

刑 法  
17

次は、窃盗罪についての記述であるが、誤りはどれか。



- (1) 窃盗罪における窃取とは、他人の占有する財物を占有者の意思に反して自己の占有に移すことをいい、占有者の意思に反する点において詐欺罪及び恐喝罪と区別され、暴行・脅迫を手段としない点において強盗罪と区別される。
- (2) 窃盗罪の客体である財物とは、固体、液体、気体いずれでもよいが有体物に限られる。
- (3) 窃盗罪が成立するための主観的要件として、通常の故意のほかに不法領得の意思が必要となる。
- (4) 窃盗罪における占有とは、支配意思を持って財物を事実上支配、管理することをいうが、必ずしも財物を現実所持又は監視を必要とするものではない。
- (5) 窃盗罪の実行の着手時期は、一般的には、財物に対する他人の占有を侵害する行為を開始した時、あるいは、その占有侵害への密接な行為を開始した時をいう。

刑 訴 法  
18

次は、公務所等に対する照会についての記述であるが、妥当でないのはどれか。

- (1) 刑訴法197条2項を根拠とする捜査関係事項照会では、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができるが、団体ではない個人に対して行うことはできない。
- (2) 「公務所」には、国家機関、地方自治体の機関を含み、「公私の団体」には制限はなく、法人格の有無を問わない。
- (3) 報告を求められた公務所又は公私の団体は、求めに応じて報告する義務を負い、正当な理由がない限り報告の義務を免れない。
- (4) 報告を求められた公務所又は公私の団体が報告を拒否した場合には、捜査機関は強制処分である搜索・差押えにより、必要な事項を入手することも可能である。
- (5) 刑訴法197条2項により、照会の主体は捜査機関に限定されており、その照会資格は、事件を取り扱っている所属の長とされている。

刑 訴 法  
19

次は、任意捜査と強制捜査についての記述であるが、誤りはどれか。



- (1) 捜査は、任意捜査と強制捜査に区分されるが、強制捜査を行う場合は、必ず刑訴法に定めがある場合に限られる。
- (2) 任意捜査の手段や方法には制限はなく、刑訴法上では、目的を達するため必要な取調べをすることができるかとされているだけで、具体的な規定は置かれていない。
- (3) 相手方の承諾や同意を得た任意捜査であっても、手段や方法には限界があり、女子を裸にして行う身体検査や、人の住居等の搜索は、たとえ承諾があったとしても行ってはならない。
- (4) 任意捜査においては、強制手段を用いることは許されないが、状況によっては、必要性・緊急性等を考慮し、相当と認められる限度で、有形力の行使が許容される場合もある。
- (5) 捜査は、任意捜査を原則とするが、強制捜査によらなければ捜査の目的を達し得ないときは、強制捜査によるべきである。

刑 訴 法  
20

次は、強制採尿と強制採血のための令状請求についての記述であるが、妥当でないのはどれか。

- (1) 強制採尿の際に必要な令状は搜索差押許可状であり、医師をして医学的に相当と認められる方法で行わなければならない。
- (2) 令状により強制採尿をするため、被採取者を採尿場所まで強制連行するのは、令状の効力として許容される。
- (3) 令状により強制採尿に着手したが、被採取者が暴れて尿道からカテーテルを引き抜き、若干量の尿が入った容器を床に投げ捨てて壊し、その場で放尿してしまった。この場合、もはや同一令状で再度強制採尿することはできない。
- (4) 採血については、鑑定処分許可状を必要とするが、被疑者が採血を拒否する可能性がある場合は、身体検査令状も併せて請求しておく。
- (5) 交通事故を起こして、病院で治療中の被疑者について、無令状でその被疑者の承諾なしに、医師に依頼して注射器で体内から血液を採取することは違法である。



- (4) 正しい。 捜査の必要性と人権保障との調和の観点から、強制手段に当たらない有形力の行使は、必要性・緊急性が認められる場合に、具体的状況の下で相当と認められる限度において許容される(最決昭51. 3. 16)。
- (5) 正しい。 捜査は、なるべく任意捜査の方法によって行わなければならない(犯捜規99条)。しかし、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正かつ迅速に適用実現するため(刑訴法1条)、任意捜査ではその目的を達し得ないときは、強制捜査によるべきである。

