

・事実の概要<sup>1</sup>

XはB森林組合の融資担当の常務理事であった。Xは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たが、その中に農林漁業資金融通法により造林資金以外の用途には使用できない政府貸付金(3000万円)が含まれていた。そして、当該資金については平成19年1月、組合役員会において、どのように活用するかについての話し合いが執り行われ、平成20年3月に行われる組合改組までは一切手をつけず旨の決議があった。

平成19年3月、XはYからYが経営するC信用金庫に、今すぐ預金すれば1年後には金利が10%つくから、預金してみないかと持ちかけられた。Xは、どうせ1年間利用しない資金であるから、これを預金し金利を自己の物にしようと考え、政府貸付金(3000万円)を全額C信用金庫に預金した。しかしながら、C信用金庫は平成20年1月に経営破綻を起こしたうえ、ペイオフにかかったことで、B森林組合は3000万円のうち1000万円の返金しか受けることが出来なかった。

・問題の所在

1.(1) 本問において、B森林組合の融資担当の常務理事であったXは、自己が管理を委託された農林漁業資金融通法によって造林資金以外の用途には使用できない政府貸付金3000万円を、回収が可能であるかが不明確であるにも拘らず、Yの口車に乗せられて、預金することによって得た金利を自己の物にする意図で、C信用金庫に3000万円全額を預金し、その後C信用金庫が経営破綻を起こしたことによって、3000万円の一部である1000万円の返金しか受けることができなくなっている。

(2) そもそも、横領罪(252条)は他人の物を占有する者が特定の委託信任関係に違背して不法に財物を領得した場合に成立する犯罪であり、他方で、背任罪(247条)は他人の事務処理に関する者が信任関係に違背して財産上の損害を与えた場合に成立する犯罪である。つまり、横領罪は物の占有者を、背任罪は事務処理者を主体とする犯罪のため、両罪の構成要件は明確に異なり、その区別を論じる余地が無い様にも一見思える。

しかし、主体が(業務上)占有者であると同時に他人の事務処理者であり、かつ客体が財物である場合には、横領罪と背任罪の双方の構成要件を充たすように見え、いずれの犯罪が成立するのかが明確でない<sup>2</sup>。

本問は、まさに業務上横領(253条)と背任罪(247条)の双方の成立が考えられるため、如何なる場合に横領罪が成立し、また如何なる場合に背任罪となるのか、『横領罪と背任罪の区別基準』が問題となる。

2. 次に、Xは農林漁業資金融通法により造林資金以外の用途には使用できない政府貸付金(3000万円)を占有しているといえるが、金銭については、民法上所有と占有は常に一致し、受託者に所有権が移るとされている。そこで、委託物が金銭であった場合には横領罪は成立しないのか、それとも、民法上は所有権はないが、刑法上はなお占有を認めて横領罪の成立を認めうるのかが問題となる。

3. また、横領罪は明確に財物について成立する犯罪(個別財産に対する罪)であるところ、背任罪は財物に限られず、財産上の利益についても成立しうる犯罪(全体財産に対する罪)である。そこで、横領行為が物

<sup>1</sup> 本件類似事案として、最判昭和34年2月13日(刑集13巻2号101頁)がある。

<sup>2</sup> 両罪が競合する場合には、通常、より重い横領罪(252条)が成立することになる。そこで、刑法上は横領罪の成否がまず検討されることになる。

この点、刑法上の背任罪と横領罪に関しては、両規定とも上限は5年以下の懲役で同じであるが、下限については背任罪の場合には罰金刑(50万円以下)の可能性もあるため、**横領罪の法定刑の方が重い**ということになる。

また、特別背任罪(会社法960条)の法定刑は、10年以下の懲役もしくは1000万円以下の罰金となっており、しかもその併科が認められる。これに対して、業務上横領罪(253条)は10年以下の懲役である。したがって、確かに下限は業務上横領罪の方が重い、上限は併科も想定されうる特別背任罪の方が重いことになる。内田幸隆「背任罪と横領罪との関係」早稲田法学会誌52巻49頁、只木誠『法科大学院テキスト 刑法各論』[2008]246頁

