

横領罪管見

清水 晴 生

第1節 誤振込と預金の領得

- 1 占有とは
- 2 預金による占有とは
- 3 誤振込とは
- 4 検討
- 5 結語

第2節 横領罪と背任罪の区別

- 1 問題の所在
- 2 判例
- 3 誰のための信任違背行為か
- 4 横領と背任の競合関係

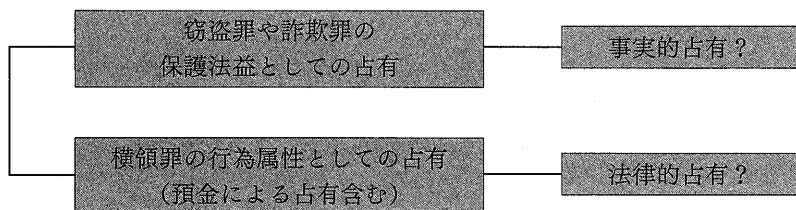
第1節 誤振込と預金の領得

1 占有とは

刑法上の「占有」概念で第一に念頭に浮かぶのは、おそらく窃盗などの奪取罪にいうその保護法益であるところの「事實的」な占有概念であり、事實的支配とも言い換えられるものであろう。所持などとも称される。

他方、異なる占有概念も想起される。横領罪における占有である。これは窃盗の占有とは異なり、事實的支配を必ずしも意味しない。他人の財物を領得しその所有権を侵害する前提となる「他人の物の占有者」たる身分ないし行為態様の一部としての占有であれば足りるから、たとえば不動産の登記名義人や登記に必要な書類を一式所持する者など、当該不動産についての処分権限ないし処分可能性があればその不動産に対する占有があるといつてよい。つまり法律上の占有あるいは法律的な支配も含まれる。

しかし、拾った通帳やカードを用いて不正に銀行から金を下ろした場合、通常は銀行の事実的な占有を侵害したとして窃盗ないし詐欺が成立すると考えられているが、実はこのとき通帳・カードの名義人の法律上の占有が侵害されていると考えられないことはない。銀行の事実的な占有といってもそれはまったく文字通りの事実的占有ではなく、程度の差こそあれ、処分権限ないし処分可能性としての性格を具有するものということができ、名義人の占有との間に決定的な質的差異があるとまではいえないからである。



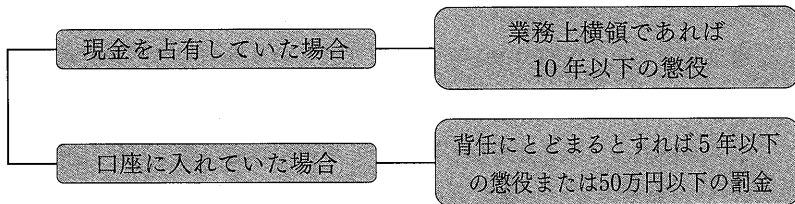
2 預金による占有とは

民法とは異なり、何らかの意味で特定可能な金銭については他人に占有が移転されたあとも金銭ないし金額に対する委託者の占有や所有権を保護しうる（つまり法益侵害が認められ犯罪が成立しうる）との理解は、刑事法上広く採られている。債権債務関係の発生による調整だけでは足りない、刑法が関心をもつべき利益とそれに対する侵害が認められるとするのである。

このような意味において、銀行との関係でも預金債権があることをもって、預金に対する占有ないし（銀行にある金銭の）預金（口座）による占有ということも刑法上は考えることができる。

たとえば他人から預かった金銭について、現金の状態でこれを着服するという場合と、いったんはこれを自分の口座に入れて保管しておき、その

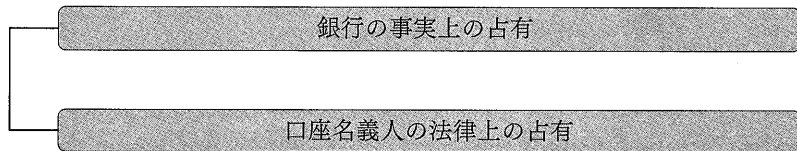
後これを着服する目的で引き出したり、自分の債務のために振替送金する場合とを比較してみよう⁽¹⁾。端的に犯罪構成要件をあてはめると、現金を着服する場合は、自己の占有する他人の物を領得したということで横領罪の成立を認めることができる。他方、口座から振替送金する場合には、事実上の占有がないことからすると自己の占有する他人の物の領得という横領罪の構成要件には該当しえないことになり、せいぜい他人のために金銭を保管する立場にある者がその任務に違背する行為をおこなって本人に損害を与えたという背任罪が成立するにとどまる。現金を占有していた場合には業務上横領罪であれば10年以下の懲役が科せられ、口座に入っていた場合には5年以下の懲役または50万円以下の罰金にとどまる背任罪が成立するとすれば不均衡である。ここに預金による占有という概念（擬制）を肯定すべき理由がある。本来背任とするほかない債権横領（利益横領）を現金の場合と同様に横領罪において処理するために、占有概念を法律上の占有にまで拡張することにより、債権を物という概念に直接取り込むような類推解釈をなんとか回避しつつ、預金により占有する他人の物の領得という解釈を施すのである。



