

司法試験

刑法～財産犯の重要事項

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



無料公開講座
重要事項習得講義ライブ
刑法～財産犯

今回は、「重要事項完成講座～知識編」(2016.5月配信開始)のテキストのサンプルを使用して上記テーマに関する重要事項を学習していきます。なお、このテキストはサンプルなので、「知識編」のテキストは異なるところもあります。

平成28年7月3日

LEC専任講師 矢島純一

*「知識編」のテキストの重要度ランクの見方

・記憶する事項 重要ランク

論文試験で規範(要件)や法律効果などとして答案に書くことがある事項のうち、内容を理解して答案に書けるようにしておかなければならない知識を重要度の高いものから順番に「●」、「◆」、「▲」と記号を付しました。これら事項については重要度の高いものから順番に理解と記憶をして規範として答案に書けるようにしてください。

・理解する事項 重要ランク

論文試験で規範として答案に直接書くことは通常はないが、より深い答案を作成するために内容を理解しておくことが必要な知識を重要度の高いものから順番に「○」、「◇」、「△」と記号を付しました。これら記号がある事項については、重要度の高いものから読んで内容を納得できる程度の学習をしてください。

・条文の略記：I＝I項 ①＝1号 本＝本文 但＝ただし書 前＝前段 後＝後段

・ナンバリングの大小関係：第1 1 (1) ア (ア) a (a)

*平成28年5月以降の矢島担当の主な新規製作講座

- ① **重要事項完成講座「知識編」** 必修7科目
合格に必要な基本重要知識のインプット用の講座
H28.5月から科目単位で順次制作配信
- ② **重要事項完成講座「論文過去問徹底分析編」** 必修7科目
本試験で求められる法的思考と事例処理能力の習得用の講座
H28.10月から科目単位で順次制作配信(ライブ講義クラスも有)
注：講師作成の解答例は全面見直し
- ③ **矢島ゼミ**
論文対策から短答対策まで合格に必要な要素を凝縮したゼミ
H29.1月開講
- ④ **重要事項完成講座「論文知識スピードチェック講座」**
H29.1月開講
- ⑤ **重要事項完成講座「実践的な合格答案の作成編」**
H29.3月開講
- ⑥ **選択科目総整理講座「労働法」**
合格に必要な基本重要知識のインプット用の講座
H28.4月制作 H28.5月配信
注：テキストはH28.4に全面改訂・講義も100%リニューアル

第5章の6 財産に対する罪～横領の罪

1 横領罪〔単純横領〕(252)

252 条 1 項 自己の占有する他人の物を横領した者は、5年以下の懲役に処する。

2 項 自己の物であっても、公務所から保管を命ぜられた場合において、これを横領した者も、前項と同様とする。

(1) 意義

→横領罪は、「自己の占有」する「他人の物」を「横領」することで成立する。○

- 横領罪の**保護法益**は、財物に対する所有権及び委託信任関係である。●
関連問題：司法論文H24 (出題の趣旨・参照)
- 横領罪が保護する「他人の物」とは他人の所有物を意味するので、横領罪は、物の所有権を第1次的な保護法益とする。横領罪は本権一般を保護法益とする犯罪ではないため、賃借権や質権など所有権以外の本権を侵害しても横領罪は成立しない。横領罪は、委託信任関係の存在を前提としない遺失物横領罪よりも重く処罰されるため、明文にはないが、委託信任関係を第2次的な保護法益としている。○

(2) 横領罪の客体

ア 占有物

- 横領罪の**主体**は、委託に基づき他人の物の**占有者**でなければならぬ。横領罪は、委託に基づき他人の物の占有者のみが犯しうる**真正身分犯**である。○
- 横領罪の**客体**は、委託に基づき自己が占有する他人の物(財物)である。「物」のみが横領罪の**客体**になり、債権は客体にならない。○
- 横領罪は物に関する委託信任関係を破壊するような物の処分行為を処罰するものであることから、本罪の「占有」は、物に対する濫用のおそれがある支配力を有するものであることが重要である。このことから、本罪の「占有」には、事實上の占有のみならず、不動産の登記名義などの法律上の占有も含まれる。●

• 不動産登記簿上の名義人は、物である不動産を法律上占有し、濫用のおそれのある支配力を有しているといえるので、不動産という「物」に対する占有が認められる。

例えば、他人に不動産を売ったが所有権移転登記をしないうちに売主がその不動産を第三者に売却して登記を具備させた場合は、売主は、「自己の占有」する「他人の物」を横領したのとして横領罪の罪責を負う(最判昭30.12.26)。○

• 不動産の登記名義人以外の者であっても、法律上の権限に基づいて他人の**不動産を管理、支配**するときも、その**不動産**に対する濫用のおそれのある支配力が認められるため、その不動産に対する占有が認められる。例えば、法人の代表者(法人の機関)は、法律上、法人のために一切の裁判上・裁判外の行為をする権限を有しており(会社法349IV参照)、法人の不動産の管理権限があるので、法人名義の不動産に対する占有が認められる。結論が同旨の判例がある(大判大6.6.26)。○

