HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事判例の規範的効力　－罪刑法定主義をめぐる一考－
Author(s)	小暮, 得雄
Citation	北大法学論集, 17(4), 107-134
Issue Date	1967-03-28
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16084
Type	bulletin (article)
File Information	17(4)_p107-134.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

刑事判例の規範的効力

——罪刑法定主義をめぐる一考——

小暮得雄

目次

一　はしがき
二　一判例にちなむ問題の展開
三　判例の法源的効力
四　判例の変更と遡及効
五　解決への試論
六　あとがき

一　はしがき

Ⅰ　問題はそぼくな疑問に発する。判例上すでに確立した法解釈を恃み、行為者が罪にならないという確信のもとに行動した事案につき、判決の際、先例変更の必要を生じたとしよう。このばあい、従前の判例をくつがえして、卒然かれを有罪に問うことは、はたして罪刑法定主義の本旨と調和するであろうか？新解釈の当否はともあれ、歴然たる解釈の変更を行為者の不利益に帰することは、いかにも不条理ではないか？

Ⅱ　既成の学説はこたえるであろう。刑法の分野には、いうまでもなく罪刑法定の大原則が支配する。この原則によるとき、犯罪と刑罰の関係を定めるものはひとえに成文法であるから、判例その他慣習法は直接の法源となりえない。すなわち、刑法上、人に当為の規範をあたえるものは成文法であって、判例ではない。成文法源が不動であるかぎり、その枠内における解釈の変更また自在というべく、たとえ裁判所による新解釈の結果が、いわば遡及的に、行為者に不利益をおよぼすとしても、それは罪刑法定主義の当然の帰結にすぎないであろう。かりに不正義ありとすれば、むしろ錯誤論の救済にまつべきである、と。この答えは、いかにも論理的であるが、空疎にひびく。“nullum crimen, nulla poena sine lege.” の原則がなおひろく現代刑法の根幹をなし、わが刑法上もこれを自明の前提とすべきことについては、異論がない。しかし、そこに派生する慣習法源の排斥という命題を楯に、刑法における判例の意義を貶しめることは大いに問題であろう。罪刑法定主義の本源をたずねるとき、否応なく、行為の時点における規範観念の尊重という、ゆるぎない前提にぶつかる。判例は今日、その尨大な蓄積に負いつつ、かかる規範観念の形成にあたって無視しえない役割をはたすのである。ことは単に錯誤論の問題ではなく、よりひろく行為規範の問題であり、よりふかく判例倫理の問題である。* かようにして、判例の法源性、さらにはこれと不可分の関係にある遡及効の

問題が、あらためて学説の理論的検討に委ねられなければならない。

＊むろん検察ないし捜査機関が先例を遵守し重んずるかぎり、冒頭にかかげたような問題が純粋な形で生起することは、絶無でないにせよ、ごく稀であろう。問題はより多く、行為者にとって不本意な刑の加重、変更という形であらわれるのである。

Ⅲ　かって罪刑法定主義の比較法的展望を試みた際（「罪刑法定主義の比較法的動向」本誌一四巻三・四合併号、一八四頁以下）、余論としてこの問題にふれる予定でいたが、熟さなかった。いま、学説上不毛の領域に棹さして、ひとまず宿題をはたしたいとおもう。

二　一判例にちなむ問題の展開

議論の足がかりとして、まず、最高裁・昭和三五年三月一日判決（昭和三一年（あ）三八六九号、刑集一四巻三号二〇九頁、第三小法廷）を引例しよう。

Ⅰ　〈事実〉判例集の記載にかかる事案の概要はつぎのごとくである。――K市某ホテルの倉庫係として勤務中の被告人甲は、社内の労働争議に際し、某日某時、ホテル表玄関まえで、多数の組合員とともにピケラインを張っていた。たまたまK市中央郵便局の事務員で外務担当のTが同ホテル宛郵便物を配達にきたところ、被告人はこれに「郵便物を渡せ」と要求し、その拒絶にあうや、やにわに「生意気な奴だ」と怒号しながら『Tの鼻の穴に指を突込み、更にその場に引倒して土足で蹴る等の暴行を加え、もって公務員である同人の職務の執行を妨害した』という。なお右暴行により全治五日の傷害を生じている。原審が公務執行妨害罪の成立をみとめたのに対し、弁護人は大審院大正八年四月二日の判決（刑録二五輯三七五頁）＊を援用、判例違反をあげて上告した。

＊右先例にいわく、『……刑法ニ所謂公務員ハ法令ニ依リ公務ニ従事スル職員ヲ云フモノナルヲ以テ仮令法令ニ依リ公務ニ従事スルモノト雖モ職員ト称スルヲ得サルモノハ公務員ニアラス郵便電信及電話官署ニ於ケル現業傭人ノ如キハ官制職制又ハ其他ノ法令上

職員ト称スルモノトハ其撰ヲ異ニシ職工人夫等ト何等択フ所ナキコト郵便電信及電話官署現業傭人規程ノ趣旨ニ徴シ明瞭ニシテ之ヲ職員ト称スルヲ得サルモノトス従テ現業傭人タル集配人ハ該規定ニ依リ公務ニ従事スルモノナリト雖モ未タ以テ職員ト云フヲ得ザル……』

〈判旨〉上告棄却。『…原判決及び第一審判決の引用した諸法令の規定によれば、本件郵便集配人Tは、右諸規定により公務に従事するものであり、その担当事務の性質は単に郵便物の取集め、配達というごとき単純な肉体的、機械的労働に止まらず、民訴法、郵便法、…等の諸規定にもとずく精神的労務に属する事務をもあわせ担当しているものとみるべきであるから、仕事の性質からいって公務員でないというのは当を得ず、従って、同人がその職務を執行するに当りこれに対して暴行を加えた被告人の原判示所為は、刑法九五条の公務執行妨害罪を構成するものといわなければならない。従って、原判決の判断は相当であるから、所論引用の大審院の判例は変更を免がれず、論旨は理由がない。」

II　本件は、判例変更による不条理ないし不正義の例としては、かならずしも適切でない。第一に、本件の争点は、いうまでもなく郵便集配人が公務員といえるかどうかにあるが、そのいずれにせよ、被告人の行為は依然として犯罪を構成する。いわば有罪の態様の差にすぎず、たとえ公務員性が否定されても、暴行罪または傷害罪の関係がのこるのである。したがって、無罪判例から一転して有罪判例にかわるばあいのような不当感にとぼしい。さらに、行為がいかにも粗暴であり情状を酌みがたい点も、本件に対する問題意識を弱めがちであろう。

第二に、本件において前記大審院判例の変更をみとめることじたい、すでに一個の問題といわなければならない。なるほど、当の郵便集配人については結論をわけた。しかし、刑法における公務員の概念は、法令上の根拠、担当事務の性格など、複雑かつ多様な要素にかかわっており、その間、郵便関係法規の整備、変遷を主因とする微妙な事情

変更があることを看過できない。むしろ、ratio decidendi を同じくしつつ、具体的事案への適用にあたって、彼此結論を異にしたものとみる余地が多分にある。本件がいわゆる小法廷事件であることも、おそらくはかような理解を支えるであろう。したがって本件を判例変更の例に算えることには疑問がないわけではない。

Ⅲ にもかかわらず、問題は鮮明である。右に述べた難色のかげに、本件の内包する理論的意味を見失ってはならない。本稿の意図は、もともと判例評釈にあるのではなく、手近な一判例を機縁として、そこに含まれる規範的な問題をさぐることにある。その意味で本件を、便宜上、最高裁による判例変更の一例としてとらえることが許されよう。

