

業務上横領罪における不法領得の意思

（最高裁平成八年(あ)第二六七号平成一三年一月五日第二小法廷決定、
刑集五五卷六号五四六頁）

川 崎 友 巳

一 事実の概要

A社の取締役経理部長であった被告人Xは、同経理部次長Yと共謀し、Bが率いる仕手集団が、同社の株式の買い占めにより経営権の奪取を図っているのに対抗して、政治団体代表のCおよびDに対して、Bによる株式の買い占めを妨害するため、Bの取引先金融機関等に融資をしないよう圧力をかけ、あるいはCまたはDを誹謗中傷する文書を頒布してその信用を失墜させるなどの工作を依頼し、そのための資金および報酬等に充てるため、昭和六三年二月二日頃から同年四月一日頃までの間に、都合六回にわたって、業務上、保管中のA社の簿外資金から合計八億九五〇〇万円をCらに交付した。

さらに、被告人Xは、昭和六三年五月一日に経理部長の職を解かれた後、Yと共謀し、Bらに対する同様の工作を依頼し、その工作資金および報酬等として、同年七月一三日頃から同年一〇月一八日頃までの間に、三回にわたり、Yが業務上保管していたA社の資金二億八〇〇〇万円をCらに交付した。

以上の事実につき、被告人XおよびYは、業務上横領罪の共同正犯で起訴された。

一一 訴訟の経過

一 第一審

第一審の東京地判平成六年六月七日は、次のように述べ、業務上横領罪の成立を否定した。

(1) 本件支出のうち、三〇〇〇万円の支出については、「そもそも被告人Xに支出の一般的権限があったと認められる」。

(2) 八億六五〇〇万円の支出については、「社長の包括的承諾があり、被告人Xに具体的支出権限が与えられていたと認められるから、これらの支出に関し、同被告人に権限逸脱の領得行為はなかったということが出来る」。

(3) 残る二億八〇〇〇万円の支出は、「専ら委託者本人であるA社のために行ったものと認められるから、不法領得の意思を欠く」。

(4) 「一般に、会社の役員又は従業員が会社のために行った行為が、その役員又は従業員個人にもその地位の保全、昇進等の間接的反射的利益をもたらすということは、通常ありうることであって、役員又は従業員に間接的

利益が及ぶことがあっても、そのことのために右の行為が自己の利益を図ったものとみるのは相当でない」。

- (5) 「会社の役員等が会社の金員を会社のために支出した場合であっても、その支出が贈賄等の違法な目的を有るときや禁令の趣旨に明らかに違反してなされたときには、不法領得の意思がないとはいえないとして、横領罪の成立を認める見解も存するところである。しかし、会社の役員などの右のような行為は、贈賄罪で罰せられるなど、他の法条には触れるであろうが、委託関係の保護を目的とする横領罪の本質にかんがみ、同罪には該当しないと解すべきである」。「仮に、右のような行為につき横領罪が成立する余地を認めるとしても、支出目的等の違法性が小さい場合にはその違法性の故に不法領得の意思があると解すべきではない」

二 第二審

これに対して、檢察側が事実誤認を理由に行った控訴を受けた東京高判平成八年二月二十六日^②は、次のように述べ、業務上横領罪の成立を認め、破棄・自判して、Xに懲役三年・罰金七〇〇万円、Yに懲役一年六月を言い渡した。

- (1) 「被告人Xは、経理部長として、金銭の出納保管等の職務を担当し、三〇〇〇万円以下の支出をする権限を与えられていたが、それは正当な支出の原因行為がある場合のことであって、いかなる場合に支出をするかを決定する権限自体を与えられていたわけではない」したがって、原判決が、「三〇〇〇万円以下の支出であることを根拠に同被告人に支出の権限があったとしたのは正当ではない」。

(2) 仕手集団側から「株を買い取るため、Cらに工作を依頼することと、その工作のためA社が負担する金額や支払時期を決することは、別個の事柄であり、後者は、工作に用いられる手段、成功の確実性、工作の達成度などと関連してCらとA社との間で別個に合意されるべき事柄である。そして、右合意内容自体からして、株の買取りが成功する前に一株当たり五〇円の経費を支出することは予定されていなかったと認められるばかりか、工作の依頼や支出の状況からしても、本件のような支出が当然に予定されていたとは認められず、したがって、社長が右の合意の内容や工作依頼の事実を了承したからといって、本件の支出について被告人らに包括的権限を与えたということはできない」。

