

大阪 R6 模試（上級）2 回目解説

<憲法>

問1 基本的人権 正解(2)

(2)誤り。外国人の人権享有主体性につき、判例は、「憲法第3条の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上、日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ。」と判示している（最大判昭和53年10月4日マククリーン事件）。外国人に保障されない人権の典型例としては、国政に関する参政権がある。

問2 表現の自由 正解(4)

(4)誤り。判例は、「手段・方法が一般の刑罰法令に触れないものであっても、取材対象者の個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪<sup>じゅうりん</sup>する等法秩序全体の精神に照らし社会観念上是認することのできない……場合にも、正当な取材活動の範囲を逸脱し違法性を帯びる」とした（最決昭53・5・31外務省秘密漏洩事件）。

問3 不利益供述強要の禁止及び遡及処罰の禁止 正解(5)

(5)誤り。訴訟の開始から確定までが1個の継続的な危険であるから、下級審における無罪又は有罪判決に対し、検察官が有罪又はより重い刑の判決を求め上訴することは、被告人を二重の危険にさらすものではなく、憲法39条に違反しない（最大判昭25・9・27）。

問4 参政権 正解(3)

(3)誤り。判例は、詐偽投票等の罪（公選法237条）に関する事件のように、投票の帰属を調べなければ当該犯罪の立証が不可能である場合は別として、当選の効力を定める手続においては、誰が誰に投票したかを調査することは許されないとする（最判昭23・6・1）。

問5 内閣又は内閣総理大臣の権限 正解(2)

- (1)正しい。内閣は、法律を誠実に執行する義務を負う（憲法73条1号）。国会の制定した法律は、合憲性の推定を受け、たとえ違憲の疑いがあっても、裁判所によって違憲と判断されるまでは、当該法律の執行を拒否することはできない。
- (2)誤り。政令には、法律の委任に基づいて罰則を設けることができ（憲法73条6号ただし書）、政令から省令への罰則規定の再委任も許される。判例は、犯罪構成要件を定める事項の再委任であっても、委任する法律の趣旨に反しない限り、違憲ではないとしている（最大判昭33・7・9）。
- (3)正しい。内閣総理大臣は、閣議にかけて決定した方針に基づいて行政各部を指揮監督する（内閣法6条）。ただし、閣議にかけて決定した方針が存在しない場合であっても、内閣総理大臣は、憲法72条の指揮監督権に基づき、内閣の明示の意思に反しない限り、行政各部に対し、指導、助言等の指示を与える権限を有する（最大判平7・2・22）。
- (4)正しい。内閣の憲法改正原案の国会への提出を認めても、国会の発議権（憲法96条1項）が否定されるわけではないから、憲法改正原案は、内閣が提出することのできる議案に含まれる。なお、憲法改正原案とは、国会議員等によって国会へ提出される議案で、国会の審議を経て可決されると、国民投票の対象である憲法改正案となる。
- (5)正しい。国務大臣は、その在任中、内閣総理大臣の同意がなければ訴追されないところ（憲法75条本文）、内閣総理大臣が訴追の同意を拒否した時点で公訴時効の進行が停止し、国務大臣の地位を退いた後から訴追可能となる（同条ただし書）。

<行政法>

問1 地方公共団体の組織 正解(4)

- (4)誤り。普通地方公共団体の執行機関として置かれる委員会（自治法180条の5）は、事務の執行の中立性を維持することや専門的判断を要する等の理由から、独立して職権を行使することが認められている。

問2 情報公開法及び個人情報保護法等 正解(1)

- (1)誤り。行政機関の保有する行政文書の開示請求については、個人に関する情報で氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるものは、原則として、その対象から除外されている（情報公開法5条1号）。もっとも、例外規定が情報公開法5条1号イ、ロ、ハで定められている。

問3 都道府県警察 正解(5)

(5)誤り。都道府県公安委員会に対する苦情の申出方法は、「文書」による申出に限定されており（警察法 79 条 1 項）、電話、ファクシミリ、電子メールは含まれない。また、処理の結果を回答する方法も文書に限られる（警察法 79 条 3 項本文）。

