

公務執行妨害罪における職務の適法性の錯誤について（2・完）

小池直希

島大法学第67巻第1・2号抜刷〔論説〕

2024年3月

公務執行妨害罪における職務の適法性の錯誤について（2・完）

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運動
- 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、66巻1・2号）
- VI. 軽率な誤信に対する政策的考慮の要否
- VII. 理論的検討
- VIII. 裁判例の動向とその評価

おわりに （以上、本号）

VI. 軽率な誤信に対する政策的考慮の要否

1. 公務執行妨害罪における政策的考慮の内実

学説史においてみてきたように、適法性の錯誤をめぐる議論では、公務執行妨害罪によって保護される国家作用を重く見て⁸⁸、公務を厚く保護すべきという政策的考慮を解釈論に反映させるべきか否かがひとつの対立軸を形成してきた。現在もなお、政策的考慮を解釈論上の根拠として持ち出す見解も

88 しばしば警察官による逮捕の場面が例に挙げられることから見てとれるように、適法性の錯誤を論ずる場面では、権力的公務が念頭に置かれてきたものと思われる。しかし、非権力的公務も公務執行妨害罪の対象とする見解を前提とするならば、非権力的公務についても同様の政策的考慮を要するのかが問われることとなろう。後掲裁判例②や裁判例⑤では、非権力的公務に関する適法性の錯誤が争われている。

ある⁸⁹。そこでまず、この政策的考慮の要否から検討する。

ひとくちに政策的考慮といっても、公務執行妨害罪においてありうる考慮の在り方は、程度の強い順に以下の三段階に区分できる。このうちもっとも強い対応は、そもそも適法性要件それ自体を不要とする立場⁹⁰であり、これによれば、適法性の錯誤はおろか、客観的に違法な公務であっても保護されることになる⁹¹。その次に強い対応は、職務の適法性を客観的には必要としつつも故意の認識対象にはならないとする見解である。適法性要件の法的性質を客観的処罰条件や法義務の要素とみる見解がこれにあたる。この見解によれば、適法性に関して行為者が錯誤に陥っても故意が阻却されることはない。第三は、適法性要件を必要とし、〈適法性を基礎づける事実の錯誤〉は故意を阻却するとしつつも、〈適法性評価それ自体の錯誤〉は故意を阻却しないと二分説である。客観的に違法な公務は公務執行妨害罪の保護対象とならない点、一定の範囲で適法性の錯誤が故意を否定する方向に働く点で、第一の見解、第二の見解と比べれば「公務の保護」の程度は低いということが出来る。

このうち、第一の見解および第二の見解は現在ほとんど支持されていないし、支持されるべきでもないから、本稿で問題とすべき適法性の錯誤における政策的考慮の要否は、〈適法性を基礎づける事実は正しく認識しつつも、

89 注(71)に掲げた文献を参照。

90 小野清一郎『新訂刑法講義各論』(有斐閣、1949年)20頁(ただし、小野の見解を適法性要件不要説と読むべきかについて留保をつけるものとして、莊子邦雄「公務執行妨害罪における職務行為の適法性」木村博士還暦祝賀『刑事法学の基本問題(下)』(有斐閣、1958年)789頁、江家義男『増補 刑法各論』(青林書院新社、1963年)20頁など)。近時でも、適法性要件不要説も考慮に値すると指摘するものとして、樋口亮介「公務執行妨害罪」『山口厚先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2023年)540頁以下。適法性要件必要説の根拠が薄弱だと指摘するものとして、長谷川裕寿「職務執行に適法性は必要か」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集[下巻]』(成文堂、2022年)435頁以下。

91 なお、江家・前掲注(90)19頁のように、職務の適法性のうち具体的職務権限を不要とすることで公務の保護を図ろうとする見解もある。同説からは、適法性の錯誤のうち、「公務員の当該行為がその抽象的職務権限に属しない行為であると誤信し、またはその職務執行に必要な一般的形式(重要な形式)を具備していないと誤信した結果、」違法な職務であると誤信した場合にのみ故意が阻却されることになる(同書20頁)。

その認識事実を評価するにあたり違法な職務だと誤信した行為者」を公務執行妨害罪で罰することが政策的に要請されるのか)、という点に集約できる⁹²。

たしかに、何の根拠もなく「違法な職務である」との錯誤に陥った抵抗者を公務執行妨害罪によって罰することができないという事態は、行為者の恣意的解釈によって公務執行妨害罪による国家作用の保護が機能しなくなることの意味するようにも思われ、一見すると極めて不都合な帰結である。二分説は、この点を懸念して、適法性の錯誤のうち〈適法性評価それ自体の錯誤〉では故意を阻却しないとすることで、同罪の実効性を担保するという政策的考慮を含むものであった⁹³。

しかし、以下にみる2つの観点からして、こうした政策的考慮はもはや不要であるというべきである。

2. 政策的考慮の不当性

(1) 解釈論と立法論の峻別

第一に、仮に、上記の事態が実際に政策的に不都合であったとして、それを解釈論の枠内で解決することが妥当とは思われぬ。政策的考慮が適法性の錯誤の解釈において独自の意義を持ちうるとすれば、「理論上は故意が阻却されるべきであるが、結論の妥当性を確保するために錯誤の一般理論を政策的観点から修正する」という趣旨とみるほかないが、処罰の必要性を直接

92 注(87)も参照のこと。

93 二分説を採るRoxinによれば、〈適法性を基礎づける事実の錯誤〉は滅多に起きるものではなく、その錯誤を無罪にすることによる不都合性は考慮に値しないという。現に、ドイツ判例が職務の適法性を客観的処罰条件と解することで解決を図った事案は、そのほとんどが〈適法性評価それ自体の錯誤〉に関するものであり、それらの事案は二分説からでも処罰可能であるから、それを超えて〈適法性を基礎づける事実の錯誤〉までも故意を認めねばならない刑事政策上の理由はないとする (Roxin, a. a. O. (Anm. 20), S. 141f.)。

に処罰の根拠とすることは許されない⁹⁴。すでに指摘されているように⁹⁵、仮に処罰の必要性があるのだとしたら、解釈論を変えるのではなく、ドイツのように処罰の間隙を埋めるための立法をするほかない⁹⁶。

また、公務執行妨害罪において特に政策的考慮が強調されてきた背景には、「公務は厚く保護されるべき」との権威主義的発想があったといえるが、こうした発想は適法性要件不要説や客観的処罰条件説の残滓であり、構成要件要素説が圧倒的通説となった現代においては、こうした発想は退けられるべきであるように思われる⁹⁷。

(2) 未必の故意による解決？

なお、事実の錯誤説の論者のなかにも、自説の政策的不都合性を認めつつ、未必の故意を活用することによってその欠点を緩和できると主張するものがある⁹⁸。

しかし、これに対しては、自己の主張を盲信し職務の適法性を一顧だにし

94 たとえば、抽象的事実の錯誤において、抽象的符合説が処罰の必要性を直接の解釈論的根拠としたことが、通説の側から批判されてきたことを想起すべきである。そのほか、理論的裏付けなき政策的考慮を解釈論に反映すべきでないことを指摘するものとして、堀内捷三ほか「過失犯論／刑法理論における政策的考慮」法学セミナー379号（1986年）57-8頁。

95 佐伯・前掲注（41）13頁、団藤・前掲注（45）48頁、平野・前掲注（41）172頁。

96 もっとも、ドイツ刑法113条4項もその理論的根拠は薄弱である（高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣、1999年）205頁参照）。立法論として解決するのであれば、公務執行妨害罪のうち適法性の錯誤に陥った場合のみを対象として、過失犯処罰規定を設けるのが理論的には明快である。ただし、後述のように、暴行罪・脅迫罪が成立する場合がほとんどであるから、あえて適法性の錯誤を捕捉するための立法をする必要性は乏しいと思われる。

97 裏を返せば、現在の学説が職務の適法性を構成要件要素とみることで広く一致できているのは、それを構成要件要素と解しても、二分説を採れば処罰の間隙が過度に広がることはないという政策的考慮に根差しているとみる余地もある。「構成要件要素説＝事実の錯誤説」の図式がなお妥当するのであれば、ここまで構成要件要素説が支持を広げることにはなかったのではないだろうか。

98 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〕。

ない者には意味をなさない⁹⁹とか、実務上、適法性に関する未必の故意を立証するのは困難である¹⁰⁰とか、軽率に誤信した者に常に未必の故意があるとはいえないし、未必の故意を政策的に用いることもできない¹⁰¹といった批判がなされている¹⁰²。

この点については批判者の指摘が正しいように思われる。適法性について未必の認識すら認められないケースは容易に想定できるから、未必の故意によって補われる処罰範囲は限定的であり、政策的考慮を要すると考える者たちを十分に納得させることはできないだろう。むしろ、事実の錯誤説からは、軽率に誤信した者が公務執行妨害罪の処罰対象から外れることを正面から認めたくえて、次にみるように、別罪の成立の余地を検討するのが筋であろう¹⁰³。

3. 政策的考慮の不要性

第二に、そもそも、論者が懸念する上記の事態が本当に不当な結論なのかどうかについても、疑問を差し挟む余地がある。なぜなら、〈適法性評価それ自体の錯誤〉によって公務執行妨害罪の故意が阻却されることになるとしても、暴行罪・脅迫罪の成立可能性はなお残存しているからである¹⁰⁴。

