

判例変更と罪刑法定主義

一 問題設定

罪刑法定主義の一つの重要な柱である遡及処罰禁止の原則は、もっぱら立法者を名宛人とするものとされてきた。行為当時の法律によれば罰せられない行為を事後の法律によって処罰することができない——事後立法の禁止こそが罪刑法定主義によって要請されるものであった。「法律なければ犯罪なく、刑罰なし」(Nullum crimen, nulla poena sine lege)」という命題の本来の意味からすれば、これもまた当然のことである。しかし、遡及処罰の禁止を事後立法の禁止に限定するためには、一つの前提が必要である。すなわち、立法者の行為以外に事実上遡及処罰の虞れがないということを前提としなければなら

村 井 敏 邦

らない。実際、事後立法禁止の原則には、一義的に明確な法律の制定と裁判官による解釈の禁止が結びついていたのである。「法律が成文としてはっきり規定されており、司法官の役目に、ただ国民の行為を審査し、その行為が違法であるか適法であるかを法律の条文にてらして判断することだけになれば、そしてまた、無知な者であろうと、有識者であろうとそのすべての行動を指導する正と不正の規範が、議論の余地のないものであり、単純な事実問題でしかないことになれば、そのときは国民が無数の小圧制者のクビキのために苦しむことはもう見られなくなるであろう。」(ベッカー⁽¹⁾)

しかし、現在、解釈の余地のない一義的に明確な法律の制定は、立法技術的に不可能であるとして、一定程度

の不明確性は容認されている。これに伴い、裁判官による解釈の禁止も、せいぜい類推解釈の禁止にとどまり、拡張解釈は禁止されていない。法解釈の法創造機能を強調することによって、類推解釈と拡張解釈の区別さえあいまい化されつつある⁽²⁾。他面、法律も、ベッカリアが理想としたような、圧制者の恣意を規制し、被圧制者の利益を擁護するものであるとは、単純に観念できなくなっている。各種の行政取締法規の増大は、条文通りの解釈ではかえって処罰範囲が不当に広がるという事態を招来している。こうした中であって、時に、限定解釈あるいは縮小解釈を施して処罰範囲の妥当性を追求しようとする判決も現われる。ところが、裁判官の構成が変化するることによって、目ならずして多数意見が少数意見に転落し、先例が適法であるとした行為も新たに、あるいは再び処罰に値するものと判断される⁽³⁾。この新判断が遡って適用されるとき、判例変更による事実上の遡及処罰という問題が生じるのである。

「判例は法律ではない」あるいは「解釈はその性質上遡及的にのみ行なわれる」から、事実上の遡及処罰もまたやむを得ない、と放置しておいてよいものか。ベッカ

リアが言った「国民が無数の小圧制者のクビキのために苦しむこと」を防止するという理念を、今日の罪刑法定主義の原則に生かすとすれば、事実上の遡及処罰をもたらす判例変更に対して、罪刑法定主義上の何らかの規制が加えられて然るべきではなからうか。

本稿は、右のような問題意識に基づき、アメリカ法における判例の不遡及的変更の問題と、これに示唆を受けて展開されている西ドイツにおける議論の状況を検討し、これを通じて判例変更と罪刑法定主義との関係について考察を加えることを目的とする⁽⁴⁾。

(1) ベッカリア『犯罪と刑罰』風早八十二、二葉共訳、岩波文庫（昭和三四年）三三四頁。

(2) Sax, Das strafrechtliche „Analogieverbot“, Göttingen 1953, S. 45ff.; Arthur Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“, Karlsruhe 1965, S. 29ff. 平野竜一『刑法の基礎』東京大学出版会（昭和四十一年）二二七頁以下。

(3) 典型的な事例は、国家公務員の争議行為あり罪に關して、最高裁判所昭和四四年四月二日大法院判決（刑集二三卷五号六八五頁）を変更した全農林警職法反対あり事件判決（最判昭和四八年四月二五日、判例時報六九九号二七頁）である。そのほか、威力業務妨害罪の「業務」には

公務が含まれないとしていた従来の判例を実質的に変更して、国鉄職員の現業業務に対する業務妨害罪の成立を認め、最判昭和十五年一月一八日刑集一四卷一三三頁、同四一一年一月三〇日刑集二〇卷九号一〇七六頁など。

(4) 刑事判例の変更と遡及禁止の問題は、わが国では、小暮得雄「刑事判例の規範的効力」北大法学論叢一七卷四号一〇七頁以下と西原春夫「刑事裁判における判例の意義」(中野次雄判事選歴祝賀『刑事裁判の課題』(昭和四七年)三〇五頁以下所収)三一〇頁に論じられているのみで、まだ一般のものとはなっていない。なお、アメリカにおける判例の不遡及的変更については、田中英夫教授の詳細な研究(「判例の不遡及的変更」法学協会雑誌八三卷七・八号一頁以下)がある。第二章は、これに負うところが大きい。

二 アメリカ法の場合

一 合衆国憲法は、第一条第九節において「私権剝奪法または事後法(*ex post facto law*)は、制定されてはならない。」と定め、続く第十節において、「州は、……いかなる事後法をも制定してはならない。」と定めている。これらの規定が刑事遡及法のみを禁止したものとす(5)るには、立憲過程の研究から疑問視する者もあるが、判例は、一七九八年のカルダー対ブル事件判決(Calder v.