このように預金による占有者が自己の口座の預金に対して自由な処分権限ないし処分可能性を有することを理由に横領罪の成立を認めるときに

(1) 的場純男「横領罪における占有の意義 — 不動産及び預金の占有を中心として —」
芝原邦爾編『刑法の基本判例』（別冊法学教室 基本判例シリーズ 3）134頁参照。

は、同時にむしろ相反する銀行の事実上の占有まで認めることで詐欺罪や窃盗罪の成立を認めることは、同一の行為についてあえて相矛盾する（あるいは性質の相異なる）二重の評価を加えて重複的に同種犯罪の成立を許すことになり妥当でない。したがって預金による法律上の占有を認めるときには、銀行の事実上の占有は排除されるべきことになる（このような意味において銀行強盗のケースとは区別される⁽²⁾）。



3 誤振込とは

ここで問題とされるべきなのはいわゆる誤振込の場合である。誤振込とは、振込依頼人と受取人との間に振込の原因となる法律関係が存在しなかった場合をいう。このとき受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人は銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得するとはたしていえるだろうか。

東京高裁平成3年11月28日判決⁽³⁾は次のとおり判示してこれを消極に解した。

「1 振込金について銀行が受取人として指定された者（以下「受取人」という。）の預金口座に入金記帳することにより受取人の預金債権が成立

(2) 林幹人「誤振込みと詐欺罪の成否」『平成15年度重要判例解説』（ジュリスト臨時増刊1269号）166頁も、「預金名義人を装って預金の払戻しをした場合と本件とは、まったく異なる。預金名義人を装って払戻しをした場合、行為者は預金債権を有しないのであり、銀行は預金名義人の財産を保護する利益があるとしてよいことはもちろんであるが、誤振込みの場合は受取人は預金債権を有するのであり、銀行は受取人に対してその預金について正当な利益をもたないのである」という。

(3) 判時1414号51頁。

するのは、受取人と銀行との間で締結されている預金契約に基づくものであるところ、振込みが振込依頼人と受取人との原因関係を決済するための支払手段であることにかんがみると、振込金による預金債権が有効に成立するためには、特段の定めがない限り、基本的には受取人と振込依頼人との間において当該振込金を受け取る正当な原因関係が存在することを要すると解される。ところが、本件振込みは、明白で形式的な手違いによる誤振込みであるから、他に特別の事情の認められない本件においては、透信の富士銀行に対する本件預金債権は成立していないというべきである。

2 そうすると、本件振込みに係る金員の価値は、実質的には被上告人に帰属しているものというべきであるのに、外観上存在する本件預金債権に対する差押えにより、これがあたかも透信の責任財産を構成するかのように取り扱われる結果となっているのであるから、被上告人は、右金銭価値の実質的帰属者たる地位に基づき、本件預金債権に対する差押えの排除を求めることができると解すべきである」⁽⁴⁾。

	結 論	理 由
東京高裁 平成3年11月28日 判決	預金債権は成立していない	振込金による預金債権が有効に成立するためには、正当な原因関係が存在することを要する

しかし上告審である最高裁判平成8年4月26日判決⁽⁵⁾はこれをくつがえした。その理由は次のとおりである。

「1 振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込みがあったときは、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得する

(4) 民集50巻5号1269頁以下。

(5) 同上1270頁以下。

ものと解するのが相当である。けだし、前記普通預金規定には、振込みがあった場合にはこれを預金口座に受け入れるという趣旨の定めがあるだけで、受取人と銀行との間の普通預金契約の成否を振込依頼人と受取人との間の振込みの原因となる法律関係の有無に懸かせていることをうかがわせる定めは置かれていないし、振込みは、銀行間及び銀行店舗間の送金手続を通して安全、安価、迅速に資金を移動する手段であって、多数かつ多額の資金移動を円滑に処理するため、その仲介に当たる銀行が各資金移動の原因となる法律関係の存否、内容等を知ることなくこれを遂行する仕組みが採られているからである。

2 また、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在しないにもかかわらず、振込みによって受取人が振込金額相当の預金債権を取得したときは、振込依頼人は、受取人に対し、右同額の不当利得返還請求権を有することがあるにとどまり、右預金債権の譲渡を妨げる権利を取得するわけではないから、受取人の債権者がした右預金債権に対する強制執行の不許を求めることはできないというべきである。

