

刑事判例の変更と憲法39条

山 崎 友 也

キーワード：遡及処罰の禁止，刑事判例の法源性，罪刑法定主義，明確性の原則，デュープロセス理論

目次

- 1 はじめに
- 2 平成8年最判の事案及び判旨
- 3 平成8年最判の意義—錯謬論による処理の問題点
- 4 憲法問題としての「刑事判例の変更」
- 5 検討
- 6 おわりに

1 はじめに

憲法39条前段（「何人も，実行の時に適法であった行為……については，刑事上の責任を問はれない」）は，遡及処罰の禁止（事後法処罰の禁止）を規定していると一般にいわれる。本稿は，この遡及処罰禁止原則が議会制定法のみならず，刑事「判例」とりわけ最高裁判所の刑事「判例」^{（1）}に及びうるもの

なのかについて憲法学の視点から若干の検討を試みるものである。この点、刑事法学説においては議論の蓄積がみられていたところ⁽²⁾、最高裁は、平成8年に下した判決⁽³⁾において憲法39条の法意は刑事判例の変更に及ばない旨初めて判示するに至った。筆者は、同判決について簡単な評釈を公表したことがある⁽⁴⁾。本稿は、私見をより詳細に展開することを目的にしている⁽⁵⁾。

2 平成8年最判の事案及び判旨

前述した最高裁判決の事案及び判旨を簡単に確認しておくことにしよう。本件は、賃上げ等の要求実現のため同盟罷業を組合員に指令した岩手県教職員組合委員長（本件被告人）が地方公務員法の禁止している争議行為の「あおりの企て」「あおり」の罪に問われた刑事事件である。本件被告人が行為に及んだ昭和49年3月は、すでに国家公務員法分野において「二重のしほり論」を明確に放棄し争議行為の「あおり」行為等を一律に処罰できるとした全農林警職法事件判決⁽⁶⁾が確立していた。しかし地方公務員法分野において「二重のしほり論」を確認した都教組事件判決⁽⁷⁾は、被告人の行為当時明示的には変更されていなかった。そこで、本件被告人は、地公法分野において「二重のしほり論」を明示的に放棄した岩教組学力テスト事件判決⁽⁸⁾が下されるまでは、昭和44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49年当時の本件被告人の行為について、昭和51年の岩教組学力テスト事件判決の法理を遡って適用することは、憲法39条規定の遡及処罰禁止原則に反する、と主張し最高裁に上告したわけである⁽⁹⁾。

最高裁は、上告を棄却した。法廷意見は、「行為当時の最高裁判所の示す法解釈に従えば無罪となるべき行為を処罰」しても憲法に違反しないことは、引用した先例3件⁽¹⁰⁾の「趣旨に徴して明らかである」と簡潔に判示するに止めたが、河合裁判官（裁判長）による補足意見が付された。河合補足意見によ

れば、「最高裁判例が示した法解釈は、下級裁判所に対し強い事実上の拘束力を及ぼしている」以上、国民が最高裁判例に寄せる「信頼」を保護すべき場合がある。ことに「判例を信頼し、それゆえ自己の行為を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、故意を欠くと解し処罰すべきではない。もっとも、本件被告人が行為に及んだ昭和49年3月当時、確かに地公法分野では都教組事件判決が最高裁の判例ではあったものの、全農林警職法事件判決が「都教組事件判決の基本的な法理は明確に否定」していた以上、都教組事件判決の変更を予想できた本件被告人に故意阻却の余地はない。

3 平成8年最判の意義—錯誤論による処理の問題

法廷意見は先例3件を引用することによって、実質的な理由を示すことを避けたが、引用先例によって判旨を理解することができるのかが問題になる。確かに、引用先例はいずれも被告人にとって不利な判例変更を行っているという点では共通する。しかし先例①は、刑罰法規（手続法）の変更に関わる事例であって、「最高裁判所の示す法解釈の変更」と憲法39条との関係が問われる本件の先例として引用するのは適切ではない。調査官解説の指摘するように⁽¹¹⁾、本判決が「法律」と「判例」の効力を厳格に区別する思考によっているのだとすれば、「法律」の変更に関わる事案（判断）が「判例」の変更に関わる事案（判断）を当然に正当化することにはならないはずである。

先例②③に至っては、判文上憲法39条に言及されることが皆無であった。この点調査官解説によれば、本判決は引用した「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」⁽¹²⁾ということになる。しかし、この指摘も受け入れがたい。先例が「黙示」の憲法判断を含んでいたというのであれば、なおのこと、本判決は「読み込んだ」ところの憲法判断を「明示」してみせる

べきである。調査官解説によらなければ意味不明の「最高裁判決」と何かという「根本的疑義」が呈される⁽¹³⁾。また、引用諸先例において被告人は、自らに下された最高裁判決をもってはじめて自らに不利益な判例変更がなされたことを知ったと考えられる。とすれば、被告人に不利益な判例変更の合憲性を争う場合、別事件で変更された判例の適用を争う本件のような事案こそ小法廷ではなく大法廷で処理すべき先例性を有するとみることもできる⁽¹⁴⁾。このように法廷意見は、不適切な先例を引用する一方で、本件特有の先例性を看過している点で問題が多いと評価せざるを得ない。

