

論文式試験問題集
[刑法Ⅱ]

【刑法Ⅱ】

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい（建造物侵入罪及び特別法違反の点は除く）。

【事例】

- 1 政治団体の代表者である甲（身長170センチメートル、体重60キログラム）は、A県議会が推進する政策について日頃から腹を立てていた。ある日、甲は、A県議会において、同政治団体の信念に反する決議案が提出され、採決されようとしているのを知り、もはや自分自身で直接行動して採決を阻止しなければならないと考えた。そこで甲は発煙筒を数本用意し、当日自分が着ている黒いシャツの下に隠し持って、傍聴人としてA県議会議事堂に入った。
- 2 議長Bが議長席に着いて開会を宣言しようとした際、甲は服の下から発煙筒を1本取り出して座席の下でたたため、県議会の開会が約1時間遅れた。その後、県議会は開会されたが、決議案の提案者である議員がその提案理由を説明しようとする、これに反対する議員らが執拗に野次をとばし、これに対して賛成派の議員らも激しく言い返したため、議場は騒然とした。Bは、これ以上審議を続けるのは不可能であると考え、「本件決議案は明日審議する」旨告げて、休憩を宣言し、議場から退出しようとしたところ、これを不服とする議員らが議長席を囲んで行く手を遮り、激しく抗議した。そのような中、甲はBの休憩宣言が強引であると感じて腹を立て、議長席に詰め寄り、Bの顔面を殴打した。突然の出来事に議場は混乱し、その隙に甲は残りの発煙筒を手にとって出口から逃走した。
- 3 同日、県議会議事堂を警備していた警察官Cは、Bが殴打されたところを目撃しており、傍聴席の出口から発煙筒を持って走り出てきた甲が犯人であると確信した。Cは甲を追いかけ、議事堂の外に出て通路を曲がったところ、たまたまA県庁に来ていた乙を甲だと思い込み、乙を現行犯逮捕しようとした。本件とは無関係の乙は、自分に逮捕されるいわれはないと思い、逮捕を阻止するためにCの肩あたりを手で強く押し、これによってCはその場に転倒した。なお、乙は身長170センチメートル、体重60キログラムであり、黒いシャツを着用していたものの、何ら挙動不審な点はなかった。また、乙は左手にスマートフォン、右手にパンフレットを持っており、真犯人が持っているはずの発煙筒を持っているようには見えず、実際に持っていなかった。

2020年3月15日

担当：司法修習生 星野拓哉

参考答案
[刑法II]

第1 甲の罪責について

1 甲が傍聴席で発煙筒をたいた行為に公務執行妨害罪（95条1項）が成立しないか。

「暴行」とは、公務員に向けられた直接的または間接的な不法な有形力の行使をいうところ、上記行為は議長Bに対して物理的影響力を与えるようなものではなく、Bに向けられた間接的な不法な有形力の行使とはいえず「暴行」には当たらない。

したがって、上記行為に公務執行妨害罪は成立しない。
2 そうだとしても、上記行為に威力業務妨害罪（234条）が成立しないか。

（1）まず、甲は「業務」を妨害したといえるか。議会における議事は公務であるところ、威力業務妨害罪における「業務」に公務が含まれるかが問題となる。

ア 強制力を行使する権力的公務については、威力や偽計による妨害に対して、自力で排除する機能を備えているから、業務妨害罪で保護する必要はないが、それ以外の公務については、そのような機能を備えていないことから、業務妨害罪で保護する必要がある。

そこで、強制力を行使する権力的公務は「業務」に含まれないが、それ以外の公務は「業務」に含まれる。

イ A県議会の議事は威力による妨害を自力で排除する機能を備えていないから、強制力を行使する権力的公務には当たらず、「業務」に含まれる。

（2）また、上記行為は、議事を中断させ、これに対処する必要を生じさせるおそれの高いものであるから、人の意思を制圧するに足りる勢力といえ、「威力」に当たる。

（3）そして、上記行為により、議事の進行が妨げられる危険が生じており「妨害した」といえる。

（4）したがって、甲の上記行為には威力業務妨害罪が成立する。

3 甲が、議長Bの顔を殴打した行為に公務執行妨害罪が成立するか。
（1）まず、議長Bは「公務員」である。

（2）では、甲はBが「職務を執行するに当たり」殴打したといえるか。Bは休憩を宣言し、退出しようとしているところであることから問題となる。

ア 本罪の保護法益は、公務員の地位や身分ではなく、公務の円滑な遂行であるから、「職務を遂行するに当たり」とは、公務を執行するに際して、と解すべきであり、具体的・個別的に特定された職務の執行を開始してからこれを終了するまでの時間的範囲およびまさに当該職務の執行を開始しようとしている場合のように当該職務の執行と時間的に接合しこれと切り離し得ない一体的関係にあるとみることができ範囲内の職務行為に限られる。

