

大阪 R6 模試（上級）1 回目解説

問1 精神的自由権 正解(4)

- (1) 正しい。宗教系私立学校への私学助成は、あくまで学校法人に対して必要な助成を行うものであって、宗教団体であるが故の優遇には当たらない。
- (2) 正しい。枝文のとおり（最判昭 59・12・18）。
- (3) 正しい。枝文のとおり（最決昭 53・5・31 外務省秘密漏えい事件）。
- (4) 誤り。道路や市民会館等とは異なり、公立学校は学校教育を目的として設置された施設であるから、一般公衆の集会等は目的外使用に当たり、判例は、「学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられている」と判示している（最判平 18・2・7）。
- (5) 正しい。枝文のとおり（最大判昭 38・5・22 東大ポポロ事件）。

問2 人身の自由 正解(2)

- (1) 正しい。枝文のとおり（最大判昭 50・9・10 徳島市公安条例事件）。
- (2) 誤り。憲法 33 条の「逮捕」とは、犯罪の嫌疑を理由として身体を拘束すること一般を意味し、刑事訴訟法上の逮捕に限られず勾引、勾留、鑑定留置を含む。したがって、本条の「令状」には、逮捕状のほか、勾引状、勾留状、鑑定留置状が含まれる。
- (3) 正しい。枝文のとおり。刑事訴訟法における逮捕・勾引に伴う留置は、「抑留」、勾留・鑑定留置は「拘禁」に当たる。
- (4) 正しい。枝文のとおり（最判昭 25・7・14）。
- (5) 正しい。枝文のとおり（最大判昭 41・7・13）。

問3 受益権 正解(2)

- (1) 正しい。憲法 16 条の主体に制限はない。
- (2) 誤り。適法に行われた請願は官公署において、これを受理し、誠実に処理しなければならないが(請願法 5 条)、請願の採択、処理等については担当機関の判断に任されており、請願の内容の実現や、調査・報告等何らかの措置をとる法的義務を負うものではない。
- (3) 正しい。枝文のとおり。
- (4) 正しい。刑事補償請求権(憲法 40 条)に、公務員の故意・過失は不要である(刑事補償法 1 条)。なお、拘禁等に関与した公務員に故意・過失があり不法行為が成立する場合は、同時に国家賠償請求(憲法 17 条、国賠法 1 条)をすることができる。
- (5) 正しい。枝文のとおり(最決平 3・3・29)。

問4 国会 正解(4)

- (1) 正しい。枝文のとおり。
- (2) 正しい。これを「国会単独立法の原則」という。
- (3) 正しい。枝文のとおり(憲法 43 条 1 項、44 条ただし書)。
- (4) 誤り。「会期の延長は、常会にあっては 1 回、特別会及び臨時会にあっては 2 回を超えてはならない。」(国会法 12 条 2 項)。すなわち、臨時会と特別会はそれぞれ 2 回まで延長が可能である。
- (5) 正しい。両議院の「会議」は公開が原則であり、秘密会を開くためには、出席議員の 3 分の 2 以上の多数の議決が必要である(憲法 57 条 1 項)。

問5 司法 正解(3)

- (1) 正しい。枝文のとおり。
- (2) 正しい。枝文のとおり。
- (3) 誤り。司法権の独立は、個々の裁判官の職権の独立という意義を含む。「すべて裁判官は……独立してその職権を行い」(憲法 76 条 3 項)とは、他の何者の指示・命令をも受けずに、自らの判断に基づいて裁判を行うことを意味し、立法権・行政権はもちろん、司法権内部の指示・命令も排除される。
- (4) 正しい。枝文のとおり(憲法 77 条 3 項)。
- (5) 正しい。枝文のとおり(憲法 80 条 1 項)。その代わりに、最高裁判所の裁判官は、おおむね 10 年ごとに国民審査に付される(憲法 79 条 2 項)

問6 国家賠償法 正解(3)

- (1) 正しい。枝文のとおり（最判昭 30・4・19）。
- (2) 正しい。枝文のとおり（国家賠償法1条2項）。
- (3) 誤り。公の営造物の設置又は管理の瑕疵（通常有すべき安全性を欠いていること）に基づく国及び公共団体の賠償責任（国家賠償法2条1項）は、過失の存在を必要としない無過失責任である（最判昭 45・8・20）。
- (4) 正しい。枝文のとおり（国家賠償法4条）。国家賠償法が適用される場合でも、国家賠償法に規定がない過失相殺（民法722条）や消滅時効（民法724条）など、民法の規定が補充的に適用される。
- (5) 正しい。枝文のとおり（国家賠償法6条、相互保証主義）。

問7 管轄区域の境界周辺における事案 正解(3)

- (1) 正しい。警察法60条の2は、関係都道府県警察を「管轄区域が隣接し、又は近接する都道府県警察」と定めている。
- (2) 正しい。警察法60条の2の境界周辺区域の範囲に関して、境界からの距離の上限は、原則として、境界から15キロメートルと定められている（警察法施行令7条の2本文）。
- (3) 誤り。警察法60条の2の協議の対象となる事案は、境界周辺の区域における事案に限定されるが、その事案の処理のためであれば、境界周辺の区域のみならず、関係都道府県警察の管轄区域全域に権限を及ぼすことができる。
- (4) 正しい。警察法60条の2による管轄区域外における権限の行使は、「管轄区域が隣接し、又は近接する都道府県警察」が、「相互に協議して定めたところにより」許される。協議の対象は、境界周辺の区域における事案全般であるから、犯罪捜査のほか、犯罪予防のための警ら、保護、救護等の活動も含まれる。
- (5) 正しい。枝文のとおり。

問8 広域組織犯罪等に関する権限・措置 正解(5)