関連問題：H24 司法論文刑事系第1問

• H24 司法論文刑事系第1問 (採点実感・抜粋)

【悪い答案の例】④業務上横領罪における「占有」の解釈について、「事実的支配」のみ論じ、「濫用のおそれのある支配力」の観点論じられていない答案、⑤業務上横領罪における「占有」の解釈について、「法人の機関に占有は認められない」とする答案

• 預金については、預金は債権なので横領罪の客体にならないとの問題意識がある。もつとも、預金の正当な私戻し権限を有する者は、いつでも預金を引き出すことができ、預金として預けられている金銭という「物」に対して濫用のおそれのある支配力を有しているといえるため、その金銭に対する法律上の占有があると解されている。●

例えば、会社の預金通帳と印鑑、あるいはキャッシュカードと暗証番号を業務上管理する社員は、預金の正当な私戻し権限を有するので、預金にかかる金銭に対する占有があるとされる。このように会社の預金通帳と印鑑を業務上管理する社員が、会社の預金を自己の預金口座に振り替えると業務上横領罪が成立しうる。○

関連問題：H21 司法論文刑事系第1問

• H21 司法論文刑事系第1問 (出題の趣旨・抜粋)

いわゆる「預金の占有」の趣旨・根拠についての**的確な理解**を前提に、**Aの口座**についての「預金の占有」が**対銀行との関係**での**私戻し権限**を踏まえて甲乙各人にそれぞれ認められるか否かによって、**成立し得る財産犯が異なる**ことに留意する必要がある。例えば、「預金の占有」を有する者には**横領罪が成立**し得るものの**窃盗罪や電子計算機使用詐欺罪は成立しない**と解されることなどに関する正確な理解が必要となる。

・ H21 司法論文刑事系第 1 問 (採点実感・抜粋) ○

【悪い答案の例】②具体的事実を構成要件に当てはめる際、抽象的に要件を充足することを指摘するのみで、**具体的にどのような法的構成なのか分らない答案**。例えば、「自己の占有する他人の物、の要件を満たす」旨の結論だけを示し、具体的に、**占有の対象が、「A の口座に現金として預け入れられた現金」たる「物」であることや、その所直直・占有者がだれであるかが明示されていないもの。**

イ 委託に基づく占有

・ 横領罪は委託信任関係も保護しているの、占有者による物の占有は、占有の委託者と受託者たる占有者との間の委託信任関係に基づくものであることが必要となる。○

(4) 「横領」の意義と横領罪における不法領得の意思

→横領とは、不法領得の意思を発現するすべての行為をいう。●

・ 横領罪には未遂処罰規定がなく、不法領得の意思が発現したと認められる行為をした時点で即既遂となる。○

・ 横領罪における**不法領得の意思**とは、委託の趣旨に背いて、その物につき権限がないのに占有者でなければできないような処分をする意思をいう。このような**意思が発現した**といえる行為が**横領行為**に当たる。●

・ 横領罪は窃盗罪と異なり財物の占有を奪うという要素がないので、窃盗罪における不法領得の意思の内容となる権利者排除意思をそのまま用いることができない。そこで、横領罪の本質が委託信任関係の破壊にあることに着目して横領罪独自の不法領得の意思を定義している。

・ **不動産**の横領の場合、不法領得の意思が発現したといえるためには登記の移転が必要である。横領罪には未遂処罰規定がないので、自己が占有する他人の不動産を、本人との委託の趣旨に背いて第三者に売却する旨の契約を当該第三者との間で締結した場合でも、登記の移転をしない限りは横領罪を構成しない。○ H28-2

・ **動産**の横領の場合は、他人にその動産の買取を申し込んだ時点で不法領得の意思が発現したのとして**横領罪が成立**する。動産を引き渡す必要はない。○

(5) 二重譲渡と横領

不動産の二重譲渡をする行為は横領罪を構成しうる。**例えば**、A が、不動産を B に売ったが所有権移転登記を具備させる前に、同一の不動産を C に売って所有権移転登記を具備させた場合、第 1 譲渡により不動産の所有権が実体上は A から B に移っていたとすると、第 2 譲渡の時点で、A は、自己が占有する他人の物を横領したといえるため、A の第 2 譲渡は B に対する横領罪を構成する。○ H28-2

不動産の二重譲渡の事実で、第 2 譲受人が、第 1 譲受人が未登記であるにもかかわらず、それを熟知して、執拗かつ積極的に売主に働きかけて自己に不動産を売らせて登記を移転させた事例で、売主と第 2 譲受人に横領罪の共同正犯が成立するとした裁判例がある (**福岡高判 47. 11. 22**)。○

(6) 不法原因給付と横領

判例は、「横領罪の目的物は、単に犯人の占有する他人の物であることをもって足りるのであって、その物の給付者において、民法上、犯人に対しその返還を請求し得べきものであることを要件としない」として、不法原因給付として返還請求できない物に対する横領罪の成立を認めている (最判昭 23. 6. 5)。学説には横領罪不成立説が有力である。この論点に関する新しい判例はでない。◇

