

特別背任罪の解釈視座について

—昭和13年商法罰則改正と改正刑法假案—

伊 東 研 祐

I はじめに

制度開始から10年目を迎えようとする法科大学院の教育課程（授業科目）には、これまでの法学部・法学研究科のそれにおける「特別刑法」ないし「行政刑法」に代わって、「経済刑法」が含まれることが少なくない。それは、授業担当者ないし課程構成による（法）体系的な性格付けや解釈視座の相違を自ずと示すものとなっはいるが、いわゆる経済法の刑事執行法的な分野を包含するのみならず、知的財産（権）法・資本ないし金融市場法・消費者保護法等々の刑事法分野まで広く包摂するものとなっていて、過程としての法曹養成の一環を形成し、我が国の現代社会における法律実務と理論学との架橋を目指した教育研究機関における現象としては、ある意味において、必然的また象徴的なものであるといい得よう。そして、そのような機関の中に身を置いて、様相の大きく変わり続ける経済社会状況を背景に、自らの「経済刑法」的な視座から罰則条文・判例等を眺めていると、現在に至るこれまでの解釈適用論における議論の地平ないし風景が些か異なって見えてくることもあるのも、何ら不思議ではないであろう。従前の解釈適用論の（黙示的に）前提とする政策論したがって社会的機能論の射程が、肯定的・積極的に捉えられるにせよ否定的・消極的に捉えられるにせよ、徐ながら極めて明瞭に浮かび上がってくるからである。あるいは単なる無知の故の誤認・錯誤であり、解釈適用論としての処理は終わっているのかもしれないが、また、長年に渡って積み上げられてきた解釈適用論とその視座とは最早維持せざるを得ないものであるとしても、そこには、研究者・理論学者としての性分からすれば、

当該解釈適用論の前提・射程・今後の展開の正統性の検証という回避し難い誘惑が潜んでいるといい得よう。本稿が対象とする「特別背任罪」規定を中心とする商法（会社法）罰則を巡る解釈適用論は、そのほんの一例である。

林弘正教授は、法科大学院教育にコミットするに先だち、新資料の内容情報をも惜しみなく開示した『改正刑法假案成立過程の研究』（初版第1刷：2003年12月2日/成文堂）を公刊され、「本書が、より広いパースペクティブから現行法解釈をなし得る優れた法曹養成の一助となれば筆者にとり望外の幸である」と、同書題言において述べられていたが、筆者にとって、その含意は、正に改正刑法假案の存在意義を視野に入れ直すことによって本稿が成立の可能性を得た時点において、鮮やかに実感されたのであった¹⁾²⁾。フォント字体から装幀に至るまで、送り出す作品として愛惜しむ気持ちに満ち溢れた林教授の（語弊を恐れずいえば）洒脱な論文集のそれぞれが、研究人としての一流の心構えを示してくれるものでもある。林教授の御退職に際し、その記念として、心からの感謝の念と共に、本小稿を献呈させて戴くこととしたい。

Ⅱ 背任罪と「特別」背任罪

1 特別背任罪の趣旨に関する一般的理解への疑問

特別背任罪の適用に関して通説・判例が前提としてきた解釈論の地平ないし風景は、率直なところ、余り魅力のあるものではない。たとえば、「一般の背任罪は、刑法247条に規定されているが、商法486条はその特別規定である

1) 本稿は、その時点以前の暗中模索の状態下において、特別背任罪の創設趣旨等の通例的な理解に不用意に従った私見（「会社経営の規律の重層化と刑事罰の規律の意義—特別背任罪と図利目的なき経営判断の刑事責任—」法律時報84巻11号（2012年）51頁、54頁以下）を補正・追完し、改めて同罪の解釈視座の一つを展開・提示しようとするものである。

2) なお、林教授は、退職前年度（2011年度）末にライフワークとして公刊された『相当な理由に基づく違法性の錯誤』（初版第1刷：2012年3月19日/成文堂）において改正刑法假案に係る表題関連論文を纏められたが、当初意図されたところを具体的な形においても示されたものといえよう。

とされる。前者が、「他人のためにその事務を処理する者」を主体とするのに対し、後者は、発起人、取締役、監査役等を主体とする点が異なり、これらの者の犯す背任行為により一般社会の蒙る害毒が、普通の背任行為に比べて、著しく広汎かつ深刻であるのを常とするため、刑を加重しているとされる³⁾』という要約に示されるように、個人的法益に対する罪としての財産犯に属する背任罪（刑247条）を取締役等の所定の身分〔有する者による場合の被害の甚大性〕により加重処罰する罪が特別背任罪であり、行為主体以外の要件においては基本的に同一である、というのがそれである。（背任罪を基準とした）両罪の規定文言の形式的な対比からすれば自然ともいい得る理解であり、また、共犯と身分に関する刑法65条の適用について判例・学説いずれの採る立場等からしても、特段の問題を意識させる理解でもなかったといい得よう。刑法（明治40年法45号）の全面改正問題が（当面にせよ）事実上視野から消え去ると共に、昭和13年法72号による商法（明治32年法48号）第2次改正によって成立した当該の風景は、いわば余りに見飽きたものと成ったといい得よう。そのような風景の変容が始まった頃に刑法理論学に足を踏み入れた筆者自身もまた、そのような理解に漠然ないし茫然と従うこととなっていたのであった。

3) 上嶋一高『背任罪理解の再構成』（1997年）282頁。そのような理解の典拠として、従前の例に従い、奥野健一ほか『株式会社法積義』（改訂四版・1940年）535頁以下を援用する。最近時の古川伸彦「会社法の罰則」山口厚（編著）『経済刑法』（2012年11月）2頁も、引用の版数・発行年は異にするが、同様の形で一般的理解を採る。

なお、改めて述べるまでもなく、本文引用中に挙げられる商法486条〔特別背任罪〕を含む商法旧第2編第7章「罰則」（486条から499条まで）は、若干の修正を加えられた上で、会社法（平成17年法86号）第8編「罰則」（960条から979条まで）に受け継がれている。会社法は、商法の会社法制から内容的にも大きな変化を受けているが、改正による罰則の解釈論に対する影響は、現時点では小さなものに止まり、基本に変更を及ぼすものではないと解されている、と前提することが許されよう（佐伯仁志・落合誠一（編）『会社法コンメンタール第21巻』（2011年）56頁等を参照されたい）。

一般的理解が理論的に素朴な疑念に晒され得るものであることは、しかしながら、特別背任罪の刑の加重の説明において、同罪所定の行為主体の背任行為によって「一般社会の蒙る害毒が、普通の背任行為に比べて、著しく広汎かつ深刻であるのを常とするため」ということが言及されていることにも既に示されている。刑の加重の根拠は、素直にとれば、本人（たる会社）の財産上の損害の発生（個人的法益の侵害）を超えた社会的な財産上ないし経済上の損害の発生（社会的法益の侵害）に求められているが、それは、背任罪と特別背任罪とはそれぞれ異質な法益を守るものであり、処罰根拠自体を異にするものであって、一般類型と加重類型の関係にはないことを示しているように思われる。ちなみに、特別背任罪は“社会的な財産上ないし経済上の損害の発生に至る量・規模の”“本人（たる会社）の財産上の損害の発生”を捕捉し、一般の背任罪を加重処罰するものであるという言い換えも、本人ないし会社に財産上の損害を発生させるということのみが両罪の要件として規定され、そこにおける量的ないし規模的な差違には類型化機能を認め難い実定法に鑑みると、論理的に採れないといわなければならない。もっとも、背任行為によって生じる本人の財産上の損害の量・規模に着眼するこの言い換えは、背任行為が民法上の組合の理事等による場合や（廃止された）有限会社の取締役等による場合を考えれば明らかのように、それらの大小が会社形態の採否・相違に本来的には関わりがないという実態を明瞭にしてくれるものであるから、その意味では、特別背任罪の一般的理解の問題性を示すものとはいいい得よう⁴⁾。

4) 未整理な形ではあるが、このような問題意識に基づいて今更ながらに書き始めたものが、拙稿「会社法罰則と背任罪（刑法247条）解釈の視座」刑事法ジャーナル17号（2009年）47頁以下であり、その無意識的な契機となった拙稿「特別背任罪における正犯性—非身分者による共犯の成否」板倉宏博士古稀記念論文集『現代社会型犯罪の諸問題』（2004年）275頁以下である。併せ参照されたい。なお、前者における商法罰則史の記述・解釈は極めて不十分であり、本稿・註1）所掲の拙稿により既に暫定的に訂正せざるを得ないものであったが、本稿はその補正・追完ということにもなることに留意されたい。

