

## 公法判例研究（一）

九州公法判例研究会  
九州大学大学院法学研究科博士後期課程

大城， 渡  
九州大学大学院法学研究科博士後期課程

<https://doi.org/10.15017/2255>

---

出版情報：法政研究. 68 (2), pp.115-129, 2001-10-17. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：



## 公法判例研究(一)

## 九州公法判例研究会

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当該判例の変更によって処罰することと

憲法三九条 — 岩教組同盟罷業事件第二次上告審判決 —

最高裁判平成八年一月一八日判決、平成五年(あ)六九四号、地方公務員法違反被告事件、上告棄却、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、判例タイムズ九二六号一五三頁。

大城 渡

## 【事実の概要】

昭和四九年四月一日に行われた日教組の全国統一ストライキに際し、当時岩手県教職員組合の中央執行委員長であった被告人は、傘下の公立学校教職員に対し同盟罷業の遂行をおこなうなどしたとして、地方公務員法三七条一項、

同六一条四号を罰条とする、争議行為のあおり及びあおり企ての罪として起訴された。第一審盛岡地裁では、事実認定及び構成要件へのあてはめを問題として被告人に無罪を言い渡した。そして、第一次第二審仙台高裁判決も結論においてこれを支持し、検察官控訴を棄却した。しかし、さらに検察官から上告があり、最高裁は、地方公務員法上のあおりの企ての罪に関する原判断に法令違反及び事実誤認があるとして、原判決を破棄して仙台高裁へ差し戻した。これを受けて、第二次第二審仙台高裁は、あおりの企ての罪に関して被告人を有罪としたので、被告人が上告した。

事実の概要は概ね以上の通りであるが、本件に関しては、公務員の争議行為禁止に関する最高裁の見解の変遷過程を予め確認しておくことが特に重要であるので以下に掲げる。

すなわち、①都教組事件判決(最高裁昭和四四年四月二日大法廷判決刑集二三卷五号三〇五頁)は、地方公務員法六一条四号の処罰について、公務員の争議権の制限は憲法二八条の労働基本権保障の趣旨に照らし合理性の認められる必要最小限度にとどめ、且つ具体的な争議行為が可罰的な違法性を伴わない場合には刑事制裁の対象にはならないという、いわゆる「二重のしほり」論を展開した。そして、この考え方は、同日に言い渡された国家公務員法違反事件

である全司法仙台事件判決（最高裁大法廷判決刑集二三巻五号六八五頁）でも明示され、この時点で「二重のしほり」論は、国家公務員法、地方公務員法両分野における判例となった。②ところが、全農林警職法事件判決（最高裁昭和四八年四月二五日大法廷判決刑集二七巻四号五四七頁）は、国家公務員法違反事件において、「二重のしほり」論を否定し、全司法仙台事件判決の解釈を明示的に変更したが、地方公務員法違反に関する都教組事件判決は、明示的にはなお変更されてはいなかった。③その後、岩教組学力調査事件判決（最高裁昭和五一年五月二一日大法廷判決刑集三〇巻五号一一七八頁）によって、地方公務員法違反事件においても「二重のしほり」論が否定され、前記都教組事件判決の解釈が明示的に変更された。

以上の判例の変遷過程に本件事案を当てはめると、被告人の行為時点（昭和四九年）は、②の後、③の前であった。そこで、処罰範囲を拡張する方向で判例を変更した③で示された法解釈を被告人に適用し処罰することは、遡及処罰を禁じた憲法三九条に反する旨主張し、被告人は上告した。

### 【判旨】

「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巻四号七〇〇頁、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巻八号一七一八頁、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巻四号一一四頁）の趣旨に徴して明らかである、とした。

なお、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、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る。」

本件では、「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巻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巻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】 判旨に疑問

#### （Ⅰ）遡及処罰禁止の法理（憲法三九条）について

①遡及処罰禁止の法理は、罪刑法定主義の重要な帰結の一つ（派生原理）として、行為時に適法な行為につき、事後立法（ex post fact Law）によつて遡及的に処罰されることが認められるならば、それは各人の自由や安全を不当に侵害し、さらに個人の社会生活を不安定にして、ひいて

は法的安定性や、各人の行動に関する予測可能性を害することによつて著しく正義に反することになるため、憲法に特に明文化されたもの、として概ね理解されている。<sup>①</sup>

