

行政法 次は、警職法2条に基づく職務質問についての記述であるが、
05 妥当なのはどれか。

- (1) 職務質問の対象者である「挙動不審者」に当たるか否かは、警察官としての専門的知識や経験からの判断で足り、客観的・合理的な判断は要求されない。
- (2) 職務質問の対象者が逃走した場合、「止まらなければ逮捕する」等の言辞をもって停止することを命じたとしても、実力行使ではないことから、違法な停止要求にはならない。
- (3) 警職法2条2項に基づく同行要求は、質問を継続する目的で行うことができるほか、取調べや逮捕を目的として行うこともできる。
- (4) 相手方の承諾のない所持品検査は、その必要性・緊急性・侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益の権衡等を考慮し、具体的状況下において相当と認められる限度で例外的に許容される場合がある。
- (5) 警職法2条4項に基づく凶器捜検は、逮捕現場に限り、警察官の危険防止と被逮捕者の自傷行為防止の目的達成のため必要な限度で実施できる。

行政法 次は、警職法2条に基づく職務質問の対象者についての記述であるが、
06 誤りはどれか。

- (1) 犯罪構成要件に該当すれば違法性が推定されることから、何らかの犯罪を犯した者等の「犯罪」とは、犯罪構成要件に該当すれば足りる。
- (2) 何らかの犯罪を犯し、又は犯そうとしていると疑うに足りる相当の理由のある者かどうかは、警察官が経験則に基づいて、主観的に「疑わしい」と判断すれば足りる。
- (3) 対象者の異常な挙動とは、その者の言語、動作、態度、着衣、携行品等が通常ではなく不自然であることを意味するが、この判断は、その場所や時間帯によって異なる。
- (4) 職務質問は、参考人的立場にある者に行うことができ、この参考人的立場にある者には、犯行現場に居合わせた者のほか、犯罪の被害者も含まれる。
- (5) 当初は、疑うに足りる相当な理由があつて職務質問を適法に開始することができたが、その疑いが解消された場合には、その者について職務質問を継続することは許されない。

行政法 次は、所持品検査についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 所持品検査については、その要件等を定めた明文の規定はないが、判例は、警職法2条1項の職務質問に付随して行うことができるとしている。
- (2) 所持品検査の際に、証拠収集を目的として強制力を行使して証拠品を捜すことは許されない。
- (3) 職務質問の際に、脅迫的な言動によって相手方の抵抗を排除して所持品検査をすることは許されない。
- (4) 着衣や携行品について、外部から軽く手を触れる程度の行為であっても、相手方の承諾がない場合は、特段の事情のない限り許されない。
- (5) 相手方の承諾なしにバッグ等に手を入れて調べ、所持品を取り出す行為は、極めて異例な場合を除き許されない。

行政法 次は、凶器捜検についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 凶器捜検は、刑事訴訟に関する法律により逮捕されている者について、警察官の危険防止及び被逮捕者の自傷行為防止のために、警察官に対し凶器を発見する権限を与えたものであり、本人の意思に反して強制的に行うことができる。
- (2) 凶器捜検における「凶器」とは、人を殺傷する能力を有する器具をいい、銃砲刀剣類等の「本来の凶器」のほか、用法によっては人を殺傷できる「用法上の凶器」も含まれる。
- (3) 対象者は、「刑事訴訟に関する法律により逮捕されている者」であり、これは、通常逮捕、緊急逮捕、現行犯逮捕された者に限定する趣旨である。
- (4) 身体捜検は、警察官の危険防止等という目的を達成するために必要な限度で行わなければならない。
- (5) 身体捜検により凶器を発見した場合は、凶器を取り上げて保管することができる。

的効力説を採用すれば、裁判所が法律等を廃止することができる権限を持つことになり、権力分立制に立つ憲法が、そのような権限を裁判所に認めてはいないと解されている。

憲法 04 条例

- (1) 正しい。 条例は、普通地方公共団体がその自治権に基づいて制定する自主法である。憲法94条は、地方公共団体に自主立法として、法律(地自法)の範囲内で条例制定権を認めている。そして、条例による規制の実効性を担保するため、地自法14条2項は、地方公共団体が住民に義務を課し、又は権利を制限するには、原則として条例によることを認めている。
- (2) 正しい。 憲法が各地方公共団体の条例制定権を認めている以上、地域によって差異が生じることは当然に予期できる。地方ごと各別に条例を制定する結果、その取扱いに差異が生じることになっても違憲とはいえない(最判昭33. 10. 15)。
- (3) 誤り。 地自法14条1項は、普通地方公共団体は、「法令」に違反しない限りにおいてその事務に関し条例を制定することができるとしているため、条例は、政令にも形式的効力において劣り、政令に違反する条例も無効ということになる。
- (4) 正しい。 法令が当該事項については規制すべきでないという趣旨の場合には、当該事項を規制する条例は法令に違反することになる(最判昭50. 9. 10)。
- (5) 正しい。 条例は、地方議会の議決によって制定・改廃されるのが原則であるが(地自法96条1項1号)、住民の直接請求によって制定・改廃される場合もある(地自法12条1項)。

行政法 05 職務質問

- (1) 妥当でない。 職務質問(警職法2条)の対象である挙動不審者に当たるか否かは、職務を行う警察官個人の主観的な考えや判断ではなく、客観的に見て、社会通念上、合理的とみられる判断が要求される(東京地判昭50. 1. 23)。単なる見込みではなく、具体的な周囲の客観的事情を前提に、警察官としての専門的知識や蓄積した経験を加味した直感であれば、それは合理的な判断に当たるといえる。
- (2) 妥当でない。 「止まらなければ逮捕する」「逃げると撃つぞ」等と威嚇しながら

