

平成 22 年度

慶應義塾大学大学院入学試験問題

法務研究科

法律科目試験（マーク式）

- 注 意
1. 指示があるまで開かないこと。
  2. 受験番号と氏名は、解答用紙上のそれぞれ指定された箇所に必ず記入すること。さらに解答用紙の指定の欄をマークすること。
  3. 解答は、必ず解答用紙の指定の欄をマークすること。
  4. 解答用紙の解答欄にマークするときには、すべて HB の黒鉛筆を使用し、また、次の解答例に従うこと。  
(解答欄12) と表示のある問いに対して、「3」と解答する場合は、右に示すように解答欄 (12) の ③ にマークすること。
  5. 解答に際し、解答用紙の「注意事項」を必ず読むこと。
  6. 下書きの必要があれば、問題冊子の余白を利用すること。解答用紙の余白には何も書いてはいけない。
  7. この問題冊子は20頁ある。試験開始後ただちに落丁、乱丁等の有無を確認し、異常がある場合にはただちに監督者に申し出ること。

(12)

①

②

③

④

# 憲 法

以下の問題を読み、各問題に含まれる A と B の 2 つの文章がともに正しい場合には 0 を、A が正しく B が誤っている場合には 1 を、A が誤りで B が正しい場合には 2 を、A と B がともに誤っている場合には 3 を、それぞれ解答欄に記入しなさい。

## (解答欄 1)

- A. 判例によれば、法定相続分について嫡出子と非嫡出子との区別が生じるのは、憲法が24条で法律婚主義を採用したと解されるためであり、不合理な差別であるとはいえない。
- B. 判例によれば、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の 2 分の 1 とした民法の規定の立法目的は、嫡出子の立場を尊重するとともに、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護をはかることにある。

## (解答欄 2)

- A. 判例によれば、単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明する内容の謝罪広告を命じる判決は、その履行を謝罪者の自発的意思に求め、または、その強制も間接強制の手段による限りにおいて憲法19条に違反しない。
- B. 判例によれば、強制加入団体である税理士会が政治団体に対して金員を寄付することは、税理士に係る法令の制定・改廃に関する要求を実現するためである場合を除いては、税理士会の目的の範囲外であって許されない。

## (解答欄 3)

- A. 判例によれば、公立学校の教員についてその公務員たる地位における行動を対象とした批判は、それによって当該教員の社会的評価が低下することがあっても、その目的がもっぱら公益を図るものであり、その前提としている事実が主要な点において真実である場合には、名誉侵害の不法行為の違法性を欠く。
- B. 判例によれば、筆記行為の自由は、さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取することの補助としてなされる限りにおいて、憲法21条によって直接に保障されるため、ゆえなくこれを妨げてはならない。

(解答欄 4)

- A. 判例に照らせば、宅地開発のために土地を収用し、これを私人に分譲することは、「公共のために」私有財産を用いる場合にあたらないので、憲法上許されない。
- B. 判例に照らせば、財産権の制限に必要性・合理性が認められない場合には、これに対する補償の要否を問うまでもなく、違憲となる。

(解答欄 5)

- A. 判例によれば、戦争損害は、国民がひとしく堪え忍ばなければならなかった犠牲であり、国が政策的に何らかの配慮をするかどうかは別問題として、憲法29条3項を適用しての補償は憲法の予想しないところというべきである。
- B. 憲法29条3項の趣旨は、市場価格と完全に一致する価格を補償することにあるので、土地収用法における損失の補償につき、被収用地と同等の代替地等を確実に取得することのできる金額の補償を要する。

(解答欄 6)

- A. 判例によれば、公務員にも労働基本権が保障されるが、使用者に対する経済的地位の向上と直接関係があるとはいえない政治的目的のために争議行為を行うことは、そもそも憲法28条による保障を受けない。
- B. 判例によれば、勤労者の団結権の下、いわゆるユニオン・ショップ協定（労働組合員でなくなった者は解雇されるとする労使協定）は認められるが、その協定で特定の労働組合に加入しなければ解雇すると定めることは、それが労働者の組合選択の自由や他の労働組合の団結権を侵害する場合には許されない。

(解答欄 7)

- A. 判例によれば、憲法17条は、立法府に無制限の裁量権を付与するといった、法律に対する白紙委任を認めるものではなく、書留郵便について故意重過失の場合にまで国の賠償責任を免除することは違憲である。
- B. 判例によると、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにも拘わらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に国会議員の立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受ける。

