

松 山 大 学 論 集  
第 24 卷 第 3 号 抜 刷  
2 0 1 2 年 8 月 発 行

刑法上の業務妨害罪と軽犯罪法上の  
業務妨害の罪との関係

今 村 暢 好

# 刑法上の業務妨害罪と軽犯罪法上の 業務妨害の罪との関係

今 村 暢 好

## 目 次

- I. 問題の所在 — 本稿の目的
- II. 業務妨害の罪の罪質
  1. 刑法上の業務妨害罪の罪質
  2. 軽犯罪法上の業務妨害の罪の罪質
    - (1) 軽犯罪法上の業務妨害の罪
    - (2) 軽犯罪法上の業務妨害の罪の「業務」
    - (3) 軽犯罪法上の業務妨害の罪の罪質
- III. 業務妨害行為の区別基準
  1. 「悪戯など」の概念
  2. 妨害行為の程度の区別基準
    - (1) 区別の問題性
    - (2) 危険犯としての業務妨害の罪
    - (3) 妨害行為の違法性の程度
  3. 業務妨害について刑法違反か軽犯罪法違反かについて争われた事例
    - (1) 大阪高裁昭和 29 年 11 月 12 日判決
    - (2) 大阪高裁昭和 39 年 10 月 5 日判決
    - (3) 東京高裁昭和 48 年 8 月 7 日判決
    - (4) 東京地裁平成 4 年 5 月 21 日判決
    - (5) 最高裁平成 4 年 11 月 27 日決定
    - (6) 東京高裁平成 21 年 3 月 12 日判決
- IV. 問題点の検討

## I. 問題の所在——本稿の目的

本稿は、業務妨害の罪を題材として、刑法上の犯罪行為と軽犯罪法上の犯罪行為の区別基準について検討するものである。

刑法には、「刑法典」に規定される普通刑法の性質を持つ犯罪行為構成要件と、刑法典以外の法に規定される「特別刑法」犯罪行為構成要件が存在する。一般的に特別刑法に規定される構成要件は、刑法典に規定される構成要件に対して、特別法の性質を有する。すなわち、両者は、一般法と特別法の関係を有するので、刑法典の刑法規定に該当する行為であっても、同時に特別刑法が同種の規定を定めていた場合は、後者の規定の効力が優先される。これは、罪数関係において特別関係による法条競合となるために、一般法は排斥され、常に特別法のみが適用される結果となるのである<sup>1)</sup>

これに対して、同じく刑法典以外の刑法規定であっても、刑法典よりも特に軽い罪を規定する場合においては、例外的に、加重要件もしくは減軽要件の有無または行為内容の程度によって刑法典か特別法かに適用が振り分けられる関係が存在する。特に問題となるのは、規定内容が重なり合うために要件に明確な違いがなく、行為内容の程度によってどちらかの罪に振り分けられる場合である。この代表的なものの1つが、「軽犯罪法」に規定される構成要件と、「刑法」に規定される構成要件が同種の規定である場合である<sup>2)</sup>。すなわち、軽犯罪法の構成要件が、刑法の「補充規定」の性質を有することにより、刑法上の構成要件と軽犯罪法上の構成要件が、その「程度」の差異のみによってどちらかの構成要件に振り分けられる結果となる<sup>3)</sup>

それでは、刑法やいわゆる特別刑法上の構成要件と軽犯罪法上の構成要件が

---

1) たとえば、刑法典における背任罪と、会社法における特別背任罪の関係がこれに該当する。香城敏磨『刑法と行政刑法』(平成17年・2005年)145頁以下は、「特別の要件を持つ特別法を一般法に優先して適用するのが法の趣旨」としている。

2) 香城・前掲註(1)148頁は、補充関係は特別関係を類似した規定であり、法条関係に立つものと吸収関係に立つものがあるとしている。

同種の規定である場合、何を区別基準として判断しているのであろうか。この問題については、これまで刑法学においてそれほど研究が行われていなかったように思われる。そこで本稿は、刑法上の業務妨害罪（刑法 233 条後段、234 条ほか）と軽犯罪法上の業務妨害の罪（軽犯罪法 1 条 31 号の）との関係を取り上げ、判例を参照しながら両者の区別基準について解明を試みるものである。

## Ⅱ. 業務妨害の罪の罪質

### 1. 刑法上の業務妨害罪の罪質

業務妨害罪は、刑法においては、第 35 章の「信用および業務に対する罪」に規定されている。ここで規定されているのは、虚偽の風説の流布と偽計を使用した「偽計業務妨害罪」（233 条後段）と、威力を使用した「威力業務妨害罪」（234 条）、そして「電子計算機損壊等業務妨害罪」（234 条の 2）の 3 つである<sup>4)</sup>。すなわち、刑法上では、業務の妨害がこの 3 つのどれかの手段に該当しなければ、業務妨害罪が成立することにはならない。

偽計業務妨害罪は、233 条前段の信用毀損罪とともに同一条文の後段に規定されている。本罪の罪質については、規定構造上の観点から見解が分かれている。すなわち、業務妨害罪の罪質については、233 条の前段と後段の規定構造を重視をして、信用毀損罪の罪質と統一的ないし同質的に解釈すべきと考える見解と、毀損と妨害という行為態様の違いに着目して両罪を別個独立に解釈す

---

3) ドイツにおいては、日本の軽犯罪法に該当する行為は、当初、刑罰の科せられる行為であったが、現在は行政罰の一種として「秩序違反法」のカテゴリーに編入され規定されている。これにより、ドイツ法においては、犯罪行為構成要件と秩序違反法構成要件が重なり合う「混合構成要件 (Mischtatbestand)」という状況が生じ、振り分け基準について問題となっている。この混合構成要件については、拙稿「行政刑法の特殊性と諸問題」『松山大学論集』23 卷 4 号 (平成 23 年・2011 年) 153 頁以下、Erich Göhler/Peter König, Ordnungswidrigkeitengesetz, 15. Aufl., 2009, S. 15. f. usw.

4) 偽計業務妨害罪と威力業務妨害罪は、法定刑が最高で懲役が 3 年であることに対して、電子計算機損壊等業務妨害罪は法定刑が 5 年であることから、前 2 罪の特別罪の関係にあると解される。本罪は、さらに、2011 年に未遂罪処罰規定が新設されている。

べきとする見解に分かれるのである<sup>5)</sup>。また、業務妨害罪（信用毀損罪を含む）を規定する第35章が名誉に関する罪と財産罪の間に位置していることから、業務妨害罪の性格について、財産犯の性格とする見解、財産罪と人格罪の両性格を併せ持つとする見解、社会的経済的活動の自由に対する罪の一種とする見解、に分かれる<sup>6)</sup>。

