

刑法上の違法性と適法性

江藤孝

- 一 はじめに
- 二 刑法上の違法性
 - (一) 刑法上の違法性の二つの側面
 - (二) 「刑罰に適する違法」の考え方
 - (三) 「刑罰を科するに値する程度の違法」の考え方
- 三 刑法上の適法性
 - (一) 刑法上の適法性の概念
 - (二) 刑法上の適法性の二つの側面
 - (1) 動態的考察方法
 - (2) 「対内的対外的法律関係」の考え方
 - (3) 批判的検討
- 四 まとめ

一 はじめに

最高裁の判断には、近時、顕著な二つの方向が見出されるように思われる。一つは、刑法上の違法性、すなわちいわゆる可罰的違法性に対する消極的態度であり、二つは、刑法上の適法性、すなわちいわゆる要保護性に対する積極的態度である。そこで、順次、この二つの方向について若干の検討を加えてみたい。

(1) 藤木・刑法講義総論二二九—三〇頁は、刑法上の違法性も刑法上の適法性も、いずれもひろい意味での違法性の相対性の問題とされているが、ここでは、前者は、可罰的違法性の問題であり、後者は刑法上の要保護性の問題であるという意味から、別個に考察することにする。

二 刑法上の違法性

(一) 刑法上の違法性の二つの側面

周知のごとく、刑法上の違法性についてこれを明らかにし指導的判例となったのは、昭和四一年の一〇・二六全通東京中郵事件最高裁判決（刑集二〇巻八号九〇—頁）であった。ここでは、公労法一七条一項違反の争議行為（全通労組役員らの説得による郵政職員の職場離脱）をして、郵便法七九条一項の構成要件（郵便の業務に従事する者がことさらに郵便の取扱いをしないこと）に該当する行為をした場合、労組法一条二項の刑事免責の適用があるかが問題とされた。この点の一〇・二六判決は、公労法一七条一項に違反して争議行為をした者に対する刑事制裁について、「現行の公労法は特別の罰則を設けていない。このことは、公労法そのものとしては、争議行為禁止の違反について、刑事制裁はこれを科さない趣旨であると解するのが相当である。公労法三条で、刑事免責に関する労組法一条二項の適用を排除することなく、これを争議行為にも適用することとしているのは、この趣旨を裏づけるものということが出来る。そのことは、憲法二八

条の保障する労働基本権尊重の根本精神にのっとり、争議行為の禁止違反に対する効果または制裁は必要最小限度にとどめるべきであるとの見地から、違法な争議行為に関しては、民事責任を負わせるだけで足り、刑事制裁をもって臨むべきではないとの基本的態度を示したものが解することができる。……

このように見てくると、公労法三条が労組法一条二項の適用があるものとしているのは、争議行為が労組法一条一項の目的を達成するためのものであり、かつ、たんなる罷業または怠業等の不作為が存在するにとどまり、暴力の行使その他の不当性を伴わない場合は、刑事制裁の対象とはならないと解するのが相当である」として、公共企業体等の職員のする争議行為について労組法一条二項の適用を否定し、争議行為について正当性の限界のいかんを論ずる余地がないとした判例（最判昭和三八年三月一五日刑集一七卷二号二三頁）を明示的に変更した。

これは、すくなくとも公労法上の違法がただちに刑法上の刑罰という法律効果を伴う違法を基礎づけえないという意味において、独自の「刑法上の」違法（可罰的違法）を認めたものといえる。ただ、判決のいう「刑罰の対象とはならない」という趣旨が、公労法上違法であれば、刑法上も違法ではあるが、その違法性が刑罰を科するに値する違法の程度に達していないということであるのか、あるいは、公労法上違法ではあっても、刑罰を科するに値しない違法であって、刑法上は違法で「ない」ということであるのかは、必ずしも明白でない。松田裁判官の「公共企業体等の職員の行なう争議行為は、公労法上違法ではあるとしても、争議行為として正当な範囲にとどまるものと認められるかぎり、右の違法性は刑罰法規一般の予定する違法性、すなわち可罰的違法性の程度には達していないものと解すべきである」という補充意見からみると、多数意見は、前者の「刑罰を科するに値する程度の違法性」（違法性の強弱）という意味での可罰的違法性論をとっているようにみえる。これに対して、奥野・草鹿・石田裁判官の「苟もある法律によって一切の争議行為が禁止せられ、違法なものとしてされている以上、他の法域において、それが適法であるということは許されない。けだし行為の違法性はすべての法域を通じて一義的に決せらるべきものであり、公労法上違法とされた行為が刑事法上違法性を欠くとい

うがごときは理論上あり得ないからである」という反対意見からみると、多数意見は、後者の「刑罰に適さない違法性」（違法性の相対性）という意味での可罰的違法性論をとっているようにみえる。

この点、平野教授は、可罰的違法性の側面を「民事法上あるいは行政法上は違法であっても、刑法上は違法でない」という意味での「刑法的違法」と「刑法的にも違法ではあるが、その違法性が軽微であるために、可罰的でない」という意味での「狭義の可罰的違法性」とを分け、この一〇・二六判決は刑法的違法を明らかにしたものであり、「一厘事件」の「零細ナル反法行為」の理論（大判明治四三年一月一日刑録一六輯一六二〇頁）は狭義の可罰的違法性を示したものであるとされている。また、一〇・二六判決の趣旨について、「最高裁判所は、この行為（郵便物不取扱いの行為）がストライキに必然的に伴うものである以上、これを処罰すると、ストライキそのものを処罰することになり、ストライキに對する制裁としては、解雇という民事制裁にとどめ、刑事制裁は科さないとした法の趣旨に反することになるので、処罰すべきでないとしたのである」ともいわれている¹⁾。これによれば、一〇・二六判決は「刑罰に適さない違法」の意味での可罰的違法性論をとったことになる。そうであれば、奥野裁判官等の反対意見にみられる「違法性の統一性」論とは明らかに對立することになる。公労法上は争議権がないにもかかわらず、刑法上は争議権があることを認めることになるからである。もっとも、平野教授は、他の法域で違法であっても、刑法上は「適法」であることもある、とはいわれていない。したがって、刑法的違法ないし刑罰に適する違法の考え方をとったとしても、刑法上違法でないことが他の法域での違法性を失わせるわけではない。他の法域での違法性が刑法上の違法性を基礎づけえないだけである。