(3) 二億八〇〇万円の支出について、被告人らは、「社長の包括的承諾を得ていなかった上、これらの支出を含む本件各金員の支出は、いずれも違法目的を有し、かつ、禁令の趣旨に明らかに反した行為であり、また、手続上も取締役会の決議を経ていない行為であって、被告人らは具体的支出権限を有してはいなかったものと認めるのが相当である。よって、被告人らの本件各金員の支出についての権限に関する原判決の事実認定は誤りであるというほかない」。

(4) 「横領罪は、他人の物の占有者がこれを不法に領得する罪であるから、その成立には、占有者が権限がないのに物を処分したことのほか、不法領得の意思すなわち所有者でなければできない処分をする意思で物を処分したことが必要である。したがって、占有者が権限がないのに物を処分した場合であっても、それが専ら委託者のために行ったときには、不法領得の意思を欠くため、横領罪は成立しないことになる」が、本件事実関係のもとで

は、「被告人らの意図を専らA社のためであったとして本件支出行為を正当化した原判決の認定は妥当とはいえず、被告人Xの前記の弱味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たと認定するのが相当である」。

(5) 「被告人らによる本件金員の支出行為が不法領得の意思によるものであったか、それとも専ら会社のためにしたものであったかは、さらに、その支出行為が委託者である会社自体であれば行い得る性質のものであったか否かという観点からも検討する必要がある。すなわち、その支出行為が違法であるなどの理由から金員の委託者である会社自体でも行い得ない性質のものである場合においては、金員の占有者である被告人らがこれを行うことは、専ら委託者である会社のためにする行為といえることはできず、支出行為の相手方などのためにした行為といふほかならないからである」。この点についても、「被告人らの不法領得の意思を否定した原判決の判断は支持することができない」。

これに対して、憲法違反・判例違反などを理由にX側が行った上告を受けたのが、本決定である。最高裁は、弁護人による上告趣意を刑事訴訟法上の上告理由に当たらないとして上告を棄却したうえで、不法領得の存否につき、職権で次のように判断した。

三 決定要旨

本件「事実関係において、被告人の計九回の現金交付（以下「本件交付」という。）の意図が専らAのためにす

るところにあったとすれば、不法領得の意思を認めることはできず、業務上横領罪の成立は否定される」。

「当時、A社としては、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、第一審判決が認定し、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、Cらに支払うべき経費及び報酬の総額は二五億五〇〇万円、これを含む買取価格の総額は五九五億円という高額に上り(当時のA社の経常利益は、一事業年度で二〇億円から三〇億円程度であった)、A社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、資金の使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、また、それをすること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」。原判決が指摘するところに加えて、上記の事情をも考慮すれば、「本件交付における被告人の意図は専らBのために行う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」。

「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一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である」。

四 研 究

一 問題の所在

本決定は、経営権の取得を目的とした仕手集団の株式買い占めに対抗するために、対象となった会社の経理部長らが、政治団体の代表二名に妨害工作（裏工作）を依頼し、その工作資金や報酬として、会社の資金を用いたという事案につき業務上横領罪の成否が争われ、社会的にも注目を集めた「国際航業事件」に関する最高裁決定である。第一審は、業務上横領罪の成立を否定したのに対して、第二審と最高裁は、業務上横領罪の成立を認めた。このように、一審と高裁・最高裁の判断が結論を異にした理由としては、二点を指摘することができよう。一点は、横領罪における「権限逸脱の領得行為（横領行為）」の存否についての判断の相違であり、もう一点は、不法領得の意思の有無についての判断の相違である。

