

## 背任罪にいわゆる任務違背の

### 行為に当たるとされた事例

（昭五七年(刑)第五七一号背任被告事件、昭和六〇年四月三日最高裁第二小法廷決定、上告棄却、  
刑集三九卷三号一三二頁、判例時報一一五四号一五三頁、判例タイムズ五五六号一一六頁。）

奥村正雄

【事実】 被告人Xは、甲信用組合の専務理事であり、特別融資部担当として大口取引先等に対する融資に関する事務を掌理していたが、顧客に組合資金を貸付けるにあたっては、関係法令及び定款の定めを遵守するはもとより、予め貸付先の資力・信用状態を調査し、十分な担保を徴して貸付金の回収の確実を期し、あるいは同組合にある顧客の当座預金に支払資金の残高がない場合にはその当座預金からの支払いをせず、あえて支払資金の残高を超えて支払いをする場合には予めその顧客の資力、信用状態を調査し、組合の債権保全のため十分な担保を徴するなど、組合のたゞめ事務を誠実に遂行すべき任務を有していた。

Xは、昭和五十一年一月より七月にかけて、F等から乙会社等四つの会社に対する貸付を依頼されるや、各貸付について、貸付先の経営内容が悪く、いずれも回収困難であり、かつ無担保あるいは大幅な担保不足であるから、基本的

には内心反対であり、そのほとんどについて甲信用組合のS理事長等に対し反対あるいは消極的意見を具申したものの、いったん同人らが承認を決定すると、やむをえないと考え、あるいは少なくとも特別融資部担当を辞する等進退出処を決することもなく、右決定を承け、あるいは順次意思を相通じ、各貸付実行の手續をとり、合計約一二億円近くの融資を行った。

なお、組合の定款によると、専務理事は正・副理事長を補佐して業務を執行し、あるいは理事長の行う職務を補佐し、その指揮を受け日常業務を処理し、または理事長等から委任を受けた業務を執行し、必要があれば業務全般について理事長に意見を具申するなどの重要な職務を行う。そして、Xは貸付の要請があった際、特融部担当専務理事として、その都度S理事長等と協議してその決定に関与し、貸付決定後は特融部長代理の起案した稟議書にS理事長等とともに決裁印を押していた。また、「役員職務権限に関する取り決め」により、専務理事には純貸三、〇〇〇万円以内の信用供与あるいは純貸三、〇〇〇万円を超えるもので純貸額の一〇%以内の純貸増の信用供与等の決定権しか与えられていなかった。

一・二審とも、Xに対し背任罪の成立を認め、懲役一年六月執行猶予二年を言い渡した。これに対しX側は、事実誤認ないし法令違反を理由に上告したが、上告趣意として、Xが各貸付についてすべて反対の意見を具申し、可能な限り抵抗を示しており、自己ないしF等の利益を図る目的はもちろん、同組合に損害を加える目的もなく、また本件各貸付をS理事長等の決裁に従い機械的に処理したにすぎないのであるから、任務違背はなかったと主張した。

【決定要旨】 最高裁は、上告を棄却し、なお書きで次のように判示した。

「本件の事実関係のもとにおいては、信用組合の専務理事である被告人が自ら所管する本件貸付事務について、貸

付金の回収が危ぶまれる状態にあることを熟知しながら、無担保であるいは十分な担保を徴することなく貸付を実行する手続をとった以上、それが決裁権を有する組合理事長の決定・指示によるものであり、被告人が右貸付について組合理事長に対し反対あるいは消極的意見を具申した事情が存するとしても、所論のように任務違背がないとはいえないと解すべきであつて、これと同趣旨に帰する原判断は正当として是認することができよう。」

【研究】 一 本決定は、いわゆる不良貸付の事案に関して背任罪の成立を肯定した事例である。争点は、不良貸付について、決裁権を有する理事長に対し反対意見を具申し、消極的態度をとった以上、任務を尽したということになり、最終的に上司の違法な命令に従つて貸付を実行しても任務違背はないといえるか否かである。この点に関して判断を示した先例はない。本決定は、「本件の事実関係のもとにおいて」示した事例判例ではあるが、右争点について最高裁の態度を明らかにし、任務違背があると解した新判例である。さらに、本件被告人が重責のある理事クラスの者であることから、本決定の趣旨がどの程度の地位の者にまで及ぶのかという先例としての射程範囲が問題となり、議論が分かれている。本決定を検討する意義があるゆえんである。

