

論説

判例に関する覚書
——民事判例の主論を中心として

東京大学教授
土屋文昭

- I. はじめに
- II. 問題の所在 — 判決のどの部分が判例か
- III. 民事判例の主論
 - 1 判例の抵触
 - 2 主論判定のファクター
 - 3 主論の意義 — 見解の対立
- IV. 判例による法形成 — 我が国の特質
 - 1 判例による法形成
 - 2 制定法の下での法形成 — 我が国の特質
 - 3 判例としての定式化
- V. 主論の判定基準
 - 1 主論の定義
 - 2 事実抽出命題説の疑問への反論
 - 3 主論の妥当範囲（判例の射程）
- VI. 56年大法廷判決の判例となる部分
- VII. おわりに

I. はじめに

判例は実務を支配するといわれている。判例の実務上の重要性はいうまでもないところであるが、判例は、学問的な批評や研究の対象とされ、学問と実務との接点としても重要な役割を担ってきた。法科大学院の授業でも、法学教育の題材を社会的現実を求める上で、判決文そのものを教材として取り上げることが多くなっている。ところが、判決文がこのように多用され、検討されているのに、判例の基本的な性格や構造について、基礎的・理論的に検討された文献はそれほど多くはないのが実情である。

本稿は、判例の基礎的な問題点を、裁判による法形成という視点からあらためて考えてみようとするものである。なお、本稿で考察の対象とするのは、最高裁判所の民事判例である。

II. 問題の所在 — 判決のどの部分が判例か

判例の構造を考えるのに、興味深い実例がある。最判平成19年5月29日集民224号391頁（判時1978号7頁，判タ1248号117頁）である。これは、いわゆる横田基地事件において、将来の給付の訴えを提起することのできる請求権としての適格について判断したものである。

横田基地事件に先立ち、最高裁は、いわゆ

る大阪国際空港事件の大法廷判決（最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁，以下「56年大法廷判決」という。）において，将来の損害賠償請求については，一定の請求適格が備えられていることが必要であると，原審口頭弁論終結後に生ずべき損害の賠償を求める部分につきこれを否定した。これに対し，横田基地事件では，最高裁の上記判断と異なり，原審の東京高裁が，将来の損害賠償請求について，原審口頭弁論終結後であっても，原審の判決の言渡り日までの短期間に限ってこれを認めるとの判断をした。

そのため，原審の判断が最高裁の56年大法廷判決の判断に反するのではないかが問題となったのである。

ところで，56年大法廷判決は，民訴法226条（現行135条）の将来請求は，それが本来例外的にのみ認められるものであることを述べた上，次のように説示している¹⁾。

「たとえ同一態様の行為が将来も継続されることが予測される場合であっても，それが現在と同様に不法行為を構成するか否か及び賠償すべき損害の範囲いかん等が流動性をもつ今後の複雑な事実関係の展開とそれらに対する法的評価に左右されるなど，損害賠償請求権の成否及びその額をあらかじめ一義的に明確に認定することができず，具体的に請求権が成立したとされる時点においてはじめてこれを認定することができるとともに，その場合における権利の成立要件の具備については当然に債権者においてこれを立証すべく，事情の変動を専ら債務者の立証すべき新たな権利成立阻却事由の発生ととらえてその負担を債務者に課するのは不当であると考えられるようなものについては，前記の不動産の継続的不法占有の場合とはどうも同一に論ずることはできず，かかる将来の損害賠償請求権については，冒頭に説示したとおり，本来例外的にのみ認められる将来の給付の訴にお

ける請求権としての適格を有するものとすることはできないと解するのが相当である。」（以下「A命題」という。）

そして，56年大法廷判決は，このような一般論を事案に当てはめて，「飛行機騒音により空港周辺住民らが損害を被っていることを理由とする損害賠償請求権については，それが具体的に成立したとされる時点の事実関係に基づきその成立の有無及び内容を判断すべく，かつまた，その成立要件の具備については請求者においてその立証の責任を負うべき性質のものといわざるをえない。したがって，上記損害賠償請求のうち原審口頭弁論終結後に生ずべき損害の賠償を求める部分は，権利保護の利益を欠くものというべきである。」（以下「B命題」という。）との趣旨の判断をして²⁾，その部分につき訴えを却下した。

横田基地事件の最高裁判決の意見は分かれている。筆者が問題とするのは，法解釈上の実質的議論ではなくて，判例の抵触を判断するにつき56年大法廷判決のどの部分を判例とみるべきかという点にかかわるものである。この点について，法廷意見は，原審の判断は，56年大法廷判決の判例に反していると判断した。すなわち，上記のA命題も，B命題もいずれもこれを判例とみるべきであるとした³⁾（上田豊三，堀籠幸男両裁判官の補足意見は，上記のB命題につき，当該事件を解決した最も重要な事例判断から抽出される命題であり，この部分こそが狭義の「判例」として先例的な意義・価値を有し，拘束力をもつものであるとする⁴⁾）。これに対し，反対意見（那須弘平裁判官）は，原審の判断は，56年大法廷判決の判例に反しないと判断した⁵⁾。すなわち，A命題が判例であることを認めた上，原審のように，判決言渡り日までの短期間に限って将来請求を認容したとしても，A命題の趣旨には反するものではないと

1) 民集35巻10号1401頁。

2) 前掲注1)1402頁。

3) 判時1978号9頁，判タ1248号119頁。

4) 判時1978号10頁，判タ1248号119頁。

5) 判時1978号12頁，判タ1248号121頁。

した⁶⁾。

このような意見の対立を前にして、判例とみるべきものはどの部分か、A命題およびB命題の双方であるのか、それともA命題のみであるのか、またはB命題のみであるのか、その判定基準は何であるかが問題である。

Ⅲ. 民事判例の主論

1 判例の抵触

横田基地事件の最高裁判決では、判例の抵触が問題になった。事件を大法廷に回付する必要があるかどうかを判断するために、56年大法廷判決のどの部分が判例になるかが問題とされたのである。すなわち、最高裁判所が、「憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」は、小法廷限りで判断することは許されず、大法廷で判断することが必要とされる(裁判所法10条3号)。判例を変更するには通常よりも慎重な手続を踏むことが求められているのである。

このほかに、民訴法で「判例」の抵触が問題となる場合としては、上告受理事由(民訴法318条1項)、許可抗告事由(同法337条2項)の2つの場合がある。

上告受理の申立ては、「原判決に最高裁判所の判例と相反する判断がある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」について、申立てがされる。

最高裁判所は、決定により、上告審としての受理決定をすることができる(同法318条1項)。上告受理事由があるときは、最高裁判所は、原判決を破棄することになる(同法325条1項)。

許可抗告の申立ては、高等裁判所の決定及び命令について、「最高裁判所の判例と相反

する判断がある場合その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められる場合」について申立てがされ、高等裁判所がこれを許可したときにすることができる(同法337条1,2項)。最高裁判所は、裁判に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるときは、原裁判を破棄することができる(同法337条5項)。

これら2つの場合に、最高裁判所は、法令解釈に誤りがあるとして原裁判を破棄することができる。

現行制度は、最高裁判所の判例につき、その変更には慎重な手続を設けて、容易に変更ができないようにしている。のみならずこれに反する下級審の裁判があったときには、法令解釈の違背があるとして取り消すことができるとしている。法令の安定的な解釈と事件を通しての事後的な法令解釈の統一を図るためである。このために、最高裁判所の判例には後の裁判所の判断に対し拘束力があるものと解されている⁷⁾。

