

公務執行妨害罪における職務の適法性の錯誤について(1)

小 池 直 希

はじめに

- I. 適法性の錯誤をめぐる学説史①：戦前期ドイツの議論とその輸入
- II. 適法性の錯誤をめぐる学説史②：適法性要件の法的性質論と錯誤論の連動
- III. 適法性の錯誤をめぐる学説史③：構成要件要素説の定着と二分説の通説化
- IV. 補論：現行ドイツ刑法における職務の適法性の錯誤
- V. 学説史の総括 (以上、本号)

はじめに

公務執行妨害罪の成立には、書かれざる構成要件要素として職務の適法性を要するとする見解が支配的である。しかしそうすると、行為者が実際には適法な職務を違法なものであると誤信して抵抗した場合に、公務執行妨害罪の故意が認められるか否かが問題となる。この「適法性の錯誤」は、認識対象たる職務の適法性が——適法性の判断基準自体に争いがあることが示すように——高度に規範的な内容を含むがために、その処理について困難な問題を提供する。

もっとも、現在では、「適法性を基礎づける事実の錯誤は事実の錯誤だが、適法性評価それ自体の錯誤は違法性の錯誤である」とする、いわゆる二分説が優勢となっている。これに対して、適法性の錯誤はいずれも故意を阻却するとする事実の錯誤説も、なお有力に主張されている。この「二分説 vs. 事実の錯誤説」という対立図式が、適法性の錯誤をめぐる現在の学説状況であると整理するのが一般的であろう。

ところが、実際の学説の主張内容を精査してみると、適法性の錯誤はその

ように単純に図式化できる論点ではないことが明らかとなる。

まず、二分説として分類されてきた諸見解は、どのような類型の間に事実の錯誤と違法性の錯誤の境界線を引くのかについて、その内部で統一されているわけではない。このことは、同じく二分説の論者とされる西原春夫と曾根威彦の見解を例にとって比較してみるとわかりやすい。まず、西原は、(i) 逮捕状による逮捕にあたって、公務員が逮捕状を呈示したのに、行為者がこれを見ていなかったために違法な逮捕と誤信したという場合と、(ii) 逮捕状による逮捕の場合にも単に逮捕状の呈示だけでは足りず、被疑事実の要旨を口頭で告げなければならないものと誤信した場合を挙げ、(i) は故意を阻却するが (ii) は故意を阻却しないと¹。これに対して、曾根は、(i) 公務員が逮捕状を呈示したのを見ていなかったために、逮捕状の呈示のない違法な逮捕であると誤信した場合だけでなく、(ii) 逮捕状が呈示されたのは見たが、刑事訴訟法上の規定の解釈を誤り、公訴事実の要旨の告知がないから違法な逮捕と誤信した場合も故意が阻却されるが、(iii) 逮捕状が呈示されたのは見たが、刑法の解釈を誤り自分は無実だからその逮捕行為は違法だと誤解したために違法な職務と誤信した場合には故意を阻却しないと²。ほぼ同様の事例につき、西原は (i) と (ii) の間で“二分”し、曾根は (ii) と (iii) の間で“二分”している。ところが、このように帰結を異にする両見解は、学説上、ともに「二分説」として分類されてきた。

他方、事実の錯誤説と総称されてきた見解も、事例類型によっては違法性の錯誤となる余地があることを認めるものがある。たとえば、事実の錯誤説の論者として分類されてきた前田雅英は、適法性の錯誤につき、「どこまでが事実の錯誤で、どこからが法律の錯誤と解すべきかが実質的な対立点なのだと思う」³とする。事実の錯誤説においても適法性の錯誤の処理を“二分”す

1 西原春夫『犯罪各論〔訂補準備版〕』（成文堂、1991年）420-1頁。

2 曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）410-1頁。

3 大谷實＝前田雅英『エキサイティング刑法〔各論〕』（有斐閣、2000年）290頁〔前田発言〕。

るのであれば、事実の錯誤説をどのように定義づけるのが問題となろう。

このような議論状況に鑑みると、「二分説」「事実の錯誤説」なる相対立する2つの学説が存在するかのようには語るのにはミスリーディングであり、適法性の錯誤という論点を「二分説 vs. 事実の錯誤説」という対立図式に押し込めて語る事が適切だとは思われない。むしろ、本稿は、そうした対立図式に縛られずに、公務執行妨害罪の故意に相応しい認識内容とはどのようなものかを探究することを企図している。

とはいえ、各論者の主張を理解するには、その前提として、なぜこれまで「二分説 vs. 事実の錯誤説」という対立図式によって適法性の錯誤が語られてきたのかを解き明かさねばなるまい。そこで、本稿では、まず、適法性の錯誤をめぐる学説史を紐解くことで、二分説が優勢となっている現在の学説状況に至るまでの議論の過程を描き出すことから始めたい。

I. 適法性の錯誤をめぐる学説史①：戦前期ドイツの議論とその輸入

1. 戦前期のドイツの議論

まず、日本において適法性の錯誤が議論される端緒となった、戦前期のドイツの議論から概観する。

執行担当官に対する抵抗の罪を定めるドイツ刑法113条は、1970年の第三次刑法改正法による改正以前から、職務の適法性を要件として明文で規定していた⁴が、その法的性質の解釈については争いがあった。ドイツ判例は職務の適法性を客観的処罰条件と解しており⁵、適法性についての行為者の錯誤

4 ドイツにおいて適法性要件が明文化される経緯については、村井敏邦『公務執行妨害罪の研究』（成文堂、1984年）24頁以下参照。ただし、第三次刑法改正法以前は、113条1項の構成要件内部に「その職務の適法な (rechtmäßigen) 執行に際して」と規定されていたが、現行の113条では適法性要件は1項から分離され、同条3項1文が、「行為は、職務行為が適法でないときは、本条の規定によっては罰しない。」と規定している。このような規定形式の相違が、適法性要件の法的性質に影響を与えるのか否かについては争いがある。Vgl. *Hans Joachim Hirsch, Zur Reform der Reform des Widerstandsparagraphen (§ 113 StGB)*, in: *Festschrift für Ulrich Klug, Band II*, 1983, S. 246.

5 Vgl. RGSt 2, 423; 22, 301; BGHSt 4, 161; 21, 334. 当時のドイツの判例の状況については、

は顧慮されないとしてきた⁶。これに対して、ドイツの学説上の多数説は、職務の適法性は構成要件要素であり、ドイツ刑法(旧)59条⁷のいう法定の構成要件に属する事情に含まれるからその錯誤は故意を阻却するとして⁸、判例と対立した。

2. 日本への輸入

日本刑法における公務執行妨害罪には、職務の適法性に関する明文の規定が存在しない⁹。しかし、ドイツにおける議論が輸入された結果、書かれざる要件としての「職務の適法性」を要することを前提として、日本でもそれについて錯誤に陥った場合の処理が議論されるようになる。そして、すでに初期の議論から、多様な見解が主張されていたことが注目される。たとえば、小疇伝は、LisztやBindingらを参照しつつ、「犯人において官吏の執行が違法なりと誤謬したるときは、本罪の特別構成要件たる適法なる職務の執行

宮澤浩一『刑法の思考と論理』(成文堂、1975年)241頁以下を参照。なお、佐伯千仞『刑法における違法性の理論』(有斐閣、1974年)206頁は、このようなドイツ判例の態度に対して、「純理論的には不当であると思うが、またこの場合にはかかる解釈をなさねば不当に刑を免れる者が特に多くなることも注意せねばならぬ。」と評している。

6 Vgl. *Eduard Kohlrausch/Richard Lange*, Strafgesetzbuch, 43. Aufl., 1961, S. 330; *Henning Rosenau*, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 7, 13. Aufl., 2021, § 113 Rn. 27.

