

【刑法】

刑法各論の問題では、各条文が規定している構成要件要素の意義を正確に理解した上で、問題文における事例がそれら構成要件要素に該当するかを判断することが必要になるのですが、本問は、財産犯における構成要件充足性を的確に示すことができるかを試すことを目的としています。

以下、各小問ごとに検討していきましょう。

[小問1] について

1 まず、Xが現金10万円を自己の遊興費に費消した行為について、Yとの関係で横領罪(刑法252条1項)が成立しないかが問題となります。横領罪の構成要件要素は、「自己の占有する他人の物を横領」することなので、その充足性を順次みていきます。

Xは、A銀行B支店の現金自動預払機から現金10万円を引き出したのですが、第1に、この現金は、Yの銀行口座から引き出したものなので、Xにとっては他人であるYが所有する財物です。第2に、横領罪の成立要件であるところの「自己の占有する」とは、濫用の危険のある支配力が及んでいることを意味するところ、Xは当該現金10万円を現に所持しており、事実上、他人の目をはばかることなく自由に使うことができる状態にあったのですから、濫用の危険のある支配力が及んでいたと認められます。第3に、Yの依頼に基づいて引き出しているのですから、Yとの間に委託信任関係が認められます(占有離脱物横領罪との区別)。第4に、Xは、当該現金を自己の遊興費として費消しており、この行為は領得意思の発現であると認められますから、遅くとも費消した段階で横領したと評価できます。第5に、横領罪における不法領得の意思は、「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」を意味するのですが(最判昭24.3.8)、自己の遊興費として費消する意思がこれに該当することは明らかです。以上により、Xの行為は、横領罪の構成要件要素をすべて充足し、Yとの関係で現金10万円の横領罪が成立することになります。

2 次に、Xがキャッシュカードを公園のゴミ箱に投棄した行為についても、横領罪の成立が問題となります。

キャッシュカードは、現金自動預払機から現金を引き出すことができるという機能を有しているので、財物性が肯定されますから、Yから預かったキャッシュカードが、Xにとって「自己の占有する他人の物」に該当すると認められます。そうしたところ、投棄するという行為が領得意思の発現と認められるのか、すなわち不法領得の意思が肯定されるのかということには、遊興費として費消した現金10万円とは違った考慮が必要となります。この点に関しては、横領罪における不法領得の意思が上記のような内容であり、窃盗罪等における不法領得の意思とは異なって、「その経済的用法に従い」という限定がなされて

いないことの理解が求められます。つまり、「その経済的用法に従い」という限定がなされていないのは、横領罪が、窃盗罪と背任罪との中間に位置し、その意味で、横領罪は領得性と背任性との両面をもっており（最高裁昭和33年9月19日判決の調査官解説）、背任性という点も処罰の対象としたからだと解されています。この立場によれば、毀棄・隠匿の意味も、委託者との関係で委託信任関係に背くという背任性が肯定されますから、横領罪における不法領得の意思に含まれてきます。したがって、本問のように預かったキャッシュカードを投棄したという場合も、不法領得の意思が肯定され、横領に該当することになります。

〔小問2〕について。

- 1 〔小問1〕との違いは、Xが、現金10万円を引き出す時点で、既にその現金を不正に取得する意思を有していたというところにあります。このことを刑法的評価に反映させるとするなら、Xが当該現金10万円の占有を取得した行為について犯罪の成立を認めるべきだということになります。そうしたところ、占有移転型の財産犯として成立の可能性があるのは、A銀行B支店C支店長からの窃盗罪（刑法235条）なので、その構成要件要素の充足性を検討してみることにしましょう。

窃盗罪の構成要件は、「他人の財物を窃取」することなのですが、Xが引き出した現金10万円は、Xにとっては他人であるC支店長が占有している財物に該当します。

では、「窃取」したといえるかですが、「窃取」とは、「他人の占有する財物を、その者の意思に反し、その占有者を排除して自己又は第三者の占有に移すこと」です（大判大4.3.18）。

この点、本問のXは、当該キャッシュカードを盗んだというわけではなく、本来の所有者であるYから現金の引き出しを依頼され、教えられた暗証番号を正しく押して現金10万円を引き出そうとしています。このように、Yの意思に基づく引き出しであることからすれば、C支店長が10万円の引き出しに応じたのは当然であり、むしろ引き出しに応じないわけにはいかなかったとも考えられます。そうすると、当該現金10万円がXによって引き出されたことをもって、C支店長の意思に反した占有移転と評価することはできず、したがって窃取には該当しないのではないかということが問題となります。

これに対して、窃取に該当することを認める立場からは、もしもXが当該現金10万円を自己のために費消する目的であることをC支店長が知っていたなら、C支店長はその引き出しに応じなかったはずだといえることから、その意味において、本件10万円の引き出しは、C支店長の意思に反した占有移転に当たるのだと説明することになるでしょう。