(7) 盗品の横領 (盗品の売却代金の横領) H28-2 関連問題: H26 予備論文

盗品の売却を依頼された者が、それを売却して得た代金を着服した行為につき、弁護人は、依頼者と被告人との間の委託関係が民法 90 条の公序良俗に違反し無効であるから、売却代金を着服した被告人には横領罪は成立しないと主張した。

最高裁は、不法原因給付と横領に関する上記昭和 23 年判例を参照した上で、依頼者が売却代金の返還を請求できないとしても、「被告人が自己以外の者のためにこれを占有しているのであるから、その占有中これを着服した以上、横領の罪責を免れ得ない」として横領罪の成立を認めた (**最判昭 36. 10. 10**)。◇

理論面の補足: 横領罪は所有者との間の委託信任関係を破壊して物の所有権侵害をするところに本質がある。そうすると、**例えば**、乙が甲から盗んだ物を丙に預けたところ丙がこれを横領したという**盗品の横領**については、盗品の被害者である甲に物の所有権があると考えると、横領の被害者は甲になるのに、所有者である甲との間の委託信任関係がないため、丙に横領罪は成立しないと考えられる。**もともと**、横領罪は究極的には物の所有権を保護するものであるが、占有自体も一応保護しているものとして、所有者以外の占有者との委託信任関係も保護できると考え、ここでは、乙と丙との間の委託信任関係が保護され、丙は、「他人の所有物」を、乙との間の「委託信任関係」を破って領得したのとして**横領罪が成立**すると解する余地がある。▲

(7) 横領後の横領

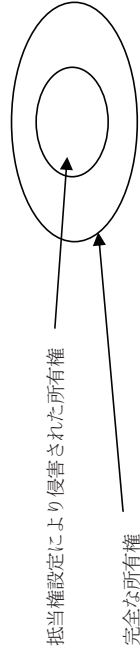
→例えば、XがV所有の土地につき、自己に登記名義があるのをいいことに、Vに無断で**抵当権を設定**してその**登記**をした場合、自己の占有する他人の物を、委託の趣旨に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思を發現して横領したものととして**横領罪が成立**する。**その後**、Xは、その土地を所有者Vに無断で誰かに売却して登記を移転した場合に、自己の占有する他人の物であるV所有の土地につき、再び横領罪が成立するかどうか**問題**とされる。Xの売却行為は、形式的には、自己の占有する他人の物を横領したものと見えるが、同一被害者との関係で同一客体に対する横領後の横領は不可罰的事後行為として犯罪不成立なのではないかということが**問題の所在**である。○

● 横領後の横領の考え方の概要

横領物に対する横領の成否については、当初の横領行為により財物に対する所有権および委託信任関係という保護法益が侵害されたことで後の横領行為は新たに保護法益を侵害するものではないといえるため、後の横領行為は不可罰的事後行為となりそうである。**しかし**、当初の横領行為が、不動産に対する抵当権設定行為である場合、その行為により所有権侵害がなされたといえるものの、**その所有権侵害が完全なものとはいえず**、後でそれを本人に無断で売却することで、**新たに所有権侵害および委託信任関係の破壊**がされたといえる。このように考えれば、抵当権設定行為について横領罪の成立を認めた場合であっても、その後の売却行為についても横領罪の各要件を充足すれば、客体たる物と被害者を同一とする横領罪の成立をさらに肯定することができる。

2つの横領罪の成立を肯定した場合は、**客体と被害者が同一であり1個の財物に対する所有権侵害があったもの**といえることから、**1個の罰条により1回的に評価すれば足りる**。そこで、**両罪は包括一罪**になると考えられるのが妥当である。

関連問題：H24 司法論文刑事系第1問



・判例は、上記と似たような事案で、横領後の横領を肯定している(**最大判平15.4.23**)。なお、この判例は、検察官が、被告人の当初の抵当権設定行為に関する横領行為を起訴せず、その後その不動産を売却して登記を移転した行為については業務上横領罪で起訴したという事案であった。この判例の**解釈**の仕方については以下の平成24年論文試験の出題の趣旨が参考になる。

・H24 司法論文 出題の趣旨 (抜粋)

不動産の抵当権設定行為について業務上横領罪の成立を認めた場合、その後の、売却行為についても業務上横領罪の成否を検討することになる。この場合、**問題**となるのは、横領物に対する横領が認められるか否かである。この点については、**最大判平成15年4月23日刑集57巻4号467頁**が参考になる。この判例は、横領物の横領は不可罰的事後行為であるとしてきた従来の判例を変更し、**横領物の横領を認めたと理解**できる。

*最大判平15.4.23 横領後の横領

(判旨)