このうち、横領行為の存否については、事実認定に帰すところが大きい。すなわち、まず、三〇〇〇万円分の支

出については、第一審が、「被告人Xに支出の一般的権限があったと認められ」とし横領行為の存在を否定したのに対して、原審は、「被告人Xは、経理部長として、金銭の出納保管等の職務を担当し、三〇〇万円以下の支出をする権限を与えられていたが、それは正当な支出の原因行為がある場合のことであって、いかなる場合に支出をするかを決定する権限自体を与えられていたわけではない」として、その存在を肯定した。また、八億六五〇万円分の支出についても、第一審が、「社長の包括的承諾があり、被告人Xに具体的支出権限が与えられていたと認められるから、これらの支出に関し、同被告人に権限逸脱の領得行為はなかったといえることができる」としたのに対して、第二審の東京高裁は、仕手集団側から「株を買い取るため、Cらに工作を依頼することと、その工作のためA社が負担する金額や支払時期を決することとは、別個の事柄であり、後者は、工作に用いられる手段、成功の確実性、工作の達成度などと関連してCらとA社との間で別個に合意されるべき事柄である。そして、右合意内容自体からして、株の買取りが成功する前に一株当たり五〇円の経費を支出することは予定されていなかったと認められるばかりか、工作の依頼や支出の状況からしても、本件のような支出が当然に予定されていたとは認められず、したがって、社長が右の合意の内容や工作依頼の事実を了承したからといって、本件の支出について被告人らに包括的権限を与えたということではできない」などとして、横領行為の存在を肯定したのである。これらの点についての第二審の事実認定については、最高裁でも特に問題とはされておらず、基本的に支持されているといえよう。

他方、不法領得の意思の有無については、解釈論上、論すべき点が少なくないように思われる。判例は、横領罪

についても、主観的構成要件として「不法領得の意思」を要求するが、その有無を判断するにあたって、「専ら委託者本人のためにする意思」が存在するか否かを問題にすることがある。⁽³⁾つまり、「専ら委託者本人のためにする意思」ではない場合には、「不法領得の意思」が認められるとして、横領罪の成立を肯定する一方、「専ら委託者本人のためにする意思」である場合には、「不法領得の意思」が認められないとして、横領罪の成立を否定するのである。本件でも、この基準が用いられ、「専ら委託者本人のためにする意思」の存在が認められないことを理由に、不法領得の意思の存在が肯定されている。したがって、こうした本件の判断自体は、従来の判例の流れに沿ったものと解することができよう。しかし、改めて考えてみると、「専ら委託者本人のため」とは、どのような内実のものを目指すのであろうか。なぜ横領行為が、「専ら委託者本人のため」であった場合に、不法領得の意思の存在が否定されるのであろうか。こうした点については、従来の裁判例では、必ずしも明確にされてこなかったし、学説においても、理論的な筋道は十分に示されてこなかったように思われる。この点の理解は、横領罪における「不法領得の意思」の意義や機能をどう捉えるのかといった議論にも波及する可能性をはらんでおり、こうした状況を見過ごすことはできない。そこで、以下では、横領罪における「不法領得の意思」と「専ら委託者本人のため」という意思の關係に焦点をあて、若干の検討を行いたい。

二 本人のためにする意思

- (1) 横領罪における不法領得の意思 判例は、横領罪における不法領得の意思の内容を「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思⁽⁴⁾と解してきてた。この定義は、窃盗罪における不法領得の意思についての「権利者と排除して他人の物を自己の所有物として其経済的用法に従い之を利用若くは処分するの意思⁽⁵⁾」とかなり異なる。つまり、窃盗罪の場合に要求される①排除意思と②利用意思のうち、占有侵害が欠ける横領罪に、排除意思が不要とされることは当然であるが、それに加えて、利用意思についても、明示的には要求されていないのである。この点は、大審院が、公文書の隠匿行為につき、横領罪の成立を認めている点からも窺える⁽⁶⁾。こうした判例の姿勢は、不法領得の意思不要説や所有者として振る舞う意思と解する立場からは支持されているが、不法領得の意思として利用意思を必要と解する多数説からは、批判⁽⁷⁾が加えられてきた。

