

平成 24 年 夏期セミナー

『合格答案の公式』で解く
平成 24 年刑事系第 1 問

講師：渡邊 仁先生

(TAC・Wセミナー専任講師)

TAC Wセミナー **司法試験講座**

無断複製（コピー等）・無断転載等を禁じます。

刑法の公式

第1 総論

1 事例問題が出題されることを念頭に置くこと。

事例問題以外の出題は考えられないことから、日頃から事例問題を想定した対策が必要となる。前述のように学説を学ぶ際にも、自説からいかなる規範が立ち、それを事実にあてはめると他説とどのような結論における差異を生じるのかを意識して勉強をしなければならない。

また、論証も一つの論点について長々と展開すると問題文後半の分析ができなくなってしまうので、コンパクトな論証を心掛けるべきである。

このように現実には自説を全面的に展開はできない以上、規範の部分を正確に押さえることを心掛け、理由は極めて簡略にするべきである。

2 事例問題では、事案の分析とあてはめがすべてである。

すでに何度も指摘しているのでお分かりいただけるであろうが、事例問題が出題される以上、論点や法律論から当該事例を考えては絶対にいけない。自分の好きなところ（自分の支持する学説が大展開できるところ）をつまみ食いをするような思考で問題文にアプローチしてはならない。

論点や学説の紹介は、あくまで事実をあてはめるのに必要な規範を定立するに至る過程で行うべきである。事実から遊離した一般論をいくら垂れ流しても評価はされない。仮に、規範まで多くのスペースを費やしたとしても、事案にあてはめられなければ、評価はされないと考えべきであろう。そして、前述のように、学説の理論を展開できるスペースは本試験においては極めて限られていることを忘れてはならない。

3 事例問題の問題文の分析は登場人物の述語に着目する。

事案を分析するには、①行為主体ごとに、②各々の述語を丁寧に分解して、③そのうえで評価していくことがコツである。

述語に線を引き、番号を打って、いかなる犯罪が成立しうるかを検討していくと、漏れがなくなる。

4 登場人物の述語を主観面と客観面で分けて分析する。

刑法の事例の分析の仕方は、前項で指摘したように、まず、時系列毎に各登場人物を主語とした場合の述語に着目することである。

述語は、主観的な事情と客観的な行為・状況に分類できる。主観的な事情は、故意あるいは主観的違法要素にかかわるのか否かという観点で分析ができるはずである。特に、錯誤は、行為者の主観面の判断は欠かすことはできない。

5 事実は分析したら、必ず評価した上であてはめること。

規範の横に、問題文の事実を並べただけでは評価されない。規範に何故当該事実が「あてはまる」のかその理由を書く。その過程がいわゆる評価である。

6 刑法は、行為主体ごとに項目を分ける。

共犯や共同正犯の場合であっても同様である。「後述するように～」とか「前述したように～」という言葉を用いることによって、各行為者ごとに整理して論じるようにする。

7 行為主体を主語とした文章を書く。

「B（被害者）はA（加害者）に～された」ではなく、「AはBに～した」とする。

8 犯罪的結果に近い方の人物から論じていく。

正犯と共犯では正犯から、共謀共同正犯の問題では、実行を担当した者（実行共同正犯）から論じることである。実行共同正犯では、より重大な犯罪行為を行っているものから論じると論じやすくなる。

9 解釈論は保護法益から考えるようにする。

答案では保護法益を落としてはいけない。保護法益は、他の科目の制度趣旨に該当するものである。そして、保護法益を論じることが、方向として犯罪が成立する解釈となることは忘れないようにする。

10 犯罪は成立する方向で検討を進めていく。

犯罪不成立の結論でも良いが、それは緻密に構成要件を検討した上でそうなるということをアピールすることである。あっさり犯罪不成立にすると刑法のセンスが疑われる。刑法はいかなる結論をとるかについても評価されている。

特に違法性阻却事由、責任阻却事由を安易に認めて犯罪不成立にしてはならない。実務では、違法性阻却事由、責任阻却事由は減多に認められないことを肝に銘じておいてほしい。

11 登場人物の行為を軸として考えること

刑法は客観的な行為を処罰するのであるから、各行為者の犯罪が成立する可能性がある「行為」をまず軸として抽出する。そして、軸となる「行為」と「行為」間の事情は、いずれの行為の犯罪の成否に係わるのかという観点から分析することである。

12 共同正犯の事案においては「共謀」を軸として考えること

具体的には後述するが、共謀共同正犯を肯定する以上、共同正犯においては各自の行為以上に、共謀の成立（あるいは解消）の時期を特定し、その後、共謀の下にある各自の行為を拾い上げる。

