

第1 はじめに

1 私は、2011年度の国際人権法学会で、国際人権条約の国内裁判所への適用において、条約を「事実」としてとらえることが有効ではないか、ということ、さらにその実践例として、私が担当した岡山県備前市に所在する東備消防署における、消防職員が団結権行使をしたことへの上司からの嫌がらせ、昇進差別を不当とした訴訟（以下「東備消防訴訟」という。）について、その訴訟経緯を報告をさせていただいた（同報告の内容については、作花知志「国内裁判所における人権条約と個人通報制度—事実としての条約—」『国際人権』23号（2012年、信山社）56—60頁）。

2 上記『国際人権』23号掲載の報告では、東備消防訴訟の経緯をまとめたものの、訴訟において展開した国際法と国内法との関係についての主張の詳細については御紹介できていない。それに対し、同訴訟後も2009年（平成21年）に誕生した民主党政権によって消防職員の団結権付与立法がされるのではないかと、言われつつも、結局それは実現できていない状態が続いている。そのため、今後東備消防訴訟とは異なり、消防職員の団結権そのものを回復する目的の訴訟が提起される可能性が残されている（それが国会の立法不作為訴訟になるのか、それとも行政処分取消訴訟になるのかは明らかではないが。）。

本稿は、東備消防訴訟で展開した国際法と国内法との関係についての主張の詳細をまとめ、今後提起される可能性のある新たな団結権回復訴訟における資料として提供することを目的としたものである。地方公務員法52条5項とILO条約との関係についての詳細な主張、ILO条約機構による勧告を「条約に意味を与える立法事実」としてとらえていること、さらにはおそらく日本の裁判では初めて、いわゆる「等位理論」を引用することで裁判所の積極的な判断を引きだそうとしたこと

など、理論的に見ても興味深い題材を提供できるものではないか、と考えている。

第2 東備消防訴訟における国際法と国内法に関する主張とその展開

1 団体原告の当事者能力について

(1) 東備消防訴訟では、消防職員により結成された団体である団体原告が民事訴訟法29条により当事者能力が認められるかについて、まず主張が行われることになった。同訴訟で行われた主張は、以下のとおりである。

(2) ILO条約委員会の勧告は、条約に意味を与える事実であることについて

ア 憲法28条は「勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する。」と労働者に労働基本権を保障し、公務員も同条にいう「勤労者」に当たることは、最高裁も認めるところである（最高裁昭和40年7月14日大法廷判決（民集19巻5号1198頁））。

ところが、地方公務員法52条5項によって、地方公務員の消防職員は職員団体を結成することを禁止されている（地方公務員法52条5項「警察職員及び消防職員は、職員の勤務条件の維持改善を図ることを目的とし、かつ、地方公共団体の当局と交渉する団体を結成し、又はこれに加入してはならない。」。ただし違反行為に対して刑罰は科されていない。これに対し、国家公務員法108条の2第5項により、国家公務員の消防職員の職員団体の結成は適法とされている（（横田喜三郎『組合の自由—その国際的基準と日本—』（有斐閣，1979年）452頁）。国家公務員の消防職員は消防事務の企画立案を行うもので、消防の実際活動を行わないが、地方公務員の消防職員は実際の消防活動に従事するか、これを一体をなして消防作業に関与するからである。1948年改正国家公務員法は、もっぱら消防の行政事務に従事する国家公務員の消防庁職員に関しても、団結権を禁止していた。その扱いは1965年の日本のILO87号条約批准及び関係国内法改正時に解消され、消防庁職員の団結の自由が回復されている。）。

とすると、国内法において消防職員の団結権が禁止されているのであるから、消防職員によって結成された団体原告の当事者能力も認められないのではないかと

される立場も考えられよう。しかしながら、以下において詳論するように、そのような解釈は認められないものである。

イ 1948年にILO総会で採択されたILO87号条約（正式名称は「結社の自由及び団結権の保護に関する条約」である。）は、2条において「労働者及び使用者は、事前の認可を受けることなしに、自ら選択する団体を設立し、及びその団体の規約に従うことのみを条件としてこれに加入する権利をいかなる差別もなしに有する。」と規定して、団結権をいかなる差別もなしにすべての労働者に保障するとともに、9条において「1項 この条約に規定する保障を軍隊及び警察に適用する範囲は、国内法令で定める。」とした。

