

職務行為の適法性・合法性*

—公務執行妨害罪の研究・その二(統)—

村 井 敏 邦

第一章 職務行為の適法性と要保護性

一 形式的枠組みと実質的枠組み

一 すでに前稿第二章で見てきたように、現行刑法九五条の制定過程においては、職務行為の適法性の明文化という問題は、まったく論議されていない。もちろん、それでも、職務行為の適法性を隠れた構成要件要素とする見解が多数を占めるのであるが、一部には、公務員の行為が刑法九五条一項にいう「職務ノ執行」と言いうるものであれば足り、それが適法または合法であることまでは必要でないとする見解が生ずるに至った。⁽²⁾ただし、このような見解に立つ論者も、職務執行行為であるためには、「公務員の一般権限内の行為であり、且つ当該場合に於て具体的に『職務の執行』と認められるべき行為でなければならぬ」としている。⁽³⁾そこで、適法性という概念を公務執行妨害罪によって保護するに足りる性格として考えるならば、適法性必要説と右のような見解との間に対立はなく、ただ、適法性という概念の把握の仕方にズレがあるにとどまるという指摘がなされ、⁽⁴⁾現在ではこうした理解がほぼ承認されている

ようである。

そこで、現在では、「職務の適法性がどうか自体を論ずることは、それほど重要な意味をもたない。問題は、むしろ、適法性とは一体何を言うのか、ということである」と言われる⁽⁵⁾。たしかに、適法性とは何かを問うことが、最も重要な課題であることは、何人も異論がないであろう。しかし、現在、適法性の要否を論ずる意味が失われたと考えてよいのだろうか。刑法上の要保護性を媒介項として、従来適法性不要論として分類されていた見解をも実質的には適法性を要求する見解と差がないことを確認し、他方、形式的には適法性を要するとしている見解の中にも、その実は不要説と差がないもののあることを指摘することは、確かに意義がある。しかし、刑法上の要保護性という媒介項は、あまりにも包括的である。なるほど、適法性を具備した職務行為は、刑法上保護に値するといえることが言えるにしても、このことから、適法性すなわち要保護性という結論の妥当性が是認されるわけではない。適法性は刑法上の要保護性を規定する一つの要件であって、そのすべてではない。職務行為の要保護性は、適法性をも含めて職務行為の全体像において把握されるべきものである。正確に言うならば、適法性さえ具備しない職務行為は刑法上保護するに値しないのであって、適法な職務行為すなわち刑法上保護に値するといえるのではないはずである。後に見るように、適法性判断も単なる合法規性ではなく、一定程度の実質的判断を加味して行なわれる必要があるが、完全に実質的判断によって占められるという性格のものでない。要保護性が実質的な判断枠組みであるとするならば、適法性というものは、ある程度の実質的判断を踏まえた形式的な判断枠組みである。もし、これが完全に実質的な判断枠組みにとってかえられることになるならば、適法性判断の厳格性が失われ、結局は適法性を要求する意義自体が没却してしまう虞れがある。このことの持つ解釈論上の問題は、後に見ることにして、ここでは、一先ず立法論上の問題を見ていくことにしよう。

二 前稿第四章のまともにおいて指摘したように、職務行為の適法性の明文化は、公務執行妨害罪規定の行政警察的運用をチェックする機能を持っている。⁽⁶⁾ところが、適法性が要保護性という実質判断に解消できるということになると、その明文化への立法動機は稀薄化せざるを得ないであろう。

職務行為の要保護性の問題は、詰まるところ、公務執行妨害罪の処罰根拠の問題に帰着するであろう。公務執行妨害罪の処罰根拠は、別論した如く、近代法治国家における法治主義という点に求められている。ところが、この法治主義には、公務員の職務執行に対し合法性 (Legality) を要求する側面と、国民に対しては法秩序への服従を要求する側面とがあり、後者の側面が強調されるとき (運用面の分析結果から見れば、秩序維持への志向性が増大するとき)、前者の側面は限りなく稀薄化するということを想い起さすべきである。⁽⁸⁾その結果は、法解釈面のみならず、立法面にも現われてくる。このことの一例証として、このところ「法と秩序」を強調し、正当防衛を制限し、公務執行に対する抵抗を厳しく処罰する方向を示しているアメリカ合衆国における立法動向を見ておくことにしよう。⁽⁹⁾

二 アメリカ法の動向と職務行為の適法性のゆえ

一 英米法では、法執行を妨害する行為、とくに逮捕妨害は、重罪の共犯者あるいは反逆罪 (high treason) の主犯になるというのが、古くから確立された普通法上の原則であった。⁽¹⁰⁾初期のイギリス判例は、違法逮捕に対しても抵抗することを許すか否かについて必ずしも明確な態度を示していなかった。⁽¹¹⁾違法逮捕に対する抵抗権が判例上明確に承認されたのは、いわゆる名誉革命を経た一八世紀初頭のことである。一七一〇年、令状なしに逮捕された者を救うために巡査を殺害したというトゥーリー事件 (The Queen v. Tooley)⁽¹²⁾において、王室裁判所は、不法な権力行使によって人を拘禁することは全人民に対するプロヴォケーション (provocation) であるという判断を示した。⁽¹³⁾この判

例は、「法に反して人を拘禁する者は、マグナ・カルタに対する犯罪者である」とまで述べており、まさに chevigny (Chevigny) の言う如く、「名誉革命の遺産の主たる要素を記念する」ものであった。⁽¹⁴⁾ 以後、違法な逮捕は市民に対するプロヴォケイションであり、これに対する抵抗は刑事責任を阻却または減弱させる (excusable) というのが、普通法上の原則とされた。⁽¹⁵⁾

ところが、アメリカでは、二〇世紀の中ごろからこの原則を否定する傾向が現われてきた。その第一は、一九四二年の統一逮捕法 (Uniform Arrest Act) のなかに見られる。すなわち、統一逮捕法五条は、「公安職員 (Peace officer) によって逮捕がなされようとしていると信ずるに足る合理的理由がある場合には、当該逮捕に法的根拠があるか否かにかかわらず、人は有形力または武器を用いて逮捕に抵抗することを抑制する義務がある」と規定して、違法逮捕に対する抵抗を禁じた。⁽¹⁶⁾ この背景には、アメリカにおける銃砲携帯の自由という問題があり、違法逮捕に対する抵抗を許すと逮捕者に対して致命的危険を生じさせるということと、手続的ミスのために真実罪を犯した者にまで抵抗を認めることは不合理であるとする考えがあった。⁽¹⁷⁾ 多少の市民的自由を犠牲にしても社会的秩序を維持することの方がよいとの選択が行なわれたのである。⁽¹⁸⁾

その後、一九五〇年代には、デラウェアはじめ四つの州が統一逮捕法を模範にして、違法逮捕に対する抵抗を禁じるに至った。⁽¹⁹⁾ ただし、まだこの時点では、ほとんどの州の制定法や判例法が抵抗権を認める普通法上の原則に従っており、また、抵抗権を否定する動きも主として手続法上のものであった。⁽²⁰⁾

ところが、模範刑法典の発表は、これに新たな局面を付け加えた。アメリカ法律協会は、一九五八年、予備草案八号三・〇四条(2)(a)として、次のような条項の設置を提案した。

「威力の行使は、次に定める場合には、……違法性を阻却されない。

(i) 逮捕が違法 (unlawful) であっても、公安職員 (a peace officer) によって逮捕行為が行なわれることを知りながら、これに抵抗するため行使したとき」

ごく古い判例の中には、犯罪の嫌疑で司法職員によって追われていることを知りながら、当該司法職員による逮捕に抵抗した場合には、たとえその司法職員が被告人に令状を提示せず、あるいは、逮捕理由を彼に告知しなかったとしても、その抵抗は許されないとしたもの (Cross v. U. S. [1887]⁽²¹⁾) がある。また、公務員に対する暴行罪 (Assault) の故意の内容として、暴行の相手方が連邦執行官であることの認識だけで足るとした連邦最高裁判例 (Coleman v. U. S. [1920]⁽²²⁾) もある。しかし、後者の判例も、司法妨害罪 (Obstruction of Justice) に対する関係では、令状執行を妨害しているという認識を要求したのであって、一般的に連邦執行官であることの認識で足るとしていたわけではなく、まして、その認識さえあれば違法逮捕に対しても抵抗が許されないとしていたのでもない。

模範刑法典の影響は、立法と解釈の両面にさっそくあらわれた。一九六一年に改正されたイリノイ州の刑法・刑事手続法七―七(a)は、「逮捕が公安職員または公安職員によって逮捕をすべく命ぜられた私人によって行なわれようとしていることを知っている場合には、たとえ逮捕が不法であると信じ、かつ実際に逮捕が不法であったとしても、人はその逮捕に抵抗するために力を行使する権限を持たない」と規定して、違法逮捕に対する抵抗を正当化事由から除外した。そこでは、公安職員による逮捕の場合のみならず私人による逮捕の場合にまで、抵抗権否定の方向が拡張されていることが注意される。模範刑法典でさえ、抵抗権否定の理由が説得的でないとして拡張を控えた領域にまで、イリノイ州では「公共の利益」の擁護を理由としてあえて踏み込んだのである⁽²⁴⁾。そして、この拡張方向は、その後の制定法の一つの流れとなっていた。

このことが顕著な現象になって現われるのは、一九六〇年代後半以後である。時あたかもアメリカは、ベトナム戦

争の泥沼の中であえぎ苦しみ、国内的には反戦運動、公民権運動の展開にあって、市民と警察との衝突の頻度が多くなっていった。ここにおいて、法執行者の側から秩序維持への志向性が強く打ち出されてくるに至る。これに応じて、違法逮捕に対する抵抗権に関する普通法上の原則を変更しようとする動きも、俄然激しくなってくる。一九六八年のニューヨーク刑法三五・二七条の新設を皮切りに、翌六九年カンサス州⁽²⁵⁾、コネティカット州⁽²⁶⁾、七〇年コロンビア区⁽²⁸⁾において、あるいは正当防衛の例外として、あるいは逮捕抵抗罪の規定に関して、逮捕の違法性を抗弁事由から除外するものとして、新规定が設けられた。しかも、これらの新設規定は、模範刑法典三・〇四条(2)(a)を二方向において拡張していた。第一の方向は、イリノイ刑法と同様、私人による逮捕についても、違法の抗弁を認めないというものであり、第二の方向は、統一逮捕法と同様、逮捕者が公安職員であること認識していた場合に加えて、それを認識すべきであった場合にも、抵抗権を否定するというものである。

このように、拡張方向にはあったものの、模範刑法典の延長上にある限りは、逮捕に関しての例外措置として、しかも公安職員またはこれに準ずる者による逮捕であることの認識がある場合に限る措置としての域は踏みはずしてはいなかった。ところが、「法と秩序」が強調される一九七〇年代になると、コモン・ローの原則を変更する制定法は、量的に増大するのみならず、質的にも、逮捕の適法性から公務執行一般の適法性不問の方向へ広がりを見せてきた。この方向にはずみをつけたのが、一九七〇年十一月に発表された連邦刑法改正全国委員会(The National Commission on Reform of Federal Criminal Laws)の最終報告(以下、委員長の名をとってブラウン委員会報告と称する)である。

この報告は、まず、正当防衛の例外として「法の装いをもった (under color of law) 公務員 (public servant) による逮捕、手続の執行、またはその他の職務の遂行に抵抗するために力を行使したる者は違法性を阻却されない」

という規定（六〇三条a項）を提案した。「不適正な公務の遂行に対しては、暴力によらない救済が十分にある」というのが、主たる提案理由とされている。⁽²⁹⁾「法の装いをもった」というのは、適法性を意味するのではなく、「職務行為の名目をもって行なわれた」ということであろう。模範刑法典は、抵抗者側の認識のある場合に限定していたが、この限定もなくした。また、それまでの各州制定法に見られた、「公安職員による行為であると合理的に認められる場合」という限定も、ここでは取り除かれることになるであろう。しかも、それが逮捕状況に限られず、およそあらゆる公務の遂行の場合に拡張されている。草案作成段階では、令状執行のように、直後の司法審査が行なわれる公務についてのみ、街頭における正当防衛を否定すべきであるという議論もあったようであるが、⁽³⁰⁾最終案では、この限定さえもなくしている。かくして、この刑法改正案では、公務遂行の違法性は、ほぼ全面的に抗弁としての性格を否定されたことになる。

ブラウン委員会報告が提案するところは、これだけにとどまらない。模範刑法典は、逮捕の違法性を正当防衛の抗弁とすることを否定したが、逮捕抵抗罪（二〇八・三二条）の成立要件としては、逮捕の適法性を要求していた。したがって、違法な逮捕に抵抗した場合には、正当防衛の主張はできず、単純暴行（傷害）罪に問われるが、逮捕抵抗罪には問われないというように解釈する余地もあった。カリフォルニア州刑法についてであるが、カーティス事件（*People v. Curtis* [1969]）⁽³¹⁾において、カリフォルニア州最高裁判所は、右のような解釈から、違法逮捕に対する抵抗を重罪たる公安職員に対する暴行罪ではなく、単純暴行罪に問擬するという判断を示している。⁽³²⁾

ブラウン委員会報告も、政府機能妨害罪（二三〇一条）や逮捕その他の職務妨害罪（二三〇二条）について、一応は職務の適法性を抗弁事由としている。しかし、「公務員が善意かつ法の装いをもって令状その他の手続を執行する場合には、適法に行為しているものと看做す」として、適法性判断を公務員の主観に委ねることによって、実質的には、

公務執行妨害罪の要件から適法性を放逐したのである。

以後の各州制定法には、総論、各論双方について、公務執行の違法性を抗弁事由から排除するものが顕著に多くなっている。しかも、逮捕の場合のみならず、公務執行一般について適法性要件の緩和ないしは否定の傾向が見られる。一九七八年までのところで、何らかの形で違法な公務執行に対する抵抗を制限あるいは禁止している州法は、二三、これにコロンビア区を加えると二四を数えている。最早、一部の州の例外的現象ではなくなってきたのである。その制限・禁止の形式を分類すると、以下のようなになる。

(1) 統一逮捕法方式（違法な逮捕であっても従う義務があるとするもの）——四

デラウェア一九五三年法一九〇五条、ニュー・ハンプシャー一九五五年法五九四・五条、ロード・アイランド一九五六年法一二・七・一〇条、カリフォルニア一九五七年法八三四条a項

(2) 純粋模範刑法典方式（違法な逮捕であっても、それが公安職員によるものであることを知って抵抗した場合に、正当防衛にならないとするもの）——三

ペンシルヴェニア一九七二年法五〇五条(b)(1)、ネブラスカ一九七二年法二八・八三六条、ニュー・ジャージー一九七八年法二C三―四條b(1)(a)

(3) 模範刑法典拡張方式

① 公安職員による逮捕であることを認識すべき場合にも正当防衛を否定するもの——七

ニューヨーク刑法一九六八年補充法三五・二七条、コネチカット一九六九年法五三a―二三条、オレゴン一九七一年法一六一・二六〇条、フロリダ一九七四年法七七六・〇五一条一項、デラウェア一九七四年法四六四條d項、アーカンソー一九七五年法四一―五一二条、アリゾナ一九七七年法一三―四〇四條B2

