

背任と横領について

齊藤信宰

一 はじめに

背任と横領についての問題は、刑法各論の中でも難解な問題の一つといわれている。わが現行刑法では、背任罪（二四七条）と横領罪（二五二条以下）は、三七章と三八章というように、体系的には別個に規定されているが、背任も横領も他人の信頼に背いて財産的損害を与える犯罪という点では共通性を有するところから、この両者を横領罪との関連において論ずべきであるとするのが一般的な傾向であるといつてよい。⁽¹⁾ もっとも、横領罪の中でも、占有離脱物横領罪（二五四条）は、委託関係を前提としていないから、横領罪の中における例外規定といえる。

背任罪は、「他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ図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為ヲ為シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタル……」⁽²⁾ ということを要件としていることから分るように、「身分犯」であり、「目的犯」であり、また、「自己若クハ第三者ノ利益ヲ図リ」という文言から、利得的性格をもった犯罪であるといえる。さらに、「本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行為ヲ為シ本人ニ財産上ノ

損害ヲ加ヘタル」ときでも背任罪は成立するとしているから、「毀棄的性格」も含まれると解されている。これに対して、横領罪は、「自己ノ占有スル他人ノ財物ヲ横領」することであり、あるいは公務所から保管を命ぜられた自己の物を横領することである。

すでに述べたように、背任罪も横領罪も他人の信頼に違背する罪であるが、この両者を区別するについて、学説には、いくつかの見解がある。それらを検討してみよう。

二 背任と横領の本質についての学説

(イ) 背任罪の本質 背任罪の本質をどう捉えるかについて、権限濫用説 (Missbrauchstheorie) と背信説 (Treubruchstheorie) の対立がある。権限濫用説の本質は、「法上の処分権限ある者が権限を濫用して事務を処理する点に見出される。いわゆる背信は、権限濫用の意味であり、権限濫用と背信とは表裏の關係にある」とされるように、その処分権限ある者の処分権限の濫用、すなわち代理権を濫用するところにその特徴がある。したがって、背任罪は、財物に対する犯罪というよりも、権利に対する犯罪ということになる。⁽³⁾これに対して、背信説は、背任罪の本質を、信任關係ないし誠実義務に違反して財産を侵害する犯罪として把握し、しかも、法律行為に限定しないで事実上の信任關係を破壊する事実行為であれば足りると解しており、判例・通説も背信説にしたがっている。⁽⁴⁾

もっとも、権限濫用説の立場からは、背信説によれば、背信行為ということは、不正確な表現であり、これによることは背任罪の成立範囲を不正確にしてしまうと批判されている。⁽⁵⁾

(ロ) 横領罪の本質 横領罪の実行行為である「横領」については、越権行為説と領得行為説の対立がある。越権

行為説によれば、横領とは、行為者が委託物に対して、その権限を越えた行為を行なうことよって委託に基づく信任関係を破壊するところにあるとする。これに対して、領得行為説によれば、自己の占有する他人の物を不法に領得することであるとされている。この両説を区別する実益は、一時使用の目的で物を処分する場合、横領罪の成立をみとめることができるか否かというところにある。すなわち、越権行為説によれば、委託に基づく信任関係の破壊が横領であると解しているから、不法領得の意思は不要ということになる。したがって、占有物を毀棄・隠匿する目的で自己の占有する他人の物に対する処分行為を行なった場合でも横領罪は成立することになる。しかし、領得行為説によれば、横領の本質は、「自己ノ占有スル他人ノ物ヲ不正ニ領得スルノ意思ヲ實現セシムル一切ノ行為ヲ謂フ」と解しているから、横領には「不法領得の意思」を必要とし、毀棄・隠匿の目的がある場合には、不法領得の意思が存在しないので横領罪の成立は否定されることになる。

三 背任罪の本質に関する学説の検討

背任罪の本質をどのようにとらえるかについて、権限濫用説と背信説があることはすでに述べた。そこで、以下においては、両説を検討してゆくことにする。

権限濫用説によれば、背任罪は、法律上の処分権限ある者の権限濫用であり、横領罪は権限濫用ではなく、特定物または特定の利益の侵害であるとする。権限濫用説を主張される滝川博士によれば、「例えば、私が友人に対し、本屋から本を買うことを委託し、友人は委託に応じて本を買いながら、私に渡す前に売払ったとする。背信説によると、友人は背任罪を構成する。これに反して、私が貸与した本を無断で売却した友人は横領罪を構成する。前の場合

は、背信行為という理由で背任罪になり、後の場合は典型的な横領罪になる、ということになる。しかし、二つの例において、背信ということが、かように二つを区別する標準として適當であるかどうか疑わしい。友人が私のため、本を購入する委託に背いたことは背信行為にはかならないが、友人が私から借りた本を無断で売却することも、同じく背信行為といわねばならない。両者を区別して取扱うことは、物の自然の見方ではなく、また、一般の法感情にも反する⁽⁷⁾とされている。この見解は、背任の本質を権利の濫用に対する罪としてとらえる点で明確である。しかし、一方で、背任罪が権利の濫用のみに限られるのかという疑問も生じる。たとえば、単に帳簿に虚偽の記入をして財産上の損害を与えたというような場合には、背任罪は成立しないことになる。また、「権利に対する犯罪は、背任罪だけでなく、強盗罪・詐欺罪・恐喝罪における『二項犯罪』がこれを包括しているので、権利に対する犯罪という特性を過度に強調して、背任行為の本質を権限濫用に求めるのは妥当でない。」「権限濫用説が法律行為についてだけ背任罪の成立を認め、事実行為による背任を否定するのは、任務に違背して極めて当罰性の強い事実行為を不当に免責することになる⁽⁸⁾」といった批判がなされている。たしかに、背任罪は、「他人ノ為其事務ヲ処理スル者……」が主体となるが、他人の為その事務を処理する者とは、一般に法律上の処分権限ある者の権限濫用に限らないと解されている。判例も、「刑法第二百四十七条ニ於テハ他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者云々ト規定シ他人ノ事務ヲ処理スルニ至リタル原因ノ如何ヲ限定セサルヲ以テ毫モ之レヲ法令又ハ契約ニ因リ他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者ノミヲ指称スト解ス可キ理由アルコトナク却テ義務ナクシテ他人ノ為メ其事務管理ヲ為ス者ヲモ包含スル趣旨ナルコト明白ナリ⁽⁹⁾」として、背任罪の主体となるべき範囲を権限濫用説のいう主体よりも広く解している。このように、学説の多数と、判例は、背信説の立場に立っているが、信任関係の内容については、無限定に拡がることを制限しようとする傾向に