(1) 判旨はみずから、旧大審院判例の変更を明言した。刑法第七条の解釈規定に照らし、郵便集配人は公務員にあらず、とする旧判例の解釈をくつがえしてその公務員性をみとめ、これを公務執行妨害罪の行為対象にふくめたわけである。被告人甲としては、すくなくとも刑法第九五条の関係では、旧判例による犯罪不成立の期待をうらぎられたことになる。下級審なら知らず、大審院のはっきりうち出した線をその後身である最高裁判所が破り、被告人を有罪に問うのは、不条理ではないか。むろん本件において、甲は、現に旧判例の法解釈を恃み、公務執行妨害罪にあたらないことを信じて行為に出たわけではない。しかし、法規の変更に際しこの種の確信が問題とならないことからあきらかなように、判例変更の不条理を問題視するかぎり、ことは甲の主観的認識をこえる問題というべきである。

かりに、本件について贈収賄の事案を想定すれば、問題はいっそうはっきりする。たとえば被告人甲が、郵便配送上の便宜をうるため、集配人丁に金品を贈ったとしよう。本件判旨の見地からは、やはり丁の公務員性が肯認され、甲について贈賄罪、丁について収賄罪の成立がみとめられる筈である。瀆職罪ないし公務執行妨害罪をめぐる公務員概念の相対性という問題は、このばあい別論としてよい。大正八年の旧判例によれば無罪たりえた甲および丁を、法解釈の変更を理由に卒然、有罪とすることの非は、被告人の規範意識ないし認識内容の如何にかかわらないであろう。

判旨は『所論引用の大審院の判例は変更を免がれ』ないと断ずる一方、『論旨は理由がない』として、上告を斥けた。もし、原判決を維持するために旧判例の変更が避けられないとすれば、原判決の判例違反を衝く上告論旨は、まさしく理由ありといわなければならない。論旨に「理由がない」とは、結局、公務執行妨害罪の不成立を説く弁護人の主張を斥けるための措辞にすぎないであろうが、かように、一方で上告論旨に理由をみとめながら他方で判例を変更し、上告をむげに排斥する態度は、いかにも安易で、不公正のそしりを免れない。

(2)　この種の不条理感は、とりもなおさず、理論上ないし法制上、判例に拘束性をみとめないところに由来している。刑法第七条・第九五条に関する従前の解釈判例がのちの判例を拘束せず、後例がたやすく先例を変更しえたことから本件の問題が生じた。たしかに成文法を前提し、その枠内での変更にすぎない以上、罪刑法定主義の要請は一応充たされているかにみえよう。しかし、かりに大正八年の旧判例によって、郵便集配人の公務員性をめぐる確固たる規範観念が成立していたとすれば、その動揺はいわゆる法的安定性を害することはなはだしいばかりでなく、規範意識への滲透度を別としても、判例がみずからの権威を貶しめるという意味で、やはり法的安定性の問題ないし判例倫理の問題がのこらざるをえない。ひろく現時における判例の権威・機能を考えるとき、すでに刑法上ある限度で、先例の拘束性ひいて判例の法源性をみとめる方向に踏みきってよいのではないか。(第三節参照)

＊わが国でこの問題に正面からアプローチした文献・学説は見あたらないようであるが、あるいは判例の体系的研究にちなみ、あるいはエッセイ欄の一角で、折にふれてこの問題の再検討を示唆する記述があらわれつつあることは注目されてよい。

(3)　判例変更にともなう不条理の問題は、他面、遡及効の禁止という視角からもこれをとらえることができる。たとえば公務員概念に関する旧解釈を変更して新解釈をたて、これを従前の行為におよぼすとき、その関係は、あたかも

事後の制定にかかる刑罰法規を既往に遡及させるばあいと類するであろう。最高裁の新解釈があくまで行為時に即した判断であることを弁じたところで、その実質はかわらない。解釈判例の変更が、ときに、不遡及の保障を事実上あやうくする虞れがあることを知るべきである。（第四節参照）

(4) 新解釈の遡及という問題は、一方で判例にある範囲の法源的効力がみとめられ、他方それが新解釈の必要に譲歩すべきばあいに生ずる。たとえば本件の例において、大正八年の先例におよそ拘束力ないし法源性なしとすれば、帰するところ解釈の変更は自由であるから、遡及の当否という問題はおこらない。また、かりに、先例が絶対的な拘束力をともなうとすれば、そもそも解釈の変更は許されず、したがって新解釈の遡及を論じる余地はなくなる。こうして、法解釈の遡及をめぐる問題が、じつは判例の法源的効力の楯の一面にほかならないことが知られよう。

判例はうごく。先例の拘束力は所詮、絶対でありえない。やがて解釈の変更は不可避である。判例変更の必要性と判例の法源的効力とをいかに調和すべきか。問題はおのずから実体法の領域にとどまらず、訴訟法の領域におよぶであろう。（第五節参照）*

* わが判例上、本稿の見地から批判の対象となるべき恰好の例がみあたりにくいことは、それじたい、判例解釈の変更による有罪ないし刑の加重が不当であり、不条理であることを示唆している。総論上の例として、たとえば限時法をめぐる判例の変遷、各論上の例として、たとえば権利の実行と財産罪の成否をめぐる判例の変遷、等が念頭にうかぶが、資料不如意のため引例できなかった。ために、不十分な引例についての仮言的な議論が多かったことを遺憾とする。

** ちなみに、西ドイツ刑法学においても、問題の沿革はあさく、不毛にちかいが、その間しばしば問題例としてひかれる、連邦裁判所の一判例（BGH, Beschl. V. 7. 1. 1959 ; NJW 59 Heft 10, S. 442 f.）をかかげておこう。

①事案は、アウトバーンでの右側追越に関する。被告人は一九五七年一一月四日早朝、アウトバーン Güterloh-Wiedenbrück 間の左追越路線をルール地方に向って疾走していた。時速一二〇キロ。右路線前方には二台のトラック、左追越路線の前方には連結

車、さらに乗用車とつづいていた。被告人の追越燈による警告にもかかわらず、乗用車は、連結車に便乗してトラックの列を追越すべく、依然、追越路線にとどまった。トラックの後尾との間隔は二、三〇〇メートルであったという。業を煮やした被告人は乗用車の右側を追越し、すでにトラックとの距離五〇―一〇〇メートルと迫っていた同車の前方に割りこんで、これを急停車させた。

②右事案にき、第一審は、道路交通法第七条・一〇条の違反として罰金刑に処した。控訴審（OLG. Hamm）は、『たとえ先行車が時機尚早に、またはごく不十分な速度で追越路線に出たばあいでも、なおかつ、アウトバーン上の右側追越は許されない』と解し、かかる判断が、同種の事案をめぐるフランクフルト高裁の二先例（OLG. Frankfurt a. M. Urt. V. 25. 6. 1958；および V. 15. 10. 1958, NJW 58 Heft 50, S. 2076 f.）に矛盾することから、裁判所構成法第一二一条二項にしたがい、事件を連邦裁判所に送った。ちなみに、フランクフルト高裁の先例にいわく、『追越の必要性および合理的根拠があり、他車の危険をともなわないばあいには、アウトバーンでの右側追越も許される。』

③連邦裁判所は、ハム高裁の見解を支持しつつ、要旨つぎのように述べた。『アウトバーン上の高速交通に際し、かりにも右側追越を許すときは、運転者相互間に適切な了解手段がないこと、異例の追越により由々しい混乱が予見されることなど一切の事情から判断して、高速交通が本来内包している危険性は、ために、いちじるしく高められるものと解さなければならない。したがって、アウトバーン交通においては、切迫現在の危険を避けるために万やむをえないばあい――たとえば、追越路線をゆく運転者が突如左側から暴進してきた他車を避けるべく、右側へ待避前進する以外に衝突を免れる方法がないとき――を除き、厳に左側追越の原則が固持されるべきである。』