②遡及処罰禁止の法理に関して、学説は、a 実行時に適法であつた行為につき事後的に処罰することだけではなく、b 実行時には適法ではなかつたが罰則が設けられていなかった場合に、後に罰則を定めて処罰すること、c 実行時に刑罰規定が存した場合において、後になつてこれよりも重い刑罰規定を定めて処罰すること、d 実体法ばかりではなく、学説上若干の相違はあるが、概ね（実行時と比べて）被告人の防御に著しく不利となる手続法の変更等も含めて、当該法理に反するもの、と解している。これらは、当該法理の趣旨をさらに徹底させたものとして理解できる。

③アメリカ合衆国憲法では、事後法（ex post fact Law）の禁止の法理は、議会制定法に対する制約として規定され（合衆国憲法一条九節及び一〇節参照）、判例の変更には及ばないものとされている。しかし、予見し得なかつた判例変更による遡及処罰も、権利章典のデュー・プロセス条項違反として、やはり禁止の対象とされている。<sup>③</sup>他方で、我が国の憲法三九条は、厳密には「事後法（ex post fact Law）の禁止」ではなく、「実行の時に適法で

あつた行為」に対する遡及処罰を禁止している。従つて、アメリカに倣つて、憲法三九条の遡及処罰禁止の法理の対象を厳密に議会制定法に限つて解釈する必然性はなく、判例変更による場合にも文言上適用する余地は十分にあると思われ<sup>5)</sup>。要は、遡及処罰禁止の法理を憲法上の権利とすることによつて保障される、個人の権利内容を具体的に明らかにすることである。

④憲法三九条の遡及処罰禁止の法理を基礎づける「法的安定性」の意味を「法秩序の内容が安定して動揺せず、いかなる行為がいかなる法律効果と結び付くかについて一般人が不安をもつ必要のない状態<sup>6)</sup>」として捉えれば、三九条は、刑事上の法的安定性（要は、刑罰に関する法律の明確性と、自己の行為に対する法的効果についての予測可能性の確保）を、憲法上の権利として保障したものと見える。

⑤多くの利害関係が複雑に錯綜する現代社会において、これを規律する法律は、そのみでは必ずしも一義的に明確な内容を持つものとは言えず、法規の有権解釈に属し、かつ具体的事件の解決をめざした裁判所（特に最高裁）の法解釈（判例）を通じてはじめて具体的な法内容が実際に示され、国民の自らの行動に対する予測可能性の確保に資するものとなる。この点については、罪刑法定主義（刑罰

に関する法律の明確性の確保）が厳に支配する刑事法の領域においても、程度の差はあれ恐らく認められるのではないか<sup>7)</sup>。とすれば、抽象的なものとならざるを得ない法条の解釈という名目下で、国民に不利益な判例変更が裁判所に何ら制約なしに許されることになれば、遡及処罰禁止の法理の趣旨は現代においてほとんど骨抜きにされてしまふ虞がある。従つて、現在の立法の状況下では、国民の刑事上の法的安定性（自らの行動に関する予測可能性）確保の見地から、当該法理は、議会制定法にのみ適用対象が限定されるのではなく、判例（特に最高裁判例）の不利益変更の場合にも及びうるものと理解されるべきである。しかし、制定法と判例との性質、機能及び役割の相違を無視して、法的安定性の要請から直ちに制定法の場合とまったく同様の適用が、判例の不利益な変更全般に及ぶことには現時点では慎重でなければならぬ。従つて、国民の権利保障の観点から、遡及処罰禁止の法理が、具体的に判例の如何なる不利益変更に対して及ぶかが、今後の検討課題となる。この点につき、「ある判例の変更が遡及処罰禁止原則の適用を受けるか否かの判断に際しては、裁判所が従来の見解に従えば、被告人を有罪とし又はより重い構成要件に該当するとは判断できないにもかかわらず、判例の変更

によってそれが可能となったか否かを基準とすること<sup>(8)</sup>とするものがある。

⑥ 刑罰法規に関して立法者に向けられている「明確性の原則（刑罰を科す法令について、その規定が明確でなければならぬ）」と遡及処罰禁止の法理との相関関係が、判例変更と遡及処罰禁止の法理との関係では特に考慮される必要がある。すなわち、法律の明確性の原則が緩やかに必要なほど、遡及処罰禁止の法理はその機能を削がれることになる。例えば、行為時以前の法律によって一義的に規定されてはいない規範が多く許されれば許されるほど、裁判所の解釈（判例）によりその内容が決定される範囲が拡大し、（もし判例変更の場合には全くその適用がないものとするれば）遡及処罰禁止の法理適用の余地がより狭められることになって、その憲法上の保障は実質的に失われることになる、<sup>(9)</sup>というものである。

