

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 3 頁 14 行目に「基準が曖昧であるが故に依然として処罰の間隙が残り」とあるが、検察側は具体的にどのような事案の場合に処罰の間隙が残ると考えているのか。
2. 検察側は C 説(限定積極説)の立場から、私企業的・非権力的公務について公務執行妨害罪によっても保護されると解しているか。
- 10 3. 検察レジュメ 4 頁 8 行目に「売却及び登記移転を完了することで、委託の任務に背いて」とあるが、この時点での委託信任関係についてどのように解しているか。

II. 学説の検討

公務の業務性について

15 A 説(無限定積極説)について

全ての公務が業務に含まれるとする本説によれば権力的・支配的性質の公務には強制力ないし妨害排除力を有するものも存在すると考えられることから、自力による妨害排除が可能な暴行・脅迫に至らない、より弱い手段である威力・偽計による妨害にまで保護を与える必要はない。

- 20 よって、弁護側は A 説を採用しない。

B 説(無限定消極説)について

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は保護の必要性が欠けると解されるから、このような公務までを業務として保護の対象とするのは妥当ではない。

- 25

よって、弁護側は B 説を採用しない。

C 説(限定積極説)について

自力排除力が妨害を排除する機能を有しないため、公務の執行が妨害に対する自力排除力を有するか否かという基準は、権力的公務を偽計によって妨害する場合には妥当しない。

- 30

よって、弁護側は C 説を採用しない。

D 説(公務区分説)について

刑法 95 条(公務執行妨害罪)が公務妨害の手段を暴行・脅迫に限定しているのは、本罪の本質を国家の権力的作用に対する反抗に求めているからにほかならない。すなわち、強制的に実現される公権力については、それに対して意識的に反抗してその実現を妨害する場合に限って処罰するのが妥当であると解される。これに対して業務妨害罪は、本来人の経済的領域における社会的活動に対する妨害を内容とするものであるから、権力的公務は本

- 35

¹ 井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣,2016年)177頁。

罪の保護の対象から除外されると解するのが妥当である²。

よって、弁護側は D 説を採用する。

横領後の横領について

- 5 先行行為に横領罪が成立する際、後行行為にも、横領罪が成立するかは、実体法上大きく分けて2つの問題に大別される。すなわち、①そもそも後行行為が横領罪の構成要件を充足するかという構成要件該当性レベルの問題と、②個々の構成要件をすべて充たすとしても、先行行為に横領罪が成立する以上、後行行為については横領罪を規定する刑法 252 条の適用が排除されるのではないかという、罪数論レベルの問題である(訴訟法上、後行行為についてのみ訴追できるかも問題となる)。

まず、①構成要件該当性レベルの問題については、横領罪の構成要件たる、委託信任関係が、先行する横領行為によって既に破棄され、その後回復していないので、後行行為の時点では、同要件の充足が認められない³。

- 次に、②罪数論レベルの問題については、横領罪は、犯罪完成後に違法状態が続くことを予定した状態犯であることから、先行行為に横領罪が成立する以上、後行行為の違法性は、先行行為に横領罪が成立する時点で予定されている違法状態に包含されているとみるべきである。故に、後行行為については、いわゆる、不可罰的事後行為⁴として、刑法 252 条の適用が排除される。

- したがって、後行行為について横領罪が成立するとする Y 説(肯定説)は妥当性を欠き、横領罪の成立は否定すべきと考えられる。

以上より、弁護側は、X 説(否定説)を採用する。

III. 本問の検討

第1 甲の罪責

- 25 1. 甲が警官 A に対し、電話で近日中に管轄内の駅に隣接した大型商業施設に爆弾を仕掛けることを予定しているという虚偽の内容を話した行為について、公務執行妨害罪(刑法(以下法名略)95 条 1 項)が成立するか。

まず、警官は「公務員」に当たる(7 条 1 項)。

- そして、「脅迫」とは恐怖心を起こさせる目的で他人に害悪を告知する行為をいうところ、本件行為は警察の業務を混乱させるためになされたものであることから認められず、要件を充足しないので甲の本件行為につき公務執行妨害罪は成立しない。

