

権限濫用説(Missbrauchstheorie)と背信説 (Treubruchstheorie)の由来

井上, 正治
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1419>

出版情報 : 法政研究. 28 (3), pp.1-24, 1962-02-28. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

権限濫用説 (Missbrauchstheorie) Ⅱ

背信説 (Treubruchstheorie) の由来

井 上 正 治

は し が き

背任罪の本質を顧みるとき、わが国においては、別に深い反省を加えることもなく、背信説が圧倒的に支配している。だがドイツにおける事情はそう単純ではない。背信説のほかは権限濫用説が存在し、そして一時は権限濫用説が有力なる学説によって強い支持を受けることにさえたのである。^(一)このようにドイツにおいては権限濫用説と背信説とが拮抗するに至っていることは、決して偶然ではなかった。その背景として、ドイツ刑法の規定のし方じたいに由来を見出すことができるのであった。

ドイツ刑法(一八七六年)は、第二編第二二条の中に、「詐欺及び背任の罪」として、背任罪を規定する。現行法は一九三三年に改正されたものであるが、権限濫用説と背信説との対立の様子を端的にうかがいうるものとして、その改正前の第二六六条を顧みよう。次のように規定する。

第二六六条 左に掲げる場合は之を背任の罪と為し軽懲役に処す。

一 後見人、財産管理人、係争物保管人、保佐人、破産管財人、遺言執行人または寄附財団管理人が、故意にその管理を委託せられたる人または物に損害を加うべき行為をなしたるとき。

二 代理人故意に委任者の債権その他の財産部分に付き委任者に損害を与うべき処分を為したるとき。

三 土地測量人、競売人、仲立人、貨物鑑定人、労働者供給人、秤量人、測定人、撰定人、荷積人、荷積監査人その他官庁の命により業務を行うべき義務ある者。その委託された事務を行うに当り、故意に委託者に損害を加えたるとき。

自己に財産上の利益を得または他人にこれを得させるために背任の罪を犯したる者は、軽懲役に処するほか罰金を併科することができる。

背信説は第一項第一号及び第三号を基礎とする。これに対し権限濫用説は第二号を背景とするものである。そこで、この二つの学説を十分に理解すためには、第一号及び第三号、それに第二号がいかなる経緯をへて生れ、それが現行ドイツ刑法にどのように規定されるに至ったかを少しく検討してみる必要がある。^(二)

(一) 権限濫用説と代理権濫用説 (Theorie des Vollmachtsmissbrauchs) とは、その源を共通にするものとみてよい。もっとも正確にいえば、代理権濫用説は、権限濫用説にいわゆる「権限」を民法上の代理権に限定して考えるところに特徴があるが、背信説との比較においてそれほどの差異はない。ビンディンクいわく、「背任罪は財産の管理者 (Verwalter) 又は監守者 (Behüter) が、法律上認められたる権力的地位を濫用して (durch Missbrauch der ihm gesetzlich zuerkannnten Machtstellung)、『故意且つ違法に他人の財産を侵害することである』 (Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, bes. Teil, 2. Aufl., 1936, S.396)。^(三) フランクいわく「背任罪は法律上の代理権 (Vertretungsmacht) の濫用による財産侵害である」 (Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931,

S.602)。またエー・シュミットいわく「背任罪は法律上の代理権を濫用して、委託されたる財産的利益の管理に関する法律又は法律行為上の義務に違反する罪である」(Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S.654)。そのほかにも Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 1922, S.517ff.; Leopold, Zum Tatbestande der Strafbaren Untreue, Str. Abh., Heft 94, 1904, S. 12ff.

(二) 江家、前掲九六頁以下に詳しく立法過程が引用されている。本稿はその立法過程につき権限濫用説と信説背の対立という視点から考察を加えておく。

一 ドイツ刑法成立の経緯

一 一九三三年改正前のドイツ刑法第二六六条の成立は、二つの由来をもっていた。第一に、その第一項第一号及び第三号は、一八五一年プロイセン刑法第二四六条がその起源をなしたし、第二にその第二号は一八五五年ザクセン刑法の横領罪の規定に背景を有した。

プロイセン刑法における背任罪の規定は大要次のように規定していた。

第二四六条 左に掲ぐる場合は之を背任の罪とし……に処す

一、後見人……故意に其の管理を委託せられたる人又は物に損害を加う可き行為を為したるとき

二、仲立人……其の委託せられたる事務に付き故意に委託者に損害を加えたる時

自己に利益を得又は他人に之を得せしむる目的を以て背任の罪を犯したる者は……

ところでこのプロイセン刑法の規定は、プロイセン一般州法(Das preussische allgemeine Landrecht)に起源を有し、さらにプロイセン州法(Das preussische Landrecht)にまで遡る。そもそもドイツにおいて現行法のごとく背任罪が独立に規定されたのは、^(二)一五七七年連邦警察法(Reichspolizeiordnung)において後見人の背任を処罰した