## （II）判例の法源性（法的拘束力）について

① 判例変更と遡及処罰禁止の法理の関係を考える視点として、判例の法源性（法的拘束力）をどのように考えるかという問題がある。すなわち、判例の法源性を認める見解によれば、判例変更を制定法の変更と同一視し、従って、遡及処罰禁止の法理が、被告人に不利益な判例変更につき

同じように適用されるのは当然であるという見方である。

② 判例の法源性（法的拘束力）の有無に関する学説の状況について概観する。

従来の通説によれば、判例は、審級を問わずに、法源性（法的拘束力・先例拘束性）を有してはならず、成文法規と異なり、裁判官を法律上拘束するものではないとする。

その根拠として、a 国会が「国の唯一の立法機関」であること、b 明文上の根拠がないこと、c 裁判所の判決の効力は当事者にしか及ばないこと、d 最高裁判所の判例の統制力の不当な強化を避けるべきこと、e 下級裁判所において具体的事案に即した妥当な解決が図られるべきこと等があげられている。従って、判例には法的拘束力が認められず、「事実上の拘束力」しか有しないとされてきた。<sup>(10)</sup> 本件判決も、従来の通説の見解に従ったものとされている。

近年、通説の示した「事実上の拘束力」という「明確ならざる観念」がもたらした現状を批判して、判例に法源性（法的拘束力）を率直に認めるべきとする見解も有力である。その根拠としては、a 我が国の司法権が英米流のものと解されること、b 同種の事件は同じように扱わねばならないとする平等ないし公正の観念、c 予測可能性による国民の自由の保障等があげられている。<sup>(11)</sup>

しかし、このような判例の法源性（法的拘束力）の有無（拘束力の性質の差異）に関する従来の議論の仕方に疑問を呈して、「強い」「弱い」という拘束力の程度の差異を論ずることで済むのではないかとする見解もある。<sup>12)</sup>

③ 遡及処罰禁止の法理は、立法府の定める制定法のみならず、形式的に向けられるのではなく、国民の憲法上の権利として、当該法理を根拠づける国民の刑事上の法的安定性を保障するものである。しかも、判例の法源性（法的拘束力）の問題は、そもそも「第一次的には裁判官にとつての規範性の有無の問題（憲七六条三項）<sup>13)</sup>」である。従って、国民の憲法上の権利保障という観点からは、判例が法源性（法的拘束力）を有するかという議論によつてではなく、判例が現に国民生活において果たしている役割に着目し、その不利益変更に対する当該法理適用の有無が論じられるべきではなからうか。

④ 仮に「行為当時の判例に従えば無罪となるべき行為を処罰することは憲法三九条に反する」とすれば、「それは、憲法の右条項を根拠に、最高裁判所の判例について、別事件を審理する裁判所に対する法的な拘束力を認めることにほかならない」という見解がある。<sup>14)</sup>しかし、これは適切とは思われない。何故なら、遡及処罰禁止の法理は、国民の

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。また、仮に憲法三九条の適用が何らかの拘束力を判例に賦与するとしても、それは当該法理の観点からして特定内容をもった刑事上の判例に関して限定的に要求されるはずのものであつて、判例一般の「法的拘束力」ではないと考えられるからである。つまり、仮に憲法三九条に基づき特定の刑事判例に何らかの拘束力を認めたとしても、民事判例に当然に同様の拘束力を認めることにはならないし、刑事判例においてこのような拘束力が認められるのは不当な遡及処罰を實質的な内容とする判例のみである。憲法三九条に基づく拘束力と、判例一般の法的拘束力とは厳密には異なる性質のもの（概念）と考える。

### （Ⅲ）「判例の不遡及的変更」について

① 遡及処罰禁止の法理が判例の不利益変更の場合にも適用されうるとしても、将来の事案の妥当な解決のために行う判例変更が裁判所の役割として許容されなければならないこともあろう。しかし他方では、従来の判例の変更方法（変更した判例を当事者の事案に対して遡及適用すること）では遡及処罰禁止の法理の趣旨に反する結果となることは避けられない。そこで当該法理の違反を免れ、かつ将来の

同様の事案の適切な解決に資する方法がある。それが「判例の不遡及的変更 (prospective overruling)」である。

②判例の不遡及的変更とは、「従来の判例に依拠し、かつ依拠したことが合理的である者が、判例の変更によって不測の不利益を受けることがないようにする必要があるか」という観点から、「裁判所が、従来の判例の立場は妥当でないがこれを（伝統的なやり方で）変更すると法的安定性を害すると考えた場合に、先例を変更するが、新しい判例の立場はこの判決の日以前になされた行為には適用しない旨を、判決の中で宣明すること」<sup>(16)</sup>をいう。

