

司法試験

あと10点の得点アップ！
短答ヤマ当て講座

※ 本冊子は、『司法試験・予備試験 短答過去問題集（法律科目）平成28年度』、および『司法試験・予備試験 短答過去問題集（法律科目）平成27年度』からの抜粋です。

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 183466

LU18346

司 第 7 問
予 第 5 問

[配点 2 点]

実施日

/

/

/

正誤

要求
能力



学問の自由に関する次のアからウまでの各記述について、判例の趣旨に照らして、正しいものには○を、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記 1 から 8 までの中から選びなさい。

ア．学問の自由は、学問的研究の自由とその研究成果の発表の自由を指しており、憲法第 23 条は大学が学術の中心として深く真理を探究することを本質とすることに鑑みて規定されたものであるから、同条の保障は大学の教授や研究者を対象とするものであり、国民一般はその保障の対象ではない。

イ．大学における学問の自由を保障するために伝統的に大学の自治が認められているところ、学内集会について大学の自治の保障が及ぶか否かの判断に当たって、その集会の目的や性格を考慮することは、学内で行われる活動をその思想内容に着目して規制することになり、大学の自治を認めた趣旨に抵触するから、許されない。

ウ．普通教育の場において使用される教科書は学術研究の結果の発表を目的とするものではなく、教科書検定は、記載内容がいまだ学界において支持を得ていないとき、あるいは当該教科課程で取り上げるにふさわしい内容と認められないときなど一定の検定基準に違反する場合に、教科書の形態における研究結果の発表を制限するにすぎないから、憲法第 23 条に反しない。

- | | | |
|-------------|-------------|-------------|
| 1. ア○ イ○ ウ○ | 2. ア○ イ○ ウ× | 3. ア○ イ× ウ○ |
| 4. ア○ イ× ウ× | 5. ア× イ○ ウ○ | 6. ア× イ○ ウ× |
| 7. ア× イ× ウ○ | 8. ア× イ× ウ× | |

司 第 7 問 予 第 5 問	学問の自由	配 点	2 点
	正解 7	部分点	—

- ア ポポロ事件判決（最大判昭38. 5. 22／百選 I [91]）は、「学問の自由は、学問的研究の自由とその研究結果の発表の自由とを含むもの」とであると判示した上で、憲法23条が「学問の自由はこれを保障すると規定したのは、一面において、**広くすべての国民に対してそれらの自由を保障するとともに**、他面において、大学が学術の中心として深く真理を探究することを本質とすることにかんがみて、特に大学におけるそれらの自由を保障することを趣旨としたものである」旨判示している。よって、国民一般はその保障の対象ではないとする点で、本肢は誤っている。
- イ ポポロ事件判決（最大判昭38. 5. 22／百選 I [91]）は、「大学における学問の自由を保障するために、伝統的に大学の自治が認められている」と判示した上で、大学における学生の集会が「**真に学問的な研究またはその結果の発表のためのものでなく、実社会の政治的社会的活動に当る行為をする場合には、大学の有する特別の学問の自由と自治は享有しないといわなければならない**。また、その集会が学生のみのものでなく、とくに一般の公衆の入場を許す場合には、むしろ公開の集会と見なされるべきであり、すくなくともこれに準じるものというべきである」と判示して、学内集会の目的や性格を考慮して大学の自治の保障が及ぶか否かを判断している。よって、その集会の目的や性格を考慮することは、許されないとする点で、本肢は誤っている。
- ウ 第 1 次家永教科書事件判決（最判平5. 3. 16／百選 I [93]）は、教科書検定の合憲性について、「教科書は、……**学術研究の結果の発表を目的とするもの**ではなく、本件検定は、申請図書に記述された研究結果が、たとい執筆者が正当と信ずるものであったとしても、いまだ学界において支持を得ていなかったり、あるいは当該学校、当該教科、当該科目、当該学年の児童、生徒の教育として取り上げるにふさわしい内容と認められないときなど旧検定基準の各条件に違反する場合に、**教科書の形態における研究結果の発表を制限するにすぎない**」ことを理由に、**憲法23条に違反しない旨判示している**。よって、本肢は正しい。

以上より、ア×イ×ウ○となり、正解は7となる。

全体の 正答率	85.2%	肢別の 選択率	1	2	3	4	5	6	7	8
			0.5%	1.0%	2.4%	1.4%	1.4%	0.5%	85.2%	7.7%

司	第 3 問
予	—

[配点 2 点]

実施日

/

/

/

正誤



信教の自由に関する次のアからエまでの各記述について、誤っているもの二つの組合せを、後記 1 から 6 までの中から選びなさい。

- ア. 信教の自由には内心における信仰の自由が含まれるが、信仰の自由は、内心にとどまるものである限り、制約が一切許されない。
- イ. 宗教とは無関係な行政上の要請により、宗教を信じているか、いずれの宗教団体に属しているかなど、個人の信仰に関する申告をさせることも、内心における信仰の自由の侵害となる。
- ウ. 宗教的行為の自由は、憲法第 20 条第 1 項前段ではなく、「宗教上の行為」等に「参加することを強制されない」と規定する同条第 2 項により保障される。
- エ. 特定の宗教の宣伝や共同で宗教的行為を行うことを目的とする団体を結成する自由は、信教の自由ではなく、憲法第 21 条第 1 項の結社の自由として保障される。

1. アとイ 2. アとウ 3. アとエ 4. イとウ 5. イとエ 6. ウとエ

司 第 3 問	信教の自由	配 点	2 点
予 —	正解 6	部分点	—

ア ○ 信教の自由は、何人に対してもこれを保障され（20 I 前段）、この中には信仰の自由、宗教的行為の自由、宗教的結社の自由が含まれる。信仰の自由とは、各人が選択した特定の宗教について、信仰するだけでなく、信仰しないことも保障している。これは、内心における自由であるから、それを制約することは絶対に許されない。よって、信教の自由には内心における信仰の自由が含まれるが、信仰の自由は、内心にとどまるものである限り、制約が一切許されない。したがって、本肢は正しい。

【参考文献】 芦部・155頁，青柳・146頁

イ ○ 信教の自由に含まれる内心における信仰の自由は、信仰告白の自由を含む。この信仰告白の自由により、信仰の告白を強要することは許されないし、宗教と無関係な行政上・司法上の要請によって、いずれの宗教団体に属するかなど、個人の信仰の証明を要求することも許されない。よって、宗教とは無関係な行政上の要請により、宗教を信じているか、いずれの宗教団体に属しているかなど、個人の信仰に関する申告をさせることも、内心における信仰の自由の侵害となる。したがって、本肢は正しい。

【参考文献】 芦部・155頁，青柳・146頁

ウ × 信教の自由は、何人に対してもこれを保障される（20 I 前段）。この信教の自由の中には、信仰の自由、宗教的行為の自由、宗教的結社の自由が含まれる。したがって、「宗教的行為の自由は、憲法第20条第1項前段ではなく、『宗教上の行為』等に『参加することを強制されない』と規定する同条第2項により保障される」とする点で、本肢は、誤っている。

【参考文献】 芦部・156頁，青柳・146頁

エ × 信教の自由は、何人に対してもこれを保障される（20 I 前段）。この信教の自由の中には、信仰の自由、宗教的行為の自由、宗教的結社の自由が含まれる。宗教的結社の自由は、結社の自由（21 I）によっても保障されるが、信教の自由の一部としても保障されている。したがって、「特定の宗教の宣伝や共同で宗教的行為を行うことを目的とする団体を結成する自由は、信教の自由ではなく、憲法第21条第1項の結社の自由として保障される」とする点で、本肢は誤っている。

【参考文献】 芦部・156頁，青柳・146頁

以上より、誤っている肢はウとエとなり、正解は6となる。

全体の 正答率	83.4%
------------	-------

肢別の 選択率	1	2	3	4	5	6
	0.9%	0.3%	0.3%	8.9%	5.9%	83.4%

司 第 7 問
予 第 4 問

[配点 3 点]

実施日

/

/

/

正誤



憲法第 25 条に関する次のアからウまでの各記述について、それぞれ正しい場合には 1 を、誤っている場合には 2 を選びなさい。

- ア. 憲法第 25 条第 1 項で定める救貧施策においては国民の最低限度の生活を保障しなければならないが、同条第 2 項で定める防貧施策においては広い立法裁量が認められると解する立場によっても、救貧施策は生活保護法による公的扶助に限定されないと解することはできる。
- イ. 憲法第 25 条第 1 項は、将来に向けた政策の指針を定めたもので、国民の権利を保障するものではないと解するプログラム規定説によっても、裁判所が同項に基づいて個々の法律について国民の生存権を侵害するか否かを判断できる。
- ウ. いわゆる朝日訴訟においては、生活保護法に基づく生活扶助を廃止するとともに医療扶助を変更する旨の保護変更決定について、これを認容した厚生大臣の裁決自体の裁量権の逸脱・濫用が争われたのではなく、生活保護法自体が憲法第 25 条第 1 項に違反するとして争われた。

司 第 7 問	憲法 25 条	配 点	3 点
予 第 4 問	正解 1, 2, 2	部分点	2 問正解で 部分点 1 点

ア ○ 本肢の立場は、堀木訴訟控訴審（大阪高判昭50.11.10）の立場である。この立場は、憲法25条2項は「国の事前の積極的防貧施策をなすべき努力義務のあること」を定め、同条1項は「第2項の防貧施策の実施にも拘らず、なお落ちこぼれた者に対し、国は事後的、補足的且つ個別的な救貧施策をなすべき責務のあること」を宣言したものであるとし、防貧施策の内容に関しては広い立法裁量が認められ、原則として違憲問題を生ずる余地はないとする。このように、この立場は25条1項の場合と同条2項の場合とで施策に関する立法裁量の広狭を異にしようとする立場であり、25条1項の救貧施策の内容につき、特に生活保護法による公的扶助に限定していないと解することができる。したがって、本肢は正しい。

【参考文献】憲法 I・508頁

イ × プログラム規定説によれば、25条1項は政策指針を示した規定にすぎず、法的意味をもたない。また、25条1項は国民に対して裁判上行使しうる給付請求権を保障していないのみならず、国家の法的義務（客観的法規範）を定めたものでもない。そのため、プログラム規定説の立場からすれば、国家の作為・不作為はいかなる意味においても25条に反して違憲と評価されることはなく、裁判所が25条1項に基づいて個々の法律について国民の生存権を侵害するか否かを判断することはできないと解される。したがって、「プログラム規定説によっても、裁判所が同項に基づいて個々の法律について国民の生存権を侵害するか否かを判断できる。」とする点で、本肢は誤っている。