日本は、1960年にこのILO87号条約の批准を国会に諮り、1965年に批准している。それにより条約批准にともなう国内法の一部改正が行われ、当時存在した国家公務員法98条4項が削除され、国家公務員である消防庁職員は団結権禁止について適用除外となった。しかしながら、上記地方公務員法52条5項の適用を受ける自治体機関の市町村消防職員については団結権は認められないままとされた。

ウ 日本政府は、消防職員はILO87号条約9条における「警察」に含まれるので、その日本法（地方公務員法52条5項）における団結権の禁止は同条約2条に違反しない、という立場を取り続けている。そしてその日本政府の立場に対して、ILL委員会から、繰り返しそれを非難する意見（勧告）が以下のように出されているのである。

1969年、総会の基準適用委員会において、日本労働者側代表が、日本によるILO87号条約批准後、初めて消防職員の団結権問題に触れ、消防職員は労働組合の設立を許されていない旨の陳述がなされた。これに対して同委員会は、1971年の報告において、「団結権が、・・地方レベルの消防職員に認められていないことに留意する。本委員会は、・・第9条によって認められている例外に該当しないこの種労働者に与えるため政府はいかなる措置を考えているかを知ることを希望す

る。」として、日本政府に見解を求めた。1972年に日本政府はこれに答えて、「わが国における消防職員、入国警備官及び海上保安庁職員の職務は次に述べるような歴史的な経緯、職務の内容、権限等からみてまさに警察の職務に該当するものであり、この点は、労働大臣から本条約の批准の可能性について諮問された労使代表及び学識経験者で構成される労働問題懇親会の条約小委員会の報告においても確認されているところである。」との見解を表明した。これについて、1973年の条約勧告適用専門家委員会報告において、「本委員会は、消防職員の職務が軍隊及び警察に関する本条約第9条に基づいてこの種の労働者を除外することを正当化するような性質のものであるとは考えない。従って本委員会は、政府がこの種の労働者についても団結権が認められるよう適切な措置をとることを希望する。」とした(清水敏「団結の禁止」日本労働法学会編『現代労働法講座15官公労働法』(総合労働研究所、1985年)36-37頁)、齊藤周「ILO87号条約と消防職員の団結権」国際人権7号(信山社、1996年)102頁。)

また1974年に結社の自由委員会は、その第139次報告において次のように述べている。「委員会は、提訴組合と政府が表明している見解に注目し、団結権の行使が自己の任務の遂行するのに必要な規律をほりくずし、ストライキの勃発をまねきかねないという危惧から、政府が消防職員に団結権を認めることに全面的に反対しているものと推量する。委員会としては、団結権とストライキ権は二つの異なる事項であり、必要不可欠の業務についている公務員や労働者の場合にすでにおきているように、前者が必ず後者を含むとは限らないと考える。さらに実際上の経験が示しているようにストライキは、若干の消防職員の行動について政府自身の説明が立証しているように、関係労働者が労働組合に組織されることなしに、発生することもありうるのである。・・・日本においては独自の特徴をもってはいるにしても、警察や軍隊の構成員ではない消防職員の団結権に関する申立について、87号条約の規定がこのカテゴリーの労働者を同条約第9条によって団結権から除外することは認めていないという条約勧告適用専門会委員会により表明された意見を政府に指摘

