

### I. 事案の概要

5 甲は、A 大学を設置運営する学校法人 A 大学の理事長の職にあった。A 大学は、都内郊外に所在していた同大学のキャンパスを都心回帰させることを計画し、そのための用地として B 区内に一団の土地及びビル(C 不動産)を取得して、その所有権移転登記を経由した。しかし、多くの学生を抱える大学の校地移転計画は順調に進まず、当分移転実現のめどが立

10 っていないなかった。そこで甲は、その間 C 不動産を有効活用しようと考え、D 社を設立して実弟の乙をその代表取締役にする、D 社に A 大学の土地を賃貸して、その運用にあたらせた。

ところが、乙の D 社経営は放漫かつずさんなものであった上、その収益を甲や乙のリゾートマンション購入費用、海外旅行費用、高級外車購入費用等に無計画に費消したため、まもなく、D 社は多額の借金を抱えて倒産の危機に陥った。そこで、甲は理事長として業務上

15 保管していた学校法人 A 大学の経営資金から拠出をしてこの危機を乗り越えさせようと考えた。

甲は、学校法人 A 大学の定款に「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、他の理事には無断で、学校法人 A 大学の経営資金から D 社の経営に当面必要な資金である 3000 万円を拠出し、乙に交付した。D 社は甲の本件拠出金に

20 より、とりあえず倒産を回避させた。

甲の行為の罪責を検討せよ。

参考判例:大審院昭和 9 年 7 月 19 日第一刑事部判決  
最高裁昭和 34 年 2 月 13 日第二小法廷判決

### 25 II. 問題の所在

甲は A 大学の理事長であり、「他人のためにその事務を処理する者」(247 条)にあたり、かつその権限内で A 大学の財産を管理する者であり、乙経営の D 社に「自己の占有する他人の物」(252 条、253 条)である A 大学の経営資金を拠出している。この場合、甲には横領罪と背任罪のいずれが成立するか、その区別が背任罪の罪質と関連して問題となる。

30

### III. 学説の状況

以下、背任罪の罪質、両罪の区別の順に記載する。

#### 1. 背任罪の罪質

α 説(権限濫用説)<sup>1</sup>

35 背任罪の実行行為たる任務違背行為を、法的代理権の濫用であるとする説。

<sup>1</sup> 滝川幸辰『刑法各論』(世界思想社,1951年)173頁。

β 説(背信説)<sup>2</sup>

背任罪の実行行為たる任務違背行為を、信任関係違背・信義誠実義務違反行為であるとする説。

γ 説(背信的権限濫用説)<sup>3</sup>

- 5 背任罪の実行行為たる任務違背行為を、法的代理権及び事実上与えられている権限の濫用による信任関係違背・信義誠実義務違反行為であるとする説。

## 2. 両罪の区別

W 説

横領罪は事実行為、背任罪は法律行為とする説<sup>4</sup>。

10 X 説

客体が財物の場合には横領罪、財産上の利益の場合には背任罪とする説<sup>5</sup>。

Y 説

不法領得の意思の発現たる横領行為の場合には横領罪、それ以外の事務処理者による任務違背行為は背任罪とする説<sup>6</sup>。

15 Z 説

権限逸脱行為は横領罪、権限濫用行為は背任罪とする説<sup>7</sup>。

## IV. 判例

最高裁判所昭和 33 年 10 月 10 日第二小法廷判決。刑集第 12 卷 14 号 3246 頁。

20 〈事案の概要〉

信用組合の支店長らが、仮払伝票及び貸出伝票により信用組合から支出させた金員を、預金者に対し預金謝礼金として支払ったり、融資希望者に対して不正な高利で貸し付けを行った。

〈判旨〉

- 25 「原判決の認容する第一審判決挙示の証拠によれば、判示第一（一）の事実は、被告人等が擅に組合から仮払伝票により支出せしめた金員を預金謝礼金として支払ったものであり、又第一（二）の事実は、融資を受けられる資格ある者に貸付けるものの如く手続を偽装し、貸出伝票により支出せしめた金員を被告人等が擅に第三者に高利貸付をしたものであること…が窺われるから…本件は、所論のように組合の計算においてなされた行為ではなく、被告人等の計算においてなされた行為であると認むるを相当とする。従つて原判決が本件につき業務上横領罪の成立を認めたのは正当」である。
- 30