(2) 「本人のためにする意思」の意義 ただし、判例は、少なくとも「専ら委託者本人のためにする意思」で越権的領得行為を行った場合には、不法領得の意思がないとの姿勢で一貫しており、この点については、学説上広く支持を集めてきたように思われる。例えば、①寺院の住職が、寺院建設費にあてる目的で、檀家総代の同意および主務官庁の認可を受けず、自己の保管する寺院の什器を買戻しの特約付きで売却した場合⁽⁸⁾、②組合のため、農業協同組合の組合長が、組合の定款に反し、総会および理事会の議決を経ずに、組合名義で貨物自動車営業を営みし組合資金を支出した場合⁽⁹⁾、③労働組合員が、専ら会社のために保管する趣旨で、納金ストを実施し、会社のため集めた金銭を納金せず、保管のため労働組合員の銀行に預金する場合などにつき、不法領得の意思の存在が否定されてきた。本判決も、こうしたこれまでの判例の流れに沿って、不法領得の意思の存在を認める判断を下したもの

と評価できる。

こうした点をふまえた場合、次に、では、「本人のためにする意思」とは何を指し、なぜ「専ら本人のためにする意思」であれば、不法領得の意思の存在が否定されるのかが問題となる。この点については、学説上、いくつかの説明が試みられている。

まず、「本人のためにする意思」を「本人に損害が生じることについての故意、とくに、その未必的故意もない場合」を意味すると説く見解がある。ここでは、「横領罪は財産犯として本人の経済的利益を保護するものであるから、本人に実質的な経済的損害が生じないようにする意思」が、「本人のため」の内容になるとされる。したがって、「本人には実質的・経済的損害は発生しないようにする意思」であったり、「相当対価が見込まれてい」たりする場合には、財産犯としての横領罪において要件となつていいる財産的損害について、未必的な故意すらも欠くことを意味すると説くのである。たしかに、この説明は、「本人のため」という意思の場合に犯罪が成立しない根拠とその基準を明確に説明している。しかし、問題を「不法領得の意思の有無」という点からそらしていることには疑問が残る。本決定を含め、「本人のためにする意思」の存在を検討した判例は、そこから、不法領得の意思の欠如という結論を導き出し、これを根拠に横領罪の成立を否定しているのであって、この点を無視することは妥当でないと思われる。

これに対して、不法領得の意思との関係で説明を試みたものとして、「委託の任務に背く認識・意思がない」こと、あるいは「所有者でなければできないような処分」をする意思がないことを意味すると解する見解がある。こ

これらの見解は、いずれも判例が示した横領罪における不法領得の意思を前提にしつつ、「本人のためにする意思」が存在することで、その一部が欠如すると解するのである。たしかに、「本人のため」という意思をもって、越権的領得行為に及んだ場合には、委託の任務に背く認識・意思がなかったり、あるいは「所有者でなければできないような処分」をする意思がないケースもあり得よう。しかし、本人のために委託の任務に背いたり、本人のために所有者でなければできないような処分をすることもあり得るのではないだろうか。その意味で、「本人のためにする意思」が存在すれば、なぜ必然的に不法領得の意思の存在が否定されるのか、この見解によっても、十分に説明は尽くされていないように思われる。

おそらく、「本人のためにする意思」という基準を採用することを前提にする限り、不法領得の意思には、領得罪としての性質を明確にし、犯罪の成立範囲を限定するという機能のほかに、背任罪における「図利加害目的」と同種の役割が付与されていると解するべきであろう。¹⁴⁾ すなわち、他人の物の占有者が、故意と利用意思をもって、委託の任務に背いて越権的領得行為に及び、物の所有者に財産的な損害を生じさせたにもかかわらず、なお横領罪の成立を認めるべきでない例外的なケースにつき、刑法上の非難の対象から除外する役割である。

たとえば、一見会社に損害をもたらす危険を伴う融資や取引については、原則上、関係法規および株主総会や取締役会によって定められた定款や内規に則って実施されるべきであるが、こうした適正な手続を踏んでいたのでは会社に一層大きな損害を招くことが危惧されることから、これを回避するため任務違背行為を実行し会社に損害を与えた（長期的・総合的には会社の利益を図ることを意図して短期的・部分的には会社に損害を与えた）というケ

ースでは、結果的に会社に利益をもたらすことができなかつたとしても、この判断を刑法上の非難の対象とするとは行為者に酷であり、経済活動に不適切な萎縮効果を生むという意味でも妥当でない。連続性の高い経済活動の一部を切り取って損害の発生を指摘し、刑法的に非難を加えることは、経済活動の実態とかけ離れているといえよう。背任罪における図利加害目的の今日的な意義は、こうした例外的な事例を背任罪の成立範囲から取り除くことにある。¹⁵⁾そして、これと同様の機能を「本人のためにする意思」という主観的要素が担うことが、経済活動を規制する横領罪（業務上横領罪）の成立範囲の適正化にとって必要と思われる。

