

予備試験

---

2019年予備試験  
論文式試験分析会  
刑法 講師レジュメ

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 195797

LU19579



## <分析例>

### 第1 Vに対する業務上横領罪（253条）の成否

#### 1 横領罪と背任罪の区別

後述のとおり、甲は、「Vの委託に基づき業務上本件土地を占有する者」であると同時に「Vの委託に基づきVの財産上の事務を処理する者」であるところ、業務上横領罪と背任罪とは委託信任関係を保護する限りで保護法益に重なり合いが認められることから、両罪が競合する場合は、法条競合としてまず重い業務上横領罪の成否を検討する。

#### 2 「業務上」

甲は、不動産業者として、委託に基づいて他人の不動産を管理する事務に従事していたところ、Vから本件土地に係る抵当権設定等について委託を受けた者である。

#### 3 「自己の占有する」

本条の「占有」は、濫用のおそれのある支配力をいうところ、甲は、上記委託に基づいて、Vから本件土地の登記済証等を預かっていることから、これらの登記済証等を用いて本件土地を事実上自由に処分し得る地位を得たものであり、本件土地について濫用のおそれのある支配力を及ぼしたものと認められる。

#### 4 「他人の物」

Vの所有に属する本件土地は「他人の物」に当たる。

#### 5 「横領した」 参考判例1

ア 「横領」とは、不法領得の意思を実現する行為をいうところ、不法領得の意思が客観化された時、すなわち、不法領得の意思が確定的に外部に発現した時に本罪の実行の着手が認められ、それと同時に既遂に達する。

イ 甲は、本件土地の登記済証等をVから預かっていること等を奇貨として、本件土地をVに無断で売却し、その売却代金の一部を自己の借金の返済に充てようと企図した上で、Aとの間で本件土地の所有権をAに移転させる旨の合意をした（以下、「本件合意」という。）。

もつとも、本件合意は、売買契約書を作成したのみにとどまり、所有権移転登記に必要な書類の交付等には実際には行われていないところ、本件土地について現実に所有権移転登記が行われていない限り、甲の不法領得の意思が確定的に外部に発現したとはいえないから、本件合意のみをもって「横領」には当たらない。

## 6 結論

以上より、本罪は成立しない。

## 第2 Vに対する背任罪（247条）の成否

### 1 「他人のためにその事務を処理する者」

「その事務」とは「他人の」事務をいうところ、甲は、本件土地に係る抵当権設定等（以下、「本件事務」という。）についてVから代理権を付与された者であり、Vの財産上の事務を処理する者に当たる。

### 2 「任務に背く行為」

本件合意は、Vからの委託信任の趣旨に反してVに損害を加える行為であるから「任務に背く行為」に当たる。

### 3 自己図利目的

甲は、本件土地の売却代金の一部を自己の借金の返済に充てようと企図して本件合意に及んだものであり、自己の利益を図る目的が認められる。

### 4 「財産上の損害」

上記のとおり、所有権移転登記が未了であることに加え、本件合意は甲の無権代理行為としてVへの効果帰属が否定されることからすれば（民法113条1項参照）、未だ経済的見地からVの財産状態を減少させたとは認められず、本罪は未遂にとどまる。

## 5 故意

甲は、上記各事実の認識、認容に欠けるところはない。

## 6 結論

以上より、Vに対する背任未遂罪（250条、247条）が成立する。

### 第3 有印私文書偽造罪、同行使罪（159条1項、161条1項）の成否

#### 1 「権利、義務…に関する文書」

本件土地の売買契約書2部（以下、「本件文書」という。）は、売買契約に基づく債権債務の発生について証明力のある文書であり、本条の「文書」に当たる。

#### 2 「偽造」

「偽造」とは、他人名義を冒用して文書を作成することをいい、その本質は、文書に名義人と作成者の人格の同一性を偽る点にある。

#### [考え方Ⅰ] 作成権限の冒用 参考判例2

甲は、「V 代理人甲」と表示して本件文書を作成しているところ、上述した本件文書の証明機能に照らせば、本件文書は、売買契約締結権限を有する真正な代理人によって作成されているということが、その社会的信用性を基礎付けるものといえるから、本件文書の名義人は、「本件土地の売買契約についてVから代理権を付与された甲」であると解すべきである。

