

横領罪における「専ら本人のために 処分する意思」に関する一考察

壹岐 祐哉

(小池研究会 4年)

- I はじめに
- II 横領罪の構造
 - 1 「横領」行為の意義
 - 2 横領行為、故意、及び不法領得の意思の関係
- III 横領罪における不法領得の意思の内実
 - 1 前提的考察——窃盗罪における不法領得の意思
 - 2 権利者排除意思は要求されるか
 - 3 利用処分意思は要求されるか
 - 4 小 括
- IV 背任罪の構造からみる横領罪の「専ら本人のために処分する意思」
 - 1 背任罪における任務違背行為と図利加害目的
 - 2 背任罪と横領罪の構造の類似性
 - 3 横領罪における「専ら本人のために処分する意思」の内実（私見）
- V 判例理論の適切な理解
 - 1 判例の概観
 - 2 故意が阻却されるという見解
 - 3 利用処分意思からの説明
 - 4 権利者排除意思からの説明
 - 5 背任罪における図利加害目的とパラレルに理解する見解
 - 6 私見からの理解
- VI 結 論

I はじめに

「横領」の意義について、学説においては主として領得行為説と越権行為説とが対立するところ、判例・通説は領得行為説を採り、横領罪が成立するためには不法領得の意思が必要と解している。そして、判例によれば、行為者が委託された物を専ら本人のために処分する意思で処分した場合には、不法領得の意思を欠くものとされ、多数説もこの結論に同調している。しかし、何故専ら本人のために処分する意思である場合には、横領罪における不法領得の意思を欠くことになるのか。その理論的根拠についてはあまり議論がなされていないように思われ、この結論を当然の帰結と見る見解もあるほどである¹⁾。後に詳述する国際航業事件（最決平成13年11月5日刑集55巻6号546頁）の調査官解説においても、「領得行為説によれば、侵害行為は領得として行われなければならないから、物の所有者本人のためになされた処分行為は、領得が認められず、あるいは、任務に反するという認識がないから、横領罪が成立しないと説明される。」²⁾と述べられるにとどまっている。しかし、何故、本人のために処分する意思であった場合に領得が認められないのか（そもそも「領得」の意味が何であるか）、あるいは、任務に反するという認識を欠くことになるのかは不明瞭であると言わざるを得ない。横領罪と同じく不法領得の意思が要求される窃盗罪においては、専ら本人のために処分する意思である場合には不法領得の意思を欠く、という議論がなされていないことを踏まえると、横領罪に固有の不法領得の意思の内容を明らかにしない限り、上記結論の理論的説明は難しいであろう。

本稿は、横領罪における不法領得の意思の内容は明確化されていない、という問題意識に基づき、横領罪の構造を解明しつつ、横領罪における不法領得の意思の内実を明確化し、その上で、何故専ら本人のために処分する意思である場合に不法領得の意思を欠くことになるのか、その理論的説明をなすことを目的としている。

II 横領罪の構造

1 「横領」行為の意義

(1) 判例及び学説

横領罪における不法領得の意思の内実を明らかにするために、まずは横領罪の構造、特に、横領行為の意義を明らかにする必要があるだろう。なぜなら、判例・通説の領得行為説によれば、「横領」とは、「不法領得の意思を実現する一切の行為」と定義されるのが一般的であるところ、この定義をそのまま採用した場合、「横領」とは「不法領得」を意味し、そうすると、横領罪の故意として不法領得の認識・認容が要求されることとなり、結果として、「不法領得の意思」とは、横領の故意そのものだ、という理解³⁾に繋がりがかねず、判例・通説が横領罪に不法領得の意思を要求している意義が不明になってしまうからである。以下、横領行為の意義を巡る判例及び学説の検討から出発し、横領罪の構造を明らかにした上で、横領罪における不法領得の意思が担う機能・存在意義を確認することとする。

そもそも、判例（大判大正6年7月14日刑録23輯866頁）は、「横領トハ自己ノ占有スル他人ノ物ヲ不正ニ領得スルノ意思ヲ實現セシムル一切ノ行為ヲ謂フ」と判示しており、この定義は領得行為説の表れであると一般に理解されている⁴⁾。もっとも、この定義によれば、結局、横領罪における不法領得の意思の存在意義が不明になってしまうことは前述のとおりである。そうだとすれば、判例の採用する定義を修正、あるいは別の定義を採用しなければならないであろう。そこで、近時の横領行為についての学説を参照して、横領行為の意義を検討することとする。

まず、横領行為について客観的な限定を図るべきという見地から、横領行為とは権限逸脱行為をいい、その際に不法領得の意思が存する場合をいう、と定義する林教授の見解⁵⁾がある。この見解は、横領行為の客観的側面を明確化（同時に故意の対象も明確化）することで、横領罪における不法領得の意思の存在意義を明らかにしている点で優れているといえよう。しかし、横領行為の客観的側面を明らかにするために、権限逸脱を基準とするのは相応しくないと考える。なぜなら、「権限」の内容は不明確なことも多いからである。例えば、一定程度の支出権限を有する取締役が、会社の金銭を利用して、私的に物品を購入した事案を想

起する。この場合、取締役は支出権限を有している以上、会社の金銭を支出した当該事案について、「権限の範囲内」ということも不可能ではない。しかし、これを横領としない見解は皆無であろう。そうだとすれば、権限逸脱を要件とした場合、結局は「社会通念上許されない行為をしたら権限逸脱である」とすることと実質的には変わりなく、明確な基準とはなり得ないだろう⁶⁾。

そこで、横領罪が所有権の機能に対する危険犯であるという理解を前提に、「横領行為の実行行為とは、所有権侵害の実質的危険性を有する行為であり、その危険性は①客観的な行為が委託の趣旨に反していることに加えて、②主観面において不法領得の意思が認められることによって基礎付けられる。」とする橋爪教授の見解⁷⁾がある。確かに、心情刑法との批判を免れるためには、行為者が単に不法領得の意思を持っているだけで処罰することはできず、行為者が何らかの行為に出ることは当然に必要である。その上で、何ら危険性のない(犯罪性のない)行為しかしていないにも関わらず、横領行為を肯定するとすれば、結局は内心の不当性を理由に処罰していることを意味し、心情刑法との批判を免れない。したがって、横領行為自体に一定の危険が存することが必要とするこの見解は正当といえよう。しかし、この見解に全面的に賛同することはできない。まず、上記①②が認められたとしても、「所有権侵害の実質的危険性を有する」とはいうべきではない場合が考えられる。例えば、Aが自らの所有するパソコンの修理をBに依頼した場合に、修理完了後であっても、Bは当該パソコンの修理代の弁済を受けるまで、当該パソコンを引き渡さない、といった留置権行使の事案である⁸⁾。このような留置権の行使が問題となる事案の場合、(後述のとおり「委託の趣旨に反する」ことの意義は必ずしも明らかではないが) Aが実際に返還を主張している以上、パソコンを留め置く行為は、委託者の意思に反しているという意味で、委託の趣旨に反しているといえよう(①)。そして、Bがパソコンを留め置くにとどまらず、これを競売した場合(民事執行法195条により許容される。)には、物の売却という終局的処分をしている以上、仮に不法領得の意思の内容として権利者排除意思・利用処分意思いずれも要求したとしても、これらの存在は肯定されてしまうであろう(②)。しかし、民法上の権利を行使するような行為は「横領」には当たらないとすべきである。(無論、上記見解に従ったとしても、実際には法令行為(正当行為)として許容されると解すること等により、不可罰という結論は当然に導ける。)したがって、「所有権侵害の実質的危険性を有する行為」を横領罪の実行行為とする点には賛同できるが、その要件として①②を挙げることは

適当ではないと考える。

次に、上記①に掲げられている、「委託の趣旨に反する」ことの意義が不明確である。横領罪の議論においては、度々「委託の趣旨に反する」という言葉が挙げられるが、必ずしもこの用語の意義は明らかではないだろう。そこで、項を改めて、「委託の趣旨に反する」ことがいかなる意味であり、有用な概念であるかを探究することにする。

(2) 「委託の趣旨に反する」ことの内実

上記①②の定義を採用する橋爪教授は、「委託の趣旨に反しない行為は、そもそも委託者の承諾が認められる以上、当然に横領罪を構成しない。」⁹⁾と述べる。ここでは、同意による犯罪不成立の一般論を述べていると思われる。同意による犯罪不成立のためには、一般的には、同意が結果発生時に存在することが必要であるとされる¹⁰⁾ので、横領行為時に（横領罪は横領行為によって直ちに既遂となる。）委託者の当該行為についての事前の同意があれば、当然に横領罪不成立ということになる。このように、当該行為が事前の同意内容に含まれているのであれば特段問題なく、「委託の趣旨に反しない」といえる。問題となるのは、当該行為が事前の同意の内容に含まれているか否か、一見しただけでは不明な場合である。横領罪における委託の内容は必ずしも一義的ではないことから、このような問題は度々生じるであろう。