しかし、横領罪を定める二五二条などの条文には、背任罪における「図利加害目的」のような文言がないことから、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、経済取引や財産の保有形態が多様化する中で、客観的には、故意と利用意思による横領行為が実行され、これによって法益侵害が惹起されたケースについて、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。

三 「専ら」本人のためにする意思の妥当性

(1) 「専ら」本人のためにする意思への批判 次に、横領罪における「不法領得の意思」の存在を否定するための条件として、「専ら」本人のためにする意思が必要とされている点について検討を加えておく必要がある。というのも、本人のためにする意思の内容をどのように解するかにかかわらず、横領罪の成立が否定される場合を

「専ら」のときに限定することに対して疑問が呈されているからである。つまり、背任罪における本人図利と第三者図利、正当防衛における防衛意思と攻撃意思、名誉毀損罪における事実証明規定の一項の公益目的とその他の目的などについての判例を参照した場合、判例は、「犯罪の成否に関する主観的要件の存否の判断にあたって、唯一の動機ないし意図を要求していないことは明らかであり、これは、最高裁が、行為をなす際の人間心理の複雑性を考慮したもの」として妥当であることから、横領罪における「本人のためにする意思」についても、同様に關すべき余地があるとされるのである。⁽¹⁶⁾

さらに、こうした問題意識から、「本人のためにする意思」と「自己や第三者のためにする意思」が並存した場合には、その主従によって決すべきとの主張もなされている。⁽¹⁷⁾ また、その具体的事例として、「一般に、会社の役員又は従業員が会社のために行った行為が、その役員又は従業員個人にもその地位の保全、昇進等の間接的反射的利益をもたらすということは、通常ありうることであって、役員又は従業員に間接的利益が及ぶことがあっても、そのことのために右の行為が自己の利益を図ったものとみるのは相当でない」と述べた本件の第一審判決に言及されている。⁽¹⁸⁾

(2) 「本人のためにする意思」と「その他の意思」の主従関係　しかし、「専ら」本人のためにする意思の場合にのみ不法領得の意思の存在を否定する判例の姿勢と本件の第一審判決（あるいは背任罪の図利加害目的において問題となる主従関係）は矛盾なく理解可能であると思われる。すなわち、故意で越権的領得行為を実行し、委託者本人の財産を侵害した場合、その行為は財産犯の違法性を具備しているといえよう。したがって、横領罪の成立が

否定されるのは、それにもかかわらず、刑法的非難の対象にまったく当たらない例外的なケースに限定されるべきである。⁽¹⁹⁾ この見地からは、そうした行為の違法性や有責性を否定するには、本人のためにする意思が、単に自己や第三者のためにする意思を量的に上回っているだけでなく、唯一の直接的な意思であることが要求される。つまり、意思の主従関係とは、直接的な意思と間接的な意思の関係を意味し、「会社のためにもなるし、自己のためにもなる」と思い越権的領得行為を履行したような場合は、直接的（主たる）意思が併存したと評価できるのに対して、「会社のためになり、ひいては自分のためになる」と思い越権的領得行為を履行した場合は、本人図利が唯一の直接的（主たる）意思で、自己図利が間接的（従たる）意思であったと評価できるのである。第一審判決でも、自己の利益については、「間接的利益」と表現されていることには留意が必要である。また、同様の判断構造が採られている背任罪においても、判例は、本人図利が唯一の直接的な目的でない限り、図利加害目的の存在が認められるという消極的動機説を採用し、「ひいては、銀行の利益を図るという動機があったとしても」、「それは融資の決定的な動機ではな」いなどと判示し、⁽²⁰⁾ 目的の主従関係を直接的目的と間接的目的の意味に解しているものと解され、⁽²¹⁾ この点からも、専ら直接的に本人のためにする意思が認められる場合に限って、不法領得の意思を否定する本決定を含む判例の流れは、基本的に妥当なものと考ええる。⁽²²⁾

