

※ 添削オプションをご利用の方は、必ず、会員番号を記入してから、スキャンしてください。

第1 設問 (1)

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」(刑法(以下法名省略)252条1項)すれば横領罪が成立する旨の主張は認められるか。かかる主張が認められるためには、本件バイクを保管することから「自己の占有する他人の物」に該当することが必要である。

2. 横領罪における「占有」とは、濫用のおそれある支配力をいい、事実上の占有だけでなく、法律上の占有も含めると考える。

本件では甲はAから本件バイクを「しばらく預かってほしい」と依頼され、甲が本件バイクを甲宅のガレージに保管することを承諾している。^{Aの依頼と甲の承諾は}~~甲は~~甲とAとの間に本件バイクを無一定期間保管するという寄託契約(民法657条)が締結されたといえる。そうだとすれば、甲は本件バイクを甲宅のガレージにおいて事実上占有している状態といえるため、濫用のおそれある支配力があつて、「占有」といえる。

(2) 次に、本件バイクはAが竊盗してきた盗品であるが、それでも「他人の物」といえるのか。不法原因給付と横領が問題となる。

不法原因給付物(民法708条)であっても、^{民法上返還することから主権に帰す}~~盗取した者~~と保管者との委託関係は^{刑法上}保護に値するから、「他人の物」といえる。

本問ではAは本件バイクを盗取したため、本件バイクは不法原因給付物であるといえるが、不法原因給付物は民法上返還することができないにすぎない(民法708条)として、Aは甲に盗品である本件バイクの保管を依頼しているため、委託信任関係に基づき保管しているといえる。

したがって、本件バイクは不法原因給付物であるものの、横領罪の「他人の物」といえる。

3. よって、Aに依頼さ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いえるため、(1)の主張は認められる。

注釈の一覧:matsuura4-2.pdf

ページ:1

-
- 番号:1 作成者:s-matsuuraタイトル:ノート注釈 日付:2024/03/11 17:27:49
「主張が認められるか」というよりも、単に、横領罪の構成要件として「自己の占有する他人の物」が必要、というだけでしょう。
-
- 番号:2 作成者:s-matsuuraタイトル:ノート注釈 日付:2024/03/11 17:27:00
法律上の占有の有無を論じないのであれば、この部分は不要でしょう。
-
- 番号:3 作成者:s-matsuuraタイトル:ノート注釈 日付:2024/03/11 17:29:55
甲にとってBは「他人」ですから、「他人の物」に当たること自体は争いがないところです。
論点は、「占有」の意義、つまり、当該占有が委託信任関係に基づくものかどうか、です。
横領罪の論点を勉強する際には、どの構成要件についての論点かどうか、を意識して勉強してみてください。

第2 設問 (2)

1. 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」に当たるか主眼は認められるか。

2. 「横領」(256条1項)とは、不法領得意思の発現行為をいい、不法領得意思とは、委託信任関係に背いて、所有者となればべきような処分をする意思をいう。本件では、甲はAと口論となり、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。甲は自宅から約5キロメートルの遠く離れた場所に、即ち甲の実家の物置内に本件バイクを移動させて隠そうとした。甲の実家は本件バイクは大きな財物であるものの、甲の実家というAが知らない場所に、なかば、外からは発見が困難なサイズの本件バイクをも発見することができず、物置内に移動させて隠した^{した}行為は、委託信任関係に背いて、所有者となればべきような処分をする意思があるといえるため、不法領得意思の発現行為があるといえる。そして、本件バイクを他人から発見することができず、物置内に移動させた時点で、横領罪の既遂に至るという。

3. ~~よって~~ ~~横領した~~ 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」に当たるので、かかる主眼は認められる。

第3 設問 2

1. 乙が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に治療約3週間を要する右上腕部刺創の傷害を負わせた行為

は、かかる行為に殺人未遂罪(203条、199条)が成立するか

~~殺人罪~~ ~~における~~ 実行行為とは、特定の構成要件の結果発生、現実的危険性を惹起する行為をいう。殺人罪における実行行為は、人の生命 ^{を脅かす} という結果発生という現実的危険性を惹起する行為をいう。