7 ドイツ刑法旧59条1項は、「ある者が、可罰的な行為を遂行するに際し、法定の構成要件に属する事情又は可罰性を高める事情の存在を知らなかったときは、これらの事情は当人の責めに帰せられない。」と規定していた。現行のドイツ刑法16条がこれに相応する規定である。

8 Vgl. *Franz von Liszt/Eberhard Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S. 792; *Reinhard Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, § 113 Anm. VII.

9 なお、旧刑法139条1項は「官吏其職務ヲ以テ法律規則ヲ執行シ又ハ行政司法官署ノ命令ヲ執行スルニ當リ暴行脅迫ヲ以テ其官吏ニ抗拒シタル者ハ四月以上四年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」と規定していた。村井敏邦の研究によれば、旧刑法制定時の司法省の解釈では「職務ヲ以テ」とは、ボアソナードの案という「正当に(régulièrement)」の訳語であり、その時点では職務の適法性を明文化していたととれるが、その後の学説の展開は、必ずしも適法性必要説へと流れてはいかなかった(村井・前掲注(4)46頁以下・55頁以下)。その後、現行の公務執行妨害罪規定への改正過程においては、職務の適法性の明文化が議論された形跡はない(村井・前掲注(4)93頁)。

たる事実」に錯誤あるものというべきなり」¹⁰として、事実の錯誤説を主張する。他方、泉二新熊は、(ドイツの議論を明示的に参照してはいないものの、)行為者が巡査に逮捕の職権がないと誤解した事例を挙げ、そのような場合は法律の錯誤にすぎず、犯意の成立を妨げないと主張する¹¹。

そして、この時代の見解として特筆すべきと思われるのは、大場茂馬による二分説の主張である¹²。大場もまたLisztやBindingらを参照し「行為者が公務員の適法なる職務執行をもって事実上違法なりと確信し、これに抗拒する手段として暴行又は脅迫を加うるも本罪を構成せず」¹³としつつ、次のようにいう。

「行為者が適法なる職務の実行なりと確信したるや否やは独りこれを事実問題に関してのみ適用すべきものにして、これを法律問題に適用すべきものにあらず。故に、行為者が元来適法なる公務員の行為をもって法律上適法なる職務の実行にあらずと解釈したる場合、即ち法律上不適法なりと確信したる場合においては上述する所と全然相反する解釈を採らざるを得ず。法律上適法なる職務執行に対してはいかなる場合といえども抗拒する能わざるものとす。故に、

10 小崎伝『日本刑法論 各論』(日本大学、1906年)128-9頁(適宜現代仮名遣いに改めている。以下同様。)。そのほか、事実の錯誤説とみられるものとして、富田山壽『日本刑法 第3巻』(講法會、1917年)448頁、新保勘解人『日本刑法要論 各論』(敬文堂書店、1927年)31頁、島田武夫『刑法概論(各論)』(有斐閣、1934年)34頁、土井十二『刑法提要 各論』(三菱学需品、1936年)27頁(ただし、錯誤が過失に基づく場合には刑法38条3項が適用されるとする)。

11 泉二新熊『日本刑法論 下巻[第44版]』(有斐閣、1939年)70頁。後掲大判昭和7年3月24日(裁判例②)は、泉二が裁判長を務めた判決である。そのほか、小泉英一『日本刑法各論』(南郊社、1934年)23頁、沼義雄『刑法大要 総論各論』(良栄堂、1938年)275頁、佐瀬昌三『刑法大意(第二分冊)』(清水書店、1940年)43頁、久礼田益喜『刑法学概説[増訂版]』(巖松堂書店、1943年)445頁も認識不要説に立つ。

12 ほかに、同時期に、神谷健夫=神原甚造『刑法詳論』(清水書店、1913年)473頁は、「事実に関する錯誤(例えば、変装巡査を強盗と速了し、令状携帯するにもかかわらず白紙を所持せりと誤解したるが如し)の時は故意の存在を阻却するも、法律に関する錯誤(例えば、現行犯の逮捕についても令状を要すと誤解せる如し)ならば反対に解釈すべきものとす」として、二分説を展開している。

13 大場茂馬『刑法各論 下巻』(日本大学、1910年)717頁。

例えば、司法警察官が準現行犯なる被告人を逮捕するにあたり、被告人は準現行犯の場合においては司法警察官は令状をもってするにあらざれば被告人を逮捕するの職権なしとの法律上の意見を有し、従って司法警察官の逮捕行為は適法なる職務執行にあらずと確信しこれに抗拒したる場合においては、行為者は本罪の責を免るる能わず。」¹⁴

適法性の錯誤を事実問題と法律問題に二分し、前者のみ故意を阻却するという大場の主張は、(そこで挙げられている具体例も含め)まさしく現代の二分説に通ずるものがあるが、学説史としてみたときには、大場の見解がその後の学説に継承されたわけではなく¹⁵、二分説の系譜はここでいったん断絶している¹⁶。それは、当時の日本の議論が、認識対象たる適法性要件の法的性質論を踏まえたものではなく、単に帰結を示したにすぎなかったからであろう。適法性要件の法的性質論を踏まえた二分説の展開は、戦後の議論を俟たねばならない。

14 大場・前掲注(13)718-9頁。

15 戦後初期には、大場の見解を引用する文献もみられた。大場の見解を二分説として引用するものとして、団藤重光編『注釈刑法(3)』(有斐閣、1965年)67頁〔大塚仁〕、武安将光「公務執行妨害罪における職務行為の適法性(四)」法書時報19巻5号(1967年)48頁。他方、これを事実の錯誤説として引用するものとして、伊達秋雄「公務執行妨害罪」日本刑法学会編『刑事法講座 第4巻』(有斐閣、1952年)682頁、吉川経夫「公務執行妨害罪の問題点」日本刑法学会編『刑法講座 第5巻』(有斐閣、1964年)71頁があるが、分類として不適當であろう。その後、大場の見解を引用する文献はほとんどみられなくなる(数少ない例外として、八木國之『増補 新派刑法学の現代的展開』(酒井書店、1991年)392頁)。

