



# 特別背任罪の一考察 : 制度論を取り込んだ刑法解釈の試み(2)

小田, 直樹

---

**(Citation)**

神戸法學雑誌, 69(3):1-33

**(Issue Date)**

2019-12

**(Resource Type)**

departmental bulletin paper

**(Version)**

Version of Record

**(JaLCD0I)**

<https://doi.org/10.24546/81011963>

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81011963>



神戸法学雑誌第六十九巻第三号二〇一九年十二月

# 特別背任罪の一考察

——制度論を取り込んだ刑法解釈の試み—— (2)

小田直樹

## 目次

はじめに

- 一 背任罪の捉え方 (以上、68巻4号21頁以下)
  - 二 特別背任罪の捉え方 (以上、本号)
  - 三 制度論からの眺め
- おわりに

## 二 特別背任罪の捉え方

1 商法(会社法)に罰則が導入されたのは、株式会社の規模や活動が拡大し、所有と経営の分離で高まるリスク(端的に言えば、設立～清算を利用した投資家に対する詐欺的行為、経営過程における会社役員による私物化)に対処するためであり、特別背任罪は、役員等の任務違背がもたらす被害と社会的影響

---

(1) 会社法罰則の趣旨について、落合誠一ほか編『会社法コンメンタール(21)』(商事法務研究会、2011)〔佐伯仁志〕53頁以下を参照。現在の罰則は、日露戦争後の企業勃興時に泡沫会社が頻出して一般投資家が被害を受けたことに起因

の重大性を考慮して、背任罪の特別法（特別関係）として規定された。すなわち、会社法960条に繋がる（昭和13年大改正時の）旧商法486条を設けた立法者の意思は、「会社犯罪が一般社会に及ぼす害毒は深刻且広汎なるを常とする状態である。斯かる犯罪に対する嚴重なる取締は、公益保護の立場から見て絶対に必要であって、之が為には罰則を精密に規定し且其の制裁を相当重く規定する必要がある」との認識で「一種の業務上背任」<sup>(2)</sup>を設ける点にあった。その後、商法には何度か「大改正」があったものの、罰則に関する考え方（の修正）が論じられたことはなく、会社法の制定に当たっても、その実質的な内容に変更はなかったとされ、<sup>(3)</sup>注釈書の類が特別背任罪を説明する場合、（主体要件以外の点では）背任罪の事例判断を引用することも通例となっている<sup>(4)</sup>。しかし、このような議論の仕方には、幾つかの点で疑問がある。

- 
- する立法作業から（明治44年の商法改正では「国家經濟の發展を萎縮させる」との反対を受けて旧商法261条〔現在の会社法963条に相応し、発起人等の総会欺罔罪に始まる〕の制定に止まったが）、第1次大戦後の日本經濟の飛躍的發展に伴う株式会社の資本の巨大化と社会的重要性の増大を背景に、昭和13年の商法改正で整備されたものに由来する（同54-55頁）。
- (2) 奥野健一ほか『株式会社法釈義（改訂版）』（厳松堂書店、1940）530頁以下、531-532頁を参照。特別背任罪の説明でも、「一般社会の蒙る害毒」が重視されている（535頁）。
  - (3) 落合誠一ほか編『会社法コンメンタール（21）』（商事法務、2011）〔島田聡一郎〕60頁。もっとも、平野龍一ほか編『注解特別刑法（4）〔第2版〕』（青林書院、1991）〔佐々木史朗〕1頁以下は、昭和25年・昭和56年の大改正までを考慮しつつ、「歴史的状況を踏まえながら、今日における罰則の理念をどう促えるべきであるのか、……学説の發展に注目したい。」と述べていた（3頁）。商法の大改正や会社法への轉換があっても、刑法的には變化が生じないという理解で「歴史的状況」を踏まえたと言えるかが問題であろう。
  - (4) 伊藤栄樹編『注釈特別刑法（5）經濟法編Ⅰ』（立花書房、1986）〔伊藤栄樹〕124頁、上柳克郎編『新版注釈会社法13』（有斐閣、1990）〔芝原邦爾〕558頁、島田・前掲59頁など。先行研究として、河井信太郎『商法罰則の研究 株式会社役員職員の刑事責任』（財政經濟弘報社、1958）426頁も、特別背任を「特別な身分を有するもの」の罪と捉え、それ以外の点は「刑法背任罪の規定を中心として論ぜられている」ところを参照する態度であった。

第一の疑問は、「特別関係」にある条文の間において、特別法上の事例判断を一般法の解釈で一例として使うことには問題がないにしても、その逆を当然のように考えてよいか、という点にある。特別法は一般法が対象とする事例の一部のみを想定しているであろう。「一部」を特徴づける言葉が問われるときに、明示的に相違が現れていないからと言って、(主体要件以外の点は)同等のものを対象にしてよいと考えるのは、短絡に過ぎるのではないか。とりわけ、刑法上の背任罪は、限定性に乏しい背信説への疑いが表明されてきた。学説上、権限濫用説の拡張か背信説の限定か、その論理過程を異にするとしても、その射程に実質的な制約を求める主張が有力である。その「制約」が「一部」の特徴づけとして位置づけられる可能性が想定されるとき、無限定な引用は混乱の素になる。注釈書における扱いは、法規の内容を説明する際に、数の多い一般法の事例判断を参照する限度で了解しうるに過ぎない。<sup>(5)</sup>

第二の疑問は、主体要件の相違にはもっと重大な意味があるのではないか、という点にある。身分犯の場合、行為主体に(法律上の)特別な義務があり、実行行為の理解は制約されうる。「事務処理者」という主体要件は「事務」の委任を想定させ、「任務違背」という実行行為は「事務の本旨」からの逸脱として理解される(民法644条)。会社と取締役等との関係も委任とされている(商法旧254条3項、会社法330条<sup>(6)</sup>)<sup>(6)</sup>が、背信説による拡張的な運用が会社法が扱う「委任」関係にも及ぶかは疑わしい。その「本旨」の理解は会社法の規律に拠るべきであり、取締役が法律上で義務付けられる部分(特に強行法規と理解される部分)こそが特別背任を理解する上で原点となるはずである。<sup>(7)</sup>

- 
- (5) 例えば、一般論として(主体要件の捉え方をめぐって)法典の相違に基づく概念の相対化の可能性を指摘される島田教授(前掲論文(第一章注(13))116頁の「民法従属性?」を参照)が、特別背任罪の(それ以外の要件の)説明で刑法上の背任罪における事例判断の援用を前提とされる点は、「注釈書」だからこそその対応なのであろうか。
- (6) 会社法制定に当たり、全ての会社が「株式会社」に統一されたに等しいこともあり、「株式会社と役員及び会計監査人との関係」として規定されている。
- (7) 島田・前掲(注(3))61頁は、刑法上の概念と民法上の概念の相対化は認め

少なくとも、背信説の射程を上述のように理解する場合、本来の「委任」から見て（一次規範レベルの）類推的思考でこそ当罰性を認められる（二重抵当のような）行為で取締役等に「特別背任」を問うのは疑わしい。すなわち、（代理人の権限濫用を典型例とする）背任罪の拡張的な適用は、行為者が（所有権等の意味における）包括的な処分権に（先行取引で）自ら制約を設定しながら、（後行取引で）それに違背する処分に及んで（他人の権利〔の物権的な効力〕に）被害をもたらす場合にこそ合理的なものといえる。背任行為の当罰性は、本人に代わって他者と関係を結ぶ者が背負う義務の違反にあるが、内部関係を構築する先行取引と対外関係に類する後行取引を一体的に捉えることで「背任」と評価できる場合があり、そのような事例こそが背信説の合理性を支えている、というのが本稿の理解である。取締役等は、当初から会社に代わって他者と関係を結ぶ立場にあり、「代理」に類する地位で「事務」を担うのだから、会社との関係で与えられていた権限の行使を問題とすべきであろう。会社法が予定する義務の違反でない限り、（刑法の背任罪で扱う可能性はあっても）特別背任罪には当たらないと理解してよいのではないかと。

例えば、取締役が個人資産である不動産を会社に担保として供することで会社から融資を得た後に、それが未登記の段階で、当該不動産を他者に対して更に担保に供した場合に、取締役の二重抵当を「特別背任」の罪名で処罰する必要があるだろうか。その「損害」に波及効果があるとしても、刑法上の背任罪で足りるのではないかと。むしろ、ここで問題となるのは、取締役が会社から融資を受けること自体の背信性であり、会社法が定める忠実義務（355条）ないし利益相反取引（356条）の観点、私的利益で権限を行使した「濫用」の問題

---

るにしても、「会社法という同一の法律内で、そのようなことを認めることには慎重でなければならない」という発想が判例に慎重さをもたらす、という理解を示している。なお、14条と960条の「使用人」概念の相対化の可能性について、五十嵐さおり「特別背任罪の主体について—序論的考察—」法政理論43巻2号（2011）1頁、14頁以下を参照。

(8) 第一章3及び6を参照。

であろう。会社法罰則は、会社法という一次規範の創り出す関係の枠内で理解され、一次規範レベルの「拡張」は「枠」の理解に制約される。とすれば、特別背任罪の任務違背性は（事実行為も含むにせよ）権限濫用という観点で検討すべきではないか。<sup>(9)</sup>

