

警察への虚構犯罪通報は偽計業務妨害か？

生 田 勝 義*

目 次

- 1 はじめに 問題の提起
- 2 偽計業務妨害を認めた下級審判例
- 3 その検討(1) 妨害の対象は何か
- 4 その検討(2) 公務と業務
- 5 権力的公務に関する諸説の検討
- 6 権力的公務の意味
- 7 おわりに

1 はじめに 問題の提起

犯罪がないのに、犯罪があったかのように、警察に通報する。あるいは火災がないのに、あるかのように、消防署に通報する。その通報を受けて出動した警察や消防署は無駄骨を折らされる。それに巻き込まれた事業者は業務に支障をきたす。

それらは歴史的には違警罪ないし警察犯として、現行法では軽犯罪として¹⁾、扱われ、対応されてきた。軽犯罪法には、「虚構の犯罪又は災害の事実を公務員に申し出た者」(1条16号)や「他人の業務に対して悪戯などでこれを妨害した者」(1条31号)は拘留又は科料に処するとある。

ところが、最近の刑事実務では、それらを刑法典上の犯罪である偽計業

* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

1) 消防署への火災の虚偽通報には、30万円以下の罰金または拘留に処するとする消防法44条20号もある。

務妨害罪に当たるものとして扱い、対応するという傾向が出てきている。

厳罰化はこういう形でも進行しているわけであるが、とりわけ警察への虚構犯罪通報につきそれを許す直接的な契機として大きかった²⁾のは、テロ対策の進展とそれに伴う警備の強化・拡大への要請³⁾であるように思われる。

例えば、公衆の多数集う駅などに爆弾を仕掛けるとの虚偽の通報があった場合、警察は大々的な警備態勢を敷く。鉄道会社もその警備への協力を要請され、改札業務を一時停止するなど業務に支障が出る。この場合、鉄道会社の業務を脅迫によって妨害したとして威力妨害罪が成立する可能性はある。また、事情によっては脅迫罪が成立し得るであろう。

しかし、脅迫による公務執行妨害罪は成立するのであるか。その脅迫は職務執行中の公務員である警察官に向けられたものではない。それゆえ、公務執行妨害罪には当たらないとされることになる。

ところで、その場合、現行刑法では犯罪類型化されていないが、偽計による公務執行妨害はあったといえるであろうか。この問題は、簡単そうだが、さほど単純ではない。もし、その通報内容が本当であった場合、むしろ警察はその公務を執行したことになるのであって、それを妨害したとはいえない。それでは、それが虚構であった場合はどうか。無駄骨を折らされたことが公務の妨害に当たるのであろうか。警察による犯罪の予防活動(警備)は、事後的に見れば犯罪が行われなかったときでも、事前的に見

-
- 2) 間接的には、公権力の役割を後退させる新自由主義の国家観の影響もあったとみるべきであろう。古くから、公務も全て業務の一種だとして公権力と業務の質的な違いを無視する見解が、一部の学説や検察実務の発想にあった。けれども、それは判例に影響を与えることはできなかった。権力的公務についてまで業務妨害罪の対象になりうるとする判例の登場・変化は、いまだ高裁レベルのものに止まるとはいえ、たんなる判例の内的論理における展開というより、新自由主義という外在的な価値観の変化の投影であるというべきように思われる。生田勝義『人間の安全と刑法』(法律文化社・2010年)19~20頁参照のこと。
- 3) たとえば、大鶴基成「119番への虚偽通報により消防部隊等の出動活動を妨害した事案について、刑法233条の業務妨害罪の成立を認めた事例」研修649号(2002年7月)13-14頁参照。

ればそのおそれがあると合理的に判断される場合に行われるものである（警察官職務執行法4条，5条，6条参照）。虚報による警備活動も警備活動であることに変わりはない。したがって，無駄骨を負わされたことを根拠にして職務執行が妨害されたということはできないはずである。また，職務執行の妨害がないのだから，たとえ警察による警備活動が「業務」に当たると解するとしても，偽計による業務妨害罪も成立しないはずである。

それに対し，犯罪が行われたとの虚報については，過去の事実の告知であるから，脅迫には当たらず，偽計による妨害のみが問題となる。その虚報性が通報受理の段階ですでに明白であり，犯罪捜査のための活動に警察が一切取り組むことがなかった場合はどうか。業務妨害罪は抽象的危険犯だとしてその成立を認めるのであろうか。また，虚報に騙されて警察が聞き込みなどの任意の捜査活動を行った場合，さらには捜索などの強制処分を行った場合は，どうか。それらも警察の通常の「業務」であることに変わりはあるまい。「業務」の内容をそのようにとらえれば，それが妨害されたとはいえないはずである。

虚構の犯罪を警察に通報する行為は，やはり，軽犯罪に当たるにすぎないとするのが素直な解釈ではないか。それにもかかわらずその行為を偽計業務妨害罪に問うとする実務の動きがある。公刊物に収録された2つの下級審判決を素材にして，その論拠はどこにあるのか。また，それが妥当なのか。検討してみたい。

2 偽計業務妨害を認めた下級審判決

- (1) 虚偽通報により海上保安庁職員をして捜索等の徒勞の業務を行わせたなどとした横浜地方裁判所平成14年9月5日判決（判例タイムズ1140号280頁）

主文は，懲役2年。5年間刑の執行猶予。訴訟費用は被告人の負担。

（確定）。

理由は次の通り。

(罪となるべき事実)

被告人は、虚偽の犯罪事実を通報して海上保安庁職員の行政事務、パトロール業務、出動待機業務等を妨害しようとして、平成14年1月6日午後8時52分ころから同日午後9時4分ころまでの間、神奈川県伊勢原市被告人方の架設電話から横浜市中区所在の横浜海上保安部に電話を掛け、同海上保安部警備救難当直に勤務中のA(当時41歳)に対し、そのような事実がないにもかかわらず、「今日19時ちょっと前、江の島の南側で妻と2人で天体観測をしようと、坂道を下がっていたところ、正面の海面に筒のような物が浮き上がってきてふたが開き、中からアクアラングの格好をした5～6人の男が出てきた。その者たちは、がけをよじ登ってその場を去って行った。この者たちは、日本語ではない言葉を交わしていた。」などと、国籍不明の外国人が、本邦内である神奈川県藤沢市 × 丁目付近海域に不法入国した旨虚偽の犯罪事実を通報し、そのころ、上記Aら横浜海上保安部警備救難当直勤務職員をして、同海上保安部所属の巡視船艇及び湘南マリネパトロールステーション職員の出動を指示させるとともに、第三管区海上保安本部警備救難当直に勤務中の職員に対してその旨伝達させた上、同日午後10時ころから同月7日午後7時ころまでの間、同伝達を受理した同海上保安本部の警備救難当直勤務職員及び警備救難部警備課勤務職員らをして、上記内容虚偽の通報に応じて、いずれも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、各種指令、連絡等の徒労の業務を行わせ、出動の指示を受けた横浜海上保安部、下田海上保安部、清水海上保安部及び同海上保安部御前崎海上保安署所属の巡視船艇の職員、羽田航空基地所属の航空機の職員並びに羽田特殊救難基地所属の職員を、上記海域周辺及び江の島に出動せしめて搜索等の徒労の業務を行わせるとともに、いずれもその間、上記横浜海上保安部、下田海上保安部、清水海上保安部、同海上保安部御前崎海上保安署、羽田航空基地、羽田特殊救難基地及び第三管区海上保安本部の職員をして、被告人の通報さえ存

しなければ遂行されたはずの本来の行政事務、パトロール業務、出動待機業務等の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。

（量刑の事情）

被告人の本件犯行動機は、職に就いても長続きせず、両親から生活費の援助を受けて生活している自己の不甲斐なさや妻が入院一人で生活している寂しさ等から気持ちが荒み、自衛隊に入隊していた時の体験や戦争関連の書物等から潜水艦や武器等に関する知識を持っていたことから、平成13年12月22日東シナ海で起きた不審船事件にヒントを得て考えついた判示のような嘘の通報をすることにより、世間をアツと言わせ、かつ、海上保安庁職員が苦労する様を見て日頃の鬱憤を晴らそうとしたことにある。そのような動機は、海上保安庁職員が東シナ海で命の危険を冒して不測の事態に対処し、多くの国民が不安な気持ちでその報道に接したその事件からそれほど日にちが経たない内に、その事件による緊張感、不安感に乗じて行われた全く自己中心的で卑劣なものである。被告人は、あくまで嘘をつき通そうとしたが、警察官から捜査により明らかとなった通報内容の矛盾を突かれ、嘘の通報であることを認めるに至ったものの、それまでの約1日近い間、判示各海上保安部等の諸機関は、その通報内容から非常に大規模な搜索活動を余儀なくされるとともに、東京湾ないし浦賀水道等を航行する非常に多数の船舶の安全航行や海上の治安を守り、さらには、原子力発電所の海上警戒等の非常に重要な任務を担う関係諸機関の本来の業務が妨害された。また、被告人は、本件虚偽通報の報道を介して、多くの国民に更なる多大の不安感を与えた。本件犯行がもたらした影響は極めて大きい。全く常軌を逸した悪質な犯行である。本件のような犯行には模倣性もあり、一般予防の見地からも被告人に対する刑事責任を軽視することはできない。これらの諸点からすると、犯情は悪く、被告人の刑事責任は重い。被告人に対し、実刑をもって処断することも十分考慮しうる事案である。

