The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	背任罪における財産上の損害要件について（一）
Author(s)	品田，智史
Citation	阪大法学. 2012, 61(6), p. 79-109
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54866
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

背任罪における財産上の損害要件について（一）

品田智史

第一章　我が国の状況
　第一節　問題の設定
　第二節　「全体財産に対する罪」としての背任罪
　　第一款　全体財産に対する罪の意義
　　第二款　各財産概念と全体財産
　　第三款　全体財産の構成要素
　第三節　背任罪における「財産上の損害」判断に関する我が国の判例・学説
　　第一款　「実害発生の危険」と「経済的見地から見た損害」
　　第二款　経済的見地による損害評価に関する問題
　　第四節　小括（以上本号）
第二章　ドイツにおける議論
　第一節　ドイツにおける全体財産に対する罪の展開
　第二節　背任罪における「損害」の解釈
　第三節　背任行為と背任結果、主観的限定
第三章　「財産上の損害」の解釈について

（阪大法学）61（6-79）1343〔2012.3〕

第一節　検討の前提（未遂犯処罰規定について）
第二節　「損害」の解釈
第三節　他の要件との関係
第四章　結び

第一章　我が国の状況

第一節　問題の設定

背任罪（刑法二四七条）は、文言に「本人に財産上の損害を加えたとき」とあることから、その要件として「財産上の損害」が必要であり、その有無は本人の全体財産が減少したか否かで判断されるというのが一般的な理解である。(1) また、「財産上の損害」（財産的損害）については、財産犯一般に共通の成立要件であるか否かを巡り、詐欺罪（刑法二四六条）を対象に従来から盛んに議論が行われてきた。詐欺罪においては、未成年者がその事実を秘匿して煙草を購入する事例のように、被欺罔者が錯誤による給付と同時に相当額の反対給付を得た場合、「財産上の損害」がないとして詐欺罪が否定されるのではないかという主張が従来からなされてきたのである。しかしながら、そこでの議論の内容は、詐欺罪において条文に明示されていない「財産上の損害」要件が必要か否か、詐欺罪が全体財産に対する罪か否かという点が中心であり、(2) 財産犯に共通する要素としての「財産上の損害」が何を意味し、どのように判断されるのかという形の議論は必ずしも中心にはなかったように思われる。また、詐欺罪における財産上の損害を巡る議論は、現在においては、詐欺罪独自の構造・法益に基づいて詐欺罪の成立範囲のみを画定するものへと変容していっている。(3)

他方、「財産上の損害」を文言上の要件とする背任罪は、前記の議論からもはや取り残されたといってもよい。背任罪にいう「財産上の損害」要件については、従来の判例が「実害発生の危険」も損害に含まれるとしていたことから、過去、その意義を巡って学説において多くの議論が行われていた。しかし、判例[4]が「財産上の損害」は「経済的見地」によって判断されると述べた後は、それ以上の議論はほとんど行われていない状況にある[5]。しかしながら、「経済的見地」による損害評価の具体的内容は必ずしも明確ではない。すなわち、過去裁判に上った事例を見る限りにおいても、様々な「財産上の損害」が認められてきており、それらが本当に経済的見地から見て損害と評価できるのか検討する必要があるように思われる。また、近時の下級審裁判例においても、「経済的見地」による損害評価が希薄化しているように見える事例も登場しているところである。背任罪は、経済活動と密接に関わる犯罪類型である。経済活動においては、合理的な計算に基づいて行動が決定されるため、「どのような行為が背任罪となるのか」ということを画定する必要性が大きい[6]。その意味でも、「経済的見地による損害評価」とはどのような意味を持ち、具体的にどのように判断されるのかについて検討する必要があるのではないであろうか。

以上のような問題意識から、本稿では、背任罪の「財産上の損害」要件について、その判断の具体的基準を提供することを目標に検討を行う[7]。まずは、我が国において、全体財産に対する罪として背任罪がどのように理解されてきたのか、及び、「財産上の損害」要件について具体的にどのような取り扱いがなされてきたのかを分析する。

（1）　団藤重光編『注釈刑法六巻』（一九六六）二九〇頁〔内藤謙〕、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法一三巻〔第二版〕』（二〇〇〇）二〇一頁〔日比幹夫〕。

（2）　この問題に関する代表的な文献として林幹人『財産犯の保護法益』（一九八四）三頁以下。

（3）　伊藤渉「詐欺罪における財産的損害――その要否と限界――（一）～（五・完）」（一九九二）警察研究六三巻四号

二七頁以下、五号二八頁以下、六号三九頁以下、七号三二頁以下、八号三〇頁以下参照。

(4) 最決昭和五八年五月二四日刑集三七巻四号四三七頁

(5) 同判例後、背任罪の財産上の損害要件について検討を加えた論稿として、岡本勝「背任罪における『財産上の損害について』」荘子邦雄先生古稀祝賀『刑事法の思想と理論』(一九九二)四〇九頁以下。

(6) このような問題意識から、筆者は背任罪の任務違背行為について検討を加えたことがある。品田智史「背任罪における任務違背(背任行為)に関する一考察(一)(一・完)」(二〇〇九)阪大法学五九巻一号一〇一頁以下、同二号二六五頁以下。また、同「不正融資に対する刑事責任」阪大法学六一巻三・四号(二〇一一)八四三頁以下参照。

(7) なお、財産上の損害要件については、財産及び損害が違法・無効な場合の取り扱いも問題とされている。しかしながら、この点については、他の財産犯における検討も欠かせないため、詳細な検討は別の機会としたい。

第二節　「全体財産に対する罪」としての背任罪

第一款　全体財産に対する罪の意義

背任罪は全体財産に対する罪であるとの理解は、現在、一般的に共有されているものと思われる。(1)「全体財産に対する罪」とは、「被害者の財産状態全体に対して侵害が加えられ損害を生じた場合に成立する犯罪」(2)であり、その具体的帰結は、財産の喪失及び取得を全体として評価し、犯罪行為によって損害が生じたが、同時に相当対価の反対給付を取得したような場合には、犯罪の成立が否定されることにあるとされる。(3)このような理解は、ドイツ刑法の詐欺罪(二六三条)・背任罪(二六六条)における「損害」要件の解釈に由来するものである。(4)

判例においても、銀行の支店長が、経営が悪化している会社の代表取締役が振出した手形の保証を銀行名義で行い、その対価として銀行の会社名義の当座預金口座に金銭が入金され、銀行に対する当座貸越債務の弁済に充てられたという事案において、最決平成八年二月六日(5)が、任務違背行為による手形保証に対する反対給付が未だ確定的

に帰属していないことを理由に背任罪の成立を是認しており、適切な反対給付があれば財産上の損害が否定されることを当然の前提としている。また、背任罪が全体財産に対する罪であることを意味する判例として、最判昭和二八年二月一三日[6]が挙げられることがある。[7]同判例は、食糧営団の役員が国庫に納入すべき利益金を営団職員の生活資金として交付したという事案において、「被告人が判示利益金保管の任務に背いて、同営団職員の生活資金として判示の金員を職員に交付したとしても、右職員に対する生活資金の交付が同営団として当然為すべき出捐であるとしたならば、右金員の交付を以て直ちに同営団に対して財産上の損害を与えたものと速断することはできない。すなわち、論旨にいうがごとく右金員の支給が、実質上年末賞与たる性質を有し、営団として当然支出すべき費用に属するものであるかどうかは本件背任罪の成否に影響を及ぼすこと勿論であるといわなければならない」としたものである。交付した金銭が「当然支出すべき費用」か否かを問題としているため、おそらく、反対給付としての職員の賞与請求権の消滅を考慮したものと思われる。[8]また、最判昭和四三年四月二六日[9]は、被告人が物品管理法、及び、予算決算及び会計令所定の規定に違反し、あらかじめ不用の決定等をすることなく、代金完納前に廃材をAに引渡すことにより、国に右廃材の価額に相当する実害発生の危険を生じさせたとして背任罪に問われた事案において、①被告人は、Aの廃材払下の申出は、従前から廃品の払下げを受けていた株式会社の出張所員の資格でなされたものと信じてこれを承諾したものであり、その代金は、物件引渡の完了した僅か二日後に、官庁側の書類の整備を待つて現実に納入されていること、②Aは、本件廃材の一部の引渡が行なわれた頃、現金一〇万円をその代金に充当する趣旨で、被告人の事業所の庶務課長に預託していたという事実もうかがわれることから、「被告人は、右代金は、官庁側の書類の整備次第直ちに支払われるから、国に財産上の損害を与えることはないと信じていたと推認できないことはない」としている。本判決が財産上の損害自体ではなくその認識を否定した理由については、

