

## 「判例の不遡及的変更の法理」について

—岩手県教組同盟罷業事件第二次上告審判決をめぐる中山教授の所説に答えて—

橋 本 裕 藏<sup>\*1)</sup>

### On Prospective Overruling

—To Respond to Mr. Prof. Dr. Nakayama's reasoning—

Yuzo HASHIMOTO

#### ABSTRACT

On November 18, 1996, the Second Petty Bench of the Supreme Court of Japan affirmed the conviction of the defendants who had been found guilty of violation of § 61, 4 of Local Public Service Law of 1950 that prohibits anyone from soliciting others to strike. The strike itself is not criminal, but the solicitation of a non-criminal strike is criminal.

On April 2, 1969, the Grand Bench of the Supreme Court of Japan held that the solicitations of the non-criminal strike were non-criminal, because the activities were restricted to routine transactions. On the same day, the Court also relied on the same reasoning in deciding another case under National Public Service Law of 1948.

On April 25, 1973, however, the Court overruled the National Public Service Law case of April 2, 1969.

On May 21, 1976, the Court overruled the Local Public Service Law case of April 2, 1969.

The solicitations of non-criminal strike happened on March 21 and 29, 1974.

The Court of 1996 rejected the lower courts' prospective overruling arguments.

I have supported the holding of the 1996 Court in my case note on this case (1634 Hanrejiho 213 (June 1, 1998)). Mr. Prof. Dr. Nakayama has argued that my analysis misses the issues of the case including the principle of prospective overruling.

In this paper, I respond to Mr. Prof. Dr. Nakayama's reasoning and demonstrate the distinguishing differences between the 1996 decision and the prospective overruling cases.

---

\*1) 放送大学助教授 (社会と経済)

## 要 旨

最高裁判所第二小法廷は平成8年11月18日、いわゆる、岩教組同盟罷業事件第二次上告審判決において「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は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（中略一筆者一）の趣旨に徴して明らかである」旨判示した。

上告趣意は地公法61条4号に関する都教組事件上告審判決（原動力論及び通常随伴論で限定合憲解釈）に依拠して無罪を主張していた。しかし、行為当時、すでに国公法110条1項17号に関する同種事件たる全司法仙台事件上告審判決（前同）が全農林警職法事件上告審判決で判例変更されていた。

判旨正当とする筆者の判例評釈に対し、京都大学の中山研一名誉教授よりこれとは異なる趣旨の意見が表明された。

本稿は中山教授のご意見に基づく研究である。

## I 問題の所在①（中山先生のご指摘）

京都大学名誉教授の中山研一先生より貴重なご意見と共に大変重い課題を拝受した<sup>1)</sup>。大変名誉なことである。まずはお礼申し上げたい。

さて、その拝受した課題とは次のようなものである（若干、長大だがこれからの論述の出発点であり、また先生のせっかくのご教示であるので煩瑣をいわず全文を引用させていただきたい。).

「第一は、判例の法源性をめぐる論議と『判例の不遡及的変更』の法理との関係が不明確なままにおかれているという点である。とくに、判例の法源性を否定する学説があたかも判例の不遡及的変更にも否定的であるものとして分類されるのは、誤解を生む可能性がある。上述したように、判例に事実的な拘束力を認める以上、判例の不遡及的変更の法理を認める可能性は否定されないのである。

その意味では、著者が、本件最高裁判決の射程として、判例の不遡及的変更の原則をおよそ否定したものと評価するのは失当であるとしている点は理解できるとしても、実際には、事情によってはせいぜい違法性の錯誤による個別的な救済の余地が辛うじて予測されるにすぎないという程度のものにすぎないといえよう。

第二は、『判例の不遡及的変更』の法理についての著者の理解についてである。著者は、本件が判例の不遡及的変更の適用にとって不適当な事案であることを繰り返し述べ、その理由として判例変更が相当強力に推測されていたので、行為当時の法の認識を妨げる事情はなかったことをあげている。上述したように、アメリカ法の下でも従来の判例に依拠することが合理的な場合であることが要件とされているが、しかし、先例があるときは一応それが従われるものとの推定がなされるから、その推定を積極的にくつがえすような事情がない限り、先例に依拠した当事者はこの要件を満たしたものとして扱われるべきものと解されている。四・二五判決によって、四・二判決も将来変更されるという予測があったとしても、それは当時の強力なキャンペーンの結果であって、新判例自体がいまだ不安定

で旧判例の復活への期待が存在したことも無視されてはならない。四・二判決が明確に不合理であるとの法的確信が国民の中に定着していたという積極的な事情がない限り、尊重されるべきであって、なお信頼は保護されるべきであるとするのが、人権保障の観点からの帰結であるというべきではなかろうか（原注(5)）。

第三は、著者が、河合裁判官の補足意見にあらわれているような、故意の成否という具体的な法律解釈による処理をもって最も当を得たものであるとする点である。それは、本件最高裁判決によると、行為当時の最高裁判例に従えば無罪となるべき行為を処罰することになってしまうという結論を避けるために何らかの方法が必要であって、それがこの解決策であるという意味であろう。しかし、『判例の不遡及的変更』の法理との関係が明らかでないのみならず、その実際の効果の比較もなされていない点で、不十分さを免れない。そして、実際には、上述したように、故意と錯誤による解決は、現在の最高裁判例の下では非現実的なリップサービスにすぎず、現に河合補足意見でも錯誤の相当性が認められない事案として何らの救済効果も与えられてはいないのである。」

「原注(5) 現に、アメリカ法に詳細な検討を加えた上記の田中英説が、四・二五判決による判例変更に関して、この新判例が被告人に不利益な方向において遡及すべきでないことを明言し、とくに判例の不遡及的変更が、刑事法に関しては、人権を擁護するために、罪刑法定主義の精神からいって、その必要性が高いと指摘されていた点を、あらためて想起すべきである（本稿(3) 判例評論四八四号二頁）。」<sup>2)</sup>