一般的理解がより丁寧な規定文言解釈においても素朴な疑念に晒され得るものであることは、その「取締役等」あるいは「発起人、取締役、監査役等」という行為主体の把握・表現方法にも既に示されている。発起人・取締役・監査役を含め、特別背任罪の行為主体として規定されてきた様々な身分ある者の殆どは、会社という形態を採る法人ないし組織体に特有のいわば機関として、背任罪の行為主体である事務処理者の身分のみを有する者から典型的に区別され得るが、その最後の方に挙げられる「其ノ他営業ニ関スル或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人」（昭和13年法72号による第2次改正後の商法486条1項）あるいは「事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」（会社960条1項7号）は、会社との雇用関係等を要求しない判例・刑事法学説の「使用人」の概念に従うとき、背任罪の行為主体たる事務処理者の身分のみを有する者から（加重処罰を根拠付けているものとして）差別化され得ないのではないであろうか。すなわち、より丁寧な解釈論においては、身分による刑の加重の根拠付けは疑問とされ、両罪の罪質ないし法益・処罰根拠自体の質的相違にその理由を求める方向が生じ得たように思われる⁵⁾。

以上のような（可能的）疑問にも拘わらず、上述の一般的理解が確立しているのは何故であろうか。その原因の一つは、両罪の規定文言の形式的な対比からしたときの解釈の自然さや解釈適用上の不都合さの無さ等の既述の根拠付けを生じさせている視座、あるいは、特別背任罪を筆頭とする商法（会社法）罰則の創設に関わる歴史的並びに理論（学）的なコンテキストの捉え方に在るように筆者には思われる。以下、その視座・捉え方の当否を判断する為に必要な資料として、昭和13年商法第2次改正における特別背任罪等の

⁵⁾ この点を指摘するのが、五十嵐さおり「特別背任罪の主体について 一序論的考察一」[新潟大学]法政理論43巻2号（2011年）1頁以下である。また、拙著『組織体刑事責任論』（2012年）92頁以下も併せ参照されたい。なお、後述する明治44年商法第2次改正政府提出案261条においては、「使用人」は行為主体に含まれていないことを付記しておく。

創設に至る立法・法改正の経緯と趣旨との概要を、先ずは（再）確認していくこととしよう。

2 明治44年商法第1次改正における刑事罰導入の趣旨⁶⁾

我が国の商法（会社法）は、明治23年の旧商法典（明治23年法32号）において、会社の資産・業務等に関する情報開示や報告・公告等の適正性の確保及び（それらをも通じた）会社資産の確保の手段として、行政罰である過料と共に、業務担当社員・取締役・監査役・発起人等の所定の身分ある者に対する刑事罰を採用した⁷⁾。明治32年の現行商法典（明治32年法48号）では、一旦はこの限度での刑事罰の使用をも中止して専ら行政罰を採用するに至るが、その理由は、並行的に行われていた刑法改正作業の結果を待って整備しようとしたものである、と一般に解されている。そして、その新たな刑法典（明治40年法45号）において247条に背任罪⁸⁾が規定されたことを前提的事情とし

6) 本節の記述は、拙稿・前出註1)を基礎に若干の修正を加えたものである。

7) 旧商法262条及び263条は、次のように規定していた（漢字表記は適宜新字体等に改めている。以下、本稿における引用につき、同様）。

「第二百六十二条 業務担当ノ任アル社員 取締役 監査役又ハ清算人ハ 左ノ場合ニ於テハ五十円以上五百円以下ノ罰金ニ処セラレ情重キトキハ罰金ニ併セ一年以下ノ重禁錮ニ処セラル

第一 官庁又ハ総会ニ対シ書面若クハ口頭ヲ以テ会社ノ財産ノ現況若クハ業務ノ実況ニ付キ故意ニ不実ノ申立ヲ為シ又ハ不正ノ意ヲ以テ其現況若クハ実況ヲ隠蔽シタルトキ

第二 公告ノ中ニ詐欺ノ陳述ヲ為シ又ハ事実ヲ隠蔽シタルトキ
前ニ掲ケタル者ノ外会社ノ他ノ役員及ヒ使用人カ之ト共ニ犯シタルトキハ亦右ノ罰ニ処セラル

第二百六十三条 発起人カ株式申込ニ付キ詐欺ノ記載ヲ為シタルトキハ二十円以上二百円以下ノ罰金ニ処セラル」

8) 制定時の背任罪（刑247条）の規定は、以下の通りである。

「第二百四十七条 他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ図リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行為ヲ為シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ千円以下ノ罰金ニ処ス

つつ、明治44年の第1次改正商法（明治44年法73号による改正後の商法）は、その261条1項に、現在にいわゆる会社財産を危殆化する罪と呼ばれ、現行会社法963条に連なる古典的な犯罪類型である総会詐欺罪（1号）・自己株式取得禁止違反罪（2号）・違法配当罪（3号）・営業範囲外投機取引罪（4号）を規定し、「一年以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ千円以下ノ罰金ニ処ス」とした上で、「前項ノ規定ハ刑法ニ正条アル場合ニハ之ヲ適用セス」（同条2項）とするに至ったのであった。

この第1次改正は、政府提出案⁹⁾を基本的に支持した貴族院と大幅な修正を要求した衆議院¹⁰⁾との両院協議会〔に設けられた特別委員会〕における妥協

第二百五十条 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス」

なお、背任罪成立までの沿革、学説・判例の理解の概観については、上寫・前出註3）116頁以下、各改正案条文等の資料については、松尾浩也（増補解題）倉富勇三郎（他監修）高橋治俊（他編）『増補 刑法沿革綜覧』日本立法資料全集別巻2（1990年）の関係箇所等を参照されたい。

⁹⁾ 具体的な条文案として、本稿においては、第27回帝国議会議事録第2号（明治44年1月21日）23頁以下に載録されたものに依拠した。紙幅の都合上、本稿に直接関連する規定案のみを以下に引用するが、罰則部分全体の参照をお願いしておきたい。

「第二百六十一条 取締役、株式合資会社ノ業務ヲ執行スル社員、監査役又ハ株式会社若クハ株式合資会社ノ清算人若クハ支配人カ其任務ニ背キタル行為ヲ為シ会社ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ五千元以下ノ罰金ニ処ス

前項ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

……………〈中略〉……………

第二百六十一条ノ七 発起人、取締役、株式合資会社ノ業務ヲ執行スル社員、監査役、株式会社若クハ株式合資会社ノ清算人若クハ支配人又ハ検査役カ職務ノ執行ニ関シ不正ノ利益ヲ收受若クハ要求シ又ハ之ヲ收受スルコトヲ約束シタルトキハ三年以下ノ懲役又ハ三千元以下ノ罰金ニ処ス

前項ト掲ケタル者ニ不正ノ利益ヲ交付若クハ提供シ又ハ之ヲ交付スルコトヲ約束シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ千円以下ノ罰金ニ処ス

前項ノ罪ヲ犯シタル者自首シタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得」

¹⁰⁾ 貴族院は、政府提出案261条に対し、所定の行為主体が任務違背行為を行うに際

の産物であることは周知のとおりであり、その議論の実際も明らかではないが¹¹⁾、商法成立後恐らく余り時を置かずして始まった本格的な商法罰則の整備の動きの方向性を示す第一歩として位置づけることができるであろう¹²⁾。形式としては大きな変更を強いられたとはいえ、明治44年第1次改正の政府提出案は、同案261条ないし261条ノ8に、昭和13年の第2次改正以降において取締役等の特別背任罪や利益收受等罪（収賄等罪）として修正・法定されていくと解されている幾つかの罪の創設を含め、また、未遂犯・過失犯の処罰規定をも含め、爾後の商法（会社法）罰則の展開を先取りした内容を有していたからであり、その意味においては、方向性に基本的な変更はなかったといえるからである。

そこで、上述した第1次改正商法261条の趣旨であるが、同条は、取締役等の任務違背行為を—凶利加害目的の存否に拘わらず、明治40年制定時の背任罪（刑247条）とほぼ同様の法定刑〔懲役は5年以下で同じ。罰金の多額は、背任罪の1000円から5000円に引き上げ〕で—一般的に広く処罰しようとした政府提出案261条を、規定方法が概括的であり広範に過ぎる等の衆議院側の批

して有すべき主観的な認識を要求する「会社ニ損害ヲ生スベキコトヲ知りテ」という文言を加えただけで、これを可決した（第27回帝国議会貴族院議事速記録第19号（明治44年3月18日）370頁参照。但し、同速記録に拠れば「会員ニ損害ヲ」となっている）。これに対し、衆議院は、提出案261条以下の罰則改正に全面反対した（第27回帝国議会衆議院議事速記録第24号（明治44年3月19日）530頁、540頁参照。）さらに、佐伯・前出註3）54頁以下をも参照。