しかし、幸いにも、関係諸機関が本件虚偽通報により緊急出動等している間に海上航行、原子力発電所の警備及び治安上等の不測の事態が生じなかったこと、被告人は、現在では本件犯行の重大性を悟り、判示海上保安部等関係諸機関や国民に対し深く謝罪し、二度と本件のような犯行を行わないことを誓い、関係諸機関が徒労の業務を行ったことによる費用相当損害額だけは弁償していること、被告人には前科がないこと、被告人の父親が今後できる限りの被告人の指導監督をし、被告人の妻も二度と本件のようなことのないように被告人を支えていく気持ちを述べていること等の被告人のために斟酌すべき事情があるので、今直ちに実刑に処するのはやや酷に過ぎると考えられる。そこで、以上の諸事情を総合考慮した上、被告人に対しその刑の執行を猶予することとし、主文のとおり量刑する。(下線は生田)

(求刑 懲役2年)

- (2) インターネット掲示板に1週間以内に駅で無差別殺人を実行するとの虚構の予告通報をした事件に対する東京高等裁判所平成21年3月12日判決(判タ1304号302頁)

主文：控訴棄却。(確定)

理由は次の通り。

論旨は、法令適用の誤りの主張であり、原判決は、被告人が、平成20年7月26日、茨城県a郡b町の自宅において、同所に設置されたパーソナルコンピューターを操作して、そのような意図がないにもかかわらず、インターネット掲示板に、同日から1週間以内に東日本旅客鉄道株式会社土浦駅において無差別殺人を実行する旨の虚構の殺人事件の実行を予告し、これを不特定多数の者に閲覧させ、同掲示板を閲覧した者からの通報を介して、同県警察本部の担当者らをして、同県内において勤務中の同県土浦警察署職員らに対し、その旨伝達させ、同月27日午前7時ころから同月28日午後7時ころまでの間、同伝達を受理した同署職員8名をして、上記土浦

駅構内及びその周辺等への出勤、警戒等の徒労の業務に従事させ、その間、同人らをして、被告人の予告さえ存在しなければ遂行されたはずの警ら、立番業務その他の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、との事実を認定し、業務妨害罪（刑法233条）が成立するとしているが、本件において妨害の対象となった警察官らの職務は「強制力を行使する権力的公務」であるから、同罪にいう「業務」に該当せず、同罪は成立しないから、原判決には法令適用の誤りがある、というのである。

そこで、検討すると、上記警察官らの職務が業務妨害罪（刑法234条の罪をも含めて、以下「本罪」という。）にいう「業務」に該当するとした原判決の法令解釈は正当であり、原判決が「弁護人の主張に対する判断」の項で説示するところもおおむね正当として是認することができる。

すなわち、最近の最高裁判例において、「強制力を行使する権力的公務」が本罪にいう業務に当たらないとされているのは、暴行・脅迫に至らない程度の威力や偽計による妨害行為は強制力によって排除し得るからなのである。本件のように、警察に対して犯罪予告の虚偽通報がなされた場合（インターネット掲示板を通じての間接的通報も直接的110番通報と同視できる。）、警察においては、直ちにその虚偽であることを看破できない限りは、これに対応する徒労の出勤・警戒を余儀なくさせられるのであり、その結果として、虚偽通報さえなければ遂行されたはずの本来の警察の公務（業務）が妨害される（遂行が困難ならしめられる）のである。妨害された本来の警察の公務の中に、仮に逮捕状による逮捕等の強制力を付与された権力的公務が含まれていたとしても、その強制力は、本件のような虚偽通報による妨害行為に対して行使し得る段階にはなく、このような妨害行為を排除する働きを有しないのである。したがって、本件において、妨害された警察の公務（業務）は、強制力を付与された権力的なものを含めて、その全体が、本罪による保護の対象になると解するのが相当である（最高裁昭和62年3月12日第一小法廷決定・刑集41巻2号140頁も、妨害の対象

となった職務は、「なんら被告人らに対して強制力を行使する権力的公務ではないのであるから、」威力業務妨害罪にいう「業務」に当たる旨判示しており、上記のような解釈が当然の前提にされているものと思われる。

所論は、〔1〕警察官の職務は一般的に強制力を行使するものであるから、本罪にいう「業務」に当たらず、〔2〕被告人の行為は軽犯罪法1条31号の「悪戯など」に該当するとどまるものである、というようである。

しかし、〔1〕については、警察官の職務に一般的に強制力を行使するものが含まれるとしても、本件のような妨害との関係では、その強制力によってこれを排除できず、本罪による保護が必要であることは上述したとおりであって、警察官の職務に上記のようなものが含まれているからといって、これを除外した警察官の職務のみが本罪による保護の対象になると解するのは相当ではない。なお、所論の引用する最高裁昭和26年7月18日大法廷判決・刑集5巻8号1491頁は本件と事案を異にするものである。

〔2〕については、軽犯罪法1条31号は刑法233条、234条及び95条（本罪及び公務執行妨害罪）の補充規定であり、軽犯罪法1条31号違反の罪が成立し得るのは、本罪等が成立しないような違法性の程度の低い場合に限られると解される。これを本件についてみると、被告人は、不特定多数の者が閲覧するインターネット上の掲示板に無差別殺人という重大な犯罪を実行する趣旨と解される書き込みをしたものであること、このように重大な犯罪の予告である以上、それが警察に通報され、警察が相応の対応を余儀なくされることが予見できることなどに照らして、被告人の本件行為は、その違法性が高く、「悪戯など」ではなく「偽計」による本罪に該当するものと解される。

その余の所論を検討しても、原判決に法令適用の誤りはなく、論旨は理由がない。（下線は生田）

3 その検討（１） 妨害の対象は何か

(1) 判例の検討

それらの判決は、偽計による業務妨害罪の成立を認めたのであるが、妨害の対象となる業務をどのようにとらえたのであろうか。それらの判決に対する評釈をはじめとして本稿のテーマに関係する文献においては、この点の分析・検討が極めて重要であるにもかかわらず不足しているように思われる⁴⁾。

横浜地判平成14年9月5日は、「徒労の業務」と「ともに」、「遂行されたはずの本来の業務」を挙げているように見える。

「いずれも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、各種指令、連絡等の徒労の業務を行わせ、出動の指示を受けた横浜海上保安部、下田海上保安部、清水海上保安部及び同海上保安部御前崎海上保安署所属の巡視船艇の職員、羽田航空基地所属の航空機の職員並びに羽田特殊救難基地所属の職員を、上記海域周辺及び江の島に出動せしめて搜索等の徒労の業務を行わせるとともに、いずれもその間、上記横浜海上保安部、下田海上保安部、清水海上保安部、同海上保安部御前崎海上保安署、羽田航空基地、羽田特殊救難基地及び第三管区海上保安本部の

4) これらの判決に関する判例評釈として、(1)横浜地判平成14年9月5日については、鎮目征樹「公務に対する偽計業務妨害罪の成否」刑事法ジャーナル6号(2007年1月)70-74頁、(2)東京高判平成21年3月12日については、田山聡美「犯罪予告の虚偽通報がなければ遂行されたはずの警察の公務と偽計業務妨害罪にいう『業務』の意義」刑事法ジャーナル20号(2010年1月)73-78頁、本田稔「警察官の公務と偽計業務妨害罪にいう業務との関係」法学セミナー664号(2010年4月)135頁、山崎耕史「犯罪予告の虚偽通報を受けて警察が出動した場合の業務妨害罪の成否」警察学論集63巻9号(平成22年9月)150-160頁などがある。ところが、これらの判例評釈においては、上記2つの判決が妨害対象に当たるとした「業務」内容が従来の業務のとらえ方に照らしても異常であり、問題であることが分析、検討されていない。しかし、比較法的に見ても、この点の分析・検討が問題の本質にかかわるものとして重要なように思われる。

職員をして、被告人の通報さえ存しなければ遂行されたはずの本来の行政事務、パトロール業務、出勤待機業務等の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」とあるからである。

それに対し、東京高判平成21年3月12日は、遂行されたはずの本来の公務(業務)が妨害の対象であるかのように判示をしている。すなわち、その原審が「上記土浦駅構内及びその周辺等への出勤、警戒等の徒労の業務に従事させ、その間、同人らをして、被告人の予告さえ存在しなければ遂行されたはずの警ら、立番業務その他の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、」との判示をうけ、「これに対応する徒労の出勤・警戒を余儀なくさせられるのであり、その結果として、虚偽通報さえなければ遂行されたはずの本来の警察の公務(業務)が妨害される(遂行が困難ならしめられる)のである。」としているからである。

この論点については、「問題提起」において前述したように、「徒労」であった犯罪捜査や警備活動もやはり法律に基づく「職務の執行」として為されたのであり、それらの活動が妨害されたわけではない。警備活動などは、寿司屋に偽の注文をして、頼んでもいない他人に寿司を届けさせ、損害を与える、といった事案とは異なるというべきであろう。この事例の寿司屋は、「徒労」という以上に、その営利活動という業務を阻害されているからである。それゆえ、徒労の警備活動を「妨害の対象」としなかったと解することができる東京高判平成21年3月12日のとらえ方の方が妥当であるといえよう。