## 刑訴法 20

### 強制採尿と強制採血

- (1) 妥当。 体内に存在する尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為は搜索・差押えの性質を有するとみるべきであるから、捜査機関がこれを実施するには搜索差押許可状を必要とする(最決昭55. 10. 23)。
- (2) 妥当。 採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能と認められる場合には、令状の効力として、採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行することができ、その際、必要最小限度の有形力を行使できる(最決平6. 9. 16)。
- (3) 妥当でない。 強制採尿(搜索・差押え)の終了時期は、原則として目的物を捜査機関の支配内に完全に移転した時、あるいは被処分者等に搜索の終了を宣言した時であると解されている。枝文の場合、執行が終了したとは言えず、同一の令状によって再度強制採尿をすることができる(名古屋高判昭26. 9. 10参照)。なお、尿が再びたまるまで待つことになるが、その場合は、執行の中止処分(刑訴法222条1項・118条)を行って処理することになる。
- (4) 妥当。 血液の採取は鑑定に必要な処分として行うため、鑑定処分許可状が必要となる。相手が採血を拒否した場合、鑑定については、直接強制の手段を規定した刑訴法139条の規定を準用していないため(刑訴法225条・168条6項)、身体検査令状の発付を受けた捜査機関が直接強制によって身体検査を行い、その場に立ち会った鑑定受託者が鑑定に必要な処分として行う(刑訴法222条1項・139条)。
- (5) 妥当。 たとえ医師が注射器により体内から血液を採取する場合でも、任意の承諾の下に血液の提出を受け得ない以上は違法である(仙台高判昭47. 1. 25)。

## 刑訴法 21

### 証拠能力と証明力

- (1) 正しい。 証拠能力とは、厳格な証明を要する事実を立証するために使用できる、証拠の形式的な資格のことをいう。証拠能力のない証拠は、いかに証拠価値が高い証拠であっても、事実認定の証拠資料として用いることはできない。
- (2) 正しい。 証拠の証明力とは、証拠によって裁判官に事実の存在について心証を形成させる証拠の力のことである。
- (3) 正しい。 伝聞証拠とは、講学上、裁判官の面前で被告人の反対尋問の機会にさらされていない供述証拠をいう。伝聞法則とは、被告人の反対尋問の機会がないまま、直接の体験者を尋問等により取り調べることなく、間接的な捜査書類や伝聞供述を証拠としてはならないという法則である。伝聞証拠は、事実認定を誤らせる危険が高いため、原則として、証拠として用いることができない(刑訴法320条1項)。
- (4) 誤り。 自白に補強証拠を必要とするのは、「証拠能力」の判断の制限ではなく、自由心証主義、すなわち「証明力」の判断の制限である。証明力の有無・程度の判断は、原則として裁判官の自由な判断に委ねられているが、例外として、自白には補強証拠がなければ有罪の認定ができないとして、裁判官の自由な判断に制限を設けている(憲法38条3項、刑訴法319条2項)。
- (5) 正しい。 証拠の証明力の有無・程度は証拠によって千差万別であることから、法定せず、裁判官の自由な判断に委ねるとする自由心証主義が採用されている(刑訴法318条)。

## 刑訴法 22

### 証拠能力



- (1) 正しい。 判例(最判昭53. 9. 7)は、違法とされる所持品検査によって発見した証拠の証拠能力であっても、「所持品検査として許容される限度を僅かに超えて行われたにすぎないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえない」旨を判示し、その証拠能力を認めている。
- (2) 正しい。 麻薬取締官作成の搜索差押調書及び搜索・差押えに係る麻薬に対する鑑定書について、被告人及び弁護人が第一審公判廷でこれを証拠とすることに同意し、異議なく適法な証拠調べを経たときは、当該各書面は、搜索・差押え手続が違





