

平成 23 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. エホバの証人剣道受講拒否事件最高裁判決（最判平 8・3・8 民集50巻3号469頁）によれば、校長のとった措置は、信教の自由を直接的に制約するものとはいえないため、校長の裁量権の行使としての処分が全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法となる。
- B. 猿払事件最高裁判決（最大判昭49・11・6 刑集28巻9号393頁）によれば、行政の中立性が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは憲法の要請にかなうものであるが、公務員の政治活動の禁止が必要やむをえない限度にとどまるかどうかは、公務員の管理職・非管理職の別、現業・非現業の別、裁量権の広狭等を考慮して、当該行為により、行政の中立的運営とそれに対する国民の信頼がどの程度損なわれるかを慎重に判断して決すべきである。

(解答欄 2)

- A. 刑法200条（平成7年改正以前のもの）は、尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役に限っている点において、その立法目的達成のため必要な限度をはるかに超えているため、本件被告人の行為に適用される限りにおいて、憲法14条1項に違反するものと断ぜざるをえない。
- B. 法定相続分を嫡出性に基づき差別する民法の規定（民法900条4号ただし書）は、立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性についてより強い合理性の存否が検討されるべきであるが、立法目的に合理性があり、手段も立法目的との関連において著しく不合理ではないから合憲である。

(解答欄 3)

- A. 強制加入団体である税理士会が政治資金規正法上の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ない限り、税理士会の目的の範囲外であって許されない。
- B. 謝罪広告事件最高裁判決（最大判昭31・7・4民集10巻7号785頁）によれば、謝罪広告を命じる判決は、自発的意思による任意の履行を求めるにすぎず、強制執行によって履行を求める性質のものではないことから許容される。

(解答欄 4)

- A. 薬事法違憲判決（最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁）では、薬局開設の適正配置規制の主たる目的は薬局等の一部地域への偏在の阻止によって無薬局地域又は過少薬局地域への薬局の開設等を間接的に促進することにより、当該地域住民の生命・健康を保護するものであるため、消極目的規制に当たるとされた。
- B. 酒類販売免許制判決（最判平4・12・15民集46巻9号2829頁）では、酒類販売に免許制を採用した主たる目的は過度の飲酒から国民の健康を保護することであり、消極目的規制とも積極目的規制とも性格を異にするとした。

(解答欄 5)

- A. 児童扶養手当法に基づく児童扶養手当の支給に関して児童扶養手当法施行令が父から認知された婚姻外懐胎児童を除外したことは、憲法25条1項に違反する。
- B. 社会福祉立法のうち、健康で文化的な最低限度の生活と直接に関係するものについては、最低限度より以上の生活を実現するための防貧的立法と比べて、その合憲性は厳しく審査される。

(解答欄 6)

- A. 政党は、国民がその政治的意思を国政に反映させ実現させるための最も有効な媒体であって、議会制民主主義を支える上においてきわめて重要な存在であり、したがって、政党に対しては、高度の自主性と自律性を与えて自主的に組織運営をなしうる自由を保障しなければならない。
- B. いわゆる当選訴訟は、選挙会等による当選人決定の適否を審理し、これが違法である場合に当該当選人決定を無効とするものであり、選挙会等の判断に誤りがないにもかかわらず、当選訴訟において裁判所がその他の事由を原因として当選を無効とすることは、法の予定するところではない。

(解答欄 7)

- A. 国会議員が国会で行った質疑等において、個別の国民の名誉や信用を低下させる発言があったとしても、国会議員には免責特権が認められているため、国家賠償法 1 条 1 項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任が生ずることはない。
- B. 国会議員が、本会議における代表質問においてある施策の実現のため有利な取り計らいを求める質問をすること、さらに、他の国会議員に対し国会審議の場において同旨の質疑等を行うよう勧誘説得することの請託を受けて金員を受領したことは、その職務に関し賄賂を収受したものと解される。

(解答欄 8)

- A. 裁判官の懲戒に関する分限事件の裁判には、憲法 82 条 1 項の適用はなく、審問手続を公開の法廷において行う必要はない。
- B. 裁判の公開原則は、国民が裁判所に対して傍聴することを権利として要求できることまでを認めたものでないことはもとより、傍聴人に対して法廷においてメモを取ることを権利として保障しているものでもない。

(解答欄9)

