

偽計による警察職務の妨害と 偽計業務妨害罪の成否

東京高等裁判所平成21年3月12日
判決の論理構造と問題点

岡 田 彩

(法学専攻 リーガル・スペシャリスト・コース)

はじめに

第1章 東京高等裁判所平成21年3月12日判決の事案と内容

第1節 事実の概要

第2節 判 旨

第3節 本件判決の問題点の整理

第2章 公務員の職務妨害をめぐる判例・裁判例の変遷と歴史的動向

第1節 明治期から大正期までの判例の傾向

第2節 昭和期の判例の傾向

第3節 平成以降の判例の傾向

第3章 「公務」の「業務」該当性に関する学説の動向

第1節 積極説（無限定積極説）の内容と問題点

第2節 消極説の内容と問題点

第3節 身分振分け説の内容と問題点

第4節 完全な公務二分説（公務振分け説または非権力的公務限定説）の内容と問題点

第5節 限定積極説の内容と問題点

第6節 修正積極説の内容と問題点

第4章 公務の妨害に対する偽計業務妨害罪の成否

第1節 刑法改正作業における業務妨害罪規定

第2節 本件判決の評価と射程

第3節 本件判決の検討及び私見

おわりに

はじめに

本稿は、東京高等裁判所平成21年3月12日判決判タ1304号302頁を題材に、公務員の職務を偽計により妨害した場合に偽計業務妨害罪が成立するかを論ずるものである。「公務を妨害した場合に業務妨害罪が成立するか」という論点を巡っては、戦後労働運動等に関わって威力業務妨害罪の成否が主要な争点であった。しかし、最近では偽計業務妨害罪の成否が争われる事案が増えている。その典型例が、インターネット上で虚偽の犯行予告を行い、警察官の職務を妨害したような場合である。本件判決は、この種の事案で偽計業務妨害罪の成立を認めたが、本稿ではこの判断の背景として、過去の裁判例や学説の動向、刑法改正史等に触れ、当該判決の歴史的過程における位置付け並びに業務妨害罪規定による処罰の問題性を検討する。

本稿では、第1章で本件判決の事案と内容を整理する。第2章では、公務の妨害に対する業務妨害罪成否が問題になった判例・裁判例の歴史的動向について、大きな変動があった時期として明治期から大正期、昭和期、平成以降の3つに分類し、その大まかな動向と個別的特徴を概観する。第3章では、公務の妨害に対する業務妨害罪成否に関する学説の歴史的動向について、6つの学説を整理し、それぞれの内容と問題点を検討する。第4章では、本件判決の分析を行うにあたり、旧刑法と現行刑法における業務妨害罪の位置付け、刑法改正仮案と改正刑法準備草案、その後の草案等における公務妨害罪の規定案について検討し、この問題が刑法改正作業においていかに取り扱われてきたかを分析する。その上で、本件判決の論理と、これに対する肯定的見解と否定的見解を踏まえた本件判決の射程等を検討し、最後に私見を述べる。

第1章 東京高等裁判所平成21年3月12日判決の事案と内容

第1節 事実の概要

東京高等裁判所平成21年3月12日判決判タ1304号302頁の事実概要は、以下の通りである。

平成20年7月26日、被告人が茨城県内の自宅のパソコンを操作し、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JR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、警察の担当者らをして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、同伝達を受理した警察署職員8名をして、駅構内及びその周辺等への出動、警戒等の徒勞の業務に従事させ、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。

原判決は、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偽計業務妨害罪による保護の対象になると解するのが相当とした。被告人は、本件において妨害の対象となった警察官の職務は「強制力を行使する権力的公務」であるから、業務妨害罪にいう「業務」に該当せず、被告人の行為は軽犯罪法1条31号の「悪戯など」に該当するにとどまるとして、法令適用の誤りを理由に控訴した。

第2節 判 旨

東京高裁は、控訴を棄却し、「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、虚偽通報され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。）」として、警察職務の妨害に対する偽計業務妨害罪の成立を認めた。

他方、軽犯罪法1条31号にとどまるとの主張に対しては、「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」とした。

第3節 本件判決の問題点の整理

本件判決は、「強制力を行使する権力的公務」を偽計業務妨害罪にいう「業務」に含め、その成立を認めている。しかし、刑法は公務の妨害に対し、公務執行妨害罪を規定している。そこでの妨害態様は暴行又は脅迫とされており、それに至らない偽計や威力による妨害については規定されていない。これは、刑法が偽計や威力による公務の妨害を処罰する趣旨ではないためではないのか。そこで、偽計による公務の妨害を業務妨害罪で処罰することは許されるのか、業務妨害罪にいう「業務」に「公務」が含まれるかという論点と関係して問題となる。

この点について、従来から判例や学説においても議論がなされている。後の章で判例・裁判例の動向と学説の動向、本件判決の検討を行う。

第2章 公務員の職務妨害をめぐる判例・裁判例の変遷と歴史的動向

判例では、公務員の職務を妨害した事案について、業務妨害罪の成否がどのように判断されてきたか。以下、判例・裁判例を大きな変動があった時分ごとに区切り、明治期から大正期、昭和期、平成以降の3分類を概観することで、本件判決の位置付けを明らかにする。

第1節 明治期から大正期までの判例の傾向

大判明42・2・19 刑録15輯120頁

執行裁判所における不動産競売の公務を偽計によって妨害した事案で、「刑法233条二所謂偽計ヲ用ヒ人ノ業務ヲ妨害シタルモノニ該当ス」として、「公務」も「業務」に含まれるとの理解の上で、偽計業務妨害罪の成立を認めた。

大判大4・5・21 刑録21輯663頁

小学校教員が校長保管の教育勅語謄本等を教室の天井裏に隠匿した

事案で、「公務ノ執行ヲ妨害スル罪ハ別ニ刑法第95条第96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、
旧警察犯処罰令2条5号（業務妨害犯）にのみあたるものとした。

大判大8・4・2 刑録25輯375頁

郵便配達人の職務を暴行により妨害した事案で、「現業傭人タル集
配人ハ該規定ニ依リ公務ニ従事スルモノナリト雖モ未タ以テ職員ト云
フヲ得サル」とし、郵便集配人の公務員性（刑法7条）を否定した上
で¹⁾、威力業務妨害罪の成立を認めた。

大判大10・10・24 刑録27輯643頁

新聞社の創立事業を虚偽の風説を流布して妨害した事案で、偽計業
務妨害罪の成立を認め、「刑法233条ニ所謂業務ハ公務ヲ除ク」とした。

以上の ~ の判例をみると、の事案では偽計業務妨害罪の成立が認
められているものの、明治期から大正期までの判例では、公務妨害につき
概ね業務妨害罪の成立は否定されている。の判例も、直接には旧刑法
208条（偽計業務妨害罪）の適用が問題となったが、刑法改正の結果、そ
れが刑法6条の刑の変更があった場合の適用対象となるか否かが検討され
たものであり、公務妨害について業務妨害罪の規定が適用可能かどうかを
争点とした事案ではなく、判例としての価値につき疑問視する向きもある²⁾。

どのような論理で業務妨害罪の成立を否定したかを個別に検討すると、
の事案は妨害された公務の内容を検討することなく、一律に公務は業務
妨害罪にいう「業務」に含まれないと判断しており、いわゆる消極説³⁾
に立ったものといえる。の事案は郵便集配人を公務員ととらえ
ないものの、その職務を「公務」にあたり、かつ業務妨害罪の成立をも認
めているため、いわゆる身分振分け説⁴⁾に立ったものといえる。
なお、の事案は公務の妨害が問題となったものではなく、「刑法233条ニ
所謂業務ハ公務ヲ除ク」とした部分は傍論であると解される。

第2節 昭和期の判例の傾向

最大判昭 26・7・18 刑集 5 卷 8 号 1491 頁

警察官に対して、スクラムを組み労働歌を高唱する等して氣勢をあげた事案で、「業務妨害罪にいわゆる業務の中には、公務員の職務は含まれないものと解するを相当」とし、威力業務妨害罪の成立を否定した。