ある。そのために、「行為者が、本人の事務を処理するについて、社会観念上、負担しているとみられる権限を濫用して行われた背信的義務違反行為のみに犯罪性を認めるべき」⁽¹⁰⁾であるといった考え方が有力に主張されている。具体的には、信頼関係の定型的・本質的内容が、まさに財産管理義務を構成することや信頼関係を生ぜしめる事務の時間的継続性、範囲の包括性、事務処理者に与えられる活動の自由・独立性を一応の基準として、信頼・義務関係が検討されることになる。このように、近時の学説は、基本的には背信説を採りつつも、さらに、その内容については、いかなる範囲までを「任務ニ背キタル」として制限を加えようとするかが焦点となってきたといつてよいであろう。そこで、「他人ノ為メ其ノ事務ヲ処理スル者」という点について検討してみよう。この文言は、「任務ニ背キ」と併せて解釈する必要がある。つまり、背任罪における「事務」は、それを「処理する者」が「任務に背いて」行なうということに注意しなければならない。したがって、「処理する者」とは、法令によると、法律行為に基づく場合や慣習上・事実上の事務処理権限のある者を含む。そうすると、「他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者」という主体については、広い意味で事務処理権限のある者ということになる。

なお、「他人の事務」については、これを財産的事務に限るかどうかで争いがあるが、背任罪が財産罪として現行刑法上、位置づけられていることを根拠に「他人の財産上の事務」と解する説が、最近、有力に主張されている。⁽¹¹⁾しかし、本人に財産的損害を加えるという点に注目するならば、そのための事務の性格は、必ずしも財産上の事務に限定しなくてもよいように思われる。⁽¹²⁾

ところで、「他人の事務とは何か」ということが問題になるが、とくに、当該事務処理が自己に固有の事務処理であるかどうかということ簡潔に説明するのは容易ではない。この点について、判例と学説では見解に相違がみられ

る。判例の立場を要約するならば、処分行為が自己の計算ないし名義でなされた場合には横領罪が成立し、本人の利益ないし名義でなされた場合には、背任罪が成立するといつてよいであろう。学説の中には、これにしたがうものもあるが、この見解は、一般的な標準とはなりえても、なお、決定的な標準とはなりえていないとの批判もなされている。そこで、判例の立場をさらに発展させ、「委託物の処分に関して横領罪ではなく背任罪の成立が問題となるのは、それが、本人のための事務処理として、委託の趣旨に含まれた権限の範囲内における濫用にすぎないと考えられるばあいであり、そのばあいは、委託物の領得行為は在存せず、委託された事務そのものに関して一定の信頼関係に違反し本人の全体財産に損害を加えるという側面が問題とされるのである。要するに、横領罪が成立するのは、委託物について権限の範囲をこえて所有者でなければできないような処分行為がなされるばあいであり、背任罪が成立するのは、それ以外の権限の範囲内における濫用にすぎない処分行為によって本人に財産上の損害を加えるばあいである」⁽¹³⁾とする説がある。この説では、権限の範囲内か範囲外かの判断基準をどうすべきかという新たな問題がでてくる。そこで、背任罪の成立要件のうちで「自己若クハ第三者ノ利益ヲ図リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ」という文言から、行為の客体に注目し、財産上の利益に対する場合が背任であるとする説がある。⁽¹⁴⁾ わたくしも、行為の客体によって——すなわち、財物に対する場合が横領罪、財産上の利益に対するのが背任罪とする——両者を区別する説が妥当ではないかと考えている。この点については後述する。

四 横領罪の本質に関する学説の検討

横領罪の実行行為である横領については、領得行為説と越権行為説または不法処分説の争いがある。領得行為説に

よれば、横領とは、不法領得の意思で行為を実現することをいう。つまり、横領罪が成立するためには、自己の行為が権限を越えるという認識（故意）のほかに、不法領得の意思が必要ということになる。これに対して、越権行為説は、横領とは、委託信任関係の破棄であり、行為者が占有物に対して、その権限を越える行為があればよく、不法領得の意思は不要であるとする。また、不法処分説（義務違反説）によれば、横領とは、「他人の物の占有者が、その委託者に対して、委託の趣旨にしたがって物の保管をする法律上の義務を負担するのに、その義務に違反して物を不法に処分すること」⁽¹⁵⁾であって、不法領得の意思は不要であるとされる。そこで、横領罪の成立にとって、不法領得の意思が必要かどうかという点について検討してみよう。

横領に不法領得の意思を必要とする学説によれば、横領とは、委託された他人の物を不法に領得するという意思を必要とするのであるが、その理由として、たとえば、目的物を毀棄・隠匿する場合に、これを横領と区別するのが、不法領得の意思であるとする。越権行為説によれば、いやしくも権限を越えた行為であれば横領行為となるのであるから、行為者が毀棄・隠匿・一時使用という目的をもっていても、横領罪が成立することになる。逆に、領得行為説によれば、不法領得の意思こそが、横領と毀棄・隠匿を区別する根拠になるとする。そこで、他人からの委託物を毀棄・隠匿あるいは一時使用したという場合をもう少し検討してみよう。

越権行為説によれば、横領の本質を信任関係を損う越権行為に求めるから、越権行為があることによって、刑法的保護を必要とする財産権の侵害があることになり、それだけで横領罪が成立すると解する。したがって、たとえば、自己の占有する他人の物を毀棄・隠匿・一時使用した場合において、たとえ行為者がそのような意思で行なったとしても、占有物を毀棄・隠匿・一時使用することが、そもそも本人に対する誠実義務に違反した財産侵害行為としてと

らえることができるから、横領をみとめてよいのではないかということになる。このような考え方は、「自己ノ占有スル他人ノ物」に対する第一次的な行為が重視されることになる。つまり、自己の占有する他人の物を毀棄・隠匿しようとしたとしても、それ以前に他人の物を自己が占有しているものであるから、その占有している物に対する信任に違背することが重要なのであって、それを毀棄・隠匿しようが、一時使用しようが、そのことは重要ではないのである。したがって、毀棄等の目的があつたとしても、それは、二次的なものということになる。すなわち、自己の占有する他人の物を毀棄しようとする場合、そのこと自体が越権行為の一態様を成すと考えることができるから、越権行為の方が妥当であると思われる。