第2 各論～事実を評価するとは…

1 評価のポイント

被害者（性別、年齢、犯行当時の事情）

加害者（性別、年齢、日頃の性格、犯行当時の事情）

場所（室内であれば密室か、戸外であれば人通りが多いか否か等）

時間

動機

傷害の部位、程度

凶器（殺傷能力が高低等）

被害金額

2 具体例その1

強盗罪の暴行・脅迫→「反抗を抑圧する程度」の暴行、脅迫



言葉だけ出すのではなく、問題文の事情を拾う。

＜甲は、人通りが少なく街灯もついていない郊外の道路上で、深夜、たまたま通りかかった女子高校生Aに突然おもちゃの拳銃を突き付け、金を出せと言った。＞



- ・ 「甲の行為は強盗罪の脅迫に当る。」のみでは、評価されない。
- ・ 「甲の行為は反抗を抑圧する程度の脅迫に当る。」でも駄目。
- ・ 「確かに、甲は、おもちゃの拳銃を突き付けている。おもちゃの拳銃であることが認識できれば、通常は畏怖するにまでは至らないであろう。

しかし、当該行為は、街灯もついていない郊外の道路上において、しかも深夜に突然行われているため、おもちゃの拳銃かを即座に正確に見分けることは困難である。さらに、Aは女子高校生であることから、とっさの判断も成人程には冷静には行うことは通常困難である。かようなAが、人通りの少ない道路で突然に拳銃らしきものを突然突き付けられたら、とっさのことに拳銃と思い込みパニックとなり、容易に反抗が抑圧される状態に陥ってしまうことは容易に想定できる。以上より、甲の当該行為は反抗を抑圧する程度の脅迫と認められる。」

などと事情を拾って評価する。

このように、構成要件にあてはめる際に、必ず、定義を書き、具体的な事情をふまえて、構成要件に該当することを示すこと。論点ではなくとも、確実に点数が振られている。ここを軽視するから、刑法で点数が伸びなくなってしまう（もっとも各科目とも共通ではあるが）。

既述のように刑法は学説の対立が激しいから、学説の対立点の方に目が行きがちである。よって、問題についても、そこから抽出される論点における学説の対立を長々と展開しがちになる。あるいは規範がやたらに長くなってしまう。そのためあてはめがおろそかになり、勉強をすればするほど評価が低くなるといったおかしい現象が生じてしまう。逆に学説をよく知らない人の方が評価が高くなるのは、素直に問題の事情を拾って構成要件を検討しているからである。学説の対立に深入りしてはならない。勉強の方向性を間違えてはいけない。

3 具体例その2

「繁華街にて、暴力団の組員甲が、対立する暴力団の組員乙をナイフで数回切りつけた。乙は出血多量で意識を失って倒れていたところ、たまたま通りかかった日頃近くのゲームセンターにたむろしている無職の少年のAが面白半分に乙を蹴り上げたところ、乙の出血は進み、乙の死期が数分早まった場合の、甲の罪責」

論点 狭義の相当性（行為後の介在事情と因果関係）

- ・ 前田説に立つとして

客観説の論証

↓

狭義の相当性の判断にあたっては以下の事情により実質的に判断すべきである。すなわち、①行為に存する結果発生確率の大小、②介在事情の異常性の大小、③介在事情の結果発生への寄与の大小により総合的に判断すべきである。

↓

本問では～

<悪い例>

本問では甲の行為による結果発生確率は高く、これに対し乙の行為は異常性も低く結果発生への寄与も小さいので、甲の行為と乙の死との間に因果関係が認められる。

*これでは、規範を繰り返しているに過ぎない。しかし、こういう答案であてはめをしたつもりでいる受験生は極めて多い。

<良い例>

本問では、まず①甲は乙を、ナイフという殺傷性の高い凶器で切り付け出血多量により意識を失わせる状態にまで至らせている。したがって、甲の行為に存する結果発生確率は大きいと認められる。また、②人通りの多い所で人が倒れている場合、繁華街においては、酔客や少年などの第三者によって蹴飛ばされる等の加害行為がなされる虞も少なくはなく、Aの行為による介在事情の異常性は小さいものと認められる。さらに、③Aが乙を蹴り上げた行為は、乙の死期を数分早めたにすぎないのだから、Aの行為の結果発生への寄与は小さいものと認められる。

以上により、甲の行為と乙の死亡との間には因果関係が存在する。

〔第1問〕（配点：100）

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

- 1 A合同会社（以下「A社」という。）は、社員甲、社員B及び社員Cの3名で構成されており、同社の定款において、代表社員は甲と定められていた。
- 2 甲は、自己の海外での賭博費用で生じた多額の借入金の返済に窮していたため、知人であるDから個人で1億円を借り受けて返済資金に充てようと考え、Dに対し、「借金の返済に充てたいので、私に1億円を融資してくれないか。」と申し入れた。

