

都職員の行為への抵抗に関する業務妨害罪の成否

(東京高裁平成九年(う)第八五三号平成一〇年一一月二七日判決、

(高刑集五一巻三号四八五頁、判時一六八二号三頁、判タ九九八号二八四頁)

十 河 太 朗

【事実の概要】 東京都は、一五〇名ないし一〇〇名の路上生活者が段ボール小屋等で生活する新宿駅西口の地下道に「動く歩道」を設置することを決定し、周知活動を行ったが、路上生活者やこれを支援する団体の反発に遭っていた。本件被告人両名は、その支援団体の指導的立場にあったものである。都は、「動く歩道」の設置工事に先立ち、警備会社警備員及び警察官をそれぞれ数百名動員し、段ボールを撤去するなどの道路環境整備工事（以下、「本件工事」という。）をすることとした。そこで、被告人両名や路上生活者約一〇〇名は、ベニヤ板などでバリケードを構築して、その内側に座り込み、都職員の工事区域への侵入を阻止した。都職員が工事開始を宣言し、警備員がバリ

ケードを撤去しようとしたところ、被告人らは、都職員らに対し鶏卵、旗竿、花火等を投げつけ、消火剤を噴射し、「帰れ、帰れ」とシュプレヒコールを繰り返し、怒号するなどして、工事を不能ならしめた。警察官は、公務執行妨害罪や道交法違反などで被告人ら座り込みをしていた者を現行犯逮捕し、排除した。その後、都職員は、座り込みに参加せずに段ボール小屋にいた路上生活者を説得し、自主退去させ、無人になった段ボール小屋などを撤去した。

検察官は、右妨害活動において中心的役割を果たした被告人両名を威力業務妨害罪で起訴したが、第一審の東京地裁⁽¹⁾は、①本件工事は強制力を行使する権力的公務であるから威力業務妨害罪の「業務」には含まれないこと、②本件工事にはその手続上軽微とはいえない瑕疵があり、刑罰をもつて保護すべき業務とはいえないことを理由に、威力業務妨害罪の成立を否定し、無罪を言い渡した。

これに対し、検察官から控訴があり、控訴審の東京高裁は、次のように判示して原判決を破棄し、威力業務妨害罪の成立を認めた。

【判旨】 「威力業務妨害罪で保護される業務からは強制力を行使する権力的公務は除外されると解すべきところ、その論拠は、強制力を行使する権力的公務は威力による妨害行為を排除するに足りる実力を備えているから、あえてこれを威力業務妨害罪で保護する必要がないというところにあると考えられる。したがって、段ボール小屋の撤去作業が強制力を行使する権力的公務に当たるか否かは、段ボール小屋の撤去作業に妨害があれば、これを排除するに足りる実力を備えていたか否かにより判定すべきである。本件工事は、……それ自体としてみれば、民間の業務と異なるところはない。……警察官は……被告人両名や路上生活者らを引き抜いて、排除しているが、これは、公務執行妨

害罪や道路交通法一二〇条一項九号、七六条四項二号違反等による現行犯逮捕その他の警察権限を、独自の判断に基づいて発動した結果によるものであった。……都職員には実力を行使する意思はなく、かつ、そのための態勢も整えておらず、實際にも、路上生活者がその場にいる限りは、説得を行った上、段ボール小屋を撤去したことからすれば、段ボール小屋の撤去作業が強制力を行使する権力的公務に当たるとはいえない。」

「威力業務妨害罪における業務は、反社会性を帯びているとはいはず、事實上平穏に行われているものであれば足りると解すべきである。……この点は、国や地方公共団体の公務が問題となる場合であっても同様と解される。……都において、道路交通法所定の手続や、同法に基づく措置を前提とする行政代執行の手続を踏まなかつたことには、それなりの理由があり、また、實際に行われた作業も平穏な態様のものであつて、段ボール小屋の撤去に手続上の瑕疵があると仮定してもその程度はそれほど大きいものとはいえない。したがつて、原判示のように段ボール小屋の撤去を含む本件工事は全体としてその瑕疵の程度が軽微とはいい難いとみるのは相当でなく、少なくともその程度は業務が反社会性を帯びるまでには至つておらず、本件工事が威力業務妨害罪において保護されるべき事實上平穏な業務に該当することは明らかである。」

