

只木ゼミ後期第7問検察レジュメ

文責:1班

I. 事実の概要

- 5 1 日頃頻繁に警察官に職務質問されて、不快な思いをしていた甲は、警察官のことがすっかり嫌いになって、警察の業務を混乱させてやろうと思った。そこで、X 警察署に電話を掛け、電話に対応した警官 A に対して、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ため、X 警察署の警官数十名が、
- 10 通報からのち約 1 週間にわたって、その駅および大型商業施設周辺の警備にあたることになった。だが、虚偽であるため、まったく無駄な業務を行うことを余儀なくされた。
- 2 乙は自己が所有する自己名義の土地を 2000 万円で B に売り渡す旨の売買契約を締結し、B から代金を全額受け取った。しかし借金の返済に迫られた乙は、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、当該土地に抵当権を設定し、C 銀行から 500
- 15 万円の融資を受けた。その半年後、これまでの上記事情を知る丙との間で、当該土地を 1500 万円で丙に売却する旨の契約を締結し、丙に対する所有権移転登記手続きをした。
- 甲、乙、丙の罪責を論ぜよ。

参考判例:東京高判平 21 年 3 月 12 日
最大判平 15 年 4 月 23 日

20

II. 問題の所在

1. 業務妨害罪(233 条後段、234 条)にいう「業務」に公務は含まれるのか、その意義及び範囲が問題となる。
2. 横領後の横領行為は認められるのか。

25

III. 学説の状況

1. 公務の業務性について
- A 説(無限定積極説)
公務はすべて「業務」に含まれるとする説。
- 30 B 説(無限定消極説)
公務はすべて「業務」に含まれないとする説。
- C 説(限定積極説)
強制力・妨害排除力の有無により¹公務を区分し、その一方のみを業務妨害罪(233 条後段 234 条)の対象とし、併せて公務執行妨害罪(95 条 1 項)の対象ともなりうるとする説²。

¹井田良『講義刑法学・各論[初版]』(有斐閣,2016年)177頁。

²山口厚『刑法各論[第2版]』(有斐閣,2010年)161頁。

D 説(公務区分説)

一定の基準によって公務を区分し、一方を専ら業務妨害罪の対象とし、他方を専ら公務執行妨害罪の対象とする説。

5 2. 横領後の横領について

X 説(否定説)

横領後の横領を否定する説。

Y 説(肯定説)

横領後の横領を肯定する説。

10

IV. 判例の状況

1. 公務の業務性について

最判平成 12 年 2 月 17 日判決。刑集 54 卷 2 号 38 頁。

[事実の概要]

- 15 被告人は町長選挙の立候補届出に赴き、立候補資格確認に際して大声をあげ選挙長の立候補届出受理事務を遅延させた。また、後日、衆議院議員選挙立候補受付の際にも怒号しその事務の遂行を妨害した事例。

[判旨]

- 20 本件において妨害の対象となった職務は、公職選挙法上の選挙長の立候補届出受理事務であり、右事務は、強制力を行使する権力的公務ではないから、右事務が刑法 233 条、234 条にいう「業務」に当たるとした原判断は、正当である。

[引用の趣旨]

- 25 本判決は公務に対する妨害につき威力業務妨害罪の成立を認めた事案であり、公務と業務とを区分する基準を「強制力を行使する権力的公務」であるか否かに求め、後述する限定積極説における「権力的公務」を修飾しその内容を限定するものであると読み取ることが可能である。なお、本件設問における妨害手段は偽計である(後述)のに対し本判例は妨害手段を威力としているが、公務と業務を区分する基準を判示した点につき検察側の採用する限定積極説に有用な資料であると判断した。

30 2. 横領後の横領について

該当判例なし

V. 学説の検討

1. 公務の業務性について

- 35 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。

よって検察側は A 説を採用しない³。

5

B 説(無限定消極説)について

全ての公務は業務に含まれないとする本説によれば強制力・妨害排除力をもたない公務について、公務でない同種の活動と比して保護に欠けることとなり妥当でない。

よって検察側は B 説を採用しない。

10

D 説(公務区分説)について

公務を一定の基準によって区分する本説によればその基準を主として現業性(国家によって大量に提供される機械的労務性)、民間企業類似性、権力性のいずれかに求める。しかし、現業性、民間企業類似性に関して、基準が曖昧であるが故に依然として処罰の間隙が残り、公務の保護が不十分であるといえる。また権力性によって区分する見解に関しては、妨害排除力をもたない権力的公務あるいは非権力的公務に対して暴行・脅迫による妨害が行われた場合において、業務妨害罪が成立するに留まるとするがそれは公務執行妨害罪の解釈上疑問が残り結論としての妥当性を欠く。

15

よって検察側は D 説を採用しない。

20

C 説(限定積極説)

公務と業務の区分を強制力・妨害排除力の有無に求める本説において、妨害排除力を有する権力的公務はその執行の際に一定の軋轢が生じることは典型的に予定されており暴行・脅迫に至らない妨害に対し保護を与える必要はないといえる。また、妨害排除力を有しない権力的公務ないし非権力的公務に対して暴行・脅迫を行った場合においてそれらを「公務」から除外する理由はなく公務執行妨害罪の解釈としても無理がないといえる。

25

よって検察側は C 説を採用する。

2. 横領後の横領について

30

X 説(否定説)について

かかる見解は、一旦横領された客体に対する再度の処分は不可罰的事後行為として犯罪を構成しないとす。しかし、抵当権設定と売却では横領罪の保護法益である所有権に対する侵害の程度が異なるため、抵当権設定によって所有権侵害が全て評価しつくされていると解することはできず⁴、不可罰的事後行為とすることも妥当ではない。