法廷意見に対して河合補足意見は、比較的詳細な議論を展開している。同補足意見は要するに本件の論点を憲法レベルから法律レベルあるいは個人の責任を問うレベルに移すべきことを説いている。被告人に不利益に変更された判例理論の適用を憲法違反と考えるかではなく、判例に対する国民の信頼を裏切るものなのかを問題にする。変更前の判例を信頼し自己の行為を適法と信じた者は、違法性の錯誤を来たしているゆえ犯罪成立を阻却すべきだというわけである。

犯罪成立に違法性の意識を必要とするという前提理解は刑事法学説の大勢に沿うものである。また、判例変更に伴う被告人の不利益については錯誤論によって個別的に救済すべきだという主張も刑事法学説・実務家に根強い。同補足意見が好意的に評価される所以である⁽¹⁵⁾。

しかし、被告人にとって不利益に変更された判例の適用如何を行為者の錯誤論のレベルで処理することには疑問が残る。

河合補足意見によれば、本件行為時すでに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」は否定されていたのだから、本件被告人は都教組事件判決も以後明示的に変更されることを予測できたはずだとされる。しかし判例に対する国民の信頼保護を謳いながら、明示されない判例変更を予測せよと国民に要求することには無理がある。ある事案について判例が明示されているにもかかわらず、この判例は黙示に変更されうるとすれば、何が現在最高

裁の法解釈なのか、同種事例で基準となる法解釈が何かについて国民は理解しがたい状態におかれることになる。黙示に変更された判例を予測できなかった者に責を帰するのは、かかる法的不安定性を国民の危険負担によって決することにほかならない。

錯誤論とは、行為者個人の主観的事情について犯罪成立を判断する際の一要素として斟酌しようとする議論であったはずである。しかし河合補足意見にいう「判例に対する国民の信頼」は、主観的事情を問う錯誤論とそもそもレベルを異にする概念であろう。河合補足意見は、判例が国民に対して行為準則を提供していることを承認している。判例が受ける「信頼」とは、個々人の主観を超えた客観的な法規範レベルにおける「信頼」と理解すべきである。判例の動揺の帰結を行為者の責に帰すという本末転倒是、判例に対する「信頼」を国家機関による公正さへの一般的信頼の一環とみなすことで解消される⁽¹⁶⁾。

河合補足意見は、本件被告人が全農林警職法事件を受けて、都教組事件判決の間もない変更を予測したうえで本件行為に及んでいる以上、故意を阻却する余地がないとして有罪の結論を支持する。しかし、すでに述べてきたように、判例に対する国民の信頼と行為者個人の主観的事情とを区別する見地に立てば、別の結論を導きうる。判例に対する国民の信頼保護を客観レベル、行為者の責任を主観レベルに振り分けるならば、本件被告人の行為はあくまで客観レベルで評価すべきである。仮に本件被告人が都教組事件判決の変更を予測していたとしても（主観レベル）、同判決の明示的な変更はなされていなかった。被告人の行為当時、国公法分野の先例となっていた全農林警職法事件判決は、全司法仙台事件判決⁽¹⁷⁾を4年で変更したものである。判例が動揺している状況下で行為者は、明示されている都教組事件判決を信頼すべきか、都教組事件判決を変更する未知の判決（岩教祖学テ事件判決）を予測すべきか⁽¹⁸⁾。判例に対する国民の信頼を説くのであれば、動揺するなかでなお明示されている判例下にある行為者については、その主観的事情を問わず処置すべきではないと解するべきということになる⁽¹⁹⁾。

裁判所による法解釈は、明文化された刑罰法規の枠内でなされるに過ぎないので、国民の予測可能性を侵害することはないとする見解がある⁽²⁰⁾。確かに刑罰法規の「文言の可能な意味の範囲においてしか、解釈は許されないものとされている」⁽²¹⁾。しかし刑罰法規の「枠内」か否か、「文言の可能な意味の範囲」内か否かを具体的事件において終局的に判断するのは、現行制度上最高裁判所である。刑罰法規の規定にのみ着目すれば「予測可能性」を担保できると解するのか、それとも、刑罰法規の規定を実際に解釈し、通用させる裁判所による法解釈をも視野に含めた形で国民の「予測可能性」を語るのか、という重要な対立点が浮かんでくる。

また、判例の動揺が激しい場合は、判例理論の適用の諾否を問うのではなく、刑罰法規自体の不明確性を攻撃すべきだとする指摘もある⁽²²⁾。この指摘の当否は、日本の判例理論が「明確性の原則」をどのように理解しているか、刑罰法規の「意味」の明確性が判例理論とどのような関係にあるのかを踏まえたうえで初めて判断される。これら刑事法学説からの問題提起は、厳格な法律主義を貫くことによって、刑事判例の「法源性」を正面から否定すべきかという論点に直結するので、章を改めて検討することとしよう。

4 憲法問題としての「刑事判例の変更」

これまでみてきたように、刑事判例の変更によって不利益を受ける被告人について錯誤論による救済を図ることは適切ではない。錯誤論は行為者個人の主観的事情を問うのに対して（主観レベル）、刑事判例の変更は、河合補足意見のいう「判例に対する国民の信頼保護」（客観レベル）を問う。問題は、「客観レベル」すなわち刑事判例の変更でいう「信頼」あるいは「予測可能性」の保護を実定法上どのように根拠づけるかである。刑事判例の変更は、「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

「準すべき問題」⁽²³⁾だとすれば、単に刑罰法規の解釈としてのみならず、その「変更」を規律する憲法問題として扱う必要が生じる。本章は、刑事判例の変更を憲法上の問題と理解する学説を整理する。