【研究】一 問題の所在 本件は、東京都が新宿駅西口の地下道に「動く歩道」を設置するため路上生活者の住む段ボール等を撤去する際に、被告人らが威力をもつて撤去作業を妨害したとして威力業務妨害罪に問わたった事案である。本件では、次の二点が争点となつた。第一は、本件工事が業務妨害罪における「業務」に当たるかである。本件工事は、東京都が行つた公務である。公務が業務に含まれるか否かに関しては争いがあるところ、後述するように、

現在の判例は、公務のうち強制力を行使する権力的公務は業務に当たらないという立場を採っている。段ボール小屋の撤去作業それ自体は何ら強制力を伴うものではないが、本件ではそれと同時に警察による実力行使が行われたため、本件工事は全体として強制力を行使する権力的公務に当たるのではないかが問題となつた。第二は、本件工事が、威力業務妨害罪において保護されるべき業務といえるかである。都が本件工事を行う際、手続上の瑕疵があつたとも考えられることから、本件工事には要保護性がないのではないかが問われたのである。

いずれの点についても、本判決と原判決の判断は対立しており、本件は理論的に困難な問題を提供している。以下では、右の二つの論点につき順次考察を加えていくことにしたい。

二 本件工事の業務性 (1) まず、第一の論点から検討する。公務が業務妨害罪にいう業務に含まれるかに関しても、公務を一切業務に含めない消極説⁽²⁾、非公務員の行う公務を業務とする身分振り分け説⁽³⁾、職務の内容により公務を二つに区分し、一方のみを業務とする公務振り分け説ないし限定積極説⁽⁴⁾、公務はすべて業務に当たるとする積極説⁽⁵⁾が対立している。この点につき、判例はどのような立場を採ってきたのであろうか。

大審院時代の判例は、威力や欺計を用いて公務を妨害した事例に対し業務妨害罪の成立を認めるものと、これを否定するものとに分かれていたが、戦後になって、最高裁昭和二六年七月一八日判決⁽⁸⁾は、「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」と説示していることから、消極説に立つ判決例であるとも考えられる。しかし、消極説に対しでは、民間の業務と内容的に異なる公務まで業務から除外するのは妥当でないと批判が強い。消極説によると、

たとえば私立大学の講義を暴行・脅迫に至らない威力や欺計によつて妨害すれば業務妨害罪となるのに、同様の方法で国立大学の講義を妨害したときには不可罰となり、不均衡が生ずるからである。⁽⁹⁾

そこで、最高裁昭和三五年一一月一八日判決及び最高裁昭和四一年一一月三〇日判決⁽¹⁰⁾は、威力を用いて旧国鉄の運送業務を妨害した事案につき、国鉄の事業は権力的・支配的作用を伴うものではなく、その事業・業務遂行の実態は民営鉄道のそれと同様の現業事業体であるから、国鉄職員の行う職務を業務妨害罪の対象から除外すべきではないとして、威力業務妨害罪の成立を認めた。最高裁は、公務のうち非権力的ないし民間類似的な公務は業務に含まれるとする公務振り分け説を採ることを明らかにしたのである。

その後の下級審判例も、同様の見地に立つて様々な公務を業務に当たると解している。たとえば、京都地裁昭和四年八月三〇日判決⁽¹¹⁾は、国立学校における入学試験実施業務は国民に服従を強いるものではないから非権力的公務に属し、私立学校の入学試験実施業務と性質及び態様においてほとんど差異が認められないと述べて、国立大学大学院の入試業務を業務であるとした。また、東京高裁昭和五〇年三月二十五日判決⁽¹²⁾や長崎地裁昭和五五年八月二二日判決⁽¹³⁾のように、国会や地方議会の議事を業務とする裁判例も散見される。議会の活動は国民に直接強制力を行使することを内容とする職務ではなく、その実態は一般私人や私企業の行う会議と異なる非権力的職務であるから、業務妨害罪の客体たる業務に含めてよいとするのである。さらに京都地裁昭和六一年五月二三日判決⁽¹⁴⁾は、国税調査官が税務調査のため出張に行こうとしたところを妨害した事案について、税務調査のための出張行為を民間企業の出張と何ら別異に扱う理由はないとして、威力業務妨害罪の成立を認めている。⁽¹⁵⁾

