

再チャレンジ勉強会 刑法

第1 甲の罪責について

1 甲がAの隙について本件ネックレスを持ち出した行為につき、窃盗罪(刑法235条。以下同法名省略)が成立しないか。

2 本罪にいう「他人の財物」とは、他人が占有する他人の所有物をいう。本件ネックレスは、Aの所有物である。また、A宅の宝石箱に保管されていたのであるから、本件ネックレスの占有はAにあったといえる。

よって本件ネックレスは「他人の財物」に当たる。

そして甲は、本件ネックレスを自身の鞆に詰め、持ち出すことにより、その占有を占有者Aの意思に反して自己に移転させており、客観的に「窃取した」といえる。

また、甲は、以上の事実を認識・認容していたから、本罪の故意も認められる。

3 もっとも、甲はAが祖母の形見であるネックレスを紛失すれば重度の精神的苦痛を被るであろうと考え本件ネックレスを持ち出している。そこで、不法領得の意思が認められるかが問題となる。

不法領得の意思は、権利者を排除して他人の物を自己の所有物として扱う意思(権利者排除意思)と、他人の物をその経済的用法に従って利用・処分する意思(利用処分意思)からなる。甲はAがネックレスを紛失し、打ちのめされた様子を見届けようと考えていたのであるから、権利者排除意思は明らかに認められる。問題は、利用者処分意思が認められるかである。

これについては、経済的用法や本来的用法に従って利用する意思でなくてよいが、財物それ自体から直接生ずる何らかの効用を享受する意思は必要であると解する。

4 甲は嫌がらせをする目的で本件ネックレスを持ち出しており、また、Aの打ちのめされた様子を見届けたあとで、ひそかに元の場所に戻しておくつもりであった。よって、本件ネックレスから生ずる何らかの効用を享受する意思があったとはいえず、利用処分意思はないようにも思われる。しかし、甲は翌日、気が変わって本件ネックレスを10万円でBに譲渡している。よって、甲には本件ネックレスの売買代金を得る目的があったと評価でき、財物それ自体から生ずる効用を享受する意思があったといえる。よって、甲に利用処分意思があるといえ、不法領得の意思が認められる。

したがって、甲に窃盗罪が成立する。

第2 乙の罪責について

乙が甲の体を突き飛ばして転倒させた行為は傷害罪(204条)の構成要件に該当するが、正当防衛(36条1項)として違法性が阻却されないか。

正当防衛の成立要件として、①急迫不正の侵害があり、②自己または他人の権利を防衛するために行う防衛行為であって、③それが相当であることが必要である。

この点、乙は自己とAのことを守るために甲を両手で突き飛ばしているから、「自己また

コメントの追加 [H11]: ・実行行為後の事情から、行為時の故意を認識してよい。

→行為後の事情を考慮することもあるが、原則行為時
・考慮要素を理解する。教 p138

コメントの追加 [H12]: 「形見の」ネックレス→それだけの大事な価値がある

ネックレスが持っている力を利用しようとしている＝効用の享受に当たる。

・重大な価値がある形見のネックレスから生ずるものを享受する

→何らかの侵害を与えるものといえる

コメントの追加 [H13]: Bに売った行為については、不可罰的事後行為なので、甲に関して窃盗罪が成立する。

(Bは盗品等譲り受け罪が成立する。)

コメントの追加 [H14]: 責任故意が問題になるので、正当防衛は簡潔に書く。

コメントの追加 [H15]: 書き方これでよい

は他人の権利を防衛するため」に行った行為であるといえる(②充足)。しかし、甲は乙に自身のギターケースを奪われまいと手を伸ばしたのであり、ギターケースで乙を攻撃する意思を有していなかった。よって、法益侵害の危険が現に存在し、または間近に押し迫っているとはいえず、急迫性は認められない(①不充足)。したがって、乙に正当防衛は成立しない。

もっとも、乙は甲がギターケースを振り回して襲ってくるのではないかと誤信して甲を突き飛ばしている。このような場合に、誤想防衛として故意(38条1項)が阻却される結果、傷害罪が不成立とならないかが問題となる。