のが始めてであった。次いで、一七一八年プロイセン後見法 (*Vormundschaftsordnung*) が後見人の背任に裁量刑を科することになった。^(二) プロイセン州法やプロイセン一般州法は、要するに、それまでの背任罪の主体を拡張したところにもその特徴があったといつてよい。たとえば、プロイセン州法においては、任意代理人、仲立人、組合員、財産管理人などについても背任罪が適用されたし、また、プロイセン一般州法においては、かなりその主体も拡張されていたといわれている。そして一八四七年のプロイセン刑法草案におけるまでは、背任罪は詐欺罪の章下に規定されい
 わば信義誠実を侵害する加重詐欺罪と考えられていた。^(三) 後見人の背任は、職務上の義務違反にその本質がある。また代理人、仲立人、組合員の背任は、契約ないしはそれに準じる義務違反にその本質があった。そうしてみると、背任罪は信任関係の違背を本質とし、いわば背任罪は、そのはじめにおいて、財産管理に関する義務違反にあったといつてよい。そこに背信説の由来がある。これに対し権限濫用説の由来は次のようにいわれている。ドイツ刑法第二六六条第一項第二号は、さきにふれたごとく、ザクセン刑法の横領罪に起源を有するものであった。ザクセン刑法第二八七条は、次のように規定する。

第二八七条 業務担当者其の占有に属せざる業務主の債権其の他の財産部分に付利得の意思を以て業務主に損害を加う可き処分を為したるときは之を横領罪と同視す (“*Der Unterschlagung ist es gleich zu achten, wenn ein Geschäftsführer über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Geschäftsherrn, welche er nicht im Besitz hat, in gewinnstüchtiger Absicht zum Nachteil des Geschäftsherrn verfügt.*”)

この規定をドイツ刑法に継受するに当り、その草案理由書は大いに参考とされてよい。いわく、「實際裁判において今なお、横領罪の構成要件を、他人の財産権に關し権利者に損害を加うべき違法の処分にも適用し得るか否かの問題が論議されている。法律はただ実体的動産についてのみ規定しているけれども、人々は単なる債権についてもそれ

が他人の所有の対象であるときは、その横領罪を認め得べきものと信じている。しかし草案は、かくの如き場合は背任罪の概念の下におかるべきであり、したがって、第二百六十六条の第二号として規定を追加し、これによって、實際裁判に現われ且つ最近再び詳細に論議されているところの要求に応ずる道を講ずべきである、と確信したのである。従来横領罪は、自己の占有する他人の物につき、これを領得するところに成立すると考えられていた。いいかえれば横領罪は、所有権侵害を前提とする領得罪にすぎない。それ故、他人の事務を処理する者がその債権を侵害したばあいは横領罪とはならない。そうかといって、これを背任罪として処罰することもできない。もともと第一号及び第三号の背任罪は、公的性格をもつ主体に限られていた。他人の事務を処理する者のすべてが含まれていたのではない。誠実義務という概念を自由に拡張することは、背任罪の規定をあいまいなものとしてしまうので、これに一定の客観的限界を与えるためには、他人の事務を処理するものうち公的性格をもつ関係に限定する必要がある^(四)。他人の事務を処理する者がその債権を侵害しても背任罪とはならない。そこで、ドイツ刑法においては、背任罪と横領罪との間に間隙を生じることになり、その間隙をうめるために第二号を必要としたものである。だがザクセン刑法の規定との間には若干の差異の存するところを見逃してはならない。まず「その占有にぞくしない」という制限が除かれていし、また「利得の意思」を必要としなかった。その結果、利得の意思を必要としない点においてドイツ刑法は領得罪でないことはいうまでもなく、それにもかかわらず、その占有にぞくする物についても背任罪が成立するかにみえて横領罪との限界をあいまいにした^(五)。それは別として、この第二号の犯罪主体ははっきり代理人と唱われたところから背任罪の本質につき権限濫用説が誕生することになった。しかし背信説は、第二号に直面してもその所説を改める必要はないと考える。すなわち、第二号は背任罪の主体として新しいものを附加しただけであって、これによりその規定の適用範囲を拡げたとどまり、背任罪の本質を変えたものとはいわれない。蓋し、第二号も後述するごとく

説 多くの事例を涉獵するとき信賴關係が前提となつてゐることを否定できないからである。^(六)
論 (一) フランス刑法第四〇八条は背信の罪 (*Abus de confiance*) を規定している。同条は一八一〇年に制定され、その後一八

三二年及び一九三五年の二回にわたり改正されている。同条は次のように規定する。

第四〇八条 (一九三五年八月八日デクレ・ロワ) 返還若しくは引渡をなすべき条件又は一定の使用若しくは用途に当てるべき条件で、賃貸借、寄託、委任、担保若しくは使用貸借の名義のみをもって交付され、又は、給料の有無を問わず、一の業務についてのみ交付された証券、金銭、商品、手形、領收証その他債権若しくは債務免除を含み若しくはこれを生じさせる一切の証書を横領又は濫費して、その所有者、占有者又は保管者に損害を加えた者は、第四〇六条に定める刑に処する。

