

平成 24 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、判例の趣旨に照らして、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. 私人間の関係において、相互の社会的力関係の相違から一方が他方に優越し、事実上後者が前者の意思に服従せざるをえない場合には、後者の自由や平等を回復するために、憲法の基本権規定の類推適用を認める必要がある。
- B. 国が一方当事者として関与した行為であっても、私人と対等の立場に立って、私人との間で締結する私法上の契約は、特段の事情のない限り、私法の適用を受けるにすぎず、憲法の直接適用を受けるものではない。

(解答欄 2)

- A. 何が最低限度の生活かは厚生労働大臣の裁量にゆだねられているが、従来の保護基準を改定して不利益に変更することは、生存権の自由権的效果に反するため、目的の重要性と手段の必要性・合理性がなければ違憲となる。
- B. 請願権は、「参政権」的な役割を果たす能動的権利であるため、たとえば永住外国人が国会に対して地方参政権付与を請願することは許されない。

(解答欄 3)

- A. 性的に露骨な表現は、青少年の健全な育成を阻害するものであるため、成人の知る権利に制約が及ばない限り、青少年の保護のためにその流布を全面的に禁止することも認められる。
- B. 表現の自由の意義に照らせば、名誉毀損罪が成立するのは、当該発言が事実を虚偽と知っていながら行われたか、または、虚偽か否かをまったく気にかけずに行われた場合に限られる。

(解答欄 4)

- A. 内閣総理大臣が特定の神社に参拝したことによって、他の宗教の信者が精神的苦痛を受けたとしても、これを被侵害利益として、直ちに損害賠償を求めることはできない。
- B. 靖国神社および護国神社は、憲法89条にいう「宗教上の組織若しくは団体」に該当するため、地方公共団体が靖国神社や護国神社に玉串料等として公金を支出するのは、直ちに違憲である。

(解答欄 5)

- A. 職業の自由に対する制約が憲法22条1項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで決定されなければならない。
- B. 財産権に対する制約が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度を検討し、これらを比較考量して判断されなければならない。

(解答欄 6)

- A. 選挙運動は、あらゆる言論が必要最少限度の制約のもとに自由に競いあう場ではなく、各候補者は選挙の公正を確保するために定められたルールに従って運動するものと考えべきであり、憲法47条は、かかるルールについて立法裁量の余地を広く認めており、したがって、戸別訪問の禁止は、それに伴う弊害の除去という合理的な理由がある以上、立法府の裁量権の範囲を逸脱し憲法に違反するとは言えない。
- B. 憲法15条1項は、選挙権を保障するものであるが、被選挙権または立候補の自由について特に明記するところはないので、立候補の自由の制限については、立法政策の問題として、立法府の広い裁量が認められる。

(解答欄 7)

- A. 憲法第 8 章の地方自治の規定は、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、住民の意思に基づきその地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、在留外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、条例をもって、地方参政権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではない。
- B. 憲法93条にいう地方公共団体とは、事実上住民が経済的文化的に密接な共同生活を営み、共同体意識をもっているという社会的基盤が存在し、沿革的にも行政上も、相当程度の自主立法権、自主行政権、自主財政権等、地方自治の基本的権能を付与された地域団体であることを要するのであり、特別区はかかる基準を満たしており、上記地方公共団体に属するものと解するのが相当である。

(解答欄 8)

- A. 裁判所法 3 条にいう「法律上の争訟」とは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であるか、または、それが法令の適用により終局的に解決することができるものをいう。
- B. 国公立大学は公の教育研究施設について、学生は一般市民としてかかる公の施設である国公立大学を利用する権利を有するから、学生に対して国公立大学の利用を拒否することは、学生が一般市民として有する右公の施設を利用する権利を侵害するものとして司法審査の対象になると解されるので、大学の専攻科への入学が大学の学部入学などと同じく大学利用の一形態である以上、専攻科修了の認定、不認定に関する争いは司法審査の対象になる。

(解答欄9)

