

令和4年

1 [刑事系科目]

2

3 [第1問] (配点：100)

4 以下の【事例1】及び【事例2】を読んで、後記【設問1】及び【設問2】について、答えなさい。

5

6

7 【事例1】

8 1 Aは、某月1日、立ち寄ったホームセンターの駐車場において、エンジンキーが付いたままの  
9 状態で駐車されていたB所有の普通自動二輪車（以下「本件バイク」という。）を発見し、これ  
10 を自由に乗り回したいと考え、Bに無断で本件バイクを発進させて走り去った。

11 2 Aは、本件バイクに偽造ナンバープレートを装着しようと思い、これを手に入れるまでの間、  
12 本件バイクを人目に付かない場所に隠しておこうと考えた。

13 そこで、Aは、友人甲の自宅にシャッター付きのガレージがあることを思い出し、当分の間、  
14 甲に頼んで同ガレージに本件バイクを保管させようと考えた。Aは、同日、本件バイクを運転し  
15 て甲宅に行き、甲に「これは俺のバイクなんだが、今まで使っていた駐車場が使えなくなってし  
16 まったので、しばらく預かってくれないか。」と頼んだところ、甲はこれを承諾し、本件バイク  
17 を上記ガレージに入れた。

18 3 甲は、本件バイクの保管を続けていたが、同月5日夜、Aと電話で話をした際、ささいなこと  
19 から激しい口論となった。甲は、Aと仲違いしたまま電話を切ったが、怒りが収まらなかったこ  
20 とから、Aを困らせるため、Aに無断で本件バイクを別の場所に移動させて隠そうと考えた。

21 甲は、自宅から約5キロメートル離れた場所にある甲の実家の物置内に本件バイクを移動させ  
22 ればAに見付からないだろうと考え、同月6日未明、自己が所有する軽トラックの荷台に本件バ  
23 イクを積み込むと、同トラックを運転して実家まで行き、同物置内に本件バイクを隠して帰宅し  
24 た。なお、甲は、怒りにまかせて本件バイクを上記物置内に移動させて隠したが、本件バイクを  
25 その後どうするかは考えていなかった。

26

27 【設問1】 【事例1】の甲に横領罪（刑法第252条第1項）の成立を認める立場から後記(1)及  
28 び(2)の各主張がなされたとする。各主張の当否について、それぞれ簡潔に論じなさい。

29 (1) 甲は、Aに頼まれて本件バイクを保管している以上、これを「横領」（同項）すれば横領罪が  
30 成立する。

31 (2) 甲が実家の物置内に本件バイクを移動させて隠した行為は、「横領した」（同項）に当たる。

32

33 【事例2】（【事例1】の事実が続けて、以下の事実があったものとする。）

34 4 Aは、偽造ナンバープレートを手に入れたことから、本件バイクを回収しようと考え、同月1  
35 0日午後8時頃、甲に電話を掛け、「今日これからバイクを取りに行く。」と言った。これに対し、  
36 甲は、笑いながら、「あのバイクはここにはないよ。ざまあみろ。俺を怒らせたお前が悪いんだ  
37 ぞ。」と言った。Aは、甲の発言を聞いて激怒し、甲に殴る蹴るなどの制裁を加えようと考え、  
38 強い口調で甲に、「いい度胸をしているじゃないか。8時半にC公園に来い。覚悟しておけよ。」  
39 と言った。これに対し、甲も、「おう、行ってやるよ。」と怒鳴って電話を切った。

40 甲は、高校時代にAと同じ不良グループに所属しており、Aが短気で粗暴な性格で、過去にも  
41 怒りにまかせて他人に暴力を振るったことが数回あったことを知っていたため、Aの前に姿を現  
42 せば、Aから殴る蹴るなどの暴力を振られる可能性が極めて高いだろうと思ったが、甲も頭に  
43 血が上っていたことから、自宅にあった包丁（刃体の長さ15センチメートル。以下「本件包丁」  
44 という。）をズボンのベルトに差して準備した上で、C公園に出向き、Aを待ち構えていた。

45 Aは、同日午後8時30分頃、C公園に到着し、甲の姿を見るなり、「お前、ふざけんよ。」

46 ボコボコにしてやるからな。」と怒鳴り声を上げた。これに対し、甲は、「できるものならやってみろ。この野郎。」と大声で言い返した。

48 5 甲は、甲の態度に逆上し、甲に至近距離まで接近すると、右手の拳を突き出して甲の顔面を殴打しようとした。甲は、Aの拳をかわしながら、本件包丁をベルトから抜いて、Aに向けて突き出した。Aは、これをかわし、ひるむことなく更に甲の顔面を殴打しようと拳を振り上げた。

51 6 ちょうどその頃、甲の勤務先の後輩乙は、偶然にC公園に来て、前記5のとおり、Aが甲を殴打しようとしているのを目撃し、とっさに甲を助けようと考えた。

53 乙は、護身用に携帯していたサバイバルナイフ（刃体の長さ18センチメートル。以下「本件ナイフ」という。）を取り出して、直ちにAの背後に回り、同日午後8時31分頃、何の警告もせずAの右上腕部を狙って本件ナイフを同部に強く突き刺し、Aに加療約3週間を要する右上腕部刺創の傷害を負わせた。

57 このとき、乙は、前記1から4までの各事実を知らず、また、甲が本件包丁を持っていることも認識しておらず、Aが甲に対して一方的に攻撃を加えようとしていると思い込んでいた。

59 7 Aは、すぐに後方を振り向き、乙に刺されたことを認識した。Aは、「誰だ、お前。何をしようがる。」と怒鳴りながら、乙を蹴り付け、ひるんだ乙は本件ナイフをその場に落とした。乙は、Aから更に殴る蹴るなどの暴力を振るわれてしまうと思って怖くなり、走って逃げ出した。これを見たAは、乙を捕まえて痛め付けようと考え、「待て。この野郎。」と叫びながら、走って乙を追い掛けた。

64 乙は、逃げながらAが背後から追跡してきているのを見て、このままではすぐに追い付かれて暴力を振るわれてしまうと思っていたところ、進路前方の道路脇に、飲食物の宅配業務に従事していたDがエンジンを掛けたままで一時的に停めていたD所有の原動機付自転車（以下「本件原付」という。）を見付けた。このとき、Dは、配達のために付近のマンション内に立ち入っていたことからその場にいなかった。

69 Aは乙よりも足が速く、乙がAの追跡を振り切るためには、本件原付を運転して逃げるのが唯一採り得る手段であったところ、乙は、本件原付を使ってAの追跡を振り切り、安全な場所まで移動したら本件原付をその場に放置して立ち去ろうと考えた。乙は、同日午後8時33分頃、Dに無断で本件原付を発進させ、Aの追跡を振り切った。

73 8 甲、乙及びAは、いずれも20歳代の男性であり、各人の体格に大差はなかった。

74

75 【設問2】 【事例2】における乙の罪責について、論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

[解説]

設問 1

本問は、設問 1 で、A が盗んだ B 所有のバイク（以下「本件バイク」という。）の保管を A から依頼された甲が、甲宅のシャッター付きのガレージに保管していた本件バイクを、A を困らせるため、甲宅から約 5 キロメートル離れた場所にある甲の実家の物置内に移動させて隠した行為について、甲に横領罪（刑法第 252 条第 1 項）の成立を認める立場から、(1) 甲は、A に頼まれて本件バイクを保管している以上、これを「横領」（同項）すれば横領罪が成立する、(2) 甲が実家の物置内に本件バイクを移動させて隠した行為は、「横領した」（同項）に当たるといふ各主張がなされた場合のそれぞれの当否を検討させ、…それにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実に法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。（出題の趣旨）

