

# 講義録レポート

講義録コード

2012950108

|     |                                                                                                                                                                                                                            |      |        |
|-----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|--------|
| 講 座 | 司法試験講座                                                                                                                                                                                                                     | 科目①  | 公開セミナー |
| 目標年 | 2012年完成 法律対策                                                                                                                                                                                                               | 科目②  | 六法の使い方 |
| コース | 予備・法科併願                                                                                                                                                                                                                    | 回 数  | 1 回    |
|     |                                                                                                                                                                                                                            | 通算回数 | 1 回    |
| 用 途 | <input checked="" type="radio"/> 個別DVD ・ <input type="radio"/> 集合DVD<br><input type="radio"/> WEB通信 ・ <input type="radio"/> カセット通信 ・ <input type="radio"/> DVD通信 ・ <input type="radio"/> 資料通信 ・ <input type="radio"/> DL通信 |      |        |

|     |                |     |              |                 |
|-----|----------------|-----|--------------|-----------------|
| 収録日 | 2011年 9 月 22 日 |     |              |                 |
| 講師名 | 中村 充 先生        | 内 訳 | 板書<br>枚数     | 1枚 ※レポート<br>含まず |
|     |                |     | 補助レジュメ<br>枚数 | 15枚             |
|     |                |     | その他<br>( )   | 枚               |

|       |                                                                                                                     |     |     |
|-------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|-----|
| 授業構成  | 無料公開セミナー 63分                                                                                                        |     |     |
| 実施テスト | 有 ・ <input checked="" type="radio"/> 無                                                                              |     |     |
| 対応テスト | <ミニテスト>                                                                                                             | ( ) | 第 回 |
|       | <答練・演習>                                                                                                             | ( ) | 第 回 |
| 使用教材  | ●基本テキスト [ ]                                                                                                         |     |     |
| 配布教材  | ●教材(テキスト・問題集) ( )                                                                                                   |     |     |
|       | ( )                                                                                                                 |     |     |
| 備考    | *DVDご視聴の方へ*正確な講義時間につきましては、DVDケースの背表紙下に記載されていますので適宜ご確認下さい。<br>(例) ①51 記載の場合、前半講義 51分 (答練・演習の場合は、解説もしくは事前講義 51分を表します) |     |     |
|       |                                                                                                                     |     |     |
|       |                                                                                                                     |     |     |
|       |                                                                                                                     |     |     |

T A C 司法試験講座

( / ) - ( / ) - ( / )

|        |     |     |         |    |                   |    |  |
|--------|-----|-----|---------|----|-------------------|----|--|
| 司法試験講座 | 講義録 | コース | 予備・法科併願 | 科目 | 公開セミナー<br>大法への使い方 | 回数 |  |
|--------|-----|-----|---------|----|-------------------|----|--|

|     |                                  |                                               |    |            |
|-----|----------------------------------|-----------------------------------------------|----|------------|
| 配付物 | <input type="checkbox"/> 基礎演習: 回 | <input type="checkbox"/> 論文答練(問題 解説 答案用紙 その他) | 講師 | 中村 充<br>先生 |
|     | <input type="checkbox"/> 応用演習: 回 | <input type="checkbox"/> 短答答練(問題 解説 答案用紙 その他) |    |            |
|     | <input type="checkbox"/> その他( )  | <input type="checkbox"/> 配付物なし                |    |            |

| シートページ | 黒板内容                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|--------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|        | <p>最大判平22.1.20</p> <p><b>Point</b> <b>判断枠組</b> = 相当とされる限度を超えるか</p> <div><div>考慮要素<br/>目的<br/>(主宰者)</div><div>考慮要素<br/>効果<br/>(目的イト)</div></div> <p>4. <math>\textcircled{A} \longrightarrow \textcircled{B}</math><br/>A ----- B ----- <math>\langle C \rangle</math> ぜ・ムカ<br/> <br/><math>\langle D \rangle</math></p> <p>5. <math>\textcircled{A} \longrightarrow \textcircled{B} \longrightarrow \textcircled{C} \longrightarrow \textcircled{D}</math><br/> <br/><math>\langle B \rangle</math><br/> <br/><math>\langle C \rangle</math> 背意<br/> <br/><math>\langle D \rangle</math></p> |