この点につき、故意が阻却されるためには、乙が認識した事実が正当防衛に当たる事実であることが必要である。

上述の通り、乙が認識した事実は「甲がギターケースを振り回して襲ってくる」ことであり、法益侵害の危険が現に存在し、間近に押し迫っているといえるから①急迫性が認められる。また、乙の防衛行為は上記のような甲の攻撃から自身とAを守るために甲を突き飛ばしたのであり、②「自己または他人の権利を防衛するため」にしたものであるといえる。さらに、Aは泥酔のため歩行がおぼつかなくなっており、そのようなAを甲の攻撃から守るためには甲を突き飛ばすことが必要であったといえる。よって③防衛行為の相当性が認められる。

したがって、乙が認識した事実は正当防衛に当たる事実であるから、故意が阻却され、乙に傷害罪は成立しない。

以上

刑法（2024 年度既習入試）

1 甲の罪責について

(1) 窃盗罪について

甲が本件ネックレスを A 宅から持ち帰った行為について窃盗罪（235 条）が成立するか問題となる。

窃盗罪の要件は、①他人の財物を、②窃取したこと、③不法領得の故意があることである。

①について、本件ネックレスは A 所有であるから他人の財物に当たる。

②について、窃取とは占有者の意思に反して他人の財物の占有を自己に移転することをいう。本問において、甲は、A が買い物のために家を空けたすきをついて A 宅に保管されていた本件ネックレスを自分の鞆に入れて自宅に持ち帰っている。よって、甲は A の意思に反して本件ネックレスの占有をし自己に移転させたと言える。

③について、不法領得の意思とは、権利者を排除して他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従い利用処分する意思をいう。ここで、甲は本件ネックレスをのちに返すつもりであったことから権利者を排除する意思があったかが問題となる。また、甲はいやがらせ目的で本件ネックレスを持ち帰っていることから利用処分意思があったかが問題となる。権利者排除意思は、返還意思があったとしても、被害者の利用可能性を相当程度侵害する意思があると認められる場合には権利者排除意思が認められると解する。利用可能性を相当程度侵害する意思があったかを判断するにあたっては、利用が妨害される時間や物の価値を考慮するべきである。本問において、甲は A が本件ネックレスがなくなっているのに気づいて精神的に打ちのめされるまでは返還しないつもりでいた。このことから、甲は本件ネックレスを一定期間利用できないようにすることを意図していたと認められる。また、B によると本件ネックレスは 10 万円の価値があることから、一定の価値があるものと認められる。よって、甲に権利者排除意思が認められる。

次に、甲に本件ネックレスをその経済的用法に従い利用処分する意思があったかを検討する。甲は本件ネックレスを窃取したときは A に嫌がらせをすることが目的であり、本件ネックレスから何らかの効用を得る意図はなかった。よって、甲に利用処分意思が認められない。

よって、甲に窃盗罪は成立しない。

(2) 器物損壊罪について

甲が本件ネックレスを A 宅から持ち帰った行為について器物損壊罪（261 条）が認められないか問題となる。

器物損壊罪の要件は、①他人の物を、②損壊することである。

①について本件ネックレスは A の所有物である。②について、損壊とは物本来の効用を失わせる行為をいう。甲は本件ネックレスを自宅に持ち帰って A が利用できなくしており、A が本件ネックレスの効用を得ることができないようにしたと言える。

また、故意について、甲は本件ネックレスを自宅に持ち帰ることについて認識・認容していたことから、故意が認められる。

よって、甲に器物損壊罪が成立する。

(3) 盗品等有償処分あっせん罪について

甲が本件ネックレスをBに売った行為について、盗品等有償処分あっせん罪（256条2項）が成立しないか問題となる。

本罪の要件は、①盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物について、②有償の処分のあっせんをしたことである。

①について、器物損壊罪の客体である本件ネックレスが①にあたるか問題となる。器物損壊罪の保護法益は財産権であることから①に含まれると解する。よって、本件ネックレスは①にあたる。

②について検討する。甲は、リサイクルショップを経営するBの「本件ネックレスはBの店なら10万円の値段が付く」旨の発言を受けて、Bに本件ネックレスを売却している。Bが本件ネックレスをリサイクルショップで販売することを予定していることから、甲が本件ネックレスをBに売った行為が有償処分のあっせんに当たると言える。

