

再現答案 刑法

設問 1

第 1 小問(1)

1 横領罪が成立するためには、「自己の占有する他人の物」(刑法 252 条)を横領する必要がある。そして、横領罪の保護法益は他人の所有権及び委託信任関係であるから、占有が委託信任関係に基づく物であることが必要である。そこで、所有者でない者との間の委託信任関係も保護されるのか問題となる。

2 この点について、所有者との関係での委託信任関係のみが保護に値するとの見解もありうる。しかし、横領罪の保護法益は先述の通り、委託信任関係も含んでいること、横領の利欲犯的性格からすれば、所有者でない者との関係での委託信任関係も保護すべきであることから、このような者からの委託に基づく占有である場合にも横領罪が成立するというべきである。

3 従って、本件バイクという「他人の物」を窃盗犯人である A との委託信任関係に基づいて「占有」している甲が、これを横領すれば、横領罪が成立する。

第 2 小問(2)

1 横領が成立するためには不法領得の意思が必要である。そして、「横領」とは不法領得の意思を発言させる一切の行為を言うことから、本件バイクを移動させた行為について不法領得の意思があるのか検討する。

2 (2)の見解は不法領得の意思の内容として利用処分意思があることを要求しない立場である。しかし、横領罪においても毀棄隠匿罪との区別の点から利用処分意思は必要であると言うべきである。

3 本件において、甲は自宅からやく 5 キロ離れた実家の物置内に本件バイクを隠す意図を有していた。しかし、これは本件バイクから何らかの効用を得る意思ではなく、専ら本件バイクを隠すことを目的としていたのであるから、利用処分意思がないといえる。

4 従って、不法領得の意思は認められず、「横領した」とはいえない。

設問 2

1 乙が A を刺した行為は、人の生理的機能を害するものであり傷害罪(刑法 204 条)の構成要件に該当する。

2 乙は、A が甲を殴打しようとしていることに対し、上記傷害行為をおこなっているところ正当防衛(刑法 36 条 1 項)が成立しないか。

(1) 正当防衛が成立するためには急迫不正の侵害に対し、自己又は他人の権利を防衛するため、止むを得ずにした行為であることを要する。

(2) ここで、急迫不正の侵害であることが要求される趣旨は、緊急状況下で国家による救済

を期待できない場合に対抗行為に出ることを権利として認めることにある。そこで、先行する状況を含めた行為前後の全般的な事情を考慮し、正当防衛に出ることが相当とされるような状況にない場合には、正当防衛は成立しないと解する。

- (3) 本件で、A は甲に対して危害を加える旨を告知して公園に呼び出しており、これに対して、甲は、A から殴る蹴るなどの暴行を受ける可能性が極めて高いことを認識していたのであるから、侵害の予期がありしかもその程度は極めて高かった。また、あえて A の挑発に乗っていることや本件包丁を持って公園に赴いていることからこのような状況を利用して A に害を加える意思も認められる。このような行為前後の全般的な状況に照らすと、対抗行為に出ることが正当とされる状況にはなく、正当防衛は成立しない。

3 もっとも、乙は正当防衛状況下にあることを誤診しているところ、責任故意が阻却されないか。

- (1) この点について、責任故意の本質は規範の問題に直面しながらあえて行為に出たことにあるから、正当防衛状況にあることを認識していた場合には責任故意が阻却されると考える。
- (2) 本件において、乙は、1 から 4 までの事実を知らなかったのであり、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のであるから、乙の認識の下では A の甲に対する急迫不正の侵害が存在し、それを認識しつつそのような状況を避けようと A に対して本件ナイフを突き出していることから防衛するため、すなわち防衛の意思もある。もっとも、乙は、A に対して背後から何の警告もなく本件ナイフで A の上腕部を強く刺している。A の攻撃に対して何らかの警告を取ることは容易であり、それにより甲とともに A を制圧するという手段を取ることもあり得たといえる。そうすると、対抗行為として過剰なものであり、「止むを得ずにした」とはいえない。
- (3) したがって、正当防衛を基礎付ける事情を認識しているとはいえず責任故意は阻却されない。
- (4) もっとも、36 条 2 項が準用されて、任意的に減免されないか。

- (5) 36 条 2 項は正当防衛状況下において責任が減少することを根拠とするものであるから、過剰性があることを認識していたとしても急迫不正の侵害を誤信していた場合には準用されると解する。よって、36 条 2 項の準用により傷害罪は任意的に減免される。

