

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

28

第1. 設問1

1. 甲の罪責

甲が、Aが所有する土地Pに、そのために抵当権を設定した行為について、
業上横領罪(253条)が成立するか。

- 5 (1) 「自己の占有物」における「占有」とは、濫用のおそれのある支配力を
を意味し、具体的には、法律上の支配や事実上の支配を指す。
甲は、Aの成年後見人であり、法定代理人として、Aの財産管理等
を行っていたことから、Aの財産について利用、処分できる立場に
あたるといえる。そのため、甲は土地Pについても濫用のおそれのある
10 支配力を有していたといえるため、甲は土地Pを「占有」していた
といえる。

(2) また、土地PはAが所有していたので、「他人の物」にあたる。

- (3) そして、占有離脱物等横領罪(254条)の成立のために、秘密に
行われる構成要件として、委託信任関係があるか。甲はAの成年
15 後見人として選任され、Aの法定代理人として、Aの財産管理を行
っていたことから、委託信任関係にあたるといえる。

- (4) 「横領」とは、不法領得の意思の外的発現を意味し、
不法領得の意思とは、委託信任関係に基づいて他人の物を
占有する者か、その任務にあって、その物の経済的効用に基づいて、
20 権利者にしかできる処分を行う意思を意味する。

- 甲は上記のように、土地Pを委託信任関係に基づいて占有していた
からして、土地Pを甲自身の借金の担保にする行為は利益相反行為
にあたり、本来であれば、裁判所に請求する必要があった(民法860条、
826条1項)のに、そのよう手続をとらず、土地Pを担保に使
25 したのは、その任務に背き、権利者にしか行えない処分を行った
と評価できる。そのため、甲が土地Pを担保に使った行為は
「横領」にあたる。そして、抵当権の設定は登記を履行した

双犯OK 1

あとのはOK 1

委託信任関係の
検討は板に板に
どうなのgood 67

判例の72に
忠実に分析 2

丁寧な分析 2

1 ページ

裏面へ

と主として、対抗要件を具備したことにあり、権利が、確定的にあるから、土地に存する第一順位抵当権設定登記時に、既述にある。

(5) 「業務上とは、他人の物の占有・管理を委託・信任関係に基づいて、反復・継続的に行っていることを指すから、甲は、上記の如くに、
 5 Aの成年後見人として、Aの財産管理等を行っていたのだから、「業務上」にあたるといえる。

(6)、甲は、上記事実を認識・認容していたため、詐欺(98条1項)を有していたといえる。不法取得の意・未も認められず。

(7) 以上より、甲には、業務上横領罪(253条)が成立する。

10 2. 乙の罪責 (252条1項)
 乙は、甲との間で、横領罪の共同正犯(60条)が成立するかが、

(1) 乙は、横領罪の实行行為を行っていたため、共謀共同正犯の成立を検討する。共謀共同正犯の要件は①共謀、②
 15 共謀に基づく実行である。

乙は、甲から融資を受けるかたに際し、甲に対して、自ら横領にあたることを認識しながら、土地Pを担保にするという
 20 条件を付けており、受取の連絡があるといえる。また、乙がそのように言ったのは、乙がかかっていた土地Pを手に入れたためであ
 り、甲が借金を返せるようになったと認識していたことをふまえて、抵当権を実行して、土地Pを再取得しようとしていたといえるため、正に故意もある。よって、甲と乙の間には共謀があるといえる(①充足)

そして、甲は、乙の提案に乗って、土地Pにこのために
 25 抵当権を設定し、その際登記も具備したため、共謀に基づいて実行したといえる(②充足)。

(2) そこで、甲と乙の間でどのような共犯が成立するか問題となる。
 65条1項は、構成的身分の場合、その身分がある者もその罪の共犯に
 30 なることを指し、65条2項は、加減的身分

既述の如く、
 おてきといふ人は
 ごくおかしな!!