領得行為為説の場合は、自己の占有する他人の物ということを前提にして、毀棄・隠匿が考えられなければならないにもかかわらず、この前提が見落されているように思われる。換言するならば、領得行為為説は、横領罪の本質を委託信任関係違反（背信的犯罪）であるとしながらも、毀棄・隠匿等の目的が行為者に存在する場合には、それが背信行為より前段階において評価されているように思われる。しかし、それは逆であつて、横領罪の本質を委託信任関係違反としてとらえるかぎり、信任関係から出発して、それに違背する行為は、すべて横領罪として考える方が妥当であると思われるし、そう解することの方が横領罪の性質にも合致していると思う。

五 背任罪と横領罪の区別

背任罪の本質をどのように理解するかをめぐって、権限濫用説と背信説との対立があり、今日では、判例・通説とも背信説を支持している。また、横領罪においても、横領行為の本質をどのように理解するかをめぐって、越権行為

説と領得行為説の対立がある。そして、横領罪の性格についても、背信的性格を主張する説と領得的性格を主張する説⁽¹⁷⁾とがある。背信的性格を主張する説は、委託物横領罪を横領罪の基本的類型としてとらえるのに対し、領得的性格を主張する説は、遺失物横領罪を横領罪の基本的類型としてとらえている。わが国では、背信的性格を主張する学説が有力である。そこで、横領も背任も信頼関係の違背であるとすれば、両者はどのようにして区別されるべきかが問題となる。すでに述べたように、わたくしは、財産上の利益に対する場合が背任であり、財物に対する場合が横領であると解している⁽¹⁸⁾。そこで、この点について検討してみよう。

背任罪は、「他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ図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為ヲ為シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタ……」ることによって成立する。そして、「第三者ノ利益ヲ図リ」という文言から、背任罪は、財産的利益に対する侵害ではないかと解されるのである。しかし、この考えに對しては、「財物についての背信行為といえども、その財物じたいを領得したものでなければ背任罪の成立をみとめるべきである⁽¹⁹⁾」とされ、質権者が質物として受けとった物件を、第三者が質権者の委託を受けて保管中、これを質物所有者に交付する行為は、質物についての背信行為ではあるが、直接には質権を保護するものであるから、背任罪が成立するという判例⁽²⁰⁾をあげている。たしかに、「本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘ」るには、「利益」のみならず「財物」を対象にすることも可能なはずである。つまり、背任罪の場合は、「本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタル」ことが重要なのであって、その手段となる行為が財物を対象にする場合もあることはいうまでもない。これに對して、横領罪は、「他人ノ物ヲ横領」すると規定しているから、財物を対象とし、かつ財物を領得することを行為の中心としていることは明らかである。そこで、背任罪について検討するに、背任罪においては、他人のためにその事務を処理する者が、自

己もしくは第三者の利益を図り、または本人に損害を加える目的でその任務に背く行為をなし、それが、本人に「財産上」の損害を加える目的でなされた行為であったかどうかを検討されなければならない。その際、問題となるのが「財産上の損害」ということである。もし、背任罪が財産上の利益を客体にするのであれば、物的損害を加えることは背任罪にならないことになる。しかし、背任罪の客体が「財産上の利益」であるとしても、なお行為の客体に財物も含まれると解する。なぜなら、問題は、物的損害によって被る財産上の損害が意味をもつと解するからである。したがって、横領と背任を区別するのは、当該行為から生じる損害が「物的損害」に止まるか「財産上の損害」を加える目的をもっていかどうかによる。それゆえに、横領の場合には、「横領行為」すなわち、自己の占有する他人の物を「着服」したり「売却」するといった行為に出ればよく、背任は、任務に背く行為を行ない、それによって本人に財産上の損害を加えればよいのである。つまり、「財産上の損害を加える」ことが、背任罪の特徴ともいえるから、たとえば、物を「壊す」ことも財産上の損害となりうるが、背任罪は、物を「壊すことそれ自体」を問題にするのではなく、「壊すことによって生じる」財産上の損害を目的とする点も重視していると解するのである。したがって、物を壊したとしても、そのことによって、本人に財産上の損害を生じさせるといふ目的が存在しなければ、背任罪は成立しないことになる。それは、物を壊すことによって、当然には、自己もしくは第三者の利益を図るとか、本人に損害を加えるという目的は達成されていないからである。このように、物を壊しても、背任罪の成立に必要な「目的」が存在しなければ、器物損壊罪が成立するにすぎない。また、背任罪の成立に必要な目的をもって物を壊したとしても、実際に、本人に財産上の損害が生じなければ、「財産上の損害を加えた」ことにはならない。このように、背任罪の成立には、自己もしくは第三者の利益を図ったり、または本人に損害を加える目的で「その任務に

背く行為をなし」本人に財産上の損害を加えることである。換言するならば、任務に背く行為によって、さらに、本人が、財産上の損害を受けることが必要である。背任罪においては、一定の目的をもち、その目的達成のために任務に背き、本人に財産上の損害を加えることが要件とされているが、目的が達成されなかり器物損壊罪が成立し、背任罪の未遂とはならない。背任罪の未遂が成立するのは、背任の目的をもってなした行為が、器物損壊というような実害を発生させなかった場合である。

六 個別的問題の検討

(1) 不当貸付 不当貸付とは、金融機関における貸付・現金保管等の事務担当者が、所定の手続を経ないで、ほしのままに貸付をした場合である。これが、業務上横領罪になるのか背任罪になるのかが問題になる。そもそも不当貸付は、貸付・現金保管等の事務担当者が不当に貸付をするわけであるから、任務違背の行為であることは疑いない。しかも、所定の手続を経ないから、この場合を貸付・現金保管等にあたる者の事務処理としての貸付をしたとみとめることはできないから、単に自己の占有する他人の物を横領したということにはかならないであろう。もっとも、「原則として本人名義で貸付がなされたときには、背任罪を構成すると解すべきである」という考えもあるが、この考えによれば、形式的な名義による場合、内容の如何を問わず背任罪の成立をみとめることになってしまう。たとえば、他人の物の占有者が、ほしのままにその物を別人に贈与することも、本人名義でなされているということによって、背任罪となってしまうが、それは妥当ではないといわなければならない。このような場合には、処分行為が抽象的権限の範囲を越えているから横領罪であるとされる。⁽²²⁾ 名義如何の問題について、牧野博士は、「名