事実の錯誤説からは、〈適法性評価それ自体の錯誤〉に陥っている行為者は、公務執行妨害罪との関係では「職務の適法性」という構成要件要素の認識が欠けることから不可罰となる。しかし、暴行罪・脅迫罪との関係でいえば、いうまでもなく、暴行罪・脅迫罪の客体は「適法な公務」に限られて

99 谷口・前掲注(29)〔ジュリスト〕36頁、

100 武安・前掲注(30)42頁。

101 内藤・前掲注(63)1061頁。

102 そのほか、村井・前掲注(4)288頁、日高・前掲注(41)225頁も参照。

103 村井・前掲注(4)288-9頁参照。

104 村井・前掲注(4)288頁。なお、木田・前掲注(41)24頁、法務総合研究所編『刑事法セミナーⅡ 刑法各論(上)』(信山社、1991年)16頁〔鹽野健彦〕、内藤・前掲注(63)1061頁も参照。後掲大阪地判昭和47年9月6日(裁判例④)は、正当にも、公務執行妨害罪の故意の有無と、暴行罪・傷害罪に関する誤想防衛の成否を別個に検討している。

おらず、およそ人に向けられたものであれば足りるのであるから、「違法な公務に抵抗するために暴行・脅迫している」と誤信している行為者にも暴行罪・脅迫罪の構成要件該当事実の認識は認められる。次に誤想防衛の成否が問題となるが、〈適法性評価それ自体の錯誤〉が問題となっている場面では、行為者は〈適法性を基礎づける事実〉は正しく認識しており、行為者の表象を客観的に評価すればその職務は「適法」であるから、不正の侵害を誤想しているとはいえない（正当化事由についての違法性の錯誤¹⁰⁵にすぎない）。それゆえ、通説の立場からも、暴行罪・脅迫罪の成否につき、誤想防衛によって故意が阻却されることはない。行為者が「暴行・脅迫についても正当防衛である」との誤信に陥っていたとしても、それは違法性の錯誤にすぎない¹⁰⁶。よって、——妨害の手段が間接暴行にとどまる事例や、脅迫罪の規定する脅迫内容から外れる事例を別論とすれば——〈適法性評価それ自体の錯誤〉が公務執行妨害罪の故意を阻却するとしても、暴行罪や脅迫罪の限りで処罰可能である。

したがって、行為者が〈適法性評価それ自体の錯誤〉に陥っている疑いが濃厚な場合であっても、逮捕等の捜査実務に与える影響は軽微である。もちろん、公務執行妨害罪というより重い法定刑をもって罰することはできなくなるが、「適法な公務だと正しく認識しつつ抵抗した者にこそ公務執行妨害罪の法定刑は相応しい」と解することは十分に可能なのであって¹⁰⁷、〈適法性

105 ドイツでいうところの許容の錯誤（Erlaubnisirrtum）である。

106 このように、〈適法性評価それ自体の錯誤〉でも故意を阻却する余地を認める場合、適法性の錯誤の処理と、他罪における誤想防衛の処理には相違が生じうる。それは、「職務の適法性」は公務執行妨害罪の構成要件に類型化された不法であるのに対して、違法性阻却事由にいう「違法性」はそのようなものではないことに起因する（村井・前掲注（4）271頁参照）。学説のなかには、適法性の錯誤は誤想防衛と同様に処理すべきとの見解もある（澤登敏雄『刑法概論』（法律文化社、1976年）282頁、井田・前掲注（67）580頁など）が、それは、二分説を採る結果として適法性の錯誤と誤想防衛の処理が一致するだけであって、その逆ではない。西原春夫や福田平といった厳格責任説の論者は、適法性の錯誤においては違法性の錯誤説を採用しないが、そのことに論理矛盾はない。

107 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・前掲注（43）233頁参照。

評価それ自体の錯誤〉に陥った行為者を公務執行妨害罪によって処罰しなければならぬ政策上の必要性はみあたらない¹⁰⁸。

Ⅶ. 理論的検討

1. 問題の所在

よって、適法性の錯誤は、錯誤の一般理論、すなわち刑法総論における「事実の錯誤と違法性の錯誤の区別」の基準によって解決されるべきである。事実の錯誤説の論者はもとよりそのような姿勢であったし、すでにみたように、現代の二分説もまた、ことさらに政策的考慮を強調することなく錯誤の一般理論から二分説が導出されると説くものが増えてきている¹⁰⁹。その意味で、適法性の錯誤の解決にあたって本罪に固有の解釈問題は存在せず¹¹⁰、事実の錯誤説と二分説の対立は、錯誤の一般理論を適法性の錯誤という論点に「どうあてはめるか」に関する理解の相違があるにすぎない。

しかし、この「あてはめ」について、学説間で共通理解が形成されていない。それは、次の2つの理由によるものと思われる。ひとつは、適法性の錯誤の類型化が十分ではなく、それゆえに事実の錯誤説および二分説の各々につき故意の認められる範囲が不分明であることであり、もうひとつは、議論の前提となる錯誤の一般理論自体についても対立があるのに、適法性の錯誤を論ずる各論的な文脈ではその総論的対立が等閑視されてしまっていることである。そこで、以下では、適法性の錯誤に関する諸事例を従来の議論よりも詳細に類型化したうえで、錯誤の一般理論に関する対立も踏まえつつ検討してゆく。

108 松原・前掲注（17）140頁は、職務の適法性の認識を要求することによって刑事政策的に耐え難い不都合をもたらすという主張にそもそも現実的な根拠はないのではないかと疑問を呈する。

109 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頁参照。

110 西田ほか編・前掲注（35）41頁〔橋爪〕。

2. 事例の類型化

本稿でもここまで所与の前提としてきたように、学説上、適法性の錯誤は、〈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〉とに分けて論ずるのが一般的である。

しかし、筆者の理解するところでは、この二分法は適法性の錯誤を論ずるにあたって十分とはいえない。なぜなら、公務執行妨害罪の行為者が正常に職務の適法性を認識し、違法性の意識を抱くに至るプロセスには、少なくとも下記の5つの段階が存在するように思われるからである。公務執行妨害罪を犯す行為者は、第一に、適法性を構成する下位の諸要素を感覚的に知覚する（いわゆる「裸の事実の認識」）¹¹¹。第二に、その感覚的に知覚した諸要素の意味を認識する（〈適法性を基礎づける事実〉の意味の認識）¹¹²。第三に、認識した諸要素を総合して、「抽象的・具体的職務権限に属し、法律上の重要な手続・方式を履践している職務」であるという認識に到達する（〈適法性評価それ自体〉の意味の認識）¹¹³。第四に、そのような職務は「適法である」と認識する（法的あてはめ）。第五に、適法な職務に対する妨害行為は「違法である」と認識する（違法性の意識）。この5つの段階に、それぞれ錯誤が介在する余地がある。具体的には、下記のような事例がこれにあたる。

111 たとえば、逮捕状という「物体」を視認する。

112 たとえば、目の前の物体は「逮捕状である」ということを認識する。

113 たとえば、警察官が逮捕状を呈示してきたことから、「警察官が自分の仕事として手続きに則って逮捕しようとしている」と認識する。

- 【**錯誤①**】 通常逮捕に際して、警察官が逮捕状を呈示したのに、被逮捕者がこれに気づかずに違法な職務であると誤信して抵抗した場合
- 【**錯誤②**】 警察官が逮捕状を呈示したが、その逮捕状は偽造されたものだと思い込み、違法な職務であると誤信して抵抗した場合
- 【**錯誤③**】 緊急逮捕に際して、「緊急逮捕でも逮捕状を必要とするにもかかわらず、それを呈示しないという重大な瑕疵を犯している」と誤信して抵抗した場合
- 【**錯誤④**】 敬礼を行わずに上官に申告をする警察官に対して、「軽微な瑕疵だが警察礼式18条に違反している¹¹⁴から違法な職務である」と考えて暴行した場合
- 【**錯誤⑤**】 適法な逮捕だと理解しつつ、「適法な逮捕にも緊急避難で抵抗することが許されている」と誤信して抵抗した場合

【**錯誤①**】 は適法性を基礎づける事実の認識を欠くから、事実の錯誤説のみならず、二分説からも故意が阻却される。また、【**錯誤②**】 も、事実の認識の事案ではないが、適法性を基礎づける事実について意味の認識を欠くことに鑑みれば、二分説からも故意が阻却されることになろう¹¹⁵。このように、〈適法性を基礎づける事実の錯誤〉には、【**錯誤①**】 と【**錯誤②**】 が含まれる。他方、【**錯誤⑤**】 は、職務の適法性は正しく認識しているが、違法性の錯誤に陥っている事例であり¹¹⁶、（厳格故意説を採らない限り）いずれの見解

114 原田保「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第7版〕』（有斐閣、2014年）227頁参照。

115 同様の事例につき、二分説を採る井田・前掲注（67）581頁は、事実の錯誤であり故意は阻却されたとする。

116 【**錯誤⑤**】 を想定すれば明らかなように、「職務の適法性」と「抵抗行為の違法性」は概念上区別可能であり、適法性評価それ自体の認識を要求することは厳格故意説の採用を意味しない。「自己の『行為の許容性』の認識と、『職務の適法性』の認識とは別である」と指摘されることがあるが（平川・前掲注（74）521頁。同旨、内藤・前掲