1 委託を受けて他人の不動産を占有する者が、これにほいままに**抵当権を設定してその旨の登記をした後においても**、その不動産は**他人の物**であり、受託者がこれを占有していることに変わりはなく、受託者が、その後、その不動産につき、ほいままに**売却等による所有権移転行為を行いその旨の登記**をしたときは、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したものにはかならない。したがって、**売却等による所有権移転行為について、横領罪の成立自体は、これを肯定**することができるというべきであり、**先行の抵当権設定行為が存在することは、後行の所有権移転行為について横領罪が成立する以上、先行する抵当権設定行為について横領罪が成立する場合における同罪と後行の所有権移転による横領罪との罪数評価のいかんにかかわらず、検察官は、事案の軽重、立証の難易等諸般の事情を考慮し、先行の抵当権設定行為ではなく、後行の所有権移転行為をとらえて公訴を提起することができるもの**と解される。また、そのような公訴の提起を受けた裁判所は、**所有権移転の点だけを審判の対象とすべき**であり、**犯罪の成否を決するに当たり、売却に先立って横領罪を構成する抵当権設定行為があつたかどうかというような訴因外の事情に立ち入って審理判断すべきものではない**。このような場合に、被告人に対し、訴因外の犯罪事実を主張立証することによって訴因とされている事実について犯罪の成否を争うことを許容することは、訴因外の犯罪事実をめぐって、被告人が犯罪成立の証明を、検察官が犯罪不成立の証明を志向するなど、当事者双方に不自然な訴訟活動を行わせることにもなりかねず、**訴因制度を採る訴訟手続の本旨に沿わないもの**といえるべきである。以上の点は、**業務上横領罪についても異なるものではない**。

2 そうすると、**本件において**、被告人が本件土地1につき本件抵当権①、②を設定し、本件土地2につき本件抵当権③を設定して、それぞれその旨の登記を了していたことは、その後被告人がこれらの土地を売却してその旨の各登記を了したことを業務上横領罪に問うことの妨げになるものではない。

2 業務上横領罪 (253)

253 条 業務上自己の占有する他人の物を横領した者は、10年以下の懲役に処する。

(1) 主体

→本罪は、業務上、自己の占有する他人の物を横領することで成立する。本罪は、業務上、他人の物を占有する者が主体となる。●

・業務上横領罪は、他人の物の占有者という**真正身分**と、その占有につき**業務者**という**不真正身分**がある者が犯すことができる**二重の身分犯**である。○

(2) 業務上横領罪の「業務」

→業務上横領罪における「**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で、委託に基づき金銭その他の財物を占有・保管することを内容とするものをいう。●

関連問題：司法論文 H21, H24

(3) 非占有者が業務上横領罪に加功した場合の罪責

→業務上横領罪に加功した非占有者については、6.5条1項により業務上横領罪の共犯が成立し、6.5条2項により単純横領罪の刑を科す（最判昭32.11.19）。○

・判旨は明確に理由を述べていないが次のように説明できる。すなわち、業務上横領罪は非占有者との関係では真正身分犯になるので6.5条1項が適用され、業務上横領罪の共同正犯が成立する。もつとも、単なる占有者が業務上横領罪に加功した場合には、同2項により単なる占有者には横領罪の共同正犯が成立しその科刑がなされることとの刑の均衡を図るために、非占有者には6.5条2項をさらに適用して単純横領罪の刑を科すべきものと解される。●

関連問題：司法論文 H21, H24

3 遺失物等横領罪 (254)

254 条 遺失物、漂流物その他占有を離れた他人の物を横領した者は、1年以下の懲役又は10万円以下の罰金若しくは科料に処する。

(1) 意義

→遺失物等横領罪は、遺失物、漂流物その他占有を離れた他人の物を横領することで成立する。◇

(2) 客体

→遺失物、漂流物、その他占有を離れた他人の物（占有離脱物）

・占有を離れた他人の物は、①占有者の意思に基づかずにその占有を離れた物で誰の占有にも属していない物の他に、②誤配された郵便物など、委託関係に基づかずに行為者の占有下に置かれた物も含む。◆

・所有権が放棄された物など、無主物は本罪の客体とはならない。◇

(3) 行為

・落ちていた物を拾った場合は、不法領得の意思をもって、客体となる物を自己の事実上の支配に置いた時点で本罪が成立する。◇

・郵便物が誤配されたものであることを気付かないまま受領した後、その物を自分の物にしようと思っただけの場合は、郵便物を受け取った後に不法領得の意思を発現する行為をした時点で本罪が成立する。◇

第5章の7 財産に対する罪～背任の罪

1 背任罪 (247)

247 条 他人のためにその事務を処理する者が、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で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を加えたときは、5年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

(1) 意義

→背任罪は、他人のためにその事務を処理する者が、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で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を加えることで成立する犯罪である (247)。

- 背任罪は全体財産に対する罪として、本人の全体財産及び委託信任関係を保護法益とするものと解されている。●
- 背任罪は、横領罪と異なり、未遂処罰規定がある (250)。本人に財産上の損害が発生しなければ未遂にとどまる。○
- 条文上の要件を整理すると、客観面の要件である、他人のための事務処理者が、任務違背行為をし、主観面で、故意に加えて凶利又は加害の目的が認められると背任罪は少なくとも未遂となる。さらに、本人に財産上の損害が発生すると背任罪は既遂となる。●