二 では、本件事案において任務違背があるとする根拠は何か。これを明らかにするためには、背任罪の成立要件に関する次の諸点を明らかにしておく必要がある。

ところで、刑法二四七条は、「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トキハ五年以下ノ懲役又ハ千円以下ノ罰金ニ処ス」と規定している。そこで、背任罪が成立するためには、第一に、行為者が他人のためその事務を処理する者という身分を有すること、第二に、本罪は目的犯であり、主観的要件として、故意のほか第三者の利益をはかり、

または本人に損害を加える目的があったこと、第三に、その任務に背いた行為をすること、第四に、背任行為の結果、本人に財産上の損害が加えられなければならないこと、を要する。以上の各要件のうち、本件では第三の任務違背行為の存否がもっとも中心的な論点となるが、これを検討する前提作業として、先に他の要件について順次検討しておく。

初めに第一点については、被告人Xが貸付実行の決裁権を有していなくても事務処理者となりうるかが問題となる。この点は、被告人側がXはS理事長の決裁に従い機械的に事務を処理しているにすぎないから、背任罪の主体となすべき身分を有していないと、終始一貫主張しているところである。第一審は、XはS等と協議して融資の決定に関与し、決定後は稟議書にS等とともに決裁印を押していた点で、「本件各貸付に関し一定の包括的、裁量的事務に携わっていたものであって、単に機械的な事務の担当に止っていたものとは到底いえない。また背任罪が成立するためには必ずしも単独の意思で処理する権限（いわゆる決裁権）のある事務に関し任務違背行為のあったことを要しないものと解すべきである<sup>(1)</sup>」と判示して、Xが事務処理者であると断定した。また第二審は、「背任罪の成立には必ずしも行為者が自己単独の意思をもってその事務を左右しうる権限、すなわち決定権を有する者が存する場合であっても、いやしくもその行為者の担任する事務の範囲内に属する以上、これに関し背任の行為があった場合は本罪が成立するものというべきである。なぜならば、右決裁権を有する者とその決裁権の下に事務を処理する者とは、その権限は同等でないとはいえず、両者相まってその事務を遂行するものであって、その任務の範囲を区別して背任の罪責の存否を決すべきものでないからである」としたうえで、XはS等の指揮を受け、その職務を補佐し、必要があれば、業務全般について理事長に意見を具申する権限をも有することが認められるから、「その行為は所論のように単なる機械的

存在としてのみのそれにとどまっていたものとはいえない<sup>(2)</sup>と判示した。以上の一・二審の判断は、従来の判例の立場を踏襲するものである<sup>(3)</sup>。本決定は、直接判示していないが、右の立場を前提としているものと解される。

一方、学説では、単なる機械的な事務を処理する義務または権利しか与えられていない者が背任罪の主体となりうるかについて争いがあり、単なる使用者のように全く機械的な内容の事務を処理する者は背任罪の主体となりえないと解する見解が有力である<sup>(4)</sup>。この見地からいっても、本件の場合、Xはある程度の包括的または裁量的な事務処理の権限が与えられているのであるから、一・二審の判断は妥当性を有するであろう。したがって、本件被告人が背任罪の主体となることは否定できないであろう。この点について、本決定に関する他の評釈にも異論は見られない。

第二に、主観的要件として、Xに自己の行為が任務の本旨に違反していることの認識、および自己もしくは第三者の利益を図るといふ図利目的、または本人に財産上の損害を加えるといふ加害目的の存在が必要である。問題は、Xが反対意見を具申した場合でも、これらの要件を満たしているといえるか否かである。一・二審は、Xは貸付金の回収が危ぶまれる者に組合の資金を貸付けること、そしてそれが自己の任務に違背すること、およびその結果組合に財産上の損害を生じさせることについてそれぞれ認識していたこと、F等の関係企業の利益を図り、同信用組合に損害を加える目的のあったことを肯定している。本決定も、明言はしていないが、Xが「貸付金の回収が危ぶまれる状態にあることを熟知し」ていたと判示しており、一・二審と同様の判断をしているものと解される。

学説上、任務違背の認識および目的について、それぞれ未必的なもので足りるか、あるいは確定的なものでならぬかの争いがある。学説の検討は措くとして、本件の場合、任務違背および図利ないし加害の点において確定的認識を要すると解する立場<sup>(5)</sup>からも、Xが反対意見を具申していたという事情は、Xの故意および目的を否定する材料には