イ Bは休憩宣言をして、退出しようとしており、形式的には職務は終了しているようにもみえる。しかし、県議会の議長は議会の議事を整理し、秩序を保持する職責を有しているところ、Bの休憩宣言後も退出を阻止し、激しく抗議がされるなどの紛議が生じているか

ら、Bは休憩宣言により職務の執行を終えたものではなく、このような紛議に対処すべく現に職務を執行中であったといえる。

したがって、甲はBが「職務を執行するに当たり」殴打したといえる。(3) また、甲の殴打行為は、Bに対する直接的な不法な有形力の行使であり、「暴行」に当たる。

(4) したがって、甲の行為には公務執行妨害罪が成立する。

4 以上より、甲の行為には威力業務妨害罪と公務執行妨害罪が成立し、両者は別個の行為によるから併合罪（45条前段）となり、甲はかかる罪責を負う。

第2 Zの罪責について

1 乙が逮捕を阻止するために警察官Cを押し倒した行為に、公務執行妨害罪が成立しないか。Cによる現行犯逮捕は誤認逮捕であって違法であり、「職務」に当たらないのではないか。

(1) 本罪の保護法益は公務の円滑な遂行であるが、違法な公務まで保護する必要はないから「職務」は適法なものであることを要する。具体的には①職務の執行が当該公務員の抽象的職務権限に属すること、②当該公務員がその職務を行う具体的職務権限を有すること、③その職務の執行を有効にする法律上の手続または方式の重要部分を履践していることが必要である。

そして、保護に値する公務とは法令の要件を満たしているものであるから、職務の適法性は裁判所が法令の要件に従い客観的に判断する。また、行為時に適法であった行為は保護する必要性があるか

ら、適法性の判断は行為時を基準とする。

(2) Cは警察官であり、被疑者を逮捕する抽象的職務権限を有する(刑事訴訟法213条, 同法199条1項参照)。しかし、乙は甲と同様の黒いシャツを着て背丈が甲と同じであるという、多数人に当てはまる特徴を有しているにすぎず、挙動不審な点もなかった。また乙は、左手にスマートフォン、右手にパンフレットを持っており、甲が持っているはずの発煙筒を持っていないかった。そうだとすると、乙は「現に罪を行い終わった者」(同法212条1項)に当たらないから、Cは乙を現行犯逮捕する具体的職務権限を有していないといえる。

したがって、Cの逮捕行為は違法であり、「職務」に当たらない。(3) よって、上記行為に公務執行妨害罪は成立しない。

2 次に、上記行為に業務執行妨害罪が成立するか検討するに、逮捕行為は、強制力を行使する権力的公務であるから「業務」に当たらず、本罪は成立しない。

3 最後に、上記行為に暴行罪(208条)が成立しないか。

上記行為は、不法な有形力の行使である「暴行」に当たり、暴行の構成要件に該当する。しかし、Cの違法な逮捕行為という「急迫不正の侵害」に対して、「防衛するため」に「やむを得ず」なされた防衛行為であるから、正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却される。

よって、上記行為に暴行罪は成立しない。

4 以上より、乙は何ら罪責を負わない。 以上

2020年3月15日

担当：司法修習生 星野拓哉

予備試験答案練習会(刑法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔甲の罪責〕	(26)		
1 発煙筒をたいた行為につき、 公務執行妨害罪の成否			
・「暴行」の検討		2	
2 発煙筒をたいた行為につき、 威力業務妨害罪の検討			
・「業務」の検討		10	
・「威力」の検討		2	
・「妨害した」の検討		2	
3 Bを殴打した行為につき、 公務執行妨害罪の成否			
・「公務員」の検討		1	
・「職務を執行するに当たり」の検討		6	
・「暴行」の検討		2	
4 罪数処理		1	
〔乙の罪責〕	(14)		
1 Cを押し倒した行為につき、 公務執行妨害罪の成否			
・職務の適法性について		10	
2 同行為につき、 威力業務妨害罪の成否		1	
3 同行為につき、 暴行罪及び正当防衛の成否		3	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

刑法Ⅱ 解説レジュメ

第1. 出題の趣旨

本問は、公務執行妨害罪（95条1項）と業務妨害罪（233条後段，234条）の重要な論点についての理解を問う問題である。公務執行妨害罪や業務妨害罪は、判例百選にも掲載されているような重要な論点が複数存在するにも関わらず、受験生の学習が十分ではない傾向がある。また予備試験での出題実績はなく、司法試験でも平成21年度に偽計業務妨害罪が問われたのみであり、答案を書く機会もほとんどない分野であると思われる。そこで、これらの犯罪について答案を書く訓練をしてもらうとともに、今一度刑法各論の知識に穴がないか確認してもらおうきっかけにしたいと、本問を出題した。

第2. 甲の罪責について

1. 甲が傍聴席で発煙筒をたいた行為について（公務執行妨害罪の成否）

(1) 問題の所在

まずは、公務執行妨害罪の成否を検討することになる。ここで問題となるのは、甲は傍聴席で発煙筒をたいただけであるところ、かかる行為が公務執行妨害罪における「暴行」に当たるのか、という点である。

