

Title	財産罪における背任罪の位置づけ
Sub Title	
Author	筑間, 正泰(Chikuma, Masayasu)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	1983
Jtitle	慶應義塾創立一二五周年記念論文集：慶應法学会法律学関係 (1983. 10) ,p.151- 169
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000004-0151

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

財産罪における背任罪の位置づけ

筑間 正泰

- 一 はじめに
- 二 財産罪の体系の検討
- 三 私見
- 四 おわりに

一 はじめに

横領罪と背任罪との関係・区別は、刑法各論解釈論上の難問の一つである。これをめぐる学説の対立は、すでにその歴史は古く、古典的な論争問題に属するものと評されている。⁽¹⁾かくして、横領罪と背任罪の区別等についての業績は多く集積されており、それに伴って多くのことが明らかにされてきた。しかし、背任罪の財産罪における体系上の位置づけについては、いわば宙に浮いたままの状態にあり、このことが遠因となって、両罪の関係・区別の理解が難しいものになっているように思われる。⁽²⁾たとえば、多数の学説は、財産罪はまず客体によって区別されるものとして、財産罪を財物罪と利益罪とに区別し、横領罪と背任罪はともに背信的財産罪であるとしつつ、前者は財物罪であり、後者は利益罪であるとして、両罪の関係・区別は財産罪の体系上の区別にそうものとしている。⁽³⁾こ

の立場からは、質権者が質物として受け取った物件を質権者の委託を受けて保管中の者がこれを質物所有者に交付した場合に、質権の侵害を理由として背任罪の成立を認めた大判明治四四年一〇月一三日刑録一七輯一七一頁等には矛盾があることになり、この種の事案については横領罪の成立を認めるべきであるとされ⁽⁵⁾ている。他方、同じ立場に立たれる柏木千秋教授は、「かくして横領罪は財物罪、背任罪は利益罪というのは、必ずしも誤まりではないが、同時にまた、必ずしも正確でもない。これに反して判例の見解は、理論的には十分に洗練されていないにしても、よく構成要件の特徴を把握し、正しい直観を示しているものというべきであらう⁽⁶⁾」とされている。また、同じ分類を試みられる内田文昭教授も「もちろん、右のような分類は、絶対的なものではない。背任罪は、結局、分類しきれなかったのである（ここに、背任罪のむずかしさがあるともいえる）。したがって、『任務違背』か、『暴行』・『脅迫』か、『欺罔』かといった、行為態様による分類の必要性も考えられないであらう。だがしかし、このような分類は、現行法の建前ではないし、またこれを強調することは、詐欺罪などの沿革につき眺めたところからも理解されるように、きわめて問題であるといわなければならないのである。さらにまた、財産犯の完全な分類は可能か、可能だとして、それにどれだけの実益があるか、といった疑問もある。この意味において、今は右の分類をもって一応満足しておくことにしよう⁽⁷⁾」とされている。このような状況のなかで、財産罪をまず領得罪と毀棄罪とに二分して、留保つきながら背任罪を領得罪に含める見解⁽⁸⁾も主張されている。しかし、この見解も必ずしも妥当でないことは後述のとおりである。

ところで、横領罪と背任罪の区別を考える場合、両罪の本質いかんとか、財産罪をめぐる諸問題を個々に検討してそれを積み上げて行くことも有意義であり、必要不可欠なことと考える。しかし、前述した状況にかんがみ、横領罪と背任罪の関係・区別を考察するうえで基礎作業として、財産罪における背任罪の位置づけということを

狙いとしつつ、次章で財産罪の体系を⁽⁹⁾考えてみたいと思う。

- (1) 中山研一・「横領罪と背任罪の区別」ジュリスト三〇〇号三三四頁。
- (2) 昭和四八年ごろまでの文献は、(内藤)注釈刑法(6)二六五頁、補卷(1)二六〇頁、同(2)二〇一頁以下。その後の文献については、米田泰邦・「横領と背任」現代刑法講座四卷三三五頁註(1)参照。最近のものとして、林幹人・「横領と背任」上智法学論集二四卷三号、水上寛治・「横領罪と背任罪との区別」研修四〇一号、米田泰邦・前掲論文、中山研一・「横領と背任」西原春夫外編判例刑法研究6個人的法益に対する罪II(財産犯)等。
- (3) 私見と視点が異なるが、芝原邦爾・「財産犯罪の体系と背任罪の理解」刑法と科学(法律編)植松博士還暦祝賀五七九頁以下参照。
- (4) 木村亀二・刑法各論九九頁、一五〇頁、同・「背任罪の基本問題」法学志林三七卷八号二〇頁、熊倉武・日本刑法各論上巻三六四頁、四六五頁、斎藤金作・刑法各論(全訂版)二五六頁、三二二頁、三二五頁、宮内裕・新訂刑法各論講義二〇頁、一六六頁等。
- (5) 木村亀二・前掲各論一五一頁等。
- (6) 柏木千秋・刑法各論五〇七頁。
- (7) 内田文昭・刑法各論上巻二四六頁。
- (8) 平野龍一・「刑法各論の諸問題」法学セミナー二〇九号五〇頁、同・刑法概説一九九頁、中山研一・口述刑法各論第一版一六一頁以下、平出禾・刑法各論一五六頁等。
- (9) 平野龍一・前掲法学セミナー二〇九号五〇頁は、「いわゆる財産犯の『体系』を考える試みは、すでにドイツでもわが国でも、かなりなされてい。もちろん、この場合、体系は、論理的に完結したものではありえない。財産犯も、結局は断片的なものだからである。しかし、一応、体系的に整理してみることによって、どこに処罰の穴があるか、あるいは、どちらの罪で処罰するのが妥当であるか、が明らかになるであろう」とされている。