すること、そしてまた、団結権とストライキ権とは二つの異なる事柄であり、前者は必ず後者を含むとは限らないことを想起するよう、委員会は理事会に勧告する。」

（以上の経緯につき、西村健一郎「消防職員の団結権」青木宗也・中山和久編『官公労働法の基礎』（青林書院新社，１９８０年）２５６－２６２頁）。

これらに対する日本政府の意見は、従来と異ならないものであった。１９７４年のILO 87号条約の実施状況に関する政府年次報告においては、「政府としては、消防職員の団結権の問題については、我が国公共部門における労使関係に関するこれらの重要事項が解決した上で、更に長期的視野にたつて慎重に対処したいと考えている」というものであり、１９７６年の政府年次報告においても、「政府としては、消防職員の団結権の問題については、現在我が国において検討が行われている公共部門における労使関係に関する重要事項が解決したうえで、更に長期的視野にたつて慎重に対処する所存である」としている。

１９７７年の条約勧告適用専門家委員会は、日本の消防職員の団結権について、「消防職員の団結権について、本委員会は、日本の消防職員の任務はいくつかの点で特殊性を有するが、それらは本条約第９条の規定に基づく、これらの職員の組合を結成する権利の否認を正当化するものであるとは思われないこと並びに団結権の承認が自動的にストライキ権を包含するものではないことを想起したい」と意見を述べた。この意見に対して日本政府は、審議の際の資料として、次のようなものを総会の基準適用委員会に配布した上で、「消防職員の団結権については、政府は、日本の消防は87号条約第9条の『警察』に含まれるとの見解を変更する必要性を認めない。」との意見を述べた。しかし、総会の基準適用委員会の結論は「委員会は、消防を警察と同一視し得ないとする専門家委員会の見解に留意する。また、委員会は、行われた陳述の結果専門家委員会の結論と異なる見解を持つには至らなかった。委員会は、この本質的に国内的問題が、日本において、おそらく言及された法律案が早期に採択され及びそれができるだけ早く未解決の諸問題が解決されるように適用されることによって、解決策を見い出すことを希望する。」との態度を明らかにした

（以上の経緯については、佐藤時次郎「自治体消防職員の団結権問題」北陸労研 8 4 号（北陸労働研究所・清水法学研究所，1978 年）4－9 頁）。

1983 年に行われた条約勧告適用専門家委員会による一般調査において、同委員会は、消防職員・監獄職員に団結権を認めていない国があることを示して、「これらの職種の公務員を団結権から排除することを、通常は正当化しないであろう」と述べている。また条約勧告適用専門家委員会は、1987 年の報告書で、1983 年の一般調査報告の趣旨について「本委員会は、87 号条約は 9 条において軍隊と警察に限ってこの基本的権利から除外できることを規定しているだけであることを強調した」ものであることを説明した。そして、日本の警察行政が消防行政とは別個のものであることを指摘した。

ILO は 1990 年に「消防職員の雇用労働条件に関する合同会議」を開催し、そこで採択された「消防職員の雇用労働条件に関する結論」では、団結権が ILO 87 号条約に従って消防職員に適用されることが述べられている。

そして 1995 年の基準適用委員会において、日本政府から以下の説明がなされた。政府の説明は、①消防職員委員会を設立すること、②この委員会は労働条件の改善等につき職員が提出した意見を議論し、委員会の見解を消防長に提出すること、③この委員会は職員により構成され、委員の半数は職員の推薦に基づき指名されること、④消防長は委員会の見解を尊重し、労働条件等の改善に努力すること、以上 4 点を内容とする新制度の導入についてである（この新制度導入は、消防組織法改正による新しい条文（14 条の 5）の付加という形をとった（1995 年 10 月 27 日公布。消防組織法 14 条の 5。以上の経緯については、斉藤周「ILO 87 号条約と消防職員の団結権」国際人権 7 号（信山社，1996 年）101－104 頁。）。

エ これらの ILO 委員会による意見（勧告）は、それ自体あくまでも「勧告」であって「法的拘束力」を有しない、との反論が考えられる。しかしながら、もともと ILO 条約は（そしてその他の国際人権条約も）、条約の文言そのもののみで世界中に同一の人権保障を実現することを念頭においているのではない。条約そのものは

紙に書かれた活字にすぎないものである。その活字にすぎない条約に、意味を与える存在が、ILO委員会による勧告である。つまりそれは、条約に意味を与える事実として存在するものであって、生きている文書である条約と一体不可分のものとしてとらえられる必要があるのである。