4-1 憲法39条全面適用説①（法源性肯定説）

制定法の規範内容はそれ自身では完結しておらず、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、後の裁判所の判断を拘束すると、当該判例は一種の慣習法として普遍性・一般性を有する。かかる慣習法としての判例は、制定法という形式を補充・補完する法源とみなされる。とりわけ最高裁判例によって解釈された制定法は、以後の裁判の基準となる以上、私人の行為規範としても機能する⁽²⁴⁾。判例は「成文法を補充すべき間接法源」⁽²⁵⁾として、憲法39条にいう「法」の内容をなすので、被告人にとって不利益に変更された新判例は直接に遡及が禁止されることになる。

4-2 憲法39条全面適用説②（法源性否定説）

刑事判例の変更について憲法39条の適用を認めるが、刑事判例の「法源性」を否定する点で上記4-1説と対立する。判例の「法源性」承認は、判例の法創造機能を正面から肯定することになる点で、刑罰の法律主義を要請する罪刑法定主義と矛盾するものと解する。もっとも、最高裁判例の「法源性」は否定するものの、その「事実上の拘束力」を重視するべきとされる。判例は一方で国民に対して、その行動の指針を与え、他方で、裁判所による法解釈の統一を図るという機能を有している。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、被告人にとって不利益な判例変更については一律に、憲法39条の遡及処罰禁止原則が妥当する⁽²⁶⁾

4-3 憲法39条限定適用説（合理的依拠説）

刑事判例の変更にあたり憲法39条の適用を限定的に承認しようとする思考である。古典的な学説によれば、裁判官は法を創らないとされる。法は裁判官の解釈以前で既に完結しており、変更後の新判例は、旧判例が誤って伝えていた法の意味を是正したものにすぎない。しかし、このように「判例による法形成」⁽²⁷⁾を全否定するのは司法過程に対するリアリスティックな認識を欠くものといえる。旧来、全否定されてきた判例の不遡及的変更のテクニックをとりわけ罪刑法定主義の要請が及ぶ刑事判例について限定的に使用する方法を模索するべきである。判例の不遡及的変更にあたっては、行為者が変更前の旧判例に対して合理的に依拠していたことが条件となる。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」が求められる以上、「判例法の大勢が変わっ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」することは許されない。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ってはならない」⁽²⁸⁾。

4-4 憲法31条限定適用説

刑事判例の法源性は、前記4-2説と同様に罪刑法定主義に反するとして認められないとしたうえで、刑事判例の変更にあって憲法31条の適用を模索する。高山加奈子によれば、判例に対する信頼は、法律に対する信頼とは根本的に異なるうえに、判例が動揺することを知る行為者は、判例変更の結果、旧判例によれば合法とされた行為が新判例によれば違法とされうるという「未必の違法性意識」を有しているため保護に値しないとされる。しかし判例の頻繁な変更は、当該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、当該刑罰法規を端的に法令違憲とすべき余地がある⁽²⁹⁾。他方、高井裕之によれば、刑事判例の変更については憲法31条を根拠としたデュープロセス法理の適用により、「実質的公正性」の検証がなされるべきとされる⁽³⁰⁾。

5 検討

前章では、刑事判例の不利益変更を受ける被告人に対して憲法上の保障を与えるべきことを主張する学説を四種に分類した。本稿は結論的に4-1でみた憲法39条全面適用説①（法源性肯定説）を妥当とするが、以下各説の問題点を検討することにした。

5-1 憲法39条全面適用説②（法源性否定説）について

この説は、刑事判例の法源性を否定しながらも、罪刑法定主義及び遡及処罰禁止原則肯定説が国民の予測可能性を担保していることを理由に刑事判例の不遡及的変更は憲法39条の要請するところと理解する。確かに、河合補足意見と同様に「判例に対する国民の信頼」を強調しながら、判例の遡及効の一律禁止を導くことができれば、河合補足意見の錯誤論による救済をはるかに勝る「国民の信頼」保護ということになる。

しかし刑事判例の法源性を肯定することなく、不利益に変更された刑事判例の遡及効を一律否定できるのであろうか。確かに、国民は国家機関に対して種々の利害や限定された情報の中から様々な「予測」「信頼」を寄せることだろうが、国民の寄せるそのような「予測」「信頼」がすべて法的に保護すべきだとは限らない。国家機関は実定法に準拠して初めて権限行使を正当なものとみなされるから、国民の寄せる「予測」「信頼」が法に準拠したものであるかが要保護性を判断する基準になる。

判例があくまで「事実上」の意味しかないということであれば、仮に判例が「制度上」の「強い拘束力」を有していると解したところで法ではないことにはかわらない。実定法秩序において法的拘束力を否定すべき「非法」である。実定法秩序上「事実上」の意味しかない判例に対して寄せられる「予測」「信頼」を一律に保護すべきという理解は、「適法な行為」を一律保護の対象とす

る憲法39条の法意にそぐわない。判例の法源性を否定することは、判例を具体的事件の裁判に際し裁判官の準拠する基準とは解さないということである。したがって、「非法」である判例が予測可能であることは罪刑法定主義ひいては遡及処罰禁止原則の内容をなすものではないというほかあるまい⁽³¹⁾。

この点、「裁判官は、法律に拘束されることは勿論であるが、裁判所自身が法律に加えた『解釈』を不利益に変更することも立法の変更と実質的に同様な効果をもたらすという事実を否定することができない限り、遡及処罰禁止の原則が及ぶと考えるべきではなかろうか」⁽³²⁾という批判がある。

