

2018\_05 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
(4)	(3)	(2)	(3)	(5)	(5)	(1)	(5)	(1)	(2)
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
73%	90%	86%	53%	90%	50%	93%	63%	56%	43%

- 1 集会・結社の自由 正解(4)
- (1) 正しい。 憲法 21 条 1 項が定める「集会」とは、多数人が共通の目的を持って一定の場所に集まることであり、屋内外を問わない。屋外での大衆運動やデモ行進等も「集会」に含まれる。
- (2) 正しい。 集会に伴う公共施設の利用については、利用希望の競合や、当該施設での集会開催によって第三者に害が及ぶ危険の有無等の調整が必要である（最判平 7・3・7）。
- (3) 正しい。 公務員の政治的活動は、国公法及び地公法により一定の制限が加えられているが（国公法 102 条、地公法 36 条）、政治的中立性を損なうおそれのある公務員の政治的行為を制限することは、合理的で必要やむを得ない範囲内であれば憲法 21 条 1 項に反しない（最大判昭 49・11・6）。
- (4) 誤り。 判例は、集団行動による思想等の表現は、潜在する一種の物理的力によって支持されていることを理由に、必要最小限の制約を許容している（最大判昭 35・7・20）。もっとも、この判例の立場でも、危険の発生が漠然と予想されるにすぎないという要件の下での許可制は許されない。
- (5) 正しい。 枝文のとおり。判例は、正当な理由が認められるケースとして、施設の職員、通行人、付近住民等の生命・身体、財産が侵害される具体的危険性が明らかに予見される場合を挙げている（最判平 7・3・7）。

- 2 内閣の権限と責任 正解(3)
- (1) 正しい。 枝文のとおり（憲法 79 条 1 項）。なお、最高裁判所の長たる裁判官は、内閣の指名に基づいて天皇が任命する（憲法 6 条 2 項）。
- (2) 正しい。 内閣は法律を誠実に執行し、国務を総理する（憲法 73 条 1 号）が、内閣独自の判断で当該法律の執行を拒否することはできない。
- (3) 誤り。 国務大臣の任命は内閣総理大臣の専権に属する（憲法 68 条

1項本文)。また、罷免についても同様に内閣総理大臣が任意に行い（憲法68条2項）、閣議にかけて決定する必要はない。

- (4) 正しい。 枝文のとおり（憲法66条3項）。
- (5) 正しい。 内閣の国会に対する連帯責任（憲法66条3項）は、特定の国務大臣の単独責任を否定するものではない。もっとも、個々の国務大臣に対する不信任決議に法的効果はなく、内閣の総辞職という効果も当該国務大臣の辞職という効果も生じない。

3 行政処分・行為の取消し・無効・撤回 正解(2)

- (1) 正しい。 枝文のとおり。行政処分の違法を主張するためには、不服申立て（行審法1条）又は取消訴訟（行訴法3条2項）による。
- (2) 誤り。 行政処分に重大かつ明白な瑕疵がある場合、当該行政処分は無効であり、有効なものとして取り扱うことはできない。瑕疵が明白であるというのは、処分成立当初から、誤認であることが明白である場合を指す（最判昭36・3・7）。
- (3) 正しい。 枝文のとおり。風俗営業の許可や自動車の運転免許等が挙げられる。
- (4) 正しい。 行政機関が、許可基準に適合しないにもかかわらず許可をすることは違法である。しかし、当該処分に重大かつ明白な瑕疵がある場合を除き、当該許可処分は取り消されない限りは無効とはならない。
- (5) 正しい。 枝文のとおり。なお、文言上は「取消し」とされている場合も「撤回」の意味であり、例えば医師会による指定医師の指定取消し等は、「撤回」に当たる。

4 情報公開法・個人情報保護法 正解(3)

- (1) 正しい。 枝文のとおり（情報公開法5条1号）。
- (2) 正しい。 情報公開法が定める情報公開の名宛人は、国の行政機関の長であるから（情報公開法3条）、本法の対象は国の行政機関に限られる。
- (3) 誤り。 情報公開法は、犯罪の予防や捜査等のような公共の安全と秩序に関する情報を不開示情報としている（情報公開法5条4号）。しかし、行政機関の長は、公益上特に必要があると認められるときは、開示請求者に対し開示することができる（同法7条）。
- (4) 正しい。 枝文のとおり（個人情報保護法2条1項）。
- (5) 正しい。 枝文のとおり（個人情報保護法29条1項）。

