



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	公法判例研究
Author(s)	山崎, 友也; YAMAZAKI, Tomoya
Citation	北大法学論集, 53(1), 189-204
Issue Date	2002-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15139
Type	departmental bulletin paper
File Information	53(1)_p189-204.pdf



公法判例研究

山崎友也

行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈に従えば無罪となるべき行為を処罰することと日本国憲法三九条

判例タイムス九二六号一五三頁

〔参照条文〕憲法三九条、地方公務員法三七条一項、六一
条四号

最高裁判平成八年一月一八日第二小法廷判決（平成五年あ）
第六九四号地方公務員法違反被告事件）

【事実】

刑集五〇卷一〇号七四五頁、判例時報一五八七号一四八頁、

当時、岩手県教職員組合の中央執行委員長であつた本件被告

人は、昭和四九年三月二日、賃金引き上げ等他数項目を含む要求実現を目的とする同盟罷業実行について傘下組合員である公立小中学校教職員に対して説得懲導すること等を中央執行委員会において決定した。さらに被告人は、同年四月一日に行われる予定の日教組統一行動に向けた日教組本部の指令を多数の傘下組合員に伝達した。本件は、かかる被告人の行為が、それぞれ、地方公務員法が禁止する争議行為の「あおりの企て」、及び「あおり」（同法三七条・六一条四号）に該当するものとして、公訴提起に至った事件である。

第一審盛岡地裁判決は、犯罪事実の証明がないとして被告人を無罪とし、第一次控訴審仙台高裁判決もこれを維持した。第一次上告審判決は検察官の上告趣意については適法な上告理由にあたらなと斥ける一方、職権判断により、法令違反及び事実誤認を理由として原判決を破棄し、事件を仙台高裁に差し戻した。第二次控訴審仙台高裁判決は、「あおり」の罪の事実の認定はできないとしたが、「あおりの企て」の罪は成立するとして被告人を罰金一〇万円に処した。被告人弁護側は、憲法違反及び判例違反を理由として上告した。

憲法違反の主張の要点は、本件処罰は、憲法三九条が禁止する遡及処罰に該当するものである（なお、上告趣意補充

書によって、本件処罰は憲法三二条規定の罪刑法定主義にも違反する旨の主張が付加された）。公務員法上の争議行為禁止に関する罪については、最高裁判例に変遷がみられる。全通東京中郵事件判決（最大判昭和四一年一月二六日刑集二〇巻八号九〇一頁）では、公共企業体職員の争議行為について争議権を尊重すべき旨の一般論が示され、これを受けて、都教組事件判決（最大判昭和四四年四月二日刑集二三巻五号三〇五頁）及び全司法仙台事件判決（最大判昭和四四年四月二日刑集二三巻五号六八五頁）において、地方公務員法及び国家公務員法のそれぞれについて「二重のしほり」論が打ち出された。「二重のしほり」論によれば、公務員法上、争議行為に関連した処罰を認めるためには、争議行為自体が違法性の強いものであり、かつ争議行為に通常随伴する範囲を超える「あおり行為」等が必要である。しかし、その後の全農林警職法事件判決（最大判昭和四八年四月二五日刑集二七巻四号五四七頁）は、国家公務員法違反事件に関して「二重のしほり」論を放棄し、全司法仙台事件判決を明示的に変更することによって、争議行為の「あおり」行為等を一律に処罰しようとした。もっとも、地方公務員法分野については、昭和五十一年の岩教組学力テスト事件判決（昭和五十一年五月二日刑集三〇巻五号一一七八頁）まで、都教組事

件判決の明示の変更はなかった。そこで被告人弁護士側は、岩教組学テ事件判決が下されるまでは、昭和四四年の都教組事件判決の「二重のしほり」論が判例理論として妥当していたのだから、昭和四九年に行われた本件被告人の行為について、昭和五年の岩教組学テ事件判決の法解釈を溯って適用することは、憲法三九条規定の遡及処罰禁止原則に反する、と主張したというわけである。

上告趣意のもう一つの要点は、判例違反の主張である。百円玉偽造事件決定（最決昭和六二年七月一日刑集四一卷五号二三七頁）によつて維持された原判決は、一般論として、確立した判例や所轄官庁の公式見解等に従つて行動した場合には、違法性の意識を欠いたことについて相当の理由があり、犯罪の成立が否定されると判示していた。本件被告人は、実は、岩教組学テ事件でも訴追されており、その上告継続中に本件は起きたものである。本件被告人は、岩教組学テ事件第一審では有罪とされたものの、昭和四四年の同事件控訴審判決では、全通東京中郵便事件判決に従つて無罪とされていた。そこで、被告人弁護士側は、本件当時被告人には違法性の意識はなく、かつそのことにつき相当の理由があつたと主張した。