④右の連邦裁判例がはたして厳密な意味で先例の変更にあたるかは、やはり一個の問題であろうが、ともかく前記高裁の二判例と、同種事案に処する結論を異にしたことは否めない。なおアウトバーン以外の道路については、左側追越を原則とする反面、かなりひろく例外をみとめる実務慣行が確立していたことを考えあわせるべきであろう。本件を規範解釈の不利益変更の例として問題視することには相応の理由がある。

三　判例の法源的効力

I　およそ罪刑法定主義の原則ほど、時代と民族の別をこえて、あまねく承認をせまる法原則も稀であろう。それは

今日、いわば刑法ないし刑法学における公理にもひとしい。むろん比較法上の沿革が示すように、他面それは、歴史的・イデオロギー的範疇として、ときにその否定にすらいたる多彩な変容を免れなかったが、一九世紀の末に近代的な結実をとげて以来、わけても法典国における罪刑法定主義は、一貫して〈行為に先だつ成文法の存在〉を合言葉としてきた。明治一三年、旧刑法（第二条参照）制定後のわが国もその例外ではなかった。けだし、ある行為が犯罪として刑罰を科せられるためには、行為に先だって、その旨を明示する成文の法規が存しなければならない。すなわち非成文法は、犯罪と刑罰の根拠、したがって刑法の法源となりえない。慣習法源の排斥という命題が、こうして罪刑法定主義のコロラリーとして主張される。おのずと裁判所の判例も、条理・社会慣習・学説等とならんで、刑法における法源の座から逐われたのである。

＊いうまでもなく、一七八九年八月二六日、フランス国民議会において採択された〈人権および市民権の宣言〉第八条は、この原則のかがやかしい結晶にほかならない。同条にいう、Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi étable et promulgée antérieurement au délit et légalement appliquée.

Ⅱ

(1) 尤も実体刑法の領域において、いわゆる慣習法の機能、ひいてその一角に位すべき判例の機能がまったく否定されているわけではない。たとえば、法規自身によって定義づけられていない概念の内容が慣習法的形成にまつべきばあい（例として、不作為犯における〈作為義務〉の根拠、〈過失〉の概念内容、〈猥せつ〉の観念、など）、あるいは私法その他の法領域における慣習法規範が刑法に受容されるばあい（たとえば、物の〈他人〉性、〈水利権〉の存否、など）、について、学説は異論なく慣習法の機能をみとめる。ただしその間、判例のはたす役割については明言を欠く。＊

＊なお、たとえば超法規的違法阻却の理論にみるごとく、刑罰を減軽または阻却する方向での慣習法の機能を考えることもできる。そ

れが罪刑法定主義の趣旨に反しないことから、その承認はいっそう容易であろう、Vgl. Schönke-Schröder, Kommentar, 10 Aufl. § 2 V.

(2) ところで、右の理解が正しいとすれば、かような機能はすでに〈法源〉としての機能そのものではないだろうか。なるほど、このばあい、犯罪と刑罰の関係を直接に定めるものは、いわゆる慣習法規範ではない。処罰の根拠は、帰するところ成文法上の構成要件である。そのかぎり、成文法にもとずく処罰の原則は依然つらぬかれている。しかし、完結をたてまえとする刑罰法規がみずから犯罪の成立要件についての明瞭な輪郭づけをあたえず、ないしはこれを他に譲っている以上、その範囲内における慣習法的補完は、むしろ法規自身の許容するところと解しなければならない。いいかえれば、法規による黙示の委任をそこにみとめてよい。かくして形成される慣習法的内容は、成文法源を当然に補充しつつ、法の適用を拘束するという意味で、それじたい、いわば法源的性格をになうのである。それは、直接法源に対して、間接法源または補充法源とでも呼ばれるのにふさわしいであろう。

(3) もともと、慣習法源の排斥という法理は、いわゆる慣習法を犯罪および刑罰の直接の法源としてはならないこと、およそ成文をはなれた慣習法上の処罰が許されないこと、を意味した。したがって、慣習法のいとなむ上述の機能に〈法源〉的効力をみとめたとしても、罪刑法定主義ないし慣習法排斥の法理をめぐる従前の理解に背くわけではない。そのかぎりでは、問題は単に用語の争いを出ない、といえる。ただし他面、学説が、かならずしも判例について右の効力を説いていないことに留意すべきであろう。おそらくは、慣習法源が、〈判決における〉法適用の前提である以上、判決ないし判例があらかじめ慣習法源に加わることはありえない、との意識によるものであろうか。しかし、ある判決を当の判決そのものの法源に引きえないことは自明である一方、前掲の問題領域において、個々の事案に関する判決の集積が先例として法慣習を形成し、のちの判例に指針をあたえることは十分可能であり、また現に、

あらそいがたい事実でもある。してみれば、判例を除外して慣習法を論じえないことは当然というべく、通説がいわゆる慣習法のはたす前述の機能をみとめるかぎり、――これを〈法源〉的効力と呼ぶかどうかは別論として――その範囲では、慣習法化した判例、したがって慣習法の一角としての判例に同様の役割をみとめても、何ら通説的認識と矛盾しない筈である。

Ⅲ (1) 問題を判例にしぼって考えよう。こうして、判例が、通説的解釈論の枠内において、すでに一定の法源的効力をにない、かつ、にならべきことを知った。しかし、判例のこの種の機能は、そもそも慣習法的形成に委ねられたごく一部の解釈領域にとどまるべきであろうか。いいかえれば、学説にいわゆる〈開かれた構成要件〉の領域、ないしは〈規範的構成要件要素〉の範囲にかぎられるべきであろうか。

罪刑法定主義の本旨に副うとき、法はいかなる行為が許されいかなる行為が罪とならないかを、受範者に対し、あらかじめ明確に示さなければならない。〈明瞭に輪郭づけられた構成要件〉、という要請がここに生まれる。構成要件は刑罰効果の前提となる法律上の定型であり、犯罪の目録である。けれども法は、主としては法技術的な理由から、この要請に完全にこたえることができない。構成要件の内容をもっぱら記述的要素のみによって充たすことができない。さらには、構成要件とならんで、より一般的に犯罪の成立範囲を劃すべき総則上の諸問題を、やはりカズイステイッシュに固めることができない。既述のごとく、総則・各則の両域にわたって、ときに規範的概念をもちい、ときに補われるべき空白をのこし、その限度ですでに慣習法的補完を避けられないのである。立法上の〈完全主義〉は、その志向を壮とするにせよ、所詮は一片の理想であろう。のみならず、かって、E・ヴォルフ等が考えたように、いわゆる記述的概念すら、もともと完全な意味では〈記述的〉でありえない（この問題については、とくに武藤文雄「刑法における概念の規範的構成」、昭和九年が詳しい）。このばあいでも、解釈による補完は不可避である。そして解釈が恣意的でありえぬとすれば、やはりこれを導く客観

的な指標が必要となる。刑法解釈の拠るべき尺度についてはいうまでもなく多彩な議論があり、法益をはじめそこにはたらく諸契機も決して単純ではないが、それが、あるいは慣習法じたいであり、または、多かれ少かれ条理その他による慣習法的形成に俟つべきものであることは疑いなかろう。こうして、慣習法的補完の必要は刑法解釈の全域をおおい、裁判所によるこの面での解釈作業もひいて刑法の全般にわたるのである。