<sup>2</sup> 山口厚『刑法各論[第 2 版]』(有斐閣,2011 年)318、319 頁。

<sup>3</sup> 前田・前掲 391 頁。

<sup>4</sup> 滝川・前掲 173 頁。

<sup>5</sup> 木村亀二『刑法各論』(法文社,1957 年)150 頁。

<sup>6</sup> 山口・前掲 334 頁。

<sup>7</sup> 前田・前掲 408 頁。

## 〈解説〉

本判例においては、本人の名義・計算なのか自己の名義・計算なのかという基準で横領罪の不法領得の意思の有無を検討しているが、そこで考慮されている事情は支店長らが本来その権限では支出することのできない預金謝礼金や貸付金を不正に組合に支出させていることであり、これは権限逸脱行為として認められる。以上のことから、本判例は権限逸脱か権限濫用かを上記の基準を用いて判断したものとして引用した。

## V. 学説の検討

### 1. 背任罪の罪質

#### 10 (1) α 説について

背任罪の保護法益は委託者と事務処理者の間の委託関係と委託者の財産であるが、法的関係に限らず、事実的關係にとどまる場合であっても、委託者としては事務処理者を信頼して権限を付与しているのだから、法的か事実的かという差異は保護法益としての重要性に影響するものではなく、こうした委託関係も本罪の保護範囲に含むと解すべきであり、

15 処罰範囲を限定しすぎている<sup>8</sup>。

よって、検察側はα説を採用しない。

#### (2) β 説について

上述の通り、背任罪の罪質は委託信任関係を中心に検討すべきであるが、信任関係違背・信義誠実義務違反行為という行為態様のみでは具体的に可罰的な範囲の限定に欠ける。さらに、信義誠実を強調しすぎると、財産侵害ではなく、信義誠実違反自体を処罰することにもなりかねず妥当でない<sup>9</sup>。

20

よって、検察側はβ説を採用しない。

#### (3) γ 説について

上述の通り、背信説では任務違背行為の定義が曖昧で処罰範囲を誤る恐れがある。背任罪の成否が問題となる事例においては、行為者は本人から何かしらの法律上あるいは事実上の権限が付与されている。そこで、そうした権限を濫用したか否かを任務違背行為の判断基準として用い、本人との委託信任関係の内容をもとに具体的に判断するのが基準の明確性があり妥当である<sup>10</sup>。

25

よって、検察側はγ説を採用する。

### 30 2. 両罪の区別

#### (1) W 説について

本説は、背任罪の罪質につきα説をとる場合の立場であるが、背任罪と同様に委託信任関係が保護法益とされている横領罪についても、委託信任関係が法的か事実的かという差

---

<sup>8</sup> 山口・前掲 318 頁。

<sup>9</sup> 前田・前掲 391 頁。

<sup>10</sup> 前田・前掲 391 頁。

異が保護法益としての重要性に影響することはない。法律行為であっても横領罪として処罰すべき場合があるのだから、このような区別は妥当でない。

よって、検察側は W 説を採用しない。

#### (2) X 説について

- 5 横領罪、背任罪の客体の中心は金銭であり、これを財物とすれば背任罪は一切成立しないことになる。そのため、金銭に関わる一定の部分を利益として扱うことになるが、いかなる場合に財物とされ、あるいは利益とされるかという具体的基準は本説から示されていない<sup>11</sup>。また、客体が財物か利益か明確に特定できる事例は稀であるため、何かしら処分している物が認定できる場合にはそれを客体としてすべて横領罪で処罰するといった事態
- 10 が生じる恐れがあり、処罰範囲が過度に拡大し妥当でない。