(2) 公務執行妨害罪における「暴行」の意義

公務執行妨害罪の保護法益は、公務の円滑な遂行であるから、「暴行」は公務の円滑な遂行を妨害するようなものであればよい。したがって、「暴行」には、公務員の身体に向けられた直接的な不法な有形力の行使が含まれるのはもちろんのこと、公務員に向けられた間接的な不法な有形力の行使（間接暴行）も含まれる。

もっとも、間接暴行を「暴行」に含めると、不当に処罰範囲が拡大するおそれがある。また、公務員に「対して」と規定している条文の文言から離れるわけにもいかない。そこで、学説上、間接暴行を、公務員に対して何らかの物理的な影響力を与えるものに限定することが有力に主張されている。

(3) 判例

最判昭和37年1月23日は「暴行とは、公務員の身体に対し直接であると間接であるとを問わず不法な攻撃を加えることをいう」と判示しており、「暴行」に間接暴行を含むという立場を採っている。もっとも、学説のように間接暴行を公務員に対して何らかの物理的な影響力を与えるものに限定すべきと考えているのかは定かではない。むしろ、公務執行の円滑性の観点から間接暴行を広く捉えているようにも思われる。たとえば最判昭和33年10月14日は「税務署係員等が許可状により現場を捜索して差押えた密造の疑ある焼酎入り甕を運搬して引揚げるため自動車にこれを積載した際、鉦でこれを破碎し流失させる」行為を、最決昭和34年8月27日は「司法巡査が覚せい剤取締法違反の現行犯人を逮捕する場合、逮捕の現場で証拠物として適法に差押えたうえ、整理のため同所に置いた覚せい剤注射液入りアンプル三〇本を足で踏付け内二一本を損壊してその公務の執行を妨害した」行為を、間接暴行としている。これらの行為は、差押対象物を破壊しただけであり、公務員に対して物理的な影響力を与えるものではない。そのため学説からの批判も強いところである。

(4) あてはめ

学説の立場で考えた場合、甲は、傍聴席で発煙筒をたいたただけであり、公務員に対して何らかの物理的な影響力を与えているとは言えないから、甲の行為は間接暴行とはいえず、「暴行」に当たらない。判例のように間接暴行を広く捉える立場を採ったとしても、上記のような判例の傾向を考慮すると、やはり甲の行為は間接暴行には当たらないと考えるべきであろう。

2. 甲が傍聴席で発煙筒をたいた行為について（威力業務妨害罪の成否）

(1) 問題の所在

甲の行為に公務執行妨害罪が成立しないとしても、次に威力業務妨害罪が成立しないかを検討することになる。ここで問題となるのは、議会の議事は公務であるところ、威力業務妨害罪における「業務」に公務が含まれるのか、という点である。

(2) 学説の状況

消極説は、すべての公務は業務妨害罪の「業務」に含まれないとする。しかし、この説によると、偽計や威力による公務の妨害については犯罪不成立となってしまう妥当ではないとの批判がある。

無限定積極説は、すべての公務は業務妨害罪の「業務」に含まれるとする。しかし、この説に対しては、「暴行・脅迫」は「威力」に当たることから、公務執行妨害罪が成立する場合には、必ず威力業務妨害罪が成立するところ、両者の法定刑の上限は同一であるから、公務執行妨害罪の存在理由が合理的に説明できないとの批判がある。

現在の通説である限定積極説は、強制力を行使する権力的公務については「業務」に含まれないが、それ以外の公務については「業務」に含まれるとする。強制力を行使する権力的公務については、暴行・脅迫に至らない威力や偽計による妨害に対して、自力で排除する機能を備えているからの業務妨害罪による保護を与える必要はないが、その他の公務についてはそのような機能を備えていないことから、業務妨害罪で保護する必要があるというのが、その理由である。

(3) 判例

最決昭和 62 年 3 月 12 日は威力業務妨害罪の成否が問題となった事案で「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のであるから、右職務が威力業務妨害罪という「業務」に当たるとした原判断は、正当である」と判示しており、限定積極説と同様の立場を採っている。

(4) あてはめ

判例・通説の立場にたつと、A 県議会の議事は、妨害を自力で排除する機能を備えていないことから、強制力を行使する権力的公務とはいえず、威力業務妨害罪の「業務」に当たる。

(5) その他の要件

「威力」とは、人の意思を制圧するに足りる勢力をいう。傍聴席で発煙筒をたけば、議事進行を中断し、これに対応する必要が生じるおそれは非常に高いことから、「威力」に当たる。

また本罪は危険犯である（最判昭和 28 年 1 月 30 日）から「妨害した」といえるためには、業務を妨害する危険が発生する必要があるが、かつそれで足りる。発煙筒をたいたことで、議事が妨害される危険は発生しており、「妨害した」といえる。