3 これを本件についてみるに、前記事実関係の下では、透信は、富士銀行に対し、本件振込みに係る普通預金債権を取得したものである。そして、振込依頼人である被上告人と受取人である透信との間に本件振込みの原因となる法律関係は何ら存在しなかったとしても、被上告人は、透信に対し、右同額の不当利得返還請求権を取得し得るととどまり、本件預金債権の譲渡を妨げる権利を有するとはいえないから、本件預金債権に対してされた強制執行の不許を求めることはできない」。

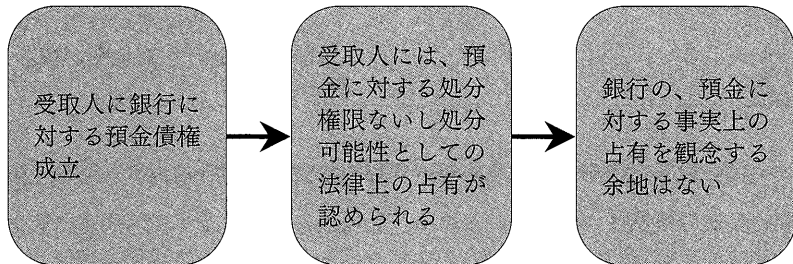
このように最高裁は、振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込があったときは、振込依頼人と受取人との間に振込の原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人は銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得するものとした⁽⁶⁾。

	結 論	理 由
最高裁 平成8年4月26日 判決	原因関係が存在するか否かにかかわらず、受取人は銀行に対して振込金額相当の普通預金債権を取得する	<ul style="list-style-type: none"> ・普通預金契約の成否を原因関係の有無にかからせていると窺わせる定めはない ・振込は安価、迅速な資金移動手段であり、多数かつ多額の資金移動を円滑処理するため、仲介にあたる銀行が各資金移動の原因関係の存否等を関知せず遂行する仕組が採られている

一応受取人には銀行に対する預金債権が成立し、預金に対する処分権限ないし処分可能性が認められる以上、受取人には当該預金に対する法律上の占有を認めることができる。このように口座の名義人が預金に対する法律上の占有を有し、当該預金に対して銀行の事実的支配を排して自由な処分権限・処分可能性を行使しうる場合には、その債権行使ないし処分権行

- (6) 銀行（特に被仕向銀行）は振込依頼人と受取人との間の資金決済のための単なる中介手段であるが、他方で同時に、場合によっては責任・リスクを負うべき当事者でもあるから、最高裁の判断は一定の妥当性を有するものと思われる。松岡久和「誤振込事例における刑法と民法の交錯 — 松宮論文によせて —」刑法雑誌43巻1号98頁以下は、「平成八年判決は、銀行の保護というより、振込取引システム自体の安定性等を考慮に入れてきわめて一般的な法理として判決理由を説いている」、「銀行にとっては、X Y間の原因関係に関する紛争は与り知らない事情なので、後は、XとYで争ってくれ、と主張すればよいだけである。そうすると、Xは、Yを相手に不当利得返還請求を行わなければならない。一見この結論は不当に思えなくても、その結論は、Xが現金を誤ってYに支払った場合の清算と変わりがない。平成八年判決によると、銀行振込は外部の原因関係から遮断されたいわばブラック・ボックスだということになるが、このことは、現金決済の場合と同様、清算処理は法律関係に瑕疵の存在するXY間で行うべきだ、という不当利得法の原理とも一致する穏当な結論なのである」とする。また、本最高裁判例に対する評価や学説の議論状況を簡明に整理したものとして、榊素寛「誤振込みによる受取人の預金の成否」落合誠一・神田秀樹編『手形小切手判例百選 [第六版]』（別冊ジュリスト173号）222頁以下、その他、道垣内弘人「誤振込による受取人の預金の成否」鴻常夫ほか編『手形小切手判例百選 [第五版]』（別冊ジュリスト144号）220頁以下参照。

使を(相異なる性質における)銀行の事後的支配下の預金に対するものと観念する余地はないはずである。仮に同時に事後的支配も観念してよいとするときには、法律上の占有が債権の占有にほかならないことがあきらかとなるのであるから、預金の占有による横領罪の成立を認める余地はないことになるからである。



しかし最高裁平成15年3月12日決定⁽⁷⁾は銀行の占有侵害を認め、詐欺罪が成立するとした。最高裁は次のとおり、誤振込があったことの告知義務(作為義務)が信義則上ないし条理上認められることを理由づけた上で、その情を秘して預金の払戻を請求し、銀行窓口係員から現金の交付を受けたことをもって、不作為の欺罔行為による詐欺の成立を認めた。

「本件において、振込依頼人と受取人である被告人との間に振込みの原因となる法律関係は存在しないが、このような振込みであっても、受取人である被告人と振込先の銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、被告人は、銀行に対し、上記金額相当の普通預金債権を取得する(最高裁平成4年(オ)第413号同8年4月26日第二小法廷判決・民集50巻5号1267頁参照)。

