The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	背任罪における任務違背〈背任行為〉に関する一考察（二・完）
Author(s)	品田, 智史
Citation	阪大法学. 2009, 59(2), p. 41-94
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54905
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

背任罪における任務違背（背任行為）に関する一考察（二・完）

品田智史

第一章　我が国の状況
第二章　ドイツにおける議論
第一節　背任罪規定の構造
第二節　背任行為（以上第五九巻第一号）
第三節　最近の動向
第一款　判例
第一項　連邦通常裁判所二〇〇〇年四月六日判決
第二項　連邦通常裁判所二〇〇一年一一月一五日判決
第三項　連邦通常裁判所二〇〇一年一二月六日判決
第四項　連邦通常裁判所二〇〇五年一一月二二日判決（キノヴェルト〔Kinowelt〕事件判決）
第五項　連邦通常裁判所二〇〇五年一二月二一日判決（マンネスマン〔Mannesmann〕事件判決）
第六項　まとめ
第二款　学説
第一項　刑法外の規範との関係――客観的帰属論の導入
第二項　義務違反の判断基準――とりわけ支持不可能性（Unvertretbarkeit）について
第一目　ティーデマンの見解
第二目　クビシエルの見解
第三目　レーナウの見解
第四目　まとめ
第三項　調査過程の考慮

（阪大法学）59（2-41）265〔2009.7〕

第一目　ランジークの見解
第二目　シュミットの見解
第四節　小　括
第三章　背任行為の画定
第一節　刑法外の規範との関係
第二節　任務違背の判断
第三節　調査過程の考慮
第四章　結　び（以上本号）

第二章　ドイツにおける議論

第三節　最近の動向

以上の議論においても、我が国における「背任行為」の理解についていくつかの帰結が得られるものの、なお正面から「背任行為」が論じられているとはいい難い状況がドイツでも存在していた。ドイツにおいても、従来、背任罪の主体の範囲を画することに議論の重点が置かれていたことにそれは由来すると考えられている。しかし、近年、状況に変化が見られる。すなわち、判例・学説の関心が、どのような行為が背任罪として評価されるのかという点に向けられつつあるからである。

これは、実務において、会社の機関の経済活動が背任罪に問われるケースが増大してきたことに起因する。ドイツでは、背任罪は「好景気」であると言われている。[1] ここ数年来、重大でメディアにも頻繁に取り上げられる背任事件が登場し、[2] また、背任罪の事件数自体も非常に増加しているのである。[3] もっとも、学説は、この傾向を批判的に見ている。[4] すなわち、捜査機関が、企業の破綻という現実と何らかの「不道徳」と思われる会社の経営者の行為とを処罰に結びつけるために背任罪を濫用しているのではないかとの疑念を抱いている。[5] いずれにせよ、近時の背任事件の多くは、機関構成員の経済活動に関わるものであり、行為者の主体要件の充足は、通常、争点にならず、

損害及び義務違反の有無が正面から取り上げられている。[6]

義務違反の要件を巡り、二〇〇〇年以降、連邦通常裁判所（ＢＧＨ）が下したいくつかの重要な判決を概観し、引き続いて学説の反応を紹介することにする。

第一款　判例

第一項　連邦通常裁判所二〇〇〇年四月六日判決[7]

この判決は、貯蓄銀行（Sparkasse）の取締役らが、金融制度法一八条一文の規定に違反する貸付を行っていた事案に関するものである。同条項によれば、銀行は、一定額以上の貸付を行う際には、借受人に経済的状況を開示させなければならない。にもかかわらず、本件においては、借受人となった法人の唯一の出資者である者の年度末決算書が提出されていなかった。原審は、同条項違反は義務違反になるとして、被告人等に二六六条の適用を肯定した。

連邦通常裁判所は、次のように述べて、原判決を破棄して差戻した。刑法二六六条の義務違反を判断する際、貸付を決定する者が「借受人の財産状況に関する調査義務（Prüfenspflicht）及び情報収集義務（Informationspflicht）を全体として十分に履行しているのか」ということが決定的である。その際、金融制度法一八条一文の違反は、そのような事情を認定するための手がかりではあるものの、同条の義務の懈怠による情報の欠如が別の情報によって埋め合わされる可能性は排除されない。原審が、貸付について年度末決算書の提出を求めなかったという以上に具体的な認定を行っていない点には瑕疵がある、と。[8]

連邦通常裁判所は、貸付が背任罪における義務に違反するかどうかの判断方法について次のような一般的な指摘

を行っている。貸付は、性質上リスクを負った取引であり[9]、貸付の際には、包括的な情報基盤に基づいて、貸付のリスクがそこから生じる（利得の）機会と比較して考量される。この考量が注意深く行われるならば、事後的に契約に障害が生じたことを理由としては義務違反が認められることはない。このようなリスクの調査が十分に行われていないことの手がかりとして、情報収集義務の怠慢、行為者の権限の不存在、行為者の共同責任者（Mitverantwortlichen）及び監査役等への虚偽又は不十分な報告、設定された目的の不遵守、最大与信枠の超過、並びに貸付の決定者が自己の利益のために行動していることが挙げられる、と[10]。

本判決が、金融制度法上の義務違反から離れて、刑法独自の義務違反判断を志向した点については、学説では好意的に受け止められた[11]。また、本判決は、「借受人の財産状況に関する調査義務及び情報収集義務」を重視し、包括的な情報基盤に基づいて注意深い決定が行われていれば義務違反は認められないと述べていることから、貸付に関する背任罪の成否を判断する際に、貸付の内容ではなく、貸付を決定するための調査過程に焦点を合わせている点に特色があると評価されている[12]。もっとも、貸付の正当性を判断するためには、借受人の信用を調査したことを見るしかないのであって、背任罪における義務違反の判断にとって当然のことを判示したに過ぎないとの評価も存在し[13]、いずれにせよ、事前の十分な調査が義務違反を判断する際の「基準」として意識されていたとまではいえなかった。

第二項　連邦通常裁判所二〇〇一年一一月一五日判決[14]

翌二〇〇一年の連邦通常裁判所の判決も、金融制度法一八条一文に違反する貯蓄銀行の貸付に関するものであった。本件では複数の貸付が問題となったが、原審は、それら全てについて無罪判決を下した。同判決に対する検察官の上告を受けた連邦通常裁判所は、前述の二〇〇〇年判決を引用しつつ、背任罪における義務違反の認定におい

て、被告人の経済状況についての調査義務及び情報収集義務の十分な履行を問題にしている。[15] ただし、次のように判示した点は二〇〇〇年判決とは異なっていた。「刑法二六六条の意味での義務違反にとって決定的なのは、行為者が、貸付の際に、銀行で通常とされる借受人の経済的状況に関する情報収集義務及び調査義務に重大な（gravierend）違反をしたかどうかである」、と。[16] 本判決は、背任罪の成立のために、義務違反が「重大」であることを要求したのである。

もっとも、義務違反の重大性の要求が、二〇〇〇年判決と比べて、背任罪の成立の限定を志向するものではなかった点には留意を要する。本判決は、結論的に義務違反の重大性を肯定し、その際、金融制度法一八条一文についての金融制度監督庁（BAKred）の通達を根拠に、同規定は、単なる形式的な義務ではなく、貸付の際の信用性調査に関する実質的な義務を示しているとした上で、通達の内容を含めた同規定の違反が直ちに背任についての義務違反になるかのような表現を行ったからである。すなわち、「被告人は、現実の状況に対する十分な洞察を得ていなかった。企業内部の財産状況についての透明性の欠如は、既に、第一の貸付について明白であった。担保の対象は視察されず、土地の実際の価値について調査されていないと認定されている。それ故、被告人は、情報収集義務及び金融制度法一八条一文に基づく公開の要求をする義務について、すでに第一の貸付の際に重大な違反を犯していた。〔財産状況に関する〕証拠書類の不十分さに鑑みれば、さらに資料を要求することが必要とされる。本件では、行為者自身による調査も行われていなかった。借受人の経済的状況について明確な像が存在しない以上、既に第一の貸付から、許されるべきではなかった」（〔　〕内は引用者挿入）、と。[17]

この判決には、二〇〇〇年判決と異なり学説上批判が強い。金融制度法の規定は銀行の財産を保護するためのものではないにもかかわらず、その違反から自動的に義務違反を導き出したように解されることがその主な理由であ

る。[18] また、義務違反の「重大性」についても、付随的に述べられただけで、その中身については本判決では必ずしも明らかにはされていなかった。

第三項　連邦通常裁判所二〇〇一年一二月六日判決[19]

義務違反の「重大性」というメルクマールは、同じ年の一二月六日に下された判決においても用いられた。事案は、株式会社の取締役会議長であった被告人Xが、バーデン＝ヴュルテンベルク州の大臣であった相被告人Yから懇請され、Yがオーナーを務めていたスポーツ団体に数度の寄付を行ったというものである。Xの義務違反につき、以下のように判示された。

「二六六条の背任構成要件の意味での義務違反の認定には、会社法上のなんらかの義務違反があれば足りるわけではない。むしろ、義務違反は重大でなければならない。重大か否かは、とりわけ会社法上の諸基準の全体的視点（eine Gesamtschau inbesondere der gesellschaftrechtlichen Kriterien）に基づいて確定される」。その際の手がかりとして挙げられるのは、「企業目的からかけ離れていること、収益及び財産状況に鑑みて不適切であること、企業内部において透明性が欠けること、不当な動機、とりわけ、単なる個人的な嗜好の追及が存在することである。少なくともこれらが全て充たされる場合には、刑法二六六条の意味での義務違反は肯定される」、と。[20]

本件では、寄付が企業目的に沿うとはいえず、会社の財政状況にも難があった。加えて、寄付は、XがYとよしみを通ずるために行われたものであって、贈られた金銭はYの利益のために用いられた。さらに、Xは、寄付を行う際にその目的を偽る等の工作を行っており企業内の会計処理に透明性を欠いていた。かくして、Xには背任罪における義務違反が認められた。

本判決では、再度「重大な」義務違反という概念が用いられ、その評価のための「手がかり」も示された。もっ

とも、「重大性」という概念の内容を明確にしていないために、学説においては、「重大な」義務違反とは、刑法上の義務違反が刑法外の義務違反より程度において高度のものであることを意味するとの見解[21]、後述する「支持不可能性」基準へと具体化する見解[22]など諸説が主張されることになった。

第四項　連邦通常裁判所二〇〇五年一一月二二日判決（キノヴェルト〔Kinowelt〕事件判決[23]）

義務違反の重大性の内容を巡って二〇〇五年に新たな連邦通常裁判所の判決が登場する。コンツェルン関係にある企業間の資金移動が問題になった二〇〇五年一一月二二日判決がそれである。そこでは、A社の株主かつ取締役であった被告人が、B社を自社グループに取り込むために、B社に対してA社の資金を提供したことが背任罪における義務違反に当たるのか、という点が争われ、次のように判示された。「取締役には、……決定の際に、広い裁量の余地が認められる。他方、――広く設定された――経営上の決定を行う自由の限界が超過され、それによって（damit）、自己の管理する企業に対する主たる義務に違反する場合、会社法上の義務の違反が存在し、それは同時に刑法二六六条の意味での義務違反を基礎付ける程度に重大なものである」（強調、筆者）、と。[24]

本件では、被告人による当初の資金援助は、A社の監査役会決議によるB社買収の方針に基づいており、B社買収の見込みもあった以上、被告人の裁量の範囲内にあったといえた。しかし、A社が破産の危機に瀕した時点以降の資金提供は、B社の買収及びそれ以降の業務執行のための財政基盤を欠くものであり、また、A社の財政的事情からも義務違反が認められるとされた。

同判決については、私法（会社法）上の義務違反と背任罪の義務違反が一致するとしたものだとする理解が多数であるものの[25]、「damit」の解釈次第で、会社法上の義務違反から背任罪の義務違反を導くには条件が必要との読み方も可能であるとの指摘も見られるところである。[26]

二〇〇五年一一月二二日判決は、連邦通常裁判所民事部による一九九七年四月二一日判決（アラーグ・ガルメンベック〔ARAG/Garmenbeck〕事件判決）[27]を参照している。事案は、株式会社の監査役会が取締役に対する損害賠償責任の追及を否決したことに対して、監査役会構成員の一人が無効確認訴訟を提起したというものである。ここで、監査役会決議の無効を判断する前提として取締役の損害賠償義務の有無が審査された。判決は、取締役の業務執行についての広い裁量の余地を肯定し、「取締役の損害賠償義務が考慮されるのは、責任意識（Verantwortungsbewusstsein）によって担われ、企業の利益（Unternehmenswohl）にのみ方向づけられた、決定基盤の注意深い調査に基づく、経営上の行動が、行われなければならない限界を明白に超える場合、経営リスクを冒すことが無責任な態様で度を超えたものとなる場合、若しくは、取締役の行為がその他の理由から義務違反とならざるをえない場合である」と判示した。