「原注(6) 不利益な判例変更でも本件の被告人には遡及を禁止すべきではなく、錯誤の相当性もないとするのは、検察官の論調の中にもっとも強くあらわれていたものであり、これを裁判所も基本的に受容する形となっているが、そこには四・二判決に対する抜きがたい偏見が支配していたといつてよいであろう。被告・弁護側の主張は無視されてしまっているが、そこでは、四・二五判決が国公法事件についてのものであり、しかも具体的事件の解決とは関係のない判例変更であったこと、被告人らの事件は四・二判決によれば当然無罪とされるべき争議行為に通常随伴する行為であり、これを信頼して行為したこと、四・二判決によって本来ならば見直されるべき事件が最高裁に係属したまま五・二一判決による判例変更をもたらしたこと、などの点を主張していたのである（本稿(4) 判例評論四八五号七頁以下）。被告人らも四・二判決が変更されるというおそれを抱いていたことは事実であるが、そのことから彼らにすでに違法性の意識があったとか、不意打ちとはいえないから、当然に保護が及ばないとするのは、判例変更による不利益な効果を一方的に被告人に及ぼすものであって、公正さと寛容さを欠くものといわざるをえないであろう。」

以上が中山先生から頂戴した貴重なご指摘である。このご指摘の内容を項目化して要約すれば以下になる。

第一、判例の法源性をめぐる論議と「判例の不遡及的変更」の法理との関係が不明確なままにおかれている。とくに、判例の法源性を否定する学説があたかも判例の不遡及的変更にも否定的であるものとして分類されるのは、誤解を生む可能性がある、ということ。

第二、「判例の不遡及的変更」の法理についての理解。

第三、故意の成否という具体的な法律解釈による処理をもって最も当を得たものであるとするのは、「判例の不遡及的変更」の法理との関係が明らかでないのみならず、その実

際的な効果の比較もなされていない点で不十分さを免れない。

以上の三点である。

そこで、以下順次このご指摘にお答え申し上げる形で、判例の不遡及的変更の問について若干検討してみたい。

## II 問題の所在②（拙稿の要旨）

ところで、ご指摘の内容をさきにご紹介申し上げたが、このご指摘の対象となった拙稿の内容についての紹介がまだであった。この点は、先生が「判例評論」で要約引用されたもので十分拙稿の内容は言い尽くされてはいる。原著以上に簡にして要を得たものであり、論者においてはこちらをご一読いただく方が適当かとは思ふ。だが、原著者の責任上、拙稿内容の要旨をここにまとめておきたい<sup>3)</sup>。争点理解の一助となれば幸いである。なお、あらかじめお断りしておかなければならないことがある。それは、以下に要約引用する拙稿は「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と憲法三九条―岩教組同盟罷業事件第二次上告審判決―」の判例評釈として書かれたもので、「判例の法源性」の問や「判例の不遡及的変更」の問を主題に書かれた論文ではなかったということである。

「一 本件法廷意見の理解を前提とすれば、実質、法典法主義を採り、法律制度上、いわゆる、判例拘束性の原理を採らないわが国では、憲法三九条にいう「適法」性の根拠は実定法にあり判例にはない。したがって、抽象的事実を同じくするも具体的事実を異にする事件において、同種事件に付きその行為を無罪とする判例があり、したがって、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であっても、その具体的事実と実定法に照らして判断・処理した結果、有罪の結論に至ればそれを憲法三九条違反だとする理由はない。

二 これに対して、河合伸一裁判官の結論賛成の補足意見の理解を前提とすれば、法の実質を決めるのは裁判結果であるから、裁判所、就中、最高裁判所の判断が実質的に法の中身となっているような場合にはその判断を信じて行為したものについては適法行為への期待を保障すべきである。したがって、むしろ、具体的事件での妥当な解決を図るためには故意の成否に違法性の意識の可能性の有無を加え、その可能性がないときには故意を阻却すべきであるとし、かかる解決を可能にすべく違法性の錯誤に関するわが国の関係判例の再検討を考えるべきである（詳細は後掲「四」参照。）。

三 ところで、判例の法源性については学説上賛否分かれるところであるが<sup>4)</sup>、本件の事情は純粋に判例の遡及的変更の可否の問を論ずるには不適當な要因を含んでいたとみてよい。すなわち、公務員の労働基本権の制限という点では地公法並びに国公法に関する各昭和四四年大法廷判決がそれぞれに共通の争点を立て、いわゆる二重の絞り論により公務員の労働基本権の制限に限定を加えこれを最大限尊重する立場を明確に示したところではあるが、この核心となる法的争点を同じくする大法廷四・二五判決は国公法に関する右昭和四四年大法廷判決を変更した。したがって、地公法か国公法かの違いはあるとしても、その基礎となる共通の法的争点について最高裁判所大法廷の判断が変更されているという

事情は、この領域での法は、もはや昭和四四年の二つの大法廷判決が示した法ではないということが相当強力に推測されてしかるべきであるということを示していたと見てよい。

したがって、法律技術的には地公法の領域では、依然として同法に関する昭和四四年大法廷判決は生きているが、一段抽象化した上位に立てば、もはや国公法に関する昭和四四年大法廷判決が変更された事実には照らせば、広く公務員の労働基本権に関する法は大法廷四・二五判決が示したそれであるといつてよい状況にあった。つまり、本件行為当時、本件行為者に何が法であるかの認識を不能にする事情は無かったといえるであろう。かかる意味で、本件の基礎となる事実には照らせば、本件には純粹に判例変更の遡及適用の問が生じる事情は乏しかったと見ることができる。

