

横領罪における不法領得の意思

「本人のためにする意思」について

金 尚 均*

目 次

問題の所在
不法領得の意思に関する判例・通説
「本人のために」にする意思について
事例の検討

問題の所在

1 横領罪（刑252条，同253条）の構成要件要素である横領行為について通説・判例は，領得行為説に立つとされている¹⁾。反対説である越権行為説では客観的な権限を逸脱する行為があれば横領罪を肯定するのであるが²⁾，これに対して領得行為説の特徴は，横領罪の成立のために客観的な領得行為と並んで不法領得の意思を要件としているところにある。実際には，両説とも共通して，権限を逸脱しない領得行為ないし処分行為というものを考えることはできないから，客観的な領得又は処分とは，委託の趣旨に反して権限を逸脱した領得行為又は処分行為ということができる。

つぎに，通説・判例によれば，このような権限逸脱的領得行為の際に不法領得の意思が必要とされる，つまり，自己または第三者に領得させる意思が必要とされるわけであるが，このこととは異なり，一般的に，受託者が，委託された会社の資金の支出など，委託物を利用・処分することが，

* きむ・さんぎゅん 龍谷大学教授

本人のためにする意思のもとで行われた場合、このような行為は、従来から「不法領得の意思」には該当しないとして横領罪の成立は否定されてきた³⁾。基本的に、領得とは、他人から委託された財物を自己の物として利用・処分することであるから、本人のためにする意思のもとでおこなわれた行為は、いわゆる自分のためにこれをほしいままにしたわけではないので、領得に当たらないのである。そもそも横領罪とは、他人の財物を預かっている者が「誘惑」に負けて手を出してしまう犯罪である。このことからすれば当然の帰結と言える。

2 このように本人のために行われた委託物の利用・処分は横領罪には当たらないとするのが通説的な立場であることに異論はない。それでは、行為者の主観的事情において「本人のため」と言いうるのはどのような場合であろうか。「本人のため」とは言いつつも、人間の心理は単線的に説明できない。人間の心理的事情は複雑で⁴⁾、一つの行為をするに当たって、時として一つの目的によって意思が貫かれているとは言い難い場合や、いくつかの目的が併存している場合がある。ある行為をするに際しての人間の心理はかならずしも単純ではないことからこのような疑問が生じる。近年、判例において行為者が「本人のため」にする意思をもって行為がおこなわれたのか否かが不法領得の意思の存否との関係で争われているケースが見受けられる。

そこで、とりわけ、通説・判例が横領罪成立の要件としている不法領得の意思について、特に、「本人のため」にする意思の内容に焦点を絞って検討を加える。

不法領得の意思に関する判例・通説

1 先述したように通説・判例によれば、横領罪の成立には客観的な領得行為と並んで不法領得の意思が要件とされている。

横領罪に関する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」⁵⁾と定義されている⁶⁾。この定義からすると、不法領得の意思が認められるには、行為者に当該処分が委託の趣旨に反することの認識⁷⁾、そして委託物を自己の物として処分する認識が必要となるであろう。逆にこれら2つの認識のいずれかを欠く場合には不法領得の意思はなかったことになる。判例によれば、「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爲ヲ謂フモノ」⁸⁾とか、「横領罪は自己の占有する他人の物を自己に領得する意思を外部に発現する行為があったときに成立するものである」⁹⁾とするものであり、このことから、横領行為の核を形成するのは不法領得の意思であることが明らかである¹⁰⁾。

したがって、判例によれば、横領罪における領得行為とは、委託の趣旨に反することを認識すると同時に、委託物を自己の物として処分する意思をもちつつ、委託物を処分することである¹¹⁾。ここで委託の趣旨に反することの認識と委託物を自己の物として処分する認識の重要性は、客観的に、行為者が本来の委託の趣旨に反する行為をたとえたととしても、それだけでは直ちに委託の趣旨に反することの認識をもっているとは断定することができないことを示すところにある。福田（平）によれば、「権限なしに財物の処分をしても、委託者本人のためにする意思でなされたばあいには、任務に反するという認識がないので、不法領得の意思を欠き、横領罪は成立しない」¹²⁾と解している。権限逸脱的行為は、あくまで単に不法領得の意思を推定させるにすぎないのである。また、委託の趣旨に反する認識を持っていたとしても、このことから委託物を自己の物として処分する認識をもっていることを演繹することはできない。

2 つぎに、窃盗罪における不法領得の意思と横領罪における不法領得の意思とを比べてみる。窃盗罪に関する不法領得の意思は、「権利者を排除

して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思¹³⁾と定義される。窃盗罪における不法領得の意思の定義の意義は、財物の本来的用法に従って利用・処分する目的での占有侵害と毀棄・隠匿目的での占有侵害とを区別すると同時に、窃盗罪と単なる不可罰な一時使用とを区別するところにある。

窃盗罪の不法領得の意思と横領罪の不法領得の意思との間には一定の相違を見ることができる。まず、横領罪では、委託信任関係の存在を前提にして財物が委託されている。委託物であることから行為客体である財物の占有侵害はないので「権利者を排除」することは必要ない。また横領罪では、不法領得行為について「所有者でなければできない処分」と定義するだけであるが、窃盗罪では「経済的用法に従って利用・処分」と定義することで毀棄・隠匿罪との区別が明確にされている¹⁴⁾。

このように不法領得の意思と一口で言っても、窃盗罪と横領罪とは判例の定義において相違が見られる。しかし、基本的に両者の領得意思の内容は、他人の物を自己の物であるかのように取り扱う点で共通している。横領罪では、その法益は一般的に所有権またはその他の本権であると解されているが、他人が所有権を有する委託物を、自己に所有権が帰属する財物であるかのように処分することがまさに領得することといえよう。そのため、学説においては、本人のためにする処分の意思で行った場合には不法領得の意思がないとして横領罪の成立を否定するのが一般的である¹⁵⁾。不法領得の意思は、自己または第三者に領得させる意思であることが必要であるとされるように¹⁶⁾、ここでは自分の物にしようとする意思に対応する行為があってはじめて横領罪が成立することになるが、重要なのは、領得とは、客観的な権限逸脱的な行為とともに¹⁷⁾、行為者が他人の物を自分の物にしようまたは自分の懐に収めようとする意思を有しているところである。これがまさに領得なのである。そうすると、委託者本人のために権限を越えて財物を処分しても、それだけでは領得したとはいえないことになる¹⁸⁾。その反対に、もっぱら私欲なく本人のために行った処分は、意思

方向において委託物を自己領得、つまり自己の物にしようとか、自己の懐に収めようとする心理を見ることはできない。したがって、本人のために行った処分行為には不法領得の意思があるとはされないのである。なぜなら、「本人のため」にする意思をもつ場合、意思方向において、本来、横領罪が予定する私利私欲を目論んだ上での自己の懐に向けられた処分をする意思があるわけではなく、あくまで委託者の利益に向けられているにすぎないからである。このような意思による行為は、まずもって不法領得の意思があるとはいえず、つぎに不法領得の意思をもたない行為に対しては他人の委託物を領得したともいえず、それゆえ、最終的に横領罪には当たらないことになる。林（幹）によれば、「預かっている者について、本人の利益のために権限を越えた行為をせざるをえないということはしばしば生じうるのである。そのような場合に犯罪の成立を認めるべきではないであろう」¹⁹⁾としているが、ここで「権限を越えた行為をせざるをえない」という記述は、経済生活や企業運営においてこのようなやむを得ない事態がしばしば起こりうることに照らして、そのような事情に基づいて本人のために処分する意思をもってした行為は横領とはしがたいと解していると思われる²⁰⁾。

