

## I. 事実の概要

被告人 X は、学校法人 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を統括していた者である。

X は平成 4 年 12 月 27 日、D 銀行福岡支店において、前日に、A 学園による別件株式売却代金として A 学園名義の当座預金口座に振り込まれた 1 億 3449 万円余りの預金を原資とした、D 銀行福岡支店長 E 振出名義の額面 6000 万円の X 宛て小切手乙を受領した。

X は同日、A 学園振出名義の額面 6000 万円の小切手丙を作成した。

X は同年 12 月 30 日、ラスベガスのカジノ・ホテル F において、小切手乙及び丙を F(の担当者 G)へ交付した。(詳細については問題文参照)

## II. 問題の所在

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 へ交付した行為は、「他人(A)の事務処理者が、自己(X)の占有する他人(A)の物について不法な処分を行った」犯罪類型に該当する。かかる犯罪類型は、委託物横領罪<sup>1</sup>(刑法 251 条)と背任罪(同 247 条)のいずれの構成要件にも該当するように思えるが、実質的な法益侵害が 1 つである以上、両罪は重い方の犯罪の限りにおいて法条競合の関係に立つと考えるべきであるゆえ、横領罪と背任罪との区別(換言すれば「横領罪の限界」)が問題となる。(→問題 1. 横領罪と背任罪との区別について)

そして、問題 1 にかかる説を検討するに当たり、背任罪の本質をいかにとらえるかが問題となる。(→問題 2. 背任罪の本質について)

また、問題 1 における学説を検討するに当たり、横領罪における「横領」の意義が問題となる。(→問題 3. 横領罪における「横領」の意義について)。問題 3 における学説の選択は、横領罪における不法領得の意思の要否の問題、並びに横領罪の着手時期の判断基準と関連する。

問題 3 における学説につき α 説(領得行為説)を採用した場合、横領罪に「不法領得の意思」を要求することとなるが、本件において X は第三者 F に財産を取得させている。そのため、「第三者に取得させる意思」も横領罪における「不法領得の意思」に含まれるのか、横領罪における「不法領得の意思」の範囲が問題となる。(→問題 4. 横領罪における「不法領得の意思」の範囲 I について)

さらに、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 へ交付した行為につき問題 1 にて採用した説に従って判断した結果、横領罪の構成要件に該当するという結論を得、加えて問題 3 にて α 説(領得行為説)を採用し、さらに本件における横領罪の実行行為時期を小切手乙の受領ないし小切手丙の作成時、すなわち平成 4 年 12 月 27 日と認定した場合、横領罪成立の肯否につき小切手甲の存在が関わってくる。小切手甲は平成 4 年 12 月 25 日に X が受

<sup>1</sup> 狭義の横領罪(刑法 252 条 1 項)及びその身分的加重犯である業務上横領罪(刑法 253 条)を包括して、遺失物等横領罪(刑法 254 条)と対比する意味で「委託物横領罪」と呼ぶ。以下、単に「横領罪」と表記した場合、断りなき限り「委託物横領罪」のことを指す。

領し、同月 26 日に入金、同月 28 日に決済されているものであるが、ここで小切手甲の受領原因たる金銭消費貸借契約が X を借主とするものだと認められれば、小切手乙を受領ないし小切手丙を作成した平成 4 年 12 月 27 日の後、同月 28 日に横領資金の一部((小切手乙及び丙を合わせて)1 億 2000 万円中の 1 億円分)が X 自身の資金により補填されていることとなる<sup>2</sup>。そこで、横領行為時に補填意思があり、かつ補填能力があった場合に横領罪における「不法領得の意思」が阻却されないか、問題となる。(→問題 5. 横領罪における「不法領得の意思」の範囲 II について)

小切手甲、乙及び丙の交付日等をまとめると以下の図のようになる。

甲	乙	丙
X受領	12/25	
入金	12/26	
	12/27	X受領 X作成
決済	12/28	
	12/29	
	12/30	交付 交付

### III. 学説の状況

#### 1. 横領罪と背任罪との区別について

子説：行為態様区別説<sup>3</sup>

事実行為による物の侵害の場合を横領罪とし、法的処分権限の濫用の場合を背任罪とする。

丑説：客体区別説<sup>4</sup>

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とし、財物以外の財産上の利益の場合を背任罪とする。

寅説：権限区別説<sup>5</sup>

委託物に対する権限の逸脱の場合を横領罪とし、抽象的権限の濫用の場合を背任罪とする。

卯説：領得行為区別説<sup>6</sup>

財物に対する不法領得行為を横領罪とし、事務処理者によるその他の任務違背行為を背任罪とする。

辰説：名義人計算人区別説<sup>7</sup>

自己の名義または計算で処分した場合を横領罪とし、本人の名義または計算で処分した場合を背任

<sup>2</sup> 小切手は、決済されることによりはじめて受取人が自由に処分しうる財産に転化する。(問題の注参照)