もっとも、刑の軽重の比較において併科刑は考量するべきではなく、やはり**業務上横領罪の法定刑の方が重い**と解するべきである。山口『刑法各論〔補訂版〕』[2005]326頁

に関する領得行為という明確な境界を有する以上、両者が重なり合う範囲ではより広い背任罪の一部が横領罪であると考えられることができるため、横領罪か背任罪かの判断については横領罪の成否が中心問題となる。

従って、上記論点と関連して、『横領罪における「横領」行為概念』を如何に考えるかが問題となる。

## ・学説の状況

### 1. 横領罪と背任罪の区別基準について

説：背任罪につき権限濫用説を採った上で説明する説<sup>3</sup>

背任罪は権限濫用の**法律行為**、他方、横領罪は**事実行為**として区別する見解。

なお、背任罪と横領罪は法条競合のうち択一関係となる。

説：客体により区別する説<sup>4</sup>(横領罪につき領得行為説、背任罪につき背信説を採った上で説明する説)

背任罪は**財産上の利益**を客体とする全体財産に対する罪であり、他方、横領罪は**財物**を客体とする個別財産に対する罪として区別する見解。

なお、背任罪と横領罪は特別関係となる。

説：行為態様により区別する説(基本的に背任罪につき背信説を採った上で説明する説)

-1 説：背任罪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**)であり、他方、横領罪はそれを超える場合(**権限逸脱**)として区別する見解<sup>5</sup>。

但し、外形上一般的・抽象的権限内でも委任の趣旨から絶対許されない行為は横領罪と解する。

なお、背任罪と横領罪は特別関係となる。

-2 説：背任罪は**物の領得以外の背信的行為**であり、他方、横領罪は**物の領得行為**として区別する見解<sup>6</sup>。

なお、背任罪と横領罪は択一関係となる。

### 2. 用途を定めて寄託された金銭の「他人」性について

X 説：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(肯定説)

Y 説：横領罪成立の余地が無く、**背任罪**の成立がのみが考えら得るとする見解(否定説)

### 3. 横領罪における「横領」行為概念について

甲説：**不法領得の意思の発現行為**を横領行為とする説(領得行為説<sup>7</sup>)

乙説：**委託に基づく信頼関係を破り、その権限を超える行為**を横領行為とする説(越権行為説<sup>8</sup>)

## ・判例

### 横領罪と背任罪の区別基準について 大判昭和8年3月16日

#### 事実の概要

被告人甲は A 村村長並び同村役場内に事務所を設置する A 村耕地整理組合長に就任しその在任中によって被告人が専務取締役たる B 株式会社に於いて営業資金欠乏し経営困難の悲境に陥ったのでここに右 A 村耕地整理組合の組合資金及び A 村の村有公金を同会社のために流用しようと企て横領した。

#### 判旨

「業務上横領トハ業務上自己ノ占有セル他人ノ所有物ヲ不正ニ自己ニ領得スルノ謂ニシテ...自己ノ物トシテ占有スル意思ニ改定シテ之ヲ実現スルコトヲ要件トスル...。」

<sup>3</sup> 滝川幸辰『刑法各論』世界思想社[1951] 173 頁

<sup>4</sup> 岡野光雄『刑法要説各論〔第5版〕』成文堂[2009] 196 頁、小野清一郎『新訂刑法各論』[1948] 274 頁、木村亀二『刑法各論』[1957] 150 頁

<sup>5</sup> 大塚仁『刑法概説各論〔第3版増補版〕』[2005] 320 頁、前田雅英『刑法各論講義〔第4版〕』東京大学出版会[2007] 338 頁

