



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	地方公務員法違反の争議行為の可罰性（下） ー埼玉県教組同盟罷業事件最高裁判決を契機にー
Author(s)	鋤本, 豊博; SUKIMOTO, Toyohiro
Citation	北大法学論集, 44(6), 552-502
Issue Date	1994-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15563
Type	departmental bulletin paper
File Information	44(6)_p552-502.pdf



地方公務員法違反の

争議行為の可罰性（下）

— 埼玉県教組同盟罷業事件最高裁判決を契機に —

鋤 本 豊 博

目 次

- 一. 序論
- 二. 公務員の争議行為に係る最高裁判例理論の検討
- 三. 地方公務員の労働基本権と争議行為の禁止 (以上、42巻2号)
- 四. あおり行為と可罰的違法性 (以上、42巻3号)
- 五. 判例変更と被告人の不利益
 1. 判例変更の遡及効問題
 2. 先例拘束性の原理
 3. 判例の不遡及的変更
 4. 違法性の錯誤論
- 六. 総括 (以上、本号)

五. 判例変更と被告人の不利益

1. 判例変更の遡及効問題

(一) はじめに

(1) 埼教組事件第一審判決は、「本件所為は、全農林事件判決以前であれば、刑事処罰を受けない行為とされていたことは明白であり、本件当時も、地公法に関しては、形式的には都教組事件判決が指導的判決として残っており、全農林事件判決にしても、今日のように強固に確立されたものとなるか否か予測することが必ずしも容易でない状況下であった」⁽¹⁾と言明したものの、かかる状況下で行為した被告人を処罰することは刑罰不遡及の趣旨に反するとの弁護人の主張は却け、その理由を以下の点に求めた。

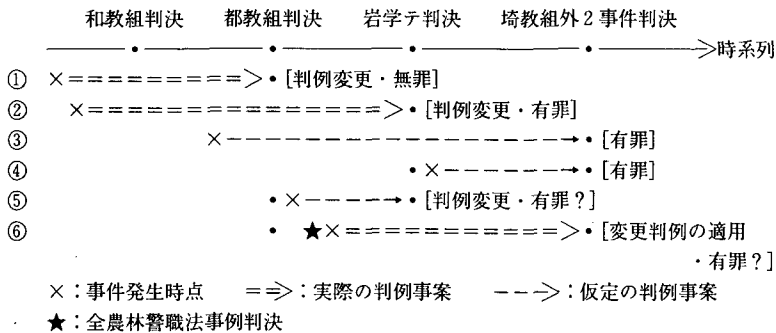
「最高裁判所の判例は事実上強固の拘束力（法令の解釈統一作用）を有するとはいえ、法律そのものではないから、判例の変更を法律の改廃と同視する訳にはいかず、判例変更前の行為については従来判例の法解釈によるとするいわゆる判例の不遡及的変更という法理を仮に肯定するとしても、その場合には、変更前の判例が依拠するに値するものといえなければならないであろう。都教組事件判決は、確かに地公法に関する判例として、形式的には残っていたけれども、地公法とはほぼ同様の争点をもつ国家公務員法については、本件ストライキの前年に、すでに国家公務員の争議行為に通常随伴する行為を可罰的とするいわゆる全農林事件判決があり、これは、いわゆる全司法仙台事件判決（……）を明示的に変更しているのであるから、全農林事件判決以降は、都教組事件判決が依拠するに値するものといえなくなったことは否定できない」⁽²⁾。

(2) 判例変更の遡及効問題は、かつて全農林事件判決による判例変更の際にも学説上論じられたことがある。即ち、「[全司法仙台事件及び都教組事件最高裁]判例の示すところに従い、自己の行為は刑事制裁の対象とはならないと信じて行動した者——そして全司法仙台事件判決の趣旨によれば刑罰を科せられない者——に対して、今回の新しい判例によって刑罰を科することができる」と

すれば、それは、実質的にみて、罪刑法定主義の精神に反するといわなければならないから、「最高裁判所は、今回の全農林警職法事件の判旨は、昭和44年4月2日以降昭和48年4月25日までに行なわれた行為には適用しない旨を明らかにすべきであったし、今後この期間の行為に対する刑事訴追がなされたときには、全司法仙台判決および都教組事件判決の判旨に従って、刑事制裁を科する否かを決定すべきである」⁽³⁾と。この論旨を形式的に本件に持ち込めば、岩学テ事件の判旨は、昭和44年4月2日以降昭和51年5月21日までに行われた行為——昭和49年4月11日に行われた本件行為——には適用されないという展開が可能だったはずである。

ところが、その後この論旨を根拠付ける試みや批判的検討を通じての理論的深化がほとんど見られず、そのためか、埼教組事件第一審判決以外ではこの問題が争点化されることさえなく、日教組事件では、量刑事情の一要素足り得るかという形で争われ、最高裁がその補足意見で、「軽視することのできない重要な要素である」ことを認めるにとどまっているのが現状である。このことは、我が国において、未だ本問題の重要性が十分に認識されていないことを示すものと言え、そこでまず、この問題の持つ意味を明確にすることから始めたい。

(二) 問題の定式化と三つの方策



(1) ①は都教組判決を表し、事件は和教組判決前に起こり、その準則によれば有罪となるべきところ判例変更して無罪となったものである。②は岩学テ判決を表し、事件は同じく和教組判決前に起こったが、都教組判決が出された当時既に上告されていた関係で検察官控訴取下げとならず、ために都教組判決変更・有罪となったものである。一見①との均衡を欠くようであるが、岩学テ判

決の立場からすると、①の被告人はむしろ過大な利益を得たことになり、本来的には①を有罪にして均衡を図るべきところ、確定判決の既判力のためこれができず、結局この不均衡感は合理的な理由に基づくものと言い得るから、問題視するまでもないであろう。また、③④は、埼教組事件外2事件が有罪を導く判例準則が生きていた当時起こっていた場合を想定したもので、有罪判決を下すに支障はない。

これに対し、⑤は、岩学テ事件が都教組判決の準則が生きていた当時起こっていた場合を想定し、このとき無罪を導く判例準則を変更して有罪とすることができるかを問うものである。形式的な意味での地公法違反の認識はあるものの、ここでもし被告人に無罪判決を帰結し得ないとすれば、旧判例準則下における被告人の法的地位、従ってまた、新判例準則が出されるまでの行為者の法的地位はかなり不安定なものになるだけでなく、事後法による処罰と同様の効果をもたらし、量刑事情で考慮するだけでは済まされなくなるのである。埼教組事件外2事件判決を表す⑥も、基本的には⑤と変わらない。ただ、別の事件で既に判例変更を終え、その準則を適用する形になっていることと、その前年に国公法違反の争議行為に関する全農林判決が出され、本件被告人らが自己の争議行為を全農林判決に対する闘争と位置付けたかのような状況下にあることから、違法性の錯誤による救済が極めて困難になっている点に違いがあるだけである。

(2) ところで、伝統的思考によれば、裁判官は具体的事件につき法律がどの限度において適用されるかを決するもので、法律自体が変わらない以上行為に対する規範は同じであり、判例変更は始めから妥当すべきであった解釈を示すものに過ぎないから、変更判例準則の遡及適用は当然だということになる。しかし、実際の多くの法律規定は、そこからの演繹論的操作だけで具体的な事案に対する結論を導き出せる程の準則を包含していないし、殊に多様な犯罪形態に備えるため、刑罰法規はある程度包括的になる一方、立法者の想定せざる犯罪形態も出現するため、裁判官は、法律の枠内において妥当な解決をもたらすための法準則を形成して行かざるを得ないのである⁽⁴⁾。

このように、現代の裁判官の果たす役割に、法適用機能のほか法形成機能があるとなれば、突然の判例の不利益変更とその遡及適用による処罰は、被告人にとって予期せぬ法の適用であり、事実上の遡及処罰ではないかという疑念が生じる。かくして、埼教組事件外2事件が提起した問題は、「行為当時の判例

準則によれば無罪となるであろう被告人に対し、その後の判例変更による準則を適用して有罪とすることができるか」というように定式化でき、これを肯定するには、「事実上の遡及処罰」疑念を解消しなければならず、上記の埼教組事件第一審判決の論旨だけでは、この問題の解答としては不十分なのである。

(3) 「事実上の遡及処罰」疑念の解消のために、これまで我が国の学説が提唱してきたものは、①(緩やかな)先例拘束性の原理、②判例の不遡及的変更、③違法性の錯誤論による責任阻却という三つの方策に類別することができる。

本稿が①の方策として念頭にあるのは、確立した先例に(補充的)法源性を認めることで先例の旧解釈を当該事案について確保せしめつつ、新たな解釈基準を提示するという見解⁽⁵⁾である。だが、法的安定性の要請と判例変更の必要性との調和を図ろうとするその意図は了解できるものの、裁判官の法形成機能から直ちに先例の法源性が帰結され得るのか、制定法で先例拘束性の原理を展開できるのか、法的効力のある先例の変更を可能ならしめる理論的根拠は何か、先例に法源性を認めることで新たな問題は生じないのか等、少なからぬ検討課題は未解決のままである。

②の方策の典型は、次の主張に見出される。「判例にも事実上の拘束力があり、国民は確立された判例を通じて自己の行為についての法的効果を予測しながら行動する。したがって、判例の変更によって行動の予測可能性を奪うときは、国民の行動の自由と法的安定性を侵害し罪刑法定主義の要請に反する結果となるから、判例にも遡及禁止の原則が適用されるべきである。すなわち憲法39条と刑法6条の趣旨に従い、裁判所が判例を変更して、それまでは不可罰または軽い罪とされてきた行為を可罰的または重い罪にする場合は、判例の変更を将来にわたって宣言し、当該具体的事件には適用しない取扱いをすべきである」⁽⁶⁾。要するに、罪刑法定主義の形成原理から、その派生原則として判例の不遡及的変更を認めようというのであるが、その論証過程は不明であり、他方では裁判官の法形成機能から同じ結論を導く見解⁽⁷⁾も見られるものの、判例変更にも遡及処罰禁止原則を及ぼし得るとする理論的根拠付けを検討する必要がある。また、この方策を支持する論者からも、「[遡及禁止の及ぶ]判例の範囲をどの程度にするか、不利益な判例変更はどのような形で以後の裁判に影響を与えるかなど、まだまだ詰めなければならない問題がある」と評されている⁽⁸⁾が、そもそも我が国の判決手法として不遡及的変更を導入し得るのかという問題もあるのである。

地方公務員法違反の争議行為の可罰性（下）

以上に対し、③の方策として本稿が考察の対象とする見解は、「判例はあくまでも法の枠内でその解釈として実践されるものである以上、これを法そのものと同視して、憲法39条に含ませ、旧判例下で行為した者を一律に保護すること」は疑問であるとの立場から、違法性の意識の問題の核心を刑罰威嚇による反対動機形成の可能性に求め、違法性の意識に、「具体的に刑事制裁を招くであろう」という被告人の主観的意識を要求することで、旧判例に依存して行為した者だけを、違法性の錯誤で救済しようとするものである⁽⁹⁾。

しかしまず、判例による法形成を強調する論者も、そこでの法準則を、政令などのような従位的立法と考えており⁽¹⁰⁾、制定法と同視しているわけではない。また、違法性の錯誤論固有の問題性はさておくとしても、判例の不利益変更は裁判制度の根幹に直結する問題であって、果たして錯誤論にすべて解消仕切れるか疑問がある。

(4) 比較法的検討を含む詳細な論証は別稿に譲り、以下では、主として我が国でなされている議論を念頭に置き、(適宜ドイツにおける議論を補完的に考慮しながら)上記の問題意識に沿った検討を加え、埼教組事件外2事件は免訴に処すべきであったとの結論に至るまでの論証を試みようと思う。

2. 先例拘束性の原理

(一) 先例の法源性

(1) 先例拘束性の原理とは、「ある事件についての判決でなされたある法律問題の解決が、後で起こった全然別の事件において同じ法律問題が争点となったときに先例として扱われ、後の事件でも、前と同じ解決がなされるべきだとされるということ」⁽¹¹⁾である。イギリスでは、19世紀中葉以降1966年の「実務慣行に関する声明」に至る迄、貴族院の先例は自己に対しても絶対的な拘束力を有し、その改廃は立法にまつ他なしとされたが、それは、この原理の持つ利点——①法適用における確実性、②当事者間における公平・迅速な取扱い、③国民の裁判に対する信頼の維持等⁽¹²⁾——の他に、判例変更の遡及効問題があったからとの指摘がある⁽¹³⁾。

我が国では、「判例上すでに確立した法解釈を好み、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、……従前の判例をくつがえして、偶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？」との疑問を提示し、判例が刑罰法規の範囲内で形成する「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」と考え、「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」、罪刑法定主義の究極的理念である「法的安定性を尊重するゆえんである」という見解⁽¹⁴⁾が主張されていたが、従来の支配的見解は、次のように受けとめていた。「①日本国憲法下においても、判例法主義のもとにおけるような『判例拘束の法理』は、認められない。最高裁判決にも、他の事件を規律する一般的な法的拘束力はない。②最高裁判決については、事実上の拘束力が問題となりうるにすぎない」⁽¹⁵⁾と。ところが近時、「アメリカでは（そして1966年以降イギリスでも）判例の変更の可能性が前提とされているから、建前上大陸法系とどれだけ違うのか、先例法理が妥当するか否かというようなカテゴリーカルな発想は間違っているのではないか」、また「『事実上の拘束力』という分明ならざる観念の下に、かえって、判例の抽象的な理由づけがものをいってきたところがなかったか」と問いかけ、「『判例』も（制定法に従位する）『法』であり、裁判の準則であって、その意味で裁判官（最高裁判所の裁判官も含めて）は法上それに拘束されるが、それだけにその具体的な中身を詰めて考える必要があり、そうしたなかで『判例が』恣意に流れないよう抑止する課題」も達成されるのではないかと主張⁽¹⁶⁾がなされ、一定の評価を得ている⁽¹⁷⁾。もしこの主張が受け入れられるのであれば、先例の法源的効力に基づいて判例変更の遡及効問題を解決する方策も、見直さねばならないであろう。

(2) かくして、新たな問題提起を踏まえつつ、先例の法源性と拘束力の問題を吟味して行くことにするが、まずは、「先例」を含む「判例」概念及び多義的な「法源」概念の確定を、必要な限度において考察することにしよう。

「判例」は、裁判所が個々の事件の論点に対して裁判の理由の中で示した法的判断であると定義される⁽¹⁸⁾が、判決の拘束力と予見という視点で捉えた場合の（裁判上の）先例、即ち、「判決の中から抽出された準則——今後の裁判のよりどころとなりうるような、従って人々の行動の指針となりうるようなルール——」⁽¹⁹⁾と、判決の正当化の論証という視点で捉えた場合の判決中の法律論、即ち、「具体的事件における決定の不可欠の前提とされた法規則命