二 財産罪の体系の検討

財産罪、すなわち財産に対する罪は、財産侵害行為の禁圧を通じて財産の保護⁽¹⁾を目的とするのであるが、刑法典には種々の態様の財産罪規定がおかれている。そこで、その分類をどうするかが本章の課題であり、これについては種々の見解が主張されているが、そのうちの代表的な見解を取り上げて検討することにした。

財産罪は、いろいろな観点から分類することができるが、大別すると次の四つになる。

(一) 財産罪は、基本的に客体を基準にして区別されるべきものとして、まず財物罪と利益罪とに分けたのち、さらに種々の観点から財産罪が細分されるとするもの⁽²⁾

(二) 財産罪は、基本的に行為の態様によって区別されるべきものとして、まず領得罪と毀棄罪とに分けたのち、さらに種々の観点から財産罪が細分されるとするもの⁽³⁾

(三) 財産罪は、全体財産に対する罪と個別財産に対する罪とに基本的に分けられ、後者はさらに、(イ) 財産毀損罪と財産取得罪(不法領得の意思が必要であるとするものは、財産領得罪とする)、(ロ) 財物罪と利得罪等に分けられるとするもの⁽⁴⁾

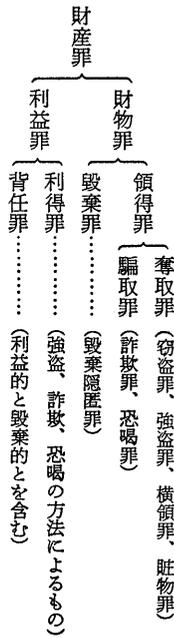
(四) 財産犯の犯罪学的、社会学的要因をも考慮に入れて、困窮的財産犯、知能的財産犯、日常的財産犯、公共危険的財産犯に分けられるとするもの⁽⁵⁾

このうち、(四)の分類をとられる西原春夫教授の見解は画期的かつ意欲的な提案であり、これは刑法各論の体系を全面的に再構成することを目ざすものである。しかし、この分類は刑法典に定められた財産罪の体系的分類を試みるものではない。したがって、横領罪と背任罪との区別いかんを目ざす基礎作業として財産罪における背任罪の体系的位置づけを目的する本稿の趣旨にそわないので、(四)の分類の検討は割愛することにする。なお、この分類をとられる西原教授は、横領罪と背任罪は客体によって区別されるものとされている⁽⁶⁾。

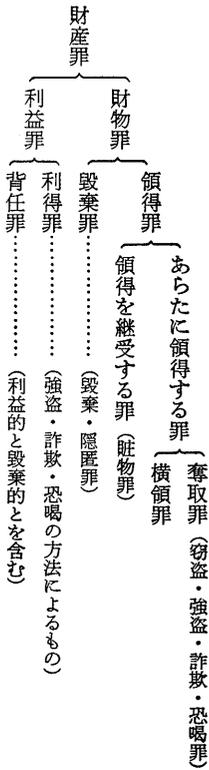
ところで、(一)、(二)、(三)の見解をとる論者であってもその細部においては異なるものがあり、そこでそれらについても詳細に検討する必要がある。しかし、これも本稿の直接の目的ではない。それゆえ、それらのうちの代表的なものを取り上げ、主として財産罪における背任罪の体系的位置づけという観点から諸説を検討していきたいと思う。

(一) まず、財産罪は基本的に客体によって分けられるべきものとするものとして、滝川幸辰博士の見解を取り上げてみよう。もっとも、滝川博士は、横領罪と背任罪の区別を客体によって区別されることなく、権限を濫用したか否かで区別されているので、⁽⁷⁾ここでこの見解を取り上げるのは必ずしも妥当でないかもしれない。ただ、滝川博士は財産罪の体系を図表で示されているので、その体系が一目瞭然であるということから、滝川博士の見解を取り上げたことをおことわりしておきたい。