→ 甲は、Vから本件事務について代理権を付与されたにとどまり、本件土地の売買について代理権を付与された事実はないのであるから、Vを代理して売買契約を締結する権限のない甲が本件文書を作成した行為は、文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽るものとして「偽造」に当たる。

#### [考え方Ⅱ] 代理資格の冒用 参考判例3

甲は、「V 代理人甲」と表示して本件文書を作成しているところ、上述した本件文書の証明機能に照らせば、本件文書は、表示された内容に基づく効果が代理された本人に帰属するということが、その社会的信用性を基礎付けているものといえるから、本件文書の名義人は、代理されたVであると解すべきである。

→ 本件文書の名義人として表示されたVは、作成者である甲と別人格であることは明らかであるから、甲が本件文書を作成した行為は、文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽るものとして「偽造」に当たる。

### 3 「他人の印章若しくは署名」

「他人の」署名とは、文書に表示された名義人の署名をいうところ、本件文書には、[Vの代理人としての甲の署名が表示されていることから、名義人の署名の使用が認められ、有印私文書偽造罪（159条1項）に当たる（**考え方Ⅰ**）。／Vの署名が表示されていないことから、無印私文書偽造罪（159条3項）に当たる（**考え方Ⅱ**）。]

### 4 「行使の目的」

甲は、本件文書に基づいてAから2000万円の支払を受けようとして本件文書の偽造に及んだ者であり、「行使の目的」が認められる。

### 5 「行使した」（161条1項）

甲は、現にAと本件土地の売買契約を締結した上で本件文書のうち1部をAに交付したものであるから、「行使した」に当たる。

### 6 故意

甲は、上記各事実の認識、認容に欠けるところはない。

### 7 結論

以上より、[有印私文書偽造罪（159条1項）／無印私文書偽造罪（159条3項）]、同行使罪（159条1項、161条1項）が成立する。

## 第4 Vに対する殺人罪（199条）の成否

### 1 客観的構成要件該当性

甲は、Vの首を絞めて殺害し、その死体を海中に捨てることを計画した上で、Vの首を背後から力いっぱいロープで絞め（以下、「第1行為」という。）、Vを自車に乗せた上で港へ運んで海に落とし（以下、「第2行為」という。）、その結果、Vは溺死した。

仮に、第1行為を第2行為とは別個の実行行為と捉え、かつ、第1行為とVの死亡結果との因果関係を否定すれば、甲には、第1行為について殺人未遂罪（203条、199条）、第2行為について重過失致死罪（211条後段）が成立するにとどまることから、以下、殺人既遂罪の該当性について検討する。

## [考え方Ⅰ] 因果関係論 参考判例4

### (1) 実行行為

甲がVの首を背後から力いっぱいロープで絞めた行為（第1行為）は、客観的にVを窒息死させる高度の危険があり、人の生命を侵害する現実的危険性を有する行為と認められるから、殺人罪の実行行為に当たる。

### (2) 結果との因果関係

ア 刑法上の因果関係は、発生した結果が実行行為の危険性を現実化したものと評価できる場合に認められる。具体的には、介在事情の異常性や結果への寄与度を考慮して判断する。

イ 上記実行行為の後、Vは溺死したところ、甲の第1行為とVの死亡結果との間には、甲がVを自車に載せた上で港へ運んで海に落とした行為（第2行為）が介在している。Vの死因は、第2行為による溺死であるから、介在事情がVの死因を形成したことは明らかである。もっとも、介在事情は、殺人を犯したと誤信した甲が犯跡を隠蔽する意図で被害者Vの遺棄に及んだものであり、甲のV殺害の意図、計画に貫かれた第1行為に付随する一連の罪証隠滅行為であることからすれば、第1行為に起因して生じた事態というべきであって、異常な介在事情とはいえない。

