

司法試験

---

令和4年司法試験分析会  
刑事系  
講師オリジナルレジュメ

---

レック **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 227771

LU22777



## 第1問 [刑 法]

### <分析例>

#### [設問1]

#### 第1 主張(1)の当否について

AはBから本件バイクを窃取した窃盗犯人であるところ、主張(1)は、Aから本件バイクの保管を委託された甲が、盗品である本件バイクを「横領」した場合に横領罪の成立を認める立場である。

#### [否定説] 参考判例1・2

- ① 「他人の物」とは他人の所有に属する物をいうところ、Aは窃盗犯人であって本件バイクの所有者でないから、本件バイクはAとの関係で「他人の物」(Aの所有に属する物)に当たらない。
- ② また、本条の「占有」は所有者からの委託信任関係に基づく占有をいうところ、委託信任関係は法的保護に値するものでなければならない。盗品の保管は犯罪を構成し得る行為であり(256条2項参照)、そのような行為の委託を保護することはできないから、甲には、本件バイクにつきAとの関係で法的保護に値する委託信任関係に基づく「占有」が認められない。

⇒ 以上より、主張(1)は妥当ではない。

#### [肯定説] 参考判例3・4

- ① 刑法上保護すべき所有権の帰属は、刑法の予定する法益侵害の有無という観点から現実の所有関係について判断すれば足り、本条にいう「他人の物」とは、他人の現実の所有関係に属する物をいう。窃盗犯人が現実に所持する物についても社会生活上一定の財産的利益が存在する以上、本件バイクもAの現実の所有に属する物として「他人の物」に当たる。
- ② 上記のとおり、窃盗犯人の所持も法的保護に値すると解する以上、その者との委託信任関係もなお刑法上保護に値すると解すべきである。甲は、Aから委託されて本件バイク

クを保管しているところ、Aが窃盗犯人であっても、同人からの委託信頼関係に基づく「占有」が認められる。

⇒ 以上より、主張(1)は妥当である。

※ 委託された盗品の横領について、一般的には、委託者である窃盗犯人には所有権がないことを前提として、“所有者ではない窃盗犯人からの委託が保護に値するか”という観点から問題提起されるのが通例である。たしかに、委託者に所有権がなくとも、当該盗品が受託者にとって「他人の物」であることは明らかであるから、その意味において「他人の物」の要件認定は問題とならないようにも思われる。しかしながら、本罪の被害者を誰と特定するかが実務上は重要課題となるところ、例えば、本件バイクの所有者をB、委託者をAとして甲に横領罪を成立させる場合、本罪の被害者は所有権侵害の被害者Bとなるのか、それとも委託信頼関係を破壊されたAとなるのか、被害者の特定に困難を生じ得る。そこで、上記分析例【肯定説】では、民法と刑法の目的の違い（参考判例5の補足意見は、「民事法は、その物の所有権が誰に属するかを最終的に決することによつて財産関係の法秩序の安定を図ることを目的とするのに反し、刑法は、その場合、その物に対する現実の所有関係を保護することによつて既に存在している財産関係の法秩序の破壊を防止することを目的とする」と判示している。）を踏まえ、民法上無権利者であるAについて刑法上は本件バイクの“現実の所有関係”を認めた上で（刑法上は「Aの物」と認定した上で）、Aに対する横領罪を成立させるという構成を採用した。

## 第2 主張(2)の当否について

甲は、Aを困らせる目的で本件バイクを移動させて隠したところ（以下、「本件隠匿行為」という。）、主張(2)は、本件隠匿行為が「横領」に当たると解する立場である。

### 【否定説】 参考判例6・7

「横領」とは不法領得の意思を実現する一切の行為をいうところ、領得罪である本罪の罪質からすれば、本罪における不法領得の意思とは、自己の占有する他人の物を、委託の趣旨に反して、その物の経済的用法に従い利用・処分する意思と解すべきである。

しかるところ、甲は専らAを困らせる目的で本件バイクを隠したに過ぎず、他に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった以上、財物から生ずる何らかの効用を享受する意思をおよそ認めることができないから、本件隠匿行為は「横領」に当たらない。

⇒ 以上より、主張(2)は妥当ではない。

### 【肯定説】 参考判例8・9

#### ① 領得行為説からの説明

「横領」とは不法領得の意思を実現する一切の行為をいうところ、財物に対する排他性を侵害する奪取罪と異なり、横領罪においては財物につき濫用のおそれのある支配力

を有する者がその地位を利用して財物を不当に処分する点に本質があることから、領得意思の内容としては、広く所有者として振る舞う意思があれば足り、財物から何らかの効用を享受する意思は不要である。したがって、本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をいうものと解する。

しかるところ、Aを困らせる目的で、自宅から約5キロメートルも離れた場所にある実家の物置内に本件バイクを移動させて隠した行為は、まさしく本件バイクにつき所有者でなければできないような処分をしたものというべきであるから、甲に本件バイクから何らかの効用を享受する意思がなかったとしても、本件隠匿行為は「横領」に当たる。

## ② 越権行為説からの説明

本罪は委託信任関係を破壊する点にその本質があるところ、「横領」とは、委託の趣旨に反する権限逸脱行為、すなわち、行為者が委託に基づき占有している他人の財物に対し、権限を越えて行う処分行為をいうものと解すべきであり、本罪の成立に不法領得の意思は不要である。

しかるところ、Aから本件バイクの保管を委託された甲が、管理の範囲を超えて本件バイクを隠匿したものである以上、本件隠匿行為はAからの委託信任関係を破壊する権限逸脱行為であると認められるため、「横領」に当たる。

⇒ 以上より、主張(2)は妥当である。

※ 「横領」の意義につき、越権行為説によれば、本問のように委託物を隠匿する意思で処分したに過ぎない場合であっても横領罪が成立する。これに対し、領得行為説においては、毀棄・隠匿目的の場合に「不法領得の意思」を認め得るかが問題となる。判例は、奪取罪について、不法領得の意思を「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」(参考判例6)と定義した上で、専ら毀棄・隠匿目的の場合には不法領得意思を否定している(参考判例7参照)。これに対し、横領罪においては、不法領得の意思は「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」(参考判例8)と定義されており、単なる毀棄・隠匿目的の場合であっても不法領得の意思を肯定した判例がある(参考判例9参照)。領得罪(他人の財物を領得する犯罪)という本罪の罪質をどこまで重視すべきかが解釈の視点であるが、参考判例9に対しては、財物から何らかの効用を享受する意思を全く欠く場合にまで横領罪の成立を認めるとすれば、財物の「領得」とは無関係に委託信任関係の破壊をもって「横領」を認める越権行為説の立場と実質的には異ならなくなるとの指摘がある。

## 〔設問 2〕

### 第 1 A に対する傷害罪（204 条）の成否

#### 1 傷害罪の当否

乙が、所携の本件ナイフを A の右上腕部に強く突き刺し、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行為（以下、「本件刺突行為」という。）は、傷害罪に当たる。

なお、甲は A の右上腕部を狙って上記行為に及んでおり、その攻撃が A の身体の枢要部を外しているから、甲に殺意を認めることはできず、傷害の故意があるにとどまる。

#### 2 正当防衛（36 条 1 項）の成否

(1) 乙の本件刺突行為に先行して、A は甲の顔面を殴打しようとして拳を振り上げており（以下、「A の暴行」という。）、甲の身体に対する「不正の侵害」が認められる。

(2) 侵害の急迫性 参考判例 10・11

ア 「急迫不正の侵害」（36 条 1 項）とは、法益に対する違法な侵害が現に存在しているか、又は間近に押し迫っていることを意味し、その侵害があらかじめ予期されたものであっても、そのことから直ちに侵害の急迫性を失うものと解すべきではない。

もつとも、本条は、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、急迫性の要件について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る。

具体的には、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、対抗行為の準備の状況、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  
の意思内容等を考慮し、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、対抗行為が上記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欠くというべきである。

イ 某月 10 日午後 8 時頃、A は甲が本件バイクを隠匿したことを聞いて激怒し、強い口調で甲に「8 時半に C 公園に来い。覚悟しておけよ。」と言った。これに対し、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たが、自身も頭に血が上っていたことから、本件包丁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 を待ち構えた。同日午後 8 時 30 分頃、A が C 公園に到着し、甲の姿を見るなり怒鳴り声を上げたのに対し、甲も大声で言い返して挑発したところ、これに逆上した A が上記 A の暴行に及んだ。これに対し、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 に向けて突き出して対抗した（以下、「甲の対抗行為」という。）。

以上の事実関係によれば、甲は、従前から A と激しい口論となっており、高校時代の経験から、自身が A の呼出しに応じて現場に赴けば、A から殴る蹴るなどの暴行を加えられることを十分予期していながら（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）、A の呼出しに応じる必要がなく、自宅にとどまって A との喧嘩闘争を回避することが容易であったにもかかわらず（侵害回避の容易性、侵害場所に出向く必要性）、本件包丁を準備した上（対抗行為の準備の状況）、A から呼び出された場所に出向き、案の定、現場において甲の挑発的態度に逆上した A が甲の顔面を殴打しようと威嚇的行動に出たところ（実際の侵害行為の内容と予期された侵害との異同）、直ちに本件包丁を A に向けて突き出して甲の対抗行為に及んでいる（行為者が侵害に臨んだ状況）。そうすると、甲は、A の暴行を自ら誘発し、A の暴行に対し、本件包丁を用法上の凶器として用いて相手の攻撃の程度を超える反撃に出るつもりで、現に上記甲の対抗行為に及んだのであるから、甲は、A による侵害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ものと認められる（侵害に臨んだ際の意味内容）。

ウ 以上のような先行事情を含めた本件行為全般の状況に照らすと、甲の対抗行為は、本条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、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。

上記のとおり、甲の身体に対する「不正の侵害」が急迫性を欠くものである以上、乙が本件刺突行為に及んだ時点において「急迫不正の侵害」が存在したものと認められない。

(3) 以上より、正当防衛は成立しない。

※ **侵害の予期及び積極的加害意思と急迫性の要件**について、「侵害の急迫性」は、反撃行為を正当化する状況上の前提条件であると理解されており、**参考判例 10**は、「単に予期された侵害を避けなかつたといふにとどまらず、その機会を利用して積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさない」と判示した。このような場合、もはや当該反撃行為に“緊急状況下における防衛行為としての性質（緊急行為性）”を肯定することはできず、「侵害の急迫性」を欠くものと評価されることになる。その後、**参考判例 11**は、侵害の急迫性の要件について、「**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**」との一般論を明確に述べた上で、侵害を予期した上で、「行為者がその機会を利用して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」（参考判例 10 の類型）は、あくまで急迫性が否定される具体的な場面の一つの類型に過ぎないものとして位置付けた。すなわち、参考判例 11 が示した急迫性の 9 個の考慮要素（なお、これらの考慮要素は、冒頭に「事案に応じ」と明示されていることから、常にこれら全てを検討することが必須というわけではなく、事案に応じて考慮ないし重視すべき要素は変わり得るという趣旨であると解される。）に照らして判断した場合、必ずしも積極的加害意思までは認められない事案であっても上記「**対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況**」からすれば侵害の「急迫性」が否定される場合があり得ることになる。本問においても、A による侵害に臨んだ際の甲の意思内容について、必ずしも「積極的加害意思」とまで評価しなくても、急迫性を否定する結論を導くことは可能であろう。なお、本件はいわゆる“緊急救助”（他人のための正当防衛）の事案であるところ、上記急迫性についてはあくまで被侵害者である甲の主観的事情を主として検討することになると解されるが（乙に対する侵害が存在しないことは明らかである。）、A の侵害が甲にとって急迫性を欠く結果、乙の防衛行為の時点において「急迫不正の侵害」が客観的に存在しなかったことを明確に認定する必要がある。

### 3 誤想（過剰）防衛の処理 **参考判例 1 2 - 1 5**

(1) 乙は、本件刺突行為に先行して、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、乙に故意責任を問い得るかについて検討する。

故意責任の本質は、反対動機の形成が可能な程度の犯罪事実の認識があるのに敢えて実行行為に及んだ行為者の直接的な反規範的人格態度に対する責任非難の点にある。

そうすると、急迫不正の侵害があるものと誤認して防衛行為を行った場合に、その防衛行為が相当であったときは、行為者は行為の違法性を基礎付ける事実の認識（責



任故意)を欠くことから、反対動機形成可能な程度の犯罪事実を認識していたものとはいえず、故意責任を認め得ない(誤想防衛)。

しかしながら、その防衛行為が相当性を欠き過剰にわたるものであるときは、過剰防衛について違法性が阻却されない以上(36条2項参照)、行為者に防衛行為の相当性を基礎付ける事実につき錯誤がない限り、行為者は反対動機形成可能な程度の犯罪事実を認識していたものと認められるので、故意責任は阻却されない(誤想過剰防衛)。

