

行政法 次は、公権力の行使に基づく国家賠償についての記述である
09 が、誤りはどれか。

- (1) 警察官による犯罪行為の制止や、逮捕、捜索・差押え等、強制力の行使を伴う職権行使は、「公権力の行使」に当たり、国家賠償の対象となり得る。
- (2) 国又は地方公共団体の職員が、法律に基づく適法な活動を行った結果、国民に損害を生じさせた場合には、国家賠償の対象とならない。
- (3) 国家賠償は、公務員が職務の過程において不法行為を行った場合に認められるため、職務の外形を利用したにすぎない場合は、国家賠償の対象とならない。
- (4) 国家賠償は、行政機関が本来行うべき職務を行わないという不作為についても、認められる場合がある。
- (5) 国又は地方公共団体は、職員が故意又は過失により違法に損害を与えた場合、当該公務員に代位して賠償責任を負う。

刑法 次は、放火の罪についての記述であるが、誤りはどれか。
10

- (1) 甲は、Aが住む住居を焼損させる意思で、Aの住居に隣接する物置小屋に放火したが、隣人が発見して通報したため、物置小屋を半分焼損しただけで消し止められた。この場合、甲に現住建造物等放火未遂罪が成立する。
- (2) 甲は、隣家と8メートルも離れていたことから延焼することはないと考え、自己所有の物置小屋に放火したところ、隣家であるB所有の住居に燃え移り、Bの住居に延焼させた。この場合、甲に延焼罪が成立する。
- (3) 甲は、駐車場に止めてあった無人の自動車に放火した。同所は、建造物等からは離れていて延焼の可能性はなかったが、他の車両への延焼の可能性は否定できなかった。この場合、甲に建造物等以外放火罪が成立する。
- (4) 甲は、他人C所有の乗用車に放火し、公共の危険を生じさせたが、その際、相当離れていたために予期できなかったD所有の住居に燃え移り、Dの住居に延焼させた。この場合、甲に延焼罪が成立する。
- (5) 甲は、甲が1人で住んでいる自宅に放火し、公共の危険を生じさせた。この場合、甲に非現住建造物等放火罪が成立する。

刑法 次は、現住建造物等放火罪についての記述であるが、誤りはどれか。
11

- (1) 目的物である現住建造物等に直接点火した場合のみならず、目的物の近くで灯油を染み込ませた古新聞に点火して燃え移る客観的・物理的可能性を生じさせた場合にも、実行の着手が認められる。
- (2) 「住居」とは、昼夜にわたって人が生活している必要はなく、夜だけ寝泊まりするという場合でも住居に該当し、1個の建造物の一部が起臥寝食の場として使用されている場合であっても全体が住居に当たる。
- (3) 損壊せずに建造物から取り外すことが可能な畳、襖、障子等は、建造物の一部とはいえないから、これらを焼損しただけでは、建造物等放火罪は既遂とはならない。
- (4) 目的物について、現に人が住居に使用し、又は現に人がいることの認識を欠く場合には、非現住建造物等放火罪の限度で責任を問われるにとどまる。
- (5) 火災保険金を詐取する目的で住宅に放火した上、火災原因を偽って保険金を詐取した場合、現住建造物等放火罪と詐欺罪とは、牽連犯となる。

刑法 次は、殺人罪についての記述であるが、誤りはどれか。
12

- (1) 殺意の有無によって、殺人罪か、傷害致死罪あるいは過失致死罪に分かれる。
- (2) 殺人罪の客体としての人の始期については、刑法においては一部露出説が通説・判例の立場である。
- (3) 殺人罪の予備をした者が現に殺人罪を犯したときは、殺人罪と殺人予備罪との併合罪になる。
- (4) 自殺自体は罪にはならないが、人を教唆又は幫助して自殺させた場合は、自殺関与罪が成立する。
- (5) 本人の承諾があつてこれを殺した場合には、承諾殺人罪が成立する。

方公共団体が代わって責任を負う。これを、代位責任という。

刑法 10 放火の罪

- (1) 正しい。 現住建造物等放火罪(刑法108条)の客体は、現に人が住居に使用し又は現に人がいる建造物等であり、Aが住む住居は現住建造物に当たる。これに対し、物置小屋は非現住建造物である。そして、現住建造物を焼損する意思で隣接する非現住建造物に放火する行為は現住建造物等放火罪の実行の着手と認められ、現住建造物が焼損しなくても、現住建造物等放火未遂罪が成立する。
- (2) 正しい。 自己所有の非現住建造物等放火罪(刑法109条2項)を犯して、現住建造物等放火罪(刑法108条)の客体に延焼させたのであるから延焼罪(刑法111条1項)が成立する。
- (3) 正しい。 刑法110条(建造物等以外放火罪)にいう「公共の危険」は、必ずしも刑法108条及び109条1項に規定されている建造物等に対する延焼の危険のみに限られるものではなく、不特定又は多数の人の生命、身体又は建造物等以外の財産に対する危険も含まれる(最決平15.4.14)。したがって、建造物に延焼の危険がなくても、他人の財産である自動車に延焼の危険がある場合、建造物等以外放火罪が成立する。
- (4) 誤り。 延焼罪は自己所有の非現住建造物等放火罪や自己所有の建造物等以外放火罪を犯して、一定の予期しない物に延焼した場合に成立する犯罪である。他人所有の建造物等以外放火罪(刑法110条1項)を犯し、予期しない現住建造物に延焼させたとしても、延焼罪は成立しない。
- (5) 正しい。 現住建造物等放火罪の「人」は犯人以外の人であり、犯人が1人で住む自宅は非現住建造物である。

刑法 11 現住建造物等放火罪

- (1) 正しい。 媒介物である可燃性の導火材料に点火する行為も、その燃焼作用が継続して目的物に延焼し得る状態となったときは、客体に対する放火罪の着手を認めることができ、その後鎮火したり消し止められたりして現実に現住建造物等に燃え移らなかったとしても、実行の着手が肯定されて未遂罪が成立する(大判大3.10.

