

高等司法研究科 法律文書錬成講座 解答用紙

評価(ABCD)

A

25

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
刑法			

[設問1]

1 甲がAの所有土地につき抵当権設定契約を締結した行為につき、甲に業務上横領罪(253条)が成立するかが、

2 甲は司法書士。

5 2 「業務上」「占有者」といふのは、財産の管理と反覆継続的に行う地位に基づき、事実上および法律上、支配していることを要する。

(2) 本件において、甲は司法書士であり、法定代理人として、反覆継続的に財産を管理する地位にある。

10 したがって、その地位に基づき、Aの財産を管理している。

(3) したがって甲は「業務上」「他人の物」を「占有者」といえる。

3 「横領」とは不法領得の意思を発生する一切の行為という。そして不法領得の意思とは、委託の任務に背いて

15 権限がないと、所有権であり得るべきものを処分する意思である。

(2) 本件において、甲が任されたのは財産の管理であり、これを超えて、抵当権を設定することは、委託の任務に背くといえる。

また、民法上、後見人は、後見監督人がいない場合、利益相反取引を行うには、裁判所請求が必要である。甲は民法上、必要な手続をとっていないため、権限はない。したがって、抵当権の設定契約は、不動産の所有権を失うおそれがある、重大な行為であり、所有者でないとできない処分といえる。

25 (1) したがって抵当権設定契約は不法領得の意思が発生する一切の行為であり「横領」にあたる。

4 よって甲に業務上横領罪が成立する。

背任にも該当し得る
この指摘が必要

論拠も必要
規範OK

あてはめ
OK

意思OK
2

おはのOK
2

・既成の定期は？
・委託信任関係の
検討なし

1 ページ

裏面へ

第2 乙の罪責

1 甲の業務上横領罪に於て、乙に共同正犯(60条)は成立するか。

2 65条1項に基づき、真正身分犯については、身分のない者であっても、当該犯罪の共同正犯が成立する。他方、65条2項によると、不真正身分犯については、身分のない者には基本犯が成立するに留まる。

(2) 本件においては、業務上横領罪は、横領罪と基本犯とから不真正身分犯と評する。これを真正身分犯とすると、

(2) 業務上横領罪を真正身分犯と考へ、業務上従事しておらず占有を有しない者についても、当該犯罪に於て共同正犯が成立するとの考えもある。

しかし、その場合、占有者には横領罪の成立に留まることとの関係で厳格な均衡が生じることになる。

そこで、非占有者についても、横領罪の成立に留まると解するべきである。

(3) したがって業務上従事しておらず非占有者であってもこれには、横領罪について、共同正犯成立の余地がある。

3 共同正犯の成立要件は、①共謀と②共謀に基づき実行行為である。①共謀が認められるとは、

3 共同正犯の成立要件は①共謀②正犯意思③共謀に基づき実行行為の存在である。

(2) 本件においては、甲と乙の間で、横領罪に関する意思連絡はあり、共謀は存在する。

② また、乙は、土地を提供することであれば融資とすると定めており、犯罪を押し付けている。加えて、最初には拒否した甲に対し、相当権を設定しながら融資はしない旨の警告し、心理的圧迫を及ぼして犯罪の促進に貢献したという意味で重要な役割を果たしている。乙は、正犯意思も認定される。

縦線OK
2

実質上の均衡性の理由付けは良いのだが、65条1項と2項の文言に引き拠りて、理由付けもせねばならないと思われる。

要件OK
1

解説で良いですね
2

乙ページ

高等司法研究科 法律文書錬成講座 解答用紙

科目名	区分	学籍番号(在学時)	氏名
刑法			

評価(ABCD)

--

(3) 上記の通り、甲は業務上横領罪を
行っているため、共謀に基づき実行行為も存在する。
(3) したがって2は共同正犯の成立要件を満たす。
4 よって21は横領罪の犯罪範囲で共同正犯が
成立する。

結論○

[設問2]

第1 丙の罪責

1 丙が土地QをBに売却した行為に横領罪(252条頃)
が成立しないが、

2 土地QはAの所有物であり、丙の所有物ではない
ため「他人の物」にあたる。

3 「自己の占有者」とは事実上の支配のみならず、法律
上の支配も含めると解釈。

(2) 本件において、丙は土地Qの管理者であり甲が代
理権を認められ、登記簿上も自筆委任状等が交
付されている。

この場合、丙は土地Qを自由に処分することが可能
な状態にあるといえる。

このため、土地Qにつき法律上の支配を有している。

(3) したがって土地Qに対して丙は、本件土地Qを
占有しているといえる(論点ア)。

4 丙は土地売却の権限は与えられておらず、土地の部
分所有者ではないとてはいくことは明らかである。

したがって、丙の行為は不法横領の既遂する行為で
あり、「横領」にあたる。

5 よって丙に横領罪が成立する。

OK

規定とあてはめる
ね心関係OK

実際の処分が与える
権利を無視して
いることの評価や
他の法件のおお
しと比較等から、
もう少し高めに論
述をすることが
よいと思う。3

横領成立はOK

ここでも既遂時期
を意図せ

3ページ
裏面へ

第2 甲の罪量

1 甲が丙に対し、高価盗と抵当権設定に関する代理権を授け、登記簿証や白紙委任状を交付した点、横領罪の間接正犯が成立する。

2 間接正犯の成立要件は①正犯意思②一方的支配利用関係である。

要件OK

2

3 事件において甲は、2000万円の借入を受け、土地を担保に高価盗と受取しようと考えているため、自己の犯罪として実行する意思を有し、正犯意思はある(①充足)。

あとはOK

1

10 もともと丙は甲の企みを全て察した上で、登記簿証や白紙委任状所を所持していることを奇貨として今回の取引から利益を得ようと計画している。

指摘OK

2

つまり、丙は正犯意思をもち、甲の計画する犯罪とは別の犯罪を行おうとしている点で、一方的支配利用関係は失われたと言評面できる。(②不充足)(論点1)

正犯性の要件に
関係するこの点
OK

2

15 したがって甲に間接正犯は成立する。

結論OK

2

5 もともと、代理権の授受等から、土地の権限と抵当権の設定を好意は発現しているため、横領にはあたる。

正犯性も上記で
否定はあてはまる?

↓

20 ようして甲には横領業務上横領罪が成立する。

関与形式が
兼ねの錯誤の間
題が生じるため、
因果関係も念の
検討が必要か
あった。

大筋を外おしてよく、淡々と要件にあてはめ、ほぼ最後まで書き切っており、実力の高さを感じました。

他の科目でもそうですが、特に刑法は構成要件に

25 該当するかを淡々と検討していくことが大切です。ちなみに、犯罪が成立するためには、あての構成要件に該当する必要があるから

です。その点で、解答の書きかたでは、非常に正しい姿勢

だと思います。この調子で演習を続けると、刑法に関しては

上位で合格する力もあると思います。この調子でがんばってください。

30 い。

4ページ

※このページは解答用紙の裏面です。解答は表面から書き始めてください。