(3) 主体

- 背任罪は、他人のための事務処理者のみがなしうる真正身分犯である。○
- 非身分者が背任罪に加功した場合、6.5条1項により身分のない者に共犯が成立する。○
- 背任罪における「事務」は、財産的な事務に限定される。○

関連問題：H24 司法論文刑事系第1問

• 二重抵当と他人のための事務処理者 ○

例えば、自己の所有する不動産にAのために抵当権を設定しその登記を具備させないでいるうちに、さらにBに対して同一不動産につき抵当権を設定して先順位の登記を具備させてAの抵当権を後順位抵当権にするという二重抵当の事例では、抵当権設定者にはAに対する背任罪が成立しうる。このとき、抵当権設定者のAに対する背任罪の成否に関して、まずは、抵当権設定者が、Aのための事務処理者として「他人のための事務処理者」に該当するのかが問題となる。

最高裁は、被告人が、同一の不動産につきAとBに二重に抵当権を設定し、後から設定したBの抵当権を先順位の抵当権として抵当権設定登記を具備させ、当初設定したAの抵当権を後順位抵当権にさせた行為がAに対する背任罪となるかが問題となった事案において、「抵当権設定者はその登記に関し、これを完了するまでは、**抵当権者に協力する任務**を有することはいままでもないところであり、**右任務は主として他人である抵当権者のために負うもの**といわなければならない」として、被告人がAとの関係で「他人のための事務処理者」であることを肯定した (**最判昭31.12.7**)。 H28-2

なお、上記事案で本人の財産上の損害をどのように捉えるのかについて、同最高裁は、「抵当権の順位は当該抵当物件の価額から、どの抵当権が優先して弁済を受けられるかの財産上の利害に関する問題であるから、本件被告人の所為たる**Aの1番抵当権を、後順位の2番抵当権**たらしめたことは刑法247条の**損害**に該当する」としてAに財産上の損害が発生したことを認めた。

ちなみに、背任罪が成立するとの結論をだすには、他にも任務違背行為と凶利加害目的が認められることも必要となる。この事案では、本来後順位になる抵当権を先順位のものとして抵当権設定登記を具備させたことが任務違背行為となり、故意の他にさらに凶利加害目的が認められれば背任罪が成立することになる。

関連問題：H24 司法論文刑事系第1問

- 株券に質権を設定した者は、他人である質権者のために**担保価値保全の任務**を負うので、他人のための事務処理といえる (最判平 15.3.18)。○
- この判例は、質権だけでなく抵当権などの事例にも応用できる。例えば、抵当権を設定した者が、抵当権者に抵当権設定登記を具備させる前に、別の者に対して、抵当権を設定して第1順位の抵当権設定登記を具備させた場合は、抵当権設定者は、当初の抵当権者のために先順位の抵当権設定登記を具備させるなど目的物の担保価値保全の任務を負うものとして、他人のための事務処理者に当たると説明することもできよう。

(4) 任務違背行為（背任行為）

ア 意義

→背任罪の成立に必要な任務違背行為（背任行為）は、背任罪が、本人との信任関係に反して本人に財産上の損害を与える行為を処罰するものであることから、信任関係に違背して本人に財産上の損害を与える行為であることが必要となる。

任務違背行為の意義については多説あるところであり、論文試験の事例処理は、既に自説を決めているのであればその見解で処理すれば足りる。論文試験では、見解に関する抽象論を長々と論証するよりは、事例における具体的検討を重視して論じるとよい。

・任務違背行為は、作為、不作為を問わず、信任関係に違背して本人に財産上の損害を与える行為であればこれに当たりうる。○

イ 背任罪の本質と任務違背行為の解釈

(7) 意義

→任務違背行為をどのように捉えるかについては、背任罪の本質をどのように説明するのかということと関係している。このことについては背信説と権限濫用説と大きく対立しており、その他の見解も存在する。

(4) 背信説

→背任罪の本質を、本人との委託信任関係や誠実義務に違背して本人の財産を侵害するところにあると捉える見解（背信説）に立った上で、任務違背行為の意義を、本人との信任関係を破壊しての本人の財産に損害を与える行為であれば、法律行為のみならず、事実行為によっても任務違背行為となると考える見解がある。判例はこの見解に立っていると考えられている（大判大 3.6.20）。○

・背信説に対しては、背任罪の本質の定義が抽象的であり、背任罪の成立範囲が不明確になるとの批判がなされている。△

〔論証例〕「任務に背く行為」の意義（背信説）簡略版 ●

背任罪は本人との委託信任関係に違反して財産侵害をすることを処罰するものであることから、「任務に背く行為」とは、本人との信任関係を破壊して本人の財産に損害を与える行為といえれば、法律行為か事実行為かを問わずこれに当たると考える。