確かに、とりわけ最高裁の法解釈は法律の「効果」を完成させるという意味で重要な意義がある。しかし、問題はかかる「効果」をもたらす「形式」である。憲法39条にいう「適法な行為」は「実定法秩序が保護すべき行為」と理解すべきであって、「事実上」の意味しかない法解釈は「実定法秩序」という「形式」の枠外というべきである。刑事判例が刑罰法規と同じ「効果」を有するということであれば、刑事判例が刑罰法規と同じ「形式」すなわち同じ実定法であることを承認する必要がある。

他方、判例の法源性は、「形式」や「効果」の観点からのみ承認されるべきものではない。この点、「遡及処罰禁止の法理は、憲法上の権利の観点から捉えられるべきであり、その適用が判例の法源性に結びつけられるべきではない」⁽³³⁾と指摘される。この指摘の背後には、判例の法源性の問題とは、そもそも「第一次的には裁判官にとっての規範性の有無の問題（憲七六条三項）」⁽³⁴⁾だという理解がある。しかし、判例の法源性を論じることが国民の基本権保障には直結しないとの理解には賛同しがたい。憲法上の基本権規定は、確かに国民を主な享有主体としているが、同時に国民の基本権を侵害しない旨裁判所を含む国家機関に命じる法規範である。憲法規範を制限規範と授權規範とに区別して理解する⁽³⁵⁾ことも可能であるが、一括して授權規範（消極・積極）と捉えることもできる⁽³⁶⁾。憲法39条を含む基本権規定は、「第一次的には」国家機関に対する規範と解しうるとのことである。

刑事判例の法源性を承認すべき根拠は個別の基本権規定にも求められる。判例の法源性を正面から肯定する論者は、その根拠として平等ないし公正の観念をつとに挙げてきた⁽³⁷⁾。「類似の事件には同じような解決を与えるべし」⁽³⁸⁾という観念である。国民の予測可能性の確保を目的とする罪刑法定主義及び遡及処罰禁止原則がかかる観念を淵源としていることは容易に理解される。刑事判例の不遡及的変更を正当化する事由として「刑罰権行使の公正さの確保の要請」が挙げられる⁽³⁹⁾。しかしかかる「要請」は、刑事判例が刑罰法規を補充・補完する法源だからこそ実定法秩序上妥当すると解するべきである。判例の法源性承認論は、「平等ないし公正」の「規範性」が一層強く裁判官に及ぶことを狙いとしている。

5-2 憲法39条限定適用説（合理的依拠説）について

この説はすでにみたように、被告人にとって不利益な刑事判例の変更に対して憲法39条の適用を限定的にのみ認める。同条の適用が認められるのは、行為者が旧判例に「合理的」な依拠をしていたと解される場合のみである。行為者の「合理的」な依拠を問題にするということは、行為者の主観的事情を少なからず斟酌することになる。これは先に論じた「錯誤論」に接近する。しかし、すでにみたように憲法39条の適用は、行為者の主観的事情如何とは別に行われるべきである。そこで、「合理的依拠」の「推定」が容認される。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」してもよいというわけである⁽⁴⁰⁾。

「合理的依拠説」は、判例の遡及効を原則肯定する。先例の変更は法の変更を示すものではなく、新判例こそが法の正しい意味を示すものであるという「古典的な考え方」を一応は受け入れるということである⁽⁴¹⁾。しかし「合理的依拠説」は他方で、「古典的な考え方」を批判し判例の法形成機能を承認するリアリズム法学の指摘にも理解を示している⁽⁴²⁾。仮に「古典的な考え方」を原則とするのならば、判例の遡及効を否定する憲法39条の適用は、文字通り

「慎重に、例外的にのみ、用いられるべきであろう」⁽⁴³⁾ということになろうが、同時に憲法39条適用の条件である「合理的依拠」を安易に推定することもできなくなるはずである。他方で、「古典的な考え方」が「判例の法形成」を否定するものであることを強調するならば、仮に「例外的」な場合であっても、刑事判例の変更に憲法39条を適用することはできなくなるはずであろう。「合理的依拠説」は、判例に実定法秩序上いかなる地位を与えているのか明確を欠くというべきである。

もっとも「合理的依拠説」は、「合理的依拠」の「推定」を覆すべき場合を提示している。その一つは、判例法の大勢が変わり変更が明白になった先例に依拠した行為者は、先例に対して「合理的」に依拠したものとみなされないというものである⁽⁴⁴⁾。しかしかかる思考は、すでにみた平成8年最判における河合補足意見と同種のものといわざるをえない。「判例法の大勢」やその「変更が明白」かを行為者に予見せようとするのは、予測可能性・法的安定性一般の担保如何を主観化する点で妥当ではない。最高裁が行為者にとって有利な判例理論（旧判例）を明示し、かつ、行為者がこれに適合する行動をとっていたことの証明（疎明）があれば、行為者に不利な判例理論（新判例）の適用は憲法39条の禁止するところと解するべきである。

「合理的依拠」の「推定」を覆すべき場合として他に、先例に依拠することが「法の立場からみて、まったく保護に値しない場合」も挙げられる⁽⁴⁵⁾。旧判例が共謀共同正犯論を否定していたと仮定した場合、この旧判例に依拠し、共謀のうえ見張りだけを担当した者が、新判例によって「共謀共同正犯」に遡及的に問われることは否定できないという。

