

他人の財物の不法處分

植 松 正

一 横領罪と背任罪との對照

横領罪は背任罪の特別罪である。⁽¹⁾ わが刑法典は詐欺罪と同一の章下に背任罪を規定しているが、これは恐らくは下
イツ刑法のひそみに倣つたに過ぎないもので、沿革的には、背任罪の規定が財産に關する刑法の保護の缺けている部
分をこれによつて補つたという理由がある⁽²⁾にしても、體系的位置としては、疑もなく不當である。

横領罪が背任罪の特別罪であることは、このおのおのの罪に關する構成要件を比較すれば、きわめて明瞭にこれを
知ることができる。すなわち、刑法は横領罪については「自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者」と規定している
(第二五二條)に對し、背任罪については、「他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人
ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキ」とし規定している(第
二四七條)から、その基幹部分をまず比較してみれば明瞭である。

他人の財物の不法處分

まず、横領罪の主體は他人の物の占有者たることを要するわけであるが、他人の物を占有するということが自體他人のために一種の事務を處理することにほかならない。従つて、犯罪主體の點においても、横領行爲者は背任行爲者の一種に過ぎないことになる。背任罪の規定にいうところの「他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者」というのは、きわめて包括的な規定であつて、この點では母法たるドイツ刑法（一九三三年の改正前の第二六六條）の羅列的であつたのに比べて、一步先んじている。従つて、わが判例も説示する如く、民法上の事務管理者もまた本罪の主體たり得ると解せられるくらいであるから、他人の委託を受けてその財物を占有する者の如きは、まさにこの意味における「他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者」であるに相違ない。

行爲について見ると、横領罪の方は單に「横領シ」とあるだけで、法文簡に過ぎ、幾分解明を要するものを持つてはいるが、その行爲の具體的態様は、着服、拐帶、費消等の事實的處分または質入、賣却、交換、贈與等の法律的處分において見られる。それらは、卑見によれば、權限超越の處分行爲である。いゝかえれば、それはあたかも自己の物に對するが如き處分行爲をすることなのである。横領罪について「領得の意志」を要件とする立場においては、その意志の發現を必要とすると説くことになる。とにかく、かような權限超越の處分行爲が横領行爲の中核をなしている。従つて、その行爲が他人の物の占有者がその任務に背いた行爲をすることであることは否定し得ない。また、その行爲の結果としてその物の本來の所有者に財産上の損害を加えることになるのも疑のないことである。これらの點では横領行爲はそのまゝ背任罪の構成要件をみたしている。

たゞ、多少疑を生ずるのは、背任罪には「自己若クハ第三者の利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的」の存在が

必要とされているのに對し、横領罪にはかような目的は要求されていないという相違點である。しかし、これは外觀上の相違であつて、實質的にはなんらの相違もあるのではない。なぜならば、他人の財物を横領する行爲は、當然に自己または第三者の利益を圖るものであるか、或るいは本人すなわち財物の所有者に損害を加えるためのものであるからである。その目的表象は行爲者の當然に認識するところでもある。

こう見てくると、横領罪と背任罪とはその犯罪構成要件において重なりあつて居り、前者は後者の特別の場合に關するものであることがわかる。こゝに横領罪をもつて背任罪の特別罪であるとすゝる根據がある。

ところが、ドイツの學說史⁽⁴⁾の上では、背任罪の本質について權限濫用說 (Misbrauchslehre) と稱せられるものがあつて、この説では、横領罪をもつて背任罪の特別罪と見、或るいは、背任罪の規定をもつて横領罪の規定を補充するものとする⁽⁵⁾ことは許されない。實は、この學說の創唱者といわれるボンディング (Binding) においては、背任罪の規定をもつて横領罪の補充と⁽⁶⁾見ているにもかゝらず、その後の發展者たちは背任罪は法律行爲を手段とし、横領罪は事實行爲を手段とするものとして、兩者を區別すべきことを唱えているから、この見解に立つならば、兩罪は一般法・特別法の關係にあるのではなく、⁽⁷⁾たがいに排他的な擇一關係に立つものと見なければならなくなる。しかし、この見解は正當でない。

思うに、横領罪と背任罪とを事實行爲によるか法律行爲によるかという手段の相違によつて區別することは不可能である。すでに述べたように、横領行爲の典型的な諸形態とせられるものうちにも、賣却、質入、交換、贈與等の法律行爲を手段とするものが多數含まれていることを思うべきである。なかつて、賣却、質入の如きが横領行爲と

他人の財物の不法處分

してもつとも普通のものとされていることを無視することはできない。これらの行爲が横領罪の構成要件にあたることは自明のことである。自己の占有する他人の物を所有者の同意なくして賣却したり、入質したり、或るいは他物と交換し、または贈與することが他人のためにする占有の本旨に反することは、説明を全く必要としないくらいである。わが舊刑法その他の立法例のように、背任罪の規定を持たない刑法のもとにおいても、これらの行爲は處罰されるべきであるし、また現に横領罪として處罰されているのである。

