

【出題趣旨】

本問は、不動産を客体とする横領の成否、身分犯と共犯、間接正犯の途中知情などが問題となる事例である。事例の内容は、司法試験、司法試験予備試験の問題を翻案している。

設問 1 は、単純な罪責を問う問題である。設問 2 も罪責を問う問題だが、その過程で、特定の事項についての言及が必須となっている。設問 2 は、ここ最近の司法試験の出題形式に類似する問題形式である。

1. 設問 1 について（配点 20 点）

端的に言えば、横領罪の基本的理解を問う問題である。ついでに、業務上横領罪に何の身分も持たない者が加功した場合の擬律の確認も兼ねている。

（1）甲の罪責

甲は、A の成年後見人としてその財産を管理していたので、甲が自己の債務の担保として土地 P に抵当権を設定し登記を了したことは、業務上横領罪にも背任罪にも該当し得る。したがって、まずは最初に、横領と背任の区別について論じることとなる。この点について、現在の通説的立場を前提とすれば、重なり合う部分については横領が優先することを指摘した上で、（業務上）横領罪の検討から進めていけばよいであろう。

業務上横領罪の成否にあたっては、まず、土地 P が「自己の占有する他人の物」であることを示す必要がある。これについては、横領罪の占有の意義を明らかにした上で、甲の地位がそれを基礎付けることを示すことが必要になる。もちろん、委託信任関係や業務のあてはめも忘れてはならない。

続いて、横領については、その意義を示した上で、本件処分行為（抵当権設定）がそれに該当することを論じなければならない。実質的にはここで横領と背任の区別の問題が出てくることになるが、横領を否定することは考え難いであろう（仮に否定するのであれば、背任罪が成立し得る）。なお、横領罪の成立（既遂）時期については、登記時点であることを明確に記述する必要がある。

（2）乙の罪責

乙は、上述した甲の業務上横領（あるいは背任）の身分なき加功者である。したがって、共謀共同正犯の成否に関する論述と、身分犯と共犯の擬律に触れる必要がある。

前者については、65 条 1 項に共同正犯が含まれることを前提に、判例（1 項の適用で業務上横領罪の共同正犯が成立し、2 項により非身分者には単純横領罪の刑が科される）、あるいは、通説（1 項の適用で単純横領罪の共同正犯となり、2 項により身分者には業務上横領罪が成立する）のいずれかが記述できていればよい。

後者についても、（共謀）共同正犯の成立要件を指摘した上で、そのあてはめが記述されていればよい。乙に共同正犯が認められる余地は十分にある。なお、二重売買のように民法 177 条が出てくる事例ではないので、共犯の成立を限定することは一般的には考えられないであろう（ただし、背任罪における不正融資の借り手の共犯と同様の限定を検討する余地はあるのかもしれない）。

2. 設問 2 について（配点 30 点）

基本的には、罪責を問う問題と同様に論を進めていけばよいが、途中の適切な箇所で、

問題文のア・イについて言及する必要がある。

甲丙のいずれから検討するかについては、丙を正犯の実行行為をしたと評価するのか、故意ある幫助道具にすぎないと評価するのかで異なってくると思われる。

(1) 丙の罪責

丙は、土地 Q の売却代金を自分のものにするために、A（そして甲）に無断で同土地を売却し登記を了しているのに、単純横領罪（の正犯）の成立が問題となる。その際には、設問でも言及が求められているように、丙が、土地 Q を占有しているといえるかが問題となる。具体的には、丙が、甲から甲 B 間の消費貸借契約締結および A の所有する本件土地 Q への抵当権設定契約締結についての代理権を付与され、登記済証及び委任状といった登記移転に必要な書類を所持していることで、本件土地 Q についての法律上の占有を認めてよいかを検討しなければならない。この点について、裁判例においては肯定例があり（大阪高判昭和 46・10・6 刑月 3・10・1306、福岡高判昭和 53・4・24 判時 905・123 など）、学説の一部もそれに同意しているが、否定説も有力である。否定するのであれば、丙には、A との関係では背任罪しか成立し得ないことになる。

肯定する場合は、丙の行為が横領といえるかを、設問 1 と同様に検討することになる。登記時に成立することも同じである（背任の場合も既遂時期は同じ）。

なお、丙が B から得た現金 3000 万円を客体として A に対する横領罪を検討する余地も一応あるが、それだけだと設問の検討事項から逸れることになってしまう。

(2) 甲の罪責

甲は、設問 1 と同じく、自身が成年後見人として管理する土地 Q に自己の債務の担保として抵当権を設定しようと企んだが、その途中で丙に犯行を気づかれ、その後丙が土地 Q を売却する形で現金を得たことになる。したがって、間接正犯の途中知情の問題である。

検討すべきは、丙が気づいてなお犯行を（形を変えて）続行したという事情があっても、間接正犯が成立するのか（丙は故意ある幫助道具なのか）である。伝統的見解や（一部の？）実務のように、それを認めるとしても、丙が売却に及んでいることについて、因果関係や、錯誤の問題が生じる。

一方、学説の大多数のように、間接正犯の途中で被利用者が道具性を失った場合には正犯性が否定されるという立場を採るのであれば、甲には間接正犯の既遂を認めることはできない。横領罪には既遂がないので（業務上）横領罪としては不可罰となる（ただし、背任未遂は成立し得る）。この場合、横領あるいは背任の正犯である丙を教唆したことになるので、関与形式の錯誤の問題となるほか、事実の錯誤（抵当権設定のつもりが売却になった、そして、業務上横領のつもりが横領（場合によっては）背任となった）の問題も生じる点に注意する必要があるほか、因果関係についても言及することが望ましい。

(3) その他（設問の対象外）

甲・乙の行為は、B を欺いて金銭を交付させるものとして詐欺罪が成立し得る。