



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	地方公務員法違反の争議行為の可罰性（中） ー埼玉県教組同盟罷業事件最高裁判決を契機にー
Author(s)	鋤本, 豊博; SUKIMOTO, Toyohiro
Citation	北大法学論集, 42(3), 216-172
Issue Date	1992-03-13
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16833
Type	departmental bulletin paper
File Information	42(3)_p216-172.pdf



地方公務員法違反の 争議行為の可罰性（中）

——埼玉県教組同盟罷業事件最高裁判決を契機に——

鋤 本 豊 博

目 次

- 一. 序論
- 二. 公務員の争議行為に係る最高裁判例理論の検討
- 三. 地方公務員の労働基本権と争議行為の禁止（以上、42巻2号）
- 四. あおり行為と可罰的違法性
 1. あおり罪の構造
 2. 「あおり」行為の限定解釈
 3. 可罰的違法性論の再考（以上、本号）
- 五. 判例変更と被告人の不利益
- 六. 総括

四. あおり行為と可罰的違法性

既に触れたように、今回の一連の下級審判決がその結論を異にしたのは、地公法37条1項・61条4号の合憲性判断そのものというより、「あおり」概念等の限定解釈とそれに基づく事実認定の厳格さの違いによるが、下級審が限定解釈を施した背景には、憲法的観点の他に、61条4号規定の構造的問題の存在があると考えられる。その解消を目指そうとした努力は多とすべきである。しかし、そこには限定解釈の限界という周知の問題が現れる。ならばどうすべきか。以下では、このことを考察していく。

1. あおり罪の構造

(1) 地公法は、「あおり」「あおりの企て」の定義規定を置くことなく、61条4号で争議行為の「あおり」及びその前段階である「あおりの企て」を独立犯として処罰する反面、争議行為の遂行自体は処罰していない。ここから、同規定の構造的問題として、第一に、「あおり」「あおりの企て」の意義、第二に、「不可罰な争議行為」の「あおり」を独立に処罰し得る根拠、そして第三に、「あおり」の他に「あおりの企て」を処罰する理由を考察する必要性が生まれる。

まず、第一の問題につき、最高裁は全農林事件判決で次のような定義付けを行った。『「あおり」とは、国公法98条5項前段に定める違法行為を実行させる目的をもって、他人に対し、その行為を実行する決意を生じさせるような、またはすでに生じている決意を助長させるような勢いのある刺激を与えること(……)をいい、また、「企て」とは、右のごとき違法行為の共謀、そそのかし、またはあおり行為の遂行を計画準備することであって、違法行為発生の危険性が具体的に生じたと認めうる状態に達したものをいう』と。ここにいう「あおり」の定義は、「せん動」の定義規定(破防法4条2項)に依拠したものである(但し、手段方法に限定がない点は異なる)が、これを文字通り適用すると、争議行為の単純参加者を不問に付す現行法の立場にそぐわなくなる。何故なら、「争議行為は、個人の職務放棄その他これに準ずる行為の集合にとどまる性質のものでなく、職員の団体の統制のもとに一定の争議目的をもって行われる組織的、集团的行動であって、……職員が争議行為を企図、立案することも、争議行為

についての団体内の討議、決定に関与することも、争議行為について指令、指示することも、争議行為について説得、激励することも、また争議行為の職務放棄その他これに準ずる行為をすることも、これはいずれも職員の争議行為参加の各態様にすぎ⁽²⁾ず、「あおり」等の構成要件に該当しないとするの方が困難だからである。そこで、最高裁は、岩学テ事件判決で、「国公法や地公法……にいう争議行為の遂行の共謀、そそのかし、あおり等の行為は、将来における抽象的、不確定的な争議行為についてのそれではなく、具体的、現実的な争議行為に直接結びつき、このような争議行為の具体的危険性を生ぜしめるそれを指す」と判示し、限定解釈を施して対処するに至ったのである⁽³⁾。ただ、この定義では「そそのかし」との区別がつかないから、「人に対し、既に生じている特定の犯行の決意を助長させるような勢いのある刺戟を與えることをいう⁽⁴⁾」と定義すべきであったと思われるが、いずれにせよ、多かれ少なかれ限定解釈を施さざるを得ないのは事実である。

他方、「あおりの企て」に関する最高裁の定義によると、同罪が成立するには、争議行為実施の具体的危険の発生が必要となるが、本罪が独立犯として規定され、「あおりの企て」そのものがそれとして処罰されることから、ここにいる具体的危険は、所謂具体的危険犯における「具体的危険」とはニュアンスを異にしている。つまり、「違法行為発生の危険性が具体的に生じた」と認める状態⁽⁵⁾が要求されるのは、そもそも「その危険性のないものはこれを処罰する必要性乃至価値は存しない」からだけでなく、仮に争議行為実施の決議即「あおりの企て」となれば、現行法が処罰していない「争議行為の企て」を処罰対象にしてしまうことになりかねないからである。このように、ここでは限定解釈を定義内容に取り込まないと、現行法上矛盾が生じてしまうのである。

(2) 第二の問題についても、最高裁は、全農林事件判決で次のように判示した。「公務員の争議行為の禁止は、憲法に違反することはないのであるから、何人であっても、この禁止を侵す違法な争議行為をあおる等の行為をする者は、違法な争議行為に対する原動力を与える者として、単なる争議参加者にくらべて社会的責任が重いのであり、また争議行為の開始ないしはその遂行の原因を作るものであるから、かかるあおり等の行為者の責任を問い、かつ、違法な争議行為の防遏を図るため、その者に対しとくに処罰の必要性を認めて罰則を設けることは、十分に合理性がある」と。

この問題は、少し厳密に言うと、①争議行為の遂行が不可罰とされる理由、

②不可罰な争議行為の「あり」が可罰性を取得する根拠、及び③あり罪が独立犯として処罰される理由という、三つの問題点から構成される。問題点①は、現行法上争議行為の参加が不可罰とされるのは、憲法上の要請とみるか、単なる立法政策とみるかという問題であって、判例上二つの流れがあった。「一つは、憲法による労働基本権……の制限が許されるかどうかの問題と、もし……制限が許されるとした場合におけるその効果の問題とを区別、分断し、憲法のレベルにおいて問題となるのは前者であり、後者は原則として法律レベル、立法政策の問題であると理解する考え」と、「他の一つは、権利の制限の問題と制限に伴う効果（制限違反に対する制裁、不利益）とを……憲法レベルの問題として捉え、たとえ権利の制限が許されるとしても、それに伴う効果については改めて憲法の次元に立ち返って点検する必要があると理解する考えである⁽⁶⁾」。全農林事件判決は、前者の考えに立ったため、問題点②に触れることなく、問題点③において原動力論を展開するだけで足りたのである。

これに対し、後者の考えに立つ典型が、都教組事件判決であった。この判決と同じ立場に立つとき、最も困難な問題点②と直面することになる。困難である所以は、「通常の刑法の犯罪の発展段階に関する原則」、即ち、「第一に、前段階的諸行為の可罰類型化は、……必ず、既遂類型の可罰類型化を前提としており、前段階的類型のみが、独立に可罰的とされることはない。第二に刑法の原則は、犯罪の発展段階に応じて、可罰的違法性の段階をみとめ、その可罰価値に差等を設けている。……第三に、前段階的類型が設けられる場合は、既遂類型の違法性が特に重大な場合に限られる。」という諸原則を、一切無視している点にあり、このことから、「強いてこの不合理性をおぎないうることができるとしたら、公務員法で禁止され、一般的違法視される広い争議行為の範囲内から、とくにいちぢるしく重大な違法争議行為に、その可罰的違法性が相当する具体的前段階的諸行為に限定されねばならぬであろう、あるいはまた、前段階的諸行為の態様が、とくにいちぢるしく、高度の可罰的違法性をもっている場合に限定されるであろう⁽⁷⁾」との主張もなされるのである。と同時に、問題点③については懐疑的になる。しかし、その反面、この主張は構成要件の保障機能を著しく損うという新たな問題を抱え込むだけでなく、集団的行為内部において、かかる区分けが實際上可能か疑わしい。

さて、以上の点につき、本稿は、問題点①に関しては、都教組事件判決と同様憲法上の要請と解するものの、労働基本権の自由権の側面の効果として捉え

るべきであるとする点で差異があるほか、問題点②では、同判決のようにあおり罪の特異性を解消する方向で考えるのではなく、むしろその特異性に合理的根拠を与える方向で考えたいと思う。即ち、個々人の争議行為は、その国民生活への影響の点においては、例えば風邪で休んだ場合と違いはなく、刑罰をもって禁遏するのは過度の自由権的側面の制限として違憲性を帯びることになるから、処罰の対象となる争議行為は集団的かつ組織的な争議行為であり、その正犯たる主体は組合自身であると解される。⁽⁸⁾しかし、現行法上団体の刑事責任の追求が可能となるのは罰金刑による処断の場合に限られ、地公法61条4号のように懲役刑が定められている場合には、組合処罰は想定せざるところと言わざるを得ない。もっとも、理論上団体責任が問題となる場合には、自然人の行為責任がその前提にあるから、この場合の自然人の行為責任を考察すると、それは、単なる烏合の衆でない、単一の集団意思と統制された団体行動をとりうる「集団」を形成する上で中核的役割を果たし、組織的な争議行為を指導した点に求めることができよう。そして、地公法61条4号は、この行為責任だけを立法化したものと考えられるのである。そうだとすると、争議参加者だけでなく、およそ集団形成ないし集団行動に必要不可欠でない者を処罰することは、理論上の団体責任を個人責任に転嫁することであって、犯罪理論の認めないところである。⁽⁹⁾また、このように解して初めて、問題点③における所謂原動力論が解釈論と連結できるのであり、現状では単に立法理由を論じているだけで、適切な処罰限定は望み得ないであろう。

(3) 最後に、第三の問題に対する最高裁の回答は、岩教組事件判決で示された。即ち、「同盟罷業実施体制確立のため各種会議・集会の開催などの具体的な取り組みを行うこと」の「決定は、指令の伝達などによって同盟罷業の遂行をおおるため体制を維持、継続する作用を有し、……あおりの企ての罪を構成する」と判示して、「あおりの企て」に固有の処罰根拠を認めたのである。スト批准投票では賛成としながらもスト実施には参加する意思のない者を説得し、あるいは脱落者を最小限に食い止めるためには、綿密な対策とその実践計画が必要不可欠である点に鑑み、この判示に格別の異論はない。

また、「『あおりの企て』『あおり』の両者ともその発現態様は無定型で多様であり、それぞれ固有に違法争議発生の具体的危険性を具有するという意味で、おのおの可罰性を保持しつつ違法争議の実現に向けて進展していく一群の行為」(日教組事件二審判決)と捉えるべきであって、「同一の違法行為のための『あ

おり』をした後に、更に別の角度からの『あおり』を企てるような場合」もあるから（埼教組事件二審判決）、「『あおりの企て』は直接には『あおり』を目的とするもの」（埼教組事件一審判決）というように、強盗予備と強盗の関係の如く捉えてはならない。こう解することで、両者が同列の犯罪類型とされ、同一の法定刑であることが理解されるのである。

2. 「あおり」行為の限定解釈

（一） 都教組事件判決と全農林事件判決の限定解釈

(1) 地公法37条1項・同61条4号の違憲性ないしあおり罪の特異性を解消する手法として、従来限定解釈がなされてきたし、また、「あおり」「あおりの企て」概念に限定解釈を施す必然性のあることは上記した通りである。ここで、「あおり」行為の限定解釈と題して考察する目的は、都教組事件（及び全司法仙台事件）判決と全農林事件判決における限定解釈を素材にして、その限界を探ると共に、今回の一連の下級審判決の限定解釈を評価する点にある。

(2) 都教組事件（及び全司法仙台事件）判決における二重の絞り論、即ち、①あおり罪の処罰は争議行為自体が違法性の強いもの（目的逸脱・不当な圧力随伴・国民生活への重大な支障）であることを前提とし、②争議行為に通常随伴する行為は処罰の対象とならないとした限定解釈は、地公法61条4号の合憲限定解釈を介して、あおり罪の構成要件解釈に可罰的違法性論を持ち込んだものである。この解釈に対し、全農林事件判決は、「違法性の強弱の区別が元来はなほ曖昧であるから刑事制裁を科しうる場合と科しえない場合との限界がさぶる明確性を欠くこととなり」、このような「不明確な限定解釈は、かえって犯罪構成要件の保障的機能を失わせることとなり、その明確性を要請する憲法31条に違反する疑いすら存するものといわなければならない」と断じた。

確かに、違法性の強弱（特に国民生活への重大な支障の有無）を、例えばあおりの企て罪の実行行為時点で認定することは極めて困難であり、かかる価値的な基準が判断基準として適切か疑問がある。また、合憲限定解釈が許されるのは、「その限定解釈が当該規定の解釈として文言および規定の趣旨から合理的に成り立つもの（……）であり、かつ合憲的に規制しうる行為とそうでないものとを明確なカテゴリーによって区別して示すことができる場合にかぎられ

⁽¹⁰⁾から、事案に即した判断を求める「違法性の強弱」という要素の構成要件解釈への導入は、限定解釈の限界を逸脱せしめるものである。ただ、「広汎で包括的な構成要件を特徴とする現行刑法のもとで実務の慣行が確立しているわが国」では、「明確性の理論によって法規そのものを無効と判示することは、かえって困難な状況にある⁽¹¹⁾」だけでなく、「限定解釈の限界は、当該解釈が実体的適正手続の観点からいって、どれほど個々の人権保障の趣旨・目的に忠実であるか否かという点とも密接にかかわる問題であるので、……法文の中に読み込んだ要件が明確か不明確かという観点だけからは、必ずしも一義的な結論は出てこない⁽¹²⁾」である。その意味で、全農林事件判決の多数意見が、追加補足意見⁽¹³⁾とは異なり、憲法31条に違反する「疑い」があるというに止めたのは、賢明であったと言えよう。

