

・反対尋問

検察側は横領罪における「不法領得の意思」をいかに考えるか。

・1 (4)、「実質的に判断して委託の趣旨から絶対に許されない行為」とあるが、具体的にはどのようなものか。

・3 (6) 注12、「不法領得の意思を否定させるすべての事情が行為の時点で客観化されているとはいえない」及び「不法領得の意思の完全な実現行為でなくても横領罪の成立を認めるとする」とはどういうことか。また具体的にはどのような場合か。

・学説の検討

1. 横領罪と背任罪の区別基準について

(1) 検察側は、処分行為が一般的・抽象的権限を超えない場合(権限濫用)は背任罪、それを超える場合(権限逸脱)は横領罪として区別する見解(-1説)を採用している。

しかし、この説に立つと、客体が財物である場合において、権限を超えて許されない行為(越権行為)をすれば、たとえ本人のために行われた場合であっても直ちに横領となり、財物に対する侵害の程度と対応しないため、妥当でない<sup>1</sup>。

(2) この点、弁護側は検察側と同様、背任罪と比較して横領罪の法定刑が重く規定されていることの趣旨を、その行為様態に着目した上で法定刑に差を設けている点にあると解し、背任罪と横領罪の区別を行為様態によってする(説)。

その上で、二つの犯罪が法条競合として成立したときには刑の重い方の罪で処断するという罪数論上の原則より、両罪の区別は、刑の重い方の横領罪の行為様態、すなわち「横領」行為の有無によると解する。

(3) そして、弁護側は、「横領」行為を不法領得の意思の実現たる一切の領得行為<sup>2</sup>とする甲説に立つため、物の領得行為が認められる場合には横領罪、それ以外の背信行為は背任罪とする -2説を採用する。

2. 用途を定めて寄託された金銭の「他人」性について

検察側と同様、委託の趣旨が一時流用を許すものでない限りは、横領罪の成立を検討する見解(X説)を採用する。

3. 横領罪における「横領」行為概念について

検察側と同様、不法領得の意思の発現たる一切の領得行為を横領行為とする説(甲説)を採用する。

・本問の検討

1. B森林組合の保有する政府貸付金を無断でC信用金庫に預け入れたXに何罪が成立するか。業務上横領(253条)と背任罪(247条)の双方の成立が考えられるため、横領罪と背任罪の区別基準が問題となる。この点、弁護側は、横領罪と背任罪の区別基準については、-2説を採用する。そのためまず業務上横領罪につき検討する。

2. Xの当該行為にはB森林組合に対する業務上横領罪が成立するか。業務上横領罪が成立するためには、「業務上」「自己の占有する」「他人の物」を「横領」することが必要である。

(1) まず、XはB森林組合の融資担当の常務理事という社会生活上の地位に基づいて、常日頃から反復・継続してB森林組合の組合資金の管理と他団体への融資という事務を行っていたといえ、「業務上」といえる。

(2) 次に「自己の占有」とは物に対する事実上の支配だけでなく、法律上の支配をも含むものと解する。

本問では、政府貸付金の管理が具体的にどのようになされているのか、問題文中からは判然としないが、XはB森林組合の融資担当の常務理事であるため、常日頃より組合資金の管理と他団体への融資を行っているものであり、委任(民法643条以下)・雇用(民法623条以下)などの契約に基づいた委託信任関係が存在し、法律的支配があったといえるから、「自己の占有する」物にあたる。

(3) さらに、弁護側もX説を採り、当該政府資金は、組合改組までは一切手をつけず旨の決議がなされていたため、Xに一時流用を許す趣旨で委託されていたものとはいえないため、B森林組合の所有に属するものであるといえ、「他人の物」にあたる。

(4) そして、Xは当該政府資金を「横領」したといえるか。「横領」行為を、いかに考えるかが問題となる。

この点、弁護側も、不法領得の意思の実現行為(領得行為説・甲説)に基づいて、以下検討する。

まず、領得行為説の立場からすると、横領行為は不法領得の意思を実現する一切の行為と説明される。そもそも、不法領得の意思を実現する一切の行為を横領行為とする以上、横領罪においては主観面と客観面が対応しており、不法領得の意思は故意に含まれるため特別に主観的超過要素とすべきではなく、客観的に「横領」行為の検討の要素となる<sup>3</sup>。そのため、検察側の検討<sup>4</sup>は不当である。

<sup>1</sup> 西田典之『刑法各論〔第4版〕』弘文堂[2007]242頁、曾根威彦『刑法各論〔第3版補正3版〕』弘文堂[2006]187頁

<sup>2</sup> 西田・前掲224頁、大判大正6年7月14日(刑録23輯886頁)

<sup>3</sup> 前田雅英『刑法各論講義〔第4版〕』東京大学出版会[2007]311頁、西田・前掲222頁

そして、横領罪の不法領得の意思とは、「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」<sup>5</sup>をいうが、検察側の主張するように権限逸脱があれば直ちに不法領得の意思が認められるわけではない<sup>6</sup>。

