

論文式試験問題集
[刑法Ⅱ]

[刑法Ⅱ]

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい。

【事例】

1. 株式会社Aは、東京の下町にある従業員10名程度の小さな町工場である。A社は、創業者であり代表取締役を務めるBが、長い期間と多額の資金をかけて独自に開発した優れた精密切削加工技術を有している。A社は、この技術を活かして、ライバル企業には作れない、スペースシャトルのエンジンの特殊な部品の製作や、医療機器の細かい部品の製作を受注し、順調に売上を伸ばしていた。
2. 甲は、創業時からA社に勤務しており、Bからの信頼も厚く、経理全般を任されていた。甲は、A社名義のC銀行D支店の普通預金口座の預金通帳、印鑑及びキャッシュカードを会社の自分のデスクの引き出しで保管していた。そして、甲は経理担当者として、A社の上記口座から、営業に必要な現金を引き出したり、売上金を入金したりすることが許されていた。
3. 甲の息子乙は、都内の法律事務所に勤務する弁護士である。乙は、接待を伴う飲食店に熱中し、その飲食費に充てるために消費者金融から多額の借入れをして、返済に窮するようになり、どうにか返済資金を捻出しようと考えた。そこで、乙は甲がA社の経理を任されていることを思い出し、甲が管理するA社の会社資金を利用して借金を返済しようと考え、その旨甲に持ち掛けた。それに対し、甲は、そのようなことはできないと、乙の申し出を断った。
4. しかし、乙は、「このままだと自己破産するしかない。」「自己破産をすれば弁護士資格を失ってしまう。」「そうなれば、妻にも離婚されてしまう。」等と、執拗に甲を説得した。乙の説得を受け、甲は次第に何とかしてやりたいと思うようになり、最終的にA社の会社資金を流用することを了承した。
5. そこで、甲は、C銀行D支店に行き、A社名義の普通預金口座のキャッシュカードを用いて、現金自動預払機から、現金合計150万円を引き出し、乙に手渡した。
6. 甲はA社において、経理を1人で任されていたので、甲の資金流用は1年以上発覚しなかった。これに味を占めた甲は、自分でも金を得る方法はないかと考えるようになり、A社独自の精密切削加工技術の情報をライバル企業に売り渡すことを思いついた。
7. A社独自の精密切削加工技術の情報が記載された資料は、ファイルに編綴されており、そのファイルは、社長室にあるBのデスクのそばにあるB専用の戸棚で保管されていた。
甲は、Bが出張で不在になった時を見計らって、B専用の戸棚から上記ファイルを見つけ出した。うえ、A社近くのコンビニエンスストアでコピーし、直ちに上記ファイルを元に戻した。甲が上記ファイルを持ち出した時間は30分程度であった。
なお、A社独自の精密切削加工技術の情報は、社外には一切公表されておらず、仮に情報がライバル企業に流出すれば、A社は業界での優位性を失い、大きく売り上げを落とすおそれがあるものであった。
8. その後、甲はコピーしたものを、ライバル企業の役員に渡し、その対価として100万円を受け取った。

以 上

2021年3月14日

担当：弁護士 星野拓哉

参考答案
[刑法Ⅱ]

第1 甲の罪責について

1. 甲が、C銀行D支店においてA社名義の口座のキャッシュカードを用いて、現金合計150万円を引き出した行為に、業務上横領罪（253条）が成立しないか。

(1) 「業務」とは、社会生活上の地位に基づき反復・継続して行われる事務であって、他人の物を占有・保管することを内容とするものをいう。甲はA社の経理担当者としての地位に基づき、反復・継続してA社の会社資金を管理しており、甲の事務は「業務」に当たる。

(2) 次に、口座内の現金は「自己の占有する他人の物」といえるか。
本罪にいう「占有」とは、委託信任関係に基づく事実上又は法律上の占有をいう。

甲は、Bから経理全般を任され、A社名義の預金通帳、印鑑やキャッシュカードを預けられ、経理担当者として口座から会社資金を出し入れすることが許されていた。

したがって、甲は、A社の口座にある預金の正当な払戻権限を有しているといえ、A社の口座内の預金を委託信任関係に基づき法律上占有しているといえる。

よって、A社の所有物である、C銀行D支店のA社名義の口座内の預金は「自己の占有する他人の物」に当たる。

(3) では、甲の行為は「横領」に当たるか。

「横領」とは、不法領得の意思を発現する一切の行為をいい、不法領得の意思は、他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物

につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思をいう。

甲は、会社の営業に使うためにA社の預金を預けられていたのであり、息子乙の借金返済のために会社資金を流用することは、本来の目的を離れた行為である。したがって、甲は、委託された権限を越え、委託の趣旨に反して所有者でなければできないような処分をしているといえるから、甲の行為は「横領」に当たる。

(4) よって、甲の上記行為には業務上横領罪が成立し、後述のとおり、乙と単純横領罪の範囲で共同正犯となる。

2. 甲がファイルを持ち出した行為に窃盗罪が成立しないか。

(1) 本件ファイルは、編綴された資料に記載されている情報と一体のものとして考えるべきであり、「他人の財物」に当たる。

(2) また「窃取」とは、他人の占有する財物を、占有者の意思に反して、その占有を侵害し、自己または第三者の占有に移転させることをいうところ、甲はA社の意思に反して、A社から甲に本件ファイルの占有を移転させており、甲の行為は「窃取」に当たる。

(3) さらに、甲にはその旨の認識・認容もあるから、故意も認められる。

もっとも、甲は、保管場所から一時的に本件ファイルを持ち出しているものの、コピーをしてすぐに元に戻す意思があったのだから、不法領得の意思を欠くのではないか。

ア 不法領得の意思とは、窃盗罪と使用窃盗・毀棄罪を区別する観点から、①権利者を排除して他人の物を自己の所有物として、②

その経済的用法に従いこれを利用・処分する意思をいう。 イ これを本件についてみると、本件ファイル内の情報がコピーされれば、その情報が外部に漏洩する危険性が高い。そして、A社独自の精密切削加工技術の情報は、秘密であるからこそ、A社の優位性が確保され、高い財産的価値を有するものである。かかる情報が外部に漏洩すれば、情報の価値が下落し、本件ファイルの効用が侵害されることになる。したがって、①権利者を排除して他人の物を自己の所有物とする意思が認められる。 また、甲は、本件ファイルそれ自体から財産的効用を得ているわけではないが、本件ファイルとその中の情報は一体としてみるべきであるから、実質的には本件ファイルの対価として金を得る意思を有していたといえる。したがって、甲には、②経済的用法に従って利用・処分する意思が認められる。 (4) よって甲の上記行為には、窃盗罪が成立する。 3. 以上より、甲の行為には業務上横領罪と窃盗罪が成立し、両者は併合罪（45条前段）となり、甲はかかる罪責を負う。 第2 乙の罪責について 1. 乙が、甲に会社資金を流用するように持ち掛けた行為に、業務上横領罪の共同正犯（60条、253条）が成立しないか。 (1) 共同正犯の処罰根拠は、正犯性を有する各共同者の行為が結果との間に因果関係を持つことによる。そこで①共謀と②共謀に基づく実行行為がある場合には、「共同して犯罪を実行」したといえ、共	謀共同正犯が成立する。 (2) 本件では、乙が甲に、借金返済の為に会社資金を流用することを持ち掛け、甲も最終的に了承しているから、この点について意思連絡が存在する。また乙は、甲に対して積極的に会社資金の流用を説得しているし、最終的に犯罪による利益もすべて乙に帰属している。したがって、乙は自己の犯罪として行っているといえ、正犯意思も認められる。よって、①共謀が存在する。 また、甲はかかる共謀に基づき、前述のとおり、業務上横領罪の実行行為を行っており、②共謀に基づく実行行為も存在する。 よって、共同正犯が成立し得る。 (3) もっとも、乙は占有者及び業務者という身分を有しておらず、業務上横領罪の共同正犯とならないのではないか。 65条1項の「共犯」には共同正犯も含まれ、同項は真正身分犯の、同条2項は不真正身分犯の規定であるというべきである。 そして、業務上横領罪は占有者という点で真正身分犯、業務者という点で不真正身分犯である。 そのため、乙の行為には、同条1項、2項の適用により単純横領罪の共同正犯（60条、252条1項）が成立する。 2. 以上より、乙は単純横領罪の罪責を負う。 以 上
---	---