判例は、虚偽の風説の流布または偽計を使用したことにより、他人の「信用を毀損し」、同時にその者の「業務を妨害」した場合については、包括して単純一罪になる結論を採用している。すなわち、大審院昭和3年7月14日判決は、「不實ノ事項ヲ記載シタル郵便葉書ヲ作成シ之ヲ當局者タル旅客課長ニ郵送シタル事實アル以上其ノ行爲ハ偽計ヲ用ヒ人ノ信用ヲ毀損シ且其ノ業務ヲ妨害シタルモノニシテ刑法第二百三十三條ニ該當スヘキハ勿論ナリ」として「信用及業務妨害罪」一罪を適用しているのである<sup>7)</sup>。

さらに、大審院大正5年6月26日判決は、次のように示している<sup>8)</sup>。「刑法第二百三十三條ノ業務妨害罪ヲ構成スルモノト云フヘク從テ原判決カ信用毀損ナルコトヲ説示シテ同法條ヲ適用シタルハ説明トシテハ不當ヲ免レサルモ其同法條ヲ適用シテ處罰シタルハ處罰規定ノ適用ニ錯誤アルニアラサルヲ以テ原判決ハ擬律ノ錯誤ニ因ル違法アルモノト云フヲ得ス」として、業務妨害罪の事実に

5) 木藤繁夫「信用及び業務に対する罪」大塚仁ら編『大コンメンタール刑法〔第二版〕』第9巻71頁以下参照、原田國男「信用毀損及び業務妨害」川端博ら編『裁判例コンメンタール刑法〔第3巻〕』94頁以下、奥村正雄「権力的公務と偽計業務妨害罪」『研修』（平成23年・2011年）755号3頁以下参照。

6) 名誉罪の一種と捉える見解として、瀧川幸辰『刑法各論』（昭和8年・1933年）は、信用毀損罪の罪質を名誉毀損罪の一種と捉えつつ、業務妨害と信用毀損を同時にした場合は、一罪と捉えることから、統一的に考える見解に分類される。

7) 昭和3年（れ）第788号、私文書偽造行使信用毀損被告事件、大審院昭和3年7月14日判決。『大審院刑事判例集』7巻490頁以下参照。

これ以外にも、大審院明治45年7月23日判決は、同様に「二十三名ノ信用ヲ毀損シ且業務ヲ妨害シタル所爲ハ各刑法第二百三十三條ニ該當」としている。大審院明治45年7月23日判決、明治45年（れ）第1112号、名誉及信用毀損ノ件。大審院刑事判決録18輯1095頁、大審院刑事判決抄録53巻5977頁以下参照。

8) 大正5年（れ）第271号、文書並有價證券偽造行使詐欺業務妨害及附帯私訴ノ件、大審院大正5年6月26日判決。『大審院刑事判決録』22輯1153頁、『大審院刑事判決抄録』66巻8789頁以下参照。

信用毀損罪を適用しても、法条が同一ということから問題にならないとしているのである。

このように、判例は、信用毀損と業務妨害の併発事例について、単純一罪説を示していることから、業務妨害罪の罪質を信用毀損罪の罪質と同一ないしは同種のものとして捉えていると思われる。また、信用毀損罪の法益については、最高裁平成15年3月11日判決において、「刑法233条が定める信用毀損罪は、経済的な側面における人の社会的な評価を保護するものであり、同条にいう「信用」は、人の支払能力又は支払意思に対する社会的な信頼に限定されるべきものではなく、販売される商品の品質に対する社会的な信頼も含むと解するのが相当である」と判示し、経済的な側面における人の社会的な評価を本罪の保護法益であることを明確にした<sup>9)</sup>

上記のように判例は、両罪の法益の区別については明確に示すことはないものの罪質については同種のものと考えているといえる<sup>10)</sup>

この問題については、上述の通り、2つの関係性から罪質が検討されている。すなわち、①偽計業務妨害罪が信用毀損罪と同一の法条に規定され、威力業務妨害罪がその次の条文に規定されていること、②業務妨害罪が、名誉に関する罪の章と財産犯の章との間に位置して規定されていること、の2点である。私は、さらに次の2点も併せ考慮して、刑法における業務妨害罪の罪質について検討すべきと考える。それは、③業務妨害罪の「業務」の対象範囲（公務執行妨害罪における「公務」との区別を含む）についてと、④信用毀損罪が名誉の罪の章に含まれていないこと、の2点である。

---

9) 平成14年(あ)第1198号、第1239号、信用毀損、業務妨害、窃盗被告事件、最高裁判所平成15年3月11日第三小法廷判決。『最高裁判所刑事判例集』57巻3号293頁以下、『裁判所時報』1336号11頁、『判例タイムズ』1119号116頁。この判例の評釈としては、内海朋子「販売される商品の品質に対する社会的な信頼は、刑法234条にいう「信用」に含まれるとされた事例」『現代刑事法』6巻5号76頁以下、山口雅高「販売される商品の品質に対する社会的な信頼と刑法233条にいう『信用』」『法曹時報』58巻2号356頁以下など参照。

10) ただし、後に述べるように、同一の法益と解しているとは考えられない。

判例は、既に述べたように業務妨害罪の保護法益について明確には示してはいないとされる。しかしながら、③の視点、すなわち、業務妨害罪における「業務」については、判例は次のように示している。すなわち、大審院大正10年10月24日判決は、「刑法第二百三十三條ニ所謂業務ハ公務ヲ除ク外精神的ナルト經濟的ナルトヲ問ハス汎ク職業其他繼續シテ從事スルコトヲ要スヘキ事務又ハ事業ヲ總稱スル」として、「業務」には「公務」は含まれないが、社会生活上の地位に基づき継続して従事する事務または事業であれば足り、経済的であるか否かを問わないとしている<sup>11)</sup>。この「業務」の範囲と、先に挙げた平成15年最高裁判決が示した「信用毀損罪は、経済的な側面における人の社会的な評価を保護するもの」という内容とを比較すると、業務妨害罪の適用範囲と信用毀損罪の適用範囲が異なることは明らかである。信用毀損罪は、「経済的側面についての人の社会的評価」であるのに対し、業務妨害罪は、経済的側面に制限されていないのである。

以上のことから、業務妨害罪と信用毀損罪は、その保護する射程が異なるといえるので、同一ではないと考えるべきであろう。

ただし、両罪の保護法益の同一性を否定したことは、先の併発事例を一罪とする見解（単純一罪説）を否定することにはならない。信用毀損罪は、経済的側面の人の社会的評価を守ることによって、最終的には「人の業務」を保護することになり得るからである。さらに、④の点からも、信用毀損罪が名誉の罪から独立して規定していることに着目すれば、その関係は業務妨害の一類型を特に処罰した特殊な犯罪類型と解釈することは不可能ではないと考えられる。

このように①②と③④の4点から、業務妨害罪は、人の社会生活上の地位に基づく人格的活動を保護することを目的とする規定であり、特に社会生活に主眼が置かれてた規定と解するのである。