それでは次に、「遂行されたであろう本来の公務(業務)」が「妨害の対象」となるのであろうか。このような公務(業務)は、現実に行われた、あるいは直接に妨害された公務(業務)執行でなく、単に可能であった公務(業務)であるにすぎない。それでは執行の可能性が低く、それが行われるかどうか不明なものまでが対象にされかねない。現に、横浜地判平成14年では、量刑事情としてはあるが、「幸いにも、関係諸機関が本件虚偽通報により緊急出勤等している間に海上航行、原子力発電所の警備及び治安上等の不測の事態が生じなかった」(下線は生田)という事実が挙げ

られている。

それまでの業務妨害罪では妨害の対象が一応特定できたといえるのに、今回は妨害の対象が不確定である。

ところで、虚構通報事案の可能的公務執行には虚構通報との間に因果関係が認められるのであろうか。つまり、「その虚構通報Aがなければ、当該公務執行の妨害Bはなかった。」といった関係が存在するのであろうか。因果関係はまず、「AがなかったならばBがなかった」という条件関係の公式で認定される、その際、条件関係の一義的確定の要請に応えるためには、AもBも現実に存在した事実でなければならない。それゆえ、ここでの条件関係は、現実になされた虚構通報Aがなかったならば、公務執行の妨害Bはなかったというのでなければならない。

確かに、業務妨害が抽象的危険犯だとする判例の立場からは公務（業務）執行妨害の結果は不要とされる。けれども、その立場からであっても、少なくとも当該公務（業務）執行は現実に存在したものでなければならないというべきであろう。大判昭和11年5月7日刑集15巻573頁が「妨害の結果を発生せしむべき虞ある行為を為すに依り成立」としているのは「概念的には正確でなく、かようなおそれのある状態が発生した時に既遂となるとみるべきだとも思う。単純行為犯ではなく、法益侵害の危険の発生は必要だと解する⁵⁾」という見解も、対象となる業務が特定されていることを前提とするものといえよう。なお、その大判昭和11年5月7日においても、偽計による妨害の対象とされたのは理髪業者により雇われた者により現実に営まれていた特定の理髪業務なのである。

ところが、虚偽通報事案での業務妨害肯定説は、虚偽通報がなければ行われたであろう公務執行が妨害の対象であると考え。そうすると、その公務執行は現実に行われたものではない。そのような公務執行は、仮定的事実であるにすぎない。仮定的事実としての公務執行は種々観念すること

5) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社・第5刷2003年）539頁。

ができる。潜在的な、また可能的な公務執行にすぎないものが、保護の対象としてとらえられる。公務に特定性がない。そのように曖昧な公務を刑法で保護することは刑法の明確性原則に照らし許されないのではないか。そのような事案の構造は、普通の業務妨害罪の業務妨害とは異なるのではないか。

もっとも、最高裁の裁判例には、次のようなものがある。最判昭和28年1月30日刑集7巻1号128頁は次のようにいう。「刑法二三四条業務妨害罪という業務の『妨害』とは現に業務妨害の結果の発生を必要とせず、業務を妨害するに足る行為あるをもつて足るものであり、又『業務』とは具体的個々の現実に執行している業務のみに止まらず、広く被害者の当該業務における地位に鑑みその任として遂行すべき業務をも指称するもの(下線は生田)と解するを相当とするのである。しかるに原審は当時工場長Nが工場事務所の二階専務室内において現実に執務をしていたか否かの点並びにその点に関する被告人の具体的認識の有無について判断説示をするに止まり、広く工場長たる地位に鑑みその任として遂行すべき業務の範囲並びにその業務の遂行を阻害することについての認識の有無について判断を加えることなく、たやすく業務妨害罪の成立を否定したものであつて、従つて原判決には刑法二三四条の業務妨害罪に関する業務の意義に関し法令の解釈を誤つたか、又はこの点に関する審理不尽乃至理由不備の違法があるものといわねばならない。(被告人が専務室内において生産計画事務に従事するN工場長の業務の執行を妨害したものであるとの本件公訴事実中には、第一審判決認定のごとく『工場長の生産計画事務その他社内における執務を妨害した』との事実をも包含するものと解するを相当とすべきであるのみならず、原審における検事の公訴事実の陳述は「第一審判決認定の事実と同一」となつていところである)。されば論旨は理由があり、原判決は既にこの点において破棄を免かれぬものである。」と。

この判決の下線部分は判例理論(傍論)であり、『工場長の生産計画事務その他社内における執務を妨害した』、つまり工場長をその勤務中に

2時間も仕事をさせなかったことが業務妨害になるというのが判例に当たるといふべきだろう。ここでもやはり、工場長が会社内で勤務中に現実に行っていた事務が対象とされているのである。

また、「業務の執行自体の妨害にかぎらず、ひろく業務の経営の阻害を含む」とする判決（大判昭和8年4月12日刑集12巻413頁）とそれを支持する見解⁶⁾もある。

その大判昭和8年判決の事案は、原判決によると次のようなものだった。

被告人八大衆党員及全国農民組合栃木県連合会執行委員ナル処昭和七年三月下旬上都賀郡日光町自動車運輸営業Aト其ノ従業員間ニ労働爭議ヲ惹起セルニ際シ他ノ同志ト共ニ其ノ応援中A八同町神山旅館業Kト親戚ナルヲ以テ偽計ヲ用ニ爭議ヲ従業員ノ有利ニ解決センコトヲ企テ同月三十一日「客は逃出す神山旅館お客と爭議団の総検束、上を下への神山旅館、泊るな神山危険な旅館、首切りの尻押、客をゴマカす」「広告、愚息永らく肺病にて床に臥し居りたる処死亡に付休業仕候加ふるに係争中の自動車爭議悪化の為お客は一切御断はり申上候神山旅館」「爭議団活躍の中心地、命あつての物种、客は逃出す神山旅館」トノ虚偽ノ事実ヲ記載セル宣伝ビラ一種ニ付八十枚乃至二百枚ヲ謄写版ニテ印刷シ之ヲ同町字上町ノ電柱数ヶ所ニ貼用シ又同町字御幸町字松原町等ニ数枚ヲ撒布シ以テKノ信用ヲ毀損シ且其ノ業務ヲ妨害シタルモノ」で「刑法第二百三十三条ニ該当スルヲ以テ懲役刑ヲ選択シテ被告人ヲ懲役三月ニ処スヘキモノトス」というものである。

大判昭和8年の判示は「仍テ按スルニ刑法第二百三十三条ニ所謂信用毀損罪八人ノ経済的方面ニ於ケル価値即チ人ノ支払能力又ハ支払意思ニ対スル社会的信頼ヲ失墜セシムルノ虞アル行為ヲ為スニ依リテ成立スルモノナレハ本件ニ於ケルカ如ク単ニ虚偽ノ事項ヲ記載シタル宣伝ビラヲ貼付又ハ

6) 団藤・前掲書538頁参照。

撒布シテ旅館経営ヲ阻害スルノ行為ニ出テタル場合ニ於テ之ヲ目シテ信用毀損罪ヲ構成スルモノト解スヘカラサルコト寔ニ所論ノ如シ然レトモ業務妨害罪ハ虚偽ノ風説ヲ流布シ又ハ偽計ヲ用ヒ人ノ業務ヲ妨害スルニ依リテ成立シ其ノ妨害ト謂フハ密ニ業務ノ執行自体ヲ妨害スル場合ノミナラス汎ク業務ノ経営ヲ阻害スル一切ノ行為ヲ指称スルモノト解スヘキカ故ニ判示ノ如ク内容虚偽ノ宣伝ビラヲ貼付又ハ撒布シタル以上自ラ旅館営業ノ経営ヲ阻害シタルコトヲ看取スルニ難カラサルヲ以テ業務妨害罪ヲ構成スルヤ論ナシ而シテ所論宣伝ビラニ記載セラレタル事項カ虚偽ナルコトハ原判決引用ノ証拠ニ徴シテ極めて明白ナル所ニシテ被告人ニ於テ右事實ヲ真実ナリト誤信シタリト認ムルニ足ル証拠ノ存在スルコトナシ然ラハ原判決カ判示宣伝ビラヲ貼付又ハ撒布シタルノ事實ヲ認定シ之ヲ信用毀損罪ニ間擬シタルハ妥当ヲ欠クノ嫌ナキニ非スト雖業務妨害罪トシテ刑法第二百三十三条ニ該当スルコト叙上ノ如クナルヲ以テ原判決ニハ結局擬律錯誤ノ違法アルモノト云フヘカラス若シ夫レ被告人ニ於テ該事實カ真実ナリト信シ居タル旨ノ主張ノ如キニ至リテハ単ナル犯意ノ否認ニ過キスシテ刑事訴訟法第三百六十条第二項ニ所謂犯罪ノ成立ヲ阻却スヘキ原由タル事実上ノ主張ニ該当セサルヲ以テ特ニ此ノ点ニ付判断ヲ示ササリシ原判決ハ正當ニシテ論旨ハ理由ナシ」というものである。