アラーグ・ガルメンベック事件判決は、取締役の責任につき、アメリカにおいて発展した、いわゆる「経営判断の原則（Business Judgment Rule）」を採用したものとされている。経営判断原則とは、経営判断が会社に損害をもたらす結果を生じたとしても、その判断が誠実性及び合理性を確保する一定の要件の下に行われた場合には、裁判所が経営判断の当否に介入し注意義務違反として取締役の責任を問うべきではないという（会社法上の）考え方である。[28]同原則の意義及び要件について未だ一致は見られないものの、概ね、取締役が①経営判断の対象に利害関係を有しないこと、②経営判断の対象に関して、当該状況の下で適切であると合理的に信ずる程度に知っていたこと、③経営判断が会社の最善の利益に合致すると相当に信じたこと、というように定式化されている。[29]アラーグ・ガルメンベック事件判決は、取締役に裁量権を認め、前記判示の要件のもとでのみ義務違反を認めたことから、アメリカ法の経営判断原則をドイツ法に導入したと学説において評価された。[30]例えば、ヘンツェによれば、

①には「責任意識によって担われ」、②には「決定基盤の注意深い調査」、③には「企業の利益にのみ方向づけられた」という部分がそれぞれ対応しているとされる。[31] また、同判決を契機として、経営判断原則が立法化された。すなわち、二〇〇五年における改正後の株式法九三条一項二文は、「取締役が、企業家決定において適切な情報を基礎として会社の利益のために行為したと合理的に認めてよい（vernünftigerweise annehmen dürfen）場合、義務違反はない」[32] と規定している。[33]

もっとも、キノヴェルト事件判決において、アラーグ・ガルメンベック事件判決の定式がそのまま用いられているわけではない。前述のように、キノヴェルト事件判決は、株式会社の取締役の広い裁量を認めてはいるものの、裁量権の超過を判断する際にアラーグ・ガルメンベック事件判決の定式に即した判断が行われているとはいえないからである。

第五項　連邦通常裁判所二〇〇五年一二月二一日判決（マンネスマン〔Mannesmann〕事件判決）[34]

二〇〇五年一一月二二日判決の直後に「重大性」についての解釈を示した判決がもう一件出されている。そこでは、株式会社の監査役会が、自社が買収される際に、取締役に対する多額の報酬の支払を承認したことが背任罪に当たるか否かが争われた。

原審[35] は次のような判断を下した。本件報酬支払は、企業にとって利益がないため監査役会にとって裁量の余地のないものである。そのため、被告人等は、本件報酬支払を承認したことによって、株式法上の義務に違反し、自社に対して負っている財産保護義務に違反した。しかし、リスクを負った経営上の決定については、さらに義務違反の重大性が必要であり、本件では、全体的視点から見ればそのような重大性は認められない、と。[36]

連邦通常裁判所は、次のように述べて原判決を破棄し差戻した。[37] 会社に確実に財産損害を与えることになるあら

ゆる措置を行ってはならないという規則は、株式法上の「通常の誠実な」監査役の注意義務（株式法九三条一項一文、一一六条一文）[38]の一部であり、刑法二六六条一項における財産保護義務の内容となる。もっとも、結果として損害をもたらした決定が全てこの義務に違反するわけではなく、決定の予測的性質から機関の広い評価裁量が導かれる場合には、アラーグ・ガルメンベック事件判決において判示されたように、責任意識によって担われ、企業の利益にのみ方向づけられた、決定基盤の注意深い調査に基づく、経営上の行動が、行われなければならない限界を超えていないことを条件に、義務違反は否定される、と。[39]結論的に本判決は、取締役への報酬支払を、会社と取締役の任用契約において事前に取り決められたものでもなければ、将来において有用性をもたらすものでもない単なる会社財産の浪費であって、監査役会に裁量の余地のないものであった[40]とし、財産保護義務の違反を認定している。

加えて、義務違反の「重大性」につき、本判決は、刑法外の義務の違反よりさらに高度な、刑法上の財産保護義務違反を要求する原判決のような考え方が、これまでの判例の立場と一致するものでもないと述べている。すなわち、義務違反の重大性に最初に言及した二〇〇一年一一月二五日判決は、「情報収集義務及び調査義務に重大な違反をした」という表現から明らかなように、「重大性」を調査・情報収集義務に関連づけている。そこでは、あらゆる（刑法外の）義務違反が背任罪における義務違反となるわけではないと述べられているに過ぎない。また、二〇〇一年一二月六日判決も、寄付金の宣伝効果等の経済的な有用性の評価が不明確であることから取締役の広い裁量の余地を肯定し、「……二六六条の背任構成要件の意味における義務違反を認定するのに会社法上の義務違反があれば十分であるというわけではない」と判示するにとどまる、と指摘するのである。[41]

本判決は、二〇〇一年の連邦通常裁判所判決によって用いられた「義務違反の重大性」という概念を、刑法外の義務の違反に上乗せされた刑法独自の義務の違反という意味ではなく、アラーグ・ガルメンベック事件判決により

承認された会社機関の経営行動に関する裁量と同一のもの、すなわち、義務違反の重大性のメルクマールは、会社法上の広い裁量の範囲及びその限界のパラフレーズでしかないことを確認したものであると理解されている。[42] また、本件では、それに加えて、アラーグ・ガルメンベック事件判決において示された定式がそのまま背任罪の義務違反を判断する基準になるとの立場も示されている。もっとも、本件の報酬支払に関しては監査役会に裁量権がなかったと認定したために、義務違反の重大性（＝裁量の限界）に関する具体的な基準は示されず、アラーグ・ガルメンベック事件判決の定式が実際にどのように適用されるのかは明らかにされないままとなっている。[43]

第六項　まとめ

連邦通常裁判所が二〇〇一年に下した二つの判決[44]によって登場した「重大な」義務違反という概念は、一時、判例は私法（会社法）上の義務違反の判断を行った後に違反の程度において刑法独自に重大性を判断するといういわば二段階の判断方法をとったとも理解された。[45] しかし、そのような見解は、後の判決において裁判所自身により否定されたように思われる。[46] 少なくとも、マンネスマン事件の原審が採っていたような「財産保護義務」自体の重大性を要求する見解は、明白に否定されたし、また、キノヴェルト事件判決、マンネスマン事件判決が、アラーグ・ガルメンベック事件判決によって認められた私法上の義務違反の判断方法を背任罪に関して考慮したことからすれば、会社法上の明白な裁量超過としての義務違反＝背任罪における義務違反という構成が採用されたともいえる。

一方で、以上の判決は、機関構成員のあらゆる義務違反が背任処罰を基礎付けるわけではないことをあらためて確認した。また、義務違反判断の対象を財産処分の決定自体より、それ以前の情報収集・調査過程に重点を置くかのような判決も見られた。二〇〇〇年四月六日判決、二〇〇一年一一月一五日判決においては、貸付が財産保護義務に違反するか否かを判断する際には、調査義務と情報収集義務の遵守が決定的であるとされ、二〇〇五年一二月

二一日判決においては、いわゆる経営判断原則を認めたものとされるアラーグ・ガルメンベック事件判決の定式が義務違反判断の基準として採り入れられたのである。それでは、これらの判決を受けて学説はどのような議論を展開したのかについて検討を続ける。

第二款　学説

第一項　刑法外の規範との関係――客観的帰属論の導入

学説においては、判例が背任罪の成立に要求した「重大な義務違反」という要件から、刑法外の規範に違反することと刑法二六六条の財産保護義務に反することとの関係について、次の二つの命題が引き出されている。第一に、法秩序の統一性の原則から、刑法規範による保護は、刑法外の規範による保護を超えてはならない、すなわち、刑法外の規範において許容されている行為を背任罪における義務違反と評価してはならないという命題である。[47] 刑法外の規範としては通常私法が念頭に置かれているので、このような命題は刑法の「私法従属性（Zivilrechtsakzessorietät）」と呼ばれる。さらに、刑法の「最終手段」（ultima ratio）性原則から、刑法による処罰は、その強力な作用に基づき、国家が用いる原則的に最後の手段である。また、刑法規範の保護対象は、個々の法益であるが、私法上の規定は、個々の法益について請求可能性又は形式的明確性という観点の下で評価している。そこから生じる刑法規範と刑法外の規範の保護方向と射程に関する不一致は、刑法外の規範が十分に吟味されることなく刑法上の規範に転用されてはならないという帰結を導く。かくして、第二に刑法外の規範の違反が直ちに背任罪における義務違反を基礎付けるわけではないとの命題が支持される。[48]

二つの命題からの帰結は、「背任罪による保護の範囲は、私法（会社法）によるそれを超えてはならない。逆に、

私法（会社法）上の規範に対する違反が当然に処罰をもたらすものではない」ということになる。[49] 換言すれば、刑法外の規範の違反は、背任罪の成立にとって必要条件ではあるけれども十分条件ではないのである。[50]

もっとも、「刑法外の規範の違反は、十分条件ではない」という部分は、刑法外の義務と背任罪の義務を、その程度において区別するのか、種類において区別するのか、どちらの意味で解すべきかが問題となる。前者は、（少なくとも取締役に裁量が認められている事務処理に関しては）前記マンネスマン事件判決において明確に否定されており、後者の区別が重要となる。この点は、従来からも、行為者に背任罪の主体性（財産保護義務者としての地位）が肯定されても個々の義務違反が背任罪によって捉えられるかどうかが別に検討されてきている。[51]

加えて近時では、客観的帰属論の観点から、実現された結果が違反された注意規範の保護目的に含まれているかが論じられている（違反された義務と財産損害との保護目的連関）。[52] 例えば、政党法上の義務の違反が政党に損害を引き起こすケースが挙げられる。政党法は、第一次的には、政党の財政の透明性等という公共の利益を保護することを目的としており、政党の財産上の利益を保護することは間接的なものに過ぎず、したがって背任罪の成立が否定されないかが争われる。

有力説は、本人の財産を保護するための規範以外の規範を背任罪における義務違反として考慮することは、背任罪を財産以外の法益を保護する罪に変容させてしまうとして、刑法外の規範に保護目的連関を要求する。[53] 例えば、ギュンターは、財産保護義務を、一次的・直接的に委任者（本人）の財産保護に役立つような義務に限定しようとする。[54] 同じように、ザイアーは、違反された刑法外の義務が本来的に本人の財産を保護することを目的としていること、したがって、損害を防ぐ目的のために設定されていることを要求する。[55] 有力説によれば、政党法上の義務の違反は、当該義務に財産損害との保護目的連関が欠けるため、背任罪における義務違反に当たらないことになる。[56]

一方、ザリガーは保護目的連関を不要とする。[57] 彼は、保護目的連関を要求すると、今まで原則的に背任罪が承認されていた事例群が同罪の対象から除外されてしまうと批判する。例えば、合法的ではない帳簿への記帳が可罰的な背任罪に当たりうるということは一般的に承認されている。[58] ところが、商法上の決算規則は、第一次的には、現在の、及び、潜在的な債権者の保護に資するものであって、委任者の財産は間接的に保護されているに過ぎない。したがって、有力説のもとでは、行為者が決算規則に違反して委任者の財産に損害をもたらした場合、背任罪は排除されてしまう、というのである。背任罪の成立には、法規に反して財産損害を惹起する行為であれば十分である、とザリガーは主張した。[59]

しかし、長距離バスターミナルを運営する有限会社の業務執行者が、会社の窮境に際して、運転者による運転時間の超過を黙認し、その結果、秩序違反法三〇条一項[60]によって有限会社に対して罰金が課されるという事例を考えてみると、保護目的連関を認めない場合の結果の不当性は明らかであるように思われる。[61] なぜなら、刑法二六六条は、秩序違反法三〇条を媒介にして広範に及ぶ一般的犯罪処罰規定になってしまうからである。[62]

なお、刑法外の規範のもつ保護目的の考慮は、有限会社の全社員が同意を与えた業務執行者の処分が、会社の資本を保護するための規定である有限会社法三〇条一項に反して資本金を侵害する場合、業務執行者の処分は背任罪を成立させるかという議論にも関係する。判例は、業務執行者の処分が有限会社法三〇条一項に違反するか、会社の存続を危殆化させる場合には、全社員の同意があっても背任罪が成立するとし、通説もこれに従う。[63] しかし、有限会社法三〇条は会社の資本を維持することによって会社債権者の保護を図るための規定であり、会社財産の経済的帰属主体である全社員が財産処分に同意をしているのに同条の違反から背任罪を成立させることは、刑法二六六条を債権者保護の規定に変容させてしまうことになり、また、社員は会社を解散できる以上社員自身が会社の存在

を失わせるような処分をすることも許されているはずであるとして通説を批判し、背任罪の成立を否定する少数説も有力である。[64]

第二項　義務違反の判断基準――とりわけ支持不可能性（Unvertretbarkeit）について

第一目　ティーデマンの見解

ドイツでは、前節で述べたように、[65]いわゆる冒険的取引の場面において、義務違反の判断基準が比較的詳しく議論されていた。冒険的取引における義務違反の判断に関し、判例・通説は、「本人と行為者の間の内部関係」に判断の照準を置き、それによれば、背任罪の財産保護義務に違反したかどうかは、財産帰属者（本人）の意思が明らかな場合、それに代わる法律・定款等によって個別具体的な基準が形成されている場合と、いずれも存在しない場合に区別され、[66]前二者については、意思ないし基準に対する違背から直接に財産保護義務違反を肯定するとの帰結が導かれる。問題は、最後の場合である。例えば、株式法九三条一項一文に基づく「通常の誠実な」業務執行のような一般条項的な規定から、背任罪の義務違反の基準を実質的に引き出すことは明らかに困難といえる。