2 主論判定のファクター

それでは、このような拘束力を有するのは、最高裁判決のうちどの部分であると考えべきか。この問題は、これまで判決の主論(ratio decidendi, レイシオ・デシデンダイ)は何か、どこまでが傍論(obiter dictum)なのかという視角から議論されてきた。主論には拘束力があるが、傍論には拘束力がないので、拘束力のある部分は何の部分であるかが問題とされてきたのである。

ところで、前記1のような判例の矛盾抵触を排し、実務上の法解釈を統一する制度が設けられている根本的な理由は何であろうか。それは、「同種の事件には、同一の解決を」という法的安定性ないしは平等の要請、あるいは「等しきものは等しく、等しからざるも

6) 同最高裁判決では、上記補足意見以外にも、原審が56年大法廷の判例に反するとの藤田宙靖裁判官の補足意見、判例に反するとしつつ、判例変更をすべきであるとする田原裁判官の反対意見がある。

7) 拘束力の性質の詳細には立ち入らないが、上記の限度で制度的な拘束力のあることは争いのないところであろう。

のは等しからざるように取り扱え」との形式的正義の要請であると考えられる⁸⁾。そうすると、裁判を受ける国民からみて、最高裁の判決文のうち、同様の事件であるにもかかわらず、異なる判断をすることが平等な取り扱いに反していると認められる部分が、とりもなおさず拘束力を有する部分、すなわち主論部分であるということになる⁹⁾。

さらに、前記の上告受理事由や許可抗告事由として規定された「法令の解釈に関する重要な事項を含んでいるもの」との文言に照らすと、主論となる部分は、法令の解釈に関する重要な事項に関わる部分であるといえる。規定上「判例」は、法令の解釈に関する重要な事項を含んでいるものの例示として挙げられていることが重要である。

いずれにしても、主論を判定する基準は、それが判例抵触を判断する基準であるだけに、裁判の運営上も、できるだけ一義的に明確なものであることが望ましい。

3 主論の意義 — 見解の対立

主論を判断する基準については、判例をどのようなものとみるかの本質論とも関係し、大きく見解が対立していて、いまだに決着がつかない問題であるといわれている¹⁰⁾。

(1) 事実抽出命題説 (中野判事)

これは、中野次雄判事が編集著作した『判例とその読み方 (三訂版)』(有斐閣, 2009年, 初版は1986年)において、同判事の執筆部分として、展開されている考え方である(ちなみに、同書は最高裁調査官経験者の共同執筆になるもので、実務上の手引書として、多大の影響を及ぼしている)。

中野判事は、刑事事件の裁判例を引用しつつ、判決理由を、結論命題と理由づけ命題とに分け、原則として、結論命題のみが主論に

なるとする¹¹⁾。結論命題は、判決が前提とした具体的事実からさらに重要な事実(material facts)を選別し、これと判決の法的結論との対応関係から帰納的に抽出される(ある程度抽象化された)命題のことである。理由づけ命題は主論にならないが、それが結論命題を抽象化したものと一致する場合には、例外的に主論になるとする。法概念の定義や法律関係をのべた一般的理由づけ命題(いわゆる「中間的な法命題」)は主論にはならない(中野判事の所説は、「結論命題説」と呼ばれているようであるが、ここでは、他の所説との区別を明らかにするために「事実抽出命題説」としておこう)。

もともと、中野判事の主張する結論命題と理由づけ命題との区別は必ずしも明らかでない。具体的な判決文の例でみてみよう。たとえば、判決理由の中で、一般的な命題を述べた上で、当該事件の事実関係について判断することがある。具体的には「……と解すべきであるから、本件の場合、……と解すべきである」という形式で判断が示されることが多い。次に掲げるのは、特定物引渡請求権者の詐害行為取消権についての最大判昭和36年7月19日(民集15巻7号1875頁)の判決文の一部である¹²⁾。

「民法424条の債権者取消権は、総債権者の共同担保の保全を目的とする制度であるが、特定物引渡請求権(以下特定物債権と略称する)といえどもその目的物を債務者が処分することにより無資力となった場合には、該特定物債権者は右処分行為を詐害行為として取り消すことができるものと解するを相当とする。けだし、かかる債権も、窮極において損害賠償債権に変じうるのであるから、債務者の一般財産により担保されなければならないことは金銭債権と同様だからである。……(中略)……本件において、原判決の確

8) 田中成明『法理学講義』62頁(有斐閣, 1994)。

9) 木南敦「判例理論」田中成明編『現代理論法学入門』158頁, 170頁(法律文化社, 1993)。木南教授によれば、裁判所が同種の事件で首尾一貫した法の解釈をすることが、裁判所に対する国民の信任と信頼を得てそれらを保つために必要であるとする。

10) 中野次雄編『判例とその読み方 (三訂版)』55頁(有斐閣, 2009)。

11) 中野編・前掲注10)39頁以下。

12) 民集15巻7号1877頁。

定したところによれば、被告人は昭和25年9月30日訴外高野吉匡との間に本件家屋を目的とする売買契約を締結し、同人に対しその引渡請求権を有していたところ、高野は、他に見るべき資産もないのに、同27年6月頃右家屋に債権額8万円の抵当権を有する訴外本田卯市に対し、その債権に対する代物弁済として、10万円以上の価格を有する右家屋を提供し、無資力になったというのである。右事実を徴すれば、本件家屋の引渡請求権を有する被告人は、右代物弁済契約を詐害行為として取り消しうるものというべく、したがって、原判決が『債務者がその特定物において他に資産を有しないにかかわらず、これを処分したような場合には、この引渡請求権者において同条の取消権を有するものと解すべきである』とした部分は結局正当に帰する。

上記判決文のうち、「民法424条の債権者取消権は、」から「と解するを相当とする。」までが一般的命題を述べた部分であり、「本件において」以下の説示が事実関係に対する法的判断の部分である。事実抽出命題説によれば、「本件において」以下の説示の事実関係と結論とを抽出した部分が結論命題に当たることになる。当該事件の重要な事実を前提として法的効果を述べる命題であるからである。それでは、上記の一般的命題を述べた部分はどうか。その部分は、結論命題以外の部分として理由づけ命題となるはずである。ところが、事実抽出命題説は、理由づけ命題にも2種類のものがあり、「その1つは、事件の結論を抽象化した結論命題と内容において一致する理由づけ命題であり、いま1つ

は、それよりも内容の広い、より一般化された法命題である。」という¹³⁾。そして、前者の理由づけ命題は、結論命題であると同時に理由づけ命題であるという両者の性質をもっているとする。そして、同書の他の箇所では、債権者取消権の上記一般的命題を、「結論との関係では結論命題であるとともに、抽象化されているので、理由づけ命題でもある。」と説明されているのである¹⁴⁾。筆者の理解に誤りがなければ、この実例が、さきに述べた、理由づけ命題が例外的に主論になる重要な実例である。