横領罪は単に委託者との関係で背信的行為をすることだけではなく、領得するということの意義から利欲犯的な性格を持ち合わせている。このことから、横領罪の横領行為について領得行為説を採り、不法領得の意思必要説に立った場合、越権的な占有物の処分があったとしても、それが委託者本人のためにする意思で行われた場合には横領罪は成立しないのである²¹⁾。また、所有者排除の側面について松宮は、「窃盗罪・横領罪などの『領得罪』は、『物の経済的利用』という利欲犯的動機に基づく所有権ないし本権の侵害なのであるから、『不法領得の意思』は所有者排除という観点のみから導き出されてはならない」²²⁾と指摘する。このように横領罪は、背信罪の側面だけでなく、領得罪の側面をも有しているのである²³⁾。自分の利益をむさぼるといふ利欲心から委託物を処分することが領得であ

り、これが横領罪の本質である。

3 また、本人のためにする意思に関して、判例では、「専ら」という絞りがかけられている。その理由として、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される²⁴⁾。「専ら」とは、人間の心理内容の複雑さを考慮しつつも、「本人のためである意思は、単に自己の利益を図る意思に優越するのみでは十分でなく、その主要な部分を占めている必要があると思われる²⁵⁾と解釈される。これと同様のことは、正当防衛における防衛の意思の事例²⁶⁾や背任罪における「自己もしくは第三者の利益を図り」などの事例²⁷⁾に関する判例の解釈においても見ることができる²⁸⁾。

ここで問題なのは、「専ら」とは、行為者の心理状況としていかなる場合をいうのかということである。一つの行為をする際に人の心理は必ずしも単一の目的によって行われるわけではない。いくつかの異なる感情や目的をもちながら一つの行為を日常生活において遂行することは当然にあり得ることである。異なる目的が行為時に併存する場合に、一般的に判例は、主従関係に基づいて主たる目的が正当化されるものである場合に犯罪の成立を認めない。横領罪では、本人のためにする意思が行為の主たる動機である場合のことを指す。しかし、実際にいかなる目的が主なのか、または従なのかについては、その判断基準は曖昧さを免れない。おそらく現代科学の知識を駆使してもこれを明快に心理分析することはできないように思われる。これは人間心理の分析の限界である。むしろ主従関係は、本質的に、裁判官の判断にゆだねられると解する方がより説得力がある。それでは何によってこのような複雑な人間心理の中で異なる目的が併存する場合にその主従関係を裁判官が判断するのであろうか。ここでは、結局は、最初の行為時までのいかなる行為事情が主たる行為動機になったのかに

よって主従関係が裁判官によって判断されることになるように思われる。しかし心理事情の分析の困難さは裁判官の判断によっても克服することはできないように思われる。そうであるとする、「疑わしきは被告人の利益に」の原則にしたがって、いくつかの目的が併存する事案では、一方で不法領得の意思に当たらない意思がみられる場合には不法領得の意思を否定する方向で判断すべきではなかろうか。その方がより安定的な判断を可能にするように思われる。なぜなら、不法領得の意思に当たる意思が主たる行為動機であるとして不法領得の意思の存在を肯定してしまうと、不法領得の意思に当たらない意思の存在が不当に無視されることになるからである。不法領得の意思に当たる意思とは、あくまで法において許容されない意思のことであり、行為者の意思に対する法の側での否認である。このような意思は、通常、故意と同様に、反対動機という内心の規範的障壁が生じ、これを克服して初めて形成される。しかし、このような障壁は、行為者の内心に不法領得の意思に当たらない意思が併存する場合に生じるとは必ずしも言い難い。その意味で、不法領得の意思に当たる意思が単に併存する他の意思に優越するだけでは不法領得の意思の存在を肯定するには足りないといえよう。それゆえ、異なる意思が併存する場合に両者の主従だけで不法領得の意思の肯否を決めることは妥当ではない。また、原則的に、異なる意思が併存する場合には、不法領得の意思を肯定することはできないというべきである。

4 不法領得の意思の犯罪論体系上について若干言及する。

ここでは、不法領得の意思が主観的違法要素かそれとも責任要素なのかということが問題になる。横領罪は、他人の財物を預かっている者が「誘惑」に負けて手を出してしまう犯罪である。この誘惑という要素は自己の占有下にある物を自己の物にしたいという人間の弱さに根ざした犯罪である限りにおいて窃盗犯と比較して責任が軽い。また、他人の委託物を損壊する場合との区別について、判例は、横領罪における不法領得行為を「所

有者でなければできない処分」と定義するのに対して、窃盗罪の不法領得の意思に関する判例の定義は、「経済的用法に従って利用・処分」と定義しており、これによって毀棄・隠匿罪との区別が明確にされている。しかし、横領罪も窃盗罪と同じく領得罪であることからすると、「所有者でなければできないような処分」とは、誘惑に負けて、委託関係に基づいて占有する他人の財物を自己の「懐」に収めて、これを一定の経済的用法にしたがって利用・処分することとして理解することができる²⁹⁾。このように、不法に経済的用法に従って利用・処分することを領得罪であるとする、経済的用法にしたがって利用・処分する意思のない毀棄・隠匿罪とは、所有者の利用可能性を奪うという客観的事実の側面においては相違ない。つまり、利用可能性という客観的事実の点で同じであることを違法性の段階で考慮するならば、両者において違いはない。むしろ、主観的意思の相違に着目して、これを責任段階で扱えるとするならば、両者は、利用意思の存否を基準として責任の重さにおいて異なる。

以上のように解すると、横領罪の不法領得の意思は責任要素に位置づけることができる。

「本人のため」にする意思について

1 以上のように「本人のため」にする意思のもとで行われた処分には横領罪成立の要件である不法領得の意思を肯定することができない。これは判例も認めるところである。かつてから本人のためにする意思をもってした行為として不法領得の意思を否定した判例として、以下のものが挙げられる。

村長が村の請負工事施行の事務を担当し、その工事に関する一切の費用を支弁するため、収入役より受領して保管する村の公金について、これを村のためにする意思をもって指定外の村の経費に流用したときは支出自体は妥当ではないが、「単二『指定ノ支出外ニ擅ニ流用費消シ』トアルノミ

ニテハ該金員ヲ指定外ノ村ノ經費ニ流用シタルヤ又ハ不正ニ之ヲ領得スルノ意思ヲ以テ村ノ經費外ノ用途ニ費消シタルヤヲ甄別スルニ由ナシ」と判示して、不法に領得する意思を実行したのと言うことができない場合は横領罪を構成しないとしている³⁰⁾。

職務上保管する信用購買組合の公債証書を組合の資金調達のために銀行に担保として差入れた行為については横領罪を構成しないとされた³¹⁾。

大正12年の関東大震災により寺院の本堂及び庫裡全部が倒潰したため、寺の住職が職務上保管する什物を寺院建設費調達のために処分した事案について、「重要セラレサリシ本件木像三體ヲ賣却シテ之ニ充テント決意シ後日調金シタル上之ヲ買ヒ戻シテ再ヒ寺院ノ所有ニ歸セシムヘキ意思ヲ以テ特ニ買戻ノ約款ヲ附シテ賣却シ其ノ代金ノ全部ヲ右庫裡建設費ニ充テタルコトヲ認定シ得ルヲ以テ被告人ハ住職トシテ自己ノ代表スル大岳院ノ什物ヲ同寺院ノ爲ニ処分シタルモノニシテ縱令檀徒總代ノ同意竝主務官廳ノ認可ヲ得サリシトスルモ右処分ハ被告人力不法ニ本件木像三體ヲ自己ニ領得スル意思ニ出テタルモノト謂フヲ得サル」として、たとえ檀徒総代の同意および主務官庁の認可を得なくても、横領罪を構成しないとされた³²⁾。