## 5 故意

正解 (5)

- (1) 正しい。一定の範囲の客体のうち誰かに結果が発生することは確実であるが、誰に結果が発生するか不確実なものと認識することを「概括的故意」という。枝文の場合、客体が特定されていなくても、誰かに結果が発生することを認識していたのであるから、殺人罪（刑法 199 条）の故意を認めることができる。
- (2) 正しい。未必の故意とは、結果の発生自体は確実ではないが、発生するかもしれないと認識し、かつ発生しても構わないと認容する場合をいう（最判昭 23・3・16）。
- (3) 正しい。認識していた甲の死のほか、乙の死の結果も発生しているという食い違いがある（具体的事実の錯誤一方法の錯誤）場合、認識した内容と発生した結果とが構成要件の範囲内で符合していれば、故意を認めることができる（最判昭 53・7・28 法定的符合説）。したがって、甲の死のみならず乙の死に対しても殺人罪の故意を認めることができ、甲乙両名に対する殺人既遂罪が成立する。
- (4) 正しい。認識していた内容（甲の死）と、現実に発生した内容（乙の死）とが食い違っているが、法定的符合説によれば、およそ人（甲）を殺そうとして人（乙）を殺害したのであるから、発生した乙の死についても殺人の故意を認めることができ、甲に対する殺人未遂罪（刑法 203 条、199 条）と、乙に対する殺人既遂罪が成立する。
- (5) 誤り。他人の動物を傷害する意図で現実には人を傷害しており、器物損壊罪（刑法 261 条）の認識で、客観的には人の傷害（刑法 204 条）の結果を発生させている。法定的符合説によれば、認識内容と発生事実が構成要件の範囲内で符合していないので、原則として故意は阻却される。器物損壊罪の未遂は不可罰なので、枝文の場合、過失傷害罪（刑法 209 条）ないし重過失傷害罪（刑法 211 条後段）が成立するにとどまる。

## 6 横領の罪

正解 (5)

- (1) 正しい。枝文のとおり。委託によらず偶然に行為者の事実上の支配下に入った物については、占有離脱物横領罪（刑法 254 条）が成立するにとどまる。
- (2) 正しい。枝文のとおり（最判昭 24・3・8）。
- (3) 正しい。親族間の財産関係については、「法は家庭に入らず」という政策的配慮がある。
- (4) 正しい。枝文のとおり。業務上横領罪（刑法 253 条）の主体は、他人

の物の占有者としての地位と、業務者としての地位を有するものであり、二重の意味での身分犯である。

- (5) 誤り。手形の振出し・交付を受けた第三者がこれを現金化した場合は、行為者が現金を領得するという実体を欠くので横領罪は成立せず、背任罪(刑法247条)が成立する(最決昭40・5・27)。枝文のケースでは、背任罪の加重類型である取締役の特別背任罪(会社法960条1項3号)が成立する。

## 7 放火の罪

正解(1)

- (1) 誤り。現住建造物等放火罪(刑法108条)は、具体的危険の発生を要しない抽象的危険犯である。判例は、目的物が独立して燃焼を継続する状態に達すれば、刑法108条の「焼損」にあたるとしており(大判大7・3・15、最判昭23・11・2)、具体的危険の発生に至らなくても本罪は既遂となる。
- (2) 正しい。枝文のとおり(大判昭6・7・2、最判昭60・3・28)。
- (3) 正しい。現住建造物等放火罪における「現に人が住居として使用し」(現住性)とは、起臥寝食の場として日常利用されていることをいう(大判大2・12・24)。旅行や家出のため一時的に不在である場合であれば、現住性は失われず、本罪の客体となる(最決平9・10・21)。
- (4) 正しい。甲は、他人の住宅を焼損する目的で近接する非現住建造物に放火しているから、現住建造物等放火罪の実行の着手が認められ、同罪の未遂罪(刑法112条、刑法108条)が成立する(大判大12・11・12)。なお、物置の焼損に対する非現住建造物等放火罪(刑法109条1項)は、現住建造物等放火罪に吸収される(大判大15・9・28)。
- (5) 正しい。自己所有の非現住建造物等であっても、差押えを受けている場合は、他人所有の非現住建造物等放火罪の客体として扱われる(刑法115条)。