最判昭 35・11・18 刑集 14 卷 13 号 1713 頁

労働争議に際して旧国鉄職員の貨車運行業務を偽計ないし威力で妨害した事案で、「国鉄職員の行う現業業務はたまたまそれが法令上公務とされているというだけの理由で業務妨害罪の対象とならないとする合理的理由はないものといわなければならない。ただし、法令上国鉄の事業ないし業務が公務とされその職員が右の如く政府職員に準ずる取扱を受けるものとされているのは、事業ないし業務が権力的ないし支配的作用を伴うことによるものであるからではなく、事業ないし業務遂行の実態は、まさに民営鉄道のそれと同様であるからである」とし、民間類似性・非権力性・現業業務性という3つの要素を根拠に公務員である旧国鉄職員の業務が威力業務妨害罪の「業務」にあたることを認めた。

最大判昭 41・11・30 刑集 20 卷 9 号 1076 頁

旧国鉄連絡船運行業務を實力によって妨害した事案で、旧国鉄の業務は「権力的作用を伴う職務ではなく、民営鉄道のそれと何ら異なるところはないのであるから、民営鉄道職員の行う現業業務は刑法233条、234条の業務妨害罪の対象となる」とし、威力業務妨害罪の成立を認めた。本判例では、と の判例の立場について、の事案に「反する限度において変更されている」ことが明示的に示されている。

・ 京都地判昭 44・8・30 刑月 1 卷 8 号 841 頁

バリケードを築いて通路を閉塞する等して入学試験開始を遷延させた事案で、入学試験実施業務は「権力的公務にみられるような国家の

優越的意思の発動の表われであり国民に服従を強いるものであるとは認められないから、国立学校における入学試験実施業務は、まさに非権力的公務に属するものといわなければならない」とし、威力業務妨害罪の成立を認めた。

• **東京地判昭 48・9・6 刑月 5 卷 9 号**1315頁

衆議院本会議場に乱入し、威力を用いて議事を妨害した事案で、の判例を引用して、「公務のうち非権力的職務、すなわち、直接私人に対し命令、強制を現実に加える以外の職務については、これに対する妨害が暴行・脅迫の程度にいたらない、たんなる威力によるものであっても、その職務には性質上、自力執行力が付与されていないから、一般民間企業における業務と同様、刑罰による保護の必要性がある」とし、威力業務妨害罪の成立を認めた。

• **東京高判昭 50・3・25 刑月 7 卷 3 号**162頁

東京地判昭 48・9・6 の控訴審で、「政党や組合の定期大会、学術会議、委員会の会議あるいは民間会社の会議のそれと類似したもので、非権力的職務にあたる」とし、衆議院本会議の議事が威力業務妨害罪の「業務」にあたることを認めた。

最判昭 53・3・3 刑集32卷 2 号97頁

郵便局内において臨時小包便の搬出等する事務補助員らの前面に立ち塞がる等した事案で、威力業務妨害罪の成立を認めた。

• **長崎地判昭 55・8・22 判時1008号**208頁

入口に内部から机を積み上げて封鎖する等して議会開催を妨害した事案で、町議会の職務は「直接住民に対して現実に強制力を及ぼすような権力的支配的作用を行使する職務ではなく、いわゆる非権力的非支配的職務というべきものであって、しかもその議会の議事及び議決の過程そのものの実態は、一般私人及び一般私企業等の行う会議のそれと何ら異なるところはない」とし、威力業務妨害罪の成立を認めた。

- **札幌高判昭 59・5・17 刑月16巻5・6号378頁**
教職員組合員らが押し合う等して協議会参加者の会場への立入りを妨害した事案で、威力業務妨害罪の成立を認めた。
- **千葉地判昭 60・3・19 判夕564号272頁**
議場に乱入して喧騒しつつ滞留し、町議会の議事を妨害した事案で、公共団体の行うこの種の職務が公務であるというだけで暴行・脅迫を手段とする妨害行為に対してのみ保護されるにすぎないとすべき合理的理由はないとして、威力業務妨害罪の成立を認めた。
- **佐賀地判昭 60・3・19 判夕564号280頁**
怒号してシュプレヒコールを繰り返す等して議会の議事進行を中断させた事案で、「議事そのものは公権力の行使ではなく、また、その執行という性格を持つものではなく、かつ、私企業における会議や集会の議事とその刑法的保護の必要性においてなんら区別されるべき合理的理由は存しない」とし、威力業務妨害罪の成立を認めた。
- **京都地判昭 61・5・23 判夕608号137頁**
税務調査に向かう国税調査官の車の前に立ちふさがる等して業務を妨害した事案で、「その職務の性質上、暴行、脅迫に至らない威力等による妨害を排除できる実力を有しない公務員等の公務については、なお威力業務妨害罪における『業務』にあたるとして同罪による保護を与える必要がある」とした上で、国税調査官には質問検査権があり、拒むと処罰されるが「妨害を排除する実力を有しない」とし、威力業務妨害罪の成立を認めた。
最決昭 62・3・12 刑集41巻2号140頁
新潟県議会総務文教委員会が条例案を採決するのを阻止するため、バリケードを築いて立てこもる等した事案で、とを引用した上で「本件において妨害の対象となった職務は、新潟県議会総務文教委員会の条例案採決等の事務であり、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」とし、威力業務妨害罪の成立を認めた。

• **大阪高判昭 63・9・29 判時1306号138頁**

京都地判昭 61・5・23 の控訴審で、税務調査それ自体と調査場所に向かうための移動とを分け、後者は明白に非権力的公務であるから威力業務妨害罪の対象となると判断した。

以上の ~ の最高裁判例とその間の下級審判例をみると、明治期から大正期までの判例とは打って変わって、公務妨害に対して業務妨害罪の成立を肯定している。

個別に検討すると、の事案は、戦前までの大審院の判例傾向の延長線上にありながらも、の事案は、公務を権力的ないし支配的作用を伴う公務とそれを伴わない公務とに二分し、前者には公務執行妨害罪が、後者には公務執行妨害罪と業務妨害罪の両方が成立するとして、限定積極説⁵⁾に立つことを明らかにした。ここで判例の流れは、身分振分け説から限定積極説へ大きく変わった⁶⁾といえる。または、の判例について「事案の異なる本件には適切を欠く」としたが、の判例で問題となったのは本来の公務、特に権力的作用を伴う警察官の職務執行であり、はと必ずしも矛盾しない⁷⁾との見方もある。の事案と京都地判昭 44・8・30 の事案は、で示された民間類似性・非権力性・現業業務性という3基準を根拠に、公務妨害につき業務妨害罪の成立を肯定している。または、が大審院以来の判例、すなわち身分振分け説を限定積極説へと変更したことを確認している⁸⁾。の事案で問題となった議会の議事は、で示された3基準によればむしろ業務性が否定されるが、「強制力を行使する権力的公務かどうか」という新たな基準により業務性を肯定した⁹⁾点で、それまでの判例と若干の違いがみられる。以前にも、長崎地判昭 55・8・22 や千葉地判昭 60・3・19、佐賀地判昭 60・3・19 等では、議会の妨害に対する業務妨害罪の成立が肯定されており、また京都地判昭 61・5・23 では、公務妨害に対する業務妨害罪の成否を判断するために「強制力を行使する権力的公務かどうか」を基準として用いている。しかし、これらはいずれも

下級審レベルの判断であり、最高裁として「強制力を行使する権力的公務かどうか」の基準で業務妨害罪の成立を認めたのは、**ア**が初めてである。

その他の下級審裁判例では、東京地判昭48・9・6と東京高判昭50・3・25は、公務妨害に業務妨害罪の規定の適用を認める根拠を、現業業務性ではなく非権力的職務性に求める点において一致しているが、その内容について、1審判決は自力執行力のないことをその内容としているのに対し、2審判決は民間業務との類似性を強調している¹⁰⁾という違いがある。