このような場合、事前の同意の内容に含まれていたか否か、裁判所が行為時の委託者本人の立場に立って考えるということになるのだろうか。しかし、これでは適切な処罰が実現できないと考える。例えば、成年後見人の立場にあり、「成年被後見人の財産の維持」のみを依頼されていた者が、成年被後見人の病状が悪化したことから、病気の治療のために当該財産から治療費を支出したという事例（以下、「病院事例」という。）を考えてみる。この病院事例の場合、裁判所は、委託者の意思を基準に考え、委託者が、「絶対に病院の世話になりたくない」と考えていたことが判明した場合には、「委託の趣旨に反する」とするのであろうか。受任者としては合理的な処分をしているにも関わらず、横領罪が成立するというのはあまりに酷だと思える。そうすると、通常人を基準に考え、「通常人であれば病気の治療をして欲しいだろうから、委託の趣旨に反しない」と判断するのだろうか。ただ、通常人であればどう判断するか、の判断は容易ではない。例えば、病院事例を少し修正し、成年後見人が、非常に高額な、最先端の医療設備の整っ

た病院の入院費を支出した場合はどうだろうか。通常人であればこれを許諾するか否か、非常に微妙である。裁判所は委託者の意思を尊重するべく、委託者の性格を懸命に考え、吝嗇家であれば委託の趣旨に反する、浪費家であれば委託の趣旨に反しない、とするのだろうか。更に、委託者の意思、同じ状況に置かれた通常人の意思が不明な場合はいかにするべきか。例えば、委託者が意思能力を有しない幼児である場合、誰を基準に委託の趣旨に反するか否かを考えるのだろうか。

このように、「委託の趣旨に反するか否か」については、非常に微妙な判断を迫られる場面が多々あると想定される。そうであるにも関わらず、裁判所が最終的に決定するとすれば、受託者は委託の趣旨に反するという認定を恐れ、委託者の明示的な同意がある範囲内でしか行動できなくなってしまい不当であるし、また、委託者の側からしても、「よく分からないから専門家の判断に一律に委ねる」こととしたいのに、逐一同意を求められてしまっただけでは、委託の目的を達成することができず、不当であろう。

したがって、「委託の趣旨に反するか否か」を、行為が被害者の具体的な意向に反するかという意味、あるいは通常人の意向に反するかという意味に捉えた上で、これを個別事例ごとに判断すること自体、不当な結論を招き得ることから避けるべきである。そうすると、このような意味で、結果的に「委託の任務に背いたこと」を客観的構成要件要素として要求するべきではない。もとより明示的な事前の同意があれば構成要件該当性が否定されることに問題はないため、「委託の趣旨に反する」こととは、明示的な事前の同意の範囲には含まれていないことをいう、と解することは可能である。(ただし、明示的な事前の同意によって構成要件該当性が否定されることは他の財産犯にも共通の事柄である。) そうだとしても、「横領」概念自体に、被害者の具体的な意向や通常人の意向に反したという意味で客観的に「委託の任務に背いた」ことを含ませる解釈は採るべきではないと考える。

(3) 委託信頼関係に対する抽象的危険犯としての横領罪

委託の趣旨に反するかを被害者の具体的な意向や通常人の意向に反したかを基準に判断することは避けるべき、と述べたが、横領罪は委託関係の侵害を本質とし、委託信頼関係が構成要件要素となっている以上、横領罪の成立に当たり、委託信頼関係を全く考慮しなくて良いとはいえない。

では、委託信頼関係の侵害をどのように考慮すれば良いのか。この点について、

「委託の趣旨に反する」ことを裁判所が最終的に決定することによる不都合は、結局、「委託信任関係が現実に侵害された場合に横領罪として処罰すべきである」という理解から導かれているのではないだろうか。しかし、先に見たとおり、現実に委託信任関係が侵害されたかを裁判所が判断することは實際上非常に困難な上、これをした場合、受託者は委託者の怒りを買ってしまうことを恐れて、過度な萎縮効果を招くこととなってしまう。そこで、横領罪を、委託信任関係に対する抽象的危険犯として捉えるべきではないだろうか。これにより、裁判所が逐一委託者の性格等を考慮して、委託信任関係が現実に侵害されたか否かを判断する必要がなくなる。その上で、いかなる事情があれば、委託信任関係に対する抽象的危険が生じた、とすべきなのだろうか。

この点について、あらゆる委託関係も、総じて、「本人の利益を尊重すること」が当然の前提となっていることに着目するべきである。少なくとも、この点を否定する委託関係の存在は容易には想定し難い。そうだとすれば、「本人の利益を尊重しない意思」でなされた行為については（ここでいう「本人の利益を尊重しない意思」の具体的内容については後に検討する。）、たとえ本人が事後的に許諾した（委託信任関係の侵害という結果が生じなかった）としても、委託信任関係に対する抽象的危険が生じたとして、可罰性を認めるべきであろう（無論、前述のとおり、同時に所有権の機能侵害の危険が生じなければ、横領行為に当たらないことはいうまでもない）。ここには、偽証罪の「虚偽の陳述」の意義における主観説と同様の発想があるといって良い。主観説によれば、主観的記憶に反する陳述は審判を誤らせる抽象的危険があることから、主観的記憶に反する陳述の可罰性を肯定するのであり、仮にかかると陳述が客観的真実に合致しており、審判を誤らせる危険がなかったとしても、処罰されるのである¹¹⁾。

そうすると、偽証罪の「虚偽の陳述」の意義における主観説に対する客観説からの批判と同様、私見に対しても、事後的に本人の許諾を得られる行為であれば、委託信任関係の侵害という危険はないのであるから、不可罰にすべきという反論があろう。このような考え方からすれば、事後的にであれ本人から同意を得られる行為は、委託の趣旨に反するものではないとして、横領行為の該当性を否定することになろう。しかし、第一に、実際には本人の意思が全く不明という場合もある。例えば、幼児の法定代理人として幼児の所有する財物を占有する場合、本人の意思は全く不明という他ない。この場合に、法定代理人が、子供のために、将来の教育資金を得ようと幼児が所有する不動産に抵当権を設定して教育ローンの

申込をする行為が横領といえるのかどうか、その子供が成長するまで待つて、子供の許諾が得られそうかを聞くというのは、全く不合理な話である。第二に、この見解からすれば、受託者の行為によって結果的に財産侵害がもたらされた場合、「そのようなリスクのある行為は本人から同意を得られるものではない」と認定されると予想されるため、失敗を恐れた行為者の萎縮効果を招くことが不可避である。行為者の萎縮効果を除去するためには、行為者に「行為規範」を与えることが不可欠である。

したがって、「本人のためになる行動をせよ」という行為規範を与える私見は妥当であるといえよう。そして、後に詳述するが、私見では、かかる行為規範を与えるべく、不法領得の意思の内容として、「事後的に本人の許諾を得られる行為ではないという認識」が要求されると考えられる。そして、先に述べたように、あらゆる委託関係、すなわち、任務は総じて、「本人の利益を尊重すること」が内容となっているのであるから、ここにいう不法領得の意思とは、判例（最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁）のいう、「委託の任務に背く意思」と言い換えることができるだろう。

(4) 小 括

以上より、所有権の機能侵害の実質的危険性を有する行為を横領罪の実行行為とするべく、「横領」行為とは、①当該行為が法令上許容された行為、又は委託者の明示的な事前の同意の範囲に含まれた行為ではなく、かつ、②不法領得の意思を有する行為であると解する。そして、①及び②によって所有権の機能侵害の抽象的危険を基礎付け（後に詳述するが、横領罪における不法領得の意思の内容として権利者排除意思、及び事後的に本人の許諾を得られる行為ではないという認識を要求するため、これらの意思・認識を持ってなされた行為であれば十分に「抽象的」危険はあると見て良い）、②（中の「事後的に本人の許諾を得られる行為ではないという認識」）によって委託関係侵害の抽象的危険を基礎付けることになる。「事後的に本人の許諾を得られる行為であるとの認識」で行為した場合には、横領罪の行為規範違反がなく、委託関係侵害の危険はなかったと判断され、不法領得の意思を欠くという形で不可罰となるのである。

2 横領行為、故意、及び不法領得の意思の関係

(1) 故意の認識対象

故意があるというためには、構成要件該当事実についての認識・予見が必要である（通説）。そうすると、「横領」行為に関していえば、故意の認識対象は、横領行為を基礎付ける事実についての認識や、当該行為が同意の範囲外であることの認識といえるだろう。なお、私見によれば、「委託の趣旨に背いていること」は客観的構成要件要素として要求されないため、当然ながら、これが故意の認識対象に含まれることはない。無論、委託物横領罪においては、客観的構成要件要素として委託関係が必要となるため、委託関係の「存在の」認識は必要である。