この判決においても、現実になされていた特定の「経営」が妨害の対象とされていることに変わりはない。

以上のことから、判例も、妨害対象となる業務が何らかの形で現存することを必要としているものといつてよい。

前記した虚偽通報事案に対する下級審判決では、本来の業務として予定されているという意味で可能であったにすぎない業務まで「妨害」の対象とするものであった。しかしながら、本来の業務に当たるものであっても行為等時は単に可能であったにすぎない業務は、現実には存在していなかったものである。そのような業務に対する「妨害」は極めて間接的で観念的なものであるにすぎない。それを業務妨害罪の「妨害」の対象である

といってよいのであろうか⁷⁾。さらにいえば、「本来の公務」が日常現実に行われていたものである場合でも、それは元々、「大事件が認知されたとき」はその事件対応に回されるものだったのではなかろうか。

(2) 警察への虚構犯罪通報の侵害対象と刑法

以上述べてきたことから分かるように、警察への虚構犯罪通報によって侵害されうるとされる対象は、警察のもつ「潜在的な作用可能性」である。このようなものが犯罪の対象として刑法による保護にあたいるのだろうか。この疑問があるから、伝統的にそれは違警罪や警察犯にとどまるものとして扱われてきたのではないのか。

もっとも、そのような潜在的な作用可能性を保護しようとする犯罪を刑法に規定する立法例もある。その一例が、ドイツ刑法典である。

「ドイツ刑法145条d（犯罪行為の虚偽告発）

(1) 間違っていると分かっているが、官庁又は告発の受理を管轄する官署に対して、

1 違法な行為が行われ、又は

2 第126条第1項に掲げる違法な行為の実現が切迫している

かのように装った者は、この行為が、第164条、第258条又は第258条aで処罰の対象となっていないときは、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

(2) 間違っていると分かっているが、

1 違法な行為、又は

2 第126条第1項に掲げる切迫した違法な行為

7) 東京高判平成21年3月12日が「その強制力は、本件のような虚偽通報による妨害行為に対して行使し得る段階にはなく」（下線は生田）とした点については、「段階」か「局面」か「状況」か、などといった議論がなされている。しかし、その妨害行為の対象になる「本来の業務」は存在可能であるにすぎないという意味で仮定のものでよいのだから、「段階」云々は問題にするまでもないのではなかろうか。

への関与者について第1項に掲げる官署の一を欺罔しようと試みた者も、前項と同一の刑に処する。⁸⁾」

なお、この規定は、2009年7月29日の第43次刑法変更法により改正され、第3項と第4項が追加された。この追加に対しては、過剰な完全主義だとの批判もある。侵害対象の基本部分に変わりはないので、改正145条dの原文をそのまま引用するにとどめておく⁹⁾。

§ 145 d Vortäuschen einer Straftat

- (1) Wer wider besseres Wissen einer Behörde oder einer zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Stelle vortäuscht,
 1. daß eine rechtswidrige Tat begangen worden sei oder
 2. daß die Verwirklichung einer der in § 126 Abs. 1 genannten rechtswidrigen Taten bevorstehe,wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in § 164, § 258 oder § 258 a mit Strafe bedroht ist,
- (2) Ebenso wird bestraft, wer wider besseres Wissen eine der in Absatz 1 bezeichneten Stellen über den Beteiligten
 1. an einer rechtswidrigen Tat oder
 2. an einer bevorstehenden, in § 126 Abs. 1 genannten rechtswidrigen Tat zu täuschen sucht.
- (3) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer
 1. eine Tat nach Absatz 1 Nr. 1 oder Absatz 2 Nr. 1 begeht oder
 2. wider besseres Wissen einer der in Absatz 1 bezeichneten Stellen vortäuscht, dass die Verwirklichung einer der in § 46 b Abs. 1 Satz 1 Nr.

8) これは、2006年3月1現在のドイツ刑法を翻訳した法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』(法務資料461号、平成19年3月)を参考に、若干の語句につき訳語を変更したものである。

9) この全文についての翻訳は、野澤 充「ドイツ刑法の量刑規定における新しい王冠証人規定の予備的考察」神奈川法学43巻1号(2010年)112~113頁にある。

- 2 dieses Gesetzes oder in § 31 Satz 1 Nr. 2 des Betäubungsmittelgesetzes genannten rechtswidrigen Taten bevorstehe, oder
- 3 . wider besseres Wissen eine dieser Stellen über den Beteiligten an einer bevorstehenden Tat nach Nummer 2 zu täuschen sucht, um eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe nach § 46 b dieses Gesetzes oder § 31 des Betäubungsmittelgesetzes zu Erlangen.
- (4) in minder schweren Fällen des Absatzes 3 ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

ドイツ刑法145条 d の立法趣旨については、様々な捉え方がある。官公庁機構（Apparat）の不当な使用や、グローバルな意味での捜査効果のかく乱を防止するとか、官公庁の潜在的な作用可能性（das behördliche Arbeitspotential）を精神化された中間法益という意味における本来的保護法益として捉えるとか、が挙げられている。ここには、第三者の騙す行為の結果として、不要な投入により司法機関や予防機関がその本当の任務を履行できなくされることから、それらの機関を守るという目的がある、とされる¹⁰⁾。もっとも、官公庁機構の不当な使用を防止するというだけであれば、不当な使用により何が侵害されるのかが明確に示されているとはいえない。一般的な侵害対象についての捉え方としては、官公庁の潜在的な作用可能性とする見解が妥当といえよう。

ここで確認しておかなければならないのは、ドイツ刑法145条 d が虚偽告発に関する同法164条を補完して刑事司法や予防（警察）機関の保護に奉仕するものと考えられていることである。すなわち、145条 d は国家法益に対する罪に位置するわけである。それに対し、日本刑法の業務妨害罪は個人法益に対する罪である。

立法論としてドイツ刑法145条 d のような規定を設けるべきだとの見解も出てくるかもしれない。しかし、そのような立法には、ドイツでの経験

10) Vgl. Schönke-Schröder, StGB 28. Aufl., 2010, S. 1495.

に照らしても、問題が多い。

まず、その条項が刑法典に規定されるに至った契機についての問題である。ドイツ刑法の伝統では例外的であるに過ぎなかったものが、ナチス時代に行われたオーストリア刑法との調整においてオーストリア刑法で詐欺の一種とされていたものをドイツ刑法に取り入れたということである。そこにも保護法益をめぐる混迷の要因があるといえよう。また可罰的な範囲を明確にできるのかという問題がある。行為者が自己庇護のために虚偽犯罪を通報してしまう場合には伝統的に不可罰と考えられてきた自己庇護行為まで処罰することになってしまうとする批判が古くからあった¹¹⁾。また、それを抽象的危険犯だとすると結局のところ、国民に真実を語る義務を課する、つまり嘘を刑罰でもって禁じるものになってしまうのではないかとの批判¹²⁾もある。

4 その検討(2) 公務と業務

(1) 公務執行妨害罪の公務の範囲

公務執行妨害罪の「職務」つまり公務の意味や範囲については、争いがある。旧刑法第2編第3章第2節「官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪」の中で139条は、「官吏其職務ヲ以テ法律規則ヲ執行シ又ハ行政司法官署ノ命令ヲ執行スルニ当リ」と規定されていた。これは、当時のフランス刑法などにも見られた権力反抗罪としての性格が明確なものであった。

ところが、現行刑法の制定過程で、法律規則や命令を執行する場合に限るのでは狭すぎるとの見解から、法律規則や命令に替えてより一般的な

11) vgl. Schild, NomosKOMMENTAR 3. Aufl., 2010, S. 3368. 日本でも同じ問題がある。自己庇護のためにする偽計による公務妨害が形を変えて業務妨害罪としても処罰できないのは、刑事司法作用に対する関係では自己庇護不可罰の原則があるからである。その刑事司法作用は、「強制力を行使する」ものに限られないし、また、強制力を行使する「段階」とか「局面」に限られないというべきである。

12) Vgl. Stephan Stübinger, Die Vortäuschung einer Straftat (§ 145 d StGB), Legitimationsprobleme einer Strafnorm, GA 2004, S. 338 ff.