財産上の損害は認められないが未遂犯の成立も否定したかった、[10] 及び、財産上の損害は認められるが有罪にすることに抵抗があった[11]という二通りの理解があるが、廃材引渡しという財物の喪失と同時に相当対価の反対給付としての代金請求権（将来の代金獲得の高度の蓋然性）を取得した事案として、前者の理解が適切なように思われる。

なお、反対給付を考慮するとしても、任務違背行為自体によって生じた事務処理者に対する損害賠償請求権は、損害判断において一般的に考慮されず、したがって、財産流出時において、犯人に損害を弁償する資力があったかどうかは損害額の認定に影響を及ぼさないと解されている。[12]

第二款　各財産概念と全体財産

全体財産に対する罪は、「財産」概念を個人の経済的な財の全体として把握するいわゆる経済的財産概念と親和的であるとの理解がある。法律的財産概念を採れば、財産上の損害の有無も純粋に法律的見地において判断されることになり、その決定的な基準は被害者が法律上の請求権を持っているか否かということになる。しかし、背任罪が全体財産に対する罪であれば、当然に損害評価も経済的見地からなされるということと結び付くのである、と。[13] たしかに、全体財産に対する罪が、前述のように財産喪失行為と同時に反対給付を被害者が得た場合、当該反対給付も損害を判断する際に考慮するという意味であり、いわゆる法律的財産概念を、個々の財産権という構成要素が財産であって対価の提供にかかわらず財産犯は成立するということを意味する見解[14]と理解するならば、法律的財産概念と全体財産に対する罪はおよそ調和しない。しかしながら、被害者から回収可能性のない貸付金が流出し、その対価として被害者が額面上同額の債権を取得するという不良貸付事例において、「（債権が現実に回収不能となるまで）法律的財産概念によれば損害はない」という一般に承認された理解を採る場合、そこでは既に反対給付を考

慮することが暗黙の前提とされており、したがって、前述の意味での全体財産に対する罪と矛盾は生じないと解される。[15] ここで「法律的財産説的考え方」とされているのは、貸付金流出と額面上等価の債権を取得したことで被害者は権利としては等価のものを獲得しており、最終的に同権利が実現できない時点でその等価性が崩れるというものだと思われる。そのため次のようにいうことも可能であろう。法律的財産説と経済的財産説の対立においては、本人に出入りする財産権を法的権利に限定するか否かの問題と、出入りする個々の財産構成要素の評価をどのように行うのかという問題が存在し、両者は切り離して論じることが可能である、と。[16]

したがって、背任罪を全体財産に対する罪であると理解したとしても、具体的に「財産上の損害」を判断する際には、行為によって本人から流出した個々の財産構成部分（及び本人に流入した財産構成部分）を特定することが必要と解される。[17] 前述のように、法律的財産説と経済的財産説の対立は権利に至らない事実上の利益を考慮すべきか否かの対立であり、評価方法の対立も特定された財産の価値をどのような基準で評価するのかに過ぎないのである。このことは、背任罪の本質論においていかなる立場に立つのかにも関わらない。背任罪の本質を法的代理権の濫用と見る権限（代理権）濫用説に立つ場合は、代理人による権限濫用の法律行為が必要であり、通説である背信説に立つ場合には、法律行為に限られず事実行為も含む。[18] しかし、いずれの立場においても、本人が喪失した財産又は価値が損なわれた財産が特定されなければならない。このことは、後述するように担保権の喪失自体が損害と捉えられていることからも裏付けられる。すなわち、担保権が喪失しても少なくとも債権の価値が減少しなければ「全体」としてマイナスは生じていない。にもかかわらず、判例・通説は担保権喪失自体をもって財産の減少が生じたと考えている。このような考え方は、結局のところ、喪失した財産に見合うだけの獲得財産があるのかということだけを判断しているに過ぎないのであって、「全体の財産」自体にはあまり重要性はない。[19] 二項犯罪を全体財

産に対する罪と理解する見解の一部が、二項犯罪において被害者の財産全体に対する特殊な態様の犯罪行為を想定しているが、その内実は明らかではない。[20]

第三款　全体財産の構成要素

では、具体的にどのようなものが全体財産の構成要素となり、その喪失及び価値減少が（反対給付を考慮した上で）損害と評価されるのであろうか。この点、背任罪以外の財産犯においては、財物と財産上の利益が客体として規定されている。財産上の利益は、財物以外の財産的利益と定義されるのが一般的であるため、財物と財産上の利益の両者をもって全体財産の構成要素と考えるべきであろう。実際、背任罪においては、財産上の利益の毀棄行為が処罰の対象となると一般的に理解されている。[21] ここで、財物に関しては、その喪失及び価値減少を捉えることについて問題は少ない。[22]

他方、財産上の利益については検討すべき問題がある。[23] すなわち、財産上の利益については、財物とは異なり無形的なものを対象としているため特定が難しく、また、様々な利益が想定可能であるため、非常に広範な処罰範囲を形成する可能性を持つ。実際、東京高判平成二一年一一月一六日[24]は、犯人が、キャッシュカード窃取の際に被害者に暴行・脅迫を加え、その反抗を抑圧して、被害者から当該口座の暗証番号を聞き出したという事案において、「キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ＡＴＭを通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位」という財産上の利益に対する二項強盗罪を認めているところである。[25]

財産上の利益を客体とする二項犯罪の成立については、学説において、財産上の利益の「移転性」を要求する見解が有力である。[26] また、前掲東京高判平成二一年一一月一六日もそのような発想を根本に置いている。この見解に

よれば、二項犯罪の成立には、利益が占有者から行為者・第三者に移転し、それに対応する法益侵害（利益の取得に対応した利益の喪失）が元の占有者に生じていることが必要であるとされ、企業秘密などの情報や役務・サービスについては、移転性が基本的に認められないため、二項犯罪が成立しないとされている。しかしながら、このような移転性は、仮にそれを認めるとしても財産上の利益に内在する要請ではなく、あくまで移転罪である二項犯罪について要求される要件であろう。[27] したがって、移転性のない情報や役務・サービスを侵害した場合にも背任罪成立の可能性は否定されないことになる。実際、情報の窃用について、背任罪が認められた事例が存在する。東京地判昭和六〇年三月六日は、[28] プログラムを管理する事務を委託されていた被告人が、当該プログラムを社外に持ち出し無断入力した事案について、背任罪の成立を認めている。[29]