しかしこの仮定事例がなにゆえ、「法の立場からみて、まったく保護に値しない場合」にあたるのか理解できない。旧判例によれば従犯にすぎないとされる行為者を、新判例によって「共謀共同正犯」だと遡及的に認定することは、行為者にとって典型的な不利益変更にあたる。新判例の明示以前の行為者は従犯の限度内で処罰すべきと解することが「明白に反社会的」⁽⁴⁶⁾だという実質

的根拠は不明のままである⁽⁴⁷⁾。

5-3 憲法31条限定適用説について

この説がこれまでみてきた諸学説と決定的に異なるのは、刑事判例の法源性を否定し、かつ、刑事判例の変更に憲法39条を適用することも全面的に拒否する点にある。刑事判例の変更にあたり憲法31条を適用するという場合、まず「憲法31条」の規範内容をどのようなものとして観念するかが問題となる。同条の規範内容に「手続の法定・適正」の要請が含まれると解する点では学説上ほぼ異論はない⁽⁴⁸⁾。問題は、「実体の法定」を同条の要請するところと解するか否かという点である。「実体の法定」を罪刑法定主義と解したうえで、同条の保障内容とする学説がある⁽⁴⁹⁾一方で、罪刑法定主義を「手続の適正」の一環として同条の保障下に含める学説もある⁽⁵⁰⁾。「実体の法定」は憲法31条の要請ではないとする学説も、罪刑法定主義を憲法41条の要請と解する⁽⁵¹⁾。

刑事判例の変更にあたり憲法31条を適用しようとする思考は、刑事判例の変更に對して罪刑法定主義の要請を及ぼそうとする思考なのであろうか。この点、同条のいう「法律」は議會制定法を指し、罪刑法定主義は犯罪と刑罰とをあらかじめ議會制定法で定めるべきことを意味する以上、刑事判例の変更に同条の保障は及ばないと指摘される⁽⁵²⁾。確かに刑事裁判において厳格な法律主義をとる限り、刑事判例の変更に直接、罪刑法定主義の保障を及ぼすことは不可能であろう。また仮に罪刑法定主義の保障が及ぶと解した場合、その派生原理である遡及処罰禁止原則を定める憲法39条の適用を拒否する理由はなくなるということもできる。

そこでなお、厳格な法律主義によりながら、刑事判例の変更にあたり罪刑法定主義の保障を及ぼそうとする学説がある。刑事判例の変更、変更後の判例の遡及適用を憲法上肯定しながら、あまりに頻繁な判例の変更が生じる刑罰法規は、罪刑法定主義の派生原理である明確性の原則に反するものと理解するというわけである⁽⁵³⁾。

この見解はそれとしては一貫しているが、ここで「明確性の原則」の射程を振り返る必要がある。憲法上「明確性の原則」が保障されるべきことに異論はないが、具体的な事例における「明確性の原則」の適用のあり方については判例と学説との間に顕著な対立がみられる。最高裁は、「明確性の原則」違反が争われた徳島市公安条例事件判決⁽⁵⁴⁾、税関検査事件判決⁽⁵⁵⁾、福岡県青少年保護育成条例事件⁽⁵⁶⁾、岐阜県青少年保護育成条例事件⁽⁵⁷⁾等未だかつて一度も同原則違反を認定したことはない。不明確だと攻撃される法規について合憲限定解釈を施す判例理論に対しては、学説上は解釈の限界を超えるとの批判が強い⁽⁵⁸⁾。

「明確性の原則」に関する詳しい検討は他日を期すとして、本節では福岡県青少年保護条例事件最高裁判決に触れてみよう⁽⁵⁹⁾。同事件では、福岡県青少年保護育成条例10条が禁止する青少年に対する「淫行」が明確性を欠く文言か否かが争われた。最高裁は、同規定を次のように限定解釈した。「淫行」とは、「性行為一般」ではなく、要するに、青少年を性的欲望のはけ口としてのみ扱い、青少年の未熟さに乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為を指すとしたわけである。同判決によれば、かかる限定解釈は、真摯な交際中の青少年との性行為を処罰対象から除外する一方で、「淫行」を単に反倫理的な性行為を処罰すると解することの不明確性を除去する点で「通常的能力を有する一般人の理解」⁽⁶⁰⁾にかなうとされる。

注目すべきは、「淫行」を上記のように「解釈するときは、同規定につき処罰の範囲が不当に広過ぎるとも不明確であるともいえない」と同判決が指摘する点である。無論、同判決は、この限定解釈について「規定の文理から合理的に導き出され得る解釈」とも述べているが、明確性の原則に反しない根拠として刑罰法規自体の明確性よりむしろ刑罰法規の「解釈」の明確性を強調しているようにみえる⁽⁶¹⁾。

刑罰法規の「解釈」の明確性を問う思考は、先に紹介した刑罰法規の「解釈」の転変を刑罰法規自体の不明確性に帰す思考とは好対照をなす。厳格な法律主義に立てば、裁判所は、法律の可能な語義の範囲内であれば必ずしも「明確

な解釈を行う必要はないといえることができる。厳格な法律主義者の解する罪刑法定主義は、刑罰法規自体が「明確」であることを要求するが、刑罰法規に施す裁判所の法解釈が「明確」であるべきことまで要請しないはずだからである。

これに対して福岡県青少年育成条例事件判決は、最高裁による刑罰法規の「解釈」が犯罪の構成要件として通用するという理解を前提にしているようにみえる。無論、刑罰法規自体の明確性を軽視するものであるという批判は可能であろう。しかし、「解釈」の明確性を重視する思考を一概に否定することは困難である。刑罰法規はそれ自体として包含する規範内容を即時的には示しきれていない。法適用機関が刑罰法規と具体的事案との照応関係の中から当該法規の意味を確定していく。