このばあい、他の慣習法源と異なる判例の特殊性に注目しなければならない。すなわち判例は、それじたい慣習法の一要素でありつつ、すべての慣習法が判例をとおして実現され法源性をあたえられる、という趣旨において、より根源的な意味をになうのである。こうして、そこに判例独自の法源的効力を問題とすることが許されるであろう。

(2)　現行刑法が施行されてすでに六〇年、その間、判例の集積はおのずから尨大な量にのぼる。およそ類型的におこりうべきすべての刑法問題がそこに何ほどかの先例をみいだす、といってもあながち誇張ではない。刑法は個々の事案に即しつつ、つねに判決をとおして実現される。判決例の集積がもつ重みは何人もこれを軽視しえないであろう。

かような判例体系中のあるものは、すでに慣習法の域に達し、成文法を補いまたはこれとあいまって、いわば牢固たる〈判例法〉を形成している。たとえばいわゆる共謀共同正犯の理論をみよう。この理論が判例にあらわれてから久しい。はじめ一部の知能犯に適用をみいだした〈共謀による共同正犯〉の理論は、やがて暴力犯をふくむ犯罪の全域におよび、学説のほぼ一致した反対にもかかわらず、確固たる判例理論として実務を指導してきた。いきおい、近時の学説にも同調の兆しがあり、立法またこれにならう趨勢を示す（改正刑法準備草案第二六条Ⅱ参照）。その他、学説の賛否は問わず、刑法解釈の分野で〈判例法〉にまでたかまった例は多い。*

＊この種の事例がかならずしも犯罪の成立要件に関するとはかぎらない。たとえば、実務上、いわゆる〈量刑相場〉の成立が説かれることは周知のところといえよう。しかし、ここでの関心はさしあたり犯罪論の領域にある。

罪刑法定主義は、究極において〈法的安定性〉の理念に奉仕する。法的安定性とは何か。国民にあらかじめ行為の規範をあたえ、その違反に対する法的効果を予告し、これを裏ぎらないことである。いいかえれば、行為時に確立している規範観念——それが現に行為者の表象に達しているかどうかは別論としてよい——を尊重し、遵守することである。慣習刑法の排斥という命題もここから生まれた。しかし、すでに〈判例法〉の域にまでたかまった判例の集積があるとき、それが成文法でないとの理由でその法源的効力を否定することは、〈法的安定性〉の理念に調和するであろうか。このばあい、行為者の刑事責任を阻却しまたは減軽する方向で、先例が法源的機能を欠くのであれば、比較的問題はすくない。逆のばあいにこそ問題がある。慣習刑法の排斥を楯に判例の法源性を否認する立場と、判例の現状に照らしこれを間接法源ないし補充法源として尊重する立場と、いずれが罪刑法定主義、ひいて法的安定性の理念に忠実であるかは問わずしてあきらかであろう。前者は、法的安定性を重んずるかにみえて、その実これを軽んずるにひとしい。罪刑法定主義のたてまえをつらぬくかぎり、確立した解釈判例に先例としての拘束力をあたえるべきではないか。

(3) 一方、いまだ〈判例法〉の域に達していない判例についても、そのことからただちに法源的効力の否認を導くことには疑問なしとしない。ある解釈問題をめぐる確定判決が同種の事例を拘束せず、裁判所が先例から自由に判例を下してよいとすれば、行為に対する法的効果の予測ないし算定は不確かとなり、法的安定性はそこに破れる。のみならず、先例の不拘束は、他面〈公平な裁判〉の理念にも背く。およそ裁判の結果に対し被告人の信頼と納得をかちうるためには、同一行為について同一犯罪の成立があること、が必須の条件であろう。自分ばかりでなく、他人が同様の事案に問われたとしてもやはり同様の犯罪を免れない、といえるばあいに、はじめてかれは裁判に心服できる。慣習法源排斥の法理は、かようにして、裁判の公平という見地からもおのずと反省を促されなければならない。いった

ん確定した判例解釈を維持することは法的安定性の要請である。安易な判例の変遷は、判例みずからの権威と信頼の失墜を招く。既往の解釈をくつがえして、卒然、被告人の〈先例に準拠した期待〉を裏ぎるごときは、まさに判例倫理の問題というべきであろう。以下、項をあらためて、罪刑法定主義の沿革に照らし判例に法源をみとめることの意味をさぐることとしたい。

Ⅳ　(1)罪刑法定主義をあらわす nullum crimen, nulla poena sine lege. の標語が、じつはローマ法起源を意味せず、一八〇一年に出たフォイエルバッハの教科書（A. Feuerbach, "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts," 1801, § 20）に由来していることは周知のとおりであるが（その論証として、たとえば K. Binding, "Handbuch des Strafrechts" 1885, s. 17 ff.）、他面それは、この原則そのものがほかならぬフォイエルバッハ時代の発祥にかかることを意味しない。もはやくりかえすまでもなく、罪刑法定主義の近代的開花には、各国それぞれにこれを準備する長い歴史の道程があった。*マグナ・カルタにはじまりフランス人権宣言にいたる一連の事蹟は、かならずしも平坦ではなかったその道程を彩る、貴重な成果といえよう。この原則の確立を促した理論的・思想的要因はむろん多様であるが、とりわけ、数世紀にわたって法律学を風靡した自然法思想の影響を無視することはできない。そこでは実定法秩序における自然法規範の妥当性が論じられ、しばしば犯罪と刑罰の前提として〈法（lex）〉の存在が説かれたのである。

＊罪刑法定主義の沿革を論じた文献のうち、特記すべきものとして、H. Hennings, "Die Entstehungsgeschichte des Satzes nulla poena sine lege," 1933, および A. Schottländer, "Die geschichtliche Entwicklung des Satzes ; "nulla poena sine lege" 1911. 等。

ところで、かように、フォイエルバッハ以前において、罪刑の前提として法が語られるとき、それがかならずしも成文の法規範を意味していなかったことに留意しなければならない。すでに指摘をみるごとく（たとえば、Binding, a. a. O., S. 18）、こ

のばあい、lex は Norm であり、Norm はその本質上、実定性・成文性を要件としない。成文法に欠欽があれば自然法が補う。およそ自然法の適用に際して解釈上の疑義はおこりえない。理性は裁判官に対し、いつ、またいかに罰すべきかを語り、国民に対しても法上の当為を告げる。それゆえ、あえて規範の成文化に固執する必要はないであろう。こうして、自然法論上、犯罪と刑罰の前提には、慣習法ないし自然法をふくむ、あらゆる成文・不文の法が観念されたのである（その間の消息につき、Vgl. Schottländer, a. a. O., S. 44 ff.）。もとより自然法思想には多彩な系譜をみとめなければならないが、ロックとともにイギリスにおけるマグナ・カルタ思想の正統をついだブラックストーンにさえ、しばしば慣習法讃美のことばがあることは注目されてよい（W. Blackstone, Commentaries on the laws of England, 1966 (repr.) vol. I, p. 45, 63 ff.）。