2021 年 3 月 14 日

担当：弁護士 星野拓哉

予備試験答案練習会(刑法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
甲の罪責	(30)		
1. A社名義の口座から150万円を引き出した行為につき、業務上横領罪の検討			
・「業務」の検討		3	
・「自己の占有する他人の物」の検討		6	
・「横領」の検討		5	
2. ファイルを持ち出した行為につき、窃盗罪の検討			
・「他人の財物」の検討		2	
・「窃取」の検討		4	
・不法領得の意思の検討		9	
3. 罪数処理		1	
乙の罪責	(10)		
1. 甲に会社資金を流用するように説得した行為につき、横領罪の共同正犯の検討			
・共同正犯の要件検討		5	
・65条1項、2項の処理		5	
裁量点	(10)	10	
合 計	(50)	50	

刑法Ⅱ 解説レジュメ

第1. 総論

本問のテーマは、業務上横領罪及びその共同正犯と、窃盗罪における不法領得の意思である。前者については極めて典型的な問題であり、特に大展開して論じるような論点もないことから、刑法各論の論じ方を意識しつつ、淡々と得点を積み重ねてほしい。このような典型的な問題でしっかりと高得点を獲得することが予備試験合格のためには重要（難しい問題が解けることよりもはるかに重要）である。他方、後者はいわゆる情報窃盗罪についての問題である。基本書等であまり詳しく論じられておらず、今まで考えたことがなかった人もいるかもしれないが、旧司法試験での出題実績もあるところなので、これを機に改めて学習しておいてほしい。

第2. 甲の行為について業務上横領罪の成否

1. 「業務」

「業務」とは、一般的には、社会生活上の地位に基づき、反復・継続して行われる事務をいう。もっとも、本罪における「業務」は、その犯罪の性質上、金銭その他の財物を委託を受けて保管することを内容とするものに限られる。

甲は、A社の経理担当者として、A社の普通預金口座内の現金を管理している。したがって、甲の事務が「業務」に当たることは明らかであろう。

2. 「自己の占有する他人の物」

(1) 「占有」

奪取罪における「占有」は、物を事実上支配していることをいう。他方で、本罪における「占有」は物を事実上支配している場合だけでなく、法律上支配している場合も含まれる。このような差異が生まれるのは、やはり横領罪の犯罪の性質による。物を事実上支配していなくても、物に対してなんらかの支配力を及ぼしていれば、その支配力を利用して、他人の所有物を処分することが可能になるからである。

また、横領罪における「占有」は、所有者からの委託信頼関係に基づいていることも必要となる。これにより、占有離脱物横領罪（254条）と区別される。

(2) 預金による金銭の占有の問題

法律上の支配が問題となる場面として、預金による金銭の占有の問題がある。預金口座内の金銭に対する占有が認められるかという問題である。

この点については、判例・通説共に、占有肯定説を採用している。預金を自由に処分できる地位にある者は、銀行が事実上支配する金銭について、預金額の限度で法律上の支配を有するといえる。預金を自由に処分できる地位にあるかどうかは、正当な払戻権限を有するか否かで判断される。

(3) 本問について

甲は、経理担当者として、A社の普通預金口座からの現金の出し入れをまかされており、預金通帳、印鑑、キャッシュカードを預けられていたのだから、正当な払戻権限があり、A社の所有に属する口座内の現金を法律上支配しているといえる。また、委託信頼関係も認められるから、「占有」が認められる。

3. 「横領」

- (1) 本罪における「横領」とは、不法領得の意思を発現する一切の行為をいう。そして、不法領得の意思とは、他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思をいう。
- (2) 甲は、会社資金をA社の営業の為に預けられているのだから、甲の行為が「横領」に当たることは明らかであろう。

第3. 乙の行為について業務上横領罪の共同正犯の成否

1. 乙は甲を執拗に説得して、その結果、甲は業務上横領罪の実行行為を行っている。そこで乙の説得行為に業務上横領罪の共同正犯が成立するかが問題となる。
2. 共同正犯の成立について
 - (1) 共同正犯の処罰根拠は、正犯性を有する各共同者の行為が結果との間に因果関係を持つことによる。

そこで、共同正犯の成立要件は①共謀と②共謀に基づく実行行為の存在である。ここでいう共謀とは意志連絡＋正犯意思のことである。
 - (2) 本問では、甲乙間で、乙の借金返済に充てるために会社資金を流用することにつき意思連絡がある。また乙は、積極的に甲を説得して実行を決意させているし、本件犯罪により利益を得るのは専ら乙であるから、乙は自己の犯罪を行う意思を有しているといえ、正犯意思も認められる。したがって、共謀が存在する。また、甲は共謀に基づいて実行行為を行っており、共謀に基づく実行行為の存在もある。よって、乙の説得行為には業務上横領罪の共同正犯が成立し得る。
3. 共犯と身分の問題
 - (1) 65条1項と2項の関係

