

## I. 事実の概要

XはA小学校の教諭であり、5年生の学年主任を務めていた。ある年、Aでは5年生全員で奈良に修学旅行に行くことになり、そのためAは5年生全員(120人)から、1人あたり4万円、計480万円を徴収した。これは修学旅行の積立金として、A名義で銀行に開設された普通預金口座に振り込むかたちで行われ、その後、学年主任であるXが、当該口座のキャッシュカードと暗証番号を預かることになった。

ある日、旧友であるBが、Xのもとを訪ねてきた。Bは経済的に困窮していたことから、Xが上記積立金を管理していると知るや、返還の意思がないにもかかわらず、これを秘して、上記積立金のうち、400万円を貸してくれるように依頼した。当初Xはこれを拒否していたが、Bが「積立金を実際に旅行会社に支払う期日までには必ず返すから」などと説得を続けたため、ついにこれに応じることにした。こうしてXは、翌日、Bの普通預金口座に、上記積立金のうち400万円を、ATMからAのキャッシュカードと暗証番号を用いて振り込んだ。

## II. 問題の所在

1. 他人の事務処理者が自己の占有する他人の財物を不法に処分した場合には、背任罪(247条)と横領罪(252条以下)のいずれが成立するのか。両者の区別基準をいかに解するかが問題となる。
2. 横領罪は占有者が所有権者を害する態様の犯罪であるから、占有者と所有者を確定する必要があるところ、本問では預金による占有の帰属および用途を定めた金銭の所有権の帰属が問題となる。
3. また、横領罪が成立するとして、横領罪の成立には不法領得の意思が必要であるか。横領行為の本質と関連して問題となる。
4. もっとも、補填意思と補填能力があった場合及び第三者領得の意思があった場合には横領罪の成立が否定されるのではないか。これらの意思があった場合の処理をいかに解するかが問題となる。

## III. 学説の状況

### 1. 背任罪と横領罪の区別について

A説：客体区別説 財物に対する背信行為が横領罪であり、財物以外の利益についての背信行為が背任罪であるとする説<sup>1</sup>。

B説：権限区別説 一般権限の逸脱が横領罪、一般権限の濫用が背任罪とする説<sup>2</sup>。

C説：領得行為区別説 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であるとする説<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> 西田典之『刑法各論[第5版]』(弘文堂, 2010)259頁参照。

<sup>2</sup> 大塚仁『刑法概説(各論)[第3版増補版]』(有斐閣, 2005)320頁。

## 2、預金による金銭の占有について

I 説：預金者占有説 預金者に占有が存するとする説<sup>4</sup>。

II 説：銀行占有説 銀行に占有が存するとする説<sup>5</sup>。

## 3、用途を定めた金銭の所有権の帰属について

α 説：委託者所有説 委託者に所有権が残るとする説<sup>6</sup>

β 説：受託者所有説 受託者に所有権が移るとする説。

## 4、横領行為の意義について

a 説：領得行為説 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した時に横領罪が成立するとする説<sup>7</sup>。