これに對して、佐伯博士は、可罰的違法性の理論に對する反対論の要旨は、「可罰的違法性の理論は全法秩序を通じて一つであるべき違法の統一性を否定しバラバラにしてしまうからいけない……つまり、それは民法、労働法、行政法上の違法とは無関係な刑法独自の違法性を認め、刑法上は違法だけれども民法上は適法である（またはその逆）」ということがありうるとするものだが、それはおかしい。けだし、違法とは全法秩序と矛盾することだから、全法秩序を通じて

統一的でなければならぬ。したがって刑法的には適法だが、労働法上は違法だというようなことはありえない」ということであるとしたうえ、違法が全法秩序を通じて統一的だということは可罰的違法性論は一度も否定したことがないのであって、「公労法上禁止された争議行為にもなお労組法一条二項の適用があるという意味は、それを適法化するというまでの意味ではなくて、暴力の行使もなく、もし民間の労働者がやったのなら、まっ白の適法な争議行為として通るものならば、公労法上の争議禁止に違反するという意味で違法ではあるけれども、それは刑罰を科せられる違法、すなわち可罰的違法ではないのだという意味であり」、違法は全法秩序を通して統一的であるけれども、「違法が統一的だということは決して違法はどこでも同じ色彩、同じ濃度をもって現われるということではない」、といわれている⁽²⁾。ここでは、とくに可罰的違法性論が違法性の統一性論と矛盾しないことが強調されているため、一〇・二六判決は、「刑罰を科するに値する程度の違法」の問題、いいかえれば、公労法上違法であるから刑法上も違法であるが可罰的違法ではない、としたものとして、とらえられているかにみえる。しかし、同時に、違法が統一的であるということは、同じ色彩(質)同じ濃度(量)をもって現われるということではないことに言及されている点で、やはり平野教授と同じく、これを「刑罰に適する違法」ないし「刑法的違法」の問題としてとらえられているのではなからうか⁽³⁾。そうだとすると、これは、質的にも量的にも、公労法上違法であれば当然(同質同量で)刑法上も違法である(刑法上の違法性を基礎づける)としていていると思われる反対意思のいう違法性の統一性論とは対立することになる。

一方、荘子教授は、一〇・二六判決を、「違法の程度にも強弱があるという考えを基礎として労働法上の違法と刑法上の違法とをあきらかに区わけした指導的判例」としてとらえられる。そして、さらに、違法強弱論(違法性二元論)は、「法域を異にする法条間において一方を違法としたばあいに他方を直ちに違法として刑事責任を問いうるかという観点から、刑罰を科するに値する違法の程度を問題とする」のに対して、可罰的違法性論は、「刑罰を科するに値する程度の違法をそなえていない行為は、そもそも、構成要件に該当する行為としても考ええないのではないか」という問題意識に発し、

犯罪論体系上の問題として展開された」のであって、したがって、違法強弱論は、広義の労働刑法（通常の刑事実体法規）一般における違法判断に際してつねにとられる、「労働法規範の正当化機能を考慮しつつ、労働法規範と市民刑法法規範との総合的判断に立脚しななければならないという基本的態度」に即応して展開されてきたのに対し、可罰的違法性論は、「刑罰を科するに値する程度の違法」を構成要件該当判断の次元から違法判断の次元に移しかえて用いる場合にも、その違法判断はきわめて平面的であって、労働法規範の正当化機能を十二分に配慮する態度に欠けるきらいがある、といわれる⁴⁾。また、争議行為などの団体行動は、「単なる部分的違法によって労働法上違法とされる」場合、「労働法秩序により全面的に否定されることによって労働法上違法とされる」場合、刑法上の違法とされる場合とがあるが、労働法上の全体の違法がそのまま刑法上の違法に転化するわけではなく、労働法秩序の角度から良俗違反とされたにしても、刑法上の違法は刑罰を科されるべき高度の良俗違反でなければならぬ、ともいわれている⁵⁾。そこで、ここでは、労働法上の違法と刑法上の違法との相違は、違法性の程度の差としてだけ理解されていることになる。したがって、一〇・二六判決も、公労法上違法であれば刑法上も違法であるが、ただちに「刑罰を科するに値する程度の違法」（可罰的違法）に達したとはいえないとの考え方をとったものとしてとらえられているといえる。しかし、そうであれば、荘子教授のいわれる違法判断の次元に移しかえられた可罰的違法性論とならば変わらぬことになる。それはともかく、この違法強弱論は、公労法上違法であれば刑法上も違法であることになるから、そのかぎりでは違法性の統一性と調和し、また、刑法上違法であってもただちに可罰的違法とはいえないとするから、そのかぎりでは労働基本権の刑事制裁による制限は必要やむをえない場合にかぎられるとする態度とも適合することができる。しかし、違法強弱論によると、公労法上違法な争議行為は、刑法上も違法であることになるから、具体的事情のもとで可罰的となった場合には、争議行為を認めたが、部分的にはあるが可罰的違法を基礎づけることになって、そのかぎりでは争議行為を不処罰の原則に反することになる。また、公労法上違法な争議行為は刑法上も違法であることは、その他の違法性を強める具体的事情（政治的目的、暴力、国民生活

全体の利益に対する障害)が少しでもあれば、可罰的違法法となるとする契機を含んでいるように思われる。

このように、一〇・二六判決は、「労働基本権は、たんに私企業の労働者だけについて保障されるのではなく、公共企業の職員はもとよりのこと、国家公務員や地方公務員も、憲法二八条にいう勤労者にはかならない以上、原則的には、その保障を受けるべきもの」であり、国民生活全体の利益の保障という見地からの制約を当然の内在的制約として内包しているものとはいえ、その制限は、合理性の認められる必要最小限度のものにとどめなければならず、とくに、勤労者の争議行為等に対して刑事制裁を科することは、必要やむをえない場合にかぎられるべきである、とする基本的態度については明白であったが、そのいわゆる可罰的違法性論は、「刑罰を科するに値する程度の違法」の意味であるのか、「刑罰に適する違法」ないし「刑法的違法」の意味であるのかは必ずしも明らかではなかった。