- ※ 誤想(過剰)防衛の処理について、平成27年出題趣旨において「違法性阻却事由に関する錯誤の刑法上の位置付けについて、論拠を示して論ずることとなる。具体的には、**故意責任が認められる理由**を示し、**誤想防衛…が故意責任にどのように影響するのかを論ずること**となろう。その上で、**甲の認識していた事態が正当防衛…の要件に該当するかを個別具体的に検討する必要がある**。特に、**甲の行為が過剰性を有する場合、誤想過剰防衛…となることから、甲の行為が、相当性、必要性を有する行為といえるかを、問題文にある具体的な事実を挙げて検討することが求められる**。これらの検討の結果、**過剰性が認められる場合には甲に傷害罪が成立すること**となろう」と示されているところ、この処理手順に従えば、行為者が主観的には正当防衛状況(違法性阻却事由)を認識して行為に及んだ場合に故意責任を問い得るか否かが問題となる。この問題は、更に、①誤信した侵害に対する防衛として、客観的に相当性を有する行為であった場合(誤想防衛)と②誤信した侵害に対する防衛として、客観的に相当性を欠く行為であった場合(誤想過剰防衛)に分けて検討される。①の場合、行為者の認識していた事態に正当防衛が成立するところ、正当防衛が成立する事実、すなわち、違法性阻却事由(の前提事実)を認識していた場合、行為者は、違法性を基礎付ける事実の認識(責任故意)を欠くことから、故意責任を問い得ない(参考判例12ないし14参照)。したがって、故意犯の成立は否定され、侵害について誤信した点についての過失責任が問題となるに過ぎない。これに対して、②の場合、行為者の認識していた事態に正当防衛が成立するのか、それとも過剰防衛が成立するのかが問題となる。具体的には、客観的に「相当性を欠く」との評価を基礎付ける事実(過剰性を基礎付ける事実)を認識していたか否かが問われ、過剰性を基礎付ける事実を行為者が認識していなかったのであれば、行為者の認識していた事態にはやはり正当防衛が成立している(「急迫不正の侵害」に対する「やむを得ずにした行為」を認識している)ことから、①の場合と同じ処理となる。他方、過剰性を基礎付ける事実を認識していた場合、行為者の認識していた事態は正当防衛ではなく過剰防衛ということになる(「防衛の程度を超えた行為」を認識している)。この場合、過剰防衛は違法性が阻却されない違法行為である以上、行為者には違法性を基礎付ける事実の認識(責任故意)に欠けることなく、故意犯の成立が肯定される。もっとも、この場合も主観的には緊急状況下における心理的圧迫状態のもとで行為に及んでいる点で過剰防衛の場合と共通することから、判例は過剰防衛の任意的減免規定(36条2項)を準用して刑の均衡を維持するという解釈論を採用している(参考判例15参照)。

(2) 以下、乙の認識していた事実を基礎とし、本件行為当時乙が置かれていた状況等を考慮して、乙の行為について正当防衛(36条1項)が成立し、違法性が阻却されるか否かについて検討する。

#### ア 急迫不正の侵害

乙は、上記2(2)イの各事実を知らず、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ひ込んでいた。そうすると、乙の認識において、Aへの対抗行為が本条の趣旨に照らし許容されないというべき事情は存在せず、Aの暴行は甲の身体に対する「急迫不正の侵害」に当たる。

#### イ 防衛の意思

乙は、とっさに甲を助けようと考えて本件刺突行為に及んだものであるから、本件刺突行為は「防衛するため」、すなわち、防衛の意思をもって行ったものであると認められる。

#### ウ 防衛行為の相当性 参考判例 16-18

「やむを得ずにした行為」(36条1項)とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己又は他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであって、相当性を有するものであることをいう。防衛行為の相当性について、具体的には、侵害者及び防衛行為者の年齢、体格、攻撃態様(凶器使用の有無)等の具体的事情から侵害及び反撃行為の危険性を衡量したうえで実質的に判断すべきものと解する。

Aの甲に対する不正の侵害は、素手で甲の顔面を殴打しようとするものであり、A及び甲がいずれも20歳代の男性であり、両者の体格に大差はなかったことも考慮すれば、その攻撃力はそれほど強度なものではなかったと認められる。これに対して、本件刺突行為は、刃体の長さ18センチメートルの殺傷力を有するサバイバルナイフを用法上の凶器として用いていることに加え、背後から何の警告もなくAの右上腕部に強く突き刺すという攻撃態様はAの生命の安全に対する危険を多分に含むものであり、現に、Aは加療約3週間を要する右上腕部刺創の重傷を負っていることからしても、本件刺突行為は一步間違えばAの死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったと認められる。そうすると、乙の本件刺突行為は、甲の身体の安全を守るための防衛行為としては、やむを得ない程度を越えたものといわざるを得ず、防衛行為としての相当性を逸脱した過剰なものであったというべきである。

※ 防衛行為の相当性の判断方法について、平成29年採点実感では「防衛行為の相当性を判断するに当たっては、具体的な判断基準を示すことが必要であるが、武器対等の原則を形式的に論じるだけでは足りず、本問では、乙がAの顔面を殴打した時点では、既にAが仰向けに倒れた状態で甲と乙に押さえ付けられていたことや、Aによる攻撃が当初より弱まっていたこと等の事情も考慮して判断する必要があった。」と指摘されている。また、平成23年出題趣旨では「最も問題となるのは相当性の要件であるが、乙が重傷を負ったという結果の重大性だけでなく、振り落としという行為が防衛手段として必要最小限度か否かを吟味する必要があり、甲に利用可能な他の侵害排除手段があったかどうか、振り落とし行為の危険性と比べて、乙はその時点で既にナイフを持っておらず素手だったことなどの具体的事情を考慮する必要がある。」と説示されている。判例においても、例えば、参考判例16は、「その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であつても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではない」と述べた上で、防衛行為の危険性が小さいことから相当性を肯定している。また、参考判例17は、防衛行為に及んだ時点で、侵害行為について「その攻撃力はかなり減弱していた」という点を指摘し、他方で、防衛行為が「一步間違えば同人の死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったこと」を理由に相当性を否定している。同様に、参考判例18においても、侵害行為と防衛行為の危険性の均衡を検討し、被告人の行為が「侵害の程度と著しく均衡を失し、度を越したもの」であったと認定して相当性を否定している。以上のような出題趣旨等及び判例の傾向からすれば、相当性の認定において最も基本かつ重要なメルクマールは、「行為の危険性」であると指摘できる。本問においても、Aの侵害行為と乙の防衛行為の危険性の比較検討（いわゆる「武器対等の原則」の実質的判断）を行った上で防衛行為の相当性を判断することが求められる。

エ 以上より、乙の認識していた事情を基礎とし、本件刺突行為時点で乙が置かれていた状況等を考慮しても、乙の認識上、本件刺突行為に正当防衛が成立するとは認められず、乙は、防衛行為が過剰であることを基礎付ける事実の認識に欠けるところはないから、傷害罪の故意責任は阻却されない。

### (3) 36条2項準用の可否

過剰防衛（36条2項）について刑の任意的減免が認められる根拠は、緊急状況下の行為における行為者の心理的圧迫状態を理由として責任非難の減少が認められる点に求められることからすれば、上記のような誤想過剰防衛の場合であっても、行為者の主観面においてなお過剰防衛と共通することから、36条2項の規定に準拠して、刑の軽減をなし得るものと解するのが相当である。ただし、通常の誤想防衛の場合には過失責任を問い得ることとの均衡を考慮し、刑の免除まで認めることは相当ではなく、また、少なくとも過失犯より軽い刑に減輕することは認められないと解する。

4 以上より、乙には、Aに対する傷害罪が成立し、36条2項により上述した限度で刑の任意的減輕が認められる。

## 第2 Dに対する窃盗罪（235条）の成否

### 1 窃盗罪の当否

#### (1) 窃取

本件原付は、飲食物の宅配業務に従事していたDが付近のマンションに立ち入っている間、道路脇にエンジンを掛けたままで一時的に停めていたに過ぎず、未だDの排他的な支配内に置かれていたものであるから、Dの占有が及んでいたと認められるところ、乙がDに無断で本件原付を発進させた上、運転してその場を立ち去った行為（以下、「本件乗り去り行為」という。）は、Dの意思に反して本件原付の占有を侵害したものであり、「窃取」に当たる。

#### (2) 故意及び不法領得の意思 参考判例19・20

乙は、上記事実の認識、認容に欠けるところはない。

また、本罪の成立に必要な不法領得の意思とは、権利者を排除し他人の物をその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思をいうところ、永久的にその物の経済的利益を保持する意思であることを要しない。乙は、本件原付を安全な場所までの移動手段として利用した上で乗り捨てる意思で本件原付の占有を侵奪した以上、一時的にも本件原付の権利者を排除し終局的に自ら本件原付に対する完全な支配を取得して所有者と同様にその効用を享受する意思があったものというべきであるから、不法領得の意思が認められる。

※ 一時使用（使用窃盗）について、権利者排除意思の欠如を根拠として可罰性を限定すべきか否かは、返還意思の有無、使用期間の長短、使用に伴う価値の費消等を考慮して判断される（参考判例19参照）。もっとも、一時使用であっても**乗り捨て意思**である場合は、一時的にでも財物を利用した上で完全に権利者を排除している以上、不法領得意思を否定することは困難というべきであり（参考判例20参照）、権利者排除意思が否定され得るのは少なくとも行為者が**返還意思**を有しているような場合に限定されると理解すべきであろう。

2 Dは乙に対して何らの「不正の侵害」に及んでおらず、本件乗り去り行為にDとの関係において正当防衛（36条1項）が成立する余地はない。

### 3 緊急避難（37条1項本文）の成否

#### (1) 自招危険について 参考判例 22・23

ア 本条により緊急避難が不可罰とされる根拠は、法益に対する危険が切迫しており、国家による保護を求めることができない緊急状態にあるときに、不正の侵害者ではない第三者の法益を犠牲にして避難行為を行うことも、一定の厳格な要件のもとでは社会的に相当な行為であるとして是認されるべきである点に求められる。そうだとすれば、行為者が有責行為によって自ら危険を招いたものであり、社会通念に照らしやむを得ないものとしてその避難行為を是認することができない場合、当該行為は何らかの避難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、緊急避難は成立しないと解すべきである。

イ たしかに、Aは乙に刺されたことを認識したことで乙に対する加害意思を生じており、後述するAの追跡による乙の身体に対する危険（以下、「本件危険」という。）は、乙の有責行為が契機となって生じたものといえる。しかしながら、Aが乙を蹴り付け、乙が本件ナイフをその場に落とした後、すぐさま乙は走ってその場から逃げ出したところ、これを見たAは、乙を捕まえて痛み付けようと考え、「待て。この野郎。」と叫びながら、走って乙を追い掛けていることからすれば、Aは自らの意思で乙へ危害を加えようと積極的かつ執拗に乙の追跡に及んでいるのであり、本件危険は、少なくとも乙がその場から逃げ出した時点以降については乙が自ら招いたものとまではいえない。したがって、本件乗り去り行為が避難行為として社会通念上是認できないものであるとはいえ、何らかの避難行為に出ることが正当とされる状況における行為でないとは認められない。

※ **自招危険**について、自ら危険を招く行為をした者は当該危険に対して緊急避難を行うことが許されるかという問題につき、かつては全面否定説や全面肯定説も主張されたが、現在の学説の大勢は、自招危険も一定の場合には緊急避難が許されるとする部分的肯定説の立場にある。下級審裁判例においては、「行為者が自己の故意又は過失により自ら招いた危険を回避するための行為は、緊急避難行為には当たらないと解すべき」と判示したものがあつたもの（**参考判例 22**）、判例の立場は必ずしも全面否定説に依拠するものではなく、故意に危険を招いた場合は概ね緊急避難の成立を否定する傾向にあるが、過失により危険を招いた場合については、なお緊急避難が成立する余地を認めているとの指摘がある。

例えば、参考判例 23 は、過失による自招危難の事案について、“有責行為により自ら招いたもので、社会通念に照らし、やむを得ないものとして是認することができない場合”といえるか否かという基準を示している。もっとも、かかる基準が緊急避難（37条1項本文）のいかなる要件との関係で検討されるべき問題であるのかはなお判然としない。この点、自招侵害の問題に関して、参考判例 24 は、防衛行為者が侵害者の攻撃を自招したという客観的事実から「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」と評価できるか否かを検討し、これが否定されるとおよそ正当防衛又は過剰防衛が成立しなくなる、という法理を展開したものと理解されている。自招危難の問題をこれと同様に理解するのであれば、自招危難の事案では緊急避難の個別の要件認定に先立つ前提問題として、「何らかの避難行為に出ることが正当とされる状況における行為」と評価できるか否かを検討する、という枠組みとなろう。これに対して、違法性阻却を否定するのであればあくまで法定の要件認定に位置付けて検討されるべきであるとの理解から、自招侵害の場合には一定の要件の下で侵害の「急迫」性（「急迫不正の侵害」）を否定すべきとする見解もある。実際、以前の下級審裁判例では「侵害の自招・誘発」という固有の枠組みではなく、「急迫」性要件によって正当防衛の成否を検討するものが多く、例えば、参考判例 25 は、侵害の自招性という事情を、侵害の「急迫」性の要件に明示的に位置付けて検討している。自招危難についてもこれと同様に考えるのであれば、危難の「現在」性（現在の危難）の要件認定の問題として検討する、という枠組みとなろう。