(7) 権限濫用説

→背任罪の本質を、法的代理権の濫用による財産侵害と捉える見解（権限濫用説）に立った上で、任務違背行為を、本人の財産に損害を与える行為のうち法的な代理権の濫用による法律行為に限定する見解がある。この見解によると、任務違背行為は、法的代理権があることを前提に対外的に法律行為の形式でなされることが必要となる。△

・権限濫用説に対しては、任務違背行為を法的代理権の濫用の場合に限定すると、背任罪の成立範囲が狭くなりすぎるとの批判がなされている。△

(5) 背信説と権限濫用説の中間的な見解

→背信説と権限濫用説の中間的な見解が複数（少なくとも5つ）存在する。受験対策上は深入りする必要はないが参考までに中間的な見解のうちいくつかを紹介しておく。

・権限濫用説と背信説の中間的な見解として、背任罪の本質を、代理権の濫用に限らず、他人の財産を保護すべき法律上の義務に違反する財産侵害と捉える見解がある（事務処理説・事務処理違反説・新しい権限濫用説）。この見解によると、任務違背行為とは、法的な代理権の濫用に限定されないが、民事上の事務処理義務に違反して財産に損害を与える行為をいうことになり、単なる事実行為を任務違背行為から除外することになる。

・背任罪の本質を、背信説を基礎にしつつも、その背任行為を法的権限の濫用に限定する見解（背信的権限濫用説）もある。この見解は、背信説を限定するものであるが、法的な代理権の濫用ではなくても、法的権限の濫用があるといえれば任務違背行為の成立を肯定するものなので、法的権限の濫用が代理の形式でなされなくとも背任罪が成立しうるので、権限濫用説を拡大するものといえる。事例を処理する上では、前述した事務処理説とそれほど大差がでなきような見解である。

(ウ) 判例の見解

→判例は一般に背信説を採用していると分析されている。○

・例えば、乙株式会社では、開発したコンピュータプログラムは乙会社の顧客にだけ使用させるとの内規があったにもかかわらず、そのプログラムを自己のCD-ROMで管理していた乙会社営業課長甲は、内規に違反し、乙会社の顧客ではない知人Aの依頼に応じ、乙会社に無断で、そのCD-ROMを社外に持ち出して、プログラムをA方のコンピュータに入力したという甲の行為につき背任罪が成立しうるかについて検討する。この事例は、短答試験において、判例の立場から背任罪又は横領罪の成否を問う形式で出題されたもので、解答としては背任罪が成立すると結論を導くことが求められていた。以下を参照。○ H18-5 抜く

上記事案は、甲は乙社のプログラムを自己のCD-ROMで管理しており、「物」という側面に着目すると、甲は、「自己の物」を社外に持ち出したのであり、「他人の物」を社外に持ち出したものではない。そのため、本件では「他人の物」を客体とする犯罪である横領罪は成立し得ない事例なので、背任罪の成否を検討していくことになる。また、上記甲の行為は、法律行為ではなく事実行為であるため、法的な代理権を濫用した法律行為ではない。そのため、任務違背行為としての代理権の濫用と捉える権限濫用説からは背任罪は成立しない。一方、背信説によれば、甲の行為は任務違背に当たりうることになり背任罪の他の成立要件を満たせば甲に背任罪が成立することになる。以上を前提に、以下、背任罪の成否を試みに簡単に論述してみる（ナンバリングや改行は省略した）。

背任罪が成立するには他人のための事務処理者が、任務に背く行為をし、主観面で、故意の他に図利又は加害目的が必要となり、さらに、本人に財産上の損害が発生することで既遂となる(247条)。

これを本問にみるに、甲は、乙社の営業課長として乙社が開発した財産的価値があるプログラムを顧客に提供するために乙社のために管理していたといえるので、他人の財産を侵害することとを処罰するも該当する。背任罪は本人との委託信任関係に違反して本人の財産を侵害することを処罰するのであることから、「任務に背く行為」とは、本人との委託信任関係や誠実義務に違背しての本人の財産に損害を与える行為をいい、法律行為が事実行為かは問われないと考える(背信説)。本問甲が乙社の内規に違反して乙社に無断で知人A方のコンピュータにプログラムを入力した行為は、事実行為であるが、乙社がプログラムの管理を甲に委託した趣旨に背くものであり、任務に背く行為といえる。故意とは別にあえて目的が要求されていることから、図利又は加害目的は確定的な認識が必要と考える。甲は、会社の利益を顧みず知人Aのために無償でプログラムをAに提供する意図を有していたので、故意の他に、Aの利益を図るとい図利目的につき確定的な認識をしていたといえる。したがって、甲に図利目的が認められる。そして、甲の任務違背行為により、本来は有償で提供されるべきプログラムが無償でAに提供されたことでその価値相当額の損害が乙に発生している。したがって、甲は、本人である乙に財産上の損害を加えたといえる。以上より、背任罪の成立要件を全て満たす。よって、甲には背任罪が成立する。