3. 甲が議長Bの顔面を殴打した行為について

(1) 問題の所在

公務執行妨害罪が成立するためには、公務員に対する暴行が「職務を執行するに当たり」なされなくてはならない。甲が議長Bの顔面を殴打した時、Bは休憩を宣言し、退出しようとしているところであった。休憩宣言によって、Bの職務が終了しているとすれば「職務を執行するに当たり」ということはできず、公務執行妨害罪は成立しないことになる。そこで「職務を執行するに当たり」の意義が問題となる。

(2) 「職務を執行するに当たり」の意義

本罪の保護法益は、公務の円滑な遂行であるから、「職務を執行するに当たり」とは職務を執行するに際して、と解すべきである。そして、その意義について最判昭和45年12月22日は、「保護の対象となる職務の執行というのは・・・具体的、個別的に特定されていることを要するものと解すべきである。そして・・・具体的、個別的に特定された職務の執行を開始してからこれを終了するまでの時間的範囲およびまさに当該職務の執行を開始しようとしている場合のように当該職務の執行と時間的に接着しこれと切離し得ない一体的関係にあるとみることができる範囲内の職務行為にかぎって、公務執行妨害罪による保護の対象となるものと解するのが相当である」と判示している。通説も判例と同様に解している。

(3) 最決平成元年3月10日について

本問のモデルである最判平成元年3月10日(『刑法判例百選Ⅱ各論[第7判]』114事件)は、熊本県議会公害対策特別委員会の委員長が、参加者の執拗な抗議で委員会室内が混乱し騒然となったため、審議を継続できないと判断して、休憩を宣言し、退出しようとしたところ、これに対する抗議や退出の妨害行動が発生し、最終的に暴行を受けたという事案である。かかる決定は、委員長は「委員会の議事を整理し、秩序を保持する職責を有する」とした上で、委員長は「休憩宣言により職務の執行を終えたものではなく、休憩宣言後も、前記職責に基づき、委員会の秩序を保持し、右紛議に対処するための職務を現に執行していたものと認めるのが相当」と判示している。

この判示について、調査官解説は、委員長の「職務は、議事進行及びこれを円滑ならしめるための議事整理・秩序保持等を内容とする統轄的なものであり、委員全員が退場するなど、当該委員会が平穩に終了したと見られるまで継続するものであるから、議事進行を一時的に中止する休憩宣言により、直ちにその職務がすべて終了すると解することはできない。(中略)本件では、休憩宣言後、審議事項である陳情の打切りに関し、それに承服しない被告人らの抗議があつて紛議が生じ不穏な事態になったのであるから、同委員長は引き続き議事に関する紛議に対処しなければならなかったものであり、同委員長の議事を整理し秩序を保持すべき職務は依然として継続していた」(『最高裁判所判例解説刑事編(平成元年度)』67頁)と説明している。前述の最判昭和45年12月22日が示した一般論のうち、「職務の執行を開始してからこれを終了するまでの時間的範囲内の職務行為」であるとして、「職務を執行するに当たり」といえるとしたものと考えられる。

(4) あてはめ

議長Bも議会の議事を整理し、秩序を保持する職責を有している(地方自治法104条)。そして、Bが休憩宣言をしたことに反対する議員らが、Bの退出を妨害したり、激しい抗議したりして、紛議が発生していたのであるから、Bはこのような紛議に対処するために、現に職務を執行中であつたといえる。したがって「職務を執行するに当たり」といえることができる。

(5) その他の要件

議長Bが「公務員」に当たること、甲の殴打行為が「暴行」に当たるとは明らかであるが、一言で良いので触れることを忘れないようにしてほしい。

第3. 乙の罪責について

1. 乙が警察官Cを押し倒した行為について（公務執行妨害罪の成否）

(1) 問題の所在

乙は、警察官Cが現行犯逮捕しようとしたことに抵抗し、Cを押し倒しており、公務執行妨害罪が成立するようにも思える。しかしCの現行犯逮捕は誤認逮捕で違法であるから、公務執行妨害罪における「職務」には該当しないのではないかと、という点が問題となる。

(2) 職務の適法性の要否

公務執行妨害罪の保護法益は公務の円滑な遂行であるところ、違法な公務を保護する必要はない。違法な公務を保護するという事は、公務員の身分それ自体を保護することになるからである。しがたがって「職務」は適法であることが要求され、職務の適法性は書かれざる構成要件であるとされる。この点については、判例・通説共に見解が一致している。

(3) 職務の適法性の要件

職務が適法であるといえるためにはいかなる要件が必要か。この点について、通説は①職務の執行が当該公務員の抽象的職務権限に属すること、②当該公務員がその職務を行う具体的職務権限を有すること、③その職務の執行を有効にする法律上の手続または方式の重要部分を履践していることを要求する。

要件①は、公務員は法律上自己の行いうる「職務」が限定されており、これを超えた職務の執行は行うことができないことから要求される。要件②は、抽象的職務権限があったとしても、法律の要件を具備していなければ適法な職務といえないことから要求される。要件③は、具体的職務権限があったとしても、法律上重要な手続・方式を踏んでいない限り、やはり適法な職務とはいえないことから要求される。