「職務」という言葉が用いられることになった¹³⁾。すなわち、公務執行妨害罪は、「第五章 公務の執行を妨害する罪」の中でその第95条において「公務員がその職務を執行するに当り」と規定されるにいたったわけである。

現行刑法制定直後から判例は、刑法95条では広く公務一般が含まれると解するにいたる¹⁴⁾。通説もそれを支持するものであった。

けれども、現行刑法でも、公務の「執行」であって、単なる「公務妨害」でないことに注意する必要がある。この点は、業務妨害罪が「業務を妨害した」（刑法233条および234条）と規定するにとどまること、また、改正刑法仮案では、第7章が「公務妨害ノ罪」とされ、その中で第208条が「公務員ノ職務ヲ行フニ当リ」とされて、「執行」という言葉が外されたことと対比すると、刑法解釈において軽視できないものというべきである。「公権力の行使」を妨害するというのが公務執行妨害罪には不可欠というべきである。

第二次世界大戦後、日本国憲法による国家観の転換をうけ、公務執行妨害罪の政治犯的性格、国家の権力行使と国民の自由との緊張関係への認識の深まりとともに、「職務」は「権力的公務」であるとの理解が登場¹⁵⁾す

13) このように対象となる公務の範囲を拡大するにいたったことと、当時の官僚制度の確立・整備の動きが符合していることを指摘するのが、村井敏邦『公務執行妨害愛の研究』（成文堂、1984年）91頁以下。立法過程で主として問題になったのは、官吏侮辱罪の存廃であり、それは設けないことで決着した。

14) 大判明治42年11月19日刑録15輯1641頁など参照。

15) たとえば、谷口正孝・大関隆夫「公務の妨害」判例タイムズ70号（1957年6月15日号）38頁以下参照。そこでは次のように述べられていた。明治40年制定の現行刑法95条につき「政府の提案理由は『改正案は「広く公務員の職務執行の安全及び公務員又は公務所の尊厳を保護する目的を以て」云々』といい、その公務が狭く法律、規則、命令等の執行行為に限られるべきでないことを明らかにしている」……刑法沿革総覧2167頁。そのような明治の立法者意思が「憲法を頂点とするわが実定法秩序の構造の中において果してそれがよく妥当し得るものかどうかについても今一度吟味してみてもよいであろう。」と。さらに藤木英雄「公務執行妨害罪における職務の適法性」法書時報第24巻第7号（昭和47年7月1日）1頁～29頁、等を参照。

る。その流れは2つに分かれる。1つは、公務のうち妨害罪で保護されるのは権力的公務だけであり、非権力公務は公務執行妨害罪によってもまた業務妨害罪でも保護されないとするもの。もうひとつは、非権力的公務は業務妨害罪で保護されるとするものである。ここにおいて、公務と業務の関係が改めて問題とされるにいたる。

(2) 公務執行妨害罪と業務妨害罪の関係 公務も業務か

公務執行妨害罪が公務一般を捕捉するものと解されても、戦前の日本のように権威主義的な国家・行政観が支配的なところでは、公務は業務とは異なるとの理解につながるが、行政国家化の中で公務の範囲が広がるとか、戦後日本におけるように権威主義的な国家・行政観が人権論的観点から見直される中では、国家の公権力性に対する要請と並んで現実の公務の中には業務と同じものがあるとの認識が出てくる。前者の理解によると、偽計や威力による公務妨害は一般的に不可罰ということになる。後者の認識によると、公権力的公務と業務とは質的に異なるが、それ以外の公務は業務と同質のものと解されることになる。もっとも、人権論にも種々あって、それらの中には、個々バラバラな個人の権利を論じるだけで、人権にとっての公権力の重要性を無視するものもあるが、それは、人権論が社会契約説との密接な関連の下で主張され発展してきたという歴史に照らしても、一面的であり、誤りであるというべきであろう。

そのようにして、公務執行妨害罪と業務妨害罪との関係についての戦後日本における課題は、第1に、公権力的公務が暴行・脅迫による妨害に対してのみ保護されるのはなぜか、第2にその理由と関わって、公権力的公務の範囲はどこまでか、これら2つの問題を解明することにあるといつてよい。

1) 判例の展開

判例は戦前において、初期には公務も業務妨害罪の業務に含まれ得るとするもの(裁判所の競売を偽計を以て妨害したという事案 これ自体は旧

刑法時のもの に対する大判明治42年2月19日刑録15輯120頁）があったものの、その後の判例では、公務と業務は別物であり、業務妨害罪の業務に公務が含まれることはないとするにいたっていた。これは、戦前の絶対主義的天皇制の国家・行政観に合致するものであったといえよう。

小学校教員が校長保管に係る教育勅語謄本等を教室の天井裏に隠匿した事件につき「刑法第二百三十三条ニ所謂業務トハ……諸般ノ事務ヲ汎称スルモノナリト解スヘキカ如シト雖モ公務ノ執行ヲ妨害スル罪ハ別ニ刑法第九十五条第九十六条ニ規定シアリテ本条ノ罪ヲ構成セサルヲ以テ公務員ノ職務ハ本条ノ業務中ニ包含セスト論スルヲ相当トス」として偽計業務妨害罪の成立を否定し（大判大4年5月21日刑録21輯663頁）、また、傍論としてではあるが、刑法233条の「業務ハ公務ヲ除ク外精神的ナルト経済的ナルトヲ問わず汎ク職業其他継続シテ従事スルコトヲ要スヘキ事務又ハ事業ヲ総称シ」（大判大正10年10月24日刑録27輯643頁）として、公務を除いていた。

戦後、最高裁判所は、現行犯としての検挙に向かった警察官に対しスクラムを組むなどして氣勢を上げた労働者等について威力業務妨害罪の成立を否定した（最（大）判昭和26年6月18日刑集5巻8号1497頁）。これは、その警察官の職務が公権力的公務の典型ともいべき強制的な権力的公務であったので、戦後の価値観に照らしても当然の結論である。

ところが、その後、現業的公務である国鉄の職務が威力業務妨害罪の対象にもなるとする判例（最判昭和35年11月18日刑集14巻13号1713頁）が登場する。公務の中には公務執行妨害罪と業務妨害罪の両者によって保護されるものがあり、これらにおいては暴行・脅迫によるときは公務執行妨害罪に、威力や偽計によるときは業務妨害罪に当たるとするものである。最大判昭和41年11月30日刑集20巻9号1076頁は、この最判昭和35年を支持するとともに、前記大判大正4年および大判大正10年はその最判昭和35年によりそれに反する限りにおいて変更されているとした。これらは現実の効果として、国鉄労働者の労働争議に対する刑罰権による介入の拡大を是認

するものであり、法理論的には、国家的法益である公権力の作用と個人法益である業務の自由との質的差異を曖昧にするものであった。

さらに最高裁判所は、非現業的公務である、新潟県議会総務文教委員会の条例案採決などの事務についても、「強制力を行使する権力的公務ではないのであるから、右職務が威力業務妨害罪にいう『業務』に当たるとした原判断は、正当である」(最決昭和62年3月12日刑集41巻2号140頁)と判示するにいたる。また、公職選挙法上の選挙長の立候補届出受理事務につき、「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(平成七年法律第九一号による改正前のもの)二三三条、二三四条にいう『業務』に当たるとした原判断は、正当である」(最決平成12年2月17日刑集54巻2号38頁)としている。これは逆にいえば、「強制力を行使する権力的公務」は「業務」には当たらない、すなわち、そのような公務については、偽計による業務妨害罪の対象にもならないということである。公権力作用の典型事例については公務と業務の質的差異を認めるが、それ以外の公権力作用については業務との同質性を認めるというわけである。その後も、最高裁判所は、東京都による動く歩道設置に伴う環境整備工事が「強制力を行使する権力的公務」でないという理由で「業務」に当たらないとしている(最決平成14年9月30日刑集56巻7号395頁参照)。

2) 学 説

公務と業務の関係についての学説には諸説¹⁶⁾がある。公務は全て業務でもあるとする「業務の公務包摂」説、その反対に、公務はすべて業務に当たらないとする「公務・業務峻別」説があり、それらの中間に、権力的公務だけが公務であり、それ以外の公務は業務妨害罪にも当たらないとする説、権力的公務は公務執行妨害罪のみ、非権力的公務や現業的公務は業務にしか当たらないとする説、権力的公務は公務執行妨害罪のみ、非権力的公務は公務にも業務にも当たるとする説 権力的公務は公務

16) なお、学説の整理については、大塚 仁ほか編『大コメンタール刑法第二版 第6巻』(青林書院・1999年)(頃安健司執筆)146~148頁参照のこと。

執行妨害罪のみで業務に当たらないが非権力的・非現業的公務は公務と業務の両者に当り、現業的公務は業務にしかあたらないとする見解などがある。

その説は、権力的公務をも業務の一種とする点で、公権力作用という国家的法益と個人的法益の違い・区別を無視するものであり、妥当でない。また、説も、行政国家化するなかで、給付行政や行政サービスの拡大などにより「公務」の範囲が広がり、公権力の行使とはいえない職務や民間の事業と変りのない職務が増えているという状況に対応できない。説では、非権力的公務の妨害が不可罰になるが、業務妨害罪に比べて保護されなくなる合理的理由がない。なお、現業的公務は、公権力の行使に当たらないというべきことから、業務にしか当たらないというべきだろう。

以上の学説の対立において残された解決すべき論点は、権力的公務の内容をいかにとらえるか、またそれが業務妨害罪に当たらないとする理由は何か、ということにある。

5 権力的公務に関する諸説の検討

(1) 「強制力を行使する権力的公務」説

検察実務家の主張としては、公務は業務の一種であり公務は全て業務でもあるという「業務の公務包摂」説（無限定積極説）が一般的である。

しかし、最高裁判所の判例は、それとは異なり、公務の中には公務執行妨害罪の対象にしかならないものと公務執行妨害罪と業務妨害罪の両者の対象にもなるものとが有ると考えている。その両者の区別は、「強制力を行使する権力的公務」であるか否かにより行われる。「強制力を行使する権力的公務」は、業務妨害罪によっては保護されない、つまりそのような公務は「業務」に当たらないとするわけである。

それでは、「強制力を行使する権力的公務」とはいかなる意味か。権力的公務には「強制力を行使する」ものと「強制力を行使しない」ものがあり、そのうち前者のみを指しているのか。それとも、権力的公務というも

