

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 3 頁 36 行目において、「強制力は偽計に対し無力」とあるが、このように言い切れるのはなぜか。
2. 検察レジュメ 5 頁 34 行目において、「無実の者に反抗しないことを期待することが困難である」とあるが、このように言い切れるのはなぜか。
- 10 3. 検察レジュメ C-1 説において、「この説では適法な逮捕要件を備えていても、裁判時に無実であると判明すれば、逮捕行為は違法となり公務執行妨害罪は成立しないことになる不都合が生じ」とあるが、公務執行妨害罪が成立しないとなぜ不都合になるのか。

II. 学説の検討

1. 「業務」の意義について

15 イ説(修正積極説)について

この説は、「威力」に関しては限定積極説が妥当であるが、自力排除力で妨害を排除できない「偽計」による妨害については、積極説をとるべきだと考える説である¹。しかし、妨害が偽計か威力かによって、「業務」概念の内容を変えるのは適切ではない。また、偽計か威力かの区別は非常に微妙であり、曖昧なものである。そして、偽計の場合でも強制力による排除が一概に困難だといえないため、このような判断基準は妥当であるといえない²。

したがって、弁護側はこの説を採用しない。

ウ説(積極説)について

この説は、公務も公務員としての個人の社会的活動に他ならないため、公務の性質いかんにかかわらず、「業務」に含まれるべきだと考える説である³。しかし、強制力を有する、かつ権力的・支配的性質の公務は、暴行脅迫に至らない程度の弱い妨害を受けても、自力で排除する執行力が付与されており、別途これを保護する必要はない⁴。

したがって、弁護側はこの説を採用しない。

30 エ説(消極説)について

この説は、公務は全て「業務」に含まれないとする説である⁵。しかし、この立場に立つ

¹ 西田典之『刑法各論〔第5版〕』(弘文堂,2010年)158頁参照。

² 高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』(成文堂,2014年)189頁参照。

³ 大谷實『刑法講義各論〔新版第4版〕』(成文堂,2013年)147頁参照。

⁴ 高橋・同上 187頁。

⁵ 松宮孝明『刑法各論講義〔第4版〕』(成文堂,2016年)179頁参照。

と、偽計・威力によって公務が執行された場合や、非公務員が行う公務が偽計・威力により妨害された際に、刑法的保護がされないこととなり妥当ではない⁶。

したがって、弁護側はこの説を採用しない。

5 ア説(限定積極説)について

この説は、「公務」を「業務」に含むとしたうえで、「強制力を行使する権力的公務」は、業務妨害罪の対象とはしないとするものである。したがって、「強制力を伴わない権力的公務」と「非権力的公務」は、業務妨害罪の対象となる。その根拠は、権力的・支配的性質の公務は、強制力ないし妨害排除力を持つことから、自力による妨害の排除が可能であるような、暴行脅迫に至らない程度の弱い手段による妨害について、保護する必要はないが、強制力・妨害排除力を持たないような私企業的 성격の公務については、業務妨害罪による保護が必要であるということだ。また、私企業的ではなく権力的作用があるが、強制力のない降雨については、妨害に対して自力の排除力を持たない以上、暴行脅迫に至らない程度の妨害からであっても、これを保護すべきである⁷。

15 したがって、弁護側はこの説を採用する。

2. 職務の適法性の判断基準について

A 説(主観説)について

この説は、人民は公務員が適法なる職務行為なりと信じて為したる行動に対しては、之が是非を判断することを得ざるものにして、常に服従すべき義務あるが故に苟も公務員が適法なる行為なりと信じて為したる場合には、客観的に権限が存在せざるときと雖もなお之に対して本罪を犯すことを得るものと為す⁸(原文旧字体のため、旧字体は新字体に書き改め、句読点を付与した。)説である。

しかし、この説によるときは公務員の専断を許すことになり、適法性の否定される場合は事実上存しなくなるであろう。この立場は国家的利益を偏重するものであり、適法性を要件とした意義を没却させることになる⁹点で妥当とは言えない。