ウ したがって、Vの死亡結果は甲の第1行為の危険性が現実化したものと評価できるから、甲の第1行為とVの死亡結果との間の因果関係が認められる。

## [考え方Ⅱ] 一連の実行行為論

### (1) 実行行為

第1行為と第2行為は、いずれも人の生命を侵害する現実的危険性を有する行為であるところ、両行為は、甲がVを殺害した上で死体を投棄するという計画のもと一連の連続した意図、動機に貫かれた行為であり、客観的にも、第2行為は第1行為のわずか30分後に1キロメートル程しか離れていない場所で行われたものであって時間的・場所的接近性が認められることに照らせば、一連の殺害行為というべきである。

## (2) 結果との因果関係

上記一連の実行行為の後、Vは死亡したところ、Vの死因は第2行為による溺死であるが、上記一連の実行行為の危険が現実化したものであることは明らかであるから、甲の上記一連の実行行為とVの死亡結果との間の因果関係が認められる。

## 2 故意

## [考え方Ⅰ] 因果関係の錯誤

ア 甲は、第1行為及び第2行為の認識、認容に欠けるところはない。もつとも、Vの死亡結果は、客観的には第2行為による溺死という経過により発生したものであるが、甲は、主観的には第1行為によりVが窒息死したものと認識していたことから、因果関係の錯誤により故意が阻却されるか否かを検討する。

イ 犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、行為者が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもって足りると解する。

甲は主観的にも“首を絞めて窒息死させる”という殺人罪に当たる因果経過を認識しており、現実に発生した“海に落として溺死させた”という因果経過と法定の範囲内において一致していることから、上記のような因果関係の錯誤は故意を阻却しない。

## [考え方Ⅱ] ウェーバーの概括的故意

ア 行為者が故意をもって行った第1行為で既に犯罪を遂げたものと誤信し、その発覚を防ぐ等の目的で更に第2行為を行ったところ、第2行為によって先に予期した結果を発生させた場合、両行為は実質的には1つの故意に担われていると認められることから、第1行為と第2行為とを概括する故意を肯定できる。

イ 甲は、第2行為によるVの死亡結果の発生を認識していないものの、両行為は、甲がVを殺害した上で犯跡を隠蔽するという一連の殺害計画に基づくものであるから、第2行為を概括する事前の故意が認められる。



### 3 結論

以上より、本罪が成立する。

### 4 強盗殺人罪（240条後段）の成否

ア 本罪における「暴行又は脅迫」は、「財産上不法の利益を得」ることに向けられたものであることを要する。

イ 甲は自己の不正行為をVから警察に通報されて自己が逮捕されることや不動産業（宅地建物取引業）の免許が取り消されることを免れるために上記殺害行為に及んだものであるが、これらの事態を免れ得るといふ利益は事実上の利益であり「財産上不法の利益」（236条2項）に当たらない。また、甲は、Vから何らかの債務の追及を免れるために上記殺害行為に及んだものとも認められないから、上記殺害行為は財産上の利益移転に向けられた「暴行又は脅迫」に当たらない。

ウ したがって、本罪は成立しない。

### 第5 罪数

甲には、①Vに対する背任未遂罪（250条、247条）、②〔有印私文書偽造罪（159条1項）／無印私文書偽造罪（159条3項）〕、③同行使罪（159条1項、161条1項）、④Vに対する殺人罪（199条）が成立し、②と③は手段と目的の関係にあるから牽連犯（54条1項後段）となり、これと①及び④とが併合罪（45条前段）となる。

以上

## ＜参考判例＞

### 1 【最判昭 34.3.13（不動産の「横領」）】

「不動産の所有権が売買によって買主に移転した場合、登記簿上の所有名義がなお売主にあるときは、売主はその不動産を占有するものと解すべきことは裁判所の判例（昭和三〇年（あ）第二七一三号同年一月二日第二小法廷，集九卷一四号三〇五四頁，昭和三二年（あ）第三二五三号同三三年一月八日第二小法廷決定）とするところであり、この理は本件の如く当該不動産を買主に引渡し、買主においてその不動産につき事実上支配している場合であつても、異なる。蓋し登記名義人である売主は右不動産を引渡した後においても第三者に対し有効に該不動産を処分し得べき状態にあるからなお刑法上他人の不動産を占有するものに該当するものといわねばならない。それ故本件不動産を売却し所有権を移転した後未だその旨の登記を了しないことを奇貨として右不動産につき抵当権を設定しその旨の登記をした所為を横領罪とした一審判決を維持した原判決は正当であつて、所論は採用し難い。」