- (1) 正しい。枝文のとおり（警察法5条4項6号）。
- (2) 正しい。広域組織犯罪等に関する権限（警察法60条の3）に基づいて、管轄区域外に権限を及ぼすことは「必要な限度」に限られる。
- (3) 正しい。警察庁長官による警察の態勢に関する事項についての指示は、あくまでも任務分担等の警察の態勢に関する事項に限られる。
- (4) 正しい。警察法61条（管轄区域外における権限）による場合と異なり、警察法60条の3（広域組織犯罪等に関する権限）による管轄区域外での権限行使は、自らの管轄区域の公安の維持と直接関係がなくても行うことができる。
- (5) 誤り。組織性が不明な犯罪であっても、全国の広範な区域の公共の安全を害し、又はそのおそれがあると認められる事案であれば、警察法60条の3にいう「広域組織犯罪等」に該当し、必要な限度で管轄区域外に権限を及ぼすことができる。

問9 質問 正解(4)

- (1) 正しい。警職法2条1項の不審者の認定は、警察官の主観的、独断的なものではなく、一般人でも通常不審に思うような客観性を必要とする趣旨であるが、枝文のような専門的知識・経験を前提とした合理的判断による認定を排除するものではない。
- (2) 正しい。不審者に対する職務質問は、不審点等の解明の手段として行うものであるから、それが解消されれば終了しなければならない。
- (3) 正しい。枝文のとおり（最判昭53・6・20米子銀行強盗事件）。
- (4) 誤り。同行要求（警職法2条2項）は、職務質問に付随して認められるものであるから、専ら質問を継続するために行うべきであって、取調べや逮捕目的で行ってはならない。
- (5) 正しい。明文の規定はないが、警察官の危険防止と被逮捕者の自傷防止という警職法2条4項の趣旨に照らし、必要な範囲内で、凶器類を取り上げ、一時保管することができる。

問 10 立入り 正解(2)

- (1) 正しい。警職法6条1項の立入りは、警職法4条及び5条に規定する危険な事態が発生した場合において、人の生命、身体等に対する危害が切迫したときに限って認められるものである。
- (2) 誤り。警職法6条1項では、人の生命・身体・財産に対する危害が切迫している場合を立入りの要件としている。もっとも、公開の場所においては、立入り要件として、①その場所が公開の場所であること、②公開の時間中であることを要件としている（警職法6条2項）が、現に犯罪が発生する具体的なおそれや人の生命等に具体的な危険が発生していることを要件とはしていない。したがって、人の生命・身体・財産に損害が生じる具体的な危険があることを要しない。
- (3) 正しい。立入りの際は、その実施に必要な限度で、対象車両を強制的に停止させることができる。
- (4) 正しい。法令による営業時間の制限に違反している場合でも、現実に営業している間は「公開時間中」と扱われる。
- (5) 正しい。身分証の提示義務を定めた警職法6条4項にいう「管理者又はこれに準ずる者」とは、現実にその場所を支配している者をいい、単なる従業員は含まれないから、単なる従業員に提示を要求されたにすぎない場合は、提示してかまわないが、法的義務はない。

問 11 刑法の適用範囲 正解(5)

- (1) 正しい。枝文のとおり（最決平6・12・9）。
- (2) 正しい。枝文のとおり（刑法2条7号）。
- (3) 正しい。枝文のとおり（刑法3条の2第6号）。
- (4) 正しい。刑法3条にいう「日本国民」とは、日本国籍を有する者をいうため、永住許可を得ているとはいえ日本国籍を有しない甲については、我が国の刑法は適用されない。
- (5) 誤り。国民の国外犯を定めた刑法3条に、殺人予備罪（刑法201条）及び強盗予備罪（刑法237条）は挙げられていない。よって、前段が誤り。

問 12 違法性阻却事由 正解(3)

- (1) 正しい。被疑者の捜索が正当行為となる場合については、主体が刑事訴訟法 220 条 1 項で「検察官、検察事務官又は司法警察職員」に限定されている。
- (2) 正しい。枝文のとおり。
- (3) 誤り。正当業務行為（刑法 35 条）にいう「業務」とは、社会生活上反復・継続して行われる事務であれば足り、経済的対価を追求するものである必要はなく、職業として行われる必要もない。
- (4) 正しい。被害者の推定的承諾とは、被害者が現実^に承諾を与えてはいないが、もし事態を正しく認識していたならば、承諾したであろうと認められる場合をいう。
- (5) 正しい。枝文のとおり。

問 13 責任能力 正解(5)

- (1) 正しい。枝文のとおり（刑法 39 条 1 項、41 条）。
- (2) 正しい。心神喪失の原因である「精神機能の障害」の代表例は、精神病、精神病質のよ^{うな}継続的なものであるが、^{めいてい}酩酊、中毒、催眠状態のような一時的なものであってもよい。
- (3) 正しい。枝文のとおり。
- (4) 正しい。枝文のとおり。
- (5) 誤り。心神喪失又は心神耗弱に当たるか否かは法律判断であって、専ら裁判所に委ねられるべきものであるから、専門家の鑑定結果には必ずしも拘束されない（最決昭 58・9・13）。

問 14 事実の錯誤 正解(1)

- (1) 誤り。判例・通説は、行為者が認識した事実と発生した事実とが構成要件的評価として一致する限度で故意を認める「法定的符合説」の立場に立つ（最判昭 53・7・28）。したがって、意図した客体と結果が発生した客体が具体的に一致しなくても、同一構成要件の範囲内（「人」という範囲内）で符合していれば、故意は成立し得る。
- (2) 正しい。枝文前段・後段ともに、認識した事実と発生した事実は、殺人罪（刑法 199 条）の構成要件の範囲内で符合しており、構成要件のレベルで故意が抽象化される以上、1 個の故意で数個の故意犯の成立を観念できるから、A・B 両者に対する殺人の故意が認められる。
- (3) 正しい。認識していた因果経過と現実の因果経過が異なる場合も、両者がいずれも因果関係の認められるものとして同一の構成要件内で符合する以上、規範の問題に直面していたといえるから、故意は阻却されない。
- (4) 正しい。異なる構成要件間の錯誤であっても、保護法益や行為態様の同一性といった構成要件的重なり合いが認められる場合には、重なり合う限度で故意が認められる。
- (5) 正しい。甲は、A を殺そうとして現に殺人の実行行為に及んでいる以上、殺人未遂罪が成立する。なお、殺人罪の認識で器物損壊罪（刑法 261 条 1 項）に当たる結果を発生させた場合、両罪は異質であり構成要件間の重なり合いがないので、器物損壊罪の故意を認めることはできず、他人の物を壊す行為につき過失犯を処罰する規定がないことから、飼い犬を死なせたことについて犯罪は成立しない。