(2) 以下、本件乗り去り行為について緊急避難の要件を充足するか否かを検討する。

ア 「現在の危難」とは、法益に対する侵害又はその危険のある状態が現に存在しているか、又は間近に押し迫っていることをいうところ、本件乗り去り行為に先行して、Aが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ていることから、乙の身体に対する「現在の危難」が認められる。

イ 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つかれて暴力を振るわれてしまうと思っていたところ、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ようとして本件乗り去り行為に及んだものであるから、本件乗り去り行為は「避けるため」、すなわち、避難の意思をもって行ったものであると認められる。

ウ 本条の「やむを得ずにした行為」とは、危難を避けるために当該避難行為を行う以外には他に方法がなかったこと（補充性）を意味するところ、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ことから、本件乗り去り行為は「やむを得ずにした行為」と認められる。

エ 乙の身体の安全を保護するためにDの財産というより価値の小さい法益を害することは法益の権衡を欠くものではなく、「生じた害が避けようとした害の程度を越えなかった場合」と認められる。

(3) 以上より，本件乗り去り行為に緊急避難が成立する。

4 以上より，本罪は成立しない。

以 上

## <参考判例>

### 1【大判大 8.11.19（盗品（売却代金）の横領①）・否定例】

「甲カ窃盗犯人 X ノ委託ニヨリ赃物ヲ他人ニ売却シ其代金ヲ領得シタルトキハ該委託契約ハ民法第九十条ノ規定アルカ為メ当然無効ニ帰スヘキ結果右契約ニ基ク代理関係カ直接ナルト間接ナルトヲ問ハス委託者 X ニ於テハ該代金ノ上ニ所有権ヲ獲得ス可キ謂ハレナキカ故ニ被告ノ行為ハ右 X ニ対スル関係ニ於テ横領罪ヲ構成スルモノニ非ス」

### 2【大判大 11.7.12（盗品（売却代金）の横領②）・否定例】

「被告甲は被告 X の委託により他人が窃取したるの情を知悉し同人より判示自転車の委託を受け之を保管中不法に自己に領得したりと云ふに在るも被告 X は勿論右自転車の所有者に非ざるのみならず不法原因の為給付を為したるものにして之か返還の請求其の他何等の権利行使を為すことを得ざるものなれば判示被告甲の行為が被告 X に対する関係に於て横領罪を構成するものに非ず。又所有者との関係に付て之を按ずるに元来赃物に関する罪は他人の不法に領得したる物を運搬寄贈牙保故買又は收受するに因りて成立するものにして何れの場合に於ても赃物の占有を不法に取得し以て所有者の物に対する追求権の実行を困難ならしむるを本質とす。而して既に赃物を運搬寄贈又は牙保して所有者の追求権を侵害する以上は初めより赃物を故買又は收受して該追求権を侵害すると毫も選ぶ所なければ其の者か後自ら之を領得することあるも之を以て所有権に対する新なる侵害行為なりとし赃物罪の外更に横領罪の成立を認むべきものに非ず。」

### 3【大判昭 13.9.1（盗品（売却代金）の横領③）・肯定例】

「他人の物を占有するに於ては物の給付者か民法上其の返還を請求し得るや否は横領罪の成否に消長を及ぼさざるか故に赃物の運搬を委託したる窃盗犯人は受託者に対し其の返還を請求し得べきものなるや否を論ずる迄もなく窃盗犯人より其の赃物たることを知らずして運搬の委託を受け該物件を占有したる被告人甲は刑法第 252 條第 1 項に所謂他人の所有物を占有する者に外ならず。而して右の場合に於ても右被告人の占有は運搬の委託を受けたるときに始まるは勿論にして…被告人が其の赃物たることを知りたる後に於ても之を不正に領得するときは刑法第 252 條第 1 項所定の横領罪を構成すべく同法第 254 條に所謂占有を離れたる他人の物を横領したる罪に問擬するは当らず…。」

### 4【最判昭 36.10.10（盗品（売却代金）の横領④）・肯定例】

「大審院及び当裁判所の判例とする所によれば、刑法二五二条一項の横領罪の目的物は、単に犯人の占有する他人の物であることを以つて足るのであつて、その物の給付者において、民法上犯人に対しその返還を請求し得べきものであることを要件としない…。したがつて、所論金員は、窃盗犯人たる第一審相被告人 X において、牙保者たる被告人に対しその返還を請求し得ないとしても、被告人が自己以外の者のためにこれを占有して居るのであるから、その占有中これを着服した以上、横領の罪責を免れ得ない。」

### 5【最決昭 61.7.18 補足意見（刑法上の所有権の帰属）】

「物に対する所有権の帰属は、いうまでもなく民事実体法によつて決せられる。建造物損壊罪の構成要件のように、「他人ノ」建造物が行為の客体となつて居るときは、原則として、その物が民事実体法上、他人の所有に属するものと解されなければならない。…しかしながら、このことは、民事法上他人の所有に属するとする解釈・判断が常に、そのまま刑法の構成要件に含まれる「他人ノ」物の解釈に妥当すること、及び、民事法上他人の所有に属しないと判断されるときは、刑法上も、その物は常に他人の所有に属さないものと解されなければならないということを意味するものではない。けだし、民事法は、その物の所有権が誰に属するかを最終的に決することによつて財産関係の法秩序の安定を図ることを目的とするのに反し、刑法は、その場合、その物に対する現実の所有関係を保護することによつて既に存在している財産関係の法秩序の破壊を防止することを目的とすると考えられるからである。いいかえれば、民事法にあつては、窮極的な所有権の帰属を確定することがその使命とされるが、刑事法にあつては、社会生活上、特定の人の所有に属すると信じて疑われない客観的な状況のもとで或る物に対する現実の所有関係が存在し、かつ、その民事法上の所有権を否定すべき明白な事由がないときは、その現実の所有関係を実力による侵害から保護し、法秩序の破壊を防止することをその使命とするということが出来る。このことは、同時に、



民事裁判と刑事裁判のあり方にも反映することとなる。つまり、民事裁判では、所有権の窮極的な帰属を判断決定することが求められるから、これに関連をもつあらゆる主張、抗弁、立証を許容し審理すべきこととなるが、刑事裁判では、犯罪の構成要件要素とされている物に対する所有権の帰属については、当該犯罪の構成要件の予定する法益の侵害があるかどうかという観点からその現実の所有関係について審理判断すれば足り、窮極的な所有権の帰属を確定する必要はないということができよう。

刑法二六〇条の建造物損壊罪の保護法益は、当該建造物に対する所有権にあると解されるが、現に社会一般の観念においてその所有関係の存在について疑いが抱かれず、かつ、民事法上も所有権の存在を否定すべき明白な事由が認められないときは、そのような客観的な所有関係のもとに安定している社会生活上の経済的法秩序を維持することが、民事法上の所有権の保護にも通ずるというべきであり、このような場合、民事裁判において将来、窮極的にその所有権が否定されるかどうかにかかわらず、建造物損壊罪の成立を認めるべきことは、同罪の保護法益の面からも十分に説明できるのである。

#### 6【大判大 4.5.21（奪取罪における不法領得の意思）】

「竊盜罪ハ不法ニ領得スル意思ヲ以テ他人ノ事實上ノ支配ヲ侵シ他人ノ所有物ヲ自己ノ支配内ニ移ス行爲ナレハ（大正三年六月十日宣告同年（れ）第一一〇六號事件ノ判決参照）本罪ノ成立ニ必要ナル故意アリトスルニハ法定ノ犯罪構成要件タル事實ニ付キ認識アルヲ以テ足レトセス不法ニ物ヲ自己ニ領得スル意思アルコトヲ要ス而シテ所謂領得ノ意思トハ權利者ヲ排除シテ他人ノ物ヲ自己ノ所有物トシテ其經濟的用途ニ從ヒ之ヲ利用若クハ處分スルノ意思ニ外ナラサレハ單タ物ヲ毀壞又ハ隱匿スル意思ヲ以テ他人ノ支配内ニ存スル物ヲ奪取スル行爲ハ領得ノ意思ニ出テサルヲ以テ竊盜罪ヲ構成セサルヤ疑ヲ容レス」

#### 7【最決平 16.11.30（毀棄・隱匿目的と奪取罪）】

「他方、本件において、被告人は、前記のとおり、郵便配達員から正規の受送達者を装って債務者あての支払督促正本等を受領することにより、送達が適式にされたものとして支払督促の効力を生じさせ、債務者から督促異議申立ての機会を奪ったまま支払督促の効力を確定させて、債務名義を取得して債務者の財産を差し押さえようとしたものであって、受領した支払督促正本等はそのまま廃棄する意図であった。このように、郵便配達員を欺いて交付を受けた支払督促正本等について、廃棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった場合には、支払督促正本等に対する不法領得の意思を認めることはできないというべきであり、このことは、郵便配達員からの受領行為を財産的利得を得るための手段の一つとして行ったときであっても異ならないと解するのが相当である。そうすると、被告人に不法領得の意思が認められるとして詐欺罪の成立を認めた原判決は、法令の解釈適用を誤ったものといわざるを得ない。」

#### 8【最判昭 24.3.8（横領罪における不法領得の意思）】

「横領罪の成立に必要な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志をいうのであつて、必ずしも占有者が自己の利益取得を意図することを必要とするものではなく、又占有者において不法に処分したものを後日に補填する意志が行為当時にあつたからとて横領罪の成立を妨げるものでもない。」

#### 9【大判大 2.12.16（毀棄・隱匿目的と横領罪）】

「横領罪ハ自己ノ占有内ニ在ル他人ノ物ニ對シテ自己領得ノ意思實行アルニ由リテ成立スルヲ以テ苟モ同罪ノ目的タル物ノ所有者ヲシテ其經濟的利益ヲ喪失セシメ因リテ自己ニ其經濟的利益ヲ收得スル如キ行爲アレハ自己領得ノ意思實行アリタルモノト謂フヘク横領罪ヲ以テ該行爲ヲ論スルハ相當ナリ原判決ノ認定セル事實ニ據レハ被告X等ハ共謀シテXノ市助役トシテ保管セル公文書ヲ相被告安ヲシテ市役所以外ニ帶出シテ之ヲ隱匿セシメタル者ニシテ右隱匿ノ行爲ハ所有者タル市ヲシテ其公文書ヲ保存使用スルノ利益ヲ喪失セシメ被告等ニ於テ自由ニ之ヲ處分シ得ヘキ状態ニ措キタルモノ即チ自己領得ノ意思ヲ外形ニ表示シタルモノニ外ナラサレハ其行爲ノ終局ノ目的如何ヲ問ハズ被告等ノ行爲ヲ以テ横領罪ニ問擬シタル原判決ハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ」

## 10【最決昭 52.7.21（侵害の予期及び積極的加害意図）】

「刑法三六条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことからただちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない。しかし、同条が侵害の急迫性を要件としている趣旨から考えて、単に予期された侵害を避けなかつたというにとどまらず、その機会を利用し積極的に相手に対して加害行為をする意思で侵害に臨んだときは、もはや侵害の急迫性の要件を充たさないものと解するのが相当である。」

## 11【最決平 29.4.26（急迫性の考慮要素）】

「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（最高裁昭和45年（あ）第2563号同46年11月16日第三小法廷判決・刑集25巻8号996頁参照）、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（最高裁昭和51年（あ）第671号同52年7月21日第一小法廷決定・刑集31巻4号747頁参照）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。

前記1の事実関係によれば、被告人は、Aの呼出しに応じて現場に赴けば、Aから凶器を用いるなどした暴行を加えられることを十分予期していながら、Aの呼出しに応じる必要がなく、自宅にとどまって警察の援助を受けることが容易であったにもかかわらず、包丁を準備した上、Aの待つ場所に出向き、Aがハンマーで攻撃してくるや、包丁を示すなどの威嚇的行動を取ることもしないままAに近づき、Aの左側胸部を強く刺突したものと認められる。このような先行事情を含めた本件行為全般の状況に照らすと、被告人の本件行為は、刑法36条の趣旨に照らし許容されるものとは認められず、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。」

## 12【大判昭 8.6.29（誤想防衛①）】

「犯罪ノ成立ヲ阻却スヘキ客観的事由存在セサルニ拘ラス犯人カスカル事由ノ存在スルモノト誤信シタル場合ニ於テハ犯意アルモノト為スヲ得ス」

## 13【広島高判昭 35.6.9（誤想防衛②）「急迫不正の侵害」の存在の誤信】

「被告人の本件行為は被害者Vが右手を同人のオーバーのポケットに突込んだことにより、同人の凶暴な性格と、その直前における前記の如き言動と合わせ、同人が被告人に対し凶器を以て攻撃し来るものと、急迫の事態を錯覚し、自己の生命身体の危険を防ぐため、やむなく原判示の如き傷害に及んだものであつて、換言せば、正当防衛の成立に必要な客観的条件たる急迫不正の侵害がないのに、これが存するものと誤信して権利を防衛する意思を以てした行為、すなわち講学上いわゆる誤想防衛行為と解すべきであつて、しかも被告人の右錯誤については記録上これが同人の責に帰すべき過失によるものとは認められないから、被告人の本件行為は、錯誤により犯罪の消極的構成要件事実即ち正当防衛を認識したもので故意の内容たる犯罪事実の認識を欠ぐことになり従つて犯意の成立が阻却されるから犯罪は成立しないものと云わざるを得ない。

