平成21年司法試験
刑事系第１問（刑法）

問題文

〔第１問〕（配点：１００）

以下の事例に基づき，甲及び乙の罪責について，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　甲は，「Ａクレジット」名で高利の貸金業を営むＡに雇われて，同貸金業務に従事していた。甲は，「Ａクレジット」の開業時からの従業員であり，Ａの信頼が厚かったため，同貸金業の営業について，新規貸付けの可否，貸付金額・貸付条件等を判断し，その判断に従って顧客との間で金銭消費貸借契約を締結し，貸付けを実行する事務を行っていたほか，同貸金業の資金管理について，現金出納，取引先に対する支払や「Ａクレジット」名義の銀行預金口座（以下「Ａの口座」という。）の預金の出し入れ，帳簿等経理関係の書類作成・保管等の事務を行っていた。

「Ａクレジット」では，Ａの口座の通帳（以下「Ａの通帳」という。）及びその届出印，同口座のキャッシュカード（以下「Ａのカード」という。）を事務所内の金庫に入れて保管し，同金庫の鍵は，甲が所持していた。甲は，Ａの口座の預金の出し入れをする場合には，自ら金庫の鍵を開けてＡのカード及びＡの通帳を取り出し，これを甲の部下である経理担当の事務員に手渡した上，金額や出金先等を指示して預金の出し入れに関する事務を行わせていた。なお，「Ａクレジット」では，取引先に対する経費の支払は，Ａの口座から取引先の銀行口座に直接振り込むことによって行っていたが，顧客に対する貸付けは，その要望に応じて，銀行口座への振込みによるほか，現金を直接顧客に手渡して行うこともあった。

また，甲は，自ら金銭消費貸借契約書，請求書，領収証等を確認して帳簿の記載を行い，同帳簿を自己の机の引き出しに入れて保管していた。

一方，Ａは，ほぼ毎日事務所に顔を出すものの，甲が作成・保管する帳簿及びＡの通帳に目を通して収入・支出の状況を確認するだけであり，帳簿と金銭消費貸借契約書，請求書，領収証等とを突き合わせることはなかった。

乙は，甲の部下として営業を担当する事務員であり，顧客との契約交渉，貸付金の回収等を行っていたが，経理事務は担当しておらず，Ａのカードの暗証番号を知らなかった。

２　甲は，愛人との遊興のため浪費が続き，次第に金銭に窮するようになっていたところ，Ａが帳簿及び通帳に目を通すだけであったことから，通帳の記載に合う架空の出金事由を帳簿に記載しておけば，Ａのカードを使って金銭を手に入れてもＡに発覚することはないと考えた。

そこで，甲は，当面の遊興費として２００万円を，Ａの口座から，甲自身が代表者となっており，自ら通帳，届出印及びキャッシュカードを保管しているＢ社名義の銀行口座（以下「Ｂ社の口座」という。）に振り込むこととする一方，帳簿に広告宣伝費としてＢ社に２００万円を支払った旨記載することとした。

ただ，経理担当の事務員は「Ａクレジット」の取引先にＢ社がないことを知っていたため，同事務員にＢ社の口座への振込手続を行わせると不審に思われるおそれがあった。そこで，甲は，営業担当の事務員である乙であれば，経費の支払先のことを詳しくは知らないはずなので，自分の不正に気付かれることはないと考え，経理担当の事務員がいない時を見計らって，乙に振込手続を行わせることとした。

３　某日，経理担当の事務員が休暇を取って不在であったため，甲は，前記計画を実行することとし，自ら金庫を開けてＡのカード及びＡの通帳を取り出し，事務所にいた乙に「今日は経理担当者がいないから代わりに銀行に行ってくれ。Ｂ社から支払請求が来ているからＢ社の口座に２００万円を振り込んでくれ。忘れずに記帳してきてくれ。」と指示してＡのカード及びＡの通帳を手渡すとともに，Ａのカードの暗証番号，Ｂ社の口座番号等を伝えた。

４　他方，この指示を受けた乙は，かつて甲の机の中にＢ社名義の通帳があるのを見たことがあった上，他の営業担当の事務員から，Ｂ社は甲がＡに内緒で代表者となっている実体のない会社で，「Ａクレジット」との取引関係が生ずることはあり得ない会社であると聞いたことがあったので，甲がＢ社の口座に振り込むことにより不正に２００万円を手に入れようとしていることに気付いた。

しかし，乙は，甲が上司であったことから，とりあえずその指示に従うこととし，甲から受け取ったＡのカード及びＡの通帳を持って銀行に向かった。ところが，自己の借金の返済資金に窮していた乙は，銀行に行く途中で，経理事務の責任者である甲が２００万円を不正に手に入れようとしているのだから，甲はその範囲内ならば経理関係の書類をごまかせるはずだと考え，この機会に便乗して自分も金銭を手に入れることとした。そして，乙は，すぐにも１２０万円の借金の返済が必要だったことから，Ａの口座から１２０万円を引き下ろして自己の借金の返済に充て，甲から指示された金額との差額の８０万円は，甲の指示どおりＡの口座からＢ社の口座に振り込むこととした。

５　銀行に着いた乙は，Ａのカードを現金自動預払機（以下「ＡＴＭ」という。）に挿入し，まず８０万円をＡの口座からＢ社の口座に口座間で直接振り込む操作を行ってＢ社の口座に入金した後，すぐに同じＡＴＭにＡのカードを再び挿入し，Ａの口座から現金合計１２０万円を引き下ろしてこれを自己のポケットに入れた。そして，乙は，Ａの通帳にＢ社に対する８０万円の振込みと１２０万円の現金出金の取引を記帳した後，直ちに同銀行の窓口に行き，自己の借金の返済のため前記現金１２０万円をサラ金業者の銀行口座に振り込む手続を行った。

その後，乙は，銀行を出て「Ａクレジット」の事務所に戻り，Ａのカード及びＡの通帳を甲に渡した。

６　乙からＡの通帳等を受け取った甲は，Ａの通帳の記帳内容を見て，Ｂ社に８０万円しか振り込まれていない上，１２０万円の現金出金がなされていたことから，乙に問いただしたところ，乙は，甲に「１２０万円は私の方で借金の返済に

使ってしまいました。あなたも同じようなことをやっているじゃないですか。私の分も何とかしてくださいよ。」と言った。

甲は，それまで，乙が甲の不正を知っているとは思っておらず，また，乙がそのような不正をするとは予想もしていなかった。

甲は，乙が指示に従わずに１２０万円を引き下ろしたことに腹が立ったが，このことがＡに発覚すれば，自己の不正も発覚し，暴力団と関係があり粗暴なＡにどんなひどい目に遭わされるか分からないため，そのような事態は何としても避けなければならないと考えた。そこで，甲は，乙に「分かった。お前の下ろした１２０万円は今回は何とかしてやるが，もう二度とこんなことはするな。」と言った。

7　「Ａクレジット」では，前記のとおり取引先に対する経費の支払は，Ａの口座から取引先の口座に直接振り込むことによって行っていたことから，甲は，Ａの口座からＢ社の口座に振り込まれた８０万円については，当初の計画どおり帳簿に架空の広告宣伝費を計上しておけばＡに発覚せずに済むが，１２０万円については，現金出金であるため，架空経費の計上を装ってごまかすことは難しいと考えた。

