

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)

A

29

[設問1]

第1 甲の罪責

1. 甲が、Aの成年後見人としての地位にあるにも関わらず、民法上所定の手續をとる~~ことなし~~にA所有の土地に  
5 抵当権を設定した行為について業務上横領罪(刑法(以下  
法令各省略)253条)が成立し得る。

2. 本件の甲の行為については、「任務に背く行為」(247条)として  
背任罪(247条)の成立も想定される。もし、業務上横領罪及び  
背任罪は法競合との関係にあり、前者の方が罪重が重いので、  
10 ようは業務上横領罪の成立が~~考え~~を検討すべきである。

3. 業務上横領罪は、①行為者が、「業務上」②「自己の所有する  
他人の物」を③~~母~~その委託関係に反して④「横領」  
した場合に成立する(以上253条)。

(1)「業務」とは、同種の~~母~~行為を反復すべき地位に基づく  
15 事務を指す。本件で甲はAの成年後見人であり、Aの財産  
を管理すべき地位にある。甲はAの財産を直接所有する  
地位にはないが、「所有」とは事実上の所有のみならず物は  
知する~~母~~運用のあり様のある支配力一般を指す~~母~~、  
Aの所有物である土地は甲が~~母~~つて、甲はAの財産

20 を~~占有する~~「業務上」「所有」しているといえるので、  
土地は「業務上」「自己の所有する他人の物」にある(①、②)

(2) 次い、「横領」とは、委託の任務に<sup>concrete</sup>背いて、権限が  
にも関わらず所有者でなければ出来ないような処分をする  
意思を外部に発現する行為を指す。本件で甲は、~~母~~毎乙

25 に欠ける貸金債務を担保するためA所有の土地に抵当権  
を設定している。担保設定行為は成年後見人としての「業務」の範  
囲内であるが、甲は専ら自己のため担保権を設定しており、

規範論的に

正確です

2

「業務上」の概念が  
ている人が多いため  
あやしいです。

「所有」の概念の

「所有」のあり

も少し検討が必要

判例のルースに

正確で印象ある

2

1 ページ

裏面へ

5 10 15 20 25 30  
おたがし、AとBの利益が相互に行為を行っている。加えて、甲は民法上所定の相続を履践していない。~~また~~、甲は権限を濫用し、~~親の意思に背いて~~ (3)、所有者でなければできない行為を行っている~~もまた~~。よって、甲は土地Pを「横領」といえる。(4)。

(3)以上より、甲の行為は①～④を満たす。また、故意(38条1項)に欠けることもない。  
4. よって、甲は業務上横領罪が成立する。これは共同正犯(60条)の関係にある。

10 15 20 25 30  
第2 乙の罪責  
1. 乙は甲と共に業務上横領罪の<sup>実行</sup>行為を分担して行っており、業務上横領罪の共同正犯(60条)が成立し得る。  
2. 共同正犯は (5)「二人以上」(60条)の者が意思を通じて、(6)正犯として実行行為に加功した場合に成立する。

15 20 25 30  
3. 本件で乙は甲の金銭消費貸借契約の当事者であり、この甲し出に甲が同意し、その上で横領行為が行われているので、甲乙間には~~共同正犯~~関係は認められる(5)。また、乙は甲から横領横領登記手続に必要な書類を得た上で、横領横領登記手続を行っている。本件で業務上横領罪は、横領横領登記手続を行い、第2者に交付し得るものに該当する時点で既遂に達するものとされているから、乙は実行行為の一部を分担している。これ、横領横領登記手続により、乙は債権回収を確保できるものと見て利益を得ており、正犯性を認めることが出来るから、乙は正犯として実行行為に加功した(6)といえる。

25 30  
4. レンズより、乙は業務上横領罪の共同正犯が成立する。なお、業務上横領罪は業務上他人の物を占有するについて成立する犯罪類型であり、土地Pの非占有者である乙においては真正身分犯にある。つまり、乙は65条1項が適用されるので、やはり業務上横領罪の共同正犯となる。左右

委託地位関係の  
横領も忘れずに  
いってあげる 1

おたがしで済む 2

既遂時点の横領  
あれば横領完了  
でした。

OK 1

横領にある  
ていいます。  
特に正犯性  
をしっかりと  
書き添える  
必要はない。  
2

OK 2  
横領横領登記  
手続に理由付け  
をしっかりと

2 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。

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) |
|----------|
|          |