他の反面、背任行爲を法律行爲に限ることも、立法論としてはもとより自由になし得るところであるけれども、解釋論としては、かならずしもそう限定しなければならぬものではない。ドイツ刑法についても、一部には前述の如く、背任行爲はかならず法律行爲に限られるとする主張があるに對して、他の一部には、權限濫用説の立場に立ちながら、これを事實行爲についても認めようとする立場⁸⁾もある。まして、わが刑法においてはなおさら法律行爲に限るべしとする成文上の根據は存在しない。ドイツ刑法では、元來、背任罪の本質に關して由來いわゆる權限濫用説と信義破壞説(Treubruchstheorie)とが對立していたが、現行規定は兩説を接合することによつて面目を改めたものであつた。すなわち、それは前半に權限濫用を構成要件とする規定を置き、後半に信義破壞を構成要件とする規定を置いて⁹⁾いる。従つて、ドイツ刑法においてさえ、今日では、もはや背任罪の行爲をすべて法律行爲に限るとするわけはいかなくなつてゐる。いわんや、わが刑法の用語は單に「任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ」とあるだけで、法律行爲に限るべき文意は、はじめから現れていないに於いてをやである。

以上の理由により横領罪は背任罪の特別罪であるといつてよい。そこで、或る行爲が横領罪の規定にあてはまると

きは、同時にそれが背任罪の構成要件をみたしていても、背任罪はその成立を否定さるべきである。では、この兩罪はいかなる點で區別さるべきであるか。横領罪を事實行為に關するとし、背任罪を法律行為に限るとする説の容認できないことは、すでに述べたから、これを論外とすると、もつとも有力なのは、客體により區別しようとする見解である。それは「自己ノ占有スル他人ノ物」に關するときは横領罪となり、その他の一般財産に關するときは背任罪となる(10)(11)(12)と説く。これはきわめて簡明であるが、果してそれで不合理はないであろうか。ことからは然く簡單ではない。判例の跡をたどつてみても、自己の占有する他人の物に關して信任關係を破るような處分行爲をした場合であるにかゝらず、それを背任罪に問擬した例はすくなくない。具體的事例は後述するが、これらの事例についてこれらの學者もまた判旨に同調して少しも怪しまないようである。

もとより、行為の客體について、「自己ノ占有スル他人ノ物」たる條件が缺けている場合には、横領罪の成否を論ずる餘地はない。その不成立なことはあまりにも明瞭である。しかし、「自己ノ占有スル他人ノ物」に關する行為でありながら、横領罪の成立を認めず、もつばら背任罪としてこれを處置している判例等のすくなくならず存することを無視することはできない。それらはことごとく判例が誤つていたのであろうか。それとも、「自己ノ占有スル他人ノ物」に關する處分行爲でありながら、横領罪とならずに背任罪になるべき場合があるのであろうか。もし、それがあるとするならば、横領罪と背任罪との區別を客體にのみ求めることは、決して十分なことではないのである。

卑見によれば、「自己ノ占有スル他人ノ物」を處分する行為でありながら、なお横領罪でなく背任罪となる場合を認むべきであると考えられる。そうして、それは、いうまでもなく、この兩罪の區別の標準を客體にのみ求めることの

他人の財物の不法處分

できないことを意味することになる。換言すれば、「自己ノ占有スル他人ノ物」を不法に處分する行為でなければ、横領罪の成立は絶対に考えられないという意味では、このことは同罪の特質をなすけれども、さればといつて、「自己ノ占有スル他人ノ物」を不法に處分する行為はすべて横領罪だとはいえないということになる。もつと端的にいえば、みずから占有する他人の財物を不法に處分する行為のうちにも、横領罪になるものと背任罪になるものがあるが、その両者は何を標準として區別すべきであるかということが、今まさに問題の焦點に浮び上つて來たのである。この問題を本稿の主眼とする。

筆者は横領罪と背任罪との區別について、さきの一つの見解をすでに公表してある。それは次の如きものである。曰く「兩罪區別の要點は、同じく背任行為に屬する行為のうちで、他人の物の占有者がその物自體について越權の處分行為をするものであるか否かにかゝつてゐる。さらに分説すれば、横領罪になるか背任罪になるかを區別するには、(一)行為者が他人の物の占有者であるか否かということ、(二)その行為がその占有物自體を處分するものであるか否かということ、(三)その處分行為自體が一般的權限を越える行為の發現としてなされるものであるか否かということ等、以上三つの點に注目する必要がある。これらの條件がすべて積極に備わるものが横領で、そのうち一つでも消極であるものが背任の一般類型に組み入れられるのである」と⁽¹⁸⁾。これは思辯の結果得られた結論だけである。今この結論に至る思索の過程をあきらかにして、その論據を示すことにする。

(1) すくなくともわが國ではこれが通説である。島田武夫「刑法概論」各論、昭和九年、二七〇頁。小野清一郎「新訂刑法講義」、昭和二十六年、二六四頁。しかし、この論結に異論がないのではない。瀧川幸辰、「背任罪の本質——信義破壊か權限濫用