¹¹⁾ 詳細については、第27回帝国議会商法中改正法律案外一件両院協議会議事速記録第1回（明治44年3月21日）1頁以下、第27回帝国議会貴族院議事速記録第21号（明治44年3月21日）445頁以下を参照されたい。

¹²⁾ 第1次改正政府提出案全体の内容等の詳細については、なおここで扱うことができない。立法動機等に関する従前の一般的理解については、谷川久—『注釈会社法（8）のⅡ〔増補版〕』（1980年）第7章罰則・前注★2、386—7頁、谷川久—『新版注釈会社法（13）』（1990年）第7章罰則・前注◆2、555—6頁、法律新聞社編纂『改正商法<明治44年>理由（増補四版）』（1912年）239頁以下、特に272頁以下（本稿執筆に際しては、復刻版の『日本立法資料全集・別巻292』（2004年）を使用した）等を参照されたい。

判を踏まえ、4つの具体的な類型として列記することに変更したものであり、また、刑法に正条のある場合には適用しない、すなわち、凶利加害目的ある場合には刑法247条を適用し、凶利加害目的のない場合に限って軽法定刑の同条を適用することにしたものである、と大凡説明されている¹³⁾。現在にいわゆる会社財産を危殆化する罪が、原初的には、取締役等の任務違背行為の中から具体的な個別類型として選別されたものであって凶利加害目的を有しないが故に(背任罪より)軽い法定刑で処罰される場合として捉えられていたことは、注目に値しよう。そこでは、会社財産の(故意の)客観的な危殆化は凶利加害目的を有しない(本人凶利目的で為された)場合であっても可罰性を根拠付ける、と考えられていることになり、それは、実質において、会社財産の(健全性の)保全・確保を会社や個々の債権者以外との関係における固有の任務、対社会的な任務と考えていることになるからである。法定刑が(背任罪より)軽くされ、また、凶利加害目的ある場合には(背任罪の)背後に退くものとされたのは、明治44年時点における会社財産の(健全性の)保全・確保の社会的重要性についての認識の故であろう。すなわち、翻って考えれば、政府提出案261条の規定する罪は、凶利加害目的を非要件化することにより背任罪(刑247条)の処罰範囲を広げようとしたものとはいえるが、会社財産の(健全性の)保全・確保、延いては社会経済状況の安定・資本主義経済秩序の安全というような社会的法益を保護する質的に異なった罪を創出しようとしたものであり¹⁴⁾¹⁵⁾、法定刑も背任罪(刑247条)とほぼ同様であっ

¹³⁾ 前出註11)・第27回帝国議会商法中改正法律案外一件両院協議会議事速記録第1回(明治44年3月21日)3頁参照。

¹⁴⁾ 背任罪(刑247条)に加えて政府提出案261条の罪を創設しようとする趣旨について、政府委員として答弁した当時の司法省民刑局長・平沼騏一郎は、一般事務処理者の任務違背行為に対する処罰は凶利加害目的ある場合に限っても目的を達し得るが、会社の「重役其他ノモノ」による場合については、会社「資産ノ減少ヲ生ズル、或ハ其資産ノ滅失ヲ来スト云フコトニナリマスレバ、一般ノ債権者モ害ヲ受ケ株主モ害ヲ蒙リ、是ガタメニ延イテ一般ノ経済界ニ大害ヲ醸スコトハ申上ゲルマデモナイコトデアリ」、重い責任を負う者として、凶利加害目的のない場合まで含めな

て、取締役等という身分を根拠とする特段の加重処罰等を考えていたものではないのである¹⁶⁾。ちなみに、取締役等の利益收受等罪を定めた政府提出案261条の7の削除理由は定かではないが¹⁷⁾、「三年以下ノ懲役又ハ三千円以下ノ罰金」というその法定刑は、明治40年制定時の収賄等罪（刑197条前段）の「三年以下ノ懲役」と同様であり、ここでも、取締役等を公務員・仲裁人と同格ないし同性格のものと考えようとしていることは強く推認されるが（したがって、上述の政府提出案261条の性格付けが補強され得るが）、特段の加重処罰を考えていた訳ではないのである。

3 昭和13年商法第2次改正と特別背任罪の創設趣旨

商法は、昭和13年法72号により大規模な第2次改正を受ける。その全体的な性格付け、特に政治的・思想的な評価と位置付けには争いがあるようであるが¹⁸⁾、法構造的に見れば、いわゆる「所有（資本）と経営の分離」が進行す

ければ足りないこと等を述べている。第27回帝国議会衆議院商法中改正法律案外二件委員会議録（速記）第2回（明治44年3月2日）6頁以下〔前出註12〕・法律新聞社編纂『改正商法<明治44年>理由（増補四版）』272頁以下〕参照。

¹⁵⁾ 凶利加害目的がある背任罪（刑247条）では法改正を必要としている現実に対応できないとして、幾つかの著名事件名を挙げつつ、衆議院本会議第2読会で貴族院案通りの改正の必要性を強く訴えた花井卓蔵の議論も、実質的に同様の趣旨の見解として理解することが出来よう（第27回帝国議会衆議院議事速記録第24号（明治44年3月19日）534頁以下、535頁参照）。

¹⁶⁾ 既述の通り、政府提出案261条の罪は、当時の背任罪（刑247条）に比して、罰金については5000円へ5倍の引き上げを提案しているものの、これも、会社の事業等に関連する行為という性質故の損害の大きさに着目したものであるように思われる。なお、本文中では、両罪の法定刑を「ほぼ同様」としたが、その評価が適切か否かは見解が分かれ得ると思われる。

¹⁷⁾ 前出註11)・第27回帝国議会商法中改正法律案外一件両院協議会議事速記録第1回（明治44年3月21日）3頁参照。なお、両院協議会における成案の趣旨説明においても、取締役等の行為主体は「重役」、不正の利益の收受は「収賄」とされているが、立法関与者一般の認識を示すものとして留意すべきであろう。

¹⁸⁾ 簡潔に纏められたものとして、浅木慎一「明治・大正・昭和前期の経済社会の

る中で、経営機構の改革が図られ、株主総会の権限拡大による取締役の業務執行に対する監督機能の強化、その論理的帰結としての取締役の権限縮小の招来、そして、改正最大の特徴ともいえるべきものとして、取締役の責任強化が行われ、その中に（特別）背任罪（昭和13年改正時商法468条）と利益收受等罪〔収賄罪〕（昭和13年改正時商法493条）の新設を含む刑事責任の拡大が含まれていたことは、論者の指摘する通りである¹⁹⁾。冒頭に述べた判例・学説の一般的理解に拠れば、取締役等の身分を有するが故に、一般の事務処理者を対象とする背任罪（刑247条）に加重した刑で罰せられる「特別」背任罪と、一般人であるにも拘わらず公務員等における収賄罪と同様に罰せられる利益收受等罪〔収賄罪〕の対象とされることとなったのである²⁰⁾。もちろん、上に

変遷と商法典一戦争と日本資本主義と商法典」法律時報71巻7号（1999年）23頁を参照されたい。より詳しくは、同「昭和一三年会社法改正の歴史的展開・第一部：改正への胎動から改正要綱をめぐる議論まで（河本一郎教授退職記念号）」神戸学院法学25巻1号（1995年）21頁、同「昭和一三年会社法改正の歴史的展開・第二部：改正法律案の公表から改正法の成立・施行と戦前の論議状況まで」神戸学院法学25巻2号（1995年）1頁、同「昭和一三年会社法改正の歴史的展開・第三部：本邦有限会社法制定掌史」神戸学院法学25巻3号（1995年）1頁、更に、これらを纏めた同『日本会社法成立史』（2003年）311頁以下をも参照されたい。

¹⁹⁾ たとえば、奥島孝康「昭和一三年商法改正」倉澤康一郎・奥島孝康（編）『昭和商法学史 岩崎稜先生追悼論文集』（1996年）13頁以下、17-8頁参照。

²⁰⁾ 昭和13年商法第2次改正により成った第7章「罰則」は、486条ないし488条が特別背任罪及び同未遂罪、489条が会社財産を危殆化する罪、490条が不実文書行使罪、491条が預合の罪、492条が懲役・罰金の裁量の併科規定、493条が発起人・取締役等の利益收受等罪、494条が会社荒らし等に対する利益收受等罪、495条が利益收受罪等における利益の没収・追徴規定、496条が自首規定、497条が株式払込免脱罪、498条が過料、499条が法人に対する罰則の適用等である。紙幅の都合上、本稿に直接関連する規定のみを以下に引用するが、罰則部分全体の参照をお願いしておきたい。

「第四百八十六条 発起人、取締役、株式合資会社ノ業務ヲ執行スル無限責任社員、監査役又ハ株式会社若ハ株式合資会社ノ第二百五十八条第二項、第二百七十条第一項、第二百七十二條第一項若ハ第二百八十條ノ職務代行者若ハ支配人其ノ他營業ニ関スル或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人自己若ハ第三者ヲ利シ又ハ会社ヲ害センコトヲ図リテ其ノ任務ニ背キ会社ニ財産上ノ損害ヲ加

