

## 5 高橋・只木ゼミ後期第8問検察レジュメ

文責:1班

### I. 事実の概要

10 動画コンテンツをアップロードしてビジネスを实践するクリエイター、通称ユーチューバーである大学生の甲・乙・丙の3人組は、新しい動画を発信する計画を立てた。その内容は、甲・乙が薬物と見せかけた粉末を警察官の前で落として、それが薬物ではないかと警察官に嫌疑を抱かせたところで瞬時に逃走することで、警察官を必死で追跡させて冷やかし、その一部始終を丙が撮影するという、いわゆるドッキリ動画を撮影しようというものだった。

15 翌日、甲・乙は、2人で交番前へ向かい、丙は撮影場所の配置について。甲は、交番の外にいた警察官Aの目の前で、小さな袋に小分けしてある、薬物と見せかけた粉末入りの袋を、うっかりポケットから落としたように見せかけてわざと地面に落とした。それに気がついたAは、袋を拾ったところ、中身が薬物ではないかと疑いながらも、それを甲に渡したが、その瞬間、甲と乙は、一目散に逃走したため、Aは、甲が落としたものは覚せい剤で間違いのないとの嫌疑を抱き、甲と乙を全力疾走で追跡した。最終的に、Aによって、足の遅かった甲が先に身柄を拘束された。甲が身柄を拘束されている状況を、乙は10m離れたところから笑いながら見ていたところ、Aが乙の元に駆け寄ってきた。Aによって、乙のポケットにも粉末入りの袋があったことが確認された後、乙はAによって身柄を拘束されそうになった。しかし、乙は、「自分はただ一緒に走っていただけで、身柄拘束される理由はないから違法な身柄拘束である」と勝手に思いこみ、Aに抵抗するかたちで暴行を加えた。

25 甲・乙の罪責を論ぜよ。

### II. 問題の所在

1. 業務妨害罪(233条、234条)における「業務」に公務が含まれるか。公務の執行を暴行・脅迫により妨害した場合は公務執行妨害罪(95条1項)にあたるが、妨害の手段が威力・偽計にとどまった場合に、公務も「業務」に含まれるとして業務妨害罪を認めるかという観点から問題となる。
  2. 「職務」(95条1項)には適法性が要求されるが、その判断基準はいかなるものか。
  3. 本問で乙はAによる身柄拘束が違法なものだと誤認している。そこで、「職務」の適法性
- 35 について錯誤があった場合の扱いが問題となる。

### III. 学説の状況

1. 「業務」の意義について

5 ア説(限定積極説)<sup>1</sup>

職務の範囲を、国民に対し権利を制限し義務を課する権力的公務に制限する説。

イ説(修正積極説)<sup>2</sup>

10 公務は基本的には業務として保護されるべきであるが、妨害を排除するための「強制力を行使する権力的公務」については、暴行・脅迫に至らない妨害に対して要保護性を欠き、業務妨害罪を構成しないとする説。もっとも、強制力は偽計に対して無力であるから、偽計業務妨害罪については、積極説をとり、公務を「業務」に含めることとする。

ウ説(積極説)<sup>3</sup>

15 公務の一切を「業務」にあたるとする説。この説においては、公務にかかる業務妨害罪は、公務を個人の社会的活動の自由の点から捉えた罪であると解する。ここから、公務の妨害があり、それが公務執行妨害罪を構成する場合は、業務妨害罪との観念的競合となる。

エ説(消極説)<sup>4</sup>

20 公務はすべて業務には含まれないとする説。

## 2. 「職務」の適法性の判断基準について

A説(主観説)<sup>5</sup>

25 公務員の主観による判断を基準とする説。

B説(折衷説)<sup>6</sup>

一般人の見解を基準として定めるべきとする説。

C説(客観説)

