

刑 法
17 次は、遺失物等横領罪についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 遺失物等横領罪は、他人の占有に属さない他人の物を領得する点で、横領罪と共通性を有する。
- (2) 遺失物とは、占有者の意思によらないで、その占有を離れ、いまだ誰の占有にも属さない他人の物をいう。
- (3) 当該物に対する占有が及んでいる場合に、これを領得すれば、本罪ではなく窃盗罪が成立する。
- (4) 飼育されていた生け簀から逃げ出した錦鯉は、本罪の客体に当たらない。
- (5) 誤配された郵便物は、本罪の客体に当たる。

刑 訴 法
18 次は、搜索・差押えについての記述であるが、妥当でないのはどれか。

- (1) 暴力団事務所において搜索・差押え中、執行状況を動画撮影していた組員からカメラを奪ってカメラ内のSDカードを抜き取る行為は、違法な行為となる可能性がある。
- (2) 搜索差押許可状により押収した強盗事件の被疑者の預金通帳について、被疑者の同意なく強取金の出納状況をATM機により記帳して確認する行為は、押収物の通帳に新たな文字を記入することから違法な行為となる。
- (3) 覚醒剤取締法違反の被疑者を逮捕するとともに、同人の所持する携帯電話を押収した場合、当該携帯電話のメモリー機能から電話番号を確認することは、搜索・差押えに伴う必要な処分として行うことができる。
- (4) 電磁的記録媒体は外見からは記録内容が不明であることから、搜索・差押えにおいて、多数の電磁的記録媒体が存在するときは、その場で内容を確認することなく、包括的にパソコンやフロッピーディスク等を差し押さえることができる。
- (5) 記録命令付差押えとは、電磁的記録を保管する者その他電磁的記録を利用する権限を有する者に命じて、必要な電磁的記録を記録媒体に記録させ、又は印刷させた上、当該記録媒体を差し押さえることをいう。

刑 訴 法
19 次は、令状によらない搜索・差押えについての記述であるが、妥当でないのはどれか。

- (1) 被疑者を逮捕する場合、逮捕の現場において、令状なくして搜索・差押えや検証をすることができるが、「逮捕する場合」とは、逮捕行為を行う際という意味であり、逮捕着手時の前後は問わないが、逮捕行為との時間的接着を要する。
- (2) 「逮捕の現場」とは、逮捕に着手した場所、追跡中の場所、逮捕を完了した場所の全てを含み、それらの場所と直接に連続する空間がこれに当たると解される。
- (3) 差押え対象物は、当該逮捕に係る被疑事実に関する証拠物等で、証拠物等の収集保全という目的達成のために必要な範囲内の物に限られる。
- (4) 一般私人が犯人を現行犯逮捕した現場に臨場し、犯人の引渡しを受けた警察官は、その逮捕の現場で令状なしに被疑者の身体を搜索することはできない。
- (5) 被疑者を逮捕する理由があれば、令状によらない搜索・差押えは可能であり、その必要性の判断は、捜査機関の主観により判断することになる。

刑 訴 法
20 次は、令状によらない搜索・差押えを行うことのできる「逮捕の現場」についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 被逮捕者が追跡されている途中で、通過したと合理的に認められる道路、家屋、庭等は「逮捕の現場」の範囲内である。
- (2) ホテル内の一室で逮捕した場合、その客室以外の洗面所、待合室等の共用部分も搜索の対象となり得る。
- (3) 被疑者の友人宅の一室で被疑者を逮捕した場合において、他の部屋について被疑者の影響が及んでいることが明らかで、証拠物の存在を認めるに足りる状況があるときは、他の部屋も「逮捕の現場」と解することができる。
- (4) 第三者宅敷地内に逃げ込んだ被疑者を追跡し、その玄関で逮捕した場合、通常はその住居権者の支配内にある住居全体が「逮捕の現場」に当たる。
- (5) 逮捕現場で搜索・差押えを行うことが諸般の状況から適当でない場合、速やかに最寄りの適当な場所に連行して実施することができる。

