

第六章 犯罪の予防及び制止

第五条 (犯罪の予防及び制止) 警察官は、犯罪がまさに行われようとするのを認めるときは、その予防のため関係者に必要な警告を発し、又、もしその行為により人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受ける虞があつて、急を要する場合においては、その行為を制止することができる。

第六章 犯罪の予防及び制止
105

1 「犯罪の予防及び制止」 (1) 本条は、犯罪の予防のために警察官が行う警告及び制止の手段について規定したものである。犯罪の予防は、罰則に触れる行為の発生を未然に防止することであつて、警察法第二条において定められる警察の重要な職務の一つである。この職務を遂行するため、警察官は、巡回警ら、犯罪情報の収集等の活動を、任意手段として行い、また、挙動不審者の停止、質問、同行要求等を本法第二条に定めるところに従つて行つて行くのであるが、本条は、犯罪発生の可能性が

106

更に一段と接近した場合に警察官がとるべき措置として、警告及び制止の手段を規定したのである (犯罪の予防については、本法第二条注解も参照)。

(2) 犯罪の発生を未然に防止して社会公共の秩序を維持することと、犯罪が発生した後において、犯人を捜査し、逮捕し、これを処罰することとは、目的が異なる。一般的にいえば、犯罪が行われた後に犯人を逮捕、処罰することよりも、犯罪が行われる前にそれを防止することのほうが望ましい。そこで、犯罪予防のため種々の措置がとられるのであるが、そのための手段は国民の権利、自由に関連するところが多いので、その手段を定め、かつ、それを行使するについては、次のような点を考慮に入れなければならない。

ア 憲法は、逮捕、搜索、押収について、厳格な令状主義の原則を定めている (第三三条、第三五条)。これは、刑事目的のために、国民の権利、自由を強制的に制限することを認めると同時に、それは、裁判官の客観的に公正な認定がある場合に限ることとして、国民の基本的人權の尊重の確保を図つたものである。

イ それ以外の目的のための作用、手続についても、当然に右の憲法の規定の保障の枠外にあるものではないが、行政上の即時強制は、義務を命ずるいとまのない急迫した事態において行われるのが原則であり、この場合に、裁判官の令状を必要とするということは、即時強制の目的に反し、不可能を強いることとなるから、要件を厳格化した上で、令状を必要としないこととするとの整理がなさ

1/5

れているものと考えられる。

ウ 行政上の強制手段も、国民の権利、自由を強制的に侵害するという面では、刑事上の逮捕、捜索、押収と異なるところはない。そこで、これについては、次のような制限が必要となる。

(ア) 行政上の強制手段を定めるについては、その手段行使の要件をできる限り明確かつ具体的に定めるべきである。独立した裁判官の判断によるのでなく、行政機関に属する個々の職員が判断するのであるから、その行使の要件が抽象的にばく然と定められていると、行政機関の恣意を誘い、国民の人権を不当に侵すおそれが多くなるからである。ただ、行政手段は、千差万別の社会事象に対応するためのものであるから、その要件の詳細を具体的に定めるのが困難な場合が多く、具体性についても限界があることはやむをえない。

(イ) 即時強制の手段については、原則として、急迫性を要件とすべきである。しかし、義務を命ずるとまもない急迫した場合のほか、事柄の性質上義務を命ずることによつては本来の目的を達しがたい場合もある。この場合には、行政目的の達成の必要性和本人の自由の拘束との均衡を考慮して強制手段が許される場合がある。

(ウ) 強制措置は、その目的を達するために必要な最小限度にとどまらなければならない。法律上それを定めている例が多いが、法律の明文では定められていない場合もある。法定されていない場合でも、行政強制一般についていわゆる比例の原則の適用が認められるべきで、目的を達するために必

要な限度を超える強制は違法となる。

(エ) 行政目的のための手続であっても、その目的及び手続が刑事目的のための手続と非常に類似性をもつものである場合には、先に述べた憲法の趣旨を準用して裁判官の判断によることが妥当である。国税犯則取締法第一条、関税法第一二一条において、収税官吏又は税関職員が犯則事件を調査するため臨検、捜索、差押をする場合や、出入国管理及び難民認定法第三二条により入国警備官が外国人の入国、上陸、在留に関する違反事件の調査の臨検、捜索、押収をする場合にはいずれも裁判官の許可状によることとなっているのは、この趣旨からである。

(オ) 犯罪予防のための手続は、犯罪捜査のための手続と関連する場合が多い。特に警察官は、警察法第二条によりこの両者をともに遂行することを責務としているので、両者の目的のために両方の手段を同時に行行使することがある。例えば、同一の時点で犯罪の制止と犯人の逮捕とが行われ、また同一の人に対して、犯罪の制止行為から直ちに逮捕行為に移る場合もある。しかし、だからといって、警察官の行う犯罪予防のための手段について、捜査の場合と同様裁判官が関与しなければならないということにはならない。犯罪の予防の手段については、その事柄の性質上、前述のイに述べた理由があてはまる場合だからである。しかしまた、両者の手段が関連するところが多いことにかんがみ、具体的な場合には、どちらの手段を用いるべきであるかを区別し、一の目的のために他の目的のための手段を用いることは許されないことに注意しなければならない。

エ 以上述べたところは、行政上のものにして、刑事上のものにして、強制的な手段を行使する場合についてあてはまるのであって、その手段が強制にわたらず、任意手段として行われる限り、相手の権利、自由を直ちに侵すことにはならないから、憲法との関連を生ずることはない。