そこで，「Ａクレジット」では，前記のとおり顧客に対する貸付けは，現金で行うこともあったので，甲は，１２０万円の現金出金日に，甲の友人でＡと面識のない丙に対して返済期日を１０日後とする現金１２０万円の貸付けを行ったことにした上で，その返済期日に集金した現金を強盗に奪われたように装うこととした。

8　その数日後，甲は，乙に「お前が下ろした１２０万円は，出金日の１０日後を返済期日として丙に貸し付けたことにしてある。お前が丙の住んでいるＣマンションで丙から集金して帰る途中，その地下駐車場で強盗に襲われて集金した金を奪われたことにしたい。お前は自動車のトランクに入ってくれ。俺がガムテープでお前の手足を縛り，口を塞いでやる。そうすれば，強盗に襲われたように見える。３０分くらいしたら俺が警察に通報してやるから大丈夫だ。警察にはけん銃を持った強盗に襲われたと言ってくれ。」と持ちかけた。乙は，自己の借金の返済に充てた金銭の後始末であることやＡが粗暴な人間であることを考えると，甲の言うとおりにするのが最も良いと思い，これを承諾した。

なお，甲は，警察に事情を聴かれた場合に備えて，丙に対し，前記事情を一切告げずに，「『Ａクレジット』から１２０万円を借りて１０日後に返済したことにしてくれ。迷惑はかけない。」と依頼した。

9　前記１２０万円の返済期日とした日，甲と乙は，Ｃマンションの地下駐車場で落ち合った。乙は，集金の際に平素から使用している営業用の自動車に乗ってきており，これを同地下駐車場に駐車していた。甲は，その自動車のトランク内に横たわった乙の両手首と両足首をガムテープで縛り，乙の口を更にガムテープで塞ぎ，乙が鼻で呼吸できることを確認した後，トランクを閉めてその場を立ち去った。

10　その約３０分後，甲は，匿名で警察に電話をかけて，「Ｃマンションの地下駐車場に駐車中の車のトランクの中からゴトゴトと不審な音がするから調べてほしい。」と通報した。この通報を受けて間もなく同駐車場に駆けつけた警察官によ

り，乙は発見された。乙は，警察官に「けん銃を持った強盗に襲われて丙から集金した現金１２０万円とその利息を奪われ，自動車のトランクに閉じ込められた。」と説明した。

解説

第１　Ａに生じた合計 200 万円の財産的損害について

※　出題趣旨等には記載がないものの，甲がＡカード及びＡ通帳を持ち出した行為についても，甲に業務上横領罪（253）が成立するか否かを問題とすることができる。

その場合には，それらに対する「占有」の有無と共に，一時的な利用にとどまり「不法領得の意思」が認められないのではないかという点が問題となるだろう。

もっとも，下記の点と別個独立して検討する実益があるか否かは疑問である。

１　検討の前提

⑴　「預金による占有」は，一般論として肯定する（大判大 9.3.12）。また預金通帳，印鑑及びキャッシュカードを預けられ，預金を処分する権限を与えられた者にも，「預金による占有」を認める。

本問では，甲及び乙にそれぞれ預金による占有が認められるか否かが問題となるが，事実認定上，

ⓐ　甲及び乙双方にこれが認められるとする立場（預金通帳，印鑑，キャッシュカード等をただ事務的に預かっている場合等においては預金による占有は認められないと解されているが，預金による占有が認められる甲からＡのカード及びＡの通帳を手渡され，Ａのカードの暗証番号等を伝えられているのであるから，乙にも預金による占有は認められる。）

ⓑ　甲にはこれが認められるが，乙にはこれが認められない（乙は，営業担当の事務員であり，経理事務は担当しておらず，Ａのカードの暗証番号を知らなかったのだから，預金による占有は認められない。）とする立場

の双方が考えられる（他にも，甲及び乙の双方に預金による占有は認められないとする立場も考えられるが，少なくとも甲についてはこれを肯定するのが素直だろう。また，甲が乙にＡのカード及びＡの通帳を手渡した時点で，甲の預金による占有が乙に移転し，甲にはこれが認められないが乙にはこれが認められるとする立場も不自然である。）。

「預金による占有」の有無で，甲及び乙に成立する犯罪が変わるため（出題趣旨では，「『預金の占有』を有する者には横領罪が成立し得るものの窃盗罪や電子計算機使用詐欺罪は成立しないと解される」と指摘されている。），以下では，この点で場合分けをして考えることとする。

※　業務上横領罪と電子計算機使用詐欺罪の関係については，観念的競合に当たるとする見解もあり得るだろうが，場合分けが複雑となりすぎるため，ここでは出題趣旨の整理に従っておく。

⑵　片面的共同正犯は認めない（大判大 11.2.25）

⑶　預金を引き出すことなく，他の口座に振り替えた場合も「横領」行為に当たる。

⑷　（業務上横領罪の成否を検討する場合）甲には業務性あり，乙には業務性なし。

2　乙がＢ社の口座に振り込んだ 80 万円と乙が引き出した 120 万円を分けて考える場合

※　乙が銀行のＡＴＭに立ち入った行為について，建造物侵入罪（130）の成否を検討する余地もある（同罪の成立を認めるものとして，最決平 19.7.2【百選Ⅱ18】）が，具体的な状況が明らかではない以上，この点の検討は省略すべきだろう。

⑴　80 万円の振込みついて

ア　(a)の場合（甲乙双方に「預金による占有」が認められるとする場合）

(ｱ)　甲を間接正犯，乙を幇助犯とする立場

乙をいわゆる故意ある補助的道具であるとみる立場である。この場合，甲には業務上横領罪の間接正犯，乙には業務上横領罪の幇助犯が成立する（65Ⅰ）が，科刑については単純横領罪（252）のそれによる（65Ⅱ）ことになる（最判昭 32.11.19【百選Ⅰ92】）。

もっとも，この立場については，「乙が甲の意図を認識している点や乙に正犯性を認め得るのではないかとの点が障害となり得る」（出題趣旨）。

(ｲ)　甲を教唆犯，乙を直接正犯とする立場

この場合，まず，乙とＡとの間に委託信任関係が認められるのかが問題となる。乙に，「預金による占有」が認められるとしても，それはＡから委託されたものではなく，甲から委託されたものにすぎないからである。

この点について，委託信任関係を否定すれば，乙に成立し得るのは，占有離脱物横領罪（254）の限度にとどまることになる。委託信任関係を肯定する場合は，Ａから直接委託を受けた甲からさらに委託を受けて行動している乙にもこれが認められるとする構成が考えられる（以下，乙との関係でも，委託信任関係が認められるとの前提で検討する。）。

甲については，いわゆる間接正犯と錯誤の一事例と捉えることができる。通説によれば，被利用者が事情を知った時点で行為支配性が失われるから間接正犯の既遂は成立する余地はないものの，間接正犯と教唆犯の故意のレベルの重なり合いを認め，利用者には教唆犯の既遂が成立するとする。

この立場によれば，甲には教唆犯が成立する。

この場合，甲には業務上横領罪の教唆犯（65Ⅱ），乙には単純横領罪の直接正犯が成立する。なお，非身分者の行為に身分者が加功した場合に 65 条２項が適用されるか否かについては争いがあるが，これを肯定するのが判例である（大連判大 3.5.18）。