番号: 1 作成者: s-matsuura-mobile タイトル: ノート注釈 日付: 2024/03/12 11:20:16

罪責を論ぜよ、という問題であればこれくらいの記述でOKですが、
本問のように見解の当否を問われる場面では、必ず相対する反対説があるので、当該反対説からの反論を想定して論拠も説明する必要があります。

番号: 2 作成者: s-matsuura-mobile タイトル: ノート注釈 日付: 2024/03/12 2:50:07

事実を具体的に摘示しようという姿勢はOKですが、評価が無いので、事実を貼り付けただけという状態になってしまっています。
横領の意義についてのインプットをしっかりとおいでください。

1 本件では刃体の長さ18センチメートルという非常に傷刺能力の高いサバイバルナイフを
 2 用いている。もっとも、乙は本件ナイフで強く突き刺しているものの、~~刺す~~突き刺した部分は
 3 人体の要害部とは異なる上腕部であり、また、加害3週間を要する右上腕部刺創
 4 の傷害を負わせたにすぎないから、人の生命を死にさせる行為とはとはいえない。
 5 したがって、殺人未遂罪の实行行為とはいえない。

6 ② 乙の上記行為は、人の生理的機能を害する行為であるといふ「傷害」にあた
 7 り、乙の行為により、^{上記行為の認識・認識が刺}右上腕部刺創の傷害を負わせた。また乙は「傷害の故意」か
 8 らあたるため、傷害罪の構成要件に該当する(209条)。

9 ③ もっとも、乙は、甲を助けるために、^{本件}Aにナイフで~~突き~~突き刺しているところ、正当防衛
 10 (36条1項)が成立しないか。

11 ア「急迫性」とは、現に侵害され又は間近に侵害が迫っていることをいう。36条の趣旨は
 12 自力救済の禁止の例外として、緊急を要する状況下での社会的相当な行為を違法
 13 性阻却する点にある。そうだとすれば、36条の趣旨に照して、行為全体の状況から
 14 「急迫性」を判断すべきである。とて、急迫性があるかどうかは^{一般人に客観的に}客観的に判断す
 15 る。

16 イ 本件では、乙が上記行為を行う30分前の午後8時頃、本件バイクの保管について、
 17 甲とAとが電話で口論となった。^{本件バイクを盗取}激怒したAは、甲に返す蹴るなどの制裁を
 18 する目的で、「8時半にC公園に来い。覚悟しておけよ」と~~電話~~電話越しに話し、
 19 対する甲もけんかを罵るおに「お前、やるよ」と言て電話を切った。甲はAが短気で
 20 粗暴な性格で過去にも怒りにまかせて他人に暴力をふるうことを知っていたにもかかわらず
 21 ず、先づいたけんかを罵るおに、おとC公園に行く準備をしている。また、甲とAは体格差
 22 はほとんどないが、体力的な優劣はあるものの、甲は、刃体の長さ15センチメートルという非
 23 常に刺傷能力の高い包丁を^{携帯}あえて持っている。

午後8時30分頃、C公園では、Aと甲が集まり、^{挑発した}甲の態度により、Aが激怒して

番号: 1 作成者: s-matsuura-mobile タイトル: ノート注釈 日付: 2024/03/12 3:09:34
侵害の急迫性に関して、このような判断基底の論点があったでしょうか？

番号: 2 作成者: s-matsuura タイトル: ノート注釈 日付: 2024/03/12 11:22:11
被害者と防衛者の体格差といった事実は、相当性要件で言及すべき事実ですね。

1 素手で 甲の顔面を殴打しおとしたAに対し、甲は、^{金刃や刀物の} 刺傷能力の高い本件ナイフ
2 ~~武器~~ を使って対抗していた。このおそれ^{行為全体の} 状況¹ によれば、素手で殴ろうとしたAに
3 対して凶器を用いて対抗した甲~~との関係~~ は、一般人を基準に客観的にみて、急迫性に
4 欠けるという。