滝川博士は、財産罪を次のように分類される。⁽⁸⁾



この分類には、まず横領罪および赃物罪を奪取罪とする点で問題があり、それらの点を是正した平場安治⁹⁾森下忠教授の見解がある。その体系は次の如きものである。



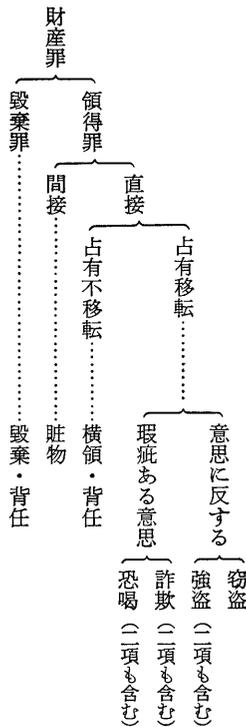
いずれによるにせよ、これらの見解の問題点は、毀棄的背任の点はさておき、背任罪を利益罪に含める点にあ

る。すなわち、刑法二四七条は、背任罪の構成要件を「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……」としてゐる。この一定の目的をもつてする任務違背行為によつて本人に財産上の損害を加へたるとの趣旨は、毀棄的な場合をも含めて財物を不法に処分し、または得べかりし財産的利益を得させず、あるいは債務負担行為のように受くべからざりし財産的不利益を与える等の任務違背行為によつて本人に財産上の損害を加へることをいうのである。このように背任罪には財物を不法に処分した場合が含まれ得るにもかかわらず、財産罪が基本的に財物罪と利益罪とに区分されるとする見解によると、財物の不法処分が背任罪から排斥されることになつてしまふのである。しかもこの見解を押し進めると背任罪が横領罪の二項犯罪といふことになつてしまふ⁽¹⁰⁾のである。その理由は次のとおりである。横領罪は財物を横どりする罪であるから、横領は本人の意思に反して財物を不法に処分する場合であるのに対し、背任罪は、詐欺罪と恐喝罪との間に規定されているところからもわかるように、本人の意思に基づいてゐるが真意に反する（たとえば）財物の処分であることを本質としてゐるのである。しかし、その任務違背には本人の意思に反する場合、すなわち任務を逸脱する場合も含まれるので、横領罪と背任罪との関係はいわば二つの交差する円のような関係に立つことになる。そして横領罪と背任罪の区別が問題となるのは、まさにこの両者の重なる部分をどう処理するかの問題なのである。このようなわけで、横領罪と背任罪とが重ならない背任の部分には財物を不法に処分した場合が含まれることになるのである。したがつて、財産罪が基本的に財物罪と利益罪とに区別されるものとし、背任罪は利益罪になるとする見解は妥当でないことになる。また、前述したように横領罪と背任罪との関係はいわば二つの交差する円のような関係に立つから、任務を逸脱して財産上の利益を得させなかつた場合の背任罪に限つて横領罪の二項犯罪となるが、背任罪が全面的に横領罪の二項犯罪に

財産罪における背任罪の位置づけ (筑間)

なることはないのである。この点で、財産罪は財物罪と利益罪とに基本的に区分されるとされる内田文昭教授が、「背任罪は、結局、分類しきれなかったのである」⁽¹¹⁾とされ、柏木千秋教授が、「かくして横領罪は財物罪、背任罪は利益罪というのは、必ずしも誤まりではないが、同時にまた、必ずしも正確でもない」⁽¹²⁾とされたこと、前述したとおりである。

(二) 次に、財産罪は基本的には領得罪と毀棄罪とに分けられるものとして、平野龍一博士の見解を取り上げてみよう。



この見解は、まず二項犯罪(刑法二四八条があるので二項犯罪という表現よりはむしろ利得罪というべきであるが、以下では便宜上、二項犯罪という言葉を使っておく)についても占有の移転を伴う罪とされる点で妥当でないと思う。確かに、二項強盗については争いがあるものの、二項犯罪は財産的処分行為によって財産上の利益を得又は他人をしてこれを得させる罪であるので、広義に占有という言葉を使えば(民法第二編物権第二章占有権にいう占有参照)、二項犯罪も占有の移転を伴う罪といえなくはない。しかし、刑法は、占有を物の所持に対してのみ使っている(刑法二四二条、二五二条、二五三条、二五四条)ことを考えると、二項犯罪をも占有移転を伴う罪に含めることは妥当でないといわ