また、甲は本件ネックレスは自らがA宅から持ち帰ったこととBが本件ネックレスをリサイクルショップで販売するであろうことを認識していたことから、故意が認められる。

よって、甲に盗品等有償処分あっせん罪が成立する。

2 乙の罪責について

乙が甲の体を両手で突き飛ばした行為について傷害罪（204条）が整理移するかが問題となる。

傷害罪の要件は人の身体を傷害することである。傷害とは人の生理的機能の障害を生じさせることををいう。本問において、乙は甲に瀕死の重傷を負わせており、人の身体を傷害したと言える。

故意について、傷害罪の故意は暴行の故意で足りる。乙は、自分が乙を両手で突き飛ばすことについては認識・認容している。よって故意が認められる。

因果関係について、甲は乙に突き飛ばされて後頭部を花壇の石にぶつけて重傷を負っている。甲の怪我は乙が突き飛ばした行為の危険が現実化したものと言え、因果関係が認められる。

よって、乙の行為は傷害罪の要件を満たす。

ここで、乙の行為が正当防衛（36条1項）により違法性が阻却されないかが問題となる。

正当防衛の要件は、①急迫不正の侵害、②防衛の意思、③防衛行為の相当性である。

①について、乙は甲がAを襲おうとしていると誤信し、さらに乙は甲がギターケースを振り回してくると誤信して、甲をつきとばしている。実際には、甲はAを介抱していたし、甲がギターケースに手を伸ばしたのはギターケースを乙に奪われないようにしたためであり、急迫不正の侵害が認められない。

②について、乙は自己とAを守るために甲を突き飛ばしたため、防衛の意思は認められる。

③について、甲はAや乙に危害を加える意図はなかったにもかかわらず、乙は甲に怪我を負わせており、防衛行為の相当性は認められない。

よって、正当防衛は認めれない。

次に、正当防衛が認められないとしても、過剰防衛（36条2項）が認められないかが問題となる。

過剰防衛の認識がある場合、加害者の認識は過剰防衛であり、違法性を基礎づける事実の認識があるので故意犯が成立する。もっとも、急迫不正の侵害がないのにあると誤信した場合には、急迫不正

の侵害を認識はしている以上責任が減少するため、36 条 2 項を準用し、刑の任意的軽減を認めるべきである。

本問においては、乙は甲を突き飛ばす行為は認識しており、故意は認められる。また、急迫不正の侵害は認められないが、乙は急迫不正の侵害があると誤信していることから、36 条 2 項を準用することができる。

したがって、乙に傷害罪が成立するが、36 条 2 項準用により刑の任意的軽減を受け得る。

以上

第1 甲の罪責について

1 甲がA宅を訪問した行為に住居侵入罪（刑法130条前段）が成立しないか。

(1) まず、甲は、嫌がらせに本件ネックレスを持ち帰る目的で、「人の住居」（刑法130条前段）であるA宅を訪問している。これは、Aの意思に反する立入りであるといえ、「侵入」（同条前段）にあたる。

(2) よって、甲に、住居侵入罪が成立する。

2 甲が本件ネックレスを、A宅から持ち出して自宅まで持ち帰った行為に窃盗罪（刑法235条）が成立しないか。

(1) 「他人の財物」（同条）とは、他人が占有する他人所有の財物をいう。財物とは、財産的価値のある有体物をいう。占有とは、財物に対する事実的支配をいう。

本件ネックレスに財産的価値があることは明らかである。また、本件ネックレスは、A所有であり、A宅にあった。甲がA宅を訪問した際、Aは、A宅にいなかったが、買い物のために家を出たにすぎず、本件ネックレスに対してAの事実的支配があったといえる。よって、Aの占有が認められる。

よって、本件ネックレスは、Aの占有するA所有の財物であって、「他人の財物」にあたる。

(2) 「窃取」（同条）とは、占有者の意思に反する占有移転をいう。甲は、Aの祖母の形見である本件ネックレスを、自宅まで持ち帰ることにより、Aの意思に反して自己に占有を移転させているから、「窃取した」（同条）といえる。