- ② 私人による逮捕にも拡張するもの——五
イリノイ六一年法七〇七条a項、カンサス一九六九年法二一—三二二七条、テキサス一九七三年法九・三一条a
(2)、モンタナ一九七三年刑法四五—三一〇八条、前掲アーカンソー一九七五年法、前掲アリゾナ一九七七年法
- ③ 逮捕に対する抵抗以外の場合に拡張するもの——一
前掲テキサス一九七三年法（搜索に対する抵抗にも拡張）
- (4) 各論模範刑法典またはその拡張方式——五
コロンビア区一九七〇年改正二二・五〇五条a項（公安職員に対する暴行罪につき修正）、ニュー・ハンプシャ
一九七一年法六四二・二条（逮捕・拘留抵抗罪につき）、テキサス一九七三年刑法三八・〇三条（前掲正当防衛
規定とともに逮捕・搜索抵抗罪についても規定）、ユタ一九七三年法七六—八一三〇五条（但し、一九七五年の
違憲判決によって削除）、ミズーリ一九七七年刑法五七五・一五〇条一、三項（逮捕抵抗罪につき）および同一
六〇条（法律手続妨害罪につき）
- (5) ブラウン委員会方式——四
① 総論ブラウン委員会方式——一
ノース・ダコタ一九七三年刑法二一・一一〇五—〇三条
- ② 各論ブラウン委員会方式——二
コロラド一九七一年法一八一—一〇三条(2)（逮捕抵抗罪につき）および同一八一—一〇四条(2)（公安職
員・消防士妨害罪につき）、サウス・ダコタ一九七六年法二二—一一五条（逮捕抵抗罪につき）
- ③ 総論、各論ともにブラウン委員会方式——一

ケンタッキー一九七四年刑法五〇三・〇六〇条(1)および同五一九・〇九〇条(1) (逮捕抵抗罪につき)

(6) 混合方式 (総論——模範刑法典方式、各論——ブラウン委員会方式)——五

オレゴン一九七一年法一六一・二六〇条(前掲(3)①) および一六二・三一五条(逮捕抵抗罪につき)、モンタナ一九七三年刑法四五―三―一〇八条(前掲(3)②)、同三〇一条(逮捕抵抗罪につき) および同三〇二条(公安職員その他の公務員に対する妨害罪につき)、アーカンソー一九七五年刑法四一―五―一二条(前掲(3)①、②) および同二八〇三条(逮捕抵抗罪につき)、アリゾナ一九七七年法一三―四〇四条B 2 (前掲(3)①、②)、同二四〇二条(政府作用妨害罪につき) および同二五〇八条(逮捕抵抗罪につき)、ニュー・ジャージー一九七八年法二C 三―四条b (1)(a) (前掲(2)および同二九―二b)

二 英米法では、違法な逮捕に対する抵抗権は、正当防衛の一場面として判例法上発展してきたものである。したがって、これを修正するについては、判例法との関係も配慮されなければならないところであった。制定法の中には、たとえば、コネティカット州刑法のように、「本章の規定は、裁判所がこれと矛盾する刑事責任の他の原理や他の抗弁を認めることを排除するものではない」(五三a―四) という留保条項を設けているものもある。しかし、大半は、このような留保条項すら持たない。そこで、州の裁判所によっては、すでに触れたユタ州の最高裁判所のように、違法な逮捕についても逮捕抵抗罪が成立するとした制定法の規定(前掲(4))を、解釈によっては逮捕につき相当の理由を要求しているユタ憲法および合衆国憲法に違反する虞れのあるあいまいな規定であるとして違憲判断を下したものもある。⁽³³⁾

また、カーティス事件におけるカリフォルニア州最高裁判所の判例のように、違法逮捕に対する抵抗権を否定する制定法規定の射程距離を正当防衛に限定し、公安職員に対する暴行罪等の各論の犯罪成立要件としては、なお逮捕の

適法性を要すると解するのにも、普通法の原則を否定ないし修正しようとする制定法の動きに対して歯止めをかけようとしたものと見ることができよう。しかし、これは判例法としてもむしろ例外の部類に属し、前述のような制定法を持つ州の判例は、そのほとんどが普通法の原則を修正する方向を是認している。なかには、制定法にさきがけて普通法の原則の修正を打ち出した判例もあり、それが制定法による修正に拍車をかけたというものもあるのである。一九六五年のニュージャーシー州最高裁判所判例 (State v. Koonce) がそれである。

「個人の自由の権利を保障し、法執行を維持し、さらに、逮捕騒動の渦中にある当事者のみならず無関係の第三者の死や重大な傷害を防止するという社会の利益を適切に調整するということは、逮捕が最終的に違法であったと判断されるといふだけの理由で、被逮捕者に力をもって警察官に抵抗することを許すような法律を甘受することを拒むことである。力は力と呼び、流血騒ぎにエスカレートすることは、よくありうることである。逮捕の正誤は、弁護士と裁判官でさえ判断の異なることのあるきわどい議論のある問題である。刑事手続における被告人の権利の法的保護が不断に拡張しているこの分野においては、違法に逮捕されると思う者が、警察官による逮捕に平穩に従い、自己の自由を回復し、刑事訴追に対して防禦する手段を法的救済の中に見出すべきことを求められるのは、理由のあることである。同時に、たとえ誤りがあるにしろ、忠実に逮捕するという自己の職務を遂行しようとする警察官は、被逮捕者による身体に対する加害の脅威から救われなければならない。……自力救済の観念は力を失ってきている。それは、文明化された社会では反社会的である。それは、かかわりのあるすべての者にとって危険なものである。法的救済が利用できるのだから、自力救済は最早必要でない。……職務遂行中の権限ある警察官であることを知りながら、またはそう信ずべき合理的理由を持ちながら、これによる逮捕に抵抗して力を用いることは、その逮捕が当時の状況において違法であると否にかかわらず、私人には許されないとすることを我々は宣言する。」⁽³⁴⁾

これ以前の判例の中には、一九六一年のフロリダ州控訴裁判所判例 (Daniel v. State) のように、暗に普通法の原則の修正を行なったものもあつた。⁽³⁵⁾ また、制定法による変更が行なわれたカリフォルニアやデラウェアでは、それに沿った判例も出ていた。⁽³⁶⁾ しかし、制定法による変更が行なわれていない州の裁判所が、明白に普通法原則の廃棄を宣言したのは、右のニュージャーシー州最高裁判所をもって嚆矢とする。その後、一九六九年のミラー事件判決においてアラスカ州最高裁判所⁽³⁷⁾が、また、一九七四年のウィリアムズ事件判決においてインディアナ州上訴裁判所⁽³⁸⁾が、普通法原則の変更を打ち出している。

このように、五〇州、一コロンビア区のうち、違憲判決の出たユタ州を除いても、二四州一コロンビア区において、普通法の原則を変更する方向が打ち出されている。もちろん、まだ半数の州が従来の原則を維持しており、連邦刑法も改正されず、普通法上の原則を変更する旨の連邦最高裁判所の判例もいまだ出ていない。しかし、巡回裁判所は、徐々にこの原則から離れる傾向を示している。すなわち、一九六七年のヘリツァー事件判決 (U. S. v. Heizer) において、わざわざ注をつけて「近年違法逮捕に抵抗する権利は厳しい批判にさらされてきており、多くの説得的な専門的見解によって拒否されてきている」と述べ⁽³⁹⁾、さらに、一九七五年のカーニングム事件判決 (U. S. v. Cunningham) では、「連邦職員が善意で職務執行の装いをもった行為に従事している場合には、これに対して抵抗すること⁽⁴⁰⁾は許されない。……公務の相手方は、平穩にこれに従い、のちに法的救済を求めなければならない」とし、さらに、一九七六年のジョンソン事件判決において、被告人の自動車を停車させた警察官の行為が修正四条に違反するものであることが後に判明したとしても、それはその行為を妨げるために拳銃を向けて警察官を脅した被告人の行為の正当化事由とも減輕事由ともならないとし、その理由として、「この種の原則は、初期の時代には抑圧的な権力に対する主要な対抗手段であつたかも知れないが、われわれの文明化された社会においてはそれに従うことはできない」と述

(4) 同種の事案につき被告人の抵抗権を認めたブラウン事件判決 (Brown v. United States (1931))⁽⁴²⁾ の先例価値を明確に否定するに至った。かくして、普通法の原則は、連邦判例においても実質上廃棄されたと見ざるを得ない。

三 「恣意的な権力行使をはねのける権利」として発展した普通法の原則の変更は、このように、「法と秩序」という政治的スローガンの浸透と共にアメリカ全土をおおう一大潮流となり、制定法のみならず判例法の形成をも左右している。この変更を促した直接の動機は、市民や学生によるデモ隊と警察官の衝突状況においてデモ規制を円滑化しようとするところにあったが、法論理としては、次の諸点があげられている。

① 違法逮捕に対して抵抗を認める普通法の原則は、暴力的状況を助長し、ひいては暴動に導く⁽⁴³⁾。② 法執行者が銃によって武装している現代においては、これに抵抗することを認めれば、致命的状況に至るは必定である⁽⁴⁴⁾。③ 公務員の違法行動に対しては、法的救済手段が十分に整備されており、自力救済を認める必要はない⁽⁴⁵⁾。④ 公務員の行動が違法か否かは、微妙な問題であって、非常に感情的な状態にある当事者によって判断されるよりも、裁判所によって判断されるべき問題である⁽⁴⁶⁾。⑤ 違法な逮捕に対して抵抗を許さないということは、直ちに違法な逮捕を許すということの意味しない。むしろ、一方において逮捕の適法性を要求しながら、他方においてそれに対する即座の力による抵抗を許さないことこそ、秩序ある社会を保持するために最もよい処置である⁽⁴⁷⁾。一方で違法逮捕に対する抵抗権を認め、他方で逮捕の義務を認めるというのは不正常な状態であって、違法な逮捕であれ、一たんは服従する義務があるとすることは、この不正常な状態を終らせ、私人と警察官とを死傷から守るために必要な妥協である⁽⁴⁸⁾。

これらの理由、とくに、①と③の理由の根底には、違法逮捕に抵抗することは、本来的に罪であるという思想がある。もちろん、それは、素朴な絶対的服従論の形をとっていない。二つの点で現代的装いをこらしている。その一つは、現代アメリカ社会が自力救済を不要とする程に他の平和的手段が整備されているという時代認識であり、いま一

つは、実力による抵抗は、暴動への導火線であるばかりでなく、抵抗した者にとっても致命的事態をもたらすという状況認識である。しかし、これに対しては、他の手段の充分性ということについて、そもその疑問が提出されるとともに、違法な官憲の行動から自己の身体の自由を自ら守る権利は、他の手段の有無にかかわらず保障されなければならないものであるという批判が行なわれる。また、抵抗をするという決断は、注意深く利益衡量をした結果生ずるものではなく、瞬時の判断である。したがって、他の手段のあることを考えて抵抗を控えるという要求は、現実的な要求ではないということになる。(49)

第二の点については、チェヴィニーは次のような反論を提示し、同時に警告を発している。「違法逮捕に対する抵抗権の目的は、警察官に対する暴力的な攻撃を助長することにあるのではなく、恣意的な命令を拒絶するという権利に固有の個人の自由の意識を保持することにある。人が逮捕拒拒罪を犯すように挑発することを警察官に許すことは、市民に対するわなを創り出すことであり、それは、ひいては法律制度の本来の姿を損ってしまうであろう。(50)」

ところで、違法逮捕に対する抵抗権をめぐるアメリカ法上の議論は、主として正当防衛論の中で展開されている。これを制限・禁止することに賛成する側はもちろん、これに反対する側の論理も、正当防衛あるいはプロヴォケーション論として展開されている。たとえば、チェヴィニーは、違法逮捕に対する抵抗権を否定する傾向に反対しながらも、違法な逮捕によって被告人が挑発されたか否かにかかわらず、逮捕が違法であるという理由だけで逮捕拒拒罪の成立を否定した判例 (State v. Robinson [1967]) を批判して、「プロヴォケーションのキー・ファクターを無視するこのような判断が、不法逮捕に抵抗する権利の最近の不人気の一つの理由である」と述べている。(51)

たしかに、歴史的には、違法逮捕に対する抵抗の問題は、正当防衛あるいはプロヴォケーションという普通法上の法理との関係で発展してきた。最近の判例や制定法が、逮捕の技術的な違法性は抗弁事由として認めないが、逮捕の

際(33)の過剰な力の行使に対しては抵抗を認めているというのも、この脈絡の中で理解することができる。逮捕拒罪や公務妨害罪のような犯罪類型をもっていないところではこれでいい。逮捕が違法な場合に、これに実力をもって抵抗する行為が暴行罪にあたるかという問題は、まさに正当防衛の問題であるからである。この場合には、逮捕の違法性はそれだけでは犯罪を阻却する力を持たない。条件次第であり、この条件の判断においては実質的な利益衡量が行なわれる余地が十分ある。しかし、逮捕拒罪や公務執行妨害罪における逮捕や公務執行の違法性は、これとは違った意味を持つてくる。ここでは、違法な逮捕や公務執行に抵抗する行為がそれ自体として犯罪類型たり得るかが問題となるのである。カーティス事件判決においてカリフォルニア州最高裁判所が指摘したように、違法な逮捕に対する抵抗であるという抗弁権を認めないということ、そのような抵抗を新しく犯罪とすることとは、明確に区別されなければならないはずである。ところが、アメリカ法上これを区別しようとする意識はきわめて稀薄である。アメリカ法における最近の傾向の最大の問題は、まさにこの点にこそある。

違法逮捕(公務執行)に対する抵抗が、正当防衛論で扱われる場合には、手段の相当性が問題となる。したがって、場合によっては実力による抵抗が不当であるということもあり得る。もちろん、他に法的手段のないことというのは、英米法の場合にも正当防衛の要件ではないから、公務員の違法行為に対抗する場合にだけこれを要求するというのは、正当防衛権の新たな制限であることに間違いない。そして、このような正当防衛権の制限が、秩序維持機能の国家的独占とその強化の現われであることも疑いがない。正当防衛権が、国家の秩序維持機能と共存するためには、この機能を補充する方向においては強化される反面、この機能を弱化させる方向においては制限されていくというのは、正当防衛権の持つ宿命と言ってもよいであろう。六〇年代半ばまでのアメリカ法の動向は、まだこのレヴェルであつたと見てよい。

ところが、アメリカ社会における秩序維持機能の低下が、正当防衛権に右のような機能を担わせるだけでは阻止し得ないと考えられたとき、正当防衛権の制限の論理は、各論上にまで推し及ぼされて、違法逮捕、果ては違法な公務執行一般に抵抗すること、それ自身が犯罪とされるに至るのである。この段階では、公務執行に適法性を要求する本来の理由はどこかに置き去られて、専ら暴力による抵抗行為の手段の不当性が強調される。公務執行の適法性は、権力の恣意的行使に対するチェックの意味を持っており、権力保持者の側からするならば、自己抑制の機能を営むものである。したがって、公務執行が適法でない限り、公務執行を保護客体とする犯罪は成立しない。そもそも犯罪とするだけの前提を欠いているのであるから、妨害や抵抗の手段の不当性を問題にする余地はない。ところが、ここに正当防衛の論理がストレートに持ち込まれると、抵抗手段の相当性や公務員の違法行動がプロヴォケーションにあたるか否かが個別具体的に問題となってきたのである。

