

## 只木ゼミ後期第4問弁護レジュメ

文責：1班

### I. 反対尋問

1. 背信的権限濫用説において事実上(社会通念上)の処分権限はどの範囲を示すのか。
2. 委託の趣旨に反した権限を逸脱した行為は具体的にどのようなものか。
3. 二重抵当の事例において、抵当権設定者に第二の抵当権を設定する権限がない場合に背任罪を認めている判例(最高裁昭和31年12月7日第二小法廷判決・刑集10巻12号1592頁)を検察側はどのように捉えているか。
4. 権限の逸脱があった場合に不法領得の意思を必要としない根拠を実行の着手時期に関する新派の主観説が妥当しないからだと述べているが、この理由は何か。

### II. 学説の検討

横領罪と背任罪の区別は横領罪・背任罪の各本質の如何に拠るものであるから、検察同様に、問題2、問題3、問題1の順に検討する。

#### 1. 問題2について

背任罪の本質は、他人の事務処理に関する信頼関係に違背して財産的損害を与える点にある。とすれば、法的な代理権がなく単なる事実行為による場合であっても本人に財産的損害を与えた場合には背任罪を成立させるべきであり、弁護側は背信説(青竜説)を採用する。

#### 2. 問題3について

そもそも、横領罪の保護法益は委託者本人の所有権にあり、その本質は他人の所有権を侵害し、これを自己の物として領得する領得罪にあって単なる背信罪ではない。よって、委託の趣旨に反する権限逸脱行為を横領と解し、他人の物を毀損する行為をも横領に含むB説(越権行為説)は妥当でない。

そこで、弁護側は、領得罪として不法領得の意思を求めるα説(領得行為説)を採用する。

#### 3. 問題1について

財物を処分する一般的権限を有しながら信任関係を破壊して財物を不法に処分した場合は、横領罪・背任罪共に成立する余地がある。そこで、両罪が競合する場合にどのように両者を区別するか問題となる。

まず、問題3についてB説を採用する子説(行為態様区別説)と寅説(権限区別説)は妥当でなく、採用し得ない。

次に、丑説(客体区別説)は、背信行為の客体が自己の占有する他人の財物の場合を横領罪、財物以外の財産上の利益の場合を背任罪とするが、財物侵害の方が利益侵害よりも重く処罰されるため基準内容の合理性を欠く。よって、丑説は妥当でない。

そこで、弁護側は問題2について青竜説、問題3についてα説を採用するところ、問題1について卯説(領得行為区別説)を採用する。そして、本人の名義・計算による場合には不法

領得の意思が否定され、自己の名義・計算による場合には不法領得の意思が肯定される<sup>1</sup>。  
したがって、卯説における「領得行為」の有無は、辰説における「名義・計算」という下位基準によって判断されるべく、辰説を単独で採用することは妥当でない。

#### 4. 問題4について

第三者に取得させる意思も不法領得の意思に含まれるか問題となる。

前記の通り横領罪は領得罪である。そこで、行為者が客体を「自己の物として」第三者の利益のために交付した場合は、第三者に利益を得させたとしても、行為者による当該財物に対する利用処分意思の実現と評価できるから、第三者に領得させることによって自己が間接的に領得する場合や贈与などにより第三者にとくに領得させる意思のある場合には、不法領得の意思を肯定すべきである<sup>2</sup>。

したがって、イ説(「第三者に取得させる意思」包含説)を採用する。

#### 5. 問題5について

委託を受けて不特定物を保管する者が、一時流用する場合、後に補填する意思・能力がある場合に、不法領得の意思が阻却されるか問題となる。

そして、一時流用したとしても、他に同等物を所持しており不特定物を保管しているのと同視できる状況があるのであれば所有権侵害が否定される。また、後日補填する意思があるにとどまる場合には、想定された補填が確実であると認識していれば、不法領得の意思は阻却されるべきである。

したがって、陽説(「補填意思・能力」不法領得の意思阻却肯定説)を採用する。

### Ⅲ. 本問の検討

1. Xが平成4年12月27日に小切手乙を受領し、小切手丙を作成した行為ないし同月30日に小切手乙及び丙をFに交付した行為につき、Xはいかなる罪責を負うか。横領罪と背任罪の区別が問題となる。この点、弁護側は横領罪と背任罪の区別について卯説(領得行為区別説)を採用し、その領得行為性を判断する具体的な下位基準として辰説を採用するところ、自己の名義又は計算で処分した場合を横領罪とする。