## 14【大阪地判平 23.7.22（誤想防衛③）「相当性（防衛行為の過剰性を基礎付ける事実）」の誤信】

「4 正当防衛ないし誤想防衛が成立するか

被告人は、Aが使っていたコップを床にたたきつけて割るとともに、水差しを床にたたきつけ、Aの携帯電話を二つに折って投げ捨てており（以下、これら被告人の一連の行為を「本件先行行為」という。）、

これがAの怒りを一定程度誘発するべき違法行為であったことは否定できない。しかし、Aはこれに対して、被告人に上記のような暴行を加えているのであり、物を壊す行為と人を傷つける行為とを比較すれば、Aの行為は、被告人による物を壊す行為の違法性の程度を大きく超えているといえる。

また、本件先行行為は、上記のとおり、Aの怒りを誘発し得るものであったが、被告人とAが七、八年間、殴り合いの喧嘩をしておらず、その間、被告人とAとの間で暴力が振るわれたという事実は認められないことからすると、被告人にとって、Aが本件先行行為に応じて、被告人の歯が折れるほどの暴力を振るうなどということは、予想外の出来事であったと考えるのが自然であり、被告人が、Aの攻撃を予期していたという事実は認められない。さらに、既に述べたように、被告人はAの首を締めることを認識していたとは認め難いこと、被告人の検察官調書（乙1号証）によれば、本件事件以前に被告人とAが殴り合いのけんかをした際、被告人はAに力では到底かなわないことを認識していた事实在認められ、そのような状況において、被告人が素手で、Aに対して積極的に攻撃を加えようと思いつとは考え難いこと、被告人とAは普段は仲が悪いわけでは決してなかったことなどからすると、被告人が本件事件当時、Aに対して積極的に危害を加える意思を有していたとは認められない。

そして、被告人がAに対する怒りもあるものの、自己の身を守ろうという意思を抱いて行動していたことは明らかであり、もっぱらAに危害を加える意思であったとは到底認められない。

以上によれば、本件事件当時、被告人は、急迫不正の侵害に当たるAの攻撃に対して反撃が正当化される状況の下、防衛のために公訴事実記載の行為に及んだものといえる。

もつとも、人の急所である首を締めるという行為は、人の生命を侵害する重大な危険を含む行為であるから、Aの攻撃に対する防衛行為としては許容範囲を超え、相当性に欠けるものであった。

しかし、本件では、上記のとおり、被告人にAの首を締めているという認識があったと認定することはできず、被告人はAの首の辺りを腕で押さえ込み、Aの動きを封じようとする認識にとどまっていたという前提で判断せざるを得ない。そして、このような被告人の認識していた事実を基礎とし、本件事件当時被告人が置かれていた状況等を考慮すれば、被告人の認識上、被告人がAに対してした行為は、Aの攻撃から身を守る防衛行為として許容範囲を超えておらず、相当性を有するものと認められる。そうすると、被告人は、防衛のため相当な行為をするつもりで誤ってその限度を超えたものであり、防衛行為が過剰であることを基礎づける事実の認識に欠けていたのであるから、被告人の行為は誤想防衛に当たり、被告人に対し、Aに対する傷害致死罪の故意責任を問うことはできない。

## 5 結論

以上のとおり、被告人の本件行為は、防衛行為としての過剰性を基礎づける事実の認識を欠くものであり、誤想防衛として罪にならないものであるから、刑事訴訟法336条により、被告人に対し無罪の言渡しをする。」

## 15【最判昭 62.3.26（誤想過剰防衛）】

右事実関係のもとにおいて、本件回し蹴り行為は、被告人が誤信したVによる急迫不正の侵害に対する防衛手段として相当性を逸脱していることが明らかであるとし、被告人の所為について傷害致死罪が成立し、いわゆる誤想過剰防衛に当たるとして刑法三六条二項により刑を減輕した原判断は、正当である（最高裁昭和四〇年（あ）第一九九八号同四一年七月七日第二小法廷決定・刑集二〇巻六号五五四頁参照。）

### 【(原審) 東京高判昭 59.11.22】

「本件においては急迫不正の侵害が存在したものはいえないけれども、右の如く急迫不正の侵害があるものと誤認して防衛行為を行った場合に、右防衛行為が相当であったときは、いわゆる誤想防衛として事実の錯誤により故意が阻却され、犯罪は成立しないものと解するのが相当である。しかし、防衛行為が相当性を欠き、過剰にわたるものであるときは、少なくとも後記のように防衛行為の相当性を基礎づける事実につき錯誤の存しない本件の如き場合においては、事実の錯誤として故意の阻却は認められないものと解するのが相当である。ただこの場合においては正当防衛との均衡上、過剰防衛に関する刑法三六条二項の規定に準拠して、刑の軽減又は免除をなし得るものと解するのが相当である（最高裁昭和四一年七月七日第二小法廷決定・刑集二〇巻六号五五四頁参照。）」

#### 16【最判昭 44.12.4（「やむを得ずにした行為」）防衛行為の相当性①】

「刑法三六条一項にいう「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味するのであつて、反撃行為が右の限度を超えず、したがつて侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であつても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではないと解すべきである。本件で被告人が右Vの侵害に対し自己の身体を防衛するためとつた行動は、痛さのあまりこれをふりほどこうとして、素手でVの胸の辺を一回強く突いただけであり、被告人のこの動作によつて、被告人の指をつかんでいた手をふりほどかれたVが仰向けに倒れたところに、たまたま運悪く自動車の車体があつたため、Vは思いがけぬ判示傷害を蒙つたというのである。してみれば、被告人の右行為が正当防衛行為にあたるか否かは被告人の右行為がVの侵害に対する防衛手段として前示限度を超えたか否かを審究すべきであるのに、たまたま生じた右傷害の結果にとらわれ、たやすく被告人の本件行為をもつて、そのよつて生じた傷害の結果の大きさにかんがみ防衛の程度を超えたいいわゆる過剰防衛であるとした原判決は、法令の解釈適用をあやまつた結果、審理不尽の違法があるものというべく、右違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであり、かつ、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。」

#### 17【最判平 9.6.16（「やむを得ずにした行為」）防衛行為の相当性②】

「以上によれば、被告人がVに対しその片足を持ち上げて地上に転落させる行為に及んだ当時、同人の急迫不正の侵害及び被告人の防衛の意思はいずれも存していたと認めるのが相当である。また、被告人がもみ合いの最中にVの頭部を鉄パイプで一回殴打した行為についても、急迫不正の侵害及び防衛の意思の存在が認められることは明らかである。しかしながら、Vの被告人に対する不正の侵害は、鉄パイプでその頭部を一回殴打した上、引き続きそれで殴り掛かろうとしたというものであり、同人が手すりに上半身を乗り出した時点では、その攻撃力はかなり減弱していたといわなければならない。他方、被告人の同人に対する暴行のうち、その片足を持ち上げて約四メートル下のコンクリート道路上に転落させた行為は、一歩間違えば同人の死亡の結果すら発生しかねない危険なものであったことに照らすと、鉄パイプで同人の頭部を一回殴打した行為を含む被告人の一連の暴行は、全体として防衛のためにやむを得ない程度を超えたものであったといわざるを得ない。

そうすると、被告人の暴行は、Vによる急迫不正の侵害に対し自己の生命、身体を防衛するためその防衛の程度を超えてされた過剰防衛に当たるというべきであるから、右暴行について過剰防衛の成立を否定した原判決及びその是認する第一審判決は、いずれも事実を誤認し、刑法三六条の解釈適用を誤つたものといわなければならない。」

#### 18【京都地判平 15.12.5（「やむを得ずにした行為」）防衛行為の相当性③】

「次に、本件の運転行為が正当防衛である旨の弁護人の主張について検討する。

(1) 本件運転行為に至るまでのBらの言動の経過等については、…などの各事実が認められる。

(2) Bが、執拗にもA運転車両で被告人車両を追尾し、これを無理矢理停止させた上、Aと共に車を降りて、「こいつや、こいつや」などと言いながら被告人車両に近づき、その後、現場から走り去ろうとする被告人車両の進行を頑なに妨げるなどした一連の行為は、それに先だつて車道上に寝ていたところを被告人に注意され、更に後続車両の運転者らに因縁をつけるなどしていたところを咎められ、殴られるなどしたことへの報復を意図した行動であることは、客観的にも明らかであったというべきであり、被告人が、身の危険を感じた旨述べているのは、まことに無理からぬところである。Bらが、被告人車両に近づく際、棒切れの様な物を持っていたか否かについては、Bらの供述と被告人の供述とが齟齬しており、この点、これを持っていたとする被告人の供述が、にわかには信用し難いものであることは既に述べたとおりであるけれども、このとき、Bらが素手の状態であったことを前提としても、Bは、Aの加勢を得て終始2人で行動しており、被告人車両に追いついて、これを停止させる際の強引なやり方や、その後のBの挑発的な言動等にも照らせば、Bらが、被告人に対する暴行等何らかの報復行為に及ぶ危険性は、既に相当程度顕在化した状況にあったというべきであり、客観主観の両面において、被告人の身にはそれ相応の危険が迫っていたものと認めるのが相当である。

そして、被告人車両が、ボンネット上にBを乗せたまま走行を開始して以降も、その後方から、終始、A運転車両に追尾されていたのであるから、被告人が、仮に途中で停車すれば、BおよびAから暴行を受けるなどの恐れも、なお十分に継続していたものと認められる。

そうすると、被告人が本件の運転行為を開始するまでのBの一連の行動は、被告人に対する急迫不正の侵害に当たると認めるのが相当であり、被告人の本件運転行為は、それから逃れるため、自己の身体等の安全を守ろうとの意図に出た防衛行為にほかならないというべきである。

…（中略）…

（3）しかしながら、上記急迫不正の侵害は、Bらが、被告人に対し暴行を加えるなどして一定の報復行為に及ぶことをその内容とするものであると認められるのに対し、被告人は、これから逃れるため、Bをボンネット上に乗せたまま本件運転行為を開始し、同人の身の安全を全く省みることなく、むしろ、振り落とすべく、高速で蛇行運転し、急ブレーキをかけるなどしていたものであるところ、このような運転態様が、Bの生命の安全に対する危険を多分に含むものであることは既に述べたとおりであって、かかる被告人の運転行為が、Bから受ける可能性のあった侵害の程度と著しく均衡を失し、度を越したものであることは明らかである。また、被告人としては、より低速で走行し、車道にBが転落することがないように、急ブレーキや蛇行運転を控え、より安全な場所に走行して他人に助けを求めるなど、Bの生命身体等の安全にいささかでも配慮した行動が可能であったと認められることなどにも照らせば、被告人の本件運転行為は、自己の身体等の安全を守るための防衛行為としては、やむを得ない程度を越えたものであったといわざるを得ない。

（4）そうすると、被告人の本件運転行為は、Bによる急迫不正の侵害に対する防衛行為であったと認められるものの、それは防衛行為としての相当性を逸脱した過剰なものであったというべきである。

したがって、被告人の本件運転行為に正当防衛は成立せず、刑法36条2項にいう「防衛の程度を越えた行為」としていわゆる過剰防衛に該当するものと認めるのが相当である。」

### 19【最判昭 55.10.30（一時使用（返還意思）と不法領得の意思）】

「原判決及びその是認する第一審判決によれば、被告人は、深夜、広島市内の給油所の駐車場から、他人所有の普通乗用自動車（時価約二五〇万円相当）を、数時間にわたって完全に自己の支配下に置く意図のもとに、所有者に無断で乗り出し、その後四時間余りの間、同市内を乗り廻していたというのであるから、たとえ、使用後に、これを元の場所に戻しておくつもりであったとしても、被告人には右自動車に対する不正領得の意思があつたというべきである。

### 20【最判昭 26.7.13（一時使用（乗り捨て意思）と不法領得の意思）】

「原判決が本件窃盗の事実として確定したところは、本件強盗傷人の犯行後被告人等は追跡せられ一旦陸に上つて逃走したが、更に陸地から船で逃走しようと企て、判示場所に繫留してあつた判示Vの肥料船一艘に乗り込み岸から約半丁位の海上まで漕ぎ出したというのであるから、右事実自体によつて、たとえ短時間であつても、被告人等が右肥料船に対するVの所持を侵し該船を自己の所持に移したものであることは明白であるばかりでなく、更に挙示の証拠によれば被告人等は右肥料船が対岸に着けば当然その場にこれを乗り捨てる意思であつたことが認められるのである。そもそも、刑法上窃盗罪の成立に必要な不正領得の意思とは、権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思をいうのであって、永久的にその物の経済的利益を保持する意思であることを必要としないのであるから、被告人等が対岸に該船を乗り捨てる意思で前記肥料船に対するVの所持を奪つた以上、一時的にも該船の権利者を排除し終局的に自ら該船に対する完全な支配を取得して所有者と同様の実を挙げることが意図されたと認められるべきである。」