(3) これに対し、二重の絞り論を否定したのは不当との批判もある。例えば、「明確性の理論は、……明確な基準によりコントロールされる法適用者自身が行う解釈の中身まで明確なものとするべき要請を含まない⁽¹⁴⁾」し、「解釈の場では、明確性と並んで、結論の具体的妥当性の要請を重視せざるを得⁽¹⁴⁾」ず、むしろ「構成要件該当性判断を形式的に行えば行うほど、その範囲は広がる場合があり、罪刑法定主義の実質的趣旨に反することにもなりかねない⁽¹⁴⁾」とか、「明確性の原則は、被告人に対する保障機能の要請に基づくものであるから、被告人に対する法適用が不利益をきたすときに問題となる⁽¹⁵⁾」のであって、被告人のための限定解釈を憲法31条違反の疑いありとするのは、「厳格解釈の要求を、しいて憲法に結びつけて強弁したにすぎない⁽¹⁵⁾」とか言われるのである。

しかしながら、まず、いかなる基準により解釈をしたのか読み取れない判決の「結論の具体的妥当性」とは何であろうか。裁判官の恣意的解釈・主観的価値判断であっても処罰の限定になってさえいればよいというのならともかく、そうでないとすると、どのようにしてこの点を確認すればよいのであろうか。また、全農林事件判決の限定解釈、即ち、①「あおり」「あおりの企て」には、「単なる機械的労務を提供したにすぎない者、またはこれに類する者は含まれない⁽¹⁶⁾」し、②「公務員の団体行動とされるもの⁽¹⁶⁾」のなかでも、その態様からして、実質が単なる規律違反としての評価を受けるにすぎないものについては、その煽動等の行為⁽¹⁶⁾は「罰則の構成要件に該当しない」、という限定解釈をどう評価されるのであろうか。あるいはまた、罪刑法定主義の実質的趣旨とは実体的デュー・プロセスを意味されていると思われるが、かように無媒介的に結び付けてよ

いものなのか疑問がないではない。

さらに、明確性の原則は、「被告人の予測」を裏切らないことを要請するだけのものなのか。「処罰範囲の縮小をもたらす限定解釈においては」、国民の予測可能性の保障という「罪刑法定主義の観点からの限界は存在しない」との命題⁽¹⁷⁾を当然視してよいのか、必ずしも定かでないように思える。

そこで次に、罪刑法定主義と明確性の原則及び実体的にデュー・プロセスの三者関係について若干の検討を行ない、これらの点を考察すると共に、限定解釈の問題を考える際の視点を想定しておきたいと思う。

（二）罪刑法定主義と明確性の原則及び実体的デュー・プロセス

(1) 「何が犯罪であるかが前もって法律で定められていなければならない」という罪刑法定主義は、「何を犯罪とし、これにどのような刑罰を科すかは、国民自身が、その代表である国会によって法律という形で決めなければならない」という民主主義的原理（法律主義）と、「何が犯罪であり、どのような刑罰が科されるのかを前もって示し、国民の行動の自由と予測可能性を確保しなければならない」という自由主義的原理（事後法の禁止）とから成り立っている⁽¹⁸⁾。従って、どれ程現代の社会現象の実態に即した合理的な規制であっても、この二つの原理に合致しない限り立法論に過ぎないのである。このことは、規制緩和の方向にも妥当する。但し、自由主義的原理との関係においては差異がないではない。「処罰されると思っていたことが処罰されなかったとしても、予測可能性が害されるとはいい難いし、なるべく処罰されない自由の領域をひろげることが望ましいからである」⁽¹⁹⁾。とはいえ、結果の妥当性に目を奪われる余り、処罰範囲が不明確化すれば、実際に処罰される範囲をめぐってある種の混乱を生じさせ、一般人の行動の自由と予測可能性を奪うだけでなく、処罰の適正な実現に対する無用の誤解を招くことになりかねないから、明確性の原則に反しない限度に止めねばならないのである。

ところで、明確性の原則とは、刑罰法令が「国民に行動の予測を可能ならしめるような明確な」基準を含んでいなければ、「罪刑法定主義の違反として、違憲・無効となるという解釈の原理で」あって、「①国民に対して何が犯罪行為であるかにつき、事前に適正な告知を」し、②裁判官に対し法の適用の、執行機関に対して法の運用の、そして当事者に対して訴訟活動の指針を与える」機能

を有するものであると定義付けられている⁽²⁰⁾。最高裁は、徳島市公安条例事件⁽²¹⁾で、この原則を明示的に採用し、「およそ、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反し無効であるとされるのは、その規定が」国民に対し犯罪告知機能を果さず、官憲の恣意を招く危険があることによるのであるから、「ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきである」として、明確性の基準を示した。その後、札幌税関検閲事件⁽²²⁾では、「表現の自由を規制する法律の規定について限定解釈をすることが許されるのは、その解釈により、規制の対象となるものとそうでないものが明確に区別され、かつ合憲的に規制し得るもののみが規制の対象となることが明らかにされる場合でなければならない、また、一般国民の理解において、具体的場合に当該表現物が規制の対象となるかどうかの判断を可能ならしめるような基準をその規定から読みとることができるものでなければならない」と判示して、「法文の明確性」を限定解釈の要件として要求したのである。もっとも、これらは、文面審査の対象となり得る表現の自由に係る事件であって、「他事件への萎縮の効果」に特段の配慮を要し、「解釈の明確性」を充足するだけでは不十分という側面があることに留意されねばならない。

これに対し、一般の刑罰法規について、明確性の原則を確認しただけでなく、「処罰の広汎性」を問題とすると共に、「解釈の明確性」を要求したのが、青少年に対する淫行の処罰規定が問題となった福岡県青少年保護育成条例事件⁽²³⁾である。即ち、「『淫行』を広く青少年に対する性行為一般を指すものと解するときは、……用語自体の意義に添わないばかりでなく、……社会通念上およそ処罰の対象として考え難いものをも含むこととなって」広きに失するし、「単に反倫理的あるいは不純な性行為と解するのでは、犯罪の構成要件として不明確である」から、「規定の文理から合理的に導き出され得る解釈の範囲内で」限定解釈（性交・性交類似行為が、①青少年の心身の未成熟に乗じた不当な手段による場合と、②自己の性的欲望の満足の対象としてのみ扱う場合に限定⁽²⁴⁾）するのが相当と論じ、「このような解釈は通常の判断能力を有する一般人の理解にも適うものであり、『淫行』の意義を」こう解すれば、「処罰の範囲が不当に広過ぎるとも不明確であるともいえないから」、憲法31条に反しないとしたのである。

（２）「法文の明確性」が要請されるのは、漠然とした刑罰法規が罪刑法定主義の基本理念に反するからであるが、「法律が、前もってあらゆる事態を予想し、これを完全に精密に規定するということは、立法技術として困難な場合もある」し、「脱法的な行為で法の目的をくぐらうというくわだても少なくない」から、「ある程度の包括的な、評価的なことばで規定すること」はやむを得ない。⁽²⁵⁾のみならず、表現の自由という優越的地位にある人権を規制する立法と異なり、弊害を伴う行動の自由を規制する刑罰法規の場合、その構成要件は、法文そのものと解するの必要はなく、法令の趣旨・目的・保護法益等を考慮に入れた上で、法文に一定の合理的解釈を施して得られるとあってよく、法文に記載されている犯罪類型とは区別されねばならない。⁽²⁶⁾ そうだとすると、刑罰法規における明確性の原則は、「構成要件解釈の明確性」を要請するものであって、「法文の漠然性」はもとより憲法違反であるが、法文自体は不明確であっても「解釈の明確性」が確保されるならば、合憲と解してさしつかえないように思う（合憲限定解釈）。

そこで次に、「法文の漠然性」と「法文の不明確性」、及び「解釈の明確性」と「解釈の不明確性」の区別が問題となるが、前者の区別は、通常の判断能力を有する一般人において、当罰性のある行為の中核的イメージが浮かぶか否かによって判断することができる。例えば、「淫行」処罰規定の場合、行きずりの女子高生を誘惑して性行為に臨めば処罰されるということは想定できるから、不明確ではあるが漠然としているわけではない。明確な構成要件解釈といえるか否かは、後者の区別、即ち（合憲）限定解釈の限界の問題として論じられるべきものである。⁽²⁷⁾ そして、その際の決め手は、一般の刑罰法規における「解釈の明確性」の要請が主に法執行機関の恣意的な運用を防止する点にあると解されることから、認定論上有用な判断基準となる限定解釈であることがまず求められ、これに通常の判断能力を有する一般人が法文からその限定解釈を理解し得ることを加味するのが相当であろう。ここで「一般人の理解」の得られることを限定解釈の要件とするのは、そうでない解釈は法規の有する客観的意味を本質的に変えることを意味し、それは違憲判決以上に立法権限を侵害する（違憲判決の場合は新たな立法が立法者によってなされるのに対し、限界を超えた限定解釈の場合には裁判所が積極的に法の内容を形成する）⁽²⁸⁾ からである。かくして、限定解釈が許されるのは、①文言ないし立法者の意思が一義的でないこと、②認定論上有用な判断基準足り得ること、及び③法文に施した解釈論が通

常一般人にも理解され得ること、という三つの要件が備わった場合に限られることになる。⁽²⁹⁾ただ、一般人の理解可能性で足りるとすることは、一般人が現になした解釈とのズレが生じる場合もあり得よう。しかし、「国民の大多数が最も自然に採用する解釈のみが許されるのではない」⁽³⁰⁾し、違法性の錯誤による事後的な救済も可能であるから、後は限定解釈の妥当性の問題として議論すればよいように思う。

では、「淫行」概念に対する最高裁の限定解釈は妥当性を有するであろうか。「青少年を誘惑し、威迫し、偽罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為」(第一類型)の解釈は、恋愛にもある程度の誘惑・威迫・偽罔は付きものとはいえ、成人女性に比し性行為・妊娠に伴う弊害に対する認識・判断能力に劣る少女の場合には、強姦・強制猥褻の暴行・脅迫に至らない程度の有形力の行使とか立場利用があるだけで、性行為に同意する事態が想定でき、これを性的自己決定権に安易に結び付けることには疑問を覚えるから妥当と考えるが、「青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為」(第二類型)の解釈は、処罰範囲を限定し難い解釈であるように思う。というのも、自己の性的欲望を満足させるためでない性行為は特殊な労働に過ぎないし、結婚を全く前提としない性行為が第二類型に当たるとすると、「ラブホテルから出てくるカップルの一方が若ければ、警官は、何歳ですかと質問し、18歳未満と答えたら、婚約してますかと質問し、まだですと答えたら、一寸署までということだってありえないではない」⁽³²⁾からである。また、少女の方からセックスフレンド関係を望みながら、無理な要求が聞き入れられなくなると告発(告訴)を持ち出すという事態も考えておかねばならない。それ故、第二類型に当るのは、せいぜい行きずりの関係であって、少女の性行為に対する認識の欠如ないし自暴自棄が明らかであるような場合に限るべきであろう。

結局、最高裁の限定解釈は、限定解釈の要件は充たすものの、⁽³³⁾広汎性の問題を残しているように思う。のみならず、広汎性の問題と明確性の問題を同次元で論じている点には強い疑問を覚える。広汎性は「不明確性とちがって処罰の妥当範囲という実体的観察を内容とするので、……適正処罰の原則(サブスタンティブ・デュー・プロセス)に連なるもの」とされ、⁽³⁴⁾一旦この原則を「正面からとり入れると、刑事実体法の全域において問題が提起され、刑罰法規の実体的内容が合理的か否かという一般的基準を確定するというきわめて困難な作

業に直面せざるをえなくなる⁽³⁵⁾ものである以上、限定解釈をすれば明確性の要請と共に適正処罰の要請をも充たすという議論の立て方は雑なように思えるからである。むしろ、構成要件は明確でも過度に広汎な処罰内容となっている場合もある反面、適正な処罰内容と認められても構成要件が不明確な場合もあることを考えれば、双方の原則は異なる判断方式を予定するものという方が妥当であろう⁽³⁶⁾。

（３）ところで、構成要件が明確であれば罰刑法定主義の要請に適うから、過度に処罰範囲が広汎な刑罰法規であっても、立法政策の問題と割り切ることも不可能ではない。しかし、「複雑化した現代社会における種々の反社会的行為に対する多くの刑罰法規の出現は、個々の刑罰法規の内容の適正さの再検討をうながす」と共に、「これらの刑罰法規の画一的適用がかえって実質的公正さを損う場合も生じて」くると、「『形式原理』である罪刑法定主義の原則のみによっては対処できず、これに加えていわば『実質原理』ともいうべき『実体的デュー・プロセスの理論』⁽³⁷⁾が必要だとされる。即ち、「適正手続条項は手続の適正のみならず、刑事立法の実体的内容の合理性をも憲法上の要請として要求し、たとえ犯罪類型が明確に規定されているとしても、その内容が刑罰法規として適正でない場合はデュー・プロセスに違反するものとして憲法違反となる⁽³⁸⁾」という実体的デュー・プロセスの理論は、明確性の原則と共に伝統的な形式的罪刑法定主義を実質化する理論として構成されているのである。が、その理論構成には疑問の余地がある⁽⁴⁰⁾。