追跡した行為は、一種の強制力を行使して停止させようとする行為であり、警察官の職務行為としては著しくその範囲を逸脱する違法な職務行為といわなければならないとされた事例がある(大阪地判昭43. 9. 20)。

- (3) 妥当でない。 警職法2条2項は、「その場で前項の質問をすることが本人に対して不利であり、又は交通の妨害になると認められる場合においては、質問するため、その者に附近の警察署、派出所又は駐在所に同行することを求めることができる」と規定しており、質問するためという目的であることが要件とされている。相手方の取調べや逮捕を目的として行う場合は、刑訴法を根拠として同行要求すべきである。
- (4) 妥当。 判例は、承諾を得られない場合の所持品検査の要件について、「かかる行為は、限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡等を考慮し、具体的状況の下で相当と認められる限度においてのみ、許容されるものと解すべきである」旨を判示している(最判昭53. 6. 20)。
- (5) 妥当でない。 逮捕現場に限らず、逮捕中はいつでも行うことができる。警職法2条4項の凶器捜検は、警察官の危険防止及び被逮捕者の自傷防止を図るため、被逮捕者の身体について、凶器所持の有無を調べる必要のある場合が多いことから、警察官にその調査の権限を認めた規定である。

行政法 06 職務質問の対象者



- (1) 正しい。 犯罪構成要件に該当すれば違法性が推定されるため、違法性阻却事由(正当な職務行為等)の存在が明白な特段の事情がある場合は別として、通常は犯罪構成要件に該当することで足りると解されている。
- (2) 誤り。 警察官の主観的な思い込みで「疑わしい」と判断しても、客観的・合理的に見て、何らかの犯罪を犯し、又は犯そうとしていると疑うに足りる相当の理由があるといえなければ、警職法2条に基づく職務質問の要件を充足しない。
- (3) 正しい。 通常の場合や時間であれば不審とはいえないような挙動の者であっても、嚴重に出入りを規制された場所付近にいる場合や、人通りが途絶えた深夜の時間帯における場合等においては、挙動不審の要件を満たすこともあり得る。
- (4) 正しい。 「既に行われた犯罪について知っていると思われる者」としては、



4

甲女は、給料日のある夜、仕事終わりに自宅近くの銀行で現金30万円を引き出した。その帰り道、甲女は、背後から大柄な男性(乙男)が走って自分を追い掛けてきていることに気が付いた。甲女は、乙男が自分の給料を狙って襲ってくる強盗だと思い、身を守るため、とっさに振り返り、体当たりをして乙男を転倒させた。ところが、乙男は強盗ではなく、甲女が銀行のATMに置き忘れたスマートフォンを届けるために追い掛けてきただけであった。

この場合における甲女の刑責について述べなさい。

誤想防衛

答案構成

- 1 結論
- 2 暴行罪
- 3 正当防衛
- 4 誤想防衛
- 5 設問に対する検討

答案例

1 結論

甲女には誤想防衛が成立し、暴行罪の刑責は負わないことになる。

2 暴行罪

暴行罪は、実行行為の主体が、被害者に暴行を加えたものの、傷害するに至らなかった場合に成立する罪である(刑法208条¹⁾)。暴行とは、人の身体に対する不法な有形力の行使をいう。

3 正当防衛

(1) 意義

正当防衛とは、急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為をいう(刑法36条1項²⁾)。正当防衛が成立すると、行為の違法性が阻却されて犯罪は成立しない。

(2) 要件

ア 急迫不正の侵害

違法な法益の侵害が現に存在しているか、又は間近に迫っていることをいう(最判昭46. 11. 16³⁾)。将来予想される侵害や終了した侵害に対しては、正当防衛は成立しない。

イ 自己又は他人の権利を守るためのものであること

防衛行為が、客観的に自己又は他人の正当な法益に対する侵害に対して行われたことを要する。判例は、正当防衛の成立には、防衛の意思が必要であるとしている(最判昭46. 11. 16³⁾)。防衛の意思とは、急迫不正の侵害を認識してこれに対応しようとする心理状態をいう。

ウ やむを得ずにした行為であること

急迫不正の侵害に対する反撃行為が、権利防衛の手段として必要最小限度のものであること、すなわち防衛手段として相当性を有するものであることをいう(最判昭44. 12. 4⁴⁾)。

4 誤想防衛

(1) 意義及び取扱い

正当防衛の要件である「急迫不正の侵害」がないのに、これがあるものとして誤信して防衛行為に出る場合を誤想防衛という。この場合、正当防衛であると思いついて以上は、違法性を意識することは困難であることを理由に、事実の錯誤が成立するため、故意が阻却され、犯罪は成立しない(東京高判昭59. 11. 22⁵⁾)。

(2) 正当防衛の誤信に過失がある場合

自己の行為が正当防衛に当たると誤信している場合、その判断に過失がある場合は過失犯が成立する(広島高判昭35. 6. 9⁶⁾)。例えば、設問の乙男が傷害を負っていたとした場合、乙男を強盗と誤信したことはいかにも軽率であり、重大な過失と認められることから、重過失傷害(刑法211条⁷⁾)の刑責を負う可能性がある。

5 設問に対する検討

設問の甲女は、乙男に対して体当たりをしており、甲女の行為は暴行罪に当たる。乙男は、甲女が銀行のATMに置き忘れたスマートフォンを届けるために甲女を追い掛けただけであり、犯罪の実行行為はない。

甲女は、背後から追い掛けてきた強盗に襲われると思いついて、これを逃れるために暴行に及んでいるが、甲女は身を守るための正当防衛行為と誤信して暴行の実行行為に出ているため、甲女には誤想防衛が成立する。

したがって、甲女の行為の故意は阻却され、暴行罪は成立しない。