し、単なる占有者として同罪は非真正身分犯であり、65条2項より単純横領として処断されることとなる~~こととなる~~。本件のような場合も~~も~~処断刑は単純横領罪を基準とすべきである。

5 [設問2]

第1 丙の罪責

1. 丙が、Aの土地Aについて、登記の趣旨に<sup>登記</sup>背いてBに売却し、代金のうち1000万円を領得した行為について、業務上横領罪(253条)が成立し得る。なお、同罪が背任罪(249条)に優先することは既述の通りである。

10 2. (1) 本件で、丙は甲の代理人としての地位に立つ。設問1で示したように、本件で甲は「業務上」(253条)Aの財物を「占有」~~持~~している。その甲から代理権を授与されている丙についても、土地Aについて濫用のおそれのある支配力を及ぼしているものといえるので、丙は土地Aを「業務上」「占有している(①、④)(ア)」。

15 (2) また、甲の代理人である丙は、Aの問題では甲と同様の委託関係にある。そのような丙が、民法上所定の手続を経ることなく、権限なく土地Aを売却<sup>売却行為</sup>した行為は、登記の趣旨に背いて、土地Aについて権限がないにも関わらず所有権者でかたない処分をする意思を登載した行為であるといえる。従って、丙は土地Aを「横領」したといえる(③、④)。

20 3. また、丙は甲の企みについて全て認識した上で横領行為に及んでおり、①～④について故意に欠けるものもない(38条1項)。以上より、丙には業務上横領罪が成立する。また、甲は同罪について共謀共同正犯(60条)となる。

25 第2 甲の罪責

1. 甲は、丙の行為を糾弾して業務上横領罪の目的を遂げる<sup>遂げ</sup>として、業務上横領罪の共同正犯が成立し得る。即ち正犯

背任の可能性あり

実高Aが与えた権限を超えているこの評価を記せば(ア)何点か付与する

3.

横領該当性あり

指摘あり

3 ページ

裏面へ

は④自己の犯罪として行う意思を有する者が、⑤他人の犯罪  
実行行為を実質的に支配した場合には成立する。本件で、当初  
甲は甲の企みを以て、民法上所定の期間を経ているから甲は  
丙を欺用し、犯罪を実行して行うとしてあり、丙自身による錯誤に  
陥っているものであるから、行為支配性を有している。もしも、丙は  
業務上横領罪の構成に達する以前に甲の企みを全て察知して居て  
おり、その時点で錯誤は解消され、行為支配性は失われている。  
よって、⑤を満たさず、甲は業務上横領罪の問接正犯とはなり  
得ない(イ)。(60年)

10 2. では、甲は共同正犯について共謀共同正犯とはならないか。自  
ら犯罪を実行していない背後者についても、⑦意思連絡及び  
⑧正犯として犯行に加功する意思が認められれば、共同正犯とい  
え断し得る。

15 (1) 本件で丙は、上述したように甲の企みを完全で全て察知しており、  
その時点で甲丙は犯罪実行について意思認識を有しているといえる  
ので、意思連絡は認められる。(70)。ただし、甲が上記Qへの極悪意  
識を欲している一方丙は上記Qの売却に反人であり、共謀の射程が  
認められるか問題となる。もしも、甲は自叙文に依り丙に代理権  
を授けしており、権限外の行為が行われる蓋然性は高かった。また、  
20 両行為はともに業務上横領罪に該当する行為であり、類似している。  
したが、丙の行為について甲が予見し得たか否かといえない。以上  
より、共謀の射程内の行為であるといえる。加えて、丙は甲に  
故意に欠けるところもない。

25 (2) として、本件で甲は丙の行為の結果2000万円の利益を  
得ており、甲丙による一連の行為は甲が発端であることと踏  
まえれば、正犯意思も認められる(80)。

3. 以上より、甲は業務上横領罪について丙との関係  
で共謀共同正犯となる。 以上

全体の途中でトップクラスの出来た。実力申し分ないと思ふので、  
30 この調子でがんばってください。

双犯OK  
3

指図OK  
2, 2

共謀もOK  
4

正犯性が否定さ  
れるため、間接正犯  
を否定する。次は教唆も  
権限ありにもなり  
ます。

また、正犯性を  
認めるとも  
あり得る。