自己のために又は会社若しくは商工業に関する企業の支配人、管理者若しくは代理人 (*agent*) として、寄託、委任若しくは担保の名義で金銭又は有価証券の交付を受けるため、公衆に対して引受の募集をする者が背信の罪 (*Abus de confiance*) を犯したときは、拘禁は一〇年まで、罰金は一八万新フランまで加重することができる。

更に、第四〇五条末項の規定を適用することができる。

(一九六〇年六月二一日ロワ) (本条の第二項、第三項は、背信の罪が仲立人、仲買人、職業的顧問若しくは証書の代書人によつて行われ、かつ、不動産若しくは営業財産の売買代金、不動産会社の株式若しくは持分の引受、購買若しくは購売代金、又は、賃貸借の譲渡が法律によつて認められている場合には、その譲渡代金を対象とするときは、適用することができる。)

(官吏 (*officier public ou ministériel*) が第一項に規定する背信の罪を犯したときは、懲役に処する。〔五年以上一〇年以下の懲役〕)

但し、以上の規定は、公託所において犯した金銭、証券又は書類の窃取及び奪取に関する第二五四条、第二五五条及び第二五六条の規定の適用を妨げない。

—刑四四以下 (Art. 408. (Décr. -L. 8 août 1935)

とくにその第二項は、一九三五年の改正に際し追加されたものである。一般にフランス刑法にいう背信の罪は委託物横領罪であって背任罪とは異なるものとされている。しかし、その第二項は、厳密な意味において委託物横領罪ではなくむしろ背任罪に近い。イギリスにおいても事情は同じであった。イギリス普通法には横領罪または背任罪という独立の犯罪はない。横領は窃盜罪 (Larceny) の中に規定され、背任という犯罪を全く知らない。ただ、一九一六年の窃盜罪 (Larceny Act) 第一七条に委託物横領罪 (embezzlement) 雇人 (servant) または彼らがその権限において雇傭した者が、第三者から主人または雇主のためまたはその名において若くはその計算において受領した動産、金銭または有価証券を邪心をもって横領したときは重罪となす。第二〇条には代理人 (agent) 受託者 (trustee) につき、略同じような規定において軽罪となしてゐる。この第一七条、第二〇条は背任の性質を帯びるものではないか (Kenny, *Outlines of Criminal Law*, 1929, p. 230; Stephen, *History of the Criminal Law of England*, vol. 3, 1883, p. 151 seq.)。

(一) H. Mayer, *Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen*, 1926, S. 33ff.

(三) H. Mayer, S. 37f.; Leopold, *op. cit.*, S. 4

レエオポルトによれば、「プロイセン州法は背任を第二編第二〇章に加重された詐欺の一類型として非常に詳しく扱っている。まず第一三二九条に総括的な規定をおき、一般的義務のほかに、他人に対し信義誠実をもって処理すべき特別の義務を負っている者が詐欺したものと性格づけられている」。

(四) Draheim, *Untreue und Unterschlagung*, Str. Abh., Heft 39, 1901, S. 11

(五) Zoller, *Ausdehnung und Einschränkung des Untreuebegriffs in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Str. Abh., Heft 407, 1940, S. 3

(六) H. Mayer, *op. cit.*, S. 73; Olshausen, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 11. Aufl.,

1927, Anm. 1 zu §266

二 このような経緯から背信説にたいし新らしく権限濫用説が拮抗するに至ったものである。その後、数度にわたるドイツ刑法改正草案の中にこの対立はどのように反映し、そして将来の改正においていかに扱われる傾向にあるかをみておこう。それはまた両学説の現在における比重を物語ることにもなるのであった。まず一九二五年案と一九三〇年案の二つを引用しておけば足りる（一九一三年案と一九一九年は一九二五年案と同じであったし、一九二七年案は一九三〇年案と異なる）。

一九二五年草案

第三四一条

法律または法律行為によって賦与された（与えられた）他人の財産を処分する権限を、*wissentlich* 故意に濫用し、その他人に損害を与えた者は、*leichtfertig* 軽懲役に処す。

（§314 Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über das Vermögen eines andern zu verfügen, *wissentlich* zum Nachteil des anderen missbraucht, wird mit Gefängnis bestraft.）

第三〇〇条

第一項 自己に不法の利益を得、または第三者に之を得させる目的をもって、委託された他人の動産を領得した者は、*leichtfertig* 軽懲役に処す。（§300 Wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache in der Absicht *zueignet*, sich oder einem Dritten damit unrechtmässig zu bereichern, wird mit Gefängnis bestraft.）

第二項 前項の目的をもって、委託された財物特に金銭を費消しまたは支出した者亦同じ。（*Ebenso* wird bestraft, wer in gleicher Absicht anvertrautes Gut, insbesondere Geld, verbraucht oder verausgabt.）

Der Versuch ist strafbar.