昭和期の判例に対する全体的な傾向として、**ア**の判例で示された3基準の内、現業業務性についてはあまり問われなくなり、非権力性が重視されるようになったといえる。

第3節 平成以降の判例の傾向

最決平4・11・27 刑集46巻8号623頁

猫の死骸を消防長室の机の引き出し内に入れて発見させる等した事案で、「刑法234条にいう『威力ヲ用ヒ』た場合に当たる」とし、威力業務妨害罪の成立を認めた。

・ **東京地判平11・12・10 (公刊物未登載)¹¹⁾**

内容虚偽の火災又は救急通報を行い、正常業務の遂行を妨害した事案で、消防法の「規定に反したものに対しては、いずれも罰則を科すことにより間接的に義務履行を図っているにすぎず、直接強制を許す規定はないこと、消防部隊及び救急隊の出動活動は、それ自体強制力を行使する権力的公務とは考え難いこと等にかんがみれば、本件で妨害の対象とされた業務は刑法233条の業務に該当する」とし、偽計業務妨害罪の成立を認めた。

最決平12・2・17 刑集54巻2号38頁

選挙の受付順位決定くじを引こうとしない等して偽計及び威力を用いて選挙長の立候補届出受理業務を妨害した事案で、**ア**の判例を引用した上で、「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義務であり、右事務は、強制力を行使する権力的公務ではない」とし、業務妨害罪の成立を認めた。

• **東京地判平 12・11・16（公刊物未登載）¹²⁾**

ホームページを閲覧した者が爆弾様の印をクリックすると自動的に110番通報されるシステムを設定し、警察の通信指令業務を妨害したという事案で、偽計業務妨害罪の成立を認めた。

• **横浜地判平 14・9・5 判タ1140号280頁**

海上保安部警備救難当直職員に対して外国人が不法入国した旨の虚偽の犯罪事実を通報し、本来の行政事務，パトロール業務，出動待機業務等の遂行を妨害した事案で、偽計業務妨害罪の成立を認めた。

最決平 14・9・30 刑集56巻7号395頁

東京都による動く歩道の設置に反対し、バリケードを構築する等した事案で、 と を引用し、本件で妨害の対象となった職務は「強制力を行使する権力的公務ではない」として威力業務妨害罪の成立を認めた。

• **名古屋簡判平 16・4・28（公刊物未登載）^{13),14)}**

虚偽の自動車盗難被害届を提出し、自動車警ら隊員等の本来の機動警ら業務，事案発生に備えた出動待機業務，相談受付業務等各種業務の遂行を妨害した事案で、偽計業務妨害罪の成立を認めた。

• **大阪高判平 21・10・22 判タ1327号279頁**

インターネット掲示板に「6月16日3時にアメリカ村で無差別殺人おこします」等と書き込み、警戒活動を行なわせる等して警察官の正常業務遂行を妨害した事案で、偽計業務妨害罪の成立を認めた。

以上の ~ の最高裁判例とその間の下級審裁判例をみると、昭和期の判例に引き続き、公務妨害に対する業務妨害罪の成立を肯定している。ただ、その肯定する根拠に昭和期初期とは若干の変化がみられ、 の判断を踏襲する形になっている。

個別に検討すると、¹⁵⁾は、「明らかに悪戯の程度を超えた陰険な手段、術策を弄し」た行為を偽計と認定した原判決の判断を是認した上で、¹⁶⁾で示された一般論を具体的事案に適用し、偽計の意義につき新たな判断を示した点にその意義がある¹⁵⁾。また、現在の判例の立場は¹⁶⁾の事案において確立したといわれている。¹⁷⁾は、¹⁸⁾で示された「強制力を行使する権力的公務かどうか」という基準に基づき、業務妨害罪の成立を認めている。

下級審裁判例では、東京地判平 11・12・10 は、消防署員の出勤活動は強制力を行使する権力的公務にはあたらないとして、業務妨害罪の成立を認めている。この判断は、¹⁹⁾で示された「強制力を行使する権力的公務かどうか」という基準を意識したものと思われる。

一方で、一般に「強制力を行使する権力的公務」とされる警察職務について、東京地判平 12・11・16 は、本件判決以前に、その妨害に対して業務妨害罪の成立を認めている。大阪高判平 21・10・22 は、本件判決より後に出された裁判例であるが、同様に警察職務の妨害に対する業務妨害罪の成立を認めている。最近の裁判例の中でも、特に本件判決において「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」と判示されたことは、²⁰⁾で示された「強制力を行使する権力的公務かどうか」という従来までの基準とは異なる傾向を示したとみることも可能であり、着目すべき点であろう¹⁶⁾。

第3章 「公務」の「業務」該当性に関する学説¹⁷⁾の動向

業務妨害罪にいう「業務」に「公務」が含まれるかという論点につき、学説は、すべての「公務」の「業務」該当性を肯定する積極説（無限定積極説）、すべての「公務」の「業務」該当性を否定する消極説、行為客体によって区別する身分振分け説、非権力的公務の「業務」該当性を肯定し、公務執行妨害罪の成立を否定する完全な公務二分説（公務振分け説または

非権力的公務限定説)、非権力的公務の「業務」該当性を肯定し、公務執行妨害罪の成立も肯定する限定積極説、強制力を行使する権力的公務の偽計業務妨害罪の「業務」該当性を肯定し、非権力的公務の威力業務妨害罪の「業務」該当性を肯定する修正積極説の6つの学説がある。以下、各学説を紹介し、判例の動きに対応して学説も変遷していることを明らかにする。

第1節 積極説(無限定積極説)の内容と問題点

積極説(無限定積極説)によれば、すべての「公務」は「業務」に含まれ、業務妨害罪の行為客体になると解している。その論拠として、業務が「人の社会生活上の地位に基づいて継続して行う事務」と解される以上、公務も業務の概念に当然に含まれること、公務が業務に含まれないとすると、偽計又は威力による公務の妨害は、公務執行妨害罪及び業務妨害罪のいずれによっても処罰できず、処罰の隙間が生じること等が挙げられている。なお、この説によれば、公務執行妨害罪と業務妨害罪は、特別法と一般法の関係にあると捉えられ、威力が暴行・脅迫の程度に至れば法条競合で前者の罪のみが成立することとなる¹⁸⁾。

刑法は、業務の範囲について限定を加えておらず、公務執行妨害罪における公務についても何ら限定を加えていない。立法論としてはともかく、現行法の解釈としては公務を業務から除外するのは妥当ではない。この説は、業務妨害罪は個人の社会的活動の自由を保護法益とするものであり、公務も公務員としての個人の社会的活動にほかならないから、公務の性質いかんにかかわらず、公務もまた業務妨害罪によって保護されると解するものである¹⁹⁾。この説を支持する見解の中には、限定積極説や完全な公務二分説では非権力的公務についての隙間を埋めることには成功したものの、なお残った権力的公務についての処罰の隙間の合理性を説明し尽くすことができず、不合理を除去するには無限定積極説に回帰するほかはない²⁰⁾との見方がある。

この説に対しては、法的保護が薄く、弱い立場にある一般私人の業務に

については、公務執行妨害罪よりも要件が緩やかな業務妨害罪を規定してその保護をはかることがとくに必要であり、公務と一般私人の業務との間における刑法的保護の均衡という理由だけでは根拠として不十分^{21), 22)}であるとの批判がなされている。また、公務執行妨害罪と業務妨害罪とは法益と罪質の点で異なる構成要件の特徴を備えており²³⁾、両者を一般法と特別法の関係にあるとみることには困難²⁴⁾との批判がある。さらに、法益の相違からも、国家的法益である公務を個人的法益である業務妨害罪の業務に包摂させるのは不合理であるとの批判がなされている。

