

【刑法】

一 刑法252条委託物横領罪

成立する罪として、まず考えられるのは、友人A・B・Cに対する委託物横領です。横領は「①自己の占有する他人の財物を、②横領した」ときに成立します（刑法252条1項）。

1. 客体 = 自己の占有する他人の財物

(1) 「自己の占有する」

ア. 委託関係

(ア) 「記されざる構成要件」としての委託関係

254条の遺失物等横領罪との区別の関係で、「委託による占有」でなければ252条の委託物横領罪は成立しません。記されざる構成要件要素として、犯人と被害者の委託信任関係が求められるということです。

(イ) 発生原因

委託信任関係の発生原因としては、直接的契約、貸借・委任・寄託・雇用などの契約、売り主としての地位（二重売買などの場合）、事務管理、後見など多様なものがありえます。

(ウ) 本事例では、A他三名は、一緒に飲食して、最後に残る者として甲に支払を託して1万2000円を交付したのだから、支払の委任により委託関係が生じています。

イ. 「自己の占有する」

横領罪における「占有は」、**「事実上または法律上、物に対する支配力を有する（外観上有効に処分しうる地位にある）状態」**とされます（通説判例）。銀行預金の処分権限者について、預金に対する占有を問題とする事例問題がしばしば出されます（司法試験でも何回か出されています）が、本問の場合、甲は1万2000円を現に預かっているのだから、当然占有もあります。

(2) 「他人の物」

他人の所有権に属する財物です。民法上、金銭については占有と所有が一致する（占有と共に所有権も移転する）というのが原則ですが、刑法上は、例えば、製茶買受資金として用途を限定して被告人に寄託された金銭について被害者の所有権を認めた最判昭26.5.25のように、用途を限定して寄託された金銭等については、なお被害者に所有権があるとされます。ただしここでは、金銭そのものの特定性に意味はない（きちんと返却できれば、別段、同一の貨幣・紙幣である必要はない）ので、「金額についての所有権」が認められるのみであり、委託された「金額」についてリスクが生じない（容易に補填できる）一時流用の限度では横領は成立しないとされています。

本事例では、カラオケ店への支払金として用途を限定して交付されていたのだから、1万2000円の額面についての所有権は、A他三名にあることとなります。もとより、甲には1万2000円を返却する意思はありませんから、一時流用の問題も生じません。

## 2. 実行行為 = 「横領」する行為

### (1) 定義

通説判例である領得行為説からは、「不法領得の意思を実現する一切の行為」、越権行為説からは、「寄託の趣旨に反して権限を越えて処分する行為」とされます。具体的には、物の売却、贈与、貸与、質権・抵当権の設定などの法律的処分行為の他、消費、着服、搬出など多様な事実行為も含むとされます。

### (2) あてはめ

本問の場合、①「カラオケ店に支払わずに持ち逃げした行為」と、その後、②「勝馬投票券購入に費消した行為」が、実行行為として考えられます。今回は、結局、②で費消行為に至っているので、どちらを実行行為としても、問題なく横領が成立します（なお、横領未遂については処罰規定がありません）。横領行為の範囲を限定的にとらえる立場からは、実際の費消まで待つことも考えられますが、カラオケ店の代金支払という寄託の趣旨に反して権限を越えて（自ら費消するために）持ち帰ったのだから、はっきり「持ち逃げ」と言える行為があり、いわゆる着服行為（自分のものにする行為）として、この段階で領得行為の実行を認めていいでしょう。

## 3. 主観的要素

### (1) 故意

甲は前記客観的事実を全て認識認容して持ち逃げしているので、横領の故意もあります。

### (2) 不法領得の意思

領得行為説に立つ場合は、不法領得の意思も必要とされます。領得行為が実行行為なのだから、その認容、すなわち故意があれば充分だとする立場もありますが、一般的には、毀棄・隠匿と一時使用、補填意思の存在、第三者に取得させる意思の場合、などについて、不法領得の意思という概念道具を使って議論されることが多いようです。

