

憲法解釈における二つのアプローチ（5・完）

——原意主義の展開を中心に——

猪股弘貴

目次

- 一 はじめに
- 二 グレイ教授の解釈的審査と非解釈的審査
- 三 プレスト教授の原意主義と非原意主義 (以上本誌47巻1号)
- 四 ボーク元判事の原意主義 (以上本誌47巻2・3号)
- 五 ペリー教授の原意主義 (以上本誌47巻4号)
- 六 むすび
 - 1 日本国憲法の解釈方法についてのペリー教授の示唆
 - 2 日本国憲法の制定過程と原意主義
 - 3 公職追放と日本国憲法の制定
 - 4 検閲と日本国憲法の制定
 - 5 日本国憲法13条についての土井教授の見解 (以上本誌48巻2・3号)
 - 6 日本国憲法13条の原意
 - 7 原意主義の根拠
 - 8 どのような原意主義が正当なのか
 - 9 先例拘束性の原理との両立可能性 (以上本号)

6 日本国憲法13条の原意

日本国憲法13条について、これまで憲法制定者の統一的意思を確定することは困難であるとされてきた¹⁾。しかし、既にふれたように、GHQ草案作成の段階において、アメリカ合衆国憲法における新しい人権の根拠とされている(多くの憲法学者によって)、合衆国憲法修正第9条ないし修正第10条に相当する

1) 芦部信喜編・憲法Ⅱ人権(1)(1978年)131-2頁(種谷春洋執筆)参照。

「この憲法に列挙されていない権利は国民に留保される」旨の規定が、ハッシー中佐の反対によって削除されたことが、今日明らかにされている²⁾。この事実のみによって原意を確定することはできない。とはいえ、憲法制定議会の議事録等を仔細に検討してみると、様々な事実が浮かび上ってくる。まず注目されるのは、衆議院本会議の2日目、1946年6月26日、日本社会党の当時幹部であった鈴木義男氏が、政治的自由の保障はほぼ満足できる程度に保障されているが、社会権の保障は不十分である旨の発言のなかにおいて、次のように述べていることである。

「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力に依って保持しなければならないと云うことは、これは道徳的規定であります。総て国民は個人として尊重される、生命、自由及び幸福追求に関する国民の権利に付ては、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする」と云うようなことは、全く立法政策の道徳的約束であります。」³⁾

なお、金森国務大臣の答弁においては、この部分について何らふれられていない。他日、牧野英一貴族院議員の質問に対する答弁の中で、金森国務大臣は次のように述べている。

「この憲法の改正案の中に於きまして、例えば22条(憲24条)、23条(憲25条)、24条(憲26条)、或は又12条(憲13条)辺りに於きまして、国家が、又は国家の立法権が特に国民生活の上に於て或事柄を留意しなければならぬと云う前提の下に、その守るべき原理を示して居るのでありまして、一昨日のこの議場に於きます御質疑であったかと思いますが、恰もこれは立法心得集と云うような意味を含んで居る部分があると云う御質疑、これは恐らく非難の意味を以ての御質疑であったかと思いますが、それはこの場合に於きましては、直ちに積極的にこの憲法が略々現在に於てこれを採り入れることが適切であ

2) 猪股弘貴「憲法解釈における二つのアプローチ(4)」商学討究48巻2・3号140頁参照。

3) 清水伸・逐条日本国憲法審議録[増訂版]第2巻(1976年)145頁。『帝国議会議事録 衆議院議事速記録 第90回議会上』82巻(1946年)92頁。原文は漢字カナ混じりの文章であるが、以下引用するについて清水博士の編著書によったことをお断りしておきたい。

ると信ずる範囲に於て、相当の用意を致していると云うことを示しているものと考えて居ります。」⁴⁾

また、高柳賢三議員は、8月26日の貴族院本会議において、諸自由についての憲法の規定は公共の福祉という枠によって規正されるのかどうか等の質問のなかで、「第三章中には国民に対し又は立法府、行政府に対する訓示的な規定と見らるべきものがない訳ではありませぬ。例えば第11条（憲12条）第12条（憲13条）の如きは訓示的規定と見らるべきものでありましょう」⁵⁾と述べている。この質問に対する金森國務大臣による答弁において、特にこの点についてふれている箇所は見当らない。

憲法13条の前段、すなわち「すべて国民は、個人として尊重される」という部分を理解するについて重要なのは、9月16日の貴族院帝国憲法改正案特別会における佐々木惣一議員と金森國務大臣とのやりとりである。

「佐々木惣一 第13条に、『個人として尊重される』と云うことがありますですが、これは矢張りですね、政府の方からちょっとはっきりしたご説明を願いたい。『個人として尊重される』と云う意味は一体どう云う意味でありましょうか。特に憲法は斯う云うように書いてある意味の、その『個人として尊重される』と云う意味ですね。

國務大臣 金森徳次郎『個人として尊重される』と云うことは、結局これだけの意味でありまして、国民と云う言葉が集団的な意味にもつかわれて居りますし、各個人の間人としても国民と云う文字は使われて居ります。この所は集団的ではない、国民と云うものは、国家を構成して居る単位としての人間として大いに尊重されると云う原則をここで声明した訳であります。そう特別に深い意味ではない、この原則の発展として、これから出て来る具体的な規定が生まれて来る、斯う云う風に考えます。

佐々木惣一 これは矢張り国家が国民に対する心構えと云う風に思って居

4) 清水・同上第2巻・153頁。『帝国議會貴族院議事速記録 第90回議會下』73巻（1946年）277頁。

5) 清水・同上第2巻・211-12頁。貴族院議事速記録・同上・228頁。

りますが、それでそれをはっきりしたかったのであります。

国務大臣 金森徳次郎 その通りであります。」⁶⁾

なお、憲法13条の後段についての、同日の次のような両者のやり取りにも注目して置く必要がある。

「**佐々木惣一** 『生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする』と云うこと、これはどうでしょうか、ちょっと御聴きたい。最大の尊重と云う文字が甚だ失礼ですけれども面白くない。国政の上で個人を尊重する、そう云うことに付て個人を尊重すべきである。そのことに付て大いに考慮を払って、立法、その他の国家作用を行うべきものであると云う意味ではないかと思うが、『最大の尊重を必要とする』とあるから、どうも具合が悪い。『個人として尊重される』と同じ文字になるが、文字はどうしても、そう云う意味でありますか。

国務大臣 金森徳次郎 結果に於て、そう云う意味であろうと存じております。ただ考慮すると云うようなことになると、専門家が御使いになる言葉としては、それで十分でありましようけれども、一般的に国民に見せる法と致しまして、左様な専門家的な渉い描写では響きませぬ。そこで政府は、そう云うことは最も尊重してやらなければならぬ。斯う云う気持を現したのであります。」⁷⁾

8月24日、衆議院本会議において行われた、帝国憲法改正案委員会の芦田均委員長による審議経過報告のなかにも、次のような注目すべき箇所が存在する。

「要するに改正案第3章の中には、今後我が国の社会、経済が進むべき現実的方向に付いては何等触れる所がないと云う不満に対しては、政府はそれ等の問題はこの新憲法の下に於て、今後民主政治の過程に於て解決せらるべきものであり、この憲法は諸々の政治原理が相闘うべき共通の基盤、謂わば土