- A. 在外国民に選挙権行使の機会を与えないことは、憲法47条が選挙制度の具体的決定について立法府に与えた広い裁量権を考慮してもなお、その限界を超えているため、違憲である。
- B. 選挙権の重要性にかんがみると、在外国民が、次回の衆議院（小選挙区選出）議員選挙又は参議院（選挙区選出）議員選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票できる地位にあることの確認請求は、それが有効適切な手段であると認められるかぎり、確認の利益を肯定すべきものであり、その訴えは法律上の争訟に当たる。

(解答欄10)

- A. 市町村が行う国民健康保険の保険料は、租税法律主義を定める憲法84条にいう「租税」に当たらないが、賦課徴収の強制の度合いにおいては租税に類似する性質をもつことから、これについても憲法84条の趣旨が及ぶ。
- B. 憲法84条は、国民に対して義務を課し又は権利を制限するには法律の根拠を要するという法原則を租税について確認したにとどまり、課税要件及び租税の賦課徴収の手続が法律で明確に定められるべきことまでは要求していない。

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 未成年者が単に権利を得、又は義務を免れるだけの行為をした場合には、法定代理人の同意を得ていなかったとしても、これを取り消すことはできない。
- ② 未成年者は法定代理人から営業の許可を得ると、その営業に関しては成年者と同一の行為能力を有するものと扱われ、その営業に必要な法律行為については法定代理人の同意を得る必要はない。
- ③ 身分行為である認知は、財産行為とは異なり、成年被後見人でも単独で有効にこれをなすことができる。
- ④ 未成年者が負担付き贈与を受ける契約をした場合、負担は贈与部分に比べて小さいので、法定代理人の同意を得ていなかったとしても、これを取り消すことはできない。

(解答欄12)

- ① 機械の賃借人が、機械の所有者と異なる者から工場を賃借して工場に機械を据えつけ、工場の賃貸借契約の終了後に機械を放置した場合、工場の所有者は、機械の所有者に対して工場の所有権に基づいて妨害排除を請求することができる。
- ② 他人の土地に権限なく建物が建築され、建物所有者に依頼されて建物所有者でない者がその名義で建物所有権の保存登記をしたとしても、土地所有者は建物の登記名義人に対して、土地所有権に基づいて建物収去土地明渡しを請求することはできない。
- ③ 不動産所有権に基づく物権的返還請求権は消滅時効にかからないが、動産所有権に基づく物権的返還請求権は消滅時効にかかる。
- ④ 他人の土地に権限なく建物が建築され、建物所有者がその名義で建物所有権の保存登記をした後に、その建物を第三者に譲渡したが所有権移転登記を経ていない場合、土地所有者は建物の登記名義人である譲渡人に対して、土地所有権に基づいて建物収去土地明渡しを請求することができる。

(解答欄13)

- ① 有効な弁済の提供を行った債務者は、債権者がその受領に応じない場合、それ以後は提供した目的物につき善良な管理者の注意義務を負うことはなくなる。
- ② 委任における受任者は、無償委任においても、善良な管理者の注意をもって委任事務を処理する義務を負うが、寄託における受寄者は、有償寄託の場合に限り、善良な管理者の注意をもって目的物を保管する義務を負う。
- ③ 事務管理における管理者は、善良な管理者の注意をもって事務を管理する義務を負うとされるが、緊急事務管理では、管理者は、悪意又は重大な過失がなければ免責される。
- ④ 親権を行う者は、善良な管理者の注意をもって、その管理権を行わなければならない。

(解答欄14)

- ① A男は、B女と婚姻関係にあったが、C女との間に子Dが生まれたので、DをA・B間の嫡出子として出生届を出し、これが戸籍事務管掌者によって受理された。この届出によってDがAの嫡出子となることはないが、届出はAのDに対する認知としての効力を有する。
- ② 民法は、「嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる。」と規定しているが、母とその非嫡出子との間の親子関係は、原則として、母の認知をまたず、分娩の事実により当然発生する。
- ③ Aは、D女とE男との間の非嫡出子であったが、BC夫婦の嫡出子として出生届が出され、約2箇月後にD女との間で養子縁組がなされ入籍された。後に、Aは、AとBCとの間に親子関係が存在しない旨の審判を受けた。Eは既に死亡しており、現時点ではEの死後5年が経過している。この場合、Aは検察官を相手に、AがEの子であることの確認を求める訴えを提起することができる。
- ④ Aは、B女とC男との間の非嫡出子であるが、Bの子として出生届が出され、Dから認知の届出がされた。しかし、Aは、Dとの交流はなく、Dによる養育費等の支出も全くなかった。Dが死亡した後、Aは、実の父がC男であることを知った。この場合、Aは、検察官を相手にして、Dの認知無効の訴えを提起することができる。