国際人権条約は、この判決も指摘するように生きている文書である（*Mazurek vs. France* 欧州人権裁判所2001年1月18日判決がそのことを指摘している。）。その生きている文書に意味を与える社会的事実が存在するのである（それはあたかも、国会の立法過程における国会議員の発言などが、憲法に意味を与える立法事実となることと同じである。）。ILOの委員会が出す勧告は、生きた文書であるILO条約に意味を与える存在であり、それは変化し続けるILO条約と一体となる存在なのである。

(3) ILO87号条約が直接国内法秩序に適用されることについて

ア それでは、その生きた文書であるILO条約は、日本の国内法面においていかなる地位が与えられるのか。

イ 条約の日本国内法秩序における位置づけ

日本国憲法の解釈としては、国際法の誠実遵守に関する規定（憲法98条2項）を根拠に「一般的受容方式」が実務上採られている。「一般的受容方式」とは、日本が締結した条約は、変型せずにそのままの形で国内法として一般に受容され、国内的効力をもつものとして執行されるとするものである（山本草二「条約と法律の関係」ジュリスト805号（有斐閣，1984年）184頁）。

もっとも、一般的受容方式によると、正規に批准または承認された条約は、公布により条約として国内的効力をもつとはいえ、それだけで内容的にもそのまま国内法として実施できるものになるわけではなく、条約内容が国内法上の効果として国民の権利義務に直接かかわるためには、特定の国内措置による補完・具体化が必要であるとされている。

ただし、条約の中でも「自動執行力のある条約（self-executing treaty）」について

はそれも不要である。「自動執行力のある条約」とは、国内法による補完・具体化がなくとも、内容上そのままの形で国内法として直接に実施され、私人の法律関係について国内の裁判所・行政機関の判断根拠として直接に適用できるものをいう。特に私人の権利義務が明白、確定的、完全かつ詳細に定められていて、その内容を具体化する国内法令にまつまでもなく国内的に執行可能と認められる条約規定がその例である（山本草二「条約と法律の関係」ジュリスト805号（有斐閣，1984年）185頁。）。

そして、ILO87号条約は、自動執行力を有し、国内法秩序に直接適用されると解釈されているのである（中山和久『教材国際労働法』（三省堂，1998年）12頁，岩沢雄司『条約の直接適用可能性—いわゆる"SELF-EXECUTING"な条約に関する一考察—』（有斐閣，1985年）145—153頁（ILO87号条約については151頁の注（455）））。

ウ 日本法秩序における条約と法律との効力関係

このようにして国内法として適用されるにいたった条約が、既存の国内法との間に内容上の牴触を生ずる場合には、どちらが優先する効力を持つかがさらに問題となるが、このような国内法秩序における条約の効力順位については、国際法が直接規律する問題ではなく、原則として各国国内法の決定に委ねられている。

そして、日本国憲法の下では、原則として条約は、その成立の時間的前後を問わずに（後法優位の原則の適用なく）常に法律に優位する効力をもつものと解されている（山本草二「条約と法律の関係」ジュリスト805号（有斐閣，1984年）185頁。）。

また、「自動執行力のある条約」は、これと牴触する国内法に自動的に優位して適用されるとされている（山本草二「条約と法律の関係」ジュリスト805号（有斐閣，1984年）185頁）。

エ 日本法秩序において条約と法律とが牴触した場合の措置

このように、条約が法律に効力面で優位するというものの意味は、まず第一に、

条約が法律に優先して適用されることを意味する。

加えて第二に、法律の解釈適用において、条約に適合するような運用がなされることを意味する（国内法秩序においては、憲法・条約・国内法があたかも三角錐のような統一体を形成していなければならない。もしそこにふぞろいが生じていれば、調整が必要となってくる。その調整の一つが解釈によってなされるのである。）。

オ 日本法秩序における地方公務員法 52 条 5 項と I L O 87 号条約との関係についての結論

まず第一に、条約が法律に優先して適用される結果、日本の国内法秩序においては、地方公務員法 52 条 5 項よりも、I L O 87 号条約が優先して適用されることになるのである。