6) 清水・同上第2巻・274頁。

7) 清水・同上第2巻・277-78頁。

俵を提供するものであるとの意見でありました。」⁸⁾

また、裁判所の違憲立法審査権の行使について、国会の最高機関性との関わりで、次のように述べているのも注目に値しよう。

「改正案の意図はイギリス式の議院内閣制を採用するが如くみえるに拘らず、他方には最高裁判所の根源として、憲法に違反する立法に対し審査権を認めるのは、最高機関たる性質に矛盾するのではないかとの質疑がありました。これに対する政府の答弁は、最高裁判所の審査権は、憲法違反と認められる法律の適用を拒否すると云う消極的、制限的機能に止まって居って、常識的には国会が最高機関であることに妨げはないと言うのであります。」⁹⁾

さらには、10月5日、貴族院議院本会議において行われた、帝国憲法改正特別委員会の安倍能成委員長による審議経過報告のなかにも、次のような参照に値する箇所が含まれている。

「これに対して政府は、第三章に於て認めて居る基本的人権の範囲は、第一には広い視野から見て、基本的人権として疑がないと考えらるべきものに付てはこれを率直に採入れ、第二に、現在発達しつつあることは認めるが、未だ内容の定って居らぬものに付ては、今後立法及び行政の指導原理としてその方向のみを認め、そうして第三章には、更に国民の一部に於ては尊重されて居ても、なお今後自由なる論議に依って発達せしめられるべきものに付ては、この憲法に於ては触れずに置くと云う三つの標準に於て取捨を決定したのであって、謂わば将来発達すべきものに対して、一つの安固なる土俵を提供すると云うような意味で立案したと云うような趣旨でありました。なお衆議院の修正も、この本来の標準を逸脱して居るものではないと云う意味に於て同感したと云う答弁を得ました。」¹⁰⁾

ここまでの憲法制定過程の検討——必ずしも十分なものであるとは言えないにしても、当面の課題に対して解答を提示するには十分なもの——から得られ

8) 清水・同上第4巻・474頁。

9) 清水・同上第4巻・474-75頁。

10) 清水・同上第4巻・539頁。

る、当面の結論は次のようになるであろう。憲法11条に謳われている「基本的人権」についての憲法制定者意思は、まさに土井教授が検討した通りであり、日本国憲法第三章に挙げられている基本的人権は例示であり、代表的なものを列挙したのであって、これを以て全部としたのではない¹¹⁾。これは確かなところである。しかしこのことと、憲法制定者が裁判規範となるような新しい人権を裁判官が認定する、あるいは創造することを承認したのか、ということとは別問題である。衆議院および貴族院の本会議および委員会における質疑、およびそれらに対する金森国務大臣の答弁、さらには芦田均衆議院帝国憲法改正特別委員会委員長の審議経過報告、安倍能成貴族院帝国憲法改正特別委員会委員長の審議経過報告から窺えることは、日本国憲法11条および13条を、憲法制定者達は立法や行政に対する訓示的規定ないしは指導原理として理解していたということである。裁判規範としての新しい人権の発展を、憲法制定者が裁判官に委ねた証拠は何ら存在しないのである。先に、私見として、権利（基本的人権と同義）のあり方の多様性を検討すべきであることを提唱した¹²⁾。権利のあり方の多様性とは、すなわち理念としての権利、憲法としての権利、および法としての権利である。このような分類を意識して述べたのかは別にして、両憲法改正特別委員会委員長の経過報告も、金森国務大臣の答弁も、このような分類と符号すると言ってよいように思われる。憲法11条および13条は、理念としての権利の発展を支持し、法として具体的に権利化されることを促しているのである。

なお憲法12条については微妙な問題が存在する。先に紹介した鈴木義男代議士、あるいは高柳賢三貴族院議員の質問においては、憲法13条とともに、それぞれ「まったく立法政策の道徳的約束」¹³⁾、「訓示的規定」¹⁴⁾とされている。

11) 特に、9月5日の貴族院委員会における、金森国務大臣の答弁は注目に値する。清水・同上第2巻・218頁参照。

12) 猪股弘貴「憲法解釈における二つのアプローチ(1)」商学討究47巻1号51頁以下参照。

13) 清水・前掲注3第2巻・145頁。

14) 清水・同上第2巻・212頁。

それに対して、金森国務大臣の答弁のなかに、次のような箇所が存在するのである。

「第10条（憲11条）、即ち先に御答え申し上げました所は、大体に於きまして黒いものは黒い、白いものは白いと云う一つの宣言的規定に過ぎないのでありますが、原案第11条（憲12条）に至りますると、可なり強い意味で、この法律的なる主張が入って居る訳であります。……

それからその次に『濫用してはならぬのであって』、斯う云うことがありますが、この濫用してはならないと云うことは、これは道徳的意味を持って居るばかりではありませぬで、この権利の範囲が濫用してはならないと云う枠で制限せられて居ると云うことを意味して居ります。……で、そのことが若し現実の問題になりますれば、最高裁判所に依って判定せらるるのでありますから、大体に於きまして原案第11条（憲12条）は、ただ教訓的なる規定ではないのであります。非常に重大なる意味を持って居ります。」¹⁵⁾

また、次のようにも述べている。

「そう申し上げますと、それで一応は根本的自由にしながらも、法律を以て制約出来ると云うのであるならば、現行憲法と同じではないかと云う御懸念が起るかも知れませぬが、そうではないのであります。現行憲法に於きましては、法律で定めれば如何様にも定め得るのであります。改正憲法に於きましては、自ら法律の定め得る限界があります。それは第11条（憲12条）等に依って分って居りますように、結局国家の正しい眼で見た所の公益の枠以外の所は、法律で抑制出来ぬと云うことになるのであります。而も斯様な場合にも乱暴な法律が出来て、本来規定し得ざる事項を法律で規定して制限をする虞なしとはいたしませぬ。そこで最高裁判所に審査権を認めて、枠を越えた法律はこれを無効とすると云う途が出来て居る訳であります。曩に私が御答え致しました時に、これは立法権を以ても侵すことを得ないと言いましたが、併しその時にこの憲法の定むる意義を除いてはと云う趣旨を述べまし

15) 清水・同上第2巻・261-62頁。

たのはその意味であったのであります。」¹⁶⁾

このように、金森国務大臣の見解としては、日本国憲法11条および13条と、12条とは明確に区別されており、前者は訓示的規定と考えられていたのに対して、後者は最高裁判所の違憲立法審査権を行使するについての裁判規範となる、法的規定と考えられていたのである。このように金森国務大臣が考えたのは、恐らく、憲法11条から13条までをすべて訓示的規定とした場合、法律の留保が外された日本国憲法下の人権規定が、絶対無制約であると理解されることを回避するためであると推察される。この点については、これを憲法制定者意思としてよいのかについて、なお今後の検討を要するという意味で、留保して置くことにする。しかし、いずれにせよ、日本国憲法11条および13条が、訓示的規定として憲法制定者によって理解されていたことは間違いのないと言ってよい。このことは、私見として先に示した権利（人権）の分類が、戦略としてだけでは