#### 2. 小切手乙について

(1) 本件でXはA学園名義の当座預金口座(以下、本件口座)から自己あての小切手乙を振出しており、自己の名義又は計算で処分した行為に該当し、さらにXはA学園の理事長としてA学園の現金及び預金の管理並びに小切手の振出しを含む金銭出納および経理等の業務権限の委任があったのであるから、業務上横領罪(253条)の成否を検討する。

(2)ア. 業務上横領罪の成立要件は①業務上②自己の占有する他人の物を③委託信任関係に背いて④横領することである。

イ. これを本問についてみると、まず①について、「業務」とは、社会生活上の地位に基

<sup>1</sup> 山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣,2010年)335頁。

<sup>2</sup> 山口・前掲書309頁。

づいて反復継続して行われる事務を言う。Xは学校法人A学園の理事長として(生活上の地位)A学園の現金及び預金の管理並びに小切手の振出しを含む金銭出納等の業務を統括していた(反復継続して事務を行う)ものであるから業務上(①)の要件を満たす。

ウ. ②自己の占有する他人の物と言えるかどうかに関して、前述の通りXはA学園の理事長としてその金銭関係を統括しており、本件口座の残高について支配を及ぼしていたと言える。そして、本件口座の残高は当然A学園の金銭であり財物であるから、「自己の占有する他人の財物」(②)と言える。

エ. 理事長Xは、A学園との間でその地位・職務に基づいてA学園の財産状況をA学園にとって適正な状況に維持し、運用する委任信託関係があったにも関わらず、その委任信託関係に背いて全くA学園の利益にならない小切手乙を本件口座を原資にカジノで使うために作成しているため、「委託信託関係に背いて」(③)も満たす。

オ. ここで、横領とは「不法領得の意思を発現する行為」であるところ(α説)、不法領得の意思とは「他人の物の占有者が委託の任務に反して、その物につき権限がないのに、その物の経済的用法に従って、所有者でなければできないような処分をする意思」である。本問でXは、A学園の財産を適正に管理する任務を負っているにもかかわらず、その任務に反して、権限がないにもかかわらず自己宛の小切手を振り出しており、不法領得の意志が認められるようにも思えるが、弁護側は陽説をとるので、補填意思・能力があれば不法領得の意思は阻却され、横領罪の成立は否定されると考える。Xは小切手甲の入金が進んでおり、取得・日後の決済によって1億円を取得・補填することはほぼ確実であったから、補填意思及び能力を有していたものといえるので、不法領得の意思が阻却され、「横領」があったとはいえないので業務上横領罪(253条)は成立しない。

### 3. 小切手丙について

(1) 横領罪と背任罪の区別について、弁護側は前述の判断基準を採用するところ、小切手丙はA学園振出名義のものであるから本人の名義または計算で処分した場合となるので横領罪は成立せず、背任罪の成立を検討する。

(2) 背任罪の要件は①他人のためにその事務を処理する者が②自己又は第三者の利益を図りもしくは本人に損害を加える目的で③その任務に背く行為をし④本人に財産上の損害を与えることである。

(3) 本問でXはA学園の現金及び預金の管理並びに小切手の振出しを含む金銭出納および経理および経理等の業務を統括していた者であるから①他人のためにその事務を処理する者といえる。また、本件小切手の振出しは自己の賭博の資金にあてるためであったのであり②自己の利益を図る目的も認められる。最後に、XがGに小切手を交付したことにより、A学園はGに対し賭博料支払債務を負うのであるから、④財産上の損害も認められる。

(4) Xは自己の小切手振り出した行為およびGへの交付行為がA学園理事長としての任務に

違背していることおよび当該行為によってA学園に損害を与えることは当然に認識していたはずであり、背任罪の構成要件の故意も認められる。

(5) よって、Xの当該行為には背任罪(247条)が成立する。

(6) なお、本件A学園名義の小切手丙を交付した時点において、小切手乙の6000万円分を除いた4000万円が口座に残存していたから、XがA学園に与えた損害は2000万円に留まり、その限度において背任罪が成立する。

4. 以上より、小切手丙を作成及び交付した行為につき2000万円の背任罪(247条)が成立する。

#### IV. 結論

Xは小切手丙を作成及び交付した行為につき2000万円の背任罪(247条)の罪責を負う。

以上