

〔第1問〕

〔設問1〕

1. 主張(1)について

本件バイクはAがBから盗んだ物であり、Aは客観的には甲に盗品の保管という違法な委託をしていることになる。それにもかかわらず、Aの委託を理由に委託物横領罪（刑法252条1項）が成立するという(1)の主張は、窃盗罪からの窃盗が処罰されるのだから窃盗犯からの横領も処罰すべきという発想に基づくものと言える。

しかし、委託が違法でかつ無権限の場合に委託者との信頼関係を保護する必要はないため、委託信頼関係が欠ける以上、委託物横領罪は成立しないと解すべきである。

したがって、(1)の主張は妥当ではない。

2. 主張(2)について

(2)の主張は、隠匿行為であっても「横領」に該当するという主張と解される。横領行為に不法領得の意思は必要だとしても、「物を何らかの用途に利用する意思(利用処分意思)」はその内容として不要であるという立場を前提とするものと言える。

しかし、横領罪も領得罪である以上不法領得の意思は必要であり、また、その内容として利欲犯的性格を基礎付ける利用処分意思も含まれると解するべきであり、何らかの用途に利用する意思なく専ら隠匿するための行為は「横領」に該当しない。

したがって、(2)の主張も妥当ではない。

〔設問2〕

I. 乙がAの腕にナイフを突き刺し傷害を負わせた行為について

1. 乙の上記行為について傷害罪（刑法204条）が成立するか。乙はAの右腕上部を狙ってナイフを刺し、その結果としてAに右上腕部刺創という傷害を負わせているので、傷害罪（刑法204条）の構成要件に該当する。なお、ナイフで狙ったのは右腕上部であるため、殺意はなく傷害の故意があるにすぎない。

2. (1)しかし、上記行為はAに殴打されようとしている甲を助けるために行われているので、甲の権利を防衛するための行為であるとして、正当防衛（刑法36条1項）の成否を検討する必要がある。

(2)侵害の急迫性について、甲はAから殴りかかられているので、甲に現在の侵害があるように見える。しかし、甲は、Aの前に姿を現せばAから暴行を振る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Aの呼び出しに応じているので、侵害を予期していると言える。そこで、予期された侵害も急迫と言えるかが問題となる。

急迫不正の侵害という緊急状態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に許容した刑法36条の趣旨からは、侵害を予期していたことから直ちに急迫性が失われると解すべきではない。もっとも、侵害の予期がある場合の急迫性の有無は、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り、正当防衛として被害者を保護することが前記刑法 36 条の趣旨に照らし許容される物とは言えない場合には、侵害の急迫性は否定される。具体的な考慮事情としては、①被害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被害者が侵害に臨んだ状況及びその際の内容等が挙げられる。

(3)本問では、甲は A とかつて同じ不良グループに属しており、A の性格や、過去に怒りにまかせて他人に暴力を振ったことを知っており、激怒した A のもとに出向けば 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と思っていたので、甲には侵害のほぼ確実な予期があり、実際にその予期どおりの侵害が行われている (①②③⑧)。また、甲は、A の呼び出しに応じる必要がなく、また、バイクの件を含め事情を警察に話して助けを求めることも不可能ではなく、そうすべきであった (④⑤)。そして、包丁を準備して現場に臨み、威嚇もなく突き出している (⑦⑨)。

以上の事情に基づけば、正当防衛として甲を保護することが刑法 36 条の趣旨に照らし許容されるものとはいえず、侵害の急迫性は否定される。

なお、侵害の予期がある場合に行為全般の状況から急迫性が否定されるのは、被害者が保護に値しないからであるため、他人の権利を防衛する事例においては、被害者の予期やその他の事情を基礎に急迫性を判断すべきである。したがって、本問では、乙が防衛しようとする被害者甲の事情を基礎とすべきであり、乙が侵害を予期していないことは本問で急迫性を認める理由にはならない。

(4)以上より、乙の行為には侵害の急迫性が否定され、正当防衛は成立しない。

3. (1)もっとも、乙は、侵害の急迫性を否定することを基礎づける事情を知らずに行為しているので、誤想防衛として故意が阻却されるかを検討する必要がある。行為者が正当防衛に当たる事実を誤信しているときは、犯罪事実の認識がないので、責任故意が阻却される。したがって、行為者の誤信した事実に基づいて、正当防衛の成否を検討する。

(2)乙は、問題文 1～4 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るため、乙の認識では現在の侵害が存在するので急迫性が認められる。また、乙は、甲を助けようと考えているので、防衛の意思もある。

(3)「やむを得ずにした行為」(防衛行為の相当性)は、①侵害行為と防衛行為の法益の種類、態様、強度の比較、及び、②より危険性の低い手段を採ることの容易性を考慮して判断される。

(4)本問において、以下検討する。

①について、乙の認識では、A の侵害行為は素手による殴打であるのに対し、乙の防衛行為は刃体の長さ 18 センチメートルのサバイバルナイフという命中箇所によっては死