2. では偽計業務妨害罪(233 条後段)が成立するか。要件として「偽計を用いて」「業務を妨害」したことが必要となる。

- (1)「偽計を用いて」とは人を欺罔し、あるいは人の錯誤または不知を利用することをいうところ、本問において甲は近日中に大型商業施設に爆弾を仕掛けることを予定しているという虚偽の内容を伝え、警官 A を欺罔している。そして、伝えられた内容により X 警察署の警官数十名が錯誤に陥り警備にあたっている。

² 川端博『刑法各論講義』(成文堂,2007 年)203 頁。

³ 藤木英雄『経済取引と犯罪』(有斐閣,1965 年)51 頁。

⁴ 団藤重光『刑法綱要総論[第三版]』(創文社,1990 年)446 頁。

よって甲の本件行為は「偽計を用い」たといえる。

(2) もっとも「業務を妨害」したといえるか。公務が「業務」に含まれるか問題となる。

(3) 弁護側は D 説を採るため、対象となった公務が強制的に実現され、権力的公務として威力に対し実力で排除する機能を備えていれば業務妨害罪の成立による保護の対象にならないものと考えられる。

本問における警備活動は数十名という厳重な体制により約 1 週間という長期にわたって行われており、何か緊急事態が発生した際には、威力に対する実力で排除として強制的な避難指示や建物封鎖、爆弾撤去、犯人確保をすることができたといえる。

よって本問における警備活動は権力的公務といえ、「業務」に含まれる公務とはいえない。

(4) 「妨害」につき、虚偽の内容により 1 週間の間まったく無駄な業務を強いられ本来の公務が全うできなかったことから認められる。

3. もっとも、前述の通り本件警備活動は「業務」に含まれない。したがって、本問における甲の行為は「業務を妨害」したとはいえず、構成要件該当性が認められないため、偽計業務妨害罪は成立しない。

第 2 乙の罪責

1. 乙が B に売り渡した土地(以下「本件土地」)に抵当権を設定した行為(以下「第一行為」)につき横領罪(252 条 1 条)が成立するか。

(1) 「自己の占有する」「他人の物」につき、本件土地は B との間で売買契約が成立しており乙にとっては「他人の物」に当たる。そして、乙は本件土地の所有権移転登記を完了していなかったことから、法律上占有しており「自己の占有する」土地として認められる。

(2) そして乙は B に対し売買契約に基づき本件土地を引き渡しまでの間管理する委託信任関係にあるといえる。

(3) 次に「横領」とは不法領得の意思を発現させる一切の行為をいうところ、土地に抵当権を設定する行為は前述の委託信任関係に背く、土地所有者でなければできない処分行為であることから、不法領得の意思の発現であるといえ、認められる。

(4) さらに乙は第一行為につき借金の返済に充てるためいまだ当該土地の所有権移転登記が完了していないのを奇貨として行っており、故意(38 条 1 項本文)が認められる。

(5) 以上より構成要件該当性が認められ、第一行為につき横領罪が成立する。

2. 乙が本件土地を丙に売却し所有権移転登記手続きをした行為(以下「第二行為」)につき横領罪が成立するか。

(1) 第一行為と同様に「自己の占有する」「他人の物」である本件土地につき、B との委託信任関係に背いて売却しており不法領得の意思の発現である「横領」が認められる。また、B との売買契約の成立を認識しながら丙に対する売却行為を認容しており、故意が認められる。よって構成要件該当性が認められ横領罪が成立するようにも思える。

(2) もっとも乙は既に第一行為につき横領罪の罪責を負っているところ、第二行為につき重ねて横領罪が成立するか問題となる。

(3) この点、弁護側は X 説を採るため第二行為につき横領罪は成立しない。

第 3 丙の罪責

1. 乙の第二行為につき横領罪が成立しない以上、乙との間で横領罪の共同正犯が成立する

余地は無い。

2. もっとも、丙は乙が本件土地を横領した事情を知っていながら売買契約を締結していることから、かかる行為につき盗品等譲受け罪(256条2項)が成立する。

5 IV. 結論

甲は何ら罪責を負わない。

乙の第一行為につき横領罪が成立し、乙はその罪責を負う。乙の第二行為につき何ら犯罪は成立しない。

丙の行為につき盗品等譲受け罪が成立し、丙はその罪責を負う。

10

以上