問4 都道府県警察相互の関係 正解(5)

(5)誤り。指揮系統の一元化は、都道府県境にわたって位置している施設内において発生した事件の捜査を、隣接都道府県警察が協力して行う場合などのほか、同一の事案について権限行使は各管轄内区域で行ったうえで連携をとって処理する場合にも認められる。

問5 犯罪の予防と制止 正解(3)

(3)誤り。制止は、「犯罪がまさに行われようとする」場合に加え、「その行為により人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受ける虞があって、急を要する場合」であることが必要である。

<刑法>

問1 罪刑法定主義及びその派生原則 正解(3)

(1)正しい。類推解釈とは、法律の規定のない事項につき、これと類似の性質を有する事項に関する法律を適用することをいい、被告人に不利益な類推解釈は罪刑法定主義に抵触するため、禁止される。

(2)正しい。拡張解釈とは、法律の文言の意味を可能な範囲で拡張して解釈することをいい、罪刑法定主義には反しない。

(3)誤り。刑法 6 条にいう「犯罪後」とは、実行行為終了後という意味であって、結果犯の場合であっても、当該犯罪の実行行為終了時が基準となる。

(4)正しい。継続犯とは、犯罪が既遂に達した後も、法益侵害の状態が継続する間、犯罪の継続が認められるものをいう。継続犯の行為の継続中に刑の変更があった場合、実行行為が終了していない以上、「犯罪後」に当たらず、刑法 6 条の適用がないため、刑の軽重を問わず常に新法が適用される。

(5)正しい。憲法 39 条は、「何人も、実行の時に適法であった行為……については、刑事上の責任を問われない。」として、罪刑法定主義の派生原則の 1 つである遡及処罰禁止の原則を規定している。しかし、刑法 6 条は、「犯罪後の法律によって刑の変更があったときは、その軽いものによる。」と定め、遡及処罰禁止の原則の例外を認めている。

問2 真正身分犯 正解(5)

(5)当たらない。不同意性交等罪（刑法 177 条）は、主体に制限がないため、（真正）身分犯に当たらない。

問3 間接正犯 正解(2)

(2)誤り。判例は、12 歳の乙に命じて強盗させた事案について、乙には是非弁別能力があり、甲の指示命令は乙の意思を抑圧するものではなく、乙は自らの意思によって強盗の決意をしたうえで臨機応変に対処して強盗を行ったとして、甲に強盗罪（刑法 236 条 1 項）の間接正犯ではなく、同罪の共謀共同正犯を認めた（最決平 13・10・25）。

問4 刑法上の過失 正解(2)

(2)誤り。過失犯における注意義務は、結果予見義務と結果回避義務から構成される。明文の根拠規定を必要とせず、慣習や条理もその根拠となり得る。

問5 不能犯 正解(2)

(2)誤り。被害者が既に死亡していたとの事実は、犯人のみならず、一般人にとっても認識し得ない事情であるから、法益侵害の具体的危険性は否定されない。したがって、枝文の場合、甲には殺人未遂罪（刑法 203 条、199 条）が成立する。

問6 共犯 正解(5)

(5)誤り。枝文のような場合を「承継的共同正犯」という。判例は、傷害罪（刑法 204 条）については、先行者が既に生じさせていた傷害結果が、後行者の共謀及び行為と因果関係を有することはなく、後行者は自らの共謀加担後の行為によって生じた結果についてのみ共同正犯としての刑責を負うとして、傷害罪の承継的共同正犯の成立を否定した（最決平 24・11・6）。

問7 教唆犯 正解(2)

(2)誤り。教唆犯が成立するためには、教唆の時点で、正犯の客体が存在している必要はなく、出産後に生児を殺害するように唆す場合にも、殺人罪の教唆犯（刑法 199 条、61 条 1 項）が成立する（大判明 44・6・15）。

問8 共犯と錯誤 正解(4)

