



刑法 9
次は、犯罪の成立要件についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 犯罪は人の行為であることから、犯罪が成立するためには、必ず人の積極的な動作が必要である。
- (2) 罪刑法定主義の下では、犯罪が成立するためには行為が構成要件に該当することが必要であり、構成要件とは、刑罰法規に処罰すべきものとして規定された違法行為の類型をいう。
- (3) 構成要件に該当する行為であっても、法秩序に反するという意味での違法性を帯びたものでなければならない。
- (4) 構成要件に該当し、違法な行為をしたことについて刑罰を科すためには、当該行為に対してそのような行為に出たことについて非難を加えることができる場合でなければならない。
- (5) 有責性があるといえるためには、行為者が責任能力等の責任要素を具備していることが必要である。

刑法 10
次は、正当防衛についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 防衛行為は、侵害を受ける本人だけでなく、第三者でもこれを行うことができるが、侵害者以外の第三者に対する防衛行為は認められない。
- (2) 自己の権利を防衛する意思の下に行われた行為であれば、侵害者に対する憤激、憎悪等の感情を伴っていたとしても、正当防衛となり得る。
- (3) 正当防衛の要件として、緊急避難のように、他にとるべき方法がなかったとする補充の原則は求められていない。
- (4) 正当防衛は、急迫不正の侵害行為に対するものでなければならないので、不作為に対し正当防衛が成立する余地はない。
- (5) 正当防衛の程度を超えた行為は過剰防衛となり、違法性は阻却されないが、情状により、その刑が減軽又は免除されることがある。

刑法 11
次は、共同正犯における共同実行の意思についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 共謀の成立にあつては、必ずしも共謀者全員が犯行の細部にわたって認識していることまでは必要ない。
- (2) 共謀は必ずしも明示的にされる必要はなく、暗黙のうちにされるものであっても成立する。
- (3) 共謀は必ずしも共謀者全員が同一場所に会して成立させる必要はなく、数人の間で、順次にこれを行って成立させるものでもよい。
- (4) 共謀は必ずしも事前に成立している必要はなく、行為の現場で即時的に成立するものでもよい。
- (5) 甲は、乙と共同して犯罪を実行する意思を持って犯行に参加したが、乙は甲の参加の事実を知らなかった。この場合でも、共同正犯は成立する。

刑法 12
次は、放火の罪についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 現住建造物等放火罪は、客体を焼損するだけで公共の危険があるとされる抽象的危険犯である。
- (2) 他人所有の家屋を焼損させる目的で畳に火をつけた場合において、家人に発見され、畳を焼損したのみで火は消し止められた場合は、現住建造物等放火罪の既遂である。
- (3) 一人暮らしの老人を殺害した後、犯跡を隠すために死体がある同老人所有の家屋に放火して当該家屋を焼損させた場合は、非現住建造物等放火罪の既遂である。
- (4) 他人の現住建造物に延焼するおそれがあると思いつつ、建造物の傍らに置かれていたオートバイに火をつけた場合において、当該建造物には延焼しなかった場合は、現住建造物等放火罪の未遂である。
- (5) 1個の放火行為により、所有者の異なる複数の現住建造物を焼損した場合でも、1個の公共的法益を侵害したにすぎないときは、現住建造物等放火罪の単統一罪のみが成立する。



(4) **正しい。** 行為が構成要件に該当し、違法な行為であってもそれだけで犯罪となるのではなく、行為者がそのような行為を行ったことについて非難を加えることができるという非難可能性を内容とする「有責性」が認められて初めて犯罪として評価される。

(5) **正しい。** 責任能力とは、自己の行為の是非善悪を判断し、その判断に従って行動することができる能力をいう。行為が有責であるための要素(責任要素)としては、責任能力のほか、責任故意・過失(刑法38条)、期待可能性(違法行為を避けること・適法行為を期待できること)がある。



刑法

10

正当防衛

(1) **正しい。** 自分に対する侵害のほか、「他人の権利を防衛するため」であっても、正当防衛(刑法36条1項)は成立する。そして、その防衛のための行為は、侵害者に対するものでなければならない。したがって、防衛のための行為が第三者に向けられるときは、正当防衛は成立せず、緊急避難(刑法37条1項)の成否が問題となるにとどまる。

(2) **正しい。** 判例は、防衛行為は防衛の意思をもってなされることが必要であるが、相手の加害行為に対し憤激又は逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではないとしている(最判昭46. 11. 16)。

(3) **正しい。** 防衛行為は「やむを得ずにした行為」でなければならない。これは、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意味する(最判昭44. 12. 4)。緊急避難の場合のような、他にとり得る手段がないという方法でなければならないとする補充性の原則は求められていない。

(4) **誤り。** **不作為に対して正当防衛が成立する場合がある。** 裁判例は、他人の家から退去しないという不作為によって不退去罪(刑法130条後段)を犯している者がいたことから、これを排除するためにこの者のオーバーの襟首を掴んで屋外道路まで引き出した暴行について、正当防衛として違法性が阻却されるとしている(大阪高判昭29. 4. 20)。

(5) **正しい。** 「正当防衛の程度を超えた」とは、反撃行為が防衛のためやむを得ずにした行為とはいえない場合、すなわち防衛手段として相当性を欠く場合をいう。過剰防衛となれば、違法性は阻却されず、犯罪そのものは成立するが、裁量によって、その刑が減軽又は免除される(刑法36条2項)。

刑法
11

共同実行の意思

(1) **正しい。** 共謀の内容は、実行内容の細部にわたって決定されていなくても、犯罪実行の骨子が特定されていれば十分である(大判昭10. 5. 30)。

(2) **正しい。** 明示の意思表示がなく、暗黙によるものであっても、意思の連絡があれば共謀があったといえる(最判昭23. 11. 30)。

(3) **正しい。** 同一の犯罪について、数人の間に順次共謀が行われた場合は、これらの者の全ての間に当該犯行の共謀が行われたものといえる(最判昭33. 5. 28)。