---

11) 大正10年(れ)第1223号, 業務妨害恐喝詐欺ノ件, 大審院大正10年10月24日判決。【大審院刑事判決録】27輯643頁以下参照。

## 2. 軽犯罪法上の業務妨害の罪の罪質

### (1) 軽犯罪法上の業務妨害の罪

刑法における業務妨害罪は、信用毀損罪、公務執行妨害罪との関係性から罪質が判断されている。これに対して、軽犯罪法上の「業務妨害の罪」を検討するにあたっては、一見すると全く同種の規定に見えるが、刑法のような他罪を考慮をする必要はない。逆からいえば、他罪との関係がないために、その適用範囲は、刑法上の業務妨害罪と異なる部分も多いのである。すなわち、構成要件上は同じく「業務妨害」という要件ではあるものの、その解釈においてはその独自性を考慮に入れなければならないのである。

軽犯罪法1条31号は、業務妨害の罪の構成要件として「他人の業務に対して悪戯などでこれを妨害した者」と規定するのみで、特に他に、公務執行妨害罪などは規定していない。唯一、同条24号において「公私の儀式に対して悪戯などでこれを妨害した者」という儀式妨害の罪を規定するのみである<sup>12)</sup>。この「儀式妨害の罪」との関係は、刑法上の偽計業務妨害罪と公務執行妨害罪との関係とは異なるものと考えられる。すなわち、軽犯罪法上は、業務妨害の罪と重なりあう規定が存在しないために、刑法上の業務妨害罪の「業務」の対象範囲とは大きく異なることになる<sup>13)</sup>。そのために、軽犯罪法上の同罪は、刑法上の業務妨害罪の単なる補充規定ではないといえるだろう<sup>14)</sup>。

12) 軽犯罪法1条31号は、旧警察犯処罰令2条5号「他人ノ業務ニ対シ悪戯又ハ妨害ヲ為シタル者」が改正されて、そのまま残った規定である。

13) 軽犯罪法は、科料と拘留のみしか科せられないことから、刑の時効、公訴時効ともに1年で完成(刑法32条5号、刑訴法250条6号)や逮捕における制限(刑訴法199条但書)、裁判管轄が簡易裁判所(裁判所法33条1項2号)など、手続面でも普通刑法とは異なった取り扱いが多い。橋本裕蔵『軽犯罪法の解説 [五訂版]』(平成17年・2005年)11頁以下も参照。

14) 軽犯罪研究会『軽犯罪法101問』(平成7年・1995年)184頁以下。刑法の補充規定と思われる規定はこのほかにも多く存在し、1条1、8、9、10、16、18、20、25号の各号もこれに類する役割を有する規定の関係と思われる。

## (2) 軽犯罪法上の業務妨害の罪の「業務」

学説は、業務妨害の罪の「業務」の定義については、基本的には、刑法上の業務妨害罪における「業務」と同様に解している。すなわち、本罪の「業務」とは、社会生活上の地位に基づき継続して従事する事務または事業としている<sup>15)</sup>この点においては、刑法上の業務妨害罪と軽犯罪法上の業務妨害の罪に区別はない。

しかしながら、刑法上では、権力的公務に対しては公務執行妨害罪が特に規定されているために、業務妨害罪の「業務」に「権力的公務」は含まれないという解釈が一般的に導かれるのに対して<sup>16)</sup>軽犯罪法においては、このような関係が成り立たないために、軽犯罪法上の業務妨害の罪の「業務」には、「権力的公務」も含まれると考えるのが、通説的見解となっている<sup>17)</sup>

判例も、31号「業務」には、「権力的公務」も含むことを示している。

たとえば、最高裁昭和29年6月17日決定は、被告人が閲覧のため借り受けた村民税徴収簿を役場外に持ち出したまま、村役場税務係吏員から4回にわたる返還要求に対し「返してほしければ村長自身取りに來い」と豪語して返還に応じないなどして同係吏員の公務に対し妨害した事案に対して、軽犯罪法1条31号の業務妨害の罪の成立を認めている<sup>18)</sup>

また、軽犯罪法制定前の旧法令「警察犯処罰令」時代の判例ではあるが、大審院大正4年5月21日判決は、公務員である小学校長の勅語謄本の保管義務

---

15) 稲田輝明・木谷明「軽犯罪法」平野龍一ら編『注解特別刑法7 風俗・軽犯罪編〔第二版〕』（昭和63年・1988年）143頁、伊藤栄樹「軽犯罪法」伊藤栄樹ら編『注釈特別刑法（第2巻）準刑法編』（昭和57年・1982年）142頁。

16) 川端博『刑法基本判例解説』（平成24年・2012年）170頁以下など。

17) 伊藤・前掲注（15）143頁は「本法のように、公務執行妨害罪に対する一般的補充規定を設けていない場合について、ただちに刑法の業務妨害罪における解釈をあてはめるわけにはいかない」として、「業務」に「権力的公務」をも含むものと解すべきであるとしている。このほか、薄本など。

18) 昭和28年（あ）第5506号、軽犯罪法違反銃砲刀剣類等所持取締令違反被告事件、最高裁昭和29年6月17日第一小法廷決定。『最高裁判所裁判集 刑事』96号275頁以下、高橋幹男『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和29年度号』143頁以下参照。

を妨害した事案に対して、以下のように判示している<sup>19)</sup> すなわち、「偽計ヲ用キ小學校長ノ業務ヲ妨害シタルモノニ該當スト爲スモ判示村立小學校長カ勅語謄本等貴重物件ヲ保管スル職務ハ公務員タル小學校長ノ公務ニ屬スルヲ以テ刑法第二百三十三條ノ所謂業務ニ該當セス從テ偽計ヲ用キ小學校長ノ職務ヲ妨害スル行爲ハ同條ノ罪ヲ構成セサルモノトス然レトモ警察犯處罰令第二條第五號ニ所謂業務ハ刑法第二百三十三條ノ業務ト同一ニ解釋スヘキ特殊ノ理由存セサルヲ以テ原判示ノ如ク汎ク公私ノ業務ヲ包含スト解スヘキモノトス然ラハ原判決ニ於テ被告カ判示小學校長ノ勅語謄本等ヲ保管スル業務ニ對シテ判示ノ如キ惡戯ヲ爲シタル事實ヲ認定シ之ヲ前掲警察犯處罰令ニ間擬シタルハ相當」としている。

このように、軽犯罪法の業務妨害の罪では、判例においても31号「業務」は、公務員による権力的公務を含んでいると考えられている<sup>20)</sup>

### (3) 軽犯罪法上の業務妨害の罪の罪質

業務妨害の罪の「業務」には、権力的公務などの「公務」が含まれるという上記判例や通説の考え方からは、次のようなことが導き出される。すなわち、軽犯罪法上の業務妨害の罪は、刑法上の偽計業務妨害罪や威力業務妨害罪に対する補充規定のみならず、公務執行妨害罪の補充規定であることも意味することになる<sup>21)</sup> すなわち、軽犯罪法上のこの罪は、「業務妨害罪および公務執行妨害罪を補充し、ひろく他人の業務を妨害する行為を禁止しようとする趣旨」ということができるのである。

一般的に、虚偽の風説の流布または偽計を使用して業務を妨害した場合は、

19) 大正4年(れ)第559号, 警察犯処罰令違反ノ件, 大審院大正4年5月21日判決。『大審院刑事判決抄録』62巻8097頁以下参照。なお, 同判決は, 窃盗罪の成立には不法領得の意思が必要であることを示した判決としても有名である。

