

科学研究費補助金研究成果報告書

平成24年2月20日現在

機関番号：12601

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2008～2010

課題番号：20530002

研究課題名（和文） フランス現代法源論の総合的研究

研究課題名（英文） General surveys on sources of law in Contemporary French Law

研究代表者

北村 一郎 (KITAMURA ICHIRO)

東京大学・大学院法学政治学研究科・教授

研究者番号：90009837

研究成果の概要（和文）：

現代的な法源論のなかでも重要な論点の一つとして、判例変更の遡及効の制限の問題を中心に検討した。判例変更による新たな判例原則は、遡及効を有し、変更以前の契約や事実に遡って適用される。しかし、旧判例を前提として行為した当事者に不測の損害が生ずることがあるので、破毀院は、例外的に遡及効を制限する権限を自己に認めるに至った。しかし、なお、これには伝統的な法律中心主義の考え方から反対が強く、目下のところ議論は小休止状態にある。

研究成果の概要（英文）：

This survey concerns mainly the problem of limitation of retroactive effect of a new case rule, which is one of the most important problems on sources of law in contemporary French Law. The *Cour de cassation* admitted exceptional possibilities of prospective overruling. But objections subsist against this position from the traditional conception of case law which must remain only interpretations of legislative law, unique source of law.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2008年度	1,300,000	390,000	1,690,000
2009年度	1,000,000	300,000	1,300,000
2010年度	1,000,000	300,000	1,300,000
年度			
年度			
総計	3,300,000	990,000	4,290,000

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：フランス法，法源，判例，判例法，判例変更，遡及効

1. 研究開始当初の背景

本研究は、フランスの法源論の現代的な変容の総合的な検討を当初の意図とした。即ち、大革命以来の強固な法律中心主義（憲法も判例も二次的な意味しか付与されない）の修正

現象として、憲法規範の優位、EU法の優越、政府による委任立法を手段とする法典化、判例の規範性の実質的肯定などが見られる。これらを総合的に検討することが喫緊の課題と考えられた。

その理由は、一方で、日本で関心の乏しい法源論に対して議論の素材を提供すること、他方では、計画中のフランス法概説書の執筆のための文献情報基盤の整備を図ることであった。

2. 研究の目的

研究の過程で、これらの現象はそれぞれ多彩かつ多面的な発展をとげており（例えば、2008年憲法改正により事後的違憲審査が初めて導入された結果として、多くの議論が起こり、短期間の間に相当な数の事例が生じた）、それぞれについて本格的な研究を行うことは不可能と判断されたため、中でも、最も理論的に重要と思われる判例の法源性の問題、なかんずく判例変更の遡及効の制限（従って、将来的効果への限定）の問題を直接の目的として絞ることとした。

3. 研究の方法

分野の性格上、文献研究が圧倒的なウエイトを占めた。学説および判例の文献収集と読解とが中心である。

補助的に、演習の機会をとらえて関連文献を講読し、また、非公式な機会をとらえて他の研究者との議論を行った。フランス出張の機会にも同様に、フランス人研究者との意見交換を行った。

4. 研究成果

判例変更の遡及効の制限の可否の問題を検討するに際して、まず、従来の学説・判例の立場とその問題とを検討し、次いで、最近の新たな展開として制限を認めたこと、そして、これに対する批判を検討する。そして最後に、以上の研究成果の取扱に関して一言する。

(1) 判例変更の遡及効とは、破毀院〔刑事事件の最高裁判所〕またはコンセイユ・デタ〔行政事件の最高裁判所〕の判決によって、従来の解決とは異なる新しい原則が肯定された場合、判例変更以前に行われていた行為および事実に関して、当該判決の時点で係属中の他の事件および事後に提起される事件に対しても、その新たな解決が適用されることを意味する。

判例法の位置づけについては、しかし、従来の確立した立場は、大きく二つに要約される。

第一に、判例は形式的な意味での法源とは認められないとする立場である（旧通説、判例）。即ち、判決は、当事者の事件を法律の適用によって解決するものであるから、たとえ、法律の解釈として新たな原則が肯定されたとしても、それは、当事者間での効力にとどまり、従って、万人を拘束する一般的な規範とはなり得ず、従って、法律とは同視され

