

平成22年度

新司法試験シリーズ

新司法試験

短答過去問題集

詳細な解説
基本書データ
正答率 など復習ツールが
オールインワン!

予備試験短答式対策

にも使えるように配慮した設計!

は し が き

第4回新司法試験は、2010年5月12日(水)から16日(日)にわたり実施されました。その後、同年6月3日に短答式試験の結果が発表されました。これによると、採点対象者数8,090人中、合格に必要な成績を得た者(短答式試験の各科目において、満点の40%〔公法系科目40点、民事系科目60点、刑事系科目40点〕以上の成績を得た者のうち、各科目の合計得点が215点以上の成績を得た者)は5,773人となっています。つまり、実に採点対象者の約28.6%に当たる2,317人の受験者が短答式試験で不合格となり、論文式試験の採点対象者から除外されているわけです。

このことから明らかに、短答式試験結果の配点比重が軽くなった現状においても、短答式試験対策を万全に講ずることは依然重要であるといえます。さらに、近年の出題傾向を分析すると、効率的な短答式試験対策を行い、これと論文式試験対策を有機的に関連付けて勉強していくことが、最終合格への近道と申し上げても過言ではないと思われます。本書は、平成22年度新司法試験短答式試験問題について解答・解説をまとめたものです。本書の編集・制作にあたっては、効率的な短答対策を図るよう、正解を導くための必要十分な知識を解説しつつ、論文対策と有機的に関連付けた勉強ができるよう、重要な知識には入念な解説を施しております。

また、本書では来るべき予備試験に備え、「予備試験対策へのアドバイス」というコーナーを設けました。ここでは、実際に平成22年度新司法試験短答式試験を受験しかつ合格した受験生の感想を中心に、予備試験に向けてどのような対策をするべきか、出題者のメッセージ性をどのように考えるかなどをコラム風に編集しています。紙面上、全問についてこのようなコーナーをご用意することはできませんが、これから予備試験の受験を考える方についても、また、新司法試験受験を備えた方についても是非当該コーナーを御役立ていただきたいと思います。

本書が、法書を目指す読者の皆様にとって一助となりますことを心よりお祈り申し上げます。

2010年8月吉日

株式会社 東京リーガルマインド
LEC 総合研究所 司法試験部

目次

はしがき
参考文献
本書の効果的活用法
体系別目次

公法系科目

問題と解説 3

民事系科目

問題と解説 107

刑事系科目

問題と解説 317

正解及び配点一覧表 464

参考文献

公法系科目

(略称)

憲法

芦部信喜(高橋和之補訂)「憲法」(第4版)岩波書店 芦部
野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利「憲法Ⅰ・Ⅱ」(第4版)有斐閣 野中他Ⅰ・Ⅱ
佐藤幸治「憲法」(第3版)青林書院 現代法律学講座 佐藤
高橋和之・長谷部恭男・石川健治編「憲法判例百選Ⅰ・Ⅱ」(第5版)有斐閣別冊ジュリスト
..... 百選Ⅰ・Ⅱ
大石眞・石川健治編「憲法の争点」有斐閣ジュリスト増刊, 新・法律学の争点シリーズ
..... 憲法の争点

行政法

塩野宏「行政法Ⅰ 行政法総論」(第5版)有斐閣 塩野Ⅰ
塩野宏「行政法Ⅱ 行政救済法」(第5版)有斐閣 塩野Ⅱ
塩野宏「行政法Ⅲ 行政組織法」(第3版)有斐閣 塩野Ⅲ
宇賀克也「行政法概説Ⅰ 行政法総論」(第3版)有斐閣 宇賀Ⅰ
宇賀克也「行政法概説Ⅱ 行政救済法」(第2版)有斐閣 宇賀Ⅱ
宇賀克也「行政法概説Ⅲ 行政組織法/公務員法/公物法」有斐閣 宇賀Ⅲ
室井力・芝池義一・浜川清 編「コンメンタール行政法Ⅰ 行政手続法・行政不服審査法」
日本評論社 コンメンタール行政法Ⅰ
櫻井敬子・橋本博之「行政法」(第2版)弘文堂 桜井 = 橋本
小早川光郎・宇賀克也・交告尚史編「行政判例百選Ⅰ・Ⅱ」(第5版)有斐閣別冊ジュリスト
..... 百選Ⅰ・Ⅱ

本書の効果的活用法

●問題ページ

第2問 (配点2点)

実施日	/	/	/
正誤			

上段には「解答した日」、
下段には「正誤等」を○×
△などで記入して、正確な
理解を図ってください。

刑事施設の被収容者の人権に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例の趣旨に照らして、正しいものには○、誤っているものには×を付した場合は組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。(解答欄は、[No. 4])