## 試験に役立つ！六法のためになる使い方

### ～条文と判例の関係～短答式問題を解くために

2011年9月22日

弁護士・T A C司法試験講座専任講師 中村 充

#### 第1 全ての法的知識は条文から生まれる

#### 第2 条文と判例の関係

##### 1 判例＝条文解釈の1つ

(1) どの条文のどの文言の解釈か（位置づけ）

(2) 判断枠組・考慮要素

##### 2 判例と条文の使い方

#### 第3 論文対策と短答対策のリンク

憲法第13条

すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

京都府学連事件判決（最大判昭 44. 12. 24：デバイス・ネオ憲法p81、憲法判例百選Ⅰ No.20）

<事案>

京都府学連が京都市公安条例に違反してデモ行進をしていた際に、警察官が犯罪捜査のためにその現場を写真撮影したところ、それに気づいた学生が警察官に負傷させたとして公務執行妨害罪・傷害罪で起訴された。

<判旨>

「憲法 13 条は、『すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。』と規定しているのであつて、これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといふことができる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有するものといふべきである。

これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない。」

民法第709条

故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護された利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

「宴のあと」事件判決（東京地判昭 39. 9. 28：デバイス・ネオ憲法p77、憲法判例百選ⅠNo.67）

＜事案＞

東京都知事選挙に立候補して惜敗した原告が、三島由紀夫の小説「宴のあと」のモデルとされ、プライバシー権を侵害されたとして損害賠償を請求した。

＜判旨＞

「いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利として理解されるから、その侵害に対しては侵害行為の差し止めや精神的苦痛に因る損害賠償請求権が認められるべきものであり、民法 709 条はこのような侵害行為もなお不法行為として評価されるべきことを規定しているものと解釈するのが正当である。」

「プライバシーの侵害に対し法的な救済が与えられるためには、公開された内容が（イ）私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること、（ロ）一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立つた場合公開を欲しないであろうと認められることがらであること、換言すれば一般人の感覚を基準として公開されることによつて心理的な負担、不安を覚えるであろうと認められることがらであること、（ハ）一般の人々に未だ知られていないことがらであることを必要とし、このような公開によつて当該私人が実際に不快、不安の念を覚えたことを必要とするが、公開されたところが当該私人の名誉、信用というような他の法益を侵害するものであることを要しないのは言うまでもない。」

講演会参加者名簿提出事件判決（最判平 15. 9. 12：デバイス・ネオ憲法p75、憲法判例百選ⅠNo.22）

＜事案＞

早稲田大学が開催した江沢民の後援会の参加申込み名簿が、警備のためとして無断で警察に提出されたので、プライバシー侵害を理由に損害賠償を請求した。

＜判旨＞

学籍番号、氏名、住所、電話番号のような個人情報についても「プライバシーに係る情報として法的保護の対象となる」

大学の行為は、「プライバシーを侵害するものとして不法行為を構成する。」

民法第177条

不動産に関する物権の得喪及び変更は、不動産登記法（平成16年法律第123号）その他の法律の定めるところに従いその登記をしなければ、第三者に対抗することができない。

大連判明 41. 12. 15（デバイス・ネオ民法 | p211）

<判旨>

「本条に所謂第三者とは当事者若くは其包括承継人に非ずして不動産に関する物権の得喪及び変更の登記欠缺を主張する正当の利益を有する者を指称すと論定するを得へし」

最判平10. 2. 13（デバイス・ネオ民法 | p310）

<判旨>

「通行地役権（通行を目的とする地役権）の承役地が譲渡された場合において、譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったときは、譲受人は、通行地役権が設定されていることを知らなかったとしても、特段の事情がない限り、地役権設定登記の欠映を主張するについて正当な利益を有する第三者に当たらないと解するのが相当である。」