65条1項と2項は、共犯と身分についての規定でありながら、その中身は大きく異なる。そこで両者の関係が問題となる。

この点について、通説は、1項は真正身分犯に関する共犯の処理を規定し、2項は不真正身分犯に関する共犯の処理を規定したものであると考える。判例も、基本的には65条1項と2項の関係を、通説のように理解していると思われる。
 - (2) 業務上横領罪の共犯の処理

業務上横領罪は、占有者という構成的身分と、業務者という加減的身分を併せ持っており、いわゆる複合的身分犯である。このような複合的身分犯の場合どのように処理すべきだろうか。

65条1項と2項の関係についての通説的な理解によれば、占有者という身分は構成的身分であるから、1項を適用して横領罪の共犯となる。次に、業務者という身分は加減的身分であるから、2項を適用して、業務者に業務上横領罪が成立し、非業務者には横領罪の限度で共犯が成立するということになる。

もっとも、判例はこのような処理をしていない。最判昭和32.11.19は「・・・被告人両名はかかる業務に従事していたことは認められないから、刑法六五条一項により同法二五三条に該当する業務上横領罪の共同正犯として論ずべきものである。しかし、同法二五三条は横領罪の犯人が業務上物を占有する場合において、とくに重い刑を科することを規定したものであるから、業務上物の占有者たる身分のない被告人両名に対しては同法六五条二項により同法二五二条一項の通常の横領罪の刑を科すべきものである。」と判示している。すなわち、非業務者には

65条1項により業務上横領罪の共同正犯が成立するが、65条2項により横領罪の刑が適用されるとしている。このような判例の処理によると、罪名と科刑が分離することになるが、この点については批判が強いところである。

(3) 65条1項における「共犯」の意義

また、65条1項の「共犯」に共同正犯が含まれるのかも問題となる。真正身分犯において、非身分者も共同「正犯」となり得るのかという問題である。

この点について、非身分者も、身分者を介してともに法益を侵害することは可能なのであるから、身分者と共謀を行うことにより共同正犯となり得る。したがって、65条1項の「共犯」には共同正犯も含まれると考えるべきである。

(4) 本間における処理

通説に従えば、65条1項と2項の適用により、乙の行為には横領罪の共同正犯が成立する。他方、判例の処理に従えば、65条1項により業務上横領罪の共同正犯が成立し、2項により横領罪の刑が科されるということになる。

第4. 甲の行為について、窃盗罪の成否

1. 「財物」

甲が持ち出したA社の独自技術が記載された資料が編綴されたファイルは「財物」といえるのかが一応問題となるが、本件ファイルはA社の精密切削加工技術に関する情報が媒体に化体され、これが編綴されたものとして、情報と一体のものと考えられるべきであるから、「財物」に当たる。

東京地判昭和59.6.28も以下のように判示している。「媒体を離れた情報は客観性、存続性に劣り、情報の内容が高度・複雑であればあるほど、その価値は減弱している。媒体に化体されていてこそ情報は、管理可能であり、本来の価値を有しているといっても過言ではない。情報の化体された媒体の財物性は、情報の切り離された媒体の素材だけについてではなく、情報と媒体が合体したものの全体について判断すべきであり、ただその財物としての価値は、主として媒体に化体された情報の価値に負うものということができる。」

2. 本件ファイルが「他人の」財物であること、甲が「窃取」したことについては、問題なく認められる。

3. 不法領得の意思について

(1) 不法領得の意思の内容

窃盗罪の成立には、書かれざる構成要件要素として不法領得の意思が必要となる。これは窃盗罪と使用窃盗や毀棄罪を区別するために要求される要件である。その内容は、①権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様に（権利者排除意思）②その経済的用法に従いこれを利用又は処分する意思（利用処分意思）である。

(2) 権利者排除意思の判断

行為者に返還の意思がない場合は、当然に権利者排除意思が認められる。

他方で、返還の意思がある場合、権利者排除意思が認められるか悩ましいことがある。この場合には、物の効用（利用可能性）を損なうかどうかという基準で判断すればよい。

本間のような記録媒体のコピーについて考えてみると、コピーが行われれば、情報が外部に漏れる危険性は高い。そして情報は機密であるからこそ高い価値を有するところ、外部に漏れ