(3) そして、甲は、以上の事実を認識・認容していたから、本罪の故意も認められる。

(4) もっとも、甲は、嫌がらせ目的で本件ネックレスを自宅に持ち帰っている。そこで、不法領得の意思が認められるかが問題となる。

不法領得の意思は、権利者を排除して自己の所有物として扱う意思（権利者排除意思）と、他人の物をその経済的用法に従って利用・処分する意思（利用処分意思）からなる。ア 権利者排除意思について、甲は、Aが本件ネックレスを紛失して打ちのめされる様子を見届けた後で、これを元の場所に戻すつもりであった。そうすると、その様子を見届けるまでの間は、権利者であるAを排除して本件ネックレスを自己の所有物として扱う意思があったといえる。よって、権利者排除意思が認められる。

イ 利用処分意思について、財物それ自体から直接生じる何らかの効用を享受する意思であらうと解する。本件では、甲は、嫌がらせ目的である。甲は、Aが本件ネックレスを紛失すれば重度の精神的苦痛を被るであろうと考えていたが、これは、財物それ自体から直接生じる効用ではない。また、甲は、Aの打ちのめされた様子を見届けた後で、本件ネックレスを元の場所に戻すつもりである。そうすると、利用処分意思は認められない。

ウ したがって、不法領得の意思に欠けるといえる。

(5) 以上より、甲の上記行為に窃盗罪は成立しない。

3 では、上記行為に器物損壊罪（261 条）が成立しないか。

(1) A 所有の本件ネックレスは、「他人の物」にあたる。また、「損壊」とは、財物の効用を害する一切の行為をいうところ、甲は、本件ネックレスを自宅に持ち帰り、A が本件ネックレスを着用できなくしているから、「損壊」したといえる。

また、甲は、上記事実を、認識・認容していたから、本罪の故意が認められる。

(2) よって、上記行為に器物損壊罪（261 条）が成立する。

4 甲が、本件ネックレスを 10 万で B に譲り渡した行為に、占有離脱物横領罪（254 条）が成立しないか。

(1) 「占有の離れた他人の物」とは、①占有者の意思によらずにその占有を離れ、未だに何人の占有にも属してない物、および、②他人の委託に基づかずに行行為者が占有するに至った物をいう。

上述の通り、本件ネックレスは、甲により「窃取」されており、上記②に該当することは明らかである。

(2) 「横領」とは、不法領得の意思を発現する一切の行為をいう。本罪のいう不法領得の意思は、本罪では本権者をはじめとする権限あるものを排除することは想定できないので、その物の効用に基づいて所有者でなければできないような処分をする意思で足りると解する。

本件では、本件ネックレスを売却することによって、不法領得の意思が発現したといえる。よって、本件ネックレスの売却は「横領」にあたる。

(3) よって、上記行為に占有離脱物横領罪が成立する。

5 以上より、甲に、住居侵入罪、器物損壊罪、占有離脱物横領罪が成立し、住居侵入罪と器物損壊罪は目的手段の関係にあるから牽連犯（54 条 1 項）となる。

第 2 乙の罪責について

1 乙が、甲を突き飛ばし、瀕死の重傷を負わせた行為に傷害罪（204 条）が成立しないか。

(1) 「傷害した」とは、人の生理的機能の障害したことをいう。甲は、乙に突き飛ばされたことにより、転倒し花壇に後頭部をぶつけ、瀕死の重傷を負っている。よって、乙は甲を「傷害した」といえる。

(2) 暴行による傷害の場合、傷害の故意は、暴行の故意で足りる（208 条反対解釈）。乙に暴行の故意があることは明らかである。よって、傷害の故意もあるといえる。

(3) もっとも、上記行為は、正当防衛（36 条 1 項）として違法性阻却されないか。正当防衛の成立要件は、①「急迫不正の侵害に対して」②「自己又は他人の権利を防衛するため」③「やむを得ずにした」ことである。

ア 急迫性は、法益侵害の危険が現に存在し、または間近に押し迫っている場合に認められる。

本件では、甲がベンチにおいてあった自身のギターケースに手を伸ばしているが、これをもって、乙の身体という法益侵害の危険が存在し、または間近に押し迫っているといことはできない（①不充足）。