ティーデマンは、ここで、取締役の可罰的な背任行為を画するに当たり、基本法一〇三条二項の明確性原則から、「何らかの経済合理性がある行為又は経済的に見て支持可能（vertretbar）な行為」は背任罪との関係では正当なものと評価されなければならず、「明らかに支持不可能な行為だけが刑法二六六条の適用領域に含まれる」と主張した。[67]この「支持不可能性」基準によれば、問題とされる行為が、行為の時点を基準とすれば、私法上経済上、その評価が確定していない法展開、及び、暫定的な経過領域に属する場合には処罰されず、明らかに支持できないリスクのある決定及び支出のみが背任罪の義務違反と評価されることになる。具体例としては、ほとんど無意味と言うべき金銭の支出、金額や株式会社の状態から考えて会社の存在を脅かすような金銭支出がさしたる理由無く行わ

れる場合が挙げられている。

ティーデマンの見解は、私法上経済上の専門家の観点から合理的及び適法との解釈の余地がもはや存在しない場合にはじめて背任罪を成立させるというものであり、刑法外の評価に背任罪の義務違反判断を従属させ、広範・不明確な背任罪の成立範囲を適切に画するものであるとして、学説の多数の支持を受けた。[68] もっとも、留意を要するのは、ティーデマン流の支持不可能性基準は、取締役の裁量の限界としてすでに会社法自身において義務違反を画定する概念として用いられている点である。前述したように、アラーグ・ガルメンベック事件判決は、行為者に裁量の余地が認められる場合、その裁量の限界を明白に超過していて明らかに支持できない行為のみが（会社法上の）義務に反するとしている。[69] その意味で、背任罪における支持不可能性は会社法上の裁量の限界（＝支持不可能性）と一致するのである。[70]

第二目　クビシエルの見解

クビシエルは、会社法上の義務と背任罪の関係を考察することで、背任罪の構成要件自体から禁じられる行為を画定しようと試みた。背任罪に固有の義務を構想する根拠として、会社法上の（廃止された）特別背任罪[71]と刑法二六六条の文言との比較を持ち出している。すなわち、会社法上の特別背任罪が、行為不法について詳しい記述がなく、単に「会社の損害となるような行為を行う（zum Nachteil der Gesellschaft handeln）」とする一方で、二六六条は、禁止された行為を義務主体の限定によってのみではなく、この義務に結びつく「違反」と「濫用」という概念によっても具体的に叙述している。したがって、背任罪における財産保護義務を刑法に固有なものと解釈することが可能であり、かつ解釈されなければならない、と。[72]

具体的には、背任罪の構成要件は、刑法外の規範を片面的にはめ込むのではなく、刑法二六六条が目的とする財

産保護と共働させつつ形成される。[73] すなわち、刑法外の規範の違反は財産保護義務の違反を確定するための出発点でしかなく、刑法外の義務に違反することと背任罪により処罰することとの間に「意味連関（Sinnbezug）」を作り出さなければならないと述べられている。

クビシェルは、背任罪の自由保障的性格を強調し、その本質を、財産帰属者から行為者に与えられた自由裁量の瑕疵ある行使についての責任に求めた。財産保護義務を負う者は、自己に許された具体的な限界を超えて権限を行使し、法律上保護された本人の自由に介入したが故に処罰されるというのである。

多数の見解と同様に、彼も義務の類型を三つに区別する。すなわち、問題となっている財産保護義務が、① 明確に契約、定款、個々の指示によって確定している場合、② 有限会社法三〇条のような具体的に財産に関する法律上の規範等に基づく場合、③ 財産帰属者や法律等による明確な限界の設定が欠如している場合である。①と②については、個々の規範に対する違反は財産保護に結びつく私法上の限界を超過したことになるので、直ちに背任罪の不法が認められるとされた。行為者は与えられた裁量を不当に行使し、その結果、刑法二六六条の保護目的である本人の財産の自由な利用を侵害しているからである。[74]

他方、③の場合、「通常の誠実な」業務執行（株式法九三条一項一文）などというだけでは基準として無内容であることから、基準の明確性の点で問題が生じるとする。ここで、クビシェルは財産帰属者の利益に目を向ける。まず、「通常の誠実な」業務執行という会社法上の基準は、背任罪の目的である本人の財産利用の自由を保護する観点から考慮されなければならず、「誠実さ」は刑法上の評価基準とならないと主張する。

それでは、会社法上の義務を背任罪の観点からどのようにフィルタリングすればよいのか。彼は、株式法九三条一項のような規則を、背任罪の枠内では「本人が具体的な状況のもとで、自身の自由の行使として容認

（tolerieren）したであろうものの規範的なシミュレーション」として理解する。その上で、最終手段（ultima ratio）原理が妥当する刑法において求められているのは、最良のものとして本人が唯一認める決定を行うことではなく、（一定の幅を持った）本人が支持することのできる決定を行うことだとする。本人の視点に立った支持可能性を基準とするため、一定の状況下で本人が具体的にどのような目標を追求しているのかについて手がかりがある限り、これを決定の基礎としなければならない。[75] そのような手がかりがない場合、本人の追求する（一般的な）目標を考慮しつつ、本人が当該行為を支持するかどうかを合理的に判断するしかないとする。クビシエルは、このことを、「非合理な決定をする自由は、本人が財産保護義務を負う者にそのような決定を行う権限を与えない限り、本人の手中にのみ存在する」ことから基礎付けられると考えている。以上をまとめると、背任罪における義務違反と評価されるのは、「行為者による決定が会社の追求する目的に還元されない場合、すなわち、本人に支持される決定とは考えられない場合である」、ということになろう。[76]

クビシエルの見解は、刑法独自の不法、具体的には、本人を基準とした「支持不可能性」判断を行うものである。[77] その限りで、ティーデマンによる、私法上経済上の専門家による支持不可能性判断とは異なることになると彼は主張する。もっとも、本人の意思・目的を推測することのできる具体的な手がかりが存在しない場合、本人が当該行為を支持するかどうかを合理的に判断するしかないため、その場合の判断は結論としてティーデマンの基準と一致することになると思われる。[78]

第三目　レーナウの見解

レーナウは、訴訟法的観点を加味して、背任罪における義務違反を画定するための基準を構築することを試みている。レーナウによれば、刑法二六六条は、財産保護義務の基礎付けを、刑法外の領域から借用しつつ、刑法解釈

の独自性を考慮した加工を行うという意味で規範的構成要件であるとされる。[79]

彼もまた、背任罪の義務違反が問題となる状況を、本人が、契約や定款、あるいは個別の指示の形式により、財産の具体的な取り扱いについて基準を示している場合と、せいぜい私法が、行為者らがとるべき行態を不明確な概念ないしは単なる範例によってしか規定していない場合[80]に区分し、前者については、二六六条の保護目的からして、示された基準に反することが直接に刑法上の義務違反になるとする。

後者についてはより詳しい議論が展開されている。まず、連邦通常裁判所二〇〇一年判決の義務違反にいわゆる「重大性」という概念に対して刑法学説が二段階的理解――私法上義務に適っているならば刑法上義務違反とは評価されてはならず、私法上義務違反があったからといって刑法上も義務違反となるものではない[81]――を示している点について、私法上の義務違反に比して刑法上の義務違反は程度において重大でなければならないと理解されているならば、支持できないと主張する。[82]

次に、ティーデマンが示した「支持不可能性」という刑法外の専門家の判断に従属して背任罪の義務違反を判断する考え方については、刑事裁判官の解釈権限という刑事訴訟法的観点から批判が加えられる。レーナウは次のように述べている。不明確な法概念に制限を加えようとする支持不可能性基準の目標設定には賛成できる。しかし、それが私法上の判例・学説の見解に従って判断することを意味するならば、財産保護の範囲を過剰に制限していることになる。すなわち、刑事裁判官は、刑法上の義務違反判断のいわば前段階に位置する私法上の義務違反の有無も判断しなければならないけれども、その際（私法上の）判例や学説に拘束されるわけではない。このように理解しなければ、民事裁判所の確定力ある判断を手に入れるまで、刑事裁判の処理が進まないことにもなりかねない。また、支持不可能性の基準は、解釈上争いのある部分を被告人に有利に取り扱おうとする点で、訴訟法上の証明の

問題に関する無罪推定の原則を、法律解釈に用いることになって妥当ではない、と。[83]

かくして、レーナウは、刑法外の規範解釈を巡る刑法外の領域における争いが刑法における解釈及び適用に影響しないとしたうえで、背任罪の義務違反を画定する基準について検討する。彼は、「通常の誠実な」業務執行といった私法上の一般条項的規範について、基本法一〇三条二項の明確性原則の要請に基づき、限定的な解釈を通してその中核部分を際立たせることが刑事裁判官の任務である。具体的には、「通常の業務執行」を財産帰属者（本人）の視点から明らかに支持不可能な行為にまで縮減されたものであると主張する。かくして、行為者が財産使用に関連する費用便益分析を極端に誤っていた場合、あるいは、少なくとも「財産減少が財産増加の機会によって補償されることが行為の時点においておよそ考えられない場合〔であれば〕、許されるリスクの限界が超過され」（〔　〕内は引用者挿入）、背任罪による処罰に十分な不法が存在する、と考えてよいとされている。[84]

レーナウは、ティーデマンによる専門家から見た「支持不可能性」を批判し、私法（会社法）上の規範に従属しつつ、刑事裁判官による解釈基準として、本人の視点から見た「支持不可能性」を掲げている。「本人の視点」に立つ点で、彼の見解はクビシエルと同旨と見てよいと解される。[85]

第四目　まとめ

ティーデマンによって提唱された「支持不可能性」基準は、業務の執行者に裁量の余地を認めることにより経済活動における行為者の刑罰から自由な範囲を適切に確保する点で有用であり、また、基本法による明確性の要求、及び、刑法の最終手段原理にも合致するものであり、基本的に支持されるべきものである。もっとも、同基準が、刑法上の義務違反の判断を、私法上経済上評価が確立した部分のみに限るという極度に私法（判断）従属的な内容を伴うとすれば問題であろう。クビシエルとレーナウの見解は、専門家による「支持不可能性」基準を、本人の視

点に立った「支持不可能性」と規定し直すことで、極度の私法従属性を排除したと見ることができる。

背任罪は本人の財産を保護するためのものである以上、財産処分に関する本人の意向が義務違反判断に反映されるべきであり、行為者の裁量の限界を判断する際には本人の視点に立つことが妥当と解される。もっとも、財産処分に関する本人の明確な基準とは異なる、支持不可能性に関わる具体的な意思・目的が常に推認されるわけではない。その限りで、一般的な合理性の基準と最後の段階では一致することになる。このような傾向は、本人が株式会社のような法人である場合、かつ、その規模が大きければ大きいほど妥当すると思われる。

さらに言えば、そもそもティーデマンが本人の視点を完全に無視しているわけではないと思われる。というのも、「支持不可能性」判断を行う際に準拠する私法・経済法の規範自体が、本人の規範的方針をその考慮に含んでいるからである。[86]

第三項　調査過程の考慮

第一目　ランジークの見解

「支持不可能性」とは異なるアプローチから背任罪における義務違反を画する基準を提示しようとする論者としてランジークが挙げられる。彼はリスク[87]の観点から背任罪における義務違反と損害について考察しようとした。ランジークによれば、背任罪の（客観的）構成要件にとって重要なのは、財産保護義務を負う者によって実行されるリスクが許容されるものかどうかということである。[88]すなわち、背任罪における「損害」要件に現実の財産減少だけではなく財産危殆化（Vermögensgefährdung）も含まれることを前提とすれば、[89]許されないリスクを冒した行為者は、通常、義務に反し、リスクを発生させたことにより本人に損害を与えている。[90]このようにリスクの観点から背任罪を検討する場合、義務違反と財産損害の問題はリスクの許容性の問題として統一され、行為と結果の境界

が不明瞭になるが、ランジークは、そのような境界の不明瞭さ自体は問題ではなく、むしろ部分的には[91]当然であるとする。その上で、各要件の相互関係を明らかにすべきだと主張する。

ランジークは、本人の財産が侵害され、そこから同時に義務違反が結論される場合と、そうではない場合とに分けて考察する。前者については、リスクがどのような場合に損害と評価されるのかを解明するために、許容されるリスクと禁止されるリスクとを段階的に区別することが必要であるとする。[92]まず、財産帰属者の明確な指示等がある場合、損害の確定のためには本人の（財産処分についての）目的が重要であるとした。目的は本人と行為者の間の取決めによって判断され、その逸脱が損害になるとする。[93]次に、行為者に明確な指示が与えられていない場合や、行為者自身が本人のために営業政策を決定するような場合における損害の確定が論じられる。そこでは、損害といえる程にリスクが高度であるならば、積極的に解されると同時に義務違反も認められるとする。もっとも、ランジークは、ここで「不確実な利益獲得の機会のために極度に高められた財産損失の危険を冒す」場合には高度なリスクが認められると述べるのみで、具体的に「高度なリスク」の中身に関してそれ以上の説明は行っていない。[94]