(2) やがて一八世紀に抬頭したモンテスキュー流（C. Montesquieu, "Oeuvres publiés par. L. Parville," 1826.）の国法学説、さらには、プフェンドルフ・ヴォルフ等を介してのちフオイエルバッハ（"Antihobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt, des Zwangsrechts der Bürger gegen den Oberherrn."）の唱道にかかる心理強制説、の影響下に罪刑法定主義の近代的な確立期がおとずれる。罪刑の前提たる法（lex）に厳格な成文性を要求する見地は、まさしくフランス革命の時代にはじまるのである。いわゆる旧制度下のフランスは、擅断刑（peines arbitraire）に象徴される苛酷な刑事司法になやみ、たとえばカロリナのごとき統一立法を知らず、また総則上の一般原則を知らなかった。革命の狼火とともに起ちあがった民衆が、何よりも刑事司法の改革、罪刑の法定を旗印としたことはあやしむにたらない。平衡理論ないし三権分立の思想がそのための理論的根拠をあたえた。前者は刑法の明瞭性・成文性を説き、後者は、裁判官による判決作用を立法権の完全な羈束のもとにおくべきことを説いた（両説は、そこに派生する結論をかならずしもおなじくしないが、ここでは触れない。）。帰するところ、非成文法源は排斥され、裁判官は法適用の道具、いわば〈法を語る口〉（la bouche qui prononce les paroles de la loi.）でなければならない、とされたのである。一切の法解釈を否認し裁判官を自動機械に貶しめる、かような法思想には、前代に対する極端な反動をみとめないわけにゆかない。完全にして無欠の立法がありえない以上、それが維

持できないことはあまりにあきらかである。大革命につづく時代は、ほどなく前代の反動から脱し、裁判官の解釈権を回復する方向にすすんだ。成文法源の自足性が疑問とされ、解釈の重要性がしだいに認識されるにいたる。それは他面、慣習法ひいて判例の機能する余地が拡大したことを意味するであろう。

(3) 一方、フランス革命の情熱を側面から支え鼓舞したものに、それに先だつ新大陸での貴重な経験があった。フィラデルフィア宣言（一七七四年、第五条ほか）・ヴァージニア州権利宣言（一七七六年、第八条）をはじめとする一連の権利宣言は、まさに、ロック・ブラックストーンをへてオティス（J. Otis "the rights of colonies asserted and proved", 1764.）につらなる自然法哲学の正統をつぎ、マグナ・カルタ、権利請願（Petition of Rights, 1628.）流の保障を、一般的人権の形で確認し、宣明したものである。そこでは、国の法律または同僚の裁判によらなければ奪われることのない不可侵の自由・権利がうたわれ、やがて合衆国憲法上、罪刑法定主義のアメリカ的表現ともいうべき、いわゆる法定手続の保障条項（修正第五条・第一四条）へとうけつがれてゆく。

イギリスおよびアメリカは、もともとコモン・ロー、すなわち慣習法・法曹法の伝統に立っている。ことにアメリカのばあい、かなり急速な成文法化の途をたどったとはいえ、なおコモン・ローが成文法の支配に譲ったわけではない。したがって、コモン・ローを基調とする両国に、法典国の意味における罪刑法定主義、すなわち罪刑の前提として成文の刑罰法規が存しなければならない、との意味における罪刑法定主義を期待できないことは、あらかじめ自明といえよう。しかもなお、両国が罪刑法定主義の発祥ないし温床の地であり、その精神をいまにつたえていることは、上述した沿革に徴して疑いをいれない（罪刑法定主義の英米法的意味につき、木村亀二「英米刑法と罪刑法定主義」刑法雑誌二巻、参照）。大陸法流のたてまえと英米法流のたてまえとは、いわばそれぞれの法伝統に即した罪刑法定主義の形態のちがい、〈法〉の在りかたの相異としてとらえるほかない。* 両者を統合する契機はなにか。その究極において、罪刑法定主義の奉仕すべき法的安定性の理念、ひいて行為時における確立した規範観念の尊重、という見地を措いてないであろう。アメリカの処女地に法の支配の大原

則を移植するに際し、北アメリカ諸州の権利宣言がいずれも慣習刑法排斥の法理をうたわなかったことは興味ふかい。けだし慣習刑法は、規範観念を破り、法的安定性を害するかぎりにおいて排斥される。フランス革命直後の反動の時代であればともかく、裁判官が威信を回復し、判例の重要性がたかまった現在、成文法源と一体化した解釈判例に法源的効力をみとめることは、法典主義のもとにおいても、むしろ法的安定性を尊重するゆえんであり、決して罪刑法定主義の根本義と矛盾しないのである。**

* むろん、とくにイギリスにおいて、裁判官が積極的に法の創造を司った一時期があることは否定できない。それはコモン・ロー形成途上の避けがたい現象であった。やがて判例の蓄積と制定法の増加とが、しだいに裁判官から法創造機能をうばってゆく。近時、判例は、いわゆる R. V. Manley Case（一九三一年）および Ladies Directory Case（一九六一年）において、〈custos morum〉としての裁判所の能動的役割が依然 extinct でないことをみとめたが、両ケースをめぐる反論のきびしさは、それがかならずしもイギリス型原理の正統でないことをうかがわせるであろう。

** いうまでもなくわが国は、法典国として、大陸法流の罪刑法定主義を採っている。この点、刑法上の明文を欠くとはいえ、旧刑法以来の沿革、あるいは憲法第三一条・第三九条等の趣旨に照らして異論がない。したがって、ここで判例の法源的効力を説くことの意味も、おのずから英米法下の意味あいとはことなる。すなわち、あくまでも成文法規を前提としつつ、その範囲内での間接的・補充的効力を論ずるにとどまり、決して、成文法と同列ないし並列的立場において判例の直接法源性をみとめるわけではない。むろん判例による犯罪の創造を許すことはできない。かって、ビンディングは、まさに慣習刑法を克服するためにこそ罪刑法定主義は生まれた、との理由で、罪刑の前提たる lex に慣習法をとりいれようとする試み（たとえば、Königswarter, "Nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali," 1835, S. 57.）を非難したが（Bindiorg, a. a. O., S 18. Anm. 29.）、かれの批判も、本稿の見地に対しては理由を失う。

V　前項において判例に法源性をあたえることの沿革的意味を一瞥した。議論が宙に浮かないためには、ついで、わが刑法上、法源性をみとめられるべき判例の範囲が論定されねばならない。以下、熟さないままに私見を述べておきたい。

(1) 先例として拘束力を付与されるべき判例は、さしあたり最高裁判所の判例にかぎられてよいであろう。ある事項について、いまだ最高裁判所の判断が示されていないばあいにおける、大審院または上告審たる高等裁判所の判例もこれに準ずる。控訴審たる高等裁判所、その他下級審の判例については問題であるが、これを除外すべきものと解する。けだし、三審制の訴訟構造のもとにおいて最上級裁判所の終局判断をへていない以上、当該判例はなお制度上変更の余地がありえたわけであり、これに成文法を補充すべき間接法源としての権威ないし地位をみとめることは適当でなかろう。そのかぎりにおいて、拘束的判例の範囲は全判例をふくまず、また、その違反が上告を理由あらしめるべき判例の範囲（刑訴、第四〇五条参照）とも一致しない。

(2) ついで、法源的効力をみとめられるのは判例のどの部分であろうか。この点はより精緻な分析に俟たねばならないが、概していえば、当該判決の結論をみちびく不可欠の前提となった部分、いわゆる ratio decidendi と解すべきであろう。したがって、傍論的説示、いわゆる obiter dicta は先例としての拘束力をもたない。右にいう結論は、原則として、量刑面・手続面を慮外し、犯罪の成否に関する結論を指す。

(3) かかる判決理由が、その趣旨を斟酌し尊重しなければならない、という意味において後例を拘束する。むろん判旨は、上訴理由その他の制約をうける生きた訴訟の場において、おのずと融通でありうべく、ことなった表現ないし論理をもちいて別の角度から同旨の結論に達することはさしつかえない。しかし、先例拘束のおよぶところ、別個の前提にたって先例と矛盾する結論を出すことは許されず、また同一の前提にたつかぎりはその結論に拘束される。

