推薦のことば

財産犯をはじめとする経済犯罪は、商取引等の経済活動に関連し、あるいはこれに仮託する形で行われることが多い。そのため、その種の犯罪の捜査・公判を的確に遂行するためには、民商事法に関する正確な理解はもちろんのこと、法令についての知識だけではなく、これら民商事法に規律される経済活動の実情についても十分な理解が不可欠である。そのような意味で、民商事と交錯する経済犯罪は、検察官等の捜査官にとっては、日常的に取り扱う基本的な犯罪でありながら、事実認定上および法律適用上の種々の問題点を含むことが多い犯罪類型といえよう。そして、この種の犯罪は、多額の被害を生じさせるなど、事件関係者の生活に大きな影響を与えるものも多く、また、大型の会社犯罪や汚職事件等の重要知能犯事件へと発展する可能性を秘めた事件もあり、その迅速・適正な処理が強く要請される。

平成６年から９年にかけて立花書房から出版された『民商事と交錯する経済犯罪Ⅰ～Ⅲ』（全３巻）は、上に述べたような捜査・公判実務におけるこの種の犯罪の重要性に鑑みて法務総合研究所において行った研究の成果をベースとして公刊されたもので、私を含め、捜査・公判の現場で執務する検察官にとっては非常に使い勝手のよい良書であった。本書は、その改訂版として、当時その執筆を担当された方々が中心となり、関係法令の改正や判例の集積等を踏まえて内容をアップデートしたもので、旧版のよさを引き継ぎつつ、現在の社会に適合した内容のものとなっており、検察官をはじめとする捜査関係者にとっては、民商事と交錯する経済犯罪を処理するにあたり座右の書として間違いなく有効に活用されることと思う。また、これに加えて、研究者、裁判官、弁護士、会社の法務担当者などにも広く利用されることを期待するところである。

令和２年12月

法務省法務総合研究所長　上冨　敏伸

はしがき

本書は平成６年から９年にかけて立花書房から出版された『民商事と交錯する経済犯罪Ⅰ～Ⅲ』（全３巻）の改訂版として26年ぶりに発刊するものである。

法務総合研究所研修第一部では、従来から毎年、検察運営上、緊急かつ重要と思われる特定の問題を取り上げ、全国各地の実務経験豊かな検事と同部の教官との共同研究を行い、研究結果を「検察研究特別資料」として関係各庁に配布することを内容とする研究（検事研究）を実施しているところ、平成３年度から４年度にかけては、「民商事と交錯する刑事事件の諸問題」を研究テーマとして取り上げ、同部の教官と各地の検事（総計69名）との合計８回の共同研究会を行うとともに、各検察庁に照会して必要な事例収集を行った。

このようにして集められた基礎資料に基づいて、研修第一部教官６名が検察研究特別資料「民商事と交錯する刑事事件の諸問題」を分担・執筆し、この種事犯の捜査、公判にあたる検察官にとっての執務上の参考資料として各検察庁に配布したところであった。当時私は研修第一部長に籍を置いていたところ、検察庁の部内資料をベースにした書籍を公刊することは異例なことではあったが、この研究成果を差し支えない範囲で公開することは実務的にも学問的にも意義深いことであると考え、亀山継夫法務総合研究所長（後に最高裁判事就任）と相談した結果、快く賛同していただいたので執筆教官の須藤純正氏が中心となって必要な加筆と編集を行ったうえで公開文献として発刊したものが、冒頭に述べた本書の前身ということになる。

前書は捜査関係者ばかりではなく、学者、裁判官、弁護士、会社の法務担当者などにも広く利用されることを期待して発刊したものであり、検察実務の現場で今でも有益として読まれているほか、刑法学者も著書に引用してくれているなど好評を得ていて、それなりの独創性と有用性の高い法律書であると自負している。前書は絶版となって相当な時間が経過しているが、その後の関係法の改正や判例の集積を踏まえ内容をアップデートして25年ぶりにこの本の改訂版を出してはどうかという構想がもち上がり、執筆者を募ったところ、当時の執筆教官の須藤純正（法政大学法学部教授・弁護士）、石井隆（福井地方検察庁検事正）、吉開多一（国士舘大学法学部教授）の３氏が快く引き受けてくれた。改

