OUKA
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（一）
Author(s)	品田, 智史
Citation	阪大法学. 2009, 59(1), p. 101-152
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55073
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（一）

品田智史

第一章　我が国の状況
　第一節　問題の設定
　第二節　背任行為に関わるいくつかの視点
　　第一款　背任罪の本質に関する議論からの帰結
　　第二款　背任罪の主体
　　第三款　図利加害目的
　第三節　背任行為を巡る議論
　　第一款　「任務違背」の定義
　　第二款　「任務違背」の判断基準
　　第一項　形式説？
　　第二項　実質説
　　第三項　「不利益」概念
　　第三款　判例における「任務違背」の判断
　　第一項　形式的判断と実質的判断
　　第二項　「不利益」基準
　　第三項　その他の基準
　　第四項　まとめ
　第四節　小　括
第二章　ドイツにおける議論
　第一節　背任罪規定の構造
　　第一款　はじめに
　　第二款　ドイツ刑法二六六条の形成過程
　　第三款　二つの構成要件の関係
　　第四款　背任罪の主体
　　第五款　故意の厳格化
　第二節　背任行為
　　第一款　濫用構成要件――権限濫用
　　第二款　背信構成要件――財産配慮義務違反
　　第三款　財産保護義務違反
　　第一項　私法との関係

（阪大法学）59（1-101）101〔2009.5〕

第二項　同　意
第三項　個別の義務違反行為との関係
第四項　冒険的取引
第四款　まとめ（以上本号）
第三節　最近の動向
第四節　小　括
第三章　背任行為の画定
第四章　結　び

第一章　我が国の状況

第一節　問題の設定

背任罪（刑法二四七条）は、その構成要件を見ると、処罰範囲が広範に及びうるものであり、かつ、その外延も明確とはいい難い。そこで、特に学説において、背任罪の成立範囲を限定し、明確化しようと様々に試みられてきた。もっとも、従来、考察の対象は、背任罪の本質論と、それに関連する「他人のためにその事務を処理する者」（事務処理者）という主体の要件であった。

ところで、実際に背任罪が問題となる事件――例えば、銀行の不良貸付事例――では、行為者が「事務処理者」であることが明らかな場合がほとんどである。このような場合、重要となるのは、「事務処理者」か否かではなく、事務処理者が具体的に行うことのできる行為はどこまでかとの判断であろう。見方を変えて次のように述べてもよい。背任罪は、ホワイトカラー犯罪[1]及び経済犯罪[2]の一つとして挙げられ、経済活動と密接な関係を有する犯罪である。経済活動においては、合理的な計算に基づいて行動が決定されるため、許される行為の限界を画定する必要性が大きい、と[3]。

刑法二四七条においてなすべきでない「行為」を規定している文言は「その任務に背く行為」（任務違背行為）

である。しかし、この文言だけでは、窃盗罪（刑法二三五条）の「窃取する」や詐欺罪（刑法二四六条）の「欺いて財物を交付させる」行為と比べ、文言から直ちに「行為」の中核部分を感得することは難しいといえよう。そのため、任務違背要件に関しても背任罪の他の要件と同様に限定・明確化の必要性があるはずだが、従来ほとんど議論されてこなかった。背任罪に関する判例の中には、「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的」（図利加害目的）という主観的要件を判断する際に、任務違背に関わる客観的な事情を「手がかり」として考慮するものが見受けられる。このことは、任務違背要件の内容が不明確であり議論が尽くされていないため、本来そこで議論されるべきものが主観的要件に取り込まれているとも評価されうるのである。

本稿は、主として経済活動の場面を念頭に置いた上で、今まで立ち入った議論のなかったように思われる背任罪における任務違背行為（以下では「背任行為」と呼ぶこともある）を解明することを目的とする。以下では、まず、これまで我が国の判例及び学説において背任行為がどのように捉えられてきたのかを概観する。

（1）同概念の創始者であるサザーランドによれば「名望ある社会的地位の高い人物がその職業上犯す犯罪」と定義される。Edwin Hardin Sutherland, White Collar Crime (1953), P. 9. 平野龍一・井口浩二『サザーランド著　ホワイトカラーの犯罪』（一九五五）八頁参照。

（2）「経済犯罪」という概念は多義的であるが、背任罪は「企業体の経済利益を脅かす犯罪」としてそこに含まれるといえよう。神山敏雄『経済犯罪の研究　第一巻』（一九九一）七頁参照。

（3）平野「経営者の刑事責任」『犯罪論の諸問題（下）』（一九八二）四二頁。

第二節　背任行為に関わるいくつかの視点

第一款　背任罪の本質に関する議論からの帰結

背任罪に関しては、その本質を確定することが従来の議論の中心となっていた(1)。では、背任罪の本質を巡る議論から背任行為の内容についてどのような帰結が導かれるのか。まずはその点から検討を始めたいと思う。

背任罪の本質(2)を巡っては、周知の通り、権限濫用説と背信説が対立していた。権限濫用説の主唱者は、我が国では瀧川幸辰とされる。瀧川は、背任罪の本質を「法律上の処分権限ある者が権限を濫用して事務を処理する点」に見出し、「『其任務ニ背キ』といふ以上は一定の権限あることを前提とする」と述べる(3)。ここに言う「権限」の内容について瀧川がどのように考えていたかは明らかではない(4)。しかし、一般的には、「権限」とは法的代理権を指すと理解されている。この権限――代理権――濫用説によれば、そもそも、法律上有効な代理権を有しない者は、背任罪の主体とはなりえないことのほか、背任行為に関しては次のような帰結が導かれる。すなわち、代理権の範囲にある有効な法律行為でなければならず、代理権を逸脱した行為や無効な行為は含まれないこと、である(5)。

他方、背任罪の本質を（特別な）信任関係の違反に求める背信説によれば、広く信任関係に違背する行為が背任行為となる。すなわち、行為が法律行為であるか事実行為であるか、法律上有効か無効か、作為か不作為かは問われない(6)。同説からは、背任行為の内容はほとんど引き出されないのである。

もっとも、留意を要するのは、権限濫用説も、どのような行為が「権限濫用」と評価されるのかを明らかにするものではない点である。背任罪の本質論から導き出されるのは、背任行為は法律行為だけなのか、又は、事実行為も含むのかという大枠だけである。背任罪として処罰される行為と処罰されない行為の限界を画するためには、さらなる考察が必要となるのである。

第二款　背任罪の主体

我が国では背信説が多数説となっている。[7] しかし、単に「信任違背」というだけでは、背任罪の成立範囲が広範に及ぶため、同説の論者は、個々の要件、とりわけ、「事務処理者」の解釈に際して限定を加えている。具体的な試みとしては、「事務」の範囲を財産的事務に限ること、「事務」の内容を包括的あるいは裁量的なものとすること、本人との信任関係の程度を（とりわけ横領罪と比較して）高度のものとすること、信任関係を内部的な委託に基づくものにとどめること等である。[8] しかし、これらの限定は、背任罪のいわば周辺部分に関わるものであって、背任行為の規定づけに関してさほどの意味を持つものではない。

さらなる試みとして、権限濫用説の要素を再度取り入れようとする見解が挙げられる。背信的権限濫用説、新しい権限濫用説と呼ばれる見解がそれである。背信的権限濫用説は、背任罪の本質においては背信説を妥当としながらも、その主体を法的代理権に限られない一定の権限を有する者に限ることとし、この権限の濫用に背任罪を認める見解であり、[9] 新しい権限濫用説とは、名称の通り権限濫用説を出発点としながらも、背任行為には、法律行為のみならず、「事実上の事務処理権限の濫用」といいうる行為が含まれるとするものである。[10] 出発点とする立場は異なるものの、背任罪の主体に一定の「権限」を要求し、背任行為を「権限」濫用行為とする点で、両説の実際の内容は似かよっている。[11]

これらの見解は、行為者に権限を要求するという意味で背任罪の主体を限定するだけではなく、権限の「濫用」が背任行為であるという意味で、同行為の内容を明らかにする主張であるようにも見える。しかし、近時の権限濫用説における権限の「濫用」は、背信説に比して背任行為の内容を絞り込むものではない。これらの見解の要点は、背任罪と同じく信任違背を処罰するための犯罪であるとされる横領罪から背任罪を区別するために、「権限逸脱」

を横領罪に「権限濫用」を背任罪に分配することにある[12]と考えられるからである[13]。実際、この立場に立つ論者からは、横領罪の成立の余地がない財産上の利益に関しては、権限逸脱も背任罪になるとされている[14]。その点はひとまず措くとしても、「権限」の行使が濫用にあたるか許容されるものかの区別がどのように行われるのかの基準は、いずれにせよ示されていないといわねばならない。

そもそも、近時の権限濫用説による主体の限定も成功しているとはいい難いものであった。法律行為を行う権限に限られない事実上の事務処理権限が行為者に備わっていなければならないことはわかるものの[15]、権限の具体的内容が示されることはほとんどなかったからである[16]。ただし、少数ながら「権限」の内容を示そうとの試みも見られる。論者は、背任罪が「詐欺及び恐喝の罪」の章に置かれたところから、詐欺・恐喝罪と同様、背任罪を被害者の財産についての瑕疵ある処分意思を基礎とする財産犯と性格づけする。ここから、事務処理者とは、「本人に代わって法律行為による財産処分についての意思内容を決定することが許されている」者、具体的には、「本人の財産処分についての意思内容決定過程そのものに関与する者」及び「意思内容決定過程そのものには関与しないが、その決定過程を監督する者」であると説く[17]。

この見解は、「権限」の内容を「財産処分の決定過程全般のいずれかに関わる権限」と見ているといえよう。これにより、背任行為には、監督行為も含まれ、法律行為に限られないことは明らかとなった。しかし、そのような「権限」のもと、どのような行使の態様が背任行為に当たるのかについては言及がなく、不分明なままに終わっているのである。

以上の検討からは、背任行為の範囲は、背任罪の主体を限定しようとする様々な試みによっても、十分に画定されているとはいえないということがわかるように思われる。

第三款　図利加害目的

刑法二四七条は、主観的要件として故意以外にいわゆる図利加害目的を要求している。同目的の意義・内容についても、背任罪の本質及び主体の範囲と並んで盛んに議論が行われてきた。留意されるべきは、本来背任行為において考慮されるべき客観的事情が、「図利加害目的」要件に取り込まれているように見える点である。判例は、伝統的に「（主として）本人の利益を図る目的」があれば図利加害目的を否定していると見られるが[18]、下級審判例は、そのような目的を「本人の利益を裏付ける客観的事情」を重視して認定する傾向にあるからである[19]。

例えば、新潟地判昭和五九年五月一七日[20]は、「弁護人は、本件各融資がA社に対する既存の債権回収を図るため必要最小限度の範囲で行われたものであると主張するけれども、既に認定した本件当時のA社の業況、資産状態、担保の徴求状況等からすれば、客観的にみて既存債権の回収はもとより、本件各融資金の確実な回収は到底期待できない状況であったのであるから、被告人がその内心において債権回収を図る意図を有していたとしても、それは現実的可能性に乏しい単なる期待ないし願望に過ぎない」（強調、引用者）として図利加害目的を肯定し、また、大阪高判平成八年三月八日[21]も、「Bホテルの再開発プロジェクトなるものは、それ自体実現可能性の極めて乏しいものであり、被告人においても、……その当時、土地建物の権利関係や行政上の許認可の有無・可否等、再開発のための基本的な事項さえ監督官庁等関係機関で調査した形跡も見られないのであって、再開発利益による回収は、原判決がいうように、期待ないし願望に過ぎないものであり、これがあるために府民信組の利益を図る目的があったとか、府民信組を害する目的がなかったとか評価することはできない」（強調、引用者）と述べている。

また、相互銀行の役員らが、土地の購入資金及び開発資金等の不正融資を行ったとして特別背任罪に問われた事案である最判平成一〇年一一月二五日[22]は、「本件融資に際し、Cが募集していたレジャークラブ会員権の預かり保

証金の償還資金を同社に確保させることにより、ひいては、Cと密接な関係にあるO相互銀行の利益を図るという動機があったにしても、右資金の確保のためにO相互銀行にとって極めて問題が大きい本件融資を行わなければならないという必要性、緊急性は認められないこと等にも照らすと、……それは融資の決定的な動機ではなく、本件融資は、主として右のようにCらの利益を図る目的をもって行われたということができる」と判示して、本人図利の動機が決定的ではないという認定を行う際に、融資が本人（O相互銀行）に与える問題の大きさ、及び、融資の必要性・緊急性の不存在という客観的事情に言及している。

