２０２５年8月２３日

司法令７－４・予備令７－７

学生Ａ及びＢは，【会話】のとおり議論している。【会話】中の①から⑧までの（ ）内に【語句群】から適切なものを入れた場合，正しいものの組合せは１から５までのうちどれか。なお，①から⑧までの（ ）内には，それぞれ異なるものが入る。（解答欄は，［No. ４］）

【会 話】

学生Ａ．支払意思・能力がないことを秘して飲食店で注文し，飲食物の提供を受けた無銭飲食の事案について，詐欺罪は成立しますか。

学生Ｂ．私は，判例と同様に，（①）といえ，（②）に当たるので，詐欺罪が成立すると考えます。

学生Ａ．約款により暴力団関係者の施設利用を拒絶しているゴルフ場において，暴力団関係者がその旨を申告することなく施設利用をした場合はどう考えますか。

学生Ｂ．私は，判例と同様に，事案によっては詐欺罪が成立しない場合もあると考えます。詐欺罪が成立するとした判例では，（②）を認定できる事情がありました。一方，詐欺罪が成立しないとした判例では，ゴルフ場側が（③）するなどして，暴力団関係者による施設利用を（④）する意向を示していたものの，それ以上に（⑤）する措置は講じていなかったという事情がありました。また，（③）している周辺のゴルフ場において，暴力団関係者の施設利用を（⑥）する例が多数あったことなど，（②）を認定することが困難な事情がありました。そのため，暴力団関係者であることを申告せずに施設利用を申し込んだとしても，（⑦）ので，（⑧）としました。

【語句群】

ａ．飲食後，直ちに代金を支払う意思・能力がないことを告知する義務があるのに，その義務に違反して真実を告げていない

ｂ．飲食店における注文は，暗黙の前提として，飲食後，直ちに代金を支払う意思・能力があるとの意思表示を内包している

ｃ．挙動による欺罔行為　ｄ．不作為による欺罔行為

ｅ．利用客に対して暴力団関係者でないことを確認

ｆ．暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨の立看板を設置

ｇ．許可・黙認　ｈ．拒絶

ｉ．利用客は正規の利用料金を支払っており，ゴルフ場に経済的な不利益はない

ｊ．申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表しているとは認められない

ｋ．財産的損害が発生していない　ｌ．欺罔行為に当たらない

１．①ａ　③ｅ　⑤ｆ　⑦ｉ
２．①ｂ　④ｇ　⑥ｈ　⑦ｊ
３．②ｃ　④ｈ　⑥ｇ　⑧ｌ
４．②ｄ　⑤ｆ　⑥ｈ　⑧ｋ
５．③ｆ　⑤ｅ　⑦ｉ　⑧ｋ

解答：３

学生Ｂの第１発言

学生Ｂ．私は，判例と同様に，（①）といえ，（②）に当たるので，詐欺罪が成立すると考えます。

①ｂ．飲食店における注文は，暗黙の前提として，飲食後，直ちに代金を支払う意思・能力があるとの意思表示を内包している
といえ，

②ｃ．挙動による欺罔行為
にあたるので，詐欺罪が成立する。
となる。

不作為は，つり銭詐欺などを想定。
作為が認定できれば，犯罪が成立しやすい。

不作為の認定は，できる限り避ける。そこで，②ｃ．挙動による欺罔行為が，認定できるｂが①に入る。

この時点で，肢１，肢４が切れる。

学生Ｂの第２発言

学生Ｂ．私は，判例と同様に，事案によっては詐欺罪が成立しない場合もあると考えます。詐欺罪が成立するとした判例では，（②）を認定できる事情がありました。一方，詐欺罪が成立しないとした判例では，ゴルフ場側が（③）するなどして，暴力団関係者による施設利用を（④）する意向を示していたものの，それ以上に（⑤）する措置は講じていなかったという事情がありました。また，（③）している周辺のゴルフ場において，暴力団関係者の施設利用を（⑥）する例が多数あったことなど，（②）を認定することが困難な事情がありました。そのため，暴力団関係者であることを申告せずに施設利用を申し込んだとしても，（⑦）ので，（⑧）としました。

③ｆ．暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨の立看板を設置
④ｈ．拒絶
⑤ｅ．利用客に対して暴力団関係者でないことを確認
が入る。

肢２が切れる。肢３，肢５のいずれか

　看板では断っていたが，実際に確認までは取っていなかった。実効性がなかったという文脈になる。

⑥ｇ．許可・黙認
⑧ｌ．欺罔行為にあたらない
詐欺を否定している。申告して申込，許可黙認しているということは，欺罔行為をしていないという論調につながる。ｋ財産上の損害は，関係ない。
なお，⑦は，ｊが入る。

司法令７－５

学生Ａ，Ｂ及びＣは，【事例】について，【会話】のとおり議論している。【会話】中の①から⑦までの（ ）に【語句群】から適切なものを入れた場合，正しいものの組合せは１から５までのうちどれか。なお，①から⑦までの（ ）内には，それぞれ異なるものが入る。（解答欄は，［No. ５］）