1. 答案の書き方、採点方針

- ・ 設問 1 は(1)(2)いずれについても、自説の論拠や他説への批判などを踏まえつつ、各主張の当否を論ずることが求められる。（出題の趣旨）
- ・ 本設問は、前述のとおり、主張(1)と主張(2)という異なる論点に関する主張の当否をそれぞれ問うものであるが、問題文を誤解したせいか、主張(1)と主張(2)を、同じ論点に関する対立する見解と捉える答案や設問の主張とそれに対する解答がかみ合わない答案など、出題の趣旨を正確に把握できていない答案も少なからず見られた。（採点実感）
- ・ 主張(1)においては、横領罪における「占有」が他人からの委託に基づく占有に限られることを前提に、窃盗犯人 A との委託関係も保護に値するかが問題になることを、主張(2)においては、物の効用に基ついた利用処分とはいえない隠匿行為も「横領した」に当たると考えることの当否が問題になることを、それぞれの的確に指摘した上で、自説の論拠や他説への批判などを踏まえつつ、各主張の当否を論じた答案は高い評価を受けた。他方、いずれの主張においても、問題の所在を正確に理解しないまま、本件において検討すべき論点に即した論述がなされていない答案は低い評価にとどまった。（採点実感）

2. 主張（1）：甲は、A に頼まれて本件バイクを保管している以上、これを「横領」すれば横領罪が成立するとの主張の当否について

(1) 窃盗犯人からの盗品の委託の要保護性が問題となる

横領罪は、自己の占有する他人の物を横領したときに成立するところ、本件バイクは、B が所有する「他人の物」であり、これを甲が自宅のガレージに保管して事実上支配していたのであるから、甲が「他人の物」を占有していたことは明らかである。

もっとも、横領罪における「占有」は、他人からの委託信任関係を原因とするものであることを要するところ、本件バイクは、A が B から盗んだ盗品であり、甲は、その情を知らなかったものの、客観的には窃盗犯人で

基礎応用 322 頁 [論点 7]、論証集

153 頁 [論点 7]

あるAから盗品の保管を委託されたものであったことから、設問1(1)の主張は、このような窃盗犯人からの委託に基づく場合でも本罪の「占有」に当たると解することが前提となっている。そこで、設問1(1)においては、窃盗犯人からの盗品の保管の委託を保護することの当否が問題となることを示した上で、その当否及び根拠を論じる必要がある。

設問の主張の正当性を肯定する立場からは、窃盗犯人からの盗品の保管の委託が保護に値する根拠として、a.窃盗罪において窃盗犯人の占有も保護されていることとの均衡上、横領罪においても窃盗犯人との委託信任関係は保護されるとの説明等が考えられる。

他方、設問の主張の正当性を否定する立場からは、窃盗犯人からの盗品の保管の委託が保護に値しないとする根拠として、b.委託の内容は、客観的には盗品の保管の委託であり、盗品等保管罪を構成する行為であるところ、委託の内容が犯罪を構成する場合には、委託関係の要保護性を否定すべきであるとの説明や、c.横領罪の委託関係は所有者又は所有者から権限を与えられた者と行為者との間において必要であるから、正当な権限を与えられていない窃盗犯人からの委託関係を横領罪に必要な委託と認めるべきではないとの説明等が考えられる。(出題の趣旨)

## (2) 採点実感

主張(1)においては、横領罪における「占有」が委託に基づく占有に限られることを前提に、窃盗犯人Aとの委託関係も保護に値するかが問題になることから、本件において委託に基づく「占有」が認められるか否かを、問題の所在として端的に示すことが求められるところ、具体的にいかなる要件に関する問題と捉えているのか明らかでないもののほか、本件バイクの他人物性を論じたり、あるいは、本件バイクが実質的にはAの物であると論じるなど、横領罪の成立要件に関する適切な理解を欠いた答案が散見された。また、本件ではAは窃盗犯人であり、所有者から正当な権限を与えられていない者からの委託の要保護性が問題になるにもかかわらず、本件の具体的な事情を考慮することなく、所有者以外からの委託も保護されるのみを問題とする答案も散見された。また、主張(1)を正当化するために、窃盗犯人の占有も保護されることを援用する答案が目立ったが、主張(1)の論拠とするためには、例えば窃盗犯人の占有が保護されることとの均衡として、窃盗犯人からの委託も保護されるべきであるなど、横領罪の罪質の理解に基づいた論述が求められるところであった。

なお、本問は、Aの罪責を問うものではないにもかかわらず、Aの窃盗罪の成否を縷々論じる答案もあった。(採点実感)

## 3. 主張(2): 甲が実家の物置内に本件バイクを移動させて隠した行為は、「横領した」に当たるとの主張の当否について

### (1) 「横領」における物の効用に基づく利用処分の要否

甲は、Aを困らせるため、Aに無断で本件バイクを隠匿したものであり、かかる行為は、Aからの委託の趣旨に反する行為とは評価できるものの、

バイクの効用に基づいて利用処分したものと評価できない。設問1(2)の主張は、このような物の効用に基づいた利用処分とはいえない隠匿行為も「横領した」に当たると考える立場に立つことが前提になっている。そこで、設問1(2)においては、「横領した」というため、物の効用に基づく利用処分をすることを不要とすることの当否が問題となることから、かかる問題の所在を示した上で、その当否及びその根拠等を論じる必要がある。

物の効用に基づく利用処分をすることを不要とする立場からの説明としては、a.横領行為とは、委託の趣旨に反する権限逸脱行為であるとの説明（越権行為説）や、b.横領行為とは、不法領得の意思を発現する行為である（領得行為説）とした上、横領罪における不法領得の意思とは「他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思」であり、目的物をその効用に基づいて利用、処分する意思までは不要であるとの説明等が考えられる。なお、判例は、領得行為説に立ちつつ（最判昭和27年10月17日集刑68号361頁等）、不法領得の意思の内容につき、b説と同様の説明をしている（最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁等）。

他方、物の効用に基づく利用処分をすることを必要とする立場からの説明としては、c.領得行為説に立ちつつ、横領罪における不法領得の意思の内容として、窃盗罪など他の領得罪と同様に、毀棄罪との区別として、客体を何らかの用途に利用、処分する意思が必要であり、客体を専ら隠匿する行為は不法領得の意思を発現する行為とはいえないなどの説明等が考えられる。（出題の趣旨）

## (2) 採点実感

主張(2)においては、隠匿行為が「横領した」に当たるか、すなわち横領罪においても財物の効用に基づく利用処分が必要かが問われていることから、まず横領行為の意義として、受託者が委託の趣旨に反し占有物に対しその権限を越えた行為をすれば全て横領となると考えるのか（越権行為説）、不法領得の意思を発現する行為を要求するのか（領得行為説）を明らかにした上、領得行為説に立つ場合には、横領罪における不法領得の意思の内容として、窃盗罪などの他の領得罪と同様に、客体をその効用に基づいて利用、処分する意思まで必要と考えるか否かを論じる必要があったが、本問が横領行為の該当性を問うていることを無視して、横領行為の意義に一切触れないまま、専ら不法領得の意思の内容のみを論じる答案が少なからずあった。また、本問では、財物の効用に基づく利用処分が必要かが問題になっているのに、特段の問題意識もなく、隠匿も所有者でなければできないような処分であるとして「横領」該当性を肯定する答案が散見されたほか、保管場所の変更は委託の趣旨に反するものではないとして、財物の効用に基づく利用処分の要否に全く触れないまま「横領」該当性を否定する答案も相当数あった（甲の行為は単なる保管場所の変更ではなく、Aを困らせるため、Aが発見できない場所に隠匿する行為である以上、これを委託の趣旨に反する処分ではないと評価することは、事案の分析と