従って、判例の不遡及的変更はそもそも遡及処罰禁止の法理の適用とは無関係に、広く「法的安定性」の見地から判例の不利益な変更一般に認められうるものであるから、本来は民事・刑事を問わずに論じられうるものである。<sup>(17)</sup>

③田中英夫教授は、昭和四四年の全司法仙台事件最高裁判決を明示的に変更した昭和四八年の全農林警職法事件最高裁判決に関して、先例変更によって示された新しい準則が、全司法仙台事件の判決の日である昭和四四年四月二日から当該先例の変更の日である昭和四八年四月二五日までになされた行為に適用されるのか、という問題について、適用されるとすれば「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」として、このような場合には、判例変更の効力を限定するという考え方、すなわちアメリカにおける「判例の不遡及的変更」の手法を提起され、積極的にその意義を既に評価されていた。<sup>(18)</sup>

④田中教授の論考によれば、判例の不遡及的変更が問題となるのは、前述したように、「従来の判例に依拠し、かつ依拠したことが合理的である者が、判例の変更によって不測の不利益を受けることがないようにする必要があるか」という観点からであった。

従って、判例の不遡及的変更をなすべき基準として、a 従来の判例に対する「合理的依拠」の存否と、b 「合理的依拠」があっても、それを無視して裁判所が新しい準則を遡及させる必要が認められるかということである。<sup>(19)</sup>

さらに「合理的」依拠とされるためには、「依拠した先例が、依拠するに値するものであること」をあげ、従って「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」などは合理的な依拠とはいえないとされる。<sup>(20)</sup> 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」ことも依拠が「合理的」といえるために必要であるとされる。<sup>(21)</sup>

以上のような基準を前提として、判例の不遡及的変更を考慮すべき場合として、本件のような「旧判例によれば無罪とされるべき行為が新判例により有罪とされる場合」や「手続に関する判例法の変更で、遡及的に適用すれば当事者の訴訟進行が十分になされる機会を奪う可能性の大きい場合」等を具体的に例示されるのである。<sup>22)</sup>

⑤判例の不遡及的変更は、単に「司法判断上の手法」や「判例変更の一つの技術」であるとして、国民の信頼保護等に対する裁判所の裁量の問題のように従来説かれてきた<sup>23)</sup>が、むしろ我が国では、国民の権利に関する判例の不利益変更の際して、「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」とする憲法一三条の要請として厳粛に受け止められなければならない場合もあると思われる。むしろ、従来の判例変更方法によって遡及的に刑罰を科することが法的安定性を害し、人権保障の観点からも正義に反すると考えられる場合には、一三条を論ずるまでもなく、三九条の遡及処罰禁止の法理適用の検討を通じて、判例の不遡及的変更が積極的に要請されるのではないか。すなわち、少なくとも判例変更による不当な遡及処罰を免れるための、刑事に関する「判例の不遡及的変更」については、憲法三九条を特に根拠とすることができるのではないかという主

張である。

⑥日本国憲法にいう「司法権」は英米流のものであると一般に理解されているが、その憲法の下で、まさしく英米流の、「判例の不遡及的変更」一般（刑事事件のみならず、民事・行政事件をも含む）がどのように位置づけられるか、という点について十分に立ち入った考察はなされていないというのが現状である。<sup>24)</sup> 当面、憲法学では、「司法権」のあり方という観点から主として検討が加えられてきたが、<sup>25)</sup> 憲法三九条以外の人権保障の観点、例えば適正手続の保障（三二条）や裁判を受ける権利（三二条）、学説によつては「適正な手続的処遇を受ける権利」（一三条）の観点からも<sup>26)</sup> 検討することはできないものだろうか。

⑦なお、「判例の不遡及的変更」は、裁判所による判例変更のあり方を直接に統制することを目的としたものではないので、そもそもある具体的な判例変更が適切なものであったのかどうかの検討は別個に当然必要である。

#### （Ⅳ） 本件判決の分析

①本件判決の判旨は、「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ものではない」とするが、その理論的な根拠は具体的には述べられず、また、依拠した先例と

して挙げている「判例」にも疑問がある。すなわち、

a 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院判決刑集四卷四号七〇〇頁は、犯行当時認められていた上告理由の一部を制限する刑訴応急措置法の規定を適用して審判した事案である。<sup>27)</sup>

b 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院判決刑集一二卷八号一七一八頁は、共同被告人の供述は被告人の供述としての性格をもつという一般論を述べた判例を変更して、共犯者または共同被告人の自白は憲法三八条三項にいう「本人の自白」にあたらな<sup>28)</sup>とした事案である。

c 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院判決刑集二八卷四号一一四頁は、酒酔い運転の罪と業務上過失致死罪との罪とを観念的競合としていた判例を変更して併合罪とした事案である。