In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren.)

〔一九三〇年草案〕

第三四八条

法律または法律行為によつて賦与された（与えられた）他人の財産を処分しまたは他人に義務を課する（負わすべき）権限を、*wissentlich* 故意に、濫用し、因つてその他人に損害を加へたる者は輕懲役に処す。（§ 348）
Wer der ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, *wissentlich* missbraucht und dadurch dem anderen Nachteil zufügt, wird mit Gefängnis bestraft.)

第二項 第三三三条（*Unterschlagung*）及び第三三四条（*Unberechtigter Aneignung*）を除き、委託されたまたは他人の爲めに受領した金銭その他の物を、自己または第三者のために費消し、権利者に損害を与へたる者亦同
②）（*Ebenso wird bestraft, wer abgesehen von dem Fällen der § 333, 334, Geld oder anderes Gut, das ihm anvertraut ist oder das er für einen anderen empfangen hat, zum Nachteil des Berechtigten für sich oder einen Dritten verwendet.*）

In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren)

以上の諸規定を仔細に検討すれば容易にうかがえようごとく、一九二五年案と一九三〇年案との間には背任罪の本質の理解において大きな距りがあった。一九二五年案は無条件には権限濫用説に立脚している。ところが権限濫用説に基き背任罪を規定すれば横領罪との間に間隙を生じるため、その補充として敢て第三〇〇条に第二項を附加せざる

をえなかった。そもそも第三〇〇条は委託物横領罪を規定したものである。その第二項は、しかし元來委託物横領ではなかった。そこに立法の上では理論を捨てることになる。これに対し、一九三〇年案は、一九二五年案における第三〇〇条第二項を背任罪の一つとして設けている。そこで一九三〇年案は、背任罪の本質につき、権限濫用説を採用とともに背信説をも採用したことになる。蓋し、この第二項は、他人のために事務を処理する者がその事務処理の過程において、金銭その他の物の所有権を取得したためその取得した金銭その他の物を本人に引き渡すべき義務があるにもかかわらずこれを引き渡さなかったばあいであって信任関係に基づく義務違反が存するからである。これは所有権侵害ではなく債権侵害なので、横領罪を解して所有権侵害とする立場に固執すれば横領罪ではない。むしろ背任罪であった。横領罪の本質に忠実なろうとすれば、これを横領罪の規定に加えるわけにはいかない。そうかと言って権限濫用説に立てば背任罪ともならない。背信説によるときはじめて背任罪として説明できる。一九三〇年案が背信説による背任罪を承認せざるをえなかった所以のものもここにあった。

ドイツ刑法においても、古くは背任罪の本質を背信説によって説明する立場から出発したのである。その途中において権限濫用説が抬頭したのであったが、数次の改正案においては、むしろ権限濫用説が次第に本流をなして来たのみてよい。背信説はわずかにその一隅を占めたにすぎない。その関係は現行第二六六条においてもっと端的にうかがえる。

第二六六条 故意に、法規、官庁の委託若くは法律行為に依り与えられたる他人の財産を処分す可き若くは他人に義務を負わしむる可き権限を濫用し、又は法規、官庁の委託、法律行為若くは信任関係に依り他人の財産的利益を管理す可き義務に違反し、因て其の保護す可き他人の財産的利益に損害を加えたる者は、背任罪の故を以て輕懲役及罰金に処す。仍ほ公権剝奪を併科することを得。

情状特に重き場合に於ては軽懲役に代え十年以下の重懲役に処す。行為が国民の福利を害し若くは他人に対し特に重大なる侵害を加え又は行為者が特に偽計を用いたるときは之を情状特に重き場合とす。(§ 266 [Untreue])

Wer vorsätzlich die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder bei ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treuverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen zu betreffen hat, Nachteil zufügt, wird wegen Untreue mit Gefängnis und mit Geldstrafe bestraft. Daneben kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

In besonders schweren Fällen tritt an die Stelle der Gefängnisstrafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt insbesondere dann vor, wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt oder einen anderen besonders grossen Schaden zur Folge gehabt hat oder der Täter besonders arglistig gehandelt hat.)

この第二六六条において、第一項前段が権限濫用説によるものでありその後段が背信説に基くものであることは明らかである。シェンケル・シュレーダーも第二六六条を解釈して、「背任罪には二つの構成要件が存在する。すなわち、権限濫用的構成要件 (Missbrauchstatbestand) と背信的構成要件 (Treubruchstatbestand) とが相互に対立する。そこでそのいずれが存在するかの問題は重要であって無視できない」という。ここでも権限濫用的構成要件がまず挙げられていることが興味深い。

ところが、一九五九年刑法各則草案第二六九条および一九六〇年同案第二六三条をみるときは、その事情が一変し

ていることに気づくであろう。

第二六九条（一九五九年草案）

（一） 次のこと、すなわち、

1 法人の代表権を有する機関としてまたはその機関の構成員として、後見人、遺言執行人、管財人、受託者として、または、その他、法律、官庁の委任または法律行為により、他人の財産を管理することを委託され、または、

