

以下の事例に基づき、甲の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く。）

1 甲（男、55歳）は、神保町でバー「トーレン」を経営していたが、同店では、来店した客が店内で酒を飲んでいる間、客の荷物を預かり、バーカウンターの奥の棚に保管しておくサービスを行っていた。甲は、令和7年3月5日午後10時ころ、「トーレン」に来店した客のA（男、60歳）から、セカンドバッグを預かり、バーカウンターの奥の棚に保管しておいた。同日午後11時半ころ、Aが「トーレン」から帰ろうとした際、甲は、Aのセカンドバッグをバーカウンターの奥の棚から取り出したところ、Aのセカンドバッグの中にAの運転免許証が入っているのが見え、Aが普段から粗暴で、甲が嫌いな客であったことから、Aに嫌がらせをするつもりで、Aの運転免許証をセカンドバッグから抜き取り、カウンター下のごみ箱に捨ててから、何食わぬ顔をしてAにセカンドバッグを返した。

2 一か月後、甲は、Aの運転免許証がごみ箱に捨てたままになっていることを思い出し、これを使ってAに成り済まして金儲けをしようとするに至った。具体的には、甲は、A名義でX市内に賃貸アパートを借りて、そこにホームレスを住ませた形を取り、ホームレスに生活保護費を受給させて報酬として生活保護費の半分をもらおうと考えた。同年4月15日、まず、身分証明書としてA名義の前記運転免許証を示して、Aに成り済まして、BがX市内に所有する賃貸アパート「ハウス和泉」105号室を賃借することとし、【資料】の賃貸借契約書を作成してBに渡し、Bから105号室の鍵を受け取るとともに、105号室の引渡しを受けた。甲は、賃貸借契約書に定められたとおり賃料を支払う意思も能力もあった。また、甲は、X市内に別に自己名義で賃借しているマンションに居住しており、「ハウス和泉」105号室はホームレスに生活保護費を受給させるに当たって形だけ利用するつもりであり、自ら居住するつもりもなく、実際にホームレスを居住させるつもりもなかった。

3 同年4月20日、甲は、X市に隣接するY市内の河川敷に寝泊まりして暮らしているホームレスC（男、65歳）にAを名乗って声をかけ、「いい金儲けの話がある。生活保護を受給するには、住んでいる地域の福祉事務所に申請する必要があるのだが、X市で俺が借りているアパート「ハウス和泉」105号室に暮らしていることにして、X市から生活保護を受給してはどうか。受給手続のやり方は俺が教えるとおりやれば問題ない。得られた生活保護費は折半だ。」と持ちかけた。Cは、日雇いで土木関係の仕事を時折しており、これによる月額2万円程度の収入があり、自由気ままな現在の生活を気に入っていたためこの暮らしを変えるつもりはなかったが、いくらかでもお金がもらえるならやってみてもよいと考え、甲の申し出を了承した。

4 そこで、甲は、CをX市の福祉事務所に連れて行き、Cは、福祉事務所の職員Dに対し、甲から教えられたとおり、「仕事がなく収入が全然ないので困っています。今は、知り合いのAさんのアパート「ハウス和泉」105号室に居候していますが、このままでは食べていけません。Aさんに家賃も支払わなくてはなりません。」などと言い、これを信じたDらをして、生活保護開始決定をさせ、Dから、第1回目の生活保護費として、現金15万円の交付を受けた。その後15万円の生活保護費は甲とCで折半した。

#### [参照条文]

##### 生活保護法

第19条 都道府県知事、市長及び社会福祉法に規定する福祉に関する事務所（以下「福祉事務所」という。）を管理する町村長は、次に掲げる者に対して、この法律の定めるところにより、保護を決定し、かつ、実施しなければならない。

一 その管理に属する福祉事務所の所管区域内に居住地を有する要保護者

二 居住地がないか、又は明らかでない要保護者であつて、その管理に属する福祉事務所の所管区域内に現在地を有するもの

第59条 保護を受ける権利は譲り渡すことができない。

第61条 被保護者は、収入、支出その他生計の状況について変動があつたとき、又は居住地若しくは世帯の構成に変動があつたときは、すみやかに、保護の実施機関又は福祉事務所長にその旨を届け出なければならない。

#### 【資料】

##### アパート賃貸借契約書

賃貸人 B と賃借人 A は、本日、以下のとおり賃貸借契約を締結する。

第1条 賃貸人は、東京都X市……ハウス和泉105号室（以下「本件建物」という。）を賃貸し、賃借人はこれを賃借する。

第2条 賃料は1か月金3万円とし、賃借人は毎月末日までに翌月分の賃料を賃貸人の指定する口座に支払う。

第3条 賃借人は、本件建物を居住目的にのみ使用するものとする。

第4条 賃借人は、本件建物の賃借権を譲渡し又は本件建物を転貸してはならない。

第5条 賃借人が本契約に違反した場合、賃貸人は、直ちに本契約を解除することができる。

第6条 賃借人は、解除等により本契約終了後賃貸人から明け渡しを求められたときは、直ちに本件建物を原状に復し、賃貸人に明け渡すものとする。

(中略)

令和7年4月15日

賃貸人 住所 東京都Z市××××

氏名 B 印

賃借人 住所 東京都X市〇〇〇〇 (Aの住所)

氏名 A 印

# 表

試験科目	受験番号	フリガナ
<b>刑法II</b>		氏名

明治大学法曹会 司法試験予備試験答案練習会  
 2025.5.4実施 刑法II  
 講師：新明 清久先生 shimmei.kiyohisa@gmail.com