「なお、このように解するのは、右の譲受人がいわゆる背信的悪意者であることを理由とするものではないから、右の譲受人が承役地を譲り受けた時に地役権の設定されていることを知っていたことを要するものではない。」

刑法第36条第1項

急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。

最判昭 50. 11. 28 (デバイス・ネオ刑法 I p156、刑法判例百選 I No.24)

<事案>

被告人は、Bらから酒肴の強要を受けたり、帰りの車の中でいやがらせをされたりしたうえ、友人が一方的に乱暴をされたため、これを目撃した時点において、憤激するとともに、友人を助け出そうとして、Bらに対し攻撃の意思を生じた。

<判旨>

「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にした行為と認められる限り、その行為は、同時に侵害者に対する攻撃的な意思に出たものであつても、正当防衛のためにした行為にあたると判断するのが、相当である。すなわち、防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く結果、正当防衛のための行為と認めることはできないが、防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではないので、これを正当防衛のための行為と評価することができるからである」

最決昭 52. 7. 21 (デバイス・ネオ刑法 I p156、刑法判例百選 I No.23)

<事案>

中核派に属する被告人らは、革マル派からの攻撃をいったんは撃退したが、再度の攻撃を予期し鉄パイプ等を準備していたところ、予期したとおり再度の攻撃を受けたので共同で暴行を加えた。

<判旨>

「刑法36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。」

予備試験平成23年度短答式（憲法・行政法）第1問  
＝新司法試験平成23年度短答式（公法系）第3問

プライバシーに関する次のアからウまでの各記述について、正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記1から8までの中から選びなさい。

- ア。「宴のあと」事件判決（東京地判昭和39年9月28日）は、いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利であるとし、公開を欲するか否かについては、本人の感受性を基準にして判断するとした。
- イ。京都府学連事件判決（最大判昭和44年12月24日）は、個人の私生活上の自由として、何人もその承諾なしにみだりにその容貌・姿態を撮影されない自由を有するとし、警察官が正当な理由もないのに個人の容貌等を撮影することは、憲法第13条の趣旨に反するとした。
- ウ。講演会参加者名簿提出事件判決（最二小判平成15年9月12日）は、大学が学生から収集した参加申込者の学籍番号、氏名、住所及び電話番号は、プライバシーに係る情報として法的保護の対象となるとし、個人の人格的な権利利益を損なうおそれがあるものであるとした。

- |             |             |             |
|-------------|-------------|-------------|
| 1. ア○ イ○ ウ○ | 2. ア○ イ○ ウ× | 3. ア○ イ× ウ○ |
| 4. ア○ イ× ウ× | 5. ア× イ○ ウ○ | 6. ア× イ○ ウ× |
| 7. ア× イ× ウ○ | 8. ア× イ× ウ× |             |



慶大法科大学院2005年度（マーク式試験）第1問（〔短基礎：憲3－2〕）

以下のAからCの文章を読み、正しい文章の数を下の0から3の中から選んで解答欄にマークしなさい。

- A. 憲法13条は、憲法に列挙されている人権以外の新しい人権を保障するものであり、列挙されている人権との関係では一般法と特別法的な関係に立ち、補充的性格を有するものである。
- B. 最高裁は、幸福追求権を認めることに消極的であったが、京都府学連事件ではじめて名誉権としての肖像権を正面から認めた。
- C. 幸福追求権の内容について、いわゆる一般的自由説に立つと、人格の核心部分に含まれない自由や利益についても憲法13条の保障が及ぶことになるが、散歩の自由や喫煙の自由のように自己実現と関わらない自由には憲法13条の保障は及ばないと解される。