において明治44年第1次改正に至る商法罰則改正・整備の議論を眺めてきた目には特に明らかなように、この第2次改正による罰則の拡充は、第1次世界大戦（大正3—7年（1914—18年））後の日本経済の飛躍的な発展に伴い、株式会社の資本・組織・規模、株主・社債権者を含む利害関係者の範囲等が巨大化し、したがって、会社の社会的・経済的重要性が著しく増大した反面、会社役員等の不法行為による会社犯罪が一般社会に及ぼす害悪は深刻且つ広範なものとなり、その嚴重な取締が公益保護の為に必要となったところから行われたものであると位置付けられるものであり、その立法動機は第1次改正と同質的また連続的ないし継続的であり、ただ、罰則の精密な規定と制裁の加重が必要と考えられたものであるということになろう²¹⁾。そうであるとする

ヘタルトキハ七年以上ノ懲役又ハ一万円以下ノ罰金ニ処ス

整理委員、監督員、第三百五十八条第一項ノ管理人又ハ株式会社若ハ株式会社ノ清算人若ハ第四百三十条第二項ノ職務代行者前項二掲グル行為ヲ為シタルトキ亦前項二同ジ

第四百八十七条 社債権者集会ノ代表者又ハ其ノ決議ヲ執行スル者自己若ハ第三者ヲ利シ又ハ債権者害センコトヲ図リテ其ノ任務ニ背キ債権者ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以上ノ懲役又ハ五千元以下ノ罰金ニ処ス

第四百八十九条 前二条ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

……………〈中略〉……………

第四百九十三条 第四百八十六条若ハ第四百八十七条二掲グル者、監査役又ハ監査委員其ノ職務ニ関シ不正ノ請託ヲ受ケ財産上ノ利益ヲ收受シ、要求シ又ハ約束シタルトキハ三年以下ノ懲役又ハ三千元以下ノ罰金ニ処ス

前項ノ利益ヲ供与シ又ハ其ノ申込若ハ約束ヲ為シタル者亦前項ニ同ジ

21) この点に関しては、谷川久・前出註12)所掲の各注釈の継続部分の他、佐々木史朗一佐々木史朗（編）『判例経済刑法大系 第1巻』（2000年）1—2頁等を参照されたい。ちなみに、第2次商法改正政府提出案の罰則部分につき、政府委員・司法省刑事局長の松阪廣政は、「現行法デハ僅ニ三箇条ノ罰則シカゴザイマセヌノデ、現行法制定当時ハソレデ足りタノデゴザイマセウガ、其ノ後経済界ノ発展等カラ会社ノ資本ガ著シク増大シマスルシ、株主ノ数モ殖エテ、一般社会ニ対スル関係ニ於キマシテモ現在ノ取締法規ノミデハ不十分デアルト云フトコロカラ新ニ罰則規定ヲ増加シタモノデゴザイマス、旧規定モ之ヲ大部分ハ存シマシテ、ソレニ罰刑ヲ更ニ現行法ヨリモ重ク致シテ居ルノガ大体ノ罰則ノ趣旨デゴザイマス」と説明している。

れば、第2次改正商法486条ないし488条の罪は、凶利加害目的の存する取締役等の任務違背行為を（背任罪・同未遂罪（刑247条・250条）に比して）重い刑で処罰するものであるが、その立法趣旨・含意は一同489条（上述の趣旨の第1次改正商法261条を維持し、刑から禁錮を外す一方で、懲役・罰金は加重したもの）や同493条（第1次商法改正では断念されたものの、要件を改められつつも同じ法定刑で規定された取締役等の利益收受等罪）等の存在に鑑みつつ— 改めて検討し直す必要がある²²⁾。

第2次改正商法は、486条ないし488条を（形式としては）新設すると同時に、第1次改正商法261条1項を489条として基本的に維持し、法定刑から禁錮を外す一方で、懲役・罰金は「五年以下ノ懲役又ハ五千円以下ノ罰金」に加重し、「前項ノ規定ハ刑法二正条アル場合ニハ之ヲ適用セス」という第1次

第70回帝国議会貴族院商法中改正法律案特別委員小委員会議事速記録6号（昭和12年2月25日）16頁参照。提出案486条の罪等の行為主体に（明治44年第1次商法改正政府提出案と異なり）「使用人」が付け加えられた理由については、爾後の立法過程においても特に言及されることはなく、定かではない。ここは規定の精密化の観点からの付加・拡張という理解をしておくこととする。なお、松阪廣政（松坂広政等と表記されることも少なくない）は、第73回帝国議会でも刑事局長として政府委員を務め、昭和16年には検事総長、昭和19年に司法大臣となった人物であり、その政治的・思想的背景が商法罰則改正に与えた影響という点は興味あるところであるが、本稿では一先ず措くこととする。

²²⁾ 第2次商法改正への作業は、法制審議会への諮問が昭和4年5月に行われ、長期に渡って種々の組織・レヴェルにおいて行われたものであって、いずれの段階の資料を用いるか難しい問題がある。本稿では、第2次商法改正が成った第73回帝国議会（昭和13年）への政府提出案が形成された第70回帝国議会（昭和12年）の貴族院・商法中改正法律案特別委員会議事速記録、同・商法中改正法律案特別委員小委員会議事速記録及び衆議院・商法中改正法律案委員会議録（速記）等を中心とした限度で検討することとしたい。なお、第2次商法改正政府提出案の罰則部分は、第70回議会への提出案（第70回帝国議会貴族院議事速記録6号（官報号外昭和12年2月19日43頁以下）載録）にせよ、第73回議会への提出案（第73回帝国議会貴族院議事速記録第4号（官報号外昭和13年1月26日25頁以下）載録）にせよ、前出註20）に部分引用した成立法規定から大きく隔たったものではないので、改めての引用は省略し、必要に応じて適宜説明することとしたい。

改正商法261条2項に相当する文言を削っている。加重された法定刑の刑種・刑量が、第1次改正商法政府提出案261条のそれに一致することは、図利加害目的なき取締役等の任務違背行為（いわゆる会社財産を危殆化する罪＝会社財産の（健全性の）保全・確保、延いては社会経済状況の安定・資本主義経済秩序の安全というような社会的法益を害する罪）の社会的有害性・危険性に関する認識が深まったことを意味していると解される。そして、そのような視線からすれば、第1次改正商法政府提出案261条のような包括的規定の創設は（政治力学上また立法技術上の理由から）無理であったとしても、図利加害目的なき取締役等の任務違背行為から選別した他の個別類型の設置は望ましく且つ不可避なものであろう。第1次改正政府提出案261条の罪の（背任罪（刑247条）に加えての）事実的必要性を説く内に挙げられていた具体例に鑑みれば²³⁾、第2次改正商法492条の預合の罪の新設はもとより、同490条の不実文書行使罪の新設も、そのようなものとして捉えることが可能であり、それらの法定刑がいずれも「五年以下ノ懲役又ハ五千円以下ノ罰金」とされていることも、そのような理解の妥当性を補強するといえ得よう。（第1次改正商法261条2項に相当する文言を削除して）図利加害目的ある場合を法定刑のほぼ同様な背任罪（刑247条）の適用に委ねなくなったのは、少なくとも会社の取締役等の図利加害目的ある任務違背行為については商法限りの加重処罰による抑止を必要十分と判断して新設した規定が存するからに過ぎないであろう²⁴⁾。すなわち、第2次改正商法の罰則においては、（489条以下に個別類型として規定された）図利加害目的のない場合の取締役等の任務違背行為の処罰は、会社財産の（健全性の）保全・確保を通じ延いては社会全体の経済状

²³⁾ たとえば、前出註15)・第27回帝国議会衆議院議事速記録第24号（明治44年3月19日）535頁以下）の花井卓蔵の議論を参照されたい。預合等の処罰の必要を強調する。

²⁴⁾ なお、前出註21)・第70回帝国議会貴族院商法中改正法律案特別委員小委員会議事速記録6号（昭和12年2月25日）17頁の政府説明を参照されたい。松阪廣政は、提出案486条における取締役等への刑の加重を説明して、「斯様ニスレバ多少之等ノ者ノ背任トカ不正行為ヲ防止シ得ルトコロカラ来タノデアリマス」と述べている。