第三の疑問は、一般法の説明でも特別法を視野に入れるから、その独自性が隠されてしまう点、本来は特別背任罪で扱うべき議論が既に背任罪に混入していると、特別背任罪の個別的な解釈の必要性が曖昧になってしまう、という点にある。例えば、芝原説に見られた「犯罪社会学的類型」論（第一章5を参照）の延長上で、「会社組織などによる経済活動の大規模化」を指摘し、「他人をいわば自己の分身、手足ないし頭脳として利用して自己の財産の管理・処分に関わらせ、組織的な経済活動をせざるをえない」ことに背信行為の当罰性の基礎を認めて、背任罪を「組織的な財産運用の場における信頼違背行為による財産侵害」に限定する見解<sup>(10)</sup>があった。背任罪を〈財産処分の委任〉の一部に絞り込む理解であり、「組織的な財産運用」の典型例が「会社組織」の経済活動であるのならば、特別背任罪の特性を描くことに近づくように見える。

まずは、「組織」という言葉に留意すべきであろう。主体要件の独自性は、被害者との契約関係を超えて、法人の機関という地位の性質に関わることになる。その地位に就任すること自体は契約関係でも、契約の中身が問題である。単なる保管任務（横領罪の基礎）を越えて、対外関係の構築を予想する・処分権を伴う事務ならば、任務に応じた規律が考慮される（背任罪の基礎）。その上で、たとえ個別財産の処分でも、役員等の場合ならば、その事務処理が組織の管理運営の一環とみなされる構造を伴い、更に独自の理解が上乘せされる。

- 
- (9) 河井・前掲書（注（4））436頁以下は、商法所定の権限規定を「義務づけられた権限」と読み、そこから任務違背の解釈を説き起こす方針を示していた。この見方に共感するが、そうでありながら、著者が背信説を採用すること（同書437頁）には疑問がある。
- (10) 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』（日本評論社、1996）232頁、235-239頁を参照。

機関の役割を担う者は（事務分配に始まる規律の下で）権限を行使するのだから、権限濫用説を土台とすることに合理性がある。そして、それを超えた処罰は、会社経営を萎縮させるに過ぎず、罰則の理解として望ましいことではない。だからこそ、翻って背任罪を権限濫用の観点で限定する主張が展開されてきたのではないか。<sup>(11)</sup> 実際、背任罪の限定を権限濫用説の文脈で考察する論者は、経済犯罪・経済刑法を視野に入れて、特別背任罪の事例を意識した論旨を展開していた可能性がある。それゆえ、一般法と特別法の関係を意識して、これまでの議論を組み直す作業が必要だと思われる。<sup>(12)</sup>

2 社会学的類型を前提として刑法を機能的に理解する立場から背任罪の解釈を展開された芝原教授は、引き続いて経済犯罪・経済刑法を研究されて、その解釈の判断枠組みとして、規定の目的が「取引制度・秩序等の維持等」と「取引関与者の財産的利益の保護」にどう関わるかを検討すべきだと主張された。<sup>(13)</sup> 前者が経済刑法に独自性をもたらすが、それだけでは適用が広範に及ぶため、後者を加味して限定解釈を施すことが有益であり、この視座が妥当する第一グループ（例えば訪問販売法違反）の他、目的（法益）の重畳的な理解が解釈に影響しえない第二グループ（例えば出資法の預り金の罪）や、後者の法益を加

(11) 品田智史「背任罪における任務違背（背任行為）に関する一考察」阪大法学 59巻1号101頁-2号265頁（2009）は、「背任罪による保護の範囲は、私法（会社法）によるそれを超えてはならない」と述べて、不正融資の事例などで「経営判断原則」との関係論じている（例えば、同「不正融資に対する刑事責任」阪大法学 61巻3=4号（2011）843頁（2011）、849頁以下）。この衡量は本来は特別背任罪の中で扱われるべきものではないか。

(12) 最初（明治23年）の旧商法262-263条には取締役・発起人等の詐欺的行為を扱う罰則があったが、ドイツ法を継受した明治32年の旧商法は、刑法改正が予定されていたため、罰則が削られていた。商法罰則がなかったため、刑法の背任罪は（特別背任が相応しい）組織的な財産管理の場合も含むものとして運用された。その時点ならば、平川説も背任罪の限定解釈として考慮できるが、問題は特別背任罪が設けられた後の理解である。

(13) 芝原邦爾「経済刑法の保護法益」同『経済刑法研究上巻』（有斐閣、2005）6頁以下（初出は法協115巻4号（1998））、12頁。

味することが妥当でない第三グループ（例えば損失補填の罪）があるとされる。<sup>(14)</sup>

制度的なもの・それがもたらす「秩序」の理解を原点に据えることは共感できる。その趣旨は、「取引関与者」を保護するために「制度」の機能を担保すべき場合（第一グループ）は、「機能」保護の要否を「取引関与者」に与える影響で区別しうるが、「制度」が設けた入口規制を直接的に担保すべき場合（第二グループ）や、「制度」の担い手による濫用・歪曲（「制度」の信頼性に対する侵害）を阻止すべき場合（第三グループ）は、その論理は及ばないから、解釈の仕方が異なりうる、という意味で理解できる。ところが、会社法罰則に関する教授の理解はこの「判断枠組み」との関係が曖昧である。

教授は、商法罰則は会社財産の保護を第一の目的とすると唱えられ<sup>(15)</sup>、特別背任罪と会社財産危殆化罪（商法旧489条、会社法963条）の趣旨がそこにあるのに対して、賄賂罪・株主権行使に関する贈収賄罪（商法旧493-494条、会社法967-968条）は役員の職務や株主権行使の公共的性格に着目するものだとされた<sup>(16)</sup>。その上で、特に利益供与罪（商法旧497条、会社法970条）の法益を検討され、「実質的処罰根拠」は「株主権の行使に影響を与える目的で会社財産を使用する点」に求めつつ、重ねて「保護法益としていかに理解するか」と問い掛け、「株主権の行使に影響を与える」側面と、「（会社の計算において」という規定から）「会社財産を使用する」側面の関係を踏まえて、後者を求める点で「会社運営の健全性」という法益が加わることを指摘された<sup>(17)</sup>。

立法過程や判例が考慮した「実質的処罰根拠」を確認し、その検討を通して当該罰条の「法益」が読み取られる。立法事実となった社会の実態、問題となる事例（社会的現実）の解決を探り（機能的な考察）、それを整合的に説明し

---

(14) 芝原・前掲書13頁、22頁及び23頁。

(15) 芝原「商法罰則の保護法益—利益供与罪の罪質解明のために—」前掲書143頁以下（初出は、『福田=大塚古稀・刑事法学の総合的検討（上）』（有斐閣、1993））、144頁。

(16) 芝原・前掲書153頁以下。

(17) 芝原・前掲書156頁以下。

うる「法益」の理解が提示される。「社会学的類型」から可罰的なもの（刑法の機能すべき場面）を選び、刑罰法規上の類型化の可否を問うスタンスが維持されている。しかし、会社（法）に対する刑法の関わり方という一般論は希薄であり、会社組織上の活動という類型性を無視して「財産上の損害」要件だけで財産犯とみなすのは、その「判断枠組み」に整合しないのではないか。<sup>(18)</sup> 利益供与罪では、「会社の計算」が（財産侵害と異質な）反価値性の指標となることを認められる。実は、会社の「財産上の損害」は、「自己の計算」ならば（業務上）横領罪になる反面で、不利益処分が「会社の計算」で帰属する結果として生じるから、この点に「会社運営の健全性」の侵害を認めるのならば、同じことは特別背任罪にも認められるはずである。だとすれば、特別背任罪にも財産犯を超えた性質を考慮すべきではないか。

そこで、商法（会社法）罰則の全体が「公共的性格」を前提とした「汚職」の規定であり、会社法の想定する「取引制度・秩序」として、「会社運営の健全性」が法益となることを認めつつ、特別背任罪は「会社」の財産保護による「限定」が明示された「第一グループ」に属するが、賄賂罪等はその「視座」が通用しないものとして区別される、と捉える可能性があった。会社の設立が特許に基づくものであった頃は「第二グループ」の罰則が重要であったが、<sup>(19)</sup>

---

(18) 京藤哲久「もう一つの背任罪—フランスの会社財産濫用罪が示唆するもの—」渡辺咲子先生古稀記念・変動する社会と格闘する判例・法の動き（信山社、2017）153頁以下は、フランスの「会社財産濫用罪」について、株式会社の仕組みから「経営に携わる会社の機関」の「統制、監督が必要」となり、有限責任社員だけの会社には罰則が用意されるとの理解（160-162頁）を示しつつ、我が国の法制では、「会社法制の問題として背任罪を位置づけて考えるのがよいか、あるいは会社法制のなかの財産犯の特別規定として設けるのがよいか（現行法はこちらの発想である）」が制度設計の論点だという（172-73頁）。「機関」の権限行使の「統制、監督」に本質があると認めながら、会社法に組み込まれた「財産犯の特別規定」と捉える必要があるのだろうか。ここで示されている「財産犯」という罪質を当然視する「現行法」の評価も、芝原説と同様に、その整合性に疑いが残るものである。

(19) 「発起人等の総会欺罔罪」等を列挙した最初の罰則（旧商法261条）は、設立

今日では、結社の自由が広く認められ、会社（に類する団体）の組織化の幅は大きく広がった。だからこそ、「株式会社」を名乗るのならば…という前提の下で、「第三グループ」の罰則が追加される。「汚職」には、（職権行使の公正に対する信頼の保護に及ぶ）賄賂罪（刑法197条以下）の他、より一般的な職権濫用罪（刑法194条）がある。特別背任罪は、役員等の職権濫用が（194条が市民の活動自由の侵害を要件とするのと同様に）会社に対する財産侵害に繋がることを求めている（営利目的の法人だから、それを「濫用」評価の歯止めとする）が、（それでも、194条が公益侵害と理解されるように）それで財産犯となるわけではない。会社法上の賄賂罪が「不正の請託」で限定されていることも、会社や株主の「私益」追求自体を不当とは捉え難いからであろう。かくして、組織上の活動の「公共的性格」を土台とした罰則が、「私益」追求との調整弁（可罰性の限定）を加えた上で規定されていると捉えられる。芝原教授の「判断枠組み」でも、このような整理がありえたはずである。なのに、「汚職」という対案が重視されていないのは、なぜだろうか。