2)。

- (2) 正しい。 1室を宿直室に充て宿直員に夜間宿泊させている学校(大判大2.12.24)、一部に人が居住する劇場(最判昭24.2.22)、等も住居と認められる。
- (3) 正しい。 建造物の一部といえるためには、家屋の一部に取り付けられているだけでは足りず、更にこれを毀損しなければ取り外すことのできない状態にあることを必要とする(最判昭25.12.14)。これら畳等を焼損しただけで建造物等に延焼しなかったとしても、建造物等放火罪の目的であれば、建造物等以外放火罪等の既遂ではなく、建造物等放火罪の未遂となる。
- (4) 正しい。 「重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない」との刑法38条2項の規定が適用される(抽象的事実の錯誤)。例えば、居住者全員を殺害したと誤信してその建物に放火した場合には、たとえ被害者が当時生存していたとしても、現住建造物等放火罪は成立しないとする裁判例がある(神戸地判昭36.6.21)。
- (5) 誤り。 現住建造物等放火罪と詐欺罪とは、通常手段結果の関係にあるとはいえないから、併合罪となる(大判昭5.12.12)。なお、現実に保険金の支払請求をしない段階では、詐欺罪の実行の着手はないから、現住建造物等放火罪のみが成立する。

刑法 12 殺人罪

- (1) 正しい。 殺意が認められれば殺人罪(刑法199条)、殺意がない場合は傷害致死罪(刑法205条)か過失致死罪(刑法210条)が問題になる。
- (2) 正しい。 殺人罪の客体としての人の始期について、刑法では一部露出説の立場をとっている。その理由は、胎児の一部でも母体外に露出すれば、それに対し直接攻撃を加えることが可能であるからである。
- (3) 誤り。 予備の段階から発展して、殺人の実行行為に入ったときは、予備は殺人罪あるいはその未遂罪に吸収され、独立に予備罪として処罰されない。
- (4) 正しい。 自殺自体は、刑法上罪とはならない。ただし、刑法202条(自殺関与の部分)には、人を教唆し若しくは幫助して自殺させた者は、6月以上7年以下の懲役又は禁錮に処すると規定されている。



1

甲暴力団に所属する暴力団員乙は、襲名披露式を行う目的を持って、A市の管理する施設の利用を申請した。しかし、A市には、暴力団排除条例において暴力団の利益になるようなときに公の施設の利用を許可しないことができるという規定が存在するので、A市は同規定を理由として申請を許可しなかった。そこで、このような暴力団排除条例の規定が憲法21条に定める集会・結社の自由に反しないかについて述べなさい。

集会・結社の自由と制限

- 答案構成
- 1 結論
 - 2 理由
 - 3 集会・結社の自由
 - 4 暴力団排除条例の合憲性

答案例

1 結論

暴力団の利益になるような場合には、公の施設の利用を許可しないことができる旨の暴力団排除条例の規定^{▶1}は憲法に違反するものではない。

2 理由

暴力団の権利・利益を保障することと、公共安全・安心を比較した場合、暴力団の権利・利益が公共安全・安心に優先されることはない。

3 集会・結社の自由

(1) 法的根拠^{▶2}

憲法21条1項において、集会・結社の自由を保障する旨が規定されている。

(2) 集会の自由

「集会」とは、多数人が共通の目的のために特定の場所に集合することをいう。

(3) 結社の自由

「結社」とは、多数人が共通の目的のために継続的に結合することをいう。

(4) 集会と結社の異同

両者の違いは、継続性の有無にある。

いずれも、個人の自由を保障するだけでなく、集団を形成するものであるため、集団としての意思形成や集団としての行動も集会・結社の自由として保障される。

(5) 保障される限界

ア 集会・結社の自由の位置付け

集会・結社は、思想や意見を表明する手段として重要な位置付けにあり、基本的人権の中でも優越的地位を占める精神的自由権に分類される。

イ 公共の福祉による制約

しかし、集会・結社の自由は、集団であることから他の利益との衝突の可能性も大きく、公共の福祉によって制約される場合がある。

ウ 具体例

集会の自由は、公共の場所での集団による行動を伴うことがある。この場合、交通秩序等に影響が及ぶ可能性があり、他の国民の権利・利益との調整が必要となる(最判昭57. 11. 16^{▶3})。

結社の自由も、公共の福祉による制約を受ける。犯罪を行うことを目的とする結社や、憲法秩序を暴力によって破壊することを目的とする結社は、保障の対象とはならない。

4 暴力団排除条例の合憲性

(1) 集会の自由との関係

暴力団組長等の襲名披露式や暴力団員の出所祝い等の暴力団主催の集会、資金提供・資金源獲得その他公序良俗に反する暴力団支援者や関係者による集会は、公の秩序を乱すおそれがあり、暴力団の利益になると認められる。

このような集会に公の施設利用を保障することの重要性よりも、公の施設で集会が開かれることによって、公共安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越するといえる。

したがって、当該規定は合憲である(最判平7. 3. 7^{▶4})。

(2) 結社の自由との関係

暴力団排除条例は、暴力団排除に関する施策を推進し、安全で安心して暮らすことができる社会の実現に資することを目的とするものであり、継続的な結合を規制するものではない。

したがって、憲法が保障する結社の自由に抵触するものではない。