しかし他方、記録によれば、銀行実務では、振込先の口座を誤って振込依頼をした振込依頼人からの申出があれば、受取人の預金口座への入金処

(7) 刑集57巻3号322頁。

理が完了している場合であっても、受取人の承諾を得て振込依頼前の状態に戻す、組戻しという手続が執られている。また、受取人から誤った振込みがある旨の指摘があった場合にも、自行の入金処理に誤りがなかったかどうかを確認する一方、振込依頼先の銀行及び同銀行を通じて振込依頼人に対し、当該振込みの過誤の有無に関する照会を行うなどの措置が講じられている。

これらの措置は、普通預金規定、振込規定等の趣旨に沿った取扱いであり、安全な振込送金制度を維持するために有益なものである上、銀行が振込依頼人と受取人との紛争に巻き込まれないためにも必要なものといえることができる。また、振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生を防止するという観点から、社会的にも有意義なものである。したがって、銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちにその支払に応ずるか否かを決する上で重要な事柄であるといわなければならない。これを受取人の立場から見れば、受取人においても、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には、銀行に上記の措置を講じさせるため、誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。社会生活上の条理からしても、誤った振込みについては、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はないのであるから、上記の告知義務があることは当然というべきである。そうすると、誤った振込みがあることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たり、また、誤った振込みの有無に関する錯誤は同罪の錯誤に当たるといえるべきであるから、錯誤に陥った銀行窓口係員から受取人が預金の払戻しを受けた場合には、詐欺罪が成立する。

前記の事実関係によれば、被告人は、自己の預金口座に誤った振込みが

あったことを知りながら、これを銀行窓口係員に告げることなく預金の払戻しを請求し、同係員から、直ちに現金の交付を受けたことが認められるのであるから、被告人に詐欺罪が成立することは明らかであり、これと同旨の見解の下に詐欺罪の成立を認めた原判決の判断は、正当である」⁽⁸⁾。

	結 論	理 由
<p>最高裁 平成15年3月12日 決定</p>	<p>不作為の欺罔行為 による詐欺罪成立</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・原因関係のない振込であっても、受取人である被告人は振込先の銀行に対し振込金額相当の普通預金債権を取得する(最高裁平成8年4月26日判決参照) ・しかし他方、銀行実務では振込依頼人からの申出により受取人の承諾を得て、振込依頼前の状態に戻す組戻しの手続が執られている ・継続的な預金取引をおこなう受取人にも、銀行に上記措置を講じさせるため誤振込があった旨を銀行に告知すべき信義則上ないし条理上の告知義務があり、情を秘して払戻請求することは欺罔行為にあたる

4 検討

上掲最高裁平成15年3月12日決定は詐欺罪の成否のみを論じ、事実的占有の保護があたかも当然に優先されるかのごとき判示をおこなったが、事実的占有の保護が優先されるといったことは何ら自明のことではない。

(8) 同上323頁以下。

すでに述べたように、拾った通帳やカードを用いて勝手に銀行から金を下ろした場合においても、通帳・カードの名義人の法律上の占有が害されていると観念できないわけではない。事実に占有といってもまったく文字通りの事実に占有が保護されているわけではなく、銀行の占有と名義人の占有との間の事実性については程度の差を認めうるにすぎず、截然とした質的差異を見ることはできない。いずれも処分権限ないし処分可能性としての性格を備えているといえるのである。

誤振込における受取人の普通預金債権の取得を認めた最高裁平成8年4月26日判決に立ち返ってみると、この判決は、振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込があったときは、振込依頼人と受取人との間に振込の原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人は銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得するものと判示した。このように、一応受取人に銀行に対する預金債権が成立し、預金に対する処分権限ないし処分可能性が認められるときには、受取人における当該預金に対する法律上の占有を認めることができる⁽⁹⁾。受取人たる口座の名義人が誤振込分を含めた当該預金に対する法律上の占有を有し、当該預金に対し正当な処分権限・処分可能性を行使しようときには、事実上も自由に銀行の事実に支配を排しようるのであるから、このとき同時にこの債権行使ないし処分権行使を（結局は共に事実に性質におけるものともいえるところの）銀行の事実に支配下の預金に対するものであると優先的にいうべき理由はない⁽¹⁰⁾（逆

(9) 上嶋一高「預金による占有」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』（ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ2）199頁も、「最高裁平成8年民事判決によると、受取人に銀行との間で預金債権が成立しており、銀行が払戻しを拒否しよう、すなわち、受取人が請求しても払戻しを受けられない事情はなく、銀行は原因関係の有無を判断することはできないし、すべきでないのだとすれば、受取人は銀行に請求することにより、自由に預金額を処分することができるのであって、基本的に預金による占有という考え方自体を肯定する場合には、誤振込みの場合にも受取人に金銭の占有があることを認めざるをえないように思われる」という。