四 河合裁判官の結論賛成の補足意見では本件の処理を故意の成否に絡めて行うべきである旨の重要な指摘がなされていた。もとより、最高裁判所の判例の示すところでは違法性の意識又はその可能性は故意の成否とは無関係であるとされてきている。しかし、本件のような問を、故意の成否という具体的な法律解釈の問に結びつけ、争点を明確にする処理は、憲法に照らした法令解釈の統一をその責務の一つとする最高裁判所の役割に鑑みれば、まことに当を得たものと評すべきではなかろうか。そうして、公務員の労働基本権に関する最高裁判所の立場の右のような変遷期の中で行われた本件行為の評価及び処理としては、このような仕方が最も適切なものであり、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は最高裁判所の判例の趣旨に徴して憲法三九条に違反しないことは明らかであると簡潔に結論するよりも実態にあったやり方であったと思われる。ただ、既に確認したとおり、違法性の意識又はその可能性は故意の成否とは無関係であるというのが最高裁判所の判例であるところから、河合裁判官の意見が法廷意見を構成するには至らなかったものと思われる。

五 裁判所による法解釈は一つの法の発見だが具体的事実に関わり付いた法の発見であるに止まる。確かに、それは「法」ではあるが具体的事実を捨象して、法それ自体を認識することはできない。また、その様な認識方法は正しくない。法は事実を離れて抽象的に自己完結的に存在するものではない。したがって、「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈」もその解釈が基礎とした具体的事実を離れて、その解釈だけを取り出して認識するには特段の事情が無い限り正しい法認識とはいえないと見てよい。裁判所による法解釈は紛争解決のために行なわれるものであるから、「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈」を別の具体的事実に当てはめたとき、その事実を内容とする紛争、すなわち、事件の解決が具体的妥当性を欠いてしまうような結果となるようなときには、その法解釈は類似の別事件について拘束力が無いと見てよい。この拘束力の有無を決める要素はもとより具体的事件解決の妥当性である。だが、さらにこの妥当性の有無を決する基準が問われなければならない。そうして、この基準は国民の法的確信であるといつてよい。問題となっている行為以前に適法と裁判所によって解釈された行為と類似の行為であり法的評価の対象となる核心部分に共通性があっても、過去の法解釈がその後の状況の変化に伴い国民の法的確信に支えられなくなっているという事情がある場合には、過去に示された裁判所の適法判断に拘束力はない。そうして、ここで依拠している国民の法的確信なるものを示すものは、類似の他事件に対する裁判所の判断であると考えてよい。

六 最高裁判所の判例の示す法解釈は当然に最高裁判所の判断を拘束するものではなく、また憲法三九条の「適法」の根拠は最高裁判所の判例にあるのではないことを本判決は確認したものといえる。だが、本件には当該行為者に関係法令の最高裁判所による解釈の変更可能性を予測する余地が十分にあったという特殊事情がある。したがって、本判決をもってわが国においては判例の不遡及的変更の原則は否定されていると一般的に見ることはおよそ失当である。この領域に関しては、本判決の射程はそれほど広くはない。

七 法廷意見が引用する先例では、過去の判例が変更され、変更後の法解釈が当該事件に適用され、被告人に不利益な結論が導かれている。だが、その不利益の程度は、全く無辜の者が突然有罪判決を受けるといった類の判例変更に属するものではなかった。この意味では、当然のことながら具体的事実は、もとより、異なるが、不意打ちを与えるような判例変更ではないという点では、右諸判例と本件とは共通性があるといえてよく、この限度で法廷意見が右諸判例を先例として引用依拠した趣旨を理解すればよい。

八 大法廷四・二五判決がなければ本判決の結論は変わっていたと推測できる。判例により適法であるとされていたことに、およそ何人も疑いを抱いていなかったような事項に関し、突如判例変更が行われ、当該事件の被告人が有罪とされるような事態が生じれば、これはまさしく憲法三九条違反が問われなければならないであろう。しかし、本件のように、既に同種事件において、同種判例が変更されているという事情がある場合には、いわば、右のような不意打ち的な法強制はないと見てよい。この限度で、本件の趣旨を理解すべきである。」

以上が拙稿内容の骨子である。

さてそこで、早速、前記三個のご指摘に付き、未熟ながら検討を加えていきたいと思う。

### Ⅲ 「判例の法源性」と「判例の不遡及的変更の法理」

まず第一、判例の法源性をめぐる論議と「判例の不遡及的変更」の法理との関係が不明確なままにおかれている、という点について考えなければならない。

この問を考えるには、まず、判例の法源性という点について考えておかなければならないであろう。ただし、ここで、一般的に「判例の法源性」を論じることは、あまり効果的なやり方ではないように思われる。もとより、ここで論じられなければならないのは、憲法39条との関係、すなわち、刑事事後法の禁止との絡みで「判例の法源性」に付いて論じられなければならないのではなからうか。したがって、以下の検討もこの限定の下で行われるものとご了解いただきたい。

さて、刑事法領域において法源という場合、如何なるものを含むのか、また、含むべきものとするのか、この点を確認しておかなければなるまい。

しかし、この問に入る前に実は、さらに確認しておかなければならないことがある。それは「法源」の意味である。

### 〈法律の法源性〉

一般に、法源とは法の形式であると教えられている。だが、その内容を正しく認識するには若干の困難さが伴う。

立法過程と法執行過程との違いを前提に観察すれば、法と法律、すなわち、制定法（以下「法律＝制定法」）との関係で一定の法源性を認識することができるといえよう。

例えていうなら、すなわち、法と法律とは大、中、小の同心円で重なる円として理解できるといってよい。

大なる円は国民の法意識（＝法的確信）であり、中なる円が法律。そうして、小なる円が具体的な法である。

詳論しよう。人間の作り物である実定法たる法律は、国民の真摯な承認がなければ法たる性質は、何からも付与されることはない。したがって、法律は国民の法的確信以上の広がりを持つことはありえないし、また許されない。法律という中なる円は、国民の法意識（＝法的確信）という大なる円からはみ出すことは決して許されないのである。ナチの授權法の成立過程とその中身を想起すればこのことは容易に理解できるであろう。