(3) 本条の規定は、行政執行法第一条第一項後段の「暴行、闘争其ノ他公安ヲ害スルノ虞アル者ニ対シ之ヲ予防スル為必要ナルトキ亦同シ（検査ヲ加ヘ戒諭、兇器其ノ他危険ノ虞アル物件ノ仮領置ヲ為スコトヲ得）」のいわゆる予防検査の規定の流れをくむものである。しかし、本条は、「公安ヲ害スルノ虞」という抽象的な概念にかえて、ア 犯罪が行われようとしている場合であること、イ 手段を警告と制止にしたこと、ウ 制止については、人の生命、身体に危険、財産に重大な損害を与える場合に限られること、エ 急迫性が必要であること等の要件を定めているので、手段行使の態様は、旧行政執行法の場合とは著しく相違している。

2 「犯罪」とは、普通には、犯罪構成要件に該当する違法かつ有責な行為であるとされている。しかし、ここでいう「犯罪」は、右のうち、構成要件に該当することと違法性があることをもって足り、有責性は必要としないものと解される。それは、本条の目的が、犯人を処罰するという刑事目的のものでなく、犯罪の発生を予防して社会公共の秩序を維持するという警察目的のためのものだからである。責任能力があるかどうかは、本人の内心の意思決定の能力にかかっている。現場における措置についてこのような本人の人格に属することの判断を求めるのは不可能で、行政上の手段の要件

としては、客観的に判断できる要件でなければならないのである。したがって、客観的に罰則に該当する行為であれば、心神喪失の者であるかどうか、一四歳未満の者であるかどうか、犯意や過失があるかどうかを問わず、本条の手段を用いることができる。これに対し、違法性は必要であるので、法令又は正当な義務による行為、正当防衛又は緊急避難となる行為等は、本条の対象にならない。

3 (1) 「まさに」というのは、その行為が犯罪構成要件に該当する直前の段階にあるという意味に解する説と、直前と狭く解する必要はなく、厳密な意味における時期の限界はないとする説とがある。言葉の上では、「まさに」は、まさに「直前」といいかえられるのが普通であろう。しかし、本条の趣旨からみて、この場合の「まさに」は、漢字で書けば、「直前」の意味の「將」ではなく、「正に」と書くべきところであって、「まさしく犯罪が行われようとしている」、すなわち、犯罪の実行の可能性が相当に迫っており、それが客観的に明らかな場合をいうものと解するのが相当であると考えられる。その理由は、次のとおりである。

ア 後段の制止の要件として、「急を要する場合」であることを定めている。それは、「まさに」よりは事態が更に一段と切迫した事態を指しているものである。これと比べてみて、警告の場合の「まさに」は、犯罪の遂行とある程度近接していなければならないことはもちろんであるが、制止の場合よりも急迫性がゆるい場合をいうものと考えられるべきである（後掲判例（）参照）。

3/5

イ 制止が相手の意思に反して実力を行使できるものであるのに対して、警告は、任意手段の範囲にとどまるべきものである。その程度の内容のものについて、行為の直前の段階でなければ行使することができないというのは、社会通念に反し、法の趣旨とは思われない。明らかに犯罪を行おうとしている者があれば、その実行を思いとどまるように注意し、勧告することは、警察官がその職務上当然に行うべきことである。社会の経験則からみても、犯罪行為に着手する直前の事態に至れば、もはや注意勧告等の生ぬるい手段では予防の目的を達することはできない場合が多く、その場合は、実力でその行為を阻止するほかはないのである。

(2) 未遂、予備又は陰謀を罰する罪については、未遂、予備又は陰謀の成立する時点以前のことをいうものであることはもちろんである。

(3) 「行われようとする」というのは、ある行為が犯罪構成要件該当性と違法性とを具備するに至る以前の状態をいうことは明らかである。犯罪が既遂に達し、しかもその犯罪行為が完了してしまった場合には、もはや予防手段をとる余地はなく、犯人の逮捕その他の刑事手続をとることとなる。しかし、刑事手続をとることができるということは、更に法益侵害が継続又は発展しようとしている場合に、その継続、発展を防止する手続をとることを禁ずるといふことにはならない。この場合は、既遂の部分について刑事手続を進め得ることはもちろんであるが、継続、発展しようとする部分について警告(制止についても同様)の措置をとることができる。犯罪行為のうち、これからさらに継続、発

展しようとする部分に着目してみれば、それは正に「犯罪が行われようとする」、すなわち、その行為が次々に構成要件該当性と違法性を具備しようとしていることにはかならないからである。このような考え方を明確に述べた判例としては、後掲判例⁽⁴⁾がある。

なお、制止の要件について、右に述べたところと異なり、「本条は、まだ犯罪が行われないうちの段階を対象としたものであり、現に犯罪が実行されている段階に立ち至ればこれを阻止するのは公共の秩序の維持に当たる警察の当然の責務であるし、また、この場合には現行犯として行為者を令状なしに逮捕することすら認められているのであるから、本条に定める要件がなくても、必要な限度で犯人に対し犯罪をやめさせるため強制力を行使することができる」と解している判例がある。(後掲判例⁽⁴⁾は参照。なお、これらの判例は直接には制止について述べているが、警告の場合も考え方は同様である。)

4 「認める」というのは、警察官が現認する場合が大部分であらうが、それに限らず、各種の情報によって、犯罪が行われることが明確であることを探知した場合も含まれる。これらの場合の警察官の認定は、客観的事実と厳密に一致することは必要ではない(例えば、窃盗になると思つて警告したが実は殺人罪を犯そうとしていたというのでも差し支えない)が、その認定が恣意的、独断的なものであつてはならず、社会通念による客観性が必要であることはいうまでもない。

