

平成16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。  
(解答例) 

(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12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)
0
1
2
3
4

## 憲 法

I 判例に照らして、以下の文章の正誤を判断し、正しい場合には解答欄の0をマークし、誤っている場合には1をマークしなさい。

(解答欄01) 憲法38条2項は不当に長く抑留、拘禁された後の自白は証拠とすることができないと規定するが、判例では、自白と不当に長い抑留または拘禁との間に因果関係のないことが明らかなきときは、その自白を証拠とすることができるとされている。

(解答欄02) 株式会社の政党への政治献金を原則合法とする一方、強制加入団体である税理士会の政党への政治献金を違法とする判例理論から考えれば、税理士会と同じく強制加入団体である弁護士会が特定法案に関する諮問に対し答申を行うことも違法となる。

(解答欄03) 最高裁判所は、酒税の適切な徴収を目的とした酒類販売免許制についての判例において、これが積極目的による規制であることを決め手に、緩やかな違憲審査基準を採用することを宣言して、これを合憲であると判決した。

(解答欄04) 学則による規制と学生の政治活動の自由とが衝突した事件において、判例は、間接適用説の立場から、私立大学の学則制定の自由と学生の政治活動の自由とを比較衡量し、許可なく外部政治団体に加入することを禁止する学則の規定は公序良俗に反すると判示した。

(解答欄05) 内閣総理大臣は、憲法72条等によって与えられたその地位と権限に照らせば、閣議による個別具体的な決定がなくとも、閣議決定で基本的な方針が示されている場合に限り、流動的で多様な行政需要に遅滞なく対応するため、行政各部に対し、随時、所掌事務につき一定の方向で処理することを指示する権限を有すると解される。

(解答欄06) 憲法94条は、地方公共団体は法律の範囲内で条例を制定することができるかと定めている。その際、条例の規律するある事項について国の法令中にこれを規律する明文の規定がない場合には、かかる事項を規律する範囲内で、条例の存在が優先するため、国の法令との矛盾衝突という問題は生じない。

II 次の小問を読み、それぞれの指示に従って解答欄にマークしなさい。

(解答欄07) 外国人の地方参政権についての最高裁判決の内容として正しいのは0, 1のいずれか。

0が正しい場合には解答欄の0をマークし、1が正しい場合には1をマークしなさい。

0. 公務員の選定罷免権を保障する憲法15条1項の規定は、日本国民すなわち日本国籍を有する者のみをその対象とし、また、憲法93条2項の「住民」も地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味すると解するのが相当である。それゆえ、憲法は、地方公共団体の議員の選挙につき外国人の地方参政権を保障したものとはいえない。
1. 公務員の選定罷免権を保障する憲法15条1項の規定は、日本国民すなわち日本国籍を有する者のみをその対象とし、また、憲法93条2項の「住民」も地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味すると解するのが相当であるが、日常生活と密接な関係にある公共的事務処理については国籍を問わず住民としての意思を反映すべきであるため、外国人のうち永住者には地方参政権を付与することが憲法上要請される。

(解答欄08) 以下の文章中、下線部①から④の語の中で誤っているものはどれか。下記の0から3のうち正しいものを1つ選んで解答欄にマークしなさい。

安保条約の合憲性に関して、最高裁判所は、大要、主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係を持つ高度の政治性を有するものであるため、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものである、と判示している。ここで展開された法理は、いわゆる統治行為論<sup>①</sup>と類似するものであるが、「一見極めて明白に違憲無効」の場合に司法審査は可能であるとしているため、むしろ自律権論に近い。他方、統治行為論は、法の支配の重大な例外を認める法理であるが、その論拠は必ずしも一様ではなく、裁判所が高度に政治的な問題に対して審査を行うことから発生する混乱を回避する必要を論拠とする自制説と、高度の政治性を伴う法的紛争に対する審査は、政治的に無責任な司法の権限外にあるとする内在的制約説<sup>②</sup>とが存在している。

0. 下線部①  
1. 下線部②  
2. 下線部③  
3. 下線部④

(解答欄09) 以下のA, Bに関して, 判例・通説に照らして, それぞれの文章の正誤を表す組み合わせとして最も妥当なものはどれか。下記の0から3の中から選び, 解答欄にマークしなさい。

