

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 3 頁 2 行目以下「IV. 判例」の解説について、本判例は「自己の名義・計算」で支店長らが権限外の金銭支出を行ったためこれは「権限逸脱行為」であるといえる、という理解になるのは何故か。その論理過程を教えてください。
2. 検察レジュメ 3 頁 26 行目において検察側は「権限を濫用したか否か」で任務違背行為の判断基準として用いているが、権限濫用の具体的判断基準はどのようなものであるか。
- 10 3. 検察レジュメ 4 頁 19 行目以下で、権限逸脱・権限濫用の区別について、権限逸脱は不法領得の意思の発現を基準にしているが、これは Y 説と変わらないのではないか。

II. 学説の検討

1. 背任罪の罪質について

15 α 説(権限濫用説)について

本説は、背任罪をもって権利に対する侵害として理解するため、背任罪の本質を代理権の濫用の禁止に求めている¹。よって、本説は背任行為を法的な代理権を濫用して財産を侵害する行為であると捉える。しかし、権利に対する侵害は、背任罪のみに特有の現象ではない。また、本説は背任行為を法律行為に限っているが、代理権消滅後の行為や単純な事実行為について背任罪の成立が除外される点、背任罪の成立範囲が極めて狭くなってしまうため、妥当ではない。

よって弁護側は α 説を採用しない。

γ 説(背信的権限濫用説)について

25 本説は、権限の意味を法的代理権に限定せず、他人の財産の管理権限あるいは事実上の事務処理権限として広く捉えた上で、横領はその逸脱行為、背任は権限濫用として理解する見解である。しかし、権限の意義をここまで広げてしまえば、その実質は背信説と異ならないように思われる²。また本説は、権限の逸脱は横領、濫用は背任となることを前提としているため、権利・利益の処分が権限逸脱によって行われた場合、背任罪を成立させることは論理一貫性を欠く³。

30 よって、弁護側は γ 説を採用しない。

β 説(背信説)について

本説は、信任関係に違背した財産侵害が背任であるとする説である。

そもそも背任罪の保護法益は、事務処理の委託者と行為者との間の委託関係と委託者の財産

¹ 香川達夫『刑法講義〔各論〕〔第3版〕〕(成文堂,1996年)559頁参照。

² 西田典之『刑法各論〔第6版〕〕(弘文堂,2012年)254頁参照。

³ 山中敬一『刑法各論I』(成文堂,2004年)409頁参照。

である⁴。上記の委託関係は、事実上の行為によっても破壊され、財産侵害を引き起こす可能性があるから、背任罪の成立を法律上の行為に限定するのは妥当ではない。

この説は、第三者による搬出を黙認する不作為や企業の営業秘密の管理者による秘密漏示行為等にも背任罪の成立を認める⁵。このように事実上の行為にも、本罪の成立を認めている点

5

で妥当であるといえる。
したがって、弁護側は本説を採用する。

2. 両罪の区別について

W 説について

10 本説はα説に対応した説である。本説は、個々の財物に対する領得行為には横領罪が成立し、法的権限濫用行為により、本人の財産に損害を加える場合が背任罪とする。この見解は、横領罪と背任罪をそれぞれ積極的に意義付け、横領罪だけでなく背任罪も独立の犯罪として構成しようとする点が特徴である⁶。しかし、横領罪において、その領得行為が法上の処分として成立することはあり得る。そして、その問題に対して本説は「法上の包括的処分権限は個々の物を

15 売却する権限を含むのが通常であるから、この場合には、背任罪は個々の違法領得行為を含んで成立する。かように解する限り、背任罪と横領罪との想像的競合は考えられない⁷」とし、法的処分による領得行為については背任罪と横領罪との重なり合いを肯定している。これでは両罪が互いに独立した犯罪類型であるという前提に反することになり、論理の一貫性を欠いている。よって弁護側はα説を採用しない。

20 X 説について

本説は行為客体により背任罪と横領罪とを区別する見解である。本説は、背任罪と横領罪とが特別関係にあるとする見解に基づいている。この見解に立つと両罪はともに、本人に対する信頼関係の破壊を問題とするものであるから行為自体においては区別できず、そのため行為客体によって区別がなされることになる、という理論である⁸。しかしながら、背任罪の行為客体は財産上の利益に限られず、財物も含まれるといえる⁹。また、背任罪と横領罪とを行為客体で区別する場合、一方が他方を完全に包摂する関係にはならず、それゆえ、背任罪と横領罪との関係は、特別関係にあるとは言えなくなるといえる。それは本説の前提を欠いており、論理一貫性に欠ける。よって弁護側はX説を採用しない。