15

(エ) 図利・加害目的

→背任罪が成立するには図利目的又は加害目的があることが必要となる。

- ・自己又は第三者の利益を図る目的(図利目的)○
- ・本人に損害を与える目的(加害目的)○
- ・損害の発生認識など、故意とは別に、条文中あえて目的が要求されていることから、自己若しくは第三者の利益を図り、または本人を加害する目的(図利・加害目的)については確定的な認識が必要と解されている(多数説)。もともと、処罰範囲を不当に狭めないために積極的に意欲することまでは不要であると解されている。なお、確定的な認識を不要とする見解もある。●
- ・判例は、図利加害目的を肯定するためには、図利加害の点につき、必ずしも意欲ないし積極的認識までは要しないとされている(最決昭63.11.21)。
- ・図利目的と本人の利益のためにする目的が併存する場合は、主として図利目的があると認めれば本罪の図利目的が認められる(最決平10.11.25)●
- ・甲銀行の監査役と顧問弁護士を兼任して甲銀行に対して強い発言力があつた被告人は、甲銀行と密接な関係がありその倒産が甲銀行の倒産につながるおそれがあるA社が資金繰りに困っていたため、A社の所有の遊休地をB社らに対して売却させることを計画した。そこで、被告人は、B社らに売買代金を調達させるために、甲銀行からB社らに資金を融資させたが、B社らが融資金を返済できなくなる可能性があることが明らかかな事案であつた。
- ・最高裁は、上記の事実関係から、B社らに対し、大幅な担保不足であるのに多額の融資を受けられるという利益を与えることになるとを認識しつつ、あえて右融資を行うこととしたことが明らかであり、本件融資が甲銀行の関連会社であるA社を救済することで甲銀行の利益を図る動機があつたとしても、甲銀行によつて極めて問題が大きい本件融資を行わなければならないという必要性、緊急性は認められないこと等にも照らすと、それは融資の決定的な動機ではなく、本件融資は、主として第三者であるB社らの利益を図る目的をもつて行われたといふことができるとして、被告人に本件融資につき特別背任罪におけるいわゆる図利目的があつたことを認めた(最決平10.11.25)◇

注：なお、上記平成10年決定の事案は会社法966条の特別背任罪の事例なので刑法247

条の「他人のための事務処理者」の構成要件が「監査役」に置き換わっている。

16

(6) 財産上の損害

→背任罪が**既遂**になるには**本人に財産上の損害が発生**することが必要となる。背任罪は、個別財産に対する罪ではなく、全体財産に対する罪であることから、既遂犯の要件となる財産上の損害の発生の有無は、本人の**全体財産**の状況をみて**経済的見地**から**判断**し、本人の**全体財産を減少**させたといえれば損害の発生が認められる。全体財産の減少をどのように判断するかは後掲昭和58年決定を参照。●

・**例えば**、事実上倒産状態にある被告人が、本人に無断で、本人と債権者との間の保証契約を締結し、本人に被告人の債務を保証させた場合、被告人が主債務を弁済できず本人が保証債務を履行したときは、本人は被告人に対して求償権を取得することとなるが、事実上倒産状態にある被告人に対する求償権は実質的に無価値であることから、経済的見地から判断すれば、被告人が本人に被告人の債務を保証させたことで本人に損害を発生させたといえる。○

・昭和58年決定

信用保証協会の支所長である被告人が、同協会に倒産寸前の主債務者Bの債務を保証させた事案で、**最高裁は、「本人に財産上の損害を加えたとき」とは、経済的見地において本人の財産状態を評価し、被告人の行為によつて、本人の財産の価値が減少したとき又は増加すべかりし価値が増加しなかつたときをいうとの判断枠組みを示した。**●

同最高裁は、その上で、同協会をしてBの債務を保証させたときは、同人の債務がいまだ不履行の段階に至らず、したがって同協会の財産に、代位弁済による現実損失がいまだ生じていないとしても、**経済的見地**においては、同協会の財産的価値は**減少**したものと評価されるから、「**本人に財産上の損害を加えたとき**」にあたるとした（**最決昭58.5.24**）。○

・昭和58年決定の補足

信用保証協会の支所長が、倒産寸前の主債務者の債務を同協会に保証させた場合、主債務の不履行がない段階では同協会は主債務者に代わって代位弁済させられる現実的危険はないし、仮に同協会が主債務者に代わって債権者に弁済したとしても、同協会は主債務者に求償権を取得し得るので、財産上の損害がないようにも思える。**しかし、倒産寸前の主債務者に対する求償権は実質的に無価値であり、経済的見地からみれば保証協会に財産上の損害が発生したといえる。**

(7) 横領罪と背任罪の区別（法条競合説）

・財物以外の権利が客体となる場合は横領罪は成立し得ず、背任罪の成否しか問題とならない。一方、**他人の物が客体となる場合**で、本人と物の占有者との間に委託信託関係があるため、犯罪の**主体が背任罪という他人のための事務処理者**であり、同時に、横領罪でいう**他人の物の占有者**に当たるとき、その物につき委託の趣旨に背いて処分行為をすると、背任罪と横領罪の両罪が成立するようにもみえる。このように横領罪と背任罪の両罪が成立しうる**場合**、両罪の区別基準が**問題**となる。