判例も概ね通説と同じような見解にたっていると思われるが、上記三要件を明示しているわけではない。最大判昭和42年5月24日（百選112事件）は「議長のとった本件措置が、本来、議長の抽象的権限の範囲内に属することは明らか」であり、「当該措置は・・・保護されるに値する職務行為」であると判示しており、要件②と要件③をまとめて、要保護性として判断していると思われる。もっとも要保護性という抽象的な要件にあてはめるのは受験生には難しいことから、通説的な三要件を用いるのが受験政策的には良いだろう。

(4) 適法性の判断基準

職務の適法性をどのような基準で判断するかについては、主に3つの説がある。

主観説は、公務員の主観を基準に適法性を判断する。しかし、適法性判断を当の公務員の主観によって判断するとなれば、公務員の専横を許すことになり妥当ではないとの批判がある。

折衷説は、一般人を基準に適法性を判断する。しかし、一般人という基準は極めて曖昧であるし、法令をほとんど知らない一般人は公務員の職務執行の外見だけで適法とみる事が多く、結果的に主観説と変わらなくなってしまうおそれがあり妥当ではないとの批判がある。

現在の通説である**客観説**は、裁判所が法令の要件に従い客観的に判断するべきであるとする。本罪の保護法益は、職務の円滑な遂行であるところ、保護すべき職務とは法令の要件を満たし

ているものであることから、裁判所が法令を解釈して適法かどうかを客観的に判断すべきだとする。

(5) 適法性の判断時点

客観説は、どの時点を基準に判断するかを巡って、その内部で二説に分かれる。

行為時基準説は、職務行為が行われた時点を基準に適法性を判断する。裁判時基準説は、事後的見地から裁判の時点を基準に適法性を判断する。

両説で大きく違いが出るのは、誤認逮捕の場合である。刑事訴訟法は要件を満たす限り、被疑者が真犯人であるかどうかにかかわらず、逮捕することを許容している。行為時基準説にたてば、刑訴法の要件を満たしている限り、結果的に誤認逮捕であったとしても、逮捕行為は保護されることになる。しかし、裁判時基準説にたつと、結果的に誤認逮捕であると判明した場合、逮捕行為は違法な職務であるということになり、公務執行妨害罪で保護されなくなる。このように裁判時基準説にたつと、刑訴法上は適法な行為が、刑法上保護されなくなるという矛盾が生じることになる。職務執行時に適法であれば、十分に保護に値する職務であるといえるから、行為時基準説が妥当であり、通説的見解である。

最判昭和41年4月14日(百選113事件)は「職務執行の適否は事後的に純客観的な立場から判断されるべきでなく、行為時の状況にもとづいて客観的、合理的に判断されるべき」であると判示した原判決を相当であるとしており、適法性の判断基準について、客観説かつ行為時基準説を採っているものと思われる。

(6) あてはめ

Cは警察官であるから、被疑者を逮捕する抽象的職務権限を有する。しかし、乙は、着衣や衣服は甲と同様であるが、これは多人数に当てはまる特徴に過ぎない。乙は、挙動不審な点もなく、甲が持っているはずの発煙筒も持っていなかったのであるから、乙は「現に罪を行い終わった者」(刑訴法212条1項)に当たらず、現行犯逮捕の要件を満たしていないので、Cは当該逮捕をする具体的職務権限を有していない(要件②不充足)。したがって、Cの逮捕は「職務」に当たらず、公務執行妨害罪は成立しないことになる。なお、裁判時基準説にたつたとしても、結論は変わらない。

2. その他

公務執行妨害罪が成立しないとしても、次に威力業務妨害罪が成立しないかを検討する。もっとも、逮捕行為は、強制力を行使する権力的公務であるから、「業務」に含まれず、威力業務妨害罪は成立しないことを簡単に認定すれば良い。

さらに、乙の行為は暴行罪(208条)の構成要件に該当するが、正当防衛(36条1項)が成立し違法性が阻却されることも、忘れずに論じてほしい。

【参考文献等】

- 1 西田典之『刑法各論』第7版 弘文堂 2018年
- 2 井田良『講義刑法学・各論』有斐閣 2016年
- 3 高橋則夫『刑法各論』第2版 成文堂 2014年
- 4 大塚裕史・十河太朗・塩谷毅・豊田兼彦『基本刑法Ⅱ 各論』第2版 日本評論社 2018年
- 5 池田修・金山薫『新実例刑法 各論』青林書院 2014年
- 6 永井敏雄「県議会委員の条例案採択等の事務と威力業務妨害罪にいう「業務」」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和62年度）』法曹会 1990年
- 7 朝山芳史「公職選挙法上の選挙長の立候補届出受理業務と業務妨害罪にいう「業務」」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成12年度）』法曹会 2003年
- 8 吉本徹也「休憩宣言後の県議会委員長に対する暴行が公務執行妨害罪を構成するとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成元年度）』法曹会 1991年
- 9 千葉裕「駅の助役に対する暴行が刑法九五条一項にいう「職務ヲ執行スルニ当リ」加えられたものとは認められないとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和45年度）』法曹会 1971年

