



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑法の時間的適用範囲と判例の遡及効
Author(s)	小名木, 明宏
Citation	北大法学論集, 71(2), 1-19
Issue Date	2020-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/78966
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_71_2_01_Onagi.pdf



刑法の時間的適用範囲と 判例の遡及効

小名木 明 宏

1. はじめに

今回取り上げる刑法の時間的適用範囲の問題は、時際刑法とも呼ばれており、罪刑法定主義との関連で議論されている。罪刑法定主義の派生原則として、刑罰法規の不遡及の問題が議論され、これとの関連で、刑の変更と刑の廃止や限時法の問題といった観点でも取り扱われている。前者との関連では、主刑、附加刑としての没収を含むのか¹、刑の執行猶予に関する規定の変更は刑の変更にあたるのか²（消極：最大判昭和23年11月10日刑集2巻12号1660の1頁）、窃盗罪に罰金刑を加えたことが刑の変更にあたるのか（消極：最決平成18年10月10日刑集60巻8号523頁）が論点となり、後者、すなわち限時法については、例えばドイツ刑法2条4項が「一定の期間についてのみ効力を有する法律は、その有効期間内になされた行為について同法が効力を失った後であっても適用される。但し、法律に特別の規定がある場合はこの限りではない」と規定し、当該限時法の期限終了後も有効期間内になされた違反行為の処罰を規定

¹ 前田雅英『刑法総論講義（第6版）』（2015年）53頁、大谷實『新版第4版刑法講義総論』（2012年）506頁、古田佑紀＝渡辺咲子『大コンメンタール刑法（第3版）』（大塚仁ほか編）第1巻（2015年）6条10、反対：福田平『全訂刑法総論（第5版）』（2011年）42頁。

² 前田・前掲（註1）54頁註11、大谷・前掲（註1）506頁、福田・前掲（註1）42頁、林幹人『刑法総論（第2版）』（2008年）62頁。反対：古田＝渡辺・前掲（註1）6条12参照。

している立法状況とは異なる我が国においては、このような限時法の理論が、刑法6条と直接的に矛盾するのか、明文の特別の規定なしに刑法6条の例外を認めるのはおかしいのか、という議論がなされている³。さらに、2010年、罪刑法定主義との関係では、ほとんど議論なく法案が通過し、成立しまった死刑事件についての時効の廃止の問題もここに含まれる⁴。いずれも、立法による法規範の変更と時間的限界が問題となっているという点では、視座を異にするものではない。これに対してここで取り上げる判例変更と遡及効の問題は、立法による法規範の変更ではなく、裁判所による解釈の変更である。果たしてこのような場合に罪刑法定主義の原則はどのように影響するのであろうか。とくに、最高裁は横領後の横領の問題（最大判平成15年4月23日刑集57巻4号467頁）において従来の判例の立場を修正し、また、わいせつの意図に問題（最大判平成29年11月29日刑集71巻9号467頁）において従来の判例の立場を変更すると明示している。従来の判例の解釈に従った行為者には、新解釈は適用されるのであろうか。

2. 判例の変更と遡及効

（1）岩手県教組同盟罷業事件第二次上告審判決

ある法律問題の解釈について判例が変更された場合、その判例変更には遡及効が認められるのかという問題⁵は、岩手県教組同盟罷業事件第

³ 福田・前掲（註1）45頁、大谷・前掲（註1）510頁、林・前掲（註2）66頁。また、岩間康夫「刑法の適用範囲」西田典之・山口厚編『刑法の争点（第3版）』（2000年）13頁は、立法技術として、限時法の有効期間内になされた違反行為はその期限終了後も処罰する旨の特別の規定が置かれるのが通例であるので、限時法の理論の主張のように法としての機能を損なうことはないと主張する。

⁴ 当時の議論は、なぜ死刑事件の時効を廃止するのが中心に議論されていた。被害者感情の保護、新技術による証拠の確保、平均寿命の延び、検察の負担の軽減、社会復帰の現実という観点が議論されたが、事後法の禁止という観点は正面から議論されなかった。