イ　(b)の場合（甲に「預金による占有」が認められるとし，乙には認められないとする場合）

(ｱ)　甲を間接正犯，乙を幇助犯とする立場

上記ア(ｱ)の場合と同様，甲には業務上横領罪の間接正犯，乙には業務上横領罪の幇助犯が成立するが，科刑については単純横領罪のそれによることになる。

(ｲ)　甲を教唆犯，乙を直接正犯とする立場

この場合，乙には「占有」（預金による占有）が認められないから，横領罪は成立しないこととなる。

そのため，乙に，電子計算機使用詐欺罪（246 の２）が成立しないかが問題となる。

この点について，乙は，偽造カード等ではなく真正なＡのカードを使用しているので，「虚偽の情報……を与え」たといえるのかが問題となるが，権限のない供用は，「虚偽の情報」に当たると解されている（窃取したクレジットカード情報等を冒用して電子マネーの購入を申し込んだ事案に関する最決平 18.2.14【百選Ⅱ59】）。

したがって，乙には，同罪が成立する。

一方で，甲は，業務上横領罪の間接正犯の故意で，電子計算機使用詐欺罪の教唆犯を犯していることになる。そのため，二重の意味で錯誤があることになる。

この場合，間接正犯の故意が教唆犯の故意を包摂するとしても，業務上横領罪と電子計算機使用詐欺罪がどの範囲で重なり合うのかについては，判例がなく，また学説上ほとんど議論されていない。

両罪の法定刑は同一であるところ，そのような場合に判例は客観的に実現した方の犯罪で処断するとしている（最決昭 54.3.27）から，電子計算機等使用詐欺罪の教唆犯が成立すると解することになろうか。

以上から，乙には，電子計算機使用詐欺罪の直接正犯，甲には同罪の教唆犯が成立する。

⑵　120 万円の引出しについて

※　事実認定上，甲を間接正犯，乙を幇助犯とする見方は採れないだろう

※　出題趣旨等には記載がないが，この行為が，Ａに対する横領罪となるだけでなく，Ｂ社の口座への振込みを依頼した甲に対する横領罪となる可能性もある（窃盗犯から委託された物を領得した場合と類似の問題）。

しかし，この 120 万円については，所有権を有しない甲との委託信任関係が保護に値するのかという点とは別に，乙に他に何らかの財産罪を成立させた場合にはそれとの関係が問題となる（例えば，Ａに対する単純横領罪を認めた場合には，重ねて甲に対する横領罪も成立し得るのか。）。

ア　因果性の有無

本問は，典型的な間接正犯と錯誤の事案と異なり，乙は，甲の指示どおりＡの口座からＢ社の口座に 80 万円を振り込んだだけでなく，自己の借金返済のため，Ａの口座から合計 120 万円を引き出している。

そうすると，これは乙の新たな犯意に基づく行為であるとみることができ，この行為に甲は因果性を有しないという評価が可能である。

因果的共犯論の立場からは，甲が乙の行為に因果性を有しない以上，甲が共犯として処断されることはない。

また，甲が乙から自己の借金返済のために 120 万円を引き出したことを告げられながら，Ａに告げなかったことが背任罪（247）を構成するとみる余地もある（ただし，採点実感では，「狂言行為それ自体がＡに対する背任罪を構成するとした答案」について「本問で示された具体的事実関係において，果たして背任罪の構成要件の充足を判断できるか疑問と言わざるを得ない。」（傍点は担当者）と指摘されている。「狂言行為それ自体」ではなく，乙の行為をＡに

告げなかった点も含めて，全体として背任罪の成否を検討した場合，どのように評価されるのかは不明である。）。

イ　因果性を有するとした場合の処理（典型的な間接正犯と錯誤の事案と有意な差はないと見た場合）

(ｱ)　(a)の場合（甲乙双方に「預金による占有」が認められるとする場合）

この場合，乙には単純横領罪の直接正犯が成立し，甲には，業務上横領罪の教唆犯が成立することになる。

なお，乙に単純横領罪が成立するためには委託信任関係が必要とされる点，非身分者である乙に身分者である甲が加功した場合の 65 条２項の適否，間接正犯と錯誤の処理等については前述の通りである。

(ｲ)　(b)の場合（甲に「預金による占有」が認められるとし，乙には認められないとする場合）

この場合，乙には，銀行に対する窃盗罪（235）が成立する（なお，Ａには，金銭に対する事実上の占有がないから，Ａに対する窃盗罪は成立しない。）。また，甲は，業務上横領罪の間接正犯の故意で，窃盗の教唆犯を犯していることとなる。この場合も抽象的事実の錯誤の問題となる。ただし，この点について明示的に判示した判例はない。

まず，保護法益については，窃盗が占有である（を含む）のに対して（最決平元.7.7【百選Ⅱ26】），横領は所有権であるが，窃盗についても少なくとも究極的には所有権その他の本権を保護するものであるから，重なり合いを肯定してよい。もっとも，行為態様については，窃盗が占有を侵害するものに対して，横領は占有を侵害しないこと，また，横領については委託信任関係を侵害するものであることという異同がある。

この異同を踏まえ，「他人の財物を領得する罪」（所有権侵害）という限度で同質性を肯定して占有離脱物横領罪の限度で重なり合いを肯定する立場，単純横領罪の限度で重なり合いを肯定する立場，窃盗罪には選択刑に罰金刑が追加されているため，刑の軽重に関するいわゆる全体的対照主義の考え方から軽い窃盗罪が成立するとする立場が考えられよう（この点については，平成 27 年度司法試験刑事系科目第１問も参照）。

3　乙がＢ社の口座に振り込んだ 80 万円と乙が引き出した 120 万円を分けて考えない場合（200 万円をまとめて考える場合）

仮に，80 万円の振込みについて甲を教唆犯，乙を直接正犯と見た場合において，乙の 120 万円の引出しについても，甲の指示・関与が因果性を有すると見て，かつ，(a)の考え方をとったとき（甲乙双方に「預金による占有」が認められるとする考え方），結局乙は 200 万円全体について単純横領罪の単独正犯となり，甲は業務上横領罪の教唆犯なる。

そうすると，200 万円全体についてまとめて検討することも可能であるように思われる。

しかし，この２つの行為は大きく性質が異なるから，（仮に，結論的に同一となったとしても，）これらをまとめて考えることができるか否かは大きな問題である。

※　その他に，乙が甲の下に戻った後に，120 万円を引き出したこと，これをもみ消すように依頼した点について，脅迫罪（222）又は強要罪（223）を検討することも考えられるが，これが「脅迫」といえるか疑問であり，検討対象から外してよいだろう。出題趣旨等にも記載がない。

第２　狂言行為について

１　甲が乙を監禁した行為について

甲は，乙の両手首と両足首をガムテープで縛り，乙の口を更にガムテープで塞ぎ，トランク内に乙を閉じ込めているから，監禁罪（222）が成立する可能性がある。

もっとも，この行為について乙に同意があることから，監禁罪が成立しないのではないかが問題となる。

判例は，傷害罪に関して違法性阻却が問題となった事案について，「被害者自身が身体傷害を承諾したばあいに傷害罪が成立するか否かは，単に承諾が存在するという事実だけでなく，右承諾を得た動機，目的，身体傷害の手段，方法，損傷の部位，程度など諸般の事情を照らし合せて決すべきものであるが，本件のように，過失による自動車衝突事故であるかのように装い保険金を騙取する目的をもって，被害者の承諾を得てその者に故意に自己の運転する自動車を衝突させて傷害を負わせたばあいには，右承諾は，保険金を騙取するという違法な目的に利用するために得られた違法なものであって，これによって当該傷害行為の違法性を阻却するものではないと解するのが相当である。」（最決昭 55.11.13【百選Ⅰ22】）とした。