イ よって、正当防衛は成立しない。

(4) では、誤想防衛として、責任故意が阻却されないか。故意責任の本質は規範に直面しつつも敢えてこれを乗り越えたことに対する道義的非難である。乙が正当防衛にあたる事実を認識していたのであれば、規範に直面していないので、故意責任を問うことはできないと解する。

ア 本件では、乙は、甲がギターケースを振り回して襲ってくるのではないかと認識しているから、乙は正当防衛にあたる事実を認識していたといえる。

イ よって、誤想防衛として故意責任が阻却される。

(5) 以上より、乙に傷害罪は成立しない。

2 もっとも、乙の上記行為について甲による侵害を誤信したことが一般人を基準に「過失」があったと言えるので、過失傷害罪（209 条 1 項）が成立する。

以上。

第1 甲の罪責

- 1 甲はAの家に嫌がらせをする目的で訪問している。Aがこのことを認識していたのであれば、自宅に招き入れなかったと考えられるから、Aの意思に反してA宅に侵入したとして住居侵入罪が成立する（刑法（以下略）130条前段）。
- 2 甲はAの本件ネックレスを窃取し、10万円で売ったことについて窃盗罪（235条）が成立しないか。
- 3 235条の要件は、①他人の財物②窃取③不法領得の意思である。
 - (1)「他人の財物」とは、他人の占有する他人所有の物である。本件ネックレスはAの自宅にあることからAの事実的支配が及んでおり、Aに所有権があるため、「他人の財物」に当たる（①充足）。
 - (2)「窃取」とは他人の意思に反して占有を移転させることである。甲はAに無断で本件ネックレスを持ち帰っていることから窃取していると言える（②充足）。
 - (3)ア) 不法領得の意思とは、権利者を排除して他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従い処分する意思である。甲は、窃取の際Aに嫌がらせをする目的で後に本件ネックレスを返却しようと考えていたため利用処分意思がないため窃盗罪は成立しないのではないかと問う。
 - イ) 利用処分意思は経済的用法・本来的用法にしたがって利用する意思はなくてもよく、財物それ自体から直接生ずる何らかの効用を享受する意思で足りる。

本件ネックレスはAの祖母の形見であり、なくなることによりAが精神的苦痛を被ることを想定し目的としていたため、甲は本件ネックレスから直接生ずる効用を享受する意思が認められる。したがって、不法領得の意思も認められる。
- (4) また、窃盗の故意が欠ける事情もないことから故意も認められる。

4 よって、甲に窃盗罪が成立する。

第2 乙の罪責

- 1 乙が甲の体を両手で突き飛ばして甲が転倒した結果、瀕死の重症を負ったため、乙に傷害罪（204条）が成立しないか。
- 2 乙は甲の体を両手で突き飛ばしその結果瀕死の重症を負わせた行為については、人の生理的機能を害しているといえ傷害罪の構成要件に該当する。また、乙は自己の行為について認識認容しているため故意も認められる。
- 3 乙は自己とAを守る認識で暴行を行なっているが、乙は甲が襲ってくると勘違いして当該行為を行なっているため正当防衛（36条1項）として違法性が阻却されるわけではない。そうだとした場合、誤想防衛として責任が阻却されないか。
 - (1) 誤想防衛の場合、認識した事実が正当防衛に当たる時は犯罪事実の認識によって、規範に直面し、反対動機を形成したとはいえないため、当該行為について故意が阻却される。正当防衛の要件は①急迫不正の侵害に対して②自己または他人を守るために③やむを得ずにした行為である。

(2) 急迫性とは法益侵害に危険が現に存在し、または間近に押し迫っていることであり、乙は、甲がギターケースに手を伸ばしたことによりギターケースを振り回して襲ってくる現に危険が存在していると勘違いしている（①充足）。

乙は甲から自己やAを守る目的で当該行為を行なっているため防衛の意思が認められる（②充足）。

やむを得ずにした行為とは、反撃行為自体が防衛手段として相当性を満たしていることを要件としており、具体的には、武器対等の原則を念頭に置きつつ、攻撃者と防衛行為者の性別、年齢、力量等も考慮して社会的に許容される行為であれば、結果的に過剰な結果をもたらしても認められる。