また第二に、法律の解釈適用において、条約に適合するような運用がなされることにより、国内法秩序における解釈運用として、可能な限り I L O 条約に適合するような法運用がなされることになる。これを指して、近時国内法の解釈・運用に調整が行われている、とする「等位理論」が有力となっている。

等位理論とは、国際法と国内法の関係について、従来の二元論と一元論が理論的に十分でなかったことを打開するために、裁判その他の国際・国家実行との適合性を図ろうとする理論である。国際法と国内法を法規範体系としては等位の関係にあるものとし、「義務の牴触」については、各国は調整により解決すべき法的義務を負うとする立場である。

すなわち、国際法と国内法は、単一の法規範体系として同時に作動する共通分野をもたず、それぞれ別個の固有の分野で最高であって、相互に法体系そのものとしては牴触も優劣関係も生じない。しかし、国家が国内で国際法上の義務に適合する行動をとれない場合には、関係国内法令を自動的に無効にしたり廃棄しうるものではないにしても、国際面では国際違法行為とされ、国家責任の追求、制裁、非承認を受けるなど「義務の牴触」を避けられない。この点では、国際法と国内法は、二元論のいうようにまったく無関係の独立の法体系ではなく、相互に生ずるこのよう

な「義務の牴触」を調整するため、国際法上の義務の性質・内容を分類し、その国内実施に関する枠組と条件検討するほか、国内法の解釈・適用を国際法上の義務に適合させるよう、法的義務を負うものとされたのである（国際法学会『国際関係法辞典（第2版）』（三省堂，2005年）642頁（執筆山本草二）。）。

その結果，本件において問題となっている民事訴訟法29条の当事者能力についても，地方公務員法52条5項によって消防職員の団結権は禁止されているので，団体原告の当事者能力は認められない，と解釈されるのではなく，日本がILO87号条約上負っている義務に合致するように，団体原告の当事者能力を認める解釈が採られなければならないのである。

2 団体原告及びその会員の活動の適法性について

- (1) 上述してきたことから明らかなように，団体原告及びその会員の活動の適法性も，直接ILO87号条約により認められるものである。
- (2) まず第一に，日本国内法秩序では条約が法律に優先して適用される結果，日本の地方公務員法52条5項よりも，ILO87号条約が優先して適用されることになる。

そして第二に，国内法の解釈・運用が条約上の義務の合わせて調整が行われる，とする「等位理論」により，日本国内法秩序においても，日本が負っているILO87号条約上の義務につき，国際法秩序における違反状態とならないように，ILO条約に適合する法運用がなされなければならない。

その結果，本件において問題となっている団体原告及びその会員の活動の評価についても，地方公務員法52条5項によって消防職員の団結権は禁止されているので違法である，と解釈されるのではなく，日本がILO87号条約上負っている義務に合致するように，適法な活動であるとの解釈が採られなければならないのである。

- (3) これに対し，消防組織法改正により消防職員委員会が設立されたのであるから，そのことによって，日本がILO87号条約上負っている消防職員の団結権保障義

務についての代償措置がなされており、消防職員委員会が存在する以上、地方公務員法５２条５項の改正を行わなくとも、ＩＬＯ８７号条約違反とはなりえない、との主張も考えられる。

しかしながら、消防職員委員会は団体交渉及び争議権の代償措置にはなりえても、それら権利とは別個の権利である団結権の代償措置にはなりえないことは明白である（団結権には独立的な意義が認められなければならない。）。消防職員委員会は労働組合とは根本的に性格を異にしており、問題は未解決というほかないのである（これはＩＬＯ条約勧告適用専門家委員会の判断でもある。）（斉藤周「ＩＬＯ８７号条約と消防職員の団結権」国際人権７号（信山社，１９９６年）１０３頁，西谷敏『労働組合法』（有斐閣，１９９８年）５１－５２頁，市川正人『ケースメソッド憲法』（日本評論社，１９９８年）２３５頁）。消防職員委員会の存在を理由に、ＩＬＯ８７号条約違反を免れることはできない。