20) 「業務」の違法性については, 本号「業務」に含まれる「公務」に対する妨害行為に対しては, 「公務の違法性」が要求されるものの, 単なる業務に対する妨害に対しては, 社会上明らかに是認しえないもの以外は, 違法性を有していても保護の対象となるだろう。

21) 稲田/木谷・前掲注(15)143頁以下。

偽計業務妨害罪に該当し、威力を使用して業務を妨害した場合は、威力業務妨害罪に該当するが、公務執行妨害罪が特に権力的業務を保護しているという判例の立場に立脚するならば、権力的業務を偽計または威力によって妨害したときは、刑法上の業務妨害罪は成立しないと考えられている。

これに対して、軽犯罪法上の業務妨害の罪は、「業務」に権力的業務も含まれるので、刑法上では犯罪成立しない範囲、すなわち、暴行や脅迫に至らない偽計又は威力を用いて威力的公務に対する妨害行為が、軽犯罪法上では「業務妨害の罪」として成立し得るのである。この点に両罪の大きな違いがある。

### Ⅲ. 業務妨害行為の区別基準

軽犯罪上の業務妨害の罪は、手段については偽計業務妨害罪、威力業務妨害罪のような明確な制限はなく、あくまで「悪戯などで」と規定するにとどまっている。ここで問題となるのは、業務妨害の罪の「手段ないしは程度」の適用範囲である。すなわち、本罪は、「偽計」「威力」にまで至らないことが軽犯罪法上の業務妨害の罪の上限であり、「悪戯」に該当することが下限の限界と確定されるのである。

#### 1. 「悪戯など」の概念

学説上、「悪戯」とは、「一時的なたわむれで、それほど悪意のないもの」と定義されている<sup>22)</sup>。大阪高裁昭和29年11月12日判決は、悪戯の内容を「興味にかられ、面白半分の気持から出た所為」<sup>23)</sup>であるとし、また東京高裁昭和48年8月7日判決では「いたずら、あるいはこれに類する些細な行為」と示している<sup>24)</sup>。「悪戯」という要件は、それだけでは容易に定義できないという意味で、明確性の原則との抵触の恐れが懸念されるが、先に取り上げた最高裁昭和29

22) 伊藤・前掲注(15)145頁以下。

23) 昭和29年(う)第978号、業務妨害被告事件、大阪高裁昭和29年11月12日判決。『高等裁判所刑事判例集』7巻11号1670頁以下、『判例時報』44号26頁以下参照。

年6月17日決定は「軽犯罪法一条三一号は…それ自体において犯罪の構成要件を明らかにしていると認められる」としている<sup>25)</sup>。ここで、問題となるのは、「悪戯」という語自体が示す内容の不明確さではなく、軽犯罪法1条31号で「悪戯など」と規定することによって、「悪戯」だけでなく、そういった類のものを示す「など」が付されて要件が広げられているからである。そこで、「悪戯など」が示す行為の範囲が問題となる。

学説は、「悪戯など」の範囲の確定については、同罪が刑法上の業務妨害罪と公務執行妨害罪の補充規定であることに鑑みて、①刑法上の業務妨害罪における「偽計」「威力」との関係性、②公務執行妨害罪における「暴行」「脅迫」との関係性から判断されるとする点については一致している。これは、刑法の2罪の間の不可罰な領域を本罪においてカバーする意味で、「悪戯など」の境界を決めようとするものである。しかしながら、①と②という2つの要素を考慮するこの考えは、刑法上の2罪の補充規定としての性質の捉え方によって、「悪戯など」に要求される行為の程度についての結論が分岐することになる。

①と②の関係性の理解について、学説は次の2つに大別される。

多数的見解(a)は、本罪が刑法上の業務妨害罪と公務執行妨害罪の補充規定であることを重視して、本罪の妨害の客体が、刑法でいう「業務」であるのか「権力的公務」であるのかに分けて考える。すなわち、客体が「業務」である場合は、「偽計」または「威力」の程度に達しない些細な妨害行為であることが要求される一方で、客体が「権力的公務」である場合は、刑法95条が要求する「暴行」「脅迫」の程度に至らない一切の行為が含まれるとするものである<sup>26)</sup>。

しかし、この見解(a)に対しては、次の批判(b)が加えられる。すなわち、①同じ「悪戯など」という構成要件の解釈を、妨害の対象が権力的公務であるか否

24) 昭和48年(う)第811号、業務妨害被告事件、東京高裁昭和48年8月7日判決。『高等裁判所刑事判例集』26巻3号322頁以下、『判例時報』722号107頁以下、『判例タイムズ』301号278頁以下参照。

25) 大塚仁『特別刑法』(昭和34年・1959年)121頁。

26) 伊藤・前掲注(15)145頁。

かによって異にすることは、刑罰法令の解釈として技術的すぎる、②日常生活の卑近な道徳律を基盤とする軽犯罪法の中に刑法上の業務妨害罪に相当する行為まで取り込むことになる、という点である<sup>27)</sup> この見解は、「業務」について権力的公務か否かに二分することなく、程度の些細な行為全般が「悪戯など」に該当すると考えることになる。

この見解(b)に対しては、反対に、次のような問題点が指摘されうる。それは、既に述べた通り、権力的公務に対しては公務執行妨害罪が手段を「暴行」または「脅迫」に限定している以上は、権力的公務に対しては「偽計」や「威力」によっても刑法上は犯罪が成立しないために、本罪の妨害行為の程度を低いもの限定してしまうと、権力的公務に対して「偽計」や「威力」を用いた妨害行為が不可罰となってしまふ。すなわち、本罪の要求する程度を低いもの限定した場合、処罰の隙間が生じるのである。「権力的公務」に対して些細な戯れの妨害行為をした場合は、軽犯罪法違反罪が成立する一方で、その妨害行為の程度が一定限度を越えると、今度は軽犯罪法でも刑法でも処罰されなくなってしまうと、(a)説は(b)説に対して批判するのである。

それではこの点について、どのように考えればよいであろうか。私は、次のように考える。

たしかに、軽犯罪法上の業務妨害の罪は、刑法上の業務妨害罪と公務執行妨害罪の補充規定という性質を有するので、犯罪の成否に当たっては、刑法上の両罪との関係を考慮しなければならない。しかしながら、本罪の「業務」に権力的公務が含まれるという解釈は、軽犯罪法上に公務執行妨害罪のような軽犯罪規定が存在しないことを根拠としているに過ぎず、本罪で要求される実行行為の程度の判断が、刑法上の2罪の関係性に直接影響される必然性はないものと思われる。すなわち、権力的公務であってもなくても、「些細な戯れの程度」以上の行為であれば、「偽計」「威力」「暴行」「脅迫」に至った場合も、全