これと同様に考えるとすると，本問でも，この監禁が狂言行為という違法な計画の一部をなしているものである以上，監禁罪の成立は妨げられないようにも思われる。

もっとも，同決定は，自動車を衝突させるという傷害の手段・方法が，それ自体危険で予め傷害の部位，程度を限定制御することが不可能な性質のものであることも考慮されていると言われている。その点で，甲は，乙が鼻で呼吸できることを確認しており，このような危険性を有する行為ではない。この点を重視すれば，監禁罪は成立しないことになろう。

２　警察官に虚偽の事実を告げた行為について

⑴　偽計業務妨害罪（233 後段）の成否

甲が，虚偽内容の通報によって，警察官を出動させた行為について，偽計業務妨害罪の成否が考えられる。

もっとも，警察官の「公務」が「業務」に含まれるのかという問題がある。

この点につき，判例は，公務のうち，「強制力を行使する権力的公務」は，公務執行妨害罪のみの対象となるが，「強制力を行使する権力的公務」ではない公務は業務妨害罪でも処罰可能であると解する（最大判昭 41.11.30，最決昭 62.3.12，最決平 12.2.17【百選Ⅱ23】，最決平 14.9.30【百選Ⅱ24】等）。

ただし，警察官の職務といえば直ちにその全てが「強制力を行使する権力的公務」に当たるというわけではない。本問では，この甲の虚偽の通報によって，警察官本来の業務が妨害されているところ，この妨害された業務の中には権力的公務が含まれている可能性がある。

このような場合にも，業務妨害罪が成立するかが，さらに問題となる。

この点について，東京高判平 21.3.12 は，「最近の最高裁判例において，『強制力を行使する権力的公務』が本罪にいう業務に当たらないとされているのは，暴行・脅迫に至らない程度の威力や偽計による妨害行為は強制力によって排除し得るからなのである。本件のように，警察に対して犯罪予告の虚偽通報がなされた場合（インターネット掲示板を通じての間接的通報も直接的 110 番通報と同視できる。），警察においては，直ちにその虚偽であることを看破できない限りは，これに対応する徒労の出動・警戒を余儀なくさせられるのであり，その結果として，虚偽通報さえなければ遂行されたはずの本来の警察の公務（業務）が妨害される（遂行が困難ならしめられる）のである。妨害された本来の警察の公務の中に，仮に逮捕状による逮捕等の強制力を付与された権力的公務が含まれていたとしても，その強制力は，本件のような虚偽通報による妨害行為に対して行使し得る段階にはなく，このような妨害行為を排除する働きを有しないのである。したがって，本件において，妨害された警察の公務（業務）は，強制力を付与された権力的なものを含めて，その全体が，本罪による保護の対象になると解するのが相当である」とした。

この東京高裁の考え方によれば，本問でも，甲には，偽計業務妨害罪が成立し，乙はその共同正犯（60）の成立を認めることができる。

⑵　犯人隠避罪・証拠偽造罪の成否

ア　甲の罪責

甲の上記行為は，乙の 120 万円の引出しを隠蔽するためのものであるから，「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者……を……隠避させた」として，犯人隠避罪（103）が成立する可能性がある。なお，甲が乙を縛って自動車のトランクに閉じ込めることにより強盗に襲われたように見せかけた行為自体，真正でない証拠の作出に当たるとみて，「他人の刑事事件に関する証拠を……偽造し」たとして，証拠偽造罪（104）に当たるとみる余地もあるが，やや無理のある見方である。

120 万円の引出しについて，甲が因果性を有しないとすると，甲に犯人隠避罪が成立することは明らかである。

これに対して，この行為及び法益侵害結果について，甲が因果性を有し，共犯になると解すると，共犯者を隠避した場合の罪責が問題となる。

この点について，104 条における証拠には人的証拠も含まれるから（最決昭 36.8.17【百選Ⅱ121】），共犯者は，自己の刑事事件に関する証拠に当たる。そして，自己の刑事事件に関する証拠たる共犯者を隠匿した場合，自己の刑事事件に関する証拠隠滅行為としては，不可罰となる。

その趣旨が犯人隠避罪にも及ぶのかどうかについては争いがある。

この点について，学説上は不可罰説が有力であるが，下級審裁判例には証拠隠滅等としては期待可能性がなくとも，蔵匿，隠避罪としては期待可能性があるとして，可罰説に立ったものがある（旭川地判昭 57.9.29【百選Ⅱ124】）。

この下級審裁判例の立場に立てば，甲には犯人隠避罪が成立する。

イ　乙の罪責

乙は甲と共謀の上，狂言行為に及んでいるから，検討すべき共犯形態は共同正犯であるということになろう。

問題は，乙自身が犯人隠避罪の主体とならないことから，共同正犯が成立しないのではないかという点である。

この点について，判例は，教唆犯の可罰性は肯定している（大判昭8.10.18）ものの，共同正犯の成否については明らかではない。

学説は，教唆犯における①複数人による場合は危険性が高まる，②他人に唆すのは防御の範囲を超える，③他人を巻き込むことは期待可能性がないとはいえない，そのいずれの理由付けも妥当するとして可罰的であるとする見解と，類型的な期待可能性を考慮し，正犯処罰が構成要件上排除されているとして不可罰であるとする見解が対立している。

可罰説をとれば乙は犯人隠避罪の共同正犯となり，不可罰説をとれば乙には犯人隠避罪の共同正犯は成立しないこととなる。

※　以上の点の他にも，乙が警察官に対して虚偽の事実を述べていることが，証拠偽造罪に当たらないかという点も問題となる（乙自身との関係では不可罰であるが，共同正犯者たる甲との関係では可罰性が肯定される余地がある。）。

もっとも，虚偽の事実を述べるだけであれば不可罰であると考えるのが判例であるし（最決平 28.3.31），また，甲に共犯の成立が認められる場合，甲自身の利益のためにも証拠を偽造していると見れば，他人の事件と自己の事件に共通の証拠を偽造等した場合に，証拠偽造罪等を否定する現在の有力説からは，やはり不可罰となる。