- (4) 上述したように、日本政府は、ＩＬＯからの度重なる勧告にもかかわらず、消防職員はＩＬＯ８７号条約９条における「警察」に含まれるので、その日本法（地方公務員法５２条５項）における団結権の禁止は同条約２条に違反しない、という立場を続けている。

日本政府の主張は以下の２点に集約できよう。①消防職員の職務と責任は、消火活動によって直接国民の生命・財産の保護にあたるもので、ストライキが行われてはならないという要請がとりわけ強い。しかし、団結権を認めれば、ストライキが行われるのは不可避であり、ストライキが行われれば消火活動に支障をきたす。②消防職員の任務の遂行にはとりわけ厳しい上命下服の規律ないし指揮命令系統の一体性を必要とする。しかし、労働組合が存在すれば、消防職員の指揮命令系統が乱れることになる、あるいは指揮命令系統を乱すことが多い（市川正人『ケースメソッド憲法』（日本評論社，１９９８年）２２７－２２９頁。）。

しかしながら、これら主張に理由がないことは明白である。

まず①についてであるが、団結権と争議権とは別個の権利であり、団結権の保障

は必ずしも必然的に争議権の保障を伴うものではない。団結権を認めればストライキ等の争議行為がなされるとは限らない。確かに、消防職員のストライキが消火活動を阻害し、国民の生命・財産を危うくするということはある。だが、団結権と争議権とは別個の権利であり、団結権の完全な保障が争議権の完全な保障を意味するわけではない。組合結成を認めれば違法な争議行為がなされる可能性があるから、いっそのこと組合結成を禁止しておこうというのは、過度に予防的な規制である（市川正人『メースメソッド憲法』（日本評論社、1998年）233—234頁、西村健一郎「消防職員の団結権」青木宗也・中山和久編『官公労働法の基礎』（青林書院新社、1980年）261—262頁）。

そして①については、ILO自身が、消防職員の団結禁止に関連して「団結権と争議権は、異なった2つの事柄であり、しかも前者は必ずしも後者を含むものではない。」と指摘した上で、団結権とストライキは分離可能であり、消防職員の団結権禁止はILO87号条約に違反するという見解を表明しているところである（清水敏「団結の禁止」日本労働法学会編『現代労働法講座15官公労働法』（総合労働研究所、1985年）33頁、西谷敏『労働組合法』（有斐閣、1998年）51—52頁。ILOの諸機関の最終的な意見は、団結権と争議権は異なる二つの問題であり、団結権は必ずしも争議権を包含するものではない、というものである（横田喜三郎『組合の自由—その国際的基準と日本—』（有斐閣、1979年）456頁）。）。

さらに、②消防職員に団結権を認めると指揮系統が乱れる、との理由についても、消防職員の団結権の行使がただちに服務規律の乱れを惹起すると考えるのは、論理の飛躍がある。また、このような主張は、服務規律の確保を過度に強調する一方で、憲法で保障された団結権の意義を過小に評価しているといわざるを得ない（清水敏「団結の禁止」日本労働法学会編『現代労働法講座15官公労働法』（総合労働研究所、1985年）32—33頁、西村健一郎「消防職員の団結権」青木宗也・中山和久編『官公労働法の基礎』（青林書院新社、1980年）261頁、市川正人『メースメソッド憲法』（日本評論社、1998年）233—234頁）。これらから

しても、日本政府の主張は認められないのである。

第3 まとめ

- 1 以上が、東備消防訴訟における国際法と国内法に関する主張の概要である。
- 2 なお、私が上記『国際人権』23号に報告した「国内裁判所における国際人権条約と個人通報制度—事実としての条約—」に対し、多くの方によるご意見をいただいた。ただその中には、私の見解の趣旨について誤解されているように見受けられるものも見られた（その中には、事実と評価を混同しているご講評も見られたように思える。）。ここで私の見解を敷衍しておきたい。