【参考文献】LQ II・320頁

ウ × 朝日訴訟（最大判昭42.5.24／百選II〔136〕）においては、厚生大臣（当時）が設定した生活扶助基準及び保護変更決定が25条1項に違反するかが争点となっている。したがって、「朝日訴訟においては、……生活保護法自体が憲法第25条第1項に違反するとして争われた。」とする点で、本肢は誤っている。

以上より、正解はアから順に1, 2, 2となる。

全体の 正答率	62.6%	肢別の 正答率	ア 97.3%	イ 71.2%	ウ 89.6%
------------	-------	------------	------------	------------	------------

司 第 14 問
予 一

[配点 2 点]

実施日

/

/

/

正誤



委任立法に関する次のアからエまでの各記述について、誤っているもの二つの組合せを、後記 1 から 6 までの中から選びなさい。

- ア. 憲法第 7 3 条第 6 号は委任命令を一般的に認めているが、多数説は、専門技術性と迅速な対応の必要性から、権利や義務に関して法律の内容の詳細規定の命令への委任を認めている。
- イ. 憲法第 4 1 条からして、命令に委任する場合には、白紙委任が禁止される。さらに、学説は、当該法律の本質をなす部分や重要事項に関して議会在が定めることを求める。
- ウ. 判例は、被勾留者には一般市民としての自由が制約されることを理由に、14 歳未満の者との接見を原則として認めていなかった当時の監獄法施行規則を委任の趣旨の範囲内とした。
- エ. 判例は、インターネット販売が認められる医薬品を一定の医薬品に限定した薬事法施行規則について、法律の委任の範囲を逸脱した違法なものであるとした。
1. アとイ 2. アとウ 3. アとエ 4. イとウ 5. イとエ 6. ウとエ

司 第 14 問 予 —	委任立法	配 点	2 点
	正解 2	部分点	—

- ア 憲法73条 6号ただし書は、「政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。」旨規定している。この規定は、委任立法が許容されることを前提とした規定ではあるが、委任立法そのものを直接明示した規定ではなく、また委任命令を一般的に認めたものでもない。したがって、「憲法第73条第6号は委任命令を一般的に認めている」とする点で、本肢は誤っている。
 【参考文献】憲法Ⅱ・77頁，211頁，418頁
- イ 判例（最大判昭37.5.30／百選Ⅱ〔215〕）は、委任立法について、「法律の授權が不特定な一般的の白紙委任的なものであってはならない」旨判示している。そして、学説は、立法権（41）を事実上放棄する意味をもつような委任は許されず、最低限、基本的事項は法律で定めるべきであるとしている。したがって、本肢は正しい。
 【参考文献】憲法Ⅱ・211頁
- ウ 判例（最判平3.7.9）は、監獄法施行規則120条について、「たとえ事物を弁別する能力の未発達な幼年者の心情を害することがないようにという配慮の下に設けられたものであるとしても、それ自体、法律によらないで、被拘留者の接見の自由を著しく制限するものであって、法50条の委任の範囲を超えるものといわなければならない。」旨判示している。したがって、「判例は、……当時の監獄法施行規則を委任の趣旨の範囲内とした。」とする点で、本肢は誤っている。
- エ 判例（最判平25.1.11／百選Ⅱ〔A11〕）は、一般用医薬品の過半を占める第一類医薬品及び第二類医薬品に係るインターネット販売を一律に禁止する薬事法施行規則について、「新薬事法の趣旨に適合するものではなく、新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効というべきである。」旨判示している。したがって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢はアとウであり、正解は2となる。

全体の 正答率	56.4%
------------	-------

肢別の 選択率	1	2	3	4	5	6
	0.9%	56.4%	2.4%	11.6%	0.6%	28.2%

司 第 17 問
予 第 9 問

[配点 2 点]

実施日

/

/

/

正誤

要求
能力



内閣及び内閣総理大臣に関する次のアからウまでの各記述について、正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記 1 から 8 までの中から選びなさい。

ア．憲法第 65 条第 1 項は、「行政権は、内閣に属する」と規定している。行政権とは全ての国家作用のうちから立法作用と司法作用を除いた残りの作用であるとすると、立法作用と司法作用以外の全ての国家作用について内閣が自ら行うことが必要となる。

イ．内閣は、行政権の行使につき、国会に対し連帯して責任を負う。これは、特定の国務大臣がその所管事項に関して単独の責任を負うことを否定するものではなく、個別の国務大臣に対する衆議院及び参議院の問責決議も認められるが、それらには法的効力はない。

ウ．内閣総理大臣は、内閣という合議体において、単なる同輩中の首席ではなく、首長の立場にあり、その他の国務大臣の任免権を専権として有する。したがって、文民統制の観点から内閣総理大臣は文民でなければならないとしても、その他の国務大臣が文民である必要はない。

- | | | |
|-------------|-------------|-------------|
| 1. ア○ イ○ ウ○ | 2. ア○ イ○ ウ× | 3. ア○ イ× ウ○ |
| 4. ア○ イ× ウ× | 5. ア× イ○ ウ○ | 6. ア× イ○ ウ× |
| 7. ア× イ× ウ○ | 8. ア× イ× ウ× | |

司 第 17 問 予 第 9 問	内閣及び内閣総理大臣				配 点	2 点
	正解 6				部分点	—

ア × 65条は、「すべて司法権は」と規定する76条1項と異なり、「すべて行政権は」と規定していない。そのため、「行政権」(65)の意味について、立法作用と司法作用を除いた残りの国家作用のすべてを行政権と考える控除説に立った場合であっても、内閣が行政権を自ら行使することが必要となるわけではなく、最終的に内閣のコントロール下に置きうる状態であれば足りるものと解されている。したがって、「立法作用と司法作用以外の全ての国家作用について内閣が自ら行うことが必要となる。」とする点で、本肢は誤っている。

【参考文献】憲法Ⅱ・200頁

イ ○ 内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負う(66Ⅲ)。もっとも、各大臣が個別に責任を負うことを否定する趣旨ではなく、個別の大臣に対する衆議院・参議院による問責決議も認められている。ただし、この問責決議は、政治的効果をもつにとどまり、法的効果をもつものではない。したがって、本肢は正しい。

【参考文献】憲法Ⅱ・161頁

ウ × 内閣総理大臣その他の国务大臣は、文民でなければならない(66Ⅱ)。したがって、「その他の国务大臣が文民である必要はない。」とする点で、本肢は誤っている。

以上より、ア×イ○ウ×となり、正解は6となる。

全体の 正答率	75.7%	肢別の 選択率	1	2	3	4	5	6	7	8
			0.9%	5.9%	0.3%	0.9%	8.3%	75.7%	1.8%	6.2%

司 第 4 問
予 一

[配点 2 点]

実施日

/

/

/

正誤

要求
能力



表見法理に関する次の 1 から 4 までの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか。

1. A が B に対し A 所有の甲土地を売却する代理権を与えていないのに、その代理権を与えた旨を C に表示し、B が A の代理人として C との間で甲土地の売買契約を締結した場合、A は、C が B に代理権がないと知っていたこと、又は過失により知らなかったことを立証しなければ、甲土地の引渡債務を免れることができない。
2. A が B と通謀して A 所有の甲土地につき A B 間で売買予約がされた旨仮装し、B への所有権移転登記請求権保全の仮登記をした後、B が偽造書類を用いて仮登記を本登記にした上で、善意無過失の C に甲土地を売却し、C への所有権移転登記をした場合、C は、A に対し、甲土地の所有権を C が有することを主張することができる。
3. A が B と通謀して A 所有の甲土地につき A B 間で売買契約がされた旨仮装し、B への所有権移転登記をした後、B が甲土地を C に売却した場合、A は、C が A B 間の売買契約が虚偽表示であることを知っていたことを立証しなければ、C に対し、甲土地の所有権を A が有することを主張することができない。
4. A が B に対し A 所有の甲土地を売却する代理権を与えていないのに、B が甲土地につき A から B への所有権移転登記をした上で、その事情について善意無過失の C に甲土地を売却した場合、A が甲土地の登記済証及び A の印鑑登録証明書を B に預けたままにし、A の前で B が A の実印を登記申請書に押捺するのを漫然と見ていたなど、A の帰責性の程度が自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いときは、C は、A に対し、甲土地の所有権を C が有することを主張することができる。

司 第 4 問 予	表見法理	配 点	2 点
	正解 3	部分点	—

- 1 判例（最判昭41. 4. 22／百選 I [第 5 版補正版] [24]）は、「民法109条にいう代理権授与表示者は、代理行為の相手方の悪意または過失を主張、立証することにより、同条所定の責任を免れることができる」旨判示している。このように、本人（A）が相手方（C）の悪意・過失の主張立証責任を負うのは、代理権授与表示があれば、相手方はその表示の内容に応じた代理権があると信じるのが通常と考えられるからである。したがって、本肢は正しい。
【参考文献】佐久間 1・265頁
- 2 本肢と同様の事案において、判例（最判昭43. 10. 17）は、「外観上の仮登記義務者は、その本登記の無効をもって善意無過失の第三者に対抗できないと解すべきである。けだし、このような場合、仮登記の外観を仮装した者がその外観に基づいてされた本登記を信頼した善意無過失の第三者に対して、責に任ずべきことは、民法94条2項、同法110条の法意に照らし、外観尊重および取引保護の要請というべきだからである。」旨判示している。本肢において、Cは善意無過失であるから、この判例に従えば、Cは、Aに対し、甲土地の所有権をCが有することを主張することができる。したがって、本肢は正しい。
- 3 判例（最判昭41. 12. 22）は、「第三者が民法第94条第2項の保護をうけるためには、自己が善意であったことを立証しなければならない」旨判示している。これは、94条2項の適用により、第三者にとって虚偽表示の効果（意思表示の無効）を免れるという有利な効果を楽しむことができるからである。したがって、「Aは、CがA B間の売買契約が虚偽表示であることを知っていたことを立証しなければ、Cに対し、甲土地の所有権をAが有することを主張することができない。」とする点で、本肢は誤っている。
- 4 本肢と同様の事案において、判例（最判平18. 2. 23／百選 I [22]）は、Aの「帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべきであ」り、Cは、Bが「所有者であるとの外観を信じ、また、そのように信ずることについて過失がなかったというのであるから、民法94条2項、110条の類推適用により」、Aは、Bが本件不動産の所有権を取得していないことをCに対し主張することができない旨判示している。したがって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢は3であり、正解は3となる。