第３　罪数について

本問では，複数の分岐があるので割愛する。解答例を参照のこと。

出題趣旨

本問は，具体的事例に基づいて甲乙の罪責を問うことによって，刑事実体法及びその解釈論の理解，具体的事実に法規範を適用する能力並びに論理的思考力を試すものである。

問題文前半は，刑法所定の財産犯に関する理解及び間接正犯ないし共犯に関する理解を問うものである。

まず，Ａに生じた合計２００万円の財産的損害について，甲乙にいかなる財産犯が成立し得るかが問題となる。この検討に当たっては，刑法所定の財産犯の構成要件に関する正確な理解が必要不可欠である。その上で，本件の具体的事実関係においていかなる犯罪が成立するかを検討することになるが，その際，第１に，いわゆる「預金の占有」の趣旨・根拠についての的確な理解を前提に，Ａの口座についての「預金の占有」が対銀行との関係での払戻権限を踏まえて甲乙各人にそれぞれ認められるか否かによって，成立し得る財産犯が異なることに留意する必要がある。例えば，「預金の占有」を有する者には横領罪が成立し得るものの窃盗罪や電子計算機使用詐欺罪は成立しないと解されることなどに関する正確な理解が必要となろう。第２に，本問の具体的事実関係において甲乙にＡの口座の払戻権限が認められるか否かなどについて的確に事実を評価した上で，これに法的な当てはめを行い，甲乙に成立し得る財産犯を確定することが必要である。第３に，以上の検討を前提に，次に述べる甲乙の法的な関係の理解に従って，本問の事実関係に即して甲乙に成立すると考えられる財産犯の各構成要件要素の充足を検討し，最終的に甲乙の罪責を確定する必要がある。その際，単に，問題文に表れた事実を漫然と羅列するのではなく，いかなる事実がいかなる構成要件要素の該当性判断に関係があると考えているのか分かるように論述しなければ，「事実を摘示しつつ」との出題意図に答えたことにはならない。例えば，問題文に記載された各事実関係のうち，どの事実が甲乙の「預金の占有」の有無を基礎付ける事実で，どの事実が甲乙の「（占有の）業務性」の有無を基礎付ける事実であると考えているのかが分かるように「事実を摘示しつつ」犯罪構成要件要素が充足されるか否かの結論を導くことが求められている。

次に，甲乙の法的な関係が問題となる。本問では，実際に合計２００万円の預金払戻等に及んだのが乙である上，甲が当初認識していた事実と実際に生じた事実との間にそごが生じていることから，乙の行為について甲が刑事責任を負うか否かに関し，いかなる理論構成によるべきか，間接正犯や共犯の各成立要件を踏まえて検討することが必要である。その際，正犯がだれであるかが問題となり，甲を教唆犯，乙を正犯とする考え方のほか，甲を間接正犯，乙を故意ある幇助道具とする考え方などがあり得るところ，後者の考え方によるには乙が甲の意図を認識している点や乙に正犯性を認め得るのではないかとの点が障害となり得ることに留意しつつ，本問の具体的事実関係に即して論理的に考察することが求められている。さらに，乙による１２０万円の払戻行為に関する甲の刑事責任について，前記そごを理由に因果関係や故意を否定し得るのかどうかの検討も重要である。

また，甲乙の罪責に関する構成によっては，共犯と身分に関する処理が必要となろう。

問題文後半は，甲乙のいわゆる狂言行為についていかなる犯罪が成立するか，主として財産犯以外の刑法各論の基礎的な知識と当てはめの能力を問うものである。

具体的には，監禁罪，偽計業務妨害罪，その他の国家的法益に対する罪等の成否が問題となり得る幾つかの事実関係の中から，問題文において詳細に事実が提示されている甲乙の行為で，理論上重要な問題点を含む事項について犯罪の成否を論述することが求められている。取り分け，甲が乙を自動車のトランクに閉じ込めた行為について，乙がこれを承諾していることが監禁罪の成否に与える影響に関する理論的な対立に留意しつつも，本問の具体的事実関係において当該理論がどのように適用されるべきかを注意深く検討することが必要であろう。

最後に，甲乙に成立する犯罪相互の関係に留意して罪数判断を示すことも必要である。

論述においては，刑法解釈上の論点に関する学説等の立場・見解の相違によって結論が異なり得る個々の問題点については，自らの採る結論のみならず，それが正当であるとする論拠を説得的に論述することが必要である。ただし，その場合，飽くまでも本問の事実関係を前提に，結論を導くのに必要な点を中心に論ずるべきであって，本問の事実関係からかけ離れた一般論や結論を左右しない論点に関する理論的対立の検討に力を注ぐのは，出題意図にかなうものとは言えないであろう。

また，既知の判例や典型事例等の結論を，それが前提とする事実関係や本問の事実関係との相違を十分検討せずに本問に当てはめたり，逆に，自ら是とする見解に適合しやすいよう恣意的に事実をわい曲して評価したりすることも不適当と言わざるを得ない。

本問においては，事例を丁寧に分析・評価し，基本的な刑法解釈論を踏まえて粘り強く論理的な思考を重ね，それを説得的に論述することこそが求められている。

採点実感

1　出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2　採点の基本方針等

出題の趣旨にのっとり，具体的事例に基づいて甲乙の罪責を問うことによって，刑事実体法及びその解釈論の理解，具体的事実に法規範を適用する能力並びに論理的思考力を総合的に評価することが基本方針である。

その際，基本的な刑法総論・各論の諸論点に対する理解の有無・程度，事実の評価や最終的な結論の具体的妥当性などに加えて，結論に至るまでの法的思考過程の論理性を重視して評価した。

その結果，結論の妥当性と論理的一貫性の両者の調和を意識して問題に迫り，あるいは迫ろうとした答案は高い評価に，論理的整合性さえあれば良しとして結論の妥当性を軽視したり，逆に，結論の妥当性に偏って論理的整合性を軽視したりする答案は低い評価にならざるを得なかった。

また，問題文に示された具体的事実が持つ意味や重さを的確に評価することが求められているが，事実の持つ意味や重さを考慮せず，漫然と問題文中の事実を書き写すことで「事実を摘示し」たものと誤解している答案や，事実の持つ意味や重さについて不適切な評価をし，あるいは，自己の見解に沿うように事実の評価をねじ曲げる答案もあり，これらは低い評価となった。

結局，無理のない自然な事実の評価をした上で，刑法の基本的解釈論を踏まえ，論理的整合性に留意しつつ適切な結論を導き出すことを心掛けることが肝要であって，このような姿勢で本問に臨めば，おのずと一定（「一つ」ではない。）の結論に到達し得るものと思われる。現に，多くの答案の結論は，おおむね一定の範囲に収まっていた。

3　採点実感等

⑴　全体

ほとんどの答案が，Ａに生じた合計２００万円分の財産的損害に関する甲乙の罪責を中心に論じており，これは出題意図に沿うものである。

後半の狂言行為については，監禁罪や偽計業務妨害罪の成否を論じた答案が多く，犯人隠避ないし証拠隠滅罪の成否に触れた答案も相当数あったが，狂言行為に関する甲乙の罪責に全く触れていない答案も少なくなかった。

⑵　具体例

考査委員による意見交換の結果を踏まえ，答案に見られた代表的な問題点を列挙する。

ア　甲乙の関係について

①　甲が，乙の行為及びその結果に対し刑事責任を負うためには，甲乙の関係につき，間接正犯か何らかの共犯の成立が必要であるのに，これらの点に関

する言及がないまま，Ａに生じた財産的損害について甲に財産犯の成立を肯定する答案。

②　本件では，甲乙間に犯罪を共同実行する意思連絡は一切ないにもかかわらず，積極的に片面的共同正犯を肯定する立場であることを論述することもないまま，甲が事後的に乙の行為やＡの損害を承認していることを根拠に共同正犯の成立を肯定したり，犯罪既遂後の乙の関与をもって従犯の成立を肯定したりするなど，犯罪が既遂に達した後の関与等を根拠に共犯関係を肯定する答案。

③　甲乙に成立するとする犯罪が食い違うのに，それに関する説明が全くなされていない答案。

例えば，８０万円の損害について，甲に業務上横領罪の教唆犯を，乙に電子計算機使用詐欺罪の正犯を認めるもの。

④　甲の乙に対する２００万円に関する指示行為が犯罪に該当するとしながら，そのうちの１２０万円が甲の利益に帰属しなかったことのみを理由とし，甲の指示行為と乙による１２０万円の払戻行為との間の因果関係や錯誤の検討もないまま甲の責任を否定する答案。