か」(民商法雑誌、第一卷、昭和一〇年)九二五頁は特別法説に反対しているが、これより前に書かれた「刑法講義」(昭和五年改訂三版)二四七頁は特別法説に據っている。

(2) 瀧川、前掲論文九二〇頁。

(3) 大正三年九月二二日大審院判決、刑録二〇輯一六二〇頁。

(4) 背任罪について英米法は無關心であるし、フランス法にいわゆる *abus de confiance* は、普通わが國では「背任罪」の譯語をもつてそれにあてているが、實は委託物横領罪に相當するものであるから、結局、背任罪については、ドイツの學說史が特に顧慮されることとなる。特に Mezer, Strafrecht, Bd. II, 3. Aufl., S. 184 f.

(5) Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Bes. Teil, I. Bd., 1902. S. 395 u. Anm. 6.

(6) Leopold, Zum Tatbestand der Strafbaren Untreue, 1908, S. 57.

(7) 瀧川、前掲、九二四頁、九二五頁。

(8) Hippel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 264 u. Anm. 7.

(9) Mezer, op. cit., S. 185.

(10) 牧野英一、日本刑法、昭和七年版、九三五頁。

(11) 木村龜二、刑法各論(新法學全集)、昭和十三年、一六六頁。

(12) 小野清一郎、前掲、二七四頁は「横領は畢竟特定財物に關する背任の行爲である」としている。

(13) 植松正「刑法學各論」、昭和二十七年、二八二頁以下。

二 客體相違の問題

他人の財物の不法處分

まず第一に、横領罪にとつては、その主體が他人の物の占有者であるということが必須の條件をなしている。従つて、この條件を缺くとき、横領罪の成立を考ふる餘地の全然ないことは、構成要件自體に照して明白である。

第二の條件としての行爲がその占有物自體の處分行爲であるかどうかということも、構成要件上横領罪にとつて必須のものである。「……ノ物ヲ横領シ」と規定されているからである。それならば、他人の物の占有者がその占有物自體を不法に處分する場合にはすべて横領罪になるのかということが問題になる。

この問題に關して、わが國では、「自己ノ占有スル他人ノ物」に關するときは横領罪となるとする説明がよく行われている。⁽¹⁾これは客體によつて背任罪と横領罪とを區別しようとする見解である。これは筆者の用語をもつてすれば、占有物自體の不法處分行爲であるときは、すべて横領罪になるという見解にほかならないであろう。論者等は「占有物自體」とも、「處分行爲」ともいつていないが、そう解して誤ないであろう。すくなくとも占有物自體を處分する行爲がそのうちに含まれることは疑ない。しかし、自己の占有する他人の物を不法に處分する行爲は、すべて横領罪になり、背任罪になることがないと考へてよいであろうか。判例に各種の事例を拾つてみると、そう簡單には割り切れないようである。

もとより、判例を形成した裁判所自體がその立場において割り切つていないからといつて、學説がこれを割り切ることに何の支障もないことであるから、それをもつてこの見解の矛盾であるとして論難を加えようとするものではない。そうではなく、この見解を支持しているにかゝらず、後に擧げるような判例の事例(第五例以下)の場合に、依然として判旨を支持していることは、そのまゝでは矛盾であるといわなければならないということを指摘したいので

ある。そうして、その矛盾はいかにして克服されなければならないか、またどこに調和ある説明の據點を求めらるべきであるかということ、こゝに述べようと思う。そこに前記第三の條件が前面に出て來なければならなくなるのである。

この第三の條件として、横領罪の成立には、その處分行爲が行爲者の一般的權限を越えるものであることを要すると考へるのである。横領罪は行爲者が他人の物の占有者として有する一般的權限を越えて前示のような處分行爲をするところに特色があるに對し、背任罪は行爲者が他人の物の占有者としてその占有物を處分する場合——以下その場合だけについて兩罪區別の中心點を論ずるのであるが——にも、一般的權限の範圍内において、その處分行爲を行うところに特色があるとするのが筆者の見解である。なぜそう考へなければならぬかは、具體的事例についての判旨とその基礎となつた事實とを検討しつゝ解明することにしよう（傍點はすべて筆者の附したものである）。

最初に、兩罪を客體によつて區別すべきものとした判例について見よう。

〔第一例〕

被告人は執達吏在職中債務者Aの所有物を差し押え、公示を施した上、同人にこれを保管させて置いたが、虚偽の公文書を作成して、表面上はそれがBに競落したように見せかけながら、その實Aの有に歸せしめたという事實について、原審が業務上横領罪の成立を認めたのに對し、辯護人は上告して、第一には執達吏たる被告人はこの物件を握持していないから占有がないし、第二には被告人みずから領得したのではないから、いずれの點から見ても、横領罪になるものではないと主張したが、大審院は、第一の點については、「占有と認むるには物を現實に支配する事實あるを以て足り、必ずしも物を握持する事實あることを要するものにあらず」として執達吏の占有を認め、第二の點につ