全体の 正答率	59.6%
------------	-------

肢別の 選択率	1	2	3	4
	24.2%	10.9%	59.6%	5.3%

司 第 10 問
予 ー

[配点 2 点]

実施日

/

/

/

正誤



共有物の分割に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア. 遺産分割前において共同相続人の一人から遺産を構成する不動産の共有持分権を譲り受けた第三者が、その不動産の共同所有関係の解消を求めるためには、共有物分割訴訟によらなければならない。
- イ. 共有物の分割請求をした共有者が多数の場合、分割請求をされた共有者の持分の限度で現物を分割し、その余は分割請求をした共有者の共有として残す方法により共有物の分割をすることはできない。
- ウ. 共有物を共有者のうちの一人の単独所有又は数人の共有とし、これらの者から他の共有者に対して持分の価格を賠償させる方法により共有物の分割をすることはできない。
- エ. 裁判所は、共有物の現物分割が物理的に不可能な場合のみでなく、社会通念上適正な現物分割が著しく困難な場合にも、共有物の競売を命ずることができる。
- オ. 数個の共有建物を一括して分割の対象とし、共有者各自が各個の建物の単独所有権を取得する方法により共有物の分割をすることはできない。

1. ア ウ 2. ア エ 3. イ ウ 4. イ オ 5. エ オ

司	第 10 問	共有物の分割	配 点	2 点
予	—	正解 2	部分点	—

- ア ○ 判例（最判昭50.11.7）は、「共同相続人の一人から遺産を構成する特定不動産について同人の有する共有持分権を譲り受けた……第三者が右共同所有関係の解消を求める方法として裁判上とるべき手続は、民法907条に基づく遺産分割審判ではなく、民法258条に基づく共有物分割訴訟であると解するのが相当である。ただし、共同相続人の一人が特定不動産について有する共有持分権を第三者に譲渡した場合、当該譲渡部分は遺産分割の対象から逸出するものと解すべきであるから、第三者がその譲り受けた持分権に基づいてする分割手続を遺産分割審判としなければならないものではない。」旨判示している。したがって、本肢は正しい。
- イ × 判例（最判平4.1.24）は、「分割請求をする原告が多数である場合においては、被告の持分の限度で現物を分割し、その余は原告らの共有として残す方法によることも許される」旨判示している。したがって、「分割請求をされた共有者の持分の限度で現物を分割し、その余は分割請求をした共有者の共有として残す方法により共有物の分割をすることはできない。」とする点で、本肢は誤っている。
- ウ × 判例（最判平8.10.31／百選 I [73]）は、「共有物を共有者のうちの特定の者に取得させるのが相当であると認められ、かつ、その価格が適正に評価され、当該共有物を取得する者に支払能力があって、他の共有者にはその持分の価格を取得させることとしても共有者間の実質的公平を害しないと認められる特段の事情が存するときは、共有物を共有者のうちの一人の単独所有又は数人の共有とし、これらの者から他の共有者に対して持分の価格を賠償させる方法、すなわち全面的価格賠償の方法による分割をすることも許される」旨判示している。したがって、全面的価格賠償の方法による「共有物の分割をすることはできない。」とする点で、本肢は誤っている。
- エ ○ 判例（最判昭46.6.18）は、民法258条2項にいう「現物を分割することができないとき」とは、現物分割が物理的に不可能な場合のみを指称するのではなく、社会通念上適正な現物分割が著しく困難な場合をも包含する旨判示している。したがって、本肢は正しい。
- オ × 判例（最大判昭62.4.22）は、「分割の対象となる共有物が多数の不動産である場合には、これらの不動産が外形上一団とみられるときはもとより、数か所に分かれて存在するときでも、右不動産を一括して分割の対象とし、分割後のそれぞれの部分を各共有者の単独所有とすることも、現物分割の方法として許される」旨判示している。したがって、「数個の共有建物を一括して分割の対象とし、共有者各自が各個の建物の単独所有権を取得する方法により共有物の分割をすることはできない。」とする点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢はアとエであり、正解は2となる。

全体の 正答率	90.9%
------------	-------

肢別の 選択率	1	2	3	4	5
	0.6%	90.9%	0.6%	0.6%	6.8%

司 第 14 問
 予 —

[配点 3 点]

実施日

/

/

/

正誤

要求
能力



譲渡担保に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア. 不動産が譲渡担保の目的とされ、譲渡担保権の設定者から譲渡担保権者への所有権移転登記がされた場合において、譲渡担保権の設定者は、その譲渡担保権に係る債務の弁済と、その不動産の譲渡担保権者から譲渡担保権の設定者への所有権移転登記手続との同時履行を主張することができない。
- イ. 対抗要件を備えた集合動産譲渡担保権の設定者が、その目的とされた動産につき通常の営業の範囲を超える売却処分をし、その動産を占有改定の方法により買主に引き渡した場合、買主はその動産の所有権を取得することができる。
- ウ. 不動産の譲渡担保において、債務者が弁済期にその譲渡担保権に係る債務を弁済しない場合、譲渡担保権者がその不動産を譲渡したときは、譲受人は確定的にその不動産の所有権を取得し、債務者は債務を弁済してその不動産を受け戻すことができない。
- エ. 不動産が譲渡担保の目的とされ、譲渡担保権の設定者から譲渡担保権者への所有権移転登記がされた場合において、その譲渡担保権に係る債務の弁済により譲渡担保権が消滅した後にその不動産が譲渡担保権者から第三者に譲渡されたときは、譲渡担保権の設定者は、登記がなければ、その所有権をその不動産を譲り受けた第三者に対抗することができない。
- オ. 集合動産の譲渡担保権者は、その譲渡担保権の設定者が通常の営業を継続している場合であっても、その目的とされた動産が滅失したときは、その損害をてん補するために設定者に支払われる損害保険金の請求権に対して物上代位権を行使することができる。

1. ア ウ 2. ア エ 3. イ ウ 4. イ オ 5. エ オ

司	第 14 問	譲渡担保	配 点	3 点
予	—	正解 4	部分点	—

- ア** 判例（最判平6.9.8）は、「債務の弁済と譲渡担保の目的物の返還とは、前者が後者に対し先履行の関係にあり、同時履行の関係に立つものではない」旨判示し、同判例は、「債務の弁済と当該債務の担保のために経由された仮登記担保権設定の仮登記の抹消登記手続ないし右抹消登記手続に代わる移転登記手続とは、前者が後者に対し先履行の関係にあるものであって、同時履行の関係に立つものではない」旨判示する判例（最判昭61.4.11）を引用している。よって、これらの判例の趣旨に照らすと、譲渡担保権設定者は、債務の弁済と譲渡担保権設定者への所有権移転登記手続との同時履行を主張することはできないと解される。したがって、本肢は正しい。
- イ** 判例（最判平18.7.20／百選 I [98]）は、「対抗要件を備えた集合動産譲渡担保の設定者がその目的物である動産につき通常の営業の範囲を超える売却処分をした場合」、当該処分は「通常の営業の範囲内で、譲渡担保の目的を構成する動産を処分する権限」に基づかないものである以上、「譲渡担保契約に定められた保管場所から搬出されるなどして当該譲渡担保の目的である集合物から離脱したと認められる場合でない限り、当該処分の相手方は目的物の所有権を承継取得することはできない」旨判示している。そして、判例（最判昭35.2.11／百選 I [65]）によれば、占有改定によっては、即時取得は成立しないから、処分された動産の所有権を原始取得することもできない。したがって、「買主はその動産の所有権を取得することができない。」とする点で、本肢は誤っている。
- ウ** 判例（最判平6.2.22／百選 I [97]）は、「不動産を目的とする譲渡担保契約において、債務者が弁済期に債務の弁済をしない場合には、債権者は、右譲渡担保契約がいわゆる帰属清算型であると処分清算型であるとを問わず、目的物を処分する権能を取得するから、債権者がこの権能に基づいて目的物を第三者に譲渡したときは、原則として、譲受人は目的物の所有権を確定的に取得し、債務者は、清算金がある場合に債権者に対してその支払を求めることができるにとどまり、残債務を弁済して目的物を受け戻すことはできなくなる」旨判示している。したがって、本肢は正しい。
- エ** 判例（最判昭62.11.12）は、「不動産が譲渡担保の目的とされ、設定者から譲渡担保権者への所有権移転登記が経由された場合において、被担保債務の弁済等により譲渡担保権が消滅した後に目的不動産が譲渡担保権者から第三者に譲渡されたときは、右第三者がいわゆる背信的悪意者に当たる場合は格別、そうでない限り、譲渡担保設定者は、登記がなければ、その所有権を右第三者に対抗することができない」旨判示している。したがって、本肢は正しい。
- オ** 判例（最判平22.12.2／H23重判 [6]）は、「集合物譲渡担保権は、譲渡担保権者において譲渡担保の目的である集合動産を構成するに至った動産（以下「目的動産」という。）の価値を担保として把握するものであるから、その効力は、目的動産が滅失した場合にその損害をてん補するために譲渡担保権設定者に対して支払われる損害保険金に係る請求権に及ぶ」旨判示した上で、「構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保契約は、譲渡担保権設定者が目的動産を販売して営業を継続することを前提とするものであるから、譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合には、目的動産の滅失により上記請求権が発生したとしても、これに対して直ちに物上代位権を行使することができる旨が合意されているなどの特段の事情がない限り、譲渡担保権者が当該請求権に対して物上代位権を行使することは許されない」旨判示している。したがって、「物上代位権を行使することができる。」とする点で、本肢は誤っている。

以上より、誤っている肢はイとオであり、正解は4となる。

全体の 正答率	76.7%
------------	-------

肢別の 選択率	1	2	3	4	5
	4.7%	6.2%	7.1%	76.7%	5.0%

司 第 17 問
 予 第 9 問

[配点 2 点]