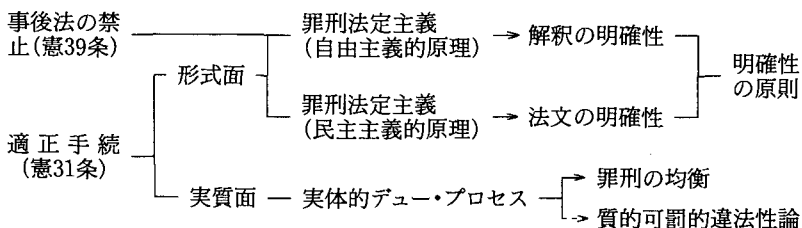
確かに、刑罰法規が「適正な告知」を欠く場合には、その法規の実体的内容にも問題がある場合が少なくないから、明確性の原則を実体的デュー・プロセス論に統合して考えることも可能であろう⁽⁴¹⁾。しかしながら、まず第一に、アメリカの最高裁によって定式化された「実体的デュー・プロセス論は、明文規定を欠くが基本的であるような憲法的権利に対する侵害を阻止する為の理論」であり、「しかもこの問題は、アメリカの権利章典が専ら連邦政府にのみ向けられたものと理解され、州政府に対して適用しうるものとは考えられなかったという事情から生じたもの⁽⁴²⁾」であるならば、連邦制を採らない我が国では、憲法的権利を侵害する刑罰規定がある場合、一般的基準の確定困難な「実体的適正の侵害」と構成するよりも、憲法13条の「幸福追求権の侵害」と捉え、「自由権の論理」によって判断する方が適切であるように思う。第二に、「憲法が、合理的実体法によらなければ処罰されないという実体的権利を保障しているというこ

とになれば、我が国の最高裁は、議会在が制定した法律の合理性を常に監視すべき立場に置かれ⁽⁴³⁾、具体的な人権侵害が問題とならない場合にまで実体的適正を論じ、違憲と判断し得ることになるが、これは付随的違憲審査制に適合しないであろう。そして第三に、明確性の原則が機能する構成要件の限定解釈の際に、実体的デュー・プロセス論が介在すると、明確性の原則との間に衝突が生じてしまう。つまり、「形式原理」と「実質原理」とが同じ場面で機能すると、互いにその効果を相殺し合うのである⁽⁴⁴⁾。それ故、「アメリカ連邦最高裁判決の多くは、実質的には、……可罰的違法性の質の問題を扱ってきたという見方も可能である⁽⁴⁵⁾」ならば、実体的デュー・プロセス論は可罰的違法性論に統合し、その理念を違法性の議論において展開する方がよいのではなかろうか。

かくして、「刑事実体法の憲法適合的合理性」の観点から実体的デュー・プロセスを捉えた場合に考えられる三つの分野、即ち、①具体的な憲法上の人権保障に抵触する処罰規定の場合、②真に処罰に値しない行為を処罰しようとする不合理な規定の場合、③刑罰の内容ないし程度が不合理な場合の内、①は各々の人権規定に応じて、ないし憲法13条論として、②は質的な可罰的違法性論として論じ、③のみが実体的デュー・プロセス論固有の問題として論じていくのが相当であろう⁽⁴⁷⁾。かかる立場からすると、構成要件限定解釈の問題は、専ら明確性の原則で処理すべき問題であり、実体的デュー・プロセス論とは直接の関係はないということになる。

要するに、罪刑法定主義と明確性の原則及び実体的デュー・プロセスの関係についての本稿の結論はこうである。即ち、明確性の原則は罪刑法定主義の側面を形成し、実体的デュー・プロセスは可罰的違法性論と罪刑の均衡の原則に具体化される。そして、罪刑法定主義と実体的デュー・プロセスは、適正手続条項の形式原理と実質原理の関係として並行して発展されるべきものである⁽⁴⁸⁾。

〈三者関係〉



（三）日教組全国統一スト事件における下級審の限定解釈

（１） 以上の視点に立って、まず、都教組事件判決における限定解釈の限界を示すならば、次のようになる。即ち、「労組法1条2項のいう正当な争議行為は処罰の対象にはならないわけであるから、それを企画し、指令したりする組合員の行為（判旨はこれを『争議行為に通常随伴する行為』と述べる）は、まさにその正当な争議行為の内容をなすものとして、『あおり行為等』から除外されるべきは当然であり、「したがって、処罰の対象となりうるのは、①争議行為に通常随伴する行為以外の『あおり行為等』、および、②正当とされな⁽⁴⁹⁾い争議行為を『あおり』行為（通常随伴する行為を含む）」である。

だとすると、二重の絞り論は限定解釈の限界を超えるものであり、全農林事件判決がこの理論を否定したことは正当であったと思う。ただ、この評価は、ある意味で結果論に過ぎず、当時この無理な限定解釈をしなかったならば、おそらく有罪判決が下されたであろう。また、それで何の問題もないのであれば、今回の一連の下級審判決がこぞって限定解釈を施す事態は生じなかったし、埼教組事件で無罪の反対意見は出なかったように思える。それ故、本稿は次に、（質的な）可罰的違法性論を刑罰権発動の適正化のための試論として提示し、新たな可罰的違法性論の展開を期すことにするが、その前に、今回の下級審判決における「あおり」の限定解釈に対する評価をしておきたい。

（２） 最高裁が、「あおり」の処罰根拠を原動力論に求め、しかも岩学テ事件判決で争議行為の原動力を、「全体としての争議行為の中でもそれなくしては右の争議行為が成立しえないという意味においていわばその中核的地位を占めるもの」と具体化したことから、下級審はこの解釈を構成要件解釈に持ち込み、新たな限定解釈を行なったため、以下のように「あおり」の解釈が区々に分かれた。

- ① 統括的あおり論（日教組事件一審判決）…… 可罰的なのは、「全体的な評価において、自ら又は他の者と共に、当該争議行為の全体又は一部の実行を統括する立場において」行われたもの。
- ② 新二重の絞り論（岩教組事件一審判決）…… 「地公法61条4号にいう『あおり』『あおりの企て』等は、それ自体で客観的に見て、同法の禁止する争議行為の実行に対し、現実に影響を及ぼすおそれがあるもの、すな

わち、それ自体において真に右争議の原動力となり、現実にもその実行を誘発する危険があると認められる真剣さなしいし迫力を有するものであることを要し、また、組合幹部の地位にある者が関与したというだけでは足りず、その者が当該煽動行為に対し現実にも原動力となるような役割を果たすことを要する。

- ③ 高度な危険性論（埼教組事件一審判決）…… 故意の内容には、あおる事実の意欲が必要であるほか、「あおり」は「多数人に対する働きかけを意味し」、「あおり行為の性質としては、…… その行為があれば必然的にストライキなどが実行に着手されるであろうといえるような、あるいは、その行為なくしてはストライキ実行が困難となるような意味で、ストライキなどの実行を招来する危険性が高度な行為であることが必要」。又、説得・慫慂による「あおり」は、「その言葉自体に強い煽動的な文言が含まれている場合だけではなく、その言葉が、組織的統制力を背景としたものであるというようなことも合わせ含むもの」。
- ④ 指導的あおり論（日教組事件一審判決）…… 「一般組合員より実質的に上位に立って、当該争議行為ないし参加者をまとめ、一定の方向に導く立場」においてなされるもの。
- ⑤ 原動力あおり論（岩教組事件二審判決；同旨埼教組事件二審判決）…… 「違法な『争議行為の原動力をなすもの、換言すれば、全体としての争議行為の中でもそれなくしては右の争議行為が成立しえないという意味においてその中核的地位を占めるものであり』」、かかる意味で「具体的、現実的な争議行為に直接結びつき、このような争議行為の具体的危険を生ぜしめる」もの。

「あおり罪の構造」で論じたところからすると、⑤が限定解釈としてふさわしい。①④のように「一部の実行の統括」や「実質的に上位」で足りるとするならば、果たして処罰限定を期し得るか疑問があり、「限定」解釈とはいいい難いし、他方、②③のような解釈は、処罰範囲の広汎性の問題を解消せんとする意図は了解できるものの、「あおり」行為が独立犯として規定されていることを軽視する点で、限定「解釈」とはいいい難いからである。しかし、いずれにせよ、同種事案であるにもかかわらず、下級審の限定解釈がこれ程までに多岐に渡ったということは、限定解釈そのものの困難さと、処罰範囲の広汎性の問題を限定解釈の問題として論じることの困難さを示しているといえよう。

（３）ところで、実体的デュー・プロセス論が一つの契機となって、刑法の解釈が憲法との関係で論じられるようになり、都教組判決では可罰的違法性論が「あおり罪の構成要件」の合憲限定解釈に取り入れられたし、「憲法的刑法学」ということも言われるようになった。⁽⁵⁰⁾ただその際、留意せねばならないのは、確かに刑法理論を憲法レベルに引き上げることは強い論拠を与えることになるが、その反面憲法解釈が変わると刑法理論まで顧みられなくなる虞がある⁽⁵¹⁾ということである。重要なのは、憲法的視点を考慮に入れた、刑法レベルでの緻密な理論構成であり、裸の憲法論であってはならない。その意味で、合憲限定解釈と可罰的違法論を安易に結び付ける議論に疑問を覚えるのである。

以上のことから、現在の課題は、この憲法論を展開できるような「可罰的違法性論の再構成」にあり、このことが、公務員の労働争議に対する刑罰権発動の適正化の問題の解決に強い照明を与えることになると思う。

3. 可罰的違法性論の再考

(一) 可罰的違法性概念の分析

(1) 可罰的違法性論とは、「形式的には構成要件に該当し、違法性阻却事由が存在しない場合でも、処罰に値する量ないし質を有する違法性を欠くとして犯罪の成立を否定する」⁽⁵²⁾解釈理論であって、違法とは単に形式的に法規に反することではなく、実質的に法に反することであるという実質的違法性論と、違法の概念は⁽⁵³⁾「あるかないか」の二者択一的なものではなく、段階・程度をつけ得るものであることを前提とする。そして、この理論には、構成要件の形式的把握による無限定な処罰拡大を阻止する機能、即ち、①構成要件に該当するとの判断によりなされる「形式的違法」という評価を、具体的・個別的に吟味して処罰に値する違法といえるところまで処罰範囲を限定すること、及び②憲法上保障された生活利益（例：労働基本権）と合憲的な刑罰法規によって保護される生活利益（例：業務活動の自由）とが衝突する場合に、妥当な調整をはかることが期待されている。

かかる観点から、可罰的違法性論の意義は看過し得ない。しかし、これまで多くの主張が可罰的違法性論の名の下に展開され、その体系的位置付け・判断基準の曖昧さと相俟って、当該理論に対する消極的評価を生ぜしめる原因となっ

たことには反省を要しよう。實際上、違法の相対性の問題、構成要件の限定解釈の問題、実質的違法性阻却の問題、さらには、可罰的違法性の「量」の問題と「質」の問題が、入り乱れて論じられてきたが、結論として、真にその名において論じるに値するのは、可罰的違法性の「質」の問題だけであったように思える。

そこで、①違法の相対性の問題と可罰的違法性の「質」の問題、②構成要件の限定解釈の問題と可罰的違法性の「量」の問題、及び③「実質的違法性」と「可罰的違法性」の概念のそれぞれについて、その相違ないし当否を論じ、議論展開の方向付けを与えることから始めたい。

(2) まず、①について。例えば姦通は、裁判上の離婚原因ではあるが(民770条1項1号)、刑罰を科されることはない。この現象を、民事上違法でも刑罰に親しむ違法性(質的な違法性)がないと説明されることがある⁽⁵⁴⁾。しかし、これは、軟らかな違法一元論(後述)に基づく立論であって、立法手続の枠内における立法者の刑事政策的考慮以上のものではない。また、このような「法的効果が異なる法領域間の違法の相対性」の場合には、可罰的違法性の体系的位置付けも判断基準も問題になり得ないから、軟らかな違法一元論に固執することさえなければ、これを敢えて可罰的違法論の問題とする実益に乏しい。解釈論としては、構成要件がない以上違法でない(形式的違法なくば実質的違法もあり得ない)という論法で十分であり、かえって不可罰であるにせよ、一般的違法という評価を残すことは、姦通行為に対する正当防衛を可能にさせ、妥当でないように思う。

これに対し、「法的効果が同一の法領域(刑罰法規)間の違法の相対性」の場合には、質的な相違を見出すことができる。「例えば、無免許医業として行われた手術行為が、医術的には適当なものであったにもかかわらず、結果がおもしくなかつたという場合を考え」と、「その行為自体は、他人の肉体を切開したり、切除したりすることで、しかもよくならなかつたのであるから、少なくとも、外形上は傷害罪の」構成要件に該当する⁽⁵⁵⁾。しかし、いかなる法益が侵害・危殆化されたのかを考えるならば、その違法性は医師法31条違反の点だけで評価し尽くされており、その上に傷害罪の違法性を想定することは許されないのであろう。それ故、この場合には、「傷害罪としての形式的違法性はあれども質的な可罰的違法性のない」行為の存在を観念し得るのである。もっとも、これを敢えて「違法の相対性」というには及ばない。違法性を結果無価値論的に

