



白鷗大学大学院法学研究科
法政研究会

研究報告論文 WP08/09（平成 22 年 1 月）

清水 晴生

不法原因給付と横領罪

白鷗大学 栃木県小山市

<http://web.hakuoh.ac.jp/hogaku/pdf/h21houseikennkyuukai8.pdf>

無断複写・複製・転載を禁じます。

©清水晴生

引用する場合は、以下のように記載してください。

清水晴生「不法原因給付と横領罪」白鷗大学法政研究会報告 WP08/09（平成 22
年 1 月）<http://web.hakuoh.ac.jp/hogaku/pdf/h21houseikennkyuukai8.pdf>

不法原因給付と横領罪

清水 晴生

1 問題の所在

大審院大正 8 年 11 月 19 日判決¹ は、盗品の処分を委託された者が処分代金を領得した事案について、委託が民法 90 条により無効であり、したがって委託者は売却により得られた代金に所有権を有せず、このとき受託者に委託者との関係で横領罪は成立しないとした。

しかし大審院昭和 11 年 11 月 12 日判決²、最高裁昭和 23 年 6 月 5 日判決³などは横領罪成立に積極の立場を示し、最高裁昭和 36 年 10 月 10 日判決も「横領罪の目的物は、単に犯人の占有する他人の物であることを以つて足るのであつて、その物の給付者において、民法上犯人に対しその返還を請求し得べきものであることを要件としない。……したがって、所論金員は、窃盗犯人たる第一審相被告人田中進人において、牙保者たる被告人に対しその返還を請求し得ないとしても、被告人が自己以外の者のためにこれを占有して居るのであるから、その占有中これを着服した以上、横領の罪責を免れ得ない」⁴とした。

はたして、不法原因給付であることにより給付者において返還請求できないものについても、判例が述べるように「被告人の物であるといふことはできない」のであり、「自己以外の者のためにこれを占有して居るのであるから、その占有中これを着服した以上、横領の罪責を免れ得ない」といえるであろうか。

¹ 刑録 25 輯 1133 頁。なお本報告のテーマについては、拙稿・白鷗法学 16 卷 2 号でより詳しく検討した。

² 大刑集 15 卷 1431 頁。その上告趣意は、実質的に、のちに最高裁昭和 45 年 10 月 21 日大法廷判決により真正面から肯定されることとなる、不法原因給付であつて不当利得にもとづく返還請求権が認められない場合には所有権も移転するとの前提に立ち、したがって「横領罪成立ノ基礎ヲ缺クニ至ルモノト云ハサルヘカラス」と主張したものであった。

³ 刑集 2 卷 7 号 641 頁。

⁴ 刑集 15 卷 9 号 1581 頁。

2 最高裁昭和 45 年 10 月 21 日大法院判決

最高裁昭和 45 年 10 月 21 日大法院判決は、不倫関係継続目的での建物贈与は公序良俗違反で無効であり、したがって右贈与によっては建物の所有権は受贈者に移転しないものの、贈与の履行が民法 708 条本文にいう不法原因給付にあたるときは畢竟建物の所有権は受贈者に帰属するにいたるとした。即ち、給付者は「不当利得に基づく返還請求をすることが許されないばかりでなく、目的物の所有権が自己にあることを理由として、給付した物の返還を請求することも許されない筋合であるといふべきである。かように、贈与者において給付した物の返還を請求できなくなつたときは、その反射的效果として、目的物の所有権は贈与者の手を離れて受贈者に帰属するにいたつたものと解するのが、最も事柄の実質に適合し、かつ、法律関係を明確ならしめる所以と考えられる」⁵。

- ┌— 1. 不当利得に基づく返還請求はできない
不法原因に基づく給付——┤ 2. 所有権に基づく返還請求もできない
└— 3. 返還請求できない反射的效果として所
有権は受贈者に帰属する

ところで、民法 708 条への異論（内田貴『民法Ⅱ債権各論』563 頁以下参照）等を整理すれば以下のとおり。

民法 708 条に対する異論		再反論
<ul style="list-style-type: none"> ・ 不法な契約だから無効というのならむしろ返還させるべき ・ 返還請求できるとしておくと、受け取る方はたとえ殺人を履行しても取り返されるからそのような不法な契約はしなくなる 	<p>←</p> <p>←</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・ 返還させれば同じ不法原因契約が繰り返され、給付者はリスクを回避しつつ確実な履行を図れる ・ 受益者のリスクは既履行の給付で担保されるので、むしろリスクを給付者に負わせ未履行時に思い

⁵ 民集 24 卷 11 号 1560 頁、1563 頁以下。

		直させるほうが抑止的效果は大きい
大法廷判決の結論に対する反論		再反論
・当事者の法律関係の不安定は自業自得である	←	・不安定のままにしておくことに積極的意味は見出されず、得策でない

3 検討

民事判例上保護される財産権が見出されないにもかかわらず、上掲の一連の刑事判例の事案については客体が「委託」された贈賄資金や盗品やその処分代金であったことから、その場合には不法の原因での「給付」の場合とは区別し、なお保護される財産的利益があるとして横領成立を肯定する立場も有力に主張されている⁶。

その主張の論拠とそれに対する再反論も以下のとおり整理できる。返還請求の余地がない以上、不法原因給付（委託含む）物についての横領の成立を認めるべきではなかろう。

「給付」「委託」区別説の論拠		「給付」「委託」区別説への反論
刑事で問題としているような「委託」の段階で不法原因給付を認めると、受託者が委託者との間の信頼関係を一方的に踏みにじり、財産関係についても、一方的に利益を得ることを容認する結果となる	← ←	・不法な信頼関係を一方的に踏みにじることはむしろ法の実現（「贈賄など）不法な目的の実現を未然に防ぐこと」に資する ・本来民法の目的たる当事者間の公平を民法に反して刑法が図るといふのはおかしい
委託の段階では委託者の返還請求を認めた方が、（贈賄など）不法目的の実現を未然に防ぎうる	←	委託者はリスクを回避しつつ、より確実な実現を図れるともいえる

⁶ 林幹人『刑法各論 第2版』151頁以下。

理論的にも、委託者は受託者に所有権を給付したわけではないのだから、最終的に移転されるまでは、所有権に基づき返還請求をなすうると解すべき

← ・最大判昭和 45 年 10 月 21 日は「返還請求できない⇒所有権移転」としたのであるから、

← 「所有権非移転⇒返還請求できる」という主張は結論の先取りである

・給付でも委託でも、犯罪が目的なら不法原因たる契約は無効（民 90）だから、給付を意図した場合でも所有権の終局的移転はなく民 708 上の終局的移転たる給付は占有移転（登記済不動産は別論）ということになり、だとすると不法原因の内容や給付者の意図が委託にすぎなかったかを重要視しえない