確かに、行為者の主観面を認定する際に、客観的事情も間接証拠として用いられるのは当然である(23)。しかし、問題となる行為に「本人の利益を裏付ける客観的事情」があるならば、そもそも客観的に背任行為ではない、ということも可能であるように思われる(24)。このような事情と背任行為の関係を議論する必要があるといわねばならないであろう。

この点を巡っては、近時、任務違背と関係づけつつ図利加害目的の意義を捉え直そうとする見解も唱えられているところである。同説は、任務違背を「本人にとって実質的に不利益な行為」と捉え、その認識を故意の内容として要求することによって、図利加害目的は、本人に実質的に不利益な行為を行うことが許されるとの評価の錯誤のケースを不可罰とする旨を規定したものだと主張する(25)。この見解は、図利加害目的で考慮されていた客観的事情を任務違背要件の考慮要素として位置づけていると評価できよう(26)。もっとも、本説の要点は図利加害目的の意義を確定することにあり、任務違背に関して十分な議論が行われているわけではない。

では、刑法二四七条の「その任務に背く行為」という要件自体に関しては、判例学説においてどのような解釈が行われてきたのか。引き続いて検討する。

（1）　日本法における背任罪の沿革については、江家義男「背任罪の研究」『江家義男教授刑事法論文集』（一九五九）八六頁以下（初出：早稲田法学二一巻〔一九四三〕）、上嶌一高『背任罪理解の再構成』（一九九七）一一六頁以下、内田幸隆「背任罪の系譜、およびその本質」早稲田法学会誌五一巻（二〇〇一）一〇五頁以下等を参照。

（2）　背任罪の本質を巡る議論一般について日独の沿革をまじえた詳細な研究を行っているのは、上嶌・前掲書一一頁以下。

（3）　瀧川幸辰「背任罪の本質」民商一巻六号（一九三五）一一頁。また同『刑法各論』（一九五一）一六九頁参照。

（4）　この点に関して、団藤重光編『注釈刑法六巻』（一九六六）二七八頁〔内藤謙〕、平野「横領と背任、再論」『刑事法研究最終巻』（二〇〇五）八〇頁（初出：判時一六八〇号、一六八三号、一六八六号、一六八九号〔一九九九〕）、塩見淳「背任罪」法教二九七号（二〇〇五）四八頁参照。

（5）　これらの点につき、木村亀二「背任罪の基本問題」志林三七巻八号（一九三五）五頁、江家・前掲論文一一〇頁、上嶌・前掲書二一頁、林幹人『刑法各論〔第二版〕』（二〇〇七）二六七頁等参照。

（6）　江家「背任罪の解釈学的考察」前掲書一六三頁（初出：早稲田法学二三巻〔一九四五〕）等参照。

（7）　判例は、事実行為や権限逸脱行為に背任罪の成立を肯定していることから、少なくとも代理権濫用説には立たないとされている（「任務違背」の判断に関して行為の有効無効の判断をしなかった原審の判断を是認した最決昭和三八・三・二八刑集一七巻二号一六六頁参照）。

（8）　団藤『刑法綱要各論〔第三版〕』（一九九〇）六五二頁、中森喜彦『刑法各論〔第二版〕』（一九九六）一七〇頁、林・前掲書二七二頁、平川宗信「背任罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開――各論』（一九九六）二三九頁、山中敬一『刑法各論〔第二版〕』（二〇〇九）四一〇頁、曽根威彦『刑法の重要問題　各論〔第二版〕』（二〇〇六）二三三頁、佐久間修『刑法各論』（二〇〇六）二二九頁、前田雅英『刑法各論講義〔第四版〕』（二〇〇七）三二六頁、川端博『刑法各論講義』（二〇〇七）三五二頁等参照。近時、今井猛嘉ほか『刑法各論』（二〇〇七）二一五頁〔島田聡一郎〕は、背信説を基本として、「被害者から、特定された財産管理を命じられまたは黙示に委ねられている者が、その管理権を濫用または逸脱し、被害者に財産上の損害を加えること」を背任として理解する（管理権説と名付けられている）。この見解は、従来なかった背任罪の限定方法を示すものであると思われる。

（9）　藤木英雄『刑法講義各論』（一九七八）三四三頁、大塚仁『刑法各論上巻〔改訂版〕』（一九八四）六五一頁。また、

大谷實『刑法講義各論〔新版第三版〕』（二〇〇九）三一五頁。

(10) 内田文昭『刑法各論〔第三版〕』（一九九六）三四五頁、平野・前掲「横領と背任、再論」三四頁以下。

(11) 塩見・前掲論文四七頁、松宮孝明『刑法各論〔第二版〕』（二〇〇八）二七七頁。また、川端・前掲書三四九頁、前田・前掲書三一二頁も参照。

(12) 植松正『再訂刑法概論Ⅱ』（一九八八）四五二頁（もっとも、背任罪と横領罪は一般法と特別法の関係にあるとも述べている）、藤木・前掲書三五四頁、大塚・前掲書六五五頁。

(13) 山口厚『問題探究刑法各論』（一九九九）一九四頁では、近時の権限濫用説は「処罰範囲の限定というよりも、むしろ背任罪と同様に信任関係の侵害を要件とする横領罪から背任罪を区別することに、主張の重点があると考えられる」と述べられている。

(14) 内田(文)・前掲書三四七頁。

(15) ここでは、そもそも背任罪の主体に「権限」が要求されるのかという点については詳しく立ち入らない。この点に関し、塩見・前掲論文四七頁は、事務処理者に「権限」を要求する積極的根拠がないとする。

(16) 平川・前掲書二三八頁、内田(幸)・前掲論文一三五頁。西田典之『刑法各論〔第四版補正版〕』（二〇〇九）二三一頁は「権限の意義をここ〔事実上の事務処理権限〕まで広げるのであれば、その実質は背信説と異ならないように思われる」（〔　〕内は引用者挿入）と批判している。また、塩見・前掲論文四八頁参照。

(17) 上嶌・前掲書二四五頁。意思内容決定権説と呼ばれる。

(18) 大判大正三・一〇・一六刑録二〇輯一八六七頁（銀行の取締役が、銀行の信用面目を保持するために不当な利益配当を行った事案）、大判大正一五・四・二〇刑集五巻一三六頁（震災により倒壊した寺の住職が、修繕費用を工面するため木像を買戻約款付きで売却したという事案）。

(19) 上嶌・前掲書二七二頁、島田聡一郎「取引の相手方による背任行為への加功」上法五〇巻三号（二〇〇六）四四頁等参照。

(20) 判時一一三号三頁（大光相互銀行事件）。

(21) 判時一五九〇号一四九頁（大阪府民信組事件）。

(22) 刑集五二巻八号五七〇頁〔平和相互銀行事件〕。

(23) 最判平成一〇・一一・二五が、明確にそのような判断を行っている点については上田哲「判解」曹時五九巻六号（二〇〇六）二〇四二頁（最決平成一六・九・二〇刑集五八巻六号五二四頁に関するもの）、佐伯仁志「判批」ジュリ一二三二号（二〇〇二）一九五頁も参照。

(24) 上田・前掲「判解」二〇四二頁参照。

(25) 上嶌・前掲書二六三頁以下参照。

(26) なお、山口・前掲書二〇四頁以下は、本人図利目的は意味の認識を含む「任務違背の認識」に解消されることになるということを前提として、図利加害目的に意味を持たせるために、図利加害目的要件に主観面に限らず客観面も積極的に取り込もうとする。すなわち、同書においては、任務違背の内実を「財産処分行為をそれ自体として見たときの、本人に対する不利益性」を問題とするものであるとし、客観的に「（トータルな判断として）本人に対する不利益性が否定されることにより信任関係を侵害する行為でなくなる」という理由で図利加害目的が否定されるとする。この見解と本文で紹介した見解は併せて「実質的不利益性認識説」とも呼ばれる。前掲・今井ほか『刑法各論』二一五頁〔島田〕以下、伊藤渉ほか『アクチュアル刑法各論』（二〇〇七）二五一頁〔鎮目征樹〕参照。また、内田（幸）「判批」刑事法ジャーナル五号（二〇〇六）一五二頁も参照。

第三節　背任行為を巡る議論

第一款　「任務違背」の定義

「任務違背」概念は、古くは、「任務に背くことは、法律上要求せられる注意を欠くことを謂ふ」[1]、「委託の趣旨に反する行為を謂ふ。其の委託の趣旨は信義誠実の観念によって考えなければならぬ」[2]、「任務とは当該事務の性質本旨に従い適当に之を処理すべき義務を謂ふ」[3]、「犯人の地位に照らして問題となる一定の義務違背の行為を謂ふ」[4]、「事務の性質上一般的な信義誠実義務の要求するところの信任関係に違反する行為」である[5]、などと定義されてい

た。

以上の定義は、全て背信説に立つ論者によるものであるが、これ以降も、背信説からの定義に基本的な違いはない。すなわち、江家義男が、背任行為を、「信義誠実の観念に反する事務処理」であるとしているのを[6]筆頭に、「誠実な事務処理の法的期待に反する行為」[7]、「その事務の処理者として当該事情のもとで当然なすべく法的に期待される行為」[8]、「事務処理における信任関係に違背する行為、すなわち、その事務の処理者として当該事情のもとで信義則上当然なすべく期待される行為をしなかったこと」[9]、などと述べられている[10]。論者によって若干ニュアンスが異なるものの、内容は基本的に同一と考えてよいであろう。

このことは、背任罪の特別規定とされている特別背任罪（会社法九六〇条等）における「その任務に背く行為」にも当てはまる。すなわち、「事務処理における会社との信任関係に違背すること」[11]、特別背任罪の「主体たる身分を有する者が、その任務である事務処理のうえで、性質上一般的に要求される信義則から生ずる信任関係に違反する行為をなすこと」[12]、などと定義されているのである。

任務違背の定義という点では、権限濫用説のもとでも状況はさして変わらない。まず、代理権濫用説によれば、代理権の濫用が任務違背行為となる。しかし、前述のように、同説の論者によって「濫用」概念が具体化されているわけではない。瀧川は、任務違背要件につき、「『その任務に背き』という以上は一定の権限あることを前提とする」とし、「時宜に応じ適当の処置をとる権限ある者にして始めて『其任務に背きたる行為を為し』得るのである。謂ゆる誠実義務違反は種々の処置をとり得る権限のコレラートでなければならない」と述べるのみである[13]。

背信的権限濫用説の論者においても、例えば、「任務違背とは、事務処理者がその権限・職責の行使として行った事務の処理が、当該の事情のもとで当然為すべきものと期待される基準にみたないことをいう」[14]、「本人の事務を

処理する者として当然行うべき法律上の義務に違反した行為を意味する」[15]、「『任務』とは、その事務の処理者として当該具体的事情のもとで当然になすべきものと法的に期待される行為をいう」[16]、などと述べられている。「権限濫用」という以上、権限逸脱行為は含まれないことが前提となるが、その余の点で「任務違背」の定義それ自体は背信説と異なるものではない[17]。

新しい権限濫用説からは、「事実上の事務処理権限の濫用」が背任行為として捉えられている[18]。ただし、同説の支持者においては、濫用説を出発点とする同説と背信説を出発点とする背信的権限濫用説の違いを重視して、「権限濫用」とは背信説と対立する意味で用いられているのであって、権限の「逸脱」も背任行為に含まれる、との指摘が見られる[19]。しかしながら、背任行為についてそれ以上の具体的な内容は示されていない。

以上を要するに、「任務違背」概念は、「信義誠実」、「事務の本旨」、「法的期待」等に対する違背という以上には定義されておらず、少なくとも定義のレベルでは、背任行為の内容は極めて曖昧であることが明らかといえる。それでは、学説及び判例が実際にどのような基準をもって任務違背の有無を判断しているのかを見ることにしよう。

第二款　「任務違背」の判断基準

第一項　形式説？

任務違背の判断基準を巡っては、まず、「法令、予算、通達、定款、内規、契約等に反する行為であれば、それが財産的損害を生ぜしめる性質のものであるかぎり」、原則的に任務違背になり、「あとは財産的加害の認識および図利加害目的（反対にいえば、本人のためにする意思）の有無を検討すれば足りると思われる」との指摘がある[20]。これは、任務違背を明示された規範に従って形式的に判断する説と理解されているようである[21]。しかし、本説が、

実際に任務違背判断を形式的にのみ行っているとはいい難いように思われる。事務処理者が事務処理に際して守らなければならない規範は、手続規定のような形式的なものだけでなく、例えば、受任者の善管注意義務（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）のような一般条項的な義務もある。しかし、そのような規範との関係は明らかにされていない。また、いわゆる冒険的取引の場面において、「裁量権の範囲内であるかぎり任務違背とはならない」とするのみで、法令等の義務の違反との関係が言及されていない[22]など、法令等に拠る形式的な判断という枠組は維持されていないと見られるからである。