(2) 不法領得の意思の存在意義

以上のように、横領罪における故意の認識対象を理解した場合、不法領得の意思が故意に解消される、ということはなく、不法領得の意思は独自の存在意義を發揮する。判例（前掲・最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁）によれば、横領罪における不法領得の意思は、「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」であるところ、「委託の任務に背く意思」（私見によれば、「事後的に本人の許諾を得られる行為ではないという認識」を指す。）及び「所有者でなければできないような処分をする意思」は、いずれも故意の認識対象ではないため、不法領得の意思の中で検討する余地が出てくるのである。

もっとも、不法領得の意思の存在意義が認められるとしても、現に横領罪においてどのような不法領得の意思を要求するべきかどうかは別問題である。前述のとおり、「事後的に本人の許諾を得られる行為ではないという認識」は、「委託の任務に背く意思」として、不法領得の意思の内容になることは指摘したが、横領罪における不法領得の意思はこれだけに尽きるのかは別問題である。学説上、横領罪における不法領得の意思の内実がいかなるものであるかは様々な議論があるため、以下、章を改めて検討することとする。

Ⅲ 横領罪における不法領得の意思の内実

1 前提的考察——窃盗罪における不法領得の意思¹²⁾

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志」と定義している。この定義の内実を理解するために、窃盗罪における不法領得の意思の内容を確認し、これと横領罪とを比較することとする。

窃盗罪が成立するためには、故意とは別の主観的要件として、不法領得の意思を要求するのが判例・通説である。判例は、不法領得の意思の内容を「権利者を排除して他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従い利用、処分する意思」と定義し（大判大正4年5月21日刑録21輯663頁等）、「権利者を排除して他人の物を自己の所有物として」扱う意思を権利者排除意思（排除意思）と呼び、他人の物を「経済的用法に従い利用、処分する意思」を利用処分意思（利用意思）と呼ぶのが一般的である¹³⁾。なお、不法領得の意思についての不要説や、不法領得の意思の内容について理解を異にする見解もあるが、これらの見解の当否については深くは立ち入らない。

こうしてみると、判例は、横領罪における不法領得の意思の内容と、窃盗罪における不法領得の意思の内容とを区別していることが分かる。横領罪における不法領得の意思においては、権利者排除意思も利用処分意思もいずれも明示的には要件とされていない。判例があえて、横領罪に限って、他の領得罪の場合と異なる定義を採用しているのだとすれば、判例は、横領罪における不法領得の意思においては権利者排除意思と利用処分意思の一方、あるいは双方を不要と解しているということなのであろうか。

2 権利者排除意思は要求されるか

(1) 窃盗罪において要求される根拠

判例・通説が窃盗罪における不法領得の意思の内容として権利者排除意思を要求している理由は何であろうか。その理由が横領罪においても妥当するのであれば、横領罪における不法領得の意思の内容としても、権利者排除意思が必要とされることになる。

権利者排除意思が要求されるのは、軽微な使用窃盗を不処罰とするためという

理由が挙げられている。これに対しては、処罰に値する行為が客観的に存在した場合に初めて窃取行為があるとすれば良いのであって、権利者排除意思は不要であるという批判¹⁴⁾もある。しかし、「窃盗罪は占有の取得により既遂となるから、既遂後の利用妨害の程度を窃盗罪の成否において考慮することは不可能である。また、可罰的な程度利用妨害がない限り窃盗罪が既遂とならないとする考えは、既遂時期を極めて不明確にするものであり、採り得ない。」¹⁵⁾といった指摘がなされている。そこで、権利者排除意思を要求することにより、より早い段階で窃盗罪の既遂とすることができる。すなわち、権利者排除意思は、可罰的違法性の判断を行為時に繰り上げるために要求され¹⁶⁾、既遂時期の明確化に資するといえよう。

(2) 横領罪における妥当性

では、横領罪における不法領得の意思の内容としても権利者排除意思を要求すべきか。横領罪の場合においても、不可罰的な「使用横領」の場合は十分に想起できるだろう。例えば、橋爪教授が指摘¹⁷⁾するように、XがAから自転車の保管を委託され、また、Aから「勝手に乗らないで欲しい」と言われていた場合に、Xが深夜に30分程度その自転車を利用する行為は、実質的に所有権を侵害するものではないとして、横領罪の成立が否定されるべきであろう。そうだとすれば、横領罪においても、不可罰的な使用横領を区別するため、窃盗罪の場合と同様に、不法領得の意思の内容として権利者排除意思を要求すべきといえる。そして、判例が「所有者でなければできないような処分をする意思」として、権利者排除意思を要求していると解することは可能であろう。現に、判例（最判昭和24年6月29日刑集3巻7号1135頁）は、「横領罪は、他人の物を保管する者が、他人の権利を排除してほしいままにこれを処分すれば、それによつて成立する」と判示しているから、判例は横領罪における不法領得の意思として権利者排除意思を要求していると解するのが素直といえよう。よって、横領罪における不法領得の意思の内容として権利者排除意思は要求されており、横領行為の判断に当たっては、権利者排除意思の有無も加味して、実質的な危険性の増大の有無を判断すべきであると考え¹⁸⁾。

これに対し、不可罰的な使用横領は端的に横領行為に当たらない、とすれば良く、あえて権利者排除意思という概念を持ち出す必要がない、という批判があり得よう。先の自転車乗り回しの例でいえば、30分を超えて乗り回し、自転車の損

傷が発生した時点で横領行為である、とする理解である。しかし、窃盗罪における議論と同様、これでは既遂時期が不明確となってしまう。XはAに「勝手に乗らないで欲しい」と言われていた以上、自転車に乗る行為は、事前の同意の範囲外の行為なのであるから、その時点で横領行為該当性を肯定され得る。もっとも、処罰の適正化、すなわち、実質的に所有権を害する危険がない行為にまで横領行為の成立を認めるのは妥当ではないから、行為時に権利者排除意思を欠く場合については、未だ実質的な所有権の機能侵害が生じていないとして不可罰とすることに合理性があるのである。

他に、「所有権を可罰的に侵害することの意思が権利者排除意思といえる」としつつ、「横領罪の故意は横領罪の客観的行為である所有権侵害の認識（および認容）と構成しうるところ」、「権利者排除意思は横領罪の故意そのもの」¹⁹⁾とする伊藤教授の見解もある。もっとも、この見解は、他方で、横領罪においては「ごく短時間でも権利者を当該財物の権限から引き離せば、可罰的かどうかはさておき、所有権侵害を認めることはできる。そしてその行為が一定期間権利者を当該財物の使用から排除しようとする意思でもってなされた以上は、横領罪の行為態様である所有権侵害そのものと評価することはできると考えられる。」²⁰⁾と述べている。この見解は、「一定期間権利者を当該財物の使用から排除しようとする意思」を考慮して、横領行為該当性を認めようとしているが、そうであるならば私見と同様である。ただ、私見は、伊藤教授のいう、「一定期間権利者を当該財物の使用から排除しようとする意思」というのは、故意の認識対象たる、横領行為を基礎付ける事実の認識とは異なると考えるため、権利者排除意思は故意には解消されず、不法領得の意思として要求するべきであると考えているのである。

なお、横領罪においては、行為者に既に占有が帰属している以上、権利者排除意思が要求されていないのは当然である²¹⁾と説明されることがある。しかし、権利者排除意思における「権利者」とは、「占有者」のことである、と理解するのは妥当ではない。前述のとおり、権利者排除意思は不可罰的な使用窃盗を区別するための要件なのであるから、「権利者」とは、窃盗罪の最終的な保護法益たる所有権の帰属主体、すなわち「所有権者」である、と理解することができる²²⁾。したがって、横領罪においても権利者排除意思を要求しても何ら不自然ではない。

よって、横領罪における不法領得の意思の内容として、権利者排除意思は要求すべきであると考ええる。そして、判例があえて、不法領得の意思の定義として「所有者でなければできないような処分をする意思」も掲げていることを踏まえれば、

判例は、「所有者でなければできないような処分をする意思」を「権利者排除意思」と同義と考えている、と理解することも可能だろう。不可罰的な一時横領の事案のように、実質的に所有権を侵害する危険がない行為については、所有者でなくとも（委託者であれば）処分ができるものである、と解釈できるので、不可罰的な使用横領をする意思は「所有者でなければできないような処分をする意思」には当たらない、ということである。