中野判事の主論のとらえ方は、判決の事実と結論との対応関係に注目し、何が重要な事実かを選別し、これにそくした規範を帰納的に抽出するというものである。これは、判例法主義をとる英米では、もともと判例解釈の基本とされるアプローチである¹⁵⁾。具体的な事実関係の法的な評価・選別を通して規範が形成されるという判例の形成過程にも合致したとらえ方であるといえることができる。中野判事は、刑事裁判官としての実務上の経験をもとに1986年当時の学問上の判例研究の方法論（特に川島武宜教授の学説¹⁶⁾）等の成果を踏まえて、この事実抽出命題説を提唱した。その後、事実抽出命題説は、裁判実務上も大きな影響を与え、学界においても、それが実務上の有力な見解として受け入れられてきた¹⁷⁾。

(2) 解釈命題説（中村判事、金築判事）

これは、中村治朗判事が、最高裁首席調査官在職中に司法研修所の判事補研修の際の講演「判例について」（司研1976年Ⅱ1頁（1976）、中村治朗『裁判の世界を生きて』

13) 中野編・前掲注10)46頁以下。

14) 中野編・前掲注10)358頁〔篠田省二判事執筆部分〕。

15) 田中英夫『英米法総論（下）』482頁以下（東京大学出版会，1980）。

16) 中野編・前掲注10)54頁には、川島武宜「判決と判決例——民事裁判に焦点を置いて——」兼子還暦『裁判法の諸問題（下）』651頁，674-675頁（有斐閣，1970）の引用がみられる。川島教授は、「最高裁判所が判決中に抽象的法律論を書くことによって『判例』という形式での『立法』をする、ということ承認することはできないのである。」と述べる。

17) 大村敦志ほか『民法研究ハンドブック』306頁以下（有斐閣，2000）は、民法研究者の判例研究の共通理解を示したものであるが、実務の見解として中野編・前掲注10)が引用されている。同書325，331頁。ただ、同書の記述では、理由づけ命題でもある部分を結論命題として引用しているようである。

313頁（判例時報社、1989）所収）の中で明らかにした考え方である¹⁸⁾。中村判事は、判例を「裁判所が、その裁判の理由の中で示すところの、結論を導く根拠とされた法規則命題の宣明」であるとし、判例の主論を「具体的事件における決定の不可欠の前提とされた法規則命題」であるとする。法規則命題（法解釈の結論）ではなく、そのような解釈をとる理由の説明の部分は傍論にすぎないとする。

金築誠志判事も、「主論と傍論——刑事判例について——」（司研1973年II 125頁（1973））と題する論説の中で、刑事判例についてではあるが、次のように述べる¹⁹⁾。すなわち、「事実関係に対する法律判断以上のものはおよそ主論ではないと割り切る必要はなく、一般的命題も主論となりうることを認めてもよいのではないかと思う。ただし、一般的命題は、事実関係に対する法的判断を、より広い枠で規制するものとして、裁判を方向づけるのに役立つものといつてよいからである。」「事実関係に対する法律判断のみでは、判例による法令解釈の安定性、統一性を確保するうえで、必ずしも十分ではないように思われる。」とする。もっとも、金築判事は、一般的命題が主論となりうるには、具体的事件の解決につき、それが「中間的規準」として機能したものでなければならないとする。同判事は、一般的法命題が判例であることを認めるが、これとともに事実関係に対する法律判断も同様に主論になるとする²⁰⁾（中村、金築両判事の所説は、民事、刑事とそれぞれ扱う分野が異なり、ニュアンスに相違があるが、いちおう「解釈命題説」としておこう。）。

前記(1)において引用した詐欺行為取消権の判決文を具体例として再び取り上げると、判決理由の「民法424条の債権者取消権は、」から「と解するを相当とする。」との一般的命題の部分は、詐欺行為取消権行使を肯定す

る結論に不可欠の前提とされた解釈命題であり、この部分が主論になると考えられる（上記判決文中、そのあとに続く「けだし、……」以下の部分は、そのような解釈をとった説明の部分であるから、傍論である。）。それでは、「本件において、……」以下の事案への当てはめの部分はどのように位置づけられるのか。その部分は、解釈命題を事実関係に適用した部分であって、事例判断として主論になるとする²¹⁾。

中村判事の主論のとらえ方は、中野判事のそれとは大きく異なっている。中野判事は、判例を、重要な事実と法的結論との対比から抽出される法命題ととらえている。これに対し、中村判事は、判例を、判決の理由中で宣明された法規則命題（ないしは解釈命題）ととらえていることが注目される。主論については、これを裁判の結論との直接的な関連性があることで位置づける点は同様である。しかし、中村判事は、中野判事よりはやや広く、結論を導くのに不可欠なものであれば、一般的な命題であっても、主論としての拘束力を認めることとしている。中村判事は、このように、主論を、事実関係から帰納的に抽出された法命題というよりは、むしろ一般的な法解釈命題のレベルでとらえている。金築判事も、解釈命題については、中村判事とほぼ同様の結論をとる。

このように主論の意義については、事実抽出命題説と解釈命題説とで見解が対立している。前記のように、事実抽出命題説が、結論の大前提となる理由づけ命題を主論に含むという筆者の理解が誤っていないとすると、両説の実際上の差異は、結論的判断に不可欠とされたいわゆる中間的命題を主論として扱うかどうかの点にあることになる。しかし、両説の対立の根は深く、判例そのものをどのようにみるかという判例観の相違がその根底にあることが明らかである。

中野判事の実事抽出命題説は巷間に広く流

18) 中村治朗「判例について」『裁判の世界を生きて』322頁、349頁以下（判例時報社、1989）。

19) 金築誠志「主論と傍論——刑事判例について——」司研1973年II 125頁、158-159頁（1973）。

20) 金築・前掲注19)135頁以下。

21) 中村・前掲注18)350頁以下。

布している。けれども、民事判例に関していえば、筆者の経験によれば、裁判実務の現場においては、中村判事の解釈命題説にしたがった判例のとらえ方による運用がされてきたことも多かったのではないかと思われる²²⁾。それはいかなる理由によるのであろうか。そのことを我が国における裁判による法形成の特殊性との関連で考えてみたい。

IV. 判例による法形成 — 我が国の特質

1 判例による法形成

裁判により規範性をもつ準則 (rule) としての法が形成されることは、しだいに認められるようになってきているといえよう²³⁾。裁判過程の現実の動態をみると、そこでは法が形成・創造されているのである。裁判所は、社会・経済の発展につれて、既存の法規を補充し、その形式を借りて新たな準則を形成・創造していくのである。このような裁判による法形成は、民主制や権力分立制との関係でも何ら矛盾するものでもなく、制度的に正当なものであると考えられる²⁴⁾。

田中英夫教授は、判例による法形成が生じ

る根拠について、次のように述べている²⁵⁾。

「裁判所が法律問題について判断を示すのは、ある具体的事件の解決のためである。しかし、いったん判決がなされると、(中略)後に同種の事件が生じ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——以下『平等の要請』とよぶこととする——が生ずる。そのために、ある判決が完全に既存の法準則の枠内でなされたのでないときは、直接には一回限りの具体的事件の解決を目指した判決から、その後の事件においても国家機関の一つである裁判所が適用し、強制することが期待される準則が形成されるのである。」

