

[令和7年予備試験論文式 刑法]

1 設問1

2 1. 甲が本件山林を乙に売却し、乙への所有権移転登記を完了したことについて、A に対する横領
3 罪（刑法 252 条）が成立するか。

4 （1）民法上、特定物売買では、意思主義の原則（民法 176 条）により契約成立時に所有権が買主
5 に移転すると解されているが、刑法上は、第一譲受人には横領罪による保護に値する所有権の
6 実質が必要であると考えらるべきである。そこで、二重譲渡の目的物が第一譲受人の所有物とし
7 て「他人の物」に当たるためには、第一譲受人が代金の全部又は大部分の支払いを済ませてい
8 ることが必要であると解する。

9 甲は、本件山林を A に売却しており、かつ、本件山林を乙に売却する前に A から代金 200 万
10 円の支払を受けていた。したがって、甲が本件山林を乙に売却した時点で、本件山林は甲にと
11 って「他人の物」に当たる。

12 （2）横領罪の「占有」とは、濫用のおそれのある支配力を意味し、事後的支配のみならず、法律
13 的支配も含まれると解される。

14 甲は、本件山林について登記名義を有することで法律的支配を及ぼしているから、本件山林
15 は甲にとって「自己の占有する…物」に当たる。

16 （3）横領罪の「占有」は、所有者その他の権限者との委託信任関係に基づくことを要する。

17 甲は、A との売買契約（民法 555 条）に基づき A に対して所有権移転登記を取得させる義務
18 を負う（同法 560 条）から、甲の「占有」は A との委託信任関係に基づくといえる。

19 （4）「横領」とは、不法領得の意思の外部的発現であり、この不法領得の意思とは、委託の任務に
20 背いて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。

21 甲は、A に対して所有権移転登記を取得させる義務を負うにもかかわらず、本件山林を乙に
22 も売却し、乙への所有権移転登記を完了することで、乙に確定的に所有権を取得させる一方で

Aによる所有権取得を確定的に障害している。このため、甲が乙への所有権移転登記を完了した時点で、本件山林について、委託の任務に背いて権限がないのにAでなければならないような処分をする意思を外部に発現したとして、「横領」が認められる。

(5) したがって、甲には、Aに対する横領罪が成立する。

2. 甲が本件山林を乙に売却し、乙から代金300万円を受け取ったことについて、乙に対する詐欺罪(246条1項)が成立しないか。

(1) 「欺」罔行為とは、人の錯誤を惹起する行為をいう。そして、詐欺罪における錯誤は、交付の判断の基礎となる重要な事項に関するものに限られる。このような事項に関する錯誤でなければ、財産の喪失による詐欺罪の法益侵害性を基礎付けることができないからである。

甲は、本件山林をAに売却していたにもかかわらず、乙に対し、「Aに売ったなんて…うそだ。今なら300万円であの山林をあなたに売ろう。代金受領後、直ちに登記を移す。」と言っているところ、乙は、自己への所有権移転登記を完了すれば本件山林の所有権を確定的に取得できるので、財産的損害は生じないことになる。そうすると、甲が所有権移転登記を乙に移す意思を有していた以上、甲が本件山林をAに売却済みであるか否かは、乙において代金交付の判断の基礎となる重要な事項に当たらないのが原則である。

しかし、乙は、Aはやっかいな人物であると聞いており、もし本件山林がAに売却済みであればAと重大なトラブルになりかねないから、取引には応じないと考え、その旨を甲にも伝えている。このため、甲が本件山林をAに売却済みであるか否かは、乙において、Aとの重大なトラブルを避けるために所有権移転登記の取得を断念させるに足りるものであるといえるから、代金交付の判断の基礎となる重要な事項に当たる。