判例の転変は刑罰法規自体の不明確性に由来するという思考は、刑罰法規の意味が法適用期間による事案解決の中で確定していくという動態を軽視している嫌いがある。判例の転変自体は、具体的事案との関係でいくらでも想定できる。問題は、具体的事案を解決する判例理論の蓄積から刑罰法規が実際にいかなる意味として通用するかである。刑罰法規自体の明確性を追求することと同時に、犯罪構成要件を判例が定型・形成していくことこそ予測可能性を高めるという意味で「罪刑法定主義の要請するところだとさえいえるべきである」⁽⁶²⁾⁽⁶³⁾。

次に刑事判例の変更について、憲法31条を根拠としながら罪刑法定主義あるいは「明確性の原則」ではなく、「デュープロセス」理論を適用すべきことを示唆する見解⁽⁶⁴⁾について検討しよう。憲法31条の解釈論にいう「手続」ないしは「実体」の「適正」確保の要請に照らして刑事判例の不遑及的変更の当否を「柔軟」に決定していこうとする思考と理解できる。刑事判例の変更について「実質的な公正性」を個別に検証していこうとするアプローチは確かに魅力的である。

しかし判例変更の「実質的な公正性」の吟味は、裁判官による文字通りの主観的価値判断を正当化するおそれがある⁽⁶⁵⁾し、「デュープロセス」理論はそもそも立法・行政に対する司法審査の原理であるから、司法判断の産物である判

例の変更に直ちに適用すべきものか検討の余地がある⁽⁶⁶⁾。

また、処罰についての「事前の公正な警告 (fair warning)」⁽⁶⁷⁾があれば、処罰範囲を拡大すべく変更した判例法理を変更前の行為者に適用することは許されるという思考は、憲法39条前段の基盤を「実質的」に掘り崩す危険がある。処罰範囲を拡大する刑罰法規の改正が行われた場合、施行前にその周知徹底が行なわれていれば、施行前の行為者であっても改正法規によって重く処罰しても許されるということにならないか。すでに改正が明らかになっている法律にあえて依拠した行為者を事後法で重く処罰しても「実質的な公正性」を欠くものとはいえないという判断は十分導き出されるように考えられる。

しかし憲法39条前段は、このような「柔軟な」あるいは「実質的な公正性」による個別的判断をあえて封じたいうで一律に事後法による処罰を禁止したものと理解すべきであろう。同じ理が、刑罰法規を具体化し補充する刑事判例の変更に直接に及ぶと解してはならない根拠は必ずしも明らかではない。

6 おわりに

前章冒頭で述べたように、本稿は結論として4-1で紹介した憲法39条全面適用説①（法源性肯定説）を正当とする。刑事判例の法源性を承認することで予測可能性は高まるが、他方方法的安定性をあまりに強調することは刑事判例の変更を不可能とする。憲法39条は、予測可能性と法的安定性の調和を狙った規定である。刑罰法規と同様に刑事判例も時代状況・事案の特殊性に応じて変更を免れないが、同条は議会制定法と同様に刑事判例の遡及適用を禁止することで予測可能性の担保に奉仕する。本稿をむすぶにあたって最後に、刑事判例の法源性を肯定する見解は、罪刑法定主義の要請する法律主義と衝突するという批判を検討することにしよう。

確かに罪刑法定主義は、予測可能性の要請と並んで民主政の要請に根拠する

ものと考えられてきた。法律主義は、「法違反に対しては必ず刑罰という一定の害悪を伴うことをすべての市民が法規を通して認識できなければならない」⁽⁶⁸⁾ということである。刑罰法規ではない刑事判例を法源だと認めることは、立法権の篡奪にあたり、権力分立原理に反するとされる。

しかし刑事判例の法源性を認めることは、立法権の侵害にはあたらないし、したがって権力分立原理にも反しない。刑事判例とはいってもなく刑罰法規に加えられた最高裁の解釈である。刑罰法規の解釈であるのだから、仮に立法府が判例の示した法解釈に不服があれば、判例の示す法解釈を否定する刑罰法規の改正をもって対抗すればよい。判例を田中英夫が「従位的立法」と、小暮得雄が「間接法源」と呼んだのはそのためである。厳格な法律主義者は、このシンプルな事実を不当に無視している。

そもそも、「民主政の要請」を厳格な法律主義にのみ翻訳することも一考の余地がある。民主政の要請は刑罰法規のみならず、国民主権原理の下、憲法にも及んでいることは看過されてはならない。憲法76条1項は各裁判所に具体的事件を中心とする争訟の解決を命じ、憲法81条は最高裁判所に法令審査の決定権を付与している⁽⁶⁹⁾。両規定は、裁判所が法律を適切に解釈したうえで具体的事案に適用し、個別的法規範を定立することを要求している。「判例はあくまで個別の事件に関わるもの」⁽⁷⁰⁾という理解がある。しかしこの理解は、個別的法規範（判決等）とその前提としての判例法理とを混同している。とりわけ最高裁が刑罰法規を解釈したうえで形成した判例法理が当該事件限りのものと解することは、国民主権原理を掲げる憲法が最高裁に与えている上記地位に照らして決して妥当ではない。刑罰法規の最終的適用が最高裁に委ねられている以上、刑事判例を刑罰法規と全く異質の存在と解することは、かえって法律主義以外の根拠を必要としよう。