農業協同組合の組合長たる被告人が貨物自動車営業に関して組合資金を支出したことが、組合の総会及び理事会の議決を経ず、定款に違反して被告人が独断でその営業を継承したものであるとしても、「たとえ判示組合の内部関係において、その事業に属しないとしても、被告人が該営業のため組合資金をほしいままに支出した一事を以って直ちに業務上横領罪を構成するものと即断することはできない。即ち、右支出が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ものであつて、業務上横領罪を構成しないと解するのが相当である」³³⁾。

労働争議の手段として集金した電気料金につき一時自己の下に保管し、しかもその保管の方法が会社のため安全かつ確実なものであり、そしてしかも自らこれを利用または処分する意思はなく、争議解決まで、専ら会社

のため一時保管の意味で、単に形式上自己名義の預金した事案について、「労働争議の手段として集金した電気料金につき一時自己の下に保管し、しかもその保管の方法が会社のため安全且つ確実なものであり、そして毫も自らこれを利用又は処分する意思はなく、争議解決まで、専ら会社のため一時保管の意味で、単に形式上自己名義の預金となしたに過ぎないと認められる場合においては、これを以て直ちに横領罪の成立を認むべきものではない」として、横領罪の成立を認めるべきものではないとした³⁴⁾。

2 以上の不法領得の意思を否定して横領罪にはあたらないとした判例に対して、これらと類似する事例において不法領得の意思を肯定する判例も見られる。

その一つとして、いわゆる国際航業事件を挙げることができる。本件を検証する際に注意すべきことがある。それは、被告人兩名は上司と部下の関係にあることで、前者の指示にしたがって後者が共同したことから、兩名の意思内容の相違ゆえ、不法領得の意思の存否が問題になるところである。とりわけ第一審及び二審は、主として前者に重点を置いて検討することになる。

本事件の第一審では、株式会社取締役経理部長及び経理部次長が、自社の株買占めの仕手集団に対抗する目的で、第三者に対し、その買占めを妨害するための裏工作を依頼し、業務上保管していた現金をその工作資金・報酬等に充てるため支出した行為は、その支出が違法性を帯びるものであったとしても、専ら委託者本人である会社のために行ったものであり、業務上横領罪は成立しないとされた³⁵⁾。第一審では、裁判所は、経理部長がGから分配金を受け取り、当初はE側に協力したことが自己の弱みとなり、これを隠す意図があることを認めつつも、当初の落ち度は、防戦買いの実行等によって、かなりの程度償われているというべきであるとし、自己の弱み故に、会社の方針に反して株式を早期に買い取ろうとしたことはなく、また個人的動機のために会社の利益を犠牲にすることもなく、それゆえ、

被告人の金員の支出も、もっぱら会社のためにする意思によるものであることは動かしがたいというべきであると判示した。

また、会社のためにした行為が、その地位の保全、昇進等の間接的反射的利益をもたらすということは、通常あり得ることであって、役員または従業員に間接的反射的利益が及ぶことがあっても、そのことのために自己の利益を計ったものとみることは相当でないとして、行為者の意思が一つではなく異なる意思が併存することを認めた上で、金員支出に際して自己の地位の保全などは間接的反射的利益であるとして主たる目的ではないと判示した。

これに対して、控訴審は、株式会社取締役経理部長らの意図は、専ら会社のためであったとはいえ、経理部長の自己の弱みを隠し又は薄める意図と度重なる本件支出行為の問題化を避ける意図が加わっている場合には、本人のためとはいえなかった³⁶⁾。

株式会社の取締役経理部長に対する第三審である上告審では、概ね控訴審判決を是認しつつも、会社の株式の買占めに対抗するための工作費用として会社の資金を第三者に交付したことにつき、その交付の意図は専ら会社のためにするところにはなく、業務上横領罪における不法領得の意思があったと認められた³⁷⁾。

これに対して、上記経理部長に対する上告審判決とは異なり、株式会社取締役経理部次長であった被告人に対する上告審では、Bによる会社の株式の買占めに対抗するため、同会社の取締役経理部長とともに、第三者にB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会社の資金を流用し、支出権限がないのに数回にわたり会社の現金を交付したことに關して、被告人には自己保身など、固有の利己目的があったと認めるに足りる証拠はなく、少なくともある段階までは、現金の交付は経理部長の権限に基づくものであるか、又は専ら会社のために行う正当な支出であると認識していたと解する余地があるとして、業務上横領罪における不法領得の意思を肯定した控訴審判決に、審理不尽、事実誤

認の疑いがあるとして原判決を破棄した³⁸⁾。

本上告審では、経理部次長が、現金の交付が経理部長の権限で行われていたと認識しており、これについて違法性の錯誤を認め、また専ら会社のために行う正当な支出であると認識しており、不法領得の意思の欠如を認めた。

これを受けた破棄差戻審では、経理部次長は経理部長の個人的弱みに基づく不法領得の意思に気づきながら犯行に荷担したとの事実はなく、被告人には経理部長のように、過去の裏切りや自己株売買による利益取得のという弱みは存在していないのであって、B側からの株式放出工作も、純粹に裏切りや自社株売買による利益取得という弱みは存在しないとして、被告人が経理部長の不法領得の意思を認識、認容して犯行に加わったと認めるには合理的疑いが残り、また、被告人に自己保身などの固有の自己目的があったことについても合理的疑いが残るといふべきであるとして、検察官の控訴を棄却し、業務上横領の点につき被告人である経理部次長に対して無罪とした差戻前第一審判決を維持した³⁹⁾。

3 ここでは判例は、経理部長には個人的な弱みが存在し、自己保身のために権限逸脱行為をしたことについて、それが専ら本人のためにした処分行為とは言えないとして、不法領得の意思を認めた。主観的意思の主従関係から言うと、判例は、「被告人の意図は、専らAのためにするところにあつたとはいえず、自己の前記弱みを隠し又は薄める意図と、度重なる交付行為の問題化を避ける意図とが加わっていたと認定するのが相当である」⁴⁰⁾と判示しているが、このことについて後藤(眞)が、「そもそも自己のためにする意思があれば、不法領得の意思の存在が推認され、例外的に『専ら』本人のためにした場合にのみ不法領得の意思を欠くに至ると解すべきであろうから、本人のためである意思は、単に自己の利益を図る意思に優越するのみでは十分ではなく、その主要な部分を占めている必要があると思われる」⁴¹⁾と指摘していることに注意が必要である。本件経理部

長の意図の比重に照らして、本件処分行為が専ら本人のためにする意思によるものではなかったと判例は判断した。

これに対して、経理部次長については、本件交付に関して自己保身など、固有の利己目的があったと認めるに足りる証拠はないとして、不法領得の意思を否定している⁴²⁾。ここで判例は、経理部長と経理部次長との間で、本件処分行為に際して意図の比重に差があるとして、不法領得の意思の存否を判断しているように思われる。

