

2018_03 ベスト懸賞_解答・解説

| | | | | | | | | | |
|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|--------|
| No. 1 | No. 2 | No. 3 | No. 4 | No. 5 | No. 6 | No. 7 | No. 8 | No. 9 | No. 10 |
| (2) | (5) | (3) | (2) | (2) | (4) | (5) | (1) | (3) | (4) |
| 正解率 | 正解率 | 正解率 | 正解率 | 正解率 | 正解率 | 正解率 | 正解率 | 正解率 | 正解率 |
| % | % | % | % | % | % | % | % | % | % |

- 1 表現の自由 正解(2)
- (1) 誤り。判例（最大判昭 61・6・11）は、表現の事前差止めは原則として許されないとしつつも、「表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞^{おそれ}があるとき」の事前差止めを命ずる仮処分命令は違憲でないとした。
- (2) 正しい。判例（最大決昭 44・11・26）は、「事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法 21 条の保障のもとにある」とし、「報道のための取材の自由も、憲法 21 条の精神に照らし、十分尊重に値いするものといわなければならない。」とした。
- (3) 誤り。判例（最大決昭 44・11・26）は「報道機関の報道は……国民の「知る権利」に奉仕するものである」として、国民の知る権利の存在を前提にしている。
- (4) 誤り。判例（最決平 29・1・31）は、プライバシーに属する「事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合には、検索事業者に対し、当該 URL 等情報を検索結果から削除することを求めることができる」とした。
- (5) 誤り。少年については、少年法 61 条が「家庭裁判所の審判に付された少年又は少年のとき犯した罪により公訴を提起された者については、氏名、年齢、職業、住居、容ぼう等によりその者が当該事件の本人であることを推知することができるような記事又は写真を新聞紙その他の出版物に掲載してはならない。」と規定している。

- 2 衆議院の優越 正解(5)
- (1) 正しい。枝文のとおり（憲法 59 条 2 項）。
- (2) 正しい。枝文のとおり（憲法 60 条 1 項）。これを衆議院の予算先議権と言う。

- (3) 正しい。 枝文のとおり（憲法 61 条、60 条 2 項）。
- (4) 正しい。 枝文のとおり衆議院と参議院とで異なる指名を行った場合、両院協議会で話し合っても意見の一致に至らなければ、最終的には衆議院の指名が優先する（憲法 67 条 2 項）。
- (5) 誤り。 内閣不信任決議ができるのは衆議院のみである（憲法 69 条）。

3 国家賠償法

正解(3)

- (1) 正しい。 枝文のとおり（国家賠償法 4 条）。なお、判例（最判昭 46・11・30）は「国家賠償法に基づく普通地方公共団体に対する損害賠償請求権は、私法上の金銭債権である」と判示している。
- (2) 正しい。 判例・通説は、国家賠償法 1 条 1 項にいう「公権力の行使」の意義を「国又は公共団体の作用のうち純粋な私経済作用と同法 2 条によって救済される営造物の設置又は管理作用を除くすべての作用を意味する」としており（東京高判昭 56・11・13）、行政指導による損害も国家賠償法 1 条の問題としている（最判平 5・2・18）。
- (3) 誤り。 判例（最判昭 31・11・30）は、枝文の事例について、職務執行の外形がある場合には国家賠償法 1 条 1 項の「職務を行うについて」に該当して国家賠償法の適用があるとした。
- (4) 正しい。 判例（最判昭 45・8・20）は、枝文のように判示した。
- (5) 正しい。 枝文のとおり（国家賠償法 6 条）。これを相互保証主義という。

4 保 護

正解(2)