【判旨】

上告棄却。「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈に従えば無罪となるべき行為を処罰することが憲法三九条に違反する旨をいう点は、そのような行為であつても、これを処罰することが憲法の右規定に違反しないことは、当裁判所の判例（最高裁昭和二十三年(ホ)第二二四号同二五年四月二六日大法廷判決・刑集四卷四号七〇〇頁、最高裁昭和二十九年(ホ)第一〇五六号同三三年五月二八日大法廷判決・刑集二二卷八号一七一八頁、最高裁昭和四七年(ホ)第一八九六号同四九年五月二九日大法廷判決・刑集二八卷四号一一四頁）の趣旨に徴して明らかであり、判例違反をいう点は、所論引用の判例は所論のような趣旨を判示したのではないから、前提を欠く。

裁判官河合伸一の補足意見がある。

「判例、ことに最高裁判所が示した法解釈は、下級裁判所に對し強い事実上の拘束力を及ぼしているものであり、国民も、それを前提として自己の行動を定めることが多いと思われる。この現実に照らすと、最高裁判所の判例を信頼し、適法であると信じて行為した者を、事情の如何を問わずすべて処罰するとすることは問題があるといわざるを得ない。しかし、そこで問題にすべきは、所論のいうような行為後の判例の『遡及的適用』の諾否ではなく、行為時の判例に対する国民の信頼の保護如何

である。私は、判例を信頼し、それゆえに自己の行為が適法であると信じたことに相当の理由のある者については、犯罪を行う意思、すなわち、故意を欠くと解する余地があると考えられる。もつとも、違法性の錯誤は故意を阻却しないというのが当審の判例であるが、少なくとも右に述べた範囲でこれを再検討すべきであらう。

本件「被告人が犯行に及んだのは昭和四九年三月であるが、当時、地方公務員法の分野ではいわゆる都教組事件に関する最高裁判決が当審の判例となつてはいたものの、国家公務員法の分野ではいわゆる全農林警職法事件に関する最高裁判決が出され、都教組事件判例の基本的な法理は明確に否定されて、同判例もいづれ変更されることが予想される状況にあつたのであり、しかも、記録によれば、被告人は、このような事情を知ることができる状況にあり、かつ知つた上であえて犯行に及んだものと認められるのである。したがつて、本件は、被告人が故意を欠いていたと認める余地のない事案であるといふべきである」。

【評釈】

一 日本国憲法三九条前段によれば、「何人も、実行の時に適法であつた行為については、刑事上の責任を問はれない」。

ここで示された遡及処罰禁止の法理は、罪刑法定主義の重要な派生原理の一つである。すなわち、行為時に適法な行為を、事後法 (ex post fact law) によつて遡及的に処罰することは、各人の行動の予測可能性を奪ひ、法的安定性を不当に揺るがす恐れがある。これは各人の自由や安全、ひいては社会生活一般を不安定なものにする点で、著しく正義に反するので憲法上特に明文をもつて禁止することが必要とされた。⁽¹⁾

本判決の意義は、かつての判例によれば適法とされていたはずの行為が判例変更によつて違法と評価されるようになった場合に、変更前になされた行為を処罰することが、この遡及処罰禁止の法理に反しないことを初めて明言した点にある。もつとも、本判決は、被告人弁護側による憲法三九条違反の主張を排斥するにあたり、これは、最高裁が下した先例三件の趣旨に徴して明らかだと述べるにとどまり、実質的な理由づけを行なっていない。従つて、本判決の理解のためには、法廷意見が引用した諸先例の事案及びそこで示されている法理を確認する必要がある。

引用先例の第一 (最大判昭和二五年四月二六日)。この事件で上告人は、憲法三九条は、実体法について行為当時可罰性のない行為を事後的に処罰することを禁止する一方、手続法につ

いても行為当時より不利益な取り扱いをすることを禁止している」と主張した。そのうえで、上告理由を事後的に制限した当時の刑訴応急措置法第一三条二項は、憲法三九条に違反し無効であると主張した。これに対し、最高裁は、大要次のように述べて、違憲の主張を斥けた。すなわち、同措置法は、単に上告理由の一部を制限したに過ぎず、その制定前の行為を審判することは、仮にそれが行為時の手続法による審判の場合に比して、多少上告人に不利益であったとしても、憲法三九条にいう「刑事上の責任」を遡及的に問うては問うてはならない。

引用先例の第二（最大判昭和三三年五月二八日）。この判決は、共同審理を受けた共犯者たる共同被告人の供述はそれぞれ被告人の供述たる性質を持つのでそれだけでは完全な独立の証拠能力を有しないとされた最大判昭和二四年五月一八日を次のように述べて変更したものである。すなわち、共同審理を受けている共犯者であっても、その者は、被告人以外の者であつて、被告人本人との関係では、被害者その他証人と同じ立場にあるとみなしうる。かかる共犯者（共同被告人）による犯罪事実の供述は、完全な証拠能力を有する。従つて、共同被告人の供述は、憲法三八条二項にいう「本人の自白」にはあたらない。