からも故意は認められよう。これらの種類の処理については、異論はないだろう。問題は、〔錯誤③〕と〔錯誤④〕の取扱いである。

3. いわゆる二分説とそれを支える論拠 —— 〔錯誤②〕と〔錯誤③〕で錯誤の処理を区別する見解

(1) 〈事実〉と〈評価〉の区別可能性に依拠する見解

「二分説」と称される見解のうち多くは、〔錯誤②〕と〔錯誤③〕の間に事実の錯誤と違法性の錯誤の境界線を引いている。そして、それが錯誤の一般理論にも適しているという。そこで、まずは、〔錯誤②〕と〔錯誤③〕で錯誤の処理を区別する見解を取り上げ、その論拠の妥当性を検証してみたい。

まず、「職務の適法性」を概念上〈適法性を基礎づける事実〉と〈適法性評価それ自体〉とに区別できる¹¹⁷ということそれ自体をもって、それが事実の錯誤と違法性の錯誤の境界線をなすと主張するものがある¹¹⁸。しかし、「職務の適法性」を概念上〈適法性を基礎づける事実〉と〈適法性評価それ自体〉とに区別できるからといって、そこから直ちに、それらについての錯誤がそれぞれ事実の錯誤と違法性の錯誤に対応するという帰結が導かれるわけではない。ある概念を事実と評価に区別できることを摘示するだけでは、〔錯誤②〕と〔錯誤③〕で帰結を異にすることの論拠とはなっておらず、「その区別が事実の錯誤と違法性の錯誤の区別に対応する論拠」は別途示されねばならない。

そこで、次に考えられるのは、中義勝が主張するように¹¹⁹、「職務の適法

注 (63) 1060-1頁、松原・前掲注 (67) 549頁。)、その2つの認識の相違は〔錯誤⑤〕で明確になる。

117 二分説に対しては、事実と評価を区別することは容易でないという批判が向けられることもある(村井・前掲注(4)287頁、大塚ほか編・前掲注(36)159頁〔頃安=河村〕など)。しかし、適法性の錯誤に限らず、事実の錯誤と違法性の錯誤の区別は困難であるが解決しなければならない課題なのであって、区別の困難性は二分説を批判する決定打にはなりえないように思われる。

118 注(72)に掲げた文献を参照。

119 中・前掲注(19)223頁以下。同旨、林・前掲注(67)434頁、曾根・前掲注(2)410頁。

性」を概念上〈適法性を基礎づける事実〉と〈適法性評価それ自体〉とに区別したうえで、前者のみが構成要件要素であるとする方途である。このようにいうことができるなら、後者は構成要件要素ではないことを理由として、故意の認識対象とならないということになる。しかし、公務執行妨害罪において構成要件要素として要求されているのは、「その職務が適法であること」それ自体なのではないだろうか。いいかえれば、たしかに故意の認識対象を論ずる文脈では〈適法性を基礎づける事実〉と〈適法性評価それ自体〉とは概念上区別可能であるが、何が構成要件要素かを論ずる文脈では、〈適法性を基礎づける事実〉と〈適法性評価それ自体〉とは一体であって、その区別は意味をなさないように思われる¹²⁰。

あるいは、故意の認識対象は「構成要件該当^{●●}事実」なのであって、〈適法性評価それ自体〉は「事実」とはいえないとの反論も考えられる¹²¹。しかし、故意の認識対象たる「事実」に評価的なものが含まれることについては広く見解の一致がある（故意の認識対象を自然的事実の認識だけに限るとするなら、意味の認識という概念は登場しえない）。適法性の錯誤では、故意の認識対象たる「事実」に〈適法性評価それ自体〉が含まれるか否かが問われているのであって、「〈適法性評価それ自体〉は『事実』とはいえない」と主張するならば、それは結論の先取りである。

（2）錯誤の一般理論から〈事実〉と〈評価〉を区別する見解

（a）故意違法要素説からの主張

それゆえ、〈事実〉と〈評価〉の峻別論を支持するなら、認識対象の性質に着目するだけでは足りず、錯誤の一般理論に遡った検討を要する。

まずありうるのは、故意を違法要素と解する見解による主張である。論者は、規範の効力への影響という観点を強調し、事実認識のレベルで錯誤に

120 中森・前掲注（35）272頁参照。

121 職務の適法性を〈事実〉と〈評価〉に区別できることを摘示する見解の裏には、このような理解が伏在しているように思われる。

陥った場合には、刑法規範の効力が動揺させられることはないから重い規範的反作用(=故意不法)の根拠を欠くが、規範に当たる事実を知って行為している場合には、評価の誤りの有無にかかわらず規範の動揺はきたされるとして、故意犯として厳しく対処しなければならないとする¹²²。

このような故意理解からは、次のような基準が導かれる。「行為者が行為時にそのように理解・認識した事実をスクリーンに投影することができるとして、そこに映写された事実が、刑法が当該故意犯の処罰規定により阻止したい行為であるとすれば、そこには故意の成立に必要な認識はあったとされる」¹²³。故意を認めるには、このような刑法的評価の前提となる客体の意味ないし性質を認識していれば十分であり、それを超えた評価的認識まで要求することになれば、「より反社会的な規範意識・通常人とはかけ離れた規範意識をもつ者ほど、故意が阻却されてしまうことになる」¹²⁴という。適法性の錯誤でいえば、【錯誤①】では、行為者の認識事実をスクリーンに投影してみても、「逮捕状の呈示なき通常逮捕」という違法な職務しか映写されないから、第三者がそれをみても公務執行妨害罪の規制対象事実とはいえ、したがって故意がないということになるが、【錯誤③】の場合には、行為者の認識事実をスクリーンに投影してみれば、緊急逮捕の適法性を判断するために必要な事実はすべて映写されるから、第三者がそれをみれば適法な職務と判断できるだけの認識はあるということになるだろう。

たしかに、故意の本質をこのように考えるのであれば、故意の認識対象として〈事実〉と〈評価〉は峻別されることになる。その結果、錯誤の一般理論から、【錯誤②】と【錯誤③】とで錯誤の処理を“二分”すべきことが矛盾なく導出される。

もっとも、筆者は、このような故意理解には賛同できない。なぜなら、同説の背景にある「法に誠実でない無思慮な者は重く処罰すべき」という論拠

122 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005年)84頁。

123 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣、2018年)416頁。

124 井田・前掲注(122)71頁。

は、「故意犯として処罰すべき」という帰結まで導くものではないように思われるからである。

適法性の錯誤においては、(i) 慎重に検討したが適法な職務だと気づかずに抵抗した行為者、(ii) 軽率にも十分に検討することなく違法な職務だと誤信して抵抗した行為者、(iii) 適法な職務だと気づきつつも抵抗した行為者という三者が考えられる。(i) から (iii) にゆくにしたがって、公務執行妨害罪の保護法益をないがしろにする心情は強まってゆくから、責任も重くなってゆく。しかし、責任形式は「故意」と「過失」のいずれかしかないから、どこかに故意と過失の境界線を引かなければならない。行為者の現実の心理状態を重視するなら (ii) と (iii) の間に境界線を引くことになり、誠実な市民であることを重視するなら (i) と (ii) の間に境界線を引くことになる¹²⁵。

私見としては、(ii) の行為者を故意犯として評価すべきではないと考える。(ii) の行為者に対して向けられる非難の内実は、「誠実な市民として、抵抗時に職務の適法性について慎重に検討すべきだった」という点にある。しかし、このような消極的・規範的判断は過失責任のそれであり、故意責任には相応しくない。それにもかかわらず (ii) の行為者に故意責任を認めることは、「日頃からもっと誠実に生活していれば、行為時にも慎重に検討し適法な公務だと知ることができたはずである」という人格形成責任を問うに等しいのではないだろうか。(ii) の行為者は、適法性を認識しているのではなく、適法性の認識可能性を有していた者のうち、その過失が重大であったというだけであるように思われる¹²⁶。

125 未必の故意の文脈ではあるが、こうした問題を「心理主義的故意概念」と「規範主義的故意概念」とに整理し、後者に好意的な論考として、玄守道「故意の概念構想について」立命館法学405・406号（2022年）618頁以下。また、森永真綱「詐欺罪における故意の規範化・客観化について」甲南法学62巻1-4号（2022年）12頁も、特殊詐欺の受け手を例に、「いかなる犯罪に関わっているのかを深く考えた者が処罰され、何の犯罪に関わっているか無関心な者を不処罰とすることが、バランスの取れた妥当な結論とはいえない」とする。

126 大庭沙織「認識面における故意の規範化」早稲田大学大学院法研論集141号（2012年）

他方、仮に (ii) と (iii) の間に境界線を引いたとしても、それによって価値矛盾を犯すわけではない。別稿においてすでに指摘したように、「——それが無関心に起因するものであるにせよ——法益侵害性を認識せずに行為に出る場合に比して、規範意識を働かせて法益侵害性の認識に辿り着いたにもかかわらず行為に出る場合には、その行為者心理は法益に対するより強い攻撃性を示すものであり、当罰性が高い」¹²⁷と解することは、法益保護主義の観点からしても合理的である。「法によって保護されるべき適法な公務を妨害する」ことを理解しつつも行為に出る (iii) の行為者がもっとも重く非難されるべきであることに異論はないはずであり、(iii) のみを故意犯として処罰するからといって、無思慮な者に特権を与えることになる¹²⁸わけではない。