題」⁽²⁰⁾とに区別できる。また、「法源」の場合も、「法の存在形式」を問題にする法源論、即ち、「裁判において判決理由を書く際に大前提として与えられるところの裁判規準をどこから取り出すべきなのか」を問うものと⁽²¹⁾、判決を発見するための手段としての法源論、即ち、「法」は抽象的な規範ではなく具体的な事案に即した正しい関係を意味し、『法源』はその意味での『法』を認識する手段として位置づけられるもの⁽²²⁾とに類別でき、後者の意味の法源性であれば、「先例」にも認めることができる。もっとも、あらゆる法的判断が制定法体系に包摂されることを論証せねばならない制定法主義の下では、裁判官は、判例準則に依拠して自己の法的判断を正当化する必要性を感じないであろうから、かかる「先例の法源性」を肯定しても実益に乏しい。

(3) そこで問題は、先例に前者の意味の法源性を認めることができるかであるが、①裁判官は「憲法及び法律にのみ拘束される」こと（憲法76条3項）、②権力分立の原則、③罪刑法定主義の各点に抵触することから、消極的に解するのが相当であろう。

まず、①の趣旨を、「裁判が客観的法規範に準拠して行なわれなければならないという近代法治主義原理からの当然の帰結を定めるもの」と解する⁽²³⁾ならば、慣習法・判例等の不文法も含むことになるが、これでは裁判官を拘束するものの範囲を限定した意味が失われる。制定法主義を含意するものとして理解されるべきである⁽²⁴⁾。また、②の点につき、「司法権に内在する機能……の行使によって形成される法が、立法部によって形成される法の下位に立つ以上、三権分立の原理に反する点は何ら存在しない」、何故なら、「判例で形成された法の準則は、いつでも立法によってこれを変更することができるのであって、いわば、政令などのような従位的立法」だからだ⁽²⁵⁾、という反論がなされている。しかし、憲法判例を別個に考えなければならなくなる点はさておいても、「最終的解釈権がつかまる所裁判所自身にゆだねられている場合には、判例による一般的規範の形成は、たとえば行政部の命令が法律を前提としておこなう法形成にくらべて、権力分立原則との抵触をより強く疑ねばならない」⁽²⁶⁾。制定法による規制を限定的に解釈しさえすれば、判例準則を維持できる余地が生じるからである。

③の点については、全く逆の主張もなされている。即ち、刑法の領域では罪刑法定主義が支配するので、判例の直接的な法源性が否定されるのは当然としつつも、犯罪構成要件の解釈における判例の果たす機能に着目して、次のよう

に言われる。「罪刑法定主義は犯罪の定型化を要請する。ところが法律の規定だけでは、いくら精密な表現を用いて犯罪の成立要件を記述しても、犯罪の定型は抽象的にしかきめられない。個々の具体的事案に即して裁判所が下だす判断の集積によって、はじめて犯罪定型の具体的内容が形成されて行くのである。判例にかような意味における形成機能をもとめることは、……むしろ、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。……かような意味と限度において、刑法の領域においても、判例の法源性を主張したい」⁽²⁷⁾と。確かに、場合によっては、立法者が判例と学説の発展に期待して、意識的に空白部分を残し、判例による妥当な解決にまつということもあり、そこにはある種の委任を想定し得るが、これは、ある時期の裁判官に制定法の解釈を固定させる権限を認めるものではなく、その枠内において、その事案に即した解決の発見のために、判例準則の創造を許容することを意味するに過ぎないと解される。法と法源とを混同してはならないのである。また、論者のいう「法形成」が行為規範形成のことだとすると、立法と判例を同一平面に置くものであり、法治主義の基本思想と相容れない。国民は、自らの代表者でない裁判官の定立した、歴大かつ複雑な規範を知る義務は少しもないのである。

以上の前提に立つ限り、裁判の法形成・法創造機能から「先例の法源性」を帰結することには無理があると思われる。

(二) 先例の拘束力

(1) 先例に法源性が認められなければ、その拘束力は事実上のものにとどまる。「事実上の拘束力」とは、単に尊重するのが望ましいというレベルを越えたものであるが、先例が本来的にかかる拘束力を有するのではなく、裁判制度に内在する原理的効力によって、社会学的現象として見る限り、法的効力を有する場合と区別できないことを意味するに過ぎない。その相違は、「判例違反や判例抵触は、それ自体としては違法でないこと、及び、下級裁判所によって「最上級裁判所の判例自体も、常に批判的検討の対象となり、修正ないしは否定の可能性にさらされている」⁽²⁸⁾ことに現われる。

もっとも、この点につき、同じく先例の法源性を否定しつつも、法的拘束力を肯定する見解がある。即ち、①判例違反を上告理由とした刑訴法405条等の規定により、「下級裁判所が、……上告裁判所の判例に従わなかった場合には、

その裁判は、上告審において、判例変更がなされないかぎり当然に破棄されることとなり、差戻しをうけた場合、下級裁判所はその事件について上級裁判所の判断に拘束されることになる（裁判所法4条）から、「上告裁判所の判例は、下級裁判所の判例を、法的に拘束している」し、また、②裁判所法10条は、「最高裁判所が判例変更する場合には、必ず大法廷で裁判しなければならない旨定めている」から、「最高裁判所の判例は、最高裁判所の裁判を、小法廷かぎりでは変更しえないという程度において、法的に拘束するものである」というのである⁽²⁹⁾。しかしながら、判例変更がなされ原判決が維持される場合があるということは、「判例違反があっても、上告裁判所はそのことだけによって原判決破棄の要否を決定するのではなく、つねに……判例の内容をなす法律点の実体について改めて判断しなければならないことを意味する」⁽³⁰⁾から、①の刑訴法405条が上告理由として判例違反をとり上げているのは、「法令解釈の統一という見地に立って、しかも最高裁判所の負担を可能な限り軽減するという考慮に発するもの」⁽³¹⁾と解さねばならない。また、裁判所法4条は、「その事件について」差戻し後の下級審の裁判を拘束する規定であり、先例拘束性の原理とは区別されねばならない原則である⁽³²⁾。さらに、②の裁判所法10条も、「法令の解釈に関する最高裁判所の裁判が区々にわかれ、法的安定を害する結果となる」⁽³³⁾ことを考慮したものであり、「小法廷・大法廷の判例の大法廷による変更について特に「慎重さ」を求めているものではないという指摘が可能である」⁽³⁴⁾。従って、これらの規定から、先例の法的拘束力を根拠付けることはできないであろう。

(2) では、裁判制度に内在する原理とは何であろうか。最高裁自身に対する場合と下級審に対する場合とに分けて考察することにしよう。

最高裁自身に対する拘束力につき、まず挙げられるのが法的安定性である⁽³⁵⁾。確かに、「いったん出された判例をみだりに変更することは、それに信頼して行動した者の期待を裏切ることになって不当であるという議論が当然に考えられる」が、「それだけの理由では、さきの判例が出される前にされた行為についてもその判例を適用すべきであるとする理由の説明が」がない⁽³⁶⁾。また、「判例の変更が法の安定に役立つ面」もあり⁽³⁷⁾、「法的安定性」が先例拘束力の本質的原理だとは言い難い。それ故、より基本的な裁判のあり方の根幹にかかわる原理を想定されねばならない。この点、次の見解が示唆的である。「法的安全確立の要請からいってもっとも重要なものは、『同実質の事件』

になるべく同様の法規的取扱を与えることである。重要なのは理論の一貫にあらずしてむしろ事件の実質的取扱い方の一貫である。したがって裁判官が先例たる判決を検討するにあたっては、その判決において取扱われている事件がいかなる実質のものであるかに注意し、それと今かれに与えられている具体的事件とが典型的に同種のものなりや否やを究明することが大切であって、それが同種なりと考えられる場合にはじめて前の判決の先例力を尊重する義務を生ずるのである⁽³⁸⁾。要するに、「ある判決で一つの結論がでると、それと同種の事件は同様に取扱われるべきだという期待が生ずること、いいかえれば、『法』に内在する平等の要請⁽³⁹⁾」であろう。下級審と異なり、最高裁には「上訴制度による是正・統一」がないため、この点は特に留意されねばならない。ただ、「平等の要請」をどのように実現するかという問題がある。判決には、互いに絶対的優劣のないさまざまな価値のシステムとか、当事者の裁判への取り組みといったものが反映するから、事件の同質性に目を奪われる余り、先例を生み出した価値観に捕らわれることのないよう努めねばならない。価値観が多様化し変化し、また当事者が異なる裁判においては、その主張の真意、裁判所に求めていること等を明らかにしてから、客観的な判断基準に則って答えるべきことを答える、そういう判決でなければ、一般論のとりこになって、形式的な平等の実現に甘んじることになろう⁽⁴⁰⁾。このように、「平等の要請」を実質的に捉えるとなると、平等・不平等の判断はかなり困難なものとなる。むしろ、先例拘束力の基盤は、「判決の客観性とそれに対する国民の信頼」の要請にあり、不平等な取扱いは、この要請に反する典型例として位置付けることができるように思える。即ち、「裁判が紛争当事者に対してその決定に従うことを要求しうる……正当性の根拠は、……裁判があくまでも裁判官の個人的見解や価値判断を離れた客観的な評価基準であるところの法規則に従ってなされるということに存する⁽⁴¹⁾」のである。判決の内容自体、いくら客観的に公正なものであっても、敗訴した側にとっては不正なものであり、そこで展開された法解釈は詭弁に映る場合もあるだろう。要するに、見る人の立場によって評価は異なるのである。かかるとき、国民の裁判に対する信頼を獲得せしめるものがあるとなれば、それは、決して当該裁判官の恣意的判断に基づいてなされた判決でないことを示すことである。ならば、先例に従う以上に端的な手段はないのではなからうか。

(3) 以上に対し、下級審に対する拘束力の場合はどうか。

日教組事件第一審判決は、「審級制度から必然的に導かれる要請」として、「最高裁大法廷による判断、しかもその度重なる同旨の判断内容は、実務上最も尊重され、下級審に対し、強い事実上の拘束力を認められなければならない」⁽⁴²⁾と判示した。しかし、審級制度自体に、これ程までの拘束力の形成が含意されているとは思われない。「先例と反する下級審の判決は最高裁判所によって破棄ないし差戻しの可能性が大きいという意味において、下級裁判所が最高裁判所に拘束されるにとどまる」⁽⁴³⁾のである。もとより、確立された判例があって、「明らかに破棄されることがわかっているのにあえて異をたてて他の見解を固守してみても、いたずらに上訴の手間をかけるだけで、国家としても無益の損失であるし、とりわけ当事者に及ぼす迷惑を考えると、裁判官としてはこれを避けるため判例と同一の見解に従って裁判すべきだという……考慮」（訴訟経済）も軽視できないが、「破棄されることが明白だという見通し自体が絶対確実なものでありえない」し、具体的正義（当該事件の適切妥当な解決）を重視する裁判の場では、第二義的な利益に過ぎない⁽⁴⁴⁾。

あるいは同判決の真意は、「軽視することはできない」とした「最高裁判所の判例がもつべき判例統一の機能やこれによって法的安定をはかるべき必要性」の点の方にあるのかもしれない。だとすると、次の見解に帰着しよう。即ち、「裁判というものは国の作用であり、国の意思表示であって、裁判官は、個人としてではなく、国の機関という立場においてこれを行うのだから、裁判は本来だれがそれを担当しようと同じであるべき性質のもの」である。「ところが、裁判の場合は、裁判官独立の原則があって事前の指揮による統一は許されない」から、「上訴制度による是正・統一」という事後統制になり、最高裁がこの役割を果たしている。かかる立場にある最高裁の判断は、「国の判断・意思表示として最終的・確定的なものであり、法律解釈についていえば国としての有権的解釈だということ」になる。従って、「第一審の段階ですでに最高裁判所の示すであろうような判断がなされることが理想で」あり、そういう「判断を志すのが……裁判官としての良心に従うことにはほかならない」⁽⁴⁵⁾のだと。

しかし、この見解には疑問がある。まず第一に、「予測される最高裁の判断に従うという原則を貫く[くならば]、理由づけのための一般的法命題であっても最高裁が一旦示した見解である以上、将来最高裁がこれに沿った判断をすることは十分予測される……」から、下級審としては、このような一般的法命題に沿うというのが、より職務上の義務に忠実だということになり、「これを最

高裁の側からみれば、「広範囲に適用できる理由づけ命題を述べることにより、……相当程度あらかじめ下級審の判例を方向づけることが可能になってくるといことで、これは、……事前統一にならないかという心配が非常にある」⁽⁴⁶⁾。まして、「わが国の裁判所が、具体的事実の解釈だけでなく、その機会にかなり一般的な法解釈の命題を打ちたて、広い範囲の事件に対して先例的な効果を及ぼそうとしていることは否定できない」⁽⁴⁷⁾という状況下においては、その心配は現実的なものと言える。第二に、法令解釈の統一は、上訴審による是正で達成できるのであり、「裁判官としての良心」という名目で、最高裁型の思考パターンを押しつける危険がないではない。「もともと司法権の独立ということは、不統一による弊害ということはある程度犠牲にしても、悪いほうに対する統一を避けようとする意味があって、認められていることで」⁽⁴⁸⁾、また、当事者の命運を左右する責任ある地位にあることを自覚する者であれば、個人的な見解に固執することはないであろうから、裁判官の主体性を制約する方向に導きかねない考え方は採るべきではない。第三に、次の指摘は常に考慮に入れておかねばならない。「実際に、下級審の裁判に現われた見解が、最高裁判所……判例に浸透して行った事例は枚挙にいとまがないくらいである。ことに第一審は生まの事実直面し当事者の生まの要求を体しながら裁判するのであるから、その裁判は現実に根を下ろしている。その裁判が従来の判例の線から外れていようと、それだけの理由のあることが多く、上級審もこれを軽視することはできない」⁽⁴⁹⁾。

結局、下級審に対する先例拘束力の主たる基盤は、「判決の客観性とそれに対する国民の信頼」に「審級制度」に基づく拘束力が加わり、その代わり、最高裁自身に対する場合ほどには、「平等の要請」に配慮する必要はないということになる。

(4) ここまでの考察で、少なくとも「事実上の拘束力」が分明ならざる観念でないことは示し得たのではないかと思う。さらに、ここで、次の指摘に注目したい。即ち、「英米法系の判例・学説では判例を『法源』(……)と考える点についてはほぼ異論ないが、判例が先例として拘束力をもつと考えられる主要な根拠は、それが『法源』であるということよりも、むしろ法の適用の公正性なり、審級制に基づく能率(訴訟経済)なり、あるいは予測可能性・法的安定性というような、実定法秩序および裁判制度に内在する原理であると考えられる」⁽⁵⁰⁾ということである。

地方公務員法違反の争議行為の可罰性（下）

かくして、先例の法源性の有無と先例の拘束力の性質は直結しないこと、従って、先例の法源性を肯定できたとしても、その効力が法的なものであるとは直ちに言い難いことが判明した。