2 そのような財産管理の監視を委託され、そして管理または監視を義務に違反する方法で行うことにより、他人に対し、それと知って、財産上の不利益を加えた者は、三年以下の軽懲役または拘留に処する。

（二） その他、法律行為の締結により他人の財産事務をその他人のために処理することを委託され、そして、財産上の利益を入手しまたは第三者に供与しまたは他人に損害を加える目的で、自己がそのような事務を処理するためまたはその処理に際して得た手段または物件を義務に違反する方法で処分しまたは自己に委任された仕事をその他義務に違反する方法で行うことにより、他人に対し、それと知って、財産上の不利益を加えた者も、同じである。

（三） 第二四七条は、これを準用する。

第二六三条（一九六〇年草案）

（一） 次の者、すなわち、

1 他人の財産を、

（イ） 法人の代表権を有する機関としてまたはその機関の構成員として、

（ロ） 後見人、保佐人、遺言執行人、遺言管理人、管財人または受託者として、または、

（ハ） その他、法律、官庁の委任または法律行為により、

管理することを委託され、

2 または、そのような財産管理の監視を委託され、

そして管理または監視を義務に違反する方法で行うことにより、他人に対し、ことさらにまたそれと知って、財産上の不利益を加えた者は、三年以下の軽懲役または拘留に処する。

(二) その他、法律行為の締結により他人の財産事務をその他人のために処理することを委託され、そして、これに対し次のことを行った者も、同じである。

1 自己がそのような事を処理するためまたはこれを処理するに際して得た手段または物件を義務に違反する方法で処分しまたは自己に委任された仕事をその他義務に違反する方法で行うことにより、ことさらに、財産上の不利益を加えること、または、

2 そのような行為により、それと知って、みずから利益を得または第三者に利益を得させるために、財産上の不利益を加えること。

(三) 第一項および第二項は、委託の基礎となる法的行為が無効である場合にも、これを適用するものとする。

(四) 第二四一条は、これを準用する。

これら二つの条文に徴するとき、背任罪はいずれも財産管理義務の侵害および財産処理義務の侵害として構成されていることを知る。これはまさに背信説によったことになり、ここではついに権限濫用説は全く姿を没してしまった。ドイツ刑法のこの推移には興味のないものがある。それがいかなる理由によるものであるかは、現在のところまだ詳にすることはできないが、或は学説としてだんだんと背信説が有力になって来た反映とみてよいのではあるまいか。

そこで、そのような大胆な推測を裏付ける資料の一つとして、最近の立法例を顧みておこう。たとえばチェコスロバキア刑法（一九五〇年）第二五三条は、他人の財産を管理する義務（Pflicht, fremdes Vermögen zu betreuen oder zu verwalten）の侵害を背任罪となし、或いはギリシャ刑法（一九五〇年）第三九〇条は、同じく他人の財産管理義務の侵害（wer vorsätzlich das Vermögen eines anderen, dessen Obsorge der Verwaltung ihm………obliegt, beschädigt,………）にその本質を求めている。ただユーゴスラビア刑法（一九五一年）第二六〇条は、依然として、背信説と権限濫用説の二つに立っているが、しかし、それが犯罪の種類として Vertrauensmissbrauch とよばれているところを見ると、権限濫用の底にやはり背信的なものをみていたのではあるまいか。そうであればやはり背信説の一つであった。

二 背信説と権限濫用説との対立

一 このように立法の趨勢は、背信説の優位へと進んでいった。しかし、一口に背信説といっても、すでに述べたごとく、たんに信任関係というごとき漠然とした概念を内容とすべきではなく、もっとこれを厳しく制限しなくてはならない。そうすれば、内容的には、背信説と権限濫用説とはかなり近づき、ある意味においては差異がなくなってしまう。だが、主観的な信任関係がなくとも客観的に信任関係が認められる限り、背信説は背任罪の成立を肯定する限りにおいて、やはり権限濫用説とは異なる。

背信説は、ドイツ連邦裁判所が判例として採用して来たものであって、^(一)その意味において、連邦裁判所説（Reichsgerichtstheorie）ともよばれている。^(二)レオポルドは「通説は債権債務の関係一般は民事責任の問題となるにすぎない」ということから出発する。第二六六条に掲げられた関係は他の特別なもの即ち行為者の特別な誠実義務が特徴的で