これらの判例は、第一に、公務を権力的公務と非権力的公務に分け、後者を業務に当たるとする点、第二に、権力的公務とは強制力を行使する職務を意味すると解しつつ、非権力的公務の内容としては現業性ないし民間類似性に力点を置いている点に特徴があるといってよい。確かに、私企業的性格を持つ公務を業務の中に取り込むことによって、先に述べた消極説に対する批判を回避することは可能となる。しかし、このような判例の立場に対しても疑問が提起されることになる。すなわち、大学の入試業務に現業性があるとはいがたい。また、国会や地方議会における立法作用は、国民の権利義務を規制し、すべての強制力行使の源泉となるものであるから、これを権力的な職務でないということには無理があるし、さらに、そのような立法作用は国や地方公共団体にのみ与えられる固有の権限である以上、議会の議事を民間企業の会議と内容的に同じであると解することは許されない。したがって、非権力性、現業性、民間類似性といった基準で従来の判例の結論を正当化することはできないのである。⁽¹⁷⁾

このような状況の下で、公務振り分けの基準を明確に示したのが最高裁昭和六二年三月一二日決定⁽¹⁸⁾である。委員会室を占拠するなどして県議会委員会の条例案採決を妨害した事案につき、同決定は、右職務は「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」ことを理由に、威力業務妨害罪が成立するとした。強制力を行使する権力的公務は業務から除かれるが、それ以外の公務は業務に含まれるとする趣旨である。⁽¹⁹⁾強制力を行使する公務か否かという基準は、これまでの裁判例においても用いられてきたものではあるが、従来の判例は、強制力を行使する公務こそが権力的公務であると解する傾向にあったのに対し、同決定は、権力的公務の中にも強制力を伴うものと、そうでないものがあり、業務妨害罪の対象となるのは後者のみであることを明らかにした点にその意義がある。先に挙げ

た最高裁昭和二六年判決も、警察官の検挙活動すなわち強制力を行使する権力的公務を妨害した事例について業務妨害罪の成立を否定したものであるから、最高裁昭和六二年決定の示した基準とは矛盾しないともいえるのである。

これにより、業務妨害罪の対象から除かれるのは強制力を行使する権力的公務のみであるとする立場が、判例上定着したといってよい。⁽²⁰⁾ 本判決及び原判決も、これを踏襲し、強制力を行使する権力的公務は業務に当たらないとしたのである。

(2) そこで問題となるのが、本件工事が強制力を行使する権力的業務に当たるかどうかである。本判決は、これを否定した。①都職員は路上生活者らを説得した上で段ボールを撤去する方針であり、最後まで説得に応じなければ本件工事の着手を延期する予定であった、②警備員や警察官を現場周辺に配置したのは、路上生活者らを実力で排除して本件工事を強行することを目的としたものではなく、都職員の身体を警護し、あるいは犯罪行為が発生したときに対処するためにすぎなかつた、③警察官が路上生活者らを排除したのは、公務執行妨害罪や道交法違反などの現行犯逮捕として独自の判断に基づいて行われたものであつた、④実際にも、路上生活者がその場にいる限りは説得をして退去させた上で段ボール小屋を撤去しており、実力が行使された形跡はうかがえない、などの事実に照らせば、都職員には実力を行使する意思はなく、実際にも実力を行使して本件工事を行つたわけではないというのである。

これに対し原判決は、②、③、④の事実は認めつつも、①の点に関しては本判決と異なり、都職員は警察官が独自の判断とはいえ実力で路上生活者らを排除する事態に至ることは避けられないということを十分に予期しながら、それにより無人となつた段ボールを撤去する方針であつたと認定した。その上で、路上生活者らの意思に反して段ボ

ル小屋を撤去するためには本来、行政代執行その他の行政上の実力行使の手続が必要であったところ、都職員はそのような手続によらずに、それと同様の効果を上げたのであるから、本件工事は全体として強制力を行使する権力的公務に当たるとした。

このように、都が路上生活者らの自主退去を求めようとしていたにすぎないのか、それとも警察の強制力をいわば利用して本件工事を実現しようとしていたのかについて両判決の判断は分かれており、こうした事実認定の相違が結論に影響を及ぼしたともいえる。しかし、都の方針がどのようなものであつたかということは、本件工事の業務性を検討する上で必ずしも決定的な要素ではないようと思われる。むしろ重要なのは、「強制力を行使する権力的公務」とは何かである。