4 次に、乙が本件原付を発進させた行為について窃盗罪（刑法 235 条）が成立しないか。

- (1) 本件原付は D が占有し所有する「他人の物」である。この原付を乙は D の意思に反して自己の占有に移転させているから「窃盗」をしたといえる。また、本件原付を乗り捨てようと考えて発進させており、権利者排除意思がある。加えて、本件原付をその用法に従って利用する意思があるから利用処分意思もある。よって、不法領得の意思も認められ、窃盗の構成要件を充足する。
- (2) もっとも、乙は A の侵害から逃れるためにこのような行為をしているところ、緊急避難（37 条）が成立しないか検討する。

- (3) 乙は自ら危難を招いているものとして緊急避難の成立が否定されないか。
 - (4) 乙は自ら A をナイフで刺しており、自ら危難状況を引き起こしている。また、A は武器を持っていないのに対して乙は本件ナイフで A を刺しており、A からの反撃は乙の攻撃よりも軽微なものである。加えて、A に対する攻撃をしたのち走って A から逃げようとしている場面での出来事であり、時間的にも場所的にも近接した一連一体の行為である。
 - (5) 従って、緊急避難に出ることが相当とされる状況ではなく、緊急避難は成立しない。
- 5 以上より、乙の行為に窃盗罪が成立する。

< 2022年司法試験・刑法 >

第1 設問1

1. (1)の主張について

(1) Aは、ホームセンターの駐車場に駐車されていた本件バイクを、Bに無断で発進させて走り去っているのであるから、本件バイクを「窃取」(刑法(以下省略)235条)している。また、Aは、そのことを認識して上記行為に及んでいることから、上記行為につき故意が認められる。さらに、Aは、本件バイクを自由に乗り回したいと思い、上記行為に及んでいることから、権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従ってこれを利用・処分する意思、すなわち、不法領得の意思も認められる。したがって、上記行為につき、窃盗罪が成立する。

(2) 甲は、本件バイクがAの所有物であると思って本件バイクをAから預かっているものの、客観的には窃盗犯人であるAから本件バイクを預かっている。そのため、このような不法な委託による物を「横領」(252条1項)しても横領罪が成立するか、検討を要する。

この点、同罪は、「他人の物」についての所有権と、遺失物等横領罪(253条)との関係から当該物についての委託を保護法益とするところ、窃盗犯人からの委託であっても、当該物の所有権は害されるのであるし、窃盗犯人の占有であってもこれを侵害すれば窃盗罪が成立することから、窃盗犯人からの委託であっても保護に値するとして、これを侵害すれば横領罪が成立するとの見解もある。しかしながら、それが盗品である場合の当該物の所有権は、盗品譲受け等罪(256条)によって保護することで足りるのであるし、同罪が成立することになる委託は、刑法上保護に値しないというべきである。したがって、窃盗犯人からの委託による物を「横領」しても、同罪は成立しない。

(3) 以上から、甲は、Aに頼まれて本件バイクを保管しているとしても、窃盗犯人であるAから本件バイクを預かっていることから、本件バイクを「横領」しても横領罪の客観的構成要件に該当しない。よって、甲に同罪は成立しない。

(4) なお、横領罪には未遂罪が存在しないことから、不能犯は問題とならない。

2. (2)の主張について

(1) 横領罪にいう「横領した」とは、同罪が所有権及び委託を保護法益とすることから、委託の趣旨に反する権限逸脱行為であって、不法領得の意思を発現する一切の行為をいう。

そして、同罪が毀棄罪(258条以下)と異なり領得罪であることから、同罪における不法領得の意思が認められるためには、他人の物の占有者が委託の趣旨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処分をする意思だけでなく、当該物から何らかの効用を享受する意思を要するというべきである。

(2) 本件において、甲は、Aに無断で実家の物置内に本件バイクを移動させて隠しているのであって、他人の物の占有者が委託の趣旨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処分をする意思は認められる。しかしながら、甲は、Aを困らせるためにそのようにしたのであって、その後どうするかも考えていなかったのであるから、当該物から何らかの効用を享受する意思は認められない。

(3) 以上から、甲には上記行為につき不法領得の意思が認められないことから、上記行為が不法領得の意思を発現するものとはいえず、上記行為は「横領した」に当たらない。

第2 設問2

1. 乙がAの右上腕部を本件ナイフで突き刺した行為について

(1) 乙は、Aの右上腕部を本件ナイフで突き刺し、Aに右上腕部刺創の傷害を負わせていることから、「人の身体を傷害した」(204条)ものであるし、これらにつき認識しつつ前記行為に及んでいることから、故意も認められる。したがって、乙の上記行為につき、傷害罪が成立する。

(2) もっとも、乙は、Aが甲を殴打しようとしているのを目撃して、甲を助けるために上

記行為に及んでいることから、上記行為に正当防衛（36条1項）が成立しないか、検討を要する。

ア 本件における急迫性は甲につき判断される場所、甲がAから暴力を振るわれることを予見しつつ、本件包丁を準備してC公園に出向くなどしていることから、本件において急迫性が認められるか。