ただし、移転性の要件が欠けることで様々な利益が背任罪の対象になりうることになる。諫早簡判昭和五〇年三月二八日は、[30] 株式会社の代表取締役が、会社を害する目的で、六か月内に二回以上小切手の不渡処分を受けさせ、同会社に対し「録行取引停止処分決定」を受けさせた事案において、二通の小切手の遡求支払債務を負担させたこと以外に、「商法第二八五条ノ五および同条を準用する有限会社法第四六条は、一定の場合において、『暖簾』を貸借対照表の資産の部に計上することができる旨規定しているところからみても、『暖簾』は営業財産の一種というべきである。そもそも、英米における『グッド・ウイル』は『得意先』とか『暖簾』とか訳されるが、元来は正直なよく働く者として、個人のよき評判を意味したものである。そのよい評判は営業上きわめて重要であり、営業に影響することが多いので、営業の発達にともない法律上の財産として認められるに至つたといわれている〔中略〕わが国の法制下においても、老舗としての信用は、『暖簾』の重要な要素をなしていることは公知の事実である。従つて、地方の中小企業にすぎない株式会社A社が、被告人の本件所為に因り、『銀行取引停止処分決定』を受け

させられたことは、商事会社である同社にとつては、営業上、致命的ともいうべき重大な信用失墜に該当し、即、営業財産である、『暖簾』の価値を著しく減少させたものと認められるから、財産上の損害を与えたものというべきである」として、「暖簾」が会計法上資産の部に計上することができることから財産であることを肯定し、その要素である株式会社の信用を失墜させたことを損害と認めている。これに対しては、背任罪の客体の限界の問題と共に、信用毀損罪（刑法二三三条）との関係が問題になるであろう。

以上のような広範な個々の財物・利益の喪失及び価値減少が背任罪の対象となりうるが、同時に取得する反対給付との関係で、また、喪失した物・利益それ自体においても「財産上の損害」と評価されなければ背任罪は成立しない。そこで、次に我が国において背任罪の「財産上の損害」要件がどのように理解されてきたのかを検討する。

（1）　これに対して、内田文昭『刑法各論〔第三版〕』（一九九六）二四六頁は、「個別財産に対する罪は、論理必然的に全体財産に対する罪ともな」り、「個々の『財物』と個々の『利益』を考えるだけで足りる」として、「背任罪も、もちろん『個別財産に対する罪』としてとらえられうる」とする。しかし他方で、背任罪は詐欺罪とは異なり、損失補填が直ちに行われたときには「損害」を認める必要はないとして、ドイツ法の論者を引用しているため（同三五三頁）、実質的には全体財産に対する罪と理解する見解と結論は変わらないものと思われる。

（2）　大塚『刑法概説各論〔第三版増補版〕』（二〇〇五）一六七頁等を参照。

（3）　山口厚『刑法各論〔第二版〕』（二〇一〇）一七〇頁などを参照。

（4）　この点を明言するのは、木村亀二「背任罪の基本問題」志林三七巻八号（一九三五）一七頁。なお、江家義男「背任罪の解釈的考察」『江家義男教授刑事法論文集』（一九五九）一六三頁は、ドイツ刑法においては、委託財産の総額について財産減少が生じる必要があるのに対し、我が国においては、本人の総財産の価値が減少すれば財産上の損害が認められるとする。

（5）　刑集五〇巻二号一二九頁。

(6) 刑集七巻二号二一八頁。

(7) 大塚・前掲『刑法概説』三二八頁、前掲『注釈刑法』二七八頁〔内藤謙〕、前田雅英『刑法各論講義〔第五版〕』（二〇一一）四〇一頁。

(8) なお、判決は続けて、「又若し原判決は、国庫に納入すべき利益金を他の使途に流用したこと自体を以て背任罪を構成するものとする趣旨ならば、それがため国庫に対する納付不能となり国庫に損害を与えたというは格別、判示のごとく『右営団に同額の損害を与えた』とするがためには、右背任と損害との因果の関係について、審理判示するところがなければならない」としており、国庫からの営団への損害賠償請求を「財産上の損害」と解する余地を認めているようにも思われる。後述するように、このような損害の類型はドイツ刑法において実際に問題になっている。

(9) 刑集二二巻四号三〇一頁。

(10) 海老原震一「判解」昭和四三年最判解刑事篇七三頁以下参照。

(11) 香川達夫「判批」警察研究四一巻（一九七〇）五号一二二頁以下参照。

(12) 前掲『注釈刑法』二九五頁〔内藤〕など。もっとも、横領罪の場面において、有力説は補塡の意思・資力を有する者が一時流用する場合には不法領得の意思などが認められないとしており、そのこととの均衡からすれば、背任罪の場面においてもその成立を否定する可能性はあるように思われる。

(13) 前掲『注釈刑法』〔内藤〕二九一頁。また、前田・前掲書四〇一頁以下も参照。

(14) この概念の理解は多義的ではあるが、代表例としてビンディングの見解がある。詳しくは第二章参照。

(15) 林・前掲『財産犯』二九頁参照。我が国においては、損害は「民法ノ観念ニ従テ之ヲ決定スルヲ要ス」（泉二新熊『刑法大要〔増補三二版〕』（一九三六）八三四頁）との主張もあるが、それが額面による評価を意味していたかは明らかではない。

(16) 岡本・前掲論文四二三頁は経済的財産概念、法律的財産概念とは離れて、「実害」の発生こそが背任罪の「財産上の損害」であるとする。

(17) その意味で、内田・前掲書二四六頁の指摘は正当であろう。

(18) 木村・前掲論文五頁、江家・前掲論文一六三頁などを参照。

(19) 法律的財産概念に拠っても、担保権自体の喪失は損害であると理解することは不可能ではない。したがって、ここでも経済的財産概念か法的財産概念のいずれの立場をとるかは重要ではない。

(20) 中森喜彦「二項犯罪」中山研一ほか編『現代刑法講座（四）』（一九八二）二九八頁。

(21) 深町晋也「財産上の利益」刑法の争点（二〇〇七）一六一頁。

(22) ただし、詐欺罪における文書の不正取得事例においては、財物である文書の流出があっても、（経済的には）損害がないとして財物罪の成立を否定する見解が有力であり、そのこととの関係で問題がないわけではない。すなわち、流出した財物以外に実質的な損害が背任罪において必要なのかということである。この点は、本章第三節参照。

(23) なお、財産上の利益を背任罪との関係で考える場合、注意しておく点がある。財物移転罪については、行為者が取得したものと被害者から喪われたものは同一であるのに対し、利益移転罪については、両者は完全には一致しないことがある。典型的には、労務・サービスの流出である。この場合、行為者が労務・サービスを獲得しても、被害者が労務・サービス自体を失ったわけではない。そして、背任罪の財産上の損害要件を考える際には、厳密には、被害者が失ったものを考えなければならないであろう。

(24) 東高刑時報六〇巻一八五頁。

(25) もっとも、本件についてはキャッシュカードに対する一項強盗を認めれば足りた事案であったように思われる。山口「財産上の利益について」『植村立郎判事退官記念論文集第一巻第一編理論編・少年法編』（二〇一一）一三八頁参照。