(4) ある要件ないし概念の解釈前提がいまだ確立していないばあいはどうか。新判例による解釈基準にしたがうほかない。このばあい、事前に行為規範が明瞭でないこと判例変更の例におなじ、との批判もありうるが、すでに確立・明言した法解釈をみずから変更するばあいとは事情を異にする。逆に、あい矛盾した判例が併存するばあいは如何。

それは、先例の拘束性がこれまで確立していなかったこと、ないし訴訟の経過において先例に対する矛盾が看過されたこと、の結果であり、今後の統一に俟つべきである。

四　判例の変更と遡及効

I　(1)　前節において、罪刑法定主義の源をかえりみつつ、判例が一定の法源的効力をになうべきことを論じた。確立した判例はこれを尊重し遵守すべく、みだりに変えてはならない。それはまさしく法的安定性の要請であった。しかるに、社会情勢の推移・法環境の変化は他面、判例がいつまでも同一解釈をまもり、旧態にとどまることを許さない。時代の要求にこたえ先例のはたしうる機能に限界があることは否みがたい。このばあい、先例の拘束力を楯に終始その変更を拒むときは、ついに判例の老化を招き、堪えがたい不正義をもたらすにいたろう。もともと、社会の進展に棹さして成文法の硬化を救い、事案の具体的妥当性をはかるところに判例の生きた機能があった。先例拘束の枠内で、できるかぎり法解釈の柔軟が保たれるべきであると同時に、その変更についても法規の改廃より以上の柔軟性がみとめられるべきことは当然としなければならない。たとえある程度までは解釈技術による救済が可能とはいえ、やがて判例の変更は不可避となる。

(2)　こうして遡及効の問題が生ずる。遡及処罰の禁止という周知の命題は、はたして判例の遡及——裁判官による法解釈の遡及にまでおよぶべきか。問題はふかく、解釈の本質にかかわるであろう。

いわゆる遡及処罰の禁止は、罪刑法定主義の中核をなす原則として、これと不可分に論じられるのをつねとしてきた。従来、この問題に捧げられた文献の数は少くないが、その多くは、考察の始点を啓蒙期におき、主としては近代の自由主義思想ないし平衡理論との関係において、問題の沿革をたずねてきたのである。これに対し、一群の研究

は、罪刑法定主義の近代的確立をはるかにさかのぼり、古くローマ皇帝期にはじまる、この問題の独自の発展があったことをあきらかにしている。* しかし、すくなくとも遡及処罰の禁止という原則が、罪刑法定主義の他の派生原則との明確な連携のもとに、立法者に対する政治的要請という装いをとってあらわれたのは、まさに一八世紀の後葉であり、この意味でそれ以前の発展とのあいだには一線が劃されてよい。かくして、問題はつねに、法源たる成文法の遡及、立法の遡及であり、法解釈の遡及ではなかった。そのかぎり、遡及処罰の禁止はすなわち、刑法の効力不遡及の原則にほかならなかった。

* たとえば、H. A. Zacharia, "Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgestetze," 1834., H. Seegar, "über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze," 1862., L. V. Bar, "Gesetz und Schuld im Strafrecht," Bd. I. 1906. など。なお、この問題に関する近時のすぐれた研究として、G. Schöckel, "Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur Französischen Revolution", 1952. がある。

(3)　かような従前の認識は、いまや疑問を免れない。たしかに、慣習刑法を排斥し、成文法を唯一・絶対の法源とみる理解のもとでは、いわゆる遡及効の禁はもっぱら成文法にかかわり裁判所の法解釈にはおよばない、とするたてまえをつらぬきえた。いわば、遡及効の問題は慣習刑法排斥の法理を前提とする関係にあった。しかし、ひとたびこの前提が破れれば、遡及効をめぐる従前の理解もまた動揺せざるをえない。上述のごとく、判例に一定の法源的効力をみとめるとき、判例による新解釈についても、あらためてその遡及効を問題とすべきは当然であろう。けだし、一方で判例に法源性をあたえつつ、他方その変更をみとめ、かつその遡及を許すときは、ひいて判例の法源性そのものが無意味に帰するからである。

解釈の性質に関する従来の議論をひきあいに出すまでもなく、〈解釈〉という作業じたいが、元来、遡及的性格を

おびたものであることは否定できない。それは、なるほど、法規に内在する意味を発見し抽きだす作業ではあるが、他面からみれば、解釈の時点であらたに見いだされた意味をさかのぼって法規に包摂させる作業にほかならない。遡及性は解釈の宿命ともいえよう。けれども、確立した既往の判例を被告人の不利益にくつがえすという形で新解釈が遡及するばあい、その効果は、あたかも刑罰法規の遡及するばあいにひとしく、法的安定性の保障が危いことはすでにふれたとおりである。ここに一歩をすすめ、罪刑法定主義の趣旨にもとる限度で、判例による法解釈の遡及をふせぐべきであろう。

(4) わが憲法第三九条前段は、「何人も、実行の時に適法であった行為……については、刑事上の責任を問われない」旨を定める。この規定が、憲法第三一条を承けつつ、刑法の効力不遡及の原則を宣明したものであることはいうまでもない。その法意は本来、のちにいたってはじめて行為を違法とする法律の遡及を禁ずるにあったが、行為者の利益保護という本来の見地に徹し、かつは刑法第六条の趣旨にかんがみ、実行の際すでに違法であり、事後の法律によって刑の変更をこうむるにすぎない行為についても、ひいて重い刑法の遡及を禁ずべきものと解されてきた。いま、判例解釈の変更を行為者の利益に照らして制限しようとする本稿の立場からは、その解釈上の根拠をやはり本条ないし刑法第六条に求めることになる。すなわち、これら諸条項の法意を汲むとき、判例上の旧解釈を変更していままで適法とされてきた行為を違法と解し、またはより軽い構成要件に該当すべきものとされた行為を重きに解し、かつその効果を当の行為者におよぼすことは許されない、とみるのである。

ちなみに、西ドイツ基本法第一〇三条Ⅱ、同刑法第二条Ⅱとの関係でも同様の問題があり、遡及処罰の禁止という命題が判例による法解釈の変更にまでおよぶべきかどうか、について若干の議論がある。以下、否定説の根拠をさぐりながら、その当否を検討することとしたい。それが同時に、判例の法源的効力をめぐる議論につながることは、あ

らためて述べるまでもない。

II (1) 西ドイツにおける議論の奥行きはなおあさいが、総じて、遡及効の禁を成文法のばあいにかぎる見解が支配的である。その論拠を推せば、およそつぎの四点があげられよう。

第一の、おそらくもっとも重要な論拠は、裁判の機能ないし裁判官の使命にかかわっている。すなわち、立法者の作品を承けた裁判の機能はつねに当の具体的事件の範囲をこえず、したがって裁判官はいかなる抽象的な法規の定立をも任とすべきではない。かれはただ特定の個別事件について、法規を具体化し適用すればたりるのである(Vgl. W. Stree, "Deliktefolgen und Grundgesetz zur Verfassungsmässigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Massnahme 1960, S. 81.)と。

第二の論拠はかかる裁判の在りかたと関連し、およそ判決にあらず法規のみが、個人の行為に対する準繩をあたえるべきものと説く(Vgl. Schönke-Schröder, Kommentar, 10 Aufl., §2 III 5; Stree, a. a. O.)。この見解によれば、何が許され何が禁じられているかについての尺度は、もっぱら法規に由来し、判決に由来しない。たとえ判例による法解釈を変更しても、法規の側が一貫してかわらない以上、その効果はどうあれ、行為者にとって不条理な規範観念の変更とはいえないであろう。——