5 「その予防のため」とは、主として、犯罪そのものの成立を予防することを目的として、という意味であるが、反面、犯罪による被害の発生を予防する意味も含んでいる(したがつて、関係者には

被害者も含まれる。)。いずれにしても、犯罪予防という行政目的のものであることを法文上明らかにしたものである。

6 「関係者」とは、犯罪が行われようとしている事態に直接又は間接に関係のある者を広く指す趣旨である。犯罪を行おうとしている者(加害者)とその犯罪の被害者となるであろうと思われる者が主役であるが、それらの者が子供であれば、その保護者も関係者となる。場所や建物その他の工作物に直接関係のある犯罪であれば、建物等の管理者、占有者、所有者、その場に居合わせた者も、関係者となる。

7 (1) 「警告」の内容は、加害者、被害者その他の関係者に対し、注意、勧告、説諭、指示をすることであって、警察官の意思の通知という事実行為である。行政行為としての命令行為ではないから、これに従う法的義務は生じないが、この警告は、警察官の正当な職務執行であるから、関係者は、その警察官の警告の行為を受忍する義務があり、これに暴行、脅迫を加えて妨害することは許されない。この点については、第四条の場合と同じである。

(2) 警告の目的は、本条の場合は犯罪予防のためであって、第四条の場合が危険な事態における危害防止のためであるのと異なる。もともと、被害者の方からみれば、犯罪事件も危険な事態であるから、その犯罪事件が「人の生命若しくは身体に危険を及ぼし、又は財産に重大な損害を及ぼす虞のある」危険な事態のときには、第四条の警告と本条の警告とが競合する。

(3) 警告の方法としては、その目的に従い、次の(4)で述べる限界内で、適宜なものであればよい。口頭による伝達、拡声機の使用、文書の伝達、掲示又は告示によるものももともと一般的であろうが、手ぶり、身ぶり、警笛、サイレン、旗その他の信号、ラジオ、テレビによる放送のほか、場合によっては、警察官が警棒を構えて列を作ったり、ナワを張ったり、騎馬、白バイ、パトカーを走らせたり、騒音弾、発煙筒を使用したりするものも一方法である。けん銃を擬したり、威嚇射撃をすることは、相手の身体に直接触れるわけではないが、実質的に考えると、相手の腕を取ったり、胸を押したりすることよりもはるかに強力な抑圧手段であるから、後段の制止の要件があり、しかも第七条の武器の使用条件に合致する場合にのみ許されると解するのを相当とする。

(4) 警告の限界 警告の手段としては、相手の意に反する実力の行使にわたることは許されず、説得手段の範囲にとどまらざるべきものと解される。本条が犯罪予防の手段を警告と制止とに区別し、制止については別の要件を定めているのは、犯罪予防のための実力行使を「制止」と呼び、後段の要件に従つてのみ用いるべきことを定めていると考えられるからである。もともと、このことは、行動による警告が否定されるわけではない。(3)の方法のところでも述べたように、警棒を構えて列を作ったり、白バイを走らせたり、ナワを張ったりすることは、その場の事態に応じ、社会通念上相当であれば、警告の手段として用いることができる。しかし、より積極的に実力で相手を制圧するのは、後段の制止の要件がある場合に限られる。

犯罪予防
警察官の職務

次の判決は、警棒を構えて群衆を押し寄せて行ったことを警告として相当であるとしているようである。しかし、この判決の場合は、それが相手の自発的解散を促すものであることを条件とし、かつ、この法律の規定において制止をなし得る場合の要件が不備であることを念頭に置きながら、相手方の暴行とそれに対する警察官の行動（それは、群衆を殴るなどの不法なものでなく、社会通念上許される正当な行動であったことを認めている）との法益侵害の均衡を考慮して、公務執行妨害罪の成立を認めたものであつて、この判決があるからといって、群衆を警棒で押し寄せてることがいつでも警告として相当であるという結論を導き出されない。なお、正当防衛又は緊急避難の要件に該当する事態であれば、本条の要件に該当しない警告（制止についても同様）を行つても違法性はない。例えば、ひしめきあつている群衆が橋から落ちるのを防止するため警棒で群衆を押し返すことは、緊急避難であつて、その際に警棒によつて群衆の中に軽傷者が出ててもやむを得ない。次の判決の場合も、社会公共の法益の侵害に対する警察官の正当防衛の行為ではなかつたかと思われる。

〈判例〉

大阪高裁 昭和二七・三・二二判決

〔要旨〕 Y 巡査の行為は、右第五条に基づいて昭和二年勅令三二二号違反の犯罪予防のため、当日同所に集つた被告人等に対し自発的退散をうながすに必要な警告の方法として警棒を構えて群衆を押し寄せて行ったの

昭和二十七年三月二十二日
大阪高等裁判所
第三刑事部
判決

であつて、警棒をもつて群衆を殴るなどの不法な実力を行使したものではない。所論（被告側の主張）は、いわゆる警告の方法として警棒の使用は許されないものように考へているけれども、警職法五条の警告はまさに犯罪が行われようとしている場合に、その予防のため発せられるものであるから、必要であると認められる場合においては、その事態に応じ合理的に判断して臨機適宜の方法が採用されなければならない。従つて必ずしも文書又は口頭のみに限定される理由はないのである。必要ある場合には行動によつて警告を発することも相当であるといわなければならない。

8 (1) 「その行為」とは、そのまま放置しておけば、犯罪となるであろう行為である（犯罪になつてしまつた行為が更に続けられる場合も含まれる。本条注解3の④及び11の⑥参照）。言い換えれば、犯罪の構成要件に該当し、違法となる直前の行為である。例えば、傷害罪についていえば、傷害行為の前に密着する行為であり、内乱のように予備を罰する場合には、予備行為に着手しようとする直前の行為である。