16 唯一、大塚仁は、大場の見解も引用しつつ、自説としても二分説を展開している(団藤編・前掲注(15)67-8頁〔大塚〕、大塚仁『注解刑法〔増補第2版〕』(青林書院新社、1977年)493-4頁)点で、大場説の継承者といえなくもない。ただし、大塚は、同時にRoxinやArthur Kaufmann、中義勝らの所説も参照していること、自説の論証においては結論の具体的妥当性にのみ言及しており適法性要件の法的性質論を踏まえていないことなどからすると、大場説が大塚説を経由して日本の二分説の潮流を形作ったとみることは困難であろう(なお、大塚仁『刑法概説(各論)〔第3版増補版〕』(有斐閣、2005年)571頁においては、大場の見解は引用されていない)。むしろ、大塚が適法性の錯誤をめぐる議論に与えた学説史上の影響は、後述のように、意味の認識論が問題となりうることを指摘した点にこそあるように思われる。

II. 適法性の錯誤をめぐる学説史②：適法性要件の法的性質論と錯誤論の運動

1. ドイツにおける客観的処罰条件説の支持者

ドイツでは、戦後、判例のみならず学説においても、Schmidhäuser¹⁷やMaurach¹⁸らによって職務の適法性を客観的処罰条件と解する見解が主張され¹⁹、一時有力化する。もともと、客観的処罰条件説に対しては、同説を支える根拠は執行担当官の保護という政策的考慮にとどまり、警察国家的思想を復活させるものであるとして批判も強く²⁰、日本でこれを主張する論者はほとんどみられなかった^{21,22}。

2. Welzelによる法義務の要素説の提唱

(1) 主張内容

戦後、客観的処罰条件説と事実の錯誤説とが対立していたドイツの議論状況に新たな解決法をもたらしたのが、Welzelによる法義務の要素説である。Welzelの見解および当時のドイツの議論状況については、すでに中義勝²³お

17 Eberhard Schmidhäuser, Objektive Strafbarkeitsbedingungen, ZStW 71(1959), 548ff. Schmidhäuserの見解については、松原芳博『犯罪概念と可罰性』(成文堂、1997年) 83頁以下も参照。

18 Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl., 1964, S. 599.

19 ドイツにおける客観的処罰条件説については、中義勝『誤想防衛論』(有斐閣、1971年) 229頁以下も参照。

20 Vgl. Hans Welzel, Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, JZ 1952, S. 19f.; Günter Bemmman, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1957, S. 32f.; Claus Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Aufl., 1970, S. 140. 同要素を客観的処罰条件と解すべきでないことについては、松原・前掲注(17) 277-8頁参照。

21 唯一の例外が、香川達夫『刑法講義〔各論〕〔第3版〕』(成文堂、1996年) 41頁以下である。

22 なお、日本では客観的処罰条件説が主張されないことについて、「職務行為の適法性が明文で示されていないわが刑法のもとでは、解釈論的に援用することにも困難があらう」(団藤編・前掲注(15) 67頁 [大塚])との指摘もあるが、これに対しては、なぜ書かれざる客観的処罰条件が存在してはならないのか、との反論がなされている(香川・前掲注(21) 41頁)。

23 中・前掲注(19) 175頁以下・220頁以下。

よび宮澤浩一²⁴による詳細な先行研究があることから、本稿では、後の日本の議論への影響を知るために必要な限りで、その概略を示すこととする。

Welzelによれば、職務の適法性を客観的処罰条件と理解すべきではない。なぜなら、そのように解すれば、違法な職務に対する抵抗もすべて禁じられ、正当防衛の余地がなくなってしまうからである。他方、この帰結を回避するために、Bindingに代表される学説の多数説と同じく職務の適法性を構成要件要素と解してしまえば、行為者の極めて軽率な過失でさえも故意を阻却することとなり、実務上耐え難い帰結に至るとする²⁵。

そこで、Welzelは、職務の適法性は客観的処罰条件でも構成要件要素でもなく、法義務の要素ないし特殊な違法性の要素であると主張する。このように解すれば、客観的に職務の適法性を欠く場合には正当防衛によって対抗可能であり²⁶、他方、行為者の主観において職務の適法性の認識を欠く場合には、違法性に関する錯誤であるから、Welzelの採る厳格責任説を前提とする限り、適法性を基礎づける事実について誤認した場合も適法性評価それ自体について誤認した場合も、ひとしく禁止の錯誤として取り扱われる。よって、職務の適法性について錯誤に陥った場合には、その錯誤が回避不可能なものであった場合にのみ責任が阻却されることになる。このような解決は、客観的処罰条件説に比して責任主義に合致するものでもある、というのである²⁷。

(2) その意義

以上のようなWelzelの見解は、適法性要件に新たな法的位置づけを与えることで、客観的処罰条件説の持つ権威主義的色彩を回避するとともに、軽率な誤信であっても故意が阻却されてしまうという事実の錯誤説による帰結

24 宮澤・前掲注(5)141頁以下。

25 *Welzel*, a. a. O. (Anm. 20), S. 19.

26 *Hans Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 82.

27 *Welzel*, a. a. O. (Anm. 20), S. 20.

もまた回避しており、折衷の見解にはじめて理論的基礎を与えた点で重要である。

もっとも、「法義務の要素」という法的構成は、職務の適法性を故意の認識対象から外したいという結論から導かれたアド・ホックな構成にすぎないのではないかとの疑問も拭えない²⁸。ともあれ、Welzelによる法義務の要素説は、その後の日本の議論にも影響を与えることとなる。

3. 日本における本格的な議論の展開

(1) 違法性の錯誤説

日本でも、戦後に入ると、Welzelによる法義務の要素説の検討を通じて、適法性の錯誤に関する議論の水準が飛躍的に向上する。まず、谷口正孝²⁹や武安政光³⁰ら実務家の手によって³¹、違法性の錯誤説³²(職務の適法性を違法要素と解し、それについて錯誤に陥ったとしても故意は阻却されないとする見解)が展開された。

彼らは、次のように論ずる。職務の適法性を客観的の処罰条件とする見解はその論拠が薄弱であり³³、その限りで職務の適法性を構成要件要素と解する

28 宮澤・前掲注(5)143頁は、「法義務のメルクマールというものを特にとり立てて論ずるウェルツェルの真意というものは、ドイツ刑法59条の錯誤の規定の中にある“法定の構成要件に属する行為事情”というものからそれをはずすことによって、禁止の錯誤の適用の場所を作り、これによって、構成要件の錯誤と禁止の錯誤の区別を機能的ならしめ、以って故意の体系的地位を確保しようとする態度がうかがわれる」と指摘する。そのほか、Welzelの見解に対する批判については、宮澤・前掲注(5)168頁以下、村井・前掲注(4)277頁以下参照。

29 谷口正孝「公務の執行に対する反抗」ジュリスト116号(1956年)25頁以下、同「職務執行行為の適法性」法律のひろば11巻8号(1958年)4頁以下。

30 武安・前掲注(15)45頁以下、同「公務執行妨害罪における職務行為の適法性(五・完)」法曹時報19巻6号(1967年)30頁以下。

31 なお、司法研修所検察教官室「捜査実例中心 刑法各論解説」(東京法令出版、2020年)316-7頁〔占部祥〕は、実務上、公務執行妨害罪の捜査では適法性の錯誤が問題となることが多いことを指摘する。