刑法解釈の基本的な姿勢、いわば方法論レベルでの自己規律が一因ではないだろうか。「損害」の要求だけで財産犯とみなすのは、結果規定の偏重であり、結果無価値論という自己規律が＜商法の中の特別背任罪＞としての検討をくもらせたのではないか。法定犯の場合、法典の目的規定が外枠を画し、罰則は目的達成の手段として捉えられ、それが「結果」の解釈にも影響する<sup>(20)</sup>。教授も研究の入り口で「目的規定」を手掛かりとする考察を示されていた<sup>(21)</sup>。商法（会

---

～運営上の手続に絡めた、入口規制の意味の濃いものであった。特別背任罪を財産犯と捉えることに応じて、今では会社財産の危殆化として捉えられているが、その理解が正しいかは検討の余地がある。

- (20) 刑法学の入り口で学ぶ鳥獣保護法における「捕獲」の解釈（最判平成8・2・8刑集50巻2号221頁）では、「繁殖保護」目的を重視すれば、「猟法」規制違反の処罰対象は、鳥獣の生育環境を荒らす＜捕獲行為＞であればよく、＜支配獲得＞の意味で捉える必要はないとされる。目的に応じた「結果」の解釈であって、「結果」から「法益」を逆算する思考方法ではない。
- (21) 経済犯罪を三つのグループに分ける上述の「判断枠組み」は、経済犯罪を消費

社法) 罰則の理解でも、〈商法(会社法)の目的〉をどこに求めるかが原点となるだろう。明文規定がなくても、民法から商法が独立した時に、更には、商法から会社法が独立した時に、技術的な規定の必要性を超えて、独自の「目的」が読み込まれたと考えてみるべきではないか。それが会社法罰則の「外枠」となることをなぜ考えないのだろうか。

実は、教授が〈「実質的処罰根拠」を超えて「法益」を読み取る〉態度は、「法益」概念の道具性を推認させる。法益から可罰性が決まるというよりは、「処罰根拠」と法規上の「類型化」の結節点として〈当該罰条の「法益」〉が構築されるに過ぎない。可罰的違法性の判断を法益侵害説という理論形式に載せる作業にこそ主眼があるように思われる。「法益」は、民法も使う言葉だから、それ自体に刑法独自の限定機能はなく、法益侵害説の可罰性を語る基盤は弱い。定型説という法規上の類型化を(自由保障の文脈で)重視する見解の、形式主義に対する反論としての意義は重要であったものの、行為態様の相違を危険性という基準で分析する姿勢は、刑罰法規における犯罪の「類型化」の意味を軽視するものであり、結局、刑罰の使い方は(その都度)政策的に(「機能的考察」という刑事政策学で)基礎付けられる。法規の趣旨を問うこと、目的論的解釈を付加して(定型説を超える)限界づけを求めること、その意味での実質化の訴えが共感を得たものの、それで限界が決まるかは疑わしく、解釈学の外観を装いながら、その実態は政策的(実質的)な価値判断を盛り込む主張に流れやすい。<sup>(22)</sup>「社会学的類型」と「定型」の関係を語る言葉は、もっと豊かなものであってよいように思われる。

謙抑主義の下、刑法的な評価を独立させる可罰的違法性論は、「法益」の抽

者や投資家の保護と捉える立場に抗して、訪問販売法や証券取引法の1条の読み方から導かれたものであった(芝原・前掲書11頁)。

- (22) 平野説(機能主義)の示した道がアメリカ的な政策学への転換を求めるものであったのならば、それを信奉する論者は、商法(会社法)の変化に応じて、特別背任罪の変遷を主唱すべきではなかったか。解釈の「帰結」に拘るべきであり、「結果」への拘りは阻害要因でしかないように思われる。

出や可罰性の「類型化」における刑法理論の独自性を唱えてきたが、従来の構造では維持できない。例えば、行政犯の場合、行為規範を定立する規制部分と規制違反を罰する制裁部分が別個に定められているが、行為規範を定立する目的が「法益」の捉え方を決めるはずなのに、結果を重視した制裁規範の解釈が上乗せされると、利害調整を経た「目的」設定に反して、刑法学が（可罰性の限定を理由に）異なる「法益」を盛り込むことになる。それは立法論であり、あるいは、利害の一面だけを強調する疑いがあり、実務上は採用し難い。<sup>(23)</sup>「法益」設定を批判して行政制裁の可能性を強調し、問題を投げ返す言説にも違和感が残る。それで拡張される行政権力が（刑事制裁よりも）より濫用されやすいことに配慮できているのだろうか。我々が「法益」で得られるものは多くなく、むしろ、その先で、刑罰の使い方の制約を別の形で具体化するしかない。<sup>(24)</sup>目指すべきは、様々な法規制の衣を着た「社会的な現実」を踏まえ、波及効果にも配慮しつつ、可罰性の限界を探る作業であろう。

3 特別背任罪を権限濫用説で捉えていた見解として藤木説がある。<sup>(25)</sup>その帰結として、特別背任罪の主体として末端に位置する「或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人」（商法旧43条1項、486条、会社法では14条1項、960条1項7号）の解釈で「対外的な営業上の権限」の存否を基準として、主体性

---

(23) 法文を超える議論に抵抗を覚える実務家は、法秩序レベルの整合性に配慮するので、超法規的な違法性阻却の常態化を求めるに等しい可罰的違法性論は衰退した。法益侵害説と結びついて「結果の軽微性」という議論のみが残っているが、微罪処分や起訴猶予を支える背景論理の役割しかもたず、刑事裁判上で機能することは殆どないのである。

(24) 嘉門優『法益論—刑法における意義と役割—』（成文堂、2019）が、犯罪形態論の分析にシフトすることは、方向性として間違いではないだろうが、それはもはや「法益論（～目的論的解釈）」ではなく、形態把握の個別化要求と法条競合関係を参照した体系的解釈の領分であろう。

(25) 大森忠夫編『注釈会社法8-Ⅱ』（有斐閣、1969）〔藤木英雄〕389頁は、「権限を濫用して会社に財産上の損害を加える行為」と捉えている。

の有無を区別すべきことが主張されていた。<sup>(26)</sup>その地位には代理権を伴う<sup>(27)</sup>から、代理権濫用で「任務違背」を論じるのは整合的な理解であろう。もっとも、藤木説は、刑法上の背任罪も、背信的権限濫用を本質と捉えていたから、その解釈は特別背任罪の独自性を基礎とする議論ではないものと評価されてきた。実は、その実態は一般法の解釈で特別法を参照する態度である。藤木説は、背任罪の本質としては背信説を認めながら、債務不履行との区別のために行為の「権限濫用」という性質に着目すべきことを指摘していた。その際、特別背任罪（特別法）に該当する行為が典型的な一例であることを示し、「汚職」としての性質を強調していた。<sup>(28)</sup>特別法がもつ性質を参照しつつ、一般法の限定解釈に活かす趣旨で、「職務犯罪」<sup>(29)</sup>が含む「権限濫用」という観点を「可罰的違法性」の判断基準として活用する態度であった。これを背任罪一般の解釈として読むことが正しい理解であったかが問題だと思われる。

- (26) 藤木・前掲390頁は、「一定範囲の法律行為……を代理する職務に服する使用人」、「対外的な営業上の法律関係の発生、変更、消滅を生ぜしめるような性質の営業に関する事項について雇主を補助する者」という東京高判昭和37・5・17判時311号31頁の限定解釈を支持している。なお、これは贈収賄罪（商法旧493条）の事案における判断であった。
- (27) 会社法14条2項（商法旧43条2項）が代理権の内部的制限から善意の第三者を保護するとき、当該「使用人」は代理人の立場にあることが通常だと理解されている。「支配人」の場合は「代理権」自体が明文で前提とされている（会社法10条、11条）。
- (28) 藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1976：以下、講義で参照する）343頁は、背任罪を「他人の財産の管理に関する権限を与えられた者が、本人の信頼にそむいてその権限を濫用し、本人に財産上の損害を及ぼす行為」として捉えている。同『刑法各論—現代型犯罪と刑法』（有斐閣、1972：以下、各論で参照）56頁も同旨である。
- (29) 藤木・講義の前掲箇所は、「代理権濫用のみに背任罪を限定する根拠はない」として背信説を支持しつつ、「債務不履行と可罰的違法性のある背任行為と」を区別する意味で、本人のための「財産処分権限」を考慮する。その際、「会社、官公署の役職員の職務犯罪として行われることが多く、典型的なホワイトカラー犯罪に属する」とも指摘している。

藤木説への反論は、特別背任罪の本質を背任罪と別個に解さなければならぬ理由はないとの指摘<sup>(30)</sup>、権限濫用説に基づく（と評価される）限定解釈に対する反論<sup>(31)</sup>に止まっているように見える。「別個に解さなければならぬ理由はない」という判断でよいのだろうか。「法益侵害説」という実質主義の精神は、「法益」という言葉で、法規の趣旨（保護目的）を読み取り、それを解釈の起点に据える態度にあったはずである。商法（会社法）罰則の「趣旨」が刑法上のそれと変わらないとなぜ確信できるのだろうか。