---

27) 稲田／木谷・前掲注(15)144頁。

て一律に構成要件該当性を有すると判断すべきと考える。軽犯罪法構成要件該当性については、その立法趣旨を鑑みれば、行為の程度は軽度のものを想定していると考えられるものの、だからといってそれを超える程度を同罪で成立させてはならない理由はない。そして、「権力的公務」という概念を用いなくても、「悪戯など」に対する一定の下限が設定できるのであれば、それ以上の行為については本罪が成立し、もし、業務妨害罪ないしは公務執行妨害罪も同時に成立しうるのであれば、「基本法は補充法を排除する」という補充関係によって、刑法上の犯罪のみが成立することになるので、問題はないと考える。

## 2. 妨害行為の程度の区別基準

### (1) 区別の問題性

軽犯罪法上の「悪戯など」の程度の捉え方についてどのような学説の立場に立った場合においても、どこまでが軽犯罪法上の業務妨害罪で、どこからが刑法上の業務妨害罪なのか、その境界線引きの判断基準が重要な問題となる<sup>28)</sup>

なぜならば、本罪の行為態様は、刑法上の構成要件と同様に「妨害した」とことであり、刑法に該当して犯罪が成立すれば3年以下の懲役又は50万円以下の罰金となるのに対して、それに至らなければ拘留または科料しか科されない。両者は、行為類型が同種のものであるにもかかわらず、程度の違いによって法定刑が大きく変わるので、刑法違反罪か軽犯罪法違反罪かの違いは極めて大きいといえよう。

---

28) 下限については、「悪戯など」に該当するかどうかは主観的側面も問題となるが、判例は、例えば、「モナ・リザ」の展示場内でこれに向けてスプレー塗料を噴出させた行為について争われた台東簡裁昭和49年10月25日判決において、次のように判示している。すなわち、「他人の業務に対して悪戯などでこれを妨害した」とは客観的に見て面白半分ですのような行為またはこれに類するような行為で他人の業務に対して、その円滑な運営を妨げることを意味するものと解するを相当とすべく、行為者が如何なる意図で行動したかは問うところではない。従つて被告人の本件行為が…B博物館等の主催に係るモナ・リザ画展示中、同画に向けて赤色塗料を噴出させて、被告人の周囲に居た一〇名程度の者の観覧を二、三秒間妨害しひいては展示の業務の円滑な運営を妨げたものである以上、それが軽犯罪法第一条第三一号に該当することは明らかである」としている。

この区別基準は、妨害行為についての「程度の問題」であるために、具体的な事情によって判断されなければならない部分が多い。そこで、ここでは、区別に際して考慮すべき事項について検討しつつ、判例を参照しながら分析をすることにした。

## (2) 危険犯としての業務妨害の罪

まず、注目しなければならないのは、軽犯罪法上の業務妨害の罪は、抽象的危険犯ということである。すなわち、31号の業務妨害の罪に限らず、軽犯罪法1条に類型化された各号は、原則として、実害犯を未然に防ぐことを想定した「抽象的危険犯」であるとされ、したがって31号の業務妨害の罪も抽象的危険犯とされる。これについては、学説においても異論は見当たらない。

これに対して、刑法上の業務妨害罪については、抽象的危険犯と捉える見解が多数的と思われるが、具体的危険犯ととらえる学説も少なくない<sup>29)</sup>。判例は、例えば、大審院昭和11年5月7日判決は、「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ノ執行又ハ其ノ経営ニ対シ妨害ノ結果ヲ発生セシムヘキ虞アル行為ヲ為スニ依リ成立シ現実ニ妨害ノ結果ヲ発生セシメタルコトヲ必要トセス」<sup>30)</sup>として、抽象的危険犯説を採用しているとされる。

刑法上の業務妨害罪を具体的危険犯と捉えた場合は、軽犯罪法上の業務妨害の罪が抽象的危険犯であるということから、「法益侵害の具体的危険の発生」の有無が、両罪を境界付ける重要な要素となる。これとは反対に、業務妨害罪を

29) 川端博「建造物侵入罪における『侵入』の意義及び偽計業務妨害罪における『妨害』の意義」『研修』718号（平成20年・2008年）13頁以下ほか、山口厚「最近の刑法判例を追う」『NBL』871号（平成19年・2007年）8頁以下を参照。

30) 昭和11年（れ）第484号、業務妨害被告事件、大審院昭和11年5月7日判決。『大審院刑事判例集』15巻573頁以下を参照。これ以外にも、最高裁昭和28年1月30日判決（建造物侵入業務妨害被告事件）は、人員整理により同社を解雇された被告人らが、解雇に反対し面談するため、工場長室と専務室に乱入して工場長を取り囲み多数人の威力を示して工場長の業務を妨害したという事案について「刑法二三四条業務妨害罪にいう業務の「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」としている。

判例・多数説である抽象的危険犯と捉えた場合は、業務妨害について刑法違反罪と軽犯罪法違反罪との間にさらなる具体的な区別基準が必要となる<sup>31)</sup>

### (3) 妨害行為の違法性の程度

業務妨害についての刑法違反罪と軽犯罪法違反罪とをともに抽象的危険犯と捉えた場合、その両者の違いは、行為の程度の相違でしかないと思われる<sup>32)</sup> すなわち、結果それ自体が問われない犯罪であるならば、手段としての行為の侵害性の大小が決め手となると考えられる。この場合は違法性の考え方にも拠ることとなるが、犯行の意思の程度や犯罪計画等も考慮されるべきと考える。

犯罪の成否の判断に当たっては、より重い罪である刑法上の業務妨害罪の成否を先に検討しなければならないので、まず、刑法上の業務妨害罪における「偽計」「威力」または公務執行妨害罪における「暴行」「脅迫」に該当するかを検討する必要がある。しかしながら、これらの4つについては、微細な程度であれば、軽犯罪法上の「悪戯など」に該当する可能性が生じる。抽象的危険犯と捉える見解を前提とすると、具体的な危険発生すら必要のない犯罪類型である以上は、当該妨害行為が、ある一定以上の違法性を有するかどうかで、刑法違反罪か否かを判断しなければならないと解される<sup>33)</sup>

## 3. 業務妨害について刑法違反か軽犯罪法違反かについて争われた事例

以下では、業務妨害について刑法違反か軽犯罪法違反かについて争われた判例を紹介する。これまで、刑法違反か軽犯罪法違反かについて争われた事例は、

31) 偽計業務妨害罪や威力業務妨害罪の個別の要件を欠いた場合は、軽犯罪法上の罪のみが問われることについては問題ない。たとえば、前述の大阪高裁昭和29年11月12日判決は、「被告人の本件所為は刑法第二百三十三条の定める偽計を用い他人の業務を妨害した罪に当るものとはなし難」として、偽計業務妨害罪の成立を否定して、軽犯罪法上の業務妨害の罪とした。

32) 原田・前掲注(5)101頁。

33) 井上弘通「猫の死骸を被害者の机の引き出し内に入れておき同人に発見させるなどした行為が刑法二三四条の「威力ヲ用ヒ」た場合に当たるとされた事例」『最高裁判所判例解説—刑事篇〈平成4年度〉』（平成6年・1994年）140頁以下。