## 刑法 II

1	23
2	24
3	25
4	26
5	27
6	28
7	29
8	30
9	31
10	32
11	33
12	34
13	35
14	36
15	37
16	38
17	39
18	40
19	41
20	42
21	43
22	44

## 刑法 II



## 予備試験答案練習会（刑法Ⅱ）採点基準表

	小計	配点	得点
（甲の罪責）	40		
免許証を抜き取った行為について ・業務上横領罪の検討がされているか ・横領罪の成立に利用意思が必要かどうかの論述があるか ・窃盗罪の成否についての適切な言及があるか ・毀棄罪の検討がされているか	15		
アパートの賃貸借契約について ・詐欺罪の検討がされているか ・財産的処分の判断の基礎となる重要な事実についての適切な検討 ・私文書偽造・同行使罪が成立し、詐欺罪とは牽連犯となる旨の指摘	10		
生活保護受給開始決定をさせた行為について ・Cによる詐欺罪が成立する旨の言及 ・福祉事務所の交付の判断の基礎となる重要な事実に関する適切な検討 ・甲は教唆犯か共謀共同正犯となるかの適切な検討がされているか	15		
裁量点（文章構成・その他加点要素への言及）	10		
合 計	50		

1. 甲がAのかばんの中からAの住民票の写しと健康保険証を抜き取り、ごみ箱に捨てた行為

甲の上記行為について、業務上横領罪（刑法（以下略）253条）は成立せず、器物損壊罪（261条）が成立する。以下詳述する

業務上横領罪が成立するためには①「業務上」②「自己の占有する他人の物を」③「横領した」ことが必要である。

①について、業務上とは委託を受けて他人の物を占有・保管する事務を反復又は継続的に行う者を指すところ、甲は、バー「トーレン」の経営者として、客が来店中に荷物を預かり、バーカウンターの奥の棚に保管しておくサービスを行っていたものであり、本間においてもAの委託を受けてAの来店中、Aのセカンドバッグを預かって保管していたものであるから、①の要件を満たす。

②について、自己の占有する他人の物とは、他人の物に対して事実上支配力を有する状態を指すところ、甲は、経営する店のサービスの一環として、Aからセカンドバッグを預かり、店のバーカウンターの奥の棚に保管していたのであるから、Aがセカンドバッグを預けている間は、Aではなく甲がセカンドバッグに対する事実上の支配力を有していたものといえる。そのため、②の要件を満たす。

③に関し、横領とは不法領得の意思を発現する一切の行為をいうところ、本間で、甲は、Aのセカンドバッグから運転免許証を抜き取り、カウンター下のごみ箱に捨てていることから、横領罪における不法領得の意思の内容が問題となる。

この点、横領罪が器物損壊罪の法定刑に比べて重い理由は、物を利用処分する意思による領得という横領罪の利欲犯的性質にあると考えられることからすれば、横領罪における不法領得の意思にも利用処分意思が必要と考えられる。そのため、横領罪における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、その物の効用に基づいて、所有者でなければできないような処分をする意思というべきである。

本間において、甲は嫌いな客であるAに対する嫌がらせのつもりで運転免許証をAのセカンドバッグから抜き取りごみ箱へ捨てたものであり、免許証を捨てた時点で甲は事実証明などのAの免許証の効用に基づいた利用処分意思をまったく有していなかったといえる。そのため、甲には不法領得の意思が認められず、業務上横領は成立しない。

それでは、器物損壊罪（260条）が成立しないか。器物損壊罪は「他人の物」を「損壊」した場合に成立し、損壊とは財物の効用を害する一切の行為をいい、隠匿等も損壊に含まれると解されるところ、本問では甲は他人の物であるAの免許証をごみ箱に捨てており、Aが当該免許証を使用できなくしたものであるから、損壊したといえる。よって甲の行為には器物損壊罪が成立する。

2. 甲がA名義の前記運転免許証を示して、Aに成り済まして、BがX市内に所有する賃貸アパート「ハウス和泉」105号室を賃借した行為

甲の上記行為について、詐欺罪（246条1項）及び私文書偽造（159条）・同行使罪（161条）が成立し、両者は牽連犯となる。以下詳述する。

詐欺罪が成立するためには、①「人を欺いて」②「財物を交付させた」ことが必要である。

①について、「人を欺いて」とは、欺罔行為により、相手方を錯誤に陥らせ、錯誤に基づく処分行為により、財物の移転が行われることであり、それぞれの要件が因果関係を有することが必要である。また、欺罔行為とは、財物の交付に向けて人の錯誤を惹起する行為をいい、その内容は、財物の交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ることをいう。

本問において、甲は、Aの免許証を用いて、Aになりすまし、【資料】の賃貸借契約書を作成してBに渡し、鍵の交付をAから受けている。甲は、賃貸したアパートの賃料を支払う意思も能力もあったものの、【資料】の賃貸借契約書には、ハウス和泉105号室を居住目的に使用すること（第2条）、賃借人は、本件建物の賃借権を譲渡し、又は本件建物を転貸してはならないこと（第4条）、契約違反の場合には賃貸人は契約を解除することができ（第5条）、賃借人は解除等により本契約終了後賃貸人から明け渡しを求められたときは直ちに本件建物を賃貸人に明け渡すこと（第6条）等が定められていることからすれば、賃貸人Bにとって、賃料の支払さえ受けられれば相手方の素性がどうでもよかったものとは考えられない。Bにとって、本件賃貸借契約は賃借人A本人が居住目的で実際にハウス和泉105号室に住むことを前提に締結したものであることに他ならないといえ、賃借目的が何であるのか、また、契約の相手方たる賃借人がどこのだれであるかは本件の賃貸借契約の締結及びそれに伴う105号室の引き渡しを決するための重要な事実であるといえるから、甲の欺罔行為はBの財物の交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ったものといえる。また、甲の欺罔行為により、Bは105号室にAが居住するものとの錯誤に陥らせ、錯誤によってハウス和泉105号室の鍵を甲に交付したものであるから、錯誤及び財物の交付も認められる。また、甲には欺罔行為及び財物交付を受けたことについて故意（38条）及び不法領得の意思も認められるため、甲の行為には詐欺罪が成立する。

