

機関番号：35301

研究種目：基盤研究（c）

研究期間：2007～2009

課題番号：19530017

研究課題名（和文）判例変更と制定法の訂正 — 理論と動態に関する比較方法論的研究

研究課題名（英文）Overruling and Statute-Correction - Comparative methodological Studies on Theories and Dynamics

研究代表者 青井 秀夫 (AOI HIDEO)

研究者番号：70004158

研究成果の概要（和文）：わが国最高裁における小法廷判決の実務を分析すると、コストのかかる大法廷判決を回避するために、独特の手法で判例変更を回避したり、あるいは特殊な方法的操作により違憲判決を迂回したりしている、という顕著な実態が浮かび上がる。これらのいわば屈折した裁判実務は、それ自体大きな問題をかかえているが、こうした判例変更回避や違憲判断回避の手法は、わが国最高裁の裁判実務を英米独の最高裁における裁判実務と対比するための有益な手がかりを与えてくれる。すなわち、わが国の裁判実務・法実務は、そうした比較研究の結果として、米国の膨張主義、英国の抑制主義、ドイツの折衷主義、という3つの周知のモデルと対比して、英国とドイツのちょうど中間にある独特のタイプとして特色づけることができる。

研究成果の概要（英文）：

If we analyze cautiously the practices of judgment through a petty bench of the Japanese Supreme Court, we realize a remarkable phenomenon that Japanese judges take trouble over either detouring a “overruling”-decision or escaping from a possible judgment of “anti-constitutionality”, for the purpose of avoiding troublesome proceedings through the full bench comprised of all justices (see Article 10 of the Jap. Court Act). Such practices of the Supreme Court (i.e. detouring a “overruling”-decision or escaping from a “unconstitutionality”-judgment in highly problematic way) could give us important suggestions about how to compare the Japanese judicial practice of the Supreme Court with that of the British, American and German highest court. As a result of such comparative investigations, the Japanese judicial and legal practice could be meaningfully characterized, in contrast to the three prominent models - the American expansionism, the British restrictionism and the German syncretism, as a special type locating in the middle of the British and the German model.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2007年度	500,000	150,000	650,000
2008年度	500,000	150,000	650,000
2009年度	500,000	150,000	650,000
年度			
年度			
総計	1,500,000	450,000	1,950,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・基礎法学

キーワード：判例変更、制定法の訂正、法秩序の統一性、裁判官による発展的法形成、解釈の変更と解釈の誤謬、最高裁大法廷の判決、判例拘束性の法理、比較方法論

1. 研究開始当初の背景

判例変更 (overruling) の問題、とりわけ

裁判官が先例を変更することの可否、制約条件、許容範囲や限界などの論点をめぐる問題は、法理論と方法論において放置されてきた未解決の難問である。近年の急速なグローバル化に伴い、欧米諸国で、この問題についての断片的な指摘がなされつつあるものの、法系の違いを超えた、共通の確固とした分析枠組みは未だ提示されていないため、各国の学説も実務も不統一のまま、混迷の度を深めている。この研究はこうした現状のなかで、各国で見られる明示的判例変更と隠れた判例変更のずれの大小に注目して、各法秩序の基本的な構造差の序列関係を解明しうる統一的枠組みを構築すると共に、その枠組みに照らして日独英米における判例変更の理論と実際を方法論的に捉えなおしたいという問題意識を背景としている。

こうした問題意識は、2007年に公刊した法理学の体系書たる拙著『法理学概説』（有斐閣）の中軸となっている、日独英米の比較法的視座とも結びつくものである。この書物では、欠缺補充と制定法訂正についてはそれぞれ1章を設けて詳細に扱ったが、制定法訂正と判例変更の関係については、かなりの準備と時間が必要であると考えたために、今後の課題として先送りした。

## 2. 研究の目的

追求した目的はつぎの3つである。

(1) 第1目的として、大陸法系という視座の限定のもとに、裁判官による制定法訂正について、その要件・制約・限界に関するラレンツ、エンギッシュ、リュタースたちの比較的最近の詳細な議論を点検し、そこから判例変更の問題に応用可能な、最も適切な分析枠組みを模索する。一面で制定法の矛盾や誤謬の細分類に応じた緻密な議論を吟味すること、他面で判例変更の理論的前提である先例拘束性の意味と限界を大陸法という視座のもとで解明し、判例変更の許容性や正統化条件について考察を進めること、これらの両面での作業を遂行することにより、可能な限り判例変更と制定法訂正を共通に解決しうる射程距離の長い理論を構想する。さらに大陸法の裁判実務でも、隠れた迂回的な仕方での判例変更の実態が注目されていることから、こうした理論と動態とのずれはいかなるメカニズムから生じるのか、その意味をいかに理解すればよいかを考えることを目指す。