後者について、ランジークは、義務違反は取決めに違反したことや損害をもたらしたことから生じるのではなく、その他の規則から導き出されなければならないと主張する。まず、背任罪の見地からは、他の法分野の規範のうち、総じて本人の財産保護に役立つものが重要であるとする。その際、債権者保護のための規定や、賄賂の支払を禁止する規定は、行為者との関係において本人の財産を保護することを目的としていないため、二六六条の義務には該当しないとする。[95]

さらに、ランジークは、近時の連邦通常裁判所の判例について、「本人の財産にとって実体的に許されない行動は何かを定めようとすることを断念し、手続規定の遵守を重視する」傾向が見られる。すなわち、「決定的なのは、

もはや結論自体ではなく、どのように結論に至ったのか」である、と評価している。[96] かくして、「支持可能性の枠内において、決定のための手続が遵守されているかどうか」が義務違反のもとで審査されるとする。手続規定を重視する理由として、ランジークは、企業の寄付金を例に、特に宣伝効果や企業のイメージアップを寄付による利益と考える場合、どのような金額が適切なのかを裁判官が判断することは困難であるということを挙げている。もっとも、彼は背任罪における義務違反の有無が手続規定の遵守・不遵守に全て解消されると考えたのではなく、「内容に関して濫用がないかどうかの統制が存在しなければならず、手続規則の遵守のみを信頼することはできない。しかし、手続が遵守されていれば、明白な濫用がないかどうかを審査すれば足りる」と述べている。ランジークは、以上のような基準を構築するに際して、アメリカ会社法のいわゆる経営判断原則を手本とし、手続の遵守の具体例の一つとして、財産処分決定の際に会社機関が利害関係を有しないことを要求している。[97]

以上の見解を本稿との関係で検討すると、ランジークは損害から義務違反が基礎付けられる場合と、損害からは義務違反が基礎付けられない場合を分けて考察しているが、両者の区別基準が不分明だとの批判が向けられよう。確かに、行為者に指示が与えられている場合には目的違反が損害を基礎付け、同時に義務違反にもなるというのはわかる。しかし、そのような指示が無い場合、損害と義務違反の関係は明らかでない。ランジークは、損害の確定には高度のリスクが問題になるとするものの、何故高度のリスクが直ちに義務違反となるのかを説明していないし、損害から義務違反が導かれない場合とは具体的にどのような事例なのかも示されていないからである。

他方、ランジークが、経済合理性の観点での「支持不可能性」基準は処分行為の内容に関する審査を断念するものであるとして、支持可能な枠内において手続規定の遵守に着目したこと、この意味で、ティーデマンらの見解よりも処罰範囲を広げたことは注目される。ただし、ランジークのような「手続の正当性が結果の内容を保証する」

という考え方は学説上批判を受けている。[98] 加えて、ランジークが重視する手続規則とは、利害対立の解消を意図したもの以外にどのようなものまで想定しているのか明らかでない。あらゆる手続規則の違反が背任罪の義務違反を基礎付けるとするならば、違反された義務と損害の保護目的連関というランジーク自身の要求と調和しない。一方で、財産保護目的を持った手続規定の違反に限定してしまうと、処罰範囲があまりに制限的になる。ランジークの着目した「手続遵守」の内容を巡っては詰めるべき点が多く残されているように思われる。

第二目　シュミットの見解

経営経済学の観点から経営者の意思決定過程を精密に考察し、背任罪における義務違反の判断基準を精緻化しようとする論者にシュミットがいる。彼は、冒険的取引の場面において、決定者が置かれる状況を三通りに区別する。すなわち、(ア) 確実性：措置が、一〇〇％の可能性を伴って明白な結果（確実な結果）に至る。(イ) リスク：措置が、発生の可能性が知られている複数の結果に至る。したがって、可能性の分配が存在する。(ウ) 不確実性：措置が、発生の可能性が知られておらず、その他の認識も欠けている結果に至る、である。これは、経済学上のリスク分析による区別にあたる。[99] 以上のうち、(イ)と(ウ)の状況においては、財産損失の危険がある。しかし、それ自体、又は、後に財産損失が生じたことをもって背任罪による処罰を認めてはならないとする。

シュミットは、冒険的取引の場面において、法学上の観点に加えて経営経済学上の観点から事案を考察することを主張する。法学上の判断としては、行為者の権限とそれに相応する義務に配慮しているのかが重要であり、本人と行為者の間の内部関係によって判断される。その上で、義務に適合した権限の行使といえるかを判断する際に、行為者が経営経済学上の規則によって適切とされることを実行しているかが考慮される。[100] 彼は、その際、以下の三つの観点が重要であるとする。すなわち、① 行為者がどのような範囲においてリスク決定を行ってよいのか（内

部関係）、② 行為者が、その決定のために不可欠で、無理ではない方法において獲得されうる情報を調達しているのか、③ 決定に重要な情報に対して注意深い調査が行われているかである。①は決定内容についての評価、②と③は決定を下す前提としての情報の入手・調査を問題としている。

シュミットは、①の内部関係の確定について、リスク領域が法律上又は契約上具体的に規制されている場合、リスク領域が契約上一般的に示されているだけの場合、及び、リスク領域が法律によって一般的にのみ示されているだけの場合の三つに区別し、第一の類型については当該規制の内容が義務違反の判断にとって決定的な要素であるとする。[101] 第二の類型においては、義務違反を判断する基準は、任務の性質と内容から引き出される。解釈に際しては、本人の（推定的な）意思に適合していることが重要だとし、当該任務領域で通常とされる注意義務を援用することには否定的である。最後の類型においては、許容される行為は、与えられた任務の目的、及び、当該取引にとって通常の注意から明らかとなる。ここでは、ティーデマン流の支持不可能性の基準により義務違反が判断される。具体例として、使用された財産が個々のリスク及び追求される目的と明らかに釣り合いがとれない場合、企業が財産処分によって破産に至る場合等が挙げられている。[102]

次に、シュミットは、②と③、すなわち、決定のための情報の入手と調査の段階においても、義務違反が生じうることを明確に述べる。[103] まず、「冒険的取引が通常の範囲内で行われるのは、行為者が決定のために必要なデータを前もって調達していた場合だけである」とし、情報の十分な収集を行わずに意思決定する者は背任罪における義務違反となるとされている。[104] したがって、行為者が、情報の欠如のためにその範囲を評価することができなかったリスクを実行することも義務に反する。また、意思決定のために必要な情報の注意深い調査・利用・評価も情報の収集以上に重要であり、それが行われていない場合には、背任罪が成立しうるとしている。シュミットは、このよ

うな場面における準則として、経営経済学上の意思決定論[105]の考え方が用いられるとする。具体的には、簡素化されたものであるが、モデルの設置、情報の収集、結果の算定というプロセスを辿るリスク分析が考えられている。[106]

シュミットは、①②③の各段階相互の関係について明示的には何も述べていない。もっとも、情報の注意深い調査を行う（③）ためには情報の十分な収集（②）が当然の前提である以上、③の段階における義務違反の判断は②の段階において義務違反が認められない場合にはじめて問題となる。また、シュミットは、「冒険的取引が通常通り行われる」前提として情報の調達が不可欠であるとしているのに加えて、アメリカ法からドイツ法に継受されたいわゆる経営判断原則にも依拠していることから、[107]処分の内容（①）が通常の範囲外、すなわち個々の規範違反、又は、支持不可能であれば、②と③の段階において適切な行動を行っていたとしても、背任罪における義務違反と評価されることは避けられないと解される。したがって、シュミットは①②③の各段階における義務違反が単独で背任罪における義務違反となると考えているのであろう。[108]

シュミットの見解は、「支持可能」な行為にも義務違反の余地を認めるという意味で、ランジークの見解に類似する。ただし、ランジークが、法の要求する手続規定の遵守に着目したのに対し、シュミットは、経営経済学上の観点から見た意思決定過程を重視し、決定の実行に至るまでのプロセスの適正さを義務違反の判断に考慮する点に特徴がある。このような事前の調査過程の重視は、すでに判例においても述べられているところであった。[109]

どのように情報の収集・調査を行うのかということも、それにかかる費用・時間等との関係で経営判断として裁量の認められる行為である以上、シュミットのような実質的な基準が支持されるであろう。手続規定の遵守も情報収集・調査過程の適正さを判断するための手がかりとなるが、義務違反の判断がそれに全て解消されるわけではないと解される。

(1) Seier, Die Untreue (§ 266) in der Rechtspraxis, Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen (2003) S. 145 f. この言葉は他の論者にも引用されている。Schünemann, Die „gravierende Pflichtverletzung" bei der Untreue, NStZ 2005, S. 473 ; Rönnau, a. a. O., S. 887.

(2) 例えば、後述するマンネスマン事件や、元ドイツ首相コールの事件（LG Bonn NStZ 2001, 375 ff.）である。

(3) 警察犯罪統計（Polizeiliche Kriminalstatistik）によれば、一九九〇年代前半にはその認知件数は五千件に満たなかったが、九〇年代後半になって二倍程度の数に急増し、現在までその水準が維持されている。

(4) 例えば、経営者等の「『不適切』と感じられる金銭と財産の扱いほぼ全てを、背任罪の構成要件に含めるという傾向」などと言われている（Holger Matt, Missverständnisse zur Untreue—Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf.) Recht und Moral, NJW 2005, S. 390）。

(5) もっとも、いくつかの事件においては、刑訴法二五三条aに基づき公判手続が途中で打ち切られている（例えば、前述の LG Bonn NStZ 2001, 375 ff.）。このような裁判所の手法について批判的なのは、例えば Saliger, Rechtsprobleme des Untreuetatbestandes, JA 2007, S. 327 Fn 8.

(6) Ransiek, a. a. O., S. 635 ; Schünemann, Organuntreue (2004) S. 18 ; Saliger, Gibt es eine Untreuemode ?, a. a. O., S. 12 ; Rönnau, a. a. O., S. 888 Fn 2.

(7) BGHSt 46, 30 ff.

(8) BGHSt 46, 32.

(9) BGH wistra 1985, 191 も参照。

(10) BGHSt 46, 34.

(11) Christoph Knauer, Die Strafbarkeit der Bankvorstände für missbräuchliche Kreditgewährung, NStZ 2002, S. 400 ; Feigen, a. a. O., S. 450 f. 等参照。

(12) Müller-Gugenberger/Bieneck/Armin Nack, Wirtschaftsstrafrecht (2006) § 66, Rn 87 ; Feigen, a. a. O., S. 448 ; Knauer, a. a. O., S. 399 ; Kubiciel, a. a. O., S. 355 等。

(13) Ransiek, a. a. O., S. 671 f. また、Schünemann, Die „gravierende Pflichtverletzung", a. a. O., S.475 も参照。

(14) BGHSt 47, 148 ff.

(15) ここで判決は、「貸付の承認の限界及び他の法律上規範化された権限の限界の違反は認定されない」と前置きした上で調査・情報義務の判断を行っている。

(16) BGHSt 47, 150.

(17) BGHSt 47, 153.

(18) Knauer, a. a. O., S. 400 ; Feigen, a. a. O., S. 451 参照。

(19) BGHSt 47, 187 ff.

(20) BGHSt 47, 197. 本判決は、二六六条一項前段と後段のいずれの背任構成要件が成立するのかを説明することなく、結論的に、背信構成要件を適用した。

(21) Ralph Wollburg, Unternehmensinteresse bei Vergütungsentscheidungen, ZIP 2004, S. 656.

(22) Saliger, Gibt es eine Untreuemode ? a. a. O., S. 19 f.

(23) BGH NJW 2006, S. 453 ff.

(24) BGH NJW 2006, S. 454 f.

(25) Labs Kutzner, Einfache gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzungen als Untreue—Die Kinowelt-Entscheidung des BGH, NJW 2006, 3542 f.; Radtke/Hoffmann, a. a. O., S. 539.

(26) Schünemann, Der Bundesgerichtshof im Gestrüppe des Untreuetatbestandes, NStZ 2006, S. 473 参照（ただし、シューネマン自身は、会社法上の義務違反と背任罪の義務違反とを一致させて考えるのが本判決と見ているようである）。

(27) BGHZ 135, 244 ff.

(28) アメリカにおける経営判断原則について紹介した日本の文献として、川濱昇「米国における経営判断の検討（一）（二・完）」法学論叢一一四巻二号（一九八三）七九頁以下、一一四巻五号（一九八四）三六頁以下などを参照。

(29) American Law Institute, Principles of Corporate Governance, Vol. 1 (1994) § 4.01 (c). 証券取引法研究会国際部会訳編『コーポレート・ガバナンス』（一九九四）二二頁以下。

(30) Wolfgang Hefermehl/Gerald Spindler, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Band 3 (2004) § 93 Rn

24 ff.; Dittrich, a. a. O., 180 f.

(31) Hartwig Henze, Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft, NJW 1998, S. 3309. ヘンツェは、アラーグ・ガルメンベック事件判決の定式のうち、「経営リスクを冒すことが無責任な態様で度を超えたものとなる場合、若しくは、取締役の行為がその他の理由から義務違反とならざるをえない場合」という部分は、ドイツ法において新たに付け加えられたものであると評価している。

(32) アラーグ・ガルメンベック事件判決と株式法九三条一項二文はその内容を多少異にするが、同条はアラーグ・ガルメンベック事件判決の基準を無効にするものではなく、その法典化として理解されている。Uwe Hüffer, Aktiengesetz, 8 Aufl. (2008) § 93 Rn 4b.