また、本件賃貸借契約を締結する際に、甲はAの名義を用いて賃貸借契約書を作成し、Bに交付している。私文書偽造罪は①「行使の目的」で②「他人の印章または署名を使用して」③「権利、義務若しくは事実証明に関する文書若しくは図画」を④「偽造」することが要件であり、「偽造」とは名義人と作者の人格の同一性を偽ることをいう。

本問では甲はAから何らの許諾を得ることなく、Bに交付する目的（①充足）でA名義の署名押印を行い（②充足）、Aが賃借人という法律上の権利及び義務を負う賃貸借契約書を作成しており（③充足）、甲はAから何らの許諾を得ていないのであるから、名義人Aと作成者甲の人格の同一性を偽るものといえる（④充足）。以上から、甲の賃貸借契約書作成行為には私文書偽造罪が成立する。また、「行使」とは偽造文書を真正な文書として使用することをいい、甲は偽造した賃借人A名義の賃貸借契約書をBに交付しているのだから、「行使」に該当する。そのため、賃貸借契約書の交付行為について、偽造私文書



行使罪が成立する。詐欺罪と私文書偽造・同行使罪は目的と手段と関係にあるため、両者は牽連犯となる。

3. 甲がCに持ちかけて X 市福祉事務所の職員Dらに生活保護開始決定をさせ、Dから、第1回目の生活保護費15万円の交付を受けさせた行為

上記行為について、甲には詐欺罪（246条1項）の共謀共同正犯（60条）が成立する。以下詳述する。

本問において、直接福祉事務所職員Dに対し生活保護の申請を行ったのはCである。そのため、実行犯CのDに対する詐欺罪が成立するか、検討する。

詐欺罪が成立するためには、①「人を欺いて」②「財物を交付させた」ことが必要である。

①について、「人を欺いて」とは、欺罔行為により、相手方を錯誤に陥らせ、錯誤に基づく処分行為により、財物の移転が行われることであり、それぞれの要件が因果関係を有することが必要である。また、欺罔行為とは、財物の交付に向けて人の錯誤を惹起する行為をいい、その内容は、財物の交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ることをいう。

本問において、CはそもそもX市に居住しておらず、Y市内の河川敷に寝泊まりをしており、居住の実態もないのに福祉事務所の職員Dに対し、ハウス和泉105号室に居住しており家賃を支払わないといけないと述べ、さらに月2万円程度の収入があるにもかかわらず収入がないと申告している。さらに、生活保護費を得られた場合、生活保護費を甲と折半するつもりでいた。生活保護法上、CがX市ではなくY市に居住しているという事実はX市の福祉事務所の職員Dらにとって生活保護の決定を行えるかどうかの管轄権（生活保護法19条）に関する重要な事実であり、収入及び支出についても、生活保護の決定及び継続に関する重要な考慮要素である（同法61条）。また、生活保護費を折半することは生活保護法上認められておらず（同法59条）、CがDに申告した内容はいずれもDらがCに対する生活保護開始決定を行い、生活保護費を交付するかの判断の基礎となる重要な事実であるといえ、①の要件を満たす。また、Cはそれらの事実を偽ったうえでDに申告し、Dらを錯誤に陥らせ、錯誤に基づいてCへの生活保護開始決定をさせてCは15万円の生活保護費の交付を受けたのであるから、②の要件も満たす。以上の欺罔行為についてCには故意及び不法領得の意思も認められるため、CがDに生活保護申請を行い、15万円の生活保護費の受給を受けた行為については詐欺罪（246条1項）が成立する。

では、Cを指南し、上記行為を行わせた甲には詐欺罪の共謀共同正犯（60条）が成立するか。甲が詐欺の実行行為を行っていないため問題となる。

この点、実行行為を行っていない者であっても、60条の根拠である相互利用補充関係による共同犯行の一体性が認められる限り、共同正犯とみることに問題はない。60条の文理解釈としても、二人以上の者が「共同」し、その中の誰かが「犯罪を実行」したとき共同者はみな正犯とすると読むことができる。したがって、共犯性を基礎づける①意思連絡、正犯性を基礎づける②正犯意思が認められる場合には、共謀共同正犯が認められると解すべ

きである。

①については、共同犯行の意識について、関与者間に意思の連絡が存在することが必要であり、意思の連絡の内容は犯行の本質的部分について共謀者間に了解があることと解される。この点、甲はCに福祉事務所職員に対して架空の居住実態や仕事がなく収入がないなどの虚偽の事実を申告させるよう指南し、Cはその通りに実行しているものであるから、犯行の本質的部分についての了解があるといえ、①の要件を満たす。

また、②については、動機、共謀者と実行行為者との関係、共謀者自身の関与の態様、共謀者が犯行に果たした役割、犯行後の行為状況などを総合考慮し、実行担当者と同程度の重大な寄与をしたといえるかにより判断する。本問においては、共謀者の甲が犯行計画を思いつき、虚偽の居住実態の裏付けとなる部屋を賃借し、Cをスカウトして福祉事務所に対し虚偽の事実を申告するよう指南し、Cに指南通りに詐欺行為を実行させ、交付された生活保護費の半分を報酬として受け取っている。以上の事実からすれば、本問におけるCの詐欺行為を主導したのはほかならぬ甲であり、甲がいなければ本問の詐欺行為が行われることはなかったといえるのであるから、甲は実行行為者のCと同程度の重要な役割を果たしていたといえ、甲には正犯意思が認められる。