他方、実定法として登場した法律から、具体的な事実が基礎となって具体的な法が導き出される。この作業には政府及び裁判所が当たるであろう。前者では行政という形式で法執行の名の下に法が実現されていく。後者では裁判という形式で紛争解決の名の下に法が発見され、あるいは、創造されていく。裁判所による紛争解決が「法発見」なのか「法創造」なのかという論争は古くかつ新しい問であるが、ここで深追いするのは控えたい。いずれにせよ、政府による法執行、裁判所による紛争解決で示される法は、法律という中なる円の域を出ることは、これまた決して許されないのである。これは言わずと知れた、近代の、そうして三権分立の権限配分に由来する基本原理であると言ってよい。

実定法の枠を越えて法執行が行われれば、それは専制であり、「法による支配」の原理が掘り崩されたことを意味し、実定法の枠を越えて裁判（＝紛争解決）が行われれば司法ファッショが出現する。

しかし、法律の成立過程の現実を直視すれば、これは民主主義の名の下に数で、多数決という、いわば責任分散型的意思決定過程で法律ができていく。この事実は、それを是と見ようが、非と見ようが（この点を論じること自体、生産的とは思われないのだが、）紛れもない事実であるから受け容れざるを得ない。議会の、制度としての性質、すなわち、選挙で選ばれた国民の代表が多数決で法律を制定していくという性質上、この点に改良の余地は乏しい。たとえば、国民の代表を選ぶ選挙の投票率が仮に90%に達したとしよう。そうして、90%の得票を得て代表が決まったとしよう。しかし、この代表を支持したのはその選挙区の有権者の80%を越えない。20歳未満の者の数を勘案すれば人口比はさらに下がる。もちろん、20歳未満の者の意見を当然に度外視できるものではない。

しかし、さらに、この代表で構成される議会では51%以上の多数が構成されれば法案は可決成立する。この時、この法案の支持率は、単純計算では全有権者数の40.8%となる。もちろん、全会一致のときも多い。しかし、それでも全有権者数の80%を越えることはない（もっとも、「全会一致」で可決成立した法律は、そのこと自体に別の問題が含まれるが、）。さらに、ここで前述の20歳未満の者の数を勘案すれば人口比はさらに下がる。した

がって、このように制定された法律が国民の総意をくまなく汲み上げているなどとはおよそ言えないと見るべきであろう。

しかし、他方、法律が末端の利益や価値を議会で全て取り込もうとすれば議会機能は停止する。したがって、大体の方向付けができれば議会の役割は終わったと見てよい。

議会制定法は万能で、瑕疵はなく、そこから全ての紛争解決策がたちどころに演繹できるなどとは虚構でしかない。

かくして、法実現には必ず裁判所が介在せざるを得ないことになる。国民の法意識（＝法的確信）に支えられて制定された法律も、それはおよそ完全なものではありえない。したがって、具体的な紛争解決に当たり、裁判所が法律の解釈及び適用という作業を経て具体的な法を法律から導き出すことになる。

法律が法源であるという場合、その法源としての性格は上述の意味での法源でしかない。いわば、広義の法源性が認められるに過ぎないと言ってよいのではなかろうか。

さて、それでは、裁判所が具体的な事実を前提に、紛争の解決という形で示す法とは一体何なのか。次にこの点が問われなければならない。この問こそが、「判例の法源性」の問であると言ってよい。

#### 〈判例の法源性〉

「判例の法源性」を一般的ないしは抽象的に論じるのではなく、刑事事後法の禁止との関係で論じるとき、まずもって確認しなければならないのは、裁判所と議会の国家権力機構における違いであろう。

裁判所には民主的コントロールが及ばない。確かに、間接的にはこのコントロールは及ぶと見てもよからう。だが、議会のそれとは基本的に異なる。少なくとも、わが国の裁判官は選挙で選ばれているのではない。

したがって、この様な性格の裁判所が示す判断としての法の射程範囲には、おのずから限定があると見てよい。

さて、司法権については、憲法76条1項で「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」と定められ、同条2項前段では「特別裁判所は、これを設置することができない。」と定められている。また、憲法81条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」として違憲法令審査権が全ての裁判所にあることを宣言している。

この様に、ドイツ型の憲法裁判所が認められていないわが国では、全ての裁判所に、議会が制定した法律を違憲無効だとして葬り去る権限が与えられていることになるが、これを前提とすれば、裁判所の判断に法源性を認めるか否かについては、相当慎重な考慮が必要であることになり、仮に認めるとしてもその法源性は極めて限定的なものでなければならない筈である（これを、ここでは、便宜上、「狭義の法源性」と呼ぶこととする。）。けだし、裁判所には強大な権限が付与されてはいるが、民主的コントロールが及んでいないこと前述の通りであるからである。

この様に考えると、「判例の法源性」を問うときは、この狭義の法源性が前提となると



いうことに異論はないものと思われるがいかなるものであろうか。仮に、これを是とするならば、本件岩教組同盟罷業事件第二次上告審判決で「判例の法源性」を問うときもこの狭義の法源性について考えるべきではないだろうか。さて、そうすると、本件での「判例」とはどの判例、どの判断であったのだろうか。

ところで、この問に入る前に、「判例」とは何かについて、これまた一応の認識を確認しておかなければならないのではなかろうか。

### 〈「判例」としての格付け〉

stare decisisが法の継続形成を支配するとされる英米においても、何をprecedentsとして認識すべきであるかという問が、ratio decidendiは何か、obiter dictumは何かという問い立てで、困難な問題だとされているのはいまさら論ずるまでもない事実である。

