

I. 事実の概要

- 5 甲は、令和元年11月11日22時頃、友人乙と飲みに行き、翌12日2時頃帰宅したが、あまりに遅い甲の帰りに腹を立てた甲の妻が、甲が家の鍵を持っていないのを知りつつ玄関の鍵をかけて寝てしまっていた。そこで甲は、2階の窓から自宅に入ることを思いついた。警察官Aは警ら中に、塀をよじ登っている甲を発見し、甲を泥棒と思い現行犯逮捕した。甲は、逮捕されるいわれはないと考えたため、逮捕される際に、Aから逃げるためにAを突き飛ばした。その結果Aは転倒し、右手首を骨折した。
- 10 甲の罪責を検討せよ。

II. 問題の所在

- 甲はAが自らを現行犯逮捕する際にAを突き飛ばしているが、かかる現行犯逮捕は自ら
- 15 の家の塀を登る甲をAが泥棒と勘違いしたためであり、実際は適法ではなかった。
- このような場合に、「職務を執行するに当たり」と言えるかについて職務行為の適法性の判断基準が問題となる。

III. 学説の状況

- 20 A説:主観説(公務員標準説)
- 当該職務を執行する公務員自身が適法と信じたか否かという公務員の主観を基準とする説¹。
- B説:折衷説(一般人標準説)
- 行為当時の状況に基づいて一般人が適法と判断するか否かを基準とする説²。
- 25 C説:客観説(裁判官標準説)
- 職務行為の適法性はその行為自体に内在する法的性質の問題であるから、裁判所が法令を解釈して客観的に判断するとする説。
- 適法性の判断基準時につき客観説の中で以下の説対立が存在する。
- C-1説:行為時標準説
- 30 裁判所が当該職務行為の時点における具体的状況に即して判断する説³。
- C-2説:裁判時標準説
- 裁判所が裁判時までには明らかになった一切の事情を判断材料にして事後的に客観的

¹ 柏木千秋『刑法各論』(有斐閣,1965年)77頁。

² 大谷實『刑法講義各論[新版第4版]』(成文堂,2013年)571頁。

³ 前田雅英『刑法各論講義[第5版]』(東京大学出版会,2011年)604頁。

に判断する説⁴。

IV. 判例

最高裁昭和 41 年 4 月 14 日第一小法廷決定裁判集刑第 159 号 181 頁。

5 [事実の概要]

A および B 巡査が警邏中、X が日本刀の仕込杖を所持していたことから、同人を銃砲刀剣類等所持取締法違反罪の現行犯として逮捕しようとしたが、そのとき同人の側に寄りかかってきた Y に何かを手渡している気配を察知し、B 巡査が両名の上に割り込んだところ、Y の腹のあたりからけん銃が落ちてきた。Y をも同違反罪の現行犯人として逮捕しようとしたところ、これを免れようとして X および Y は意思疎通の上、A、B に暴行を加えた。

10 [判旨]

「公務執行妨害罪が成立するには公務員の職務行為が適法であることを要するのは所論のとおりであるが、職務行為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、行為当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って、たとえ Y の前示所持が同法違反罪の構成要件に該当せずとして事後的に裁判所により無罪の判断を受けたとしても、その当時の状況としては Y の右挙動は客観的にみて同法違反罪の現行犯人と認められる十分な理由があるものと認められるから、右両巡査が Y らを逮捕しようとした職務行為は適法であると解するのが相当である」として、被告人らに公務執行妨害罪の成立を認めた。

20 [引用の趣旨]

本判決は純客観説(裁判時標準説)を否定し、行為時標準説を肯定した判例として我々の立場を補強できると思い本判決を引用した。

V. 学説の検討

25 A 説:主観説(公務員標準説)

本説においては適法性の判断を、職務を執行した当の公務員の主観によって判断するが、それでは公務員の恣意を許し、国家的利益をあまりに偏重することとなり職務行為の適法性を要件としないことと同視し得るため妥当でない。

よって検察側は A 説を採用しない。

30 B 説:折衷説(一般人標準説)

本説においては結局のところ「公務の適正らしい外観」を保護することとなるが、一般人という基準では、少なくとも適法性の基準としては極めて漠然として不明確である。また法令をほとんど知らない一般人は、公務員の職務執行を外見だけで適法とみることが多く、そうであれば結論は主観説と同様となり妥当でない。

⁴ 大塚仁『刑法概説(各論)[第三版増補版]』(有斐閣,2005年)567頁。

よって検察側は B 説を採用しない。

C 説:客観説(裁判官標準説)

C-2 説:裁判時標準説

5 本説においては、例えば職務執行時には適法性を有した行為であったが、後から誤認逮捕であることが判明した場合においては、結果的にせよ状況判断に誤りがあったと考えられるため、同罪との関係では「違法」な職務となる。しかしながらこの結論は公務の保護を不当に軽視し、刑事訴訟法上適法な職務行為でもこれを妨害することが許されることとなり妥当でない。