ア. 刑事施設及びその管理態勢に関する現状を前提とした場合、火災が発生する危険性、火災発生時に被収容者が逃走するおそれ、喫煙中の通謀により罪証隠滅がされるおそれなどを考慮すると、未決拘禁者について喫煙の自由を一般に認めないのはやむを得ない。

イ. 未決拘禁者が刑事施設の長が制限する場合より制限的でない場合があるべきである。

ウ. 受刑者が国会議員になる場合、刑事施設での生活が施設内の規則に相当のいがい然

- 1. ア○ イ○ ウ○
- 4. ア× イ○ ウ○
- 7. ア× イ× ウ○

公法系

●解説ページ

第2問	刑事施設の被収容者の人権	配点	2点
	正解 (No. 4)	部分点	—

本問で問われるテーマを記しています。

代表的な基本書の該当ページを肢ごとに記しました。

このように、判例は、「監獄の現在の施設および管理に備う火気の使用に起因する火災発生のおそれがあることを理由を認めることにより通謀のおそれがあり、監獄内の秩序の維持にも支障をきたすものである。また、火災発生時には被拘禁者の逃走の本質的目的を達することができないことは規則96条中未決拘留により拘禁された者に対し喫煙を禁止する規定が憲法13条に違反するものといえない」としている。(最判昭45.9.16・百選I17事件)。したがって、本肢は正しい。(野中他I・240頁)

イ × 未決拘禁者の新聞閲覧の自由について、判例は、拘留目的のほか、監獄の秩序維持上放置することができない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められ、かつ障害発生防止のため必要かつ合理的な範囲にとどまる限りで制約しており(よど号ハイジャック記事抹消事件、最判昭58.6.22・百選I17事件)、本記述のようなLRAの基準はとっていない。したがって、本肢は誤りである。(芦部・106頁。野中他I・241頁。佐藤・431頁)

ウ. 通謀の発受について、判例は、監獄内の規律秩序維持、受刑者の身柄の改善、更生の点において放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められる場合に限って制限することが許される。(最判平18.3.23)。したがって、本肢は正しい。

解説部分の末尾には、問題正答率又は各肢正答率を明確に表記！
(正答率は、本試験実施後にLEC独自で行った出口調査を基準として算定しています。有効回答者数186名)

以上より、ア○イ×ウ○となり、正解は3となる。

正答率	67.7%	体系整理番号	12	要求脳力	4
-----	-------	--------	----	------	---

知識優位問題
知識を覚えているかどうかを試す問題、すなわち、記憶していなければ正解に達しない問題(記憶と正解に条件関係のある問題)

論理操作問題
現場での論理的思想力の有無を試す問題、すなわち、記憶していなくても正解に達する問題(記憶と正解に条件関係のない問題)

●予備試験対策へのアドバイス●

判例の趣旨に照らして正誤を判断させる出題です。例として、百選の重要性を示すものといえます。しかし、5版が出版された後に出版された判例です。重要な判例は百選から、判例六法や判例集などを用いて、近時の判例にも留意

予備試験に向けてどのような対策をするべきかについてアドバイスしています。

体系別目次

	〈体系整理番号〉
憲法	
憲法総論	
比較憲法・政治思想史	1
憲法規範の特質	2
憲法規範の変更	3
憲法原理	4
法の支配・法治主義・法律の留保	5
権力分立	6
国民主権	7
戦争放棄	8
人権	
人権総論	
人権・人権規定の意義	9
人権享有主体性	10
私人間効力	11
特殊的公法関係	12
人権制約の一般原理	13
法の下の平等	14
幸福追求権	15
精神的自由権	
思想・良心の自由	16
信教の自由・政教分離	17
表現・集会・結社の自由	18
検閲、通信の秘密	19
学問の自由、大学の自治	20
経済的自由権	
居住・移転・国籍離脱の自由	21
職業選択の自由・経済活動の自由	22
財産権の保障	23
手続に関する保障	
適正手続の保障	24
刑事手続上の権利	25
社会権	
生存権	26
教育を受ける権利	27
労働基本権	28

	〈体系整理番号〉
受益権	
裁判を受ける権利	29
国家賠償請求権・刑事補償請求権	30
能動的権利	
参政権・請願権	31
統治機構	
天皇	32
国会	
全国民の代表機関	33
国権の最高機関	34
国の唯一の立法機関	35
国会の組織・活動・権能	36
議院の組織・活動・権能	37
議員の地位・権能・特権	38
内閣	
議院内閣制	39
内閣の組織・活動	40
内閣の権能	41
内閣総理大臣・国務大臣の地位・権能・特典	42
裁判所	
司法権の意義・帰属・範囲・限界・対象	43
裁判所の組織・活動、裁判の構造	44
司法権の独立と民主的統制	45
違憲審査制意義	46
違憲審査の対象・方法・基準	47
違憲判決の効力、憲法判例	48
財政	
租税法律主義	49
予算	50
財政へのその他の規制	51
地方自治	
地方自治の本質	52
地方公共団体の意義・組織・活動	53
地方公共団体の権能	54