捉えれば、必然的にどの法益の侵害・危殆化として違法といえるかが問題となる以上、相対的にならざるを得ないからである。

(3) 次に、②について。例えば、「極めて財産的価値の小さい物をとったとき、あるいは軽く身体を押したにすぎないようなときには、窃盗、暴行とすべきでない場合もある⁽⁵⁶⁾」。この現象を、被害法益の軽微そのものが行為の可罰的違法性を失わせると説明する余地もないではない⁽⁵⁷⁾。このような考え方の契機となったのが、政府に納めるべき葉煙草一厘相当分を消費した煙草耕作者が旧煙草専売法違反として起訴された事件に関する一厘事件判決である。即ち、大審院は、「零細ナル反法行為ハ犯人ニ危険性アリト認ムヘキ特殊ノ情況ノ下ニ決行セラレタルモノニアラサル限り共同生活上ノ觀念ニ於テ刑罰ノ制裁ノ下ニ法律ノ保護ヲ要求スヘキ法益ノ侵害ト認メサル以上ハ之ニ臨ムニ刑罰法ヲ以テシ刑罰ノ制裁ヲ加フルニ必要ナク……共同生活ニ危害ヲ及ボササル零細ナル不法行為ヲ不問ニ付スルハ……解釈法ノ原理ニ合スルモノトス」と判示したのである（下線は引用者）。ただ、ここで留意すべきなのは、本判決は、被害法益の軽微性から直ちに可罰性を否定したのではないという点である。下線部に着目すれば、「犯人ニ危険性アリト認ムヘキ特殊ノ情況ノ下ニ決行セラレタル」場合には、仮令被害法益が軽微でも可罰性を否定することはできないと読まざるを得ないのである。この判旨部分を客観的違法論で再構成しても、先の説明では論理的な無理が伴うだけでなく、実際上も妥当でない。というのも、被害法益が軽微という中には、侵害行為自体は相当な危険を有していたが、偶然の事情によってその程度に止まったという場合もあるからである。例えば、机の上にあった一円を盗む行為と、一円の入っている「金一封」と書いてある封筒を盗む行為とでは、（封筒分を捨象すれば）被害法益は同じでも、後者の場合には窃盗未遂の可罰性を認めてよいように思う。

だとすると、被害法益が軽微な場合において窃盗罪・暴行罪とすべきでないのは、当該行為を典型的にみて、「財物窃取」「暴行」概念に当てはまらない（単なる規範違反にすぎない）という限定解釈が可能な場合に限られるべきである。即ち、通常の判断能力を有する一般人に、財物窃取・暴行のイメージが浮かぶか否かで構成要件該当性の有無を決するのが相当であり、構成要件レベルで可罰的違法性の「量」を問題にすることは、構成要件該当性の判断の中に実質的な違法要素（目的・手段の相当性、法益均衡、さらには動機等）の雪崩れ込み⁽⁵⁹⁾を誘発するか、絶対的軽微性の基準までなら当然に許容されるとの誤解を与え

るか、いずれかの虞があるように思える。

(4) 最後に、③について。「違法性も、処罰する行為か否かを判定する要件の一つに過ぎない以上、処罰に値する違法性があるか否かのみが刑法解釈論上の関心事⁽⁶¹⁾」ということも不可能ではないが、「裁判官に、構成要件、違法、責任という『順序』に従って判断させることにも意味がある⁽⁶²⁾」。処罰の対象となるか否かのメルクマールである構成要件が推定せしめる「違法」と、その違法が実現されたか否かが争点となる違法段階における「違法」とは異質のものと考えられ、両者の違法性判断の相違（類型的判断か個別的判断か）と構成要件の第一次チェック機能は軽視されるべきではないであろう。そして、類型的判断は個別的判断に比し違法評価の範囲が必然的に広がるが故に、可罰的違法性による処罰範囲の限定（実現された違法が処罰に値するか）という議論が実益を有するのであって、明確性の原則に拘束される限定解釈の限界を超え、構成要件の実質的解釈を施すというのであれば、その分可罰的違法性概念が無用になるのは当然である。

ところが、「学説でも実務でも、無罪といえば、構成要件該当性阻却か、違法性阻却か、それとも有責性阻却かの、どれかでなければならぬという、一種の不文律に拘束されている⁽⁶³⁾」感がある。「『誰に対しても胸を張って主張し得る権利行為』と『積極的に正当とは言えないが処罰する程ではない行為』を区別することは可能」とされつつも、「圧倒的に重要なのは、『処罰されるのか否か』でありその基準の明確性⁽⁶⁴⁾」であるといわれるのも、その一端を示すものであろう。しかしながら、考察の出発点は、次のような可罰的違法性論の性格に置くべきである。即ち、「それは、正当化事由のように、被告人の行為を正当な権利行為であるとして、検察官の訴追を真向うから否定し切り捨てるものではない。むしろ、被告人の行為に他法域でのサンクションの可能性を残し、その限度で検察官の主張を認めた形の、両成敗型の柔い無罪判決である⁽⁶⁵⁾」という点である。このことは、(可罰的でない) 実質的違法の評価を残すことによって、検察官の訴追の正当性と、起訴に伴う不利益（例：国公法79条2号の休職処分）の妥当性とを基礎付けることを可能にさせる。のみならず、「処罰されるのか否か」という視点からの考察は、正当化事由のもつ権利行使としての積極的意義を希薄化してしまう虞もある。それ故、「可罰的違法性」は、実質的な構成要件解釈や違法性阻却判断に解消し切れるものではないし、またすべきでもない⁽⁶⁶⁾と考える。

(5) 以上の考察から、本稿は、可罰的違法性の有無が争われるような事案、

例えば、地方公務員が地公法上違法な争議行為の際にあおり行為を行ったという場合には、まず、「地公法上違法な行為でも刑法上正当な争議行為と評価し得るか」という違法の相対性の問題を論じ、次に、「被告人の行為を類型的に判断してもあおり罪の構成要件に該当しないのではないか」という限定解釈の問題を、さらに、「あおり罪の構成要件に該当しても違法性阻却が考えられないか」という実質的違法性阻却の問題を考慮して後、最後に、「違法だとしてもあおり罪で処罰するに適する違法性を有するか」という（質的な）可罰的違法性固有の問題を論じて行く、そういう議論展開が望ましいように思う。

（二）違法の相対性の問題

（1）「違法の相対性」を正面から認めるか否かで、「違法多元論」か「厳格な違法一元論」かの図式が描かれ、さらに前者の理論に「憲法次元における違法一元論」を加味する主張と、後者の理論を基礎にした「軟らかな違法一元論」⁽⁶⁷⁾とが加わって、対立状況を形成しているといえる。

檜山丸事件判決が採った「厳格な違法一元論」とは、違法とは全法秩序に違反することで、労働法上違法なら刑法上も必ず違法であり、正当な争議行為か否かを論じる余地はないとする立場、つまり、「法秩序という一個の風船の民法という部分を針でついて破っても、刑法という部分を破っても、風船が『破裂する』ことには変わりはない」⁽⁶⁸⁾とする立場である。しかし、違法が全法秩序を通じて同じであるなら、違法行為の法的効果が法領域によって異なる（例えば、ある違法行為は損害賠償義務が生じるだけなのに、他の違法行為は刑罰をも伴う）⁽⁶⁹⁾というのは奇妙であろう。そこには、刑事的違法を民事的違法から区別せしめるものが存在しているはずである。⁽⁷⁰⁾

（2）かかる事態を、違法の統一性の観点から捉えたのが「軟らかな違法一元論」である。即ち、「違法が統一的だということは決して違法はどこでも同じ色彩、同じ濃度をもって現れるということではない。同色の違法ではあるけれども、その違法性の濃度が非常に濃いところもあれば、薄いところもある（違法性の量の問題）。あるいはまた、その現れる場面によって違法性の色が違うということ（違法性の質の問題）もある。そのように違法の世界というものはそれ自体としての統一性をもちながら、それは決して平板単調な世界ではなくて、さまざまな色あいと濃淡をもった種々の違法が集まって構成された複雑な世界

だと考え」られると言われるのである。⁽⁷¹⁾この立場からすると、地公法上違法な行為は刑法上も常に違法であるが、可罰的でない場合があるとして処理されることになる。しかし、種々の違法を統合する「一般的違法性」、即ち、法的効果と切り離された観念的な「違法の統一性」を論じる実益がどこにあるのか明らかでない。かえって、「違法の判断は、つねに、より具体的な各法規範の違反としてのみなしうるものであって、違法一般による判断をなしうると考える、あるいは違法の一般的判断が先行すると考える理論には、（特殊な規範理論を前提にしない限り）すべて論理的な欠陥が含まれている」という批判を受けることになる。また、いずれかの法領域で違法となるだけで正当防衛の対象とされ得る点の当否はさておくとしても、構成要件該当による違法を可罰的違法と称して「一般的違法」と区別せざるを得ないことは、可罰的違法性概念の存在意義に対する概念を抱かせることになるだけでなく、⁽⁷³⁾そもそもこの考えは現行法に適合しないように思える。緊急避難のように、刑法上違反でなくとも民法上違法とされ、損害賠償責任が発生するという法現象が見られるからである。⁽⁷⁴⁾

これに対し、法的効果の視点から違法性を捉えるのが、東京中郵事件判決が採用した「違法多元論」である。その骨子は、次の学説上の指摘に示されている。「法秩序全体の立場からの調和ないし統一は、もとより、必要である。しかし、このばあいにおける全体としての法秩序の調和は、それぞれの法規に課された機能を尊重しつつ有機的連関をはかることにより達成しうるのであり、それぞれの法規の個性を否定することを意味しない。それぞれの法規に課された趣旨・目的を全体としての法秩序と関連づけて違法か適法かを論じ、全体としての法秩序の調和をはかることが肝要である。したがって、刑法と労働法との分野において違法判断を統一すべき理由はみとめられない。⁽⁷⁵⁾つまり、地公法上違法であっても、刑法上正当化される余地があるということである。

確かに、「一般的違法」に独自の意義は見出し難いから、刑法における違法はすべて「個別的違法」として捉えてきしつかえないであろう。ただ、このことは直ちに、個別的違法（刑法的違法）が「処罰に値する程度の違法」（可罰的違法）であることを意味付けるわけではない。「形式的違法＝構成要件（類型）、実質的違法＝違法性（事象）」という形に体系化されることになるからである。

(3) ところで、「全体としての法秩序」とは具体的には何を意味するのであろうか。また、どのようにして全体としての法秩序の調和を図り、どのような場合にそれが達成されたといえるのであろうか。

可罰的違法性の欠如を超法規的違法性阻却とすることで、「法益衝突の規整原理を、全体としての法秩序の統一性ということから、上下の関係で、また、左右の関係で整序してゆく道を放棄することになった」という批判⁽⁷⁶⁾に対し、①「違法の相対性を認めたとしても、それは憲法に反する価値判断を許容するものではないことは明らかで」あり、②「他の法領域の事情を十分斟酌した上で違法性の有無を決定するのである」との反論⁽⁷⁷⁾がなされている。しかし、各法規範は独自の法秩序を形成し、違法評価を異にしてよいとする立場から、何故法理論的にかかる帰結が導けるのか必ずしも明らかでない。殊に、左右の関係では独立・対等であるのに、他の法領域の違法性判断を加味することは、結局違法の統一性の要請を「存在論的」な要請とすることにつながるのであろうか。

思うに、「全体としての法秩序の調和」とは、各法規範が憲法との整序を保っている状態を意味するに過ぎず、各法規範の相互関係（左右の関係）の整序までも要請するものではない（各法規範は独自の目的と機能から違法性の有無を決してよい）。まして、「規範矛盾の排除は、法秩序の統一性の要請の帰結ではない」⁽⁷⁸⁾とすると、左右の関係の整序を放棄しても何ら問題はないであろう。もっとも、「法領域相互の関係になるべく矛盾が存しないことが法的安定性に寄与することは疑いない」⁽⁷⁹⁾のは事実であるが、これは違法性判断を類似させることで処理しなくとも、「可罰的違法性」の問題として考えれば十分であり、これが可罰的違法性論の一つの機能であることは既に触れた通りである。

これに対し、上下関係の整序は論理的な要請であり、憲法は各法規範の上位規範であるから、各法規範が憲法規範の価値判断と抵触することは許されないのである。その意味で、違法性における上下の関係の整序は、「憲法次元における違法一元論」によって図らねばならないであろう。ここにいう「憲法次元における違法一元論」とは、「特定の場面における憲法上の権利（例えば、公企体等職員の争議権）は、すべての法域を通じて存在するか、すべての法域を通じて存在しないかのいずれかであって、その中間的な形態はなく、したがって、『憲法上の権利行使を理由とする違法性阻却』という場面に即して言えば、憲法上の権利が存在する場合には、右権利の行使とみられる行為は、原則として、常に違法性を阻却され、正当なものとして評価されるのに対し、憲法上の権利が合憲的に禁止されこれが存在しない場合には、右権利の行使であるとの理由で、違法性が阻却される余地はない、とする理論である」⁽⁸⁰⁾。この立場からすると、地公法違反の争議行為の場合、既に論じた通り、争議行為の禁止は原則的に合憲

と解されるから、地方公務員の争議行為には憲法的利益を伴わないのが通例であり、従って、憲法上の権利行使との理由で刑法35条を介しての正当性を考える余地は、原則的にないことになる。しかし、この帰結を生ぜしめるからといって、「憲法上の権利性を欠く以上刑法上正当化すべきでないという考え方」⁽⁸¹⁾だと、反対解釈してはならない。他の法令（労組法1条2項）解釈による刑法35条の適用、あるいは実質的違法性阻却の問題として正当化する余地を否定するものではない（正当化を否定するのは、その正当化が違憲となる場合だけである）からである。

（三）「あおり」罪の限定解釈の問題

この点については既に論じた（四2参照）。結論だけをここで繰り返すと、あおり罪の主体は、違法な集団的争議行為の形成に中核的・指導的役割を果たす地位にある者であり、構成要件該当行為は、他人に対し既に生じている特定の犯行の決意を助長させるような勢いのある刺激を与えることである。この観点からすると、今回の一連の事件における被告人の行為は、いずれも「あおり」罪の構成要件に該当することになる。

（四）実質的違法性阻却の問題

（1）個々の事案において、構成要件の想定する違法が実現されたか否かは、実質的違法性阻却の有無の判断において決せられる。最高裁も、理論的には実質的違法性阻却を一貫して認めているとあってよい。そこで、ここでは、①三友炭坑事件判決⁽⁸²⁾、②札幌市電事件判決⁽⁸³⁾、及び③久留米駅事件判決⁽⁸⁴⁾を取り上げ、若干の検討を加えることを通じて、実質的違法性阻却の判断の枠組を考えることにする。

