

論文式試験問題集  
[刑法]

## [刑 法]

以下の事例に基づき、甲の罪責について論じなさい（Aに対する詐欺（未遂）罪及び特別法違反の点は除く。）。

- 1 不動産業者甲は、某月1日、甲と私的な付き合いがあり、海外に在住し日本国内に土地（以下「本件土地」という。時価3000万円）を所有する知人Vから、Vが登記名義人である本件土地に抵当権を設定してVのために1500万円を借りてほしいとの依頼を受けた。

甲は、同日、それを承諾し、Vから同依頼に係る代理権を付与され、本件土地の登記済証や委任事項欄の記載がない白紙委任状等を預かった。

甲は、銀行等から合計500万円の借金を負っており、その返済期限を徒過し、返済を迫られている状況にあったことから、本件土地の登記済証等をVから預かっていることやVが海外に在住していることを奇貨として、本件土地をVに無断で売却し、その売却代金のうち1500万円を借入金と称してVに渡し、残金を自己の借金の返済に充てようと考えた。

そこで、甲は、同月5日、本件土地付近の土地を欲しがっていた知人Aに対し、「知人のVが土地を売りがっていて、自分が代理人としてその土地の売却を頼まれているんです。その土地は、Aさんが欲しがっていた付近の土地で、2000万円という安い値段なので買いませんか。」と言い、Aは、甲の話を用意して本件土地を購入することとした。

その際、甲とAは、同月16日にAが2000万円を甲に渡し、それと引き換えに、甲が所有権移転登記に必要な書類をAに交付し、同日に本件土地の所有権をAに移転させる旨合意した。甲は、同月6日、A方に行き、同所で、本件土地の売買契約書2部の売主欄にいずれも「V代理人甲」と署名してAに渡し、Aがそれらを確認していずれの買主欄にも署名し、このように完成させた本件土地の売買契約書2部のうち1部を甲に戻した（甲のAとの間の行為について表見代理に関する規定の適用はないものとする。）。

- 2 その後、Vは、同月13日、所用により急遽帰国したが、同日、Aから本件土地に関する問い合わせを受けたことで甲の行動を知って激怒し、同月14日、甲を呼び付け、甲に預けていた本件土地の登記済証や白紙委任状等を回収した。その際、Vは、甲に対し、「俺の土地を勝手に売りやがって。今すぐAの所に行って売買契約書を回収してこい。明後日までに回収できなければ、お前のことを警察に通報するからな。」と怒鳴った。

甲は、同月14日、Aに会いに行き、本件土地の売買契約書を回収させてほしいと伝えたが、Aからこれを断られた。

- 3 甲は、自己に対して怒鳴っていたVの様子から、同売買契約書をAから回収できなかったことをVに伝えれば、間違いなくVから警察に通報され、逮捕されることになるし、不動産業（宅地建物取引業）の免許を取り消されることになるなどと考え、それらを免れるには、Vを殺すしかないと考えた。

そこで、甲は、Vを呼び出した上、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、同月15日午後10時頃、電話でVに「話がある。」と言って、日本におけるVの居住地の近くにある公園にVを呼び出し、その頃、同所で、Vの首を背後から力いっぱいロープで絞めた。

それによりVは失神したが、甲は、Vが死亡したものと軽信し、その状態のVを自車に載せた上、同車で前記公園から約1キロメートル離れた港に運び、同日午後10時半頃、同所で、Vを海に落とした。その時点で、Vは、失神していただけであったが、その状態で海に落とされたことにより間もなく溺死した。

## 参考答案

一 抵当権を設定するようVから依頼された不動産を無断で売却した甲の行為につき、単純横領罪は成立しない（刑法（以下略す）252条1項）。本罪と背任罪は法上競合となるところ、まず本罪の成否を検討する。甲は不動産業者であるが、Vとは私的な付き合いに過ぎないことから「業務上（253条）」を満たさない。

1 「自己の占有する」とは、横領罪における占有の本質が濫用のおそれのある支配力にあることから、財物に対する法律的支配が含まれる。これは、委託に基づくことが必要である。