II 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15)

- ① 未成年者が法定代理人の同意を得ないで契約をした場合、未成年者の契約の相手方は、有効な追認がなされる前であれば、この契約を取り消すことができる。
- ② 詐欺によって意思表示がなされた場合には、表意者はその意思表示を取り消すことができ、他方で、その意思表示の相手方は、詐欺によって意思表示をした者に対して取り消すか否かにつき相当の期間を定めて催告をすることができ、確答がない場合には取消しがされたものと扱われる。
- ③ 無権代理人により契約が締結された場合、相手方は、本人が追認しない間はこの契約を取り消すことができる。ただし、無権代理行為につき悪意で契約をした相手方は、取消しをすることはできない。
- ④ 制限行為能力者の行為が取り消し得る場合、制限行為能力者たる取消権者は、取消しの原因となっていた状況が消滅した後ならば、追認をすることができる。

[選択肢]

- 0. ③
- 1. ①②
- 2. ③④
- 3. ①②④

(解答欄16)

- ① 共有物につき、過半数に満たない持分を持つに過ぎない者が、共有物である不動産を排他的に使用している場合、過半数の持分を有する他の共有者は、持分に基づいて共有不動産の明渡しを請求することができる。
- ② 共有者の一部が、他の共有者の同意を得ずに共有物を物理的に損傷するなど共有物に変更を加える行為をしている場合には、権利濫用に当たるなどの特段の事情がない限り、他の共有者は、各自の持分に基づいて、このような行為の禁止を求めることができるだけでなく、共有物を原状に復させるよう求めることもできる。
- ③ 内縁の夫婦がその共有する不動産を共同事業のために共同で使用してきた場合、その一方が死亡したならば、その者の持分は相続人に承継され、当該不動産は相続人と残された内縁の配偶者との共有になるため、残された内縁の配偶者が単独で排他的に当該不動産を使用しているときには、相続人は生存している内縁の配偶者に対して、その持分割合を超えた使用について使用利益の返還を請求することができる。
- ④ 共有物の持分を譲り受けた者は、それ以前になされた共有物分割または共有物管理に関する特約等すべて共有者間の権利関係を、その同意の有無を問わず当然に承継する。
- ⑤ 共有者の1人が、共有物について他の共有者に対して有する債権は、他の共有者がその持分を譲渡した場合、その譲受人に対しても行使することができる。

[選択肢]

- 0. ①②
- 1. ①③
- 2. ②④⑤
- 3. ③④⑤

(解答欄17)

- ① 更地に抵当権が設定された後に、その土地に借地権が設定された場合、借地権は抵当権に対抗することができない。この場合、抵当権者は、その後に借地権者が地上に建築した建物について、土地と共に一括競売の手続きをとることができる。
- ② 土地に抵当権を設定した当時、土地所有者の所有に属する地上の建物は完成していたが未登記であった場合、その後、土地の抵当権が実行されたときは、建物のために法定地上権は成立しない。
- ③ 同一の所有に属する土地と地上建物に第1順位の共同抵当権が設定され、その後、所有者が建物を建て替えた場合、第1順位の土地の抵当権者のために建物に第1順位の抵当権が設定されない限り、その後に土地の抵当権が実行されたときは、再築された建物のために法定地上権は成立しない。
- ④ 土地に抵当権が設定された当時、土地所有者が借地人から建物を買って地上建物も所有していたが、未だ移転登記がされていなかった場合、その後に、土地についての抵当権が実行されたときは、建物のために法定地上権は成立しない。
- ⑤ 土地に第1順位の抵当権が設定された当時には、土地上の建物は借地権者の所有であったが、その後、土地所有者が借地権者から地上建物を買って所有権移転登記が経由され、さらに、その後に第2順位の抵当権が設定され、第2順位の抵当権者により土地抵当権が実行された場合、建物のために法定地上権が成立することはないが、既に第1順位の抵当権が弁済により消滅しているときは、建物のために法定地上権が成立する。

[選択肢]

0. ①②④
1. ①③⑤
2. ②④⑤
3. ③④⑤

(解答欄18)

