

背任罪における「財産上ノ損害」の意義
と既遂時期

市川道雄

昭和三十一年五月一日東京高等裁判所第六刑事部

判決(東京高等裁判所昭和三十一年五月一日)

(事實) Y縣林務部恩賜林課長であった被告人S及び營林署長であった被告人Nは、相被告人Kと共に謀の上、昭和二十四年八月二十六日より同年十二月二十五日まで計五一回にわたり、賣却代金完納後でなければ現品引渡を禁ずる旨定める縣の諸規則に違反して、當時資材不足のため休業状態にあった右K經營のバルブ工場に對し、林産物たる白檜計一五九八石餘(代金七三萬五千四百圓餘)を引渡し、Kは昭和二十四年度のY縣の出納閉鎖期日たる同二五年五月三十一日以前に右代金の全額を納入したという事實に對し、原審甲府地裁は背任罪の成立を認めた。これに對し、辯護人は控訴し、「代金が現品引渡前に納入されなかったのは事實であるけれども……出納閉鎖日……以前に代金の全額を納入しており……、本件においては代金の納入が遅延したために縣の金庫金に一時的不足を生ぜしめて縣の支出に支障を生ぜしめた事實もなく……縣が追加豫算によってその不足を補ったと云う如き事實も全く存しないところであり、これ等の

點において、『本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタル』事實はないと解すべきである。」と主張して原判決の破棄を求めた。

(判旨) 「背任罪における財産上の損害を加えたるときとは、財産上の實害を發生させた場合だけでなく、財産上の實害發生の危険を生じさせた場合をも包含し、任務違背行為によりかゝる財産上の實害發生の危険を生じさせた場合にはその任務違背行為の終了と同時に背任罪の成立をみるものと解すべきものであるから……本件においては、その代金取立が可能であるか否かにかゝらず、代金を完納させることができるか否かの危険を本人であるY縣に負擔させたものといわねばならない。現に……被告人Nはこの代金取立に苦慮したことを認めることができるのである。そして被告人Kは……背任容疑で司法警察員の取調を受けた後である昭和二十五年五月一日漸く……代金全額を……納入した……のであるから、所論のようにその支拂のあった五月一日は……Y縣の昭和二十四年度出納閉鎖日以前であるとしても、被告人等が本人であるY縣に對し本件白檜の代金支拂につき實害發生の危険を生じさせたことには変わりなく……被告人等の背任罪の刑責は……代金完納により影響されるものではない……」と。

(評釋) 一、本判例の理論は、従来くり返された判例のそれと全く同一である。即ち、第一に背任罪成立要件の一つである「財産上ノ損害」とは實害發生の危険をも含むとし、第二に、本件においては、實害發生の危険即ち代金回收不能の危険を生

一橋論叢 第三十八卷 第二號

じさせたのであるから構成要件を充足するとし、第三に、代金の納入は犯罪の成否に關係なしとし、餘論として背任罪の既遂時期は背信行為終了時であるとするのである。

ところで、従來の判例が「實害發生の危険」を以て足るとしているのは何故であろうか。著名な判例としては、本人に約束手形の裏書人たる義務を負担せしめた事案に關するもの（大正二―一七〇大判、刑錄）、擔保権を失わしめた事案（大正一三年一月一日、一九〇五―一五頁）、擔保権を失わしめた事案（大正一三年一月一日、一九〇五―一五頁）、擔保権を失わしめた事案（大正一三年一月一日、一九〇五―一五頁）、擔保権を失わしめた事案（大正一三年一月一日、一九〇五―一五頁）等があるが、これ等の中で、判例はくり返し「實害發生の危険」を生ぜしめたのであるから背任罪の刑責は免れないと説いているのであり、學説も亦、これに和するものが多い（齋藤・各論、二一六頁、小泉各論二七〇頁等）。