以上

2020年3月15日

担当：司法修習生 星野拓哉

最優秀答案

回答者 YS 41点

第1 甲の罪責

1. 甲がA県議会議事堂の座席の下で発煙筒をたいた行為について

(1) 上記行為について、公務執行妨害罪（刑法（以下略）95条1項）の成否を検討する。

ア. まず、A県議会の議長B及び議員は、地方公共団体の職員であり、「公務員」にあたる（7条1項）。また、県議会の議事運営は「職務の執行」にあたる。

イ. しかし、95条1項は、妨害の手段として「暴行又は脅迫」と規定しているところ、暴行は有形力の行使、脅迫は害悪の告知であるから、本件で甲が発煙筒をたいた行為は、いずれにもあたらず、「暴行又は脅迫」の要件を満たさない。

ウ. したがって、甲に公務執行妨害罪（95条1項）は成立しない。

(2) では、甲に威力業務妨害罪（234条）は成立するか。

ア. まず、甲は発煙筒をたいているから、「威力」を用いているといえる。

イ. 次に、本件における県議会の議事運営のような公務も、234条にいう「業務」にあたるかが問題となるが、非権力的な公務であれば、「業務」に含まれると解するべきである。なぜなら、権力的な公務は234条による保護がなくても、代執行等の強制力によって威力を排除することが可能であるが、非権力的な公務はこれが不可能だからである。

そして、県議会の運営は非権力的な公務にあたるから、234条のいう「業務」に含まれる。

ウ. さらに、上記アの「威力」により、県議会の開会が1時間遅れているから、甲は人の業務を「妨害した」といえる。

エ. したがって、甲は威力業務妨害罪（234条）の罪責を負う。

2. 甲がBの顔面を殴打した行為について

上記行為につき、公務執行妨害罪（95条1項）が成立するか。

(1) 前述のとおり、議長Bは公務員にあたる。

(2) また、甲が暴行に及んでいるのは、Bが休憩宣言をした後であり、休憩中であれば「職務を執行する」にあたらぬのではないかが問題となるが、議場が騒然としている中では、休憩中であっても、議長はなお議会の様子を注視する必要があるから、本件では「職務を執行する」にあたるといえる。

(3) そして、甲はBの顔面を殴打するという「暴行」を加えている。

(4) したがって、甲は公務執行妨害罪（95条1項）の罪責を負う。

3. 罪数

以上より、甲は威力業務妨害罪（234条）及び公務執行妨害罪（95条1項）の罪責を負い、両罪は併合罪（45条前段）となる。

第2 乙の罪責

乙がCの肩を強く押し、同人を転倒させた行為について

1. 上記行為につき、公務執行妨害罪（95条1項）が成立するか。

(1) まず、警察官Cは「公務員」にあたる。また、警察官が現行犯逮捕をすることは、①警察官の抽象的職務権限に属し、かつ②警察官Cの具体的職務権限にも属するから「職務を執行するにあたり」といえる。

さらに、乙はCを手で強く押ししており、これは有形力の行使であるから「暴行」にあたる。

(2) とはいえ、乙は本件とは無関係で、逮捕されるいわれはないと思っている。そこで、95条1項の「職務」は、適法であることを要するかが問題となる。

ア. この点、95条1項の保護法益は、公務の円滑な遂行であるから、そのような保護に値するためには、公務は適法なものでなければならない。

そのため、違法な公務は95条1項の「職務」にはあたらない。

イ. 次に、違法か否かを判断する基準時が問題となる。この点、裁判時を基準に違法性を判断してしまうと、刑事訴訟法などで認められた警察官の職務執行が萎縮し、円滑な公務ができなくなってしまう。

そこで、逮捕については、逮捕時の状況に照らして適法といえれば、裁判時に違法であったとしても、そのような逮捕は、95条1項の職務として保護されると解すべきである。

(3) 本件では、Cは甲と外見のよく似た乙を現行犯逮捕しているが、現行犯逮捕（刑訴法212条1項）において、「現に罪を行い経った」といえるためには、犯罪と犯人の明白性が必要である。

そして、乙には挙動不審な点がなく、甲が手にしていた発煙筒を持っておらず、持っているようにも見えなかったのであるから、犯人の明白性は認められない（刑訴法212条2項2号参照）。

したがって、本件におけるCの現行犯逮捕は違法であり、95条1項の「職務」にあたらぬ。

(4) よって、乙は公務執行妨害罪（95条1項）の罪責を負わない。

2. とはいえ、乙はCを手で強く押しているから暴行罪（208条）の構成要件に該当する。

(1) しかし、これは、Cによる違法逮捕という急迫不正の侵害を免れるためやむを得ずしたことであるから、正当防衛（36条1項）の要件を満たし、違法性が阻却される。

(2) したがって、乙に暴行罪は成立しない。

3. 以上より、乙には何の罪も成立しない。

以 上

採点講評

(2020年3月15日・刑法Ⅱ)

