最高裁判例に忠実に従つていたことを看過できなかった（たとえば、多摩川水害事件の東京高判昭和六二年八月三十一日判時一二四七号三頁、今回の最大判平成九年四月二日判時一六〇一号四七頁によって破棄された愛媛玉串料事件の高松高判平成四年五月一二日判時一四一九号三八頁も、その例となろう）。これをうけて拙著『私法入門』（有斐閣、一九九一年）では、「法源性を否定する見解を再評価したい心境にある」と書かざるをえなかつた（三四）。

以上の再考からすると、判例の法源性に関する西野著の見解は、現在の私としては支持しうるものである。それはおそらく学界の有力意見とも一致するものであろう。しかし、『法学入門』の叙述はアンビバレントに書かれているため、変更の要はないといふべきか。

2 判例変更論

(1) 判例変更例

『法学入門』では、西野・小山両著と違い、判例変更の事例については、①尊属殺違憲事件、②利息制限法事件、③公務員争議行為禁止事件をあげるに止まっている（七八以下）。これはもちろん、入門書であることによる限界であるが、短期間に大法廷判決を大法廷で変更した事例が中心のため、全体として判例変更に批判的な叙述となった。こんにちでは、さらに有責配偶者離婚請求事件を加え、もうすこしバランスのとれたものにすべきであらう。

(2) 判例変更の原因

前掲のように、『法学入門』では以下の三原因をあげている（八一以下）

- (a) 先例に最初から誤りがある場合
- (b) 先例以来、時代が変遷し、もはや先例が現在の事態に適合しなくなった場合
- (c) 裁判官の交代による場合

このうち(a)については、『法学入門』において、全農林警職務法事件の多数意見のなかに、その種の発言が見られるとするものの、「このような解釈の分かれうる問題について、はたして先例が誤っていたといえるかどうかは、慎

重なる配慮を要する」(八二)と書いているので、基本的には、(a)は独立した命題としての意義は乏しい、とする西野著の批判(三〇二)を配慮した記述となっている。ただし、イギリスの判例変更ケースでも、裁判官が、先例は間違っている(wrong)と述べている例があるので(たとえばShivuriケース)、(a)はやはり独立の原因として維持したい。

(b)については、西野著の提唱する「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て、判例が変更されることになる」という表現(三〇三)のほうがベターである。実例として、拙著では本稿でとりあげなかった前借金無効事件と尊属殺違憲事件をあげたが、こんにちでは有責配偶者離婚請求事件をあげなければならぬ(小山著も同旨)。イギリスにも例があり(たとえば、Herrington事件やMilangos事件)、いずれにせよ、これが独立の判例変更の原因となることは、西野著の批判にもかかわらず、認められるべきである。

問題は(c)である。この要素はもともと(a)(b)とは次元を異にするものであるが、(a)(b)で説明できない判例変更がわが国で多いため、やむなく第三の原因としたものである。したがって当初から機会があれば再考したいと思っていた論点である。ところが、西野著は(c)を第一次的な判例変更原因ととらえている(三〇四)。しかし、これは現象の説明にすぎず、理論的な説明になっていない。しかも、最近はこの種の判例変更(さらに判例変更一般)が姿を消したため、重要性を失ったように思われる。この点で、小山著の(b)で説明されない場合の「均衡感覚」論が注目される。しかし、これも「均衡感覚」のメカニズムが解明されなかったため、理論的説明にならない。それゆえ、(c)は削除したいが、なおしばらく原状のまま残さざるをえない。

(3) 判例変更の功罪

『法学入門』では、判例変更が(a)(b)両要因による場合は、それは望ましいが、他方で、とくに短期間の判例変更は法的安定性に反することがあるので、弊害もないわけではないとされた(八三以下)。この部分は、小山著のイギリス判例の詳細な分析により、補強されたことになる。しかしこれに対し、西野著は鋭い批判を展開している。いずれをとるべきか。小山著は問題を永遠の相において捉えているのに対し、西野著は、現代の日本の現状を前提とした議論をしている。この点では、私も西野の現状認識に同調したい。⁽²⁾しかし、小山著でも、「くつがえさなければ不正義が起こるまたは法の発展を阻害するという要件が加重される」ならば、判例変更もありうるとされるので(三一四)、判例変更の功を認めないわけでもない。

さらに『法学入門』は、短期間の判例変更の原因として、最高裁判官の任期の短い点をあげ、これを批判しているが(八四以下)、これに対する西野著の批判(二二七)は妥当なので、ここは修正したい。しかし、日本の最高裁判官の任期が事実上短いこと自体は問題であることについては、前述したところに譲りたい。⁽³⁾

(1) 広中俊雄「批判の法源性をめぐる論議について」判時一三九九号（一九九一年）〔同「民法解釈に関する十二講」(有斐閣、一九九七年)所収〕参照。

(2) 本稿四六頁注(2)参照。

(3) 本稿四六頁注(4)参照。