使用を認め得るのには十分な時間であり、不法領得の意思が認められるとしている(最決昭55.10.30)。後で返還するつもりがあっても、数時間にわたって完全に自己の支配下に置く意思があったような場合には、権利者を完全に排除して利用しているとして、不法領得の意思が認められる。

刑法 17 遺失物等横領罪

- (1) 正しい。しかし、遺失物等横領罪(刑法254条)と横領罪(刑法252条1項)は、他人に対する委託信任関係を前提としない点において、性質を異にする。
- (2) 正しい。枝文のうち、水面又は水中に存在するものを漂流物という。
- (3) 正しい。例えば、ゴルファーが誤ってゴルフ場内の人工池に打ち込み放置した、いわゆるロストボールは、ゴルフ場の管理者の占有に属し、本罪の客体に当たらないから、これを不法に領得すれば、本罪ではなく窃盗罪となる(最決昭62.4.10)。
- (4) 誤り。無主物については、本罪の対象とはならないが、判例は、飼育されていた生け簀から逃げ出した錦鯉には所有権があるとし、外の水路で捕獲した行為に対して、本罪の成立を認めている(最決昭56.2.20)。
- (5) 正しい。犯人が占有する、誤配された郵便物は、本罪の客体に当たる(大判大6.10.15)。

刑訴法 18 捜索・差押え

- (1) 妥当。枝文の場合、SDカードは捜索・差押えの目的物以外のものと解される。また、カメラを奪ってカメラ内のSDカードを抜き取る行為が捜索・差押えに付随する処分や必要な処分(刑訴法222条1項・111条1項)には該当しないと解され、違法行為となる可能性がある。枝文の場合、撮影している組員を当該場所から退場させるなどの措置をとる。
- (2) 妥当でない。被疑者の強取金の出納事実等を確認する手段として、適法に押収した通帳に記帳する行為は、押収物に対する「必要な処分」である(刑訴法222条1項・111条2項)。記帳行為自体、通帳本来の使用方法に従った行為にすぎず、被疑者に新たな不利益を強いるものではないことから、ATM機で当該通帳に記帳することは適法であると解される。

- (3) 妥当。適法に携帯電話を差し押さえた場合、その内容を確認するため、登録データを破壊せずに携帯電話の画面に表示させて確認する行為は、社会通念上、妥当かつ最小限度のものであり、押収物に対する「必要な処分」に該当する(刑訴法222条1項・111条2項)。
- (4) 妥当。最高裁は、オウム真理教事件で「令状により差し押さえようとするパソコンやフロッピーディスク等の中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められる場合で、その情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは、記録された情報を破壊される危険がある場合は、内容を確認することなく、右パソコン、フロッピーディスク等を差し押さえることが許されるものと解する」と判示している(最決平10.5.1)。
- (5) 妥当。枝文のとおり(刑訴法99条の2)。記録命令付差押えを行うには、「記録命令付差押状」が必要となり(刑訴法218条1項)、この令状に「記録させ若しくは印刷させるべき電磁的記録及びこれを記録させ若しくは印刷させるべき者」が記載される(刑訴法219条1項)。したがって、逮捕の現場における令状によらない記録命令付差押えをすることはできず、刑訴法220条1項2号には、記録命令付差押えが含まれていない。