義の如何は、行為の実体に影響を及ぼすべきものとは考えられない。それは、その行為において用いられた手段の差異というだけのことである⁽²³⁾とされる。たしかに、名義の如何によって罪名が変わるといえるのは、あまりに形式的にすぎらるであろう。わたくしは、背任罪と横領罪の区別を客体によって区別しようとする考えであるから、不当貸付の場合には、「自己ノ占有スル他人ノ物」に対する委託信任関係違反としてとらえるので、不当貸付は横領罪であるとする考えが妥当であると思う。

(2) 不良貸付 不良貸付とは、回収の不確実な相手方にそれを承知で貸付をするような場合である。貸付したが本人のための事務処理として行為者の権限内に属し、このため、任務違背といえないとしても、予め回収の不確実な相手方に貸付をする場合であるから、横領か背任かが問題になるであろう。不良貸付の態様は、消費貸借、手形割引、当座貸越等その態様を問わないが、貸付したいが本人のための事務処理として行為者の権限内に属することを前提に、その者が人的・物的担保をとることなく貸付け、本人に財産上の損害を加えたときに背任罪が問題となる。無担保の貸付あるいは担保の不十分な貸付は、一般に貸付金の回収不能を来たすおそれもあるとして任務違背とみとむべき場合が多いと解されている。⁽²⁴⁾不良貸付の場合において、貸付たいは本人のための事務処理だとしても、そもそも回収不能を来たすおそれのある者への貸出しは、第三者の利益を図るための任務に背く行為といわなければならぬから、背任罪が成立すると解するのが妥当であろう。牧野博士は、「不良貸の場合においては自己の占有する金銭についての行為であるから、それは横領罪に属するものと解する。すなわち、不良貸は、他人の財物を保管する者が権限を超えてその財物を処分したもの⁽²⁵⁾」であるとされる。たしかに、形式的には「自己の占有する金銭」であり、したがって、「財物」であるから、横領と背任を客体によって区別しようとする考えからは、財物に対する場合には

横領罪が成立するとの考え方も可能である。そこで、不良貸付の場合には、常に背任罪が成立すると考えるのではなく、事実を詳細に検討することによって背任か横領を区別する必要があるように思われる。すなわち、不良貸付の場合、その回収の可能性を考慮にいれて、当初からその全額（元金・利息）が回収不可能であることが明らかの場合には、横領罪が成立すると考え、一部（利息）の回収が不可能な場合には、背任罪が成立すると考える。つまり、初めから全額回収不能を知っていた場合には、第三者の利益を図るということにはならず、したがって、財産上の損害ではなく、財物そのものの横領となり、横領罪を構成する。

このように、不良貸付は、常に横領罪を構成するのではなく、その内容を吟味することによって、財産上の利益か財物かということが明確になる。このような理由により、客体のちがいによって横領罪と背任罪を区別することは可能であると思う。

(3) 債務負担 債務負担とは、権限の範囲を超えて、あるいは権限を濫用して、本人に債務を負担させる行為である。債務負担を財産上の損害と考えれば、客体のちがいによって横領罪と背任罪を区別するという立場から、背任罪の成立をみとめるのに問題はない。

なお、債務の負担は、財産上の損害かそれとも財産上の損害の危険に止まるのかという点が、既遂時期との関係で問題となる。判例の中には、損害の発生によって背任罪は既遂になるとしたものもあるが、⁽²⁶⁾財産的実害を生ぜしめた場合だけでなく、実害発生の危険を生ぜしめた場合も含むとした判例もあり、⁽²⁷⁾実害発生の危険を生ぜしめた場合も含むとする判例の立場が支配的である。

また、背任罪にいう「財産上の損害」ということについて、判例は、「刑法第二百四十七条ニ所謂財産上ノ損害ト

ハ汎ク財産上ノ価値ヲ減少スルヲ云ヒ論旨ノ如ク狹義ニ解釈スヘキモノニ非ス。而シテAヲシテ約束手形ノ裏書人タル義務ヲ負担セシムルハ同人ノ財産上ノ価値ヲ減少スルモノナルコト論ヲ俟タ(ない)(28)として、債務の負担それ自体を財産上の損害(既遂)としている。すなわち、この判例によれば、裏書と同時に背任罪が既遂になることになる。その理由として、「経済的に見れば、保証債務を負担していること自体ですでに本人の信用を低下させることになるから、財産的価値の減少を現実にもたらす」とか、「法律上不利益を受ける虞のある地位が作られたときは、それだけで損害の発生があったものとせられる」とか、「債務の負担は、『本人の信用を低下させることになるから』、財産上の損害となると理由づけるべきではなく、債務を負担すれば原則としてその履行を免れえないところに財産上の損害があったというべきである」といったことが挙げられている。これらの説は、いずれも核心をついていると思うが、もし、実害発生がなくても既遂をみとめるというのであれば、むしろ、背任罪の本質を「任務違背」であると解することを前提にして、その点を強調すべきではないかと思う。そうでなければ、実際に「財産上の損害」が発生していないのに既遂をみとめるという矛盾が生じてしまうであろう。その意味で、「被告人等カ右会社ノ取締役トシテ為シタル金銭債務ニ対スル連帯保証ハ会社ニ対シテハ何等ノ効力ヲ及ホスモノニ非サルカ故ニ会社ハ其ノ責ニ任スヘキ理由ナク從テ之ヲ以テ直ニ会社ニ損害ヲ被ラシタルモノト做シタルハ其ノ当ヲ得ス。故ニ被告人等ハ更ニ進シテ会社財産ヲ以テ該保証債務ノ履行ヲ為シタルトセハ格別原判示ノ程度ヲ以テハ未タ以テ背任罪ノ構成要件ヲ具備シタルモノト謂フヲ得ス」とした判例は、妥当であると思われるが、「保証債務」の負担そのものが背任罪を構成するとの立場からは、批判がなされている。すなわち、「すくなくとも当該無効の保証をなした取締役等に事実上当該の保証債務を履行する意思があるかぎり、経済的には損害がある」といえるし、「ことに背任行為が私法上無効であっても