憲法は、「制定法主義」か「判例法主義」かの二者択一を望んでいない。「制定法」と「判例法」の両者があいまって実定法秩序を構成すると解するべきである⁽⁷¹⁾。

-
- (1) 「判例」とは何かについては種々の理解がありうるが、本稿では「裁判の基準となるべき最高裁判所の法解釈」と理解する。
- (2) 中山研一『判例変更と遡及処罰』（2003年）は、その書名が示すとおり、本稿のテーマについて刑事法学説の立場から網羅的な検討を加えている。
- (3) 最二判平8・11・18 刑集50巻10号745頁以下。
- (4) 山崎友也「公法判例研究」北法53巻1号189頁以下。
- (5) 中山・前掲注(2)179頁以下は、拙稿（前掲）についても紹介・批判の労をとってくださいている。本稿は、中山の指摘に対して遅ればせながらの回答を試みるものである。行論の都合上前掲注(4)と重複する部分があるが、ご容赦いただきたい。
- (6) 最大判昭48・4・25 刑集27巻4号547頁。
- (7) 最大判昭44・4・2 刑集23巻5号305頁。
- (8) 最大判昭51・5・21 刑集30巻5号1178頁。
- (9) 上告趣意では別に、判例違反の主張もなされているが、判旨も含めて紹介は割愛する。
- (10) ①最大判昭25・4・26 刑集4巻4号700頁（上告理由を事後的に制限した刑訴特別応急措置法は憲法39条にいう「刑事上の責任」を遡及的に問うものではないので同条には反しないとした）。
- ②最大判昭33・5・28 刑集12巻8号1718頁（共同被告人の供述には補強証拠を要するとした先例を変更して、被告人本人との関係で完全な証拠能力を有するとした）。
- ③最大判昭49・5・29 刑集28巻4号114頁（居眠り運転と業務上過失致死傷とを一罪として処断すべきとした先例を変更して、併合罪として処断すべきとした）。
- (11) 『最高裁判所判例解説刑事編平成八年度』（今崎幸彦）159-161頁。
- (12) 今崎・前掲注(11)163頁。
- (13) 中山・前掲注(2)179頁。
- (14) 高山加奈子「本件評釈」ジュリ1132号161頁。同様に本件を大法廷に回付すべきであったと指摘する本件評釈として、大山弘＝松宮孝明・法セ51号84頁、村井敏邦・ジュリ1113号142頁、大城渡・法政68巻576頁。
- (15) 河合補足意見を好意的に評価する本件評釈は、大山＝松山・前掲注(14)85頁、河原俊也・警公52巻9号123頁、高井裕之・法教202号117頁、坪井宣幸・ひろば50巻4号51頁、橋本裕蔵・判評472号54頁、本吉邦夫・法の支配109号120-121頁。初宿正典『憲法2（基本権）』（2001年）388頁、萩原滋『罪刑法定主義と刑法解釈』（1998年）226頁も河合補足意見の趣旨に賛同している。なお、高山・前掲注(14)163頁は、河合補足意見の違法性の意識必要説には賛同しつつ、「自己の行為について違法判断が出るかもしれない」という「未必の違法性意識」は保護に値しないとして、責任論による救済を否定する。高山加奈子『故意と違法性の意識』（1999年）297頁も参照。これに対して安田拓人「判例の不利益変更と遡及処罰の禁止」大野古稀祝賀『刑事法学の潮流と展望』（2000年）61頁は、被告人の行為に先立つ有利な「判例が法状態を知るための唯一の手掛かりであった場合」にのみ責任阻却を認めようとする。
- (16) 松原久利「判例の不利益変更と判例への信頼保護」産法34巻3号297頁参照。
- (17) 最大判昭44・4・2 刑集23巻5号685頁（都教組事件判決と同日）。
- (18) 岩教組学テ事件判決が、全農林警職法事件判決の引き写しではないことについて、中村睦男・ジュリ642号28頁参照。
- (19) 高山・前掲注(13)162頁によれば、動揺する判例に対する「信頼」とは、「行為の適法性」に対する信頼ではなく、「過去の判例を信頼した場合に責任が否定されることへの信頼」であって、このような信頼を保護することは違法な行為を違法かもしれないと思て行う自由を承認することになり妥当ではないとされる。なお、安田・前掲注(15)64-65頁も参照。このように、「法」と「判例」を厳格に区別することから導かれる思考は、後述するように適切ではない。