よって、甲にはCの詐欺罪の共謀共同正犯が認められる。

#### 4. 罪数

甲には①器物損壊罪②賃貸借契約に関する詐欺罪③私文書偽造・同行使罪④生活保護費に関する詐欺罪が成立し、②及び③は牽連犯となり、残りの①及び④とは併合罪となる。

# 答案練習会解説

2025年5月4日 弁護士 新明清久

- ▶ 刑法の学習のポイント
- ▶ ★**検討の順序**を意識して勉強を進める（今勉強していることは犯罪論の体系のどこに位置づけられるか（構成要件・違法性・責任etc・・・）を常に意識する。各論であれば条文の**どの文言の解釈に関わる部分か**ということを常に意識する。）
- ▶ →論文式試験では**六法は見ることができ**る→条文の文言からいろいろと**規範や考慮要素**などを**結び付けて**思い出せるようにしておけば忘れにくい。
- ▶ ★検討の順序（具体的な行為の指摘→どの条文に当たるとかの指摘→条文の要素の解釈→事実の適示→評価→結論）を意識する
- ▶ ★論述においては事実と評価はしっかりと分けると分ける。事実の適示→評価の順で書く。
- ▶ ★論理を飛ばさない
- ▶ ★論述においては条文（刑法●●条●●項）の指摘を忘れない。
- ▶ ★いろんな説がある單元においては**まずは判例**（最高裁判例）の考え方を押さえること！（EX：司法試験は実務家登用試験）

- ▶ ① **構成要件**に該当するか→構成要件に該当する場合、**違法で有責な行為**と一応推定される
- ▶ ② **違法性阻却事由**があるか
- ▶ ③ **責任阻却事由**があるか
- ▶ ①の順番に考える→勉強も上記①～③のどの部分の勉強をしているのかを常に意識して勉強する
- ▶ ※実行行為を行っていない共犯者が出てくる問題では、実行行為を行った者の検討をする→実行行為者の犯罪を認定した上で、共犯者の関与の度合いについて検討する。

▲ 設問 以下の事例において、甲の罪責を検討しなさい。

▲ 1 甲（男，55歳）は，神保町でバー「トーレン」を経営していたが，同店で  
は，来店した客が店内で酒を飲んでいる間，客の荷物を預かり，バーカウン  
ターの奥の棚に保管しておくサービスを行っていた。甲は，令和7年3月5日  
午後10時ころ，「トーレン」に来店した客のA（男，60歳）から，セカン  
ドバッグを預かり，バーカウンターの奥の棚に保管しておいた。同日午後11  
時半ころ，Aが「トーレン」から帰ろうとした際，甲は，Aのセカンドバッグ  
をバーカウンターの奥の棚から取り出したところ，Aのセカンドバッグの中に  
Aの運転免許証が入っているのが見え，Aが普段から粗暴で，甲が嫌いな客で  
あったことから，Aに嫌がらせをすつもりで，Aの運転免許証をかばんから  
抜き取り，カウンターの下のゴミ箱に捨ててから，何食わぬ顔をしてAにかばん  
を返した。

▲ 2 一か月後，甲は，Aの運転免許証がゴミ箱に捨てたままになっていること  
を思い出し，これらを使ってAに成り済まして金儲けをしようと考えに至っ  
た。具体的には，甲は，A名義でX市内に賃貸アパートを借りて，そこにホー  
ムレスを住ませた形を取り，ホームレスに生活保護費を受給させて報酬とし  
て生活保護費の半分をもらおうと考えた。同年4月15日，身分証明書  
としてA名義の前記運転免許証を示して，Aに成り済まして，BがX市内に所  
有する賃貸アパート「和泉荘」105号室を賃借することとし，【資料】の賃  
借契約書を作成してBに渡し，105号室の引渡しを受けた。甲は，賃貸借  
契約書に別に自己名義で賃借しているマンションに居住しており，「和泉荘」1  
05号室はホームレスに生活保護費を受給させるに当たって形だけ利用するつ  
つもりであり，自ら居住するつもりもなかつた。また，甲は，X  
つもりもなかつた。実際にホームレスを居住させる

- ▶ 1 甲（男，55歳）は，神保町でバー「トーレン」を経営していたが，同店で  
は，来店した客が店内で酒を飲んでいる間，客の荷物を預かり，バーカウン  
ターの奥の棚に保管しておくサービスを行っていた。甲は，令和7年3月5日  
午後10時ころ，「トーレン」に来店した客のA（男，60歳）から，セカン  
ドバッグを預かり，バーカウンターの奥の棚に保管しておいた。同日午後11  
時半ころ，Aが「トーレン」から帰ろうとした際，甲は，Aのセカンドバッグ  
をバーカウンターの奥の棚から取り出したところ，Aのセカンドバッグの中に  
Aの運転免許証が入っているのAに嫌がらせをするつもりで，Aの運転免許証  
をかばんから抜き取り，カウンターの下のゴミ箱に捨ててが見え，Aが普段から  
粗暴で，甲が嫌いな客であったことから，から，何食わぬ顔をしてAにかばん  
を返した。
- ▶ 2 一か月後，甲は，Aの運転免許証がゴミ箱に捨てたままになっていること  
を思い出し，これらを使ってAに成り済まして金儲けをしようと考えるに至っ  
た。