(2) その行為「により」というのは、その行為と次の要件である「人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受ける」ということに因果関係を必要とする趣旨である。すなわち、先行するその行為が原因となつて、そのために人に対する危険や財産の損害を生ずる必然性が社会通念上認められる場合でなければならない。

9 (1) 「人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受ける虞がある」とある

のは、犯罪となるべき行為があつても、その行為を実力で制止して犯罪を防止するのは、直接に人身や財産に危害が及ぶ犯罪の場合に限定しようとする趣旨である。世の中には多種多様の犯罪行為が行われている。それを警察官が現認し、かつ、急を要するのであれば、警察官は直ちにそれを制止すべきであるように思われるが、本号の要件が設けられたため、実力では事前に制止できない犯罪行為が多数生ずることとなつた。これは不合理のように思われるが、本条がこの要件を設けたのは、次のような理由によるものであろう。

ア 本条前段の警告は、すべての犯罪行為について行うことができる。おそらく、大部分の犯罪は、この警告によつて防止できるであらう。

イ 後段の制止は、人身の自由を物理的に制限するものであり、しかも、行政上の手段として裁判官の令状なくして行い得るものであるから、任意手段である警告の場合と異なり、犯罪の種類及び態様を限定する必要がある。また、制止の手段は、現場で行う警察官の実力行使であり、しかも、即時的な判断を下さなければならぬものであるから、犯罪の中でも客観的に明確に認定できる態様のものについてのみ行われるべきものである。

ウ 憲法は、国民の基本的人権の尊重を最も重要な基調としている。本条に当てはめていえば、個人の生命、身体、財産に直接危害を及ぼす犯罪については、その個人の保護のため強力な予防措置を認めなければならず、その場合には、加害者の自由が侵されることがあつてもやむを得ない。

エ 生命、身体についてはともかく、財産については、軽微な被害のものについてまで人身に対する実力行使を認めるのは、比例の原則上適當でない。

以上が本号の要件設定の合理的な根拠として考えられるものであるが、これについては、次のような疑問がある。

ア 犯罪の大部分が警告のみによつて予防できるとするのは、社会の経験則に合わない。現に、警告を無視して行われる犯罪が跡をたたない。

イ 犯罪の態様をある程度限定することが必要だとしても、確実性、明白性があれば現場の措置になじむのであつて、生命、身体、財産に直接危害を加える犯罪でなくても確実で、かつ、明白な犯罪は多い。

ウ 憲法は、基本的人権尊重を基調としているが、同時に、それは公共の福祉と調和されなければならないとしている。犯罪予防の手段について、個人の生命、身体、財産に対し直接に危害が及ぶ場合にのみ行使できると限定するのは、個人の保護に重点を置きすぎ、社会公共の秩序と安全の保持を軽視したきらいがある。個人の保護と社会の保安は、憲法の趣旨から考えても、行政上の警察目的の二つの大きな柱であつて、どちらかの一方にのみ偏するのは適當でない。社会の秩序と安全が保たれなければ、結局は、個人の安全も十分に保障できなくなる。したがつて、個人に対する侵害でなく、直接には公益に対する侵害であつても、それが明白な場合には、社会公共の法益保護のため、加害者

の自由が制限されるのはやむを得ないのではないか。

エ 比例の原則は、制止に限らず、即時強制のすべてに適用があるもので、それを明確にするためには、他の条項の場合と同様「必要な限度」とすべきであつて、対象そのものを制限するのは適当でない（軽微な損害については、軽微の実力行使しか許されないことは、比例の原則上、当然である）。

(2) 本条による制止の措置が及ばないで、犯罪が既遂に達すれば、現行犯人として逮捕することはもちろん可能である（刑事訴訟法第二七条の制限はある）。犯人逮捕によつて犯罪予防の目的の大部分を達成できるのであるから、予防の手段はできるかぎり制限するのが適当であるとする考え方もある。しかし、この考え方は、次のような理由で妥当でない。

ア 犯罪が行われようとするときは、それが犯罪となるまで待つよりは、それ以前に予防の措置を行つて犯罪の成立を未然に防止することの方が、社会のためにも、本人のためにも望ましいことは当然である。

イ 犯罪が進行しているときは、制止することも、逮捕することも、ともに可能である。しかし、両者の目的は、まったく異なる。制止は、その後の犯罪の継続、発展を予防し、危害を除去するという行政目的のものであり、逮捕は、犯人を処罰するという刑事目的のものである。一方の目的のために他の手続を利用することは、戒めなければならない。刑事目的のために行政上の手段を用いてはならないことは常に強調されるところであるが、同時に、行政目的のために刑事上の手段を利用すること

とも不当である。犯人を逮捕すれば、現実には、その後の犯罪を予防し、危害を除去することになるが、それは結果としてそうなるだけであつて、副次的な作用である。犯罪捜査の目的追求のためには、任意捜査の手段で十分であり、必ずしも本人の身柄を拘束することは必要でないという場合に、この副次的な作用があるために、強いて本人を逮捕するのは、行政目的のために刑事手続を利用したものであつて妥当でない（なお、刑事目的のために逮捕したとしながら、刑事訴訟法にもとづくその後の捜査その他犯罪追及の手続きをとらないということは許されない）。実務的にみても、例えば、多人数による犯罪の場合、その首謀者、指導者だけを逮捕、処罰すれば足り、他の者は現実に排除すれば足る場合が多い。多数の者をいちいち逮捕する必要はなく、また、その意思もない場合に、現場における危害排除のためにのみわざわざ逮捕を行うべしとするのは、行政目的のために刑事手続の利用を強いることとなつて妥当でない。