況の健全性・資本主義経済秩序の安全を守るべき対社会的任務との関係で主として考えられていることは（政府説明の述べる以上に）変わっていないのである。

第2次改正商法493条の取締役等の利益收受等罪は、「不正ノ請託ヲ受ケ財産上ノ利益ヲ收受」等することが要件とされて可決・成立するに至るまで、賄賂概念の不使用・請託内容の不正性（任務違背性）の織り込み・刑法の取賄罪との差別化等々が主張され、端的に「職務ニ関シ賄賂ヲ收受」等としていた第70回帝国議会政府提出案493条への修正が加えられたが、「今日ノ会社ノ重役ト云ウ者ハ殆ド公務員ニ準ジテ取扱ッテ宜イ状態ニアリマス」という捉え方自体は、結局のところ維持され、それ故に法定刑も取賄罪（刑197条前段）と同様とされたといえる²⁵⁾。これは、既述のとおり、取締役等の任務違背行為の処罰を対社会的任務との関係で考えていく方向性と整合的であるが、対本人的任務との関係で考えていく方向性とは、むしろ相反するようと思われる。政府提出案が十分認識していたように、対本人的任務違背行為に伴う利益收受行為のほとんどは、新設の特別背任罪によって捕捉されることとなり、第2次改正商法493条を置く理由がなくなるからである²⁶⁾。

以上のところからは、しかしながら、第2次改正商法486条ないし488条の罪を如何なるものとして位置付けるべきか、すなわち、背任罪（刑247条）の取締役等の身分による加重処罰規定と理解すべきか、会社財産の（健全性の）保全・確保を通じ延いては社会全体の経済状況の健全性・資本主義経済秩序の安全等を守ろうとする商法固有の新たな犯罪規定と理解すべきか、いずれ

²⁵⁾ 前出註21)・第70回帝国議会貴族院商法中改正法律案特別委員小委員会議事速記録6号（昭和12年2月25日）17頁以下〔引用は18頁〕、同8号（昭和12年2月27日）4頁以下、第70回帝国議会貴族院商法中改正法律案特別委員会議事速記録2号（昭和12年3月1日）20頁以下の議論等を参照されたい。

²⁶⁾ 政府提出案493条に「不正ノ行為ヲシタト云フ場合ニ限ッテ処罰スル」趣旨の修正を加えるべしとする議員の意見に対する松阪廣政政府委員の答弁（前出註25）第70回帝国議会貴族院商法中改正法律案特別委員小委員会議事速記録8号（昭和12年2月27日）4頁）を参照されたい。

の理解も成立し得る、成立し得なくはないといわなければならないように思われる。筆者は、前稿においては、上述のような第2次商法改正の罰則部分に係る立法動機・政府提出案の明示の趣旨²⁷⁾にも拘わらず、政府提出案486条が当初から凶利加害目的を要件として含め規定されていたこと、第70回及び第73回帝国議会両院における議論が（相対的に493条関連においてより激しいものがあった一方で）ほぼ加重処罰の根拠（何故に背任罪の刑量では足りないのか）に集中しているように思われたこと等から、現在の一般的な理解である前者になお従った。しかし、現時点では、後者の理解を採った上で、その立法の試みの未完性ないし不完全性を填補する可能な限り妥当な解釈論を見出すべきであろうと考えるに至っている。

第2次商法改正の罰則部分に係る立法動機・政府提出案の明示的趣旨は、理論的妥当性は疑問であるにせよ背任罪（刑247条）に対する加重処罰根拠としても繰り返し述べられているところであって、その内実自体は正面から受け止めるべきであろう。加重処罰根拠として述べられているのは、背任罪（刑247条）の刑では何故足りないのか、という議院側の質問・説明要求に答えているからに過ぎないからである。そのみならず、政府委員である松阪廣政の答弁には、並行して行われている刑法改正作業等にも言及しつつ、処罰の根拠の質的な相違が重罰を要求するという旨を述べている興味深い箇所がある。すなわち、松阪廣政は、政府提出案486条を「取締役等ノ特別業務上ノ背任行為」を処罰するものとした上で、

「近頃ノ此ノ大キナ会社ノ発起人、取締役等ノ会社ニ対スル関係ハ、殆ド公務員ガ公務署ニ対スル関係ト相似タルヤウナ社会的ニ重要ナ影響ヲ持ツノデアリマスカラ、背任罪、普通ノ背任罪ヨリハ現在ノ取締役トカ発起人トカ云フ大会社、株式合資会社ノ大キナモノノ行為ニ付キマシテハ、ドウモ刑法ノ背任罪ノ刑ト云フモノハ、一般ノ背任ヲ目標ト致シマスカラ、寧ロ個人ノ信託関係ニ基ク違背ヲ基本ニシタ刑デハ少シク輕キニ過ギヤシナ

²⁷⁾ 前出註21) の付された本文及び同註中の引用等を参照されたい。

イカ、刑法ノ改正ニ致シマシテモ、サウ云フ傾向ニ進ミツ、アル情勢デアリマスカラ、特ニ重ク規定シヤウト云フ趣旨デ此ノ規定ヲ設ケタノデアリマシテ、普通ノ刑法ノ背任ヨリ此ノ方ガ……實際スフ云フ規定ニ当ル重役ハ、サウ多クアルマイト思ヒマスノデ、斯ウ重クシタ方ガ發起人、取締役等ガ不正ヲ為スコトヲ防止スルニ効果ガ大キイダラウト云フコトデ、此ノ規定ヲ設ケタ次第デアリマス」

と述べているのである²⁸⁾。もちろん、会社図利目的が認められれば、社会全体の経済状況の健全性・資本主義経済秩序の安全のような社会的な法益が侵害・危殆化されたとしても罪の成立が否定されてしまうことは重々理解された上での政府提出案486条であるから²⁹⁾、その限度では商法第1次改正政府提出案261条の罪に比すれば遙かに不完全であるが、そもそも適用事例がそれ程多くはないことが想定されるような大きな社会的影響のある「特別業務上ノ背任行為」を捕捉しようとする罪であったのであり、重罰化による社会的関係における事実上の規律引締を考えているようにも思われる。昭和10年代初期以降の慌ただしい政治並びに経済状況の中での夥しい立法作業に鑑みれば³⁰⁾、そ

28) 前出註21)・第70回帝国議会貴族院商法中改正法律案特別委員小委員会議事速記録6号（昭和12年2月25日）20頁参照。

29) たとえば、前出註21)・第70回帝国議会貴族院商法中改正法律案特別委員小委員会議事速記録6号（昭和12年2月25日）22頁〔松阪廣政の奥田剛郎議員の確認に対する答弁〕参照。

30) ちなみに、商法第2次改正は、当初の政府案が昭和12年1月25日に第70回帝国議会貴族院に提出されて審議が開始される予定であったが、同月23日に内閣が総辞職し、25日にはなお組閣中であった為、議会は当面休会となった（第70回帝国議会貴族院議事速記録3号（官報号外昭和12年1月26日）21頁以下参照）。2月18日に再提出された政府案は、貴族院・衆議院それぞれほぼ連日の集中的審議を経て、3月末までにほぼ成立の状態に至っていたが、3月31日に衆議院の解散・貴族院の停会が命じられ、水泡に帰した（勅書（官報号外昭和12年3月31日）参照）。70回帝国議会での審議結果を織り込んだ政府提出案が、第73回帝国議会に提出されたのは昭和13年1月25日であり（第73回帝国議会貴族院議事速記録第4号（官報号外昭和13年1月26日）参照）、衆議院での3月に入ってからの正に集中的審議を経て可決された

の捕捉の在り方が課題として認識されながらも、緊急性において劣後するものとして、取り敢えずの対応に留められたとしても不思議ではないであろう。刑法改正作業が並行して進んでいたとすれば、その趣旨・方向性の詳細が必ずしも明らかではなかったとしても、総力戦後の来たるべき刑法典・商法典の両者における最終的な調整を見込んで、その時点の重罰化方針までを借りてくることも一つの行き方だったのではないであろうか。ちなみに、新設される会社法罰則と刑法典上の罪との関係について、以下のような貴族院議員鵜澤總明の質問とこれに応えた松阪廣政の答弁とがある。

「……罰則ノ中デ、故意ヲ罰スル規定ヲ今度始メテ入レル訳デスガ、是ハ刑法ノ方ニハ持ッテ行カズニ、商法ノ罰則ニズット後マデ残シテ置カレル考デスカ」

「……政府ト致シマシテハ、刑法ノ改正法案ガ出来マシテ、改正ガ出来上リマシタ場合ニハ、是ト抵触スル、若シクハ同一ノ意味ニ付テハ、是ハ刑法ニ依ッテ同ジモノガ出来マシタ場合ニハ、之ヲ廢シマス、サウ云ウ方針ヲ持ッテ居リマス」