して適切とはいえない)。さらに、横領罪における不法領得の意思につき、最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁等は、「他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思」としており、その定義上利用処分意思が要求されていないように読めるところ、不法領得の意思の内容につき同判例の定義を引用しながら、何の説明もなく利用処分意思を必要とするかのような当てはめをする答案や、窃盗罪と横領罪の不法領得の意思の異同を全く意識せずに、経済的な利用処分意思を欠くとして、不法領得の意思を否定する答案も散見された。(採点実感)

## 設問 2

本問は、…設問 2 で、A と口論になり公園に呼び出された甲が、A の前に姿を現せば、A から殴る蹴るなどの暴力を振るわれる可能性が極めて高いだろうと考え、包丁を準備して同公園に出向いたところ、同公園に現れた A から拳で殴られそうになったため、自らも包丁を A に向けて突き出すなどしたが、その様子を目撃した乙が、A が甲に対して一方的に攻撃を加えようとしていると思ひ込み、甲を助けようと考えて、A の背後から、持っていたサバイバルナイフ（以下「本件ナイフ」という。）を A の右上腕部に突き刺し、A に加療約 3 週間を要する右上腕部刺創の傷害を負わせた行為について傷害罪の成否を検討させ、さらに、その後、乙が、A から蹴り付けられて本件ナイフをその場に落とし、更に A から追い掛けられて逃げ出したところ、進路前方の道路脇に、飲食物の宅配業務に従事していた D が一時的に停めていた原動機付自転車（以下「本件原付」という。）を見付け、本件原付を使って A の追跡を振り切り、安全な場所まで移動したら本件原付をその場に放置して立ち去ろうと考え、D に無断で本件原付を発進させて A の追跡を振り切った行為について窃盗罪の成否を検討させ、それにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実に法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。（出題の趣旨）

### 1. 乙が A を刺突して傷害を負わせた行為について

本問は、…乙が、A が甲に対して一方的に攻撃を加えようとしていると思ひ込み、甲を助けようと考えて、A の背後から、持っていたサバイバルナイフ（以下「本件ナイフ」という。）を A の右上腕部に突き刺し、A に加療約 3 週間を要する右上腕部刺創の傷害を負わせた行為について傷害罪の成否を検討させ…る…ものである。（出題の趣旨）

#### (1) 構成要件該当性

乙は、A が甲を殴打しようとしていたところを偶然目撃し、A が甲に対して一方的に攻撃を加えようとしていると思ひ込み、甲を助けようと考え、A の背後から、本件ナイフで A の右上腕部を突き刺し、A に傷害を負わせている。乙の行為は、有形力の行使により A の生理的機能に障害を与えており、また、乙は少なくとも暴行の故意に基づいて同行為に及んでいることから、傷害罪の構成要件に該当することは明らかである。（出題の趣旨）

#### (2) 正当防衛

もっとも、乙は、甲を助けるため、A の右上腕部を本件ナイフで突き刺したものであるから正当防衛が成立する余地がある…。（出題の趣旨）

#### ア. 侵害の急迫性

被侵害者である甲は、A からの侵害を予期した上で対抗行為に及んでいる。そこで、乙の正当防衛の成否を検討するに当たっては、正当防衛状況を基礎付ける侵害の急迫性が認められるか否かが問題となる…。（出題の趣旨）

(ア) 被侵害者と防衛者が同一でない場合に、いずれを基準に侵害の急迫性を判断すべきか

侵害「急迫」性の判断については、客観的事情のみにより判断すべき（客観的に見て「法益侵害が現に存在しているか、又は間近に押し迫っている」といえるか否かにより判断すべき）との見解と、客観的事情のみならず主観的事情も考慮して判断すべきとの見解があり、判例・通説は後者の見解である。後者の見解からは、被侵害者である甲には侵害の予期をはじめとする侵害の「急迫」性を否定し得る主観的事情がある一方で、防衛者である乙にはそのような事情がないことから、いずれを基準に侵害の「急迫」性を判断すべきかが問題となる。

基礎応用 81 頁 [論点 3]、論証集 41 頁 [論点 3]

(i) 被侵害者甲を基準に侵害の急迫性を判断する立場

(a) 被侵害者甲を基準として判断すべき理由

正当防衛状況を基礎付ける侵害の急迫性が認められるか否かが問題となる。本事例では、被侵害者と防衛者が同一でないことから、いずれを基準に侵害の急迫性を判断すべきかとの問題の所在を示しつつ、根拠とともに自らの立場を示し、それに基づいて侵害の急迫性を検討する必要がある。

刑法第 36 条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものであるところ、侵害の回避が十分に可能であるのに積極的な態度で侵害に臨んだ者は、侵害にあえて身をさらすことでそれを受け入れているのでその侵害に対する要保護性を欠き、刑法第 36 条の趣旨が妥当しないと考えれば、正当防衛を否定すべき事情は専ら被侵害者を基準として判断されることとなる。(出題の趣旨)

(b) 被侵害者甲を基準に侵害の急迫性を判断する場合には、予期された侵害の急迫性の肯否が問題となる

基礎応用 81 頁 [論点 4]、論証集 41 頁 [論点 4]

(判例の立場)

本事例において、被侵害者甲を基準に侵害の急迫性を検討する場合、甲は、A からの侵害を予期した上で対抗行為に及んでいることから、最決平成 29 年 4 月 26 日刑集 71 卷 4 号 275 頁が指摘する事情を踏まえつつ、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討することとなろう。すなわち、当該判例は、①行為者と相手方との従前の関係、②予期された侵害の内容、③侵害の予期の程度、④侵害回避の容易性、⑤侵害場所に出向く必要性、⑥侵害場所にとどまる相当性、⑦対抗行為の準備の状況、⑧実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、⑨行為者が侵害に臨んだ状況、⑩その際の内容等意思内容を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときなど、前記刑法



第36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないとするところ、甲は、高校時代にAと同じ不良グループに所属しており、Aが短気で粗暴な性格であり、過去にも怒りにまかせて他人に暴力を振るったことが数回あったと知っていたこと、Aの前に姿を現せば、Aから殴る蹴るなどの暴力を振るわれる可能性が極めて高いだろうと思っていたこと、わざわざ出向く必要はなかったのにAが指定した公園に出向いてAを待ち構えていたこと、その際に自宅にあった包丁を準備していたこと、Aからの実際の侵害の内容は拳で殴打しようとするというものであり、予期された侵害を超えるものではなかったこと、甲もすかさず包丁を抜いてAに向けて突き出すなどしたことなどの事情に照らせば、本件におけるAの侵害行為は、被侵害者甲を基準とすれば、侵害の急迫性の要件を充たさないと解されることとなる。(出題の趣旨)