抵当権を設定するようVから依頼を受け、本件不動産の処分に必要な登記済証や委任事項欄の記載がない白紙委任状等を預かっている甲は、本件不動産を自由に処分可能な地位にあるから、本件不動産に対する法律的支配が認められる。この法律的支配は、Vからの上記依頼に基づくところ、委託に基づくといえる。したがって、本件不動産に対する甲の支配は「自己の占有する」を満たす。

2 「横領」とは、領得行為をいい、不法領得の意思の発現である一切の行為をいう。そして、「物」が不動産である場合、「登記（民法177条）」の具備が未了である限りは所有権の移転が不確定であるところ、その具備をもって「横領」に当たると考える。

甲は、Aとの間で、本件不動産の所有権をAに移転し、代金として2000万円を受け取る旨の契約（売買契約。民法555条）を締結しただけで、登記を具備していない。これは、不法領得の意思の発現があったとはいえないから「横領」に当たらない。

二 上記行為につき、背任罪（247条）も成立しない。本件売買契約は甲の無権代理（民法113条1項）であり、表見代理の適用もないところ、本人Vにその効果が帰属せず、積極財産の減少及び消極財産の増大をいうところの「財産上の損害」がVに生じていないからである。

三 「V代理人甲」と署名した売買契約書を2通作成し、これをAに手渡した甲の行為につき、2個の無印私文書偽造罪（159条3項）及び2個の同行使罪（161条1項）が成立する。

1 (1) 本件売買契約書は「権利、義務に関する文書」に当たる。

(2) 甲が「V代理人甲」と記名した行為は、「他人」であるV「の署名を使用」したに当たらないことから、有印に当たらない。

(3) 「偽造」とは、文書の名義人と作成者との人格の同一性を偽る行為をいう。特に、代理の場合、本人に意思表示の効果が帰属することから、本人が名義人となると考える。

「V代理人甲」との記載における名義人は、本人Vである。一方、作成者は、自らの意思を反映させた甲である。これは、文書の名義人と作成者との人格の同一性を偽る行為すなわち「偽造」に当たる。

(4) 「行使の目的」とは、文書を真正なものとして認識可能な状態に置く意思をいうところ、甲は本件売買契約書をもって本件土地を売却するつもりであることからこれを満たし、その行為態様から故意も認められる。

2 「行使」とは、文書を真正なものとして認識可能な状態に置く

ことをいうところ、本件行為はこれに当たる。本件行為態様から、甲には故意も認められる。

三 Vの首を絞めて失神させた甲の行為（第一行為）及びVを海に投げ入れて溺死させた甲の行為（第二行為）は、犯意の連続性が認められないことから、一連の行為としてではなく、別個の行為として検討する。

1 第二行為につき、Vへの過失致死罪（210条）が成立する。

(1) Vは「人」であり、溺死により「死亡」している。

(2) 第二行為は、遺棄致死罪の構成要件に該当するものの、「扶助を必要とする者」の認識のない甲は同罪の故意を欠いている。また、甲の死体遺棄罪の認識と遺棄致死罪は、保護法益が宗教感情か人の生命かにおいて本質的に異なり、構成要件の実質的な重なり合いが認められないから、抽象的事実の錯誤として故意を阻却する。

第2行為につき、過失致死罪（210条）が成立する。

2 Vの首を絞めて失神させた行為（第一行為）及びVを溺死させた甲はVを「殺した」といえるかが、因果関係との関係で問題となる。

因果関係は、実行行為の有する結果発生危険が結果に現実化したといえる場合に認められる。そして、介在事情がある場合の因果関係は①介在事情の異常性の大小及び②結果への寄与度等を中心として判断せざるを得ない。

