

【刑法】

一 甲の罪責（253条 業務上横領）

1 客体＝「業務上自己の占有する他人の物」

(1) 他人の物 ＝ （校長から委託されて保管中の）修学旅行資金32万4000円

本問での横領対象物は金銭で、民法上は、金銭については占有と所有が一致します（占有と共に所有権も移転する）が、刑法上は、用途を限定して寄託された金銭については、なお寄託者にその金額についての所有権が認められ、横領の対象となりうるとされます（製茶買受資金として用途を限定して被告人に寄託された金銭につき横領を認めた最判昭26.5.25など）。ただし、この場合、金銭そのものの特定性に意味はないので（別段、同一の紙幣で返却する必要はない）、いわば「金額についての所有権」が認められるのみであり、委託された「金額」についてリスクが生じない小額の一時流用では横領は成立しないとされます。

本事例では、32万4000円という高額で一時流用が許容される額とは言い難く、先物価格が回復しなかった場合、弁済の方策がなくなる（現に補填できなかった）のだから、横領対象になりうる金額であることはいうまでもありません。

(2) 自己の占有

甲は、この現金を現に手元に置いて管理していたのであるから、占有しており、濫用の恐れのある支配力を有していたといえます。

(2) 委託信任関係（記されざる構成要件要素）に基づく占有者であること

横領罪の条文に明記はされていませんが、252条・253条の横領罪では、254条の遺失物横領罪よりも重い刑の設定になっている点を説明する観点から、行為者の財物の占有が、委託信任関係に基づくものであることが必要とされます。委託信任関係に背く点に、遺失物横領より刑が重くなっている理由があるとされるのです。従って、例えば、誤配達された郵便物のように、委託信任関係なしに行行為者の占有下に移った財物については、それを横領しても、遺失物横領にしかありません。

本事例では、校長と父兄の契約に基づいて父兄が拋出し、校長との委託信任関係にもとづいて教頭の甲が所持していたのだから、甲は徴収金の委託信任関係に基づく占有者であると言えます。

(3) 業務性

業務上横領罪における「業務者」とは、「社会生活上の地位に基づいて反復継続して、他人の物を占有保管する事務を行う者」を言います。銀行員でも何でもない教職者が横領罪の業務者と言えるのかと、とまどった方もあるかもしれませんが、ここでの業務性は「職種」の問題ではなく、具体的な財物の占有が、①社会生活上の地位に基づいて、②反復継続して（初回の場合であれば、反復継続の意思をもって）なされていたかによります。本問では、甲は、教頭という社会生活上の地位に基づき、修学旅行資金の保管・管理の事務を反復継続して行っていたのだから、業務性があります（教材費・給食費等を横領した

教頭につき千葉地判平14・7・23)。

2 「横領」行為

- (1) 横領行為の定義については、背任との区別の問題も絡んで、「寄託の趣旨に反する権限を越えた行為」とする越権行為説と、「不法領得の意思を実現する一切の行為」とする領得行為説が対立しています。領得行為説が通説判例です。横領罪には未遂の処罰規定はありませんが、通説では、「不法領得の意思を実現する行為」を開始すれば、横領行為があったとして既遂となります(例えば、建物の占有者が、その真の所有者を相手に、所有権を争う民事訴訟を提起した時点で横領は成立するとした最判昭25・9・22など)。
- (2) 本事例の場合、①修学旅行積立金から30万円を抜き取って自己の債務弁済にあてる行為、②上記行為の残金2万4000円を馬券購入資金にあてる行為がこれにあたります。修学旅行資金という寄託の趣旨に全く反して費消しており(預金にするために保管中の現金を自己の債務弁済にあてる権限などあるはずがない)、自分の債務弁済や競馬の資金として使ったのだから、どちらの説に立っても、横領行為にあたることは疑いないでしょう。なお、行為は二つですが、罪数処理をするなら、同一機会に同一法益に向けられた一連の行為なので、包括一罪となるでしょう。但し、このくらい明白な本来の一罪であれば、わざわざ罪数処理をしていなくても問題はないと思います。