問 15 未遂犯 正解(1)

- (1) 誤り。未遂犯は、「未遂を罰する場合は、各本条で定める。」（刑法 44 条）との規定から刑罰法規の各本条に未遂を処罰する旨の規定がある場合に限り、処罰される。
- (2) 正しい。障害未遂が成立するには、①犯罪の実行に着手して、②これを遂げなかったことの 2 つで足りる（刑法 43 条本文）。
- (3) 正しい。拳銃を構えたが壊れていて撃てなかった場合、犯罪の実行には着手しているものの、実行行為が終了していないため、「着手未遂」である。
- (4) 正しい。枝文のとおり（福岡高判昭 28・11・10）。
- (5) 正しい。強盗目的で拳銃を準備し、犯行場所の前で機会をうかがうことは、強盗の準備行為であり、強盗予備罪（刑法 237 条）が成立する。そして、判例は、予備行為があればそれだけで予備罪が成立するので、予備罪に中止犯の観念を入れる余地がないとし、予備罪の中止未遂を認めていない（最大判昭 29・1・20）。

問 16 共犯 正解(3)

- (1) 正しい。枝文のとおり（最判昭 23・12・14）。
- (2) 正しい。枝文のとおり。
- (3) 誤り。幫助は、正犯の実行行為を容易にする行為を全て含むから、不作為であっても、正犯の行為を通じて結果に寄与するものであれば、幫助行為となり得る（大判昭 3・3・9）。
- (4) 正しい。必要的共犯は、内乱罪（刑法 77 条）や騒乱罪（刑法 106 条）といった、複数人の共同行為の存在を予定している「多衆犯（集合犯）」と、贈賄罪（刑法 198 条）及び収賄罪（刑法 197 条以下）のように、2人以上の者による互いに対向した行為を必要とする「対向犯」とに分けられる。
- (5) 正しい。枝文のとおり（制限従属性説）。例えば、正犯の行為が正当防衛（刑法 36 条 1 項）に当たる場合、その違法性が阻却されるから、教唆犯も成立しない。

問 17 罪数 正解(4)

- (1) 正しい。複数の構成要件に該当するようにみえても、その全てが 1 つの構成要件に吸収される場合を吸収関係といい、吸収する方の一罪のみが成立する。
- (2) 正しい。枝文のとおり（最判昭 25・2・24）。
- (3) 正しい。枝文のとおり（最判昭 28・2・20）。
- (4) 誤り。放火行為と保険金をだまし取る行為とは別個のものであるから、観念的競合（刑法 54 条 1 項前段）には当たらない。また、放火と詐欺とは通常、手段と結果の関係になるので牽連犯にも当たらず、併合罪となる（大判昭 5・12・12）。
- (5) 正しい。枝文のとおり。判例には、殺人罪（刑法 199 条）と死体遺棄罪とが併合罪となるとしたものがある（大判明 44・7・6）。

問 18 刑の加重、減輕、執行猶予 正解(2)

- (1) 正しい。枝文のとおり（刑法 12 条 1 項、47 条、57 条、59 条、刑法 14 条 2 項前段）。
- (2) 誤り。心神耗弱者は、必要的に「その刑を減輕する。」（刑法 39 条 2 項）のみであり、刑が免除されることはない。
- (3) 正しい。枝文のとおり（刑法 228 条の 3 ただし書）。
- (4) 正しい。未決勾留の日数は、裁判所の裁量により、その全部又は一部を本刑に算入することができる（刑法 21 条）。「未決勾留」とは、判決前の勾留状による拘禁をいい、逮捕による身柄拘束はこれに含まれない。
- (5) 正しい。刑の全部の執行猶予（刑法 25 条～27 条）において、猶予期間中に再度逮捕されただけでは、執行猶予の取消事由（刑法 26 条、26 条の 2）には当たらない。

問 19 通貨偽造の罪 正解(4)

- (1) 正しい。通貨偽造・変造罪（刑法 148 条 1 項）にいう「通用する」とは、我が国で強制通用力を有することをいう。
- (2) 正しい。枝文のとおり（最判昭 22・12・17、最判昭 25・2・28）。
- (3) 正しい。枝文のとおり。
- (4) 誤り。偽造通貨交付罪（刑法 148 条 2 項）は、行使罪の教唆・幫助を独立に処罰するものであるから、被交付者が現実に偽貨を行使した場合でも、交付者に行使罪の教唆・幫助犯は成立しない（大判明 43・3・10）。
- (5) 正しい。枝文のとおり。偽造通貨取得後知情行使罪（刑法 152 条）は、取得後に偽貨であることを知ってこれを行使した場合に、法定刑を極めて軽く定めたものである。

問 20 賄賂の罪 正解(3)

- (1) 正しい。賄賂の目的物は、金品その他の財産的利益に限らず、有形・無形を問わず人の需要又はその欲望を満足させるに足りる一切の利益が含まれる（大判明 43・12・19）。
- (2) 正しい。賄賂の罪にいう「職務に関し」とは、公務員の職務行為自体に関するものだけでなく、職務と密接な関係を有する行為も含む（最決昭 31・7・12）。
- (3) 誤り。賄賂要求罪は、公務員が賄賂を要求した時点で既遂となる。したがって、相手方が賄賂を求められたという認識を欠く場合や、相手方に断られた場合でも、賄賂を要求した以上、賄賂要求罪は既遂となる。
- (4) 正しい。正当な職務の対価として給付されたものでも、賄賂罪の保護法益である職務の公正とこれに対する国民の信頼は害されるので、賄賂に当たり得る。
- (5) 正しい。枝文のとおり（最決昭 43・10・15）。

問 21 支払用カード電磁的記録に関する罪 正解(4)