他人の財物の不法處分

いては、「横領罪は自己の占有する他人の物を不法に處分するに因りて成立するものにして、其處分を爲すの目的が自己の爲にするに在ると他人の爲にするに在るとは、横領罪の構成に付何等の影響を及ぼすものにあらず」という理由で、結局、原判決を支持した（明治四四年四月一七日大審院判決、刑録一七輯六〇五頁）。

第一の論點については、いま論ずる必要がない。第二の論點について判例が業務上横領罪の成立を認めて背任罪の成立を否定したのは、まさに客體が「自己ノ占有スル他人ノ物」たる點を論據とするものである。横領罪について、通説・判例が「領得の意志」の必要を説くところから、往々それが「自己に領得するの意志」と解せられ、他人のためにする行爲は、横領罪を構成しないものとの誤解を生ぜしめるが、この判旨はその點について明白にそれが誤解であることを説示している。これは正しい。背任罪の構成要件には「自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ」という文言があるから、第三者のためにする行爲もまた背任罪たり得ることは疑う餘地がない。しかし、横領罪の構成要件にはこの種の文言を缺き、單に「横領シ」とあるに過ぎないため、本件上告論旨にあるような誤解をも生じやすいものと思われるが、横領罪の規定に背任罪のそれにおけるが如き第三者の利益に關する文言がなくとも、兩罪をこの點において同一に解するに支障となるものではない。文理的には、「横領シ」の文意のうちに、占有者が權限を越えて處分行爲をすることをあまねく包含していると見られるからであるし、目的的には、自己のためにすると他人のためにするとを問わず、所有者の財産權を侵害することにおいて變りがないから、それによつて犯罪の成否を分つべき根據に乏しいからである。

本件では、執達吏（現行法にいう執行吏）は債務者に保管を命ずる權限があつても、眞實行われない競賣について、

あたかもそれが行われ、しかもBに競落した如くに、虚偽内容の公文書を作成する権限もなければ、その差押財産をほしいままに債務者の有に歸せしめる権限もない。従つて、被告人の行つた行爲はあきらかに権限を越えたものである。この意味で、これは背任ではなくて横領だと見るべきである。この點に注目して、この行爲を横領と見るのではなくて、後に示す自己占有の他人の財物の處分が背任罪となる場合との調和的説明ができない。筆者はこの觀點からこの事例を横領罪を構成するものと解する。しかし、判旨はそこまでいつてはいないのである。

〔第二例〕

被告人は頼母子講の總代として、金錢の出納、擔保物の保管その他一切の業務を擔當中、同講會員から擔保として同講會のために預つた株券を、自分が専務理事をしている某村信用販賣購買利用組合が借り受ける金員の擔保として銀行に差し入れたという事實につき、原審は被告人を業務上横領罪に問擬したのに對し、辯護人は被告人の行爲が組合のためになされたものであつて、自己に領得する意志をもつてなされたものでないとの理由で、背任罪の誹を受けるは格別としても、横領罪を構成するものでないと主張して上告した。

これに對する大審院の判旨は「横領罪は自己の占有する他人の物を横領するに因り成立し、其の横領と云ふは他人の物を自己又は第三者の爲に不法に領得するの謂にして、必しも自己に領得する場合に限定すべきものに非ず」として、原判決を支持した（昭和八年七月五日 大審院判決、刑集一二卷一一〇一頁）。

判旨は第一例における第二の論點について示されたものと全く同様である。これは第一例の判旨を踏襲したものであるから、その點については、あらためて論ずべきものはない。たゞ事實關係について考察を加える價值がある。被

他人の財物の不法處分

告人は、頼母子講の總代としてその業務一切の擔當者であるとすれば、その地位において保管する擔保物については、恐らくはその處分權限をも有するものであつたろうと思う。従つて、銀行への擔保差入行爲がいわゆる「第三者」たる信用販賣購買利用組合のためにするものであつても、たとえば、頼母子講から同組合への正規の契約にもとづくものなどであるならば、これは業務擔當者としての被告人の權限内の行爲と見るべきであるから、横領行爲とはいえない。この行爲は「本人」たる頼母子講に不利益を及ぼすとか「第三者」たる組合を利するとかいう點で背任罪に問わるべきであらう。

然るに、本件でその行爲が背任ではなく横領だとされたのは、多分、擔保差入が全くほしいまゝになされたことであつて、講の總代としての業務としてなされたものではないからである。いづれにしても、この擔保差入行爲は第三者たる組合の利益を圖つてなされたものであるから、本人たる頼母子講の業務擔當者の行爲として不法なものであることは疑ないのであるが、その行爲を頼母子講の業務として行つたのか、それともその業務に無關係に、たゞたまたま自己の手中にある財物なるがゆえに利用したというだけのものであるかのいづれであるかにより、前者ならば背任、後者ならば横領の行爲と見られなければならない。本件事實關係がそのいづれの場合であるのかは、かならずしも十分明白ではないが、そこに示された事實は恐らく後者の場合であつたろうと思われる。その意味で判旨の結論は支持するに足ると思うが、判旨はその點によつて兩罪を區別しようとしているのではなく、やはり客體が「自己ノ占有スル他人ノ物」であるということに重點を置いていようである。筆者としては、この判旨は重點を逸したものと評せざるを得ない。