(二) 「刑罰に適する違法」の考え方

そして、一〇・二六判決の考え方を、「刑罰に適する違法」ないし「刑法的違法」の意味で徹底させようとしたのが、昭和四年の四・二都教組勤評反対闘争事件最高裁判決(刑集二卷五号三〇五頁)および四・二全司法労組仙台支部事件最高裁判決(刑集二三卷五号六八五頁)で示された、いわゆる「二重のしぼり」論である。問題となったのは、いずれも、組合役員らの行為が、公務員法にいう違法な争議行為(国公法九八条二項、地公法三七条一項)のあおり行為(国公法一一〇条一項一七号、地公法六一一条四号)にあたるかどうかであった。この点、都教組事件判決では、①地方公務員の職務の公共性の程度にも強弱があり、ひとしく争議行為といっても種々の態様のものがあるから、1地方公務員の行為が地公法三七条一項で禁止する争議行為に該当し、しかも、違法性の強い場合もあれば、2違法性の比較的弱い場合もあり、3また、実質的には右条項にいう争議行為に該当しない場合もある、②また、地方公務員の行為が地公法で禁止する争議行為に該当する違法な行為である場合であっても、争議行為そのものを処罰の対象としていない同法六一一条四号の趣旨などからみて、公務員としての義務違反を理由として、当該職員を懲戒処分の対象者とし、またはその職員に民事上の

責任を負わせることはできるが、争議行為をしたことを理由として刑事制裁を科することはできない、③したがって、地公法六一条四号は、争議行為したいが違法性の強いものであることを前提とし、そのような違法な争議行為のあおり行為であってはじめて、刑事罰をもつてのぞむ違法性を認めようとする趣旨である、④なお、あおり行為にも、さまざまな態様があり、その違法性が認められる場合にも、その違法性の程度には強弱さまざまなものがありうるが、ことに争議行為そのものを処罰の対象としない地公法六一条四号の趣旨からいっても、争議行為に通常随伴して行われる行為は、争議行為禁止に違反する意味において違法な行為であるということができるとしても、争議行為の一環としての行為にほかならないから、処罰の対象とされるべきものではない、として、また、全司法事件判決でも、「あおり行為等を処罰するには、争議行為そのものが、職員団体の本来の目的を逸脱してなされるとか、暴力その他これに類する不当な圧力を伴うとか、社会通念に反して不当に長期に及ぶなど国民生活に重大な支障を及ぼすとか等違法性の強いものであることのほか、あおり行為等が争議行為に通常随伴するものと認められるものでないことを要する」として、争議行為じたいの違法性の強さとそれに対するあおり行為の違法性の強さとの二つがそろってはじめて「刑事罰をもつてのぞむ違法性」があるとする二重のしぼり論が展開されたのである。

この二重のしぼり論は、とくに違法性の強弱を問題にしていることからみると、公務員法上の違法と刑法上の違法とは強弱はあっても重なり合うのであって、公務員法上違法であれば刑法上も違法であるが、ただちに「刑罰を科するに値する程度の違法」（可罰的違法）には達しないと考える考え方、をとっているかにみえる。しかし、一〇・二六判決では、まず「およそ」郵政職員に対する争議行為の禁止は合憲かを問題にし、これを肯定したのちに、公労法違反の争議行為には「労組法」二条二項の適用があるかが問われたため、公労法上の違法は刑法上も違法であるが、ただちに可罰的違法ではないという考え方をとる余地も十分あったと思われるが、この四・二両判決では、労働基本権を保障する憲法二八条から、直接公務員法にいうあおり行為の処罰の合憲性が問題とされ、どのような職務の公共性をもつ公務員の、どのような態様の

争議行為を、どのようなかたちであおった場合に、刑事制裁は合憲であるかが問われることとなったのであるから、一〇・二六判決より一そう「刑罰に適する違法性」ないし「刑法的違法性」の考え方が意識されていたといわなければならぬ。そして、違法性の強弱に言及した点は、かえって、このような意識を裏書きするものとさえいえる。

(三) 「刑罰を科するに値する程度の違法」の考え方

ところが、このような労働法上の違法ないし行政法上の違法と刑法上の違法とを区別しようとする可罰的違法性の考え方は、昭和四八年の四・二五全農林警職法反対闘争事件最高裁判決（刑集二七卷四号五四七頁）を契機として、大きく変更させられることとなった。すなわち、この四・二五判決は、①国公法九八条五項、一一〇条一項一七号の解釈に関して、公務員の争議行為等禁止の措置が違憲ではなく、また争議争争をおる等の行為に高度の反社会性があるとして罰則を設けることの合理性を肯認できるのであるから、②「公務員の行なう争議行為のうち、同法によって違法とされるものとそうでないものとの区別を認め、さらに違法とされる争議行為にも違法性の強いものと弱いものとの区別を立て、あおり行為等の罪として刑事制裁を科されるのはそのうち違法性の強い争議行為に対するものに限るとし、あるいはまた、あおり行為等につき、争議行為の企画、共謀、説得、懲慥、指令等を争議にいわゆる通常随伴するものとして、国公法上不処罰とされる争議行為自体と同一視し、かかるあおり等の行為自体の違法性の強弱または社会的許容性の有無を論ずることは、いづれも、とうてい是認することができない」、③このような「不明確な限定解釈は、かえって犯罪構成要件の保障機能を失わせることとなり、その明確性を要請する憲法三一条に違反する疑いすら存する」、④「もし公務員中職種と職務内容の公共性の程度が弱く、その争議行為が国民全体の共同利益にさほどの障害を与えないものについて、争議行為を禁止し、あるいはそのあおり等の行為を処罰することの当を得ないものがあるとするれば、それらの行為に対する措置は、公務員たる地位を保有させることの可否とともに立法機関において慎重に考慮すべき立法問題である」、⑤四・二一全司法判決は、本判決において判示したところに抵触する限度で変更を免れない、とした。

