

【刑法】

- 1 本問は、日常生活の中で起こりうる具体的事案において、どのような財産犯が成立するのかを検討することにより、財産犯に関する基本的理解ができているかを確かめるために出題しました。具体的には、窃盗罪（刑法235条）、横領罪（252条）及び占有離脱物横領罪（254条）の異同と、詐欺罪（246条1項）の成否、それに加えて不可罰的事後行為のとらえ方が問題になります。
- 2 本問では、XはYの腕時計を不法に取得しています。そこで、XにYとの関係で何らかの財産犯が成立することは明らかです。

具体的な経過を見ると、当該腕時計はYがX方に置き忘れていたのであり、Xは、Yの腕時計の占有を自己に移転させているわけではありません。そのため、Xに窃盗罪や詐欺罪などの占有移転型の犯罪（奪取罪）が成立することはなさそうです。この点について、X方に置き忘れられた腕時計の占有は、いまだYに帰属していると評価し、奪取罪が成立すると解する余地があるのではないと思われる方もいるでしょう。しかし、本問では奪取罪の構成は否定すべきだと考えられます。すなわち、Xとすれば、置き忘れられたYの腕時計を見つけた時点で、その腕時計を売却して現金化するなどして領得することが可能な状態になっています。まさに横領罪が予定しているような、Xの『濫用のおそれのある支配力』が及んでいると認められることになります。他方において、奪取罪における被害者側の占有は、保護の対象となる占有であって、現実的な支配を意味します。ですから、Yが民法上は当該腕時計を間接占有していると認められるとしても、そのような占有を、直接占有しているXとの関係で、奪取罪の保護法益としての占有と評価するのは相当でないといえます。

そこで占有非移転型の犯罪、すなわち広義の横領罪が成立するわけですが、次に問題となるのは、XとYとの関係で委託信任関係が認められるか否かです。XとYの間に委託信任関係があれば（委託物）横領罪が成立し、委託信任関係がなければ占有離脱物横領罪が成立するにとどまります。本問では、XとYの間に、Yの腕時計の占有について委託契約が締結されていないことは明らかです。しかし、当該腕時計はXの自宅内に置き忘れられており、XはYに対して少なくとも探すことは引き受け、現に探し出しているのですから、XとYには事務管理により委託信任関係が発生したものといえそうです。あるいは、XとYが友人関係にあったことからすると、「X宅に忘れ物をしたら預かり保管してもらおう。」という暗黙の了解ができていたと認めることも可能なのではな

いかと思います。そこで、XがYの腕時計を領得した行為については、占有離脱物横領罪ではなく（委託物）横領罪（刑法252条1項）が成立するものと考えられます。

では、いつの時点で（委託物）横領罪は既遂に達したと評価されるのでしょうか。

横領罪は不法領得の意思の発現と認められる外部的行為が行われたときに実行の着手が認められ、同時に既遂に達します。その外部的行為の完成を必要としません（最高裁昭和27年10月17日判決等）。本問では、Yに無断で売却して現金化しようと考え始めた時点で、不法領得の意思は生じていますが、その発現と認められる外部的行為がありません。他方において、23日の段階で、Xが、Zに本件腕時計の売却を持ちかけたことをもって、不法領得の意思の発現と認められる外部的行為があったと認定できることは明らかです。しかし、本問の場合、上述のような売却行為に先立つ19日の段階で、Xは、Yの腕時計を発見したにもかかわらず、Yに対して腕時計はなかったと嘘を言っています。そこで、この時点で不法領得の意思が外部に発現したと認められ、横領罪は既遂に達したと考えるのが相当でしょう。そして、このように構成した場合、XがZにこの腕時計を売却した行為は、Yとの関係では「横領物の横領」となるので不可罰的事後行為ということになります。しかし、Yに嘘を言ったことではなく、Zに対する売却行為の方をとらえて横領罪の既遂時期であると構成することもできます。

3 XがYに対して嘘を言った行為につき、横領罪が既遂になることとは別に、Yに対する詐欺罪の実行行為ととらえることはできないのかという疑問が生じます。まず、Xの欺く行為によって腕時計の占有がYからXに移転したというわけではありませんから、1項詐欺は成立しません。次に、2項詐欺については、Yは、Xに対して腕時計の返還請求権があるにもかかわらず、それがないと誤信させられ、その結果Xが返還を免れるという「財産上不法の利益」があったように見えます。しかし、この場合Xの欺く行為は、腕時計の返還を事実上免れるための行為ではあっても、Yによる返還請求権の放棄という財産的処分行為をなさせた行為とは言い難いようです。この点、Yが、Xに対する腕時計の返還請求権があることを認識しながら、Xの欺く行為によりその返還請求権を放棄したというように、財産的処分行為が認められる場合とは異なります。したがって、無意識的処分行為論という構成を採らない限り、2項詐欺も成立することは難しいでしょう。

4 続いて、Xが自分の腕時計であると偽ってZに売却した行為について、Zに対する詐欺罪の成立を検討する必要があります。ここでは、詐欺罪の構成要件充足性を丁寧に論じることになりますが、Zは当該腕時計を即時取得（民法192条）すると認められますので、それでもなお「財産上の損害」が生じたのかについて述べる必要があります。

なお、Yを被害者とするものではなく、Zを被害者とする詐欺罪ですから、Yを被害者として成立する（委託物）横領罪との関係で不可罰的事後行為になるかという問題は生じません。

5 最後に、Yに対する横領罪とZに対する詐欺罪との罪数関係を論じる必要があります。

以上