The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	法源としての憲法判例の意義と射程
Author(s)	松本, 和彦
Citation	阪大法学. 2022, 72(3-4), p. 302-280
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/89706
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

法源としての憲法判例の意義と射程

松　本　和　彦

1．はじめに
2．German Approach と Kontextualisierung
3．Analogical Reasoning と Distinguishing
4．結　語

1．はじめに

（1）憲法判例の意義

「判例は裁判規準として法源たる機能を営み、不文法源の一つと言うことができる[(1)]」とされる。法源であるということは、裁判官がそれを法として適用し、判決理由中でもそれを援用できるということを意味する。判例が法源とされる以上、憲法判例についても、「通常の判例と違った特殊性が考慮されなければならない[(2)]」との留保つきではあるものの、やはりその法源性は承認されるべきであるという。憲法判例は、憲法典そのものとは異なるものの、憲法規範の存する法形式として、裁判官が実際の裁判において適用できると理解されており、かつ、現実に裁判で適用されている。

法源としての判例に法的拘束力が認められるか否かについては、かねてより議論がある。肯定説も有力であるが、仮に拘束力が認められるとしても、事実上の拘束力に過ぎず、法的拘束力であるとまでは言い切れないとされることも多い。拘束力を認めておきながら、「『事実上の拘束力』という分明ならざる観念の下[(3)]」で判例の拘束力が理解されているのは、判例が憲法典や法令のような制定法とは異なる法形式を有しており、それと同視されることを回避したいた

めであろう。しかし、判例が制定法とは異なる法源であると認めた上で、同時にその拘束力を法的なものと理解しておく方が、判例の法的取扱いを子細に検討していく際には、むしろ適切かつ明快であると思われる。(4)

ただし、ここでいう法的な拘束力とは、いわゆる先例拘束性を指している。「判例が拘束する相手方は、直接には裁判官だけである(5)」といわれることから明らかなように、先例拘束性とは、既にある判例が後の裁判を拘束することを意味する。ただし、先例拘束性を有する判例とは、結局のところ「最高裁判所の判例だけ(6)」であるといわれる。その結果、「最高裁判所のするであろうような判断をせよという裁判官の職務上の義務(7)」が生じるという。最高裁判例にすべての裁判官が従うことで、裁判では、これを無視した議論に意味はないと解される状況が出現し、検察官も弁護士も判例の拘束力を前提に訴訟活動を行うのみならず、立法府や行政府もこれを尊重し、一般社会もまた、予測可能性の見地から、判例に従った行動をとろうとする傾向を生むとされるのである。(8)

判例の中でも憲法判例は、憲法規範として受け止められることから、立法府や行政府にとって、それが意味するところを無視することは実際上不可能であろう。「先例拘束性の原則の下に、最高裁判所は自らの憲法判例に拘束されるとともに、下級審は最高裁判所の憲法判例に拘束される(9)」。こうして最高裁の憲法判例は、裁判実務を支配するだけでなく、法実務全体を支配して、公権力の行使に重大な影響を及ぼし、それを左右することになる。

（２）問題の所在

最高裁の憲法判例（以下では単に「憲法判例」という）が以上のような役割を果たすものだとすると、憲法判例とは具体的に何であって、実際にどのような効果を発揮しているのか、十分に弁えておく必要があるだろう。また、それが不適切に形成され、不適切に適用されることのないよう、その意義と射程を見極めなければならない。

そもそも「判例とは裁判所が個々の裁判の理由の中で示した法律的判断をいう(10)」と定義されるが、理由中に示された法律的判断のすべてがそれに該当するのではなく、いわゆる傍論を除いた決定的理由づけ（ratio decidendi）だけを

指すとするのが通常である[11]。そのため、判例が法実務を支配することに大方の意見の一致があるとしても、「裁判所が個々の裁判の理由の中で示した法律的判断」のうちの何が判例に該当するのかについては、必ずしも合意に至っていない。何が判例であるのか、そしてその判例はいかなる事案に適用されるのかをめぐって、議論になることがしばしばである。

中野次雄によれば、「判決・決定の理由に示された結論命題」こそが判例とみなされるべきとする一方で、「理由づけのための一般的法命題についても、有力な反対論はあるものの、最高裁判所はこれを判例と認めることがある[12]」という。さらに、「一定の法律問題に関する数多くの判例（結論命題）の基底にあってこれらを生み出しているところの裁判所の一般的な法的な考え方」、すなわち「判例理論[13]」にも着目し、「将来の判例予測のための手段[14]」と捉えることを提唱する。ただし、「判例理論」も安定的に存在するものではないことから、その発見は容易ではなく、一義的な明確性を欠き、「判例理論」の利用には限界があるとの留保がついている[15]。

「判例理論」はもちろん、判例も一義的ではない以上、判例の適切な取扱いには困難が伴うといってよい。加えて憲法判例の場合、それが不適切に形成されてしまうと、その不適切さを改めるのに、極めて大きな困難を克服しなければならなくなる。「通常の事件の判例であれば、国会が望ましくないと考えた場合それを修正することが可能であるが、憲法判例の場合、判例変更されない限り、憲法改正によってしかそれを覆すことができないからである[16]」。そのため、憲法判例の先例拘束性は緩やかに捉えるべきであるとか、判例変更も緩やかに認められるべきであるといわれることもある。しかし、先例拘束性を弛緩させたり、判例変更を容易にさせたりすれば、憲法判例の拘束力自体がぐらついてしまいかねない。それは憲法判例の拘束力の存在意義にも関わる問題である。

以上のように考えると、判例の意義と射程、とりわけ憲法判例の意義と射程については、あらためて検討してみる必要性があると思われる[17]。憲法判例は、なにゆえに拘束力を有すると考えなければならないのか。拘束力が認められる憲法判例の射程はどこまで及ぶのか。その射程をどのようにして見極めるのか。

そもそも憲法判例に射程があると考えなければならない理由は何なのか。そういった論点について、すべてに的確に答えることは、おそらく無理かもしれないものの、挑戦してみるだけの価値はあるだろう。

以下では、これらの論点の考察にとって示唆的であると思われるドイツの議論を取り上げて、若干の検討を試みるとともに、それを踏まえて、憲法判例の意義と射程の問題に取り組むための一定の思考素材を提供したいと思う。