訂出版の趣旨については上冨敏伸所長および大塲亮太郎前所長をはじめ法務総合研究所関係各位のほか、前書の執筆者である高井氏と鈴木氏の了解が得られたので作業を開始した次第である。

その間の主な法改正についてみると、刑法の平成７年改正（口語化）、平成16年改正（法定刑の引き上げ）、民法の平成18年改正と公益法人改革三法の成立、平成23年改正（親権制度）、平成29年改正（債権法）、平成30年改正（相続制度）、商法の平成９年改正（合併法制整備等）、平成11年改正（株式交換、株式移転制度の創設）、平成14年改正（委員会等設置会社制度の導入等）、平成16年改正（株券不発行制度等）、平成17年の会社法の成立、平成18年の金融商品取引法の制定（証券取引法の改称）、商法の平成30年改正（運送・海商関係）、平成16年の新不動産登記法の成立、平成18年の新信託法の成立、平成21年の資金決済に関する法律の制定、同法の平成28年改正（仮想通貨の規制）など枚挙に暇がない。その間わが国では、バブル経済の崩壊、金融機関の不良債権処理、破たん金融機関の救済、「失われた20年」とも評される経済低迷など大きな社会変動を経験し、その間の判例集積も膨大な量に上った。したがって、本巻（横領罪・背任罪）に限ってみても、前書の改訂といっても実際には書き下ろしに近いほどの作業を要したがメリハリをつけて簡潔な解説を心がけ、分量的には前書よりコンパクトなものに仕上がっている。

本書は経済犯罪の諸形態を切り口として、横領・背任の犯罪の成否について、その前提として必要と思われる民商法の解釈についても、基礎から最近の高度な学説・判例に至るまで、網羅的に解説している高度な点において類をみない。

本書は、検察官をはじめとして捜査実務担当者の参考に供することを念頭に置いているが、学者、裁判官、弁護士、企業の法務部担当者などにも広く利用されることを期待する次第である。将来的には、検察官の後輩に著作権も含めて引き継ぎ、ある時期に再度改訂を施し、末永く実務で使い続けられる本となることを願っているところである。

最後に、出版事業が困難な状況下において、私たちの出版構想の趣旨を真摯に受け止めて快く出版への協力を引き受けてくださり、本書の編集、出版について多大のご苦労をおかけした民事法研究会の田口信義社長をはじめとして編

集部の方々に厚く御礼を申し上げる。

令和２年12月

弁護士・元最高検察庁公判部長・法務総合研究所研修第一部長　本江　威憙

2　横領罪と民事法の交錯

⑴　序　論

刑法252条にいう横領罪は、自己の占有する他人の物（同条１項）または公務所から保管を命ぜられた自己の物（同条２項）を横領する行為を内容とする犯罪であり、単純横領罪と称される。なお、次条である刑法253条は、業務上他人の物を占有する者を主体とする単純横領罪の加重類型であって[1]、これを業務上横領罪という。実際には刑法252条以上に多く適用される[2]。

横領罪の主体は、他人の物の占有者または公務所から保管を命ぜられた自己の物の占有者でなければならず、したがって、本罪は身分犯（刑法65条）である。横領罪（刑法253条の罪を含む）の成否に関しては、当該法律関係についての民商法上の解釈とも関連し、特に、主体についての業務性の有無、客体についての占有の有無ないし所有権の帰属、私法上無効な行為であっても横領行為といえるかどうか等がポイントとなる。