16) 清水・同上第2巻・281頁。

17) それが秘密会であったことにより、その果たした役割について幾分差し引いて検討しなければならないとはいえ、帝国憲法改正案委員小委員会（芦田均委員長）における議論のなかにも参考になるものがある。それは、日本社会党による23条1項（現憲法では25条1項）「すべて国民は健康にして文化的水準に適する最小限の生活を営む権利を有する」という条項の追加提案を巡っての議論である。この提案に対して、芦田委員長は、「幸福追求の権利」が12条（現憲法では13条）で保障されているから、23条1項の追加は不要である等の主張をしたのに対して、社会党の西尾末廣委員は次のように反論している。「12条は追求する権利が保障されて居る。国民の或る部分自身が生命なり、自由なり、幸福を追求する為の色々なる運動、努力、そういうものには最大の尊敬を払う、尊重する、詰まり努力を認める、そういうことなんです」『帝国憲法改正案委員小委員会速記録』114頁。原文は漢字カナ混じり文であるが、現代的用法に改めている。同じく社会党の森戸辰男委員は「彼処（12条）に書いてあったことは一般の原則であら」との発言をしている（同上・116頁）。また、日本進歩党の原夫次郎委員は「森戸委員の出された挿入案というものについては、先ず北君の所謂12条にそれが含まれて居るということは、是は疑いないことであると思うのです。併しながら森戸委員のお話の如く是は総論的な一般の事柄という規定であることは疑いない」と述べている（同上）。社会党案の対案として、日本自由党の廿日出委員が「幸福追求」を「最低生活に対する国民の権利」に改めることを提案しているのも注目される（同上・117頁）。また、後日、芦田委員長からは、「すべて国民は、個人として尊重される」に変え、「個人として尊重され、其の生活権は保障される」とする提案がなされたが（同上・195頁）、森戸委員はこれに反対し、その反対意見のなかで、次のよう

なく、憲法制定者意思からも支持されることになるのであり、原意に即した権利の分類法であると言うことができる¹⁷⁾。

7 原意主義の根拠

原意主義はなぜ支持され得る立場なのであろうか。すでに指摘したように、それは近代社会(国家)の公理である民主主義、すなわち選挙責任のある政策形成と両立可能であるからである。それに対して原意主義と対立する立場である非原意主義は、憲法について、憲法に原理化されたもの以上のものを求め、それに裁判官が依拠することを認めようとするのである。その根拠を、例えば自然法に求めようとするのであるが、しかしそれはそれを信ずる者以外には説得力を持ち得ないのである。またもし誰をも説得することのできるものであるならば、民主社会においては、それは既に法上の権利として通常認知されているはずであり、裁判において、新しい人権として主張するまでもないのである。要するに、非原意主義、さらには非テキスト主義は、説得力のある根拠を示さなければならないにもかかわらず、すくなくとも今のところ、それに成功しているとは言えないのである。証明責任は非原意主義を主張する者の側にあるのである。ここで原意主義が正しいことを裏付ける、さらなる理由を挙げると、それは一般の常識に合っているということである。イリイ教授が Democracy and Distrust の第1章「解釈主義の魅力」において述べているように、「第一に挙げるべきことは、法とは何であり、それが働らく方法についての、われわれの通常概念に、解釈主義はより適しているということである。」¹⁸⁾ このことは、アメリカ合衆国においてだけ言えることではなく、わが国においても妥

に述べている。「12条は一般的、総論的なものであって、個人の尊重、生命、自由、幸福の権利というようなことが記されており、以下の各条においてそれは具体的形形で規定されて居る」(同上・195頁)。芦田委員長が執拗に12条に組み込むように主張するのであるが、社会党の鈴木義男委員は、「立法の体裁から言っても、12条の最初の1項は倫理的要求」であり(同上・197頁)、生命、自由および幸福の追求は「抽象的規範」であるとして(同上)、その主張を退けている。

18) ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST 3 (1980).

当する。ただし、私見においては、既に述べたように、原意主義を貫いた場合に起こり得る不都合をさけるために、解釈方法を二分し、法解釈においては(憲法解釈ではなく)、柔軟な解釈方法を採用する余地を許めるべきであるとしたが、これは民主主義に反するものではないことから、一般常識にそぐわない面があるとは言え、許容されてしかるべきである。

8 どのような原意主義が正当なのか

それでは、どのような原意主義が、日本国憲法の解釈としては、妥当なのであろうか。まずバーガー教授のような意図主義の原意主義は、憲法制定者の意図(intent)を探るといってほとんど不可能な事を強いるものであり、採用することができない¹⁹⁾。法の制定、とりわけ憲法条項の制定は、一般に、個別事例の解決のためになされるというよりは、一般原理(principle)の設定のためになされるのであり、憲法制定者の原意としては、憲法化された原理を考えるべきである²⁰⁾。このように原意主義を考えると、プレスト教授による分類を嚆矢として²¹⁾、さらに、厳格な(strict)原意主義と、緩やかな(moderate)原意主義とに二分される。原意主義の代表であるボーク元判事は、これらのうちの厳格な原意主義に属すると言えよう。それに対して、ペリー教授は緩やかな原意主義を支持している。また、既にふれたように、プレスト教授は結局非原意主義を支持するのであるが、緩やかな原意主義を、憲法判断の方法として非常に賢明な策であると述べているのである²²⁾。ペリー教授が縷縷述べているように、憲法化された原理としての原意の、言語としての不確定性、歴史の不確定性故に²³⁾、一般論として、緩やかな原意主義が妥当なのである。とりわけ日本国憲法の解釈方法として、以下のような理由から、緩やかな原意主義が妥当すると言えるのである。

19) 猪股・前掲注12・53頁参照。

20) 同上。

21) 同上・63頁以下参照。

22) 同上・66-7頁参照。

23) 猪股弘貴「憲法解釈における二つのアプローチ(3)」商学討究47巻4号103-5頁。

まず第一に、日本国憲法が占領初期の混乱した状況において制定されたことから、国民に対しても、議員に対しても正確かつ十分な情報・知識が提供されていなかったことである。占領中の検閲をあげるまでもなく、国民に十分な情報が提供されていなかったのであり、活発な議論が展開されてはいなかったと言わざるを得ないのである。第90回帝国議会における審議は、その議事録を見ればわかるように、予想外に活発に議論され検討されていたのであるが、秘密会にされたり、占領中であることからくる諦めが議員の中にあつたことは否定できない。GHQによって大きな枠がはめられていたのであり（それは結局ポツダム宣言を受諾し、無条件降伏したことからくるものであり、押し付けられたというよりは同意したものであるが）、それによって日本国憲法において原意主義を採用することができないとか、ましてや日本国憲法を無効にするものでは決してないが、限界が存在し、確固たる原意は形成されなかったと言わざるを得ない。このことは、日本国憲法の解釈方法として、緩やかな原意主義を妥当とすることになるのである。