第一行為は、Vを窒息死させる現実的危険性を有する行為に当た

る。殺人者が被害者の遺体を海に投げ入れることが珍しくないし、失神者を死者と誤解することは珍しくないことから、第二行為の異常性は小さい。確かに、Vの直接の死因は溺死であり、第二行為の結果への寄与度は大きいとはいえる。しかし、絞殺も溺死も窒息死であることには変わりなく、第一行為にすでに溺死する危険性が含まれていたといえる。これらの事情を中心として判断すれば、実行行為の有する結果発生危険性がなお結果に現実化したといえる。したがって、因果関係は認められる。

(2) Vを絞殺したと思っていたのに、現実にはVを溺死させた点につき、甲には因果関係の錯誤が生じているが、この錯誤は故意を阻却しない。たとえ具体的因果経過に錯誤があっても、因果関係の存在自体を認識認容している点で異なるからである。

### 三 罪数

甲には、① 2個の無印私文書偽造罪② 2個の同行使罪③ Vへの殺人罪④ Vへの過失致死罪が成立する。①と②は、各2個の罪が「一個の行為が二個以上の罪名に触れる場合」に当たり観念的競合（54条1項前段）となり、かつ、「犯罪の手段である行為が他の罪名に触れる」ものとして牽連犯（同項後段）となる。④⑤は同一機会に同一客体に行われた行為として、④に⑤が吸収され一罪となり、これと①②が併合罪（45条前段）となる。

以上

# プレゼミ R1 予備刑法解説レジュメ

2023/12/10、文責:水野直

## 第一 本レジュメの使い方

予備刑法は処理すべき事項が多いのに、試験時間が70分、答案用紙が4枚しか与えられないため、メリハリを付けて論述を進める必要があります<sup>1</sup>。我々受験生としては、採点者にとって「スジの見える」起案を書けるよう、答練を重ねていくことが重要です。

参考答案は、出題趣旨に基づき、講師の再現答案を改善したものです<sup>2</sup>。良い表現はパクり、悪い表現は改善するなどしながら、自分の起案に磨きをかけていってください。

## 第二 本問の検討

1 Vに無断で定期預金を解約し預金を引き出した甲の行為につき、単純横領罪（252条1項）の成否

- (1) 「**他人の物**」とは、他人が所有する財物をいう。
- (2) 「**占有**」は、事実的支配に加えて法律的支配も含む（∵横領罪の本質は濫用のおそれのある支配力にある）。
- (3) 「**横領**」とは、（領得行為をいい、）不法領得の意思の発現たる一切の行為をいう。

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、権原がないのに、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（最判昭和24・6・29刑集3-7-1135）。

2 背任罪（247条）は、Vに「**財産上の損害**」が生じないから成立しない。

3 有印私文書偽造罪・同行使罪（159条3項・161条1項）の成否

- (1) 「**偽造**」とは、（有形偽造をいい、）文書の名義人と作成者との人格の同一性を偽る行為をいう。作成者とは、文書に自らの意思を反映させた主体をいい、名義人とは、文書の記載自体から看取される意思の主体をいう（意思説）。
- (2) 有印には、「**他人の印章を使用**」する場合と「**他人の署名を使用**」する場合がある。「他

---

<sup>1</sup> 予備刑法では、条文の文言摘示と規範定立、当てはめ（法的三段論法）を淡々で行うことが高得点の秘訣である。以下、住居侵入罪を端的に認定する際の記述を比べてみる。

A 「甲はV宅に無断で立ち入っているから『他人の住居』に『侵入した』といえる」

B 「侵入」とは、住居権者の意思に反する立ち入りをいうところ、Vに無断でV宅に立ち入った甲の行為はこれに当たる」

AよりもBの方が評価は高い。前者は、法律を全く知らない人でも、条文を見れば書けるのに対し、後者は、法解釈を学んだ人にしか書けない表現だからである（ただ、Aを使う場面もある）