3 利用処分意思は要求されるか

(1) 窃盗罪において要求される根拠

利用処分意思についても、先の権利者排除意思についてと同様に、まずは窃盗罪における不法領得の意思の内容として利用処分意思が要求されている理由を探究する。

そもそも、判例（前掲・大判大正4年5月21日刑録21輯663頁）は、窃盗罪において利用処分意思を要求しており、毀棄又は隠匿する意思をもって他人の支配内に存する物を奪取した場合、不法領得の意思は否定されると判示しているところ、窃盗罪における不法領得の意思の内容として利用処分意思が要求される理由は、窃盗罪と毀棄・隠匿罪との区別のためであるとされる。これを具体的に説明すると、例えば、窃盗罪と毀棄罪とは法益侵害性が同等であるにも関わらず、窃盗罪のほうがより重く処罰されるのは、窃盗罪は「利得動機」に基づくという点で、毀棄罪より高度の非難に値する（より責任が重い）という理由からであり、この「利得動機」を基礎付けるべく、利用処分意思が存在する、と説明される²³⁾。そして、ここにいう利用処分意思は、判例のいう「経済的用法」に限られるわけではないと学説上は理解されており、利用意思の内容は当該財物から生ずる何らかの効用を享受する意思である²⁴⁾と解されている。利用処分意思によって利得動機を基礎付けさえすれば良いのであるから、利用方法は経済的用法に限る必要はないといえ、この理解が正当であろう。

では、横領罪においても、窃盗罪と同様に利用処分意思を要求するべきであろうか。確かに、判例（大判大正2年12月16日刑録19輯1440頁）は、公文書を持ち出して隠匿した事案において、委託物横領罪の成立を肯定し、別の判例（前掲・判昭和24年6月29日刑集3巻7号1135頁）も、横領罪の成立には「横領罪は、他人の物を保管する者が、他人の権利を排除してほしいままにこれを処分すれば、それによって成立するものであることは明らかであり、必ずしも自分の所有となし、

もしくは自分が利益を得ることを要しない」と判示していることからすると、判例は横領罪における不法領得の意思の内容としては利用処分意思を不要としている、という理解が素直であるといえ²⁵⁾、判例理論としては既に決着しているとも思える。しかし、「効用を享受する機会を確保するための行為として隠匿を捉え、そうした隠匿意思は不法領得の意思に含まれると解する」²⁶⁾ことも可能、すなわち、判例の事案は後の物の利用処分の前提として隠匿をした事案であり、隠匿の時点でも利用処分意思があった、とする理解も可能であるから、先の判例から直ちに、判例が横領罪における不法領得の意思の内容として利用処分意思を不要としているとは言い難い²⁷⁾。そこで、横領罪における不法領得の意思の内容として利用処分意思を不要とするべきか、項を改めて慎重に検討する。

(2) 横領罪における利用処分意思の要否

前述のとおり、窃盗罪と毀棄罪とでは法益侵害性が同等であるにも関わらず、窃盗罪の法定刑の方が重いということを説明するために、窃盗罪においては利用処分意思が要求されている。そして、横領罪は毀棄罪と比べて法定刑が重いところ、横領罪も毀棄罪も、所有権を保護法益とする点で法益侵害性は同等である。そうすると、横領罪においても、窃盗罪の場合と問題状況は全く共通であり²⁸⁾、横領罪においても利用処分意思が要求されると解するのが素直な理解といえよう。

これに対し、横領罪の保護法益には所有権の機能だけでなく委託関係も含まれると解する立場から、横領罪と毀棄罪とでは保護法益が異なる²⁹⁾ため、必ずしも利用処分意思によって両者を区別しなければならないわけではない、という批判もあり得よう。自己の占有する他人の物を損壊した場合、委託関係及び所有権の機能が侵害されているのであるから、この場合には毀棄罪ではなく横領罪で捕捉すべきである、といった主張である。しかし、佐伯教授が指摘するとおり、「委託信任関係の侵害は、債務不履行一般に認められることであって、それが刑事責任を加重する根拠として十分なものといえるかには疑問の余地がある」³⁰⁾といえよう。そうすると、横領罪と毀棄罪とは、利用処分意思の有無によって区別するしかないであろう³¹⁾。よって、横領罪においても利用処分意思は要求されると考える。

ただし、利用処分意思を要求した場合、ある判例の事案について適切な処罰を図れないのではないかとこの点について補足しておきたい。判例（最決平成21年3月26日刑集63巻3号291頁）は、不実の抵当権設定仮登記を了

した行為について横領罪の成立を肯定している³²⁾が、学説上、「仮登記を抹消するための解決金を得るために、当該建物に不実の仮登記を設定する」という行為では、建物自体を直接利用する意思があるとは言い難く、財物それ自体についての利用・処分意思が認められないのではないかという疑問が呈されている³³⁾。しかし、前述のとおり、利用処分意思の内容としては、「財物から生ずる何らかの効用を享受する意思」で足りるのであり、現に、不実の仮登記を設定するという行為によって、仮登記を登記簿上に記載するという利益を得ている（この利益を「経済的利益」に限る必要はない。）以上、利用処分意思に欠けるところはないといえる。確かに、当該行為によって、金銭的利益については直接的に得ているとは言い難い（解決金の入手は、仮登記を設定した「後」の話である。）が、利用処分意思が認められるのは金銭的利益を得ることを直接の目的とする場合に限られないのである。

4 小 括

ここまでの検討により、横領罪における不法領得の意思の内容として、「本人のためにする行為ではないという認識」、権利者排除意思、及び利用処分意思が要求されるべきであることが分かった。もっとも、「本人のためになる行動をせよ」という行為規範を与えるために、横領罪に固有の不法領得の意思が要求されると論じたが、このことと「専ら本人のためにする処分する意思」との関係は必ずしも明らかではない。そこで、「専ら本人のためにする処分する意思」の意義を明らかにするために、以下では章を改めて背任罪の構造を検討することとする。背任罪と横領罪とは類似性が度々指摘される³⁴⁾ところであるため、背任罪の構造を把握し、これと横領罪とを比較することによって、「専ら本人のためにする処分する意思」の存在意義が見えてくるものと考えられるからである。

IV 背任罪の構造からみる横領罪の「専ら本人のために処分する意思」

1 背任罪における任務違背行為と図利加害目的

(1) 任務違背行為の判断方法

前述のとおり、横領罪において、横領行為の該当性を判断する場合には、「権限逸脱」といったような一義的な基準ではなく、不法領得の意思に着目して実質的に（個別的に）判断するべきであると述べた。これと似たような議論が、背任

罪における任務違背行為についても存在している。大まかにいえば、任務違背行為（「任務に背く行為」）を形式的に判断すべきか、あるいは実質的に判断すべきか、という争いである。

任務違背行為を形式的に判断すべきという見解とは、例えば、「法令、予算、通達、定款、内規、契約等に反する行為であれば……原則的に任務違背行為である」とする西田教授の見解³⁵⁾である。これに対し、実質的な考慮をすべきとする島田教授は、法令・定款・内規等の違反が直ちに背任罪の義務違反を基礎付けるとはいえない等と先の見解を批判し、「本人の財産に対して負う義務（善管注意義務あるいは忠実義務）に違反したかという観点から、実質的に決定されるべきである」などと主張する³⁶⁾。もっとも、「義務違反を基礎付けるとはいえない」という文言は、背任罪の基本的性格に関するいわゆる背信説の立場³⁷⁾を堅守しようとするところから出てくる発想であり、背信説はあくまで「基本的性格」に関する議論であることに留意すべきである。背任罪の義務違反が背任罪を基礎付けると理解するのではなく、あくまで、背任罪の保護法益の侵害が背任罪を基礎付けるものであることを忘れてはならない³⁸⁾。そうだとすれば、背任罪において、任務違背行為を実質的に判断すべきとする理由は、法令・定款・内規等の違反が「直ちに義務違反を基礎付けるわけではないから」ではなく、法令等の違反が、直ちに背任罪の保護法益たる財産及び信任関係³⁹⁾を害するわけではないからなのである⁴⁰⁾。

しかしながら、ここでも横領罪の場合と同様の問題が生ずる。「本人の財産に対して負う義務に違反したか」ということの判断は、実際には極めて微妙であるという問題である（Ⅱ 1（2）参照）。私見は、かかる判断は実際上困難である以上、横領罪の場合と同様、このような観点は採用すべきではないと考える。近時、経営判断原則と任務違背行為との関係について判示した判例（最決平成21年11月9日刑集63巻9号1117頁）があるが、この判例の存在からも、裁判所が任務違背行為を実質的に判断することの限界が表れていると見ることもできよう。したがって、任務違背行為を実質的に判断すべきという見解には賛同できない。ただし、背任罪の場合は、客観的構成要件要素として「財産上の損害」が要求され、背任罪として処罰される場合は少なくとも財産上の損害の発生が認められる以上、不当な処罰は避けられるため、横領罪の場合とは異なり、「本人の財産に対して負う義務に違反したか」という判断をする見解を擁護することも不可能ではないと考えられる。