- (1) 正しい。枝文のとおり。
- (2) 正しい。枝文のとおり。
- (3) 正しい。支払用カード電磁的記録不正作出罪・供用罪（刑法 163 条の 2 第 1 項及び 2 項）の客体は、電磁的記録自体であるが、不正電磁的記録カード譲渡し・貸渡し・輸入罪（刑法 163 条の 2 第 3 項）の客体は、電磁的記録を構成部分とするカードである。
- (4) 誤り。利用停止措置が解除されれば使用可能となる偽造カードは、その所持自体によって、支払用カードを用いた支払決済システムに対する社会的信頼を脅かす実質的危険を有するので、不正電磁的記録カード所持罪（刑法 163 条の 3）が成立する（広島高判平 18・10・31）。
- (5) 正しい。枝文のとおり。

問 22 不同意性交等の罪 正解(5)

- (1) 正しい。不同意性交等罪（刑法 177 条）は、その文言上、主体に制限はなく、男女のいずれであっても犯行の主体になり得る。
- (2) 正しい。たとえ相手方の同意があっても、13 歳未満の者に対して性交等を行えば、直ちに不同意性交等罪が成立する。また、被害者が 13 歳以上 16 歳未満の者である場合については、その者が生まれた日より 5 年以上前の日に生まれた者が行為者（犯人）であるときに限り、処罰の対象となる（刑法 177 条 3 項）。したがって、処罰対象か否かは、誕生日の比較によって決する。
- (3) 正しい。刑法 177 条 2 項は、「行為がわいせつなものではないとの誤信をさせ、若しくは行為をする者について人違いをさせ、又はそれらの誤信若しくは人違いをしていることに乗じて、性交等をした者も」不同意性交罪に当たる旨を規定しているところ、ここでいう「性交等」は、同条 1 項の「性交等」と同義であり、「膣若しくは肛門に身体の一部（陰茎を除く。）若しくは物を挿入する行為であってわいせつなもの」を含む。
- (4) 正しい。令和 5 年改正前には、強制的性交等致死罪と殺人罪（刑法 199 条）の成立について、刑の不均衡を回避する観点から、両者を観念的競合（刑法 54 条 1 項前段）としていた。この考えは、令和 5 年改正後も妥当するため、不同意性交等致死罪（刑法 181 条 2 項）及び殺人罪が成立し、両者は観念的競合となる。
- (5) 誤り。令和 5 年改正前は、強盗と強制的性交等の一方又は双方が未遂でも、結合犯としての強盗・強制的性交等罪は形式上全て既遂となるとされていたところ、これは、令和 5 年改正後の強盗・不同意性交等罪においても変わらない（刑法 241 条 2 項）。

問 23 脅迫の罪 正解(1)

- (1) 誤り。脅迫罪（刑法 222 条）にいう害悪の告知は、第三者をして害を加えさせる旨を告げる場合も含まれ（大判昭 10・6・24）、その第三者は架空人でも構わない（大判昭 7・11・11）。もっとも、告知者が第三者に対して何らかの影響力を有することを知らせる必要がある。
- (2) 正しい。脅迫罪における害悪の告知は、暗示的な表現を用いた場合でもよい。無言電話を多数回かけられ、既に不安を抱く相手方に枝文のような写真を送れば、生命・身体の危険を感じるのが通常であり、一般に人を畏怖させるに足りる害悪の告知といえる。
- (3) 正しい。脅迫罪は、被害者において害悪の告知を了知したときに既遂に達する。
- (4) 正しい。枝文のとおり。
- (5) 正しい。強要罪と証人威迫罪は、保護法益、罪質等を異にするから、枝文の場合、両罪が成立する。

問 24 脅迫の罪 正解(2)

- (1) 正しい。枝文のとおり。
- (2) 誤り。威力業務妨害罪（刑法 234 条）における「威力」とは、人の意思を制圧するような勢力をいう。「威力」に当たるかの判断は、客観的にみて人の自由意思を制圧するに足るものであるかを判断すべきであり、現実に被害者が自由意思を制圧されたことは要しない（最判昭 28・1・30）。
- (3) 正しい。枝文のとおり。
- (4) 正しい。業務妨害罪においては、行為態様又は結果のいずれかが公然・誇示的・可視的であれば「威力」、非公然・隠密的・不可視的であれば「偽計」と区別される。
- (5) 正しい。枝文のとおり（大阪高判昭 39・10・5）

問 25 名誉及び信用に対する罪 正解(2)

- (1) 正しい。枝文のとおり（大判大5・12・13）。
- (2) 誤り。名誉毀損罪は、人の社会的評価を害するおそれのある状態を発生させることにより成立し、現実に社会的評価が害されたことまでは要しない（大判昭13・2・28）。
- (3) 正しい。枝文のとおり（最判昭36・10・1、最判昭34・5・7）。なお、侮辱罪においても同様である。
- (4) 正しい。拘留又は科料のみに処すべき罪の教唆者及び幫助者は、特別の規定がなければ処罰することができず（刑法64条）、また、犯人蔵匿・隠避罪（刑法103条）の客体は「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者」等であるから、拘留又は科料のみに処すべき罪の犯人を蔵匿・隠避しても同罪は成立しない。しかし、侮辱罪の法定刑は、令和4年7月7日から「1年以下の懲役若しくは禁錮若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料」に引き上げられたため、侮辱罪は上記の各制限を受けることがなくなった。
- (5) 正しい。枝文のとおり。

問 26 窃盗罪の客体 正解(1)

- (1) 誤り。窃盗罪（刑法235条）の客体である「財物」は、有体物であることが必要であり、情報はこれに当たらないので、枝文の場合、窃盗罪は成立しない。
- (2) 正しい。使用済みの乗車券（大阪高判昭29・6・24）や、大学入学試験の問題用紙（東京高判昭56・8・25）も「財物」に当たる。
- (3) 正しい。枝文のとおり（最判昭26・8・9）。
- (4) 正しい。「財物」というためには、刑法上の保護に値する価値があることを要する。これは、客観的な経済的価値・金銭的交換価値に限られず、ラブレターや家族写真のように主観的・感情的価値が認められるものも含まれる。
- (5) 正しい。枝文のとおり（刑法242条）。

問 27 強盗罪 正解(1)