<sup>3</sup> 滝川幸辰『増補刑法各論』(世界思想社,1951年)173頁。

<sup>4</sup> 小野清一郎『新訂刑法講義各論[第三版]』(有斐閣,1950年)274頁、大谷實『刑法講義各論[第4版]』(成文堂,2013年)338頁。

<sup>5</sup> 大塚仁『刑法概説(各論)[第三版増補版]』(有斐閣,2005年)320頁、佐久間修『刑法各論』(成文堂,2006年)233頁、藤木英雄『刑法講義各論』(弘文堂、1976年)343頁、354頁。

<sup>6</sup> 曾根威彦『刑法各論[第四版]』(弘文堂,2008年)175頁以下、平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会,1977年)231頁、山口厚『刑法各論[第2版]』(有斐閣,2010年)334頁、山中敬一『刑法各論[第2版]』(成文堂,2009年)408頁。

<sup>7</sup> 最判昭和 29 年 11 月 5 日刑集 8 卷 11 号 1675 頁、最判昭和 33 年 10 月 10 日刑集 12 卷 14 号 3246 頁、山口・前掲書 305 頁。

罪とする。

## 2. 背任罪の本質について

青竜説：背信説<sup>8</sup>

背任罪の本質は、本人との信頼関係に違背して財産を侵害する点にある。

朱雀説：限定背信説<sup>9</sup>

背任罪の本質は、特定の高度の信頼関係を生じさせる事務自体に関する信頼関係に違背して財産を侵害する点にある。

白虎説：背信的権限濫用説<sup>10</sup>

背任罪の本質は、本人によって与えられた法律上および事実上(社会通念上)の処分権限の濫用によって財産を侵害する点にある。

玄武説：権限濫用説<sup>11</sup>

背任罪の本質は、本人によって与えられた法律上の処分権限(代理権)の濫用によって財産を侵害する点にある。

## 3. 横領罪における「横領」の意義について

α説：領得行為説<sup>12</sup>

横領とは、「自己の占有する他人の物を不法に領得する」ことである。横領罪において不法領得の意思を必要とする。

β説：越権行為説<sup>13</sup>

横領とは、「委託の趣旨に反して、自己の占有する他人の物に対し、権限を逸脱した行為をする」ことである。横領罪において不法領得の意思を必要としない。

## 4. 横領罪における「不法領得の意思」の範囲Ⅰについて

イ説：「第三者に取得させる意思」包含説<sup>14</sup>

第三者に取得させる意思も不法領得の意思に含まれる。

ロ説：「第三者に取得させる意思」除外説<sup>15</sup>

第三者に取得させる意思は不法領得の意思に含まれない。

## 5. 横領罪における「不法領得の意思」の範囲Ⅱについて

陰説：「補填意思・能力」不法領得の意思阻却否定説<sup>16</sup>

補填意思・能力があっても不法領得の意思は阻却されず、横領罪の成立は肯定される。

---

<sup>8</sup> 大判明治44年10月13日刑録17輯1698頁。

<sup>9</sup> 曾根・前掲書175頁。林幹人『刑法各論[第二版]』(東京大学出版会,2007年)268頁、山口厚『問題探究刑法各論』(1999年)194頁、山中・前掲書407頁。

<sup>10</sup> 大塚・前掲書317頁、大谷・前掲書327頁、藤木・前掲書354頁。

<sup>11</sup> 滝川・前掲書170頁、173頁。

<sup>12</sup> 最判昭和27年10月17日刑集68号361頁、大谷・前掲書312頁、団藤重光『刑法綱要各論[第三版]』(創文社,1990年)629以下、平野・前掲書226頁、山口・前掲書(前註7)299頁。

<sup>13</sup> 大塚・前掲書296頁、川端博『刑法各論講義』(成文堂,2009年)333頁。

<sup>14</sup> 大判大正12年12月1日刑集2巻895頁、団藤・前掲書630頁、大谷・前掲書315頁。

<sup>15</sup> 平野・前掲書226頁。

<sup>16</sup> 最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁(後出)。

陽説：「補填意思・能力」不法領得の意思阻却肯定説<sup>17</sup>

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。

#### IV. 判例<sup>18</sup>

[事実の概要]

農業組合の理事長たる被告人は、ある日必要に迫られて、後日補填する意思で米を横領した。

[判旨]