刑訴法 19 令状によらない捜索・差押え

- (1) 妥当。枝文のとおり(最判昭36.6.7)。捜査機関が被疑者又は現行犯人を逮捕する場合において、必要があるときは令状なくして逮捕の現場で捜索・差押え、検証をすることができる(刑訴法220条1項2号・3項)。
- (2) 妥当。「逮捕の現場」は、逮捕の着手から終了まで、およそ逮捕行為が行われた場所が含まれ、その場所内の住居等、物、人の身体が捜索の対象となる。また、逮捕が適法に開始されていればよく、被疑者が逃走するなどして逮捕ができなかったとしても、その際になされた捜索行為等は適法である。
- (3) 妥当。枝文のとおり(最判昭36.6.7)。例えば、強盗事件で被疑者を緊急逮捕した場合において、強盗に使用したナイフは、令状によらない捜索・差押えにより差押えできるが、当該被疑者が覚醒剤を所持していたときは、覚醒剤は強盗の証拠品ではないことから、当該緊急逮捕による令状によらない捜索・差押えはできない。
- (4) 妥当。一般私人が現行犯逮捕しており、その逮捕行為が警察官によるものではないことから、捜査機関は令状なしに捜索・差押えをすることはできない。この場



4

甲は、息子である乙(5歳)に万引きさせることを企て、コンビニエンス・ストアの駐車場において、乙に対し「いつも飲んでる牛乳を2本持ってきて。持ってきたらお菓子をあげるよ」と指示した。乙はお菓子欲しさから、甲の指示どおり、店内から牛乳を2本持ち出し、駐車場で甲に渡したが、乙は、これが万引きであるとの認識はなかった。

甲の刑責について述べなさい(建造物侵入罪については、論じる必要はない)。

間接正犯

答案構成

- 1 結論
- 2 窃盗罪
- 3 間接正犯
- 4 教唆犯との相違点
- 5 設問に対する検討

答案例

1 結論

甲には、窃盗罪の間接正犯が成立する。窃盗罪の教唆犯は成立しない。

2 窃盗罪

(1) 意義

他人の占有する財物を窃取する犯罪である(刑法235条¹⁾)。

(2) 窃取

「窃取」とは、占有者の意思に反して財物に対する占有者の占有を排除して自己又は第三者の占有に移すことをいう。

3 間接正犯

(1) 意義

間接正犯とは、他人を道具として利用することにより犯罪を実行する場合をいう。

被利用者が利用者の「道具」と評価できる場合には、利用者に対して正犯としての刑責を問うことができる。

(2) 具体例

ア 被利用者が是非善悪の能力を欠いていた場合

幼児や重度の精神疾患者、知的障害者等を利用して犯罪を実現した場合は、

被利用者に是非善悪の判断能力がないことから、利用者の道具と評価でき、利用者は間接正犯となり、正犯としての刑責を負う(最決昭27.2.21参照²⁾)。

イ 被利用者の意思が抑圧されていた場合

判例は、日頃から暴行を加えて意思を抑圧していた12歳の養女を利用して窃盗を行った事例について、養女に是非善悪の判断能力はあっても、利用者は窃盗罪の間接正犯になるとしている(最決昭58.9.21³⁾)。

4 教唆犯との相違点

(1) 教唆犯

教唆犯とは、他人を教唆して犯罪を実行させる犯罪をいう(刑法61条⁴⁾)。

教唆とは、いまだ犯罪の実行を決意していない他人を唆して、特定の犯罪の実行を決意させることをいう。

(2) 間接正犯との共通点

他人の行為を通じて、間接的に犯罪を実現するという点において、間接正犯と教唆犯は共通している。

(3) 間接正犯との相違点

教唆は、他人を唆して犯罪の実行を決意させる行為であり、犯罪の実行を決意した被教唆者こそが犯罪事実発生の有無を支配している。

これに対し、間接正犯においては、被利用者は利用者の道具にすぎず、利用者こそが犯罪事実発生の有無を支配している点で異なる。

5 設問に対する検討

甲の息子である乙は、甲に頼まれコンビニエンス・ストアの牛乳を窃取している。しかし、乙は是非善悪の判断能力のない5歳の幼児であり、「道具」として評価されるにすぎず、窃盗罪の実現を支配していたのは甲である。

よって、甲は、窃盗罪の間接正犯の刑責を負う。