

I 甲の罪責（11月21日に追加しました）

甲が、現金 200 万円を B の口座から引き出したことにつき、業務上横領罪（253 条）が成立するか。

（1）まず、「業務」とは、社会生活上の身分に基づいて反復継続して行われる事務であって、他人物の占有が業務内容になっているものを指す。

甲は、B から預金通帳の保管をはじめ、会社の経理事務について任されていたから、「業務」にあたる。

（2）また、B と甲の間には委託信任関係が認められ、B 名義の預金口座に入っている預貯金は、「自己の占有する他人の物」に当たる。

（3）そして、甲が上記口座から現金 200 万円を引き出し、これを乙に渡した行為には不法領得の意思がみられ、「横領」行為に該当する。

以上より甲には、業務上横領罪（253 条）が成立する。

II 乙の罪責

1. 乙は、甲と意を通じたうえで、B の口座から引き出された現金 200 万円を全額引き受けたため、業務上横領罪（253 条）の共同正犯（60 条）が成立するかが問題となる。なお、乙は実行行為を行っていないが、共同正犯の処罰根拠である共同犯行の一体性が認められる限り、共同正犯とすることに支障はない。

とはいえ、業務上横領罪は身分犯である。

まず、65 条 1 項は「身分によって構成すべき犯罪」、同条 2 項は「身分によってとくに刑に軽重がある場合」としている。このような文言に着目し、1 項は真正身分犯の規定であり、

2 項は不真正身分犯に関する規定であるというべきである。

ここで、非占有者からすると、業務上の占有者であることは真正身分であるから、65 条 1 項で業務上横領罪が成立するというべきである。そして、身分のない者であっても、身分者を

通じて身分犯の法益侵害結果またはその危険を惹起することができるから、「共犯」には、共同正犯を含む。

しかし、単なる占有者が業務上物を占有する者と共犯行為を行った場合、65 条 2 項で単純横領が成立することとの均衡を欠くおそれがある。

コメントの追加 [ゲユ1]: 罪数処理がないのはなぜですか？

前にも説明したように、実務家は非常に罪数の問題に気がします。（実際の刑の重さに影響するため）単純な途中答案と同じになりますので、注意してください。

コメントの追加 [ゲユ2]: 基本的な①事実の指摘、②評価、③あてはめ（結論）の②が飛んでいます。

こういうことが答案の頭にあると、採点者は「できない人」を前提として答案を読むことになりますので、注意してください。

具体的にいうと、規範を立てているのに、何が「身分」なのか、何が「反復継続」しているのか、全く評価していません。

規範と評価・あてはめがずれているときに「気持ち悪い」と感じてください。

コメントの追加 [ゲユ3]: 預貯金による占有は一つの大きな論点です。

「物」と単純に評価できないことは認識できていますか。

コメントの追加 [ゲユ4]: 横領及び不法領得の意思の定義を買いってください。

流して書く時でも最低限の定義とあてはめをしてください。

コメントの追加 [ゲユ5]: なぜ教唆ではなく共同正犯なのか、理屈がさっぱりわかりません。

コメントの追加 [ゲユ6]: 何が問題なのか、指摘してください。

問題点を理解していないように読めます。

コメントの追加 [ゲユ7]: この理屈からすると、二重の身分犯ということで、65 条 1 項・2 項双方が適用されて、単純横領として処理されるのではないですか？

そこで、処断刑は単純横領罪（252 条 1 項）を基準とすべきである。

よって、乙は業務上横領罪の罪責を負うが、その刑は単純横領罪を基準とする。

2. 乙が甲に対して、200 万円の交付をさせたことにつき、詐欺罪（刑法 246 条 1 項）が成立するか。

- (1) まず、甲が B 名義の口座から引き出した現金 200 万円が、同項でいう「財物」に該当するか。
- 財物とは、他人の占有する他人の財物である。甲が現在管理している B 名義の口座に入っている現金はこれに該当する。
- (2) 次に、乙の行為が、欺罔行為に該当するか。
- 欺罔行為とは、財物の交付に向けて人を錯誤に陥らせることをいい、その内容は、交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ることである。
- 本件において、乙は、甲に大金を出させる目的で、やくざから 200 万円を請求されているという虚偽の事実を甲に伝えた。このことが、甲の判断の基礎となった事項といえるから、乙の上記行為が欺罔行為に該当する。
- (3) さらに、乙の言葉を信じた甲が錯誤に陥り、結果として B 名義の口座から現金 200 万円を引き出して乙に交付した。
- したがって、乙に詐欺罪（246 条 1 項）が成立する。

コメントの追加 [ゲユ8]: 詐欺罪の構成要件は何なのか、まずは指摘して下さい。

コメントの追加 [ゲユ9]: 甲と乙のどちらにとって重要なことなのか、読んでいてわかりません。この点きちんと理解できていますか？

3. 乙が、甲を脅してカードを交付させたことにつき、恐喝罪（249 条 1 項）が成立するか。

- (1) まず、甲のカードは乙にとって他人の占有する他人の財物であるから、同項の客体に該当する。
- (2) 次に、乙が甲を脅した行為が、恐喝行為に該当するか。
- 恐喝とは、財物交付に向けられた、人を畏怖させるに足りる強迫又は暴行であって、その反抗を抑圧するに至らない程度の行為をいう。
- 乙は、甲がカードを交付しなければ、甲が B の口座から現金を引き出したことについて B 本人に話すと言いつづけたことが、甲の反抗を抑圧するに至らない程度の行為にあたる。

(3) 同罪が成立するためには、恐喝行為に基づき相手方が財物を交付することも必要である。

本件では甲が B に現金を引き出した事実をばれたくないと思い、キャッシュカードを乙に交付したことから、カードの交付が乙の恐喝行為によるものであることが明らかである。

よって、乙には恐喝罪（246 条 1 項）が成立する。

コメントの追加 [ゲユ10]: 今回は何が問題なのか認識できていますか？

警察に通報するという行為が適法な行為であることを前提に検討してください。

コメントの追加 [ゲユ11]: 結論として「恐喝」にあたるのか、当たらないのか記載してください。

あなたの考えや結論をきちんと書いて、読み手にわかるようにしてください。

4. 乙が、甲のカードを用いて現金 10 万を ATM から引き出した行為につき、窃盗罪（235 条）が成立するか。

（1）甲が事前に乙に対して、カードによる引き出しを許諾しているから、乙には正当な取り戻し権限を与えられているように思える。もっとも、本件の甲の許諾は脅迫による瑕疵を帯びたものであり、自由意志に基づくものではなく無効である。したがって ATM から引き出された現金 10 万円は、ATM を管理する E 銀行 F 支店長が事実上支配する現金であり、同条に定める「財物」に該当する。

（2）「窃取」とは、占有者の意思に反して他人の占有する財物を自己の占有に移すことをいう。本件では乙が、正当な権限なく現金を引き出したことで、占有者であった E 銀行 F 支店長の意思に反していると評価できる。故に乙の行為が「窃取」に該当する。

（3）さらに乙が実際に ATM から現金を引き出したことから、その占有を既に取得したといえる。

よって乙の上記行為につき、窃盗罪（235 条）が成立する。