(33) アラーグ・ガルメンベック事件判決に関する日本の文献として、布井千博「取締役に対する民事責任の追及と監査役の提訴義務——ARAG/Garmenbeck 事件を素材として」奥島孝康教授還暦記念『比較会社法研究』（一九九九）三八一頁以下、その後の株式法改正も扱った文献として、高橋英治『ドイツと日本における株式会社法の改革』（二〇〇七）二一二頁以下がある。

(34) BGHSt 50, 331 ff. この事件は、その支払われた報酬金額の大きさ（全体として約一億二千万ユーロ）からドイツ国内で非常に注目された背任事件の一つである。

(35) LG Düsseldorf NJW 2005, 276 ff.

(36) なお、義務の重大性が肯定された起訴事実もあるが、それについては回避不能の禁止の錯誤（刑法一七条）を認めることにより結局背任罪の成立が否定されている。

(37) BGHSt 50, 336 ff. なお、差戻し後は、刑訴法一五三条a に基づいて手続が打ち切られている。

(38) 株式法九三条一項一文は、「取締役会構成員は、その業務執行に際して、通常の誠実な業務執行者の注意を用いなければならない」と規定し、その注意義務は、同法一一六条一文によって監査役会構成員にも準用される。

(39) BGHSt 50, 336 f.

(40) この判断自体には、会社法学説からも異論が向けられている。刑法学説については、Ransiek, Anerkennungsprämien und Untreue—Das „Mannesmann"-Urteil des BGH, NJW 2006, S. 814 ff.; Dittrich, a. a. O., S. 224; Otto,

Untreue durch Übernahme der mit einem Strafverfahren verbundenen Aufwendungen für Unternehmensangehörige durch ein Unternehmen, Festschrift für Klaus Tiedemann (2008) S. 697 等参照。

(41)　BGHSt 50, 338 f.

(42)　Schünemann, Der Bundesgerichtshof, a. a. O., S. 197 ff.; Dittrich, a. a. O., S. 224 ; Rönnau, a. a. O., S. 887 ; Saliger, Rechtsprobleme, a. a. O., S. 331 ; Radtke/Hoffmann, a. a. O., S. 540 ; Otto, Untreue durch Übernahme, a. a. O., S. 699.

(43)　なお、本判決は、裁量が認められない行為に関し、会社に確実に財産損害を与えることになるあらゆる措置を行ってはならないという規則は、「通常の誠実な」業務執行の一部であり、財産保護義務の内容となる、と判示している。このような表現からは、違反された個別の義務と背任罪の主体たる地位との関連性の問題（本章第二節第三款第三項）につき、あらゆる加害行為が財産保護義務違反と評価されるとの立場を採っているかのように見えなくもない。しかし、本件は、監査役会が権限を持つ取締役に対する報酬支払の事例であり、本人への直接的な財産加害行為にも背任罪を認めるかどうかは明らかにしていないと捉えるべきであろう。本判決のこの表現に批判的なものとして、Sven Thomas, Das allgemeine Schädigungsverbot des § 266 Abs.1 StGB, Festschrift für Rainer Hamm (2008) S. 767 ff. 参照。

(44)　BGHSt 47, 148 ; 47, 187.

(45)　Wollburg, a. a. O., S. 656. 二〇〇一年判決が出る以前にすでに Waßmer, a. a. O., S. 73 は、「私法上の義務違反は決定が支持不可能（unvertretbar）である場合に存在するが、刑法上は、裁量の余地がさらに追加的に拡張される。……疑いなく（zweifelsfrei）又は明白に（evident）支持不可能な決定であってはじめて刑法上問題となる」と主張していた。

(46)　BGHSt 50, 331 ; BGH NJW 2006, 452. Schünemann, Der Bundesgerichtshof, a. a. O., S. 193 ff.

(47)　Klaus Lüderssen, Gesellschaftsrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats, FS-Lampe, S. 729 ; Hans-Ludwig Günther, Die Untreue im Wirtschaftsrecht, FS-Weber, S. 314 ; Tiedemann, Die Untreuetatbestand, a. a. O., S. 322 f. すでにエンギッシュが次のように述べる。「同じ行態が同時に禁止され必要とされる、又は、禁止され許容されることはない」、と（Karl Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung (1935) S. 53）。

(48)　Dirk Busch, Konzernuntreue (2004) S. 32 ; Hans Achenbach, Zivilrechtsakzessorietät der insolvenzstrafrechtlichen Krisenmerkmale ? Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter (2002) S. 259 ff.; Schünemann, Organuntreue, a. a. O., S. 24 ;

Dittrich, a. a. O., S. 31.

(49) Dittrich, a. a. O., S. 31; Günther, a. a. O., S. 314; Matt, a. a. O., S. 390 等。

(50) 別の表現として、「非対称の従属性」(Lüderssen, a. a. O., S. 729)、「刑法は、私法に消極的には必ず従属するが、積極的には必ずしも従属しない」(Busch, a. a. O., S. 35)。これに対して、類型学的背任理論（本章第一節注(10)参照）の立場から、私法上の義務は背任罪における義務違反にとって宣言的な意味しかもたないとして従属性を否定するのは、Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 68, 94; ders, Die „gravierende Pflichtverletzung", a. a. O., S. 474. ただし、義務違反を判断する際に私法上の規範を完全に無視するわけではない（「私法親和性（Zivilrechtsafficnität）」という概念が用いられている）。

(51) 本章第二節第三款第二項参照。

(52) Achenbach/Ransiek/Seier, a. a. O., Rn 200 ff.; Saliger, Gibt es eine Untreuemode? a. a. O., S. 22.

(53) Susanne Martin, Bankuntreue (2000) S. 140 ff.; Schramm, a. a. O., S. 137; Rönnau/Hohn, a. a. O., S. 115; Dittrich, a. a. O., S. 196 f. この点に関し、近年、連邦通常裁判所が関連する事件について判断を下している（BGHSt 51, 100 ff.〔カンター（Kanther）事件判決〕）。事案は、ヘッセン州のキリスト教民主同盟（ＣＤＵ）の代表であった被告人が、共犯者とともに、政党の資金をいわゆる「裏金（schwarze Kassen）」として隠匿し保持していたことが背任罪に問われたものである。連邦通常裁判所は、本件事案を次のように二つに分けて判断している。第一に、「裏金」の作成とその保持がヘッセン州のＣＤＵに対して損害を与えた点、第二に、「裏金」の作成に伴う事業報告書の不適切な記載により、政党法に基づき、連邦のＣＤＵに国から財政援助の停止及び返還を求められるという財産上の損害の危険を与え、それに伴い、ヘッセン州のＣＤＵに連邦のＣＤＵから損害賠償請求を受けるという財産上の損害の危険を与えたという点である。本文との関係があるのは後者である。ここで、連邦通常裁判所は、義務違反の審査（すなわち、問題となった政党法の保護目的の審査）を行うことなく財産上の損害とそれに対する故意について審査し、損害賠償請求権を行使される危険から財産上の損害は肯定したが、それについての被告人の故意を否定し、背任罪の成立を認めた地裁の判決を破棄し差戻した。この判決につき、ザリガーは、政党法違反によって背任罪が成立し得ることを原則的に承認したと評価している（Saliger, Parteiuntreue durch schwarze Kassen, a. a. O., S. 548 ff. ただし、損害の直接性が欠けているとして判決の結論には反対

する)。これに対して保護目的連関を要求するのは、Achenbach/Ransiek/Seier, a. a. O, Rn 202.

(54) Günther, a. a. O, S. 316.

(55) Achenbach/Ransiek/Seier, a. a. O., Rn 200.

(56) Günther, a. a. O, S. 316 f.; Achenbach/Ransiek/Seier, a. a. O, Rn 202; Dittrich, a. a. O, S. 196 f.

(57) Saliger, Gibt es eine Untreuemode? a. a. O, S. 22.

(58) BGHSt 20, 304; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O, Rn 35a, 45.

(59) Saliger, Gibt es eine Untreuemode? a. a. O, S. 22. さらにSch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O, Rn 37も、第三者保護を目的とする規範に違反した結果、本人に罰金が課されて財産損害が発生した場合にも背任罪の成立は排除されないとしている(ただし、Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O, Rn 19a, 21においては規範が財産保護を目的としているかどうかを問題としている)。

(60) 秩序違反法三〇条一項は、法人の代表機関若しくはその構成員等が、「犯罪又は秩序違反を行い、それによって、法人等が義務に違反する、又は、法人等が利益を獲得し、若しくは、獲得することになる場合」、その法人等に対して罰金が課されると規定している。

(61) Achenbach/Ransiek/Seier, a. a. O., Rn 201において挙げられている事例である。

(62) Achenbach/Ransiek/Seier, a. a. O, Rn 201. ただし、ザリガーは、長距離バスの事例について、義務違反(走行時間超過の黙認)は罰金を間接的に基礎付けるのみで財産上の損害の要件が欠けるとして背任罪の成立を否定している(Saliger, Gibt es eine Untreuemode? a. a. O, S. 23 f.)。

(63) BGHSt 35, 333; BGHSt 49, 147. 学説では、Schünemann, StGB LK, a. a. O, Rn 125; Ransiek, Untreue im GmbH-Konzern, Festschrift für Günther Kohlmann (2003), S. 207 ff. 等。このことはいわゆる一人会社の場合にも妥当する。なお、同意を与えた社員も背任罪に問われるのかについても議論がある。Frank Zieschank, Strafbarkeit des Geschäftsführers einer GmbH wegen Untreue trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?, FS-Kohlmann, S. 351 ff. 参照。

(64) Fischer, a. a. O, Rn 52e; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O, Rn 21a; Kubiciel, a. a. O, S. 359; Nelles, a. a. O, S. 553; Schramm, a. a. O., S. 122 ff. これに対し、会社の存続を害するような社員の行為が民法上の不法行為責任を構成す

ることを明示した連邦通常裁判所民事部の判決（BGH NJW 2007, 2689 ff.）によれば、会社には、社員による内部からの侵襲に対する会社独自の「生存利益」が存在することになるとして、判例の基準は二六六条の保護目的に違背しないと反批判するのは、Radtke/Hoffmann, a. a. O., 535 ff.

(65) 本章第二節第三款第四項。

(66) 多数の論者によって用いられている区別である。Fischer, a. a. O., Rn 42 ff.; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 20; Achenbach/Ransiek/Seier, a. a. O., Rn 343 ff. 等参照。

(67) Tiedemann, Untreue bei Interessenkonflikten, a. a. O., S. 325 ff.; ders, Die Untreuetatbestand, a. a. O., S. 322.

(68) 例えば、「専門裁判所による（fachgerichtlich）解釈の観点において、明らかにもはや支持しえない場合」（Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 19a）、「会社法の専門家（Gesellschaftsrechtsexperten）の下で支持不可能性についての広い一致が存在する場合」（Dittrich, a. a. O., S. 212）、問題となる行為が「当該分野の専門家の統一的なコンセンサス（Konsens）によって支持不可能として、つまり、単なる恣意であるように見えるほどに明らかに不当である場合」（Otto, Untreue der Vertretungsorgane von Kapitalgesellschaften durch Vergabe von Spenden, FS-Kohlmann, S. 202 f.）、専門家の「圧倒的なコンセンサス（überwiegender Konsens）」が認められる場合（Schramm, a. a. O., S. 140）、などに義務違反が肯定されると主張されている。「法律上不明確な状況において行態の法適合性が一人の人にしか支持されていない場合にも、処罰は排除されなければならない」と述べる論者もいる（Susanne Zech, Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft (2007) S. 216）。

(69) 本章第三節第一款第四項参照。

(70) ディートリッヒは、この点に関し、すでに会社法上の領域において最大限の制限的な解釈が行われているとする。Dittrich, a. a. O., S. 217 f.; また Schünemann, Die „gravierende Pflichtverletzung", a. a. O., S. 217 f.; ders, Der Bundesgerichtshof, a. a. O., S. 197, 199 も参照。

(71) 一九三三年の現行背任罪の導入と同時、及びその数年後に、会社法に特別背任罪が採用された。有限会社法旧八一条a、株式法旧二九四条である。いずれの構成要件も、会社の機関の構成員が、故意に会社の損害となるような行為を行う場合を処罰していた。しかし、特別背任罪は、その対象が刑法二六六条と重複するので不必要であるという理由から一九

七〇年までに削除されている。Waßmer, a. a. O., S. 11 f. 参照。

(72) Kubiciel, a. a. O., S. 357.

(73) Kubiciel, a. a. O., S. 357 参照。クビシエルは連邦通常裁判所二〇〇一年判決の「重大な」義務違反の内容に刑法独自の視点を盛り込むことを企図している。もっとも、このような見解は、既にマンネスマン判決、キノヴェルト判決によって否定されているように思われる点については、本節第二款を参照。

(74) その違反につき背任罪が成立可能となる点で、①と②の結論は同じである。両者の差異は、法律の規定と財産帰属者の意思が相克する場合に生じる。これについては本款第一項を参照。

(75) 例として、有限会社の社員が公私を厳格に区別し、会社による寄付金を疑問視していることが知られている場合、たとえ寄付について客観的な理由を引き合いに出すことができるとしても、業務執行者によるサッカークラブへの寄付金の授与は背任罪の義務違反に当たるとする。

(76) Kubiciel, a. a. O., S. 360 f.