## 4

甲と乙は、日頃から不快に思っていたAに対し、怪我をさせない程度にヤキを入れてやろうと共謀し、Aを公園へ呼び出し、肩を押す、服を引っ張るなどの暴行を加えた。そこへ、偶然通り掛かった丙と丁が「面白そうだ、もっとやれ」等とはやし立てたことから勢いづいた甲と乙は、Aの顔面を手拳で何回も殴打した。それを見ていた丙も日頃からAに腹を立てていたことから、事前の共謀なしにAの顔面を手拳で1回殴打した。これらの暴行により、Aは傷害(加療約1か月)を負った。

この場合における甲、乙、丙、丁の刑責について述べなさい。

## 傷害罪の共犯

- 答案構成**
- 1 結論
  - 2 暴行罪と傷害罪
  - 3 共同正犯
  - 4 幫助犯
  - 5 現場助勢罪
  - 6 設問に対する検討

## 答案例

## 1 結論

- (1) 甲、乙、丙は、傷害罪の共同正犯としての刑責を負う。
- (2) 丁は、傷害罪の幫助犯としての刑責を負う。

## 2 暴行罪と傷害罪

暴行罪(刑法208条<sup>1)</sup>)とは、暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかった場合に適用する罪である。傷害罪(刑法204条<sup>2)</sup>)とは、人の身体を傷害した場合に適用する罪である。傷害罪の故意は、暴行を手段とするときは暴行の故意だけで足りる(最判昭25.11.9<sup>3)</sup>)。傷害罪は、暴行罪の結果的加重犯としての性格があり、暴行の故意がある以上、傷害の結果が発生すれば傷害罪が成立する。また、傷害の故意で暴行を加えたものの傷害が生じなかった場合には、暴行罪が成立する。

## 3 共同正犯

共同正犯(刑法60条<sup>4)</sup>)とは、他の者と共同し、互いに協力・補充し合って特定の犯罪を実行することをいう。意思の連絡(共謀)が共犯者間にあることが必要であり、この意思の連絡がない片面的共同正犯では、共同正犯は成立しない。

## (1) 共謀の方法

共謀は、共犯者同士が話し合うなどの方法による必要はなく、目と目が合っただけで意思が通じるなどであっても、相互に共通の認識があれば成立する。共謀は、事前に行われるのが通常であるが、犯行の直前に現場で偶然に意思を共通にする態様の共同実行(現場共謀)は、犯罪着手時からの共同正犯に当たる。

## (2) 傷害罪における共同正犯の成立範囲

他の者が暴行を加えて傷害を負わせた後、共謀加担して暴行を加え、傷害の程度を重くした場合、加担前に既に生じていた傷害結果については承継的共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の暴行によって傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことになる(最決平24.11.6<sup>5)</sup>)。

## 4 幫助犯

幫助(刑法62条<sup>6)</sup>)とは、既に犯罪実行の決意を有している者を、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である。幫助犯が成立するには、幫助行為と正犯者が犯罪の実行をすることが要件となる。また、幫助行為の手段に制限はなく、犯行用の資金を貸すなどの物質的援助はもちろん、激励や助言のような精神的援助でもよい。

## 5 現場助勢罪

現場助勢罪(刑法206条<sup>7)</sup>)は、他人が暴行や傷害行為を実行しているとき、いわゆる野次馬として、言語、動作等によって「けしかける行為」に適用する罪である。単なる第三者的なけしかけ行為が対象になるものであり、暴行や傷害を実行中の者のうち、特定人に対して声援・応援したときはこの罪でなく、傷害罪の幫助犯となる(大判昭2.3.28<sup>8)</sup>)。

## 6 設問に対する検討

- (1) 甲及び乙は、当初暴行罪の故意でAに対して暴行を加えているが、暴行罪の故意があり、かつ、生じた結果が傷害である以上、傷害罪の刑責を負う。そして、本件犯罪は共謀に基づいて実行されているので、甲及び乙は、共同正犯となる。
- (2) 丙は、暴行現場において、甲及び乙の暴行の後から現場で共謀して加わり、その実行行為としてAの顔面を1回殴打しており、共謀による実行行為の結果、Aに対して加療約1か月の傷害を負わせている。よって、加わった後の行為のみについて傷害罪の共同正犯の刑責を負う。
- (3) 丁は、暴行現場において甲及び乙という特定の人物を応援していること、及び暴行等の実行行為を行っていないことから、傷害罪の幫助犯の刑責を負う。