すなわち、都がどのような方針で本件工事に臨んだにせよ、段ボール小屋の撤去が結果的に一部の路上生活者の意思に反してなされたという事実は否定できない。確かに都職員は、座り込みに参加せず段ボール小屋にいた路上生活者に対しては説得を行い、自主退去させているが、警察の逮捕により連行された路上生活者に関しては同意を得ないまま段ボール小屋撤去を実施しているからである。原判決は、この点を捉えて、「本件工事は実力行使と同様の効果を上げた」としたのである。そうだとすると、強制力を行使する権力的公務とは、必ずしも物理的な実力行使を内容とする公務であることを要せず、相手方の意思に反してなされるなど実質的に「強制」と同視しうるものであれば足りるというのが、原判決の理解であるといえよう。

他方、本判決は、「段ボール小屋の撤去作業が強制力を行使する権力的公務に当たるか否かは、段ボール小屋の撤

去作業に妨害があれば、これを排除するに足りる実力を備えていたか否かにより判定すべきである」とし、さらに、「段ボール小屋の撤去が路上生活者の意思に反する点は、威力業務妨害罪によつて保護されない業務を区別する基準としての強制力の行使には含まれない」と述べている。強制力を行使する権力的公務というためには、捜査機関による逮捕や執行官による民事執行のように、それ自体が有形力の行使を内容とするような公務でなければならぬといふのであろう。こうした理解を前提とすれば、本件において都職員自身は全く有形力を行使しておらず、また、警察官に指示して実力を行使させたわけでもない以上、本件工事は強制力を行使する権力的公務には当たらないという結論に至る。

このように見てくると、両判決の間には「強制力を行使する権力的公務」という概念の捉え方自体に違いがあるということになる。それでは、いずれの立場が妥当であろうか。

原判決を支持する見解は、公務員が任意の協力を求めて説得するという方法は、所持品検査や自動車検問などの例からも分かるように、実力での抵抗があればそれを理由に現行犯逮捕するという警察力に担保されて「任意」という名の強制⁽²¹⁾と呼ぶべき事態を生じさせているとして、物理的な実力を行使しなくてもそれと同様の実質を備えた公務は権力を行使する権力的公務と解してよいと主張する。しかし、たとえば国や地方公共団体の議会は、もし妨害に遭えば警察官等に指示してこれを排除することが可能であり、その意味では「警察力に担保されている」にもかかわらず、先述のごとく議会活動は強制力を行使する権力的公務に当たらないとされている。そもそも強制力を行使する権力的公務が業務から除外される根拠は、本判決が述べているように、強制力を行使する権力的公務は威力による妨害行為

を排除するに足りる実力を自ら備えており、あえてこれを業務妨害罪で保護する必要がないという点にある。⁽²²⁾ そうだとすれば、強制力を行使する権力的公務か否かの区別基準は、実質的に強制と同視しうる職務であるかどうかではなく、その職務自体が妨害を排除するに足りる実力を備えているかどうか、すなわち有形力の行使を伴うものかどうかという点に求めざるをえないであろう。こうした前提に立てば、本件工事は、単に段ボール小屋を撤去する作業にすぎず、都職員自らが物理的な実力を行使する職務というわけではないから、強制力を行使する権力的公務には当たらないということになるのではないだろうか。

さらに学説においては、行政機関の默示的な連携という観点から、都職員による段ボール小屋の撤去と警察官の実力行使とを一体的に評価し、その一連の公務が強制力を行使する権力的公務に当たるとする見解⁽²³⁾も唱えられている。

しかし、両判決の認定によれば、警察官を配備したのは犯罪が発生した際に対処するためであって、路上生活者らを排除するためではないし、現実にも、警察官は都職員の指示ではなく独自の判断により被告人らを連行している。また、もし路上生活者らが抵抗しなければ警察が実力を行使することもなかつたのであるから、都職員による段ボール小屋の撤去と警察官による実力行使とは必然的に結びついているものではない。そうである以上、两者を一体的に評価することはできないようと思われる。