元来、会社法は所有と経営の分離を土台として、利害関係者（株主や会社債権者）の保護のために、経営の公正さを確保しうる機関の設定と、その担い手が背負うべき責任を定めており、取締役等の地位に伴う活動の根拠と限界は「機関」規定の下で特定されるのだから、白地の委任関係を前提とすべきではない。非公開の人的会社の場合ならば、法規と異なる合意でも機関構成の自由（いわゆる「定款自治」）の枠内だと認められるものの、株式公開を前提とする形態の場合、法的な規律は利害関係者の保護と経営上の自由の妥協点として（新たに株主となる投資家に不意打ちを与えないためにも）強行法規として捉えるべきことが原則とされている<sup>(32)</sup>。その効力を支えることこそが刑事規制の目的だとすれば、「機関」規定の趣旨を「任務」概念に読み込むべきであろう。経営組織の合理化を図る自由と、経営の公正さ・取引の安全を確保すべき

- 
- (30) 伊藤・前掲書（注（4））125頁。佐々木・前掲書（注（3））16頁も同旨。もつとも、代理権濫用の意味での「権限濫用説に従って限定的に解釈すべき合理性は存しない」という評価は、藤木教授も述べていたことである（前注参照）。
- (31) 伊藤・前掲書（注（4））129-130頁は、上述の東京高判昭和37・5・17が示した「使用人」の限定解釈を権限濫用説に基づくものと捉えて、「通説である背信説をとる限り」疑問だと批判する。佐々木・前掲書（注（3））21頁、芝原・前掲書（注（4））560頁も同旨。
- (32) 特別背任罪を「権限濫用」の文脈で捉える藤木説・前掲書（注（25））の前提として、その前注〔谷川久〕386頁は、「株式会社に関する規定の大部分を強行法規として厳格に規制を加える」ものと捉え、「刑法上の責任も複雑な会社法の事項に関しては具体的に技術化される必要がある」と指摘した上で、罰則を「会社運営の公正を担保」するものと捉えていた。

要請とが衝突しあう関係にあるとき、このレベルで「自由」を尊重すべきだとして刑法の介入に反対することは早計に過ぎる。組織構成のデフォルトを尊重することが（対外的）取引の安全を担保し、（内部的）株主・社債権者の利益を保護することに繋がる以上、基本原理に見合う部分を刑法理解の原点に据えるべきである。個人財産の保護を強調すると、当該「会社」という個人が取締役等に何を「委任」したか（という実質問題）が原点とされて、商法・会社法の規定（という形式）に縛られた判断は妥当でないという主張に連動し易い<sup>(33)</sup>。しかし、そのような「形式」を要請した「実質」は、会社という制度の背後に想定される様々な利害関係にあり、具体的な事件における「実質」を当該「会社」レベルの評価だけで済ませてよいかは疑わしい。「業務上背任罪」だから、刑法上の個人保護が「会社」保護にスライドするに過ぎないという議論の進め方の安易さが、特別背任罪の理解を阻害してきたように思われる。

芝原説が二次的に考慮する「取引関与者の財産保護」を会社法に持ち込むと、会社には様々な利害関係が想定される。波及効果が広範に及ぶが故に「会社の財産」の要保護性が認められる場合、会社法が示す基準を（利害調整で導かれたものと想像するのならば）安易に無視すべきではない。例えば、資本の充実・維持に関わる規定は、単に株主（残余権）だけでなく、（株主の有限責任が前提なので）会社債権者にとっても重要な意味をもつ。その文脈で理解すべき「会社の財産」は、株主の短期的な損益だけでは決まらないはずである。行為時における「任務違背」は、財産処理の仕方を定めた法令・定款・内部規則・等の基準から見た評価を原点に据えて具体化されるだろう。だから、「実質」という言葉で、法令遵守が基準になりえないかのように語る態度は、経営の自由を尊重する謙抑性を表明する（可罰的違法性論の）外観を示す反面で、

---

(33) 法令等に（形式的に）違反したか否かよりも、会社に不利益になるか否かという実質論を重視すべきだと主張される。藤木説もそうであったが、「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」であり、「単に手続違背があるにすぎない場合に直ちにこれを任務違背とするのは相当でない」という主張であった（前掲書（注（25））390-391頁）。

違法行為で影響を受ける会社外の利害関係者を放置する（公正さを棚上げして株主利得を絶対化する）帰結をもたらしかねない点が危惧される<sup>(34)</sup>。公共にとって「形式」がもつ意味を捉え直すべきではないか。

賄賂罪で想定される、役員等の権限行使の「公共的性格」を特別背任罪の場合にも考慮すべきではないか。会社法の規定（特に強行法規とされる部分）が公共性の投影と捉えられるのならば、刑法がそれを無視して（専ら結果としての損害の有無で）介入の可否を決めるのは、会社法の理念を裏切り、公共性の把握を歪めてしまう疑いがある。確かに、会社法の強行法規性を限定し、「定款自治」の範囲を広げることが議論されているが、商取引の円滑・安全を目指す商法の機能を担保する刑法は、通常事例の想定を前提として、「定款」設定ルールの違反で第三者に被害をもたらし、その責任が会社に跳ね返ってくることを放任すべきでない。大規模な事業活動を展開する株式会社という「組織」の独自性は、膨大な数でありうる株主という「内部者」を背後にもちながら、膨大な数でありうる相手方との（対外的）取引関係を構築できるように、まずは（法人化で）、その財産関係を簡明に処理しうる高度な技術性や、経営者の交代を超える持続性を備える点にあり、更には、株式の自由譲渡（公開性）を前提とすると、構成員は常に変化しうるから、不意打ちを防止するために画一化のメリットを考慮すべき点にある。経営の自由を重視する立場からもこの観点が強行法規性を理由づけるとされる<sup>(36)</sup>。このような商法（会社法）の規律を

---

(34) 会社法355条によれば、取締役の行動準則は、法令遵守の義務を前提とした上で、「定款」や「株主総会の決議」による自治（いわば本人意思尊重義務）と、忠実義務が考慮される（補充的に機能しうる）構造になっていると理解される。

(35) 例えば、田中亘『会社法（第2版）』（東大出版会、2018）21頁以下。各会社の実情に応じた自治を認めるべきだとされて、債権者利益に関わる規定（分配可能額規制など）や取締役の責任制限を制約する規定（425-427条）のような強行法規は例外とされる。かつては強行法規性が原則であったが、今日では原則と例外が逆転した観がある。法規制と定款自治を認める範囲は、「経済的・社会的環境の変化に応じ、不断の検討が不可欠である」とされる（24頁）。

(36) 例えば、高橋裕ほか『エコノミー・ガルス・タディーズのすすめ』（有斐閣、2014）

刑法がどのように受け止めるべきかを語ることが本論でなければならない。

4 立法者が「一般社会に及ぼす害毒」を唱え「公益保護の立場」を示していたにも拘わらず、「業務上背任」という言葉に甘んじて被害の重大性だけを考慮する分析でよいのだろうか。会社を財産権の帰属主体と捉えるだけならば、背任罪の思考方法を投影することが素直な理解に見えるだろうが、会社に法人格を認めて財産権を帰属させるのは、民事法上の扱いを簡便にして自由な企業活動を可能にする、法律構成上の技術である。そこに刑法がどう関わるかは、それ自体が技術的な議論になる。<sup>(37)</sup> 商法罰則が導入された当時、牧野博士は、「文化国理念」という時代的な思潮の影響もあるが<sup>(37)</sup> 高度資本主義における「株式会社の濫用」に統制を及ぼすために、「企業それ自体」に対する「信義誠実」を確保するための技術的な構成が問われるといい、「経済人の合理的な活動を技術化する」だけでは道徳から遊離した・個人主義的自由主義の倫理性に止まり、「公益の立場において、当然に株式会社を監視し、これを統制し、これを指導し、そうして、場合に依ってはこれに圧力を加えねばならぬ」が故に罰則を設けるのであり、株式会社は「公益的な制度」として理解され、株式会社法の進化は常に「強行法化公法化」に在る、とされていた。<sup>(38)</sup>

「公益」保護の意味を公共性を担う職務遂行者の「汚職」の処罰という文脈で理解する対案が想定できる。<sup>(39)</sup> 上述のように、「財産上の損害」を要求する趣旨は、「私益」追求との調整弁（可罰性の限定）として理解できる。特別背任罪に続く会社財産危殆化罪（963条）が実害犯を補充する「会社の財産」に対する（抽象的）危険犯として読まれること（だから特別背任罪と両立はしない

〔榊素宏＝飯田秀総〕55頁以下、58頁。

(37) 谷川・前掲（注（32））の指摘を参照。会社法の技術的性格から、罰則の制定は、「公正」担保のための、「技術」の法的な「規制」という問いである。

(38) 牧野英一「会社法罰則改正の思想的意義」法時9巻4号（1938）304頁。

(39) この理解ならば、贈収賄罪の主体に関する判例の態度を特別背任罪で参照することにも合理性がある。特に、包括的な裁量権をもつ者だけが行為主体に値するという見解は、「汚職」という視座においてこそ説得力をもつであろう。

こと<sup>(40)</sup>との関係はどうか。963条のどの類型も行為主体を特定しており、主体要件（身分）は会社法上の個々の活動と関係づけられている。会社制度にとって（公共性の観点で）重要な活動の「公正」を担保する補充類型、「財産上の損害」をもたらす場合を包括しうる特別背任罪という基本類型<sup>(41)</sup>を補う関係にある、個々の活動場面における「汚職」の類型化と読むことが的外れだとは思えない。（行政刑法の形態に近い）個別の活動に結び付けられた義務違反の処罰化は、歴史的な経緯に由来している面もある<sup>(42)</sup>。商法（会社法）の変化も踏まえて、考え直してみてもよいであろう。

