

## 2012年度同志社大学大学院入学試験問題解説 刑事法（刑法）

### 1 解説

第1問は、刑法総論中心の事例問題、第2問は、刑法各論中心の事例問題である。第1問は、実行行為、共犯における抽象的事実の錯誤など、第2問は、業務妨害罪における業務と公務の関係、犯人による犯人隠避の教唆などが主な論点である。

#### (1) 第1問

実行行為を担当した者と、そうでない者がいるときは、原則として、まず前者の罪責を検討し、次に後者の罪責を検討した方が解答しやすい。本問では、Xが正犯、Yが幫助犯であると考えられるから、Xの罪責を先に検討するのが自然であろう。

Xは、Aを脅してAの財布を奪っていることから、強盗罪または恐喝罪の成立が考えられる。問題は、Xの行為が強盗罪の実行行為といえるかである。強盗罪における脅迫は、被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであることが必要であるところ、①Xの脅迫は通常であれば反抗を抑圧するほどのものではなかったことから、強盗罪の実行行為に当たらず、恐喝罪が問題となるにすぎないという見解と、②Aは極端に臆病であり、かつ、Xはそのことを知っており、現にXの脅迫はAの反抗を抑圧するものであったことから、強盗罪の実行行為に当たるという見解がありうる。いずれにしても、そもそも実行行為性はどのように判断すべきかという点を踏まえつつ、自説を展開することが求められる。その上で、強盗罪または恐喝罪の他の要件を充足することにも触れる必要がある（簡潔でよい）。なお、XがAの自動車に近づこうとした時点で窃盗罪の実行の着手が認められるかという点も問題となりうるが、より重い強盗罪または恐喝罪が成立するので、窃盗罪の実行の着手については深く検討しなくてよいであろう。

Yについては、窃盗を幫助したところ、Xが強盗罪または恐喝罪を実行しているため、抽象的事実の錯誤が問題となる。判例・通説は、抽象的事実の錯誤について、認識した事実と発生した事実との間に構成要件の実質的な重なり合いがあるときには重なり合う限度で軽い罪が成立するとしている。これによると、本問では、窃盗罪の幫助犯が成立することになる。さらに、Yの行為がなぜ幫助に当たるのか、Yの幫助行為とXの強盗または恐喝の実行行為との間に因果関係があるかについても、言及することが望まれる。

#### (2) 第2問

Xは、インターネット上に無差別殺人を実行する旨の虚偽の犯罪予告をし、不特定多数の者が閲覧できる状態にさせ、これを閲覧した者からの通報を受理した警察をして出動や警戒等の「徒労の業務」を余儀なくさせた行為につき、偽計業務妨害罪の成否が問題となる。公務員の職務執行を暴行または脅迫で妨害すれば公務執行妨害罪が成立する。これに対し、人の業務を虚偽の風説の流布、偽計、威力、電子計算機損壊等の手段で妨害した場合に、公務を業務妨害罪によっても保護すべきか。この点につき、判例は、公務のうち、「強制力を行使する権力的公務」は、公務執行妨害罪のみの対象となるが、「強

制力を行使する権力的公務」ではない公務は業務妨害罪でも処罰可能と解する。「強制力を行使する権力的公務」が業務妨害罪の客体にならないのは、暴行・脅迫に至らない程度の威力や偽計による妨害は強制力により排除しうるからである。

一方、学説は錯綜しており、判例と同旨の限定積極説が有力であるが、無限定積極説や「強制力を行使する権力的公務」も偽計には無力であるとして偽計業務妨害罪の客体とする修正積極説の立場からは、偽計業務妨害罪が成立しうる。本問で問題なのは、警察官の職務は「強制力を行使する権力的公務」であるから、Xの行為は偽計業務妨害罪にあたらぬといえるかである。無限定積極説や修正積極説からは同罪成立が肯定されることになるのに対して、判例の限定積極説からは消極に解されるように見える。