ることにより、情報の独占性が失われ、その財産的価値は下落することになるから、記録媒体の効用は損なわれるということができよう。

(3) 利用処分意思の判断

利用処分意思については、緩やかに解釈されており、財物から生ずる何らかの効用を享受する意思があればよいとされている。

本問では、前述のように情報と本件ファイルは一体として考えることができるのであるから、甲は情報を渡して金を得るつもりではあるが、それは本件ファイルを利用して金を得ることと同義であり、利用処分意思も認められるだろう。

以 上

【参考文献・判例一覧】

1. 東京地判昭和 55 年 2 月 14 日
2. 東京地判昭和 59 年 6 月 15 日
3. 井田良 『講義刑法学・各論』2016 年 有斐閣
4. 西田典之 『刑法各論』第 7 判 2018 年 弘文堂
5. 橋爪隆 「窃盗罪における不法領得の意思について」『法学教室 No. 428』2016 年 有斐閣

2021 年 3 月 14 日

担当：弁護士 星野拓哉

最優秀答案

回答者 KH 46 点

第1 甲の罪責

1. A社の経理をまかされている甲が、C銀行D支店で、A社名義の預金口座のキャッシュカードを用いて、現金自動預払機から、現金150万円を引き出した行為に、業務上横領罪（刑法（以下、法令名略）253条）が成立しないか。

（1）ア. 本条の主体となる「業務」者とは、委託を受けて他人の物を占有・保管する事務を反復または継続して行う者をいうところ、甲はA社の経理担当として勤務していることから、「業務」者にあたる。

イ. 次に、C銀行D支店に預けられている現金150万円が、「自己の占有する他人の物」にあたるかが問題となる。

（ア）まず、本件現金150万円はA社名義の銀行口座に預けられている物であるから、A社の物として「他人の物」にあたる。

（イ）そして、「占有」とは事実上及び法律上の物に対する支配力を有する状態を指すところ、他者名義の銀行口座内の現金であっても払戻権限が認められる場合には事実上物に対する支配力を有する状態といえ、「占有」が肯定される。

本件において甲は、A社名義の口座の預金通帳、印鑑及びキャッシュカードを会社の自分のデスクに保管しており、かつ、経理担当者としてA社の口座から、営業に必要な現金を引き出すことが許されていたことから、甲は払戻権限を有しており、「占有」しているといえる。

（ウ）よって、本件の現金150万円は「自己の占有する他人の物」にあたる。

ウ. 「横領」とは、不法領得の意思を発現する一切の行為をいい、ここでいう不法領得の意思とは、他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに、所有者でなければできないような処分をする意思をいう。

本件では、息子である乙から頼まれて、乙の借金返済のために本件現

金150万円を流用するために行われ、実際に乙に現金を手渡していることから、不法領得の意思を発現する一切の行為にあたり、「横領」が認められる。

(2) 故意に欠けるところもない。

(3) したがって、上記行為に、甲に業務上横領罪が成立する。下記より、乙と共謀共同正犯となる。

2. A社の秘密情報が記載されたファイルをBの戸棚から持ち出した行為に、窃盗罪(235条)が成立しないか。

(1) ア. A社の秘密情報の記載されたファイルが、「財物」として認められるかが問題となる。そもそも情報については「財物」には当たらない。

しかし、仮に本件のような情報が化体した媒体において、その媒体のみを財物と考えると、その媒体に記載された情報こそが大きな価値を有しているにもかかわらず、これを評価せず、媒体としての限度でしか窃盗罪に問うことができず、妥当でない。よって、本件のような情報が化体した媒体は、情報と媒体が合体したもの全体を「財物」として評価すべきである。

したがって、本件ファイルはA社の秘密情報を含めて全体として、「財物」にあたる。

イ. 「窃取」とは、占有者の意思に反して財物に対する占有者の占有を排除し、目的物を自己又は第三者の占有に移すことをいう。そして本件では、媒体の内容はA社の秘密情報であることから、自己専用の戸棚で保管しているBは外部への持ち出しを一切容認していたと解するから、甲がB専用の戸棚から本件ファイルを取り出し、外部に持ち出したことによって、Bという占有者の意思に反して、自分の占有においたといえ、「窃取」が認められる。