### 2 【最決平 15.10.6（作成権限の冒用）】

「1 1, 2 審判決の認定及び記録によると、本件の実事関係は、次のとおりである。

(1) 被告人は、甲らと共に、国際運転免許証様の文書1通（以下「本件文書」という。）を作成した。被告人らは、本件文書のような国際運転免許証様の文書を顧客に販売することを業としており、本件文書も、顧客に交付する目的で作成されたものである。

(2) 1949年9月19日にジュネーブで採択された道路交通に関する条約（以下「ジュネーブ条約」という。）は、締約国若しくはその下部機構の権限ある当局又はその当局が正当に権限を与えた団体でなければ、同条約に基づいて国際運転免許証を発給することができない旨規定した上、国際運転免許証の形状、記載内容等の様式を詳細に規定している。我が国はジュネーブ条約の締約国であり、同条約に基づいて発給された国際運転免許証は、我が国において効力を有する。

(3) 本件文書は、その表紙に英語と仏語で「国際自動車交通」、「国際運転免許証」、「1949年9月19日国際道路交通に関する条約（国際連合）」等と印字されているなど、ジュネーブ条約に基づく正規の国際運転免許証にその形状、記載内容等が酷似している。また、本件文書の表紙に英語で「国際旅行連盟」と刻された印章様のものが印字されていることなどからすると、本件文書には国際旅行連盟なる団体がその発給者として表示されているといえる。このような形状、記載内容等に照らすと、本件文書は、一般人をして、ジュネーブ条約に基づく国際運転免許証の発給権限を有する団体である国際旅行連盟により作成された正規の国際運転免許証であると信用させるに足りるものである。

(4) 国際旅行連盟なる団体がジュネーブ条約に基づきその締約国等から国際運転免許証の発給権限を与えられた事実はなく、被告人もこのことを認識していた。しかし、被告人は、メキシコ合衆国に実在する民間団体である国際旅行連盟から本件文書の作成を委託されていた旨弁解している。

2 私文書偽造の本質は、文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽る点にあると解される（最高裁昭和58年（あ）第257号同59年2月17日第二小法廷判決・刑集38巻3号336頁，最高裁平成5年（あ）第135号同年10月5日第一小法廷決定・刑集47巻8号7頁参照）。本件についてこれをみるに、上記1のような本件文書の記載内容、性質などに照らすと、ジュネーブ条約に基づく国際運転免許証の発給権限を有する団体により作成されているということが、正に本件文書の社会的信用性を基礎付けるものといえるから、本件文書の名義人は、「ジュネーブ条約に基づく国際運転免許証の発給権限を有する団体である国際旅行連盟」であると解すべきである。そうすると、国際旅行連盟が同条約に基づきその締約国等から国際運転免許証の発給権限を与えられた事実はないのであるから、所論のように、国際旅行連盟が実在の団体であり、被告人に本件文書の作成を委託していたとの前提に立ったとしても、被告人が国際旅行連盟の名称を用いて本件文書を作成する行為は、文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽るものであるといわねばならない。したがって、被告人に対し有印私文書偽造罪の成立を認めた原判決の判断は、正当である。」

### 3 【最決昭 45.9.4（代理資格の冒用）】

「他人の代表者または代理人として文書を作成する権限のない者が、他人を代表もしくは代理すべき資格、または、普通人をして他人を代表もしくは代理するものと誤信させるに足りるような資格を表示して作成した文書は、その文書によって表示された意識内容にもとづく効果が、代表もしくは代理された本人に帰