考え方の1つとして、物の所有権及び委託信託関係を保護法益とする（業務上）横領罪と、全体財産及び委託信託関係を保護法益とする背任罪は、**保護法益に重なり合いが認められ、論理的に択一関係**にあるため、両罪は**法条競合**の関係にあり、両罪が成立しうるときは、**重い横領罪のみが成立するとする見解がある**（法条競合説）。他の見解は次頁参照。**なお**、背任罪と単純横領罪は、懲役刑に関しては、ともに5年以下の懲役となる**ところ**、背任罪は選択刑で罰金刑があるため、単純横領罪と比較しても、横領罪の法定刑は、背任罪の法定刑よりも**重い**。○

〔論証例〕横領罪と背任罪の区別 ●

物の所有権及び委託信託関係を保護法益とする（業務上）**横領罪**と、全体財産及び委託信託関係を保護法益とする**背任罪**は、**保護法益に重なり合い**が認められ、両罪は**法条競合**の関係に立つ。したがって、両罪が成立し得る事案では、重い（業務上）横領罪のみが成立すると考える。そこで、まずは（業務上）横領罪の成否を検討し、同罪が成立しないときは背任罪の成否を検討することにする。

注：業務上横領罪の事案では「横領罪」を「業務上横領罪」とする。

注：なお、客体が「自己の占有する他人の物」ではない事例では横領罪は成立しやうがないのでこの論証をすることはない。

・H24司法論文刑事系第1問（出題の趣旨・抜粋） 注：〔括弧内〕は補充した

本問において、〔A社の代表者である〕甲は、「A社の委託に基づき業務上本件土地を占有する者」であると同時に「A社の委託に基づきA社の財産上の事務を処理する者」に該当することになる。したがって、「甲がA社の土地に正規の手続きを経ずにした」抵当権設定行為についての甲の罪責を検討する際には、まず、業務上横領罪を検討すべきか背任罪を検討すべきかが問題となる。

この点について、横領罪の保護法益を「物（個別財産）の所有権及び委託信託関係」、背任罪の保護法益を「全体財産及び委託信託関係」と捉え、両罪の保護法益に重なり合いを認め、法益侵害が一つであることから、両罪の関係は法条競合であり、重い横領罪が成立すると考える見解からは、まず業務上横領罪の成否を検討することになる。他の見解に立つ場合であっても、簡潔に自己の見解を定立した上で、その見解と論理的に矛盾しない説得力のある論述を展開する必要がある。

*横領と背任の区別についての他の基準

・物の処分が本人の計算かつ名義でなされた場合は背任罪、自己の計算又は名義で行われた場合は横領罪となるとして横領と背任を区別する見解もある。△

判例はこの見解を主流としてとされている（大判昭10.7.3, 大判昭9.7.19）。例えば、名目的には本人名義で本人から行為者に資金の貸付をしても、それを正規の手続きを経ず帳簿にも記載しない場合はその経済的效果が本人に帰属するものとはいえないので、行為者の自己の計算で行われたものとして横領になる。

注：本人の計算＝本人に経済的利益が帰属すること。

・権限を逸脱したときは横領、権限を濫用したにすぎないときは背任となるとして横領と背任を区別する見解もある。これは名義と計算だけで形式的に判断する見解を実質的なものにしたものだと評価されている。△

この説を採用した判例も存在する。例えば、森林組合の組合長が、法律上、員外貸付が禁止されている組合に対する政府貸付金を、組合員以外の第三者に貸し付けた事案で、当該行為が権限逸脱に当たるとして、業務上横領罪の成立を認めた最判昭34.2.13など。これは、学説からは、法律上、行為者のみならず森林組合本人の権限にも属さない処分をしている場合なので、本人の名義や計算のいかんを問わず権限逸脱行為として横領になると評価されている。

~~~~~*横領罪に関する追加論点 用途を定めて寄託された金銭の横領 ◇

金銭は、物に個性がある特定物とは異なり、価値を表象する物として究極の代替物であり、金銭の占有と所有は常に一致すると解するのが民法上は通説となっている。例えば、受寄者が金銭を消費できる趣旨で金銭を寄託する消費寄託（民法666I）の場合は、寄託者が金銭を自ら消費しても自己の占有する自己の所有物を消費しただけなので横領罪を構成しない。

一方、用途を定めて寄託された金銭については、寄託者が委託の趣旨に背いてこれを消費した場合は、後で自ら資金を調達して委託された金銭を返還する意思があつたとしても横領罪を構成すると解されている。茶の買付資金として寄託された金銭を自己の生活費や遊興費として消費した事例で、最高裁は、用途を限定されて寄託された金銭は、売買代金のような単純な商取引の履行として授受されたものとは自らその性質を異にするのであって、特別の事情がない限り受託者はその金銭について刑法252条にいう「他人の物」を占有する者と解すべきであり、受託者がその金銭について委託の本旨に違つた処分をしたときは横領罪を構成するとした（最判昭26.5.25）。

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2016 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU16658