犯罪の成否に関係ないとするのが判例の立場である⁽³³⁾。ことから疑問であるとされている。つまり、「実害発生の危険」ということに重点を置くのであれば、私法上、有効か無効かということによって、この危険は変わるものではないということになるからである。

それはともかくとして、通説からは、背任罪は、いわゆる危険犯ではなく、また、別に未遂犯が処罰されるから、単なる「実害発生の危険」だけで背任罪の要件が充たされるとするには問題があるとされている⁽³⁴⁾。とくに、債務負担の場合、「財産上の損害」時期をいつにするかということとは難かしい問題である。この点について、最高裁昭和五八年五月二四日の決定（刑集三七巻四号四三七頁）は、「刑法二四七条にいう『本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキ』とは、経済的見地において本人の財産状態を評価し、被告人の行為によって、本人の財産の価値が減少したとき又は増加すべかりし価値が増加しなかつたときをいうと解すべきであるところ、被告人が本件事実関係のもとで同協会を以てKの債務を保証させたときは、同人の債務がいまだ不履行の段階に至らず、したがって同協会の財産に、代位弁済による現実の損失がいまだ生じていないとしても、経済的見地においては、同協会の財産的価値は減少したものと評価されるから、右は同条にいう『本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキ』にあたるべきである」として、実害発生の危険があれば既遂になるとする立場を採っている。しかし、現実には債務を負担したことそのことによって、財産上の損害があったと考えるべきではなく、実害の発生を待つて、はじめて財産上の損害があったと考えるべきではなからうか。あるいは、債務負担したいを財産上の損害とみることができるのは、債務負担をすることによって、同時にそれが本人に別の財産上の損害を与えるような場合でなければならぬであろう。

(4) 担保権の毀滅 担保権の毀滅とは、債権者のために担保物権を管理する者が、担保物権の価値を損った

り、あるいは担保権を喪失させる行為をすることであるが、そのような場合には、それによって本人たる債権者に経済的利益の損失をもたらすことになるから、背任罪の成否が問題となる。

判例によれば、質権者から委託を受けて質物を保管している者が、質物所有者の依頼により、ほしのままにその質物を所有者に交付して質権を消滅させてしまったというような場合⁽³⁵⁾、質権設定の委託をうけた者が、質権の目的物を質権者の代理人として保管すべき任務のある場合、該質権を第三者と通謀して、自己および第三者の利益を図り、これを売却処分し、質権設定を不能ならしめたときは背任罪を構成するとしている⁽³⁶⁾。この場合、問題となるのは、担保権の管理が、管理者にとって他人（債権者）のための事務といえるかという点である。つまり、任務違背といえるためには、他人のために他人の事務を処理するという身分がなければならぬ。そこで、この身分関係が成立するためには、他人の事務ということについては、本来、その他人がなしうる行為であり、これを行為者が代って行なうものであるということが必要であり、これには、「縦の信任関係」ないし「対内的信任関係」を保護する必要がある⁽³⁷⁾。したがって、「他人の物品を管理する場合でも、他人に代ってなすという関係にない場合には他人の事務とはいえない」ことになり、「他人に対して債権的給付義務を負うにすぎない場合は自己の事務にすぎないということになるであろう⁽³⁸⁾」から、他人の事務を処理するといえるためには、積極的な関係において事務を処理するということが必要である。これらのことを考慮して、右に述べた判例を検討した場合、いずれの場合においても背任罪をみとめることについて問題はないと思う。ただ、信任関係という点からすれば、背任罪における信任関係は、横領罪における信任関係よりも、やや厳格に捉えられることになる⁽³⁹⁾。

(5) 蝟配当 蝟配当とは、会社の取締役が、配当可能な利益がないにもかかわらず、仮装して株主に利益配当

をすることである。これは、実際には、会社に配当可能な利益がなかったのであるから、利益配当を行なえば、当然、会社の財産を減少させることになるので、背任罪の成否が問題となる。

ところで、背任罪は、「自己若クハ第三者ノ利益ヲ図リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背」くことであるから、蝟配当が、本人のためになされる場合（たとえば、本人たる会社の信用を維持するという目的のため）には、背任罪の構成要件を欠くことになるであろうか。この点について、判例は、「所謂自己ノ利益ヲ図ル目的トハ身分上ノ利益其他総テ自己ノ利益ヲ図ル目的ナルヲ以テ足レリトシ必スシモ其財産上ノ利益ヲ図ル目的ナルコトヲ要セス。又同条ノ罪ハ所謂目的ヲ特定シタル罪種ニ属シ從テ他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者カ其任務ニ背キタル行為ヲ為シ本人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テモ自己若クハ第三者ノ利益ヲ図ル目的又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ニ出テサルトキハ之ヲ罪ト為ス可キ行為ナリトセサルヲ以テ若シ其目的ニシテ本人ノ利益ヲ図ルニ在リトスレハ之ヲ罰セサルモノト云ハサルヲ得ス」としている。⁽⁴⁰⁾このことは、会社の利益を主に考えるかぎり、それに付随して自己または第三者の利益が図られたとしても背任罪とはならないということになる。しかし、それでは、会社の利益という名のもとに蝟配当が公然となされるおそれもでてくる。そこで、蝟配当がなされたことによって、結果的には「本人に損害ヲ加フル」ことになっている事実をどうとらえるかが問題となる。それは、「其任務ニ背キタル」ということとも関連するが、そもそも利益がないのに利益があったように仮装すること自体、取締役としての任務に背くことになるのではなからうか。結局、理由の如何を問わず、蝟配当は、自己若くは第三者の利益を図りその任務に背いて本人に財産上の損害を加えたことにほかならない。

たしかに、会社の信用を維持するという目的があることによって、本人に損害を加えるという目的は否定される。

しかし、その目的は、自己もしくは第三者の利益を図ることと並列に置かれているのであるから、自己もしくは第三者の利益を図りその任務に背く行為をなし、本人に財産上の損害を加えれば背任罪は成立する。本人に損害を加えないといえるためには、自己もしくは第三者の利益を図るといふ目的がない場合において考えられることである。したがって、自己もしくは第三者の利益を図るといふ目的があることによって、本人に損害を加えるという目的は直接なくても背任罪は成立することになろう。