引用先例の第三（最大判昭和四九年五月二九日）は、一個の

道路交通法違反（居限り運転）と二個の刑法二二一条違反の行為（業務上過失致死傷）とは観念的競合にあたるので、一罪として（刑法五四条一項）処断すべきとした最決昭和三三年四月一〇日を次のように述べて変更した。すなわち、刑法五四条一項にいう「一個の行為」とは、法的評価を離れた自然的觀察のもと、行為者の動態が社会的見解上一個のものとして評価されるべき場合をいう。しかし、酒に酔つた状態で自動車運転中に人身事故を発生させた場合、酒酔い運転が人身事故の過失内容を構成するものかどうかにかかわらず、両者は、社会的見解上別個のものとして評価されるので、併合罪として処断すべきである。なぜなら、人身事故は、運転中に起こつた一時点一場所で起こつた事象に過ぎないからだ、と。

確かに、以上三件の先例は、いずれも被告人に不利益な判例変更を行っているという点では共通する。⁽²⁾もつとも、これらはいずれも本件と事案を大きく異にするし、犯罪の成立要件について判例変更をなした事例でもない。第二及び第三の先例に至つては憲法三九条違反そのものが当事者の間の争点とされていない事例であつた。本判決が、当裁判所の判例「の趣旨に徴して」と述べているのは、おそらくそのためであらう。調査官解説によれば、第二及び第三の先例は、「最高裁判所が被告人

に不利益な判断を行った以上、そこには「被告人に不利益な判例変更を行うことは憲法に違反しない」との判断が含まれていると解」される。従って、本判決は、第二及び第三の先例という「最高裁判所の裁判に示された判断内容それ自体ではなく、そのような判断を通じて判例を変更したという点に黙示の憲法判断を読み込んだもの」ということになる。⁽³⁾ かかる理解を前提にすれば、憲法判断については大法廷で扱うべきにもかかわらず（裁判所法一〇条一号）、「意見が前に大法廷でした、その法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するとの裁判と同じであるとするとときを除く」（同条かつこ書き）ため、本件はこれにあたるとして小法廷で扱われることになったと推測できる。

右のような理解が正しいとするならば、本判決の先例としての意義は乏しいということになる。引用先例にみられるように、最高裁が被告人に不利益な判例変更をすることによって、有罪を認めてきたのは、このような処罰が憲法に反しないことを当然の前提としていたからである。しかし、判例変更による処罰の違憲性を被告人側がその事件の上告趣意書の中で主張するのは、実際は極めて困難であろう。被告人は自らに最高裁が下した有罪判決によって初めて判例が変更されたことを知るからである。その意味で、この問題に関する最高裁の判断を引き出す

には、本件のように、別事件によって変更された判例理論の適用を争った事案を待たなければならなかった。そうだとすれば、本件は先例性を有することになり、大法廷で判断されるべき事案であったと考えられる。⁽⁴⁾

上述したように、本判決引用の三件の先例に共通する法理として導出しようるのは、せいぜいのところ「被告人に不利益な判例変更は憲法上許容される」という命題にとどまる。しかし、それは、旧判例下で無罪であった行為を判例変更によって有罪となすことについて根拠となる具体的法理とりわけ肝心の憲法解釈を提供するものとはいえない。⁽⁵⁾ 引用先例の第一は、訴訟法規の不利益変更が合憲とされた事案であったが、かかる事案を「最高裁判所の判例の示す法解釈の変更」についての先例とすることは、事柄の性質が全く異なるものを根拠とするもので、不適切といふべきである。さらに問題なのは、第二及び第三の先例は、本件で争われた憲法三九条に関する言及が全くない事案であったという点である。この点について調査官解説は、すでに引用したように、「黙示の憲法判断を読み込んだもの」とするが、ならば、なおのこと本判決での先例引用の際には、あわせてその先例に「読み込」まれた憲法判断を明示的に敷衍してみせるべきであった。

なお、本判決は、補足意見も含めて、上告趣意補充書で展開された憲法三一条違反の主張について、まったく触れるところがない。これを受けて、本判決において憲法三一条の「適用可能性は否定されていない」とみる向きがある。調査官解説はこれに対して、本判決が憲法三一条違反の主張も排斥したとの理解を採っている。前述したように、本判決が仮に、第三九条にまつたく言及しない先例に「黙示の憲法判断を読み込」みつつ、憲法三九条違反の主張を否定する根拠にしたというのであれば、同様に、本件処罰が憲法三一条に違反しない旨の「黙示の憲法判断」もまた、引用先例に「読み込」んだのかもしれない。憲法三九条違反云々については、少なくとも結論は判決上明示された。しかし、結論さえも「黙示の憲法判断」として示されることなどありえないというべきである。