### 22【東京高判昭 45.11.26（自招危難①）】

「行為者が自己の故意又は過失により自ら招いた危難を回避するための行為は、緊急避難行為には当たらないと解すべきところ、本件についてみるに、原判決挙示にかかる証拠によれば、原判決認定のとおり、被告人が降雨のため路面が湿潤して滑走し易い状況であり、前方に横断歩道が設置されていることを知っており、対向車のために横断歩道を渡ろうとしていた歩行者を発見しにくい状態であつたから、横断歩道上を横断中の歩行者のあることを慮り、その直前で一時停止しうるよう予め速度を調節して進行し、か

つ右横断歩道を横断中の歩行者を認めた場合には、同横断歩道の直前で一時停止し、その通過を待つて進行すべき業務上の注意義務があるのに、これを怠り、漫然従前の時速約四五キロメートル（制限速度時速四〇キロメートル）で進行を続けたばかりでなく、同横断歩道を右から左に向けて小走りで横断していた被害者を右斜め前方約三〇メートルの地点に認めたのに、警音器を鳴らして警告したのみで、その直前に至るまで制動措置もとらずに進行を続けた各過失により、自動車を被害者に衝突させて原判示の傷害を与えたものであることを肯認することができる。従つて、所論が主張するように、被告人車輛が急ブレーキをかけた場合には、被告人車輛は滑走して横転、横向き又は歩道上に乗りあげ或いは対向車線に入り、歩道上の歩行者や対向車に与えるという現在の危険があつたとしても、それは、そもそも、被告人が道路交通法第七〇条に明定されている、道路、交通および被告人車輛等の状況に応じ、他人に危害を及ぼさないような速度と方法で運転しなかつたために自ら招いたものと認められる。すなわち、前叙認定の如く、被告人が横断歩道に接近するにあたり、歩道上の歩行者の安全を保護するため、横断歩道直前で一時停止ができるに足る適当な速度の調整を行なわなかつたがためである。されば、所論その余の点について判断するまでもなく、被告人の原判示所為が緊急避難の要件を備えていないと認めた原判決には、所論の如き事実の誤認ないし法令適用の誤りは存しない。右所論は理由がないことに帰する。」

### 23【大判大 13.12.12（自招危険②）】

「刑法第三十七條ニ於テ緊急避難トシテ刑罰ノ責任ヲ科セサル行爲ヲ規定シタルハ公平正義ノ觀念ニ立脚シ他人ノ正當ナル利益ヲ侵害シテ尚自己ノ利益ヲ保ツコトヲ得セシメントスルニ在レハ同條ハ其ノ危険ハ行爲者カ其ノ有責行爲ニ因リ自ラ招キタルモノニシテ社會ノ通念ニ照シ已ムヲ得サルモノトシテ其ノ避難行爲ヲ是認スル能ハサル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノト解スヘキ」

### 24【最決平 20.5.20（自招侵害①）】

「前記の事実関係によれば、被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人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、被告人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、Aの攻撃が被告人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、被告人の本件傷害行為は、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決は、結論において正当である。」

### 25【東京高判昭 60.8.20（自招侵害②）】

「次に、正当防衛ないし過剰防衛の主張について検討すると、正当防衛における急迫性の要件は、相手の不正な侵害に対する本人の対抗行為を正当と評価するために必要とされる行為の状況上の要件であるから、たとえ相手の侵害がその時点で現在し又は切迫しているときでも、行為の状況全体からみて急迫性の存在を否定すべき場合があり、その存否を決するには相手の侵害に先立つ状況をも考慮に入れて判断するのが相当であると考えられる。本件についてこれを見ると、右認定のとおり、B子との喧嘩口論からすでに腹を立てていた被告人が、いきなりEに怒鳴り込まれ、同人から暴言を浴びせられ、金属性のへらで攻撃する仕草をされたため、一層腹を立て興奮したあげく、自ら「上等だ、表へ出る」と挑発的な言辞を申し向けたことから、Eもこれに応じ、互いに興奮して喧嘩口論から現実の喧嘩闘争に発展する状況となり、前記の事態に立ち至ったものである。そうすると、本件は、被告人とEとの間ですでに喧嘩闘争といいうる状況が発生しており、その状況の継続中の行為であつて、しかも、被告人は、自ら「表へ出る」と言つてその闘争の直接のきっかけを作つた者であり、またEが当初空ビールびんを手にしたがこれを取りあげられ、次いで洋傘を持ったことを現認していたのであるから、右洋傘による攻撃を十分予期していたと認められるのであり、しかもその際被告人は、台所の方へ逃げる余裕があつたのに、逃げることなく、「やめろ」ともいわず、かえつて六畳間のタンスの上から右洋傘と比較して格段に危険性の高い丹刃を取り、四畳半に戻つてEを迎え撃つ行動に出たうえ、比較的ゆっくりと向かつてきたEに対し、胸部めがけて一気に丹刃を突き刺したのであつて、被告人は、あえて予期された相手の侵害に対抗する意図で丹刃を準備し、これを用いて機先を制し相手を打倒しようとして右行為に及んだものと認められるのであるから、右の状況全体からみて、正当防衛における急迫性の要件は充たされていなかったと認めるのが相当である。」

## 第2問 [刑事訴訟法]

<分析例>

[設問1]

### 第1 おとり捜査の意義・適法性判断基準 参考判例1

1 おとり捜査とは、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙する捜査をいう。

司法警察員Pらが、Aを介してPを大麻の買い手として甲に紹介させた上、まずは少量の大麻をサンプルとして持参するよう仕向けて甲に大麻密売の意思があることを確認し、その後甲が10キログラムの大麻を持参したところで甲を大麻の営利目的所持の現行犯人として逮捕した一連の捜査はおとり捜査に当たる(以下、「本件おとり捜査」という。)

2 おとり捜査は、強制手段、すなわち個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為に当たらない場合であっても、捜査の公正、司法の廉潔性及び対象者の意思決定の自由等を侵害し又は侵害するおそれがあることから、任意捜査として状況の如何を問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、具体的状況のもとで必要かつ相当と認められる限度において許容されると解すべきである。

具体的には、おとり捜査によることの必要性とおとり捜査の態様の相当性を総合考慮し、少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、197条1項に基づく任意捜査として許容されるものと解する。

※ **おとり捜査の適法性**について、平成22年出題趣旨において、(おとり捜査の)「**適法性**については、**おとり捜査の意義**を定義し、**おとり捜査一般の問題の所在や適法性の判断基準**を示した上で、いわゆる**機会提供型か犯意誘発型か**というだけではなく、**本件で当該捜査手法をとるべき必要性・補充性や働きかけ行為の相当性**を考慮し、設問で与えられた具体的事実を踏まえて、本件における…働きかけが適法であるか否か詳細に検討する必要がある。」と説明されている。なお、**参考判例1**の示す定義によれば、捜査機関による**“働き掛け”**がない場合(例えば、警察官が一般市民の被害者を装って相手方から犯罪被害に遭う機会を待って、相手方が犯罪に出たところでそれを検挙する場合等)は「おとり捜査」には該当しない点に注意を要する(もっとも、本問では設問において本件の捜査活動が「おとり捜査」であることは前提とされているので、おとり捜査該当性について問題とする必要はない。)

## 第2 本件おとり捜査の適法性

### 1 強制処分該当性

(1) 令和3年11月20日、Pは、Aを介して自身を大麻の買い手として甲に紹介させた上、甲に電話をかけ、「大麻を5キロ欲しいが、まずは100グラムをサンプルとして手に入れて、その質を確認したい。」旨述べた。これに対し、甲は、「安全に取引できる場所があるのか不安なので、気が進まない。」旨述べたことから、Pは安全な取引場所として宿泊施設を提案、手配したところ、同月23日、同施設で甲と会い、甲から、乾燥大麻100グラムを譲り受けた上で（以下、「第1取引」という。）、2日後に同じ場所に残りの大麻の授受を行うこととした。

同月24日、甲から「明日の取引は取りやめたい。」旨告げられると、Pは「自分は長年X組と交遊があり、X組との取引も続けてきたので不安を感じる必要はない。」「約束した代金の1.5倍の代金を払う。」等述べて甲の信用を得ようと試みるも、なお渋る態度を示した甲に対して、「同じ単価で10キロをまとめて買ってもよい。現金はすぐに用意できるので心配ない。」等述べた上で具体的な金額を提示した。同月25日、上記施設に乾燥大麻10キログラムを持参した甲に対し、Pは、見せ金として用意していた現金を見せた（以下、「第2取引」という。）。

(2) 本件おとり捜査における上記Pの働き掛けは、電話で甲に大麻の譲受けを申し入れた上で安全な取引場所を用意し、その後取引に消極的な態度を示した甲に対して代金の増額や取引量の増量を提案した上で見せ金として予め現金を用意する等して甲が取引に応じるように仕向けたというものであるところ、第1及び第2取引のいずれにおいても、最終的には甲が自己の意思でPとの取引に応じることとしているのであるから、上記各働き掛けは、およそ個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えたものとは認められない。

したがって、本件おとり捜査は「強制的処分」（197条1項但書）に当たらない。



※ **強制処分該当性**の判断において、仮に捜査機関が相手方の自由意思を制圧するような働き掛けを行った結果、相手方による犯罪の実行が強制されたと評価されるような事態に至れば、もはや「相手方がこれに応じて犯罪の実行に出た」という「おとり捜査」の定義（参考判例1参照）に当たらない、ということになろう（このような場合、そもそも相手方には犯罪実行に向けた自由意思が認められないことから、犯罪の成立自体が否定されるであろう）。そこで、判例の定義する「おとり捜査」に該当するような捜査手法であれば、通常は**任意捜査**として位置付けられた上で、**捜査比例の原則**の適用により適法性が判定されることになる。

## 2 任意捜査の適法性

### (1) おとり捜査によることの必要性

司法警察員は、過去の大麻事件の捜査過程から大麻密売の疑いのある者として甲の存在を把握していたところ、暴力団X組の組員Aから、Aが以前検挙された際に所持していた大麻の入手先が甲であり、その当時、甲は大麻を栽培及び密売していたこと、甲がAに再び大麻を売ろうとして接触を試みている可能性があること等について情報提供があったことから、甲に対する濃厚な嫌疑が生じていた。一方で、本件は、大掛かりな大麻密売という重大薬物事犯であって、一般に、この種薬物の取引は隠密裡に行われることから、その証拠収集には困難を伴うところ、甲は、契約名義の異なる携帯電話を順次使用しており、現に、甲がAにかけてきた電話番号の契約名義人も実在しないことが判明していたのであり、本件では、上記Aからの情報によっても、捜査機関において、甲の身元や所在地等を把握することができず、他の捜査手法によって証拠を収集し、甲を検挙することは極めて困難であったと認められるから、おとり捜査による証拠収集の必要性は強かったと認められる。

また、甲による大掛かりな大麻密売の全容解明につなげるためには、甲を大麻の単純所持（大麻取締法第24条の2第1項）ではなく、営利目的所持（同第2項）で検挙する必要性が特に強かったと認められるところ、甲による自己使用目的である旨等の弁解を排斥するためには甲が大量の大麻を所持している時点で現行犯人逮捕する必要がある。しかしながら、通常、違法薬物の密売にあたって売人が面識のない者を相手に初めから大量の取引に応じるとは考え難いことから、捜査機関としては、上記本件おとり捜査の目的を達成するためには、まずは第1取引により少量の大麻を譲り受けて甲との信

関係性を構築した上で、第2取引により甲が大量の大麻を持参したところを検挙するという段取りで本件おとり捜査を実施する必要があったものと認められる。

## (2) おとり捜査の態様の相当性 参考判例2

他方、上述のとおり、Pが大麻の取引を持ち掛けた当初から甲は消極的な態度を示しており、その後も第2取引の中止を申し出ていたのに対し、Pは取引場所の宿泊施設を手配し、また、第2取引にあたって代金増額や取引量の増量を提案しただけでなく、自身とX組との交遊を仄めかした上でAと口裏を合わせて甲を安心させようと工作するなどしており、これら一連の過程において甲に取引に応じるように仕向けたPの働き掛けは相当程度執拗なものであったといわざるを得ず、本件おとり捜査は、任意捜査の方法として必ずしも妥当であったとはいえない。