⑵　業務性の認定

㈠　総　説

業務とは、社会生活上の地位に基づいて反復または継続して行われる事務をいうが、業務上横領罪の業務は、その性質上他人の委託に基づいて他人の財物を占有、保管する事務であることを要する[3]。刑法253条の業務の特色は、質屋、倉庫業者、運送業者、修繕業者、クリーニング業者など他人の物を占有・保管するような性質のものである[4]。たとえば職務上公金を保管する公務員、会社・団体等の金銭を保管する会社員・団体役員・銀行員なども業務者である[5]。

判例は、本罪の業務とは、職務または営業等これによって自己の生活を維持する業務に限定されるものではなく、一定の事務を常業として行う以上は等しくこれに該当し、その業務の根拠は、法令、慣例もしくは契約によるとを問わず、また、これにより生活上の利益を得る者であると否とを問わないとして、

1　前田雅英『刑法各論講義〔第４版〕』（東京大学出版会・2007）318頁。
2　前田・前掲（注１）318頁。
3　大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法13巻〔第２版〕』（青林書院・2000）409頁〔矢村宏〕。
4　前田・前掲（注１）318頁。
5　大谷實『刑法講義各論〔第２版〕』（成文堂・2011）268頁。

宮内省から御猟場内の耕地所有者に下賜される金員を慣例に従って保管していた町長の横領行為について、業務性を認める（大判大正３・６・17刑録20輯1245頁）。業務者としての地位は、その職務上の地位の喪失により当然に消滅するものではなく、特段の事情がない限り、その事務を後任者に引き継ぐまでは存続する（名古屋高判昭和28・２・26刑判特33号11頁）。

㈠　本来的業務に付随する事務

本罪の業務は、本来の事務に付随する事務であってもよいとされ、判例は、芸娼妓周旋業者である被告人が周旋に際して抱主から芸娼妓に交付すべき前借金を預かり保管中自己の用途に費消した事案について、本罪の占有は主たる職務または営業とする場合の占有に限られず、職務または営業に付随して他人の物を保管する以上は、特に法令においてこれを職務または営業の範囲から除外しない限り本罪の業務上の占有に該当するとして業務性を肯定する（大判大正11・５・17刑集１巻282頁）。ただ、付随的業務における業務性の範囲を画することは困難な場合が多く、それが本来の業務と密接な関連を有するものであることが必要と解されている[6]。付随事務について業務性を肯定した判例として、新潟県雇いとして衛生部予防課および衛生施設課に勤務し、庶務主任を補佐して庶務兼会計の事務を担当し、薬剤等の緊急用特別配給の事務をも補助し、これに関連して薬剤の代金徴収をも行って保管等をしている被告人について、「会計法上又は地方自治法上の出納官吏でなければ現金出納の業務に従事するといえないと解することはできず、また、雇員にして上司を補佐するにすぎないから業務上横領罪の主体たり得ないと解することもできない」として、業務性を認定したもの（東京高判昭和27・６・11刑判特34号61頁）などがある。

消極の判例として、甲保険会社の外務員である被告人が、集金権限を与えられていないのに、顧客乙から便宜保険料2000円を甲会社に届けてもらいたい旨依頼され、これを預かり保管中にみだりに着服した事案について、業務上横領罪ではなく、単純横領罪を構成するとした裁判例がある（東京高判昭和33・３・11刑判特５巻４号111頁・東高刑時報９巻３号56頁）。業務性を認めなかったのは、当該金員の所有権はその時点ではまだ顧客乙に帰属しており、被告人はいわば乙の手足（履行補助者）として保険料を預かったものと解したためであろう