本事例では、甲は、寄託された1万2000円を自己費消目的で持ち逃げし、現に、その後競馬に費消しているのだから、所有者としてふるまう意思（排除意思）も、経済的用途に従って利用する意思（利用意思）も当然に認められるでしょう。

以上により、甲にはA、B、Cに対する委託物横領が成立します。

## 二 二項詐欺（刑法246条2項）の成否

もう一つ成立しそうな甲の罪としては、Dに対する詐欺罪が考えられます。本問の場合、飲み物等を交付させた時点では、甲にも支払い意思があったので、欺罔行為がありませんが、代金支払の時点では、明白に欺罔して支払を免れる意思があり、支払免脱という利益を得ているので、二項詐欺（不法利得）罪の問題となります。

二項詐欺は、「人を欺いて（前項の方法により）、財産上不法の利益を得た」場合に成立します（刑法246条2項）。客観的構成要件要素として、まず、「実行行為」として欺罔行為、「結果」として、相手方の錯誤、相手方による財産上の利益の処分行為、利益の移転、および

これらの間の「因果関係」が必要です。

本事例の場合、Dには支払を免れさせる意思はなく、トイレに行くことを許しただけなので、財産上の利益を処分する行為がないのではないかという問題が生じます。この点が本問の最大の評価ポイントであることは勿論ですが、この点についての解説は後に示すことにして、ここでは、答案構成自体に関わる注意点に触れておきます

それは、本事例での「処分行為の有無」は、単に「結果」の有無の問題ではなく、「腹痛である」と欺く行為が、「財産的利益の処分に向けられた欺罔行為」と言えるかという「実行行為」性の問題だという点です。欺罔行為はあるが結果が生じていないだけならば、当然、未遂となります。これに対し、本問で処分行為がないと結論した場合、「初めから処分行為へ向けられた欺罔（実行行為）がなかった」と分析しているのだから、未遂にもあたらず、利益窃盗行為は不処罰です（処罰規定自体がない）から、犯罪不成立となります。この点、通常的答案構成のとおり、「実行行為」から入って、「結果」、「因果関係」と進む場合、処分行為の存在を認める立場をとるのなら、結果の中でそれを論じても問題は生じませんが、否定するつもりなら、はじめから「実行行為」の中で処分行為に言及するか（この解説はこの手順をとります）、あるいは、とりあえず「腹痛であると欺く行為」を「実行行為」として通過しておいて、「結果」の中で処分行為の存在を否定した後で、遡って、「実は実行行為自体がなかったということになる」と論じるか、あるいは通常の論述順を変えて、最大の論点である「処分行為の有無」から入るか、答案構成に工夫が必用となるでしょう。

## 1. 客体

カラオケ店の飲食代金1万6000円の支払の免脱は、「財産上の不法の利益（246条2項）」にあたるから、二項詐欺の問題となります。

## 2. 実行行為 = 欺罔行為

### （1）詐欺罪の実行行為

甲は、腹痛であると欺いて、トイレに行くこと許容させようとしているので、「人を欺く行為＝欺罔行為」が当然に認められそうですが、より正確には、詐欺罪の欺罔行為とは「人に向けられた、財物・財産上の利益の処分につながる形で人を欺きうる行為」です。他人の家に発煙筒を投げ込み、「火事だ！」と欺き、家人が屋外に避難した隙を狙って空き巣狙いをやっても、窃盗どまりであって、詐欺とは言えないでしょう。この点につき、例えば、広島高判昭30.9.6は、洋服の試着中にトイレに行くことと欺いてそのまま逃走した行為につき、一項詐欺の成立を否定し、窃盗として処理しています。そもそも欺罔が処分行為に向けられていないので詐欺の実行行為とは言えず、窃取するために相手の隙を作ったにすぎないと判断したわけです。

### （2）トイレに行くことを許す行為は、Dの財産上の利益の処分行為と言えるか

本問では、Dに1万6000円の債権を放棄する処分行為自体がないことは明白です。それを前提に、甲の欺罔行為を信じて「トイレに行くことを許容する行為」を処分行為と言えるかが、問題です。事実上の利益処分につながる行為を、それと意識せずに行う「無意識的処分行為」を認めるかどうかで、結論が分かれます。

