

憲法第76条第3項について

前 田 達 明

第一章 本稿の目的

(1) 憲法第76条第3項は「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と定めている。この「憲法及び法律（広義の法律で、例えば「規則」や「政令」なども含まれる。）に拘束される、ということには「実体法的意義」と「手続的意義」がある。

(2) その意味は次の如くである。すなわち、「実体法的意義」とは裁判の「内容」について「法的根拠」がなければならない、ということである。例えば、AがBに殴られて怪我をしたので、AはBを相手に損害賠償請求訴訟を起こしたとしよう。このとき、裁判所は、民法第709条の「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害し」^①これによって損害が生じた、という「法律要件」に該当する事実（「要件事実」）が存在することを認定できなければ、「賠償する責任を負う」という「法律効果」の発生を認めることができないのである（民法第709条という「法的根拠」が存在しなければならない）。

(3) 次に「手続法的意義」とは裁判手続自体も「法的根拠」が必要である、ということである。ところで、裁判は裁判三段論法によって進行する。すなわち、「大前提」として^②適用すべき法の確定（法解釈）、^③「小前提」として^④その法の法律要件に該当する事実（「要件事実」）の認否、^⑤「結論」として^⑥その法の認める法律効果の発生あるいは不発生、である。そこで、「実体法的意義」は別稿に譲り、以下においては、この「手続法的意義」について検

討する。

第二章 法解釈について

第一(1) 法解釈とは、前述のように、「適用すべき法の確定」、言い換えれば「法の適用範囲を確定」することである。具体例を見てみよう。大正の初期に、Aが「桃中軒雲右衛門」という浪花師のレコード盤を販売したところ、Bが無断で複製して販売したので、AがBに賠償請求した。それに対して、裁判所は「浪花節の如き「即興的音楽」で「純然タル瞬間創作」芸には「著作権」は生じない、として、請求を棄却した（大判刑大正3（1914）・7・4刑録20・1360）。すなわち「民法第709条は「権利」を侵害したときのみ適用される、という立法者の意思通りに解釈したのである。ここで、この「立法者意思」について考えておこう。そもそも、「法」は言語の形を採って発せられる。ところで、「言語」とは発信者の「意思」を受信者に伝える手段である。「法律」については、「発信者」すなわち「立法者」は国会である（憲法第41条）。そして、その国会が「法律案」を異議なく可決すると、国会は法律案作成者の「意思」を承認したのであるから、法律案作成者の「意思」が国会の「意思」（「立法者意思」）ということになる。実は民法第709条の作成者は、「権利」のみが本条で保護されるとしていたのである¹⁾。したがって、「桃中軒雲右衛門事件」は、前述のように、立法者意思に従った判決ということになる。

(2) ところが、大正末期になると「大学湯事件」（大判大正14（1925）・11・28民録4・670）で解釈が変わった。すなわち、AがBから銭湯を賃借し、合わせて「大学湯」という名称（「老舗」）を買い、その名称で銭湯を経営したが、後に契約解除した。その後、BはCに、その銭湯を貸し、さらに「大

1) それは社会が近代化すると社会生活上色々な「利益」侵害が思わぬところで発生するから、いちいち、それに賠償を認めるのは望ましくない、すなわち、社会活動の活性化が望ましい（自由放任主義＝動的安全保護）と立法者は考えたのである。

学湯」という名称で営業させた。そこで、Aは「老舗権」の侵害としてBに賠償請求した。それに対して、裁判所は「不法行為、とは「法規違反の行為であり、侵害の対象は具体的権利に限らず、我々の法律観念上その侵害に対して不法行為にもとづく救済が必要と思われる「利益、で良い、として、請求を認容した。これは正に立法当時より社会活動が活性化し、自由放任(強欲資本主義)よりも私的財産(「静的安全」)を保護すべき時代に入ったという「歴史的変化」に伴う社会の価値観の変化に従った判決といえる。

(3) 次に、民法第177条に「第三者」という文言がある。これについての立法者意思は「無制限」であると考えていた。当初は学説判例も、この「無制限説」を採用していた(例えば、大判明治40(1907)・2・27民録13・188。実質的無権利者たる登記名義人が実質的権利者に対して登記欠缺を主張して勝訴)。その後、民法第177条の「法目的」すなわち、「不動産取引の安全を保護するために登記を公示方法とすること、に鑑みて「第三者」は「登記欠缺を主張する正当の利益を有する者、に限るという「制限説」が通説判例(大連判明治41(1908)・12・25民録14・276)となった。そこで実質的無権利者や不法行為者は「第三者」ではなくなった。だから、これらの者に対しては「登記なくして対抗できる＝権利主張できる、のである。