公務執行妨害罪と偽計業務妨害罪の刑法各則上の配列の違いは、単に便宜的な配慮からのものではなく、その保護法益の性質に規定されていると考えられる。国家法益としての公務は、法的な裏付けとその執行機関によって自力的に執行され、その妨害行為は自力執行力を阻害するほどの強力なものでなければならない。これに対して、個人法益としての業務は、法的な裏付けはありながらも、個人によって遂行されるという点で公務ほどの自力執行性は持たない。このような法益の違いに着目すると、公務が二重の保護を受けるというのは論理的に矛盾し、かつ、過重な保護を与えるものである。積極説（無限定積極説）は、この点について、法が公務に対する妨害を暴行・脅迫に限定した意味を失わせる点でも、刑法の断片的性格を軽視した「完全主義的で権威的な解釈」²⁵⁾であるといわなければならない。

第2節 消極説の内容と問題点

消極説は、「公務」は一切「業務」に含まれず、公務妨害に対してはいかなる場合においても業務妨害罪は成立しないとする説である。その論拠として、現行法の公務執行妨害罪は、旧刑法の「官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪」（第2編第1章第2節）を継承し、業務妨害罪は「商業及ヒ農工ノ業ヲ妨害スル罪」（第2編第8章）を継承したものであり、両者はその保護法益を異にしていること²⁶⁾、また、公務員は私人と異なり、

その職務の執行を担保するに足りる法律上の實力を有しているのが通例であるから、暴行・脅迫に至らない程度の抵抗行為にあっても容易にこれを克服し得るから、これを処罰の対象から外しても不均衡ではないことが挙げられている。この説を支持する見解の中には、公務については公務執行妨害罪が規定されており、また、公の競売・入札妨害については第96条の3の規定があるから、公務を業務に含めるべきではないと主張するものがある。そこでは、威力と偽計による公務執行妨害が処罰されなくても、それは保護の必要性がないからであって、立法上の問題としてはともかく、解釈論上の問題があるとはいえないとしている²⁷⁾。

前述の通り、判例はこの説に立ったものといえる。

この説に対しては、威力又は偽計に対して公務は一切保護されないことになり、特に非権力的公務あるいは現業的公務について、形式的に公務であることを理由に業務妨害罪の成立を否定してしまうことになり、民間業務との不均衡が生ずる^{28), 29)}との批判がなされている。また、旧刑法から現行刑法に至る過程において、経済的活動が主体の如何に関わらず業務妨害罪の対象とされてきたが、消極説はその沿革とも調和しにくい側面をもっている³⁰⁾との見解がある。さらに、現行法制定後の国家的活動の著しい拡大を前提とすれば、公務について業務妨害罪の成立を否定することは妥当ではない³¹⁾とする見解もある。

公務と業務の違いを法益の性質の側面から論ずる点においては、消極説は明瞭であり、かつ、矛盾がないように思われるが、経済活動は私人のみによって行われるものではなく、国家及び地方公共団体によっても担われている実情に鑑みれば、観念的であるとのそしりを免れない。旧刑法から現行刑法に至る過程において、農工商関係の業務が業務妨害罪の保護対象とされたことによって、国が行うそれらの業務がそこから排除されたということとはできない。また、現代社会の特徴として、国家や地方自治体によって担われる経済活動の範囲は著しく拡大しているといえ、その保護の必要性も生じている。消極説はこれらの点について、必ずしも十分に検討

しているとはいえないように思われる。

第3節 身分振分け説の内容と問題点

身分振分け説は、公務員の職務は業務ではないが、公務員以外の者（非公務員）による公務は業務にあたるとする説である。公務員の公務は公務執行妨害罪によって保護されるから、非公務員の公務は業務妨害罪で保護されることになり、その関係で「業務」の範囲は拡大する³²⁾ことになる。この説では、公務執行妨害罪が「公務員」を対象としているため、非公務員の公務を妨害しても、公務執行妨害罪で処罰しえないことは明らかであるが、業務妨害罪にも当たらないとすれば不合理であると考えられる。この説を支持する見解の中には、刑法は「公務員」を主体とする行為（瀆職罪等）並びに客体とする行為（公務執行妨害罪、公文書偽造罪等）を処罰する規定を設けているために、公務員の公務の一部を業務に含めると他の規定との関係において矛盾を起こすが、非公務員の公務については業務妨害罪の行為客体としても矛盾しないので、業務妨害罪の業務の中に非公務員の公務を含める³³⁾と解するものがある。

前述の通り、判例はこの説に立ったものといえる。

この説に対しては、業務妨害罪は広く人の社会的活動の自由を保護法益とするものであるから、活動の主体により区別する合理性はない³⁴⁾こと、公務が業務か否かは公務自体について決定されるべき問題であって、それを行ったのが公務員か非公務員かによって左右されるべきではない^{35), 36)}こと、非公務員の行う比較的重要でない公務に対し、公務員の公務よりも刑法上手厚い保護を与えるのは均衡を失する³⁷⁾こと等の批判がなされている。

刑法の目的が法益の保護にあると論ぜられるときの法益とは、行為客体によって担われた法益のことであって、行為客体それ自体ではない。それゆえ、身分振分け説には重大な誤謬があるといわなければならない。公務員か非公務員かの身分による区別ではなく、保護法益の内容それ自体に着

目して、公務執行妨害罪か業務妨害罪かの区別を図るのが原則であろう。

第4節 完全な公務二分説（公務振分け説または非権力的公務限定説）の 内容と問題点

完全な公務二分説は、公務の範囲を二分し、権力的公務については公務執行妨害罪の、非権力的公務については業務妨害罪の成立を認める説である。その論拠として、公務のうち非権力的関係を内容とするものについては、国家、地方公共団体であっても私人と同様の経済活動の主体として活動しており、私人の業務に対する妨害と区別して考える必要はなく³⁸⁾、個人法益に対する罪として観念すべきであること、非権力的公務が二重に保護されるのは疑問である³⁹⁾こと等が挙げられている。公務を二分する基準については、論者によって様々なニュアンスがあり、現業的か非現業的か（団藤）、権力作用、法令、裁判などの執行行為か否か（藤木⁴⁰⁾）、強制力を具備するか否か（香川⁴¹⁾）等に分かれている。

この説に対しては、公務執行妨害罪について旧刑法から現行刑法に改正された際の立法趣旨に反すること、95条は公務につき何ら限定を加えておらず文理に反する⁴²⁾こと、公務を二分する基準が必ずしも明確ではないこと等の批判がなされている。また、完全な公務二分説は民間類似の公務について業務と同じ保護を与えようとするものであるが、民間類似性といっても、その外形ではなく内容が問題とされるべきであり、民間の業務と異なる内容を有する議会の議事のような公務は、業務から除外されることになり、なお公務の保護が不十分⁴³⁾であるとの見解がある。

公務はそもそも権力的性質を有するもので、権力的か非権力的かで区別できるものではないと考えるならば、その区別は論理的に可能であっても、現実的には困難である。むしろ、強制力を有するかどうかで区別するのが妥当であろう。この点は、限定積極説によって論ぜられているが、それによる区別も明瞭であるとはいえない。

第5節 限定積極説の内容と問題点

限定積極説は、公務の範囲を二分し、権力的公務については業務妨害罪を認めない点において完全な公務二分説と同じであるが、非権力的公務については公務執行妨害罪と業務妨害罪の成立を認める点で積極説の立場を踏襲している。公務のうち、権力的公務を暴行・脅迫を用いて妨害した場合、公務執行妨害罪の成立が認められ、非権力的公務を暴行・脅迫で妨害した場合には、一方で公務として公共性を持ち、他方で民間業務の性格をも持つため、公務執行妨害罪と業務妨害罪とが成立して、両者は観念的競合となる⁴⁴⁾とする。

前述の判例に加え、判例・もこの説に立っているものといえる。現在の判例は、この限定積極説によるといわれているが、本件判決のように権力的公務であっても業務妨害罪の成立が認められた事例も登場してきたことから、判例の立場は明確に断定できない。