思うに、横領罪は単なる背信罪ではなく、背信的領得罪であり利欲犯としての性格を有すると解すべきである。とすれば、越権的な占有物の処分であっても、それが委託者本人のためにする意思である場合、横領罪は成立せず<sup>7</sup>、専ら自己の利益を図ることが目的であれば横領罪が成立することとなる。

判例においても、寺院の住職が檀家総代の同意及び主務官庁の認可を得ずに自己の保管する寺院の什器を買い戻し特約付きで売却した場合でも、それが寺院建設費に充てる目的であった場合<sup>8</sup>、またいわゆる納金スト、争議行為の手段として、会社のために集金した金銭を納金せず保管のために労働組合員の個人名義で銀行に預金した場合<sup>9</sup>などは不法領得の意思を欠くとされている。

本問では、確かに X は金利を自己のものにするために C 信用金庫に 3000 万円預金しているが、しかし一方で、本人のためにしたことともいえる。なぜなら、法人の資金の管理方法として銀行や信用金庫に預け入れることは、社会生活上一般に行われることであり、投機的な運用に任せる場合と異なり、預け入れることにより現金で保管した際に生ずる盗難や天災による消失というリスクを回避することができるからである。

したがって、X は B 森林組合のために C 信用金庫に政府貸付金を預け入れているので、X の行為は 「横領」 行為とはいえない。

(5) よって、客観的構成要件を満たさず、業務上横領罪(253 条)は成立しない。

3. では背任罪(247 条)は成立するか。背任罪が成立するためには客観的構成要件要素として 「他人のためにその事務を処理するもの」 が 「任務に背く行為」 をして 「本人に財産上の損害を加えた」 ことが、主観的超過要素として 「自己若しくは他人の利益を図り」 又は 「本人に損害を加える」 「目的」 が必要である。

(1) まず、X は C 森林組合の融資担当の常務理事であり、他人の財産上の利害に関する仕事につき裁量権を有しているため、 「他人のためにその事務を処理するもの」といえる。

(2) 「任務」とは、その事務の処理者として当該具体的事情のもとで当然になすべきものと法的に期待される行為をいい、「背く」とは信任関係に違背することをいう。信任関係に違背したかどうかは、社会通念に照らして、通常の事務処理の範囲を逸脱していたかどうかによって決する<sup>10</sup>。

本問では、政府貸付金につき組合改組までは一切手をつけない旨の決議があったため、X は社会通念上 B 森林組合との信任関係に違背したと認められる。したがって、 「任務に背く行為を」 しているといえる。

(3) 本問では、C 信用金庫の破綻によって B 森林組合に 2000 万円の損害が発生しており 「本人に財産上の損害を加えた」といえる。したがって、背任罪の客観的構成要件を満たす。

(4) また、X は当該行為に出ることについて認識・認容があるといえるから、主観的構成要件要素としての本罪の故意(38 条 1 項本文)が認められる。

(5) では、主観的超過要素は認められるか。「自己若しくは他人の利益を図り」とは、本人の利益を図る目的と自己の利益を図る目的が併存した場合にどのように解するかが問題となる。

思うに、図利・加害目的の機能は財産上の損害を認識しながらあえて任務違背に及ぶ行為のうち、「本人の利益を意図した場合は処罰の対象としない<sup>11</sup>」という点にあると考えるべきである。

すなわち、動機が「本人のため」であったと認定されれば図利・加害目的は否定される<sup>12</sup>。

本問では、先に認定したように X は本人のために C 信用金庫への預け入れを行っているため、 「自己若しくは他人の利益を図り」 又は 「本人に損害を加える」 「目的」 とはいえない。したがって、主観的構成要件を満たさない。

(6) よって、X に背任罪は成立しない。

## ・結論

以上より X は、刑法上何ら罪責を負わない。

以上

<sup>4</sup> 検察レジюме 注 12 参照

<sup>5</sup> 最判昭和 24 年 3 月 8 日(刑集 3 卷 3 号 276 頁)

<sup>6</sup> 平野龍一「横領と背任」『現代の刑事法 平場安治博士還暦祝賀(上)』有斐閣[1977]398 頁、なお最判昭和 34 年 2 月 13 日河村大助裁判官少数意見同旨

<sup>7</sup> 西田・前掲 221 頁

<sup>8</sup> 大判大正 15 年 4 月 20 日(刑集 5 卷 136 頁)

<sup>9</sup> 最判昭和 33 年 9 月 19 日(刑集 12 卷 13 号 3074 頁)

<sup>10</sup> 大谷實『刑法講義各論(新版第 2 版)』成文堂[2007]314 頁以下

<sup>11</sup> 香城敏彦「背任罪」『刑法の基本判例』158 頁

<sup>12</sup> 前田・前掲 329 頁、最決平成 10 年 11 月 25 日(刑集 52 卷 8 号 570 頁)