（2）①は、同盟罷業から脱退して就業していた者が炭車を連結したガソリン車を運転して進行させようとしたところ、「ここを通るなら自分たちを轢き殺して通れ」と怒号して座り込み、炭車の運転を妨害したという事案であるが、最高裁は、「暴行、脅迫もしくは威力をもって就業を中止させることは、一般的には違法であると解すべきである」が、「このような就業を中止させる行為が違法と認められるかどうかは正当な同盟罷業その他の争議行為が実施されるに際

しては特に諸般の状況を考慮して慎重に判断されなければならない」と一般論を述べた後、被告人の行為は「組合内部の出来事であり、しかもすでに多数組合員が……炭車運転行為を阻止している際、あとからこれに参加して……怒号し炭車の運転を妨害したというのに止まるのであるから、……いまだ違法に刑法234条にいう威力を用いて人の業務を妨害したものと足りず」として、被告人を無罪（期待不可能性による責任阻却を理由）としていた原判決の結論を維持したのである。

この場合「とにかく、ガソリンカーの運転を断念させたのであるから、全く『業務妨害』をしなかったとはいえず、⁽⁸⁵⁾「業務妨害の構成要件にあたるといわざるをえない」。問題は、被告人の行為の違法性を完全に否定したものといえるかにあるが、一般論を論じた部分との整合性からみて、実質的違法性阻却を認めた判示といえる。これに対し、「違法ではあるが、その程度がきわめて軽微で、刑法234条の要求する可罰的違法性の程度に達しないものであるから、結局罪とならないのだと説くべきものであった」との見解もあるが、この論法では、違法性判断において会社側の対応といった事情を考慮に入れ難い点で不十分ではなかろうか。もっとも、超法規的な違法性阻却判断の判断基準は明確性を欠くだけに、恣意的な判断とその濫用が懸念されるから、その判断は極めて慎重でなければならない。

以上と区別しなければならないのは、暴力を伴う場合である。この場合に適法性の余地をみとめることは、暴力を容認しかねないし、労組法1条2項の存在を無視することになるから、許されるべきではないであろう。⁽⁸⁷⁾ただ、争議に際して、暴行罪の構成要件に該当するような有形力は一切認められないとすると、争議権行使の実効性が得られない場合もないではない。かかるとき、「違法だが可罰的違法性を欠く」という処理がふさわしいように思う。

(3) ②の判示はこうである。「他の約40名とともに、……車庫門扉付近において、市電の前に立ちふさがり、その進行を阻止して業務を妨害[する]行為は、それが争議行為として行われた場合においても、一般には許容されるべきものとは認められない」が、本件の場合、市当局の長期間にわたる不当な団体交渉の拒否等に対処し「団体交渉における労使の実質的対等を確保するため」に、やむなくなされた「乗務員の乗車拒否を主眼とする同盟罷業」の際、脱落した組合員が「当局側の業務命令に従って……市電を運転して車庫外に出ようとしていたので、……組合の団結がみだされ同盟罷業の実効性を失うのを防ぐ目的

で、とっさに市電の前に立ちふさがり、……翻意を促し、これを腕力で排除しようとした当局側の者ともみ合ったというのであって、このような行為に出たいきさつおよび目的が人をなっとくさせるにたりるものであり、その時間も、もみ合った時間を含めて約30分であった……うえに、その間直接暴力に訴えるというようなことはなく、しかも、乗客のいない車庫内でのできごとであったという……事情のもとでは、[労組法1条2項を適用し]これを正当な行為として罪とならないとした原判断は、相当である。

この判決で注目されるのは、使用者側の長期にわたる不当な団体交渉拒否等に対処する同盟罷業であるということが正当化理由の一つに挙げられている点である。本件の争議行為には、憲法上の争議権保障の回復を想定することも可能であり、仮令次に検討する久留米駅事件判決方式に従ったとしても、正当化を導くことは十分可能である。

もっとも、この事件を法益侵害の相対的軽微事例として可罰的違法性の問題とする見解もある。「侵害された法益はそれ自体としては軽微ではないが、法益衡量後なお『残存』している法益侵害は、行為の可罰的違法性を根拠付けるにはもはや十分でない」と見なされる⁽⁸⁸⁾と言われるのである。しかし、違法の計量化に成功しない限り、相対的軽微型の可罰的違法論の実用化にはかなりの困難を伴うし、また、判例が正当行為としているのを、違法性を残すべきだとする必要もないであろう。

(4) ③が示した判断方式、即ち、「勤労者の組織的集団行動としての争議行為に際して行なわれた犯罪構成要件該当行為について刑法上の違法性阻却事由の有無を判断するにあたっては、その行為が争議行為に際して行なわれたものであるという事実をも含めて、当該行為の具体的状況その他諸般の事情を考慮に入れ、それが法秩序全体の見地から許容されるべきものであるか否かを判定しなければならない」との判示は、労組法1条2項の適用の有無を問題とすることなく事件処理を可能にさせるものとして、その後の労働刑事事件において広く採用され、可罰的判断の一般的基準として、判例上定着をみるに至ったものである。が、最高裁は、實際上この方式を用いて、可罰的違法性の欠如を理由とする原審の無罪判決を次々と破棄し、その射程範囲の把握を困難にさせている。

しかしながら、ともかく本事件において、全員一致で、公労法違反の争議行為の際に付随して生じた犯罪構成要件該当行為についても刑法上の違法性阻却

があり得ることを認めたことは、正当性を論じる余地はないとした檜山丸事件判決と異なり、実質的違法性阻却判断を下す可能性を残している。それ故、久留米駅事件判決方式の具体化が、次の課題となるであろう。

(5) 判例が実質的違法性阻却を判断する際に共通して挙げる要件は、①目的の正当性、②手段の相当性、③法益衡量、④（相対的）軽微性、⑤必要性（緊急性）であると指摘されている。⁽⁸⁹⁾

まず、①については、「主観面と客観面を渾然一体として評価するのでなく、別個に、しかも段階を分けて吟味することが認定の明確化を担保する」⁽⁹⁰⁾ことになるから、「目的」は行為の客観的有価値性を意味すると解すべきであり、また、その程度は不明でもその有無は判断できるから、二者択一的に判定されることになる。次に、②に関しては、「『目的のいかんにかかわらずおよそ実力の行使は許容しえない』とする考え方」と、「『当該目的の実現の為にはどこまでの実力の行使が許容されるか』という判断構造を認める考え方」があり、「構成要件解釈で可罰性を否定し得ない行為を対象とする以上、その行為だけに着目して『相当性』を判断すれば、すべて違法だと言わざるを得なくなるから」、後者の考え方を採用すべきとの見解⁽⁹¹⁾が主張されている。しかし、②で違法とされても、①との衡量で優越性が認められれば正当化されるのであり、まさにそのための要件が③であるように思える。また、そもそも超法規的である実質的違法性阻却は、法規範の欠如を補うものとして積極的な意義を有するとしても、あくまで法規範との整合性を保つ限度において許されることであり、労働争議に際し暴力があっても正当化の余地を認めることは労組法1条2項に抵触するから、実質的立法だとの非難が予想される。それ故、前者の考え方が相当と解するが、もしこの帰結が「あまりに硬直した判断枠組」であるのであれば、それこそ後者の考え方を可罰的違法性固有の問題として展開すればよいのではなからうか。

以上と異なり、③の要件は、実践的にはほとんど機能しないと言われている。「裁判官としては、『労働者の権利』と『10日の傷害』を裸のまま抽象的に衡量して一方に軍配を挙げることはやりにくい」⁽⁹²⁾からである。そこで、具体的衡量は手段の相当性判断で行われることになるが、もともと③は要件というよりも判断の枠組そのものであって、他の要件と並列的に考察されるメルクマールではないから、こうなるのは当然であろう。

最後に、④⑤について。④は、実質的違法性阻却を特徴付けるものである。

即ち、正当防衛・緊急避難のような生命を奪っても正当化される違法性阻却の場合は、必要性のほか緊急性、さらには補充性も要求されることがあるが、法益侵害が相対的に軽微な場合には緊急性は必須でないし、補充性は不要である。また、相対的に軽微だといえるためには、法益侵害と衡量できる「行為の客観的有価値性」がなければならないから、そのような行為をも構成要件該当とする犯罪類型は、傷害罪・建造物損壊罪・逮捕監禁罪等に限られてこよう。一方⑤は、これなくば現実的な法益侵害との衡量ができないという意味で不可欠の要件である。問題となるのは、「敢えてその場で侵害行為を行なわざるを得なかった」という緊急性の判断を、違法性判断の枠組においてどのように取り扱うかという点であるが、緊急性がある場合には、行為の有する現実的な客観的有価値性が高いことを意味付けるから、実質的違法性阻却判断の緩和を方向付けるものとして捉えるべきである。

(6) ところで、労組法1条2項にいう「前項に掲げる目的を達成するためにした正当なもの」は、憲法で保障された争議行為に限定する必然性はなく、労組法固有の目的から憲法28条の趣旨を拡張したもの（前項の目的の実現に必要不可欠な行為も含む）と解すべきであろう。⁽⁹⁵⁾ただ、国労法上の争議行為の場合と異なり、地方公務員の争議行為には労組の適用がないことは明白である（地公法58条1項）から、この点を論じる実益はない。しかし、それだけに、具体化された久留米駅事件判決方式が重要になってくることに留意されねばならない。

では、この方式を埼教組事件に適用すればどうなるであろうか。思うに、充足していると言い切れるのは要件②だけであろう。要件①については、少なくとも争議行為禁止が原則的に合憲と解される以上、労働基本権によって保障される利益は想定できないし、要件⑤についても、人事院勧告に先立ち政府等の譲歩を迫る態勢をとるだけの緊急性があったのか疑問なしとしない。そうすると、決め手は要件④の「軽微性」にある。確かに、授業計画の変更、補習授業の実施等によって、争議行為による授業の一時的中断は回復可能である点を考えれば、「学校教育という職務は一定の弾力性を有するものであるから、右同盟罷業によって年間計画の実施に一日間の空白をもたらしたことが、直ちに国民生活に重大な支障を及ぼすこととなったとまではいえない」等とされる園部裁判官の反対意見も、理解し得ないではない。しかし、第一に、本件争議行為は全国的な規模の一環として埼玉県下の広汎な地域において実施されたものであ

地方公務員法違反の争議行為の可罰性（中）

ること、第二に、刑事制裁の対象である違法行為を取って行うことの意味を、批判能力のない児童・生徒に理解を期待するのはかなり困難であるだけでなく、こうしなければ教育現場の声が届かないという事態を理解する父兄もいる反面、その実施と準備に注ぐエネルギーを授業に使うべきだと思ふ父兄もいることを思えば、計数的な埋め合わせだけで片付けることができないこと、さらに第三に、地公法61条4号の法定刑の下限が罰金4000円（当時）であり、この法定刑に相応する違法性の程度はかなり低いと解されること等を考えれば、その現実化した違法性には、あおり罪の実質的違法性を阻却せしめる要件としての「軽微性」があるとは言い難いように思う。

従って、適法という評価を下すことはできない。とはいえ、このことから直ちに、本件争議行為が犯罪成立要件の一つの「違法性」を完全に具備したとまで言えない。「可罰的違法性」の検討が残っているからである。

(五) 可罰的違法性固有の問題（その1）—— その問題点の検討 ——

(1) 「可罰的違法性論は今日きびしい試練の時期を迎えている」と評される中⁽⁹⁶⁾で、この問題を正面から取り扱おうとする場合には、これまでこの理論に対し投げかけられてきた問題点の検討から入る必要がある。ここでは、実務的及び理論的な観点からなされてきた幾つかの問題点を取り上げ、若干の検討を加えながら、将来への展望を可能ならしめるような可罰的違法性論の手がかりを模索してみたいと思う。

(2) 実務的な問題点とは、①可罰的違法性の適用基準が不明確であり、拡大適用ないし濫用の危険に対する歯止めがないこと、②刑罰の一般予防機能を失わせ、法無視の弊風を招くこと、及び③構成要件の歪曲ないし事実の縮小認定をもたらすことである。⁽⁹⁷⁾

まず、①の点については、注(60)で触れているように、その批判を十分に意識し、判断基準の明確化と機能性の向上を目的とした研究がなされており、これによってある程度までは解消されるであろう。ただ、本来、具体的・個別的な違法性の判断に明確な基準を要求すること自体無理があるだけでなく、逆にそのような基準ができてしまうと、そこまでは規範に反してもよいのだと受け取られる虞が生じ、今度は②の点が現実的な問題になるという皮肉な結果が生じる。もとより、処罰を緩める方向だからといって恣意的になってよいはずは

なく、「その法定刑がどの程度の違法行為を予想しているかというようなことも考慮して判断しなければならない（たとえば軽い法定刑が規定されている場合は違法性のかかなり軽微な行為をも処罰する趣旨だと考えられる。）⁽⁹⁸⁾」のは当然であろう。結局、「当該刑罰法規での処罰は法の想定せざるどころ」という帰結を解釈論的に導けるかに帰着しよう。

また、②の点は、仮令可罰的違法性を欠くとして無罪判決を得たとしても、起訴され裁判がなされたこと自体で、起訴猶予以上に一般予防を果たしているし、冤罪事件と異なり、起訴すること自体何ら問題がないという事情を、無罪判決に基づく刑事補償の内容で十分に考慮すれば（刑補4条2項）、それ程問題視するに値しないように思える。

