

## (論文内容の要旨)

本論文は、背任罪（刑法 247 条）の成立要件のうち、「その任務に背く行為」（以下では、任務違背〔性〕あるいは背任行為と呼ぶことがある）の意義の解明を目指したものである。

第 1 章は、背任行為の理解を巡るわが国の理論状況を概観する。そこでは、まず、背任罪の本質論からは、背任行為が法律行為に限られるか否かという大枠しか示されないこと、近時の新しい権限濫用説からも、個別の「権限」行使が背任行為に当たるのかが不明であること、図利加害目的の認定に際して、判例では本人の利益を裏づける客観的事情の欠如が指摘されることが多いが、それは背任行為の認定に関わる事情と捉えうるのみならず、本人の利益に着目することが妥当かも検討の余地があること、などが指摘される。

さらに、任務違背の要件自体について次のように論じられる。定義のレベルでは、任務違背性は「信義誠実」に反することという以上には述べられていない。また、具体的な判断基準に関しては、法令等の規範に着目する学説も見られるものの、主張は貫徹されてはならず、法令等の違反は一般に任務違背性を判断する際の「一つの資料」として曖昧にしか位置づけられていない。近時有力なのは、本人にとって不利益な行為か否かとの基準である。しかし、本人に損害ないし不利益が生じる可能性があっても許容される行為があるとすれば、少なくとも不利益性のみを基準にはできないし、背任罪の他の要件である「財産上の損害」との関係も明らかでないとの疑問が向けられる。かくして、背任行為について、学説及び判例は十分な明確さをもってその内容を示しているとはいえない、と。

このような理論状況を受け、考察を進める手掛かりを得るために、第 2 章は、背任行為を巡るドイツの判例・学説の紹介・検討を行う。まず、背任を規定するドイツ刑法 266 条について、濫用構成要件と背信構成要件の 2 本立てとする現行規定に至った経緯や、両構成要件の関係を財産保護義務違反の点で罪質を共通にし、前者を後者の特別類型と考える判例・通説の立場が明らかにされ、引き続き、背任行為とも関連する「主体」や「故意」に関する議論が紹介される。そのうえで、財産保護義務の違反と捉えられる背任行為を巡る諸説に検討を加えながら、任務の内容が違法な場合、その不履行は背任罪に当たらず、任務と異なる処分が行われた場合は、別個に任務違背性が判断される、本人の同意があれば義務違反は問題とならない、あらゆる義務違反ではなく、行為者がその地位にあることで促進したといえる義務違反のみが、背任行為に当たるといった見解が主張される。

以上は、背任行為を巡って従来から行われてきた議論であるが、2000 年以降、ドイツでは、企業の機関構成員に対する背任罪の適用を争点とする一連の判決が登場し、新たな展開が見られる。すなわち、連邦通常裁判所 (BGH) は、会社法等の私法上の義務違反と背任罪における財産保護義務違反との関係について、明白な裁量超過のときに義務違反が認められるとする会社法判例を前提に、背任罪の義務違反もこれと一致させる立場を次第に明確にし、また、義務違反

を判断する際に、財産処分決定に先だつ調査・分析・評価の過程に重点を置く態度を示してきているとされる。

判例を受けて学説も背任行為について議論を深めている。具体的には、①私法（会社法）上の規範と背任罪の財産保護義務との関係をどのように捉えるか、②経済活動における裁量判断について用いられる、当該処分の「支持不可能性」という基準を背任罪にも導入すべきか、③財産処分の前段階である調査・分析・評価の過程も判断対象とすべきか、などが争点として挙げられる。本論文では、①につき、財産保護の目的に適った規範の違反だけが背任罪により捕捉されるべきである、②につき、本人の意思が明らかでなく、法規範による具体的な基準が形成されていない場合、（経済・経営の専門家ではなく）本人の視点に立った「支持不可能性」の基準が導入されてよい、③につき、調査等のプロセスも背任罪の義務違反判断の対象となり、手続の遵守・不遵守といった形式に着目するのではなく実質的観点から判断される、との見解が提示されている。

第3章は、これまでの考察を総括する形で、背任行為をどのように画定するかを明らかにする。まず、刑法以外の法令等の規範に対する違反は、任務違背を判断する「一つの資料」ではなく必要条件だとしたうえで、（あらゆる規範ではなく）財産保護を目的とする規範に対する、事務処理者の地位と機能的連関をもった違反が背任行為に当たる。次に、任務違背の判断は、具体的には、①本人が立てた基準がある場合、法規に反しない限りそれに拠る、②①に当たらずとも、上記の意味で刑法外に具体的な規範が存在する場合、それに拠る、③②にも当たらない場合、当該処分が本人の視点から見て支持されるかどうかを合理的に判断する、との手順で行われる。最後に、処分の決定に至るまでの調査・分析・評価過程も任務違背の判断対象に含めるべきである。このように主張される。

## (論文審査の結果の要旨)

背任罪を巡っては、学説はこれまでもその理論的解明に取り組んでおり、本格的な研究も少なくない。もっとも、従来に関心は、背任罪の本質論、事務処理者の意義・範囲、及び、主観的要件である図利加害目的に向けられてきた。本論文は、等閑視されてきた観のある「任務に背く行為」(背任行為)という要件に初めて正面から取り組み、同要件のもつ固有の重要性を我々に認識させた点において意義深い論文である。

本論文は、背任行為を考察する手がかりを、2000年以降新たな展開が見られるドイツの判例・学説に主に求めている。ドイツの背任罪では、財産保護義務違反とはどのような場合をいうかとの形で立てられる背任行為の問題は、ドイツでも必ずしも十分に議論されてこなかった。しかし、近時、大企業の経営破綻に際して機関構成員が背任罪で起訴されるケースが増加し、経営者の裁量・自由との限界づけが争点として浮上してきたのである。このような状況は、少なくとも背任罪の解釈論の観点からは、わが国に紹介されておらず、判例の動向とこれに対する学説の対応や主張に詳細な検討を加えた部分は、外国法事情について新たな知見を得られるという点でも大きな意味をもつものである。

しかし、本論文の意義はそこにとどまらず、これまで個別に扱われてきた背任行為に関わる論点にも丁寧に検討を加え、これらを踏まえてわが国の背任行為の解釈について新たに自説を展開している点は高く評価される。任務違背判断の「一つの資料」として曖昧に位置づけられていた法令等の形式的規範がどの範囲でどのように考慮されるべきかを明らかにした点、近時有力な「本人にとっての不利益性」という判断基準を批判して、財産帰属主体である「本人の意思」を中核とする基準を提示した点は、周到な分析に基づく説得力ある提言といえる。また、任務違背の判断対象に処分決定に先だつ調査・分析・評価の段階を含めるべきだとの主張には、実務的観点からも实际的意義が認められる。

他方、本論文の難点としては、ドイツの議論が割にあっさりとわが国に導入されており、論証になお詰めが残ること、個別事案において背任行為がどのように画定されるかが詳細には示されていないことなどが挙げられよう。しかし、そのような荒削りな部分は今後の改善が十分に期待されるのであり、むしろ、短期間に外国法を整理、理解したうえでわが国の解釈論にまで結びつけた点は、研究をさらに続けていくための資質・能力を示すものとして高く評価されるべきだと思われる。

以上の理由から、本論文は博士(法学)の学位を授与するに相応しいものと認められる。

なお、平成20年8月25日に調査委員3名が論文内容とそれに関連した試問を行った結果、合格と認めた。