もつとも、全司法事件判決の先例となった一〇・二六全通中郵事件判決は、明示的に変更されることはなかった。ただこの四・二五判決では、一〇・二六判決と同じく、憲法二八条の労働基本権の保障は公務員にも及ぶとされながらも、それは「おのずから勤労者を含めた国民全体の共同利益の見地からする制約を免れない」として、一〇・二六判決の内在的制約論に比べて、国民全体の共同利益が強調されている点で、労働基本権の制約原理に対する基本的態度の相違がみられることは否めない⁶⁾。それはともかく、四・二五判決は、国公法一一〇条一項一七号の罰則の合理性について、まず、「国公法九八条五項が……公務員の争議行為およびそのおとり行為等を禁止するのは、勤労者も含めた国民全体の共同利益の見地からするやむをえない制約というべきであつて、憲法二八条に違反するものではない」として、およそ公務員の争議行為一切を一律に禁止することの合憲性を肯定したうえ、つぎに、「公務員の争議行為の禁止は、憲法に違反することはないのであるから、何人であつても、この禁止を侵す違法な争議行為をおおる等の行為をする者は、違法な争議行為に対する原動力を与える者として、単なる争議参加者にくらべて社会的責任が重いのであり……その者に対しとくに処罰の必要性を認めて罰則を設けることは、十分に合理性がある」とした。そして、この国民全体の共同利益論と原動力論とが、全司法事件判決の二重のしぼり論を否定する論理となつている。また、そこには、二つの考え方があつた。一つは、行政法上違法であれば、当然刑法上も違法であるという違法性の統一性の肯定であり、二つは、刑法上の違法は社会的責任の加重によつて可罰的違法に転化するとする違法性の強弱論の肯定である。したがつて、四・二五判決は、「刑罰に適する違法」ないし「刑法的違法」の意味での可罰的違法性論を否定したにとどまり、「刑罰に値する程度の違法」という意味での可罰的違法性論まで認めていないわけではない。判決が、「なお、公務員の団体行動とされるものなかでも、その態様からして、実質が単なる規律違反としての評価を受けるにすぎないものについては、その煽動等の行為が国公法一一〇条一項一七号所定の罰則の構成要件に該当しないことはもちろんであり、また、右罰則の構成要件に該当する行為であつても、具体的事情のいかんによつては法秩序の精神に照らし許容されるものと認められるときは、刑法上違法性が阻却さ

れることもありうることはいうまでもない」といっている点、あるいは、あおり行為者には単なる機械的労務の提供者等が含まれないとしている点は、争議行為の態様、あおり行為の態様、具体的事情の面でも、「刑罰に値する程度の違法性」の考え方はたらく余地を認めたものといえよう。その意味では、四・二五判決が形式的厳格主義に逆行したものであるとはいえない。⁽⁸⁾しかし、「刑罰に適する違法性」ないし「刑法的違法性」という刑法上の独自の違法性の考え方を否定して、およそ公務員の争議行為一切の一律禁止を合憲としたうえ、それに対する原動力となった者を一律処罰することは、すくなくとも違法判断の形式化の傾向を示ものといえるし、労働基本権の保障から導かれた争議行為不処罰の原則ないし争議行為参加者不処罰の原則からの大幅な後退といえよう。そして、この四・二五判決の方向は、昭和四九年の一一・六猿仏事件最高裁判決（刑集二八卷九号三九三頁）を経て、昭和五十一年の五・二一岩教組学テ事件最高裁判決（刑集三〇巻五号一一七八頁）に引き継がれ、これによって、四・二都教組事件判決も明示的に変更された。

- (1) 平野・刑法総論Ⅱ二二七—二二二頁。
- (2) 佐伯「可罰的違法性」刑法における違法性の理論四三八—九頁。
- (3) 佐伯「可罰的違法序説」前掲書二〇—六頁参照。
- (4) 莊子・労働刑法総論一四三—八二頁、一一六頁。
- (5) 莊子・前掲書一三一—六頁。
- (6) 藤木「公務員の争議行為と刑事罰」法律のひろば二六卷七号二二—四頁。
- (7) 米田「可罰的違法性と最近の最高裁判例」判例タイムズ三三七号一九頁。なお、藤木・前掲論文二六一—七頁。
- (8) 米田・同、板倉「可罰的違法性の理論の新局面」警察学論集二九卷七号七五—六頁。

二 刑法上の適法性

(一) 刑法上の適法性の概念

「刑法上の適法性」は、他の法域で違法であっても、ただちに刑事制裁の対象となる違法があるとはいえないとし、刑法上独自の適法性があることを認めようとするものであった（広義の可罰的違法性論）。そして、この広義の可罰的違法性論は、さらに、「刑事制裁の対象となる違法」ということをめぐって、これを他の法域で違法であれば刑法上も違法であるが、ただちに「刑罰を科するに値する程度の違法」となるわけではないという意味に解する。「狭義の可罰的違法性論」と、これを他の法域で違法であっても刑法上は違法で「ない」ことがありうるという意味に解する「刑罰に適する違法」ないし「刑法的違法」の考え方とに分かれるが、近時、最高裁は、前述したごとく、すくなくとも後者の「刑罰に適する違法」の考え方を否定し、広義の可罰的違法性論に対して、そのかぎりで消極的な態度をとるにいたったのである。これに対して、「刑法上の適法性」とは、刑法上の保護の客体について、他の法域での違法性を帯有するからといってただちに刑法上の保護の必要性（要保護性）までなくなるわけではないとして、刑法上独自の適法性概念を認めようとするものである。この「刑法上の適法性概念」は、わが国では、とくに刑法九五条一項の狭義の公務執行妨害罪における職務行為の適法性ないし要保護性をめぐる問題として論じられ、ドイツでも、執行公務員に対する反抗罪（Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte）を規定するドイツ刑法旧一一三条のいう「その職務の適法な執行に際して」（in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes）なりし一九七〇年五月二〇日の刑法改正第三法律（Drittes Gesetz zur Reform des Strafrechts）による改正後の新一一三条三項のいう「職務行為が適法でない（nicht rechtmäßig）とき」は、行為は本条によって罰されない。行為が適法であると誤信したときも、同じである」における職務行為の適法性をめぐる問題として争われている。