のは強制力を行使するものだと一般的にいいものかということなのか。両方の解釈が可能である。さらに、「強制力を行使する」とは何を意味するのか。強制力を直接に行使するものに限るのか、それとも、間接的に行使するものも含むのか。さらには、公権力性、つまり権力留保説でいわれる、「国または地方公共団体が優越的な立場に立ち国民の自由意思(自己決定権)を抑圧して一方的に法律関係を決定¹⁷⁾」する場合をも含むのか。最高裁の判例は、それらの問題に明確には答えていない。つまり、判例はそれらの問題に開かれたままであるというべきなのである。

(2) 「強制力 = 自力執行力」論

検察実務家の論考には、最高裁判例にいう「強制力」とは「自力執行力」であると解するものが多い¹⁸⁾。その主たる狙いは、権力的公務であっても偽計など自力執行力によって対抗できないものに対しては業務妨害罪による保護が必要であるという理由で、偽計による公務妨害は刑法233条の偽計による業務妨害罪に当たるとするところにあるといってい¹⁹⁾。確か

17) 原田尚彦『行政法要論(全訂第五版)』(学陽書房, 2004年) 86頁。

18) たとえば、大塚ほか編・前掲『大コンメンタール刑法第二版第6巻』(頃安健司執筆) 152頁参照。そこでは、新潟県議会総務文教委員会の条例案採決等の事務を妨害した事案に対し、「強制力を行使する権力的公務ではないのであるから、右職務が威力業務妨害罪にいう『業務』に当たるとした原判断は、正当である」と判示した最決昭和62年3月12日刑集41巻2号140頁をもって、「これによって、『公務』と『業務』の関係は実務的にはほぼ決着がついた」としつつも、「強制力」と「自力執行力」とは「同一の概念」とであると解することによって、「自力執行力をもってしても容易に排除し得ない威力は少なくないし(例えば、犯人追尾中のパトカーの前にトラックを放置する行為、警察署に爆発物を仕掛けたの電話など)、偽計の前には自力執行力も無力である(例えば、あらかじめパトカーの空気を抜いておいたり、燃料タンクに水を入れておく行為など……)、公務も『社会生活上の地位に基づいて継続的に行う職務』である以上、権力的か非権力的か、あるいは自力執行力を有するか否かを問わず、『業務』に含まれると解すべきであろう。……無限定積極説を支持したい。」とされている。

19) 自力執行力といえども、偽計に対しては無力であることを強調するのが、永井敏雄「いわゆる権力的公務と業務妨害罪の成否 理研小千谷工場生産管理事件上告審判決の再検討」警察学論集31巻8号82頁。

に、検察実務家の主張には、公務も業務の一種であり、公務はすべて業務でもあるとするもの（無限定積極説）が多い。けれども、最高裁昭和62年3月12日決定により『公務』と『業務』の関係は実務的にはほぼ決着がついた」とされる中で実務家として先ず追求したいと思うのは、一步引いて最高裁判例の見解に立っても、自力執行力で排除できない偽計などによる妨害の場合は権力的公務に対しても偽計による業務妨害罪の成立を少なくとも認めさせたいということであろう。

そのような思いを理論化しようとする学説²⁰⁾もある。すなわち、公務が「業務」の一種であると解した上で、暴行・脅迫による公務妨害には公務執行妨害罪、威力や偽計による公務妨害には業務妨害罪が成立するのが一般であるとしつつ、例外的に、妨害排除のために強制力を行使することが認められている²¹⁾権力的公務については威力による妨害に止まる限りそれは強制力で排除できるから威力業務妨害罪の適用はないが、偽計による場合は強制力が備わっていても排除できないから業務妨害罪の成立を認めるというものである。その見解によると、公務執行妨害罪と業務妨害罪は法条競合の関係にあるとされる。公務も業務の一種だとして公務にも広く業務妨害罪の適用を認め、公務の保護を厚くする見解を積極説というとなれば、その見解は、「修正積極説」であるとされる。

(3) 修正積極説の検討

修正積極説の論拠は第1に、公務も業務の定義に当たるという形式的理由である。第2は、民間の業務と変らないものが業務並みに保護されないのは適当でないこと、第3に、民間と異なる意義を有する公務（たとえば、議会の議事）が業務から除外されることになると、威力による妨害は犯罪

20) 山口 厚『問題探求 刑法各論』（有斐閣，1999年）258～276頁。山口 厚『刑法各論』（有斐閣，平成15年11月）158～159頁。

21) このように妨害排除力を公務の一般的性格として捉える見解に対し、個別の具体的な公務執行が有する妨害排除力として捉える見解もある。この点に限って言えば、法的安定性に鑑みて、前者の見解の方が妥当であろう。

とならず、公務の保護が不十分だと思われること、第4に、「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必要はないが、「強制力は偽計に対しては無効だと解されるから、偽計業務妨害罪については、積極説を採ることが本来的には適当だと解される」(山口『刑法各論』159頁)こと、第5に、「公務も(最低限、公費により賄われたという意味において)いわば特別な公共性を備えた業務として公務執行妨害罪の対象になると解するときには、威力業務妨害罪の対象になる公務を暴行・脅迫により妨害した場合、法条競合として、公務執行妨害罪のみが成立することになると解されるから、両罪が観念的競合となることによる『二重の保護』の問題は生じることはない」(山口『問題探求』276頁)ことである。

ここでは、「自力執行力」という言葉でなく、判例のいう「強制力を行使する」という言葉に「妨害を排除する」を加えている。これは、「自力執行力」が法によって付与されている場合でも、それが第三者による妨害には及ばないとの指摘²²⁾を考慮したものであろう。その意味において、それは「自力執行力」論を補充しその狭さを修正拡大するものといってよい。

以上の見解のうち形式的理由に当たる部分は、実質的理由のとらえ方によっては別の理解も可能なものである。要するにカギを握るのは実質的理由である。それはまず第1に、公務はその公共性ゆえに私的な業務より要保護性が高いというところにある。すなわち、自力執行力を有する公務については暴行脅迫による妨害に対して保護することで足りるが、そうでない公務については暴行脅迫によるときは公務執行妨害罪で、威力や偽計による場合は業務妨害罪でというように、公務は業務より厚く保護されるというのである。理由の第2は、公務を威力や偽計による業務妨害罪によっても保護できないのでは、「処罰の間隙を生じる」というわけである。こ

22) 永井・前掲論文82頁参照。

の間隙は、偽計による妨害の場合に顕著だということになる²³⁾。

これら2つの実質的理由のうち、第2の「処罰の間隙」論は、結局のところ「公務執行の優越的要保護性」という第1の実質的理由のとらえ方如何にかかっている。後者のとらえ方によっては、「処罰の間隙」とされたところも当然で相当なことになるからである。したがって、主として検討すべきは、第1の実質的理由である。

確かに、公共の事務である公務が不特定多数人の利益に奉仕するものであることに鑑みると、特定個人の利益のためになされるにすぎない私的な事務よりも公務の方により大きな権限・権能が付与されてしかるべきである。公務に公権力性が付与されることがあるのはその典型例である。

しかし、ここでの問題は、その公権力の行使が妨害されるとき、それがどのように保護されるべきかという点にある。すなわち、公務の私的事務に比べての優越的地位如何という問題と、それらが妨害に対しどのように保護されるべきかという問題とは、別であり、区別されなければならないということである。第2の実質的理由とされる「公務執行の優越的要保護性」は後者の問題に属する。

この後者の問題につき修正積極説の論者は、次のように述べている²⁴⁾。すなわち、「公務というものの性格に関する二つの異なる判断ないし評価」がある。「公務は、公務であること自体によって、業務のような保護には値しないとして、公務の保護価値を」低く見る考え方と、公務も公

23) 同様の理由を挙げるものとして、西田典之『刑法各論第二版』（弘文堂、平成14年、なお初版は平成11年4月）126頁は、次のように言う。「公務が公共の福祉を目的とするものである以上、民間の業務より厚く保護されることには合理性があるといえよう。さらに、……区別の基準を民間企業類似性に求める場合には、新潟県議会事件、国会爆竹事件のような事例は業務に含まれないため、威力に対しては保護されないという処罰の間隙を生じることには注意すべきである。こうして、強制力を持つ権力的公務であるか否か、すなわち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による限定積極説が妥当であろう（ただし、手段が偽計の場合には、このような限定が必要かはお検討を要しよう。山口258頁参照）。

24) 山口・前掲書『問題探求』271～272頁。

務員等の『人の業務』であり、基本的には業務と同等の保護に値するとする考え方」である。が公務の保護価値を低く見る理由には、「(a) 国民に対する公権力の行使を内容とする公務は、国民の自由を制約するものであるから、それに対する抵抗の処罰は、国民の政治的自由の尊重を理由に、限定的になされるべきだとする理解と、(b) 公務には（妨害が行われることを想定して）妨害を排除しつつ目的を実現する力（自力執行力）が与えられているから、暴行・脅迫に至らない妨害に対する刑罰による保護は不要であるとする理解」がある。