2．German Approach と Kontextualisierung

（1）現代ドイツ憲法学の背景

憲法判例の意義と射程をめぐるドイツの議論を検討する前に、現代ドイツ憲法学がおかれている状況及びその背景的事情を簡単に見ておきたい。

ドイツ憲法学は、従来、「連邦憲法裁判所の判例を素材として、基本法についての巨大な解釈体系を構築することを主たる作業としてきたが」、ここ最近、「新しい学問潮流」というべき現象が観察されるようになった。その特徴は「①理論（Theorie）志向、②法ドグマーティクに対する懐疑的な姿勢、③国際性および学際性の重視、④比較法・法史学・法社会学などの基礎分野にウェイトを置いていること」にあるとされる[(18)]。このような特徴の意味するところを理解するためには、従来の憲法学がいかなる営みであったのかを知っておく必要がある。

先に述べたように、従来の憲法学は「連邦憲法裁判所の判例を素材として、基本法についての巨大な解釈体系を構築すること」に努めてきた。1951年の創設以来、連邦憲法裁判所は現在に至るまでずっと精力的な活動を続けている[(19)]。その膨大な判決は、違憲・合憲の結論に関係なく、ドイツの政治生活はもちろん、市民生活一般に対して大きな影響力を及ぼしている。また、世論調査の結果が示すように、国民もこのことを肯定的に受け止めている。憲法の専門家を多数擁する連邦憲法裁判所の判決水準は極めて高く、各国の裁判所によって引用されるほど国際的な名声及び影響力も大きい。こうした状況下で、学問としての憲法学も、連邦憲法裁判所が解釈した基本法の意味内容の中に、実定憲法

としての妥当性を見出すようになっていった。

しかし、従来の憲法学の特徴は、これこそが憲法だと裁判所が述べたところが憲法である、との命題を受け入れたことに尽きるわけではない。そのような命題を憲法学が受け入れていること自体は、おそらくドイツに限った話ではない。また、実務と学問が結びつくことも別段珍しいことではない。むしろドイツ法の特徴は、当初から法と学問が密接に結びついて、法自体が学問の産物とみなされてきた伝統に求められる。学問の産物としての法（学識法）が、法そのものとみなされた結果、場合によっては、実定法との置換えや超越を試みる学識法が出現することも珍しくなかった。クリストフ・シェーンベルガー（Christoph Schönberger）は、このような営みを German Approach と呼んでいる[20]。German Approach によれば、先の現象は、法と学問と裁判所の諸判決が結びつき、基本法（＝憲法）と憲法学と憲法判例が融合していくイメージで捉えられる。ここにおいて法と学問と判例は、三位一体の様相を呈することになる。

例えば、ボード・ピエロート（Bodo Pieroth）とベルンハルト・シュリンク（Bernhard Schlink）は、基本権論の標準教科書[21]を上梓し、そこで三段階審査（Drei-Schritt-Prüfung）の判断枠組みなるものを提示したが、これは連邦憲法裁判所の諸判決を整序するのみならず、将来の判例を見出すための手段も提供しているとして、好評を博しているという[22]。三段階審査の判断枠組みは一種の判例理論であるといってよいが、このような判例理論の構築が学問の営みとされている点が重要である。また、クリスティアン・ブムケ（Christian Bumke）とアンドレアス・フォスクーレ（Andreas Voßkuhle）の憲法教科書『ケースブック憲法[23]』も、ケースブックと銘打っていながら、アメリカ憲法のケースブックとは異なり、極めて体系的な叙述が施されていて、「判例はこの体系的叙述のなかに分解されている印象である[24]」と評されている。憲法と憲法学と憲法判例を融合させる German Approach では、連邦憲法裁判所の諸判決をまとめ上げて、実定憲法の全体像を構想することこそが、法学の伝統的アプローチに馴染むと理解されるのである。教科書の構成の仕方は確かに教育的配慮によるものだが、単に教育的配慮だけでそのような構成になっているわけで

はない。

（２）憲法ドグマーティクに対する懐疑

憲法と憲法学と憲法判例の融合のつなぎ役を務めるのが、いわゆる憲法ドグマーティク（Verfassungsrechtsdogmatik）である。憲法ドグマーティクとは何かという問いに対して、簡潔かつ的確に回答するのは困難なのであるが、あえて回答するとすれば、それは、ある程度の汎用性をもった道具概念を用い、憲法諸規範を関連づけて体系化し、そこから種々の憲法問題に対して答えとなる憲法解釈論を導くものといってよい。ピエロートとシュリンクの三段階審査の判断枠組みもまた憲法ドグマーティクの一つである[25]。そこでは、基本権の保護領域、介入概念、法律の留保、比例原則といった様々な法概念や法原則を用いた、一個の体系的な枠組みが提示されており、これを手がかりにして、基本権解釈論が展開されることが想定されている。基本権の諸問題はこの枠組みの中で扱われ答えが与えられる。憲法・憲法学・憲法判例の三つが同時に自らの居場所を見出すところも、この憲法ドグマーティクにある。

しかし、憲法ドグマーティクに依拠すれば、三位一体の共生関係が問題なく成立するのかというと、そういうわけでもなかった。このことを指摘したのは、他ならぬ、三段階審査の提唱者であったシュリンクである[26]。実はGerman Approachにおいて、憲法・憲法学・憲法判例は元々同じ位にあるのではなく、憲法学が優位にあり、憲法ドグマーティクの構築を通じて、憲法裁判に指針を与える地位にあると思われてきた。主役は憲法学であって、その「監督」下で、憲法裁判が行われるものと想定されていた。ところが、連邦憲法裁判所の登場は、憲法学を主役の座から引きずり下ろし、その権威を奪うことになる。シュリンクはこのような状況を捉えて「連邦憲法裁判所実証主義（Bundesverfassungsgerichtspositivismus）」と呼ぶ。連邦憲法裁判所の判例の方が憲法学に指針を与えることになったからである。

連邦憲法裁判所実証主義の下では、憲法判例が優位にあり、憲法学はこれに従属することになる[27]。しかし、憲法ドグマーティクを主体的に構築し、憲法裁判に指針を与えてきた憲法学に代わり、連邦憲法裁判所が主役の座を射止めた