(2) 第2目的として、英米のケースローの法秩序に目を向け、第1課題での判例変更と制定法訂正の理論的解明はどの程度そこでも妥当するのか、英法や米法での方法論と

実態のずれはどのような仕方で現象しているか、を検討する。

(3) 第3目的では、大陸法と英米法に関する以上の検討結果を総合し、代表的な各法秩序を貫く基本的な構造差の序列関係を明らかにすると共に、その枠組みの中で日本における判例変更の理論と実際を方法論的に正しく位置づけることを試みる。

## 3. 研究の方法

(1) 第1目的に関しては、(a)大陸法における裁判官による反制定法的法形成のテーマに関して、法秩序内の矛盾の各種とそれらの除去、法命題システムの表層誤謬の訂正と同システムの深層誤謬の訂正、法理念からみて不正な制定法への反抗は許されるか、といった問題を扱いながら、ドイツの戦後方法論の多数派である評価法学による解決策の問題点を明らかにし、少数説であるエンギッシュ、リュタースなどの解決策との優劣を検討する。(b)ドイツとフランスの判例理論を取り上げ、独仏における判例法の効力の捉え方、先例拘束性の法理、制定法の訂正と判例訂正の関係に関する理論を慎重に分析する。(c)判例変更に関して、どの程度隠れた変更がなされているか、また理論と実務はどのように隔たっているか、という観点から分析と検討を遂行する。すなわち、明示的形式的な判例変更ではなく、むしろ隠れた実質的な判例変更の方がより重要な問題であるという着眼に立って、明示的な判例変更を回避するために、裁判の実際ではどのような迂回策がどのように採用されているか、またどのような圧力が裁判官に不可思議な言動不一致を強いるのかに、考察のウエートをおく。視線は次第に法律学方法論と裁判実務の間のずれの大小やずれの様相に拡大していき、ひいては制定法空間の膨張主義、判例法空間の膨張主義、判例法空間の抑制主義といった、各法秩序に固有の構造を構想することは可能かという、根の深い問題に光をあてる。

(2) 英米法に視線を向ける第2目的に関しては、イギリスとアメリカの裁判実務を対象として取り上げ、両国の法実務にどの程度の相違があるかに注意を注ぐ。とりわけ、英国の裁判では、事例峻別(distinguishing)という迂回等により、判例変更がしばしば回避されているという指摘がなされている点を重視し、英と米の間にある格差の背景にメスを入れる。

(3) 英独米3国の法秩序の構造差を総括

し、その中で日本の法実務を、とりわけ日本の判例変更をどのように位置づけるか、という問題が重点となる。日本法の場合には、それらのうちのどの法秩序にもっとも近いのか、あるいはむしろ大陸法的要素とイギリス的要素の独特の結合であるとみなすべきか、といった議論を取り上げる。

#### 4. 研究成果

(1) この研究は、裁判官が先例を変更することの可否、制約条件、許容範囲や限界、といった判例変更 (overruling) の問題の根本的解明を目指している。しかも比較法を無視することなく、各法秩序の基本的な構造差を正確に捉えた上で、日独英米における判例変更の理論と実際を方法論的に位置づけることを志向した。とりわけ、裁判官による制定法訂正に関するエンギッシュ、リュタースたちの理論にヒントを得て、次のような仕方、判例変更の理論的解明を行った。裁判官による制定法訂正作業に関しては、矛盾 (法秩序統一性の阻害) の訂正と矛盾以外の誤謬の訂正とが区別されている。それとの類比では、先例変更の作業のなかで、先例同士の矛盾の除去という作業と単一の先例の誤謬の訂正とを区別すべきである。先例同士の矛盾とはいかなる種類・性質のものであり、その夫々についてどこまで除去の必然性と可能性があるか。単一の先例の誤謬について、解釈の誤謬と発展的法形成の誤謬に分けると、それらの誤謬はより詳しくはいかなるものであるか、またそれらの訂正はどこまでが後の裁判官にとって正統な訂正作業であるか。これらの問題を、実例に照らしつつ詳細に解明した。その過程で、裁判官には法的安定性と実質的正義の間の独特の緊張関係のなかで、困難な矛盾の訂正や誤謬の訂正といった作業を回避する傾向があり、しかもこうした先例変更の回避には様々な技術があること、をつきとめることができた。