特別背任罪に関しても、「当該行為が法令、定款、内規等に違反する場合は、そのことにより、ただちに任務違背ありということができ」、「実質的に会社の不利益になるかどうか」ということは、図利加害目的ないしは財産上の損害の点で評価されるべきであるとの見解が主張されている[23]。もっとも、一方で、法令等に違反していない場合は、「具体的事案に応じて、会社の信任に反したかどうかを吟味することになる」とし、「法令、定款、内規等に従っていたとしても、任務違背となる場合があることはいうまでもない」とされる。法令等の違反という形式的な基準が任務違背を肯定する方向でのみ片面的に適用されることが正面から認められているのである。

以上の見解は、（形式的な）法令等の違反を、任務違背を判断する際の一つの資料と考えるというにとどまるといえよう。それらによっても、法令等の違反がなければ任務違背が否定されるわけではなく、別の実質的な基準によって任務違背の有無が審査されるのである。このような判断の実質は次のような主張においても変わらないと解される。すなわち、法令・内規を、「違背すれば本人に財産上の損害を及ぼす虞れのある性格のもの」、「違背しても会社に財産上の損害を及ぼす虞れのないもの」、「中間的色彩のもの」に分け、最初の分類に属する法令・内規に違反すれば直ちに任務違背となり、後二者の場合には、善管注意義務が決定的な基準となるとする主張[24]である。善

管注意義務自体は法令に由来するが、その具体化は実質的基準の導入によらざるをえないのである。[25]

第二項　実質説

学説の大勢は、任務違背行為の有無を、法規違反から離れて実質的に考えようとしている。すなわち、処理すべき事務の性質に照らし具体的状況において、法令・契約等を参考にしつつ、個々の場合ごとに、信義誠実に反しているのか、通常の業務執行を逸脱しているのかを判断すると説く。[26]しかし、「信義誠実」、「通常の業務執行」等を用いた説明は、先に述べた任務違背概念の定義を超えるものではなく、個別事例に適用する「基準」としては極めて不十分なものである。手続的制約に違反しても常に任務違背になるのではないという指摘はしばしば見られるものの、善管注意義務等の実体的基準との関係について明示的には論じられていない。

なお、任務違背の判断に関していわゆる「冒険的取引」[27]という概念が持ち出されることがある。[28]しかし、この概念は、事務処理者の行為によって結果として損害が発生したからといって直ちに背任罪が肯定されるわけではないという文脈で用いられるだけであって、一般的な任務違背の判断と比べて独自の議論が行われているわけではない。[29]

第三項　「不利益」概念

近時、任務違背の判断基準として、事務処理者の行為が本人にとって「不利益」かどうかを掲げる見解が有力化している。すでに図利加害目的の項でも若干触れたが、[30]（任務違背を）「本人にとって実質的に不利益な行為」と考える見解、[31]さらに、「任務違背の要件の意義は、（本人の許諾意思を考慮した上での）本人にとって実質的に不利益な行為と解することができる。そのような行為を行うことが事務処理の委託の趣旨に反することだからである」[32]と述べる見解である。これらは、本人の「不利益」を基準とした判断の必要を説いている。[33]

「不利益」基準は、遡れば、藤木英雄によっても唱えられていた。すなわち、藤木は、特別背任罪の任務違背行

為の判断基準において、「形式的に、法令や職務執行のために定めた準則に違反したかどうかだけによってではなく、それが実質的にみて会社の不利益になるかどうかによって定められなければならない。実質的にみて、会社のために忠実にその職務を執行すべき立場にある役職員として最小限度要請される会社の利益に帰する措置がまもられたかどうかで判断すべきである」、「形式的手続違背は、実質的にそれが任務違背行為であることのひとつの徴表である。……形式的手続違背の取引であっても実質上とくに会社の不利益をもたらすことのないものについては、これをいちいち刑事上の問題とするまでの必要はない」と述べていた[34]。

「不利益」の存否は「行為時に、総合的にみて本人に不利益が生じる可能性」によって判断される[35]。もっとも、「不利益」の内容は論者によって異なっている。例えば、「不利益かどうかの判断は……本人にとって生じる財産的利益・不利益・非財産的利益・不利益を総合して行われる」として非財産的要素を判断基礎に含めている見解がある[36]。一方で、任務違背を、「本人の財産を使用・処分する上で定められた、財産上の損害を回避するためのルールに反する権限の行使」と捉えて[37]、財産的利益・不利益にのみ着目している見解もある[38]。

「行為時の不利益」は、一般に掲げられてきた「信義誠実」という抽象的な基準を本人との関係で具体化するものと捉えられよう。しかし、具体化が成功しているのかについては疑問がある。まず、損害の発生が不可避である事務に関して、この基準は役に立たない点を指摘できよう。損害の発生が避けられない場合であっても、許される行為は存在する。その場合、「不利益」は別の基準に代えざるをえないからである。このような例は最高裁決定にも見られる。すなわち、信用保証協会の支所長代理であった被告人が債務保証を行った事案である最決昭和五八年五月二四日[39]は、信用保証協会の業務の性質上損害の発生が免れがたいとして、「同協会の役職員は、保証業務を行うにあたり、同協会の実損を必要最小限度に止めるべく、保証申込者の信用調査、資金使途調査等の確実を期する

とともに、内規により役職に応じて定められた保証決定をなしうる限度額を遵守すべき任務がある」としている。このような場合、損害（＝財産減少）の発生は不可避であって、可罰性を左右するのは損害それ自体の存在ではなく、損害の「不当性」と考えられる。「不利益」とは単なる財産減少ではないと考えるならば、損害の発生が不可避であっても「不利益」はないとすることはできる。しかし、いずれにせよ、そこでは、行為時における財産減少の可能性に代わる「不利益」基準をあらためて呈示することが要請される。

実際、「不利益」概念を用いる論者も、同概念を唯一の基準とはしていないと見られる。特に冒険的取引のような財産上の損害（又は不利益）を生じさせる危険性を有する行為については、委託関係から導かれる事務の性質等から通常の業務を逸脱していないかという基準が採られている。すなわち、通常の事務処理の範囲内にある行為ならば、本人に不利益を生じる可能性があっても任務違背とはならないとした上で、「具体的状況において、当該行為者にどの程度の危険を冒すことが許されるのかは、本人と行為者との間の事務処理についての委託関係から、本人にとって生じるであろう財産的利益・不利益、非財産的利益・不利益のそれぞれの大きさと可能性を総合考慮して」、通常の事務処理の範囲内かどうかを判断するとしている。(40)

したがって、仮に「不利益」基準を採用するとしても、それは、「不利益（財産上の損害）の生じる危険性のない行為は任務違背行為になりえない」という片面的な形でしか機能しえないであろう。(41)「不利益」基準は、図利加害目的における本人図利目的の排除を説明する過程で出てきた見解ともいえる(42)ので、このような帰結は本来予定されていたものであるが、それだけでは、任務違背の基準とするにはなお十分でないであろう。

第三款　判例における「任務違背」の判断

第一項　形式的判断と実質的判断

判例は任務違背をどのように判断しているのであろうか。形式的な法規違反をどのように考慮するのかという点に関しては、定款や内規に違反していてもなお任務には違背していないとしたいくつかの下級審判例を挙げることができる。

中小企業等協同組合法に基づき組合員に対する貸付（手形の割引を含む）等を目的として設立された組合が、定款に違反し組合員ではない法人に対して融通手形を振り出したという事案について、熊本地判昭和三九年六月二六日[43]は、定款違反の点については、本件組合においては法人とその代表者とを同一視し実質上は法人が組合員たるべき場合に形式上はその代表者が組合員になっている場合もあること、振出を受けた法人の代表者が組合員であることを指摘しているが[44]、任務違背を判断する際にはこの点に触れることなく、融通手形の振出についてのみ検討し、次のように判示した。融通手形の振出は、本人が不測の損害を被ることのないよう職務上の注意を尽くさなければならないが、諸般の事情からある時期において本人が受け取る以上の多額の融通手形を振り出してやることも已むを得ない場合もある。本件においては、本人と振出を受けた側の「諸般の親密な相互扶助的関係を考えるとき被告人の本件融通手形の振出をもって直ちにその任務に背いたものというのは酷に過ぎるもの」である、と。

加えて、東京高判昭和五三年三月二九日[45]は、信用組合の本店長が組合の内規に定められた稟議手続を取ることなく定期預金の一部を担保から解放したことが背任罪に問われた事案において、「一般に或る行為が背任罪の構成要件たる任務違反の行為に該当するか否かは、単に行為の外形のみによって形式的に決せられるべきではなく、当該行為がなされた際の具体的状況、行為の内容、動機意義等諸般の事情を総合し、その行為が委任の趣旨に違反する

か否かを信義則に照らして実質的に判断しなければならない」と述べ、結論として、任務違背を否定した。

さらに、旧日本道路公団（以下「ＪＨ」という）の理事であった被告人が、共犯者とともに、ＪＨ静岡建設局が平成一六年度に一括発注を予定していた高速道路高架橋工事について、ＪＨのＯＢで入札談合の受注調整を行っていたＣから、受注業者数が増えるようにするため分割発注してほしいとの陳情を受け、経費が一億円以上増加するとの説明を受けながらも、自己ら、Ｃ及び入札談合を行っていた四七社の利益を図る目的で、分割発注を指示し、ＪＨに損害を発生させたとして背任罪で起訴された事案にかかる東京高判平成一九年一二月七日[46]は、一括発注から分割発注に変更することには必ずしも合理性が認められないこと、及び、分割発注の場合には不合理性が存在することを指摘して任務違背ありと判断している。判決は、採られた措置の合理性を任務違背性判断において審査し、談合への関与という明白な法令違反行為の存在は、弁護人による本件行為が合理性を持つという主張に反論する形で持ち出すのみであるため、任務違背を判断する際に実質的判断手法を採っているものと思われる。

また、最決平成一六年九月一〇日[47]は、信用保証協会（以下「協会」という）の代表権を有する専務理事であるＡらが、協会が保証したＤ社の甲銀行に対する八千万円の債務について、協会が甲銀行に保証条件違反を理由とする免責を通知し保証債務が消滅したにもかかわらず、甲銀行の代表取締役頭取Ｘからの要請により、免責の通知を撤回した上、甲銀行に対する八千万円の代位弁済を実行したという事案に関わる。原審では、上記Ａらが負担金の拠出と引き換えに代位弁済を行うことは協会に対する任務に違背し、その実行を迫ったＸは、Ａらとの背任の共同正犯であるとされた。最高裁は、Ｘに共犯関係を認めることに疑問が残るとした上で、Ａらの任務違背についても次のように否定的な判示を行った。「甲銀行が協会に対する平成八年度の負担金の拠出を拒絶することが実際上も可能であり、かつ、ＡらがＸから負担金の拠出に応じられない旨を告げられていたとしても、協会としては、（ア）本

件代位弁済に応ずることにより、甲銀行の負担金の拠出を受け、今後の基本財産増強計画を円滑に進めるべきか、それとも、(イ)甲銀行からの負担金を断念しても、本件代位弁済を拒否すべきか、両者の利害得失を慎重に総合検討して、態度を決定すべき立場にある。上記(ア)の立場を採ったとしても、負担金の拠出を受けることと切り離し、本件代位弁済をすることが、直ちにAらの任務に背く行為に当たると速断することは、できないはずである」、と。本判決は、代位弁済が負担金拠出との関係で任務違背となることが否定されることを示唆しているため、学説においては、「利益・不利益の総合的な考慮に基づく実質的な判断によって決すべきであるとする立場をとることが基礎となっているもの」との評価が見られる(48)。

したがって、任務違背の実質的判断と形式的判断という観点から見る場合、判例は、形式的な法規等の違反があっても任務違背を否定するなど、あくまで実質的に諸事情を考量して任務違背性を判断していると解される。

第二項　「不利益」基準

いくつかの下級審判例においては、任務違背の判断において学説が挙げたような「不利益」基準と類似の判断手法が用いられている。

まず、任務違背を否定したものとして、東京高判昭和五二年九月一四日(49)がある。事案は、集金業務に従事していた被告人が、集金するにあたり、自己領得目的で、集金先に指示して被告人名義の普通預金口座に振込入金させたというものである。東京高判は、債務者の弁済した金員が背信的な集金人の占有下に入ったというだけでは、背任罪における財産上の損害またはその危険が生じたとはいえないと認定した上で、本件全証拠によっても、被告人が集金先に自己名義の口座に入金させた行為が、直ちに誠実に集金業務を実行しなかったものとして任務に背いたとは断定することはできないと職権で判断を下した。任務違背を否定した理由は本件判示から必ずしも明確ではない