被侵害者甲を基準に侵害の急迫性を検討する場合、本件事案において、どのような事情が重視されて一定の結論を導くのか、その思考過程を明確に示すことが不可欠であり、本件においては侵害が十分に予期されているところ、C公園に出向く必要がないにもかかわらず、喧嘩闘争を覚悟の上で包丁を準備したという事情等を端的に示して侵害の急迫性を否定する答案は高い評価となったが、一定の視点を提示することなく、問題文の事実関係をそのまま書き写して結論を導くにとどまる答案は低い評価となった。(採点実感)

平成29年決定は、「刑法36条は、急迫不正の侵害という緊急状況の下で公的機関による法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するための私人による対抗行為を例外的に許容したものである。したがって、行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、侵害を予期していたことから、直ちにこれが失われると解すべきではなく…、対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。具体的には、事案に応じ、行為者と相手方との従前の関係、予期された侵害の内容、侵害の予期の程度、侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性、侵害場所にとどまる相当性、対抗行為の準備の状況（特に、凶器の準備の有無や準備した凶器の性状等）、実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同、行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の意味内容等を考慮し、行為者がその機会を利用し積極的に相手方に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだとき…など、前記のような刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきである。」と判示し、積極的加害意思で侵害に臨んだとき以外にも予期された侵害の急迫性が否

最決 H29.4.26・百123

定される余地を認めることで、昭和 52 年決定よりも、予期された侵害の急迫性が否定される場面を若干広げている。

(異なる考え方)

他方、前記判例と異なり、自招侵害の場合を除いて先行情事を正当防衛の成立を否定する事情とすることに否定的な立場に立つ場合には、被侵害者甲を基準に侵害の急迫性を判断するとしても、急迫性が肯定されることになるが、その場合には自説の根拠を十分に論ずる必要がある。(採点実感)

(ii) 防衛者乙を基準に侵害の急迫性を判断する立場

防衛者乙を基準に正当防衛状況を判断する立場に立つ場合にも、客観的にAの甲に対する侵害が切迫していた以上、急迫性は肯定されることになるが、その場合、甲自らは(判例の立場によれば)Aに正当防衛として対抗することが認められない状況でありながら、乙が甲のために正当防衛をすることが許される理由に言及した上で、急迫性の判断が相対化する理由を的確に示す必要がある。(採点実感)

(イ) 客観的事項のみにより侵害の「急迫」性を判断すべきとする立場

この立場からも、理論上は、「被侵害者と防衛者とが異なる場合に被侵害者と防衛者が同一でない場合に、いずれを基準に侵害の急迫性を判断すべきか」を問題とする余地がある。

もっとも、本問における問題の本質は、被侵害者と防衛者とで侵害の急迫性に関する主観的事項が異なる点にあるから、本問では、(イ)の立場から、「被侵害者と防衛者とが異なる場合に被侵害者と防衛者が同一でない場合に、いずれを基準に侵害の急迫性を判断すべきか」を論じる実益は乏しいように思える。

イ. 防衛の意思、防衛手段の相当性

侵害の急迫性が肯定されると考えた場合、正当防衛に関する他の要件の充足性についても論じる必要があるところ、前記のとおり、乙の行為は「やむを得ずにした行為」とは評価できないことから、傷害罪が成立し過剰防衛を認めることとなる。(採点実感)

採点実感では「本事例において、正当防衛状況を肯定する答案は少数であった…」とあり、出題趣旨・採点実感のいずれにおいても侵害の急迫性を肯定した場合における論述が少ないことからしても、司法試験委員会としては、本事例において侵害の急迫性を否定し、誤想(過剰)防衛の成否を検討することを本筋と考えている。

(3) 誤想(過剰)防衛

ア. 故意犯の成否

(ア) 学説

Aの甲に対する急迫不正の侵害が否定されると考えた場合、防衛者である乙はこれが存在すると認識していることから、急迫不正の侵害があると誤信した上で、主観的には防衛行為に及んでいること

になるため、かかる誤信に基づいて対抗行為に及んだ乙に故意犯が成立するかどうかを検討する必要がある。

通説は、故意を認めるためには、「罪」（＝犯罪）を犯す意思が必要である以上、その認識対象は、構成要件に該当する違法な行為として理解すべきであることを前提に、構成要件該当事実の認識・予見があっても、違法性阻却事由を誤信しているときには故意犯の成立を否定する。同説によれば、行為者の認識・予見した事情が正当防衛に該当する事情である場合には、違法性を基礎付ける事実の認識が欠けるとして責任段階で故意が阻却され（その誤信について過失がある場合に限って、過失犯の成立を認める。）、過剰防衛と評価される事実を認識していた場合には、違法性を基礎付ける事実の認識が認められ故意犯が成立する。（出題の趣旨）

学説には、①厳格責任説の立場から、違法性阻却事由を基礎づける事実の錯誤は違法性の錯誤であり責任故意を阻却しないから、過剰事実の認識の有無にかかわらず故意犯が成立するとする見解、②誤想防衛は事実の錯誤であり責任故意を阻却するという前提から、「急迫不正の侵害」の存在の誤想がなければ過剰な防衛行為もなかったであろうから、前者の誤想が行為全体に対する支配力を持ち、行為を全体的に把握すると過失犯的性格をもつとして、過失犯処罰規定が存在する限りで過失犯の成立を認める見解（過失犯説）、③通説である二分説（出題趣旨参照）がある。

（イ）当てはめ

そこで、乙に故意犯が成立するか否かを判断するに当たっては、乙の認識・予見した事実が、正当防衛と評価されるか、過剰防衛と評価されるかを明らかにする必要がある。そして、判例実務では、防衛行為の危険性や防衛手段としての必要最小限度性等の事情を考慮して「やむを得ずにした行為」に当たるか否かを判断しているところ、乙が認識していた事実は、Aが甲の顔面を拳で一方向的に殴打しようとしているというものであったのに対し、乙は、Aの背後から、何の警告もせずにAの右上腕部を本件ナイフで強く突き刺し、Aに加療約3週間を要する右上腕部刺創の傷害を負わせており、かかる乙の行為は、明らかにAの行為の危険性を大きく上回るものと評価できる上、甲、乙及びAがいずれも20歳代の男性であり、各人の体格に大差がなかったことなども併せて考慮すれば、Aを後ろから羽交い締めにするなど、より侵害性が軽微な手段が他に存在したといえることから、乙の行為は、その認識した事実を前提としても「やむを得ずにした行為」とは評価できない。

したがって、故意は阻却されず乙に傷害罪が成立する…。（出題の趣旨）

イ. 36条2項の適用（又は準用）による刑の減免の可否

乙の行為は、その認識した事実を前提としても「やむを得ずにした行

為」とは評価できない。したがって、故意は阻却されず乙に傷害罪が成立するが、乙の誤信した侵害を前提とすると、乙の行為は過剰防衛としての性質を有することから、刑法第36条第2項の適用（又は準用）の可否も問われることになるため、この点についても根拠とともに自説を論じる必要がある。（出題の趣旨）

過剰防衛の刑の任意的減免の根拠を違法性減少に求める違法減少説からは、誤想過剰防衛では、急迫不正の侵害という客観的な正当防衛状況を欠く以上、違法性減少が認められないとして、36条2項の準用が否定される。

しかし、違法性減少という理解では刑の減免を任意的なものとする36条2項の文理に合わないし、刑の免除の余地まである理由の説明が困難であるため、任意的減免の根拠は、緊急状態下における心理的動揺により適法な限度で防衛行為を行うことの期待可能性が減少することに伴う責任減少に求められるべきである（責任減少説）。