ある。この要素が他の債権債務の關係と異らしめ刑法的保護を必要とする^(三)と説明している。關係あるドイツの判例いくつかをみてみよう。「刑法第二六六条第二号の刑罰規定の本質的なものは背信 (Vertrauensbruch) であり、代理人に課せられた特別の誠実義務の侵害である」^(四)。「刑法第二六六条第二号の背任罪の構成要件にぞくする代理人という概念は民法に由来するものではなく、それ故民法第一六四条の意義における代理権は前提とはならない」^(五)。「行為者が委託者の財産を事実的あるいは法律的に処分しうる信賴のないし権限的地位を有するならば、背任罪の規定によって保護されるべき信義誠実の關係 (Treuverhältnis) はその法的關係を民法的に構成するまでもなく存在する」^(六)。このようにして、背信説によれば、背任行為は、権限濫用説のごとく法律行為に限られることもなく、事実行為であっても足りる。要するに、信義誠実の原則から認められる信任關係が基礎となり、その信任關係に違反したかどうかに重点がおかれる。

ドイツにおける背信説の提唱者としては、アンモン^(七)、ターム^(八)、H・マイエル^(九)、テイース^(一〇)、ツォーラー^(一一)などを挙げる
ことができる。

(一) だムネツク RG. Bd. 3, S.283; RG. Bd. 7, S.394; RG. Bd. 16, S.343; RG. Bd. 17, S.141; RG. Bd. 32, S.30; RG. Bd. 31 S.363; RG. Bd. 58, S.391

(二) Vgl., Leopold, op. cit., S.12

(三) Leopold, op. cit., S.11

(四) RG. Bd. 38, S.363

(五) RG. Bd. 61, S.230

(六) RG. Bd. 63, S.404/7

- (七) Ammon, op. cit.
- (八) Dahm, Untreue, Das Kommende deutsche Strafrecht, bes. Teil, 2. Aufl., 1936, S. 445
- (九) H. Mayer, op. cit., S.121f.
- (一〇) Ties, Die Bevollmächtigtenuntreue des §226 Abs. 1 Ziff. 2 StGB mit besonderer Berücksichtigung der Entwürfe, Str. Abh., Heft 307, 1930, S.23ff.
- (一一) Zoller, op. cit., S.11

二 背信説に対しては、しかし、権限濫用説を採る立場からなり手痛い批判が浴びせられている。

第一に、権限濫用説によれば、いうまでもなく、その権限の範囲内において授權者の財産を処分したばあいにおいてはのみ背任罪が成立する。もし権限を超越して (unter Überschreitung seiner Macht) 処分行為に出れば、背任罪ではなく横領罪を構成するにとどまる。^(二) だから背任罪の成否を決定すべき標準は極めて明瞭であって、その権限に基かない行為に出れば背任行為たる本質を失う。それはまた背任罪と横領罪との区別がはっきりしていることにもなる。ところが、背信説によれば、背信行為かどうかの標準は信義誠実というあいまいな標準に依っているため、その限界線は不明確であり、権限に基く法律行為的な処分行為のみならず純粹の事実行為も背任罪として処罰されることになる。^(三) たとえば、レオポルトによれば、本人の財産を領得し或いはこれを毀損するというような行為も背任罪に問われる。^(三) その結果、背任罪と横領罪との区別も明確を欠く。

この批判が、背信説に立つとき背任罪の限界がかなりあいまいなことを非難しようとしたものであれば、十分傾聴に価する。しかし、そうかといって、直ちに権限濫用説ないしは代理権濫用説に左祖することはできない。蓋し、そこでは、つねに代理権の存在を前提とするので、後見監督人や会社の監査役のごとく代理権を認めえないところでは

背任罪は成立しえないし、また、代理権を踰越したばあい或は代理権消滅後も背任罪を考えることができなくなる。のみならず、権限濫用説や代理権濫用説は、権限ないし代理権を前提としてそれに基く法律行為についてののみ背任罪を認め事実行為は背任罪を構成せず、更に不作為による背任行為を考えないが、^(四)それでは背任行為の少からざる部分を可罰性の外におくことになりはしないか。^(六)滝川博士は、かつて、背任罪を除く以外の財産罪は原則として財物の侵害を本質とする。これに反し背任罪は財物に対するよりも、権利に対する犯罪である点に特色がある。財産は次第に財物から紙上の権利に転化しつつあるのが現代である……財産が財物から紙上の権利に移り行く傾向は、今後益々背任罪が盛に行われるであろうことを予想させる。斯かる現状に即して背任罪の地位を考えるならば、これを横領罪の補足と見る見解は時代を理解しない架空論であることが直にわかる。刑事立法が可罰価値ある行為を洩れなく規定すること、及び各犯罪の概念が明確であり、犯罪間に截然たる区別あることを理想とする……この立場からいうても既に刑法に認められて居る背任罪を横領罪等の伝統的犯罪から切離し、対等の地位をもつ犯罪として理解することは極めて重要である。この意味において背任罪の規定を横領罪等の特別規定と見る解釈は排斥せらるべきである。背任罪に独立対等の地位を与えるには、従来の信義破壊説よりも、権限濫用説が遙かに優れている」と論じられた。犯罪概念を明確にすることはよしとしても、権限濫用説は以上のごとく「可罰価値ある行為を洩れなく規定すること」にはならない。要は、背任罪の本質については背信説によるべきであり、ただ、背任罪の成否を問うにあたり誠実義務に違反したすべての行為を背任罪とすることなくそこに一定の厳格なワクを探し出せば足りる。われわれの提唱はまたそういう趣旨のものであった。