よって検察側は C-2 説を採用しない。

10

C-1 説:行為時標準説

職務行為の適法性の要件は当該職務執行行為が職務行為として法律上認められるかどうかの問題であるから、あくまでも行為当時の状況に基づいて客観的に判断されるべきであり、当該観点から妥当であるといえる。

15

よって検察側は C-1 説を採用する。

VI. 本問の検討

まず、甲の A を突き飛ばした行為(以下、本件行為)に傷害罪(刑法 204 条)は成立するか。

1. 「傷害した」とは人の身体の生理的機能に障害を加えることをいう。

20

本件では甲の本件行為により A は転倒し、右手首を骨折している。この点、骨折をしているということは身体の生理的機能が害されているといえるため、「傷害した」といえる。

2. また、故意も問題なく認められる。

3. したがって、甲の本件行為に傷害罪が成立する。

次に、甲の本件行為について公務執行妨害罪(95 条 1 項)が成立するか。

25

1. A は警察官であり、「公務員」にあたる。また、「暴行」とは公務執行の円滑性を害する不法な有形力の行使をいう。本件で甲は A を突き飛ばしているのでこの行為は不法な有形力の行使といえ「暴行」にあたる。そして、「職務を執行するに当たり」とはその具体的個別に特定されている職務を執行することをいう。本件で A は警察官であり、現行犯人と思われる甲を現行犯逮捕しようとしているのでその「職務を執行するに当たり」にあたる。

30

2. もっとも、本件で甲は泥棒だと思われ現行犯逮捕されようとしているところ、甲は自分の家によじ登っているだけであり、誰の法益も侵害しておらず、その現行犯逮捕は違法である。そこで本罪の予定する職務行為は適法なものである必要があるのか問題となる。

35 そもそも、本罪の趣旨は公務の円滑な遂行を確保することである。そこで違法な公務員の行為を保護するとなれば、公務員のその身分ないしその地位自体を保護することになり本罪の趣旨に反する。

そうだとすれば、職務の適法性は書かれざる構成要件である。

そして、適法な職務といえるためには①当該公務員の一般的抽象的職務権限に属すること②その具体的職務権限に属すること③その職務の執行を有効にする法律上の手続き又は方式の重要部分を履践していることが必要である。

5 本件での A の逮捕行為は警察官に許されている行為であり、一般的抽象的職務権限に属するといえる(①充足)。そして、具体的職務権限においては法律上の要件を満たしている必要があるところ、本件逮捕は違法であり、満たされないように思える。

10 しかし、この適法性はいかなるで判断されるべきかが問題となる。この点、当該職務の具体的状況に即して裁判官に客観的な判断を委ねることで国民の人権保障に値する。また、行為時に行為者がどのような認識を持っていたか、一般人から見てどのように見えるかを判断することで公務の保護も図れる。

そうだとすれば、この適法性は行為時標準説を基に判断するべきである。

そこで、本件では A が甲を逮捕しようとしたのは A が他人の家によじ登っており、泥棒だと思ったからである。また、一般人から見ても、通常、人が自分の家に 2 階から入ることは想定できないのであるから、家をよじ登っていれば泥棒だと認識し得る。

15 したがって、具体的職務権限の要件も満たす(②)。

また、現行犯逮捕は令状主義の例外であるところ、A が甲を逮捕したのは法律上の重要部分を履践しているといえる(③)。

よって、職務の適法性は認められる。

20 3. 次に本罪の故意は公務員の職務が適法である認識が必要であるところ、本件では甲は A の逮捕は違法だと思って突き飛ばしており、適法性の錯誤があるとして故意は阻却されないか。

この点、職務の適法性を基礎付ける認識自体を欠けば事実の錯誤として故意は阻却される。他方、そのような事実の認識はあるがその評価を誤っている場合は違法性の錯誤として故意は阻却されない。

25 本件において甲は逮捕される事実として壁をよじ登ったことの実体自体は認識があるものの、それに対して逮捕されるいわれはないとして突き飛ばしたものであって、その事実に対する評価を誤ったものといえる。そうだとすれば、本件は違法性の錯誤として故意は阻却されない。

したがって甲の本件行為に公務執行妨害罪が成立する。

30 よって甲の本件行為には傷害罪と公務執行妨害罪が成立する。この点傷害罪の保護法益は人の身体であるのに対し、公務執行妨害罪は適法な公務の執行であるのでその内容は異なる。したがって両罪は観念的競合(54 条 1 項前段)になる。

VII. 結論

35 甲の本件行為には傷害罪と公務執行妨害罪が成立し、両罪は観念的競合の関係になる。

以上