乙は甲が襲ってくると思い咄嗟に甲を突き放しているため、防衛手段として通常妥当であると言える。また、甲と乙は年齢・体格的に大きな差はないことから社会的にも当該行為について社会的にも防衛手段の相当性が認められると言える（③充足）。

(3) したがって、乙が認識した事実は正当防衛に当たると言える。

4 よって、乙が認識した事実は正当防衛に当たるが、実際には乙の勘違いであることから誤想防衛として責任故意が阻却され、乙に傷害罪は成立しない。

以上

2025.2.14 再チャレ刑法

第1 甲の罪責について

1 甲がA所有のネックレスを自宅まで持ち帰ったことにつき、窃盗罪（235条）が成立しないか。

（1）①他人の財物を②不法領得の意思を持って③窃取した場合には窃盗罪が成立する（235条）。①他人の財物とは、他人が占有する他人に所有権がある財物である。②不法領得の意思とは、権利者を排除して他人の物を自己の所有物として扱う意思（権利者排除意思）とその経済的用法に従い利用または処分する意思（利用処分意思）である。不法領得の意思が求められるのは、不可罰の使用窃盗及び法定刑の軽い毀棄・隠匿罪とを区別するためである。③窃取とは占有者の意思に反して他人の占有する財物の占有を自己または第三者の占有に移すことである。

（2）本件ネックレスは、Aが占有するAに所有権がある財物である（①充足）。

権利者排除意思は想定程度利用可能性を侵害する意思である。甲は本件ネックレスをAが打ちのめされた様子を見届けた後で元の場所に戻しておくつもりであった。しかし、ネックレスは通常価値が高いものであり、ネックレスを翌日まで自己の鞆に置いて占有していたことから、相当程度利用可能性を侵害する意思があったといえる。よって、権利者排除意思が認められる。また、甲を本件ネックレスを隠すことでAを打ちのめそうとしていたにすぎないが、その後気が変わって本件ネックレスを第三者に有償で譲渡している。本件ネックレスを処分していることから、利用処分意思が認められる。（②充足）

→ここはあるか？ 器物損壊の物を売却できるのか。占有の窃盗になるか？

障がいの負わせる意思は「効用」はあるか。効用を享受する意思・・・効用が認められる。効用は自分のことだけではない。財物から生じる何らかの効用を享受する意思。ネックレスが持っている物を持っていること。その物それ自体が持っている価値であるから。（考慮要素を書くこと。）

甲は本件ネックレスをAの意思に反して自己のカバンに入れ、占有を自己に移している（③充足）

（3）以上より、甲には窃盗罪（235条）が成立する。

第2 乙の罪責について

1 乙は甲がギターケースを振り回して襲ってくるのではないかと誤信してAを突き飛ばし瀕死の重傷を負わせた。乙には暴行（208条）の故意があるといえ、結果甲に傷害（204条）を負わせていることから傷害罪が成立する。しかし、正当防衛が成立し、違法性が阻却されないか。

（1）正当防衛は①急迫不正の侵害に対して②自己または他人の権利を防衛するため③やむを得ずにした行為に成立する。

（2）本件では、甲は自身のギターケースを乙に奪われると思い自身のギターケースを奪われまいと手を伸ばしただけであり、乙に急迫不正の侵害があるとはいえない。（①充足せず）

乙は自己とAのことを守るために甲の体を両手で突き飛ばしており、その行為は自己または他人の権利を防衛するためであるといえる（②充足）。

乙は甲に対して素手である両手で突き飛ばしたのみであり、防衛の手段としては必要最小限度のものであるといえる（③充足）。

（3）以上より、乙には正当防衛が成立しないように思われる。しかしながら、急迫不正の侵害だと思いそれに対する防衛行為として反撃行為をしている以上、主観的には完全に政党防衛だと認識して行為しているだから、故意非難を向け得る主観的事情を欠く。