6　大塚ほか編・前掲（注３）380頁〔矢村宏〕。

か。保険料を顧客から預かることについて、被告人の保険会社の外務員としての付随業務とみれば、業務性を認めることもできるかもしれない。

㈠　行政法規に違反する営業

行政法規違反の無免許営業等についても、その違法が法の絶対的に禁ずる性質のものでない限り、業務性は肯定される。[7] 判例は、本罪の業務は、法令、契約、慣習等により適法な行為を反復する場合はもちろん、その他本質上違法性を帯びない行為の反復を指すと解されるから、刑法に規定する各犯罪行為のようにその行為自体を禁止することが法の目的である場合にはこれを反復することが業務とはいえないが、無尽業法のようにある一定の行為を反復する者に対する行政上の取締りの必要があるために主務大臣の免許を受けることを要するものとし、その手続を経ないでこれを反復する者を犯罪として処罰する場合には、違法性は単にその無免許の点に存し無尽行為[8]は法の禁止するものではないから、無尽行為自体の本質は違法性を帯びるものということはできず、無免許のまま行われる無尽営業は業務性が認められるとする（大判大正９・４・13刑録26輯307頁）。

㈡　公序良俗・強行法規に違反する業務

公序良俗に反しまたは強行法規に反する等法が絶対的に禁止する行為は、たとい業務とする意思をもって反復するとしても、横領罪の業務とはいえない。[9] 労働基準法24条によれば、賃金は、直接労働者に支払わなければならないものであって、当該規定は強行法規であり、これに違反する行為を絶対的に禁止する趣旨であるから、被告人が各労働者の賃金について一括して会社から支払いを受けたうえ、被告人から各労働者に支払うために保管した行為は、同規定に違反するからこれを反復しても業務とはいえないとした古い判例がある（名古屋高判昭和31・５・25刑判特３巻11号578頁）。

7　大塚ほか編・前掲（注３）411頁〔矢村宏〕。

8　加入者（講員）が定期的に催される集会（講会）で、口数に応じた少額の金銭を払い込み、それを抽選や入札などの方法で決定された少数の者に交付して金融を与える講を意味する。講会はこのようにして、順次、講員全員が金融を受けるまで開かれる。無尽講、頼母子講ともいう（金子宏ほか編集代表『法律学小辞典〔第４版補訂版〕』（有斐閣・2008）328頁）。

9　大塚ほか編・前掲（注３）412頁〔矢村宏〕。

⑶　占有の概念

㈠　民法上の占有概念

Ⓐ　意　義

民法上の占有概念である占有権は、「自己のためにする意思」をもって物を「所持」することによって取得される（民法180条）。「自己のためにする意思」（占有意思）とは物の所持による事実上の利益を自分が受けようとする意思のことであり、「所持」とは物に対する事実上の支配をいう。[10] たとえば、所有権譲受人・質権者・賃借人・盗人などの所持は、そのような者の所持であるというだけで、自己のためにする意思があるとみられる。このうち占有を法律的に正当なものとさせる基礎となる権利（所有権、賃借権など）を本権という。しかし、何らの本権がなくても占有権は存在するのである。[11]

Ⓑ　代理占有

民法上占有権が成立するには、物を所持することが必要であるが、本人が直接所持しなければならないわけではなく、他人が物を所持し、これに基づいて本人が占有権を有している場合があって、「自己占有」に対する「代理占有」という概念を認めている（民法181条）。たとえば、質権者が動産である質物についてこれを自己の事実上の支配下においている場合には、質権者がこれを「自己占有」していると認められる（同法180条）とともに、その所有者である質権設定者は、これについて質権者を占有代理人として「代理占有」していることとなるが、刑法上は、このような場合、一般には事実上の支配を問題とするので、質権者に当該質物に対する占有が認められる。また、借地人が土地を使用して占有しているような場合は、民法上借地人がこれを「自己占有」していると認められるとともに、土地所有者は、これについて借地人を占有代理人として「代理占有」していることとなる。

Ⓒ　占有補助者

民法上、たとえば、本人（店主）に対して従属的関係に立っている店員が店の品物を物理的に把持していても、社会観念上、それは事実的支配を行っているとはみられず、事実的支配はもっぱら本人に存するとみられ、これを占有す