（三）先例変更の条件

（1）「事実上の拘束力」が、先例の本来の効力としてではないが、裁判制度に内在する原理によって根拠付けられることが意識されると、先例変更の抑止的效果を生ぜしめることになるはずである。しかるに、わが国では、「下級審に対する最高裁判決の『判例』性が強調される一方で、先行判例の最高裁自身に対する拘束性という問題意識自体が見られず、黙示の先例変更と見られるものを含めて、先例との緊張関係を意識することなくその変更がおこなわれている」⁽⁵¹⁾とか、わが国の若干の下級審判決には、先例との関係を全く触れることなく、かなり大胆に先例の否認ないし実質的変更を行う態度がみられる⁽⁵²⁾、といった指摘がなされる状況にある。

本稿のテーマとの関連で例を挙げれば、岩学テ事件最高裁判決と岩教組事件第一審判決がその各々に該当する。前者は、全農林事件判決で示された判断基準を踏襲しつつ、地方公務員の労働基本権制限に関する憲法解釈を判示した後、「いわゆる都教組事件についての当裁判所の判決（……）は、上記判示と抵触する限度において、変更すべきものである」と述べるに過ぎない。全農林事件判決が地方公務員の労働基本権について明示的に触れるものではなかったのである。後者は、全農林事件判決及び岩学テ事件判決に従うとしつつも、「あおり」・「あおりの企て」概念に新たな二重の絞りをかけて無罪判決を下した。いずれも、具体的事案に即して、先例と異なる結論を採る理由を説得的に論証していく姿勢が見られない。

裁判は、平等の要請と具体的正義の要請という相矛盾する二つの要請が緊張関係に立つ場であり、客観的基準に照らして後者が優ると判断するとき、初めて先例変更が許容されるのである。この点を軽視する状況下で不利益変更がなされたとしたならば、それは「事実上の遡及処罰」そのものである。これを防ぐ最も有効な方策は、先例に法的拘束力を付与することかもしれない。先例を「法」と位置付ければ、先例変更に違法評価が下るから、それを正当化しようとする意識が働くからである。しかし、上述した理論的問題のほか、「旧判例

への信頼の有無という行為者の個別的事情を考慮せず、一律に行為時に妥当していた行為者に有利な旧判例により彼を処断すべきだとすること」への抵抗感⁽⁵³⁾、さらには法的拘束力を付与すると下級審に対する最高裁判決の「判例」性がより強まるのではないかと危惧がある⁽⁵⁴⁾。

(2) では、先例の拘束力は事実上のものだとする立場から、以上のような問題状況に対して、いかなる対処が可能であろうか。この点を示し得て、初めて上記第一の方策は採り得ないとの評価を下すことができるのである。

まず、第一に、判決理由(レイシオ・デシデンダイ)と傍論(オビタ・ディクタ)とを区別し、先例拘束力は前者に限定されるという点を意識せしめることである。何故拘束力が前者に限定されるのかと言えば、それは、「当事者としては理論がどうであろうと関係はな[く]、……[重要な]事実について無罪になる、あるいは勝訴するということが問題で」ある以上、当事者の弁論は「これにだけ集中するはずで」あり、「裁判所としては、まさに当事者の言い分を十分に聞いてその争いの限度でだけ判断をすべきであって、いま将来のいろいろな事件を含めて解釈できるような一種の立法的なことをやるべきではない」⁽⁵⁵⁾からである(司法権の本質である具体的事件・争訟性)。その上で第二に、先例変更の条件を設定することである。

先例変更の問題が意識的に論じられたのは、全農林事件で全司法仙台事件の先例を変更した際に出された、五裁判官の反対意見においてである。反対意見の骨子は次の通りである。① 結論部分：「憲法解釈は、……事案の処理上必要やむをえない場合に、しかも、必要の範囲にかぎってその判断を示すという建前を堅持しなければならず、「先例を変更して新しい解釈を示すにあたっては、その必要性および相当性について特段の吟味、検討と配慮が施されなければならない」ところ、本件争議行為は、政治目的に出た(憲法28条の保障外の)行為だから、「この点につき判断を加えれば、本件の処理としては十分であり、あえて勤労条件の改善、向上を図るための争議行為禁止の可能性の問題にまで立ち入って判断を加え、しかも、従前の最高裁判所の判例ないしは見解に変更を加える必要はなく、また、変更を加えるべきではない」。② 理由付け部分：「けだし、憲法解釈の変更は、実質的には憲法自体の改正にも匹敵」し、その憲法解釈は、「理由づけ自体がもつ説得力を通じて他の国家機関や国民一般の支持と承認を獲得することにより、はじめて権威ある判断としての拘束力と実効性をもちうるものであり、このような権威を保持し、憲法秩序の安定を

はかるためには、憲法判例の変更は……その時機および方法について慎重を期し、その内容において真に説得力ある理由と根拠とを示す用意を必要とするからである」。③ 先例変更の条件：公権的解釈の変更における「最高裁判所のあり方としては、その前に変更の要否ないしは適否についての特段の吟味、検討を施すべきものであり、ことに、僅少差の多数によってこのような変更を行なうことは、運用上極力避けるべきである」。

①の点に格別の異論はない。「判例変更は、それを採るかどうかにによって本文の結論が変わるような事案の場合——したがって、判例変更の是非が当事者間でいちばん真剣に争われるような、かつ、その意義と効果がいちばん目に見えるかたちで意識されているような場合——に、おこなわれるべきだ」⁽⁵⁶⁾と考えるからである。ただ、来る先例変更の際に説得力のある変更理由を示すため、予め補足意見等で新しい準則を呈示し、学者等の批判に曝しておくことがあってもよいように思う。これに対し、②の点には疑問がある。まず、憲法判例は他の判例ほど拘束力は強くないと解される。「憲法典の法文の抽象性ないし幅のある内容を反映して、……裁判所の作用は構成的にならざるをえない」し、裁判所は、「判決事実のほか、さらに立法事実——それは歴史の展開につれ変化する——をも考慮に入れなければならない」⁽⁵⁷⁾ほか、先例に誤りがあっても立法による矯正が事実上不可能だからである。また、最高裁判決が拘束力と実効性を有するのは、裁判制度に内在する原理と最高裁の憲法上の機能に基づくのであって、「他の国家機関や国民一般の支持と承認」という社会学的評価とは無関係である。③の点については、一般論としては妥当である。変更の要否・適否についての特段の吟味・検討に対し、「旧判例のもたらす社会的効果に対する社会評論家的評価をナマのままの形で行うことを要求するもので、裁判所による判示になじむ性質のものかどうかには問題がある」との評価⁽⁵⁸⁾もあるが、先例変更をしないことによって生じる弊害と、することによってもたらされる社会的影響を比較したり、先例変更するに適切な事案であるか、時期であるかを考慮したりすることは必要である。また、僅少差での先例変更を避けるべきだというのも、近い将来逆転する可能性を残し、もし先例変更が重なるならば、最高裁に対する国民の信頼を損なうことへの配慮があるものと思われる。

もっとも、以上の議論は、特殊性を有する憲法判例における先例変更の条件にとどまること、及び、そこに挙げられた条件は、如何なる根拠から導かれる

のかの視点に欠けるため具体性に乏しく且つ不十分であることに留意せねばならない。

(3) 先例の拘束力が裁判制度に内在する原理に基づくことを認めるならば、先例変更の裁量権には限界が存在することになる。とりわけ、刑事判例の不利益変更の場合には「事実上の遡及処罰」疑念が伴う故、裁判の客観性に対する国民の信頼は損なわれ易く、従って、先例変更を許容する場合にはそれを正当化する条件を考えねばならない。

この点につき、日教組事件第一審判決は、下級審が争点判断をする際し、「最高裁判例の趣旨に明らかに不合理な点があるとか、その判例のよってたつ基礎事情に、その後大きな変動が生じ、あらたな事情のもとにおいては判旨にそのまま従うことを正当と考えることのできない確かな根拠があって、そのため判例の変更を求めるしかない特別・十分な理由があるとか、あるいは具体的事例につき特別の事情が認められ、これに対して判例上の一般的解釈をそのまま適用することが著るしく不当な結果をもたらすなどの特別な個別的事情が認められる場合でもない限り」、最高裁判例の判断に従うべきだと判示した。確かに、例示された各事情があれば信頼回復は容易であろうが、その判定には主観的評価が伴う故困難であり、そこで、「明らかに」、「確かな」、「著るしく」という限定が付されたのであろうが、これらに該当する事例が實際上どれだけ存在するか疑わしい。

これに対し、憲法判例の変更に関してはあるが、学説上以下のような分析がなされているのは、示唆するところが大である。

—判例変更が妥当な場合—

〈必要性の観点から正当視される場合〉

- ① 矛盾する先例を選択する必要があるとき
- ② 先例の解釈が実行不能ないし重大な困難を帰結するとき
- ③ 先例に明白は誤りが存するとき
- ④ 明示的変更が以前の事実上の変更の宣言にとどまるとき

〈その他正当と観念される場合〉

- ① ある先例に従うかあるいは他の判例に示されるそれと相対立する哲学に従うかを選択しなければならないとき
- ② 先例がその後の時代的要請に対応しなくなったとき

- ③ 慎重な再検討に基づき先例と違った解釈の妥当性を確信するに至ったとき

判例変更が不当な場合

- ① 被変更判例の推論と分析に適正な考慮を払わないとき
② 判例の継続性に固有の価値の適正な配慮を示さず、とりわけ国民の権利・自由に多大の悪影響を及ぼすとき
③ 判例変更が裁判所の構成員の変動にのみ由来するとき

(4) 刑法判例は、憲法判例に対し次のような特性を有する。第一に、罪刑法定主義の自由主義的要請（予測可能性の確保）が働くこと。従って、憲法判例変更に関する裁量権の限界は、「判例の持続性に固有の価値（法の予見性や法的安定性の原理）と政治社会的実態の変化を承認することから流出する価値（変化の原理）との衡量という基本的枠組の中で決まる」とされる⁶⁰⁾が、刑法判例変更の場合には、前者の価値が容易に認定される形での衡量にならざるを得ない。第二に、不利益変更の場合には、「事実上の遡及処罰」疑念が伴うこと。そして第三に、裁判所が判例変更しなくとも、その変更は法律改正に委ねることが可能であること。それ故、刑法判例の拘束力は相対的に強いと捉えられることになる。だとすると、上記の「判例変更が不当な場合」の条件は、各事由にあたることを説得的に論証しなければ、およそ判例変更は正当化され得ないであろう（逆に、この論証をなし得ていれば、無罪判決を変更して有罪判決を下しても差し支えない）。

これに対し、「判例変更が不当な場合」の条件はどうか。まず①について言えば、憲法判例との相違は見出せない。下級審が最高裁判例を変更する場合には、最高裁判例の流れを詳細に論じ、問題点を抽出して、できる限り具体的に本件事案において先例に従えないことを論証すべきであり、これができなければ、むしろ最高裁判例に従うべきである。他方、最高裁が自己の先例を変更する場合には、先例が前提とした事実と異なった事情が発生したために、変更しても平等の要請に反しないことを論証するか、看過し得ない解釈論上の誤りがあるとするならば、先例に対する学説の評価、及び変更後に生じるであろう学説の反応を十分意識した理論展開を施さねばならないと思う。全農林事件の多数意見は、なるほど、全司法仙台事件判決とその基本的立場を同じくする都教組事件判決の憲法解釈上の問題点を指摘してはいる。にもかかわらず、反対意

見から、「判決の見解を変更する真にやむをえないゆえんに至っては、なんら合理的な説明が示されておらず、また、客観的にもこれを発見するに苦しむを得ない」と批判されたのは、判例変更の適切な時期と事案を待てない程の緊急性があったことに対する具体的論証がなかったからであろう。

②は、刑法判例の不利益変更に対応し、典型例として、行為時における判例準則によれば無罪となる被告人を、裁判時において判例変更により有罪判決を下す場合が挙げられる。確かに、旧判例準則を合理的に信頼して行為した者に有罪判決が下されるとなれば、「事実上の遡及処罰」そのものであり、いかに具体的正義（国民の安全・福祉の確保）を強調しても、判決の客観性に対する国民の信頼回復は得られないであろう。しかし、後に述べるように、判例変更を認めたとしても、実体法的不いし訴訟法的解決により有罪判決を阻止することは可能である。また、不利益変更であることから直ちに判例変更の阻止を帰結せしめるのは、判例の発展的形成に支障を来し疑問に思う。あたかも無罪判決を導く準則が善で有罪判決を導く準則は悪という、片寄ったイメージを植え付ける危険があるからである。従って、②をあまり過大視しないように注意せねばならない。尚、判例変更を認めつつ、「判例の不遡及的変更」ないし「将来効判決」の手法を用いるべきとする見解⁽⁶¹⁾もあるが、この手法の問題点は後述する。また、全農林事件判決が、全司法仙台事件判決の準則からすれば可罰的違法性なしとされる被告人を有罪としたのは、遡及処罰ではないかとの疑問が提示されている⁽⁶²⁾が、少なくとも同準則は行為当時には存在せず、得べかりし利益が得られなくなったというに過ぎないから、この点を問題視するのは当たらない。

最後に、③は、「法による裁判」ではなく「人による裁判」であることを印象付け、判決の客観性に対する国民の信頼回復を最も困難にさせるものである。もとより、構成員の変動は不可避的であり、偶々先例の見解に反対の立場をとる人が就任することもあろう。また、判例変更を延ばせないような緊急性のある事態も全く想定できないではない。従って、この点も絶対視はできないが、「③が問題なのは、結局裁判所も構成員如何によってどうにでもなるというむき出しの権力機関イメージを発生せしめるところにあるというべきであるから、先例の推論と分析に適正な考慮を払った……上でのものと認められる」場合とか、「以前の判決に加わった裁判官が熟慮の結果改説するような場合は別ということになろう」⁽⁶³⁾。このような見地から、全農林事件判決を見た場合、

不当な判例変更だったといわざるを得ない。何故なら、全農林事件判決と同時に
に出た全農林長崎統計事務所事件判決⁽⁶⁴⁾では、全農林事件判決の多数意見が
形の上では少数になっており、同じく同時に出た国労久留米駅事件判決⁽⁶⁵⁾で
は判例変更の点に触れられることもなかったのは、一人の裁判官が「回避」
(刑訴規13条)されたからではないかとの推測が相当程度の合理性をもって成
り立ち、このことは、専ら裁判官の構成によって判例変更がもたされたことを
意味するからである。

(5) ところで、不当な判例変更には、いかなる法的効果が生じるのであろう
か。最高裁が控訴審判決による判例変更を不当とする場合には、もとより上告
理由となり(刑訴法405条2・3号)、通例破棄されることになる(刑訴法410
条1項)。ところが、最高裁がかつて行った自己の先例変更を不当とする場合
には、刑訴法上何らの規定もない。だからといって、裁判所法10条により、大
法廷で判例変更しさえすればいかなる判例変更も認めるということの意味する
とは解し得ないから、不当な判例変更の場合には、何らの事実上の拘束力も生
じないだけでなく、下級審に対しては、むしろ拘束されてはならない義務を負
わしめると考えるべきであろう。さらに、不利益変更がこれに加わった場合に
は、後に述べるように、免訴判決を下してしかるべきである。

