

【刑法】

第1 現金100万円を取得した行為について

問題の所在は、当該現金の占有がXにあるのかY店長にあるのかということであり、占有の所在により成立する犯罪にも違いが生じますので、そのような問題意識が明確に示される必要があります。

1 窃盗罪構成

窃盗罪における「窃取」とは、「他人の占有する財物を、その者の意思に反し、その占有を排除して自己又は第三者の占有に移すこと」であり、本問におけるXの行為が「窃取」の要件を充足するかを検討することになります。

そうしたところ、まず、抜き取った100万円を含む売上金2500万円はXが占有しているのではないかということが問題になります。この点は、後に述べる横領罪構成と密接に関係してくるところですが、上記現金は施錠された金属製のアタッシュケースに入っており、その鍵はY店長と本社営業部が管理していたというのですから、本来なら施錠されたアタッシュケース内の現金を出し入れできるのはY店長と本社営業部の担当者だけであり、Xはアタッシュケースの中味の現金を自由に取り出すことはできないはずでした。そうすると、判例の立場によれば、「売上金が在中している施錠された状態のアタッシュケース」の占有はXに移転したものの、アタッシュケースの中味である現金についての占有はY店長に残っていたと評価することになります。いわゆる封緘物に関して論じられていることがここでは妥当します。したがって、上記現金は、Xにとって他人が占有する財物であり、窃取の客体となります。

そして、窃盗罪の既遂時期は、客観的に「占有が移転した」と認められる時点です。本問の場合は、Xが車の中でアタッシュケース内から現金100万円を抜き取り、自分のバッグの中に入れた時点で、この現金の占有がY店長からXに移転したと認められますから、この時点で窃盗罪は既遂になります。仮にその後Xが犯意を翻して抜き取った現金をアタッシュケースに戻したとしても、一旦成立した窃盗罪が遡って不成立となるわけではありません。観念的には窃盗罪の成立は否定されないのであって、ただ、現実的にかかる窃盗罪が発覚することはおよそないだろうということになるだけです。

この点、横領罪の既遂時期については、もともと行為者が占有していた財物について、領得意思を実現する行為がなされることによって既遂になるのであり、「占有の移転」といった客観的事実は構成要件上想定されていません。そして、第三者から預かっていた財物を横領するという一連の経過の中で、領得意思を実現する行為というのは段階的にいくつも存在するのですが、犯罪の成立につきより堅実な判断をしようという観点から、「横領する気はなかったと言い訳することができなくなったと認められる行為に至った段階」をもって既遂時期とするのが相当だということになるのです。

このように、「占有非移転型」の犯罪である横領罪での既遂時期については、幅広い認定が可能であるのに対し、窃盗罪等の「占有移転型」の財産犯における既遂時期は、あくまでも「占有の移転」という客観的事実によって認定されるという点に注意してください。ただ、占有が移転したかどうかについても、評価という要素を含みますから、ある程度の幅があり、人によって認定に違いが生じ得るところではあります。

また、窃盗罪における不法領得の意思は、「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」ですが、窃取した客体が現金という場合には、自己の用途に費消する目的であるというのが普通であり、本問でも遊興費に充てようとしていたのですから、不法領得の意思は問題なく肯定されます。

以上により、Y店長を被害者とする現金100万円の窃盗罪が成立すると考えられます。

## 2 横領罪構成

上記窃盗罪構成は、アタッシュケースの中身である現金100万円の占有はY店長に残るという認定を前提としていました。この点、当該現金の占有は、アタッシュケースとともにXに移ったと認定し、その現金を横領したと構成することはできないのでしょうか。

そこで検討すると、横領罪の成立要件としての「占有」は、「濫用のおそれのある支配力を及ぼしていること」を意味しています。したがって、本問のXが、Y店長から売上金が入ったアタッシュケースを預けられたことによって、アタッシュケースの中身である売上金2500万円に「濫用のおそれのある支配力」を及ぼす状態になっていたと認められるかということが問題となります。

そうしたところ、当該アタッシュケースは施錠されており、自由に開けて中身を取り出すことはできない状態でした。アタッシュケースを開けるには、鍵を使って解錠するか、アタッシュケースを破壊するしか方法がなかったのですが、アタッシュケースを破壊したのでは、一見して不正に中の現金を取得したことが発覚してしまいますから、Xとしてはそのような方法を採用わけにはいきません。他方、鍵を使って解錠するという方法については、Xは複製した鍵を準備していたのですから、容易に実現することができる状態にありました。しかし、Xは、Y店長から鍵まで預かったわけではなく、だからこそY店長に断ることなしに鍵を持ち出して不正に複製していたわけですから、このように考えると、Xは、アタッシュケースの中身である現金につき、自分のものにしてしまおうと思えば容易にそれを実現できるという状態にあったわけではなかったというべきです。したがって、Xは、当該現金に対して、濫用の危険のある支配力を及ぼしていたとは認められないのであって、横領罪の成立要件としての占有は否定されるというべきでしょう。このようにして、横領罪構成は相当でないと考えられます。

更に付言すると、仮に、アタッシュケースの中身である現金100万円の占有も、アタッシュケースとともにXに移転したことを肯定するのであれば、その移転に当たっては、XはY店長を欺くという手段を用いているわけですから、その行為をとら