4 以上、本人のためにする意思の肯否をめぐって争われた国際航業事件では、株式会社取締役経理部長に関して不法領得の意思の存在が認められた。その理由は、本件で問題となった交付たる処分行為が、主として個人的な弱みと自己保身のために行われており、専ら本人のためにする意思をもって行われたのではないとの認定による。ここでは、経理部長の処分行為が自己保身等の自己のためにする意思に起因しているとする、「専ら」本人のためにする意思であるというには、上記の自己保身などの意思に単に優越するだけでなく、主たるものとして特定の意思が存在しない限り、本人のためにする意思は認められないと考えられているように思われる。経理次長においては、処分行為が、あくまで自己保身等の自己のためにする意思に起因して行われたとは認められない以上、不法領得の意思の存在を肯定することはできないとされる。

以上のような判例の態度については、それ自体としてはおよそ財産に関連しない意図があることを根拠として、直ちに不法領得の意思を認めることには疑問があるとの林（幹）の指摘があるが⁴³⁾、より詳細に述べるならば、財産に関連しない事情を「専ら」本人のためにする意思であるか否かという判断の場面で考慮に入れるべきではないということになる。

事例の検討

1 それでは、以下の事案を用いて、本人のためにする意思、それとも自己のためにする意思のいずれによるのかを検討する。

被告人は、1979年、中古車の販売等を業とする株式会社TJを設立し、また、1987年12月、株式会社J社を設立し、そのほかにも関連会社を設立するとともに、自らこれらの代表取締役となり、中古自動車買取、同販売業を中心に、他の事業にも手を広げながら、経営を拡大した。これらの会社は、その株式を被告人又はその親族によって保有するいわゆる同族会社であり、被告人が支配するグループ会社として活動していた。したがって、その経営も、被告人の意のままに経営方針が定まり、他の取締役等は、これに従って活動するのが実態であった。J社との関係では、被告人は、1997年12月ころから2000年6月28日までは同社の代表取締役社長として、2000年6月29日から2001年4月13日までは同社の代表取締役会長として同社の業務全般を統括していた。

被告人は、1993年ころから、自己の支配する会社のうち中古車買取業務を中心として行うJ社の株式公開を考えるようになり、1999年2月に日本証券業協会に店頭登録して、株式の有償一般公募により約28億円の資金を調達し、その後引き続き東京証券取引所第2部への上場を目指し、同年11月にこれを果たして、株式の有償一般公募で約249億円の資金を入手した。これにより、J社並びにいずれもJ社の子会社等は、それまでのような被告人の同族会社とはいえなくなった。以下、その後も被告人が所有し支配する同族会社グループをまとめて「Zグループ」といい、公募による第三者資金が投入された後のJ社及びその子会社からなる会社グループを「Jグループ」ということにする。

J社の2000年3月期決算に当たり、被告人は、JグループのAM社の株式保有量を少なくするとともに、収益が上がっているように見せかける

ため、A M社が所有していた約50億円相当の現物株式を、株価の高い時期の価格でZグループに買い取らせ、その資金はA M社がZグループに貸し付けることとし、これを実行させた。これにより生じた債務のほか、J社からZグループ各社に送金された資金及び自動車仕入れの買掛金などの、Zグループ各社がJグループに対して支払わなければならない金額は、少なくとも合計約88億円となっていた。

一方、Zグループの各社においては、株取引を行うため金融機関からの借入れも行っていたが、被告人が信用取引を拡大して続ける中でその借入金も増え、元利金の返済を延滞するようになり、金利の引き下げ等を頼み込んだりする事態にもなり、2000年3月期直前のZグループ及び被告人個人の金融機関からの借入額は合計88億円以上に及び、その中で、特に強硬な債権者が有する14億円弱の債権については平成1999年の段階から早急な返済が必要とされていた。

このような状況の下、被告人は、決算に向けて、Zグループ各社名義で有していた現物株式のうち売却可能なものを売却するようTに指示して、これにより得た金員をJグループに精算すべき金員の支払いに充てたが、Jグループに対してはまだ約60億円が精算されていなかったことから、これを決算対策上精算した形にするために、その決済資金をJグループから送金することで、Zグループの会社名義で振り出された合計約60億円の小切手をJグループに交付し、平成12年4月3日、JグループからZグループのZ J社名義の口座に60億円の資金を送金した。また、被告人は、1999年10月、自己が保有していたJ社の株式を売却して多額の利益を得たことから、その所得に対して平成12年に所得税14億2500万円余、住民税4億円余を課されていた。

さらに、2000年春ころ以降は、いわゆるITバブル崩壊の時期になり、被告人の行っていた株取引での損失が急激に増えていた。Zグループの会社名義の口座での株取引の結果、2000年1月から2001年5月までの間に、信用取引、先物取引及びオプション取引により約110億円、現物株取引に

より約109億円の各損失が発生した。

このような状況の下で、JグループからZグループへの各資金移動がなされたのであるが、これについて被告人の行為が横領罪に問われた⁴⁴⁾。

本件では、問題となる各資金移動については、おおむねつぎのようである。

- 平成12年4月3日の10億円（J社の銀行口座から別のJ社の銀行口座を經由してZグループの会社であるT社の銀行口座に送金）、
- 4月18日の10億円（J社の銀行口座からZグループの会社であるTJ社の銀行口座へ送金）、
- 4月27日の10億円（J社の銀行口座からTJ社の銀行口座へ送金）、
- 7月31日の3億円（J社の銀行口座からTJ社の銀行口座へ送金）、
- 10月4日の20億円（J社の銀行口座からJ社アカウンティング、TJ社、Zグループの会社であるZ東京の各銀行口座を經由してZグループの会社であるZJ社の銀行口座に送金）、
- 10月19日の6億円（J社の銀行口座からJ社アカウンティングの銀行口座を經由してZJ社の銀行口座に送金）、
- 10月26日の15億円（J社の銀行口座からZJ社の銀行口座に送金）、
- 12月21日の5億円（Jグループの会社であるAM社の銀行口座からZグループの会社であるJM社の銀行口座に送金）。

以上、合計79億円。

そして被告人が税金の支払い資金とする目的でつぎのような資金移動が行われている。

- 平12年5月29日の14億円（J社の銀行口座からAM社、Zグループの会社であるS社の各銀行口座を經由して、被告人個人名義の銀行口座に送金）。

上記の79億円に14億円を加えると、合計93億円となる。

本93億円が本件での中心的問題取引である。

2 本件第一審では⁴⁵⁾、以下の理由から、被告人には業務上横領罪が成立するべきであると判示した。

- a) いずれの資金移動に関しても正規の契約書などの資金移動を根拠付ける書類も作成されず、かつ、J社とZグループなどの中でその由収条件等の取り決めはなく、担保も供されていないのであって、代表取締役である被告人とJ社との間の利益が相反するものであるにもかかわらず、取締役会の承認を得ておらず、
- b) その使途は、Zグループの会社名義での株取引、Zグループの会社の債務の弁済、被告人の税金支払、被告人の個人口座への送金等に充てられるというもので、そのような資金移動について、J社の取締役らが被告人やOに一任したり、事実上の了承を与えたとは認められないから、被告人やOには本件各資金移動の権限はなかったと認められる。

被告人は、Zグループの会社名義などで以前からその判断の下で多額の株式投資を行っていたところ、本件各資金移動に係る金員の大半が、被告人の支配下にあったZグループの会社名義等でのリスクの高い巨額の株式取引やZグループの債務の弁済に充てられている。