3. 判例の不遡及的変更

(一) 遡及処罰禁止と判例の不利益変更

(1) 判例の不利益変更を肯定しても、その新しい判例準則が当該事案に適用
されないことになれば、「事実上の遡及処罰」疑念は解消される。憲法39条前
段は、「実行の時に適法であった行為」につき、事後法によって遡及的に処罰
することを禁じている(遡及処罰禁止の原則)が、仮にこの原則を判例に類推
することができ、且つそのことで新たな問題が生じなければ、この第二の方策
を採用すべきことになろう。

ところで、遡及処罰禁止の原則を判例変更に及ぼすためには、その類推を正
当化せしめるだけの類似性がなければならないが、この類似性を見出すための
考察には二つのアプローチがあるように思われる。一つは、遡及処罰禁止の形

成原理に着目して、立法と判例の機能的類似性を論証するという解釈論的アプローチであり、もう一つは、裁判官の法解釈に着目して、法律と裁判官法の性質上の類似性を論証するという法理論的アプローチである。

尚、かかる問題は、我が国の刑法学において未だ十分には論じられていないため、以下では、主としてドイツ刑法学において展開されている議論を念頭におかざるを得なかったことをお断りした上で、前者のアプローチの検証から試みることにする。

(2) 遡及処罰禁止の原則は、罪刑法定主義の派生原則の一つであり、罪刑法定主義の思想的基盤は、啓蒙主義下においては権力分立による個人の自由保障（及び心理強制説）であった⁽⁶⁶⁾。そこでは、刑法規範を創造する権限は国民を直接代表する立法者にしかなく、裁判官の役割は法律の適用に限定されていた。かかる構想からは、遡及処罰禁止の原則は専ら立法者に向けられ、判例変更も形式論理的な包摂作業の誤りを正すことを意味するに過ぎないから、判例の不益変更による遡及効であっても、問題視されることはなかったのである。

しかし、現代立憲主義下において権力分立は大きく変容し、裁判官は立法者の使者ではなく代理人であり、違憲立法審査権の行使により少数派の人権を保障する法の支配の担い手として、一定の政策形成⁽⁶⁷⁾を期待される地位にある。また、複雑多岐にわたる事態をすべて予想した立法は不可能であるから、立法者は、法律の安定を考慮して一般概念と価値概念を使用し、あるいは具体的な事件に直面する裁判官の判断に委ねる場合もあり、裁判官のなす法律解釈は単なる包摂作業にとどまらず、法創造を必然的に伴うことは今日もはや否定し得ない。かくして、次のような認識は共有できる。「特定の生まれの事態の裁判において、初めて何が規範に『潜んでいる』かがはっきりするならば、本来鮮明に輪郭を描かれた立法と判例の限界は曖昧になる。その場合、遡及処罰禁止が立法者によって違反されるか裁判官によって違反されるかは、いかなる決定的な相違もきたし得ない。……双方の場合とも、法的安定性に対する信頼は揺るがされるのである」⁽⁶⁸⁾。

問題は、この認識から、遡及処罰禁止の目的を、法の恣意のない一般性の保障と国家における安定性及び信頼性の創出に見出すことで、判例もこの制限に服さねばならないことを帰結できるかにある。積極的に解する論理は、例えばこうである。「具体的な個々の判決が行為前に公布された法律によって決せられることが少なければ少ないほど、明確に規定されていない規範の実体が多け

れば多いほど、ますます広範囲に遡及処罰禁止の制約が入り込み、その保護目的は達せられない。何故なら、その場合、行為後初めて、ことによるとこの行為を契機に現れるものをも、当該判決に受け入れることができるからである」⁽⁶⁹⁾。が、このような展開には疑問がある。

まず、ドイツでは、「支配的な見解——とりわけ連邦最高裁も——は、遡及処罰禁止の意義を市民のための信頼保護に見出す」とされる⁽⁷⁰⁾が、積極論者も指摘するように、「素人によるあらゆる判決の予測可能性を保護するならば、裁判官に対し、素人がするように判決することを命じ」ることになり、「これは、職業裁判官層の一般的拒絶を意味する」から、制限的にしかこの要請には応じられないであろう⁽⁷¹⁾。また、信頼の具体的な対象は何か（刑罰権行使の公平さか、判決中拘束力のあるレイシオ・デシエンダイか、単なる判決の結論か）、さらに、保護に値しない信頼も考えられるのではないか（判例変更を現実予想していた場合や、法的安定性の要請より遡及効による公益実現が優先されるとの説得的な論証があったような場合はどうか）といった点も必ずしも明らかでない。第二に、確かに信頼保護の視点では、判例と立法の効果は同一であるが、このことから直ちに同じ制約に服すべきだとは言えない。「効果の同一性は機能の同一性に対応しないからである」⁽⁷²⁾。第三に、次の批判が当て填まる。「裁判官は常に、行為当時効力のある刑法に基づいて、過去のことである行為に判決を下さねばならず、そのことで、もはや予測できない恣意的な判決の危険は大幅に払いのけられているということを十分に考慮していない。明確性の原則により、裁判官の意のままになる解釈の余地はわずかしがなく、その上、類推禁止に基づき、裁判官による解釈はどれも刑法の自然的な文言の意味の枠内に保たねばならないことを考えれば、このことはなおさら妥当する」⁽⁷³⁾。さらに、判例変更には厳格な条件が必要であり、決して裁判官の自由裁量に委ねられていないことも付け加えておこう。

その他、刑罰法規における明確性の原罰とは、「法文の明確性」ではなく「解釈の明確性」を意味するのではないか、という疑問もある⁽⁷⁴⁾。

(3) 思うに、遡及処罰禁止の根拠は、罪刑法定主義の自由主義的要請（及びその手段的制度としての権力分立）と一般予防に求めるのが相当である。

前者は、刑罰権行使の客観性に対する国民の信頼を確保するということであり、刑罰法規を制定前の行為に遡及適用することは、立法権の恣意的行使になるから許されないのである。これに対し、先例変更の条件を満たす遡及的判例

変更はこの限りでない。このような判例変更による法解釈は、判例が初めて示した法解釈と同様、法律に包摂される以上、国民の予測可能性の範囲内と言えるからである。もっとも、この点につき、「判例の変更のばあいには、判例が法律の示した枠内においてその意味内容を補完し具体化することによって可罰性の限界を明示したあとで、新判例が前の判例をくつがえして新しい解釈のもとに前に示された可罰性の限界をうごかすものであるから、この新判例を当該事件に適用することは、予測可能性を不確実なものとし人々の行動の自由を不安にさらす」⁽⁷⁵⁾という異論がある。しかしまず、ある判例が可罰性の限界を明示しても、その限界は固定的なものではない。ある特定の事件に即して設定された限界が別の事件でも有用な限界であるとは限らないし、間違っている可能性のある限界付けに後の判例が規範的拘束を受ける理由はないからである。また、国民は、一連の刑事判例を検討して可罰性の限界まで知る必要はないし、これを国家は国民に期待し得ないのである。

後者の一般予防による根拠付けは、心理強制説を前提としており、今日的には次のように説かれる。「刑罰の威嚇と賦課が、本来、住民の法的従順さを安定化させ、多くの場合規範に適った行動計画をおよそまず立てることに役立つときでも、それは、処罰可能な行為の明確な法律の定めがあるところでのみ可能である。これを欠くと、刑法は、その規定の遵守に関して頼らざるを得ない意識形成効果を達成し得ない」⁽⁷⁶⁾と。これに対し、遡及的判例変更は、この効果を阻害しない。何故なら、「予防効果は、規範的には拘束力のない先例からではなく、法律それ自体と、その具体化の可能性だけに由来し、その可能性は、市民にとって危険領域 [帰属領域と答責領域の配分] として現れ、日常言語による文言の限界の故に、市民にとって難無く認識可能なものだからである」⁽⁷⁷⁾。もっとも、この点については、「立法が自足・十全を期しがたい以上……何が許され何が禁じられているかについての尺度は、……裁判官の補完的活動に依存せざるをえ」ず、「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」という認識⁽⁷⁸⁾に立てば、異論が出されよう。しかし、判例の法規規範性の点はさておくとしても、この立場は、判例を法律と同一平面に置くもので、法律による裁判のコントロール（法律主義）の弛緩につながるのではないかとの疑問が生じるほか、次の論旨で反論できるであろう。即ち、「刑法は、法律用語の意味の核心にある行為の処罰性と、その意味の域外にある行為の不処罰性が直接確かである限りにおいて、確たる行為準則を市民に提出す

る」のに対し、判例による法律の具体化の場合には、「当初よりいかなる確たるものも与えられない、何故なら、……現代の法学的ヘルメノイティークが教えたように、いかなる事例判決においても、新たな事案毎に新たな態様で現実化する形成要素が潜んでいるからである」⁽⁷⁹⁾。

さらに、判例変更と法律変更を効力の点で対比すれば、前者は、具体的事件を契機に、判例変更前の事実に遡及的に適用されるのに対し、後者は、一般的な形でなされ、原則として将来的に適用される。もっとも、前者の点につき、「変更された判例の見解が、判例変更の契機となった事案にまず最初に適用されねばならない、というのは単なる手続上の処理で解決し得る障碍に過ぎない」⁽⁸⁰⁾とする指摘もあるが、そうではなく、判例の遡及効は、近代立憲主義ないし権力分立主義下における司法権観念から導かれる本質的なものであり、その要点はこうである。国民主権の下では、すべての国家作用は国民の意思に基づくことが要請されるが、裁判の場に一般世論をストレートに持ち込むと、発言力の大きい多数派が優位を占めてしまい、少数派の人権保障が危うくなる。そこで、近代立憲主義は、裁判は政治力ではなく法原理が支配する場であり、その勝敗はいずれの主張が法原理に適うかで決するものと捉え、裁判所に「理」による「力」の封じ込めという自由主義的性格を与えた。従って裁判所は、そこに持ち込まれた紛争を契機に法の客観的意味を探り、その適用によって紛争を解決するという法原理機関であらねばならない。他方、裁判所の解釈適用する法律が国民の代表機関によって制定されたものであっても、国民の指揮・監督の及ばない独立性の強い裁判所に最終的解釈権を与えることが民主主義の理念に合致するか疑問なしとしない。そこで、裁判所の解釈権を国民の権利回復・維持のためだけの行使（事件解決）に限定するならば、国民の意思に沿うことになるであろうから、民主主義の理念に反するとまで言えない。かくして、事件争訟性と遡及効は司法権の本質要素と解されるのである。

(4) 以上のことから、立法の機能と判例の機能との間には質的な差異が存在し、それを量的な差異に転化し得ず、従って両者の間に類推を正当化せしめるだけの類似性を見出せないことが判明した。

ところで、遡及処罰禁止の原則を一定の判例変更にも及ぼす立場からも、次の点は認識されている。即ち、「判例には法律を補充する実質的な意義があるから、判例変更も法律改正に準じて又は同様に取り扱う必要があり、遡及処罰禁止原則もまた適用されると言うだけでは、法律と判例とを峻別する立場から

の批判に答えることが難しい。法律の規範としての性格と判例の事案裁定的性格との相違は、裁判所の法創造的機能を認めてもなお、依然として解消されないとの言い得る余地があるからだ⁽⁸¹⁾と。そこで次に、もう一つの法理論的アプローチの検証を試みることにしよう。

(二) 裁判官法と遡及処罰禁止

(1) ラートブルフは、既に1946年の『イギリス法の本質』の中で、制定法に裁判官法を対置させ、次のように論じていた。「刑法の遡及効の禁止は、もちろん、刑法が裁判官法 (Judge made law) であるかぎり、妥当すべくもない。或る一つの新しい先例は、当然、ある一つの行為、すなわちそれが犯されたときにはこの新しい法の見解はまだ存在しなかったような行為に最初に適用されることになるわけであるから。これは、……あらゆる裁判官法、したがってドイツのそれについてもあてはまる。例えばライヒ最高裁判所が、在来の判例によれば罰せられなかった不倫契約上の詐欺を罰せられるべきものと宣言したとき、この新しい見解は、新判決の機因となった事件に直ちに適用されたのである」⁽⁸²⁾。

「司法権とは、当事者間に具体的な権利義務の紛争が存する場合に、法を適用実現して、紛争を解決する国家作用」⁽⁸³⁾であるから、新解釈の遡及適用は、かかる司法観念に基づく判決の効力の帰結であり、遡及効の禁止と関係がないとすることができる。問題は、制定法とは別個の存在としての裁判官法、つまり裁判官による法創造を想定したことに発する。これまで制定法の内容になかった、必然的に遡及適用される法原則を、裁判官が創造してよいことになれば、裁判官立法と遡及処罰禁止の潜脱につながる虞が生じるからである。

(2) この問題を回避したければ、裁判官の法解釈につき、次のような認識に立つことであろう。「裁判所が新たな解釈を言い渡し適用する場合には、……その解釈に思い至ってさえいけば、それは当初より妥当していたであろう、つまり、……今初めてその深淵で法律の真意を汲み取ったという確信において行われる」のであり、「かかる確信を有することなく新たな法原則を定める場合には、もはや解釈をしているのではなく、法律によって禁ぜられるような法創造的な活動をしていることになる」⁽⁸⁴⁾と。こう解すれば、裁判官法と制定法の差異は解消され、裁判官による遡及処罰の問題を独自に考察する必要はなく

なるのである。

しかしながら、「今初めてその深淵で法律の真意を汲み取った」という確信が、単なる個人的信念の表明でないことを論証するためには、「制定法無欠缺性」（制定法規範はアプリオリにすべての事案を適切に処理できる法規範を含み、しかも人はいずれそれを知ることができるという考え）を前提とせざるを得ないが、これはフィクションであろう⁽⁸⁵⁾。刑法学において、この仮説を想定し得たのは、「刑法のマグマ・カルタ的作用を重視する人々にとっては刑罰法規の不存在は即ち犯罪の不存在を意味し刑事裁判の拒絶を結果するが故に、法律秩序は彼等にとって必然に完全無欠である」⁽⁸⁶⁾という固定観念があったからに過ぎず、実際の判例には、立法当時想定し得なかった事態に対する法形成が見られるのである⁽⁸⁷⁾。これは、裁判官が社会の変化に伴う現実的要請から、安易に判断を拒絶することができなかったからであろう。

また、法律の文言が変わらないのに、その解釈が根本的に変更される事態に直面したとき、旧解釈を行った裁判官は法意を正しく認識していなかったと考えるよりも、むしろ解釈の変更を促す新たな社会的エレメントの存在を想定する方が合理的である。従来の制定法の内容である法原則しか適用してはならないというのは、法の社会性を無視する古典的な法実証主義に他ならず、この立場からは、現実の司法的決定過程に有効かつ適切な理論的処方箋は提供され得ないであろう。さらに、裁判官は、「あくまでも法による裁判という性格を失わないようにするために、既存の材料や道具を土台にして、しかもその原型をこわして全く別物にしてしまわない範囲でこれを作り直したり、あるいは新しく作った材料や道具が既存の材料群、道具群の中にうまく仲間入りができるようにしなければならないという頗る窮屈なわくをはめられている」⁽⁸⁸⁾のであるから、裁判官の「法創造」に、立法者の行う法律制定のイメージを重ねてはならない。