しかしながら、Aからの情報提供によれば、そもそも甲は以前にもAに大麻を譲渡した売人であり、今般改めてAに大麻の取引を持ち掛けようとしていた疑いがある人物であったことに加え、Pは第1及び第2取引に応じるよう仕向けるにあたって甲に対して脅迫的な言辞等は一切用いていないことからしても、結局のところ、甲は、高額な取引代金を利得しようとの動機から既に大麻の有償譲渡を企図して買手を求めていたのであり、実際にも自らの意思により第1及び第2取引に応じているのであるから、当初から機会があれば犯罪を行う意思があったというべきである。そうすると、本罪が被害者なき犯罪であって本件おとり捜査による直接の被害ないし法益侵害は生じていないことをも総合して考慮すれば、本件おとり捜査が社会通念上任意捜査として許容される限界を超えたものであったとまでは断じ難い。

また、甲が第1取引に応じて乾燥大麻100グラムを持参した時点では検挙せずに、あえて同人を泳がせた上で第2取引に応じさせた点についても、サンプル交付はその後の大量の大麻取引のための準備行為であり、このような捜査過程は一連のおとり捜査であると認められることに加え、上述のとおり、大掛かりな大麻密売が疑われる本件事案の性質上、その全容解明のためには大麻栽培拠点を発見、特定する必要があったところ、

司法警察員らは第1取引の後に甲を追跡、尾行したものの、途中で見失ってしまい、結局、同拠点の発見には至らなかったという事情を考慮すれば、Pが改めて第2取引に応じるよう甲に働き掛けた上で、甲がより大量の乾燥大麻10キログラムを持参した段階で同人を検挙するという捜査手段を用いたこともやむを得なかったというべきである。

- (3) 以上の事情からすれば、本件おとり捜査は、甲を検挙して同人による大掛かりな大麻密売の全容を解明するという捜査目的を達成するため必要かつ相当な限度において行われたものと認められる。

### 3 結論

以上より、本件おとり捜査は適法である。

- ※ **おとり捜査の相当性**の判断について、かつては「**犯意誘発型**」と「**機会提供型**」を区別し、前者は違法、後者は適法とする見解が有力であった（二分論）。この類型分けは捜査機関による**働き掛けの態様・程度**の違いに着目するものであり、参考判例1の第1審もこのような二分論の判断枠組みを取り入れた判断をしていた。もっとも、働き掛けの態様・程度という考慮要素は、相当性判断の一事情となるものではあるものの、「犯意誘発型」か「機会提供型」かの区別それ自体が唯一の決定的なメルクマールとなるわけではなく、あくまで**捜査比例の原則**による判断である以上、必要性・相当性の双方の事情に着目する必要がある。参考判例1の原審も「いわゆるおとり捜査の適否については、おとり捜査によることの必要性和おとり捜査の態様の相当性を総合して判断すべき」と判示した。その上で、参考判例1は、「少なくとも」、①「直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査」において、②「通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合」に、③「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象」におとり捜査を行うことは任意捜査として許容されると判示している。上記①ないし③の判断要素について、まず、①の“被害者なき犯罪”であるという**犯罪の性質**は、密行性の高い犯罪類型であり、被害者（目撃者）からの供述が得られないという点で摘発が困難であることを示すという意味では、「**必要性**」を基礎付ける事情であり、同時に、おとり捜査によって直接の被害（おとり捜査の結果実行された犯罪による法益侵害）が発生しないという意味では、「**相当性**」を基礎付ける事情でもある。次に、②の**通常の捜査方法による摘発の困難性**は、犯人の摘発にとっておとり捜査が不可欠であるという意味での「**必要性**」を示す事情であるが、ここでは、犯人検挙という一般的な捜査の必要性では足りず、「**補充性**」（他に有効な摘発手段がないこと）まで要求されている。最後に、③の「**機会提供型**」という考慮要素は、上記のとおり**働き掛けの態様・程度**を示すものとして「**相当性**」を基礎付ける事情に位置付けることができる。なお、同判例は、上記①ないし③の判断要素の先頭に「少なくとも」という修飾語を付していることから、この判示は、①ないし③が必須の適法要件であるということまでは論理的に意味していない。論述において同判例を引用する場合も、単に①ないし③を要件として事実を当てはめるというのではなく、①ないし③の各要素がおとり捜査の必要性・相当性をどのように基礎付けるのかを意識して具体的事実を評価することが重要である。
- ※ 本問では捜査機関がまずは甲から少量の大麻をサンプルとして受け取り、その時点では甲を逮捕せずにその後大量の大麻取引を行うように更に甲に働き掛けたという点に本件おとり捜査の特殊性がある。このような2段階取引手法の相当性について、**参考判例2**は、「サンプル交付は、その後の大量の大麻樹脂の売却のための準備行為である」と認められるため、「サンプル大麻所持について現行犯逮捕等しなかったからといって、…本体大麻所持の犯罪行為が誘発されたといった関係にない」と判断し、このような手法による「捜査経過は、一連のおとり捜査であって、…捜査機関に任意捜査として許容される、おとり捜査の範囲を逸脱したものとは解されない」と判示している。

## 〔設問 2〕

### 第1 小問1について

資料1の公訴事実（以下、「公訴事実①」という。）と資料2の罪となるべき事実（以下、「認定事実①」という。）を比較すると、本件非現住建造物等放火罪の実行行為の方法について変動が生じているところ、以下、裁判所が訴因変更手続（312条1項）を経ることなく認定事実①を認定することが許されるか否かについて検討する。

#### 1 訴因変更の要否の判断基準 **参考判例3**

訴因の特定（256条3項）が要求される趣旨は、裁判所に対し審判の対象を画定するとともに、被告人に対し防御の範囲を示すことにあると解される。そうだとすれば、審判対象の画定の見地から、訴因の記載として不可欠な事項について訴因と実質的に異なる認定をする場合は、訴因変更が必要となる。他方、上記の見地からは訴因変更が必要となるとはいえないと解される場合であっても、一般的に被告人の防御にとって重要な事実については、争点の明確化などのため、検察官において訴因に明示するのが望ましいといえることができ、検察官が訴因においてその事実の明示をした場合に判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更が必要となる。もつとも、被告人の防御の具体的状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとって不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる事実を認定することができるものと解する。

※ **訴因変更の要否の判断基準**について、平成24年出題趣旨において、「訴因変更の要否については、かつて、いわゆる**具体的防御説**と**抽象的防御説**を中心に多様な考え方があったところ、近時、**審判対象を画定**するのに必要な事項が変動する場合には、**被告人の防御にとって不利益か否かにかかわらず、訴因変更が必要である**、**審判対象を画定するために必要な事項でなくとも、被告人の防御にとって重要な事項**につき検察官が訴因に明示した場合に、**裁判所がそれと実質的に異なる認定をするには原則として訴因変更を要するが、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとって不利益であるとはいえない場合には、訴因変更をせずに訴因と異なる認定をしてよいとする最高裁判例（最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁）が現れるに至っている**のであるから、**同判例の内容を踏まえた上で説得的に各自の基本的な立場を明らかにし、訴因変更の要否の一般的な基準を定立する必要がある。**」と説明しており、判断基準として**参考判例3**を引用している。

## 2 審判対象の画定の見地 参考判例 4・5

公訴事実①と認定事実①とを対比すると、犯行日時、場所、客体及び結果に実質的な差異がない上、乙が家屋1階12畳間に灯油をまいた上で放火したという範囲では実行行為の内容にも変わりがなく、具体的にどのような手段で放火したかという実行行為の方法が異なるのみである。

上述した訴因の審判対象画定機能からすれば、そもそも訴因の記載は他の犯罪事実と区別し得る程度に記載することをもって足りると解されるところ、非現住建造物等放火罪の訴因としては、実行行為の方法が明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえない。そうすると、訴因において実行行為の方法が明示された場合にそれと異なる認定をすとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえない。

※ **審判対象画定の見地**からの判断（**第1基準**）において、訴因ないし「罪となるべき事実」の特定に不可欠な事項か否か（**明示の程度、概括的記載の可否**）の判断基準が問題となるどころ、訴因の明示の程度に関する**参考判例4**は、「暴行態様、傷害の内容、死因等の表示が概括的なものであるにとどまるが、…できる限り日時、場所、方法等をもって傷害致死の罪となるべき事実を特定して訴因を明示したものと認められるから、訴因の特定に欠けるところはない」と判示し、また、罪となるべき事実の判示の程度に関する**参考判例5**は「構成要件に該当すべき具体的事実を該構成要件に該当するか否かを判定するに足る程度に具体的に明白に…するを以て足る」旨を判示しており、実務上はいわゆる**識別説**に従って運用されている。なお、本件の事案においても、訴因変更の要否という**判決に至る手続の適否**の問題とは別途、**判決の内容の適否**の問題として、裁判所が判決で実行行為の方法につき「何らかの方法で火を放ち」と概括的に判示したことが罪となるべき事実の記載として許されるか否か（**概括的記載の可否**）が問題となり得るが、本問ではこの点については設問で明示的に検討対象から除外されているため、別途検討する必要はない。

## 3 被告人の防御の見地 参考判例6

(1) もっとも、乙が灯油に着火した方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすものであって、一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるから、検察官が訴因においてその実行行為の方法の明示をした以上、判決において訴因と実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要する。

(2) 以下、乙の防御の具体的状況等の審理の経過に照らし、例外的に訴因と異なる実行行為を認定し得る場合であるか否かについて検討する。

本件公判において、検察官は、実行行為の方法を「点火した石油ストーブを倒して火を放」つ行為であると特定して公訴事実①において主張し、これに対して乙は、故意に着火させたことはなく「石油ストーブを見ると、傍らの乾燥大麻が燃えていた。」旨主張していた。公判において、火災科学の専門家の証人尋問が実施され、検察官及び弁護人の尋問を通じて、「人為的に灯油がまかれたと考えるのが自然である。」、「室内に灯油を散布した上で、点火した石油ストーブを倒して灯油に着火させたと考えて矛盾はない。」等の証言がなされた。これに対し、裁判所が、補充尋問において、石油ストーブを倒す方法以外での着火の可能性について質問すると、同証人は、「例えば、可燃物に火をつけて散布された灯油に着火させることも可能と考えられる。」旨証言した。その上で、同証人尋問の終了後、裁判所は、検察官及び弁護人に対し、放火の態様に関して追加の主張、立証の予定があるかを確認したが、いずれもその予定はない旨回答した。そうすると、検察官は、灯油に着火した原因が石油ストーブを倒す方法以外の行為であるとした場合の乙の刑事責任に関する予備的な主張を行っていなかったものの、裁判所としては、そのような行為の具体的可能性について証拠調べにおける発問をし、その結果得られた証言を踏まえて両当事者に対し放火の態様に関して追加の主張、立証の予定を確認する措置を講じたものである。

このような審理の経過に照らせば、石油ストーブを倒す方法以外の行為による放火の可能性の点について当事者に攻撃防御の機会は与えられていたというべきであり、裁判所が、証拠調べの結果、乙が室内に灯油を散布し、その灯油に何らかの方法により着火させたことは認定できるが、乙が石油ストーブを倒して着火させたとまでは認定できないとの心証を得た上で、認定事実①において実行行為の方法について「何らかの方法で火を放ち」と概括的に認定したとしても、放火の態様についての本件審理における攻防の範囲を越えて被告人に不意打ちを与えたものとはいえない。

- 4 以上より、裁判所が認定事実①を認定するに当たって、訴因変更手続を経なかったことが違法であるとはいえない。したがって、本間の判決をすることは許される。

※ 実行行為の方法の変動について、参考判例6は、被告人の防御の見地からの判断（第2基準）において、「ガスに引火、爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすものであって、一般的に被告人の防御にとって重要な事項である」として、検察官が訴因に実行行為の方法を明示した以上、抽象的防御の観点（第2基準Ⅰ：原則）から訴因変更が原則として必要であると判断した。その上で、「検察官は、上記ガスに引火、爆発した原因が同スイッチを作動させた行為以外の行為であるとした場合の被告人の刑事責任に関する予備的な主張は行っておらず、裁判所も、そのような行為の具体的可能性やその場合の被告人の刑事責任の有無、内容に関し、求釈明や証拠調べにおける発問等はしていなかった」という事情を指摘して、「このような審理の経過に照らせば、原判決が、…「何らかの方法により」引火、爆発させたと認定したことは、引火、爆発させた行為についての本件審理における攻防の範囲を越えて無限定な認定をした点において被告人に不意打ちを与えるものといわざるを得ない。」と結論付けている。すなわち、同判例は、公判において検察官の主張する実行行為を被告人が否認して争っていた反面、検察官の主張する実行行為以外の方法による引火、爆発の可能性については何ら争点となっていなかったという具体的な審理経過を踏まえて、具体的防御の観点（第2基準Ⅱ：例外）から訴因変更が例外的に不要とされる場合に当たらないと判断したものである。もっとも、同判例と本問の事案とでは審理経過が異なっていることから、検察官の主張する方法以外の方法による放火の可能性について被告人に防御の機会がどの程度保障されていたかについて、本件公判の審理経過に照らして具体的に検討する必要がある。