(4)誤り。異なる構成要件にわたって共謀者間に錯誤があった場合は、原則、実行行為を担当しない共謀者の故意は阻却されるが、2つの構成要件が実質的に重なり合うときは、その限度で軽い罪の共同正犯が成立する。強盗罪（刑法 236 条）と窃盗罪（刑法 235 条）は、窃盗罪の限度で実質的重なり合いが認められ、甲は、住居侵入罪（刑法 130 条前段）及び窃盗罪の共同正犯（刑法 60 条）の刑責を負う。

問9 公務執行妨害罪 正解(2)

(2)誤り。公務執行妨害罪（刑法 95 条 1 項）の主体について、特に制限はない。公務員の職務執行の相手方である必要はなく、野次馬等の第三者でもよい。

問10 放火の罪 正解(1)

(1)誤り。建造物等以外放火罪には未遂処罰規定がなく（刑法 112 条参照）、「公共の危険を生じさせた」ことが必要とされている具体的危険犯であるから、枝文の場合には、器物損壊罪（刑法 261 条）が成立するにとどまる。

問11 有価証券偽造の罪 正解(1)

(1)誤り。有価証券偽造等罪（刑法 162 条）にいう「有価証券」とは、財産上の権利が証券に表示され、その権利の行使につきその証券の占有を必要とするものをいい、必ずしも流通することを要しない（最判昭 32・7・25）。無料飲食券や勝馬投票券など、流通性を有しない証券もこれに含まれる。

問12 不正指令電磁的記録に関する罪 正解(4)

(4)誤り。不正指令電磁的記録供用既遂罪（刑法 168 条の2 第2項）が成立するには、不正指令電磁的記録を、不正指令電磁的記録であることを知らない第三者の電子計算機で実行され得る状態に置くことで足り、実際に第三者が不正指令電磁的記録を実行しなくてもよい。

問13 殺人罪 正解(3)

(3)誤り。自殺関与罪（刑法 202 条前段）の客体は、行為者以外の自然人であるが、死の意味を理解し得る能力と、自由に意思決定する能力を有することが必要である。幼児、心神喪失者等は自由に意思決定する能力を欠くので、ここにいう「人」に当たらず、外形的に自殺や同意殺であっても殺人罪（刑法 199 条）が成立する（最決昭 27・2・21）。

問 14 暴行罪 正解(3)

(3)誤り。刑法 208 条は「傷害するに至らなかったとき」と規定するが、暴行罪の暴行は、必ずしも殴る、蹴るなど相手方に肉体的苦痛を与え傷害の結果を惹起するような方法・態様によるものに限られず、枝文のように、単に相手方において受忍すべきいわれのない不快・嫌悪の情を催させるにすぎない行為も含まれる（福岡高判昭 46・10・11）。

問 15 逮捕及び監禁の罪 正解(5)

(5)誤り。逮捕監禁致死傷罪は結果的加重犯である。殺意がある場合、逮捕・監禁行為自体が殺人の実行行為に当たるときは、殺人罪（刑法 199 条）のみが成立し、逮捕・監禁行為が殺人の実行行為に当たらないときは殺人罪と逮捕監禁罪の併合罪（刑法 45 条）となる（最判昭 63・1・29）。したがって、枝文の場合は、殺人罪のみが成立する。

問 16 略取、誘拐及び人身売買の罪 正解(4)

(4)誤り。身の代金目的拐取罪（刑法 225 条の 2 第 1 項）は、被拐取者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じてその財物を交付させる目的で人を略取又は誘拐することによって成立する目的犯である。この目的は、行為時に存在すればよく、結果的に被拐取者の安否を憂慮する者がいなくても、本罪が成立する。

問 17 強盗致死傷罪、強盗・不同意性交等罪 正解(5)

(5)誤り。たとえ強盗と不同意性交等の一方又は双方が未遂でも、結合犯としての強盗・不同意性交等罪は全て既遂となる。なお、刑法 241 条 2 項は、双方が未遂の場合、人を死傷させたときを除き、刑の任意的減輕（自己の意思による中止の場合、必要的減免）を認めている。