32 同説は「法律の錯誤説」と称されることもあるが、本稿では「違法性の錯誤説」との名称で統一している。

33 谷口・前掲注(29)〔ジュリスト〕33-4頁、武安・前掲注(30)45頁。

事実の錯誤説が論理的に優れている。しかし、事実の錯誤説の抱える弊害を無視することはできない。行為者が職務の適法性を認識していたことを立証することは容易ではないし、軽率にも違法な職務であると誤信した者を公務執行妨害罪に問うことができないとなれば、公務の保護にとって不十分であり、ひいては社会秩序の維持にとって障害となってしまう³⁴。そこで、Welzelによる議論を参照しつつ、職務の適法性を違法要素と解することで、故意の認識対象から外そうとしたのである^{35,36}。

そのほか、違法性の錯誤説の代表的論者として、しばしば藤木英雄の名が挙げられる。藤木によれば、職務の適法性は「職務行為に対する刑法的要保護性の問題であるから、刑法独自の法的評価に属するので、故意における認

34 谷口・前掲注 (29) [ジュリスト] 36頁、武安・前掲注 (30) 41頁以下。

35 谷口・前掲注 (29) [ジュリスト] 36頁、武安・前掲注 (30) 45頁以下。もっとも、職務の適法性を違法要素と解したからといって、直ちに故意の認識対象から外れることにはならないはずである。職務の適法性が違法要素なのだとすれば、その事実的要件についての誤信は正当化事情の錯誤の一種となる。それゆえ、誤想防衛において故意を阻却する立場からは、〈適法性を基礎づける事実〉はなお故意の認識対象となる（このような理解から二分説を導く見解として、後述の団藤新説や中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2015年）272頁など）。Welzelのように、職務の適法性を違法要素と解し、かつ、厳格責任説を前提としてはじめて、職務の適法性を完全に故意の認識対象から外すことが可能になる（なお、西田典之ほか編『注釈刑法 第2巻』（有斐閣、2016年）40-1頁〔橋爪隆〕も参照）。これに対して、論者は、公務執行妨害罪の禁止規範の内容を「公務執行の外観をもつ行為に対しては、暴行・脅迫の手段をもって妨害してはならない」と解しつつ、「かかる手段による妨害の禁止規範の違反が当該公務執行の適法という事実によって加重され、公務執行妨害罪として処罰の対象となる」とし、職務の適法性は禁止規範の内容をなさないから故意の認識対象ともならないという（谷口・前掲注 (29) [法律のひろば] 9頁）。しかし、このように解してしまえば、職務の適法性がなぜ公務執行妨害罪の違法性を左右するのかを説明することができず、客観的処罰条件説に帰着することになるように思われる（谷口説に対する批判として、中・前掲注 (19) 242-3頁）。

36 そのほか、結論において違法性の錯誤説を採用するのは、吉田常次郎『刑法各論』（学芸書房、1956年）11頁、青柳文雄『刑法通論Ⅱ 各論』（泉文堂、1963年）81-2頁、井上正治『増訂版 刑法の論点 下巻』（法学書院、1964年）383-4頁、小泉英一＝椿幸雄『刑法原論』（成文堂、1976年）176頁、阿部純二「事実の錯誤と法律の錯誤の区別（2）」法学セミナー335号（1983年）131頁、井上正治＝江藤孝『新訂刑法学〔各則〕』（法律文化社、1994年）326頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第6巻』（青林書院、2015年）159頁〔頃安健司＝河村博〕。

識の対象には含まれない」³⁷という。その背景にもまた、通説に比して公務の保護を重視しようとする姿勢が窺われる³⁸。もっとも、総論の教科書においては、「公務の適法性……については、その基礎となる社会的事実関係を認識していれば足りる」³⁹との記述もみられ、藤木が適法性の錯誤を一切考慮しないという趣旨なのかは判然としない⁴⁰。

(2) 事実の錯誤説

こうした違法性の錯誤説による理論的苦心にもかかわらず、戦後しばらくの間は、職務の適法性を構成要件要素と解し、その錯誤は故意を阻却とする見解(事実の錯誤説)⁴¹が通説であったといつてよい。

事実の錯誤説は次のように考える。①職務の適法性は構成要件要素である。②規範的構成要件要素についての錯誤は、法律的事実の錯誤として故意を阻却する。③よって、適法性の錯誤は事実の錯誤であり、故意を阻却

37 藤木英雄『刑法講義各論』(弘文堂、1976年)26頁。

38 藤木・前掲注(37)22頁以下参照。

39 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、1975年)147頁。

40 藤木の主張が、〈適法性評価それ自体〉が故意の認識対象に含まれないという趣旨なのか、それに加えて〈適法性を基礎づける事実〉も故意の認識対象に含まれないという趣旨なのか問題となる。仮に前者の趣旨にとどまるのであれば、二分説と対置される意味での違法性の錯誤説とはいえない。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24巻7号(1972年)29頁が江家義男を引用していることも示唆的である。後述のように、江家は違法性の錯誤説の論者ではない。

41 伊達・前掲注(15)677-8頁、佐伯千仞「公務執行妨害罪における職務行為の適法性」平野龍一ほか編『判例演習 刑法各論』(有斐閣、1961年)12-3頁、宮内裕『新訂刑法各論講義』(有信堂、1963年)297頁、吉川・前掲注(15)71頁、瀧川春雄=竹内正『刑法各論講義』(有斐閣、1965年)378頁、木田純一『日本刑法各論』(法律文化社、1966年)24頁、安西温ほか『実務刑事法〔改訂増補3版〕』(警察時報社、1966年)493頁〔安西温〕、熊倉武『日本刑法各論 下巻』(敬文堂、1970年)273-4頁、平野龍一『刑法総論Ⅰ』(有斐閣、1972年)172頁、植松正『再訂刑法概論Ⅱ各論』(勁草書房、1975年)25頁、村井・前掲注(4)286頁以下、西原春夫ほか編『判例刑法研究 第7巻』(有斐閣、1983年)48頁〔吉田敏雄〕、小暮得雄ほか編『刑法講義各論』(有斐閣、1988年)504頁〔江口三角〕、日高義博『刑法における錯誤論の新展開』(成文堂、1991年)224頁以下、船山泰範「公務執行妨害罪の問題点」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第6巻』(法学書院、1993年)338頁、浅田和茂ほか『刑法各論〔補正版〕』(青林書院、2000年)343頁〔斉藤豊治〕、岡野光雄『刑法要説各論〔第5版〕』(成文堂、2009年)334頁など。

する。このような①～③の論理展開は極めて明快であり、「構成要件要素説＝事実の錯誤説」という図式自体は、他説の論者によっても認められていた⁴²。それゆえ、違法性の錯誤説の論者は、「職務の適法性は構成要件要素ではない」ことを論証しようとしたのである。

他方、事実の錯誤説には、軽率な誤信でも故意が阻却され、公務の保護に欠けるという批判が向けられてきたが、これに対する応答としては、大別して2つの方向性がある。ひとつは、錯誤が軽率であろうとも、その実態は過失責任であり、故意が阻却されても特に問題はないという応答である⁴³。もうひとつは、政策的な不都合さを認めたくえで、未必の故意や意味の認識の活用によって一定程度処罰の間隙は埋められるとする応答である⁴⁴（その是非については、後に検討する）。

