

## I. 反対尋問

1. 検察側は、横領罪の保護法益は何であると考えているのか。
2. 「権限の逸脱」が「権限の濫用」よりも悪質であるとする根拠は何か。
3. 検察レジュメⅢ. 学説の検討 2.(1)において、条文上の根拠がないことを理由に不法領得の意思を不要としているが、検察側は、窃盗罪についての不法領得の意思も不要と考えているのか。
4. 検察側は、横領罪の本質を委託信任関係の破壊と捉え、また、背任罪の本質については信義誠実義務違反と記載しているが、両罪の本質の違いはどの点にあると考えているのか。
5. 検察レジュメⅢ. 学説の検討 2.(2)において、横領罪の本質を考慮する必要性を理由に乙説を採用しているが、この理由のみをもって、乙説を採用するのは何故か。

## II. 学説の検討

### 1. 横領と背任の区別

- (1) まず、A説について、検察側は、「財物」と「利益」との区別の不明確性、及び横領罪(252条)と背任罪(247条)の法定刑の差異についての説明の困難性の二点を理由に否定している。

確かに、強盗罪についての規定である236条1項及び2項を例に考えてみると、客体が「財物」である場合と「利益」である場合とにかかわらず、同一の法定刑が科されている。そのため、A説では、横領罪と背任罪の法定刑の差異は説明できないと言え、妥当でない。

もっとも、検察側はこの点に加え、基準としての不明確性を批判しているが、基準の不明確性は、同時に基準としての柔軟性をも意味し得るため、不明確であることが必ずしも妥当性を欠いているとは言えない。むしろ、弁護側としては、金銭は「財物」であるため、背任罪の客体から金銭を除外するという結論に至る点に、A説の本質的な不合理があるとする。

以上より、弁護側は、A説を採用しない。

- (2) 続いて、C説を検討する。

検察側の言うように、権限の逸脱が濫用よりも背信性が高いのならば、横領罪の法定刑の上限が、背任罪の法定刑の上限を上回っているべきである。しかし、条文上そのような違いは見られないため、C説は法定刑の差異を合理的に説明しているとは言えない。

また、客体が利益である場合、権限の逸脱、濫用ともに背任罪となるため、C説では横領罪と背任罪の区別が困難であり、妥当でない。

したがって、弁護側はC説を採用しない。

- (3) 弁護側は、以下の理由から、B説を採用する。

まず、B説では、背任罪は加害目的のみで行った場合についても成立するため、財物を領得し、自己又は第三者の利益を図る目的で行う横領罪よりも、非難の程度が弱い場合が認められる。

したがって、B説<sup>1</sup>の立場からは、背任罪の法定刑が、横領罪よりも法定刑が軽いことを合理的に説明できるものと言える。

---

<sup>1</sup> 山口厚『刑法各論〔第二版〕』（有斐閣,2010年）333頁。

また、横領罪と背任罪が共に成立する場合には、両者は法条競合の関係に立ち、横領罪が成立すると解される。そのため、弁護側は、より重い犯罪である横領罪の限界によって、両罪の限界は画されるべきと考える。

具体的には、横領罪(252条)は、条文上「横領」行為を要求しているため、当該行為の有無によって両罪を区別すべきである。そして、弁護側は、「横領」の意義について甲説(領得行為説)を採用しているため、不法領得の意思を発現する行為の存在の有無をもって、横領罪と背任罪の区別を行う。

## 2. 『横領』の意義について

- (1) そもそも、「横領」という概念は、占有離脱物横領罪のように被害者との間に委託信任関係の認められない類型も存在する。そのため、委託信任関係の存在を前提とする乙説は妥当でない。

また、弁護側の採用する越権行為説(乙説)によると、横領の意義は、「委託信任関係を破りその権限を逸脱する行為」となり、委託信任関係の保護を重視することになる。

確かに、横領罪においては委託信任関係の保護は必要である。しかし、横領罪の保護法益は第一次的には所有権その他本権であることから、委託信任関係の保護(信義誠実違背の側面)よりもまず、財産権侵害及びその利欲犯としての側面を重視すべきである。そのためには、不法領得の意思を検討すべきである。

- (2) 弁護側は、窃盗罪における不法領得の意思と、横領罪における不法領得の意思とは同一に解する必要があるが、奪取罪と横領罪の性格の違いを看過してしまう、として不法領得の意思を必要とする領得行為説(甲説)を批判している。

しかしながら、横領罪には占有侵害が存在しないことから明らかであるように、権利者の占有排除に関わる排除意思が要件とされず、窃盗罪における「不法領得の意思」とは異なる。<sup>2</sup>したがって弁護側の主張する批判は的を得ていない。

- (3) 以上より、弁護側は越権行為説(乙説)を採用せず、領得行為説(甲説)<sup>3</sup>を採用する。

- (4) なお、弁護側は、横領罪には利欲犯としての性格が認められ、また保護法益として委託信任関係が存在する以上、横領罪における「不法領得の意思」とは、「自己又は第三者の利益を図る目的で、所有者が許容しない利益・価値の侵害を伴う行為をする意思」<sup>4</sup>であると解する。

## Ⅲ. 本問の検討

- 1.(1) M 森林組合長 X が中央金庫 S 支店から受け取った政府貸付金 175 万円を業務上保管中に、同組合事務所において同組合の名義で前記保管金 175 万円のうち 43 万円を、第三者である N 町役場に貸与した。かかる行為につき、X はいかなる罪責を負うか。S および M 組合に対して業務上横領罪(253 条)あるいは背任罪(247 条)が成立しないか問題となり、「横領」の意義および業務上横領罪と背任罪の区別が問題となる。