Bull, 3 U. S. 386, 1 L. Ed. 648)以来、事後法とは刑事遡及法であるとする点において、一致している。(6)

ところで、事後「法」には、判例も含まれるかという問題であるが、連邦最高裁判所はこれを否定的に解しているのが現状である。まず、ロス事件判決(Ross v. Oregon [1913], 227 U. S. 150, 33 L. Ed. 220)において、裁判所が新しく制定された法律について被告人の予期しない不利益な解釈によって被告人を処罰しても、事後法禁止条項に違反しないとされ、次いで、フラング対マンガム事件判決(Frank v. Mangum [1915], 166 U. S. 290, 342, 35 L. Ed. 582)において、事後法禁止条項は、立法行為にのみむけられ、被告人に不利益に先例を変更する判決の遡及的適用を禁じるものではない、とされた。これらの判例は、現在なお維持されている。したがって、いわゆるリアリズム法学の擡頭により、裁判所は法を創造するところではなく、これを宣言するところであるというブラックスタン以来の考え方が批判され、とくに民事において発展した「判例の不遡及的変更(prospective overruling)」という方法が、刑事事件にも採用されるようになるのであるが、その場合でも、事後

法禁止条項との直接的なかわり合いにおいて論じられるわけではないのである。

二 このように、判例の遡及的変更は、それが被告人に不利益なものであっても、事後法禁止条項に抵触しない、その意味において憲法問題をひきおこさない、とされている。しかし、被告人に不利益な判例変更には遡及効を認めることによって生じる不当な結果も看過し得ない。そこで、裁判所は、以下のような種々の方法で、この不当な結果を避けようとしている。

(一) 伝統的な先例拘束性の原理によって、判例変更そのものを認めないもの

〔1〕 *People v. Tompkins* (1906) 186 N. Y. 413, 79 N. E. 326

にせの競馬情報を通して金銭を騙取したという事案につき、ニューヨーク上訴裁判所は、不正の目的のために金銭が支払われた場合には、たとえそれが欺罔によるものであるとしても重盗取罪が成立しないとした先例を誤りである、とした。しかし、この先例は、すでに人の自由に関するルールとして確立されており、確立されたルールを変更することは裁判所の任務ではなく、立法府

の任務に属する。したがって、裁判所としては、立法府にルールの変更を勧告する以外にはない、と判断した。

この判例が依拠した先例拘束性の原理は、イギリスでは最近まで堅持されていたが、アメリカでは、かつて一度もその厳格な採用をみていないと言われている⁽⁹⁾。刑事事件においても、犯罪者に利益を付与する形で先例拘束性の原理を援用し得ないとされてきている⁽¹⁰⁾。したがって、右の判決は、アメリカ法の流れからすると、異例の部類に属すると言うべきであろう。

(二) 「法の不知は許さず」の例外として、故意の阻却を認めるもの

〔1〕 *State v. O'Neil* (1910) 147 Iowa 513, 126 N. W. 454

被告人は、制定法が憲法に違反するとした州最高裁判所の判決を信じて行為をしたところ、後になって、連邦裁高裁判所の合憲判決が出、州の最高裁判所もこれに従って先例を変更した。そこで、被告人は、右の制定法で禁止されている酒類の注文をとった罪で起訴された。アイオワ州最高裁判所は、自分の属する州の最高裁判所が下した違憲判決を信じて行為をした場合には、「法の不

知は許さず」という原則の例外が認められ、被告人には責任がない、とした。この多数意見に対して、裁判長のデーマーは、法律を違憲と判断した先例はそれがくつがえされるまでは万人を拘束する法である。これを遡及的に変更する判決は事後法にあたり許されない。したがって、判例変更は不遡及的にのみ行なわれるべきである。しかも、違憲判決を信じて行爲した者を処罰することは、残虐、異常な処罰を禁止している憲法に違反する、との意見を付していることが注目される。このデーマーの意見は、後記(三)の「2」判例の多数意見に受け継がれている。

〔2〕 James v. United States (1961) 366 U. S. 213, 6 L. Ed. 2d. 246

横領によって得た所得は課税対象となり得るかにつき、先例はこれを消極に解していた。本件において、多数意見(7/9)は、この先例を変更すべきであるとしたが、そのうちの三裁判官の意見は、被告人が行爲した時点では、これを適法とする先例の解釈が支配していたのであるから、脱税の故意が証明できない、というものであった。この意見は、先例が変更されるまでの行爲については、

先例の解釈によることを表明したものとすれば、判例の不遡及の変更を示唆していると見ることが出来る。しかし、厳密に言えば、その場合には、故意の有無を論じるまでのことはなく、被告人の行爲は適法であると判断されなければならない。したがって、この意見は、必ずしも一般的に判例変更の遡及効を否定したものではないと言わざるを得ないのであるが、実は、次に見る判例群の場合にも、判例変更の不遡及性を言うものの、具体的に被告人が先例に依拠していたか否かを問題とするような表現も見られ、必ずしも、この点の処理は明確でない。理論的には、被告人の主観的側面に着眼して、個別的に判例の遡及効を否定する考え方は、法宣言説になじみ、一般的に遡及効を否定する考え方は、法創造説になじむと思われるのであるが、実際には、両者が明確に区別されていなく、アメリカにおける判例の不遡及的変更⁽¹²⁾という主張の一つの特徴があるとも言えよう。

(三) 先例を変更した判決の遡及効を否定し、判例変更の効果が将来にのみ及ぶこと——判例の不遡及的変更——を明示したもの

〔1〕 State v. Bell (1904) 136 N. C. 674, 49 S. E.