ものの、判決文からは自己名義の口座への入金が財産損害またはその危険を生じていなかったこと、従って、本人になお不利益が生じていないことがその理由の一つになっているものと推測される。さらに、前記東京高判昭和五三年三月二九日が、本件の「行為は、たとえこれにより一時的には組合の把握する担保価値が債権額を大巾に下回るという結果を招いたとしても、長期的展望に立ってこれを見れば、組合の営業利益に沿った行為であったとの見方も十分可能である」と判示しているのもここに挙げられよう。

これらの判例は、本人にそもそも損害が発生していない、及び、短期的に見れば損害が発生しているが長期的に見れば損害が発生しない（短期的な損害を超える利益が得られる）ことを理由に任務違背を否定している。もっとも、同一の結論は、「損害」要件の観点から、損害発生の可能性がなかったとの理由によっても導き出されうると思われる。

次に、「不利益」の観点から任務違背を肯定した判例として、会社法（旧商法）上の利益相反行為に関する大阪高判昭和四五年六月一二日[50]が挙げられる。同判決は、次のように判示している。利益相反行為に該当するか否かの判断は専らその行為の外形によって決すべきものであるから、利益相反行為であっても実質的に考察すれば、その行為が必ずしも会社にとって不利益を及ぼすものでなく、取締役の会社に対する誠実義務に反するものでないような場合も存在する。このような場合、（旧）商法二六五条に違反しても、任務違背にならない、と。大阪高判は、本件においては不利益がないとはいえないとして任務違背を肯定した。もっとも、この大阪高判の存在から、本人に「不利益」があれば任務違背を肯定するのが判例の立場だとはいえない点には留意を要する。大阪高判の事例は利益相反取引が旧商法二六五条に違反していた事案であり、同条の違反がない利益相反取引について、不利益の存在のみで任務違背が肯定されていたかは明らかではないからである。

また、前述のように、前記最決昭和五八年五月二四日も、信用保証協会による債務の保証という性質上損害の発生が不可避である業務につき、損害を必要最小限度に止めるかどうかが任務であると判示しており、損害（＝不利益）の存在のみで任務違背を肯定していない[51]。

以上の紹介からは、判例において、本人の「不利益」と「財産上の損害」との関係が明確とはいえないこと、また、「不利益」性が、任務違背の有無を決める唯一の基準というわけでもないと見られることを指摘できるように思われる。

第三項　その他の基準

任務違背性の判断について、以上のような実質的判断及び不利益基準とは異なった観点を掲げる判例に、神戸地判昭和五六年三月二七日[52]がある。本件では、株式会社A社の従業員（技術職）であった被告人が、担当職員を欺罔して、あるいは無断で会社から持ち出した機密書類の原本を社外で複製して、他社に売却した行為について背任罪に問われた。神戸地判は、以下のように判示した。被告人の行為は、「被告人の担当事務の……事務処理としての所為ではなく、事務処理の範囲を逸脱した所為であるといわなければならない」。被告人の行為は、「雇用契約に基づく一般的忠実義務違反としての責任を生じることはあっても刑法二四七条の背任罪にいう事務処理についての任務違背として評価することはできない」、と[53]。

学説には、「事務処理の範囲を逸脱した所為」という表現から、神戸地判は、本件行為について、詐欺ないし窃盗に当たるような権限逸脱とみるべき行為であるから背任行為とはならないと解しており、権限濫用説的な考え方に依拠しているとする分析が見られる[54]。しかし、同判決を、単なる雇用契約上の関係だけでは背任罪の事務処理者たりえないことを前提に、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

しないと判断したものと捉えることも可能と考えられる。[55] そのような把握のもとでは、神戸地判は、具体的に担当している事務との関係で生じる個別化された義務の違反を背任罪の任務違背性の判断基準としているとも評価できるように思われるのである。

第四項　まとめ

判例は、基本的には実質的な基準によって任務違背の有無を判断している。そのような「実質的な基準」を具体化する観点としては、学説において提唱されている「不利益」の基準が、財産損害の可能性という形で、あるいは、端的に「不利益」として用いられることがある。しかし、それのみで任務違背が決せられているかどうかは疑わしく、また、財産上の損害との関係も不分明である。判例においても、任務違背性・背任行為の内容が明らかにされているとはいえないのである。

判例の中には、任務違背の判断を回避したように見えるものすら存在する。例えば、必要な行政庁の許可を得ずに財産処分を行った事案に関する広島高判昭和四二年二月一七日[56]は、「当該行政庁の許可を得なかったことをもって直ちに刑法第二四七条所定の任務違背とはいいえない」と述べるのみで、任務違背に関してはそれ以上の判断を行わず、主観的要件（任務に違背したことの認識、及び、図利加害目的）を否定することで背任罪の不成立を導いた。

また、東京地判昭和四一年二月一五日[57]もこのような例の一つといえる。事案は、「A社取締役であった被告人Xが他の被告人と共謀し、鉄道の用地買収を目的とするA社にX所有の宅地を不当な価格で買い受けさせるとともに、その代金支払に代えてA社にXがB銀行に対して負っていた債務を肩代わりさせた」として起訴されたものである。東京地判は、本件の背景には、鉄道の建設計画を巡るA社、B銀行、及びXの間の密接な関係があるとして、次の

ような事実を指摘した。すなわち、Xの放漫経営と個人負債が問題化したことから、前記三者において、「XがA社の経営から手を引く代わりに、XのB銀行に対する債務をA社が一旦肩代わりし、時価より高い価格による本件土地売買を行う。ただし、鉄道創立後にXが支出した費用の償還を受けたときは、XはA社に代金を支払って土地を買い戻す」という解決案が合意されたものであり、本件土地売買はその解決案の一部であった、と。そのうえで、東京地判は、上記解決案は、決定の経緯、その他の客観情勢等に鑑みるときは、その内容において、すべての処置が不可分の一体をなすものとしてはじめて意義をもつものであり、本件のように、およそ企業経営の分野で少なからぬ利害が複雑に対立する事項につき、関係者あい集って一連の処置がとられた場合には、その処置の特定の一部分のみに着目し、しかもその単純なる計数上の面だけである当事者にとっての利害得失を論ずるのではなく、何よりもまず、相関連する各個の処置を全体との有機的な関係において観察することによって、その正しい意味を把握することに努めなければならない、と判示し、結論的には、解決案の内容、それによって生じる関係者の利害得失を精査した結果、客観的には、はなはだ適切、妥当な処置であったと認めるのが相当であるとした。ところが、東京地判は、これによって客観的に任務違背がなかったとは認定せず、被告人等は、（A社取締役としての）「自己の任務に違背するとの意識をもっていたと解することは、とうていできない」、すなわち、背任罪の故意を否定したのである。

これらの判決は、行政庁の許可の有無や全体として見た計画の妥当性といった事情を、任務違背の要件と関連付けなかった。おそらく、同要件の不明確さのゆえに、主観的要件で解決を図ったのであろう。しかし、任務違背の内実が不明であるのに、任務違背の故意を判断できるのかは疑問に思われる。

一方で、学説においてはあまり議論されていない観点が判例において取り上げられていることは注目されてよい。

すなわち、東洋レーヨン産業スパイ事件判決が着目したような、事務処理者ではない者も負いうるような通常・一般的な義務は「任務」には含まれていないとの観点である。

（1）牧野英一『日本刑法〔重訂版〕下巻』（一九三八）九三五頁。
（2）小野清一郎『刑法講義各論〔新訂増補版〕』（一九五〇）五九七頁。
（3）泉二新熊『刑法大要〔増補三一版〕』（一九三六）六三二頁。
（4）宮本英脩『刑法大綱』（一九三五）三九五頁。
（5）木村・前掲論文一一二頁。木村は四つの定義をほぼ同じ意味であると述べている。
（6）江家・前掲「解釈学的考察」一六三頁。
（7）中森・前掲書一七三頁。
（8）前掲『注釈刑法』二八六頁〔内藤〕。
（9）大塚ほか編『大コンメンタール刑法一三巻〔第二版〕』（二〇〇〇）一八四頁〔日比幹夫〕。
（10）なお、任務違背行為を、「組織的財産運用の場において実質的な財産処分事務に関わる者に通常要求されるような義務を実質的に侵害する行為」とする見解（平川・前掲論文二四八頁）も限定されているのは主体の範囲だけであり、任務違背については他の定義と等しいといえるであろう。
（11）上柳克郎ほか編『新版注釈会社法一三巻』（一九九〇）五六一頁〔芝原邦爾〕。
（12）平野ほか編『注解特別刑法第四巻〔第二版〕』（一九九一年）二五頁〔佐々木史郎〕。
（13）瀧川・前掲「背任罪の本質」一六頁。
（14）藤木・前掲書三四五頁。
（15）大塚・前掲書六六〇頁。
（16）大谷・前掲書三一八頁。
（17）このことは、前述したように、同説の論者が、「権限濫用」という概念を、背任罪を横領罪から区別するために用いているということを示す論拠ともいえる。

(18) 内田(文)・前掲書三四五頁。
(19) 平野・前掲「横領と背任、再論」八四頁。
(20) 西田・前掲書二三四頁。
(21) 山口厚『刑法各論』(二〇〇三) 三二〇頁、上田・前掲「判解」二〇四二頁。
(22) 西田・前掲書二三五頁。
(23) 伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第五巻』(一九八六) 一二三頁〔伊藤〕。
(24) 吉永祐介「判例からみた特別背任罪の諸問題」警論二三巻七号 (一九七〇) 六三頁。
(25) 任務違背の判断が善管注意義務の誠実な履行にかかると述べるのは前掲『注解特別刑法』二五頁〔佐々木〕。もっとも、善管注意義務に違反すれば、それがどのような内容の違反であっても直ちに任務違背となると考えているのかは不明である。
(26) 江家・前掲「解釈学的考察」一六五頁、前掲『注釈刑法』二八八頁〔内藤〕、団藤・前掲書六五六頁、大塚・前掲書六六〇頁、前掲『大コンメ』一八五頁〔日比〕、平川・前掲論文二四八頁、山中・前掲書四一三頁、大谷・前掲書三一九頁、佐久間・前掲書二三〇頁、川端・前掲書三五三頁等。
(27) 「冒険的取引」は、ドイツ語の「Risikogeschäft」を邦訳したものが語源であると思われる (明示するのは、江家・前掲「解釈学的考察」一六五頁である。なお、木村・前掲論文一三頁は「冒険的行為」と訳している)。
(28) 「冒険的取引」概念の内容は論者によって異なって捉えられている。多数の論者は、一定の投機的な取引に限定している (「投機性を帯びたる所謂『冒険的行為』(Risikogeschäfte)」〔木村・前掲論文一三頁〕、「投資や株式の売買のように、事務自体が投機的性格を帯びるいわゆる冒険的取引 (Risikogeschäft; riskantes Geschäft)」〔大塚・前掲書六六一頁〕、「株式取引、商品先物取引、デリバティブ取引等の一定の危険を伴ういわゆる冒険的取引」〔西田・前掲書二三五頁〕等)が、その他に、損害のリスクを負った行為全てを含む概念として使用する論者 (「企業活動や商取引では、場合によっては会社に財産上の損害を与える危険がある程度予測される場合でも、会社のために利益を求めて取引を行うことが少なくない。このようないわゆる冒険取引」〔前掲『新版注釈会社法』五六一頁〔芝原〕〕、「財産上の損害を生じさせる一定のリスクを有する冒険的取引」〔山口・前掲『各論』三二〇頁〕、「ある程度本人に損害を与えかねない取引 (冒険的取引)」

〔前掲『アクチュアル刑法各論』二四七頁〔鎮目〕〕）や、「冒険的取引」にすでに適法性評価を含む論者（「許される程度に危険な行為、すなわち、冒険的取引は任務違背行為ではない」〔林・前掲書二七四頁〕）がいる。

(29) 判例においても、冒険的取引の用語が用いられたことはあるものの（例えば、前掲大阪高判平成八・三・八等）、同概念自体が重要な考慮要素となったことはない。

(30) 本章第二節第三款参照。

(31) 上嶌・前掲書二六九頁。

(32) 山口・前掲『各論』三二〇頁。なお、山口・前掲『問題探究』二〇四頁によれば、任務違背とは「財産処分行為をそれ自体として見たときの、本人に対する不利益性」であり、それ以外の要素も含めたトータルでの本人の不利益は、図利加害目的の要件において考慮されることになる（本章第二節注(26)参照）。

