

客観的に窃盗罪の構成要件に該当するのみならず、窃盗罪の故意が認められる。Aの占有を侵害する認識を否定する場合は、Aの財布を占有離脱物と認識していたことになり、客観的には窃盗罪の構成要件に当たるとしても、主観的には占有離脱物横領罪の認識を有しているにすぎないこととなるので、抽象的事実の錯誤であることを指摘し、「構成要件の重なり合い」の有無を論じる必要がある。

さらに、甲は「財布の中の現金はもらい、借金の返済に使おう。」と考え、乙は「財布を捨ててしまおう。」と考え、Aから財布を奪っていることから、窃盗罪又は占有離脱物横領罪の不法領得の意思が問題となるところ、不法領得の意思の要否及び内容を明らかにした上、事実を具体的に指摘してその存否を認定する必要がある。

不法領得の意思について、権利者排除意思と利用処分意思のいずれも必要とする判例の立場で、乙に利用処分意思が認められないと考えれば、乙は器物損壊罪の構成要件に該当することになる。この立場では、甲がAから取った財布を甲の上着ポケットにしまったまま甲宅に向かい、同財布を甲宅の押し入れ内に隠した行為が器物損壊の「損壊」に該当することの説明が簡潔になされることを要する。乙は、甲に対して、「Aが強盗に襲われて死んだように見せ掛けよう。」と言っているので、犯跡隠滅目的にも利用処分意思が認められると考えれば、乙も窃盗罪又は占有離脱物横領罪の構成要件に該当することになるが、その場合は、犯跡隠滅目的に利用処分意思を認める理由が的確に説明されなければならない。他方、不法領得の意思について、不要説又は権利者排除意思のみで足りるとする立場によれば、乙も窃盗罪又は占有離脱物横領罪の構成要件に該当することになるが、その場合は、判例と異なる立場に立つ理由を的確に示す必要がある。

最後に、共同正犯の成否が取り上げられる。甲が窃盗罪又は占有離脱物横領罪、乙が器物損壊罪の各構成要件に該当すると考えた場合には、異なる構成要件間における共同正犯の成否が問題となるところ、共同正犯における共同実行の意義（行為共同説と犯罪共同説の対立）について簡潔に説明した上、結論を導き出さねばならない。

(4) 最後に、甲及び乙について、罪数を論じる必要がある。

〔第2問〕

本問は、覚せい剤取締法違反事件の捜査及び公判に関する事例を素材に、そこに生起する刑事手続法上の問題点、その解決に必要な法解釈、法適用に当たって重要な具体的事実の分析及び評価並びに結論に至る思考過程を論述させることにより、刑事訴訟法に関する基本的学識、法適用能力及び論理的思考力を試すものである。

〔設問1〕は、甲に対する覚せい剤取締法違反（営利目的譲渡）の被疑事実で甲方の搜索差押許可状の発付を受けた司法警察員が、甲方の搜索差押えを実施する際、甲方ベランダの柵を乗り越え、掃き出し窓のガラスを割って解錠して甲方に入ったこと（下線部①）、甲方にいた甲と同居する内妻の乙が携帯していたハンドバッグ内を搜索したこと（下線部②）、甲方にいた丙のズボンのポケット内を搜索したこと（下線部③）につき、それぞれ、その適法性を論じさせることにより、搜索差押許可状に基づく搜索についての正確な理解と具体的事実への適用能力を試すものである。

下線部①は、搜索に伴う付随的措置である「必要な処分」（刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項）として許容される法的根拠及びその限界を問うとともに、甲方ベランダの掃き出し窓を割って解錠して甲方に入った措置が令状の呈示前に行われていることの適否を問うものである。

この点に関し、被疑者に対する覚せい剤取締法違反事件につき、被疑者が宿泊しているホテル客室に対する搜索差押許可状の執行に当たり、搜索差押許可状の呈示に先立って警察官らが、搜索差押許可状執行の動きを察知されれば、覚せい剤事犯の前科もある被疑者において、直ち

に覚せい剤を洗面所に流すなど短時間のうちに差押対象物件を破棄隠匿するおそれがあったため、ホテル支配人からマスターキーを借りた上、来意を告げることなく、施錠された被疑者の客室ドアを開けて室内に入り、その後直ちに被疑者に搜索差押許可状を呈示したという事案において、「以上のような事実関係の下においては、搜索差押許可状の呈示に先立って警察官らがホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置は、搜索差押えの実効性を確保するために必要であり、社会通念上相当な態様で行われていると認められるから、刑法第222条1項、第111条1項に基づく処分として許容される。また、同法第222条1項、第110条による搜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべきであるが、前記事情の下においては、警察官らが令状の執行に着手して入室した上その直後に呈示を行うことは、法意にもとるものではなく、搜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって、適法というべきである。」と判示した判例（最決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁）があり、同判例に留意しつつ、「必要な処分」として許容される限界及び令状呈示時期に関する判断枠組みを明らかにした上で、本設問の事例に現れた具体的事実が、その判断枠組みにおいてどのような意味を持つのかを意識しながら、下線部①の行為の適法性を検討する必要がある。