会社が対外的に「個人」と同等に取引を結ぶこと（～その取引を自然人としての役員等に委任できること）は、会社に対する背任罪も成立しうることの理由にはなっても、会社役員等により重い処罰を向けることの理由にはならない。被害の重大性だけならば、刑法上の背任罪の法定刑の幅を拡げるか、業務上背任罪を刑法上に追加すればよい。独自の罰則を設ける趣旨は量的な差異の考慮だけではないと考えるべきであろう。議論が停滞するのは、刑法学の見方

- 
- (40) 例えば、芝原・前掲（注（4））575頁。もっとも、特別背任罪の成立が（実害犯だから）危殆化罪の成立を妨げるという理解に対して、佐伯・前掲書（注（1））101頁は適用上の制約でしかないという。
- (41) 藤木・各論（注（28））255頁以下は、「第3編 経済取引と刑法」の「第2章 企業経営者の犯罪」として、会社犯罪を現象形態ごとに扱って、粉飾決算・不当取引（自己取引）・営業外支出・裏経理のそれぞれで、特別背任罪が問題となる可能性を指摘する。経営者は活動場面の幅が広く、多様な「権限」が認められるから、「権限濫用」も様々な形で現れることを前提とする。
- (42) 会社財産危殆化罪（963条）の起源は旧261条（その経緯は注（1）を参照）にあり、当初その2項で「刑法ニ正条アル場合ニハ之ヲ適用セス」とされていたため、刑法典を補充する行政刑法としての色彩が強いものであった。昭和13年の大改正で特別背任罪（旧486-487条）が導入された際に旧489条となり、その2項が廃止されたことで、特別背任罪の補充類型の位置を得た（佐伯・前掲（注（40））の指摘はこの経緯を踏まえている）が、この過程で、商法罰則は固有の存在意義を説明されるべきものとなったのだから、会社の公共性を基礎に据えることに意味があるだろう。例えば、それでこそ、関係書類の公用文書性、虚偽作成の当罰性も理由づけられるのではないか。

に歪みがあるからではないか。義務違反性の考慮を排除する法益侵害説が法規（形式）の背後にある利益関係（実質）における被害を重視すべきことを訴えた結果、身分犯のように、「義務」に基づく分析が望まれる犯罪においてさえも、そのような見方を解体する傾向が強まった。反面で、法目的毎の違法の相対化は広く認められ、刑法は民法や行政法の規律から切り離されて、それらに改正があっても刑罰制度には何ら影響がないかのように議論されている。会社の発展が新奇なものとして受け止められていた明治末の意識が今でもそのまま通用するかのような、泰然自若とした・「社会的な現実」の変化を超越した刑法理論が（可罰性の設定は、謙抑主義の下で、独自に議論しうるからという言い訳で）維持され続ける状態が正道だとは思えない。会社法制の変遷を受けて、歴史的状況を踏まえた捉え方を求めるのであれば、主体要件の独自性が「任務」理解に影響することを前提として、会社制度を支える法制に基づく（だから、会社法の変遷で影響されうる）「汚職」としての「権限濫用」という観点から分析することが望ましいのではないか。

藤木説のスタンス（汚職～権限濫用という捉え方）をより徹底し、アメリカ型のホワイトカラー犯罪と捉える見解として、前田（信）説が<sup>(43)</sup>あった。企業の経営者にとって、商慣習こそが経営内の規範であり、「『業者による、業者の、業者のための』商慣習が、刑法学という実質的違法性の判断を支配するチャンス享有している」が故に、その法意識の独善性と閉鎖性および非倫理性に抗する経営外的規範としての法律は「義務意識の覚醒」から始めなければならない<sup>(44)</sup>。「個人対個人の場合と異なり、組織と社会との関係は、個人を基準とした道徳や責任の原理をこえ、半公共的な倫理と法的責任を帰属させられる。……その独自・固有の法人格を組成する機関と機構に対する法的な責任評価は、商法と刑法の交錯する特別な経営者義務を判断しうる違法性の判断基準と、その原理を明白にする必要」があり、特別背任罪に特有の社会的構造と規範的意味

---

(43) 前田信二郎『会社犯罪の研究』（有斐閣、1968）。

(44) 前田・前掲書2-4頁。

づけを要する以上、『白紙委任』的な地位の優越と権限の無制限」を伴う・「会社との関係で、『直接委任』に当たる者、発起人・取締役・清算人および監査役」の限度でこそ重罰化が顧慮されるべきであるという。<sup>(45)</sup> 任務違背の原点を英米法系の信認関係に基づく忠実義務（当時は商法旧254条の2であった）に求めることで、重罰化に値するのは業務執行の包括的な裁量権をもつ役員のみであり、立法論として、監査役も含めて部長以下の管理職は、背任罪（それ自体が業務性を帯びている）で足りると主張していた。<sup>(46)</sup>

その主張に学ぶべきものは多いのだが、商法学説上、忠実義務が善管注意義務を超える内容をもつと捉える見解は少数に留まること、現行法は会社と雇用関係に立つ支配人等の使用人も行為主体として認めていることから、「背任罪の体系の再構築のための立法論ないし本条運用上の指針」となりうるにしても、解釈論としては採れないと評価されている。「忠実義務」は商法のアメリカ化とも言える昭和25年の改正で導入されたが、それが特別背任罪の理解を読み替えさせる重みをもって受け止められていたとは言えない。善管注意義務と異なるものではないとする判例の態度が議論の入口を定めている。また、この罪の射程は「使用人」にも及んでおり、解釈論としては、その「権限濫用」で足りることを合理化しうる「実質」を探らなければならない。

とはいえ、民法上の善管注意義務と同等で足りるというのでは、商法罰則における「任務違背」の特別性の説明になっていない。会社法の定めによれば、一方では、株式会社と役員等の関係が「委任」と理解され（330条）、「事務」の内容に多様性があるとしても、それに伴い取締役等が「善管注意義務」を負

---

(45) 前田・前掲書43-45頁。「事業監査」の役割をもたない監査役については、経営部外者、社外の実力者でしかないから、立法趣旨に合わないという。

(46) 前田・前掲書46-47頁を参照（主張の先後関係は逆である）。刑事責任を考察する上で、善管義務違反は民事上「過失責任」で幅広く扱われるのだから、忠実義務違反が「故意責任」の重要な判断基準となり、それこそが一般的通常者の義務規範を超えるものを基礎付けると理解している。

(47) 佐々木・前掲書（注（3））15頁。

(48) 最大判昭45・6・24民集24巻6号625頁（八幡製鉄政治献金事件）。

う(民法644条)ことは、強行法規(定款でも免除できない)と理解されている。他方では、その職務遂行に当たって、法令・定款・株主総会決議の遵守を含む「忠実義務」を負う(355条)とされており、その具体化として競業避止義務・利益相反取引の制限(356条)・報告義務(357条)が規定されている。両者の関係をめぐって議論があるが、<sup>(49)</sup>処罰に値する「任務違背」を「権限」行使におけるこれらの義務の違反として描くことが理解の原点であってよいはずである。英米法にいわゆる「信認関係」をめぐる議論を踏まえて、取締役等の背負う「義務」の特別性を探究することがその手掛かりになりうるであろう。

5 近時、伊東(研)教授が、立法史の見直しに基づき、社会の侵害を強調する理解を主張され、特別背任罪の特別性は「業務上」とは異なるとも指摘された。<sup>(50)</sup>まず、会社経営を規律するための刑事罰の使用は経済社会状況の変動に応じて変遷すべきものなのに、刑法学の基本的な視座(いわば一種の「信仰あるいは宗派」)の影響により動かしがたいものと感じられる結果、商法(会社法)罰則の解釈論も停滞しがちであったとの認識を示されている。<sup>(51)</sup>現在の理論状況に対する問題意識には共感する。続いて、刑事責任が、組織体の責任を問題とすべき場面でも、「機関」たる個人の責任追及の形式にならざるを得ないことと、特別背任罪を核とする罰則が専ら(株主・債権者のための)会社財産の保護として語られてきたことの問題性が連続的に捉えられている。<sup>(52)</sup>そ

(49) 多数説は同質性を前提とする(例えば、森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商81巻4号(1980)455頁)が、英米法の流れを汲む「忠実義務」の独自性を主張する見解もある(赤堀光子「取締役の忠実義務(1-4・完)」法協85巻1号~4号(1980)など)。

(50) 伊東研祐「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—」島大法学56巻4号(2013)21頁、及び、同「特別背任罪と図利目的なき経営判断の刑事責任—会社経営の規律の重層化と刑事罰の規律／刑事法の視点から」山田泰弘=伊東研祐編『会社法罰則の検証—会社法と刑事法のクロスオーバー』(日本評論社、2015)223頁(法時84巻11号(2012)51頁以下の加筆修正)。以下では主として後者を参照する。

(51) 伊東・前掲書223-224頁。

(52) 法人処罰の問題を例示された後で、「商法(会社法)罰則が、伝統的に(経営・

の趣旨は読み取りにくい、「信仰あるいは宗派」に対する疑いの表明、つまり、刑法学の方法論的な次元で問題の共通性を見出すものだとすれば、「法益侵害説」の固さに対する疑問から発している私見も同様である。伊東教授における議論の展開を確認して、具体的な検討の入口としよう。