なお、本件において都職員は警備員に指示してバリケードを強制的に撤去していることから、この点に着目し、バリケードの撤去作業を含めた本件工事全体を、強制力を行使する権力的公務に当たると解する余地もありえよう。しかし、本判決は、バリケードの内側から都職員らに攻撃が加えられていたため、都職員は自らの安全を確保するため

にバリケードを撤去したと認定している。バリケードの撤去は本件工事を遂行するためになされた強制力の行使ではないというのであろう。検察官も、本件において妨害された業務はバリケードの撤去作業ではなく段ボール小屋の撤去作業である旨釈明しており、これと同様の理解に立つものと思われる。

(3) いずれにしても、本判決は、強制力を行使する権力的公務を業務から除くとする最高裁昭和六二年決定の立場を踏襲するものであり、公務振り分けに関する新しい基準を提示したというわけではない。その意味では、事例判断にとどまる。しかし、本判決は、具体的にどのような公務が強制力を行使する権力的公務に当たるのかにつき一定の判断基準を示したという点において重要な意義を有する。一般に、強制力を行使する権力的公務の典型とされているのは、捜査機関による検挙活動など物理的な実力行使を伴う公務であるが、本件の特徴は、それ自体は何ら強制力を伴わない段ボールの撤去作業が、警察の実力行使と同時に行われ、強制と同様の効果を上げたという点にある。このような場合にも強制力を行使する権力的公務といえるのかは、これまで必ずしも明らかにはされてこなかつた。原判決は、この点を肯定的に解したが、これに対し本判決は、そのような考え方を否定し、物理的な実力行使を直接の内容とする公務のみが強制力を行使する権力的公務に当たるとの判断を示したのである。

もつとも、強制力を行使する権力的公務は業務に含まれないとする判例の前提自体が果たして妥当なのかについては検討の余地があるようと思われる。学説においても判例の立場を支持する見解⁽²⁴⁾が有力になりつつあるが、こうした立場によると、強制力を行使する権力的公務を威力や欺計によって妨害した場合、業務妨害罪の成立は認められず、また、暴行・脅迫を手段としていない以上公務執行妨害罪も成立せず、結局不可罰となる。その根拠は、先述のこと

く、強制力を伴う公務は暴行・脅迫に至らない威力を排除しうる実力を備えているから、あえてこれを業務妨害罪によつて保護する必要はないという点に求められている。しかし、ダンプカーで道路を塞ぐというように、威力の中に強制力によつて排除が困難なものもありうる。また、欺計によつて公務が妨害された場合には、それを排除する手段として必ずしも物理的な強制力は有効ではないであろう。⁽²⁵⁾このように、強制力を行使する権力的公務が威力や欺計によつて妨害されるということは實際上生じうることであり、これをすべてを不可罰とするのは妥当でないようと思われる。

そもそも公務も、人や団体が継続して行う事務にほかならないのであるから、すべての公務は業務に含まれると解すべきであろう。この積極説に対しても、公務を妨害した場合には、常に公務執行妨害罪と業務妨害罪の両者が成立し、公務を二重に保護することになつて妥当でないとの批判⁽²⁶⁾がありえよう。また、罰金の有無の点を除けば両罪の法定刑は同じであるから、積極説によると、公務執行妨害罪の規定は不要となつてしまふのではないかとの疑問も示されている。⁽²⁷⁾しかし、業務妨害罪は公務員個人としての社会的活動の自由を侵害したことにより成立するものであり、両罪は罪質や保護のに対し、公務執行妨害罪は國の統治作用の適正な遂行を妨げたことにより成立するものであり、両罪は罪質や保護法益を異にするのであるから、右の批判は当たらないというべきであろう。⁽²⁸⁾積極説に立てば、本件工事は当然に業務に含まれることになる。

三 本件工事の要保護性 (1) 第一の論点に移ろう。業務妨害罪における業務は、刑法上保護するに値する事務でなければならない（要保護性）。たとえば麻薬の製造のように反社会的な活動は、保護されるべき業務とはいえない

い。もつとも、法規に違反する営業活動がすべて業務性を否定されるというわけではなく、事実上平穏に行われている事務であれば保護されるべき業務と解してよいというのが、通説⁽²⁹⁾である。判例も同様の見地から、耕作権のない者による耕作⁽³⁰⁾、行政上の許可を得ていない者による浴場の営業⁽³¹⁾、行政監督上の規定に違反する車掌の業務⁽³²⁾、長期間公害を出し続けているパルプ工場の操業⁽³³⁾、道路交通法上の道路使用許可条件に違反する街頭演説⁽³⁴⁾、パチンコの景品交換などについて、保護されるべき業務に当たるとしている。