3 故意と不法領得の意思

- (1) 故意の点については、「これは私の金じゃない。父兄から預かった修学旅行の積立金で、学校のお金だ。」と言っているとおり、他人の物の占有の認識もあり、委託信任関係に背く処分であるとの認識もあります。
- (2) 不法領得の意思については、横領行為を「不法領得の意思の実現行為」とする以上、その行為の認識、すなわち横領の故意があれば、不法領得の意思もあるといえそうですが(逆に言えば、不法領得の意思がなければ横領行為自体がないことになる)、ここでも使用横領や毀棄・隠匿横領をどう扱うかという問題との関連で、一応、不法領得の意思を別要件とする立場が多いようです。判例では、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思をいう」とされています(最判昭24・3・8)。本問では、弁済する意思もなかったわけではないでしょうが、「大豆相場が回復したら」という条件付きのものに過ぎず、本人自身「イチかバチか」と言っているように、先物の経験から極めてリスクの高いものであることも認識しているので、不法領得の意思にも欠けるところはないでしょう。

4 以上により、甲には業務上横領罪が成立します。

二 乙の罪責

1 共謀共同正犯の可能性

(1) 乙は、自分の営業のノルマを考えて甲に積立金の横領を勧め、甲がこれを実行していますが、乙は業務者でも占有者でもなく、横領の実行行為自体を行っていません。従って、実行共同正犯が成立することはなく、共謀共同正犯か教唆犯の成立を検討することになります。判例は古くから実行行為を分担しない者についても、共謀共同正犯の成立を認めてきました。学説では、かつては構成要件的定型性を重視する観点から、共謀共同正犯を否定する考え方が有力でしたが、現在では否定説は少なくなり、学説の多くは「共同正犯は、複数の人間が相互の行為を利用・補充して犯罪を実現するものであるから、共犯者全体による犯罪実現に向けた行為があれば足り、個々の行為者につき構成要件行為の一部を実行していることまでを要しない」との観点から、謀議に基づいて犯罪が実行された場合には、謀議にのみ参加した個々の者についても、①謀議を通じた犯罪実行への客観的貢献の程度（客観的貢献度）、②犯罪を自己のものとして実現する正犯者意思の程度（正犯者意思）を考慮し、自ら実行行為を行うに匹敵する加担度が認められる場合には、共謀共同正犯として、その正犯性を認めうると考えています。①客観的貢献度と②正犯者意思のそれぞれを、実行共同正犯の成立要件である「共同実行の事実」と「共同実行の意思」に対応したものととして、個別「要件」とする立場と、両者を総合判断して「正犯性」を決する「基準」ととらえる立場とがありますが、いずれにせよ、背後者について、客観面・主観面を考慮して正犯とする可能性を認めるわけです。以下、客観面・主観面の双方から、本問を検討してみましょう。

(2) まず客観的貢献度ですが、確かに乙は、「父兄のお金だと言っても、ちょっと借りるだけならいいでしょう。大豆相場が回復したら、おつりをつけて返せますよ。」と述べて、積立金の使い込みを勧めています。しかし、この程度の行為であれば、通常の教唆犯でも必須のものであり、これだけで正犯性を認め得るようなものではないでしょう。「正犯」といいうる客観的貢献があったと言うためには、「単なる教唆を超えた何か」を示す必要があります。ところが乙は、それ以上実行を強く迫ることもなく、「その金をどう使うかは先生が考えてみることですね。」と、甲の判断に任せて立ち去っただけで、客観的貢献度が高いとはいえないように思えます。

(3) 正犯者意思についても、乙には、甲が横領した金銭で先物取引を継続して営業ノルマが果たせるという利益はあるものの、それは、横領金の分け前をもらうというような、横領行為から直接得られる利益ではありません。また、委託信任関係に基づいて他人の財物を占有しているという身分もないので、「委託信任を裏切っているのか」という規範の問題に直面する度合いも、甲よりはるかに低いでしょう。少数説ですが、（真正）身分犯に関する65条①項について、「共犯（とする）」という文言は狭義の共犯のみを指し、共同正犯を含まないとする説があるのも、このような観点から、「（真正）身分犯については、身分があってこそ正犯たりうる」という発想に基づくものといえるでしょう。少数説のように、絶対に正犯にはなりえないとまでは言わないにしても、身分がないという事実は、「自らの犯罪として行った」と言うためにはマイナスポイントであることは否定できないと思われ、本問で乙にも「正犯者意思」を認めることは難しそうです。

(4) 以上により、乙には教唆犯の可能性だけが残ります。

2 教唆の要件

(1) 「共謀共同正犯でないから教唆犯」と簡単に決めつけるのではなく、教唆犯には教唆犯の要件があるのだから、きちんとあてはめましょう。教唆犯の成立要件は、①教唆行為、②被教唆者の実行、③教唆の因果関係、④ 教唆の故意 です。