- (1) 誤り。判例は、当初から強盗の犯意の下に、先に奪取した財物を確保するため暴行・脅迫を行う場合には、事後強盗罪（刑法 238 条）ではなく、強盗罪（刑法 236 条 1 項）になるとしている（最判昭 24・2・15）。なお、事後強盗罪は、窃盗が、238 条所定の目的で暴行又は脅迫をした場合に成立する。
- (2) 正しい。枝文のとおり（最判昭 24・2・8）。
- (3) 正しい。枝文の場合、不法領得の意思としての利用処分意思が認められず、強盗罪は成立しない。
- (4) 正しい。枝文のとおり（東京高判昭 48・3・26）。
- (5) 正しい。強盗の罪は、財産のみならず人の身体・自由という法益侵害を伴う凶悪犯罪であるため、親族間の犯罪に関する特例（刑法 244 条）から除外されている。

問 28 詐欺罪 正解(1)

- (1) 誤り。詐欺罪（刑法 246 条）の実行の着手は、欺く行為を開始した時点で認められる。保険金詐欺の場合、詐欺の目的を秘して保険契約を結んだ時点はいまだ欺く行為の予備にすぎず、保険会社に対して保険金の支払請求をした時点で、実行の着手が認められる（大判昭 7・6・15）。
- (2) 正しい。甲は、「お金をすぐに持ってくる。」とだまして、乗車料金の支払を一時猶予させるという財産的処分行為をさせているので、財産上不法の利益を得たものとして、2 項詐欺罪（刑法 246 条 2 項）が成立する。
- (3) 正しい。枝文の場合、店主が錯誤に陥った結果、甲の飲食代金を免除するという処分行為は存在せず、むしろ甲は店主の意思に反して飲食代金の支払を免れていることから、その行為は、「窃取」に当たる。しかし、窃盗罪（刑法 235 条）の客体は、「財物」に限られ、財産上の利益は客体とならないので窃盗罪は成立しない。また、甲は初めから無銭飲食をする意思があったわけではないので、飲食物の交付について 1 項詐欺罪（刑法 246 条 1 項）は成立しない。したがって、甲は不可罰となる。
- (4) 正しい。未成年者や心神耗弱者に対する場合でも、相手方を錯誤に陥らせる程度の欺く行為が行われ、これにより処分行為がなされた場合には、通常 of 詐欺罪が成立する。
- (5) 正しい。枝文のとおり。この場合、窃盗罪（刑法 235 条）の成否の問題となる。

問 29 横領・背任の罪 正解(5)

- (1) 正しい。枝文のとおり（大判大 11・3・8）。
- (2) 正しい。横領罪は他人の占有を侵害する犯罪ではなく、財物の占有は行為者にあるので、財物の移転を経ずに、着手と同時に既遂となる。
- (3) 正しい。無免許など手続上不適法な事務であっても、事務自体が違法なものでない限り「業務」に当たる。
- (4) 正しい。本人の利益を守るために、第三者の持ち出し行為を阻止することも任務に当たるので、持ち出し行為を黙認する不作為は、任務違背行為に当たる。
- (5) 誤り。背任罪（刑法 247 条）の故意が認められるためには、①自己が他人の事務処理者であること、②自己の行為が任務に違背すること、③それによって本人に財産上損害を加えることの認識が必要である。なお、③は未必的な認識で足りる（大判大 13・11・11）。

問 30 暴力行為等処罰法 正解(5)

- (1) 正しい。枝文のとおり（最判昭 27・5・13、大判昭 8・1・30）。
- (2) 正しい。刑法上の共謀共同正犯（刑法 60 条）とは異なり、共同暴行等罪（暴力行為等処罰法 1 条）にいう「数人共同して」とは、共謀者のうち少なくとも 2 人以上の者が共同して現に実行行為を行うことをいう（最判昭 34・5・7）。
- (3) 正しい。加重傷害罪（暴力行為等処罰法 1 条の 2 第 1 項）にいう「刀剣類」とは、銃刀法 2 条 2 項の「刀剣類」と同義であり、家庭用包丁や模造刀剣類は、これに当たらない。
- (4) 正しい。暴行・脅迫を構成要件の一部とする刑法犯が成立する場合、手段たる暴行・脅迫が暴力行為等処罰法 1 条違反の罪に該当しても、刑法犯に吸収されて成立しない。
- (5) 誤り。凶器を所持していないのに携帯しているかのように見せかける行為や、凶器でないものを凶器であるかのように見せかける行為は、持凶器暴行等罪（暴力行為等処罰法 1 条）にいう「兇器を示し」に当たらない。なお、「兇器」には、鉄砲や刀剣類等の性質上の凶器のほか、サバイバルナイフや金属バットなどの用法上の凶器も含まれる。

問 31 告訴 正解(2)

- (1) 正しい。枝文のとおり（最判昭 22・11・24）。
- (2) 誤り。告訴権の放棄については明文規定がないうえ、告訴が被害者等と国家との間に存する公法上の法律関係であることから、告訴権の放棄は認められていない（最決昭 37・6・26）。
- (3) 正しい。刑訴法 231 条 1 項にいう「独立して」とは、被害者の明示・黙示の意思に拘束されずに、法定代理人個人の意思で告訴権を行使できることを意味する。
- (4) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 232 条）。
- (5) 正しい。告訴の取消し（刑訴法 237 条 1 項）をすることができるのは、告訴をした本人に限定される。

問 32 告発 正解(2)

- (1) 正しい。枝文のとおり。
- (2) 誤り。告発の本質は、告訴と同様、「犯人の処罰を求める意思表示」にあるから、この意思が認められるものであれば、押印を欠くなど、書面上の形式に瑕疵があっても、その告発は有効である（大阪高判昭 27・3・3）。また、この意思が認められる限り、犯人を指定して申告する必要はなく、誤って第三者を犯人として指定した場合であっても、真犯人に対する有効な告発となる。
- (3) 正しい。司法警察員は、告発を受けたときは、速やかにこれに関する書類及び証拠物を検察官に送付しなければならない（刑訴法 242 条）。
- (4) 正しい。「職務を行うことにより」（刑訴法 239 条 2 項）とは、犯罪の発見がその職務内容に含まれる場合及び職務内容と密接に関連する場合をいう。
- (5) 正しい。枝文のとおり。