(26) 山口・前掲『刑法各論』二一四頁。

(27) 深町・前掲一六二頁、伊藤渉ほか『アクチュアル刑法各論』（二〇〇七）一五九頁〔伊藤渉〕。

(28) 判時一一四七号一六二頁（総合コンピュータ事件）。

(29) なお、損害額は「プログラム入力代金相当額」によって算出されている。

(30) 刑月七巻三号四一九頁。

第三節　背任罪における「財産上の損害」判断に関する我が国の判例・学説

第一款　「実害発生の危険」と「経済的見地から見た損害」

背任罪の典型例である不正融資事例においては、任務違背行為により本人は貸付金として現金を第三者に交付すると同時に、額面上は同額の金銭債権を反対給付として取得する。この場合に、全体財産に対する罪としての背任罪の既遂を認めるための理論構成として、従来、判例においては、財産上の損害は「実害発生の危険を生じさせた場合」[1]を包含するとされてきた。例えば、最判昭和三八年三月二八日[2]は、労働金庫の専務理事の非会員に対する不良貸付の事案において、「刑法二四七条にいう『財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキ』とは、財産上の実害を発生させた場合のみでなく、実害発生の危険を生じさせた場合をも包含するものと解するを相当とする」としており、大判昭和一三年一〇月二五日[3]も、組合の定款に反した不正融資の事案において、「財産的実害ヲ生セシメタル場合ノミナラス実害発生ノ危険ヲ生セシメタル場合ヲモ指称スルモノトス」としている。また、村長が規則に違反して無担保の貸付を行った大判昭和八年一二月四日[4]が、「財産上ノ損害トハ財産上権利ノ実行ヲ不確実ナラシムル虞アル状態ヲモ指称スルモノナルカ故ニ財産的権利ノ実行ヲ確実ナラシムヘキ事実ノ成立ヲ妨ケ其ノ確実性ヲ薄弱ナラシムルカ如キモ財産上ノ損害ヲ加フルモノナリ」もこれと同趣旨とされる。

このような「実害発生の危険」という表現は、不正融資以外の類型にも用いられている。最判昭和三七年二月一三日[5]は、漁業信用基金協会の業務の範囲外であって法律上無効の質権を設定した行為について、「背任罪における財産上の損害を加えたるときとは、財産上の実害を発生させた場合だけではなく、財産上の実害発生の危険を生じさせた場合をも包含するものである」とした上で、質権設定が「法律上無効であるとしても、協会をして定期預金債権の回収を不能ならしめる危険があるから、財産上の損害がないものということはできない」と述べていた。

しかしながら、判例の用いた「実害発生の危険」という表現に対しては、学説から批判が提起されていた。すなわち、実害発生の危険を生じさせた場合も財産上の損害に包含されると表現することは、実害発生の危険があればつねに財産上の損害があるように解されるおそれがあり、両者の区別を不明確とし、また、背任罪に未遂処罰規定があることからも妥当とはいえない、と。(6)

このような批判のなか、最決昭和五八年五月二四日(7)が登場する。本件は、信用保証協会の支所長が、経営者の資金使途が倒産を一時糊塗するためのものであることを知りながら、内規に反して債務保証を専決したという事案において、「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、被告人の行為によつて、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してA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、したがつて同協会の財産に、代位弁済による現実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』にあたるというべきである」と述べた。

もっとも、本決定は、従来の判例を変更するものではないとされている。本決定における二人の裁判官の補足意見によれば、従来の「実害発生の危険」は表現として誤解を招きかねないものを含んでいるように思われるが、その趣旨は経済的見地による財産評価を指し、本件判旨は従来の判例の正しい趣旨を明確にしたものにほかならないとされ、(8)また、「実害発生の危険」とは「本人をして債務を負担させた場合について、その債務を弁済させるなどの具体的損害（実害）が発生することは必要でないという見解に立つた上で、本人をして債務を負担させたという事態を法律的観点から捉え、本人をして事実上債務の履行を免れえない地位に置いたということを説明しただけの

ことであつて、実は、本人に当該判例掲記の債務を負担させたこと自体で、本人に経済的意味において財産上の損害を加えたものといえるわけである。したがつて、本件においても、同協会をして原判示の債務保証をさせたこと自体で同協会に損害を加えたものとすることは、当裁判所の判例上からも当然のことである。また、このように本人をして債務を負担させたことじたいを目して財産上の損害を加えたと解しても、背任罪の財産罪としての性格を基礎づけている財産上の損害の概念を無内容なものとし、あるいは同罪の未遂犯処罰規定の適用される余地を不当に狭めることにはならないと思われる」とも述べられている。(9)

従来の判例が「実害」を経済的に評価した「財産上の損害」と捉えていなかったこと、及び、「危険」について抽象的なものまで含むと考えていなかったことを前提とすれば、「実害発生の危険」は経済的見地から評価された「財産上の損害」と実質的に同義であるとの理解は確かに可能である。(10) 実際、この判例以降、「実害発生の危険」という表現は用いられることなく、「経済的見地」による損害判断が行われており、学説においても、判例の立場は基本的に支持されている。(11)

第二款　経済的見地による損害評価に関する問題

第一項　債務負担事例と担保権喪失事例に見る判例・学説の「実害」と「経済的見地」

しかしながら、前掲最決昭和五八年五月二四日の判示が、従来の判例の表現を単に変更したに過ぎないのかについては検討を要するように思われる。この点、実質的に「経済的見地」による評価が従来の「実害発生の危険」があるとして背任既遂が肯定された事例と全て同じ結論に至るのかという点(12)もあるが、ここで問題としているのは、そもそも、従来の「実害発生の危険」という表現が用いられてきた事案と、最決昭和五八年五月二四日の事案が異

なるのではないかという疑問である。不良貸付の事案においては、本人の金銭の喪失に対する反対給付としての額面上同額の貸金返還請求権が同時に発生し、返還請求権の回収不可能という「実害発生の危険」＝「経済的見地から見た損害」が問題となっていた。これに対して、最決昭和五八年五月二四日のような、信用保証協会の債務負担の事例においては、保証と額面上同額の反対給付が想定されるわけではない。確かに、保証協会は保証と引き換えに保証料を取得するがその金額はわずかであり、また、判示においてそのことは全く指摘されていない。最決昭和五八年五月二四日において考えられているのは、代位弁済による現実の金銭の損失がなくとも損害があるということであり、ここにいう「実害発生の危険」＝「経済的見地から見た損害」は、「本件事実関係のもとで」協会が任務違背行為によって負担した債務の将来の実現の可能性なのである。債務負担によって、行為以前にはなかった債務という財産上の不利益が加えられている以上、その実現可能性を問わずに損害ということも可能であるのに、判例は、そのような考え方をとらず、債務の不履行によって弁済が生じる危険性を基準に損害を考えている。この場合、経済的評価を行うことにより既遂時期が早期化した不良貸付の事例と異なり、経済的評価を行うことにより既遂時期が遅くなる、または、背任罪が認められない場合が出てくる可能性がある。

この点、前掲最決昭和五八年五月二四日以前の債務負担の事例である大判大正二年四月一七日[13]は、約束手形及び小切手の割引周旋依頼を受けて預かり保管中、裏書せずに第三者に渡したという事案において、傍論として「刑法第二四七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謂フモノナレハ必スシモ約束手形ノ裏書人カ現実償還義務ヲ履行シタルコトヲ要セス単ニ裏書人タル義務ヲ負担セシメタル場合ニ於テモ之ニ対シ財産上ノ損害ヲ加ヘタルモノト云フヲ得ヘシ」と述べており、「実害発生の危険」という表現を用いていなかった[14]。他方、「実害発生の危険」を用いた、前掲最判昭和三七年二月一三日は、質権設定の事案であり、保証債務の負担である最決昭和

五八年五月二四日と類似の事案と考えることも可能であるようにも思われる。しかしながら、最判昭和三七年二月一三日は、組合の権限外の行為として法律上無効な質権設定が財産損害であることを基礎づけるために「実害発生の危険」という表現を用いている。有効な債務負担及び担保設定による債権行使、担保権実行の危険と、法律上無効の債務負担及び担保設定による危険とは既に質的に異なるといえよう。[15]