実施日

/

/

/

正誤

要求
能力



AがBに対して融資をしていたところ、Bがその所有する建物をBの妻Cに贈与し、その旨の所有権移転登記手続をしたことから、Aが詐害行為取消訴訟を提起した。この場合に関する次のアからオまでの各記述のうち、判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. Aは、BからCへの所有権移転登記の抹消登記手続を請求することができるほか、CからAへの所有権移転登記手続を請求することもできる。
- イ. Aは、BからCへの所有権移転登記の抹消登記手続を請求することなく、BC間の贈与契約の取消しを請求することができる。
- ウ. Aは、詐害行為の取消しを請求するに際しては、B及びCの両方を被告として訴えを提起しなければならない。
- エ. Aは、BC間の贈与契約が債権者であるAを害すること及びそのことをB及びCが知っていたことを主張・立証しなければならない。
- オ. Aは、BC間の贈与契約の当時Bが無資力であったことを主張・立証すれば足り、詐害行為取消訴訟の口頭弁論終結時までにBの資力が回復したことは、Cが主張・立証しなければならない。

1. ア ウ 2. ア エ 3. イ エ 4. イ オ 5. ウ オ

司 第 17 問 予 第 9 問	詐害行為取消権 正解 4	配 点 2 点 部分点 —
---------------------	------------------------	--------------------------------

- ア 判例（最判昭53.10.5／百選Ⅱ〔17〕）は、詐害行為取消しによって回復される目的物が不動産の場合、取消権者がその不動産の引渡請求権者であったとしても、直接自己への所有権移転登記手続を請求することはできないとしている。その理由として、同判例は、「民法424条の債権者取消権は、窮極的には債務者の一般財産による価値的満足を受けるため、総債権者の共同担保の保全を目的とするものであるから、このような制度の趣旨に照らし、特定物債権者は目的物自体を自己の債権の弁済に充てることはできない」旨判示している。したがって、「CからAへの所有権移転登記手続を請求することもできる」とする点で、本肢は誤っている。
- イ 判例（大判大6.3.31）は、不動産の譲渡を詐害行為として取り消した後、債務者から受益者に対してなされた所有権移転登記の抹消登記手続を請求できるとしている。そのため、Aは、BからCへの所有権移転登記の抹消登記手続を請求することなく、BC間の贈与契約の取消しを請求することができる。したがって、本肢は正しい。
- ウ 判例（大連判明44.3.24／百選Ⅱ〔15〕）は、詐害行為の取消しが相対的取消し（取消しの効力が取消債権者と受益者又は転得者との間でのみ生じ、債務者には影響を及ぼさない）であることから、受益者又は転得者が被告となり、債務者は被告適格を有しないとしている。したがって、「B及びCの両方を被告として訴えを提起しなければならない」とする点で、本肢は誤っている。
 【参考文献】中田・272頁
- エ 判例（最判昭37.3.6）は、債権者は受益者又は転得者の悪意を主張・立証する必要はなく、受益者又は転得者が自己の善意を抗弁として主張・立証しなければならないとしている。したがって、「Aは、……Aを害すること及びそのことをB及びCが知っていたことを主張・立証しなければならない」とする点で、本肢は誤っている。
 【参考文献】岡口1・529頁
- オ 判例（大判大5.5.1）は、取消行為時に債務者の資力が回復していたことについては、受益者又は転得者が抗弁としてこれを主張・立証しなければならないとしている。したがって、本肢は正しい。
 【参考文献】岡口1・530頁
- 以上より、正しい肢はイとオであり、正解は4となる。

全体の 正答率	61.1%
------------	-------

肢別の 選択率	1	2	3	4	5
	1.2%	2.7%	33.0%	61.1%	1.5%

司 第 21 問

予 ー

[配点 2 点]

実施日

/

/

/

正誤

要求
能力

同時履行の抗弁に関する次のアからオまでの各記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア. 判例によれば、家屋の賃貸借契約の締結時に敷金が差し入れられた場合、その賃貸借契約の終了に伴う賃借人の家屋明渡債務と賃貸人の敷金返還債務とは、同時履行の関係にない。
- イ. 双務契約における一方の債権が第三者に譲渡され、譲渡人が債務者に譲渡の通知をした後その債務者が遅滞なく異議を述べなかった場合、その債務者は、その債権の譲受人からの債務の履行の請求に対し、同時履行の抗弁を主張することができない。
- ウ. 売買契約における双方の債務の履行期が同じである場合において、その履行期が経過したときであっても、一方の当事者は、自己の債務について弁済又はその提供をしなければ、債務不履行に基づく契約の解除をすることができない。
- エ. 売買契約の解除により両当事者が互いに原状回復義務を負う場合、両当事者の原状回復義務は同時履行の関係にない。
- オ. A が B に対し美術品を売却した際、B の A に対する美術品の代金債務と A の B に対する美術品の引渡債務の履行期を同一とすることが合意された場合、A は、B の A に対する美術品の代金債務についてその履行期が到来しても、A の B に対する美術品の引渡債務について弁済又はその提供をしていないときは、A の B に対する美術品の代金債権とそれとは別に B が A に対して有する貸金債権とを対当額で相殺することができない。

1. ア ウ 2. ア オ 3. イ ウ 4. イ エ 5. エ オ

司	第 21 問	同時履行の抗弁	配 点	2 点
予	—	正解 4	部分点	—

- ア ○ 判例（最判昭49.9.2／百選Ⅱ〔第6版〕〔59〕）は、「敷金は、賃貸借の終了後家屋明渡義務の履行までに生ずる賃料相当額の損害金債権その他賃貸借契約により賃貸人が賃借人に対して取得することのある一切の債権を担保するものであり、……賃貸人は、特別の約定のないかぎり、賃借人から家屋明渡を受けた後に前記の敷金残額を返還すれば足りるものと解すべく、したがって、家屋明渡債務と敷金返還債務とは同時履行の関係にたつものではない」旨判示している。したがって、本肢は正しい。
- イ × 譲渡人が譲渡の通知をしたにとどまるときは、債務者は、その通知を受けるまでに譲渡人に対して生じた事由をもって譲受人に対抗することができる（468Ⅱ）。この点、債務者が異議をとどめないで債権譲渡の承諾をしたときは、譲渡人に対抗することができた事由であっても、これをもって譲受人に対抗することができない（同Ⅰ前段）が、本肢においては、債務者は債権譲渡について異議を述べなかったにすぎず、承諾をしたわけではないから、468条1項前段の適用はない。そして、468条2項が適用されることにより、債務者は、譲渡人に対する同時履行の抗弁権を譲受人に対して主張することができる。したがって、「同時履行の抗弁を主張することができない」とする点で、本肢は誤っている。
- ウ ○ 同時履行関係にある双務契約について、履行遅滞による解除をするには、解除権者は自らの債務につき履行の提供をする必要がある（最判昭29.7.27）。なぜならば、同時履行の抗弁権の存在が、履行遅滞の違法性阻却事由となるからである。したがって、本肢は正しい。
【参考文献】川井4・69頁，73頁，類型別・12頁
- エ × 契約解除による原状回復義務（545Ⅰ）には、533条が準用され、両当事者の原状回復義務は同時履行の関係にある（546）。したがって、「同時履行の関係にない」とする点で、本肢は誤っている。
- オ ○ 判例（大判昭13.3.1）は、自働債権に同時履行の抗弁権が付着している場合には、相殺は許されないとする。なぜならば、相殺によって、相手方の有する抗弁権行使の機会を奪うのは相当でないからである。よって、Aは、BのAに対する美術品の代金債務についてその履行期が到来しても、AのBに対する美術品の引渡債務の弁済又はその提供をして同時履行の抗弁権を失わせない限り、BがAに対して有する貸金債権と対当額で相殺することはできない。したがって、本肢は正しい。
- 以上より、誤っている肢はイとエであり、正解は4となる。

全体の 正答率	74.9%
------------	-------

肢別の 選択率	1	2	3	4	5
	0.6%	0.6%	3.2%	74.9%	20.4%

司 第 25 問

[配点 2 点]

予 ー

実施日

/

/

/

正誤

要求
能力

Aは、Bとの間で、Aが所有する2階建ての甲建物を月額50万円の賃料で賃貸する旨の契約を締結し、甲建物をBに引き渡した。その後、Bは、Aの承諾を得て、Cとの間で、甲建物を月額50万円の賃料で転貸する旨の契約を締結し、甲建物をCに引き渡した。それからしばらくして甲建物の屋根の不具合により雨漏りが発生し、Cは、甲建物の2階部分を使用することができなくなった。この場合に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記1から5までのうちどれか。

- ア. Cは、Bに対し、甲建物の屋根の不具合を修繕するよう請求することができる。
- イ. Cは、Bが甲建物の屋根の不具合の修繕を拒絶するときは、Aに対し、甲建物の屋根の不具合を修繕するよう請求することができる。
- ウ. AがBに対して甲建物の2階部分を使用することができなくなった日以後の賃料の支払を請求した場合、Bは、甲建物の2階部分の割合に相当する賃料については、その支払を拒絶することができる。
- エ. AがCに対して甲建物の2階部分を使用することができなくなった日以後の賃料の支払を請求した場合、Cは、甲建物の2階部分の割合に相当する賃料についても、その支払を拒絶することができない。
- オ. 判例によれば、甲建物の屋根の不具合がCの責めに帰すべき事由によって生じた場合、Aは、Bに対し、甲建物の屋根の不具合により生じた損害の賠償を請求することができない。