(3) 裁判官法の存在を事実として認めねばならないとすると、次に問題となるのは、裁判官法の実体をどのように捉えるか、法律との関係はどうかである。

この点、「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」との認識の下に、「何が許され何が禁じられているかについての尺度は、罪刑法定のたてまて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」ず、「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」⁽⁸⁹⁾というように、裁判官法を

法律と同一平面で捉えんとするならば、裁判官立法ではないかという疑念を生ぜしめるであろう。確かに、先にも触れたように、法規範は、あらゆる事態を想定して自己完結的に記述することはできないし、一般条項や規範概念を用いて裁判官の決定に委ねる場合もあるが、このことは、裁判官に自己の規準に基づいて法規範を補完し、内容を確定する権限を与えるものではない。言い換えれば、「立法者は自ら、有罪判決の下る行為を決定する任務を判例に委ねてはならないのである。それは、立法者だけがこの任務を遂行することにつき民主主義的正当性を有するからであり、またそうでなければ、一般的な評価決定と個別事例への適用の区別がつかなくなるからでもある」⁽⁹⁰⁾。尚、裁判官法が法律と同質的なものと仮定すれば、遡及処罰禁止の原則の類推を可能にする基盤は肯定できるが、そのことでいかなる問題が生じるかは、(三)で論じることにする。

(4) では、裁判官法が法律と同質的でないならば、裁判官法とは何であろうか。

法社会学的視点で捉えられた裁判官法は、次の論述の中に示されている。「立法者は多く生起を予想される典型的事態をできるだけ広く頭に描き、それに社会的評価を加え、一定の価値的立場から望ましいとされる社会的結果の招来を意図して、それに沿うような規制の内容と方法を構想し、これを法規の形で表明」するのに対し、現実の訴訟においては、このような「抽象的、一般的レベルにおける概括的な考慮要素よりもはるかに下ったレベルでの、もっときめ細かく、ひだの多い、屈折に富んだ要素が、……現実的なものとして、討議と考慮の対象となり、「直接の利害当事者がそれぞれ自己にとって痛切なる利益主張をお互いに展開し、法規をいわばそれぞれ自分の利益の方向に引っ張ろうとして必死の努力をする」のであって、裁判官は、「このような当事者の角逐をみ……ながら、さきの立法段階における抽象的レベルでの関係においてどのような具体的法規範を定立すべきかを考えるのである」⁽⁹¹⁾。

この点を法理論的に少し考察してみよう。そのためにはまず、法律と法の相違を認めねばならない。即ち、「法律は規範であり、基準であり、正しい考え方に対する尺度であ」って、「規範を与える意思の表われである」のに対し、「法は事物の自然的秩序の中に根ざ」し、「具体的状況における正しい判断である」⁽⁹²⁾。かかる意味での法は、法律の如き常の形では存在し得ず、訴訟の場において、当事者が互いに具体的な事実を踏まえて自己の利益とその評価を争

地方公務員法違反の争議行為の可罰性（下）

う中から問題の核心が発見され、いかなる解決が望ましく、どのような法的問題に取り組みねばならないかを考えることによって形成されるものと言える。しかし、「正しい判断」といっても、民主主義的な正当性の契機は与えられておらず、また不利な判断を下された側には、裁判官の恣意と映る場合もあるであろう。そこで、これを回避するために、その判断が法律からの演繹論理によって獲得されること（包摂）を論証しなければならないのである。

包摂の論証は、所謂三段論法で行われるが、その際、次の認識を持つ必要がある。即ち、「小前提は、事実の確定に加え、大前提の中概念のメルクマールを資述することによるその評価も含み」、「この一体化は、大前提の解釈に役立つ一連の注釈によって、中概念の概念的メルクマールを生まの事態の具体的状況に適合させる場合に、さらに明白に現れ」、「そこには、規範的な大前提、その中概念及びそのメルクマールと、生まの事態とその事態のこの方法上『重要な』行為状況との間に、『視線の往復』が存在している」⁽⁹³⁾という認識である。そして、この包摂過程で裁判官法は創造される。何故なら、法律と法という性質の異なるものを包摂させるには、法律に包摂され、法を包摂する裁判官法が介在せざるを得ないからである。

(5) 以上のように、裁判官法は、現実の生活に根ざす法を、制定法体系に受け入れさせるために、既存の法理や法原則に適合するよう作り直したものと捉えるならば、柔軟性と流動性を特色とし、社会の変化にうまく対応できる点において、抽象的であるが故に恒常性をもつ法律との相違は本質的であることが理解されよう。まして、法的安定性に絶対的価値を置く遡及処罰禁止原則を及ぼす余地はなく、かくして先に述べたラートブルフのテーゼは、今日なお妥当し続けるのである。

(三) 判例の不遡及的変更に伴う問題

(1) これまで論じてきたのは、遡及処罰禁止の原則を判例変更にと及ぼすことができるかという類推適用可否の問題であり、本稿はそれに対し否定的評価を下した。これから論じようとするのは、仮に積極的評価を下した場合、その後いかなる問題に取り組みねばならなくなるかを示すことである。というのも、法政策的に第二の方策を検討することも、その採否をめぐる重要な判断要因を提供すると考えるからであり、また同時に、判例の不遡及的変更を提唱する我

が国の刑事法学者が、未だこの点を余り論議しておらず、問題点を指摘することによって、その理論的深化を促したいからである。

(2) まず、いかなる判例変更に通及処罰禁止の原則を及ぼすかという通及処罰禁止の及ぶ判例の範囲の問題があるが、これは、積極論の根拠如何によって異なる。

処罰範囲の限界付けにおいて、判例変更が法律変更と同じ効果をもたらし得る点に求めるならば、「完全に一致した判例が一定の問題についての判決を、型通りに定着させている場合及びその限度で」⁽⁹⁴⁾ということになる。が、「定着した判例」の存否の判断はかなり困難であり（判例変更を示唆する補足意見が付されていた場合はどうか、めったに生じないような法的問題の場合完全に一致した判例が一つあればよいのか、裁判官構成が当時と変わった場合はどうか等）、法的に不安定な状態を作り出す。そこで、「最高裁判所の判例である限り、それが一致したものであるとか、変更可能性のないものであるとかの不確定な要素は問題にすべきでない」と説かれる⁽⁹⁵⁾が、何故最高裁判例に限定されるのか、積極的な根拠付けが明らかでない。確かに最高裁は、法律解釈の統一を図る任務もあるが、この点を強調することの問題性は既に第一の方策の検討の中で論じた。のみならず、次のような指摘に対する反論を求めねばならない。「下級審も少なくともその領域に関しては〔法律と〕同様の効果をもたらし得る。特に、よく繰り返される通例わずかしか論争価値を伴わないテーマの場合には、既に区裁判所が最終審である。制限的ではあるが原則として〔最高裁と〕異なる方法で、区裁判官も自己の領域において事実上効果を及ぼす行為準則を設定することができる」⁽⁹⁶⁾。

他方、被告人等の信頼保護にその根拠を求めるならば、全ての裁判所のあらゆる判決に通及処罰禁止の原則が及ぼされることになる。これは、判例に対する信頼保護を憲法的原理にまで高めることからの当然の帰結ともいえるが、特に下級審の裁判官に實際上不可能を強いることになる。何故なら、判決を下す前には、常に、自己の判決が不利益変更にならないかを、当該事案と射程を同じくする判例をことごとく調査することによって吟味しなければならなくなるからである。理想に立脚する法政策は、決して厳しい現実への対処も適用もできないことを知るべきである。

(3) 次に、通及処罰禁止の原則を実際に判例変更にと及ぼした場合について考察してみよう。

地方公務員法違反の争議行為の可罰性（下）

まず、次のことを言明できる。「遡及処罰禁止は、よく援用される信頼原則からは根拠付けられることも正当化されることもないであろう：何故なら、遡及処罰禁止は、それが妥当する所では、その変更前の法律状態を知らなかった者にも当然利益となるからである」⁽⁹⁷⁾。もっとも、恣意に対する安全のため、国家は従来の方状態でも有していた以上の権限を手に入れてはならないとの観点から、「遡及処罰禁止で問題となるのは、行為評価の事前認識が第一義的ではなく、国家刑罰権の客観的、内在的な限界である」⁽⁹⁸⁾と捉えれば、この問題は解消する。しかし、「一致した判例に反して……自己の態度を禁じられていると考えていた行為者も依然不可罰である」⁽⁹⁹⁾とすることまで割り切れないとすれば、この立場には従えないであろう。

また、次のような弊害も発生する。「裁判を遡及処罰禁止に結び付けるならば、刑法の従来解釈を固め、その変更を不可能にし、判例による法の発展的形成をすべて阻止し、解釈禁止に帰するであろう。何故なら：裁判所が別の裁判所の先行判決——それが最高裁だけであっても——から逸脱してはならないのであれば、場合によっては起り得る法律変更にまで従来解釈に固執するからである」⁽¹⁰⁰⁾。そこで、新たな判決スタイル——将来効条項 (Von-nun-an-Klausel) ないし将来効判決 (Prospective overruling) ——の導入によって、これに対処する試みがなされる。即ち、「裁判所は、具体的事案においてはなお旧解釈により判決するが、変更した解釈を表明し、その次には新解釈によって裁判することを予告する。そうすれば、遡及処罰禁止も変更及び法の発展的形成に対する要求も充足されよう」⁽¹⁰¹⁾というものである。そして、提唱される新たな判決スタイルの内容はこうである。「起訴された行為は……になる。行為が……であるとの評価は、……における法律適用の従来立場から逸脱する考慮に基づくものであるから、処罰は見合わされる」⁽¹⁰²⁾。

確かに、かかる判決スタイルを導入することで、「裁判所に、判例変更が行われたこと、及びどこにその変更が見られるかを自ら告げる義務が課され」、市民には処罰領域における方向付けが容易になると共に、形成された法的見解との吟味を余儀なくされることから、正義を根拠に刑罰を科すべきだという視点の優位を否定することができる⁽¹⁰³⁾と言えよう。しかしながら同時に、新たな問題も浮上するのである。この点を、刑事手続に沿って指摘して行くことにする⁽¹⁰⁴⁾。

(4) まず第一に、不利益変更がある程度の確実性をもって予測できる場合――

—まさに埼教組事件外2事件がこれに当る— 検察官は起訴し得るであろうか。「判例に対して遡及処罰禁止を肯定するならば、検察官にとって公訴提起は問題にならないことは明白である。何故なら、犯行者は訴訟に関してとにかく無罪だからである。例えば、犯行者は、『それ自体としては』[ある罪] で無罪判決を下されるべきであるが、結論的には無罪判決を下されるべきであることを求める折衷案は、検察官にはないのである。……唯一可能性があるとするれば、専ら判例変更もたらす目的で、疑う余地なく無罪の被告人に対しても公訴提起を許すことであろう」⁽¹⁰⁵⁾。が、もとより被告人は、法の発展的形のための公訴提起に甘んじねばならない理由はなく、裁判所に有罪か無罪かの実体判決をしてもらい権利と解される公訴権に、かかる権能はないのである。かくして、新たな判決スタイルを導入しても、判例の固定化を阻止することは困難であろう。

第二に、訴訟活動において、特に訴追側が「真剣に争う刺激が失われ、その結果不適切な議論や審理に基づいて判決がなされる可能性がないか、また、上訴制度が実質上破壊されるおそれがないか、の疑念が存する」⁽¹⁰⁶⁾。

第三に、判決を下す段階において、いかにして「憲法及び法律にのみ拘束される」裁判官(憲法76条3項)に、「自分が支持しない判決に責任をもつことを、また、未知の次の事例にとって望ましい考慮のため、正しいと考えるものを朗読するだけのことを義務付けることができるのか?」⁽¹⁰⁷⁾。

第四に、新解釈の予告に関して言えば、まずこの部分は、具体的事案の解決に必要な不可欠なものでない故、傍論に過ぎない。傍論に拘束力を認めるべきでないこと、第一の方策を検討する際に論じたが、そうだとすると、新解釈は、法の発展的形に寄与するどころか、従来の判例に対する国民の信頼の基盤を切り崩す意味しかなく、法的に不安定な状態をもたらすことになる。仮に、新解釈を予告した裁判所が、次の事案の判決時迄にさらに別の新たな解釈の妥当性を確信した場合、どうなるのだろうか? また、新解釈の力点は将来に向けられ、仮定的・抽象的性格を帯びるから、それだけ法律への拘束力が弱まるように思われる。

(5) 本稿では立ち入る余裕がなかったが、わが国における将来効判決の手法の可否を考える際には、実際に運用されたアメリカの状況を踏まえなければならないだけでなく、その前提として、具体的な救済措置の問題を司法権との関連でどう考えるかの問題にも取り組まねばならない。合衆国連邦裁判所の司法

権は、憲法の明文上、普通法上及び衡平法上の事件に及ぶとあり、将来効判決も衡平法上の救済の問題と位置付けることができるのに対し、わが国には衡平法の伝統がないからである。

もっとも、その合衆国連邦最高裁においても、リンクレター事件 [Linkletter v. Walker, 381 U. S. 618(1965)] 以降の「不遡及的アプローチ」は、グリフィス事件 [Griffith v. Kentucky, 479 U. S. 314 (1987)] で捨てられ、「遡及的アプローチ」に復帰している。この推移が何を意味するかは別稿に譲らざるを得ないが、ここでは、今日の連邦最高裁多数意見の基礎を形成した、デジスト事件 [Desist et al. v. United States, 394 U. S. 244 (1969)] におけるハーラン裁判官反対意見を引用しておく。

「私は過去において、こんなに短い期間に数多くの矛盾する準則と一貫しない原則を生み出してきた判断に、同調したこともあった。私がそうしたのは、私には原則的に極めて不当と思われる憲法判決の影響を制限することが重要と考えたからである。しかしもはや、根本的なリンクレター原則適用への我々の努力を特徴付ける理論的混乱に甘んじてははいられない。『遡及効』を再考しなければならない」。

以上のような考察から、本稿は、次のような結論に達した。第一に、司法権の本質と抵触を引き起こしてまで、理論的・実際的問題の多い将来効判決を立法論としても導入すべきではない。第二に、かかる判決手法と密接に係る「判例の不遡及的変更」という第二の方策は、プラス面よりマイナス面の方が多く、被告人の不利益救済は、既存の法理論・法制度の拡充によって図る第三の方策に求めて行かねばならない。

4. 違法性の錯誤論

(一) 「違法性の錯誤」の活性化

(1) 判例の不利益変更を肯定しつつ、遡及処罰禁止の原則の判例変更への類推を拒絶するならば、新たな判例準則を遡及適用して被告人を処罰してよいことになるが、アメリカの模範刑法典 [2・04条3項(b)] によれば、「行為が法律上罪とならないと信じた」場合のうち、「相当の理由に基づき、(i)制定法そ