30 裁判所が法令の定める要件に従いながら客観的に判断するべきとする説。

C-1説(純客観説)<sup>7</sup>

適法性の判断基準時を裁判時とし、純客観的に判断するべきであるとする説。

---

<sup>1</sup> 川端博『刑法各論講義』(成文堂,2007年)203頁参照。

<sup>2</sup> 山口厚『刑法各論[第2版]』(有斐閣,2010年)161頁参照。

<sup>3</sup> 大谷實『刑法講義各論[新版第4版補訂版]』(成文堂,2015年)143頁,564頁参照。

<sup>4</sup> 吉川経夫『刑法各論』(法律文化社,1982年)116頁参照。

<sup>5</sup> 柏木千秋『刑法各論(上)』(有斐閣,1960年)74-78頁参照。

<sup>6</sup> 大谷・前掲 569頁。

<sup>7</sup> 福田平『全訂刑法各論[第3版増補]』(有斐閣,2002年)14頁。

5 C-2 説(行為時基準説)<sup>8</sup>

職務執行時を判断時期として裁判所が判断するとする説。

**3.適法性の錯誤について**

α 説(違法性の錯誤説)<sup>9</sup>

10 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。

β 説(事実の錯誤説)<sup>10</sup>

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。

15 γ 説(二分説)<sup>11</sup>

適法性の錯誤には、事実の錯誤と違法性の錯誤の二つの場合があるとする説。この説では、公務員の職務の適法性を基礎づける事実の錯誤、例えば、刑事を泥棒と間違えたような場合には故意阻却するが、公務員の職務行為として行われているという認識がありながら、それが違法に行われていると誤信して暴行・脅迫を加えたのであれば、違法性の錯誤として故意  
20 阻却せず、責任阻却される場合があるに過ぎないとする。

**IV.判例の状況**

最高裁昭和 41 年 4 月 14 日第一小法廷決定。

25 (事実の概要)

A、B 両巡査は、警邏中、日本刀の仕込杖を所持していた X を銃砲刀剣類等所持取締法違反罪の現行犯人として逮捕しようとした際、同人が傍に寄りかかってきた Y に何物かを手渡している気配を察知し、B 巡査が両者の間に割り込んだところ、Y の腹のあたりから拳銃が落ちてきた。そこで両巡査は、Y をも同違反罪の現行犯人として逮捕しようとしたところ、これを免れようとする被告人および Y から暴行を受けた。

(判旨)

公務執行妨害罪が成立するには公務員の職務行為が適法であることを要するが、職務行為の適否は事後的に純客観的な立場から判断されるべきでなく、行為当時の状況にもとづいて客観的、合理的に判断されるべきであり、たとえ Y の前示所持が……事後的に裁判所  
35 により無罪の判断を受けたとしても、その当時の状況としては Y の右挙動は客観的にみて

---

<sup>8</sup> 西田典之『法律学講座双書刑法各論[第 5 版]』(弘文堂,2010 年)410 頁。

<sup>9</sup> 藤木英雄『刑法講義各論』(弘文堂,1985 年)26 頁参照。

<sup>10</sup> 岡野光雄『刑法要説各論[第 4 版]』(成文堂,2003 年)325 頁。

<sup>11</sup> 大谷・前掲 572 頁。

- 5 同法違反罪の現行犯人と認められる十分な理由があるものと認められるから、右両巡査が Y を逮捕しようとした職務行為は適法であると解するのが相当であるとして、被告人らに公務執行妨害罪の成立を認めた。

## V.学説の検討

### 10 1.「業務」の意義について

ア説(限定積極説)について

権力的公務は含まれないが非権力的公務は業務に含まれるとし、後者については 95 条と 233 条、244 条の両方が適用されるとする説である。

- 15 しかし、限定積極説は威力業務妨害には妥当するとしても、強制力は偽計に対しては無力だと解されるから、偽計業務妨害罪について問題となる<sup>12</sup>。