14億円もの大金が被告人個人の納税資金に充てられたほか、同被告人の個人口座に入金されたものがあるなど、被告人の全くの個人的な使途に充てられた部分がある。

平成12年9月期の中間決算時においては、ZグループのJグループに対する要精算債務が本件各資金移動に係る部分を除いても巨額にのぼっており、その時期以降の億単位での資金移動はJ社の財産を危うくするものであることが明らかであるのに、被告人は、なお多額の本件資金移動を続けた。

Zグループ各社と被告人とはその利害を共通にしているといえる一方、J社は多数の一般株主を擁し、他からも人材を登用している東証第2部上場の会社であって、創業者である被告人やZグループとは、

社会的経済的に別個の存在である。

本件のような使途目的、態様でのZグループへの資金移動は、J社のためのものであるとは認められないことなどの諸事情を総合すると、被告人は、本件各資金移動に際し、その権限がないのに、J社の代表取締役の任務に違背して、自らが業務上保管するJ社の多額の資金を、自己の意のままに、自己の資金として使用するがごとく、被告人個人又は同被告人と共通の利害関係を有していたZグループの利益を図る目的で出金して送金した、すなわち、被告人の用途に充てるために送金したという事実を認定することができ、したがって、被告人による本件各資金移動は、その不法領得の意思の発現した横領行為に当たるということができる。

これに対して、原審は、「取締役会の承認や決議もなく、勝手に、自己の用途に充てるため、すなわち、自己が支配する同族会社であるZグループの会社名義などで行う株取引の資金、その同族会社の運転資金およびその他自己の個人的用途に用いるために、その同族会社名義の銀行口座及び自己の個人名義の銀行口座に送金して、その資金を目的どおりに用いたというのであるから、これが、被告人のJ社の代表取締役としての任務に違背し、権限を逸脱した、J社あるいはA社の財産の処分行為であること、すなわち不法領得の意思に基づく業務上の横領行為であることは、明らかである」⁴⁶⁾と判示した。

3 判例は、刑法第252条及び第253条の横領罪の成立に関して、構成要件要素として客観的な権限逸脱行為、不法領得の意思、そして故意を要件としてあげている。ここで判例は、単なる権限逸脱だけでなく、客観的に委託の趣旨に反した権限を逸脱した行為と並んで背後にある領得意思の存在に横領罪の本質を見出している。そうであるとする、横領罪とは、他人の財物を預かっている者が「誘惑」に負けて手を出してしまう犯罪であり、自己の占有する金員など他人の財物を自分の「懐」に収めることが横領罪

の典型であると理解するのが素直な理解であると思われる。ここでは「誘惑」に負けて、自己の「懐」に収めることが横領罪の本質であり、それゆえ、故意とは別個に不法領得の意思が必要とされることになる。横領罪の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」⁴⁷⁾と定義されているが、この定義の中の「所有者でなければできないような処分」とは、「誘惑」に負けて、委託関係に基づいて占有する他人の財物を自己の「懐」に収めた一定の本来、自己の所有物でなければできない処分するという趣旨で理解することができる。

以上のような横領罪に関する定義からすると、本罪では基本的に自己の懐に収める、つまり自己領得することが本質であることから、不法領得の意思に関しても、自己のために（領得）する意思をその内容とするのが素直であり、反対に、「本人のためにする意思」で処分した場合には、かかる意思でした処分は、他人の委託物を自分の物にするのではないから、領得行為の本質を欠くため、それゆえ横領罪の成立を排除する。

不法領得の意思に関して、客観的側面として権限を逸脱する処分行為があったとしても、必ずしも客観的行為が主観的意思を推定するとは限らない。そのことから、本人のためにする意思をもってした権限逸脱的処分行為は、「領得」とは未だ言い難い。しかし、例えば、一見、本人のためにする意思で行っているような外見を有する行為であっても、最初の行為時において、当該処分行為が自己保身等の自己のためにする意思に起因する場合には、これは本人のためにする意思による処分とは言い難い⁴⁸⁾。もっと言えば、「専ら」本人のためにする意思に基づく処分であるとは言えない。例えば、「被告人らは、本件交付が度重なり、支出額が巨額となりながらも、効果等が認められなかったことから、その支出の問題化を避けるために、是非ともB側からの株式買取りを実現し、その取得費用の中で支出金を精算しようと意図して、更に支出を継続したのではないかともうかがわれる。しかし、仮にそのような意図があったとしても、そのような事

情は支出行為が複数回存在した後に生じ得るものであって、本件交付の当初から認められるものではない。そして、この点を除けば、本件交付について、被告人に自己保身など、固有の利己目的があったと認めるに足りる証拠はない⁴⁹⁾との判示は、最初の行為時の意思が不法領得の意思の有無の認定において重要性を有することを説示している。

4 それでは、本件被告人の一連の処分行為が誘惑に負けて、他人の金員を自己の懐に入れたと評価できるであろうか⁵⁰⁾。

まず、抽象的に言えば、不法領得の意思の肯否について、固有の利己目的と「本人のためにする意思」の関係が問題になる。具体的に言うと、基本的に株取引のために会社の運営資金を迂回などする場合もあるが

基本的に「J社の銀行口座からZグループまたは被告人の銀行口座への送金させることが固有の利己目的に該当するかが問題になる。特に、被告人には、本件一連の処分行為をする最初の時点で、処分の起因として自己の会社での地位の確保や秘密の隠蔽のためなど、本人の利益とは関係のない自己保身の意思または自己使用の意思があつといえるであろうか。いわば、本人の利益の反してまで自己のために一定の処分行為をする意思があつたといえるであろうか。

不法領得の意思の存否に関して本人のためにする意思の場合を不法領得に含まないとするのが判例・通説の立場であることは明らかである。例えば、会社のお金を勝手に持ち出して飲食した場合と比較してみよう⁵¹⁾。被告人は、本件において最初の行為時に処分行為をそもそも何を意図して行なったのか、また被告人が最初の行為時に当該処分行為の効果が全く将来的に会社に還元されるまたは損害を与えない可能性がないことを見越している・認識しているといえるであろうか。本件に即して言えば、資金移動に関しても正規の契約書などの資金移動を根拠付ける書類も作成されなかったこと、資金移動について担保も供されていないこと、利益が相反するものであるにもかかわらず、取締役会の承認を得ていないこと、億単位

での資金移動はJ社の財産を危うくするものであることが明らかであるのに、被告人は、なお多額の本件資金移動を続けたこと、J社は多数の一般株主を擁し、他からも人材を登用している東証第2部上場の会社であって、創業者である被告人やZグループとは、社会的経済的に別個の存在であること、などの事実は、一般的に、被告人の行為が権限を逸脱し、それゆえ違法性を有することを判断し、主観的意思を推定するに資すると言ってよいが、しかし具体的な場合において、これらの客観的に違法な行為によって行為者の主観的意思、つまり不法領得の意思が裏付けられるとは必ずしも言い難い。そうでなければ、不法領得の意思を横領罪の要件と言いつつも、実のところ、単に事実的故意の認定だけで横領罪の主観的側面は足りることになってしまう。このようなことは不法領得の意思の形骸化であり、もしこのことを認めるのであれば、判例変更の手続が必要と言えよう。強調して言うと、客観的に権限を逸脱するような処分行為の外見を呈していたとしても、通常、このような場合には不法領得の意思を推定することができるのであるが、これのみをもって領得したとは言い難い。つまり、自己の利得意思をもたずして処分行為をした場合をもあり得る⁵²⁾。そうすると処分行為の前提となる客観的諸事実は、その行為の違法性の有無の一判断材料とすることはできたとしても、それだけでは十分ではない。本人のためにする意思を認定するには、これとは別個に、利益還元の意思・認識が被告人にあったかどうかを具体的に検証されなければ不法領得の意思の有無を認定したことはない⁵³⁾。このような意味で、被告人が、本件において最初の行為時に処分行為をそもそも何を意図して行なったのか、また被告人が最初の行為時に当該処分行為の効果が全く将来的に会社に還元されるまたは損害を与えない可能性がないことを見越している・認識しているといえるのかを検証しなければならない。