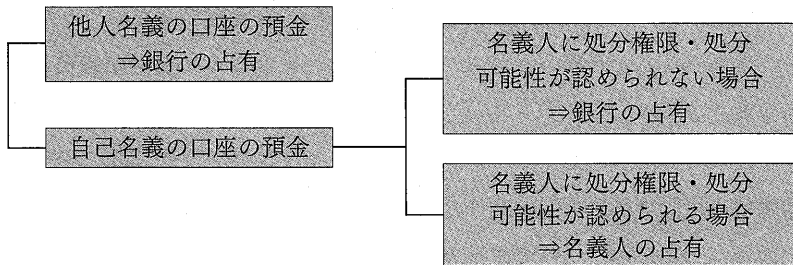
に事実上の占有と法律上の占有との性質の違いを強調する場合にも、その性質の違いが優劣を生むものであることが論証されなければならない)。このように法律上の占有が事実上の占有に当然劣後するなどというメルクマールは、法律上の占有という概念自体からは何ら導かれないのである。問題はいずれの占有が観念されるべき場合であるのかの基準をあきらかにしないまま、相互に排他的・択一的であるはずの銀行の事実上の占有と名義人の法律上の占有とを重疊的に認め(あるいは名義人の法律上の占有に補充的性格を与え)、同一行為について相矛盾する二重の評価、同種犯罪が重複的に成立する可能性を許していることにある。

拾った通帳やカードを用いて他人名義の口座の預金を引き出す場合では、銀行の事実上の占有も名義人の法律上の占有も害されていると考えられるが、すでに述べたように両者の間には実は確固とした質的差異は認められない。実態に即せば、被害に最初に気付くのは名義人であることが多いであろうし、被害をより強く実感するのも名義人であろうから、むしろ事実に直接的被害を被るのは名義人だとさえ考えられる。しかしこれ以外のケースとの調和的な処理という観点からはなお銀行に占有を認めるほうが妥当であろう。

他方で自己名義の口座の預金に関しては、処分権限が認められない場合

-
- (10) 穴沢大輔「いわゆる『誤振込・誤記帳』事案における財産犯の成否(2・完)」上智法学論集48巻3・4号395(110)頁以下も、「一部の学説は、委託物横領罪だけに預金による占有を肯定するが、そのような限定は必ずしも理由がないように思われる。なぜなら、受取人は、預金債権を取得すれば、銀行に請求することで、振込人との関係で、正当に預金金額を処分することが可能だからである。この点において、『委託された』場合と『されなかった』場合に差を設ける根拠はないように思われる。加えて、銀行口座にある金銭は、銀行の同意を得ずとも、いつでも処分可能なのであり、かつ、預金債権は一般の債権とは異なり履行の可能性が極めて高い。そうだとすると、預金債権が認められるのであれば、それを行使する時点において、行使それ自体に制限がない場合には、占有を肯定することができる。したがって、誤振込の場合にも、前述したように預金債権の行使が制限されていない以上、占有離脱物横領罪についての預金による占有を肯定すべきである」とするが、正当であると思われる。

には、名義人である行為者に法律上の占有を認めることはできず、たとえば誤記帳の場合がこの場合にあたるのであれば、そのとき処分の権能・可能性を有するのは銀行ということになるだろう。逆に自己名義の口座の預金に関して名義人に処分権限ないし処分可能性が認められる場合には、名義人は銀行の判断を排して自由に領得にあたる行為をなしうるのであるから、この場合には口座の名義人に法律上の占有を認めることができる⁽¹¹⁾。



5 結語

最後に、預金による占有・法律上の占有の観念を別の観点から再度整理しておきたい。

現在、法律上の占有は処分権限ないし処分可能性の意味に解されている。処分権限・処分可能性というのはこの場合、具体的には引出ないし送金等の権限を指すものであろう。拾ったカードによる引出というケースを念頭におく場合には、占有は銀行等にある。そして逆に預金の場合であっても、事実上の占有が銀行にあることは疑いなかろう。通常われわれが自分名義の口座から自分のカードを使って預金を引き出す場合も、銀行の占有から金銭を奪取して占有の移転が行われていると観念することは可能で

(11) 預金による占有を否定して、占有離脱物横領罪の成立する余地もなくなることになると解するものとして、川口浩一「誤振込と詐欺罪」奈良法学会雑誌13巻2号25頁参照。

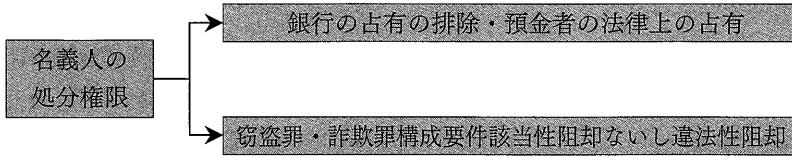
あるが、これが権限のある者によって行われる場合には当然正当化要件を満たすか、もっといえば「窃取」という構成要件メルクマールに該当しさえしないと考えられる。このとき引出権限があることは正当化事由ないし窃盗罪や詐欺罪の構成要件該当性阻却事由と見ることができる。