よって、検察側はア説を採用しない。

イ説(修正積極説)について

- 20 強制力を伴う公務につき、原則として、威力に対しては強制力により排除しうるから、原則的に威力業務妨害罪は成立しないが、偽計に対しては物理的強制力が無力であるとして、偽計業務妨害罪の成立を肯定する見解である。

限定積極説は威力業務妨害罪には妥当するとしても、強制力は偽計に対して無力だと解されるから、偽計業務妨害罪については、積極説を採ることが適当である。

- 25 本説は、公務に法律上付与された妨害的排除能力との関係で、具体的な公務の保護の必要性の観点から業務妨害罪の限定をはかろうとするものである。そのため「排除のための強制力の行使が認められた威力」に対する限りにおいて保護の必要性が否定され、そうした具体的公務が業務妨害罪の対象から除外されるため<sup>13</sup>、国民の利益に奉仕すべきもので保護に値する正当な利益を備えている公務を保護しつつ、処罰範囲も限定しうる点において妥当である。

- 30 よって、検察側はイ説を採用する。

ウ説(積極説)について

- 35 公務は全て業務に当たり、業務妨害罪の対象となるとする見解である。しかし、本説は、逮捕行為や強制執行のように、自力で抵抗を排除しうる機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>14</sup>。

また、この説によれば、公務はすべて業務妨害罪の客体でもあり、公務執行妨害罪と業務

---

<sup>12</sup> 山口厚『刑法各論[補訂版]』(有斐閣,2005年)161頁。

<sup>13</sup> 山口厚『問題探求 刑法各論』(有斐閣,2002年)275頁以下。

<sup>14</sup> 西田典之『刑法各論[第4版]』(弘文堂,2009年)125頁。

5 妨害罪の法定刑が同じことから、公務執行妨害罪の存在意義がなくなるのではないかという問題がある<sup>15</sup>。

よって、検察側はウ説を採用しない。

エ説(消極説)について

10 本説は、公務は業務に含まれず、公務は95条によってのみ保護されるとする説である。

しかし、この説は、公務について威力・偽計に対する保護が一切欠落してしまい、具体的妥当性の点で問題がある。

思うに、暴行・脅迫以外の手段によっても公務を妨害しうる以上、公共の利害にかかわる公務が民間業務よりも保護されないのは不合理であり、エ説は妥当ではない<sup>16</sup>。

15 よって、検察側はエ説を採用しない。

## 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ゆえに、いやしく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、客観的に権限の存在せざるときといえどもなおこれに対して本罪を犯すことを得るものとなす。(本文旧字体のため字体の変更、句読点の付与有)<sup>17</sup>とする説である。

この見解によると抽象的職務権限さえ認められれば適法になるということになって、実質上職務行為の適法性の要件は不要であるとする見解と同じであり<sup>18</sup>、また、公務員の恣意を許す恐れもあり、妥当ではない。

25 検察はA説を採用しない。

B説(折衷説)について

30 この説は法令上の適法性を基礎としながら、最終的には一般人の見解すなわち社会通念を基準とするものであり、適法性は構成要件の規範要素として社会通念を基礎として判断すべきであるから、この趣旨を含む折衷説が妥当であるとする<sup>19</sup>。

しかし、そもそも一般人とはいかなるものを指すのか、一般人ならばすべて意見は合致するのかなど、その基準自体が漠然としておりもって妥当であるとすることはできない。

35 よって、検察はB説を採用しない。

---

<sup>15</sup> 山中敬一『刑法各論[第2版]』(成文堂,2009年)213頁。

<sup>16</sup> 西田・前掲125,126頁。

<sup>17</sup> 泉二新熊『日本刑法論下巻40版』(有斐閣,1929年)66頁。

<sup>18</sup> 大谷實『刑法講義各論[新版第4版]』(成文堂,2013年)571頁。

<sup>19</sup> 大谷・前掲同頁。

5

#### C-1 説(純客観説)について

この説は、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・違法を決定する裁判時を標準にすべきであるという説である<sup>20</sup>。