<sup>6</sup> 平野龍一『刑法概説』[1977] 231 頁、曾根威彦『刑法各論〔第3版補正3版〕』[2006] 187 頁、中森喜彦『刑法各論〔第2版〕』[1996] 175 頁、松宮孝明『刑法各論講義〔補訂版〕』[2006] 281 頁、西田典之『刑法各論〔第4版〕』弘文堂[2007] 241～242 頁、山口・前掲 327 頁、内田・前掲 80 頁

<sup>7</sup> 前田・前掲 262～265 頁

<sup>8</sup> 内田文昭『刑法各論〔第3版〕』青林書院[1996] 364 頁

## ・学説の検討

### 1. 横領罪と背任罪の区別基準について

- (1) まず、背任罪は権限濫用の法律行為、他方、横領罪は事実行為として区別する見解( 説)があるが、この説は背任罪の本質は法的代理権を濫用して財産を侵害する犯罪であるとする権限濫用説<sup>9</sup>から主張されるものである。

この点、説は以下の二つの観点から採用できない。

第一に、代理権濫用のみに限定する根拠はなく、事実行為について当罰性の強いものが少なくないという、この論点の前提となる背任罪の本質についての権限濫用説自体が採用できないという点である。第二に、二項犯罪の中には権利に対する罪とみられるものもあり、背任罪のみを権利に対する罪と解することはできないという点である。

- (2) 次に、背任罪は財産上の利益を客体とする全体財産に対する罪であり、他方、横領罪は財物を客体とする個別財産に対する罪として区別する見解( 説)がある。

この点、説は以下の三つの観点から採用できない。

第一に、横領罪・背任罪の客体の中心が金銭に対するものであり、金銭を財物と解すれば背任罪が成立することが考えられなくなり不合理だという点である。第二に、本人加害目的で、物について背任行為した場合において、この見解からでは横領罪も背任罪も成立しないことになるが、財物について背任罪の成立を認める場合があることは否定しがたいという点である。第三に、客体の違いが刑罰の差をもたらすというのは妥当ではないという点である。

- (3) 思うに、背任罪と横領罪が、委託信任関係を破るというところに本質があるという点で共通しているのにも拘らず、法定刑が背任罪と比較して横領罪を重く規定されている<sup>10</sup>ことの趣旨は、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するべきである。

よって、検察側は行為態様で区別する見解( 説)を採用する。

この点、背任罪は物の領得以外の背信的行為であり、他方、横領罪は物の領得行為として区別する見解( -2 説)があるが、横領罪の成立上、物を行為者のために取得するのと、第三者のために取得するのとで区別を設けるべきではないので採用できない。

- (4) 思うに、権限内で行為する場合には、たとえ濫用であっても本人に一応効果は及ぶのであり、横領行為<sup>11</sup>ではないとし、権限の趣旨に背いて権限を濫用しているのだから背任罪にあたる。

よって、背任罪は権限濫用であり、横領罪は権限逸脱の行為として、行為態様で区別すべきである。具体的には、原則として、行為者が付与された一般的・抽象的権限の範囲内であるか否かを外形的に判断するが、ただ外形上一般的・抽象的権限内であると認められても、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は例外的に横領罪が成立するものと解する。なぜなら、それは実質的には権限逸脱行為にあたり、あたかも所有者としての処分行為ができ、不法領得の意思の発現と解することができるからである。

したがって、検察側は、背任罪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)であり、他方、横領罪はそれを超える場合(権限逸脱)として区別する見解( -1 説)を採用する。

### 2. 使途を定めて寄託された金銭の「他人」性について

この点について、否定説は、金銭の高度の流通性と代替性から、所有権は受託者に移るものとして、

<sup>9</sup> 滝川・前掲 173 頁。背任罪(247 条)について、本人によって与えられた代理権(法律上の処分権限)の濫用によって財産を侵害する点に本質があるとする見解である。