このように整理してみると、処分権限・処分可能性としての「法律上の占有」とは、窃盗罪・詐欺罪における正当化事由ないし構成要件該当性阻却事由なのである。したがって引出権限が認められる誤振込のケースはやはり窃盗罪ないし詐欺罪の構成要件に該当しうる場合ではないことになる。誤振込された金額分については、委託にもとづかない占有離脱物と解しうるだろう。

さらにこのとき、銀行は預金口座の名義人たる権限ある行為者に引出・送金等の権限(処分権限・処分可能性)を認めるから、その意味では当該口座残高分の金銭について銀行の占有を観念する実質的な意味はないことになる。このことが、一方で横領罪構成要件では預金者の法律上の占有を認め、他方で窃盗罪・詐欺罪構成要件では構成要件該当性さえ阻却しうることの解釈論上の実質的な根拠である⁽¹²⁾。

このように考えてくると、民事判例上正当な処分権限が認められる誤振込のケースにおいて、刑事裁判上処分権限に留保をつけて窃盗罪・詐欺罪の構成要件に該当すると認めることは、民法規範の法的評価とは正反対の評価に基づく作為義務をも強制することになるが、こうした不明確で低度の作為義務により窃盗罪や詐欺罪の違法評価・可罰性評価を積極的に解することができるかはなお疑わしいと思われる。

(12) 処分可能だから「占有」を認めていいというのは、電気は管理可能だから「財物」としていいという議論とパラレルである(債権を物とするよりかはいくらかまじだというにすぎない)から、預金による占有・法律上の占有といった概念が罪刑法定主義に照らしたとき類推解釈として何ら問題にならないというわけではない。



第2節 横領罪と背任罪の区別

1 問題の所在

客体が利益である場合には横領罪は成立せず、また損壊等の加害目的である場合にも横領罪は成立しない（領得罪）。他方、他人の事務処理者でない場合には、背任罪にはあたらない。

このとき、他人の事務処理者でありながら【背任の可能性あり】、他人（本人）の物（財物）について【横領の可能性あり】、権利者（本人）を排除し権利者のように振舞う行為【不法領得の意思の発現】すなわち領得行為をおこなった場合には横領罪が成立すると解するのが、領得行為基準説である。つきつめると背任罪は「財産上の損害を加える」罪であって領得する罪ではないから、領得した場合を横領罪、そうでない場合を背任罪と解するのは理にかなっている。問題は、領得行為があったといえるかどうかのより実質的な基準を見出す余地はないのかということである。

	他人の事務処理者でない		他人の事務処理者である	
	物	利益	物	利益
加害目的			背任	背任
利得目的	横領		横領or背任	背任(利益横領)

2 判例

（1）判例は一方で、「横領罪の成立に必要な不法領得の意志とは、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⁽¹³⁾として、あるいは「組合本来の目的に反し、役員会の決議を無視し、何ら正当権限に基かず、ほしのままに被告人ら個人の計算において、美深町及び被告人ら個人の利益を図つてなしたものと認むべき⁽¹⁴⁾」などと述べて、いわゆる権限逸脱の観点から領得行為・横領罪の成立を認めてきた。

しかし現在おそらく多くの学説が支持するところの判例の態度はむしろ、「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⁽¹⁵⁾」と実質的にいえるような場合には、そのように

(13) 最高裁昭和24年3月8日判決刑集3巻3号277頁。

(14) 最高裁昭和34年2月13日判決刑集13巻2号107頁以下。いわく「美深町に対する貸付は年末に際し諸経費の支払資金に窮していた同町からの要請に基き専ら同町の利益を図るためになされたものであつて、組合の利益のためにする資金保管の一方法とは到底認め難く、又同(二)のカラ松球果採取事業は被告人らの経営する個人事業であつて同事業のための借入金元利返済に充てられた本件四〇万円余りは専ら被告人ら個人の利益を図るために使用されたものと認めるの外なく、しかも右(一)、(二)の各支出は組合役員会の決議の趣旨にも反し、組合本来の目的を逸脱し、たとえ監事宮原玉一の承認を経ているとはいえ、この承認は監事の権限外行為に属し、これあるがため被告人らの右各支出行為が組合の業務執行機関としての正当権限に基く行為であると解すべきものでないことは原判示のとおりであり、結局原判示第一の(一)、(二)の各支出行為は、被告人らが委託の任務に背き、業務上保管する組合所有の金員につき、組合本来の目的に反し、役員会の決議を無視し、何ら正当権限に基かず、ほしのままに被告人ら個人の計算において、美深町及び被告人ら個人の利益を図つてなしたものと認むべきである。