(b) 故意の提訴機能からの主張

次に、——これも筆者自身は採用しない理解であるが¹²⁹——故意責任の実体をいわゆる「故意の提訴機能」に求めた場合、適法性の錯誤にはどのようにアプローチすることになるだろうか。

まず考えられるのは、〔錯誤①〕や〔錯誤②〕のような〈適法性を基礎づける事実の錯誤〉では提訴が到達せず故意が阻却されるのに対して、〔錯誤③〕や〔錯誤④〕のような〈適法性評価それ自体の錯誤〉では、行為者は〈適法性を基礎づける事実〉は正確に認識しているのだから、一般人ないし法の期待する程度に誠実に法を遵守する人であればその認識から直接的に違法性の意識を喚起することが期待でき、故意が認められるとする理解である。このような理解は、たとえば冒頭に示した西原春夫の見解¹³⁰に典型的に見出さ

8 頁も参照。

127 小池直希『「故意の提訴機能」の史的展開とその批判的検討（2・完）』早稲田法学96巻3号（2021年）122頁。

128 玄・前掲注（125）629頁。

129 小池・前掲注（127）83頁以下参照。

130 西原春夫『刑法総論〔改訂準備版〕（下巻）』（成文堂、1993年）471頁は、故意の提訴機能の観点から事実の錯誤と違法性の錯誤を区別すべきことを論じている。

れる。西原によれば、〈適法性を基礎づける事実の錯誤〉の場合には、「自己の行為が許されているかどうかを判断するに足るだけの事実的判断資料が行為者にはまだ十分与えられていない」とする一方、〈適法性評価それ自体の錯誤〉の場合には、行為者には、自己の行為が許されているかどうかを判断するに足るだけの「事実的判断資料はすでに十分与えられており、ただ適法性の判断過程において、法令の不知誤解から錯誤が生じたにすぎない」¹³¹という。このような理解を前提とする場合にも、【錯誤②】と【錯誤③】とで錯誤の処理を“二分”すべきことを矛盾なく導くことができる。

しかし、こうした故意理解は、行為者にとって酷に過ぎるように思われる。まず、提訴の標準¹³²を一般人とみる場合、「一般人が違法性を意識できれば、行為者は意識できなくてもなお故意があると説くことに無理は認めない」¹³³であろう。また、職務の適法性の判断基準は学説においてさえも争いのあるところであり、その判断はそれだけ専門性を有する事柄であるから、一般人を標準として提訴機能を考えた場合、適法性を基礎づける事実を前にしても、一般人にとって常に「その公務が適法であり、それゆえにそれに対する抵抗は違法である」という意識が喚起されるとは限らないのではないだろうか¹³⁴。他方、提訴の標準を高度な法理解を有する者として措定してしまうと、「一般市民を法律の専門家として擬制して故意責任を問うことになりかねない」¹³⁵という問題がある。

131 西原・前掲注（1）421頁。また、大谷＝前田・前掲注（3）290頁〔大谷発言〕は、「適法性を基礎づける事実について錯誤があれば規範の問題は生じないから故意を阻却する」とする。

132 提訴の標準については、小池直希『「故意の提訴機能」の史的展開とその批判的検討（1）」早稲田法学96巻2号（2021年）263頁以下参照。

133 塩見淳『刑法の道しるべ』（有斐閣、2015年）84-5頁。

134 公務執行妨害罪ではなく私人による現行犯逮捕に関する事案ではあるが、東京高判昭和27年12月26日（高刑集5巻13号2645頁）が、実行の着手をいかに解するかは極めて困難な問題であって、専門家の間においても説が分かれるのであるから、普通人たる被告人が自分の行為を法律上許されたものと信じたことには相当な理由があるとしたことも参考になろう。

135 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）123頁〔石井徹哉〕。

そうすると、故意責任の実体を提訴機能に求めたとしても、〈適法性評価それ自体〉の認識があつてはじめて直接的に違法性の意識が喚起されるとする理解もありうるところである。現に、三上正隆は、「不法要素（構成要件要素）たる職務の適法性それ自体の認識が欠如する場合には、違法性の意識を喚起し得ず、故意非難はできないというべきであろう」¹³⁶として、提訴機能の観点から、〈適法性評価それ自体の錯誤〉が故意を阻却する余地を認める。

このように、適法性の錯誤に故意の提訴機能からアプローチする場合、どのような帰結に至るかは一義的には導かれぬ。同アプローチを採用する場合、その前提として想定されている提訴の機序と、その機序の現実性が問われることにならう。

4. 「職務の適法性」の意味の認識 —— 事実の錯誤説はどこまで故意を否定するのか？

（1）本稿の基本的視座

私見によれば、故意責任の実体は、立法者が無価値と評価した内容を、行為者も（素人なりに）追体験しているにもかかわらず、侵害行為に出ている点に見出される¹³⁷。それゆえ、故意を認めるためには、法益侵害性の認識を要する¹³⁸。

公務執行妨害罪でいえば、「自己の行為によって適法な公務の円滑な執行を妨げることになる」ということを行為者自身が理解していることが不可欠である。〔錯誤③〕の行為者は、（実際には不要である逮捕状提示を必要だと誤解していることから）「重要な手続に違反する職務」に対して抵抗する認識である。それゆえ、公務執行妨害罪の法益を直接に侵害する心情を認めることはできず、〈緊急逮捕の場合には逮捕状の提示が不要であることを知るべきで

136 三上・前掲注（43）232頁。

137 小池・前掲注（127）114頁。

138 小池・前掲注（127）119頁以下。同様の見解として、長井長信『故意概念と錯誤論』（成文堂、1998年）200頁は、「法益概念に方向づけられた故意を考える立場からは、適法でない権力作用ないし職務行為は法治国家原理からは保護に値しないものとしてその法益性が否定されることから、『適法性』の要件は当然故意の内容として要求されることになる」とする。

あった」という間接的非難（過失非難）を向けるにとどまる。規範的にみても、行為者に対して「重要な手続を踏んでいる公務は、軽微な瑕疵があっても保護されるべきであるから、妨害してはならない」との規範を向けたとしても、この行為者は「重大な瑕疵がある」と考えているのであるから、同規範に直接的に違反する態度を看取することはできない¹³⁹。殺人罪と比較していえば、客観的に見ればいかに危険な手段だったとしても、故意を心理的要素と解する限り、「死ぬことはない」と思い込んでいる者に殺意を認めることはできない。そこでは、「死ぬことはない」と誤解した理由は問われないはずである。【錯誤③】で公務執行妨害罪の故意が認められないのも、これと同様である。

かくして、【錯誤③】で故意を阻却すべきであるという点については、本稿もいわゆる「事実の錯誤説」に従うものである。

（2）意味の認識を要求するとはどういうことか？

（a）「強い緩和」と「弱い緩和」

もっとも、【錯誤③】で故意を阻却すべきだとしても、それを超えて【錯誤④】でも故意を阻却すべきかどうかは別途検討されねばならない。事実の錯誤説の論理が、最終的に行為者が「この職務は違法だ」と判断したならば、故意を欠くという主張なのだとしたら、【錯誤③】のみならず、【錯誤④】でも故意が阻却されることになるはずである。実際、初期の事実の錯誤説の主張はそうのように読めなくもない¹⁴⁰、他説による事実の錯誤説の定義をみると、そのように記載されることもある¹⁴¹。

しかし、もし【錯誤④】でも故意を阻却すべきだというならば、それは行き過ぎであるように思われる。近時の学説においても、意味の認識を持ち出

139 三上・前掲注（43）232頁参照。

140 たとえば、伊達・前掲注（15）677-8頁。

141 井田・前掲注（67）580頁は、事実の錯誤説を「行為者がその職務行為を違法だと思えば直ちに故意が阻却されるとする見解」と定義する。この定義からは、【錯誤④】でも故意が阻却されることになろう。

すことによって、この点に注意を向ける見解も散見される。そこで、以下では、「職務の適法性」の意味の認識をめぐる議論を整理することで、〔錯誤③〕と〔錯誤④〕を区別するという方向性を探ってゆきたい。

適法性の錯誤の文脈で意味の認識が持ち出される場合、「故意に必要な認識内容を緩和する」という趣旨で用いられる¹⁴²が、本稿の理解によれば、そのなかでさらに、〔錯誤③〕でも故意が認められるというところまで緩和する趣旨（以下、「強い緩和」という）で用いる論者と、〔錯誤④〕で故意が認められるというところまで緩和する趣旨（以下、「弱い緩和」という）にとどまる論者へと整理できるように思われる。

（b）強い緩和——〔錯誤③〕でも故意を認める見解

まず、強い緩和を主張する論者は、事実の錯誤説の政策的不都合性を緩和する方策として、意味の認識論の活用を提案する¹⁴³。その代表的論者である大塚仁は、次のようにいう。「その行為が、社会観念上、一応、適法な公務員の職務の執行らしく観察できる状況の下で、行為者によって、そのような観察が行われていれば足りるのであり、ことによると違法な職務の執行かもしれないと疑っていたくらいでは、なお、意味の認識は欠けるとはいえないと思います¹⁴⁴。意味の認識がないのは、行為者が、まったく公務員の行為と知らなかった場合や、確実な根拠にもとづいて、その公務員の職務行為が違法であることを確信していた場合であると解されます。」¹⁴⁵と。また、前田雅