とりわけ、アメリカ合衆国の判決においては、合衆国最高裁判所のそれに限らず、判決書は概して詳細であり、かつ関連する事項については漏らさず言及されていると見てよい。

もっとも、issue settingが明示されることが多いことから、当のcaseについては争点把握は意外と容易である。

だが、他方、prior casesを丹念に渉猟しなければratio decidendiを特定するのは困難であり、したがって、precedentsを特定するのもまた困難である。

さて、翻って、わが国の判決書は如何であろうか。一般論として、審級——この表現自体適切かどうか再考しなければならないものだが、ここでは置くとして——が進むに連れ、判決書の中身は簡潔になっていく。

どのような利益へ配慮したのか、結論を支える哲学は何か、またその根拠は何か、結論に至る論理は如何なる価値志向に裏打ちされているのか、等々論ずべき事項は数多ある。だが、それにもかかわらずこれを明示する記述は必ずしも十分であるとは言い切れない。

かくして、かっこ付の判断や、「なお書き」から法廷意見の含意を推測するという一種特有の判例研究がわが国の特徴だといってもよいのかもしれない。

もっとも、本件岩教組同盟罷業事件第二次上告審判決で争点となった「判例」たる都教組事件上告審判決（最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号305頁）は、確かに詳細である。だが、そうであるからといって、ことさら、これを別扱いするのも、他の先例たる「判例」との整合性という点から見て適当であるとはいえない。この種事案のアメリカ合衆国のそれに比べれば、他「判例」のような極めて簡潔な判決書ではないにしても、本件争点に関する限り、その法廷意見の説示内容は、要を得たるがゆえに簡なる体裁であるということになるのではなかろうか<sup>5)</sup>。

とはいえ、現行裁判所法10条の定めるところに従えば、憲法その他の法令の解釈適用について、その統一をはかるため、最高裁判所には、いわゆる、supervisory power行使して、統一的法を形成するという使命がある。

したがって、最高裁判所が示す判断はこれを、ある意味で「判例」とみてよく、その限度で法源性を肯定してもよいともいえよう。これは刑訴法405条二号及び三号、同法411条一号、並びに同法433条の趣旨からも当然に導かれるものと思われる。だが、他方、裁判

所法4条は上級審の裁判の拘束力について、「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する。」と規定し、「その事件」要件を付している。もとより、この規定は具体的事件の扱いについて規定したものではあるが、現実の訴訟は具体的な事実を前提に展開される。したがって、裁判所法の定めるところに従えば、他事件の判例が当然に別事件を拘束することはない。これを前提に刑訴法405条二号及び三号、並びに411条一号の趣旨を測れば、先例である「判例」の基礎となる事実と、現に問題となっている事件の基礎となる事実とが同じ法を共有できるほど同じであるか否かが、現に問題となっている事件に関する「判例」としての格付けを決めるものとなるのではないだろうか。

かくして、現行の関係法令の解釈を前提に「判例」としての格付け要件が定まったように思われる。すなわち、基礎となる事実を離れて判例は形成され得ないのである。したがって、判例の射程は極めて狭いと見てよい。この意味で、上で肯定した法源性は上述の狭義の法源性——もっとも、これこそが本来の法源性と解すべきではなからうか。——であって法律と同格のものでは全くない。累次性は判例の要件ではないとされるのもこの限りで首肯しうる。

#### 〈本件の「判例」は何か〉

さて、この様に検討してみると本件岩教組同盟罷業事件第二次上告審判決で問題とされる「判例」は地方公務員法違反被告事件にかかる前掲都教組事件上告審判決であり、これは、最高裁判所において本件行為当時、いまだ明示的にその判決が変更されていなかったのであるから、被告人が主張するように「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈」に従えば本件行為は無罪とされるべきであったということになりそうである。

しかし、ここで、さらに問われなければならない事項がある。それは、「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈」とは何だったのかということである。

さて、そこで、本件岩教組同盟罷業事件第二次上告審判決で問われた行為当時の法状況をもう一度確認しておきたい。

時系列で見ると、

- ①都教組事件上告審判決（原動力論・通常随伴論）（限定合憲解釈）最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号305頁
- ②全司法仙台事件上告審判決（原動力論・通常随伴論）（限定合憲解釈）最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号685頁
- ③全農林警職法事件上告審判決（②を変更）最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁  
☆本件発生（昭和49年3月21日、同年3月29日本件行為）
- ④岩教組学力テスト事件上告審判決（①を変更）最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号1178頁
- ⑤岩手県教組同盟罷業事件第一審判決（原動力論・通常随伴論）（無罪）盛岡地判昭和57年6月11日刑集43巻13号1326頁
- ⑥岩手県教組同盟罷業事件控訴審判決（原動力論・通常随伴論）（無罪）仙台高判昭和61年10月24日高刑集39巻4号397頁

⑦岩手県教組同盟罷業事件第一次上告審判決（破棄差戻）最一判平成元年12月18日刑集43巻13号1223頁

⑧岩手県教組同盟罷業事件第二次控訴審判決（破棄自判）（有罪・上告）仙台高判平成5年5月27日高刑速報集H5年138頁

⑨岩手県教組同盟罷業事件第二次上告審判決（上告棄却）（確定）（本件）最二判平成8年11月18日刑集50巻10号745頁

となるのが、いわれるところの、行為当時の最高裁判所の「判例」とは「何か」（「どれか」ではなく）ということが問われなければならないのではあるまいか<sup>6)</sup>。

地公法61条4号について①、国公法110条1項17号について②が原動力論・通常随伴論による限定合憲解釈を行い、一つの「判例」が形成されたとされているようだが、はたしてその様な理解が正しいのかという疑問がある。