(6) 管理財産の不当換価処分 管理財産の不当換価処分とは、財産の管理を委託された者が、その財産状態を悪化させるような処分行為をすることである。他人の財産の管理を委託された者は、本人のためにその財産を誠実に保全すべき任務を有することは当然である。したがって、管理財産の売却価格の決定について、権限を有するか否かに関係なく、管理財産を不当に廉価で売却する行為は背任罪を構成する。管理財産の不当換価処分は、結局、それが不当な換価であるかどうかの問題となるが、不当な換価といえるかどうかは客観的に判断されなければならない。したがって、目的物を換価する場合でも、具体的に本人から金額をいわれていた場合には、それに従わなければならない。ただ、その際、背任罪を構成するといえるためには、不当といえる金額でなければならぬから、本人からいわれた額と異なることが直ちに背任ということではない。つまり、不当な金額といえるかどうかは任務に背くということに関連する。そのほか、故なく貴金属、有価証券、その他の重要な動産を時価で換金する場合、価格の変動が蓋然的に期待できるにもかかわらず、本人に不利な時期に換価処分することは、背任罪を構成するとされている。⁽⁴⁾

(7) 二重抵当 二重抵当とは、たとえば、Aが、自己の不動産に債権者Bのためにいったん抵当権の設定契約をしたのち、未だ、その登記がなされないのを利用して、Cからさらに金銭を借り受けCにあらたに抵当権を設定し

てその登記を完了するような場合である。抵当権の優先弁済順位は、登記の順位によるから、右の場合には、後から登記を完了したCが一番抵当権を保持し、第一の抵当権者Bは二番抵当権者ということになる。この場合、第一の抵当権者Bと第二の抵当権者Cに対して如何なる犯罪が成立するのであろうか。判例は、古く、第二の抵当権者Cに対して詐欺罪をみとめた⁽⁴²⁾。しかし、現在では、第一の抵当権者Bに対する背任罪の成立をみとめている⁽⁴³⁾。そこで、問題は、AがBに対して設定した抵当権設定契約に関して、第一順位の抵当権を失わせたことに対して背任罪を構成するかということと、AのCに対する抵当権設定行為は詐欺罪になるのかということが検討されなければならない。この点に関する学説は、(イ)第一の抵当権者に対する背任罪だけが成立するという説⁽⁴⁴⁾、(ロ)第一抵当権者に対する背任罪と第二の抵当権者に対する詐欺罪との観念的競合説⁽⁴⁵⁾、(ハ)両罪の法条競合説などが対立している。

そこで、背任罪が成立するかどうかで問題となるのは、抵当権設定者が、「他人のためにその事務を処理する者」といえるかどうかということである。右の例において、二重抵当が、第一の抵当権者Bに対する背任罪を構成するとすれば、そこには、AのBに対する関係で「他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者」という地位(身分)がなければならない。つまり、「登記協力義務」の法的性格である。これについて判例は、「抵当権設定者はその登記に関し、これを完了するまでは抵当権者に協力する任務を有することはいうまでもないところであり、右任務は主として他人である抵当権者のために負うものといわなければならない⁽⁴⁷⁾」としている。ところが、右の判例において、抵当権設定者(A)は、抵当権者(B)の要求に応じて白紙委任状、印鑑証明、権利証等、登記に必要な書類を一括して交付しているの⁽⁴⁸⁾で、Aがなすべき事務はすでに完了しているという点を考慮しなければならない。このように、登記に必要な書類をBに交付した場合でも、Aに対し登記に協力すべき義務が依然としてみとめられるべきかどうか争点になる。この

点については、Aの登記協力義務はすでに果されているから、任務に違反したとまではいえず、したがって、背任罪は成立しないという考え方もある。⁽⁴⁸⁾ たしかに、既に登記に要する一括書類をBに交付した以上、登記協力義務は民法上、契約上は完了したものとすべきにかかわらず、なお、背任罪の成立をみとめる見解は、抵当債務者たるものは、信義誠実の観念上、第一抵当権者をして一番抵当権者たらしめる信頼関係があるとみる背信説によって基礎づけることができる。したがって、Bが一番抵当権設定登記を完了することによって、その地位を確保することは、抵当権者の事務であるとすれば、抵当権設定者としては、この事務に協力すべき地位は、まさに他人のためその事務を処理する者となる。しかも、この事務は、積極的に登記手続に協力することによって処理しうることはもとより、消極的に抵当権者のなす登記手続を妨害しないことによっても処理しうる性質の事務であるという見解がある。⁽⁴⁹⁾ 結局、抵当権設定者としての事務は、抵当権者が登記を終了するまで何らかのかたちで積極的・消極的に協力義務を負わねばならないのではなからうか。

次に、財産上の損害という点について検討してみよう。二重抵当における財産上の損害について、特に争いのあるのは、抵当権の順位が後順位とされたこと、特に、不動産の価値が十分あって、二重抵当でも十分に余力がある場合でも、財産上の損害といえるかどうかという点である。財産上の損害を実質的に考えるのであれば、不動産の価値が十分あり、二重抵当でも十分に余力があれば、実質的損害はないということになるから、背任罪は成立しないことになる。しかし、背任罪における損害は、経済的損害であれば足りることから、一番抵当権付債権と二重抵当権付債権とは、債権の資産としての経済的評価を異にするから、順位の後退があったときは、それ自体ですでに損害が発生したものとみて差し支えないという考え方もある。⁽⁵⁰⁾ たしかに、不動産の価値が十分あって、二重抵当でも十分に余

力があれば「財産上ノ損害」はないように思われる。しかし、抵当権の順位は、債権の経済的評価に影響をおよぼすものであるから、それは損害になると解してよい。したがって、二重抵当は、第一の抵当権者に対する背任罪を構成するといつてよい。

ところで、第二の抵当権者Cに対しては、すでにBに抵当権を設定している事実を隠しているわけであるから、Cに金品を交付させることが詐欺にならないのかどうかを検討されなければならない。つまり、Cに対する抵当権設定の事実を告知しないことが詐欺罪にいう欺罔行為といえるかどうかである。詐欺罪における欺罔行為とは、相手方を錯誤に陥れ、財産的処分行為を行なわしめる行為である。不動産取引において重要な登記である。そこで、Bにはすでに抵当権設定契約がなされているのであるから、詐欺罪が成立するという論者の主張は、Cが、もしBに対する抵当権設定の事実を知れば、金員の融資をしなかったといえる事情があればよいということを前提にしている。⁽⁵¹⁾これに対して、詐欺罪の成立を否定する論者は、第二の抵当権者Cは、実質上、期待どおりに一番抵当を取得しているのであるから、理論上はともかく、実務上はこれを詐欺罪に問うべきではないとされるのである。⁽⁵²⁾しかし、二番抵当権者は、あくまでも二番抵当者であつて、一番抵当権者ではない。問題はその点にあるのである。そして、一番抵当権者がいる以上、その者が登記を先んじる可能性は常にある。このような可能性があるにもかかわらず、事実を隠匿してCを一番抵当権者のようにしてあつかひ、金員の融資を受けるのは詐欺罪を構成すると解してよいのではなからうか。⁽⁵³⁾