なければならぬと思う。さらに、背任罪の独自の性格を強調するにせよ、財産罪を領得罪と毀棄罪とに基本的に分類されるものとされながら、背任罪には領得的なものと毀棄的なものとがあるとして、背任罪は領得罪と毀棄罪の双方にまたがるとするのは、分類として妥当でないとわなければならない。なお、平野博士は、二重抵当が背任罪になることを否定されているので射た批判にはならないが、二重抵当が背任罪になる（最二判昭和三十一年一月七日刑集一〇卷一一号一五九二頁）とする場合には、二重抵当は毀棄・領得以外の行為ということになるし、また電話加入権の二重譲渡（大判昭和七年一〇月三日刑集一一卷下一五四一頁）も毀棄・領得以外の行為ということになるので、財産罪の分類として領得罪と毀棄罪以外の財産罪を認めなければならないことになる。そうすると行為の態様によって財産罪を領得罪と毀棄罪とに基本的に分けられるとする見解にはしたがえないことになる。さらに、平野博士は、直接領得罪の占有不移転罪として横領罪のほか背任罪が含まれるものとされるのであるが、財物を不法に処分した場合に横領罪になるのか背任罪になるのかの区別にあたって、領得行為があつてはじめて横領罪になり、そうでないときには背任罪になり得るとされている⁽¹⁵⁾。そうすると領得罪でない背任罪が領得罪に含められることになってこの見解は妥当でないことになる。かくして、財産罪は領得罪と毀棄罪とに基本的に分けられるとする見解も妥当といえないことになると思う。

(三) そこで残るのは、財産罪は全体財産に対する罪と個別財産に対する罪とに分けられるとする見解である。それは大別すると次の二つになる。

- (1) 個別財産に対する罪に属するものは財物罪のみであり、二項犯罪と並んで背任罪は全体財産に対する罪に属するもの⁽¹⁶⁾とするもの。
- (2) 個別財産に対する罪に属するものは、財物罪のほか二項犯罪があり、全体財産に対する罪に属するものに

は、背任罪のほかに二項犯罪も含まれるとするもの⁽¹⁾

(1)の主張者として、青柳文雄教授は、刑法通論Ⅱ各論四三七頁の総説「第一項 財物、利得」という箇所で、「これらの財産罪はいろいろな区分の仕方があるが、本項の財物と利得というのは財物罪と利得罪という区分に対応するもので、また個別財産に対する罪と全体財産に対する罪ということもある。財物罪の場合には財物の移転が一方の利益であれば当然他方の損失になる関係があるが、利得の場合には一方の利益が必ずしも他方の損失になるという関係にはないから利得罪として取り上げるのは他方の損失が惹起された場合に限る。刑法二三五条、二三五条ノ二、二三六条一項、二四六条一項、二四九条一項、二五二条は財物罪であり、二三六条二項、二四七条前段、二四九条二項は利得罪である」とされ、この見解の根拠として、同著四五四頁において、「財物の交付の場合にその交付自体以外に損害の発生を要求しないのは、抽象的にいえば物権は債権よりも経済的価値が高いからであって、たとえ債務が対等額だけ消滅しても財物の喪失に価値として均り合わないからである」とされ、さらに同著四五五頁において「領得、損壊」を取り上げておられる。

この見解は、赃物罪、毀棄隠匿罪を財物罪に含ましめていない点および背任罪の後段の位置づけをどうするのかという点で疑義がある。しかし、財産罪を財物罪と利得罪とに区分し、前者は個別財産に対する罪、後者は全体財産に対する罪ともいわれるものとされていて、財産罪における財産上の損害を何について考えるのかを明確に指摘している点でこの見解は妥当である。確かに、財物罪といわれるものは、一定の財物を侵害する罪であることが法文上予定されているので、財物の喪失即財産的損害、すなわち一定の財物に対する使用・収益・処分を失わせるという意味で、財産的損害は個々の財物について考察すれば足りる。したがって、財物罪は個別財産に対する罪ということができると思う。問題は、利得罪がいかなる意味で全体財産に対する罪に属するののかということであ

る。この点に関する青柳教授の理由づけに関して、中森喜彦教授は次のような批判を寄せておられる。すなわち、「法律は、財物罪と利益罪とを単純に並置しており、規定の形式は同一である（註として、平野『刑法各論の諸問題7』法学セミナー一九七三年四月号五二頁は、「財物罪と利益罪との間の差異は、……個別か全体かという性質的なちがいで含むものではない」を引用している）。また、財産犯が財物もしくは物権の保護を中心にして来たというのは、歴史的には正しいとしても、とくに詐欺罪は、商業取引の発展に伴い比較的新しく確立された犯罪であり、ここにおいて財物と財産上の利益とで保護の程度に差を設けるのは、その根拠に乏しいと思われるのである」と。⁽¹⁸⁾しかし、私には、青柳教授が、物権と債権との現実的な機能に着眼されているのに対し、中森教授は、物権と債権の法的な機能に着眼されている点で、議論のすれちがいがるように思われる。問題は、財物罪と利益罪とを法律が単純に並置しており、規定の形式は同一であるから、財物罪と利益罪（利得罪）とが同列におかれるものといえるかどうかということである。利得罪の規定の形式をみると、確かに財産上の利益が取得されること即財産的損害といえなくはない。しかし、侵害される財産上の利益には、一定の財産上の利益もあれば包括的な財産上の利益もあり得るのである。そうすると、前者の場合には、財産上の利益の取得即財産上の損害ということになるが、後者の場合には利得即財産上の損害という図式が直ちに成り立つわけではないので財産上の損害の有無・程度が全体財産という観点から取り上げられることになるのではなからうか。このように考えると、規定の形式だけからみてある財産罪が単純に個別財産に対する罪に属するとか全体財産に対する罪に属するとかは決定し得ないことになると思う。かくして、利得罪は個別財産に対する罪に属する場合もあり、全体財産に対する罪に属する場合もあるのである。したがって、利得罪がすべて全体財産に対する罪であるとする見解にもしたがいでないことになるし、利得罪はすべて個別財産に対する罪とする見解⁽¹⁹⁾にもしたがいでないことになる。この点で、小野清一郎博士が、「個々の財物を侵害する罪と

