

判例変更と適正手続

佐伯 仁 志

一 はじめに

刑法の解釈について最高裁が被告人に不利な判例変更をした場合に、新しい判例の解釈を当該被告人に適用するところが、憲法三九条前段の事後法の禁止に違反しないか、という問題が議論されている。

例えば、夫の妻に対する強姦罪が成立するかについて、最高裁判例は存在しないが、仮定の話として、現在の最高裁の判例が夫婦間の強姦について否定説を採っているとしよう。この場合、立法で夫婦間においても強姦罪が成立し得ることを定めた場合^②、この新规定を法改正前の行為に適用して強姦罪の成立を認めることは、憲法三九条前段によつて許されないであろう。否定説からも、暴行・脅迫を用いて妻を姦淫した夫には、暴行罪ないし脅迫罪が成立し得るが、憲法三九条前段の事後法の禁止には、行為時に犯罪でなかった行為を事後的に処罰することだけでなく、

行為時に犯罪であった行為を事後的により重く処罰することも含まれると解されているからである。

それでは、最高裁が否定説から肯定説に判例を変更した場合、その新判例を判例変更前に行われた行為(判例変更を行う当該事件の被告人)に適用して強姦罪の成立を認めることは可能であろうか。判例変更の場合にも憲法三九条前段が適用ないし準用されるとすれば、強姦罪の成立を認めることは許されない。そのように解する見解も有力に主張されているが、判例(最判平成八・一一・一八刑集五〇巻一〇号七四五頁)は、判例変更の遡及適用を認め、河合伸一裁判官の補足意見は違法性の錯誤の問題として処理すべきことを示唆している。⁴⁾

アメリカ合衆国では、このような問題に対処するために、判例の不遡及的変更という手法が用いられているが、連邦憲法の事後法の禁止が判例変更(直接または間接に)適用されるかについては議論があり、この点に関する連邦最高裁の判例には重要な変遷が見られる。言うまでもなく、アメリカ連邦憲法は日本国憲法の母法である。アメリカは判例法の国であり、日本は成文法の国であるが、日本の刑法は包括的な規定が多く、裁判所の判例が重要な機能を果たしている点で、判例法国に近い面もある。アメリカ連邦最高裁の判例を参照する価値は大きいと思われる。

そこで、本稿では、まず、刑法の解釈に関して被告人に不利な判例変更を遡及適用することの可否に関するアメリカ連邦最高裁の判例を紹介し、次にわが国における刑法解釈の判例変更について検討することにした。

二一 アメリカ合衆国における判例変更と事後法の禁止

1 判例変更への事後法禁止の適用

アメリカ合衆国憲法第一条第九節第三項は、「事後法 (ex post facto Law) は、制定されてはならない」と定め、同第一〇節第一項は、州法について同様の禁止を定めている。事後法の禁止には、行為時に犯罪でなかった行為を事後的に犯罪として処罰することだけでなく、行為時に犯罪であった行為を事後的により重い犯罪であるいはその法定刑を加重して処罰することも許されないと解されている⁽⁵⁾。連邦最高裁は、伝統的に、事後法の禁止は制定法に限られ、被告人に不利益に判例を変更する判決の遡及適用を禁止するものではないと解してきたが、一九六〇年代以降、このような立場に変化が見られるようになる。その最初の判決が一九六一年の James 判決である。

James v. United States, 366 US 213 (1961)

事案は、組合の職員であった被告人が、組合の金員を横領し、その金額を税務申告しなかったため、内国歳入法違反で有罪となり三年の自由刑を科された、というものである。連邦最高裁は、Commissioner v. Wilcox, 327 U. S. 404 (1946) において、横領した金員は内国歳入法の課税対象にならないと判示していた。本判決は、Wilcox 判決を変更して、横領した金員も課税対象となると判示したが、結論として、被告人の有罪判決を破棄し、公訴を棄却するように指示して、事件を地区裁判所に差し戻した。

ウォーレン長官による法廷意見および意見 (ブレナン判事、ステュワート判事が同調) は、まず、Wilcox 判決の六年

後に、*Rutkin v. United States*, 343 U. S. 130 (1951) が、恐喝した金は課税対象になると判示しているの⁶⁷、*Wilcox* 判決の活力はこの判決によって完全に奪われているとする。両判決の前から違法な収益であっても課税対象となるとされてきていることも指摘し、*Wilcox* 判決は誤っているので、変更されるべきであるとする。しかし、ウォーレン長官は、内国歳入法違反は、意図して (*willfully*) 申告しなかった場合でなければ犯罪とならず、行為時に *Wilcox* 判決があつた以上、意図の要件を証明することはできないので、申立人に対する有罪判決を破棄して、公訴を棄却すべきであるとした (p221-222)。

ハーラン判事の一部同意・一部反対意見 (フラン克福ーター判事が同調) は、判例変更賛成し、被告人の故意について新たな裁判を行うために事件を差し戻すべきであるとする。一方、クラーク判事の一部同意・一部反対意見は、判例変更賛成した上で、申立人は、意図的に収入を申告しなかった以上、犯罪が成立するとして、原審の判断を支持する。

これに対して、ブラック判事の一部同意・一部反対意見 (ダグラス判事が同調) は、判例変更反対し、判例を変更するなら、申立人は、意図的に申告しなかった以上、有罪であるとする。ウィッターカー判事の一部同意・一部反対意見 (ブラック判事、ダグラス判事が同調) も判例変更反対する。

結局、六人の裁判官が判例変更賛成して判例が変更されたが、有罪判決を破棄して公訴を棄却すべきであるという法廷意見の結論は、判例変更賛成するが行為者の故意を証明することはできないとする三人の裁判官と判例変更反対する三人の裁判官によって形成されたものである。新判例の下で申立人に故意が認められないとする意見は三人にすぎず、本判決の結論は、実質的には、判例の不遡及的変更⁶⁸に等しいものである。ブラック判事の反

対意見が批判するのもまさにこの点にある。ブラック判事は、判例変更を支持する三人の裁判官は、判決前の行為者は処罰できないが、判決後の行為者は処罰できるといふ疑問のある方法で変更をした、と批判する。ブラック判事は、過去の行為に適用することが不公正で不正義な刑罰法令の解釈は、裁判所による議会が望んでいない犯罪の創造であり、将来的な法創造は、議会の機能であつて裁判所の機能ではない、と主張するのである (p. 223-225)。

James 判決では明確ではなかつた判例変更への事後法の禁止の適用は、三年後の *Bowie* 判決において、より明確な形で打ち出されることになる。

Bowie v. City of Columbia, 378 U.S. 347 (1964)