⁵ 議論自体はかなり以前からあった。小暮得雄「刑事判例の規範的効力」北大法学論集17巻4号（1967年）641頁、西原春夫「刑事裁判における判例の意義」

二次上告審判決（最判平成8年11月18日刑集50巻10号745頁）がそのきっかけとなった⁶。事実の概要は、昭和49年3月、被告人は岩手県教職員組合の中央執行委員長で、傘下組合員である公立小・中学校教職員をして公務員労働組合共闘会議の統一闘争として、同盟罷業の遂行をおおることを企て、さらにこれをおおったというものである。公務員の争議行為の可罰性に関しては、地方公務員については都教組事件（最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号305頁）で、国家公務員については仙台全司法事件（最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号685頁）で、それぞれ「二重の絞理論」でその可罰性を限定していた。しかし、最高裁は後に東京全農林事件（最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁）で国家公務員の争議行為のあり行為を一律に処罰するとして、先の仙台全司法事件判決の態度をあらためた。これに対して地方公務員については、本件事件の後の岩手県教組事件（最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号1178頁）で最高裁は先の東京全農林事件と同様に態度をあらためるが、昭和49年3月に発生した本件事件に、事件後の判決たる岩手県教組事件判決での判例変更を適用することは遡及処罰の禁止に反するものであり、また、本件事件当時、被告人には違法性の意識が欠けており、そのことに相当な理由があった場合に該当するとして被告人側が上告した。

最高裁は「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

中野次雄判事還暦祝賀『刑事裁判の課題』（1972年）305頁、村井敏邦「判例変更と罪刑法定主義」一橋論集71巻1号（1974年）32頁、金沢文雄「罪刑法定主義の現代的課題」中山研一ほか編『現代刑法講座』第1巻（1977年）85頁、福田平・大塚仁『刑法総論Ⅰ』（1979年）47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 136号（1981年）128頁、中野次雄『判例とその読み方（三訂版）』（2011年）83頁など。

⁶ 本事件については、今崎幸彦「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憲法39条」『最高裁判所判例解説刑事編（平成8年度）』（1999年）151頁、中山研一「判例変更と遡及処罰の問題」判例評論482号（1999年）2頁などで詳細に取り上げられている。とくに、憲法学者の立場から君塚正臣「司法権・憲法・訴訟論（上）」（法律文化社、2018年）は、岩手教組判決について、憲法上疑義があるとしている（同書・368頁）。

のような行為であっても、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（最高裁昭和二三年（れ）第二一二四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、最高裁昭和二九年（あ）第一〇五六号同三三年五月二八日大法廷判決・刑集一二卷八号一七一八頁、最高裁昭和四七年（あ）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るとした。

なお、本判決には河合裁判官の補足意見があり、「判例、ことに最高裁判所が示した法解釈は、下級審裁判所に対し事実上の強い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。この現実には照らすと、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ことに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」の許否ではなく、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な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。」しかし、「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昭和四一年（あ）第四〇一号同四四年四月二日大法廷判決・刑集二三卷五号三〇五頁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昭和四三年（あ）第二七八〇号同四八年四月二五日大法廷判決・刑集二七卷四号五四七頁が出され、都教組事件判例の基本的な法理は明確に否定されて、同判例もいずれ変更されることが予想される状況にあったのであり、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、かつ知った上であえて犯行に及んだものと認められるのである。」とし、「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うべきである。」としている。

（２）議論の状況

この問題について学説は分かれている⁷。多数説⁸は遡及処罰の禁止の原則は判例変更の場合には及ばないとする。その理由として、我が国は判例法ではなく、成文法主義、すなわち法律主義を採るのであって、判例に法源性を認めることはできないとするのである。もし仮に、判例に法源性を認めようとするのであれば、裁判官に立法者としての権能を認めることになり、三権分立に反することになってしまう。このように考えれば、判例の不利益変更は遡及処罰の禁止の原則に反しないということになる。

これに対して、近時の有力説⁹は、判例が持つ事実上の拘束力を重視し、判例に法源性を肯定しながら、罪刑法定主義の要請である遡及処罰禁止を実現するためには、判例変更にも遡及処罰の禁止が及ぶ（判例の不遡及的変更の理論）と主張している。

従来、無罪とされてきた判例に従って行為したにもかかわらず、判例が変更されて、処罰されることになった場合、それが行為者の保護に欠けるという批判は肯首できる。有力説の議論のスタートはそこにある。しかし、他方で多数説も行為者の保護を実現するためにするために「禁止の錯誤」という解決策を出してくる。つまり、判例により当該行為は

⁷ 最近の論文では、奥村正雄「判例の不遡及的変更」現代刑事法2001年11月号（No.31）44頁、安田拓人「判例の不利益変更と遡及処罰の禁止」大野眞義先生古稀祝賀『刑事法学の潮流と展望』（2000年）45頁、中山・前掲（註6）がある。