その上で、「理由(a)」について次のように批判する。上述した実質的理由として重要なのはこの批判であるので、この点に絞って引用しておく。「こうした見地からは、公権力の行使を内容とする立法・行政・司法にかかわる公務（たとえば、議会における議事）は業務に含まれず、偽計・威力等からは保護されないことになるが、そうした具体的帰結の妥当性には疑問が生じることになる（西田・各論一九頁参照）。また、そもそも、公務に対する抵抗においては、国家権力に対する国民の自由という対抗関係が認められるとしても、それは正当な理由に基づく公務の妨害については正当化の余地を認めるべきだという違法性阻却の問題として考慮されるべきことがらであり、公務の一般的な保護範囲の確定という構成要件の問題に持ち込むべき考慮ではないと思われる。たとえば、国民の実質的利益を促進する正当な公務の遂行を、何らの正当な理由もなく妨害する行為の処罰を、妨害の対象が公務であるというだけの理由で、業務より限定しなければならない合理的理由はないように思われるのである。」と。

以上のうち、議会における議事が偽計・威力等から保護されなくなるのでは「具体的帰結の妥当性には疑問が生じる」との点は、「処罰の間隙」論であるにすぎないから、さらに、それではなぜいけないかの説明が要る。けれども、その実質的な根拠の明確な説明はない。公務も業務と同等の保護に値するという結論が示されるだけで、それ以外にあるのは、せいぜい、「公務も（最低限、公費により賄われたという意味において）いわば特別

な公共性を備えた業務」（山口『問題探求』276頁）という位置づけである。ところがこれは、上述した「公務の私的事務に比べての優越的地位如何という問題」への答えであるにすぎない。重要なのは、それとは区別されるべき「妨害に対しどのように保護されるべきかという問題」、つまり「公務執行の優越的要保護性」問題なのである。

したがって残るは、構成要件における限定か、それとも違法阻却事由とするのか、という犯罪体系論上の位置づけにかかわる問題である。ここにおいて示される実質的理由が、「国民の実質的利益を促進する正当な公務の遂行」についてはその妨害に対する保護を「業務より限定しなければならない合理的理由はない」ということである。けれども、ここでもなぜ「合理的理由はない」のかの明確な説明がない。「国民の実質的利益を促進する正当な公務の遂行」であっても、強制力を行使する権力的公務については威力による妨害から刑法が保護していないことは最高裁判例も認めるところである。また、論者も認めるように、「証拠隠滅罪は、一種の偽計業務妨害罪的性格を有するといえるが、その法定刑は業務妨害罪よりも低く定められており」（山口『問題探求』275頁）、保護が業務より限定されているのである²⁵⁾。

構成要件か違法阻却かの違いは、具体的事案の解決においてかなりの違いをもたらすことになる。罪となるべき事実」に当たるとされた事案でその違法性阻却を認めさせることの困難さは周知のことである。理論的に考えて「国家権力に対する国民の自由という対抗関係が認められる」犯罪については、あらかじめそれを考慮にいれた構成要件にしておくことが、自由という人権を基礎にして組み立てられている日本国憲法下の刑法のあり方というべきであろう。

25) この点からさらに明らかになるのは、今日、学生向けの演習用教材の一部に、偽計による公務妨害を一般的に業務妨害罪に当たるとするかの解説をしているものがあり、司法試験受験生にかなりの影響を与えているが、それは現行刑法の解釈論としては安易で行き過ぎたものであり、またそれは最高裁判例とも異なるということである。

6 権力的公務の意味

(1) 権力的公務の定義

妨害排除のための強制力行使を認められた権力的公務、ないし自力執行力のある権力的公務以外の公務につき広く業務妨害罪による保護をも認める見解は、その理由の一つとして、「議会における議事」が威力から保護されなくなることを不合理とするものであった。しかし、この点についてはすでに、異なった価値評価を示すものがあった。公務と業務の関係に関する理論に大きな影響を与えてきた団藤説である。

団藤説は、基本的には、権力的か非権力的かでなく、現業的公務と非現業的公務に区別し、現業的公務は業務妨害罪の対象にしかならないが、非現業的公務は妨害の手段により、公務執行妨害罪になったり、業務妨害罪になるとしつつ、「少なくとも権力的・非現業的公務……についてはもっぱら公務執行妨害罪だけを考えるべきで業務妨害罪の規定の適用はなく²⁶⁾」とする。その上で、「普通地方公共団体の議会の常任委員会の審議・採決について、これを二三四条の『業務』にあたるものとしているのは、わたくしとしては賛成することができない(のみならず、このような職務は権力的作用に属するという見方も成り立つであろう)」と。

そこでは「普通地方公共団体の議会の常任委員会の審議・採決」という職務が「権力的作用に属するという見方も成り立つであろう」とされていることに注目したい。そのような職務は関係者に対し直接即座に物理的強制力を及ぼすものではない。それをも「権力的作用に属する」ということも可能なのだとする。それが可能なのは、公務の権力性を公権力性として捉えるからである。

私も従来から²⁷⁾、権力的公務というときの権力性を公権力性として捉え

26) 団藤・前掲書535頁。

27) 生田勝義ほか『刑法各論講義 [第4版]』(有斐閣・2010年)294頁以下参照。

てきた。公務執行妨害罪で保護される「職務」は、「国民一般に対し法律にもとづき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」に限られ，公務であってもたとえばデスク・ワークは私人の事務と同じ扱いになる，としてきたのである。その「権力作用」とは公権力作用のことである。

公権力性の意味については行政法学による捉え方が参考になる。

たとえば、「権力留保説」についての説明における「公権力」や「権力的」という言葉の次のような使い方に注目してほしい。「国や公共団体が優越的な立場に立ち国民の自由意思（自己決定権）を抑圧して一方的に法律関係を決定したり強制を加えるには，必ず，公権力の発動を許容する法律（または条例）の定めが必要とされる。……現行法の下では，行政庁が権力的な行為形式をとって活動する場合には，国民の権利自由を侵害するものであると，国民に権利をあたえ義務を免ずるものであるとにかかわらず，法律の授權が求められる。……行政庁が権力的な行為形式によって活動する場合には，つねに法律の授權が必要であるとする，こうした見方を通常『権力留保説』という²⁸⁾」と。

また，行政事件訴訟法上の取消訴訟に関するものであるが，「行政事件訴訟法は，『公権力の行使に当たる行為』につき具体的な基準や要件を法定していない。裁判実務上，処分性を基礎づける『公権力の行使に当たる行為』とは，『法が認めた優越的地位に基づき，行政庁が法の執行としてする権力的な意思活動』であると解されてきた。そして，『公権力の行使に当たる行為』の属性として，法律関係を一方的（形成的）に変動させる（法律関係の規律），仮に違法なものであっても権限のある行政庁または裁判所によって取り消されない限り有効なものとして通用する（公定力）という2つの効力が認められるとされる²⁹⁾」と。

それらは，行政行為に関するものであるが，そこでの公権力性や権力性

28) 原田尚彦『行政法要論（全訂第五版）』（学陽書房，2004年）86頁。

29) 櫻井敬子・橋本博之『行政法〔第2版〕』（弘文堂・平成21年7月）272頁。

に関する考え方は立法や司法の作用にも応用できよう。ここで確認できることは第1に、権力的公務という場合の「権力的」が、必ずしも直接即座の物理的強制力を意味しないということ、第2に、けれどもそれは、国や公共団体が優越的立場ないし地位に立って国民の自由意思（自己決定権）を抑圧して法律関係を一方的に変動させる意思活動であるということである。

そして、そのような公権力性ゆえに、権力的公務に対する反抗に止まらず抵抗についても、暴行・脅迫によるのでない限り、妨害罪という犯罪には問わないとされた。妨害手段が威力でなく偽計等であってもそのことに変わりはないわけである。このことは、権力的公務に「強制力を行使する」という限定を付した場合にも、当てはまる。いやむしろ、よりよく当てはまるのである³⁰⁾。

(2) 公務執行妨害罪と権力的公務の位置づけ

ところが、上記したように、権力的公務の「自力執行力」や「妨害排除力」にそのような公務の妨害が威力業務妨害罪にならない理由を求める見

30) 「強制力を行使する権力的公務」を振り分けの基準として打ち出した最判昭和62年についての調査官解説も、このような理解に立っていると思われる。なぜなら、その解説は、判例を「公務振り分け説」に立つものと解しつつ、その区別の基準が明確になっていることが望ましいとした上で、最高裁昭和62年判例の立場でもあると解する強制力説につき次のように述べているからである。すなわち、「強制力の有無という振り分けの基準が他の説に比して明瞭である。また、公務の一部を威力業務妨害罪の対象から除こうとするのは、もともと『公権力の行使』と『経済活動を含む業務』とは、明らかにその本質を異にするという視点に発するものと思われ、そうしてみると、『公権力の行使』の最も端的な発現形態である『強制力』に着目し、これを公務振り分けの基準とすることは、右の視点にもよく符合していると言うことができるであろう。そして、強制力説の基本的な理由付けは、『強制力を行使する権力的公務』は、通常それにふさわしい『打たれ強さ』を備えており、威力ないし偽計で抵抗されたとしても格別の痛痒を感じないから、あえて威力妨害罪によって保護するまでのこともないという点にあるものと思われるが、右の考え方は、常識的にも受け入れやすいのではないかと考えられる。」(永井敏雄「県議会委員会の条例案採決等の事務と威力業務妨害罪という『業務』」最高裁判所判例解説刑事編〔昭和62年度〕75頁)と。