事案は、サウスキャロライナ州コロンビア市にあるドラッグストアでの、人種差別に抗議する黒人学生による座込み (sit-in) が不法侵入罪に問われたものである。同ストアでは、レストランの利用が白人に限られていたが、その旨の掲示はなされていなかった。本件申立人である二人の黒人学生が、レストランに入って座席についたが、店員から無視された。その後、店員が「不法侵入禁止 (no trespassing)」の表示がついたチェーンを張ったが、二人は静かに座り続けたので、店長は、警察に電話して、二人を排除することを要請した。警察が到着した後、店長は二度、二人に立ち去ることを求めたが、二人はこれに応じず、警察官が退去を求めても応じなかつたので、二人は逮捕された。二人は、不法侵入罪 (criminal trespass) で有罪となつた。法律は、不法侵入を、侵入禁止の告知を受けた後、他人の土地に侵入すること、と定義していたが、州最高裁は、不法侵入には、告知を受けた後に侵入する行為だけでなく、退去を求められた後に滞在し続ける行為も含まれる、と解して、有罪判決を是認した。申立人らは、犯罪について

「公正な警告 (Fair warning)」が与えられていないので適正手続に反する等の主張をして上告を申し立てた。

ブレナン判事による法廷意見は、次のように述べて、サウスキャロライナ州最高裁判決を破棄した。

刑罰法令は犯罪となる行為について公正な警告を与えなければならぬという基本原則は、度々、当裁判所によって認められてきた。公正な警告を受ける権利は、法律の曖昧な文言によって侵害されるだけでなく、法律の厳密で限定的な文言が予測不能な拡張解釈をされて遡及適用されることによっても侵害される (p. 350-352)。

刑罰法規の予測不能な拡張解釈の遡及適用は、憲法第一条第一〇節が禁止する事後法とまったく同じように働く。事後法は、行為時に犯罪でなかった行為を犯罪とし、あるいは、行為時よりも加重された、または、拡張された犯罪とすること、と定義されている。事後法禁止条項によって州議会がそのような法を制定することが禁止されるなら、州最高裁が解釈によってまったく同じ結果をもたらすことも禁止されなければならない。刑罰法規の裁判所による解釈が、行為前に存在した法令を参照することで、予見することができず擁護することができない (unexpected and indefensible) ものであるなら、そのような解釈に遡及効果が与えられてはならない (p. 353-354)。

サウスキャロライナ州法は、申立人に公正な警告を与えていない。州最高裁の先例は、一貫して、侵入前の告知の証明が必要であると判示してきた。州最高裁がこれと異なる先例として挙げているのは、民事の不法侵入に関する判例にすぎない (p. 355-357)。州最高裁は、ノースキャロライナ州の判例を引用しているが、他州の法律の意義が自州の市民に対する公正な警告になることは極めて稀な状況であり、本件でそのような状況は存在しない (p. 359-360)。

ゴールドバーグ判事の意見 (バーガー長官が同調) は、法廷意見に賛成するとともに、本件同様、人種差別に反対する座込みを不法侵入罪で処罰することの合憲性が問題となった、Bell v. Maryland, 378 U. S. 318 (1964) において、同

判事が述べた平等原則違反の理由によっても破棄を支持し、ダグラス判事の意見も、Bell判決で同判事が述べた平等原則違反の理由によって破棄を支持する (p. 363)。

ブラック判事の反対意見（ハーラン判事、ホワイト判事が同調）は、Bell判決において、裁判所は同じような文言のメリーランド州法の合憲性を認めており、⁽⁹⁾ 本件の法律も違憲であるほど曖昧ではないとする (p. 367)。

本判決は、修正一四条の適正手続違反を理由として、判例変更を遡及適用した州最高裁判決を破棄したものであるが、その理由付けにおいて、立法による遡及処罰と判例変更による遡及処罰を同視している点で、実質的には、事後法禁止条項を修正一四条の適正手続条項を通じて州に適用したと評価できるように思われる。そのような解釈は、次の連邦最高裁判決によって確認できる。

Marks v. United States, 430 U.S. 188 (1977)

事案は次のようなものである。申立人は連邦のわいせつ物運搬罪で起訴された。その後、公判が始まる前に、最高裁は、*Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973) で、ハードコアポルノを修正一条の保護から除外する新基準を示した。裁判において申立人は、*Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966) の「表現に社会的価値がまったくないといえなければ保護される」との基準に基づいて陪審に対する説示が行われるべきであると主張したが、地区裁判所は、申立人の主張を否定して、*Miller* 判決の基準で説示を行い、申立人は有罪となった。控訴裁判所がこれを是認したため、上告が申し立てられた。

パウエル判事の法廷意見は、*Bowie* 判決を引用して、*Miller* 判決の新基準を申立人に不利に遡及適用することは、

修正五条が保障する適正手続に違反するとして、有罪判決を破棄した(この部分については全員一致)。法廷意見は、次のように述べる。

事後法禁止条項は立法府の権限に対する制約であり、司法部に対する直接の適用はない。しかし、同条項の基礎にある、刑罰を科される行為について公正な警告を受けるとの考えは、我々の憲法的自由の概念の基本であり、修正五条の適正手続条項によって裁判所に対して保護されている。Bowie判決は、「刑罰法規の司法による予測不能な拡張が遡及的に適用されると、憲法第一条第一〇章が禁止する事後法とまったく同じように働く。∴州の立法者が事後法禁止条項によってそのような法律を制定することが禁止されるなら、州最高裁も司法解釈によってまったく同じ結果を達成することを適正手続条項によって禁止される」と判示した。Miller判決がMemiors判決の限定を緩和したことは疑いなく、その効果は、Bowie判決における新解釈と同様である。申立人は、新基準が適用されることについて公正な警告を受けていないので、Miller判決の新基準を申立人に適用することは適正手続条項によって許されない (p. 192-193)。

2 連邦最高裁の新判例—Rogers判決

Bowie判決、Marks判決と続いてきた判例の流れは、しかし、次のRogers判決で変更され、連邦最高裁は、事後法禁止から距離を置くようになる。

伝統的コモンローでは、一年一日以内に被害者が死亡しなければ謀殺罪は成立しないという一年一日ルールが存在しており、アメリカでも同様の原則が認められてきた¹⁰。しかし、科学・医学の進歩に伴い、同ルールは時代遅れなものと認識されるようになり、多くの州で、立法的にまたは司法的に廃止されていった。そのような状況下で生じたのが本件である。

申立人は、被害者をナイフで刺し、約一五ヶ月後に被害者が死亡した。申立人は、一審で第二級謀殺罪で有罪となり、控訴裁判所は、本件行為前に施行されていた量刑改革法によって一年一日ルールは廃止されていたと判示して有罪判決を是認した。テネシー州最高裁は、控訴審の判断を否定したが、一年一日ルールの根拠は現在では存在しないとして、同ルールを廃止し、申立人の有罪判決を是認した。

オコンナー判事の法廷意見（レーンキスト長官、ケネディー判事、スーター判事、ギンズバーグ判事が同調）は、新判例の遡及適用は適正手続条項に違反するとの申立人の主張を否定して、州最高裁判決を支持した。オコンナー判事の法廷意見は、次のように述べる。