前掲田中論文が全農林警職法事件上告審判決の石田裁判官他<sup>7)</sup>の補足意見の一部を引用して説かれるところがこれである。

「判例」に法源性（但し「狭義」のそれ）を認めることはもとより正しい。だが、裁判所の判断の結論部分をもって判例と認識することには疑問が残る。

合衆国最高裁判所の判決文で、The Court Opinionと表示されるのが絶対多数意見、すなわち、最低でも裁判官5名の意見の一致を要する判断であり、これに至らないときに plurality opinion（相対多数意見）と表示され法廷意見と区別されているのも、ratio decidendiの発見の一助となるためであろう。判例に法源性を認める以上、この様に判例の発見には周到な考慮が必要とされている。

これを、本件について見れば、「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈」とは、只に原動力論・通常随伴論による限定合憲解釈で地公法61条4号（あるいは、国公法110条1項17号）を生かし、そうして、この解釈こそが絶対的に正しいというものであったとまでは断定できないのではなからうか。そうであれば、そこには、いまだ行為当時の「法」について不安定さが残っていたことになる。

では、このときの法源は何であったのだろうか。

判例が揺れているとされるとき、あるいは、判例に揺れが予想されるとき、依拠すべき抽象的法源はやはり「法律」だといわざるを得ないのではなからうか。したがって、関係する法律にたち戻って、具体的行為の可否が問われなければならない。

しかも、本件行為は、上記のように、すでに全農林警職法事件上告審判決で同根の理論である原動力論・通常随伴論による限定合憲解釈を採用した全司法仙台事件上告審判決が変更された後に行われている。

本件行為者は「行為当時の最高裁判所の判例の示す法」をどのように認識していたのであろうか。具体的な行為者の認識も、もちろん重要ではあるが、法制度全体が行為者に期待し、期待することが許される法認識内容は全司法仙台事件上告審判決を変更した全農林警職法事件上告審判決の法であり、したがって、都教組事件上告審判決ではなかったと見るべきではなからうか。

### 〈本件で「判例の不遡及的変更」の問は生じるか〉

さて、「判例の不遡及的変更の法理」の問に言及しなければならない。

判例に法源性を認め、その必然的帰結として厳格な遡及効を認めるとされるイングランドではCommon Lawが支配する法体系がその背景にある<sup>8)</sup>。

そこでは、裁判所の判断がそのまま法形成の基礎とされる。だが、現に問題となっている事件で過去の判断と異なる判断が採用されなければならない事態が生じたとき裁判所としては、具体的事件の解決という司法の使命から、また、強い判例の拘束性から、過去の判例を変更して面前の事件の解決をはからなければならない。

しかし、この法形成の根底には、Common Lawがある。面前の事件で示された「法」が正しく、変更された判例により形成されていた「法」が正しくないという結論はとれない。この事情は田中教授が「みこの言葉」でご説明されているところで明確になろう<sup>9)</sup>。この意味では、判例変更に遡及効があるのは当然のことであり、むしろ判例の不遡及的変更こそが、みずからの正当性を示さなければならないという法状況がある<sup>10)</sup>。

しかし、この様な厳格な意味で判例の法源性を認めることには、裁判所の使命である紛争解決の具体的妥当性の追求という観点から疑問が生じざるを得ない。これがアメリカ合衆国でこの様な厳格な意味での先例拘束性の法理が採られなかった所以であろう。

さて、わが国の法状況はどうであろうか。限定して議論せざるを得ないが、裁判所法10条、刑訴法405条の趣旨に照らせば、判例変更は制度として法が認めるところであり、かつ変更後の裁判所の判断に遡及効を認めるか否かは一律に決することはできず、また、もとより、Common Law国のそれと同列に考えることはできない。したがって、当然に遡及するとも言えないし、また、その逆も言えないのである。「判例の不遡及的変更」は抽象的、一般的に論じることとはできない問であるといわざるを得ない。

とはいえ、この様に判例変更が制度上認められ、判例に狭義の法源性が認められているのだから、わが国の法状況でもCommon Law国の法理は勘案されてよく、とりわけ、刑事法領域においては遡及効を認めない法理の根拠について、reasonable expectations and justified reliancesの観点が注目されなければならない<sup>11)</sup>。

### 〈合理的期待と正当な依拠 (reasonable expectations and justified reliances)〉

法律(=実定法)が法を示そうが、裁判所の判断が法を宣言しようが、その形式如何に拘わらず法は一定の正当性と正統性並びに適法性をもって存在していると見てよい。そうでなければ社会の安定は保てないであろう。

判例の不遡及的変更の問もこの前提のもとで考えなければならない。

刑事法領域でこの問を考えるととも同様であろう。罪刑法定主義が支配する刑事法領域でも、不遡及的判例変更が求められる場合とは、やはりこの「合理的期待と正当な依拠」が認められる場合に限定されるべきではなかろうか。この様に考えることで、判例の法源性の問と判例の不遡及的変更の問が密接な関係を持ちながらも同根の問でないことが判明するのではないかと思う。

判例の法源性を否定する立場でも判例に事実的な拘束力(但し、「狭義の拘束力」)を認め、わが国の刑事法領域で、判例の不遡及的変更を認める余地はあるし、そうでない場合

もある。他方、判例に法源性を認める立場でも（但し、「狭義の法源性」）、同様に判例の不遡及的変更を認め難いときもある。

判例の法源性をめぐる問は法発見の正統性並びに適法性に関する問であるが、判例の不遡及的変更の問は正当性、乃至は具体的妥当性の問であると見てよい。

「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」の可否を論じるときも、したがって、判例の狭義の法源性の問とは別に、独立して判例の不遡及的変更の可否を「合理的期待と正当な依拠」基準に照らして考えなければならぬのではなかろうか。中山教授が、「判例に事実的な拘束力を認める以上、判例の不遡及的変更の法理を認める可能性は否定されないのである。」<sup>12)</sup>と説かれる趣旨もこの限度では理解できる。