「サウスルト、商法ノ罰則ノ方ニ於キマスルノハ、成ルベク商法カラ来ル特別ノ場合ト云フコトニ重キヲ置カレテ居ル訳デスナ」

「左様デゴザイマス」

答弁の時点においては「刑法ノ改正法案」は未だ存在しなかったのはもちろんであるが、松阪廣政の立場・職務に鑑みれば、昭和6年までに既に総則部分が一応の完成を見て、昭和15年には各則部分をも含む全体が公刊された「刑法改正假案」、そこにおける背任罪関連規定の消息概要・方向性は承知していたであろうし、そうであるとすれば、商法第2次改正政府提出案486条の「取締役等ノ特別業務上ノ背任行為」の罪の将来も、それとの関連においても、想定していたことであろう。いずれにせよ、同486条ないし488条の罪だけを

のが3月22日であった（第73回帝国議会衆議院議事速記録第32号（官報号外昭和13年3月23日）参照）。

他から区別し、当時の背任罪（刑247条）あるいは当時の刑法改正作業中において理解・形成されつつあった新たな背任罪を身分により加重処罰しようとする趣旨の規定として位置付けていたと単純に理解することは妥当でないといわざるを得ないのである。

Ⅲ 背任罪と「業務上」背任罪

明治40年に公布された刑法（明治40年法45号）は、第2編「第37章詐欺及ヒ恐喝ノ罪」中の247条に背任罪を置き³¹⁾、昭和13年に商法・有限会社法の罰則に「特別」背任罪等が創設されるまでは、会社の役職員等による背任行為への対応をも予定されていた。その間、刑法典については継続的な改正作業が重ねられたことは周知の通りであり、背任罪に関してもその趣旨・罪質等の理解の変化・多様化・精密化が各種草案等の構成に反映されたことは以下に概説する通りである³²⁾。本項では、その過程において背任罪の加重処罰類型として提案されてきた「業務上」背任罪の設置趣旨を明らかにし、「特別」背任罪と「業務上」背任罪との関係を確認・整理しておくこととしたい。ある時点から、「業務上」背任罪は「特別」背任罪を包摂・吸収し得るものである、という見解が何故か現れるという経緯もあるからである。

刑法改正作業において、まず視座の一致が見られ、現在まで維持されていることは、背任罪を「詐欺及ヒ恐喝ノ罪」等の財物並びに利益の奪取ないし移転の罪と類似性のあるものとして捉えるべきではなく、他人の信頼に反し他人に対する任務に違背する行為で財産を害するという点において共通する横領罪と一群を成すものとして扱うことが、体系的に妥当であるということであった³³⁾。すなわち、背任罪はあくまでも（横領罪と並ぶような）個人的法

31) 刑法典制定当時の247条・背任罪の規定については、前出註8)に引用したので、参照されたい。

32) なお、上掲・前出註3)204頁以下等にも、背任罪構成要件の明確化への寄与という観点からの概説がある。併せ参照されたい。

33) たとえば、刑法改正豫備草案（昭和2年）は、既に各則41章を「背任ノ罪」と

益である財産に対する罪の一種であり、親族相盗例の準用に示されるような人的範囲・次元における影響を考えていることになる。

次に視座が一致するのは、横領罪と背任罪との結び付きを更に明確化し可能であれば強めようという点であり、その上で、横領罪における単純横領罪と業務上横領罪との例に倣った背任罪の加重処罰規定（「業務上」背任罪）を創設するということである。もちろん、横領罪と背任罪との関係の理解・結び付きの具体的な強め方は変化しているし、それに伴って背任罪の構成要件の規定の仕方も変わっているが、業務上背任罪の創設の前提が、横領罪と背任罪との一体的ないし並行的な取扱を前提としていることは一貫しているのである。たとえば、昭和15年の改正刑法假案³⁴⁾は、各則43章「横領及背任ノ

し、横領罪と背任罪の新たな罪とを共に規定する。以下の引用は、林弘正・本文前出『改正刑法假案成立過程の研究』（2003年）501頁に拠る。

「第四十一章 背任ノ罪

第三百四十四條 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲治又ハ千円以下ノ罰金ニ処ス

公務所ヨリ保管ヲ命セラレタル自己ノ物又ハ他人ノ信任ニ因リ自己ノ占有スル物ヲ横領シタル者亦前項ニ同ジ

第三百四十五條 業務上自己ノ占有又ハ保管スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ十年以下ノ懲治ニ処ス

第三百四十六條 [遺失物等横領 略]

第三百四十七條 他人ノ為其ノ財産ヲ処理スル権限アル者其ノ権限ヲ濫用シ本人ニ損害ヲ生セシメタルトキハ五年以下ノ懲治若ハ禁錮又ハ二千円以下ノ罰金ニ処ス

第三百四十八條 本章ノ罪ニハ第三百三十六條 [親族相盗] ノ規定ヲ準用ス。

³⁴⁾ 刑法改正假案（昭和15年）における関連規定は以下の通りである。引用は林・前出註33）532頁に拠る。

「第四十三章 横領及背任ノ罪

第四百四十二條 他人ノ財物ヲ保管スル者其ノ物ヲ横領シタルトキ又ハ相当ノ理由ナク其ノ物ノ返還ヲ拒ミ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタル時ハ五年以下ノ懲役又ハ五千円以下ノ罰金ニ処ス

他人ノ事務ヲ処理スル者自己又ハ第三者ノ利益ヲ図リテ其ノ任務ニ背キタル行為ヲ為シ本人ニ損害ヲ加ヘテ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ第三者ヲシテ之ヲ得シメタルトキ又前項ニ同ジ

罪」の442条1項に委託物横領罪を、同条2項に背任罪を置いた上で、443条に「業務上ノ任務ニ背キテ前条ノ罪ヲ犯シタル」場合の加重処罰規定を置いているが、442条2項の背任罪は、本人加害目的の場合が除かれ、自己又は第三者の利益の取得を要件とすることにおいて、いわば利益横領罪・利得罪として位置付けられていることが明らかである。なお、假案444条は、一般の事務処理者の利益收受罪（収賄罪）という直観的には「横領及背任ノ罪」とは異質ともいえる罪を些か唐突に規定する。この罪については親族相盗例等の準用もない。爾後の改正作業の過程で放棄されるものでもあり、本稿に述べてきたところからすればその創設趣旨には大いに興味を惹かれるものであるが、假案195条が公務員の横領罪・背任罪を規定することに鑑みると、体系的な観点から出た並行的な処理と解すべきであろうか。そして、以上の視座の方向性は、昭和13年の商法第2次改正に先だって既に存在していたことに留意すべきであろう。すなわち、背任罪の要件において本人加害目的の場合が含まれている点や法定刑が全体的にやや軽い点等を除けば、昭和10年前後において既に形成されていたのであり、一般の事務処理者の利益收受罪（収賄罪）が345条ノ3という枝番号により追加されるような段階にあったのである³⁵⁾。上述のような「特別」背任罪の立法趣旨説明が行われていた時点において、刑法改正作業の過程においては別個に、いわば主として刑法財産犯の体

第四百四十三條 業務上ノ任務ニ背キテ前条ノ罪ヲ犯シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ一万円以下ノ罰金ニ処ス

第四百四十四條 他人ノ事務ヲ処理スル者其ノ任務ニ関シ不正ノ請託ヲ受ケ財産上ノ利益ヲ得タルトキハ三年以下ノ懲役又ハ五千元以下ノ罰金ニ処ス利益ヲ供与シタル者亦同ジ

第四百四十五條 前三條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第四百四十六條 [444條の罪による利益の没収・追徴]

第四百四十七條 [444條の罪の自首による刑の減免]

第四百四十八條 [遺失物等横領]

第四百四十九條 [433條 [親族相盗] 及び434條 [電気] の442條 [單純横領・背任]・443條 [業務上横領・背任] 及びこれらの未遂罪への準用]

³⁵⁾ 刑法改正假案へと至る途上の「刑法竝監獄法改正起草委員会決議條項（刑法各

系的な関心に基づいた「業務上」背任罪の観念が形成されつつあったのである。法定刑の差（自由刑のみ挙げれば、特別背任罪は7年以上の懲役、業務上背任罪は10年以下の懲役）も、両者間の関係づけからではなく、横領罪との体系的な衡量から来ていると解することが自然であろう。

刑法改正作業は、この後、戦争状態への突入に伴い、刑法改正假案の中から緊急の改正を要する部分のみを抜き出した昭和16年改正（同年法61号）が行われる³⁶⁾。その内容は、各則関係でいえば、旧96条の2〔強制執行免脱罪〕、

則編第二次整理案)」(昭和10年)における関連規定は以下の通りである。引用は林・前出註33) 475頁に拠る。

「第四十一章 横領及背任ノ罪

第三百四十四條 他人ノ財物ヲ保管スル者其ノ物ヲ横領シタルトキ又ハ相当ノ理由ナク其ノ物ノ返還ヲ拒ミ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキ五年以下ノ懲役又ハ二千元以下ノ罰金ニ処ス