- ① 債務者の履行遅滞を理由に双務契約を解除するためには、債権者は相当の期間を定めて催告をしなければならないが、催告をする前に自己の債務について履行の提供をしておく必要がある。
- ② 無権代理行為の相手方は、本人に対して、相当の期間を定めて、その期間内に追認をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができ、その期間内に確答がなければ、追認は拒絶されたものとみなされる。
- ③ 承諾期間を定めないで隔地者に対して申込みがされた場合、申込者は相手方に対して、相当な期間を定めて、承諾をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができ、その期間内に確答がなければ、申込みは失効する。
- ④ 解除権の行使について期間の定めがないときは、相手方は、解除権を有する者に対して、相当の期間を定めて、その期間内に解除をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができ、その期間内に解除の通知を受けなければ、解除権は消滅する。
- ⑤ 売買の一方の予約における予約完結権の行使について、期間を定めなかったときは、予約者は、相手方に対して、相当の期間を定めて、その期間内に売買を完結するかどうかを確答すべき旨を催告することができ、相手方がその期間内に確答をしないときは、売買の一方の予約は、その効力を失う。

[選択肢]

0. ①②③
1. ①②④
2. ②③④
3. ②④⑤
4. ③④⑤

(解答欄19)

- ① 使用者責任における「事業の執行について」という要件を充たすか否かは、事実的不法行為の場合にはその行為の外形から判断されるが、取引的不法行為の場合には被害者の主観的事情が考慮され、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であっても、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、その事情について知り又は知りうべきであったときは、使用者は相手方である被害者に対して責任を負わない。
- ② 階層組織を形成する暴力団の最上位の組長は、その直接間接の指揮監督の下で暴力団の威力を利用してなされる資金獲得活動に従事していた下部組織の構成員に対して、使用者と被用者の関係に立つので、暴力団の対立抗争において下部組織の構成員が殺傷行為を行った場合には、その被害者に対して、使用者責任を負う。
- ③ A社の従業員として営業で車を運転していたBと、C社の従業員として営業で車を運転していたDとが、双方の不注意により車の接触事故を起こし、歩行者Eに大けがを負わせた(BとDの過失割合は6:4)。C社が、Eからの請求に応じて損害全額を賠償した。この場合、C社は、Bに対しては6割分を求償できるが、A社に対して求償をすることはできない。

[選択肢]

0. ①
1. ②
2. ①③
3. ②③
4. ①②③

(解答欄20)

- ① Aは甲土地を所有していたが、Aの死亡により、その子であるB・C・Dの三人が各3分の1の割合でこれを共同相続した。ところが、遺産分割の協議もなされないうちに、Bは、CとDの相続放棄書を偽造し、Bが単独相続をしたように登記したうえで、甲土地を善意の第三者Eに売却しEへの移転登記も済ませた。この場合、CとDは、Eに対して、相続によって取得した自己の持分を登記なくして対抗することができる。
- ② A(成年)は、代理権がないにもかかわらず、父親Bを代理して、Cとの間で、第三者DがCに対して負う1000万円の債務につきBが保証する旨の契約を締結した。Bは、追認も追認拒絶もしないまま死亡し、Aとその兄Eが、Bの相続人となった(相続分は各2分の1)。その後、CがEとAに対して、保証債務の履行を求めてきた。この場合、Eは無権代理行為の追認を拒絶して支払を拒むことができるが、自ら無権代理行為を行ったAが追認を拒絶することは信義則に反してできないので、無権代理行為はAの相続分につき有効となる。
- ③ Aは資産家であり複数の不動産を有していたが、賃貸用の甲ビルもそのひとつであった。Aが死亡し、B・C・Dが相続人となった(相続分は各3分の1)。甲ビルにはMら30人の賃借人がいたが、B・C・Dは、遺産分割により甲ビルの帰属が確定した時点で清算することとして、それまでの賃料管理のために口座を開設し、そこに賃借人らに賃料を振り込ませてきた。その1年後に、家庭裁判所の遺産分割決定により、甲ビルはBが取得することになった。この場合、相続開始から遺産分割までの間に生じた賃料債権は、相続開始の時にさかのぼってBに帰属する。

[選択肢]