(33) 内田（幸）・前掲「判批」一五二頁、前掲・今井ほか『刑法各論』二一二頁以下も参照。

(34) 大森忠夫ほか編『注釈会社法（八）のⅡ』（一九六九）三九〇頁〔藤木〕。この叙述を特別背任罪の考察において引用している文献として、前掲『新版注釈会社法』五六一頁〔芝原〕、前掲『注解特別刑法』二五頁〔佐々木〕。もっとも、藤木は、通常の背任罪については、このような「不利益」基準を明示的には援用しておらず、「法令・通達・内規の違背があっても、実質的に本人に利益を及ぼす意図でした行為であれば、任務違背ありとは断定できない」とするのみである（藤木・前掲書三四五頁）。

(35) 上嶌・前掲書二六九頁。

(36) 上嶌・前掲書二六七頁。同旨、前掲『アクチュアル刑法各論』二四七頁〔鎮目〕。

(37) 内田（幸）・前掲「背任罪の系譜」一四〇頁。

(38) 内田（幸）・前掲「判批」一五二頁。

(39) 刑集三七巻四号四三七頁。

(40) 上嶌・前掲書二六九頁。引用部分は、冒険的取引に関するものであり、その限りで不利益基準の例外が妥当すると考えられているのかもしれない。しかし、経済活動、特に企業活動においては、常に一定の不利益の生じるリスクが存在するといってもよく、むしろ広い意味での冒険的取引における判断基準の明確化こそが重要な課題というべきであろう。

(41)　ただし、不利益基準の内容について議論をする以前に、任務違背性に本人の不利益が必要なのか、その根拠が問われよう。この点について、前掲『アクチュアル刑法各論』二四七頁〔鎮目〕は、本人にとって実質的に利益となる行為は「本人による事務処理の委託の趣旨に反しているとは考えにくいこと」を理由に挙げている。しかし、このことは本人に不利益が生じなければ任務に反しないということを意味するだけである。

(42)　本章第二節第三款参照。

(43)　下刑集六巻五六号七八〇頁

(44)　この定款違反の点についても、本文記載の事実を認定したことをもって、実質的に違反がなかったと考えたと読むことは可能であろう。

(45)　東高刑時報二九巻三号五九頁。

(46)　判時一九九一号三〇頁、判タ一二五九号一四二頁〔旧日本道路公団鋼鉄製橋梁談合・背任事件〕。同判決の評釈として、塩見＝品田智史「判批」刑事法ジャーナル一四号（二〇〇九）一〇六頁以下がある。

(47)　刑集五八巻六号五二四頁。

(48)　上嶌「判批」ジュリ一三三六号（二〇〇七）一三五頁、松宮「経営判断と背任罪」立命三〇七号（二〇〇六）一〇一頁、上田・前掲「判解」二〇四五頁。

(49)　判タ三六四号二九九頁。

(50)　刑月二巻六号六二六頁。

(51)　本章第三節第二款第三項参照。

(52)　判時一〇一二号三五頁〔東洋レーヨン産業スパイ事件〕。

(53)　この判決に類似した判断手法を採っているものとして、東京高判昭和三〇・五・三〇裁特二巻一一号五三八頁（立木の伐採、伐採後の立木の管理、立木の搬出の業務を委託された者が、自己の利益を図るために立木を売却したという事案）、及び、千葉地判昭和三四・一二・三下刑集一巻一二号二五七七頁（顧客の委託を受けて入手し会社の保管に付していた株式につき、会社の係員を欺罔して同株式を売却させその代金の交付を受けたという事案）が挙げられる。これらの判決は、「任務とは関係のない行為」及び「事務の処理とは関わりない詐欺的手段」であることを理由に背任罪を否定し

ている。

(54) 林・前掲書二七五頁参照。同「判批」ジュリスト七六八号（一九八二）一七一頁は、判決が事務処理の範囲を逸脱した所為と認定したこと自体にも疑問を呈する。

(55) 山中・前掲書四一三頁参照。また、前述の管理権説（本章第二節注(8)参照）からは、特定された財産についての管理性が認められないと説明されている。前掲・今井ほか『刑法各論』二一一頁〔島田〕参照。

(56) 判タ二〇八号二一三頁。

(57) 判時四五九号一〇頁〔武州鉄道汚職事件〕。

第四節　小　括

従来、背任罪の議論の中心であった背任罪の本質論、及び、主体の範囲を限定する動きは背任行為の大枠を画する面を有していたものの、それ以上の具体化を伴うものではなかった。また、図利加害目的に関する議論は、背任行為の問題を部分的に取り込む面も見られたものの、当然のことながら、背任行為の内容を直接にとりあげるものではなく、これをさらに論ずる必要はなお存していた(1)。

すすんで「任務違背」要件それ自体についても十分な議論がなされているとはいい難い状況にある。学説における形式的法違反の強調は表面的なものに過ぎず、実質的に判断するといっても、結局のところ、信義誠実といった抽象的な基準が持ち出されるにとどまっている。また、善管注意義務のような一般条項的な刑法外の規範との関係も必ずしも明らかにされていない。近時主張される「不利益」基準も、それだけでは任務違背判断の決定的基準とはなりえないと解される(2)。判例もまた、実質的な判断を行うことははっきりしているものの、それ以上に具体的な基準は示しえてはいないのである(3)。

以上のように、背任行為に関する我が国の議論はいまだ十分とはいえない。他方、ドイツにおいては、近年、背任行為に関する注目すべき判例がいくつも登場し、それに伴って、学説において議論が盛り上がりを見せている。この状況を参照することで、我が国の議論に対する有益な示唆を得たいと考える。

（1）本章第二節。
（2）本章第三節第二款。
（3）本章第三節第三款。

第二章　ドイツにおける議論

第一節　背任罪規定の構造

第一款　はじめに

ドイツ刑法の背任罪（Untreue）は二六六条で規定されている。すなわち、「法律、官庁の委任若しくは法律行為によって行為者に与えられた、他人の財産を処分し若しくは他人に義務を負わせる権限を濫用し、又は、法律、官庁の委任、法律行為若しくは信任関係に基づいて行為者に負わされる、他人の財産上の利益に配慮する義務に反し、これにより、自己がその財産上の利益を保護すべき者に損害を加えた者」（二六六条一項）は五年以下の自由刑又は罰金刑をもって処罰される。

そこに挙げられている二つの類型、すなわち、「法律、官庁の委任若しくは法律行為によって行為者に与えられた、他人の財産を処分し若しくは他人に義務を負わせる権限を濫用し、……これにより、自己がその財産上の利益を保護すべき者に損害を加えた」場合と、「法律、官庁の委任、法律行為若しくは信任関係に基づいて行為者に負

わされる、他人の財産上の利益に配慮する義務に反し、これにより、自己がその財産上の利益を保護すべき者に損害を加えた」場合のうち、前段が濫用構成要件（Missbrauchstatbestand）、後段が背信構成要件（Treuebruchstatbestand）と呼ばれている。

以下では、ドイツにおける議論を参考にするための前提として、現行の背任処罰規定の形成過程、及び、従来議論されてきた点を簡単に紹介し、若干の検討を加え（本節）、その後、本稿の主題である背任行為に関して詳しく論じることとしたい（第二節、第三節）。

第一款　ドイツ刑法二六六条の形成過程

一九三三年の改正以前の旧二六六条一項は、背任罪の主体たりうる者を限定列挙し、行為態様も各号で異なって規定していた[1]。すなわち、「一．後見人、監督人、財産保護人、係争物件保管人、財産管理人、遺言執行者、及び財団の管理人が、意図的にその監督を委託された人又は物に損害を加えるために行動した場合、二．代理人が、委任者の債権その他の財産部分を意図的に同人に損害を加えるために処分した場合、三．土地測量人、競売人、仲立人、貨物認証人、役務給付人、秤量人、測量人、商品検査人、荷降人、荷積人、及び、公権力によりその営業の遂行を義務付けられた者が、その委託された業務に際して、意図的にその業務を処理する者に損害を加える場合」、背任罪として処罰された。

旧規定において議論の中心となっていたのは二号である。すなわち、同号に含まれるのは、法律行為として有効な他人の財産部分の処分を行った代理人だけか（濫用説[2]）、それとも、その他の方法で委任者の財産に悪影響を及ぼす者も含まれるのか（背信説[3]）が争われた[4]。立法者は、この争いを、現行二六六条において、背任罪を濫用構成

要件と背信構成要件に分け、一つの条文に統合することによって終結させようとした。それと同時に、可罰的な事例を間隙無く捉えるために、旧規定における主体を列挙する方式を放棄した。かくして、従来の濫用説と背信説の争いは終息したものの、現行の二六六条は処罰範囲の広範性ないしは不明確性という問題を抱えることとなった[5]。判例・学説の関心もそこに向けられたのである。

第三款　二つの構成要件の関係

まず、二六六条一項には背信構成要件と濫用構成要件が同居していることから、両者の関係が問題となる。改正直後から数十年間は、二元説が通説であった。同説によれば、濫用構成要件と背信構成要件は、二つの独立した背任の構成要件であり、濫用構成要件については「自己がその財産上の利益を保護すべき」という関係文から導かれる財産保護義務（Vermögensbetreuungspflicht）は要求されないとされていた[6]。

しかし、連邦通常裁判所一九七二年七月二六日判決（いわゆる小切手カード判決[7]）によってこの路線に転機が訪れた。事案は、金融機関によって小切手の支払が保証されていることを示すいわゆる小切手カード（Scheckkarte）を持つ顧客が、預金の裏づけのない小切手による支払を行って金融機関に債務を負担させたというものである。連邦通常裁判所は次のように判示した。背任罪における両構成要件の不法は、他人の利益のため（fremdnützen）の財産保護義務違反によって特徴付けられ、小切手カードの所持者には銀行に対するそのような特別の財産保護義務が欠如する、と[8]。判決の理解の根拠は、刑法二六六条の文言上、「自己がその財産上の利益を保護すべき」という関係文が双方の構成要件類型にかかるということに基づく。このような一元説[9]の基本的命題は、財産保護義務が、両方の構成要件に必要とされ、その内容も同一であるというものである。そのため（法律行為等に基づく）処分権

限の濫用に濫用構成要件が成立するのは、権限がまさに他人の財産保護の目的のために与えられている場合に限られることになった。この見解によれば、濫用構成要件は、背信構成要件と同一の財産保護義務を前提としており、包括的な背信構成要件の（本来は不要な）「特別事例」と位置づけられる[10]。本判決以降、判例は一元説に収束し[11]、通説もこれを支持している[12]。

第四款　背任罪の主体

旧二六六条のような主体の列挙をやめたことにより、背任罪の主体の範囲も新たに争点として浮上した。濫用構成要件の主体は、「法律等によって処分権限又は義務付け権限を与えられた者」である。「他人の財産を処分し、又は、他人に義務を負わせる権限」とは、行為者に、対外的に他人の財産権を有効に変更、移転、喪失し、又は他人に債務を負わせることをできるようにさせる権能である[13]。この権能は、行為者に有効に与えられなければならない[14]。他方、背信構成要件の主体は、「他人の財産上の利益に配慮する義務」（財産配慮義務）を負う者である。両構成要件の関係についての判例・通説（一元説）によれば財産配慮義務と財産保護義務は同じ内容であるため[15]、財産保護義務の内容を確定することが主体要件の存否の判断にとって重要になる[16]。

判例は、新二六六条が導入された直後に、財産保護義務の内容に関して三つの基準を挙げていた[17]。すなわち、①財産保護義務が行為者と本人の間の内部関係の「本質的内容」をなすといえること[18]、②財産保護義務を負う者に独立性が認められること、③財産保護義務が一定の範囲及び存続期間をもつことである。これらのうち、①は、例えば、ドイツ民法二四二条による、契約関係において他方当事者の利益を配慮する義務は、従属的な義務であって背任罪では問題にならないことを意味する。②は、行為者が、本人に代わって財産に配慮する地位を委譲されて

いる以上、自己答責的な決定の余地が残されていなければならないことを意味する。行為者が裁量権及び独立性を持つことが要求されているのである。③は、事務処理が一定の継続性を持ち、その範囲が個別の活動を超えていることを意味する。②と③の基準は、併せて、義務の重要性[19]とも呼ばれている。以上の基準は、連邦通常裁判所の判例においても用いられてきた[20]。