## 第2 小問2について

裁判所は、資料3の公訴事実（以下、「公訴事実②」という。）のとおり的事实を罪となるべき事実として認定したものであるが、事実認定の理由として、証拠調べにより得た心証に基づき、「共謀が成立したのは令和3年11月2日である」旨説示しており、共謀の成立時期について検察官の主張と異なる事実を認定している（以下、「認定事実②」という。）。以下、裁判所が何らの措置を講じることなく認定事実②を認定することが許されるか否かについて検討する。

### 1 訴因変更手続について 参考判例7

- (1) 公訴事実②において共謀の日時、場所については記載されていないところ、共謀の日時、場所は罪となるべき事実そのものではなく、訴因の明示に不可欠な事項ではない。もっとも、本件第1回公判期日の冒頭手続において、検察官は、裁判長からの求釈明に応じて、共謀が成立した日にちを「令和3年11月1日」とであると明らかにしたことから、かかる検察官の釈明事項（以下、「本件釈明事項」という。）が訴因の内容を構成するか否かについて検討する。

訴因の機能は、第1次的には、審判対象の画定、明確化の点にあると解されるところ、刑訴法は、訴因の変更に厳格な手続（312条1項）を要求している。それにもか

かわらず、訴因の明示に不可欠ではない事項について、公判における釈明が当然に訴因の内容を構成すると解すると、法定の厳格な手続を経ることなく際限なく訴因の内容が変更され得る事態となり、訴因変更に厳格な手続を要求した刑訴法の趣旨に反する。したがって、単に訴因を具体化するために釈明されたに過ぎない事項については、当然に訴因の内容を構成するものではないと解する。

- (2) 上記検察官の釈明は、訴因特定の必要（338条4号参照）からなされたものではなく、上述のとおり、共謀の日時という訴因の明示に不可欠ではない事項につき、その内容を具体化する趣旨でなされたものであるから、本件釈明事項は当然に訴因の内容を構成するものではなく、裁判所がこれと異なる認定事実②を認定するにあたり、訴因変更手続を経なかったことが訴因逸脱認定（不告不理の原則違反，378条3号後段参照）として違法となることはない。

※ **訴因論**に関連して、小問1が「**実行行為の方法**」という“訴因の特定に不可欠ではないが訴因に明示されている事実”の変動を巡る問題であるのに対し、小問2は「**共謀の成立時期**」という“訴因の特定に不可欠でなく、かつ訴因に明示もされていない事実”の変動を巡る問題である。共同正犯の成立要件につき**参考判例7**は「「共謀」または「謀議」は、共謀共同正犯における「罪となるべき事実」にほかならない」と判示しており、「**共謀の存在**」が共同正犯の要件事実となり厳格な証明を要することを明らかにしている。他方、「**共謀の日時、場所、内容等**」は共謀の具体的内容をなす事実ではあるが、それ自体は要件事実ではないことから、訴因ないし罪となるべき事実において明示する必要はないと解されており、同判例も「共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細…等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。」と判示している。そのため、実務上、共同正犯の場合の公訴事実記載の訴因では、実行共同正犯と共謀共同正犯を区別することなく、単に「被告人は、〇〇と共謀の上」とのみ記載されるのが通例である。もっとも、とりわけ共謀共同正犯の事案においては共謀の成否を巡り争点が形成されることが多く、その場合、「共謀の日時、場所、内容等」が被告人の防御にとって重要な事項であるから、争点明確化の見地から、検察官が冒頭陳述で事実主張したり、あるいは裁判所がその裁量により検察官に求釈明している例も少なくない（**参考判例3**は、「一般的に、被告人の防御にとって重要な事項」について「争点の明確化などのため、検察官において…明示するのが望ましい」と指摘している。）。ただし、その場合も検察官の陳述内容ないし釈明事項は当然に訴因の内容を構成するものではないと解されており、したがって、この点の事実関係に変動が生じたとしても訴因変更手続をもって対処する必要は生じない。

## 2 争点顕在化措置について **参考判例8**

- (1) もっとも、争点明確化による不意打ち防止の要請は手続一般に妥当するというべきところ、裁判所の認定が訴因逸脱認定となるとはいえないと解される場合であっても、一般的に被告人の防御にとって重要な事実については、争点の明確化などのため、検



察官において釈明等により明示するのが望ましいということができ、検察官が釈明においてその事実の明示をした場合に判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、少なくとも、裁判所の心証に係る事実につき争点として顕在化させたいうえで十分な審理を遂げる必要があると解されるのであって、このような措置をとることなく、率然として検察官の釈明と異なる事実を認定することは、被告人に対し不意打ちを与え、その防御権を不当に侵害するものであって違法（訴訟手続の法令違反、379条参照）であるといわなければならない。

- (2) 甲は一貫して乙との共謀を否認していたところ、上述した検察官の釈明に対し、甲の弁護人は、冒頭陳述で、「検察官が乙との共謀が成立したと主張する日は、甲は、一日中、K県L市内にある自宅にいて、本件家屋には行っていない。」旨述べてアリバイを主張したことから、本件公判においては「令和3年11月1日の共謀の存否」が争点となった。乙の証人尋問において、乙は「同月1日、甲から放火の指示を受けた。」旨証言したことから、弁護人は、その証言の信用性を弾劾する反対尋問をし、裁判所も同日の甲及び乙の行動について補充尋問をした。また、甲の被告人質問において、甲は同日のアリバイを述べ、検察官及び裁判所も、同日中の行動について甲に質問した。さらに、論告、弁論においても、検察官及び弁護人は、従前と同様の主張をし、被告人も従前と同旨の陳述をして、裁判所は結審した。

以上のとおり、本件公判における検察官及び弁護人の主張・立証はいずれも上記争点を前提として展開されており、同月2日の共謀の存否については、検察官が特段の主張・立証を行わず、その結果として被告人・弁護人も何らの防御活動を行っていない。したがって、乙が甲から指示を受けた日にちを取り違えて供述しているとの心証を得た裁判所が、同月1日の共謀の存在に疑問をもち、共謀が現実には同月2日に行われたとの事実を認定しようとするのであれば、少なくとも、同月2日の共謀の存否の点を争点として顕在化させたいうえで十分な審理を遂げる必要があった。それにもかかわらず、裁判所から改めて検察官に求釈明した上で検察官及び弁護人に追加の主

張・立証を促す等の措置を何ら講じることなく、認定事実②を認定した上で公訴事実②のとおり罪となるべき事実を認定した本件訴訟手続は、本件事案の性質、審理の経過等に鑑みると、甲に対し不意打ちを与え、その防御権を不当に侵害するものである。

3 以上より、裁判所が認定事実②を認定するに当たって、上記の争点顕在化措置を講じなかったことは違法である。したがって、本問の判決をすることは許されない。

- ※ 訴因の内容を構成しない事実についての不意打ち認定が訴因逸脱認定（378条3号後段参照）となることはない（訴因変更は問題とならない）としても、いわゆる不意打ち禁止の法理に違反するものとして訴訟手続の法令違反（379条参照）となる場合があり得ることに注意を要する。これは、いわば訴因論と峻別された争点論による防御権の保障が問題とされる局面であり、訴因外の不意打ち認定を「争点逸脱認定」と呼称することがある。参考判例8は、共謀の日時について争点とされた日と異なった認定をするには、改めて「争点として顕在化させたいうで十分の審理を遂げる必要がある」と判示した上で、裁判所が争点顕在化措置を講じることなく異なった日を認定したことは「被告人に対し不意打ちを与え、その防禦権を不当に侵害するものであつて違法である」と認定している。なお、具体的な争点顕在化措置としては、①裁判所から検察官への求釈明、②被告人質問における裁判所からの発問、③公判前整理手続等が想定される。また、訴因外の事実であっても公訴事実の記載に明示されていた場合であれば、④任意的訴因変更（いわゆる「念のため訴因変更」）の手続をとることが実務上行われている。
- ※ なお、小問2は平成29年予備試験と同様の事案からの出題であり、出題趣旨としても共通していると推測されるところ、平成29年予備試験出題趣旨においては、「共謀の成立時期について検察官が求釈明に応じた場合、その内容は訴因の内容を構成することになるのか、証拠調べの結果、裁判所が検察官の釈明内容と異なる事実を認定して有罪判決をすることが許されるのか、すなわち、事実認定に先立っての訴因変更の要否及び訴因変更が不要であるとしても裁判所は何らかの措置を採るべきか、そうであるとすればその措置は何かを検討させることにより、訴因に関連する各問題点について、基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を試すものである。」と述べられていた。本問においても、上記出題趣旨の示す検討手順で論述することができれば高い評価になると思われる。

以上

## <参考判例>

### 1【最決平 16.7.12（おとり捜査①）】

「おとり捜査は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するものであるが、少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑訴法197条1項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである。

これを本件についてみると、上記のとおり、麻薬取締官において、捜査協力者からの情報によっても、被告人の住居や大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査手法によって証拠を収集し、被告人を検挙することが困難な状況にあり、一方、被告人は既に大麻樹脂の有償譲渡を企図して買手を求めていたのであるから、麻薬取締官が、取引の場所を準備し、被告人に対し大麻樹脂2kgを買受ける意向を示し、被告人が取引の場に大麻樹脂を持参するよう仕向けたとしても、おとり捜査として適法というべきである。」

#### 〔(原審) 大阪高判平成 15.7.7〕

「いわゆるおとり捜査の適否については、おとり捜査によることの必要性とおとり捜査の態様の相当性を総合して判断すべきものと解されるところ、まず、おとり捜査の必要性を検討するに、本件は、大麻樹脂約2キログラムの営利目的所持という重大薬物事犯である。そして、一般に、この種薬物の取引は隠密裡に行われることから、その証拠収集には困難を伴うところ、本件では、Aからの情報によっても、麻薬取締官において、被告人の住居や立ち回り先、大麻の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査手法によって証拠を収集し、被告人を検挙することは極めて困難であったと認められるから、おとり捜査による証拠収集の必要性は強かったと認められる。

次に、おとり捜査の態様の相当性、特に、Aらを含む麻薬取締官側の被告人に対する働き掛けの程度を検討するに、…Aの上記供述によれば、本件大麻樹脂の取引は、被告人の方から買い手を探してくれと持ち掛けてきたものであって、麻薬取締官はもとより、Aにおいても、被告人に対して犯意を誘発するような働き掛けは行っていないと認められる。もっとも、本件では、麻薬取締官側が取引日と想定した平成12年3月1日に被告人が大麻を大阪に持参しなかったことから、おとり役となった谷口、Aと被告人との間で具体的な大麻取引についての話し合いが行われ、被告人が翌同月2日朝一番の新幹線で東京に戻り、大麻を持参して同日午後1時か2時ころに大阪に再来し、前日と同一の場所で取引を行うことになったが、その過程で、谷口において、東京に行くことはできないとか、東京までの往復の交通費は持つなどと一定の働き掛けをしたことが認められる。しかし、この点の働き掛けは、すでに大麻樹脂譲渡の犯意を抱いている被告人に対し、単にその取引場所を大阪にするか東京にするかという点についての働き掛けを行ったにすぎない。そうすると、本件において、Aを含む麻薬取締官側が行った被告人に対する働き掛けは、すでに犯意を有する被告人に対して実行の機会を与えたにすぎないのであって、おとり捜査の態様もまた相当なものといえる。

以上からすると、本件おとり捜査は、証拠収集の必要性の強い事案において、相当な態様で行われたといえるから、何ら違法な点はなく、その結果得られた本件大麻樹脂も、証拠能力に欠けるところはないというべきである。」

#### 〔(第1審) 大阪地判平 13.9.11〕

「おとり捜査の適法性の判断については、まず、犯意誘発型か機会提供型かを検討し、次に機会提供型であっても捜査機関側の働きかけが相当性を逸脱しているかどうかを検討し、機会提供型で働きかけが相当である場合におとり捜査の適法性が認められる。

ところで、谷口供述によれば、平成12年3月1日のホテルラフォーレ新大阪704号室での取引につき、山田こと谷口は被告人に「何がいただけるの。」と尋ねたところ、被告人は、「ハシシが2キロあります。7キロでも、待ってくれば10キロでも。1キロだったら200万円、2キロだったら350万円。」などと答え、谷口が大麻を見せるよう要求すると、被告人は、今日は持ってきていないが、東京に来れば売ることができると答え、谷口が東京に行くことを断ると、被告人がビジネスだから翌日に東京から大麻を持ってくると言ったので、翌日に取引をすることになった事実が認められる。これに、既に認定した本件

捜査の経緯等を併せ考えると、本件捜査は、従前から大麻を密売したいと考えていた被告人に対し、Aらがその取引の機会を提供したものであることは明らかである。

そして、捜査機関側の対応は、買い手はいないかと尋ねてくる被告人に対して、Aが大阪には買い手がいると紹介し、谷口は東京まで戻って大麻を持ってくるという被告人の提案に応じて待っていたというもので、いずれも受動的なものにとどまり、捜査機関の被告人に対する働きかけは相当なものと認められる。