これらはいずれも本件のように「実行の時に適法であった行為」を処罰する事案にはあたら<sup>29)</sup>ず、あえて「判例」としての共通事項を憶測すれば、被告人の行為が当時に妥当していた判例よりも被告人に不利な法解釈を示し、かつそれに従って当該被告人の行為を処罰した事案である。

また、最初の「判例」はともかく、後二者の「判例」に

おいては、当事者が憲法三九条を争点として主張したものでさえない。この点については、「最高裁判所が被告人に不利な判断を行った以上、そこには『被告人に不利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<sup>30)</sup>ており、故に、本件判決は、bやcにおける「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」とする見方がある<sup>29)</sup>。具体的な判決の基礎とする「判例」として、このようなものを探ることがはたして妥当なのかどうか。

このような「趣旨」で、本件判決の先例として、これらの「判例」が依拠されるとすれば、判例の法源性性に関して、「事実上の拘束力」という分明ならざる観念の下に：判例の抽象的な理由づけがものをいって来たところがあったか<sup>30)</sup>という問題提起があらためて思い起こされる。

後の事案において依拠されることが許される「判例」は、抽象的な理由づけではなく、当該判例が基づく具体的事実に沿って客観的に理解されうるものでなければならぬ。すなわち、判決の基礎となる「判例」とは、最高裁判所の裁判官たちがこれが『判例』だということころのものにほかならない<sup>31)</sup>性質のものであってはならないはずである。

従って、本件判決の根拠として引用された三件の「判例」はいずれも適切さを欠くと考える。とすれば、本件は判旨に関する初めての事案であり、本来は大法廷において違憲審査が慎重になされ、理論的な根拠が十分に示されるべき事案ではなかったかという疑問も当然に生じうる。

②本件事案のような判例の変更が憲法三九条の遡及処罰禁止の法理に違反するものかをあらためて検討したい。

判例の法源性をめぐる議論は、当該法理の適用についてあまり決定的意味を持つものでないことは前記(II)で既に述べた。議会制定法に限らず、判例変更の場合にも当該法理は及びうる。ただ裁判所は「法原理機関」<sup>33</sup>として具体的事案の妥当な解決をめざす役割をもつ以上、従来の判例を不利益に変更することによる事案の解決を認めざるを得ない場合もあろう。そこで実際に、判例の不利益変更がやむを得ないものである場合に、それが憲法三九条の遡及処罰禁止の法理に抵触しないようにするためには、「判例の不遡及的変更」が考慮されなければならない。すなわち、「法的安定性(特に自己の行為に対する法的効果について「予測可能性」)保障の観点に基づき、「判例の不遡及的変更」の必要性がないと判断できれば、当該判例を従来どおりに変更しても、その根拠を同じくする遡及処罰禁止の法

理を不当に侵害するものではないことになる。

従って、ある判例の不利益変更が遡及処罰禁止の法理に反するかどうかの具体的基準は、「判例の不遡及的変更」の必要性判断と連動して、行為者(被告人)の側に力点を置く「合理的依拠」の基準に求めたい。<sup>34</sup>すなわち、被告人が「依拠するに値する」先例に従って行動し、かつそのように先例に依拠した行為が法の立場からみて保護に値する(まさに三九条が示す「実行の時に適法であった行為」となる)場合に、当該先例の変更による被告人の遡及処罰は、憲法三九条に反するものとなる。そして、被告人が行為當時に依拠した先例が「依拠に値する」ものであったかは、専ら被告人の主観的意図だけではなく、むしろ行為当時の客観的状况をも考慮して判断されなければならない。この「合理的依拠」の基準を充たさない被告人に限って、その行為を、変更された判例の示した法解釈によって処罰しても、憲法三九条に反するものとは言えない。

③本件において、法的安定性の見地から「判例の不遡及的変更」が認められる事案であるかどうかを検討したい。前記(III)④で叙述したところによれば、本件のような「旧判例によれば無罪とされるべき行為が新判例により有罪とされる場合」にはその採用が十分に考慮されるが、無