もつとも、刑法上の適法性概念は、公務執行妨害罪における職務行為の適法性・要保護性にかぎって、問題となるわけではない。このような考え方は、財産犯における保護法益、とりわけ窃盗罪の保護法益をめぐる本権説と所持説の対立のなかにも現われている。判例は、当初、刑法二四二条の自己の財物に対する他人の占有について、本権説に立って、その占有は権原すなわち本権に基づく占有にかぎるとし、担保に供せられた恩給証書の占有は、占有者が適法にその占有権をもって所有者に対抗できないから、窃盗罪の成立はないとしてきた（大判大正七年九月二五日刑録二四輯一二一九頁）。

ところが、最高裁になってから、判例は、国鉄公傷年金証書を担保に供した後右証書の所有者が欺罔手段を用いて右証書を交付させた事案について、「法令上公傷年金の受領権を担保に供することが禁止されている結果、被告人がTから金員を借受けるに際し、自己の所有にかかる国鉄公傷年金証書を担保として同人に差入れたことが無効であるとしても、同人の右証書の所持そのものは保護されなければならない」として、詐欺罪が成立することを認め（最判昭和三四年八月二八日刑集一三卷一〇号二九〇六頁）、前掲大正七年九月二五日大審院判決を変更し、さらに、被告人が自動車一台を譲渡担保として受け取り実質上その所有権を取得した後債務者たる会社で使用させていたところ、その会社が会社更生手続開始決定を受けたため、右自動車も管財人が占有をつづけていた際、被告人が第三者を介してこの自動車を運転させて運び去った事案についても、他人の事実上の支配を侵害したところに窃盗罪の成立を認めたのである（最判昭和三五年四月二六日刑集一四卷六号七四八頁）。これは、実体的な権利（本権）に基づかないという意味で民事上不法な占有であっても、所有権者の意思により平穩に与えられた占有ないしは取戻権が行使されるまでの管財人の占有は、平穩な占有あるいは一応理由のある占有であり、そのかぎりでは刑法上は適法な占有として保護する必要があることを示したものである（¹）。

また、このような趣旨は、私人の所持が禁止されていたいわゆる隠匿物資につき詐欺罪の成立を認めた判決（最判昭和二年二月一五日刑集三卷二号一七五頁）、あるいは日本人の所持が禁止されていた占領軍物資につき恐喝罪の成立を認めた判決（最判昭和二年四月一日刑集四卷四号五二八頁）のなかにもうかがうことができる。ここでは、法律上

所有ないし所持を禁じられた禁制品であっても、行政処分をもってこれを没収しその支配力を奪われるまでは、私人がその占有を奪うことはできないという考え方に立って、刑法上の要保護性が認められているのである。²⁾

しかし、この刑法上の適法性の問題は、国家意思の円滑・迅速な実現をはからなければならないという国家的利益と、国家権力による市民的自由の不法な侵害に対する実力による反抗の権利との対立拮抗のなかで、もっとも深刻となる。そして、これは、狭義の公務執行妨害罪における職務行為の適法性ないし要保護性の問題となつて現われてくる。しかも、最高裁は、前述したごとく、刑法上の適法性については、積極的な態度を示すにいたっているのである。

(二) 刑法上の適法性の二つの側面

刑法上の適法性については、「適法性の動態的考察」という面と「対内的対外的法律関係」という面の、二つの側面がある。

(1) 動態的考察方法 最高裁が、とくに動態的考察方法をとつたとして引用されるのは、昭和二七年の三・二八検査章不携帯事件判決（刑集六卷三号五四六頁）である。ここでは、収税官吏が所得税に関する調査のため帳簿書類その他の物件を検査する際に携帯を義務づけられている検査章を携帯しなかった場合、右収税官吏の検査行為は公務の執行といえるかどうか、したがってこれに対する暴行・脅迫は公務執行妨害罪を構成するかどうか、が問題とされた。この点、この三・二八判決は ①検査章の携帯を義務づける所得税法施行規則六三条は、「専ら、物件検査の性質上、相手方の自由及び権利に及ぼす影響の少なからざるを顧慮し、収税官吏が右の検査を為すにあたり、自らの判断により又は相手方の要求があるときは、右検査章を相手方に呈示してその権限あることを証することによって、相手方の危惧の念を除去し、検査の円滑な施行を図るため、特に検査章の携帯を命じたものであって、同条は単なる訓示規定と解すべきではなく」、②「殊に相手方が検査章の呈示を求めたのに対し、収税官吏が之を携帯せず又は携帯しなかった場合には、相手方はその検査を拒む正当の理由があるものと認むべきである」、③しかし、「収税官吏の前記検査権は右検査章の携帯

によって始めて賦与されるものでない」、④したがって、「相手方が何等検査章の呈示を求めていないのに収税官吏において偶々これを携帯していなかったからといって直ちに収税官吏の検査行為をその権限外の行為であると解すべきではない」、として、公務執行妨害罪の成立を認めた。これは、所得税法施行規則六三条を単なる訓示規定ではないとしながら、公務執行妨害罪の成立を認めた点で、従来の有罪論とはその理論構成を異にしているといえるし、^③収税官吏の検査章携帯義務違反から、ただちに職務行為の刑法上の要保護性がないとはしないで、これを相手方の検査章呈示の要求の有無とかかわらせている点で、動態的考察方法をとったといえることができる。