(3) 「人」とは、「その行為」すなわち犯罪となろうとする行為によつて危害を受ける者（被害者）をいう。単数に限らず、複数の場合があることはもちろんである。また、犯罪行為の主たる対象に限らず、第三者がその犯罪によつて危害を受けることもある。この場合は、第三者も被害者である。さらに、犯人たる本人が同時に危害を受ける場合もある。この場合は、その者が加害者であると同時に、被害者である。

(4) 「財産に重大な損害を受ける虞」とあるが、どの程度の損害が「重大な損害」となるのが、一

概にいうことは難しい。前述のように、財産に対する軽微な損害については制止の必要を認めないとするのが本条の趣旨と思われるのであるが、どの程度が「軽微」なのか、「重大」なのかを現場で正確に判断するのはなかなか困難であろう。その困難な正確な判断を本条が求めているとは考えられないのであって、結局は、健全な社会通念により、常識的に「重大な損害」であるかどうかを認定すれば足りるとされる。ただ、この場合、比例の原則を念頭において財産に関する犯罪の予防と相手の自由の制限とが比例がとれているかどうか、すなわち、相手を実力で制圧してまで予防措置を講ずるほどの財産上の損失があるかどうかを認定することが必要である。

10 「急を要する場合」とは、事態が差し迫っている場合をいう。警告の場合よりも更に一段と犯罪の発生に密着した事態であつて、もはや警告の措置では間に合わず、今制止しなければ、その犯罪が必ず行われてしまうであろうと思われる場合である。

11 (1) 制止の内容 「制止」とは、一般に、秩序をみだす言動を言語又は動作によつてやめさせることをいう。本条の場合には、右のような言動をやめさせる手段のうち、注意、勧告、説諭、指示等言語によるものを「警告」といい、実力の行使にわたるものを「制止」といつている。すなわち、ここにいう「制止」は、犯罪となろうとする行為を実力で阻止するという警察官の専断行為であつて、目前急迫の障害を除く必要上義務を命ずるとまのない場合に行われる講学上のいわゆる即時強制の典型的なものである。

(2) 制止の目的 犯罪の発生又はその進展を予防するという行政目的のためのものである。犯罪の発生と密着した事態で行われるため、実際には犯人の逮捕と同一の時点で行われることが多いが、目的が相違すれば、その手段も区別されなければならないことは前述のとおりである。

(3) 制止の方法 犯罪行為が多様な態様で行われるのに対応して、それを阻止する方法も多種多様であるが、その具体的な事態に応じて、社会通念上妥当なものであることが必要である。例えば、犯行を行おうとする者を後から抱きとめること、その前に立ちふさがり、場合によっては突き飛ばすこと、凶器を振り上げておれば、それをもぎとること、犯罪現場におもむこうとする者を一定の場所に足止めすること、警棒を使って犯罪現場から排除すること、座り込んでいる者を抱きかかえて連れ出すことなどが、最も普通に行われる方法である。事態によつて必要がある場合、例えば集団が暴力化しそうな場合には、消防ポンプにより放水することも制止の一方法として可能である。また、場合によつては、けん銃等の武器を使用することが、制止の方法として最も有効であるが、この場合は、本条の要件のほか、第七条の武器使用の要件を満たしていることが必要である（けん銃を撃ちたり、威嚇射撃にとどまるのであれば、危害要件は必要でなく、使用要件を主として、公務執行に対する抵抗の抑止のため必要な場合を満たしておればよい。）。

(4) 制止の限界 制止の手段としては、実力の行使に及ぶことができる。その手段の限界として問題となる点は、次のとおりである。

ア 事態に応じ必要な限度に限られる。すなわち、比例の原則が適用されることはいうまでもない。犯罪の遂行を防止するために必要な強さの力を用いることはできるが、必要の範囲を超えて相手を抑圧することは許されない。

イ 制止は、予防のための手段であつて、犯人を逮捕する行為ではない。したがつて、継続的に身柄の拘束にわたることは許されない。その場における予防措置を講ずるための一時的なものに限られる。場所的な隔離、移動は、一時的なものとして可能である。例えば、暴徒の一部をトラックに乗せて犯罪現場から離れた所まで移動させることは、制止の一方法であるが、安全な場所で継続的に自由を拘束することは、制止の範囲を超えたものである。

ウ 相手が刀、ナイフ、包丁その他危険な物件を使用しようとしているときは、それを強制的に取り上げるのは制止の一方法である。しかし、制止は、仮領置ではないから、その物件を継続的に警察官の占有に移すことはできない。現場の措置として一時取り上げるだけであつて、危険が去れば相手に返却するか、任意提出により保管することとなる。なお、銃砲刀剣類等については、警察官による一時保管の手続きが可能である（銃砲刀剣類所持等取締法第二四条の二）。

(5) 犯罪が既遂に達しても、それが進展している場合には、それに対する予防手段としての制止の措置をとることは可能である。その理論は、本条注解3の(3)で警告について述べたところと同様である。

(6) 警察官の制止権を定めたものとしては、本条のほかに酒に酔つて公衆に迷惑をかける行為の防止等に関する法律第五条がある。その法律の規定による場合は、本条の要件がなくても制止できることはもちろんである。また、国会法第一一六条、水難救護法第七条、民事執行法第六条、公職選挙法第六〇条には、当該公務員が一定の場合に制止権（水難救護法、民事執行法では、制止という言葉を用いていないが、内容は同じである。）を行使することを定めており、必要な場合に警察官の援助を求めることができることとなっている。これらの規定に基づいて援助に赴いた警察官は、制止権を有する当該公務員の意図に従つて、その制止権を行使することが可能となる。