しかし留意すべきは、警察官の職務といえば直ちにそのすべてが「強制力を行使する権力的公務」にあたるというわけではない点である。その職務には逮捕状による逮捕行為のように強制力を付与された権力的行為もあれば、相談受付業務等の非権力的公務も含まれる。警察官の職務には「強制力を行使する権力的公務」とそうでない公務が混在しているため、後者のみを保護の対象とするのは妥当ではないとも考えられる。東京高判平成21年3月12日（高刑集62巻1号21頁）は、警察官の職務に強制力を行使する権力的公務が含まれるからといって、これを除外した警察官の職務のみが偽計業務妨害罪の対象になると解すべきではないとして、両者を一体のものとして保護の対象にすべきであるとしている。このような理解に立つと、判例の立場からも、本件虚偽通報により、警察官に「徒勞の業務」を行わせ、「本来業務」の遂行を困難にした行為は偽計業務妨害罪にあたるか解することが可能である。設問については、いずれの立場からの解答も可能であるが、公務が業務に含まれるか、「強制力を行使する権力的公務」は業務妨害罪の客体に含まれるか、虚偽通報により警察官に「徒勞の業務」を行わせ「本来業務」の遂行を困難にした行為が偽計業務妨害にあたるかを判断する必要がある。なお、Xは、面白半分に行っている点で、故意の有無も問題となるため（「悪戯」といえる場合は軽犯罪法1条31号にあたるが、軽犯罪法に言及する必要はない）、業務妨害の認識・認容があったことの認定が必要である。

他方、後半の問題は、XがYに身代わり犯人になるよう依頼しているので、犯人による犯人隠避教唆の成否が問題となる。Yが身代わり自首して、捜査官に対し虚偽通報の犯人はY自身である旨虚偽の自供を行った行為は、犯人隠避罪にあたることは問題ないであろう。問題は、本罪の正犯にならないXに犯人隠避罪の教唆犯が成立するかである。自己隠避は犯罪とならないのに、他人に自己隠避を依頼した場合は犯人隠避にあたり解するのが判例の立場であり、通説は消極に解している。積極説は、隠避教唆行為は適法行為の期待可能性があること、防禦権の濫用であることを理由とし、消極説はその反対の理由をあげる。解答は、そのいずれの立場からでもよいが、本罪の保護法益に言及しつつ自説を明確にする必要がある。

## 2 評価のポイント

試験問題の難易度は、法学部の期末試験程度である。したがって、高度な理論的問題や最新の判例・学説を知っている必要はない。むしろ、刑法に関する基本的な事項について正確に理解することが重要である。

具体的には、①構成要件該当性→違法性阻却→責任阻却という犯罪論の体系を踏まえ（ただし、違法性阻却事由や責任阻却事由の存在しないことが明らかな場合には、そのことに触れる必要はないであろう）、構成要件該当性（実行行為、因果関係、故意・過失、未遂、共犯など）、違法性阻却（正当行為、正当防衛など）、責任阻却（責任能力、違法性の意識など）について、それぞれ基本的な内容を理解していること、②刑法の各則に規定されている主な犯罪の成立要件やその内容を理解していること、③事案における行為者の罪責を確定する上で、見解によって結論が分かれるような点や解決方法が複雑な点については、自説を示し、それを事案に当てはめて結論を出すこと、などが求められる。

なお、毎年、解答の途中で終わっている答案（いわゆる途中答案）が一定数見られる。90分間で2問解答しなければならず、解答用紙の枚数も限られているので、最初からあまり詳しく書きすぎると、時間も解答用紙も足りなくなってしまう。要点を簡潔に答えることを心がけてほしい。

2012年度同志社大学大学院入学試験問題解説  
刑事法（刑事訴訟法）

1 解説

第1問、第2問とも、場所に対する捜索許可状により捜索できる範囲を問う問題である。第1問は当該場所の居住者の携帯物に対する捜索の適否を、第2問は当該捜索の場所に居合わせた居住者以外の第三者の身体に対する捜索の適否を、加えて、第1問、第2問とも、それぞれの差押えの適否をも併せ検討しなければならない。

(1) 第1問

- ① 本問は、上記のとおり、場所に対する捜索許可状により捜索場所に居合わせた者の携帯品に対する捜索が許されるかという問題であり、最決平成6・9・8刑集48巻6号263頁をベースとするものである。
- ② 答案では、まずもって場所に対する捜索許可状によって、その場にある「物」の捜索ができるかどうかを検討すべきであろう。これができることに異論はなかるうが、点数に差がつくのは、その理由付けが適切になされているかどうかによる。
- ③ そのうえで、設問事例である人が携帯する場合においては、当該物に対し、捜索場所に置かれている場合（上記②の場合）に保護されるべきプライバシーとは別個に保護すべき利益が付け加わるかどうかを問題とすることとなろう。そして、別個の利益が付け加わるとはいえないとすれば、場所に対する捜索許可状により、その場に居合わせた者の携帯する物に対しても、捜索を行うことができることとなる。