からといって、憲法ドグマーティクの構築が連邦憲法裁判所の任務になるわけではない。その結果、憲法ドグマーティクの構築主体が誰であるのかが不明確になるとともに、憲法ドグマーティクの位置づけ自体も不鮮明になってしまった[28]。しかも、連邦憲法裁判所が憲法ドグマーティクの拘束下にあってこそ合理的な憲法裁判を遂行できると思われていたのに、もはや自らが憲法ドグマーティクの拘束から解放されたかのように振る舞うことになった。それは、結局、状況に応じたケース・バイ・ケースのカズイスティク（Kasuistik）に堕することになるのではないか。「連邦憲法裁判所は法的に自由になり、自らの過去の諸判決を無視し、同様にドグマーティクのシステムも無視できるようになる」。そしてまた実際にそのような実務が生まれているのではないか。これがシュリンクの診断であった[29]。

シュリンク自身は、憲法学によって構築された憲法ドグマーティクが連邦憲法裁判所の諸判決を拘束し、このことを通じて合理的な憲法裁判を実現することが望ましいあり方であると考えていたが、同時に、それはもはや現実的には不可能であろうと推測していた。他方で、もう一つの合理的な憲法裁判のあり方として、アメリカ流の先例拘束法理に着目し、その有効性に触れつつも、同時に、連邦憲法裁判所が自らの先例に無頓着なことを嘆いて、先例拘束を通じた憲法裁判の統制は望み薄であろうと推測している[30]。

ただし、シュリンクの諦念は、必ずしも憲法学一般の受け入れるところにはならなかった。憲法ドグマーティクの役割に対しては、それを当然視する空気はなくなったものの、現在でも重視されていることに変わりはない[31]。しかしながら、「21世紀に入って、ドイツ流の『法ドグマーティク』の性格と限界に関する議論が活発化している[32]」ことも間違いない[33]。今や憲法ドグマーティクは再検討の対象になっている。German Approach もまた、オルタナティブとの間で比較検討の対象になっているのである。

（3）コンテクスト化の必要性

こうした状況下で注目に値するのは、German Approach を放棄し、憲法ドグマーティクを断念する方向で議論を展開している論者たちである。その急先

鋒がオリヴァー・レプシウス（Oliver Lepsius）であった。レプシウスは「ドグマーティク批判」と題した論文[34]の中でドグマーティクの問題性を徹底批判する。彼は、ドグマーティクにこだわることが、法の持つ重要な差異や特色を見過ごし、平準化してしまう危険を指摘し、合理性の喪失を招くと警告している。すなわち、そこには第一にヒエラルヒー問題（ドグマーティクは法定立権限が様々であることを無視する）、第二に拘束問題（ドグマーティクは法定立権限者の拘束の程度が様々であることを無視する）、第三にシステム問題（ドグマーティクは法秩序の統一性にこだわってしまう）、第四に時間問題（ドグマーティクはコンテクストを軽視し、時間の限界を知らない）があるということに頓着されないため、結果的に、失うもの方が大きくなってしまうというのである。

また、学問と実務が密着すれば、特定の利益と学問が結びつく危険も生じる。憲法学上の概念や原理がドグマーティクを媒介にして、特定の利益を擁護するために用いられ、かつ、それを隠蔽するように作用するおそれもあるという。さらに、学問がドグマーティクにこだわれば、いずれ学問独自の性格（例えば、理論性や学際性）を失ってしまうのではないかとの危惧も示す。学問独自の性格喪失は、外国法や比較法の研究を疎かにすることにもつながり、ヨーロッパや国際社会におけるドイツの法学の影響力低下をもたらすとすら述べる[35]。

以上のようなレプシウスの主張は、本人がやや誇張して述べたと認めるところでもあるが、ここではひとまず、その当否の検討は控えておく。むしろ検討に付したいのは、レプシウスが、憲法ドグマーティクに代えて、ドイツ憲法学が取り組むべき課題であるとしているコンテクスト化（Kontextualisierung）の当否についてである。レプシウスは、連邦憲法裁判所の諸判決と結びついた憲法ドグマーティクの展開を「脱コンテクスト化、脱歴史化」の過程であるとみなしている[36]。それゆえ、憲法ドグマーティクの展開に対抗する戦略は、憲法ドグマーティクとは逆方向の展開になるコンテクスト化及び歴史化（Historisierung）だとされることになる[37]。

レプシウスによれば、規範の学問としての法律学は妥当性（Geltung）と実効性（Wirkung）の両方を扱う学問であるとされるが、その両者は関係性（Re-

lation）の中でのみ扱うことができるという[38]。いわく、

「法規範は、その実体ではなく、その関係においてのみ有意義に探求することができる。規範の有意義な認識を可能にするのは関係性においてのみである。その関係性というのが他の規範との関係である場合もあれば、事実関係との関係である場合もあれば、制度的な手続・権限秩序との関係である場合もある。しかし、規範が関係性の視角から切り離されて抽象的に探求されることはない[39]」。

関係性を意識した手法がコンテクスト化である。ここでコンテクスト化とは、規範が妥当性と実効性を獲得する文脈（コンテクスト）としての制度・手続・事実関係・権限関係に焦点を当てたアプローチを指している[40]。憲法規範の意味内容をコンテクストとの関係において、そのコンテクストの中で探求することによって、憲法ドグマーティクへのこだわりによって失われたものを取り戻し、憲法学の復権を図ろうというのが、コンテクスト化の戦略であるとされる。

ただし、一口にコンテクストといっても、それは極めて多様である。権限関係一つとっても多様である。伝統的には議会と裁判所の権限関係が重要であった。ドイツ固有の権限関係としては、連邦憲法裁判所と専門裁判所（通常裁判権・行政裁判権・労働裁判権・財務裁判権・社会裁判権）のそれも無視できない。さらに近年では、国際化・ヨーロッパ化の進展に伴う司法間の権限問題が俎上に載せられることが多くなった。とりわけ連邦憲法裁判所と EU 司法裁判所（EuGH）及び欧州人権裁判所（EGMR）の三者間の権限問題は重大かつ難解である。本来、法域を異にする三者の権限関係は、直接的な抵触問題を引き起こさないはずであったが、実際には、似たような事案を扱うこともあって、対抗関係を発生させている。しかも、この問題はドイツの憲法ドグマーティクでは太刀打ちできないのである[41]。コンテクストの多様性に鑑みるとき、ここでコンテクスト化のすべての問題を扱うことは断念せざるを得ない。そこで、本稿が冒頭で提示した問題との関係で取り上げる価値があると考えられる事実関係（Sachverhalt）のコンテクストにのみ焦点を当てて検討を進めたい。