第二に、日本国憲法の制定過程は大きく分けて、GHQによる草案の作成、政府（内閣）による原案の作成、および議会における審議の三つに分けられるが、それぞれがばらばらになされ、このことは、原意の確立を不十分なものにしたのである。草案ではホイットニー准将を局長とする民生局が、政府原案では入江俊郎を局長とし佐藤達夫を次長とする内閣法制局が、議会審議においては政府代表としての金森徳次郎と各議員が主体となっているが、それぞれの思惑がばらばらであり、一貫した、統一した意思の流れを日本国憲法に見出すことを困難にしているのである。繰り返し述べてきたように、私見の支持する原意主義においては、審議過程が重視されなければならないのであるが、原意を検討するには全過程を視野に入れなければならないが、政府（金森国務大臣）と議員とのやりとりの断片だけを取り出し、それを原意とすると、誤りに陥る恐れがあることは言うまでもなからう。

第三に、憲法制定者の意思も、緩やかな原意主義を支持しているのではないかということである。この点で、7月22日の衆議院委員会における、次の質疑

と答弁が注目される。

「**原建三郎**（日本自由党） 裁判所がこれは違憲であるとか違法であるとか判決する場合に、果して金森國務大臣及び政府の答弁が参考されるのであるかどうか。私共は疑うものであります。若しそう云う答弁や何かが参考にされないとするならば、少くともこの憲法の各条項の文字の法律的解釈のみに依って判断しなければならぬと云う結論になるのであります。若しそう云う、憲法の各条項の法律的解釈に依って判断を下すと云うことになるならば、少くともこの憲法には日本伝統の道德に反し、淳風美俗に反するのではないかと非常に懸念される条項もあるのであります。その点をはっきり御聴きしたいのでありまして、それに依って我々の修正する態度も決定されると思うのであります。金森國務大臣の答弁なり、その他同政府の答弁と云うものは将来この憲法解釈の上に最高裁判所なりその他の場合に於て相当斟酌されるものであるか、されないものであるか。されないものであるとするならば、斟酌されるようにする積りであるかどうか。その点を御聴きしたいのであります。

國務大臣 金森徳次郎 裁判所は法律を、或は、憲法を客觀的に見て判断するものと思つて居りますから、私共がここに申あげて居りますことは、裁判所へいきますれば、裁判所を制限する意味を持たないことになるものと思つています。」²⁴⁾

この質疑・応答は大いに興味が引かれるところである。原議員の質疑の中に込められた見解というのは、テキストに勝る憲法制定者意思の主張であり、非テキスト主義であり、その根拠を憲法制定者意思、すなわち原意に求めるものである。テキストに反する憲法制定者意思というのは、本来矛盾したものである。なぜならば、これを認めると制定者の意思に反したテキストを制定したということになり、自己矛盾を生ずることになるからである。従つて、本来テキスト主義は原意主義を包摂することになるのが自然であるが²⁵⁾、日本国憲法の場

24) 清水・前掲注3第3巻・567頁。

25) この点で、テキスト主義のなかに、さらに原意主義と非原意主義を分類するベリ－教授の見解が参考になる（猪股・前掲注23・98頁以下参照）。

合には、GHQ草案を解釈(さらには修正)して政府原案にしたという事情から、原議員のような、いわば原意主義に基づく非テキスト主義の主張にも成立の余地があると言えよう。一方、これに対する金森国務大臣の答弁であるが、この部分だけを取り出せば、一見、原意主義を否定しているようにも読める。しかし、そう考えるべきではなく、極めて常識的な答弁として理解されるべきであろう。というのは、原議員が主張しようとしていると思われる、「テキストに勝場合もある憲法制定者意思」を金森国務大臣の立場としては認め難いからである。もしこれを認めてしまうならば、日本国憲法のテキストではなく、金森国務大臣自身、さらには時の政府自らが日本国憲法そのものになってしまうからである。この答弁の中に現れている金森国務大臣の見解は、テキストを離れて、裁判官に憲法創造的機能を認める非テキスト主義を否定するとともに、また厳格な原意主義を否定する、テキスト主義そのものの主張であると言えよう。また、テキストを読み解くに際して、質疑応答を参考にすることを決して否定しているものではないと言えよう。結局、憲法解釈の方法についての憲法制定者意思は、ほとんどテキストそのものを解釈の中心に据える、極めて緩やかな原意主義であると言って間違いないであろう。以上の三点から、日本国憲法の解釈方法として、緩やかな原意主義が支持されることになる。

原意主義が即司法最小主義、すなわち司法消極主義でないことは、既にペリー教授によって指摘されているが、これは支持され得る立場である。従って、原意主義に立脚する場合にも、さらに司法積極主義と司法消極主義があり得ることになる。ましてや、緩やかな原意主義においては、どちらを支持するかの選択は、非常に重要な意味を有する。なぜならば、緩やかな原意主義においては、多くの場合憲法制定者意思がそのまま憲法問題の解決をもたらすものではないことから、むしろ司法積極主義によるか、あるいは司法消極主義によるかが、憲法解釈における決定要因となる場合が多いからである。

それでは、司法積極主義か司法消極主義か、日本国憲法の下においてどちらが支持し得る立場なのであろうか。この問いに対して一般的な解答を述べることは困難である。というのは、まず、日本国憲法の制定過程を検討してみると、

憲法制定者は「生きた憲法 (living constitution)」の考え方を否定しているどころか、それを認めているのであるが、憲法を発展させる役割を、司法にではなく、立法や行政などの政治過程に委ねていると考えられるからである。衆議院帝国憲法改正特別委員会委員長であった芦田均はその報告演説の中で「今後我が国の社会、経済が進むべき現実的方向に付ては何等触れる所がないと云う不満に対しては、政府はそれ等の問題は此の新憲法の下に於て、今後民主政治の過程に於て解決せらるべきもの」とし、「最高裁判所の審査権は、憲法違反と認められる法律の適用を拒否すると云う消極的、制限的機能に止まって居って、常識的には国会が最高機関であることに妨げはない」と述べている²⁶⁾。また金森國務大臣はその答弁の中で、「この憲法は要所要所に、謂わば大黒柱とも云うべき法律的の杭を確り打ち込みまして、その周りの影響は政治的に解決する。即ち立法の手段、行政の手段を以て漸次これを拡充して行きますれば、必要なる、この国家の政治の基本と云う、憲法の目的は達成し得られる」と述べているのである²⁷⁾。しかし、一方、憲法上の権利としての人権を保障しているということは、そもそも少数者を保護するための裁判所の役割に期待が寄せられていると言えるのである。いわゆる統治機構の部分について見てみると、立法と行政との関係、すなわち政治過程に積極的に介入せず、政治過程そのものに解決を委ねるべきであると考えられることもできる。しかし他方では、どちらかを裁判所が支持しても民主主義には反しないことから、積極的な介入を容認することができるし、司法の権限に関する場合には、人権について述べたのと同様の理由によって、積極的な立場の擁護も可能なのである。

このように、積極主義か消極主義か、一般的にどちらが妥当かを述べることは困難である。とはいえ、以下の三点については、支持することができよう。まず第一は、原意として示されている場合には、それに従うということである。例えば、憲法26条のように「法律の定めるところにより」と規定されている場