（3）違法要素説を前提とする二分説

団藤重光は、その著書『刑法綱要各論』の初版においては、職務の適法性は構成要件要素と解すべきであり、その錯誤は法律的事実の錯誤であるから、政策的に不都合であっても構成要件の故意が阻却されるとして、事実の錯誤説に与していた（団藤旧説）⁴⁵。もっとも、同書では、Welzelのいうように職務の適法性を違法要素と解する可能性を留保していた⁴⁶。

その後、初版で示唆していた通り、団藤は違法要素説に改説する（団藤新

42 たとえば、谷口・前掲注（29）〔法律のひろば〕9頁など。後述のように、団藤が構成要件要素説から違法要素説に改説したのも、この図式を認めていたからにほかならない。

43 村井・前掲注（4）288頁、船山・前掲注（41）339頁、岡野・前掲注（41）334頁、三上正隆「公務執行妨害罪」曾根威彦＝松原芳博編『重点課題 刑法各論』（成文堂、2008年）233頁。

44 未必の故意の活用につき、伊達・前掲注（15）678頁、吉川・前掲注（15）71頁、瀧川＝竹内・前掲注（41）378頁、小暮ほか・前掲注（41）504頁〔江口〕、浅田ほか・前掲注（41）343頁〔斉藤〕。意味の認識の活用につき、大塚仁『犯罪論の基本問題』（有斐閣、1982年）265頁、日高・前掲注（41）225頁など。

45 団藤重光『刑法綱要各論』（創文社、1964年）47-8頁。

46 団藤・前掲注（45）48頁。

説)⁴⁷。違法要素と解する理由としては、「国家の作用と個人の自由との間における衝突・摩擦は、具体的な情況のもとで、かなり微妙である」⁴⁸ことを挙げており、国家的利益と個人的利益とのはざまでの逡巡がみてとれる。団藤新説によれば、適法性の錯誤の処理は二分されることになる。まず、適法性を基礎づける事実について誤認した場合は、事実の錯誤として故意が阻却される⁴⁹。団藤は正当化事情の錯誤で故意を阻却する立場であり⁵⁰、これに対応するものである。これに対して、法律の誤解の結果、職務の執行を違法と誤信した場合は違法性の錯誤であり、錯誤がやむを得ない場合にのみ責任が阻却されるとする⁵¹。

(4) 構成要件要素説を前提とする二分説

(a) 中義勝の見解

前述のように、事実の錯誤説の背景には、「構成要件要素説＝事実の錯誤説」という図式があったが、この点に疑義を向け、職務の適法性が構成要件要素であるとしても二分説に至るべきであると主張したのが、中義勝である⁵²。中は、「適法性評価そのもの」と「適法性評価を基礎づける諸事情」は区別できることを指摘したうえで、前者を構成要件要素とすることはできず、後者のみが構成要件要素であるとする⁵³。そして、Roxin⁵⁴やArthur

47 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社、1990年）51頁・53頁・56-7頁。なお、違法要素説へと改説したのは同書の改訂版（1985年）においてである。

48 団藤・前掲注（47）51頁。

49 団藤・前掲注（47）56頁。

50 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）308頁。団藤・前掲注（47）56頁でも同箇所の参照が指示されている。

51 団藤・前掲注（47）56-7頁。

52 中・前掲注（19）220頁以下（初出「公務執行の適法性と錯誤」関西大学法学論集12巻2・3号（1963年）267頁以下）、同「規範的構成要件要素の錯誤」法学教室4号（1962年）131頁。

53 中・前掲注（19）223頁以下。

54 Roxin, a. a. O. (Anm. 20), S. 139ff.

Kaufmann⁵⁵らの見解に依拠し⁵⁶、職務の適法性を基礎づける事実には錯誤があれば構成要件の錯誤であるが、事実は正しく認識しているのに適法性評価そのものについて錯誤がある場合は禁止の錯誤であると主張する⁵⁷。このように解することで、責任原則との不調和という批判を避けることができ、かつ反抗者の恣意的法確信あるいは軽率な禁止の錯誤によって国家作用の実効性が阻害されることもないというのである⁵⁸。

もっとも、中は、「職務の適法性」と「反抗行為の違法性」を同視し⁵⁹、職務の不適法性を基礎づける事実を消極的構成要件要素と位置づけ、それが他の要件と相まって、同罪の正当化事由の前提的事情をなし⁶⁰、その錯誤は構成要件の錯誤として故意を阻却する⁶¹としていることに注意しなければならない。つまり、中は、職務の適法性を構成要件要素と解しているといっても、それは消極的構成要件要素の理論を採用する帰結であって、誤想防衛とパラレルに故意を阻却しているのである。この点で、現代の二分説と理論構成が異なり、具体的帰結においても、中説からは「不適法な職務行為に対しても、正当防衛の他の要件が備わらない限り、抵抗することが許されないということにな」⁶²と指摘されている。

55 Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl., 1976, S. 253. 邦訳として、アルトゥール・カウフマン（甲斐克則訳）『責任原理』（九州大学出版会、2000年）389-90頁。

56 そのほか、Kohlrausch/Lange, a. a. O. (Anm. 6), S. 330も、適法性の錯誤を2つの場面に分けて論ずべきであるとする。すなわち、それが存在していれば職務行為が不法となる事情を行為者が誤想している場合（たとえば、行為者が西ベルリンにおいて、当該公務員をソビエトの鉄道警察であると思っている場合）には、故意を阻却する誤想防衛となるが、そうでない場合には、（正当防衛や自救行為といった）対抗権を法的に誤って想定しているというにすぎないから、禁止の錯誤であるという。

57 中・前掲注（19）244-5頁。中義勝『刑法各論』（有斐閣、1975年）273頁も参照。

58 中・前掲注（19）245頁。

59 中・前掲注（19）224頁は、「全体としての公務執行行為が適法でありさえすれば、これに対する反抗は当然に違法と評価される」とする。

60 中・前掲注（19）249頁。

61 中・前掲注（19）245頁。

62 村井・前掲注（4）287頁。

(b) 中の見解の理論的意義とその影響

中義勝の見解は、職務の不適法性を基礎づける事実を消極的構成要件要素とみるという点では支持者を見出さなかったものの、職務の適法性を構成要件要素と解したとしても「適法性評価そのもの」と「適法性評価を基礎づける諸事情」は区別可能であり、前者は事実の錯誤として故意を阻却するが後者は違法性の錯誤にすぎないとする点において、日本のその後の二分説の展開に理論的基盤を提供することとなった。前述のように、二分説の帰結自体はすでに日本でも戦前から主張されていたが、中の二分説はそれを継受するものではなく、むしろドイツの議論の参照によってもたらされたものである。かくして、現代の二分説、すなわち職務の適法性の法的性質論を踏まえ、たうえでの二分説は、中義勝から始まったのである。