5
6 したがって、正当防衛は認められず、違法性は阻却されない。

7 (4) ここで、乙は ~~甲が~~ 甲とAが口論していた事実を知らず、また、甲が本件ナイフ
8 を持っていることを認識しておらず、Aが甲に対して一方的に攻撃を加えおしていると思
9 込んでいたことから、誤想防衛に該当し、責任故意が阻却されない。

10 故意責任の本質は規範に直面し、反動動機の内面が可能なところからみれば、

11 ありと行儀とある人々² に対する道義的批難という、違法性阻却^{事由} 事象を基礎付ける
12 事実^{を認識していれば} に錯誤がある² ため、故意責任を問うことができないため、責任故意が阻却されるとする。

13 また、乙は、甲とAが本件ナイフの保管・隠匿の状況を知らず、また、甲が本件ナイフ
14 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お
15 していると思込んでいたことから、「急迫」「不正の侵害」にみて誤認していた。³

16 イ. 甲の生命・身体という「他人の権利」を「防衛する」ため、急迫不正の侵害に対する
17 侵害を排除するための単純な心理状態のもと、本件ナイフでAを刺した
18 ことから「防衛するため」と誤認していた。

19 ウ. 「やむを得ず」にした行為」とは、防衛行為の必要性和相当性をいふこと。

20 乙は、Aに何らの警告もせず、いきなりAの背後に回り込み、なんのちゅうさもなく
21 素手でけんかしているAに対し、刺傷能力の高い^{本件} ナイフでけんかをやめろと脅すこと

22 もなく、急にAの右胸腹部にナイフを刺したことは、防衛行為の必要性があるとは
23 ない。また、ナイフで脅して、Aがけんかをやめさせるなど、けんかの被害を防止せよと

もてきたりもつかず、強くナイフを突き刺す行為は防衛行為の相当性も認められない。

ページ:4

-
- 🟡 番号: 1 作成者: s-matsuura-mobile タイトル: ノート注釈 日付: 2024/03/12 3:10:55
事実の羅列になってしまっていますので、評価を加えてください。
- 🟡 作成者: s-matsuura タイトル: ノート注釈 日付: 2024/03/12 11:22:42
36条の趣旨に照らした評価を加えてください。
-
- 🟡 番号: 2 作成者: s-matsuura タイトル: ノート注釈 日付: 2024/03/12 11:24:20
「誤認」だと、どちらに誤認したのか（違法性阻却事由があると誤認したのか、無いと誤認したのか）、趣旨が不明確です。
「違法性阻却事由が存在するものと認識していれば」と明確に指摘してください。
-
- 🟡 番号: 3 作成者: s-matsuura-mobile タイトル: ノート注釈 日付: 2024/03/12 3:12:38
正当防衛の場面では、行為名の認識した事実を前提とした場合に正当防衛が成立するか、という観点から検討するので、「誤認していた」という表現には違和感があります。
-
- 🟡 番号: 4 作成者: s-matsuura-mobile タイトル: ノート注釈 日付: 2024/03/12 3:17:38
防衛の必要説、はどのような意義の要件と理解しているのでしょうか。
-

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23

Ⅰ. したがって、違法性阻却事由を基礎付ける事実を誤認していたとはいえず、責任放棄は
阻却されない。

Ⅱ. そもそも、誤想過剰防衛論では、36条2項に於て任意の減免を認めておらずとも、
乙は防衛行為の必要性を欠いていることから、認められない。^①

Ⅲ. したがって、乙に傷害罪が成立する。

2. 乙が本件原付を運転した行為

Ⅳ. 乙のかかる行為に窃盗罪(235条)が成立するか。

ア「窃取」とは、他人の占有を排除し、目的物を自己の占有下に移転させる行為をいう。

本件では、本件原付車はDが西2連のたぬの近所のマンションの道路脇にエンジンを
かけたまま一時的に停めていたD所有の「他人の物」である。本件原付車を奪取し、Dの
占有を排除し、乙自身にDの意思に反して乙自身に運転させることにより自己の占有下に
移転させる行為である。したがって、Dは本件原付車を運転しているところから、かかる行為はDの