Dは、相応の担保の提供があれば、損をすることはないだろうと考え、甲に対し、「1億円に見合った担保を提供してくれるのであれば、融資に応じてもいい。」と答えた。

- 3 甲は、A社が所有し、甲が代表社員として管理を行っている東京都南区川野山〇〇〇〇〇〇所在の土地一筆（時価1億円相当。以下「本件土地」という。）に第一順位の抵当権を設定することにより、Dに対する担保の提供を行おうと考えた。

なお、A社では、同社の所有する不動産の処分・管理権は、代表社員が有していた。また、会社法第595条第1項各号に定められた利益相反取引の承認手続については、定款で、全社員が出席する社員総会を開催した上、同総会において、利益相反取引を行おうとする社員を除く全社員がこれを承認することが必要であり、同総会により利益相反取引の承認が行われた場合には、社員の互選により選任された社員総会議事録作成者が、その旨記載した社員総会議事録を作成の上、これに署名押印することが必要である旨定められていた。

- 4 その後、甲は、A社社員総会を開催せず、社員B及び社員Cの承認を得ないまま、Dに対し、1億円の融資の担保として本件土地に第一順位の抵当権を設定する旨申し入れ、Dもこれを承諾したので、甲とDとの間で、甲がDから金1億円を借り入れることを内容とする消費貸借契約、及び、甲の同債務を担保するためにA社が本件土地に第一順位の抵当権を設定することを内容とする抵当権設定契約が締結された。

その際、甲は、別紙の「社員総会議事録」を、その他の抵当権設定登記手続に必要な書類と共にDに交付した。この「社員総会議事録」は、実際には、平成××年××月××日、A社では社員総会が開催されておらず、社員総会において社員B及び社員Cが本件土地に対する抵当権設定について承認を行っていなかったにもかかわらず、甲が議事録作成者欄に「代表社員甲」と署名し、甲の印を押捺するなどして作成したものであった。

Dは、これらの必要書類を用いて、前記抵当権設定契約に基づき、本件土地に対する第一順位の抵当権設定登記を行うとともに、甲に現金1億円を交付した。

なお、その際、Dは、会社法及びA社の定款で定める利益相反取引の承認手続が適正に行われ、抵当権設定契約が有効に成立していると信じており、そのように信じたことについて過失もなかった。

甲は、Dから借り入れた現金1億円を、全て自己の海外での賭博費用で生じた借入金の返済に充てた。

- 5 本件土地に対する第一順位の抵当権設定登記及び1億円の融資から1か月後、甲は、A社所有不動産に抵当権が設定されていることが取引先に分かれば、A社の信用が失われるかもしれないと考えようになり、Dに対し、「会社の土地に抵当権が設定されていることが取引先に分かると恥ずかしいので、抵当権設定登記を抹消してくれないか。登記を抹消しても、土地を他に売却したり他の抵当権を設定したりしないし、抵当権設定登記が今後必要になればいつでも協力するから。」などと申し入れた。Dは、抵当権設定登記を抹消しても抵当権自体が消滅するわけではないし、約束をしている以上、甲が本件土地を他に売却したり他の抵当権を設定したりすることはなく、もし登記が必要になれば再び抵当権設定登記に協力してくれるだろうと考え、甲の求めに応じて本件土地に対する第一順位の抵当権設定登記を抹消する手続をした。

なお、この時点において、甲には、本件土地を他に売却したり他の抵当権を設定したりするつもりは全くなかった。

- 6 本件土地に対する第一順位の抵当権設定登記の抹消から半年後、甲は、知人である乙から、「本件土地をA社からEに売却するつもりはないか。」との申入れを受けた。

乙は、Eから、「本件土地をA社から購入したい。本件土地を購入できれば乙に仲介手数料を支払うから、A社と話を付けてくれないか。」と依頼されていたため、A社代表社員である甲に本件土地の売却を持ち掛けたものであった。

しかし、甲は、Dとの間で、本件土地を他に売却したり他の抵当権を設定したりしないと約束していたことから、乙の申入れを断った。

- 7 更に半年後、甲は、再び自己の海外での賭博費用で生じた多額の借入金の返済に窮するようになり、その中でも暴力団関係者からの5000万円の借入れについて、厳しい取立てを受けるようになったことから、その返済資金に充てるため、乙に対し、「暴力団関係者から借金をして厳しい取立てを受けている。その返済に充てたいので5000万円を私に融資してほしい。」などと申し入れた。

乙は、甲の借金の原因が賭博であり、暴力団関係者以外からも多額の負債を抱えていることを知っていたため、甲に融資を行っても返済を受けられなくなる可能性が高いと考え、甲による融資の申入れを断ったが、甲が金に困っている状態を利用して本件土地をEに売却させようと考え、甲に対し、「そんなに金に困っているんだったら、以前話した本件土地をA社からEに売却する件を、前向きに考えてみてくれないか。」と申し入れた。