この説に対しては、公務を二分して考える以上、なぜ非権力的公務に限って二重の保護が与えられなければならないのか、むしろ完全な公務二分説の方が理論的に徹底しているのではないかと、公務執行妨害罪において、権力的公務と非権力的公務とを区分しないのに、業務妨害罪においてのみこれを区分するのは恣意的解釈にすぎるとはならないかと、業務をそのように二分するのは文理解釈上困難ではないかと、公務を二分する基準が不明確である等の批判がなされている。また、同一の章に並べて規定されている偽計業務妨害罪と威力業務妨害罪との間で、保護の対象となる「業務」の範囲に差異が生じる解釈は採り難い⁴⁵⁾との見解もある。

強制力の有無を基準に公務と業務の区別をする点は、論理的に明瞭であり、理論的にも優れているといえる。ただし、強制力を伴わない非権力的公務がなぜ二重に保護を受けるべきとされているかは明らかではなく、この点は業務妨害罪の保護対象として一元的に解するのが妥当である。なお、強制力の有無は判断基準の一要素として考慮には入れられても、それのみによって判断されるべきではない。例えば、職務質問のような任意の捜査

の場合、強制力を伴わない（強制捜査ではない）という理由だけで、それを業務と解するのは実態にそぐわない。任意捜査とはいえ、その背後には強制力の発動が予想されることを考えると、直接的・顕在的な強制力を伴うか否かだけで区別できないような曖昧な領域の公務については、特殊状況も踏まえた考察が必要であろう。

第6節 修正積極説の内容と問題点

修正積極説は、公務を強制力を行使する権力的公務とそれを伴わない公務とに二分し、「強制力を行使する権力的公務」は偽計に対しては自力執行力が働かないので、その限りにおいて偽計業務妨害罪の「業務」に含め、偽計業務妨害罪については無限定積極説を採り、威力業務妨害罪については限定積極説を採る⁴⁶⁾説である。この説は、インターネット等の発達により、強制力を行使する権力的公務が偽計で妨害される機会が多くなったことを受けた対応として、近時主張されるようになった考え方といえる。

この説では、同じ権力的公務について、威力業務妨害罪の関係では業務に含まれず、偽計業務妨害罪の関係では業務に含まれると解することになるが、これに対して、同じ「業務」という文言の解釈をそのように分裂させて解釈することは到底できない⁴⁷⁾との批判がなされている。

近時の学説の傾向として、本説に対して支持を表明するものが少なくなく、また本件判決に関する評釈においても、本説が積極的に取り上げられている。その根拠として挙げられている理由は、強制力を伴う権力的公務は偽計に対して無力であるということ、偽計による公務執行妨害を処罰できないならば処罰の隙間が生じてしまうこと等である。しかし、実際の犯罪捜査においては、偽計による捜査妨害に対しては、単眼的・平面的な対応ではなく、複眼的・立体的な対応がなされており、偽計に対する対応は決して無力ではなく、人員と体制の許される範囲内で包括的で慎重な対応がなされている。それは、虚偽の犯罪予告に対して、一方で予告された犯行現場で対応を図りながら、他方で NTT 等のプロバイダの協力を得なが

ら犯行予告者を特定する等の迅速な対応がとられ、実際に「被疑者」の特定と逮捕につながっているようなことから明らかである。その意味で、公務は偽計に対しては無力ではなく、後に検討するような軽犯罪法違反の行為として処罰し、処罰の隙間を埋めることも可能であり、偽計業務妨害罪の規定を適用する必要性はないと思われる。

第4章 公務の妨害に対する偽計業務妨害罪の成否

以上、偽計による公務執行妨害を巡る判例と学説の動向を概観したが、本章では、この問題が刑法改正作業においていかに取り扱われてきたかを分析した上で、本件判決の評価と射程を検討し、私見を述べる。

第1節 刑法改正作業における業務妨害罪規定⁴⁸⁾

旧刑法は、「第2編公益二関スル重罪軽罪」の「第8章商業及ヒ農工ノ業ヲ妨害スル罪」267～272条に業務妨害罪の規定を設けていた⁴⁹⁾。これらの罪は、その内容からみて明らかに私人の業務を保護することを目的としたものであって、公務がこれに含まれていなかったことについては解釈上疑いがない⁵⁰⁾。

旧刑法が改正され、現行刑法ではこれらは233条と234条の2か条にまとめられた。理由書では、「一 現行法第2編第8章八商業及ヒ農工業ヲ妨害スル罪ト題シ其適用ノ範囲狭キニ失スルヲ以テ本案ハ広く信用及ヒ業務ニ対スル罪トナシ総テ人ノ信用ヲ毀損シ又ハ其業務ヲ妨害スル場合ヲ包含スルコトトセリ 二 現行法八数条ヲ設ケ種々ノ場合ヲ分別シテ規定スルモ本案ハ概括的ノ規定ヲ設ケ一切ノ場合ニ応スルコトトシ脱漏ノ虞ナカラシム」とされている。具体的な規定の羅列では処罰範囲が細切れになるので、これをまとめて適用の拡大を図ったものであり、罪質等に変更を加える意図はなかった⁵¹⁾との見方がある。

現行刑法に対する全面改正の動きは大正末期以来のことであって、第2

次世界大戦時と戦後にかけて一時中断したが、昭和31年（1956年）秋から再開された⁵²⁾。

偽計や威力で公務の執行を妨害した場合の業務妨害罪規定を新設する動きは、まず戦前の改正刑法仮案（昭和15年刑法並監獄法改正調査委員会総会決議及留保条項刑法総則及各則未定稿）に現れる。そこでは、現行刑法95条の公務執行妨害罪にあたるものを208条に規定し、210条で「偽計又ハ威力ヲ用ヒテ公務員ノ職務ヲ行フコトヲ妨害シタル者ハ3年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ処ス」と規定している。また、現行刑法233条・234条の業務妨害罪にあたるものを415条で「前条ノ方法ニ依リ又ハ威力ヲ用ヒテ公私ノ業務ヲ妨害シタル者ハ5年以下ノ懲役又ハ5,000円以下ノ罰金ニ処ス」と規定している。210条は、刑法改正起草委員会222回（昭和8年11月28日）では、155条ノ2として「威力ヲ用ヒテ公務ノ執行ヲ妨害シタル者ハ5年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ処ス」とされたものが、同委員会223回（昭和8年12月12日）で再議に付され、懇談審議の後に修正意見が出され、「偽計又ハ威力ヲ用ヒテ公務員ノ職務ヲ行フコトヲ妨害シタル者ハ3年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ処ス」と、「偽計又ハ」の文言が加えられ、法定刑の上限が3年に引き下げられ、修正可決されたものである。泉二委員の提案を契機に「偽計又は威力」を用いた公務執行妨害罪の新設に至ったが、「偽計」という態様が包摂されるに至った経緯については「懇談」というベールに包まれ明らかではない⁵³⁾。刑法改正仮案では「広く国家機能ノ発揚ヲ目指シテ」⁵⁴⁾偽計による公務の妨害に対する偽計業務妨害罪の規定が盛り込まれたが、そこには3.15事件、治安維持法改正等のあった戦前の時代背景から、労働争議や小作争議に対する弾圧、検挙のためという目的もあったといえるのではないか。

刑法の全面改正問題は戦争で一時中断したため、刑法改正仮案は見送られ、偽計・威力による公務執行妨害罪の新設も見送られた。戦後、改正刑法仮案にならって改正刑法準備草案（昭和36年12月20日法務省刑法改正準備会）が作成され、2度目の新設の動きが始まった。そこでは、現行刑法

95条の公務執行妨害罪にあたるものを164条に規定し、165条で「偽計又は威力を用いて、公務員が職務を行なうことを妨害した者は、3年以下の懲役又は禁固に処する」と規定している。改正刑法準備草案理由書では、165条について、暴行、脅迫に至らない程度の威力ないし偽計を用いて職務を妨害した者をも処罰しようとする趣旨で、前条の場合と異なり、現実に職務妨害の結果の発生を必要とする⁵⁵⁾としている。そして、現行刑法233条・234条の業務妨害罪にあたるものを、333条で「前条の方法により、又は威力を用いて、人の業務を妨害した者は、3年以下の懲役又は300,000円以下の罰金に処する」と規定し、改正刑法仮案415条で「公私ノ業務」としていた点を「人の業務」とした点が異なっている。