横領罪の成立に必要な不法領得の意志(引用者注：原文ママ)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って、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っ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. 問題の所在及び学説の状況で述べたように、問題 2 及び問題 3 における説の採用状況は、問題 1 における説の採用根拠と密接に関連する。ゆえに問題 1 を検討する前に問題 2 及び問題 3 について結論を得るべきである。

##### 2. 問題 2 について

背任罪の本質をどのようにとらえるかにつき、本人との信任関係に違背して財産を侵害する点のみを理由とすることは範囲が不明確であり、適用範囲があまりにも広くなりすぎるため、範囲を明確にする必要がある。

背任罪において、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濫用と異なる場合もある。そのため、背任行為を代理権濫用のみに限定するべきではないと考える。

したがって、背任行為の範囲を本人との関係において財産上の法律上および事実上の処分権限が認められる場合に限定し、その権限を濫用して行われた任務違背により財産を侵害する点で背任罪という財産犯をとらえることができると解する。

以上より、背任罪の成立範囲を最も明確にとらえることが可能と考えられるため、検察側は白虎説(背信的権限濫用説)を採用する。

##### 3. 問題 3 について

α 説は、不法領得の意思の発現行為が横領行為であるとする。これは横領罪の財産権侵害という面を重視し、横領行為を定義したものである。

しかし、このような定義は実行の着手時期に関する新派の主観説と同様の定義の仕方であり、かかる主観説を支持し得ない以上、α 説も妥当でないというほかない。

α 説においても横領罪における不法領得の意思の定義によっては<sup>19</sup>、不法領得の意思を要求しながら、そ

<sup>17</sup> 東京高判昭和 31 年 8 月 9 日裁特 3 卷 17 号 826 頁、大塚・前掲書 304 頁。

<sup>18</sup> 最判昭和 24 年 3 月 8 日刑集 3 卷 3 号 276 頁。問題 5 につき(予備的に)陰説を採用するため引用した。

の内実は権限逸脱についての認識に過ぎない場合がある。この場合、主観的超過要素としての不法領得の意思は不要であり、β説のように横領行為を越権行為であると定義づけ、横領行為の故意を要求すれば足りる。

そもそも、横領罪において重要なのは財産権侵害のみならず、委任に反する権限逸脱行為の存在なのであり、以上のような観点からは、β説(越権行為説)が適当であると考え、検察側はこれを採用する。

#### 4. 問題1について

丑説及び卯説は、問題3においてα説の考え方を基礎にしているため、妥当でなく採用しえない。卯説は、横領罪と背任罪との関係を択一関係と捉えている点でも妥当でない。子説は、権限を濫用して事実行為を行った場合に不可罰となる点、及び卯説と同じく両罪の関係を択一関係と捉えている点で妥当ではない。

検察側は問題2について白虎説、問題3についてβ説を採用しており、問題1についてはこれらの採用状況から寅説を採用するのが適切である。

付言しておく、辰説の場合における自己の計算とは自己が所有者として振る舞うことを指すのであり、その意味において、寅説における横領罪にいう「権限の逸脱」と差異はない、ということができる。したがって、辰説は寅説と実質的には同一でありながら、より下位の基準を通して横領罪と背任罪との区別をなそうとするもの、とすることができるゆえ、区別基準としての明快さに欠けるもの、といえ採用できない<sup>20</sup>。

問題4及び問題5については、問題3においてα説を採用する場合にのみ問題となるのであって、検察側は問題3においてβ説を採用する以上、論ずる必要性に欠ける<sup>21</sup>。

## VI. 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。横領罪と背任罪との区別が問題となる。
2. この点、検察側は寅説(権限区分説)を採用するゆえ、委託物に対する権限の逸脱の場合には横領罪につき、抽象的権限の濫用の場合には背信罪につき検討すべき、と解する。

### (1) 小切手乙について

Xは学校法人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を統括していた者であり、すなわちA学園とXとの間には委託信任関係に基づく金銭出納および経理等の業務権限の委任があったものである。さらに、D銀行福岡支店所在のA学園名

<sup>19</sup> たとえば、前掲判例は横領罪における不法領得の意思を「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思」と解している。

<sup>20</sup> 山口・前掲書(前註7)328頁。

<sup>21</sup> 弁護側が問題3においてα説を採用する場合に備え、以下予備的に検討する(つまり以下の検討は問題3においてα説を採用することを前提とする)。まず問題4について、横領罪につき不法領得の意思の内容をことさら「自己のために」領得する意思と限定する理由は見当たらない。ゆえに、イ説(「第三者に取得させる意思」包含説)が妥当である。次に問題5について、横領罪の保護法益は物の委託者と受託者の委託信任関係並びに委託者の所有権であるとされる。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、補填意思・能力の有無は不法領得意思の成否に影響しないと考えるべきである。したがって陽説は採用しえず、陰説(「補填意思・能力」不法領得の意思阻却肯定説)が妥当である。