⁸ 前田・前掲（註1）55頁以下、同・可罰的違法性と判例の不遡及変更」警察学論集51巻9号（1998年）194頁以下、阿部純二「判例変更と遡及処罰の禁止」研修610号（1999年）12頁以下、林・前掲（註2）63頁、高山佳奈子「判例変更と遡及処罰の禁止」法学教室別冊『判例セレクト97』29頁、同・「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憲法39条」ジュリスト1132号（1998年）160頁等。なお、河上和雄「法解釈の変遷とその限界」判例タイムズ497号（1983年）34頁は、免訴判決に準じた実体関係的形式判決によるべきとする。また、鋤本豊博「地方公務員法違反の争議行為の可罰性（下）」北大法学論集44巻6号（1994年）は、錯誤論による解決に疑問を呈して（同・547頁）、判決で免訴の言渡をするべきであるとしている（同・510頁）。

⁹ 小暮・前掲（註9）659頁以下、西原・前掲（註9）311頁、村井・前掲（註9）48頁以下、福田・大塚・前掲（註9）53頁以下、寺崎・前掲（註9）128頁、大谷・前掲（註1）504頁、中山・前掲（註10）判例評論486号（1999年）12頁。

許されていると思っていた行為者には、違法性の意識ないしその可能性が欠けるとするのである。従ってこの考え方によれば、責任論において解決が図られることになる。

(3) 問題解決へのアプローチ

ここで問題点を整理すると、具体的には2つの事例が議論されるべきものと思われる。まず第1に、判例変更がなされた場合の当該被告人の問題である(図で一番上の事件)。つまり、行為当時、判例上は無罪であったが、本件において判例が変更され、有罪とされる場合である。第2に問題となるのは、本件とは別の事件で訴追されている被告人の問題である(図で真ん中の事件)。この場合も、行為時は判例上無罪だったが、裁判までの間に判例が変更された場合である。おそらく、判決書においては「当裁判所の判例によれば……」として有罪とされるということになろう。



従来の議論は一つ目の事例を中心に議論してきた。通説の考え方では、判例の不利益変更であっても当該被告人が有罪とされることに躊躇はないが、それでもこれに対する批判として、この被告人を何らかの形で保護しようというアプローチは存在している。ひとつには、英米法で用いられるオーバールーリング、すなわち、今後、同種の事件は有罪となるという考え方である。ただ、現在の刑事訴訟法がこのような判決を想定

していないため、何らかの立法的な手当てが必要となる。もう一つのアプローチは、禁止の錯誤を適用しようというものである。判例を信用して行為が禁止されていない行為を実行したのであるから、のちにこれが違法と評価されようと、行為者には禁止の錯誤が適用されることになる。故意と違法性の意識ないしその可能性の問題が絡むため、にわかには結論を出しにくい、違法性の意識の可能性がない場合には、故意または責任が阻却され、不可罰となるという最終解決には到達できそうである¹⁰。前記最高裁平成8年判決の河合裁判官の補足意見はこの方向性を示す。

これに対して二つ目の事例はこれまで想定されていない。一つ目の事例において判例の不利益変更を許容するのが通説であるので、その考え方からすればここでも不利益変更は許容されることになるが、先に述べた修正のためのアプローチでは結論に違いが生じてくる。オーバールーリングのアプローチでは、判例変更がされた事件は終局しており、将来に向かっての新しい判例の立場は有効となっているのであるから、問題となっている被告人の保護は実現されないことになるのである。これに対して禁止の錯誤によるアプローチによれば二つ目の事例も十分に保護されることになる。

(4) 私見

確かに我が国の法律実務における判例の持つ意義と機能は、伝統的な法律主義でははかり知れない程、重要なものとなってきている。とくに、法科大学院での実務を意識した教育において、判例の意義と重要性は強調されており、教える側としてもそれを十分に認識している。判例が変更されることの影響は、ほんの些細な条文の変更とは比較にならない程、大きいものであるともいえる¹¹。

しかし、憲法31条は法律主義を前提としており、判例に法源性を認め

¹⁰ それでも故意説によれば、過失犯の処罰の可能性は排除されない。ただ、過失犯も処罰するような事例が想定されることはほとんどないであろう。

¹¹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, 2016, S. 146 (Rn.45).