二 これまでみてきたように、法廷意見による違憲性排斥の趣旨が、引用の先例からは、必ずしも明確な形で理解されないとするれば、これを補足する河合意見を参照する必要がある。河合補足意見は、すでに紹介したように、法廷意見に賛成しながらも、行為時の判例を信頼した者を理由の如何を問わずすべて処罰することには、問題があるとする。そのうえで、判例を信

頼したゆえに自己の行為が適法であると信じたことについて相当の理由がある者には、故意阻却を認めるべきという判例変更を提案する。ただ、本件では、被告人は、判例変更を予想したうえで、行為に及んでいるので故意阻却はならず、結局私見によっても被告人は処罰を免れないとして法廷意見に同意している。

河合補足意見は、判例による遡及処罰の問題を、学説にいわゆる違法性の錯誤を故意阻却事由として認めるか否かという問題として取り扱うべきだという。法廷意見は、上告趣意中の憲法違反の主張に主に対応した。河合補足意見は、法廷意見が実質論に言及しないままに排斥した、上告趣意中の判例違反の主張に対して、詳しく応接したものである。河合補足意見が指摘するように、最高裁判例は、違法性の錯誤は犯罪の成立を阻却しないとする違法性の意識不要説を一貫して採ってきた。かかる判例の姿勢は、違法性の錯誤による責任阻却を何らかの形で認めよと主張する刑事法学説と対立している。河合補足意見は、このような判例の思考を批判して、学説にいわゆる相当説の採用をはじめて最高裁判決上で明示的に主張したもので注目を集めている。⁽⁸⁾

本事案と違法性の錯誤とが理論的にいかなる関係にあるのか、

詳細な検討は刑事法学説に委ねざるをえないが、河合補足意見にはなお問題点が残る。まず、本件は果たして、違法性の錯誤を問題にすることが適切な事例であったのか、との疑問が拭えない。被告人が行為をした当時に、被告人の行為を適法とする判例しかなかったとすれば、行為当時に被告人について錯誤を問題にする余地はもとよりないはずである。違法性の錯誤とは、「法の不知は恕せず」との法諺にみて取ることができるように、自らの行為を規律する法の存在を意識できないかという問題領域に属する。ところが、行為時の判例が自らの行為を適法とみなしていることが明らかであったのであれば、その段階ですでに、問題領域は「違法性の錯誤」論からは外れることになる。河合補足意見は、本件被告人は判例変更によって、つまり事後に自己の行為を違法となした判例の登場によって錯誤を引きおこしうる立場にあったとして、その信頼保護如何を問題にするのであろうが、ここでいわれる「錯誤」とは真のそれではなく、あくまで擬制された「錯誤」であつた。

もつとも、擬制された「錯誤」論が無意味であると断じざるのは、そもそも擬制なしには存立し難い実定法解釈論上必ずしも適切ではない。以下被告人には結局故意を阻却する余地はなかったとした河合補足意見のより具体的な問題点の検討を行う。

河合補足意見によれば、本件被告人の犯行時、確かに地方公務員法分野において都教組事件判決は明示的に変更されていなかったが、国家公務員法関係については全農林警職法事件判決によって都教組事件判決の「基本的法理」が変更され、従って都教組事件判決も以後明示的に変更されることを被告人は十分了知したはずとされる。しかし、明示的でない実質的な判例変更を国民一般は確認できるし、かつ、予見すべしとの論旨には、疑問がある。明示的ではない判例変更をも受範者国民は、認知できるあるいは想定できるといふ前提を探ることは、受範者を法的に著しく不安定な状態におくことになる。河合補足意見のように、判例に対する信頼保護を問題にする立場によりつつ、都教組事件判決の基本法理が変更されたのだから、被告人は同判決の間もない変更を知りえたことは、結局受範者の判例に対する信頼を保護すべしという自らの前提を掘り崩すことと等しい。短い期間で判例が転変することによる法的不安定性を、受範者の危険負担によって解決しようとしていることと同じだからである。かかる河合補足意見の混乱は、前述したように、本件事案に違法性の錯誤論を適用することがそもそも困難であることに起因するとみることも可能であろう。あるいはまた、「国民の判例に対する信頼」という法的安定性一般の間