ならないであろう。<sup>(6)</sup> なぜなら、Xは無担保または不十分な担保で貸付をすれば貸付の回収が著しく困難になり、それがF等に利益を与えるだけではなく、信用組合に損害を与える結果にしかならぬことを確実に認識していたからこそ反対意見を具申したといえるからである。

第三に、任務違背行為の有無が問題となるが、後に検討することにして、第四の財産上の損害発生に関する問題点を先にみておこう。この点は、本決定の直接の争点ではない。しかし、背任罪における不良貸付の問題点のひとつであり、二審判決および本件評釈のなかにも言及しているものがあるため、ふれておくことにする。

ところで、被告人側は、本件公訴事実において掲記された回収不能額について一審判決が認定していないのは事実誤認があると主張した。この主張は、回収不能額の認定がない以上、財産上の損害が発生したとはいえないとする趣旨である。これに対し、二審判決は先例を引用して、<sup>(7)</sup>「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、実害発生の際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、本件ではいわゆる「過振りが行われ、これが解消不能の危険が発生した以上、解消不能の実害が発生する結果をまつことなく、その一事により信用組合弘容に対し財産上の損害を加えたものというべきである」<sup>(8)</sup>と判示している。ところが、右の先例は、背任罪にいう財産上の損害の意義について、「実害を発生させた場合だけでなく、財産上の実害発生の際の危険を生じさせた場合をも包含する」と説示していたため、「財産上の損害」のなかに財産上の実害のみならずその危険も含まれるのかという問題点を残していた。この判例の趣旨に関して、学説から、実害発生の際の危険を生じさせた場合を包含すると表現することは、実害発生の際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るとする批判が加えられた。<sup>(9)</sup> そこで、学説の多くは、背任罪の本質が信任関係の違反および全体財

産の侵害であること、背任罪は危険犯でなく侵害犯であること、および未遂処罰の規定があることを根拠に、刑法二四七条にいう「財産上ノ損害」とは財産上の危険ではなく実害のみを意味すると解するとして、判例の概念構成に異論を唱えている。もっとも、不良貸付のように法律上の債権が存在している<sup>(10)</sup>、したがって、通説は、「財産上ノ損害」の難な場合には、既に不良貸付それ自体で実害発生があったと解している<sup>(11)</sup>。一方判例の態度意義について判例と概念構成をやや異にしつつも、実質的には判例の立場と同様であると解される<sup>(12)</sup>。も、近時、「実害発生<sup>(12)</sup>の危険を生じさせた場合」をも含むという「表現として誤解を招きかねない」<sup>(12)</sup>説示を改め、「財産上ノ損害」の意義をより明確なものにした。昭和五八年五月二四日の最高裁決定は、信用保証協会の支所長等が多額の負債を抱え資産状態が不良のため返済能力のないことが明らかな企業者に対し、委任された限度額を超えて債務保障をさせた行為につき背任罪の成立を認め<sup>(13)</sup>た事案において、「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」と定義した。このように、通説・判例は、経済的見地から本人の財産状態を評価し、行為者の行為によって本人の全体財産の価値を減少させ、または増加すべき価値を悪化させたことを「財産上ノ損害」とみる。したがって、不良貸付は、回収不能の蓋然性が高い場合、回収不能の結果をまつことなく貸付それ自体で背任罪の既遂に達し、貸付後にたとえば連帯保証人が全額償還しても犯罪の成否に影響がないという結論になる<sup>(14)</sup>。これに対して、背任罪は侵害犯であるにもかかわらず、具体的危険の発生と同時に既遂を認めることになり、「不良貸付が担保権の喪失行為と同時に、すでに損害があるとするのであれば、未遂と既遂は実際てしまうことになる<sup>(15)</sup>」とする反論がみられる。この見地によれば、仮に不良債権として評価されるような場合であつ