なお，考査委員からは，②のような答案の背景の一つに，問題文において主要事実が確定しているにもかかわらず間接事実の積み重ねによる事実認定を行うという誤りを犯している場合があるのではないか，④の点は，刑法の因果関係論や錯誤論によれば，一定限度で「具体的に予見しなかった結果や因果経過」についても因果関係や故意責任を肯定し得るのであるから，この点の検討を欠くのは，刑法の基本的な理解が不十分であるか断片的にしか身に付いていないものと言わざるを得ないのではないかなどの指摘がなされた。ちなみに，④の点について，明確に因果関係の有無を検討し，あるいは，甲の認識と実現結果との食い違いについて，これが（抽象的）事実の錯誤の問題なのか，法的評価の違いにすぎないのか，などの問題意識を有する秀逸な答案もごく少数ながらあった。

イ　財産犯の理解について

①　横領未遂罪の成立を認める答案や８０万円をＡの口座からＢの口座に直接振り込んだ行為を窃盗罪とする答案。

②　同一の被害について，特段の問題意識を持たないまま複数の財産犯の成立を認める答案。

例えば，８０万円の送金行為につき，背任罪，横領罪，電子計算機使用詐欺罪のすべてが成立するとするもの。

③　キャッシュカードや通帳等の横領罪の成立を認めるのみで，Ａに生じた合計２００万円の財産的被害に関する犯罪の成否を検討していない答案。

④　横領罪と背任罪の関係について，そのいずれを検討すべきか，両罪の区別に関する一般論を長々と論じる答案。

このような点を論じても，結局は，個別の犯罪構成要件の充足を論証しない限り甲乙に成立する犯罪を確定することはできないのであるから，詳細に論述することに余り意味はない。

⑤　甲の乙に対する指示時点で預金の横領が既遂に達するとする答案。

この結論には，理論的にも実質的にも無視し得ない様々な問題（例えば，乙の行為前にＡが預金を払い戻したり，第三者が預金を差し押さえたりした場合に，横領の被害をどう考えるのかなど。）があるのに，この点の検討がないままこの結論を採ることには疑問がある。

ウ　その他

①　狂言行為それ自体がＡに対する背任罪を構成するとした答案。

本問で示された具体的事実関係において，果たして背任罪の構成要件の充足を判断できるか疑問と言わざるを得ない。

②　具体的事実を構成要件に当てはめる際，抽象的に要件を充足することを指摘するのみで，具体的にどのような法的構成なのか分からない答案。

例えば，「自己の占有する他人の物，の要件を満たす」旨の結論だけを示し，具体的に，占有の対象が「Ａの口座に預金として預け入れられた現金」たる物であることや，その所有者・占有者がだれであるかが明示されていないもの。

③　場当たり的で筋道が通っていない論述や，読み手の存在を意識しているとは考えにくい論述，基本的な法律用語に関する誤字・当て字などが多数目に付く答案。

エ　まとめ

上記各例は，刑法総論や刑法所定の財産犯の構成要件の理解が不十分であるもの，それにとどまらず刑罰法規の解釈・適用に関する根本的な理解が欠如していると言わざるを得ないもの，断片的な知識や典型論点に関する一般論は一応身に付いているものの，問題解決のためにそれを活用・応用することができていないものなどであって，いずれも，低い評価とならざるを得なかった代表例である。

もっとも，全体を見れば，問題文で示された具体的事実を抽出し，これを法的に当てはめるという姿勢は定着しつつあり，また，比較的難易度が高い問題を前に，基礎的な知識を応用して論理的な解決を目指そうとする答案も多いことが指摘でき，これらは望ましい傾向である。

4　今後の出題について

出題の在り方について様々な意見があると承知しているが，新司法試験に求められる目的を十分に考慮しつつ，受験者の能力の適正な評価が可能な問題となるべく，今後も工夫を重ねていきたい。

5　今後の法科大学院教育に求めるもの

前述のとおり，事実を抽出して法的に当てはめるという問題解決の姿勢は定着しつつあるものの，刑法の基礎的な理解が不十分な答案もなお散見された。その中には，刑法の基本的な原理原則ないし解釈態度がなお十分に身に付いていないと思われるものや，具体的な事実関係から離れた典型論点に関する判例・学説の結論を機械的に当てはめているにすぎないと思われるものも含まれている。

法科大学院においては，引き続き，具体的事案に即して基本的な刑法解釈論を理解させるとともに，修得した知識を具体的事案の解決のためバランス良く総合的に使いこなす能力の涵養になお一層努めていただきたいと考えている。

ヒアリング

（◎委員長，○委員，□考査委員）

◎　考査委員の先生方におかれては，御多用にもかかわらず，御出席いただき感謝申し上げる。本日は，率直な御意見，御感想を伺いたい。各科目からは，先に書面で御意見を提出していただいているが，それに補足することがあれば，まず，冒頭に御発言いただきたい。

□（刑法）　平成２１年の刑法の出題に対しては，やや難しいのではないかという意見もあるようだが，出題のテーマ自体は，いわゆる預金の占有という古典的かつ典型的な問題を取り上げたものである。ただ基本書に書かれていることを覚えてそのまま書けば解答できるというものではなく，刑法に関する基本的な考え方，基本的な理解がどの程度身に付いているか，それに基づいて具体的な事案にどのように取り組むかということが問われているため，そのような意味において，受験者は難しいという印象を受けたのではないかと思う。そして，基本的な理解が不十分である場合には，それがいろいろな観点から現れるため，低い評価とならざるを得ない答案となったと思う。ただ，教科書に書いてあることをそのまま覚えて書けば解答できるというたぐいの問題ではないにしては，受験者がそれなりに取り組んだ努力の跡がうかがえたように考えている。受験者の能力について世間ではいろいろ言われているが，この問題に対する解答を見る限り，能力が向上しているとは申し上げることはできないけれども，能力が低下しているということを申し上げるだけの証拠もないように考えた。その意味では，私の意見としては，受験者は受験者なりに健闘していたと思う。

（略）

◎　では，質疑応答に移るが，まず，私から質問させていただきたい。採点基準に関する考査委員会議申合せ事項において，「優秀」，「良好」，「一応の水準」，「不良」の４つの水準について，それぞれ何点から何点までと点数の範囲が決められているが，今回の採点実感に照らすと，例えば，どのような答案がそれぞれの水準に該当するのかを，両科目にお伺いしたいと思う。昨今，新司法試験の合格水準に関する情報提供を求める意見が聞かれるところ，可能な範囲で試験に関する情報提供の充実を図るという趣旨でお伺いするものであり，他の科目の先生方にも質問したいと考えている。

□（刑法）　私の方から少し考えている点を申し上げたいと思う。今回の出題は，刑法総論及び各論に関する基本的な知識・理解を前提に，本文の事実関係に即して法的な当てはめを行い，論理的に一貫した思考過程によって一定の結論を導くことが求められる問題であり，考える力，法的思考力がそれなりに問われたと思う。それを前提として，今回採点を行った中での経験を元に，どのような答案が「優秀」，「良好」，「一応の水準」，「不良」のそれぞれに該当したのかというイメージを考えてみると，刑法総論及び各論の基本的な知識・理解をもとに論理的に一貫した思考過程によって一定の結論を導き出すことができたものが「良好」以上の水準に属する答案だろうと思われる。その中でも，やや高度な論点，あるいは必ずしも多くの受験者が気付かないような問題の所在に気付いて，これに的確な解決を与え，ある