b 説：越権行為説 受託者が委託の趣旨に反し占有物に対してその権限を超えた行為をすればすべて横領となる説<sup>8</sup>。

## 5、補填意思と補填能力ある場合の処理について

X 説：横領罪肯定説 補填意思と能力があっても横領罪の成立に妨げはないとする説<sup>9</sup>。

Y 説：横領罪否定説 補填意思と能力があれば横領罪の成立を否定する説。

Y-1 説：領得行為否定説 領得行為性を否定する説<sup>10</sup>。

Y-2 説：不法領得の意思否定説 不法領得の意思を否定する説<sup>11</sup>。

Y-3 説：可罰的違法性欠如説 可罰的違法性が欠けるとする説<sup>12</sup>。

## 6、第三者領得の意思の処理について

甲説：不法領得の意思肯定説 第三者に利得させる意思があっても不法領得の意思を認めることができるとする説<sup>13</sup>。

乙説：不法領得の意思否定説 第三者に利得させる意思があれば不法領得の意思が否定されるとする説<sup>14</sup>。

## IV. 判例

最高裁昭和 24 年 3 月 8 日第三小法廷決定

---

<sup>3</sup> 西田・前掲 259 頁。

<sup>4</sup> 西田・前掲 228 頁。

<sup>5</sup> 大谷實 『刑法講義各論[新版第 3 版]』(成文堂, 2009 年)289 頁。

<sup>6</sup> 西田・前掲 215 頁。

<sup>7</sup> 西田・前掲 236 頁。

<sup>8</sup> 内田文昭 『刑法各論[第 3 版]』(青学書院, 1996 年)364 頁。

<sup>9</sup> 最高裁昭和 24 年 3 月 8 日第三小法廷決定

<sup>10</sup> 西田・前掲 239 頁。

<sup>11</sup> 大谷・前掲 293 頁。

<sup>12</sup> 藤木英雄 『経済取引と犯罪』(有斐閣, 1965 年)44 頁。

<sup>13</sup> 大谷・前掲 302 頁。

<sup>14</sup> 西田・前掲 238 頁。

## 【事実の概要】

XはA村農業会長として、村内農家が政府に売り渡すべき供出米につき各農家から寄託を受けてこれを受領し、政府の指示で出庫するまでの間これを業務上保管していた。ところがXはこの受領済みの供出米を交換に供し、不足分は後から余剰米をもって補填することに保管中の供出米の一部を精米の上、これを交換相手に発送した。

## 【判旨】

「横領罪の成立に必要な不法領得の意志とは、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志をいうのであつて、必ずしも占有者が自己の利益取得を意図することを必要とするものではなく、又占有者において不法に処分したものを後日に補填する意志が行為当時にあつたからとて横領罪の成立を妨げるものでもない。」

## V. 学説の検討

### 1、背任罪と横領罪の区別について

- (1) A説は、背任罪を2項横領罪として理解する見解である。たしかに、背任罪が2項横領罪的な機能を有していることは事実である。しかし、構成要件のかなり異なる両罪を単純に財物罪と利益罪として対置することには無理があり、財物についても背任罪の成立を認めるべき場合のあることは否定できないと思われる。
- (2) B説は、越権行為説からの帰結であるが、二重抵当や秘密漏示行為のように明らかな権限逸脱の場合も、その侵害客体が利益であるため背任の成立を認めるとすれば、この区別は一般的妥当性をもちえないというべきであろう。さらに、客体が財物である場合も、横領罪を単に財物についての背信行為ではなく背信的領得行為と解すべきである以上、単なる権限逸脱のみで横領罪の成立を認めることは妥当でないと思われる。
- (3) そもそも、客体が財物である場合も、横領罪を単に財物についての背信行為ではなく背信的領得行為と解すべきである以上、単なる権限逸脱のみで横領罪の成立を認めることは妥当でなく、利欲犯という性格をも考慮すれば、C説が妥当である。

したがって、検察側はC説を採用する。

### 2、預金による金銭の占有について

そもそも、横領罪における「占有」とは濫用の恐れのある支配力であり、法律上の占有を含むものである。

そして、銀行預金について預金者が預金を自由に処分できる地位にあることに鑑みれば、金融機関が事実上支配する金銭であっても、その預金額の限度においては預金者に法律上の占有が存すると解することが妥当である。

よって、検察側はI説を採用する。

### 3、用途を定めた金銭の所有権の帰属について

確かに、民法上は金銭の占有と所有が一致するのが原則であるが、かかる原則は動的安全の保護という民法特有の理由からであり、刑法上は、用途を定めて寄託された金銭の所有権は、実質的には委託者に依然として残っていると解すべきである。

よって、検察側はα説を採用する。

#### 4、横領行為の意義について

この点について、横領罪は領得罪であり、その主観的要件として不法領得の意思を必要と解すべきである。よって不法領得の意思を必要とする a 説が妥当である。

#### 5、補填意思と補填能力ある場合の処理について

そもそも、横領罪の保護法益は第一次的には所有権であるところ、かかる保護法益からすれば横領罪の本質は委託者に存する所有権を害する点にあるといえる。

そうであるとすれば、補填意思と能力があったとしても、実際に委託者の所有権が侵害される点に何ら変わりはないのであるから、横領罪の成否に影響を与えることはない。

よって、横領罪肯定説が妥当であり、検察側は X 説を採用する。

#### 6、第三者領得の意思の処理について

確かに、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見解もある。

しかし、横領罪につき特にその内容を限定する必要はないから、占有者自らが領得する意思であることを必ずしも要するものではなく、行為者と関係を有する第三者に利得させる意思であっても不法領得の意思の成否は妨げられないと解するのが妥当である。