そして、任務違背行為を実質的に判断すべきとする見解は、任務違背行為の要件内で、信任関係及び財産という法益の侵害性を基礎付け、図利加害目的に「法益侵害性の基礎付け」という機能を与えない見解といえよう。そうすると、任務違背行為を形式的に捉える見解は、任務違背行為の要件においては財産侵害の危険のみを基礎付け、図利加害目的で信任関係の侵害を基礎付けようとする見解といえる以上、「構成要件要素によって法益侵害性を基礎付ける」という点においては両見解に発想の差はないといってよいであろう。

なお、私見としては、任務違背行為は横領罪の場合と同様、本人の明示の同意がないことを前提に、財産侵害の実質的危険を生じさせる行為と定義すべきであると考えている。なぜなら、Ⅱ（１）の項で述べたとおり、横領行為に実質的な危険性が認められる必要があることと同様、任務違背行為も財産侵害の実質的危険を有する行為でなければならないところ、あらゆる法令・定款・内規違反が、財産侵害の実質的危険を有する行為とはいえないからである。法令・定款・内規といった「諸規定はそれぞれ独自の目的を有する」⁴¹⁾以上、財産保護とは関係のない規定に違反したからといって直ちに財産侵害の危険は認められないことは明らかであり、法令等を一義的な基準とすることがそもそも不適切なのである。また、藤木博士が指摘するように、例えば、贈賄行為は明確な法令違反行為であるが、「贈賄は、会社の経済的利益という面だけから考えると、賄賂を贈ることによって官庁との契約を確保したり、許可・認可をとりやすくするなど、会社の業績の向上に役立つ」こともあり得るのであり、「贈賄したからといって、それだけでは会社に損害を与えたことにはならない」⁴²⁾。このような例から考えてみても、やはり、法令等は一義的な基準として用いるべきではないのである。したがって、任務違背行為を形式的に判断すべきという見解も不当であるとする。

（２） 図利加害目的の存在意義

任務違背行為を実質的に判断すべきという見解に立った場合、図利加害目的という要件の存在意義が問われてくるだろう。なぜなら、任務違背行為を形式的に判断する場合であればともかく、実質的に判断する場合、任務違背行為によって背任罪の法益侵害性は基礎付けられてしまうのであるから、図利加害目的の存在意義が一見すると不明となってしまうからである。

では、何故、背任罪において図利加害目的という要件が要求されているのか。この点について、経済活動に不適切な萎縮効果を生むことを避ける点にあると説

明する川崎教授の見解⁴³⁾がある。図利加害目的の意義における、いわゆる消極的動機説について、「同説は、図利加害目的の機能を、本人に一定の財産的不利益が生じるかもしれないと認識しながらも、なお本人の利益を図るためになされた行為を背任罪の処罰範囲から除く点」にある⁴⁴⁾、と指摘する島田教授の見解も、過度な処罰範囲の拡大を避ける意義を与えようとする点において同旨といえよう。確かに、川崎教授が指摘するように、会社の損害を避け、会社の利益を図る目的で行為に出たにも関わらず、結果として当該行為が功を奏しなかった場合に全て処罰対象にするというのでは、経済活動に不適切な萎縮効果を生みかねず、妥当ではないだろう。しかし、先に述べたとおり、構成要件要素の意義・解釈については、あくまで保護法益との関係で考えるべきである。これらの価値判断自体は正当だと思われるが、何故そのような価値判断をすることが正当化されるのかを明らかにするためには、やはり保護法益との関係を考慮せざるを得ない。そうすると、図利加害目的の存在は背任罪の保護法益との関係でいかに説明できるだろうか。この点について、任務違背行為を実質的に判断する場合、任務違背行為の存在によって、背任罪の法益侵害性（信頼関係及び財産）が基礎付けられてしまい、図利加害目的を法益侵害性との関係で説明することは不可能であろう。確かに、図利加害目的が存在しない場合には、例外的に信頼関係の侵害が認められないことになる、という理解ができるとも思える。しかし、(本人の同意なくして) 実質的に本人にとって不利益な行為をし、また、それについての故意もある以上、信頼関係の侵害性は明らかであり、図利加害目的の不存在によってそれは左右されないだろう。主観的な意図だけで、客観的な信頼関係侵害自体がなくなるという理解は採り得ない。

そうだとすれば、背任罪においても、横領罪の場合と同様、「図利加害目的を持った行為をするな」という行為規範が設定されており、かかる違反が信頼関係の抽象的危険を基礎付けている、と理解することで、図利加害目的と保護法益との関係を説明するべきではないだろうか。したがって、私見は、本人からの義務に違反したかという観点だけで任務違背行為を捉えるのではなく、①本人からの事前の同意がなく、かつ、②上記行為規範に反した行為を任務違背行為と捉え、これによって信頼関係の抽象的危険を基礎付けるのである。そして、財産侵害については財産上の損害の要件によって基礎付ければ足りる。

なお、学説上は、図利加害目的の意義について別に解する見解もあるため、それらの見解の当否についてもここで言及する。例えば、「図利加害目的の意義は、

行為者が、実質的に理解した場合の任務違背を基礎付ける事実を未必的に認識していたとしても、違法性がない（任務違背にあたらぬ）と判断する場合に背任罪の成立を否定することにあると思われる。これは、任務違背という刑法上の概念に関する違法性の錯誤の場合である。」⁴⁵⁾と理解し、図利加害目的を違法性の錯誤の場合の不可罰性を規定したものと解する上野教授の見解がある。しかし、この見解に対しては、総論上の一般理論によって処理するということは図利加害目的の意義を薄めるものであるという批判⁴⁶⁾や、解釈論としてやや厳しいという批判⁴⁷⁾もさることながら、少なくとも、判例理解としてはこの見解は維持できないと言わざるを得ない。判例は、伝統的に、違法性の意識不要説を採っていることとされ、違法性の錯誤は故意責任を阻却しないとされているからである。また、判例が違法性の意識の可能性説に接近している可能性もあるが、たとえこの見解に立ったとしても、任務違背行為の故意が認められる時点で、違法性の意識の可能性も当然に肯定されてしまうであろう。そして、判例理解として維持できないというだけでなく、この見解は、「任務違背に当たらない」という判断を、違法性の錯誤の問題として捉えているが、自己の行為が任務に違背することの認識は事実の認識であると解すべきである⁴⁸⁾。なぜなら、「委託の任務に反しないと思った」という行為者の安易な評価を救済する必要はないからである。

他に、山口教授は、「たとえ客観的には本人に対する利益性が肯定されなくても、本人に対する利益性を意図・認識していた場合には、本人に対する実質的不利益性の認識がなく、信頼関係の侵害についての故意責任の欠如の観点から、犯罪の成立が否定されることになる」と解する⁴⁹⁾と主張する。確かに、図利加害目的を信頼関係の侵害との関係で捉えるという点では、私見と同様といえよう。しかし、「故意責任の欠如」として説明することには疑問が残る。図利加害目的は、条文上、「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」と規定されており、認識を超えた「目的」が要件とされている。法が図利加害「認識」と規定していたのであれば、故意責任の欠如という結論も首肯し得るが、故意責任欠如という結論とすることは、法があえて「目的」と規定した意義を失わせているように思われる。

2 背任罪と横領罪の構造の類似性

私見に従って背任罪の構造を理解した場合、背任罪と横領罪との間に構造の類似性があることが指摘できる。すなわち、背任罪も横領罪も、平たく言えば「本

人のためになる行動をせよ」という行為規範が与えられており、これに違反した場合には、委託関係又は信任関係侵害の抽象的危険が認められ、これが可罰性を基礎付ける、という構造である。

このような構造の類似性からすれば、結局、横領罪における「専ら本人のために処分する意思」とは、図利加害目的と同様、ということなのであろうか。後述する判例（大判大正15年4月20日刑集5巻136頁）を見ると、「自己ニ領得スル意思ニ出テタルモノト謂フヲ得サル」ことを認定した上で、特段の理由を付することなく、前記の事情に鑑みれば図利加害目的は認められない、と判示していることからすると、両者は同様であるとも思える。

3 横領罪における「専ら本人のために処分する意思」の内実（私見）

そもそも、図利加害目的の意義について、判例は、消極的動機説に親和的であると評されている⁵⁰⁾。すなわち、図利加害目的という要件は、「本人の利益を図る目的」が存在しないことを裏側から規定したものである、とする理解である。したがって、背任罪の図利加害目的においては、本人の「利益」を図る意図であるかが注目される。背任罪が全体財産に対する罪であることを踏まえれば、トータルで見ても（結果的に）本人の利益になることを目的としてなされた行為を処罰範囲から除外する、という価値判断は十分に是認できよう。