そして、誤想過剰防衛の場合でも、行為者が主観的には急迫不正の侵害に直面している以上、緊急状態化での責任減少という36条2項の任意的減免の根拠が妥当するから、故意の誤想過剰防衛にも36条2項が準用されると解する。

もっとも、狭義の誤想防衛の場合に「急迫不正の侵害」の存在の誤想到過失があるとして過失犯が成立した場合に刑の減免の余地がないのに、故意の誤想過剰防衛の場合に刑の減免の余地があるのでは、不均衡であるから、刑の免除は認められず、減輕する場合にも量刑において過失犯の法定刑の上限を下回することはできないと解すべきである（学説）。

判例も準用を肯定している（最決S62.3.26・百129）。

## 2. 乙が本件原付を乗り去った行為について

乙は、Aの右上腕部を本件ナイフで突き刺した後、Aから蹴り付けられて本件ナイフをその場に落とし、更にAから追い掛けられて逃げ出したところ、進路前方の道路脇に停められていたD所有の本件原付を見付け、Aの追跡を振り切るため、Dに無断で本件原付を発進させてAの追跡を振り切っている。同行為については、窃盗罪の成否を検討することとなる…。（出題の趣旨）

### (1) 構成要件該当性

同行為については、窃盗罪の成否を検討することとなるため、まず同罪の客観的構成要件要素である「他人の財物」、「窃取」と、主観的構成要件要素である故意及び不法領得の意思が、いずれも認められることについて論じる必要がある。（出題の趣旨）

### (2) 緊急避難

その上で、乙の行為は、客観的には、「自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため」の行為であり、緊急避難として違法性が阻却されないかが問題となり得る。（出題の趣旨）

#### ア. 正当防衛ではなく緊急避難が問題となる理由

乙による本件原付の窃取行為が、正当な利益を有する第三者に向けら

れたものであることを理解せず、正当防衛の成否を論ずる答案も少数ながら見られた。自招危難をめぐる論点まで正確に理解しておくことは期待できないかもしれないが、少なくとも本件の事実関係を丁寧に読み込めば、乙自身が自らの不法な傷害行為によって招いた危難に対して避難行為に出ることが許容されるかが問題となり得ることを指摘した上で自分なりの考えを示すことは十分に可能なはずである。具体的な事実関係を正確に把握し、問題点を的確に抽出する能力を涵養することが重要であることを改めて強調しておきたい。(採点実感)

#### イ. 自招危難の場合における緊急避難の成否

先行する事情として、避難行為者である乙が、自らAを本件ナイフで刺すなどして、乙自身の法益に対する「現在の危難」を自ら招いたという事情が存在するため、かかる事情があるにもかかわらず、自己が招いた危難を回避するために、無関係の第三者Dに侵害を加えることが緊急避難として正当化されるかが問題となる。そこで、かかる問題の所在を示しつつ、根拠とともに自説を論じ、乙の罪責について論じる必要がある。(出題の趣旨)

#### (ア) 自招侵害に関する判例理論の転用

危難を自招した場合に緊急避難を認めるか否かについては、自招侵害に関する最決平成20年5月20日刑集62巻6号1786頁が参考になる。すなわち、当該判例は、自招侵害の状況について、「被告人において何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況」を否定しているが、この実質的根拠は、自らの不正行為によって緊急状況を招いた者の利益は、あえて正当防衛を用いて保護する必要性が乏しいという意味において、被侵害者の要保護性の欠如に求めることができる。そして、被侵害者の要保護性の欠如という観点は、その状況が共通であれば、対抗行為が正当防衛であっても、緊急避難であっても、同様に当てはまると考えられる。このような立場からは、当該判例の考え方が自招危難にも妥当することに触れた上、不正の行為によって危難を招致したといえるか否か(危難が、自招行為によって触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態であるか否か)、危難がその招致行為の程度を大きく超えるものでないかどうかといった当該判例の判断基準を示し、乙による本件ナイフでの刺突行為が違法であること、Aの追跡は同刺突行為によって触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態であること、Aは素手で暴行を加えようとしてきているにすぎず、同刺突行為の程度を大きく超えるものでないこと等の具体的事実を摘示した上で緊急避難の成立が否定されると説明することが考えられる。(出題の趣旨)

平成20年決定は、「Vの攻撃は、Xの暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、Xは不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Vの攻撃がX

基礎応用 79 頁 [論点 1]、論証集 41

頁 [論点 1]

最決 H20.5.20・百 1 26

の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、Xの本件傷害行為は、Xにおいて何らかの反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。そうすると、正当防衛の成立を否定した原判断は、結論において正当である。」と判示している。本決定については、①違法行為による侵害行為の招致（違法行為による触発）、②招致行為と侵害行為の一連一体性（①の直後に近接した場所で侵害行為が行われたこと）及び③侵害行為が招致行為の危険性（程度）を大きく超えないことを要件として、正当防衛状況の欠如を理由として、自招侵害に対する正当防衛の成立が否定したと理解されている。

本決定の実質的根拠について、「自らの不正行為によって緊急状況を招いた者の利益は、あえて正当防衛を用いて保護する必要性が乏しいという意味において、被侵害者の要保護性の欠如に求めることができる」のであり、そのように理解するならば、「被侵害者の要保護性の欠如という観点は、その状況が共通であれば、対抗行為が正当防衛であっても、緊急避難であっても、同様に当てはまると考えられる」ため、平成20年決定と同様の要件の下で、自招危険の場合における緊急避難の成立が否定されると解することも可能である（出題趣旨参照）。

(イ) 自招危険に関する判例・裁判例

また、自招危険に関する判例・裁判例（大判大正13年12月12日刑集3巻867頁、東京高判昭和45年11月26日東高刑時報21巻11号408頁等）によれば、行為者が自己の故意又は過失により有責に危険を招致したといえる場合には緊急避難の成立を否定するという理解もあり得るところである。このような前提からは、乙がAによる侵害を招致することを予見していなかったとしても、予見可能性は認められることなどを踏まえて、緊急避難の成否を検討することが必要となる。（出題の趣旨）

(ウ) 社会的相当性や権利濫用などの一般理論の援用

そのほか、危険を自招した場合に緊急避難を認めるか否かについては、緊急避難の成立要件のいずれか（「現在の危険」又は「やむを得ずにした行為」）の存在を否定することにより解決しようとするものや緊急避難の成立要件の外に解決の糸口を求め、社会的相当性や権利濫用などの一般理論を援用することによって解決しようとするものなど、様々な考え方が存在するが、いずれにしても、緊急避難や違法性の本質を意識しつつ、自招危険として緊急避難が否定される具体的な判断基準を示した上で、本件の具体的な事実関係に即して緊急避難の成否を論述することが求められる。（出題の趣旨）

[模範答案]

1 設問 1

2 1. 主張 (1)

3 (1) 本件バイクは、B が所有する「他人の物」(刑法 252 条)であり、甲  
4 が自宅ガレージで保管して事実上支配することにより「自己」におい  
5 て「占有」するものである。

6 (2) 横領罪における「占有」は他人からの委託信任関係に基づくことを  
7 要するところ、甲は A から「しばらく預かってくれないか。」と頼ま  
8 れ、これを承諾して本件バイクを自宅ガレージに入れて保管したのだ  
9 から、甲による本件バイクの「占有」は A からの委託信任関係に基づ  
10 くものである。もっとも、この委託信任関係は窃盗犯人である A との  
11 間におけるものにすぎないから、要保護性を欠くのではないか。