- A. 禁止される政治的行為の定めを人事院規則に委任する国家公務員法102条1項が、公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を具体的に定めることを委任するものであることは、同条項の合理的な解釈により理解しうる以上、それが懲戒処分の対象と刑罰の対象を区別せず、禁止行為の定めを一様に委任するものであるからと言って、憲法の許容する委任の限度を超えることになるものではない。
- B. 公務員による違法な争議行為をあおる行為に刑事罰を科す国家公務員法110条1項17号は、争議行為がもたらす公務の停廃が広く国民全体の共同利益を阻害することの重大さを理由とするものであるが、懲戒処分を下すことを超えて、刑事罰までも科すことは合理性に欠けると言わざるをえない。

(解答欄10)

- A. すべて司法権は最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属するところ、海難審判庁もその審判作用において準司法作用を担っており、家庭裁判所と同様、一般的に司法権を行う通常裁判所の系列に属する下級裁判所として法律によって設置されたものに外ならない。
- B. 裁判官に対し「積極的に政治運動をすること」を禁じている裁判所法52条1号は、一般職公務員に対し「政治的行為」を禁じた国家公務員法102条と異なり、禁止される行為類型について同号において限定列挙しており、また、委任を受けた裁判所規則においても具体的な行為が定められていることに照らすと、裁判官に対する政治運動禁止の要請は、一般職の国家公務員に対する政治的行為禁止の要請より強いものとは必ずしも言えない。

民法

I 以下の文章を読み、正しい選択肢を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11)

0. 制限行為能力者の相手方は、その制限行為能力者が行為能力者となった後、その者に対し、その取り消すことができる行為を追認するかどうか確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、その者が確答をしないときは、その行為を取り消したものとみなされる。
1. 制限行為能力者の相手方は、制限行為能力者が行為能力者とならない間に、その法定代理人、保佐人または補助人に対し、その権限内の取り消すことができる行為について、追認するかどうか確答すべき旨の催告をすることができる。この場合において、これらの者が確答をしないときは、その行為を取り消したものとみなされる。
2. 制限行為能力者の相手方は、被保佐人または被補助人に対しては、その保佐人または補助人の追認を得るべき旨の催告をことができ、被保佐人または被補助人がその追認を得た旨の通知をしないときは、その行為を取り消したものとみなされる。
3. 無権代理人の相手方は、本人に対し、追認するかどうかを確答すべき旨の催告をことができ、この場合において、本人が確答をしないときは、その行為を取り消したものとみなされる。

II 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。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12)

0. 債務者が抵当権者に対して債務の消滅を理由に抵当権設定登記の抹消登記手続を請求したのに対して、抵当権者が債権及び抵当権の存在を主張して請求棄却を求め、債権及び抵当権の存在が認められて原告の請求が棄却された場合、被告である抵当権者の答弁書に基づく主張は、その被担保債権について裁判上の請求に準じるものとして時効中断の効力が認められる。
1. 物の返還請求訴訟において、被告が留置権の抗弁を提出し、裁判所が留置権の抗弁を認めて被担保債権の履行と引換えに目的物の引渡しをなすべき旨の判決をなした場合、被告による留置権の主張は、裁判上の請求に準じた被担保債権の時効中断の効力を生じさせることはないが、被担保債権が履行されるべきものであることの権利主張の意思が表示されているものであり、これによる時効中断の効力が訴訟係属中存続し、被担保債権について当該訴訟の終結後6箇月以内に他の強力な中断事由に訴えれば、時効中断の効力は維持される。
2. 債権者がその債務者の権利を代位行使する代位訴訟を提起したり、債務者の行為を詐害行為としてその取消また財産の取戻しを求める訴訟を提起した場合、これを認容する判決が出されたとしても、被保全債権については時効中断の効力は生じない。
3. 不法行為を理由とした損害賠償請求については、判決まで債権額が分からないので、被害者である原告が一部請求である旨を明示していたか否かにかかわらず、当初の訴訟提起時に債権全体について時効中断の効力が認められる。

(解答欄13)