(解答欄 8)

- A. 判例によれば、天皇は、日常生活において自然人として私法上の行為をなす限りにおいて、民事裁判所の裁判権に服するが、天皇の象徴としての地位に由来する公的行為については、民事裁判権は及ばない。
- B. 判例によれば、地方議会議員に対する3日間の出席停止の懲罰議決の効力は、当該議員の名誉にかかわる問題であり、その被る不利益が重大であるため、司法審査の対象となる。

(解答欄 9)

- A. 判例によれば、内閣総理大臣は、少なくとも内閣の明示の意思に反しない限り、行政各部に対し、随時、その所掌事務について一定の方向で処理するよう指導、助言等の指示を与える権限を有する。
- B. 通説によれば、日本国憲法は、行政事件の裁判も含めて全ての裁判作用を司法権としており、これを通常裁判所に帰属させているが、終審としてでなければもっぱら行政事件を担当する裁判所を設置することも認められる。

(解答欄10)

- A. 条例とは地方公共団体がその自治権に基づいて制定する自主法であることから、地方公共団体は、自己の地域内で行われる自治事務および法定受託事務について、法律の委任がなくとも条例を制定することができる。
- B. 通説によれば、条例の形式的効力は命令に優位するため、条例制定権は命令による制約を受けない。

# 民法

I 以下の文章を読み、誤っている選択肢を1つ選んで、その番号にマークしなさい。もし、誤っている選択肢がない場合には、0にマークしなさい。なお、見解が分かれている場合には、判例の立場によるものとする。

## (解答欄11)

- ① 未成年者が法定代理人の同意を得ずに法律行為をした場合には、その未成年者本人は、成年に達する前であっても、法定代理人の同意を得ることなく単独でその行為を取り消すことができる。
- ② 売買契約が制限行為能力を理由に取り消された場合には、当事者双方の原状回復義務は、民法533条の類推適用により、同時履行の関係に立つ。
- ③ 不当利得の返還において、善意の受益者は現存利益を返還すればよく、その善意とは、利得を受けた時点を基準に判断されるので、最初に善意であれば、法律上の原因のないことを認識した後に利益が消滅した場合でも、その消滅した利益については返還義務を免れる。
- ④ 土地の売買契約が詐欺を理由に取り消された場合には、土地所有権は売主に復帰するが、売主がその所有権を、取消し後に当該土地を上記買主からさらに買い受けた第三者に対抗するためには、登記を具備することを要する。

## (解答欄12)

- ① 保証人は、自己の債務について承認することにより時効の中断があったときであっても、主たる債務の消滅時効が完成すれば、その主たる債務の消滅時効を援用することができる。
- ② 詐害行為の受益者は、詐害行為取消権を行使する債権者の被保全債権の消滅により直接利益を受ける者であるから、その債権の消滅時効を援用することができる。
- ③ 売買予約に基づく所有権移転登記請求権保全仮登記のされた不動産につき、抵当権の設定を受けその登記を経由した者は、予約完結権の消滅により直接利益を受ける者であるから、予約完結権の消滅時効を援用することができる。
- ④ 既に第一順位の抵当権が設定された不動産につき、第二順位の抵当権の設定を受けその登記を経由した者は、第一順位抵当権の被担保債権の消滅により直接利益を受ける者であるから、その債権の消滅時効を援用することができる。

(解答欄13)

- ① 抵当不動産の賃料債権について、抵当権に基づく物上代位が可能であるが、転賃料債権については、抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合を除き物上代位は認められない。
- ② 抵当不動産の賃料債権について、抵当権に基づく物上代位が可能であり、抵当権者が差し押さえる前に賃料債権が譲渡されたとしても、抵当権者は譲受人に対して物上代位を対抗することができる。
- ③ 抵当不動産の賃料債権について、抵当権に基づく物上代位が可能であるが、賃借人が抵当権設定登記後に取得した債権により賃料債権に対して相殺を主張する場合には、物上代位に基づく差し押さえ前になされた相殺といえども、抵当権者に対抗することはできない。
- ④ 動産先取特権は、目的物の転売代金債権について物上代位が可能であるが、この転売代金債権が譲渡された場合には、債権譲渡が第三者対抗要件を具備する前に先取特権者が転売代金の差し押えをしない限り、譲受人に対して物上代位を対抗することはできない。

(解答欄14)