また、債務の履行可能性を問題とする判例の態度は、他の財産犯における判例の立場と整合しない可能性がある。すなわち、いわゆる詐欺賭博の事案において、判例は、被欺罔者の債務の負担によって既に利得罪の成立を認めている。[16]同判例に従えば、最決昭和五八年五月二四日の事案においても、履行可能性を持ち出して「経済的見地」という表現を用いるということなしに損害が肯定されたのではなかろうか。[17]確かに、学説においては詐欺賭博の判例に対する批判は多い。しかしながら、そこで批判の対象となっているのは、例えば、「財物の移転を目的とする以上二項詐欺の成立を認めるべきではない」[18]という論拠のように、一項詐欺未遂と二項詐欺の関係の点であり、「財産上の損害」がこの場合には存在しないという議論ではない。

学説においては、債務負担そのものを財産損害と認める見解もある。例えば、「経済的にみれば保証債務を負担していること自体すでに本人の信用を低下させることになる」という見解である。[19]これに対し、「現金を債権に変えた場合も本人の信用を低下するものとして財産上の損害と言わなくてはならない」と批判して、本人の債務の負担は、本人が債権を取得した場合に比べて危険が格段に大きく、債務を負担すれば、原則としてその履行を免れ得ないことを理由に債務負担そのものを損害と認める立場もあった。[20]しかしながら、現在においては、単なる債務負担だけでは財産上の損害は認められないという見解が有力であり、負担した債務の履行という現金の支出を「実害」とし、その危険を経済的に評価してはじめて損害が認められている。[21]

以上の債務負担と異なる評価が行われているように思われるのが、担保権の喪失事例である。いわゆる二重抵当事例において、最高裁は、「抵当権の順位は当該抵当物件の価額から、どの抵当権が優先して弁済を受けるかの財産上の利害に関する問題であるから、本件被告人の所為たるAの一番抵当権を、後順位の二番抵当権たらしめたことは、既に刑法二四七条の損害に該当する」と述べている。[22] この判決については、経済的見地から見れば抵当権の価値の下落自体が損害であるとして、好意的な評価が多い。[23] しかしながら、債務負担についての判例・有力説の立場からすれば、本件判例の上告趣意のいうように、「第一順位抵当権が第二順位抵当権になったとしても、同抵当権が債務を担保できているならば、未だ実害発生の危険はなく、経済的見地によっても被害者に損害がない」となるように思われる。[24] そうでないならば、任務違背による債務負担と、任務違背による担保権の価値減少の間に、何らかの違いがあると考えるか、いずれかの事例における判例・学説の判断方法が誤っていると考えざるをえない。以上の点からは、特に財産上の利益が問題となるケースにおいて、「実害」の意味との関係で「経済的見地」による損害評価の内実を確定しなければならない必要を感じさせる。

第二項　被害者の個別的・主観的事情の考慮

次の問題は経済的評価の具体的方法である。「経済的見地」が従来の判例における「実害発生の危険」を単に言い換えたものにすぎないならば、経済的見地による損害評価の基準は、「実害」の意味内容と、それに対する危険判断に尽きる。[25] 実際、学説においても、「財産上の損害」とは、財産減少の具体的危険であるということを明言するものもある。[26] しかしながら、学説の多くは、損害発生の危険に限らず、その他の事情も考慮する。例えば、「背任罪における財産上の損害の有無は、背任に固有な事務の性質、目的を考慮した任務違背行為の性格、取引の相手

方の支払能力などの要素などを総合考慮したうえで、決定されなければならない。すなわち、背任罪の他の要件との関係において、損害の有無を判断することが必要である。その意味で、客観的基準によることは、当該具体的財産関係の個別的事情を考慮に入れた客観的評価によることなのである」とされている。(27)

また、近時の下級審判例においても、実害発生の危険以外の理由を考慮するものが見られる。東京地判平成一九年九月二八日(28)は、全国小売酒販組合中央会の事務局長等をしていた被告人が、リベートを得る目的で、中央会の年金資産をチャンセリー債なるリスクの高い金融資産へ投資させたという事案において、「年金資産の運用対象として、商品の仕組みやリスク等を把握していない金融商品を組み入れ、なおかつ、その単一の金融商品の組入比率を年金資産の七割以上とすることは、仕組みやリスク等の不明な一つの金融商品の運用実績如何に年金資産の大半の帰趨を委ねることにほかならず、通常の年金資産運用上許容される限度をはるかに超えたリスクを負担することになることは明らかであるから、このような資産運用を行うこと自体が、経済的見地から評価した場合に、全体として年金資産の財産的価値を棄損するものといわなければならない」としながら、「本件投資を行った当時からすでにチャンセリー債のスキーム自体が破綻必至のもので、商品としておよそ成立する余地のないものであったとまでいうことはできない」として、「本件投資を実行した時点において、チャンセリー債の財産的価値を経済的見地から評価した場合に、リスクの非常に高い商品であったとまではいえるが、かかるリスクの高低を超えて、それがおよそ経済的価値のないものであったと認定するには疑問が残るものといわざるをえない」と述べ、「本件投資を実行した時点で送金額全額の損害が生じた、とまで認めるには、金融商品への投資という性質等から疑問が残るといわざるをえない」とした。

本判決は、チャンセリー債については、高いリスクを孕むものでありながらも、経済的見地から評価しておよそ

経済的価値のないものであったとまでは認定できないとした。その上で、チャンセリー債への投資によって本人の財産の経済的価値がどの程度低下したのかということは判断せずに、「中央会に通常の年金資産運用上許容される限度を超えたリスクを負わせる財産上の損害を加え」たとして背任罪の成立を認めている。そのような損害を認めた根拠は、チャンセリー債の客観的なリスクではなく、①行為者・本人がリスクを承知していない金融商品であること、[29]②年金資産の七割以上を当該金融商品に投資したことにある。すなわち、金銭的価値からすれば財産減少が（それ単独では損害とは）認められないのに、[30]その他の要素をもって損害を認めているのである。

もっとも、金銭的価値からすれば財産減少がないのに損害を認めたのはこの判例がはじめてというわけではない。不当貸付の事例において、前掲大判昭和一三年一〇月二五日は、「判示ノ如ク所論組合ニ於テ組合総会ノ決議ヲ以テ組合員ニ対スル無担保貸付最高限度額ヲ金千円ト定メ且ツ其ノ定款ニハ無担保貸付ニ付テハ組合員二名ヲ保証人ニ立テシムルコトヲ要スル規定アルニ拘ラス右決議及規定ニ反シ被告人ノ利益ヲ計リ限度外ノ貸付ヲ為シタル本件ニ在リテハ回収不能ノ結果ヲ埃ツコトナク既ニ此ノ一事ニ依リテ組合ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルモノト解スヘク進ンテ貸付当時ニ於ケル組合員ノ資産乃至信用状態如何ヲ顧ルノ要ナキモノトス」と述べ、組合の決議及び規程に反した貸付により直ちに損害が発生し、組合員の信用状態などの調査による貸付の回収可能性を考慮する必要がないとしている。このような場合の損害の具体的内容について、福岡高判昭和二六年一一月二三日は、[31]「組合員に対する資金の貸付及び貯金の受入等の事業を営む組合において、組合長が任務に違背した不正の貸付をなし、その結果相当の時期に貸金を回収することができないため、他の原因と相俟つて組合資金の枯渇を来し、組合をして組合員に対する資金貸付及び貯金の払戻をなすことができない状態に至らしめたときは、借主に債務を弁済する資力があるとしても、本人たる組合に対し財産上の損害を加えたものといわなければならない」ことを挙げる。[32]すなわち、