それほど多くない上に、判例で示されている基準も僅かである。そこで、可能な限り多くの判例を参照して、判例がどのような基準によって判断しているかについて分析を行いたい。

(1) **大阪高裁昭和29年11月12日判決**は、既に参照している通り<sup>34)</sup>業務妨害行為について刑法違反か軽犯罪法違反かの基準を明示した最初の代表的な判例である。事案は、被告人が列車から下車しようとするに際してたまたま列車の振動で制動機のハンドルが被告人の身体に触れたところ、単なる興味にかられ面白半分にハンドルを7、8回廻転し爪車に爪（制動機の緩解を阻止するための装置）をかけたままにして降車した結果、定時より列車の発車を約3分間遅延させたという事案である。これに対して、次のように刑法上の偽計業務妨害罪の成立を否定して軽犯罪法上の罪が成立することを示した。

「刑法第二百三十三条にいう『偽計ヲ用ヒ』とは人の業務を妨害するため、他人の不知或は錯誤を利用する意図を以て錯誤を生ぜしめる手段を施すことをいうのであつて…他人がその事実を知らないこと或は緊締していないものの如く錯誤に陥つたことを利用して業務を妨害せんとするの意図に出たことが認められないかぎり、刑法第二百三十三条を以て律することはできないのである。本件についてみるに…被告人が敢て右のような意図を抱いたと首肯するに足りる事情は見当たらない。従つて被告人の本件所為は刑法第二百三十三条の定める偽計を用い他人の業務を妨害した罪に当るものとはなし難く…むしろ叙上認定の如く興味にかられ面白半分の気持から出た所為即ち悪戯と認めて誤なくこれを以て経験法則に反する認定ということはできない。…法にいわゆる偽計を用いたとなすべきであるかどうかの点は既に説明した意図の有無如何によつて決せられるものと解すべく行為自体重大な結果を招来する虞あるときでもそれだけで常に刑法第二百三十三条の罪を構成するとはかぎらない。…列車の運行妨

---

34) 大阪高判・前掲注(23)判例参照。

害のため他人の不知或は錯誤を利用する意図を以てなされたとは認められない本件を行為自体重大の一事を以て刑法第二百三十三条にいう偽計を用い人の業務を妨害したものと解することはできない」として、軽犯罪法1条31号の業務妨害の罪の成立を認めた。

この判例は、まず、偽計業務妨害罪の成否、すなわち「偽計」の要件の該当性を判断し成立要件である欺罔の意図を欠いているために、「偽計」に該当しないとしている。ここで重要なのは、「行為自体重大な結果を招来する虞あるときでもそれだけで常に刑法第二百三十三条の罪を構成するとはかぎらない」とするところである。後に続く判例では、偽計業務妨害罪をはじめとする刑法違反罪と軽犯罪法違反罪は、単に妨害行為の「程度の違い」のみ指摘するものがほとんどであるが、そういった中で本判例は、明確に「偽計」要件の独自性を認める見解を採用し、「偽計」と「悪戯など」が質的に異なることを示している<sup>35)</sup>。ただし、この峻別基準は、「偽計」概念に独自性を認め、その意味を限定的に解釈する見解に立つことが前提であり、「偽計」概念を広く捉える見解に立つ場合には、やはり程度の差でしかない。判例も見解が分かれているので、本判決の基準が後に続く判例に承継されているとは言い切れない<sup>36)</sup>。

このように、本判決は、重大な業務妨害結果が発生し、「行為自体の重大」性を認めながらも、「興味にかられ面白半分の気持から出た」ことは「悪戯」に過ぎず、「偽計」要件を満たさないという理由を明確に示して、軽犯罪法違反罪のみ成立するとした判例として、極めて重要な意義を有する<sup>37)</sup>。

(2) **大阪高裁昭和39年10月5日判決**は、他人を困惑させる意図で10件以上の店に他人名義で虚構の注文をして、徒勞の物品配達を行わせた事案について、軽犯罪法上の業務妨害の罪を否定し、次のように判示して刑法上の業務妨

35) 日野正晴『軽犯罪法 [4訂版]』(平成20年・2008年)100頁以下。

36) 判例、学説においても「偽計」概念が具体的内容については見解が分かれている。すなわち、判例も「偽計」について、①相手側の錯誤を必要とする限定説と②「威力」以外の一切の手段と捉える非限定説に分かれている。原田・前掲注(5)96頁以下参照。

害罪の成立を認めたものである<sup>38)</sup> すなわち、  
「被告人は右結果の招来を意に介することなく、本件各被害者らに対し電話によつて真実前認定の如き注文依頼があつたように慎重巧妙に同人らを欺きとおし、その錯誤を利用するという策略手段に訴えた次第であり、その動機、目的、態様に照し右の手段は軽犯罪法第一条第三一号にいう悪戯と目しうる程度を超え、刑法第二三三条にいう偽計に該ると解するのが相当である。又、同法条の規定する業務妨害罪の犯意は行為者が積極的に他人の業務を妨害することを意欲する場合に限られるものではなく、業務妨害の結果を惹起することの認識があるだけでも足りると解すべきことは他の犯罪一般におけると同様」であるとして、偽計業務妨害罪の成立を認めたのである。

本判決は、業務妨害についての刑法違反罪と軽犯罪法違反罪の違いを、「手段」という行為の程度であることを示すにとどまらず、「その動機、目的、態様に照し右の手段は軽犯罪法第一条第三一号にいう悪戯と目しうる程度を超え…偽計に該る」とした点に、大きな意義があると思われる。すなわち、「動機、目的、態様」から「手段の程度」を判断し、「偽計」と「悪戯」を分ける基準を明示したのである。

(3) 東京高裁昭和48年8月7日判決は、相手方の業務を妨害する意図で、3か月足らずの間に約970回も無言電話を行ったという事案について、軽犯罪

---

37) 広島高裁昭和28年5月27日判決は、製材業務を営むため山林に製材機を搬入しようとしていた者に対し「製材機はここから入れさせぬ…入つても仕事はさせぬ」と言って相手を困惑させ製材機の搬入を中止するに至らしめた事案に対して、「業務を妨害したことは認められるが威力を用いたことは之を認むるに足る証拠はない」として、威力業務妨害罪の成立を否定して、軽犯罪法違反罪の成立のみを認めた。すなわち、「客観的にみて」「一般に人の意思を圧迫するに足る…(暴力の行使並びに脅迫は勿論その他社会的、経済的、政治的などの地位、権勢による圧迫等)」程度の「威力」が認められないので、軽犯罪法1条31号の罪にしかならないとしたのである。日野・前掲注(35)94頁以下、『高等裁判所刑事判例集』6巻9号1105頁以下参照。