0. ①
1. ②
2. ③
3. ①③
4. ②③

刑 法

(解答欄21) 次の文 A・B の正誤に関する記述として正しいものはどれか。下の 0.～3. のうちから一つ
選びなさい。

A 単純収賄罪の法定刑と事前収賄罪の法定刑は、前者の方が後者より重い。

B 事前収賄罪の法定刑と事後収賄罪の法定刑は、後者の方が前者より重い。

0. A のみが正しい。
1. B のみが正しい。
2. A と B は両方とも正しい。
3. A と B は両方とも正しくない。

(解答欄22) 次の文 A・B の正誤に関する記述として正しいものはどれか。下の 0.～3. のうちから一つ
選びなさい。

A 死体だと認識してその胸部を日本刀で刺突したが、その時点で被害者がまだ生きていた可能性があった場合、殺人未遂罪が成立しうる。

B 人を殴って傷害を負わせた場合、暴行の故意しなくても傷害罪は成立しうる。

0. A のみが正しい。
1. B のみが正しい。
2. A と B は両方とも正しい。
3. A と B は両方とも正しくない。

(解答欄23) 次の文 A・B の正誤に関する記述として正しいものはどれか。下の 0.～3. のうちから一つ
選びなさい。

A 正当防衛では補充性が必要であるが、緊急避難では不要である。

B 他人の利益を守るための正当防衛は認められるが、他人の利益を守るための緊急避難は認められない。

0. A のみが正しい。
1. B のみが正しい。
2. A と B は両方とも正しい。
3. A と B は両方とも正しくない。

(解答欄24) 次の文 A・B の正誤に関する記述として正しいものはどれか。下の 0.～3. のうちから一つ
選びなさい。

- A 睡眠中の人に対してわいせつ行為を行うと、準強制わいせつ罪が成立する。
- B 睡眠中の人から財物を奪取すると、昏酔強盗罪が成立する。

- 0. A のみが正しい。
- 1. B のみが正しい。
- 2. A と B は両方とも正しい。
- 3. A と B は両方とも正しくない。

(解答欄25) 正当防衛に関する最高裁判所の判例の趣旨に適合す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 侵害があらかじめ予見されてさえいれば、急迫性は失われる。
- イ 反撃行為が防衛手段として相当なものであっても、重大な結果が生じた場合には、正当防衛は成立しない。
- ウ もっぱら攻撃の意思で行われた反撃行為は正当防衛に当たらない。
- エ 不正な行為により自ら侵害を招いた場合には、その他の事情を考慮するまでもなく、正当防衛は成立しない。
- オ 第1暴行と第2暴行が一連一体のものであり、同一の防衛の意思に基づく1個の行為である場合、防衛手段として相当であると認められる第1暴行のみから傷害が生じたとしても、全体的に考察して1個の過剰防衛としての傷害罪が成立する。

- 0. 1個 1. 2個 2. 3個 3. 4個 4. 5個

(解答欄26) 親族相盗例(刑法244条)に関する次の記述の中で誤っている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 親族相盗例は、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪、横領罪及び背任罪に準用されている。

イ 犯人が盗った物を友人のものだと思っていたら、実際は実父の物であった場合には、親族相盗例の適用はない。

ウ 判例によれば、内縁の配偶者については、親族相盗例は適用ないし類推適用されない。

エ 判例によれば、犯人と財物の所有者及び占有者との間に刑法244条1項所定の親族関係がなければ、同項は適用されない。

オ 判例によれば、親族である未成年後見人が被後見人である未成年の財産を横領した場合、親族相盗例の準用はない。

0. アーイ 1. アーウ 2. イーウ 3. ウーオ 4. エーオ

(解答欄27) 次の事例における甲及び乙の罪責について、最も異論のないものはどれか。下の0.～3.のうちから選びなさい(なお、乙について、甲のためにする正当防衛の余地がないことを前提とする。)

甲は、A宅に侵入し、指輪を窃取した後に犯行現場の真上の天井裏に潜んでいたが、犯行後約1時間して帰宅したAに発見され、逃走を企てたものの、同宅外の路上で捕まりそうになったので、逮捕を免れるためにAに暴行を加えた上、逃走し、約100メートル離れた路上で偶々居合わせた知人の乙に「ヤクザに追われている。助けてくれ。」と頼み、それまでの事情を知らない乙も追いかけてくるAに暴行を加え、Aに傷害を負わせた。Aの傷害は、甲の暴行によるか乙の暴行によるか、証拠上不明であった。

0. 甲、乙について住居侵入罪、窃盗罪、傷害罪が成立する。
1. 甲について、住居侵入罪、事後強盗致傷罪、乙について、暴行罪が成立する。
2. 甲、乙について、住居侵入罪、事後強盗罪、傷害罪が成立する。
3. 甲について、住居侵入罪、事後強盗罪、乙について、暴行罪が成立する。