(3) 「本人のためにする意思」と「利用意思」 以上の考察をふまえれば、判例は、客観的には、故意の横領行為による法益侵害が認められるケースについて、「本人のためにする意思」のみが唯一の直接的な意思である場合に、その動機の不可罰性を根拠に、例外的に、処罰範囲から取り除いているものと解することができ、こうした姿

勢自体は、処罰範囲の適正化を図るためにも、妥当なものと評価すべきものと思われる。しかし、従来の判例の姿勢を踏襲しているとしても、本決定の最終的な結論には疑問が残る。

すなわち、本件において、「本人のためにする意思」と並存するものとして指摘されたのは、①被告人が一度は仕手集団の株の買占めに協力したことやA社側による防戦買いの過程に乗り、自己の保有していたA社株を売却し、二億三〇〇〇万円を取得したことなどの弱味を隠し又は薄める意図と②度重なる本件支出行為の問題化を避ける意図である。たしかに、これらは、「本人のためにする意思」とはいえないが、いずれも横領罪の不法領得の意思としての「利用意思」とは直結しない内容であり、その有無を検討する材料としては適切でないように思われる。つまり、横領罪は、自己の利益取得を意図している必要はないというのが判例の一貫した姿勢であるが、個別財産の領得を犯罪の本質とする犯罪の一類型として位置づけられる横領罪の主観的構成要件として、不法領得の意思を要求する以上、その内容として、「利用意思」が要求されるべきであろう。そうであるならば、「本人のためにする意思」と並存するものとして掲げられるべきは、自己または第三者のために、経済的用法に従って、利用・処分する意思でなければならぬ。本件の場合、こうした「利用意思」が存在しない以上、不法領得の意思は否定される余地があったように思われる。むしろ、本件では、株の買い占めに対する対抗措置の効果自体が、かなり不明確で、その成功の可能性も低かったことから、これらの点を認識していた被告人に、「本人のためにする意思」があったとは考えられないとして、不法領得の意思の存在が肯定されるべきであったように思われる。²⁴

四 「本人のためにする意思」と法令違反行為

なお、本人のためにする意思の有無に関して、原審が、「被告人らによる本件金員の支出行為が不法領得の意思によるものであったか、それとも専ら会社のためにしたものであったかは、さらに、その支出行為が委託者である会社自体であれば行い得る性質のものであったか否かという観点からも検討する必要がある。すなわち、その支出行為が違法であるなどの理由から金員の委託者である会社自体でも行い得ない性質のものである場合においては、金員の占有者である被告人らがこれを行うことは、専ら委託者のためにする行為といふことはできず、支出行為の相手方などのためにした行為といふほかならないからである」として、被告人らの不法領得の意思を肯定した点について、本決定は、「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つても、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。したがつて、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」と述べている。

これまで、判例は、法令違反行為をする意思が認められる場合、「専ら本人のためにする意図」とはいえないとして、不法領得の意思の存在を肯定してきた。①会社の取締役が、贈賄のため会社の資金を支出した事案⁽²⁵⁾、②町長が、行政事務に属さない町会議員の慰労の饗応そのほかの費用に町の公金を支出した事案⁽²⁶⁾、③作物報告事務所出張

所長が人夫費を接待費等に流用した事案⁽²⁷⁾、④森林組合長が、使徒の定められた政府貸付金を組合名義で地方公共団体に貸し付けた事案⁽²⁸⁾などでは、不法領得の意思があるととして横領罪の成立が肯定されてきたのである。

しかし、「本人のためにする意思」で法令違反行為を行うというケースは必ずしも存在しないのではなく、「行為の客観的性質と当該行為を行う際の行為者の主観的意思とは区別されるべきである」⁽²⁹⁾から、この点に関する本決定の指摘は当を得たものと思われる。⁽³⁰⁾

五 まとめ

一 本決定の意義

本決定は、故意をもって、越権的領得行為が行われた（横領行為が存在した）事案で、不法領得の意思の存否が問題となったものである。最高裁は、①被告人が一度は仕手集団の株の買占めに協力したことやA社側による防戦買いの過程に乘じ、自己の保有していたA社株を売却し、二億三、〇〇〇万円を取得したことなどの弱味を隠しまたは薄める意図と②度重なる本件支出行為の問題化を避ける意図が存在したことを前提に、被告人の行為は、「専ら本人のためにする意思」でなされたとは評価できないと判断し、不法領得の意思の存在を認めた。こうした判断自体は、基本的に、従来の判例の流れに沿ったものであり、その意味では、本決定は、「専ら本人のためにする意思」が認められない場合に、不法領得の意思の存在を肯定した事例判断を積み重ねた事例判例といえよう。