次の事例をこれと對比して見ると、はなはだ興味がある。

〔第三例〕

被告人はA住宅組合の組合長から組合の事務一切の処理方の委任を受け、事実上の組合長としてその業務に従事中、自分がかねて専務取締役をしているB會社に對し、A組合が第三者に對して有する債權を、同組合から無償で譲渡させたという事實につき、大審院はこれを背任罪に問擬した原審判決を支持した。

この事件の上告論旨は「背任罪は他人の爲事務を處理する者が其の權限内の事項に付不誠實なる行爲を爲し、以て本人の爲財産上の損害を加へたる場合に於て成立する犯罪にして、若し自己の有する權限を越脱したる行爲によりて本人に損害を蒙らしめたる場合に於ては、横領罪等の犯罪を構成することあるも、背任罪を構成すること之なきものとす」というのであつたが、これに對する判旨は「其の行爲は理事の行爲の濫用に外ならずして理事の權限外の行爲なりと謂うことを得ず……背任罪に問擬したるは正當にして論旨理由なし」というのであつた(昭和八年一月二九日大審院判決、刑集一二卷二一四五頁)。

判決文の事實摘示を見ると、筆者がこゝに書いたのとは違い、いかにも背任罪らしく書いてある。たとえば、「同組合の資金はその目的事業の遂行以外にこれを使用し得ざるにかゝわらず、その任務に背き……B會社の利益を圖り、……B會社に利益を與ふると同時に、A組合に右相當額の損害を加へたるものなり」というように摘示している。これは判決文の常とするところで、構成要件に該當するということを明示するために、法律の用語を引用しつゝ摘示してあるから、こうなるだけのことであつて、眞の事實そのものは筆者のこゝに摘示したことに盡きるのである。従つ

他人の財物の不法處分

て、これだけの事實を見ると、法律への「あてはめ」が明示されていないために、これが背任罪にならなければならぬかどうかは、かならずしも明白には印象づけられない。

この事實を第二例のそれに對比してみると、兩事例が著しく似たものであることがわかる。兩事例は共に、組合の事務一切の擔當者が、同じく自分が代表者たる地位にある第三者たる組合または會社の利益を圖つて、本人たる組合の財産を不法に處分したというのである。たゞ兩者の相違するのは、第二例ではその處分行爲が株券の擔保差入であるに對し、第三例ではそれが債權の讓渡であるという點である。大審院がなぜ前例では横領罪の成立を認め、後例では背任罪の成立を認めたかということは、判文上明言されてはいないけれども、兩事例の事實關係の相違する點に由来するものでなければならぬはずである。そこで、兩事例の間に横たわるところのこの唯一の相違點を検討して見る必要がある。

兩者の相違は株券の擔保差入と債權の讓渡との一點にある。これを分析すると、まず、株券は物として行爲者の占有下にあつたものであるが、債權は權利として占有の觀念に親しまないものであるということが擧げられる。横領罪と背任罪とを客體の相違によつて區別しようとする見解からは、當然にこの相違點に根據を求めることになる。たしかに、この場合にはこの點に相違點があるのであるし、他の多くの場合にも、横領罪にとつては他人の物の占有状態が必須の前提條件であるのに、背任罪にとつてはそれが前提條件ではないのだから、この點だけで兩罪を區別することも事實上可能であることは否めない。しかし、後に述べるように、自己の占有下にある他人の物を不法に處分する行爲もなお背任罪になると見る方が合理的な場合があるとすれば、單に客體の相違によつてこれを區別することを躊躇

踏しなければならぬ。

この意味において、この二つの事例の相違点を比較すると、第二例の擔保差入行為に對し第三例の讓渡行為を考えてみなければならなくなる。擔保差入と讓渡とを對立させて、抽象的にこれらを比較すると、それは罪名の相違を來すべき差異とはならない。このことは、入質と賣却とが共に横領行為の典型的なものとされていることを考え合わせれば明白だからである。しかし、もつと具體的に、事實に即して見る必要がある。第二例では權限を越えた處分行爲として擔保差入が行われているに對し、第三例では「B會社に對し、組合から讓渡する」という形式において讓渡行為が行われていることに注目しなければならない。第三例の讓渡は本人たる組合に不利益なものであるかも知れないが、その組合の業務擔當者の權限内の行為である。この點、第二例では業務擔當者の權限に無關係な行為が行われているのは、いちじるしく異なるものである。筆者は兩罪區別の標準をこの權限逸脱か權限内かという點に求むべきだと考える。