なお、国の法令のほか、地方公共団体の条例で警察官の制止権を定めているものも少なくない。いわゆる公安条例の多くはそうであり、また騒音防止条例にもその例がある。これらの条例は、それぞれその条例によつて達成しようとする行政目的を実現するため必要な範囲内で警察官の制止権を定めたものである。本法は、警察の責務を遂行するために必要な警察官の権限を一般的に定めたものであつて、特定の目的のため必要な権限を条例で定めることを禁じているわけではないから（本法第一条、第八条参照）、それらの条例の規定が直ちに本法本条に抵触することにはならない（規定の内容が、憲法及び本法の趣旨に照らして妥当なものであることが必要であることはもちろんである）。したがつて本条の要件に該当しない場合でも、警察官は、それらの条例の規定に従い、制止権を行使することが可能である（後掲判例四参照）。

(7) 本条の制止の要件に当たらない場合であっても、正当防衛又は緊急避難の要件に当たる場合には、警察官が本条の制止と同様の行為にでてそのため他人の権利を侵すことがあつても、その行為には違法性はない。正当防衛により防衛し得る法益には、国家公共の法益も含まれるから、例えば、不退去罪等の場合において、本条の制止が許されないときでも、警察官の制止行為が正当防衛として許される場合があり得るであろう。

(8) なお、ついでであるが、刑法第一〇七条の多衆不解散罪は、当該公務員の解散命令を構成要件の一つとしている。また、軽犯罪法第一条第一四号は、公務員の制止があることを要件としている。これらの犯罪の実体規定は、警察官の権限の根拠規定とはならないのであるから、この解散命令なり、制止なりは、別に警察官のその権限についての根拠があることを予定しているものである。その根拠法は、すなわち、本条である。そして刑法第一〇七条の場合には、本条の警告が命令的な態様で行われた場合をいうのであり、軽犯罪法第一条第一四号も、本条の警告（軽犯罪法でも制止という言葉を用いているが、それは本条の制止のように警告と区別されたものではなく、むしろ、主として警告的な内容のもの）を指しているものと思われる。また、本条の制止の要件には当てはまらない場合である。）が行われた場合のことを指しているものと思われる。

本条の警告及び制止に関連がある判例としては、次のようなものがある。

《判例》

(一) 福岡高裁 昭和二六・三・三一判決

〔要旨〕 集會が無届で行なわれ、かつ、当時の状況は公安を乱す危険があつたので警察官において解散を命じたがこれに応じないので解散を強行したものであつて右警察官の処置は適法である。

(二) 福岡高裁 昭和二八・一〇・一四判決

〔要旨〕 巡査が犯罪予防のため警告を発することは、警職法による職務であり、相手がこれをきかずその行為を継続するときは、警告を繰り返して所期の目的を達するようすべきであるから、最初の警告後巡査に暴行を加え職務の執行を中絶するのやむなきに至らしめたときは、公務執行妨害罪が成立する。

(三) 大阪高裁 昭和二八・一〇・一四判決

〔要旨〕 ホテル従業員が争議中、ホテル出入口にビケットラインを張り、一般来客を押し返す等立入りを阻止したことは、暴行行為の事案に入つたものであつて、労働組合法一条二項、刑法三五条による合法性を喪失し、暴行罪、業務妨害罪を構成する違法な争議行為といふべきであるから、警察官が実力によりスクラムを離し、ビケットラインを断す等の行為をとつたのは、警職法第五条後段に該当する適法な行為である。

(四) 東京高裁 昭和三一・三・一八判決

〔要旨〕 警察官は、退庁後も所属管内の発生事件につき職務権限を有するものであるから、けんかの制止をした巡査の行為が退庁後の行為だからといつて警職法第五条所定の職務権限がないといふことはできない。

(五) 東京高裁 昭和三一・三・一八判決

〔要旨〕 人の身体に危険を及ぼすおそれのあるけんかの場合、けんかの一人が巡査の口頭による制止をきか

二
五

ず執拗な攻撃をするのに対して同巡査が払い腰で数回投げ倒し、一時抑えつけて起きあがれないよ
うにした程度の実力措置は、保身を兼ねたけんが制止の手段として、警職法第五条にいわゆる制止の手段と
して適法かつ妥当である。

(六) 神戸地裁 昭和三三・一一・二五判決

(要旨) 被告人は酒に酔っていたが暴行するようなおそれある行為に全然でていなく、また急速を要する状
況もなかつたのに、同人の手を引張つて派出所内に連れ込もうとしたことは警職法第五条の適法な職務行為
とはいえない。

(七) 東京地裁八王子支部 昭和三三・一一・一六判決

(要旨) 第一測量線に入る際、何人の生命、身体に対する危害切迫したような状況を認識せず、又そのよ
うな状況もなかつたことが窺えるのであり、又証言によれば、妨害行為としては、第二測量線において罵声
による妨害、第三測量線において藁や笹を燃やして煙を出す行為、藁や笹に糞尿をつけて振りかける行為等
を認識したに止まることが明らかであるから、警職法五条、六条所定の要件を具備していたものとは認めら
れず、その職務執行は適法でない。

(八) 東京地裁 昭和三三・五・五判決

(要旨) (右東京都条例は違憲と解すべきであることは弁護人所論のとおりである。)しかし、被告人等の
集団は、紙袋に砂、唐辛子を入れた目潰しを予め用意携帯し、かつ、集合の当初から警察官に対し攻撃を加
え、拳銃を強奪する等の犯罪行為を犯したものを構成員とし、その後も引続き同様の暴挙に出でる危険を包
蔵し、これを放置すれば不測の事態を惹起し、ひいて警察官、参加者その他一般通行人の身体、財産に危険