背任罪の罪質【論点 4】をめぐっては、権限濫用説(A 説)と背信説(B 説)が対立している。

この点、例えば、他人の事務を処理する者が、その任務に違背して本人に損害を加える場合において、その事務が法律行為でなく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があり、その当罰性は代理権の濫用における場合と異なることがないことから、背任行為を代理権の濫用に限定している A 説は妥当でない。

思うに、背任罪は横領罪と同種の信頼関係を前提に権利侵害をも処罰する横領罪の補充規定であるから、事実的信頼関係の破壊の場合にも成立しうるし、対内関係・事実行為でも成立しうると解するべきである。

よって、検察側は背任罪の本質を、本人との信任関係に違背して財産を侵害する点にあると解する B 説を採用している。

<sup>10</sup> 第 1 頁の脚注 2 を参照。

<sup>11</sup> ここでの横領行為は、本問第 3 論点で領得行為説からの帰結である「不法領得の意思の発現行為」を指す。

横領罪の成立の余地はなく、背任罪の成立が考えられ得るのみであるとしている。

しかしながら、否定説は以下の二つの観点から採用できない。

第一に、用途を定めて寄託された金銭が流通上の通貨として代替性を有し特定していなくても、金額が特定している限り、その金額を特定の財物として見ることが可能であるという点である。第二に、個人の財産権を保護するという横領罪の機能に照らせば、通常の動産と金銭とで異なった扱いをする合理的理由はなく、一律に背任罪の成立のみを問題とするのであっては、あまりに金銭の保護にかけるという点である。

思うに、民事法的には占有と所有権の所在が一致するとしても、刑事法上はなお独自の判断として、用途を定めて寄託された金銭である以上、流用してはならないという委託者の意思が保護されるべきなのであるから、委託された金銭の所有権は、委託者にあるものと解するべきである。

もっとも、必要な時期に他の金銭をもって確実に代替させることができる意思と能力がある場合には、委託金の一時流用は横領罪を構成するものではないと考える。例えば、確実に他の金銭を持って代替するつもりであった場合には、不法領得の意思が欠けるし、消費時に填補意思と資力がある場合には、可罰的違法性が欠けるから、横領罪は成立しない。

したがって、検察側は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(肯定説・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

まず、越権行為説(乙説)からは、横領行為とは委託に基づく信頼関係を破りその権限を越える行為と定義付けされる。この見解は横領罪において信義誠実違反の側面を重視するものであるが、横領罪における故意の主観的超過要素としての不法領得の意思不要説と結びつくとされる。その結果として以下の三つのような事案において妥当性を欠くことから採用できない。まず、物の一時使用の目的の場合、毀棄・隠匿目的の場合、本人のためにする越権行為の場合において、越権行為を行えば、横領罪が成立することになってしまい処罰範囲が広がってしまう。

よって、乙説は採用できない。

思うに、財産罪の究極の目的は、本権の保護にあるから、所有権の帰属を事実上変更させる意思である不法領得の意思が必要であるとするべきである。

また、領得行為説が不法領得の意思不要説と結びつく結果としての弊害である3つの事案においても、領得行為説からは不法領得の意思を欠くため横領罪は成立しないことになり妥当性が図れるものといえる。