その後、中と同じく職務の適法性を構成要件要素としつつ二分説を主張する論者⁶³が増えてゆくが、そのなかには厳格責任説の論者もあり、それでも適法性の錯誤を事実の錯誤とする余地を認めるのであるから、適法性の錯誤を誤想防衛とパラレルに捉える中の見解がそのまま継受されたわけではない。しかし、中が「構成要件要素説＝事実の錯誤説」という図式を崩したことで、その後の構成要件要素説の論者が二分説を採用する基盤が提供されることになり、このことが、日本で二分説が広範な支持を集めてゆく重要な契機となった。また、これらの論者も、中と同じく、事実の錯誤説を採る場合に陥る政策的不都合性を二分説を採用するひとつの論拠として挙げている⁶⁴。このように、職務の適法性を構成要件要素と解しつつも結論において

63 福田平ほか編『刑法(5)各論Ⅲ』(有斐閣、1977年)192-3頁〔生田勝義〕、藤木英雄編『刑法Ⅱ〔各論〕』(日本評論社、1977年)263頁〔宮澤浩一〕、洲見光男『「あてはめ」の錯誤と故意』早稲田大学大学院法研論集47号(1988年)122頁、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅰ』(有斐閣、1991年)1061頁、西原・前掲注(1)420-1頁、福田平『全訂刑法各論〔第3版増補〕』(有斐閣、2002年)15頁など。

64 西原・前掲注(1)420頁は、事実の錯誤説によれば、「一般人の立場からみても当然適法と考えられるような職務執行を、行為者だけが軽率に違法と誤信したような場合にも本罪の成立が否定されることとなるばかりでなく、この結論は、ひいて、自分は違法と誤信したのだという被告人の抗弁に対し、何らこれに対抗する有効な手段を見出しえないことになる」と指摘する。また、内藤・前掲注(63)1061頁も、違法性の錯誤説や

妥当とされる落としどころに至る点で、中の見解は優れており、支持者を増やしたものと思われる。

4. 小括

ここまでみてきたように、戦後期における日本の議論の特徴は、大きく分けて2つある。

ひとつめは、Welzelによる法義務の要素説をきっかけに、適法性要件の法的性質論を踏まえた錯誤の処理に関する議論が日本に流入し、議論が本格化したことである。輸入元のドイツでは、戦後、判例に倣って学説でも客観的処罰条件説が隆盛したのに対して、日本では客観的処罰条件説を正面から主張する論者はほとんどなく、実務家を中心に一部で違法要素説が展開されたものの、多くの学者は構成要件要素説を採用し、その結果、錯誤の処理についても事実の錯誤説が通説となった。もっとも、この時代には、中義勝による二分説の展開によって、その後二分説が発展してゆく素地が整えられたことも見逃してはならない。

ふたつめは、「国家作用の保護」と「国民の自由の保護」という2つの価値観のうちいずれを重視するかという決断が、この時期の議論の大きな対立軸を形成していたことである。構成要件要素説、ひいては事実の錯誤説が通説であったのは、戦後の日本で個人主義的・自由主義的価値観が重視されてきたことのあらわれであろう⁶⁵。他方、違法性の錯誤説に典型的にみられるように、少なくない論者が、行為者の軽率な誤信で常に免責されるというのでは公務執行妨害罪が機能なくなるという危機感を抱いており、それを回避するための理論的努力がなされてきた時代でもあった⁶⁶。団藤の改説に

客観的処罰条件説だけでなく、二分説にも政策的考慮が潜在しているとする。

65 団藤編・前掲注(15)47頁〔大塚〕、宮澤・前掲注(5)241頁参照。構成要件要素説がリベラルな国家観に沿うものであることについては、vgl. *Hirsch*, a. a. O. (Anm. 4), S. 245.

66 なお、法務省『法制審議会刑事法特別部会第四小委員会議事要録(二)』(1965年)47頁によれば、刑法改正において職務の適法性を要件化することに対して、委員からは「要件化すると錯誤・確信等に基づく妨害行為が外れる可能性が強くなるので反対であ

もっとも顕著にみられるように、国家作用の保護のために政策的考慮を要するか否かが、適法性の錯誤における学説対立の分水嶺となっていた。

Ⅲ. 適法性の錯誤をめぐる学説史③：構成要件要素説の定着と二分説の通説化

1. 職務の適法性の法的性質

では、現在の学説状況はどのようになっているだろうか。

まず、議論の前提となる職務の適法性の法的性質については、構成要件要素とする見解が圧倒的に多数となっている⁶⁷。これに対して、一般的職務権限のみが構成要件要素であり具体的職務権限・法律上の有効要件については違法要素であるとする見解⁶⁸や、客観的処罰条件であるとする見解⁶⁹も一部で主張されているが、少数にとどまっている。

2. 二分説の通説化とその論拠

適法性の錯誤に関する近時の学説状況の大きな特徴は、構成要件要素説を前提としつつも、「構成要件要素説＝事実の錯誤説」という図式が崩れ、二

る」との意見があったという。

67 伊東研祐『現代社会と刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2002年）430頁、堀内捷三『刑法各論』（有斐閣、2003年）298頁、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007年）453頁〔鎮目征樹〕、林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会、2007年）434頁（適法性を基礎づける事情が構成要件要素であるとする）、川端博『刑法各論講義〔第2版〕』（成文堂、2010年）654頁、今井猛嘉ほか『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2013年）402頁〔今井猛嘉〕、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2015年）747頁、浅田和茂＝井田良編『新基本法コンメンタール刑法〔第2版〕』（日本評論社、2017年）232頁〔松澤伸〕、橋本正博『刑法各論』（新世社、2017年）478頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、2018年）448頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』（成文堂、2018年）456頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第5版〕』（成文堂、2019年）578頁、浅田和茂『刑法各論』（成文堂、2020年）509頁、井田良『講義刑法学・各論〔第2版〕』（有斐閣、2020年）578頁、日高義博『刑法各論』（成文堂、2020年）651頁、松原芳博『刑法各論〔第2版〕』（日本評論社、2021年）542頁、高橋則夫『刑法各論〔第4版〕』（成文堂、2022年）639-40頁、本庄武編著『ベイス刑法各論』（八千代出版、2022年）320頁〔高橋有紀〕など。

68 内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（青林書院、1996年）612頁、中森・前掲注（35）272頁。

69 香川・前掲注（21）41頁以下。

分説が通説化した⁷⁰ことにある。

また、二分説の論拠にも変化がみられる。それまでのように (i) 政策的考慮の必要性 (軽率な誤信で故意を阻却することの不当性) を自説の論拠として明示する見解⁷¹はなおみられるものの全体としては減少し、それに代わって、(ii) 〈適法性評価それ自体〉と〈適法性を基礎づける事実〉は区別可能であることを摘示する見解⁷²や (iii) 錯誤の一般理論に従えば二分説に至ると説く見解⁷³、あるいは結論のみ示すものが増加してきている。この変遷は、適法性の錯誤を論ずるにあたって、戦後期のように国家的利益と個人的利益を衡量するという発想が後景に退き、錯誤論としての当否という理論面に関心が移ってきたことを示している。