12 確かに、窃盗罪では、事実上の占有が保護法益であると解されてい  
13 るため、所有権その他の本権に基づかない事実上の占有であっても保  
14 護される(235条、242条)。そうすると、窃盗犯人の事実上の占有も  
15 窃盗罪により保護されることとの均衡から、窃盗犯人との間の委託信  
16 任関係も横領罪により保護されると解すべきとも思える。

17 しかし、横領罪は、所有権を第一次的な保護法益とするものであり、  
18 第二次的な保護法益にすぎない委託信任関係自体を保護するものでは  
19 ない。そうすると、横領罪における委託信任関係は、所有者又は所有  
20 者から権限を与えられた者との間におけるものに限り保護に値すると  
21 解すべきである。そこで、窃盗犯人という無権限者との間における委  
22 託信任関係には、要保護性が認められないと解する。

23 したがって、窃盗犯人 A との間における委託信任関係は保護に値し

1       ないから、横領罪は成立しない。

2       2. 主張（2）

3           甲は、Aを困らせるために本件バイクを実家の物置内に移動させて隠  
4       しているにとどまるため、本件バイクをその効用に基づいて利用・処分  
5       する意思を欠く。そこで、「横領」における物の利用・処分の要否が問題  
6       となる。

7       （1）学説には、「横領」を不法領得の意思を発現する行為であるとした上、  
8       横領罪の法定刑が器物損壊罪（261条）に比べて重い理由は横領罪の  
9       利欲犯的性質にあるとの理由から、横領罪における不法領得の意思に  
10      ついて、目的物をその効用に基づいて利用・処分する意思が要件とな  
11      ると解する見解もある。

12           この見解からは、甲の行為は、利用処分意思を欠くとの理由から、  
13      「横領した」に当たらないことになる。

14      （2）これに対し、判例は、「横領」について、不法領得の意思を発現する  
15      行為であるとした上、横領罪における不法領得の意思とは、他人の物  
16      の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者  
17      でなければできないような処分をする意思を意味し、利用処分意思ま  
18      では不要であると解している。

19           そして、横領罪における不法領得の意思について移転罪である窃盗  
20      罪における不法領得の意思と同様に解すべき必然性はないこと、横領  
21      罪の法定刑は窃盗罪よりも軽いこと、横領罪の法定刑が器物損壊罪に  
22      比べて重い理由を所有権のみならず委託信任関係も侵害する点に求め  
23      ることも可能であることなどから、横領罪における不法領得の意思に



1 ついて利用処分意思を不要とする判例の立場によるべきである。

2 甲が A から本件バイクを預かっているにもかかわらず、A を困らせ  
3 るために、当初の保管場所である自宅のガレージから約 5 キロメー  
4 ルも離れた実家の物置内に本件バイクを移動させて隠したことは、A  
5 との間の委託の任務に背いて本件バイクつき権限がないのに所有者で  
6 なければできないような処分をするという不法領得の意思を発言する  
7 行為として、「横領した」に当たる。

## 8 設問 2

9 1. 乙が本件ナイフで A の右上腕部を強く突き刺し、傷害を負わせた行為  
10 には、傷害罪（204 条）が成立しないか。

11 （1）「人の身体を傷害した」（204 条）とは、暴行その他の行為により人  
12 の生理機能を障害したことをいう。

13 乙は、上記の暴行によって、A に加療約 3 週間を要する右上腕部刺  
14 創という生理機能障害を負わせたのだから、「人の身体を傷害した者」  
15 に当たる。

16 （2）乙は、A の右上腕部を狙って上記行為に及んだのだから、傷害の故  
17 意（38 条 1 項本文）もあり、本罪の構成要件に該当する。

18 （3）もっとも、乙は、甲を助けようと考え、上記行為に及んでいるため、  
19 正当防衛（36 条 1 項）が成立しないか。

20 ア. A は、甲を殴打しようとしていたのだから、客観的には、「他人」  
21 である甲の身体の安全に対する侵害行為が間近に押し迫っていた  
22 といえる。また、乙は、甲と異なり、侵害を予期しながら反撃行為  
23 に及んだわけでもないから、乙を基準とすれば、問題なく「急迫不

1 正の侵害」が認められる。これに対し、甲は、後述の通り侵害を予  
2 期しながら反撃行為に及んだのだから、甲を基準にすると、侵害の  
3 「急迫」性が否定される可能性がある。そこで、被侵害者と防衛者  
4 とが同一でない場合に、いずれを基準に侵害の「急性」性を判断す  
5 べきかが問題となる。

6 (ア) 36 条は、「急迫不正の侵害」という緊急状況の下で公的機関に  
7 よる法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除す  
8 るための私人による対抗行為を例外的に許容する趣旨で、侵害の  
9 「急迫」性を要件としている。そうすると、被侵害者に積極的加  
10 害意思がある場合などには、同人を守るための対抗行為について  
11 正当防衛による保護を与える必要はない。そこで、侵害の「急迫」  
12 性は、被侵害者を基準に判断すべきであると解する。

13 (イ) このように解すると、甲が侵害を予期していたことから、侵害  
14 の「急迫」性が否定される余地がある。

15 イ. では、いかなる場合に侵害の「急迫」性が否定されるのか。

16 (ア) 上述した 36 条の趣旨からは、侵害を予期していたことから直  
17 ちに「急迫」性が失われると解すべきではない一方で、対抗行  
18 為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らし、行為者が積  
19 極的加害意思で侵害に臨んだときなど対抗行為に出たことが同  
20 条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の  
21 「急迫」性が否定されると解すべきである。

22 (イ) 甲は、高校時代に A と同じ不良グループに所属しており、A が  
23 短気で粗暴な性格であり、過去にも怒りにまかせて他人に暴力を

1 振るったことが数回あったと知っていたため、Aの前に姿を現せ  
2 ば、Aから殴る蹴るなどの暴力を振るわれる可能性が極めて高い  
3 だろうと思っていた。そして、甲は、わざわざ出向く必要はなか  
4 ったにもかかわらず、自宅にあった刃体の長さ15cmという殺傷  
5 能力の高い本件包丁を準備した上で、Aが指定したC公園に出向  
6 き、Aを待ち構えていた。しかも、Aからの実際の侵害の内容は  
7 拳で殴打しようとするというものであり、予期された侵害を超え  
8 るものではなかった一方で、甲はすかさず本件包丁を抜いてAに  
9 向けて突き出すなどしている。こうした事情からすれば、甲が対  
10 抗行為に出たことが36条の趣旨に照らし許容されるものとはい  
11 えない。したがって、侵害の「急迫」性が否定される。

12 よって、正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

13 (4)では、乙は、誤想防衛として責任故意が阻却されないだろうか。

14 ア. 故意責任を問うには規範の問題に直面して反対動機が形成可能で  
15 あったことが必要である。そして、正当防衛の成立要件の認識があ  
16 る場合には、自己の行為が違法行為として禁じられるとの規範の問  
17 題に直面していないため、反対動機の形成可能性がないから、事実  
18 の錯誤として責任故意が阻却されると解する。

19 イ. 乙は、【事例2】の1から4までの各事実を知らず、また、甲が本  
20 件包丁を持っていることも認識しておらず、Aが甲に対して一方的  
21 に攻撃を加えようとしていると思い込んでいた。このように、乙は、  
22 Aによる侵害行為を認識する一方で、侵害の急迫性を否定する行為  
23 状況について認識していなかったのだから、乙の認識を前提にする