- ① 種類債権について、債務者により弁済が提供されると、債務者は履行遅滞の責任を免れるが、種類債権の特定は生じないこともある。
- ② 売買契約において、売主が約束の期日に買主が後日指定する場所で目的物を買主に引き渡す合意がされた場合、買主が引渡場所の指定をしない限りは、引渡期日をすぎても、売主は引渡義務について履行遅滞に陥ることはない。
- ③ 売買契約において、目的物の引渡しと代金の支払とが同一期日になされることが合意されたものの、買主がその履行期日に代金を支払わない明確な意思を売主に対して表示した場合には、売主が履行期日に目的物の提供をしなくても、買主は履行期日の経過と同時に代金債務について履行遅滞に陥る。
- ④ 特定の絵画の売買契約において、売買契約の目的物が贋作であったとしても、売主は目的物とされた絵画を買主に引き渡した以上、債務不履行の問題を生じない。

(解答欄15)

- ① AB夫婦は、3歳のCを、その両親DEの代諾で養子とした。その後ABはCの親権者をBと定めて離婚した。実際にBがCを引き取って育てている。Bは、Cが17歳になったとき、病気によって死亡した。実父母DEの親権は回復しない。
- ② AB夫婦は子がなかったので、養子を探ることにした。AはAの弟の子C25歳を養子にしたいと主張し、BはBの妹D50歳を養子にしたいと主張して互いに譲らない。Aは思いあまってBの署名を他人に依頼してABとCとの間の養子縁組届を作成して届け出、受理された。BC間の養子縁組はBに縁組意思がないから無効であり、AC間の縁組もまた夫婦共同縁組に反するので特別事情のない限り無効である。
- ③ C男とD女は、夫の氏(乙山)を称する婚姻をし、その間に子E、Fを儲けた。C、D、E、FはいずれもCを筆頭者とする戸籍に入籍されている。AB夫婦(甲野)は子がなかったので、遠縁にあたるCを養子とした。養子縁組により、C、D、E、Fは全員甲野氏となる。
- ④ AB夫婦は子がなかったので、遠縁にあたるCD夫婦の間の子E2歳を養子にすることとし、CD夫婦の代諾により養子縁組をした。ところが、Eは10歳くらいから非行に走り、平成21年Eは13歳となり、少年事件を起こし、また、家庭内暴力もひどくなった。そこで、ABはCDの代諾によりEと協議離縁した。上記協議離縁は有効である。



II 以下の文章を読み、正しいものの組み合わせを [選択肢] の中から1つ選んで、その番号にマークしなさい。なお、見解が分かれている場合には、判例の立場によるものとする。

(解答欄16)

- ① 法人の代表機関が法人を代表して法律行為をしても、その法人の目的の範囲外の行為であれば、法人にはその法律効果は帰属しない。
- ② 即時取得の要件としての善意・無過失は、法人については、第一次的にはその代表機関について決すべきであるが、その代表機関が代理人により取引をしたときは、その代理人について判断される。
- ③ 法人の使用人が法人の目的の範囲外の行為をした場合において、その法律行為の相手方が法人に対して不当利得の返還を請求するときは、使用人の悪意をもって法人の悪意とされるから、法人は悪意の受益者として返還義務を負う。
- ④ 取引的不法行為においては、被用者のなした取引行為が、その行為の外形からみて使用者の事業の範囲内に属するものと認められる場合においても、その行為が被用者の職務権限内において適法に行われたものでなく、かつ、その行為の相手方がその事情について悪意または重過失で取引をした場合には、使用者はその相手方に対して使用者責任を負わない。

[選択肢]

- 0. ①②
- 1. ②③
- 2. ①②③
- 3. ①②④
- 4. ①②③④

(解答欄17)

- ① 権限外の行為の表見代理に関する民法110条の規定は、法定代理にも適用される。
- ② 登記申請について、同一人が登記権利者、登記義務者双方の代理人となっても、債務の履行に当たるので、双方代理の禁止を定めた民法108条本文に反するものではない。
- ③ 無権代理人を本人と共に相続した者が、その後さらに本人を相続した場合においては、その相続人は、本人の資格で無権代理行為の追認を拒絶する余地はなく、本人が自ら法律行為をしたと同様の法律上の地位ないし効果を生ずる。
- ④ 無権代理により他人所有の不動産を売却した者が、その他人からその不動産の譲渡を受けた場合において、相手方が民法117条により履行を選択したときは、売買契約が無権代理人とその相手方との間に生じたのと同様の効果を生ずる。