先に示したように、今や憲法の意味内容を憲法判例なしに理解するのは不可能となっている。判例法こそが憲法の実体をなしているかのように受け止めら

れている。では、憲法判例の何が憲法の実体とみなされているのだろうか。レプシウスによれば、それは連邦憲法裁判所の判決文の判決理由部分C・Ⅰにおいて展開される基準（Maßstab）であるという[42]。そして連邦憲法裁判所が事実関係のコンテクストと結びつけることなく、独立に、基本法の解釈を通じて一般的かつ抽象的な基準を定立し、それを実体的な憲法そのものであるかのように扱うことで、基本法改正を伴うことなく、新しい憲法規範を創出することすら可能にしている。「他の国家権力は、その『基準』に対して手出しをすることができない[43]」。かくして連邦憲法裁判所の「基準定立権力」は、結果的に、基準＝一般的・抽象的な憲法ドグマの産出に手を貸すことになっていると批判される。

これに対してレプシウスは、「紛争の事実的次元の重要関連性[44]」に着目するよう注意を促している。憲法裁判が一般的・抽象的な憲法ドグマを産出すればするほど、それが誰にも統制できなくなることをレプシウスは危惧する（Kontrolle の問題）。まず、立法者は憲法の下にいるので、憲法規範の性質を帯びた憲法ドグマを修正することはできない。連邦憲法裁判所が自らにおいて修正することは、理屈の上では可能であるが、一般的・抽象的な次元にある憲法ドグマに誤りがあることを認めるのは容易ではない。もちろん、憲法改正権者が憲法ドグマに手を加える可能性も否定できないではないが、現実的には全くもって期待できない。

そうであれば、事実関係のコンテクストに留意し、事実によって規範の及ぶ範囲を枠づけておくことが望まれるというのである。コンテクスト化の企ては、連邦憲法裁判所の判例の内容と範囲を、事実関係のコンテクストとの関係で捉えようとする。判例法が一般化し抽象化する傾向にあることはやむを得ないとしても、それが特定のコンテクストにおいて定立されていることが理解されるなら、定立された法の妥当性もコンテクストの範囲内に絞って理解できるのではないかと考えられる。

また、事実関係のコンテクストに留意することは、憲法判例の時間問題に留意するということでもある。それは憲法判例にも「賞味期限」があるということを認めることを意味する。事実関係は個別の事案によって異なるというだけ

ではない。事実関係のうちでも、個別の事案を超える社会的事実は、時間の経過とともに変化することが避けられない。社会的事実の経年変化を自覚するのであれば、規範を取り巻くコンテクストの変化が、規範そのものにも変化をもたらす可能性にも自覚的でなければならないということができる。

レプシウスはこれをデモクラシーの要請と結びつけて理解する[45]。デモクラシーの成立の前提には、公権力による決定の修正可能性があるといってよいが、それがゆえに、デモクラシーには一般的・抽象的な最終決定は存在しないし、また存在してはならないと考えられる。ところが、一般的・抽象的な憲法ドグマが統制されないまま産出され続けると、修正困難な永続化する規範が生み出されてしまい、デモクラシーの要請と齟齬を来すおそれがある（Legitimationの問題）。しかし、事実関係のコンテクストに目を向けることで、憲法判例の射程を事実関係の範囲内に収められるだけでなく、憲法判例の変更の手がかりを得ることにも見込みが立つというのである。

コンテクスト化の手法をとることは、「法秩序の可動性と適応能力[46]」を保障するものであるとレプシウスはいう。それは憲法判例の射程の限定を伴うものの、「憲法判例の拘束力の相対化[47]」を意味するわけではない。言い換えると、コンテクスト化の下でも、憲法判例の拘束力は変わらず、ただそれが不用意に拡大されて、誰にも統制できないような事態になってしまわないように配慮されるとともに、社会の変化に対応して、変化に見合った新しい決定を許容するための判断余地が確保されるのだというのである。

そうだとすれば、コンテクスト化の提案は魅力的なものであるといえよう。もっともこの提案は、憲法ドグマーティクがかなりの程度根づいたドイツにおいてなされたものである。この提案を日本のコンテクストにおいて、正面から受け止めてもよいと早急に答えるのは避けるべきであろう。ドイツにおけるコンテクスト化の提案は、ドイツのコンテクストから一旦切り離して見てみる方がよい。そこでドイツの議論を念頭に置きつつも、この問題をもう少し別の視角から検討しておきたいと思う。

3．Analogical Reasoning と Distinguishing

（1）司法的ミニマリズム

レプシウスの議論は、本人も認めているように、アメリカ憲法学の知見に依拠したものである[48]。ただし、アメリカ憲法学といっても、しばしば指摘されるように、そこに何か統一的な見解が定まってあるわけではない。レプシウスが依拠したアメリカ憲法学の知見というのも、一面的なものであろう。しかし、その一面の中に参照に値するものがあるのなら、やはり検討に付しておかなければならない。ここではその一面に当たると思われるキャス・サンスティーン（Cass Sunstein）の描き出した司法的ミニマリズム（judicial minimalism）の考え方を簡単に見ておく。というのも、司法的ミニマリズムの下において裁判官は「広い射程をもつ判断を控え、大がかりな理論構築を避けること[49]」が求められているからである。