では、横領罪における「専ら本人のためにする処分する意思」も、これと同様に解すればよいのか。この点について、横領罪が個別財産に対する罪であることを踏まえると、背任罪と同様に解することはできないと考える。背任罪における図利加害目的と同様と考えた場合、本人に結果的に利益をもたらす行為であれば横領罪が成立しない、ということになるが、本人に利益をもたらすか否かは財産犯の成立に無関係な事情である⁵¹⁾。たとえ当該行為が本人にとって利益をもたらすとしても、財産に対する所有権の行使は本人が自由に決定すべき事情であり、他人がこれに介入することは正当化されない⁵²⁾。例えば、「ある食品は健康を害するものであることが科学的に明らかであるから、これを食べさせないことは本人の利益となる。そこで、本人から当該食品を奪った。」という事案を想定した場合、これが窃盗罪を構成することは明らかであろう。したがって、「結果的に本人の利益になると思った」という場合を横領罪から除外しようとするこの理解を採用することはできないのである。

そこで、横領罪における「専ら本人のために処分する意思」については若干の

修正を迫られる。前述のとおり、横領罪においては、受任者に行為規範を与えることが重要であった。そうすると、結果的に委託者の利益になるかどうかはともかくとしても、「事後的に本人の許諾を得られる行為であろうという認識」を、「専ら本人のために処分する意思」と定義するべきではないだろうか。全く本人の許諾を得られないであろうという認識を有していた場合には、これを「本人の利益を尊重した行為」ということは不可能であろう。したがって、「本人の利益を尊重した行為」には通常存在する認識である、「事後的に本人の許諾を得られる行為であろうという認識」があれば、不法領得の意思を欠くものと解する。

なお、繰り返しになるが、「結果的に本人の利益になると思ったかどうか」は、「事後的に本人の許諾を得られる行為であろうという認識」を判断する重要な要素にはなり得るが、決定的な基準ではないことに留意すべきである。

V 判例理論の適切な理解

1 判例の概観

以下では、私見が「専ら本人のためにする処分する意思」に関する判例理論の適切な理解に整合するかを確認する。これを論ずる前提として、まず、「専ら本人のために処分する意思」に関する判例を概観することとする。

従来から、判例は専ら本人のために処分する意思で物を処分する場合には不法領得の意思を欠くという判示をしてきた。先例として、判例は、寺の住職が、震災により倒壊した庫裡を建設する費用に当てるべく、保管する什物を勝手に売却した、という事案において、「寺院ノ為ニ処分シタルモノニシテ……自己ニ領得スル意思ニ出テタルモノト謂フヲ得サル」と判示し、横領罪の成立を否定している（前掲・大判大正15年4月20日刑集5巻136頁）。また、農協の組合長が、組合の総会及び理事会の議決を経ず、定款に違反して、貨物自動車営業に関して組合資金を支出した、という事案においては、「専ら本人たる組合自身のためになされたものと認められる場合には、被告人は不法領得の意思を欠く」と判示している（最判昭和28年12月25日刑集7巻13号2721頁）。さらに、会社のために集金した現金を、個人の口座に一時的に預金するといういわゆる納金ストの事案において、「専ら所有者自身のためになされたものと認められるときは、不法領得の意思を欠くものとして、横領罪を構成しない」と従来判例を踏襲しつつ、「本件電気料金の預金は、専ら、会社側のために保管の趣旨の下になされたものと認められ、そ

の保管の安全を期する点に主たる目的があった」などと判示し、不法領得の意思を否定した（最判昭和33年9月19日刑集12巻13号3047頁）。

これらの判例を前提に、近時の判例は「専ら本人のために処分する意思」に関する判示をした。これが国際航業事件である。本事件の事案は以下のとおりである。Xは、A社の取締役経理部長として、Aの資金の調達運用、金銭の出納保管等の業務に従事していたところ、CがAの株式を買い占めてその経営権を奪取しようと画策していたのに対抗するべく、Bと共謀して、Dらに対し、Cによる経営権の取得を阻止するための工作を依頼し、その工作資金及び報酬等にAの資金を流用しようと企て、支出権限がないのに、昭和63年2月2日頃から同年4月11日頃までの間、6回にわたり、業務上保管中のA社の現金合計8億9500万円をDらに交付し、さらに、同年7月13日頃から同年10月18日頃までの間にも、3回にわたり、2億8000万円をDらに交付した、という事案である。本事件においては、Xに不法領得の意思が認められるかが重要な争点となった。判例は、「当時、Aとしては、乗っ取り問題が長期化すると、同社のイメージや信用が低下し、官公庁からの受注が減少したり、社員が流出するなどの損害が懸念されており、被告人らがこうした不利益を回避する意図をも有していたことは、第1審判決が認定し、原判決も否定しないところである。しかし、原判決も認定するように、本件交付は、それ自体高額なものであった上、もしそれによって株式買取りが実現すれば、Fらに支払うべき経費及び報酬の総額は25億5000万円、これを含む買取価格の総額は595億円という高額に上り（当時のAの経常利益は、1事業年度で20億円から30億円程度であった。）、Aにとって重大な経済的負担を伴うものであった。しかも、それは違法行為を目的とするものとされるおそれもあったのであるから、会社のためにこのような金員の交付をする者としては、通常、交付先の素性や背景等を慎重に調査し、各交付に際しても、提案された工作の具体的内容と資金の必要性、成功の見込み等について可能な限り確認し、事後においても、資金の用途やその効果等につき納得し得る報告を求めるはずのものである。しかるに、記録によっても、被告人がそのような調査等をした形跡はほとんどかがうことができず、また、それをするのができなかったことについての合理的な理由も見いだすことができない。」といった事情を考慮し、「本件交付における被告人の意図は専らAのためにするところにはなかったと判断して、本件交付につき被告人の不法領得の意思を認めた原判決の結論は、正当として是認することができる。」と判示した。

以上のとおり、判例は、専ら本人のために処分する意思で処分をした場合には不法領得の意思を欠く、という立場を貫徹している。もっとも、同じ「本人のために処分する意思には不法領得の意思を欠く」といっても、事案ごとに問題の内実は異なっているという鎮目教授の指摘がある。すなわち、先に挙げた判例の中で、昭和33年の事案については、最終的に物を本人に返還する意思であることから、権利者排除意思が欠けるものとして理解することができるが、大正15年の事案については、権利者排除意思からの説明は困難という指摘⁵³⁾である。この指摘は正当であり、権利者排除意思及び利用処分意思で解決することができるものについては、私見はいずれも要求するため、これらの概念によって解決すればよいだろう。問題は、両者はいずれも肯定されると思われるにも関わらず、不法領得の意思が欠けるとされる事案である。以下ではそのような事案についての説明を試みる各学説を検討し、また、私見からの説明は可能であるかを検証することとする。

2 故意が阻却されるという見解

まず、本人のためにする意思の場合に横領罪の成立が否定されるのは、故意を欠くからであると理解する林教授の見解がある。この見解は、「被告人が利益・不利益性についての全体的評価を誤って、本人にとって利益性が大きく、本人が同意するであろうと思ってしまった場合が、すなわち、本人のためにする意思であった場合にほかならないと考え」、本人のためにする意思で行為をした場合とは、本人（被害者）の推定的同意があると誤信した場合であるといえることから、「構成要件該当事実ないし犯罪の不法内容についての認識、すなわち故意を欠く」と理解する⁵⁴⁾のである。

確かに、この見解は、本人のためにする意思であった場合に犯罪が成立しない根拠を明確に説明している⁵⁵⁾。しかし、判例は、専ら本人のためにする意思である場合は、故意ではなく、不法領得の意思が欠けるのであると明確に判示していることからすると、少なくとも、判例理解としてかかる見解を採用することはできない。また、そもそも、この見解は妥当ではないと考える。この見解は、本人に結果的に利益をもたらす行為であれば横領罪が成立しない、という理解を前提にしていると思われるが、前述のとおり、本人に利益をもたらすか否かは財産犯の成立に無関係な事情であり、たとえ当該行為が本人にとって利益をもたらすとしても、財産に対する所有権の行使は本人が自由に決定すべき事情であり、他人

