

博士論文（要約）

背任罪成立要件の再検討
— 瑞・墺・独との比較を中心に

張 梓弦

本稿は、背任罪の各構成要件解釈について、日本とドイツ語圏の各国の比較法的な観点から、理論的な再検討をするものである。その概要は、以下のとおりである。

1. 本稿の序章において、現在の日本における背任罪をめぐる判例・学説の問題点を確認した上で、本稿の研究課題及び研究方法を示した。

第一に、背任罪の罪質について、従来から種々の理解が対立しており、同罪の主体範囲も、その罪質論から演繹的に導くような印象を強く受けている。しかし、背任罪の罪質をめぐる抽象的議論は、どこまで有益性を有するかについては、疑問の余地があるように思われる。この点において、罪質論を用いて、そこから演繹的に背任罪の主体・処罰範囲に関する帰結を導くだけでは足りず、担保権侵害のような限界事例の特殊性を念頭に置きながら、背任罪の主体に関する合理的文言解釈を導き出す可能性を探究する必要がある。

第二に、背任罪の主体以外の各構成要件の解釈についても、錯綜している状態と言わざるを得ない。背任罪における「任務違背行為」、「凶利加害目的」、「財産上の損害」について、それぞれは別個の構成要件であり、具体的事例において、それぞれを切り離して解釈する方が望ましいが、現在の日本の判例・学説は、任務違背行為の実質化判断を通じて、凶利加害目的及び財産上の損害の要件の意義を大幅に希薄化している。そこで、各構成要件自体の解釈論上の展開よりも、それぞれの相互関係について、なお問題があると言わなければならない。

以上の確認の結果に基づいて、本稿は、担保権のような限界事例を糸口として、背任罪の主体範囲を究明することを第一課題とした上で、背任罪の主体以外の各構成要件の相互関係を究明することを第二課題とする。

2. 本稿の第一章第一節では、背任罪の歴史的沿革の考察を行った。その結果、以下のようなことが明らかになった。

第一に、日本では、既に西洋法継受以前の段階で、担保権侵害を捕捉する「重典売田宅」という罰則が「新律綱領」の「戸婚律」の章に規定され、旧刑法 393 条 2 項に引き継がれた。このような罰則に関する早期の議論でも、実質的利益が担保権者に移転しており、同人に損害を与えるという観点を重視する見解は散見され得た。

第二に、従来の議論では、現行上の背任罪は、ノルウェー刑法草案上の背任罪に由来するような推測がなされていた。しかし、当時のノルウェー刑法の財産犯罪の守備範囲と日本のそれとは相当に異なっている点に鑑みて、日本の現行法上の背任罪は、ノルウェーの背任罪を倣って作成されたものと直ちに断言することもできない。

第三に、背任罪の罪質の如何は、そもそも同罪の歴史的沿革から見出されるわけではない。たとえ現行法成立以降の刑法改正作業では、権限濫用構成要件しか有していない背任罪の新規立法が提示され、一見すると「罪質論」というかたちで同罪の処罰範囲を画定する試みがあったとしても、それは単に、同時代のドイツ刑法草案上の背任罪構成要件をそのまま借用する結果に過ぎないと言える。

3. このような背任罪の歴史的沿革の考察を踏まえて、本稿の第一章第二節では、背任罪をめぐる判例・学説の現状を概観してきた。そこから以下のような帰結が導かれた。

第一に、本稿第一章第二節第一款は、背任罪の典型例を挙げながら同罪の主体の解釈基準を検討するのはそれほどの実益がないということを前提として、①担保権侵害事例、及び②背任罪を使用して横領罪を積極的に補完するよう見える事例を検討してきた。このような二つの行為類

型は、「他人に確実的に帰属する財産的権利・利益」又は「自己の担保物件に付着する他人に確実的に帰属する財産的権利・利益」を不正に使用する点で視点を共通している。

第二に、本稿第一章第二節第二款以下は、背任罪の主体以外の各構成要件を検討してきた。

そのうち、任務違背性について、判例の動向から見れば、「本人に実質的不利益をもたらすこと」は、必ずしも任務違背の有無を認定する当たっての唯一の判断基準とまでは言えない。これに対して、学説では、従来から実質説と形式説との激しい対立が見られていたが、近時の議論に鑑みれば、それぞれ実質的・形式的判断を端的に重視するものであるわけではない。したがって、任務違背性の実質的判断はどこまで行われるかについて、その限界をより詳しく探究する必要がある。