教授によれば、明治44年第一次改正の段階で導入された（会社法963条につながる）旧商法261条は、図利加害目的のない場合における、所定の類型にあたる会社財産の危殆化行為を背任罪より軽い法定刑で処罰していたことから、「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。当時の政府提案に含まれていた特別背任罪（政府提出案261条）は、図利加害目的のない任務違背行為も、背任罪と同等に処罰することを想定していたのだから、同様の任務から、「延いては資本主義経済秩序の安全という社会的法益を保護する質的に異なった」罪を創出しようとするものであったと捉えるべきであり、「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」。だから、特別背任罪（及び収賄罪）を導入した昭和13年第二次改正の立法動機も、「公益保護」の観点において「同質的また連続的ないし継続的であった」と捉えるべきである。特別背任罪の加重処罰（旧486-488条）で図利加害目的ある場合も刑法から独自に扱うに至った反面で、会社財産危殆化罪（旧489条）は維持しつつ、不実文書行使（旧490条）・預合い（旧492条）も新設して、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個別類型を同一の法定刑で列挙したので、社会的法益を保護する趣旨は維持していた。従って、図利加害目的ある場合に関わる特別背任罪も、その趣旨を含みつつ、刑法とは一線を画した加重

---

管理監督等に関わる会社の機関としての）自然人個人の刑事責任を追及する為に投入されてきたことは否定できないが、その責任は……本人たる会社や株主・債権者等に対する（経済的ないし財産的）関係において基礎付けられるべきものなのであろうか。別異の解釈もあり得るのではないか。」とされる（伊東・前掲書224-225頁）。

類型として読むべきである。<sup>(53)</sup>そこで、「資本主義市場経済の持続及び健全な展開・発展状況、その為の円滑な経済活動秩序（の維持）という社会法益を保護する罪と捉え直し、……背任罪（刑247条）とは異質の身分犯（義務犯）、取えて判例・多数説的にいえば構成的身分犯（刑65条1項参照）として解釈すべき」であり、「商法（会社法）罰則は、現代資本主義市場経済社会において会社という存在・法人格が（発生・生育・活動・消滅等々する際に）有するに至った対社会的ないし対外的な諸関係における重大な経済的・財産的危険の実現・損害の発生を阻止することを意図するものであって、会社関係者相互間・組織内部的諸関係において生じる危険・損害の発生を抑止や葛藤の解消等を図ろうとするものではない」とされる。<sup>(54)</sup>

伊東説は、特別背任罪を社会経済秩序を害する罪として描き、取締役等を対外的な侵害者として位置付ける方向を示唆する（だから、法人犯罪の議論と繋がる関係にもなる）。取締役等は会社に対して犯罪をするのではなく、会社が社会に対する罪を犯し、会社を代表する地位の故にその責任を負うのである。「財産犯」という捉え方に縛られない発想の大胆さが際立っているが、「財産上の損害」を要件とする意味が大きく変わってしまう可能性があり、解釈論としての限界を超えていないかが問題であろう。

---

(53) 伊東・前掲書225-237頁。なお、続けて、刑法改正作業において議論された「業務上背任罪」との関係を検討されている。特別背任罪は、「特別業務上の背任行為」を処罰する趣旨であった（234頁以下）のに対して、改正刑法準備草案（昭和36年）までは、それが対本人的な関係における財産犯の位置付けに留まっていたから、両者の「視線の方向」は一致していなかった（243頁）のに、改正刑法草案（昭和47年）に至って、特別背任罪の「刑法犯的色彩」を強調し「業務上背任罪」として刑法典に組み入れる説明が現れてきたのは「些か唐突」であり（243頁）、「批判的検証を要する」とされる（245頁）。昭和以来の理論刑法学の怠慢が誤った信仰を普及させてしまったと言うのであろう。

(54) 伊東・前掲書245-247頁（同「会社法罰則と背任罪（刑法247条）解釈の視座」刑ジャ17号（2009）47頁も同旨）。具体的な帰結として、個人侵害行為ならば（本人図利目的の場合は不可罰となりうることを含みつつ）、刑法上の背任罪で扱えば足りるとされる（248頁）。

立法時に提示された（改正刑法草案も考慮した）「業務上背任罪」という見方の当否を、業務上横領罪とも対比しつつ、議論することは確かに必要であるが、対比すべき業務上横領罪の重罰化根拠も一つの問題である。法益侵害説が、業務上の「義務違反」の重さを重視する義務犯論を身分刑法の復活として排斥した上で、責任評価の個別化を強調して「業務者」の加重処罰を認める論理は（行為者類型で要罰性の考慮を援用する政策論でしかなく）説得的とは思えない。<sup>(55)</sup> 「業務者」加重類型も違法評価の問題と捉えた上で、業務に伴う反復継続性（少なくともその意思）がもたらす加重処罰の当否を確認し、取締役等における重罰化が同等の理解でよいかを検討すべきであろう。「業務者」に止まらず、「会社」という「法人」の機関であることの意味が考慮されていないのでは、特別背任罪の特殊性を汲み取れていないように思われる。

会社犯罪を＜会社＝法人の侵害を通じた社会の侵害＞とみるか＜会社＝制度を悪用した社会の侵害＞とみるかは微妙な相違だが、「会社」の捉え方で犯罪の捉え方が全く相違しうることを理解できる。商法罰則を設けた当時の「会社」の捉え方と、その後の大改正を経た当時の、あるいは、会社法を独立させた当時の「会社」の捉え方に「犯罪の捉え方」に影響するような変化はなかったのだろうか。例えば、「忠実義務」を盛り込んだ戦後の改正で「会社」がアメリカ型に変化したのであれば、機関に対する義務付けの見方も変化したとはいえないか。仮にそうならば前田説を再評価すべきではないか。通説は、背任罪における委任者（本人）が「会社」に特殊化されただけの、＜会社＝法人の（財産の）侵害＞という捉え方で留まり続けているのだが、ひとまず、「法人」であり、「株式会社」であることがもつ意味を考慮してみるべきであろう。

6 人の生活利益から眺める場合には、「法人」とそれに係わる人々との関係が問われる。一方で、「法人」を法律上の擬制（技術的な法律構成上の存在）

---

(55) 違法／責任の境界を客観／主観で論じる者は、体系思考の根拠として、主観評価が客観評価を超えないことを前提としてきたはずである。なのに、身分による（内心態度ではないという意味では客観的だとしても）責任評価の相違を理由に加重処罰を認めることは前提を自ら覆すに等しい。

でしかないと捉えると、「会社の財産」という言葉で、所有関係の「会社」への帰属を語る反面で、それが「人々の出資」の集合体であることも考慮すべきであろう。各論の体系では、「人々」の利益を扱う犯罪は社会に対する罪であり、「公共」の考慮に伴う特殊化を問うべきである。建造物損壊と放火罪に相違を見出すのと同様に、背任罪と特別背任罪の相違を検討すべきではないか。他方で、「法人」の実在性を強調して「会社の財産」を一体視するのならば、単に「全体財産」というだけでなく、資本としての扱い、その法規制の影響を考慮すべきであろう。社会活動の規模や利害関係者の多さが「資本」の持続性と公開性を要請する。だから、会社法の規律は、その多くに强行法規とされる可能性があり、管理者たる機関の地位につく者には、当初から、組織法の観点から生じる制約が課されうる。業務執行に関する包括的な裁量権を悪用し、経営の公正さに対する信頼を害する活動に及べば、それ自体で違法と評価される可能性があり、長期的に見れば管理体制の不備が会社の評価を低下させて「全体財産」の減少をもたらす関係が常にある以上、短期的な目先の利益だけを強調し、「会社のために」やったという弁解で放任してよい時代ではないはずである<sup>(56)</sup>。

二つの側面は、会社という存在そのものの（モノでありヒトであるという）<sup>(57)</sup>二面性に由来している。株式会社が所有と経営の分離をもたらすと言われるとき、株主から見れば所有対象としてのモノであり、株主というヒト（の集合体）が株主総会という場所を通してモノの運用を経営者というヒトに委託する関係だと捉えられる。しかし、会社を「会社の財産」に対してヒトとして扱うのならば、法人という組織を一体的に捉え、構成員の活動は機関の権限行使として描くべきである。法人の実在性を前提にしながら、＜「役割」を担った個人＞を取り出す態度で臨むことは、前提との矛盾を孕むことになる。「法の衣」

(56) 刑法学の伝統では、(可罰的違法性論の感覚で)取締役が「会社のために」政治家や監督官庁の官僚に賄賂を贈った場合に、「図利加害目的」ではないとして、それを許容する論理が展開されてきたのだが、それがグローバルな経済秩序において基準として維持できるかは疑わしいように思われる。

(57) 岩井克人『会社はこれからどうなるか』（平凡社、2003）56頁以下。

の裏側を語る態度と、「法の衣」を前提として理由づける態度を使い分けることが「会社」をめぐる議論の進展を妨げてしまう。「二面性」をどのように受け止めるかが問題である。

刑法学の場合、最後は個人責任の有無を問うことになるから、「機関」としての活動も（立場・資格で制約を受けた）個人の行為として捉える傾向が強かった。法人処罰の議論が混迷し続けたのは、客観主義を標榜する論者ならば現実化した事象（法人という組織体の振舞い）をそれ自体として評価する必要性を感じるはずなのに、そのような論者こそが、最後はより強く（違法と区別された）責任評価の主観性を想定するが故に、「個人」から離れた議論を受け容れられない隘路に陥るからであったと思われる。違法評価を客観化する理由が、意思決定としての責任の理解、その主観化と（表裏一体で）不可分であるが故に、犯罪論の体系化に忠実であろうとするほど、自らの思考態度の分裂にぶつかることになる。刑法理論としては純化された枠組みで、学者の目線で分析する態度は一貫している。しかし、それこそが、時代状況に応じた社会意識を的確に反映させるべき（実務的な）判断実践の場面を描くに当たって、阻害要因となり続けてきたのではなかろうか。