26) 清水・前掲注3第4巻・474-75頁。

27) 同上第2巻・161頁。

合には、人権の保障がいわゆる法律の留保型であるということになる²⁸⁾。また、日本国憲法22条1項、さらには29条2項において「公共の福祉」による制約をことさらに規定していることは、広汎な立法裁量を認めている趣旨と解される。次に、民主主義を補強するような権利保障については、司法の積極的な関与が許されよう。この点で注目されるのが、J・H・イリイ教授の代表補強のアプローチであり、参考になるとともに、支持することができるのである。すなわち、政治的表現の自由は民主主義という公理、ないしは社会の基本的価値と密接不可分なのであり、また平等権（ないしは原則）は、民主社会の基本的前提をなすのであり、これらの権利・自由の保障について、裁判所にはとりわけ積極的であることが要請されているといえるのである。第三に、民主的な正当性を有している機関（立法および行政）内部の、あるいは機関同士の争いについては、具体的付随的違憲審査制のもとでは、そもそも判断の対象になりにくいのであるが、たとえ憲法判断し得るとしても、例えば統治行為として、憲法判断を控えることも許される場合がある。とはいえ、裁判所が積極的であるべきか消極的であるべきかは、具体的な時代状況において、個々のケースに基づいて判断されるべきであって、一般化することは困難であると言わざるを得ないのである。

9 先例拘束性の原理との両立可能性

本稿を終えるにあたって、解決しておかなければならない、一つの重要な課題が残されている。それは、裁判所、とりわけ最高裁判所の判決に、先例としての拘束力、英米法で言うところの *stare decisis* が認められるか否かという問題である。この問題の解決は困難であるとはいえ、重要である。なぜならば、憲法判例によって組み立てられている現実の憲法秩序が、憲法の原意に従っている保障はないのであり、理念と現実の溝をどのようにして埋めるのかは、極めて重大な問題だからである。

実は、この点についての事情はアメリカ合衆国においても同様なのであ

28) ただし、もしこの規定が、戦前におけるような教育についての命令主義を否定する趣旨につけるのなら、別の考え方もあり得る。

り²⁹⁾、違憲立法審査権の行使について歴史が古いアメリカではそれだけ問題が深刻である。これまで繰り返し述べてきたように、原意主義者にとって、憲法とは、憲法制定者が憲法化した原理である。裁判官はそれに従って裁判をすべきことになる。しかし、先にふれたように、実際の憲法判例から作られている憲法秩序は原意と矛盾している場合がある。例えば、アメリカ合衆国憲法の原意に反している、紙幣³⁰⁾や連邦政府への権力集中の現象³¹⁾が、実際には通用しているのである。アメリカ合衆国において、先例拘束性の原理 (doctrine of stare decisis) は、完全無欠のルールであると言われることが多い。しかし、ボーク元判事が述べているように、それはそうではないし、そうであったこともないのである³²⁾。わが国でもよく知られている例としては、Brown v. Board of Education 事件判決がある³³⁾。この判決は、Plessy v. Ferguson 事件判決において述べられ³⁴⁾、58年間維持された、人種における分離すれど平等 (separate but equal) を違憲であるとして覆し、今日まで生きているのである。このような例は、古いか新しいかにかかわらず見られることであり、毎年連邦最高裁は数多くの先例を覆しているのである³⁵⁾。このことは、とりわけ憲法の分野によく見られる現象であり、正しくない憲法判例を憲法修正の手續

29) See Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 COLUM. L. REV. 723 (1988).

30) 1870年の *Hepburn v. Griswold* (75 U. S. (8 Wall.) 603 (1870)) において、連邦最高裁は、負債に対する法貨として紙幣を発行することは違憲であるとしたが、1871年の *Legal Tender Cases* (79 U. S. (12 Wall.) 457 (1871)) において、この判決は破棄された。

31) モナハン教授は、*Wickard v. Filburn*, 317 U. S. 111 (1942) と *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U. S. 1 (1937) の、ニューディール政策の規制を支持する両判決は、19世紀的州中心の連邦制から、連邦政府中心の連邦制へのパラダイムの転換を決定付けた最終局面の判決として重要であるという (Monaghan, *supra* note 29, at 732-33)。

32) R. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA* 157 (1997). Monaghan, *ibid* 741-43. Maltz, *Some Thought on the Death of Stare Decisis in Constitutional Law*, 1980 WIS. L. REV. 494-96.

33) 347 U. S. 483 (1954).

34) 163 U. S. 537 (1896).

35) See Maltz, *supra* note 32 at 494 Appendix.

によって正すことは非常に困難であるという事情からであると言われている³⁶⁾。

それでは、原意主義を主張する者は原意と矛盾する判決を、常に正すように主張しなければならないのであろうか。この点で、バスハム教授は、原意と矛盾する連邦最高裁の判決にほとんど重きを置かない、強い原意主義者 (strong originalist)、例えばバーガー教授³⁷⁾やエプステイン教授³⁸⁾と、先例により重要な力を認める、弱い原意主義者 (weak originalist)、例えばレーンキスト連邦最高裁長官³⁹⁾やボーク元判事⁴⁰⁾とに二分類している⁴¹⁾。しかし、あくまで原意主義を貫き通すことは、非現実的であるとの誇りを免れないであろう。このことは、「たとえ南北戦争の直後には適切な判決であったとしても、今日裁判官が紙幣は違憲であると判示したならば、彼には調査官 (law clerk) ではなく後見人 (guardian) が必要であると誰しも思うであろう」⁴²⁾ことを考えてみただけで理解できる。問題は、裁判官は、どのような場合に先例によって拘束され、どのような場合に先例に拘束されないのかを、明確にしておくことである。アメリカ合衆国において、この問題についての解答は多種多様である⁴³⁾。本稿では、バスハム教授によって weak originalist に分類されているが、原意主義の主唱者と見なされている、ボーク元判事の見解を見てみることにしよう。

36) See R. BORK, *supra* note 32 at 156.

37) See R. BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY (1977).

38) See R. EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN (1985).

39) Payton v. New York, 445 U. S. 573 (1978) 事件の反対意見において、レーンキスト連邦最高裁長官は、次のように述べている (*id* at 621)。「連邦最高裁は、近年、修正4条の原意について重大な誤りを犯してきたけれども、これらのルールのうちの一つかは、今や定着した法として受け入れなければならない。」

40) See R. BORK, *supra* note 32 at 155-59.

41) See, G. BASSHAM, ORIGINAL INTENT AND THE CONSTITUTION 22 (1992).

42) R. BORK, *supra* note 32 at 155.