「業務上」OK
 2
 1

青色の読み性
 に解決できず
 はほぼ覚えていた

事件OK 1

丁寧な説明であ
 る。共謀も
 正犯性の点では
 問題となるので、
 ②の力を厚く要
 すべきでした。
 厚く要すべき箇所
 を見直し、
 添削を横断し
 着実に進めよう。

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)

の場合、その部分の者には、通常の刑を課す規定と解釈。
業務上横領罪は、横領罪にあたる行為を「業務上」行つた
者に刑を加重するものであり、横領罪自体は「占有者
が、構成要件として必要である、構成的身分犯にあつて
5 いう。そのため、乙は、「業務上」行う者である。土地
を「占有」する者でもあったため、65条1項と2項が両方適用
され、横領罪(252条)の共犯とする。横領罪の刑
は懲役(65条2項)。(65条1項)

双罪、結合OK
3
罪数論的観点、
軽重理則に依り
ていふべき

よつて、乙は、横領罪の共同正犯が成立する。

10 甲との間で

第2. 設問2

1. 甲の罪責

甲は、丙を利用して、土地Qを担保に供したとして
業務上横領罪の間接正犯が成立するか。

15 1) 甲は、Aの成年後見人として、Aの所有する土地Qを管理
しているため、「~~毎てAが有~~」土地Qは「自己の占有する他人
の物」にあたる。また、委託関係も認められ、自己の借金
返済に充てたため、土地Qと担保に供してはならぬ
「横領」したともいえる。

構成要件該当性を
検討するに値しない
以て間接正犯の成立
が、この点にお
ける構成要件の成
立を要する。おおいに

20 (2) そこで、甲が丙を利用して、間接正犯が成立したとい
うか問題とする。

間接正犯は、①自身が支配する他人の行為を利用して、
②自己の犯罪を実現した(正犯意思を有した)といふ
25 要件と主として成立する。

丙は当初は甲の意図を知らず、甲の代理人たる。た
しかし、途中で丙は甲の企みを全て察していることから
丙自身にも横領の故意があることになり、甲が丙を支配していた

双罪OK 2

倍罰OK 2

3 ページ
裏面へ

とはいえる(3)と考える。実際、丙は甲の当初の金銭的
 要請。土地AをBに売却してあり、その代金一部を横領し
 ている。もっとも、丙の行為は、甲の当初の決定で大きく異なる。
 とはる。甲も2000万円を得ていることから、丙の気付きに
 5 5. 因縁の3次から断絶したと見られ、難いわけ。甲の
 丙に対する支配状況は維持されているといえる(①点)。
 また、甲は自身の借金返済のために、丙を利用して横領
 をしようとしているため、正犯意思もある(②点)。
 3)以上より、甲には、本業務上横領罪の阻却正犯が
 10 成立する。
 2. 丙の罪責
 1) 丙は、甲の金銭に貸付しているが、その土地A
 の売却について横領罪(252条)が成立する。
 2) 丙は、甲の代理人として甲の土地Aを「占有」して
 15 いるが、甲の土地Aを「占有」しているのは、甲の土地Aを
 11. 法律上の支配と事実上の支配をいう。しかし、丙は
 甲の代理人にすぎない。甲から、登記簿証や、自筆委任状等を
 交付されている。丙は、土地Aの登記簿を行使するため、
 法律上の支配を有するといえる。「占有」が認められる。
 20 3) 土地AはA所有するが、「他人の物」にあたる。
 丙は甲の代理人であるが、先述の理由から、横領罪
 が認められる。
 14) として、横領罪と不正横領罪、意思も一致である。
 丙は横領罪が成立する。
 25 規範、あてはめの刑罰に書かれており、内容も明白確切だ。
 とくに配点があるのを見極め、てより厚く書くべきではない
 悪い答案になると思いた。
 もっとも、全体的な中では、トップクラスの出来でした。
 実力は申し分ないです。この調子で演習を続け、必ず司法
 30 試験、いい結果が出ると思っています。

あてはめのOK!
 正犯性に関する
 検討、結果OK
 2. 4
 因果関係の
 問題が生じる。
 規範、あてはめのOK
 3
 丙は、この土地Aを
 占有している。
 否定的な場合の
 帰結を推測
 し、評価を加える
 よ)深めが望ましい。
 (時間も余裕があると思
 います。)