A: 課税条件を通達で変更する場合, 通達の内容が当該税法の正しい解釈に合致する以上, その通達は単なる処分ではなく法令そのものといえるので, 憲法84条の租税法律主義に反しない。

B: 国立大学の授業料は, 一方的・強制的な賦課徴収にかかるものではないので, その条件を法律によって定めなくとも, 憲法84条の租税法律主義に反しない。

0. Aは正しいが, Bは誤りである。
1. AもBも正しい。
2. Aは誤りであるが, Bは正しい。
3. AもBも誤りである。

(解答欄10) 以下のA, Bに関して, それぞれの文章の正誤を表す組み合わせとして最も妥当なものはどれか。下記の0から3の中から選び, 解答欄にマークしなさい。

A: 主権論に関していわゆるナシオン主権に立った場合, 代表には, 観念的統一体の声に耳を傾ける賢慮が求められることになり, 選出母体の利害に縛られるのはむしろ有害になるので, いわゆる自由委任に傾くことになる。

B: 主権論に関していわゆるプープル主権に立った場合, 主権者からの議員の法的独立を確保するための保障である免責特権は例外的・限定的に捉えることが要請される。

0. Aは正しいが, Bは誤りである。
1. AもBも正しい。
2. Aは誤りであるが, Bは正しい。
3. AもBも誤りである。

## 民法

I 以下の文章の正誤を判断し、正しい場合には解答欄の0をマークし、誤っている場合には1をマークしなさい。

(解答欄11) Aが所有する建設機械を盗取したBは、これを中古建設機械の販売業者Cに売却した。DはCからこの機械を300万円で買い受けて使用していたところ、購入後1年(機械が盗取されてから1年半)経ってからAが現れ、この機械の返還を請求した。DはCからこの機械を購入した当時、それがAから盗取されたものであることについて善意・無過失であった。この場合、判例によれば、Aは、DがCに支払った代価を弁償しなければ機械の返還を受けることができないが、機械の使用利益(1年分)の返還をDに請求することができる。

(解答欄12) B C Dの3人がAに対し負担部分平等で900万円の連帯債務を負っていたが、Bが「債権者Aから請求を受けた」ことを他の債務者に通知しないで全額弁済した場合、CがAに対して100万円の債権を持っていて、それで相殺しえたと主張すれば、Bは、Dが無資力の場合を想定しても、Cに求償できるのは350万円までである。

(解答欄13) AとBは持分権各2分の1の割合で自動車を共有していた。この自動車が故障した場合、AはBの同意なしにCに修理を依頼することができ、また、Bが修理に同意しなかったとしても、Aはかかった修理代金20万円のうち、10万円分の支払いをBに請求することができる。さらに、Bがこれを支払わないまま、この車の共有持分権をDに譲渡したときは、AはDに対してBの未払い代金10万円の支払いを請求することができる。

(解答欄14) Aが自己所有の甲土地につき、Bとの間で仮装売買を行い、移転登記を経由したが、BはこれをCに売却してしまった。Cは契約締結時に善意ないし善意・無過失であったが、後に上記の事情を知るに至ったという場合、CがA B間の虚偽表示の無効を主張して甲土地の所有権取得を拒むことは妨げない。

(解答欄15) 債務不履行の損害賠償における遅延損害金の起算点は、債務不履行の発生時ではなく、損害賠償請求をした翌日からであるが、わが国の判例にいわゆる安全配慮義務の場合は、事案の実質的な不法行為的要素にかんがみて、当該義務違反行為時からとされている。

(解答欄16) 養親A(男)は、養子B(男)の妹Cと婚姻することができる。また、養親X(男)は、養子Y(男)と離縁した後であれば、Yの子Z(女)と婚姻することができる。

(解答欄17) A電器店の営業責任者Bが、Aの名でC社に対して事務用パソコン100台を売却したが、Cから受領した売買代金をAに引き渡さず、私利を図る意図で自己の銀行口座に振り込んだ。この場合であっても、BがAの代理人としてCとの間で締結した売買契約の内容が代理権の範囲を逸脱したものでなければ、Bの代理行為は無権代理にはならない。