0. 民法175条は「物権は、この法律その他の法律に定めるもののほか、創設することができない」と規定しているが、判例は、慣習法による物権を認めている。
1. 所有権は排他的な権利であるが、集合物を担保のために譲渡する場合には、所有権移転の形式を採っても後順位の譲渡担保権の成立を認めることができる。しかし、後順位譲渡担保権者による実行は許されない。
2. 他人の土地に違法に建築された建物が、建物所有者以外の名義で登記されている場合、その名義人の同意を得ていたとしても、土地所有者は、登記簿上建物の所有者とされている者に対して土地所有権に基づいて建物の取去を求めることができない。
3. 物権的請求権は物の用益を内容とする物権についてのみ認められ、抵当権者は、目的不動産について物権的請求権は認められず、所有者の物権的請求権を代位行使するしかない。

(解答欄14)

0. 借地人が土地所有者である賃貸人に対して地上建物の買取請求をした場合、借地人は、代金債権に基づいて建物のみならず、その敷地についても留置することができる。
1. 民法上の留置権には優先弁済権が認められないので、留置物について競売するためには債権者として債務名義に基づいて強制執行手続きによる必要がある。
2. 留置権が成立する場合において、債務者である所有者が留置権者に対して留置物の使用を許諾したときは、所有者が留置物を第三者に譲渡したとしても、留置権者は前所有者である債務者より使用の許諾を受けたことを譲受人に対抗することができる。
3. 不動産が譲渡担保に供され所有権移転登記済である場合において、被担保債権の弁済期前に譲渡担保権者が目的不動産を第三者に譲渡し移転登記をしてしまったときは、当該不動産を譲り受けた第三者の所有権に基づく明渡請求に対して、当該不動産を占有する譲渡担保設定者は、譲渡担保権者に対する損害賠償請求権を被担保債権とする留置権を主張してこれを拒むことができない。

(解答欄15)

0. 債務者が債権の準占有者に弁済をした場合、債務者が善意・無過失であったときは、当該弁済は有効となるため、債務者は、当該弁済が無効であると主張して、準占有者に対して不当利得に基づく返還を請求することができない。
1. 預金者の相続人の一人が、当該預金全額の払い戻しを受けた後、他の相続人が銀行に対して当該預金の相続分に応じた払戻しを求めたため、銀行がその払戻しに応じた場合、銀行は先に預金全額の払い戻しを受けた相続人に対して、その相続分を超える利得につき不当利得に基づく返還を請求することができる。
2. 預金者の相続人の一人が、当該預金全額の払い戻しを受けた後、他の相続人から当人の相続分の預金の払戻しについて不当利得に基づく返還訴訟を提起された場合、払戻しを受けた相続人が、銀行に過失があって免責がないため、預金債権がなお存在することを理由にして、自らの不当利得の返還債務を免れることを主張することは、信義則に反して許されない。
3. 生命保険契約の保険金受取人が、無断で当該保険金の支払いを受けた者に対して不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起する場合、無断で保険金の支払いを受けた者は、保険会社に過失があって保険金の支払が有効な弁済とはならず、保険金受取人が依然として保険金請求権を有しているため、受取人に損害が発生したことを否認して損害賠償請求を争うことができる。

(解答欄16)

0. 民法565条は、数量指示売買において数量が不足する場合又は物の一部が滅失していた場合における売主の担保責任を定めた規定にすぎないから、数量指示売買において数量が超過する場合に、売主は、同条の類推適用を根拠として代金の増額を請求することはできない。
1. 借地権付き建物に対する強制競売においては、建物のために借地権が存在することを前提として建物の評価及び売却基準価額が決定され、売却がなされたことが明らかであるにもかかわらず、実際には建物の買受人が代金を納付した時点において借地権が存在しなかった場合、買受人は、そのために建物買受けの目的を達することができず、かつ、債務者が無資力であっても、強制競売による建物の売買契約を解除した上、売却代金の配当を受けた債権者に対し、その返還を請求することはできない。
2. 建物とその敷地の借地権とが売買の目的とされた場合、その敷地につき賃貸人において修繕義務を負担すべき欠陥が売買契約の当時に存していたとしても、当該欠陥は売買の目的物の隠れた瑕疵には該当しない。
3. 売買の瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求権は1年の除斥期間に服するが、買主が損害賠償請求権を保存するためには、売主に対し、具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害賠償請求をする旨を表明し、損害額やその算定根拠を示すなどして、売主の担保責任を問う意思を明確に告げる必要がある。