38) 昭和39年(う)第1148号、偽計業務妨害被告事件、大阪高裁昭和39年10月5日判決。高等裁判所刑事判例集26巻3号322頁以下参照。

法上の業務妨害の罪と刑法上の業務妨害罪の成否が争われ、次のように判示した<sup>39)</sup> すなわち、

「被告人が相手方の業務を妨害する意図のもとに、約九七〇回にわたり昼夜を問わず繰り返し電話をかけ、その都度、相手方が或いは顧客等からの用件による電話かも知れないとの懸念から電話口に出ると、無言のまま相対し、または自己の送受話器を放置し、その間一時的にもせよ相手方の電話の発着信を不能ならしめた行為は、一面において、受信者である相手方の錯誤ないし不知の状態を利用するものであることを全く否定し得ないものがあると共に、他面において、その目的、態様、回数等に照らし、社会生活上受容できる限度を越え不当に相手方を困惑させる手段術策に当たるものというべく、これを総合的に考察すればまさに刑法二三三条にいわゆる偽計を用いた場合に該当するものと解するのが相当である。…なお、所論は被告人の原判示所為は軽犯罪法一条三一号によつてのみ処断さるべきであるというけれども、同号にいう『他人の業務に対して悪戯などでこれを妨害した』とは偽計にもあたらない違法性の軽度のいたずらあるいはこれに類する些細な行為により他人の業務を妨害した場合をいうものと解されるところ、前段に説示したような被告人の原判示所為は右にいわゆる『いたずら、あるいはこれに類する些細な行為』と目し得る程度を遙かに越えるものであり、軽犯罪法の右規定をもつて律すべき場合にあたらないことは明らかである」として、軽犯罪法ではなく、刑法上の偽計業務妨害罪の成立を認めた。

本判決も、軽犯罪法上の業務妨害の罪と刑法上の業務妨害罪の成否について、明確にその区別基準を示しているといえる。すなわち、偽計業務妨害罪については、諸般の行為態様を基礎とした上で、その程度を「社会生活上受容できる限度」という基準に照らし、その限度を越えた「不当に相手方を困惑させ

39) 昭和48年(う)第811号、業務妨害被告事件、東京高裁昭和48年8月7日判決。『下級裁判所刑事裁判例集』6巻9・10号988頁以下、『判例時報』722号107頁以下、『判例タイムズ』301号278頁以下参照。

る手段術策」として、刑法上の業務妨害行為と判断している。これに対して、軽犯罪法違反については、偽計にもあたらない「違法性の軽度」という基準を示し、いたずらあるいはこれに類する些細な行為を「遙かに越えるもの」と判断して、軽犯罪法違反ではなく、刑法上の偽計業務妨害罪の成立を認めている。本判決は一定の基準を定立したものと見える。

(4) 東京地裁平成4年5月21日判決は、国会参議院本会議の議事を妨害しようと企て、被告人らが傍聴席においてスニーカーを右演壇に向かって投げつけた上、大声で叫ぶなどして、議場を一時混乱状態に陥れて議事を妨害した事案に対して、軽犯罪法上の業務妨害の罪の成否が争われ、次のように判示した<sup>40)</sup> すなわち、

「被告人らの行為は、参議院の業務を妨害する抽象的危険すらなかったのであるから、刑法二三四条にいう「威力」を行使したものとはいえず、右行為の著しい軽微性に鑑みれば、右行為には軽犯罪法一条三一号の罪に問擬できるだけの可罰的違法性も備わっていない旨主張するので検討するに…被告人らの本件行為のうち、靴を投げる行為は、靴の形状や材質、投げられた方向、現に到達した地点、前記の状況から窺われる投げられた靴の勢いなどを考慮すると…首相あるいは演壇付近にいた速記者等の参議院職員や議員らを直撃し、当たり所によってはこれらの者に怪我を負わせるなどの可能性が十分にあった危険な行為であるといわざるを得ず、また、本件一連の行為によって、前記のように、議場が一時騒然とした状態となり、現に議事妨害の結果が生じたことも優に認められる。これらを考慮すれば被告人らの本件行為が、人の意思を制圧するに足る勢力、すなわち、「威力」を用いたものであることは明らかといえる」として威力業務妨害罪の成立を認めている。

本判決は、(1)と(2)判決の偽計業務妨害罪の成否とは異なり、威力業務妨害罪

---

40) 平成3年(刑わ)第258号、建造物侵入、威力業務妨害被告事件、東京地裁平成4年5月21日判決。『判例タイムズ』833号265頁以下参照。

と軽犯罪法違反との成否が問題となった事案である。威力業務妨害罪は、その手段としての「威力」に該当するか否かが成否の基準となる。しかし、既に述べた通り、「威力」といえるか、すなわち、「人の意思を制圧するに足りる勢力」<sup>41)</sup>か否かは明確な基準ではないために、その該当性については争点となるのである。本判決は、抽象的危険犯と解されている威力業務妨害罪について、他人に危険が生ずる可能性が十分にあったことのみならず、現実議事に対する「妨害の結果」が生じていることを根拠としている。危険犯に対して結果まで考慮した点でより実質的な判断を加えているものとみることができる。

(5) **最高裁平成4年11月27日決定**は、軽犯罪法上の業務妨害の罪と威力業務妨害罪のどちらが成立するか争われたものであり、最高裁においては少ない事件である。事実の概要は、以下の通りとなっている<sup>42)</sup>。

被告人が、ロッカー内に収納されていた作業服上衣左胸外ポケットに犬の糞を入れ、事務機の引出内にマーキュロクロム液で赤く染まった猫の死骸を入れ、執務のため右消防室に入った消防長に右犬の糞及び猫の死骸を順次発見させ、よって、同人にその臭気や形状により著しい不快、嫌悪の情や恐怖感を抱かせ、各種決裁事務の執務を不可能ならしめたというものである。

第一審（大阪地裁平成元年3月22日判決）は、威力業務妨害罪の成立を認め、これに対し、第二審（大阪高裁平成4年1月30日判決）は、次のように判示した。

「原判決が認定した本件実行行為が同条にいう「威力を用い」との構成要件に該当しないというが、右の要件は人の意思を制圧するに足りる勢力を行使することであって、実際に人の意思が制圧されたことを要しないとされているところ、被告人らの本件行為は、単なる思い付きから面白半分にしてかした悪戯

41) 原田・前掲注(5)121頁以下、判例・通説とされる。

42) 平成4年(あ)第267号、威力業務妨害被告事件、最高裁平成4年11月27日決定(第二小法廷)。『最高裁判所刑事判例集』46巻8号623頁以下、『裁判所時報』1088号2頁、『判例タイムズ』804号83頁、『判例時報』1441号151頁。

の域を越えていて、一定の思惑の下に消防長の業務を妨げることを意図して用意周到に計画された（指紋を残さないためゴム手袋を使用したり、アリバイ工作を謀るなど、事後の警察当局の捜査を予期している。）ものであり、相手方に少なからぬ恐怖感や不快感を与え、その意思を制圧して、現実には消防長室における消防長としての通常の執務を不能にらしめる態様のものであるから、当然同条の「威力を用い」との要件を満たすものと解されるので、所論は採用することができない。所論はまた、威力業務妨害罪は危険犯ではなく侵害犯（仮に危険犯としても具体的危険犯）と解すべきであり、本件当日消防長が行うべき業務はなく、仮にこれがあったとしても、被告人らの本件程度の行為により消防長がいささか嫌悪感を持つことがあっても、その業務が妨げられる具体的な危険はなかったというが、前記（中略）のとおり本罪は危険犯であり、しかも、前示のとおり現実には業務の執行が阻害されるおそれのある状態が少なくとも具体的に発生したと認められるから、所論も排斥を免れない。」としたのである。

