

【別紙 2】

審査の結果の要旨

氏名 張 梓弦

本論文「背任罪成立要件の再検討」は、日本刑法の背任罪（刑法 247 条）の成立要件およびその解釈について、日本刑法の立法過程に関する系譜研究、さらに、ドイツ、オーストリア、スイス刑法における背任罪処罰との比較法的な研究を通して、理論的な再検討を試みるものである。従来の背任罪の解釈論は、その主体である「他人のためその事務を処理する者」の意義を中心に展開してきた。本論文は、とりわけ担保権設定者による担保権侵害行為を背任罪に包摂すべきかという問題意識から、この問題について新たな解釈論を示すとともに、背任罪のそれ以外の成立要件、すなわち、任務違背性、図利加害目的、財産上の損害の発生要件の相互の関係についても、理論的な分析を加えるものである。

本論文は、序章および第 1 章から第 5 章で構成されている。序章「問題の提起」では、従来の議論においては、背任罪の罪質論から同罪の解釈論が演繹される傾向があったが、このような解釈手法には限界があり、むしろ具体的な事例、とりわけ担保権侵害行為を視野に入れた上で、合理的な文言解釈を導くべきではないか、との問題意識が示された上で、さらに背任罪の主体以外の要件の相互の関係性を理論的に整理する必要性が確認される。

このような課題を受けて、第 1 章「日本法上の背任罪の歴史的沿革及び議論の現状」では、これまでの日本法の議論が分析の対象とされる。第 1 節「日本法上の背任罪の歴史的沿革」では、明治初期の旧刑法編纂過程に遡って、現行刑法の制定過程、さらにその後の刑法改正作業における背任罪規定に関する検討が加えられ、旧刑法の編纂時点から担保権侵害行為の可罰性が意識されていたこと、現行法の図利加害目的が当時のノルウェー刑法に由来している可能性があるが、当時のノルウェー刑法が、財産上の損害を要求せず、図利加害目的によって背任罪の成立範囲を限定していたところ、財産上の損害の発生を要求する日本刑法については、目的要件の位置付けもおおのずから異なってくるなどが示される。第 2 節「日本法における背任罪の議論現状と課題」では、わが国における判例・学説の展開について、詳細な検討が加えられる。背任罪の主体をめぐる議論については、①背任罪に横領罪を補完する機能を付与すべきか、②担保権侵害事例を背任罪で捕捉すべきかが、判例・学説の対立点であったことが示される。また、それ以外の要件解釈については、任務違背性の要件が形式的基準ではなく、実質的不利益性という観点から解釈されるという理解が一般化するにつれて、図利加害目的による処罰限定の機能が形骸化し、それに対応するかたちでいわゆる消極的動機説が有力化したこと、さらに任務違背性の要件と財産上の損害の要件がほとんど重なり合うに至ったことが示された上で、要件解釈の実質

化についても、一定の基準と歯止めが必要であるという問題意識が示される。

このような問題意識を踏まえて、第2章以下では比較法の研究が展開される。第2章「スイスにおける背任罪」では、スイス刑法における背任罪の立法過程およびその解釈論に関する分析が進められる。スイスでは1995年の改正で従来の背信構成要件に加えて、濫用構成要件が追加されたが、これは背信構成要件を補完する意義を有するにすぎず、背任罪の罪質に関する基本的理解を改めるものではない。また、スイス刑法の理解においては背任罪のほか、委託背信罪が設けられていることが重要である。委託背信罪はわが国の委託物横領罪と異なり、委託された財産利益の不正使用を処罰対象にしており、スイスの通説はこれを全体財産に対する罪として理解するため、委託背信罪は事実上、背任罪の適用範囲を拡充する機能を有することになる。スイス法における背任罪処罰については、この点を視野に入れた検討が必要である。

第3章「オーストリアにおける背任罪」においては、オーストリア刑法における背任罪規定の沿革および判例・学説の状況が詳細に検討されている。オーストリアにおける背任罪規定は、もっぱら権限濫用行為のみを処罰対象としているところ、利欲的目的を要求するか、確定的認識を要求するかなど、主観的要件をめぐって数次の法改正が行われている。そして、2015年改正によって、権限濫用の内容について「支持可能ではない方法で、権利者の財産保護を目的とする規定に違反すること」という明文の定義が設けられるに至っている。このように権限濫用性（＝任務違背性）が、「規定」への違反という観点からある程度、形式的に判断されている点が特徴的である。また、背任罪の処罰対象を権限濫用行為に限定しているため、権限の内容が問題となるが、通説的見解は、他人に法律効果を帰属させる権限として、これを広く解しており、法的な代理権の存否によって処罰範囲を限定するアプローチを採用していない点も重要である。