- ▶ (1) 甲がAのかばんの中からAの運転免許証を抜き取り、ごみ箱に捨てた行為(10点)
- ▶ ●甲は、自己の経営するバー「トーレン」のサービスの一環として、来店した客の荷物を預かり保管する事務を行っていた
- ▶ →委託に基づく占有が甲にあったとして、業務上横領罪の検討をする、もしくは占有はいまだ移転しておらず、Aにあるとして、窃盗罪の検討をすることが考えられる。(問題文の作者としては荷物を店側(甲)に完全に預けてみ線が保管していたので、行為当時は委託に基づき占有が甲にあったとすることが素直な理解かと考えていたが、店に在る間という短時間の荷物預りであること、店の規模(バーであるからそれほど大きくないと考えられる)等の諸般の事情から、荷物の預かりサービスを受けていても、未だバッグはAの支配下にあった(占有は移転していない)として窃盗の検討をしている答案でも、占有についてしっかり検討されている答案には相応の評価をした。ただし、採点した実感ではほとんどの答案が窃盗のみの検討を行い、占有(横領と窃盗の区別)についてほとんど触れていない答案が多かった。本問の最初のキーポイントは、行為当時占有が甲(店)にあったのか、なおAにあったのかという点である。この検討をしっかりとできているかが、点数が伸びるか伸びぬかの分水嶺となった。
- ▶ 甲に(委託に基づく)占有がある場合→業務上横領の検討
- ▶ 預けたAに占有がある場合→窃盗の検討



- ▶ ● 占有の存否の事実認定の視点
- ▶ ① 客体・・・財物の形状に関する事実
- ▶ ② 状況・・・財物から置かれている場所的状况に関する事実
- ▶ ③ 関係・・・財物と被害者の関係を表す事実
- ▶ ア 時間的場所的接着性
- ▶ イ 見通し状況
- ▶ ウ 被害者の認識・行動
- ▶ 上記を踏まえ、財物に対する事実的支配と支配意思を総合して社会的通念に従って判断される。

- ▶ ● 業務上横領罪の成否を検討する場合
- ▶ → 甲は、Aに**嫌がらせ**を**するつもり**で、Aの運転免許証を抜き取って捨てていくことから、Aに不法領得の意思があったといえるか否か、また横領罪における不法領得の意思とは何なのかを論じる必要がある。判例によれば、横領罪における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志[思]」をいう（最判昭和24・3・8刑集3・3・276）が、窃盗罪における不法領得の意思と異なり、**利用意思に言及がない**ことから、横領罪における不法領得の意思には利用意思を要するのか否か、毀棄・隠匿の意思も含まれると解するか否かについて論じた上で、自己の立場に立って結論を導くことが求められる。
- ▶ → 現在は、横領罪の**利欲犯的性質**に着目し、利用処分意思を必要とする見解が多数説といわれているが、上記の通り、古い判例は利用意思に言及がなく、毀棄・隠匿目的でも成立するという考え方をとることも可能だろう。
- ▶ なお、毀棄目的の行為を横領として判例は現在までに存在しない（自己の占有する他人の物を「隠匿」したケースで横領を認定した判例はあるが古い（大判大2・12・16【設計図面隠匿事件】）

- ▶ ● 占有はAに残っているままだとして窃盗罪の検討をする場合
- ▶ → 不法領得の意思がやはり問題となるが、横領と異なり、窃盗の不法領得の意思には**権利者排除意思**と**利用処分意思**が必要と解されている（最判昭和26・7・13）。
- ▶ → 本問のAは利用処分意思がない（＝嫌がらせのつもりで免許証を捨てただけ）なので、窃盗罪は成立しない。
- ▶ ● 業務上横領及び窃盗が成立しないという立場に立つ場合
- ▶ → 器物損壊罪（261条）の検討をすることになる。
- ▶ ※提出された答案では、単に「（横領又は窃盗が成立しないため、器物損壊罪が成立する）」とだけ記載されている答案が多かったが、これでは器物損壊罪の検討は何一つされていないので、最低限「他人の物」を「損壊」したことに付いて、規範と簡単な当てはめは行ったほうがよいらろう。

- ▶ 2) 甲がA名義の運転免許証を示して、Aに成り済まして、BがX市内に所有する賃貸アパート「和泉荘」105号室を賃借した行為(10点)
- ▶ まずは詐欺罪の成否が問題となる。甲は、賃貸したアパートの賃料を支払う意思も能力もあったが、【資料】の賃貸借契約書には、和泉荘105号室を**居住目的**に使用すること(第2条)、賃借権の**譲渡又は本件建物の転貸を禁止**していること(第3条)、**契約違反の場合には賃貸人は契約を解除**することができ(第5条)、契約終了後明け渡しを求めること(第6条)等が定められていることからすれば、賃貸人Bにとって、賃料の支払さえ受けられれば何でもよかったものとは考えられない。賃借目的が何であるのか、また、契約の相手方たる賃借人がどこにだれであるかは本件の賃貸借契約の締結及びそれに伴う105号室の引き渡しを決するための重要な事実であると考えられる。欺罔行為の内容についての確に指摘するところが求められるが、居住目的の偽りのみを指摘する答案、名義の偽りを指摘する答案など、表面的な指摘にとどまらないう、事案の分析力が求められる。

- ▶ ● 欺罔行為
- ▶ ・ 定義・・・交付（財産的処分）の判断の基礎となる重要な事項（最決平成22・7・29【搭乗券事件】及び最決平成26・4・7【暴力団員通帳交付事件】）
- ▶ → 具体的には、本当のことを知れは交付する（財産的処分をする）ことがなかったであろうという関係が認められること、
- ▶ ・ 「重要な事項」 → 詐欺罪が財産犯であることから、財産的損害に関わるような事項をいう。
- ▶ ※ 欺罔行為といえるための十分条件として、「重要な事項」を偽ることが必要とされるのは、実行為としての欺罔行為が詐欺罪の保護法益を侵害する危険性のある行為でなければならぬため。