これについて、藤木教授は、「これは、職務の要保護性に関し、形式的要件違反の場合には、相手方の異議申立の有無によって判断しようという方向を示すもので、動態的な考察方法であり、現行憲法下の、国民主権の下における公務の能率的遂行の要請と少数者の異議権の保障との調和点として適切な基準を示したもの」^④として、評価しておられる。しかし、一方、佐伯博士は、本判決が、類似の事案について訓示規定論を展開した大審院判例（大判大正一四年三月二三日刑集四卷一八七頁、大判大正一四年五月七日刑集四卷二七六頁）とは異なり、右の施行規則六三条の規定は単なる訓示規定ではないとした点を評価しながらも、「ひとたび検査章携帯の規定を、訓示規定でないとした以上は、それに違反した不携帯について、相手方からの責問がない限り、なお職務行為として瑕疵なきものとして扱おうとするのは、不徹底である。むしろ、不携帯は、重大な方式違反であって、相手方の責問がないことによって治癒されるようなものではないとすべきではないか。更に、また所得税法六三条は、収税官吏に対して、いかにも検査の抽象的権限を与えているであろうが、検査の具体的権限は、検査章の携帯によって始めて生ずると解すべきではないかが、更に検討される必要がある」^⑤として、批判的である。いずれにしても、本判決は、①単なる訓示規定違反とはいえない重大な方式違背があるにもかかわらず、②検査権は検査章の携帯によって始めて賦与されるものではないこと、および③検査章の不携帯という瑕疵は顕在化していないことを理由に、公務執行妨害罪の成立を認めたものであるといえよう。^⑥

(2) 「対内的対外的法律関係」の考え方 この三・二八検査章不携帯事件最高裁判決のように、法令上重大な方式違背があるにもかかわらず刑法上の要保護性を認めようとする方向は、かたちを変えて昭和四八年の五・二五春闘仙台駅事件最高裁判決（刑集二七巻五号一一一五頁）のなかにも、うかがうことができる。

事案は、被告人は、昭和三九年の春闘に際し、仙台駅対策本部長より、本件当日午前六時から仙台駅構内において、組合員の行動の監視、違法行為の阻止および排除等の任務に従事すべきことを内容とする職務命令を受けピラはがし行為に従事する労働課職員Aに対し、午後二時四〇分頃、暴行を加えたというものであった。これに対し、第一審判決は、傷害罪のほか公務執行妨害罪の成立を認めたが、原判決は、これを破棄して自判し、傷害罪のみの成立を認めた。原判決が公務執行妨害罪の成立を認めなかった理由は、骨子は、右Aにつき適用があると解すべき労基法三二条一項はその本質上強行規定であって、これに違反する行為はたとい労働者の同意ないし承諾に基づいてなされても許容されることはないのであるから、同人が本件当日受けた労働時間に制限を付さない趣旨での職務命令のうち右条項所定の一日八時間を超える労働を命ずる部分は、同人のこれに対する同意ないし承諾のいかんにかかわらず右条項に違反するもので、このように重大な違法性を帯びる命令をもってしては同人の右時間超過の職務執行を適法ならしめる具体的権限を付与することはできず結局、同人は本件当日八時間の労働時間の限度を超えて職務を執行しうる具体的権限を有しなかったところ、同人は本件当日六時から引きつづき職務に従事していたので、その労働時間は午後二時をもって終了し、本件暴行の加えられた同日午後二時四〇分ころにはすでに職務執行の具体的権限を有せず、したがってその時点における同人の職務執行は適法性を欠き、これに対する被告人の本件所為は公務執行妨害罪を構成しない、というのであった。

これに対し、この五・二五判決は、「右命令が同人に対し、前記の職務に従事すべき労働関係上の義務を課するものであるとともに、その反面、右職務を執行する権限をも付与する性質のものであることが明らかである。一方、労働基準法三二条一項は、就労働時間の点で労働者を保護することを目的とし、また、もっぱら使用者対労働者間の労働関係について

使用者を規制の対象とする強行規定であるが、右の目的と関わりのない、労働者とその職務執行の相手方その他の第三者との間の法律関係にただちに影響を及ぼすような性質のものではない。してみると、本件職務命令に右強行規定の違反があったとしても、その法意にかんがみ、その違反は右命令のうち前記Aに対して就労を拘束的に義務付ける部分の効力に影響を及ぼし得るにとどまり、職務執行の権限を付与する性質の部分についての効力にまで消長をきたすべき理由はないと解するのが相当であって、本件における右Aの職務行為は、その与えられた具体的権限に基づいて行われたものであると認めるのに十分である」として、原判決を破棄して自判し、公務執行妨害罪の成立をも認めたのである。

これは、使用者対労働者間の、いわば対内的な就労を拘束的に義務づける労働関係と、労働者と第三者との間の、いわば対外的な職務を執行する権限を付与する法律関係とを区別し、両者はたがいに独自性を有するのであって、前者の部分の効力に影響を及ぼしうる強行規定違反があっても、その違法性は後者の部分の効力にまで影響するものではないことを示したものであることができる。そして、本判決は、法令上の重大な瑕疵があっても、権限付与規定違反がないかぎり、刑法上の要保護性が認められるとしている点で、前掲三・二八検査証不携帯事件判決と同じ方向を示しているといえるが、さらに対内的対外的法律関係の考え方をとった点で、新たな展開を示したといえるであろう。

(三) 批判的検討

では、このような動態的考察方法あるいは対内的対外的法律関係の考え方をとった最高裁判決の方向は、どのように評価すべきであろうか。それには、ここで、刑法上の適法性ないし要保護性の考え方そのものについて、再検討してみる必要があろう。

ところで、ドイツ刑法旧一一三条の「その職務の適法な執行に際して」とか、新一一三条三項の「職務行為が適法でないときは、その行為は本条によって罰されない」といった規定の形式をとらず、ただ「職務ヲ執行スルニ当リ」と規定するにとどめる現行刑法九五条一項のもとでも、その職務が適法でなければならぬことは、一般に認められているといっ

てよい。⁽⁸⁾しかも、その適法性は、法令上の適法性と一致しなければならぬことにはならない⁽⁹⁾、ともいわれているから、「刑法上」の適法性ないし要保護性もまた、ドイツの判例・通説と同じように、一般に認められているといえる。