正当防衛の要件としての逮捕の違法性と逮捕抗拒罪等の各論上の罪の要件としての公務員の行動の適法性を同じレベルでの問題として扱うアメリカ法の傾向は、違法逮捕に対する抵抗権の判例の積み重ねによる形式という歴史的理由に加えて、英米においては実力による公務執行妨害行為を暴行罪の加重形態としてとらえる傾向が伝統的にあるという処罰の構造的理由によって説明することができるであろう。模範刑法典やブラウン委員会報告、あるいはこれらを模範にした各州刑法は、犯罪規定の整理を行なうなかで、暴力による公務妨害や逮捕抗拒罪を暴行罪から切り離して政府機関その他公務に対する罪に統合しようとしている。この点において、正当防衛の論理が各論上の「適法性」の問題に混入する構造上の理由は失われたことになる。しかし、事態は逆である。むしろ、模範刑法典以後は意識的な混入が行なわれているのである。しかも、それが逮捕状況を超えて公務執行一般にまで拡大されている。逮捕状況の特殊性という正当防衛を制限する当初の理由づけさえ及ばない領域にまで公務保護の要請が肥大化したと

いうことであろうか。

たとえば、ブラウン委員会報告一三〇一条や一三〇二条は、行政あるいは法執行の適法性を政府機能妨害罪や逮捕その他の法執行妨害罪についての抗弁となり得ると一応は規定している。そこで、人はあるいは言うかも知れない。やはり、問題となるのは、適法性の要否ではなく、適法性の内容であると。たしかに、前述したように、ブラウン委員会報告が適法性についてとっている態度は、わが国の分類で言えば主観説であり、これは適法性の判断基準として適法性の内容の問題であると考えられている。しかし、普通法上の議論では、違法な逮捕という場合の違法性は客観的に定められるものと考えられていたのであるから、ブラウン委員会報告の示した方向は、単なる量的な転換ではなく、質的な転換を示したと評価するのが妥当であろう。

四 以上のアメリカ法における最近の動向からわれわれは次のことをくみ取ることができであろう。第一に、市民運動等が激化し、市民と警察との衝突の場が多くなるに従い、秩序維持機能の低下に対する危機意識が増大し、その低下の防止または回復をはかりたいという意識が、違法な公務執行に抵抗する権利を否定する方向に働く。第二に、その否定の方向は、当初は逮捕という限定された状況から公務執行一般へと拡大されていく。第三に、その際に用いられる論理は、暴力によらずとも他の法的救済手段が整備されているという手段の不相当性を強調するものである。したがって、第四に、正当防衛の成否の判断に用いられる実質的基準が直接的に公務執行妨害罪における適法性の判断、ひいてはその要否にまで適用されてくる。第五に、このような生の形での実質判断が職務行為の適法性判断について行なわれるとき、国民の自由の保障と法秩序の維持との調和という名目の下に、職務行為の適法性を公務執行妨害罪の要件から除外する、あるいは少なくとも形骸化する傾向が顕著となってくる。

職務行為の適法性を非類型的な要保護性に解消し、生のままの価値衡量を適法性判断に持ち込むことによって、適

法性判断の軟化をもたらし、アメリカ法がたどったと同様の軌跡をわが国の適法性をめぐる議論がたどらないという保障はない。違法な国家権力の行使を拒絶する自由を売り渡すかわりに得られた「秩序」に、どれほどの価値があるか。文明社会は、死の静寂に縛られた社会であってはならない。たとえどのように法的機構が整備されようとも、個人はこの法的機構によって完全に管理しつくされるものではない。まして、自ら法に違反しておきながら、管理された手続ののりによって抗議しなかったというだけの理由で、個人を処罰する権限を国家は持っていないし、これからも持つてはならない。このことを再確認する意味においても、要保護性という非類型的な判断枠組みには解消されない、いわば硬い職務行為の適法性の意義をあらためて強調しておかなければならないのである。

* 本稿は、「公務執行妨害罪の研究・その二」の第五章部分にあたる。

(1) 拙稿「公務執行妨害罪の研究——その二 わが国における公務執行妨害罪規定の諸問題——」法学研究10、二三三頁以下。

(2) 小野清一郎・刑法講義・各論(一九二八年)二二頁、吉田常次郎「公務執行妨害罪に於ける職務行為の適法性」法曹会雑誌九卷二号四頁。

(3) 小野・前掲書二二頁。

(4) 莊子邦雄「公務執行妨害罪における職務行為の適法性」小野博士還暦記念・刑事法学の基本問題(下)(一九五八年)七八九頁。

(5) 藤木英雄「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六頁。

(6) 前掲拙稿三八六頁。

(7) 前掲拙稿二六七頁。

(8) 前掲拙稿二六九頁注(13)。

(9) なお、ドイツ刑法一一三条の改正(一九七〇年)の経過の中にも、同様の問題があり、興味深いのであるが、この改正によって変化したのは、職務行為の適法性の内容それ自体ではなく、その錯誤の取り扱いであるから、これについては、別の機

会に検討するところとした。

- (10) Blackstone's Commentaries, Book IV, Ch. X, Chase's Book IV, Ch. VIII, 1884, p. 901.
- (11) Chevigny, *The Right to Resist an Unlawful Arrest*, 78 *Yale Law Journal* 1128, 1129.
- (12) 2LD, *Raym.* 1296, 92 *Eng. Rep.* 349.
- (13) *ホットット* すむに一六六六年のホブキン・ノット事件 (Hopkin Huggett's Case, 1 *Kelying* 59, 84 *Eng. Rep.* 1082) における多数意見は、「三人の男によつて不当に (unduly) 逮捕され、または自由を抑圧されたとするならば、……それは全イギリス人に対するプロヴォケーションであり、その者の友人だけではなく赤の他人 (strangers) も、共通のヒーローニティのために、その者を救うことができる」と述べていた。しかし、これには、本人が救助を求めていないのに、第三者が勝手に救助することは、プロヴォケーションにあたらないとする少数意見が対立していた。そのため、この判例の評価については、一七一〇年判例の先例としての価値を認める見解 (Chevigny, *ibid.* 1129) と、むしろホブキン・ノット事件は不法逮捕に対する抵抗権を否定した判例であつて、トウリー事件判例はそれをくつがえしたと評価する見解 (Notes and Comments, *Criminal Law: The Right to Resist an Unlawful Arrest: An Out-Dated Concept?*, 3 *Tulsa Law Journal* 44) とに分かれてゐる。
- (14) Chevigny, *ibid.* 1137.
- (15) *Rex v. Ford*, 168 *Eng. Rep.* 828 (K. B. 1817); *Rex v. Thompson*, 168 *Eng. Rep.* 1193 (K. B. 1825); *Rex v. Curvan*, 168 *Eng. Rep.* 1213 (K. B. 1826) etc. *ノックス判例* として、U. S. v. Goore, 25 *F. Cas.* 1381 (No. 15, 240) (1834); *John Bad Elk v. U. S.*, 177 *U. S.* 529, 537 (1900); *U. S. v. Di Re*, 332 *U. S.* 581, 594 (1948) etc. cf. Chevigny, *ibid.* 1132; *Notes and Comments*, 3 *Tulsa L. J.* 43, 44.
- (16) 統一逮捕法について、Warner, *The Uniform Arrest Act*, 28 *Virginia Law Review* 315 参照。
- (17) 統一逮捕法の立案責任者であつたワーナー (Sam B. Warner) は、違法逮捕に対する抵抗を禁じる理由について、次のように説明してゐる。

「逮捕法が展開されたころは、公安職員による逮捕に対する抵抗が今日のように深刻な危険を惹き起こさなかった。巡查や夜警はこん棒や剣で武装してただけであり、逮捕されようとしている者は自身の武器でこれを防ぎ、首尾よく逃げる事ができたであろう。今日では、どの公安職員もピストルで武装しており、たとえ強力な抵抗にあおうとも、逮捕を思いとどまってはならないという命令を受けている。従って、通常は、公安職員が射ってくるより早く彼を射つことによってのみ、抵抗を成功させることができる。」(ibid., 330)そして、罪を犯していない人間は、通常は銃を持っていないだろうし、抵抗しても成功しないであろうから、「公安職員による違法な逮捕に抵抗する権利は、社会の敵によってのみ行使されるのであって、このような権利は現代のような状況のもとでは存在すべきではない。」(ibid., p. 331)

(18) Notes and Comments, 3 Tulsa L. J. 49 によると、「統一逮捕法五条は、違法逮捕に抵抗する権利対逮捕し抵抗を排除する義務という現存の不平常な状態を終らせるために立法されたはずである」(傍点筆者)ということになる。

(19) New Hampshire Rev. Stat. Ann. 594: 5 (1955); Delaware Code Ann. Tit. 11 § 1905 (1953); Rhode Island Gen. Laws Ann. § 12-7-10 (1956); California Penal Code § 834 a (1957).

(20) たとえば、カリフォルニア刑法は、この時点では、「公安職員によって逮捕されようとしていることを知り、または、合理的な注意を行なうことによって、そのことを知るべきであった場合には、有形力または武器を用いてかような逮捕に抵抗することをとどまるべき義務がある」(八三四条 a)とはしていたが、これ以上に公務執行者に対する正当防衛を制限し、逮捕抵抗罪の規定を厳しいものにするということはなかった。もっとも、ワーナーは、統一逮捕法の規定によって、違法逮捕に抵抗する行為は違法となるので、謀殺罪等の起訴において抵抗が適法であったという抗弁は主張しえないと解していた(ibid., p. 331)。また、カリフォルニア州控訴裁判所は、カリフォルニア刑法八三四条 a 項について、同様の見解を採用して、被告人側の抗弁を斥けた(People v. Burns [1961] 198 Cal. App. 2d Supp. 839, 18 Cal. Repr. 921)。

(21) Fed. Cas. No. 18286.

(22) 268 F. 468.

(23) Model Penal Code, Tentative Draft no. 8 (1958), p. 19.

- (24) Smith-Hurd Illinois Ann. Stat. Chap. 38 § 7-7 (a) (1961), Committee Comments, p. 422.
- (25) New York Penal Laws § 35. 27 (Mackinney Supp. 1968) 「何人も、逮捕が公安職員によって行なわれ、または企てられやうとしており、その者が公安職員であることが合理的に認識される場合には、逮捕の当・不当にかかわらず (whether authorized or unauthorized) 物理力を行使して逮捕に抵抗することは許されない」
- (26) 1969 Session Laws of Kansas, Chap. 180 § 21-3217 「何人も、逮捕が法執行官によってまたは法執行官により逮捕すべく命ぜられた私人によって行なわれようとしてゐることを知っている場合には、たとえ被逮捕者が逮捕は違法であると信じていたとしても、力を用いて逮捕に抵抗することを正当化されぬ」
- (27) Connecticut Gen. Stat. Ann. Tit. 53a, Chap. 951 § 53a-23 「何人も、公安職員であることが合理的に認識しうる者によつてなされた逮捕に対しては、このような逮捕の適法、違法にかかわらず、物理力をもって抵抗することを正当化されぬ」
- (28) District of Columbia Code Encyclopedia, Tit 22, § 505 (a) 「逮捕が、法執行官であると信じてゐるに足る理由のある者によつてなされる場合には、その適法か否かにかかわらず、力を使用してこれに抵抗することは、違法阻却事由にも責任阻却事由にも該当しない。」
- (29) Working Papers of the National Commission on Reform of Federal Criminal Laws, 1970, p. 264.
- (30) Working Papers, p. 264 no.**
- (31) 450 P. 2d 33 (Supreme Court of California, 1969)
- (32) 450 P. 2d 38, 39.
- (33) The State of Utah v. Bradshaw, 541 P. 2d 800 (Supreme Court of Utah, 1975)
- (34) 214 A. 2d 428, 435, 436 (Superior Court of New Jersey, 1965). なお、このケースでは、裁判所は判例の不遡及的変更を行なつてゐる。したがつて、この判例は、具体的事案の解決を目指したのではなく、将来にむかつて普通法の原則を變更することを宣言することを目的としてゐる。

- (52) 132 So. 2d 312 (District Court of Appeal of Florida, 1961)
- (53) *People v. Burns*, 18 Cal. Rptr. 921 (Appellate Department of the Superior Court, 1961); *State v. Winsett*, 205 A. 2d 510 (Superior Court of Delaware, 1964)
- (54) *Miller v. State*, 462 P. 2d 421 (Alaska, 1969)
- (55) 311 N. E. 2d 619.
- (56) 373 F. 2d 241, 246 n. (2d Cir. 1967)
- (57) 509 F. 2d 961, 963 (D. C. Cir. 1975)
- (58) 542 F. 2d 230, 233 (5th Cir. 1976)
- (59) 47 F. 2d 681 (5th Cir. 1931)
- (60) *People v. Burns*, 18 Cal. Rptr. 921, 922.
- (61) *Miller v. State*, 462 P. 2d 421.
- (62) *State v. Koonce*, 214 A. 2d 428.
- (63) *Miller v. State*, 462 P. 2d 421.
- (64) *People v. Burns*, 18 Cal. Rptr. 921, 923.
- (65) 3 Tulsa L. J. 49.
- (66) 政大法律學系現代法律學系 Modern Status of Rules as to Right to Forcefully Resist Illegal Arrest, 44 ALR 3d 1073, 1082; *Chevigny, ibid.* pp. 1134 參照。
- (67) *Chevigny, ibid.* 1150.
- (68) 433 P. 2d 75 (Ariz App. 1967)
- (69) *Chevigny, ibid.* 1148 n. 82.
- (70) *cf. Model Penal Code § 3.04, Tentative Draft no. 8, p. 18; Working Papers of the National Commission on*

Reform of Federal Criminal Laws, p. 264. なお、判例として、Ann Right to Resist Excessive Force used in Accomplishing Lawful Arrest, 77 ALR 3d 281 参照。

(54) People v. Curtis, 450 P. 2d 37 「カリフォルニア刑法八三四条a項は、精々のところ、不法逮捕に対する普通法上の抗弁を排除することを意味していたのであって、このような抵抗を新しい実質的犯罪とすることを意味していたわけではな
く。」

第二章 適法性の意味・内容

一 法規適合性と合法性

ドイツ刑法一一三条一項(一九七〇年改正前)には、別稿のような経過で職務行為の適法性(Rechtmässigkeit)が明記されるに至ったわけであるが、その立法直後には、適法(rechtmässig)≡合法性(Gesetzsmässig)としている見解が多く見られた。そして、この見解に立つ論者は、職務行為が適法であるためには、形式的条件が備わっていればよいのであって、実質的な条件の具備を必要としないとしていた。たとえば、ジョン(John)は、職務行為の「合法性(Gesetzsmässigkeit)」と「正当性(Richtigkeit)」とを区別して、ドイツ刑法一一三条の罪の成立には前者をもって足り、「合法性」すなわち「適法性(Zulässigkeit)」の法律上の条件になってはいる限りでのみ、職務行為の実質的内容に立ち入って判断することができる⁽²⁾としていた。ヒラー(Hiller)も、rechtmässigという表現が「合法性規性」という表現よりも広いことは否定できないとしながらも、立法過程ではすべての者が職務行為の形式的条件のみを問題にしていたとして、実質的正当性あるいは具体的な法的根拠、必要性、合目的性というような職務行為の実質的条件の吟味は適法性判断には不要であると論じた。「官憲の行為の実質的条件の吟味は、処分する官署の側の判