- ▶ ●本問における交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ったといえる事情
- ▶ 【資料】
- ▶ アパート賃貸借契約書
- ▶ 賃貸人 B と賃借人 A は、本日、以下のとおり賃貸借契約を締結する。
- ▶ 第1条 賃貸人は、東京都X市……和泉荘105号室（以下「本件建物」という。）を賃貸し、賃借人はこれを賃借する。
- ▶ 第2条 賃料は1か月金3万円とし、賃借人は毎月末日までに翌月の賃料を賃貸人の指定する口座に支払う。
- ▶ 第3条 賃借人は、本件建物を居住目的にのみ使用するものとする。
- ▶ 第4条 賃借人は、本件建物の賃借権を譲渡し又は本件建物を転貸してはならない。
- ▶ 第5条 賃借人が本契約に違反した場合、賃貸人は、直ちに本契約を解除することができる。
- ▶ 第6条 賃貸人は、解除等により本契約終了後賃貸人から明け渡しを求められたときは、直ちに本件建物を原状に復し、賃貸人に明け渡すものとする。
- ▶ （中略）
- ▶ →賃貸人のBとしては、「A」が居住目的で現に住むことを期待して本契約を締結しているものと考えられ、そうでない場合にはB側に契約解除をする権利や直ちに明け渡しを行うことの規定がされている

- ▶ Q:本問ではAは賃料を支払う意思も能力もなかったので、財産的損害が存在しないのでは？
- ▶ ●財産的損害について
- ▶ →詐欺罪の実行行為である「欺罔行為」は財産的損害を惹起する現実的危険性のある行為でなければならぬ
- ▶ →したがって、財産的損害の問題は「財産的損害の危険性」という形で欺罔行為の要件の中で検討されることになる。財産的損害の危険性がなければ、欺罔行為性に欠けることになるので、詐欺罪はもちろん詐欺未遂罪も成立しないことになる・・・**財産的損害の問題は、原則として財産的損害の危険性の有無の形で欺罔行為要件の中で検討すればよいことになる。**
- ▶ (応用刑法Ⅱ 各論 大塚裕史 232頁)
- ▶ ・財産的損害の種類
- ▶ **判例は財産的損害について①経済的な意味での財産的損害が具体的に把握でき  
るような事項（直接的損害型）に限らず、②財産的損害が生じる抽象的な可能性がある事項（間接的損害類型）にまで拡大して認定している。**

- ▶ 最決平成26・3・28暴力団員ゴルフ場利用長野事件
- ▶ 本件は暴力団員であるビジター利用客が暴力団員であることを申告せずにゴルフ場の施設利用を申し込んだ事案
- ▶ → 甲がゴルフ場を利用した代金は乙が支払っている→ゴルフ場側に財産的損害がないように見える→「交付の判断の基礎となる重要な事項」の内、「重要事項」を偽ったといえるのが問題となる。
- ▶ 間接的損害類型において、偽った内容が重要事項といえるためには、
  - ▶ ① **間接的な財産的損害の可能性があり**
  - ▶ ② **損害防止のために確認措置をとっていることが必要**
- ▶ （応用刑法Ⅱ各論238頁～）
- ▶ 本問の場合、
  - ▶ ・ 居住すると考えられていたAが居住しないことで部屋の管理が実質的に誰にもされない状態になる→部屋の毀損が進む可能性がある（財産的価値の減少）
  - ▶ ・ 犯罪利用目的の者が借りることで将来的に当該アパートの信用が毀損される可能性がある。ホームレスを實際に住まわせる危険性→アパートのブランド価値が下がる可能性なども考えられる
- ▶ → 間接的な財産的損害の可能性があると認定し得る。
- ▶ また、賃貸借契約書上も、本人の居住目的等の確認措置が取られている
- ▶ → 間接損害型の詐欺として財産上の損害有と認定し得る。



- ▶ ● A名義で賃貸借契約書を作成し、Bに交付した行為につき、私文書偽造・同行使用罪が成立し、前記詐欺罪とは牽連犯となるので注意されたい。
- ▶ →この点、よくできている答案が多かったが、「偽造」の定義及び簡単な当てはめは行って認定をするように。

- ▶ (3) 甲がCに持ちかけてX市福祉事務所の職員Dから、生活保護開始決定をさせ、Dから、第1回目の生活保護費15万円の交付を受けさせた行為(15点)
- ▶ Cが1回目の生活保護費15万円の交付を受けた行為につき、詐欺罪の成否が問題となる。本問のCは、日雇いの土木関係の仕事により月額2万円程度の収入を得ているにもかかわらず、仕事がなく収入が全くなくと偽り、また、和泉荘105号室に居住しておらず、その家賃の支払を要する事実もないにもかかわらずこれらがあるかのように偽っているに当たって重要な被保護者の支給開始・不開始、保護費の額等を決定するに当たって重要な被保護者の職業、収入、居住地等の事実を偽ったことができ、15万円の詐欺罪が成立すると解される。ここでも欺罔行為の内容について余すところなく指摘することが求められる。
- ▶ 以上を論じた上で、甲については、Cにかかる犯行を決意させた教唆犯か、共謀共同正犯かが問題となるが、本事実の事情からすれば、共謀共同正犯を認め得ると考えられる。