他の成文法規」について「公の機関の公式解釈に包含された公の法律見解を信頼して行為したが、後にその法律見解が無効又は誤謬とされたとき」には、「その行為に基づく罪の訴追に対する抗弁となる」。もっとも、この「抗弁は、証拠の優越をもって被告人が立証しなければならない」[同条4項]。これは、旧判例に合理的に依存した行為者だけを救済すれば足るという趣旨と解されるが、まさにこの限度で「事実上の遡及処罰」疑念を解消しようとするのが、第三の方策（違法性の錯誤による責任阻却）に他ならない。

周知の通り、これまで最高裁は、故意責任の成立には犯罪事実（意味）の認識があれば足り、違法性の錯誤は故意責任を阻却しないとしてきた。しかし近時、羽田空港ビル事件で、違法性の意識が欠けていたとする原判決を事実誤認として破棄し⁽¹⁰⁸⁾、百円紙幣模造事件では、被告人が「違法性の意識を欠けていたとしても、……相当の理由がある場合にはあたらなとした原判決の判断は、これを是認することができる」と判示した⁽¹⁰⁹⁾ことから、現在の通説及び多数の下級審判例⁽¹¹⁰⁾の立場——「違法性の意識の可能性なくば、故意責任を問えず」——に変更する機会を窺っているように思われる。そこで、この判例変更を促すために、それを妨げる要因について考察しておかねばならない。というのも、これが実現して初めて、第三の方策が現実性を帯びることになるからである。

学説上、従来の最高裁の立場を合理化する見解は、「判例は故意の成否のところで『違法性の意識の可能性』を取り込んで」おり、「抽象的に『違法性の意識の可能性』の有無を論ずるよりは当該犯罪の故意非難を可能とする事実（意味）の認識があったか否かを検討する方が、判断が容易なのだ」と言う⁽¹¹¹⁾。しかし、まず第一に、「判例は、そのような見解を採らず、当該構成要件の該当事実そのものを認識していることを要し、その一部である違法性の意識を喚起しうる範囲の事実を認識していることは故意の成立を認める証拠にとどまるの見解に立っていると解される」⁽¹¹²⁾。第二に、所謂責任説のいう「違法性の意識の可能性」は、反対動機形成のチャンスが与えられていたか否かを問題とする規範的要素であって、行為者の心理状態を問題とする心理的要素たる故意とは異質の責任要素であるから、前者を後者に取り込むのは無理があるように思える。第三に、故意は主観的帰責の問題であり、一般人が心理的な意味での「違法性の意識」を喚起し得るという理由で直ちに故意を肯定することは、故意の客観化につながらないかという疑問が生じる⁽¹¹³⁾。

最高裁も、現行刑法が *Versari in re illicita* を法原理としているとは考えていないであろうから、刑法38条3項但書——違法性の意識のないときはあるときよりも責任非難は軽いとして刑を減輕する旨の規定——が、「違法性の意識の可能性なくば、責任阻却あり」まで外延的に包摂し得ることは認めるであろう。となると、主たる判例変更の阻害要因は、いかなる場合に「違法性の意識の可能性を欠く」と言えるのか、その理論構成はどうするのかという点にあると言ってよい。

(2) 違法性の意識の可能性の判断基準を考察する前提として、その対象となる「違法性」の内容を確定する必要がある。その内容如何によって可能性の判断が異なるほか、犯罪成立の一要素としての『違法性』概念とは問題の次元を異にする、との指摘もあるからである。

「違法性」の内容として考えられるものを抽象的なものから挙げれば、①前法律的規範違反（例えば文化規範違反）、②法律違反（刑法に限らない）、③刑法的違反（刑法に限る）、④可罰的違法（具体的な刑罰制裁の招来は対象外）、⑤可罰的刑法違反（具体的な刑罰制裁の招来まで対象）となる。もっとも、①と②は、違法の統一性の観点に立たない限り刑事責任を基礎付けることはできないという意味で、法律次元における違法の相対化を是とする本稿の立場からは、考察する実益に乏しい。

③は、「刑法上問題がある」と思えば違法性の意識としては十分とするもので、関根橋事件第一次上告審判決⁽¹¹⁴⁾の立場である。即ち、同判示によると、刑法38条3項但書は、「自己の行為が刑罰法令により処罰さるべきことを知らず、これがためその行為の違法であることを意識しなかったにかかわらず、それが故意犯として処罰される場合において、右違法の意識を欠くことにつき斟酌または宥恕すべき事由があるときは、刑の減輕をなし得べきことを認めたものと解」されている [下線は引用者]。しかしながら、この程度の認識は、既に故意の内容として取り込まれているであろう。故意があるということは、構成要件該当事実の表象があること、従って刑法的違法性の意識を持ち得たことを意味するからである。また、この説に立つ限り、「違法性の意識の可能性がない」という事態は極めて例外的な場合に限定されるが、特に労働公安事件においては、一方では、形式的な規定違反が存在するだけでなく、時に公共の安寧秩序に対する危険を生ぜしめ得るものの、他方では、憲法の保障する基本権を行使しているとの意識の下に集団行動をとり、往々にして行為者が違法性の錯誤に

陥っている場合があるから、このことを念頭に置いた議論が可能な理論構成を用意しておかねばならない。この点、④は、形式的な刑罰法規違反の認識だけでなく、処罰に値するほどの違法行為との認識を要求するから、その要請に応じることができる（尚、この考えは、羽田空港ビル事件第二次上告審の立場と解し得る）。違法性の意識内容としてはこれが妥当であろう。何故なら、刑罰法規違反の意識に処罰効果の反映がなければ、国家的強制力を伴わない前法律的規範違反と結果において大差ないし、そもそも可罰的違法性なしを理由とする無罪判決を想定している者に反対動機の形成を期待し得ない場合もあるからである。

以上に対し、⑤は、刑罰威嚇による反対動機形成の可能性をこの問題の核心とする立場から、違法性の意識があるというためには、具体的に刑事制裁を招くであろうという被告人の主観的な意識まで要求する。そして、④までの見解に対し、「どのような内容を持つ対象の認識・認識可能性が、行為者の責任非難を十分なものとするかという観点から、『違法性』の意味内容が明らかにされなければならないのであって、……犯罪成立の一要素としての『違法性』概念から、ただちに責任判断において意味を持つ、認識の対象としての『違法性』概念を導いたことには、方法論上の誤りがある」と批判するのである⁽¹¹⁵⁾。この見解は、次の認識に基づいている。即ち、「刑事政策を指導理念とする刑法は、刑罰による非難が犯罪を防止しうる可能性を責任論において考慮する。責任とは、刑罰による非難が犯罪行為を回避させる動機付けとなりうるような行為者の心理状態である」⁽¹¹⁶⁾。だが、かかる考え方には疑問がある。

まず第一に、規範による反対動機形成を捨象し、具体的な刑罰威嚇による反対動機形成を責任の内実とすることは、責任概念の空疎化につながる（行為が刑罰によって防止可能であるとの政策的判断から直ちに刑法上の責任が肯定される虞がある）。第二に、刑罰は責任を不可欠の要件とするが、逆は必ずしも真ではない。例えば、処罰阻却事由の存在を行為者が知っていても、有責性が認められ、犯罪が成立することには変わりはないのである。第三に、犯罪論は、刑罰を科すのに適した行為とはどのようなものか（如何なる要件あれば刑罰権を行使し得るか）を論じるものだから、その解釈に際して、刑事政策的要請が指導理念となるのは当然であるが、重要なのは、その刑事政策的要請を如何にして犯罪理論体系に組み入れるかにある。裸の政策的要請を体系論に持ち込むならば、体系論の弛緩を誘発し、法的判断に偶然と恣意の介入する余地を生ぜ

しめるであろう（これを回避するには、論理という触媒を与えて安定化を図り、「解釈の道具」として運用できるところまで具体化する必要がある）。

（3）次に、違法性の意識の「可能性」判断基準を何に求めるかという考察に移ろう。この判断基準如何で責任限定への途は容易に閉ざされるし、逆に緩やかになれば不当な無罪判決を生むことになるから、この考察は重要な意味を持つ。

刑法39条3項但書は、明文上任意的減軽しか規定していない。これは、通常一般人が情報収集義務と照会義務を尽くせば違法性を意識し得るとの前提に立つからであろう。かかる抽象的可能性を違法性の意識の「可能性」と解する限り、違法性の意識の不可能性を理由とした責任阻却は考えにくい。が、刑法制定当時と異なり、刑罰法規が張り巡らされた現代社会において、自己の行為が処罰の対象になっていることを認識するのにかなり困難を伴う場合もある。例えば、腹いせに迷惑電話をかけ続けた場合において、相手の居住地の地方公共団体の法規部に出かけ、迷惑防止条例で処罰されないかを確かめなかったことから、責任阻却されないということになるのであれば⁽¹¹⁷⁾、「悪いことだとは思っていた」として処罰するに等しいであろう。そこで、学説上、この「可能性」の一般的基準を、「具体的状況のもとで行為者に自己の行為の違法性を意識する契機が与えられており、行為者に違法性を意識することを期待できたか否か」⁽¹¹⁸⁾に求め、さらに、その判断資料として、①行為者の認識した事情、②行為の法的性質に関する補充事情、③行為者自身の個人的事情、④行為者が行為の法的性質の検討のためにとった手段、⑤法律の遵守を求める国家の側の事情が掲げられるに至っている⁽¹¹⁹⁾。

しかし、「違法性の意識の可能性」という認定困難な概念を正面から取り上げ、上記の判断資料に基づいて行為者にそれを期待し得たかを問うても、「可能性」の有無の有用な基準にはなり得ないであろう。何故なら、「可能性」概念は程度概念であり、責任主義からその限定を導き出すことはできないからである。となると、抽象的可能性ではなく、合理的な刑事政策的要請による解決を目指す、次のような見解が極めて示唆的のように思える。即ち、責任非難の實質的基礎を刑罰目的論の求め、他行為可能性という意味での「責任」が存在するとしても、一般・特別予防の観点から刑法上の制裁の必要性の有無を問うという思考方法の下で、①当該状況が行為者に対して、行為の許容性につき疑わせる契機を必然的に与えるものであったか、②この前提が肯定された場合、信頼で

きる専門家（実際には、多くの場合、弁護士）に問い合わせれば、その行為を断念する契機が与えられていたかという基準を設定し、いずれかが否定されれば刑罰は不必要であると帰結するものである⁽¹²⁰⁾。

(4) このような解決に異論があることは承知している。一般予防論には、より大なる威嚇効果を求めて処罰範囲と程度を拡大する危険が内在し、特別予防論には、処罰の限界付けの困難さが伴う。つまり、上限を画することはできないのである。しかし、下限（予防の不要性）を画することなら可能である。問題の根源は、責任と予防を相互限定的に機能させ、答責性の観念の下、両者を調和させることができるのか（わずかな責任と必要性の高い予防が競合する場合に、いかなる論理によって責任が予防を限定し得ることになるのか）にあるように思われる。ならば、責任評価はむしろ、行為者が「法規範の命令・禁止を理解しそれに従って行為できたにもかかわらずそのように行為しなかった」という規範的責任評価と、「そのような行為者の非難性が特に刑罰という強力な手段を必要とするほどに強く、しかもその刑罰をうけるに適するような性質のものである」という可罰的責任評価とからなる⁽¹²¹⁾とした上で、違法性の意識の「不可能性」を刑事政策的要請によって決定していくのが相当であろう。かかる観点に立って、先の二つの基準を評価するならば、①は規範的責任評価の問題に止められ（この場合、上記五つの判断資料が有用となろう）、可罰的責任評価の問題は②だけとなるが、この基準には再考の余地がある。何故なら、第一に、弁護士は、当該形罰法規の解釈・運用につき何ら法的な責任を負っていない以上、当該事件に関する情報価値はそれほど高くなく、公的機関の見解を知る契機となるに過ぎないこと、第二に、行為者にとって都合のよい意見を提示してくれる弁護士を捜し出すことも考えられ、予防効果なしとはいえないからである。従って、一般予防上不処罰にして差し支えないとの判断を帰結せしめる基準としては、「責任阻却すべきとの判断の基礎になった諸事情を他の者がもう一度利用して免責されるような事態を招くか否か」に求める方が適切であろう。

(二) 判例変更と違法性の錯誤

(1) さて、以上のように違法性の錯誤論を再構成し、その活性化を図るならば、判例の不利益変更による「事実上の遡及処罰」疑念を解消する有効策にな

地方公務員法違反の争議行為の可罰性（下）

り得るであろう。即ち、自己の行為と同一の事案についての上級審判決ないし確定判決を信頼して行為していた場合には、先の①の基準が否定されるから、当該行為者の責任は阻却されることになる。また、仮令行為者が当該判決の存在を知らなかった場合でも、情報収集義務・照会義務を怠ったが故に「不可能性」が否定されるものではなく、判例についての情報欠如と錯誤との間に不可欠の因果関係を欠く以上、結論に変わりはないのである。

(2) この「判例変更と錯誤論の関係」を、本号550頁に掲げた図の類型⑤⑥を用いて、今少し具体的に考察してみよう。

まず、類型⑤においても、争議行為の指導者には地公法違反の意識が存在するから、「前法律的違反」説、「法律違反」説、あるいは「刑法的違法」説に立てば、違法性の錯誤は存在せず、行為者には完全な刑事責任が肯定され、「事実上の遡及処罰」との批判に甘んじなければならなくなる。これに対し、「可罰的刑法違反」説はもとより、「可罰的違法」説によれば、確かに当該行為の構成要件該当性の意識はあるものの、行為当時の最高裁判決は、争議行為の違法性とあおり行為等の違法性が強度な場合にのみ処罰の対象となり、そうでない行為は可罰的違法性を欠く旨判示していたのだから、共に違法性の錯誤による無罪判決が帰結されるのである。

両説が異なるのは、類型⑥においてである。それは、全農林事件において都教組事件の判例準則の変更を合理的に予測せしめる判例準則が出されたことに起因する。即ち、「可罰的違法」説に立つ限り、判例の可罰的評価の変更が行為者の可罰的評価に影響を与えたとする余地が生じ、違法性の錯誤といえるかかなり微妙となる。加えて、仮に違法性の錯誤だとしても、本稿の「不可能性」判断基準からすれば、責任阻却は否定せざる得ない。何故なら、この場合なお「不可能性」有りと判断するならば、駆け込み違反の虞れがあり、一般予防上処罰の必要性はないとは言え切れないからである。従って、もし類型⑥における「事実上の遡及処罰」疑念を、違法性の錯誤によって解消しようとするならば、「可罰的刑法違反」説に立つより他ない⁽¹²²⁾。しかし、この説には先に述べた疑問がある。

(3) こうして、第三の方策による解決にも限界のあることが判明したが、そもそも違法性の錯誤による解決自体に対して、次のような批判がある。第一に、「被告人が行為したときには、これを適法と解する判例しかなかったとすれば、この判例を信じるにつき、被告人には何らの錯誤もなかったのであり、ただ、