不当貸付が行われる期間内は、組合が事実上その資金の利用を妨げられることになるから、回収可能性が肯定されても損害が認められるとしているのである。[33] また、背任罪の「財産上の損害」について、判例は損害額が不確定でも構わないとしており、[34] 実際、前掲東京地判平成一九年九月二八日においても、損害額は記載されていない。

「財産上の損害」要件を、金銭的価値に見積もることが可能な財産減少に限るか、その他の個別的要素も含むのかについては、必ずしも背任罪を念頭においたものではないが争いが存在する。全ての財産犯を全体的財産に対する罪と理解する有力説は、財産上の損害要件において、個別的・主観的価値を考慮することを明言する。[35] これに対し、財産上の損害は金銭的に見積もりえるものであることが必要であるとする見解もあるが、[36] 背任罪において、個別的・主観的価値をどのように考慮するのかについては十分な議論があるわけではない。[37]

このような状況の原因は、冒頭に述べたように「財産上の損害」の問題が基本的に詐欺罪を念頭に考えられてきたことによる。すなわち、詐欺罪においては、交付された物・利益自体を損害（詐欺罪の法益侵害）と捉える見解から、相当対価の反対給付の事例において財産上の損害の必要が唱えられ、詐欺罪を含む全ての財産移転罪に財産上の損害が必要であるという前述の見解が登場するに至った。[38] ここまででは、ドイツ法との関係もあり、財産上の損害要件において個別的・主観的判断を行う見解が有力であった。[39] しかしながら、この後、議論の方向は、（財産犯に共通する）「財産上の損害要件」において個別的・主観的価値を考慮するか否かというものから、詐欺罪において財産上の損害要件が必要なのかという問題意識に基づき、「財産上の損害」の要素を詐欺罪固有の欺罔行為や錯誤の要件に解消していく方向へと変化する。例えば、詐欺罪における錯誤は、法益関係的錯誤であるとする見解がこれに該当する。[40] また、詐欺罪においては金銭的意味での財産減少の要素は必要ではなく、従来「財産上の損害」として考慮されていた要素は欺罔行為や錯誤の要件において考慮すればよいという見解も登場した。[41] これに対して、

詐欺罪・恐喝罪においてあくまで財産上の損害が必要であるとする実質的個別財産説においても、「詐欺罪の財産上の損害について、『被害者が失ったものと得たものが金銭的価値において客観的に同じであれば財産上の損害がない』という考え方ではなく、被害者が当該取引において『獲得しようとしたもの』と『給付したもの』との比較が必要」という立場が有力である。(42) この立場は、従来考えられてきた全体財産に対する罪の損害評価とは明らかに異なるとされている。(43) すなわち、従来は、行為前後の本人の財産状態の比較であったのに対し、同説によれば、「獲得しようとしたものを得た財産状態」と、「給付を行う前の財産状態」との比較になるからである。しかしながら、全体財産概念に主観的考慮を持ち込む場合実際には大きな違いはない。たしかに、全体財産概念に主観的考慮を組み込む見解は、「被害者が交付したもの」と、「被害者が得たもの」を比較する。しかしながら、「交付したもの」に対して見合うだけの価値を「得たもの」が持っていたかどうかを判断する際に被害者の主観を考慮するのであれば、被害者が本来「交付したもの」に対して見合うと想定していた「獲得しようとしたもの」の存在を無視することはできないからである。したがって、背任罪においても、被害者の目的達成ができなかっただけで金銭的な財産減少がなくても「財産上の損害」を認められるのかという問題が生じる。この問題は、従来財産犯として単独では処罰の対象とされてこなかった被害者の処分の自由を、背任罪の「財産上の損害」要件においてどのように考慮するのかという点につながる。(44)

なお、実質的な「獲得しようとしたもの」と「給付したもの」の比較は、「財産上の損害」においてもう一つ問題を提供する。それは、全体財産の比較に仮定的判断を持ち込むのではないかという点である。確かに、詐欺罪の場合には、「被害者が獲得しようとしたものを得た財産状態」は、欺罔行為がなかった場合の仮定にとどまらず、被害者にとって理想的な反対給付が行なわれた場合の仮定までをも意味するため、財産状態の評価と考えることに

困難が感じられるかもしれない。[45] 他方、背任罪の場合には、消極的損害や不作為の行為態様が考えられるため、少なくともその場合には「被害者が得ようとしたものを得た（任務に適っていた）場合の財産状態」という仮定的判断を行うことが可能であり、必要であると考えられる。

第三項　経済的見地による具体的な損害判断

ならば財産減少さえ生じていれば問題がないかというとそうではない。むしろ、この点こそが、背任罪における「財産上の損害」要件の解釈において、実際にもっとも重要であり、かつ困難な問題と関連する。経済的見地から財産減少がある場合には損害が肯定できるとしても、具体的にどの時点、どの段階で損害と認めるのかという問題である。この問題は、積極的損害だけではなく、いわゆる消極的損害の議論にも関連する。すなわち、増加すべき利益が増加しなかったという消極的損害は一般に「財産上の損害」にあたると認められているが、[46] 増加すべき利益の可能性がどの程度あれば、その挫折が損害になるのかについては、必ずしも決着がついていないのである。

不良貸付を例にとれば、信用力のない相手方に無担保で金銭を貸し付ければ、それと同額の反対債権を取得してもその債権に経済的価値はないために損害は肯定されるという点で、一致がある。[47] もっとも、それ以外の状況において、いかなる場合に損害が認められるのかについては、必ずしも意見の一致をみない。すなわち、旧来の判例においては、当然採るべき担保を設定していなかっただけで損害を認めたものや、不当貸付の場合には相手方の信用の有無を審査することなく損害を認めた事例もある。[48] 一方で、不良貸付事例ではないが前掲東京地判平成一九年九月二八日は、金融商品のリスクが高いというだけでは経済的価値がないとはいえないとして、価値の減少と判断することを否定している。このような状況が、経済的見地によって本当に全て説明できるのか、その具体的内容を検

討する必要があるように思われる。[49]

また、背任罪には未遂処罰規定が存在するが、経済的見地による損害評価と未遂処罰規定が調和するのかという問題がある。[50]「実害発生の危険」については、未遂と既遂の区別を曖昧にするとの批判が加えられていたが、「経済的見地」の採用によりその批判は当たらないとされてきた。しかしながら、近時の裁判例においては、「経済的見地」という概念を用いることで、既遂の成立時期を相当程度早めたものも存在する。東京高判平成一九年一二月七日[51]は、旧日本道路公団（JH）の理事であった被告人が、公団が発注する工事に関する入札談合への協力として工事の受注業者数が増えるようにするため、経費が一億円以上増額する分割発注を指示したという事案において、「本件の損害は、分割後の二つの工事によって諸経費が増大するというものであり、第一工事が発注されても、第二工事が発注されない以上、現実の経済的損失が発生するかどうかは明らかでない（第二工事の発注時には、鉄鋼価格や人件費等の変動により、工事予定価格が増減する可能性がある。）のであるから、第一工事が発注されたからといって、損害が確定するわけではなく、未だ既遂には至っていない」旨の主張に対し、本件工事が連続した工事の一部であることから、「第一工事のみが発注されて第二工事が発注されないことはあり得ず、第一工事の請負契約が締結された時点において、本件工事の分割発注が確定し、第二工事の発注も確定的になったということができる。してみると、第一工事の請負契約が締結されることによって、第二工事が現実には未だ発注されておらず、第二工事の発注による現実の損失が未だ発生していないとしても、経済的見地においては、その時点において、JHの財産的価値が減少したものと評価することができるのであるから、背任罪が既遂に達したというべきである」として背任罪の既遂を肯定し、さらに「第一工事の請負契約が締結され、本件工事の分割発注及び第二工事の発注が確定的になることにより、第二工事の工事予定価格の増額も確定的になったということができるので、第一工事