ただし、改正刑法準備草案165条に対しては、新憲法で個人の権利・自由の重視に価値の転換をしたにもかかわらず、何故戦前の仮案を引き継がれねばならないのか、ここにはあまりにも公務を過大評価し、それへの侵害行為を網羅的・無欠缺的に処罰しようとする思想がある⁵⁶⁾との批判があった。また、公務の保護が私的業務の保護に劣ってはならないとの立場は、個人的利益を尊重する近代市民社会に合わず、国家権威主義のあらわれで、165条を新設することによって労働運動その他各種の政治運動を抑圧する手段に利用されるおそれがあり、人権侵害を引き起こす危険性がある⁵⁷⁾との批判もあった。労働法学者からも、社会運動に対する弾圧的公務のあまりに多いことを思うと、今よりも一層容易に公務妨害罪の嫌疑での逮捕ができるようになることは危険とした上で、もしこの規定が濫用されるとなれば、争議団は伝統的なスト防衛手段たるマス・ピクエティングを放棄させられるに違いない⁵⁸⁾との危惧も示されていた。

その後の改正刑法草案（昭和46年11月29日決定昭和47年3月発表法制審議会刑事法特別部会）では、改正刑法準備草案165条の内容が削除されている点が特筆に価する。その他は、現行刑法95条にあたるものが149条に、現行刑法233条・234条にあたるものが319条に、改正刑法準備草案と同様の内容で規定されている。改正刑法準備草案165条の内容が削除されたこ

とについて、草案説明書では「単なる偽計又は威力を用いたにすぎない場合にまで処罰範囲を広げるのは適当でない」ことを第一の理由として本条の新設を見送ると述べられているが、「威力又は偽計による妨害行為に対して保護する必要の大きい非権力的公務については、すでに判例が業務妨害罪（319条）の成立する場合を認めていること（最大判昭41年11月30日刑集20巻9号1076頁）等にかんがみ」という点を挙げている。仮に165条のような規定を設ければ、業務妨害罪との間でいずれに該当するのか判断しがたい解釈問題を生み出し、また、侵害犯形式で本条を規定した場合、危険犯として解釈運用されている業務妨害罪よりも処罰範囲が狭くなるおそれもあるので、「むしろ本条を全部削除して現行法通り業務妨害罪の適用の余地を残しておく方がよい」との判断に達したためであるということが⁵⁹⁾できる。刑法改正草案に至る審議の問題点は、そもそも準備草案から出発して、全体的にこれを肯定し踏襲する方向で議論がなされていたところにあり、準備草案や仮案の立法政策に対する原則的な検討といった点が欠落していたことに起因している。部会草案が準備草案から踏襲した改正点について、これを是が非でも踏襲すべき必要性和理由が明確に提示されていないだけでなく、準備草案を踏襲せず現行法の規定に立ち返ったことについても、同じく明確な理由が示されていない⁶⁰⁾との指摘がある。

改正刑法仮案と改正刑法準備草案とで、戦前・戦後の2回にわたり偽計による公務の妨害に対する偽計業務妨害罪規定の新設案が出されたが、その後の刑法改正草案で削除されていることからみても、この問題については立法化が断念されたと評価することができよう。このことから、偽計及び威力による公務執行妨害を業務妨害罪で処罰する目論見は、刑法改正史上、破綻したということができる。

第2節 本件判決の評価と射程

本件東京高等裁判所平成21年3月12日判決判タ1304号302頁に対しては、たとえ強制力を有する警察職務であっても、本件の具体的状況下で考えた

場合、本件のような虚偽通報を排除するに足りる実力があるとはいえないので、その職務を偽計業務妨害罪で保護する必要性はなお存在するのであり、本件判決の結論は首肯できる⁶¹⁾という肯定的な見解がある。このような見解は、修正積極説がその主張の根拠としている「偽計に対してはいかに権力的公務といえども無力」との考えに基づき、偽計に対する公務の要保護性と、妨害行為に対する処罰の必要性を念頭に置いているものと思われる。

しかし、安易に結論の妥当性を強調し、権力的公務であっても偽計に対しては無力だから処罰する必要があるという本件判決の論理を推し進めると弊害が生じる可能性がある。例えば、存在しない事件について虚偽の名乗り出で出頭した場合は、そのために存在しない事件についての捜査を行わなければならないとなり、本件判決の虚偽犯行予告と同様の問題が生じる。また、逆に既に存在する事件について虚偽の名乗り出で出頭した場合、真犯人の逮捕という本来行われるべき捜査が妨害されることになり、同様の問題が生じる。これと同じことが、172条の虚偽告訴罪との関係でも問題になり、行われていない犯罪の捜査という徒勞の業務に警察官が動員されることで、本来行うべき業務が妨害されることになる。さらに、任意の聞き込み捜査の場面で、目撃者があえて虚偽の目撃証言をする、あるいは逆に目撃した事柄を言わない等によって、警察の捜査を消極的に妨害した場合にも偽計業務妨害罪として処罰される可能性が生じる。加えて、本件判決の論理を推し進めれば、被疑者は自分が行ったと疑われている事件の捜査や起訴後の刑事裁判を偽計によって攪乱又は遅延した場合に、必要以上に要した費用を弁償しなければならなくなる⁶²⁾との懸念も示されている。つまり、被疑者・被告人には黙秘権があるため、自分が真犯人であるのに黙秘を貫いても問題にならないし、それにより警察の職務を妨害することになっても、黙秘権という適法な権利の行使である以上、偽計業務妨害罪にあたるはずがないにもかかわらず、積極的に虚偽の事実を述べて警察の職務を妨害した場合、偽計業務妨害罪に該当する可能性が出てくると

ということである。こうなれば、被疑者・被告人は常に捜査に協力させられ、真実を告知することを強制される恐れがあり、刑事手続上の基本的人権が形骸化してしまう。

確かに、本件判決に肯定的な見解にも説得力があるように思われるが、これらの波及効果を念頭に置いて考えるならば、一步外すと濫用の恐れが生じる。しかし、このような懸念に対する反論は示されていない。

では、本件判決に対して否定的な見解はどうか。本件判決は判例⁶³⁾を引用しているが、その事案で問題になった業務は条例採択業務であり、最初から強制力が付与されていなかった業務である。本件判決がいうように、強制力を付与された公務であっても威力業務妨害罪で保護される余地があることを前提にした判断ではない。また、本件判決は逮捕令状による逮捕等は、虚偽の通報を行った被告人に対して執行する公務ではなかったことを根拠に、強制力を伴う権力的公務であっても業務妨害罪の行為客体になりうると解しているが、判例⁶³⁾の「被告人らに対して」という部分は傍論であり、本件事案において妨害された逮捕状による逮捕等の公務について偽計業務妨害罪の成立を認める根拠にはならない⁶³⁾との見解がある。さらに、本件判決が「遂行されたであろう本来の公務（業務）」とした部分について、その内容が明確にされていないという問題がある。妨害された業務は、実際に行われるはずであった業務なのか、それとも単に可能であった業務にすぎないのかが、明確に述べられていないのである。執行される可能性が低く、それが行なわれるかどうか不明なものまでが偽計業務妨害罪の行為客体に含まれるならば、客体の存在まで抽象化されることになり、本罪が危険犯として解釈運用されているのに加えて、さらにその既遂時期が抽象化される恐れが出てくる。「本来の公務」が現実に行なわれていた場合でも、それは元々「大事件が認知されたとき」は、その事件対応を優先し、その後に行なえば足りるものであって、そのような業務まで偽計業務妨害罪の行為客体に含めているのではなかろうか⁶⁴⁾とする見解がある。加えて、本件判決では軽犯罪法1条31号は業務妨害罪と補充関