第二の非難は、代理権の発生は委任その他の契約関係を前提としないということである。背信説が信任関係という対内関係を前提とする限り、本人と代理人との間にもつねに委任・雇傭というような契約関係の存在を必要とするは

ずである。しかし、「しばしば代理契約 (Vollmachtsvertrag) ということを用いるがそれは不正確であり、そこでは代理の基礎となった債権契約が考えられている^(八)」だけであって、本人と代理人との対内関係とは觀念上区別された独立の地位のほずである。そうすれば、背信説によっては、代理人の背任行為を説明できない^(九)。のみならず、ドイツ刑法第二六六条第三号のばあいにおいても、そこには誠実義務を負わしむべき関係がないので背任罪を認めえないことにもなる^(一〇)。だがこの批判は、信任関係が主観的な契約によってのみ成立すると考える誤謬に根差している。信任関係は客観的にも認められうる^(一一)。いいかえれば、例えば貨物引換証の所持人と運送人との間のごとく、主観的な委託関係のばあいであっても、信義則上客観的に信任関係を認めうる^(一二)。わが大審院の判例においてもそのことを判示したものがあつた^(一三)。そうであれば、フランクの非難にもかかわらず、土地測量人、仲立人等もその職務からみて信義則上信任関係を認めるに足る^(一四)。フランクは、信任関係がとくに法律の規定または法律行為によってのみ成立すると考えたところに誤りを犯していた。また同じような考え方から、代理人と本人との間においても、それが委任その他の契約関係から独立のものであれ、客観的にはやはり信任関係を認めうる。い
なむしろ、代理権濫用の觀念は信任関係の存在を前提としなくては説明しえない。蓋し代理権濫用の觀念は、本人と代理人との間において信任関係に基く許容された範囲を超越することにほかならないからである^(一五)。一体信任関係を前提としないで代理権濫用ということを考えうるであろうか。この意味において、ナチス刑法改正委員会が、第二読会において、権限濫用による処分は誠実義務違反のばあいのみ背任罪となつたことは正しい。

(一) Leopold, op. cit., S.16

- (一) Binding, op. cit., S. 397; Leopold, op. cit., S.18; Olshausen, op. cit., S.1437
- (二) Leopold, op. cit., S. 18
- (三) たとえば、不正競争により自己の会社に損害を与えたばあい或は家屋管理人が無償で家屋を他人に貸したばあいなど。
- (四) 蓋し権限の濫用は権限の行使を前提とし権限の行使は作為によってのみ可能であるからである（江家・前掲一）^(二)。そこで故意に上訴期間を徒過したばあいは権限の濫用とはいえないはずである。だが、シェンケルシュレーターは、上訴期間を徒過したばあいを権限濫用による背任行為とみてゐる（Vgl. Schönke-Schröder, op. cit. S.994）。
- (五) 同旨・江家・前掲一二五頁。
- (六) 滝川・前掲「民商」一四頁。
- (七) Leopold, op. cit., S.14
- (八) Binding, op. cit., S.397; Draheim, op. cit., Leopold, op. cit.; S.14; Olshausen, op. cit., S.1437
- (九) Frank, op. cit., S.602
- (一〇) 同旨・江家・前掲一二八頁。
- (一一) 江家・前掲一二七頁以下参照。シェンケルシュレーターも権限濫用説による背任行為につき、内部関係から生じる義務に違反する（im Widerspruch zu den Pflichten aus dem Innenverhältnis stehen）ばあいと説明しているのである（Schönke-Schröder, op. cit., S.993f.）。
- (一二) 以上のような考察から繰り返して強調しておけば、背任罪は背信説によって当事者間の信任関係を侵害する犯罪とみるべきこととなる。権限濫用説の欠陥は、端的にいえば、処罰しなくてはならないはずのいくつかの事例を無視してしまう結果となる。^(二) ツォラーの説くところに従って、^(三) ドイツ判例を涉猟しつつその点をうかがっておこう。

第一に、純粹に民法の理論によれば、代理權の授受は觀念的に契約と別のものではなく、^(三)ただ契約關係の直接の効果といわれている。^(四)しかし、判例は、財産法上の代理權を間接に法律の效果と認め、^(五)法人の代表者の背任罪を認めている。いかえれば、そこに民法上の代理權が存在すれば足りそれが必ずしも契約に基く必要はなかつた。同種の判例は数多い。^(六)

第二に、仲買人・問屋或いは債權取立人のごとく、第三者と自己の名前をもって行為すべき間接代理人についても、背任罪の成立を否定できない。^(七)代理權濫用説はこれをどう説明するであろうか。