1. ア ウ 2. ア オ 3. イ エ 4. イ オ 5. ウ エ

司	第 25 問	承諾転貸における法律関係	配 点	2 点
予	—	正解 1	部分点	—

- ア** ○ 承諾転貸（613）の場合、転貸人と転借人との間には、通常の賃貸借契約（601）が成立している。そして、賃貸人は、賃貸物の使用及び収益に必要な修繕をする義務を負う（606 I）。そうすると、転借人 C は、転貸人 B に対し、甲建物の屋根の不具合という修繕可能な瑕疵について、修繕するよう請求することができる。したがって、本肢は正しい。
 【参考文献】潮見・債権各論 I・134頁
- イ** × 承諾転貸が行われた場合であっても、原賃貸人と転借人との間に賃貸借関係が成立するものではなく、転借人は、原賃貸人に対して直接に義務を負うだけである（613 I 前段）。そして、この規定は、原賃貸人を保護するための規定であるから、613条前段に基づき、転借人が原賃貸人に対して賃貸借上の権利を主張することはできない。したがって、「Cは、……Aに対し、甲建物の屋根の不具合を修繕するよう請求することができる。」とする点で、本肢は誤っている。
 【参考文献】潮見・債権各論 I・164頁
- ウ** ○ 原賃貸人・賃借人との間の賃貸借関係は、承諾転貸がなされた場合であっても存続する。そして、賃貸人の修繕義務が賃料支払期以前に発生したが、これが履行されない場合、目的物が使用収益に適する状態を回復しない間は、その限度で賃借人は賃料支払を拒絶することができる（大判大10.9.26）。そうすると、転貸人 B は、原賃貸人 A に対して、A が修繕義務を履行しない部分、すなわち甲建物の 2 階部分の割合に相当する賃料の支払を拒絶することができる。したがって、本肢は正しい。
 【参考文献】潮見・債権各論 I・135頁
- エ** × 転借人は、原賃貸人に対して直接に義務を負うが（613 I）、転貸人が原賃貸人に対して負担する以上の義務は負わない。この点、肢ウの解説のとおり、転貸人 B は、原賃貸人 A に対して、A が修繕義務を履行しない部分、すなわち甲建物の 2 階部分の割合に相当する賃料の支払を拒絶することができる。そうすると、転借人 C も、原賃貸人 A に対し、甲建物の 2 階部分の割合に相当する賃料の支払義務を負わない。したがって、「Cは、甲建物の 2 階部分の割合に相当する賃料についても、その支払を拒絶することができない。」とする点で、本肢は誤っている。
 【参考文献】潮見・債権各論 I・165頁
- オ** × 判例（大判昭4.6.19）によれば、転借人の過失によって賃借家屋が滅失毀損した場合、賃借人は、自己の過失によって賃借家屋を滅失毀損した場合と同様の責任を負う。そうすると、転借人 C の過失は、賃借人 B の過失と同視することができるから、B は、A に対して債務不履行責任（415）を負う。したがって、「Aは、B に対し、甲建物の屋根の不具合により生じた損害の賠償を請求することができない。」とする点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢はアとウであり、正解は 1 となる。

全体の 正答率	87.0%
------------	-------

肢別の 選択率	1	2	3	4	5
	87.0%	5.0%	3.2%	1.8%	2.7%

司 第 26 問
予 ー

[配点 2 点]

実施日

/

/

/

正誤



請負契約に関する次のアからオまでの各記述のうち、誤っているものを組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア. 請負人が債務の本旨に従って仕事を完成した後であっても、注文者は、損害を賠償して契約の解除をすることができる。
- イ. 判例によれば、建物の建築を目的とする請負契約の請負人は、自ら材料を提供したか、注文者が材料を提供したかにかかわらず、完成した建物の所有権を取得する。
- ウ. 注文者が破産手続開始の決定を受けたときは、請負人は、契約の解除をすることができる。
- エ. 仕事の目的物の引渡しを要する場合には、注文者は、仕事の目的物の引渡しを受けるまで、請負人に対し、報酬の支払を拒むことができる。
- オ. 請負人は、注文者との間で瑕疵担保責任を負わない旨の特約をした場合であっても、瑕疵があることを知りながらこれを注文者に告げずに仕事の目的物を引き渡したときには、その瑕疵についての担保責任を免れることができない。

1. ア イ 2. ア オ 3. イ ウ 4. ウ エ 5. エ オ

司 第 26 問	請負契約				配 点	2 点
	予	—	正解	1	部分点	—

ア 請負人が仕事を完成しない間は、注文者は、いつでも損害を賠償して契約の解除をすることができる (641)。この任意解除権は、請負人が仕事を完成させた後は行使することができない。また、請負人が仕事を完成させた後でも行使できる解除権は、仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないときに限って行使でき (635本文)、たとえ請負人に損害を賠償しても、契約を解除することはできない。したがって、「請負人が……仕事を完成した後であっても、注文者は、損害を賠償して契約の解除をすることができる」とする点で、本肢は誤っている。

【参考文献】潮見・債権各論 I・224頁

イ 判例によれば、注文者が建築材料の全部又は主要部分を提供した場合は、原始的に注文者に完成建物の所有権が帰属し (大判昭7.5.9)、請負人が建築材料の全部又は主要部分を提供した場合は、請負人が完成建物の所有権を取得し、引渡しによって注文者に所有権が移転するとされ (大判大3.12.26)、さらに、請負人が建築材料を提供しても、特約があれば、竣工と同時に注文者の所有物になるとされている (大判大5.12.13)。したがって、「注文者が材料を提供したかにかかわらず、完成した建物の所有権を取得する」とする点で、本肢は誤っている。

【参考文献】内田 II・276頁

ウ 注文者が破産手続開始の決定を受けたときは、請負人は、契約の解除をすることができる (642 I 前段)。したがって、本肢は正しい。

エ 請負の報酬は、仕事の目的物の引渡しと同時に、支払わなければならない (633本文)。すなわち、請負人の目的物の引渡義務と注文者の報酬支払義務は、同時履行の関係に立つ (大判大5.11.27)。したがって、本肢は正しい。

オ 請負人の担保責任の規定 (634, 635) は、任意規定であり、特約により免除することも認められる。もっとも、かかる特約があっても、請負人が知りながら告げなかった事実については、その責任を免れることができない (640)。したがって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢はアとイであり、正解は 1 となる。

全体の 正答率	84.1%
------------	-------

肢別の 選択率	1	2	3	4	5
	84.1%	2.9%	12.4%	0.3%	0.0%

司 第 29 問
 予 第 14 問

[配点 2 点]

実施日

/

/

/

正誤

要求
能力



婚姻が解消した場合の法律関係に関する次のアからオまでの各記述のうち、正しいものを組み合わせたものは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

- ア. 婚姻によって氏を改めた者は、婚姻が夫婦の一方の死亡によって解消した場合であるか離婚によって解消した場合であるかを問わず、婚姻前の氏に戻るが、法定の期間内に届出をすれば、婚姻が解消した際に称していた氏を称することができる。
- イ. 婚姻が離婚により終了した場合には、姻族関係は当然に終了するが、婚姻が夫婦の一方の死亡により終了した場合には、姻族関係は生存配偶者が姻族関係を終了させる意思を表示したときに限り終了する。
- ウ. 婚姻中の夫婦の間に生まれた子が未成年であるときは、協議上の離婚の際に、父母の一方を親権者と定めなければならないが、この定めについては、家庭裁判所の許可を要しない。
- エ. 婚姻が離婚により終了した場合には、配偶者の財産分与請求権が認められ、また、婚姻が夫婦の一方の死亡により終了した場合には、生存配偶者の相続権が認められるが、判例によれば、配偶者について認められるこれらの権利は、内縁関係にある者についても類推して認められる。
- オ. 判例によれば、協議上の離婚をした夫婦の一方は、相手方に対し財産の分与を請求した場合には、相手方に対し慰謝料を請求することはできない。

1. ア イ 2. ア エ 3. イ ウ 4. ウ オ 5. エ オ

司 第 29 問	婚姻の解消	配 点	2 点
予 第 14 問	正解 3	部分点	—

- ア × 婚姻が離婚によって解消した場合には、婚姻によって氏を改めた夫又は妻は、婚姻前の氏に復するが（767 I，771），離婚の日から 3 か月以内に戸籍法上の届出をすれば、婚姻が解消した際に称していた氏を称することができる（767 II，771）。これに対して、婚姻が夫婦の一方の死亡によって解消した場合には、婚姻によって氏を改めた生存配偶者は、婚姻前の氏に復することができる（751 I）。よって、婚姻によって氏を改めた者は、婚姻が夫婦の一方の死亡によって解消した場合、当然には婚姻前の氏に戻らず、その意思に基づいて婚姻前の氏に戻らない限り、婚姻が解消した際に称していた氏を称することになる。したがって、「婚姻によって氏を改めた者は、婚姻が夫婦の一方の死亡によって解消した場合であるか離婚によって解消した場合であるかを問わず、婚姻前の氏に戻るが、法定の期間内に届出をすれば、婚姻が解消した際に称していた氏を称することができる」とする点で、本肢は誤っている。
- イ ○ 姻族関係は離婚によって終了するが（728 I），夫婦の一方が死亡した場合においては、生存配偶者が姻族関係を終了させる意思を表示したときに、姻族関係が終了する（728 II）。したがって、本肢は正しい。
- ウ ○ 父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない（819 I）。この定めについて、家庭裁判所の許可を要するとの規定はない。したがって、本肢は正しい。
- エ × 判例（最決平12.3.10／百選Ⅲ〔24〕）は、離婚による内縁関係解消の場合における財産分与請求権（768）の類推適用を認めている。他方、内縁配偶者には、相続権が認められない。したがって、「生存配偶者の相続権が……内縁関係にある者についても類推して認められる」とする点で、本肢は誤っている。
- 【参考文献】潮見・相続・19頁
- オ × 判例（最判昭46.7.23／百選Ⅲ〔17〕）は、「財産分与がなされても、それが損害賠償の要素を含めた趣旨とは解せられないか、そうでないとしても、その額および方法において、請求者の精神的苦痛を慰藉するには足りないと認められるものであるときには、すでに財産分与を得たという一事によって慰藉料請求権がすべて消滅するのではなく、別個に不法行為を理由として離婚による慰藉料を請求することを妨げられない」旨判示している。したがって、「相手方に対し財産の分与を請求した場合には、相手方に対し慰謝料を請求することはできない。」とする点で、本肢は誤っている。

以上より、正しい肢はイとウであり、正解は 3 となる。

全体の 正答率	88.2%	肢別の 選択率	1	2	3	4	5
			8.8%	0.9%	88.2%	1.8%	0.0%

司 第 9 問
予 ー

[配点 3 点]

実施日	/	/	/
正誤			



次の【事例】に関する 1 から 5 までの各【記述】を判例の立場に従って検討し、正しいものを 2 個選びなさい。

【事例】

A は、外国へ旅行に行った際、旅行先で知り合った B から、荷物を預けるので手荷物として日本まで運んでほしいと依頼され、これを了承し、その荷物を日本に持ち込んだが、荷物の中身は覚せい剤であった。

なお、覚せい剤をみだりに日本に持ち込んだ場合には覚せい剤取締法の輸入罪が成立し、麻薬をみだりに日本に持ち込んだ場合には麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪が成立するものとする。