包括的財産を侵害する罪、即ち他人の財産状態に不利益を及ぼす罪とを分つことが出来る」とされたりうえて、二項犯罪が後者に属するとされる主張にもしたが、い得ないことになる。

最後に、全体財産に対する罪に属するものは、背任罪と並んで二項犯罪が含まれることがあるとする見解を検討しなければならない。

この見解に与する論者は、「個別財産に対する罪とは、被害者の個別的財産 (einzelnes Vermögen)、すなわち、財物およびそれ以外の個々の財産権 (たとえば、債権や無体財産権) を侵害する犯罪をいい、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をいう」と定義されているが、定義自体は正当といえよう。また、二項犯罪が全体財産に対する罪にも属し、個別財産に対する罪にも属するとする点も、先きに検討したとおり妥当であると思う。

問題は、背任罪にあたる場合がすべて全体財産に対する罪に属するといえるかどうかである。通説⁽²²⁾は、背任罪は全体財産に対する罪であるとしている。これに対して、牧野英一博士は、刑法各論下巻七五五頁で「背任罪の財産的損害につき、学説としては、全財産に就いて評価せらるべきであるとしているのであるが(木村教授第一六四頁)、わたくしは、その個別的な関係に就いて考えねばならぬ」とされている。また、内田文昭教授は、背任罪も個別財産に対する罪とされている。その理由として、「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るはずである。ドイツ刑法二五三条(恐喝罪)、二六三条(詐欺罪のように、構成要件上、『全体としての財産』を予定するものとしか解しえないような立法形式がとられているのならばともかく……個々の『財物』と個々の『利益』を考えるだけであらう。わが現行刑法のもとでは、ことさらに『全体財産に対する罪』を唱える必要はないであろう。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」とされている。背任罪が個別財

産に対する罪にも属するかどうかということについては後述するが、内田教授の見解には次のような疑問がある。それは、ドイツ刑法二六三条一項（詐欺）が「自己又は第三者に不法な財産上の利益を得させる目的で、虚偽の事実を仮構して真実らしく見せかけることにより、又は真実の事実を歪曲し若しくは隠蔽することにより、錯誤を起こさせ、又はこれを持続させることにより、他人の財産に損害を加えた者は……」⁽²⁴⁾として、その立法形式は、わが国の背任罪と同様であるからである。そうすると「全体財産に対する罪」という観念を簡単に否定しさせることは出来ないと思う。しかも、個別財産に対する罪とか全体財産に対する罪というのは財産的損害を何についていうかの区別でもあるので、個別財産に対する罪にあつては、一定の財物・財産上の利益が取得されること即財産的損害となる犯罪であるから、財産罪の成否にあつては、財産的損害の有無を論ずる必要のない犯罪でもある。これに対して、全体財産に対する罪は、財産罪の成立要件として財産的損害の有無を財産状態全体から論ずる必要性のある犯罪なのである。そうすると内田教授の見解は右に述べた兩罪の特徴を看過することになるのである。

ところで、背任罪は、毀棄的な場合をも含めて財物を不法に処分したり、二重抵当のように得べかりし財産的利益を得させないとか、あるいは約束手形の裏書人たる義務を負担させるように受くべからざりし財産的不利益を与える等の任務違背行為によって「本人に財産上の損害を加えたるとき」として、財産的損害を加えたことを背任罪の成立要件としている。しかし、それは背任罪が財産罪であることからくる当然の要件を示したものにすぎず、それは背任罪が全体財産に対する罪であることを示す趣旨ではないと思う。なぜならば、個々の財物を不法に処分した場合の財産的損害は個々の財物について考えれば足りるし、また不動産の二重抵当や電話加入権の二重売買等の財産的損害も個別的に考えていけば足りるからである。もっともわが刑法における背任罪は、財産的事務を処理する場合に限られていないこと等もあつて、背任罪における財産的損害が財産状態全体から考えられなければならない

