

司法試験

---

令和4年司法試験分析会  
刑事系  
講義ノート

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



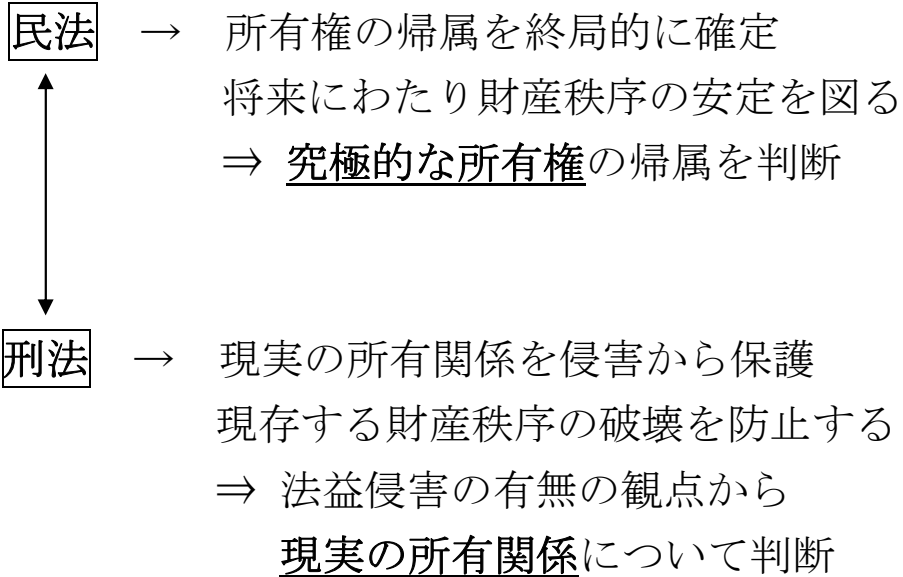
0 001221 227788

LU22778

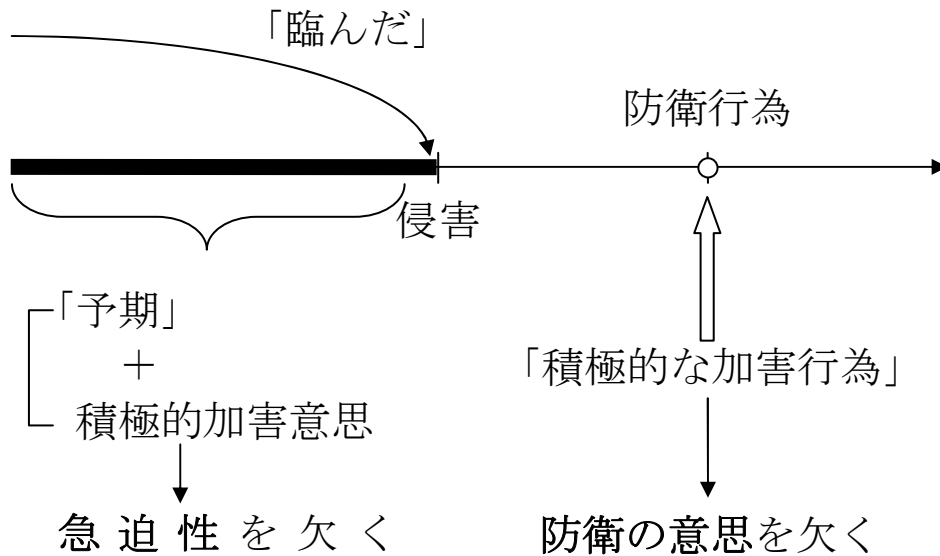


## ☆ 刑法における所有権の帰属（「他人の物」）

### 【最決昭 61.7.18（補足意見）】



## ☆ 侵害の急迫性と積極的加害行為



### (※) 「対抗行為に先行する事情」の考慮【最決H29. 4. 26】

- ①行為者と相手方との従前の関係
- ②予期された侵害の内容
- ③侵害の予期の程度
- ④侵害回避の容易性
- ⑤侵害場所に出向く必要性
- ⑥侵害場所にとどまる相当性
- ⑦対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）
- ⑧実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同
- ⑨行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意味内容 等

## ☆ 誤想（過剰）防衛

### [誤想防衛]

⑥ 急迫不正の侵害 ×

⑦ 急迫不正の侵害の認識 ○

正当防衛状況の認識（＝認識において正当防衛）

∥

違法性を基礎付ける事実の認識なし ⇒ 故意責任 ×  
但し，過失責任

### [誤想過剰防衛]

⑥ 急迫不正の侵害 ×, (誤信した侵害に対する)防衛行為の相当性 ×

⑦ 急迫不正の侵害の認識 ○

過剰性を基礎付ける事実の認識は？

→ × 正当防衛状況の認識（＝認識において正当防衛）  
⇒ 故意責任 ×  
但し，過失責任

→ ○ 過剰防衛状況の認識（＝認識において過剰防衛）

∥

違法性を基礎付ける事実の認識あり ⇒ 故意責任 ○  
但し，36Ⅱ準用

## ☆ 「やむを得ずにした行為」

### [正当防衛] (36条1項)

「やむを得ずにした行為」

= 相当性 (防衛手段としての必要最小限度性)

### ※ 「武器対等の原則」の実質的判断

侵害行為の危険性



行為の危険性の均衡

( ≠ 結果の重大性)

防衛行為の危険性

相当性なし = 「防衛の程度を超えた行為」 (同条2項)

[過剰防衛]

### [緊急避難] (37条1項本文)

「やむを得ずにした行為」

= 補充性 (他行為 (他の回避手段) の利用可能性)

「生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった」

= 法益の権衡性 (結果の重大性の均衡)

補充性あり

+

⇒ 「その程度を超えた行為」 (同項但書)

権衡性なし

[過剰避難]

## ☆ 捜査の適法性判断枠組み

### 1 強制処分に当たるか？（強制処分該当性）

第1基準

意思制圧

重要利益侵害

### 2 任意処分として適法か？（任意捜査の相当性）

第2基準

必要性

相当性

[捜査比例の原則]

## ☆ おとり捜査の適法性

### [定義]

「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するもの」

⇒ 第2基準 = 捜査比例の原則の具体化

### 「少なくとも」

①直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査

→ 類型的必要性（犯罪の密行性）＋相当性（被害者なし）

②通常の見つけ方のみでは当該犯罪の摘発が困難

→ 具体的必要性（補充性）

③機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象

→ 相当性（働き掛けの態様・程度）



## ☆ 訴因変更の要否【最決H13.4.11】

## 第1基準 (審判対象画定の見地)

= 「罪となるべき事実」(訴因)の特定に  
必要不可欠な事実 ⇒ 必要

## 第2基準 (被告人の防御の観点)

= 一般的に被告人の防御にとって重要な事実  
⇒ I : 原則) 必要

II : 例外) 具体的な審理経過に照らし

不意打ち  
かつ  
不利益

認定ではない場合

⇒ 不要





**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2022 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU22778