他人ノ事務ヲ処理スル者自己又ハ第三者ヲ利シ又ハ本人ヲ害センコトヲ図リテ其ノ任務ニ背キ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキ又前項ニ同ジ

第三百四十五條 業務上ノ任務ニ背キテ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ五千元以下ノ罰金ニ処ス

第三百四十五條ノ二 前二條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第三百四十五條ノ三 他人ノ為ニ其ノ事務ヲ処理スル者其ノ任務ニ関シ不正ニ財物其ノ他ノ利益ヲ收受シ又ハ收受ノ約束ヲ為シタルトキハ二年以下ノ懲役又ハ五千元以下ノ罰金ニ処ス利益ヲ供与シ又ハ供与ノ約束ヲ為シタル者亦同ジ

第三百四十六條 〔遺失物等横領〕

第三百四十七條 削除

第三百四十七條ノ二 削除

第三百四十七條ノ三 削除

第三百四十八條 本章ノ罪ニハ第三百三十六條〔親族相盜〕及 第三百三十七條〔電気〕ノ規定ヲ準用ス

³⁶⁾ 刑法中改正法律案は昭和16年2月10日に貴族院に提出されるが、その際の柳川平助司法大臣による提案理由では、刑法は「急速ニ改正ヲ要スル部分ガアル」としか述べられていないが（第76回帝國議會貴族院議事速記録第11号（官報号外昭和16年2月11日）84頁参照）、両院協議会の審議中に為された改正刑法假案を巡る遣り取りにおいて、政府委員・司法次官の三宅正太郎は次のように述べている。（提出案の内容に限らず）「私ノ方デハ実ハモット沢山用意シタノデアリマス、所ガ戦時下デハ

96条の3〔競売・入札妨害罪、談合罪〕、105条の2から105条の4にわたる「第七章ノ二 安寧秩序ニ対スル罪」、117条の2〔業務上失火罪〕、197条から197条の4〔収賄の各罪〕と198条〔贈賄罪〕の新設と、116条〔失火罪〕及び157条〔公正証書原本不実記載罪〕の重罰化であるが、假案における各罪の位置付け・趣旨等は現行法（の現時点での理解）と異なるところが多く、詳細な論定は本稿では断念せざるを得ない。ただ、筆者には、この改正の意図するところの実質の一は、総力戦体勢経済を確立・維持する上で必要であった（濫用的・攪乱的・扇動的な）企業経営・活動の規律・取締にあったように思われる。競売・入札妨害罪や談合罪については改めて述べるまでもないであろうが、改正提案の基となっている假案416条が「第三十九章 信用・業務及競売ニ関スル罪」に含まれることも、議論の次元の転換を示すものとして、付言しておきたい。贈賄罪の新設、それと対応する収賄罪の整備についても、改めて述べる必要は無いであろう。公正証書原本不実記載罪の刑の加重は、臨時資金調整法（昭和12年法86号）により会社設立・拡張等が制限された状況下において、残存する会社登記の不実変更により実質の備わらない会社を軍需会社その他有望な会社と見せ掛けて不法な利益をはかる行為の抑止を目的とする旨、明言されている。更に、「第七章ノ二 安寧秩序ニ対スル罪」の説明にいう「経済上ノ混乱ヲ誘発スル行為」に一定範囲の企業経営・活動が読み込まれ得ることも、改めて強調するまでもない³⁷⁾。すなわち、対社会的な関係（戦時経済下という条件付きでの、社会全体の経済状況・資本主義経済秩序と

ムヲ得ザルモノダケヲ出セト云フコトデアリマシタ為ニ、多クヲ割愛致シテ、必要ダト思フ部分ヲ出シタ訳デアリマスカラ、今度ノ議會ハ斯フ云フ訳デアリマスガ、来議會、来々議會ニヤハリ假案二付テ是ガ宜シト思フモノハ出シタイト思フテ居リマス、今後モ屢々刑法改正案ヲ提出致ス機会ハアルノデゴザイマス、ドウカ左様御諒承願ヒタイト思ヒマス」。第76回帝国議會刑法中改正法律案兩院協議會議事速記録第1号（昭和16年2月28日）10-11頁参照。

³⁷⁾ 他の各罪に関する提案内容も含め、政府委員・三宅正太郎の説明（第76回帝国議會貴族院刑法中改正法律案特別委員會議事速記録第1号（昭和16年2月12日）1-2頁）を参照されたい。

の関係)における会社取締役等の企業経営者の刑事責任の追及が昭和16年刑法改正の実質の一であり、それは「業務上」背任罪の創設等としては行われなかったのである。そのことは、上述のように、「業務上」背任罪が正に対本人的な関係における財産犯として位置付けられるに留まっていたことの証左ともいい得よう³⁸⁾。

戦後の刑法改正作業は、「業務上」背任罪との関連においては、昭和憲法秩序と抵触する条項の削除・上述のような戦時色の払拭等という事情の影響はあったにせよ、基本的に戦前・戦中のその継続として始まり、これまでに確認された特徴は維持されてきたということが(後掲の説明資料等からも確認)できる。ある意味では形式的である体系的な関心から、背任罪は横領罪といわば一纏めにされ、個人的法益たる財産に対する罪として位置付けられて規定され、横領罪に「業務上」横領罪が存することとの関係から、背任罪にも「業務上」背任罪を置く、法定刑の刑種も刑量も相互に関連付けられている、ということになる。そして、そこでの議論は、「特別」背任罪の創設された頃の議論・趣旨と次元・色調を些か異にするものであること、「特別」背任罪とは基本的に切り離されたところで(異なった罪が)観念されてきていること、既に繰り返し述べてきたところである。以下では、更に若干の補足を加えておくこととしたい。

改正刑法準備草案(昭和36年)は、横領罪との関係における背任罪の取り扱いに関する上述のような特徴を假案から明示的に受け継いでいる反面³⁹⁾、両

³⁸⁾ なお、この点は、昭和16年刑法改正により成った内容と類似もしくは先駆的な諸規定を(体系的な位置付け等は異なるにせよ)有し、同様に「業務上」背任罪を知る刑法改正假案(昭和15年)・刑法並監獄法改正起草委員会決議條項(刑法各則編第二次整理案)(昭和10年)についても妥当することになる。それぞれの規定については、林・前出註33) 503頁以下及び445頁以下を参照されたい。

³⁹⁾ 改正刑法準備草案(昭和36年)における関連規定は以下の通りである。引用は、刑法改正準備会『改正刑法準備草案 附 同理由書』(1961年)75頁以下に拠る。本田正義(法総研研究第一部長)の執筆に掛かる「第四十章 横領及び背任の罪」の提案理由・趣旨説明については、297頁以下を参照の上、確認されたい。

罪は独自の性格を持つものとして別条に（しかし、適切な案が無いので）現行法に従って規定し、毀棄的背任をも可罰とすると共に、領得的背任と書き分けて法定刑にも差を付け、背任罪の未遂を廃する、という差別化を図っている。その上で、「業務上」背任罪について、「背任のほかに、業務上背任をもうけることは、他人の事務を処理する者がその任務に背いた行為をしたときには、多くの場合業務上の任務に背いたことになるから、とくに本条を置く必要がないという主張もあったが、業務上背任にあたらぬ単純な背任に該当する場合がないわけではなく、かつ、横領罪と歩調をそろえるという点から考えると、業務上背任罪を置くことが妥当であるとしてこれを新設し

「第四十章 横領及び背任の罪

（横領）

第三六〇条① 自己の占有する他人の財物を横領した者は、七年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

② 自己の財物であっても、公務所から保管を命ぜられた場合において、これを横領した者も、前項と同じである。

（業務上横領）

第三六一條 業務上自己の占有する他人の財物を横領した者は、十年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する。

（背任）

第三六二條① 他人の事務を処理する者が、自己又は第三者の利益をはかり、その任務に背いた行為をして、本人に財産上の損害を加えたときは、七年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

② 前項の者が、本人に損害を加える目的で、その任務に背いた行為をして、本人に財産上の損害を加えたときは、五年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。

（業務上背任）

第三六三條 業務上の任務に背いて、前条の罪を犯した者は、十年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する。

（遺失物横領）

第三六四條 [略]

