

### ・事実の概要

- (1) X は、横浜海上保安部に電話をかけ、警備救難当直中の A に対し、国籍不明の外国人が、本邦内である江の島付近海域に不法入国した旨の虚偽の犯罪事実を通報した。11 月 20 日午後 10 時ころから 21 日午後 7 時ころまでの間、当直勤務職員及び警備救難部警備課勤務職員らをして、虚偽の通報に応じて、不必要な上記海域周辺における巡視船艇又は航空機等の出動を指示させ、各種施令、連絡等の徒労の業務を行わせた。
- (2) Y は東京都職員であり平成 15 年 4 月から平成 21 年 3 月末まで、東京都建築部建築振興課宅建業係長として、宅建業者に対する指導監督及び同業者で組織する社団法人東京都宅地建物取引業協会に対する指導助言などの職務に従事していたが、平成 21 年 4 月 1 日付をもって、東京都建築部建築総務課長補佐に任命されると同時に東京都住宅供給公社に出向となり、同公社開発部参事兼開発課長となった。

他方 Z は、宅建業を営む株式会社富士興業の代表取締役であるとともに、上記宅建業協会常任理事兼総務委員長で同協会の八王子支部長であった。そして Z は、平成 21 年 11 月末頃、Y から協会の指導育成ならびに協会支部所属の宅建業者に対する指導監督などに便宜な取り計らいを受けたことの謝礼として、Y に対し現金 50 万円を供与した。

### ・問題の所在

- (1) X は、横浜海上保安部に電話をかけ、国籍不明の外国人が不法入国した旨の虚偽の事実を通報し、海上保安部等を出動させている。この行為は暴行または脅迫を必要とする公務執行妨害罪(95 条 1 項)にはあたらない。それでは、偽計を用いた妨害であることから、偽計業務妨害罪(233 条後段)が成立しないか。公務執行妨害罪の「公務員の職務」(いわゆる公務)が偽計業務妨害罪の「業務」にあたるかが問題となる。また、それと関連して公務執行妨害罪の「職務」の意義も問題となる。
- (2) Y は、宅建協会の指導監督などに便宜な取り計らいを受けたことに関する Z からの謝礼を受け取った。収賄罪が「その職務に関し」と規定しているところ、Y の協会への指導監督はすでに終了していたため、過去の職務すなわちすでに終了した職務について収賄行為を行った場合でも収賄罪が成立するか問題となる。また、謝礼を受け取った当時、Y はすでにその職務とは権限を異にする他の職に転じているから、公務員が一般的職務権限を異にする地位に転職した後に収賄した場合の賄賂罪の成否も問題となる。また、議論の便宜上、収賄罪の保護法益について合わせて論ずる。