憲法保障	55
行政法	
行政法総論	
行政の意義・分類・特質	1
行政法の全体構造	2
法律による行政の原理と法の一般原則	3
公法と私法	4
行政法の法源	5
行政組織法	
行政主体と行政機関	6
行政機関相互の関係（権限の代行・監督）	7
行政組織	8
独立行政機関	9
行政作用法	
行政作用法の全体構造	10
行政立法（法規命令・行政規則）	11
行政行為総説	12
行政行為の効力	13
行政裁量	14
行政行為の瑕疵	15
行政行為の取消、撤回	16
附款	17
行政上の強制手段総説	18
行政強制	19
行政罰	20
その他の強制手段	21
その他の行政活動形式	22
行政計画	23
行政契約	24
行政調査	25
行政手続法総説	26
申請に対する処分に関する手続	27
不利益処分手続	28
行政指導	29
届出手続	30
命令等制定手続	31
地方公共団体の措置	32
行政情報管理（情報公開法行政機関個人情報保護法）	33

行政救済法	
行政救済法総説	34
行政不服申し立て総説	35
不服申立の要件	36
審理手続	37
執行停止制度	38
裁決・決定	39
教示制度	40
行政審判	41
行政事件訴訟総説	42
訴訟類型	43
取消訴訟総説	44
処分性	45
原告適格	46
訴えの利益	47
抗告訴訟の審理	48
仮の救済	49
取消判決の効力	50
事情判決	51
無効等確認訴訟	52
義務付けの訴え・差止めの訴え	53
実質的当事者訴訟	54
住民訴訟	55
国家賠償総説	56
国家賠償法1条	57
営造物責任	58
損失補償	59
補償の要否・内容・方法	60
地方自治	
地方自治総論	61
地方公共団体の種類	62
地方公共団体の機関の種類	63
議会・長・その他の機関	64
条例・規則	65
選挙権・被選挙権	66
直接請求	67
地方公共団体に対する国の関与	68
その他	
公物の意義・分類	69
公物の成立および消滅	70
公物管理権	71

	〈体系整理番号〉
民法	
総則	
基本原則	1
自然人	
権利能力	2
行為能力	3
不在者・失踪宣告	4
法人	5
物	6
法律行為	
法律行為総則	7
意思表示	8
代理	9
無効および取消	10
条件および期限	11
時効	
時効総則	12
取得時効	13
消滅時効	14
物権	
物権総説	15
物権法定主義・意思主義	16
物権変動の公示	17
混同	18
占有	
占有の意義・要件・効力	19
即時取得	20
所有権	21
所有権の限界および原始取得	22
共有	23
用益物権	
地上権・地役権	24
担保物権	
留置権・先取特権	25
質権	26
抵当権	27
根抵当権	28
非典型担保	29
担保物権全般	30
債権総論	
債権の目的	31

	〈体系整理番号〉
債権の効力	
債務不履行・受領遅滞	32
多数当事者の債権関係	
債権者代位権・債権者取消権	33
不可分債権・不可分債務	34
連帯債務・不真正連帯債務	35
保証債務	36
多数当事者の債権関係全般	37
債権担保全般	38
債権譲渡・債務引受・契約上の地位の移転	
債権譲渡	39
債務引受	40
契約上の地位の移転	41
債権の消滅	
弁済・代物弁済・弁済供託	42
相殺	43
債権の消滅全般	44
債権各論	
契約総論	
契約の成立	45
同時履行の抗弁権	46
危険負担	47
第三者のためにする契約	48
契約の解除	49
契約各論	
贈与	50
売買	51
消費貸借・使用貸借	52
賃貸借	53
用益権全般	54
請負	55
委任	56
寄託	57
組合	58
和解	59
契約全般	60
事務管理	61
不当利得	62
不法行為	63
親族	
婚姻・離婚・内縁	64
親子・養子	65
親権・後見・扶養	66