- ▶ ●CがDを欺罔して15万円の生活保護費を受け取った行為（実行行為）
- ▶ ・国や地方公共団体も財産権の主体となり得る以上、その財産を詐取すれば詐欺罪が成立するといわれている（最決昭和51・4・1（百選47））
- ▶ ●Cの欺罔行為は「交付の判断の基礎となる重要な事項」を偽っているか？
- ▶ [参照条文]
- ▶ 生活保護法
- ▶ 第19条 都道府県知事、市長及び社会福祉法に規定する福祉に関する事務所（以下「福祉事務所」という。）を管理する町村長は、次に掲げる者に対して、この法律の定めるところにより、保護を決定し、かつ、実施しなければならぬい。
- ▶ 一 その管理に属する福祉事務所の所管区域内に居住地を有する要保護者
- ▶ 二 居住地がないか、又は明らかでない要保護者であって、その管理に属する福祉事務所の所管区域内に現在地を有するもの
- ▶ 第59条 被保護者は、保護を受ける権利を譲り渡すことができない。
- ▶ 第61条 被保護者は、収入、支出その他生計の状況について変動があったとき、又は居住地若しくは世帯の構成に変動があったときは、すみやかに、保護の実施機関又は福祉事務所長にその旨を届け出なければならない。

- ▶ ●日雇いの土木関係の仕事により月額2万円程度の収入を得ている
- ▶ →仕事がなく収入が全くなくと偽る
- ▶ ●また、和泉荘105号室(X市)に居住しておらず(現在地もY市である)その家賃の支払を要する事実もない
- ▶ →居住の実態と家賃の支払いがあるかのように偽る
- ▶ ●生活保護の支給開始・不開始、保護費の額等を決定するに当たって重要な事実である被保護者の職業、収入、居住地等の事実を偽ったということができ、「交付の判断の基礎となる重要な事項」を偽ったと評価できる。
- ▶ この点について、要素の一つだけ挙げて簡単に認定している方が多かったのですが、考えられる要素は丁寧に挙げて検討してもらえらなとおよいかないかと思えます。

- ▶ ● 甲の関与の度合いについて
- ▶ → まずは共謀共同正犯の検討→認定できな場合は教唆犯の検討
- ▶ 共謀共同正犯
- ▶ ① 共謀
- ▶ ② 重大な寄与
- ▶ ③ 共謀に基づく実行行為
  
- ▶ ● 共謀
- ▶ ① 意思連絡
- ▶ ② 正犯意思・・・動機、共謀者と実行行為者との関係、共謀者自身の関与の態様、共謀者が犯行に果たした役割、犯行後の行為状況などから認定

- ▶ ● 本問の甲
- ▶ ・ 犯行計画思いつく
- ▶ ・ 虚偽の居住実態の裏付けとなる部屋を賃借
- ▶ ・ Cをスカウトして福祉事務所に対し虚偽の事実を申告するよう指南
- ▶ ・ Cに指南通りに詐欺行為を実行させる
- ▶ ・ 交付された生活保護費の半分以上を報酬として受け取っている。
- ▶ 以上の事実からすれば、本問におけるCの詐欺行為を主導したのはほかならぬ甲であり、甲がいなければ本問の詐欺行為が行われなかったといえるのであるから、甲は実行行為者のCと同程度の重要な役割を果たしていたといえ、甲には正犯意思が認められる。







## 添削・コメント

第1のところで、窃盗を検討しているのは、それはそれでいいのですが、窃盗罪を検討するのであれば、そもそも免許証を含む、セカンドバッグについて荷物を預けているという事情があるにもかかわらず、なおAに占有があるといえることが前提となります。もしくは、カバンの在中品については占有が認められるという立場に立った場合ですが、記述でもらったような、バッグ内容物については事実上の支配がある→Aがバッグの占有者であるというのは整合性が取れていないのではないかと思います。それ以外の窃盗が成立しないこと、毀棄罪についての記述はよくできていると思います。

第2の部分では「財産的処分の判断の基礎となる重要な事項を偽ったかどうか」という規範を立てた上で、具体的な検討ができており、非常に良かったです。この部分に関してはいうことがないくらいですね。私文書偽造、同行使用については忘れやすいので、気を付けて頂ければと思います。

第3について、実行行為を行ったCの検討から始めて、Cの行為に詐欺罪が成立すること指摘し、実行行為を行っていない甲に共謀共同正犯が成立するか（教唆犯に留まるか）の順番で検討できているとすっきりして読みやすいです。記述してもらった通り、共犯論から始めると書く順番がうまくまとまらない印象を受けます。

総じて、しっかりと検討できている、共犯論の部分だけ書き方を意識してもらえれば、それ以外はほほほいうことありません。細かい書き方の部分を意識して直すだけで十分に合格レベルの答案になると思います。

いろいろと書きまじりましたが、刑法も含めて、法律の勉強は一日にして成らず、です。できたことは自信にして、できなかつたことは復習して、次に同じような問題が出たときにできるようにするということを繰り返せば自然と試験の合格レベルに届きます。これからも頑張ってください！

## 最優秀答案

回答者 Y・Kさん

第1.1 甲がAより預かったセカンドバッグから、A名義の運転免許証を取り出した行為について、窃盗罪(刑法(以下、略。)235条)が成立するかどうか検討する。

(1) 上記運転免許証は、Aの名義であるから、その所有に属し、所有権の目的となるほか、財産的価値を認められるから、「他人の財物」(同条)に当たる。

(2) 「窃取した」(同条)とは、同条の罪が窃取罪であることにかんがみ、財物の占有者の意思に反して、その占有を自己又は第三者の下へ移すことをいう。

ア. Aは、上記バッグを甲に預けているものの、その内容物を含め返却されることを期待しているから占有の意思があり、上記バッグの内容物については、他人による処分等を想定しておらず、事実上の支配が及ぶといえるから、Aが上記バッグの占有者である。