(4) さらに、当該「法、が憲法に合致するか、すなわち「合憲」か、という問題がある。例えば、最大判昭和31(1956)・7・24民集10・7・785は、AがBによって名誉を毀損されたとして「新聞に謝罪広告を出す、ことを求めた事件で、裁判所は「強制(代替)執行(民執第171条)を命ずることは憲法第19条(Bの自由権)に違反しない、とした。すなわち、民法第723条の「適当な処分」の解釈である。他にも、最大決平成25(2013)・9・4民集67・6・1320は、民法第900条第4号旧但書旧前段が「非嫡出子の相続分は嫡出子の相続分の二分の一(現在、削除)、と定めていたのを、社会状況の変化に伴い、この規定は「遅くとも平成13年7月当時(原告の相続開始時)において」憲法第14条第1項(法の下での平等)に違反し無効である、と判示した。この決定は、憲法解釈自体も前述の「歴史的変化」という判断基準に

従うことを示したものである。

(5) 以上のように、「法解釈」は「古文解釈」²⁾と異なり、同じ法文を前述の「立法者意思」、「歴史的变化」、「法目的」あるいは「合憲性」という判断基準の「いずれか」を採用して判決を下すことである。すなわち、当該事件については、いずれの判断基準に従うのが「憲法がより強く保護しようとする利益」を守ることになるのかという「価値判断」なのである。このとき、いずれの価値判断基準を採用するかを決断こそ憲法第76条第3項の「良心」である。そして、「歴史的变化」や「法目的」という価値判断基準の法的根拠は憲法第99条³⁾の「(裁判官の) 憲法尊重擁護義務」である。

(6) [要約] 以上を法解釈の「実質的側面(価値判断)」と名付ける。

- ①「合憲性」基準 ②「立法者意思」基準 ③「法目的」基準 ④「歴史的变化」基準

第二(1) 以上の価値判断を当事者に説得する必要がある(憲法第32条)のは勿論、広く国民の批判に耐え得る必要がある(憲法第82条第1項)。その方法は、裁判の内容を言語をもって表明することである。その言語表明方法を法解釈の「形式的側面」と名付ける。それには「法文内解釈」と「法文外解釈」がある。

(2) まず、「法文内解釈」の第一は、「文言(文理)解釈」である。これは「立法者意思通りに当該法文の適用範囲を確定する解釈」である。例えば、前述の「桃中軒雲衛門事件」や民法第177条の「無制限説」である。

(3) 第二に「拡大(拡張)解釈」で、それは「言語の意味が許容する範囲

2) 「古文解釈」は、例えば、「源氏物語」の「この文章」をもって、紫式部は何を読者に伝えようとしたのかという「事実」を探究するものである。確かに「法解釈」においても「立法者意思」の探究自体は「古文解釈」と同様であるが、「法解釈」においては、本文のように、常にそれに従って裁判しなければならないというのではない。

3) 憲法は、いうまでもなく、最も強固な法形式であるから、憲法第41条の定める「立法意思」を制限する「歴史的变化」や「法目的」という価値判断基準も憲法に「法的根拠」を持たねばならない。それは、丁度、「ダイヤモンド」を研磨できるのはダイヤモンドしかないのに似ている。なお、「合憲性」の基準は憲法第81条であることは言うまでもない。

内、で「法目的」や「歴史的変化」をもって「立法者意思」よりも広い適用範囲を確定する解釈である。例えば、凍結保存した精子を用いて妻が夫の死後に人工授精し出産したとき、その子は民法第787条（認知請求者）の「子」に該当するか。高松高判平成16（2004）・7・16判時1868・69は肯定した（「法目的」あるいは「歴史的変化」）。もっとも、最判平成18（2006）・9・4民集60・7・2563は否定した（「人工授精子事件」）。