したがって、甲の上記発言は「欺」罔行為に当たる。

(2) 乙は、Aの「欺」罔行為により、甲が本件山林をAに売却していないと信じて錯誤に陥り、

甲から本件山林を購入して代金 300 万円を支払ったのだから、甲は「人を欺いて財物を交付させた」といえる。

(3) したがって、甲には、乙に対する詐欺罪が成立する。

3. 前記 1 の横領罪と前記 2 の詐欺罪とは、観念的競合 (54 条 1 項前段) となる。

設問 2

1. 乙の罪責

(1) 乙は、B にダンプカーの前部を衝突させて轢過させるという殺人罪 (199 条) の実行行為によって、B を死亡させているから、「人を殺した者」に当たる。もっとも、乙は、この時刻に本件工事現場に来るのは A 以外にはいないと考え、B を A だと認識していたため、客体の錯誤に陥っている。そこで、B に対する殺人罪の故意が認められるかが問題となる。

認識事実と実現事実が同一構成要件内で符合している限り、同じ構成要件的評価を受ける事実の認識を通じて反対動機を形成可能な行為規範の問題が与えられていたといえるから、具体的事実の錯誤は故意を阻却しないと解する。

乙は、B というその人を殺害する意思で、B というその人を殺害しているのだから、構成要件的符合について具体的符合まで要求するか否かにかかわらず、認識事実と実現事実とが殺人罪という同一構成要件内で符合しているといえ、B に対する殺人罪の故意が認められる。

したがって、乙には、B に対する殺人罪が競立する。

(2) 乙は、C にダンプカーの前部を衝突させて轢過させることによって、C を死亡させているから、「人を殺した者」に当たる。もっとも、乙は、C の存在には気が付いていないから、方法の錯誤に陥っている。そこで、C に対する殺人罪の故意が認められるかが問題となる。

構成要件が抽象的・類型的に規定されたものであるため、認識事実と実現事実が同一構成要件内で抽象的に符合していれば、行為規範の問題が与えられることで反対動機の形成が可能と

なるから、具体的事実の錯誤は方法の錯誤の場合も含めて故意を阻却しないと解する。

また、客体の錯誤と方法の錯誤が複合した事案において複数の既遂結果が生じた場合であっても、上記の通り構成要件のレベルで故意を抽象化して考える以上、生じた結果の数だけ故意犯の成立が認められると解すべきである。

したがって、乙には、C に対する殺人罪の故意も認められ、C に対する殺人罪も成立する。

(3) 乙は 2 つの殺人罪について丙と共同正犯 (60 条) となり、これらは観念的競合となる。

2. 丙の罪責

(1) 自手実行がなくても、共謀や役割分担により共同正犯の処罰根拠たる法益侵害の共同惹起が認められ得るから、共謀共同正犯も認められると解する。その成立には、①共謀と②共謀に基づく実行行為に加えて、自手実行がないことを補うためのものとして③正犯性が必要である。

丙は、A を本件山林に呼び出した上で乙が A をダンプカーでひき殺すことを計画し、それを乙に伝え、乙はこれに応じたのだから、丙と乙の間に、A 殺害の共謀が成立した (①)。そして、乙は、上記共謀に基づき、B 及び C にダンプカーの前部を衝突させてひき殺した (②)。さらに、丙は、本件山林一体の宅地造成工事及びその後の住宅の建築・販売計画を実現するために、自ら A の殺害を計画して乙に提案しているのだから、正犯性もある (③)。したがって、丙は共謀共同正犯となる。

(2) 共同正犯の処罰根拠は構成要件的结果に対する因果性にあるから、自己の関与行為の因果性が除去されれば、共謀関係からの離脱が認められると解する。

丙は、乙に対し、「やめろ。そいつは A じゃない。」と叫び、乙の犯行を阻止しようとしているが、丙の声は乙には聞こえてすらいらないから、因果性の除去による離脱は認められない。

(3) 丙は、B 及び C の殺害について方法の錯誤に陥っているが、前記 1 (3) の通りに解する以上、故意は阻却されず、両名に対する殺人罪の共同正犯が成立し、これらは観念的競合となる。