条件に認められるのではなく、旧判例に対する「合理的依拠」が予め是認されなければならない。そして、「合理的依拠」とされるためには、「依拠した先例が、依拠するに値するもの」でなければならぬ。本件の場合は、依拠した先例（都教組事件最高裁判決）は、地方公務員の争議権を制約する規定につき、憲法二八条の労働基本権保障の観点から合憲限定解釈が加えられ、当時の学説からは概ね好意的な評価を受けていた。<sup>35</sup> 他方、国家公務員の争議行為に関する全農林警職法事件判決は、僅差でもたらされた判例変更であり、その内容も含めて、学説からの批判には厳しいものがあつた。<sup>36</sup> 従つて、被告人が行動した昭和四九年時点では、全農林警職法事件判決が「確定した判決」であつたと恐らく言えなかつたのではないか。むしろ、当時の状況では、地方公務員の争議権の制約を憲法適合的に捉えようとしていた都教組事件最高裁判決の変更よりも、憲法解釈としてはむしろ反動的な全農林警職法事件最高裁判決のさらなる変更可能性の方に期待して行動してもよかつたのではなからうか。すなわち、公務員の争議権制約をめぐる判例と学説の動搖の渦中では、都教組事件判決をして、国家公務員の争議行為に関する全農林警職法事件判決のみによつて、「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」なものであつたことは困難ではなからうか。従つて、前記（Ⅲ）④において示した基準に従えば、「判例の不遡及的変更」を行うべき「合理的依拠」があつたと積極的に認められる事案ではないが、さりとて、従前の都教組事件最高裁判決に依拠したことをあながち不合理な依拠として被告人を非難することもできない事案ではなからうか。

結局、保護されるべき刑事上の「法的安定性（自己の行為に対する予見可能性の保障）」の要請に加え、本件が憲法上の権利の制約を伴う判例変更に関わる事案である点を特に考慮すると、本件は、「判例の不遡及的変更」が認められるべき事案ではないかと考えられる。従つて、「判例の不遡及的変更」が行われず、変更された判例の示した法解釈によつて被告人を処罰することは、憲法三九条の遡及処罰禁止の法理に反し、また、本件の判旨は、少なくとも事案に即した限りでは不当ということになる。<sup>37</sup>

④最後に、河合裁判官の補足意見に言及しておきたい。補足意見は、「判例、ことに最高裁判所が示した法解釈」に強い拘束力を認め、国民が「それを前提として自己の行動を定めることが多い」という現実認識を示して、「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」として、本件に関する問題意識を適切に表している。しかし、「行為時の判例に対する国民の信頼の保護」が、違法性の錯誤の理論によってなされるべきことを提示していることには疑問を感じる。すなわち、個別的な国民の信頼ではなく、行為時の判例に対する国民一般の信頼の保護を裁判所として図るべきではないのか。「行為時の判例に対する国民の信頼」を個別的に判断して保護する手法は、それを憲法上保護すべきものとはしていないのではないか。「行為時の判例に対する国民の信頼」保護は、自ら行った判例の不利益変更に対する裁判所の責務として、一般的に考慮されるべきものであり、むしろ例外的に個別的事情に応じた処罰の方こそが考慮されるべきではないか。思うに、「法原理機関」である裁判所の役割としては、時に具体的事案の適切な解決のための「判例の不利益変更の必要性」と、憲法三九条の要請である「行為時の判例に対する国民（一般）の信頼」の保護とを調整するためには、河合補足意見が否定する「判例の不遡及的変更」をむしろ「法原理」として考慮することの方が、裁判所による人権保障の観点からは適切ではなからうか。<sup>(38)</sup>

(V) まとめに代えて

①最高裁判所は自らの判例について、少なくとも「事実上の拘束力」を（ある意味では「法的拘束力」以上に）下級裁判所に及ぼしている。そのような判例につき国民は自らの行動の指針として如何に受けとめるべきか、判例に対する国民の信頼を裁判所として如何に取り扱うかを、判例をめぐる諸問題に対する学説の議論の深化のためにも、今回、最高裁が傍論としてでも示すことを望みたかった。

②立法府と比較して、民主的正統性の弱さを指摘される裁判所は、その法的判断の理由づけによって「法原理機関」としての正統性を維持し得ている部分がある。それ故に、徒に裁判所が先例に専ら依拠してその判断を示したり、最高裁における憲法判断の理論的根柢が不十分なものになれば、裁判所が下す諸判断の理論的な正当性の維持に限られず、司法全体に及ぶべき「権威」の正統性の維持をも困難にすることとなるはずである。<sup>(39)</sup>

(1) 佐藤功『ポケット註釈全書憲法新版(上)』（有斐閣、一九八三年）六〇七頁、樋口陽一ほか『憲法Ⅱ（注解法律学全集）』（青林書院、一九九七年）三七八頁（佐藤幸治執筆）、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ（新版）』（有斐閣、一九九七年）四〇一頁（高橋和之執筆）等を参照。