もっとも、判例において、これらの基準が充たされなくとも背任罪の主体性を肯定したものも見られるところである。例えば、①に関しては、賃貸借関係における保証金（敷金）の寄託のように、相互の給付関係の中心にはない義務も、個別の管理関係のもとでは主たる義務となるとされている[21]し、②に関しても、集金人のような独立性が認められないような者にも背任罪の主体性が肯定されている[22]。また、学説からはこれらの基準に疑義も提示されている。例えば、①に関し、本質的・非本質的の区別は曖昧であって、その区別基準が存在しなければ無意味ではないか[23]、③に関し、一度きりの関係や個別的な関係においても財産保護義務が認められるべき場合があるのではないかと指摘されている[24]。そのため、学説においては、以上の三つの基準は財産保護義務を認めるための間接証拠に過ぎず、個別事情の全体状況によって判断する以外ないと理解されている[25]。

近時は、上記の基準以外に、判例及び学説の一部において、「他人の利益のために類型化された債務関係（fremdnützig typisiertes Schuldverhältnis）[26]」という表現も用いられている[27]。双方の当事者が自己の利益を追求するということによって特徴付けられるような交換関係を排除することを狙った基準である。もっとも、自己の利益を各自が追求するような関係の排除自体は従来の基準のもとでも行われていた[28]のであり、この基準が背任罪の主体の範囲をより明確化したとはいい難く思われる[29]。

ところで、ドイツ刑法の背任罪は、その主体となる者が（通説によれば）財産保護義務を負うことを要求し、背

任行為と評価されるためには、財産保護義務に違反していなければならないことを規定している。そのため、財産保護義務は背任罪の主体と行為の両方にとって意味のある要件である。しかし、主体の議論と行為の議論は異なった形で行われている。すなわち、「他人の利益のために類型化された債務関係」という基準から看て取れるように、行為者が背任罪の適格を持つか否かの判断は、行為者と本人の全体的な法律関係に基づいて判断されているのであって、行為者が個別的に負う義務に着目して判断されているわけではない。他方、本稿において問題としている背任行為の画定のためには、行為者が本人との関係で負っている個別具体的な義務の違反が背任行為と評価されるのかという形で議論されているのである。[30] 後者の意味での財産保護義務（違反）は、背任行為の検討においてあらためて取り上げる。

第五款　故意の厳格化

ドイツの背任罪には、図利加害目的という特別の主観的要件は存在せず、故意があれば足りる。[31] そのため、本人の利益を図る動機で行われる背任も処罰の対象になりうると考えられている。[32][33]

もっとも、判例によれば、「客観的構成要件の広範さに鑑みれば、主観的構成要件の認定には、厳格な要求が課される」[34]。この要求は、とりわけ、未必の故意の場合や、行為者が利己的に行動しているわけではない場合に妥当するとされている。[35] しかし、判例の傾向には、何故背任罪の故意の認定にだけ厳格さが要求されるのか、客観的構成要件の広範性・不明確性は、故意の認定を操作することではなく、客観的構成要件自体の限定によって解決されるべきではないのか、などの批判が向けられている。[36] 故意の厳格化による背任罪の限定は成功しているとはいい難いと思われる。[37]

（1）ドイツにおける背任罪規定の沿革について、江家・前掲「研究」八八頁以下、上嶌・前掲書一一頁以下を参照。ドイツ語の文献としては Helmuth Mayer, Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen (1926) S. 14 ; Urs Kindhäuser, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch 2. Aufl. Band 2 (2005)（以下 StGB NK と略称）Rn 4 ff.; Gunther Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil (2000) § 22 Rn 4 f. 等参照。

（2）この説は、ビンディングが背任罪を「法律上認められた権力的地位（Machtstellung）の濫用による他人の財産の加害」と性格づけたことに基づく。Karl Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 2. Aufl. (1902) S. 396 参照。もっとも、ビンディング自身は、権限の内容を明示していない。権限が法的代理権であるとしたのは後の論者である。Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. (1931) Anm I; Heinrich B. Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl. (1932) § 169 等。また、Bernd Schünemann, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch（以下、StGB LK と略称）11. Aufl. (1998) § 266, Rn 4 も参照。

（3）ライヒ裁判所が採用した考え方である（RGSt 1, 172 ; 3, 284 ; 14, 184 等）。同説は、背任罪の不法の本質を、他人の財産に配慮する（法律上事実上の）義務の財産侵害的な違反に見ている。

（4）この他に、背任罪の本質を他人の財産を保護する法律上の義務に違反することであると解する、事務処理説（Geschäftsführungstheorie）も存在した。この説は、義務違反を背任罪の本質と見る点において背信説と考え方を同じくするが、「義務」を法律上の財産配慮義務に限定する点において背信説と異なるとされる。Berthold Freudenthal, Die Untreue, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Band VIII (1906) S. 116 f. 参照。邦文による同説の説明につき、木村・前掲論文六頁、江家・前掲「研究」一一六頁、上嶌・前掲書一二頁参照。

（5）背任罪の不明確性・広範性については、H・マイヤーが次のように表現している。「背任罪に関する典型的な古い事例が一つも存在しない限り、裁判所も訴追機関も、二六六条〔に該当する事例〕が存するのかどうかを知るものではない」（〔　〕部分は引用者注）、と（H. Mayer, Die Untreue, Materialien zur Strafrechtsreform I. Band (1954) S. 337）。このような不明確性・広範性は、背任罪、とりわけ背信構成要件が、義務の内容について詳しい情報を提供していない点に由来するとされている。Michael Kubiciel, Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit, NStZ 2005,

S. 354. 学説においては、背任罪（背信構成要件、又は、両方の構成要件）は基本法一〇三条二項による明確性規則に抵触して違憲であるとの批判も多く唱えられており、改正の提言も少なからず行われている。Karl Heinz Labsch, Untreue (§ 266 StGB) (1983) S. 229 f.; Walter Sax, Überlegungen zum Treuebruchstatbestand des § 266 StGB, JZ 1977, S. 663 ff.; Walter Kargl, Die Mißbrauchskonzeption der Untreue (§ 266) ZStW 2001, S. 565 ff.; Edward Schramm, Untreue und Konsens (2005) S. 245 ff. また、Günter Haas, Die Untreue (§ 266 StGB) (1997) S. 116 ff. 参照。

(6) RGSt 69, 58; Ernst Schäfer, Das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. Mai 1933, DJZ 1933, 795. Weber, Überlegungen zur Neugestaltung des Untreuestrafrechts, Festschrift für Eduard Dreher (1977) S. 557 f. ～も参照。

(7) BGHSt 24, 386.

(8) BGHSt 24, 387 f.

(9) この見解は、既に小切手カード判決以前にヒュープナーによって主張されていた。Engelbert Hübner, StGB LK, 10. Aufl. (1979) § 266 Rn 4 ff. 参照。

(10) 本文のような見解はシューネマンにより厳格な二元説と呼ばれている。両構成要件の関係を巡っては、他に、濫用構成要件について、財産保護義務の内容として他人のための保護関係を要求するが、背信構成要件における財産配慮義務と同じ強度を要求しない見解（限定的一元説。Martin O. Wegenast, Mißbrauch und Treuebruch (1994) S. 134 ff.; Schönke/Schröder/Theodor Lenckner/Walter Perron, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. (2006)（以下、Sch/Sch/Lenckner/Perron と略称）§ 266 Rn 2; Jörg Eisele, Untreue in Vereinen mit ideeller Zielsetzung, GA 2001, S. 381 等）、濫用構成要件において必要とされる内部関係を、外部関係において存在する法的権能を「濫用的」つまり違法に行わない義務にまで引き下げる見解（新二元説。Labsch, Der Kreditkartenmißbrauch und das Untreuestrafrecht, NJW 1986, S. 108; Peter Bringewat, Scheckkartenmißbrauch und nullum crimen sine lege, GA 1973, S. 358 ff.; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. (2005) § 54 Rn 8 ff. また Kargl, a. a. O., S. 589 ～も参照。この見解によれば、例えば、二六六条ｂによって把握されているような自己のための信託関係についても背任罪が成立することになる）なども唱えられている。また、類型学的な背任理論を展開するものとして Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 17 ff. がある。彼は、背任

罪の不法の中核が他人の財産の内部からの侵害であるとして、行為者が他人の財産を支配していることを要件とする。これにより、刑法上の信任義務は単なる支配の結果と位置づけられている。

(11) 最近の判決として、BGHSt 50, 337 参照。

(12) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl. (2009) § 266 Rn 6; Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 26. Aufl. (2007) § 266 Rn 9; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 79; Hans-Ludwig Schreiber/Werner Beulke, Untreue durch Verwendung von Vereinsgeldern zu Bestechungszwecken—BGH NJW 1975, 1234, Jus 1977, S. 657; Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 9. Aufl. (2003) § 45 Rn 11 等。

(13) 処分権限と義務付け権限の区別は私法上の物権行為と債権行為の区別に対応している。

(14) Fischer, a. a. O., Rn 16. もっとも、本人と行為者の内部関係を基礎付ける契約が無効であった場合や終了している場合にも権利外観法理等に基づいて濫用構成要件が適用されるのかという点については個別的に議論されている。Fischer, a. a. O., Rn 17; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 4; Kindhäuser, StGB NK, a. a. O., Rn 89 f.; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 22; Maurach/Schroeder/Maiwald, a. a. O., Rn 17; Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 41; Labsch, a. a. O., S. 307 等参照。

(15) 財産配慮義務と財産保護義務の関係について詳しくは、Fritjof Haft, Strafrecht Besonderer Teil, 8. Aufl. (2004) S. 128 f.; Kargl, a. a. O, S. 580 ff.; Eisele, a. a. O, S. 380 f. 参照。

(16) 前述のように、通説によれば、濫用構成要件にも背信構成要件と同内容の財産保護義務が課せられるため、以下の要件は濫用構成要件の主体の画定のための要件ともなる。

(17) RGSt 69, 61 f.

(18) この基準は、「主たる義務」（Hauptpflicht）の要件とも呼ばれている。

(19) 義務の重要性基準には、義務の範囲及び期間以外に、管理する財産の大小も含まれるとされることがある（BGH MDR/H 78, 625）。これに対しては、軽微な損害の場合には親告罪とする二六六条二項が存在する以上、損害の大小で決めるべきでないとの批判が向けられている。Kindhäuser, Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue

(§ 266), Festschrift für Ernst-Joachim Lampe (2003) S. 716 参照。

(20) BGHSt 3, 293 f. 等。

(21) BGHSt 41, 224.

(22) RGSt 69, 70 等。Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 24 参照。

(23) Kindhäuser, Pflichtverletzung, a. a. O., (2003) S. 715.

(24) Kindhäuser, Pflichtverletzung, a. a. O., (2003) S. 716 ; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 23a.

(25) Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 24 ; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 57 ; Wilfried Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. (2005) S. 363 等参照。

(26) BGH GA 1977, 19 等。類似の基準として、「他人の利益のための財産配慮（Vermögensfürsorge）」という表現も用いられている。BGH NJW 1983, 461 ; NJW 91, 2574 等

(27) Fischer, a. a. O., Rn 29a ; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 23 ; Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 74 ff.; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 58, 60. これについては Kargl, a. a. O., S. 583 f.も参照。

(28) RGSt 71, 90 は、賃料支払債務や賃借物返還債務のような通常の債務が財産保護義務に該当しないことを述べた上で、義務の本質的内容を要求している。

(29) Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 23a ; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 63. 財産保護義務の内容を示す基準として、他に民法六七五条の「事務処理（Geschäftbesorgung）」が引き合いに出されることがある。連邦通常裁判所の民事判決によれば、事務処理の内容は、「経済的性質を持つ独立の活動で、本来は、本人自身が配慮しなければならないものであるが、事務処理者に委ねられているものである」と定義されており、そのような要素が欠如しているのは、「本人の任務の範囲が、およそ他方当事者の助力によってはじめて作り出されるという場合」であるとされている（BGHZ 45, 229）。もっとも、事務処理の概念を持ち出すのは、交換関係を排除するためであり、背任罪の主体の画定につき独自の観点を示すものではない。

(30) この背任行為に関する議論は、通常、「義務違反（Pflichtverletzung）」という項目において行われている。ドイツにおける背任罪の議論は、背任罪の主体が「事務処理者」、行為が「任務違背行為」とされる日本の背任罪における議論と