この問題を考える前提事情として、被告人が本件処分行為に際して自ら不法領得の意思をもつことのできるような会社運営または事情があったのかを検討する必要がある。例えば、企業としてのコンプライアンスが社内

で十分に認識され、内部統制が十分に構築され、明確に取締役会などの承認がなければ会社資金の運用ないし送金ができない会社の場合と、ワンマン経営で取締役会が形骸化し、かねてからの会社内の慣習で本件被告人のような取締役の一存で会社資金の運用ないし送金が行われている会社の場合を比較して見ると、本件では後者が会社運営のスタイルであった。このような会社の体質が、本件の最初の行為時において明確に変更されていない限りで、たとえ被告人が客観的に権限を逸脱した処分行為をしていたとしても、当該処分行為は、被告人の認識としては会社の切り盛りのためにした処分、つまり「本人のため」にする意思をもっていたにすぎず「自己のほしいまま」にした処分とは言い難い。本件では、たとえ他の取締役との立ち話程度で決定をしたとしても、このような経営慣習がある場合には、被告人の認識において会社の資金を自己のほしいままに領得する意思をもっていたとは言いがたい。むしろ長年行われてきた被告人独自の経営観に基づいた会社の運営のための株取引であり、そのために従来から必要な会社資金がJ社からZ社に送金にされていたことから、本件一連の処分行為から自己のためにする意思を推定することはできない。さらに本件J社という会社の運営慣行からすれば、本件のようなプロセスによる会社資金の送金は権限を逸脱した処分とも言い難いように思われる。これらは、むしろ実態としてZグループとJグループを切り盛りしてきた被告人の会社経営・運営のスタイルと言うべきであって、このような手法によって両会社の利益を上げてその会社の規模も大きくしてきた。関係者は被告人のワンマンな会社経営スタイルを長年承知しており、正式な手続などを踏まずとも資金移動などがなされてきた。それが暗黙裏であれ認められていなければ、両会社の運営は成り立つはずもないし、そもそも東証第2部にまで上場するには至らなかったであろう。会社の運営と繁栄は、当然一人の力だけでは不可能であり、社員など多くの関係者によってともに行われる。会社の資金運用などが社長などによって形式的な手続だけでワンマンな方式で行われていたにしろ、それが会社の慣行でそれによって会社が運営さ

れていたのであれば、当然にそのような資金運用方法を社員や役員は認識しており、しかもそれを黙示的に承認している。そうではないと言えてはじめて、自己の利益の追求のための処分といえるが、しかし、そのようなことは、社長が社員や役員を無理矢理に黙らせたといえる場合である。しかし、本件は、このような場合には当たらない。

以上の事情からすると、被告人による一連の資金移動は、自己の利益を追求したのではなく、むしろ経営者としての自己の経営スタイルに基づいて手腕を発揮したにすぎない。それゆえ、権限逸脱を認識するまでもなく、自己の会社経営スタイルに基づいてした資金移動であって、専ら本人のためにする意思しかもっていなかったと思われる。

本件のようなワンマン経営の会社であっても、社長等が明らかに会社の資金を自己の借金の返済のために処分したり（権限逸脱）、明らかに返済または利益の見込めない事業のために資金を運用した場合（背任罪の意味での権限濫用）に可罰性が生じる。その意味では、本件一審並びに原審は、会社の資金の運用状況が「悪化」したことをもって権限の逸脱並びに不法領得の意思を肯定しているようであり、妥当な判断とは言い難い。

本件では、客観的には株式会社の形態をとる以上、通常であれば本件のような資金の運用は委託の趣旨に反した行為といえるが、会社の運営形態や慣行から見て、被告人の資金の運用行為に不法領得の意思という客観面に対応した認識は生まれないので⁵⁴⁾、被告人に不法領得の意思があるとは言い難い。確かに、本件J社とZ社は、商法上、会社運営体制に問題がないとは言い難い。しかし、商法は企業統治・株主保護などの政策的判断の観点を踏まえつつ、法の定める経営意思の決定手続の適正を重視するのに対して、刑法は法益保護を任務としており、個別的法益を侵害・危険から予防する機能を有している。財産犯、とりわけ横領罪であれば、自己の占有する他人の財物を領得の意思をもって自己のほしいままに処分することから財産法益を保護することに任務がある。不法領得の意思をもたない処分行為による法益侵害は、誘惑に負けて手を出して、自己の占有する他人

の財物を自分の「懐」に収めることが横領罪の本質であるとする、まさに不法領得の意思をもたないから横領罪の刑罰法規がもつ法益保護の任務の範囲外になる。藤木によれば、「私腹を肥やす目的などが存せず、合理的な範囲における流用であったとすれば、正規の手続を履践しなかった点において、財政法上あるいは官庁の服務規律上の違反を構成することは別論として、刑法上の横領罪に問われるいわれはない⁵⁵⁾」と述べる。このような処分行為は、横領罪の違法性をもたないのである。このような意味において、商法上の違法性は、刑法上の可罰的違法性を認める根拠とは直接的にはならない⁵⁶⁾。つまり、刑法の違法性そして不法領得の意思を推定することには直接的にはならない。

5 自己固有の目的と本人のための関係について言及する。

判例・通説が支持する領得行為説によれば、横領罪が財産犯である以上、財物を領得する意思がなければならない。つまり、自己固有の目的として自己または第三者に領得させる意思が必要であり、単に本人に損害を与えるだけでは足りない。自己保身が処分行為の起因となる場合、自己保身とは、自己の地位の確保の意思のことであって、財産的領得の意思のことでない。これがあるからといって、「本人のため」ではないとはいえないとする解釈も可能であるように思われるが、しかしこのような解釈を判例は採らない。処分行為時の主たる意思として自己保身の意思をもって会社の資金を使って自己の地位を図ることは本人のためにする意思には当たらないとされる。このように自己保身の意思の場合を不法領得の意思に含めると、会社のための株取引目的での資金の運用が、あることがばれると自己の会社での地位が危うくなるため、これを防ぐために行ったのではなく、あくまで自己の築きあげてきた会社を切り盛りするためにしたわけであるとする、本人に損害を与える意思がないことはむしろのこと、不法領得の意思の存在の根拠となる自己保身や自己の地位の確保などの意思はないと言うことができる。しかも本件で問題となっている一連の処分