題と、行為者個人の責任を問うレヴェルで問題となる違法性の錯誤論とを河合補足意見が明確に区別しないことに起因するのかもしれない。

仮に河合補足意見の枠組みを前提したとしても、本件被告人が自己に不利な判例変更を予見しえたか否か問題にしうる。というのも、確かに、合憲限定解釈によつて、国家公務員を国家公務員法上の刑事罰から解放しようとした全司法仙台事件判決は、被告人の行為時すでに変更されていた。しかし、国家公務員法に関する全農林警職法事件判決の法理が、そのまま地方公務員法に援用されると一概にはいえないからである。実際、本件被告人の行為後、明示的に地方公務員法に関する先例を変更した岩教組学テ事件最高裁判決は、全農林警職法事件判決の論理をそのまま採用してはいない。岩教組学テ事件判決は、おそらく学説の主張を一部採り入れて、全農林警職法事件判決における勤務条件法定主義及び議会制民主主義論を緩和しているし、⁽¹⁰⁾市場抑制力欠如論についてはまったく触れていない。また、地方公務員について争議権制限の代償措置が、国家公務員のそれに比して不十分であるから、国家公務員と同じ論理で地方公務員の争議権を否定することはできない旨、本件被告人の行為以前から学説上強く主張され、岩教組学テ事件判決もかかる主張

に対して、否定はしながらも応答している。このような事情に鑑みると、地方公務員について判例上、国家公務員とは異なつた争議権解釈がなされると、本件被告人が期待したうえで、本件行為に及んだとしても、それは無理からぬことであつたと評価できなくもない。もつとも、実質的・黙示の判例変更を知りえたかという議論は、不文法理をいかに解釈するかという争いで、結局「分かる」「分らない」の水掛論に陥り易い。この点、もし信頼保護を重視するのであれば、最高裁によつて明示された判例法理のみを形式的に前提すればたりと考えると考えられるが⁽¹¹⁾、河合補足意見は、判例法理確定の争いをあくまで被告人の危険負担によつて決しようとするものである。かかる姿勢は、公務員の争議行為に対して厳格な処罰をもつて臨むという最高裁の強い意志がはしくも現われたものとみることができよう。

三 本判決を支持する評釈者は、河合補足意見に一般的に示された違法性の錯誤による故意阻却論を支持したうえで、本件被告人は、自己の行為が違法と評価されることの未必の故意を有していたとして有罪の結論を肯定する。かかる理解によれば、本件被告人に限らず判例の動揺を知る者はすべて、自己の行為

が違法と評価されることについて未必の違法性意識を有するものとされるので、河合補足意見が示唆する錯誤論による行為者の救済はそもそもありえないことになるはずである。が、この点はおくとして、このように有罪の結論を支持する評釈者はいう。もし判例が短期間に変更されることがあれば、それは刑罰法規の内容が明確でないことを少なくとも間接的に示しているので、明確性の原則に違反する、と。本件がこのような場合にあたらないのか、この評釈者はなぜか触れていない。しかし、本件が提起している究極の問題点をこの評釈者は正確に指摘している。憲法三九条規定の事後法による遡及処罰禁止の原則は、前述したように、憲法三二一条で保障される明確性の原則すなわち罪刑法定主義の原則に直截にかかわる。本判決は、これら諸原則と判例変更との関連についてつまるところ一顧だにしない姿勢を明らかにした。これに対して本判決に反対する評釈者は、憲法三九条及び三二一条の法意が、「判例」による遡及処罰に対しても何らかの形で及ぼされるべきだという点で共通する。その根拠は、大きく二つに分かれる。第一は判例の「法源性」を根拠とする考え方、第二は、判例に対する国民一般の「信頼保護」を根拠とする考え方である。

第一の立場によれば、制定法の規範内容は常に解釈・補充・

補完を要する。その解釈が裁判所により有権的に行われ、後訴に対して拘束力を持つと、それは、普遍性・一般性を有する。ここに判例は制定法という形式についてその内容を補充する法源とみなされる。判例によって解釈された制定法は、裁判の基準となり、従って私人の行為規範となる。このように、判例は、法として正面から位置づけられるので、罪刑法定主義及びその派生原理たる遡及処罰禁止原則の直接的な適用を受けるべきものとされる。⁽¹⁵⁾ おそらく、判例の遡及的変更を禁止する原則をもつとも直接的に憲法から導出しようとする思考であろう。

これに対して第二の立場は、第一の立場と結論はほぼ同じくするが、判例の法源性を否定する点で前提を異にする。第一の立場は、判例の法創造機能を肯定する点で、罪刑法定主義に反するといふ。にもかかわらず、第二の立場によれば判例とりわけ最高裁判例は「事実上の拘束力」を持つので、一方で国民に対して、その行動の指針を与える役割を果たし、他方で、法解釈の統一という機能も「制度的に」有している。かかる諸機能を有する最高裁判例を国民にとって不意打ち的に変更することは信頼保護の観点から避けるべきである。国民の予測可能性を担保することは罪刑法定主義の要請であり、従って、不利益な判例変更については一律に、憲法三九条の遡及処罰禁止原則が