い場合があることはいうまでもないところである。²⁶⁾かくして、背任罪は「本人に財産上の損害を加えたる」罪である点で言葉として熟していないがいわば「財産的加害罪」あるいは「加害罪」ともいうべきものであるが、それは全体財産に対する罪に属する場合もあれば、個別財産に対する罪に属する場合もあるのである。したがって、背任罪は個別財産に対する罪であるとか全体財産に対する罪であるとかいうように一面的に割り切ることは妥当でないと思う。この点につき、植松正博士が、再訂刑法概論Ⅱ各論四五八頁において、「背任罪は全体財産に対する罪であり、横領罪は個別財産に対する罪であるとの見解があり、これも多くの場合に妥当する区別の基準とはなるが、かならずしも正確な区別に役立つものではない。両罪の区別に困難な問題が生ずるのは、むしろ、個別財産の処分からむ行為でありながら、背任罪の成立を認めるべき場合があるからなのである」とされているのは、正当であると思う。

以上、何が全体財産に対する罪であり、何が個別財産に対する罪かを検討したが、財産罪を両概念によって基本的に分類することが妥当かどうかが問われなければならないことになる。これについては次章で検討することにする。

(1) ここでの財産は、基本的には経済的観点から把握されるべきものであるが、それは刑罰をもって保護されるべき財産であるから、侵害される財産は法的に保護に値するものでなければならぬ。この点から財産罪のうえで問題となるものとして、禁制品、不法原因給付と横領罪といったもの等がある。これらの点につき、林幹人・「財産罪の保護法益(1)〜(5)」法学協会雑誌九七巻二〇号、一一号、九八巻二号、四号、一一号参照。

(2) 滝川幸辰・刑法著作集・卷所収刑法各論三二四頁以下、木村亀一・前掲書九九頁以下、斎藤金作・前掲書二五六頁以下、滝川春雄Ⅱ竹内正・刑法各論講義一四三頁以下、熊倉武・前掲書三六四頁以下、宮内裕・前掲書一一〇頁、藤木英雄・刑法講義各論二六九頁以下、平場安治Ⅱ森下忠・判例体系刑法各論〔全訂版〕三〇四頁以下、柏木千秋・前掲書四一九頁以下等。

(3) 前掲一の註(8) 掲記の文献のほか、Maurach-Schneider, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 6. Aufl., 1977, S. 280 ff.

(4) 団藤重光・刑法綱要各論(増補)四三八頁、大塚仁・刑法概説(各論)増補二版一四一頁以下、同・刑法各論上巻二七六頁以下、三九八頁、五一八頁以下、同・注解刑法(増補第二版)一〇三三頁以下、福田平・刑法各論三三八頁以下、小野清一郎・新訂刑法講義各論二二五頁

- 以下、青柳文雄・刑法違論Ⅱ各論四三七頁、五一六頁、吉川経夫・刑法各論二〇頁以下等。
- (6) 西原春夫・犯罪各論第二版二〇七頁。
- (6) 西原春夫・前掲書一三三頁。
- (7) 滝川幸辰・「背任罪の本質——信義破壊か権限濫用か——」刑法著作集第四卷四六八頁、同・「横領罪と背任罪」同著作集第五卷四六〇頁以下、同・前掲著作集第二卷所収刑法各論三六〇頁。
- (8) 滝川幸辰・前掲著作集第二卷所収刑法各論三二六頁。
- (9) 平場安治Ⅱ森下忠・前掲各論三〇四頁。
- (10) 牧野英一・「横領罪と背任罪」刑法研究七卷四九四頁等。
- (11) 内田文昭・前掲書一四六頁。
- (12) 柏木千秋・前掲書五〇七頁。
- (13) 平野龍一・前掲法学セミナー二〇九号五〇頁、同・前掲刑法概説一九九頁。
- (14) 平野龍一・「横領と背任」犯罪論の諸問題(下)各論刑事法研究第一卷Ⅱ三三二頁。
- (15) 平野龍一・「横領と背任」前掲犯罪論の諸問題(下)三五五頁、前掲刑法概説三三五頁、一三三頁。
- (16) 青柳文雄・前掲各論四三七頁。
- (17) 団藤重光・前掲綱要各論四三八頁、福田平・前掲書三三八頁以下、大塚仁・前掲概説(各論)一四二頁以下、同・前掲各論上巻一七六頁以下、三九八頁、五一八頁以下等。
- (18) 中森喜彦・「二項犯罪」現代刑法講座第四卷刑法各論の諸問題二九八頁。
- (19) 日沖憲郎・「背任・詐欺」刑法講座六卷一九八頁、平野龍一・前掲法学セミナー二〇九号五二頁、大谷実・刑法講義各論一八九頁等、なお、木村亀二博士は、前掲書九九頁において、財物以外の個々の財産上の利益に対する罪を利益罪というたとえられたり、背任罪は純然たる利益罪であるとされつつ、同著一四八頁において、背任罪の財産的損害という財産は全財産たることを要するとされている。
- (20) 小野清一郎・前掲書二二五頁以下、同旨、吉川経夫・前掲書二〇頁等。
- (21) たとえば、大塚仁・前掲概説(各論)一四二頁。
- (22) 小野清一郎・前掲書二二六頁、木村亀二・前掲書一四八頁、江家義男・増補刑法各論三三九頁、註(19)に掲記した文献参照。
- (23) 内田文昭・前掲書一四六頁以下。
- (24) 宮澤浩一訳・ドイツ刑法典・法務資料四三九号(一九八二年)によった。
- (25) 滝川幸辰・前掲刑法著作集二卷所収刑法各論三六〇頁。
- (26) 江家義男・前掲各論三三九頁。