形式上權限内の行為でありながら、實質上本人に損害を生ぜしめる危険性の大きな行為であるところに、背任罪の特質があるというべきである。これに對して、横領罪の場合には、形式上においてもすでに權限を越脱する處分行爲を行つているのである。

(1) 前節の註(10)(11)(12)参照。

(2) 筆者はその必要を認めない。植松、前掲、二三八頁以下。

三 方法相違の問題

横領罪と背任罪との區別の標準を客體の相違に求めるが如くでありながら、それより一步前進したかと思われる判例がある。それは曖昧ではあるが、兩罪の相違は行爲の方法にあると見るもののである。

〔第四例〕

被告人は他人から負債整理の囑託を受け、同人所有の土地建物の處分を委任せられ、それを賣却または擔保に供して得た金の一部を着服し、虚偽の計算報告をしたという事實につき、原審はこれを横領罪に間擬したが、辯護人はこれを背任罪に該當するものとして論難した。これに對し、大審院は「第二百四十七條の規定は犯罪構成の要件として一般的に本人に財産上の損害を加へたる事實を要求するに反し、第二百五十二條は自己の占有する他人の物を横領したる特別なる事實を要求し、而かも他人の物を横領したる犯人が他人の爲めに其事務を處理する者たると否とを區別せざるを以て、他人の物を占有する者が其物を横領したる場合に付きては、刑法第二百五十二條を適用し、刑法第二百四十七條は他人の事務を處理する者が自己の占有する他人の物を横領したる場合を除き、其他の方法を以て本人に財産上の損害を加へたる總ての場合に適用すべき規定を包含するものと解釋せざるべからず」として、原判決を支持した（明治四三年二月一六日大審院判決、刑錄一六輯二二四頁）。

この判例では、他人に財産上の損害を加える方法として、「自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領」するという方法とその他の方法とがあるが、前者の方法によるのが横領、後者の方法によるのが背任という見方をしている。言葉の上では

「方法」といつているが、客體の相違に注目する第一例および第二例の判旨と大體において同趣旨であるといつてよい。右二判例も、見様によつては、方法の相違を論じているものとも見られるからである。嚴格にいえば、本例をも含めて、これら三事例は兩罪の區別點を客體の相違に求めるものであるのか、方法の相違に求めるものであるのか、曖昧なところがある。これらが客體の相違による區別を説示するものであるとするならば、これに同意することのできないことは、前に述べた通りである。もし、そうならば、後記第五例や第六例との間に矛盾を生ずることにもなる。これに反して、これら三事例を方法の相違によつて兩罪區別の標準と見ようとするものであるとすれば、他の事例との關係上、調和ある説明が可能となる。しかし、それには判旨は曖昧であり、論じてはなはだ盡さざるものがあるといわなければならない。

思うに、横領罪と背任罪との區別の標準を行爲の客體の相違に求めることはできない。横領行爲の客體が「自己ノ占有スル他人ノ物」であることは自明であるが、その同じ「自己ノ占有スル他人ノ物」については、果して絶対に背任罪の成立を考へる必要がないであらうか。それを考へることが絶対に不合理であるならば、兩罪區別の標準をこれに求むべきである。そうなれば、事態はきわめて簡明直截でもあるわけである。しかし、いわゆる「自己ノ占有スル他人ノ物」についても、背任罪の成立を考へなければ、不合理な場合があるのではあるまいか。現に判例の示す若干の事例は⁽¹⁾⁽²⁾そういう場合に該當することを示しており、學者も格別これに異論をさしはさむことなく、承認を與えていくかに見えるものがすくなくない。これは、すくなくとも、そう見た方が妥當なように思われる事例のあることを示しているというべきである。もとより、それは漠然たる法感情の歸趨に過ぎないかも知れないが、そこに論理的に解

他人の財物の不法處分

明すべき問題がひそんでいるということが出来る。

ついでながら、この第四例では、「第二百五十二條は……他人の物を横領したる犯人が他人の爲めに其事務を處理する者たる」と否とを區別せざるを以て……」と説示し、横領罪の構成要件が完全に背任罪の構成要件のうちに包含されるものでなく、兩罪の構成要件は相互に一部分重なりつゝ、一部分は埒外に出ているとする見解を見せているが、これは正當でない。正權原にもとづく他人の物の占有者たることは、そのこと自體他人の爲めにその事務を處理する者たるにほかならないからである。すなわち、他人の物の占有者として横領罪の主體たるに必要な條件を具えることは、そのまゝたゞちに背任罪の主體たるに必要な「他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者」という條件をも具えることにほかならない。従つて、行爲の主體的條件の點においても横領罪の構成要件は背任罪の構成要件から逸脱していることにはならないと見てよいであらう。

それはさて置き、次の三つの事例においては、いわゆる「自己ノ占有スル他人ノ物」の不法處分行爲にかゝる事案なるにかゝわらず、大審院は背任罪の成立を認めて、横領罪の成立を否定している。その意味において注目すべき判例である。