のちの違法判決によって事後的に錯誤があったとみなされるのである。この場合の錯誤は、一種の擬制である⁽¹²³⁾。第二に、違法性「の錯誤による解決は、しばしば主観的な行為側面に対する不確かな立証を強いるであろう。ある者が思い違いをしたかどうか、判決を知り得たであろうかどうかを、いかにして信頼できるほどに確定されることになるのか？」⁽¹²⁴⁾。第三に、「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。……錯誤論の見地からは、…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」⁽¹²⁵⁾。

第一の批判は、判例が行為規範を形成するとの立場からはもっともなものであるが、論者と同様、法律のみが行為規範だとする立場に立てば、行為者は当該刑罰法規の解釈につき、旧解釈を行った裁判所と共に、違法性の錯誤に陥っていたといえるであろう。第二の批判は、違法性の錯誤による責任阻却を専ら行為者個人の事情を考慮して決する立場に対して当て填まる。刑事政策的視点を体系論に組み入れ、国家側の事情をも考慮していく立場に立っても同じだといえるのであれば、故意・過失のような主観的要素の全てにわたって客観的解決を志向しなければ一貫しないであろう。これに対し、第三の批判には理論的な反論は提起し得ないが、判例は行為規範を形成するものではないとの本稿の立場からは、かかる被告人の刑事責任を否定する方が疑問に思われる。むしろ、より重要な問題は、判例に対する信頼の保護を錯誤論で考慮するだけで、与えられた問題を汲み尽くしているのかという点にある。現に、本稿の直接的なテーマである類型⑥は、錯誤論による解決には適さない。もっとも、だからといって、新解釈による不利益を全く及ぼすべきでないということまでは踏み切れない。無罪判決を覆して処罰することが常に許されないとしてよいのか、それは判例変更と法律変更を暗黙的に同一視するものではないか、無罪判決を下そうとする裁判官に無用の制約を課すことにならないか等々の疑問が払拭し得ないからである。

(三) 錯誤論以外による救済

(1) ここまでの考察で本稿が指摘したかった点は、次の三点である。第一に、判例の不利益変更とその遡及適用による処罰は「事実上の遡及処罰」ではない

かという疑念を解消する方策として、「先例拘束性の原理」及び「判例の不遡及の変更」による解決は不相当であること、第二に、違法性の錯誤論を本稿のように再構成すればその活性化をもたらし、この問題の解決に有用となることを示すこと、そして第三に、違法性の錯誤論（実体法的解決）では、不当な判例変更——先例変更の条件を充たさない判例変更——による有罪判決から被告人を救済し得ない場合があり、本稿の考察の契機となった埼教組事件外2事件がそれに該当するということである。

(2) ところで、埼教組事件外2事件において、最高裁のように何らの救済手段も施さなかった場合、客観的にいかなる利益が侵害されていると言えるのであろうか。本最高裁判決が適用した判例準則は岩学テ事件判決（及び全農事件判決）によるものだが、先に触れたように、岩学テ事件判決による判例変更は、「被変更判例の推論と分析に適切な考慮を払わないとき」という事由に該当し、全農林事件判決による判例変更は、この事由に加え、「判例変更が裁判所の構成員の変動にのみ由来するとき」という事由にも該当する。そして、埼教組事件外2事件最高裁判決は、不当な判例変更による準則を適用して、行為当時の判例準則によれば無罪となる被告人に有罪判決を下し、「事実上の遡及処罰」を実現した。これは、「判決の客観性」の侵害にとどまらず、「刑罰権行使の客観性とそれに対する国民の信頼」を侵害したというに値する。

では、この「刑罰権行使の客観性とそれに対する国民の信頼」という利益は、いかなる権利に包摂されるのであろうか。この点本稿は、憲法37条1項の「公平な裁判所の……裁判を受ける権利」に包摂され得ると考える。もっとも、従来の解釈によれば、「公平な裁判所の裁判」とは、「偏頗や不公平のおそれのない組織と構成をもった裁判所による裁判」をいい、個々の事件につき内容実質が具体的に公正妥当なる裁判を指すのではない⁽¹²⁶⁾とされるに止まっている。確かに、裁判内容の具体的妥当性を客観的に計る尺度がない以上、裁判内容の具体的な公正妥当性が憲法の要請とは直ちに解し得ないが、他方、単に裁判所の構成の公平だけを要請するのであれば、憲法32条の「裁判を受ける権利」で十分担保されるし（構成上不公平な裁判所の裁判を誰も受けようと思わないから）、民刑事事件に共通した要請であるはずなのに、何故ことさら「すべて刑事事件においては、……」という規定が設けられたのか理解し難い。従って、これを有意的に解釈するならば、刑事裁判は、国家の刑罰権と被告人の人権が正面から衝突する場であり、その結果如何では被告人の生命を奪うこともある

から、「刑罰権行使の客観性とそれに対する国民の信頼」を確保し得るような刑罰権行使の公平さを特に要請するものと解されるのである。

(3) ところで、以上のように解し得たとしても、問題は、「公平な裁判所の裁判を受ける権利」が侵害された場合に、これを救済する手続規定が現行法上存在しないことにある。かかる場合、裁判所は救済手段を創造することはできないのであろうか。

思うに、国民が憲法上保障された具体的権利の実現を求めて、裁判を受ける権利（憲法32条）を行使した場合、裁判所が、救済手段を規定する法律規範の欠如を盾に救済を拒否するならば、「立法その他国政の上で、最大の尊重を必要とする」（憲法13条）国民の権利は有名無実となろう。これを防ぐには、「権利とその救済手段とは通常一体不可分であって、特別の事情の存しないときは、権利の付与は当然に救済手段の付与を内在しているものと解」⁽¹²⁷⁾さねばならないのである。また、「『司法権』が当事者間の具体的な法律関係または権利・義務の存否について判断し、争訟を解決することであるとすれば、裁判所として然るべき訴訟手続に従い実体的権利を確定した場合において然るべき救済手段を与えて当該争訟の適正な解決をはからなければならない」⁽¹²⁸⁾。さらに、法の認めた価値をいかなる手段で実現するかを定める規範（救済規範）が扱う対象は、法律家が主たる責任を担うことが期待されている問題領域であり、さまざまな利害関係を勘案して、何をなすべきか何をなさざるべきかを定める規範（先行規範）の対象と異なっている⁽¹²⁹⁾。先行規範の場合には、政策的要請に基づく法創造的契機は存しないのである。このことは、次の指摘から論拠付けられよう。「議会民主政においては、裁判官は、憲法及び議会の定める法規範の適用をとおして権利の存否を判定すべきであって、自ら定める規準に照らしてこれを判定することは許されない。これを許すことは、国民によって選挙されず、これに対し實際上責任を負わない裁判官による国の統治を認めることであって、議会民主政の根本原則に背反するばかりでなく、事後に定められた裁判官立法により敗訴者に不利益を与える結果となり、甚だしく不当である」⁽¹³⁰⁾。かくして、救済手段を規定する法律規範が欠如している場合であっても、司法権観念と矛盾しない範囲——権利保護と不可欠の範囲——で、裁判所は、救済規範を創造する権能ないし責務があると解されるのである。

以上の手法は、既に高田事件最高裁判決に見ることができる。それによると、「憲法37条1項の保障する迅速な裁判を受ける権利は、……現実に右の保障に

明らかに反し、審理の著しい遅延の結果、迅速な裁判をうける被告人の権利が害されたと認められる異常な事態が生じた場合には、これに対処すべき具体的規定がなくても、もはや当該被告人に対する手続きを許さず、その審理を打ち切るという非常救済手段がとられるべきことをも認めている趣旨の規定であると解した上で、「本件においては、これ以上実体の審理を進めることは適当でないから、判決で免訴の言渡をするのが相当である」と判示したのであった⁽¹³¹⁾ [下線は引用者]。

(4) さて、本稿のテーマとの関連で、高田事件最高裁判決の意義を考えるならば、次の二点に求めることができる。第一に、憲法37条1項は単なるプログラム規定ではなく具体的権利規定と解したこと、第二に、刑事訴訟法に規定がなくとも審理の打ち切りが可能だとして同条項からストレートに免訴判決という救済規範を創造したこと。

第一の意義から、同じ条項に規定される「公平な裁判所の裁判を受ける権利」も具体的権利であることが帰結される点に異論はなからう。問題は、第二の意義から、埼教組事件外2事件においても免訴判決を下し得るかにある。この点は、高田事件最高裁判決が「憲法的免訴」を言い渡したことに、いかなる論理を見出し得るかによる。

実際上の理由としては、次の指摘が当て填まるかもしれない。「公訴棄却の裁判は、一般には、検察官の訴追行為に対する批難の意味をもつものと考えられている。ところが、本件における遅延の原因は、主として検察官ではなく、裁判所の訴訟指揮のあり方にあったと認定されている。そこで、本件を公訴棄却という方法で処理することは妥当でないと考えた」のだと⁽¹³²⁾。だが、理論的に考えるならば、刑訴法337条2項以下の免訴事由を「処罰不相当を理由とする刑罰権消滅事由」として性格付けることができる点（例えば、「時効の完成」も、国家が「様々な事情を総合的に考慮して、一定の経過とともに犯人の法的・社会的安定性を処罰の必要性に優先させる旨を予め宣言しているのだと解」される⁽¹³³⁾）に求めるざるを得ない。つまり、かかる性格付けを通じて、「一般に処罰に優先する不処罰の正当化事由があれば、免訴判決をなし得る」との法理を導いた上で、迅速裁判違反のような憲法違反の場合には国家に「処罰適格」を欠けるに至ったとして、免訴を言い渡したものと解されるのである⁽¹³⁴⁾。だとすると、同じ論理が、「公平な裁判所による裁判を受ける権利」の侵害（憲法違反）事案と認められる埼教組事件外2事件にも当て填まるはずである。な

らば、免訴判決を下すのが筋であり、有罪判決を下した最高裁には強い疑問を覚える。

これまでの考察から、本稿の結論は、次のように判示すべきだったということになる。即ち、「行為当時の判例準則によれば無罪となるであろう被告人に対し、不当な判例変更の準則を適用して有罪とすれば、刑罰権の行使に対する国民の信頼を損なうから、国家は処罰適格を喪失するというべきであり、憲法37条1項の『公平な裁判所の裁判を受ける権利』の保障を実現するため、判決で免訴の言渡をするのが相当である」。

六. 総括

(1) 本稿が、埼教組事件最高裁判決を契機に「地方公務員法違反の争議行為の可罰性」を論じようとしたのは、その補足意見と反対意見に、名古屋中郵事件最高裁判決と異なる議論の展開が見られ、東京中郵事件最高裁判決への「揺れ戻し」の胎動を感じ取ったからである。その産声をあげさせられるかは、名古屋中郵事件最高裁判決に至る判例理論の形成過程を検証し、その問題点を指摘し、それに変わり得る理論を提示できるかにかかっている。そこで、極めて未成熟な議論ではあったが、労働基本権の複合的性格に応じた憲法論の体系的展開に努め、一つのガイドラインの提示を試みた。もっとも、結論としては、地公法37条1項・61条4号は直ちに違憲とはいえ、埼教組事件判決における坂上補足意見を支持することになった。あるいはこの点を捉えて、本稿の憲法論体系——こう呼ぶに値するかはさておき——の実益を疑う余地もあろうかと思う。確かに、現在の最高裁理論からの決別を願うならば、そして新たな判例理論の形成をめざすならば、違憲を帰結せしめるような憲法論でない限り、意味がないかもしれない。しかし、全く従来議論と連続性のない理論を、責任ある立場の最高裁が安易に採用するとは考えられない。静止摩擦係数は動摩擦係数よりも高いことを考えれば、本稿の試みもあながち無意味ではないであろう。いずれにせよ、本格的な議論は憲法学界に委ねざるを得ない。

(2) 埼教組事件外2事件の下級審判決に目に移すと、いずれも「おおり」概

念の限定解釈を模索していた。しかし、限定解釈は労の割りに功少ないことは、岩教組事件の第一審・第二審の無罪判決が、最高裁にそれほどのインパクトを与えなかったことから窺える。むしろ議論の筋としては、可罰的違法性の問題として考える方が合理的であろう。ただ、これまで可罰的違法性論の名の下に余りに多くのことが語られ過ぎたため、当該理論に対する消極的評価を生ぜしめたことには反省を要する。真にその名に値するのは、所謂「質的な可罰的違法性」にとどまり、この意味の可罰的違法性論は名古屋中郵事件最高裁判決も受け入れているということ、本稿は指摘しなかったのである。また、現在の我が国の刑法学において、可罰的違法性を刑法上の違法性概念に解消していく動きが主流を形成しつつあるが、本稿はこの流れに逆行するものであり、可罰的違法性論の再構築を試み、そこに固有の存在価値を認めようと考えた。なおその議論は熟していないが、刑罰論を目的論的に犯罪論に構成し直すだけでは不十分であり、認定論的・体系論的の考察をも加味しつつ、刑法理論を考え続けて行きたいと思う。

(3) 本稿が最も苦しんだのは、埼教組事件外2事件が提起した「判例変更における遡及処罰の問題」であった。この問題に対処する方策としては、①（緩やかな）先例拘束性の原理、②判例の不遡及の変更、そして③違法性の錯誤論による責任阻却が考えられるが、いずれも決定的となり得ていない。①の方策に対しては、判例の法源性を認める論拠に乏しく、事実上の拘束力論を否定する試みも余り説得的でない。もっとも、この問題を深く考える素養が筆者に欠けているからかもしれない。比較法的な検討を踏まえた考察をする際に、もう一度考え直してみたいと思う。②の方策も、結論的には支持し得ない。ただ、この方策の提示する問題をどのように考察すべきなのか、未だに迷っている。いわば分子の分解に似ていて、原子への分解の後には粒子への分解が、さらにその後には素粒子への分解が待ち受けているというように、論点が次々と浮かび上がってくるのである。論証不足はやむを得ないにしても、触れることすらできなかった論点が幾つかある。例えば、裁判官法の問題に言及しておきながら、司法的決定過程のことや法学的ヘルメノイティークには全く触れていないし、将来効判決の手法の批判は論じても、現に運用されていたアメリカ法の状況については触れることができなかった。これらの点を踏まえたものを他日公表し、批判を仰ぎたいと考えている。

以上に対し、③の方策は、ある程度有効な解決策と考えるが、周知の通り、

現在の最高裁は、未だ違法性の錯誤による責任阻却を認めるには至っていない。主たるその原因は、責任阻却の判断基準が不明確な点にあると思われ、そこで本稿は、刑罰目的論を体系論に組み入れる観点からの考察を試みたが、学説を網羅的に比較検討したわけではないので、試論にとどまっている。また、錯誤論だけで「判例による遡及処罰の問題」を解決し尽くせるか疑問があり、その間隙を補うものとして、憲法的免訴による救済策を提示したが、これとて決して十分なものではない。不当な判例変更であった否かは、その後同種の事件を担当する裁判官が考察することになるが、その際、不当であったとの結論を得ても、現にその準則で有罪判決を下された者の救済には何ら役に立たないからである。この場合、個別恩赦ないし人身保護法による救済しか残されていないように思われるが、今後独自の問題として、救済手段のことを考察して行かなければならないであろう。