10 しかし、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、妥当ではない<sup>21</sup>。

よって検察は C-2 説を採用しない。

#### C-2 説(行為時基準説)について

15 この説は、裁判時に適法性の判断基準を置く純客観説と異なり、執行者の行為時に判断すべきであるとする説である。職務行為の適法性の要件は、当該行為が職務行為として法律上認められるかどうかの問題であるから、あくまで行為当時の状況に基づいて客観的に判断されるべきであって、裁判時に判明した事後的な事情までも考慮するのは、公務の保護を不当に軽視するものである<sup>22</sup>。

20 また、上述の誤認逮捕の場合でも、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ことを考慮しても、やはり職務執行時に適法であれば、十分の要保護性をもつというべきである<sup>23</sup>。

以上より検察は C-2 説を採用する。

### 25 3.適法性の錯誤について

#### α 説(違法性の錯誤説)について

適法性はこれを基礎づける事実と評価とに区別されるべき<sup>24</sup>であるから、一括りに考えるこの説は妥当ではない。

よって、検察側は α 説を採用しない。

30

#### β 説(事実の錯誤説)について

α 説と同様の理由により、この説は妥当ではない。

よって、検察側は β 説を採用しない。

35

---

<sup>20</sup> 曾根威彦『刑法各論[第4版]』(弘文堂,2008年)280頁。

<sup>21</sup> 西田・前掲 414頁。

<sup>22</sup> 大谷・前掲同頁。

<sup>23</sup> 西田・前掲同頁。

<sup>24</sup> 西田典之『刑法各論 第5版』(弘文堂,2010年)415頁。

5 Y 説(二分説)について

適法性はこれを基礎づける事実と評価とに区別されるから、適法性を基礎づける事実を誤認している場合には事実の錯誤として故意を阻却するが、前提事実の認識に欠けるところがなく、単にその評価を誤認している場合には法律の錯誤として故意を阻却しないと解すべきである<sup>25</sup>。

10 よって、検察側は Y 説を採用する。

## VI.本問の検討

第 1 粉末入りの袋を落として逃走し、警察官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、偽計業務妨害罪(233 条後段)の共同正犯(60 条)が成立するか。

15

1(1) 本罪の実行行為は「偽計を用い」ること、すなわち、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 の目の前でわざと落とすうえで A が甲に渡した瞬間に逃走しており、やましいことがなければ逃走することはないと通常認められるため、A に本件粉末を薬物だと誤信させるような行為を行ったといえ、人を欺罔する違法な手段を用いたといえる。

20

(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、検察側はイ説を採るところ、偽計業務妨害罪については、「業務」に「公務」が含まれると考える。よって、甲の上記行為の客体は、A の担当地域の警ら等であるが、これは A が公務員としての警察官という社会生活上の地位に基づいて継続して従事する事務であるということができ、その中には権力的作用を有するものも含まれるとしても本罪の客体となり得る。

25

(3) 甲は、乙・丙と本件犯行についての計画を練っていることなどから、故意(38 条 1 項本文)があるといえる。

30

(4) よって、甲の上記行為には偽計業務妨害罪が成立する。

2 では、乙について、甲の上記行為と合わせて、「共同して犯罪を実行した」といえるか。共謀共同正犯の成否が問題となる。

この点、共同正犯の正犯としての処罰根拠は、構成要件的结果発生の危険性を共同して惹起したといえることからすれば、共同正犯が成立するための要件は、①共同者間に意思連絡・疎通があることを内容とする共謀の存在、②正犯意思、③構成要件的结果実現への重要な因果的寄与、④①の共謀に基づく実行行為である。