断事項に属し、その処分を受ける者には許されない⁽⁴⁾」というのが、その理由である。

しかし、ドイツ刑法一一三条の制定過程においては、それまで議論の対象となっていた *gesetzmässig* にかえて、*wachwachsen* *rechtmässig* という用語を用いて、以上、*rechtmässig* = *gesetzmässig* であるという論は立ちにくく、この点を手続的適法・不適法 (*Zulässigkeit*, *Unzulässigkeit*) と合法・違法 (*Rechtmässigkeit*, *Rechtswidrigkeit*) の別として説いたのがベールンクである。

ベールンクによると、訴訟行為の適法・不適法は、訴訟法上定められた一定の内容・形式・条件に従って決定される⁽⁵⁾。被告人が現実⁽⁶⁾に罪を犯しているか否か、あるいは、被告人の行為が可罰的なものであるか否かは、行為の適法性に影響を及ぼさない。これに対して、合法・違法は、「法秩序の意味における行為についての価値判断の表現」である。「全体としての実定法の創設者である意思の担い手の見地において、考えられなければならない。……従って、行為が合法か違法かは、法全体の観点から判断される。」ここに法全体とは、個々の部分法の寄せ集めではない。個々の部分法の部分的性格を超える全体的考察方法が必要であり、これは、厳密には一般法学に属する事柄である⁽⁸⁾。「違法な行為は、たとえ訴訟上適法であっても、官吏はこれを行なってはならない。このような行為を懈怠しても、その責を問われることはないが、逆にこれを行なえば、それは合法的な公務ではなく、これに対する抵抗は、刑法一一三条の罪を構成しない。」

わが国においても、古くは、形式上の適法性と実質上の適法性とを区別して、刑法九五条の罪の成立のためには、公務員の行為が形式上適法であれば足りるとする見解があった⁽¹⁰⁾。ところが、戦後は、ベールンクの見解によって、形式的な適法・不適法と合法・違法とを区別し、職務行為の適法性は合法性としての見地から、すなわち法秩序全体の見地から判断されるべきであると主張されるようになった⁽¹¹⁾。

適法・不適法と合法・違法とを区別し、職務行為の適法性は後者の問題であるとする主張には、二つの側面が含まれている。一つは、手続的に適法であっても、職務行為の適法性判断においては、違法とされることがあるという側面であり、もう一つは、手続的に不適法であっても、合法な場合があるという側面である。ペーリンクは前者の側面をも指摘したが、ドイツにおいてもわが国においても、この面はむしろ「実質的正当性」との区別ということで無視され、後者の側面の方が強調されている。たとえば、団藤重光氏は、適法・不適法、有効・無効、合法・違法という三つの観念を区別する必要があるとするが、その説明として述べられているのは、不適法な行為であっても、それが効力に関係のない軽微な方式違反に過ぎない場合には、刑法的に保護される必要があるということだけである。⁽¹²⁾しかし、これだけのことであるならば、従来の通説とかわりがないのであって、あえて合法性という観念を持ち出すまでのことはない。せいぜい、「用語上の混乱を避ける」という意味を持つに過ぎない。いや、それどころか、これを一般化すると、違法な職務行為であっても、刑法上保護に値するという論理によって、適法性の意義を失わしめる危険性さえ持っている。⁽¹³⁾

軽微な不適法は合法であるという論理それ自体検討を要するところであるが、その検討は別の機会にまわすとして、ここでは、通説があえて無視してきたところの合法性のもう一つの意義、すなわち、手続的に適法であっても、合法ではない場合があるという側面に焦点を絞って検討を加えてみよう。

二 実体的条件の欠如と適法性

一 まず、問題となるのは、誤認逮捕や誤判の執行のように、執行行為それ自体は手続に合致しているが、逮捕や判決の前提となる実体的条件が欠けている場合である。これは、さらに、現行犯逮捕のように公務執行者自身の判断

に基づく行為と、逮捕状による逮捕や判決の執行のように裁判官の判断した事柄の執行という性格を持つ行為とに分けられる。わが国では、主として前者（の場合）を対象として議論が展開されている。後者（の場合）は、むしろ実質的正当性の問題であるとして、適法性の範疇にはなじまない問題とされている感があるが、訴訟法と実体法との衝突が最も端的に生ずるのは、実はこの後者（の場合）においてである。この点は、後に論ずるとして、前者、すなわち、現行犯人でない者の現行犯逮捕の適法性という問題から検討してみよう。

この問題は、適法性の判断基準との関連で論じられており、純客観説とその他の説との対立点としてしばしば例に出される。例えば、深夜、A家の扉をよじ登って邸内にはいろうとしている男を認めた警察官が、その男を住居侵入の現行犯として逮捕しようとしたところ、男は逮捕に抵抗して警察官を殴打したが、実はその男は帰宅の遅くなったA家の主人であったという事例を想定してみよう。この場合、男は自分の家にはいろうとしていたのであるから、客観的には不法に住居に侵入する者ではない。しかし、行為当時の状況に基づいて判断すると、住居侵入の現行犯であると認めた警察官の判断は、無理からぬところがある。このように、右の事例では、事後的に判明した事実も含めて、行為当時存在したすべての事実を基礎に適法性を判断する純客観説による以外は、警察官の逮捕行為は適法であり、これに抵抗する行為は公務執行妨害罪を構成するということになる。この立場によると、実際は、住居侵入の犯人ではないという事実は、実質的不当性に影響を与えることがあっても、適法性判断には影響を与えない。

しかし、現行犯逮捕が、現に罪を行なっているか、行ない終った者を逮捕することであるとすれば、警察官の判断は結局は誤っていたのであり、訴訟法的にも現行犯逮捕の要件を欠いた不適法なものであるということになる。この場合には、訴訟法上の適法・不適法の判断と実体的判断とが一致する。これに対して、刑訴二一二条にいう「現行犯人」とは、純客観的に現行犯人であることまでを必要としているわけではなく、現行犯人であることの相当の疑

いがあればよいとする見解がある⁽¹⁴⁾。この見解からするならば、実体的には現に罪を犯した者でなくても訴訟法上現行犯人とされる場合もあるのは当然であって、犯人ではないという主張は正当性の主張であるに過ぎない。しかし、事を刑訴二二条一項の解釈の問題に限ったとしても、(1)現行犯逮捕が令状主義の例外とされている理由は、現行犯人であることが明らかであって、令状なしでも人権侵害の危険性がないと認められるところにあること、(2)通常逮捕や緊急逮捕については、相当な理由や十分な理由で足りるとされているが、刑訴二二条一項は、「現に罪を行い、又は現に罪を行い終った者を現行犯人とする」と規定するのみであること、(3)現行犯人の「疑い」を類型化しているのは、同条二項の準現行犯規定であること、などを考えると、刑訴二二条一項の現行犯人を「……現に罪を行い終ったと認められる者」と解する余地はないようである。

ただし、このような解釈を採るにしても、現行犯逮捕するか否かが第一次的には警察官の判断にかかっているという事実は否定できない。そして、ドイツの通説・判例は、このような場合には、公務員が義務に適合した裁量 (*pflichtmäßiges Ermessen*) の結果達した結論が客観的には誤ったものであったとしても、職務行為の適法性は否定されないとしている⁽¹⁵⁾。わが国でも、「法が公務員に裁量処分を認めている場合に、事後の判断によれば、或は錯誤があったとい得るような場合でも、なお客観説の立場からこれを適法と解すべき場合のあることである。たとえば、巡査の現行犯逮捕の場合を考えると、それが適法であるかどうかは逮捕当時の状況を基準として、現行犯逮捕について用うべき注意義務を尽したとして、それが現行犯と認めらるべきものであったかどうかによって決定せらるべきであって、たとえ事後の判断において被逮捕者が犯人でないことが判ったとしても逮捕の適法性には何等影響はないものといわねばならない⁽¹⁶⁾」という見解が唱えられている。

しかし、この見解がもし現行犯人の要件について「現に罪を行い、または行い終った者」に限られるという解釈を

採ったうえで、なおその場合でも義務適合的判断であればよいというのであれば、これをしも客観説と呼ぶことには問題がある。また、この見解が刑訴二二条一項の解釈論としても展開されているということになると、既述のような批判が加えられることになる。

さらに、義務適合的裁量という観念自体、はなはだ問題の多いものである。ドイツでもこの観念を用いることには根強い反対があり、わが国では、莊子邦雄氏が、「国家と個人の利益較量をあくまでも客観的に吟味すべき『適法性』の問題につき、このような義務適合性という契機を持ち出すことは、個人的利益を不当に評価する可能性を生むのではあるまいか」とし、「たとえ裁量権の範囲内に属していたとしても、リスト・シュミットの述べるように『客観的に不当』であれば、適法でない」としている¹⁸⁾。

「職務の適法な行使とは、義務に適合した行使である」という主張が最初に見られるのは、ボルツェ (Bohle) の一八七五年の論文¹⁹⁾においてである。この中でボルツェは、職務行為の適法性が「国民に対する統一的な国家権力の関係から判断されるのではなく、官吏とその職務の見地からのみ判断される」とし、「官吏とその職務との関係を適法性の基準とする限り、一定の主観的要因の評価は免れ得ない。官吏があらゆる注意を尽くして自己の職務を遂行した場合には、彼はその職務を適法に遂行したというべきである。その意味において、職務の適法な遂行とは、義務に適合した遂行のことである」とした²⁰⁾。このように、「義務に適合した裁量」の観念は、適法性の判断を全体としての国家権力においてではなく、これと切り離された執行公務員の行為という点だけに限定して行なおうとするところから発している。したがって、「全体としての実定法の創設者である意思の担い手の見地において」判断される合法性の観点からするならば、「義務に適合した裁量」の観念は本来は排斥されなければならないはずのものである。まさにそうした意味において、合法性を問題とする立場からは、『客観的に不当』であれば、適法でない」と主張されるべきも

のである。

再び現行犯逮捕の問題に限定して事を論じてみよう。逮捕者の立場に立って見るならば、真实现行犯人である者以外を逮捕してはならないというのは、はなはだ難しい注文である。真实现行犯人であるか否かは事後的にしか判明しないことである。このような事後的判断を基礎にして逮捕の適法性を論じるのは、逮捕者に不可能を要求することであり、現行犯逮捕の円滑な運用を阻害する。これが現行犯逮捕の適法性を純客観的に定めようとする見解に対する反対論の骨子であろう。逮捕する者の側から見る限り、なるほどもっともな論理である。しかし、現行犯人でもないのに逮捕される者の立場はここには考慮されていない。逮捕されようとする者にとっては、自らに何らの理由もなく身体の拘束を受けることになる。たとえ、当時の事情において逮捕者がその者を現行犯人と認定したことに相当の理由があったとしても、そうしたことは、客観的な不当拘束という事態になんら変化を加えるものではない。被逮捕者の側からするならば、このような不当な取扱いを甘受しなければならぬという注文ほど、受け入れ難いものはないのである。

この立場に立つならば、無断で乗用していた自転車を手で押して歩いていたところを巡査に誰何され、自転車を置いて逃走したところ、追跡してきた巡査に逮捕されようとしたので抵抗したという事案につき、後に使用窃盗として無罪の判決があったという場合（大判大正一五年八月二六日評諭一六刑訴三九の事案）も、結局、現行犯ではなかったということになるのであるから、公務執行妨害罪不成立という結論に到達するはずである。ところが、この立場に立っているとされる荘子氏は、「無断乗用していたのだから現行犯「である」と認めることは不当とはいえない。従って、現行犯逮捕行為の適法性は無罪の判決がだからといって直ちに影響を受けるわけではない」として⁽²²⁾いる。しかし、これでは、外見上現行犯であればよいとしているので、行為時の状況を基準とする見解と異なることに

なるのではないかと思われる。

二 逮捕状による逮捕の場合には、(1)裁判官の判断事項の執行という形をとる点、(2)法文自体が「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があると認めるとき」(刑訴一九九条二項)としている点において、現行犯逮捕の場合といささか違った検討が必要となる。

逮捕状によって逮捕された者が結果的には無罪であったという場合の逮捕の適法性判断は、次の三つのレベルで問題になり得る。すなわち、専ら令状執行手続の適法性だけを問題にするか、令状を發布する裁判官の令状發布時の判断まで考慮に入れるか、それとも、結果的に無罪であったという事実をも考慮に入れるかである。専ら令状執行手続の適法性だけを問題にするという考えは、上官の拘束的命令の執行の問題についての執行行為基準説と共通の基盤に立っている。もっとも、通常逮捕については、逮捕状を發布する裁判官とこれを執行する検察官、司法警察職員の間には、必ずしも上命下服の関係はなく、また、逮捕状の性格についても、これを命令状と解するか許可状と解するか説が分かれている。逮捕状を許可状と見るならば、これを執行するか否かは、執行官憲の判断にゆだねられるので、拘束的命令の執行という性格は薄くなり、問題は現行犯逮捕の場合に似かよってくる。しかし、なお、裁判官の判断が先行し、その執行という性格を持つ以上、上官の拘束的命令の執行と共通の問題を持っていると考えることができよう。違法な拘束的命令の執行の問題は古くから論じられてきた。議論は大きく二つにわかれる。一つは、拘束的命令はその拘束性によって、その執行行為を適法にするとの論である。⁽²³⁾二つは、拘束的命令が違法な内容をもっている場合には、命令と執行は一体のものとして、その全体が違法なものになるという論である。⁽²⁴⁾前者は、①上官の命令を執行する官吏には、命令に服従すべき義務があり、その内容の当・不当を論じる権限を与えられていないこと、②それにもかかわらず、命令の不当性を理由として執行行為に対する抵抗を許すとすれば、執行官吏は進退両難におちいるこ

となること、③このような場合には、執行行為はそれ自身が適法要件を具備している限りにおいて、命令の当・不当にかかわらず保護されなければならないと論じる。⁽²⁵⁾しかし、この論の前提となっている違法命令の拘束力という点が、まず問題となる。一般的に上命下服の関係が肯定されるような場合であっても、違法な内容をもつ命令にまで、執行官吏は服従義務を有するとすべきであろうか。M・E・マイヤーが指摘するように、同時に違法かつ拘束的な命令というのは、「明白な矛盾的形象」である。⁽²⁶⁾旧憲法的な「天皇の官吏」という感覚下であるならば、法律による行政が高調され、特別権力関係論さえ見直しが叫ばれている現今にあっては、行政機構内部にあっては、右のような盲目的服従義務は否定されるのが妥当である。すなわち、執行官吏は、命令が合法的な内容を有する限りにおいて、その命令を執行する義務を負うと解するのが、法治主義の建前に最も適合する解釈である。もっとも、これに対しては、違法なことが一見して明らかな場合には、その命令には拘束力がないと考えるべきであるが、そうでない場合には、適法性の推定がはたらし、執行官吏の一個の判断によって命令の執行を拒むことができないという論がある。⁽²⁷⁾しかし、何をもって一見して明らかな違法と見るかは、それ自体争いのあり得るところである。この点についても最終的には裁判所の判断を待たなければならない。そうしてみると、一般的に違法命令の拘束力を否定したことによって生ずる公務の円滑な運営の阻害という不都合は、違法が一見して明らかの場合にだけ拘束力を否定することでも避けることはできない。そもそも、「全体の奉仕者」としての公務員の性格からするならば、自らが違法と判断する命令を盲目的に執行することによって、国民の権利が侵害される虞れがある場合には、その違法性・不当性を国民の前に明らかにする義務があるとも言い得るのである。いずれにしても、執行官吏といえども違法命令に服従すべき義務はないと解すべきである。