事後法禁止条項は、立法府の権限の制限であり、司法部に対する直接適用はない。Bowie判決は、刑罰法令の解釈が行為前に存在した法令を参照することで予測不可能かつ擁護不能である場合に遡及適用できないとしたものであり、州裁判所の解釈が法律の明白な文言と明らかに齟齬し、先例の支持のないものであったから、公正な警告の原則に反すると判示したものである。確かに、Bowie判決の判示には、申立人が主張するように読める部分があるが、これは傍論である（p. 457-459）。

事後法禁止条項を適正手続規定を通じて裁判所に適用することは、明確な憲法の文言を無視することになるだけでなく、立法と法解釈との間の制度的・文脈的相違を無視することになる。申立人は、州裁判所は、コモンロー上の権限において立法者と同じ法制定機能を果たしており、事後法禁止による立法者の権限の制限を正当化すると同種類の政治的プレッシャーにさらされ得ると主張するが、裁判所は、現実の訴訟において法律を解釈するだけなので、権限濫用の機会は立法者よりもずっと限定されている。また、事後法の禁止を司法の意思決定に導入することは、通常の司法過程に対する受け入れがたい制約となる。特に、コモンローの判断に対する事後法禁止原則の厳格な適用は、コモンロー制度の基礎である判例の発展を不当に阻害するであろう (p.460-461)。

したがって、刑法のコモンロー上の原則の司法的変更は、「行為前に示された法律を参照することで予測不能かつ擁護不能な」場合にのみ、公正な警告の原則に反し、遡及効が認められない。テネシー州裁判所による一年一日ルールの廃止は予測可能であった。ルールは時代遅れのものとして広く見られており、この問題を検討した大多数の州で、立法的または司法的に廃止されていた。さらに、おそらく最も重要なことは、テネシー州においても、行為者の犯罪の時点で、同ルールは、きわめてあやふやな基礎しか有していなかったことである。謀殺罪の判決の基礎とされたことは一度もなく、判例集で過去に三度しか言及されることがなく、すべて傍論である (p.462-464)。

以上の法廷意見に対して、スキヤリア判事の次のような反対意見 (ステイブンス判事、トーマス判事が同調、ブレアー判事が後半部分に同調) が付されている。

Bowie判決のレイシオ・デシデンダイは、事後法禁止条項によって立法者に適用される原則は、裁判所の行為については適正手続条項に含まれるというものである。Bowie判決とその後の判決が問題にしている公正な警告は、法が

変更されることの告知ではなく、行為時に何が犯罪となるかについての公正な警告である。Boyle判決によれば、予測不可能で擁護できない遡及的変更だけが悪いのではなく、すべての遡及的変更が悪いのである。法改正が立法者によつて事前に告知されていたとしても事後法が許されないことは明らかである (p. 468-470)。仮に、法廷意見のように予測可能性を害する場合にのみ判例変更の遡及適用が適正手続に反すると解しても、本件で公正な警告があったとは考えられない。時代遅れと見られているコモンロー上の犯罪要件は他にもたくさんある。法廷意見は、最近この問題を検討した大多数の州が廃止したというが、なぜ廃止を検討しなかった州を計算に入れないのか、なぜ多くの州が立法によつて変更し、司法的に廃止した州が将来的にのみ変更したことを計算に入れないのか不明である⁽¹¹⁾ (p. 478-479)。この他、法廷意見は刑法を遡及的に変更することの危険性を過小評価しているとのステイブンス判事の反対意見と、法廷意見の判断枠組みには賛成するが、申立人が公正な警告を受けていたという結論には反対するブライアー判事の反対意見が付されている。

3 Rogers 判決の評価

Rogers 判決の法廷意見は、一年一日ルールを検討した二三法域が同ルールを廃止していることを申立人の予見可能性が侵害されていない理由として指摘しているが、スキヤリア判事の反対意見が指摘するように、その多くは立法による変更であり (当然、遡及適用はできない)、判例によつて同ルールを廃止した一〇法域のうちのほとんどが判例変更を遡及適用していない。同ルールの遡及適用を明示的に認めたのは、Boyle判決以前に、一年一日ルールは実体法ではなく証拠法にすぎないとして遡及適用を認めたペンシルヴェニア州最高裁の判例があるだけである⁽¹²⁾。ニュー

ジャージー州、マサチューセッツ州、ミシガン州、ロードアイランド州、コロンビア地区、ノースキャロライナ州、ニューメキシコ州の各判例は、いずれも、一年一日ルールを将来的にのみ廃止し、当該事件の被告人に適用することを否定している。⁽¹³⁾

以上は Rogers 判決が出る前の状況であるが、Rogers 判決後も、ウィスコンシン州最高裁は、刑事責任の遡及適用は、法の支配 (rule of law) と裁判所の法に対する忠実さを損ない、司法のイメージを汚すものと見られ得ることを指摘して、一年一日ルールを不遡及的に変更している。⁽¹⁴⁾

Rogers 判決は、五対四の僅差の判決であり、学説上も批判が強い。主な批判の第一は、立法者の権限と同様に州最高裁の権限も事後法禁止条項によって制約されるとする Bouie 判決の判示は、法廷意見がというような傍論ではなく、反対意見がいうように、レイシオ・デシデンダイである、というものである。この批判は正当なものであり、Rogers 判決は、実質的には Bouie 判決および Marks 判決を変更したものである。批判の第二は、事後法の禁止の主たる目的は、予測可能性の保障よりも、法の支配の確保にある、というものである。Rogers 判決後に出されたウィスコンシン州最高裁の Picotte 判決も、法の支配の確保を強調して、判例変更を遡及適用しなかった。批判の第三は、法廷意見は、事後法禁止原則の厳格な適用は判例法の発展を阻害するとするが、判例を将来的に変更することで判例の発展が阻害される理由が明らかではない、というものである。⁽¹⁵⁾

そもそも、Bouie 判決のように事後法の禁止の問題 (ただし、州に対しては修正一四条の適正手続条項を通じて適用される) とすることと Rogers 判決のように適正手続の問題とすることで何が違うのであろうか。適正手続の内容が一義的に定まっているわけではないので、明確でない点はあるが、次のように考えることができるのではないかと思われる。

る。スキヤリア判事の反対意見が指摘するように、事後法の禁止の問題だとすると、判例変更の予測可能性があっても遡及適用することはできない。法改正が事前に予告されていても（さらに言えば、法改正後の行為であっても、法施行前の行為であれば）、新法を遡及適用することはできないのと同じである。これに対して、適正手続の問題だとすれば、予測可能で信頼の侵害がなければ、遡及適用は許されると考えることが可能である。また、事後法の禁止の問題であれば、その法域の判例しか問題にならないのに対して、予測可能性の問題であれば、他法域の動向も考慮して判断することが可能であり、それだけ柔軟な判断が可能になると言えるであろう。