したがって、本件で行われたおとり捜査は、機会提供型で捜査機関側の被告人に対する働きかけは相当と認められ、適法であったと認められる。

## 2【最決平 19.6.1（おとり捜査②）】

「1（1） 本件の捜査経緯は、原判決に説示されておりであるが、必要な範囲で、適宜補足・要約して示す。

（2）ア 平成18年●月6日、警視庁は、東京都内の薬物密売人が大量の大麻樹脂を所持し、その売却を急いでいるとの情報を入手した。しかし、その後新たな情報が得られなかったところから、14日、おとり用の携帯電話の番号が密売人に伝わるように手配したところ、捜査員が密売人である外国人と連絡できるようになった。15日、警視庁は、検察庁と協議し、密売人と接触してサンプルを入手し、大麻樹脂所持の事実及び譲渡意思の確認を行い、買い手を探している状況があれば所持量・値段等を聞き出すなど、いわゆる犯罪機会提供型のおとり捜査手法を厳守することを申し合わせた。

イ 17日、都内のホテル喫茶店内で、捜査員2名が被告人と共犯者（以下「被告人ら」ともいう。）と会い、19日にサンプルとして大麻樹脂1包（約1kg）を受け取ること、サンプルを含めて30包（約30kg）を2000万円で買うことを確認した。なお、その際の会話では、密売人側で100包もの大量の大麻樹脂を売却可能であるかのような発言もされている。

ウ 19日、都内ホテル駐車場で、前記4名が落ち合い、捜査員側が、サンプルとして大麻樹脂1包を密売人側から受け取り、残りの29包は22日に受け取り、30包分の代金全額をそのときに支払うことで合意した。

エ 22日、被告人らは、前記ホテル駐車場で、19日のサンプル大麻所持について既に発付されていた逮捕状に基づき、通常逮捕された。その際、被告人らは、乗っていた自動車内から大麻樹脂29包が発見されたことから、本体大麻所持についても、現行犯逮捕された。

2（1） 以上のような捜査経緯によれば、被告人らは、当初から大量の大麻樹脂の売却を企図して、19日のサンプル交付は、その後の大量の大麻樹脂の売却のための準備行為であることが認められる。

そのため、捜査機関が、19日に被告人らをサンプル大麻所持について現行犯逮捕等しなかったからといって、被告人らの22日の本体大麻所持の犯罪行為が誘発されたといった関係にないことは、明らかである。

（2）ア 所論は、捜査機関が、17日から22日まで、被告人らの滞在先のみならず、逮捕しようと思えばいつでも可能なだけ、十分に動静を把握していたとし、22日のおとり捜査は違法である旨主張する。

イ しかし、本件は、被告人らが大量の大麻樹脂の売却を望んでいた事案であることを考慮すると、17日に捜査員が被告人らと接触して大麻樹脂の売買の話の軌道に乗せた後、19日にサンプルを受け取り、22日に残りを受け取ることとした6日間の捜査経過は、一連のおとり捜査であって、所論の指摘する最高裁判所の決定を踏まえても、捜査機関に任意捜査として許容される、おとり捜査の範囲を逸脱したものとは解されないから、所論は採用できない。

付言すると、本件では、サンプル大麻所持で被告人らを現行犯逮捕することは可能であったが、そのことを行わずに、本体大麻所持事案まで待つて現行犯逮捕等の強制捜査を行うことは、捜査機関に許容されている、捜査手段に関する裁量の範囲内のことと解される。

この結論については、確かに、17日、捜査員が被告人らと接触した以降は、被告人らを追尾するなどの捜査手法を実施することによって、被告人らの滞り場所、大麻樹脂の隠匿場所等を発見する可能性はあったといえるものの、結局のところ、22日までの捜査によって、被告人らの滞り場所や大麻樹脂の隠匿場所を確実に把握できたとか、そのことを可能とするような有力な捜査情報が得られていた、などといったことまでは、本件証拠上かがわれないことから、疑問は生じない。

更にいえば、仮に、捜査が前記の程度にまで進展していたとしても、その故に直ちに、本件大麻所持に関するおとり捜査が違法視されるものとも解されない。」

### 3【最決平 13.4.11（訴因変更の要否の判断基準）】

「次に、実行行為者につき第1審判決が訴因変更手続を経ずに訴因と異なる認定をしたことに違法はないかについて検討する。訴因と認定事実とを対比すると、前記のとおり、犯行の態様と結果に実質的な差異がない上、共謀をした共犯者の範囲にも変わりはなく、そのうちのだれが実行行為者であるかという点が異なるのみである。そもそも、殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をするとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえないものと解される。とはいえ、実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するものと解するのが相当である。しかしながら、実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではないものと解すべきである。

そこで、本件について検討すると、記録によれば、次のことが認められる。第1審公判においては、当初から、被告人とXとの間で被害者を殺害する旨の共謀が事前に成立していたか、両名のうち殺害行為を行った者がだれかという点が主要な争点となり、多数回の公判を重ねて証拠調べが行われた。その間、被告人は、Xとの共謀も実行行為への関与も否定したが、Xは、被告人との共謀を認めて被告人が実行行為を担当した旨証言し、被告人とXの両名で実行行為を行った旨の被告人の捜査段階における自白調書も取り調べられた。弁護人は、Xの証言及び被告人の自白調書の信用性等を争い、特に、Xの証言については、自己の責任を被告人に転嫁しようとするものであるなどと主張した。審理の結果、第1審裁判所は、被告人とXとの間で事前に共謀が成立していたと認め、その点では被告人の主張を排斥したものの、実行行為者については、被告人の主張を一部容れ、検察官の主張した被告人のみが実行行為者である旨を認定するに足りないとし、その結果、実行行為者がXのみである可能性を含む前記のような択一的認定をするにとどめた。以上によれば、第1審判決の認定は、被告人に不意打ちを与えるものとはいえず、かつ、訴因に比べて被告人にとってより不利益なものとはいえないから、実行行為者につき変更後の訴因で特定された者と異なる認定をするに当たって、更に訴因変更手続を経なかったことが違法であるとはいえない。」

### 4【最判平 14.7.18（訴因の特定）】

「第1次予備的訴因は、「被告人は、単独又はA及びBと共謀の上、平成9年9月30日午後8時30分ころ、福岡市中央区所在のビジネス旅館あさひ2階7号室において、被害者に対し、その頭部等に手段不明の暴行を加え、頭蓋冠、頭蓋底骨折等の傷害を負わせ、よって、そのころ、同所において、頭蓋冠、頭蓋底骨折に基づく外傷性脳障害又は何らかの傷害により死亡させた。」という傷害致死の訴因であり、単独犯と共同正犯のいずれであるかという点については、択一的に訴因変更請求がされたと解されるものである。

原判決によれば、第1次予備的訴因が追加された当時の証拠関係に照らすと、被害者に致死的な暴行が加えられたことは明らかであるものの、暴行態様や傷害の内容、死因等については十分な供述等が得られず、不明瞭な領域が残っていたというのである。そうすると、第1次予備的訴因は、暴行態様、傷害の内容、死因等の表示が概括的なものであるにとどまるが、検察官において、当時の証拠に基づき、できる限り日時、場所、方法等をもって傷害致死の罪となるべき事実を特定して訴因を明示したものと認められるから、訴因の特定に欠けるところはないというべきである。したがって、これと同旨の原判決の判断は正当である。」

### 5【最判昭 24.2.10（「罪となるべき事実」の判示）】

「罪となるべき事実とは、刑罰法令各本条における犯罪の構成要件に該当する具体的事実をいうものであるから、該事実を判決書に判示するには、その各本条の構成要件に該当すべき具体的事実を該構成要件に該当するか否かを判定するに足る程度に具体的に明白にし、かくしてその各本条を適用する事実上の根拠

を確認し得られるようにするを以て足るものというべく、必ずしもそれ以上更にその構成要件の内容を一層精密に説示しなければならぬものではないといわねばならぬ。

そして、刑法第一八五条所定の賭博罪並びに身分に因るその加重犯たる同法第一八六条第一項所定の常習賭博罪における各賭博の犯罪構成要件は「偶然の勝敗に関し財物を以て博戯又は賭事を為す」のであるから、これに該当する具体的事実を判示するには、当該所為が右構成要件に該当するか否かを判定するに足る程度に具体的であり、従つて同条を適用する事実上の根拠を確認し得れば、差支えないものといわねばならぬ。そして、原判決は、論旨摘録のように「被告人等は外数名と共に花札を使用し、金銭を賭け俗にコイタタ又は後先と称する賭博を為したものである。」と判示したのであるから、その判示は、当該行為が同罪の構成要素たる「財物」に該当する金銭であること並びに他の構成要素たる「偶然の勝敗を決すべき博戯」に該当する俗にコイタタ又は後先と称する数名の当事者が花札を使用して勝敗を争う博戯であることを明白にしているものと言うべく、従つてその判示を以て前示法条を適用する事実上の根拠を確認せしめるに足るものとするに妨げない。されば、それ以上更に財物たる金銭の種類、数額若しくは所論のように、その博戯の手段方法等を一層精密に判示しなかつたからと言つて賭博の判示の理由に不備の違法はないものといわねばならぬ。

#### 6【最判平成 24.2.29（実行行為の方法の変動）】

「所論は、原判決が訴因変更手続を経ずに上記ガスに引火、爆発させた方法について訴因と異なる認定をしたことは違法であると主張する。

そこで検討するに、被告人が上記ガスに引火、爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすものであって、一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるから、判決において訴因と実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するが、例外的に、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えず、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為を認定することも違法ではないと解される（最高裁平成11年（あ）第423号同13年4月11日第三小法廷決定・刑集55巻3号127頁参照）。

原審において訴因変更手続が行われていないことは前記のとおりであるから、本件が上記の例外的に訴因と異なる実行行為を認定し得る場合であるか否かについて検討する。第1審及び原審において、検察官は、上記ガスに引火、爆発した原因が本件ガスコンロの点火スイッチの作動による点火にあるとした上で、被告人が同スイッチを作動させて点火し、上記ガスに引火、爆発させたと主張し、これに対して被告人は、故意に同スイッチを作動させて点火したことはなく、また、上記ガスに引火、爆発した原因は、上記台所に置かれていた冷蔵庫の部品から出る火花その他の火源にある可能性があるとして主張していた。そして、検察官は、上記ガスに引火、爆発した原因が同スイッチを作動させた行為以外の行為であるとした場合の被告人の刑事責任に関する予備的な主張は行っておらず、裁判所も、そのような行為の具体的可能性やその場合の被告人の刑事責任の有無、内容に関し、求釈明や証拠調べにおける発問等ははしていなかったものである。このような審理の経過に照らせば、原判決が、同スイッチを作動させた行為以外の行為により引火、爆発させた具体的可能性等について何ら審理することなく「何らかの方法により」引火、爆発させたと認定したことは、引火、爆発させた行為についての本件審理における攻防の範囲を越えて無限定な認定をした点において被告人に不意打ちを与えるものといわざるを得ない。そうすると、原判決が訴因変更手続を経ずに上記認定をしたことには違法があるものといわざるを得ない。」

#### 7【最判昭 33.5.28（共同正犯における「共謀」）（練馬事件）】

「共謀」または「謀議」は、共謀共同正犯における「罪となるべき事実」にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことというまでもない。しかし「共謀」の事実が厳格な証明によつて認められ、その証拠が判決に挙示されている以上、共謀の判示は、前示の趣旨において成立したことが明らかにされれば足り、さらに進んで、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についていちいち具体的に判示することを要するものではない。

## 8【最判昭 58.12.13（争点顕在化措置）】

「原審は、第一審と異なり、一三日夜喫茶店「白鳥」において第一次協議が行われたとされる時間帯における被告人のアリバイの成立を認めながら、同夜の協議は現実には一二日夜に同喫茶店において行われたもので、被告人もこれに加わっており、さらに、一三日昼、一四日にも被告人を含めた顔ぶれで右協議が続行されているとして、被告人に対し本件ハイジャックの共謀共同正犯の成立を肯定したのである。

しかし、三月一二日夜喫茶店「白鳥」及びホテル「愛川」において被告人がX、Yらと顔を合わせた際に、これらの者の間で本件ハイジャックに関する謀議が行われたという事実は、第一審の検察官も最終的には主張せず、第一審判決によつても認定されていないのであり、右一二日の謀議が存在したか否かについては、前述のとおり、原審においても検察官が特段の主張・立証を行わず、その結果として被告人・弁護人も何らの防禦活動を行っていないのである。したがって、前述のような基本的認識に立つ原審が、第一審判決の認めた一三日夜の第一次協議の存在に疑問をもち、右協議が現実には一二日夜に行われたとの事実を認定しようとするのであれば、少なくとも、一二日夜の謀議の存否の点を控訴審における争点として顕在化させたうえで十分の審理を遂げる必要があると解されるのであつて、このような措置をとることなく、一三日夜の第一次協議に関する被告人のアリバイの成立を認めながら、率然として、右第一次協議の日を一二日夜であると認めてこれに対する被告人の関与を肯定した原審の訴訟手続は、本件事案の性質、審理の経過等にかんがみると、被告人に対し不意打ちを与え、その防禦権を不当に侵害するものであつて違法であるといわなければならない。」

**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2022 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU22777