それでは、対私人との関係においてはどうかであろうか。違法命令にその執行者を拘束する力さえもないとすれば、

まして私人がこれに服従しなればならないわけではない。執行行為が形式的に適法要件を具備しているとしても、これによって違法な内容のものが合法なものに転化するという論理は認められない。仮に、一定の場合には執行者の違法命令に対する服従義務を認めるべきであるとしても、この服従義務をそのまま私人にまで押し及ぼすことはできない。この場合には、命令行為と執行行為とを別々のものとして判断するのではなく、両者は国家機関として一体のものとしてその合法性・適法性が論じられるべきである。執行者は命令者の手足となって動くいわば道具的存在であって、職務行為の合法性は、この道具としての執行者ではなく、命令者の段階で判断されなければならない。かくして、違法命令の執行に対しては、たとえ執行行為そのものには何の瑕疵がない場合であっても、私人はこれに服従する義務はなく、抵抗しても公務執行妨害罪を構成することはないのである。

これを逮捕令状の執行の場合にあてはめて考えるとすれば、逮捕令状を發布する裁判官の判断に違法な点がある場合には、たとえ令状執行手続自体に違法な点がなくとも、全体として違法となることになる。問題は、結果的に無罪と判断された者を「罪を犯したと疑うに足りる相当な理由」ありとした裁判官の判断に違法な点があったかである。この点については、国家賠償法上、次のような議論がある。

無罪確定と逮捕・勾留・起訴の違法性の問題についての国家賠償法一条の解釈をめぐる議論は、大きく、結果違法説と職務行為基準説とに分かれる。⁽²⁸⁾前者は、無罪確定によってそれまでの手続は結果的に妥当でなかったことになりしたがって、起訴前の逮捕・勾留・起訴等は国家賠償法上は違法となるというものである。⁽²⁹⁾東京地裁昭和四四年三月一日判決(判時五五二号三頁)は、下級審で有罪、上級審で無罪になった場合の下級審における有罪判決についてであるが、次のように判断し、この立場を表明している。

「訴訟は本来仮説的性格をもつから、訴訟上はともかくとして、国家賠償法上裁判官の裁判が違法であるとの評価

は、全訴訟手続を事後的にみて、当該裁判が結局客観的に正当性を有しない（国家は無罪たるべき者に対し有罪判決をする権利はない）ことを意味するから、上級審において無罪とされ、その判決が確定した以上、国家賠償法上は、これに反する下級審の有罪判決はいづれも違法であると解するのが相当であるといふべきである。」

ただし、原則的には結果違法という立場に立ちながらも、逮捕、勾留等の手続が客観的に合理的根拠を有することを国が立証した場合には、逮捕、勾留等は合理性、正当性を取得し、違法性を阻却するとする説もある⁽³⁰⁾。この説は、具体的事案の解決では職務行為為基準説と大差のない結論に達することにならう。

職務行為為基準説は、当該職務行為時における判断に合理的根拠があったか否かによって違法性を決定するというもので、通説・判例の採る見解である。最高裁昭和五三年一〇月二〇日判決は、次のように言う。

「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない。ただし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりには適法であり、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求めようとする意思表示にはかならないのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが相当であるからである。」

右の結果違法説と職務行為為基準説の対立は、公務執行妨害罪の適法性に関する純客観説と行為時基準説との対立に匹敵する。違法な国家作用に対する事後的救済手段である国家賠償法上の議論においてさえ、職務行為為基準説が通説・判例を形成しているという事態は、公務執行妨害罪の適法性に関しても行為時基準説に有利な材料であるかも知

れない。まして、逮捕状による逮捕の場合には、法文自体が「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」をもって足りるとしている。ますます実際は無罪であったという事実をこの場合の適法性判断において考慮する余地はないようである。行為時基準説の論者からは、純客観説といえどもそこまでは主張しないであろうという指摘が行なわれる⁽³¹⁾し、事実、純客観説の論者も、現行犯逮捕の場合と違って、通常逮捕の場合には、実罪を犯した者であるか否かによって逮捕の適法性が左右されると主張することには踏み切れないようである。

しかし、現行犯逮捕と通常逮捕とで取り扱いを別にするに、はたして合理性があるであろうか。たしかに、訴訟法上の要件という点では、両者に差がある。逮捕時に被疑者が罪を犯したと疑うに足りる相当な理由があり、かつ、逮捕の必要性があるならば、通常逮捕する訴訟上の要件は具備している。したがって、このような状況下で通常逮捕を行なう逮捕官憲には、少なくとも職務義務違反はない。公務員の職務義務違反という点に公務執行の違法性の実質を見る見解が、逮捕時に通常逮捕の訴訟上の要件を具備している限り、逮捕の適法性に欠けるところがないとするのは当然である。国家賠償法上の職務行為基準説と公務執行妨害罪における適法性に関する行為時基準説とが、結果的に無罪であるという事実を考慮に入れないのは、それなりに論理的な一貫性がある。しかし、「義務に適合した裁量」の観念を批判し、『客観的に不当』であれば、適法でない」とする見解からは、逮捕状によるものであれ、無実の者が身柄を拘束されるという、まさに「客観的に不当」な事態が生じているのに、一応法規に従った拘束であるとして、すなわち、職務義務違反のない拘束であるとして、これを適法（合法）であるとすると論理は出てこないのではないか。この立場が強く排斥する「義務に適合した裁量」の観念が問題になる領域は、ドイツにおいては、例えば、「有力な容疑があること」を要件として警察官による現行犯逮捕を許しているドイツ刑訴一二七条二項の場合である⁽³²⁾ことを思うならば、わが国においては、通常逮捕についても、「義務に適合した裁量」の観念は排斥されるのが、論理の筋道

であろう。すなわち、国家賠償法上の議論における結果違法説と同様の結論が、現行犯逮捕の場合のみならず、通常逮捕の場合にも承認されてこそ、真の意味における客観説であり、合法性から区別される合法性の立場と言い得るであろう。

右のように客観説を徹底することに対しては、種々の反論が予想される。まず、国家賠償法が事後救済の手段に関する法である点を強調して、そこにおける議論を公務執行の現場における即座の判断が要求される公務執行妨害罪の適法性の議論にそのまま持ち込むことはできないという反論が考えられる。これは、無罪が確定するまで公務執行妨害罪の成否が決定されないというのは、はなはだ不都合であるという反論に通じている。しかし、国家の賠償責任の有無の問題と公務執行妨害罪という犯罪の成否の問題との比較においては、むしろ後者においてこそ、適法性要件は厳格でなければならぬとも言い得るのである。もちろん、無罪が確定するまで当該逮捕行為の適法性が決定されず、したがって公務執行妨害罪の成否が決まらないというようなものではない。むしろ、問題のあらわれ方は、裁判官は、逮捕の根拠となった犯罪について無罪ということを知りながら（あるいは、そうした心証を持ちながら）、その逮捕に抵抗したことを理由として、被告人を公務執行妨害罪に問擬することが許されるかという形になるのである。したがって、公務執行妨害罪の成否の判断を無罪確定まで待つ必要は、まったくないのである。

無罪ならば逮捕に抵抗してもよいということになると、訴訟法上決められた逮捕の要件が意味をなさないことになり、逮捕令状の執行ははなはだ円滑さを欠くことになるから、訴訟法上の要件を具備している限り、これに対する抵抗は許されないのが当然であるという反論についてはどうであろうか。たしかに、逮捕が訴訟法上の要件を具備するものである限りは、訴訟法上はこれに従うべきである。したがって、訴訟法上の要件を具備した逮捕に抵抗することは、訴訟法上の制裁の対象となるという場合には、無実の者であっても制裁を甘受しなければならぬであろう。し

かし、事は実体法上の犯罪となるか否かである。逮捕時には訴訟法上の要件を具備していたとしても、被逮捕者が罪を犯していなかったという事実からするならば、「罪を犯したと疑うに足りる相当な理由」があるとした判断は、結果的には誤りであったということになる。一方では、このような客観的誤りを指摘されながら、なお逮捕は違法でないとして、これに対する抵抗を犯罪行為とすることは、はたして妥当なことであろうか。

ここで、前節に示したカリフォルニア最高裁判所のカーティス事件判決を想起してみよう。違法な逮捕に抵抗する行為をそれ自体として犯罪類型にすることを否定するということと、違法な逮捕に対する正当防衛を認めるといふことは、似て非なることである。無実である者に対する逮捕を違法であるとして、その妨害を公務執行妨害罪の対象から除いたからといって、直ちにあらゆる面でその妨害行為が正当化されるわけではない。抵抗がやむを得ないものでない限りは、逮捕官憲に対する暴行罪等が成立するかも知れないのである。国家が結果的には不当拘束という事態をひきおこしておきながら、それはそれとして、逮捕に抵抗した行為だけを切り離して国家法益を侵害したと評価することはできないと言っているに過ぎない。一応訴訟法上の要件を具備した逮捕である以上、暴行という手段で抵抗するのは妥当ではないと言い得るかも知れない。しかし、こうした手段の違法性が問題となるのは、正当防衛の成否の領域においてであって、公務執行妨害罪の職務行為の適法性の領域においてではない。抵抗手段が不当であったという事実は、本来違法な職務行為を合法なものに転化するものではないのである。

実は、行為時基準説（職務行為基準説）と純客観説（結果違法説）の対立は、違法論における行為無価値論と結果無価値論との対立に共通のものがある。この点は、また後に問題とすることにしよう。

三 最後に、無実の者に対する有罪判決、いわゆる不当判決の執行の適法性（合法性）の問題に触れておこう。この問題は、判決の実体的確定力の本質論とからむはなはだ厄介な問題として古くから論じられてきた。実体的確定力

の本質に関する実体法説によれば、判決によって実体関係そのものが形成されるから、そもそも不当判決というような問題は生じないことになる。しかし、訴訟と実体との齟齬という問題にまったく眼をつぶり、判決は実体法そのものを創設する点に基本的な問題点があり、現在では実体法説を採用する論者は皆無と言ってよい。

具体的法規説の場合には、確定判決によって具体的な法規範が形成されるとするが、これが真実の実体関係とく違ふところのあることは認める。その意味において、不当判決の問題はこの説では依然として残っている。ただし、不当判決もその既判力の内容としての裁判執行の基準性を失わないのであるから、これに対して正当防衛をもって対抗することは許されず、ただ再審等の法的救済手段によって覆えす以外にないとする。

訴訟法説⁽³³⁾は、既判力の実質を事後の裁判に対する拘束性に求め、いかなる意味においても裁判の法形成力を認めないのであるから、この説にあっては、訴訟外の実体関係は不当判決によって影響を受けることがない。したがって、この立場では、確定力は実体的法関係とは無関係に生じ、不当判決も確定力を持つが、その執行は実体的法関係と矛盾し、違法である。しかし、不当判決の執行に対して実力をもって抵抗することが許されるかという問題になると、この立場に立つ論者も結局はこれを否定する⁽³⁴⁾。

このように、実体的確定力の本質論についてどのような説に立とうとも、不当判決の執行に対して実力をもって抵抗することを認めない点においては一致している。そこで、「問題は専ら誤判の執行権限の説明にすぎない⁽³⁵⁾」と言われ、そうであるならば、不当判決の執行を違法としたうえでこれに対する抵抗を認めない訴訟法説よりも、当初から不当判決を実体法的にも適法であることを認め、その効果として執行力が生じるとする具体的法規説の方が合理性があるという論も⁽³⁶⁾登場してくるのである。しかし、具体的法規説にあっては、誤判の執行が実体法的考察においては少なくとも「不当」であることは認めるのであって、この「不当」なものが違法ではないとするのは、結局は、ニーゼ

の言う「違法状態を適法なものに転化する努力」⁽³⁷⁾の一つにすぎない。この努力がはたして成功しているか否かは、なお味の要することである。

「違法状態を適法なものに転化する努力」には、古くは、ヘルヴィッヒのように、不当判決の執行は、実体的請求の基礎がないという点において私法的には違法であるが、国家に対する公法的な執行請求が私法的請求権とは独立した抽象的原因としての執行権限に依存している点において、公法的には適法であるとする見解があった。⁽³⁸⁾しかし、これは、同一の行為が同時に適法かつ違法ということはありえないというゴールドシュミットの批判⁽³⁹⁾の後に後退を余儀なくされた。かわって登場したゴールドシュミットの見解は、不当判決の執行の問題を違法な拘束命令の執行の問題として構成するものであった。ゴールドシュミットは、不当判決から生じる債権者の執行請求も国家の強制執行もともに違法であるとしたうえで、⁽⁴⁰⁾しかし、不当判決にも実体的確定力の無条件的効果とその執行可能性が肯定されるとし、⁽⁴¹⁾「判決の実体的確定力の無条件的効果は、認定された法律状態をその判決の基礎にせよ」という後訴の裁判官に対する拘束命令を意味し、執行可能性の無条件的効果は、執行すべしという執行機関に対する拘束命令を意味する」とした。⁽⁴²⁾そして、「違法な命令そのものは、それが単なる命令であるというだけで、当然に国民に対する国家の執行権も機関の執行権も根拠づけうるわけではない。しかし、権限ある官吏によって、定められた方式に従って行なわれる拘束命令の執行の事実上の着手は、救済措置がとられるまでは、国家に対して義務適合的したがって適法な官吏の職務行為が国家権力の適法な行為として国民にも尊重されるべきであるとみなす権利を、官吏および国家に付与している」と論じた。⁽⁴³⁾

ストラーテンヴェルトの見解⁽⁴⁴⁾も、これによく似ている。ストラーテンヴェルトも、不当判決は実体法上違法であるとする。ただし、彼は、適法性の推定の理論を用いて、違法な判決も、その違法性が明白なものでない限り執行機関

には執行する義務があるとし、さらに、ドイツ刑法一一三条における職務行為の合法性はその拘束性を意味していると解されるから、判決が無効でない限りは不当な判決も尊重されなければならないとする。しかし、その一方において、これによって執行の違法性が除去されるわけではなく、訴訟法上許される防衛手段をとることは支障はないとも述べている。⁽⁴⁵⁾

違法な拘束命令の執行の問題については、すでに述べた。命令に対する拘束は、服従義務者の行為についてその責任を阻却する機能を持つことはあっても、命令と執行の両者を全体として見た国家行為の違法性を適法（合法）なものに過するまでの機能は持っていないのである。ストラーターヴェルトは、適法性の推定ならば違法性を合法性に転化するのではなく、これを調和させるとしているが、⁽⁴⁶⁾違法命令に対する執行機関の服従義務をもって不当判決の執行に対する私人の受忍義務を導き出している点に同様の問題がある。しかも、職務行為の合法性は、拘束性すなわち右の意味での受忍義務性で足りるとする⁽⁴⁷⁾のであるが、他方で執行行為の違法性は依然として除去されないのであるから、職務行為は拘束性を媒介として違法にして合法なものという、まったく矛盾した評価を受けることになっている。さらに、その前提となっている適法性の推定については、すでに若干触れたところであるが、行政法学内部においてもその有効性に疑問が持たれており、特にこれを刑事法関係にまで適用することに對しては、最近は、わが国でも、⁽⁴⁸⁾反対論が有力である。