問 33 自首 正解(4)

- (1) 正しい。枝文のとおり。
- (2) 正しい。申告に係る犯罪事実の重要部分に虚偽があれば自首（刑法 42 条 1 項）は成立しないが、共犯者の人定事項を秘しているにすぎない場合は、積極的に単独犯を主張して共犯者の存在を隠しているわけではないので、自首として取り扱うのが妥当である。
- (3) 正しい。枝文のとおり（最判昭 24・5・14）。
- (4) 誤り。自首といえるためには、犯人が自発的に自己の犯罪事実を捜査機関に申告することが必要である。余罪の嫌疑を抱いた捜査官の追及により、被疑者が余罪についての犯行を自供するに至った場合は、自発的申告とはいえず、自首に当たらない（東京高判昭 62・11・4）。
- (5) 正しい。枝文のとおり（東京高判昭 42・2・28）

問 34 通常逮捕の形式的要件 正解(4)

- (1) 正しい。裁判官から直接事件の内容等について説明を求められた場合に、口頭で補充することも認められている（刑訴規則 143 条の 2、犯捜規範 123 条 2 項）。
- (2) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 199 条 2 項本文、刑訴規則 141 条の 2）。
- (3) 正しい。逮捕の不当な蒸し返しを防止するため、逮捕状請求書に記載すべき「現に捜査中である他の犯罪事実」（刑訴規則 142 条 1 項 8 号）には、他署又は他の捜査機関が現に捜査している犯罪事実も含まれる。
- (4) 誤り。前段は枝文のとおり（刑訴法 199 条 3 項、刑訴規則 142 条 1 項 8 号）。後段について、判例は、公訴の提起に至るまでは、たとえ送致後、被疑者が処分保留のまま釈放された事件であっても、「現に捜査中」の事件に当たるとしている（東京高判昭 48・10・16）。
- (5) 正しい。枝文のとおり（最決昭 57・8・27）。

問 35 緊急逮捕 正解(3)

- (1) 正しい。中止犯は、必ず刑が減軽又は免除されるが（刑法 43 条ただし書）、緊急逮捕の対象であるかどうかは、あくまで法定刑によって判断される。
- (2) 正しい。緊急逮捕は通常逮捕と異なり、逮捕状請求が行われるのは逮捕終了後であって、事前の令状審査が行われないから、通常逮捕の「相当な理由」（刑訴法 199 条 1 項）より高度な嫌疑が要求される。
- (3) 誤り。緊急逮捕状が発付されるためには、①逮捕時に緊急逮捕の要件が存すること、②留置の継続を根拠付けるために、逮捕状請求時に少なくとも通常逮捕（刑訴法 199 条 1 項）の要件が存することが必要である。
- (4) 正しい。逮捕直前の照会等によって被害が確認された場合の被害届などのように、逮捕時に存在し、逮捕者が認識し得た事情であれば、逮捕後にこれを書面化して疎明資料とすることができる。
- (5) 正しい。枝文のとおり。

問 36 現行犯逮捕 正解(5)

- (1) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 212 条 1 項、213 条）。
- (2) 正しい。「犯罪と犯人の明白性」については、それが外観上明白とはいえない場合でも、客観的資料や特殊の知識・経験等を前提として犯罪の明白性を認定することが許される。
- (3) 正しい。警察官は、いかなる地域においても、現行犯人の逮捕に関しては、警察官としての職権を行うことができる（警察法 65 条）。
- (4) 正しい。枝文のとおり。
- (5) 誤り。30 万円（刑法、暴力行為等処罰法及び経済関係罰則の整備に関する法律の罪以外の罪については、当分の間、2 万円）以下の罰金、拘留又は科料に当たる罪（軽微犯罪）の現行犯人については、犯人の住居若しくは氏名が明らかでない場合又は犯人が逃亡するおそれがある場合に限り、現行犯逮捕することができる（刑訴法 217 条）。犯人が罪証を隠滅するおそれがある場合は含まれない。

問 37 準現行犯逮捕 正解(3)

- (1) 正しい。第三者には外見上明白でなくても、被害者が犯人を継続尾行し、途中で出会った警察官に被害状況を申告し、警察官が犯人を職務質問したところ、その犯人の言語・態度から、慌てふためいたり謝罪したり等の状況が認められるときは、「犯人として追呼されているとき」に当たる。
- (2) 正しい。枝文のとおり。
- (3) 誤り。「兇器」には、性質上の凶器に限らず、用法上の凶器も含まれる。もっとも、人を殺傷し得る物であっても、社会通念上、人に危険感を抱かせないタオルやひもは「兇器」に当たらない。
- (4) 正しい。犯罪行為によって直接生じたものではない、身体の本来的特徴であるアザ、ホクロや、被服の色、柄、形等は、「身体又は被服に犯罪の顕著な証跡があるとき。」(刑訴法 212 条 2 項 3 号) に当たらない。
- (5) 正しい。枝文のとおり。

問 38 逮捕後の手続 正解(5)

- (1) 正しい。枝文のとおり。
- (2) 正しい。枝文のとおり。逮捕状への引致場所の記載(刑訴法 200 条 1 項)は、場所を特定して逮捕後の被疑者の防御権の行使に資するようにするためのものである。
- (3) 正しい。被疑者が泥酔状態にある場合でも、ありのままの状況を記載した弁解録取書を作成し、酔いが覚めた段階で、改めて弁解録取書をとって、新たに弁解録取書を作成すべきである。
- (4) 正しい。枝文のとおり。
- (5) 誤り。外国人被疑者が、自国の領事機関への逮捕通報を希望した場合は、遅滞なくその者の身柄が拘束されている旨を通報しなければならないが(犯捜規範 232 条 3 項)、逮捕後直ちに釈放した場合には、通報義務はない。

問 39 被疑者の勾留の要件 正解(1)