(4) 第三に、「縮小解釈」は「法目的」や「歴史的変化」をもって立法者意思よりも狭い適用範囲を確定する解釈である。例えば、民法第715条第1項本文の「第三者」について「重過失ある第三者」は入らないと解釈するものである（最判昭和62（1987）・11・2民集21・9・2278）。これは、民法第1条第2項の「信義則」によって「縮小解釈」したものである。さらに、前述の民法第177条の「第三者」について「登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者、に制限するもの、それであり、民法第177条に内在する登記の役割という「法目的」による「縮小解釈」であり、特に、これを「目的論的制限解釈（teleologische Reduktion）」という。

(5) 次に「法文外解釈」の第一は、「反対解釈」である。これは、当該法文を種々の価値判断基準を持って解釈し、その範囲外を「法の空白」として、当該法文を適用しないとするものである。例えば、「桃中軒雲右衛門事件」や民法第177条の「第三者」について「制限説」を採り「不法行為者、などに適用しない場合である。あるいは、民法第737条において、成年の子の婚姻については父母の同意は不要であると解釈する場合である。

(6) 第二は、「類推解釈」である。これは、法文が予定している事件類型とは異なるが、その「法目的」から見て、事件の「類似性」により、類似した法律効果を認めるべき場合に、言語の意味が許容する範囲を超えて適用範囲を確定する解釈である。例えば、民法第711条の「子」の解釈として「義姉」にとって「義妹」は「子」ではないが、妻の死につき夫の妹について同条を「類似適用して遺族固有の慰謝料請求を認める（最判昭和49（1974）・12・17民集28・10・2040）」といった場合である。「拡大解釈」との差は前述の「人

工授精子事件」と比較すれば理解し得る。

(7) 「勿論解釈」は、 β 事件に適用し得る法文は存在しないが、 β 事件と類似した α 事件に適用し得る法文が存在し、しかも、より強い理由で β 事件に適用すべきとする解釈である。例えば、憲法第29条第3項は「財産権」侵害について補償しているのだから、財産権よりも重要な「生命」侵害については「勿論解釈」によって憲法第29条第3項が適用されるとする場合である（大判昭和62（1987）・9・30判タ649・147（「大阪予防接種事件」）。もっとも、「勿論解釈」は「類推解釈」の「一亜種」である。しかし、刑法解釈においては「類推解釈」禁止であるが「勿論解釈は許される」とされる（最判昭和35（1960）・7・14刑集14・9・1139）。

第三(1) 他に「反制定法的解釈 (contra legem)」という解釈があり、これは法文の法的拘束力の全部または一部を否定して「不適用、とする解釈である。その第一は「憲法違反」(憲法第81条)である。これには二つの類型がある。

(2) まずは「明文的憲法違反」で、前述の非嫡出子と嫡出子を差別する民法第900条第4号旧但書旧前段を違憲とする場合である。

(3) 次に「実質的憲法違反」である。例えば、利息制限法に違反して超過利息を払ったとき超過利息分の返還請求はできなかった(利息制限法第1条旧第2項、同法第4条旧第2項。現在、削除)。しかし、最判昭和43（1968）・11・13民集22・12・2526は「超過分が元本に充当され完済したときは、残っている超過分は返還請求できる、とした。これは解釈による「空文化」であり「事実上解釈による立法」であると学界では評される。これは正に借主の経済活動における「自由」(憲法第13条)を侵害するとする「実質的憲法違反」判断である。

(4) 第二に「立法者の明白な誤解」がある場合である。例えば、民法第513条第2項旧後段⁴⁾は手形理論(「無因性」)についての立法者の明白な誤解に

4) そこには「債務ノ履行ニ代ヘテ為替手形ヲ発行スル亦同シ」と規定されていた。

もとづく規定であったから、解釈上「空文化」され、現在は削除されている。

第四〔要約〕 「形式的側面」を要約すれば

- ① 法文内解釈＝文言（文理）解釈、拡大解釈、縮小解釈
- ② 法文外解釈＝反対解釈、類推解釈、勿論解釈
- ③ 反制定法的解釈＝明示的憲法違反、実質的憲法違反、立法者の明白な誤解