第1 全体について

- ・今回の問題は、公務執行妨害罪と威力業務妨害罪という受験生が後回しにしてしまいがちな犯罪からの出題であったため、かなり苦戦したようである。成立する犯罪をすべての確に指摘できた答案は、ごく少数に留まった。もっとも、問われているのは、どの基本書にも必ず載っている基本的かつ重要な論点のみであるから、しっかり復習してほしい。穴をなくすことは、合格するために非常に重要である。
- ・構成要件の定義が不正確である答案が目立った。たとえば「暴行」は、犯罪によって定義が変わってくるが、それらを混同してしまっている答案が多かった。構成要件の定義を正確に示すことは、刑法各論の論述のスタート地点なので、しっかり書けるようにしてほしい。また定義はちゃんと書けているが、その意味するところを理解できておらず、あてはめがズレてしまっている答案も見られた。構成要件の定義は理解した上で暗記する必要がある。
- ・構成要件を網羅的に検討できていない答案が目立った。たとえば、公務執行妨害罪の「公務員」のように当たり前に該当するものであっても、一言でいいので必ず触れる必要がある。すべての構成要件を充足して初めて犯罪が成立するという意識を持ってほしい。

第2 甲の罪責① 一発煙筒をたいた行為（第一行為）

- ・第一行為について、公務執行妨害罪を成立させ、結果的に威力業務妨害罪の検討を落としてしまった答案が目立った。公務執行妨害罪における「暴行」の意義、特に間接暴行とはどのような行為をいうのかが理解できていないことが原因と思われる。通説的な理解や判例の相場を確認してほしい。
- ・威力業務妨害罪を検討できている答案に関しては、公務は「業務」に含まれるのか、についてよく書けているものが多かった。妨害排除力の観点から論述すれば問題ない。
- ・強制力を行使する権力的公務以外の公務は「業務」に含まれるという規範を定立し、したがってA県議会の議事は「業務」に当たるとだけ書いている答案が多かったが、これでは規範にあてはめていることにはならない。A県議会の議事が非権力的公務であることを説明して、はじめて規範にあてはめたことになる。自分の立てた規範に対してはしっかり責任を持ってあてはめてほしい。
- ・「威力」の定義が不正確な答案、「威力」と「偽計」の違いが分かっていない答案が見受けられた。繰り返すが構成要件の定義は正確に押さえる必要がある。

第3 甲の罪責② -Bを殴打した行為(第二行為)

- ・第二行為について、公務執行妨害罪ではなく暴行罪を検討してしまった答案が多かった。公務員に対して暴行を加えているのだから、まずは公務執行妨害罪を思い浮かべてほしかった。傷害罪を検討している答案も少なからずあったが、問題文をしっかりと読んでほしい。
- ・休憩宣言との関係で「職務を執行するに当たり」に当たるのかが問題となることに気付いていた答案は多くはなかった。休憩宣言、退出しようとしたといった事情をヒントにしてなんとか問題点にたどり着いてほしかった。
- ・問題点に気がつけた答案の中には、判例の規範は知らなくても、なんとか保護法益から自分なりの規範を定立しようと努力しているものが見られた。結果的に上手い規範が定立できなかつたとしても、そのような姿勢は評価できるし、非常に好印象である。

第4 乙の罪責

- ・乙の行為について、公務執行妨害罪を検討できている答案は多かった。
- ・Cの現行犯逮捕が違法になりそうだ、というところまではたどり着いている答案が多かった。しかし、それを公務執行妨害罪の書かれざる構成要件である職務の適法性の問題として書けた答案は少なく、正当防衛を検討してしまった答案が多かった。この点は、知識として持っていないと、正当防衛の検討をしてしまうのは自然な流れであり、やむを得ないだろう。職務の適法性を違法要素と捉える見解もないわけではないので、正当防衛を検討してしまった答案についても、現行犯逮捕の違法性についてきちんと検討できているものについては、裁量点で考慮した。
- ・職務の適法性については、職務の執行が適法とされるための要件はなにかという問題と、それをどのような基準で判断するのかという問題の、2つの段階があることをまず押さえてほしい。判断基準については書けている答案はわずかに見られたが、職務の執行が適法とされるための三要件を挙げられた答案は皆無であった。
- ・問題文中に乙についての事情が沢山あがっているが、これらの事情をうまく活かせていた答案は多くなかった。問題文で厚く書かれている部分は、答案で使ってほしいという出題者からのメッセージでありヒントであるから、しっかり拾って得点につなげてほしい。

第5 刑法各論の勉強について

- ・刑法各論では構成要件に淡々と当てはめることができるかが問われている。
- ・勉強のポイントは、各犯罪の構成要件をしっかりと押さえることである。構成要件をすべて満たして初めて犯罪は成立するのだから、いかなる構成要件を満たさなくてはいけないのかが分かっていないと検討のしようがない。