コメントの追加 [堀山1]: 行為者は乙なので、甲と乙のどちらの認識を基準とすべきかが論点になりそうです。

コメントの追加 [堀山2]: 容易であることも指摘しましょう。

書式を変更: 蛍光ペン

亡結果をもたらす可能性も十分ある危険な刃物が用いられており、**右上腕部**を狙っているという事情を考慮しても、防衛行為の危険性は侵害行為の危険性を大きく超えている。体格差などそれを覆す事情もない。また、②について、乙には警告や威嚇をするなど他に危険性の低い手段が考えられ、行為時には共犯関係はないが甲と二人がかりで防衛する状況にもなりうることを考えれば、それで十分実効性があったと言える。

コメントの追加 [KP3]: 人体の枢要部

以上の事情を考慮すれば、乙の行為は「やむを得ずにした」とは評価できない。

(5)したがって、乙は、正当防衛を基礎づける事実を認識していると評価できないため、責任故意は阻却されない。

コメントの追加 [堀山4]: 体格差に関する事実を記載しましょう。

3. ~~4.~~ただし、乙は、過剰防衛を基礎づける事実を認識している（誤想過剰防衛）。そのため、刑法 36 条 2 項を準用して刑の任意的減免の効果が生じる余地がある。刑法 36 条 2 項の趣旨は、緊急状況下では興奮や恐怖などから過剰な行為に及ぶことが無理もないので責任が減少することにある。そうだとすれば、客観的には急迫不正の侵害がない場合でも、それを誤信して過剰行為に及んだのであれば同条項の趣旨は妥当するので、誤想过剰防衛の場合には刑法 36 条 2 項が準用されるべきである。

書式変更: リスト段落, 最初の行: 0 字, 段落番号 + レベル: 1 + 番号のスタイル: 1, 2, 3 ... + 開始: 1 + 配置: 左 + 整列: 0 mm + インデント: 7.4 mm

4. 小括

よって、傷害罪が成立し、36 条 2 項が準用される。

書式変更: リスト段落, インデント: 左: 7.4 mm, 最初の行: 0 字

II. 乙が D の本件原付を無断で発進させた行為について

1. (1)乙の上記行為について窃盗罪（刑法 235 条）が成立するか。

(2)本件原付は D の所有物なので「他人の物」であり、また、D は配達中にエンジンを掛けたまま一時的に停車させてその場を離れているだけであるため D の事実上の占有も認められる。乙は、D の占有する本件原付を無断で発進させたので、意思に反した占有の移転があり「窃取」も認められる。また、乙は、本件原付にエンジンが掛かっていることを認識していた以上、近くにその利用者がいることも当然認識しているのだから、上記客観的構成要件の認識に欠けることなく故意も認められる。また、宅配業務に従事している最中の D の原付を勝手に乗り去り、適当な場所に放置する意図があった以上、本件で不法領得の意思が認められることは明らかである。

(3)したがって、窃盗罪の構成要件該当性は認められる。

2. (1)乙の窃盗行為は、自身を捕まえて痛めつけようとする A を振り切るために行われているので、緊急避難（刑法 37 条 1 項本文）の成立を検討する必要がある。

(2)A が甲の身体を加害しようと追跡してきている以上、自己の身体に対する「現在の危険」は認められ、乙の行為はそれを振り切るためなのでそれを「避けるため」として避難意思もある。避難行為「によって生じた害」は財産権でその程度は少ないとは言えないかもしれないが、「避けようとした害」は身体へのおそらく軽微とは言えない加害である以上、それを超えているとまでは言えない。そして、乙が本件行為に出ることが A による危険を避けるための唯一採り得る手段であったので補充性も認められる。

(3)もっとも、「やむを得ずにした」と言えるためには、補充性だけではなく、避難行為の

相当性も必要である。本問では、A による現在の危難は、乙の違法行為（誤想過剰防衛）によって招致されたと評価される。このような自招危難の場合に、相当性はどのように判断されるべきか。この点について、保全法益が行為者自身のものか第三者のものか、自招行為の内容、危難の内容、両者の関係などを含む全体の事情に照らして、避難行為の許容性を判断する。

(4)本問では、行為者自身が自己の法益に対する危難を招いているので第三者の法益を保護する事例と異なり要保護性の低下がある。たしかに、保全法益は身体で場合によっては重大な傷害を負いかねないものであるのに対し、侵害法益は財産であるが、その価値は必ずしも少ないとは言えない。また、自招行為は、他人を助けようとして行われたものではないものの、故意の傷害で、明らかに過剰で危険性の高い行為であり、それによって生じた自己の身体への危難を、財産侵害とはいえ他者に転嫁すべきとはいえない。

(5)したがって、自招危難であることを理由に相当性は否定され緊急避難は成立しない。

III. 結論

乙には、A に対する傷害罪と D に対する窃盗罪が成立し、両者は併合罪となる。傷害罪については、過剰防衛として刑法 36 条 2 項が準用され刑の減免の可能性がある。

以上

コメントの追加 [堀山5]: 自招危難は相当性の中ではなく、緊急避難の趣旨との関係で触れるべきであったような気がします。