3. 事実の錯誤説の現在

他方、構成要件要素説を前提とする事実の錯誤説は、現在でも有力に主張されている⁷⁴ものの、二分説の隆盛を受けて、戦後期に比べると支持者を減

70 板倉宏『刑法総論〔補訂版〕』(勁草書房、2007年) 245-6頁、伊藤ほか・前掲注 (67) 455頁〔鎮目〕、林・前掲注 (67) 435頁、高橋欣也「公務執行妨害罪における職務行為の適法性に関する錯誤の問題」東洋大学大学院紀要46集 (2010年) 210頁、池田修=金山薫編『新実例刑法〔各論〕』(2011年) 219頁〔河原俊也〕、山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣、2010年) 546頁、鈴木茂嗣『刑法総論〔第2版〕』(成文堂、2011年) 115頁、今井ほか・前掲注 (67) 404-5頁〔今井〕、山中・前掲注 (67) 756頁、関哲夫『講義 刑法各論』(成文堂、2017年) 568頁、浅田=井田編・前掲注 (67) 235頁〔松澤〕、橋本・前掲注 (67) 480頁、西田(橋爪補訂)・前掲注 (67) 451頁、大谷・前掲注 (67) 584頁、井田・前掲注 (67) 580頁、高橋・前掲注 (67) 640頁、本庄編著・前掲注 (67) 323頁〔高橋〕など。

71 現在でも二分説の論拠として政策的考慮を持ち出すのは、高橋・前掲注 (70) 209頁、池田=金山編・前掲注 (70) 219頁〔河原〕、今井ほか・前掲注 (67) 404頁〔今井〕、橋本・前掲注 (67) 480頁(ただし、同書480頁は理論的にも二分説が妥当であるとする)、高橋・前掲注 (67) 640頁。違法要素説から、中森・前掲注 (35) 272頁。

72 浅田=井田編・前掲注 (67) 235頁〔松澤〕、西田(橋爪補訂)・前掲注 (67) 451頁。

73 伊藤ほか・前掲注 (67) 455頁〔鎮目〕、山口・前掲注 (70) 546頁、井田・前掲注 (67) 580頁(誤想防衛同様に処理すべきとする)。

74 平川宗信『刑法各論』(有斐閣、1995年) 521頁、三上・前掲注 (43) 232頁、木村光江『刑法〔第4版〕』(東京大学出版会、2018年) 395頁、浅田・前掲注 (67) 514頁、前田雅英『刑法各論講義〔第7版〕』(東京大学出版会、2020年) 454頁など。

らしている状況にある。職務の適法性が規範的構成要件要素である以上、その錯誤は事実の錯誤であるというのが同説の中核的な主張内容であり⁷⁵、その論拠に大きな変化は見られないが、二分説が有力化する現状においてあえて事実の錯誤説を主張するということは、〈適法性評価それ自体の錯誤〉であつても故意が阻却される余地を自覚的に認めているという点にその特徴を見出すことができよう。

Ⅳ. 補論：現行ドイツ刑法における職務の適法性の錯誤

1. 改正の経緯

戦後期にWelzelの法義務の要素説が輸入された後、ドイツにおける適法性の錯誤に関する議論が日本に影響を与えることはなかった。それは、ドイツでは1970年に第三次刑法改正法によってドイツ刑法113条4項として明文で職務の適法性の錯誤の処理が規定されるに至り、立法的解決がなされたことによる。規定は下記の通りである。

【ドイツ刑法113条4項】⁷⁶

行為者が、犯罪遂行の際に、職務行為が適法でないと誤って認識し、その錯誤を回避することができた場合は、裁判所は、裁量により刑を減輕し（第49条2項）、又は、責任が輕微なときには、本条の規定による刑を免除することができる。行為者がその錯誤を回避することができず、行為者の認識した事情によれば、違法と誤信した職務行為に対して不服申立てにより争うことを行為者に期待することもできなかつたときは、その行為は、本条の規定によっては罰しない。行為者にこれを期待することができたときは、裁判所は、裁量により刑を減輕し（第49条2項）、又は本条の規定による刑を免除することができる。

75 たとえば、浅田・前掲注（67）514頁。

76 訳出については、法務省刑事局『刑事法制資料 ドイツ刑法典』（2021年）に拠った。同規定も含めたドイツ刑法113条の全体像については、樋口亮介「ドイツ刑法各論講義ノート：国家的法益に対する罪」東京大学法科大学院ローレビュー11号（2016年）301頁以下参照。

立法者は、職務の適法性を客観的処罰条件としその錯誤を顧慮してこなかった判例の立場を、責任主義に抵触するものと考えた⁷⁷。職務の適法性が同罪の不法に影響することは明らかであり、そうであるなら適法性の錯誤は行為者の責任に影響すると考えるべきだからである。そこで、立法者は適法性の錯誤の処理を明文で規定することとした。

2. 規定の特徴

同規定は、総則の錯誤規定（ドイツ刑法16条、17条）に優先する特別規定である⁷⁸。

本来、「職務の適法性」が構成要件要素ないし違法要素であり、かつ制限責任説によるなら、少なくとも適法性を基礎づける事実について誤信した行為者は、錯誤の回避可能性を問われることなく故意責任を免れるはずである。しかし、同規定によれば、たとえば、逮捕状を見落として違法な逮捕だと誤信した行為者についても、故意責任を問われる余地が残されている。それゆえ、同規定は制限責任説とは調和せず、せいぜい厳格責任説によってのみ説明可能なものと理解されている⁷⁹。職務の適法性が違法要素であり、かつ厳格責任説によるなら、事実についての誤信も禁止の錯誤として処理されるからである。この点で、日本の二分説よりも行為者に不利な規定である。

また、同規定は禁止の錯誤を規律する17条と類似するものの、相違点もみられる。一方で、回避可能な錯誤に陥った者は、17条に比して有利に扱われる。なぜなら、17条2文が49条1項を指示するにとどまるのに対して、同規定では、49条2項による刑の減軽に加え、免除の可能性もあるからである。他方、回避不可能な錯誤に陥った者は、17条に比して不利に扱われる。なぜなら、通常の禁止の錯誤の場合、17条1文によれば、錯誤が回避不可能であ

77 Vgl. *Hirsch*, a. a. O. (Anm. 4), S. 244; *Rosenau*, a. a. O. (Anm. 6), § 113 Rn. 65.

78 Vgl. *Rosenau*, a. a. O. (Anm. 6), § 113 Rn. 67.

79 *Hirsch*, a. a. O. (Anm. 4), S. 253f.; *Nikolaus Bosch*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 4. Aufl., 2021, § 113 Rn. 58; *Albin Eser*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, § 113 Rn. 19.

りさえすれば責任が阻却されるのに対して、同規定では、錯誤が回避不可能であることにくわえて、法的救済が期待できなかった場合にはじめて免責されるからである⁸⁰。

3. 職務行為の適法性の法的性質

ドイツ刑法113条4項がこのような錯誤の特別規定を置いていることから、翻って、職務行為の適法性(Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung)の法的性質が問題となる。いまだに客観的処罰条件であるとする見解⁸¹や、構成要件要素であり113条4項は特殊な過失犯規定であるとする見解⁸²、(適法性の欠如が)正当化事由であるとする見解⁸³などが主張されているものの、錯誤の法的効果が法定されていることから、現在のドイツにおいては職務行為の適法性の法的性質論は重要ではないとみなされている⁸⁴。そして、これらの議論は錯誤の特別規定としての113条4項の存在が前提となるから、もはや日本の解釈論にとって参照する余地のないものとなっている。

80 *Bosch*, a. a. O. (Anm. 79), § 113 Rn. 57; *Rosenau*, a. a. O. (Anm. 6), § 113 Rn. 65.