たと解することはできないであろう。さらに、そのような形式的な理由付けとは別に、判例に法源性を認めると、裁判官に立法者としての機能を認めることになり、ひいて、三権分立の前提とする権力バランスを失することにもなりかねない。しかも、判例の不利益変更が遡及処罰の禁止の原則に反するとすると、極端な言い方では、被告人に不利な判例変更は一切できなくなってしまうのである。従って、最高裁が前記判決で判例の不利益変更が遡及処罰の禁止の原則に反しないとしたことは当然のことであるともいえる。さらに、この考え方からすれば、一体どのような根拠に基づいて検察の起訴はなされているのであろうか、そもそも、検察は起訴できないのではなかろうかという疑問も生じてくる。

そうすると、行為当時の判例を信じて行為した行為者をどのように保護するかが重要な問題となる。行為者は自分の行為が違法でないと考えたのであるから、これを禁止の錯誤の問題として、責任論において故意または違法性の意識ないしはその可能性の問題として、解決するのが妥当であると思われる¹²。

これとは別に、一つの条文の解釈をめぐる、無罪から有罪、あるいは有罪から無罪という劇的な立場の変化が生ずるということは、その条文自体が罪刑法定主義の明確性の原則に反するのではないかと批判も成り立つ¹³。憲法76条によれば、裁判官は法律に拘束されるのであるから、その拘束の役割を果たさないほど、曖昧な条文はそもそも罪刑法定主義に反しているといえるのかもしれない。類推解釈と拡張解釈をめぐる議論において、刑法の解釈は国民の予測可能性の枠の中で揺れ動くもの¹⁴

¹² 違法性の意識不要説を採るなら、話は別であるが、少なくともこの説は最近では支持者が殆どいない。また、前記判決の補足意見でこの点について最高裁の立場について批判が出たのも注目に値する。

¹³ 同旨、高山・前掲(註12)「判例変更と遡及処罰の禁止」29頁、同・前掲(註12)「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憲法39条」163頁。

¹⁴ 裁判所がある事件についてはじめて判断を下し、判例を形成する時、それはある条文の解釈についての国民の予測可能性の範囲内にあるものである。この点については、福田・大塚・前掲(註9)53頁参照。Rudolphi, in: SK §1 Rdn. 8 も同旨。なお、最新版のSKでは、ドイツ基本法103条2項は「法律」の

で、それを逸脱すれば罪刑法定主義に反することになると考えれば、裁判所の判例も本来その予測可能性の中でしか動くものではなからうか。それ以上にドラスティックに動くこと、つまり、有罪から無罪へ、無罪から有罪へと動くことが問題視されるべきなのである。諸外国の刑法典と比較して、我が国の刑法典はその条文が明確性を欠いているといわれてきている¹⁵。現行法の立法当時は、構成要件に絞りをかけず、裁判官に幅広い裁量を認めると考えたのであるが、最近の立法状況、例えば危険運転致死に関する複雑な構成要件の設定を見れば、状況が変わってきているといえよう。立法技術の問題としてこの点は今後克服していかなければならないのではなからうか¹⁶。

なお、経済事犯の領域では、法規範や判例の変更ではなく、通達による基準の変更の問題が銀行の決算基準との関係で問題となったことがある。大蔵省（当時）が平成9年7月に資産査定通達によって決算経理基準（昭和57年4月1日付け蔵銀第901号）を改正したが、長銀では、自己査定の結果に基づいて策定された平成10年3月期決算の基本方針を同年3月31日の常務会で承認し、同期決算案を同年4月28日の取締役会などで承認し、株主総会での可決を経て、平成10年3月期に係る有価証券報告書を完成させ、平成10年6月29日、大蔵省関東財務局長あてにこれを提出したという証券取引法および商法違反被告事件について、最判平成20年7月18日刑集62巻7号2101頁は、「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、特に関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関しては、新たな基準として直ちに適用するには、明確性に乏しかったと認められる上、本件当時、関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関し、従来のいわゆる税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきこ

不遡及を規定しているのであって、「法律と法」の不遡及を規定しているわけではなく、しかも、裁判官は厳格な文言解釈を行うのであり、解釈の余地は少なく、他方で、市民の判例への信頼は禁止の錯誤の取り扱いにより十分に保障されるとしている。Jäger, in: SK, 9. Auflage, 2017, § 1, Rd. 16.