係にあるとしているが、むしろ軽犯罪法1条16号との関係が重要である⁶⁵⁾との見方も示されている。

第3節 本件判決の検討及び私見

本件判決の問題点は、大きく分けて2点あると考える。

まず1点目は、本件で偽計業務妨害罪の成立を認めるにあたって、妨害された具体的な業務の特定が不十分であることである。偽計業務妨害罪の条文は侵害犯の形で規定されているが、偽計と結果発生との因果関係の証明が困難であるため、解釈上危険犯扱いされてきた。しかし、危険犯でも偽計業務妨害罪の成立を認めるにあたっては、「月日時～月日時までの業務」等、その時間帯に具体的な業務が妨害されたことの証明が必要である。本件判決では、虚偽の犯行予告の通報によって妨害された警察官の公務は「警ら、立番業務その他の業務」とされているが、このような業務が実際に行なわれる予定であったのかどうかは曖昧であり、一般的に警察官が行なう業務を羅列している感は否めない。実際に被告人の通報があった時間にどのような業務をする予定であったのかを立証する必要があったのではないかと。また、本件判決では、妨害結果について「(遂行が困難ならしめられる)」と妨害された可能性があった場合についても偽計業務妨害罪の成立する余地のあるような書き方がなされているのは、偽計業務妨害罪を二重に危険犯化する問題があるのではないと思われる。

2点目は、本件判決が「強制力を行使する権力的公務」を偽計業務妨害罪にいう「業務」に含め、その成立を認めていることである。偽計業務妨害罪の条文の位置付けやその成立過程からしても、ここに権力的公務を含めないことが立法者意思であったことは明白である。また、本件判決以前の判例も、強制力を行使する権力的公務については偽計業務妨害罪の「業務」に含めないとしていると解することができる。「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」として、決定的に強制力を行使する権力的

公務に偽計業務妨害罪を認めたのは検討判例が初めてである。しかし、刑法改正作業においては、この種の事案は法解釈ではなく、法改正によって対処されるべき問題として位置づけられてきた。そのような経緯を踏まえるならば、本件判決のように解釈論によって対応するというのは法理論的に筋違いのことを行っていると批判されてもやむをえないであろう。

そもそも、警察職務は警察法に基づく職務で、法的な裏付けがある。警察職務を、強制力を伴う権力的公務と非権力的公務とに分けた場合、例えば事務処理や会計、立番、警ら活動等は非権力的公務にあたることもできるが、私企業の「業務」と同じような業務であっても、警察官の行なうその種の業務は、警察組織全体が行う業務の構成部分であって、それは強制力を伴う権力的公務と不可分一体の関係にあり、その前提条件でもある。したがって、事務処理や会計業務であっても、公権力に担われた業務であって、総じて権力的公務といえるのではないか。そうだとすれば、これは公務執行妨害罪でのみ対応すべき公務員の職務ではないか。本件判決のこの部分については、むしろ「強制力を行使する公務員の職務」とするべきであったのではないかと考える。

以上の考察を踏まえて学説を検討すると、私見ではいずれの積極説も採用できない。学説の中では完全な公務二分説（公務振分け説または非権力的公務限定説）が妥当であると考えるが、この考え方も条文上区別されていない「公務」を解釈上二分し、両者を別に解する点で文理に反するという批判に反論するのは難しい。文理に反しないように権力的公務と非権力的公務の両方を統一的に考えるならば、私見は偽計による公務の妨害に対する偽計業務妨害罪の成立を否定するとの結論に達する。

このように解し、偽計で公務を妨害した場合に偽計業務妨害罪は成立しないとしても、軽犯罪法1条31号に該当すると考えることはできないか。現に判例は、偽計業務妨害罪の成立を否定しつつも旧警察犯処罰令2条5号に該当するとしており、これは今でいう軽犯罪法1条31号にあたる⁶⁶⁾。本件事案でも、弁護人からは偽計業務妨害罪にいう「偽計」ではなく、軽

犯罪法1条31号の「悪戯」に該当するものと主張されていた。

この考え方には一理あるように思われる。虚偽の犯行予告をインターネット上に書き込む行為は、逮捕者に若い世代が多いことやインターネットの匿名性、書き込みやすさ等から、遊び感覚で虚偽の犯行予告を行なっているとの印象を受ける。このような場合、本人の行為は、偽計業務妨害罪でいう「偽計」のような巧妙さや計画性がなく、軽犯罪法1条31号の「悪戯」にしか該当せず、また本人の認識も「悪戯」の域を超えていないものとも思われる。しかし、私見ではこの考え方も採れない。そもそも偽計業務妨害罪でいう「業務」には警察の職務は入らないと解するにもかかわらず、軽犯罪法1条31号でいう「業務」にそれを含ませるのは矛盾をおかすことになるからである。

では、虚偽の犯行予告について、軽犯罪法1条16号に該当すると考えることができるのではないか。軽犯罪法1条16号は、公務員に虚構の犯罪事実を申し出ることによって成立するが、インターネットでの虚偽の犯行予告が「虚構の犯罪事実の申し出」に該当する⁶⁷⁾といえるか、この点を検討しなければならない。16号の「虚構の犯罪事実」という文言から、ここでは過去の虚構の事実を指すと思われるが、これを将来の虚構の事実をも含むものと解釈することができるならば、当該条文で処罰することは可能であると思われる。ただし、16号は「虚構の犯罪事実」とあわせて「虚構の災害」についても規定しており、災害は一般に予見・予告できるものではなく、過去に起こったものを確認することができるだけである。それゆえ、「虚構の犯罪事実」に将来の犯罪事実を含ませる条文解釈には、疑問が残る。

よって、現時点では、偽計による公務の妨害に対しては無罪とせざるをえないと解する。もし、これを処罰しようとするならば、将来的な立法上の解決しか残されていないのではないか。ただし、それは刑法改正仮案や刑法改正準備草案の延長線上に追求されてはならない。

判例のこれまでの流れや学説の動きにいえることであるが、偽計に対す

る無力性を前面に押し出し、処罰が法令より先行している現状には問題があると考えられる。法的根拠がないまま解釈上処罰するのは、罪刑法定主義に反し、認めることはできない。

おわりに

最近の判例は、偽計及び威力による公務の妨害に対して業務妨害罪を広く認めているが、これは業務妨害罪にいう「業務」の範囲を拡大し、公務執行妨害罪にいう「公務」の範囲を縮小する傾向であるともいえる。業務妨害罪は威力との関係でその適用範囲が広がりつつあったが、偽計との関係で意識されてきたのは比較的最近であるように思われる。特に、警察への虚偽通報につき偽計業務妨害罪を認める直接的な契機として大きかったのは、テロ対策の進展とそれに伴う警備の強化・拡大への要請であるように思われる⁶⁸⁾との分析もある。

本件判決は、「強制力を行使する権力的公務」を偽計業務妨害罪にいう「業務」に含め、その成立を認めている。しかし、これまでの刑法改正作業において戦前・戦後の2回、偽計による公務の妨害に対する偽計業務妨害罪規定の立法化が断念されたと評価できることから、私見は偽計による公務の妨害に対しては無罪とせざるをえないとした。

残された課題としては、疑問が2点挙げられる。1点目は、虚偽の犯行予告によって非番の警察官を警ら活動に当たらせた場合、妨害されたのは業務ではないが、それでも偽計業務妨害罪にあたるかといえるのかということである。2点目は、虚偽の犯行予告のみを行なう意図であった場合を偽計業務妨害罪で処罰し、実際に犯罪を実行する意図で犯行予告を行った場合を同罪では処罰できないという矛盾はどうするのかということである。後者の場合は虚偽ではないため偽計に該当しないことから、前者より悪質であっても、刑法上該当する罪はせいぜい殺人予備罪くらいである。偽計業務妨害罪は懲役3年以下の罪であるのに対し、殺人予備罪では懲役2年

以下の罪である。より悪質である方の処罰が軽いのでは、刑の均衡が保てないのではないか。しかも、インターネット上の犯行予告が、殺人罪の予備行為にあたるかといえるかどうかは甚だ疑問である。