そして、田中教授によれば、判例法によって形成される準則は、具体的事実関係から重要な事実を「仮定」とし、法的効果を「結論」とする定理のようなものである。裁判所は、どれだけの適用範囲のある準則を形成するかについて裁量権を有しており、ある事実を重要な事実として扱うかどうかを「理由」を通して示すことによって、その判決で形成される準則の範囲を画定することができる。もともと、このように画定された準則も後の裁判所がその内容を判断することになり、その後、さらに拡張され、より精密なものとして変容が加えられることも当然のこと

22) 中野編・前掲注 10)55 頁以下。中野判事自身が「理由づけのための一般的法命題を判例だとする考えも根強いようにみえる。(中略)そういう考えは、特に実務家の間にかなり広く存在しているのではないかと想像される。」と述べている。

賀集判事も、判例研究の学説の影響を受けているのに、「『判決のなかに展開されている法律論が判例である』という考え方は、もう捨て去られてしまったものと思っていたところ、こうした考え方は私共のなかに相当根強く残っている。」と述べている(賀集唱「判例、立法と民事裁判」判タ 201 号 29 頁, 29 頁(1967))。

23) 田中英夫『法形成過程』1 頁以下(東京大学出版会, 1987), 団藤重光『法学の基礎(第 2 版)』167 頁, 189 頁(有斐閣, 2007), 同『実践の法理と法理の実践』242 頁以下(創文社, 198 年), 谷口正孝「裁判の拘束力と裁判官による法形成」天野和夫ほか編『裁判による法創造』82 頁(晃洋書房, 1989), 東孝行『判例による法の形成』(信山社, 1996)。なお、伊藤眞『民事訴訟法(第 3 版再訂版)』29 頁(有斐閣, 2006)は、判例の法源的機能を認める。

団藤博士は、「判例には法形成的な機能があるものとみななければならない。しかも、それは単なる法社会学的な事実だというだけでなく、法的安定性および法における平等という法そのものの根本的な要請にもとづくものである。かような意味で、わが国の法制のもとでも、判例に——制定法や慣習法に対する関係では第二次的な——法源性をみとめるべきだとおもう。これは、刑法以外の領域については、現在では、すでにかなり有力な学説になっているといっても過言ではあるまい。」と述べる。博士は、刑法の領域でも、罪刑法定主義の範囲内で、判例の法形成機能を認める(団藤・前掲『法学の基礎(第 2 版)』167 頁)。

24) 田中成明「裁判による法形成」『新実務民事訴訟講座 1』49 頁, 55 頁以下(日本評論社, 1981)。田中成明教授は、我が国の判例を、原則として強制的・拘束的法源たる制定法に対して、許容的・説得的法源の性格の強いものをも含んでいる補充的法源と位置づける。

25) 田中英夫・前掲注 23)5 頁以下(初出は、「判例による法形成——立法による法形成との比較を中心に——」法協 94 卷 6 号 755 頁(1977))。

として予定されている。

田中教授は、裁判官は、このように判例が法形成機能をもつことを自覚し、その自覚の上に立って行動すべきであると主張する²⁶⁾。

2 制定法の下での法形成 — 我が国の特質

田中教授が述べる法形成についての上記の原則は、英米などの判例法主義国についてのものである。

ところが、我が国は、制定法主義の国であって、制定法が大部分の社会領域を規律している。そうすると、判例は、具体的な紛争が訴訟事件となったときに、裁判所が、制定法の解釈を通じて、法を宣言して裁定することによって形成されることになる。このように制定法の解釈を通じて法が形成されるという点が、法典法である我が国の裁判による法形成に特徴的なことである²⁷⁾。

田中教授は、制定法が存在する領域でも、判例による法形成の原則は妥当するけれども、制定法が存在する領域では、類推解釈、拡張解釈、縮小解釈、反対解釈等々の方法で制定法を画定または援用して法形成が行われることが、その特色となると指摘する²⁸⁾。

それは、裁判官が、法形成に当たり、制定法に準拠した法形成を求められることにはかならない。制定法（法規）の解釈とは、実践的には、法規を根拠としつつも、法的推論により具体的事案を解決するのに適切な法規範命題を形成ないし創出することである。

たとえば、不動産賃貸借契約の解除に関する典型的な事例で考えてみよう²⁹⁾。

Xは、Yに対し、甲乙両土地を賃貸していた。賃借人Yは、甲乙両土地に各1棟の倉庫を建築し、うち甲土地上の倉庫をAに賃貸していた。その後、2棟の倉庫が焼失したため、賃借人Yは、Xの承諾を得て、Aに対

し、甲土地の借地権を譲渡した。Aは、Yの借地上で、同じ建坪であれば、前に賃借していた倉庫の敷地である甲土地以外の場所に建物を建築しても差し支えないものと信じ、甲地に隣接する乙地にわずかにはみだして建物を建築した。そのことは、Yも了承していた。ところが、Xは、Yに対し、Xの承諾なしに乙土地の一部を転貸したとして、民法612条2項により、甲乙両土地の賃貸借契約を解除する意思表示をした。

民法612条2項によれば、賃借人が、賃借人の承諾を得ないで、第三者に賃借物の使用収益をさせたときは、賃貸人は、賃貸借契約を解除することができる規定されている。

Yが建物の敷地としてAに乙土地の一部を使用収益させていることは、YがAに乙土地を転貸したものとみることができる。確かにXは、乙土地については、譲渡の承諾はしていない。しかし、Aの建物の敷地とされた範囲はわずかであって、しかもYの借地である乙土地内であるから、Xに実害が生じるわけでもない。それにもかかわらず、同規定を文言どおりに適用すると、Yが借地を返還しなければならない。その結果はいかにも不当である。これを避けるには、同規定による解除の効果の発生を制限するような法解釈が必要になる。もともと不動産の賃貸借契約は、当事者の相互の信頼関係を基礎とする継続的な法律関係である。そうすると、契約の一方的解消が許されるのは、そのような信頼関係が破壊され、賃貸借を継続するのが耐えられないような事態にいたったときに限られるのではなかろうか。そのような規範は、民法の規定に含まれていると考えられるから、民法の規定からこれを読みだすことができる。また、賃貸借が当事者間の信頼関係に基づいている以上、第三者に使用収益をさせること自体が例外に属するのであろう。そうだとすれば、賃貸借契約において賃借権の譲

26) 田中英夫・前掲注23)24頁以下。

27) 樋口範雄『はじめのアメリカ法』48頁以下（有斐閣，2010）。樋口教授は、英米法的な帰納的思考方法と成文法国の条文による演繹的思考方法との相違が法的思考の上で重要であると指摘する。

28) 田中英夫・前掲注23)48頁。

29) 最判昭和28年9月25日民集7巻9号979頁の事例を参考にしたものであるが、判例がないという前提で考えてみよう。

渡・転貸は基本的に許されないことであるとみるべきであるから、賃貸人の承諾がない賃借権の譲渡・転貸につき解除権が発生するのを原則とすべきであろう。そのように考えると、賃貸人の承諾がないにもかかわらず、解除権の効果の発生を妨げるような何らかの特別な事情があることは、これは賃借人の方で主張立証すべき事柄になる。このような推論を経て、条文の文言上は明確ではないけれども、民法から導くことのできるものとして、不動産賃貸借の賃借人が賃貸人に無断譲渡・転貸があった場合でも、「賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情があるときは」賃貸人の解除権は発生しないとの法命題が形成されることになる。そこで、判決文では、「賃借人が賃貸人の承諾なく第三者をして賃借物の使用収益を為さしめた場合においても、賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足りない特段の事情がある場合においては、同条（民法 612 条 2 項）の解除権は発生しないものと解するのを相当とする。」との一般的命題が提示され、事案へのあてはめがされるのである。ここで重要なことは、上記の一般命題は、不動産賃貸借を前提に形成されたものであるけれども、法規に準ずるような広範な適用が予想されるものであり、民法の要件・効果について、これを補充するような規範性があるということである。裁判実務上も、不動産明渡訴訟において、上記の「賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情」については、抗弁事実として、被告側がこれを主張立証すべきものとされている³⁰⁾。