問 18 電子計算機使用詐欺罪 正解(2)

- (1)正しい。電子計算機使用詐欺罪（刑法 246 条の 2）にいう「人の事務処理に使用する電子計算機」とは、財産権の得喪・変更に係る事務を処理するために、関連する電磁的記録の作出や処理を行う機能を有するものを意味し、個人の娯楽用パソコンは、通常これに当たらない。
- (2)誤り。電子計算機使用詐欺罪の行為には、枝文の類型のほか、「財産権の得喪若しくは変更に係る虚偽の電磁的記録を人の事務処理の用に供」する類型があり、残度数を改ざんしたプリペイドカードを決済用機器に供用した場合がこれに当たる。
- (3)正しい。枝文のとおり。
- (4)正しい。他人のクレジットカードを用いて架空の取引を入力した場合、カードの名義人本人が購入等を申し込んだとする「虚偽の情報」（刑法 246 条の 2）に当たる（最決平 18・2・14）。枝文の場合、虚偽の情報を入力・送信したが、決済が承認されず、財産上不法の利益を得ていないので、電子計算機使用詐欺未遂罪（刑法 250 条、246 条の 2）が成立する。
- (5)正しい。電子計算機使用詐欺罪は、「人を欺いて」（刑法 246 条）とはいえない電子計算機に対する詐欺的行為を処罰するために設けられた詐欺罪の補充規定である。枝文の場合、行為の対象となる事務処理の過程に人の判断作用が介在するので、「人を欺く」場合に当たり、本罪ではなく詐欺罪が成立する。

問 19 恐喝罪 正解(5)

- (5)誤り。債権者が、その権利を実行する手段として恐喝行為を行った場合は、その権利行使の方法が、社会通念上、一般に許容されない手段・方法によるときには、債務者から交付を受けた金銭全額について恐喝罪（刑法 249 条）が成立する。

問 20 横領・背任罪 正解(4)

- (4)誤り。横領罪（刑法 252 条）の客体は、自己の占有する他人の物をいい、情報それ自体は含まれない。しかし、情報が USB メモリ等の記録媒体に保存されたときは、当該記録媒体は物に含まれる。

<刑事訴訟法>

問 1 告訴・告発・自首 正解(1)

- (1)誤り。告訴は、他の犯罪と区別できる程度に犯罪事実が特定されていれば足り、必ずしも犯人の氏名を指定して申告する必要はない。無関係の第三者を誤って犯人と指定した場合であっても、その告訴は、真犯人に対する有効な告訴となる（大判大 6・4・28）。被疑者不詳のまま告訴がなされた場合も同様である。

問2 死体の取扱い及び検視 正解(4)

(4)誤り。前述のとおり、代行検視の主体は、検察事務官又は司法警察員に限定される（刑訴法 229 条 2 項）。

問3 任意出頭及び任意同行 正解(2)

(2)誤り。確かに、時間制限（刑訴法 203 条～206 条）を潜脱するとのそしりを受けるおそれがないではないが、最も重大な人権制約である身柄拘束につき慎重を期し、又は被疑者の名誉を保護する必要がある場合に、逮捕状発付済みというだけで被疑者の任意同行が一切認められなくなるわけではない。もちろん、上記のような批判を受けないよう、同行先と用件をはっきり告げるなど、同行に当たっては細心の注意を払うべきである。

問4 取調べ 正解(4)

(4)誤り。供述全体の趣旨に変更を及ぼすような、恣意的な部分的録取は許されないが、そうでない限り、被疑者の供述の全部を録取するか、一部を録取するかは、取調べ官の裁量に委ねられている。

問5 通常逮捕の実質的要件 正解(3)

(3)誤り。通常逮捕の要件である「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」とは、経験則に照らして、客観的・合理的な根拠のある犯罪の嫌疑をいい、通常人の良識ある合理的な判断に従って、被疑者が当該犯罪を行ったことが相当程度高度に認められなければならない（広島地呉支判昭 34・8・17）。捜査官個人の抱く主観的嫌疑では不十分である。