三 私 見

私は、以上のような考察から次のように考えたい。

財産罪、すなわち財産に対する罪とは、財産侵害行為の禁圧を通じて財産の保護を目的とする。したがって、財産罪が成立するためには何等かの意味で財産上の損害が発生したことが必要である。

ところで、法文上「財物」とか「物」とか財物の性質に着眼して「赃物」とか「公務所の用に供する文書」等と表現されている場合には、一定の財物に対する直接的、間接的侵害ということが予定されている。したがって、財物が客体となっている財物罪といわれるべきものは、財産的損害、すなわち財物に対する使用・収益・処分(民法二〇六条参照)の機会の喪失といったこと等を論ずる場合にも個々の財産について考察すれば足りる犯罪である。

それゆえに、財物罪は、構成要件上、一定の財物を侵害する罪であるということからも、また財産的損害を個々の財産について考察すれば足りるという意味からも、個別財産に対する罪とすることができる。したがって、詐欺罪(刑法二四六条一項)にあつて失つた財産と得た財産とが均衡する、いわゆる対価関係に立つ等の場合には、財産状態全体からみると財産的損害がなく、詐欺罪の成立が否定されるとする見解⁽¹⁾も成り立つ。しかし、個別財産に対する罪にあつては、個々の財物について財産的損害を考えれば足りるので、対価関係に立つ場合にも一定の財物を侵害したものとして詐欺罪の成立を肯定し得るものと考ええる。なお、個別財産に対する罪にあつては、財産的損害の有無を犯罪の成立要件として論ずる必要がないという特徴を持つという点に着眼すれば、財産的損害の発生は不要ともいえよう(大判大正二年一月二五日刑録一九輯二二九頁、大判昭和十七年二月二日刑集二二巻七七頁)。いづれによるにせよ、このような場合に財産的損害の程度が量刑上考慮されることはいうまでもなく、⁽²⁾具体的な場合に違法性

が阻却されることもある。

これに対して「財産上不法ノ利益」と表現されている場合は、財産上の利益を取得する罪であるので利得罪であるが、侵害される財産上の利益は一定の財産上の利益である場合もあり、包括的な財産上の利益である場合もある。それゆえに、利得罪には財産的損害を個々の財産的利益に着眼すれば足りる場合と財産状態全体から考察しなければならぬ場合もある。したがって、利得罪は、個別財産に対する罪に属する場合もあり、全体財産に対する罪に属する場合もある。これに対して、背任罪は、一定の目的をもって毀棄的な場合をも含めて財物を不法に処分したり、得べかりし財産的利益を得させないとか、あるいは受くべからざりし財産的不利益を与える等の任務違背行為によって「本人に財産上の損害を加える罪」であるので、いわば「財産的加害罪」あるいは「加害罪」（言葉としては熟していないが）というべきであるが、他人のための事務が財産的事務に限られないことも加わって、背任罪は個別財産に対する罪にも属し、また全体財産に対する罪にも属するという性格をもつことについては前述した。そこで、財産罪の体系を個別財産に対する罪と全体財産に対する罪とに基本的に分類することもでき、このような分類による財産罪の体系づけを試みる見解が有力に主張されていることは前述した。

ところで、個別財産に対する罪と全体財産に対する罪という基準によって財産罪を分類することは、この両者の観念が犯罪の成否をどう考えるかを明らかにするものであるから、分類それ自体としては有用である。しかし、このような分類基準によって財産罪を体系づけることは妥当でないと思う。なぜならば、このような分類は、犯罪の成否をどう考えるかを問題とするもので、それはいわば構成要件該当性をどう考えるかということに基づいて分類すべきであり、構成要件該当性がどうかあるかということを基準にして財産罪の体系を考えることは妥当ではないからである。やはり、財産罪の体系を考えるにあたっては、構成要件要素に着眼して分類する必要がある