4 アメリカ連邦最高裁判例からの示唆

アメリカ連邦最高裁判は、*Bowie* 判決によって、事後法の禁止を適正手続条項に読み込むことによって、裁判所による判例変更にも実質的に事後法の禁止が適用されるものと解した。*Bowie* 判決は、その後、*Rogers* 判決によって変更されたが、*Rogers* 判決は、アメリカでは評判が悪く、筆者も *Bowie* 判決の方が妥当だと考える。アメリカ連邦憲法と違って、わが国の憲法三九条には、判例変更により事後法の禁止を適用することの文言上の問題もないので、*Bowie* 判決にならって、わが国でも判例変更により事後法の禁止の適用があり、不遡及的変更を行うべきであると解することが十分に考えられる¹⁶⁾。

それでは、*Rogers* 判決から学ぶ点がないかというところではないと思われる。アメリカでは、判例の不遡及的変更という手法が定着しており、これを憲法上の要請とする *Bowie* 判決が受け入れられる素地があった。これに対して、わが国では、判例の不遡及的変更という手法は未知のものであり、これを採用することには抵抗が大きいであろう。

そうだとすれば、判例変更の不遑及適用の問題を国民の予測可能性の保障ととらえて、これを適正手続保障の内容とする、Rogers 判決の方がわが国には受け入れやすいように思われる。アメリカで批判されている Rogers 判決も、わが国からすれば参照する価値があるということである。¹⁷⁾

もちろん、適正手続と事後法禁止は考え方と共通しているし、事後法禁止と区別された適正手続の内容も明確なものではない。その詳しい内容については今後さらに検討する必要があるが、前述したように、適正手続の問題として扱う方がより柔軟な処理が可能になるように思われる。また、通説のように違法性の錯誤の問題として扱う場合と適正手続の問題として扱う場合の違いとしては、次のような点を指摘することができる。すなわち、違法性の錯誤であれば、個々の行為者の旧判例に対する現実の信頼が問題になるのに対して、適正手続の問題であれば、国民の旧判例に対する信頼と新判例の内容に対する予測可能性が問題となること、¹⁸⁾ および、違法性の錯誤であれば、一般に法定刑に対する信頼は問題にならないと解されているのに対して、適正手続であれば、刑の重さに対する信頼も問題となり得ること、などの違いがある。いずれの点でも適正手続の問題として扱う方が優れていると思われる。

次節では、わが国の最高裁による判例変更を適正手続の観点から検討してみることにした。

三 日本の最高裁による判例変更

1 最高裁判例の変更

最高裁の判例変更については、西野喜一氏による詳細な研究がある。何が判例で何が判例変更かは必ずしも明らか

ではないが、同研究によると、一九九二年までの最高裁による明示的判例変更は民事一七件、刑事二〇件、黙示的判例変更は民事五件、刑事六件である。このうち、刑事判例で本稿が対象とする刑法の解釈に関するものは、以下の一二件である¹⁹⁾(被告人に不利な判例には末尾に*を付した)。

①最大判昭和三二年一〇月九日刑集一一卷一〇号二四九七頁は、「外国とみなされていた地域に対する貨物無免許輸入の罪と右地域が外国とみなされなくなったことによる刑の廃止の有無」を積極に解して、消極に解していた判例(最大判昭和三〇・二一・二三刑集九卷二号三四四頁等)を変更した。

②最大判昭和四一年一〇月二六日刑集二〇卷八号九〇一頁〔全通中郵便事件〕は、公共企業体等労働関係法第一七条第一項に違反してなされた争議行為にも労働組合法第一条第二項の適用があると判示して、最二判昭和三八年三月一五日刑集一七卷二号二三頁を変更した。

③最大判昭和四四年六月二五日刑集二三卷七号九七五頁は、刑法二三〇条の二第一項の真実性の誤信について、誤信したことに相当の理由があるときは、名誉毀損罪は成立しないと判示して、最一判昭和三四年五月七日刑集一三卷五号六四一頁を変更した。

④最大判昭和四六年七月一四日刑集二五卷五号六九〇頁は、弁護士法七二条本文は、弁護士でない者が、報酬を得る目的で、業として法律事務を取り扱いまたは周旋することを禁止する規定であるとして、従来の判例(最決昭和三九・二一・二八刑集一八卷二号七三頁等)を変更した。

⑤最大判昭和四八年四月四日刑集二七卷二号二六五頁は、刑法二〇〇条は憲法一四一条一項に違反し無効であると判示し、従前の判例(最大判昭和二五・一〇・二五刑集四卷一〇号二二二六頁等)を変更した。

⑥最大判昭和四八年四月二五日刑集二七卷四号五四七頁〔全農林警職法事件〕は、国家公務員法の争議行為あおり罪の成立範囲を限定するいわゆる二重の絞り論を採用した最大判昭和四四年四月二日刑集二三卷五号六八五頁〔全司法仙台事件〕を変更した（*）。

⑦最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一一四頁は、酒酔い運転と業務上過失致死は併合罪にあたりと判示し、最決昭和三三年四月一〇日刑集一二卷五号八七七頁を変更した（*）。

⑧最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一五一頁は、無免許運転と酒酔い運転は観念的競合にあたりと判示し、最判昭和四二年六月九日裁判集刑事一六三号五一頁を変更した。

⑨最大判昭和四九年五月二九日刑集二八卷四号一六八頁は、車検切れ車両の運転と無免許運転は観念的競合にあたりと判示し、最二決昭和四〇年一月二九日刑集一九卷一号二六頁を変更した。

⑩最大判昭和五一年五月二一日刑集三〇卷五号一一七八頁〔岩手学テ事件〕は、地方公務員法の争議行為あおり罪の成立範囲を限定するいわゆる二重の絞り論を採用した最大判昭和四四年四月二日刑集二三卷五号三〇五頁〔都教組事件〕を変更した（*）。

⑪最大判昭和五一年九月二二日刑集三〇卷八号一六四〇頁は、報告義務違反と救護義務違反は観念的競合にあたりと判示し、最大判昭和三八年四月一七日刑集一七卷三号二二九頁を変更した。

⑫最大判昭和五二年五月四日刑集三一卷三号一八二頁〔全通名古屋中郵事件〕は、「公共企業体等労働関係法第一七条第一項違反の争議行為には、労働組合法第一条第二項の適用はない」と判示して、前掲②判例を変更した（*）。

西野氏の研究以後の判例変更は一件ある。

⑬最大判平成一五年四月二三日刑集五七卷四号四六七頁は、横領後の横領を肯定して、最判昭和三二年六月二六日刑集一〇卷六号八七四頁を変更した（*）。

2 大審院判例の変更

大審院判例の変更については、西野氏の研究が²⁰一五件を挙げており、このうち刑法に関するものは、以下の九件である。

⑭最二判昭和二九年一月五日刑集八卷一一号一六七五頁は、金銭の所有権は特段の事情のないかぎり金銭の占有の移転と共に移転するものと解すべきであつて、金銭の占有が移転した以上、その占有移転の原由たる契約が法律上無効であつても、その金銭の所有権は占有と同時に相手方に移転する、と判示して、大判明治四五年三月一四日刑録一八輯三三七頁を変更し、金銭の貸付けについて背任罪の成立を認めた原判決を是認した（*）。