[選択肢]

0. ①②
1. ②③
2. ①②③
3. ①②④
4. ①②③④

(解答欄18)

- ① 賃貸中の不動産につき共同相続があった場合に、賃貸人たる地位は共同相続人の準共有となり、賃料債権については相続分に応じて当然に分割債権として発生し、その後に遺産分割により当該不動産が共同相続人の1人の単独相続とされたとしても、過去の賃料債権についての法律関係には影響は及ぼさない。
- ② 預金が共同相続された場合に、預金債権は相続分に応じた分割債権となり、共同相続人の1人が預金全額の払戻しを受けた場合に、他の相続人は払戻しを受けた共同相続人に対して自己の債権額について不当利得返還請求ができ、これに対して払戻しを受けた共同相続人が自己の債権額を超えた部分の銀行による払戻しは無効であると主張して支払を拒むことはできない。
- ③ 賃貸中の不動産について、賃借人側に共同相続があった場合に、賃借人たる地位を準共有することになり、賃料債務は相続分に応じて分割債務となるが、遺産分割協議により特定の相続人を賃借人とすることができる。
- ④ 共同不法行為における複数の損害賠償義務者の損害賠償義務は、いわゆる不真正連帯債務であり、損害賠償請求権者が1人について損害賠償義務を免除しても原則として他の損害賠償義務者の損害賠償義務には影響がないが、損害賠償請求権者が1人の損害賠償義務者から一部の賠償を受け残額については他の損害賠償義務者を含めてもはや賠償請求をしない趣旨で残額を免除した場合には、他の損害賠償義務者も残額の債務につき責任を免れる。
- ⑤ 被用者が事業の執行につき他の者と共同不法行為を行った場合に、他の共同不法行為者が被害者に全額の損害賠償をしたならば、この者は、共同不法行為者である被用者には求償することはできるが、その使用者に対しては求償をすることはできず、使用者が被用者の不法行為を認容していた場合に限り求償が認められる。

[選択肢]

0. ①③
1. ①②④
2. ③⑤
3. ①②⑤
4. ④⑤

(解答欄19)

- ① Aはその所有する甲土地を、Bに対して、建物所有を目的として貸し渡した。Bは甲土地上に乙建物を建築し、これを子C名義で登記した。Aは甲土地をDに売却し、Dは所有権移転登記手続を了したうえ、Bに対し甲土地の明渡しを求めた。Bは明け渡さなくてはならない。
- ② Aはその所有する甲土地を、Bに対して、建物所有を目的として貸し渡した。Bは自宅を建築する資金がなかったため、甲土地を家庭菜園として使用していた。その後、Aは甲土地をCに売却し、Cは所有権移転登記手続を了したうえ、Bに対し甲土地の明渡しを求めた。Bは明け渡さなくてはならない。
- ③ Aはその所有する乙建物を、Bに対して居住用として、期間3年、賃料月額10万円、敷金30万円で貸し渡した。その後、Aは乙建物をCに売却して所有権移転登記手続を了した。Bは、期間満了時に乙建物を明け渡したうえ、Cに対して敷金を返還するよう求めた。Cはその求めに応じなければならない。
- ④ Aはその所有する乙建物を、Bに対して居住用として、期間3年、賃料月額10万円、敷金30万円で貸し渡した。ところが、Bは乙建物を不動産業者のあっせんによりCに対し、期間3年、賃料月額20万円、敷金100万円で貸し渡し、現にCがクリーニングの取次店として利用している。Aは賃貸借契約を解除し、Cに対して乙建物の明渡しを求めた。Cは明け渡さなければならない。
- ⑤ Aはその所有する乙建物を、Bに対して居住用として、期間3年、賃料月額10万円、敷金30万円で貸し渡した。ところがBは家賃を3か月間支払わないのでAは支払うよう催告した。それでも支払わないので解除して明渡しを求めた。Bは、Aの同意を得て畳やドアを新しくしているから、これを買取るよう求めている。Aはこれらの代金を支払わなければならない。

[選択肢]

0. ①②③④⑤  
1. ①②③④  
2. ①③⑤  
3. ②③④  
4. ③④⑤

(解答欄20)