142 松原芳博『刑法総論〔第3版〕』（日本評論社、2022年）251頁は、「意味の認識」という概念が、故意の内容を厳格化する方向で機能することと緩和する方向で機能することがあると指摘する。

143 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、木村・前掲注（74）395頁など。

144 適法性の認識は未必の認識で足りるから、「ことによると違法な職務の執行かもしれないと疑っていた」という場合には、いずれの見解からも適法性の認識は認められる。これを意味の認識の問題であるように論ずるべきではない。

145 大塚・前掲注（138）265頁。同旨、大谷實『刑法各論の重要問題』（立花書房、1987年）466頁、堀内・前掲注（67）300頁、須之内克彦『刑法概説各論〔第2版〕』（成文堂、2011年）353頁。同説に対する批判として、中山研一『刑法各論』（成文堂、1984年）

英は、適法性の認識として、「それを認識すれば一般人が公務執行妨害罪の違法性を意識しうる事実」ないし「そのような事実を認識すれば、一般人なら『不適法とまでは言えない職務である』と思う事実」の認識があれば足りるとする¹⁴⁶。

このような主張を字義どおりに捉えれば、行為者自身は適法性を（素人的にすら）認識していなくとも、行為者の認識事実に基づくと一般人なら（あるいは社会観念上は）適法性を認識できたという場合には、故意が認められるということになる。具体的にいえば、〔錯誤③〕において、行為者は軽率にも令状なしの適法な逮捕の存在を考えもしなかったとしても、緊急逮捕の状況下では令状なしの逮捕もありうるということに通常なら思い至ることができるのであり、それゆえに故意が認められるとの帰結が導かれることになるはずである。

しかし、錯誤に陥った根拠が薄弱であろうが、一般人なら適法だと認識できるような状況であろうが、当の行為者が「違法な職務である」と思っていたのなら、行為者はなお職務の適法性を認識していないというべきであろう¹⁴⁷。故意の認識対象は「職務の適法性」それ自体であり、「通常なら職務を適法だと思ふ事実」ではない¹⁴⁸。意味の認識を「強い緩和」の趣旨で用いることは、「職務の適法性の認識」を「職務の適法性の認識可能性」に切り下げることを意味する。しかし、そのような認識は、過失非難を基礎づけるに

509-10頁。

146 前田・前掲注（74）456頁。前田の見解については、大谷＝前田・前掲注（3）289頁以下も参照。

147 中森・前掲注（35）272頁は、大塚や前田の見解に対して、「職務執行が違法だと信じている者に適法性についての意味の認識があったとはいえないであろう」と批判する。

148 「通常なら職務を適法だと思ふ事実の認識」という定式化は、一見すると故意の提訴機能を想起させるが、故意の提訴機能よりもさらに故意を規範化するものである。故意の提訴機能は、構成要件該当事実の認識は現実の心理として要求し、そこから違法性の意識を喚起できるかどうかについて規範的判断（「その事実の認識から違法性の意識が通常喚起されるかどうか」）を介在させるにとどまる。これに対して、故意の認識対象たる「職務の適法性」の認識が「通常なら職務を適法だと思ふ事実の認識」で足りるとすることは、構成要件該当事実の認識すら現実の心理として要求しないことを意味するものである。

とどまる。

このように考えてみると、〈適法性評価それ自体〉を故意の認識対象に含めつつ、意味の認識によって強い緩和を行う見解は、その結論において、〈適法性を基礎づける事実〉のみを故意の認識対象とする前述の諸見解と変わらないように思われる¹⁴⁹。唯一違いが生じるとすれば、「〈適法性を基礎づける事実〉は正しく認識しているものの、特異な事情によって、行為者だけでなく一般人も〈その職務が適法である〉という評価にたどり着けない場合」になお故意を阻却する余地があるという点に求められようが、そのような場合には、故意を認めたとしてもいずれにせよ違法性の意識の可能性が欠落するであろうから、不可罰であるという点では差異はない。こうした実態をもつ見解を「事実の錯誤説」に分類してきた従来の学説整理¹⁵⁰は、適切とはいえない。

(c) 職務の適法性の判断基準と意味の認識

ただし、故意の認識対象たる「職務の適法性」自体を一般人基準によって判断するならば、それに対応して、「職務の適法性」の意味の認識の内容もまた「一般人からみて適法にみえる事実の認識」となる。川端博は、職務の適法性を構成要件要素と解しつつも、違法性の事前判断的性格を強調することで上記のような理論構成を採る¹⁵¹。

たしかに、この見解からは、その内部で論理的矛盾なく「適法な職務らしい」という認識が意味の認識の内容となる。その結果、行為者自身は違法な職務だと考えていても、「一般人からみれば適法にみえる事実」を行為者自身の心理として認識していれば、故意が認められることになる。しかし、こ

149 現に、佐久間修『刑法総論の基礎と応用』（成文堂、2015年）152頁は、職務の適法性が「規範的構成要件要素にあたる以上、犯人には意味の認識があれば足りる。すなわち、適法性の錯誤が故意を阻却するのは、規範的構成要件要素の前提事実を誤信した場合に限られる」とする。

150 たとえば、山中・前掲注(67)755頁、山口・前掲注(70)546頁、高橋・前掲注(67)640頁など。

151 川端博『正当化事情の錯誤』（成文堂、1988年）280-1頁。

の見解が前提とする、職務の適法性の一般人基準説（折衷説）は支持しえない¹⁵²。

（d）弱い緩和 —— 【錯誤④】で「職務の適法性」の意味の認識は認められるか？

本稿の理解するところでは、「意味の認識」は、政策的不都合性を緩和するための特別的手段ではないし¹⁵³、強い緩和のように「通常なら職務を適法だと思ふ事実」まで故意の認識内容を切り下げるべきでもない。

もっとも、意味の認識は故意の認識内容に関する一般理論であるから、「職務の適法性」の意味の認識の内容を検討しなければならないという問題意識自体は正当である¹⁵⁴。たとえば、職務の適法性を法的に厳密に定義するなら「当該職務が当該公務員の抽象的職務権限に属し、当該公務員が当該職務を行う具体的職務権限を有し、かつ当該職務の執行が法律上重要な手続・方式を履践していること」であるということを行為者が知らなくとも、これに対応する素人的認識、すなわち「警察官が自分の仕事として手続きに則って逮捕しようとしている」というような意味を理解していれば故意は認められる。このような「弱い緩和」は広く認められているし、理論的にも妥当である。では、弱い緩和の観点から、【錯誤④】では「職務の適法性」の意味の認識を認めることはできるのであろうか。

これまでみてきたように、適法性の錯誤をめぐる議論の大半は、【錯誤①】と【錯誤③】の処理を念頭に置いたものであったが、少数ながら、【錯誤④】

152 一般人基準説に対する批判として、井田・前掲注（67）579頁など。

153 林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、2008年）235頁は、素人領域における並行評価の理論を「故意の通俗化」と評するが、意味の認識論は、処罰の必要性から政策的・便宜的に故意の内容を切り下げているのではなく、その程度の認識で足りることが理論的に裏付けられている概念であると理解すべきであろう（山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）205頁）。

154 それゆえ、近時の事実の錯誤説の論者が一様に意味の認識について言及している（三上・前掲注（43）232頁、浅田・前掲注（67）514頁など）のは当然であるし、意味の認識について言及しているからといって、強い緩和まで含意しているとは限らない。

に相当する場面を意識したものもみられる。そこで、以下では、それらの見解を紹介し、そのうえで私見を展開したい。

平川宗信は、事実の錯誤説を支持しつつも、「『適法性』は法治主義の理念に照らして職務執行が本罪による保護に値する実質を有することを意味するから、適法性の認識もこのことの認識と解される。それゆえ、手続に軽微な瑕疵がある場合にも抵抗が許されると軽信していた場合や、独自の思想・心情から職務を違法と独断していたような場合には、適法性の認識を認めうる場合が多い」¹⁵⁵とする。この記述からは、明らかに【錯誤④】で故意を認めようとする姿勢が伺われる。

また、中山研一は、「法律の解釈をあやまって適法な職務行為を違法なものとした場合にも、それが適法性の要件（権限、方式など）にかかわる限り、評価的事実の錯誤として故意を阻却するとすべき」としつつも、「法律的事実にもどうしても還元しえない評価のみの錯誤は違法性の錯誤として処理されることになる」¹⁵⁶とする。曾根威彦は、二分説を前提としつつも、適法性の要件にかかわる錯誤の場合は法律的事実の錯誤として故意を阻却すべきとしており、結論として中山と同一の帰結に至る¹⁵⁷。両者とも、【錯誤③】では故意を阻却し、【錯誤④】では故意を認めるという趣旨ではないかと思われる¹⁵⁸。従来の学説整理においては、平川は事実の錯誤説の論者、曾根は二分説の論者として分類されてきたが¹⁵⁹、最終的な事例処理が同一なのであれば、学説整理の在り方を改めるべきであるように思われる。