（準用規定）

第三六五條 第三五一條 [親族相盜] 及び第三五二條 [電気] の規定は、本章の罪に準用する。」

た……⁴⁰⁾」としている。文字通りに読むと、形式的な体系的観点からの横領罪との横並び処理というだけではなく、「業務上」背任罪が通常の行為類型を捕捉するものであり、背任罪は例外的な減軽類型ともいべきものとして位置付けられている、とも解され得よう。時代の変化と共にそのような転換が生じたということは不可能ではないであろうが、「特別」背任罪を重罰化に値する「特別業務上ノ背任行為」として捕捉しようとする際の視線の方向とは逆である、少なくとも一致しない、といわざるを得ない。取締役等の背任行為が「特別」背任罪と成るのは、比喩的にいえば、それが「業務上」行われるからだけではなく、「特別な業務」上の違背であるからなのである。そのような「特別な業務」に関しては（公務〔員〕と同様）利益収受が罪として禁圧され得べきであるとしても、「実質的には賄賂罪にあたるこの罪が果たして本章〔第四十章 横領及び背任の罪〕に置くのが妥当かどうかという疑問と、これが著しく広範囲に適用される虞があるとの疑念から、準備草案はこれを採用しなかった⁴¹⁾」のではないであろうか。

もっとも、改正刑法草案（昭和47年）⁴²⁾は、「業務上」背任罪を新設した理

40) 前出註39)・『改正刑法準備草案 附 同理由書』299頁。

41) 前出註39)・『改正刑法準備草案 附 同理由書』298頁。

42) 改正刑法草案（昭和47年）における関連規定は以下の通りである。引用は、法務省刑事局『法制審議会刑事法特別部会 改正刑法草案 附 同説明書 刑法改正資料（四）昭和四七年三月』（1972年）76頁以下に拠る。「第三十九章 横領及び背任の罪」の提案理由・趣旨説明については、252頁以下を参照されたい。[より入手しやすい法務省刑事局（編）『法制審議会 改正刑法草案の解説』（1975年）では、各々、参考対照条文112頁以下、解説337頁以下である。なお、解説339頁では、「業務上犯された場合は重く処罰されること（第三五一条）」と（罰金併科を認める355条から、恐らく）訂正されている。]

「第三十九章 横領及び背任の罪

第三五四条（横領）① 自己の占有する他人の財物を横領した者は、七年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。

② 自己の財物であっても、公務所から保管を命ぜられた場合において、これを横領した者も、前項と同じである。

第三五五条（業務上横領） 業務上自己の占有する他人の財物を横領した者は、十

由として、「経済の発展に伴い背任型の犯罪の占める比重が大きくなってきたこと、罪質を同じくする横領についても、業務上犯された場合は重く処罰されること（第三五五条）、商法等における特別背任罪（商法四八六条等）は刑法犯的色彩の強いものであり、これを刑法典に吸収するのが相当であること等⁴³⁾」を挙げており、本稿のこれまでの記述に拠れば次元を異にする二つの罪を巡る議論の位相を見損なうこととなっている。それが、「特別」背任罪の趣旨・性格に関する現在の一般的理解に影響を与えたもの・与えているものである可能性は少なくないが、「特別背任罪……は刑法犯的色彩の強いものである」ということが些か唐突に登場してくることから考えると、むしろ昭和10年代初期頃から長期に渡って継続してきた一つの理解が、草案作成関係者に擦り込まれていたと解する方が自然なように思われる。ちなみに、刑法改正草案の小委員会段階での審議要録を追ってみても、「業務上」背任罪と「特別」背任罪とは、「業務上」背任罪の新設による加重処罰ないし重罰の実現との関連においてのみ議論されており、両者は同一の次元にある罪であるということが前提とされていると心得る。すなわち、「業務上」背任罪の新設につい

年以下の懲役に処する。

第三五六条（背任） 他人の事務を処理する者が、自己もしくは第三者の利益をはかり、又は本人に損害を加える目的で、その任務に背いた行為をして、本人に財産上の損害を加えたときは、七年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。

第三五七条（業務上背任） 業務上の任務に背いて、前条の罪を犯した者は、十年以下の懲役に処する。

第三五八条（未遂） 前二条の罪の未遂犯は、これを罰する。

第三五九条（罰金の併科） [略]

第三六〇条（遺失物横領） [略]

第三六一条 第三三八条（親族相盜）及び第三三九条（電気其他のエネルギー）の規定は、本章の罪に準用する。]

⁴³⁾ 前出註42)・法務省刑事局『改正刑法草案 附 同説明書』253頁。なお、同89頁以下の概要説明中では、業務上背任罪は新設規定として列挙されているが、「特別法上の罰則のうち自然犯的色彩の強いものを刑法に取り入れることとした」中には会社法等の特別背任罪は挙げられていない。

て、横領罪との関係の明確化等の観点を含め、「多数の意見は、体系上規定するのが相当であるというのであり、……。この場合、特別背任との関係で、商法等の罰則を整備し、刑の均衡を考慮する必要があることも指摘された」⁴⁴⁾のであって、それを受けた整理案（素案）363条に「（備考）商法、有限会社法等の特別背任に関する規定との関係を調整する」という一文が付され⁴⁵⁾、その検討においては、「（イ）業務上横領との刑のバランスからいっても本条〔363条：業務上背任罪〕を設ける必要がある、（ロ）商法等の特別背任罪は、刑法犯的色彩の強いものであり、刑法典中に背任罪の加重類型がないため、やむなく特別法に規定されているものと考えられるから、これを取り込むためにも、本条を新設する必要がある等の積極意見が述べられたが、なお、次回に審議を続行することとされた⁴⁶⁾」上で、加重処罰ないし重罰化を支持する幾つかの体系的な理由が付加されて、間もなく決着をみたのである⁴⁷⁾。「やむなく特別法に規定されているものと考えられる」か否かは別として、「商法等の特別背任罪は、刑法犯的色彩の強いものであり……」といい得るか、あるいは、そういうべきか、それ自体が批判的検証を要するものでしかないように思われる⁴⁸⁾。

44) 法務省刑事局『法制審議会刑事法特別部会小委員会議事要録（五）—改正刑法草案各則第二十三章～第四十一章—』（1982年）805頁〔昭和40年7月16日の第5小委員会34回の要録〕参照。

45) 前出註44)・法務省刑事局『法制審議会刑事法特別部会小委員会議事要録（五）』794頁〔昭和44年6月25日の第5小委員会122回〕参照。

46) 前出註44)・法務省刑事局『法制審議会刑事法特別部会小委員会議事要録（五）』805—6頁〔昭和44年6月25日の第5小委員会122回〕参照。

47) 前出註44)・法務省刑事局『法制審議会刑事法特別部会小委員会議事要録（五）』806頁〔昭和44年7月10日の第5小委員会123回〕参照。

48) 改正刑法草案の批判的検討を行った「刑法研究会」のメンバーを含め、当時の学界の大勢もまた、この点の認識を喚起され難い状態中に既に長く置かれていたといい得るであろう。たとえば、大谷實—平場安治・平野龍一（編）『刑法改正の研究2各則』（1973年）399頁を参照されたい。「特別背任罪の財産犯的性格から考えて、これを刑法典に吸収してもそれほど不合理な感じがしないであろうから、そのかぎ

Ⅳ おわりに—「特別」背任罪の解釈視座

本稿冒頭に述べたように、特別背任罪（会社960条）の規定を理論的に矛盾なく実質的に解釈することは、特に会社法罰則全体との関係を視野に入れるとき、極めて困難である。これまで述べてきたような立法史・改正史的なコンテクストを適正に絡めようとするれば、殆ど不可能な試みともいい得よう。「会社」という法律上の形式を採る事業体の「業務」活動に組織機能的に組み込まれている「取締役等」所定の行為主体の任務違背行為は、それ以外の事務処理者の任務違背行為に比して、常に社会的に甚大な被害に至る「会社」財産の侵害・危殆化を惹起するが故に、より重く処罰するに値する”という複数の強引な看做し判断を含む前提を採ることが—いずれの罪で行くにせよ量刑に余り差がない等の事實的・実務的な理由もあって—許されると考えるとしても、それは既に両罪が処罰根拠を同じくすること、あるいは、両罪の処罰根拠が同時に満たされるものであることを前提としているのである。しかし、「取締役等」所定の行為主体の任務違背行為は、事務処理者の対本人的関係における任務違背行為として背任罪（刑247条）としては可罰な場合であっても、特別背任罪（会社960条）が対社会的な関係における任務等まで想定するものであれば、あるいは、会社財産の（健全性の）保全・確保、延いては社会経済状況の安定・資本主義経済秩序の安全というような社会的法益を保護する罪であるとすれば、同罪としては不可罰な場合もあることになる。それを無視することは、やはり許されるべきではないであろう。現時点における規定解釈としては、残念ながら、背任罪（刑247条）と特別背任罪（会社960条）との振り分けを可能とする実質的な基準を提示することができていないことは既に自認しているところであるが、そうであれば、本稿に述べてきたような経済刑法的な視座から、個別具体的な判断を積上げ、それを通じた基準の形成と規定への反映主張（立法ないし改正提案）とを試みる他はないよ

りて業務上背任罪のような加重類型を認めることは許されよう」と、改正刑法草案の理由付けにいわば同調する。

うにも思われる。

(2013年1月30日攷筆)