163

ノース・キャロライナ州の制定法では、農地の借地人は、地主に負っている債務を弁済するか、あるいは、予告をしなければ、作物を移動してはならず、これに違反した場合には処罰されることになっていた。被告人は、この制定法に違反したとして起訴された。ところが、被告人は、地主に対して自分が負っている債務以上の債権を持っており、このような場合には、右法律の適用がないとするのが従来の判例であった。裁判所は、従来の判例はくつがえされるべきであるとしたが、「被告人は、当裁判所の先例を基礎にした弁護人の意見に従って行動したのかも知れない。……被告人が先例に依ったと抗弁することができる限り」、被告人については、先例に従って判断すべきである。ここに示された新たな解釈は将来の事件に適用される、とした。

本判決は、刑事事件において判例の不遡及的変更という方法を採用した最初のものであると言われている。しかし、カッコ内の表現によれば、先例に従ったことが抗弁となり、その立証責任が被告人に負わされることになる。現に、裁判所は、証言等によってこの抗弁が成立す

ると認定して、被告人に無罪を言い渡している。この点において、(二)の判例群と実質的差異が見出せない。

[24] *State v. Longino* (1915) 109 Miss 125, 67 So. 902

被告人は、銀行業務の取締に関する法律に違反したとして起訴されたが、行為当時の判例によれば、被告人の行為は適法であった。この判例が変更されたのは、被告人の行為のあとであった。そこで、ミシシッピ州最高裁判所は、一たん州の最高裁判所によって適法であると宣言された行為を解釈の変更によって処罰することは、残虐のきわみであると言わなければならない。このような不正義かつ残虐な処罰を避ける意味から、刑事制定法の解釈に関する先例変更は、不遡及的效果を持つべきである。この原則は、憲法上の事後立法禁止と同一の原理を適用するものである、と判断した。

この判決は、前記オニール事件判決のデューマール裁判官の意見に依ったものである。残虐な処罰を避けるという点に、判例の不遡及変更の根拠を求め、さらに、それが事後立法の禁止と原理的に同一であるとする点において、「1」のベル事件判決よりも、客観的、一般的な処

理方法であると言ひ得る。しかし、本判決では、判例變更に不遡及的効果を与えることが、憲法上の事後法禁止と同一の原理から理由づけられるということは認められしたが、判例の遡及的變更が憲法問題をひきおこすまでには認められていない。被告人は、いまだ憲法上の保護を受けていないのである。

(c) State v. Jones (1940) 44 N. M. 623, 107 P. 2d. 324

被告人は、州法の禁じるくじを開催した罪によって起訴された。彼は、数年前にも同様の行為で起訴され、そのときは、くじの成立が否定されて無罪となっている。

裁判所は、前の判例をくつがえして、被告人の行為は州法の禁じるくじにあたるとしたが、被告人にはこの解釈を適用しなかった。その理由は、被告人が依拠した先例の變更が不遡及的になさるべきであるというのは、最も明白な正義の原理の要請するところであり、したがって、被告人の権利の確定は、先例に従ってなされなければならない、ということにあった。

本件の特徴は、先例もこれをくつがえした本判決も同一人物の行為を問題としてゐることである。したがって、

先例の變更に遡及効を認めることの不当性が、容易に認められ得る事案であった。まさに、「最も明白な正義の原理」の要請するところであったと言える。

三 以上の三方法のうち、事実上の遡及処罰を避けるには、第一の方法、すなわち、被告人に不利益な判例變更は、それ自体が許されないとすることが、最も有効な方法であることは言うまでもない。しかし、これは、アメリカ法の流れに必ずしも合致していないということもあって、あまり採用されていない。残る第二と第三の方法であるが、憲法上の人権保障条項と無関係に論じられる限り、両者を区別する実益はない。第三の方法を採りながら、被告人が先例に依拠していたことの証明を要するとすれば、なおさらである。この場合には、「判例の不遡及的變更」は、被告人の人権を保障するというより、むしろ、被告人に不利益な判例變更を容易にする技術としてしか認識されないということになる。「判例の不遡及的變更を許すことによって、被告人に不利益を及ぼすという当面の難点が解消され、かえって、判例變更が容易になされないか。」⁽¹³⁾判例の不遡及的變更を判例變更の単なる技術として観念する場合には、右の批判に対して、

有効な反論を加え得ないであろう。⁽¹⁵⁾

これに加えて、判例の不遡及的変更という方法には、次のような批判⁽¹⁶⁾があることを注意しなければならない。すなわち、第一に判例変更を不遡及的にすることとは、新しい解釈が予想外のものであったことを前提とする。しかし、予想外な解釈を許すほどにあいまいな法律の条文は、憲法上の明確性の要請に反する。判例の不遡及的変更は、この点の検討をないがしろにする。第二に、過去の行為に適用するのが不当であるような解釈に、将来に向かつての効力を与えることに、立法者さえ行なわなかった新たな犯罪の創造である。第一の批判は、判例の不遡及的変更という方法のもつ技術性に向けられ、第二の批判は、その法創造性に向けられている。いずれも、罪刑法定主義上、大いに問題となる点である。

さらに、判例の不遡及的変更という方法は、被告人にとって利益な判例変更の遡及効を否定するためにも用いられ、アメリカにおいては、むしろ、その方に有効性が認められているという問題がある。連邦最高裁判所のリンクレタ対ウォーカー事件判決 (Linkletter v. Walker [1965] 381 U. S. 618, 14 L. 2d. 601) 以来の傾向がそ