の工事予定価格の増加分のみならず、第二工事の工事予定価格の増加分も含めた本件工事全体の工事予定価格の増加分」が、財産上の損害に当たると述べた。ここで、「経済的見地」は、工事価格の増大がどの時点で財産上の損害として認められるのかを確定する理由として用いられている。[52] たしかに、本件では、第一工事の請負契約が締結されている以上、未遂にとどめることには抵抗があったのかもしれない。しかし、判決自身が、既遂時期と損害額を区別して論じているのだから（また第一工事のみで損害の発生が考えられることも指摘していた）、第一工事のみの損害を認定して背任罪の既遂とする余地も残されていた。にもかかわらず発注すらされていない第二工事の「損害」が、工事はいつか必ず行われるという理由で「経済的見地」により発生しているとされているのである。[53]

このように、「経済的見地」の採用によって背任既遂罪の成立範囲は実際には非常に前倒しされているように思われる。他方で、「経済的見地」による損害が発生する具体的危険をもって未遂の成立時期を認める、すなわち、未遂の成立時期自体も前倒しすることも可能なはずである。しかしながら、そのような段階で背任未遂を認めた事例は公刊物においては見当たらない。むしろ、判例としてあらわれた背任未遂の事案を見ると、例えば、権利の二重譲渡において登記などを完了していない事案などに限られているように思われる。[54] このような事案については、前掲東京高判平成一九年一二月七日の基準からすれば既遂が認められてもおかしくないように思われるが、あえて異なる取り扱いをする理由を挙げるとすれば、横領罪（既遂）の成立時期との関係がある。すなわち、不動産登記などが絡む横領行為の事例においては横領罪の成立時期は登記を了した時点であるため、権利の二重譲渡など実質的な二項横領類型においては既遂時期も横領罪と同一にしようとの意識がはたらくものと解されるのである。[55] もっとも、そうであれば、横領罪において未遂がないのに、何故背任において未遂があるのかという問題は生じるであろう。いずれにせよ、背任未遂の意義[56]との関係でも「経済的見地」の内容を考える必要はあるのではなかろうか。

(1) この表現は、後述するドイツ法における「損害と同一の財産危殆化」(schadensgleiche Vermögensgefahrdung) 及び「危殆化損害」(Gefährdungsschaden) と類似性を有する。
(2) 刑集一七巻二号一六六頁。
(3) 刑集一七巻七三五頁。
(4) 刑集一二巻二一九六頁。
(5) 刑集一六巻二号六八頁。
(6) 前掲『注釈刑法』〔内藤〕二九四頁、江家・前掲論文一八二頁参照。なお、この問題と財産概念の関係については第二節第二款を参照。
(7) 刑集三七巻四号四三七頁。
(8) 最決昭和五八年三月二四日団藤補足意見。
(9) 最決昭和五八年三月二四日谷口補足意見。
(10) 斎藤信治『刑法各論〔第三版〕』(二〇〇九) 一九四頁参照。
(11) 反対説として、岡本・前掲論文四二三頁以下。
(12) 森岡茂「判解」昭和五八年最判解刑事篇一一九頁参照。
(13) 刑録一九輯五一一頁。
(14) また、大判大正一四年八月三日刑集四巻五〇六頁は、保険会社の事務担当者が制限額以上の保険契約を締結し会社に保険金支払いの危険を負担させた事案において、財産上の損害を肯定している。これに対し、倉庫営業を営む組合の理事が、受託を仮装した倉庫証券を発行したという事案につき、大判昭和一〇年四月一三日大審院裁判例九巻刑一六頁は、倉庫証券を交付して証券上の権利を生じさせたときではなく、同証券に基づく金銭・物を債権者に交付したときにはじめて財産上の損害が生じたかのような表現を用いている。
(15) それどころか、無効な債務負担であっても事実上の危険性をもとに損害を肯定するのであれば、有効な債務負担は常に損害を肯定するということもできるように思われる。
(16) 最決昭和四三年一〇月二四日刑集二二巻一〇号九四六頁。

(17) ただし、判例は詐欺罪においては「財産上の損害」に関わる要素を軽視して広く同罪の成立を認める傾向にある。

(18) 西田典之『刑法各論〔第五版〕』（二〇一〇）一八六頁。

(19) 藤木英雄『総合判例研究叢書一一巻』（一九六四）一六〇頁。もっとも、同『経済取引と犯罪』（一九六五）二九四頁においては、手形債務の負担で直ちに損害を認めているようにも見える。

(20) 井上正治＝羽田野忠文『判例にあらわれた財産犯の理論』（一九六四）二一九頁、前掲『注釈刑法』三〇三頁〔内藤〕。また、江家・前掲論文一七九頁も、現代のごとき信用経済のもとでは、債務負担は財産減少と見られねばならないとする。

(21) 例えば林『刑法各論〔第二版〕』（二〇〇七）一七六頁以下。

(22) 最判昭和三一年一二月七日刑集一〇巻一二号一五九二頁。

(23) 例えば、中森「判批」刑法の判例〔第二版〕二七六頁。

(24) なお、江家・前掲論文一八〇頁、前掲『注釈刑法』三〇六頁〔内藤〕は、担保権の喪失により、債権の経済的価値が減少したことが損害であるとするが、およそ弁済可能な場合にも減少する経済的価値の内実が問題となろう。

(25) もっとも「実害」の意味について必ずしも共通の意見があるわけではないのは前項記述の通りである。

(26) 松宮孝明『刑法各論講義〔第二版〕』（二〇〇八）二八〇頁。

(27) 前掲『注釈刑法』二九一頁〔内藤〕。川崎友巳「財産上の損害」刑法の争点二一〇頁。もっとも、この理論は詐欺罪の財産上の損害における議論をそのまま考慮したものである（福田平「詐欺罪の問題点」日本刑法学会編『刑法講座六巻』（一九六四）八四頁以下）。

(28) 判例タイムズ一二八八号二九八頁。

(29) ただし、行為者が当該金融商品のリスクを知らなかったという点は、任務違背にとってはともかく損害にとっては意味のないものであろう。

(30) 判決自身は他方で、極めてリスクの高い商品であったということも認定しており、実質的には、この点も損害の評価に影響を与えているものと思われる。

(31) 刑集七巻一三号二三二九頁。

(32) なお、本件の上告審である最判昭和二八年一二月二五日刑集七巻一三号二三二一頁は、本文記載の背任罪の判示に対する弁護人の上告趣意については判決で述べることなく、同時に問題となった横領罪について、「支出が専ら本人たる組合自身のためになされたものと認められる場合には、被告人は不法領得の意思を欠くものであって、業務上横領を構成しないと解するのが相当である」として破棄差し戻しの判決を下している。

(33) 藤木・前掲『経済取引』二三四頁以下。前掲『注釈刑法』二九九頁〔内藤〕は、このような場合を特殊事情であるとする。これに対して、岡本・前掲論文四二五頁以下は反対。

(34) 前掲大判昭和八年一二月四日などを参照。

(35) 林・前掲『刑法各論』一四三頁。

(36) 前掲『大コンメ』二〇一頁〔日比〕、前田・前掲書三四九頁。また、藤木『刑法講義各論』（一九七六）三四六頁もそのような趣旨を述べている。

(37) なお、長井圓「詔書詐欺罪の成立要件と人格的財産概念」板倉宏博士古稀祝賀『現代社会型犯罪の諸問題』（二〇〇四）三三三頁以下は、全体財産概念の長所は金銭的価値の比較による客観的評価にあるとする。もっとも、同論文三三四頁は、人格的財産概念があらゆる財産犯に妥当し、同概念は個別的財産と親和的であるとしている。そのため、背任罪においても、全体財産に対する罪ではなく個別財産に対する罪であると考えるのかもしれないが、詐欺罪についての論考であるため、具体的な帰結は不明である。また、酒井安行「詐欺罪における財産的損害」刑法の争点一九〇頁も、詐欺罪における財産的損害の要否の検討の中で、全体的財産概念は金銭的価値を基本とせざるをえないとする。