よって誤想防衛が成立し、責任故意が阻却される。乙には傷害罪（204条）は成立しない。

以上

故意は原則、実行行為時についてのものである。
殺人の場合は実行前に殺人の故意があるか。

器物損壊→売却

責任能力がない人は、犯罪成立に至る過程に異なる点がある。

第1 甲の罪責

1 窃盗罪の成否

(1) 甲は、Aの宝石箱に保管されていたA所有のネックレスを、自身のカバンに詰め、自宅まで持ち帰っているから、他人の財物を窃取したとして、窃盗罪が成立しないか。

窃取とは、他人の占有する他人の所有物を自身の占有に移転することを言う。A宅に存在するAの占有する本件ネックレスを、甲のカバンに詰め、甲宅まで持ち帰っているから、甲の占有に移転しているので、窃取したといえる。そして、上記事実の認識・認容があるので故意が認められる。

(2) しかし、甲は嫌がらせ目的で、一時的に隠匿する目的で、本件ネックレスを持ち帰っているものであり、不法領得の意思が認められないのではないから窃盗罪が成立しないのではないかが問題となる。

不法領得の意思とは、権利者排除意思と利用処分意思があること（直接効用を得ることでよい）である。

本件では、甲は、Aを嫌がらせ目的で、一時的に本件ネックレスを隠匿するつもりであって、利用処分意思はなく、直接効用を得ようとする意思もなかった。

ゆえに、不法領得の意思は認められない。

以上から、窃盗罪は成立しない。

2 器物損壊罪の成否

損壊とは、物の効用を害する一切の行為を指す。

甲は本件ネックレスを隠匿し、Aが本件ネックレスを使用するという効用を害しているので、損壊したといえる。

そして、甲にその認識認容もあるため、故意もある。

以上から、器物損壊罪が成立する。

3 住居侵入罪の成否

甲は、Aに嫌がらせ目的でA宅を訪問しているから、人の住居に正当な理由なく侵入したとして、住居侵入罪が成立しないか。

住居は人の起臥寝食に使用されるところをいい、A宅は住居である。

そして、住居侵入罪における侵入は、住居権者の意思に反する立入りをいうと解する。平穩な立入りであっても、居住者の意思に反しているのであれば、居住者の他人の立ち入りを認めるかの自由を保護法益とする場合は侵入にあたる。

ただし、今回、Aは、すでに甲を住居に立ち入ることを許可している。この事情のような場合、保護法益との関係では重要な事実について被害者の同意があり、その点について錯誤があったといえるならば、有効な同意は認められないので住居侵入罪の成立を認めると解する。

今回、Aは甲の目的を知っていれば立ち入りを認めなかったであろうから、居住者の意思に反した立入りであるので、侵入といえる。

よって、住居侵入罪が成立する。

4 占有物離脱横領罪の成否

占有を離れた他人の物とは、占有者の意思に基づかずに占有を離れて行為者が占有するに至った物をいう。本件ネックレスは、甲が A 宅から持ち出して甲宅にあるので占有者の意思に基づかずに占有を離れた物であるといえる。

そして、横領とは不法領得の意思を発現させる一切の行為を指す。

甲は本件ネックレスを B に売却し、金銭的利益を受けているので、不法領得の意思を発現させる行為をしている。

よって、占有離脱物横領罪が成立する。

5 罪数

器物損壊罪と住居侵入罪とは目的手段の関係にあるから、牽連犯（54条1項後段）である。

第2 乙の罪責

1 傷害罪の成否

乙は、甲が自身を襲ってくると誤信して、自己と A を守るために甲の身体を突き飛ばすという暴行を加え、結果、甲に瀕死の重傷を負わせているから、傷害罪が成立しないか。

傷害とは、人の生理的機能を害する行為をいう。乙は甲を突き飛ばしたことで瀕死の重傷を負わせているので、傷害が認められる。

また、乙は、暴行の故意も認められる。

しかし、乙は、甲が襲ってくると誤信して、暴行をしているから、正当防衛が成立して違法性が阻却されないか。

急迫とは、法益侵害が現に迫った状態をいうところ、甲は、乙にギターケースを奪われないうように手を伸ばしたにすぎず、乙に対して侵害が現に迫っているとは言えない。

したがって、急迫性を欠き、正当防衛が成立しない。

以上