されば、たとえば被告人らが組合の業務執行機関であり、本件第一の(一)の美深町に対する貸付が組合名義をもつて処理されているとしても、上來說示した金員流用の目的、方法等その処分行為の態様、特に本件貸付のための支出は、かの国若しくは公共団体における財政法規違反の支出行為、金融機関における貸付内規違反の貸付の如き手続違反的な形式的違法行為に止まるものではなくて、保管方法と用途の限定された他人所有の金員につき、その他人の所有権そのものを侵奪する行為に外ならないことにかんがみれば、横領罪の成立に必要な不法領得の意思ありと認めて妨げなく、所論指摘の事由は未だもつて横領罪の成立を阻却する理由とはならず、背任罪の成否を論ずる余地も存しない。

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」(下線筆者)である、と。

(15) 最高裁昭和33年10月10日判決刑集12巻14号3248頁。

いえることが領得意思の実現たるものと評価しうることから領得行為・横領罪の成立が認められるとするものである。権限逸脱の有無を基準とする見解では、二重抵当のような明らかに権限逸脱ケースであるにもかかわらず背任罪を成立させざるをえない場面までを正確に理屈づけられないというのが一つの理由とされている⁽¹⁶⁾。しかしこうした場合を別にすれば、両者の立場はむしろ相通じているものと見るべきである。本人の計算・本人の名義でなしに実質的に自己の計算・自己の名義であるとは、代理権限の濫用にとどまらず代理権限を逸脱したものといえるということの別の表現である。

（2）信任関係の違背を共通の性格とする両罪において、任務に背き、権限がないのにあるかのように処分行為をおこなって領得した場合を横領とするという言い回しを少し噛み砕いてみると、信任違背・任務違背にいう任務とは一定範囲・一定限度内での代理権限行使を意味し、ないのにあるかのように行使したところの権限とはむしろ任務を与えたところの本人に帰属する無限定の権限を指している。

図式的にいえば、部分的な権限しかないにもかかわらず全的な権限を行使したことこそ、本人を排し領得意思を実現するものといいうところの領得行為であるといえる。まさにこのとき、与えられた部分的な権限を超えたというところに注目するのが権限基準説であり、むしろ本人に帰属する無限定の全的な権限を行使したというところに着目するのが領得行為（基準）説であろう。このように両者は（基本的部分については）視角を

(16) たとえば、西田典之『刑法各論 第四版』242頁は「一般的妥当性をもちえないといふべきであろう」という。これに対して、たとえば木村光江「横領と背任の区別」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』（ジュリスト増刊 新・法律学の争点 シリーズ2）212頁は「ここで問題としているのはまさに両罪が交差して成立しうる領域であり、それ以外の部分についてまで普遍的に妥当する基準である必要はない」という。

異にしているにすぎないということもできる。

(3) この権限ないし任務の範囲を自由にできる金額という観点でとらえるときには、生じた被害の金額・程度が大きいときに権限ないし任務の逸脱が大きかったと評価されうる場合もありえよう。たとえば、「不正融資においてもあまりにも権限を越えた程度が甚だしければ、もはや背任ではなく横領となる。このように、権限の逸脱も単に逸脱の『有無』ではなく、『程度』が問題となり、その程度が甚だしい場合に横領となるのである」⁽¹⁷⁾との指摘もある。

他方で、被害や任務違背の内容・性格・質に注目すべき場合があるとの指摘もなされてきた。「行為者自身はいうまでもなく、委託者本人にとっても、横領罪の規定以外の法規上絶対的に禁止されている行為によって財物を処分する」⁽¹⁸⁾事例群について判例が横領罪を肯定してきたことに関して、たとえば「本人の権限にも属しない処分は、その名義・計算のいかんを問わず当然に横領となるとするものであろう」⁽¹⁹⁾などといわれてきた。

3 誰のための信任違背行為か

(1) 横領罪のメルクマールとなる領得行為は領得の意思の実現である。領得意思が横領行為の単なる認識(故意)とは異なる主観的要素であるとするれば、その内実・法的性質の厳密な検討を措くときにはこれを一般的には目的犯にいう目的だということができる。この点、背任罪もまた図利目的という要素を含んでおり、とりわけ自己図利の場合は両者ともに自己の利得を図るという同一の性質のものであるようにも思える。