(解答欄17)

0. 請負契約において、請負人が仕事を完成しない間は、注文者は、請負人に対して損害の賠償をして、契約をいつでも解除することができるが、目的物が可分で当事者が完成した部分につき利益を有するときは、その完成した部分についての解除は認められない。
1. 建物の建築請負契約において、当該建物の安全性を欠く瑕疵があって建て替えを要する場合、注文者は、民法635条ただし書きによって土地の工作物について解除が制限されているにもかかわらず、それと経済的な効用が等しい建て替え費用の賠償を請求することができる。
2. 委任契約において、単に委任者の利益のみならず受任者の利益のためにも委任がなされている場合、やむを得ない事由がなくとも、委任者が委任契約の解除権自体を放棄したものと解されない事情があるときは、委任者は、受任者の損害を賠償して、契約を解除することができる。
3. 委任契約は、委任者または受任者の死亡によって終了するため、委任者が死亡した場合に備えて、受任者との間で、委任者が死亡した後の委任者の財産管理を委任する内容の契約を締結していたとしても、その委任契約は委任者の死亡によって終了する。

Ⅲ 以下の文章を読み、正しいものの組合せを〔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18)

- ① 他人所有の動産を所有者から保管を依頼されて占有している者が、その動産を所有者の代理人と偽って第三者に売却し引き渡した場合には、第三者が代理権の存在につき善意無過失であれば、即時取得による所有権の取得が認められる。
- ② 代金完済まで所有権を留保する特約で動産を販売し、その動産が買主に引き渡された場合、売主は、所有権を留保したことについて対抗要件を満たしていなければ、買主からさらにその動産を転得した第三者に所有権留保を対抗できないので、第三者の保護のために即時取得を問題にする必要はない。
- ③ 動産の引渡しを受けた第三者が、動産につき即時取得を主張する場合、第三者の善意は推定されるが、無過失までは推定されないので、第三者の側で自己の無過失を立証しなければならない。
- ④ 即時取得の要件としての引渡しは、第三者が現実の占有を取得することが必要であり、占有改定や指図による占有移転がされただけでは、未だ引渡しという要件を満たしているとはいえない。
- ⑤ 盗品または遺失物を第三者が公の市場で善意・無過失で取得した場合、被害者または遺失者は、当該動産の返還を請求することができるが、第三者は、被害者または遺失者から返還を請求されても、代価の弁償がなされるまでは、当該動産の使用収益権限を失わない。

〔選択肢〕

0. ①②③
1. ②④
2. ③⑤
3. ⑤

(解答欄19)

- ① 被用者の行為により失火が発生した場合、使用者の使用者責任につき、重過失の有無は、使用者による被用者の選任・監督について考慮される。
- ② 責任を弁識する能力のない未成年者の行為により火災が発生した場合、未成年者の監督義務者の責任につき、重過失の有無は、監督義務者による未成年者の監督について考慮される。
- ③ 建物賃借人の同居人の行為により賃借建物の失火が発生した場合、賃借人の債務不履行責任につき、過失の有無は、同居人につき考慮される。

- ④ 承諾転貸において、建物転借人の行為により賃借建物の失火が発生した場合、賃借人の債務不履行責任につき、過失の有無は、賃借人による転借人の選任・監督について考慮される。
- ⑤ 製造業者が製造した製造物の欠陥により火災が発生した場合、製造業者の製造物責任につき、重過失の有無は、製造業者による製造物の製造、設計または警告について考慮される。

[選択肢]

0. ①②
1. ①④
2. ②③
3. ③④
4. ⑤

(解答欄20)