他方で、本決定は、法令違反行為をする意思が認められることと、それが「本人のためにする行為」といえるか

否かは、別個の問題であることを明確にした。この結論自体は、当然とも言えるが、これまで必ずしも整理されてこなかった点につき、最高裁が立場を明らかにしたものととして、先例としての意義を見出すことができよう。

二 残された課題

ただし、繰り返しになるが、こうした本決定の結論には疑問が残る。「本人のためにする意思」と並存する意思として明示されたものは、いずれも、「利用意思」とは無関係のものであった。たしかに、従来の判例は、横領罪における不法領得の意思に「利用意思」を必要とすることを明示的に認めているわけではない。しかし、かといって、「排除意思」が想定されない横領罪の不法領得の意思に、「利用意思」まで不要とすれば、判例が、横領罪の主観的構成要件として、不法領得の意思を必要としている意義が失われてしまうのではないだろうか。また、窃盗罪における不法領得の意思との均衡も失するといえよう。

これまで、わが国の横領罪に関する裁判例では、不法領得の意思の有無が争われる事案はそれほど多くなく、争われる場合でも、「専ら本人のためにする意思」であつたかどうかという基準に照らして判断が下されてきた。そうであれば、そもそも「専ら本人のためにする意思」とは、何なのか。その役割として、どのような効果が期待できるのか。本決定を契機に整理しておく必要があるものと考ええる。

(1) 判時一五三六号一二二頁。

- (2) 判時一五七五号一三一頁。
- (3) たとえば、本江威憲監修・須藤純正『民商事と交錯する経済犯罪・(横領・背任編)』(立花書房、一九九四) 一一三頁以下を参照。
- (4) 最判昭和二四年三月八日刑集三巻三号二七六頁。
- (5) 大判大正四年五月二一日刑録二二輯六六三頁。
- (6) 大判大正二年二月一六日刑録一九巻一四四〇頁。
- (7) 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、一九七七) 一二五頁、中森喜彦『刑法各論』(有斐閣、第二版、一九九六) 一六四頁、大谷實『刑法各論講義』(成文堂、新版、二〇〇〇) 三〇六頁以下、西田典之『刑法各論』(弘文堂、第二版、二〇〇二) 一三三四頁以下、山口厚『刑法各論』(有斐閣、二〇〇三) 三〇一頁など参照。
- (8) 大判大正一五年四月二〇日刑集五巻一三六頁。
- (9) 最判昭和二八年二月二五日刑集七巻一三三号二七二頁。
- (10) 最判昭和三年九月一九日刑集二巻一三三三三〇四七頁。
- (11) 林幹人「判批」ジュリスト一一一三三三号・平成八年度重要判例解説(一九九八) 一五二頁、同『刑法各論』(東京大学出版会、一九九九) 二九一頁以下。
- (12) 福田平「判批」判例タイムズ九一六号(一九九六) 四二頁。
- (13) 木村光江『演習刑法』(東京大学出版会、二〇〇三) 二九三頁。
- (14) 上野一高「判批」『別冊ジュリスト・判例百選刑法・各論』(有斐閣、第五版、二〇〇三) 一一三頁は、これを不法領得の意思とは理論的に別個の主観的犯罪阻却要素とする。
- (15) 拙稿「特別背任罪における凶利加害目的」高橋則夫ほか編『刑事法の理論と実践』(第一法規出版、二〇〇二) 四三〇頁以下。
- (16) 福田平・前掲注(12) 判批四三頁。同旨、岡野光雄「判批」佐々木史朗編『判例経済刑法大系第三巻・刑法』(日本評論社、二〇〇〇) 一一二頁以下、菊池京子「判批」現代刑事法四四号(二〇〇二) 八一頁、西方健一「判批」研修六五五号(二〇〇三)