ただ、窃盗罪の成立を認める立場は、C支店長の意思についてかなり擬制的な構成をしているところに問題があります。C支店長がXの真意を知るなどということは現実的にみておおよそあり得ないことですし、また、仮にXの真意を知ったとしても引き出しを拒めるのか疑問があるからです。また、そもそもC支店長からの窃盗罪構成は、実質的な被害者がYであることと実体的に乖離してしまうという不都合もあります。このような難点があ

ることは承認せざるを得ないでしょう。

他の法的構成としては、預金額である10万円の限度で、A銀行B支店内の現金自動預払機内の現金の占有をYが有しており、キャッシュカードがXに交付された時点で、その現金の占有もXに移転し、Xはこれを横領したという構成も考えられます。しかし、仮にYが現金自動支払機の現金収納部分を勝手に開けて10万円を取り出したというような場合には、Yに窃盗罪が成立すると考えるのが相当です。つまり、現金自動預払機内の現金の占有はC支店長にあると評価するのが社会常識にかなうでしょうから、上記のような横領罪構成には大きな無理があると思います。

また、〔小問1〕と同様に、引き出した現金10万円をYとの関係で横領したという構成によることも考えられますが、当該10万円につきX・Y間の委託信任関係を肯定するところで工夫が必要になるでしょう。すなわち、当初から自己費消目的で占有を取得した現金であっても、なお、Yに引き渡す現実的な可能性は残されていたのだから、当初の依頼に基づく委託信任関係は肯定される、などといった説明が必要になると思います。

2 キャッシュカードについては、〔小問1〕と同様に横領罪が成立することになるでしょう。

〔小問3〕について

1 Xは、もともと不正使用の目的があったのを隠してYからキャッシュカードの占有を取得していますから、1項詐欺罪（刑法246条1項）の成立が問題になります。1項詐欺罪の成立要件は、欺く行為、錯誤、財産的処分行為、財物の移転が順次因果的連鎖の関係に立ち、その全体が故意に包含されていることです。

では、本問の場合、Xのどのような具体的行為が「欺く行為」に該当することになるのでしょうか。

この点については、Xは積極的にYに対する働きかけを行って欺そうとしているわけではなく、Yの依頼に応じるという受動的な立場にとどまっています。そのため、「引き出した現金10万円を自らの用途に費消する意図であることを告げなかった」という不作為が「欺く行為」として構成される余地もありそうです。しかし、このような不作為構成は、「引き出した現金10万円をXが自らの用途に費消する意図であることを告げるべき作為義務」を前提とすることになるのですが、不正な意図を告知すべき（条理上の）義務を課すというのは、欺くつもりであることを告知しなさいと要求することに他なりませんから、詐欺罪の本質と矛盾することになると考えられます。すなわち、詐欺罪の構成要件の故意には、「相手方を欺いて錯誤に陥らせることの認識・認容」が含まれているのですが、「欺くことを告知すべき作為義務」というのは、詐欺罪の故意と相容れるものではないのです。

そうすると、作為による「欺く行為」として構成するのが相当なので、改めて本問の事実関係をみると、Xが作為としてとっている行動は、「いいよ、お金を引き出してきてあげる。暗証番号教えてよ。」とYに答えていることです。そうしたところ、Xがこ

のように答えたということには、「引き出してきたお金はYに渡しますよ。」という意思が、少なくとも黙示的に含まれていると評価できます。つまり、「引き出してきたお金はYに渡しますよ。」という黙示的な意思があるかのように装って、「いいよ、お金を引き出してきてあげる。暗証番号教えてよ。」と答えたという作為が「欺く行為」に該当することになるわけです。さらに見方を変えれば、「いいよ、お金を引き出してきてあげる。暗証番号教えてよ。」という言い方には、「引き出してきたお金はYに渡しますよ。」という意思が明示的に示されているという評価もできると考えられます。

このように、黙示的にしろ明示的にしろ、いずれにしてもXの作為による「欺く行為」によって、Yは、「Xが引き出したお金は自分に渡してもらえる。」という錯誤に陥り、キャッシュカードを渡すという財産的処分行為がなされ、キャッシュカードという財物がYからXに移転したという因果の連鎖が肯定され、その全体についてXは認識・認容していますから、1項詐欺罪が成立することになります。

- 2 次に、現金10万円については、〔小問2〕と同様の扱いになります。
- 3 最後に、キャッシュカードを捨てたことについては、Yから詐取したという1項詐欺罪で評価されており、新たな法益侵害を生じさせてはいませんから、不可罰的事後行為となります。

以上