## 8 検証・実況見分

正解(5)

- (1) 正しい。捜査機関は検証を行うにあたっては、身体を検査をすることができるが(刑訴法222条1項・129条)、レントゲン照射により体内を透視する行為は、専門的知識や技術を要するから、鑑定処分許可状によって鑑定受託者が行わなければならない(刑訴法225条1項・168条1項)。
- (2) 正しい。実況見分は、居住者、管理者その他関係者の立会いを得たうえで行わなければならない(犯捜規範104条2項)。
- (3) 正しい。検証に伴う必要な処分(刑訴法222条1項・129条)は、被

処分者に受忍義務を負わせるにすぎず、それ以上の作為義務を負わせるものではない。

- (4) 正しい。 実況見分は、強制処分である検証（刑訴法 218 条 1 項）とは異なり、任意処分である（刑訴法 197 条 1 項）。したがって、強制処分に付随して認められる出入りの禁止や看守者を付すこと（刑訴法 222 条 1 項・129 条）は実況見分の場合には認められない。
- (5) 誤り。 実況見分調書に添付された書面は、同調書と一体のものとなされるから、実況見分を行う権限を持たない一般私人が撮影した写真は、添付写真としては認められない。

## 9 裁判員制度

正解（1）

- (1) 誤り。 裁判員裁判においては、①事実の認定、②法令の適用、③刑の量定は、いずれも、裁判官と裁判員の合議体によって行われる（裁判員法 6 条 1 項）。
- (2) 正しい。 裁判員制度の対象事件は、①死刑又は無期の懲役若しくは禁錮に当たる罪に係る事件、又は②①を除く法定合議事件（裁判所法 26 条 2 項 2 号）で、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に係る事件である（裁判員法 2 条 1 項）。
- (3) 正しい。 枝文のとおり（裁判員法 4 条 1 項）。
- (4) 正しい。 裁判員と裁判官の合議体が構成されるのは、地方裁判所においてであるから（裁判員法 2 条 1 項）、高等裁判所においては、裁判員裁判ではなく、通常裁判が行われる。
- (5) 正しい。 枝文のとおり（裁判員法 2 条 2 項ただし書、3 項、4 項）。

## 10 伝聞証拠

正解（2）

- (1) 正しい。 刑訴法 322 条 1 項の「不利益な事実の承認」は、自白も含むものであるため、犯罪事実の全部又は一部の自白もこれに当たる（最決昭 32・9・30）。
- (2) 誤り。 被告人が作成した供述書は、被告人に不利益な事実の承認を内容とする場合は、その供述が任意になされたものであるときに限り、証拠能力が認められるが（刑訴法 322 条 1 項ただし書）、被告人に有利なものである場合は、その供述が特に信用すべき状況の下でなされたものであれば、証拠能力が認められる（刑訴法 322 条 1 項本文）。
- (3) 正しい。 枝文の甲の供述は、乙の供述を内容とする伝聞証拠に当たるため、原則として証拠能力が否定される（伝聞法則、刑訴法 320 条 1 項）。
- (4) 正しい。 甲の供述中の乙の供述を、乙の丙に対する名誉毀損罪（刑法

230 条 1 項) に係る中傷文言として立証しようとするのであれば、乙の供述自体が犯罪行為の一部となるから、伝聞証拠に当たらない(最判昭 38・10・17)。

- (5) 正しい。逮捕手続書の記載内容によって犯罪事実を立証する場合には、刑訴法 321 条 1 項 3 号の定める供述不能性、必要不可欠性、特信性の 3 要件を充足しなければ、同手続書の証拠能力が認められない。ただし、逮捕の適法性という訴訟法的事実を立証しようとする場合は、伝聞法則は適用されず、上記 3 要件を満たす必要はない。