しかしながら、右のような事例は、一部の學者が主張しているように、いずれも「實害發生の危険」ではあるが、同時に「財産上ノ損害」そのものに他ならないのであって、この意味において判例を支持し得ると思うのである（植松・刑事判例評釋一巻六三）。判例は、實害發生の危険を生ぜしめたからという極めて誤解を招きやすい言葉を用いているが、右の諸行為が即ち「財産上ノ損害」であるからと簡明に説くべきであった。背任罪はいうまでもなく所謂危殆犯ではない。實害發生の危険を生ぜしめたが故に同罪が成立するなど説くのは、徒に反論を招くのみである。

「財産上ノ損害」とは法律的な意義におけるそれではなく、

經濟的意義における損害を意味する。法律上債権は存在していても、經濟的には價値の減少であれば、「財産上ノ損害」たるを失わない。即ち、あまねく財産上の價値の減少をい、（大正七年四月七日大判）、積極的たると消極的たるとを問わない。ところが、何が財産上の價値の減少であるかは必ずしも明らかではない。前例の擔保権の喪失や無擔保貸付がこれに當ることは何人も疑われないであろうが、それを決定するのは、結局は社會的經濟的價値通念によらなければならない。

二、さて、従來の判例に對して右に述べたような批判がなされるとすれば、本判旨に對しても同様な批判が加えられる。本判旨においては、殊に、代金回収不能の危険を生ぜしめたが故に背任罪が成立すると説かれていたのであって、さながら背任罪が危殆犯であるかの如き理論構成である。その意味するところが、従來の判例における「危険」と同義であるとするならば、さらに現品先渡が經濟上・財産上の價値の減少であるかを検討しなければならぬ。現品先渡は代金先拂に比して不利益があるのは何人も認めるであろうが、擔保権の喪失や無擔保貸付に比すれば、如何なるものであろうか。財産上の價値の減少はないとも考えられそうである。債権は擔保権があるかどうかにより明かに經濟的價値に差が生ずる。しからば、現品先渡は無擔保債権の取得に他ならないから、無擔保貸付と同様に、財産上の價値を減少せしめる行為であるといわなければならない。

このように、現品先渡行為が「財産上ノ損害」を加えた行為

であると解する限り、背任罪は直ちに成立しているものであって、出納閉鎖日以前に代金全額を納入したとしても、それは犯罪後の弁償に過ぎないから、判旨の云うように「背任罪の刑責は……代金完納により影響されるものではない」。

たゞ、本件のような場合、違法性を缺くのではないかとの疑問を生ずる餘地はあるが、たとえ出納閉鎖日以前に代金を完納したのであつても、それは司法警察員による取調以後のことであり、違法性をも缺くとは云い難いのではないだろうか。

三、背任罪の既遂時期について、判旨に云う。「任務違背行為によりかゝる財産上の實害發生の危険を生じさせた場合にはその任務違背行為の終了と同時に背任罪の成立をみるものと解すべきである……」と。

背任罪は所謂結果犯ではないから、結果發生により初めて既遂に達するのは當然である。たゞ、判例の云うような場合には、任務違背行為の終了と「財産上ノ損害」の發生とが極めて

多くの場合時を同じうするにすぎない。しかし、例えば、無擔保貸付という任務違背行為において、小切手を借主に送付したが、たまたま郵送の事情で返送されたような場合、背任行為は既に終了していると云えるのではないだろうか。即ち、任務違背行為終了時と損害發生時とは一致しない場合もあり得ると思ふのである。すべからず簡明に損害の發生を以て既遂に達すると解すべきである。なお、背任罪の特別罪である横領罪において未遂罪を罰せず、背任罪においては處罰している(五〇條)のは矛盾しているがやむを得ない。背任罪の未遂とは、結局、任務違背行為の完了しない場合と、それを完了しても「財産上ノ損害」を加えるに至らなかつた場合とである。後者は實際上は極めて稀であらう。

(司法修習生)