七 背任罪と詐欺罪の関係について

背任罪には、欺罔的要素が多かれ少なかれつきものである。そこで、背任行為が、本人に対する欺罔を手段として行なわれた場合には、両者の関係はどのようになるであろうか。すなわち、他人のためにその事務を処理する者が、欺罔的手段によって信任関係を違背し、自己または第三者の利益をはかり、本人に損害を加えた場合が問題となる。

この点について、判例によれば、「他人の委託によりその事務を処理する者が、その事務処理上任務に背き本人に対して欺罔行為を行い他人を錯誤に陥れ、よって財物を交付せしめた場合には詐欺罪を構成し、たとえ背任罪の成立要件を具備する場合でも別に背任罪を構成するものではない⁽⁵⁴⁾」として、詐欺罪をみとめている。これに対して、学説においては、欺罔手段によって背任行為が行なわれた場合には、判例のように詐欺罪の成立のみをみとめる説⁽⁵⁵⁾、背任罪の成立のみをみとめる説⁽⁵⁶⁾、詐欺罪と横領罪との観念的競合をみとめる説⁽⁵⁷⁾に分かれている。

判例が詐欺罪の成立をみとめる根拠として、任務違背は、背任罪のみならず詐欺罪についてもいえるところで、これらの場合には、詐欺罪、横領罪の概念中に包含せられるを通常とするがゆえに、背任罪は任務違背の行為にして他の罪に属さないものを指称するものと解するから、任務違背の行為にして他の犯罪を構成するときは、背任罪は成立しないというにある⁽⁵⁸⁾。これに対して、背任罪の成立をみとめる根拠は、他人の委任によりその事務を処理する場合、「その事務の範囲に属する事項」であるかどうかを「詐欺罪」と「背任罪」を区別する基準におき、「その事務の範囲に属する事項」であるかぎり、たとえ、欺罔手段を用いたとしても背任罪であるとされる⁽⁵⁹⁾。また、観念的競合をみとめる根拠としては、「詐欺行為は相手方の一般的な信頼を破るものではあるが、背任罪の前提としての信頼関係は、

それとは異質のものであり、両罪は、基本的に性格を異にするから、両者の観念的競合を認めるべきである⁽⁶⁰⁾とされる。

右に述べた諸説を検討してみよう。判例の態度は、任務違背は背任罪のみに特有な概念ではなく、詐欺罪、横領罪についても存するというにある。そして、その背信性が詐欺罪により評価し尽されるところとしている。しかし、横領罪はともかくとして、詐欺罪の場合には、背任行為を事実上ともなう場合がしばしばあるというにすぎないのであって、詐欺罪には必ず背信行為が予定されているわけではない。そこで、この見解に対しては、任務違背性が詐欺罪によって評価し尽されているとみることは疑問であるとの指摘がなされている⁽⁶¹⁾。また、背任罪が成立するとの立場に対する批判は、「詐欺手段が用いられた任務違背行為は、構成要件的には詐欺罪の要件をみたしている詐欺手段の点は無視され、背信性のゆえに、かえって軽い処罰をうけることになるが、これは不合理であろう⁽⁶²⁾」とされる。わたくしは、背任行為が欺罔的手段によってなされた場合であっても、その内容を吟味することによって、背任か詐欺かは明確に区別することができる⁽⁶³⁾と解している。その拠りどころとなるのは、背任罪が身分犯であり、目的犯であるということである。特に、「自己若クハ第三者ノ利益ヲ図リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的」とは、その目的だけで終るものではなく、それによって本人に財産上の損害を加えることが必要であるから、自己もしくは第三者の利益を図ることと、本人に財産上の損害を加えることとの間に因果関係がみとめられなければならない。しかも、その因果関係は、積極的なものでなければならないと思う。それゆえに、欺罔的手段による背任行為があったとしても、身分の存否、目的の存否を吟味し、かつ、行為と目的との具体的因果関係を考慮しつつ、それが、背任罪の要件を満しているかぎりにおいては、背任罪の成立をみとめ、行為と目的との具体的因果関係が証明できない場合には、背任罪の成立は否定

される。もっとも、背任罪が否定されても、詐欺罪の要件が備わっていれば、詐欺罪の成立はみとめられる。このように解することによって、わたくしは、詐欺罪の要件を満たしており、かつ、背任罪の要件を満たしている場合というのは存在しないのではないかと考えるのである。

- (1) 改正刑法草案においても、第二編第三十九章で「横領及び背任の罪」として、両者を同一章で規定している。
- (2) 滝川幸辰「刑法各論」(昭和二六年)一七三頁。
- (3) 滝川・前掲書一七四頁。
- (4) 大判大三・六・二〇刑録二〇輯一三三頁。
- (5) 滝川・前掲書一七二頁。
- (6) 大判大六・七・一四刑録二三輯八八六頁。
- (7) 滝川・前掲書一七二頁。
- (8) 川端博「背任罪における権限濫用説と背信説」「刑法の争点〔新版〕」(昭和六二年)二九二頁、大塚仁「刑法概説(各論)」(昭和六二年)三〇七―八頁。
- (9) 大判大三・九・二二刑録二〇輯一六二〇頁。
- (10) 大塚・前掲書三〇八頁。
- (11) 団藤重光「刑法綱要各論」(昭和六〇年)六三二頁、大塚・前掲書三二三頁、大谷実「刑法講義各論〔第二版〕」(昭和六三年)二七七頁、内田文昭「刑法各論上巻」(昭和五四年)三二五頁など。
- (12) 西原春夫「犯罪各論〔第二版〕」(昭和五八年)一三四頁。
- (13) 内藤謙「背任罪」「注釈刑法」(6)(昭和四二年)三三三―三四頁。
- (14) 西原・前掲書二二三頁。
- (15) 大塚・前掲書二八七頁。
- (16) 藤木英雄「刑法講義各論」(昭和五一年)三二七頁、団藤・前掲書六〇六頁、大谷・前掲書二四九頁。