以上に対し、③の点は、全面的には否定し得ない。「可罰的違法性なしとする判例の判断の背景には、多くの場合、具体的な事実を縮小的に認定し、現実に行われた事実よりも軽い事実しか存在しなかった、という一種のウソの効的な事実認定を行い、その上で、法規の解釈として可罰的違法性なし、したがって構成要件該当性なし、あるいは処罰の必要なしという結論を導いているように見えるケースが多い⁽⁹⁹⁾」という指摘もなされる程である。しかし、本来の可罰的違法性論はあくまで処罰の適正化をめざす解釈論であって、単なる被告人の救済法理ではない。解釈論は、厳密な事実認定の上に成り立つものであり、「証拠を無視して縮小認定をしなければ妥当な結論が導けないというなら、適用する法律論そのものが誤っているのである⁽¹⁰⁰⁾」。ただ、かかる事態を可能にさせた理論的原因を鑑みると、構成要件の類型的把握の重要さと、可罰的違法性論の違法性段階での展開の必要性を是認することができるように思える。

(3) 理論的な問題点の第一は、「類型的に社会的相当性のある行為で認められた法理を、構成要件該当性の判断が予想する典型的な場合にあたらない周⁽¹⁰¹⁾的な行為についても応用してゆこう」という立場に対するもので、その批判によると、「抽象的・類型的・事実的な判断である構成要件該当性の段階に具体的・非類型的・実質的な価値判断を過度にもちこんで、構成要件該当性の判断が不明確になり、構成要件の本来の人権保障機能を失わせることになる⁽¹⁰²⁾」とされるのである。このことに格別の異論はない。「可罰的違法性とは、違法の実質に関する問題⁽¹⁰³⁾」であり、「構成要件該当性の有無を判断するにあたって、つねに違法性の実質に関する検討までを必要とするのであれば、構成要件該当性の判断と違法性の判断との質的な違いがなくなり⁽¹⁰³⁾」、両者の関係は、原則と例外という

だけの思考便宜論に墮することになりかねないからである。もっとも、「可罰的違法性を構成要件から体系的に分離してしまうと、構成要件該当性の判断レベルにおける『限定解釈』の積極的な意義と可能性が失われるおそれがある」との指摘⁽¹⁰⁴⁾もないではないが、構成要件を可罰的違法類型とする立場からの立論に過ぎず、むしろ限定解釈の問題をも可罰的違法性論に取り込もうとしたことが、この理論に無用の混乱を招いた一因ではなかろうか。

第二の問題点は、可罰的違法性論を違法性の段階で展開する立場に対するもので、「ある具体的な行為が構成要件に該当する以上、違法性阻却事由の存在が証明されないかぎり、当該行為は違法性を帯びるものと推定されるべき筋合いのものである」のに、「刑法の明文に定められた違法性阻却事由が存在しない場合においても、被害法益ないし法益侵害の軽微性に主眼を置いた抽象的な基準のみによって違法性の有無につき消極的判断を下しうることとなる点において、構成要件ないし構成要件該当性の違法性推定機能を無視するに等しい」とされるのである。⁽¹⁰⁵⁾これに対しては、次のような反論がある。「構成要件はまず『可罰的違法類型』としてあらわれるので、これに該当すれば当の行為の可罰的違法性の一応の推定が生ずる。しかし例外的に違法阻却事由（正当化事由）が存在するならば右の推定が破れて行為は適法化されるのであるが、さらにその上に、可罰的違法性阻却事由（違法減輕事由）がある場合にも、違法性は阻却されないが例外的に可罰的違法性がなくなる場合もある」のであって、「このような二段がまえの阻却構造は……構成要件の（可罰的）違法性推定機能……を前提としてのみ存在しうるものである」と。⁽¹⁰⁶⁾確かに、先の批判には、正当化事由と可罰的違法性阻却事由とを同一視する点で理論的な混乱があるのは事実であろう。ただ、なお疑問に思うのは、一旦は可罰的違法性を推定せしめるにふさわしい内容をもつ行為だ（構成要件該当性あり）とされたのに、何故同時に可罰的違法性阻却事由の存在を予定し得るのか、仮に当該事案の特殊な利益状況（構成要件の形式には表現できない状況）からこう言えるのだとしても、何故正当化事由とパラレルに考え、当初より構成要件に該当しなかったとされないのか（原則一例外思考は、構成要件該当一同阻却という形でも展開可能なように思えるが、これを構成要件—違法性に対応させる必然性はどこにあるのか）という点である。構成要件該当性によって推定される違法は典型的に判断される（可罰的か否かは不明の）違法に過ぎないが、違法性の段階で検討された後の違法は具体的・個別的に判断された可罰的違法、と理解の方が簡明で

はなかろうか。

以上とは異なり、第三に取り上げる問題点は、可罰的違法性論の存在意義そのものに向けられる。即ち、「軟らかな違法一元論から違法性多元論へと理論が展開し、違法性の『質』を論じる必要はあるのであろうか。結果無価値あるいは結果無価値と行為無価値の相対的輕微性を考えるということは、正に実質的違法性の高低の議論と同じであって、改めて可罰的違法性論としての『量』⁽¹⁰⁸⁾を論じる必要はあるのであろうか」というものである。後者の点は、本稿も強い疑問をもつところであり、そのことは既に論じた。しかし、前者の点については、軟らかな違法一元論との関係を断ち切っても、なお違法性の「質」を観念することは可能であり、また必要と考える。このことを次に、東京中郵便事件判決と名古屋中郵便事件を素材にして論じ、本稿第二の課題に対する結論付けを行なうことにする。

六) 可罰的違法性固有の問題(その2) ——可罰的違法性論の再構成——

(1) 旧公労法(現国労法)は争議行為を禁止するものの(17条)、処罰規定がなく、例えば造幣局の職員が争議行為をしても処罰されることはない。ところが、同じ国営企業職員である郵政職員が争議行為をする場合には、郵便法79条1項があるため処罰されるということになると、不公平ではないかという問題意識が生じる。そこで、解釈論として、郵便法79条1項に該当する行為がなされた場合でも、労組法1条2項の適用を通じて、刑法上正当化される余地はないかが問題とされるに至ったのである。

(2) この問題に対する東京中郵便事件判決の回答は、次の通りである。(i)「法制の沿革[上]争議行為禁止の違反に対する制裁はしだいに緩和される方向をとり、現行の公労法は特別の罰則を設けていない。このことは、公労法そのものとしては、争議行為禁止の違反について、刑事制裁はこれを科さない趣旨であると解するのが相当である。公労法3条で、刑事免責に関する労組法1条2項の適用を排除することなく、これを争議行為にも適用することとしているのは、この趣旨を裏づけるものといえることができる。そのことは、憲法28条の保障する労働基本権尊重の根本精神にのっとり、争議行為の禁止違反に対する効果または制裁は必要最小限にとどめるべきであるとの見地から、違法な争議行為に関しては、民事責任を負わせるだけで足り、刑事制裁をもって臨むべきで

ないとの基本的態度を示したものと解することができる。」(ii)「争議行為が労組法1条1項の目的のためであり、暴力の行使その他の不当性を伴わないときは、[憲法28条に保障された] 正当な争議行為として刑事制裁を科せられないものであり、労組法1条2項が明らかにしているとおりに、郵便法の罰則は適用されないこととなる。」

公労法の刑事制裁を科さない趣旨、及び労組法1条2項の公労法への適用の点には異論はない。しかし、本判決は、不当性の伴わない公労法上の違法が、その強さにおいて民事制裁には結び付くものの、刑事制裁（郵便法79条）の予定する違法性の程度には達しないと解すること（量的な可罰的違法性論）により、争議行為禁止の合憲性と労組法1条2項の適用を導いているが、かかる手法には無理がある。既に触れたように、争議行為に対して民事制裁が合憲的に科されていることは、公団体職員の争議行為には原則として憲法上の権利性（憲法的利益）を欠くことを意味し、それ故、刑事法上の違法性阻却の判断において憲法上の権利であることを原則として持ち出せないからである。

(3) これに対し、名古屋中郵便事件判決は、次のように回答し直した。(i)「刑罰は国家が科する最も峻厳な制裁であるから、それにふさわしい違法性の存在が要求されることは当然であろう。しかし、その違法性の存否は、…… それぞれの罰則と行為に即して検討されるべきものであって」、「争議行為とは無関係に行われた同種の違法行為を処罰する通常の場合に比して、より強度の違法性が存在することを要求するのは、当をえないものといわなければならない。」

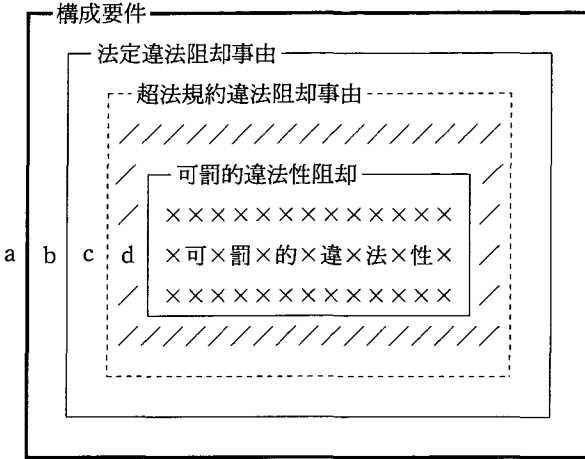
(ii)「罰則の構成要件に該当し、違法性があり、責任もある行為は、これを処罰するのが刑事法上の原則であるが、公労法の制定に至る立法経過とそこに表れている立法意思を仔細に検討するならば、たとい同法17条1項違反の争議行為が他の法規の罰則の構成要件を充たすことがあっても、それが同盟罷業、怠業その他単なる労務不提供のような不作為を内容とする争議行為がある場合には、それを違法としながらも「公労法17条1項の争議行為の禁止規定が存在しなければ正当な争議行為として処罰を受けることのないような行為に限定される」限度で単純参加者についてはこれを刑罰から解放して指導的行為に出た者のみを処罰する趣旨のものであると解するのが、相当である」(下線は引用者)。

刑罰を科すためには強度の違法性がなければならない旨を説く「量的な可罰的違法性論」は否定されたものの、「最も峻厳な制裁…… にふさわしい違法性」の存在の要求は当然としたことは注目される。しかし、本判決が、争議行為の

単純参加者に処罰阻却を認める一方で、指導者を処罰したことにより、国公法・地公法と歩調を合わせることができた反面、二つの問題点を生ぜしめた。一つは、解釈論上の根拠なくして単純参加者に処罰阻却を認めた点である。処罰阻却事由は、犯罪が成立しているにもかかわらず政策的理由から処罰しないというドラスティックな効果をもたらすものだけに、明文規定を要求しなければ法的安定性が図れないものである。従って、何らかの法律構成で、同じ結論に到達したいのであれば、当然に要求されるところの「最も峻厳な制裁にふさわしい違法性」を「質的な可罰的違法性」と解した上で、単純参加者の行為のように、「公労法17条1項の争議行為禁止規定がなければ正当な争議行為として処罰を受けることのないような行為」には質的な可罰的違法性を欠くが故に処罰できない、と帰結すべきであろう。⁽¹⁰⁹⁾

もう一つの問題点は、指導者を処罰した点である。郵便法79条1項は、明文規定から窺われるように、あおり罪規定と異なり、個々人の行為を処罰対象にしており、集団行動を想定していない。それ故、共犯理論がそのまま適用されるから、正犯に犯罪が成立しないのに教唆・幫助犯が処罰されるという帰結を導くと、犯罪理論上不合理との評価を受けることになる。のみならず、同条項にいう「ことさら郵便の取扱をせず」には、争議行為による労務拒否は含まれないと解さねばならない。何故なら、「特定の業務行為をしないというのではなく、およそ労務そのもの（内容の如何にかかわらず）の提供拒否を処罰することは、強制労働の禁止を規定した憲法18条違反となる恐れがある」⁽¹¹⁰⁾だけでなく、争議行為をすれば必然的に労務拒否になる以上、争議行為をしたというだけで処罰するという憲法28条違反の帰結をもたらすことにもなるからである。結局、郵便法79条1項は、就労したが理由なく郵便物を取り扱わない行為を処罰する規定と解すべきことになろう。

(4) 以上述べたことを前提として、最後に、質的な可罰的違法性論の概要を簡単にまとめ、今後の思索の出発点としたい。



構成要件は違法行為の種類であり、個別的違法（規範違反）を考慮する余地のない領域 a との区画を設定する機能（保障機能）をもつ。また、構成要件—違法性という段階的考察を重視するならば、構成要件は単なる規範違反の種類ではなく、当罰の結果発生の「有り得ないではない程度の危険性」（広義の相当性）を有する行為類型というべきであり、構成要件に該当することは、当該行為の違法性を一般的に推定させることになる。しかし、この違法は形式的違法に過ぎず、その意味するところは、「おそらく当該行為も違法であろう」という一般論の域を出るものではない。構成要件が想定する違法（危険）が当該行為によって実現されたか否かは、当該事案における具体的利益状況を検討した後でなければ判断し得ないのである。即ち、例えば正当防衛の要件の具備が判明すれば、その時点で適法評価に転じなければならないし（形式的違法あれども実質的違法なしの領域 b）、被害者の同意が判明すれば、特にその要件の定立と認定を慎重にして、同じく適法評価に転じることもあり得るのである（領域 c）。これらの場合には、当初より個別的違法（刑法的違法）は実現しなかったことになる。これに対し、かかる事由が判明しない場合に初めて実質的違法という評価がなされ、「（実質的）違法ではあるが可罰的でない」領域 d の有無を検討する段階へと進展するのである。

(5) 従来、可罰的違法性には量的なものとの質的なものがあり、前者はさらに絶対的軽微型と相対的軽微型に類型化されてきた。絶対的軽微型とは、いわば

当該刑罰法規の予定する違法の量が1であるとして、当該行為の有する違法量が1未満であるときに可罰的違法性がないとする場合をいい、相対的軽微型とは、当該行為の違法量が1を超過したとしても、有価値量との相殺の結果1未満になれば可罰的違法性がないとする場合をいう。しかし、違法ないし価値の計量化ができていない現段階では、法益衡量から得られる帰結は優劣だけであって、この議論に実用性はない。