以上の①から③が法解釈・判断枠組である。

- ④ 次に、当てはめを行うこととなる。上記の判断枠組に適切に当てはめれば、本問においては、Yの所持品であるボストンバッグに対して捜索することは適法であるということになる。
- ⑤ ④の結論を前提として、差押えの適否についても、法解釈・判断枠組と提示した上で（例えば、差押許可状に「差し押さえるべき物」として記載されたものであり、かつ被疑事実と関連性の認められるものに限り捜索することができる、等とすればよい）、本件の事実を当てはめることとなろう。

(2) 第2問

- ① 本問は、上記のとおり、場所に対する捜索許可状によってその場に居た者の身体に対する捜索が許されるか、許されるとするといかなる場合かを問題とするものである。
- ② 答案としては、場所に対する捜索許可状によりその場に居る者の身体への捜索が許されないことについて、論じる必要がある。そして、第1問同様、理由付けを適切に行うことが肝要である。理由付けとしては、⑦刑事訴訟法が捜索の対象として「人の身体」と「場所」について区別を設けていること（222条1項、102条）、⑧身体への捜索によって侵害されるプライバシーの利益は、場所に対する捜索によって侵害されるプライバシーの利益とは異質であって、場所に対するプライバシーの利益に包摂され

ているとはいえ、人の「身体」が「場所」に含まれることはあり得ないこと、の2点を理由としてあげれば足りよう。なお、㉗の点については、102条に代えて219条1項を掲げてよかろう。

- ③ そして、場所に対する搜索許可状によりその場に居る者の身体に対する搜索はできないとしても、例外的に、その場に居る者の身体の搜索が許容される場合があるかどうか、あるとすればいかなる場合かを検討することとなろう。

例外的に搜索できるとする見解としては、㉗一定の場合には、場所に対する搜索令状の効力が身体に及ぶと解する見解（東京高判平成6・5・11判タ861号299頁）、㉘当該者が搜索を妨害するときは、妨害排除（原状回復）の措置として、身体に対する搜索が許されるとする見解に分かているところ、どちらで解答しても構わない。

受験生の解答では、③の例外について言及するものはごく少数であった。受験生にとって、いささかレベルが高かったのかもしれない。

以上の①から③までが、法解釈・判断枠組である。

- ④ これに本問の事実を当てはめて、本件搜索について適法又は違法との結論を出すこととなろう。
- ⑤ 最後に、④の結論を前提として、現行犯逮捕の適否、そしてまた差押えの適否を論ずることとなろう。

## 2 評価

- (1) 今回の入学試験問題の難度は、法学部等で学んだことの応用という側面がないではないことから、受験生諸君にとっては、やや難しいと感じたかもしれない。しかしながら、いずれの法学部等においても、ここで問題とした論点に関しては、最決平成6・9・8を検討する際に必ず言及するはずの事柄であろう。
- (2) 試験の評価に当たって着目した点は、搜索差押許可状に基づく搜索及び差押えの基本的事項、すなわち、第1問に関しては場所に対する搜索許可状によって当該場所にある物を搜索できるか、第2問に関しては場所に対する搜索許可状によってその場に居る者の身体に対して搜索できるか、という基本的事項を理解していれば、最低限度の合格点を付与した。

## 3 その他

- (1) 法律試験の答案では、法の解釈・判断枠組と、当てはめ・結論をバランスよく論じることが肝要である。法解釈や判断枠組を示すことなく、問題文中の事実を並べ立てて、これらを総合すると適法（違法）であるといった類の答案は、法的三段論法を理解しないものとして、低い評価しか得られない。
- (2) 法解釈ないし判断枠組を提示に当たっては、その理由付けが肝要である。とはいうものの、理由付けとして、「捜査の必要」とか「実体的真実の発見」、「適正手続の保障」あるいは「実体的真実と適正手続の保障の調和の観点から」など、いわゆる「マジック・ワード」を用いた答案がかなりの割合を占めた。論文試験においては、いかなる論点であろうとも、常にこのようなマジックワードを書けば高得点が得られるとの誤

解が受験生諸君の間にあるように思われてならない。しかしながら、マジック・ワードから何らかの法解釈も判断枠組も導き出すことはできないことを知るべきである。

- (3) 刑法においても言及されていることであるが、いわゆる途中答案が散見された。途中答案とならないように、問題検討の段階で、検討時間、筆記時間の割り振りを各問について行う訓練をしておくことは、司法試験の合格にとっても、もっとも重要な事柄の一つである。