- ・繰り返しになるが、構成要件の定義は正確に理解し、暗記する必要がある。
- ・短答の勉強のついでに、すべての犯罪の構成要件と定義を確認してまとめておくと、短答後に非常に楽になる。
- ・刑法各論の論点は構成要件との関係で問題となるものがほとんどであるから、論点は構成要件に紐付けて押さえておくと、論点落としのおそれは減る。
- ・刑法各論の論述の型は非常に単純で、

1 甲の・・・という行為に、～罪（○条）が成立しないか。

(1) まず、構成要件①

(2) 次に、構成要件②

(3) さらに、構成要件③

(4) したがって、上記行為に、～罪が成立する。

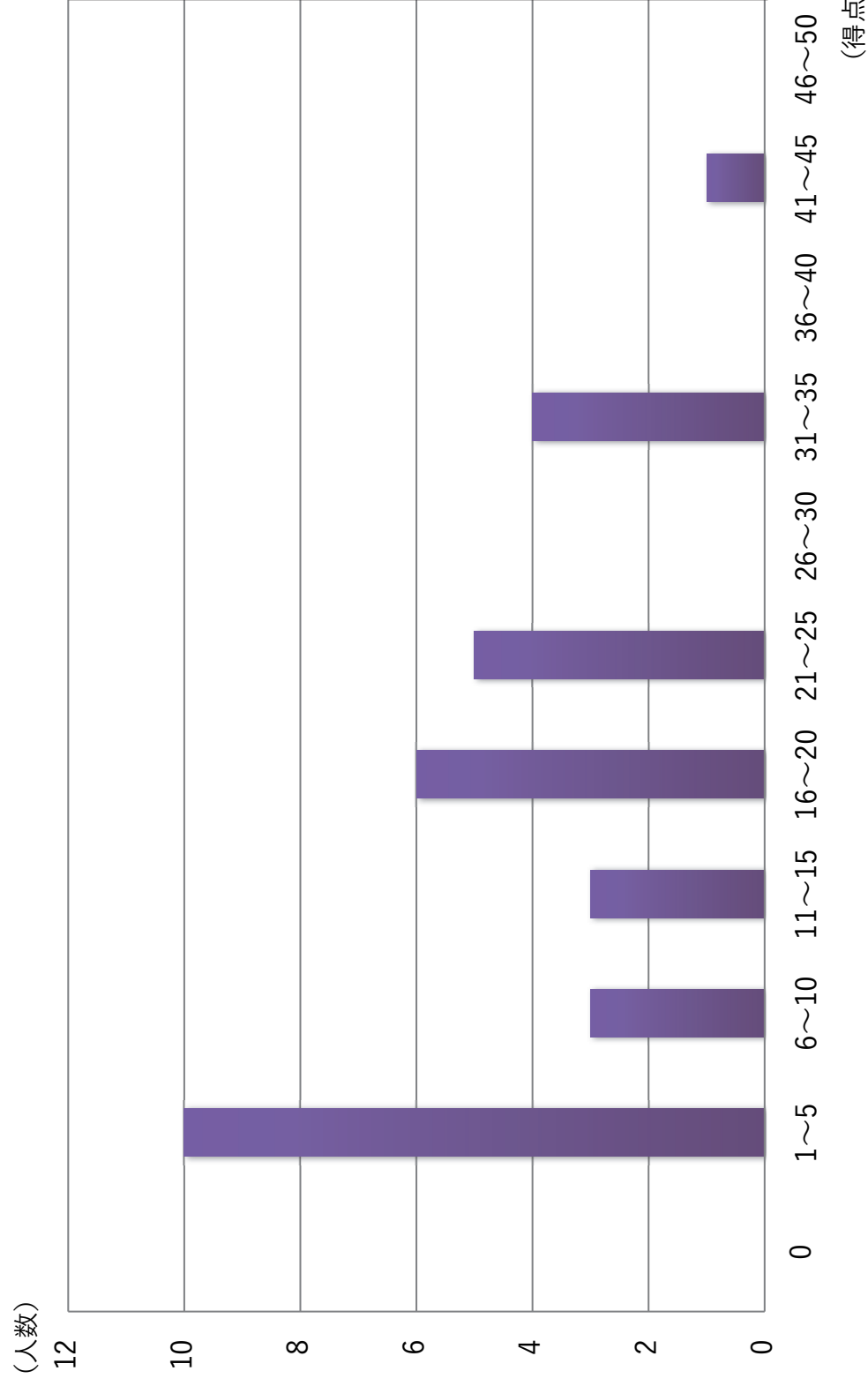
という流れを、行為の数だけ繰り返せば、それで足りる。この論述の流れができていない答案は読みにくいし、構成要件の検討漏れも起こりやすい。

以上

司法試験予備試験答案練習会 2020年3月15日分 得点分布表

刑法Ⅱ

出席者 32名 平均点 15.3点



分布	人数
0	0
1~5	10
6~10	3
11~15	3
16~20	6
21~25	5
26~30	0
31~35	4
36~40	0
41~45	1
46~50	0