(解答欄18) Bは、Aから金銭を借り入れるにあたり、Cに連帯保証人となるか負担部分ゼロの連帯債務者となることを依頼した。Cはそのいずれとなっても、BのAに対する債務の消滅時効完成後にBからAへの一部弁済があった場合に、自己のAに対する債務を免れることができる。

(解答欄19) Aは自己所有の甲土地をBに売却すべく、同人との間で契約交渉を進めていたが、Cがこの事実を知りながらAに対して同地を自己に売るように働きかけたため、最終的にAはBとの契約締結を拒んで、Cに対して甲土地を売却し、同人が所有権移転登記を経由するに至った。少なくとも民法177条の第三者から悪意者を排除する考え方に立てば、このようなCはたとえ登記を備えたとしてもBに対して甲土地の所有権取得を対抗することができず、BはCに対して抹消登記を請求することができる。

(解答欄20) Aは、家族とともに海外旅行に出かけたが、その留守中に地震があり、A家のブロック塀が倒壊した。隣家のBは、普段からA家とは交渉がなく、何も頼まれてはいなかったが、A家の安全に差し障ると考え、C工務店に、「Aから管理を委託されている」といって、Aの代理人として、塀の修理工事を依頼した。判例によれば、この場合、工事がAの利益に合致していたならば、有効な代理行為があったものとして、AはCからの代金請求に対して支払いをしなければならない。

(解答欄21) Aはその所有地をBに死因贈与する旨の契約を締結した。その後、Aはこの土地をCに遺贈し、Xを遺言執行者に指定して、死亡した。この場合、判例によれば、BとCとは対抗関係に立つので、BまたはCのうち、先に登記を備えた方がこの土地の所有権を取得する。

(解答欄22) Aから500万円を借り受けたBは、返済期日までに資金を用意できなかったことから、BがC法人のために管理していた運営資金(1000万円)の中から、Aに500万円を弁済した。この場合、判例によれば、金銭の所有権はその占有移転に伴って移転するから、CはAに対して所有権に基づく資金の返還請求をすることはできないが、Aが500万円を受領する際に、その返済はBが第三者のために管理する資金を冒用して行われたことを知っていたか、または重過失があつて知らなかったときは、CはAに対して不当利得に基づく返還請求をすることができる。

(解答欄23) Aは遺言により、その嫡出子B、Cの相続分をそれぞれ3分の2、3分の1と指定して死亡した。Cの債権者Dは、Aの相続財産(不動産)につき、Cを代位して法定相続分(B、C各2分の1)の割合に従った共同相続の登記をし、Cの持分権を差し押さえ、その旨の登記が行われた。この場合、判例によれば、Bは指定相続分の割合に従った登記をしておかなくとも、Dに対して指定相続分の割合に従った共有登記への更正登記手続に必要な承諾を請求することができる。

(解答欄24) Aの所有地に地上権の設定を受けたBは、その土地に建物を建築し、これをCに賃貸するとともに、この建物および地上権に債権者Dのために抵当権を設定した。Eがこの土地の地下にいわゆる区分地上権の設定を受けるためには、AおよびBのほか、CおよびDの同意も得なければならない。

(解答欄25) 妻が所有する不動産を夫が妻の代理人として無断で処分した場合、「民法761条を根拠として、日常家事に関する法律行為につき夫婦は互いに法定の代理権を有しており、かかる代理権を基本代理権として民法110条が適用される」とする考え方によれば、当該不動産の処分が日常の共同生活の維持にとり必要な取引であると相手方が正当に信じたときでなければ、表見代理は成立しない。

(解答欄26) Aが所有する事務用機器をBが借り受けていたが、Bはこれを自己所有と偽ってCに売却処分した。当該売買契約がBの錯誤により無効となった場合、CがBの処分権限の欠缺につき善意・無過失であっても即時取得は成立しないが、その後もCが同機器を長期間占有使用することにより、取得時効は成立しうる。

(解答欄27) A所有の甲建物につきBとの間で賃貸借契約が締結されたが、その後BはAの承諾を得て同建物をCに転貸した。Cへの転貸中に、賃貸借契約がAB間の合意により、あるいは、Bの賃料不払いを理由として解除されるに至った場合、Cの転借権はBの賃借権を基礎として成立したものであり、かかる賃借権が存続する限度においてのみ認められるにとどまるため、Cは転借権を失う。