【記述】

1. A は、B から預かった荷物の中身は「薬物ではない。」と聞かされていたが、「薬物以外の何か違法なものかもしれない。」と思ってこれを日本に持ち込んだ場合、A には覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。
2. A は、B から預かった荷物の中身は「覚せい剤である。」と思ったものの、覚せい剤を日本に持ち込むことは法律上禁止されていないと考えてこれを日本に持ち込んだ場合、A には覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。
3. A は、B から預かった荷物の中身は「覚せい剤である。」と聞かされたものの、覚せい剤が違法な薬物であることを知らず、「覚せい剤とは高価な化粧品のことである。」と認識してこれを日本に持ち込んだ場合でも、「覚せい剤」という認識がある以上、A には覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。
4. A は、B から預かった荷物の中身は「覚せい剤かもしれないし、もしかしたら麻薬かもしれない。」と思ってこれを日本に持ち込んだ場合、A には客体の認識に錯誤があり、麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪の法定刑が覚せい剤取締法の輸入罪の法定刑よりも軽いときには、A には麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪が成立する。
5. A は、B から預かった荷物の中身は「覚せい剤ではないが、麻薬である。」と思ってこれを日本に持ち込んだ場合、覚せい剤取締法の輸入罪の法定刑と麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪の法定刑が同じときには、A には覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。

司	第 9 問	覚せい剤輸入罪の故意	配 点	3 点
予	—	正解 2, 5 (順不同)	部分点	なし

- 1 判例（最決平2.2.9／百選 I [40]）は、覚せい剤輸入罪の故意の内容について、「覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識」であるとしている。本肢における A の薬物以外の何か違法なものという認識は、身体に有害な薬物類であるとの認識を欠くから、覚せい剤輸入罪の故意が認められず、A には覚せい剤取締法の輸入罪が成立しない。したがって、「A には覚せい剤取締法の輸入罪が成立する」としている点で、本肢は誤っている。
【参考文献】西田・総論・216頁
- 2 肢 1 の解説参照。判例（最判昭25.11.28）は、「犯意の成立に違法の意識を必要としない」としている。まず、本肢における A には、荷物の中身が覚せい剤であるという認識がある以上、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があるといえる。そして、A は覚せい剤を日本に持ち込むことは法律上禁止されていないと考えており、違法性の意識を欠いているが、犯意の成立に違法性の意識を必要としないから、覚せい剤輸入罪の故意が認められる。よって、A には覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。したがって、本肢は正しい。
【参考文献】西田・総論・243頁
- 3 肢 1 の解説参照。本肢における覚せい剤とは高価な化粧品のことであるという A の認識は、覚せい剤という認識はあるが、それが身体に有害で違法な薬物類であるとの認識を欠くから、覚せい剤輸入罪の故意が認められず、A には覚せい剤取締法の輸入罪が成立しない。したがって、「A には覚せい剤取締法の輸入罪が成立する」としている点で、本肢は誤っている。
- 4 未必の故意とは、犯罪事実の確定的な認識・予見はないが、その蓋然性を認識・予見していることをいい、これも故意犯成立のための「故意」（38 I）に当たる（最判昭23.3.16／百選 I [41] 参照）。まず、本肢における荷物の中身が覚せい剤かもしれないという A の認識は、荷物の中身が覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であることの蓋然性を認識・予見していることに当たり、A には覚せい剤輸入罪の故意が認められる。そして、本肢における実際の客体は覚せい剤であり、A がその蓋然性を認識・予見した客体も覚せい剤であるから、客体の取り違いは認められず、A の客体の認識に錯誤はない。よって、A には覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。したがって、「A には客体の認識に錯誤があり、麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪の法定刑が覚せい剤取締法の輸入罪の法定刑よりも軽いときには、A には麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪が成立する」とする点で、本肢は誤っている。
【参考文献】条解・130頁、講義案・105頁、109頁、山口・総論・198頁
- 5 判例（最決昭54.3.27）は、麻薬を覚せい剤と誤認したため、覚せい剤輸入罪を犯す意思で、麻薬輸入罪にあたる事実を実現した事案において、「両罪〔覚せい剤輸入罪と麻薬輸入罪〕は、その目的物が覚せい剤か麻薬かの差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素は同一であり、その法定刑も全く同一であるところ、前記のような麻薬と覚せい剤との類似性にかんがみると、この場合、両罪の構成要件は実質的に全く重なり合っているものとみるのが相当であるから、麻薬を覚せい剤と誤認した錯誤は、生じた結果である麻薬輸入の罪についての故意を阻却するものではないと解すべきである」とし、麻薬輸入罪が成立するとしている。本肢における A は、荷物の中身である覚せい剤を麻薬と誤信しているところ、覚せい剤取締法の輸入罪の法定刑と麻薬及び向精神薬取締法の輸入罪の法定刑が同じときは、両罪の構成要件は実質的に全く重なり合っているといえる。よって、覚せい剤を麻薬と誤認した錯誤は、生じた結果である覚せい剤輸入罪についての故意を阻却するものではないから、A には覚せい剤取締法の輸入罪が成立する。したがって、本肢は正しい。

以上より、正しい肢は 2 と 5 であり、正解は 2, 5 となる。

全体の 正答率	47.6%
------------	-------

肢別の 選択率	1	2	3	4	5
	3.6%	93.8%	0.9%	1.2%	0.3%
	8.6%	0.0%	13.7%	25.6%	52.1%

司 第 12 問

[配点 2 点]

予 一

実施日

/

/

/

正誤

要求
能力

次の 1 から 5 までの各記述を判例の立場に従って検討した場合、誤っているものはどれか。

1. 盗品等無償譲受け罪が成立するためには、無償譲受けについて契約を締結しただけでは足りず、盗品等が現実に移転されることが必要であるが、盗品等有償譲受け罪は、有償譲受けについて契約を締結しただけで成立する。
2. 盗品等の売買をあっせんすれば、あっせん自体が無償であっても、盗品等有償処分あっせん罪が成立する。
3. 盗品等有償譲受け罪の客体に対する故意は、財産罪に当たる行為によって領得された物であることの認識があれば足り、いかなる財産罪に当たるかの認識までは不要である。
4. 盗品等の売買をあっせんすれば、盗品等が現実に移転されなくても、盗品等有償処分あっせん罪が成立する。
5. 盗品等有償譲受け罪の犯人が本犯である窃盗犯人の配偶者である場合、当該盗品等有償譲受け罪の犯人について、その刑は免除される。

司 予	第 12 問	盗品等に関する罪	配 点	2 点
	—	正解 1	部分点	—

- 1 無償譲受け（256 I）とは、無償で交付を受けて取得することをいう。そして、その成立には、契約の成立では足りず、盗品等の引渡しを受けることが必要である。一方で、有償譲受け（256 II）とは、売買、交換、代物弁済等を含む全ての有償取得をいう（大判大12. 4. 14）。そして、その成立には、契約の成立では足りず、盗品等の引渡しを必要とする（大判昭14. 12. 22）。したがって、「盗品等有償譲受け罪は、有償譲受けについて契約を締結しただけで成立する」としている点で、誤っている。
 【参考文献】西田・各論・274頁，条解・821頁
- 2 有償の処分のあっせん（256 II）とは、売買、質入れなど盗品等の処分を仲介することをいう。そして、判例（最判昭25. 8. 9）は、処分自体は有償であることを要するが、あっせん行為は有償、無償を問わないとしている。したがって、本肢は正しい。
 【参考文献】西田・各論・276頁
- 3 盗品等に関する罪の客体に対する故意については、盗品等の占有取得時において、客体が盗品等であることの認識が必要である。そして、判例（最判昭30. 9. 16）は、「その物が財産罪によって領得されたものであることの認識があれば足り、……それが何人の如何なる犯行によって得られたかというような本犯の具体的事実までも知る必要はない」としている。したがって、本肢は正しい。
 【参考文献】山口・各論・344頁
- 4 判例（最判昭23. 11. 9）は、あっせん行為をすれば、盗品等有償処分あっせん罪が成立するとしている。よって、盗品等が現実に移転することは不要である。したがって、本肢は正しい。
 【参考文献】山口・各論・348頁
- 5 配偶者等との間で、盗品等に関する罪を犯した者は、その刑を免除する（257 I）。そして、判例（最決昭38. 11. 8）は、「257条1項は、本犯と赃物〔盗品等〕に関する犯人との間に同条項所定の関係がある場合に、赃物に関する犯人の刑を免除する旨を規定したものである」としている。この判例の立場に従って検討すると、本犯が窃盗犯人であり、盗品等有償譲受け罪の犯人がその配偶者というのだから、257条1項が適用される。したがって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢は1であり、正解は1となる。

全体の 正答率	78.0%	肢別の 選択率	1	2	3	4	5
			78.0%	2.7%	0.6%	3.0%	15.8%

司 第 16 問
 予 第 10 問

[配点 3 点]

実施日

/

/

/

正誤



事後強盗罪に関する次の 1 から 5 までの各記述を判例の立場に従って検討し、正しいものを 2 個選びなさい。

1. 窃盗既遂犯人のみが事後強盗罪の主体となる。
2. 事後強盗罪は、強盗罪と同様、財物と財産上の利益について成立する。
3. 窃盗犯人が窃盗の現場で逮捕を免れるために暴行・脅迫を加えた相手方が、現に当該窃盗犯人を逮捕する意図を有していなくても、事後強盗罪は成立する。
4. 窃盗犯人が窃盗の現場で逮捕を免れるために相手方を殺害した場合、強盗殺人罪は成立しない。
5. 強盗予備罪の「強盗の罪を犯す目的」には、事後強盗を犯す目的も含まれる。

司 第 16 問 予 第 10 問	事後強盗罪				配 点	3 点
	正解 3, 5 (順不同)				部分点	なし

- 1 事後強盗罪 (238) の主体として規定されている「窃盗」とは、窃盗の実行に着手した者をいい、財物を取り返されることを防ぐ目的の場合は窃盗が既遂となることが前提となるが、それ以外の目的の場合は未遂、既遂を問わない (大判昭 7. 12. 12)。したがって、「窃盗既遂犯人のみが事後強盗罪の主体となる」とする点で、本肢は誤っている。
【参考文献】条解・743頁
- 2 事後強盗罪は、財物に関する強盗罪の拡張類型であり、財産上の利益について事後強盗罪は成立しない。このことは、事後強盗の主体である「窃盗」について、利益窃盗が存在しないことから明らかである。したがって、「財産上の利益について成立する」とする点で、本肢は誤っている。
【参考文献】山口・302頁
- 3 事後強盗罪における暴行・脅迫は、238条所定の目的で暴行・脅迫が行われれば足り、実際に財物の取返しや逮捕の行為が行われたか否かを問わない (最判昭 22. 11. 29)。よって、逮捕を免れる目的で暴行・脅迫を加えれば、その相手方が逮捕する意図を有していなくとも、事後強盗罪が成立する。したがって、本肢は正しい。
- 4 事後強盗罪は「強盗として論ずる」こととされ、その法定刑のみならず、強盗致死傷罪 (240) 及び強盗強姦及び同致死罪 (241)、さらには強盗予備罪 (237) との関係で強盗罪 (236) と同様に扱われる。よって、窃盗犯人が窃盗の現場で逮捕を免れるために相手方を殺害した場合、強盗殺人罪が成立する。したがって、「強盗殺人罪は成立しない」とする点で、本肢は誤っている。
【参考文献】山口・303頁
- 5 判例 (最決昭 54. 11. 19 / 百選Ⅱ [43]) は、事後強盗罪の予備の可罰性を肯定しているおり、強盗予備罪 (237) の「強盗の罪を犯す目的」には、事後強盗を犯す目的も含まれる。したがって、本肢は正しい。