81 *Johannes Wessels/Michael Hettinger/Armin Engländer*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 46. Aufl., 2022, § 14, Rn. 604.

82 *Eser*, a. a. O. (Anm. 79), § 113 Rn. 20; *Urs Kindhäuser/Edward Schramm*, Strafrecht Besonderer Teil I, 10. Aufl., 2022, § 36 Rn. 44.

83 *Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiward*, Strafrecht Besonderer Teil Teilband 2, 10. Aufl., 2012, § 70 Rn. 39; *Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl., 2023, § 113 Rn. 10; *Frank Dietmeier*, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2020, § 113 Rn. 9.

84 *Dietmeier*, a. a. O. (Anm. 83), § 113 Rn. 9; *Wessels/Hettinger/Engländer*, a. a. O. (Anm. 81), § 14 Rn. 605; *Rudolf Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 23. Aufl., 2022, § 53 Rn. 15.

V. 学説史の総括

1. 議論の推移

ここまで見てきた適法性の錯誤の学説史を整理すると、次のようにいうことができる。

日本における適法性の錯誤の議論は、適法性要件が明文化されていたドイツの議論の輸入に始まり、戦前期にはすでに、認識必要説、認識不要説、二分説が登場していた。もっとも、当時の議論は適法性要件の法的性質論を踏まえたものではなく、その後の議論に直接の影響を与えることはなかった。

戦後、Welzelによる法義務の要素説の輸入とともに、適法性の錯誤をめぐる議論が本格化する。適法性要件の法的性質論については、判例が客観的処罰条件説を採用していたドイツでは、学説でも客観的処罰条件説が有力化するが、日本ではむしろ構成要件要素説が優勢となる。そして、構成要件要素説の帰結として適法性の錯誤の処理も事実の錯誤説が通説化するが、中義勝は、Roxinらの見解を参照しつつ、適法性要件を構成要件要素と解しつつも二分説に至る余地があることを指摘していた。

ドイツでは、1970年の第三次刑法改正法によって適法性の錯誤の処理が法定化されたことから、議論は収束に向かう。他方、これによってドイツの議論の参照可能性を失った日本では、独自の発展を見せ、次第に二分説が有力化してゆく。当初は、客観的処罰条件説を忌避しつつ政策的考慮もみせる結論の穏当さが二分説の主たる論拠であったが、現在では、理論的に見ても二分説に至るべきであるとの理解が台頭してきている。

2. 学説史における事実の錯誤説の意義

このような学説史において、当初、事実の錯誤説は、客観的処罰条件説や違法性の錯誤説へのアンチテーゼとしての役割を果たしてきた。事実の錯誤説は、その前提として適法性要件を構成要件要素と解すべきであるとしたうえで、構成要件要素である以上は適法性は故意の認識対象になると解してきた（「構成要件要素説＝事実の錯誤説」の図式）。この段階では、事実の錯誤説の

論者が自説の射程、すなわち適法性に関するあらゆる錯誤が故意を阻却するのか、それとも適法性に関する錯誤のなかにも違法性の錯誤となる余地があるのかを検討した形跡はない⁸⁵。

その後、事実の錯誤説は、軽率な誤信でも故意が阻却されるのは耐え難い帰結を招くとの強い批判に晒される。この批判への対応策のひとつとして、事実の錯誤説の論者のなかにも、意味の認識（適法性の認識の具体的内容）を問題とすべきことを主張する論者があらわれる⁸⁶。意味の認識を問題にするということは、適法性の認識にとって「重要な意味」と「重要ではない意味」が存在することを認めることであり、事実の錯誤説に立ちつつも、適法性に関する錯誤の一部が違法性の錯誤となる余地を認めることにつながる。ここに至って、事実の錯誤説は、自説の射程についての検討を迫られることとなった。これが、事実の錯誤説の現状である。

3. 学説史における二分説の意義

他方、二分説は、その帰結自体は大場茂馬らによって古くから主張されてきたものの、理論的基盤を獲得したのは、戦後の議論においてである。同説は、適法性要件を違法要素とする見解からも主張されてきたが、その主流はむしろ、適法性要件を構成要件要素と解しつつ、〈適法性を基礎づける事実〉と〈適法性評価それ自体〉を区別し、前者のみが故意の認識対象であると解する見解である（「構成要件要素説＝事実の錯誤説」の図式の崩壊）。同説によれば、〈適法性評価それ自体の錯誤〉は違法性の錯誤となるから、法解釈を誤って軽率にも職務を違法と誤信した場合には、なお故意が認められる。二分説の論者は、この点に政策的利点を見出してきた⁸⁷。

85 それゆえ、学説史において、事実の錯誤説とは、暗黙裡に、適法性に関するあらゆる錯誤が故意を阻却する見解と理解されてきたように思われる。そのことは、同説に対置されるかたちで「二分説」が主張されてきたことから見てとれる。すなわち、事実の錯誤説は、適法性の錯誤の処理を「二分しない」見解とみられてきたのではないだろうか。

86 平川・前掲注(74)521頁、前田・前掲注(74)454頁以下など。

87 もっとも、二分説は行為者が軽率に〈適法性を基礎づける事実〉を見落とした場合に

もつとも、冒頭にみたように、同じく「二分説」と分類されてきた見解のなかにも、〈適法性を基礎づける事実の錯誤〉と〈適法性評価それ自体の錯誤〉で錯誤の処理を“二分”する見解と、〈適法性評価それ自体の錯誤〉のなかで錯誤の処理を“二分”する見解とが混在している。そうすると、錯誤の一般理論からして、どのような類型間で錯誤の処理を“二分”すべきかを明らかにすることが、二分説の課題ということになる。

4. 事実の錯誤と二分説は対立しているか？

このように学説史を追ってくと、異なる背景から主張されてきた事実の錯誤説と二分説ではあるが、その現状においては、「適法性要件を構成要件要素と解する」点と、「どのような類型間で事実の錯誤と違法性の錯誤を区別するかを課題とする」点で両説は共通している。それどころか、両見解のうち一部は、具体的事例の処理においてまったく同様の帰結に至るようにさえ思われる。そうだとすれば、「二分説 vs. 事実の錯誤説」という対立図式に代わる、真の対立点を明らかにしなければならない。

そこで、以下では、適法性の錯誤に関する事例を細分化し、理論的検討を加えることで、同論点は「事実の錯誤説」と「二分説」とが対立しているのではなく、錯誤の一般理論に関する理解の対立こそが問題の核心であることを論証する。

【付記】 本稿は、JSPS科研費 JP20K13357による研究成果の一部である。

故意が欠落する点で、なお客観的処罰条件説や違法性の錯誤説に比して公務の保護が十分でないともみることできる。しかし、二分説に対してこのような批判はみられないことからすれば、事実の錯誤説に対して懸念されてきた軽率な誤信とは、主に〈適法性評価それ自体の錯誤〉が念頭に置かれてきたのであろう。