これに対し、質的な可罰的違法性は「違法の相対性」として論じられてきたが、「軟らかな違法一元論」に固執しなければ、名古屋中郵事件判決のいう「最も峻厳な制裁にふさわしい違法性」と捉え、「当該刑罰法規での処罰は法の想定せざるところ」という帰結を導けるか否かの解釈論として議論することが可能となる。もっとも、この点を具体的に考察する余裕は本稿にはない。ただ、現時点で言えることは、刑罰法規の構成要件に該当し実質的違法評価がなされたとしても、①他の法領域において適法行為となる場合（例：国労法17条1項の適用を受けない者が行えば正当な争議行為となる場合）、②当該行為に対する処罰が正当な権利行使に著しい萎縮効果をもたらす場合（例：郵便法79条による処罰が事実上争議行使罪を形成する場合）、及び③当該違法行為に対しては他の刑罰法規による処罰が予定されている場合（例：無免許医業による手術が医学的に適当である場合）には、最も峻厳な制裁を科すことに正当性を見出し得ないから、当該刑罰法規で処罰するに値する違法性（質的な可罰的違法性）を欠くと解してよいというだけである。

(6) いずれにせよ、このような観点から地公法違反の争議行為の可罰性を考察すると、決め手は、「私立学校の教職員が同じ規模の争議行為を実施できるか、実施したとした場合正当な争議行為と評価されるか」という点に求めることができ、仮にこの点が肯定されれば、いかに争議行為の禁止・処罰規定が合憲であっても、地方公務員の当該行為を処罰することは犯罪理論の認めざるところと言わねばならない。

しかし、今回の一連の事件においては、既に触れたように、局地的な規模・短時間に止まらなかったことから「軽微性」に欠け、また学校教育という職務においては、公立と私立との間に本質的な差異はないから、私立学校の教職員による争議行為だとしても正当性の評価を与えることは困難であろう。加えて、休日における集団示威行為等「表現の自由」の行使では同一効果を期待し得ないと言えらるか疑問の余地があるといった点も考慮すると、可罰的違法性が

肯定される可能性の方が高いように思われる。そうだとすると、犯罪成立要件としての「違法性」は備わっていることになり、責任要件の点に問題がないとすると、犯罪は成立していると言わざるを得ない。ならば今回の最高裁のように有罪判決を下すべきかといえば、本稿は消極的に解するのが相当と考えている。このことを、第三の課題として、次に検討することにする。

註

- (1) 「煽動」の定義内容につき、三宅正太郎「治安維持法」現代法学全集38巻211—2頁、214頁参照。その要点はこうである。①煽動は不特定の人又は特定多数の人に対して為されねばならない(但し、特定の一人であっても当然に多数人に伝えられるならば妨げない)、②煽動は相手方をして中正の判断を失わしめて特定の行為を実行する決意を創造せしめ又は助長せしめるに足る力を有する意思表示であって(流布・宣伝とのメルクマール)、このことを意識して為されることを要する(尚、仮令一人でも刺激を受くべき関係にあればよし、相手方が了解し得る程度に表示されれば足る)、③煽動と教唆はその観念を異にする(教唆は犯罪を為す意思のない者にその意思を決定せしめ、それが実行されたことを要するのに対し、煽動は既存の意思を助長させることで足り、何ら実行行為を見ない場合でも処罰される)。
- (2) 東京地判昭37・4・18 判時304・4。
- (3) これに対し、「最高裁は、……合憲性等を説示した部分を構成要件解釈に取り込むことを排斥している」との見方もある[頃安健司「岩教組事件最高裁判決について」研修502号49頁]。これは、岩教組事件判決が、共謀等の行為は争議行為の中核的地位を占める旨の説示につき、「前者が後者にとって一般に不可欠の性質を有する点を指摘したもの」と判示した部分を捉えてのことであるが、その直後の判示を見ればわかるように、原審の行き過ぎた限定解釈(争議行為に対して原動力となる共謀等の行為が一つ存在すれば、その故に他の共謀等の原動力性が否定されるという趣旨)を退けたに過ぎず、限定解釈そのものは、検察官の判例違反の主張を認めなかったことから明らかなように、受け入れられているのである。
- (4) 長島敦「教唆とせん動」警察研究23巻11号35頁。尚、小野坂弘「破壊活動防止法」『注釈特別刑法第三巻』789—92頁参照。
- (5) 神山欣治『労働刑法提要』323頁。そこでは、その危険性のなきものの例として、「組合大会でスト決議をし又はスト宣言を発したとしても罷業の実行時期を何年後と定めた場合」が挙げられている。
- (6) 松浦繁「判例を中心とした争議行為のあおり罪をめぐる諸問題(1)」

警察学論集27巻9号155頁。

- (7) 宮内裕「官公労における刑事責任」季刊労働法45号12頁。尚、同教授は、「可罰的違法」の意味を「刑法的違法」として捉えられている（同8頁）。
- (8) 刑事法上においても、法人ないし法人格なき社団を、その構成員とは別個に少なくとも責任主体として扱うことは許されるであろう（例：労働関係調整法39条1項）。
- (9) この点に関連して注目されるのは、埼教組事件一審判決の次のような判示である。争議行為は、その「性質上労働者の集団によって行なわれることが不可欠であって、労働者の個人的行動は争議行為ではないし、争議行為に参加している個々の労働者の不就労なども、それ自体は争議行為ではなく、単にその構成要素に過ぎない」から、「集団が主体というべきストライキなどの違法行為を『あおる』というのは、ストライキなどと呼べる程の集団行動を惹起する蓋然性の強い行為でなければならず、その為には、必然的に多数人に対し働きかけることが、その本質的要素であると考え」るならば、「『あおり』行為が単純参加者と比べて違法性が強いことは極めて明瞭である。『あおり』行為の違法性は、少なくとも、あおられた者の惹起する違法性（この程度では可罰的違法性を備えていないとされている。）をその人数分だけ加えたものと評価されるからである。

しかし、①個々の労働者の不就労を争議行為でないとの解釈が仮に可能だとすると、地公法37条1項の合憲性を論じる実益は乏しくなるのではないか、②個人的な争議行為は禁止されていないとするのなら、「あおられた者の惹起する違法性」はどこから生じるのか、③どれ程の人数分を加えれば、あおり行為の違法性が可罰性を帯びるのか、といった疑問がある。結局、この判示部分の問題性は、処罰の対象となる争議行為を一種の必要的共犯と捉えた点に起因し、あおり罪の構造を共犯現象のアナロジーとして捉えようとする限り、合理的な根拠付けは無理なように思える。

- (10) 浦部法穂「合憲限定解釈判例とその変更」『ゼミナール 憲法裁判』228頁。

尚、刑法学者の合憲限定解釈においては、「①与えられた条文の文言の可能な語義の範囲を確定し、②当該刑罰法規の保護法益を特定し、その刑罰的保護の必要性を吟味し、③当該構成要件該当行為が一定の価値を担っている場合は、その価値と被害法益の価値を衡量し、④具体的事案の処罰化がもたらす他の事例への波及効果を計算し、⑤他の法規範との整合性をチェックするという作業が行われる。憲法的価値判断は、②と③と⑤の作業の中に組み込まれるべき一つのファクターでしかないのである。」という見解〔前田雅英「罪刑法定主義の変質」法学教室No.129 46頁〕もあるが、法令の合憲性に対する疑いを回避する「法律の厳格解釈」と、違憲部分を

切り捨てる解釈を施して違憲判断を回避する「合憲限定解釈」との区別が明確には意識されていないように思う。

- (11) 芝原邦爾『刑法の社会的機能』221頁。
- (12) 芦部信喜『現代人権論』331頁。
- (13) 岸・天野追加補足意見は、二重の絞り論による「限定解釈は明らかに憲法31条に違反するばかりでなく、本来許さるべき限定解釈の限度を超えるものであるとすら考える」とされた上で、限定解釈により「法文をすっかり書き改めてしまうような結果となることは、立法権を侵害するものであり、「犯罪構成要件が曖昧なものとなるときは、……国民の行為の準則を明らかにするとともに、国家権力の専断的な刑罰権の行使から国民の人権を擁護することを趣意とする、……罪刑法定主義にもとるものであり、ただちに憲法31条に違反するばかりでなく、……法の支配する社会を実現しようとする民主国家の理念にも反する」と言われる。
- (14) 前田雅英「法文の明確性と解釈の明確性」ジュリストNo853 57－8頁。同教授は又、合憲限定解釈によって導かれる構成要件が一定程度曖昧化せざるを得ないとしても、「結論が実質的に妥当ならば、それは許されるべき」だとされる[法学教室No129 46頁]。この議論の前提には、「処罰を限定する方向でならば」という条件があるものと思われるが、これを理論化しておかないと、「解釈は、実質的に妥当な処罰範囲を設定するためには、条文の文言と一定程度離れてもよい」という命題が一人歩きし、処罰の必要性に裏づけられた拡張解釈の際に援用される虞が生じてこよう。
- (15) 田宮裕「罪刑法定主義と罰則の明確性」『刑法の争点（増補）』13頁。同教授は又、全農林事件判決は特異な例であり、「ふつうは、限定解釈は違憲を回避するための手法であるから、明確な解釈が不成功に終るならば、当該法令は違憲・無効とされるはずであって、オールドナティブは、解釈の明確性が有罪かではなく、解釈の明確性が無罪かであることを忘れてはなるまい」と評される[『刑法解釈の方法と限界』『平野古稀祝賀（上巻）』61頁]。しかし、同判決は、あおり罪規定に違憲の問題は生じないことを出発点として、「あおり」の限定解釈をした上に絞りをかける理由がないと論じていると考えられ、議論の前提にズレがあるように思える(尚、「労働三事件最高裁判決」ジュリストNo536 29頁（藤木発言）参照)。
- (16) ②の「実質が単なる規律違反」とは、行為の外形上は構成要件に該当するが、違法結果発生危険性がない場合をいうと解される。いわば、火(違法性)のない所に煙(構成要件該当性)は立たないのである。
その他、「罰則の構成要件に該当する行為であっても、具体的事情のいかんによっては法秩序全体の精神に照らし許容されるものと認めるときは、刑法上違法性が阻却されることもありうることはいうまでもない」という

判示も見られ、結局、同判決は、「あおり」概念の限定解釈、明確性を損わない程度の構成要件の限定解釈、そして違法性阻却を予定しているのであり、必ずしも処罰範囲を拡大させる方向で明確性の要請を展開しているわけではないのである。

- (17) 町野朔『刑法総論 [講義案] I』72頁。
- (18) 平野龍一『刑法概説』17－8頁参照。
- (19) 平野龍一『刑法の基礎』232頁。
- (20) 田宮裕「罪刑法定主義と罰則の明確性」『刑法の争点(新版)』14－5頁。
- (21) 最大判昭50・9・10 刑集29巻8号489頁。
- (22) 最大判昭59・12・12 民集38巻12号1308頁。
- (23) 最大判昭60・10・23 刑集39巻6号413頁。
- (24) この解釈の内容につき、高橋省吾「最高裁判所判例解説」法曹時報39巻5号143－7頁参照。尚、田宮裕「青少年保護条例における『淫行』処罰規定の意義と合憲性」判例時報1174号9－10頁参照。
- (25) 平野龍一『刑法総論 I』82頁。
- (26) 佐伯千仞『刑法講義(総論)』(四訂)115－6頁参照。この点を意識しておかないと、厳格な限定解釈を「すると、いん行という言葉からは直ちには想定されない構成要件が創出されることになり、判例による立法との批判をあびることになろう」[阿部泰隆「青少年保護条例による『いん行、みだらな性行為』の処罰(下)」法律時報57巻5号92頁]という主張につながる。
- (27) この意味で、福岡県青少年保護育成条例事件最高裁判決「が用いた、『法文の明確性』についての、『このような限定解釈は一般人の理解に適うかというテスト』は、…… 実は条文の合憲性ではなく、限定解釈の合理性をチェックするもの」という指摘[前田・前出注(14)56頁]は、核心を衝くものである。
- (28) 阿部照哉「法律の合憲解釈とその限界」法学論叢90巻1・2・3号110頁参照。
- (29) これに対し、「①合理的な解釈の範囲内であること、②一般人が法文から読みとらうるものであること、③不明確な部分と区別して明確な部分(合憲的に規制しうる部分)をはっきりと分別しうることのほか、④大部分が合憲的な規制範囲に属すると読みとれること」を掲げる見解[田宮・前出注(15)「刑法解釈の方法と限界」62頁]もあるが、この要件は、表現の自由に対する規制立法においてふさわしいといえる。尚、門田成人「刑罰法規の明確性と解釈」阪大法学148号312頁以下参照。
- (30) 前田・前出注(14)58頁。
- (31) 性的自己決定権につき、横田耕一「青少年に対する淫行の条例による規

制と憲法」ジュリスト№853 45—6頁参照。そこでは、「いかなる場合に、いかなる相手と、いかなる性的関係をもつかということは一原則的に私事であり、その選択・決定の権利は各個人に属して」おり、「『生命、自由及び幸福追求権』を構成するものとして13条によって保障される権利として」、その保障は一原則的に青少年にも及ぶとされているが、何故そのように把握できるのかの論証は見られない。

(32) 阿部・前出注(26) 92頁。

(33) 反対の見解として、矢島基美「判例研究」上智法学29巻1号256—7頁参照。尚、第二類型の限定解釈と、全農林事件判決が排斥した「違法性の強い争議行為」という限定解釈との間に、処罰範囲を確定する機能にさほど差がないとの指摘〔前田・前出注(14) 57頁〕がある。確かに、双方とも処罰限定を期し難いが、前者は判断基準として用いられると処罰範囲が広汎になるが故の結果であるのに対し、後者はそもそも法のエキスパートでも判断基準として用いることが困難であるが故の結果である点に留意すべきである。

