

1 背任罪の本質

本誌で示したとおり、背任罪の本質をめぐるには、権限濫用説と背信説が対立しており、背信説が判例・通説である。

ここでは、それぞれの修正説も紹介しながら、背任罪の本質について検討を加える。

権限濫用説には、背任罪を法的代理権の濫用と捉えることで、処罰範囲の限定を可能にするというメリットがある。これに対しては、背任罪の対象を法律行為に限定する法文上の根拠がない、背任罪の成立範囲が狭すぎるなどの批判がなされた。

これを受けて、権限濫用説を修正し、法的権限だけでなく事実上の権限をも射程に含める背信的権限濫用説（大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』317頁ほか）が展開される。しかしながら、この見解は、事実上の権限を取り込んだがために、法的権限による処罰範囲の限定が働かなくなり、権限濫用説のうまみを失うことになる。

背信説は、257条の文言に適合的であるが、他方で、処罰範囲が無限定になり、場合によっては、単なる民事上の債務不履行まで処罰対象になりかねないとの批判がある。

そこで、特定の高度の信頼関係を生じさせる他人の事務そのものに関する信頼違背に基づく場合のみを背任罪の対象とする限定背信説（浅田和茂『刑法各論』288頁ほか）が主張される。単なる物の委託関係では足りず、高度の信頼関係を要求するこの見解は、横領罪と背任罪が特別法と一般法の関係にはないということを示した点は評価できるが、高度の信頼関係とは何かが一義的に明確とはいえず、この点で問題を抱えることになる。

なお、背信説からも、売買契約の各当事者が行っているのはそれぞれ自己の事務であると解する等すれば、単なる民事上の債務不履行によって背任罪が成立することは回避可能であって、最低限の処罰範囲の限定は可能である。このような議論状況において、上述のとおり、背信説が判例・通説の地位を占めている。

2 「ステップアップ」を検討するに際して

(1) 65条に関して、違法身分・責任身分区別説に立った場合、Yの罪責はどのようなことになるか (①)

違法身分・責任身分区別説は、65条1項が身分のない者を共犯とし、65条2項がそれぞれの身分に応じた罪責を問うという効果の面に着目し、65条1項を違法身分に関する規定、65条2項を責任身分に関する規定と解する。この見解は、「違法は連帯、責任は個別」とするテーゼにも合致するもので、支持する者が比較的多い有力説である。この説に従えば、65条1項が適用されるか65条2項が適用されるかは、当該身分が違法身分か責任身分かによって決まることになる。もっとも、身分犯の各条において、当該身分がいずれの身分であるかが明示されているわけではないため、共犯の罪責を大きく左右する身分の区別が解釈に委ねられることになるとの指摘もある。

違法身分・責任身分説を本設問に当てはめると、次のようになる。

まず、設問(1)について、違法身分・責任身分区別説の論者は、一般的に、背任罪にお

ける事務処理者という身分を違法身分と解する。これに従えば、設問(1)のYには、65条1項が適用され、背任罪の共犯(教唆犯または共同正犯)が成立する。

次に、設問(2)について、違法身分・責任身分区別説の多くは、占有者の身分は違法身分、業務者の身分は責任身分と解し、業務者および非身分者に横領罪の共犯を成立させた上で、業務者については、65条2項により業務上横領罪を成立させる(西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第7版〕』270頁、松原芳博『刑法各論〔第2版〕』350頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』315頁ほか)。この見解によれば、設問(2)のYには、横領罪の共犯(教唆犯または共同正犯)が成立する。

(2) 横領罪を構成的身分犯と解さない余地はあるか(②)

本誌記載の通り、横領罪・業務上横領罪への関与には、①非占有者が占有者に関与した場合、②占有者が業務者に関与した場合、および、③非占有者が業務者に関与した場合があり、いかにして②と③のバランスを取るかが議論の焦点となる。

②と③のアンバランスが生じるのは、業務上横領罪の業務者が占有者との関係では加減的身分、非占有者との関係では構成的身分となるためである。この点、委託物横領罪は、委託物を客体とする犯罪であって、構成的身分犯ではないとする見解(松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』279頁)がある。この説によれば、横領罪と業務上横領罪との間に加減的關係があるのみで、業務上横領罪は、いわゆる二重の身分犯でなくなる。したがって、③の場合、65条2項が適用され、非身分者には横領罪が成立する(松宮・前掲293頁)。このように解すると、②と③が同様の扱いを受けることになり、②の占有者より③の非占有者の方が重く処罰されるという事態は回避される。