このような通常の民事訴訟事件にみられるように、我が国の裁判では、新しい規範ないしは準則は、法解釈という操作を経ることによって、法解釈上の命題として生み出されて

きた（このような観察を前提とすると、法の解釈というの、新たな法の形成であり、創造であるということが出来る。ただ、それが法の解釈という操作によって行われるわけである。）。

中村治朗判事は、民事裁判官としての経験をふまえ、実践的観点から、法規が必ずしも明確とはいえない場合の解釈について、次のように述べている³¹⁾。

「直接適用されるべき有効な法規がみあたらない場合、法規があっても、その法規が多義的な、あるいはあいまいな概念を含んでいる場合、個別的事実が、その法規で用いられている概念のいわゆる『周縁的』部分にあたるような場合には、いずれも、そのままの状態では、上記のような厳密な推論によって一定の結論を導き出すことは不可能であって、推論の鎖の最後の部分につき、右のような三段論法の形式を可能とするためには、与えられた法規、すなわち一般的法規と個別的事実とを媒介する別の一般的規範命題が必要となる。つまり、与えられた一般的法規から出発し、なんらかの操作を経て、当該個別的事実を論理的に抱摂するような別の一般的規範命題を導出する過程がなければならぬのである。このような導出の過程、しかも通常は、後者の一般的規範命題が前者の中に含まれているものとして、これから取り出す思惟操作が、一般に法の解釈といわれるものである。」

もっとも、民事訴訟事件の判決では、事実を認定した上で、一般的法規を示すことなく、先行の一般的法規の当該事案への適用を認め、その適用による結論を肯定することもある。このような場合でも事案を包摂する規範を見出すことができる場合もあるし、法規の解釈とその適用（両者は分離しがたい連

30) 最判昭和 41 年 1 月 27 日民集 20 卷 1 号 136 頁等。

31) 中村治朗『裁判の客観性をめぐって』90 頁（有斐閣、1970）。なお、大村敦志『基本民法 I 総則・物権総論（第 3 版）』365 頁以下（有斐閣、2007）には、裁判官の法適用過程において、規範と事実との視線の往復の作業についての説明がある。

ちなみにハーバード・ロースクールのキートン教授は、裁判官が解釈を選択するための推論を、形成的推論（informative reasoning）と呼び、これを演繹的推論や類推的推論と並んで裁判官の用いる法的推論の代表的なものとして位置づけている（ROBERT E. KEETON, JUDGING, p.2, 140 (1990)）。

続性がある)との限界的な事例とみることでできる場合もある³²⁾。

さらに、法の原理に基づいて、制定法によらずに法準則が形成される場合もある。その代表的な例として、最判昭和42年11月16日(民集21巻9号2430頁)をあげることができる。この判決があるまでは、消費貸借当事者間で、債務者が債務を履行しないときにそなえて、特定の不動産の所有権を債務者に移転することを予め約し、かつ、その予約に基づいて、所有権移転請求権の保全のための仮登記をしておくことがしばしば行われていた。その目的は実質的には担保のためであるけれども、実際は、契約自由の名のもとに本来の債務額の数倍を超える価額の不動産を丸取りすることが横行していた。これは不公平で理に反することといわなければならない。上記判例は、このような法の原理に基づき、代物弁済予約形式をとった契約の実質を担保権と同視して、法律上明文のない債権者の清算義務を新たに認めたものである。これはいわゆる法の創造である³³⁾。

このように、我が国の民事裁判実務では、原則として、事件の具体的事実関係をその前提としつつ、法規から導かれる一般的規範命題(解釈命題)が、判例が形成した準則として扱われ、そのように機能することが多かつ

たのではないかと思量される³⁴⁾。

3 判例としての定式化

前記2で述べたことは、最高裁判所民事判例集の各判決の冒頭に付加されている「判示事項」「判決要旨」(これは、最高裁判所判例委員会³⁵⁾の厳密な検討により各判決に付加された部分である。)が、このような一般的な解釈命題を準則として掲げていることからもうかがわれる³⁶⁾。これは、裁判実務上は、単なる見出しや要約と異なり、判例の根幹部分を表示したものととして、しばしば参照されるものである³⁷⁾。

上記「判示事項」「判決要旨」の記載を基準とすると、実務上、判例は少なくとも以下の3つの類型に分類することができる³⁸⁾。

① 法理判例 これは、抽象的・一般的な法理を宣言するものである。判決要旨に、たとえば、「……と解するのが相当である」などと一般的な法解釈を示したのがこれに当たる。法理判例は、法規の要件・効果についての解釈を示すものとして定式化されている。

② 場合判例 これは、比較的少数であるが、判決要旨に「……場合」と摘示され、①の法理判例よりは限定された事実関係について判断したものである。法規の要件・効果に

32) 中村・前掲注31)97頁以下。

33) 筆者は、法の解釈も法の創造もいずれも法の形成とみるが、制定法の拘束力の範囲内かどうかで、法の解釈と法の創造とを区別したい。

34) 民事裁判実務の現場では、特に下級審裁判官は、判例とは、最高裁のした法解釈または採用した法理であるという受け止め方をしていることが多かったといえる。

35) 判例委員会は、最高裁内部の公式の委員会である。各小法廷から2名ずつ選出される裁判官により構成され、同委員会には、調査官全員が幹事として参加しており、判例委員会に上程する前に幹事としての調査官全員による検討会が開かれる。園部逸夫『最高裁判所十年』140頁(有斐閣,2001)。

36) この判例委員会による「判示事項」「判決要旨」の判決文からの摘出を、そのまま判例とみてよいか、これまで判例の学問的な研究の際に問題とされた点である。学問上は、事実との関係で先例規範の範囲を独自に抽出確定することが重要であるとされた。大村敦志ほか・前掲注17)318頁。

過去にも判決文と判示事項とがくいちがっているのではないかとされた例もある。中野編・前掲注10)30頁。

37) 伊藤正己『裁判官と学者の間』59頁(有斐閣,1993)。伊藤教授(判事)は、最高裁での執務を回顧して、「最高裁判例集に登載される裁判は、最高裁自身が判例として承認したものであり、裁判に関与した裁判官にとって判例的価値の大きいものと考えられることは当然である。(中略)とくにそこで判示事項とされ、判決要旨としてかけられるところは、一般的な命題の形でかかっているためにその射程範囲について問題はあっても、判例としての拘束力をもつことに疑いがない。」(傍点筆者)と述べている。