(2) ①本問では、金策が尽きている甲に対して「ちょっと借りるだけならいいでしょう。大豆相場が回復したら、おつりをつけて返せますよ。」と唆す行為が教唆行為にあたります。②その後、甲は、教唆内容どおりに横領を実行しており、③甲は乙の言葉を聞く前は横領することなど考えてもいなかったのに（当初は「馬鹿なことを言うな」と一蹴している）、あれこれ悩んだ末に追いつめられた心境になったところで「乙の言葉を思い出し」て実行を決意しているのだから、因果関係は認められるでしょう。④最後に、教唆の故意です。乙は、甲に横領を教唆した後、甲がその決意をするのを確かめることもなく立ち去っており、その後も特に働きかけていないなど、積極性はかなり薄いのですが、「その金をどう使うかは先生が考えてみることですね。決心がついたら、ウチの口座に200万振り込んでください。明日中なら間に合いますから。」という別れ際の言葉からは、自分の営業成績の観点から、甲が、第一回弁済金を払い込んでT金融から融資を受け、先物取引の増資をするために、未必的ではあっても、横領をすることも認容していると言えそうです（④教唆の故意）。

3 共犯と身分

(1) 業務上横領罪では、他人の財物の「占有者」という身分と、占有を業務として行う「業務者」という身分が関わっており、「二重の身分犯」とされます。共犯者である乙には、どちらの身分もないのですが、身分犯と共犯に関する65条との関係では、どのように処理されるのでしょうか。通説では、「占有者」という身分は65条①項の真正身分、「業務者」という身分は同条②項の不真正身分とされます。以下、順に説明します。

(2) 65条①項は、「身分によって構成すべき」真正身分犯に関して、「身分のない者であっても、共犯とする」と規定しています。通説では、横領罪における「占有者」という身分は、それがなければ犯罪にならない（「構成すべき」）身分—構成身分—ととらえます（但し、遺失物横領罪との関係で不真正身分と解する少数説もあります）。従って、占有者でない乙も、共犯とされ、横領罪は成立しうることになります。

(3) 同条2項は、「刑に軽重がある」不真正身分犯に関して、「身分のない者には通常の刑を科する」と規定しています。「業務者」という身分は、それがなくとも刑の軽い（単純）横領罪は成立する（「刑に軽重がある」）身分—加減身分—です。本問の乙も、「業務者」という身分に関して、これにあたるわけですが、その効果については共犯の本質論との関連で学説上の争いがあります。

共犯を「事実を共同加巧することによって、各人の犯罪を行うこと」と捉える行為共同説では、各人ごとに異なる罪名の共犯成立を認めますから、本問でも、甲は業務上横領罪、乙は（単純）横領罪という異なる罪名の処理になります。これに対して共犯を「一つの共通する犯罪を協力して行うこと」と捉える犯罪共同説では、罪名の異なる共犯を認めませんので、

甲も乙も、「罪名」は業務上横領となる（付言すれば、犯罪共同説の論者の多くは、①項の規定を、真正身分犯に限定した規定とは考えず、「すべての共犯」の「罪名」に関する規定と考えるので、この規定により、乙も「罪名」は業務上横領となるわけです）けれども、2項は「身分のない者には通常の刑を科する」としているので、身分のない乙は、1項により「罪名」は業務上横領となるが、2項により「刑罰」は（単純）横領の限度で科し得るとされるのです。但し、近年力を得ている、いわゆる「やわらかな部分的犯罪共同説」では、構成要件が重なり合う限度で異なる罪名の共犯を認めるので、本問の場合も、乙には、業務上横領と単純横領の構成要件が重なり合う限度で、単純横領の罪名が付されることになり、結論的には行為共同説と同じになります。

判例は、固い犯罪共同説に立っていた時代の最判昭32.11.19では、罪名は§253の業務上横領だが、刑は（単純）横領の限度で科されるとする処理をしています。但し、共犯と錯誤の問題に関して、暴行・傷害を共謀した共犯者のうちの1人が殺人を犯した場合、殺意のなかった他の共犯者については、傷害致死の共同正犯が成立するとした最判昭54.

4.13では柔らかな部分的犯罪共同説の論理が採られたことから、いずれ横領の分野でも柔らかな部分的犯罪共同説に即した結論になるだろうとする予測もあります。

(4) 以上により、乙は、固い犯罪共同説によれば、罪名は業務上横領の教唆犯で、刑罰のみ（単純）横領の限度で科すことになり、それ以外の立場では、罪名も刑罰も（単純）横領ということになります。

以上