- ① 相続人は、相続開始前に相続を放棄することができない。
- ② 夫が死亡し、妻 A と未成年子 B が共同相続人である場合、相続開始後、A は B の法定代理人として、B について相続の放棄をなすことができない。
- ③ 相続人は、相続開始前に遺留分を放棄することができない。
- ④ 夫が死亡し、妻 A と未成年子 B が共同相続人である場合、共同相続人以外の者に対してのみ贈与・遺贈がなされたときは、相続開始後、A は B の法定代理人として、B について遺留分の放棄をなすことができない。
- ⑤ 共同相続人は、相続開始後、遺産分割前に、相続財産となった不動産につき、相続分に応じた共有持分権を放棄することができない。

[選択肢]

0. ①
1. ①②
2. ①③
3. ②③④
4. ③④⑤

刑 法

(解答欄21) 次の事例で A に成立する犯罪について、最も異論のないものはどれか。下の 0.～4. のうちから選びなさい。

A は、B の態度に腹を立て、暴行を加えたところ、B が失神してしまった。その段階で、B の所持する財布に気づき、これを取得し、さらに、怒りをこめて暴行を続け、B が傷害を負ったが、いずれの暴行が原因かは不明であった。

0. 強盗致傷罪
1. 傷害罪と窃盗罪
2. 暴行罪と占有離脱物横領罪
3. 傷害罪と強盗罪
4. 暴行罪と窃盗罪

(解答欄22) 次の五つの文章の中で明らかに誤っているとはいえないものの組合せはどれか（文章に含まれる条数は正しいものとする）。下の 0.～4. のうちから選びなさい。

ア 暴行罪（刑208条）や傷害罪（刑204条）の構成要件該当性は、被害者の同意もしくは承諾があれば、それだけで阻却されるとするのが、最高裁判所の見解である。

イ 窃盗罪（刑235条）の構成要件該当性が被害者の同意もしくは承諾によって阻却されるのは、「窃取」という行為に該らないからである。

ウ 自殺も殺人罪（刑199条）の構成要件該当性を認められるが、被害者の同意もしくは承諾があるのと同じ場合といえるので、違法性が阻却されると解するのが、現在の通説である。

エ 殺人罪（刑199条）の違法性は、被害者である他人の同意もしくは承諾があっても、原則として阻却されないという立場を採っているのが、現行刑法である。

オ 暴行罪（刑208条）や傷害罪（204条）の違法性は、被害者の同意もしくは承諾があれば、それだけで阻却されるとするのが、最高裁判所の見解である。

0. アーオ
1. イーエ
2. ウーエ
3. イーオ
4. アーウ

(解答欄23) 次のアからエまでの事例のうち、判例の趣旨によれば、行為者の暴行又は過失行為と被害者の死亡結果の間に刑法上の因果関係が認められるものはいくつあるか。下の0.～4.のうちから選びなさい。

ア 行為者が被害者に対し左眼を蹴りつける暴行を加えて傷を負わせたところ、被害者は脳梅毒にかかっており脳に高度の病的変化があったため、脳組織が崩壊して死亡した。

イ 行為者が被害者に対し頭部を多数回殴打する暴行を加えて気絶させ、放置したところ、第三者がさらに被害者の頭部を角材で殴打する暴行を加え、数時間後、被害者は死亡した。死因となった傷害は、行為者の暴行により形成されたが、第三者の加えた暴行により、死期が幾分か早められた。

ウ 行為者は、被害者に対し、底の割れたビール瓶でその後頸部を突き刺す暴行を加え、同部血管損傷の傷害を負わせた。この傷害は多量の出血を来すものであったが、被害者はただちに医師の治療を受け、いったんは容体が安定した。ところが、その後、被害者は、医師の指示に従わず安静に努めなかったために治療の効果が上がらず、容体が急変し、上記傷害に由来する脳機能障害により死亡した。

エ 行為者は、自動車を運転中、過失により自車を被害者運転の自転車に衝突させ、被害者は、上記自動車の屋根にはね上げられた。行為者はそのことに気づかず走行を続けたが、衝突地点から4キロメートル隔てた地点で、上記自動車の同乗者がこれに気づき、時速10キロメートルで走行中の上記自動車から被害者の身体を引きずり降ろし、路上に転落させた。被害者は、頭部打撲に基づくくも膜下出血により死亡したが、この頭部打撲が、最初の上記自動車との衝突によって生じたものか、路上への転落によって生じたものかは判明しなかった。