¹⁵ 日本刑法の文言の簡潔性については、宮澤浩一「犯罪論体系の意義」中山研一ほか編『現代刑法講座』第1巻（1977年）192頁を参照。

¹⁶ 中野・前掲（註9）84頁。

とも必ずしも明確であったとはいえ、過渡的な状況にあったといえ、そのような状況のもとでは、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によって関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定を行うことをもって、これが資産査定通達等の示す方向性から逸脱するものであったとしても、直ちに違法であったということとはできない。」として無罪とし、さらに、同様に、日債銀が、資産査定通達に基づく査定基準として自己査定基準を作成し、これに従って行われた自己査定の結果に基づいて、平成10年3月期決算案を策定し、常務会、取締役会及び株主総会での承認を経て、同期に係る有価証券報告書を完成させ、平成10年6月29日、大蔵省関東財務局長あてにこれを提出したという日債銀の証券取引法違反が問題となった事案について、最判平成21年12月7日刑集63巻11号2165頁は、「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、特に支援先等に対する貸出金の査定に関しては、幅のある解釈の余地があり、新たな基準として直ちに適用するには、明確性に乏しかったと認められる上、本件当時、従来の税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことも必ずしも明確であったとはいえ、過渡的な状況にあったといえ、そのような状況のもとでは、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によって支援先等に対する貸出金についての資産査定を行うことも許容されるものといえる。」として、有罪とした原判決を破棄差戻している。

（５）更なる問題点

ここまで判例の不利益変更の問題を見てきたが、逆に従来有罪とされた判断が無罪とされた場合にはどうなるのかという問題点も存在する。当該事件で無罪判決を受けた被告人に関しては、何ら問題はない。問題となるのは、そのことで有罪となり、服役している被収容者と、すでに刑期を終えて出所した者の扱いである。これが民事事件の場合には、法的安定性を考慮して、確定判決を経た当事者をとくに救済する必要はないであろうが¹⁷、刑事事件の場合は人権侵害の状況が生じているのであ

¹⁷ 民事での判例変更としては、非嫡出子の相続分について、最決平成25年9月

り、何らかの対応が必要となろう¹⁸。



これとの関連で、ドイツでは刑の廃止に伴う補償が問題となった。1998年の刑法改正による同性愛の処罰規定の廃止（ドイツ刑法175条）に伴い、かつて受刑した者に補償をしようというものである¹⁹。また、わ

4日民集67巻6号1320頁が「本決定は、本件規定が遅くとも平成13年7月当時において憲法14条1項に違反していたと判断するものであり、平成7年大法廷決定並びに…小法廷判決及び小法廷決定が、それより前に相続が開始した事件についてその相続開始時点での本件規定の合憲性を肯定した判断を変更するものではない。」とし、さらに「既に関係者間において裁判、合意等により確定的なものとなったといえる法律関係までも現時点で覆すことは相当ではない」として、法的安定性を重視している。これについて、君塚・前掲書（註6）は、最高裁が本件判例変更を「世の中の変化に鑑みて、本件事案以降の事案についての判例変更」として（同書・424頁）、遡及効を制限したことは、混乱を回避するための政策的配慮であるとしている（同書・365頁）。

¹⁸ 中野・前掲（註9）83頁以下は、有罪から無罪に判例が変更された場合に、すでに有罪判決を受けた者をどう扱うべきかなどについても言及している。これによれば、尊属殺の確定判決を受けた者に対しては個別の恩赦がなされている（減刑22名、刑の執行免除23名、復権5名）。

¹⁹ 2017年6月22日に「1945年5月8日以降の同意に基づく同性愛行為により有罪とされた当事者の復権に関する法律」Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen (StrRehaHomG) が成立している。1件当たり3000ユーロ、さらに1年あたり1500ユーロが支払われるが、

が国では第三者没収が違憲とされた際、遡って救済がなされた実績がある²⁰。

なお、公務員の政治活動の可罰性が問題となった猿払事件（最判昭和49年11月6日刑集第28巻9号393頁）と国公法違反被告事件（いわゆる堀越事件）（最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁）でも、公務員の政治的活動について前者では有罪、後者では無罪へと揺れ動いた。最高裁は、「当該公務員が管理職的地位になく、その職務の内容や権限に裁量の余地がなく、当該行為が勤務時間外に、国ないし職場の施設を利用せず、公務員の地位を利用することなく行われたことなどの事情を考慮しても、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものであったということができ、行政の中立的運営の確保とこれに対する国民の信頼に影響を及ぼすものであった」49年判決とは事案を異にするとし、また、千葉勝美は補足意見で「猿払事件大法廷判決の上記判示は、本件罰則規定自体の抽象的な法令解釈について述べたものではなく、当該事案に対する具体的な当てはめを述べたものであり、本件とは事案が異なる事件についてのものであって、本件罰則規定の法令解釈において本件多数意見と猿払事件大法廷判決の判示とが矛盾・抵触するようなものではないというべきである。」としている²¹。