上重なっても、返済期間が到来した段階で返済されれば実害の発生はなく、背任罪は未遂にとどまると解することに  
なる。問題は、同罪における「実害」発生の意義をどのように捉えるかにある。この点については、たとえば本件の  
ように弁済の見込がないのに無担保貸付を行う場合、当該債権が法律上有効ではあるが経済的見地からはすでに担保  
価値を喪失している段階においても、貸付を行った時点で背任行為の着手があるだけで、返済期日が到来するまでは  
未遂状態が続くと考えるのは妥当でないであろう。背任罪における「財産上ノ損害」は、既存財産の減少だけでなく、  
将来取得しうる利益の喪失を含む<sup>(16)</sup>。とくに後者の点で、同罪は罪質上危険的性格を有しているように思われるが、  
規範的には貸付と同時に実害が発生し、既遂犯が成立すると判断できるであろう<sup>(18)(19)</sup>。本決定の評釈も、本件事案では、  
貸付金の回収不能の危険性が明白であるから、貸付自体において全体財産の損害があったとすることに全く問題はな  
いと評価している<sup>(20)</sup>。

三 次に、本決定でもっとも問題となる任務違背行為の点について検討しよう。本件では、Xが決裁権を有する上  
司のS理事長等に反対意見を具申しながら、理事長等の違法な命令に抗しきれず融資を実行したという点について、  
決裁権者の意向に抵抗を示したことが背任罪の違法性の存否に影響を及ぼすか否かが問題となる。ここでは、第一に  
上司の違法な命令に従ったことと任務違背との関係、第二に上司に反対意見を具申したことと任務違背との関係が問  
題となる。第一点に関しては、大審院昭和八年七月二〇日判決<sup>(21)</sup>が、信用組合の一事務員が常務理事の命令に従い預金  
皆無の者に対する貸越を行った事案について、「信用組合ノ常務理事ノ指揮ニヨリ預金皆無ナルニ拘ラス貸出ヲ為シ  
スル行為カ組合ヲシテ損害ヲ蒙ラシムルモノナルコトヲ知悉シ居タルトキハ背任罪ヲ成立ス」と判示した。同判決は、  
被告人に貸越分が回収不能となり信用組合に財産上の損害が生ずることのないよう貸出方の信用、資産状態等を調査



して回収の確実を期すべき任務があった場合には、上司の違法な命令に従うことは免責事由にならないことを明らかにしたものである。本決定の事案との相違は、被告人が重要な地位に就いていなかったことより、むしろ上司に反対意見を具申しなかった点にある。したがって、本決定に関する先例としての役割は乏しい。

このように、決裁権を有する上司に反対意見を具申しながらも最終的に上司の違法命令に従った先例がない。そこで第二に、被告人が上司に反対意見を具申ししたことが任務違背性を否定する事由となるか否かが問題となる。本決定は、この点について初めて判断を示し、「本件の事実関係のもとにおいては」と限定したうえで、反対意見の具申は任務違背性否定の事由にならないとした。本決定につき、評釈はいずれも肯定的な態度を表明している。しかし、判旨の理解に若干の相違がみられ、後述するように、このことが本決定の射程範囲に関する見解の相違につながってくる。

ところで、本決定要旨の理解についてみると、およそ次の二とおりの見解に分れるように思われる。第一説は、仙波厚最高裁判所調査官<sup>(22)</sup>と京藤哲久助教<sup>(23)</sup>の見解である。仙波調査官は、決定要旨が被告人Xは貸付事務を掌理していた「専務理事」であると判示している点を捉えて、Xの職責が重大であること、および本件貸付が典型的な不良貸付であって、その背信性が著しいことが任務違背肯定の理由であると理解しておられる。京藤助教も同様に、Xが重要な地位にあることと背信性の二点に任務違背の根拠があると理解されている。これに対し、第二説は、大谷實教授<sup>(24)</sup>、川崎一夫教授<sup>(25)</sup>、松尾邦弘法務省刑事局参事官<sup>(26)</sup>および現場純男検事<sup>(27)</sup>（現判事）の見解である。これは、Xが専務理事であることに重点があるのではなく、むしろ任務違背のポイントは、Xが事務処理のうえで不良貸付をしないという任務に背いている点にあると理解する立場である。両説はいずれも任務に関する背信性を重視する点で共通の理解に立

ちながら、第一説が被告人の重要な地位を重視するのに対して、第二説がこの点は背任行為の成否にほとんど影響がないと理解していることに相違がみられる。

四 したがって、両説の見解の相違によって本決定の射程範囲に関する理解も異なってくる。たとえば、本件と事案を異にする場合として、第一に被告人の地位が低いケースと、第二に被告人が本件の場合よりも強い反対の意向を示したが、上司の命令に抗しきれずやむなく決裁に従った極限的なケースとが考えられる。以上の二つのケースにつき、本決定の評釈者全員が明らかにしているわけではないが、次のような見解の相違がみられる。