〈体系整理番号〉	〈体系整理番号〉
親族全般 ----- 67	機関
相続	機関総説 ----- 27
法定相続 ----- 68	株主総会 ----- 28
遺言 ----- 69	決議の瑕疵 ----- 29
遺留分 ----- 70	取締役 ----- 30
相続全般 ----- 71	取締役会 ----- 31
民法全般 ----- 72	代表取締役 ----- 32
商法	取締役と会社の関係 ----- 33
会社法	取締役と第三者との関係 ----- 34
会社法総論	会計参与 ----- 35
会社の意義・分類 ----- 1	監査役・監査役会 ----- 36
会社の性質 ----- 2	会計監査人 ----- 37
通則 ----- 3	委員会設置会社 ----- 38
商号 ----- 4	検査役 ----- 39
会社の使用人・代理商 ----- 5	資金調達
事業譲渡 ----- 6	資金調達総説 ----- 40
会社法総論全般 ----- 7	募集株式の発行 ----- 41
株式会社	新株予約権 ----- 42
株式会社総論	社債 ----- 43
間接有限責任 ----- 8	計算
資本金 ----- 9	資本金及び準備金 ----- 44
設立	計算書類 ----- 45
設立総論 ----- 10	解散及び清算 ----- 46
定款 ----- 11	会社の基礎の変更
変態設立事項 ----- 12	組織再編総説 ----- 47
設立中の会社 ----- 13	組織変更 ----- 48
設立に関する責任 ----- 14	合併・分割・株式交換・株式移転 ----- 49
設立の瑕疵 ----- 15	定款変更 ----- 50
株式	持分会社・外国会社
株式総説 ----- 16	持分会社総説 ----- 51
株主の権利・義務 ----- 17	合資会社・合同会社 ----- 52
株式の種類 ----- 18	外国会社 ----- 53
株主平等原則 ----- 19	有価証券法
株主の権利濫用 ----- 20	有価証券 ----- 54
株券 ----- 21	約束手形
株主名簿 ----- 22	約束手形総説 ----- 55
株式譲渡自由の原則 ----- 23	原因関係と手形関係 ----- 56
株式の担保化 ----- 24	手形行為の成立要件 ----- 57
株式の消却・併合・分割 ----- 25	他人による手形行為 ----- 58
単元株制度 ----- 26	手形の記載の変更・偽造 ----- 59
	裏書 ----- 60
	満期 ----- 61
	手形保証 ----- 62
	白地手形 ----- 63

	〈体系整理番号〉
為替手形	64
小切手	65
商法総則・商行為法	
商法総則	
商行為及び商人	66
商業登記	67
商号	68
商業帳簿	69
営業の補助者	70
営業譲渡	71
商行為法	
商行為法総則	72
商事売買	73
交互計算	74
匿名組合	75
仲立営業	76
運送営業	77
運送取扱営業	78
倉庫営業	79
場屋営業	80
民事訴訟法	
民事訴訟法総論	1
訴訟の主体	
裁判所	
裁判所の組織	2
民事裁判権	3
管轄	4
移送	5
裁判官の除斥・忌避・回避	6
当事者	
当事者の概念	7
当事者の確定	8
当事者能力	9
訴訟能力	10
弁論能力	11
訴訟上の代理人	12
補佐人	13
第1審手続	
訴訟の開始	

	〈体系整理番号〉
訴え総説	14
訴えの種類総説	15
給付の訴え	16
確認の訴え	17
形成の訴え	18
訴えの提起の方式	19
訴え提起の効果	20
審判の対象	
訴訟要件	21
訴えの利益	
訴えの利益総説	22
給付の訴えの利益	23
確認の訴えの利益	24
形成の訴えの利益	25
当事者適格	26
第三者の訴訟担当	27
本案判決の対象	
処分権主義	28
一部請求	29
複数請求訴訟	
複数請求訴訟総説	30
固有の訴えの客観的併合	31
訴えの変更	32
反訴	33
中間確認の訴え	34
審理過程	
訴訟の手続の進行と停止	
訴訟の手続の進行と停止総説	35
期日・期間・送達	36
訴訟手続の停止	37
審理における裁判所と当事者の役割	
弁論主義	38
積明権	39
職権探知主義	40
専門委員制度	41
手続の進行と審理の整理	42
訴訟行為	43
私法行為と訴訟行為	44
口頭弁論の手続	
口頭弁論の手続総説	45
口頭弁論の諸原則	46
口頭弁論の準備	47

	〈体系整理番号〉
争点及び証拠の整理手続	48
進行協議期日	49
当事者照会制度	50
口頭弁論の実施総説	51
口頭弁論の一体性と攻撃防御方法の提出時期	52
口頭弁論の制限・分離・併合	53
当事者の欠席	54
口頭弁論調書	55
証拠	
証拠総説	56
証明の対象	57
自白	58
不要証事実	59
自由心証主義	60
証明責任	61
証拠の偏在と実質的平等	62
訴訟の終了	
訴訟の終了総説	63
当事者の意思による終了	
訴えの取下げ	64
請求の放棄・認諾	65
訴訟上の和解	66
終局判決による訴訟の終了	
裁判の意義と種類	67
判決の成立と確定	68
判決の効力	69
既判力	70
執行力	71
形成力	72
多数の当事者を持つ訴訟	
多数当事者訴訟総説	73
共同訴訟	
共同訴訟総説	74
通常共同訴訟	75
必要的共同訴訟	76
主観的追加的併合	77
選定当事者	78
訴訟参加	
訴訟参加総説	79
補助参加	80
独立当事者参加	81
当事者の変更	82