それでは、本件工事は保護されるべき業務といえるであろうか。この点についても、本判決と原判決は対立する。

原判決は、路上生活者が住居として使用している段ボール小屋等をその意思に反して撤去するためには道路法や行政代執行法による手続が必要であるのに、都はこれらの手続を踏まずに本件工事を実施しており、手続上軽微とはい難い瑕疵があるとして、本件工事の要保護性を否定した。他方、本判決は、各段ボールの所有者が明確ではなかっただめに行政代執行等の実効性が期待できず、都において道路法所定の手続や行政代執行の手続を踏まなかつたことはそれなりの理由があるとし、さらに、もともと路上生活者にはこのような形で道路を占用する何らの権限もないこと、都は本件工事を実施する旨の周知活動を事前に行っていたこと、都は段ボール小屋に代わる臨時保護施設を提供していたことなどの事情に照らせば、実際に行われた作業も平穏な態様のものであって、段ボール小屋の撤去に手続き上の瑕疵があると仮定してもその程度はそれほど大きいものとはいえないと反論している。

このように、本件工事の瑕疵に関する評価は両判決の間で分かれているのであるが、本判決も指摘しているように、本件工事に手続上の瑕疵があつたかどうかを突き詰めて判断するまでもなく、本件工事の要保護性は肯定されるとい

うべきであろう。先述したように、反社会的な活動は保護されるべき業務とはいえないが、法規に違反する事務であつても事実上平穏に行われている事務であれば、保護されるべき業務と解してよいというのが、判例・通説である。そして、本件工事に手続上の瑕疵があつたかどうかはともかくとして、少なくとも本件工事が麻薬の製造のような反社会的な活動ではないということは明らかであり、本件工事は事実上平穏に行われたといえる。そうだとすると、右のような判例・通説における要保護性の基準を前提とする限り、本件工事は保護されるべき業務に該当するということになるのである。

これに対し原判決は、「本件工事は、都による公務であるところ、民間による業務に比して法定の手続に則るべき事情はより強いものがあると思われる」とことや、仮にこれが公務執行妨害罪となつた場合に求められる適法性の程度と比較考慮し、……本件工事は、全体としてその瑕疵は大き」いと述べ、公務が業務妨害罪の対象となる場合には、その要保護性は通常の業務の場合に比べて厳格な要件の下に判断されるとの見解を示した。学説上も、これを支持する見解⁽³⁶⁾が存在する。すなわち、公務執行妨害罪の場合、抽象的職務権限及び具体的職務権限があつても法律上重要な要件・方式を履んでいない職務は適法性の要件を欠き、保護の対象とならないとされており、これは、業務妨害罪における業務の要保護性の場合に比べて遙かに厳格な基準である。これとの均衡上、業務妨害罪においても、公務の場合には一般的の業務の場合より厳しい基準によつて要保護性の有無を判断すべきである。そうでなければ、公務の適法性がなく公務執行妨害罪では保護されない公務が、業務妨害罪においては保護されるという事態が生じることとなり、不合理である、と。

しかし、業務妨害罪は、個人の社会的活動の自由を保護することを目的としているところから、法規に違反しても平穏に行われている活動は刑法上の保護に値すると解されているのに対し、公務執行妨害罪の場合は、国家の統治作用の公正な運用を保障するものであるために、法律上重要な要件・方式を履んでいない職務は適法性の要件を欠くとされているのである。このように公務執行妨害罪と業務妨害罪は保護法益や罪質を異にする以上、両罪において要保護性の有無の判断基準が違つても何ら不当ではないと思われる。

本判決も、まさにこのようない理解に立つものである。すなわち、一般に威力業務妨害罪における業務というためには事実上平穏に行われているものであれば足り、この点は国や地方公共団体の公務が問題となる場合であっても同様であるとした上で、本件工事は「平穏な態様のものであって、段ボール小屋の撤去に手続上の瑕疵があると仮定してもその程度はそれほど大きいものとはい」ず、「少なくともその程度は業務が反社会性を帯びるまでには至つて」いない、と判示したのである。公務が業務妨害罪の対象となる場合、その要保護性については通常の業務の場合に比べて厳格な要件が課されるのかという問題は、これまであまり意識的には論じられてこなかつたが、本判決がこの点を否定的に解したことは注目に値する。