<sup>2</sup> 参考答案と当日に講師が書いた答案との異同は、次のとおり（なお、以下の内容でもA評価だった）。

①甲が不動産業者であるとの事実から、業務上横領の成否のみ検討

②売買契約の締結をもって直ちに不法領得の意思の発現があったとして「横領」を肯定

③単に契約書に押印があったことをもって「有印」を肯定

④本文書の名義人を「Vの代理甲」、作成者を「Vの代理人でない甲」として、偽造を肯定（有力説）

⑤偽造罪・行使罪の個数を各1個として検討

⑥殺人罪につき、第一行為と第二行為を一体として捉えることを当然の前提とし、遅すぎた構成要件の実現と因果関係の錯誤の問題としてのみ検討

人」とは名義人をいい、本問ではVである。甲が契約書に「V代理人甲」と記名した行為は、Vの「印章」も「署名」も使用していないから、有印に当たらない。この場合、無印偽造罪（3項）の成否を検討すべきことになる。

(3) 「行使の目的」とは、偽造文書を真正な文書として誤信させる目的をいい、必ずしも文書を流通に置く意思を要しない。これに対応して、「行使」とは、偽造文書を真正な文書として他人の認識可能な状態に置くことをいい、必ずしも文書を流通に置くことを要しない。

#### (4) 罪数関係

成立する偽造罪、行使罪の個数は、客体である文書の個数に基づく。したがって、売買契約書を2部作成した甲の行為につき2個の無印私文書偽造罪が成立し、これをAに交付した甲の行為につき2個の行使罪が成立する。各罪は「**一個の行為が二個以上の罪名に触れる**」ものとして観念的競合となり（54条1項前段）、「**犯罪の手段である行為が他の罪名に触れる**」ものとして牽連犯となる（54条1項後段）

## 4 殺人罪

首を絞めてVを殺し（第一行為）、Vの死体を海に落とす（第二行為）という犯行計画の遂行に及んだところ、現実には第一行為でVを失神させたに過ぎず、第二行為でVを溺死させた場合の甲の罪責（いわゆる遅すぎた構成要件の実現の問題）。第一行為と第二行為を分け、形式的に観察すれば、第一行為につき殺人未遂罪、第二行為につき過失致死罪が成立するとも思われる。

### (1) 検討方針

ア 第一行為と第二行為を別個の行為とし、第一行為の危険が結果に現実化したものとして、1個の殺人罪の成立を認め、第二行為につき1個の過失致死罪の成立を認める<sup>3</sup>。

イ 第一行為と第二行為を一体とし、1個の殺人罪の成立を認める<sup>4</sup>。

(2) Vを絞殺するつもりで溺死させた点につき、甲には因果関係の錯誤がある。因果関係の錯誤が故意を阻却しないことについては見解が一致している<sup>5</sup>から、端的に書くのが良い。

## 5 罪数

① 2個の無印私文書偽造罪② 2個の同行使罪③ Vへの殺人罪④ Vへの過失致死罪が成立する。①と②は観念的競合（54条1項前段）となり、牽連犯（同項後段）となる。④⑤は同一機会に同一客体に行われた行為として、④に⑤が吸収され一罪となり、これと①②が併合罪（45条前段）となる。

以上

---

<sup>3</sup> アによる場合、直接の死因となった第二行為の結果への寄与度を前提としつつ、なぜ第一行為の危険が死亡に現実化したといえるかを論じる必要がある。因果関係の錯誤をクリアして殺人罪の成立を認めただけで、別途成立を認めた過失致死罪との罪数処理も必要になる。

<sup>4</sup> イによる場合、死体遺棄の故意しかない甲の第二行為が、なぜ第一行為と一体といえるのかを論じる必要がある。

<sup>5</sup> 参考答案是、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（2020,有斐閣）P180~184の見解に基づく。

## 最優秀答案

回答者：M.Y.