甲は、乙からの申入れに対し、「実は、既に、金に困ってDから私個人名義で1億円を借り入れて、その担保として会社が無断で本件土地に抵当権を設定したんだ。その後で抵当権設定登記だけはDに頼んで抹消してもらったんだけど、その時に、Dと本件土地を売ったり他の抵当権を設定したりしないと約束しちゃったんだ。だから売るわけにはいかないんだよ。」などと事情を説明した。

乙は、甲の説明を聞き、甲に対し、「会社は無断で抵当権を設定しているんだったら、会社は無断で売却したって一緒だよ。Dの抵当権だって、登記なしで放っておくDが悪いんだ。本件土地をEに売却すれば、1億円にはなるよ。僕への仲介手数料は1000万円でもいいから。君の手元には9000万円も残るじゃないか。それだけあれば暴力団関係者に対する返済だってできるだよ。」などと言って甲を説得した。

甲は、乙の説得を受け、本件土地を売却して得た金員で暴力団関係者への返済を行えば、暴力団関係者からの取立てを免れることができると考え、本件土地をEに売却することを決意した。

- 8 数日後、甲は、A社社員B、同社員C及びDに無断で、本件土地をEに売却するために必要な書類を、乙を介してEに交付するなどして、A社が本件土地をEに代金1億円で売却する旨の売買契約を締結し、Eへの所有権移転登記手続を完了した。甲は、乙を介して、Eから売買代金1億円を受領した。

なお、その際、Eは、甲が本件土地を売却して得た金員を自己の用途に充てる目的であることは知らず、A社との正規の取引であると信じており、そのように信じたことについて過失もなかった。

甲は、Eから受領した1億円から、乙に約束どおり1000万円を支払ったほか、5000万円を暴力団関係者への返済に充て、残余の4000万円については、海外での賭博に費消した。

乙は、甲から1000万円を受領したほか、Eから仲介手数料として300万円を受領した。

【別紙】

社員総会議事録

- 1 開催日時
平成××年××月××日
- 2 開催場所
A合同会社本社特別会議室
- 3 社員総数
3名
- 4 出席社員
代表社員甲
社員B
社員C

社員Bは、互選によって議長となり、社員全員の出席を得て、社員総会の開会を宣言するとともに下記議案の議事に入った。

なお、本社員総会の議事録作成者については、出席社員の互選により、代表社員甲が選任された。

記

議案 当社所有不動産に対する抵当権設定について

議長から、代表社員甲がDに対して負担する1億円の債務について、これを被担保債権とする第一順位の抵当権を当社所有の東京都南区川野山〇―〇―〇所在の土地一筆に設定したい旨の説明があり、これを議場に諮ったところ、全員異議なくこれを承認した。

なお、代表社員甲は、特別利害関係人のため、決議に参加しなかった。

以上をもって議事を終了したので、議長は閉会を宣言した。

以上の決議を証するため、この議事録を作成し、議事録作成者が署名押印する。

平成××年××月××日

議事録作成者 代表社員甲 印

第1 甲の罪責

1 Dに対する1億円の債務を担保するために本件土地に抵当権を設定した行為

- (1) 甲の上記行為について業務上横領罪（刑法（以下略す）253条）は成立しないか。
- (2) 「業務上」とは、社会生活上の地位に基づいて反復継続して行われる事務のことをいう。本件において、甲はA社の代表社員という地位に基づいて本件土地の処分・管理をしていたといえるので、業務性は認められる。
- (3) ア 横領罪の保護法益は所有権および委託信任関係である。そうだとすれば、法律上自己が容易に他人の物を処分しうるかぎり、所有権侵害は可能であるため、「占有」には事実上の支配のみならず、法律上の支配が認められる場合をも含む。また、「占有」は委託信任関係に基づくことを要する。
イ 本件において、甲はA社の所有する不動産の処分・管理権を有していたため、本件土地についても法律上支配していたといえる。また、かかる権利が与えられていたのは、甲がA社の代表社員たる地位にあったことによるため、甲の占有はA社との委託信任関係に基づくといえる。
ウ よって、甲は本件土地を「占有」していたといえる。
- (4) 本件土地はA社の所有物であるため、「他人の物」といえる。
- (5) ア 「横領」とは不法領得の意思の発現行為をいう。不法領得の意思とは、他人の物の占有者が委託の趣旨に背いて、そのもの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をいう。
イ 本件において、A社では利益相反取引の承認手続については、社員総会を開催した上、全社員がこれを承認することが必要であると定めている。そうだとすれば、A社が甲に本件土地の処分と管理を委託した趣旨とは、利益相反取引については承認手続を経ることを要し、あくまでA社の経営活動のために利用することにあつたといえる。このことから、甲が自らの債務を担保するために承認手続を経ることなく、本件土地に抵当権を設定したことは、明らかにA社の委託の趣旨に反する行為といえ、A社でなければできない処分といえる。
ウ よって、甲の行為は「横領」に該当する。
- (6) また、甲は本件土地に抵当権を設定することを認識、認容しているため、故意があり、自己の債務の担保のために抵当権を設定していることから、不法領得の意思に欠けるところはない。
- (7) 以上のことから、甲に業務上横領罪が成立する。