第4章「ドイツにおける背任罪」においては、ドイツ法をめぐる最近の議論が詳細に紹介されている。ドイツ法における背任罪は濫用構成要件と背信構成要件から構成されているが、濫用構成要件についても、本人に対する財産保護義務が必要であることから、両構成要件の区別は実益を失い、もっぱら財産保護義務の意義及び内容が背任罪の成立要件においては決定的である。ここでは背任罪の処罰要件として財産保護義務の違反が要求される場所、ドイツの判例・学説は重大な義務違反を要求することで処罰範囲の限定を図っているが、これは行為者の裁量判断と重なるとして、義務違反の重大性を要求しない学説も有力である。さらにドイツの議論では、背任罪独自の財産的損害を要求する立場から、「損害と同視できる財産危殆化」を要求するのが従来の理解であるが、処罰時期の過度の早期化を回避するため、この同視可能性を厳格に判断するための基準として、経済的算定可能性を要求する見解、主観面における意図・目的を要求する見解などが主張されている。

第5章「背任罪成立要件の再検討」では、これらの系譜的・比較法的な研究の知見を踏まえて、背任罪の成立要件について試論が展開される。第1節では、わが国で活発に論じられてきた背任罪の罪質論が具体的な要件解釈を導く基準たりえないことが改めて示され、

このような理解を前提に、第 2 節では、背任罪の主体要件の解釈が、典型的な場面と担保権設定者による担保権侵害の場面とに類型化された上で、具体的に検討される。そして、後者の類型についても、担保権設定者が担保権者のために、担保価値の常時保持義務を負っていると評価できる限度で、他人の事務処理者の要件を充たすという理解が示される。第 3 節では、それ以外の要件について具体的な検討が加えられ、任務違背性の判断においては、あくまでも本人の現実的または推定的意思が重要な基準となることから、本人の意思を推定するための法規や契約等を基準として任務違背性を判断するとした上で、図利加害目的の判断においては、法令違反によって創出された財産的危険を減少させる回避措置をあえて講じない主観的態度として、本人の利益を図る目的の存否が重要になると理解して、いわゆる消極的動機説の論拠付けを試みる。そして、財産上の損害の要件については、ドイツ法の議論を参照しつつ、終局的財産損害が発生する前段階の危殆化を「損害」として把握する解釈が示され、損害を経済的に算定することが原則として必要であるとされる。

本論文は、以下の 3 点において、高い評価に値する。

第一に、スイス法及びオーストリア法における背任罪をめぐる議論について、詳細かつ精緻な分析が示されている点である。これまで背任罪に関する比較法的研究においては、ドイツ法やアメリカ法が参照されることが多かったが、スイス法やオーストリア法についての研究は乏しかった。本論文は、両国の背任罪をめぐる立法過程や判例の動向、解釈論的な展開を詳細に分析しており、比較法的研究としてきわめて貴重な成果であるとともに、わが国の背任罪をめぐる議論についても、新たな示唆を与えるものといえる。

第二に、ドイツ法に関する最新の状況、とりわけ最近の重要判例が詳細に分析されている点も高い評価に値する。背任罪における任務違背性の判断においては、会社の経営陣の経営判断をいかなる範囲で尊重するかが重要な問題となるところ、最近のドイツの判例では、まさにこの問題について具体的な判断が示されている。本論文では、このようなドイツにおける最新の議論状況が詳細に分析され、日本における任務違背性の判断との比較検討が行われている。この点も、今後の背任罪の研究の水準を大幅に高めるものとして、評価することができる。

第三に、わが国の背任罪規定の解釈について、一定の新たな視点を提示している点である。従来の議論は、権限濫用説か背信説かという背任罪の罪質から演繹的に一定の結論を導こうとする傾向があったが、本論文はこのような罪質論から具体的な解釈を導くことはできないという問題意識から、背任罪の文言を重視しつつ、かつ、沿革的研究や比較法的研究の知見を活用して、新たな解釈論的帰結を導いている。たとえば担保権設定者による担保権侵害が背任罪を構成するか否かが、従来から活発に論じられてきたが、本論文は、担保権設定者が他人である担保権者のために「担保価値を常時保持する義務」を負うという観点から、これを認めようとする。また、背任罪のそれ以外の要件についても、それぞれの要件の判断基準の重複を可及的に回避し、それぞれの要件の独自性を重視することに

よって、新たな解釈論を展開している。このような解釈論的な成果についても、高い評価を与えるべきであろう。

もっとも、本論文にも不十分な点がないわけではない。

本論文では、ドイツ法、スイス法、オーストリア法の紹介がなされているが、その叙述が羅列的で平板な印象を受ける。また、同一の問題意識が繰り返し示され、その記述が重複しているところもあり、全体として、論文の構成については、さらに検討する余地があるようにも思われた。

もっとも、本論文はドイツ法、オーストリア法、スイス法の正確な分析を企図したものであるため、その記述が羅列的になるのも、やむを得ないところがある。また、本論文は、背任罪の成立要件の相互の関係を解明しようとするものであるから、要件の相互の関係を論ずるに際して、ある程度、関連する記述が重複することを不利益に評価すべきではないだろう。

以上から、本論文は、その筆者が自立した研究者としての高度な研究能力を有することを示すものであることはもとより、学界の発展に大きく貢献する特に優秀な論文であり、本論文は博士（法学）の学位を授与するにふさわしいと判定する。