占有を排除し、本件原付車という目的物を自己の占有下に移転させる行為といえるから、
「窃取」といえる。

Ⅰ. 乙は上記客観的事実の認識・認定が適切で、放棄がある。

Ⅱ. 窃盗罪には、放棄とは別な主観的超要素たる不法取得の意思が必要であり、
不法取得の意思とは、①他人の権利を排除し、②当該目的物の経済的価値に従って
利用処分する意思をいう。^②

本件では、道路脇に西2連のたぬの一時的に停めていたD所有の本件原付車を乙はDに
無断で運転しているため、他人の権利を排除する意思があるといえる(①)。乙はAの
追跡を振り払うため、安全な場所まで「脱走」できれば、本件原付車を放棄する意思
があったため、利用処分意思は認められなくとも思われる。しかし、^{本件}原付はガソリンを動力源としており、
ガソリンで動く原付で使うことで、ガソリンのスピードが速いため、容易に長距離を移動できる

-
- 番号: 1 作成者: s-matsuura-mobile タイトル: ノート注釈 日付: 2024/03/12 11:24:55
「やむを得ずにした行為」でないだけであれば過剰防衛の規定を準用することができるのではないのでしょうか。
-
- 番号: 2 作成者: s-matsuura-mobile タイトル: ノート注釈 日付: 2024/03/12 3:19:27
不法領得の意思が争点となる事案ではないので、ここまで展開する必要はありません。
-
- 番号: 3 作成者: s-matsuura タイトル: ノート注釈 日付: 2024/03/12 11:26:02
無所で徘徊しているから、ではなく、Dに変換する意思がなかった、というところが大事です。
-
- 番号: 4 作成者: s-matsuura タイトル: ノート注釈 日付: 2024/03/12 11:26:33
原付を思いっきり使うつもりだった以上、利用処分意思は問題なく認められるでしょう。
-

ため、当該目的物の経済的価値に従って、利用意思があるといえる。

したがって、不法取得の意思が認められる。

Ⅰ 以上より、乙の行為は窃盗罪の構成要件に該当する。

② そもそも、乙は A の追跡を振り切る唯一の手段として、本件原付を運転して逃げた

ことから、緊急避難に該当し、違法性が阻却されない。

ア 「現在の危険」とは、^{危険}急迫不正の侵害が現に生じていることをいうところ、乙は A から追跡を暴力で追われるため、逃げているため、危険が現に生じている。

イ 「避けるため」とは、現在の危険^{単に}を認識して、これを回避するための心理状態をいう。本件では、A からの暴力が追われるという「自己の身体に対する」「現在の危険」を認識して、これを避けるための心理状態であったといえるため、「避けるため」といえる。

ウ 「やむを得ずにした行為」とは、現在の危険を回避するために唯一の方法であったことをいう。本件では A は乙より早く、このまま走って逃げると追いつかれて、暴力を加えられかねないことが明かである。よって、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ということが唯一の利益得る手段であったことから、本件原付で逃げることは現在の危険を回避するための唯一の方法といえる「やむを得ずにした行為」といえる。

エ また、これによって生じた害は、D の所有権侵害であるとして、避けたおとした害は「乙の生命・身体であり、これによって生じた害が避けたおとした害の程度を超えていた」（補充性）といえる。

オ ~~以下~~ そもそも、乙の緊急避難行為は、乙が A にたいして実行的行為に帰因するため、自招危険として、違法性が阻却されないといえる。

違法性の本質は、社会的相当性で逸脱した行為である。よってこれは、社会的相当性という行為であれば、自招危険^{ある}も、違法性が阻却されるとする。

具体的には、自招危険行為と緊急避難行為の時間的場所的連続性、自招危険