行為が当該会社の慣行において許される環境にあった場合には、自己の行為に不法な認識は芽生えてこない。領得とは他人の物を自己の物にすることであり、それゆえ、行為時にこれに見合った意思を必要とするべきである。行為の時点で会社の資金を一時的であれ、いったんこれを自己のものにするような行為がなければならない。会社の事業の一環として資金の運用が行われる場合には、一時的にも当該金員を自己の物としたとはいえない。とりわけ、コンプライアンスなどが明らかに行われている会社であればいざ知らず（この場合には会社の資金運用は、その時点で不法領得の意思があったといえる）、そうではない会社の場合には、行為者にはたとえ一時的にであるにせよ、会社の資金を不法に領得する意識を持ったとは言いがたい。これに対して、会社のために行った会社の資金の支出が、それ自体としてみれば会社本人のためではなく、権限を逸脱している場合、そのような処分行為の動因となる事情に自己保身の意思または自己使用の意思がある場合には、当該支出は「本人のため」ではなく、まさに自分の地位を保全するためまたは自己の満足のために行っているのであるから「自己のため」となる。

会社の維持とその営利だけを目当てに処分行為をしている場合には、処分行為の動因事情は他にないことから「自己のため」とは言い難い。「自己保身」の目的とワンマン経営者による会社運営のための「支出行為」の目的とでは、領得する際の認識において財物に対する自己の物にする関心において異なると言うべきである。「自己保身」の場合には、当該資金を自己保身のために運用するのであるから、いったん自己の物にして上でこれを処分する意思があることをさすが、そうでない場合にはいったん自己の物にするという認識は存在しない。

以上に検討したところによれば、平12年5月29日の14億円（J社の銀行口座からAM社、S社の各銀行口座を経由して、被告人個人名義の銀行口座に送金）の資金移動を除いては、被告人に不法領得の意思の存在を認めることはできない。本件14億円の資金移動は、被告人個人の税金支払いに

必要なお金を捻出するために、会社の資金をもってしたにすぎず、ここでは本人との利害関係を何ら見出すことはできない。これは純然たる個人的事柄である。税金支払い目的のために資金移送させたことに自己の利益のためにする意思、つまり不法領得の意思の存在を認めることができる。本件14億円の資金移動はまさに本人のためにする意思をもってなされているとは言い難く、よって不法領得の意思を認めざるを得ない。これに対して、他の資金移動については、上で縷々述べてきたことからあきらかなように、本人のためにする意思のもとでおこなれたのであり。この場合には不法領得の意思は認めることはできず、それゆえ横領罪は成立しない。

6 最後に、本件に関するまとめを述べる。

第一審及び原審は、本件ZグループとJグループにおける会社運営スタイルや体質を踏まえ、資金移動に関しても正規の契約書などの資金移動を根拠付ける書類も作成されなかったこと、資金移動について担保も供されていないこと、利益が相反するものであるにもかかわらず、取締役会の承認を得ていないことなど、資金移動の周辺的事実だけをもって、不法領得の意思の存在を推定しているにすぎない。

より詳細に言えば、上記のZグループとJグループの関係を分析し、その上で、会社創設初期よりどのような手段で資金移動がなされてきたのを見極める必要がある。それによって、被告人に本人のためにする意思だけが存在していたことが明らかになる。そのような意味で、第一審及び原審は、本人のためにする意思の有無、つまり不法領得の意思の有無に関する判断において審理不尽である。

裁判所は、より踏み込んで被告人がおかれていた事情、経営手法、両会社における資金移動の手続の実状を基礎にして、そのもとで、実際に被告人がどのような意思をもって本件行為を行ったのかを検証すべきである。

- 1) 平野龍一『刑法概説』(1977年)226頁、西原春夫『犯罪各論(第2版)』(1983年)231頁、団藤重光『刑法綱要各論(第3版)』(1990年)629頁以下、香川達夫『刑法講義各論

横領罪における不法領得の意思（金）

- （第3版）』（1996年）500頁，林幹人『刑法各論』（1999年）288頁，福田平『全訂刑法各論（第3版増補）』（2002年）278頁，西田典之『刑法各論（第3版）』（2005年）213頁。
- 2) 木村龜二『刑法各論』（1959年）158頁以下，中義勝『刑法各論』（1975年）168頁，内田文昭『刑法各論（第3版）』（1984年）364頁，日高義博「財産罪の保護法益」法学教室215号（1998年）18頁，川端博『刑法各論概要（第3版）』（2003年）200頁。大塚仁『刑法概説（各論）（第3版増補版）』（2005年）295頁。
- 3) 大判大3年6月27日刑録20巻1350頁，団藤重光編『注釈刑法（6）』（1966年）442頁，林幹人『刑法各論』（1999年）291頁，前田雅英編『条解刑法』（2002年）742頁，大谷實『新版刑法講義（追補版）』（2002年）312頁，後藤真理子『最高裁判所判例解説（刑事編）』（2004年）176頁，大塚仁『刑法概説（各論）（第3版増補版）』（2005年）304頁，西田典之『刑法各論（第3版）』（2005年）213頁，山口厚『刑法各論（補訂版）』（2005年）303頁。
- 4) 福田平「判例評釈」判例タイムズ916号43頁。
- 5) 最判昭24年3月8日刑集3巻3号276頁。
- 6) 但し，会社のためにコンピューターシステムの機密資料を業務上保管する者が，自己の用途に供するためにこれをコピーするため持出したことについて業務上横領罪に問疑した事案では，不法領得の意思を「所有者を排除し，自己の所有物と同様にその経済的用法に従ってこれを利用し又は処分をする意図」と定義しており，いわゆる情報横領について委託物横領における不法領得の意思とは異なる定義をしていることに注意が必要である（参照，松宮孝明「『横領』概念について」産大法学34巻3号（2000年）299頁）。
- 7) 大阪高判昭31年5月24日高等裁判所刑事裁判特報3巻10号549頁。大塚によれば，委託の趣旨に反することの認識は，者に対する委託信任関係を破って行われる犯罪であることに由来すると説く（大塚仁『刑法概説（各論）（第3版増補版）』（2005年）303頁）。
- 8) 大判大6年7月14日大審院刑事判決録23輯886頁。
- 9) 最判昭27年10月17日最高裁判所裁判集刑事68号361頁。
- 10) 林幹人『平成8年度重要判例解説〔ジュリスト臨時増刊1113〕』（1997年）151頁。平野龍一『刑法概説』（1977年）225頁。
- 11) ちなみに学説の多数は，不法領得の意思の中身について，単に「所有者でなければできないような処分」と解するだけではなく，自己の占有する他人の物を，委託の趣旨に反して，そのものの経済的用法に従い利用・処分する意思と主張する（団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』（1988年）630頁，西田典之『刑法各論（第3版）』（2005年）214頁）。この主張は，委託物を毀棄・隠匿した場合に，不法領得の意思がないとして横領罪の成立を否定するところに意図がある。これに反対する判例として，参照，大判大2年12月16日刑録19輯1440頁。
- 12) 福田平「判例評釈」判例タイムズ916号42頁。
- 13) 大判大4年5月21日刑録21輯663頁，最判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁。
- 14) その結果，横領罪に関して判例は，毀棄・隠匿の場合も横領に含められるとしている。（大判大2年12月16日刑録19巻1440頁（隠匿事例）。大判大4年2月10日刑録21巻94頁。最判昭24年3月8日刑集3巻3号276頁。）
- 15) 前田雅英編『条解刑法』（2002年）742頁，山口厚『刑法各論（補訂版）』（2005年）303

頁,大谷實『新版刑法講義各論(追補版)』(2003年)312頁,前田雅英『刑法各論講義』(2007年)312頁以下。なお,山口によれば,本人のためにする処分の意思で行った場合には,背任罪における図利加害目的の要件も満たしていないと解する。