そして、刑法上の適法性の要件としては、通常、①その行為が公務員の「抽象的（一般的）職務権限」に属すること、②その行為が公務員の「具体的権限」内にあること（具体的職務行為の法律上の要件を具備すること）、③職務行為の有効要件である「重要な方式」を履んでいること、の三つがあげられ、たとえば、①執行官は強制執行をする権限を有し（裁判所法六二条三項、民訴五三一条）、鉄道公安職員は日本国有鉄道の列車、停車場その他輸送に直接必要な鉄道施設内の場所にかぎって捜査をすることができる（鉄道公安職員の職務に関する法律一条・二条）が、このような事物的・場所的に職務上行いうる範囲（抽象的職務権限）の制限をこえてなす行為は、そもそも職務の執行とさえいいえないとされ、②現行犯逮捕をなすには、刑訴二二二条の要件を具備することを要し、執行官が強制執行をなすにあたっては債権者の委任があることが必要であり（民訴五三三条）、このような要件を具備しなければ具体的権限を欠くとされ、③公判廷外における差押えまたは搜索は、裁判所の発する差押状または搜索状によらねばならず（刑訴一〇六条）、その執行をなすには処分を受ける者にこれを提示し（同法一一〇条）、かつ一定の者を立ち合わせることが要する（同法一一三条以下）からこのような手続を履践しなければ原則として重大な方式違背となるとされる。⁽¹¹⁾

なお、適法性の要件については、ドイツでも、①公務員は、事物的（sachlich）、場所的に（örtlich）権限があること、②本質的な形式（wesentliche Formlichkeiten）を遵守すること、③裁量（Ermessen）に任されているときは、その裁量を義務に適合させて（pflichtgemäß）行使すること（義務に適合した吟味の結果が客観的に誤っているかどうかは、職務行為の適法性とは関係がない）、の三つがあげられているが、これは、前述の要件にはほぼ対応するものといえよう。

さらに、刑法上の適法性の「判断基準」については、①裁判所が法令を解釈して定めるところによるとする「客観説」

②当該公務員が適法と信じてなした行為であれば適法と解してよいとする「主観説」、③一般人の見解を標準とし、一般人の見解においていちおう公務員の職務執行と認められる場合であれば適法と解してよいとする「折衷説」があるが、一般には、主観説は、「公務員の信念によって、違法な職務執行が適法な職務執行に転化するわけではない」⁽¹⁸⁾から、これを支持することができないとされ、折衷説は、何をもって「一般人」とするかが明らかでなく、基準の明確性を欠くとされ、結局、客観説が妥当であるとされている⁽¹⁹⁾。もっとも、客観説といっても、「適法・合法は行為当時の状況にもとづいて客観的に判断されるべきであり、事後的な純客観的な判断であるべきではない」⁽¹⁸⁾といわれている（ゆるやかな客観説）。

そこで、以上のことから、通説によれば、①抽象的職務権限を欠く行為については、刑法上の適法性を論ずる余地がないから、その存否の判断は、純客観的な事後的判断でなければならない、②純客観的な事後的判断によって軽微な方式違背にすぎないと認められる場合には、つねに刑法上の保護の対象となる、③逮捕状による逮捕の場合の「罪を犯したこと」を疑うに足りる相当な理由」（刑訴一九九条一項）のように、具体的権限を付与する要件事実が「嫌疑」である場合、あるいは準現行犯人の逮捕の場合の「罪を行いつつてから間がないと明らかに認められるとき」（同法二二二条項）のように、具体的権限を付与する要件事実「裁量の余地」がある場合には、真犯人あるいは現行犯人と誤認したとしても（事後的に客観的事実に一致しなくても）、行為当時誤認するような客観的状況が存在したと認められるかぎり、職務行為は刑法上の保護の対象となる、ということができよう⁽¹⁷⁾であろう。

問題は、①事後的に根拠法令上の違反または重要な方式違背が認められるが、行為当時公務員がこれを知らなかったか、許されると誤解していた場合（たとえば、刑訴二〇一条二項七三条三項による逮捕状の緊急執行に際して、たんに罪名と令状が発せられている旨を告げれば足りると誤解した場合⁽¹⁸⁾）、②事後的に重要な方式違背が認められるが、行為当時相手が責問しなかったためこれが顕在化しなかった場合（たとえば、前掲検査章不携帯事件）、③職務担当公務員（下命者）と職務執行公務員（受命者）とを異にし、前者の職務命令が重大な違法性を帯有する場合（たとえば、前掲春闘仙台

駅事件)である。

この点、ドイツでは、①については、執行公務員の法律の錯誤は非難しえない場合であっても(事実の錯誤は非難する場合にのみ)、客観的に違法な職務行為を刑法上適法にしえない、といわれ、②については、上級裁判所によって、執行行為をなす警察官は、上司の命令の適法性を吟味する権限も義務もないから、抽象的職務権限を有する上司から与えられた一見して違法であることが明白とはいえない命令を、「適法であると信じて」法的形式を履んで執行した場合には、たとえ事後的な審査で上司が事実を誤認したことが分ったときでも、その行為は適法である、とされている。¹⁹⁾

ところが、これに対して、公法とまったく切り離された刑法上の適法性概念は支持できない、むしろ、公法上の原則にしたがって、執行行為の拘束性(Verbindlichkeit)に着眼すべきであり、執行行為は、公法上拘束的であれば刑法上適法である、すなわち、市民は無効な国家行為に対してだけ適法な反抗ができる、したがって、職務行為が「重大かつ法律の素人にも明白な瑕疵」を帯有しているかどうか、問われなければならない、とする主張がなされている。そこで、これによれば、執行公務員の錯誤が事実の錯誤であるか法律の錯誤であるかは重要ではなく、また、市民と執行公務員との外部関係と上司と部下との内部関係とは区別されるべきであって、前者の外部関係だけが客観的に判断されなければならないとされる。²⁰⁾そして、これによれば、前述の①と③の事例は、いずれも明白な瑕疵とはいえないとして、刑法上の適法性が認められることになろう。

ところで、公法上の「有効性」と刑法上の「適法性」とを同視しようとする見解は、わが国でも主張されている。²¹⁾しかし、それは、執行行為が当然に無効のときは、それによって人を義務づけることはできないから、刑法上も違法であるというかぎりでは認めることができるのであって、行政行為の公定力と刑法上の適法性とを同視するというのであれば、妥当とは思われない。とりわけ、現行刑法が、ドイツ刑法新一二三条四項のような職務行為の適法性の錯誤につき刑罰の減免・阻却の規定をおいていないことが考慮されるべきである。しかし、動態的考察方法あるいは対内対外的法律関係の考