2 本件議事録を作成した行為

- (1) 甲の上記行為について私文書偽造罪（159条1項）が成立しないか。
- (2) 甲が承認手続を経ずに、議事録作成者欄に「代表社員甲」と署名して、甲の印を押捺するなどして議事録を作成した行為は「偽造」に該当するか。「偽造」の意義が問題になる。
ア 私文書偽造罪の保護法益は文書に対する公共の信用である。そうだとすれば、一般人が当該文書をみたときに、名義人として作成者と異なる人物を想定した場合には、文書の公共の信用は侵害されるといえる。このことから、「偽造」とは、一般人が文書を見たときに想定される名義人と作成者との間に人格の同一性が認められない場合をいうものと解する。
イ 本件についてみるに、本件議事録を作成したのは甲である。そして、A社では利益相反取引をする場合には承認手続きを要し、これが行われた場合には社員の互選により選任された社員総会議事録作成者が議事録を作成することに鑑みて、本件議事録を見たDとすれば、名義人は互選により選任された甲であると想定する。そうであるとすれば、名義人と作成者との間に人格の同一性が認められるといえる。
ウ よって、甲の行為は「偽造」に該当しない。

- (3) 私文書偽造罪の場合は、公文書の場合と異なり、「虚偽の文書」(156条)を作成したことを理由に処罰されない。以上のことから、甲が虚偽の私文書を作成した行為について、私文書偽造罪は成立しない。
- 3 Eに本件土地を1億円で売却した行為
- (1) 甲の上記行為について、A社に対する業務上横領罪(253条)が成立しないか。
- (2) 前述のとおり、本件土地を管理、処分することにつき「業務」性は認められる。
- (3) また、本件土地は甲が「占有」する「他人」たるA社の「物」である。
- (4) 本件において、すでに本件土地に抵当権を設定した行為について業務上横領罪が成立している。そこで、本件土地を売却する行為については不可罰的事後行為として犯罪不成立となるのか、それとも重ねて業務上横領罪が成立するのかが問題となる。
- ア 委託物に抵当権を設定した後においても、当該不動産が「他人の物」であることに変わりはない。そのため、かかる「他人の物」をさらに売却すれば不法領得の意思の発現行為として「横領」行為に該当するものと解する。
- イ よってEに対して本件土地を1億円で売却した行為は「横領」にあたる。
- (5) また、甲は本件土地を売却することを認識、認容しているため、故意があり、自己の債務の返済にあてるために本件土地を売却していることから、不法領得の意思に欠けるところはない。
- (6) 以上のことから、甲に業務上横領罪が成立する。
- 4 Eに本件土地を1億円で売却した行為
- (1) 甲の上記行為について、Dに対する背任罪(247条)が成立しないか。
- (2) 「他人のためにその事務を処理する者」とは、法律上または事実上、他人の財産権を管理保全する任務を負う等、本人のために一定の権限を行使することが認められた者をいう。
- 本件において、甲はDに対し抵当権設定登記を抹消するのと引きかえに本件土地を他に売却しないこと、他の抵当権を設定しないこと、および必要になればいつでも抵当権設定登記の具備に協力することを約束している。そうであるとすれば、甲は事実上、本件土地の担保価値を減少しないように維持する任務を負っているといえる。
- したがって甲は「他人のためにその事務を処理する者」にあたる。
- (3) 「任務に背く行為」とは、委託の趣旨に反する行為をいう。本件において、甲はDとの間で本件土地を他に売却しないことを約しているため、甲が本件土地をEに売却した行為は委託の趣旨に反するものとして、「任務に背く行為」にあたる。
- (4) 背任罪の保護法益は全体財産の侵害であることから、「財産上の損害」とは、全体財産が減少することをいう。本件において、本件土地を甲がEに売却すると、すでに抵当権設定登記は抹消されているため、DはEに対して自己の抵当権を対抗することができず、1億円の債権回収が困難になることが考えられる。このため、甲が本件土地を売却した時点で本人たるDの全体財産は減少したといえる。したがって、「財産上の損害」が認められる。
- (5) 本件において、甲は本件土地を売却して得た金員で暴力団関係者への返済を行えば、暴力団関係者からの取立てを免れることができると考えて、本件土地を売却している。このため、甲には「自己」「の利益を図」り、「本人」たるDに債権回収が困難になるという「損害を加える目的」を有しているといえる。
- (6) また、甲は本件土地を売却することが任務に背くことおよびこれによりDに財産上の損害を与えることになることを認識、認容しているため、故意がある。
- (7) 以上のことから、甲に背任罪が成立する。
- 5 甲が乙に1000万円支払った行為、5000万円を返済に充てた行為、4000万円を賭博に費消した行為は本件土地の対価を使った行為であるため、本件土地売却