(2) ア. では、本件に不法領得の意思が認められるか。不法領得の意思とは、①権利者を排除して、他人の物を自己の所有物として(権利者排除意思)、②その経済的用法に従いこれを利用・処分する意思(利用処分意思)をいうところ、本件は30分後に元の場所に本件ファイルに戻していることから、①が認められるかが問題となる。

(ア) 確かに本件は、本件ファイルをコピーしたのち、30分という短期間で元の場所に戻しており、使用窃盗のようにも思える。しかし、本件ファイルの財物としての価値は情報と媒体を一体として評価

するものであり、これは権利者以外の者が利用することを排除することによって維持されるものであることから、本件ファイルをコピーすることは、本件ファイルを権利者と共有することになり、ひいては自己の所有物とすることと同一の効果を有すると解する。

すなわち本件ファイルをコピーすることは権利者の独占的な利用を排除して、その価値を著しく減少させ、本件ファイルを共有として自己の所有物としようとする行為にあたることから、①は認められる。

(イ) 本件ファイルのコピーをライバル企業に渡して自己が金銭を受ける目的で行為していることから②も認められる。

(ウ) よって、不法領得の意思は認められる。

イ. 故意に欠けるところもない。

(3) 上記行為に、窃盗罪が認められる。

第2 乙の罪責

1. 甲の業務上横領罪にあたる行為に、乙に共謀共同正犯(60条)が成立しないか。

(1) 共同正犯の処罰根拠は、相互利用補充関係に基づく因果性の惹起であることから、共謀共同正犯が認められるためには、共同実行した場合と同様の実行行為者に心理的・物理的因果性を与えることが必要であって、要件は①共謀、②共謀に基づく実行、③正犯性が認められることである。

(ア) 乙が甲に対して、業務上横領を行うことをもちかけており、甲がこれに承諾していることから、意思連絡は認められ、(…①充足)、甲の共謀に基づく実行も第1. 1より認められる(…②)

(イ) また、乙が甲に本件行為を頼んでいること、乙の借金返済のために行われ、実際横領した150万円を全て乙が手に入れていることを考慮すれば、乙の正犯性は認められる(…③)

(ウ) したがって共謀共同正犯は認められる。

(2) ここで乙は弁護士であるから、A社の現金の占有者でもなければ業務上の占有者でもないから業務上横領罪の成否が問題となるも、65条1項より乙には業務上横領罪の共犯が成立し、同条2項により単純横領の刑が科せられると解する。

(3) よって、乙に業務上横領罪の共謀共同正犯が成立する。

第 3 罪数

甲に業務上横領罪，窃盗罪が成立し，両者は併合罪（45 条前段）となる。
乙には業務上横領罪が成立する。

以 上



表

試験科目	試験地
刑法	明治大学

最優秀答案

46

第1. 甲の罪責

1. A社の経理をまかされている甲が、C銀行D支店で、A社名義の預金口座のキャッシュカードを用いて、現金自動預払機から、現金150万円を引き出した行為に、業務上横領罪（刑法（以下、法令略）253条）が成立しないか。 検討罪名OK

(1) 了。本条の主体となる「業務者」者とは、委託を受けて他人の物を占有・保管事務を反復または継続に行う者というところ、甲はA社の経理担当として勤務していることから、「業務者」者にあたる。

イ。次に、C銀行A社D支店に預けられている現金150万円が、「自己の占有する他人の物」にあたるか問題となる。 内通点OK

(3) まず、本件現金150万円はA社名義の銀行口座に預けられている物であるから、A社の物として「他人の物」にあたる。

(イ) そして、「占有とは事実上及び法律上の物に對する支配力を有する状態を指すところ、他者名義の銀行口座内の現金であっても私法権限が認められる場合には事実上物に對する支配力を有する状態といえ、「占有」が肯定される。

本件において甲は、A社名義の口座の預金通帳、印金盤及びキャッシュカードを会社の自分のデスクに保管しており、かつ、経理担当者としてA社の口座から、営業に必要な現金を引き出すことが許されていたことから、甲は私法権限を有しており、「占有」しているといえる。

(ウ) よって、本件の現金150万円は「自己の占有する他人の物」にあたる。

ウ。「横領」とは、不法領得の意思を現する一切の行為をいい、この不法領得の意思とは、他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限が