(2) 英米のケースローの法秩序に目を向け、これまで遂行した判例変更と制定法訂正の理論的解明はどの程度そこでも妥当するのか、英法や米法での方法論と実態のずれはどのような仕方、で現象しているか、を検討しようと努力したが、この作業が上の (1) に比してそれほどスムーズに捗っていかなかった理由は、英米の方法論が未成熟状態であり、本研究にとって刺激になるような英米法での先例変更や制定法訂正に関する理論も驚くほど少ないという点にある。そこで、緻密な議論が蓄積されている大陸法での制定法訂正の理論成果に注目し、これを媒介項として用いる

という便法を採用する作業の方に重心をおかざるをえなかった。つまり、制定法拘束性の例外である裁判官の制定法訂正に関する考察を下敷きとした上で、先例拘束性の例外である判例変更問題への解決策を探ろうとした次第である。こうした努力の成果は、拙稿「判例変更と制定法の訂正への一試論」において詳しく論述されている。2009年にやっと刊行できた私の共編著『ドイツ法理論との対話』のなかにも、こうした科研費研究にもとづく考察が息づいている。

(3) わが国最高裁における小法廷判決の実務を分析すると、コストのかかる大法廷判決を回避するために独特の手法で判例変更を回避したり、あるいは違憲判決を迂回したりするため、特殊な方法的操作を駆使している。こうしたいわば屈折した裁判実務は、それ自体大きな問題をかかえているが、判例変更回避や違憲判断回避の手法をてがかりとして、わが国最高裁の裁判実務を英米独の裁判実務と対比すると、有益な示唆が浮かび上がってくる。すなわち、わが国の裁判実務・法実務は、米国の膨張主義、英国の抑制主義、ドイツの折衷主義、という3つのモデルと対比して、英国とドイツのちょうど中間にある独特のタイプとして特色づけることができる。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計8件)

- ① Hideo Aoi, Significance and Limits of Principles-oriented legal thinking, ARSP-Beiheft, 査読有、106巻、2007、174-180.
- ② 青井秀夫、ブルーム講演「国内法へのヨーロッパ法の影響」あとがき、岡山商科大学法学論叢、査読有、16巻、2008、14-16.
- ③ 青井秀夫、人権規定解釈論における原理理論の再検討 - 比較法的見地から - 、商大レビュー、査読無、17巻、2008、40-41.
- ④ 青井秀夫、ハンス ディーター・ブルーム氏「国内法へのヨーロッパ法の影響 - ドイツ行政法を例として - 」、商大レビュー、査読無、17巻、2008、30-34.
- ⑤ 青井秀夫、著書紹介『法理学概説』、商大レビュー、査読無、17巻、2008、53.

⑥ 青井秀夫、判例変更と制定法の訂正への一試論、岡山商科大学法学論叢、査読有、17 巻、2009、1-19.

⑦ 青井秀夫、自著を語る『ドイツ法理論との対話』、東北大学出版会会報・宙、査読有、23 巻、2009、1-4.

⑧ 青井秀夫、著書紹介『ドイツ法理論との対話』、商大レビュー、査読無、18 巻、2009、42.

〔学会発表〕(計 1 件)

Hideo Aoi, Overruling and statute-correction,

(学会名)XXIII IVR World Congress、2007 年 8 月 6 日、(発表場所)Krakow/Poland.

〔図書〕(計 3 件)

青井秀夫、他、東北大学出版会、ドイツ法理論との対話、2009、1-9、31-53.

Hideo Aoi, Wolters kluwer Polska, Law, liberty, morality and rights, 2010, 47-55 (Overruling and Statute-Correction).

青井秀夫、他、昭和堂、筏津安恕教授追悼論文集に掲載予定 (筏津法哲学の現代的意義).

〔産業財産権〕

○出願状況 (計 件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年月日：  
国内外の別：

○取得状況 (計◇件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
取得年月日：  
国内外の別：

〔その他〕  
ホームページ等

6. 研究組織  
(1) 研究代表者  
青井秀夫 (AOI HIDEO)  
岡山商科大学・法学部・教授  
研究者番号：70004158

(2) 研究分担者  
なし

(3) 連携研究者  
なし ( )

研究者番号：