

只木ゼミ 第7問検察レジュメ(後期)

文責：4班

．事実の概要

A県B村の村長たる甲は、B村財産を村長として業務上保管していたが、C株式会社の社長である親友の乙より、C株式会社のためにB村財産を貸与して欲しい旨懇請された。

甲は乙の申し出を承諾し、B村の財産から村会の決議を経ず、C社に費消させるためC社の社長乙に2度にわたって交付した。¹

．問題の所在

甲は村長としてB村の財産に対し管理義務を負っていたが、その財産を友人であるC株式会社の乙社長へと不当に交付した。当該行為は、信任に違背して財産上の損害を生じさせ、委託信任関係を破壊する行為といえる。この場合、甲および乙には背任罪(247条)と横領罪(252条)のいずれが成立するのか。

背任罪の本質と関連し、両罪の区別基準が問題となる。

．学説の状況

1．背任罪の本質(背任行為の意義)

P説：背任罪の本質は、本人との間の信頼関係に違背して本人に財産的損害を加える点にあるとする説(背信説)²

Q説：背任罪の本質は、第三者に対し法的な代理権を濫用して本人に財産的損害を加える点にあるとする説(権限濫用説)

R説：背任罪の本質は、行為者が事務処理上有している権限を濫用して行われる背信的権限濫用により本人に財産的損害を加える点にあるとする説(背信的権限濫用説)³

2．背任罪と横領罪の区別基準

A説：行為様態によって区別し、委託物に対する権限を逸脱した処分行為(権限逸脱行為)が横領罪であり、一般的・抽象的権限の範囲内での権限を濫用する行為(権限濫用行為)が背任であるとする説(権限区別説)⁴

B説：客体によって区別し、自己の占有する他人の財物に対する場合が横領罪、財物以外の財産上の利益に対する場合が背任であるとする説(客体区別説)

C説：行為様態によって区別し、領得行為とみられる場合が横領であり、その他の背信的行為が背任であるとする説(領得行為区別説)⁵

D説：横領罪は特定物または特定の利益を侵害する事実行為であるのに対し、背任罪は法定代理権の濫用という法律行為であるとする説(法律行為・事実行為区別説)

3．領得意思の内容として第三者に領得させる意思まで含むか

X説：不法領得の意思は、目的物を専ら自己のために領得する意思に限るとする説

Y説：不法領得の意思は、占有者自らが利得する意思だけでなく、行為者と特殊の関係を有する第

¹ 本件類似の判例として、大判昭和9年7月19日〔百選 62事件〕がある。

² 団藤重光『刑法綱要各論』〔第3版〕(1985年)創文社 648頁、西田典之『刑法各論』〔第4版〕(2007年)弘文堂 231頁

³ 前田雅英『刑法各論講義』〔第4版〕(2007年)東京大学出版会 321頁

⁴ 大谷實『刑法講義各論』〔新版第2版〕(2007年)成文堂 321～322頁

⁵ 中森喜彦『刑法各論』〔第2版〕(2007年)東京大学出版会 175頁

西田典之『刑法各論』〔第4版〕(2007年)弘文堂 242頁

三者に利得させる意思（第三者横領）であってもよいとする説⁶

・判例

最判昭和33年10月10日刑集12巻14号3246頁（背任罪と横領罪の区別基準について）

【 事実の概要 】

信用組合の支店長らが預金成績の向上を装うべく、支店長が業務上保管する金員から預金謝礼金を支出交付し、更に世紀に貸付を受ける資格のない者に正規より高い利息で貸し付けた。

【 判旨 】

組合の計算においてなされた行為ではなく、被告人らの計算でなされた行為であるから、業務上横領罪を構成する。

・学説の検討

1. 背任罪の本質

(1) この点、背任罪は主に権利を侵害する罪であるとして、その本質は第三者に対する法的代理権の濫用による財産侵害であるとする見解がある（Q説：権限濫用説）。

しかしながら、権利を保護する規定は2項窃盗等、利得罪の規定がすでにある。また、対外行為に留まらず可罰性のある行為は多く、同様に任務違背行為が事実行為であっても本人に重大な財産上の損害を加えることはあり、その当罰性は異ならない以上、このように区別することには合理性がなく、妥当ではない。