以上より、正しい肢は3と5であり、正解は3, 5となる。

全体の 正答率	76. 2%
------------	--------

肢別の 選択率	1	2	3	4	5
	1. 5%	6. 8%	91. 4%	0. 0%	0. 0%
	0. 9%	13. 7%	0. 0%	1. 5%	83. 6%

司 第 17 問
 予 第 12 問

[配点 2 点]

実施日

/

/

/

正誤

要求
能力



次の 1 から 5 までの各記述を判例の立場に従って検討した場合、誤っているものはどれか。

1. 甲は、酒に酔った状態で、自動車を無免許で運転した。甲には酒酔い運転の罪と無免許運転の罪が成立し、これらは観念的競合となる。
2. 甲及び乙は、対立する暴走族の構成員を襲撃することを共謀し、同構成員である X、Y 及び Z に対し、殴る蹴るの暴行を加え、それぞれに傷害を負わせた。甲及び乙にはそれぞれ 3 個の傷害罪が成立し、これらは併合罪となる。
3. 甲は、乙が X 及び Y を殺害するつもりであることを知ったことから、凶器としてナイフ 1 本を乙に手渡したところ、乙は、同ナイフを用いて X 及び Y を殺害した。甲には 2 個の殺人幫助の罪が成立し、これらは併合罪となる。
4. 甲は、離婚した元妻 X を殺害する目的で、深夜、X の母親 Y 宅に侵入し、その場にいた X、Y 及び Y の子 Z を順次殺害した。甲には 1 個の住居侵入罪と 3 個の殺人罪が成立するが、住居侵入罪と各殺人罪は牽連犯となり、全体が科刑上一罪となる。
5. 甲は、身の代金を得る目的で X を拐取し、更に X を監禁し、その間に X の近親者に対して身の代金を要求した。甲には身の代金目的拐取罪、拐取者身の代金要求罪及び監禁罪が成立し、身の代金目的拐取罪と拐取者身の代金要求罪は牽連犯となり、これらの各罪と監禁罪は併合罪となる。

司 第 17 問	罪数	配 点	2 点
予 第 12 問	正解 3	部分点	—

- 1 ○ 判例（最大判昭49.5.29／百選 I [103]）は、観念的競合となる「一個の行為」（54 I 前段）とは「法的評価をはなれ構成要件的観点を捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上 1 個のものとの評価をうける場合をいう」としている。そして、上記判決と同一日に言い渡された別の大法廷判決において、酒酔い運転と無免許運転は、社会見解上明らかに 1 個の「車両運転行為」であるとして、観念的競合の関係にあるとしている。したがって、本肢は正しい。
- 2 ○ 判例（最決昭53.2.16）は、数人が共同して 2 人以上に対しそれぞれ暴行を加え、一部の者に傷害を負わせた事案において、傷害を受けた者の数だけの傷害罪（204）と、そうでない者の数だけの集団暴行罪（暴力行為処罰法 1）が成立し、併合罪（45前段）となるとしている。したがって、本肢は正しい。
- 3 × 幫助罪（62 I）の個数は正犯により実行された犯罪の個数に従うが、幫助行為が 1 個の行為でなされた場合には、数個の幫助罪は観念的競合となる（最決昭57.2.17／百選 I [106]）。よって、甲には 2 個の殺人幫助罪が成立し、これらは観念的競合となる。したがって、「これらは併合罪となる」とする点で、本肢は誤っている。
- 4 ○ 判例（最決昭29.5.27／百選 I [105]）は、住居侵入後、XYZ の 3 名を殺害した場合、住居侵入罪（130前段）と殺人罪（199）とは牽連犯となるため、一個の住居侵入罪が「かすがい」となって、3 個の殺人罪も牽連犯となり、全体として科刑上一罪となるとしている。したがって、本肢は正しい。
- 5 ○ 身の代金取得の目的で人を拐取した者が、略取され又は誘拐された者をさらに監禁し、その間に身の代金を要求した場合には、身の代金目的拐取罪（225の 2 I）と身の代金要求罪（225の 2 II）とは牽連犯となり、以上の各罪と監禁罪（220）とは併合罪となる（最決昭58.9.27／百選 I [第 6 版] [102]）。したがって、本肢は正しい。

以上より、誤っている肢は 3 であり、正解は 3 となる。

全体の 正答率	85.1%	肢別の	1	2	3	4	5
		選択率	3.0%	5.7%	85.1%	1.5%	4.2%

司 第 18 問
予 第 4 問

[配点 2 点]

実施日	/	/	/
正誤			



次の【事例】に関する後記 1 から 5 までの甲の罪責を判例の立場に従って検討した場合、甲に () 内の犯罪が成立しないものはどれか。

【事例】

甲は、A 方から高価な壺を盗み出した。A は、これに気付いて甲を追い掛けたが、甲は、逃げ切って帰宅し、盗んだ上記壺を自宅のテーブルに置いていた。警察官は、甲の本件窃盗事件の捜査を開始した。

1. 警察官は、甲を立会人として本件窃盗事件に係る搜索差押許可状に基づき甲方を搜索中、テーブルに上記壺が置かれているのを発見し、これを差し押さえようとして手を伸ばしたところ、甲は、腹立ち紛れにその壺を取り上げ、その場で床にたたき付けて粉々に割った。(公務執行妨害罪)
2. 甲は、自宅において、本件窃盗事件に係る搜索差押許可状に基づく搜索を受けた際、自宅に隠し持っていた覚せい剤が警察官に発見されることを恐れ、これを密かにトイレに流した。(証拠隠滅罪)
3. 甲は、本件窃盗事件で通常逮捕され、警察署において弁解録取の手续を受けた際、警察官が甲の供述を記載した弁解録取書を手に取って破った。(公用文書毀棄罪)
4. 甲は、本件窃盗事件について発付された勾留状の執行により留置施設に留置されていたが、留置担当者隙を見て同施設から外へ逃走した。(単純逃走罪)
5. 甲は、本件窃盗事件について犯人ではないと否認していたが、公判請求され、公判で A が被害状況を証言したことを逆恨みし、公判係属中、A に対して「自分が有罪になったら、A の自宅へ行って直接会ってお礼をさせてもらおう。」旨の手紙を送り、A はこれを読んで不安に思った。(証人威迫罪)

司 第 18 問 予 第 4 問	国家的法益に対する罪	配 点	2 点
	正解 2	部分点	—

1 成立する

公務執行妨害罪（95）にいう「暴行」とは、暴行罪（208）の「暴行」より広く、公務員の身体に加えられたものに限らず、直接・間接を問わず公務員に向けられた不法な有形力の行使（間接暴行）をいい、例えば、判例（最判昭33.10.14）は、公務員が差し押さえた覚せい剤液入りのアンプルを憤慨して損壊する行為も本罪の暴行に当たるとしている。この判例の立場に従うと、腹立ち紛れに壺を取り上げ、その場で床にたたき付けて粉々に割る行為も公務執行妨害罪にいう暴行に当たると考えられる。したがって、判例の立場に従えば、甲には公務執行妨害罪が成立する。

【参考文献】西田・各論・427頁

2 成立しない

証拠隠滅罪（104）は「他人の刑事事件に関する証拠を隠滅」した場合に成立する。甲は、自己の覚せい剤所持罪に関する証拠を隠滅しているにすぎないため、証拠隠滅罪は成立しない。したがって、甲には証拠隠滅罪は成立しない。

3 成立する

判例（最決昭32.1.29）は、被疑者と司法警察員の署名・押印がなされていなかった弁解録取書について、既に文書としての意味内容を備えていることを理由に、公用文書毀棄罪（258）における「文書」に当たるとしている。また、被疑者がその弁解録取書を丸めてしわくちゃにした上、床に投げ捨てる行為は、公用文書毀棄罪における「毀棄」に当たるとしている。したがって、判例の立場に従えば、甲には公用文書毀棄罪が成立する。

4 成立する

裁判例（札幌高判昭28.7.9）は、単純逃走罪（97）における「未決の者」とは、勾留状により拘置所または留置施設に拘禁されている被告人・被疑者をいうとしている。したがって、判例の立場に従えば、甲には単純逃走罪が成立する。

5 成立する

判例（最決平19.11.13/H20重判〔12〕）は、証人威迫罪における「威迫」（105の2）には、直接相手と相対する方法に限らず、文書を送付する方法による場合が含まれるとしている。したがって、判例の立場に従えば、甲には証人威迫罪が成立する。

以上より、（ ）内の犯罪が成立しない肢は2であり、正解は2となる。

全体の 正答率	75.3%
------------	-------

肢別の 選択率	1	2	3	4	5
	4.2%	75.3%	6.0%	7.7%	6.5%

司 第 20 問
予 第 13 問

【配点 4 点】

実施日	/	/	/
正誤			



次の【事例】に関する後記アからオまでの各【記述】を判例の立場に従って検討し、正しい場合には 1 を、誤っている場合には 2 を選びなさい。

【事例】

借金の返済に苦しんでいた甲とその内縁の妻乙は、A市が発行した乙を被保険者とする国民健康保険被保険者証の氏名を乙から実在しない丙に改変し、丙になりすまして消費者金融会社から借入れをして現金を手に入れることを相談した。甲と相談したとおり、乙は、上記国民健康保険被保険者証の被保険者氏名欄に乙とあるのを丙と書き換えた。そして、乙は、消費者金融会社の無人借入手続コーナーにおいて、借入申込書に丙の氏名を記載し、丙と刻した印鑑を押捺するなどして丙名義の借入申込書 1 通を完成させた上、同申込書及び氏名を丙に改変した上記国民健康保険被保険者証の内容を、同コーナーに設置された機械を使用し、同機械に接続されている同社本店の端末機に送信し、同社の貸付手続担当者に対し、丙であるかのように装って 100 万円の借入れを申し込んだ。同担当者は、当該申込みをした者が真実丙であり、かつ、貸付金は約定のとおり返済されるものと誤信し、同社の貸付システムに従って丙名義の借入カードを上記コーナーに設置された機械から発券した。乙は、その場で同カードを入手し、同カードを現金自動入出機に挿入して同機から現金 100 万円を引き出した。その後、乙は、上記行為に及んだことを後悔し、自宅で、甲と一緒に自首をしようと持ち掛けた。甲は、これを聞いて激高し、乙を窒息死させようと考え、その首を絞めたところ、乙は首を絞められたことによるショックで心不全になり死亡した。甲は、乙の死亡から約 30 分後、死亡して横たわっている乙の指に時価 20 万円相当の乙の指輪がはめてあることに気が付き、同指輪を奪って逃走した。