司法的ミニマリズムはなにゆえに「広い射程をもつ判断を控え、大がかりな理論構築を避ける」のであろうか。サンスティーンによれば、その理由はプラグマティックなものに求められる。要するに、そうする方が、価値観が多様で社会的な合意の調達が難しい状況下でも、法律家共同体の内部においてはもちろん、その外部である一般社会においても、とりあえず収集できた情報を基礎にしつつ、それなりに共感してもらえる決定を下すことができると考えられるからである。民主的正統性の乏しい裁判官が、根源的理念に関わる大きな法的問題に直面したとき、その根源的理念にはあえて深入りせず、「浅い原理についての合意」、すなわち、完全には理論化されていない合意（incompletely theorized agreement[50]）に依拠し、先鋭的な対立点に白黒をつけることなく、とりあえずの法的結論を得ようとすることには、一定の正当性が認められる。いわく、

「基本的な問題について沈黙することが、対立と不確実性、時間と能力の限界、社会の不均質性といった条件のもとで、対立の収束を生み出す装置として機能しているのである。つまり、沈黙が建設的な力をもっているのだ。完全に

は理論化されていない合意は、立憲主義と社会的安定性を達成するための重要な源泉なのである。そしてそれはまた、人々が互いを尊重する方途でもある[51]」。

司法的ミニマリズムはまた「狭い射程の決定[52]」を擁護するという。それは、広い射程の決定を下すことに伴う合意調達の難しさや意思決定負担の重さ、広い射程の決定が将来の決定を束縛することに対する危惧、そして司法的決定の範囲を絞ることと引き替えに、民主的決定の余地を残すことへの期待によって、正当化されると考えられている。

司法的ミニマリズムがこのような浅くて狭い司法的決定を目指すものだとすると[53]、その方向性は、レプシウスのコンテクスト化と同じであるといってよいだろう。司法審査の役割を浅くて狭い司法的決定を下すことに限定しようとする者は、性急な司法積極主義に飛びつくことなく、穏健で漸進的な法の発展を希求することになる。このような司法の姿勢は、政治的対立や価値観の分裂が見られる社会的領域において、それでも司法的決定を下さなければならない場面で、とりわけ求められるだろう。

しかしながら、司法的ミニマリズムに問題はないのかというと、もちろん、そうではない。司法的ミニマリズムの問題性は、サンスティーン自身の認めるところである。そもそも浅くて狭い司法的決定は、幅広い合意（あるいは妥協）を取りつけることの代償として、本質的な問題を解決しないで先送りし、将来の決定者にその責任と負担を押しつける傾向がある。それが対立の収束を生み出すといっても、だいたいは表面的なもので、一時しのぎに過ぎない。そうであるなら、場合によれば、物議を醸すことも承知で、司法が本質に関わる法的決定をしなければならないこともきっとあるだろう。司法的ミニマリズムがプラグマティックな理由で擁護されたのなら、同じくプラグマティックな理由に基づき、そこから離れなければならないこともあるはずである[54]。

（２）アナロジーによるリーズニング

サンスティーンは、司法的ミニマリズムの問題性を乗り越えるための一つの手がかりを、アナロジーによるリーズニング（analogical reasoning）に求めている[55]。それは英米法系の法律家にとって馴染みの深い伝統的なコモンローの手

法である。要するに、裁判官が法的決定を下そうとする際、手元の事案と似たような先例を探し出し、その先例が妥当であると思われる限りにおいて、そこに内在する決定的理由づけ（ratio decidendi）を探求し、その理由が手元の事案に当てはまることを示すことによって、同様の決定に至ることを正当化するという手法である。

そこでは正義や善悪に関する深遠な理論は必要とされない。もちろん、ratio decidendi の探求において、何らかの法原理に訴えかけることは不可欠とされるだろうが、その法原理が第一原理である必要はない。つまり、法的決定が第一原理からの演繹とされる必要はない。それだけでなく、アナロジーによるリーズニングは特定の原理からの演繹ですらない。確かに、アナロジーを用いた「類推的推論は、ソースとなる事案とターゲットとなる事案の結論を説明するのに、指導理念――原理、基準、準則――を同定せずに進むことはできない。･･･だが、指導理念は、あらかじめ存在しており、それが新しい事案に適用されるというものではない。むしろ、類推的推論が指導理念の特定を助けるのであり、そして類推的推論は指導理念の受容に不可欠なのである。つまり、われわれは事案に判断を下してはじめて、指導的理念が何であるかを知るのである。事案の間の類似性 / 非類似性は、比較の過程で創出、あるいは発見されるのであり、そのときになって人ははじめてみずからの判断を意味の通ったものとするような原理を認識する。彼らが前もって自分自身がコミットしている原理を知ることはない[(56)]」というのである。

こうして見ると、アナロジーによるリーズニングは、ドクトリナルな法理の演繹的展開とは異なるものであることが分かる。また、それはコンテクスト化の手法と同じく、事実関係のコンテクストに留意した論証という志向性を有することも分かる。法的決定を下す際に、何らかの法原理のような指導理念を必要とするとはいえ、それは所与ではなく、アナロジーを用いたリーズニングの過程で創出・発見されるというのだから、そこには法創造的な契機が埋め込まれていると理解することができる。このことを憲法判例としての判例法という観点から見ると、司法審査の過程は、事実関係のコンテクストによって、できる限り枠づけられるものの[(57)]、その営み自体が新たな状況に対して新たな「憲

法」をもたらすものと受け止められるだろう。それゆえ、アナロジーによるリーズニングによってもたらされる「憲法」は「先例を根拠に不断に作り直され展開する（evolving）憲法[58]」とみなされる。コンテクストを斟酌した先例からの類推的推論が、自己修正能力を備えた進化的な憲法創造の作用を発揮すると考えられるのである。

（3）distinguishing という技法

以上の叙述は、アナロジーによるリーズニングを理想的に描き出し過ぎたかもしれない。もちろん、ここにも課題はあるのであって、判例法の核心である ratio decidendi が何なのか、とか、類推の限界はどこにあるのか、といった個別の判断には、常に異論が提起される。Legitimation の問題も完全に解決できるわけではない。しかしながら、それが法創造の契機と自己修正の契機の双方を兼ね備えていることから、アナロジーによるリーズニングは、単に先例追随的で過度に保守的な役割にとどまることなく、法秩序を時代に適合的なものに進化させる方向に働く。かつ、一応妥当とされる先例との連続性を意識して、その延長線上で法的決定を下すことから、独断的で飛躍した結論に至ることも、できる限り回避できるようになっている。アナロジーへの訴えを求めることは、あえていえば、穏当あるいは中庸の方向に司法を導くといえる。