一般的には、訴訟上の適法・不適法と実体法上の合法・違法の区別を主張するベールリンクも、不当判決の執行については、この両者が一致するとし、無罪者に対する手続を法が認めている以上、人はこれを受忍する義務があり、従って、その手続を妨害する行為は国家権力に対する抵抗罪を構成するとする。⁽⁴⁹⁾ただし、ベールリンクによると、無実の者が受忍する義務があるのは、国家行為の限りであって、国家行為のもたらす不当な状態そのものは受忍する義務

がない。すなわち、判決言渡や判決執行自体は、たとえそれが無実の者に対するものであっても、違法な行為とはならないが、その執行の結果は、合法的な行為から生じる違法な状態であって、これを除去するためには、通常の防衛手段ならばいかなるものでも試みる事が許されるという⁽⁵⁰⁾。しかし、その場合でも、違法状態に対しては正当防衛が許されないとするから、不当判決の執行中の受刑者が逃走を試みて看守を殴打する行為は、刑法一一三条の罪を構成するということになるであろう⁽⁵¹⁾。

しかし、適法な行為から生じる違法な結果という主張には、問題が多い。ゴールドシュミットも、ベールリンクは、不当判決の手続秩序適合性とその合法性とを単純に同視することによって、その合法性を手続的所与の事実から導き出している。しかし、手続的領域から判決の合法・違法を導き出すことはできない。それは、手続外的効果すなわち実体法の構成要件としての実体的機能に関して引き出される。したがって、不当判決は、その手続秩序適合性にもかかわらず、常に違法であると批判している⁽⁵²⁾。そもそも、ベールリンクが不当判決の執行の結果を違法状態であるとする理由が、無実の者に刑罰を科すことは罪を犯した者にのみ刑罰を科すという刑事訴訟の目的にすら反するといふ点にあるのであるから、刑罰を科す手続、少なくとも判決の執行自体をも違法と解しなければならなかったはずである。

ベールリンクが不当判決の執行によって刑事訴訟の目的に反するほどの違法状態が発生するとしながらも、なお執行行為そのものを違法と認めようとしなかった根底には、そうしなければ法的安定性を維持できないという思いがあったのであろう⁽⁵³⁾。そこで、次に、この法的安定性という点に不当判決の執行の合法性の根拠を求める見解を見ることにしよう。

フィッシャーは、「官吏も裁判官も人間である」というところから出発し、次のように続ける。「国家機関の処分と

判断は、正当な手続で行なわれる場合だけでなく、不当な手続（直接的に有責なものであれ、客観的かつ内容的に法に反するものであれ）で行なわれる場合もある。法的安定性というより高度の利益から、民事・刑事の手続のすべての行為は、たとえ、それを行なう官吏の責に帰せられるべき点が多くとも、誤った判断の形式的な取消を必要とする限り、法によって尊重され、この取消があるまでは、違法行為が有効であるという点に特殊性がある。こうした理由から、実質的に違法な判決の形式的に正当な強制執行に対する正当防衛も否定される。⁽⁵⁴⁾

ニーゼは、法的安定性ということで「決定的な言葉が語られた」とし、「他のすべての解決策は否定される」とする。⁽⁵⁵⁾ ニーゼによると、不当判決の執行は客観的に違法であり、損害賠償の対象となる。これを正義の観点とするならば、この正義の観点を制限するのが、「合目的性に条件づけられた緊急措置としての既判力の本性」である。したがって、合目的性すなわち法的安定性による正義の制限は、緊急やむを得ない場合のことであって、特に、刑事訴訟においては、正義が法的安定性に対して明確な優越性を持っている。⁽⁵⁶⁾

このように、ニーゼは法的安定性を強調しながらも、刑事訴訟における正義の優越性を説いた。しかし、不当判決の執行に対しては正当防衛を認めてはいない。⁽⁵⁷⁾ 緊急の場合であるから、法的安定性が正義の貫徹を制限するというのであろうか。この点については、必ずしも論理展開は明確でない。

具体的法規説の主唱者であるザウアーも、国家権力に対する抵抗罪の成否という問題に関しては、正義と法的安定性との比較衡量において不当判決の問題を取り扱っている。⁽⁵⁸⁾ しかも、彼は、ニーゼ以上に正義の理念を強調し、実質的に不当な判決は「現存法秩序全体または正義の理念に対する重大な違反」であるとしたうえで、一定の場合には不当判決に対する抵抗さえ是認している。ザウアーによると、実質的に不当な判決は、通常は上訴によって救済がはかれるべきであり、確定したあとは、再審その他の法的救済手段によって形式的に破棄されなければならない。しか

し、救済がされないとしても、確定力という点から、法的安定性のために維持されなければならない。したがって、不当判決を執行する官吏の行為は、通常は適法な職務行為としてこれを甘受しなければならぬ。しかし、「判決が平穩に甘受されないほど重大で、かつ、再審事由によっても斟酌されない欠陥がある場合には、正義は損害を耐える必要はない。当事者が裁判所を欺いて、非倫理的な方法で判決の事実的基礎に影響を及ぼした場合もそうである。」⁽⁵⁹⁾

右のザウアーの見解は、不当判決の執行が実質的に違法な行為であることを認めたものである。このように実質的に違法な職務行為を適法（合法）なものに転化する論理は、具体的法規説の論者にあっても、究極的には、法的安定性というところに求めざるを得なかった。しかも、それでもなお転化しえない場合のあることも認めざるを得なかった。倫理的観点の強く押し出されるザウアーの見解をそのまま承認することはできないにしても、不当判決の執行に對する抵抗が是認される場合のあることを認めている点は注目されてよい。

誤判およびその執行と実体関係との矛盾という事態を率直に見る限りは、そこにおける国家行為は客観的に違法なものであることを認めざるを得ないであろう。この矛盾をとりつくり最後の手段として、法的安定性という観念を持ち出したとしても、これは不当判決の執行の違法性をぬぐい去る力を持つてはいない。⁽⁶⁰⁾むしろ、法的安定性を持ち出すことによって、不当判決およびその執行の違法性がきわ立ってくる。フィッシャーが、違法ではあるが、取消されるまでは有効なものとして尊重されるべきであると言うとき、法的安定性の観念は、すでにその問題点が指摘された「適法性の推定」に近くなる。

ここで、再び、違法な職務行為を保護するために、特別な犯罪を創設することが必要であるかという問題と、違法な職務行為に對する正当防衛を認めるべきかという問題は、別であるということ指摘する必要がある。不当判決の執行が違法であると解したからといって、そのことによって直ちに正当防衛が認められるわけではないが、正当防

衛が認められないからといって、不当判決の執行の違法性が否定されるわけではないことはもちろん、違法であるにもかかわらず公務執行妨害罪が成立するとされるわけではない。公務執行妨害罪の成否の問題については、職務行為が客観的に違法であるというならば、そのことだけで、右犯罪の成立は否定されるのであって、違法が重大であったとか、無効をきたすものであったかとかの吟味は、本来必要がないはずである。この吟味は、不当判決を執行する公務員個人に対する正当防衛の成否が問題となる場合の問題となるものである。正義と法的安定性との比較衡量も抽象的な形でならば、職務行為の実質的違法性を決定する際に問題となるであろうが、一旦違法であるとしようえ、具体的な比較衡量の対象として法的安定性が用いられるとするならば、それは、最早、公務執行妨害罪における職務行為の適法性の領域から離れて、個人の違法行為に対する正当防衛が問題となる領域において活躍すべきものである。

三 違憲・違法な行政命令の執行

違法な拘束的命令の執行の問題については既に触れた。違法な拘束的命令とその執行とを一体のものとして見て、全体として違法と解すべきである、というのがその結論であった。この点は、わが国の学説も、ほぼそうした見解を採っており、判例も、上官の指揮命令下にある警察官や鉄道公安職員の行為については、上官の指揮命令とその執行行為とを一体のものとして職務行為の適法性を論じている。⁽⁶⁾これに対して、文部省が全国の学力調査計画を立て、その実施方を教育委員会に命じ、これに従って校長等が学力テストの実施にあたる場合のように、命令主体と執行主体との上下関係が必ずしも直接的でないときには、命令の違法性を認めながら、具体的な職務執行を適法とする判例が登場してくる。

たとえば、福岡地裁小倉支部昭和三十九年三月一六日判決（下刑集六卷二四一頁）は、学力調査が「その実質的内容に

において重大なる違法性を帯有する」ことを認めながら、「その違法性は何人の判断によってもその存在に疑問を抱く程度に明白なものとはいい難い」としている。同様に、福岡高裁昭和三九年五月一三日判決（下刑集六卷五・六号五七二頁）は、「本件全国中学校一斉学力調査は、……その実質において種々の問題点を包含しているが、実施にあたった中学校長らは、本件学力調査を法令に準拠したものでなお適法なもの信じ、且つその準備行為として調査用紙を学校に搬入することは、正当な職務の執行々々為であるとこれを行なしたものであり、……なお一般の見解上もこれを公務員の職務の執行々々為と見られ、その搬入の時期方法等も当時の諸情勢上緊急やむを得なかつたもの……であるので、これをなお刑法第九五条第一項にいう職務の執行に当ると解するのが相当である」としている。

これらは、いずれも、職務行為の適法性の判断基準についていわゆる折衷説に従っていると見られるが、前者においては違法性の明白性が強調され、後者においては執行担当者の主観的判断の相当性が強調されている。その点において、前者は行政行為の無効論に近く、後者は義務適合的裁量論に近い。とくに、後者の福岡高裁判決では、学力調査そのものの違法性をさて置いて、もっぱらその実施行為の段階における適法性判断だけを問題にしている。命令と執行との二分論が義務適合的裁量論の特徴であることは、すでに触れた。この点は、後掲の旭川高裁判決に対する検察官の上告趣意中に一層明瞭にあらわれている。すなわち、「本件学力調査の適法性を判断するに当って、文部省の学力調査結果の提出を求めることの適法性まで含めて考えるべきでなく、学校長の職務権限とその認識に基づいてこれを決すべきものである」と⁽⁶²⁾。

しかし、行政行為の無効論や命令と執行との二分論に対しては、強くこれを排斥する判例もある。なかでも、旭川地裁昭和四一年五月二五日判決（判例時報四五三号一六頁）の次のような批判は、注目されてよい。この判決は、まず違法性の明白性について、「この『明白性』と、いうことをあまりに強調すると、重大な瑕疵のある（違法の程度が高い）

公務の執行も、刑法上ほとんどすべて適法なものとして保護される結果となり、公務執行妨害罪について職務行為の適法性を要件としている法の趣旨が没却されるおそれがある」と指摘し、執行公務員の段階でのみ適法性判断を行なうことに対しては、「公務執行妨害罪の保護法益は、当該公務員の個人的な法益ではなく、公務員によって執行される公務そのものを保護しようとする国家的な利益である。したがって、そのような公務の執行が適法であるか否かを判断する場合には、当該公務員の行為のみを切り離して考えることはできず、国家の行為として、上命下服の關係にある全ての機関を一体として、全体的に觀察すべきであると考える」と指摘している。

命令と執行との二分論に対しては、右の控訴審判決である札幌高裁昭和四三年六月二六日（判時五二四号二五頁）も、「公務の執行が特定の公務員の独自の判断によって行なわれた場合は当該公務員についてのみこれをなせば足りるが、本件学力調査のように、それが上級機関の決定および指示命令に基づき行なわれ、現実に公務を執行した公務員に裁量の余地がないような場合は、当該公務員についてのみでなく上級機関をも含めて全体的にこれをなすことを要すると解するのが相当である。なぜなら、公務執行妨害罪の保護法益が公務員によって執行される公務という国家的な利益である以上、ある公務員の行為が公務として刑法上保護の対象となるか否かは、それが国家機関の公的な作用として保護に値するかどうかの観点からなされるべきことは明らかであるが、右の後者の場合は、決定命令機関を含めた上命下服の關係にある機関を一体として觀察しなければ、国家機関の公的な作用として保護に値するかどうかの判断は適切になし得ないと考えられるからである」としている。

札幌高裁判決は、裁量の余地のある場合とそうでない場合とを分けているようであるが、その趣旨からするならば、行政機構内における命令とその執行という關係にある限り、すべて行政機関を一体として觀察すべきであるというものであろう。いずれにしても、「国家機関の公的な作用として保護に値するかどうかの判断」は、上級機関の決定・

命令の違法性とは別に、執行公務員（あるいは機関）の行為の段階でのみ職務行為の適法性を判断すべきであるとする二分論とは一線を画するものである。

ただし、これらの判決も、「行政行為について、その行為当時の状況を基礎としても」（旭川地判）とか、「事後において純客観的にみるならば公務員がその権限を適法に行使し得るとした判断ないし認定に誤りがある場合でも、その行為当時の具体的な情況に照らし公務員がそのように解したことが相当であったと認められるときは」（札幌高判）などとして、義務適合的裁量論を前提とするかのような表現を採っている。しかし、結局は、裁量の余地がなかったとして、これを排斥しているのであるから、上条貞夫氏が指摘するように、「すくなくともこの事案については、かくも重大な違法、よって公務執行妨害罪における適法性なし、と直截に論ずることができた。当時の状況（＝当該公務員の裁量）を考慮に入れるという屈折した論理操作は、不要であった筈である」⁽⁶³⁾。

さらに、上条氏は、非権力的公務については、権力的公務のように執行現場における突嗟の判断の必要という要素がないから、義務適合的裁量論がもとと妥当しないと論じている。⁽⁶⁴⁾これは、なかなか興味深い指摘であるが、義務適合的裁量論のそもその問題は、執行現場における突嗟の判断の必要ということから、客観的には違法な行為を適法なものともみならずという点にあることは、忘れられてはならないであろう。

四 違憲法令の執行

憲法に違反する法令は無効である（憲法九八条）。憲法尊重擁護義務を負う公務員（憲法九九条）は、このような違憲の法令を執行してはならないし、また国民には、このような法令に服従する義務はない。したがって、現憲法下では、公務員の職務行為が違憲の法令の執行を内容とする場合には、これに対する抵抗は公務執行妨害罪を構成しないとい

う解釈が、異論なく認められて然るべきところである。ところが、こうした素直な解釈が必ずしもわが国における支配的見解となっていない。これは、はなはだ奇妙なことと言わなければならない。一体、問題はどこにあるのであるか。以下に、二つの具体例によってこの点を考察することにする。

まず、戦後の占領下において発生した団体等規正令による財産接收阻止事件をとりあげてみよう。⁽⁶⁵⁾ 事案は、被告人らは、団体等規正令四条の指定を受けて解散した団体財産を、県調査課長らが政令二三八号に基づいて接收しようとしたところ、スクラムを組んでこれを阻止しようとしたとして、公務執行妨害罪に問われたものである。弁護人は、団体等規正令が違憲・無効であるから、これに基づいてなした接收事務も違憲であり、これを阻止する被告人らの行為は正当防衛であって公務執行妨害罪にあたらぬと主張した。これに対して、第二審名古屋高裁金沢支部判決は、「公務員が其の抽象的職務権限の範囲に属する事項につき職務の執行行為であると信じ、或一定の行為を行なった場合、たとえ、職務執行行為の原因たる具体的事実を誤認し又は当該事実に対する法規の解釈適用を誤ったとしても、其の行為はなお公務員の職務執行行為として、刑法による保護の対象たり得べく、その執行に当り為された妨害行為は、公務執行妨害の罪を構成すること勿論である」としたのち、「本件執行行為は、原判示各公務員が、自己の抽象的職務権限範囲内の事項につき、適法な職務行為であるとの確信の下に、原判示の如き執行行為を為したものであることが明らかであって、従って前記執行行為が為された際に於ける被告人等の本件妨害行為は、該執行行為の適法、不適法乃至は合憲、違憲の点につき、その如何を判断するまでもなく、ただちに公務執行妨害の罪を構成するものであるから、たとえ原審が叙上執行行為の合法性、合憲性を判定しなかつたとしても原判決の理由に不備がない」とした。