により生じた法益侵害を超えて新たな法益侵害は認められない。よって、不可罰的事後行為として犯罪は成立しない。

6 罪数

甲には①A社に対する業務上横領罪、②A社に対する業務上横領罪、③Dに対する背任罪が成立し、②と③は「一個の行為が二個以上の罪名に触れ」るため、観念的競合（54条1項前段）として処断され、①との間では併合罪（45条前段）となる。そして、②については乙との間で横領罪の範囲で共同正犯となり、③についても乙との間で共同正犯が成立する。

第2 乙の罪責

1 甲に本件土地を売却させた行為

- (1) 乙の上記行為について、A社に対する横領罪の共同正犯（253条、60条）が成立しないか。
- (2) 本件において、乙は本件土地の占有者たる身分も業務上の占有者たる身分も有していない。このような場合に、乙に横領罪の共同正犯が成立しうるのか。65条の解釈が問題となる。

ア 65条は文言上、1項は真正身分犯の成立と科刑について、2項は、不真正身分犯の成立と科刑について定めたものと解する。そして、身分を有さない者であっても、身分を有する者と共同することによって法益侵害結果を惹起することは可能なので、「共犯」（65条1項）には共同正犯をも含むものと解する。

イ 本件において、占有者たる身分は真正身分であり、業務上の占有者たる身分は不真正身分である。そうであるとすれば、乙には65条1項に基づき横領罪の共同正犯が成立しうる。

- (3) もっとも、乙は甲とEの間の本件土地の売買における仲介業者にすぎない。かかる仲介業者たる乙に横領罪の共同正犯は成立するのか。正犯性が認められるかが問題となる。

ア 共犯の処罰根拠は、共犯者が物理的・心理的に相互利用補充して、犯罪結果の発生に寄与したことにある。そこで、共謀者においても、共同正犯といえる実質、すなわち結果に対する強い因果的寄与がある場合には共同正犯が成立する。そこで、不動産の売却を執拗かつ積極的に働きかけ、結果として抵当権の担保価値を減少させることを決意せしめた場合には、結果に対する強い因果的寄与が認められるので、横領罪の共同正犯が成立するものと解する。

イ 本件についてみるにまず、甲は乙から本件土地のEへの売却の申し入れを受けているが、Dとの約束があったため一度断っている。このため、乙は甲がEへの売却に消極的であることを認識していたといえる。にもかかわらず、その後甲から5000万円の融資を頼まれたとき、乙は返済が受けられない可能性が高いと考え、これを断った上で、甲が金員に窮していることをいいことに再度本件土地の売却を勧誘している。そして、これに留まらず、Dと甲との約束についての説明を受けた後においても、「会社は無断で抵当権を設定しているんだったら、会社は無断で売却したって一緒だよ。」といい、売っても売らなくても一緒なら、売却によって代金を得られる方が得なのではないかと甲に思わせる発言をしている。また、「Dの抵当権だって、登記なしで放っておくDが悪いんだ。」といい、Dとの約束を破ることがさほど悪いことではないのではないかと甲に思わせる発言をしている。さらに、「本件土地を売却すれば、1億円には」なり、1000万円の仲介手数料を支払っても9000万円残るため、暴力団関係者に対する返済も可能であることを告げ、厳しい取立てから逃れたいと必死な甲にとって、まさにこの苦しみから逃れるためには本件土地を売却するしか方法はないと思わせる発言をしている。

このように、乙は複数回にわたって積極的に本件土地の売却を勧誘するとともに、甲が本件土地の売却に踏み切るよう仕向けるような発言を執拗にしているといえる。現に乙の発言を受け、甲は本件土地をEに売却することを決意している。このことから、乙の果たした役割は結果に対する強い因果的寄与が認められる。

ウ よって、乙には正犯性があるといえる。

- (4) また、乙は甲が本件土地を売却することを認識、認容しているので、横領罪の故意があり、これによりEだけでなく、甲から1000万円という多額の仲介手数料を得られるので、不法領得の意思がある。
- (5) 以上のことから、乙に横領罪の共同正犯が成立する。

2 甲に本件土地を売却させた行為

(1) 上記行為についてDに対する背任罪の共同正犯(247条、60条)が成立しないか。

(2) まず、乙は「他人のためにその事務を処理する者」という真正身分を有していないが、65条1項に基づき背任罪の共同正犯が成立しうる。

(3) 前述のとおり、乙は甲に本件土地売却を積極的かつ執拗に迫り、これを決意させているので、結果に対する強い因果的寄与が認められ、正犯性があるといえる。

(4) また、乙は甲がDとの間で本件土地を売却してはならない旨の約束をしたことを聞いているため、本件土地の売却が甲の任務に背く行為であることおよびDに財産上の損害を与えることを認識、認容しているといえる。よって、乙には背任罪の故意がある。