アナロジーによるリーズニングはまた、議論に参加する関係者の間において、ある程度の共有性（commonality）が存在することを前提にしていて、そのことが意味のある議論を成立させるための共通の土俵を提供している[59]。そのような共有性の中でも、最高裁判例に従うというエートスは、アナロジーの対象を共有する上で極めて重要である。しかし、それだけでなく、事案が異なると判断する感覚や、先例を決定づけた ratio decidendi が違うと評価する感覚、すなわち、差異をえぐり出す能力もまた、アナロジーによるリーズニングが十全に機能するためには不可欠である。先例と手元の事案を接近させるだけではなく、それとは区別することも、類推的推論のためには必要なのである。それこそが英米法系の法律家が distinguishing と呼ぶ技法である[60]。

いうまでもなく、手元の事案が先例の事案と類似しているというだけでは、

先例を根拠にした決定はできない。極めてよく似ているように見える事案であっても、その中には当然に相違点が存在する。その相違点が重要な意味を持つのなら、両者は区別しうる。事案だけでなく、法律論も区別される。例えば「政治的表現は手厚く保護されなければならない」とする先例があったとして、この先例を根拠にすれば、「〇〇人を日本から叩き出せ」とヒステリックに主張するヘイトスピーチも、当然に手厚く保護されることになるのか（なぜなら、それもある種の政治的表現だから）と問われたときに、当然にイエスとは回答できないだろうし、おそらくは当然にノーとも回答できないだろう。先例のどこに手元の事案を拘束する規範命題があるのか、立ち入って検討した上でないと、区別すべき事案なのか、そうでないのか、直ちには分からない。[61]

その意味で distinguishing の技法は、法律家にとって高度な技法に当たるといってよい。distinguishing によって、時代遅れの古い判例の射程を限定し、事実上、葬ってしまうこともできないわけではないし、広い射程をもつと思われた判例から一部を切り取って、それを民主的な政治決定に委ねるといった芸当も考えられないではない。[62] アナロジーによるリーズニングには、先例への接近を目指す場合だけでなく、それとは逆に、先例からの区別を目指す場合もあるということであって、法律家はいずれの技法にも習熟することが求められるのである。

4．結　語

以上の検討を踏まえ、冒頭に提起した憲法判例の意義と射程の問題に対して、不十分ながらも、若干の回答を試みたい。

（1）憲法判例の先例拘束性

まず、憲法判例の先例拘束性は、少なくとも事実上の拘束力として受け入れられているということだが、いずれにしても、憲法判例には司法を縛る拘束力があるということを前提としなければならないだろう。その際、留意すべきは、憲法判例の先例拘束性は最高裁にとって自己拘束を意味するということである。

最高裁の先例は最高裁自身を拘束する。だから最高裁は自らの先例に無頓着であってはならない。「最高裁判所の判例は、後の同種の事件において最高裁判所の判断を拘束し、そして後の同種の事件の下級裁判所も拘束する[63]」以上、先例のどこに拘束され、どこが手元の事案と異なるのかについて、最高裁は常に自覚的である必要があろう。

（2）憲法判例の変更

憲法判例は、十分に理由がある限り、変更可能と解されている。さもないと、憲法改正でしか変更できないことになってしまって、法秩序が不必要に硬直化しかねないからである。しかし、あくまでも十分に理由がある場合に限って変更可とされるだけで、変更可能な場合と変更不可の場合の境界は、相変わらず明確ではない。変更の可否もまた、先例と手元の事案の双方の比較・突合によってしか判断できないのである。憲法判例を変更する場合は、それが明示されることもある[64]。ただし overruling は法的安定性の見地からもできるだけ回避されるべきであるし、その前に distinguishing が試みられるべきであろう。

（3）コンテクストの重視

overruling の場合であれ、distinguishing の場合であれ、あるいは単に先例に従う場合であれ、憲法判例はコンテクストに即して読まれなければならない。とりわけ事実の関連性に着目すべきことついては、数多くの指摘がある[65]。ここでいう事実とは、主として、司法事実であろうが、憲法判例の場合は、立法事実にも着目すべきであろう。事実の基礎に立脚することが、憲法判例の権威を守ることにつながるのみならず、その正統性の確保にも資するというべきである。それがまた付随的違憲審査制度とも親和する[66]。最高裁も、事実関係のコンテクストを重視しているはずであるが、それが判決文の中に十分に表れていないところに問題がある。その一方で、先例の「趣旨」といった抽象的な言葉が頻繁に使用され、憲法判例の射程を必要以上に曖昧にしている。

（４）憲法ドグマーティクの今後の見通し

コンテクスト化の主張によって徹底批判されたドイツ流の憲法ドグマーティクは、日本において、なお参照に値するか。これはなかなか回答に窮する問題である。というのも、日本の憲法実務と憲法学がおかれている状況があまりにもドイツと違うからである。この問題を検討した論者も、意識的に抑制した評価を下している[67]。しかし、この点については、これまでそうしてきたように、積極的に学んで、必要に応じて参照すればよいのではないかと思う。全面的受容か全面的拒否かの二者択一である必要はない。もちろん、ドグマーティクとは硬質な体系を前提とするものであって、つまみ食い的な対応には馴染まないとする批判もあろう。もしそうした批判を受け入れるのなら、日本における憲法ドグマーティクの見通しは必ずしも明るくないといわざるを得ない[68]。

（５）司法積極主義の可能性

憲法判例の取扱いは、アメリカ流のアナロジーによるリーズニングの方が、むしろうまく対応できるかもしれない。この手法は、先に述べたように、司法を穏当あるいは中庸の方向に導くものである。それは確かに法創造の契機と自己修正の契機の双方を兼ね備えたものであるが、表現の自由の保障のような司法積極主義が求められる場面でも、抑制的に働いてしまうのではないかとの不安も感じないではない。もちろん、他ならぬアメリカにおいて、司法は表現の自由を保障するために、厳格審査を貫いているのだから、先の危惧は杞憂に過ぎないということもできる。ここでもまた、日本の憲法実務と憲法学がおかれている状況を見据えつつ、対応を考えなければならないということになろう[69]。