妥当する。⁽¹⁶⁾

この見解は、河合補足意見と同様に「判例に対する国民の信頼」を強調する一方で、被告人に不利益な判例変更の遡及効の一律禁止を憲法三九条から帰結するのが特徴である。確かに錯誤論による処理以上に、遡及効の一律禁止に勝る「国民の信頼保護」はありえないであろう。しかし、この帰結に至る立論には疑問を覚える。「国民の信頼」「予測可能性」が強調されるが、判例を信じて自らの行為を適法とみなした者の信頼をなぜ保護すべきかについてその根拠が薄弱であるように思われる。国家機関は幾多の人から、様々な「信頼」を寄せられ、「予測」を受けるであろう。もつとも、その「信頼」「予測」のすべてが保護に値するというわけではない。では、どのようにして、国家機関は「信頼」「予測」が保護に値するか否かを決定するのか。国家機関は法に準拠してはじめて、その権限行使を正当なものとされるから、要保護性の基準は、法に準拠した「信頼」「予測」であったか否かという点に尽きるといふべきである。

第二の立場は、判例が法上いかなる地位にあるのか度外視して、判例に対する国民の信頼保護を問題にしている。しかし、法ならぬ判例を「信頼」したということから、なにゆえ、遡及処罰禁止原則という法原則が引き出されるのか。法ならぬ判例

に対する信頼を保護することがなにもゆえ、罪刑法定主義の要請するところである、ということになるのか。判例の法源性を否定するということは、判例は具体的事件の裁判に際し、裁判官が準拠すべき基準とはならないと解することである。従って、第二の立場の主張を一貫させるならば、法ならぬ判例が行為規範として予測可能であることは罪刑法定主義つまりは遡及処罰禁止原則の内容をなすものではない、と結論するほかないであろう。また、いうところの最高裁判例の「制度的」機能なるものも、これは法が認めたものである。

さらに第二の立場とほぼ同様の立場によりつつ、判例の法源性は、「第一次的には裁判官にとつての規範性の有無の問題(憲法七六条三項)⁽¹⁷⁾」であるから、国民の基本権規定である憲法三九条に基づく拘束力とは区別されるべき概念だと指摘する見解がある。⁽¹⁸⁾しかし、判例の法源性論を基本権保障論と切断することには疑問が残る。基本権規定を含む憲法規範はすべて、「第一次的には」国家機関に対する積極・消極的授權規範と理解できる。憲法三九条もその例外ではない。他方、判例の法源性を承認すべき根拠は、平等ないし公正の観念にあるといわれる。⁽¹⁹⁾判例の法源性を否定することは、「第一次的に」裁判における平等ないし公正の観念を否定することにならないのだろうか。

仮にそうだとすれば、すなわち、判例に準拠することにより担保されるはずの法的安定性ないし予測可能性は失われ、国民の基本権はここに直接の影響を受けることになろう。何より、判例が法でなければ、その変更がなぜ憲法三九条の適用を受けることになるのか理解できない。第二の立場を採ることは、論者の主観と異なり、本判決の結論と結局は軌を一にするものといふべきである。

このように、判例の法源性を全面的に否定するということは、⁽²⁰⁾ある種の法律絶対主義と表裏一体である。調査官解説によれば、判例による遡及処罰は憲法三九条あるいは三一条に違反する旨の主張は、判例に法的拘束力を認める主張にはかならない。⁽²¹⁾第二の立場の主張にもかかわらず、この定式化そのものは正しい。しかし、問題は、ここに定式化された主張を否定する調査官解説が根拠とするところである。調査官解説によれば、被告人の主張が失当なのは、結局、憲法三九条及び三一条が「法律」のみを念頭においていることを没却しているからである。これは、各条にいう「法律」が制定法のみを指すということである。⁽²²⁾

しかし、制定法たる法律は、原則一般的抽象的法規範として定立されるのみで、実際個別的具体的規範の定立行為に対しては、枠しか提供しえない。法律規定の規範的構成要件は無論、

記述的構成要件についてもその限界は最終的には裁判官によって定められる。こうしてはじめて、裁判官は個別的具体的法規範を定立することができる。「法律」は定立から最終的適用までトータルにその具体化を把握する必要がある。この観点からすれば、憲法三九条は行為時に存在しない法律による事後処罰を禁止しているとする一方で、行為時に存在しない判例法理による事後処罰をなげ憲法三九条の射程外とすべきか不明ということになる。

他方で、このように、判例による制定法補充作用を認めることは、憲法三一条規定の罪刑法定主義に反するという指摘も刑事法学説を中心に根強い。⁽²³⁾しかしこれらの疑念は、多分に誤解に基づいている面がある。判例の法源性を肯定することは、決して論者がいうように、判例を法律と同視するということではない。法律適用を判例が常に補充する役割を果たしていることを述べるに過ぎない。⁽²⁴⁾先に述べた法律具体化の動態を直視するならば、判例の法源性はあくまで法律のそれに準じたものにとどまり、前者の法源性は、後者のそれを補充し、後者のそれは前者のそれを基礎づけるという関係にあると考えられる。これは罪刑法定主義を否定するものではないし、それどころか、とりわけ犯罪構成要件を判例が定型・形成していくことは、予測