- (17) 滝川・前掲書一四二頁、内田・前掲書三五九頁。
- (18) 西原教授によれば、基本的には、行為の客体によって横領と背任を区別し、「横領罪は財物を対象とするが、背任罪は財物を対象とする場合と財産上の利益を対象とする場合に分かれ、財物を対象とする背任罪と横領罪の区別は、処分行為が不法領得の意思の発現とみられるかどうかの点にある」(前掲書三三—四頁)とされている。
- (19) 井上正治「江藤孝」全訂刑法学「各則」(昭和五四年)一七五頁。
- (20) 大判明四四・一〇・二三刑録一七輯一六九八頁。
- (21) 石川才頭「背任の罪」刑法(4)「福田」大塚「宮沢」小暮「大谷編」(昭和五二年)一五二頁。判例は「本人Aノ計算ニ於テ其業務担当者トシテ為シタルモノニシテ自己ノ計算ニ於テ之ヲ為シタルモノニアラサルトキハ其間横領行為アルコトナク任務ニ背キ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルモノニ外ナラサルヲ以テ背任罪ヲ構成ス」(大判大三・六・一三刑録二〇輯一—七四頁)として、名義如何を重視しているが、この考えは、判例の基本的傾向である(大判昭一〇・七・三刑集一四卷七四五頁、最判昭三三・一〇・一〇刑集一二卷一四号三二四六頁)。
- (22) 植松正「再訂刑法概論Ⅱ各論」(昭和五〇年)四六〇頁。
- (23) 牧野英一「刑法各論下巻」八〇九頁。
- (24) 藤木「経済取引と犯罪」(昭和四〇年)二三四頁。
- (25) 牧野・前掲書七六三頁。
- (26) 大判昭八・一二・一八刑集一二卷二二六〇頁。
- (27) 大判昭一三・一〇・二五刑集一七卷七三五頁、大判昭一四・一二・二二評論二九卷刑法三〇頁、高松高判昭二八・三・四高判特三六号六頁、東京高判昭三一・五・一五高刑集九卷五号五二二頁。
- (28) 大判大二・四・一七刑録一九輯五一二頁。
- (29) 藤木「背任罪」総合判例研究叢書(1)「昭和三三年」一六〇頁。
- (30) 牧野・前掲書七五三頁。
- (31) 井上正治「羽田野忠文」判例にあらわれた財産犯の理論「(昭和四〇年)二二九頁。
- (32) 大決昭九・一二・一〇刑集一二卷一六九二頁。

- (33) 藤木・前掲書一六一頁。
- (34) 小野清一郎ほか「刑法・ポケット註釈全書(第二版)」(昭和五五年)五六九頁、大塚・前掲書三二〇頁、内藤・前掲書三〇四―五頁、中山研一「横領と背任」『判例刑法研究第六卷』(昭和五八年)三四七頁。
- (35) 大判明四四・一〇・一三刑録一七輯一六九八頁。
- (36) 大判昭九・六・一九刑集一三卷八二九頁。
- (37) 平野龍一「刑法概説」(昭和五三年)二二九頁。
- (38) 中山・前掲書三四三頁。
- (39) 大塚・前掲書三四四頁。
- (40) 大判大三・一〇・一六刑録二〇輯一八六七頁。
- (41) 藤木・前掲書一四五頁。
- (42) 大判大元一・二八刑録一八輯一四三一頁。
- (43) 最判昭三・一二・七刑集一〇卷一二号一五九二頁。
- (44) 小野「新訂刑法講義各論」(昭和四四年)二七四頁、藤木「経済取引と犯罪」一二四頁。
- (45) 牧野・前掲書七五七頁。
- (46) 宮本英脩「刑法大綱」(昭和五九年復刻)三九三頁。
- (47) 最判昭三一・一二・七刑集一〇卷一二号一五九二頁。
- (48) 三井誠「二重売買・二重抵当と横領・背任」『判例と学説(刑法Ⅱ)』(藤木英雄編・昭和五二年)一八七―八頁。なお、香川達夫教授によれば、抵当権設定者の抵当権者に対する協力がなければ、抵当権設定登記がなしえないような事情が存在する場合にのみ、抵当権設定者は他人の事務処理者たりうると限定的に解すべきであるから、二重抵当の事実があれば、それがただちに背任罪に結合するといえるものではないとされる(「二重抵当と背任」刑法判例百選Ⅱ各論(第二版)(昭和五九年)一二三頁)。なお、寺尾正二『いわゆる二重抵当は背任罪を構成するか』「最高裁判所判例解説・刑事篇・昭和三一年度」三八七頁参照。
- (49) 寺尾・前掲書三八六―七頁、藤木・前掲書一二四頁、内藤・前掲書三二三頁、中森喜彦「二重抵当と詐欺・背任罪」刑法

- の判例〔第二版〕（昭和四八年）二七六頁以下。
- (50) 藤木・前掲書一二四頁、内藤・前掲書三二三頁。
- (51) 植松・前掲書四五六頁、中森・前掲論文二七六頁以下、福田平『詐欺及び恐喝の罪』「注釈刑法」(6)〔二四〇頁、三井・前掲書一八九頁。
- (52) 藤木・前掲書一二四頁、大塚・前掲書三二六頁注(一〇)。
- (53) 中森・前掲論文二七九頁。
- (54) 最判昭二八・五・八刑集七卷五号九六五頁、
- (55) 牧野・前掲書七五八頁、井上Ⅱ江藤・前掲書一八三頁。
- (56) 小野・前掲書二七五頁。
- (57) 植松・前掲書四六二頁、福田・前掲書二六二、大塚・前掲書三三二頁、中山「刑法各論」(昭和五九年)三三七頁、内田・前掲書三五六一七頁、大谷・前掲書二八五頁、藤木・前掲「背任罪」一九一頁。
- (58) 大判昭八・三・八刑集一二卷二二二頁。
- (59) 小野・前掲書二七五頁。
- (60) 大塚・前掲書三二二頁。
- (61) 福田・前掲書二六二頁、藤木・前掲書一九一頁。
- (62) 福田・前掲書二六二頁。

(本学助教授)