最判昭30. 7. 7は、所持金も支払い意思もなく、料亭で宿泊一回、飲食三回をなし、知人を見送ると欺いてフロント前を通過してそのまま逃走した事案について、「債務の支払を免れたことが財産上不法の利益であるためには、債務者を欺罔して債務免除の意思表示をなさしめることを要する」として、飲食した後単に逃走して事実上支払をしなかっただけでは、不法利得罪は成立しないとしています（事案としては、最初から支払の意思がなかったことから、逃走以前の段階、すなわち宿泊を申し込む時点で挙動による欺罔行為があり、サービスや飲食物の交付を受けた時点で詐欺は既遂に達するとしています）。この立場からは、本問では、Dは、トイレに行くことを許したのみで、債務免除の意思表示をしたわけではないのだから、処分行為があったとは言えず、二項詐欺は不成立、また、最判の事例のように注文時から欺罔する意思があったわけでもないので、結局、犯罪に問えないこととなります。

これに対し、例えば、福井地判昭56. 8. 31は、高速道路料金を不正に免れた事案について、「精算すべき未払い運賃があるのにそれを秘して下車駅の改札口を通過する行為は、未払い運賃を事実上放棄する処分行為を惹き起こしている」として、二項詐欺を認めています。改札口を通過させてしまえば、未払い運賃があったとしても事実上は回収不能となるのだから、欺かれて改札口の通過を許す行為は、債務免除の意思がなかったとしても、財産上の利益に対する「無意識的処分行為」として捉えることができるというわけです。この立場からは、甲にトイレに行くことを許せば、甲は逃走し、Dは甲と面識もないことを考えると、事実上債権の回収は不可能となるのだから、Dは無意識的処分行為を行ったと見る余地がありそうです。

但し、上記福井地判と本事例とは、かなり重要な点で相違していることにも注意が必要です。福井地判のような場合（キセル乗車の事例）は、「改札口の通過を許すことが、債権の回収を事実上困難にするものである」こと自体は、改札員もわかっているけれども、債権の存在自体を知らないために「通過を許している（＝事実上の処分行為を行っている）」と言っている事情があるのに対して、本事例では、Dは、そもそも外出自体は許しておらず、「債権の回収を事実上困難にする行為」をするつもりもありません。そうすると、本事例では、甲は、結局、隙について逃げただけであって、無意識的処分行為論に立ったとしても、処分行為の肯定は困難な事例ではないかと思えます。

### 3. その他の構成要件要素

「無意識的処分行為論」によって、「処分行為」の存在を認め、実行行為性を肯定してしまえば、他の要件は特段の問題もなく認められるでしょう。すなわち、Dは、甲の欺罔行為により甲が腹痛であるという「錯誤」に陥ったために、トイレに行くことを許すという「（無意識的）処分行為」を行い、その結果、甲はカラオケボックスの料金支払の免脱という「財産上の不法の利益」を得ているので、「因果関係」も認められます。また、甲は、これらの客観的事実を認識のうえ、敢えて行っていますから、故意もあります。

不法領得の意思については、財物の領得を内容とする領得罪（一項犯罪）の要件であり、利得罪である二項犯罪では要求されないのが一般的です（「不法利得の意思」という形で問題にする余地はあるかもしれませんが）。

## 三 罪数

横領の罪数については、ちょっと戸惑った方もあると思います。複数行為がある場合でも、委託信任関係の数を基準とする立場と横領行為の数を基準とする立場で対立があり、判例も一定していません。

今回は、横領行為は一個ですが、三人との間で委託信任関係があります。横領行為を基準にするならば、同一機会に一括して預かり、同一機会に一括して領得したのだから、包括一罪となるでしょう。他方、委託信任関係に注目すると、異なる三人からそれぞれ4000円ずつ個別に寄託されたのだから、本来的には三罪になるところですが、同一機会に一括して領得したのだから、刑法54条1項により観念的競合として科刑上一罪となるでしょう。また、二項詐欺の成立を肯定した場合には、二項詐欺と横領は併合罪です。

以上