43) ウォルフエ教授は、その著書のなかにおいて、同じ原意主義に立ちながら、両極端な学説として、正しくない先例に従うべきではないとする、ノースウエスタン大学のローソン教授を (See Lawson, *The Constitutional Case against Precedent*, 17 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 23 (1994)), 先例に重きを置く、コロンビア大学のモナハン教授を (see Monaghan, *supra* note 29), 紹介・検討している (WOLFE, HOW TO READ THE CONSTITUTION 176-79 (1996))。

ボーク元判事は、先例に従うこと、すなわち先例拘束性の原理は鉄壁のルールであると思っている者が多いが、それはそうであったことはないという。憲法判例を覆すことは日常茶飯事であるが、次の二点に注意を要するという。まず、下級裁判所には、連邦憲法について連邦最高裁が述べていることを無視する、フリーハンドは与えられていないということである。なぜならば、このことを認めたならば、控訴裁判所が連邦最高裁判所の諸判決に従うことを拒否し、地方裁判所が上訴裁判所の命じていることに従わないという、法システムにおけるカオス状態を招くことになるからである。次に、最高裁判所が一旦述べたことは、紙幣についての事件に見られるように、単に連邦最高裁判所がそう述べたということではなく、それを基に国家が形成されたことの故に、後戻りできないことがあり得るということである⁴⁴⁾。

先例の扱いについて、アメリカ合衆国の憲法典から引き出すことができるものについては矛盾が認められる、とボーク元判事は述べる。すなわち、憲法6条の最高法規条項は、先例を抜きにした、合衆国憲法と制定法を最高法規にしているように読める。一方、憲法3条によれば、司法権は最高裁判所と下級裁判所に属させているが、憲法の批准の時点において、司法権にある程度先例を尊重する義務を負わせていたことが知られているのである。このことがどうであれ、二度目に問題を審査する裁判官は、初めてそれを審査する裁判官よりも、常識からいって、自由度は低くなる、低くなるべきなのである。すべての法分野におけると同様に、憲法においても、安定性 (stability) には絶大な価値が置かれる。政府は自らの権能は何かについて知っている必要があり、市民は彼らの権利について知っている必要があり、どちらの予測も軽々に覆されてはならないのである⁴⁵⁾。

先例が尊重される場合と、無視され、覆される場合について、今日確立された法理は存在していない、とボーク元判事は述べる。とはいえ、これは重要な問題であり、今日の憲法秩序は原意に従っていないことから、原意主義を信奉している裁判官にとっては、とりわけ重要である。先例の扱いについて、法理

44) R.BORK, *supra* note 32 at 155-57.

45) *Id* at 157.

と呼べるものではないとしても、先例に従うべきか、あるいは覆すべきかの問題に直面した時に、考慮すべき諸要因を示すことは少なくとも可能である。まず、言うまでもなく、裁判官が直面している問題を支配すべきものとされている憲法判例が誤っていないなら、何ら問題はない。このような判断を下すについて、規定が批准されてから2、30年以内に裁判所によって示された先例はとりわけ尊重に値する。なぜならば、この時期、裁判官が憲法の原意について、勝る知識を持っていたと推測されるからである。また、誠意を持って原意を見極めようとした先例には、そうではないものよりも敬意が払われなければならない。次に、もし以前の判決が間違っていると結論付けたとしても、裁判官はさらなる問題に直面する。というのは、その問題についての先例が明らかに間違っていると、国民生活に深く組み込まれ、社会に広く受け入れられ、個人や機関の私的・公的予測にとって非常に基本的であるならば、現段階において結果は変えられるべきではないからである。従って、紙幣を合法化する判決だけではなく、通商、課税および支出についての連邦議会の権能に基づき、ニューディールや「偉大な社会（Great Society）」のプログラムを有効なものにしている諸判決を覆すには、あまりにも遅きに失するのである。これらの判決を覆すことは、これまで政府が行ってきたことを覆すことであり、われわれ国民をカオス状態に陥らせることになる。このようなことをしようとは、いかなる裁判官も夢想だにしないであろう。それに対して、ロックナー判決⁴⁶⁾に代表される一連の判決を覆すのに、遅いということにはなかった。なぜならば、それらは政府の権能に対する正当化され得ない制限であり、経済問題についてさらなる規制を加えることを認めても、いかなる重大な混乱をも生じさせなかったからである。同様に、Roe v. Wade⁴⁷⁾を含むプライバシーの権利を覆すことも遅くはない。というのは、国の多くの場で受け入れられないままであり、司法による規制と立法による規制の復活とは互換可能だからである⁴⁸⁾。

46) Lochner v. New York, 198 U. S. 45 (1905).

47) 410 U. S. 113 (1973).

48) R. BORK, *supra* note 32 at 157-58.

たとえ明らかに誤っていても、判決が国民生活に深く組み込まれているが故に、覆されるべきではないということは、そこで述べられている原理が将来においても従われなければならないことを必ずしも意味しない、とボーク元判事は述べる。連邦議会の通商、課税および支出の権能の拡大は、それを正当化するための説明をするについては限界にきており、これ以上拡大する余地はほとんどない。それらを覆すことはできないが、それらに関連する領域に限定することはできるのである。Griswold v. Connecticut 事件判決⁴⁹⁾を覆す現実的な意味はない。というのは、結婚している夫婦による避妊具の使用に対して、裁判所は刑を科すことを望んではないので、グリズウォルド判決を覆すことは重要ではない。しかし、このことは、ロー判決が覆されるべきではなく、グリズウォルド判決によって創造された、プライバシーという見せかけの権利によって制定法が無効にされ続けるべきであることを意味しない。グリズウォルド判決は、一連の誤った判決を生み出しながら生成力を持ち続けてきたし、連邦裁判所に一連の、新たな、正当化され得ない主張を持ち込ませることになるであろう。もし最高裁判所がそれを再び適用しないことを明らかにしたならば、主張の流れは徐々に小さくなり、最終的には消え失せてしまうであろう。また、Shelley v. Kreamer⁵⁰⁾のような判決は、それを引き継ぐ判決を生み出さなかったし、おそらくこれからも生み出さないといいよう⁵¹⁾。

覆されるべきか、覆されるべきではないか、ボーク元判事が述べる個々のケースについて論評するのは、別の機会にすることにしよう。ここで確認しておきたいことは、アメリカにおいて、原意主義者の中に、先例の扱いについて、ほとんど無視する見解から、強い拘束力を認める見解まで種々存在すること、原意主義の代表的存在であるボーク元判事においては、たとえ原意に反する判決であるとしても（誤った判決であるとしても）、すべて覆されるべきであると主張するのではなく、その判例が国民生活に深く組み込まれ、社会に広く受け

49) 381 U. S. 479 (1965).

50) 334 U. S. 1 (1948).

51) R. BORK, *supra* note 32 at 158-59.

入れられ、個人や機関が私的・公的予測をするについて非常に基本的なものであるならば、現段階において結果は変更させられるべきではない、と主張していることである。また、先例とされている判決自体から生み出されている結果を覆すことは否定するが、それ以上の生成力を否定する扱い方を示しているのも、個々の事例について述べていることに賛成するか否かは別にして、注目に値する。

それでは、先例拘束性の原理について、わが国ではどのように考えるべきであろうか。この問題は非常に重要であるが、難しい問題であり、ここで軽々に扱えるものではない。本格的な検討は別の機会に試みることにしたい。とはいえ、原意主義を主張するからには、合わせて先例の拘束力をも主張しなければ、説得力を持ち得ないと考えていることから、不十分ながらもふれることにしたい。

わが国でのこれまでの議論のされ方は、先例は「法源」であるか否か、先例の拘束力は「法律上の拘束力」か「事実上の拘束力」かというものであった。佐藤幸治教授は「判例」は法源であり、「法上の拘束力」をもたされるべきであると主張している⁵²⁾。そして、憲法判例として拘束力を持つのは、「憲法判決中の ratio decidendi の部分、すなわち、法律等の合憲・違憲の結論それ自体ではなく、その結論に至る上で直接に必要とされる憲法的理由づけ（規範的意味づけ）である」⁵³⁾とし、ただし憲法判例も「一定の合理的理由の存する場合に最高裁判所(大法廷)自身による変更を受ける」⁵⁴⁾ことを認めている。これに対して、通説は、法源であることを否定し、先例の拘束力は「事実上の拘束力」であるとしている⁵⁵⁾。この論争について一言するならば、判例(先例となる判決という意味での)は、制定法と同じ意味での法では決してあり得