- (1) 正しい。 警職法 3 条 1 項は「これを保護しなければならない。」と規定しており、保護は義務となっている。
- (2) 誤り。 警職法 3 条 1 項は「応急の救護を要すると信ずるに足りる相当な理由のある者」について保護を要求しており、他人に危害を加えるおそれがあることだけをもって保護措置を講ずることはできない。
- (3) 正しい。 警職法 3 条 1 項 1 号にいう「精神錯乱」とは枝文のような場合をいい、正常な判断能力や思考能力を欠いた状態を指す。
- (4) 正しい。 警職法 3 条 1 項 2 号は「迷い子……と認められる者（本人がこれを拒んだ場合を除く。）」と規定している。
- (5) 正しい。 枝文のとおり（警職法 3 条 3 項）。

5 正当防衛

正解(2)

- (1) 正しい。 枝文のとおり（最決昭 52・7・21）。ただし、単に予期された侵害を避けなかったというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだ場合には、侵害の急迫性は失われる（最決昭 52・7・21）。
- (2) 誤り。 判例（最判昭 46・11・16）は「刑法 36 条の防衛行為は、防衛の意思をもってなされることが必要であるが、相手の加害行為に対し憤激または逆上して反撃を加えたからといって、ただちに防衛の意思を欠くものと解すべきではない。」としている。
- (3) 正しい。 判例（最判昭 44・12・4）は、刑法 36 条 1 項にいう「やむを得ずにした行為」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必要最小限度のものであること、すなわち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」を意味するとし、枝文のように判示した。
- (4) 正しい。 素手に対する刃物での反撃は、より穏当な手段を想定しやすいことから防衛行為の相当性を逸脱しやすいといえるが、刃物の使用方法が枝文のような防衛的なものである場合に判例は正当防衛の成立を肯定している（最判平元・11・13）。
- (5) 正しい。 正当防衛（刑法 36 条 1 項）が成立するには、「不正な侵害」であることが要件となる（不正対正の関係）。正当防衛が成立する行為は、違法性が阻却され、適法な行為となるので「不正な侵害」に当たらず、正当防衛が成立する行為に対しては、正当防衛は成立しない。

6 わいせつ及び強制性交等の罪

正解(4)

- (1) 正しい。 判例（最大判平 29・11・29）は、従来の判例を明示的に変更し、性的意図の存在は必須ではない（行為の性的意味の一要素にすぎない）とした。
- (2) 正しい。 判例（最決平 20・1・22）は、枝文のような事例について、「準強制わいせつ行為に随伴するものといえるから、これによって生じた上記被害者の傷害について強制わいせつ致傷罪が成立する」とした。
- (3) 正しい。 枝文のとおり（刑法 241 条 1 項）。かつては強盗犯人が女子を強姦した場合にのみ強盗強姦罪が成立し、強姦犯人が強盗した場合を規定した加重類型はなかった。現在は枝文のとおりとなっている。
- (4) 誤り。 監護者わいせつ罪及び監護者性交等罪は 18 歳未満の者が客体である（刑法 179 条）。
- (5) 正しい。 強制性交等罪（刑法 177 条）は非親告罪である。かつての強姦罪

は親告罪であったが、平成 29 年の改正によって非親告罪化された。

7 略取・誘拐の罪

正解(5)

- (1) 正しい。 枝文のとおり。なお、事後的支配下に置くための手段たる略取（暴行・脅迫）や誘拐（偽計・誘惑）は必ずしも被拐取者自身に対して向けられる必要はなく、被拐取者の保護者に向けられたものでもよい（大判明 41・9・22）。
- (2) 正しい。 判例（最決昭 62・3・24）は、「安否を憂慮する者」に「単なる同情から被拐取者の安否を気づかうにすぎないとみられる第三者は含まれないが、被拐取者の近親でなくとも、被拐取者の安否を親身になって憂慮するのが社会通念上当然とみられる特別な関係にある者はこれに含まれる」として、枝文の者もこれに含まれるとした。
- (3) 正しい。 枝文のとおり（最決平 15・3・18、最決平 17・12・6）。なお、後者の判例は、監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情がある場合や家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまる場合には、違法性が阻却される余地を認めている。
- (4) 正しい。 判例（最決昭 37・11・21）は、「誘拐行為によって財産上の利益を得ることを動機とする場合をいうものであり、その利益は、必ずしも被誘拐者自身の負担によって得られるものに限らず、誘拐行為に対して第三者から報酬として受ける財産上の利益をも包含する」とした。
- (5) 誤り。 解放による刑の減軽（刑法 228 条の 2）は「公訴が提起される前に」なされることが要件である。犯罪事実及び犯人の発覚前になされなければならないのは自首（刑法 42 条 1 項）である。