- (20) 安田・前掲注(15)57-60頁。
- (21) 安田・前掲注(15)59頁。
- (22) 高山・前掲注(13)163頁。
- (23) 小暮得雄「刑事判例の規範的効力」北法17巻4号667頁。
- (24) 小暮・前掲注(23)650-654頁、西原春夫「刑事裁判における判例の意義」中野判事遷履祝賀『刑事裁判の課題』(1972年)307-309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 School36号133頁。佐藤幸治『現代国家と司法権』(1985年)377頁、畑博行「憲法判例の変更について」公法37巻57頁は上記諸文献の思考を支持する。松井茂記『日本国憲法(第2版)』(2002年)518頁も同旨か。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3巻』(1987年)は、判例の法源性を法上のものか、事実上のものとみるべきかの対立を拘束力の強弱の対比に解消したうえで、「憲法は39条を判例変更の場合にも適用することを禁じていない、と理解すべきであろう」(177頁)としている。
- (25) 小暮・前掲注(23)658頁。
- (26) 村井・前掲注(14)143頁、村井敏邦「判例変更と罪刑法定主義」一論71巻1号48頁、中山・前掲注(2)120頁も同旨。樋口陽一『憲法I』(1998年)も、判例の法源性を「事実上のものにすぎない」(510頁)と理解する一方、刑事判例の遡及的変更が「罪刑法定主義、遡及処罰の禁止という憲法上の要請」に触れうると指摘する(537頁)。佐伯仁志「罪刑法定主義」法教284号50頁は、一般論においては村井らに賛同しつつも、平成8年最判については、被告人有罪の結論を支持する点で村井らと見解を異にする。
- (27) 田中英夫「判例による法形成」『法形成過程』(1987年)は、判例について、法律による変更を受けない限りで法形成機能を果たすという意味で「従位的立法(subordinate legislation)」と位置づける(17頁)。
- (28) 田中英夫「判例の不遡及的変更」『法形成過程』103-111頁参照。同「全農林警職法事件における判例変更をめぐる諸問題」ジュリ536号56頁は、全司法仙台事件判決の日から同判決を変更した全農林警職法事件判決の当日までになされた行為に全農林警職法事件判決の示した法理を遡及適用すべきかを検討し、これに消極的な評価を下している。小嶋和司「憲法判例の変更」『憲法解釈の諸問題』(1989年)385頁も田中の一般論を支持する。なお、大城・前掲注(14)は田中説を支持するようであるが、田中や小嶋と異なり、判例の法源性論と切り離して憲法39条の適用を肯定する(576頁)点に特色がある。
- (29) 高山・前掲注(14)163頁。
- (30) 高井・前掲注(15)117頁。なお、戸波江二『憲法(新版)』(1998年)464頁は、憲法31条の適用可能性のみを示唆する。
- (31) 萩原・前掲注(15)223頁参照。
- (32) 中山・前掲注(2)185頁。
- (33) 大城・前掲注(14)572頁。
- (34) 高井・前掲注(15)116頁。
- (35) 芦部信喜『憲法学I』(1992年)50頁。
- (36) ケルゼン(尾吹善人訳)『法と国家の一般理論』(1991年)214-215頁。
- (37) 田中英夫・前掲注(27)759頁、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(1984年)277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』(1995年)215頁。
- (38) 佐藤幸治「判例の法源性」小嶋和司編『憲法の争点(新版)』(1985年)271頁。
- (39) 佐伯・前掲注(26)49頁。
- (40) 田中・前掲注(28)104-105頁。
- (41) 田中・前掲注(28)72頁。
- (42) 田中・前掲注(28)75頁。

- (43) 田中・前掲注(28)100頁。
- (44) 田中・前掲注(28)105頁。
- (45) 田中・前掲注(28)105頁。
- (46) 田中・前掲注(28)105頁。
- (47) 中山・前掲注(2)130頁，萩原・前掲注(15)225頁も同旨。
- (48) ただし，憲法31条は手続の法定のみを要請していると解する田中英夫「憲法31条（いわゆる適法手続条項）について」宮沢還暦記念『日本国憲法体系 8』（1965年）参照。
- (49) 佐藤幸治『憲法（第3版）』（1995年）587頁。
- (50) 野中＝中村＝高橋＝高見『憲法Ⅰ（第4版）』（2006年）394頁（高橋和之）。
- (51) 松井・前掲注(24)498-499頁。なお，田中・前掲注(48)190頁によれば，憲法39条および73条6号がある以上，憲法は「論理上当然」罪刑法定主義を要請しているとされる。
- (52) 今崎・前掲注(11)157頁。こうして今崎調査官によれば，平成8年最判は憲法31条違反の主張も実質的に退けたものとされる。
- (53) 高山・前掲注(14)163頁。
- (54) 最大判昭50・9・10 刑集29巻8号489頁。
- (55) 最大判昭59・12・12 民集38巻12号1308頁。
- (56) 最大判昭60・10・23 刑集39巻6号413頁。
- (57) 最2判平元・9・19 刑集43巻8号785頁。
- (58) 藤井俊夫「過度の広汎性の理論および明確性の理論」芦部信喜編『講座憲法訴訟 2 巻』（1987年）参照。
- (59) 同判決の犀利な分析として，駒村圭吾・憲百選Ⅱ（第4版）（2000年）248頁参照。
- (60) この表現はすでに徳島市公安条例事件判決にあらわれていた。
- (61) 田宮裕・憲百選Ⅱ（第3版）（1994年）236頁，同「刑法解釈の方法と限界」平野古稀祝賀論集(上)(1990年）33頁参照。
- (62) 団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（1990年）50頁。
- (63) 平成8年最判は，福岡県青少年育成条例事件判決の含意を完全に捉え損なっていたというほかない。
- (64) 高井・前掲注(15)117頁。
- (65) 松井茂記「実体的デュー・プロセス理論の再検討」阪法141・142号319頁。
- (66) 田宮裕「刑法における裁判の役割」中山古稀祝賀論集 5 巻『刑法の役割』（1997年）28頁。
- (67) 高井・前掲注(15)117頁。
- (68) 萩原・前掲注(15)187頁。
- (69) 大石眞『憲法講義Ⅰ』（2004年）8頁。
- (70) 高山・前掲注(14)162頁。
- (71) 高橋和之「法秩序形成における国会と裁判所の役割」北法52巻3号933頁参照。

提出年月日：2006年9月19日

『富山大学紀要.富大経済論集』第 52 卷第 2 号正誤表

頁	行	誤	正
91(197)	下から 4	岩教祖	岩教組