1           と、甲の身体の安全に対する「急性不正の侵害」が認められる。

2           「防衛するため」は防衛の意思を意味するところ、乙は甲を助けよ  
3           うと考えて上記行為に及んだのだから、防衛の意思があり、「防衛す  
4           るため」を満たす。

5           「やむを得ずにした行為」とは、防衛手段としての必要最小限度性  
6           を意味する。乙の認識を前提にすると、Aが甲の顔面を拳で一方向的  
7           に殴打しようとしているというものであったのに対し、乙は、Aの  
8           背後から、何の警告もせずにAの右上腕部を刃体の長さが18cmも  
9           ある本件ナイフで強く突き刺し、Aに加療約3週間を要する右上腕  
10           部刺創の傷害を負わせているのだから、乙の上記行為は、Aの侵害  
11           行為の危険性を大きく上回る。このことに、甲、乙及びAがいずれ  
12           も20歳代の男性であり、各人の体格に大差がなかったことなども  
13           併せて考慮すれば、Aを後ろから羽交い締めにしたたり、Aにナイフ  
14           を突きつけて大声で警告するなど、より侵害性が軽微な他に防衛手  
15           段が存在したといえる。そうすると、乙の行為は、防衛手段として  
16           の必要最小限度性を欠き、「やむを得ずにした行為」に当たらない。

17           したがって、甲には正当防衛の成立要件の認識が認められないか  
18           ら、誤想防衛としての責任故意の阻却は認められない。よって、乙  
19           には傷害罪が成立する。

20           (5) 最後に、故意の誤想過剰防衛に当たる乙の行為にも36条2項が準  
21           用されるかが問題となる。

22           ア. 過剰防衛の刑の任意的減免の根拠は責任減少にあるところ、故意  
23           の誤想過剰防衛の場合でも、行為者が主観的には急迫不正の侵害に

1 直面している以上、緊急状態化での責任減少という上記根拠が妥当  
2 する。そこで、故意の誤想過剰防衛にも 36 条 2 項が準用されると  
3 解する。もっとも、狭義の誤想防衛において過失犯が成立した場合  
4 には刑の減免の余地がないこととの均衡から、刑の免除は認められ  
5 ず、減軽する場合にも量刑において過失犯の法定刑の上限を下回る  
6 ことはできないと解する。

7 イ. したがって、乙は、36 条 2 項の準用により、過失傷害罪 (209 条)  
8 の法定刑の上限を下限として、刑の減軽を受け得る。

9 2. 乙が D に無断で本件原付を発進させ、その場から立ち去った行為には、  
10 窃盗罪 (235 条) が成立しないか。

11 (1) 本件原付は、D 所有の「他人の財物」である。また、D は、配達  
12 のために付近のマンション内に立ち入っただけであり、数分でその  
13 場に戻ってくるのだから、乙の行為時においても、本件原付は D の占  
14 有に属するものとして「窃取」の対象となる。そして、乙の行為は、  
15 D の意思に反して本件原付の占有を D から乙に移転するものであり、  
16 「窃取」に当たる。

17 (2) 乙は、本件原付が D の占有に属する状況を認識していたといえるか  
18 ら、本罪の故意がある (38 条 1 項本文)。また、乙は、本件原付を使  
19 って安全な場所まで移動したら本件原付を放置するつもりであったの  
20 だから、権利者排除意思と利用処分意思を内容とする不法領得の意思  
21 もある。したがって、窃盗罪の構成要件に該当する。

22 (3) 乙は、乙を捕まえて痛めつけようと考えて追い掛けてくる A の追跡  
23 を振り切るために、上記行為に及んでいるから、乙の上記行為は、客

1 観的には、「自己…の身体…に対する現在の危難を避けるため」の行為  
2 である。そこで、緊急避難（37条1項）の成立により、違法性が阻却  
3 されないか。Aによる「現在の危難」は、前記1の乙の違法行為に触  
4 発されたものだから、自招危難の場合における緊急避難の成否が問題  
5 となる。

6 ア．判例は、自招侵害の場合において、①被侵害者の違法行為による  
7 侵害行為の招致、②両者の一連一体性、③侵害行為が招致行為の程  
8 度を大きく超えないことを要件として、正当防衛の成立を否定して  
9 いる。その実質的根拠は、被侵害者の要保護性の欠如にあると考え  
10 られる。そうすると、かかる根拠は自招危難にも妥当するから、自  
11 招危難の場合にも、上記①ないし③を要件として緊急避難の成立が  
12 否定されると解すべきである。

13 イ．Aは、前記1の行為の直後、同行為を原因として乙を捕まえて痛  
14 めつけてやろうと考え、乙の追跡を始めたのだから、Aの侵害行為  
15 は、前記1に招致されたものであるとともに（①）、前記1の行為と  
16 の一連一体性も有する（②）。また、Aの侵害行為は、素手による暴  
17 行にとどまるから、刃体の長さが18cmもある本件ナイフを突き刺  
18 すという前記1行為の危険性の程度を大きく超えるものでもない  
19 （③）。

20 したがって、2の行為には緊急避難は成立せず、窃盗罪が成立す  
21 る。

22 3．乙に成立する傷害罪と窃盗罪とは併合罪となる（45条前段）。 以上

[中上位答案]

1 設問 1

2 1. 主張 (1)

3 本件バイクは、B が所有する「他人の物」(刑法 252 条)であり、甲が  
4 自宅ガレージで保管してことにより「占有」するものである。

5 横領罪における「占有」は他人からの委託信頼関係に基づくことを要  
6 するところ、甲は A から「しばらく預かってくれないか。」と頼まれ、こ  
7 れを承諾して本件バイクを自宅ガレージに入れて保管したのだから、甲  
8 による本件バイクの「占有」は A からの委託信頼関係に基づくものであ  
9 る。もっとも、この委託信頼関係は窃盗犯人である A との間におけるも  
10 のにすぎない。

11 そして、横領罪は所有権を第一次的な保護法益とするものであり、第  
12 二次的な保護法益にすぎない委託信頼関係自体を保護するものではない  
13 から、窃盗犯人という無権限者との間における委託信頼関係には要保護  
14 性が認められないと解する。

15 したがって、窃盗犯人 A との間における委託信頼関係は保護に値しな  
16 いから、横領罪は成立しない。

17 2. 主張 (2)

18 甲は、A を困らせるために本件バイクを実家の物置内に移動させて隠  
19 しているにとどまるため、本件バイクをその効用に基づいて利用・処分  
20 する意思を欠く。そこで、「横領」における物の利用・処分の要否が問題  
21 となる。

22 判例は、「横領」について、不法領得の意思を発現する行為であるとし  
23 た上、横領罪における不法領得の意思とは、他人の物の占有者が委託の

1 任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできない  
2 ような処分をする意思を意味し、利用処分意思までは不要であると解し  
3 ている。

4 甲が A から本件バイクを預かっているにもかかわらず、A を困らせる  
5 ために、当初の保管場所である自宅のガレージから約 5 キロメートルも  
6 離れた実家の物置内に本件バイクを移動させて隠したことは、A との間  
7 の委託の任務に背いて本件バイクつき権限がないのに所有者でなければ  
8 できないような処分をするという不法領得の意思を発言する行為として、  
9 「横領した」に当たる。