可能性を高めるといふ意味で「罪刑法定主義の要請するところだとさえいふべきである」⁽²⁵⁾。

なお、判例の不遡及的変更について、行為者の判例に対する「合理的依拠」をその条件とする見解⁽²⁶⁾があり、近時、第二の立場⁽²⁷⁾とはほぼ同じ前提によりつつ、この見解を強力に支持する本件評釈もみられる。「合理的依拠」論は、行為者が「依拠した先例が、依拠するに値するものであること」を要求する。従つて、「判例法の大勢が変わつて来て機会があれば変更されることが明白な先例に依拠すること」は、「合理的依拠」とは⁽²⁸⁾されない。また、「先例に依拠して行為することが、法の立場からみて、まったく保護に値しない場合であつてはならない」ともいわれる⁽²⁹⁾。

もつとも、判例に対する行為者の「合理的」依拠を問題にした時点で、先の錯誤論に接近する可能性がある。この点を意識してか、行為時に先例が存在すれば、判例に対する「合理的依拠」は推定できるとされる。しかし、こう解すると今度は、行為者の事情を斟酌しようとしていた意図が没却される恐れが出てくる。「合理的依拠」論によれば、そもそも判例の遡及効は原則であつて、「判例の不遡及的変更のテクニクは、慎重に、例外的にのみ、用いられるべきであらう」⁽³¹⁾とされるので、なお

さら、「合理的依拠」の安易な推定は許されないことになるはずである。

次に、変更間近い先例に依拠するのは「合理的依拠」とはいえないとする基準をみよう。しかし、これは、本件被告人は都教組事件判決の変更を予見すべきであつたとした河合補足意見の指摘と同様の思考を示しているといふべきである。先に指摘したとおり、黙示の判例変更や先例が変更間近いことを、受範者は予見しなければならぬ、とする前提自体が法的安定性ないし予測可能性の要請に反すると考えられる。最高裁の明示の判例理論下でこれに適合する行動をとつた者はすべて、判例変更による不利益を受けないと解するべきである。

先例依拠がまったく法の保護に値しない場合があるという指摘も、趣旨が理解しかねる。この指摘を行った論者は、以下のような具体例を挙げる。共謀共同正犯論が判例上否定されると仮定した場合、この判例に依拠し、共謀のうへ見張りだけを担当した者が、新たな判例理論によつて共謀共同正犯に遡及的に問われることを否定してはならない⁽³²⁾という。しかし、従前の判例で従犯とされていたのであれば、新判例が仮に共謀共同正犯論を採用したとしても、当該被告人は従犯の限度でしか処罰されないはずである。かかる理解がなぜ「明白に反社会的な

もの」とされるのか、不明というほかない。

「法秩序形成は、制定法によっても行われるし、同時に、制定法の枠内で、判例によっても行われる。だから、どちらか一方のみで捉えるという問題ではないだろう、それは、法の支配との関連で言えば、法治国家とルール・オブ・ローのどっちを選択するかという問題ではない⁽³³⁾」。本評釈は、かかる指摘をまったく正当なものと考えている。本件は、被告人の基本権が刑事判例の変更によって遡及的に影響を受けるという事案であったが、同時に判例の法秩序における位置づけ及びその効果をも問題にしている。以上の検討から明らかなように、判例とりわけ最高裁判例の拘束力を法上のものと認めることによって本件被告人主張を支持する見解に学ぶべきものが多いというべきである。その論者の一人は、以下の三原則を定立していた。①裁判官は判決の際行為時に確立している法解釈の慣行をみだりに変更してはならない（判例の法源的効力の承認）、②あえて変更する場合には（判例変更の必要性に対する譲歩）被告人の利益において、③その効果を当該事件に及ぼしてはならない（遡及効の禁止⁽³⁴⁾）。かかる諸原則が、いつか、最高裁判所によって顧みられる日が来ることを強く希望する⁽³⁵⁾。

- (1) 宮沢俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』三二五頁、樋口〓佐藤〓中村〓浦部〓憲法Ⅱ』三七八頁（佐藤幸治執筆）、野中〓中村〓高橋〓高見〓憲法Ⅰ（第三版）四一二頁（高橋和之執筆）、香川達夫『刑法講義（総論（第三版））』一八頁、川端博『刑法講義総論上巻』五一頁、福田平『全訂刑法総論（第三版）』二八頁等。
- (2) 今崎幸彦『本件解説』『最高裁判所判例解説刑事事篇平成八年度』一六二―三頁。
- (3) 今崎・前掲一六三頁。
- (4) 本件が大法廷送付に値する事案であったことを指摘するのは、大山弘〓松宮孝明『本件評釈』法七五―一〇号八四頁、村井敏邦『本件評釈』ジュリ一―三三―一四二頁、高山佳奈子『本件評釈』ジュリ一―三三―一六一頁、大城渡『本件評釈』法政六八巻二二―四頁。
- (5) 中山研一『判例変更と遡及処罰の問題（一）』判評四八二号（判時一六四四号）一六六―七頁は、本判決の先例引用の不当性を厳しく批判する。
- (6) 高井裕之『本件評釈』法教二〇二号一―七頁。
- (7) 今崎・前掲一五七頁参照。
- (8) 刑事法学説や実務家を中心に好意的に受けとめられている。参照、大山〓松宮・前掲八五頁、河原俊也『本件評釈』警公五二巻九号一―三三頁、高井・前掲一―七頁、高山・前掲一六三頁、坪井宣幸『本件評釈』ひろば五〇