これらの領得ないし図利の目的は主観的要素ではあるが、その評価は客

(17) 木村・上掲213頁。

(18) 神山敏雄「横領と背任 — 両者の関係と区別 —」芝原邦爾編『刑法の基本判例』161頁。

(19) 西田・上掲書244頁。

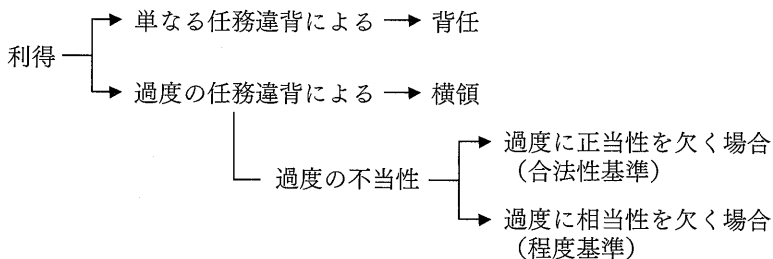
観的行為や客観的状况に即して評価されるものである。したがって純主観的には本人のためとしてなされた任務違背的行為であったとしても、これが客観的事後的立場から本人のためとはいえないと判断されたときには、それは結論的には本人のためではない自己のための領得・利得行為であったとされることになる⁽²⁰⁾。この意味でだれのためかという目的要件はむしろ信任違背行為の客観的評価、誰のための信任違背行為かという判断に組み込まれる形で評価されることとなろう。

（2）このとき、利得的・領得的性格を帯びる信任違背行為（これがまさに横領罪と背任罪とが重なり合う部分であるが）が横領罪となるか背任罪となるかは、重い横領罪となるかそれとも軽い背任罪となるかの区別の問題ともいいかえることができる。重い横領罪が成立する実質を見出しうるとすればそれは何か。この問いへの答えこそが両罪の区別の実質的な基準となりうるものであろう。

判例が扱ってきた事案とそこで判例が示してきた結論とを参照しつつ、重い横領罪の実行行為たる領得行為をあえてその実質に即して定義づけようとなれば、結局のところ、期待されるべき正当なまたは相当な処分がなされずに過度に不当な処分がなされたために利得が生じたという場合には、この処分による利得をもって領得と呼びうるように思われる。このとき、「正当」かどうかは処分の正当性や適法性により判断され、処分が「相当」かどうかは任務違背の程度によって判断される。したがって横領と背

(20) ただし、「当該行為ないしその目的とするところが違法であるなどの理由から委託者たる会社として行い得ないものであることは、行為者の不法領得の意思を推認させる1つの事情とはなり得る。しかし、行為の客観的性質の問題と行為者の主観の問題は、本来、別異のものであって、たとえ商法その他の法令に違反する行為であっても、行為者の主観において、それを専ら会社のためにするとの意識の下に行うことは、あり得ないことではない。したがって、その行為が商法その他の法令に違反するという一事から、直ちに行為者の不法領得の意思を認めることはできないというべき」（最高裁平成13年11月5日判決刑集55巻6号546頁。下線筆者）である。

任との区別は、処分の正当性と処分の相当性によって区別されるということになり、処分がなお正当かつ相当といえる限りでは横領罪は成立しないと解することになる。このとき与えられている（権限ではなく）任務がどのような内容・程度のものであり、またどのような事情の下で過度の任務違背といえるかは、具体的事情を加味した類型的判断によることとなる。



4 横領と背任の競合関係

横領と背任との競合関係をどのようにとらえるべきかについても以前から争いがある。

ここで上掲の表を再度見直してみると、横領と背任との区別を念頭に置いて考えるときには表の右側に焦点があたり、部分的には両者は特別関係のように見える。しかし全体として見るときには、背任罪が一般規定であり横領罪が特別規定であるとはただちにはいいがたいようにも思われる。業務上横領と単純横領、保護責任者遺棄と単純遺棄のような一方による包摂関係にあるとはいえないだろう⁽²¹⁾。しかし両者を択一関係とする場合⁽²²⁾も、焦点のあて方には違いがなかろう。二つの円の一部分が交差する場合を

(21) 山中敬一『刑法総論Ⅱ』915頁以下参照。また、同一の犯罪行為を時間的発展段階を異にして把握する（あるいは関与形式を異にして把握する）関係にある補充関係にもないといえよう。同書916頁以下参照。

指摘すれば枚挙に暇がないはずである。両罪は特段の競合関係にはないと解すべきであろう。

	他人の事務処理者でない		他人の事務処理者である	
	物	利益	物	利益
加害目的			背任	背任
利得目的	横領		横領 or 背任	背任(利益横領)

（本学法学部・法務研究科准教授）

- (22) 平野龍一「横領と背任、再論（1）——「背信説」克服のために——」判例時報1680号4頁文末註（2）参照。しかもすでに指摘されているように、「択一関係は、論理的に競合関係にないことを前提にするものであるから、もともと法条競合の場合に含まれない」（山中・上掲書915頁）というべきであるし、財産犯全体についていえるように一部が重なる犯罪というのは無数に存在するのであって、これらについて択一関係と呼ぶべき実質があるのかには疑問が残る。大塚仁『刑法概説（総論）〔第三版増補版〕』476頁も「いわゆる択一関係の場合においては、具体的事案に対してどの法条を適用すべきかは、実は、事実認定の問題にすぎないのであり、別段、各法条自体が競合しているわけではない。それ故、択一関係を法条競合の一種とみることは妥当でない」とする。