初めに第一のケースについては、第一説に立つ京藤助教が任務違背はなく、背任罪の構成要件該当性が否定される場合があるとされる<sup>(28)</sup>。一方、仙波調査官は、「個々の事案に即して任務違背の有無を慎重に検討することが必要であろう<sup>(29)</sup>」とされる。これは、明言されていないが、ケースによっては構成要件該当性、違法性ないし責任性のどれかが否定されるとする趣旨であろうか。これに対し、第二説に立つ大谷教授は、「本決定の趣旨が、自己の任務について違背がある以上、上司の命令に従ったことは関係なく、『任務違背』を認めてよいとするものであると解すれば、おそらく重要な地位にない者についても本決定は先例となりうるであろう<sup>(30)</sup>」とされ、構成要件該当性を阻却すると解する見解は妥当でない<sup>(30)</sup>とされる。この場合、「重要な地位にない」といっても、背任罪の主体たりえない者は含まないであろうから、重要でない地位の下限が問題となる。大谷教授は、事務処理者の意義を論じた論文のなかで、右の問題点を明らかにしておられる。それによると、背任罪の本質が信任関係を侵害して本人に財産上の損害を与えることにある以上、事務処理者は代理権を有するなど本人の権利・義務を左右できる権限に基づいて他人の事務を包括的ないし裁量的に処理できる者であり、単純な機械的事務者は含まないとされる<sup>(32)</sup>。したがって、包括的・裁量的な事務

処理者である以上、本件のように理事クラスの地位にない者でも、自己の任務に違背があれば、いくら上司に反対意見を具申しても背任罪が成立するという結論になるであろう。

次に、第二のケースについてみると、京藤助教授は、構成要件該当性が否定される場合があるとされる。その根拠として、「たとえば中小企業等協同組合法は商法二六六条三項を準用しているので（三八条の二）、議事録に異議をとめておれば民事上免責されるが」、そのような場合には任務違背行為に当たらないとされる<sup>(33)</sup>。しかし、このような論理構成には少々疑問を感じる。なぜなら、議事録に異議をとめると民事免責されることが、どうして背任罪の刑事免責につながるのか、その根拠が明らかでないからである。仮に反対意見を具申して民事免責されても、背任罪の免責対象となりうるのか、別途検討される必要があるように思われる。一方、仙波調査官は、第二のケースのように極限的な場合には、第一のケースと同様に個々の事案に即した慎重な検討が必要であると説かれる<sup>(34)</sup>。

これに対し、大谷教授や川崎教授は、第二のケースに任務違背性を肯定され、実質的違法ないし責任の程度問題に帰着するであろうという見解を示しておられる<sup>(35)</sup>。その根拠として、たとえば川崎教授は、「上司が絶大な権限を有しており、上司の命令に従わないときは解雇・解任・降格などの身分上の制裁を受けかねないような場合には、期待可能性が減弱すると思われるが、それは責任の減少の問題として考慮すれば足り、構成要件該当性ないし違法性の判断に影響を及ぼすものとして考慮すべきでないであろう。そして、このような責任の減少は刑の量定に際し顧慮されるべきであり、それをもって足りる<sup>(36)</sup>」とされる。

では、第二説によれば、反対意見を具申しても結果的に上司の違法命令に従えば、一律に任務違背行為があるときれるのであろうか。この点について、川崎教授は「行為者のなした一連の事務処理が事務処理者として当然行わな

ればならない法律上の義務に違背する程度が軽微であって、本人に与えた損害が重大なものでなく、しかも行為者が真摯な努力をして反対意見を述べたと認めうる事情があれば、本人に対する背信性が微小であるから、任務違背行為がなかったものとして背任罪の成立を否定しうる場合もある<sup>(37)</sup>と述べられる。

思うに、任務違背行為の存否のポイントは、事務処理者として当該具体的事情のもとで当然行うものと期待された任務に背く行為があったかどうかであるから、<sup>(38)</sup> 決裁権を有する上司に反対意見を具申したこと自体が任務違背行為の存否を決定することはなく、個々の事案によって違法性ないし責任の減少があるにすぎないであろう。川崎教授が右に述べられた背任罪不成立の場合とは、本人に与えた損害の軽微性等、他の要素が背任罪の実質的違法性を阻却するような場合に限定されるように思われる。