	〈体系整理番号〉
上訴	83
控訴	84
上告	85
抗告	86
再審	87
大規模訴訟等に関する特則	88
簡易裁判所の手続	89
督促手続	90
手形訴訟・小切手訴訟手続	91
民事執行手続	92
民事保全手続	93
総合	94
刑法	
刑法の基礎理論	
刑法理論	1
罪刑法定主義	2
特別刑法	3
刑法の時間的適用範囲	4
刑法の場所的適用範囲	5
犯罪の種類	6
刑法総論	
構成要件該当性	
不作為犯	7
因果関係	8
その他の構成要件要素	9
違法性	
違法性の本質	10
緊急行為総説	11
正当防衛	12
緊急避難	13
一般的正当行為	14
被害者の承諾	15
責任	
責任総説	16

	〈体系整理番号〉
故意・過失	17
錯誤総論	18
事実の錯誤	19
法律の錯誤	20
誤想防衛	21
責任能力	22
原因において自由な行為	23
未遂	
実行の着手	24
中止犯	25
不能犯	26
共犯	
共犯の本質	27
共犯の従属性	28
共同正犯	29
教唆犯、従犯	30
間接正犯	31
共犯と錯誤	32
共犯と中止・離脱	33
共犯と身分	34
予備の共犯	35
罪数	36
刑罰	
刑罰	37
自首	38
刑法各論	
個人的法益に対する罪	
生命身体に対する罪	39
自由に対する罪	40
住居侵入罪	41
名誉毀損罪・侮辱罪	42
信用毀損罪・業務妨害罪	43
窃盗罪・不動産侵奪罪	44
強盗の罪	45
詐欺・恐喝の罪	46
横領の罪・背任罪	47
盗品等に関する罪	48
毀棄・隠匿の罪	49
財産に対する罪（総合）	50
個人的法益に対するその他の罪	51

	〈体系整理番号〉
社会的法益に対する罪	
放火の罪	52
文書偽造の罪	53
その他の偽造の罪	54
道徳的秩序に対する罪	55
社会的法益に対するその他の罪	56
国家的法益に対する罪	
公務の執行を妨害する罪	57
逃走の罪	58
犯人蔵匿罪・証拠隠滅罪・偽証罪	59
賄賂の罪	60
国家的法益に対するその他の罪	61
各論全般	62
刑事訴訟法	
総説	
刑事訴訟法総説	1
訴訟の主体	
裁判所・裁判官	2
裁判員	3
検察官・司法警察職員	4
被疑者・被告人	5
弁護人・補佐人	6
犯罪被害者	7
捜査	
捜査の端緒	8
検視	9
告訴・告発・請求	10
自首	11
職務質問	12
自動車検問	13
任意捜査と強制捜査	14
任意捜査の限界	15
任意同行・任意の取り調べ	16
おとり捜査	17
通常逮捕・現行犯逮捕・緊急逮捕	18
勾留	19
勾留理由開示	20

〈体系整理番号〉	
逮捕勾留の効力の及ぶ範囲	21
逮捕前置主義	22
逮捕勾留の一回性の原則	23
別件逮捕・勾留	24
逮捕勾留に対する防御	25
捜索押収総説	26
令状による捜索差押え	27
逮捕による捜索差押え	28
領置	29
検証・鑑定	30
身体検査	31
強制採尿	32
血液採取・呼気採取	33
写真ビデオ撮影	34
通信傍受法	35
物的証拠収集と防御	36
供述証拠の収集	37
取調べに対する防御	38
黙秘権	39
弁護人依頼権	40
接見交通権	41
違法捜査に対する救済	42
公訴	
公訴提起	43
検察官の事件処理	44
国家訴追主義・起訴便宜主義	45
不当な起訴を抑制する手段	46
起訴状一本主義	47
起訴状の記載事項	48
訴因一般	49
被告人の特定	50
訴因の特定	51
訴因の予備的記載・択一的記載	52
公訴提起の効果	53
訴因変更	54
訴因変更命令	55
訴訟条件	56
公訴時効	57
公判手続	
公判中心主義・迅速な裁判	58
訴訟指揮・法廷警察	59
公判の準備手続	60
公判前整理手続	61