得ないとする立場である。

これは、法律中心主義の直接的帰結とされる。即ち、法源となり得るのは、法令等の成文の法規範のほかは、慣習法のうち法規範が明示に依拠するもの、法の一般原理（不文の法原理であるが、法令の基本に存する一般の格率とされるものであって、日本では「条理」に相当するもの）だけであり、判例や学説は法的な権威ではあっても、法律と同じ法源性は認められないとする。

その根拠として、法律は一般意思〔主権者の意思〕の表現である（ルソー『社会契約論』、1789年の人権宣言第6条）から、法律、即ち国会の意思が絶対であり、裁判官は法律の言葉を述べる口にすぎない（モンテスキュー『法の精神』）からである。条文上の根拠としては、民法典第5条により、法規的判決（事件の限度を超えて、結論が一般的な規則として当事者以外にも適用されるような判決）を下すことは禁止されていることが挙げられる。

しかし、これに対して、19世紀後半以降、古くなった民法典（1804年制定）の刷新的解釈のために判例法の役割が増大し、そこから、判例の法源性に関して20世紀中葉に至るまで大論争がなされてきた。この論争は、その後沙汰止みとなったが、その結果として、少なくとも今日、判例が「実質的」な意味で新しい法を作ることに関しては、全く異論がない。しかし、それだけでなく、今日では、判例の「形式的」な法源性を承認する学説が「通説」化してきたように見える。この経緯については積然としないものが残るが、少なくとも今日、そのように言われている。

ところが、それにも関わらず、手続的な帰結のレベルでは、相変わらず、旧通説と適合的な解決が優越しているのである。即ち、第一に、イングランド的な意味の判例拘束性の原理は認められておらず、下級裁判所も最高裁判所自身も自己の判例には拘束されず、自由な判例変更が可能であり、また、当事者も、旧判例下での行為に関して旧判例に対する既得権の主張はなし得ないというのが判例の立場である。第二に、判例違反のみを根拠とする破毀申立は受理されず、門前払いとなる。破毀申立は、必ず法規範の違反を根拠としなければならないのである（民事訴訟法典第1020条）。EU法規範や、全国に効力が拡張される労働協約などは、法律と同視されるのに対して、新通説によれば法律と同等とされる筈の判例法は、破毀院では拒絶されるのである。

このレベルで既に、新通説は、事の一面しか見ていないことになるのであるが、この点は、必ずしも議論されていない。フランス人の著者の反応も曖昧なままであり、これも実に積然としないものが残るのである。

法律中心主義の第二の大きなコラリールとして、判例は、法律の解釈を示すものにすぎず、従って、法律規定の意味を宣言するにすぎないとされる。従って、判例変更があった場合でも、法律は初めからそのような（新しい）意味を有していたことになる。この点が、まさに、判例変更の遡及的効力の所以であり、従って、判例変更以後の法律解釈は、判例変更以前に当事者間でなされていた行為および形成されていた法律関係に対しても適用されるのである。

具体例（2001年10月9日の破毀院第一民事部判決）で言えば、1974年の事実（逆子出産の場合に伴う例外的リスクを医師が患者に対して説明すべき義務は認められていなかった時代であり、実際、医師はこの説明をしていなかったが、例外的リスクが実現し出産に際して医療事故が生じた）に関して、1998年の判例変更（例外的リスクに関しても医師に説明義務があると認めた）以後に、損害賠償請求の訴えがなされた場合に、この2001年判決では、医師の説明義務違反の過失があり、責任があると肯定されたのである。説明義務のなかった時代には説明をしなかったことには何の過失もないはずのところ、過失があったと認められたのは、おかしいではないか、ということになる。

同様の例は、取引法分野でも生じ得るのであって、例えば、銀行での約定利息の締結態様の解釈に関する判例変更によって、多数の当事者に損害が生じ、多くの訴訟が生じ得る。

そこから、判例変更による新たな解決を、判例変更以前の事実適用するのは、当事者の予見と法的安全とに反するので、将来生ずる問題のみに限定して適用すべきであるという議論が生ずる。これが、判例変更の帰結の遡及効の制限の問題である。

この関係では、アメリカ法の議論がしばしば参照される。英米法でも、原則として新判例には遡及効が肯定されているが、例外的に、prospective overruling という名称のもとにこの将来効への限定を承認している。