38) 田尾桃二「判例の先例拘束力について」判時830号12頁(1976)。田中豊『法律文書作成の基本——Legal Reasoning and Legal Writing』60頁(日本評論社,2011)。なお、学界においても、「原理判決」「事例判決」という判旨のタイプによる呼び方がある。大村ほか・前掲注17)331頁。

ついでに解釈を前提として、それが一定の場合（類型）に適用されるとしたものである。たとえば、三菱樹脂本採用拒否事件に関する最大判昭和48年12月12日（民集27巻11号1536頁）がこれに当たる（判示事項は「試用期間中に企業者が管理職要員として不適格であると認めるときは解約できる旨の特約に基づく留保解約権の行使が許される場合」とされている。）。

③ 事例判例 これは、具体的事実関係の下における法理を明らかにしたものである。判示事項に「……とされた事例」と摘示されたり、「……等の事情があるときは」と摘示されたりしていることが多い。法規の要件・効果についての解釈を前提として、当該事案の適用を示したものであるということもできる。

上記①から③までの判例のうち、①の法理判例が判例としての抽象度が高く一般性があるのに対し、③の事例判例は、当該事実関係に限定されているだけに個性が高く、一般には先例としてもごく狭い範囲のものといえる。②は、事案の抽象度からいえば、①と③との中間に位置している。これらの類型上の区別は、前記1のとおり、最高裁判所がその裁量により準則の範囲を事件の具体的事実との関係で画定する試みの一つといえることができる。

以上のとおり、裁判による法形成という見地から検討すると、法典国家である我が国では、裁判によって形成される準則は、原則として、法規から導かれる解釈命題（ただし、その内容は、抽象的なものから事実関係を取り込んだものまで一般化の程度に差異がある）であると考えられる。

V. 主論の判定基準

1 主論の定義

それでは、主論の判定の基準をどのように考えるべきか。その根底に判例をどのようなものとみるかという問題があることは、すで

に指摘したとおりである。これは判例そのものの本質にかかわる困難な問題である³⁹⁾。しかし、我が国では、判例は裁判によって形成される準則であること、制定法の解釈適用によって準則が形成されていること、最高裁判所も判例を法解釈命題として意識的に定式化することに努めていること等の実情からすると、判例とは、最高裁判所が具体的事件についてした制定法の解釈適用であるということになるであろう。

判例が、具体的事件についてした法規の解釈適用についての法的判断であるとすると、判決中の主論となる部分は、法規の解釈適用についての法的判断のいずれかの部分であると考えられる。

ところで、前記Ⅲ2で述べたように、判例が拘束力をもつとされる根本的な理由は、「同種の事件には同一の解決を」という平等の要請によるものである。事件の事実関係が同一である限り、同一の解決をすることが要請される。してみると、典型的な事案の同一性と法律的結論との対比をまず考えて、主論の範囲を決定しようとする事実抽出命題説の立論は、基本的には正しいものがあるといえるべきである。少なくとも同一の事実関係であるにもかかわらず、合理的な理由もないのに異なる結論の判決をすることは、不平等との非難を免れないであろう。

しかしながら、上記のように、判例を法の解釈適用についての法的判断にとらえると、平等の要請は、これとは別の場面ではたらくことになるのではなかろうか。なぜなら、この場合には、前の事件でAという法解釈をしておきながら、同種の事件であるのに、Aとは異なるBという解釈をすること自体が、平等の取り扱いに反しており、不平等であると考えられるからである。もっとも、A、Bいずれの法解釈をとっても結論に違いはないというときは、實際上、問題は生じない。問題となるのは、AまたはBのいずれかの異なる法解釈をすることによって、結論が異なってくる場合である。このように考えるこ

39) 判例法主義をとるイギリスでも、判例をどのようにみるかにつき考え方が分かれているといわれている。内田力蔵「判例というものの考え方1」法セ75号46頁、47頁以下（1962）。

とができるとすると、法の解釈適用について不平等を生じるのは、判決の結論を左右するような異なる法解釈をした場合ということになるであろう。そうだとすれば、民事判決の主論は、判決の結論を左右するような法の解釈適用をした部分でなければならない⁴⁰⁾。

このように主論を定義することは、前記の上告受理事由（民訴法318条1項）および許可抗告事由（同法337条2項）に「判例」を例示として「法令の解釈に関する重要な事項を含むもの」と規定していることとも整合すると考えられる。

それでは、判決の結論を左右するような法の解釈適用をした部分というのは、具体的には、判決のどの部分がそれに当たるとみればよいか。判決文の形式はさまざまであって、形式的に判断するのは適当でないが、いちおう「……と解するのが相当である」、「……と解すべきである」などとして結論を左右するような重要な法解釈命題を選択した部分がメルクマールになるとと思われる。主論の範囲が判例変更（大法廷への回付）をしなければならない部分に合致すること、上告受理申立事由や許可抗告事由が「法令解釈の重要な事項を含むもの」という重い制約を課していることからすると、その範囲はできるだけ狭い範囲に設定することが適当である。このような考慮によれば、法解釈の結果の部分のみが主論となるのであって、それ以外の部分は傍論となるという区別をするのが相当であろう⁴¹⁾。

さらに、裁判所が事件につき定立した解釈命題を、具体的事案に当てはめて結論を引き出した部分はどのように考えるべきか。この

部分は、個別的具体的事実に解釈命題を適用して法律的結論を得る部分であるから、判例の規範を具体的事実関係に適用し解決した部分として主論になると考えられる。この部分はいわば事例判例とでもいうべき重要性を有している。なぜなら、当該事件で定立された判断基準としての解釈命題は、当該事件の事実関係を前提とし、それを解決すべき準則として形成されたものであるからである。それゆえ、少なくとも当該事実関係に関する限りは、それが妥当する事例として主論とみるべきである。平等の要請からみても、事実へのあてはめの結論となる部分を主論とする必要性を肯定することができる。

2 事実抽出命題説の疑問への反論

事実抽出命題説は、一般的法命題を判例とみることに疑問を呈している。その疑問は大きく2つである。

1つは、一般的法命題を判例とみると、最高裁が事前に法解釈について一般的指示を出すに等しいことになり、判例という形式で立法をすることになる、というものである⁴²⁾。

しかし、最高裁判所に法令解釈の統一という使命のあることは制度上も明らかなことである。具体的な事件の解決に必要な十分な法解釈であれば、それを判決理由の中で宣明することは何ら問題のないことであると考えられる。一般的解釈を判例とみると、判例という形式の立法をすることになるという疑問についても、前記のとおり、裁判による法形成の現実を承認するという見地からは、これを肯定的に考えることになる⁴³⁾。

40) 中村治朗判事は、主論を「具体的事件の決定の不可欠の前提とされた法規則命題」であるとする。筆者の見解も、実質的に同じであるが、判決の結論との関係で考えるほうが、より明確に判定できるのではないかと思う。他に同様の見解として、東孝行・前掲注23)13頁、谷口正孝『裁判について考える』92頁（勁草書房、1989）。

41) もっとも、理論上、傍論とされる部分も、民事裁判実務においては事実上先例として機能している。そのために判決文の作成に周到な配慮がされることにつき、奥田昌道『紛争解決と規範創造——最高裁判所で学んだこと、感じたこと』208頁以下（有斐閣、2009）。