したがって、検察側は、横領行為とは財産権の侵害を重視し、不法領得の意思の発現行為を横領行為とする領得行為説(甲説)を採用する。

#### ・本問の検討

1. 本問において、B森林組合の融資担当の常務理事であったXは、自己が管理を委託された農林漁業資金融通法によって造林資金以外の用途には使用できない政府貸付金3000万円を、回収が可能であるかが不明確であるにも拘わらず、Yの口車に乗せられて、預金することによって得た金利を自己の物にする意図で、C信用金庫に3000万円全額を預金し、その後C信用金庫が経営破綻を起こしたことによって、3000万円の一部である1000万円の返金しか受けることができなくなっているが、Xに何罪が成立するか。
2. まず、B森林組合から政府貸付資金3000万円の管理及び運用を委託された融通担当の事務処理者Xが不法にC信用金庫に預金しており、財物の占有という委託信任関係に違背して財物を領得していると思われるから、このようなXの行為につき、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、如何なる場合に横領罪が成立し、また如何なる場合に背任罪となるのか、『横領罪と背任罪の区別基準』が問題となる。
  - (1) この点、検察側は、横領罪と背任罪の区別基準については、行為態様による区別を基本とし背任罪は権限濫用であり横領罪は権限逸脱だとする説(-1説)に基づいて、以下本問について検討する。具体的には、行為者が付与された一般的・抽象的権限の範囲内であるか否かを外形的に判断する。

まず、XがB森林組合からいかなる権限を付与されていたか。

本問についてみるに、XはB森林組合の融資担当の常務理事であり、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たが、その権限は決議や法律に基づいた上で組合資金の管理と指定された他団体への融資を行うことに止まり、その付与されていた権限の範囲を超えて組合資金を運用したり、指定されてない他団体への融資をしたりすることはできないものといえる。

- (2) そこで、Xが政府貸付資金3000万円をC信用金庫に預金することは、XがB森林組合から付与された外形的に見て権限の範囲内だといえるか。

本問についてみるに、XがC信用金庫に預金した3000万円は、農林漁業資金融通法により造林資金以外の用途には使用することができない性質のものであり、また、平成19年1月の組合役員会において、どのように活用するかについての話し合いが執り行われ、平成20年3月に行われる組合改組までは一切手をつけたい旨の決議があった。そこで、預金することによって得た金利を自己の物にする意図で、C信用金庫に3000万円全額を預金するという行為は外形上、B森林組合から付与された権限の範囲内だとは決していえず、その範囲を逸脱するものと評価できる。

よって、Xが政府貸付資金3000万円をC信用金庫に預金することは、XがB森林組合から付与された外形的に見て権限の範囲内だとはいえない。

- (3) 従って、Xの当該行為は横領罪として検討するべきであると考え、以下その要件を検討する。

3. では、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。

- (1) まず、横領罪の客体たる物は「自己の占有」に属することを要するが、かかる「占有」とはいかなる意義かが問題となる。

思うに、横領罪の本質は、委託信任関係を破壊するという点にあるから、かかる関係を破壊し濫用の虞のある支配力があれば「占有」しているものといえる。したがって、本罪の「占有」に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。

また、この点に関連して、上述のように委託信任関係を破壊するという点に横領罪の本質があるのであるから、法文上には規定されていないものの、本罪の客体とするためには、財物の占有が委託信任関係に基づいたものであることが解釈上の要件として必要であると解した上で以下検討する。

本問についてみるに、B森林組合の融資担当の常務理事であったXは、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から、農林漁業資金融通法により造林資金以外の用途には使用できない政府貸付金3000万円についても、B森林組合との間における委任(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するものとして、Xが管理及び他団体への融資ができるという点で法律的支配があったといえるから、「自己の占有する」にあたる。

- (2) また、当該政府資金3000万円は行為者X以外のB森林組合の所有に属するものであるといえ、「他人の物」にあたるといえそうである。

もっとも、金銭については、民法上の所有と占有は常に一致し受託者に占有が移るとされていることから、委託物が金銭である場合には横領罪が成立しないのか、それとも、民法上は所有権がないが刑法上はなお所有権を認めて横領罪の成立を認めうるのかが問題となる。

この点、検察側は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(肯定説・X説)を採用し以下検討する。

本問についてみるに、XがB森林組合から農林漁業資金融通法により造林資金以外の用途には使用できない政府貸付金(3000万円)を委託された趣旨は、B森林組合の融資担当の常務理事として組合資金の管理と他団体への融資を行うというものであって、一時流用を許すものでは決してない。