弁護人側は上告したが、最高裁判所第三小法廷は、昭和三十一年八月二一日判決において、団体等規正令および政令

二三八号の違憲論の実質には何ら触れることなく、ただこれらの政令が当時において超憲法的効力を持つものとして有効に存在しており、またこれらの政令に基く処分の効力を争うことができなかつたとし、したがって、「右団体等規正令並に右政令第二三八号が国法として効力のあつた当時、法務総裁が右団体等規正令に従つて解散を命じ、右政令第二三八号により法務総裁又は都道府県知事が解散団体の財産を接收することは適法な行為であり、又右法務総裁又は都道府県知事の命によりその接收に従事する係員たる公務員の行為も亦適法な公務執行行為といわなければならぬ」とした。⁽⁶⁶⁾

控訴審判決のように、もっぱら公務員の主観のみを重視し、職務執行の適法性、合憲性の検討を不要とするこの不当性は、ここに改めて論じるまでもないであろう。実質的な適法性不要論であつて、さすがに以後の判例の中には、このようなものは見られない。最高裁判決も、極端な主観説や合憲性不要説でないことは明らかである。ただ、行為当時においては、団体等規正令や政令二三八号がその効力について争い得ない超憲法的存在であつたこともつて、その合憲性判断にかえてゐる。この判決の問題点は、これを評釈した小暮得雄氏の見解の中に、最も端的にあらわれていると見ることが出来る。

小暮氏は、一方において、右二政令が峻厳な刑罰を含んでおり、集会・結社の自由・財産権を制限する方向での專断的権限を内閣に与えていた点において、現存憲法体系とはかなりあい容れないもののあることを認めながら、他方において、「団体等規正令あるいは昭和二三年政令第二三八号の内容が、かりに現在の視点から見て実質的に違憲・無効の判断を免れないとしても、それがただちに同令にもとづく行為について、公務執行妨害罪成立の前提としての、いわゆる職務行為の適法性を否定することにはならない……」。ある行為の該當する刑罰法令そのものが直接憲法に抵触するかどうかという問題と異り、公務執行妨害罪の場合には、問題の公務を媒介として、いわば間接に、それと対

向的關係にある行為の可罰性を論ずるのである。……したがって適法性判断の基準は、当然に行為時の規範意識に遡ってこれを求めなければならない」として、結論的には最高裁判所の判断を支持している。さらに、小暮氏は、サンフランシスコ講和条約発効後、政令の廃止に至るまでの暫定期間であればどうかと問い、この場合にも、行為時に於いて裁判所の違憲判断が確立していない限り、政令の内容の違憲・無効の疑いは、職務の適法性の問題とは無関係と見るべきであるとしている。⁽⁶⁹⁾

小暮氏が、刑罰法令そのものの合憲性の問題と公務執行妨害罪における職務の適法性の問題は別個であるとし、そのことから、職務行為の適法性については「当然に行為時の規範意識」が判断基準となる点は、論述の核心となるべき部分であるが、その点自体の検討は暫く置こう。いずれにしても、職務行為の適法性は、行為時における事情を基準にして判断すべきであり、事後的判断によるべきではないというのが、小暮氏の見解であり、最高裁判所の判決の趣旨もそこにあると解してよいであろう。ただし、当時においても団体等規正令その他のボツダム政令と憲法との間には矛盾があったのであって、ただ前者の超憲法的効力によって、当時においてはこれを問題にすることができなかつたという意味においては、占領管理法令としての特殊の問題があり、ここにおける判断を一般化して考えるわけにはいかない面がある。むしろ、小暮氏がつけ加えた講和条約発効後の政令の違憲性と職務の適法性の問題の方が、一般的問題となり得る。すなわち、すでに行為時において確立した違憲判決が存在しない限り、法令の違憲性はこれに基づく職務行為の適法性をもたらすことはないのか、という問題である。

公安条令に基づく職務行為の適法性の問題について、小暮氏の見解と同様の判断を示している下級審判例がある。まず、京都地裁昭和二六年一〇月二六日判決（裁判所時報九四号三頁）は、許可制をとる京都市条例を違憲無効と認めながらも、これに基づいて被告人らの集団示威運動を解散させようとした行為は、「仮令事後において同条例無効の

判決があったとしても、一応同巡查等の一般的職務権限に属する適法なる職務行為と見るべきであり、唯同条例を無効となす最高裁判所の判決があってから以後における行為のみが適法な職務執行行為と称し得ざるに至るに過ぎない」としている。同様に、東京地裁昭和四四年二月二八日判決は、「東京都公安条例は、その合憲性について、弁護人の主張するように、問題のある条例ではあるが、公務執行妨害罪によって保護される職務執行の適法性は、当該公務員がその職務の執行にあたって準拠した法令が、後に裁判所によって違憲無効であると判断されることによって失われるものではない。けだし、自ら法令の合憲性を審査する権限を有しない一般の公務員は、その職務を執行するにあたり、適式に制定、公布、施行された法令は、それが当時すでに最高裁判所によって違憲無効であると判断されないかぎり、これに従うべき義務を負うものであり、このような法令に基づく職務の執行は、刑法上の保護を受けべきであるからである」としている。

このように、法令に基づく公務執行は、その根拠法令が最高裁判所によって違憲であると判断されるまでは適法なものとして刑法上保護されるという論は、職務行為の適法性が行為時における事情をもとにして判断されるべきことを論拠として、裁判実務上かなり広く浸透していると思われる。その背後には、法令の合憲性推定の論理があることは明らかであろう。

しかし、一方において、自ら法令の違憲性を認めながら、他方において、行為時における最高裁判所の判例の不存在という消極的事実のみによって、自らの違憲性判断の遡及効果を遮断するというのは、自己矛盾をきたすことにならないか。そこで、公安条例に関しては、逆に、合憲であるとする最高裁判所の判例があることをもって、警察官ら⁽¹⁰⁾がその職務行為を適法と信じることもやむを得ない客観的状况があったとする判例が生じている。

行為時において違憲とする最高裁判所の判例がないという消極的事実に着目するにしろ、逆に合憲とする判例があ

るといふ積極的事実に着目するにしろ、法令の違憲性と公務執行の適法性とを切り離し、前者が後者に直接反映するのではなく、公務執行者の判断を媒介として、その合理性を担保する事情という限りでのみ反映するに過ぎないと見ていることにはわりはない。これをしも客観説と呼ぶか、それとも折衷説と呼ぶかは、それほど重要なことではない。要は、純粋な客観的判断によれば違憲とされる法令の執行であっても、行為時の事情によっては適法な職務行為とすることを認めることが、職務行為の適法性を必要とする趣旨に合致するか否かである。

この行為時における判断の重視という点に一つの論拠を提示しているのが、前述の小暮氏の見解であるので、ここでその見解について検討を加えることにしよう。

小暮氏の見解は、刑罰法令そのものの違憲性の問題が「直接」的であるのに対して、公務執行妨害罪の場合には、職務行為と対向関係にある行為の可罰性を定めるために必要な限りにおける、公務を媒介とした「間接」的な問題であるところから出発する。そして、ここに出発点を求めれば、「当然に」行為時における規範意識に判断基準を求めなければならないとする⁽¹⁾。たしかに、公務執行妨害罪の場合には、公務執行の適法性を確定するために必要な限りにおいて法令の合憲・違憲が問題となる。その限りにおいて、問題は、「間接」的であると言ってもよい。しかし、この意味において「間接」的であるということから、「直接に」刑罰法令の違憲性が問題となる場合に比較して、合憲性の判断を緩やかにしてよいという結論は生まれてこない。しかも、この前段部分から「当然に」後段部分が導き出されるという論理の展開は、その間に、小暮氏独特の行為規範論の橋を渡さなければ理解が困難である。すなわち、「私は、いわゆる適法性の問題が、国家権力対国民という対向関係をその根底に包蔵している以上、それを解く鍵は、結局のところ、公務員の執行に対向する行為規範の視点に求められるのが正しいと思う。……行為規範としての契機は、刑法上の法益保護の範囲が、行為の時点における行為者の客観的な認識可能性によって劃されることを要

求する……。いいかえれば、刑罰法規の定立によって期待される真の保護法益は、それが行為の事後における裁判官の観念的な自己満足に了るべきでないかぎり、まさに、当該法規の妥当する行為の当時において、行為者の規範意識に呼びかけることの可能な限度でのみ、その現実性を持つのである。」⁽²²⁾という。これによって、はじめて、前述の前段部分と後段部分との結びつきが理解されるのであろう。

しかしながら、刑法が裁判規範であるか行為規範であるかの論議はさて置くとしても、職務行為の適法性の問題を行為規範という視点からとらえることには、多大の疑問がある。第一に、職務行為の適法性を必要とする意義をあいまいにする。既に再三触れてきたように、職務行為の適法性は、国家行為が法に遵ったものでなければ、国民に権利を付与し義務を課すことができず、もちろんこれに従わないことを理由として刑罰を科すことができないという法治主義の要請から生まれてきている。それは、元来、規範意識というような主観的なものによって規定されるものではなく、客観的に確定されなければならないものである。第二に、行為規範であるということから、国民は違憲の法令にも従わなければならないという結論は導き出され得ない。むしろ、「違憲な公権力の行使に抵抗することは、万人の権利であり、義務である。」⁽²³⁾

正規の手続を経て制定された法律は、裁判所によって違憲であることが宣言されるまでは、合憲が推定されるという論理に対しては、元合衆国連邦最高裁判所判事ベンジャミン・カーティス (Benjamin Curtis) の次の言葉をもって反論にかえよう。

「立法のあらゆる形式を経て制定された法律には、それが司法権によって拘束力がないと宣言されるまでは、これに従うのが万人の市民的、道徳的義務であると主張されることを私は知っている。しかし、これは、私人や公務員に科される市民的、道徳的義務の宣言としては、あまりにも広過ぎる。もし、これが義務の尺度であるとするならば、

ある法律が違憲であるという司法的判断はあり得ないということになるであろう。というのは、その法律を無視することによってのみ、問題が司法の段階にあげられるからである。かような市民的、道徳的義務のルールがないのみならず、法律が憲法の枠内にあるか否かの問題を提起することこそ、むしろ市民の愛国的義務である。⁽⁷⁴⁾

以上の議論に対しては、再び、直接に法令の違憲性が司法審査の対象となっている場合と、公務の適法性を判断するためのいわば先決事項として違憲性を問題とする場合とを区別すべきであるという論が登場してくる。この二つの場合を区別すべきことを強調するのは、藤木英雄氏も同様である。藤木氏によれば、両判断は「もともと一致しなければならぬものではない、ということ銘記すべきであり、公務執行妨害罪における職務の適法性の判断の場面にあまりに公務員の職務行使に対する司法審査という感覚をもち込みすぎることは避けるべきである」ということとなる。要するに、問われているのは、公務執行を暴行・脅迫によって妨害した者の行為の可罰性であって、公務執行者の責任ではない。したがって、公務執行妨害罪の適法性判断については、後者の手続で問題とされるような厳密な客観的判断は必要がないというのである。

この点は、通常逮捕の違法性の問題を論じた際にも問題になったところである。公務執行妨害罪の適法性判断においては、公務執行者の責任自体が問題とされているわけではないというのは、たしかにその通りであるが、このことは、適法性判断をゆるやかなものにすることを決して正当化するものではない。公務執行者の責任ではなく、行為者の罪責を問うための前提的判断であるからこそ、より一層の厳密な合法性・合憲性が要求されるとも言い得るのである。

(1) 拙稿「公務執行妨害罪の研究——その一 近代刑法成立期における公務執行妨害罪——」法学研究9（一九七五年）一四三頁以下。

(2) In Holzendorff's Handbuch des Strafrechts, III. S. 120-123. Vgl. Hiller, Die Rechtmässigkeit der Amtsaus-

übung, 1873.

- (3) Hiller, a. a. O. S. 60.
- (4) a. a. O. S. 50.
- (5) Being, Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege, 1913, S. 9.
- (6) a. a. O. S. 11.
- (7) a. a. O. S. 12.
- (8) a. a. O. SS. 13, 14.
- (9) a. a. O. S. 21.
- (10) 泉二新熊・刑法大要(一九二一年)二九五頁。
- (11) その最初の主張は、伊達秋雄「公務執行妨害罪における職務行為の違法性」法律時報二五、二六頁にあった。
- (12) 団藤・刑法綱要(各論)(一九六四年)四五頁。ドイツにおいても、一九七〇年改正を契機として、職務行為の適法性は行政法上の適法性が刑法上の適法性かの議論が活発となり、通説は刑法上の適法性概念であることを強調しているが、そこにおける「刑法上の適法性概念」というのも、他の法領域における違法性が直ちに刑法上の適法性をもたさまいという点に重点が置かれている。江藤孝「刑法上の違法性と適法性」鹿児島大学法学論集一二巻二号一五頁、特に二六頁以下参照。
- (13) この点を指摘するものに、内田文昭「公務執行妨害罪における職務行為の適法性」ジュリ三〇〇号三一四頁。
- (14) 平野龍一「刑法の基礎・刑法各論の諸問題17」法セ一九七四年八月号四二頁。
- (15) Vgl. Schönke-Schröder, Kommentar, 19. Aufl. § 113 Anm. 27; Dreher/Tröndle, StGB. 38. Aufl. § 113 Anm. 14.
- (16) 伊達「公務執行妨害罪」刑事法講座四卷六七六頁。
- (17) シュトライト、M・E・マイヤー、シュミット、ザウアーなど。
- (18) 莊子・前掲論文八〇四頁注(三二)。なお、最近、上条貞夫「非権力的公務と適法性(未完)」法学志林七七卷一号四六頁、七八卷一・二号一頁がこの観念に対する批判を展開している。

- (9) Bolze, Ueber den Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung im § 113 des Reichs-Strafgesetzbuchs, GA Bd. 23, S. 389 ff.
- (20) a. a. O. S. 391.
- (21) a. a. O. S. 394.
- (22) 莊子・前掲論文八二二頁注(五)。
- (23) ドイツでは、アルフェルト・フォン・ヒュッセル、ヘルムート・マイヤー、ヴェルツェル、最近では、ヴォルフガンク・マイヤー、クレイなどが、この立場に立っている。判例には、KG, Urt. v. 15. 12. 1971, NJW 72, 781 がある。わが国では、戦後は、この立場を明言する論者はいないが、戦前の見解には、たとえば、「上官が下官を通じて違法行為を為せる場合に於ても下官の行為が違法なりや否やは上官の行為の違法性とは別に之を論ぜねばならぬ。上官の命令に服従すべき義務ありたる場合は之に服従したることは下官の職務に副ふ所以で、之は適法なり」(吉田・前掲論文一〇頁)とするものがあつた。
- (24) これは、ドイツでもわが国でも通説である。E・シュミット、マウラッハ、M・E・マイヤー、ニーゼ、ザウアー、ヴェルツェルなど。ただし、最近では、行政法上の適法性概念を主張する者の中から反対論が強力に打ち出されている。
- (25) 以上の諸点については、Stratenwerth, Verantwortung und Gehorsam, 1958, S. 4 f. 参照。
- (26) M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, in: Festschrift für Paul Laband, 1908, S. 137. Vgl. Stratenwerth, a. a. O. S. 6.
- (27) Stratenwerth, a. a. O. S. 48 ff.
- (28) この分類は、原田尚彦「松川国家賠償請求事件」ジュリスト・昭和四五年重要判例解説二八頁による。
- (29) 原田・前掲論文二八頁。
- (30) 村重慶一「国家賠償訴訟」実務民訴講座一〇卷三一七頁。
- (31) なお、平野・前掲論文四二頁参照。
- (32) たとえば、NJW 62, 1020 の事例。