(2) 最後に、本件における公務執行妨害罪の成否について触れておきたい。判例は、業務妨害罪の対象となる公務であるか否かを問わず、すべての公務は公務執行妨害罪にいう「職務」に含まれるとしている。⁽³⁷⁾ このような立場を前提とする限り、本件工事がここでいう職務であることは明らかである。また、公務執行妨害罪の構成要件的行為たる暴行は、職務執行の妨害となるべき程度のものであれば足りるとされているから、鶏卵や消火剤を都職員らに投げつ

けるなどの被告人の行為は暴行に当たるといえよう。それにもかかわらず、検察官が被告人らを公務執行妨害罪で起訴しなかつたのは、原判決と同様に本件工事には手続上の瑕疵があると判断し、そのために職務の適法性の要件を欠くと考えたからかもしれない。⁽³⁹⁾ この点については、さらに検討が必要である。

- (1) 東京地判平成九年三月六日判時一五九九号四一頁。
- (2) 吉川経夫『刑法各論』(昭和五七年)一一六頁。
- (3) 団藤重光編『注釈刑法(5)各則(3)』〔内藤謙〕(昭和四三年)四〇〇頁。
- (4) 団藤重光『刑法綱要各論第三版』(平成二年)五三五—五三六頁、曾根威彦『刑法の重要問題〔各論〕補訂版』(平成八年)七五頁、中森喜彦『刑法各論』(平成八年)七一頁、西田典之『刑法各論』(平成一年)一一九頁、前田雅英『刑法各論講義〔第3版〕』(平成一年)一三五頁。
- (5) 大谷實『新版刑法講義各論』(平成二年)一三八頁、佐々木正輝「判批」法律のひろば四〇卷七号(昭和六二年)四八頁、木藤繁夫「判批」研修四七一号(昭和六二年)五五頁。
- (6) 大判明治四二年二月一九日刑録一五輯一二〇頁、大判大正八年四月二日刑録二五輯三七五頁。
- (7) 大判大正四年五月一二日刑録二一輯六六三頁、大判大正一〇年一〇月一四日刑録二七輯六四三頁。
- (8) 刑集五卷八号一四九一頁。
- (9) 前田・前掲注(4)一三三頁、山口厚『問題探求刑法各論』(平成一年)二七〇頁。
- (10) 刑集一四卷一三号一七一三頁。
- (11) 刑集二〇卷九号一〇七六頁。同判決は、大審院大正四年判決及び大審院大正一〇年判決は最高裁昭和二五年判決により、これと矛盾する限度で変更されたとしている。
- (12) 刑月一卷八号八四一頁。
- (13) 刑月七卷三号一六二頁。

(14) 判時一〇〇八号二〇八頁。このほか議会の議事を業務とした裁判例には、東京地判昭和四八年九月六日刑月五卷九号一三一五頁、東京高判昭和五九年三月二九日判時一二三三号一五九頁、千葉地判昭和六〇年三月一九日判タ五六四号二七二頁、佐賀地判昭和六〇年三月一九日判タ五六四号二七二頁などがある。

(15) 判タ六〇八号一三七頁。

(16) このほか判例上、業務に当たると認められた公務としては、選挙管理委員会主催の党首演説会（東京地判昭和三六年九月一三日判時二八〇号二二頁）、郵便局の郵便物の搬出作業（最判昭和五三年三月二日刑集三三二卷二号九七頁）、教育委員会の研究協議会（札幌高判昭和五九年五月一七日判時一一五六号一六〇頁）、消防長の各種決裁等の事務（最判平成四年一一月二七日刑集四六卷八号六二三頁）などがある。判例の流れについては、原田保「『公務・業務』概念に関する判例の解釈」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第三卷』（平成一〇年）三三八頁以下参照。