第三章 要件事実について

第一(1)「小前提」において最も重要な作業は「要件事実」の認定である。ところで、この要件事実は当事者が主張しなければならない（例外、人訴第20条など）。それは「訴訟物たる私人間の権利関係は私的自治の原則に服し、当事者の自由な処分にゆだねられる」から「その権利関係の判断のための裁判資料の収集について」も「私的自治の原則が適用される」（弁論主義）からである（伊藤眞「民事訴訟法第6版」（2018年、有斐閣）310頁）。そして、その「法的根拠」は憲法第13条である（自由は他面において「自己責任」を伴う）。このように、「要件事実は当事者による主張がなされない限り、裁判所は、これを判決の基礎とすることはできない」（伊藤眞・前掲書309頁）。これを「主張責任」と呼ぶ。さらに弁論主義から「事実認定の基礎となる証拠は、当事者の申し出たものに限定される」（伊藤眞・前掲書310頁）。加えて、当事者は「ウソ、をついてはいけないのだから（民訴第2条「当事者は信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない」、自己の主張が真実であることを証明する義務を負う（真実義務）。これが「証拠提出責任」である（かつて「主観的証明責任」と呼ばれたものである）。また、当事者の「裁判を受ける権利、（憲法第32条）の「保障に内在するもの」として、裁判所も「真実義務」を負う（伊藤眞・前掲書311頁）。このように、当事者の「真実義務」と裁判所の「真実義務」を尽しても、訴訟の最終段階で、要件事実の主張が

真か偽か不明に終わることもある。このとき、裁判所は「この裁判あずかり!、とはいえない。何故ならば、当事者は「裁判を受ける権利、があるからである(憲法第32条)」。そこで登場するのが「証明責任」という概念である。これは「訴訟上、要件事実の主張が訴訟の最終段階で「真」か「偽」か不明のとき(「真偽不明」)、不利な裁判を受ける当事者の不利益、であり、いずれの当事者が、この「不利益、を負うかを定めるのが「証明責任」の「分配」である。この点、通説は、「証明責任」とは「真偽不明」のとき「偽」とする、すなわち、当該要件事実の存在によって発生する法律効果は不発生とすること(だから、法律効果発生を望む当事者が当該要件事実について「証明責任」を負うことになる。)であるという。その結果、「証明責任」の「分配」は原則として実体法の規定に依る。したがって、訴訟の最初から「分配」は決まっている。その結論として「証明責任の分配」が訴訟手続きの「バックボーン、として訴訟を「リード、するという(「主張責任」と「証明責任」は同一当事者が負い、その当事者が主張し証拠を提出して訴訟は進行する)。

しかし、これは不当である。というのは次の如くである。まず「真」であるという「心証」は「是認しうる高度の蓋然性」すなわち「通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるもの」とされる(最判昭和50(1975)・11・24民集29・9・1417)。それは、「真」であるという80%の「心証」である、といわれている(中野貞一郎ほか「新民事訴訟法講義」(2018年、有斐閣)388頁)。とすると「79%以下の心証度、は全て「偽」とされるわけである。しかし、「79%以下51%以上の心証度の場合、は「真」の心証度が「偽」の心証度より上であり、それを全て「偽」とするのは不当である。現に英米法においては「証拠優越の原則、が採用されている。しかも、実体法、特に民法は「証明責任の分配」を考慮に入れて立法されていないことは、民法制定時の法典調査会において起草者の一人である梅権次郎が明言している(前田達明監修「史料債権総則」(2010年、成文堂)90頁)。さらに、「真」と認定しても「裁判は結着する、のだから憲法第32条の要請(「裁判を結着せよ、)にも合致する。

(2) それでは、その「分配」は如何にすべきか。そもそも、これは裁判手続上の問題であるから、実体法でなく訴訟法に根拠を求めるべきである（純証明責任規範説）。すなわち、証拠法をも支配する民訴法第2条（公正＝公平、信義則）を判断基準とすべきである。その第一順位は次の如くである。すなわち、`裁判を受ける権利、（憲法第32条）は「基本権」（憲法第13条）の一つであるが、それととも「公共の福祉」による`制限、があるのであり、それは訴訟法上、当事者の「信義則」（民訴法第2条）として現れ、それを具体化した証明責任規範（具体的証明責任規範）、例えば、民法第117条第1項⁵⁾である。さらに、憲法第14条第1項（国家機関＝裁判所が国民＝当事者を平等＝公平に扱う）に基づく「公平原則」（民訴法第2条「公正」＝公平）を具体化した証明責任規範（具体的証明責任規範）、例えば、民法第32条の2である。第二順位は次の如くである。すなわち、「信義則」（民訴法第2条「信義誠実」）にもとづく一般的証明責任規範（例えば、禁反言、証拠隠滅による不利益負担など）である。第三順位は次の如くである。すなわち、「公平原則」（民訴法第2条）にもとづく一般的証明責任規範（例えば、証明の容易さ、証拠の近さ、心証度の大きさなど）である。医療事故のときの医師と患者のどちらが（具体的事件にもよるが。）「過失」の証明責任を負うべきかを考えてみよう。しかも、これらの「分配」は訴訟の最初から定まっている必要はなく、最終段階で「真偽不明」のとき、はじめて働けばよいのである。そして、訴訟手続の`バックボーン、として訴訟をリードするのは証明責任ではなく「主張責任」と「証拠提出責任」である。