⑮最一判昭和三〇年七月七日刑集九卷九号一八一六頁は、明治三八年法律六六号一条所定の法定刑の減輕方法は刑法施行法二一条により旧刑法の加減例の規定に従うべきものとして、現行刑法の加減例によるべきであるとした大判明治四三年八月一六日刑録一六輯一七卷一四五七頁を変更した。

⑯最二判昭和三二年九月一三日刑集一一卷九号二二六三頁は、強盗利得罪の成立には、相手方の処分行為を要しないと判示して、大判明治四三年六月一七日刑録一六輯一二一〇頁を変更した（*）。

⑰最二判昭和三四年八月二八日刑集一三卷一〇号二九〇六頁は、法律に反して担保に供した自己の国鉄公傷年金証

書を欺罔手段を用いて交付させた行為について詐欺罪の成立を認め、大判大正七年九月二五日刑録二四輯一二一九頁を変更した（*）。

⑱ 最判昭和三五年三月一日刑集一四卷三号二〇九頁は、郵便集配人は刑法上の公務員であると判示し、大判大正八年四月二日刑録二五輯三七五頁を変更した（*）。

⑲ 最大判昭和四一年七月一三日刑集二〇卷六号六二三頁は、旧衆議院議員選挙法一一二条一項に関して、選挙の買収事犯において、金銭・物品の供与等を共謀した者相互の間で、その供与等を目的とする金銭・物品の授受が行われ、交付または受交付の罪を構成するものでないとした大審院判例（大判昭和一一・六・二三刑集一六卷九八三頁、大判昭和一一・七・九刑集一六卷一一九五頁）を変更して、同法を継受した公職選挙法二二一条一項五号の交付または受交付の罪の成立を認めた（*）。

⑳ 最大判昭和四五年七月一日刑集二四卷七号三九九頁は、破産法三七四条一号にいう「債権者の不利益に処分すること」とは、債権者全体に絶対的な不利益を及ぼす行為をいうのであって、特定の債権者に対する弁済はこれにあたらぬと判示し、大判昭和一〇年三月一三日刑集一四卷四号二二三頁を変更した。

㉑ 最一決昭和五〇年三月二〇日刑集二九卷三号五三頁は、森林法一九七条にいう産物とは、森林から産出する一切の物をいい、岩石もこれに含まれると判示し、大判大正九年一〇月一九日刑録二六輯七二三頁を変更した。

㉒ 最一判昭和五七年三月一日刑集三六卷三号二五三頁は、刑法五六条一項にいう「其執行ヲ終リ…タル日ヨリ五年内」とは、受刑の最終日の翌日から起算して五年以内をいふと判示し、大判大正五年一月八日刑録二六輯一七〇五頁を変更した（*）。

以上の他に、筆者が気づいたものとして、次の三件がある。

⑳ 最二判昭和三〇年一〇月一四日刑集九卷一〇号二二七三頁は、「他人に対して権利を有する者が、その権利を實行することは、その権利の範囲内であり且つその方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度を超えない限り、何等違法の問題を生じないけれども、右の範囲程度を逸脱するときは違法となり、恐喝罪の成立することがあるものと解するを相当とする」と判示したが、後の最高裁判決は、同判決によつて大審院判例が変更されたとしている（*）。

㉑ 最大判昭和三二年一月二七日刑集一一卷一二号三一一三頁は、両罰規定の業務主処罰について過失推定説をとることを判示したものであり、過失不要説をとつていた大審院判例（大判昭和一七年九月一六日刑集一一卷四一七頁等）を黙示的に変更したものとといえるであろう。

㉒ 最二判昭和三五年一月一八日刑集一四卷一三三号一七一三頁は、威力を用いて国鉄の貨車運行業務を妨害した所為を威力業務妨害罪に問擬した原判決は正当である、と判示した。最大判昭和四一年一月三〇日刑集二〇卷九号一〇七六頁は、この判決によつて、公務は業務に含まれないとした大審院判例（大判大正四・五・二二刑集一一輯六六三頁、大判大正一〇・一〇・二四刑集一一輯六四三頁）は変更されたとしている（*）。

西野氏の研究以後の判例変更として次の二件がある。

㉓ 最判平成一五年三月一日刑集五七卷二九三三頁は、刑法二二三三条にいう信用には、人の支払能力又は支払意思に対する社会的な信頼のほか、販売する商品の品質等に対する社会的な信頼が含まれるとして大審院判例（大判大正五・一一・一八刑集一一輯一九〇九頁、大判昭和八・四・一二刑集一一卷五号四一三三頁）を変更した（*）。

⑳ 最判平成一七年四月四日刑集五九卷三号二八三頁は、人を恐喝する目的で監禁した場合、監禁罪と恐喝未遂罪は併合罪になるとして、大判大正一五年一〇月一四日刑集五卷一〇号四五六頁を変更した（*）。

3 判例変更の評価

最高裁による判例変更の多くは被告人に有利なものである。不利なものとしては、まず㉑があるが、罪数の問題であることから、旧判例に対する国民の信頼はあまり問題にならない事例といえるであろう。実際の量刑についても実質的不利益はあまりなかった事例と評価されている。^㉒ また、㉓㉔㉕は、短期間に判例変更をすることは是非は別として、いずれも被告人の行為は旧判例の前に行われているので、旧判例に対する信頼は問題にならなかった事例である。なお、判例変更の遡及適用を認めた前掲最判平成八年一月一日「岩手教組事件」の事案については、河合補足意見が指摘するように、被告人が犯行に及んだのは昭和四九年三月で、当時、地方公務員法の分野では前掲最大判昭和四四・四・二「都教組事件」が判例であったが、国家公務員法の分野では㉖「全農林警職法事件」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」、都教組事件判例に憲法三一条の保護に値する国民の信頼があったとは言えないであろう。

問題は㉗であるが、先行する横領罪に公訴時効が成立している事案であり、旧判例を限定的に解釈すれば、判例変更をしなくとも処罰できた例ともいえる。^㉘ その意味で、旧判例に対する国民の信頼が侵害されたとまではいえない（適正手続違反とまではいえない）と評価することも可能なように思われる。

最高裁判例の変更に比べて、大審院判例の変更に、被告人に不利な変更が多く、全部で一〇件（㉙㉚㉛㉜㉝

②⑥
②⑦) ある。

まず①④について、西野氏は、判例変更がなければ被告人が無罪ないしより軽い刑で済んだというような事案でないことは明らかであり、被告人に不利な変更ではないと評しており、^{②④}賛成できる。

