

## 行政法 09 次は、制止(警職法5条)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られている趣旨は、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、自己の行為に限っ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。

## 行政法 08 警察活動

- (1) 正しい。 枝文のとおり。明文で規定されている警察手段(職務質問・保護・逮捕・捜索)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、不特定多数を対象とする処分(一般処分)もある。枝文の交通規制(道交法4条、5条)は、その例である。
- (3) 正しい。 枝文のとおり。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。
- (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、行政手続法にいう「行政指導」に当たる。

## 行政法 09 制止(警職法5条)



- (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。 枝文のとおり。ここにいう「財産に対する重大な損害」とは、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。
- (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。 枝文のとおり。現に犯罪が行われている場合において違法状態を放置することは相当でないため、警察法2条等を根拠として、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。 枝文のとおり(大判昭10.11.25)。その根拠としては、「意思と肉体的でない法人には、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、法人を処罰するものがある(売春防止法14条等)。
- (2) 正しい。 なお、ここにいう「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)。
- (3) 正しい。 真正身分犯に該当するものとして、収賄罪(刑法197条)における「公務員」、偽証罪(刑法169条)における「法律により宣誓した証人」、背任罪(刑法247条)における「他人のためにその事務を処理する者」等が挙げられる。一方、「不真正身分犯」とは、同意墮胎罪(刑法213条)の構成要件に「医師、助産師、薬剤師又は医薬品販売業者」が加えられた業務上墮胎罪(刑法214条)のように、身分がなくても犯罪は成立するが、身分があった場合に法定刑が加重又は減輕されるものをいう。
- (4) 正しい。 常習犯は、犯人の常習性、すなわち反復してある罪を犯す習癖に基づく犯罪であり、この常習性は、行為の属性ではなく行為者の属性であるから身分の一種と考えられる。したがって、常習犯も身分犯の一種であるといえる。
- (5) 誤り。 刑法上の公務員(刑法7条1項)といえるためには、ある程度の精神的・知能的判断を内容とする仕事に携わるものであることを要し、単純な肉体的・機械的労働のみに従事する者は、ここにいう公務員に当たらない(最決昭30.12.3)。つまり、公務員法上の公務員であっても、刑法上の公務員とはいえない場合がある。



## 3

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【事例】

- 答案構成**
- 1 結論
  - 2 不動産の二重売買と横領罪
  - 3 買主の横領罪の共同正犯の成否
  - 4 事例の検討

## 答案例

## 1 結論

甲は、横領罪<sup>▶1</sup>の刑責を負い、乙は、横領罪の共同正犯<sup>▶2</sup>の刑責を負う。

## 2 不動産の二重売買と横領罪

## (1) 客体

ア 自己の占有

横領罪にいう「占有」には、事実的な支配のほか、法律的な支配も含まれるので、事例における甲は、当該不動産の占有者といえる。

イ 他人の占有

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(A)に移転するので、事例の場合、甲名義の不動産は「他人の財物」となる<sup>▶3</sup>。

## (2) 行為

ア 委託信頼関係に反する行為

甲は、Aへの移転登記を完了することに協力する法律上の義務を負っており、当該義務を果たすまでは、Aの委託信頼関係に基づいて不動産を占有(登記名義の保留)しているといえる。

イ 横領行為

「横領」とは、不法領得の意思を実現する一切の行為をいい、「不法領得の意思」とは、他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物について権限がないのに、所有者しかできない処分をする意思をいう<sup>▶4</sup>。甲の行為は、委託の趣旨に背いて所有者しかできない処分をするものといえ、「横領」に当たる。

## 3 買主の横領罪の共同正犯の成否

## (1) 身分犯と共同正犯

横領罪は真正身分犯である。真正身分犯に非身分者が加担した場合、非身分者も真正身分犯の共犯として処罰される<sup>▶5</sup>。ここにいう「共犯」には、共同正犯も含まれる。

## (2) 二重売買における第2買主の共同正犯性

民事判例上、背信的悪意者は、たとえ登記を先に備えたとしても保護されないとされている。よって、事例の場合、乙には横領罪の共同正犯が成立する<sup>▶6</sup>。

## 4 事例の検討

## (1) 甲の刑責

甲にとって、当該土地は、「自己の占有する他人の財物」であるから、甲の行為は、Aとの委託信頼関係に背いて、土地所有者でなければできないような処分を行ったものといえ、横領行為に当たる。

## (2) 乙の刑責

上記3(2)のとおり、横領罪の共同正犯が成立する。