

行政法  
5

次は、条例と規則についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 条例には、個別的な法律の授権(委任)なしに、住民の権利・自由を制限し、義務を課す規定を置くことができる。
- (2) 知事は、法令又は条例の委任がなくても、その権限に属する事項について、その住民の権利・義務に関する規則を制定することができる。
- (3) 地方公共団体の長が制定する規則においては、規則に違反した者に対し刑事罰を科する旨を定めることはできない。
- (4) 地方公共団体の長の規則と委員会の規則が抵触する場合、委員会の規則が優先される。
- (5) 法令の目的や内容が全国的に規制を統一する趣旨である場合は、これに抵触する条例を制定することはできない。



行政法  
6

次は、警察法60条の2に規定されている管轄区域の境界周辺における職権行使についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 管轄区域の境界周辺における事案の処理については、隣接又は近接の都道府県警察において処理した方が、適切かつ能率的な警察活動を行い得る場合があるので、本条の規定が設けられた。
- (2) 管轄区域が隣接又は近接する都道府県警察が境界周辺の区域の事案を処理するため、相互に協議する主体は、警察本部長ではなく、公安委員会である。
- (3) 隣接又は近接する都道府県警察が、相互に協議して境界周辺で事案を処理する区域は、警察法施行令により原則として境界から15キロメートルとなっているが、権限の及ぶ範囲は、関係する都道府県警察の管轄区域全域である。
- (4) 協議の対象としては、許認可等の行政処分の申請等は含まない。
- (5) 警察法60条の2の要件に従って権限を及ぼすA県警察の警察官が、隣接するB県警察の管轄する区域内で違法な警察活動により住民に損害を与えた場合、国賠法上の損害賠償の責任は、本来その区域を管轄するB県警察の属するB県が負うことになる。

行政法  
7

次は、行政処分についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 行政処分は、行政機関が公権的に国民の権利・義務の範囲を変動させるものであることから、必ず法律の根拠や授権がなければならない。
- (2) 行政庁が、許可の取消しといった重大な不利益処分をする場合には、不利益処分を受ける相手方に対して聴聞を行うことが義務付けられている。
- (3) 行政庁が行う不利益処分については、その理由を相手方に提示しなければならず、また、不服申立てを行うことができる処分を書面で行うときは、不服申立てができる旨等の教示をしなければならない。
- (4) 許認可等の申請を受けた行政庁は、遅滞なく審査を開始しなければならず、形式上の要件を満たさない申請については、必ず拒否する処分を行わなければならない。
- (5) 違法な行政処分については、その違法性が重大明白である場合には無効となるが、そうでないときは、権限を持つ行政機関が自ら取り消すか、訴えを受けた裁判所が取り消すまでは有効である。

S · A 問題



行政法  
8

次は、人に危害を与える態様での武器の使用についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 拳銃を所持し暴れている被疑者が警察官に向かって拳銃を発砲し、これに対抗する行為が正当防衛に該当する場合は、当該被疑者に向けて拳銃を撃つことができる。
- (2) 殺人を犯した被疑者を現行犯逮捕しようとしたところ、当該被疑者が日本刀を振り回して抵抗するときに、当該被疑者を逮捕するために他に手段がない場合は、当該被疑者に向けて拳銃を撃つことができる。
- (3) 強盗を犯した被疑者を逮捕状により逮捕しようとしたところ、被疑者が拳銃を撃ちながら逃走しようとしているときに、当該被疑者を逮捕するために他に手段がない場合は、当該被疑者に向けて拳銃を撃つことができる。
- (4) 万引きをした被疑者を窃盗罪で現行犯逮捕しようとしたところ、被疑者が逮捕に抵抗して走り去ろうとするときに、当該被疑者を逮捕するために他に手段がない場合は、当該被疑者に向けて拳銃を撃つことができる。
- (5) 傷害の疑いで暴力団組長である被疑者を通常逮捕しようとしたところ、被疑者を逃がそうとして、暴力団組員がナイフを振りかざして抵抗するときに、被疑者を逮捕するために他に手段がない場合は、当該組員に向けて拳銃を撃つことができる。



ともできるが、申請者に対し相当の期間を定めて当該申請の補正を求めるこどもできる(行政手続法7条)。なお、枝文前半は正しい。

(5) 正しい。違法な行政処分であっても、その効力は直ちに否定されることにはならず、枝文による取消しが行われるまでは、その行政処分は有効に存在する(行政行為の公定力)。