155 平川・前掲注(74) 521頁。

156 中山・前掲注(145) 509-10頁。

157 植松正ほか『現代刑法論争Ⅱ〔第2版〕』（勁草書房、1997年）337頁〔曾根威彦〕、曾根・前掲注(2) 410-1頁。

158 特に曾根については、刑罰法規の錯誤であるか非刑罰法規の錯誤であるかを基準にしているように読めることから（曾根・前掲注(2) 410-1頁）、刑事訴訟法に関する錯誤である【錯誤③】では故意が阻却され、刑法に関する錯誤、すなわち公務執行妨害罪における「職務の適法性」の誤った解釈に起因する【錯誤④】では故意が認められるということになるだろう。

159 たとえば、山口・前掲注(70) 546頁、西田（橋爪補訂）・前掲注(67) 450頁、高橋・前掲注(67) 640頁など。

さらに直截に【錯誤④】の処理を検討するものもある。高山佳奈子は、「軽微な瑕疵しかない職務行為を『違法である』と認めてこれを妨害した場合は、刑法上の『適法性』要件に関するあてはめの錯誤にすぎない」と指摘し¹⁶⁰、これを受けて、橋爪隆も、「『若干の法的瑕疵を帯びていても、なお本罪において保護されるような職務』であるという実質の認識があれば、本罪の故意が認められる」¹⁶¹とする。いずれも、【錯誤④】では故意が認められることを明確にしている。

（3）私見の展開

ここまでみてきた見解が主張するように、筆者も、【錯誤③】では故意が阻却され、【錯誤④】では故意を認めるべきであると考え。もっとも、上記の見解はその帰結を示すにとどまり、故意責任を認める実質的根拠が十分に明らかにされてきたとはいいがたい¹⁶²。では、【錯誤③】と【錯誤④】の間に事実の錯誤と違法性の錯誤の境界線を引くべきである実質的根拠がどこにあるかといえば、以下のようにいうことができるだろう。

公務執行妨害罪は、公務員の適法な職務の円滑な執行を保護するが、そこにいう「適法性」は、軽微な手続違反があっても欠落しない。裏を返せば、「重大な手続違反のない職務を妨害すること」が公務執行妨害罪における法益侵害性の内容である。

そうすると、【錯誤③】の行為者は、結局「この職務には重大な手続違反がある」との認識の下で行為しているのであるから、同罪の法益侵害性を認識できていない¹⁶³。この錯誤は刑事訴訟法の誤った解釈に起因するが、その結果、法益侵害性の認識を欠くに至ったのであれば、故意は阻却される（い

160 高山・前掲注(96)193-4頁。

161 西田ほか編・前掲注(35)42頁〔橋爪〕。もっとも、具体的な結論としては二分説に基づく帰結を採用すべき場合が多くなるとしている（同書42頁）。

162 長井・前掲注(138)200頁も、「問題は、行為者に当該行為の抑止・回避を動機づけるためには、どのような事態を認識していなければならないか、という視点から解決されるべきもののように思われる」として、同様の問題意識を示している。

163 前述のⅦ4(1)も参照。

わゆる「法律的事実の錯誤」)。財物罪において警察規則等の誤解の結果「物の他人性」の認識を欠く場合に故意が否定されることは判例(最判昭和26年8月17日刑集5巻9号1789頁)も認めるところであるが、**【錯誤③】**はこれに対応するものである。

これに対して、**【錯誤④】**の行為者が考えている“適法性”とは「まったく手続的瑕疵のないこと」であり、そのような適法性概念は実際には用いられていないのであるから、その架空の適法性概念に基づいて「違法な職務だ」と誤信していたとしても、この錯誤は考慮に値しない。この行為者は、「手続的瑕疵は軽微だ」ということを正しく理解しているのであるから、「重大な手続違反のない職務を妨害する」という、公務執行妨害罪の法益侵害性を認識したうえで行為している。それゆえ、故意責任を問うための実質を備えているのである。わいせつ文書頒布等罪において、卑わいな文書であることを理解しつつも、法的なわいせつ概念を誤解してこれに当てはまらないという錯誤は故意を阻却しないが、**【錯誤④】**はこれに対応するものである。

まとめると、次のようにいうことができる。(i) 公務執行妨害罪における「職務の適法性」の認識対象には、〈適法性を基礎づける事実〉のみならず〈適法性評価それ自体〉も含まれる¹⁶⁴。(ii) 具体的な認識内容は素人領域における並行評価で足りるから(「弱い緩和」)、意味の認識として、「重大な手続違反のない職務である」ということを理解しているか否かが決定的である。(iii) その結果、**【錯誤③】**では故意が阻却されるが、**【錯誤④】**では故意が認められる。

(4) 適法性の錯誤をめぐる学説整理の在り方について

従来の議論では、主として**【錯誤①】**と**【錯誤③】**を念頭に置いて議論さ

164 小杉麟太郎「意味の認識」東京大学法科大学院ローレビュー17号(2022年)28頁は、(留保をつけつつも)「あくまで『適法性』に対する『意味の認識』は必要であり、それは原則として適法性の評価根拠事実の認識ではなく、それに対する行為者の評価である」と指摘する。

れてきたから、両錯誤とも事実の錯誤とする「事実の錯誤説」と、両錯誤の処理を二分する「二分説」という対立構図で整理されてきた。しかし、適法性の錯誤にはほかにも類型があることを考えれば、こうした整理は生産的な議論を阻害する。

そこで、本稿は、適法性の錯誤という論点において、「事実の錯誤説」「二分説」という分類を用いないことを提案したい。〔**錯誤④**〕でも故意を阻却するという（支持しえない）見解を主張しない限り、いずれの見解もどこかに事実の錯誤と違法性の錯誤の境界線を引かねばならないのであって——その意味ではすべての見解が“二分”説である——、議論の核心は、むしろどこにその線を引くのかにある。そして、その線引きは錯誤の一般理論から導出され、それ以外に政策的考慮を要するということはない。

「職務の適法性は書かれざる構成要件要素であるから、故意の認識対象に含まれ、〈適法性を基礎づける事実の錯誤〉までは故意が阻却されるという点ではほとんどの学説は一致している。そのうえで、錯誤の一般理論に関する対立を受けて、主として〔**錯誤③**〕で故意を阻却するか否かが争われている。」と整理するのが、適法性の錯誤をめぐる現状の説明としてもっとも簡明かつ適切なのではないだろうか。

Ⅷ. 裁判例の動向とその評価

1. 大審院時代

ここまで、理論面の検討に終始してきたが、最後に、裁判例の動向についても概観する。まず、適法性の錯誤があっても故意を認めた2つの大審院判例が知られている。

（1）裁判例①：大判昭和6年10月28日

治安警察法8条にいう警察官には巡査も含まれ、解散命令及び検束処分権を有するところ、その点につき錯誤に陥っていた被告人が、巡査の行為は違法な職務の執行であると誤信し妨害したという事案につき、大判昭和6年10

月28日（法律評論21巻諸法70頁）は、「巡查の解散命令及び検束処分が職権濫用に基く不法の侵害なりと誤認して正当防衛の目的をもって反撃抵抗したりとするも、右誤認は罪と為るべき事実の誤認にあらずして、その行為を為すに至りたる動機原因たる事実関係を誤解したる結果、本来法律上許されざる自己の行為を許されたるものと誤信したるに外ならずして、公務執行妨害罪及び傷害罪における故意を阻却せざるものとす」として、故意を認めた。

本件被告人は、巡查には解散命令及び検束処分権はなく、それゆえ巡查の行為は職権濫用であると誤信したというのであるから、職務の適法性を基礎づける事実の認識に欠けるところはないが、職務の適法性の意味の認識を欠く事例であり、**〔錯誤③〕**に該当する。

（2）裁判例②：大判昭和7年3月24日

適法性の錯誤に関する判例として著名な大判昭和7年3月24日（刑集11巻296頁）は、市議会の審議中、一議員が提出した緊急動議について、議長が議会規則の解釈を誤って取り上げなかったため、議員である被告人が議長の襟を掴み壇下に引きずりおろす暴行を加えたという事案である。裁判所は、議会規則に違反する議長の措置も「一応適法なる職務執行行為と認めらるべきもの」としたうえで、被告人が議長の行動を認識して妨害行為に出ている以上、「被告人に公務執行妨害の犯意ありたることの判示として欠くところなく、当時被告人が右議長の措置をもって適法ならずと判断し、従って議長職務執行行為に妨害を為すものにあらずと思惟したりとするも、右は被告人の該行為に対する法律上の判断に過ぎず、其の如何は毫も被告人の犯意を左右するものにあらざる」と判示して、故意を認めた。

本件被告人は、議長の措置が議会規則違反にとどまることを正しく認識していたと思われるから、職務の適法性の意味の認識を有するといふべきであり、**〔錯誤④〕**に該当する。

2. 戦後の裁判例

（1）裁判例③：東京地判昭和33年5月6日

戦後、適法性の錯誤を扱った最高裁判例は存在しないが、下級審において問題となった裁判例は複数存在する。まず、いわゆる蒲田事件の第一審判決である東京地判昭和33年5月6日（刑集20巻3号68頁参照）は、無届けの集団示威行進を行った被告人らが、東京都公安条例に基づいてデモの解散を命じる警察官に対して暴行を加えたという事案である。弁護人は、同条例は違憲無効であるから警察官の解散命令行為も違法な職務行為であり、これに対する抵抗は公務執行妨害罪を構成しないと主張した。