【記述】

- ア. 乙が国民健康保険被保険者証の被保険者氏名欄を丙と書き換えた行為については、単に文書の内容を書き換えたにすぎないから、甲と乙には、公文書偽造罪ではなく、公文書変造罪が成立する。
- イ. 乙が丙名義の借入申込書を作成した行為については、丙が実在しなくても、一般人をして真正に作成された文書であると誤信させる危険があるから、甲と乙には有印私文書偽造罪が成立する。
- ウ. 甲と乙は、当初から現金 100 万円を手に入れる目的で丙名義の借入カードを入手し、同カードを利用して現金 100 万円を引き出したのだから、甲と乙には現金 100 万円について詐欺罪が成立する。
- エ. 甲は、乙を窒息死させようとしていたが、乙はそれとは別の原因で死亡するに至ったのであるから、甲には、乙の首を絞めて死亡させた行為について殺人既遂罪は成立せず、殺人未遂罪と過失致死罪が成立する。
- オ. 甲が乙の指輪を奪った行為については、その時点で乙は既に死んでいるから、甲には、窃盗罪ではなく、占有離脱物横領罪が成立する。

司 第 20 問 予 第 13 問	犯罪の成否 正解 2, 1, 2, 2, 2	配点 4 点	部分点 4 問正解で 部分点 2 点
------------------------------------	----------------------------------	------------------	---------------------------------

ア 文書の本質的部分に変更を加え、既存文書と同一性を欠く新たな文書を作成した場合には、変造ではなく、偽造となる。国民健康保険被保険者証の被保険者氏名欄は、文書の本質的部分であるから、これに変更を加えることは、変造ではなく、偽造に当たる（名古屋地判平16.1.29）。また、偽造か否かを判断するにあたっては、通常想定される行使形態等もあわせて考慮する必要があるところ、本肢のように、身分証明書として機械に読み込ませて係員に提示するという行使形態を踏まえれば、本肢における国民健康保険被保険者証も、一般人をして真正に作成された文書であると誤認させるに足りる程度と認められる（大阪地判平8.7.8／百選Ⅱ〔89〕）。よって、甲と乙には、有印公文書偽造罪（155 I）が成立する。したがって、「公文書変造罪が成立する」とする点で、本肢は誤っている。

【参考文献】山口・各論・434頁

イ 判例（最判昭28.11.13）は、架空人名義を用いて私文書を作成した場合であっても、一般人をして真正に作成された文書と誤信せしめる危険においては実在人名義を用いて作成した場合と何等区別はないから、偽造文書における名義人は架空人でもよいとする。よって、判例の立場に従うと、甲と乙には有印私文書偽造罪（159 I）が成立する。したがって、本肢は正しい。

ウ 判例（最決平14.2.8）は、ローンカードを詐取し、それを用いてATMから現金を引き出す行為について、ローンカードについての詐欺罪（246 I）と現金についての窃盗罪（235）の併合罪（45前段）を認めている。その理由として、消費者金融係員を欺いて同カードを交付させる行為と、同カードを利用して現金自動入出機から現金を引き出す行為は、社会通念上別個の行為類型に属するためとしている。よって、判例の立場に従うと、「甲と乙には現金100万円について窃盗罪が成立する。したがって、甲と乙には現金100万円について詐欺罪が成立する」とする点で、本肢は誤っている。

エ 判例は、「行為の危険性が結果へと現実化したか」（危険の現実化）を基準として、因果関係の判断をしているとされる。このような判例の立場に従うと、首を絞めるというそれ自体殺人の実行行為性の認められる行為を行い、首を絞められたことによるショックで死亡しているから、実行行為の危険が現実化したといえ、因果関係を肯定することができる。次に、判例（大判大12.4.30／百選Ⅰ〔15〕）は、因果関係の錯誤があっても、その錯誤が構成要件の範囲内で符合していれば故意を阻却しないとの立場に立っている。このような判例の立場に従うと、甲には殺人の故意が認められる。よって、甲には殺人既遂罪（199）が成立する。したがって、「殺人未遂罪と過失致死罪が成立する」とする点で、本肢は誤っている。

【参考文献】山口・総論・60頁、基本総論・126頁

オ 判例（最判昭41.4.8／百選Ⅱ〔29〕）は、被害者の殺害後に初めて領得意思を生じ、犯行直後、現場において領得する行為について、「被害者が生前有していた財物の所持はその死亡直後においてもなお継続して保護するのが法の目的にかなう」として、窃盗罪の成立を認めている。よって、判例の立場に従うと、甲には窃盗罪が成立する。したがって、「占有離脱物横領罪が成立する」とする点で、本肢は誤っている。

以上より、正解はアから順に2, 1, 2, 2, 2となる。

全体の 正答率	67.3%	肢別の 正答率	ア 93.5%	イ 97.6%	ウ 75.9%	エ 98.2%	オ 93.8%
------------	-------	------------	------------	------------	------------	------------	------------

司

第 2 問

[配点 2 点]

実施日

/

/

/

正誤

要求
能力

名誉毀損罪（刑法第 230 条）と侮辱罪（刑法第 231 条）の保護法益に関する次の各【見解】についての後記アからオまでの各【記述】を検討した場合、正しいものの組合せは、後記 1 から 5 までのうちどれか。

【見 解】

- A 説：名誉毀損罪と侮辱罪の保護法益は、いずれも人の外部的名誉（社会的評価、社会的名誉）であり、名誉毀損罪と侮辱罪の違いは、事実の摘示の有無である。
B 説：名誉毀損罪の保護法益は人の外部的名誉（社会的評価、社会的名誉）であり、侮辱罪の保護法益は人の主観的名誉（名誉感情）である。

【記 述】

- ア． A 説によれば、刑法第 231 条で侮辱が被害者の面前において行われることを要件としていないのは、公然たる侮辱の言葉はやがて本人に伝わるので面前性は不要だからであると考えられる。
イ． A 説に対しては、刑法第 231 条の「事実を摘示しなくても」との文言は文字どおりに解すべきであって「事実を摘示しないで」という意味にはならないはずであるとの批判がある。
ウ． B 説によれば、刑法第 231 条で公然性が要件とされているのは、侮辱行為が公然となされるかどうかでその当罰性に差異が生ずるからであると考えられる。
エ． B 説に対しては、幼児・重度の精神障害者・法人に対する侮辱罪が成立しないのは妥当でないとの批判がある。
オ． B 説に対しては、名誉毀損罪と侮辱罪の法定刑の差を説明できないという批判がある。
1. ア イ ウ
 2. ア イ エ
 3. イ ウ エ
 4. イ エ オ
 5. ウ エ オ

司	—	名誉毀損罪と侮辱罪	配点	2点
予	第2問	正解 3	部分点	—

ア × B説に対しては、侮辱罪（231）の保護法益が名誉感情だとすれば、面前で行った場合がもっとも名誉感情を害するはずであるのに、231条は面前性を要件としていないとの批判があるところ、B説からは、公然たる侮辱の言葉はやがて本人に伝わるので面前性は不要であるとの反論がなされる。これに対し、侮辱罪の保護法益を外部的名誉とするA説においては、被害者の面前でなくとも公然と行われれば法益侵害が生じるため、上記批判はあてはまらず、面前性が問題となることはない。よって、本肢は、B説による見解であり、A説による見解ではない。したがって、「A説によれば」とする点で、本肢は誤っている。

【参考文献】西田・各論・122頁

イ ○ A説は、名誉毀損罪（230）と侮辱罪の相違は具体的な事実摘示の有無であって、侮辱罪における「事実を摘示しなくても」とは「事実を摘示しないで」の意味であるとする。これに対しては、「事実を摘示しなくても」との文言は文字どおりに解すべきであって「事実を摘示しないで」という意味にはならないはずであるとの批判がある。したがって、本肢は正しい。

【参考文献】基本各論・103頁

ウ ○ B説に対しては、侮辱罪の保護法益が名誉感情だとすれば、面前で行われれば足り、公然性の要件は不要なはずであるとの批判があるところ、B説からは、現行刑法が侮辱罪について公然性を要件としているのは、侮辱が公然と行われたときに名誉感情が傷つけられる程度が大きいので、この場合だけに可罰性を認めたものであるとの反論がある。したがって、本肢は正しい。

【参考文献】基本各論・103頁、福田・各論・187頁

エ ○ B説によれば、名誉感情をもたない幼児、精神障害者、法人に対しては侮辱罪が成立しないとされる。これに対しては、これらの者に対する侮辱罪が成立しないのは妥当でないとの批判がある。したがって、本肢は正しい。

【参考文献】LQ各論・111頁

オ × 名誉毀損罪の法定刑は「3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金」とされているのに対し、侮辱罪の法定刑は「拘留又は科料」とされ、名誉毀損罪と比較して著しく軽くなっている。このような法定刑の差について、A説に対し、事実の摘示の有無という単なる行為態様の違いでは十分に説明できないとの批判がある。他方、B説では、名誉毀損罪と侮辱罪の保護法益の違いから法定刑の差を説明できるとされており、かかる批判はあてはまらない。したがって、本肢はA説に対する批判であり、「B説に対しては」とする点で、本肢は誤っている。

【参考文献】西田・各論・122頁、基本各論・102頁

以上より、正しい肢はイとウとエであり、正解は3となる。

全体の 正答率	59.4%
------------	-------

肢別の 選択率	1	2	3	4	5
	2.8%	21.3%	59.4%	13.3%	3.3%

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18346