さて、この様に考えることが許されるとして、はたして本件は「判例の不遡及的変更の法理」が適用されるべき事案であったのであろうか。

すでに、本件で問われるべき「判例」としての「先例」に判例性が認められるか否かについては若干述べ、これに疑問を留めておいた。

そして、したがって、ここでは、「判例の不遡及的変更の法理」を発動するだけの合理的期待と正当な依拠が本件で認められるか否かについて考えてみたい。

上記に時系列配置した様に、本件行為は全司法仙台事件上告審判決（原動力論及び通常随伴論で限定合憲解釈）を変更した全農林警職法事件上告審判決と都教組事件上告審判決（前同）を変更した岩教組学力テスト事件上告審判決との間の時期に行われた。

たしかに、本件被告人の身分は地方公務員であり、したがって、適用法規は地公法61条4号であり、地公法61条4号に関する都教組事件上告審判決は行為当時まだ最高裁判所による判例変更は行われてはいなかった。

しかし、国公法と地公法という制定法上の違いはあるものの、両者の法の狙いは同じであった<sup>13)</sup>。しかも、本件行為当時、狙いを同じくするこの国公法110条1項17号に関する全司法仙台事件上告審判決は変更されていた。この時、なお、地公法61条4号に該当する行為を行うに付き都教組事件上告審判決に依拠することが「合理的期待と正当な依拠」基準に照らし正当とされるか否かが問われなければならないのである。

さらに、地公法61条4号に関してはいまだ判例変更がされていないのだから「判例に事実的な拘束力を認める以上、『判例の不遡及的変更の法理』を認める可能性は否定されないのである」から、罪刑法定主義の要請からこのような場合には、都教組事件上告審判決への被告人の信頼は保護されるべきであるとするのが人権保障の観点からの帰結であるともされる<sup>14)</sup>。

だが、罪刑法定主義の基本的狙いは罪と罰の明示であり、近時これに刑罰法規の明確性の要請を入れて読まれる傾向が定着してきたとはいえ、原理的狙いはfair notice（公正な告知）にあると見てよいのではなかろうか。

実定刑罰法規の文言がfair noticeの要請を充たしているか否かが問われた徳島市公安条例違反事件上告審判決<sup>15)</sup>で最高裁判所大法廷は、本条例3条3号の「交通秩序を維持すること」という規定が犯罪構成要件の内容をなすものとして明確であるかどうかを検討し、「およそ、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法三一条に違反し

無効であるとされるのは、その規定が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる。しかし、一般に法規は、規定の文言の表現力に限界があるばかりでなく、その性質上多かれ少なかれ抽象性を有し、刑罰法規もその例外をなすものではないから、禁止される行為とそうでない行為との識別を可能ならしめる基準といつても、必ずしも常に絶対的なそれを要求することはできず、合理的な判断を必要とする場合があることを免れない。それゆえ、ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法三一条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによつてこれを決定すべきである。」(下線筆者)と判示した。

もとより、右判示は実定刑罰法規の明確性の間に対するものであるが、刑法の法源の間としては本件と同じ間を含んでいる。違いは、その法源が実定法か判例かの違いにあるに止まる。しかも、裁判所の判断が刑罰法規の内容を具体的かつ明確にする作業を担っていることに争いはないのであるから、実定刑罰法規に罪刑法定主義の一内容としてfair noticeの要請が求められる以上、いわゆる、「判例」にはそれ以上にfair noticeの要請が向けられることになろう。

このことは、また、反面、fair noticeが認められる以上、被告人に不意打ち<sup>16)</sup>の不利益はなく、したがって、その刑罰法令に触れる具体的行為を罰しても罪刑法定主義に反するということもないのである。

これを本件に付いてみるに、組合活動に精通している被告人においては当時の地公法61条4号をめぐる法状況を熟知しうる立場にあり、且つこの認識を前提にみずからの行動を決することも十分できたはずであると推測でき、この推測は不当に被告人の立場を不利益に断ずるものではないと見てよい。そうして、被告人としても、自己の行為が「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行為」であるというのであればその主張を事実を示して支える必要があるのであり、行為主体が異なるだけで、その禁令が向けられた行為態様が同一の法について、たまたま、判例変更がなされていないことを理由に都教組事件上告審判決を根拠に自己の行為の適法性を主張するのは、それが憲法上の権利行使の外観をとったとしても法的に正統とは認められないのではなかろうか。

したがって、この限度で、本件では「合理的期待と正当な依拠」の要件は充たされていなかったといわざるを得ない。しかるに、本件は判例の不遡及的変更の間とは関係が乏しいと考えられるのである。

かくして、この意味で、本件の解決としては、「判例の不遡及的変更の法理」なる伝家の宝刀による処理ではなく、むしろ、用いるなら、「合理的期待と正当な依拠」の点に絞った、いわば故意の成否という具体的な刑法理論上の間として捉え、違法性の意識を欠いたことが無理もないと言える状況であったか否かの判断で処理するのが適当であろうと考えた次第である。そうして、本件では、違法性の意識の可能性が無い状況ではなかった

と認められるので、これまでの違法性の意識をめぐる判例の当否に言及するまでもなく被告人の有罪を確認できるとする河合裁判官の意見を支持しつつ法廷意見の結論に賛成したのである。

#### IV 結びにかえて

中山教授から拝受した問題は大きい。この様な小稿でお答えできるほど小さなものではなかった。しかし、当面考え得る範囲で、また、筆者の能力及ぶ限度でこの問題に考察を加えてみた。