問6 再逮捕 正解(3)

(3)誤り。原則として同一犯罪事実について同一被疑者を再逮捕することは、刑訴法 203 条以下において逮捕・勾留について厳格な期間制限が設けられている趣旨に反するため許されない。もっとも、法は同一犯罪事実について同一被疑者を再逮捕することは予定しており（刑訴法 199 条 3 項）、逮捕・勾留の不当な蒸し返しに当たらない場合には、例外的に再逮捕が認められる。

問7 緊急逮捕の手続 正解(5)

(5)誤り。逮捕状の緊急執行により通常逮捕する場合は、できる限り速やかに逮捕状を示さなければならない（刑訴法 201 条 2 項・73 条 3 項ただし書）。そのため、逮捕後において被疑者に対して逮捕状の提示が大幅に遅れることが見込まれる場合で、緊急逮捕の要件が満たされているときは、緊急逮捕することができる。



問8 準現行犯逮捕 正解(4)

(4)誤り。「誰何されて逃走しようとするとき」(刑訴法 212 条 2 項 4 号)にいう「誰何」とは、本来は姓名を問い質すという意味であるが、これに限られず、相手方に対して現場的に接触を求めようとする行為を広く含む。ただし、犯人が「誰何され」という契機が必要であるから、いかなる罪の犯人かも不明な状況下で、単に警察官の姿を見て逃走しただけでは、「誰何されて逃走しようとするとき」には当たらない。これに対して、犯人に気付いた警察官が職務質問した場合や、職務質問のために近づいた場合など、警察官側からの何らかの働き掛けに反応して逃走したときは、本号に当たると解される。

問9 外国人被疑者の取扱い 正解(5)

(1)正しい。枝文のとおり(犯捜規範 232 条 3 項)。

(2)正しい。枝文のとおり。

(3)正しい。枝文のとおり。これは日中領事協定に基づく。

(4)正しい。領事機関に対する通報は、外国人被疑者の権利保障のためのものであるから、多重国籍者については、希望する1つ又は複数の領事機関に対して通報を行うのが妥当である。

(5)誤り。当該被疑者が日本名と外国名の両方を有している場合は、そのいずれについても署名を求めることとなる。

問10 事件の送致・送付 正解(1)

(1)誤り。刑訴法 246 条本文は、「司法警察員は、犯罪の捜査をしたときは、この法律に特別の定のある場合を除いては、速やかに書類及び証拠物とともに事件を検察官に送致しなければならない。」と規定しているところ、「特別の定めがある場合」とは、身柄事件における送致(刑訴法 203 条、211 条、216 条)告訴・告発・自首事件における送付(刑訴法 242 条、245 条)等である。被疑者が死亡したときの送致手続については、刑訴法等で何ら規定されていないから、通常の手続きに従うこととなる。

問 11 令状による捜索・差押えの手続 正解(1)

- (1)正しい。捜索差押許可状の提示（刑訴法 222 条 1 項・110 条）の趣旨は、令状の内容を了知させることによって、手続の公正さを担保し、被処分者の権利を保護することにある。したがって、被処分者が令状の内容を認識し得る程度に示さなければならない。
- (2)誤り。捜索差押許可状の執行については、公務所内であるとその他の人の住居内であることを問わず、「急速を要するとき」の例外規定（刑訴法 222 条 2 項参照）が置かれていないので、たとえ急速を要するときであっても、立会人が必要である（刑訴法 222 条 1 項・114 条）。
- (3)誤り。上記(2)の解説参照。
- (4)誤り。ぱちんこ店は、「夜間でも公衆が出入りすることができる場所」に当たるので、営業中であれば、令状に夜間執行の許可の記載がなくても、夜間の捜索・差押えを行うことができる（刑訴法 222 条 3 項・117 条 2 号）。しかし、閉店作業中は営業中とは言えないことから、枝文は誤り。
- (5)誤り。捜索・差押えに伴う「必要な処分」（刑訴法 222 条 1 項・111 条 1 項）は、被処分者に消極的な受忍義務を課すにすぎず、積極的な作為義務を課すものではない。