(3) 以上のように、通説と純証明責任規範説は、理論的には、大いに異なる。しかし、実際には両説は大差がない。それは、通説が、結論として不当である場合には、種々の理論を用いて修正を行なっているからである。通説によれば、例えば、医療事故訴訟や公害訴訟において「過失」や「因果関係」（民

5) 確かに、この規定は民法典に定められているが、これは明らかに裁判手続を前提とした規定であり、実は旧民法においては訴訟手続法の一部を「証拠編」として民法典の中に規定していた。

法第709条)の「証明責任」を負うのは原告(被害者。`敗訴の危険を負う、)である。しかし、通説は「過失そして因果関係」の認定を`選択的認定、理論を用いたり(最判昭和32(1957)・5・10民集11・5・715)⁶⁾、あるいは、いわゆる`門前説「間接反証」、理論を用いたり(新潟地判昭和46(1971)・9・29判時642・96「新潟水俣病訴訟」)⁷⁾、さらに、`疫学的因果関係、理論を用いたり(津地裁四日市支最判昭和49(1974)・7・24判時672・30「四日市ゼンソク訴訟」)⁸⁾して、「真偽不明」のときにも要件事実の存在を認め(結果として、被告(医師や企業)に「証明責任」を負わす)、損害賠償請求を認容している。他にも医療事故訴訟において`延命可能性、理論を用いて証明の困難なときにも原告(被害者)を救済している(最判平成12(2000)・9・22民集54・7・2574)⁹⁾。

-
- 6) AがB(医師)に注射してもらったところ注射部位が化膿した事件で、最判は`注射液が不良であったか、注射部位の消毒が不完全であったか、いずれかに「過失」が認められればよい、とした。
- 7) 工場廃水中にメチル水銀化合物が含有されていて、それが阿賀野川に流失し、その川の魚を汚染し、これを食した人々が`水俣病、になったという事件で、裁判所は、因果関係を①被害疾患の特性とその原因(病因)物質、②原因物質が被害者に到達する経路(汚染経路)、③加害企業における原因物質の排出(生成・排出に至るメカニズム)の三つに分解し、「公平」の見地から①②については、状況証拠を積み重ね、関係諸科学(例えば、疫学)との関連で矛盾なく説明できれば、その証明があったものとし、③については、加害企業側で、自己の工場が汚染源となり得ないことを証明しない限り、事実上「因果関係」が推認されるとした。
- 8) 疫学とは、人間集団を対象として、事故や疾病の原因を統計的観察をもって解明しようという学問(例えば、ある井戸の水を飲んだ人だけ全員が下痢をしたとき、その井戸水が下痢の原因と考える。)で、「四日市ゼンソク」についても、判決は「疫学的因果関係」理論を使って、①その因子が発病前に一定期間作用するものである、②その因子が作用する程度が著しいほど、その疾病の罹患率が高まる、③疫病的観察により流行の特性が矛盾なく説明できる、④その因子の原因として作用する機序が生物学的に矛盾なく説明できる、という4条件を挙げた。その上で、四日市石油コンビナートから排出された硫酸酸化物を含んだ排ガスによる大気汚染が「原因」で多数の住民が呼吸器系の疾患を患った(「結果」と「因果関係」を認めた。
- 9) 医師の医療行為が過失によって当時の医療水準に適合しなかった場合に、その医療行為と患者の死亡との因果関係の存在が証明できなくても、医療水準に適合した医療が行われていたら、患者は、その死亡時点においても、なお生存していた`相当程度の可能性、の存在が証明されるときは、賠償責任が認められる、とした。

第四章 結びに代えて

以上から明らかなように、我々法学徒が法について議論するときは、その議論の「法的根拠」を常に意識しなければならない。もし「法的根拠」のない議論であれば、それは「立法論」であって、裁判所において採用することは出来ないのである。