最後に、残念に思うのは、我が国の刑法学界において、この種の問題に対する新たな議論展開が乏しいことである。本稿程度の問題提起であっても、これを機に本格的な議論が始まれば、それだけで本稿の目的は十二分に達せられたと言えるであろう。

註

- (1) 浦和地裁昭60・6・27 判時No.1168 44頁。
- (2) 前出注(1)27頁。
- (3) 田中英夫「判例変更をめぐる諸問題」ジュリストNo.536 60頁。
- (4) 典型例として、安楽死の違法阻却要件を定立した名古屋高判昭37・12・22 [高刑集15・674] が挙げられるほか、近時の最高裁判例からでも、胎児性致死傷肯定 [最決昭63・2・29刑集42・2・314] や写真コピーの公文書性要件 [最判昭51・4・30刑集30・3・453] 等はその実例と言えるし、本稿のテーマとの関連では、「二重の絞り論」[最大判昭44・4・2刑集23巻5号305頁、同685頁] が適例である。
- (5) 小暮得雄「刑事判例の規範的効力」北大法学論集17巻4号114頁以下。
- (6) 大谷實『刑法講義総論第三版』76頁。
- (7) 福田=大塚『刑法総論I』52頁(福田執筆)。
- (8) 村井敏邦『刑法—現代の「犯罪と刑罰」一』38頁
- (9) 町野朔『刑法総論 [講義案] I』45頁。
- (10) 田中英夫『法形成過程』17頁。

- (11) 田中英夫『英米法総論下』477頁。
- (12) 伊藤＝田島『英米法』339-41頁参照。
- (13) 田中保太郎英米法論文集『英法における判例違由の原則』14頁は、「立法院による法律改正は経過規定によって新法のときにおける効力を調整しうるに反し、判例の変更は必然的に遡及効を伴うと考えられ」、「その判例について認められた権威が大なれば大なるほど、その遡及効のもたらす被害は大である」と言われる。
- (14) 小暮・前出注(5)108、116、123頁。
- (15) 杉原泰雄「最高裁判例の法源性をめぐる」法律時報59巻2号78頁。尚、「判例の比較法的研究」比較法研究1965年参照。
- (16) 佐藤幸治『現代国家と司法権』379、385頁。
- (17) 例えば、樋口＝栗城『憲法と裁判』[現代憲法体系]（樋口執筆）119頁は、「判例を正面から『法源』として位置づけることによって、最上級審自身が自分の先例をなんらかの意味で意識するべきであることが念頭におかれるようになり、そうなれば、先例の拘束を緩和する技術について多少とも議論が深まり、ひいては、下級審にとっても、説得性を欠く上級審判断の拘束からのがれるための有用な論理が提供されることが、期待されるだろう」と言われる。
- (18) 中野編『判例とその読み方』（中野執筆）30-1頁。
- (19) 芦部信喜『憲法講義ノートⅠ』62頁。即ち、レイシオ・デシデンダイのことであり、「裁判所が重要な事実としたものに対してどのような法的効果を与えたかによって決まる」[田中・前出注(11)482頁]。
- (20) 中村治朗『裁判の世界を生きて』349頁。
- (21) 広中俊雄「判例の法源性をめぐる論理について」判時 No. 1399・8。
- (22) 石川真人『『類型論』の原点』北大法学論集41巻5・6合併号513頁注(14)。尚、同「事実問題と法(律)問題」『法の解釈と法社会学』（日本法社会学会編）229頁以下参照。
- (23) 樋口ほか『注釈日本国憲法下巻』1147頁（浦部執筆）。
- (24) 広中俊雄『民法綱要』（第1巻総論上）42頁注(2)。
- (25) 田中・前出注(10)15、17頁。
- (26) 樋口＝栗城・前出注(17)116頁（樋口執筆）。
- (27) 団藤重光『法学入門』144頁。
- (28) 中村・前出注(20)338頁。この前提には、「生まの事実面に直視し当事者の生みの要求を体しながら裁判する。下級審が、「判例を動かして行く原動力」である[団藤・前出注(27)166頁]という認識がある。
- (29) 浦部法穂「判決の効力と判例理論」『法学セミナー増刊憲法訴訟』236頁。
- (30) 中野次雄『刑事法と裁判の諸問題』179-80頁。
- (31) 『注解刑事訴訟法下巻 [全訂新版]』220-1頁（平場執筆）。

- (32) 田中・前出注(11)477頁参照。
- (33) 『裁判所法逐条解説上巻』89頁。
- (34) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』275頁。
- (35) 小暮・前出注(5)112頁。
- (36) 中村・前出注(20)339頁。
- (37) 団藤重光『実践の法理と法理の実践』259頁は、「新しい社会的現象…
…に対処するためには判例も動いて行かなければならない。……『機能
している法』というものは、社会の動きに順応して行かなければ、法と
いうものはだめになってしまいます。これは判例の変更が法の安定に役
立つ面であります。……判例が動くばあいには、それが法的安定性に役立
つ判例の変更なのか、あるいは法的安定性を害する方の判例の変更なの
か、……は判例の評価の問題ですから、見る人の立場によってそれぞれ
違うわけです」と言われる。
- (38) 末弘厳太郎『民法雑記帳』（上巻）33頁。
- (39) 田中英夫「判例とは何か」法学教室〈第二期〉1号203頁。
- (40) 「現代裁判の課題解決をめざして」判時 No. 1316・12頁（F裁判官）が、
「当事者一般国民の裁判への取り組み、それに裁判官が裁判官の立場で取
り組むと、その出会いの中で、一つの法規範性をもった判例というもの
が生まれてくるのではないだろうか……。そして……裁判の場で、当事
者の主張を正確な事実認定の上に立って謙虚に聞く裁判官の姿勢があっ
て、初めて健全な法規範の形成というのがなされていくんじゃないか」
と言われるのは、核心を衝く発言である。
- (41) 中村・前出注(20)344頁。
- (42) 判時 No. 967・25。
- (43) 芦部信喜「憲法判例の拘束力と下級審の対応」『国家と市民』（国家学
会百年記念）第1巻70頁。
- (44) 中野・前出注(30)185頁。
- (45) 中野編・前出注(18)19-21頁（中野執筆）。
- (46) 前出注(40)（B裁判官発言）。
- (47) 平野龍一『刑法の基礎』241-2頁
- (48) 前出注(40)（山本裁判官発言）。尚、法令解釈統一化の問題性につき、
小田中聰樹「裁判官論の現代的課題」『刑事裁判の復興』（石松竹雄判事
退官記念論文集）471頁参照。
- (49) 団藤・前出注(27)166頁。
- (50) 芦部・前出注(43)87頁。さらに、G・ギルモア『アメリカ法の軌跡』
（望月礼二郎訳）139頁参照。
- (51) 樋口＝栗城・前出注(17)93頁（樋口執筆）。
- (52) 芦部・前出注(43)55頁以下参照。

- (53) 町野朔「『違法性』の認識について」上智法学24巻3号234頁。
- (54) この点につき、樋口=栗城・前出注(17)119-20頁（樋口執筆）参照。
- (55) 平野龍一「刑事法の領域における判例について」『判例の法社会学的研究』（日本法社会学会編）26-7頁。尚、本報告で次のような主張をされた。「レバントなファクトに法令をあてはめる中間にもう一つ概念」があり、その「中間的命題がくるった場合には、将来いくつかおこる事案について影響を及ぼす余地が多い」ので、判例違反として上告理由に取り上げられるが、このため、「判例とは中間的命題をいうという考え方が、かなりわが国では明示的あるいは黙示的に認められ」、従って、「レイシオ・デシデンダイからはずれたか、はずれなかったかということで、わが国の判例を……分析していくよりもむしろ日本の判例がなぜどの程度に中間的命題をつくっているか、それができている場合にそれからぬけ出す方法としてどの程度具体的事実の違いを考慮しているかといういわば逆の方向から分析することがかえって有効なのではないか」と〔同・24-7頁〕。
- 思うに、何を以ってレバントなファクトというかは、法政策的判断が不可避的に介入するためとりとめがない。そこで、論理という触媒を与えて法的命題という形にしておくのが合目的であろう。こう考えるならば、そこで述べられている二つの分析方法は、コインの裏表の関係に過ぎないのではないかと〔尚、中野編・前出注(18)46-7頁（中野執筆）参照〕。
- (56) 樋口=栗城・前出注(17)110頁（樋口執筆）。
- (57) 佐藤幸治『憲法 [新版]』343頁。
- (58) 小嶋和司「憲法判例の変更」『新版憲法演習3』227頁。
- (59) 佐藤・前出注(16)370頁以下。
- (60) 佐藤・前出注(57)344頁。
- (61) 佐藤・前出注(16)373頁。
- (62) 畑博行「憲法判例の変更について」公法研究37号56頁。
- (63) 佐藤・前出注(16)373-4頁。
- (64) ジュリストNo.536・107頁以下。
- (65) ジュリストNo.536・112頁以下。
- (66) 木村亀二「罪刑法定主義」刑事法講座第1巻37頁。
- (67) 戸松秀典「司法の政策形成機能」芦部編『講座憲法訴訟第3巻』227頁以下参照。
- (68) Müller-Dietz, Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht, in: Maurach-Festschrift, S. 43.
- (69) Schreiber, Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht ?, JZ, 1973, S. 715f.

- (70) Schreiber, a. a. O., S. 715.
- (71) Straßburg, Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht, in: ZStW. Bd. 82, S. 957.
- (72) Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 4/81.
- (73) Rudolphi, in: SK StGB, §1 Rdn. 8.
- (74) 本稿(中) 北大法学論集42巻3号895頁参照。
- (75) 福田=大塚・前出注(7)53頁(福田執筆)。
- (76) Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, §5 Rn. 23.
- (77) Schünemann, Nulla poena sine lege?, S. 27f.
- (78) 小暮・前出注(5)129-30頁。
- (79) Schünemann, Ungelöste Rechtsprobleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten, in: Bruns-Festschrift, S. 233f
- (80) 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」ロー・スクール36号133頁。
- (81) 寺崎・前出注(80)135頁。
- (82) ラードブルフ著作集第6巻『イギリス法の精神』(久保正幡ほか訳)62頁注(1)。
- (83) 東京地判昭29・11・10行集5巻11号2643頁。
- (84) Bockelmann, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Bd. 3, S. 289. 最近ではロクシンも、「判例には遡及効禁止は何ら妥当しない。……新たな解釈は、その意味からすると、遡及処罰ないし量刑加重ではなく、既に存していたが、今初めて正しく認識された法意の実現だからである」と言われる [Roxin, a. a. O., §5, Rn. 59].
- (85) 民事では、このフィクション性をたやすく認識できることにつき、エルンスト・フォン・ケメラ「法典と裁判官法」(奥田=村上訳)日独法学1号3頁以下参照。
- (86) 末弘巖太郎『民法雑考』11-2頁。
- (87) 谷口正孝「裁判の拘束力と裁判官による法形成」『裁判による法創造』(天野和夫ほか編)22-5頁には、刑法の分野における判例の法形成と例として、共謀共同正犯、電子機器による複写文書と文書偽造、名誉毀損罪と事実の証明が挙げられている。
- (88) 中村・前出注(20)334頁。
- (89) 小暮・前出注(5)130頁。
- (90) Grünwald, Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“, in: ZStW Bd. 66, S. 16.
- (91) 中村・前出注(20)332-3頁。
- (92) アルトゥール・カウフマン「法律国家、裁判官国家、法治国家」(宮沢=原訳)城西経済学雑誌第2巻第2号117頁。

- (93) Engisch, Subsumtion und Rechtsfortbildung, in: Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, S. 6.
- (94) Eser, in: Schönke / Schröder, StGB, 24. Aufl. §2 Rdn. 9.
- (95) 村井敏邦「判例変更と罪法定主義」一橋論叢第71巻第1号49頁。
- (96) Robbers, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, JZ, 1988, S. 487.
- (97) Tröndle, in: LK, §2, Rdn. 21.
- (98) Schreiber, Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte, in: ZStW Bd. 80, S. 364.
- (99) Schreiber, JZ, 1973, S. 717.
- (100) Schreiber, JZ, 1973, S. 716f.
- (101) Schreiber, JZ, 1973, S. 717. prospective overruling の類型につき、サミュエル・マーミン「『将来効判決』の正当性」(長内了訳)比較法研究1983, 114頁以下参照。
- (102) エルマンの定式化 — vgl. Kohlmann, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, S. 290, Fn. 4.
- (103) Kohlmann, a. a. O., S. 294f.
- (104) prospective overruling を批判する立場から検討したものと、Tröndle, Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel?, in: Dreher-Festschrift, S. 125-32; 擁護する立場から問題点を検討したものと、田中・前出注(10)92-103頁参照。
- (105) Haffke, Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG bei Änderung der Rechtsprechung zum materiellen Recht, S. 142. 144.
- (106) 佐藤・前出注(34)249頁。
- (107) Tröndle, in: Dreher-Festschrift, S. 126.
- (108) 最判昭53・6・29刑集32巻4号967頁。
- (109) 最判昭62・7・16刑集41巻5号237頁。
- (110) 佐藤文哉「最高裁判所判例解説」法曹時報32巻8号153頁注(8)参照。
- (111) 前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』199頁。
- (112) 香城敏磨「最高裁判所判例解説」法曹時報42巻4号238頁。
- (113) 意味の認識に違法性の意識を取り込もうとする見解のその他の問題性につき、町野朔「意味の認識について(上)」警察研究61巻11号4頁以下参照。
- (114) 最判昭32・10・18刑集11巻10号2663頁。
- (115) 町野・前出注(53)209頁。
- (116) 町野朔『犯罪論の展開Ⅰ』18-9頁。
- (117) 高松高判昭61・12・2 [林陽一「『迷惑条例』違反と法令の適用範囲」

法学教室81号104頁] 参照。

- (118) 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』1036頁。
- (119) 松原久利『違法性の意識の可能性』67-9頁。
- (120) ロクシン『刑法における責任と予防』（宮沢浩一監訳）88、98頁。
- (121) 佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』232頁。
- (122) 町野・前出注(53)232頁。
- (123) 村井・前出注(95)48頁。
- (124) Schreiber, JZ, 1973, S. 717.
- (125) 小暮・前出注(5)133頁。
- (126) 最大判昭23・5・26刑集2巻5号511頁。
- (127) 香城敏磨「憲法解釈と裁量」ジュリストNo.638 210頁。
- (128) 佐藤幸治「基本的人権の保障と救済(2)」法学教室No.56 61頁。
- (129) 田中・前出注(10)25頁。
- (130) 香城・前出注(127)205頁。
- (131) 最大判昭47・12・20刑集26巻10号631頁。
- (132) 熊本典道『刑事訴訟法論集』48頁。
- (133) 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』368-70頁。
- (134) 鈴木・前出注(133)374頁。