れである。この判決は、連邦最高裁判所が判例の不遡及的変更を正面から認めた最初の判決であると評価されている。しかし、これは、前記(三)の判例とくに「2」のロンギーノ判決のように、正義に反する処罰、残虐な処罰を防止するという、いわば人権保障的な発想に支えられたものではない。むしろ、これとは逆に、違法収集証拠の全面的排除を認めたマップ判決 (Mapp v. Ohio [1961] 367 U. S. 643) の遡及効を否定することによって、人権保障の後退をもたらすものであった。この基本的な差異に眼をつぶって、前記ジョーンズ事件判決やジェイムス事件判決をもって自己の論理を正当化しようとしている本判決の多数意見には、奇異な感さえないでかれるのである。この判決の主たる論拠は、一般に従来の判例に依拠した者が保護されるべきならば、本件(人身保護令状の発給を求めた事件)のごときの場合には、マップ判決以前の判例に依拠した州の裁判所こそ保護されるべきである、また、マップ判決に遡及効を与えると、州の司法運営上多大の影響がある、というにある。そして、この論理によって、以後、刑事上の人権保障に関して画期的な判断を下したグリフィン、エスコベード、ミラン

ダ、キャッツなどの諸判例に、次々と遡及効が否定されている。⁽¹⁷⁾

こうした判例の動向は、それが人身保護手続に関するものであるという特殊性を考慮しても、人権保障の観点とはおよそあいられないものである。この点に関して、「判例の不遡及的変更」という方法は、いまや廃棄されるべきであるという主張が出てくるのは、けだし当然と言うべきであろう。

ともあれ、人権保障という観点から切り離され、もっぱら技術論として展開される「判例の不遡及的変更」論には、このように無差別的に遡及効を否定するという危険性が内包されていることを注意しなければならない。

(5) *McAllister, Ex Post Facto Laws in the Supreme Court of the United States*, 15 California L. R. 270 参照。

(6) *Watson v. Mercer* (1834) 33 U. S. 88, 110, 8 L. Ed. 876 以下、多数の判例がある。

(7) 田中英夫、法協八三巻七・八号三頁以下参照。

(8) *Geddes v. Brown* (1863) 5 Phila. 180 が「判例の不遡及的変更」を認めた最初のものとされている。

(9) 一九六六年に至って、貴族院は判例変更の自由を認め

る決定を行なった ([1966] 1 Weekly L. R. 1234)。この決定については、田中英夫「イギリスにおける先例拘束性の原理の変更にについて」法協八四巻七号四四頁以下参照。

(10) 田中、前掲論文、法協八三巻七・八号五頁。

(11) *Lanier v. State* (1859) 57 Miss. 102, 107

(12) 本判決のクラーク裁判官の意見も、被告人が先例に依拠するにつき、善意 (bona fide) ではなかった、としている。なお、模範刑法典第二・〇四条(3)項(b)は、「相当の理由に基き……裁判所の決定、意見又は判決……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、行為が法律上罪とならないと信じたことが、抗弁となる、と規定している。これは、明らかに「法律の不知は許さず」という原則の例外を定めたものであるが、田中教授は、「判例の不遡及的変更」を認めたものと見ておられるようである (法協八三巻七・八号五一頁)。

(13) 71 Yale L. J. 945, 946 (Note)

(14) 47 Harv. L. R. 1412 (Note) は、この点を批判している。

(15) 田中教授は、「現在の裁判所が、そう簡単に判例に対する尊重の度合を変更するとは考えられない。もちろん不遡及の変更を認めれば、判例の変更の例はより多くなるであろう。しかし、それは、裁判所が、従来の先例が明白に不合理だと考える場合に限り、と予測してよいのではな

かろうか。」(法協、八三卷七・八号四三頁)としているが、刑事事件の場合、被告人に不利益な判例変更が多くなること自体、一つの問題である。判例変更を容易にさせないだけの歯止めが必要であろう。それには、「判例の不遡及的変更を」単なる判例変更のテクニックとしてはならないのである。

(16) ジェイムス事件判決におけるブラック裁判官の意見 (366 U. S. 224, 225) に代表される。

(17) *Tehan v. United States ex rel. Shott* (1966) 382 U. S. 406; *Johnson v. New Jersey* (1966) 384 U. S. 719; *Storall v. Danno* (1967) 388 U. S. 263; *Desist v. United States* (1969) 394 U. S. 244

(18) Haddad, "Retroactivity should be rethought": A call for the end of the Linkletter doctrine. 60 *The Journal of criminal law, criminology and police science* 417

三 西ドイツにおける問題状況

一 ボン基本法第一〇三条第二項は、「行為は、それが行なわれる以前にその可罰性が法律によって規定されている場合にのみ処罰される。」とし、現行刑法は、その第二条第一項に同文の規定を持っている。これによって、遡及処罰が禁じられ、これに違反した場合には、憲

法裁判所への提訴ができるということには、格別問題がない。問題は、その遡及処罰の禁止が、刑罰法規のみならず被告人に不利益な判例変更の遡及を禁じる趣旨をも含んでいるか、という点である。