〈体系整理番号〉	
被告人の出頭確保	62
保釈	63
公判期日の手続	64
簡易な手続・略式手続	65
裁判員参加の刑事裁判手続・裁判員制度	66
証拠	
証拠総説	67
証明の必要・対象	68
自由心証主義	69
拳証責任	70
証拠調べ手続	71
自然的関連性	72
法律的関連性	73
証拠禁止	74
伝聞証拠総説	75
伝聞例外	76
自白総説	77
自白法則	78
補強法則	79
共犯者の供述	80
共同被告人の供述	81
公判の裁判	
判決	82
形式裁判	83
形式的確定力	84
既判力	85
一事不再理効	86
免訴判決	87
上訴	
上訴総説	88
不利益変更の禁止	89
控訴	90
上告	91
抗告・準抗告・特別抗告	92
非常手続	
再審	93
非常上告	94
裁判の執行	
刑の執行	95
総合	96



平成
22年度

公法系

第 1 問 (配点 3 点)

実施日

/

/

/

正誤

人権の享有主体に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例の趣旨に照らして、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。(解答欄は、アからウの順に [No. 1] から [No. 3])

- ア. 会社が、国民と同様、特定の政党の政策を支持又は反対するなどの政治的行為をなす自由を有するとしても、政治資金の寄附は政治の動向に影響を与えることがあるから、会社の政治資金の寄附は国民による寄附と別異に扱わなければならない。[No. 1]
- イ. 税理士会は公益法人であり、また、その会員である税理士に実質的に脱退の自由が認められないから、税理士会がする政治資金規正法上の政治団体に対する政治献金は、それが税理士法改正に関わるものであったとしても、税理士会の目的の範囲外の行為と解される。[No. 2]
- ウ. 出国の自由は外国人にも保障されるが、再入国する自由については、憲法第22条第2項に基づき、我が国に生活の本拠を持つ外国人に限り、我が国の利益を著しく、かつ、直接に害することのない場合にのみ認められる。[No. 3]

人権の享有主体

第 1 問

正解 (No. 1, No. 2, No. 3) 2, 1, 2

配点	3 点
部分点	2 問正解で 部分点 1 点

- ア 判例は会社による政治資金の寄附を「自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない」としている（八幡製鉄事件，最判昭 45.6.24・百選 I 11 事件）。したがって，本肢は誤りである。芦部・89 頁。野中他 I・229 頁以下。佐藤・424 頁。
- イ 税理士会による政治献金に関し，判例は税理士会が強制加入である公益法人であることを理由に，税理士会がなす政治資金規正法上の政治団体に対する政治献金はそれが税理士法改正に関わるものであったとしても税理士会の目的の範囲外の行為として無効となるとしている（南九州税理士会政治献金事件，最判平 8.3.19・百選 I 40 事件）。したがって，本肢は正しい。芦部・88 頁以下。野中他 I・230 頁。
- ウ 前段は正しい。すなわち，判例は「外国移住の自由は，その権利の性質上外国人に限って保障しないという理由はない」として憲法 22 条 2 項を根拠に外国人の出国の自由を認めている（最判昭 32.12.25・百選 I 1 事件）。芦部・93 頁。野中他 I・447 頁。

一方，後段は誤りである。すなわち，判例は「我が国に在留する外国人は，憲法上，外国へ一時旅行する自由を保障されているものではない」とし，外国人の再入国の自由は，憲法 22 条により保障されないとした「原審の判断は，正当として」是認できるとしている（森川キャサリン事件，最判平 4.11.16・百選 I 3 事件）。なお，学説上は外国人の再入国は，著しく直接にわが国の利益を害することのない限り，許可されるべきであるとする説も有力である。芦部・93 頁。野中他 I・448 頁以下。佐藤・418 頁。したがって，本肢は誤りである。

以上より，正解は No. 1 から順に，2, 1, 2 となる。

肢別の 正答率	ア	イ	ウ
	96.7%	87.0%	97.3%

体系整理番号	要求脳力
10-1	

● 予備試験対策へのアドバイス ●

本問は「最高裁判所の判例の趣旨に照らして」正誤を判断させる出題です。これは新司法試験では多くみられる出題形式です。この出題形式に対応するためには，単に判旨を覚えるだけでなく，判例の思考を追う必要があるでしょう。具体的事案にいかなる法的問題が生じているのか，その問題に対していかなる価値判断がされ，どのような法律判断をしているのか，という視点を忘れずに学習しましょう。法人の人権というテーマは旧司法試験から問われている重要なテーマで，予備試験でも出題可能性の高いテーマです。本問で問題とされた判例はいずれも判例百選に掲載されていますから，百選掲載判例の理解を確実にしておくことが必須であることを示した問題といえるでしょう。



平成
22 年度

民事系

第 1 問 (配点 2 点)

実施日

/	/	/

正誤

未成年者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。(解答欄は、[No. 1])