25

Z 説について

30 Z説は「権限逸脱」と「権限濫用」に着目することで、両罪の区別を図ろうとする。しかし、現実に行為者にいかなる権限が付与されていたかを明確に認定できうるか疑問である。本説は、

⁴ 山口厚『刑法各論 [補訂版]』(有斐閣,2005年)312頁。

⁵ 西田・前掲 254頁参照。

⁶ 内田幸隆「背任罪と横領罪との関係」『早稲田法学会誌』(早稲田大学法学会,2002年)73頁参照。

⁷ 滝川幸辰『増補刑法各論』(世界思想社,1968年)362頁。

⁸ 岡野光雄『刑法要説各論』(成文堂,2009年)196頁。

⁹ 林幹人『刑法各論 [第2版]』(東京大学出版会,2007年)298頁以下参照。

上記区別をする理由として不法領得の意思が不明確であることをあげ、不法領得の意思の発現行為である権限逸脱か否かで判断することが明確だという。しかし、かかる問題に対しては端的に不法領得の意思を限定付けることで解決できる。さらに、二重抵当といった客体が利益の場合、「権限逸脱」の場合であっても背任罪の成立を肯定せざるをえないから、本説のように(「権限逸脱」と区別された)「権限濫用」を背任罪の特徴として一般化することはできない¹⁰。よって、本説の解釈は必要性に欠け、解釈自身にも問題点を孕むから、弁護側はZ説を採用しない。

Y説について

本説は、横領罪における横領行為が不法領得の意思の発現にあると考えた上で、横領行為があれば横領罪が成立し、それ以外は背任罪であるとする説である。したがって、「自己の占有する他人の物」(252条)と「他人のためにその事務を処理する者」(247条)という双方の構成要件上の重なりがあるときは、まず、横領罪から先に検討し、その後背任罪を検討すると考える。

このように考える理由は法定刑にある。すなわち、横領罪、背任罪、ともに上限は懲役5年であるが、下限は、罰金刑がある背任罪のほうが軽い。特別背任罪には罰金の併科があり得るが、それでも下限が軽い以上、特別背任罪の主体であれば、業務性を満たすから業務上横領罪よりも軽いと評価される。かかる法定刑の差は横領罪が不法領得の意思の発現行為である利欲犯的性格を有するからなのである。それゆえ、まずは重い罪である(業務上)横領罪の成否を考えるべきだ、というのである¹¹。このように考えれば、横領と背任の区別を法定刑の差から論理的にすることができる。

したがって、弁護側は本説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

1. 甲がD社に3000万円を抛出し交付した行為に業務上横領罪(253条)が成立しないか。

「業務」とは金銭その他の財物を委託を受けて保管することを内容とする職業もしくは職務をいう。甲はA大学の理事長でありA大学の委託を受けてA大学の経営資金の保管をしており「業務」性が肯定される。そして、本件A大学の3000万円は「他人の物」であり、甲が理事として管理していたから「占有」が認められる。

2. (1) もっとも、甲は「他人のためにその事務を処理する者」(247条)にもあたるから背任罪が成立するとも思える。したがって、他人の財物の占有者が他人のための事務処理者でもあるとき、どちらの罪が成立するのか。横領罪と背任罪の区別が問題となる。

(2) 弁護側はY説を採用する。横領罪における領得意思は自己の占有する他人の物を、委託の趣旨に反して、その物の経済的用法に従い利用・処分する意思であると解する。そして、横領罪の利欲犯としての性格に照らせば全く無関係の第三者に横領させる行為に横領を成立させるべきではなく、第三者に横領させる意思の場合、行為者自身が領得する場合と同視できるときに限り、領得意思が肯定されると考える。

¹⁰ 山口・前掲 313 頁。

¹¹ 今井猛嘉ほか『リーガルクエスト刑法各論』(有斐閣,2013年)261頁。

(3) 本件では甲は自己の占有する他人の物である A 大学の 3000 万円につき、大学経営の目的という趣旨に反して、D 社に交付している。そして、交付の目的は D 社の倒産の危機を救うことにあり、第三者に領得させる意思を有していた。しかし、たとえ D 社代表取締役が甲の実弟乙であったとしても、かかる交付をもって、甲はなんらの経済的利益を得るわけではない。とすれば、かかる第三者に領得させる意思は自己が領得する意思とは同視できず、領得意思は否定させる。

5
3. したがって、業務上横領罪は成立しない。

4. では背任罪(247条)が成立しないか。

10 (1) 甲は「他人のためにその事務を処理する者」にあたり、A 大学に 3000 万円の「損害」が生じている。

(2) a. では上記行為が「任務に背く行為」にあたるか。

b. 弁護側はβ説を採用する。A 大学は定款において「重要な財産の処分には理事会の承認を要する」という規定があるにもかかわらず、他の理事に無断で交付したことは、A 大学との信任関係に背意したと言え「任務に背く行為」にあたる。

15 (3) 因果関係、故意(38条1項本文)も満たす。

(4) a. では「第三者の利益を図」ったといえるか。この点、図利・加害目的要件は財産上の損害を加えることを認識しながら及ぶ行為のうち、「本人の利益を意図した場合」を除くことにある。とすれば、主として本人の利益のための目的であれば、処罰の対象にあたらないと考え

20 b. 本件行為は A 大学の資金を交付し D 社の倒産を救っているから、形式的には「第三者」D 社の「利益」を図ったとも思える。しかし、甲の意図は D 社の倒産を免れるという手段をもって、A 大学の資産を増やそうとしたことであつた。したがって、主たる目的は A 大学の資産を増大させることであつたといえる。かかる意図は当初から A 大学のため D 社に C 土地の運用をさせていた事実からも推測できる。したがって、「自己もしくは第三者の利益を図り

25 又は本人に損害を加える目的」が存在しない。

5. よって、甲に背任罪は成立しない。

IV. 結論

甲は何ら罪責を負わない。

30

以上