0. 0個 1. 1個 2. 2個 3. 3個 4. 4個

(解答欄24) 窃盗罪の成否に関する次の記述のうち、判例の見解に適合しないものはいくつあるか。下の0.～4.のうちから選びなさい。

ア 校長の失脚を狙って、教育勅語謄本を教室の天井裏に隠した行為は、窃盗罪に当たる。

イ 古物商の店舗で上衣の試着を許された者が店員の間隙を見て逃走した行為は、窃盗罪に当たる。

ウ 競売手続の進行を遅らせる目的で裁判所内の競売場から競売記録を持ち去った行為は、窃盗罪に当たる。

エ 旅館の宿泊客が入浴時に脱衣場に置き忘れた腕時計を取る行為は、窃盗罪に当たる。

0. 0個 1. 1個 2. 2個 3. 3個 4. 4個

(解答欄25) 次の五つの文章の中で正しいものの組合せはどれか。下の0.～4.のうちから選びなさい。

- ア 不真正不作為犯とは、作為犯の構成要件を定めた規定を不作為犯に準用する場合をいう。
- イ 不真正不作為犯とは、不作為犯の中で真正不作為犯でないもの、すなわち、犯行が作為義務に違背する形においては記述されていない場合を指す。
- ウ 不真正不作為犯とは、真正の不作為とはいえない所作によって構成要件が充足される犯罪類型を指す。
- エ 不真正不作為犯とは、本来的には不作為犯ではないが、先行行為のある場合等を含め、条理上処罰に値するとして、不作為犯とみなされる犯罪類型を指す。
- オ 不真正不作為犯とは、作為と不作為のいずれによっても充足されうる構成要件を、不作為によって充足する場合を指す。

0. アーイ 1. イーエ 2. ウーエ 3. イーオ 4. アーウ

(解答欄26) 下記は、刑法36条1項にいう「やむを得ずにした行為」(平成7年改正前の「已ムコトヲ得ザルニ出デタル行為」)の解釈に関する最高裁判決の理由中の文章である。①及び②の()内に入る語句の組合せとして正しいものはどれか。下の0.～4.のうちから選びなさい。

「刑法36条1項にいう『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として(①)のものであること、(②)反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味するのであつて、反撃行為が右の限度を超えず、したがつて侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であつても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではないと解すべきである。」

- 0. (①) 必要性を有する (②) すなわち
- 1. (①) 必要性を有する (②) および
- 2. (①) 必要最小限度の (②) すなわち
- 3. (①) 必要最小限度の (②) および
- 4. (①) 役立ちうる (②) および

(解答欄27) Aは、自分が犯したクレジットカード詐欺事件の証拠になることを恐れてそれに使用したクレジットカード(クレジットカード会社所有のもの)を破棄して捨てた。この行為に関する記述として正しいものはどれか。下の0.～3.のうちから選びなさい。

0. 証拠隠滅罪と私用文書毀棄罪の観念的競合となる。
1. 証拠隠滅罪と器物損壊罪の観念的競合となる。
2. 証拠隠滅罪のみが成立する。
3. 器物損壊罪のみが成立する。

(解答欄28) 次の五つの文章の中で誤っているものはどれか(文章に含まれる条数は正しいものとする)。下の0.～4.のうちから選びなさい。

ア 外患誘致罪(刑81条)の法定刑は、死刑のみである。

イ 被拐取者の解放による刑の減輕(刑228条の2)は、裁量的である。

ウ 犯人又は情を知った第三者が収受した賄賂の没収(刑197条の5)は、必要的である。

エ いわゆる中止犯(刑43条ただし書き)における刑の減免は、必要的である。

オ 自首(刑42条1項)における刑の減輕は、裁量的である。

0. ア 1. イ 2. ウ 3. エ 4. オ

(解答欄29) 詐欺罪に関する次のアからオまでの各記述の中で誤っているものの組合せはどれか（見解の対立のありうる点については、判例又はその趣旨に沿って検討すること）。下の0.～4.のうちから選びなさい。