従来、ことに、一九六〇年以前は、遡及処罰の禁止は刑罰法規の遡及効のみを禁止するという理解が、支配的であった。たとえば、ラートブルフは、英米法の分析を通じて、「判例法」という範疇が刑法の分野にあることを認めたが、この判例法には、遡及処罰の禁止の原則が妥当しないことをもちろんであるとした。⁽¹⁹⁾ また、ボッケルマンは、裁判官が新しい解釈を示し、これを具体的事案に適用する場合には、法律自体を変更するというよりも、正しい法を提示するという確信に支配されているのであって、このような確信なくして、裁判官が新しい法規を決定するとすれば、それは、もはや解釈ではなくて法律によって禁じられた法創造である。もし、仮に、新しい解釈は、必然的に、遡及性を持つ法創造であるとする立場に立ち、遡及禁止と判例法との矛盾を解決するとすれば、一切の法解釈を禁止するか、罪刑法定主義を放棄するか、以外には方法がない。この場合に、新しい解

釈を将来の事案にのみ効力があるものとすることは、裁判官による法規の創造を公然と許すことになり、罪刑法定主義に反する、と述べている。⁽²⁰⁾ シュンケルシュレーダーも、何が禁じられ、何が許されているかについての決定的基準は、法律だけであって判決ではないとして、判例変更には遡及処罰禁止の原則の適用がない、としていた。⁽²¹⁾

以上のような通説的見解では、従来の判例に基づいて自己の行為を適法であると信じて行爲した者の救済は、禁止の錯誤に関する理論によってなされ、それで十分であると考えられていたのである。⁽²²⁾

二 しかしながら、裁判官の法適用を立法者の法定立機能と截然と区別する伝統的理解に対しては、アメリカのリアリズム法学の影響もあって、裁判官の法適用は、単純な形式論理的包摂作業にとどまらず、一定程度の法創造活動であるとの理解が有力になってきた。⁽²³⁾ 一方において伝統的理解に立ち、判例変更の遡及効を肯定するシュレーダーやシュトゥレーなども、判例による慣習法の形成(たとえば、超法規的緊急避難や禁止の錯誤の理論)を認める限度においては、裁判官の法創造機能を承

認していた。⁽²⁴⁾

こうした機運を背景にして、一九六〇年、デュエリッヒは、判例が形成した慣習法を解釈によって変更し、これを遡及的に適用して被告人を処罰することは、基本法第一〇三条第二項に違反する、と主張し、このような場合には、判例変更は「鑑定的(傍論において)」なし得るに過ぎないとして、いわゆる「判例の不遡及的変更」を提唱した。⁽²⁵⁾ この年、パウマンも、法律とその解釈との補充関係から、解釈による判例の遡及的不利益変更を防止することができた場合に、はじめて、刑法のマグナ・カルタ性の実現されたと言い得る、と述べた。⁽²⁶⁾

税法や特許法の分野では、比較的早くから判例変更の不遡及について論じられていたようであるが、⁽²⁷⁾ 刑法の分野では、デュエリッヒとパウマンの主張が最初のものである。以後、この問題をめぐって賛否両論あい争うのであるが、⁽²⁸⁾ とくに、一九六五年、酩酊運転の基準に関する判例変更は、この問題を議論するうえで具体的な素材を提供した。

三 ドイツ刑法は、わが国の道路交通法(六五冬一七条の二の一号)と同様に、アルコール飲料類の影響により、正常な運転

ができない状態で車両の運転をした者を処罰する規定(三二五条、三二六条の一項)を設けている。従来の判例は、血中アルコール濃度一・五%をもって「正常な運転ができない状態」の判定基準としていた。ところが、連邦通常裁判所は、一九六六年九月一二日の決定(BGH St 21, 157)によって、右の基準を一・三%に引き下げた。そこで、この判例変更以前に、血中アルコール濃度一・三%以上一・五%以下の飲酒量で車両運転をした者に対しても、変更後の厳格な基準が適用されるか否かが、各地の裁判所で具体的に問題になったのである。

この問題に対して各上級地方裁判所のとった態度は、以下の三類型に分類され得る。(1) 判例変更は法律の変更ではないから、禁止の錯誤が問題になることはあっても、遡及処罰禁止の問題ではない、とするもの。(2) 一般論には触れず、血中アルコール濃度は単なる証明資料に過ぎないから、その変更は遡及処罰禁止条項とかかわりがなく、とするもの。(3) 判例変更の場合にも遡及処罰の禁止が問題になりうるとしながらも、当該基準の引下げは、諸事情から予め蓋然的に認識し得たのであるから、それにもかかわらず、一・三%以上の酩酊度で

車両運転をした者は、自ら重大な危険を引き受けたものである、として、具体的には、遡及処罰禁止条項違反の主張を排斥するもの。(31)

このうち、第三の見解を表明したカルスルー上級地方裁判所一九六七年一〇月五日の判決は、上級地方裁判所としては、はじめて、判例変更が遡及処罰禁止条項との牴触問題をひき起こし得ることを認めたものとして注目されている。(32) 学説上も、この問題を契機として、遡及処罰禁止は刑罰法規の制定・変更のみならず判例変更の場合にも適用される、とする見解が徐々に増えつつあるようである。(33) その根拠とするところを列挙すれば、

(1) 裁判所、とくに上告審は、具体的事案の解決と同時に、法律解釈の統一を任務とする。(34) (2) 実際上、法律の条文自体よりも、これを解釈する判例が、国民の行動の指針を提供している。その意味において、法律とその解釈は補完関係にある。(35) (3) とくに、確立された判例は「判例法」を形成し、その変更は法律の変更と同視される。(36) (4) 遡及処罰禁止は国民の信頼保護に根拠を持つのであるから、従来の判例の示した法解釈を信頼して行為した者も保護されて然るべきである。(37) (5) 立法