第1 甲がAとの間で本件土地の売買契約書を作成した行為について無印私文書偽造罪（159条3項）が成立しないか。

1 本件土地の売買契約書は買主に土地所有権を発生させ売主に土地を引き渡す義務を発生させるから「権利、義務に関する文書」にあたる。

2 文書偽造罪の保護法益は文書に対する公共の信用にあるから「偽造」とは文書の名義人と作成者の人格の同一性を偽ることをいう。作成者とは意思・観念の表示主体であり、名義人とは文書上作成者として認識される者をいう。

本件では、甲はV代理人として売買契約をしており、契約書の法的効果は本人に帰属することが文書の社会的信用を基礎づける。ゆえに名義人は文書上作成者として認識されるVであり、作成者は意思・観念の主体たる甲である。ゆえに、人格の同一性を偽ったといえ「偽造」にあたる。名義人Vの署名がないので無印文書である。

甲は契約書をAに渡すという「行使の目的」があり、「罪を犯す意思」（38条1項本文）もある。

よって、無印私文書偽造罪（159条3項）が成立する。

3 次に、甲は本件契約書をAに渡し、本件文書を認識可能な状態に置いたから「行使した」といえる。甲は「罪を犯す意思」もある。

4 よって、偽造無印私文書行使罪（161条）が成立する。

第2 甲が無権限でV所有の土地を売却した行為について、横領と背任の区別が問題となるところ、いずれもVの財産たる土地という同一の法益侵害しかないので両罪は法条競合の関係に立つが法定刑

コメントの追加 [直水1]: 削除相当

コメントの追加 [直水2]: 代理形式の文書の名義人は、意思表示の効果が本人に帰属するという形式に照らし、本人であると考えられる。

コメントの追加 [直水3]: 削除相当

コメントの追加 [直水4]: Vの署名がなく「他人の署名」を欠くためこの点落とす人が多かった印象です。

の重い業務上横領罪（253条）の成否から検討する。

1 本件土地はV所有の土地なので「他人の物」にあたる。横領罪の「占有」は濫用のおそれのある支配力があるから財物の事実的支配のみならず法律上の支配を含むところ、甲はVの土地の登記済証・白紙委任状等抵当権設定に必要な書類を預かっているため、この書類を利用して本件土地を処分できる立場にある。よって、「占有」がある。

また、甲は不動産業者たる社会生活上の地位に基づき反復継続して客から委託を受けて他人の不動産を占有・管理する仕事をしているため、「業務」に基づき占有にあたる。

横領罪の保護法益は一次的に所有権、二次的に委託関係にあるから「横領」とは委託の趣旨に反した権限逸脱行為であり、かつ不法領得の意思の発現行為をいう。

本件では、甲は抵当権設定依頼を受けただけなのに本件土地の売買契約を締結しており、委託の趣旨に反し権限逸脱行為をし、かつ土地の売却代金を自己の借金の返済に充てることで委託の趣旨に反してその物につき無権限な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有し、契約書の作成交付によって同意を外部に発現する行為をした。しかし、本件土地の登記はVにあり、Aに登記を移転していないため、Aは確定的に所有権を取得したとはいえず所有権侵害はない。よって、「横領した」とはいえない。

以上より業務上横領罪は成立しない。

2 背任罪の成否を以下検討する。甲はVのために抵当権設定・金

コメントの追加 [直水5]: どちらの要件も満たし得るものの、両罪は法条競合となるため、重い業務上横領罪から検討する。

コメントの追加 [直水6]: をいう

コメントの追加 [直水7]: 一文が長くなるので、この辺りで「。」で切りますか。

コメントの追加 [直水8]: 「業務上」の

コメントの追加 [直水9]: 削除相当

コメントの追加 [直水10]: 以下のよう  
に短くできます。

「他人の物」が不動産である場合、登記の具備をもって確定的に所有権が侵害されるから「横領」を満たすと考える。

本件土地につき抵当権の設定依頼を受けただけの甲がこれをAに売却する行為は、不法領得の意思の発現に当たり得る。もっとも、本件土地の登記はVにあり、

員借り入れを行う者であり、「他人のためにその事務を処理する者」にあたる。甲の行為は委任契約に反しVの所有権を喪失させ財産上の損害を与える危険があるから「その任務に背く行為」とも思える。しかし、Aに登記移転をしておらず、Vは本件土地の登記を具備している以上財産上の損害はない。また、甲が本件売買したのは自己の借金を返済するためであり、本人の利益を図る意図はなく、自己の利益を図る認識であるから「自己」「の利益を図る」目的がある。甲は上記事実を認識・認容している。