と思う。しかし、財産罪を基本的に財物罪と利益罪とに分類する見解、また財産罪を基本的に領得罪と毀棄罪とに分類する見解も妥当でないことは前述した。

私は次のように考える。

財物罪といわれるべきものは一定の財物を直接的、間接的に侵害することが法文上予定されている罪であるという意味で個別財産に対する罪であるということができる。これに対して二項犯罪は財産上の利益を取得する罪であるから利得罪なのである。これに対して、背任罪は、一定の目的をもって毀棄的な場合をも含めて財物を不法に処分し、または得べかりし財産的利益を得させず、あるいは受くべからざりし財産的不利益を与える等の任務違背行為によって本人に財産上の損害を加える罪であるから、背任罪は、財物罪でもないし利益罪でもなく、「本人に財産上の損害を加える」という構成要件の特徴に着眼して、「財産的加害罪」あるいは「加害罪」（言葉として熟していないが）というべきものと考えられる。かくして、財産罪は、法文上表現されている構成要件要素に着眼することによって、まず第一に、「個別財産に対する罪（財物罪）」、「利益罪（利得罪）」および「財産的加害罪」の三つに区別されることになる。

次に、財物罪は、直接財物を侵害する罪と間接的に財物を侵害する（領得を継受する罪ともいえる）罪（赃物罪）に分けられる。

さらに、直接財物を侵害する罪は、行為の態様によって、領得罪と毀棄隠匿の罪に分けられるのである。このように、赃物罪を領得罪から分離したのは、赃物罪には不法領得の意思が必要でなく、しかも赃物罪の法的性格をも考慮したことによる。⁽³⁾

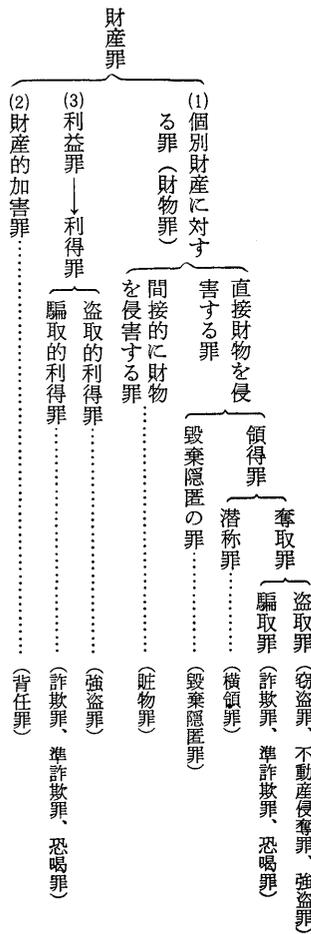
なお、領得罪の觀念を認める私見は、領得罪には不法領得の意思が要求され、その内容は、「権利者を（一時的に

しる完全に) 排除して他人の物を自己の所有物として、その本来の用法にしたがって利用もしくは処分するの意思」と解し、後段が毀棄隠匿の罪と領得罪とを区別する機能を果すものと考えている。

さらに、領得罪は占有を奪う奪取罪とそうでない潜称罪(横領罪)に区別され、奪取罪はさらに相手方の意思に反して占有を奪う盗取罪と相手方の瑕疵ある意思に基づく騙取罪に分けられる。

これに対して、利益罪は、いずれも財産上の利益を取得する罪であるから、利得罪であり、その手段によって盗取的利得罪と騙取的利得罪に分けられるものと考ええる。

そこで財産罪の体系を図表で示すと、



となる。

(1) 滝川幸辰・前掲著作集二卷所収刑法各論三五三頁。

(2) 井田良・量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(2)「法学研究五五卷一―号五三頁、同(4)「法学研究五六卷一―号六四頁、六六頁参照。

(3) 小野清一郎・前掲各論二八二頁は、赃物罪についても不法領得の意思を必要とするものと解すべきであろうとされている。

(4) 中谷蓮子・「赃物罪」刑法講座六卷一四五頁以下等。

(5) 同旨、井上正治、羽田野忠文・「判例にあらわれた財産犯の理論」二〇頁、二二六頁等。

四 おおわりに

私は、当初、横領罪と背任罪の区別というテーマで書く予定をしていたが、紙幅の関係があって「財産罪における背任罪の位置づけ」として、横領罪と背任罪の区別の基礎作業を本稿では試みた。しかし、財産罪の体系についての論文はなく、法学の筆者が刑法各論解釈論上の難問題に首をつっこみ、貧しい論考に終ってしまった。しかし、財産罪規定の構成要件要素に着眼して、背任罪を財産的加害罪として独立させたことによりその財産罪における位置づけを一応試みるものが出来たものと思っている。ただ、諸先学の学説の理解に思わざる誤解、曲解の非を犯したかもしれないことを畏れ、大方の御寛恕を希いつつ、一応稿を閉じる次第である。