

## I. 反対尋問

1. 財物の定義について、検察側はどのように考えるか。
2. 学説の検討 2.「法律上の占有」とは何か。
3. 学説の検討 6.について「横領罪につき特にその内容を限定する必要はない」としているが、その理由は何か。
4. 学説の検討 6.について「行為者と関係する第三者」とあるが、この関係とはどの程度のものを指すのか。
5. 先の質問に関連して、本問において、XとBの関係についてどのように考えるのか。

## II. 学説の検討

### 1. 背任罪と横領罪の区別について

- (1) 検察側と同様の理由により、A・B説を採用しない。
- (2) そして、検察側の採用するC説については以下の理由により採用しない。

C説は財物についての領得行為が横領罪であり、その他の背信行為が背任罪であるとしているが、単に領得行為の有無という基準ではあまりに抽象的すぎであり、かかる基準を用いることは自由保障機能を害してしまう。

- (3) そもそも、横領行為の意義は後述するとおり、不法領得の意思があり、委託信任関係に反して財物を領得することと解する。したがって、本人の名義かつ計算で行われた場合には、その経済的効果は本人に帰属するから、行為者が財物を領得したとはいえないが、行為者の名義または計算で行われる場合には、いったん行為者が領得した物を第三者に交付したと解されるので、行為者が財物を領得したといえる。<sup>1</sup>

以上より、弁護側はD説を採用する。

### 2. 預金による金銭の占有について

確かに、検察側の主張するように、預金者は預金を自由に処分できる地位にあるため、預金額の限度において、預金者は預金による金銭について支配をしていると考えられる。

しかし、預金者が有するのはあくまで預金債権にすぎず、預金として預けられている金銭についての事実上・法律上の支配は銀行等、金融機関にある。<sup>2</sup>

したがって、弁護側はII説を採用する。

---

<sup>1</sup> 前田雅英『刑法各論〔第4版〕』（東京大学出版,2007年）338頁。

<sup>2</sup> 大谷實『刑法各論〔新版第3版〕』（成文堂,2009年）289頁。

3. 使途を定めた金銭の所有権の帰属について

弁護側は検察側同様、 $\alpha$ 説を採用する。

4. 横領行為の意義について

弁護側は検察同様、 $a$ 説を採用する。

5. 補填意思と補填能力のある場合の処理について

検察側は、横領罪の本質が委託者に存する所有権を害する点にあることを考慮し、 $X$ 説を採用する。

しかし、金銭はその特定性は問題ではないため委託された金銭と同額の金銭を保有しているのと同視しうる状況にあれば、不法領得の意思がないと解すべきである<sup>3</sup>ため、 $X$ 説は妥当でない。

よって、弁護側は $Y-2$ 説(不法領得の意思否定説)を採用する。

6. 第三者領得の意思の処理について

そもそも横領罪が利欲犯である以上、自分と全く無関係の第三者に領得させる行為は、背任罪や毀棄罪にはなりえても、横領罪にはあたらないと解すべきである。仮に第三者に領得させた場合を含むとしても、その範囲は行為者自身が領得したものと同視しうる程度の関係にある第三者に領得させる場合、すなわち、もはや自己領得というべきものである場合にのみ、横領罪にあたるものと限定的に解すべきである。<sup>4</sup>

したがって、弁護側は $\beta$ 説を採用する。

### Ⅲ. 本問の検討

#### 第1. 業務上横領罪(253条)の成否について

1.  $X$ の、 $A$ により委託された積立金のうち400万円を第三者たる $B$ に振り込んだ行為につき、業務上横領罪が成立するか。

2. 横領罪と背任罪(247条)の区別をいかに解するかが問題となるも、弁護側はこの点について $D$ 説を採用する。すなわち、本問 $X$ の振込み行為が、本人名義かつ本人の計算で行われた場合には、当該行為は背任罪にあたるとする。

本問 $X$ は、 $A$ 名義の銀行口座から、 $A$ のキャッシュカードおよび暗証番号を利用して400万円を $B$ に振り込んでいる。この時、振込みの名義は銀行口座の名義人である $A$ であるため、名義は本人である $A$ である。

<sup>3</sup> 西田典之『刑法各論〔第5版〕』(弘文堂,2010)239頁。

<sup>4</sup> 西田・前掲238頁。

また、本人の計算とは、反対利益の帰属先がいずれにあるかにより判断するところ、本問 B の借りた金銭の返却先は X ではなく、あくまでも A である。したがって、本問においては反対利益の帰属先は本人である A であることから、本人の計算でなされたと認められる。

よって、本問 X のかかる行為は本人名義かつ本人の計算でなされたと認められるため、かかる行為につき横領罪は成立せず、背任罪が成立する。

3. ここで、仮に、検察側の主張するように、横領罪を検討するとしても、弁護側は預金による金銭の占有について、II 説を採用するため、X に当該財産の占有は認められない。

したがって、横領罪の実行行為は「自己の占有」する他人の物を領得する行為であるところ、本問において X には金銭の占有が認められないため、そもそも横領罪の実行行為性が認められず、横領罪は成立しない。

4. また、仮に X による預金による占有を認めたとしても、横領行為の意義につき、弁護側は a 説を採用するところ、不法領得の意思が必要となる。そして、第三者領得の意思の処理について、弁護側は乙説を採用するところ、第三者領得の場合には、自己領得と同視しうると認められない限り、不法領得の意思は否定される。

本問においては、X 本人には A の金銭について領得の意思は認められず、第三者たる B の領得が認められるのみである。したがって、B の領得が自己 X の領得と同視できると認められない限り、X に不法領得の意思は認められない。

本問 B は X の旧友にすぎず、B の利益が X の利益となるような特別の関係が XB 間にあるとは認められない。したがって、第三者たる B の領得が、X の領得と同視しうるとは認められない。

また、補填意思・能力がある場合の処理について、弁護側は Y-2 説を採用するところ、本問 X は、400 万円について補填する意思を有する。そして、X としては、B の必ず支払い期日までには返却する旨の説得を受けており、補填能力はあると考えられる。

よって、本問においては不法領得の意思が認められないため、横領罪は成立しない。

5. 以上のことから、X のかかる振り込む行為につき、業務上横領罪は成立しない

もともと、本問 X は A 小学校の教諭であり、学年主任という職務により管理権を委託された積立金を、その任務に背き B に振り込んでいることから、かかる行為につき背任罪が成立する。

## 第 2. 電子計算機使用詐欺罪(246 条の 2)の成否について

1. X の、ATM を操作して、A 名義の口座から 400 万円を B の口座に振り込んだ行為につき、電子計算機使用詐欺罪は成立するか。
2. 電子計算機使用詐欺罪は、不実の電磁的記録を作りだすことが本罪の本質であるところ、本問においては、ATM には真正なキャッシュカードが挿入され、真正な暗証番号が打ち込まれていることから、「不実の」電磁的記録が作り出されたと認められない。

また、XはAの預金を管理する権限を有することから、かかる振込み行為は不正のものではない。

さらに、Xは400万円につき、旅行会社に支払う期日までには返還する意思があることから、Xには不法領得の意思がない。

3. したがって、ATMを操作して、Bの口座に400万円を振り込む行為は、背任罪にあたるとしても、電子計算機使用詐欺罪にはあたらない。

#### IV. 結論

Xは背任罪(247条)の罪責を負う。

以上