類似した形で行われているといえよう。

(31) ただし、背任行為（義務違反）の存否を判断する際に、行為者が「自己図利目的」を持っていたことが判例上考慮されることがある（後述する BGHSt 46, 30; 47, 187 参照）。しかし、このような考慮は以下のように批判されている。まず、社会的に意味のある行為に代えて行為者の内心の考えを連結点にすることは、行為刑法を放棄するものである。また、客観的に正しく思われる決定においても、常に決定者の利益が混ざっているものであるし、経済活動において、業務執行者と会社の利益がパラレルとなることは合理的と評価される。最後に、行為者が企業の目的を持ち出して自己防衛を図るようになれば、結局は、何が義務に従っていて、何が反しているかは客観的に評価するほかなくなる、と。Kubiciel, a. a. O., S. 359 参照。

(32) BGH NJW 1975, 1234 参照。

(33) 背任行為（義務違反）の故意については事実の錯誤と禁止の錯誤の区別に関連して学説上争われている。一方で、行為者が義務違反の基礎となる事実を認識しているならば十分であるとの見解（Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 153; Herbert Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl. (2005) Rn 77）があり、他方で、行為が濫用・義務違反に該当することの認識まで要求する見解（Günther Jakobs, Bemerkungen zur subjektiven Tatseite und Untreue, Festschrift für Hans Dahs (2005) S. 49 ff.）がある。判例は、いずれの見解も否定し、「評価的基準と差異化した考察（wertende Kriterien und differenzierende Betrachtungen）」が必要であると述べているものの（BGH NStZ 2006, 217）、その内容は明らかでない。具体的には、連邦通常裁判所は、財産侵害的な措置を行わないことの一般的な禁止を行為者が認識している以上は、この原則を破る特別な許容命題（Erlaubnissatz）を認識していても、それは禁止の錯誤として（BGH NStZ 2006, 217）、政党の決算報告書の作成についての法律上の要求に関する錯誤を構成要件的錯誤としている（BGHSt 51, 119）。以上につき、Fischer, a. a. O., Rn 77a 参照。

(34) BGHSt 3, 25. 最近の判決として BGHSt 47, 295 等。

(35) BGH NJW 1975, 1236 等参照。

(36) Fischer, a. a. O., Rn 78; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 50; Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 151; Thomas Hillenkamp, Risikogeschäft und Untreue, NStZ 1981, S. 163; Martin Paul Waßmer, Untreue bei Risiko-

geschäften (1997) S. 25 ff., 156 ff.; Andreas Ransiek, Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, ZStW 2004, S. 638 ff.; Kubiciel, a. a. O., S. 356.

(37) もっとも、背任罪による故意の制限は、「財産上の損害」要件との関係ではなお問題となっている。BGHSt 51, 118 ff. 参照。この判決につき、Ransiek, „Verstecktes“ Parteivermögen und Untreue, NJW 2007, S. 1727 ff.; Frank Saliger, Parteienuntreue durch schwarze Kassen und unrichtige Rechenschaftsberichte, NStZ 2007, S. 545 ff.; Klaus Bernsmann, Alles Untreue ? Skizzen zu Problemen der Untreue nach § 266 StGB, GA 2007, S. 219 ff. 等参照。

第二節　背任行為

第一款　濫用構成要件――権限濫用

濫用構成要件の規定する行為の態様は、与えられた権限の濫用である。「濫用」とは、法的権能の誤った利用であり、内部関係に由来する義務に照らした具体的な権限行使に対する規範的な評価である(1)。

権限を「濫用」したといえるためには、行為者が法的に有効な法律行為を行っている必要がある(2)。それは、一般に「法的に可能であるが許されていない行為を行うこと」と定式化されている(3)。濫用は、行為の性質あるいは内容から判断されなければならないため、例えば、許可に従った行為を行うが、内心では自己のために金銭を利用するつもりであった場合は「濫用」に当たらない(4)。濫用という評価を下すには、外部的権能（法的な可能性）の存在を確認したうえで内部の権限（法的な許可）の超過が認定される必要がある(5)。外部的権能は私法上の有効性の有無によって、内部的権限は、行為者と本人の間の内部関係に基づいてそれぞれ認定される。通説によれば権限超過の認定は、財産保護義務違反の判断と一致するとされる(6)。財産保護義務違反の点については後述する。

第二款　背信構成要件――財産配慮義務違反

背信構成要件の規定する行為の態様は財産に配慮する義務の違反であり、法律行為に限られることなく、事実上の行為によっても、また、作為・不作為を問わず遂行されうる。[7] 本人の財産に直接的な損害を加える攻撃も含まれるとされている。[8]

財産配慮義務[9]は背信構成要件の主体を画する要件でもある。前述したように、背任罪の主体は、通例、行為者と本人の全体的な法律関係に基づいて判断されており、背任行為の場面では、行為者が負う個別具体的な義務の違反が背任行為と評価されるのかという形で議論されている。[10]

第三款　財産保護義務違反

背信構成要件においても濫用構成要件においても、実行行為の中核をなすのは財産保護義務の違反である。[11] 財産保護義務ないしその違反の認定に関しては、これまで、ドイツでは個別の論点を取り上げて議論されてきているので、本稿でも、以下、論点ごとに紹介・検討を行うことにしたい。

第一項　私法との関係

二六六条は財産保護義務の内容について何も規定していないため、それは刑法外の法律関係に従って確定されると解されている。[12] すなわち、通説によれば、背任罪における義務（違反）とは規範的構成要件要素であり、[13] その内容は刑法外の義務カタログから持ち込まれる。[14] かくして、刑法外の法分野との関係が問題となる。

従来、この点を巡っては、任務（内部関係）の内容が違法である場合の背任罪の成否が問題とされてきた。[15] 違法な任務の単なる不履行が処罰されないことには一致がある。[16] 争いがあるのは、単なる不履行を超える場合、例えば、

本人が違法又は良俗違反の目的のために委託した金銭を行為者が本人との取り決めに反して（不当に）利用する場合である。判例及び大部分の学説は、当罰的な事例に対する間隙を作らないために、この場合に背任罪の成立を肯定する。[17] しかし、反対説は、取り決めが法的に認められない場合においても背任罪による保護を認めるというのは法秩序の統一性の原理に反すると批判している。[18]

背任行為の場面に限るならば、行為者が違法な任務を単に実行しないことを超えて、何らかの財産処分を行う場合、当該処分自体が義務違反と評価されうるようなものである限り、積極に解してよいであろう。取り決めの違法・良俗違反は、本人に保護に値する財産が存在するのかという場面で議論されるべきである。[19]

第二項　同　意

本人が行為者の財産処分について同意をしている場合、[20] 濫用構成要件も背信構成要件も成立しない。この場合、両構成要件に必要とされている義務違反が既に存在しないからである。この意味で、背任罪における本人の同意は構成要件を阻却する合意（Einverständnis）であると一般的に理解されている。[21]

第三項　個別の義務違反行為との関係

背任罪の主体の議論とも関係するが、判例において次のようなことが言われている。行為者と本人の全体として（insgesamt）の契約関係に基づいて財産保護義務が認められるとしても、個別的には、その違反が背任罪を成立させない義務がある、と。[22] このような考え方に従って、背任罪の成立が否定された具体例としては、弁護士が委任事務の処理によって受け取った金銭を本人に引き渡さなかった事案、[23] 株式会社の取締役が、自己の競業禁止違反行為によって発生させた当該取締役に対する会社の利益吸上請求権（Gewinnabschöpfungsanspruch）[24] を履行しなかった事案[25] が挙げられる。すなわち、預り金の引渡や単純な債務履行の義務は、財産保護義務を負う者以外の者も

負うような通常の義務と内容において変わりがないものであるから、その違反は背任罪における義務違反とは評価されないと考えられている。

さらに、財産保護義務を負う者が、本人の財産を損壊あるいは奪取するケースも問題となる。ここでは、行為者が本人から与えられた財産保護義務を基礎付けるような地位（権力的地位〔Machtstellung〕）[26]がはじめて義務違反を可能にすることまでは必要とされていない。換言すれば、義務違反行為が第三者によっては実行することが不可能であるという必要はないと考えられてきた[27]。他方、行為者のあらゆる義務違反行為が背任罪となるということも[28]一般に否定されている。なぜなら、このような考え方を採ると、財産保護義務に本人の財産を侵害することの一般的な禁止も含まれることになり[29]、例えば、スーパーマーケットチェーンの取締役が夜間にチェーンの店舗に侵入し品物を奪取したような場合にも、背任罪で処罰されることになってしまうからである[30]。

このような帰結は行き過ぎであるとして、個別の義務違反は権力的地位とある程度の関連性は持たねばならないとする限定が試みられている。すなわち、行為が、財産保護義務によって基礎付けられる任務領域の内部にある場合にのみ背任罪にとって意味のある義務違反として評価されるという見解[31]、背任罪の処罰根拠は特別の権力的地位を与えられた行為者による財産侵害であるということから、違反された義務と財産保護義務との間に機能的連関（funktionaler Zusammenhang）を要求し、行為者に与えられた権力的地位が、行為者に当該義務違反を可能にし、容易にし、又はその他の方法において決定的に促進させた場合でなければならないとする見解である[32]。機能的連関を考慮する見解によれば、行為者に与えられた特別の地位が、他人には存在する財産加害行為への障害を排除できる場合に背任罪が認められることになる。

背任行為を任務領域の内部に限定する見解は、その任務の範囲を「財産保護義務によって基礎付けられる」とい

う以上には規定していないと批判されている。[33] 背任罪は特別な信任関係の違反を処罰する犯罪である以上、本人の財産に対するあらゆる加害行為を背任行為と評価することはできない。そのため、機能的連関を要求することが必要と解される。ただし、機能的連関を考慮する見解の内部では、行為者が、自身の管理する物を着服又は窃取する場合だけではなく、行為者の「任務の範囲」外にある物（例えば、行為者が権限を持たない支店の商品）についても、部外者に対して存在する障害をその権力的地位により排除できる場合には、背任罪が肯定されるのかという点が争われている。[34]「任務の範囲」が財産保護義務によって基礎付けられるとするならば、それは権力的地位の及ぶ範囲と一致するであろうから、その範囲外における権力的地位の行使は考え難い。一方で、「任務の範囲」が財産保護義務とは異なる別のもの（例えば、行為者の権限あるいは管轄）によって画定されると考える場合は、そのような事態も考えられる。もっともその場合は、行為者の権力的地位を離れた権限や管轄で背任罪の成立範囲を限定するのことの根拠が問われよう。結局のところ、行為者の義務違反行為が背任罪の主体たり得る地位とどのような関係を持つのかという判断に解消されると思われる。その限りで重要なのは機能的連関であって、「任務の範囲」による限定は要しないと考えられるのである。[35]

第四項　冒険的取引

義務違反の判断基準が比較的精緻化されてきた領域に、いわゆる冒険的取引（Risikogeschäft）がある。冒険的取引の定義については諸説がある。一般的には、「問題の措置が利益を生むか損失を出すかの予測が高度の不確実性を伴う」場合[36]などとされている。しかし、最近は、「誤った決定となる可能性がある取引上の自由裁量」がある場合、[37]「結果が財産損害となるかどうかが不確実である業務上の処分」を行う場合、[38]とも定義されており、これによれば、経済活動の相当の部分が冒険的取引に当てはまることになる。

冒険的取引における義務違反の判断に関し、従来は、「当該職業分野における通常の注意（branchenübliche Sorgfalt）」という一般的な基準が支持されていた[39]。しかし、これでは、個別事例に適用する際に役に立たず、信任関係の個別性を捉えきれていないと批判された[40]。その後、「本人と行為者の間の内部関係」が、冒険的取引における義務違反の基準と限界を確定するという見解が登場し[41]、現在でほぼ通説化して[42]、判例[43]も従っている。この見解によれば、本人の意思に一致しているのかどうかが第一に問われ[44]、本人の意思が不明なとき、これに代わる明確な法律上の規定、定款、取決め等が存在する場合はそれに従い、これらも欠如している場合に、個別事例において、例えば株式法九三条一項のいわゆる「通常の誠実な（ordentliche und gewissenhafte）」業務執行のような一般条項的な基準が用いられる。以上の判断枠組は、経済活動の実態に適合するとされる。すなわち、個々に存在する内部関係に焦点を合わせることは、経済活動の多様性に配慮するものであり、本人との取決め又は法規範による許容されるリスクについての明確な基準があれば、これに拠ることは最大の法的安定性を提供するといえるからである[45]。

ドイツにおいては冒険的取引が、従来、背任行為を巡る論点の一つであった。そこでは、日本法のように「通常の業務執行」のような一般的で曖昧な基準に終わることなく、本人と行為者の間の内部関係という個別事例に着目した見解が登場している。以上の議論は冒険的取引という背任罪が問題となる特定の場面に限って行われたものに過ぎないともいえるが、冒険的取引の定義自体が、高度のリスクを持つ行為から、結果が不確実な行為にまで拡張された結果、その範囲は背任罪が問題となる場面の大部分を占めるに至っていると思われる。そのため、近時は冒険的取引の議論を念頭において背任行為一般について議論されるようになってきている。この点に関しては後に詳しく検討する[46]。