- 0. 正しい文章はない
- 1. 1つ正しい
- 2. 2つ正しい
- 3. 3つ正しい

## 幸福追求権の意義・内容

解答 1

正しいものはAのみであるから、正解は1となる。

**A. 正しい。 <参照条文：憲法 13 条>**

幸福追求権の説明として、本肢は正しい。

憲法 13 条は、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」の尊重を規定するが、この規定が具体的な権利としての性格を有するかについては、説の対立がある。通説は、憲法 13 条の具体的な権利性を肯定している。この説は、憲法 13 条の権利は、人格的生存に必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な権利であり、憲法 14 条以下の個別の人権とはいわば一般法と特別法の関係にあって、個別の人権保障の及ばない範囲をカバーする意味を持つとする。これにより、個別の規定のない「プライバシー権」なども、憲法 13 条によって保障されることになる。

<デバイス・ネオ参照ページ> 憲法 P69～

**B. 誤っている。 <参照条文：憲法 13 条>**

幸福追求権の説明として、本肢は誤っている。

最高裁判所の判例(最大判昭 44. 12. 24・百選 I No20「京都府学連事件」)は、デモ行進参加者を警察官が撮影したことの適法性が争われた事案において、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態(以下、「容ぼう等」という。)を撮影されない自由を有するものというべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法 13 条の趣旨に反し、許されない」とした。

この判例は、実質的には、「肖像権」を認めたものと考えられているが、「これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも」という表現をとっていることから、「名誉権としての肖像権を正面から認めた」とは言いえない。

なお、最高裁が、「幸福追求権を認めることに消極的」であるとしている点は正しい。

<デバイス・ネオ参照ページ> 憲法 P81

**C. 誤っている。 <参照条文：憲法 13 条>**

幸福追求権の説明として、本肢は誤っている。

幸福追求権の意味については、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体であるとする「人格的利益説」が通説であるが、あらゆる生活領域に関する行為の自由であるとする「一般的自由説」もある。「一般的自由説」では、散歩の自由や喫煙の自由のように自己実現と関わない行為にも憲法の保障が及ぶと解されている。

<デバイス・ネオ参照ページ> 憲法 P70

予備試験平成23年度短答式（民法・商法・民訴法）第3問  
＝新司法試験平成23年度短答式（民事系）第8問

Aが所有する不動産について物権変動があった場合に関する次の1から5までの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものはどれか。

1. Aがその不動産についてBのために抵当権を設定し、その後AがCに同一不動産を譲渡した場合、Bは、その抵当権設定の登記がなければその抵当権の取得をCに対抗することができない。
2. Aがその不動産をBに譲渡し、その後AがCに同一不動産について地上権を設定した上でそれに基づいて引渡しをした場合において、Bへの所有権移転の登記もCの地上権設定の登記もないときは、Bは、Cに対して所有権に基づいて当該不動産の引渡しを請求することができない。
3. Aがその土地をBに賃貸し、Bがその土地上に建物を建築して所有権保存登記をした後、AがCに当該土地を譲渡した場合において、当該土地に関する所有権移転登記を受けたCは、Bに対して当該土地の賃料の請求をすることができる。
4. Aは、Bと通じて、Aの不動産について有効な売買契約が存在しないにもかかわらず売買を原因とする所有権移転登記をBに対して行い、その後、この事情について善意無過失であるCに対してBが同一不動産を譲渡したが、BC間の所有権移転登記はされていない。この場合において、さらにその後、AがDに同一不動産を譲渡したときは、Cは、所有権の取得をDに対抗することができる。
5. Aがその不動産をBに譲渡し、その後AがCに同一不動産を譲渡し、さらにCが同一不動産を転得者Dに譲渡し、AC間及びCD間の所有権移転登記が行われた場合において、CがBとの関係で背信的悪意者に当たるが、D自身がBとの関係で背信的悪意者と評価されないときは、Dは、所有権の取得をBに対抗することができる。