予備七頁目録

が及び急を要する場合であつたことが明白であり、警職法第五条に従い警察官は右集団行動の継続を制止し
うる状況であつたことを認めることができる。警察署長及び警察官のとつた解散の措置は、主観的には前記
無効の東京都条例に基くものと解していたとしても、警職法五条による制止行為として適法であつたと認め
る。

(九) 東京高裁 昭和三三・七・二八判決

(要旨) これ以上集会を継続させるときは、一般通行人や附近の住民の身体、財産等に危害を及ぼす犯罪の
発生するおそれがあり、これを解散させる緊急の必要があつたものと認められるときは、警察官は、これを
予防するため集会の解散を警告し、これに応じない場合には、実力をもつて解散を強行することが警察官の
職務権限に属するものである以上、東京都条例が所論のように違憲無効であると否とに拘らず、警察署長の
発した解散命令は適法である。

(十) 横浜地裁 昭和三四・九・三〇判決

(要旨) 本件において原告組合のビケが違法であつて、実力を以てこれを排除した警察の行為それ自体は何
ら不法のものではないことは後記のとおりであるが、原告等が多数を擁して執拗に警察官の前進を阻止した
とはいえ、原告等は兇器を手にして抵抗した訳ではなく、単にスクラムを組んでその前進を阻止し、或は素
手で警察官を押し返したに過ぎないか又は既にビケラインの撤収が発令され、緊張の状態から解放されたの
に、一部の警察官が正規の警棒の操法に違反して又は不必要に警棒を以て原告の胸部を突き上げ、或はその
頭部を殴りつけるなどして傷害を与えたものであるから、右の行為は、ビケ隊の抵抗を排除するに必要な実
力行使の限界を越えた違法のものである。……原告組合員の設定したビケは、原告組合員の言語による説得

12/5

及び団結による示威にもかかわらず就労のため入門しようとする第二組合員をあくまで実力を以て阻止しようとするものであるから、これがいわゆる「ピケツティングの平和的説得の限界」を逸脱した違法なものであることはいうまでもなく、従つて、第二組合員を入門させるため実力を行使してこれを排除しようとした警察官の行為は、正当であつて、これをもつて原告組合の争議権を不法に侵害したものであるといふことはできない。

(一) 大阪高裁 昭和三四・九・三〇判決

(要旨) 警職法五条に「犯罪がまさに行なわれようとする」というのは、犯罪を行う危険性が時間的に切迫していることをいひ、原判決の例示している「棒をもつて人の背後に迫つている場合」のように犯罪の実行行為に着手する直前の状態であることを要するものではなく、社会の通念上犯罪の危険性が切迫していると考えられる場合であれば足りるものと解すべく、……同条にいわゆる「急を要する場合」とは、その場で制止しなければその行為を阻止しえない状況にあることをいうものと解すべきであるが、果たしてその場で制止しなければ阻止しえないかということは、もとより物理的な可能性の有無をいうのではなく、社会通念によつて判断すべきものである。

(二) 山形地裁 昭和三五・四・二八判決

(要旨) ピケ隊は、警官隊の警告にも応じないのみか、却つて、ジープの前面付近にあつた測量隊員を多数をもつて押しつつむようにして取巻き、測量実施の当否を争つて執軌にその前進を阻み、……いよいよ氣勢をあげていたのであつて、ピケ隊は何等正当の理由がないのに道路上にスクラムを組み立塞つて測量隊員等の進行を妨害し、しかも、その行為は、説得乃至は話し合い或いは集団的行動に自ずから伴う心理的圧迫等

警職法五、四、三、二、一

の範囲をはるかに越え、これをそのまま放置するにおいては、勢のおもむくところ、測量隊員の少くとも身体に危険を及ぼす犯罪が発生するかも知れない急迫した状態に立到つていたことは明らかであるから、警官隊が実力による排除行為をなしたのは、警職法五条の規定に該当する適法な職務行為である。

(三) 東京高裁 昭和四六・三・一〇判決

(要旨) 警職法五条は、犯罪がまさに行なわれようとするのを認めるときに警察官に対し警告ないしは制止の権限を認めた規定であり、郡公安条例四条は集団行動が同条例に違反して行なわれた場合に、警視総監に対し警告、制止その他所要の措置をとる権限を認めた規定であつて、この両者が一見類似した規定であることは認めざるをえないところである。しかしながら、この両規定をよく注意して読めば、前者は犯罪がまゝに行なわれようとしている場合、すなわちまだ犯罪の実行される前の段階を規定したものであるのに対し、後者はすでに条例に違反した行為が行なわれた段階のことを規定したもので、規定の対象を明らかに異にしているから、その点ではこの両規定は抵触するものとはいえない。また、警職法がその五条において犯罪のまさに行なわれようとしている場合の警察官の権限だけを規定しているからといつて、進んで犯罪ないし違法行為がすでに行なわれた段階における警察官のなんらかの権限を否定しているものとはいえないし、その点に関し他の法令が特定の場合一つに必要と認める規定を設けることを禁じているものとも解されない。

(四) 東京地裁 昭和四六・四・一七判決

(要旨) 傍聴人らが右退去命令にいつくに従わず、加えて廊下に並んだ機動隊に向つて何人かでスクラムを組み、中には肩でぶつかるなどしてくるものがあつたので、このままの状態では不退去罪が成立するし、場合によつてはけがを致すような事態がおこるのではないかと判断して、機動隊員らをして傍聴人ら全員