これに対して、東京地裁は、東京都公安条例を違憲無効としつつも、警察官による解散命令行為は警察官職務執行法5条に基づく制止行為として適法であったとして、それに対する被告人らの暴行が公務執行妨害罪を構成するとしつつ、「仮に同被告人等が警察官の前記解散行為を違法なものと信じ、これに対する抵抗が許されるものと誤解して本件暴行に出でたとしても、右は本来許されない行為を許された行為と誤解して行動したもので、しかも叙上の事情の下ではかく信ずるにつき相当な事由があつたとは認められないから所謂法律の錯誤の場合に当るに過ぎず、右犯罪の成立を何等阻却するものではない。」と判示した。

本件事案では、被告人は警察官による解散命令行為について事実の認識に欠けるところはないから、【錯誤①】【錯誤②】に当たる事案ではない。【錯誤③】と【錯誤④】のいずれとみるべきかは判示からは明らかではないが、たとえば警察官職務執行法5条を知らなかったといった理由で警察官に解散命令権がないと誤信していたなら、【錯誤③】に該当するということになるだろう。

（2）裁判例④：大阪地判昭和47年9月6日

大阪地判昭和47年9月6日（判タ306号298頁）は、下級審において故意を否定した裁判例としてよく知られている。被告人は、タクシー運転手Aに対す

る傷害事件の犯人と誤認され、警察に準現行犯として逮捕されそうになったところ、身に覚えがなく、かつ当時酒に酔っていたため巡査による「運転手を殴ったことについて聞きたいから車のところまできてくれ」との言葉を了解していなかったことから、逮捕に抵抗し、もって巡査の職務の執行を妨害し、巡査のうちひとりに傷害を負わせた。

大阪地裁は、「被告人はAに対する傷害の準現行犯人として逮捕されることについて認識せず、何故かわからぬままに両巡査から車に乗せられようとしたために『何でいかなあかん』と乗車を拒んだところ、何の説明もなく、ただ強力に押し込み立ち向ってくるので両巡査の職務行為を違法と考え抵抗をつづけ最後まで違法な職務行為と認識していたものと認められる。」としたうえで、「被告人の認識事情のもとにおいては両巡査の逮捕行為は違法なものとなるから、本件におけるその職務行為の適法性についての錯誤は事実の錯誤があった場合にあたるといふべきである。(仮りに法律の錯誤としても、被告人に両巡査の準現行犯人逮捕行為が一応適法であることを認識することを期待できない状況である)。よって被告人は準現行犯人逮捕の公務執行を妨害する犯意を欠いていたものと、いわなければならない。」として、公務執行妨害罪の故意を否定した¹⁶⁵。

本件事案では、被告人は準現行犯逮捕の適法性を基礎づける事実の認識を欠いていることから、**【錯誤①】**に該当するものである。

(3) 裁判例⑤：東京高判昭和56年6月1日

東京高判昭和56年6月1日(刑月13巻6・7号419頁)は、郵政事業職員の職務分類上内務職員である主事Aが外務職の職務内容である本件普通郵便物の大区分作業を行っていたところ、それをスト破りの行為であると立腹した被告人らは、有形力を行使してでもその作業を中止させようとの意図のもとにAに対して暴行に及んだという事案である。東京高裁は、Aの職務執行の適

165 なお、本判決は、引き続いて、巡査らに対する暴行罪・傷害罪の成否についても、誤想防衛であるとして無罪としている。

法性自体を認めたくえで、以下のように判示して、被告人の故意を認めた。「被告人らは、少なくとも未必的には本件職務執行の適法性について認識していたものと認めるのが相当である。また仮に、被告人らにおいてそれが適法性を欠くものと誤信してこれを妨害したとしても、法律の錯誤にはかならないから（特に本件においては、適法性を欠くものと誤信したことについて相当の理由があるとは認められない。）、これによって犯意を阻却するものとする事はできない。」

本判決の「被告人らにおいてそれが適法性を欠くものと誤信してこれを妨害したとしても、法律の錯誤にはかならない」との判示だけを見ると、〔**錯誤①**〕〔**錯誤②**〕も法律の錯誤（違法性の錯誤）として取り扱うようにも読めるが、本件被告人は、内務職員であるAが外務職の職務を行った点を捉えて適法性の錯誤に陥ったというのであるから、事案類型としては〔**錯誤④**〕に該当するものである。

（4）裁判例⑥：福岡高那覇支判平成30年3月19日

在沖米軍北部訓練場ヘリパッド建設工事に伴うフェンス設置等の職務に従事していた沖縄防衛局職員に対して、被告人が暴行を加えたという事案につき、福岡高那覇支判平成30年3月19日（LEX/DB 25560224）は、以下のように判示して、公務執行妨害罪の故意を認めた。

「所論は、被告人は沖縄防衛局職員らが仮設トイレの裏辺りから本件テントを撤去し始めているのを目撃した旨供述しており、沖縄防衛局職員らが違法に本件テントの強制撤去に着手したと誤信していたことは明らかであるから、(i) 公務の適法性の判断の基礎となる事実自体に錯誤があるものとして、公務執行妨害罪の故意が阻却されるという。しかし、原審で取り調べられた証拠を検討しても、沖縄防衛局職員らが仮設トイレの裏辺りから本件テントの強制撤去に着手したことをうかがわせるような事実は認められず、被告人の上記供述は信用の限りでない。そして、(ii) 他に沖縄防衛局職員らの職務行為が適法ではないと誤信するのが相当であると認められるような事情

があるともいえないから、被告人に公務執行妨害罪の故意に欠けるところはない。」(下線部 (i) (ii) は引用者による挿入)

下線部 (i) をみるかぎり、本件弁護人は、二分説を前提に、本件は【**錯誤①**】に当たる事案であり故意が阻却されると主張したものである。これに対して、裁判所は、事実認定のレベルで被告人はそのような錯誤に陥っていたものではないとして、弁護人の主張を排斥している。

また、下線部 (ii) では、誤信の相当性を問題としており、一見すると適法性の錯誤をすべて違法性の錯誤の問題と捉えたうえで、制限故意説の見地から判断しているように読めなくもない。もっとも、この判示からは、「被告人は少なくとも【**錯誤①**】には陥っておらず、仮に【**錯誤③**】【**錯誤④**】に陥っていたとしても、それは違法性の錯誤であり、錯誤に相当の理由がなければ故意は阻却されない」と読む余地もある。このように解するなら、本判決を二分説と整合的であるとみることは可能である。

結局、本判決は、少なくとも【**錯誤①**】に当たる事案ではないということを示したうえで、その余の錯誤では(誤信に相当の理由がない限り)故意は阻却しないとしたものである。

(5) 裁判例⑦：高知地判平成30年12月25日

近時、適法性の錯誤を扱った裁判例として注目されるのが、高知地判平成30年12月25日(LEX/DB 25563448)である。傷害事件によって刑務所内の拘留場に収容されていた被告人は、看守らによって連行されようとした際、手に持っていたボールペンで看守の口元付近を突く、看守の身体を足で蹴るなどの暴行を加え、看守らの職務の執行を妨害した。

弁護人は、「被告人は、自閉症スペクトラム障害の特性から、刑務官の行動が、何ら規則違反をしていない被告人に対する違法な公務の執行であるとの錯誤に陥っていたのであるから、これに対するペンによる反撃を含めた攻撃は誤想防衛として故意を欠く」と主張した。

これに対して、高知地裁は、大要、以下のように判示して、公務執行妨

害罪の故意を認めた。被告人の認識事実を前提にすれば、「(i) 一般人において、自己の事実認識に照らし、自己の行為が公務執行妨害罪に当たり、急迫不正の侵害がある状況でもなく、犯罪に当たることを知ってこれを避け得たと認めるに十分である」ことが明らかで、これを適法な公務に当たらないとか、急迫不正の侵害であるなどと考えたのは、被告人独自の見解に基づくもので、いわば法律の錯誤に過ぎないのである」。被告人が大声で「弁護士を呼べ」などと繰り返したことの発端となった、刑務官が被告人にタオルの提出を求めたことについても、「刑務官らに、このような場合に調査権限があることは明らかであるから、結局、被告人は、この点についても、(ii) 刑務官らの職務行為の適正さを基礎付ける事実については、欠けることなく認識していたといえる。これを違法であると判断し、大声で抗議し続けることとなったのも、被告人の独自の見解に基づくものというほかなく、事実の錯誤というべきものとはいえない」（下線部（i）（ii）は引用者による挿入）。

本判決では、誤想防衛として故意の成否が争われてはいるが、判決文からは、併せて職務の適法性の認識も認定されていることが窺われる。事案としては【錯誤③】ないし【錯誤④】に該当する。

本判決の特徴としては、（i）一般人における認識可能性を持ち出していること¹⁶⁶、および（ii）職務行為の適正さを基礎付ける事実の認識に明示的に言及していることが挙げられる。

まず、下線部（i）について、一般人基準で適法性の認識可能性を問うている点は、心理的責任要素である故意の判断として相応しくないことから、賛成できない。

さらに注目すべきは、下線部（ii）である。故意を否定した裁判例ではないから慎重な評価を要するが、本判決があえて「職務行為の適正さを基礎付ける事実」の認識を認定していることからすれば、適法性の錯誤をおよそ故