(2) そこで、背任罪の本質も横領罪と同様、背任罪の本質は本人との間の信頼関係に違背して本人に財産的損害を加える点にあり、一般に信頼関係に反した行為をした者に本罪が当たると解するP説（背信説）が妥当とも思える。

しかし、P説では可罰範囲がかなり抽象的で不明確であり、また、信頼関係違背を重視しすぎれば、本罪は財産犯というより誠実義務違反自体を処罰する規定となりかねない。

(3) したがって、本罪の本質は背信行為としつつ、成立範囲を本人との関係で財産上の権限が認められる場合に限定し、その権限を濫用して本人に財産上の損害を加える背任行為を罰すべきとするR説（背信的権限濫用説）が妥当である。

2. 背任罪と横領罪の区別基準

(1) まず、横領罪は特定物または特定の利益を侵害する事実行為であるのに対して、背任罪は法定代理権の濫用という法律行為であるとするE説（法律行為・事実行為区別説）がある。

しかし、当説はQ説（権限濫用説）と“背任と横領の両罪は択一的関係にある”という考えを前提としており、権限を濫用して事実行為を行った場合に処罰ができない点で、D説（法律行為・事実行為区別説）は妥当でない。

(2) そもそも、上記R説（背信的権限濫用説）より背任罪は権限内の信頼違背行為一般に広く認められると解する以上、両罪の適用範囲は重なり合うため、両罪を択一的関係にあるとみる見解は妥当でない。背任とは信頼関係に基づく財産管理上の事務一般に関する任務違背であり、一方で、横領とは信頼関係に基づく物の占有という特定の事務に関する任務違背である。

とすれば、各罪の適用範囲は背任の方が広く、一部横領と適用範囲が重なり合うため（背任>横領）、両罪は一般法・特別法の関係になると解するのが妥当である。

そこで、両罪は一般法・特別法の関係になることを前提に、客体によって区別し、自己の占有する他人の財物に対する場合が横領罪、その他財物以外の財産上の利益に対する場合が背任であるとするB説（客体区別説）がある。

⁶ 大谷實『刑法講義各論』（新版第2版）（2007年）成文堂 298～299頁

しかし、金銭がどのような場合に財物となり、また財産上の利益となるのか基準が明らかでなく、その上両者に1項犯罪と2項犯罪のような質的共通性は認められず、両罪の法定刑が異なる点も説明しがたい。また、事実上横領・背任罪の客体の中心は金銭であり、これを財物と解すれば背任罪の成立範囲が著しく狭まる点からも、B説(客体区別説)は妥当でない。

- (3) 加えて、横領罪と背任罪は委託信任関係に背くという点で共通であるにもかかわらず、横領罪の方が背任罪に比べて法定刑が重いのは、その客体ではなく行為態様に違いがあるからである。

そこで、行為態様によって区別し、領得行為とみられる場合が横領であり、その他の背信的行為が背任であるとするC説(領得行為区別説)がある。これは、横領罪の罪質を基本的に財産犯の中の領得罪であると解し、横領罪の意義は不法領得の意思の発現行為であるとする説を根拠にしている。

しかし、委託の趣旨の範囲内の行為であれば横領行為にあたらぬことは当然であり、また、不法領得の意思を発現する行為の限界は必ずしも明らかでなく、横領行為の限界を確定する必要がある事からも、C説(領得行為区別説)は妥当ではない。

- (4) 思うに、横領罪も財産罪の一つであり、財産罪の究極の目的は本権保護であるため、前述のように横領の意義は不法領得の意思を実現する行為であるといえる。そして、不法領得の意思とは“権利者を排除し他人のものを自己の所有物と同様に(支配意思)その経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思(用益意思)”⁷である以上、権利者として振舞ったか否かで区別が可能である。

よって、権利者として振舞ったといえる場合、すなわち委託物に対する権限を逸脱した場合が横領罪であり、権利者として振舞ったといえない場合、すなわち一般的・抽象的権限の範囲内の権限を濫用する行為が背任であるとするのが妥当である。また、背任罪の本質をR説(背信的権限濫用説)として、その成立範囲を権限の範囲内の背信行為と定めている点から考えても、権限の逸脱・濫用による区別方法には整合性がある。