(77) Kubiciel, a. a. O., S. 361 参照。ところで、クビシエルは、背任罪の「義務犯（Pflichtdelikt）」としての性格に着目して以下のように述べている。ヤコブスによって展開された、義務犯の特性から導かれる刑事責任の包括的な基礎付け（Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1991) 7. Abschnitt Rn. 70 f.）に従い、行為者には、損害を他人に与えてはならないという禁止に加えて、「共同世界（gemeinsame Welt）」の創造のために積極的に行為せよとの命令が向けられる。このような（本人との）「共同世界」構築のための積極的な義務が「どのような場合に会社法上の『限界の超過』が刑法上重大となるのか」を確定するための基礎となる、と（Kubiciel, a. a. O., S. 358）。したがって、クビシエルは、必ずしも明示的ではないが、同義務が、本文に示されたような本人の視点に立った「支持不可能性」基準を設定するための根拠となると考えているようである。しかし、背任罪の保護目的（本人の財産の保護）及び刑法の最終手段原理から、既に本人の「支持不可能性」基準は導き出されうるのではないかと思われる。

(78) 両者の違いは、財産処分に関する本人の明確な基準はないものの、本人の許容できる範囲を推認させる具体的な手がかりはある場合で、かつ、推認される本人の許容範囲が一般的な基準と異なる場合に生じる。もっとも、本人の基準と一般的な基準が異なる場合に行為者が後者に従って行動すれば、ティーデマンが義務違反を否定するのかについては、本項

第四目に述べるように疑問の余地がある。

(79) Rönnau, a. a. O., S. 905.

(80) その具体例として挙げられているのは、株式法九三条一項などの「通常の誠実な」業務執行、及び、株式法八七条一項の取締役報酬の「適切性」である。

(81) 本節第一款及び第二款第一項参照。

(82) Rönnau, a. a. O., S. 909 ff.

(83) Rönnau, a. a. O., S. 911 ff.

(84) Rönnau, a. a. O., S. 915 ff.

(85) もっとも、レーナウは、自己の立場がマンネスマン事件判決、キノヴェルト事件判決のアプローチ――私法上の義務違反に追加された刑法上の義務違反という考え方の否定――と同一であると理解しているのに対し、クビシエルは、刑法上の義務違反は私法上の義務違反よりも重大であると考えている（本節注(73)も参照）。しかし、クビシエルは、背任罪における義務違反について私法上の義務違反の基準を超えるものを要求していないので、本文のような評価が許されよう。Rönnau, a. a. O., S. 918 Fn 122.

(86) このように評価するのは、Otto, Untreue durch Übernahme, a. a. O., S. 698 f.

(87) ランジークは、「リスク」を不利益発生の可能性と捉えているようである。

(88) Ransiek, Risiko, a. a. O., S. 635 参照。

(89) 判例・通説である。判例としては BGHSt 44, 376; 48, 354 等。学説としては Fischer, a. a. O., Rn 72 ff.; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 45; Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 146; Kindhäuser, StGB NK, a. a. O., Rn 110; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 75 等。

(90) Ransiek, Risiko, a. a. O., S. 638. さらに、行為者が、許容されている限界を超えたリスクを認識している場合には故意も認められるとしている。

(91) ランジークは、本人に故意に損害を与えた場合、義務違反が当然に肯定されることを指摘する（Ransiek, Risiko, a. a. O., S. 647）。

(92) Ransiek, Risiko, a. a. O., S. 646 f.

(93) Ransiek, Risiko, a. a. O., S. 652 ff. ランジークは、行為者と本人の間の取決めに反していても、特別な理由――例えば本人に対する確実な利益――によって損害が否定される場合があると述べている。しかし、これに対しては、レーナウより、パターナリスティックに本人の現実の意思を無視することは、財産の自由な処分の保護という実体的な基盤が切り崩されるおそれがあり、また、この場合に義務違反も否定されるならば、背任罪の行為不法すら実現されていないことになり、本人の意思が最終的には無視されてしまうことになるとの批判が向けられている（Rönnau, a. a. O., S. 908 Fn 84）。

(94) Ransiek, Risiko, a. a. O., S. 659 ff. この箇所では以下の二点について検討が行われている。

第一に、財産を経済的価値としても理解するならば、財産減少のリスクは現実のリスクでなければならないとして、単に法律上本人に対する請求権が存在しているだけでは背任罪における財産損害としては評価されず、請求権が実現されるという現実のリスクまで必要だとする。また、法律的経済的財産概念を出発点とするならば、請求権が実現されるリスクが現実に存在するとしても、請求権は正当なものでならず、そのため、本人が誤った不当な権利主張を受けるリスクは損害とは評価されないとも述べている。ランジークは、請求権の存在のみで危殆化損害を基礎付けることの不都合を、行為者の行為により秩序違反法三〇条一項を通して企業に罰金が課されるケースを例に説明する（本款第一項参照）。このケースでは、企業に対する罰金賦課の現実的リスクがない限り危殆化損害が欠けているとする。

第二に、背任罪の損害として損害が最終的に現実に発生することまで必要なのかについて検討している。ここで、彼は、現実の財産減少と行為者に対し本人が持つ損害賠償請求権との関係に言及する。すなわち、財産保護義務を負う者の犯罪行為によって財産減少が生じた場合、本人は行為者に対して損害賠償請求権を取得するが、同請求権は、たとえ、直ちに行為者に請求し内容を実現できたとしても、財産損害の認定において考慮されない。この例から示されるように、現実の損害とされているものもリスクに過ぎないのであって、実際は、リスクこそが財産損害を認める基本的な根拠であり、必ずしも最終的な損害の発生は必要ではない、と（Ransiek, Risiko, a. a. O., S. 664 f.）。

(95) Ransiek, Risiko, a. a. O., S. 672 ff. ところで、ランジークは、賄賂が義務違反になる例外的な場合として、「発覚のリスクが大きく、本人がそのリスクを望んでいない場合、あるいは、内部関係において、同様に買収が禁止されている場合」を挙げている。これは、当該行為が本人の意思に反していることを理由にしていると見られる。

(96) Ransiek, Risiko, a. a. O., S. 674.

(97) Ransiek, Risiko, a. a. O., S. 674 ff., ders, Anerkennungsprämien, a. a. O., S. 813.

(98) Rönnau/Hohn, a. a. O., S. 114; Dittrich, a. a. O., S. 193 ff. 会社法の手続は民法の手続に比して結果の正当性を期待されていないとするのは、Kubiciel, a. a. O., S. 355.

(99) Waßmer, a. a. O., S. 6 〜参照。

(100) Müller-Gugenberger/Bieneck/Wolfgang Schmid, a. a. O., § 31 Rn 156 ff.

(101) Müller-Gugenberger/Bieneck/Schmid, a. a. O., Rn 156 ff.

(102) Müller-Gugenberger/Bieneck/Schmid, a. a. O., Rn 156 ff. 他に、Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 45; Waßmer, a. a. O., S. 79.

(103) このような観点については、既にザイアーも言及していた。ザイアーは冒険的取引における義務違反として次の二つの類型が考えられるとする。「㈠行為者はリスク分析の実行を怠たる。重要なリスクデータを算出する代わりに、行為者は、『あてずっぽうで』決定する。㈡実行されたリスク分析にも関らず、行為者は誤った決定を行う。行為者は、意図的に賭博師又は勝負師のように振舞う」、と（Achenbach/Ransiek/Seier, a. a. O., Rn 347）。㈠はシュミットの区別の②及び③に、㈡は①に相応すると考えられる。

(104) Müller-Gugenberger/Bieneck/Schmid, a. a. O., Rn 167.

(105) 意思決定論とは、何らかの目的を達成するための行動の選択（意思決定〔decision making〕）について研究する分野である。

(106) Müller-Gugenberger/Bieneck/Schmid, a. a. O., Rn 169 ff.

(107) Müller-Gugenberger/Bieneck/Schmid, a. a. O., Rn 167 ff. ドイツ株式法九三条一項二文が引用されている。

(108) 会社法学説によれば、株式法九三条一項二文の要件が充たされていなくても、直ちに義務違反となるわけではなく、あらためて処分の内容につき取締役の義務違反が審査されると理解されている（Hüffer, a. a. O., § 93 Rn 4c; Marcus Lutter, Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, S. 845 f. 等参照）。そのため、情報収集・調査の懈怠のみで会社法上義務違反が肯定されるかは未解決のままである。一方で、九三条一項二文の要件が満たさ

れ株式法上義務違反が否定されるならば、私法従属性の観点から背任罪も成立しないと考えてよいと思われる。BGHSt 50, 336 f. ~も参照。

(109) BGHSt 46, 30 ; 50, 331. 本章第三節第一款第六項参照。

第四節　小　括

ドイツ法の背任罪をめぐるこれまでの考察を整理すると以下のようになろう。

一九三三年に改正された現行の背任罪規定（刑法二六六条）は、従来争われていた濫用説と背信説の考え方を一つの条文に統合する形で規定したものである。[1] 二つの構成要件、すなわち、濫用構成要件と背信構成要件の関係について、判例・通説は、濫用構成要件は背信構成要件の特別事例であり、背信構成要件に完全に包摂される（厳格な一元説）と解している。それによれば、「自己がその財産上の利益を保護すべき」という文言から導かれる財産保護義務が、二つの構成要件に同じ内容で必要とされる。[2] 背任行為の議論で問題とされているのは、この財産保護義務の要件である。すなわち、通説によれば、背信構成要件の行為態様である財産配慮義務違反に関しては、同義務と財産保護義務の内容は同じものであるとされ、また、濫用構成要件の行為態様である権限濫用を認めるためには、対外的な行為者の権能の存在を確認した上で、行為者と本人の内部の権限の超過が認められる必要があり、内部関係の権限超過の判断は、財産保護義務違反の判断と一致するとされているからである。

現行二六六条は、旧規定における主体の限定列挙を放棄した。その結果、構成要件の広範性・不明確性が問題視され、さらに、背任罪の主体の範囲がその後の議論の中心となった。[3] これに比べて、背任行為の内容・要件（「権限濫用」、「財産配慮義務違反」、「財産保護義務違反」）については包括的で十分な議論がされてきたとはいい難い

状況に、少なくとも近時まではあった。ただし、近時に至るまでの個別の論点を巡る議論も日本法に示唆を与えるものである。

まず、背任罪の財産保護義務の内容及びその違反を判断するために、刑法外の規範に目を向けることが出発点であるというのがドイツにおける一般的な理解である。そのため、刑法外の規範を背任罪にどのように取り込むのかが問題となり、行為者と本人の間の内部関係が違法・良俗違反である場合が議論されている。違法な任務の単なる不作為が義務違反とはならないことは当然とされた上で、それを超えて何らかの処分行為（作為）が行われた場合が争われている。この点は、行われた処分行為自体について違法な任務とは離れて別途義務違反が判断されるべきであると解される。(4)

次に、本人が行為者の行為に同意を与えている場合は、権限の濫用も財産配慮義務に対する違反も欠けているために背任行為自体が存在せず構成要件該当性が否定されると考えられている点も支持される。(5)

また、行為者が背任罪の主体にあたる（抽象的に財産保護義務を負う）と評価されても、この者の本人に対するあらゆる財産侵害行為が背任と評価されてよいのか（具体的に財産保護義務に違反したといえるか）が論じられている。当該主体しか行いえない加害行為のみを義務違反とすることも、逆に、主体の行うあらゆる財産侵害行為を義務違反とすることも否定的に考えられており、具体的な財産保護義務の範囲を両者の中間に設定するのが多数の立場である。ここでは、違反された個別の義務と背任罪の主体たる地位との間に機能的連関がある、すなわち、財産保護義務を負う者の占める権力的地位が加害行為を促進したと見られる場合に限る見解が妥当であるように思われる。(6)

冒険的取引の議論においては、高度のリスクを負った行為という従来の定義とは異なり、損害発生のリスクがあ

る行為一般を含める方向で、その対象領域が拡張されてきている。その義務違反判断としては、各領域における通常の注意という画一的な基準によるのではなく、行為者と本人の内部関係を個別・具体的に考察すること、したがって、本人の意思を重視することが主張されている。[7] 冒険的取引の議論の射程が拡張するに伴い、それは背任行為一般を巡る近時の議論とつながっていくことになる。