「判例の法源性」の問と「判例の不遡及的変更」の問が密接な関係を持ちながらも独立に扱うべきものであることを自覚した。後者については、アメリカ合衆国の法状況を渉猟しなければ満足な研究は望めない。今回は判例評釈から思わぬ大問題に直面し十分な研究に至らぬまま稿を閉じざるを得ない。ご批評いただいた拙稿の補強ということでご了解頂ければ幸いである。上記二つの問について、今後、別稿をもって研究を行うことを約して結びにかえたい。

#### 注

- 1) 判例評論487号18頁(判例時報1679号196頁)
- 2) なお、田中英夫先生が「四・二五判決による判例変更に関して、この新判例が被告人に不利な方向において遡及すべきでないことを明言」されたと言われるのは、同・ジュリスト536号60頁の記述だと思われるが、同田中論文は四・二五判決(全農林警職法事件上告審判決)についての評釈であり、「この新判例」とは当然四・二五判決をさす。筆者も四・二五判決が問題とされたのであれば本件とは異なる結論に至ったのではないかと思う。四・二五判決と五・二一判決(岩教組学力テスト事件上告審判決)とは扱いは異なる。ただし、五・二一判決には四・二五判決という判例変更をした判例が先行するが、四・二五判決にはそれが無いのである。
- 3) なお、本件の詳細については「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と憲法39条―岩教組同盟罷業事件第二次上告審判決―地方公務員法違反被告事件、最高裁判所平成5年(あ)第694号、平成8年11月18日第二小法廷判決、上告棄却、刑集50巻10号745頁、裁判所時報1184号3頁、判例時報1587号148頁、判例タイムズ926号153頁をご参照いただきたい。また、本件評釈として知り得たものに、村井敏郎・ジュリスト臨増1113号142頁、高井裕之・法学教室202号116頁、大山弘一松宮孝明・法学セミナー510号84頁、坪井宣幸・法律のひろば50巻4号45頁、高山佳奈子・ジュリスト1132号160頁、前田雅英・警察学論集51巻9号187頁、今崎幸彦・最高裁判所判例解説刑事篇平成8年度151頁がある。
- 4) 論者によりニュアンスは異なるが、判例の不遡及的変更の問としてこれを肯定するものを含めて西原春夫「刑事裁判における判例の意義」中野次雄判事還暦祝賀305頁以下311頁、佐藤幸治「現代国家と司法権」385頁、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536号56頁以下60頁、村井敏邦「判例変更と罪刑法定主義」一橋論叢71巻1号32頁以下48頁等、小暮得雄「刑事判例の規範的効力」北大法学論集17巻4号641頁以下653頁等、これを否定するものとして、田中耕太郎「法律学概論」289頁、田中和夫「英米法の基礎・全訂版」17頁、佐藤功「ポケット註釈全書憲法(下)〔新版〕」972頁、最高裁判所事務総局「裁判所法逐条解説上巻」40頁、中野編「判例とその読み方」〔中野次雄〕13頁、「注釈日本国憲法下巻」

〔浦部法穂〕1148頁、杉原泰男「最高裁判例の法源性をめぐる」法時59巻2号80頁、西野喜一「判例の変更(8)」判時1505号4頁等がある。

- 5) ちなみに、幼稚な比較でお叱りを覚悟の上で、都教組事件上告審判決の主要な部分と、アメリカ合衆国最高裁判所の一本件とは必ずしも直結するものではないが哲学的に同根と考えられる—CALDER v. BULL, 3 U. S. 386 (1798)との判決書を比べてみた。前者は約10800字、後者は7094wordsであった。頁換算でも後者は前者の二倍強である。嘲笑に付して頂ければよいことだが、これは事実である。
  - 6) この点については、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536号56頁以下参照。
  - 7) 村上朝一、藤林益三、岡原昌男、下田武三、岸盛一、天野武一の各裁判官参加。
  - 8) この辺りの事情については、邦語論文としては、田中英夫「判例の不遡及的変更」法協83巻7・8号83(1005)頁(昭和41年)以下参照。また、NOTE AND COMMENTS—PROSPECTIVE OVERRULING AND RETROACTIVE APPLICATION IN THE FEDERAL COURTS—, 71 Yale L. J. 907-951が詳細である。
  - 9) 田中・前掲・法協1008頁、同・前掲・ジュリスト60頁以下参照。
  - 10) もっとも、distinguishという技法による処理があることも念頭に置かなければならない。
  - 11) 田中・前掲・法協1051頁、NOTE AND COMMENTS—PROSPECTIVE OVERRULING AND RETROACTIVE APPLICATION IN THE FEDERAL COURTS—, 71 Yale L. J. 907, at 945.
  - 12) 中山・前掲・判時1679号196頁
  - 13) 地方公務員法第61条 左の各号の一に該当する者は、三年以下の懲役又は十万円以下の罰金に処する。  
 四 何人たるを問わず、第三十七条第一項前段（職員は、地方公共団体の機関が代表する使用者としての住民に対して同盟罷業、怠業その他の争議行為をし、又は地方公共団体の機関の活動能率を低下させる怠業的行為をしてはならない。）に規定する違法な行為の遂行を共謀し、そのおかし、若しくはあおり、又はこれらの行為を企てた者  
 国家公務員法第110条 左の各号の一に該当する者は、三年以下の懲役又は十万円以下の罰金に処する。  
 十七 何人たるを問わず第九十八条第二項前段（職員は、政府が代表する使用者としての公衆に対して同盟罷業、怠業その他の争議行為をなし、又は政府の活動能率を低下させる怠業的行為をしてはならない。）に規定する違法な行為の遂行を共謀し、そのおかし、若しくはあおり、又はこれらの行為を企てた者。
  - 14) 中山・前掲・196頁。
  - 15) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。
  - 16) 前掲・NOTE AND COMMENTS, 71 Yale L. J. 907, at 944-950.
- (付記) 著者e-mail: hashimot@u-air.ac.jp

(平成11年11月23日受理)