8 接見交通権

正解(1)

- (1) 正しい。 枝文のとおり（刑訴法 39 条 1 項）。
- (2) 誤り。 接見指定ができるのは公訴提起前である（刑訴法 39 条 3 項）。なお、余罪について逮捕・勾留がなされている場合であれば、起訴事件について防御権の不当な制限に当たらない限り、接見指定を行うことができる（最決昭 55・4・28）。
- (3) 誤り。 「捜査のため必要があるとき」（刑訴法 39 条 3 項）とは、枝文の場合だけでなく、「間近い時に右取調べ等をする確実な予定があつて、弁護士等の必要とする接見等を認めたのでは、右取調べ等が予定どおり開始できなくなるおそれがある場合も含む」（最判平 3・5・10）。

- (4) 誤り。 接見指定ができる者は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員（司法警察員及び司法巡査をいう。）」（刑訴法 39 条 3 項ただし書）である。
- (5) 誤り。 接見指定処分は、刑訴法 430 条が規定している「第 39 条第 3 項の処分」に当たるので、準抗告できる。

9 押収物の措置

正解(3)

- (1) 正しい。「留置の必要がないもの」には、証拠物として供し得ないもの、使用することを要しないもの、没収の要件を欠くもの、没収するのが相当でないもの等が含まれる（刑訴法 123 条 1 項）。
- (2) 正しい。 枝文のとおり。なお、相手方が任意に提出する場合には、改めて領置手続を行うことなく、仮還付証拠品提出書を作成し、再度押収することになる。
- (3) 誤り。 強制処分である差押え（刑訴法 99 条、100 条、218 条 1 項）と任意処分である領置（刑訴法 101 条、221 条）の違いは占有取得の強制性の有無にあり、領置によって一旦占有を取得すれば差押えと同様の物の占有を取得し保持する効力が生ずるから、提出者が還付を求めても、必要があれば拒否できる。
- (4) 正しい。 枝文のとおり（刑訴法 222 条 1 項・122 条）。
- (5) 正しい（刑訴法 121 条 2 項）。なお、換価処分と異なり、没収可能な物である必要はない。

10 搜索・差押え

正解(4)

- (1) 正しい。 搜索差押許可状の記載事項について定めた刑訴法 219 条 1 項は、被疑事実の要旨の記載を要求していない。もっとも、搜索・差押許可状の請求書には犯罪事実の要旨を記載しなければならない（刑訴法規則 155 条 1 項 4 号）。なお、逮捕状には被疑事実の要旨を記載しなければならない（刑訴法 200 条 1 項）。
- (2) 正しい。 令状の呈示（刑訴法 110 条、221 条 1 項）が求められる趣旨は、令状の内容を知る機会を与えることで手続きの公正を担保するためであるから、コピー等の要求に応ずる必要はない。
- (3) 正しい。 枝文のとおり（最決平 19・2・8）。裁判官は、当該令状を審査発付する際、その有効期間内において搜索すべき場所に差し押さえるべき物が存在する蓋然性があるか否かを審査するものであるから、搜索実施中に他の場所から搜索すべき場所に持ち込まれ、被疑者が所持・管理するに至った物

についても当該令状で捜索をすることが許される。

- (4) 誤り。 強制処分である捜索・差押えを行うには、「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」でなければならない（刑訴法 218 条 1 項）。
- (5) 正しい。 枝文のとおり（刑訴法 222 条 1 項・116 条 2 項）。なお、夜間執行の記載が要求される趣旨は、夜間における私生活の平穩を保護することにある。