〔第五例〕

Aは運送店の經營者として、BがC商店から買い受けた玄米一一俵を、貨物引換證荷爲替附荷受人D名義でBのために受け取つた。ところが、Bがその貨物の運送の中繼をしたE運送株式會社に對してかねて取引上の損害を蒙らしめていたので、Aは同會社重役からの要請に従い、その損害の賠償にあてるため、貨物引換證と引き換へることな

く、右貨物を同會社に運搬交付したという事實につき、原裁判所はこれを目して、AはBおよびE會社の利益を圖り、荷送人たるC商店に手形金額相當の損害を蒙らしめたものとし、背任罪に問擬した。これに對し、辯護人は上告して、この場合Aは後日貨物引換證の正當な所持人の請求に對し貨物引渡の不履行による損害賠償の責を負うだけであつて、Aの行爲をもつて犯罪と見ることはできないものと強辯したが、大審院はこの上告を理由あるものと認めず、原審の背任罪説を肯定した（昭和七年一月二四日大審院判決、刑集一一卷一七〇三頁）。

貨物引換證はこれと引換に運送貨物の引渡をなすべき旨を表示した流通證券であるから、その所持人たる権利者はこれと引換でなければ貨物の引渡を求めることができないと同時に、運送業者もまたこれと引換でなければ貨物を引き渡すことができない性質のものである。また荷爲替なるものは、運送貨物の荷主が荷受人を支拂人とした爲替手形を振り出し、その手形の受取人から手形金額を受け取り、荷受人たる手形の支拂人が爲替金の支拂をしない場合の擔保として運送貨物を賣却し、その賣得金をもつて辨済にあてる權利を債權者たる手形の受取人に付與し、同時に貨物引換證を債權者に交付することによつて成立するものであるから、運送業者たるAはまさに荷主の貨物の事實上の占有者である。従つて、客體中心にものを考へるとすれば、本件は業務上横領罪に問擬せらるべきであるのに、判旨がそうなつていないのは、判例の態度がかならずしも客體標準説に固まつていないことを意味している。卑見によれば、これは別の理由によつて業務上横領罪に問わらるべき案件である。それは自己占有の他人の財物に關する行爲であり、しかも運送業者たるAの權限内の行爲ではないからである。もし、本件が貨物引換證のようなものに關係のない占有物件に關していたらどうかを考へてみれば、この間の法理はきわめて簡單に了解せられるであらう。すなわち、

他人の財物の不法處分

他人の貨物の占有者が不法にそれを第三者に交付すれば、横領罪となることは多言を要しないからである。それが背任罪たるにとゞまり得る場合があるとすれば、それは交付するか否かが占有者の権限に委ねられている場合でなければならぬ。

貨物引換證附貨物を保管者が同證と引き換えることなくして他人に引き渡しても、引渡の相手方がその貨物の所有者である場合には、背任罪の成立あるに過ぎず、横領罪とはならない。そのことを示すのは、次の第六例および第七例の場合である。

〔第六例〕

倉庫業者たるC會社の支配人Aは、Bと共謀して、Bに對する質權者として質入證券を所持するD銀行に對して、Bがその債務を辨濟しないうちに、質入證券と引き換えることなくして、受寄物をBに引き渡したという事實につき、原審は、この行爲はBの利益を圖つてなされ、結果としてC會社に財産上の損害を加えたものであるとして、背任罪に問うた。これに對し、被告人Bは單に自己の財産を動かしたに過ぎないから、民事上の詐害行爲の發生に機會を與えただけで、債權者の損失となるものではないとして上告したが、大審院は「倉庫業者は受寄物に付き質入證券の所持人たる質權者に對して保管の義務を負うものなれば、寄託者が寄託物の返還を請求するも、質入證券と引換に非ざる以上は、出庫處分を爲すを得ず」という前提に立つて、原判決の背任罪説を支持した（明治四四年一月一九日大審院判決、刑錄一七輯二三三頁）。

〔第七例〕

被告人はAがBから質物として受け取つた反物をAの委託を受けて保管中、Bの求めに應じてほしいまゝにこれを同人に交付したという事實について、原審が横領罪をもつて處斷したのに對し、被告人は本件は所有權に何の侵害もないから横領罪に問わるべきでないとして上告した。大審院はその上告を容れ、背任罪に問擬すべきものと判示した。(明治四四年一〇月一三日大審院判決、刑錄一七輯一六九八頁)。

これら兩例においても、自己の占有する他人の物を委託の趣旨に反し、すなわち權限を越えて處分したのであるから、いずれも一見横領罪にあたるかに見える案件ではあるが、横領罪の本質たる他人の所有權の侵害という面から見ると、その構成要件を缺いている(第二五二條第二項と第二四二條とを對比すれば明白)から、同罪になることはない。従つて、判旨がその一般規定たる背任罪に問うたのは正當である。