II 以下の文章を読み、その正誤の判断について下の0から3のうち正しいものを1つ選んで解答欄にマークしなさい。

(解答欄28) Xの不動産(時価1000万円)に対し、Aは一番抵当権(被担保債権750万円)、Bは二番抵当権(被担保債権500万円)をもち、CはXに対して250万円の債権を無担保でもっていた。

この場合において、① AがCに抵当権を譲渡したときは、抵当権の実行による不動産の換価金1000万円は、A 250万円、B 500万円、C 250万円と配当される。また、② AがBに抵当権の順位を譲渡したときは、抵当権の実行による不動産の換価金1000万円は、A 500万円、B 500万円と配当される（Cはゼロ）。

0. ①は正しいが②は誤りである。
1. ②は正しいが①は誤りである。
2. ①も②も正しい。
3. ①も②も誤りである。

(解答欄29) 保証債務は、その内容や態様において主たる債務より軽いことはさしつかえないが、主たる債務より重くてはいけない。したがって、①主債務者が死亡して相続人が限定承認をすれば、保証債務も限定承認の範囲に縮減されるし、②AのBに対する1000万円の債権の全額をCが保証した場合にCが自己の保証債務についてさらにAと違約金100万円の合意をしても無効である。

0. ①は正しいが②は誤りである。
1. ②は正しいが①は誤りである。
2. ①も②も正しい。
3. ①も②も誤りである。

(解答欄30) Aが所有するパソコンをBに売却する旨の売買契約が締結され、目的物は履行期日にBがAのもとに引き取りに赴くこととされていた。履行期日にAはBに引き渡すパソコンを梱包して引渡しの準備を整え、その旨をBに通知したが、Bが期日を知りつつ旅行に出かけて引き取りに現れなかったため、そのままAが同パソコンを保管していたところ、これが火災により焼失するに至った。この場合、①Aの倉庫に同機種のパソコンが存在するとしても、Aは代わりにこれを引き渡す義務を負わないが、②危険負担につき目的物の引渡しがあるまで買主に危険は移転しないとする考え方に立ったとしても、Bは焼失したパソコンの代金を支払う義務を負う。

0. ①は正しいが②は誤りである。
1. ②は正しいが①は誤りである。
2. ①も②も正しい。
3. ①も②も誤りである。

## 刑 法

以下の文章の正誤を判断し、正しい場合には解答欄の0をマークし、誤っている場合には解答欄の1をマークしなさい。

(解答欄31) Xは、Aに傷害を負わせて財物を強取するという故意でAの頭を鈍器で殴りつけ、Aの反抗を抑圧したが、血を流しているAの姿を見てかわいそうに思い、犯行に出たことを後悔して強盗を中止し、すぐに病院に運び、医師に対し傷害に至った経緯を詳しく説明した上で、治療を依頼した。そのため、Aの生命に別状はなかった。中止犯が成立する。

(解答欄32) かつて公務員であったXは、公務員であったときに正当な職務行為をしたことに関し、公務員をやめてから多額の金員を受け取った。事後収賄罪（刑法197条の3第3項）が成立する。

(解答欄33) かつて医師であったXは、医師であったときに患者Aを診察して知るに至ったAに関する秘密を、医師でなくなってから漏示した。秘密漏示罪（刑法134条1項）が成立する。

(解答欄34) 正当防衛規定の解釈に関する判例の見解によると、侵害が殆ど確実に予期されたとしても、そのことから侵害の急迫性の要件は否定されないが、行為者が積極的に相手に対して加害行為をする意思で、予期した侵害に臨んだときは、主観的要件としての防衛の意思が否定される。

(解答欄35) 共犯独立性説に立脚するとき、「教唆の未遂」は可罰的とし、「未遂の教唆」は不可罰とするのがもっとも論理的な帰結である。

(解答欄36) 判例・通説によれば、いやがらせをして精神的に追いつめる目的で、深夜、A宅に何度も執拗に無言電話をかけ、Aを重いノイローゼに陥れた場合、傷害罪（刑法204条）が成立する。