- (2) 実行時における手続法解釈の不利益変更に対する遡及処罰禁止の法理適用につき幾つかの学説の見解がある。樋口ほか・前掲注(1)『憲法II』三七九頁を参照。ここでは、当該法理適用を認める諸見解の異同が明確ではないので、これらができるだけ包括的に捉えた表現で示す。
- (3) See Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 632 (2d, 1988); Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law* 369 (1997). 事後法の禁止 (ex post fact Law) の法理が判例変更の場合には及ばないとした Ross v. Oregon, 227 U.S.150 (1913); Frank v. Mangun, 237 U.S. 309 (1915), 判例変更の場合にはむしろデュー・プロセス条項 (修正五条) に違反するものとした Marks v. United States, 430 U.S. 188 (1977) 等を参照。
- (4) 我が国の憲法では、遡及処罰禁止の法理が、「国会」の章ではなく、むしろ「権利章典」に三九条として規定されていることの意味は憲法解釈上大きいと思われる。
- (5) 高井裕之「本件評釈」法学教室二〇二号(一九九七年)一一六頁以下では、適用されるならば「処罰法規(この場合は判例)の文言を厳密に解する必要があるかもしれない」憲法三九条に対して、むしろ、アメリカに倣って(前掲注(3)参照)、「実質的な公正性を柔軟に判断することができると解する余地がある」として憲法三一条適用の可能性を示唆する。
- (6) 竹内昭夫ほか『法律学辞典(第三版)』(有斐閣、一九八九年)一二九八頁。
- (7) この点について、刑事法では異なる評価もあるようである。例えば、萩原滋「判例の不遡及的変更の批判的考察」愛知大学法学部法経論集一四六号(一九九八年)八頁参照。
- (8) 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(一九八一年)一三八頁。
- (9) 寺崎・前掲注(8)一三五頁。
- (10) 杉原泰雄「最高裁判例の法源性をめぐる」法律時報五九巻二号(一九八七年)七六頁以下、中野次雄編『判例とその読み方』(有斐閣、一九八六年)一二頁以下(中野次雄執筆)、樋口陽一「判例の拘束力・考」佐藤功先生古稀記念『日本国憲法の理論』(有斐閣、一九八六年)六七五頁以下、広中俊雄「判例の法源性をめぐる論議について」判例時報一三九九号(一九九一年)三頁以下、西野喜一「判例の変更(8)」判例時報一五〇五号(一九九四年)三頁以下等を参照。
- (11) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社、一九八四年)二六二頁以下、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』(日本評論社、一九九五年)二〇三頁以下等。なお、小暮得雄「刑事判例の規範的効力」北大法学論集一七巻(一九六七年)六四一頁以下、西原春夫「刑事裁判における判例の意義」中野次雄判例事還暦祝賀『刑事裁判の課題』(有斐閣、一九七二年)三〇五頁以下、村井敏邦「判例変更と罪

- 刑法定主義」一橋論叢七一巻一号（一九七四年）三二頁以下も参照のこと。
- (12) 高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟第三巻』（有斐閣、一九八八年）一三九頁以下。なお、判例の拘束力については、長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会、二〇〇〇年）一四五頁注(24)も興味深い。
- (13) 高井・前掲注(5)（傍点は引用者による）。
- (14) 判例タイムズ九二六号（一九九七年）の本件判決解説一五三頁。
- (15) 田中英夫「判例の不遡及的変更」法学協会雑誌八三巻七・八号（一九六六年）一〇五二頁（後に『法形成過程』（東京大学出版会、一九八七年）に所収）。
- (16) 田中英夫「判例による法形成」法学協会雑誌九四巻六号（一九七七年）七九三頁（前掲『法形成過程』に所収）。
- (17) 結論としては「判例の不遡及的変更」に消極的ではあるが、民事における判例の不利益変更の問題を「損失補償的発想」から試みに論じたものとして、道垣内正人「判例を信じていたのに…」法学教室一五二号（一九九三年）七一頁以下を参照。
- (18) 田中英夫「全農林警職法事件における判例変更をめぐる諸問題」ジュリスト五三六号（一九七三年）五六頁以下参照。
- (19) (21) 田中・前掲注(15)一〇五二～四頁。
- (22) 田中・前掲注(15)一〇五四、一〇六〇頁。
- (23) 田中・前掲注(15)(16)や佐藤・後掲注(25)の文献参照。
- (24) 田中・前掲注(15)一〇六二頁によれば、①判例による「法形成」が十分に認識されていないこと、②法の形成、発展の過程における立法及び判例の果たすべき各役割に十分な考察がなされていないこと、を要因として挙げる。
- (25) 佐藤幸治「違憲判決の効力」法学論叢九四巻三・四号（一九七四年）一八二頁以下、同「将来効判決について」前掲注(11)『憲法訴訟と司法権』二二九頁以下。
- (26) 佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院、一九九五年）四六二頁以下。
- (27) 田宮裕「事後法の禁止」『憲法判例百選』（一九六三年）一二四頁以下参照。
- (28) 下村康正「共犯者又は共同被告人の自白」『憲法判例百選』（一九六三年）一二二頁以下、庭山英雄・『憲法判例百選Ⅰ（第二版）』（一九八八年）二四六頁以下参照。
- (29) 今崎幸彦「本件評釈」法曹時報五一巻一号（一九九九年）三五〇頁（傍点は引用者による）。今崎・ジュリスト一一二〇号（一九九七年）九九頁以下も同旨。現職の最高裁判所調査官によるこのような見方は、かつて恵庭事件判決（札幌地裁昭和四二年三月二九日判決下刑集九巻三三三五九頁）を契機とした「憲法判断の回避」に関する有倉・宮沢論争における有倉遼吉教授の立論（「恵庭判決」法学セミナー一三五号（一九六七年）一四頁）を想起させ、重要