横領罪と背任罪との區別を客體によつて行うことの不合理な場合のあることは、如上の敘述をもつてあきらかであると考えが、さらに一層興味ある事例を第八例において見る。

〔第八例〕

被告人は銀行支店長代理として同銀行を代理して小切手を振り出す權限を有するところから、その資格を冒用して同支店振出自己宛小切手一通を作成したが、その後右支店長代理を罷免されてから後、この小切手を情を知らない他人に交付して割引したという事實につき、原審は被告人を背任罪に問擬した。これに對し、辯護人は、右小切手の交付がすでに支店長代理たる資格を失つてから後になされたものであるから、背任罪に問わるべきでなく、横領罪に問わるべきものであるとして上告したが、大審院は「右小切手の作成は……銀行をして爾後惡意又は重大なる過失なく

して該小切手を取得したる第三者に對し、手形上の責任を負擔すべき地位に立たしむるの原因を成すものなれば、被告人……が……銀行の爲其の事務を處理する任務に在りながら、自己……の利益を圖る目的を以て右小切手を作成したるは即其の任務に背きたる行爲を爲し、右銀行に財産上の損害を加ふべき犯罪の實行に着手したるものに外ならず」として、背任罪説を維持した。

この場合には、被告人は銀行の支店長代理として小切手振出の権限を有する。その権限内において権限を濫用したことが違法なのである。この意味において、その行爲が背任罪を構成すると見るのが正しい。もし、被告人が支店長代理などでなくて、支店長代理の振り出した小切手を持ち出して判示のようなことをしたとすれば、これは明白に横領である。事が小切手の振出であるから、振出権限のない者が支店長代理の作成名義を冒用して振出したというのならば、それは有價證券偽造罪となり、横領罪にはもとより、背任罪にもならない。本件は振出の権限ある支店長代理がその権限内において違法に行つたればこそ、背任罪を構成するのである。

これを要するに、自己の占有する他人の物を不法に處分する行爲は、それが形式上處分権の範囲内においてなされるならば、背任罪を構成するが、處分権の範圍を逸脱してなされるならば、横領罪となると解すべきことを、筆者は提唱するのである。

判例は自己の占有する他人の物を越權處分する同種の行爲でも、それを第三者の利益のために行う場合には、その處分行爲が自己の名をもつて行われれば横領罪が成立し、本人の名で行われれば背任罪が成立するとの見解を持するようである。多くの場合には、この標準でも妥當な解決に達するであらう。なぜなれば、他人の物の占有者が本人名

義すなわち所有者の名において處分行爲をするときは、形式上は占有者の権限内の行爲として行われるのを例とするであらうし、権限を越えて行うときは、自己名義をもつてするのを例とするであらうからである。しかし、名義の如何は本質的なことではない。それは兩罪區別の有力な手がかりとなることが多いだけである。

名義論を採ると、一方においては、⁽¹⁾村長が村會の議を経ずして、その職務上保管する村有金をほしきまゝに私鐵會社に村の名義で貸與した行爲を背任罪としながら、他方においては、村収入役がその職務上保管する村有金を「村長の命令なく且村の名を以てせずして」ほしきまゝに共犯者たる村の書記に融通した行爲については、「町村の収入役が自己若は第三者の利益を圖り、又は本人に損害を加ふる目的を以て、町村長の命令なくして、町村の名を以て其の金を擅に支出し、町村に損害を加へたるが如き場合に於ては背任罪を構成すべきも、本件の如く……村の名を以てせずして、（共犯者たる）被告人の利益に其の保管する公金を貸與し、該村に損害を加へたる如き場合は、背任罪を構成せずして横領罪を構成す⁽²⁾」というようなことになる。しかし、名義は権限内の行爲か権限を越えた行爲かを認定するに有力な手がかりとなるに過ぎない。

最後に、背任罪の本質との關連においてこの問題を考へてみると、背任罪を構成する行爲は、行爲者の形式的権限内にありながら、實質的には事務處理の本旨に反する⁽³⁾という點で、まさに権限濫用の行爲であるが、普通にいわゆる権限濫用説の主張する如く、それが法律行爲でなければならぬことはいえない。背任罪は形式上行爲者の権限内の處分行爲についてのみ考へられることであるから、或る程度の裁量権ある地位にある者でなければ、その行爲者となることはできない。單なる機械的勞務に従事する者には背任罪を考へる餘地がない⁽⁴⁾⁽⁵⁾。背任罪の行爲が形式的な權

24 限内において行つた行爲なればこそ、特定財産の侵害というよりは、むしろ總財産の侵害となるという點でも、横領罪と區別するべき態様を持つ。

- (1) 昭和九年七月一九日大審院判決、刑集一三卷九八三頁。
- (2) 昭和一〇年七月三日大審院判決、刑集一四卷七四五頁。
- (3) Kohrausch-Lange, StGB, S. 378.
- (4) Mezger, op. cit., S. 187.
- (5) Litz-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., S. 656.
- (6) Schönke, StGB, 5. Aufl., S. 654.