³ 前掲・井田 177 頁。

⁴ 松原芳博『刑法各論』(日本評論社,2016年)332頁。

よって、検察側は X 説を採用しない。

Y 説(肯定説)について

かかる見解は、横領後の横領につき、本件のような不動産の法的処分については同一客
5 体の所有権能に対して独立した複数の侵害を想定できることから、共罰的事後行為と解し
て成立を肯定する⁵。本件においても、委託を受けて他人の不動産を占有する者が、勝手に
抵当権を設定し、登記を完了したとしても、他人の不動産を受託者が占有していることに
変わりはなく、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、所有者でなけ
ればできないような処分をしたといえる。

10 よって、検察側は Y 説を採用する。

VI. 本問の検討

第一. 甲の罪責

1. 甲が警官 A に対し、商業施設に爆弾を仕掛けるとの虚偽内容の電話を掛けた行為につき、
15 公務執行妨害罪(95 条 1 項)が成立しないか。

本罪での「脅迫」とは恐怖心を起こさせる目的で他人に害を告知する行為をいうところ、
本件での爆弾を仕掛ける旨の電話は警察官を困らせる目的でなされており恐怖心を起こ
させる目的ではない。よって「脅迫」にあらず公務執行妨害罪(95 条 1 項)は成立しない。

2. では偽計業務妨害罪(233 条後段)が成立しないか。

20 (1). 「偽計」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、
本件で甲は警察官に対し仕掛けるつもりはないのに爆発物を仕掛ける予定でいるとの虚
偽の電話をし、警官 A を欺罔している。そして、虚偽の電話であるにも関わらず警官 A 含
む X 警察署の警官らはそれを信じて錯誤の状態に陥り、実際に警備に当たっている。よっ
て、「偽計」したといえる。

25 (2). もっとも「業務」を「妨害」したといえるか。公務が「業務」(233 条後段)に含まれる
のかがまず問題となる。

ア. 検察側は C 説を採るため、非権力的公務に限り公務も業務に含まれると考えるところ、
本件では一週間の間数十人の警察官が警備をしており、これによって予告がなければ遂
行されていたはずの本来の警察の公務が出来なくなっている。この公務の中に仮に権力
30 的公務が含まれていたとしても、その強制力は、本件の虚偽の内容による妨害行為に対
して行為しうる段階にはなく、このような妨害行為を排除する働きを有しない。したが
って妨害された警察の公務は全体として「業務」にあたるといえる。

イ. また、一週間の間警備を余儀なくされていたため、その間本来の公務をすることが出
来ておらず現に業務妨害の発生が生じているため「妨害」にあたる。

35 よって「業務」を「妨害」したといえる。

⁵ 前掲・松原 332 頁。

(3)さらに、甲は警察官を混乱させるために上記行為を行っており、警察官の業務を妨害することについての認識・認容があったといえるため、故意(38条1項本文)が認められる。

(4)以上より甲の上記行為について偽計業務妨害罪(233条後段)が成立し、甲はその罪責を負う。

5 第二. 乙の罪責

1. 乙がBの土地(以下「本件土地」という)に抵当権を設定した行為(以下「第一行為」という)につき、横領罪(252条1項)が成立しないかがまず問題となる。乙はBに移転していない本件土地の登記を有していたことから法律上占有しており「自己の占有」は認められ、本件土地はB所有の「他人の物」である。そして、土地に抵当権を設定する行為は土地所有者でなければできない行為であることから、当該行為により不法領得の意思が発現されたといえ「横領」にあたる。また、甲は構成要件該当性について認識・認容しており故意(38条1項本文)もみだす。よって、第一行為について横領罪が成立する。

2. では乙が本件土地を丙に売却した行為(以下「第二行為」という)につき横領罪が成立するか。

(1). 乙は「自己」が法律上「占有」する「他人の物」たる本件土地について売却するという不法領得の意思の発現行為、すなわち「横領」行為をしており認められそうにも思える。

(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、重ねて横領罪が成立し得るかが問題となるが、検察側はこの点につきY説を採るため、第二行為についても横領罪が成立すると考える。

3. 罪数

乙の第一行為・第二行為の双方について横領罪が成立し、これらは本件土地の所有権・委託信任関係という同一法益に対する罪であるため包括一罪となる。乙はその罪責を負う。

第三. 丙の罪責

1. 乙の第二行為によって本件土地を買い受けた行為につき、乙との間で横領罪の共同正犯(60条、252条1項)が成立しないか。

(1). 第二行為を構成要件該当性の認められない不可罰的事後行為と考えた場合はそもそも共犯成立の余地がないためまず問題となる。検察側はこれを共罰的事後行為と捉え第二行為についての構成要件該当性を認める。よって共犯成立の余地はあるといえる。

(2). では、第二行為による買い受けが乙との共同正犯となるか。

ア. 民法上二重譲渡について単に悪意である場合にはその譲受人は保護される。かかるものを刑事上処罰すべきではない。そこで共同正犯となるのは背信的悪意者に限られると考える。

イ. 本件において丙は乙の売却行為を知っているため悪意である。しかしそれ以上に背信性を有する事情を認定することはできない。よって丙は悪意者にとどまり、背信的悪意者にあたらない。

したがって丙が乙から当該土地を買い受けた行為について横領罪の共同正犯(60条、25条1項)は成立しない。

2. もっとも丙は当該土地を横領行為によって得られたことを知りながら金を支払って所有権移転登記によって処分権利を取得していることから、盗品等有償譲り受け罪(256条2項)の罪責を負う。
- 5

VII. 結論

甲は、偽計業務妨害罪(233条後段)の罪責を負う。

乙は二つの横領罪(252条1項)の罪責を負い、両者は包括一罪となる。

- 10 丙は盗品等有償譲り受け罪(256条2項)の罪責を負う。

以上