卷四号五一頁、本吉邦夫「本件評釈」法の支配一〇九号
 一二〇―一頁。萩原滋「判例の不遡及変更の批判的考察」
 愛大一四六号も、明言はされていないが、河合補足意見
 による解決法を大筋で支持するものようである。

- (9) 村井・前掲一四三頁。村井敏邦「判例変更と罪刑法定主義」一論七一巻一号四八頁、中山・前掲(3)判評四八四号(判時一六七〇号)一七八頁も同旨。小暮得雄「刑事判例の規範的効力」北法一七巻四号六六七頁もつとに、「行為当時に存在せず、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は準ずべき問題である」と述べていた

- (10) 高山・前掲一六一頁参照。
 (11) 中村睦男「岩教組学テ事件最高裁判決評釈」ジュリ六四二号二八頁。
 (12) 高山・前掲一六三頁。
 (13) 「罪刑法定主義」が憲法三二条の規定するところか否かは争いが無いわけではないが、かかる「立憲主義憲法の重要原則が日本国憲法上黙示的にしか定められていないということになる解釈には疑問が残る」(佐藤幸治「憲法(第三版)一五八七頁」というべきである。

(14) 小暮・前掲六五二頁、西原春夫「刑事裁判における判例の意義」中野判事祝賀「刑事裁判の課題」三〇七一―九頁、寺崎嘉博「遡及処罰禁止原則における判例変更の法的機能」Law School三六号一三三頁。

- (15) 佐藤幸治「現代国家と司法権」三七七頁、畑博行「憲法判例の変更について」公法三七巻五七頁は、前出注(14)に掲げた諸論考の思考を支持する。なお、高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編「講座憲法訴訟三巻」一七七頁もつとに、「判例は法ではないという理由で憲法三九条は適用できないというのも、本末転倒した議論である。むしろ、憲法は三九条を判例変更の場合にも適用することを禁じていない」と正当にも述べていた。

- (16) 村井・前掲「本件注釈」一四三頁。中山・前掲一七一―一二頁も同旨。
 (17) 高井・前掲一一六頁。
 (18) 大城・前掲五七二頁。
 (19) 佐藤幸治「憲法訴訟と司法権」二七七頁、松井茂記憲法判例の法源性・先例拘束性と憲法判例の変更」樋口陽一編「講座憲法学6」二二五頁。
 (20) なお、判例を「事実上の法源」と位置づける見解があるが、「これは『法源』の語の妄用で、法理論とすることはできない」(小嶋和司「憲法解釈の諸問題」三八〇

頁」というほかないであろう。これに対して「事実上の拘束力」説は、「法的拘束力」説に解消可能なかもしれない。参照、長谷部恭男『憲法（第二版）』三三一―四頁。

(21) 今崎・前掲一五六頁。

(22) 今崎・前掲一五七頁。

(23) 高山・前掲一六二―三頁、萩原・前掲八頁、村井・前掲一四三頁、本吉・前掲一九頁。

(24) 田中英夫「判例による法形成」法協九四卷六号（後に『法形成過程』に所収）は、「判例による法形成」を正
面から承認しつつも、法律による変更を受けうることを理由に判例を「従位的立法（subordinate legislation）」（七七五頁）と位置づける。判例が法律に従属する地位にあることのもっとも端的な指摘であろう。なお「憲法判例」については無論、別に考慮する必要がある。

(25) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』五〇頁。

(26) 田中英夫「判例の不遑及的変更」法協八三卷七・八号（後に『法形成過程』に所収）。

(27) 大城・前掲五七三頁。

(28) 田中・前掲一〇五三頁。

(29) 田中・前掲一〇五四頁。

(30) 田中・前掲一〇五二頁。

(31) 田中・前掲一〇四七頁。

(32) 田中・前掲一〇五四頁。

(33) 高橋和之「法秩序形成における国会と裁判所の役割」北法五二卷三号九三三頁。

(34) 小暮・前掲六六六頁。

(35) 本件評釈には、既に引用したもののほか、香月裕爾・国会月報五八七号五六頁以下、橋本裕蔵・判評四七二号（判時一六三四号）一一三頁以下がある。