①⑥について、西野氏は、適法な行為を突然違法とするような判例変更ではないし、殺人未遂と強盗殺人未遂とで法定刑の上限は同じであり、もつと軽い刑で済むと思つて犯行に及んだという事情も本件では考えられないとする^{②⑤}。しかし、殺人未遂と強盗殺人未遂では量刑が異なると思われるので、適正手続の観点からは、問題がないとはいえないと思われる。もつとも、強盗利得罪の成立に処分行為が必要かという問題については、すでに大判昭和六年五月八日刑集一〇巻二〇五頁が不要説をとつて、実質的に明治四三年判例を変更しているのので、旧判例に対する信頼を問題にする余地はない事例と言える。

①⑦について、西野氏は、「これまで犯罪とならなかった行為を犯罪であると宣言して被告人を罪に問うたものであり、被告人としてはこれは犯罪にならないと考えていた可能性もあり、最も不当な類型の判例変更であると思う」とする^{②⑥}。もつとも、最高裁は、すでに、最二判昭和二四年二月一五日刑集三卷二号一七五頁および最三判昭和二四年四月一日刑集四卷四号四二八頁でいわゆる占有説に立つことを明言していたので、^{②⑦}判例がない分野で実質的な判例変更がなされていたと考えれば、旧判例に対する国民の信頼は侵害されていないと評価することも可能かもしれない。前述したマサチューセッツ州最高裁の判例が、遡及適用が可能な時点を、形式的に判例を変更した時点ではなく、旧判例に対する疑問を明言した時点としていることが参考になるであろう。

①⑧は、公務執行妨害罪が成立しなくとも暴行による傷害罪が成立する事例であり、実際にも公務執行妨害罪と傷害

罪の観念的競合として重い傷害罪の刑で処断されており(懲役六月執行猶予三年)、実質的な不利益はなかつた事例であろう。

⑱は、旧判例では不可罰であつた行為を可罰的にしたものである。しかし、本件では、すすんで選挙資金の供与が行われ、交付および受交付の罪の大部分は供与罪に吸収されている事例なので、実質的な不利益はなかつた事例と考えられる。

⑳について、西野氏は、被告人に不利な判例変更であるが、懲役三月であるから、不当な不利益を被つたとはいえないであろうとする⁽²⁸⁾。

㉑は、大審院判例は、恐喝罪が成立しない場合にも、暴行罪・脅迫罪の成立の可能性は認めていたので、不可罰の行為を可罰的としたわけではないが、暴行罪・脅迫罪と恐喝罪では、罪質も罪の重さも相当違うので、大審院判例の理解にもよるが、まったく問題がない判例変更とはいえないであろう。裁判所は、恐喝罪の成立を認めた上で、暴行罪・脅迫罪の法定刑の範囲内で量刑を行うべきだったように思われる。

㉒の一審判決は、公務は業務に含まれないとして無罪を言い渡しており、大審院判例では不可罰とされていた行為が可罰的とされた事例だとすれば、問題のある判例変更といえる。しかし、本件の原判決(福岡高判昭和三一・六・二九高刑集九卷七号六七二頁)が、「現業備人たる集配人は郵便電信及び電話官署現業備人規程により公務に従事する者であるが、職員でないからこれに対し暴行を為し以てその公務の執行を妨害したるときは、刑法第二三四条により業務妨害罪を構成するが、同法第九五条の公務執行妨害罪は構成しないとす大審院判例(大正八年四月二日判決二五輯三七五頁)もあり、非公務員による公務の執行に際しては、威力業務妨害罪の成立を是認している。従つて一概に業務妨害

罪にいう『業務』中に公務は包含されない」と指摘しているように、公務が業務に含まれないとの判例の射程は必ずしも明確ではなく、旧判例に対する国民の信頼が適正手続に違反する程度に侵害されたときまではいえないと解する余地もある。

②⑥は、信用毀損罪が成立しなくとも、偽計業務妨害罪は成立するから（実際にも偽計業務妨害罪の成立が認められている）、行為者の旧判例に対する信頼を害したとはいえないであろう。

②⑦は、罪数の問題なので国民の信頼の保護はあまり問題とならない事例であろう。

以上のように、大審院判例の変更については、（適正手続違反とまでは言えないであろうが）まったく問題がないとはいえないものも見られる。もつとも、大審院の判例は、最高裁の小法廷限りで変更することができることとされており、^{②⑨}高裁判例と同じ位置づけであるから、大審院判例の変更は適正手続保障が及ぶ判例変更には含まれないと解することができるかもしれない。^{③⑩}刑法は戦前と戦後で基本的に連続的であり、刑法の解釈について大審院判例と最高裁判例を分ける理由はないという考えもあろうが、憲法が変わって、司法の権限が強化され、裁判所と国会の関係が変われば、判例に対する国民の信頼の保護も異なるとよい、と解することは不可能ではないであろう。もちろん、適正手続による保護がなくとも、違法性の錯誤による個別的免責は可能である。

四 おわりに

筆者は、憲法三九条前段の事後法の禁止は判例変更にも妥当すべきであり、アメリカで発展してきた判例の不遡及

的適用という手法をわが国にも導入すべきであると考えてきた。しかし、わが国の判例がこのような見解を採用する見込みは当面はなさそうである。そうだとすれば、この問題を憲法三一条の適正手続の問題として扱い、適正手続に反しない判例変更の仕方を考えるべきかもしれない。

判例変更の場合に適用される適正手続の内容についての詳しい検討は今後の課題とせざるを得ないが、最高裁判所が、ある犯罪の解釈について被告人に不利な判例変更を行おうとする場合に採りうる、適正手続に反しない方法を考えてみると、例えば、次のような方法があるように思われる。

第一に、旧判例の下でも当該犯罪で有罪となる事案であれば、判例変更を行って有罪としても、適正手続に違反することはない。この場合、判例変更の判示は傍論にすぎず、判例変更の不遑及的適用という手法については、常にこの点が批判されてきた。しかし、わが国の裁判所法の下で、判例が厳密な意味での法的拘束力を持つのは当該事件に限られており、後の判例がこれに従うかどうかが不確実なのは、判旨であつても傍論であつても同じである。後の判例に対する指導力にとって重要なのは、判旨か傍論かという形式的な区別ではなく、最高裁判所がその判示に与えた重みとその説得力であり、最高裁判所による判例変更の判示は、それが傍論であつても、判旨と同程度の指導力を持ち得ることは疑いがないと思われる。

第二に、旧判例の下では当該犯罪で有罪にすることはできないが他のより軽い犯罪では有罪にできる場合であれば、判例を変更した上で、その軽い犯罪の法定刑の範囲内で量刑をすれば、適正手続に違反することはないであろう。前節で見たように最高裁による被告人に不利な判例変更の多くは、実際の量刑においては不利になつていないと評価しうるものであつた。

第三に、旧判例の下で犯罪でなかった行為を新たに犯罪とする場合、前節で見た窃盗罪の保護法益に関する判例の動きのように、判例変更が不要な事例において旧判例の基礎となっている理由付けを否定することで将来の判例変更を示唆する（あるいは実質的に判例を変更すること、旧判例に対する国民の信頼を否定し、その後、判例変更の必要な事案において判例変更を行うことが考えられる。このような手順を踏めば判例変更が適正手続に違反することはないとと言えるであろう）。