(38) 林・前掲『財産犯』一〇〇頁以下参照。

(39) 福田平・前掲論文八六頁、宮本英修『刑法大綱』（一九三五）三七〇頁、佐伯千仞『刑法各論〔訂正版〕』（一九八一）一四七頁も参照。

(40) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号（一九八五）一〇二頁以下、山口・前掲『刑法各論』二六七頁以下、橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」前掲『植村立郎判事退官記念論文集』一七五頁以下。

(41) 伊藤・前掲論文（五・完）四〇一頁以下参照。なお、伊藤前掲論文（一）六三頁は、ドイツ刑法の詐欺罪における「財産損害」についても、財産減少と解する必然性はないのではないかと述べている。

(42) 西田・前掲『刑法各論』一九九頁。

(43) 橋爪・前掲論文一八〇頁。

(44) 詐欺罪と処分の自由の関係については、足立友子「詐欺罪における詐罔行為について（一）～（五・完）」名古屋大学法政論集（二〇〇五・二〇〇六）二〇八号九七頁、二一一号一三七頁、二一二号二四九頁、二一四号三二九頁、二一五号二九一頁参照。

(45) この点は、不作為の欺罔の場合でも同じである。すなわち、詐欺罪の場合には常に被害者から行為者への物・利益の移転があるため、行為がない場合には通常移転自体を否定することになる。

(46) 背任罪が現行刑法において創設された時点においても、事務処理者に本人の物の買占めを崩され（それによって買い占めの場合の代金によって物が売れなくなった損害が生じ）た事例が挙げられており（明治三五年改正案における第一六四貴族院特別委員会における説明。松尾浩也増補解題『増補刑法沿革総覧』（一九九〇）一一九八頁）、既に、消極的損害は立法段階で想定されていたことになる。

(47) これに対して、岡本・前掲論文四二三頁以下は、「現実の損失（実害）」こそが背任罪の「財産上の損害」であり、それに未だ至らない経済的損害は財産上の損害に該当しないとして、例えば、不良貸付の場合には貸付金の回収不能が確定したときに背任既遂を認めている。

(48) 前掲大判昭和一三年一〇月二五日など。

(49) 学説においても、無利息で貸付をした場合の利息分が損害であるとの見解もあるところである。

(50) 前掲大判昭和一三年一〇月二五日は、「現行法上横領罪ニ付テハ其ノ未遂ヲ処罰セサルニ拘ラス背任罪ニ付テ其ノ未遂ヲ処罰セルノ律意ニ徴スレハ背任罪ノ既遂タルニハ実害ノ発生ヲ必要トスルカ如シト雖モ爾ク解スルニ於テハ背任行為後損害補填ノ事実等アリタルトキハ竟ニ既遂トシテ処罰スルコト能ハサルニ至ルヘシ是ニ於テカ外国立法例中ニハ我現行法ト異リ横領罪ノ未遂ヲ処罰スルニ拘ラス背任ノ未遂ヲ処罰セサルモノアリ蓋シ背任罪ノ既遂タルニハ財産的実害ニ対スル危険ノ発生ヲ以テ足ルト解スルニ於テハ之カ未遂ヲ観念シ難キニ至ルニ由ルヘシ」として、未遂処罰規定自体を問題にしているようにも見える。

(51) 判時一九九一号三〇頁。

(52) なお、本判決は、「経済的見地」により実際の契約額ではなく予定価額を損害算定の基準としているところも特徴的である。これについては、実際の契約額による損害の算定が困難であり、かつ、談合により工事予定価格が現実の落札価格（受注業者の報酬債権額）に近似していることに基づくのではないかと思われる。

(53) 塩見淳＝品田智史「判批」刑事法ジャーナル一四号（二〇〇九）一一〇頁、今井猛嘉「判批」公正取引七三〇号（二〇一一）八八頁。

(54) 大判昭和七年一〇月三一日刑集一一巻一五四一頁（電話加入権の二重譲渡事例）。

(55) もっとも、動産売買において対抗要件である引渡し時ではなく意思表示を横領罪成立時期とした判例（大判昭和八年一〇月一九日刑集一二巻一八二八頁）もあり、他方、債務負担で既遂を認め詐欺罪においても、不動産の詐取については横領と同様の既遂時期（移転登記を了した時点）が考えられている（大判大正一一年一二月一五日刑集一巻七六三頁）。したがって、不動産（登記制度）の特殊性といえるかもしれない。

(56) 刑法改正草案においては、背任を二項横領と位置づける立場から背任罪において未遂処罰規定は削除されていた。また、そもそも背任に未遂があるのは、詐欺・恐喝の罪において両罪と一括して設けられたために過ぎないとする指摘もある（青柳文雄『刑法通論Ⅱ各論』（一九六三）五五三頁）。

第四節　小括

背任罪は、「財産上の損害」を要件としていることから全体財産に対する罪である、と一般的にいわれているが、「全体財産に対する罪」ということの意味は、任務違背行為によって本人に生じた財産構成要素の流出・価値減少と、同時に生じた財産構成要素の流入・価値増加を比較して「財産上の損害」の有無を判断するということにあると解される。その意味で、背任罪の「財産上の損害」を判断する際にも個々の財物・財産的利益に着目することは避けて通れない。もっとも、財産的利益の毀棄形態まで広く行為態様に含む背任罪においては、財産移転罪における限定を用いることはできず、個々の財物・利益の流出入を「財産上の損害」と評価する方法が重要となる。(1)

背任罪における「財産上の損害」の評価方法においては、従来「実害発生の危険」という概念が用いられてきたが、趣旨はそのままに「経済的見地」による損害評価が一般的に用いられている。しかしながら、「経済的見地」による損害評価は、なおその内実が明らかではない。まず、債務負担と担保毀損の事例に見られるように、観念的な利益の取り扱いに統一的でない部分がある。次に、詐欺罪の場面ではもはや放棄されたかに見える金銭的な「財産減少」の要素が背任罪においてなお残っているのかが明らかではなく、本人の財産処分の自由の侵害との関係も明らかではない。そして、非常に困難な問題ではあるが、財産減少があるとしてもそれがどの程度であれば「損害」となるのか、未遂と既遂の境界はどこなのかという点も議論は尽くされていないように思われる。(2)

そこで、続いて、比較検討の対象として、ドイツ刑法の背任罪（二六六条）における損害（「Nachteil」）要件の解釈について検討したい。ドイツ刑法においては、詐欺罪（二六三条）において「財産上の損害」（Vermögensschaden）が要件とされており、その意義について活発な議論がなされてきていた。他方、背任罪における「損害」は、詐欺罪の「財産上の損害」と同内容であるとして従来必ずしも詳しい議論がされてこなかった。しかしながら、後に検討するように、現在、詐欺罪と背任罪の構造の違いを意識して、背任罪の損害要件を捉えなおそうという動きが、ドイツの判例・学説において見られているところである。したがって、我が国の議論においても、ドイツにおける法状況を参照することは十分な意義があるものと思われる。

（1）　本章第二節。
（2）　本章第三節。

本稿は、科研費若手研究（B）「経済活動と背任罪」（22730057）の助成を受けたものである。