を対象として排除活動を開始させたことが認められる。このような状況からすれば、右山中隊長の判断は適切であり、警察官らの本件排除行為はまさに警職法五条の要件をみたしているものというべきである。

なお、当裁判所としては、警察官らの排除行為の開始時点において、すでに不退去罪が成立しているものと思料する。このように不退去罪が成立する場合には、司法警察職員として検査活動にのり出すことも可能であるが、状況により犯罪の鎮圧に重点を置き、本来は被疑者ともいふべき不退去者を警職法五条に認められる制止程度の強制力で庁舎外に排除することは、警察法二条一項、刑訴法二二三条、警職法五条の全体的な解釈から適法であるというべきであり、この場合には、現に犯罪が行なわれつつあるのであるから、犯罪がまだに行なわれていない場合とは異つて、かならずしも警職法五条にいわゆる「人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受ける虞がある」という要件を要しないと解すべきである。

(法) 鹿児島地裁 昭和四六・六・二四判決

(要旨) 警職法五条にいう「犯罪がまさに行なわれようとする……とき」とは、通常、ある犯罪が行なわれんとする場合における当該犯罪の実行に接した事前の時期、段階を指称し、既に当該犯罪について、実行着手があり、あるいは既遂に達した事情がある場合は、原則としてこれに含まれないものと解するのが相当である。しかし、当該行為が、その態様上、継続、反復して行なわれる場合においては、一方で既に犯罪として着手あるいは既遂に立つものが存するとともに、他方では、いまだ犯罪の着手に至らないいわゆる「前犯罪行為」の存在をも考へるのであるから、その限りにおいて、なお、犯罪の実行に接した事前の時期、段階の概念を奪れる余地がある。したがつて、かかる場合においては、右のような時期、段階をとらえ、これを警職法五条にいわゆる「犯罪がまさに行なわれようとする……とき」に該当すると解するに妨げない。行為の一部が既に犯罪として既遂に達する一方、さらに別途「前犯罪行為」も認められる場合においては、

鹿児島地裁 昭和四六・六・二四判決

警職法五条の規制をなすことも、既遂に達した犯罪行為を理由として、行為者を現行犯人として逮捕することもできるのであつて、いずれを選ぶかは、その衝に当たる警察官の職務執行上の合目的裁量、選択に委ねられているものと解するのが相当である。

(カ) 東京高裁 昭和四七・一〇・二〇判決

(要旨) 警職法五条は犯罪がまさに行われようとするのを認めるときに、警察官に対し警告ないしは制止の権限を認めた規定であつて、まだ犯罪が行われないうちの段階を対象としたものであるから、進んで犯罪が現に行われている場合にもこの規定がそのまま適用されると解するのは相当でない。ただし、同条が警察官の介入につき厳格にその要件と限度とを規定しているのは、まさにそれが行われようとしているにもせよ、まだ犯罪が現に実行されていない段階のことであるから、基本的人権保障のためこれを明定する必要があるからと解せられるが、これに反し現に犯罪が実行されている段階に立ち至れば、これを阻止するのは公共の秩序の維持に当たる警察の当然の責務であるし、またこの場合には現行犯として行為者を令状なしに逮捕することすら認められているところからみても、あえてその要件ないし阻止行為の態様を限定するまでのこともないため、別段の規定を設けなかつたものと解されるからである。それゆゑ、すでに犯罪が現に実行されている段階においては、警察官としては当該犯罪を鎮圧実施するために必要と認められる限度において、しかも憲法に保障する個人の権利および自由を不当に侵害し権利の濫用にわたらないかぎり、犯人に対し犯罪の実行をやめさせるため強制力を行使することが許され、この場合においては特に警職法五条後段の要件を必要としないものと解するのが相当である。

(キ) 青森地裁弘前支部 昭和五一・四・二五判決

14/5

(要旨) 現に犯罪の行なわれている場合であっても、その犯罪の性質、態様、四囲の状況等に鑑み、違法状態が解消しさえすれば一般交通の平穩も回復されるから、そのうえ、特に犯人として直ちにこれを逮捕し、身柄を確保するまでの必要性もなく、また、集団に対し一挙に現行犯逮捕の措置に出ると、かえって現場における混乱を増大させ、道路における平穩を害することが懸念されるような場合には、その場にあたる警察官としては、その裁量により現行犯逮捕という強力な手段に訴えることなく、人身の自由に対する拘束、制約の程度のより少ない警職法五条後段の制止(規制)をとりうる(かえって、かようにより控え目の方法によつて、その警察活動を志向することが、刑事手続の本旨からも望ましい。)こととしても、警察法二条一項、刑訴法二二二条、二二三条、警職法五条等に規定する法の精神に反するものではない。まして、本件の場合には、現に犯罪が行なわれ、しかも前示のとおり、違法状態の継続、発展により一般交通に著しい影響を及ぼすことは必至の状況にあつたのであるから、併せて、警職法五条後段にいわゆる「人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受ける虞がある」との要件をも充足されており、したがつて、警察官の本件制止行為は、かかる場合の措置として一層合理的であつたと考えられる。

注解 警察官職務執行法

平成17年4月1日 第1刷発行
平成28年3月10日 第11刷発行

編者 警察制度研究会
発行者 茂書房
発行所 花立橋 雄房
東京都千代田区神田小川町3-28-2
電話 (編集部) 03-3291-1566
(営業部) 03-3291-1561
振替口座 00120-6-196337
http://tachibanashobo.co.jp

(旧版)昭和37年7月25日 初版発行
©2005 警察制度研究会 東京創文社・和光堂
乱丁・蓑丁の際は本社でお取り替えいたします。
ISBN 978-4-8037-2220-8 C3032

15/15