### ・学説の状況

#### 1. 公務執行妨害罪の公務員の「職務」の意義

説 権力的公務限定説<sup>1</sup>

国民一般に対して法律に基づいて権利を制限し義務を課する権力作用、法令、裁判などの執行行為に限るとする説

<sup>1</sup> 団藤重光『刑法綱要各論〔第 3 版〕』創文社[1990]48 頁，川端博『刑法各論講義〔初版〕』成文堂[2007]565 頁

説 非限定説<sup>2</sup> 公務をすべて含むとする説

## 2. 公務執行妨害罪の「公務」が業務妨害罪の「業務」に含まれるか

A 説 消極説<sup>3</sup> 公務は業務妨害罪にいう業務には該当しないとする説、 説を採る

B 説 積極説<sup>4</sup> 公務はすべて業務の中に含まれるとする説、 説を採る

C 説 身分振分説<sup>5</sup>

公務員の行う公務は業務に含まれないが、非公務員の行う公務は含まれるとする説、 説（公務執行妨害罪は公務員が執行する公務を保護する）を採る

D 説 公務振分説<sup>6</sup>

権力的・支配的公務は業務に含まれないが、非権力的・私企業的公務は業務に含まれ、権力的公務だけが公務執行妨害罪の対象となる説、 説を採る

E 説 限定積極説<sup>7</sup>

権力的・支配的公務は業務に含まれないが、非権力的・私企業的公務は業務に含まれ、非権力的公務も公務執行妨害罪の対象となる説、 説を採る

E-2 説 強制力説<sup>8</sup>

強制力を行使する権力的公務が、強制力の行使により職務が執行されようとしている場合には「業務」には当たらず、公務執行妨害罪が成立する可能性があるにとどまるが、それ以外の公務は「業務」に該当し、威力業務妨害罪の対象となる説、1の論点については暴力による妨害を特に排除する必要のない公務の場合には公務執行妨害罪が成立しないとする。

F 説 修正積極説<sup>9</sup>

威力による公務の妨害については限定積極説を基準とするが、偽計の場合、強制力による排除が考えられないとして積極説を認める説、 説を採る

## 3. 賄賂罪の保護法益

甲説 信頼保護説<sup>10</sup> 職務の公正およびそれに対する社会の信頼であるとする説

乙説 不可買収性説<sup>11</sup> 職務行為の不可買収性であるとする説

丙説 純粹性説<sup>12</sup> 職務の不可買収性および公正であるとする説

丁説 廉潔性説<sup>13</sup> 公務員の清廉義務であるとする説

<sup>2</sup> 大谷實『刑法講義各論〔新版第2版〕』成文堂[2007]539頁，山口厚『刑法各論〔補訂版〕』有斐閣[2005]536頁

<sup>3</sup> 吉川経夫『刑法各論』法律文化社[1982]116頁

<sup>4</sup> 大谷・前掲 137頁

<sup>5</sup> 団藤重光編『注釈刑法(5)』有斐閣[1965]400頁〔内藤謙〕

<sup>6</sup> 団藤・前掲 535頁

<sup>7</sup> 大塚仁『刑法概説各論〔第3版増補版〕』有斐閣[2005]158頁

<sup>8</sup> 前田雅英『刑法各論講義〔第4版〕』東京大学出版会[2007]169頁

<sup>9</sup> 山口・前掲 159頁

<sup>10</sup> 大谷・前掲 600頁，前田・前掲 565頁

<sup>11</sup> 香川達夫『刑法講義各論〔第3版〕』成文堂[1996]132頁

<sup>12</sup> 町野朔「収賄罪」芝原邦爾編『刑法理論の現代的展開各論』日本評論社[1996]349頁以下

<sup>13</sup> 小野清一郎『新訂刑法講義各論〔第15版〕』有斐閣[1956]49頁

#### 4. 過去の職務についての収賄罪の成否

P 説 肯定説<sup>14</sup> 既に終了した職務について収賄行為を行った場合も収賄罪が成立する説

Q 説 否定説<sup>15</sup> 過去の職務についての収賄行為は不可罰とする説

#### 5. 一般職務権限を異にする転職前の職務に関し収賄行為を行った場合の収賄罪の成否

A 説 肯定説<sup>16</sup> 転職前の職務に関して収賄罪が成立する説

I 説 否定説<sup>17</sup> 転職前の職務に関して収賄罪は成立しないとする説

#### ・判例

##### 1. 強制力を有する公務員に対し偽計により職務の遂行を困難にさせた事例につき、F 説を採用し業務妨害罪の成立を認めたとされる裁判例(名古屋簡裁判決平成 16 年 4 月 28 日<sup>18</sup>)

###### < 事実の概要 >

駐車中の普通乗用自動車盗難の被害に遭ったとの虚偽の被害届を提出し、警察官らに徒労の業務を行わせた事例。

###### < 判旨 >

「…虚偽の被害届さえ存しなければ遂行できたはずの本来の機動警ら業務、事案発生に備えた出勤待機業務、相談受付業務等各業務の遂行を困難ならしめ、もって偽計を用いて人の業務を妨害したものである」と判示し、偽計業務妨害罪の成立を認めた。