- (1) 誤り。勾留の請求権者は、検察官に限定されている（刑訴法 204 条～206 条）。したがって、勾留は、指定司法警察員であっても請求することができない。
- (2) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 207 条 1 項・60 条 1 項）。
- (3) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 207 条 1 項・73 条 3 項）。
- (4) 正しい。被疑者を勾留するには、適法な逮捕手続が先行していなければならないから（逮捕前置主義）、逮捕の理由となった事実と勾留の理由となった事実とは、同一でなければならないとされる。ただし、常に罪名が同一である必要はなく、両事実が 1 個の犯罪事実として同じ範囲の中に属する事実であればよい。
- (5) 正しい。検察官は、少年の被疑事件においては、裁判官に対して、勾留の請求に代え、観護の措置（少年法 17 条 1 項）を請求することができる（少年法 43 条 1 項）。事件が家庭裁判所に送致される前の段階では、少年に対して、勾留の理由と必要性が認められても、まず観護の措置をとることが要請され、検察官は、やむを得ない場合でなければ、裁判官に対して勾留を請求することができない（少年法 43 条 3 項）。

問 40 押収拒絶権 正解(1)

- (1) 誤り。押収拒絶権を有する業務者は、刑訴法 105 条に明示的に列举された者に限定される。
- (2) 正しい。業務者の押収拒絶権（刑訴法 222 条 1 項・105 条）の対象物については、業務上の委託を受けて保護又は所持する物に限定されず、業務の委託の結果として作成又は収集した物も含まれる。
- (3) 正しい。委託者である被害者本人が死亡している場合、保護すべき秘密の主体が存在せず、また委託者と業務者との間の信頼関係を保護する必要もない。
- (4) 正しい。業務者自身が被疑者になっている場合、業務者に押収拒絶権を認めることは同権利の濫用であり、また、そのような場合における業務は刑訴法 105 条の定める法的保護に値する業務とはいえず、業務者も秘密の主体から秘密を託されるに値する信頼性を欠く。
- (5) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 222 条 1 項・104 条 1 項 1 号）。

問 41 搜索・差押えに伴う処分 正解(4)

- (1) 正しい。枝文のとおり（東京高判昭 45・10・21）。
- (2) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 222 条 1 項・112 条）。
- (3) 正しい。搜索・差押えに伴う「必要な処分」（刑訴法 222 条 1 項・111 条 1 項）を受け
る者は、その搜索・差押えの直接の対象者又は令状に記載されている差押対象物の所有者
に限られず、それ以外の第三者に対しても行うことができる。
- (4) 誤り。「必要な処分」は、被処分者に消極的な受忍義務を課すにすぎず、何事かを強制
することはできない。したがって、被処分者に強制的に運転させることはできない。
- (5) 正しい。枝文のとおり（最決平 10・5・1）。

問 42 令状による搜索・差押え時の立会い 正解(5)

- (1) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 222 条 1 項・114 条 1 項）。
- (2) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 222 条 1 項・114 条 1 項）。
- (3) 正しい。立会人の存在は、搜索・差押えの開始要件というだけではなく、継続要件でも
ある。
- (4) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 222 条 6 項）。
- (5) 誤り。裁判所が行う搜索・差押えについて、被告人又は弁護人の立会権を認める刑訴法
113 条 1 項は、捜査機関が行う搜索・差押えに準用されていない。したがって、捜査機関
は、被疑者又は弁護人の立会い要求に応じる必要はない。

問 43 身体に対する搜索又は検査 正解(2)

- (1) 正しい。場所に対する搜索差押許可状を執行する際、その場所に現在する者の下着を脱がせて搜索することは、その者に著しい屈辱感を与え、搜索として許される範囲を超えるので違法となる（東京地八王子支決昭 62・10・3）。したがって、枝文の場合は、搜索差押許可状のほかに身体検査令状（ともに刑訴法 218 条 1 項）の発付を得る必要がある。
- (2) 誤り。身体の拘束を受けている被疑者の指紋若しくは足型を採取し、身長若しくは体重を測定し、又は写真を撮影するには、被疑者を裸にしない限り、令状によることを要しない（刑訴法 218 条 3 項）。「裸」とは、全裸を意味するのではなく、通常容易に露出しない部分を露出させることをいう。
- (3) 正しい。公道上における被疑者の身体は令状による搜索・差押えにおける夜間執行の制限（刑訴法 222 条 3 項・116 条 1 項）の対象に当たらず、住居等の平穩を害することもないから、その搜索に夜間執行の制限は受けない。
- (4) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 218 条 5 項）。
- (5) 正しい。鑑定としての身体検査（刑訴法 225 条 1 項・168 条 1 項）においては、検証としての身体検査とは異なり、直接強制を認める刑訴法 139 条が準用されていないから（刑訴法 225 条 4 項・168 条 6 項）、被検査者が拒否する場合には、鑑定処分許可状と併せて身体検査令状の発付を得ておく必要がある。

問 44 強制採尿及び強制採血 正解(1)

- (1) 誤り。尿は無価値物であり、その取得は搜索・差押えの性質を有するから、搜索差押許可状が必要である。ただし、同許可状には「医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない」旨の条件の記載が不可欠となる（最決昭 55・10・23）。
- (2) 正しい。病院で強制採尿を行うことは、夜間における個人の私生活の平穩を侵害するものではないので、夜間執行の制限を受けない（東京高判平 10・6・25）。
- (3) 正しい。尿は、被処分者の所有物として保護されるべき財産的価値が認められないので、鑑定処分許可状（刑訴法 225 条 3 項）の発付を得る必要はない。
- (4) 正しい。血液は身体の一部を構成する有価値物であり、その採取は身体への損傷を伴うものであって、専門的知識・技術を要する処分であるから、鑑定処分許可状による必要がある。また、鑑定処分許可状だけでは直接強制を行うことができないため、被処分者の抵抗が予想される場合には、併せて身体検査令状（刑訴法 218 条 1 項後段）の取得も必要である。
- (5) 正しい。血液採取のように身体に相当な傷害を伴う身体検査や、高価な物の破壊等を行う場合、手続の公正を期する意味で、たとえ被処分者の承諾があっても、鑑定処分許可状の発付を得ておくべきである。