- ア. 未成年者は、その法定代理人が目的を定めずに処分を許した財産を自由に処分することができる。
 - イ. 意思表示の相手方が意思表示を受けた時に未成年者であったときは、その意思表示は効力を生じない。
 - ウ. 未成年者は、養親となることができない。
 - エ. 未成年者は、遺言をすることができない。
 - オ. 未成年者 A の子に対する親権は、A の親権者が A に代わって行使する。
1. ア イ 2. ア オ 3. イ エ 4. ウ エ 5. ウ オ

第 1 問

未成年


正解 (No. 1) 3

配点	2点
部分点	—

- ア ○ 未成年者が法律行為をするには、法定代理人の同意を得なければならないのが原則である (5I)。しかし、法定代理人が目的を定めて処分を許した財産は、未成年者が自由に処分することができる (5Ⅲ前段)。また、目的を定めずに処分を許した財産を処分するときも同様である (5Ⅲ後段)。したがって、正しい。
- イ ✕ 意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に未成年者であったときは、その意思表示をもってその相手方に対抗することができない (98の2本文)。したがって、「対抗することができない」だけであるから、効力を生じないとする点で誤りである。また、法定代理人がその意思表示を知った後は、この限りではないとされており (98の2ただし書)、この点でも誤っている。
- ウ ○ 成年に達した者は、養子をするすることができる (792)。したがって、未成年者は養親となることができないため、正しい。
- エ ✕ 15歳に達した者は遺言をすることができるため (961)、未成年者でも遺言をすることができる。したがって、誤っている。
- オ ○ 親権は、子の身分上および財産上にわたる広汎な内容をもつものであるから、行為能力者でなければ親権者になることができない (大判明 44.11.27)。そこで、親権を行う者は、その親権に服する子が自身の子に対して親権を行うべき場合には、これに代わって親権を行うとしている (833)。したがって、正しい。

以上より、誤っている肢はイとエであり、正解は3となる。

正答率	70.9%
-----	-------

体系整理番号	要求脳力
3-1	

● 予備試験対策へのアドバイス ●

法科大学院では実務家の講義もなされているため、実務上問題が多い親族相続編についても授業・議論することが多いです。したがって、予備試験でもそのような知識を問うことが予想されます。中でも民法の制限行為能力制度の分野は、高齢化社会に伴い制度が目まぐるしく変化していること、後見制度の整備などの制度改変が随時なされていること、必要な知識が民法総則と親族編にまたがるため、網羅的な理解を必要とすることから、出題の可能性が高いといえます。



平成
22年度

刑事系

第1問 (配点3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。(解答欄は、アからオの順に【No. 1】から【No. 5】)

【事例】

甲は、知人である乙の家に遊びに行った際、乙の書斎の机の引き出し内に乙名義のキャッシュカード及びその暗証番号を記したメモがあるのを見つけた。甲は、乙の気付かないうちに同カードを使って預金を下ろしても、短時間で元の場所に戻しておけば発覚することはないだろうと考え、同カードを乙宅から持ち出した。その後、甲は、同カードを使って近くの金融機関の現金自動預払機から現金50万円の払戻しを受けた上、乙宅に戻り、同カードを持ち出してから約10分後に前記引き出し内に同カードを戻した。その際、甲は、同引き出し内に約20万円分の偽造通貨があるのに気づき、これを乙宅から持ち出した。その日の夜、甲は、その偽造通貨を真正の通貨と偽ってホテルでの宿泊代金の支払に使うこととし、Aホテルの従業員丙に宿泊を申し込み、偽造通貨であることを秘したまま、その偽造通貨で宿泊代金をあらかじめ支払って宿泊した。丙は、偽造通貨であることに気付いていれば、甲を宿泊させることはなかった。また、甲は、Aホテルに宿泊中にマッサージチェアに偽造通貨を投入してマッサージを受け、さらに、自己が宿泊している客室備付けのドライヤーを自宅で使おうと思い、これを勝手に持ち帰った。

【記述】

- ア. 甲が乙名義のキャッシュカードを持ち出した行為については、窃盗罪は成立しない。
- イ. 甲が乙名義のキャッシュカードを使用して現金50万円の払戻しを受けた行為については、窃盗罪が成立する。
- ウ. 甲が偽造通貨で宿泊代金を丙に支払って宿泊した行為については、偽造通貨行使罪及び詐欺罪が成立し、両罪は牽連犯となる。
- エ. 甲がマッサージチェアに偽造通貨を投入した行為については、偽造通貨行使罪は成立しない。
- オ. 甲がドライヤーを持ち帰った行為については、横領罪が成立する。