(34) 田宮裕「刑罰法規の不明確性と広範性」別冊ジュリスト№95 195頁。

(35) 芝原・前出注(11) 181頁。

(36) 三井誠「罪刑法定主義と『明確性の理論』」法学セミナー228号86—7頁参照。

(37) 芝原・前出注(11) 230頁。

(38) 芝原・前出注(11) 225頁。

(39) かかる構成の背後には、「刑事法の内容が適正でなければならないということから、犯罪構成要件が不明確なもの、漠然としているもの、過度に広汎な内容となっているものについて、適正手続の原則を根拠に違憲無効だと主張することが可能となる」〔伊藤正己『憲法新版』330頁〕という考慮がある。

(40) 尚、萩原滋『実体的デュー・プロセス理論の研究』1—8頁、269—73頁参照。

(41) 松尾浩也「演習刑法3」法学教室(二期) 173—4頁参照。

(42) 松井茂記「実体的デュー・プロセス理論の再検討」阪大法学141・142号 316—7頁。

(43) 松井・前出注(42) 322—3頁。

(44) この典型例が、都教組事件判決の二重の絞り論である。構成要件の限定解釈の問題を労働基本権の問題と直結させたため、明確性の原則を軽視する結果となったのである。

(45) 芝原・前出注(11) 186頁。

(46) 田宮裕「刑罰法規の明確性」藤木英雄編『刑法I・判例と学説7』26頁

参照。

- (47) この関連で注目されるのは、最高裁が、猿払事件判決で、「およそ刑罰は、国権の作用による最も峻厳な制裁であるから、……刑罰規定が罪刑の均衡その他種々の観点からして著しく不合理なものであって、とうてい許容し難いものであるときは、違憲の判断を受けなければならない」と判示した点である。罪刑の均衡の問題では、憲法31条論を展開する余地のあることを示すものといえよう。
- (48) 尚、平川宗信「刑法の憲法的基礎について」『平野古稀祝賀(上巻)』84—8頁参照。
- (49) 高橋和之「憲法判断回避の準則」『講座憲法訴訟第二巻』28頁。
- (50) 例えば、平川宗信「刑法と憲法」法学教室No100 46—7頁参照。
- (51) 尚、阿部純二「刑罰についての謙抑主義」『新版憲法演習2』215—6頁が、「謙抑主義から可罰的違法性論が出てくるとするのはよい。しかし、その謙抑主義が憲法31条の包含するところであり、したがって違法の相対性論、可罰的違法性論が憲法の指示する方向だとするのは、憲法の名で刑法上の論争に権威的に決着をつけることにならなければ幸いである」とされるのも、一つの警鐘といえよう。
- (52) 前田雅英『刑法総論講義』121頁。
- (53) 「違法の概念」の定義付けにつき、次の見解が参考になる。「一般的違法とは、個々の実定法規範によって否定的に評価された行為がさらに全体としての法秩序と矛盾することであり、個別的違法とは、個々の実定法規範によって否定的に評価された行為で社会的有害性の一定の質量を内包し特定の違法効果の原因となるものである。また、形式的違法とは、実定法規範によって否定的に評価される行為の種類に、ある行為が該当することであり、実質的違法とは、その類型的行為に予想されている一定質量の社会的有害性が実現されたり、全法秩序からみて一定の社会的有害性が実現されたりすることである」[生田勝義「可罰的違法性と社会的相当性」『現代刑法講座第二巻』51頁注(3)]。
- (54) 佐伯千仞『法曹と人権感覚』203頁。
- (55) 佐伯・前出注(26) 176—7頁。
- (56) 平野・前出注(18) 63頁。
- (57) 佐伯・前出注(26) 179頁。
- (58) 大判明43・10・11刑録16輯1620頁。
- (59) この典型が、藤木英雄『可罰的違法性の理論』である。同書によると、「可罰的違法性の理論とは、刑罰法規の構成要件に該当する形式、外観を呈する行為についてその行為が当該構成要件を否定すべき場合を肯定する理論」(3頁)とされた上で、その判断基準は、被害の軽微性のほか、行

地方公務員法違反の争議行為の可罰性（中）

為の相当性に求められ、後者の要請をみたす要件の一つ「手段の相当性」につき、「実害を惹起する方法が、残虐、苛酷、粗暴、悪らつ、その他、通常の人間の情緒の感覚、廉直の感覚をいちじるしく刺激するものと、さような度合いの低いものとは、社会一般の、当該行為に対する処罰感情を喚起する度合いにおいて、したがって処罰の必要性の程度において、大きく異なるものがある」（40頁）とされるのである。

(60) この点につき、前田雅英『可罰的違法性論の研究』481—91頁参照。同書における絶対的輕微性の具体的基準の結論を例示すると、

- ① 傷害罪 …… 全治5日以内。
- ② 暴行罪（押す、引く」という態様につき）…… ネクタイを2、3回引く。肩を2、3度ゆする。胸倉をつかむ。
- ③ 脅迫罪 …… 非組合員の教員の受け入れを拒否する決議を行う。相手の前に軍刀を投げ出す。
- ④ 逮捕罪（単なる有形力のみによる場合）…… 50メートル以下の範囲であれば可能。
- ⑤ ビラ貼り（輕犯罪法違反の罪につき）…… 4、5枚程度まで。
（建造物損壊罪につき）…… 一応の目安として、大きな建造物についての100枚以内のビラ貼りは、構成要件該当を疑う必要あり。

(61) 前田・前出注（52）231頁。但し、このように解すると、「刑法上の違法性と36条の『不正』とは異なることになる」[同・256頁]。そして、「『不正』は、…… 正当防衛が適するか否かという実質的視点から決定されねばならない」[同・257頁]とされるように、効果の方から要件を考察する解釈方法（尚、この点につき、星野英一『民法論集第一巻』21—2頁、59—60頁参照）が採られているが、果たして、解釈方法論の基本原理解でもある罪刑法定主義の支配する刑法学において、かかる論法が妥当性を有するか疑問の余地がある。確かに、「『要件（違法性）と結論（処罰範囲）の循環』が、妥当な違法性の内容を導き、妥当な処罰範囲を導く」[前田雅英「可罰的違法性と違法性の相対性」法学教室№131 45頁]ことは否定し得ないが、かかる考察は、要件を定立するための前提に過ぎず、要件から演繹的に結論（効果）を導くという犯罪認定論を輕視すると、犯罪論は、自ら妥当だと思ふ処罰範囲をいかに巧妙に法理論の名において展開するかのものになりかねないのではなからうか。

(62) 平野・前出注（25）90頁。

(63) 西村克彦「可罰的違法性論の消長」判例時報1075号14—5頁。

(64) 前田・前出注（52）231頁。

(65) 米田泰邦『犯罪と可罰的評価』27頁。

- (66) 尚、この議論に関連して、「判例に現われている『実質的違法性』概念は、犯罪における違法の実質を具体的事情に即して十分に考慮することを許すものではなく、また、具体的事情に即応した基本的人権の十分な保障を可能にするものではあり得ない」との指摘〔岡本勝「特別刑法犯と可罰的違法性」『注釈特別刑法第一巻総論編』298頁〕もある。
- (67) この点の詳細につき、前田・前出注(60)339—89頁参照。
- (68) 前田・前出注(52)124頁。
- (69) 佐伯千仞『刑法における違法性の理論』371頁。
- (70) 「刑法は補充的なものであって、民法上違法な行為をすべて処罰の対象としなければならないわけではない」〔平野龍一「刑法総論II」218頁〕とされるのも、この現れである。問題は、刑法の補充性、言い換えれば謙抑主義〔この基本思想につき、小暮得雄「犯罪論の謙抑的構成」『団藤古稀祝賀(第二巻)』5—8頁参照〕を法理として受け入れる根拠にあるが、それは、基本的人権の最大限の尊重という憲法の要請(憲法13条)に求めることができよう。つまり、犯罪行為はいかなる意味においても基本的人権の行使とはいえないが、その延長線上に生じる場合もあり、その際人権行使と境を接する違法行為に刑罰を科すことは、その境界線が一義的に確定できないだけに、基本的人権の自由権的側面に多大の萎縮の効果をもたらすことも考えられ、不必要な制限をその人権に科すことになる点に見出されるのである。
- (71) 佐伯・前出注(69)439—40頁。つまり、あたかも法秩序という一つの身体の内において、民法という喉を針でつく場合と、刑法という足の踵をつく場合とでは、同じ程度のつき方でも、痛さに違いが出てくるといわれるのであろう。
- (72) 京藤哲久「法秩序の統一性と違法判断の相対性」『平野古稀祝賀(上巻)』211—2頁。
- (73) 前田・前出注(60)379頁注(8)参照。
- (74) 例えば、咬みついてきた他人の飼い犬から逃れようとして、第三者の垣根を壊す場合には、民法上緊急避難は成立しない(民法720条2項)。

もっとも、この点については、「損害賠償義務がある以上、必ず不法行為であり民事的違法であると」決めてかかるところに問題があり、この場合「民法上も適法行為であって、ただその適法性は犠牲にされる他人が蒙る損害を弁償するというに結びつけられているというだけのこと」といった反論〔佐伯・前出注(69)441—2頁〕がある。しかし、適法な行為に民事責任を生じさせるためには、論者がその例として挙げられた民法194条のように、競売ないし市場取引の保護といった当事者の利害調整を超える保護利益がなければならず、説得性に欠けるように思う。尚、「民

法上は違法なものが、なぜ刑法上は適法でありうるのか」という批判〔米田・前出注(65)47頁〕に対しては、前田雅英「書評」法律時報56巻6号107—8頁参照。

- (75) 莊子邦雄『労働刑法(総論)[新版]』147—8頁。
- (76) 生田・前出注(53)42頁。
- (77) 前田・前出注(60)385頁。
- (78) 京藤・前出注(72)205頁。尚、同書217—8頁参照。
- (79) 前田・前出注(60)378頁。
- (80) 永井敏雄「『憲法次元における違法性一元論』の虚像と実像」警察学論集30巻11号161頁。
- (81) 前田・前出注(60)419頁。
- (82) 最判昭31・12・11 刑集10巻12号1605頁。
- (83) 最決昭45・6・23 刑集24巻6号311頁。
- (84) 最大判昭48・4・25 刑集27巻3号418頁。
- (85) 平野・前出注(70)222—3頁。もともと、構成要件該当性なしを無罪理由にしたものと捉える見解もある〔藤木・前出注(59)81頁、120頁〕。
- (86) 佐伯・前出注(54)202頁。
- (87) これに対し、莊子・前出注(75)106頁は、「当然の注意的規定と解するかぎり、但書にいう『暴力』とは、刑法35条の適用が排除される性格をそなえる暴力でなくてはならない」とされる。
- (88) Kazushige Asada, Strafwürdigkeit als strafrechtliche Systemkategorie, ZStW Bd. 97, 1985, S.476.
- (89) 前田・前出注(52)233—4頁、同・前出注(60)531—56頁。
- (90) 前田・前出注(60)540頁。
- (91) 前田・前出注(60)543—4頁。
- (92) 前田・前出注(60)544頁。
- (93) 前田・前出注(60)532—6頁参照。そこには、相対的軽微性の基準として、①傷害罪の場合には全治14日以内、②ビラ貼りによる建造物損壊罪には1000枚程度、③連行する態様の逮捕罪は500メートル、監禁罪は5時間以内であると割り出されている。
- (94) 前田・前出注(60)545—6頁。
- (95) このことは、憲法次元における違法一元論と矛盾しない。環境権のような現在生成中の新しい人権の例を挙げるまでもなく、憲法で保障されていないことが直ちに憲法で禁止されていることを意味付けるものではないし、刑訴法311条1項のように、憲法(38条1項)の趣旨を拡張したのも現在するからである。要は、その拡張が憲法の価値判断に「反し」なければよいのである。

- (96) 中山研一『争議行為「あおり」罪の検討』26頁。
- (97) この点の詳細につき、河上和雄「いわゆる可罰的違法性論について」警察学論集27巻6号88—104頁参照。
- (98) 中野次雄『刑法総論概要第二版』220頁。ただ、「科料であっても、『刑罰』を科すに値するかどうかという判断に際して謙抑主義の考慮される余地があることを否定することはできない」[中山・前出注(96)54—5頁]し、「違法性の程度を全く考慮しないように見える『形式犯』も、その背後に法益への抽象的危険が内包されているのであって、……危険の程度による実質化になじまない全くの形式違反は、刑罰以外の他の制裁へと移す『非犯罪化』が望ましい方向である」[同・58頁注(10)]ことを忘れてはならない。
- (99) 藤木英雄『可罰的違法性』50頁。この背景につき、同書161—4頁。
- (100) 米田・前出注(65)270頁注(4)。
- (101) 藤木・前出注(99)89頁。
- (102) 内藤謙『刑法講義総論(中)』679頁。
- (103) 大塚仁『刑法概説(総論)』〔改訂版〕320—1頁。
- (104) 中山研一『概説刑法I』82頁。
- (105) 臼井滋夫『刑事法の今日的諸問題』149—50頁。
- (106) 中山・前出注(96)49頁。
- (107) 佐伯・前出注(26)195頁は、「違法阻却事由の観念は、しばしば誤解されているように、一度発生した違法性を事後に至って取り除くものであると考えるべきでなく、むしろ、それがあかざり行為は初めから(可罰的)違法でないと考えらるべきである」とされる。
- (108) 田宮裕＝板倉宏編『ホーンブック刑法総論』(伊東研祐執筆)137頁。
- (109) 平野龍一『犯罪論の諸問題(上)総論』55頁は、「判旨が処罰阻却事由とっているのは、実は可罰的違法性はないということであり、判旨は、自ら却けた理論を右の限度では採用していることになる」と指摘されている。
- (110) 岩田誠「刑事裁判随想」判例タイムズNo.350 4頁。