そこで、上告審は、威力業務妨害罪の成否について、次のように判断をした。

「被害者が執務に際して目にすることが予想される場所に猫の死がいなどをに入れておき、被害者にこれを発見させ、畏怖させるに足る状態においた一連の行為は、被害者の行為を利用する形態でその意思を制圧するような勢力を用いたものといえることができるから、刑法二三四条にいう「威力ヲ用ヒ」た場合に当たると解するのが相当であり、被告人の本件行為につき威力業務妨害罪が成立するとした第一審判決を是認した原判断は、正当である。」とした。

本決定は、最高裁において威力業務妨害罪の成立を肯定し、軽犯罪法違反ではない旨を認めた重要な判例である<sup>43)</sup> まず、控訴審においては、軽犯罪法違反か否かの判断について「単なる思い付きから面白半分にしてかした悪戯の域」か否かという基準を示し、その域を超えていると判断している。また、「威力」

43) 井上・前掲注(33)140頁以下参照。

については、繰り返し「(抽象的) 危険犯」である旨を宣言しながらも、最終的に、「現実業務の執行が阻害されるおそれのある状態が少なくとも具体的に発生したと認められる」という表現を用いて、阻害のおそれの発生を根拠として、威力業務妨害罪の成立を認めているのである<sup>44)</sup>

これに対して、上告審である最高裁では、「畏怖させるに足りる状態においた」か否かという抽象的危険犯説の基準に従って判断を示し、控訴審のような具体的危険犯説寄りの根拠を用いずに、「威力」を肯定している点は重要である<sup>45)</sup>

(6) 東京高裁平成 21 年 3 月 12 日判決<sup>46)</sup>は、不特定多数の者が閲覧するインターネット掲示板に虚構の無差別殺人の実行を予告する書き込みをする行為について、軽犯罪法の業務妨害の罪または警察に対する偽計業務妨害罪の成否について争われた事案である<sup>47)</sup>

第一審(水戸地裁土浦支部平成 20 年 11 月 10 日判決)は、偽計業務妨害罪の成立を認めて、被告人を懲役 1 年 6 月(執行猶予 3 年)に処した。これに対する被告人の主張は、「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

44) 高山佳奈子『ジュリスト』1097 号 174 頁は、両罪の区別は、客観面のみで行うべきとされる。

45) 只木誠『月刊法学教室』151 号 121 頁も本決定が結果犯説でないことを主張される。

46) 平成 20 年(う)第 2747 号、業務妨害被告事件、東京高裁平成 21 年 3 月 12 日判決『東京高等裁判所(刑事)判決時報』60 卷 39 頁以下。『判例タイムズ』1304 号 302 頁。

47) 事実の概要の詳細は次の通りである。本件は、被告人が、平成 20 年 7 月 26 日、茨城県 A 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た、というものである。

31号の「悪戯など」に該当するととどまるものである」というものであった。これに対し以下の通り判示して、被告人側の控訴を棄却した。

「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動・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。）」<sup>48)</sup>

「〈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

48) 本判決は、争点の〈1〉に対して、「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」とした。

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」とした。

本判決は、判例(3)と同様、非常に明確に、軽犯罪法上の業務妨害の罪と刑法上の偽計業務妨害罪の区別基準を示しているとともに、軽犯罪法上の業務妨害の罪の位置づけを明確にしている。すなわち、まず、「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」であることを明確に判示し、そして、両罪の区別として「違法性の程度」という基準を示し、行為から予見される事態全体を勘案して「違法性が高」と判断している。この判断基準は、これまで紹介した判例を踏襲しているものであり、本質的に両罪にそれほど質的差は無く、違法性の程度の量的差によって区別していると考えられる<sup>49)</sup>。

#### IV. 問題点の検討

本稿は、業務妨害の罪を題材として、刑法上の犯罪行為と軽犯罪法上の犯罪行為の区別基準について判例を参照して検討してきた。刑法典に規定される業務妨害罪と軽犯罪法に規定される業務妨害の罪は、ほとんど同種の規定であり、一見すると罪質や処罰対象となる範囲も全く同一のように見える。しかし、これまで紹介してきた判例が示すとおり、それぞれが他罪との関係によって適用する対象が異なり、またその性質も異なっていることが判明した。すな

---

49) 田山聡美『刑事法ジャーナル』（平成22年・2010年）20号73頁以下。同77頁以下は、「単なる悪戯の域を越える違法性を有していたとの認定は十分可能である」とされる。ほかに、山崎耕史『警察学論集』63巻9号（平成22年・2010年）150頁以下参照。

わち、両罪ともに「業務」の妨害という構成要件ではあるが、軽犯罪法上の「業務」の方が遥かに広い概念であり、公務執行妨害罪の補充規定的性格をも有するのである。ここで問題となるのは、両罪のその概念的区別と適用上の区別基準である。

概念的区別にはついては、すでに述べたとおり、学説は分かれているものの、軽犯罪法上の「業務」を刑法上の権力的公務か否かによって判断するのではなく、より広く解釈をして、両罪の関係を択一関係とせずに吸収関係的な競合関係として考えるべきである。

また、適用上の区別基準については、両罪ともに危険犯であるために、結果の侵害の態様では無く、「行為自体の違法性の程度」がその区別基準とならざるを得ないと思われる。その前提として、刑法上の「偽計」と軽犯罪法上の「悪戯など」との関係が問題となるが、「偽計」は「欺罔」ではないので錯誤に陥れることだけに限定せずに広く解釈し、「悪戯など」についてはさらに「威力」も含めた上で「行為の程度の低い」ものが対象となると考える。行為の程度については、行為の「侵害の危険性」に加えて、判例(2)の示す「行為の動機、目的、態様」を総合的に判断して、「行為の違法性」が「社会生活上受容できる限度」か否かで判断するという方法が妥当と考える<sup>50)</sup> なぜならば、刑罰法規として規定される犯罪類型は、一般社会生活において受容できない違法行為が類型化されたものであるから、軽犯罪法違反罪との区別もこの観点から判断されるのが適切であろう。

業務妨害罪は、インターネットを媒介とする判例が登場したように、今後も社会生活の発展に伴いあらゆる形で問題となる領域であるので、今後も判例に注目して検討し続けていかなければならない。

---

50) 井上・前掲注(33) 169頁は「主観的側面として行為者の動機・意図等、客観的側面として犯行態様、客観的状況、予想される妨害の程度等の諸般の事情を総合して、社会通念に照らして判断するほかない」とする。同様の見解として、坪内／松本・前掲注(5) 101頁、原田・前掲注(5) 106頁以下も主観面と客観面を総合的に考慮する。