ないのに、所有者でない者が「できないような処分をする意思」という。

本件では、息子である乙が頼まれて、乙の借金返済のために本件現金150万円を流用するために行われ、実際には乙の目的で乙に現金を手渡していることから、不法領得の意思を現する一切の行為にあり、「横領」が認められる。

(2) 故意に欠けることはない。 下記より、乙と共謀共同正犯と見る。

(3) したがって、上記行為に、甲に業務上横領罪が成立する。

2. A社の秘密情報に記載されたファイルとBの戸棚から持ち出し、~~そのファイルをライバル企業の役員に渡した~~行為に、窃盗罪（235条）が成立しないか。 検討罪名OK

(1) 了。A社の秘密情報の記載されたファイルが、「財物」として認められるか問題となる。 検討点OK

しかし、仮に本件のような情報が化体した媒体において、その媒体のみを財物と考えると、その媒体に記載された情報その大きな価値を有しているにもかかわらず、これを評価せず、媒体としての限度でしか窃盗罪に問うこととすることは、妥当でない。よって、本件のような情報化体とした媒体は、情報と媒体が合体したものを全体を「財物」として評価すべきである。

したがって、本件ファイルはA社の秘密情報を含めて全体として、「財物」にあたる。

イ。「窃取」とは、占有者の意思に反して財物に對する占有者の意思を占有を排除し、目的物を自己又は第三者の占有に移すことという。 自己所有の 本件では、媒体の内容はA社の秘密情報であることから、戸棚で保管しているBは外部への持ち出しを一切否認していたと解するから、甲がB専用の戸棚から本件ファイルを



採点講評

(2021 年 3 月 14 日 刑法Ⅱ)

第 1 全体について

刑法各論の答案の型が身についていない答案が、この時期にしては多かった印象です。構成要件要素の定義を示してあてはめる、これを構成要件要素の数だけ繰り返す。これは、刑法各論の思考順序そのものです。したがって、答案の型ができていない答案は、思考順序もおかしいと推測できますし、必然的に点数も伸びないという結果になります。

今回、解説講義でも各論の答案の型については説明しましたし、参考答案も答案の型に従って作成しています。これを機に、しっかりと答案の型、そして思考方法をマスターしてください。

また、構成要件要素の定義があいまいな答案も目立ちました。定義は正確に書けるようにしましょう。

第 2 業務上横領罪について

預金による占有が問題となることを正確に把握し、払戻権限というキーワードを使って論述できている素晴らしい答案も一定数ありました。他方で、何が問題となっているのかを把握できていない答案も多かったです。典型的な論点なので、しっかりと復習しておいて下さい。

乙について、(業務上)横領罪の教唆犯を成立させる答案が多かったです。乙が甲を執拗に説得したということに引きずられたのだと思いますが、利益をすべて乙が得ている点などに着目して、乙が正犯であることに気が付いてほしかったです。また、共同正犯と教唆犯の区別が問題となるような場合には、まずは原則形態である正犯(共同正犯)から検討していき、共同正犯が成立しない場合に教唆犯の検討をする流れになります。この検討の流れをしっかりと意識できていれば、今回共同正犯が成立することにも気が付けたのではないかと思います。

身分と共犯については、気付けなかった答案もありましたが、比較的良く書けていたと思います。通説と判例の違いについては、解説を参考にしてください。

第3 窃盗罪について

今回、不法領得の意思が問題となることは多くの答案が気付いていたと思います。ただし、不法領得の意思に気を取られるあまり、「窃取」や「他人の財物」の論述が疎かになっている答案が目立ちました。注意してください。

不法領得の意思の論述については、苦勞している答案が多かったです。しかし、中には、ファイルの価値の下落という本質に気付いていた答案や自分なりに考えて書くことができていた答案もあって、そのように問題に食らいつくことができていたものは、高評価に繋がりました。

なお、横領罪と窃盗罪では、不法領得の意思の内容が異なります。混乱している答案も見受けられましたので、不法領得の意思の内容が異なる理由も含めて、一度基本書等で確認しておいて下さい。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2021年3月14日分 得点分布表

刑法Ⅱ

出席者 21名 平均点 19.8点

分布	人数
0	0
1～5	2
6～10	4
11～15	5
16～20	2
21～25	0
26～30	3
31～35	2
36～40	1
41～45	1
46～50	1