(5) 以上のことから、乙に背任罪の共同正犯が成立する。

3 罪数

乙には横領罪の共同正犯と背任罪の共同正犯が成立し、「一個の行為が二個以上の罪名に触れ」ることになるため、観念的競合として処断される(54条1項前段)。そして、甲との間では横領罪の範囲で共同正犯となる。

以上

合格者Bさんの再現答案

第1 甲の罪責

- 1 甲が、本件土地についてDと抵当権設定契約をしたことに業務上横領罪（253条）は成立するか。
 - (1) 本件土地は、A社が所有権を有するので「他人の物」である。
 - (2) 本罪は、本人から委託信任を受けた権限を濫用する罪なので、占有は本人の委託信任に基づくものであることを要する。

本件では、甲はA社の代表社員としてA社の不動産を管理していたが、これはA社社員のB・Cの信任に基づくものであるので、本件土地を「占有」していたといえる。
 - (3) そして、甲はA社の代表役員という地位に基づいて反復・継続して不動産を管理していたので「業務上」占有していたといえる。
 - (4) 「横領」とは、本人からの委託の趣旨に反して本人にしかできない行為をすることである。

本件では、A社では不動産の処分について 社員総会での承認を必要であったが、甲はこれを得ないまま本件土地について抵当権設定契約を締結しているので、A社からの委託の趣旨に反して処分しているといえる。

よって、「横領」であるといえる。
 - (5) 甲は、本件土地がA社の所有であり、自己が代表役員であること、総会の承認を得ないで処分することが権限濫用であることを認識した上で、自己の借金の担保のために抵当権設定契約をしているので故意及び不法領得の意思 が認められる。
 - (6) よって、甲には業務上横領罪が成立する。
- 2 甲が「社員総会議事録」を作成し、Dに交付した行為には有印私文書偽造罪（159条2項）及び同行使罪（161条1項）が成立するか。
 - (1) 「社員総会議事録」は、社員総会の内容を外部に証明する文書であり、実社会生活に交渉を有する「事実」の「証明に関する文書」である。
 - (2) 甲は、真正の「社員総会議事録」であるとDに誤信させて抵当権設定契約をするために作成しているので「行使の目的」を有する。
 - (3) 本罪の「偽造」とは、文書の名義人と作成者の人格の同一性を偽ることである。作成者とは、文書を作成させた意思の主体である。そして、名義人とは、文書内容の意思の主体であるが、本罪が文書に対する公共の信用を保護法益とするので、文書の性質や形式等から公共の信用がどこに向けられているかを考慮して判断すべきである。

本件「社員総会議事録」の作成者は甲である。そして、名義人について、「社員総会議事録」は実際になされた総会の内容を外部に証明する性質の文書であり、社員総会で議事録作成者として任ぜられた者によって作成されたことについて公共の信用が向けられているといえる。とすれば、本件「社員総会議事録」の名義人は「議事録作成者として任ぜられた代表社員甲」である。しかし、作成者は議事録作成者と任ぜられていない甲である。

よって、人格の同一性を偽っており、「偽造」であるといえる。
 - (4) そして、甲は抵当権設定のため「社員総会議事録」をその他の必要書類とともにDに交付しているので「行使」しているといえる。
 - (5) 甲は、Dに総会の承認があったと誤信させるために「社員総会議事録」を作成し、行使しているので故意が認められる。
 - (6) よって、甲には有印私文書偽造罪及び同行使罪が成立する。
- 3 甲が、抵当権設定に必要な書類を示しDから1億円の交付を受けたことには詐欺罪（246条1項）が成立するか。