ついで裁判所の組織ないし管轄にかかわる議論がある。裁判所が単一ではなく、上下多数にわかれ、複数の裁判管轄が併存している現状において、判例上の法解釈の統一を期することは容易でないばかりでなく、えられた統一を維持することはいっそう困難である。ある裁判所が法解釈をめぐって他とことなった観点を採ったばあい、いかにしてその間の調整をはかり、いかなる法内容をそこに形成すべきか。このことはすでに裁判所の法解釈に法形成的効果をあたえることの不当を示している(Vgl. Stree, a. a. O.)。——

第四に、現実の裁判慣行に拠りどころを求める一種の見解をあげよう。かりに判例上の法解釈を重視し、これに形成的効果をみとめる説にしたがえば、遡及効を禁じている法条項の適用領域もまた、現実には裁判所の解釈慣行によ

って定められることになる。しかるに、従来、あらゆる裁判所は、遡及禁に関する条項の法意を法解釈の変更・遡及にまでおよぼすことなく、変更された解釈内容をただちに当該の事件に適用してきた。すなわち、この説は、当初の前提を破ることなしにはそもそも自説をつらぬくことができない（Vgl. Stree, a. a. O.）。――

(2) 私見によれば、以上の理由づけは、いずれも、判例による法解釈の遡及を許すについて、十全の根拠をあたえるものではない。

第一の論点は重要である。裁判の本質はあくまで個別事件を前提とする法の適用・実現にあり、その意味で抽象的な法規の定立に任ずる立法とは一線が劃されなければならない。しかし、すでに述べたように、法規の意味はかならずしも単純・一義的でありえず、補うに裁判官の法解釈的活動を必要とする。いわば、裁判官は、立法者の未完の作品をうけつぎ、個別事件に即してこれを具体化し完成する使命を負うのである。すでに、裁判官において、この限度の法補充活動が許されているとすれば、その範囲内で同種の事案に通ずる解釈基準をたて、みずからその拘束にしたがうとしても、決して裁判本来の機能を逸脱し、立法の分野を侵すことにはならないであろう。けだし、もともと一回性・個別性を免れない事案も、構成要件的把握の段階ではおのずと類型的ならざるをえない。一回的事案について妥当した ratio decidendi が同種の類型的事案に妥当すべきことは当然といえよう。およそ同種の事案に妥当しえぬ解釈基準が、いかにして個別事案においてのみ、みずからの妥当性を主張しうるのか？ 判例による解釈基準の設定はすぐれて合理的である。解釈の変更は、それが法規の適用領域を拡大するかぎり、事実上、法拡張（Gesetzeserweiterung）にひとしい、との提言には、こうして、ストレーの批判にもかかわらず（Stree, a. a. O.）、正当な核心がみとめられなければならない。

上述の論旨に照らすとき、第二の論点も正鵠を失することあきらかであろう。立法が自足・十全を期しがたい以上

成文法規のみによって行為者に当為の準繩を示すことはできない。何が許され何が禁じられているかについての尺度は、罪刑法定のたてまえのもとにおいてもなお、多かれ少かれ、裁判官の補完的活動に依存せざるをえないのである。判例はかくて、成文法とあいまって規範観念の一部を形成する。むろん、判例の影響力ないし滲透度には、それぞれの問題領域によって逕庭があろう。したがって、個々の事案において、行為者が現に従前の判例による法解釈を意識し、これを恃みにするとはかぎらない。しかし、いま、判例が旧解釈を行為者の不利益に変更しかつその効果をかれにおよぼすとき、行為者の現実の意識はどうあれ、判例自身の側で、かれの寄すべかりし期待を裏ぎり、旧解釈の趣旨にそって形成されるべき規範観念を破ったとの不条理は掩いがたい。これをすなわち不条理とみることから本稿の問題ははじまったのである。

第三の論点はたしかに難問としてのこる。法解釈の不遡及という志向をつらぬくには、主として手続法面にかかわる技術上の困難を避けえないが、そのことのゆえに、法解釈の遡及にともなう不都合を放置することは本末をあやまっている。たとえば、わが国の法制上、拘束力をもつ判例の範囲を、前述のごとく、最高裁判所の判例ないしそれに準ずる判例にかぎることによって、障碍の一半は除かれるであろう。

第四の論点はやや技巧にすぎる。要は遡及処罰禁止の法意を法解釈の遡及にまでおよぼすべきかどうかにあり、従来の判例が無自覚にその遡及をみとめてきた点にこそまさしく問題があった。判例の拘束性を一般に否認する議論がこの場面でのみ解釈慣行の確立を楯とすることは理由にとぼしい。のみならず、裁判所の法解釈を重んじ、これに形成的効果をみとめることと、ある解釈慣行の当否を問うこととは別個の問題であり、したがって、この点に関する解釈慣行に反して判例の法源性を説いたとしても、論理上の矛盾はないのである。

以上で、遡及処罰の禁を成文法の遡及にかぎる見解に対し、反論しえたかとおもう。いうまでもなく、法解釈の遡

及を否認しただけでは問題は解決しない。当の事案をいかに処理すべきか。これが最後にのこされた問題である。

五　解決への試論

I　罪刑法定主義の本旨に省みるとき、従前の判例によれば無罪を期待しえた行為者を有罪に問擬することの非は歴然としている。その理論的意味をたずねるべく、本稿は、まず問題を判例の法源的効力という側面からとらえ、ついで遡及処罰禁止の保障がひいて法解釈の変更にもおよぶべきではないかという角度から展開したわけである。すでにくりかえしふれたように、法解釈の遡及の問題は、これを容認するかぎり先例に法源的効力をみとめる趣旨がつらぬけないという意味において、じつは判例の法源性という問題の一環にほかならなかった。ラートブルフ（G. Radbruch, "Der Geist des englischen Rechts," 1947, S. 81, Anm. 1）をはじめ在来の議論が問題をもっぱら解釈の遡及性という見地からのみ扱ってきたことは、不充分のそしりを免れない。要は判例の法源的効力――かりに〈法源〉の語が適当でないとすれば、いわばその規範的効力――の範囲ないし限界如何に帰着するのである。

このばあい、もともと判例に絶対的な拘束力をみとめるのであれば、なるほど冒頭にかかげたたぐいの不条理はおこりえないだろう。けれども他面、それによって判例の柔軟性・進歩性というより大きな価値を失うことになる。西ドイツにおいて〈解釈の変更と遡及効〉の問題を提起したデュリッヒは、ことがらの本質に鋭く迫りながらも、結局、刑法における判例の変遷を戒め、その静謐を説くにとどまった（T. Maunz u. G. Dürig, "Grundgesetz" Kommentar, Art. 103 II, Anm. 112）。刑事判例の安定を旨とするその志向は大いに重んじてよい。しかし、たとえ判例の変遷を禁じたところで、問題の解決にならないこともまた、あきらかである。前述のごとく社会情勢の推移、あるいは判例みずからの反省に応じて、判例の変更はやがて不可避となる。判例変更の必要性とその法源的効力との矛盾が、そこに解かれなければならない。

Ⅱ　前節までの論旨に照らし、答えはあきらかである。すなわち、旧解釈を変更してあらたな解釈基準を確立しつつ、同時に当の事案に対する新解釈の遡及を断つこと、いいかえれば、当の事案については先例にしたがい、以後において判例を変更すること、のみがさしあたり矛盾を止揚する唯一の方策にほかならない。この方策にそうとき、一面では先例の拘束力を当の事案について確保することによって、判例に法源性をみとめた趣旨を活かしうるとともに、他面ではあらたな先例の提示によって、解釈変更の必要に応じつつ以後の判例を指導することができる。そこにもはや、行為者に対する不条理が存しないことはあきらかであろう。むろん右の解決は被告人保護の精神に出ているから、新解釈がかれの利益に帰するかぎりは、ただちにその効果を当の事件におよぼしてよい。これを要するに、裁判官は判決に際し、行為時に確立している法解釈の慣行をみだりに変更すべからず（判例の法源的効力）、あえて変更するばあいには（判例変更の必要性に対する譲歩）、被告人の不利益において、その効果を当該の事件に帰してはならない（遡及効の禁）のである。