##### 2. 一般職務権限を異にする職務に転じたのち、前の職務に関して賄賂を収受した事例で収賄罪の成立を認めた判例(最決昭和 28 年 4 月 25 日<sup>19</sup>)

###### < 事実の概要 >

岸和田税務署から難波税務署に転勤した後、岸和田税務署時代に有利な取扱いをしたことの謝礼、報酬として賤別を受け取った事例。

###### < 判旨 >

「公務員が他の職務に転じた後、前の職務に関して賄賂を収受する場合であつても、いやしくも収受の当時において公務員である以上は収賄罪はそこに成立し、賄賂に関する職務を現に担任することは収賄罪の要件でないとするを相当とする」と判示し、収賄罪の成立を認めた。

#### ・学説の検討

##### 1. 公務執行妨害罪の公務員の「職務」の意義

説(権力的公務限定説)は「職務」の範囲について権力的公務・非現業的公務に限るとする。しかし、公務は、公共の福祉に奉仕するものとして厚く保護されるべきであり、また、非現業的公務が暴行・脅

<sup>14</sup> 西田典之『刑法各論〔第4版補正版〕』弘文堂[2009]459頁

<sup>15</sup> 町野・前掲353頁

<sup>16</sup> 前田・前掲569頁,西田・前掲459頁

<sup>17</sup> 大谷・前掲605頁,大塚・前掲631頁

<sup>18</sup> 警察公論第60巻第1号[2005]81頁

<sup>19</sup> 最高裁判所刑事判例集7巻4号881頁

迫に対してしか保護されないとすれば公務の保護としては不十分である。公務執行妨害罪の保護法益は、公務員の職務執行の円滑な実施にあり、非権力的公務・現業的公務も公務である以上、本罪から除外されるべきでない<sup>20</sup>。 説(非限定説)を採る。

## 2. 公務執行妨害罪の「公務」が業務妨害罪の「業務」に含まれるか

- (1) まず、公務であるからと言って、民間の業務と変わらないものが、まったく保護されないのは不合理であり、A説(消極説)、C説(身分振分説)は採ることはできない。
- (2) D説(公務振分説)からすると、民間と類似する公務については業務と同じ保護を図ろうとするものであるが、民間類似性の判断は外形ではなく、内容が問題となる(例えば、議会と会社の株主総会は異なるし、警察活動と警備会社の警備業務は同じではない)、民間と異なる意義を有する公務(例えば議会の議事)は業務から除外されることになり、なお保護が十分とは言えない<sup>21</sup>。
- (3) このように考えると、公務も公務だというだけで業務と同程度の保護に値しないとは言えないから、基本的には業務として保護されるべきであると解される。

しかし、A説(積極説)からすれば、逮捕行為や強制執行のように、自力で抵抗を排除しうる権能を付与されている場合まで威力に対する保護を認める点で妥当ではない<sup>22</sup>。

この点、E説(限定積極説)、E-2説(強制力説)からすれば、強制力により、威力による妨害行為を排除することができ、A説(積極説)の批判を回避することができる。しかし、実力による排除になじまない偽計手段による権力的公務の妨害の事案について説明が困難である。

そこで、偽計による権力的公務について説明ができないという不都合性を解消するために、強制力による排除が考えられない偽計による公務妨害に関しては「業務」に含まれるとするF説(修正積極説)を採用する。

## 3. 賄賂罪の保護法益

- (1) 賄賂罪も究極においては国家の立法・司法・行政作用の適正な運用を保護法益とするものである以上、単に清廉義務に違反していることのみをもって賄賂の罪とすることは許されないので丁説(廉潔性説)は妥当ではない。

また、乙説(不可買収性説)からすると、あっせん贈収賄罪(197条の4、198条)のように必ずしも職務の利益が対価となっていない犯罪の説明が困難であるし、現行刑法は単純収賄罪を基本としており、公務が賄賂によって左右されたことまでは要求してはいないと言えるため、職務行為の不可買収性を保護法益とする乙説は妥当ではない<sup>23</sup>。