42) 中野編・前掲注10)55頁以下。

43) もっとも、裁判による法形成はあくまでも従位的な立法であって、後の立法によって変更されることもある（たとえば、最大判昭和42年9月27日（民集21巻7号1925頁）は、独立当事者参加の請求は、原告被告の双方を相手方としなければならないとしていたが、平成8年改正法により、「双方又は一方」を相手方にできるものとして立法された（民訴法47条））。田中英夫・前掲23)48頁。

いま1つは、裁判官の判断の特質から、事件の結論についての裁判官の法的直観的判断こそが重要なものであり、法解釈や理由づけにこれと同様な権威を認めることはできない、というものである⁴⁴⁾。

確かに裁判における結論の重要性については事実抽出命題説の説くとおりである。また、練達の裁判官の経験による法感覚は貴重なものであり、それは事件の見方全体にわたっていて、直観的判断が瞬時にされる場合があることも事実である。しかし、同説も認めているとおり、「裁判官がある法律問題に直面した場合、直観的判断によって一定の結論が正しいとした場合でも、その正しさを確かめるために学説を参照して論理的にそれを自己検証して最終的に結論を決めるのが通常であり、問題があれば、結論を留保して、判例・学説を調べ、それを参考にして自ら思索し、あれこれと思ひ悩むことも多い」のである⁴⁵⁾。法律問題が複雑困難な事件になると、十分な理論的整合性が確認できてはじめて結論が決まることも少なくない。いちおう妥当と考えた結論であっても、法的理論構成が不可能であったり、拙劣と考えられるときは、当初の結論自体を変えなければならないこともある。重要な法律問題が争点となる民事訴訟事件の判決理由の中で、法的な理論構成が重要な位置をしめていることはいうまでもないことであろう⁴⁶⁾。

たとえば、いずれかの法解釈をとることによって、判決の結論が左右される端的な事例として、物上保証人が、保証人と同様にいわゆる事前求償権を行使することができるかという法律問題を考えてみよう。これが事件の主要な論点となると、当事者双方から、それぞれ自己に有利な法律論が展開される。「物上保証人は事前求償権を行使することができる。」という結論と「物上保証人は事前求償権を行使することができない。」というそれ

ぞれの結論について、これを基礎づける法律上の主張が展開される。裁判官は、当事者の法律論の応酬、討論をふまえて、学説（肯定、否定の両説がある。）や実務家の論稿を調査し、民法351条の文理、条文上の根拠、保証と物上保証の制度の比較、その差異、物上保証の場合に特に事前求償を認めた場合の実体上、手続上の問題点、金融法務の実務感覚などを考量し、現行法制度に整合するような、いずれかの法解釈を選択しなければならないのである。実際の上告事件では、最高裁は、「物上保証人は、被担保債権の弁済期が到来してもあらかじめ求償権を行使することはできない。」との法解釈を選択し、物上保証人である上告人の上告を棄却した（最判平成2年12月18日民集44巻9号1686号）。この事件では、当事者の個別的具体的事情の比較衡量に加えて、法制度上、この問題をどのように解決するのが相当かという視点が重視されている⁴⁷⁾。いずれにしても、裁判官は、このような法律問題を解決するためには、正反対の結論に至る2つの法解釈命題のいずれを選択すべきかを慎重に熟慮することを迫られる。

これは端的な一例にすぎないが、民事事件の法律問題の結論が必ずしも直観によって獲得されるものではないことがうかがえるのではなかろうか。

村松俊夫判事は、民事裁判の長い経験をもとに、「総合的判断である結論のみを重視するようになると、私はどうも結論が主観的なものに流れるのを恐れる。」といい、法の解釈の「実定法の枠とその解釈からもたらされる客観的な正しいものの存在」を信じこれを重視したいと述べている⁴⁸⁾。

3 主論の妥当範囲（判例の射程）

前記のとおり、一般的な法命題（法解釈）

44) 中野編・前掲注10)58頁以下。

45) 中野編・前掲注10)62頁以下。

46) 中村治朗判事が、法律問題に取り組む裁判官の法的思考を述べたものとして、中村・前掲注18)420頁。

47) 富越和厚「判解」最判解民事篇平成12年度501頁以下。

48) 村松俊夫「裁判についての一考察」『民事裁判の理論と実務』15頁、31頁（1967）。

を判例であると考え、判例の類型によっては（特に法理判例においては）、主論の及ぶ範囲が広がるのが予想される。したがって、事件の法的判断に当たっては、当該判例の射程距離をつねに念頭におくことが重要になる。

もともと民事裁判は、個別的事件の解決を目的とする。それだけに、裁判所が具体的な判決をし、法律の解釈として一般的な法理を宣明する場合にも、それが、ある特定の事実関係を前提とし、そのことを念頭においた準則であることは、裁判の性質上当然のことである。そうして、宣明された法理が当該事件を超えた広がりをもつこともまた予想されることである。

しかし、その法理は、あくまでも事件の事実関係を前提として形成されたという制約があるため、類似のどの事件にまで適用があるかは、その事件の事実関係との関係で慎重に決められなければならない。事実の一部の差し替えまたは新しい別個の事情の付加によって、法理の妥当性が失われる場合も少なくないのである（最高裁の判例の中に、よく「特段の事情のない限り」などと留保の付されるものもあるが、これは判例の硬直的な適用ないしは不当な一般化を避けようとする実務の知恵といえよう。）。

いうまでもなく裁判は個別具体的な事件の公平妥当な解決を使命とする⁴⁹⁾。訴訟当事者の主張、立証にじかに接する下級審の裁判官は、何よりもまず事件の事実関係に取り組んで、そのなかから具体的な法的判断を模索しなければならない⁵⁰⁾。厳密にいう

と同一の事件はありえないのである。その事件限りの微妙な差異や陰影にも目を配らなければならない。そして、到達した結論と判例の示す結論とに違いがあるときは、判例のもとになった事実関係と当面する事件の事実関係とを綿密に比較検討してみる必要がある⁵¹⁾（下級審の実務では、判例となった事件の事実関係を十分考慮した上、当該判例の趣旨を控えめに解釈して、具体的妥当性のある判断をすることもよく行われていることである⁵²⁾）。判例に盲従すること、判例を不当に一般化してこれに安易に依存することは慎まなければならないと思われる⁵³⁾。

VI. 56年大法廷判決の判例となる部分

それでは、横田基地事件において、56年大法廷判決の主論はどの部分であると考えたらよいであろうか。

これまでに検討したところによれば、主論とは、判決の結論を左右するような法解釈をした部分と解すべきである。継続的不法行為の将来の損害賠償請求について一般的解釈を明らかにしたA命題は、同請求につき限定的な解釈をとったものであり、その結果、同請求の請求適格を否定する結論と直結するものである。それゆえ、A命題は、主論に当たるといふべきである。さらに、空港騒音訴訟の具体的事実関係をふまえて将来請求の損害賠償請求権の請求適格を否定したB命題は、上記A命題の一般的命題を具体的事案に当てはめて、事件としての結論を出した部

なお、いわゆる法的推論の規制力について、碧海純一「裁判における論理の機能」日本法哲学会編『法的推論（法哲学年報1971）』27頁、36頁以下（1972）、同「裁判の客観性についての覚書」ジュリ554号34頁、36頁（1974）。