そして、図利加害目的について、「任務違背性の実質化判断」が、「図利加害目的の形骸化」を招いている状況において、消極的動機説及び不利益認識説は、任務違背行為と図利加害目的は実質的には重複している構成要件と考えつつ、基本的に図利加害目的を任務違背行為に解消する立場と評価できるが、このように図利加害目的の形骸化に対しては、この要件に基づく処罰の限定機能を重視することも不可能ではない。

さらに、財産上の損害について、日本の実務は、「実害発生の危険」又は「経済的見地から見た損害」という基準を使用して、財産上の損害の発生を判断している。これによって、財産的損害要件の判断も任務違背性の認定と実質的に重複する傾向がある。もっとも、両者は異なる要件である以上、別の観点から慎重に判断すべきという理解も可能であろう。このような問題意識から、両者の要件の関係を再検討することが必要である。

3. このような背任罪の各構成要件解釈に関する議論現状を踏まえて、本稿の第二章以下では、ドイツ語圏の各国の背任罪に考察を加えた。その成果は、以下のようにまとめることができる。

第一に、ドイツ語圏の各国の背任罪の歴史的沿革及び現在の議論状況を考察した結果、いずれの国でも、罪質論というかたちで同罪の主体要件の解釈が展開されていたわけではない。

第二に、スイスとオーストリアは、立法によって背任罪の二元化を回避し、別のアプローチで担保権侵害の事例を捕捉している点において、日本法の解釈においても興味深い視座を提供してきた。そこで、スイスとオーストリア法上の議論を考察した結果、担保権侵害の本質は、「経済的に他人に帰属する自己の財産の不正使用」として理解されていたと言い得る。

そして、ドイツの判例は、従来から想定された背任罪の各典型例の他、担保権侵害のような行為類型を背任罪で処罰する点で日本と視点を共通している。このような判例立場に準じて、ドイツの背任罪における主体を、「他人の財産を包括的に管理する者」と「経済的に他人に帰属する財産利益を委託された管理する者」というかたちで類型化する主張もなされている。

第三に、背任罪の実行行為について、たとえばドイツは、義務に「違反すること」という入口要件を緩やかに判断しているものの、義務に「如何なるかたちで」違反する必要があるかについて「支持不可能性・重大性」などの基準で実質的に判断している。同様に、オーストリアの2015年法改正では、権限濫用の内容を明確的に背任罪の条文上に定着し、刑法外の規範の内容及びその意義を重視し、従来の不明確な実質的判断基準に歯止めをかけてきた。

そして、財産上の損害の発生時点の判断について、オーストリアは、2015年法改正以降、融資相手が完全に支払不能の状態に陥る段階ではじめて背任罪の既遂を肯定するような、やや制限的な基準を採用している。これに対して、ドイツの判例では、背任罪の処罰時期を早期化する傾

向がある。特にドイツの背任未遂規定が存在しない点に鑑みれば、ドイツの学説では、複数の歯止め基準が提示されており、それぞれは異なる側面から「損害と同視できる財産危殆化」と「損害と同視できない財産危殆化」との間の線引きをしている。

4. 以上のような考察を踏まえて、本稿の第五章は、以下のような結論を導き出した。

第一に、従来の議論では、背任罪の主体が同罪の罪質論と連動したものであるということが強調され、実際に、日本における背任罪の主体を解釈するためには、背任罪の罪質という抽象論からの演繹だけでは、十分な視座を提供することができない。

第二に、現在の判例の処罰実態を把握するために、背任罪の主体を、「本人の全体資産を包括的に、又は一定の範囲で管理する者」（第一類型）と、「経済的に他人の全体財産に帰属する財物及び財産的権利・利益を委託されて管理する者」（第二類型）のように類型化することは可能である。後者の類型において、「経済的他人概念」及び「委託性」という要件を厳格的に解釈すれば処罰範囲の拡大を回避することができる。

第三に、「任務違背行為」と「図利加害目的」との関係について、本稿は、「本人の（推定）意思→本人の意思を具体化する法令等の違反→本人が許容する財産的リスクの範囲の超過」という一種の循環論法に陥ることを回避しつつ、「本人の（推定）意思→本人の意思を具体化する法令等」の段階で任務違背性を判断したうえで、「本人が許容する財産的リスクの範囲の超過」という段階の判断は図利加害目的の段階で判断することを提唱しようとするものである。

第四に、「任務違背行為」と「財産上の損害」との関係について、任務違背行為により惹起された財産的リスクのすべてが財産上の損害の発生を基礎づけるのは正当ではなく、さまざまな財産的リスクから「損害と同視できるもの」を選別し、背任罪の既遂と未遂の線引きをすべきである。そこで、直接に終局的財産損害に移行する、行為者・被害者が回避不可能な、経済的に了解可能なかたちで算定可能な財産的リスクこそ、損害と同視できるものとして評価され得る。