したがって、検察側は甲説を採用する。

## VI. 本問の検討

1、X が 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(253 条)が成立しないか。横領罪と背任罪の区別をいかに解するかが問題となる。この点について、検察側は C 説を採用することから、領得行為の存否を含め業務上横領罪の成否について検討する。

2、(1) まず、X は学年の学事業務を掌握する学年主任であり、かかる業務の一貫として、修学旅行の積立金を A により委託され管理していたのであるから、かかる X の管理行為は「業務上」のものであったといえる。

(2) つぎに、本件積立金が銀行口座に預金という形で管理されていたことから「占有」が X にあったといえるかが問題となる。

この点、検察側は I 説を採用するので、キャッシュカード・暗証番号を掌握する事実上の預金者たる X が、かかる積立金について法律上の「占有」を有していたと解することができる。

(3) では、X の占有する A 委託の本件積立金が「他人の物」といえるか。

この点、検察側は α 説を採用することから、A により修学旅行費として用途を定められた本件積立金の所有権は、未だ委託者たる A に存すると解され、かかる積立金は「他人の物」であるといえる。

したがって、X は「業務上」「他人の物」を「占有」していた者であるといえる。

(4) もっとも、X のかかる行為は「横領」に該当するか。横領行為の意義と関連して問題となる。

ア この点について、検察側は a 説を採用するところ、かかる見解からは「横領」とは領

得行為、すなわち不法領得の意思を発現する一切の行為をいうものと解される。

そうであるとすれば、Xの当該行為が領得行為であるとする前提として、まずXに不法領得の意思が存したといえるかが問題となる。

そもそも、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志を指す。

そして、本問において、XはAより委託された金銭(480万円)を管理する権限しか有していないにも関わらず、Bに対して当該金銭を貸しつけるという所有者しか成し得ない処分をする意思を有している。よって、不法領得の意思を有しているとも思える。しかし、本問では第三者であるBに当該金銭を領得させており自己は何らの利得も得ていないので不法領得の意思が否定されるとする見解もある。しかし、検察側は甲説を採用するため、Xには不法領得の意思が存していたといえる。

イ そして、Xはかかる意思に基づき、実際にBに対して本件積立金の貸付という処分行為を行なっている以上、それはまさに前述の不法領得の意思の発現行為であるといえ、Xの当該行為は「横領」に該当するといえる。

ウ もっとも、Bは400万円を借りる際に、後日Aに返す旨を伝えており、Aはこのことを認識して400万を貸しているため、旅行会社に支払うまでには工面する意思を有していたといえる。このように横領行為をしたものが補填意思を有していた場合に横領罪の成否に影響を与えるか。

この点、検察側はX説を採用するため、かかる意思は横領罪の成否に影響を与えないと解する。

3、したがって、Xの行為につき業務上横領罪(253条)が成立するものと解する。

4、またXが、Aのキャッシュカードと暗証番号を用いてATMを操作し、A名義の口座から400万円をY名義の口座へ振り込んだ行為につき、電子計算機使用詐欺罪(246条の2)が成立しないか。

たしかに、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。そこで、真正な情報が入力されたため、「不実の電磁的記録」を作り出したとはいえないとも思える。

しかし、電子計算機使用詐欺罪は、電子計算機損壊等業務妨害罪(234条の2)とは異なり「不実の」電磁的記録が作られることで、それに対応する財産上の不利益を被る者を保護するための規定である。そうであるとすれば、「不実の電磁的記録を作る」という規定は、財産上の不利益を被る者との関係において、権限がないにもかかわらず電磁的記録を作成することと解すべきである。

本件において、XはAとの関係において、積立金をY名義の口座に振り込む権限を有していなかった。従って、XがAのキャッシュカードと暗証番号を用いてY名義の口座へ400万円を振り込んだ行為は、ATMを操作して「不実の電磁的記録を作」った行為であり、これにより財産上不法の利益を第三者であるYに得させているため、電子計算機用詐欺罪が成立する。

## **VII. 結論**

Xは業務上横領罪（253条）と電子計算機使用詐欺罪（246条の2）の罪責を負い、両罪は観念的競合(54条1項前段)になる。

以上