- ① A は、Y 運転の普通乗用自動車に衝突されて即死した。A の相続人が妻 B と子 C であるとき、B は、Y に対し、B 固有の慰籍料とともに A の慰籍料請求権を相続した金額も請求できる。
- ② A は、1000万円の定期預金および現金300万円を有している。A が死亡し、その相続人は妻 B と子 C であるとき、上記定期預金および現金は相続分に応じて当然に分割される。
- ③ A は75歳、厚生年金で生活している。A は Y 運転の普通乗用自動車に衝突されて即死した。A の相続人である妻 B は、A の厚生年金受給権を相続により取得することはできないし、したがって厚生年金受給権は A の逸失利益にも算入されない。
- ④ A は75歳、T から乙建物を借り受けて、同所で内縁関係にある B と共に居住していた。A は子 C、D を遺して死亡した。C、D から立ち退きを求められた B は立ち退かなければならない。
- ⑤ A は75歳で子 C を遺して死亡した。死亡時、A には X からの借入金が3000万円残っていたので、C は相続を放棄した。A は生前生命保険に加入し、A 死亡時に3000万円の保険金が支払われる旨の約定であり、受取人は子 C と指定されていた。C が保険金を受領したとき、C の相続放棄は無効である。

[選択肢]

- 0. ①
- 1. ①②
- 2. ②④
- 3. ②⑤
- 4. ⑤

# 刑 法

(解答欄21) 罪刑法定主義の要請でないものとして最も適当なものを、次の0～4のうちから1つ選びなさい。

0. 刑罰は、民事法上は適法な行為に対しても、必要であれば科すべきである。
1. いかなる行為が犯罪で、それに対していかなる刑罰が科されるかは、国会が法律により定める必要がある。
2. 事後的に制定された罰則を遡及して適用し処罰することは許されない。
3. 犯罪の成立要件は不明確なものであってはならない。
4. 規制の目的に照らして過度に広範な処罰規定や、定められた犯罪に対して著しく均衡を失する法定刑を定める処罰規定は許されない。

(解答欄22) 刑法19条が定める没収の対象として正しいものを、次の0～4のうちから1つ選びなさい。

0. 犯罪組成物件 ——— 通貨偽造罪における偽造通貨
1. 犯罪供用物件 ——— 公然わいせつで脱いだ衣服
2. 犯罪生成物件 ——— 偽造通貨行使罪における偽造通貨
3. 犯罪取得物件 ——— 賭博によって獲得した金銭
4. 犯罪保安物件 ——— 殺人に使用されうる凶器のナイフ

(解答欄23) 以下のa)からe)は、刑法36条にいう正当防衛に関する記述であるが、その中で内容的に誤っているものは何個あるか。下の0～4のうちから選びなさい。

- a) 「防衛の意思」は、刑法36条の規定文言により明確に要求されている主観的な要素であるが、これを不要とする解釈も、正当防衛の成立範囲を拡げるものであって被告人に有利なものであるから、許される。
- b) 「急迫不正の侵害」にいう急迫性とは、「切迫した又は現在する」という意味であるから、専ら客観的に判断されるべきものであり、判例見解によれば、誰にでも当該侵害を一般的に予期できるような場合は、急迫性が否定される。
- c) 「防衛の意思」は、「急迫不正の侵害」に対する反撃として行っているという単純な認識があれば足りるので、反撃の結果としての死亡・傷害等の惹起の認識がある場合には、そのような認識が未必的なものであっても、「防衛の意思」は原則的に否定される。

- d) 具体的な反撃行為を「やむを得ずにした」か否かということの判断が行為時を基準として為されるべきものであるとすれば、当該反撃行為が惹起した攻撃者における法益侵害結果の重大性は、防衛行為の必要性の判断には直接の影響がないことになる。
- e) 「防衛の意思」は、「急迫不正の侵害」に対する反撃として行っているという単純な認識があれば足りるので、害を加えるというような意思が併存する場合には、そのような意思が副次的なものであっても、「防衛の意思」は原則的に否定される。