解は、偽計に対してそれらの力が無力であることを理由に刑法233条の偽計業務妨害罪等の成立を肯定する。この論証も一見すると筋が通っているように思える。

しかし、そこに論理の飛躍はないであろうか。権力的公務が業務妨害罪の業務に当たらないとする理由のひとつをその妨害排除力にもとめる見解は、以前から主張されてきたところであるが、そこでは権力的公務は威力業務妨害罪だけでなく偽計業務妨害罪にも当たらないことは当然のこととされてきた³¹⁾。それはなぜであろうか。

その理由は、妨害排除力を認められているほどの権力的公務の強さに対し国民の批判・抵抗の自由を保障するために、権力的公務については暴行・脅迫による妨害に限り犯罪にするとということにあった。たとえば、「公務執行妨害罪が、一般の暴行罪ないし脅迫罪とは別に、特別の構成要件とされる合理的な理由は、国家の権力意思の発現がこれを向けられる相手方とのあいだに必然的にかもし出す対立、緊張関係において、個人の側よりする暴力的抵抗を排除する点にあるものと解することが妥当である³²⁾」（下線は生田）とか、公務執行妨害罪における「職務」の要保護性という点から考えると、「公務だけが具有し得る特性が抽出される必要がある。権力的公務か非権力的公務かという基準は、このような特性を示すものとして最も優れている。さらに、発想としては、公務執行妨害罪によって公務が特に重く保護されているというよりは、むしろ、公務の中で国民の権利を一方的に侵害する内容をもつために濫用に陥りやすいものを、適法性という厳格な要件と暴行・脅迫による抵抗のみを排除するという要件の下で、刑法上保護の対象としていると考えるべきであろう³³⁾」（下線は生田）、いうのである。

31) たとえば、吉川経夫「公務執行妨害罪の問題点」『刑法講座5各論の諸問題』（有斐閣・昭和39年）80頁，同『刑法各論』（法律文化社，1982年）115～116頁，参照。

32) 吉川・前掲論文「問題点」66頁および前掲書『各論』350頁。

33) 村井敏邦「公務執行妨害罪における職務に当たるとされた事例」警察研究第53巻第10号（昭和57年10月10日）66頁。

そのような権力的公務観は、前述したように、戦後における、大日本帝国憲法から日本国憲法への国家観や人間観の大転換を踏まえたものであった。その公務観からは、自力執行力とか妨害排除力も、権力の強大さを示すことにおいて重要なのである。それに対して、その力が威力に対しては有効だが偽計に対しては無効だといった基準で権力的公務への反抗や抵抗を広く刑罰の対象にするという発想は、権力的強制力が国民支配・統制にとって有効かどうかということを重視するものである。これは機能主義的発想からはありうる見解であるが、機能主義にはやはり導きの糸として理念や価値基準が必要である。そのような理念や価値基準となるのが、日本国憲法の体現する戦後的な立憲主義的国家観・人間観ではなかろうか。

したがって、そのような立憲主義的国家観・人間観からすると、最高裁平成12年2月17日決定(刑集54巻2号38頁)が、公職選挙法上の選挙長の立候補届出受理事務につき、「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(平成七年法律第九号による改正前のもの)二三三条、二三四条にいう「業務」に当たるとした原判断は、正当である」としたこと、すなわち、「強制力を行使する権力的公務」は「業務」に当たらず、そのような公務については、偽計による業務妨害罪の対象にもならないと述べたことには、その限りにおいてはであるが、なんら理論的整合性に欠けるところはないのである。修正積極説論者が、「『強制力を行使する権力的公務』という区別基準は偽計業務妨害罪についても用いられているが(前出最決平成12年2月17日)、理論的には妨害手段と区別基準の整合性には疑問の残るところである³⁴⁾」とすることにこそ、前提としての立憲主義を棚上げしたことからする論理の飛躍があるというべきなのである。

権力的公務が業務妨害罪の業務には当たらないとする見解、換言すれば、公務執行妨害罪を権力的公務に限るとする見解は元来、日本国憲法による

34) 山口・前掲書『刑法各論』159頁。

自由で民主的な法治国家，つまり立憲主義国家における公務執行妨害罪とはいかなるものであるべきかという観点から構築されたものである。その主たる理由は，国家の権力行使に対する国民による反抗・抵抗の処罰を国民の自由との緊張関係を考慮して限定しなければならないとすることにあった。「国民に対する公権力の行使を内容とする公務は，国民の自由を制約するものであるから，それに対する抵抗の処罰は，国民の政治的自由の尊重を理由に，限定的になされるべきだとする理解」であるといってもよい。

それに加え，現行刑法の公務執行妨害罪については，刑法制定当時からその基本にあった，しかし，日本国憲法とも矛盾するわけではない思想をも，考慮に入れてよいのではなからうか。それは，権力的公務に対しては政治的理由による反抗や抵抗があるとか，強制力行使には往々にして感情的な反抗や抵抗が伴いがちであるとか，への配慮，すなわち，権力の強大さを自覚したうえでの寛容の精神である³⁵⁾。この寛容の精神は，公務執行妨害罪と業務妨害罪の法定刑の上限が同じ（今日ではその下限も同じになっている。）で，かつ前者には名誉拘禁刑である禁錮刑が予定されてい

35) このような考え方は，最判昭和62年についての調査官解説が，その強制力説につき，「強制力説の基本的な理由付けは，『強制力を行使する権力的公務』は，通常それにふさわしい『打たれ強さ』を備えており，威力ないし偽計で抵抗されたとしても格別の痛痒を感じないから，あえて威力妨害罪によって保護するまでのこともないという点にあるものと思われるが，右の考え方は，常識的にも受け容れやすいのではないかと考えられる。」（永井・前掲最高裁判所判例解説刑事編〔昭和62年度〕75頁）としていることとも親和的である。この「打たれ強さ」論は，いわゆる自力執行力論とは別物であることに注意する必要がある。なぜなら，その見解は，強制力につき，「自力執行力の有無を判別の基準に置く考え方（船田三雄調査官判例解説・昭和四一年度二二五〔摩周丸事件上告審判決に関するもの〕）」だけでなく，「直接私人に対し命令・強制を現実に加える作用の有無を判別の基準に置く考え方（藤木英雄『有斐閣大学双書刑法各論』二八）などがこの系譜に属していると言えよう。」（永井・同上74頁）として2つの流れを示したうえで，むしろ後者の流れに乗りつつ，新たに分かりやすいキーワードを提起したものとイえるからである。その「打たれ強さ」は，妨害排除や自力執行という抵抗排除の機能的効率性においてではなく，むしろ法治国家的な公務観や権力の強大さゆえの寛容さという思想から来るものというべきであろう。

ること、また偽計による捜査妨害に当たるとされる事案も「虚構の犯罪事実又は災害の事実を公務員に申し出た者」(軽犯罪法1条16号)に当たりにすぎないこと、などといった現行刑法の規範構造にもかなうものである。さらにいえば、現行刑法が内乱罪の法定刑につき、懲役刑でなく禁錮刑としていることにも注目すべであろう。そこには、国事犯についてであるが、「敵ながら天晴れという」気高い寛容の精神が示されている。近世以降のヨーロッパでみられた名誉拘禁としての要塞禁錮の伝統をくむものであろう。

7 おわりに

本稿の目的は、警察への虚構犯罪通報が偽計による業務妨害罪に当たるとのかという問題を検討することにあつた。その結論は、偽計業務妨害罪にならないということである。それはせいぜい、軽犯罪法1条16号に当たりにすぎない。

それにもかかわらず、偽計業務妨害罪に当たるとする最近の下級審判例やそれと同様の一部の学説は、権力的公務の自力執行力や妨害排除力を国民支配・統制に有効かどうかという機能主義的観点に偏って捉えるものであって、日本国憲法の自由で民主的な国家観、立憲主義的国家観を軽視するものといわざるをえないように思われる。

最高裁判所の判例は、「強制力を行使する権力的公務」を刑法234条(威力業務妨害罪)に止まらず233条(偽計等業務妨害罪)の業務にも当たらないとする。その「強制力を行使する」という限定は、威力による妨害であれば実力で排除できるのだから業務妨害罪にならないといった機能主義的理解でなく、強制力があるほど強大な権力的公務に対する反抗や抵抗への寛容さや謙抑性を理由にするものと解すべきであらう。そのような理解に立てば、反抗や抵抗が威力によろうが偽計によろうが同じである。最高裁判例の「理論的整合性」に疑問の生じる余地はない。

公務と業務の関係に関する私見は、権力的公務以外の公務は業務妨害罪の対象になるが、公務執行妨害罪の対象となるのは権力的公務だけであり、かつ、権力的公務は公務執行妨害罪の対象になるだけであって、業務妨害罪の対象にはならないというものである。「権力的公務」を公務の公権力性において捉えるところが、最高裁判例の権力的公務概念より広いのかもしれない。この点を含め権力的公務についてのさらなる検討は別稿に譲らざるをえないが、少なくとも本稿の目的は達せられたのではないかと思う。

〔追記〕 2011年9月、村井敏邦先生が古稀をお迎えになった。本稿は、その祝賀論文集に掲載すべく準備してきたものであるが、諸般の事情で間に合わなかった。失礼をお詫びするとともに、ここにあらためて本稿を先生の古稀をお祝いすべく捧げたい。