- (1)ア 本罪は、詐欺行為によって相手方に財産処分に関する誤信を生じさせ財産の交付を受けることによって成立する。したがって、実行行為たる詐欺行為とは、人に財産処分に関する誤信を生じさせるに足りる行為であると解する。通常、確実な担保が得られなければ、1億円という巨額の融資は行わないので、担保権設定について社員総会の正式な承認がある旨の「社員総会議事録」を示すことは、確実な担保があると誤信させて1億円を交付させるに足りる行為であるといえる。
- したがって、甲がDに「社員総会議事録」を示したことは詐欺行為である。
- イ そして、DはA社の総会の承認があり確実な担保が得られたと誤信して1億円を甲に交付している。
- ウ なお、本罪は財産犯なので、財産的損害を要するが、本罪は個別的財産に対する罪なので交付された金銭が財産的損害である。
- (2) 甲は、自己が1億円の貸付を受けるために担保があるとDに誤信させることを認識して行っているため故意が認められる。
- (3) よって、甲にはDに対する詐欺罪が成立する。
- 4 甲が、本件土地をEに売却した行為についてDに対する背任罪（247条）は成立するか。
- (1) 甲は、本件土地を他に売却したり他に抵当権設定してDの抵当権を法的に無価値にしないことをDと合意しているため、Dの信任を受け、Dのために本件土地を売却しないという「事務を処理する者」に該当する。
- (2) 「任務に背く行為」とは、本人の委託の趣旨に反し権限を濫用する行為である。
- 本件では、甲は、Dとの合意に反して、Dの抵当権設定登記がない本件土地をEに売却しているため、Dの委託の趣旨に反して権限を濫用しているといえるため「任務に背く行為」をしている。
- (3) 「財産上の損害」について、本罪が本人の財産権を保護法益とするため経済的観点から判断すべきである。融資を無担保にすることは回収不能となる可能性が高くなるため、本件土地をEに売却してDの抵当権を法的に無価値にすることでDに財産的損害が生じているといえる。
- (4) 甲は、上記の行為を認識しているため故意があり、自己の5000万円の借金返済及び乙に対する仲介料の支払のために本件土地を売却しているため「自己若しくは第三者の利益を図る目的」を有する。
- (5) よって、甲にはDに対する背任罪が成立する。なお、後述するように本罪について乙との共同正犯（60条）が成立する。
- 5 甲が本件土地をEに売却した行為について、A社に対する業務上横領罪が成立するか。
- (1) 前述のように、本件土地はA社の所有であり「他人の物」である。そして、Dに対して抵当権を設定しても甲はA社の代表社員として本件土地を管理しているといえるため「占有」が認められる。
- (2) 甲はA社の社員総会の承認を得ずに本件土地をEに売却しているため「横領」したといえる。
- (3) 甲には、上記行為についての認識があるため故意が認められる。
- (4) よって、甲には業務上横領罪が成立する。なお、後述するように乙と単純横領の範囲で共同正犯が成立する。
- 6 甲の罪数について、有印私文書偽造罪及び同行使罪は、目的と手段の関係にあるため牽連犯（54条1項後段）であり、本件土地のEへの売却について背任罪と業務上横領は一つの行為であるため観念的競合（54条1項前段）である。
- これらと詐欺罪、Dへの抵当権設定についての業務上横領罪は併合罪（45条）となる。

第2 乙の罪責

1 甲が本件土地をEに売却した行為について、乙に背任罪の共同正犯は成立するか。

(1) まず、背任罪は真正身分犯であるところ、非身分者にも本罪は成立するか。

この点、65条1項は真正身分犯の成立と科刑を規定して身分の連帯的作用を定め、2項は不真正身分犯の成立と科刑を規定して身分の個別的な作用を定めていると解する。

そして、非身分者であっても実行行為を分担して身分者に加功できるので共同正犯は成立すると解する。

したがって、65条1項の適用により非身分者にも真正身分犯の共同正犯が成立する。

(2)ア 次に、共同正犯の成立要件について、処罰根拠が相互に他人の行為を利用補充して自己の犯罪を実現することにあるので、①共同実行の意思と②共同実行行為を要すると解する。

そして、背任罪の場合には、非身分者が正犯たるには、身分者が身分を有し、背任行為をし、図利加害目的を有していることの認識を要すると解すべきである。

イ 本件では、乙は甲の話からDとの合意内容を知り、Eへの売却が背任行為に当たることを知っていた。そして、甲が借金返済と乙への仲介料を支払う目的を有していることも知っていた。また、乙自身も甲とEから仲介料を得る自利目的を有していた。

よって、①共同実行の意思が認められる。

そして、乙はEへの売却を説得した上、仲介役として書類や金銭の交付を行った。よって、②共同実行行為が認められる。

ウ 以上より、乙にはDに対する背任罪の共同正犯が成立する。

2 甲が本件土地をEに売却した行為について、乙にA社に対する業務上あるいは単純横領罪(252条)が成立するか。

(1) 前述のように、非身分者にも真正身分犯の共同正犯は成立する。

(2) 本件では、乙は甲の話から、甲が代表役員として本件不動産を管理し、総会の承認を得ずに売却することが「横領」にあたることを知っていた。その上で、甲を説得し自己が仲介料を受け取ることにしたので①共同実行の意思が認められる。

そして、甲を説得した上で、Eへの売却を仲介しているので②共同実行行為も認められる。

(3) 「業務」者が加減の身分、「占有」者が構成的身分であると解するので、65条1・2項より、非身分者には単純横領罪が成立する。(科刑も同様である。)

(4) 以上より、乙には単純横領罪の範囲で甲との共同正犯が成立する。

3 乙の罪数について、背任罪と単純横領罪は一個の行為なので観念的競合となる。
以上