第四款　まとめ

ドイツにおいても日本と同様に、「背任行為」が正面から包括的に論じられてきたわけではないけれども、個別的な論点の議論から以下の帰結が導き出されるように思われる。

まず、私法との関係においては、行為者と本人の内部関係が違法又は良俗違反である場合が議論されていた。ここでは、「違法な任務を単に実行しない場合は義務違反ではない」、及び、「違法な任務を与えられた場合にそれとは別の財産処分を行う場合は、当該処分行為について義務違反が判断される」という結論が導かれると解される。

次に、本人が行為者の行為に同意を与えている場合は、権限の濫用も財産保護義務の違反も欠如しているために背任行為は存在しないとする理解も当然のこととして支持される。

また、背任罪の主体性が肯定される者の行為が全て義務違反と評価されるわけではなく、違反された個別の義務と財産保護義務の間に機能的連関、すなわち、行為者の地位が義務違反行為を促進することが要求されるべきだと思われる。

最後に、冒険的取引の議論においては、許される行為か否かを判断する基準について、当該職業分野における通常の注意という一般的なものから、行為者と本人の間の具体的内部関係へと、本人の意思を重視する方向に判例・通説は動いてきている。それは妥当なものと目されるが、「冒険的取引」の範囲が、リスクのある取引行為一般へと拡張する傾向が見られ、議論が背任行為一般とも重なるとも見られるので、さらに以下で検討を続けることにする。

以上は、日本においては（少なくとも自覚的には）議論されてこなかった点であり、背任行為の内容を具体化するものとして着目すべきものと考えられる。

(1) Fischer, a. a. O., Rn 20; Maurach/Schroeder/Maiwald, a. a. O., Rn 21.

(2) 通説である。Fischer, a. a. O., Rn 21; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 17; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 31. 異なる見解として、Arzt, Zur Untreue durch befugtes Handeln, Festschrift für Hans-Jürgen Bruns (1978) S. 371 ff. は、「濫用」を、行為者に与えられた権限の実行において実現されるあらゆる財産加害行為と見る。しかし、この見解に対しては、行為者は、二六六条が要求するような処分権限及び義務付け権限ではなく、地位を濫用しているに過ぎないとの批判が向けられている（Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 17）。

(3) Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 17; Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 34, 50; Küper, a. a. O., S. 349 等を参照。また、BGH wistra 1996, 72 も参照。

(4) Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 18.

(5) Fischer, a. a. O., Rn 23.

(6) 濫用構成要件を背信構成要件の特別類型としか見ない通説（厳格な一元説）の立場を前提としている。両構成要件の関係に関するその他の見解における（背任行為を画定する場面での）義務違反の位置づけは明確ではない。例えば、限定的一元説に立ったうえで、濫用構成要件において（財産保護）義務違反の議論を通説と同じ形で行う論者もいる。Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 19a 参照。

(7) Fischer, a. a. O., Rn 38 f.; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 35; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 41.

(8) Fischer, a. a. O., Rn 38; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 36; Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 89; Kindhäuser, StGB NK, a. a. O., Rn 62; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 38 f. ただし、このような加害行為が無制限に背任罪の対象となるのかは、後述の、個別の義務と財産保護義務との関係においてさらに議論がある。本節第三款第三項参照。

(9) 通説によれば財産保護義務が財産配慮義務と一致する点については本章第一節第三款参照。

(10) このことは、背任罪の主体を判断する際には行為者に裁量権があることが要求されているのに、本人の財産への直接加害行為を背任行為と評価している点からもうかがえる。

(11) Fischer, a. a. O., Rn 39; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 69. 濫用構成要件における義務違反の意味については本節第一款参照。

(12) Fischer, a. a. O., Rn 40; Elisabeth Dittrich, Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsrats mitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütungen (2007) S. 191.

(13) Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 153; Klaus Tiedemann, Die Untreuetatbestand—ein Mittel zur Begrenzung von Managerbezügen? Festschrift für Ulrich Weber (2004) S. 322 等。白地（Blankett）メルクマールとする見解として、Sax, a. a. O., S. 664; Ursula Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991) S. 505 参照。これに対して、二六六条は、刑法外の規範を借用しつつ、処罰規定の保護目的及び明確性の要請という刑法解釈上の独自性によって加工しているという意味で、白地メルクマールではなく規範的構成要件であると説くのは、Thomas Rönnau, Untreue als Wirtschaftsdelikt, ZStW 2007, S. 904.

(14) BGHSt 47, 187; Kubiciel, a. a. O., S. 354; Tiedemann, a. a. O., S. 322; Dittrich, a. a. O., S. 31; Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 60; Henning Radtke/Maike Hoffmann, Gesellschaftsakzessorietät bei der strafrechtlichen Untreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften?—oder: „Trihotel" und die Folgen, GA 2008, 535 ff. この意味で刑法二六六条が、刑法外の規則を引用する単なる「検索プログラム（Suchprogramm）」でしかないことを強調するのは、Ransiek, a. a. O., S. 645.

(15) この問題は、背任罪の主体性が認められるのかという形で論じられてきた。しかし、例えば、会社の機関構成員が贈賄を行うような事例を想定すれば、むしろ背任行為の場面で扱われるべきものであるため、ここで検討する。

(16) Fischer, a. a. O., Rn 34, 41; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 31; Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 65; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 55; Maurach/Schroeder/Maiwald, a. a. O., Rn 28; Küper, a. a. O., S. 366. このような例として、委託された贋金を流通に置かない場合、会社の業務執行者が会社にとって不利な契約を締結するが有利な契約の締結が違法又は良俗違反である場合が挙げられる。

(17) BGHSt 8, 254（旧東ドイツの自由青年団（FDJ）の役員が違法な「西側の仕事（Westarbeit）」のために与えられた金銭を、東ドイツから西ドイツに逃亡するために利用した事案）。Lackner/Kühl, a. a. O., Rn 10; Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 65; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 55.

(18) Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 31; Kindhäuser, StGB NK, a. a. O., Rn 42; Maurach/Schroeder/Meiwald,

a. a. O., Rn 28.

(19) Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 65 参照。

(20) 権限及び任務を与えた委任者と財産上の利益の帰属者が異なる場合、委任者の同意自体が財産帰属者との関係で義務違反の可能性がある。義務違反と評価されるならば同意は無効となる。

(21) 通説。Fischer, a. a. O., Rn 24, 49; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 21, 38; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 70; Schramm, a. a. O., S. 46 ff. 等。

(22) BGH wistra 1986, 71; OLG Hamm NJW 1973, 1809; BGHSt 47, 295 等。学説として、Tiedemann, Untreue bei Interessenkonflikten, Festschrift für Herbert Tröndle (1989) S. 327; Rönnau/Kristian Hohn, Die Festsetzung (zu) hoher Vorstandsvergütungen durch den Aufsichtsrat, NStZ 2004, S. 114. ただし、このような傾向と立場を異にするように見える判例として、BGHSt 50, 331 が存在する。これについては、本章第三節第一款参照。

(23) BGH NStZ 1986, 361.

(24) 株式法八八条二項二文によれば、株式会社は、競業禁止に違反した取締役に対して、同人が得た利益を会社に引き渡すことを請求できる。

(25) BGH wistra 1988, 227.

(26) この概念はすでにビンディングによっても用いられていた。本章第一節注(2)参照。

(27) BGHSt 17, 361 f.; Tiedemann, Untreue bei Interessenkonflikten, a. a. O., S. 325 ff.; Saliger, Parteiengesetz und Strafrecht (2005) S. 30 f.; Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 90; Kindhäuser, StGB NK, a. a. O., Rn 62; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 36; Maurach/Schroeder/Maiwald, a. a. O., Rn 36.

(28) このような見解に立つと思われるのは、ヴォルフである。彼は次のように述べる。行為者と本人の全体としての関係で財産保護義務が認められるならば、「行為者は、……――いかなる方法においても――本人の財産を故意に侵害する場合には、義務」に違反している、と（Gerhard Wolf, Die Strafbarkeit des ehemaligen CDU-Vorsitzenden Dr. Helmut Kohl nach § 266 StGB, KJ 2000, S. 548）。

(29) 学説において、「他人の財産上の利益を保護する」ということから、他人の財産に損害を与えることの禁止が導かれ、

行為者は委託された任務を本人の損害になるように実行してはならず、損害を与えた以上は義務違反になるとの指摘がある（Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 89 f.; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 36 ; Tiedemann, Untreue bei Interessenkonflikten, a. a. O, S. 322 f.）。もっとも、この指摘は、背任罪の主体たる地位にある者が本人の財産を破壊・奪取するという事例においても背任罪が成立しうる、ということを述べるものに過ぎず、個別の損害発生から財産保護義務の違反を一般的に導くことを意味しているわけではない。ただし、実務においては、このような損害から義務違反への逆推論（Rückschluss）が行われているとされ、損害と義務違反との関係を曖昧にするとの批判が向けられている。Waßmer, a. a. O., S. 103 ff; Saliger, Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes, ZStW 2000, S. 565 ff., 610 ; Fischer, a. a. O., Rn 40 等。

(30) Saliger, Parteiengesetz, a. a. O., S. 31.

(31) Hübner, StGB LK, a. a. O., 10. Aufl. (1979) Rn 81 ; Kindhäuser, StGB NK, a. a. O., Rn 62.

(32) Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 19a, 23 ; Saliger, Parteiengesetz, a. a. O., S. 33 ff.; Eisele, a. a. O., S. 388.

(33) Saliger, Parteiengesetz, a. a. O., S. 33 ; ders, Gibt es eine Untreuemode ? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung, HRRS 2006, S. 18.

(34) 否定するのが一般的である。Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 89 f.; Maurach/Schroeder/Meiwald, a. a. O., Rn 36 等参照。一方、肯定するのは、Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 36 等。

(35) Saliger, Parteiengesetz, a. a. O., S. 33 ff. も参照。

(36) Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 20. 例としては、危機に瀕した企業への追加融資（Sanierungskredite）、投機取引等が挙げられている。同旨のものとして Achenbach/Ransiek/Jürgen Seier, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. (2008) Kapital V, Abschnitt 2, Rn 339.

(37) Hillenkamp, a. a. O., S. 165.

(38) Waßmer, a. a. O., S. 10. また Fischer, a. a. O., Rn 42; Henning Loeck, Strafbarkeit des Vorstands der Aktiengesellschaft wegen Untreue (2006) S. 28 もおそらく同旨と見られる。

(39) RGSt 69, 203. H. Mayer, Die Untreue, a. a. O., S. 354 等参照。

(40)　Waßmer, a. a. O., S. 28. 義務違反の基準としてではないが、判例は次のように述べたことがある。「冒険的取引は、損失の危険が利益獲得の見込みより可能性が優る場合、常に許容されない」と（BGH NJW 1975, 1234）。しかし、このような主張は「当該職業分野における通常の注意」基準と同様に本人と行為者の内部関係を無視する（Achenbach/Ransiek/Seier, a. a. O., Rn 347; Arzt, a. a. O., S. 377 Fn 33; Bringewat, Finanzmanipulation im Ligafußball—ein Risikogeschäft, JZ 1977, S. 667; Schreiber/Beulke, a. a. O., S. 656）ものであるし、利益と不利益の見込みが半々に近いような場合、措置を行っても行わなくても義務違反にならないかといった批判が向けられている（Hans-Hermann Aldenhoff/Sascha Kuhn, § 266 StGB—Strafrechtliches Risiko bei der Unternehmenssanierung durch Banken? ZIP 2004, S. 105）。

(41)　Hillenkamp, a. a. O., S. 164 f.

(42)　Waßmer, a. a. O., S. 30; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 20; Schünemann, StGB LK, a. a. O., Rn 56, 95, 97; Fischer, a. a. O., Rn 42; Arzt/Weber, a. a. O., Rn 72.

(43)　例えば、金融機関の貸付について BGH wistra 1985, 190 は、銀行の責任者が刑法二六六条における義務違反の行動をしているのは、行為者が「彼に設定された範囲を遵守していない」場合であるとしている。

(44)　Waßmer, a. a. O., S. 30; Sch/Sch/Lenckner/Perron, a. a. O., Rn 20; Nelles, a. a. O., S. 569.

(45)　しかし、逆に言えば、本人との取決めや法規範のような明確な基準が存在しない場合、未だ解決は不明確なままである。

(46)　本章第三節参照。