【事 例】

甲は，過失により妊婦Ｘの胎児に侵害作用を及ぼし，同胎児に病変を生じさせた。Ｘは，出産予定日に上記病変に伴う傷害を負ったＹを出産したが，その１年後にＹは同傷害により死亡した。

【会 話】

学生Ａ．胎児に侵害作用を及ぼし，「人」の機能の萌芽に障害を生じさせた場合，出生後「人」となってから，その「人」に対して致死の結果を発生させる危険性が十分に存在します。したがって，その危険性が存在する場合，（①）で「人」が存在している必要はなく，（②）で「人」が存在していれば足り，（③）に致死の結果をもたらしたとして，甲に過失致死罪が成立すると考えます。

学生Ｂ．（①）で「人」が存在している必要がないとしても，少なくとも（④）で「人」が存在している必要はあるのではないですか。私は，判例と同様に，胎児に病変を生じさせることは，（⑤）に傷害を負わせたと考えた上で，（⑥）類似の論理により，（⑤）に傷害を負わせ，（③）に致死の結果をもたらしたとして，甲に過失致死罪が成立すると考えます。

学生Ｃ．胎児が（⑤）であるなら，自己堕胎は自傷行為として不可罰とすべきですが，現行法は自己堕胎を処罰しており，体系的に矛盾していませんか。また，母体傷害の時点では，加害対象である「人」が存在しない以上，（⑥）類似の論理によっても過失致死罪の成立を認めるのは無理がありませんか。

学生Ａ．裁判例には，交通事故で妊娠７か月の妊婦に傷害を負わせ，これが原因で早産した子が水頭症等を発症した事案について，「胎児に病変を発生させることは，（⑤）に対するものとして，人に病変を発生させることにほかならず，そして，胎児が出生して人となった後，同病変に起因して傷害が増悪した場合は，結局，人に病変を発生させて人に傷害を負わせたことに帰することとなる。」旨判示したものがありますが，この判決は（⑦）の考え方と同じですね。

【語句群】

ａ．侵害作用が及んだ時点　ｂ．致死の結果が発生した時点

ｃ．実行行為の時点　ｄ．「人」である母体の一部　ｅ．生まれてきた「人」

ｆ．人の始期に関する一部露出説　ｇ．錯誤論における抽象的法定符合説

ｈ．私　ｉ．Ｂさん

１．①ａ　②ｃ　④ｂ　⑥ｆ

２．①ｂ　③ｅ　④ａ　⑥ｇ

３．①ｃ　③ｅ　⑤ｄ　⑥ｇ

４．②ａ　③ｄ　⑤ｅ　⑦ｈ

５．②ｂ　④ｃ　⑤ｄ　⑦ｉ

解答：３

学生Ａ．胎児に侵害作用を及ぼし，「人」の機能の萌芽に障害を生じさせた場合，出生後「人」となってから，その「人」に対して致死の結果を発生させる危険性が十分に存在します。したがって，その危険性が存在する場合，（①）で「人」が存在している必要はなく，（②）で「人」が存在していれば足り，（③）に致死の結果をもたらしたとして，甲に過失致死罪が成立すると考えます。

①②③は，無理に入れない。

①「ｃ．実行行為の時点」では，「人」が存在していないので，ｃが入りそうだが，保留。

学生Ｂ．（①）で「人」が存在している必要がないとしても，少なくとも（④）で「人」が存在している必要はあるのではないですか。私は，判例と同様に，胎児に病変を生じさせることは，（⑤）に傷害を負わせたと考えた上で，（⑥）類似の論理により，（⑤）に傷害を負わせ，（③）に致死の結果をもたらした

として，甲に過失致死罪が成立すると考えます。

④⑤⑥，④は，①だと早すぎるというニュアンス。ａ．侵害作用が及んだ時点が有力候補だが，保留。⑤ｄ．「人」である母体の一部と，判例が分かっていればよいが，分からない可能性が高く保留となる。⑥も，ｆｇのいずれかであるが保留

学生Ｃ．胎児が（⑤）であるなら，自己堕胎は自傷行為として不可罰とすべきですが，現行法は自己堕胎を処罰しており，体系的に矛盾していませんか。また，母体傷害の時点では，加害対象である「人」が存在しない以上，（⑥）類似の論理によっても過失致死罪の成立を認めるのは無理がありませんか。

⑤ｄ．「人」である母体の一部
が入る。母体の一部と考えれば，自招堕胎は，自傷行為として不可罰となる。

この時点で，肢４が切れる。

⑥ｇ．錯誤論における抽象的法定符合説

「人」が存在しない以上，抽象的にも法定符合しないのではないかという議論となる。
ｆは，文意が合わない。肢１が切れる。

学生Ａ，学生Ｂは，ともに③であることを理由に，甲に過失致死を認めている。
死んでいるのは，生まれてきた胎児である。よって，ｅ．生まれてきた「人」が入る。
別候補のｄは，すでに使われている。