近時は、おそらく実在説（ヒトとしての把握）が多数派となって、組織体の活動をそれ自体として捉える態度が目につくようになった。組織内の「個人」について、その責任評価における特殊性が、違法／責任の伝統的な区別を相対化する傾向を示しながら、議論の主題として取り上げられている<sup>(58)</sup>。政策学的な合理性に依拠する選択を（判断実践に重きを置く）哲学的な議論の装いで（裏口から）語っている印象もあるが、刑法学の「伝統」とは異なる次元の理論構

---

(58) 管理体制の不備（の放置）という「過失」の「競合」を語ることで違法評価を突破し、各自が職責に基づいて背負う「特別義務」の故に、他者を信頼するだけでは足りないとして責任も認めれば、複数の過失犯が同時に認められる。法人をヒトと捉えて第一段階の帰属を論じつつ、組織内の「個人」には職責という回路を通じた第二段階の帰属を認めることで、違法と責任の溝を埋めて、個人責任との整合性を図る議論も現れてきた。

成が多様な形で展開されるようになってきたことは確かである。

特別背任罪の場合、法人を財産主体（ヒト）とみる議論を貫くべきだろうか。ヒトとしての把握が〈所有権の帰属主体〉という静的な秩序観に止まっており、〈大量の取引活動を展開する組織体〉としての捉え方に及んでいないことが問題であろう。通説的な見方は、「企業犯罪」という括りで語る実態があるとしても、組織体の過失責任が問われる場面と、特別背任罪が問われる場面は全く異質であり、（伊東説のように）二つの議論を接続させることは方法として間違っている、と言うのだろうか。それが刑法学の「伝統」であり、被害が会社の外部に現れる場合と会社の内部に現れる場合を区別すべきことは、「法益侵害」という枠組から見れば当然の作法だと言える。しかしながら、そのような捉え方で止まってよいのだろうか。それでは、特別背任罪の立法理由に現れていた「公益保護」の観点を切り捨てるに等しいのではないか。「公益」の中身、その実質論に踏み込まないまま結論を決めるのは、真の意味で「法益侵害説」とは言えないのではないか。

特別背任罪の理解でも、会社が「法人」という組織体で活動することを「現実」として捉えることを前提とすべきであろう。行為者の活動は、「個人」の責任問題よりも前に、「機関」の権限行使として評価すべきであり、その際に「汚職」という色付けで判断することは自然な感覚だと思われる。それでも、「法人」ないし「会社」一般に通じる犯罪とされている訳ではなく、「株式会社」に限られた類型であることから、前田説（ホワイトカラー犯罪と捉える見方）がその傾向を示す「汚職」という観点に徹した扱いにも疑問が残る。少なくとも、取締役（業務執行の主体）に限られた犯罪とはなっていない現行法の幅を説明できていない以上、「汚職」評価は「権限濫用」を認めうる範囲として描きつつ、特別背任が問題とする「権限」の特殊性を探ることで、現行法に見合った理解を引き出すことが望ましいであろう。<sup>(59)</sup>「株式会社」を特別とする限定の

---

(59)（背任罪一般の限界として）他人の財産について処分の意思決定を委ねられているか否かを問題とする上嶋説（第一章注（14）を参照）は、会社法960条1項7号が前提とする14条が描く「権限」の理解として援用できるから、刑法上

意味を考える場合、伊東説のように「経済秩序」に影響を与えるほどの規模の大きさをもって「公益」を捉える（それ故に、会社という「個人」の侵害に限られた話ならば、刑法上の背任罪で足りるという）<sup>(60)</sup>方向もあるが、株主や会社債権者という「人々」を念頭においた「公益」論の限度で収める方向もあるだろう。<sup>(61)</sup> 処罰の必要性を公共的な問題で理由づけるスタンスには賛同するが、解釈論の限度を超える印象が強すぎる。会社の実在性を前提にすることが「ヒトとしての会社」の把握を要請するとしても、株式会社のモノとしての性質をも同等に考慮することで、特別背任罪の個性を描くことができないだろうか。

株主が「モノとしての会社」の運用を経営者に委ねていると捉えると、「会社」と取締役等が「委任」の関係にあるというのは、設立当初の段階ならば理解できないわけではないが、既存の会社が持続的に活動している状態で考えてみれば、法がそのように擬制したに過ぎず、そこに現実の「契約」があるわけではない、との理解<sup>(62)</sup>の方が正しいように思われる。「ヒトとしての会社」で考えれば、経営者は「会社」そのものに等しいから、生じている現象は自己契約でしかない。それを自由に変更しうる「契約」として捉えることは私物化を放任するに等しい。そこで、取締役等が背負う「善管注意義務」は、契約責任ではなく、（それを擬制する）強行法規に基づく義務として捉えるべきであろう。確かに、「定款自治」による責任制限の自由を拡大する議論も見られるが、原始

---

の背任罪は（担保権侵害のような）より広い射程をもちうるとしても、特別背任罪の限界付けとして参照に値すると言えるだろう。

(60) 伊東・前掲書247頁。

(61) 伊東説は、「本人たる会社」であれ「株主・債権者等」であれ「(経済的ないし財産的)関係」で基礎付ける議論とは「別異の解釈」を探って(注(52)を参照)、「資本主義市場経済の持続及び健全な展開・発展状況、その為の円滑な経済活動秩序(の維持)という社会法益を保護する罪」と捉えるべきことを主張する(前掲書245頁)が、表現を変えると、「会社」保護とは区別するとしても、「株主・債権者等」を将来の一般投資家・取引相手も含む「人々」として捉えた「社会」保護の視座を探る余地はあるのだろう。

(62) 岩井・前掲書80頁以下は、株式会社の経営者を「信任受託者」と捉えて、「委任」とする規定は「混乱を生み出すだけの無意味な条項」だという(83頁)。

定款からの責任制限を認める議論はないようであり、個別の責任問題の事後処理に関して「自治」が認められるだけならば、デフォルトの状態を想定して（事前的・予防的に）設けられるべき刑事規制の議論には影響しないと考えるべきである。その上で、この「責任」の中身が、英米法の信認関係（つまり、信託法理）に基づくものとして、「善管注意義務」とは区別された意味での「忠実義務」の文脈で理解されるべきかが問われるであろう。

委任に基づく本人—受任者（代理人）の関係と、信託に基づく委託者／受益者—受託者の関係は、物権的効力が誰のところに帰属するかにかんして決定的な相違があると言われる。<sup>(63)</sup> 経営者がなす取引が全て「会社」に帰属するとしても、それは「会社」をヒトとして活動させるための装いでしかなく、「モノとしての会社」を考える文脈からすれば、取引の効果が株主等（本人）に帰属しているわけではない以上、経営者の立場は（委任～代理を超えて）より信託に近いものと言わざるを得ない。経営者は、（ヒトである会社が）取引で得た諸々の所有権の帰属している「会社」というモノを総体として所有しているに等しい状態になる。だからこそ、会社法学説にも、取締役等の忠実義務に独自の意味を認めて、信託法理に類する文脈でその責任を議論する見解がある。忠実義務は受託者に向けられる倫理的な義務であり、それをいかに担保するかが（法と経済学の観点も含めて）活発に議論されている。刑法は（倫理を支える最終手段として期待される以上）そのような「特別義務」の違反にだけ対応すればよい、と解釈することも、選択肢の一つになりうるだろう。

---

(63) 委任では、委任者が財産（分別管理の金銭を含む）の所有権を有するが、信託の場合は、受託者に財産の所有権が移転することを前提とする。信託には「忠実義務」が規定されており（信託法30条）、この点は会社（の取締役）と同等である。それでも、道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）は、「信託、委任、会社等の制度は連続性を有する一連の制度」であり、「他人のために財産の管理・運用を請け負った場合」に、受任者も同等の義務（忠実義務）を負うべきだといっている（147頁以下、216頁）、反面で、救済面を同等に扱うために、「所有者でない者に所有者と同様の物権的救済を認める法理」が信託だと論じていた（218頁）。

7 民法の「委任」における所有者の私的な委託とは異なり、会社法上の委託は「公共」の利益にも係わり、取締役等はいかに包括的であっても、制約のある権限をもつに過ぎない。とすれば、背任罪の理解が背信説でなければ説明できない射程をもつとしても、特別背任罪の理解が同様でなければならないとは言えず、むしろ、組織的な財産管理<sup>(64)</sup>を土台とした権限濫用説の思考方法を土台とする方がよいであろう。そして、「権限」の限界・その行使に関する規律の原点を「忠実義務」に求めることは、会社法を一次規範とした刑法の理解として考慮に値する。もっとも、「忠実義務」は取締役だけに向けられており、特別背任罪が列挙する他の主体に単純には及ばないから、その考え方を（一次規範上の類推として）どこまで応用できるかを個別に検討する必要がある。他の主体に「自己契約」に類する関係はなく、個別の「委任」を起点に据えるしかないとしても、取締役で考慮される観点が刑事罰に値する「任務違背」の選別の指針となることを想定すべきであろう。

すなわち、会社と取締役等の関係が「委任」であることは、議論の入口だとしても、その任務違背行為を問題とする場合、「委託の趣旨」に特殊性が伴うことを無視できない。会社法の規律を考慮するのならば、行為者は「法人」の「機関」であって、その活動は、法令が許容し・定款という規範が掲げる目的の枠内で、与えられた権限の行使として評価されるべきであり、背任罪と特別背任罪の対比を量的な相違だけで語るのは過度な単純化・短絡的な扱いだと言わざるを得ない。仮に、罰則が導入された昭和初期の段階における、「公益」が「量的な相違」の認識に止まっていたとしても、現代的状況でその把握を維持できるかが疑わしい。刑法学で背任罪の本質をめぐる議論が続くのは、現に世間を騒がせる事件が（包括的な裁量権の濫用が問われる）特別背任の問題であり、権限濫用という観点が重要であることが判っているからではないか。現代の要請に対応して権限濫用事例を重視して（その理解に徹して）、担保権侵