えて詐欺罪の成立を認める方が、横領罪構成よりも実態に即しているものと考えられます。そこで、次に、詐欺罪構成について検討してみることにとしましょう。

### 3 詐欺罪構成

詐欺罪が成立するためには、欺く行為、錯誤、財産的処分行為、財物の移転の各事実が順次因果的連鎖の関係にあり、その全体が故意に包摂されていることが必要です。

そこで本問について各構成要件要素の充足性を検討すると、Xは、現金の一部を不正に取得する意図であるにもかかわらずそれを隠し、全額を本社営業部に届けるかのように偽って、売上金の入ったアタッシュケースの引き渡しを求めており、Y店長も、アタッシュケースの内容物である現金はそのまま本社営業部に届けられるものとの錯誤に陥り、その結果、売上金の入ったアタッシュケースをXに預けるという処分行為がなされ、そのようなアタッシュケースの占有がXに移転していると認められます。したがって、欺く行為、錯誤、財産的処分行為、財物の移転の各事実が順次因果的連鎖の関係にあり、その全体が故意に包摂されているという要件を充足しています。

そうすると、アタッシュケースとともに、その内容物である現金の占有もXに移転したと認めるなら、Xには、Y店長を被害者とした現金2500万円の詐欺罪が成立することになります。実際にXが取得した現金は100万円にとどまるのですが、2400万円を本店に届けたのは、100万円を不正に取得したことについての隠蔽工作と評価されるのであり、一旦は2500万円全額を詐取したという事実が否定されることにはなりません。

しかし、この構成によると、不正に複製した鍵を使用して中身の現金を取得したという重要な行為につき、刑法的な評価が加えられないということになり、その点で相当性を欠くのではないかという疑問がありますし、被害金額が上記のように2500万円になるという点についても、実態と乖離するとの問題が残ります。

そして、1の窃盗罪構成において述べたように、アタッシュケースの内容物である現金についてはY店長に占有が残っているとの認定を前提とした場合には、詐欺の目的たる財物を現金ととらえる限り、Y店長がXにアタッシュケースを引き渡したという事実があっても、財物（現金）の占有移転という財産的処分行為はなされていないことになります。そして、現金についての財産的処分行為が否定されるのは、それがアタッシュケースの内容物だからなのであり、そのような事情はXがY店長にアタッシュケースを引き渡すよう要求した時点から存在します。そうすると、Xの欺く行為は、もともと現金についての処分行為に向けられたものではないということになります。したがって、現金を詐取するという犯罪事実に関しては、そもそも詐欺罪の実行の着手さえないことになり、詐欺未遂罪も成立しません。

また、アタッシュケースの内容物である現金についてはY店長に占有が残っていると認定しつつ、「売上金が在中している施錠された状態のアタッシュケース」を財物ととらえるということによっても、詐欺罪の成立は認められるでしょう。しかし、Xの目的は内容物の現金であり、実際にその現金を取得しているわけですから、現金を

取得したという事実をもって犯罪を構成すべきです。そのため、現金そのものではなく、「売上金が在中している施錠された状態のアタッシュケース」について詐欺罪の成立を認めるとするのは、実態に即した構成とはいえないものと考えられます。

なお、1の窃盗罪構成を採った場合、Y店長を欺いて「売上金が在中している施錠された状態のアタッシュケース」の占有を取得した行為は、現金100万円を窃取する前段階の準備段階に過ぎず、それ自体を詐欺罪として刑法的に評価する必要はないということになると思います。

## 第2 複製を作るために、アタッシュケースの鍵を持ち出した行為について

窃盗罪の成否を検討することになり、Y店長の机の引き出しから鍵を取り出した時点で、意思に反した占有移転は肯定されるでしょうが、当初から複製後直ちに返還する意図だったと認められることから、いわゆる使用窃盗として不法領得の意思が肯定されるかが問題となります。

この点については、当該鍵の複製を作るということは、本来の権利者にしか許されないことであり、たとえ短時間のうちにY店長の机の引き出しに戻すつもりであったとしても、Y店長に無断でXが複製したことは権利者を排除したと評価できるでしょう。また、鍵を複製すれば、本来の鍵の管理者でなくても対象物を開披できることになり、鍵の効用を取得するものと評価できますから、鍵を複製する行為はその経済的用法に従った利用といえます。このようなことから、不法領得の意思は肯定されることになると考えられます。

なお、鍵の財物性ということも問題とする余地がありますが、「アタッシュケースを開披して現金の占有を取得できる道具であり、少なくとも不正利用されないという消極的意味での財物性が肯定される」といった論述で足りるでしょう。

以上により、鍵についてY店長からの窃盗罪が成立します。

## 第3 罪数関係

以上のようにして、窃盗罪構成の場合、Xには、Y店長を被害者とする現金100万円の窃盗罪及び鍵の窃盗罪がそれぞれ成立し、併合罪（刑法45条）になるものと考えられます。あるいは、両者は目的・手段の関係にあることから、牽連犯（刑法54条1項）の関係に立つと考えることもできるでしょう。

詐欺罪構成の場合には、鍵の窃盗罪と2500万円の詐欺罪が成立し、両者は併合罪になります。

以上