五 以上、本決定の趣旨と射程範囲に関して、本決定の解説や評釈等の分析をとおして、検討を加えてきた。

本決定は、典型的な不良貸付の事案であるが、被告人が決裁権を有する上司の違法命令に反対意見を具申したものの結局それに抗しきれなかったというものであり、反対意見の具申が任務違背行為の存否に影響を及ぼすか否かが問題となった点で、検討を要すべき事例となった。本決定が本件では任務違背行為があるとした点は、情状論からみると、二審判決や松尾刑事事局参事官も指摘するように、<sup>(39)</sup> 上司の意向にはなかなか抗しがたい会社等の組織構造からみてやや厳しい責任を課しているきらいがある。しかし、本人に対する事務処理上の信任違背という背任罪の本質からみて、被告人が信用組合に財産上の損害を出さないよう法的に期待されているにもかかわらず、貸付の手続を行った以上、反対意見の具申は刑事免責の事由にならないはずである。このことを明確にした点に、本決定の意義がある。

それゆえ、本決定は、事例判例ではあるが、行為者が、重要な地位になくても、本人の権利・義務を自由に左右で

き、包括的・裁量的に事務処理を行う立場にあるかぎり、反対意見の具申の有無を問わず、上司の違法命令に従い事務処理を行う事例に関する重要な先例となるであろう。

- (1) 刑集三九卷三号一四五頁参照。
- (2) 前掲一五七一―一五八頁参照。
- (3) 大判大正四年二月二〇日刑録二一輯一三〇頁、大判昭和一七年一月三〇日法律新聞四八二四号七頁。事実上の補助者も、事務処理者となりうる。大判大正五年六月三日刑録二二輯八七三頁。
- (4) 団藤重光・刑法綱要各論(改訂版) (昭六〇) 六三一頁、大塚仁・刑法概説(各論)〔改訂版〕(昭六二) 三二三頁等。反対、柏木千秋・刑法各論(昭三五) 四九五頁等。
- (5) 大谷實・刑法講義各論(第二版) (昭六三) 二七九―二八〇頁、藤木英雄・刑法講義各論(昭五一) 三四八頁。なお、大谷教授は、財産上の損害発生の認識は未必的であってもよいとされる。これに対し、大塚・前掲書三一七―三一八頁は、背任罪の故意は未必的で足りるが、目的は確定的であることを要するとされる。
- (6) なお、川崎一夫「背任罪における任務違背の行為」判例評論三二二号(昭六〇) 五〇頁参照。
- (7) 最一小決昭和三八年三月二八日刑集一七卷二号一六六頁、最三小判昭和三七年二月一三日刑集一六卷二号六八頁、大判昭和一三年一〇月二五日刑集一七卷七三五頁。なお、三八年判決につき、川添万夫・最高裁判所判例解説刑事編昭和三八年度二三頁、三七年判決につき、吉川由己夫・同昭和三七年度一七頁。
- (8) 刑集三九卷三号一六三頁参照。
- (9) 団藤編・注釈刑法(6)〔内藤謙〕(昭五六) 二九四頁、大塚・前掲書三二〇頁注(一八)等。
- (10) 内藤・前掲書二九五頁、西原春夫「背任罪における財産上の損害の意義」平野Ⅱ福田Ⅱ大塚・判例演習(刑法各論)〔増補版〕(昭四六) 三一―一頁、大塚・前掲書三一―九頁、大谷・前掲書二八一頁、内田文昭「背任罪における財産上の損害」ジュリスト臨増昭和三九年一〇月号二三六頁等。
- (11) 平野Ⅱ佐々木Ⅱ藤永編・注解特別刑法4経済編〔佐々木史朗〕(昭五七) 三五頁。
- (12) 刑集三七卷四号四四一頁の団藤補足意見参照。