## 10 設問 2

### 11 1. 傷害罪

12 (1) 乙は、A の右上腕部を狙うという傷害の故意 (38 条 1 項本文) に基  
13 づき、本件ナイフで A の同部を強く突き刺し、A に加療約 3 週間を要  
14 する右上腕部刺創の傷害を負わせることで「人の身体を傷害した」の  
15 だから、傷害罪 (204 条) の構成要件に該当する。

16 (2) もっとも、乙は、甲を助けようと考え、上記行為に及んでいるため、  
17 正当防衛 (36 条 1 項) が成立しないか。

18 ア. 被侵害者が甲である一方で、防衛者が乙であるため、いずれを基  
19 準に侵害の「急迫」性を判断すべきかが問題となる。

20 36 条は、「急迫不正の侵害」という緊急状況の下で公的機関によ  
21 る法的保護を求めることが期待できないときに、侵害を排除するた  
22 めの私人による対抗行為を例外的に許容される正当防衛状況を表  
23 す趣旨で、侵害の「急迫」性を要件としている。この趣旨からすれ



1           ば、侵害の「急迫」性は、被侵害者を基準に判断するべきである。

2           イ．上記のように解すると、甲が侵害を予期していたことから、予期

3           された侵害の「急迫」性の肯否が問題となる。

4           (ア) 上述した 36 条の趣旨からは、侵害を予期していたことから直

5           ちに「急迫」性が失われると解するべきではない一方で、対抗行

6           為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らし、行為者が積

7           極的加害意思で侵害に臨んだときなど対抗行為に出たことが同

8           条の趣旨に照らし許容されるものとはいえない場合には、侵害の

9           「急迫」性が否定されると解すべきである。

10          (イ) 甲は、A の前に姿を現せば、A から殴る蹴るなどの暴力を振る

11          われる可能性が極めて高いだろうと思っていたにもかかわらず、

12          わざわざ出向く必要がなかったのに、自宅にあった刃体の長さ

13          15cm という殺傷能力の高い本件包丁を準備した上で、A が指定

14          した C 公園に出向き、A を待ち構えていた。こうした事情から、

15          甲が対抗行為に出たことが 36 条の趣旨に照らし許容されるもの

16          とはいえない。したがって、侵害の「急迫」性が否定される。

17          よって、正当防衛は成立せず、違法性は阻却されない。

18          (3) では、乙は、誤想防衛として責任故意が阻却されないだろうか。

19          ア．故意責任を問うには規範の問題に直面して反対動機が形成可能で

20          あったことが必要である。そして、正当防衛の成立要件の認識があ

21          る場合には、自己の行為が違法行為として禁じられるとの規範の間

22          題に直面していないため、反対動機の形成可能性がないから、事実

23          の錯誤として責任故意が阻却されると解する。

1 イ. 乙は、【事例2】の1から4までの各事実を知らず、また、甲が本  
2 件包丁を持っていることも認識しておらず、Aが甲に対して一方的  
3 に攻撃を加えようとしていると思い込んでいたのだから、乙の認識  
4 を前提にすると、「急性不正の侵害」が認められる。

5 「防衛するため」は防衛の意思を意味するところ、乙は甲を助けよ  
6 うと考えて上記行為に及んだのだから、防衛の意思があり、「防衛す  
7 るため」を満たす。

8 「やむを得ずにした行為」とは、防衛手段としての必要最小限度性  
9 を意味する。乙の認識を前提にすると、何の警告もせずに本件ナイ  
10 フで強く突き刺すという危険性の高い行為によるのではなく、にナ  
11 イフを突きつけて大声で警告するなど、より侵害性が軽微な他に防  
12 衛手段によってAの素手による暴行の危険性を排除できたといえ  
13 る。そうすると、乙の行為は、防衛手段としての必要最小限度性を  
14 欠き、「やむを得ずにした行為」に当たらない。

15 したがって、甲には正当防衛の成立要件の認識が認められないか  
16 ら、誤想防衛としての責任故意の阻却は認められない。よって、乙  
17 には傷害罪が成立する。

18 (4) 故意の誤想過剰防衛の場合でも、緊急状態化での責任減少という36  
19 条2項の趣旨が妥当するから、同条2項が準用されると解する。

20 イ. したがって、乙は、36条2項の準用により、刑の減免を受け得る。

## 21 2. 窃盗罪

22 乙がDに無断で本件原付を発進させ、その場から立ち去った行為には、  
23 窃盗罪(235条)が成立しないか。

1 (1) 本件原付は、D 所有の「他人の財物」である。また、D は、配達の  
2 ために付近のマンション内に立ち入っていただけであり、数分でその  
3 場に戻ってくるのだから、乙の行為時においても、本件原付は D の占  
4 有に属するものとして「窃取」の対象となる。そして、乙の行為は、  
5 D の意思に反して本件原付の占有を D から乙に移転するものであり、  
6 「窃取」に当たる。

7 (2) 乙は、本件原付が D の占有に属する状況を認識していたといえるか  
8 ら、本罪の故意がある (38 条 1 項本文)。また、乙は、本件原付を使  
9 って安全な場所まで移動したら本件原付を放置するつもりであったの  
10 だから、権利者排除意思と利用処分意思を内容とする不法領得の意思  
11 もある。したがって、窃盗罪の構成要件に該当する。

12 (3) 乙は、A の追跡を振り切るために上記行為に及んでいるが、かかる  
13 A の行為は乙が前記 1 の違法行為により自招したものである。そこで、  
14 自招危難の場合における緊急避難 (37 条 1 項) の成否が問題となる。

15 ア. 違法性の実質は社会的相当性を逸脱した法益侵害性にあるから、  
16 自招危難の場合、社会的相当性を欠くとの理由から緊急避難の成立  
17 が否定されることがあると解する。

18 イ. A の侵害行為は乙の前記 1 の行為に触発されたものである上、そ  
19 の時間的場所的接着性から前記 1 の行為と一連一体性もある。前記  
20 1 の行為が本件ナイフを用いた危険性の高いものであることも考  
21 慮すれば、2 の行為は社会的相当性を欠き、緊急避難は成立しない。

22 したがって、違法性は阻却されず、窃盗罪が成立する。

23 3. 乙に成立する傷害罪と窃盗罪とは併合罪となる (45 条前段)。 以上



(参考文献)

- ・「刑法総論」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「刑法各論」第2版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「CRIMINAL LAW 刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「新判例から見た刑法」第3版(著:山口厚-有斐閣)
- ・「基本刑法Ⅰ 総論」第3版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「基本刑法Ⅱ 各論」第2版(著:大塚裕史ほか-日本評論社)
- ・「刑法総論」第3版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法各論」第4版(著:高橋則夫-成文堂)
- ・「刑法総論」第3版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法各論」第7版(著:西田典之-法律学講座双書)
- ・「刑法総論講義」第6版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「刑法各論講義」第6版(著:前田雅英-東京大学出版会)
- ・「講義刑法学・総論」初版(著:井田良-有斐閣)
- ・「刑法総論講義案」三訂補訂版(司法協会)
- ・「刑法総論の考え方・楽しみ方」初版(著:佐伯仁志-有斐閣)
- ・「刑法と民法の対話」初版(著:佐伯仁志・道垣内弘人-有斐閣)
- ・「罪数論の研究」補訂版(著:只木誠-成文堂)
- ・「刑法判例百選Ⅰ 総論」第8版(有斐閣)
- ・「刑法判例百選Ⅱ 各論」第8版(有斐閣)
- ・「最新重要判例250刑法」第18版(著:前田雅英-弘文堂)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和4年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2022(日本評論社)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)