私が「条約を事実として考えれば、裁判所を拘束する事実もしくはその判断の前提となる争いのない事実として存在することになる。条約や条約機関の勧告意見を、憲法並びに国内法の解釈を支える立法事実としてとらえるべきだ。」としているのは「条約が立法事実であるので、例えば条約機関の勧告意見が当然に裁判所を拘束するのだ。」と考えているものではない。

裁判所による判断には、①事実の存在の認識と、②存在している事実を前提とした法的評価の二段階が存在する。これまでに国内裁判所における訴訟で国際人権条約を引用する場合には、国際人権条約の解釈や条約機関の勧告意見を「解釈論」として展開することが多かったように思う。ただ、「解釈」はあくまでも単なる意見であり、「裁判所はその立場を採用しません。」と言われてしまえばそれまでである（司法の独立から来る当然の結論である。）。

これに対して、条約の存在や条約機関の勧告意見を事実（立法事実）として考えれば、その「事実が存在すること」は裁判所も判断の前提としなければならないことである（それは、ある法律の立法過程である国会の審議では〇〇の発言があった、という立法事実が事実として存在し、それをどう評価するかについて裁判所は判断を行わなければならないことと同じである。）。

もちろん裁判所は、「立法事実は存在するが、それは法解釈に影響を与えない。」という解釈を行うことは自由である（司法の独立）。しかしながら、訴訟において「事

実が存在すること」は非常に重い意味を持つ。「法解釈」は事実によって導かれる側面があるからである。

とすると、条約についての解釈論や条約機関の勧告意見を「解釈」として引用するのと比較すると、それらは「解釈」ではなく「立法事実」である、と引用することによって、求める裁判所の判断をより導きやすくなるのではないか、というのが、私が考える「事実として条約」である。

3 なお、上掲した私の論考に対するご講評の中には「判例には事実上の拘束力がある。」という内容の記述を見かけた。これも「事実」と「法解釈」との区別についての興味深い問題であり、実務家としての見解を簡単に述べておきたい。

判例に拘束力があるか、という命題は、よく「判例は法か」という表現で問われることがある。そしてその問いへの回答として多く見かけられるのが「判例には事実上の拘束力がある」という表現である。

しかしながら、実務家としての感想を申すと、「拘束力」はあるかないかのいずれかであって、「事実上の拘束力」というものは法律上の効力としては存在しないはずである。

おそらく「判例には事実上の拘束力がある。」とする論者は、「下級審裁判例が多岐にわたっているような問題でも、最高裁判所による判断が出されれば、たちまちその後の下級審の判断もそれに統一されて、その後は下級審裁判官はその最高裁判所の判断と違う判断を行わなくなる。」という点をとらえて、そのような表現をされているのだと思われる。

しかしながら、日本の判例は、いかなる意味においても事後の下級審裁判所を拘束するような法的拘束力を有していない。仮に最高裁判所が同じ問題で同じ判断を繰り返し、到底この問題では異なる判断が出ることはないであろう、と考えられる場合でも、下級審裁判官としては、それに反する判断を行うことは全く自由である（司法の独立から来る当然の結論である。）。

ただ、実際の実務でそのようなことが行われないのは、最高裁判所による判断が

変わる見込みもないにもかかわらず、下級審裁判官がそれに反する判断を行った場合、結局訴訟当事者としては、控訴、上告を行い、最高裁判所の判断を仰ぎ、最終的に判例の立場による解決がもたらされるだけのことになる。それは（自分の良心に従った判決を書いた裁判官は個人的な満足を得られるかもしれないが）訴訟当事者にとっては、時間と訴訟費用と弁護士費用の無駄になるだけのことである。実務で変更が予想されない最高裁判所の判断に反する判断が下級審裁判官によって行われないのは、当事者のそのような利益に配慮した結果であって、何ら判例が法的拘束力を有するからではないのである。

むしろ逆に、仮に最高裁判所の判例が存在していたとしても、それが変更の可能性がある、むしろ変更するべきであると考えられる場合には、積極的に最高裁判所の判例と違う判断を行うことは何も妨げられないことであって、むしろ法解釈によって社会を動かして行く役割を担う司法権には、望まれていることなのである。

以上