

## 行政法 09 次は、警職法5条に定められている制止についての記述であるが、誤りはどれか。



- (1) 制止は、殺人、傷害、暴行、強盗、放火等、その犯罪行為によって人の生命、身体に危険が及ぶ場合及び財産に重大な損害を受けるおそれがある場合に限り行うことができる。
- (2) 制止が、財産に対する犯罪について、重大な損害を受けるおそれがある場合に限定されている趣旨は、制止という強制手段の対象とするに足りない軽度の被害しか生じないようなものを除くことにある。
- (3) 制止のために必要な場合、警棒を使用することはできるが、拳銃等の武器を使用することはできない。
- (4) 制止に際しては、角材、鉄パイプ等の凶器等を強制的に取り上げることができるが、制止の限度を超えて、警察官がその占有を継続することはできない。
- (5) 現に犯罪が行われているときは、生命、身体に対する危険又は財産に対する重大な損害のおそれがない場合であっても、その犯罪を制止する上で必要な措置をとることができる。

## 刑法 10 次は、犯罪の主体についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 法の世界において「人」という場合には、自然人と法人があるが、刑法上、犯罪の主体となるのは自然人のみであるとするのが、判例の立場である。
- (2) 刑法には、構成要件上、行為者に一定の身分の存在を必要とする犯罪があり、これを身分犯という。
- (3) 「真正身分犯」とは、行為者が一定の身分を有することによって初めて犯罪を構成するものをいう。
- (4) 常習犯も、身分犯の一種であると考えられる。
- (5) 刑法上の公務員は、法令により公務に従事する議員・委員その他の職員をいうことから、公務員法上の公務員であれば、刑法上の公務員といえる。

## 刑法 11 次は、違法性阻却事由についての記述であるが、誤りはどれか。



- (1) 正当業務行為とは、社会通念上正当と認められる業務行為をいい、例えば、医師による手術、ボクシングの試合等をいう。
- (2) 正当防衛は、急迫不正の侵害に対して行われることを要するため、侵害行為が終了した場合、正当防衛は成立しない。
- (3) 正当防衛における防衛行為は、侵害者に対し向けられるものでなければならず、侵害者以外の第三者に向けられた行為は、正当防衛に当たらない。
- (4) 正当防衛及び緊急避難における「やむを得ずにした行為」とは、いずれも侵害を避けるために唯一の方法であって、他にとるべき方法がなかったことをいう。
- (5) 教師が、生徒に体罰を加えることは、懲戒行為の一環として行われたものであっても、違法性は阻却されない。

## 刑法 12 次は、過失についての記述であるが、誤りはどれか。

- (1) 構成要件的结果の発生を全く認識しないで行動し、誤って結果を発生させた場合は過失である。
- (2) 自己の行為によって構成要件的结果が発生するかもしれないと認識し、それでも構わないと思って結果を発生させた場合は過失である。
- (3) 結果の発生を一応予見したが、自己の行為に限りてそういう結果は発生することはないと考えて結果を発生させた場合は過失である。
- (4) 過失は、結果の発生がなければ原則として責任は問われない。
- (5) 認識ある過失も認識なき過失も処罰上の取扱いに差異があるわけではない。

当該他の都道府県警察と緊密な連絡を保たなければならない(警察法61条の2第3項)。

- (4) 正しい。 警察庁長官は、広域組織犯罪等に対処するため必要があると認めるときは、都道府県警察に対し、広域組織犯罪等の処理に係る関係都道府県警察間の分担その他の広域組織犯罪等に対処するための警察の態勢に関する事項について、必要な指示をすることができる(警察法61条の3第1項)。
- (5) 正しい。 警察官は、2以上の都道府県警察の管轄区域にわたる交通機関における移動警察については、関係都道府県警察の協議して定めたところにより、当該関係都道府県警察の管轄区域内において、職権を行使できる(警察法66条1項)。

## 行政法 08 警察活動

- (1) 正しい。 警察活動は、全て法令を根拠として行われている。職務質問や保護、逮捕や捜索のように明文で規定されている警察手段はもとより、職権行使の具体的な要件や手段・方法を定めた明文規定のない任意手段であっても、警察法2条1項を根拠とすることができる。
- (2) 正しい。 行政処分は、特定の者を対象として行われるのが通常であるが、対象となる者を特定することなく行われる場合があり、これを一般処分と呼ぶことがある。枝文の交通規制(道交法4条、5条)は、一般処分に当たる。
- (3) 正しい。 国民に課した義務が履行されない場合において、他の者が代わって行うことのできる義務(代替的作為義務)については、行政代執行法に基づく代執行として、義務履行に当たる行為を行政機関自らがを行い、又は第三者に行わせ、その費用を義務者から徴収することができる。道交法81条1項に基づく「違法工作物等に対する措置」は、これに当たる。
- (4) 正しい。 即時強制措置には、身体に対する即時強制と、財産に対する即時強制があり、財産に対する即時強制としては、銃刀類の仮領置(銃刀法25条)、消防対象物の処分(消防法29条)等がある。
- (5) 誤り。 危険な事態における警告(警職法4条)、及び犯罪予防のための警告(警職法5条)は、警察官が必要と認める場合に、相手に対して意思を伝える行為であり、行政手続法における行政指導に当たる。