問 12 電磁的記録に係る差押え 正解(3)

- (3)誤り。夜間執行の制限に関する規定（刑訴法 116 条 1 項）は、捜査機関が行う捜索・差押えだけでなく、記録命令付差押えについても準用（刑訴法 222 条 3 項）されているので、枝文の場合、令状に夜間でも執行できる旨の記載が必要となる。

問 13 逮捕のための被疑者の捜索 正解(2)

- (2)誤り。逮捕のための被疑者の捜索は令状によらずに行うことができるから、捜索差押許可状の提示を求める刑訴法 110 条を準用する余地はなく、逮捕状の提示義務はない。もっとも、実務上は、逮捕状を所持している場合は、その存在を知らせる程度に提示し、逮捕状を提示することができない場合は、その要旨を告げることが妥当である。

問 14 押収物の措置 正解(2)

- (2)誤り。廃棄処分の対象である「危険を生ずる<sup>おそれ</sup> 虞がある押収物」（刑訴法 222 条 1 項・121 条 2 項）とは、ダイナマイト等の爆発物や伝染病原菌付着物のように、物理的に危険を生ずる蓋然性が極めて高いものを意味する。廃棄処分は、他人の所有権を著しく侵害する性質を有するから、やむを得ない場合の例外的な措置として行うべきであり、拳銃や日本刀のように、単にさびてしまうおそれがあるにすぎないものは、廃棄処分の対象とならない。

問 15 鑑定留置 正解(4)

(4)誤り。勾留中の被疑者に対し鑑定留置状が執行されたときは、被疑者が留置されている間、勾留は、その執行を停止されたものとみなされる（刑訴法 224 条 2 項・167 条の 2 第 1 項）。その後、鑑定留置処分が取り消され、又は鑑定留置の期間が満了したときは、前の勾留の効力が復活し、被疑者は残期間の執行を受けることとなる（刑訴法 224 条 2 項・167 条の 2 第 2 項・98 条 1 項）。

問 16 公判前整理手続 正解(5)

(5)誤り。公判前整理手続においては、「訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許すこと。」ができる（刑訴法 316 条の 5 第 2 号）。なお、この手続は、刑訴法 312 条の定めるところにより行われるので、「公訴事実の同一性を害しない限度」においてのみ可能である（刑訴法 312 条 1 項）。

問 17 弁護人選任の方式及び効力 正解(4)

(4)誤り。公訴の提起前にした弁護人の選任は、弁護人と連署した書面を当該被疑事件を取り扱う検察官又は司法警察員に差し出した場合に限り、第一審においてもその効力を有する（刑訴法 32 条 1 項、刑訴規則 17 条）。

問 18 自白法則及び補強法則 正解(4)

(4)誤り。自白の補強法則（刑訴法 319 条 2 項）により補強を要する範囲は、犯罪事実の客観的側面に限られる。さらに、判例は、補強証拠が必ずしも自白に係る犯罪組成事実の全部にわたって、もれなくこれを裏付けるものでなければならないというわけではなく、自白に係る事実の真实性を保障し得るものであればよいとしている（最判昭 23・10・30）。つまり、自白に係る犯罪事実が架空のものではないということが証明できる程度の範囲に存在すれば足り、当該犯罪の犯人が被告人であるという点の補強も不要である（最判昭 24・7・19）。

問 19 証拠とすることの同意 正解(5)

(5)誤り。同意の効力は同意者とその相手方にのみ及ぶので、同意をしなかった共同被告人に、他の共同被告人がした同意の効力は及ばない。

問 20 被疑者国選弁護制度 正解(3)

(3)誤り。枝文の場合、解任事由（刑訴法 38 条の 3 第 1 項 2 号）の存在が推認されるが、被疑者国選弁護人の解任は、刑訴法 38 条の 3 第 1 項各号の事由に該当する場合に、裁判官が職権で行う（刑訴法 38 条の 3 第 4 項）。被疑者自らが解任することはできない。