(4) **正しい。** 共謀は必ずしも事前に成立している必要はなく、行為の現場で即時的に成立するものでもよい(最判昭23. 12. 14)。

(5) **誤り。** 枝文の場合には、共同正犯は成立しない。甲に共同実行の意思はあるが、甲と乙の間に意思の連絡を欠く場合(片面的共同正犯)は、共同実行の意思が欠けることになり、共同正犯は成立しない(大判大11. 2. 25)。

刑法
12

放火の罪

(1) **正しい。** 現住建造物等放火罪(刑法108条)、他人所有非現住建造物等放火罪(刑法109条1項)は、客体を焼損するだけで公共の危険があるとされる抽象的危険犯である。これらの客体が焼損した場合は、常に公共の危険があるとされる。これに対し、自己所有非現住建造物等放火罪(刑法109条2項)、建造物等以外放火罪(刑法110条)は、具体的危険犯であり、これらの罪が既遂となるためには、焼損だけでは足りず、公共の危険が具体的に発生したことを要する。

罪名	条数(刑法)	客体	公共の危険
現住建造物等放火罪	108条	現住建造物等	不要 (抽象的危険犯)
他人所有非現住建造物等放火罪	109条1項	非現住建造物等	
自己所有非現住建造物等放火罪	109条2項		建造物等以外の物
他人所有建造物等以外放火罪	110条1項		
自己所有建造物等以外放火罪	110条2項		

(2) **誤り。** 放火罪が既遂となるには、火が媒介物を離れて客体に燃え移り、客体が独立して燃焼を継続し得る状態に達することが必要である(最判昭23. 11. 2)。そして、建造物の一部と認められるためには、その部分が建造物と一体をなしており、

刑事訴訟法 (捜査手続)

P.22

7

Xスーパーマーケットの店長Yから、X店の私服警備員Zが万引きの犯人甲男を現行犯逮捕したとの通報を受けたA警部補は、X店に赴き、同店の事務室でY及びZから甲男の身柄の引渡しを受けた。その際、甲男が被害品である菓子パンと被害品を入れるのに使用した紙袋を所持していたことから、A警部補は、令状によらない捜索・差押えを実施した。

この場合におけるA警部補による一連の行為の適否について述べなさい。

POINT▶ 私人が現行犯逮捕した場合の、逮捕の現場における捜索・差押えの可否を検討する。

私人から現行犯人の引渡しを受けた場合の証拠物の措置

- 答案構成▶**
- 1 結論
 - 2 令状によらない捜索・差押え
 - 3 設問に対する検討

答案例

1 結論

A警部補が、甲男の引渡しを受けた際に、令状によらない捜索・差押えを実施した行為は、違法である。

2 令状によらない捜索・差押え

(1) 意義

検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者を逮捕する場合において必要があるときは、令状なくして、次のことができる。

ア 人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内に入り被疑者の捜索をすること

イ 逮捕の現場で差押え、捜索又は検証をすること

(2) 処分権者

捜査機関(検察官、検察事務官又は司法警察職員)に限られ、かつ、当該逮捕行為を行った捜査機関でなければならない。

したがって、私人が逮捕した現行犯人の引渡しを受けた警察官は、逮捕行為と引渡しが時間的・場所的に接着した段階で行われたとしても、当該逮捕行為は警察官によるも

note

▶1 刑訴法220条
 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、第199条の規定により被疑者を逮捕する場合又は現行犯人を逮捕する場合において必要があるときは、左の処分をすることができる。第210条の規定により被疑者を逮捕する場合において必要があるときも、同様である(1項)。
 逮捕の現場で差押、捜索又は検証をすること(2号)。
 第1項の処分をするには、令状は、これを必要としない(3項)。

のではないことから、令状によらない捜索・差押えを行うことができない。

(3) 逮捕する場合の意義

「逮捕する場合」とは、逮捕行為を行う際という意味であり、逮捕行為の前後を問わないが、逮捕行為との間に時間的・場所的接着性のあることが必要である。

(4) 逮捕の現場の意義

「逮捕の現場」とは、逮捕行為に着手した場所から逮捕完了までの場所をいい、被疑者が逃走した場合は、追跡した場所も含む。この範囲は、逮捕行為の際に、被疑者の現実の支配下にあった場所及び被疑者の影響が顕著に及んだ場所をいうと解されている。

(5) 差押対象物

差押えの対象となる物は、当該逮捕被疑事実に関する証拠物等で、かつ、証拠物の収集保全という目的達成のために必要な範囲内のものに限られる。

3 設問に対する検討

A警部補は、私人である私服警備員Zが逮捕行為を完了した後甲男の身柄の引渡しを受けていることから、令状によらない捜索・差押えを行うことはできない。したがって、A警部補が、甲男の引渡しを受けた際に、令状によらない捜索・差押えを実施した行為は、違法である。

なお、A警部補は、証拠物件である本件被害品と紙袋を所持している甲男から任意提出を受けて領置するのが妥当であり、甲男が任意提出に応じないなどの状況があれば、差押許可状の発付を受け、押収すべきである。また、警職法2条4項に基づく被逮捕者に対する凶器捜検の際に、証拠物件である本件被害品と紙袋を証拠隠滅防止のために事実上預かり、本署に連行後、任意提出を受けて領置するか、差押許可状の発付を受けて差し押さえるという手続をとることも可能であると解される。

▶2 最判昭36.6.7

▶3 警職法2条
 警察官は、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は、その身体について凶器を所持しているかどうかを調べることができる(4項)。