第1問

犯罪の成否

正解 (No. 1, No. 2, No. 3, No. 4, No. 5) 2, 1, 2, 2, 2

配点	3点
部分点	4問正解で 部分点1点

ア 甲は「短時間でも元の場所に戻しておけば発覚することはないだろう。」と考えていることから、所有権者として振舞う意思に欠け、不法領得の意思が否定されるとも思える。しかし、甲はその前の段階で「乙の気付かないうちに同カードを使って預金を下ろす」ことを企図しており、当該事情はそのカードの所有者でなければ許されない利用をするという権利者排除意思を有することと、また、経済的用法に従って利用処分する意思を有することを基礎づけるから、不法領得の意思に欠けるところはない。すなわち、たとえ甲にカードの返還意思があったとしても、不法領得の意思の存在にかけるところはないというべきである。したがって、甲には窃盗罪（235）が成立する。

よって、アは誤りである。刑法の争点・168頁。前田各論・196頁。

イ 甲は、金融機関の窓口ではなく、現金自動預払機から現金50万円の払い戻しを受けている。現金自動預払機の中にある現金は金融機関の占有下にあり、払い戻し権限のない甲がキャッシュカードを用いて払い戻しを受けることは、金融機関の占有を侵害するものとして、窃盗罪が成立する。判例（東京高判昭55.3.3，最決平14.2.8：ローンカードの事案）も同様の見解に立つ。

よって、イは正しい。前田各論・203，285頁。

ウ 甲が偽造通貨で宿泊代金を丙に支払って宿泊した場合、偽造通貨行使罪（148Ⅱ）のみが成立し、詐欺罪は吸収される。通常偽造通貨の行使は詐欺的行為を含むことから、本罪の他に詐欺罪の成立を認めると、偽造通貨取得後行使罪（152）の法定刑が軽くされている意味がなくなるからである。

よって、ウは誤っている。前田各論・418頁。

エ 偽造通貨行使罪にいう「行使」とは、偽貨を真正な通貨として流通に置くことをいい、一般人が偽貨を真貨と誤信する状態にすれば流通に置くといえる。マッサージチェアに投入された偽貨も人に認識され、真貨と誤信される可能性があることから、流通に置いたといえ、「行使」にあたる。東京高判昭53.3.22は自動販売機の事案につき、同様の結論をとる。

よって、エは誤っている。前田各論・415頁。


オ 横領罪は自己の「占有」する他人の物が客体となる。ドライバーが自己の宿泊する客室に備え付けられていても、ドライバーの占有はなお旅館にあり、甲の占有は認められない。最決昭31.1.19は、客室備え付けの浴衣、下駄につき宿泊客が持ち帰った事案において同様の結論をとる。したがって、甲がドライバーを持ち帰った行為は、旅館の占有を侵害する窃盗罪となり、横領罪は成立

しない。

よって、オは誤っている。前田各論・209頁。

以上より、正解はNo.1から順に、2, 1, 2, 2, 2となる。

肢別の 正答率	ア	イ	ウ	エ	オ
	96.7%	98.3%	63.9%	80.1%	94.0%

体系整理番号	要求脳力
62-1	

..... ●予備試験対策へのアドバイス●

判例・通説の立場から各罪が成立するかについて網羅的に問われています。論文用の自説だけでなく、判例の立場をしっかりと押さえておきましょう。偽造通貨行使罪のように、論文では問われにくい罪の成否も問われているので、学習の際には偏りがないようにしましょう！

新司法試験 短答過去問題集 平成22年度

2010年9月10日 第1版 第1刷発行

編著者●株式会社 東京リーガルマインド

LEC総合研究所 司法試験部

発行所●株式会社 東京リーガルマインド

〒164-0001 東京都中野区中野4-11-10

アーバンネット中野ビル

☎03(5913)5011 (代表)

☎03(5913)6336 (出版部)

☎048(999)7581 (書店様用受注センター)

振替 00160-8-86652

www.lec.co.jp/

印刷・製本●株式会社シナノパブリッシングプレス

© 2010 TOKYO LEGAL MIND K.K., Printed in Japan

ISBN978-4-8449-7081-1

複製・頒布を禁じます。

本書の全部または一部を無断で複製・転載等することは、法律で認められた場合を除き、著作者及び出版者の権利侵害になりますので、その場合はあらかじめ弊社あてに許諾をお求めください。なお、本書は個人の方々の学習目的で使用していただくために販売するものです。弊社と競合する営利目的での使用等は固くお断りいたしております。

落丁・乱丁本は、送料弊社負担にてお取替えいたします。出版部までご連絡ください。

ISBN978-4-8449-7081-1

C3332 ¥1500E



9784844970811

定価 1575円 本体1,500円 +税5%
LD07081



1923332015001

新司法試験シリーズ

平成22年度

新司法試験
短答過去問題集