したがって、弁護側はA説を採用しない。

B 説(折衷説)について

30 この説は、適法性の判断基準に関しては、一般人の見解を基準に適法性を判断する¹⁰という説である。

⁶ 大塚仁『刑法概説(各論)[第3版増補版]』(有斐閣, 2005年)158頁参照。

⁷ 井田良『講義刑法学・各論[初版]』(有斐閣, 2016年)177頁参照。

⁸ 泉二新熊『日本刑法論下巻40版』(有斐閣, 1929年)66頁。

⁹ 岡野光雄『刑法要説各論[第5版]』(成文堂, 2009年)329頁。

¹⁰ 前田雅英『刑法各論講義[第5版]』(東京大学出版社, 1989年)603頁。

しかし、本説においては、何が一般人の見解か不明瞭であり、このような不明確な基準をもって判断する点妥当ではない。さらに、法令をよく知らない一般人は公務員の職務執行を外見だけで適法と評価しがちであり、結果的には主観説に近づくとされ¹¹妥当ではない。

したがって、弁護側は B 説を採用しない。

5

C-2 説(行為時基準説)について

この説は、裁判所による客観的判断は、職務行為当時における具体的事情を前提にした客観的判断(事前判断)である¹²とする説である。

10 10 しかし、例えば誤認逮捕の場合、いかに嫌疑があっても逮捕される側から見れば完全な不当逮捕である以上、それに対抗し得ないとするのは不合理で¹³ある。さらに、本説は、行為時の外観を重視することによって、折衷説に接近することになると思われる¹⁴ため、妥当ではない。

したがって、弁護側は C-2 説を採用しない。

15 C-1 説(純客観説)について

この説は、執行行為が法規に適合するか否かは裁判所の法令解釈によって適法性を客観的に決定すべきであるとし、またその適法性は行為後の事情を含めて事後的に純客観的な立場からされるべきであるとする説である¹⁵。

20 20 前述した C-2 説(行為時基準説)との関係においては、誤認逮捕の場合に結論の違いを導くが、「職務行為の適法性」が、これに抵抗し、職務の執行を妨害する行為の違法性を基礎づける要件ともなることを考えれば、職務執行者個人の事情だけではなく、その相手方を含めた法秩序全体の視野の中で職務行為の適法・違法を決定する本説が妥当である¹⁶。

したがって、弁護側は C-1 説を採用する。

25 3. 適法性の錯誤について

a 説(違法性の錯誤説)について

30 30 この説は、適法性の錯誤を法律の錯誤として捉え、故意阻却しないとする説である。本説は、軽率な誤信から公務の執行を保護するという観点からは、違法性の錯誤として、故意を阻却しないという見解は合理性があるように考えられる¹⁷。しかし、保護法益を「適法な」公務に限る以上、適法性は構成要件要素と解すべきであり、適法性に関する錯誤を違法性の

¹¹ 前田・前掲 603 頁参照。

¹² 岡野・前掲 330 頁。

¹³ 前田・前掲 604 頁。

¹⁴ 曾根・前掲 280 頁。

¹⁵ 三原憲三『新版・刑法各論』(成文堂, 2009 年)427・428 頁参照。

¹⁶ 曾根威彦『刑法各論〔第 4 版〕』(弘文堂, 2008 年)280 頁参照。

¹⁷ 西田『刑法各論〔第 6 版〕』(弘文堂, 2012 年)426 頁以下。

錯誤とし故意を認めるのは妥当でない。

したがって、弁護側はα説を採用しない。

γ説(二分説)について

- 5 α説同様、適法性を構成要件要素として位置付けると、公務員の職務の適法性を基礎づける事実の認識があっても、適法性の認識がなければ、同罪の故意があるとは言えず妥当でない。