0. 0個    1. 1個    2. 2個    3. 3個    4. 4個

(解答欄24) 責任能力に関する以下の0～4の記述の中で内容的に正しいものが1つある。どれか答えなさい。

0. 責任能力とは、判例・通説によれば、自己の行おうとする行為の社会的な意味・善悪等を理解する能力（事理弁識能力）と、そのような理解に基づいて自己の行動を制御する能力（行動制御能力）との両者から成る。
1. 刑法39条1項にいう「心神喪失者」とは、責任能力を欠く者（責任無能力者）のことを意味し、判例見解によれば、事理弁識能力又は行動制御能力のいずれかを欠く状態にある者であれば足り、その原因が如何なるものであるかは問わないとされる。
2. 刑法39条2項にいう「心神耗弱者」とは、責任能力はあるが完全ではない者（限定責任能力者）のことを意味し、判例見解によれば、事理弁識能力及び行動制御能力の著しく減退した状態にある者のことであって、その原因は精神の障害ないし疾患でなければならないとされる。
3. 刑法39条1項にいう「心神喪失者」も、刑法39条2項にいう「心神耗弱者」も、刑法上の概念であり、被告人がそれらに該するか否かの最終的な判断は裁判所が下さねばならないが、判例見解によれば、精神医学の専門家に鑑定を求めた場合には、当然ながら、裁判所はその結果に従わなければならない。
4. 禁制薬物や酒・アルコール飲料の過剰摂取という自らの責めに帰すべき事由から精神に障害を来し、事理弁識能力又は行動制御能力の存在しない状態で罪となるべき事実を犯した者に対し、刑法39条1項を適用するのは正義に反するので、判例見解によれば、そのような場合には同条2項を適用しなければならない。

(解答欄25) 以下の未遂(罪)に関する記述の中で内容的に正しいものが1つある。その番号を答えなさい。

0. 未遂とは「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」場合を指すので、「これを遂げ」た既遂犯の構成要件が充足されない場合は、総て未遂として処罰が可能である。
1. 未遂とは「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」場合を指すので、「これを遂げ」た既遂犯が実定法上で規定されていない場合には、刑法44条にいう未遂罪は存在し得ない。
2. 未遂とは「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」場合を指すが、その場合に該るか否か、特に、犯罪の実行に着手したか否かは、行為者の主観的な計画や目的とは無関係であり、一般人を基準として客観的に判断すべきである、とするのが判例見解である。
3. 未遂とは「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」場合を指すので、「これを遂げなかった」理由によってはその法律効果に違いは生じないから、科学的には絶対に完遂が不可能であっても、一般人が当該行為を危険と感じて不安を煽られることになるときには、未遂として処罰することができる、とするのが判例見解である。
4. 未遂とは「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった」場合を指すが、「犯罪の実行に着手し」たものの「自己の意思により犯罪を中止した」とときには、結果的に「これを遂げ」てしまっても、刑法43条ただし書きの適用ないし準用により、いわゆる中止犯として刑の必要的減免を受け得る、とするのが判例見解である。

(解答欄26) 以下のa)からe)は、広い意味での共犯に関する記述であるが、その中で内容的に誤っているものは何個あるか。下の0～4のうちから選びなさい。

- a) 拘留又は科料のみに処すべき罪の共同実行者、教唆者及び従犯は、特別の規定がなければ、罰することができない。
- b) 刑法61条が、教唆犯に「人を教唆して犯罪を実行させた」ことまで要求するのは、正犯者を人格的に墮落させて道義的に非難される罪を犯させ、その報いとして害悪たる刑罰を受けさせるが故に教唆犯は処罰される、という考え方を前提として初めて説明することができる。
- c) 判例見解によれば、共同正犯にせよ、教唆・幫助にせよ、共犯とは、複数人が直接又は間接に同一の犯罪構成要件の充足を目指して行動する場合であるから、非意識的ないし非意図的な行動が中心である過失犯に対しては、共犯は認められないことになる。
- d) いわゆる必要的共犯である対向犯の一方当事者について法が処罰規定を置かない場合、その者を、可罰とされる他方当事者との共同正犯、あるいは場合により、他方当事者に対する教唆犯又は幫助犯として処罰することは、判例見解からすれば、如何なる場合であっても許されないことになる。

e) 特定の犯罪を実行する具体的な計画を既に有していた他人に、それと知らずに同種犯罪を行うように具体的に唆した者であっても、その唆す行為が当該他人により既に抱かれていた犯罪計画の実行の契機となった場合には、教唆犯として処罰される、とするのが判例見解である。