#### 【行政行為(行政処分)の種類】

##### ① 法律行為的行政行為

行政庁の意思表示によって成立する行政行為をいう。例えば、許可(警察許可)、命令(警察下命)、免除、認可及び特許がこれに当たる。

##### ② 準法律行為的行政行為

行政庁の意思表示以外の判断や認識の表示が一定の法的効果に結び付く行政行為をいう。例えば、確認、公証、通知及び受理がこれに当たる。

##### ③ その他の行政行為

認定や指定がこれに当たる。

行政法

8

## 人に危害を与える態様での武器の使用

P06

(1) 正しい。正当防衛(刑法36条)に該当する場合には、当該被疑者に向けて拳銃を撃つことができる(警職法7条但書、拳銃規範8条1項)。

(2) 正しい。殺人罪(刑法199条)の法定刑は、「死刑又は無期若しくは5年以上の懲役」であり、人に危害を与える態様での武器の使用が許容される「死刑又は無期若しくは長期3年以上の懲役若しくは禁錮に当たる兇悪な罪」を犯した被疑者を現行犯逮捕する場合に該当する。また、当該被疑者を逮捕するために他に手段がないと警察官が信じるに足りる相当な理由も認められるため、当該被疑者に向けて拳銃を撃つことができる(警職法7条1号)。

(3) 正しい。被疑者が通常逮捕に抵抗し、逃走しようとしている場合であって、逮捕するために他に手段がないと警察官が信じるに足りる相当な理由も認められるため、当該被疑者に向けて拳銃を撃つことができる(警職法7条2号)。

(4) 誤り。窃盗罪(刑法235条)は、人の住居等に侵入して行われるもの除き「兇悪な罪」に当たらない(拳銃規範2条2項3号ホ参照)。したがって、枝文の万引き犯人に向けて拳銃を撃つ行為は違法な拳銃使用となる。

(5) 正しい。第三者が被疑者を逃がそうとして警察官に抵抗した場合にも、危害を与える態様での第三者に対する拳銃の使用が許容される(警職法7条2号)。

刑法

9

## 実行の着手

(1) 誤り。犯罪の実行の着手時期は、構成要件に該当する行為の一部又はこの行為に密接する行為の開始があったときと解されている(大判昭9.10.19)。通貨偽造罪(刑法148条1項)の実行の着手時期は、行使の目的をもって通貨の偽造を開始した時である。枝文のように、器械・原料を準備したにすぎない場合は、通貨偽造準備罪(刑法153条)に該当する。

(2) 正しい。現住建造物を焼損する目的で、これに隣接する物置(媒介物)に放火し、その燃焼作用により同建造物を焼損可能な状態に置いたときは、現住建造物等放火罪(刑法108条)の実行の着手が認められる。物置の焼損にとどまり、現住建造物に延焼しなかったとしても、現住建造物等放火罪の未遂罪が成立する(大判大12.11.12)。

(3) 正しい。すりの犯人が、被害者の着衣のポケットに触れる行為に関し、財布の有無を確かめる目的(当たり目的)であった場合には、窃盗罪(刑法235条)の実行の着手は認められない(広島高判昭28.10.5)。これに対して、財布をすり取る意図であった場合には、現実的危険性があることから、窃盗罪の実行の着手が認められる(最決昭29.5.6)。

(4) 正しい。強盗罪(刑法236条)の実行の着手時期は、手段である暴行又は脅迫を開始した時である。財物の奪取に着手する必要はなく、たとえ財物を取得していないても、財物強取の目的で暴行を加えれば強盗罪の実行の着手が認められる(最判昭23.6.26)。

(5) 正しい。強制性交等罪(刑法177条)の実行の着手時期は、手段である暴行又は脅迫を開始したときである。性交等の行為を開始していないなくても、性交等の目的で暴行を加えれば強制性交等罪の実行の着手が認められる(最決昭45.7.28参照)。

刑法

10

## 帮助犯

(1) 正しい。帮助とは、既に犯罪実行の決意を有している者について、実行行為以外の方法で援助し、その犯罪遂行を容易にすることをいう(刑法62条1項)。

(2) 正しい。枝文のとおり(大判昭2.7.6)。帮助には、物理的な方法により正犯者を援助するだけでなく、心理的な方法により援助する場合も含まれる。

# 刑事訴訟法(捜査手続)

p.22

7

A警部補らは、内偵捜査の結果、暴力団関係者が経営する飲食店で覚醒剤の売買が行われていることを認知したため、捜索差押許可状の発付を得て、夕方から張込みを実施していた。午後11時になり、覚醒剤の売人らしき男が営業中の店に入ったため、同許可状による捜索・差押えを実施したが、同許可状には、夜間執行許可を得ていなかった。