問 45 公訴 正解(2)

- (1) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 338 条 3 号、339 条 1 項 5 号、11 条）。
- (2) 誤り。起訴状において、被告人の氏名や住居が誤記されていても、被告人の同一性に支障のない限り、その誤りを訂正することができるから（福岡高宮崎支判昭 25・4・21）、その他の記載により被告人を特定できるときは、公訴の提起は無効とはならない。
- (3) 正しい。公訴時効は「犯罪行為が終った時」（刑訴法 253 条 1 項）から進行し、ここにいう「犯罪行為」は、刑法各本条所定の結果をも含む（最決昭 63・2・29）。
- (4) 正しい。刑訴法 254 条 2 項前段にいう共犯関係は客観的に存在すればよく、検察官が共犯事件であると認識していたか否かを問わない（仙台高判昭 34・2・24）。
- (5) 正しい。犯人が国外にいることによる公訴時効の停止は、当該事由の生じた各個人についてのみ考慮され、その効力は、国内にいる他の共犯者には及ばない。

問 46 弁護人の選任及び接見交通 正解(5)

- (1) 正しい。被疑者による当番弁護士の派遣依頼は、弁護士会を指定した弁護人選任の申出（刑訴法 31 条の 2）と解されている。
- (2) 正しい。勾留中の被疑者についての接見等禁止処分（刑訴法 207 条 1 項・81 条）は、被疑者の親族や友人など、弁護人等以外の者との間の接見を禁止するものである。
- (3) 正しい。枝文のとおり（最決昭 55・4・28）。
- (4) 正しい。枝文のとおり。
- (5) 誤り。接見等禁止処分は、「検察官の請求により又は職権で」、裁判官によってなされるものであるから、警察官の裁量で、接見等禁止処分の対象から除外されていない者と被疑者を接見させるべきではない。この場合には、裁判官の許可を得るか、少なくとも同処分の請求権を有する担当検察官の了解を得たうえで、接見させるべきである。

問 47 接見指定 正解(1)

- (1) 誤り。「検察官、検察事務官又は司法警察職員（司法警察員及び司法巡査をいう。以下同じ。）は、捜査のため必要があるときは、公訴の提起前に限り、第1項の接見又は授受に関し、その日時、場所及び時間を指定することができる。」（刑訴法 39 条 3 項本文）。なお、実務上は、警察においては捜査主任官が行うこととされている（被留置者の留置に関する規則 23 条 2 項）。
- (2) 正しい。刑訴法 39 条 3 項は、「身体の拘束を受けている……被疑者」（刑訴法 39 条 1 項）についてのみ、捜査機関の接見指定権を認めている。
- (3) 正しい。枝文の場合も、「捜査のため必要があるとき」（刑訴法 39 条 3 項）に当たり、接見指定をすることができる（最判平 3・5・10）。
- (4) 正しい。枝文のとおり（最決昭 41・7・26）。
- (5) 正しい。判例は、被告事件の勾留と余罪被疑事件の勾留とが競合している場合において、現に取調べ中であるなど捜査のため必要があるときは、両事件の弁護人を兼ねる者（最決昭 55・4・28）だけでなく、被告事件についてのみ弁護人に選任されている者（最決平 13・2・7）に対しても、被告事件について防御権の不当な制限にわたらない限り、接見指定権を行使することができるとしている。

問 48 自白 正解(4)

- (1) 正しい。枝文のとおり。犯罪事実自体は認めているが、正当防衛（刑法 36 条 1 項）のような違法性阻却事由や責任無能力を主張した場合が自白に当たるかについては、争いがあるものの、これを肯定するのが通説である。
- (2) 正しい。枝文のとおり（憲法 38 条 2 項、刑訴法 319 条 1 項）。
- (3) 正しい。刑訴法 319 条 1 項にいう「不当に長く拘留又は拘禁された後の自白」には、不当に長い抑留又は拘禁と自白との間に因果関係がないことが明らかに認められる場合は含まれない（最大判昭 23・6・23）。したがって、取調べが深夜に及び長時間行われたことだけで、自白の任意性が否定されるわけではない。
- (4) 誤り。被告人は、公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己の不利益な唯一の証拠である場合には、有罪とされない（刑訴法 319 条 2 項）。したがって、公判廷における自白であっても補強証拠が必要である。
- (5) 正しい。枝文のとおり（最判昭 24・4・7）。

問 49 被告人の供述書・供述録取書の証拠能力 正解(3)

- (1) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 322 条 1 項）。
- (2) 正しい。枝文のとおり。
- (3) 誤り。被告人の署名・押印が必要となるのは、被告人の供述録取書のみであり、被告人の供述書については、署名・押印は不要である（刑訴法 322 条 1 項本文）。
- (4) 正しい。刑訴法 322 条 1 項にいう「不利益な事実の承認」は、自白を含む広い概念であり、枝文のような自白を内容とする日記（供述書）についても、任意性に疑いが無い場合には、証拠能力が認められる。
- (5) 正しい。被告人の供述録取書は、その供述の相手方を問わず、その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであるとき、又は特に信用すべき状況の下にされたものであるときは、これを証拠とすることができる（刑訴法 322 条 1 項本文）。

問 50 即決裁判手続 正解(2)

- (1) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 350 条の 16 第 1 項ただし書）。
- (2) 誤り。即決裁判手続において懲役又は禁錮の言渡しをする場合には、その刑の全部の執行猶予の言渡しをしなければならないが（刑訴法 350 条の 29）、罰金に処する場合には、執行猶予の言渡しをする必要はない。
- (3) 正しい。即決裁判手続の申立ては、被疑者の同意なしで行うことはできず（刑訴法 350 条の 16 第 2 項）、被疑者に弁護人がある場合には、弁護人が同意し、又は意見を留保していることも必要となる（同条 4 項）。
- (4) 正しい。即決裁判手続によることが決定された事件は、必要的弁護事件となり、被告人に弁護人がないときは、その公判期日を開くことができない（刑訴法 350 条の 23）。
- (5) 正しい。枝文のとおり（刑訴法 403 条の 2 第 1 項）。