しかし、旧通説では、このような問題が生じ得ることは認めつつも、不都合が存在するのであれば、迅速な立法で対処すれば足るということであった。この意味では、尤もな法律中心主義である。

(2)ところが、2000年代になって、破毀院も、問題を深刻なものとして受け止め、法律家の委員会（委員長ニコラ・モルフュニス教授（パリ第二大学））に問題の検討を委嘱したのである。委員会は、一方で広汎な比較法的検討を行うとともに、他方では、学者および実務家の意見を徴するという作業を行った結果として、2004年11月に、報告書が提出された。

報告書の結論は、まことにあつけないもの

であった。要するに、裁判所が必要と判断したら、やれば良いというものである。

報告書は、問題解決の前提として、判例の法創造的役割を承認する。判例は法律の解釈にすぎないとする破毀院の立場は、今日大幅にフィクションに属するとするのである。判例が、新たな法原則を創造するからこそ、判例変更の場合の効果の時間的範囲の調整を必要とするのである、ということである。

そこから、結論として、判例の遡及性の原理自体は承認しつつ、必要に応じて、即ち、旧判例を信じて行為したことで当事者に不測の損害が生ずる場合には、判例変更の効果将来効にとどめる例外的な可能性を現実論として承認したのである。

しかし、これは、あくまでも裁判所が創造する規範の問題であるから、立法によって解決するには及ばず、当該判決に伴う問題として考えれば良い、と報告書は考える。具体的には、判決合議体が、事件の審理に際して、第一に、当該事件で付与する解決が真の意味で判例変更にあたるのかどうかを検討し、第二に、変更にあたる場合には、効果の時間的適用範囲の調整を行う（将来効に限定する）かどうかは、事案の事実の特殊性に関する考慮は留保するとしても、一般論としては、第一に、原則としての遡及的適用と、それがもたらす不都合との間に明白な不釣り合いが存在するかどうか、第二に、遡及性の原則に対する例外を正当化するような公益上の絶対的必要があるかどうかを慎重に見極めつつ、裁判所自身が決定し得ると認めたのである。

更に、手続的には、事件審理において、上記二つの点（判例変更を行うという実体としての決定、および、判例変更の効果の時間的適用範囲の調整）に関して、当事者の意見を突き合わせるために、対審的な弁論を確保する必要があり、とするものである。

最後に、将来効を認める場合に、当該事件の当事者（および、変更を行う判決の時点で訴えが継続中の事件の当事者も？）は、変更判決の提示した新たな解決の適用を享受し得るとする考え方と、反対に、純然たる将来効、即ち、当該判決の時点以後に生じた事実のみ新たな原則を適用する考え方との二つが考えられる。EC 法院は、少なくとも判例変更を促した事件の当事者には、新たな解決の即時の適用を認める。これは、報賞的発想、および、「あなたの主張は尤もなのでそれを採用するが、適用を受けるのはあなたではなく、今後の当事者からである」とするのは不衡平であるとする考慮からである。

しかし、報告書は、フランス法に関してはこの立場を取らず、旧判例下では当事者はそれを前提して行為したのであるから旧判例が適用される、という純粋な将来効の立場を

とる。

以上のような報告書に基づいて、破毀院（およびコンセイユ・デタモ）においては、いくつかの判決が、この調整を行うに至った。ところが、その後、破毀院は、慎重な態度に立ち返っている。これは、2007年に院長が交代したことも一因のように見える（前院長は、経済法の専門家であって、この問題には非常に積極的であった）。

(3) 学説には、批判や反対が少なくない。原理的レベルで反対の伝統的な立場もあれば、将来効への限定を認めるとしても、立法によって行うべきであるとする立場など、多様な立場が見られる。しかし、原理的レベルの問題こそが重要であるので、伝統的な立場からの反論の主要なものに焦点を当てることとする。

まず、報告書が前提として、判例の法創造権限の承認に対する反論がある。

即ち、判例には法創造権限がなく、従って判例は法源たり得ないとする破毀院の立場は、旧通説に従ったものであるが、これは、今日純然たるフィクションにすぎず、判例は今日形式的な法源であるという共通理解が形成されていると報告書は断定するのに対して、反論は、そのような前提自体が誤っているとする。確かに、当事者以外にも適用されるような一般的規範の創造は、民法典第5条で禁止しているが、他方で、民法典第4条により、裁判官は、法律が曖昧とか不充分とかを理由として判決しないということも禁止されているのであるから、即ち、解決義務があり、従って、当該事件限りの法創造権限は裁判官に認められているのである、と反論は指摘する。この点は、第4条の解釈論としては従来曖昧なままだったのであるが、この指摘は尤もなものである。更に、最近の新通説とされるものも、現実には、このことを黙示に前提としていたのではないかと考えられる。