技術的にまったく一義的に明確な規定を設けることは不可能である。したがって、方法的に不可避免的な、その意味において憲法上甘受し得る程度の不明確な規定を明確化することが、裁判官の任務となる。いわば、裁判官は、立法者のなした法形成を受け継いで、これを完成するのである。この限りにおいて、裁判官は、一種の立法者的機能を果たすのであるから、立法者と同様の憲法上の制約に服さなければならない。⁽³⁸⁾ (6) 罪刑法定主義の指導理念は、国家による自由の侵害から国民を保護することにある。それは、すべての国家機関の行動が国民にとって予測可能となることによって、具体化されるものである。したがって、立法の領域のみならず裁判官による法適用の領域においても、予測可能性は確保されなければならないが、これは、従来の判例から逸脱して、被告人に不利益な法認識に達した判決の適及的適用を禁止することによって、はじめて達成することができる。⁽³⁹⁾ (7) 被告人に不利益な判例變更に適及効を認めると、法の下の平等という原則に反する結果が生じる。⁽⁴⁰⁾ これに対して、判例變更の適及効を肯定する立場から以下のような批判がなされている。(1) 判例變更は法

律の變更と同視し得るものではない。⁽⁴¹⁾ (2) 裁判官は、具体的事案の解決を任務とするのであって、一般的に国民に行動の指針を提供することを任務とするものではない。⁽⁴²⁾ (3) 仮に、「判例法」と言われているものが形成されるとしても、それは、具体的事案の解決を通して形成されるのであるから、適及的性格を免れ得ない。⁽⁴³⁾ (4) 新たな判断に適及効を否定すると、法の発展が阻害される。⁽⁴⁴⁾ (5) 現代のように無数の判例が出されている状態では、主観的な信頼の保護や予測可能性の確保は、ユートピアでしかあり得ない。現代的意味における罪刑法定主義の目的は、もはや信頼の保護や予測可能性の確保にあるのではなく、一般的に、恣意的な処罰から国民を保護することにある。⁽⁴⁵⁾ (6) 新しい法解釈を適及的に適用するとしても、すでに無罪が確定したものにまで、その効力が及ぶわけではなく、すべての係属中の事件、あるいは、今後係属する事件に等しくその適用をみるのであるから、なんら平等原則に反するものではない。⁽⁴⁶⁾

(19) Radbruch, Der Geist des englischen Rechts. 2. Aufl., 1947, S. 81 Anm. 1

(20) Bockelmann, Zeitliche Geltung, Zeit der Tat, Ni-

ederschrift für die Satzung der großen Strafrechtskommission, 3. Bd., Allg. Teil, 1958, S. 289

(12) 一三三號の民事訴訟(13. Aufl. § 2 Rdnr. 15)° 一四號 (§ 2 15 a) の「完全に一致した判例」の概念は、その変更、廢及禁止にならざるべしなり°

(22) Schöke-Schröder, 13. Aufl. § 59 Rdnr. 91

(23) 大久保正夫, Englisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit. Heidelberg, 1953, S. 183 ff.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960, S. 229; Arthur Kaufmann, Gesetz und Recht. Festschrift für E. Wolf, 1962, S. 381 ff.

(24) Schöke-Schröder, § 2 Rdnr. 21; Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz. Tübingen, 1960, S. 81.

(25) Maunz-Dürig, Grundgesetz (Kommentar). München-Berlin, 1960, § 103 Rdnr. 112 Fun. 2

(26) Baumann, Strafrecht, Allg. Teil, 1. Aufl., 1960, S. 98

(27) 1) 6 号の「〇」は「Knittel, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, Bielefeld, 1965, S. 24 ff. 參照°

(28) 大久保正夫の「民法の判例の變更」Stree, a. a. O. S. 81f.; Meyer-Ladewig, Der Satz "nulla poena sine lege" in dogmatischer Sicht, MDR 1962, S. 262; Ha-

mann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, 1963, S. 48

なり° 1) 6 号の「〇」は「Knittel, a. a. O. 24 ff. 參照°」に於ける議論状況を詳細に述べ、「判例の不變及的變更」という方法を大久保正夫の主張した°

(29) KG, NJW 1957, 1766

(30) OLG Frankfurt, NJW 1969, 1634

(31) OLG Karlsruhe, NJW 1967, 2167

(32) 大久保正夫, 1) 6 号の「〇」は「判例の変更を主張する大久保正夫の「結論的」は「廢及的禁止」の適用を主張した大久保正夫の「結論的」は「長期にわたる判例の変更」を主張した大久保正夫 (NJW 1968, 759)°

(33) Messmer und Bergschneider DAR 1967, 45; Boers, NJW 1967, 1310; Hanack, JZ 1967, 297, 299; Nauke, NJW 1968, 758; derselbe, NJW 1968, 2321; Gross, Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht. Freiburger Diss. 1969; derselbe, Über das „Rückwirkungsverbot“ in der strafrechtlichen Rechtsprechung, GA 1971, 13; Kohlmann, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschrift. Köln, 1969, S. 274 ff.; Strassburg, Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht, ZStW 1970, 948; Schöke-Schröder, 14. Aufl., § 2 Rdnr. 15 a; Müller-Dietz, Verfassungsbeschwerde und richterliche