35

本問において、乙は甲・丙とともに本件犯行について計画を立てており、甲・乙間に本

---

<sup>25</sup> 西田・前掲 415 頁。

5 件犯行についての意思の連絡があったということができ、乙は本件犯行を自己の犯罪として  
行おう意思があり、正犯意思もある。また、乙は甲とともに逃走しており、本件における  
実行行為は、袋をAの目の前に落とすこと及び逃走することであると考えられることから  
10 すれば、乙は実行行為の一部を行っており、構成要件の結果実現への重要な因果的寄与が  
あるといえるし、共謀に基づく実行行為もあるといえる。よって、要件①～④を満たし、  
乙の行為と甲の上記行為をもって共同して犯罪を実行したということができ、偽計業務妨  
害罪の共同正犯が成立する。

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、公  
務執行妨害罪(95条)の(共謀)共同正犯(60条)が成立するか。

15 1(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。

(i) 「職務」とは、検察側はイ説をとることから、一切の公務を含むと解する。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、刑罰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、検  
20 察側はC-2説を採用するため、行為時を基準として、客観的に判断する。

また、「職務を執行するに当たり」とは、特定の職務の執行を開始してからこれを  
終了するまで及び職務執行と時間的に接着しこれと切り離し得ない一体的関係に  
あるとみることができる範囲内のものをいう。

25 さらに、「暴行又は脅迫」とは、公務員に向けられた有形力の行使又はおよそ公務  
員を畏怖させるに足りる害悪の告知をいう。

(ii) 本問において、犯罪の嫌疑がある者を逮捕することは警察官としての公務に含ま  
れ、薬物と見せかけられた粉末の入った袋を乙が所持していたこと及び甲とともに  
逃走していることから、逮捕者にとっての犯罪・犯人の明白性が認められ、犯行と  
逮捕との時間的接着性・逮捕の必要性も認められるから、乙は「現に罪を行い、又  
30 は行い終わった者」ということができ、逮捕時において、現行犯逮捕の要件(刑事訴  
訟法212条1項、213条)を満たす適法なものといえる。また、乙は、A  
が乙の身柄を拘束しようとしたとき、すなわち、現行犯逮捕の開始後ないしこれと  
時間的に接着した範囲内において公務員Aに向けて暴行を行っており、「職務を執  
行するに当たり、これに対して暴行を加えた」といえる。

35 (2) ここで、乙は、本件身柄拘束は「違法な身柄拘束である」と思っており、本罪の故意  
がないのではないかが問題となる。

この点、検察側は、Y説を採用するところ、事実面での誤信は事実の錯誤として故意  
を阻却し、適法性の法的要件に関わる誤解は違法性の錯誤として故意を阻却しないと  
解する。そして、本問においては、適法性の法的要件に関わる誤解であって、事実につ  
40 いては認識しているから、故意を阻却しない(38条3項)。よって、乙には本罪の故意

5 が認められる。

(3) では、乙には、違法性の意識の可能性がなかったとして、責任が阻却されないか。

本問においては、乙が A による身柄拘束が違法であると誤信したことについて相当な理由があることを根拠づける事情は存在しないため、違法性の意識の可能性がなかったとすることはできず、責任を阻却しない。

10 (4) 以上より、乙の上記行為には、公務執行妨害罪が成立する。

2 では、本罪の実行行為を行っていない甲について、共謀共同正犯が成立するか。

この点、共謀共同正犯の成立要件は上述のとおりであるところ、甲らは動画撮影のために軽い気持ちで本件犯行の計画を立てており、その内容としては、逃走して警察官を冷やかすことであって、警察官に暴行を加えることまでは含まれていなかったといえるべきである。よって、乙の上記行為について、甲・乙の間に意思の連絡があったとはいえない、または、共謀に基づく実行行為であるとはいえないので、要件①又は④を満たさず、乙の上記行為をもって、甲と「共同して犯罪を実行した」とはいえず、共謀共同正犯は成立しない。

## 20 VII. 結論

甲は偽計業務妨害罪(233 条後段)の罪責を負う。

乙は、偽計業務妨害罪(233 条後段)の共同正犯(60 条)及び公務執行妨害罪(95 条)の罪責を負う。

以上

25