52) 佐藤幸治・憲法訴訟と司法権(1984年)279頁。同・現代国家と司法権(1988年)386頁。

53) 佐藤・現代国家と司法権356頁。

54) 同上・360頁。

55) 中野次雄編・判例とその読み方(1986年)15頁以下、田中英夫・法形成過程(1987年)69頁、芦部信喜・人権と憲法訴訟(1994年)177頁以下参照。

ないのであり(少なくともわが国では)、問題は判例は後の裁判を拘束すべきか否かである。それを認めるとしても、それを「法」と呼ぶか否かは定義の問題なのである。高橋一修教授は、「これは、『強い』『弱い』と言えはすむものを、『事実上の』『法律上の』という概念をもうけ、拘束力の性質の差異を探るという問題の立て方からもたらされた」⁵⁶⁾のであり、「事実上の拘束力」「法的拘束力」という使い方は廃棄したほうが良いとするが、的を射た提言と言えよう。

日本国憲法76条3項は、裁判官は「この憲法及び法律にのみ拘束される」としているが、先例の拘束力にふれるところがない。また、わが国の司法権がアメリカの影響を受けていると言っても、そのアメリカにおいても、先に瞥見したように、判例および学説ともに不定形である。法律を見ても、裁判所法4条が述べている上級審の裁判の拘束力は「その事件について」のものであるし、同法10条3号は最高裁判所の判例変更に関わるものについては大法廷を開くことを要求している規定であり、判例の拘束力そのものについて述べているものではない。全農林警職法事件判決⁵⁷⁾や尊属殺重罰規定違憲判決⁵⁸⁾を挙げるまでもなく、わが国の最高裁判所は実際に判例変更を行っているが、判例の拘束力はどの程度なのか、どういう場合に判例変更がなされるのかについて、系統立った説明はなされていないのである。

それでは、わが国において先例拘束性は、原理として認められるべきであろうか。この点は積極的に解すべきであろう。佐藤幸治教授は、「司法過程が法創造的であることは否定すべからざる事実であるとしても、民主制において何故に司法権の独立が許容されるのか、その条件は何か、という基本的な問題も先例法理は関係している」⁵⁹⁾と述べている。また、A・コックス教授は、そ

56) 高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編・講座憲法訴訟第3巻(1987年)157頁。さらに、樋口陽一「判例の拘束力・考」佐藤功先生古稀記念・日本国憲法の理論(1986年)675頁以下。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」高柳信一先生古稀記念編集・現代憲法の諸相(1992年)197頁以下参照。

57) 最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁。

58) 最判昭和49年9月26日刑集28巻6号329頁。

59) 佐藤・憲法訴訟と司法権271頁。

の著書の中で、次のように述べている。

「憲法判断を先例その他の一般に承認された法源に関係づけることのできる原則によって公正に理論的説明ができることは、法律家の伝統によれば、最高裁が承認と支持を集める力の本質的な主要要素である。裁判所の判決の場合、正当性の力は、判断に働いた主要な影響力が個人的命令ではなく、裁判官も訴訟当事者もともに拘束する原則であり、しかも今日だけではなく昨日・明日の人々にすべてひとしく適用される原則である、という認識によるところが大きいと考えられている。」⁶⁰⁾

このことは、アメリカにおけるとわが国におけるとで異同はない。さらに、先例拘束性の原理が支持される実質的根拠として、田中英夫教授および高橋一修教授によって挙げられている、公平・平等の要請がある⁶¹⁾。一旦判決がなされると、後に同種の事件が発生した場合には、裁判所は同じ解決を与えるべきであるとの要請が生じるのである。このことと関連して、安定性 (stability)、継続性、予測可能性の要請が挙げられる。ポーク元判事が述べているように、国民の生活に深く組み込まれ、社会に広く受け入れられ、個人や機関の私的・公的期待にとって基本的であるならば、結果は変えられるべきではないのである⁶²⁾。「政府はその権能を知っている必要があるし、市民は彼らの権利を知っている必要がある。いずれについても期待は軽々に覆されるべきではない」⁶³⁾のである。先例拘束性の原理は、原意主義にとりわけ重要である。確かに、原意主義をあくまで貫き通し、原意に反しているのであれば、判例の変更を求めていくとの立場、バスハム教授が言うところの強い原意主義の立場も存在する。しかし、紙幣の例を挙げるまでもなく、原意主義を貫き、判例変更を求めると、あまりに非現実的になることがあることは否定できない。このことは、わが国におけるよりも、アメリカにおいてあてはまることではあろうが、先例

60) A. コックス (芦部信喜監訳)・最高裁判所の役割 (1979年)170頁。

61) 田中・前掲注55・5頁, 高橋・前掲注56・159頁参照。

62) R. BORK, *supra* note 32 at 158.

63) *Id.* at 157.

拘束性の原理は、原意主義の非現実性を緩和するという非常に重要な役割を果たすのである。先例拘束性の原理は、原意主義を実際に採用可能な考え方にし、しかもそれ自体十分な存在根拠を持つものである。

それでは、拘束力を持つ「先例 (precedent)」とは何か。この問題にここで深く立ち入ることはできず、詳しくは将来の課題としたいが⁶⁴⁾、二点述べておきたい。まず第一点は、最高裁判所の判決と下級裁判所の判決とは区別されなければならない、先例となり得るのは原則として前者のみであるということである。「判例の形成について、上級審の判例と下級審の判例を戴然と区別する考え方には、賛成しかねる」⁶⁵⁾との見解も存在する。しかし、それは最高裁の権威などと言うものでは決してないが、またボーク元判事のように法システムがカオス状態になるとまで言うのは言い過ぎであるとしても⁶⁶⁾、組織として最高位にある機関の判断が尊重されるのは当然であるし、最高裁 (大法廷) に判例を統一する役割が担わされていることは、裁判所法10条の規定からも言えることである。なお、裁判官には独立性が認められているわけであるから、先例を否認する相応の理由がある場合には、それを示した上で、異論を主張する自由が下級裁判所の裁判官にも認められるべきである⁶⁷⁾。この点で、有倉博士が「下級裁判所が最高裁の判例に濫に異を立てることは正当な態度とはいえない……。問題は、最高裁の『判断と異なる見解をとるのを相当とするような特段の事情が認められる』かどうかを憲法や良心にしたがってきびしく検討した上での結論であるのかということである」⁶⁸⁾と述べているのが参考になる。また、下級審限りの判断で終了し、未だ最高裁の判断が下りていない判決、例えば「宴のあと」事件⁶⁹⁾や恵庭事件⁷⁰⁾の諸判決は、先例としての価値は割

64) この点について、さしあたって、田中・前掲注55・33頁以下参照。

65) 同上・7頁。

66) See R. BORK, *supra* note 32 at 156-57.