- Tatbestandsauslegung im Strafrecht. Festschrift für R. Maurach, 1972, S. 41 ff. など。民事法学者のこの種の著書は、Grunsky, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, Karlsruhe, 1970 を貴重な論稿である。
- (37) Kohlmann, a. a. O. S. 291; Grunsky, a. a. O. S. 14 ff.
- (38) Baumann, a. a. O.; Schönke-Schröder, 14. Aufl., 82 RdNr. 15 a
- (39) Boer, NJW 1967, 1311; Strassburg, a. a. O. S. 966 ff.
- (37) たゞ、Strassburg, a. a. O. S. 963
- (38) Groß, GA, S. 19 f. 明確性の要請は立法者のみならず裁判官にも向けられるべきであるとする。
- (39) Kohlmann, a. a. O. S. 252, 274
- (40) Boer, a. a. O. 1310; Messner-Bergschneider, a. a. O. S. 45; Strassburg, a. a. O. S. 962 f.
- (41) Mayer-Ladewig, a. a. O. S. 264
- (42) 前掲、ニル・アッシャー・マッケン・ニル・アッシャーの見解。
- (43) Lemmel, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege. Berlin 1970, S. 168
- (44) Mayer-Ladewig, a. a. O. S. 264
- (45) Lemmel, a. a. O. S. 157

(46) Händel, NJW 1967, 538

四 私見の展開

一 以上、判例変更と遡及禁止をめぐるアメリカとドイツの議論状況を概観してきた。そこで、以上の議論状況を踏まえて、判例変更と罪刑法定主義との関係について若干の考察を加えてみよう。

まず、裁判官の法創造機能を強調することによって、判例に独立の法源性を付与し、そこから、判例変更を法律の制定・変更と同視する式の議論であるが、これは、やはり罪刑法定主義上疑問があると言わなければならない。たしかに、法解釈が単なる形式論理的な包摂作業にとどまらず、一種の価値判断作業であるという事実を認めざるを得ないであろう。しかし、それは、あくまでも法律の枠内での作業であり、その中であっても、法解釈は、複数可能なことばの意味の中からどれかを選択するという要素を含んでいる事実を承認する限りにおいてである。法律の枠を越えて、新たな法律を形成することまでは、裁判官の法解釈作業の枠内に取り込むことができな。とくに、処罰を拡大する方向での解釈については、

国会の制定した法律によらなければ、何人も処罰されることはないという罪刑法定主義の基本的要請は、厳格に維持されなければならない。判例の法源性⁽⁴⁷⁾を認めることは、この基本的要請に反することになるのである。

次に、明確性の要請は、立法者のみならず裁判官に向けられるとして、その限りにおいて裁判官も立法者と同様の憲法上の制約に服する、という議論はどうであろうか。これも、立法者の機能と裁判官の機能の質的差異を量的差異に転化することによって、明確性の原則の本来の意味を失わしめる、という点で問題がある。わが国の最高裁判所の例を見ても、解釈によって法文の意味を確定できるという理由で、明確性の原則に反するとの主張が排斥されるのが通例である、⁽⁴⁸⁾という事実を忘れてはならない。

このように、裁判官の機能を立法者の機能と同視するような論理は採り得ないのであるが、それにもかかわらず、判例が事実上の拘束力を有し、国民に対してその行動の指針を与える役割を果たしている事実は、これを認めざるを得ない。とくに、最高裁判所は、制度上も、単に具体的事案の解決のみならず、法律解釈の統一という

機能も担っているからその判決が国民に与える影響は無視し得ないのである。この判例の事実上の役割と最高裁判所の制度上の機能とに着眼するとき、最高裁判所の判例を国民にとって不利益に変更することは、極力避けなければならず、やむを得ず変更する場合にも、十分に国民の人権保障に留意して、最低限、国民に対する不意打ちとならないようにしなければならない、という要請が生じてくる。

予測可能性と信頼の保護は、いまやユートピアであるという批判があった。たしかに、一般条項や規範的構成要件要素は、裁判官の価値判断の幅を広め、予測可能性の確保を困難にしている。しかし、こうした事態にあるからこそ、ますます、法律の明確化が要請され、裁判官の行動にも制約が加えられなければならないとも言い得る。予測可能性が確保しにくい事態が生じたからといって、直ちにこの現状を肯定し、ユートピア論を持ち出すのは、あまりに安易な態度であると言わなければならない。

二 法律主義を根幹に据えつつ、予測可能性を裁判官の行動に対しても要請していくこと、これが現代におけ

る罪刑法定主義のいわば最低限の内容である。

そこで、裁判官の行動に対する予測可能性はどのよう
に確保されるかであるが、これには、さしあたり、①国
民にとって不利益な判例変更は許さない、②不利益な判
例変更の遡及を禁止するとの二方法が考えられる。しか
し、第①の方法は、裁判官の判例への拘束を強調し過ぎ
ることによって、法律主義の趣旨に反することになる。
やはり、第②の方法をもって至当とすべきであろう。も
っとも、この場合、国民にとって不利益な判例変更は、
よほどの法律上の根拠と必要性がない限りは許されない
ことを前提としなければならない。この前提があって、
はじめて、判例変更の遡及禁止という意味が生きてくる
のである。