ア 甲は、Aを介して面識のないB名義のクレジットカードを入手し、加盟店において、Bに成りすましてこのカードを使用して商品を購入した。この場合、甲が、カードの使用をBは承諾しており、自己の使用分もBにおいて決済されるものと誤信していたとしても、詐欺罪が成立する。

イ 甲は、飲食店において、支払いの意思・能力がないのに飲食物を注文し、その提供を受けた。この場合、甲が自己の支払い意思・能力について明示的に虚偽を述べていない限り、詐欺罪は成立しない。

ウ 甲は、飲食店において、飲食後に財布を忘れたことに気づき、店の主人に「知人を見送りに行ってくる」と虚偽を述べ、その承諾を得て店先に出て、そのまま逃走した。この場合、詐欺罪が成立する。

エ 甲は、一般に市販され、容易に入手可能な電気按摩器を、一般には入手困難な特殊治療器で高価なもののように装って、市価でAに販売した。この場合、詐欺罪が成立する。

オ 甲は、銀行窓口において、預金通帳を第三者に譲渡する意図を秘して、預金口座の開設及びそれに伴う自己名義の預金通帳の交付を申し込み、上記意図を知らない係員から預金通帳の交付を受けた。この場合、詐欺罪が成立する。

0. アーイ 1. アーウ 2. ウーエ 3. エーオ 4. イーウ

(解答欄30) 学生 A 及び B は、不正な方法によりパチスロ機からメダルを獲得する行為の刑法的評価をめぐって議論している。次の発言中の①から④までの()内に入る語句の組合せとして適切なものはどれか。下の0.～4.のうちから選びなさい。

学生 A 体感器という大当たりの確率を不正に高める電子機器を身体に装着して遊戯した事案に関して、「通常の遊戯方法の範囲を逸脱するものであり、パチスロ機を設置している店舗がおよそそのような態様による遊戯を許容していないことは明らか」であるなどとして、
(①) 罪の成立を認めた最高裁決定があるね。

学生 B 弁護人は、被告人が獲得したメダルが、体感器を実際に作動させて得たものか分からないから、被告人の行為とメダル獲得の間には(②)がない旨主張して争ったんだ。これに対し、最高裁は、体感器を「身体に装着し不正取得の機会をうかがいながら…遊戯すること自体」を(①)罪の実行行為として、獲得したメダル全部について同罪の成立を認めているね。

学生 A 僕は、体感器をまだ作動させていなくても、その機会をうかがいながら遊戯を開始すること自体、(③)ことを重視すべきだと思う。

学生 B でも、(③)ことだけを重視するのなら、(①)罪の成立範囲が広がり過ぎないかな。入店が禁止されている18歳未満の者のパチスロ遊戯が全て(①)罪になりかねないよ。また、最近の判例には、被告人が、パチスロ機に針金を差し込んで誤動作させる「ゴト行為」によりメダルを不正に取得することを甲と共謀し、甲がゴト行為を行い、被告人は店内の監視カメラから甲の行為を隠ぺいするために甲の隣のパチスロ機において通常の方法で遊戯した事案に関するものがあるね。甲と協力してゴト行為により不正にメダルを獲得しようとする被告人の来店自体、(③)とすれば、甲がゴト行為によって獲得したメダルだけではなく、被告人が自分の台で獲得したメダルについても(①)罪が成立することになるはずだよ。

学生 A その事案について最高裁は、被告人が自分の台で獲得したメダルについては(①)罪の成立を否定した。判示された理由は、被告人が自ら取得したメダルについては、(④)取得したというものだ。そうすると、その基準と(③)か否かという基準の関係が問題となりそうだね。

0. ①－詐欺 ③－メダル管理者の意思に反する
1. ②－因果関係 ④－メダル管理者の意思に反しない方法により
2. ①－電子計算機使用詐欺 ②－因果関係
3. ①－窃盗 ③－メダル管理者の意思に反する
4. ②－因果関係 ③－通常の遊戯方法の範囲を逸脱する