この場合における捜索の適否について述べなさい。

**POINT** 夜間において捜索・差押えが制限される趣旨及びその例外を踏まえ、設問における捜索・差押えの適否を検討する。

## 夜間ににおける捜索・差押え

- 答案構成▶ 1 結論  
2 捜索・差押え  
3 夜間執行の制限  
4 設問に対する検討

## 答案例

### 1 結論

A警部補による捜索・差押えは、適法である。

### 2 捜索・差押え

#### (1) 意義

##### ア 捜索

捜索とは、一定の場所、物又は人の身体を探索し、証拠物等の物又は人の発見を目的として行う強制処分である。

##### イ 差押え

差押えとは、証拠物又は没収すべき物の占有を、所有者、所持者又は保管者から取得する強制処分である。

#### (2) 令状主義の原則

捜索・差押えは強制処分であり、被疑者を逮捕する場合において必要があるとき以外は、裁判官の発する令状によらなければならない。これは、捜査における捜索・差押えの重要性を認めながらも、被処分者の私生活を守る趣旨に基づくものである。

## note

▶1 憲法35条  
何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利は、第33条の場合を除いては、正当な理由に基いて發せられ、且つ捜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない(1項)。

▶2 刑訴法218条  
検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、差押え、記録命令付差押え、捜索又は検証をことができる。この場合において、身体の検査は、身体検査令状によらなければならない(1項)。

▶3 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

### 3 夜間執行の制限

#### (1) 原則

令状による捜索・差押えを行うに当たり、日出前、日没後は、令状に夜間でも執行することができる旨の記載がなければ、人の住居、建造物等に立ち入ることはできない。これは、私生活の平穀を確保する趣旨である。

#### (2) 例外

以下の場合、令状に記載がなくても夜間の執行を行うことができる。

##### ア 日没前に着手しているとき

日没前に捜索差押許可状の執行に着手したときは、日没後でも、その処分を継続することができる。

##### イ 風俗を害する行為等に常用される場所

賭博、富くじ又は風俗を害する行為に常用されるものと認められる場所に対して捜索・差押えを行う場合は、夜間執行の制限を受けない。

##### ウ 夜間でも公衆が出入りすることができる場所

旅館、飲食店その他夜間でも公衆が出入りすることができる場所については、公開した時間内であれば、夜間執行の制限を受けない。

ここにいう「公開した時間内」とは、現実に公開している時間内を意味する。したがって、条例により規定された営業時間を超えていたとしても、現実に営業している場合には「公開した時間内」であるし、逆に本来は営業時間内であっても、当日何らかの事情でたまたま営業をしていない場合は、「公開した時間内」には当たらない。また、「夜間でも公衆が出入りすることができる場所」には、例示された旅館、飲食店のほかに、喫茶店、バー、キャバレー、劇場等が含まれる。

### 4 設問に対する検討

設問では、捜索差押許可状の発付を得て張込みをしていたところ、午後11時になり、覚醒剤の売人らしき男が営業中の飲食店に入ったため、同許可状による捜索を実施している。この場合、本件飲食店は、「飲食店その他夜間でも公衆が出入りすることができる場所」に該当することから、公開した

者を逮捕する場合又は現行犯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は、同様である(1項)。

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(1号)。

逮捕の現場で差押、捜索又は検証をすること(2号)。

▶4 刑訴法222条  
第116条及び第117条の規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第218条の規定によってする差押え、記録命令付差押え又は捜索について、これを準用する(3項)。

▶5 刑訴法116条  
日出前、日没後には、令状に夜間でも執行することができる旨の記載がなければ、差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行のため、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ることはできない(1項)。

▶6 刑訴法222条 3項  
▶7 刑訴法116条 2項  
日没前に差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行に着手したときは、日没後でも、その処分を継続することができる(2項)。

▶8 刑訴法222条 3項  
▶9 刑訴法117条  
次に掲げる場所で差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行をするについては、前条第1項に規定する制限によることを要しない。

賭博、富くじ又は風俗を害する行為に常用されるものと認められる場所(1号)。

▶10 刑訴法222条 3項  
▶11 刑訴法117条  
次に掲げる場所で差押状、記録命令付差押状又は捜索状の執行をするについては、前条第1項に規定する制限によることを要しない。