すでにボッケルマンはかような解決の可能性を示唆したが（Bockelmann, Niederschriften über die Sitzungen der Gr. Strafrechtskommission Bd. 3, S. 289 ff.）、みずからは、それがすなわち裁判所による法規の定立をみとめるにひとしい、との理由で、これを排斥した。しかし、この種の非難が正鵠をいるものでないことは、ストレーの批判にこたえて先述したとおりである。それはもともと裁判所に留保された権限内の処分であり、いわば裁判所による自己拘束といってよい。

問題はむしろ判決手続の面にある。わが現行刑訴のもとにおいて、解釈論として本稿のたてまえを容れることはかならずしも不可能ではない。ただし、たとえば判決の拘束力に関する規定、ないしは当該のケースと将来とで効果を二分する判決についての規定、を設けることは一考にあたいしよう。また、最高裁が判例変更を司ることには問題がないとしても、下級裁については問題であるから、下級裁が判例変更の判断に達したばあいの手続きについて、やは

り訴訟法上の配慮がのぞましいであろう。

Ⅲ (1) 最後に、錯誤論との関係にふれておかなければならない。従前の判決に対する行為者の信頼は、遡及禁の保障とはかかわりがなく、いわゆる〈禁止の錯誤〉の問題として、せいぜい錯誤論の対象となるにすぎない、というのが本稿の課題に対する既成学説の答えであった(Vgl. Schönke-Schröder, a. a. O., Stree, a. a. O., S. 82.)。しかしながら、行為当時に現在せず、裁判の場ではじめて現実化した法解釈について、行為の際の錯誤を論ずることは失当であろう。それはすくなくとも本来の意味での錯誤ではありえない。より一般的な違法性の問題、判決倫理の問題であり、まさしく法規の変更に準ずべき問題である。

いま被告人が、行為当時の法解釈に反し、みずからは違法と信じて行動したところ、その判断がたまたま裁判時の新解釈に合致したとしよう。錯誤論による解決はおのずから私見と結論を異にする。すなわち、錯誤論の見地からは、違法性の意識の可能性が一般的に存しないばあいを違法阻却の一場面として構成する立場にたてば格別(拙稿、「違法性と責任」北大法学論集一五巻四号六五四頁参照)、これを個別に責任の問題としてとらえるかぎり、右の被告人について刑事責任を否定しえない筈である。これに反し、私見によれば、問題は個々の行為者の主観的認識ないし意識にかかわらない。たとえ行為者がどのように厳格な意味を法規から汲もうと、その行為が従前の解釈基準に照らして是認されるかぎりは、新解釈による不利益をこれにおよぼすべきでないのである。

(2) ちなみに、比較法上の興味ある一例として、米国イリノイ州刑法第四条の規定をあげよう。同条八(b)にいわく、

『自己の行為が犯罪に該らない旨の合理的な確信は、つぎのばあいには抗弁となる。(1)(2)略。

(3)かれが、のちに変更されもしくは廃されたイリノイ上訴裁判所・同最高裁判所もしくは合衆国上訴裁判所の判決 (order) もしくは意見 (opinion) にしたがって行為したものであるとき、

(4)かれが、犯罪を定めた制定法を解釈すべき法律上の権限を有する、公務員もしくは公機関によってなされた、当該の制定法・規則もしくは命令に関する公定の解釈（an official interpretation）に依拠して行為したものであるとき。』

問題の立法的解決として注目にあたいする。これによって、従前の判例を信頼した行為者については、一応の救済が可能であろう。ただし、それ以外の行為者との関係では、やはり錯誤論にともなう前述の限界を避けることができない。

六　あとがき

刑法における法源論の不振は、むろん罪刑法定主義の壁を背景としている。その支配のもと、正面から判例の法源性について語ることは、いわばタブーにひとしかった。とくに、先例の拘束力に関する領域において。本稿はこの分野でのささやかな問題提起である。他面、たとえば類推解釈をめぐる争いにみるごとく、刑法解釈の限界という見地から一種の法源論が行われてきたことも看のがすわけにはゆかない。今後、刑法における法源論は、この両面からの展開を必須とするであろう。罪刑法定の原則については、そのゆるぎない外観に反し、なおのこされた問題が多い。なぜ法上の不利益は多々あるにもかかわらず、ひとり刑法上の〈刑罰〉だけが、厳格な事前の法定を要するのか。たとえば罪刑法定主義の根源に位すべき、このたぐいの問題についてさえ、決して納得のゆく解答は寄せられていない。この問題をつきつめるとき、刑罰の烙印にともなう特別の効果が、おのずから重要な意義をもつにいたる。〈前科〉の法律的意味、ないし社会心理的意味がそこに問われよう。しからば罪刑法定主義を支える社会的条件は如何？　問題はかぎりなく発展する。

（フライブルク刑法研究所にて）

Die normative Kraft der Rechtssprechung in Strafsachen

Tokuo KOGURE

a. o. Professor an der
Universität Hokkaido

Der Satz "nulla poena sine lege" ist Ausdruck des rechtsstaatlichen Gedankens Strafrecht. Obwohl er zu Beginn des 20. Jahrhunderts wiederholt auf Ablehnung gestoßen ist, kann er heute als einer der Kernsätze der meisten Strafrechtsordnungen angesehen werden. Die herrschende Auffassung erstreckt diesen Satz nur auf das Gesetz und nicht auf die Rechtssprechung. Das damit zusammenhängende Rückwirkungsverbot wird deshalb nur auf das Gesetz und nicht auch auf die Gesetzesauslegung angewandet. Eine Änderung der Auslegung kann sich daher ohne Rücksicht auf die bisherige Rechtssprechung unmittelbar auf die Aburteilung der Tat auswirken, selbst wenn es dem Täter zum Nachteil gereicht.

Der Satz "nulla poena sine lege" hat seinen Grund in der Idee der Rechtssicherheit. Wenn aber der Richter eine bislang als straflos angesehene Tat plötzlich für strafbar erklärt und den Täter bestraft, dann steht dieser Wandel zweifellos nicht mit der Idee der Rechtssicherheit im Einklang. Nicht nur das Gesetz sondern auch die Rechtssprechung kann und muß dem Täter den Maßstab für die Frage geben, was erlaubt und was verboten ist. Es setzt die Autorität des Richterspruchs herab und es widerspricht der Gerechtigkeit, wenn eine feststehende Rechtssprechung ohne vorherige Warnung oder Ankündigung geändert wird. Die Rechtssprechung muß als "mittelbare Rechts-

quelle" neben dem Gesetz angesehen werden. Eine Änderung der Gesetzesauslegung zu Ungunsten des Täters ist deher einer Ausdehnung des Gesetzes selbst gleichzustellen.

Das Vertrauen auf eine feststehende Rechtssprechung darf nicht erst im Rahmen des Verbotsirrtums berücksichtigt werden, es ist vielmehr schon bei der Frage des Rückwirkungsverbots zu beachten. Auf der anderen Seite ist es unvermeidlich, eine bestimmte Auslegung eines Gesetzes auch einmal zu ändern. Es empfiehlt sich aber, die neue Interpretation des Gesetzes nicht schon auf den unmittelbar zu ihr Anlass gebenden Fall, sondern erst auf zukünftige Fälle anzuwenden.