いは与えようとする答案が「優秀」な答案であろうと思う。次に，「一応の水準」に属する答案というのは，基本的な事項に関する知識や理解が一応はあり，それを応用して結論を導き出そうとする姿勢が見られるけれども，その知識や理解に十分でない面があったり，論理的な一貫性が今ひとつ十分ではないなどの欠点がいくつかあるようなものであろうと考える。さらに，そのような水準に至らずに，単に刑法総論や各論の構成要件等の理解が不十分であるにとどまらず，刑罰法規の解釈・適用に関する根本的な理解が欠如していると言わざるを得ないような，刑法を学んだものであればやらないような大きな誤りを犯すような答案が，「不良」に属する答案であろうと考える。

（略）

◎　司法試験委員会委員から，御質問はあるか。

○　「優秀」，「良好」，「一応の水準」，「不良」といった基準を念頭に置いて採点をしていった場合，「不良」の答案というのはどの程度あるのか，感覚的なもので結構なのでお聞かせいただければと思う。

□（刑法）　感想を述べると，不良と一応の水準の限界がややあいまいなところがあるが，そういう意味では私から見て出来の点で問題があるというような答案は，量的に見るとやや多いという印象をもったと申し上げざるを得ない。

□（刑法）　「不良」の答案は相当数に上ったという印象だが，例えば，横領罪に未遂はないにもかかわらず，横領未遂罪を認めた答案など，刑法を学んだ者にはおよそありえないような，極端に不十分さが際立つ答案は，印象が強いので，数を過大評価してしまっている可能性も否定できないとは思う。

（略）

○　「採点実感等に関する意見」によれば，刑法について，犯罪が既遂に達した後の関与等を根拠に共同正犯の成立を肯定した答案があったとのことだが，事実認定も出題に含まれているという誤解に基づき，事後的な関与を間接事実として共同正犯を認定したということではないか。

□（刑法）　問題文において主要事実が確定されていない場合には間接事実による事実認定が必要であり，御指摘の部分について言えば，共同正犯であると法的に評価するための事実の摘示は当然必要だと考える。しかし，本問においては，その部分に関し問題文において事実自体は確定させており，事実認定それ自体を出題するものではなく，あくまでも法的な評価を問うたものである。

○　採点方針として，この論点に必ず言及していなければ一応の水準とは認められないなどというものはあるのか。

□（刑法）　答案全体の総合評価が点数になるので，何か一つの問題について書き漏らした，あるいは，間違いを犯したからといって，直ちに評価が決まるわけではない。

（略）

模範答案

1

第１　乙がＢ社の口座に８０万円を振り込んだ行為について

１　乙の罪責について

⑴　横領罪（２５２条１項）の成否

横領罪が成立するためには，Ａの金銭を「占有」していなければならない。同条にいう占有とは，濫用のおそれのある支配力を指し，事実的支配のみならず，法律的支配も含む。そのため，預金による金銭の占有も認められると解する。

本問では，乙は，甲の部下として働いているとはいえ，営業担当であって，経理事務は担当しておらず，Ａのカードの暗証番号を知らなかったのであるから，甲のために，Ａの通帳及びカードを一時的に預かっている占有補助者にすぎず，その占有は，依然として甲の下にとどまっていると解する。

したがって，「占有」が認められず，横領罪は成立しない。

⑵　電子計算機使用詐欺罪（２４６条の２）の成否

同罪の構成要件は，(a)人の事務処理に使用する電子計算機に(b)虚偽の情報若しくは不正な指令を与えて(c)財産権の得喪若しくは変更に係る不実の電磁的記録を作り，(d)財産上不法の利益を得，又は他人にこれを得させることである。

(a)電子計算機とは，財産権の得喪，変更の事実を記録した電磁的記録であって，その作出・更新により，直接，事実上，当該財産権の得喪・変更が生じることになるものをいう。本問では，乙は，現金自動預払機で８０万円をＡの口座からＢ社の口座に直接振り込む操作をすることにより，銀行の顧客元帳ファイルの預金残高記録に指令を与えているとこ

2

ろ，同ファイルは，銀行に対する預金債権という財産権の得喪に関する記録であり，これを更新することによって，直接，当該財産権の得喪・変更が生じることになるから，(a)電子計算機に当たる。

次に，「虚偽の情報」とは，内容が真実に反し，それによって不実の電磁的記録を作出することになる情報をいうところ，キャッシュカードを利用する権限のない者が与える情報は，反真実であり，それによって不実の電磁的記録を作出することになるから，「虚偽の情報」に当たる。本問では，乙には，Ａのカードを利用する権限がないので，Ａが操作して入力した情報は，(b)「虚偽の情報」に当たる。

そして，(c)Ａの口座残高から８０万円を控除し，甲が代表者となっているＢ社の口座残高に同額を加えたことによって，不実の電磁的記録を作り，(d)Ｂ社（甲）にこれを得させたといえる。

したがって，乙に電子計算機使用詐欺罪が成立する。

２　甲の罪責について

⑴　甲は，乙に自己の計画を秘して，Ａのカード及びＡの通帳を手渡すとともに，Ａのカードの暗証番号，Ｂ社の口座番号等を伝えた上で，Ｂ社への振込みを指示している。

仮に，甲自身がＢ社の口座へ振込みを行った場合には，業務上横領罪（２５３条）が成立する。

まず，甲に「占有」が認められるか否かであるが，甲は，Ａの信頼が厚く，貸付業務だけでなく，経理業務も任されており，Ａの通帳及びその届出印，Ａのカードを自己が鍵を所持している金庫で保管し，暗証番号も知っていた。そして，甲がＡの口座の預金の出し入れをする場合に

3

は，自ら金庫の鍵を開けてこれらを取り出し，その指示により，部下に預金の出し入れに関する事務を行わせていたのであるから，これらを用いて，いつでも自由にＡの預金を引き出すことができたといえる。

したがって，預金による金銭の占有が認められる。

そして，これはＡとの雇用契約に基づくものであるから，委託信任関係に基づくものである。

また，「業務」とは，社会生活上の地位に基づいて反復・継続して行われる事務で，他人の物を占有・保管することを内容とするものをいうところ，甲が行っていた上記事務は，「Ａクレジット」の従業員という社会生活上地位に基づくものであり，Ａの事業資金を占有・保管する継続的業務といえるから，「業務」に当たる。

そして，これらを用いてＡ社の口座からＢ社の口座へ振込みを行った場合には，不法領得の意思の発現行為たる「横領」に当たる。

したがって，この場合には，業務上横領罪が成立する。

⑵　もっとも，甲は，乙に利用してこれを実現しようとしているから，間接正犯の成否が問題となる。

間接正犯が成立するためには，被利用者を通して因果経過を実質的に支配したこと，すなわち行為支配性が必要となる。

本問では，乙が，甲がＢ社の口座に振り込むことにより不正に２００万円を手に入れようとしていることに気付いた時点で，もはや行為支配性は失われているから，間接正犯は成立しない。

⑶ア　もっとも，上記行為は，客観的には乙をそそのかして犯罪を実行する意思を生じさせる行為といえ，「教唆」（６１条１項）に当たる。

4

また，乙は，８０万円については，甲の指示に従って，入金しているため，因果性も認められる。

イ　しかし，甲は，上記のように，業務上横領罪の故意を有する。業務上横領罪の間接正犯の故意が教唆の故意を包含することは問題ないが，電子計算機使用詐欺罪の教唆の故意を認めることはできるか。