10　田中嗣久ほか『民法がわかった〔改訂第５版〕』（法学書院・2019）118頁。
11　田中ほか・前掲（注10）119頁。

●監修者・著者紹介●

〔監修者〕

本江　威憙（ほんごう　たけよし）

略　歴　昭和16年生まれ。昭和41年東京大学法学部卒業、昭和43年検事任官（横浜地方検察庁、東京地方検察庁の各地方検察庁勤務）、昭和52年法務省刑事局付、昭和58年司法研修所教官、平成４年東京地方検察庁公判部長、平成５年法務総合研修所研修第一部長、平成７年法務総合研修所総務企画部長、平成11年最高検察庁公判部長、平成12年検事退官。千葉大学法科大学院客員教授、更生保護法人全国更生保護事業振興財団理事長、更生保護法人全国更生保護法人連盟理事長、公証人を経て、弁護士（平成23年第一東京弁護士会登録）・公益財団法人国際民商事法センター監事として現在に至る。

（昭和46年から２年間フランス共和国パリ大学留学）

〔著　者〕

須藤　純正（すどう　すみまさ）

略　歴　昭和26年生まれ。昭和41年東京大学法学部卒業、昭和53年検事任官（札幌地方検察庁、釧路地方検察庁、東京地方検察庁の各地方検察庁勤務）、昭和58年法務省民事局付（法制審議会商法部会幹事－会社法、借地借家法改正立案など）、平成元年大阪地方検察庁検事、平成４年法務総合研修所研修第一部教官（民商事と交錯する経済犯罪を研究）、平成７年東京地方検察庁検事、平成８年福岡地方検察庁小倉支部副支部長、平成11年検事退官、弁護士登録（福岡県弁護士会）、平成18年法政大学法学部教授（刑事法）、平成27年在外研究で渡米（テンプル大学ロースクール入学、米国法学修士号（LL.M）取得）、平成29年在外研究から帰国し、法政大学教員・弁護士（第一東京弁護士会）に復帰して現在に至る。

主な著書・論文　『実務解説株式会社法㈠㈡㈢』（商事法務研究会・1991～1992・共著）、『民商事と交錯する経済犯罪Ⅰ～Ⅲ』（立花書房・1994～1997・共著）、『金融

商品取引法の新潮流』（法政大学出版局・2016・共著）、「民事と絡む建造物侵入事件」（捜査研究45巻４号・1996）、「補助金等不正受交付罪の成立範囲」（『平成21年重要判例解説』（有斐閣・2010）所収）、「旧長銀粉飾決算事件の検討」（法学志林109巻２号・2011）、「デリバティブと賭博罪の成否⑴～⑸」（法学志林109巻４号～112巻３号・2012～2015）、「非監査証明業務（業務指導）担当の公認会計士につき、虚偽記載有価証券報告書提出罪等の共同正犯が認められた事例（最決平成22・５・31）」（判例時報（判例評論）660号・2014）、「北陸新幹線融雪設備工事の条件付一般競争入札にかかる予定価格漏洩事件――官製談合防止法違反被告事件」（公正取引777号・2015）、「担保権侵害の擬律（類型的考察）」（山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣・2017）所収）

経済犯罪と民商事法の交錯Ⅰ
［横領罪・背任罪編］

令和３年２月５日　第１刷発行

定価　本体3,800円＋税

監修者　本 江 威 憙
著　者　須 藤 純 正
発　行　株式会社　民事法研究会
印　刷　藤原印刷株式会社

発行所　株式会社　民事法研究会
〒150-0013 東京都渋谷区恵比寿3-7-16
〔営業〕TEL 03(5798)7257　FAX 03(5798)7258
〔編集〕TEL 03(5798)7277　FAX 03(5798)7278
http://www.minjiho.com/　info@minjiho.com

落丁・乱丁はおとりかえします。　ISBN978-4-86556-417-4　C2032　¥3800E
カバーデザイン：袴田峯男