よって、検察側は X 説を採用しない。

#### (3) Y 説について

- 横領行為は不法領得の意思の発現たる行為であり、背任罪との決定的な違いは、行為者につきこの不法領得の意思があるか否かであるとするが、そもそもこの不法領得の意思の内容が曖昧である。一時使用の意思や毀棄隠匿の意思でも横領罪における不法領得の意思が認められる余地があり、このような広義的な概念では両罪の決定的な違いということ
- 15 できない。

よって、検察側は Y 説を採用しない。

#### (4) Z 説について

- 20 この説も、基本的には両罪の差は不法領得の意思にあるとするが、上記のようにそれ自体では曖昧な基準であるから、下位基準としての権限逸脱・権限濫用を設ける。権限逸脱行為は所有者でなければできないほしいままの処分であるといえ、不法領得の意思の発現たる横領行為とすることができる。一方、権限内で行動する場合は、例え濫用であっても本人に一応効果が及ぶので、不法領得の意思の発現たる横領行為ではなく、背任罪が成立
- 25 する。また、外形上一般的・抽象的権限内でも、委託の趣旨から絶対に許されない行為は実質的には権限逸脱行為であり、横領罪が成立するとする<sup>12</sup>。以上のように客観的な下位基準を設ける本説が、両罪の区別として妥当である。

よって、検察側は Z 説を採用する。

## 30 VI. 本問の検討

1. 甲が A 大学の経営資金から 3000 万円を無断で乙に交付した行為は、業務上占有する「他人の物」を横領したとして、業務上横領罪(253 条)とも、理事長は大学のために「事務を処理する者」であるとして、背任罪(247 条)とも思える。そこで、横領と背任の区別が問題となる。

---

<sup>11</sup> 前田・前掲 407 頁。

<sup>12</sup> 前田・前掲 407 頁。

2.(1) この点検察側はZ説を採用し、権限逸脱行為の場合には横領罪につき、権限濫用行為の場合には背任罪につき検討すべきと考える。

(2) これにつき本問を見るに、甲はA大学の理事長であるため大学の経営資金について広い裁量権を有しているといえるため、経営資金を無断で乙に交付した行為は権限濫用行為のようにも思える。

5  
しかし、本問においては、本件経営資金はA大学に利益をもたらすために活用するという趣旨のもと甲に委託され、A大学には「重要な財産の処分には理事会の承認を要する」との定款があるため、甲には自らの意思のみで経営資金を処分する権限は有していないといえ、甲の本件行為は甲の「A大学に関する金銭の管理権限」を逸脱しているといわざるを得ず、横領罪を検討すべきである。

以下、横領罪の検討をする。

3. 業務上横領罪が成立するには、①業務上、②自己の占有する他人の物を、③横領したこと、が必要である。

(1) まず業務上横領罪にいう「業務」とは、社会生活上の地位に基づき、反復・継続して行われる事務であって、委託を受けて物を占有・保管することを内容とする事務のことをいう。本問においては、甲はA大学の理事長として、A大学の経営資金等の財産を管理する業務を統括していたものであるから、本件経営資金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) 前述の通り、甲はA大学の財産を管理する業務を統括していたのであるから、その権限内で「A大学の経営資金という「他人の物」を「占有」していたといえるため、②の要件も満たす。

(3) そして横領罪の実行行為は横領行為であるが、横領とは「不法領得の意思を実現する一切の行為」をいい、ここにいう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思」をいう。前述の通り、甲にはその趣旨に基づいて財産を適切に管理し、重要な財産の処分の際には理事会の承認を得る任務があったが、甲はその任務に背いて、財産を処分する権限がないにもかかわらず、理事会の承認を得ることなく独断で経営資金のうち3000万円を乙に交付するという権限逸脱行為を行っている。

したがって甲は横領行為を行ったといえ、③の要件も満たす。

4. 以上より、上記①～③、すべての要件を満たし、故意(38条1項本文)も欠けるところがないため、甲の本件行為には業務上横領罪(253条)が成立する。

## Ⅶ. 結論

甲は業務上横領罪(253条)の罪責を負う。