公務員の職務を偽計で妨害した場合に偽計業務妨害罪が成立するかという問題について、残された課題を含め、今後も考察を深めていくべきであると考えている。

- 1) この点については、郵便集配人を公務員とした最判昭 35・3・1 刑集14巻3号209頁により変更されている。
- 2) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(6)』[頃安健司](青林書院, 第2版, 1999年) 148頁。
- 3) 第3章第2節で後述する。
- 4) 第3章第3節で後述する。
- 5) 第3章第5節で後述する。
- 6) 頃安・前掲注(2) 150頁。
- 7) 団藤重光編『注釈刑法(5)各則(3)』[内藤謙](有斐閣, 1965年) 401頁。
- 8) 頃安・前掲注(2) 150頁。
- 9) 頃安・前掲注(2) 151頁。
- 10) 頃安・前掲注(2) 151頁。
- 11) 大鶴基成「判研」研修649号(2002年) 13頁以下。
- 12) 大鶴・前掲注(11) 13頁以下。
- 13) 鎮目征樹「判批」刑事法ジャーナル6号(2007年) 70頁以下。
- 14) 内藤惣一郎「判批」警察公論58巻1号(2005年) 81頁以下。
- 15) 林弘正『改正刑法假案成立過程の研究』(成文堂, 2003年) 434頁以下。
- 16) なお、まだ判例としての判断に至っていない、過去1年に起きた偽計業務妨害罪事例として、「飯田駅前の駐車場トイレに爆弾を仕掛けた」との110番通報を受けて不審な紙袋が発見されたが中身は危険物ではなかったもの(平23・8・17)、「富士急ハイランドに爆弾を仕掛けた」と虚偽の110番通報をし、警察業務を妨害したとして40歳の自称アルバイトの男が逮捕されたもの(平23・8・15)、インターネット掲示板に「今日の11時に大阪の天王寺駅で無差別殺人を行います。そこらに居てる人を無差別に包丁で刺し殺す」等と書き込み、警察業務を妨害したとして20歳の建築作業員の男が逮捕されたもの(平23・4・20)、インターネット掲示板に「2011年の皇居一般参賀の日に、皇族一族の頭か胸に拳銃を打ち込みます」等と書き込み、警察業務を妨害したとして29歳の無職の男が逮捕されたもの(平23・3・3)、インターネット掲示板に「新大阪駅で無差別通り魔事件を起こす」等と書き込み、警察業務を妨害したとして17歳の高3男子生徒が逮捕されたもの(平23・2・25)等が挙げられる。
- 17) 頃安・前掲注(2) 146頁以下。

偽計による警察職務の妨害と偽計業務妨害罪の成否（岡田）

- 18) 伊達秋雄「第35章 信用及び業務ニ対スル罪」小野清一郎・末川 博編『刑法』（有斐閣、新版、1964年）477頁以下。
- 19) 大谷 實『刑法各論』（成文堂、第3版、2007年）92頁以下。
- 20) 佐々木正輝「公務に対する威力業務妨害罪の成否」法律のひろば40巻7号（1987年）48頁。
- 21) 長島 敦「業務妨害罪 公務執行妨害罪との関係をめぐって」警察学論集7巻10号（1954年）30頁以下。
- 22) 鈴木義男「公務員等の同盟罷業と業務妨害罪（上）」法律のひろば9巻6号（1956年）33頁。
- 23) 前田雅英『刑法各論講義』（東京大学出版会、第4版、2007年）166頁。
- 24) 鈴木・前掲注（22）33頁。
- 25) 中山研一「『公務』と『業務』の関係」研修455号（1986年）12頁。
- 26) 大場茂馬『刑法各論（上）』（信山社出版、1994年）536頁。
- 27) 熊倉 武『日本刑法各論（上）』（敬文堂出版部、1969年）326頁。
- 28) 坪内利彦「判研」警察学論集39巻9号（1986年）175頁。
- 29) 山口 厚『刑法各論』（有斐閣、第2版、2010年）160頁。
- 30) 中山・前掲注（25）12頁。
- 31) 中森喜彦『刑法各論』（有斐閣、第2版、1996年）71頁。
- 32) 内藤・前掲注（7）400頁。
- 33) 藤野英一「国鉄の輸送業務に対する妨害は刑法の業務妨害罪を成立せしめるか 刑法における目的論的解釈の限界点について」ジュリスト208号（1960年）121頁。
- 34) 前田・前掲注（23）166頁。
- 35) 伊達秋雄「公務執行妨害罪」日本刑法学会編『刑事法講座（4）』（有斐閣、1952年）678頁以下。
- 36) 山口・前掲注（29）160頁。
- 37) 長島・前掲注（21）30頁。
- 38) 中森・前掲注（31）71頁。
- 39) 中山研一『口述刑法各論』（成文堂、新版、2004年）99頁。
- 40) 藤木英雄『刑法各論 現代型犯罪と刑法』（有斐閣、1972年）28頁以下。
- 41) 前田・前掲注（23）169頁。
- 42) 坪内・前掲注（28）175頁。
- 43) 山口・前掲注（29）160頁以下。
- 44) 福田 平『全訂刑法各論』（有斐閣、第3版増補、2002年）199頁。
- 45) 坪内・前掲注（28）176頁。
- 46) 山口・前掲注（29）161頁。
- 47) 木藤繁夫「判研」警察学論集34巻4号（1981年）152頁。
- 48) 佐伯千仞・中川祐夫「現行刑法と刑法改正のための諸草案及び諸修正案の対比（完）」龍谷法学第16巻第2号（1983年）378頁以下。
- 49) 田宮 裕「第34章 信用及び業務に対する罪」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究

2各則』(東京大学出版会, 1974年) 368頁以下では、業務妨害罪の規定はフランス刑法を基に規定されたが、西欧にはフランスを除けば立法例はなく、かなり特異な条文であるとした上で、「諸外国では業務妨害の事態は暴行・脅迫などにあたる限度で取り締まっているのであり、この事実じたいは注意しておく必要がある」とされている。

- 50) 長島・前掲注(21) 27頁。
- 51) 田宮・前掲注(49) 366頁以下。
- 52) 佐伯千仞・中川祐夫「現行刑法と刑法改正のための諸草案及び諸修正案の対比()」龍谷法学第16巻第1号(1983年) 209頁。
- 53) 林・前掲注(15) 436頁以下。
- 54) 光藤景皎「公務妨害の罪 威力業務妨害罪(準備草案165条)を中心として」竹田直平博士・植田重正博士還暦祝賀記念『刑法改正の諸問題』(有斐閣, 1967年) 319頁。
- 55) 法務省刑事局編『改正刑法準備草案附同理由書』(1961年) 204頁以下。
- 56) 光藤・前掲注(54) 319頁。
- 57) 岩田広一「第2編各則改正点に対する意見 第5章公務妨害の罪」東京弁護士会『刑法の全面的改正に対する意見』(1972年) 250頁。
- 58) 沼田稲次郎「労働運動と改正草案」法律時報32巻8号(1960年) 28頁。
- 59) 中山研一「第5章 公務妨害の罪」平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究2各則』(東京大学出版会, 1974年) 173頁以下。
- 60) 中山・前掲注(59) 168頁以下。
- 61) 大谷潤一郎「判批」警察公論65巻8号(2010年) 110頁。
- 62) 生田勝義『人間の安全と刑法』(法律文化社, 2010年) 8頁。
- 63) 本田 稔「判批」法学セミナー55巻4号(2010年) 135頁。
- 64) 生田勝義「警察への虚偽犯罪通報は偽計業務妨害か？」立命館法学337号(2011年) 10頁以下。
- 65) 生田・前掲注(62) 19頁以下。
- 66) 伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法(2)』[伊藤榮樹](立花書房, 1982年) 142頁。
- 67) 生田・前掲注(64) 36頁。
- 68) 生田・前掲注(64) 1頁以下。