- (2) この点、弁護側は、「横領」の意義について甲説(領得行為説)を採用しつつ、横領罪と背任罪の区別について B 説(領得行為区分説)を採用する。

---

<sup>2</sup> 山口厚 前掲 305 頁。

<sup>3</sup> 山口厚 前掲 305 頁。

<sup>4</sup> 山口厚 前掲 305,308 頁。

(3) そのため、「横領」とは、不法領得の意思を発現するすべての行為と解し、これに基づき、物に対する領得行為については横領罪、事務処理者によるその他の任務違背行為については背任罪が成立するものと解する。

2. 初めに、Xのかかる行為について、Sに対する罪責が成立するか検討を加える。

(1)ア. まず、Xのかかる行為について、Sに対する業務上横領罪(253条)が成立するか検討する。

イ. 本間において、XはM森林組合長として同組合の業務一切を掌理しており、組合長という社会的地位に基づいて反復継続して行われる事務の一環として、同組合を代表して中央金庫S支店から175万円を受け取っている。そのため、「業務上」同額を保管していたものと言える。

ウ. また、M組合長として175万円を管理しており、法律上自己が容易に他人の物を処分することができたと言えるから、「自己の占有」が認められる。

エ. しかし、農林漁業資金通法による本間政府貸付金は、これを貸付の目的以外の目的に使用してはならないが、貸付金の使途の規正に反する行為に対しては何ら罰則の定めがなく、同法による政府貸付金は消費貸借による借金として貸付を受けた自然人若しくは法人の所有に帰するものとされる。

したがって、本間175万円は貸付けを受けたM組合の所有に帰するものとなり、Sとの関係では「他人の物」であるとは言えない。

オ. よって、Xの行為1につき、Sに対する業務上横領罪(253条)は成立しない。

(2)ア. では、Sに対する背任罪(247条)は成立しないか。

イ. この点、前述のようにXはM組合長の業務としてSの金銭を保管しているが、Xは業務執行機関としてM組合に対する責任を有するに過ぎず、SはM組合に対して求償し得るのだから、Sのためにその事務を処理するとは言えず、「他人のためにその事務を処理する者」とは言えない。

ウ. したがって、Sに対する背任罪(247条)も成立しない。

(3) よって、43万円をN町役場に貸与した行為についてSに対する刑法上の罪責は成立せず、単なる貸付条件違反としての一時償還の問題を生ずるに止まる。

3. 次に、本間Xの行為について、M組合に対し、いかなる罪責が成立するか検討を加える。

(1)ア. まず、M組合に対する業務上横領罪が成立するか検討を加える。

イ. 本間において、XはM森林組合長として同組合の業務一切を掌理しており、組合長という社会的地位に基づいて反復継続して行われる事務の一環として、同組合を代表して中央金庫S支店から175万円を受け取っている。そのため、「業務上」同額を保管していたものと言える。

ウ. また、XはM組合の組合長としてM組合から本間175万円の管理を委託されており、法律上容易に処分をすることが可能であったから、「自己の占有」にあったと言える。

エ. さらに、民法上の金銭の「占有と所有の一致」原則は内部的な所有権保護を目的とする横領罪の規定の解釈においては前述の消費貸借の場合を除き妥当せず、本間XとM組合の委託関係において本間175万円の所有権はM組合に帰するため、「他人の物」に該当する。

オ. 最後に、Xの行為は「横領した」と言えるか。この点、弁護側は甲説を採用し、不法領得の意思を発現するすべての行為を「横領」と解する。そして、弁護側は、不法領得の意思を「自己又は第三者の利益を図る目的で、所有者が許容しない利益・価値の侵害を伴う行為をする意思」とであると解する。

本問において、Xは所有者であるM組合の利益のために貸与行為を行っており、また、かかる場合に所有者であるM組合が許容しないものとは言い難いため、Xには「自己又は第三者の利益を図る目的で、所有者が許容しない利益・価値の侵害を伴う行為をする意思」があったとは言えず、不法領得の意思を発現する行為を行ったとはいえない。

したがって、Xの行為について「横領した」とは言えない。

カ. よって、Xの行為についてM組合に対する業務上横領罪(253条)は成立しない。

(2)ア. では、本問Xの行為につき、M組合に対する背任罪(247条)が成立しないか。

イ. まず、XはM組合を代表して本問175万円を業務上保管していたのだから、「他人のためにその事務を処理する者」と言える。

ウ. また、農林漁業資金通法4条に基づき、金銭の用途が定められているため、当該用途から外れる目的に金銭を利用する行為は、実質的に違法行為であって、同組合に不利益な行為といえるため、「任務違背行為」が認められる。

エ. もっとも、Xが43万円をN町役場に貸与した目的は、同貸付けによる相当な利子をM組合の収入とする、同組合の利益のためであり、「自己若しくは第三者の利益を図り、又は本人に損害を加える目的」があったとは言えない。

オ. したがって、M組合に対する背任罪(247条)も成立しない。

(3) 以上より、Xが43万円をN町役場に貸与した行為について、刑法上の罪責を負わせることはできない。

#### IV. 結論

Xは何ら刑法上の罪責を負わない。

以上