新司法試験平成20年度短答式（民事系）第8問（〔短基礎：民7－3〕）

Xが所有権に基づき占有者Yに対し土地の引渡しを請求した場合、判例の趣旨に照らしYが引渡しを拒絶することができるものは、次の1から5までのうちどれか。

1. 土地を所有し占有するYが税金対策のために登記名義をAとしていたところ、Xは、Aが真実の所有者であると過失なく信じ、Aから同土地を買い受けて移転登記を受けた。
2. 土地を所有し占有するYからAへ、AからXへと同土地が順次売買され、それぞれ代金の支払も了した。
3. 土地を所有し占有するYは、Aに対し、同土地を売却して移転登記を行ったが、この売買にはAによる詐欺があったので、YはAに対して取消しの意思表示をした。その直後、Aは、同土地をXに売却して移転登記を行った。
4. XがYの代理人としてAから土地を買い受け、Yが同土地を所有し占有するようになったが、登記名義はAのままであった。その直後、Xは、Aから同土地を買い受けて移転登記を受けた。
5. Aの父はYに土地を売却し引き渡したが、移転登記をする前に急死してしまった。その後、この土地を単独で相続したAが、Xに対して同土地を売却して移転登記を行った。

## 不動産物権変動の対抗要件

解答 4

拒絶できるものは4であり、正解は4となる。

### 1. 拒絶することができない。 <参照条文：民法 177 条, 94 条>

本肢では、Yは引渡しを拒絶することができない。

Yは税金対策のために土地所有権の登記名義をAとしていただけだが、このような虚偽の外形を作ったYには帰責性が認められ、民法 94 条 2 項の類推適用によって、Aが真実の所有者であると信じたXは当該土地の所有権を取得する。

したがって、当該土地の占有者Yは、引渡しを拒絶することができない。

<デバイス・ネオ参照ページ> 民法 I P 209～

### 2. 拒絶することができない。 <参照条文：民法 177 条>

本肢では、Yは引渡しを拒絶することができない。

土地を所有し占有するYからAへ、AからXへと同土地が順次売買された場合において、Yは、Xとの関係では物権変動の前主に当たり、民法 177 条にいう「第三者」ではないから、Xと対抗関係に立たない。

したがって、Yは、Xに当該土地の登記がなくても、引渡しを拒絶することができない。

<デバイス・ネオ参照ページ> 民法 I P 209～

### 3. 拒絶することができない。 <参照条文：民法 177 条, 96 条 3 項>

本肢では、Yは引渡しを拒絶することができない。

判例（大判昭 17. 9. 30）は、詐欺取消し後の第三者（X）と詐欺取消しを行った者（Y）とは、対抗関係に立つとしている。そのため、権利の取得は、登記の先後によって決することになる。

本肢では、Aは、Xに移転登記を行っているので、Xが優先し、Yは引渡しを拒絶することができない。

<デバイス・ネオ参照ページ> 民法 I P 209～

**4. 拒絶することができる。 <参照条文：民法 177 条>**

本肢では、Yは引渡しを拒絶することができる。

判例（大連判明 41. 12. 15）は、民法 177 条にいう「第三者」とは、物権変動の当事者及びその包括承継人以外の者で、登記の欠缺を主張するについて正当の利益を有する者としている。

本肢では、XはAから土地を買い受けるYの代理人であり、同土地の取得に関し、Yに対し登記の欠缺を主張するについて正当の利益を有する者とはいえない。

したがって、Xは民法 177 条の「第三者」に当たらず、XがAから同土地を買い受けて移転登記を受けていても、Yは引渡しを拒絶することができる。

<デバイス・ネオ参照ページ> 民法 I P 209～

**5. 拒絶することができない。 <参照条文：民法 177 条>**

本肢では、Yは引渡しを拒絶することができない。

Aは、Yに土地を売却したAの父の包括承継人であり、土地の売主である地位も承継している。その後、Aが、Xに対して同土地を売却したことは、二重譲渡に当たるから、民法 177 条でXとYは對抗関係に立つことになる。本肢では、AはXに移転登記を行っているから、Xが優先し、Yは引渡しを拒絶することができない。