①には，ｃが入る。すくなくとも，ｂは入らない。実行行為の段階で，胎児であり，人として存在していない。

肢２，肢５が切れる
肢３が正解

なお，④ａ．侵害作用が及んだ時点　は文意で確認できる。⑦は，ｉ
学生Ｂの第１発言から，Ｂと同じと考えられる。

司法令７－６

正当防衛に関する１から５までの各記述を判例の立場に従って検討した場合，誤っているものを２個選びなさい。（解答欄は，［No. ６］，［No. ７］順不同）

１．正当防衛は，不正の侵害に対して成立するから，正当防衛が成立する行為に対して反撃した場合，正当防衛が成立することはない。

２．不正の行為により自ら侵害を招き，これに対して反撃した場合，正当防衛が成立することはない。

３．急迫不正の侵害がないのにあると誤信し，自己の権利を防衛するため，加害行為をした場合，正当防衛が成立することはない。

４．相手方による侵害を予期している者が，自己の権利を防衛するため，同侵害が間近に押し迫っていないのに相手方に加害行為をした場合，正当防衛が成立することはない。

５．相手方による侵害に対して反撃した者が，その侵害から予想された被害よりも大きい被害を相手方に与えた場合，正当防衛が成立することはない。

解答：２，５

肢１　○

正当防衛は，違法性阻却事由。不正は違法。したがって，これに反撃した場合，正当防衛は成立しない。

肢２　×

違法性阻却事由は，実質判断。個別具体的に見て，社会的相当性がある場合もある。軽い挑発行為で，重大な法益を侵害してきたとき，相手としては予見できないときもある。自招防衛。自ら招いた場合でも，正当防衛は成立する。

肢３　○

客観的に「急迫不正の侵害」がなければ，３６条１項の要件を満たさず，正当防衛は成立しない。誤想防衛の問題にはなる。

肢４　○

急迫性の要件として，間近に押し迫っている必要がある。要件を欠いている以上，正当防衛は成立しない。

肢５　×

行為の相当性があれば足りる。結果の相当性は，正当防衛の成立には不要。

したがって，正当防衛が成立することはある。

司法令７－７

過失犯に関する１から５までの各記述を判例の立場に従って検討した場合，正しいものはどれか。（解答欄は，［No. ８］）

１．行政取締法規の義務は，過失犯の注意義務になり得るから，行政取締法規の義務を遵守する限り，過失犯が成立することはない。

２．過失犯が成立するには，結果発生に至る現実の因果経過を逐一具体的に予見することができたことを必要とする。

３．刑法第３８条第１項ただし書の「法律に特別の規定がある場合」とは，過失行為を処罰する旨の明文の規定がある場合に限られる。

４．人が社会生活上の地位に基づき反復継続して行う行為であって，かつ，その行為が他人の生命身体等に危害を加えるおそれのあるものは，業務上過失致死傷罪の「業務」に当たる。

５．重過失致死傷罪の「重大な過失」とは，注意義務違反の程度が著しい場合，すなわち，僅かな注意を払うことにより結果の発生を容易に回避し得たのに，これを怠って結果を発生させた場合をいい，その要件として，発生した結果が重大であること又は結果が発生する可能性が大であったことを必要とする。

（参照条文）刑法

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。

２　（略）

３　（略）

解答：４

肢１　×

予見義務違反，結果回避義務違反，行政法規がわかりやすい。それに限定してしまう。法益保護が不十分，すべてを規定できない。他の慣習から導かれる義務を遵守しなければ過失を認定できる。

肢２　×

過失犯が成立するには，結果発生に至る現実の因果経過を逐一具体的に予見することができたことを要しないか。しかし，すべてを予見することは現実的ではなく，それを要求すると，過失犯が成立せず，法益保護ができない。したがって，因果関係の基本的部分の予見可能性があれば足りる。

肢３　×

「法律に特別の規定がある場合」（刑法３８条１項ただし書）とは，過失行為を処罰する旨の明文の規定がある場合に限られないか。不意打ちをふせぐため。しかし，特別法の場合に，過失によりと規定がないと処罰できないのは法益保護図れない。一方，当然に処罰するのも自由保障との関係で問題がある。したがって，条文の趣旨や目的が，明らかに過失を処罰する場合は，過失の文言がなくても処罰できる。

肢４　○

業務上過失致死傷罪の「業務」とは，人が社会生活上の地位に基づき反復継続して行う行為であって，かつ，その行為が多品の生命身体等に危害を加えるおそれあるものをいう。そして，業務上過失致死傷罪の加重処罰根拠は，生命･身体に対する類型的危険性を有する業務に従事する者は，通常人に比し特別な注意義務がある点にある。そこで，他人の生命身体の危険を防止することを義務内容とする業務でも，義務違反による生命･身体に対する類型的危険性を有し，通常人に比し特別な注意義務を負う。よって，このような業務も「業務」にあたる。

法益から考える。

肢５　×

重過失致死傷罪の「重大な過失」とは，注意義務違反の程度が著しい場合，すなわち，僅かな注意を払うことにより結果の発生を容易に回避し得たのに，これを怠って結果を発生させた場合をいう。一方，実際に，発生した結果が重大であること又は結果が発生する可能性が大であったことを要しない。

死の結果が発生している時点で，重大と考えることができる。