判例変更の遡及禁止に対しては、なお、二つの問題が
指摘されていた。第一に、被告人の信頼の保護という点
からすれば、法律の錯誤(禁止の錯誤)の理論の活用に
よって、十分その目的が達成されるということである。
しかし、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、この判決を信じるにつき、
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。ま
た、先例自体は錯誤を理由づける一つの資料にしか過ぎ
ないのであるから、先例を信じたからと言って、常に必
ず故意が阻却されるわけではない。「合理的な理由」(マ
リカ模範判法典二、〇四条(3)項のb)、「相当な理由」が必要とされ、その判断は
裁判官が行なうのであるから、またまた、不安定な要素
がつけ加わることになる。しかも、禁止の錯誤に関する
ドイツ判例の多数は、被告人が先例の存在を知っていた
場合にのみ、行為が不可罰となるとしているから、一般
的な国民の信頼の保護のためには必ずしも十全な方法で
はない。一律的に判例変更の遡及を禁止する方法に、ま
さるものではない。

第二に、判例変更の効力を将来にむかってのみ発生さ
せることは、裁判所の機能を超えるか、という問題があ
る。新たに示された判断が、将来に向かって法として通
用してゆくとすれば、裁判所の権能問題がおきてこよう。
しかし、後の判決が具体的事案との関係で示すべき判断
は、行為時の判例によれば、被告人の行為は適法であり、
これを処罰することができない、ということだけであつ

て、新しい法解釈は、傍論的判断として従来の判例に対する国民の信頼の基盤を切り崩す意味を持つに過ぎない。新旧どちらの法解釈が将来の行動の指針になり得るかは、どちらが国民に対するより強い説得力を持ち、定着してゆくかにかかっている。新旧いずれかの法解釈が定着するまでは、国民は法的に不安定な状態に置かれる。この状態で犯された行為は、もはや遡及処罰禁止という憲法上の保護を受け得ないが、他方、法的不安定状態における危険をもっぱら国民が負担すべきといわれもないから、できる限り処罰をさし控える方向で考えられなければならない。⁽⁵⁰⁾ こうした場合にこそ、禁止の錯誤理論が大いに活用されるべきである。

三　ところで、どのような場合に、判例変更は遡及禁止となるか、であるが、これには、裁判所の種類を問題にする考え方と、判例の一致度を問題とする考え方があり得る。判例法の形成という点を遡及禁止の論拠とすれば、一致した判例を変更する場合であることを要し、また、それで足りるということになろう。しかし、前述したごとく、私はそのような発想をとらない。先例が、法律解釈の統一を任務とする裁判所のものであるか否かを

重視するから、最高裁判所の判例を変更する場合に限られるということになる。そして、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考ええる。なぜならば、先例が一致したものでなかったとか、変更されることが予見できたとかをうんぬんすることは、結局、法的不安定な状態を国民の危険負担によって解決する結果になり、妥当でないからである。

なお、遡及が禁止されるのは、被告人にとって不利益な判例変更だけであることはもちろんである。司法機関や検察官の信頼の保護は、人権保障上問題となり得ないことは、言うまでもなからう。被告人に利益な判例は遡及するとすると、被告人に不利益な判例が遡及を禁止されるのは、先例から判例変更までの間の行為に限られるのではなく、判例変更以前のすべての行為についてであるということになる。

四　最後に、条文上の根拠について一言しよう。

アメリカでは、判例が事後法禁止条項は判例変更の場合を含まないとしているために、フリーマンなどは、デュー・プロセス条項に判例変更の遡及禁止の根拠を求め

ている。⁽⁵¹⁾この考えによれば、わが国では、憲法三一条に根拠を求めることになる。しかし、デュー・プロセスという概念は、はなはだあいまいである。他に適切な規定があれば、できるだけそれに依るのが妥当である。さいわい、わが国の憲法三九条は、「何人も、実行の時に適法であつた行為……については、刑事上の責任を問われない」としており、ドイツの基本法のように「法律により」という限定を付していない。したがって、被告人に利益な類推解釈という技巧を用いなくても、判例によって適法とされた行為も右条文によって憲法上の保障を受けると解釈することができる。

なお、改正刑法草案第二条第一項は、「法律上罰せられなかった行為は、事後の法律によってこれを処罰することができない」としており、憲法三九条以上に事後立法だけを禁止する表現をとっている。これは、第一条に「法律の規定によるものでなければ、いかなる行為も、これを処罰することができない」と規定したことと歩調を合わせているのであるが、前述のごとく、罪刑法定主義の根幹を法律主義に求めることと、判例変更の遡及禁止とは、必ずしも矛盾しない。むしろ、法律主義を实

効あらしめるためにも、判例変更による実質的な遡及処罰を禁止する必要があるのである。改正刑法草案第二条第一項の表現は、少なくとも憲法三九条前段のような表現に変えられるべきではなからうか。

(47) 小暮、西原両教授も、判例の法源性から議論を展開しておられるが、疑問である。

(48) たとえば、「通貨及証券模造取締法一条の『紛ハシキ外観ヲ有スルモノ』との文言は、日常用語として合理的に解釈することが可能であり、社会通念に従い通貨に紛らわしい外観を有するものであるかどうか判断でき、あいまい不明確とはいえない。」とした最判昭和四五年四月二十四日(刑集二四卷四号一五三頁)など。

(49) BayOblG, NJW 1960, 404; Bay OblG, JZ 1965, 583, 584 など。ただし、Schönke-Schröder, § 59 Rdnr. 91 は、行為者が先例の存在を知ったところで、妥当な認識に到達し得ないのであるから、その不知は禁止の錯誤の成立にとって障害とならない、とする。

(50) グロスも、裁判官にも明確性の要請が向けられるという立場からであるが、同様の結論に達している (Gross, GA, S. 20)。

(51) Freeman, The prospective afforded against the retroactive operation of an overruling decision, 18 Columbia L. R. 230, 246 (一橋大学専任講師)