166 なお、前田・前掲注（74）454頁は、「判例は、一般人なら『保護に値する職務に該たる』という事実を認識している以上、公務執行妨害罪の故意非難はできるとしては」といってよい」と分析している。

意の問題としない違法性の錯誤説よりも、むしろ二分説に親和的であるとみるほうが自然であろう。

3. 判例の評価

(1) 判例は違法性の錯誤説か？

適法性の錯誤に関するこうした判例の態度は、どのように評価されるべきであろうか。

まず、大審院判例である**裁判例①**・**裁判例②**が故意を認めていることや、封印等破棄罪における差押えの有効性の錯誤について最判昭和32年10月3日(刑集11巻10号2413頁)が故意を認めていることなどを理由として、判例は違法性の錯誤説であるとする評価がある¹⁶⁷。しかし、以下のような理由から、判例が現在でも違法性の錯誤説であるとみることには疑問がある。

第一に、学説史においてみたように、戦前期においては、そもそも適法性要件の法的性質論が意識されておらず、そのような時代に出された**裁判例①**および**裁判例②**が、現在も影響力を持っているとみるべきではない。**裁判例②**の裁判長を務めた泉二新熊が違法性の錯誤説の論者であったことにも注意を要しよう。現在では、判例も故意を認めるには構成要件該当事実の認識が必要であると解していると思われること¹⁶⁸と、学説上、適法性要件を構成要件要素と解する見解が支配的となっていることをあわせて考えれば、少なくとも〈適法性を基礎づける事実の錯誤〉(すなわち**【錯誤①】**・**【錯誤②】**)については、判例も故意を否定するとみるほうが自然ではないだろうか。

167 吉川経夫「公務執行妨害罪における職務行為」団藤重光=佐伯千仞編『総合判例研究叢書 刑法(5)』(有斐閣、1956年)86頁、武安・前掲注(15)50頁以下、熊倉・前掲注(41)274頁、村井・前掲注(4)284-5頁、川端・前掲注(67)662頁、須之内・前掲注(145)353頁、大塚ほか編・前掲注(36)158頁〔頃安=河村〕、小林充(植村立郎監修・園原敏彦改訂)『刑法〔第4版〕』(立花書房、2015年)376頁、佐久間・前掲注(149)151頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第5版〕』(成文堂、2019年)163頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論〔第3版〕』(弘文堂、2019年)262頁、司法研修所検察教官室・前掲注(31)317頁〔占部〕など。

168 たとえば、大阪高判昭和38年7月19日(高刑集16巻6号455頁)を参照。

第二に、下級審ではあるものの、戦後の裁判例においては、【錯誤①】の事案である**裁判例④**で現に故意が阻却されたこと、また、**裁判例⑦**が「職務行為の適正さを基礎付ける事実」に錯誤があれば故意が阻却されることを示唆していることも、前述の理解を補強するものである。**裁判例⑥**においても、もし判例が違法性の錯誤説を採るのであれば、「公務の適法性の判断の基礎となる事実自体に錯誤がある」とする弁護人の主張に対して、そのような錯誤は故意を阻却しないとねつけることもできたはずであるが、裁判所はそうはせず、事実認定のレベルで被告人はそのような錯誤に陥っていなかったと認定している¹⁶⁹。

第三に、上記の裁判例のうち、違法性の錯誤説によらなければ説明できないような裁判例は存在しないことが挙げられる。本稿の整理でいえば、故意を認めた**裁判例①**、**裁判例②**、**裁判例③**、**裁判例⑤**、**裁判例⑦**はいずれも【錯誤③】ないし【錯誤④】にあたる事案であったのに対して、故意を否定した**裁判例④**は【錯誤①】にあたる事案であるから、（従来の用語法でいうところの）二分説からすれば、いずれの裁判例の帰結も整合的に説明可能である¹⁷⁰。

それゆえ、現在の判例は、【錯誤②】までは故意を阻却するが、【錯誤③】からは故意を認める立場であるとみるべきであるように思われる。

（2）その他の規範的構成要件要素の錯誤に関する判例と整合するか？

（a）判例相互の矛盾？

他方、【錯誤③】で故意を認める判例の立場が、その他の規範的構成要件要素の錯誤に関する判例と整合するか否かについては、さらなる検討を要する。財物罪における「物の他人性」（前掲最判昭和26年8月17日）や無許可営業

169 **裁判例⑥**と同様、適法性の錯誤が事実の錯誤として故意を阻却するという弁護人の主張につき、事実認定のレベルで退けたものとして、東京高判昭和44年6月25日（高刑集22巻3号397頁）がある。

170 浅田＝井田編・前掲注（67）235頁〔松澤〕参照。小杉・前掲注（164）27頁も、判例の傾向を二分説として理解する。

罪における「無許可」（最判平成元年7月18日刑集43巻7号752頁）といった規範的構成要件要素に関する錯誤では、判例は故意を否定している。

こうした物の他人性や無許可についての錯誤では〈評価を基礎づける事実の錯誤〉のみならず〈評価それ自体の錯誤〉もまた故意を阻却するのに、適法性の錯誤では〈評価を基礎づける事実の錯誤〉のみが故意を阻却するという判例の姿勢は、一見すると矛盾したものである。錯誤の一般理論からは、これらの事例は——故意を肯定する方向であれ、故意を否定する方向であれ——統一的な処理が要請される¹⁷¹。

（b）保護法益の相違に着目する分析

こうした判例の姿勢について、公務執行妨害罪や封印等破棄罪が国家的法益を保護する規定であることに着目し、認識対象たる罪の保護法益の違いに応じて、要求される意味の認識の程度に差を設けているのではないかとする分析がある。すなわち、公務執行妨害罪や封印等破棄罪が「国家法益に対する犯罪であるが故に法律の不知であるとして切り捨てる発想がなお残存しているように思われる」¹⁷²とか、公務を保護法益とする場合に故意の阻却を容易には認めない判例の態度には、「公務員の行為が公務執行の外観を呈する以上、それにある程度の瑕疵があったとしても、法的に保護に値するのだから、行為者が単に違法と思ったとしても故意を阻却しない、という考え方があるように思われる。それが妥当であるかは問題であるが、ここでは、法的な利益の保護の必要性についての考え方が、所有権等のそれと異なっているのである。」¹⁷³といった指摘がなされている¹⁷⁴。

このような分析は、規範的構成要件要素の錯誤に関する判例の態度を推し

171 これらの規範的構成要件要素の錯誤に関する判例間の統一的処理を志向するものとして、松原・前掲注（67）549頁。

172 中山研一「規範的構成要件要素の錯誤」LawSchool 8号（1979年）24頁。

173 町野朔「意味の認識について（下）」警察研究61巻12号（1990年）9頁。同『刑法総論』（信山社、2019年）190頁も参照。

174 このほか、香城敏磨『刑法と行政刑法』（信山社、2005年）75頁も参照。

量るひとつの手がかりとはなるうが、これを理論的に正当化することはできない。国家的法益に対する罪であるという理由で行為者に要求される故意の内容を切り下げることが、結局のところ「公務は厚く保護されるべき」との発想に帰着するからである。

（c）違法性の意識の可能性との関係

あるいは、錯誤の一般理論として物の他人性や無許可についての錯誤でも〈評価を基礎づける事実の錯誤〉のみが故意を阻却すべきであると解しつつ、前掲最判昭和26年8月17日や前掲最判平成元年7月18日も、本来は故意ではなく違法性の意識の可能性を否定すべきところ、刑法38条1項に条文上の根拠を求めて「故意」を否定したと表現したにすぎないという整理もありえよう¹⁷⁵。このように考えるなら、判例相互に矛盾はないことになる。

もっとも、このような錯誤の一般理論自体に問題があると思われることは、すでに指摘したとおりである。

おわりに

適法性要件の法的性質を構成要件要素と解することにつき広く見解の一致がみられる現在、適法性の錯誤をめぐる議論には、もはや公務執行妨害罪固有の政策的考慮が介在する余地はない。目下の焦点は、各々の採用する錯誤の一般理論から、個別の事例類型がどのように処理されることになるかという点にある。そして、【錯誤①】と【錯誤③】のみを念頭に置き、「事実の錯誤説 vs. 二分説」という構図を描いてきた従来の学説整理は、適法性の錯誤をめぐる問題状況を的確に描き出しているとはいいがたい。

本稿では、(i) 適法性の錯誤は錯誤の一般理論によって帰結が導出されるべきこと、(ii) 適法性の錯誤を【錯誤①】から【錯誤⑤】に類型化できること、(iii) 筆者の故意理解からは、【錯誤③】と【錯誤④】との間に事実

175 伊藤涉ほか『アクチュアル刑法総論』（弘文堂、2005年）235-6頁〔安田拓人〕参照。

の錯誤と違法性の錯誤の境界線を引くべきことを主張した。

このうち (iii) については、各人の拠って立つ故意理解が影響するものであり異論もあろうが、(i) (ii) については、いずれの論者にとっても、今後、適法性の錯誤を論ずる上での共通の土俵となることを期待するものである。

【付記】 本稿の一部は、2022年7月31日にオンラインで開催された日本刑法学会関西部会令和4年度夏期例会において報告した内容を基にしている。