<デバイス・ネオ参照ページ> 民法 I P 209～

予備試験平成23年度短答式（刑法・刑訴法）第1問

正当防衛に関する次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討した場合、正しいものはどれか。

1. 甲は、乙が甲所有の自動車を盗むのを目撃し、これを追跡したものの見失い、その翌日、窃取された場所から約2キロメートル離れた路上で、乙がその自動車から降りて立ち去ったのを認めた。甲は、乙がすぐに戻って来る様子であったので、直ちにその自動車を運転し、自宅に戻った。この場合、甲には正当防衛が成立する。
2. 甲は、散歩中、仲の悪かった乙から大型犬をけしかけられたので、犬から逃げようとして、偶然その場を通り掛かった丙を突き飛ばして走り去った。甲の行為により、丙は転倒して全治約1週間を要する足首捻挫の傷害を負った。この場合、甲には正当防衛が成立する。
3. 甲は、乙ら数名の男によって監禁されたが、監禁されて2週間後、たまたま見張りが乙一人になったので、監禁場所から脱出するため、乙の顔面を1回殴打して乙がひるんだ隙にそこから逃げた。この場合、甲には正当防衛が成立する。
4. 甲は、深夜、路上で、見知らぬ乙から、ナイフを胸元に突き付けられ現金を要求されたので、ナイフを避けるために乙の胸付近を手で押し、走って逃げ出した。甲の行為により、乙は転倒して後頭部を路面に打ち付け、全治約1か月間を要する頭部打撲の傷害を負った。この場合、甲には正当防衛は成立しない。
5. 甲は、同居していた乙と言い争いをし、乙から「ぶっ殺すぞ。」と怒鳴られたため、身の危険を感じて一旦家を出たが、乙と仲直りをしようと考え直し、乙から暴力を振るわれることがあるかもしれないと思いつつ、家に戻って乙に謝罪した。しかし、甲は、乙に数回顔面を殴られた上、更に殴り続けられそうになったことから憤激し、とっさに乙の脇腹付近を1回蹴り、乙に全治約1か月間を要する肋骨骨折の傷害を負わせた。この場合、甲には正当防衛は成立しない。

慶大法科大学院2007年度（マーク式試験）第23問（〔短基礎：刑6－2〕）

次の【文章】の（a）～（e）に【語群】0～4から適切なものを選んで入れると、最決昭和52年7月21日刑集31巻4号747頁の理由中の文章となる。四つ目のカッコ（d）に入るものはどれか。該当する番号をマークしなさい。

【文章】

「刑法36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、（a）から、（b）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、（c）というにとどまらず、（d）ものと解するのが相当である。そうして、原判決によると、被告人…は、（e）というのであるから、これを前提とする限り、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきであって、その旨の原判断は、結論において正当である。」

【語群】

- 0 相手の攻撃を当然に予想しながら、単なる防衛の意図ではなく、積極的攻撃、闘争、加害の意図を持って臨んだ
- 1 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
- 2 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
- 3 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
- 4 単に予期された侵害を避けなかった



## 正当防衛（侵害の急迫性：判例）

解答 1

(d) に入るものは1であり、正解は1となる。

### <参照条文：刑法 36 条>

判例（最決昭 52.7.21・百選 I No.23）は、「刑法 36 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っ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。そうして、原判決によると、被告人…は、相手の攻撃を当然に予想しながら、単なる防衛の意図ではなく、積極的攻撃、闘争、加害の意図を持って臨んだというのであるから、これを前提とする限り、侵害の急迫性の要件を充たさないものというべきであって、その旨の原判断は、結論において正当である。」と判示している。

この判例を正確に覚えていなくても、解答は可能である。「しかし」以降は、「侵害の急迫性」の要件が認められない場合の説明であるから、(c)、(d)、(e)には、0, 1, 4 のいずれかが入るはずである。(c)には、直後の「というにとどまらず」に対応して、「単に予期された侵害を避けなかった」が入る。(d)には、「侵害の急迫性」が認められない場合の一般的な状況、(e)には、本件の具体的な事情が入るから、(d)には、「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」、(e)には、「相手の攻撃を当然に予想しながら、単なる防衛の意図ではなく、積極的攻撃、闘争、加害の意図を持って臨んだ」が入る。

<デバイス・ネオ参照ページ> 刑法 I P156～