67) 芦部・前掲注55・214頁。

68) 有倉遼吉・憲法における判例の意義 (1979年) 22頁。

69) 東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2317頁。

70) 札幌地判昭和42年3月29日下刑集9巻3号359頁。

り引かれなければならない。第二に取り上げておきたいのは、先例となる部分をレイシオ・デシデンダイ (ratio decidendi) に厳格に限定して考えなければならないのかということである。この点を肯定する憲法学者の見解として、佐藤幸治教授の見解がある。佐藤教授は、「憲法判例としての拘束力をもつのは憲法判決中の ratio decidendi の部分、すなわち、法律等の合憲・違憲の結論それ自体ではなく、その結論に至る上で直接に必要とされる憲法的理由づけ(規範的意味づけ)である」⁷¹⁾とし、「先例性を ratio decidendi に限定するのは、司法が抽象的法規範の定立ではなく事件の処理を本来の任務とするものであること、事件の真の争点に即した法準則が最も信頼に足るものであること、かくすることによって裁判のコントロールが可能となること、に基づく」と述べる⁷²⁾。レイシオ・デシデンダイと傍論の区別は、田中英夫教授の研究によって明らかにされているように、グッドハート教授によって提唱され⁷³⁾、わが国では高柳賢三博士⁷⁴⁾や内田力蔵博士⁷⁵⁾によって紹介され、広まったのであった。グッドハート教授がこのような学説を提唱したのは、イギリスにおいて1966年に厳格な先例拘束性の原理が緩和されたが⁷⁶⁾、それまでほとんど絶対と言える先例の拘束力が通用していた時代状況があったとして、田中教授は次のように述べている。

「周知のように、イギリスはきわめて厳格な先例拘束性の理論をとっている。その結果、いったん最高の裁判所である貴族院の判例が出れば、その点についての法の変更はもはや裁判所の手の及ばぬところであるとされ、立法による法改革をまつほかはないとされるのである。イギリスの国会は、かなりタイムリーに、立法による法改革を行っているといつてよいが、常にそうであ

71) 佐藤・現代国家と司法権356頁。

72) 佐藤・憲法訴訟と司法権279頁。

73) See Goodhart, *Determining in the Ratio Decidendi of a Case*, 40 YALE L. J. 161 (1930).

74) 高柳賢三・法源理論 (1938年) 104頁。

75) 内田力蔵「イギリス判例法における『レイシオ・デシデンダイ』の決定について」ジュリスト97号 (1956年)。

76) 田中・前掲注55・62頁以下参照。

るわけではない。もし判例の変更が許されれば、もっと早い機会に法の改革が行われたであろうと思われる場合も、決して少なくはない。そういう事情のもとで、判例による法創造の余地を残しておくためには、先例に厳格に拘束される領域を少なくしておかなければならない。拘束力をもつレイシオ・デシデンダイの分野を小さくしておき、あとは傍論だから、これに従うかどうかは自由であるとしておくことが必要なのである。

グッドハートの論文は、まさにこのような効果をもつものであり、判例法理論はかくかく『である』というのではなく、こうある『べきである』という解釈技術を提示した実践的な呼びかけであるとみるべきであろう。⁷⁷⁾

実践的な解釈技術としてみた場合、判例変更が認められ、行われてもいるわが国において、レイシオ・デシデンダイと傍論の区別が必要か否か、必要であるとしてどのような区別の方法が妥当なのか、これらは今後の課題とせざるを得ない。とはいえ、グッドハート教授が説いたようなレイシオ・デシデンダイの考え方を、わが国の場合に拘子定規にあてはめるのは妥当ではないであろう⁷⁸⁾。

それでは、どのような場合に判例変更がなされるべきか。この点について、法理と呼ぶべき基準を提示することは困難である。とはいえ、原意主義の立場から、一般的な原則とその後考慮すべき諸要因を提示することは可能であろう。まず、言うまでもなく、誤っていない判例を変更する必要はない。問題は、原意との関係から、誤っているととしても、それは即判例変更には繋がらないことから生ずる。誤っている場合、判例変更するか否かは、原則として、維持することによって得られる利益と変更することによって得られる利益との比較衡量によって決定されると言えよう⁷⁹⁾。そして衡量する際には、様々な角度から検討されなければならないが⁸⁰⁾、第一に注目しなければならないのは、その

77) 同上・77頁。

78) 同上・97頁以下参照。

79) 佐藤・現代国家と司法権369頁参照。

80) See WOLFE, *supra* note43 at 182-86.

判例から引き出される法命題がどれだけ深く社会に組み込まれ、定着しているかである。なお、一般論として、全員一致の判例は安定しており、例えばアメリカの連邦最高裁にしばしば見られるように5対4の僅差の判例は不安定であると言えよう。第二の要素は、原意に反している判例（反原意的判例）なのか、原意が存在していない、あるいは原意を拡張している判例（付加原意的判例）なのかということである。後者の判例よりも、前者について、原意主義の裁判官は判例変更に踏み切る場合が多いといえよう。では、それが憲法判例なのかそれより下位の法についての判例なのかによって、判例変更をするについて差異があるのであろうか。この点について、ボーク元判事は、誤った憲法判例を正すには、憲法改正という困難な手続を必要とすることから、憲法判例の変更がアメリカにおいて日常的になされている事実を指摘している⁸¹⁾。しかし、このことはそうあるべきだということにはならない。なぜならば、憲法判例の変更が実質的に憲法改正に匹敵するならば、それはより慎重であるべきことを要請するとも言えるからである。

「判例による法形成」を否定する者は、今日ほとんどいないであろう⁸²⁾。法創造説の勝利⁸³⁾、これは紛れもない事実であり、これに異を唱える者は僅かであろう。しかし、このことを憲法の分野に限るならば、慎重にならざるを得ない。なぜならば、これまで繰り返し述べてきたように、憲法（constitutional law）より下位の法であるならば、判例「法」を制定法の代位法と位置付け、立法がこれを改め、民主主義原理（選挙責任による政策形成）と調和させることが、少なくとも理論的には可能だからである。それに対して、憲法においては、裁判官（国民に対して選挙責任を負わない）によって憲法解釈として示された場合には、判例変更による以外、憲法改正という非常に困難な手続によって改める手段しか残されていないのである。憲法解釈において、原意主義を主張する理由の第一はここにある。とはいえ、現実において、すべ

81) See R. BORK, *supra* note 32 at 156. 芦部・前掲注55・194頁参照。

82) See E. MALTZ, *RETHINKING CONSTITUTIONAL LAW* 27-8 (1994).

83) 高橋・前掲注56・149頁参照。

ての裁判官が原意主義者ではなく、原意に即していない憲法判例が先例として成立することがあり得る。また、原意主義者を自認する最高裁判事が、現実を前にして、憲法の原意に反する（公称するか否かは別にして）憲法解釈をしなければならないことに追い込まれる場合があることを否定することはできないのである。このようにして、原意から離れた、さらには反した憲法判例が生成してくるのである。

原意主義、とりわけ日本国憲法の解釈として妥当する緩やかな原意主義自体の中に、既に述べたように、憲法が発展する余地を残している。それが先例拘束性の原理と結びつくことによって、さらに憲法秩序が現実には即して形成されることになるのである。原意主義と先例の拘束力、これらは、これまで述べてきたように、ともに正当性を持つのであり、この両者を基にした憲法解釈こそ、あるべき憲法解釈の方法なのである。

(完)