本設問の事例においては、甲方を拠点にした組織性が疑われる覚せい剤の密売事案であること、水に流すなどして短時間に隠滅することが容易な覚せい剤が差押対象物件となっていること、覚せい剤は立証上重要な証拠であること、甲は覚せい剤取締法違反の前科3犯を有する者であり、初犯者と比較して警察捜査に関する知識経験を有していると考えられること、事前の捜査によって甲方には甲のほか乙、丙が出入りしており、搜索時に複数人が在室している可能性があったこと、甲が玄関ドアチェーンをつけたまま配達員に対応していたことなどから、捜査員が甲方室内に入るまでに時間を要する可能性が高い状況であるとともに、甲の協力が得られる可能性が低い状況にあると認められたこと、司法警察員Pが甲方玄関先の呼び鈴を鳴らしたところ、甲がドアチェーンを掛けたままドアを開けたことを具体的に指摘し、司法警察員Qらがベランダの窓ガラスを割って解錠して室内に入った措置について、搜索差押えの実効性を確保するために必要性があるのか、その態様は社会通念上相当な範囲内にあるのかといった観点から評価することが求められる。

また、手続の公正担保及び処分を受ける者の利益保護という令状呈示の趣旨から、令状呈示は、執行着手前に行われることが原則であることを論じ、事前呈示の要請と現場保存の必要性等に係る上記事情等を指摘・考量した上で、本件措置が令状呈示前に行われたことの適否を論じることが求められる。

下線部②は、刑事訴訟法が、搜索の対象を「身体」、「物」、「住居その他の場所」に分類し（刑事訴訟法第222条第1項、第102条）、これに従って搜索令状に処分の対象を特定して記載することを要求している（同法第219条第1項）ところ、特定の「場所」に対する搜索差押許可状の効力が、令状には明示的に記載のない「物」に及ぶことはあるのか、それはいかなる場合であって、どのような理由に基づいて認められるのかを問うものである。

この点に関し、「警察官は、被告人の内妻であった甲に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、同女及び被告人が居住するマンションの居室を搜索場所とする搜索差押許可状の発付を受け……、右許可状に基づき右居室の搜索を実施したが、その際、同室に居た被告人が携帯するボストンバッグの中を搜索したというのであって、右のような事実関係の下においては、前記搜索差押許可状に基づき被告人が携帯する右ボストンバッグについても搜索できるものと解するのが相当である」と判示した判例（最決平成6年9月8日刑集48巻6号263頁）があるが、同判例は搜索が適法との結論を導くに当たり、飽くまで「右のような事実関係の下においては……搜索できるものと解するのが相当である」と説示するにとどまり、特にその理

由を明示していないため、同判例に留意しつつ、場所に対する令状によって、その場所に居住する人がその場で携帯する物に対する搜索ができるかについての自説を各自が展開することが求められる。

基本的な考え方としては、場所に対する搜索差押許可状の効力は、当該場所の管理権者と当該場所にある物の管理権者が同一である場合には、場所に付属するものとして当該物にも及ぶ一方で、第三者の管理下にある物については、当該令状によって制約されることとなる管理権に服するものでない以上、その効力は及ばないという考え方が一般的であると思われるところ、本設問の事例においては、乙は甲と同居する内妻であること、乙は、司法警察員Qらが入室した時点で右手にハンドバッグを所持し、その後も継続して所持していることを具体的に指摘した上で、同バッグに甲の管理権が及んでいるかどうかを検討し、同バッグの搜索の適法性を論じることが求められる。また、同バッグは乙の管理権が及ぶものであるとした上で、甲方を搜索場所とする令状によって乙の管理権も制約されることになるかといった観点から、搜索の適法性を論じることにも可能である。

下線部③は、前記のとおり、刑事訴訟法は、搜索の対象として「場所」と「身体」とを区別しているところ（同法第219条第1項）、「場所」に対する搜索差押許可状によって「身体」に対する搜索を行うことが許されることはあるかを問うものである。

場所に対する搜索差押許可状の効力は、人の身体には及ばない以上、搜索すべき場所に居合わせた者の身体について搜索を実施することは当然には許されないものの、例外的にそれが許される場合があるか否か、許される場合があるとしていかなる場合にどのような理由で許されると解すべきかについての自説を各自が展開し、本設問に現れた具体的事実を的確に指摘、評価して、本件搜索の適法性を論じることが求められる。その際、具体的事実を本設問の事例中からただ書き写して羅列すればよいというものではなく、それぞれの事実が持つ意味を的確に分析して論じる必要がある。