例えば、判例（最一判昭和四五・一・二九刑集二四卷一号一頁）は、強制わいせつ罪の成立要件として行為者の性的意図を要求しているが、学説では不要説が多数となっている³¹。最高裁判所が判例変更を行うとすれば、性的意図が認められる事例において判例変更を行う（第一）、性的意図が認められない事例において判例変更を行い強要罪の法定刑の範囲内で量刑を行う（第二）、性的意図が直接問題となっていない強制わいせつ罪の事例において判例の基礎となっている考え方を否定する（第三）といった方法が考えられるように思われる。

船山泰範先生は、以前、「来る二二世紀がどんな社会であつたらよいかと問われるならば、私は、『差別と偏見のない社会』であつてほしいと思う。むろん、その実現は困難な道を歩むことになるうが、刑事司法もその一翼を担っている以上、常に国民の視点に立ちつつ前進することが必要である」とおっしゃられた³²。本稿は、不十分ではあるが、判例変更の問題を国民の視点から考えようとしたものである。船山先生が古稀をお迎えになられることを心よりお祝いして、本稿を献げたい。

(1) 近時の下級審判決(東京高判平成一九・九・二六判タ一二六八号三四五頁)は、夫の妻に対する強姦罪の成立を認めている。現在、法制審議会刑事法部会で性犯罪の改正について審議が行われているが、部会に先立って開催された検討会におけるこの問題に関する議論については、『性犯罪の罰則に関する検討会』取りまとめ報告書』一〇頁以下(二〇一五年)(<http://www.moj.go.jp/content/001162249.pdf>) 参照。

(2) 我が国では、判例の解釈を変更する立法が行われることは稀であるが、アメリカでは、そのような立法が活発に行われてい²⁶。See, William N. Eskridge, Jr., Overriding Supreme Court Statutory Interpretation, 76 GEO. L.J. 1361, 1366 (1988); Richard L. Hasen, End of the Dialogue? Political Polarization, The Supreme Court, and Congress, 86 S. Cal. L. Rev. 205 (2012); R. Christiansen & William N. Eskridge, Jr., Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967-2011, 92 Tex. L. Rev. 1317 (2013-2014)。判例変更の問題を検討する上では、裁判所による変更だけでなく、立法による変更も視野に入れる必要があるが、将来の課題としたい。

(3) 学説の状況については、中山研一『判例変更と遡及処罰』(成文堂、二〇〇三年)が詳しい。判例変更にも事後法禁止が適用されるとする見解として、小暮得雄「刑事裁判の規範的効力」北法一七卷四号六六一頁(一九六七年)、西原春夫「刑事裁判における判例の意義」団藤重光・斎藤寿郎監修『中野次雄判事還暦祝賀 刑事裁判の課題』三二二頁(有斐閣、一九七二年)、金沢文雄「罪刑法定主義の現代的課題」中山研一ほか編『現代刑法講座第一卷』九六頁(成文堂、一九七七年)、村井敏邦「判例変更と罪刑法定主義」一論七一巻一号四七頁以下(一九七四年)、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」LS三六号一三八頁(一九八一年)、高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟第三卷』一七八頁(有斐閣、一九八七年)、奥村正雄「判例の不遡及的変更」現刑三一号四七頁(二〇〇一年)、拙稿『刑法総論の考え方・楽しみ方』二〇頁以下(有斐閣、二〇一三年)、君塚正臣「判例の拘束力——判例変更、特に不遡及的判例変更も含めて」横浜法学二四巻一号八七頁以下(二〇一五年)など参照。さらに、田中英夫「判例の不遡及的変更」法協八三巻七・八号一〇五五—五六頁(一九六六)参照。なお、河上和雄「法解釈の変遷とその限界」判タ四九七号三四頁(一九八三年)は、「実体法上は犯罪であることを宣言しながら、法解釈の変遷という後発的手続法的理由により処罰しないという方式をとるの

が最も妥当な解決と思われる、むしろ免訴判決に準じた実態関係的形式判決によるのが正しいように思われる」とする。

(4) 違法性の錯誤の問題として扱う見解として、鋤本豊博「地方公務員法違反の争議行為の可罰性(下)」北法四四卷六号一九三三頁(一九九四年)、萩原滋『罪刑法定主義と刑法解釈』二二二—二二三頁(成文堂、一九九八年)、高山佳奈子「判評」ジュリ一—二二二号一六三頁(一九九八年)、前田雅英「可罰的違法性と判例の不遡及変更」警察学論集五一卷九号一九六頁(一九九八年)、安田拓人「判例の不利益変更と遡及処罰の禁止」森本益之ほか編『大野眞義先生古稀祝賀 刑事法学の潮流と展望』五八頁(世界思想社、二〇〇〇年)など参照。

(5) *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386, 390 (1798) (seriatim opinion of Chase, J.).

(6) *Frank v. Mangum*, 166 U.S. 290, 342 (1915). アメリカの判例については、田中・前掲注(3)一〇〇七頁以下、村井・前掲注

(3)三四頁以下、萩原・前掲注(4)二二八頁以下参照。

(7) 村井・前掲注(3)三六頁は、「理論的には、被告人の主観的側面に着眼して、個別的に判例の不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いところに、アメリカにおける判例の不遡及の変更という主張の一つの特徴があるともいえよう」と指摘している。

(8) *Bell* 判決の事案は、レストランに座込みをした黒人が、人種を理由に退去を求められ、これを拒否したため、メリーランド州の不法侵入罪で有罪となったが、同州は、その後、人種を理由にサービスを拒否することを禁止する法律を制定した、というものである。ブレナン判事の法廷意見は、同州の新立法が刑の廃止に当たるか審査させるために有罪判決を破棄して事件を差戻したが(378 U.S. 239-41)、ダグラス判事は、レストランにおける人種隔離は適正手続条項によって保障された平等原則に違反し、これに反対する黒人を処罰することは適正手続条項に違反すると述べ(378 U.S. 260)、「ゴールドバーグ判事も同趣旨の意見を述べていた(378 U.S. 286)。

(9) メリーランド州の不法侵入罪は、立入り拒否の告知を受けた後に「土地に立入りまたは横切る (enter upon or cross over the land)」ことを禁止・処罰しており、申立人は、この規定を不退去行為に適用することは、犯罪の公正な警告なしに処罰す

ることになると主張した。この主張を、「曖昧ゆえ無効」の主張として、ブラック判事の反対意見だけがとりあげ、禁止行為に不除去が含まれるとの州裁判所の解釈は不合理なものではなく、法律の規定は「曖昧ゆえ無効」ではない、と述べている (378 U. S. 324-25)。

(10) See, *Louisville, Evansville, & St. Louis, R.R. Co. v. Clarke*, 152 U.S. 230, 239 (1894).

