

判例再考——企画趣旨一斑

山野目 章夫 Yamanome, Akio

早稲田大学法務研究科 教授

2022 年 12 月 1 日 掲載

NHK の日曜討論を聴いていて、ほう、と感じた理由は、統治行為という言葉が政治家の話に登場してきたからである。このような統治行為に当たる事項に裁判所があまり口を出すことはいかがなものか、という文脈であった。話している政治家の世代からして、法学部の試験で司法権の限界が出されたら、それを書けばよい、という時代である。

今の憲法学で依然としてポピュラーな議論であるか、今日の判例も盛んに用いるか、など注意深く観察すると、あたりまえのように用いてよい概念でないことに気づく。こうして、学界で常識になっていることや裁判実務の感覚で受け止められている様子とは無関係に、ずいぶん昔の議論が検証されないまま噂話のようにして語り伝えられていく。良いことではない、と感ずるが、どうか。

もともと統治行為の概念の使用が適切であったか自体に検討の余地がある。行政裁判所が政府の作用のすべてについて審査が可能か、という問題提起に対し、行政に属する作用 (acte d'administration) は可能であるのに対し、統治に関わる行為 (acte de gouvernement) はできない、という振り分けをするために用いられた概念である。この思考をヒントにして“もし”日本の司法裁判所の権限の制約を考えるならば、衆議院を解散する行為の憲法適合性を問うことはできない (最大判昭和 35 年 6 月 8 日民集 14 巻 7 号 1206 頁、苫米地訴訟) とされたが、いささか無理筋の“もし”である。権限の制約が問われる機関は「すべて」の争訟に権限をもつ司法権 (憲法 76 条 1 項) であって、行政裁判所ではない。

今日、司法権と政治部門との接点において頻繁に問われる論点は、国政選挙の定数の配分であろうが、これを裁判所が扱うことそのものが統治行為だからダメだと難ずる人があるであろうか。比較法の用い方からして怪しい概念が検証されないまま国政に影響のある人の話に出てくるなりゆきは不幸である。苫米地訴訟の論点の中味についても述べるとすると、本当に衆議院が解散される機会に制約がなくてよいか、衆議院議員が落ち着いて仕事ができない歪んだ議院内閣制を作ってしまった憲法運用上の議論を今からやりなおしても遅くないかもしれない。

むしろ“もし”という観点を議論してみたい論点もある。会社がする政治献金も定款で定める目的による制限に抵触しないとする解決 (最大判昭和 45 年 6 月 24 日民集 24 巻 6 号 625 頁、八幡製鉄事件) が、そうでなかったならば戦後の政治風土がどう変わっていたか、という“もし”であれば、けっして歴史学の禁忌でなく、これからの日本の民主政を構築するうえで必ずしも無益な思考ではなかろう。法人の性格が異なれば話が異なる (最判平成 8 年 3 月 19 日民集 50 巻 3 号 615 頁) というならば、法人論の省察もまた要請される。

判例が与えた良いメッセージが社会意識に浸透してない題材もある。男女別定年制を公序良俗に反するとする良識 (最判昭和 56 年 3 月 24 日民集 35 巻 2 号 300 頁) は、裁判所のなかですら浸透せず、各戸を代表する者が普通は男である事実が公知に属する、という仰天するほかない判断は、プロの裁判官の言説である (最判平成 18 年 3 月 17 日民集 60 巻 3 号 773 頁により破棄さ

れた原判決）。世の中を見渡せば男が継いでいる家が多い現実がみられるでしょう、ということであろうか。だけど、それを言うのだったら、両性で異なる定年を決めている会社だって、当時は多かった。法律家にとって常識は大切であるけれど、この言葉は、たいして現実と異ならないともみえる半面、良識の類義語であるとも考えられる。現実のほうに寄せて眺めるか、良識を踏まえる気概をもつか、で随分と変わるにちがいない。法律家に望まれるものは、どちらであるか。憲法は、とくに裁判官に対し、良識を一步進め、良心を求める。その良心に訴えて皆で築いた男女別定年判例の感性は大切にしていきたい。

酌婦稼働を強いる契約構造を弾劾して大審院の判例を変更した先例（最判昭和 30 年 10 月 7 日民集 9 卷 11 号 1616 頁）は画期的であったが、その感性に照らし、ホステスが客のツケを保証する契約も妨げられないとする解決（最判昭和 61 年 11 月 20 日判時 1220 号 61 頁）は、労働者性をめぐる学説論議の深化や法制の発展（民法 465 条の 6 の追加）を踏まえ、いまいっぺん見直されてよい。究極的には、そこで働く人たちをどう見るか、人間観が問われる論点である。

明治開化期から後、大審院が創設されてこのかたばかり眺めず、文化の歴史に分け入って法律家の視線を豊かにする努力も要る。主として読者の「好色的興味」に応えようとする文書図画の頒布を問擬するという犯罪構成要件解釈（最判昭和 55 年 11 月 28 日刑集 34 卷 6 号 433 頁、四畳半襖の下張事件。「読んでみると、これをわいせつ物として処罰しなければならないとは思えませんでした」という担当の調査官の感想は、昭和判例史を彩る証言である。木谷明『「無罪」を見抜く／裁判官・木谷明の生き方』〔2013 年〕167 頁）の「好色」の語義理解は、これでよいであろうか。言葉の定義であるから全くまちがいとするわけにもゆかないが、たとえば『好色一代男』の「好色」は、「人の魅力に敏感で、その魅力に対し、柔軟で礼になかった対応ができること」を意味する（田中優子「江戸は恋で溢れていた？」『江戸から見ると 1』〔2020 年〕301 頁）。そういえば、「忖度」も「俯瞰」も本来はエレガントな人の営みを指す概念であったはずが、いつのまにか薄汚れた俗語になりさがった。判例という財産は、そうならないよう大切にしたい。私たちの近現代史を作ってきた古典の判例を読み直し、そこで用いられてきた言語や思考を今日に息づかせる仕事を試みようではありませんか。