（１） 芦部信喜『憲法学Ⅰ憲法総論』135頁（有斐閣、1992年）。

（２） 佐藤幸治『日本国憲法論（第２版）』43頁（成文堂、2020年）。なお、同書39頁によれば、「憲法判例は憲法典そのものではなく、制定法たる憲法典に準ずる効力しかもたないと解されるから、判例変更の可能性のある点」に注意しなければならないとされる。最高裁判所による憲法判例の変更は、憲法判例の有する極めて重要な特色であると思われるため、後に言及する（なお、同書725頁も参照）。

（３） 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』279頁（日本評論社、1984年）。

（４） 佐藤幸治『現代国家と司法権』382頁（有斐閣、1988年）、松井茂記「憲法判例の法源性・先例拘束性と憲法判例の変更」樋口陽一編『講座 憲法学６権力の分立２』213頁（日本評論社、1995頁）、市川正人『司法審査の理論と現実』209頁（日本評論社、2020年）参照。

（５） 中野次雄編『判例とその読み方（三訂版）』（中野次雄執筆）11頁（有斐閣、2009年）。

（６） 中野・前掲注（５）23頁。

（７） 中野・前掲注（５）24頁。

（８） 中野・前掲注（５）12頁。

（９） 佐藤・前掲注（２）43頁。

(10) 中野・前掲注（５）７頁。

(11) 中野・前掲注（５）29頁。

(12) 中野・前掲注（５）67頁。

(13) 中野・前掲注（５）69頁。

(14) 中野・前掲注（５）73頁。

(15) 中野・前掲注（５）73頁。憲法に関する有名な「判例理論」の一つとして、小売市場最高裁判決（最大判昭和47･11･22刑集26巻９号586頁）が打ち出したとされる「判例理論」がある。それによると、職業の自由に対する積極目的規制は「立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って」違憲無効とされるという（芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第７版）』236頁（岩波書店、2019年）参照）。しかし、職業の自由の積極目的規制には「明白の原則」が妥当するとのこの「判例理論」は、近時、最高裁自身によって、その意味内容が揺さぶられている。すなわち、近時の景品表示法事件（最３小判令和４・３・８判タ1500号76頁）、被選挙権住所要件事件（最２小判令和４・３・４判例集未登載）、あん摩マッサージ指圧師養成学校事件（最２小判令和４・２・７民集76巻２号101頁）、遊佐町岩石採取事業事件（最３小判令和４・１･25判例地方自治485号49頁）、要指導医薬品事件（最１小判令和３・３･18民集75巻３号552頁）は、いずれも職業の自由に関わる規制立法の合憲性を小売市場判決の「趣旨に徴して明らかである」と判示したものであるが、あん摩マッサージ指圧師養成学校事件を除き、それ以外の判決は、必ずしも積極目的規制立法とはいい難い上、「明白の原則」に照らして判決されているわけでもない。小売市場判決の事案との共通点といえば、職業の自由に関わる規制立法が合憲と評価された点ぐらいしかなく、小売市場判決のいかなる「趣旨に徴して明らかである」とされたのかが、明らかではないのである。いずれも小売市場判決の「趣旨」が曖昧なまま同趣旨の事案と評価され、合憲判決が下されている。

(16)　松井・前掲注(４)221頁。

(17)　かつて松本和彦・宍戸常寿「憲法事例問題を対話する」法学教室412号６頁以下（2015年）において、憲法判例の意義と射程について、具体的な検討を試みたことがある。より詳細な検討については、横大道聡編『憲法判例の射程（第２版）』（弘文堂、2020年）参照。

(18)　栗島智明「ドイツ憲法学の新潮流－『理論』としての憲法学の復権？－」法学政治学論究117号34頁（2018年）。

(19)　連邦憲法裁判所の概況については、差しあたり、鈴木秀美・三宅雄彦編『〈ガイドブック〉ドイツの憲法判例』（三宅雄彦執筆）３頁以下（信山社、2021年）参照。

(20)　Ch. Schönberger, Der „German Approach“, 2015, S.2. 三宅雄彦「公法学史方法の日独比較」社会科学論集151号21頁（2017年）参照。

(21)　B. Pieroth / B. Schlink, Grundrechte Staatsrecht Ⅱは、2012年の28版まで両名によって執筆され、翌年の29版から門下生のトルステン・キングレーン（Torsten Kingreen）とラルフ・ポッシャー（Ralf Poscher）を執筆者に迎え４名体制とした後、2016年の32版からキングレーンとポッシャーの両名のみで執筆されている。このうち15版と31版は、それぞれ永田秀樹他訳『現代ドイツ基本権』（法律文化社、2001年）、『現代ドイツ基本権（第２版）』（法律文化社、2019年）の書名の下で、邦訳されている。

(22)　ちなみに、『現代ドイツ基本権（第２版）』１頁には「本書の叙述は、連邦憲法裁判所の判例に準拠しているが、既存の判例に存在しない事例を自分で解くための方法的・教義学（解釈学）的手段の提供もめざしている」と記されている。

(23)　Ch. Bumke / A. Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl., 2020.

(24)　赤坂正浩「憲法ドグマーティクと憲法裁判権」立教法学102号169頁（2020年）。

(25)　松本和彦『基本権保障の憲法理論』64頁（大阪大学出版会、2001年）参照。

(26)　B. Schlink, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat, 1989, S. 161ff.

(27)　もっとも、シェーンベルガーはシュリンクの指摘するような主客転換を極端なものの見方であると批判する。Schönberger, Fn. 20, S.31.

(28)　ただし、連邦憲法裁判所の判事の約半数が憲法学者（教授判事－ Professoren-Richter）であることを思うと、連邦憲法裁判所は憲法学と人的に結びつき、憲法学の知見を直接利用して、憲法ドグマーティクの構築に関与できる立場にあるともいえる。クリストフ・メラース「連邦憲法裁判所の合法性・正統性・正統化」鈴木秀美他監訳『越境する司法』306頁（風行社、2014年）。

(29)　B. Schlink, Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Ver-

fassungsrechtswissenschaft im Wandel, JZ, 2007, S. 157ff.(161).