- (17) 福田平・前掲注(12) 判批四三頁以下、上寫一高(14) 前掲注・判批一三三頁、前田雅英「判批」『最重要判例刑法』二五〇(弘文堂、第四版、二〇〇二) 一九一頁、木村光江・前掲注(13) 書二九四頁。
- (18) 木村光江・前掲注(13) 書二九四頁。
- (19) 後藤眞理子「判解」法曹時報五六卷七号(二〇〇四) 二六九頁。
- (20) 最決平成一〇年一月二五日刑集五二卷八号五七〇頁。
- (21) 拙稿・前掲注(15) 論文四三二頁以下。
- (22) こうした可能性を指摘する見解として、上寫一高・前掲注(14) 判批一三三頁。これに対して、後藤眞理子・前掲注(19) 判解二六九頁以下は、「本人のためにする意思」と「その他の意図」の主従関係を比重の問題と解している。
- (23) 最判昭和二四年三月八日刑集三卷三号二七六頁。
- (24) 林幹人「判批」ジュリスト一二六六号(二〇〇四) 二〇三頁。
- (25) 大判明治四五年七月四日刑録一八卷一〇〇九頁。
- (26) 大判昭和九年一月二日刑集九卷一三号一七二七頁。
- (27) 最判昭和三〇年一月九日刑集九卷一三号二六二七頁。
- (28) 最判昭和三四年二月一三日刑集一三卷二号一〇一頁。
- (29) 福田平・前掲注(12) 判批四二頁。
- (30) なお、Yの上告を受けた最決平成一四年三月一日(裁判所時報一三一一号七頁)は、本決定を引用し、「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としても、そのことのみから、直ちに行為者に不法領得の意思を認めることはできない」というべきである」と述べたうえで、Yは、会社のためにする意思を有していたと解する余地がある一方で、自己の弱みを隠す意図等などが認められないため、「不法領得の有無について、法律の解釈を誤り、ひいては心理を尽くさず、その結果事実を誤認した疑いがあり、これが判決に影響を及ぼすことは明らかであって、原判決

を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる」と判示し、原判決を破棄し、本件を原裁判所に差し戻した。

- (31) また、学説上は、「利用意思」の内容を毀棄・隠匿以外の意思と解する説が唱えられている(大谷實・前掲注(7)書一九三頁以下)。この見解からすれば、横領罪の主観的犯罪成立要素として、不法領得の意思を必要としながら、「専ら、本人のためにする意思」でなされたとは評価できない場合に、不法領得の意思の存在を肯定することは当然の帰結といえよう。しかし、こうした見解に対しては、①あまりに「利用意思」という用語からイメージされる内容とかけ離れており、②故意とは別に、主観的要素を犯罪成立要件として要求し、③処罰範囲を限定する機能が期待できず、利得罪としての性格を反映していないという意味で、妥当でないと思われる。

(本決定の評釈)

本決定の調査官解説として、後藤眞理子「判解」法曹時報五六巻七号(二〇〇四)二六一頁以下。

判例批評として、安里全勝「判批」ジュリスト一二二四号・平成一三年版重要判例解説(二〇〇二)一六四頁以下、上嶋一高「判批」判例セレクト02(二〇〇二)三七頁、同「判批」『別冊ジュリスト・刑法判例百選・各論』(有斐閣、第五版、二〇〇三)一一二頁以下、大山弘「判批」法学セミナー五六九号(二〇〇二)一〇〇頁、菊池京子「判批」現代刑事法四四号(二〇〇二)七八頁以下、西方健一「判批」研修六五五号(二〇〇三)一七頁以下、前田雅英「判批」最新重要判例刑法二五〇(弘文堂、第四版、二〇〇二)一九一頁、林幹人「判批」ジュリスト一二六六号(二〇〇四)二〇一頁以下。

なお、原審の判決について、佐久間修「判批」判例セレクト96(一九九六)三八頁、福田平「判批」判例タイムズ九一六号(一九九六)四〇頁以下、林幹人「判批」ジュリスト一一二三号・平成八年版重要判例解説(一九九七)一五一頁以下、岡野光雄「判批」佐々木史朗編『判例経済刑法大系第三卷刑法』(日本評論社、二〇〇〇)一〇八頁も参照。