## 行政法 09 制止



- (1) 正しい。 警職法5条に定められている制止は、警告によっては犯罪の予防・鎮圧という目的を達することができない切迫した事態において認められる即時強制としての手段である。
- (2) 正しい。 財産に対する重大な損害の一般的な意義については、当該財産が損壊ないし喪失したことにより、財産的価値の減少や経済活動等に及ぼす支障の程度が、社会通念上、重大といえる場合をいうと解されている。
- (3) 誤り。 武器使用の要件(警職法7条)を満たす場合には、制止のために武器を使用することができる。例えば、拳銃を構え、あるいは威嚇射撃することも制止の方法として許される。
- (4) 正しい。 犯罪行為を行うおそれのある危険な事態が解消した後は、警察官が凶器等の占有を継続することはできず、相手方に返還しなければならない。凶器等が銃砲刀剣類等である場合は、銃刀法上の一時保管の手続をとることができる(銃刀法24条の2)。
- (5) 正しい。 不退去罪(刑法130条後段)等の生命、身体及び財産に直接危害を与えないような犯罪については、警職法5条における制止を行うことはできない。ただし、現に犯罪が行われている場合においては、その違法状態を放置することは相当でなく、警察法2条を根拠とするなどして、警察官が排除等の措置をとり、法益侵害状態を解消するための制止を行うことができると解されている。

## 刑法 10 犯罪の主体

- (1) 正しい。 判例は、法人の犯罪能力を否定している(大判昭10.11.25)。その根拠としては、「意思と肉体のない法人には、行為能力や責任能力がないこと」「現行刑罰体系の中心である自由刑を科すことができないこと」等が挙げられる。なお、特別法では、法人を処罰するとしているものがある(売春防止法14条等)。
- (2) 正しい。 なお、「身分」とは、男女の性別、内外国人の別、親族関係、公務員としての資格等のように、一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊な地位又は状態をいう(最判昭27.9.19)。



## Step Up

## 判示要旨

1 被利用者の意思が抑圧されていた場合(最決昭58.9.21<sup>1)</sup>)

自己の日頃の言動に畏怖し、意思を抑圧されている12歳の養女を利用して、窃盗を行ったと認められる事実関係の下においては、たとえ同女が是非善悪の判断能力を有する者であったとしても、当該利用者について窃盗の間接正犯が成立する。

2 故意のない第三者を利用する場合(最決昭31.7.3<sup>2)</sup>)

他人の所有管理に係る物件について、管理処分権を有しない者が、不法領得の意思を持って自己の所有物のように装い、これを善意の第三者に売却し搬出させた行為は、窃盗罪を構成する。

3 他人の違法行為を利用する場合(最決昭44.11.11<sup>3)</sup>)

被告人が、麻薬施用者である医師に対し、胃痛・腹痛が激しいかのように仮装して麻薬の注射を求め、情を知らない当該医師に疾病治療のため麻薬注射が必要であると誤診させ、麻薬を自己に注射させた場合には、被告人が自ら麻薬を施用したものと見做され、麻薬及び向精神薬取締法27条1項違反の罪が成立する。

4 相続と刑法236条2項にいう財産上の利益(東京高判平元.2.27<sup>4)</sup>)

刑法236条2項の強盗は、暴行、脅迫によって被害者の反抗を抑圧した上、その意に反して不法に財産上の利益を得ることを、同条1項所定の財物の強取に匹敵すると評価し、これと同様に処罰しようとするものであるから、その対象となる財産上の利益は、財物の場合と同様、反抗を抑圧されていない状態において被害者が任意に処分できるものであることを要すると解すべきところ、現行法上、相続の開始による財産の承継は、生前の意志に基づく遺贈あるいは死因贈与等とも異なり、人の死亡を唯一の原因として発生するもので、その間任意の処分の観念を入れる余地がないから、同条2項にいう財産上の利益には当たらない。それゆえ、相続人となるべき者が自己のため相続を開始させる意図の下に被相続人を殺害した場合であっても、強盗殺人罪とするのではなく、単純な殺人罪をもって論じるべきであり、当該意図は極めて悪質な動機として情状の上で考慮すれば足りる。

## 条文

## ▶ 4 刑法199条(殺人)

人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の拘禁刑に処する。

## ▶ 5 刑法240条(強盗致死傷)

強盗が、人を負傷させたときは無期又は6年以上の拘禁刑に処し、死亡させたときは死刑又は無期拘禁刑に処する。

## 5

甲は、Aに対し自己の土地を1000万円で売却し、その代金を受領したが、登記簿上の所有名義は甲のままであった。その後、このような事情を知っていた甲の友人乙は、甲に対し、当該土地を取得するため、執拗に働き掛けた末、甲は土地の売却を承諾し、乙への所有権移転登記を完了させた。この場合の甲及び乙の刑責について述べなさい。

## 不動産の二重売買による横領罪の共同正犯の成否

## 答案構成

- 1 結論
- 2 横領罪
- 3 不動産の二重売買と横領罪
- 4 買主の横領罪の共同正犯の成否
- 5 設問に対する検討

## 答案例

## 1 結論

甲は、横領罪の刑責を負う。  
乙は、横領罪の共同正犯の刑責を負う。

## 2 横領罪

## (1) 意義

自己の占有する他人の物を、委託信任関係に反して横領する罪である(刑法252条1項<sup>1)</sup>)。

## (2) 保護法益

所有権その他の本権である。

## 3 不動産の二重売買と横領罪

## (1) 客体

ア 自己の占有

横領罪における占有には、事実的な支配のみではなく、法律的な支配も含まれる。

よって、不動産の登記名義人は、当該不動産を占有しているといえる。

イ 他人の財物

不動産売買においては、売買契約と同時に不動産の所有権は買主に移転し、たとえ登記名義が売主にとどまっていたとしても、売主にとってその不動産は他人(買主)の財物である(民法176条<sup>2)</sup>)。