3. 具体例でみる判例変更の影響

それでは、最高裁で判例変更がなされた最近の事案を具体的に見てみよう。

（1）最大判平成15年4月23日刑集57巻4号467頁²²

通常の刑事補償（一日25ユーロ、年間約9100ユーロ）に比して安い。

²⁰ 第三者没収応急措置法附則2項参照。

²¹ 君塚・前掲（註6）は、これを「実質的判例変更」と評している（同書・357、362頁）。

²² 本判決については、非常に多くの評釈が出ている。ここでは主なものを挙げるにとどめる。鈴木左斗志・判タ1207号45頁、福崎伸一郎・曹時58巻5号238頁、小川新二・警論56巻7号152頁、佐久間達哉・研修661号13頁、小田直樹・判時

本件は、横領後の横領が問題となった事案である。被告人は、宗教法人Aの責任役員であるところ、Aの代表役員らと共に、(1)平成4年4月30日、業務上占有するA所有の土地(以下「本件土地1」という。)を、B株式会社に対し代金1億0324万円で売却し、同日、その所有権移転登記手続を了して横領し、(2)同年9月24日、業務上占有するA所有の土地(以下「本件土地2」という。)を、株式会社Cに対し代金1500万円で売却し、同年10月6日、その所有権移転登記手続を了して横領した。上記各売却に先立ち、被告人は、各土地に次のとおり抵当権を設定していた。すなわち、本件土地1については、昭和55年4月11日、被告人が経営するD株式会社を債務者とする極度額2500万円の根抵当権(以下「本件抵当権①」という。)を設定してその旨の登記を了し、その後、平成4年3月31日、Dを債務者とする債権額4300万円の抵当権(以下「本件抵当権②」という。)を設定してその旨の登記を了し、また、本件土地2については、平成元年1月13日、Dを債務者とする債権額3億円の抵当権(以下「本件抵当権③」という。)を設定してその旨の登記を了していた。

原判決は、本件抵当権①、③の設定の経緯やその際の各借入金の用途等はつまびらかでなく、これらの抵当権設定行為が横領罪を構成するようなものであったかどうかは明瞭でないし、仮に横領罪を構成することが証拠上明らかであるとしても、これらについては、公訴時効が完成しているとし、また、本件抵当権②の設定は横領に当たるが、本件土地1の売却と本件抵当権②の設定とでは土地売却の方がはるかに重要であるとして、本件土地1、2を売却したことが各抵当権設定との関係でいわゆる不可罰的事後行為に当たることを否定し、前記(1)、(2)の各犯罪事実を認定した第1審判決を是認した。

すでに、最判昭和31年6月26日刑集10巻6号874頁は、被告人が土地を甲に売却したが、その際に所有権移転登記なされず、他方でこれに乙のために抵当権設定したのち、抵当権登記の抹消し、乙に売却したという事案に対し、「しかしながら仮りに判示のように横領罪の成立を認むべきものとすれば、被告人Xにおいて不動産所有権がAにあることを知

りながら、被告人Bのために二番抵当権を設定することは、それだけで横領罪が成立するものと認めなければならない。…….. されば原判決がことさらに被告人Xが右二月四日一日だけAのため本件不動産の占有を始めたという説明によつて右所有権移転登記の時に横領罪が成立すると判断したことは、刑法の解釈を誤つた違法があるに帰する。」として、横領後の横領を認めなかった。

これに対して、最高裁は平成15年判決において、

「4 そこで、本件引用判例に係る判例違反の主張について検討する。

委託を受けて他人の不動産を占有する者が、これにほしいままに抵当権を設定してその旨の登記を了した後においても、その不動産は他人の物であり、受託者がこれを占有していることに変わりはなく、受託者が、その後、その不動産につき、ほしいままに売却等による所有権移転行為を行いその旨の登記を了したときは、委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をしたものにほかならない。したがって、売却等による所有権移転行為について、横領罪の成立自体は、これを肯定することができるというべきであり、先行の抵当権設定行為が存在することは、後行の所有権移転行為について犯罪の成立自体を妨げる事情にはならないと解するのが相当である。（下線部は著者による。以下同様。）