ところで、従前と状況が異なり、近時のドイツにおいては背任行為の内容・要件についての議論が活発になっている。端緒は、企業の機関構成員が義務に違反したのかどうかを争点とする判例の登場であった。連邦通常裁判所は、金融機関の貸付の事案において、「刑法二六六条の意味での義務違反にとって決定的なのは、行為者が、貸付の際に、銀行で通常とされる借受人の経済的状況に関する情報収集義務及び調査義務に重大な違反をしたかどうかである」と述べ、[8] 企業寄付金の事案において、「二六六条の背任構成要件の意味で義務に違反したかどうかを認定するためには、会社法上のなんらかの義務違反があれば足りるわけではない。むしろ、義務違反は重大でなければならない」と判示した。[9] これらの判決に見られる「義務違反の重大性」は、背任罪において、私法上の義務違反に重ねて刑法独自の判断を行うという二段階的構想を呈示したかに見えた。しかし、その後、連邦通常裁判所自身によってその構想は否定され、判例は会社法の基準に明確に従属する姿勢を見せた。すなわち、キノヴェルト事件判決においては、「経済活動においては取締役に広い裁量が認められ、それを超過した場合にはじめて会社法上の義務違反となる」という連邦通常裁判所民事部の判決（アラーグ・ガルメンベック事件判決）による定式[10]を背任罪における義務違反の基準とするかのような判断が示され、[11] 直後のマンネスマン事件判決においても、予測的性質を持つ経営上の決定については会社法上認められている取締役の裁量の限界がそのまま背任罪における義務違反の基準となると判示された。のみならず、原審が採用した、私法上の義務違反に追加された刑法上の判断という考え方が

明確に否定されたのである。[12] この一連の流れと並行して、処分に先行する調査の過程における義務違反を問題とする判決が登場している。貸付の事案に関し、情報収集義務及び調査義務の（重大な）違反が義務違反判断において決定的であるとする判決[13]や、会社法上の判例及び株式法に導入されたいわゆる経営判断原則の定式を背任罪の義務違反の基準としても考慮する判決がそれである。[14]

これらの判例を受ける形で、義務違反を巡る学説の論争が展開していった。それは、「信義誠実義務に対する違反」とされてきた従来の背任行為の内容を明確化するとも位置づけられる。具体的には、刑法外の規範と背任罪の財産保護義務との関係をより精密にとらえること、主に経済活動における義務違反判断で用いられる「支持不可能性」基準を導入すること、財産処分の前段階である調査過程に着目することである。

刑法外の規範と背任罪の財産保護義務との関係を巡っては、私法・会社法上の義務に依拠して判断をする枠組は基本的に維持されている。「支持不可能性」基準を主張するティーデマンをはじめとする有力説は言うをまたず、刑法独自の背任不法を探求しようとするクビシエルも、判断の出発点には私法上の義務をやはり据えているからである。

もっとも、背任罪の義務違反を判断するためには、私法上の義務を確定するだけでは十分ではない。刑法外の義務を背任罪の義務に転換する必要が生じる。その意味で、「背任罪による保護の範囲は、私法（会社法）によるそれを超えてはならない。逆に、私法（会社法）上の規範に対する違反が当然に処罰をもたらすものではない」という定式が妥当する。具体的には、従来から議論されていた、問題とされる個別の義務と背任罪の主体たる地位との関連性[15]に加えて、違反された義務と損害の保護目的連関の要否・内容が論じられている。この連関を否定する見解（ザリガー）も見られるものの、財産犯としての背任罪の保護目的に適った義務だけが背任罪の義務違反の判断に

おいて問題になるとの見解（ギュンター、ザイアー）が支持される。[16]

「支持不可能性」基準の導入を巡っては、本人の意思が明らかな場合、法律等によって個別具体的な基準が形成されている場合、及び、本人の意思及び法規範による個別具体的な基準が形成されていない場合の三つが区分された。前二者の場合、意思ないし基準に対する違背から直接に財産保護義務違反が認められる。

最後の場合、例えば、株式法九三条一項のような一般条項が基準となる場合について、ティーデマンの主張する限定的な「支持不可能性」の基準が有力化している。これに対して私法上経済上の専門家の判断に依存しすぎてはいないかとの批判を向けるクビシエルやレーナウは、本人の視点に着目した支持不可能性基準を呈示する。背任罪は本人の財産を保護することを目的とする犯罪類型である以上、後者の見解が基本的に支持されるように思われる。[17]

さらに、とりわけ会社機関の背任に関しては、行為者による財産処分の内容の当否を「支持不可能性」基準により判断するのと併行して、財産処分の前段階である調査過程にも着目する見解が登場している。すなわち、手続規定に違反する場合にはそれのみを理由に義務違反を肯定する説（ランジーク）や、意思決定過程を精密に分析し、決定の前提となる情報の収集、評価に関しても義務違反となる場合があるとする説（シュミット）がそれである。行為者に裁量を認める前提として裁量的決定に至る基盤にまで審査を及ぼすことは基本的に支持される。加えて、決定基盤をどのように構築するかも裁量的である以上、手続規定の違反という形式的な基準によるのではなく、データの収集、評価のあり方を実質的に検討するほうが妥当といえよう。シュミットの見解が支持される。このような判断手法は、連邦通常裁判所においても見られたものであり、ドイツ会社法における経営判断原則とも一致すると解される。[18]

（1）　本章第一節第二款。

（2）本章第一節第三款。
（3）本章第一節第四款。
（4）本章第二節第三款第一項。
（5）本章第二節第三款第二項。
（6）本章第二節第三款第三項。
（7）本章第二節第三款第四項。
（8）BGHSt 47, 148. 本章第三節第一款第二項参照。
（9）BGHSt 47, 187. 本章第三節第一款第三項参照。
（10）BGHZ 135, 244. 本章第三節第一款第四項参照。
（11）BGH NJW 2006, 221. 本章第三節第一款第四項参照。
（12）BGHSt 50, 331. 本章第三節第一款第五項参照。
（13）BGHSt 46, 30. 本章第三節第一款第一項参照。
（14）BGHSt 50, 331.
（15）本章第二節第三款第三項参照。
（16）本章第三節第二款第一項。
（17）本章第三節第二款第二項。
（18）本章第三節第二款第三項。

第三章　背任行為の画定

以上のドイツの議論を参考にしながら、我が国の背任罪における任務違背（背任行為）をどのように画定すべきかについてさらに考察を進めたい。

第一節　刑法外の規範との関係

まず、「任務違背」の判断において、刑法外の規範（例えば、私法上の法律関係から導かれるもの）をどのように考慮するのかが問題となる。この点を巡っては、我が国では、法令・定款等に違反すれば直ちに任務違背を認めると述べる見解も見られるものの、その主張は貫徹されているとは思われない。実際のところ、我が国の学説では、（形式的な）法令等の違反は任務違背を判断する際の「一つの資料」として曖昧にしか位置づけられていないと解されるからである。(1)

この点、ドイツでは、財産保護義務の内容が刑法外の規範から持ち込まれることを前提に、両義務の関係が具体的に考察されている。ここでは、刑法外の規範に反することは、背任罪の成立にとって必要条件ではあるけれども十分条件ではないという定式が立てられている。

この定式は日本法においても妥当すべきだと思われる。すなわち、刑法二四七条は、事務処理者が「その任務」に違背する行為を背任罪として処罰するとするのみである。「その任務」の内容は、行為者と本人の法律関係に基づいた刑法外の規範をもって補充するほかない。したがって、任務違背を判断するには、まず刑法外の規範(2)を確定することから始めなければならないと解される。

もっとも、本人との事実上法律上の関係から導かれる刑法外の規範が全て背任罪の「任務」を基礎付けるわけではない。その規範が、背任罪において考慮するに値するものかが問われなければならない。ドイツでは、背任罪の主体たりうる者による本人に対するあらゆる財産侵害行為が義務違反として評価されるのか（刑法外の義務と背任罪の主体たる地位との関連性）、及び、行為者が規範に違反して本人に損害を加えた場合は全て背任罪が成立するのか（刑法外の義務と財産上の損害との保護目的連関）が議論されていた。

まず、前者の問題を巡っては、ドイツでは、本人の財産に対する加害行為が行為者に与えられた地位により何らかの形で促進されたといえなければならないとする見解が有力であった。この点を我が国において考察してみると、刑法二四七条が「その任務」、すなわち、「事務処理者の任務」であることを要求している以上、背任罪の主体たる地位を利用する行為（事務処理者の地位と機能的連関を持つ行為）に限定するのが妥当だと思われる。[3][4]

次に、違反された義務と財産上の損害に保護目的連関を要求する考え方も日本に導入されてよいであろう。すなわち、背任罪は本人の財産を保護するための犯罪類型である以上、同罪の任務として考慮されるのは、やはり財産保護を目的とする規範に限られる。[5] これ以外の規範の違反についても背任罪に問うことは同罪の保護目的を変容させることにつながるとのドイツにおける評価は日本にも妥当しうるものである。

また、背任罪が本人の財産を保護する規定である以上、任務違背を判断する際には、財産処分に関する本人の意思・目的も財産保護規範と並んで、若しくはそれ以上に重要な基準となる。このように本人の意思・目的を重視することは、ドイツにおいては冒険的取引に関する議論において、「個々の職業分野における通常の注意」という一般的な基準ではなく、行為者と本人の間の内部関係を判断の対象にするという形で既に述べられていたところである。

（1）第一章第三節第二款参照。

（2）背任罪以外の他の犯罪行為が任務違背の判断に際して考慮されるのかも問題となる。このような犯罪行為は、私法上明確な禁止規定がなくとも、公序良俗（民法九〇条）や善管注意義務（民法六四四条等）の判断を通じて原則的に違法性、義務違反性が肯定されるであろう。もっとも、肯定される場合でも、事務処理者たる地位との関連性の有無はあらためて問題となる。

（3）当該行為が事務処理者ではない者にも実行することができたという理由のみでは任務違背は否定されるべきではない。

その意味で第一章において取り扱った東洋レーヨン事件判決（第一章第三節第三款第三項参照）が、事務処理者たる地位の関係から生じたわけではない一般的な秘密保持義務は任務に該当しないと判断したのであれば適切ではない。もっとも、同事件において被告人は自己の担当事務と関係のない機密資料を（担当事務に使うと偽って）持ち出したのであり、事務処理者たる地位が犯行を促進したとはいえないので結論的には支持されうる。

(4) 背任罪の主体に一定の事務処理権限を要求する見解（第一章第二節第二款参照）に立つと、権限の不正な行使又は不行使のみが背任行為に該当することになると思われるので、窃盗や器物損壊のような事務処理者による本人の財産に対する直接加害行為にはそもそも背任罪が成立することはない。内田（幸）・前掲「背任罪の系譜」一四一頁参照。なお、曽根ほか『重点課題刑法各論』（二〇〇八）一七九頁〔内田（幸）〕も参照。

(5) このような考えをすでに述べていたのは、松宮・前掲『刑法各論』二七九頁。すなわち、「他人の財産上の事務処理を委託された者として本人との間の信任関係を破る行為、すなわち、その他人に財産損害を加えないために課されている法的任務に背くこと」だとする。さらに、内田（幸）・前掲「背任罪の系譜」一四一頁。

第二節　任務違背の判断

以上のような刑法外の規範との関係を前提として、任務違背の判断のあり方を具体的に検討する。

ドイツにおいては、義務違反の判断に際して、私法従属性の観点から、財産帰属者（本人）の意思が明らかな場合、又は、それに代わる法規によって個別具体的な基準が形成されている場合と、そうでない場合とに分けて検討されていた。このような検討方法は日本法においても基本的に採用されうると思われる。

まず、財産処分に関する本人の明確な基準がある場合、その違反に対しては直ちに任務違背が認められる。(1) それ以外の、何らかの信義誠実違反の有無は問題ではない。ただし、本人の明確な基準が法規に違反する場合、例えば、本人が行為者に贈賄を指示するような場合、行為者がその指示に違反しても任務違背とは評価されない。そのよう

に解さなければ、行為者は本人の指示を実行するにせよ実行しないにせよ法に違反することになり進退窮まってしまうからである。この限度で、本人の視点という基準は後退する。他方、行為者が、法規に違反するような本人の指示に従っても任務違背とはならない。このことは、違反された法規が本人の財産保護を目的とするか否かに関わらない。法規が本人の財産保護を目的としない場合には当該法規は任務違背において考慮されないし、財産保護目的を有している場合でも、本人の現実の意思がある以上それが優先するからである。

次に、本人の意思に由来する明確な基準が存在しない場合には、本人の財産保護を定めた具体的な法規が基準となる。ここで取り上げられる規範・義務は、前節で述べたように、本人の財産を保護するために行為者に課されている規範だけである。[2] かくして、単なる手続規定の違反だけでは任務違背とされず、例えば、不正競争防止法一八条によって禁止されている外国の公務員に対する賄賂の支払は、国際商取引の健全な発展を目的とするものであって、財産保護を目的とするものではないので背任罪の成立にとって意味を持たない。賄賂支払の禁止が本人によって考慮される場合にはじめて任務となる可能性がある。

最後に、そのような具体的な法規もない場合、及び、法規は認められるもののそれが背任罪にいう「任務」としては抽象的にすぎる場合、換言すれば、善管注意義務（民法六四四条）や株式会社の取締役の忠実義務（会社法三五五条）のような、行為者の事務処理についての一般条項的規範しか存在しない場合、それに基づいて任務違背性を判断することは困難になる。任務違背を「本人の不利益」で判断するという有力説はこの場合に妥当するようにも考えられる。しかし、任務違背が「本人の不利益」を惹起することだとしても、「不利益」か否かを判断する基準が明らかにされなければ、解決は先延ばしされただけといえよう。[3] ここで、「不利益」を得られる利益と生じる損失の総合衡量によって判断すると理解するとしても、行われた措置に何らかの財産的又は非財産的な利益が認め