がこれに介入することは正当化されないからである。

3 利用処分意思からの説明

専ら本人のために処分する意思であった場合、利用処分意思が欠ける結果、不法領得の意思を欠くことになる、と理解する橋爪教授の見解がある。すなわち、この見解によれば、例えば、先の大正15年の判例の事案は、「その経済的利益を自己または第三者に帰属させる意思がなかった事例」であり、「自己（または第三者）の利益を図る意図がなかったことが横領罪不成立の根拠とされている」とし、判例は「もっぱら本人の利益を図る意思の場合には不法領得の意思が否定されるというかたちで、消極的には利用処分意思（の不存在）を考慮していると解する余地がある」と説いている⁵⁶⁾。しかし、前述のとおり、利用処分意思の内容は、「物の効用を享受する意思」で足りると解されていることからすれば、利用処分意思とは、経済的利益を享受する意思と同一ではない。この見解は、専ら本人のために処分する意思という要件は、「利用処分意思の不存在を裏から示す要件である」⁵⁷⁾としているが、そうであるならば、大正15年判例の事案であっても、「寺院のために仏像を利用したい（売却したい）」という形で、仏像の効用を享受している以上、利用処分意思は肯定され、その結果、不法領得の意思も肯定されてしまうはずである。（窃盗罪において、「恵まれない子供たちに向けてランドセルを寄付するために、デパートでランドセルを万引きした」という事例では、利用処分意思は肯定されるであろう。）横領罪の場合も、「窃盗罪の場合と同様に、利用処分意思を要求すべきである」⁵⁸⁾としながら、専ら本人のために処分する意思＝利用処分意思の不存在、と理解することはできない。したがって、横領罪においては窃盗罪の場合とは異なる利用処分意思が要求されている、と理解しない限り（ただし、その場合、それはもはや「利用処分意思」ではないとも思えるが）、この見解を擁護することはできないのである。

また、この見解に対しては、国際航業事件の判示とも整合しないことも指摘できる。国際航業事件では、「専ら本人のために処分する意図」があったかどうかを認定するに当たり、例えば、「事後においても、資金の用途やその効果等につき納得し得る報告を求めるはずのものである。しかるに、記録によっても、被告人がそのような調査等をした形跡はほとんどうかがうことができず……」等と判示されている。仮に判例が、利用処分意思（の不存在）に焦点を合わせていたとすれば、事後において報告を求める行為が、利用処分意思の認定にいかなる意味

を持つのだろうか。事後に報告を求めないことから、本人のためにする意思ではない、ということは推認できるが、当該財物から効用を得る意思があった、という利用処分意思を推認する過程は辿れないものと思われる。

あるいは、この見解は、「専ら本人のために処分する意思」の事案を、いわゆる「第三者領得」の事案として捉えているのかもしれない。すなわち、同事案は、第三者に物を取得させる意思の場合であり、自己に利益を帰属させる意思がない場合である以上、利用処分意思が欠け、横領罪が不成立となる、と捉える⁵⁹⁾のである。しかし、第三者領得の事案で利用処分意思が否定され得るのは、全く無関係な第三者に領得させる場合に限られ（間接的であれ、自己に利益が帰属するのであれば、まさに「物の効用を享受」しているといえてしまうからである。）、實際上、そのような場合は殆どないであろう⁶⁰⁾。少なくとも国際航業事件は全く無関係な第三者に領得させるような事案ではなく、およそ利用処分意思が否定されることはないであろう。また、調査官解説によれば、本人のためであることが純粋に唯一の意思であることまでは要求されておらず、本人のためにする意思と自己の利益を図る意思とが併存した場合、いずれが主たる動機、目的かを見て、「専ら本人のために処分する意思」かどうかを決する⁶¹⁾とされており、自己の利益を図る意思が存在しても不法領得の意思を欠く、と判断される場合があることを前提としていることからすると、判例は、全く無関係な第三者に物を取得させる場合のみ不法領得の意思を否定する、という見解には立っていないといえよう。

4 権利者排除意思からの説明

他方、専ら本人のために処分する意思を権利者排除意思との関係で全て理解する小林教授の見解もある。この見解は、専ら本人のために処分する意思であった場合、「本人による所有権の行使を実質的に妨害する意思がない、つまり、あくまで物に対する全面的、包括的な支配の主体としての地位は、本人にとどめようとするものであるときは、排除意思がないという趣旨に理解すべきである。」⁶²⁾と主張する。しかし、現に物を処分してしまう以上、「物に対する全面的、包括的な支配の主体としての地位」をいかに解そうとも、物に対する支配の主体としての地位が本人にとどめられているとはいえないだろう。また、前述のとおり、権利者排除意思が、一時的な使用を除外するために要求されていることを踏まえると、売却等、財物の終局的な処分をしてしまう事案において、権利者排除意思を欠くとは不可能である⁶³⁾。

したがって、権利者排除意思との関係で理解することも妥当ではない。

5 背任罪における図利加害目的とパラレルに理解する見解

背任罪において要求される図利加害目的とパラレルに考える川崎教授の見解もある。この見解は、背任罪における図利加害目的の今日的な意義を、経済活動に不適切な萎縮効果を生むことを避ける点にあると捉えた上で、経済活動を規制する横領罪においても同様の観点が必要であることを前提に、「判例は、不法領得の意思という要件に、背任罪における『図利加害目的』と同種の役割を担わせたのではないだろうか。つまり、『専ら本人のためにする意思』とは、[中略] 動機の不可罰性を根拠に、処罰範囲から取り除くことを図った書かれざる消極的主観的構成要件要素なのである。」と主張する⁶⁴⁾。しかし、個別財産に対する罪である横領罪においては、背任罪における図利加害目的と全く同一のものが要求されている、と解することができないことは前述のとおりである。

6 私見からの理解

私見からの理解は非常にシンプルである。国際航業事件を例に挙げると、まず、Dらへの現金の交付を会社が事前に同意していたという事情は全くないため、横領行為の該当性を肯定され得る。次に、不法領得の意思をみるに、現金の交付という終局的処分をしている以上、権利者排除意思に欠けることなく、また、現金を交付するという方法によって、工作の依頼を達成するという利益を得ようとしている以上、利用処分意思に欠けるところもない。そこで、行為規範たる、「事後的に本人の許諾を得られる行為であろうという認識」をもって行為をしたかを検討する。かかる認識を有していた場合、不法領得の意思を欠くこととなる。

仮に事後的な許諾を得られると認識して行為をするのであれば、判示のとおり、交付先や成功の見込み等を慎重に調査し、あるいは事後の報告を求める等して、本人が満足してくれるか、気にかける行為をとるはずである。しかし、このような行動をとっていないのであれば、事後的に許諾を得られる行為である、と認識する契機がなく、また、本人のためになるかを意識していないといえ、「事後的に本人の許諾を得られる行為であろうという認識」でなかったことが推認できる。したがって、国際航業事件においては、不法領得の意思に欠けるところはないといえる。よって、少なくとも、私見によっては判例の事案を適切に理解できない、ということはない。

VI 結 論

本稿では、横領罪を、所有権の機能に対する抽象的危険犯としてだけではなく、委託信任関係に対する抽象的危険犯としても捉え直すことで、横領罪の構造の解明を果たすとともに、「専ら本人のために処分する意思」で行為した場合には行為規範違反がないとして不可罰となることが分かった。具体的には、「横領」行為とは、①当該行為が法令上許容された行為、又は委託者の明示的な事前の同意の範囲に含まれた行為ではなく、かつ、②不法領得の意思を有する行為をいい、ここにいう不法領得の意思には、権利者排除意思及び利用処分意思が含まれる。そして、「専ら本人のために処分する意思」の場合に不法領得の意思を欠くという理解は正当であり、これは「事後的に本人の許諾を得られる行為であろうという認識」で行動した場合、と言い換えることができる。

以上のように、横領行為を行為規範違反と位置付けることによって、従来の議論とは異なる横領罪の構造を提示することができた。しかしながら、受任者に対する行為規範の明示という観点から見た場合、「事後的に本人の許諾を得られる行為であろうという認識を持っていた場合には不可罰とする」と定義するよりも適切な定義付けが存在する可能性は否定できない。横領罪における不法領得の意思を欠く場合の定義付けに関する考察は、稿を改めて述べることにしたい。

- 1) 例えば、前田雅英ほか編『条解刑法』(弘文堂、第3版、2013)808頁は、「委託者本人のために目的物を処分する場合には、不法領得の意思が認められないことはいうまでもない。」とする。
- 2) 後藤眞理子「判解」最判解刑事篇平成13年度176頁。
- 3) このような理解として、松宮孝明『刑法各論講義』(成文堂、第4版、2016)288頁。
- 4) 例えば、西田典之『刑法各論』(弘文堂、第6版、2012)246頁は、「領得行為説によれば、横領行為とは、自己の占有する他人の物について不法領得の意思を実現する一切の行為をいうとされる」とする。
- 5) 林幹人「横領行為と不法領得の意思」研修669号7頁(2004)。
- 6) 橋爪隆「横領概念について」研修712号7頁(2007)。
- 7) 橋爪隆「横領行為の意義について」法教439号83-84頁(2017)。
- 8) 道垣内弘人『担保物権法』(有斐閣、第4版、2017)13頁。
- 9) 橋爪・前掲注7)81頁。