(11) スキャリア判事の反対意見では、判事の持論である「原意主義」に基づき、裁判所は「法」を発見するだけで変更することはできないというのが憲法起草時の考えであり、起草者の事後法に対する厳しい考えが、法廷意見が言うように、立法府にだけ適用され、裁判所の権限に対する伝統的制約を無視した同様の結果に適用されないと信じることは不可能であるとも述べている (532 U.S. 477-478)。

(12) *Commonwealth v. Ladd*, 166 A.2d 501 (Pa.1960). その他、フロリダ州控訴裁判所の判決 (*Jones v. Dugger*, 518 So. 2d 295, 298 (Fla. Dist. Ct. App. 1987)) が、弁護人の援助を受ける権利の侵害が問題となった人身保護令状事件において、一年一日ルールの遡及的廃止が認められると判示しているが、その判例としての価値には疑問が持たれている。実際にも、フロリダ州議会は、立法によって同ルールを廃止している (Fla. Stat. § 782.035 (2007))。また、オハイオ州最高裁は、故殺罪に一年一日ルールを適用することを否定しているが (*State v. Sandridge*, 365 N.E.2d 898, 899 (Ohio Ct. Comm. Pleas 1977))、遡及適用は問題としていないの¹³⁾、もともと故殺罪には同ルールが適用されていなかったと考えているように思われる。

(13) *State v. Young*, 390 A.2d 556 (N.J.1978); *Commonwealth v. Lewis*, 409 N.E.2d 771 (Mass.1980); *People v. Stevenson*, 331 N.W.2d 143 (Mich. 1982); *State v. Pine*, 524 A.2d 1104 (R.I.1987); *United States v. Jackson*, 528 A.2d 1211 (D.C.1987); *State v. Vance*, 403 S.E.2d 495 (N.C. 1991); *State v. Gabehart*, 836 P.2d 102 (N.M. Ct. App. 1992)。これらの判決のなかで、マサチューセッツ州最高裁が、判例の新基準を適用する時点を、実際に判例変更をした判決の時点ではなく、同裁判所の一九七七年の判決で、同ルールに対する疑問を明言し、「適当な時期が来た際には、裁判所は、ルールの正当化根拠を再検討することを遠慮しない」と述べた時点としていることが注目される。

(14) *State v. Picotte*, 661 N.W. 2d 381 (Wis.2003)。近時一年一日ルールを検討してこれを廃止しなかったのはアラバマ州最高

裁だけども (Ex parte Key, 890 So. 2d 1056, 1067 (Ala. 2003))。その批判として Neil M.B. Rowe, The Year-and-a-Day Rule: A Common Law Vestige That Has Outlived Its Purpose, 8 T.G. Jones L. Rev. 1 (2004) 参照。

(15) See, e.g., The Supreme Court 2001 Term-Leading Cases, 115 Harv.L.Rev.316,321-22 (2001); Brian R. Gaudet, Judicial Tyranny, 44 S.Tex.L.Rev.645, 654-55,661 (2002); Heyward D. Armstrong, Rogers v. Tennessee: An Assault on Legality and Due Process, 81 N.C. L. Rev. 317,332-334,339 (2002); Daniel James White, Ex Post Facto Expected: Rogers v. Tennessee and the Permissible Retroactive Application of Judge Made Law, 71 U.Cin.L.Rev.1141,1159,1161-64 (2003).

(16) 連邦国家であるアメリカでは、州刑法の解釈に連邦憲法を適用するために修正一四条の適正手続条項が用いられているが、わが国では、端的に憲法三九条前段の問題とすれば足りる。

(17) 憲法三二条の適用を示唆する見解として、高井裕之「判評」法教二〇二号二一七頁(一九九七年)参照。

(18) 村井・前掲注(3)四八頁が指摘するように、「一般的な国民の信頼の保護のためには錯誤論による解決は十全な方法ではない」。

(19) 西野喜一『裁判の過程』一七〇頁以下(判例タイムズ社、一九九五年)参照。

(20) 西野・前掲注(19)二六六頁以下参照。

(21) 最二判昭和三九年六月二六日裁判集刑事一五一号五一七頁は、大決大正一三年三月五日刑集三卷一七八頁は、当裁判所の判例により変更されたとして、最二判昭和二六年六月一日刑集五卷七号一二二二頁、最二判昭和三〇年一〇月一四日刑集九卷一一号二二七三頁、最三判昭和三三年五月六日刑集一二卷七号一三三六頁の三つを挙げているが、昭和二六年判決を挙げることは疑問があるように思われる。最判昭和四〇年三月二六日裁判集刑事一五五号二八九頁は、大判大正二年一二月二三日刑録一九輯一五〇二頁を変更した判例として、後の二つの判決だけを挙げている。

(22) 西野・前掲注(19)二二一頁参照。

(23) 本件原判決(東京高判平成一三・三・二二高刑集五四卷一号一三三頁)は、「公訴時効の完成とか、その他の訴訟条件の欠如や責任能力の欠如等の事由により、犯罪(横領罪)として処罰することができないような事情があるときは、後行行為がそ

れ自体として犯罪(横領罪)の成立要件を充足していると認められる限り、これを不可罰的事後行為とすることは不合理というべきであつて、後行行為を処罰することは許されると解するのが相当である(先行行為を処罰することが不可能な事案につき、後行行為を不可罰的事後行為とした判例は見当たらない。)と判示している。さらに、最判昭和三十一年の判例性自体を疑うことも可能である。松宮孝昭編『判例刑法演習』三二一—三三二頁(松宮孝昭)(法律文化社、二〇一五年)参照。

(24) 西野・前掲注(19)二六九頁参照。

(25) 西野・前掲注(19)二七一頁参照。

(26) 西野・前掲注(19)二七二頁参照。

(27) 両判決で問題となった法禁物・盗品の窃盗については、本権説からも窃盗罪の成立を認める見解が有力であり、占有説から窃盗罪を認めたとしても、理由付けの差異に留まるので、旧判例に対する信頼の侵害は問題にならないと考えることができる。

(28) 西野・前掲注(19)二七七—二七八頁。

(29) 最高裁判所裁判事務処理規則九条六項、最高裁判所事務総局編『裁判所法逐条解説上巻』九一—九二頁(法曹会、一九六七年)参照。

(30) 判例の不遑及的変更を支持する見解の多くは、問題となる判例を最高裁判例に限定している。例えば、村井・前掲注(3)四九頁参照。

(31) 下級審判決には、性的意図を不要とするものが現れているが(神戸地判平成二八・三・一八裁判所ウェブサイトに、現在でもなお、性的意図を認定して強制わいせつ罪を認めるのが一般的である(例えば、大分地判平成二五・六・四裁判所ウェブサイト参照)。性的意図が認められないことは極めて稀であろうから、このような裁判例の状況は、当然と言えば当然である。判例・学説の状況については、伊藤亮吉「判評」『刑法判例百選Ⅱ各論(第七版)』三〇—三二頁(二〇一四年)参照。

(32) 船山泰範「刑事司法の制度的限界と克服」広瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集(下)』七九九頁(信山社、二〇〇三年)。