- (33) 最近の論稿では、田口守一「刑事裁判の確認効」愛知学院法学研究二二卷四号八八頁以下。
- (34) Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950, S. 118.
- (35) 田口・前掲論文九〇頁。しかし、この論文も指摘するように、従来、裁判の執行力の問題は、訴訟法と実体法の狭間にあるものとして、どちらの側からも深い検討の対象となつてこなかった。その点からも、不当判決の執行の適法性の問題を、実体法の問題としてとりあげることには一定の意味がある。
- (36) 平野龍一・刑事訴訟法(一九五八年)三二頁。
- (37) Niese, a. a. O. S. 121.
- (38) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900, S. 149, 492. Vgl. Niese, a. a. O. S. 121.
- (39) Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, in: Fischers Abs. Bd. 20, Heft 3, 1910 S. 8 ff.
- (40) Goldschmidt, a. a. O. S. 25. 刑事判決については、「犯罪が犯された場合にのみ、刑罰執行権を根拠づけることができぬ」(S. 27) とならぬ。
- (41) a. a. O. S. 38.
- (42) a. a. O. S. 42.
- (43) a. a. O. S. 78.
- (44) Stratenwerth, a. a. O. S. 133 ff.
- (45) a. a. O. S. 135.
- (46) a. a. O. S. 133, Anm. 29.
- (47) a. a. O. S. 134.
- (48) たとえば、原田尚彦氏は、次のように述べている。「行政罰は行政命令の履行を確保する手段として機能するとしても法制上の建前のうえではあくまで国民の義務違反に対する刑罰による制裁であるから、適法な要件・手続に従つてのみ科刑できるとするのが、厳格な罪刑法定主義の要請である。違法な行政命令を強制するために刑罰をもつて臨むことは、行政の便宜の

- 偏重のうえに立って人の自由財産を収奪するもので、とうてい適法手続を保障する憲法(三一一条)の精神にそわないものといわざるを得ない。いかえれば、違法な行政命令違反は、たとえ命令が有効であっても可罰的違法性の要件を満たしているとはいえないわけである。それゆえ、行政罰は、適法な行政命令に対する不服従に対する制裁的強制措置であるにとどまり、違法な命令への服従を強いる機能まで有するものと解すべきではないのである。そしてそうだとすれば、行政行為の公定力は民事法関係におけるか、効力ないしみかけ上の効力の承認であるにとどまり、刑事法関係にまでその勢力を伸ばすものとはいえないと解するのが正当であろう。」(「行政行為の『権力性』について」立教法学一冊二二三頁)。
- (49) Beiling, a. a. O. S. 15 ff.
- (50) a. a. O. S. 33 f.
- (51) a. a. O. S. 33, Anm. 1). ヴーリントクは、無罪者の自己解放そのものは、違法ではないとしている。
- (52) Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, 1925. S. 294 ff. Vgl. Sax, Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozeßrechtslehre, ZZP Bd. 67, Heft 1, S. 38.
- (53) この点、ヴェーリントクの「違法な結果をもった適法な行為」という観念を再評価すべきであると、一定の予見された可能的手続で処理され、判断された場合には、不当判決も適法と考えるべきであるとするザックスの見解も、同様である。Vgl. Sax, a. a. O. S. 39 ff.
- (54) Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, Fischers Abh. Bd. 21. S. 129.
- (55) Niese, a. a. O. S. 123.
- (56) a. a. O. S. 123 f.
- (57) a. a. O. S. 121.
- (58) Sauer, System des Strafrechts, Besonderer Teil, 1954. S. 468 f.
- (59) a. a. O. S. 469.
- (60) 「これは解決びななべ、その断念びななべ」(Sax, a. a. O. S. 36)と云う批判もある。

- (61) たとえば、東京地判昭和四二年五月一〇日判時四八二号三三頁、大分地判昭和四八年二月二四日判時七三二号一〇七頁など。
- (62) 判時八一四号六九頁参照。
- (63) 上条貞夫「非権力的公務と適法性」〔法学志林七八巻一・二号三八頁〕。
- (64) 上条・前掲論文三九頁。
- (65) この種の事案は、占領期に続発し、最高裁の判例が出ているものだけでも、昭和三〇年三月二五日第二小法廷判決、刑集九巻三号五三九頁と昭和三年八月二一日第三小法廷判決、刑集一〇巻八号二二八頁がある。ここでは、後者の事案を取り上げる。
- (66) 刑集一〇巻八号二二八頁。
- (67) 小暮「公務執行妨害罪における職務行為の適法性」警察研究三一巻一〇号八七頁以下。
- (68) 小暮・前掲論文九〇頁。
- (69) 前掲論文九一頁。
- (70) 京都地判昭和四二年二月二三日、下刑集九巻二号一四一頁「市条例は単に法規範として存在するというのみでなく、これとほぼ同一内容を有する各地のいわゆる公安条例について、最高裁判所が一貫して合憲と判示してきた状況並びにその状況下において、判示認定のような具体的事実その他諸般の情勢のもとで、警察官らがとったその程度の警備措置は、市条例第八条の趣旨に照らして相当であったといふべく、かような諸状況のなかでは、警察官らが、その職務行為を適法と信じ、且つそのように信ずることもまことにやむをえないと思料される客観的状況にあったものと認められるので、裁判所が、事後的立場から、警察官の職務行為の基礎となつた市条例を違憲と判断したからといって、これをもって、直ちに当該警察官の職務行為が適法でなかつたと解することはできない。」
- (71) 小暮・前掲論文九〇頁。
- (72) 前掲論文九四頁。

(73) 一九四六年二月一日のヘッセン憲法一四七条一項。これについては Heyland, *Das Widerstandsrecht des Volks*, 1950 参照。

(74) アンドリュュー・ジョンソン大統領に対する弾劾訴訟 (impeachment trial) のきげん言葉。cf. M. R. Kadish & S. H. Kadish, *Discretion to Disobey, A Study of Lawful Departures from Legal Rules*, 1973. p. 105.
 (75) 藤木・前掲論文一九、二〇頁。

第三章 正当防衛論との関連 —— まとめにかえて ——

一 以上の検討を通じて共通に浮かびあがってきた問題がある。それは、職務行為の適法性（合法性）の意義・内容と二つの総論的問題との関連である。その一つは、正当防衛との関連であり、その二つは、行為無価値か結果無価値かという違法論との関連である。後者の関連性については、別に稿をあらためて論じることにして、ここでは、前者の正当防衛との関連について考察して、本稿を閉じることにした。

二 歴史的には、欧米を問わず、正当防衛論の一応用分野として違法な職務行為に対する抵抗の問題が議論されてきたという事実は否めない。そして、公務の保護というよりも公務員という身分の保護に重点を置く身分的公務員観の支配する時代においては、これは当然の発展形態であると言ってよいであろう。公務執行妨害罪が公務員の国民に対する優越的地位を保護するものとして構成される限りは、その違法な行為に国民が対抗することのできる論理は、正当防衛しかなかったわけである。しかし、身分的公務員観が否定され、公務執行妨害罪が公務員個人の保護とは一応切り離された形で理解されている現在、公務執行が違法な場合に公務執行妨害罪が成立しない理由を正当防衛に求める必要はない。端的に法治主義の具体化であるとすれば足るはずである。

それにもかかわらず、現在でも、公務執行妨害罪の成否を論じる場合に、しばしば正当防衛の論理が顔を出してゐる。すでに述べた不当判決の執行に対する抵抗の問題において、一つの典型的あらわれ方をしていたが、それだけではなく、一般に職務行為の適法性の内容を決定する基準として国家的利益と個人的利益との比較衡量を持ち出す議論の中に、正当防衛の論理が忍び込んでゐる。もちろん、国家的利益と個人的利益との比較衡量論の本来の意図が、それまでの判例実務における公務偏重の態度を批判し、少なくとも、公務の円滑的運用という国家的利益と同程度に個人的利益が尊重されるべきこと、公務執行の対象となる者の権利が重視されるべきことを主張する点にあり、それなりの役割をはたしたことは、高く評価されなければならないであろう。しかし、この利益衡量の具体的あらわれとして、たとえば、伊達秋雄氏が、職務行為を①人の生命身体に対する侵害にあたる場合、②財産権に対する侵害である場合、③直接相手方の生命生命財産等について侵害を及ぼさない場合に分類し、①②③の順で職務行為の適法性判断を緩やかにしていてもよいと論ずるとき、それはまさに正当防衛の論理をもって職務行為の適法性を論じているのである。これまでの議論を「どちらかと言えば、静態的、事後審査的な観点からの論議」であるとし、これに対して、「動態的、機能的な観点からの論議」の必要性を主張する藤木氏は、さらに右の立場を徹底させてゐる。すなわち、藤木氏も、一応「一般論としては、国民主権の原理、基本的人権の尊重の理念からすれば、とりわけ法令執行という権力作用についていえば、厳格にその適法要件を解すべきだ、ということが言える」とはする。しかし、これはあくまでも「一般論として」であつて、「権力行使に対する人権侵害に対する予防や救済をどのような方法において実現するかは、立法政策の問題」であり、「論理必然的に、適法でない公務の執行に対し、その現場における、暴行・脅迫という実力を用いて抵抗することまでも、権利として認めなければならぬ」ということにはならない⁽³⁾という。

しかし、ここで問題とならなければならないのは、「適法でない公務の執行に対し、その現場における、暴行・脅

迫という実力を用いて抵抗すること」が「権利」であるかということではない。これがまさに正当防衛の問題である。正当防衛の問題である限りは、公務員の行為の侵害の程度によっては、直ちに暴行・脅迫をもって対抗することが相当ではなく、「当該の公務員に対して、職務執行上の非違を指摘し、再考を求める」べきであったという場合もある。そして、このような場合には、必要性または相当性を理由として、行為者に正当防衛を否定するという結果が生じるということになる。しかし、真の問題はここにあるのではなく、違法な職務行為が刑罰をもって保護されるに値するか、国家が違法をおかしながら、それに従わない者を処罰する権限がそもそも国家にあるかという点にある。ここでは、職務行為の違法性の程度や行為者の抵抗手段のいかんが問題となる余地はなく、違法な職務行為であるというただそれだけの理由で、直ちに公務執行妨害罪の成立は否定されなければならないのである。

正当防衛とのアナロジーにおいて職務行為の適法性を理解する限り、適法性の判断基準については現場の状況を重視することになろうし、したがってまた、公務員の責任追及の場との相違を強調することになろう。しかし、職務行為の適法性の問題を正当防衛の論理から切り離して、法治主義の端的なあらわれであるとすると、事後の司法審査における判断との区別を殊らに強調する必要はない。むしろ、公務執行妨害罪における職務行為の適法性要件も、違法な職権行使をチェックする一手段として、厳格な純客観的判断に服するのが当然のことであるということになるのである。

職務行為の適法性を正当防衛の論理によって理解することによって、適法性に関する錯誤のとり扱いについても、一種の誤解が生じてくる。職務行為の適法性を消極的構成要件要素であるとして、これに関する錯誤を一種の誤想防衛として構成する中義勝氏の見解は、その一つのあらわれである。中氏の見解によると、公務執行の不適法性を基礎づける事情が、「これに対する反抗の必要性・相当性等の前提的事情と相俟って」、公務執行妨害罪の正当化事由とし

て消極的構成要件要素となり、したがって、これに関する錯誤は、反抗の必要性、相当性等の前提的事情と相俟って、はじめて故意を阻却するということになる。⁽⁴⁾適法性の錯誤の問題については、別に若干論じたこともあるので、ここではあまり深入りしないことにする。ただ、次の点だけは指摘しておこう。中氏は、職務行為の適法性を構成要件要素とすることは、その不適法性を消極的構成要件要素とすることと同じであるとしているが、ここにそもそも問題がある。職務行為の適法性を構成要件要素とすることの意義は、職務行為が適法なものであってはじめて、国家はこれを刑罰権発動の一つの根拠とし得、そうでない限り、いかに他の要件が備っていても、処罰できないことを示すことにある。他の事情とあいまって、はじめて、これに対する抵抗が正当化される事情とは、基本的に異なるのである。もちろん、再三指摘するように、公務員個人に対する犯罪との関係においては、職務行為の違法性が、他の要件ともあいまって、正当防衛を構成し、したがって、これに関する錯誤は誤想防衛となる。しかし、この二つは、厳に区別することを要するのであって、混同することは許されない。

いずれにしても、公務執行妨害罪における職務行為の適法性は、公務員個人の問題ではなく、執行公務員を一機関とする国家の全体的活動の問題として考えられなければならないということをも、ここでも強調する必要がある。この視点が失われないう限り、正当防衛の論理との混同を避けることができるであろう。⁽⁶⁾

三 正当防衛の論理との決別は、一つには、公務員の職務行為が一応形式的な適法要件を具備しているからといって、直ちに、国家机关の職務行為としての適法性（合法性の意味における）を備えるものではないことを明らかにするのに意義がある。この面では、まさに、職務行為の合法性は正当性と踵を接しているのである。しかし、このことは、法規適合性を最早問題にしなくてもよいということの意味していない。むしろ、正当防衛の論理からの決別は、この面においては、法規適合性を欠くにもかかわらず、その瑕疵が軽微であることをもって、職務行為の適法

性を肯定しようとする通説的見解を批判する意味を持っているのである。職務行為の適法性にとって、法規適合性は十分条件ではないが、必要条件ではある。法規適合性を最低限の内容とし、正当性を最高限の内容とするものが、職務行為の適法性であり、その限りにおいて、これを合法性と呼ぶことにも、一定の意味があると認めてよいであろう。

(1) この点については、中山研一・刑法各論の基本問題(一九八一年)二六七、二六八頁に問題点が若干触れられている。

(2) 伊達・前掲論文二六頁。

(3) 藤木・前掲論文一一、一二頁。

(4) 中義勝「公務執行の適法性と錯誤」関西大学法学論集一二卷二・三号二六九頁以下、とくに三〇〇頁以下。

(5) 拙稿「公務執行妨害罪における職務行為の適法性の錯誤」Law School 六号、二七頁以下。

(6) ただし、違法な国家活動に対する抵抗権の思想が、職務行為の適法性を必要とする根源的な思想を形成していることは、今日においてもなお否定され得ない。このことを認めても、正当防衛の論理との混同を避けることは十分に可能である。否、そうであるからこそ、職務行為の適法性の問題を公務員個人に対する正当防衛の問題に卑小化してはならないのである。抵抗権は、国家の活動そのものに対する抵抗の権利である点において、個人に対する正当防衛と区別されるからである。

(昭和五六年四月二〇日 受理)