(17) 中森喜彦「公務に対する業務妨害罪の成否」判タ五四九号（昭和六〇年）五八頁、前田・前掲注（4）一二四頁。

(18) 刑集四一卷二号一四〇頁。

(19) 永井敏雄「判解」法曹時報四〇卷七号（昭和六三年）二二七頁以下。

(20) 大阪高判平成九年二月一三日判タ九七九号二四五頁も、最高裁昭和六二年決定の示した基準を用いて、選挙長の立候補届出の受理業務を業務に当たるとしている。

(21) 原田保「判批」平成二一年度重要判例解説（平成二二年）一五八頁。同旨、原口伸夫「判批」判例評論四七三号（平成一〇年）六三頁。

(22) 永井・前掲注（19）二一六頁。

(23) 門田成人「判批」法学セミナー五三七号（平成二一年）一〇二頁。これに対し、長瀬敬昭「判批」警察公論五五卷一号

（平成二二年）九八頁は、本判決の結論を支持する。

(24) 前田・前掲注（4）一三五頁。

(25) 佐々木・前掲注（5）四八頁、山口・前掲注（9）二七三頁以下。

都職員の行為への抵抗に関する業務妨害罪の成否

都職員の行為への抵抗に関する業務妨害罪の成否

同志社法学 五二卷五号 二九八（一八四六）

(26) 平川宗信「判批」昭和六二年度重要判例解説（昭和六三年）一六三頁、大越義久「判批」判例セレクト⁸⁷（昭和六三年）

(27) 河上和雄「時代の進展と刑事法解釈の変遷（一）——最近の最高裁判例から——」警察学論集四〇卷七号（昭和六一年）三〇頁。

(28) 大谷・前掲注(5)一三八頁。

(29) 前田・前掲注(4)一三二頁、大谷・前掲注(5)一三六頁。これに対し、西田・前掲注(4)一一七頁は、事実上平穏に行われているか否かを基準とすると、覚せい剤の製造や販売でも平穏に行われていれば業務に当たることになり不合理であるとして、当該業務の反社会性が業務妨害罪による保護の必要性を失わせる程度のものであるか否かを基準とすべきであると主張する。

(30) 東京高判昭和二四年一〇月一五日高刑集二卷二号一七一頁。

(31) 東京高判昭和二七年七月三日高刑集五卷七号一一三四頁。

(32) 名古屋高金沢支判昭和三九年二月一日下刑集六卷一一二号一二二頁。

(33) 高知地判昭和五年三月三一日判タ三三四号一七一頁。

(34) 東京地判昭和五七年九月二七日刑月一四卷一一一一二号一一五〇頁。

(35) 横浜地判昭和六年二月一八日刑月一八卷一一二号一二七頁。

(36) 門田・前掲注(23)一〇二頁、原田・前掲注(21)一五八頁。

(37) 最判昭和五三年六月二九日刑集三二卷四号八一六頁。

(38) 最判昭和二五年一〇月二〇日刑集四卷一〇号二二一五頁、最判昭和三三年九月三〇日刑集一二卷一三号三五一頁。大谷・前掲注(5)五六二一五六三頁。

(39) 原田・前掲注(21)一五八頁参照。

【本判決評釈】 本判決評釈として、門田成人「威力業務妨害罪における『業務』の範囲と要保護性」法学セミナー五三七号（平成二一年）一〇二頁、長瀬敬昭「東京都が新宿駅西口の地下通路に『動く歩道』を設置するために、路上生活者が居住する段ボール箱を撤去する際に都職員らの業務を妨害したとして威力業務妨害罪で起訴された被告人らについて、無罪を言い渡した一審判決を破棄して同罪の成立を認めた事例」警察公論五五巻一号（平成一二年）九二頁、伊藤涉「都職員が行つた段ボール小屋の撤去作業が威力業務妨害罪にいう業務に当たるとされた事例」判例セレクト⁹⁹（平成一二年）三三三頁、原田保「都職員の行為への抵抗に関する業務妨害罪の成否——新宿ホームレス退去妨害事件」平成一一年度重要判例解説（平成一二年）一五七頁、前田雅英「公務員の公務に対する業務妨害(2)」同「最新重要判例250刑法第3版」（平成一二年）一四二頁がある。

第一審判決に関するものとして、原口伸夫「路上生活者を退去させようとした都職員らの行為を妨害した者に業務妨害罪は成立しないとされた事例——新宿ホームレス強制退去妨害事件第一審判決」判例評論四七三号（平成一〇年）二二五頁がある。