49) この点を強調するものとして、加藤一郎「はしがき——『判例の拘束力』について——」加藤一郎＝平井宜雄編『民法の判例（第2版）』ジュリ増刊2頁、2頁（有斐閣、1971）。

50) このような下級審裁判官の具体的事実関係との格闘が、新たな規範の形成につながり、最終的には、最高裁の判例の変更をうながすことにもなってきた。そのためには当該事件の訴訟代理人の法的理論構成がすぐれていることも必要になる。

51) 一見矛盾するような判例でも、事案との関係をみると、整合的に解釈できる例として、北川弘治「裁判の生命」司研2005年II1頁、30頁（2005）。

52) 英米法でも、いわゆる「区別」の技術として知られている。田中英夫・前掲注15)490頁。

53) いわゆる「判例の深読み」の危険を指摘するものとして、倉田卓次「民事裁判実務の昨今」ジュリ971号45頁、47頁（1991）。

分であるから、事例判断として主論に当たるものというべきである⁵⁴⁾。

したがって、56年大法廷判決のA命題、B命題の双方が判例に当たると考える。

横田基地事件では、56年大法廷判決の判例部分はA命題とB命題の双方であり、これに反する原判決は訴訟要件に関する法令解釈の誤りがあるとして、最高裁は、横田基地訴訟事件の原判決の判決言渡りまでの将来請求を認容した部分を破棄した⁵⁵⁾。

ところで、上田、堀籠両裁判官は、その補足意見の中で、「A命題（一般的命題）の先例的意義・価値を否定するものではないが、B命題（結論命題）こそが一般法理を当てはめて当該事件を解決した最も重要な事例判断から抽出される命題であり、この部分こそ狭義の「判例」としての先例的意義・価値を有し、拘束力を持つ」と説示している⁵⁶⁾。事実関係に対する法律判断の部分のほうを特に重視しているようである。しかし、筆者は、さきに論じたとおり、むしろA命題（一般的命題）が判決の結論を左右する法解釈命題として主論の本体的部分であり、B命題（結論命題）は解釈命題の適用事例として主論になると考えている。

筆者としては、那須裁判官の反対意見にみられる柔軟な姿勢に共感を覚えるところであ

る（実際、解釈命題説によれば、A命題は主論に当たると考えられるし、同判事が指摘するように、事実抽出命題説によっても、これを理由づけ命題として主論とみる余地がある。）。ただ、この問題は、事件によって不平等な扱いになるかどうかという形式論理的なものである。A命題のみが主論であるとしても、A命題の一般論の射程をゆるやかに解釈して56年大法廷判決と異なる結論を導くことは——わずかな差異であっても——それを訴訟当事者が真剣に問題にする以上は、同種の事件であるだけに、異なる解決をしたものとして平等の要請に反することになるのではなからうか。

以上のとおり、今後、大阪国際空港事件のような大規模損害賠償請求訴訟事件において、継続的不法行為による将来の損害賠償請求を認容するとすれば、最高裁の大法廷による判例変更により法解釈を改めることが必要になると考える。

VII. おわりに

判例は、「極めて *kasuistisch* な具体的事実と離れない微妙なもの」である⁵⁷⁾。しかし、民事裁判の実務では、裁判により法が形成され、現実には準則として機能している。本稿

54) もっとも、判例抵触の有無は、最終的には最高裁判所が判定する。実務上は、最高裁が「判例」であるとするものが判例である、ということになる。この意味では、すぐれて実践的な問題であって、主論の本質についての以上の議論も、理論上のものにすぎないといえよう。ちなみに、最高裁の判例集を通覧すると、最高裁判所は、民事判例について、結論命題と一般的（理由づけ）法命題の両方を判例として取り扱っているとの報告がある。中野編・前掲注10)149頁〔佐藤文也・宍戸達徳判事執筆〕。

なお、松尾浩也教授は、刑事判例について、最高裁は、一般的に前の判例を維持し当該事件の判決の補強に使う場合はゆるやかに採用する反面、前の判例を排斥しこれと異なる結論を導こうとする場合は厳格な限定を加える傾向がみられると指摘した。同様のことは民事判例についてもいえるのではないかと。松尾浩也「刑事法における判例とは何か」『刑事訴訟法講演集』311頁、318頁（有斐閣、2004）。判例変更の事例を分析した労作として、西野喜一『裁判の過程』163頁以下（判例タイムズ社、1995）。

55) 同判決の評釈として、川嶋四郎「判批」法セ632号121頁（2007）、我妻学「判批」ひろば61巻4号66頁（2008）、渡辺森児「判批」法学研究81巻4号104頁（2008）、野村秀敏「判批」民商137巻4＝5号477頁（2008）、笠井正俊「判批」重判平成19年度（ジュリ臨増1354号）140頁（2008）、山本和彦「判批」判時1999号164頁（判例評論592号2頁（2008））等。

56) 同補足意見は、さらに、判示事項・判決要旨は、重要な導きとなるものであるが、「その判決が、どのような事案においてどのような法理を述べ、それを具体的事案に当てはめてどのような判断をし、解決をしたのかを理解し、先例としての意義・価値や拘束力があるのはどの部分であるかを探求すべきものである。」と説示している。

57) 「序」民法判例研究会『判例民法 第1巻』1頁、5頁（有斐閣、1923）。末弘厳太郎博士の執筆にかかるものといわれている。もっとも、末弘博士は、つとに判例の法源性を承認していた。末弘厳太郎「判例の法源性と判例の研究」『民法雑記帳上』35頁（日本評論社、1953）。

は、そのことを民事判例の主論を手がかりとして探ってみたものである。

法解釈について、学説と実務とは、判例をとおして相互に影響をおよぼしてきた。判例が、社会の実態・発展に即応した良質の法解釈論を積み重ねていくためには、学理による法理論面からの批判や支持が欠かせないと思われる。そのための学問上の研究方法は多様であっていいと思う。法律実務家にとって、そのいずれもが問題解決の参考となり、よりどころになるからである。なかでも、近時、平井宜雄教授が展開した「判決理由中の法律論が判例である」とする方法論⁵⁸⁾は、民事判例の法理的側面を実践的観点から重視するもので、法律実務家としても共感を覚えるものがある⁵⁹⁾。

これを機会に、判例の基礎的な問題について、いっそう議論が深まることを期待したい。

(つちや・ふみあき)

58) 平井宜雄「判例研究方法論の再検討3——続・法律学基礎論覚書2」「判例研究方法論の過去と現在」「民法における『判例』論の新段階」「『判例』を学ぶ意義とその限界」「法律学基礎論の研究 平井宜雄著作集I」263頁以下(有斐閣, 2010年)。

59) 特に平井教授が、問題解決者としての法律家が備えるべき能力として、「これまで想像もされなかった新たな権利義務関係を構想し、それを訴えかけ、『主張』し、『正当化』し、『再反論』に備えるという作業を通じて、全く新しい規範命題ないし法律論を生み出し、それらを共有する者から成る世界を作り出す、ということこそ、法律家の行う最も創造的かつチャレンジングな仕事であり、それを遂行できる能力こそ、真に優れた法律家に要求されるものなのである。」と述べる点は、判例による法形成ないし法創造との関係でも示唆的である(平井宜雄『判例』を学ぶ意義とその限界」・前掲注58)356頁)。