このように、所有権移転行為について横領罪が成立する以上、先行する抵当権設定行為について横領罪が成立する場合における同罪と後行の所有権移転による横領罪との罪数評価のいかんにかかわらず、検察官は、事案の軽重、立証の難易等諸般の事情を考慮し、先行の抵当権設定行為ではなく、後行の所有権移転行為をとらえて公訴を提起することができるものと解される。また、そのような公訴の提起を受けた裁判所は、所有権移転の点だけを審判の対象とすべきであり、犯罪の成否を決するに当たり、売却に先立って横領罪を構成する抵当権設定行為があったかどうかというような訴因外の事情に立ち入って審理判断すべきものではない。このような場合に、被告人に対し、訴因外の犯罪事実を主張立証することによって訴因とされている事実について犯罪の成否を争うことを許容することは、訴因外の犯罪事実をめぐる、被告人が犯罪成立の証明を、検察官が犯罪不成立の証明を志向するなど、当事者双方に不自然

な訴訟活動を行わせることにもなりかねず、訴因制度を採る訴訟手続の本旨に沿わないものというべきである。」

「以上の次第で、刑訴法410条2項により、本件引用判例を当裁判所の上記見解に反する限度で変更し、原判決を維持するのを相当と認めるから、所論の判例違反は、結局、原判決破棄の理由にならない。」としている。

この問題点について、1審の横浜地裁川崎支判平成12年3月27日刑集57巻4号477頁は、昭和31年判決に全く言及しておらず、判例違反を意識していなかった。これに対して、東京高判平成13年3月22日高刑集54巻1号13頁は、先行する抵当権設定行為を横領とし、後の売却行為を不可罰的事後行為とした判例（最判昭和31年6月26日判決刑集10巻6号874頁）は本件とは事案を異にするというべきであるとして、判例変更には当たらないとしていた。しかし、最高裁はさきに示したように、判例変更を明示した。

本稿との関係で問題となるのは、この判例変更が被告人に不利になるかどうかである。しかし、本件では、犯罪事実として横領罪が行われたことについては疑いなく、訴訟の対象としての行為の特定の問題、不可罰的事後行為となるかどうかという罪数論上の問題が争われるにすぎないのであって、被告人に不利な判例変更がなされたとはいえず、従って罪刑法定主義に反することにはならないと考えられるのである。

（２）最大判平成29年11月29日刑集71巻9号467頁²³

本件は、わいせつ罪の成立のためには、被告人のわいせつの意図が必要であると判例変更された事案である。わいせつ罪の成立要件としてのわいせつの意図が否定されているので、被告人にとって不利な判例変更

²³ 本判決については、非常に多くの評釈が出ている。ここでは主なものを挙げるにとどめる。木村光江・判時2440号（判評736-18）132頁、向井香津子・曹時72巻1号172頁、仲道祐樹・論究ジュリスト28号188頁、奥村徹・判時2366号131頁、小林憲太郎・判時2366号138頁、佐藤拓磨・判時2366号143頁、木村光江・ジュリ1518号（平29重判解）156頁。とくに、奥村論文は、実際の弁護活動に関与した立場から本件事案を詳細に論じている。

であるようにも思える。事案は、被告人は、被害者（当時7歳）が13歳未満の女子であることを知りながら、平成27年1月下旬頃、山梨県の被告人方において、被害者に対し、被告人の陰茎を触らせ、口にくわえさせ、被害者の陰部を触るなどのわいせつな行為をし、その他、児童ポルノ法違反の行為を行ったというものである。

これに対して最高裁は、

「これらのことからすると、昭和45年判例は、その当時の社会の受け止め方などを考慮しつつ、強制わいせつ罪の処罰範囲を画するものとして、同罪の成立要件として、行為の性質及び内容にかかわらず、犯人の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図のもとに行われることを一律に求めたものと理解できるが、その解釈を確として揺るぎないものとみることとはできない。」

「以上を踏まえると、今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであって、行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭和45年判例の解釈は、その正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっているといわざるを得ず、もはや維持し難い。」

「そうすると、刑法176条にいうわいせつな行為に当たるか否かの判断を行うためには、行為そのものが持つ性的性質の有無及び程度を十分に踏まえた上で、事案によっては、当該行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情をも総合考慮し、社会通念に照らし、その行為に性的な意味があるといえるか否かや、その性的な意味合いの強さを個別事案に応じた具体的事実関係に基づいて判断せざるを得ないことになる。したがって、そのような個別具体的な事情の一つとして、行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合があり得ることは否定し難い。しかし、そのような場合があるとしても、故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でなく、昭和45年判例の解釈は変更されるべきである。」とした。