(解答欄37) 最高裁判所は、不作為の因果関係に関し、被害者の救命のための作為が行われれば「十中八九被害者の救命が可能であった」と認定されたケースにおいて因果関係を肯定し得るとした。これは、犯罪事実については「合理的な疑いを超える程度に確実」なものとして立証されなければならないとする刑事裁判の原則の修正ないし緩和を認める趣旨のものである。

(解答欄38) Xは、Aから同人名義の銀行預金通帳および印鑑を窃取し、これらを用いて銀行の窓口でAの預金100万円を引き出し、これを費消した。判例によると、Xには窃盗罪のみが成立し、銀行での預金の引出しおよびその費消は不可罰的（共罰的）事後行為となる。

- (解答欄39) Xは、Aを数キロメートル離れた人気のない山林まで自動車で連れて行って車内で強姦しようと考え、Aに対し「自宅まで車で送ってあげる」と申し向け、これを信じたAを自動車の助手席に乗せ、自動車の走行を開始した。判例によれば、この時点でXには強姦罪の未遂犯が成立する。
- (解答欄40) 判例は、偽証罪および虚偽告訴等罪における虚偽の陳述・申告の意義に関し、その内容をなす事実が客観的眞実に反することをいうとする客観説を一貫して採っている。
- (解答欄41) Xは、窃盗の目的でA宅に侵入し、金目の物はないかと室内のたんす等を物色していたところ、Aに発見されたので、騒がれないようにAを殴りつけて大けがをさせたうえ、偶然目にしたAの懐中の財布を奪って逃走した。このケースでは、かりに法律上の刑の減軽事由がなかったとしても、酌量減軽がなされれば、懲役刑の執行猶予は可能である。
- (解答欄42) 行為者がA罪の故意をもって、A罪と法定刑がまったく同じB罪の事実を実現し、A罪とB罪との間には「構成要件の実質的な重なり合い」が認められるとする。B罪の成立を肯定し、その際に、刑法38条2項を適用しないのが、最高裁判例の立場である。
- (解答欄43) Xは、同居していない実姉のAから、Aの占有するAの所有物を喝取した。恐喝罪が成立するが、親族相盗例の適用により親告罪とされる。
- (解答欄44) 収賄罪や公文書偽造罪について未遂処罰規定はないが、不正作出電磁的記録供用罪の未遂は処罰される。
- (解答欄45) 緊急避難が違法性阻却事由だとすれば、緊急避難行為により自己の生命を侵害されそうになった者は、避難行為に対抗して正当防衛を行うことはできないし、身を守る方法が他にまったくなかったとしても避難行為者に対抗することは違法となる。
- (解答欄46) 常習として賭博を行うXは、そうでないYらが賭博をすることを知りながらこれを幫助した。判例によると、Xには単純賭博罪の幫助犯の成立が認められる。
- (解答欄47) 住居侵入罪にいう「住居」は建造物でなくてはならないから、建造物にあたらぬものを住居として使用しているときに、そこに侵入しても、住居侵入罪は成立しない。

(解答欄48) 過剰防衛における刑の減免の根拠を違法性の減少に求める見解(違法減少説)によるとき、行為者が急迫不正の侵害がないのにあると思ひ、かつ誤想した侵害に対するものとしても過剰な防衛行為に出たとき、刑法36条2項による刑の減免を認めることはできないとするのが論理的帰結である。

(解答欄49) 外国国籍のXは、日本人名義の旅券を手に入れるため、旅券発給に必要な戸籍謄本、住民票等を偽造し、虚偽の事項を記載した旅券発給申請書に、自己の顔写真とともに添付して、旅券の発給を申請し、旅券の交付を受けた。判例によれば、Xには(公文書偽造罪および偽造公文書行使罪のほかに)旅券不実記載罪(刑法157条2項)と詐欺罪とが成立し、軽い前者の罪は重い后者の罪に吸収される。

(解答欄50) Xは、Aを毒殺しようと考え、致死量を超える毒薬を混入したジュースをAに飲ませたが、毒が効果を発揮しはじめる前に、無関係のYが偶然に背後からAを射殺した。Xの行為とAの死亡の結果との間の条件関係は否定される。