られる場合、その利益を任務違背判断においてどのように評価するのかという問題が生じる。そのため、実質的な判断を行おうとするならば、合理性がおよそ認められない措置しか任務違背となり得ないと思われる。[4] ドイツにおいては、経済活動における背任罪の成立を限定する基準として「支持不可能性」が示されていた。もっとも、私法上（会社法上）の判断として不合理な判断であることが相当程度確立しているという意味での、私法上の判断に従属的な「支持不可能性」は、本人の財産保護がうすくなりすぎることになるので妥当でない。クビシエル及びレーナウが明確にした、本人の視点から見た「支持不可能性」、すなわち、本人が当該財産処分を支持するかどうかを合理的に判断する考え方に賛意を示したい。

「支持不可能性」基準は、ドイツの私法上認められ、刑事判例にも導入された経済活動における広範な裁量を容認する考え方に相応した内容を持つ。すなわち、行為者に認められている経営上の広範な裁量が重視されるべきであり、裁量の限界を超えている行為だけが任務違背として評価される。その際には、クビシエル、レーナウが述べているように、本人の意思が推認される限りそれが考慮されなければならないと解される。日本においても、後述するように[5]会社法上すでにこのような裁量は認められている。行為者が裁量の限界を超過しない限り任務違背とは評価されないと考えるべきなのである。このような理解によれば、問題となる取締役の行為を評価する際、単なるリスクの高低によって任務違背は決せられず、当該リスクの実行が本人の意思・目的からすれば明らかに支持できない場合に任務違背が認められることになる。[6]

（1）　そもそも、誰が本人であるのかも非常に問題である。例えば、法人が本人の場合、出資者（社員）の意思を本人の意思と考えてよいのか、そうでなければ、本人の意思をどのように判断するのかなどが挙げられる（ドイツの状況につき第二章第三節第二項第一款参照）。それらの解決については、法人と社員の私法（会社法）上の関係、及び、背任罪におけ

る財産上の損害の要件の考察も不可欠であると思われるので、検討は別の機会に行いたい。

(2) 例えば、東京地判平成一七・二・一七判時一九二九号一二六頁は、委員会の費用支出に関する協定に違反して費用を支出している以上、それだけで直ちに任務違背である。それ以外の被告人による費用支出が許容されるかのように装った隠蔽行為は任務違背の判断に直接の影響は及ぼさない。

(3) 第一章第三節第二款第三項参照。

(4) この点につき、塩見＝品田・前掲「判批」一一〇頁も参照。

(5) 本章第三節参照。

(6) もっとも、会社の場合には、リスクを実行することにより利益が生じる可能性が極めて低い場合、当該リスクの実行は明らかに支持できないとされるのが通常であろう。この点について、内田(幸)・前掲「判批」一五二頁、前掲『重点課題刑法各論』一八〇頁〔内田(幸)〕参照。

第三節　調査過程の考慮

任務違背判断において行為者に広い裁量を認める場合、行われた処分の妥当性と並んで、別の考慮も必要と思われる。すなわち、裁量権のある行為者は本人に代わってその裁量の範囲で本人の財産について決定を行う前提として、決定基盤を可能な限り堅固に構築しなければならず、これが実行されていない限り任務に違背すると解されるのである。もっとも、どこまで調査を行うべきかも状況に応じて、すなわち、裁量のもとで判断される。したがって、決定のために合理的と考えられる調査で足りる。(1)

ドイツにおいても、このような調査・分析過程の考慮は示されていた。シュミットは、経営経済学の観点から意思決定過程を分析した上で、財産処分決定のために必要なデータの収集、及び評価についても義務違反の審査が及びうることを示した。貸付に関する連邦通常裁判所の判決も情報収集義務・調査義務の違反が義務違反にとって決

定的であると述べている。[2] また、いわゆる経営判断原則を立法化した株式法九三条一項二文が存在し、この基準が背任罪の義務違反を判断する際に考慮されるとした刑事判決も出されている。[3]

我が国では、現時点において経営判断原則を示す法規定、及び、（会社法に関する）最高裁の明確な判断はないものの、アメリカにおける経営判断原則の議論を受けて（会社法に関する）下級審裁判例・会社法学説において、既に一定の準則が承認されている。[4] それは、「判断の過程・内容が取締役として著しく不合理なものであったか否か、すなわち、当該判断をするために当時の状況に照らして合理的な情報収集・分析・検討がなされたか否か、これらを前提とする判断の推論過程及び内容が明らかに不合理なものであったか否かが問われなければならない」というものである。[5] 私法従属性の観点からは、この準則が求めているところの判断の過程、及び、その内容の合理性が背任行為の判断においても問題とされなければならないであろう。[6]

意思決定の基盤としての調査・分析過程に目を向けることは下級審の刑事判例によっても行われている。例えば、不良貸付の事案である札幌高判平成一八年八月三一日[7]は、被告人の任務を認定する際に「被告人甲及び同乙のように、広く一般国民から預金を集めそれを貸し出すことを業とする金融機関において融資の可否を決定する立場にある者は、預けた預金及び利息が保証されるという預金者からの信用が失われることがないように、融資を行うに当たり、あらかじめ融資先の財政状態、経営状態等を精査し、確実かつ十分な担保を徴するなどして、拓銀が回収不能による損害を被らないよう貸付金の回収に万全の措置を講ずる任務を負うものと解される」（強調、引用者）と述べている。もっとも、不良貸付事例においては借受人の信用調査が損害に直結するという特殊事情がある。そのため、事前の調査・分析が任務の一般的内容とまではいえないかもしれない。しかし、同じく貸付に関する事案で、借受人の信用調査以外の調査過程を考慮している判決も見られる。例えば、いわゆる母体行責任[8]についての判決[9]は、

次のように述べている。「本件貸付けを行わなかった場合の得失を検討し、その他の方策等について必要かつ十分な調査、検討を行うべきであるのにその形跡もないことからすると、結局、関連会社というだけで漫然と貸付けることは、貸付先会社の破綻を先延ばしにしてその表面化を回避するためのものに過ぎないというべきであり、被告人の任務に違背することは明らかである」、と。(10)

さらに、第一章で取り上げた最決平成一六年九月一〇日は、信用保証協会の役員らに関する任務違背の判断において、甲銀行のために代位弁済することと甲銀行からの負担金の拠出を受けることを独立に評価してはならない旨を判示すると同時に、代位弁済に応じて負担金の拠出を受けるか、負担金の拠出が受けられなくなっても代位弁済を拒絶するか、という二つのプランの衡量の際には慎重な総合検討を要求している。(11) また、これを受けた差戻審(12)も、「協会役員らが、被告人から強い要請を受けるや、その直後といっても過言ではない時点で、急きょ従前の方針を唐突に翻し、被告人の要請に応じる意向を固めたことは、協会の経営判断としては、著しく合理性を欠くものである」と判示しており、このことは、比較検討の不十分さを任務違背を肯定する方向の事情と見たとも読めるであろう。

以上の判例を見る限り、調査過程の考慮は新しい主張ではなく、従来から暗黙のうちに用いられてきた判断基準を明確に示したものとして位置づけられると思われる。(13)

（1） 十分な調査をせずに財産処分を行った結果財産損害が生じたが、処分の内容は裁量の範囲内のものであり、調査が行われていたとしても同じ結果になったであろうという場合、背任行為を調査を行わなかった不作為と考えるにせよ、不十分な調査に基づく決定という作為と考えるにせよ任務違背はあると理解すべきである。もっとも、任務違背と財産上の損害との因果関係は認められないため、背任罪は少なくとも未遂にとどまり、あとは不能犯の議論になると思われる。この点に関しては「財産上の損害」要件とも関係するために別の機会に詳しく検討したい。

(2) BGHSt 46, 30.

(3) BGHSt 50, 331.

(4) ただし、近年、金融機関の融資が取締役の善管注意義務に違反するかどうかについて、経営判断原則そのものには言及しないものの意思決定過程も審査した上で、善管注意義務違反を認めた最高裁判例が同日に二件登場している。最判平成二〇・一・二八集民二二七号四三頁〔北海道拓殖銀行栄木不動産事件上告審判決〕と最判平成二〇・一・二八集民二二七号一〇五頁〔北海道拓殖銀行カブトデコム事件上告審判決〕である。もっとも、両判決ともに一般論を展開しているわけではないため、最高裁が経営判断過程の審査を金融機関による融資以外の類型でも行うとは即断できない状況にある。両判決の評釈として、松山昇平「判批」金法一八三三号（二〇〇八）二六頁、志谷匡史「判批」判評五九七号（二〇〇八）二八頁参照。

(5) 東京地判平成一四・四・二五判時一七九三号一四〇頁、東京地判平成一四・七・一八判時一七九四号一三一頁、東京地判平成一六・九・二八判時一八八六号一一一頁等。また、吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之ほか編『株主代表訴訟大系〔新版〕』（二〇〇二）七八頁以下、東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ』（二〇〇六）二四四頁等参照。

(6) なお、経営判断原則は、基本的に違法な行為を行う裁量を認めていない。もっとも、背任罪において行為者の裁量の範囲を考慮する場合、違法な行為であっても財産処分に関わらないものは任務違背の判断から取り除いて考えるべきである。要するに、財産処分に関わらない規範の違反があっても、それだけで裁量は否定されない。その限りで、刑法上の判断と私法上の判断が異なることになるが、私法上許されないことが刑法上許されることになるだけなので、私法従属性には抵触していないと解される。

(7) 判タ一一二九号一一六頁〔北海道拓銀控訴審判決〕

(8) 母体行責任とは、銀行などの金融機関が中心となって会社を設立し、代表取締役などの役員及び従業員を自社から出向させ、その出資比率も独占禁止法で許容される限度近くまであり、実質的にその会社を支配ないし子会社化している場合に、その会社が経営危機に陥ったとき、母体行がその会社に対する貸出金の全額を放棄し、さらに、その会社が整理されるときには、他の金融機関に優先弁済させることをいうとされる。松宮・前掲「経営判断と背任罪」一〇一頁以下参照。

(9) 大阪高判平成一七・四・二八高裁速報（平一七）号二五七頁。

(10) この判決に対しては、松宮・前掲「経営判断と背任罪」一〇八頁の次のような批判がある。すなわち、調査・検討を行っていればどのような経営判断に達したかを判断するまでもなく任務違背が認められるとすれば、調査・検討を行っても同じ判断に至っていたであろう場合にも任務違背が認められることになる。しかし、時々刻々と変化する経済情勢に機敏に対応することを迫られる経営者に対して、一定の時間を要する調査・検討の義務を課し、結果的に企業が破綻したときに、それらを怠ったから背任であるとするのは一種の結果責任を認めるに等しくなる、と。しかし、調査・分析をするか、どの程度するかも裁量の余地がある以上、即時に判断を行わなければならない場合にまで、十分な時間をかけた調査が要求されるわけではない。

(11) 第一章第三節第三款第一項参照。

(12) 名古屋高判平成一七・一〇・二八高裁速報（平一七）号二八五頁。

(13) なお、任務違背の判断について本稿のような枠組を採用する場合、図利加害目的との関係があらためて検討される必要がある。財産処分に関する本人の意思に従っている、及び、裁量行使の前提としての調査分析を尽くしているといえるのであれば、同時に図利加害目的も否定されてしまうとも思われるからである。もっとも、本稿が対象とするのは客観的な背任行為であり、主観的構成要件については別の機会に詳しく検討することにしたい。

第四章　結　び

背任罪における任務違背の判断に関して次のような結論を得るに至ったといえよう。

背任罪の任務違背性を判断する際には、刑法外の規範との関係を考察することが出発点とされなければならない。その際、「背任罪による保護の範囲は、私法（会社法）によるそれを超えてはならない。逆に、私法（会社法）上の規範に対する違反が当然に処罰をもたらすものではない」という定式が妥当する。これに関連して、事務処理者の本人に対するあらゆる財産侵害行為が問題となるわけではなく、事務処理者としての地位が当該財産侵害行為を

促進したといえなければならない。

任務違背の具体的判断においては、第一に、本人の財産処分に関する明確な意思・目的が重要な基準とされるべきであり、それに違反すれば基本的に任務違背が認められる。第二に、本人の意思が明確でなければ具体的な法規が基準となる。その際には、本人の財産を保護するための法規だけが考慮される。第三に、以上のような規範が存在せず、一般条項的規範しかない場合、行為者に与えられている裁量が重要であり、当該行為が裁量の範囲内、具体的には、本人の目から見て支持可能であると認められる以上はその行為は許容され、本人の視点に立てばおよそ支持できない行為だけが任務違背とされる。ただし、その前提として本人に代わって財産について決定する事務処理者は、その任務として適切な決定基盤を確保しなければならず、決定のための調査分析も合理的に行われていなければならない。このことは、いわゆる経営判断原則に由来する会社法上の準則からも基礎付けられる。

以上、背任罪における任務違背行為について考察を加えてきたが、未だ試論の域を出ないものであり、基準の詳細までは十分に詰められているとはいえない。今後、個々の事案に即した検討を通して基準の具体化をはかっていきたい。また、背任行為の解釈・画定は、背任罪の他の成立要件、とりわけ、「財産上の損害」の要件の理解と密接な関係にある。それらの考察を今後進めるとともに、翻って、任務違背・背任行為に対する理解もさらに深めていきたいと考えている。