背任罪にいわゆる任務違背の行為に当たるとされた事例

- (13) 最一小決昭和五八年五月二四日刑集三七巻四号四三七頁。
- (14) 大判昭和七年四月二〇日判例体系三五巻(1)―2 一三六三頁、前掲注解刑法三五頁、川崎「財産上の損害の意義」刑法判例百選Ⅱ(昭五九) 一二六頁。
- (15) 中山研一・刑法各論(昭五九) 三三〇頁。なお、同「横領と背任」西原Ⅱ宮沢Ⅱ阿部Ⅱ板倉Ⅱ大谷Ⅱ芝原編・判例刑法研究 6 (昭五八) 三四五頁以下参照。
- (16) 大判大正一一年九月二七日刑集一卷四八三頁、大谷・前掲書二八一頁参照。
- (17) 本件二審判決が引用した先例が、背任罪における「財産上ノ損害」には「実害発生の危険」を含むとしたのは、将来取得しうる利益の喪失という消極的損害の発生を率直に表現したものと思われる。真鍋毅教授は、判例が「実害発生 of 危険」とするのは「正に危険犯への傾向を示すものとしてとらえるのが率直ではあるまいか」と指摘される。真鍋毅「背任罪における財産上の損害」法政研究三〇巻四・五号(昭三六) 七二頁。
- (18) 前掲最一小決昭和五八年五月二四日刑集三七巻四号四三七頁、大谷・前掲書二八一頁、大塚・前掲書三一九頁、的場純男「貸付業務と背任罪」商事法務一〇四九号(昭六〇) 一三一頁。なお、藤木英雄・経済取引と犯罪(昭五一) 二三三頁以下、二五九頁以下参照。
- (19) したがって、未遂犯の成立範囲は限定されよう。内藤・前掲書二九五頁以下、市川道雄「背任罪における『財産上ノ損害』の意義と既遂時期」一橋論叢三八巻二号(昭三二) 二〇五頁。
- (20) 大谷實「背任罪にいわゆる任務違背の行為に当たるとされた事例」最新判例演習室一九八七年一四五頁、京藤哲久「背任罪にいわゆる任務違背の行為に当たるとされた事例」昭和六〇年度重要判例解説(昭六一) 一六三頁。
- (21) 法律新聞三六一一号一七頁。
- (22) 仙波厚「背任罪にいわゆる任務違背の行為に当たるとされた事例」ジュリスト八四三号(昭六〇) 八五頁。なお、判例時報一一五四号一五四頁、判例タイムズ五五六号一一七頁の解説参照。
- (23) 京藤・前掲論文一六三頁以下。
- (24) 大谷・前掲論文一四四頁以下。
- (25) 川崎・前掲判例評論四六頁以下。

- (26) 松尾邦弘「背任罪における任務違背」警察学論集三八卷八号(昭六〇)一四九頁以下。
- (27) 的場・前掲論文一三〇頁以下。なお、同論文は本決定の判例評釈という形式をとらず、本決定を素材に演習問題としたものである。
- (28) 京藤・前掲論文一六四頁。
- (29) 仙波・前掲論文八五頁。
- (30) 大谷・前掲論文一四五頁。
- (31) 大谷實「背任罪における『他人の爲め其事務を処理する者』の意義」判例タイムズ六〇〇〇号(昭六一)三八頁以下。
- (32) 大谷・前掲論文四一頁。
- (33) 京藤・前掲論文一六四頁。
- (34) 仙波・前掲論文八五頁。
- (35) 大谷・前掲最新判例演習室一四五頁、川崎・前掲論文二二一頁。
- (36) 川崎・前掲。松尾・前掲論文一五六頁も同旨か。
- (37) 川崎・前掲。
- (38) 大谷・前掲刑法講義各論二七八頁。
- (39) 刑集三九卷三号一六三頁、松尾・前掲論文一五六頁。

〔本決定の評釈〕(発表順) 仙波厚「背任罪にいわゆる任務違背の行為に当たるとされた事例」ジュリスト八四三号(昭六〇)八五頁、川崎一夫「背任罪における任務違背の行為」判例評論三二二号(昭六〇)四六頁、松尾邦弘「背任罪における任務違背」警察学論集三八卷八号(昭六〇)一四九頁、京藤哲久「背任罪にいわゆる任務違背の行為にあたるとされた事例」昭和六〇年度重要判例解説(昭六一)一四四頁、大谷實「背任罪にいわゆる任務違背の行為に当たるとされた事例」最新判例演習室一九八七年(昭六一)一四四頁。なお、本決定の関連文献として、的場純男「貸付業務と背任罪」商事法務一〇四九号(昭六〇)一三〇頁。

(昭和六三年七月一九日脱稿)