この問題点について、1審の神戸地裁平成28年3月18日刑集71巻9号520頁は、「当裁判所は、被告人に性的意図があったと認定するには合理的な疑いが残るが、強制わいせつ罪の成立について犯人が性的意図を有する必要はないから、被告人には強制わいせつ罪が成立するものと判断

した。」とし、具体的に判例に反するということは述べていないが、従来の判例に反対する立場をとっている。これに対して、大阪高判平成28年10月27日高刑判例集69巻2号1頁、刑集71巻9号524頁は、「同罪の成立にこのような特別な主観的要件を要求する実質的な根拠は存在しないと考えられる」とし、「当裁判所も、刑法176条について、原審と同様の解釈をとるものであり、最高裁判例（最高裁昭和45年1月29日第1小法廷判決・刑集24巻1号1頁）の判断基準を現時点において維持するのは相当ではないと考える。」として、明確に判例に反することを明示している。このような下級審の立場に対して、最高裁は、「故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でなく、昭和45年判例の解釈は変更されるべきである。」として、判例変更を明示しているが、行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合があり得ることは排除していない。したがって、行為者の目的等の主観的事情を無視しているわけではないと解される。つまり、単に「客観的な行為」が行われればわいせつ罪が成立するといっているわけではなく、「客観的にわいせつな行為」が行われる必要があるものであり、被告人に不利な判例変更がなされたとは考えられず、これも罪刑法定主義に反するものではない。

(3) まとめ

このように見てくると、横領罪に関する最高裁平成15年判決も、わいせつ罪に関する最高裁平成29年判決も、被告人に不利な判例変更がなされているとはいえず、それゆえに、罪刑法定主義に反するということはないのである。

4. 試論— AI の利用可能性

最後に、AI が導入された場合、生じるであろう問題について、未来予想図的に検討してみたい。

2018年5月27日に開催された第96回日本刑法学会のワークショップ5において「AIと刑法」（オーガナイザー：法政大学・今井猛嘉教授）が

取り上げられた²⁴。AI を駆使した自動運転の問題が主たるテーマであり、近い将来実現する見込みが高い技術の持つ法的問題点を検討しようというものであった。その中で、国立情報学研究所情報学プリンシプル研究系の佐藤健教授から法的問題の解決と AI について報告があり、判例検索、判例推論に AI の利用可能性が論じられた。

AI の利用可能性について、これまで蓄積された判例の分析から結論を導き出すというスタンスは多くの研究者の基本的な立場であろう。

しかし、このように AI が利用されるのであれば、AI が裁判官にとって代わる存在になることでしかない。そうではなく、裁判官とは別の「解釈者」としての AI の利用可能性があるのではないかと考える。つまり、判断の素材は、法律の文言であり、これを AI が解釈するというスタンスである。この考え方の背景には、法律の文言が明確でなければならないという罪刑法定主義の要請が存在する。このように考えれば、法律の文言に拘束された AI は、解釈の普遍性を担保し、判例変更のような解釈の大転換はおこらないのではないかと思われる。

本稿を執筆し、さらに校正作業している時点で、新型コロナウイルスが世界中に蔓延し、私たちの生活が大きく変容している。大学においても、授業の在り方、会議の在り方、業務遂行の在り方等、従来では考えられなかったような対応を迫られている。裁判においても期日が延期され、法律実務は大規模に影響を受けている。このような状況の中でも、AI やロボットだけは影響を受けずに粛々と作業ができるのであるから、裁判においてもこれらを如何に活用するかを積極的に検討しなければならないのではないかと感じている。

著者はすでに、拙稿「刑法の適用範囲」法学教室2002年4月号 (No.259) 66-72頁においてこの時間的適用範囲に関する問題を取り扱ったことがある。本稿ではかつての議論をスタートにして、その後の議論の状況を加味し、とくに最近の判例変更事案を検討し、最後に現代的な意義を総合的に論じた。基本的には、実定法主義における判例の意義についてどのようなスタンスを取るかを中心課題としている。

なお、本稿は、2019年11月14日、札幌高裁、札幌地裁、北大刑事法ス

²⁴ 内容については、今井猛嘉・刑法雑誌58巻3号147頁を参照。

タッフによる札幌刑事法研究会において報告した原稿を元にしており、当日の議論でいただいた多くのご示唆を加味して加筆したものである。貴重なご示唆をいただいた関係の方々に、あらためて感謝申し上げます。