(30) Schlink, Fn. 29, S. 160f.

(31) Vgl. G. Kirchhof / S. Magen / K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012.

(32) 赤坂・前掲注(24)149頁。

(33) 栗島・前掲注(18)35頁によると「新潮流の学者たちの議論の出発点であり核心をなしているのは、《法ドグマーティク（Rechtsdogmatik －「法教義学」とも)》が憲法学の中心を占めていることへの批判である」という。

(34) O. Lepsius, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof / Magen / Schneider, Fn. 31, S. 39ff.

(35) Lepsius, Fn. 34, S. 54-61.

(36) オリヴァー・レプシウス「基準定立権力」鈴木他・前掲注(28)203頁。

(37) レプシウスはコンテクスト化と歴史化を厳格に区別せず、歴史化をコンテクスト化に含めて使用することが多いため、以下の記述ではコンテクスト化の語で代表させておく。

(38) O. Lepsius, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016.

(39) Lepsius, Fn. 38, S. 22.

(40) Lepsius, Fn. 38, S. 36-47.

(41) Lepsius, Fn. 38, S. 8; Schönberger, Fn. 20, S. 48ff.

(42) レプシウス・前掲注(36)142頁。連邦憲法裁判所の判決文の章立てによると、A が裁判の経緯や事実関係の記述、B が訴訟要件の検討、C が判決理由の提示となっており、さらに C は、基準の定立に充てられる C・Ⅰと基準の適用に充てられる C・Ⅱに分けられている。

(43) レプシウス・前掲注(36)167頁。

(44) O. Lepsius, Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, JZ, 2019, S. 793(797); ders., Über die Notwendigkeit der Historisierung und Kontextualisierung für die Verfassungsdogmatik, in: F. Meinel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 119(125).

(45) O. Lepsius, Rechtswissenschaft in der Demokratie, Der Staat, 2013, S. 157ff.

(46) Lepsius, Fn. 44, Über die Notwendigkeit, S. 136.

(47) Lepsius, Fn. 44, Kontextualisierung, S. 802; ders., Fn. 44, Über die Notwendigkeit, S. 133.

(48) Vgl. O. Lepsius, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: H.Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 319ff.

(49) キャス・サンスティーン「司法ミニマリズムを超えて」那須耕介編『熟議が壊

れるとき』（米村幸太郎訳）138頁（勁草書房、2012年）。

(50) C. Sunstein, Legal Reasoning and Political Conflicht, 2nd ed., 2018, pp. 35-60. サンスティーンは「完全には理論化されていない合意」とジョン・ロールズ（John Rawls）のいう「重なり合う合意（overlapping consensus）」（J. Rawls, Political Liberalism, 1993, pp. 133-72.）は、関連性を有すると述べる。しかし、ロールズの「重なり合う合意」が基本的見解を異にする人々の間の最大公約数の合意を目指すのに対して、「完全には理論化されていない合意」は理論的対立を棚に上げた合意でよしとする点において相違するという。

(51) サンスティーン・前掲注(49)143頁。

(52) サンスティーン・前掲注(49)165頁。

(53) Sunstein, Fn. 50, p. 44.

(54) サンスティーン・前掲注(49)176頁。

(55) Sunstein, Fn. 50, pp. 61-99.

(56) サンスティーン・前掲注(49)152-53頁。

(57) それでも、憲法裁判においては、司法的決定が手元の事案の解決という目的を超えて、一般社会に広範な影響を及ぼすことが避けられないため、いわゆる「司法審査と民主主義」の民主的正統性の問題とも宿命的に取り組むことが求められる（松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣、1991年）参照）。

(58) 青井未帆「司法審査の様式としての『類推によるリーズニング』」石川健治他編『憲法訴訟の十字路』161頁（弘文堂、2019年）。

(59) Sunstein, Fn. 50, p 92.

(60) E.-W. Böckenförde, Vom Ethos der Juristen, 2.Aufl., 2011, S. 33は、先例への接近と先例との区別の双方をアングロ・アメリカの法律家のエートスとみなす。

(61) 「アナロジーの本当の教訓は決して前もって与えられることはない。アナロジーを基礎としたシステムにおいて、法システムに参加する者は何人であれ、自分の事案が検討されたら、過去の事案が以前に考えられていたものとは全く違うものに見えるだろうと主張する資格がある」とサンスティーンはいう（Sunstein, Fn. 50, p. 222）。現在の事案は過去の事案（先例）との関係において分析されるが、その際、過去の事案の方も常に読み直しにさらされる。先例が読み直されると、現在の事案の扱いも、読み直し前とは変わってしまう。このことは distinguishing においても当てはまるだろう。

(62) レプシウス・前掲注(36)213頁も、コンテクスト化の手法の一つとして、distinguishing を用いることを提唱する。

(63) 松井・前掲注(４)218頁。

(64) 憲法判例の明示的変更の最近の例として、岩沼市議会事件（最大判令和

２･11･25民集74巻８号2229頁）がある。ここでは「原審のように区別の手法をとることにより判例変更を回避しつつ同じ結論を導く途もあった」が、あえて明示的変更の途が採用されたと評されている（渡辺康行・令和３年度重要判例解説11頁）。

(65)　中野・前掲注（５）119頁、藤田宙靖『最高裁回想録』145頁（有斐閣、2012年）参照。

(66)　土井真一「法の支配と司法権」佐藤幸治他編『憲法五十年の展望Ⅱ自由と秩序』122頁（有斐閣、1998年）によれば、「司法審査において具体的事実に基づく経験的判断を重視し、基本的に事後審査であることは、司法審査それ自体が抽象的な観念論に陥る危険を防止し、その判断の具体的妥当性の維持を図るとともに、議会が党利党略を憲法論によって粉飾したり、観念論的な憲法解釈により自らの思考停止を行うことを許さない土壌を形成することでもある」とされる。

(67)　栗島・前掲注(18)56-57頁、赤坂・前掲注(24)187頁。

(68)　なお、石川健治「ドグマーティクと反ドグマーティクのあいだ」石川他・前掲注(58)299頁以下参照。

(69)　毛利透『国家と自由の法理論』293頁以下（岩波書店、2020年）参照。