本設問の事例では、差押対象物件は、覚せい剤、ビニール袋、注射器、手帳、メモなどの比較的小さい物が含まれていること、事前捜査により甲は甲方を拠点に覚せい剤を密売している疑いがあったこと、丙は甲方に頻繁に出入りしていたこと、司法警察員Qらが甲方に入室した時点で丙が右手をポケットに入れていたこと、丙が右手を抜いた後もポケットが膨らんだ状態であったこと、丙が時折ポケットを触るなど気にする素振り等を示していたこと、丙は司法警察員Qからポケットの中身を尋ねられても答えなかったこと、丙が再びポケットに手を入れてトイレに向かって歩き出したこと、丙は司法警察員Qの制止を無視して黙ったままトイレに入ろうとしたことを具体的に指摘し、それぞれの事実が持つ意味を的確に分析、評価して、自説への具体的な当てはめを行う必要がある。また、搜索を行うこと自体を適法とした場合には、司法警察員Qが丙の右腕を引っ張ってポケットから引き抜き更にポケット内に手を差し入れた行為が、刑事訴訟法第222条第1項、第111条第1項の「必要な処分」として又は（「必要な処分」として考えるまでもなく）本来行うべき搜索そのものとして許容されるか否かを論じる必要がある。

〔設問2〕は、甲証言をめぐる弁護人と検察官の証拠の取調べ請求のやり取りを素材として、刑事訴訟法第328条で許容される証拠の範囲を問うものである。具体的には、証拠1（甲を取り調べた司法警察員P作成に係る甲の供述要旨を記載した捜査報告書）、証拠2（司法警察員P作成に係る甲の供述録取書）及び証拠4（司法警察員Q作成に係る乙の供述録取書）は、甲証言と矛盾する内容であり、証拠3（検察官R作成に係る甲の供述録取書）は、甲証言と一致する内容であるところ、設問2-1は、同条により許容される証拠は自己矛盾供述に限られるか否か（証拠2、証拠4）、供述者の署名押印を欠くものも含まれるか（証拠1）を問うものである。設問2-2は、仮に設問2-1で

甲証言の証明力を争うための証拠として取り調べた証拠があったとして、証拠3が「甲証言の証明力を回復するため」の証拠として許容されるのか、すなわち、同条の「証明力を争うため」の証拠には、一旦減殺された証明力を回復させるための証拠も含まれるのかを問うものであるが、この点に関する最高裁判所の判例はなく、基本書等にはあまり記載がない分野であり、受験生の応用力を試すことを狙いとした設問である。

設問2-1は、「刑訴法328条は、公判準備又は公判期日における被告人、証人その他の者の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のものであり、別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については、刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨であると解するのが相当である。そうすると、刑訴法328条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑訴法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られるというべきである。」と判示した判例（最判平成18年11月7日刑集60巻9号561頁）があり、同判例に留意しつつ、伝聞法則や刑事訴訟法第328条の趣旨を踏まえた論述が求められる。同判例の立場に立てば、証拠1は甲の署名押印を欠くため、証拠4は乙の供述録取書であって甲の自己矛盾供述ではないため、いずれも、同条により証拠として許容されず、裁判所は証拠として取り調べる旨の決定はできないこととなり、証拠2は、同条により証拠として許容され、裁判所は証拠として取り調べる旨の決定ができることとなる。一方、同判決の立場に依拠しない場合には、それぞれの結論がどのような道筋で導き出されるのかについて相応の説得を持って説明することが求められよう。

設問2-2は、いわゆる回復証拠が同条により許容されるのかについて、同条の「証明力を争う」という文言の解釈を示した上で、そのみを肯定あるいは否定の根拠とするのは十分でなく、結論がもたらされる実質的な理由を示す必要がある。本設問の事例では、甲証言の証明力が証拠2によって減殺されたときに、甲証言の内容と一致する内容の証拠3が、いかなる理由で証明力の回復証拠となるのか、あるいは、ならないのかまで論じた上で、結論を導くことが求められる。

【選択科目】

〔倒産法〕

〔第1問〕

本問は、個人破産の具体的事例を通じて、支払不能と支払停止の概念、代理人弁護士による債務整理開始通知の支払停止該当性、支払不能状態の認定、免責不許可事由該当性の検討及び裁量免責の可否と考慮要素の検討等についての理解と事例処理能力を問うものである。

設問1は、最高裁判所平成24年10月19日判決集民241号199頁（以下「平成24年最判」という。）を念頭に、平成24年最判の事案では、債務者が給与所得者であったことと対比し、本問のAは個人事業者であるとの相違点があることを意識して、代理人弁護士Yが各債権者宛てに送付した本件通知が「支払の停止」に該当するかについて触れつつ、平成29年3月17日の時点でAに「支払不能」が認められるかについて論じることが求められている。なお、破産管財人Xは、AのHに対する50万円の弁済を否認することができるか否かを調査検討しているものではあるが、本問では、この弁済行為が否認できるか否かを問うものではないことに留意する必要がある。

解答に当たっては、まず、「支払の停止」を検討する意義、すなわち「支払の停止」と「支