以上の観点から、A説(権限区別説)が妥当である。⁸

3. 領得意思の内容として第三者に領得させる意思まで含むか

- (1) この点、不法領得の意思は目的物を専ら自己のために領得する意思に限るとするX説がある。

しかし、横領罪につき特にその内容を限定する理由はなく、占有者みずからが利得する意思であることを必ずしも要するものではない。

- (2) よって、行為者と特殊の関係を有する第三者に利得させる意思であっても、横領罪は成立すると解するY説が妥当である。また、横領罪は領得罪であるから、行為者と全く無関係な第三者に領得させる行為は、背任罪か毀棄罪になる。

⁷ 領得罪を成立させるために必要とされる主観的要件である“不法領得の意思”の内容についての判例・通説。権利者を排除し他人のものを自己の所有物と同様に(支配意思)その経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思(用益意思)をいひ、自己が利得し或いは経済的利益を保持する意思までは必要としない。(大審院判決大正4年5月21日)

⁸ 判例(最判昭和33年10月10日)は行為者の名義または計算で行われた場合が横領罪となり、本人の名義かつ計算で行われた場合が背任罪となる名義・計算区別説を採っている。また、自己の名義でなく本人名義であっても、自己の計算で行えばやはり横領罪と解しており、背任罪が成立するのは本人名義で本人の計算の場合のみである。しかし、この場合における自己の計算とは自己が所有者として振舞うことに他ならず、それは不法に領得するという点であるから、権限を逸脱する場合に他ならない。したがって、この判例の基準は上記A説(権限区別説)の見解による区別と実質的には同一と解される

にもかかわらず、利益者は自己か第三者か、名義は自己か本人か、計算は自己か本人か等、権利の濫用・逸脱で区別できることを3段階も通して個別・実質的に認定するのは極めて迅速であり、客観的判断を主とする構成要件上の判断にも反する。従って、手続面に問題がある以上、名義・計算区別説も妥当でなく、基準・結論は実質的に同一としつつ、手続き上も問題のないA説(権限区別説)によるべきである。

・本問の検討

1. 本問において、甲はB村の村長として村の財産に対する管理義務を負っていたが、村会の了解を得るなどの正式な手続きを経ずに、2度に渡って当該財産の一部を友人であるC社社長乙へと交付している。

当該行為は村民の信任に違背してB村の財産に損害を生じ、村民と甲の委託信任関係を破壊する行為に他ならない。よって、当該行為につき背任罪（247条）と横領罪（252条）のいずれが成立するのか、A説（権限区別説）に基づいて検討する。

2. まず、甲は村長として村の財産の管理を担っていた以上、当該財産について財産上の権限を有していたといえる。しかし、村議会等の承認なく村の財産を処分することは通常できないと考えられ、甲の権限の範囲は財産の管理及び村全体の利益となることへの財産行使に限られる。

以上の経緯を踏まえると、甲が友人乙のために村の財産を無断で交付した行為は、甲の権限から逸脱した処分行為であるといえる。さらに、当該行為は甲自身の利益のためでなく友人であるC社社長の乙のためになされたものではあるが、横領罪につき特にその内容を自己のための領得に限定する理由はない。よって、権限逸脱があることから、横領罪の成否を検討すべきである。

3. この点について、横領罪が成立するといえるためには、自己が占有する他人の物であり、両当事者間には委託信任関係が存し、処分行為が必要である。

さらに、業務上横領罪が成立するといえるためには、これに加え 社会生活上反復・継続してなされる事務の一環としてなされることが必要である。

これを本問についてみるに、甲が占有していた財産はB村のものであり、「自己が占有する他人の物」といえる。B村と甲の間には、村の財産管理その他について委託信任関係が存在する。

上記のとおり、甲は村長としての権限を越えてB村財産の処分行為を行っており、不法領得の意思が認められる。よって、甲には「横領」がある。

さらに、甲の本件交付行為は村の財産管理という社会生活上の村長という地位に基づいて反復・継続してなされる事務の一環としてなされた点で、「業務」といえる。

4. 以上により、村長である甲は業務上自己の占有する他人のものを横領しているため、業務上横領罪（253条）の罪責を負う。

・結論

甲は業務上横領罪（253条）の罪責を負う。

以上