

主 文

本件上告を棄却する。

理 由

札幌高等検察庁検事長草鹿浅之介の上告趣意について。

所論は、原判決は、背任罪が成立しない旨の判断をするに当つて、期待可能性を欠くから責任がなく、法律上罪とならないと判示したのは、期待可能性を認めていない従前の判例と相反する判断をしたこととなるというのである。

所論について考究するに先立ち、職権をもつて記録を調べてみると、本件は、検察官より業務上横領罪として公訴の提起があつただけでその後の段階において背任罪として訴因、罰条が追加、変更された形跡は全く認められない。ところで原審は、第一審判決を破棄し、被告人を無罪としたのであるが、その理由の前提として、第一審が被告人に業務上横領罪の成立を認めたのに対し「原判決挙示の証拠によると次の事実が認められる」とし事実を委しく判示した上、かかる事実関係の下においては、被告人に不法領得の意思がなく、また単に収支のつじつまを合わせたというだけでは着服ということもできないとし、横領罪の成立を否定したのである。そしてこの判断は、原判決の認定する事実関係においては正当と認めなければならない（昭和二六年（あ）第二一六九号同二八年四月七日第三小法廷判決、集七巻四号七六二頁参照）。しかるに原審はさらに進んで、本件事実関係においては、横領罪の成立は認められないが、背任罪の要件には当るとし、起訴状には業務上横領罪の訴因、罰条のみで背任罪の訴因罰条についてなんの記載もなく、またその追加、変更もないのかかわらず、背任罪としての事実関係は、第一審において十分な証拠調べが行われているから、背任罪の成否を審判するを妨げるものでないとしてその判断を進めたのである。しかしながら、本件において両者は公訴事実を同一にするが、訴因、罰条を異にすることというまでもないから、訴因、罰条に関する手続規定存在

の趣旨にかんがみるときは、被告人の防禦について十分の考慮を払うことなく、前判示のような証拠調が十分にされているという理由のみで訴因に示されていない事実を認定することは原則として許されないと解するを相当とする。記録によれば、本件の被告人は、第一審においても、原審においても業務上横領罪の公訴に対する防禦に終始し、背任罪について特に防禦をした形跡は認められない。すなわち第一審においては被告人は石炭諸掛を不正に水増したことは認めるが、不法領得の意思がなく、また止むを得ない行為であつた旨主張して防禦をしていたのであり、背任罪の構成要件たる任務に背いたか否かについて公団本部との交渉関係については意識して防禦していた事跡は存しない。控訴趣意において附加的にC総裁の了解が得られたかのような主張があり、原審もその点に関しさらに当時の幹部たるDの証人尋問を行い、さらに被告人にも質問をしているが、その後の弁論が控訴趣意を繰り返していることに徴しても、特にその点について防禦をしているとはいひ難い。それ故、本件は結果において無罪となつたから判決に影響がないことになるが、もし背任罪の成立を認め有罪とする場合には、訴因、罰条の追加、変更の手続をとることなく、原審のような審判手続を行つても防禦に影響しないというのは、当事者の地位を輕視するとの非難を免れないであろう。（昭和二六年（あ）第二九八七号同二九年一月二一日第一小法廷判決、集八卷一号七一頁参照）。従つて原判決はこの点において判断すべからざる判断をした違法あるを免れない。しかし前示のように原判決は、結局他の理由により無罪を言い渡したのであるから、この違法は判決に影響がなく、これをもつて破棄の理由とするに足りない。

次に所論について考えてみると、原判決は前示のように業務上横領罪の成立を否定したが、判示のように「被告人の所為はこの点で背任罪の要件に該当することとなる」とし、進んで背任罪の成否について審判を遂げ、「従つて貸付金の回収は当時の情勢においては実行不可能であり、之を強行して争議を来すよりも、その回収

を打切つた方が公団の業務運営のため有利であつたと云うことができる。この点は同じ事情で貸付られた昭和二十三年度の貸付金についても同様である。」とした上、判示のような理由の下に、「当時他の通常人がその衝に当つても、この違法処置を避け、他の適法な行為をすることは期待し得ないものと云うべく」と結論し、被告人を無罪としたのである。しかし原判決は前摘記のように、被告人のように処置することが「公団の業務運営のため有利であつた」というのであるから、手続の上で違法の形をとつたというだけで、直ちに任務に背いた行為であり、または公団に損害を与えたものであると判断することは、理由にくいちがいがあることに帰する。

（昭和二五年（あ）第三八四号同二八年二月一三日第二小法廷判決、集七巻二号二一八頁。昭和二六年（あ）第五〇五二号同二八年一二月二五日第二小法廷判決、集七巻一三号二七一一頁各参照）。ひつきょう原判決の判断を進めれば、被告人の所為は、任務に背いたものでもなく、又は損害を加えたものでもないとの結論に到達せざるを得ず、いずれにしても背任罪の成立を認め得ないものといわなければならない。従つて原判決のとつた期待可能性に関する見解は、不必要な理論たるに止まり、無罪とした結論において変るところはない。従つてまた期待可能性の見解を非難し、これを前提とする判例違反の主張はいずれも前提を欠くことに帰し採用のかぎりでない。よつて刑訴四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三二年四月三〇日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官	小	林	俊	三
裁判官	河	村	又	介
裁判官	垂	水	克	己
裁判官	高	橋		潔