---

(64) 平川説が示す背任罪の理解は、特別背任罪が扱う対象を考慮する場合には正当であり、多数説から（類型的に異なる他の事例を念頭においた）批判が向けられるとしても、議論は当初からすれ違いに終わらざるを得ないであろう。

害のような問題を（債務不履行と読んで）切り離す決断に踏み切るか否かが理解の分岐点となっている。しかし、背任罪は背信に及ぶ（だから二重抵当も背任である）<sup>(65)</sup>が、特別背任罪は権限濫用である（だから包括的な裁量権を前提とするが、隠蔽のための事実行為による背任を否定すべきことまでは意味しない）という理解が選択されてもよいのではなかろうか。<sup>(66)</sup>

商法が会社を商行為の主体として規定した段階で、既に民法が描く財産関係の地平との違いを俎上に載せる必要があった。商行為は、転売を予定する業であり、会社の活動は既に業務上のものである。反復継続的な活動は、他者の活動の基盤ともなって、制度としての持続性が保障されなければ、社会にとって有害である。背任罪に組織的な関係を求める平川説が、代表者・代理人、使用人・補助者などの主体に続けて、「社会的経済システム」による結び付きとして運送・保管業者を追加する<sup>(67)</sup>のも、物流に係わる事業上の行為は商行為（商法第7章～第9章）として技術的な統一性と安定性が必要であり、公共に係わると理解されることに基づくからではないか。それ故に、会社がからむ横領・背任は当初から業務上の横領・背任なのであって、（後見人を典型とする）家庭内・（担保侵害を典型とする）特定個人間の小規模な紛争とは異なり、多くの事案で「加重」処罰に値する実態があると思われる。仮に業務上横領罪と対応させて業務上背任罪を設けるのなら、考慮されるのはそのような属性であり、特別背任罪とは異なるように思われる。<sup>(68)</sup>

---

(65) 私見は、上述（一3を参照）の意味で、担保権侵害を「権限濫用」という言葉で語ってもよいと考えるが、「委任」関係ではないことを重視して、背信説でなければ説明できないと捉えるのなら、それ自体には反対しない。

(66) 取締役が会社の不動産をめぐって二重抵当を犯した場合、会社の利得になれば特別背任罪には当たらないが、先行取引の相手方との関係で背任罪にはなりうるだろう。取締役等という行為者の属性は、会社との関係（特別義務）に縛られた違法身分でしかなく、「機関」としての「権限」行使（に伴う汚職）の文脈でしか意味をもたないはずである。

(67) 平川・前掲（注（10））245頁。

(68) 現在の業務上横領罪の運用じたいにも検討の余地があると考えている。拙稿

商法変遷の影響は、(旧派的)社会哲学的思考の強い刑法学者には本質的な問題として受け止められてこなかった。その思想的基盤を問題として「技術化」に伴う「社会倫理的」な価値の変容を唱えた牧野博士の主張は、(新派的)政策学的思考の下で、社会制度としての把握・文化国家のあり方を問いかけていたが、個人主義的自由主義から国家主義への接近として警戒され、切り捨てられてきたようにも見える。経済学から見れば、企業が市場との対比で取引コストを抑える「制度」として捉えられることは常識的な話であり、経済活動の環境となる法律<sup>(69)</sup>(それ自体も「制度」とみなされるが)を扱う学問がそのような(より経験的な)社会科学の認識を無視して(因果だけが実在だと言うような)単純化された議論に閉じ籠もることは疑わしい。独立の法典となるほど会社法の「技術化」が進展したのは、社会的な公正を担保するために、公法的な規律を調整し続けるしかないからである。ここでの刑法の意義を損害の大きさ・制裁の必要性だけで語ることは、刑罰権の存否を「技術化」を目指す政策論に丸投げするに等しい。いかなる場合に当罰性を認め、どのような形で罰的行為類型に組み上げるべきか、その指針がないまま法規の適否を判別することはできないし、不明確な法規で萎縮効果を与えるべきでないという批判だけで非犯罪化を選択できるわけでもない。芝原教授が示された議論の進め方に倣い、現代社会の変化・それに対処する会社法(～経済法)の変遷を確認する

---

「法条競合論一考」広島法科大学院論集1号(2005)191頁、223頁注(70)を参照。

- (69) 牧野説は、背任罪を利益横領罪と捉え、それが改正刑法仮案に投影された。仮案以降の展開を「独自の発展」と評した団藤説を、平野博士は「ナチス的な思考」でしかないと批判していた(平野龍一「横領と背任、再論—『背信説』の克服のために—」刑事法研究最終巻(有斐閣、2009)34頁、39、41、78-79頁(初出は判時1680-1683-1689号(1999))。
- (70) 牧野説(注(38)を参照)が「公益的な制度」として会社を論じるとき、企業法に「法律の社会化」を見出す態度であった(牧野英一「企業法の理論(上—下)」自治研究12巻4-5号(1936))。国家的な「統制」に向かう論旨は、現代の文脈ならば、私法と公法が融合する「経済法」の独自性、「経済刑法」の特別性を語る趣旨で参照してみる可能性もある。

法社会学的な取組を基盤にして「社会学的類型」を確認した上で、法政策学的な利害得失の考慮を加えて「法学的類型」を精製する方針が望ましく、それを解釈論にいかにか繋ぐかが問題であろう。

一つの可能性として、「所有と経営の分離」が徹底されて会社のモノ化が拡大するほどに、取締役等の活動は公共的な意味を強め、それでいて経営の効率性を高めるために、(「自己契約」に類する曖昧な基盤の上で)<sup>(71)</sup> 独立性が与えられるから、信託に応じた規律が要請され、<忠実義務違反の権限濫用事例こそが特別背任罪の対象となる>という見方が土台になりうる。とはいえ、特別背任罪の行為主体は「取締役」だけではないから、それを絶対化することは(前田説のように)立法論になってしまう。そこで、忠実義務違反の事例を典型例として認めつつ、その考え方を応用する形で、事例ごと・行為主体ごとに可罰性の限界付けを探ることが望まれる。<sup>(72)</sup> 「忠実義務」とは何か、応用可能な「考え方」はどこに求められるべきか。善管注意義務との対比、委任(～代理)や

(71) 利害関係を結ぶ「人々」の多さが、「会社」という「個人」の財産問題でも、対世効に等しい重みをもち、物権的な効力の問題に通じるともいえる。

(72) 実は、「取締役」という形式で行為主体を限定することが本来の筋でも、(脱法的に)形式のない人物に濫用の基礎となる(包括的な)代理権限という実質が与えられている(会社内の権力関係の変化でそのようなズレが生じてしまっている)場合がありうる。「使用人」に及ぶ行為主体の拡張的な規定はズレに対処する方策として必要であり、その範囲で機能しうるのではないか。

(73) 形式と実質がズレている場合、刑法上は、「身分犯の共犯」の扱い(65条1項による連帯化)が予定されているが、「共同」を認め難い事例には(身分者利用の間接正犯という類推的な処罰を避ける限り)対処できない。だから、「事実上の取締役」という拡張(塩見淳「事実上の取締役について」京大法学部百周年記念論文集(2)有斐閣(1999)531頁)や「使用人」概念の拡張(最決平成17・10・7刑集59巻8号1086頁は雇用関係を不要化した。)が求められるのではないか。刑法の類推は許されないが、「変化」への対応が一次規範レベルの類推的思考を求める場面はある。「実質」を確認すること(例えば、後者について、五十嵐・前掲論文(注(7))は、雇用は不要で委任があればよいが、使用人が「組織に組み込まれていたこと」を要求する。)で、処罰を正当化しうるかが問題である。

信託との対比、大陸法と英米法の見方の対比、日本社会で加えられた独自性の抽出など、様々なレベルでの議論が絡み合う。それらを集約する見取図は、現にある個々の法規定を超えた、現在の社会状況に対応する、全体としての（会社の）制度設計にも通じるように思われる。

とはいえ、刑法学の中でそれをやることが必要なのではなく、そのための取組を展開している（会社法学をはじめとする）様々な科学の知見を取り込む回路を備えておき、取り込み作業の指針があればよいのだろう。財産主体としての「会社」を語るよりは、会社法が創り出す制度としての「会社」に対する刑法の関わり方を探るべきである。そこで、法益侵害説という理解の固さを緩和して、実定法秩序がもたらす「制度」を「現実」理解の基礎に据えることで、諸科学と共働しうる「回路」を開くべきだと思われる。

会社という組織の設計が、その国・その時代の「人々」の共生の作法に依存しており、営利活動という目的設定の下にあり、かつ、（官僚制という）政治部門の構造を参照する形で生成されてきた経緯をもつことから、法学のみならず、社会学・経済学（経営学）・政治学（行政学）・等からの提言にも影響されて、常に変化しうることを認識しておくべきである。だから、刑事規制のあり方は、「変化」の自由を保障しつつ、持続する社会を支えるための基盤整備の部分にだけ関わるのが望ましい。言い換えれば、会社について語る多様な議論が共通の基盤とするような、その制度としての骨格の部分を引き出すことを原点として、その中で「役員等」に求める「会社の財産」の保護に向けられた義務に、刑事規制を向けるべき「公共」の課題としての意味を見出すか否かが問題だと思われる。個別の「会社」の保護が問題なのではなく、公益、より社会的な法益の保護として捉えるべきだという伊東説の理解に賛同するが、その中身は、（モノとヒトの二面性を備えているとも言われる）「制度」としての「株式会社」のレベルで検討するべきであり、刑法は「制度」を支えるために何をなすべきか、という問いに向かうべきだと思われる。

（未完）