よって、背任未遂罪（250条、247条）が成立する。

第3 甲はVに首を絞める第一行為の後、Vを海に落とす第二行為をしてVを溺死させている。第二行為は死体遺棄罪（190条）の故意で殺人罪（199条）の結果を実現しているので抽象的事実の錯誤が問題となる。

1 38条2項の「重い罪によって処断」できないとは、重い罪の故意がないのに重い罪の成立を認めるのは責任主義に反するから重い罪不成立の意味と解する。よって、甲に殺人罪は成立しない。

2 では、軽い罪たる死体遺棄罪が成立するか検討するに、同罪の保護法益は宗教的感情、殺人罪の法益は人の生命だから両者の保護法益の共通性はない。ゆえに両者の構成要件に重なり合はないので死体遺棄罪は成立しない。

3 もっとも、甲はVの様子を注意深く観察すれば生存していることに気づいたはずであり、予見可能性があるので過失致死罪（210条）が成立する。

コメントの追加 [直水11]: と

コメントの追加 [直水12]: 死体遺棄

コメントの追加 [直水13]: 同行為につき、

4 次に第一行為はVの首を背後からロープで力一杯絞めており生命侵害の危険が高いから殺人罪の実行行為といえる。

5 因果関係について、第一行為がなければVの溺死もないから条件関係はある。Vの死因は溺死であり介在事情の結果への寄与度は大きい。しかし、Vの首を絞めて殺害するうえで罪証隠滅のために第二行為が必要となり第一行為は介在事情を誘発した。加えて殺人者が罪証隠滅のために死体遺棄をすることは不自然・不相当ではないから介在事情の異常性は小さい。ゆえに、甲の行為の危険がV死亡結果へと現実化したといえるので因果関係は認められる。

6 甲はVの首を力いっぱいロープで絞めるという殺人の認識があり、逮捕・免許取り消しから免れるため行っているから殺人の認容もあるので殺人「罪を犯す意思」がある。

7 甲は首を絞めてV殺害を果たしたとの認識があり、因果関係の錯誤により故意を阻却されるか問題となるも故意は阻却されない。

なぜなら甲は溺死という因果経過は認識していなくても、同じ殺人の構成要件に該当する絞殺という因果経過を認識している以上、反対動機の形成が可能であり規範に直面したといえるからである。

8 よって、殺人罪（199条）が成立する。

第4 罪数について、甲には①無印有印文書偽造罪、②偽造無印私文書行使罪、③背任未遂罪、④殺人罪、⑤過失致死罪が成立する。

④⑤は生命という同一法益を侵害し意思の連続もあるから包括一罪となる。①②は通例手段・結果の関係にあるから牽連犯（54条1項後段）となりそれと③④は併合罪（45条前段）となる。以上

コメントの追加 [直水14]: 条件関係の後にまずこれを書き、次に寄与度を書く方が読みやすいです。

コメントの追加 [直水15]: 因果関係の存在を認識している点で変わりはない

土

コメントの追加 [直水16]: 起案おつかれさまでした。

知識面に問題はなく、当日これくらい書ければ、A評価が付くと思われま  
す。私の当日書いた答案はこれに遠く  
及ばない出来でしたが、A評価でし  
た。

全て書くのではなく、書きたいことを  
ぐっところえ、あからさまにメリハリ  
を付けた「スジの見える」答案を書け  
るように意識するのも一つです。

PC受験の場合、書式は30文字×22  
行になります。こちらの形式は30文  
字×23行（本試験の形式です）なの  
で、さらにマイナス4行になります。  
紙幅がかなり厳しいことがわかりま  
す。

そこで、どこを削るかの問題になりま  
すが、要件の趣旨と成立しない横領罪  
の記述を削ることをお勧めします。

具体的には、コメントを参考にしてく  
ださい。