- 10) 例えば、山口厚『刑法総論』(有斐閣、第3版、2016) 168頁。
- 11) 例えば、井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016) 570頁。
- 12) 正確には他の領得罪(例えば、詐欺罪など)でも不法領得の意思が要求されるが、以下では「窃盗罪における不法領得の意思」として論じる。
- 13) 例えば、山口厚『刑法各論』(有斐閣、第2版、2010) 198頁。
- 14) 大塚仁『刑法概説〔各論〕』(有斐閣、第3版増補版、2005) 201頁。
- 15) 山口・前掲注13) 199頁。
- 16) 橋爪隆「窃盗罪における不法領得の意思について」法教428号76頁以下(2016)。
- 17) 橋爪・前掲注7) 86頁。
- 18) 橋爪・前掲注7) 84頁が指摘するとおり、「行為者がいかなる意図・目的を有するかによって、所有権に対する危険性が異なってくる」のであるから、横領行為の該当性、すなわち、実質的な危険性の増大の有無を判断する重要な要素として、権利者排除意思の存在が要求されるのである。
- 19) 伊藤亮吉『目的犯の研究序説』(成文堂、2017) 253-254頁。
- 20) 伊藤・前掲注19) 254頁。
- 21) 伊東研祐『刑法講義 各論』(日本評論社、2011) 219頁。
- 22) 松宮・前掲注3) 214頁は、排除意思について、「占有排除ではなく本権者の権利を排除するという意思」であるとしており、同旨といえよう。
- 23) 山口・前掲注13) 202-203頁、西田・前掲注4) 158頁、松原芳博『刑法各論』(日本評論社、2016) 208頁など。なお、利用処分意思を責任要素ではなく違法要素として理解する見解として、中森喜彦『刑法各論』(有斐閣、第4版、2015) 115頁、塩見淳『刑法の道しるべ』(有斐閣、2015) 171頁など。
- 24) 山口・前掲注13) 202頁、西田・前掲注4) 159頁など。
- 25) 例えば、林幹人『刑法各論』(東京大学出版会、第2版、2007) 293頁は、判例では「毀棄・隠匿の意思の場合には、横領罪の成立が認められている」と指摘し、判例の立場を批判する。前田雅英『刑法各論講義』(東京大学出版会、第6版、2015) 270頁も判例を同様に理解する。
- 26) 山口・前掲注13) 307頁。
- 27) ただし、大正2年の判決は、公文書を隠匿した行為は「自己領得ノ意思ヲ外形ニ表示シタルモノニ外ナラサレハ其行為ノ終局ノ目的如何ヲ問ハス」横領罪を構成する、と判示しており、判例は、隠匿の時点に利用処分意思があったか否かという観点は問題としていないというべきであろう。
- 28) 橋爪・前掲注7) 87頁。
- 29) 横領罪の保護法益に委託関係も含まれるとする見解として、山口・前掲注13) 288頁。反対に、「委託関係は、客体に対する所有者の間接的な利用および返還への高度の期待を基礎づける事情であって、所有権から独立した法益とみるべきではない。本罪の刑が占有離脱物横領罪より重い理由は、物の間接的な利用および返還への高度の期待を侵害する点で占有離脱物横領罪よりも所有権に対する侵害性が高いことに求められる。」とし、委託関係は保護法益に含まれないとする見

解として、松原・前掲注23) 310頁。なお、私見は、横領罪の保護法益に委託関係は含まれると考える。松原教授が主張するように、いかに「所有者の間接的な利用および返還」への期待が高かろうとも、所有権に対する侵害性が高いということにはならず、単純横領罪と占有離脱物横領罪との区別のためには委託関係が保護法益に含まれると解さざるを得ないからである。

- 30) 佐伯仁志「横領罪(2)」法教376号108頁(2012)。
- 31) 占有離脱物横領罪と毀棄罪の法定刑を比べると、占有離脱物横領罪は利用処分意思を含むにもかかわらず毀棄罪の方が重い。この点については、西田・前掲注4) 230頁が指摘するとおり、刑法上、違法性を高く評価される占有侵害という要素を含む点で毀棄罪の方が違法性は高く、また、占有離脱物横領罪が動機において非常に誘惑的であるため有責性が極めて低いことによって説明すればよいだろう。
- 32) 同判例は、「仮登記を了した場合、それに基づいて本登記を経由することによって仮登記の後に登記された権利の変動に対し、当該仮登記に係る権利を優先して主張することができるようになり、これを前提として、不動産取引の実務において、仮登記があった場合にはその権利が確保されているものとして扱われるのが通常である。以上の点にかんがみると、不実とはいえ、本件仮登記を了したことは、不法領得の意思を実現する行為として十分であり、横領罪の成立を認めた原判断は正当である。」と判示し、不法領得の意思を肯定している。
- 33) このような指摘として、品田智史「判批」阪大法学60巻2号178-179頁(2010)。
- 34) 例えば、大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法 第二版 第13巻〔第246条～第264条〕』(青林書院、2000) 327頁〔吉本徹也〕は、「委託物横領罪と背任罪はともに他人との信任関係を裏切り、他人に対する任務に背くことを本質的要素とする点で共通の性質を持つ」とする。
- 35) 西田・前掲注4) 258頁。
- 36) 島田聡一郎「背任罪に関する近時の判例と、学説に課された役割」ジュリ1408号118頁(2010)。
- 37) 背任罪の罪質(基本的性格)を、本人との間に存在する信任関係違背による財産侵害と捉える見解のことをいい、通説的な見解である。
- 38) 山口・前掲注13) 318頁参照。
- 39) 山口・前掲注13) 318頁。私見は、横領罪の場合と同様、背任罪においても「信任関係」が保護法益に含まれると考える。委託関係は保護法益に含まれないとする見解として、中森・前掲注23) 157頁。
- 40) 山口・前掲注13) 326頁参照。
- 41) 島田・前掲注36) 118頁。
- 42) 藤木英雄『刑法各論』(有斐閣、1972) 264頁。
- 43) 川崎友巳「判批」同志社法学56巻4号351頁(2004)。同様の理解は名古屋地判昭和52年9月30日判タ353号139頁にも表れている。
- 44) 落合誠一編『会社法コンメンタル21—雑則(3)・罰則』(商事法務、2011)

- 78頁〔島田聡一郎〕。
- 45) 上寫一高『背任罪理解の再構成』(成文堂、1997) 270-271頁。
 - 46) 田中利幸「背任罪における図利加害目的の意義」西田典之=山口厚編『刑法の争点』201頁(有斐閣、第3版、2000)。
 - 47) 橋爪隆「背任罪の成立要件について(2)」法教442号89頁注12(2017)。
 - 48) 判例・通説はこれを事実の認識として捉えている。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第二版 第13巻〔第246条～第264条〕』(青林書院、2000) 210頁〔日比幹夫〕。
 - 49) 山口厚『問題探究刑法各論』(有斐閣、1999) 204-205頁。
 - 50) 橋爪・前掲注47) 91頁は、「現在の判例が消極的動機説に親和的な判断を示していることは、おそらく異論のないところであろう。」と述べる。
 - 51) ただし、背任罪は全体財産に対する罪であるから、本人に利益をもたらすか否かは重要な事情となる。
 - 52) 佐伯・前掲注30) 109頁参照。
 - 53) 鎮目征樹「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論〔第7版〕』別冊ジュリ221号135頁。
 - 54) 林幹人「判批」ジュリ1266号202-203頁(2004)。
 - 55) 川崎・前掲注43) 349頁。
 - 56) 橋爪・前掲注7) 90頁。
 - 57) 橋爪・前掲注7) 91頁。
 - 58) 橋爪・前掲注7) 87頁。
 - 59) ただし、判例(大判明治44年4月17日刑録17輯605頁、大判大正12年12月1日刑集2巻895頁等)・通説は、第三者領得の事案であっても不法領得の意思を肯定する。
 - 60) 佐伯・前掲注30) 108頁。
 - 61) 後藤・前掲注1) 176-177頁。
 - 62) 小林憲太郎「会社財産の横領」法教395号85-86頁(2013)。
 - 63) 伊藤・前掲注19) 269頁も、「本人の利益のために行動するのであれば、行為の効果を本人に帰属させる意思であることから本人から権利を剥奪する意思を有しているとは考えられないので、権利者を排除する意思を認めることはできない。」とするが、当該財物を終局的に処分している事案においては、たとえ処分によって得られた利益(当該財物から生じた「別の利益」)を本人に帰属させようと思っていたとしても、当該財物について、本人の所有権を剥奪している意思を有していることは誰の目にも明らかであろう。したがって、本文中で述べたように、権利者排除意思を欠くことは不可能である。
 - 64) 川崎・前掲注43) 350頁以下。