イ 正当防衛において急迫性が要求されているのは、それが自力救済の禁止の例外であることから、国家による救済を待つのでは法益保護ができない緊急状況にあることが前提となるためである。したがって、単に相手方の侵害を予期していただけでなく、防衛行為者の行為全般の事情に照らして緊急状況性が認められない場合には、防衛行為に急迫性は認められないというべきである。

ウ 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が短期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を知っていたことから、Aに暴力を振られる可能性が極めて高いことを認識していた。そのために、甲は、本件包丁を準備してC公園に出向いたのであり、Aが甲の予期した通りに甲の顔面を殴打しようとしたことから、これをかわして直ちに本件包丁をAに向けて突き出している。さらに、甲は、本件バイクに関する言い争いからC公園に出向いているのであって、C公園に出向く必要はなく、その場にとどまることが容易であった。

以上から、甲は、Aの侵害を予期して、この機にAに加害を加える意思でC公園に出向いたというべく、甲につき緊急性が認められる状況ではなかった。したがって、本件においては、甲につき急迫性は認められない。

エ よって、乙の上記行為につき、正当防衛は成立しない。

(3) それでも、乙は、上記ウの事実について認識しておらず、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ことから、甲の認識では正当防衛が成立し、「罪を犯す意思」（38条1項）がなかったのではないか。

たしかに、乙は、その認識においては甲に対する急迫不正の侵害を認識し、甲を防衛するために上記行為に及んでいる。しかしながら、乙は、手拳で殴打しようとしているAに対して、本件ナイフでいきなりAの右上腕部を強く突き刺しているのであるから、Aの侵害行為に対する防衛行為として必要最小限性を欠き、相当なものとは認められず、「やむを得ずした行為」とは認められない。したがって、乙につき、「罪を犯す意思」がなかったとはいえない。

(4) ただ、乙の上記につき、過剰防衛（36条2項）の規定を準用できないか。

同項は、急迫不正の侵害における狼狽等から防衛の程度を超える場合につき、責任非難が減少することを根拠とする。したがって、急迫不正の侵害を誤想していた場合であっても、同様に狼狽等が認められることから、責任非難が減少するものとして、同項の準用を認めるべきである。

(5) 以上によれば、乙の上記行為につき、傷害罪が成立し、36条2項が準用される。

2. 乙がDに無断で本件原付を発進させて走り去った行為について

(1) 乙は、宅配業務に従事していたDが配達のためにエンジンを掛けたままで一時的に止めていた本件原付を、Dに無断で発進させて走り去っているから、本件原付のDの占有を侵害して乙に移転させたものとして、本件原付を窃取している。また、乙は、これらを認識しつつ行為上記に及んでいることから、故意が認められ、Aからの逃走のために本件原付を発進させて走り去っていることから、不法領得の意思も認められる。したがって、上記行為につき、窃盗罪が成立する。

(2) もっとも、乙は、暴力を振るわれそうになってAからの逃走を振り切るために、上記行為に及んでいるものの、DがAとは何ら関係のない者であって、Dが急迫不正の侵害を行っているものではないから、Dに対する上記行為につき正当防衛が成立することはない。

(3) それでも、上記(2)のために上記行為に及んでいることから、上記行為につき緊急避難（37条1項）が成立しないか。

乙は、たしかに上記(2)のために上記行為に及んでいるものの、乙の上記1の行為により乙がそのような状態に至っている。緊急避難は、正当防衛と同様に、自力救済禁止の例外として、避難行為者が緊急状況にあることを前提する。したがって、現在の危難が避難行為者の不正の行為により招来されたものであって、避難行為者に対する危難の程度が避難行為者の不正の行為による侵害の程度を著しく上回るといえない場合には、緊急状況性が認められないものとして、もはや避難行為に出ることが正当とされる状況にはないものというべきである。

本件においては、乙がAに対して上記1の行為に及んだことで、Aが乙を追いかけ暴力を振るおうとするに至っているのであって、これらは一連一体の事態というべきであるから、乙はAの行為を自らの不正な行為により招来したものである。また、乙が本件ナイフを用いてAの右上腕部を突き刺しているのに対し、Aが手拳で暴力を振るおうとしていることから、後者が前者を著しく上回るものでもない。

したがって、乙は、緊急状況になく、避難行為に出ることが正当とされる状況になかったことから、上記の行為につき緊急避難は成立しない。

(4) 以上から、上記行為につき、窃盗罪が成立する。

3. 上記1と上記2とは、併合罪（45条前段）となる。

以 上