第二に、例外的にもせよ、破毀院が判例変更の効果の時間的適用範囲の調整をなし得るとする報告書の結論に対しても、反論は大いに存在する。新判例を当該事案には適用しないことは、まさに第5条に真っ向から反し、かつ、新原則は裁判所をも拘束しないとすることは、判例が法源だという報告書の前提にも反するわけである。

また、判例変更が当事者の正当な信頼に反する場合に例外的に遡及性を遮断し得るとする報告書のこの限定も、反論によれば、自己矛盾である。なぜなら、判例変更は旧判例に問題があるからこそ行うものなのであって、当事者が旧判例の維持に利益を有し得るとしても、それを「正当な予見」とは言い難いのであって、不適切な旧判例のもとでの当事者の利益なるものは、単に許容されていた

利益にすぎないからである。判例変更は、裁判所が事案において正当と考える解決を付与するものなのだから、「正当な利益の侵害」自体、本来あり得ないとする反論もある。

第三に、判例の創造する規範の質も、法律の定めに基づく規範とは異なる、とする反論である。判例の解決は、事案の問題の限度に厳密に限定されたもので、裁判所がどのような一般的な教説を持つとしても、直接には新たな解決は「小出し」になされるにすぎないからである。同時に、裁判所は、一般規範の唐突な定式化を（例えば傍論の形で）判決の中でおこなうことは、本来してはならないことで、軽率にそれを行えば混乱を招くだけである。一般規範の定式化は立法者に委ねなければならない、というのも正論である。

(4) 以上が、目下のところ、明らかになし得ている研究成果の概略である。

ただ、この状態をもって論文として刊行することは、時期尚早と考えている。これは、以下の理由からである。

端的に言えば、検討対象が不充分であり得ることは別としても、問題の核心をつかみ得たという確信に至り得ていないからである。実際、判例の法源性の議論それ自体が、いささか水掛け論、ないしは、信仰告白の投げ合いの如くにとどまっており、新通説にも上記のような一貫性の欠如が見られるままで、それ以上の展開が見られないことが腑に落ちないのである。更に、判例変更の効果の時間的適用範囲の調整というこの問題に関しても、結局言いつばなしの状態が続いており、一時期の熱狂が完全に失われ、結局元に戻っただけとすら見えないわけではない。

一応、旧通説の方がなお尤もに見えるが、そこでも完全に論理一貫しているのかどうか確信が持てないのである。例えば、判例は法律の解釈にすぎないから、判例変更があっても法律は初めからそのような意味だったことになる、という議論も、いささか現実離れた考え方であり、稚拙とすら言い得ないでもない。或いは、フランスの論者の議論にも、何か黙示の前提が共通の基盤として隠されていないのだろうかという疑問もぬぐい難く残る。そのような意味で、釈然としない点に関して、もう少し、時間をおいて考え直したいのである。

刊行上の成果を正面から公表することができずに、まことに申し訳なく忸怩たるものがあるが、このような状態のまま論文とすることには大きなためらいがあり、更に、テーマの性質自体が、法学の基本にかかわり、かつ、外国法の正確な理解にもかかわることなので、格別の慎重さが必要のように思われるのである。

そこで、代替的な公表手段として、現在執筆中のフランス法の概説書の法源論のなかで、本研究の成果を間接的に生かすべく、鋭意進行中である。

そのために、2011年度冬学期には研究専念期間を取得して執筆に集中してきた。なにぶん概説書であるがゆえに多くの文献確認が必要であり、現在のところ、予定の分量の半分強、三分の二弱のところまで達している。願わくは、2012年度内には完成させたいものと努力している。

5. 主な発表論文等

6. 研究組織

(1) 研究代表者

北村 一郎 (KITAMURA ICHIRO)

東京大学・大学院法学政治学研究科・教授
研究者番号：90009837

(2) 研究分担者

該当なし

(3) 連携研究者

該当なし