0. 1個    1. 2個    2. 3個    3. 4個    4. 5個

(解答欄27) 最高裁判所の判例の趣旨に合致するものとして最も適当なものを、次の0～4のうちから1つ選びなさい。

0. 被害者を殺害して財布を奪おうと考えて、まず被害者を殺害し、その後に被害者の内ポケットから財布を奪取した場合について、死者の占有を認めなければ、強盗殺人罪は否定される。
1. ガソリンスタンドに停車してあった他人の普通自動車を無断で4時間ほど乗り回したとしても、深夜であるため所有者による利用の可能性が低く、しかも元の場所に戻しておくつもりであったとすれば、不法領得の意思が認められないから、窃盗罪は成立しない。
2. 内縁関係にある者に対する刑法244条1項の準用は、一律に認められるべきではなく、内縁関係の継続期間、相互の財産に対する使用状況などを総合的に考慮して判断されなければならない。
3. Aの家に侵入して財布を窃取した者が、その後自転車で1km離れた公園に向かい、そこで財布の中を確かめたところ、3万円しか入っていなかった。そのため、再度同じ家に盗みに入ろうと思い、自転車で引き返して、最初の窃盗から30分後にふたたびAの家の玄関の扉を開けたところ、帰宅していた家人に発見されたため、逮捕を免れるためにポケットからナイフを出して刃先を示して脅し、家人が怯んだ隙に逃走した。この場合、事後強盗罪は成立しない。
4. 他人の所有する土地に無断で抵当権を設定すれば横領罪が成立し、その土地をさらに第三者に売却しても、重ねて横領罪が成立することはない。



(解答欄28) 以下の a)～e) から最高裁判所の判例の趣旨に適合するものを選択し、その個数を下の 0～4 のうちから選びなさい。

- a) 市街地の駐車場に駐車してある自動車に放火した場合、その近辺に駐車してあった自動車に延焼する危険が認められれば、たとえ刑法108条・109条1項所定の建造物等に延焼する危険が認められないとしても、同法110条1項の成立は認められる。
- b) 威力を用いて地方公共団体議会委員会における条例案採決等を妨害した場合、妨害の対象となった職務は強制力を行使する権力的公務ではないから、「業務」(刑法234条)にあたる。
- c) 就寝中の被害者に対してわいせつ行為をおこなった者が、覚せいした被害者による追及から逃走するために被害者に暴行をくわえて傷害を負わせた場合、この暴行は準強制わいせつ行為に随伴するものであるから、強制わいせつ致傷罪(刑法181条)が成立する。
- d) 刑法207条は、傷害致死罪にも適用される。
- e) 銀行の代表取締役社長が略取された場合、同銀行幹部は、身代金目的拐取罪における「近親その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者」(225条の2)にあたり得る。

0. 1個    1. 2個    2. 3個    3. 4個    4. 5個

(解答欄29) 刑法108条ないし110条に規定されている現住建造物等放火罪、非現住建造物等放火罪及び建造物等以外放火罪の客体に関する記述として誤っているものを、次の 0～4 のうちから 1つ選びなさい。

- 0. 現に人が住居に使用し、かつ、現に人がいる建造物は、108条の客体である。
- 1. 現に人が住居に使用し、かつ、現に人がいない建造物は、108条の客体である。
- 2. 現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいる建造物は、108条の客体である。
- 3. 現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない建造物は、109条の客体である。
- 4. 現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいる電車は、110条の客体である。

(解答欄30) 文書偽造罪に関する記述として正しいものを、次の0～4のうちから1つ選びなさい。

0. 有形偽造を処罰対象とし、文書の成立についての真正を保護する立場を、実質主義と呼び、原則として実質主義をとっている現行刑法では、公文書偽造罪（155条）は虚偽公文書作成罪（156条）よりも法定刑が重く、また、私文書の無形偽造は例外的にしか処罰されない。
1. 変造とは、真正に成立した文書の本質的部分に変更を加え、既存文書との同一性を欠く新たな文書を作成することをいい、有印公文書偽造罪（155条1項）と有印公文書変造罪（155条2項）は法定刑が同じである。
2. 運転免許をもたない者が、自己の氏名、生年月日、本籍、住所等の記載された運転免許証を偽造する行為は、作成者と名義人の人格的同一性に齟齬を生じさせないから、虚偽公文書作成罪である。
3. 公正証書原本不実記載罪（157条1項）及び免状等不実記載罪（157条2項）は、行為態様を虚偽の申立てに限定し、また、一定の文書を客体とする場合に限り、私人による公文書の間接的無形偽造を処罰するものである。
4. 作成名義人の承諾があると有形偽造が否定されることがあるのは、文書偽造罪の保護法益には作成名義人の利益という個人的法益が含まれているため、被害者の承諾があると違法性が阻却されるからであるとするのが、通説的見解である。