ウ　故意責任の本質は，犯罪事実の認識によって規範に直面し，反対動機が形成できるのに，あえて犯罪に及んだことに対する道義的非難である。そのため，規範に直面していれば，故意が認められるところ，規範は構成要件として類型化されているので，異なる構成要件間で錯誤があった場合は，規範に直面しているとはいえず，故意が阻却されるのが原則である。

ただし，構成要件間に実質的な重なり合いがあれば，その限度で規範に直面しているといえるので故意が認められる。その重なり合いについては，行為態様や保護法益を考慮して判断する。

エ　業務上横領罪と電子計算機使用詐欺罪は，①行為者が目的物を占有しているか否かという点で区別され，その余の行為態様は同一であるし，②両者ともに財産権を被侵害法益とする犯罪であるから，実質的な重なり合いを認めることができる。

オ　以上より，電子計算機使用詐欺罪の教唆犯が成立する。なお，

第２　乙が１２０万円を引き出して，借金の返済に充てた行為について

１　乙の罪責について

乙に正当な払戻権限はないので，上記行為は，銀行の意思に反する占有移転といえ，窃盗罪（２３５条）が成立する。

5

２　甲の罪責について

上記のように，Ｂ社への振込み指示した行為は，客観的には乙の窃盗に対する教唆行為とみることができる。

しかし，乙は，甲の計画に気付いた上で，この機会に便乗して自己の借金に充てるために窃盗に及んでいるのであって，甲の行為とは別に新たに独自の意思により，犯行を決意して実行したとみるべきである。

したがって，上記教唆行為と乙の犯行との間には因果性が認められない。そのため，甲は，この点について，何らの罪責も負わない。

第３　甲が乙の両手首と両足首をガムテープで縛り，乙の口を更にガムテープで塞ぎ，トランク内に乙を閉じ込めた行為について

１　この行為には監禁罪（２２０条）が成立する可能性があるところ，「監禁」とは，人の一定の区域からの脱出を不可能若しくは困難にすることをいうところ，上記行為は，乙がトランク内から脱出することを著しく困難にしている。

２　もっとも，甲は，上記行為について，乙の同意を得ているため，監禁罪の構成要件に該当しないのではないか。

まず，監禁罪は一定の場所から移動する自由を保護法益とするところ，被害者自身が任意に同意をして，これを処分する場合には，法益が消滅するから，その場合には構成要件該当性が阻却される。

とはいえ，全ての同意が構成要件該当性を阻却するのではなく，社会的に相当と認められる限度においてである。具体的には，単に承諾が存在するという事実だけでなく，承諾を得た動機，目的，監禁の手段，方法など諸般の事情を照らし合わせて決すべきである。

6

３　本問では，乙の同意は，Ａの通帳から下した金銭を乙が借金の返済に充ててしまったことを隠ぺいするべく，狂言行為をするためになされたものであって，違法な動機・目的に基づくものである。

しかし，甲は，乙が鼻で呼吸できることを確認し，また，約３０分後には，警察に「Ｃマンションの地下駐車場に駐車中の車のトランク」などと具体的な指示をする形で通報するなどしており，監禁の手段，方法それ自体は，危険性の高い行為ではない。

したがって，未だ社会的に相当と認められる限度に止まっていると評価できるから，甲に監禁罪は成立しない。

第４　甲が警察に虚偽の事実を通報した行為について（偽計業務妨害罪（２３３条後段）の成否について）

１⑴　甲は，狂言行為の一環として，本来であれば，自己がトランクに閉じ込めたため，調査する必要がないにもかかわらず，「トランクの中からゴトゴトと不審な音がするから調べてほしい」などと欺罔している。この行為は，人を欺罔するものであり，「偽計」に当たる。

⑵　もっとも，警察官の職務のような公務が，業務妨害罪の客体たる「業務」に含まれるか。

この点について，権力的公務については暴行・脅迫に至らない威力・偽計は実力で排除できるが，非権力的公務についてはそのような実力はないから，権力的公務は「業務」に含まれないと解する。

ただし，権力性の有無は具体的事案に即して判断すべきである。

本問では，甲の上記行為のよって妨害されうる警察官の職務には，逮捕状による逮捕等の強制力を付与された権力的公務が含まれている

7

のであるから，「業務」には当たらないように思われる。

しかし，警察官としては，現地を取り調べるなどの措置を講じない限り，これが虚偽であるか否かを判断することはできないから，実力でこれを排除することはできない。

したがって，本問事案の下では，警察官の職務は，権力的な公務には当たらず，「業務」に当たるというべきである。

⑶　そして，甲は，上記行為によって警察官の職務を「妨害した」といえるから，偽計業務妨害罪が成立する。

２　また，乙は，上記行為について，事前に了承していること（意思連絡），上記の隠ぺい工作は主に乙の利益のために行われていること，乙も事前の計画に従って，現に監禁され，トランクの中で待機していること（自己の犯罪として行う意思）からすれば，「共同して犯罪を実行した」といえ，共同正犯（６０条）となる。

第５　甲が警察に虚偽の事実を通報した行為について

１　甲の罪責について

⑴　上記行為には，犯人隠避罪（１０３条）が成立する可能性がある。

まず，乙が１２０万円を引き出した行為を隠ぺいするために行われているところ，乙の行為は窃盗罪に該当するため，乙は「罰金以上の刑に当たる罪を犯した者」に当たる。

⑵　また，「隠避」とは，蔵匿以外の方法により官憲による発見・逮捕を免れしめるべき一切の行為をいうところ，警察が強盗事件と判断をすれば，乙の窃盗行為を発見することを免れることになるから，上記行為は，「隠避」に当たる。

8

⑶　したがって，同罪が成立する。

２　乙の罪責について

⑴　乙は，甲と共謀の上で上記行為を行っており，犯人隠避罪の共同正犯となる可能性がある。しかし，同条の犯罪の主体には犯人は含まれないと解されることから，乙に共同正犯も成立しないとも思える。

⑵　しかし，広義の共犯の処罰根拠は，正犯を介した間接的な法益侵害に求めるべきである。そうだとすれば，正犯に犯罪が成立する以上，これを共同して実行すれば法益侵害を引き起こしているということができる。しかも，他人を利用した場合には，自ら隠避するよりもそれが容易になるから，その意味で法益侵害の程度はより高い。また，かかる事態にあっては，定型的に期待可能性がないともいえない。

⑶　したがって，犯人自身も共同して犯罪を実行した以上，同罪の主体となるから，乙に犯人隠避罪の共同正犯が成立する。

第６　罪数

１　甲について

(a)電子計算機使用詐欺罪の教唆犯，(b)偽計業務妨害罪，(c)犯人隠避罪が成立し，(b)及び(c)は，一つの行為に複数の犯罪が成立するため，観念的競合（５４条前段）となり，(a)とは併合罪（４５条前段）となる。また，(b)(c)について，乙と共同正犯となる。

２　乙について

(a)電子計算機使用詐欺罪，(b)窃盗罪，(c)偽計業務妨害罪，(d)犯人隠避罪が成立し，(c)(d)は観念的競合となり，その余と併合罪となる。(c)(d)については，甲と共同正犯となる。

以　上