よって、当該3000万円の占有がXにあったとしても、いまだ所有権はB森林組合の下にあり、「他人の物」にあたるものといえる。

- (3) 次に、Xは当該政府資金3000万円を「横領」したといえるか。『横領罪における「横領」行為概念』を如何に考えるかが問題となる。

この点、検察側は、横領罪における横領行為概念について、不法領得の意思の発現行為(領得行為説・甲説)に基づいて、以下本問について検討する。

まず、領得行為説の立場からすると、横領行為は「不法領得の意思の発現するすべての行為」と説明さ

れる。しかし、この立場からしても、横領罪は委託信任関係を破って財物を領得する点に本質があるのだから、客観的には物の占有という委託の権限を越えて占有物を処分するという行為が必要であると解される。

本問についてみるに、XがB森林組合から付与されていた権限は決議や法律に基づいた上で組合資金の管理と指定された他団体への融資を行うという範囲においてのものであった。しかし、XがC信用金庫に預金した3000万円は、農林漁業資金融通法により造林資金以外の用途には使用することができない性質のものであり、また、平成19年1月の組合役員会において、どのように活用するかについての話し合いが執り行われ、平成20年3月に行われる組合改組までは一切手をつけない旨の決議があった。そこで、預金することによって得た金利を自己の物にする意図で、C信用金庫に3000万円全額を預金するという行為はB森林組合から付与された権限の範囲内だとは決していえず、その範囲を逸脱するものと評価できる。

よって、不法領得の意思の発現として、物の占有という委託の権限を越えて占有物を処分した行為といえ、「横領」したといえる。

- (4) 次に、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」性があるといえる。

従って、業務上横領罪(253条)の客観的構成要件要素を充たす。

- (5) 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。

- (6) もっとも、横領罪については故意の主観的超過要素として、不法領得の意思が必要<sup>12</sup>であるが、その内容を如何に解するべきか。

思うに、横領罪の本質は委託信任関係を破壊する点にあるが、毀棄・隠匿目的であってもかかる関係を破壊しうるといえる。よって、横領罪における不法領得の意思とは、「委託の趣旨に背いて、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処分をする意思<sup>13</sup>」をいうと解する。

本問についてみるに、XはB森林組合の政府貸付金3000万円を、平成20年3月に行われる組合改組までは一切手をつけないというB森林組合の**委託の趣旨に背いて**、政府貸付金を預金し金利を自己の物にしようと考え、B森林組合から付与されていた権限は決議や法律に基づいた上で組合資金の管理と指定された他団体への融資を行うという範囲においてのものであり、**その物につき権限がないにもかかわらず**、政府貸付金3000万円全額をC信用金庫に預金するという**所有者でなければできない処分**をする意思をもっていたといえるため、Xに不法領得の意思が認められる。

4. 以上より、Xの行為は業務上横領罪の構成要件該当性を充たし、且つ、違法性阻却事由・責任阻却事由も存在しないことから、Xの本問行為にはB森林組合に対する業務上横領罪が成立する。

## ・結論

上記検討により、Xは、C森林組合に対する業務上横領罪(253条)の罪責を負う。

以上

<sup>12</sup> この点について、横領の意義について領得行為説及び越権的領得行為説を採用する立場の中には、横領を不法領得の意思の発現行為と解する以上、不法領得の意思は主観的超過要素ではなく横領罪の故意にすぎないと解するものがある。しかし、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として、不法領得の意思は単純な故意の問題としては解消することはできないと解する。

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のならば、不法領得の意思はなお超過要素として解することが可能であるし、客観的な越権行為に加えて不法領得の意思を必要とするならば、不法領得の意思を主観的超過要素と解することは可能だからである。

したがって、検察側は領得行為説を採用した上で、故意の主観的超過要素としての不法領得の意思が必要であると解しその検討をする。

<sup>13</sup> 最判昭和24年3月8日(刑集3巻3号276頁)