え方をとった最高裁判例は、この「重大かつ法律の素人にも明白な瑕疵」の考え方の方向を示しているかにみえる。

- (1) 井上・刑法学各則九一—三頁、平野「窃盗罪の被害法益」判例演習刑法各論一九一頁、小野「自己の財物について、窃盗罪はどういう条件の下に成立するか」警察研究三三卷一号一一一頁、藤木・刑法各論三八頁。もっとも、民法上の「占有権」は事実的な占有の状態を権利として保護するものである点からすれば、判例は、民法上の要保護性と刑法上の要保護性とを一致させる方向を示したものであることができる(牧野・刑法各論(下)五九四頁参照)。
- (2) 井上・前掲書九三頁、牧野・前掲書五九一—五頁。
- (3) 佐伯「公務執行妨害罪における職務行為の適法性」判例演習刑法各論七頁。
- (4) 藤木「公務執行妨害罪における職務の適法性」法曹時報二四卷七号一二三三頁。
- (5) 佐伯・前掲判例演習一二頁。
- (6) 佐伯・同参照。
- (7) 江藤「労働基準法所定の労働時間の制限を超える公務の執行が適法とされた事例」判例タイムズ三〇一—八〇頁以下、同・統刑法判例百選三〇頁以下、参照。
- (8) 莊子教授は、吉川教授が適法性必要説に対する「有力な反対説」として小野説(刑法講義各論二〇頁)をあげていること(「公務執行妨害罪における職務行為」総合判例研究叢書刑法(5)八一頁)について、「しかし、『適法性』という概念を公務執行妨害罪として保護するに足りる性格として考えれば、この『適法性』の存否については、全く対立がないというべきである。小野博士の所説でも……、右に述べたような『適法性』を必要としないというわけではない」といわれている(「公務執行妨害罪における職務行為の適法性」木村博士還暦論文集刑事法学の基本問題(下)七八—八九頁。なお、七九〇頁注一七参照)。
- (9) 藤木・前掲論文二二〇九頁。そのほか、団藤・刑法網要各論四五頁等参照。
- (10) 職務行為の適法性は、ドイツでは、特別の刑法上の要件にしたがって決定されるべきものであって、行政法上の原則は標準とはならぬ(Shönke-Schröder, Strafgesetzbuch (Kommentar), 18. Aufl., 1976, S. 921)とつわれ、また、この刑法上

の適法性の概念は、行政法上の適法性概念に対して、一三條の刑事政策的意義を考慮して、判例によって發展させられたものであつて、原則として、形式的適法性だけを問題とし、実質的な正当性を問題とするものではない(Dreher, Strafgesetzbuch, 33. Aufl., 1972, S. 564)と云われてゐる。この刑法上の適法性概念(strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff)をよつた最近の判例として OLG Karlsruhe, Urt. 8. 8. 1974, NJW 1974, 2142 がある。そして、最近でも、刑法上の適法性概念を否定する見解が、マイヤー(Meyer, Der Begriff der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung i. s. des § 113 Abs. 3 StGB, NJW 1972, 1845) やワグナー(Wagner, Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, Jus 1975, 224) 等によつて主張されている。ただ、それは、法令上の軽微な瑕疵がありさえすれば刑法上も違法であつて保護されない、というのではなく、違法ではあるが拘束的な(rechtswidrig-verbindlich) 執行行為は、一律に、刑法一三條三項の意味における適法な(rechtmäßig) 職務行為とみなすべきである(Meyer, a. a. O., S. 1846) とすることによつて、刑法と公法との調和をはかるうとするものであることに注意しなければならぬ。

(11) 吉川「公務執行妨害罪の問題点」刑法講座五卷六八—九頁。

(12) Schönke-Schröder, a. a. O., S. 921f. Vgl. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 289f.

(13) 滝川・刑法各論二六七頁。

(14) 伊達「公務執行妨害罪」刑事法講座四卷六七五—六頁参照。

(15) 吉川・前掲論文七〇頁。

(16) 団藤・前掲書四五頁。なお、大塚・注釈刑法四八八頁。

(17) 現行犯人逮捕につき、通説に対する批判として、中山「公務執行妨害罪における職務行為の適法性」法学教室二号四六頁参照。なお、莊子・前掲論文八〇五頁参照。

(18) 福岡高判昭和二七年一月一九日刑集五卷一號一二頁参照。

- (19) Schönke-Schröder, a. a. O., S. 922. Vgl. Wagner, a. a. O., S. 224f.
- (20) Vgl. Rostek, Der unkritische Befehlsempfänger, NJW 1975 862, Wagner, a. a. O., S. 225.
- (21) Meyer, a. a. O., S. 1847. Vgl. Wagner, a. a. O., S. 226ff.
- (22) 谷口「公務の執行に対する反抗」ジュリスト一六号三〇—四頁。
- (23) 団藤・前掲書四五頁。

四 結 語

最高裁の二つの方向、すなわち刑法上の違法性に対する消極的な方向と刑法上の適法性に対する積極的な方向とは、一見、違法性の相対性を一方で否定し、他方で肯定するようにみえるかぎりで、矛盾しているかに思われる。しかし、以上の検討から明らかなように、刑法の謙抑主義の後退と刑法上の要保護性の強化としてとらえるかぎり、両者はまったく共通した方向であるといえよう。

しかし、第一に、刑法上の違法性、すなわち広義の可罰的違法性について、「刑罰に適する違法」ないし「刑法的違法」の意味を排除し、これを「刑罰を科するに値する程度の違法」の意味にとどめることは、違法概念の抽象化・形式化をもたらすだけでなく、かえって処罰の範囲を不明確にするといわなければならず、第二に、刑法上の適法性について、動態的考察方法をとることじたいは評価できるにしても、法令上の重大な違法性を帯有する場合についてまで、動態的考察方法をとることによって、いわゆる要保護性の範囲を拡大することは、反省して見る必要がある。