属する形式のものであるから、その名義人は、代表もしくは代理された本人であると解するのが相当である（明治四二年六月一〇日大審院判決，判決録一五輯七三八頁参照）。ところで，原判決の是認した第一審判決は，その罪となる事実の第一として，昭和三八年八月六日に開かれた学校法人A理事会は，議案のうち，理事任免および理事長選任に関する件については結論が出ないまま解散したもので，被告人Xを理事長に選任したり，同被告人に，理事署名人として当日の理事会議事録を作成する権限を付与する旨の決議もなされなかつたのかかわらず，被告人らは，行使の目的をもつて，理事会決議録と題し，同日山口県A高等学校理科室で行なわれた理事会において，被告人Xを理事長に選任し，かつ，同被告人を議事録署名人とすることを可決したなどと記載し，その末尾に，理事署名人Xと記載し，その名下に被告人Xの印を押し，もつて，同被告人において権限のなかつた理事会議事録について署名人の資格を冒用し，理事会議事録署名人作成名義の理事会決議録なる文書を偽造したと認定判示しているのである。そして，右理事会決議録なる文書は，その内容体裁などからみて，学校法人A理事会の議事録として作成されたものと認められ，また，理事署名人という記載は，普通人をして，同理事会を代表するものと誤信させるに足りる資格の表示と認められるのであるから，被告人らは，同理事会の代表者または代理人として同理事会の議事録を作成する権限がないのに，普通人をして，同理事会を代表するものと誤信させるに足りる理事署名人という資格を冒用して，同理事会名義の文書を偽造したものというべきである。したがって，前記のとおり，これを理事会議事録署名人作成名義の文書を偽造したものとした第一審判決およびこれを是認した原判決は，法令の解釈適用を誤つたものといわなければならない。

また，右のような，いわゆる代表名義を冒用して本人名義の文書を偽造した場合において，これを，刑法一五九条一項の他人の印章もしくは署名を使用していたものとするためには，その文書自体に，当該本人の印章もしくは署名が使用されていないわけである。ところが，原判決の是認した第一審判決は，前記のとおり認定判示しているだけで，学校法人A理事会の印章もしくは署名が使用されたとのことは判示していないのである。しかも，記録をみても，前記理事会決議録なる文書に，右の印章や署名が使用されていたと認むべき証跡は存在しない。そうすると，前記罪となる事実を同条項に間擬した第一審判決およびこれを是認した原判決は，法令の解釈適用を誤つたものというほかはない。

#### 4【大判大正 12.4.30（遅すぎた構成要件の実現）】

「原判決ノ認定シタル事實ニ依レハ被告ハVヲ殺害スル決意ヲ爲シ細麻繩約八，九尺ノモノヲ以テ熟睡中ナルVノ頸部ヲ絞扼シVハ身動セサルニ至リシヨリ被告ハVハ既ニ死亡シタルモノト思惟シ其ノ犯行ノ發覺ヲ防ク目的ヲ以テ頸部ノ麻繩ヲモ解カスシテVヲ背負ヒ十數町ヲ距テタル海岸砂上ニ運ヒ之ヲ放置シ歸宅シタル爲Vハ砂末ヲ吸引シ遂ニ同人ヲシテ頸部絞扼ト砂末吸引トニ因リ死亡スルニ至ラシメ殺害ノ目的ヲ遂ケタルモノトス故ニ被告ノ殺害ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ノ後被告カVヲ既ニ死セルモノト思惟シテ犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テ海岸ニ運ヒ去リ砂上ニ放置シタル行爲アリタルモノニシテ此ノ行爲ナキニ於テハ砂末吸引ヲ惹起スコトナキハ勿論ナレトモ本來前示ノ如キ殺人ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ナキニ於テハ犯行發覺ヲ防ク目的ヲ以テスル砂上ノ放置行爲モ亦發生セザリシコトハ勿論ニシテ之ヲ社會生活上ノ普通觀念ニ照シ被告ノ殺害ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲トVノ死トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ認ムルヲ正當トスヘク被告ノ誤認ニ因リ死體遺棄ノ目的ニ出テタル行爲ハ毫モ前記ノ因果關係ヲ遮斷スルモノニ非サルヲ以テ被告ノ行爲ハ刑法第九十九條ノ殺人罪ヲ構成スルモノト謂フヘク此ノ場合ニハ殺人未遂罪ト過失致死罪ト併存ヲ認ムヘキモノニ非ス故ニ被告ノ行爲ヲ刑法第九十九條ニ間擬シタル原判決ノ法律適用ハ洵ニ正當ニシテ論旨ハ理由ナシ」

**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2019 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU19579