- 16) 平野龍一『刑法概説』(1977年)226頁。
- 17) 生田他著『刑法各論講義(第3版)』(2003年)144頁。
- 18) 団藤重光『刑法綱要各論(第3版)』(1990年)630頁。
- 19) 林幹人『刑法各論』(1999年)290頁。
- 20) 参照,藤木英雄『刑法講義各論』(1976年)338頁。
- 21) 西田典之『刑法各論(第3版)』(2005年)213頁。
- 22) 松宮孝明『『横領』概念について』産大法学34巻3号(2000年)312頁。
- 23) 団藤重光『刑法綱要各論(第3版)』(1990年)627頁。
- 24) 後藤真理子『業務上横領罪における不法領得の意思が肯定された事例』『最高裁判所判例解説(刑事編平成十三年度)』(2004年)176頁。
- 25) 後藤真理子『業務上横領罪における不法領得の意思が肯定された事例』『最高裁判所判例解説(刑事編平成十三年度)』(2004年)177頁。
- 26) 最判昭50年11月28日刑集29巻10号983頁。判例は、「急迫不正の侵害に対し自己又は他人の権利を防衛するためにした行為と認められる限り,その行為は,同時に侵害者に対する攻撃的な意思に出たものであっても,正当防衛のためにした行為にあたと判断するのが,相当である。すなわち,防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は,防衛の意思を欠く結果,正当防衛のための行為と認めることはできないが,防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は,防衛の意思を欠くものではない」と判示する。この正当防衛の意思の事例では,判例は,防衛を口実にした積極的加害意思に基づく攻撃行為は正当防衛に当たらないが,防衛意思と攻撃意思の併存の場合には正当防衛の意思を肯定しており,ここでは両意思の主従関係については言及されていない。
- 27) 最判昭35年8月12日刑集14巻10号1360頁。判例はつぎのように判示している。「不法に融資して自己の利益を図る目的がある以上,たとえ従として右融資により本人のため事故金を回収してその補填を図る目的があったとしても背任罪の成立を免れない」。ここでは明確に行為者の目的における主従関係について言及し,これに基づいて背任罪成立の肯否を判断している。
- 28) 参照,岡野光雄「横領行為と不法領得の意思」佐々木史朗編『判例経済刑法体系(第3巻)』(2000年)113頁。
- 29) 参照,林陽一「横領罪と背任罪」法学教室215号(1998年)21頁,山口厚『刑法各論(補訂版)』(2005年)200頁。
- 30) 大判大3年6月27日法律新聞954号32頁。
- 31) 大判大3年12月8日法律新聞987号28頁。
- 32) 大判大15年4月20日刑録5巻136頁。
- 33) 昭和28年12月25日判例時報20号24頁。
- 34) 昭和33年9月19日刑集12巻13号3047頁。参照,大塚仁『刑法概説(各論)(第3版増補版)』(2005年)305頁。

横領罪における不法領得の意思（金）

- 35) 東京地裁平6年6月7日判例時報1536号122頁。
- 36) 東京高裁平8年2月26日判例時報1575号131頁。
- 37) 最判平13年11月5日裁判所時報1303号3頁。
- 38) 最判平14年3月15日裁判所時報1311号7頁。
- 39) 東京高裁平15年8月21日判例時報1868号147頁。
- 40) 最判平13年11月5日裁判所時報1303号3頁。
- 41) 後藤眞理子『最高裁判所判例解説（刑事編）』（2004年）177頁。これに対して、本件第一審判決は、「被告人兩名が國際航業のために行った各金員の支出行為が、間接的反射的に被告人兩名の現在の地位の保全といった個人的利益をもたらしうるものであったとしても、そのことは、右支出行為を専ら本人のために行ったと認めることの妨げにはならない」として、不法領得の意思を否定していることに注意を要する（東京地判平6年6月7日判例時報1536号122頁）。
- 42) 最判平14年3月15日裁判所時報1311号7頁。
- 43) 林幹人『平成8年度重要判例解説〔ジュリスト臨時増刊1113〕』（1997年）152頁。
- 44) 最判平20年12月17日公判物未登載。
- 45) 東京地判平17年1月19日 LEX/DB 判例データベース【文献番号】28105373。
- 46) 東京高裁平18年3月3日公判物未登載。
- 47) 最判昭24年3月8日刑集3巻3号276頁。
- 48) 参照，最判平13年11月5日裁判所時報1303号3頁。
- 49) 最判平14年3月15日裁判所時報1311号7頁。
- 50) 参照，
- 平成12年4月3日の10億円（J社の銀行口座から別のJ社の銀行口座を経由してT社の銀行口座に送金），
 - 4月18日の10億円（J社の銀行口座からT社の銀行口座へ送金），
 - 4月27日の10億円（J社の銀行口座からT社の銀行口座へ送金），
 - 7月31日の3億円（J社の銀行口座からT社の銀行口座へ送金），
 - 10月4日の20億円（J社の銀行口座からJ社アカウンティング，T社，Z東京の各銀行口座を経由してZジャパンの銀行口座に送金），
 - 10月19日の6億円（J社の銀行口座からJ社アカウンティングの銀行口座を経由してZジャパンの銀行口座に送金），
 - 10月26日の15億円（J社の銀行口座からZジャパンの銀行口座に送金），
 - 12月21日の5億円（A社の銀行口座からJM社の銀行口座に送金）。以上，合計79億円。そして被告人が税金の支払い資金とする目的でつぎのような資金移動が行われている。平12年5月29日の14億円（J社の銀行口座からA社，S社の各銀行口座を経由して，被告人個人名義の銀行口座に送金）。
- 上記の79億円に14億円を加えると，合計93億円となる。
- 51) なお，会社の資金で自分たちの飲食費にあてた場合にも横領罪の成立を抑制的に判断しなければならない場合があると指摘するものとして，藤木英雄『刑法講義各論』（1976年）338頁。

- 52) もちろん本人である会社のためにしたことによって自己の利益を望むことは、それが従たるものである限りで、本人のためにする意思に含まれる。
- 53) 被告人が行ってきた資金移動は、J社が設立した当初からZ社との間で行われてきたのであり、これは被告人の会社経営・運営のスタイルであって、そのことを関係者は同じく会社経営のスタイルであると認識しており、それ故に、長年にわたって両社間の資金移動が可能であったといえる。そうでなければ、本件の一連の資金移動も可能ではない。このような事情のもとでは、被告人は、権限逸脱を認識するまでもなく、自己の会社経営スタイルに基づいて、専ら本人のためにする意思しかもつことはできない。
- 54) 前田雅英『刑法各論講義(第4版)』(2007年)298頁。
- 55) 藤木英雄「横領罪における不法領得の意思」警察研究33巻9号(1962年)92頁。
- 56) 参照、佐伯千仞『刑法における違法性の理論』(1974年)12頁。参考として昭和34年2月13日判決の河村大助裁判官の少数意見を挙げておく。それによれば、「融通法に違反する行為であつても代表者等個人が個人のためにこれを処分するものでないから、その代表者等個人に不法領得の意思を認むる余地は存しないものというべきである。然るに組合から町への貸付であること明らかな本件において唯流用禁止違反の事由があるからといって、卒然として個人を業務上横領罪に問擬するのは、不正領得という財産犯罪の本質を逸脱するものであつて、到底これを是認し得ないのである、すなわち、被告人等の行為が他の法定要件を具備する場合背任罪を構成するは格別、業務上横領罪を構成するものではない」と指摘している(最判昭34年2月13日刑集13巻2号101頁)。