他方、丙説(純粋性説)によれば、加重収賄罪が基本類型であり、単純収賄罪がその危険犯ということになるが、単純収賄は正当な職務についても成立するのであるから、純粋性説のような位置づけには無理がある<sup>24</sup>。

- (2) 職務行為が公正に行われたとしても、職務に関連して公務員が賄賂を受け取っていれば、公務に対する国民の信頼が失墜し、公務の適正な運用が害され、またその危険が生ずる。また、正当な職務・過去の職務に対する賄賂でも職務の公正を疑われることになる以上、職務の公正およびそれに対する

<sup>20</sup> 大谷・前掲 539,540 頁

<sup>21</sup> 山口・前掲 158,159 頁

<sup>22</sup> 西田・前掲 119 頁

<sup>23</sup> 大谷・前掲 601 頁

<sup>24</sup> 西田・前掲 452 頁

社会の信頼であるとする甲説(信頼保護説)を採用する。

#### 4. 過去の職務についての収賄罪の成否

過去に職務について、のちの贈与への期待によって職務行為が行われたのではないことが明らかなきときは、職務の公正さに対する危険が存在しないとして収賄罪の成立を否定するQ説がある。

しかし、刑法典が、過去の不正な職務行為や過去のあっせん行為についても加重収賄罪(197条の3第2項)、あっせん収賄罪(197条の4)を規定していること、過去の職務と賄賂とが対価関係に立つことにより過去の職務の公正が害されたのではないかという疑念を抱かせ、同時に、現在担当している職務の公正についての社会一般の信頼を害するといえる。よって過去の職務についても収賄罪が成立するというP説を採用する<sup>25</sup>。

#### 5. 一般職務権限を異にする転職前の職務に関し収賄行為を行った場合の収賄罪の成否

イ説(否定説)は職務が一般的職務権限に属するものでなければならない以上、過去の職務は含まれないとして収賄罪の成立を否定する。

しかし、不可罰とすると公務員の身分を失ったのちに賄賂を収受すれば事後収賄罪が成立するのと比較して不均衡であるし、仮に事後収賄罪に準じて扱うとした場合には、事後収賄罪(197条の3)の「公務員であった者」という文理に反する。

そもそも、賄賂罪の保護法益が職務の公正およびそれに対する社会の信頼である以上、転職後に金銭等を受け取ったのであれば、過去の職務の公正が害されたのではないかという疑念を抱かせ、同時に現在担当している職務の公正についての社会一般の信頼も害される。また、刑法上、過去の不正な職務行為や過去のあっせん行為についても加重収賄罪やあっせん収賄罪の処罰の対象とされていることとの均衡を失する。ア説(肯定説)を採る。

### ・本問の検討

#### 1. Xの罪責について

(1) Xは虚偽の犯罪事実を通報して徒労の業務を行わせている。Aら海上保安庁職員は公務員であるため、公務執行妨害罪(95条1項)の成否が問題となる。同条は「暴行又は脅迫」を要件としている。Xの行為は暴行・脅迫に当たらず、公務執行妨害罪は成立しない。では、偽計に基づいて妨害をしているため、偽計業務妨害罪(233条後段)が成立しないか。Aらの海上の警備を行う公務は偽計業務妨害罪の「業務」にあたるか、「業務」の意義と関連して問題となる。

(2) F説(修正積極説)から検討する。海上保安庁法第18条<sup>26</sup>によれば、不法入国という現に犯罪を行おうとしている外国人らが、武器等を携帯しており、人の生命身体への危険が生じたときは、海上保安官は当該行為を強制的に差し止める権限を有している。また、仮に外国人が武器等を携帯するような

<sup>25</sup> 西田・前掲 459頁

<sup>26</sup> 第18条 海上保安官は、海上における犯罪が正に行われようとするのを認めた場合又は天災事変、海難、工作物の損壊、危険物の爆発等危険な事態がある場合であつて、人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害が及びおそれがあり、かつ、急を要するときは、他の法令に定めのあるもののほか、次に掲げる措置を講ずることができる。