(解答欄28) 次の五つの文の中の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 責任主義を前提とする場合であっても、刑法38条1項ただし書きと刑法8条ただし書きとにより、例外的に無過失刑事責任を問う罰則を置くことは許される。
- イ 罪刑法定主義の趣旨を「犯罪後の法律によって刑の変更があったときでも、犯罪時の法律が定める刑によるべきである」と考える立場によれば、刑法6条はその例外を定めるものと解されることになる。
- ウ 刑法60条によれば、共同正犯とは「二人以上共同して犯罪を実行した者」であるから、いわゆる共謀共同正犯の処罰は刑法60条によるものではないが、罪刑法定主義に反するものではない。
- エ 不真正不作为犯とは、作為によって充足されることが要求されている構成要件を不作为によって充足する場合をいい、その処罰は罪刑法定主義に反して許されない。
- オ 罰則の規定文言が明確であれば、それ自体が過度に広範な範囲の行為を処罰する可能性を有するものであっても、合理的な限定解釈を加えて合憲性を担保できる限り、罪刑法定主義ないし実体的適正の原則には反しないとするのが、最高裁判所の立場である。

第38条 罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。

第8条 この編の規定は、他の法令の罪についても、適用する。ただし、その法令に特別の規定があるときは、この限りでない。

第6条 犯罪後の法律によって刑の変更があったときは、その軽いものによる。

0. アーオ 1. イーエ 2. ウーエ 3. イーオ 4. アーウ

(解答欄29) 次の五つの文章の中に正しいものは幾つあるか。その個数を、下の0.～4.のうちから選びなさい。

- ア 刑法上の占有は事実的で排他的な物の支配を意味するから、間接占有や代理占有ということとは認められないが、占有の改定は認められる。
- イ 刑法上の占有は事実的で排他的な物の支配を意味するが、人の意思に基づくものでなければならぬので、死者には占有を認めることはできない、というのが判例の見解である。
- ウ 判例によれば、銀行預金口座中の現金の占有は一般的には当該口座の名義人にあり、預金口座中の現金はキャッシュカードを用いればATMから自由に引き出せるので、口座名義人から当該口座のキャッシュカードを窃取することは口座中の現金を窃取したと刑法的には同じであると解されている。
- エ 遺失物等横領罪(刑254条)は、客体である物が誰の占有にも属していない場合にのみ成立する。

オ 判例によれば、公園のベンチに置き忘れた鞆について持ち主の占有がなお存するか否かは、持ち主が置き忘れに気づくまでの時間や気づいた時点における鞆との距離等、持ち主が鞆の直接的ないし現実的な支配の回復に要するであろう客観的な事情を基礎として判断すべきであって、鞆が持ち去られるまでの時間や持ち去られた時点における持ち主との距離等を考慮すべきではない。

0. 0個 1. 1個 2. 2個 3. 3個 4. 4個

(解答欄30) 次の五つの文章の中で誤っているものはどれか。下の0.～4.のうちから選びなさい。

ア 「ある犯罪の故意の認識対象は当該犯罪の構成要件に属する総ての客観的な要素である」という定義に従い、判例は、公共危険罪である現住建造物等放火罪（刑108条）や非現住建造物等放火罪（刑109条）の故意に「公共の危険」の発生の認識は必要であるとしている。

イ 被害者が身体傷害を承諾した場合に傷害罪（刑204条）が成立するか否かは、判例によれば、単に承諾が存在するという事実だけでなく、右承諾を得た動機、目的、身体傷害の手段、方法、損傷の部位、程度など諸般の事情を照らし合わせて決するが、この見解は、身体ないしその機能を自己決定権に基づき無条件に放棄することができる個人法益と解することとは一致しない。

ウ 刑法230条の2（公共の利害に関する場合の特例）による真実性の証明に成功しなかった場合であっても、行為者が事実を真実と誤信したことについて確実な資料・根拠に照らし相当の理由があるときは犯罪の故意がなく、名誉毀損罪（刑230条）は成立しない、とするのが判例である。

エ いわゆる抽象的事実の錯誤の場合において、行為者の主観的に認識した事実の属する構成要件と客観的に実現した事実の属する構成要件とが実質的に完全に重なり合っていて、それぞれに規定される法定刑も同一である場合には、判例によれば、客観的に実現した事実の属する構成要件の罪が成立する。

オ 事後強盗罪（刑238条）の「窃盗」は、刑法65条1項と同条2項のいずれの「身分」に当たるかという問題について議論があるが、どちらの見解をとっても、事後強盗罪の実行の着手時期についての結論は変わらない。

0. ア 1. イ 2. ウ 3. エ 4. オ