したがって、弁護側はγ説を採用しない。

- 10 β説(事実の錯誤説)について

この説は適法性の錯誤を事実の錯誤ないし構成要件の錯誤と捉え、故意阻却を認めるとする説である。

しかし既述したように、適法性を構成要件要素として位置付けると、その錯誤は事実の錯誤となり、故意を否定すべきである。

- 15 したがって、弁護側はβ説を採用する。

Ⅲ.本問の検討

第1. 甲乙につき、粉末入りの袋を落として逃走し、警察官Aにそれが薬物ではないかとの嫌疑を抱かせ、追跡させた行為について

- 20 1. 偽計業務妨害罪の共同正犯(233条後段、60条)が成立しないか。

(1) 本罪における実行行為「偽計を用いる」とは、人を欺罔、誘惑し、あるいは人の錯誤・不知を利用する違法な手段を使用することをいう。

本問において、甲は薬物ではないが薬物と見せかけた粉末の入った袋をAの目前で恣意的に落とした上逃走しており、通常警察官を前に逃走をはかる行為は、当該粉末を薬物だと誤信させるに足りる行為といえ、人を欺罔する違法な手段を用いたといえる。

- 25 (2) 本罪の客体は「業務」、すなわち、人が社会生活上の地位に基づき継続して従事する事務又は事業をいうところ、この「業務」に「公務」が含まれるかが問題となる。

この点、弁護側は限定積極説を採用するところ、強制力を行使する権力的公務はこれに含まれないと解する。

- 30 本件では、警察官Aによる公務は行政権力の行使たる強制力を伴うものであって、本罪の客体とはならない。

(3) よって、甲の当該行為には偽計業務妨害罪は成立しない。

2. そして、乙の行為についても、甲の当該行為に偽計業務妨害罪の正犯が成立しない以上、当該行為を共同実行したとしても共同正犯が成立する余地は無い。

- 35 第2. Aによって身柄を拘束されそうになったところ、Aに暴行を加えた行為について

1. 公務執行妨害罪の(共謀)共同正犯(95条、60条)が成立するか。

(1) 本罪の実行行為は、「職務を執行するに当たり、これに対して暴行又は脅迫を加え」ることである。

5 (i) 「職務」とは、広く公務員(7条1項)が取り扱う各種各様の事務をいい、また、本罪が、国・地方公共団体の適正な作用を妨害から保護するためのものであり、公務員の行う違法な行為についてまで、刑法的保護を与える必要はないことから、その職務の執行は適法なものに限られるところ、この適法性の判断基準について、弁護側はC-1説を採用するため、行為後の事情を含めて事後的に客観的に判断する。

10 (ii) この点本問において、拘束されそうになった乙は実際には何らの犯罪をしていなかったのだから、これを逮捕しようとすることは、適法な警察官による公務の範囲を超えて違法である。

(2) また、仮にこれが適法で、その他の構成要件を充足しても、乙は、本件身柄拘束は「違法な身柄拘束である」と思っているところ、本罪の故意がないのではないかが問題となるが、この点、弁護側はβ説を採用するところ、適法性の誤信は事実の錯誤として故意を阻却する
15 と解する。

(3) 以上より、乙の上記行為には、公務執行妨害罪は成立しない。そのため、甲も共同正犯にはなりえない。

2. では、当該行為に暴行罪(208条)が成立しないか。

(1) 乙はAに対して不法な有形力を行使しているところ、暴行罪が成立するように思える。

20 (2) しかし、Aによる身体拘束行為が違法である以上、それが急迫性を有した乙の身体的自由に対する不正の侵害といえ、正当防衛が成立し、違法性を阻却しないか。

この点、逮捕による身体拘束に抵抗する程度の暴行はその必要性と相当性の範囲内であると推察できる。

よって正当防衛(36条1項)が成立し、違法性を阻却する。

25 (3) したがって、当該行為に暴行罪は成立しない。

IV. 結論

甲、乙ともに何ら罪責を負わない。

以上