な憲法解釈問題を内包するもののように思われる。(なお、宮沢俊義「憲法判決について」『憲法と裁判』(有斐閣、一九六七年)二七三頁以下、芦部信喜「憲法訴訟の理論」(有斐閣、一九七三年)Ⅶ、Ⅷ論文も参照のこと)。

(30) 佐藤・前掲注(11)二七九〜二八〇頁。

(31) 「我々は憲法の下にある。が、憲法とは、最高裁判所の裁判官たちがこれが憲法だというところのものにはかならない」という、後にアメリカ連邦最高裁長官となった Charles E. Hughes の、「憲法」解釈に関する著名な言葉を「判例」に置き換えてもじったものである。いみじくも「我々は『判例』の下にある」(最高裁自らへの拘束力の問題として把握)をも含めると、我が国の判例に関する含蓄を示すものとなる。なお、樋口陽一―栗城壽夫『憲法と裁判』(法律文化社、一九八八年)九四頁注(2)(樋口執筆)も参照のこと。

(32) 大山弘―松宮孝明「本件評釈」法学セミナー五一〇号(一九九七年)八四頁以下、村井敏邦「本件評釈」ジュリスト一一一三号(一九九七年)一四二頁以下も同旨。

(33) 佐藤・前掲注(26)二九一頁以下。

(34) 裁判所の法解釈を基準とする寺崎・前掲注(8)の本文の基準に対し、憲法三九条が国民の予測可能性を主観的「権利」として保障していることに鑑み、国民の側の事情に即した基準が定立された方がよい、との判断に基づく。

(35) 当該判決直後の特集である労働法律旬報(一九六九

年)七〇二・七〇三合併号等を参照。

(36) 当該判決直後の特集である判例時報六九九号、ジュリスト五三六号、法律時報四五巻八号(いずれも一九七三年)等を参照。

(37) 高山佳奈子「本件評釈」ジュリスト一一三二号(一九九八年)一六三頁では、判例が短期間に幾度も変わる事態は、刑罰法規の内容が不明確であることを間接的に示すとして、むしろ「明確性の原則」に反するとして法令違憲を考慮すべきであるとする。高山・法学教室二一〇号(一九九七年)判例セレクト二九頁も同旨。なお、この点につき、芦部信喜「合憲限定解釈と判例変更の限界」ジュリスト五三六号(一九七三年)四六頁以下を参照。

(38) 刑事法では、本件のような事案の解決を、河合裁判官補足意見が提示する「違法性の錯誤」による説と「判例の不遡及的変更」による説とが対立する状況にあるようである。学説の状況につき萩原・前掲注(7)二〇頁の注(13)を参照。前者の立場によれば、後者の立場は、行為者に「過剰な優遇を施すもの」とまで評されるようである。

(39) 本件評釈につき既に掲げたもの他に、坪井宣幸・法律のひろば五〇巻四号(一九九七年)四五頁以下、橋本裕蔵・判例時報一六三四号(一九九八年)二二三頁以下がある。なお、中山研一「判例変更と遡及処罰の問題(1)〜(6)・完」判例評論(「判例時報」に添付)四八二〜四八七号(一九九八年)は是非とも参照されたい。