一 船舶の進行を開始させ、停止させ、又はその出発を差し止めること。二 航路を変更させ、又は船舶を指定する場所に移動させること。三 乗組員、旅客その他船内にある者(以下「乗組員等」という。)を下船させ、又はその下船を制限し、若しくは禁止すること。六 前各号に掲げる措置のほか、海上における人の生命若しくは身体に対する危険又は財産に対する重大な損害を及ぼすおそれがある行為を制止すること。

場合でなくとも、海上保安庁法第 17 条<sup>27</sup>によれば、外国人が乗ってきた船舶の立ち入り検査等を行うことができる。よって、X が要請した海上保安庁職員による海上警備は、強制力を伴う権力的公務であるから、「業務」に含まれないとも思える。

もっとも、虚偽の犯罪事実を通報するという偽計によって、不必要な巡視船等の出動や不必要な各部署への連絡をさせ、妨害している。このような偽計による妨害、すなわち、X による虚偽の通報は、職員が虚偽かどうか見分けることはできず、X は海上保安庁法に基づく自力排除力を行使できる対象でもないから、排除できない。以上から、X が妨害した公務は「業務」にあたる。

(3) X は虚偽の犯罪を通報したから、人を欺罔し、人の錯誤を利用したといえ、「偽計」にあたる。この偽計の結果、海上保安庁の職員は不要な業務を行い、行政事務や、パトロール業務、出動業務等を妨害されたといえるし、X の行為と結果の間に相当因果関係が認められる。さらに X には業務を妨害するという故意も認められる。

(4) よって、X には偽計業務妨害罪(233 条後段)が成立する。

## 2. Y の罪責について

(1) 単純収賄罪(197 条 1 項)が成立するためには、その職務に関し、賄賂を収受することが必要となる。ところ、平成 21 年 11 月に Y が受け取った金銭は、平成 21 年 3 月末までの職務であった東京都建築部建築振興課宅建業係長としての謝礼であったため、一般的職務権限を異にするものでありその職務に関しに当たらず、収賄罪が成立しないのではないかが問題となる。

(2) この点、P 説・A 説(肯定説)からは、一般的職務権限を異にする、すでに完了した職務に関しても収賄罪が成立する以上、Y は転職後、住宅供給公社に出向しているものの、転職前の東京都建築部建築振興課宅建業係長としての職務権限に関するものであってもその職務に関しにあたる。

(3) また、宅建協会への指導・監督という職務行為に対する見返りとして、50 万円という単純な指導の報酬としては高額で、贈答の文化から離れた社交儀礼の範囲とはいえない金銭という不正な報酬を受け取っているため、賄賂を収受したといえ、客観的構成要件に該当する。

(4) さらに主観的構成要件として Y は客体の賄賂性について認識、すなわち、目的物が職務行為の対価であることを認識していることが必要である。通常指導育成や指導監督などを行い、謝礼を受け取るという社交儀礼は見受けられないのに、謝礼を受け取っている以上、職務行為の対価であることを認識しているといえるから、構成要件の故意も認められる。

(5) よって、Y には単純収賄罪(197 条 1 項)が成立する。

## 3. Z の罪責について

Z は Y に対して、Y の宅建協会への指導監督への謝礼という名目で、不正な報酬を渡しているから、「賄賂を供与」しているといえ、贈賄罪(198 条)が成立する。

## ・結論

X には偽計業務妨害罪(233 条後段)、Y には単純収賄罪(197 条 1 項)、Z には贈賄罪(198 条)がそれぞれ成立する。以上

<sup>27</sup> 第 17 条 海上保安官は、その職務を行うため必要があるときは、船長又は船長に代わつて船舶を指揮する者に対し、法令により船舶に備え置くべき書類の提出を命じ、船舶の同一性、船籍港、船長の氏名、直前の出発港又は出発地、目的港又は目的地、積荷の性質又は積荷の有無その他船舶、積荷及び航海に関し重要と認める事項を確かめるため船舶の進行を停止させて立入検査をし、又は乗組員及び旅客に対しその職務を行うために必要な質問をすることができる。