第三に、ドイツの判例はこういう、「公務員はその国法的性格にもかかわらず個々のばあいには国または公共團體の代理人たる特性を有する。公務員とは授權契約の締結のないこと、民法に規定された形式からみれば法律行為をなすべく委任されていないことは、ここでは問題とならない。蓋し、刑法第二六六条第二号の意義において代理人とは本人のための法律行為が委ねられ本人の名における処分權が与えられている人のことであつて……、それは法律行為がその公務員の權利義務にぞくするばあいには認められる」。^(八)いかえれば、処分權は公法に基いても認められうる。^(九)たとえば乗車券発売係、鐵道貨物取扱人、執行吏など。

第四に、たとえば法定代理人の同意を得ない未成年者といえども、第三者に対しては代理權を有するが、^(一〇)その基礎となるべき本人との間の主觀的な信任關係は法定代理人の同意を得ないため無効である。^(一一)しかし、その信任關係が民法的に有効か否かは全く公序良俗に違反し強行法規に反するばあいにも、刑法にいう代理人たりうる。^(一二)すなわち、事實上処分權が与えられておりさえすれば足りる。^(一三)

第五に、それ以上に、事実上の処分權がなくとも、そこに信任關係さえあれば背任罪は成立する。たとえば、有効

な代理権があったが後にこれが撤回されたばあいのごとし。代理権が撤回された以上、第三者に対してはもはや代理人といえなくとも、当事者間においては、民法上の拘束関係が存在する限り、やはり代理人といいうる。^(二四)そこで、第二六六条第二号の誠実義務は、事実上成立する信頼関係であって代理権が民法上有効かどうかには関係のない義務である。^(二五)

第六に、そこで、「ドイツ刑法第二六六条第二号の背任罪の構成要件要素としての代理人という概念は、民法に由来するものではなくまた民法第一六四条の意義における代理権を前提とするものではない。代理人という概念は刑法的なものであり刑法第二六六条の規定から解さるべきである。そこでは、事実上存在する信頼関係に根差す義務、それ故民法上の代理権その他基礎にある法律関係から独立した義務が標準となる」^(二六)。そこで、本来の代理人がその代理権を委託者の同意を得て補助者に委ねたばあいには、委託者に対し代理人として扱われる。「かくのごとき指導的地位にある使用人が、本質的に自己の決意にしたがって営業全体を独立に営むべく任命されているならば、そういう使用人は営業主に代って顧客の財産を事実上処分する権限を有するものといふことができる」^(二七)。

- (一) 代理権濫用説に対する批判としては、H. Mayer, op. cit., S.111ff.; Dahm, op. cit., S.446f.; Pfeiffer, Die Untreue im Zukünftigen Rechtsstrafgesetzbuch, 1932, Str. Abh., Heft. 302, S.69ff.; Zoller, op. cit., S.6f.
- (二) Zoller, op. cit., S.13ff.
- (三) Ammon, op. cit., S.239
- (四) H. Mayer, op. cit., S.239
- (五) RG. Bd. 19, S.271
- (六) RG. Bd. 16, S.242~4; RG. Bd. 20, S.358; RG. Bd. 56, S.121

- (七) 間接代理人の背任罪については、Ties, op. cit., S.51ff.; Leopold, op. cit., S.45ff.; H. Mayer, op. cit., S.242ff.; Zoller, op. cit., S.15f.
- (八) RG. Bd. 15, S.41
- (九) RG. Bd. 39, S.383
- (一〇) RG. Bd.20, S.262
- (一一) RG. Bd. 61, S.2
- (一二) RG. Bd. 41, S.265
- (一三) RG. Bd. 41, S.266
- (一四) RG. Bd. 41, S.266
- (一五) Vgl., RG. Bd. 61, S.2; RG. Bd. 63, S.404~7
- (一六) RG. Bd. 41, S.265
- (一七) RG. Bd. 62, S.21

む す び

われわれは、背任罪の本質は、背信説によって説明することが正しいことを提唱して来た。権限濫用説は、背任罪として可罰的な行為の少からざる部分を処罰の外におく。ここにその欠点がある。だが、とりわけわが通説は背信説を考える際、誠実義務という甚だ漠然とした観念によってその内容を把握、そうしたあいまいな標準によって背任罪の成否を問う。これでは背任罪の成立するばあいとしかからざるばあいの限界を極めて不明確なものとする。その限りにおいては権限濫用説の趣旨とするところは十分傾聴に価する。

しかし、権限濫用説は、諸国の立法の趨勢に照らしても、もはや鋭い批判を浴びないわけにはいかなかった。のみならず、理論的にみても、権限濫用説によって背信説に加えられた非難は必ずしも当を得たものではないし、逆に権限濫用説には多くの欠陥が存するのであった。その意味において、われわれとしては背信説を支持すべきである。だが、そこに一定の厳しいワクを考え、誠実義務という漠然とした觀念によって背任罪の成否を問う態度は捨てなくてはならない。そこに通説に対する批判がある。