イ. 甲は、上記より合理的に推認されるAの意思に反して、その占有に係る上記運転免許証を「トールン」内のごみ箱に入れ、自己の占有の下へ移している。

以上より、「窃取した」(同条)の要件は充足される。

(3) 235条の成立には、その「罪を犯す意思」(38条1項本文)のほか、使用窃盗及び毀棄罪との区別から、権利者を排除し、その経済的用法に従い処分する旨の不法領得の意思の存することを要する。

ア. 甲は、Aの運転免許証の占有を自己の下に移すことを認識・認容しており、235条の「罪を犯す意思」(38条1項本文)の存することが認められる。

イ. 甲は、Aを排除する意思を有していたが、上記行為は、Aの嫌がらせのためのもので、運転免許証の経済的用法に従い処分する旨の意思は存しない。

よって、上記行為に窃盗罪(235条)は成立しない。

2. しかし、上記行為には、器物損害罪(261条)が成立する。

なぜなら、上記運転免許証は、Aの所有に係る「他人の財物」(同条)であり、これを

「トレーン」内のごみ箱に入れ、Aはこれを携帯し得なくなっており、その効用が害されているから、これを「損壊し」(同条)といえる。甲は上記の事実を認識及び認容

し、「罪を犯す意思」(38条1項本文)も存するからである。また、他人甲に違法性、

責任を阻却すべき事由はない。

第2 甲がBから「ハウス和泉」105号室(以下本件物件という。)を借りた行為につ

き、詐欺利得罪(246条2項)が成立するかどうか検討する。

1.(1) 本件における甲の本件物件に対する貸借権は、「財産上不法の利益」(同項)に当たる。

(2) 「前項の方法により」(同項)、すなわち「人を欺いて」(同条1項)とは、詐欺罪が個別財産に対する交付罪であることから、財産的処分のため人を錯誤に陥らせる行為をいい、財産的処分の基礎となる重要な事項を偽ることを要する。

甲は、賃借人としての名義をAと偽るほか、他人の生活保護費を得るという意図を秘していたところ、これらを偽ることにより、Bは、賃借人としての使用を損ない、入居者が減少するなどの財産的損害を負う蓋然性が高く、上記のような虚偽の申込みを防止する合理的理由があり、賃貸借契約書にその旨明示し(賃料1条ないし6条参照)、上記の虚偽が明らかとなれば、Bはその関係を終了させようとしていた(賃料5条参照)から、甲は、Bの財産的処分の基礎となる重要な事項を偽り、もって、財産的処分のため人を錯誤に陥らせる行為をしたと認められる。

以上より、上記要件は充足される。

(3) 甲は、本件物件の引き渡しを受けているから、上記利益を「得」(同条2項)たものと認められる。

(4) (2)及び(3)の間に刑法上の因果関係が存する。

(5) 甲は、Aを欺き、本件物件を借りることを認識・認容していたから、246条2項の「罪を犯す意思(38条1項本文)が存するし、不法領得の意思も存する。

2. 他に、甲に違法性及び責任を阻却すべき事由は存しない。

よって、前記行為に詐欺利得罪(296条2項)が成立する。

第3 甲及びCが、事情を偽り、X市から15万円を得た行為について、甲にCとの間で詐欺罪の共同正犯(60条、246条1項)が成立するかどうか検討する。なお、246条の解釈については、第2のものを引用する。

1(1) 甲及びCは、後述のとおり、X市に対して事情を偽り、同市から15万円を受領する旨を明示の意思の連絡に基づいて合意しており、甲及びCは、同全員を切半することとしており、相互に利欲を目的としており、いずれも積極的に本件に関与しているから、自己の犯罪として実現させる旨の正犯意思の存在も認められる。そうすると、甲及びCは、「二人以上共同して」(60条)いたものと認められる。

(2) 「犯罪を実行した」(同条)ものと認められるには、上記共謀に参加した者のいずれかにより犯罪が実行され、上記共謀との間に因果関係の存することを要する。犯罪の実行をしていない者であっても、60条の文言のほか、同条は正犯性を有する二人以上が特定の犯罪の結果発生に向け因果性を及ぼしたことに基づくものであるから、直接実行に関与することを必要とせず、犯罪の実行に準ずる重要な役割を果たすこと

を要するものと解する。

ア.(ア) 地方公共団体も、財産権を行使し得るから、同団体との関係で 246 条を適用すべきでない理由はない。C は、自己が「要保護者」(生活保護法 19 条 2 号)であることを偽っているところ、これにより X 市は、15 万円という財産的損害を生じさせることとなるからそのような虚偽を防止する理由があり、これが明らかとなれば、C に上記 15 万円を渡さなかったのであるから、C は、X 市職員の D という「人を裁いて」(246 条 1 項)いた。また、上記 15 万円は、「財物」(同項)に当たり、C は、D にこれを「交付させた」(同項)ものである。更に、甲及び C は、同項の「罪を犯す意思」(38 条 1 項本文)を有していて、不法領得の意思も存している。

(イ) 上記 C の行為は、甲との前記共謀に基づくものである。

イ. 甲は、C に対して前記行為をもちかけ、これに必要な本件物件を調達しているところ、いずれも前記行為に不可欠な行動であって、これに積極的に関与しているから、犯罪の実行に準ずる重要役割を果たした。

そうすると、甲は「犯罪を実行した」(60 条)ものと認められる。

2 他に、甲に、違法性及び責任を阻却すべき事由はない。

よって、甲に、C との間で、詐欺罪の共同正犯(60 条、246 条 1 項)が成立する。

第4 第1ないし第3の罪数についてみるのに、いずれも「確定裁判を経ていない二  
個以上の罪」(45条前段)であるから、「併合罪」(同条前段)となる。

以上