義の当座預金口座(本件口座)の管理も X に委任されていたものと認められる。しかし X は、賭博に使用する目的で、A 学園による別件株式売却代金として本件口座に振り込まれた 1 億 3449 万円余りの預金を原資とした自己あての小切手乙<sup>22</sup>を D 銀行福岡支店長 E に振り出させているものであり、これは X に認められた「A 学園にかかわる金銭出納および経理等の業務権限」を逸脱しているもの、と言わざるを得ず、小切手乙に関して横領罪を検討すべきである。

## (2) 小切手丙について

小切手丙については、X が自ら A 学園に債務を負担させるものを作成した、と言える。しかし X としては「A 学園にかかわる金銭出納および経理等の業務権限」を有していたのであるから、当然に A 学園振出名義の小切手を作成する権限は有していた、と考えられるのであって、その権限の範囲内で自己の賭博に供するという目的の点で濫用があった、とみることができる。ゆえに、小切手丙に関して背任罪を検討すべきである。

## 3. 小切手乙について、業務上横領罪(刑法 253 条)を検討する。

(1) まず、業務上横領罪の主体は「業務上他人の物を占有する者」であるところ、ここにいる「業務」とは、社会生活上の地位に基づいて反復継続して行われる事務をいう。本問においては、X は学校法人 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を統括していたものであるから、本件口座を適切に管理する事務を担っていたといえ、「業務」に該当する。

(2) また、「他人の物を占有する」点についてであるが、これについても、前述の通り X は A 学園の金銭出納および経理等の業務を統括していたのであるから、本件口座の残高につき占有していた<sup>23</sup>といえる。

(3) 本罪の客体は「業務と関連して保管・占有する他人の物」であるところ、前述の通り本件口座は X の委託された事務と関連しているものといえることができる。

(4) 本罪の実行行為は、横領行為であるところ、横領の意義について検察側はβ説(越権行為説)を採用するゆえ、横領とは「委託の趣旨に反して、自己の占有する他人の物に対し、権限を逸脱した行為をすること、と解する。そして 2(1)で述べた通り、X の行為は横領罪の実行行為に該当する。

(5) また、X は小切手乙を F に交付する際に、これを銀行に取立てに回さないよう依頼しており、このことから、X が、自己の行為が権限を逸脱したものであることを十分認識している、といえる。ゆえに、構成要件の故意が認められる。

(6) 以上より、業務上横領罪(刑法 253 条)が成立する。

## 4. 小切手丙について、背任罪(刑法 247 条)を検討する。

(1) 背任罪の主体は「他人のためにその事務を処理する者」であるところ、X は A 学園のために金銭出納および経理等の業務を処理していたのであるから、当然該当する。

(2) 同罪の実行行為は「背任」であるが、背任の意義に関して検察側は白虎説(背信的権限濫用説)を採用

<sup>22</sup> 「自己あて」であることから、X は自らが対外的に自由に処分しうる小切手を D 銀行に振り出させたこととなること、及び賭博目的での振出しであること、これらに権限の逸脱がある。A 学園が X に与えた権限は、あくまで A 学園の事務を処理するための金銭出納及び管理権限である。

<sup>23</sup> 銀行預金の性質(占有者)につき、預金者説を採用する。占有者たる預金者(預金名義人)A から委任された X が占有している、という関係である。

するゆえ、背任罪の本質は、本人によって与えられた法律上および事実上(社会通念上)の処分権限の濫用によって財産を侵害する点にある、と解する。本問においては、Xは賭博目的というごく私的な目的のために、A学園の預金口座を引き当てとする小切手を振出したのであって、これはA学園との信頼関係を破壊する行為、本人の事務を処理する者として当然に行うべき法律上の義務に違反する行為であり、もって「背任」行為に該当する。

(3) また、Xは小切手丙をFに交付する際に、これを銀行に取立てに回さないよう依頼しており、このことから、Xが、自己の行為が任務に違背するものであることを十分認識している、といえる。ゆえに、構成要件的故意を充たす。

(4) また、背任罪は目的犯であるところ、本件においては「本人Aに損害を加える目的」の有無については判断しかねるが、支払有価証券たる小切手を自ら作成し第三者に交付している以上、図利目的は容易に認められる。

(5) 以上より、背任罪(刑法247条)が成立する。

## Ⅶ. 結論

Xは、小切手乙の受領につき業務上横領罪(刑法253条)の、小切手丙の作成及び交付につき背任罪(刑法247条)の罪責を負い、両罪は併合罪(刑法45条)である。

以上