

## I. 反対尋問

- 5 1. 判例の引用趣旨は何か。
2. 検察側は事実的対向犯を認めるものとみていいか。
3. B 説の検討において「たとえば、故意や共同正犯の意思がないものとして、共同正犯の成立を否定する場合もある」とあるが、検察側は具体的にどのような事情を考えているか。
- 10 4. 検察側は、誤振込みされた金銭の払戻し行為において、詐欺罪の構成要件「占有の移転」をどのように捉えているか。
5. 「口座預金の交付の判断に係る重大な事項」をどのようなものとして捉えているか、またその根拠はなにか。

## II. 学説の検討

- 15 1. 背任罪の共同正犯の成立範囲を通常共同正犯よりも厳格に解する必要があるか。仮に、限定する必要があるとすれば、その限定基準をいかに解するか。

### (1)A-1 説について

- この説については、通常共同正犯における認識の程度を超えて、(特別)背任罪の場合にだけ相手方に高度の認識を要求するの点という点を批判されるも、任務違背行為は、多くの
- 20 場合、専ら銀行業務者の手によってなされ、業務者が具体的にどのような方法で金融の便宜をはかり、その際に任務違背と認定されるような処分をしたかについては、融資先が銀行の貸付業務について精通しているのみならず、具体的な方法について教示したといったような事例を除いて、融資先は関知しない所であり、融資先はせいぜい不正の手段で便宜を図られたらしいといった程度の認識に止まることとなるので、この程度の認識を以て共同加功の意思
- 25 といふべきではない<sup>1</sup>。その点、不正融資における、借手の特殊な立場、利害関係の相違を考慮している点は評価できる<sup>2</sup>。

しかし、懲慚(しょうよう)する場合には教唆犯が成立することになるとする点で、狭義の共犯の範囲を広く認めることとなり妥当ではない<sup>3</sup>。

- したがって、弁護側と一部の理由を異としつつも、結論としては同様に A-1 説を採用しない。
- 30

### (2)A-2 説について

A-2 説は、不正使用の貸し手側と借り手側の関係を対向犯的に捉え、借り手側の処罰規定が存在しないことを根拠に、借り手側を特別背任罪の共同正犯の範囲から除外する説である。そもそも、片面的対向犯の成立について、対向犯的関与者が一方関与不可罰の理由づけは、

<sup>1</sup> 藤木英雄『経済取引と犯罪〔初版〕』(有斐閣,1964年)242頁。

<sup>2</sup> 関哲夫「不正融資における借手の刑事責任(背任罪・特別背任罪)に関する学説の検討」国士館法学 38号(2006年)5頁。

<sup>3</sup> 関・前掲 15頁。

立法者が文言上除外した場合か、具体的な構成要件ごとの実質的解釈に拠るものである<sup>4</sup>。かかる視座から検討するに、実質的根拠の多様性を鑑みると、立法者の意思は多元的なものであるということとなり、そのため、立法者意思という根拠は形式的なものであるといえることから、対向犯は文言から一義的に導出したものに限られない。その点で、事実上の対向犯という考え方は正当化される<sup>5</sup>。

5 その上で、以下に不正融資における事実的対向犯肯定の根拠としては、以下が挙げられる<sup>6</sup>。

10 まず「融資においては、融資を挟んで借手と金融機関・事務処理者との利害が対立・対向していることが挙げられる。利害の親和性・互換性がそもそも存せず、自己の犯罪として実現するといった状況を不正融資において観念できないのである。

そして、委託者と受託者の間に財産管理への実質的関与を前提とした組織的・有機的な結合による内部的信頼関係があることが挙げられる。不正融資の相手方は、本人の事務処理者ではないため本人との間で、任務・権限を欠き、本人との関係では一方当事者のみ異なる処理を行う根拠足り得る。

15 更に、実行行為への加功の困難さが挙げられる。背任罪は、任務違背行為による財産上の損失の発生が要件になる。かかる背任罪の実行行為は事務処理者によって行われ、融資の実行は専権的に行われる。そのため、借手には共謀共同正犯しか基本的に考えないが、利害が対立関係下で、同一の利害の下で一体となって、自己の犯罪として共同加功するといった状況を発生させることがそもそも困難である。

20 その上、融資を受ける借手側に処罰に値するだけの違法性が存在しない。借手の行為は、金融機関の側からみれば事務管理者の行為を介して金融機関の財産的法益を侵害するものではあるものの、利害の対立する相手方の行為の認定に妥当させられない。借手の行為は、借手の視点からみた場合、会社経営における努力画策の結果にすぎない。自己の会社の倒産を回避し、経営状態の改善を図るために、金融機関から継続融資を受けようとすることは融資取引において許容されるべき行為であり、無為無策で放置することは、その会社や社員に対する背任行為にもなり得る。そのため、事務処理者の背任行為の違法性は借手との関係では顕現していないといえ、違法の連帯性は遮断されている。

30 また、借手に期待可能性が欠如していることが挙げられる。自己の会社が倒産の危機に瀕した状況下で、運転資金を融資させるべく画策し、従業員の生活を守るために倒産を回避するべく努力しようとするのは無理からぬことである。経営者の視点として合理性に欠けるものがあつたとしても、また、倒産を回避できず金融機関に対して損失を与えることを予想していたとしても、刑罰をもってしてまでの非難可能性があるといえるだけのものはない。また、期待可能性が、事務処理者と借手の間では明らかに異なっていることにも留意が必要である。

35 以上の理由より、弁護側は A-2 説を採用する。

<sup>4</sup> 丸山雅夫「必要的共犯」『新・法律学の争点シリーズ 2 刑法の争点』(有斐閣,2007年)115頁。

<sup>5</sup> 関和夫「不正融資における借手の刑事責任について・再論一事実的対向犯説への批判に答える一」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂,2010年)663頁。

<sup>6</sup> 関・前掲立石古稀 666頁以下。

(3)A-3 説について

検察側と同様の理由より、弁護側は A-3 説を採用しない。

(4)A-4 説について<sup>7</sup>

5 A-4 説については、「正犯性」を精確に認定すべきことを強調する点には異論がなく<sup>8</sup>、  
正犯性の認定を厳格に行うこと自体一般に要求されることであるし、この事案に存する特殊  
性を考えると共同正犯の認定を慎重に行ったとしても、一般の問題の範囲内であると言える。  
そのため、借手の共同「正犯性」の具体的徴表として、「法益侵害過程の支配・指導的役割」  
9、「背任行為への主体的関与」<sup>10</sup>、「任務違背行為を自己の犯罪として実現したこと」<sup>11</sup>、あ  
るいは「通常の融資取引から明らかに逸脱した重要な役割」<sup>12</sup>という要素を重視すること自  
10 体は賛同できるものの、「正犯性」の精確な認定だけで足りるのが疑問であり、両者の経  
済的立場の相違による利害関係の相違を無視していると言わざるを得ない<sup>13</sup>。

また、この説からも A-1 説同様、貸し手の具体的な任務違背行為につき、正犯に至らな  
かったとしても、懲慥(しょうよう)する場合には教唆犯が成立することになりうるとする点に  
ついて、狭義の共犯の範囲を広く認めることとなり妥当ではない<sup>14</sup>。

15 この説が基準たりえないことについては検察側と同様の理由より採用する。

したがって、弁護側は A-4 説を採用しない。

(5)B 説について

B 説は、不正融資の相手方に背任罪の共同正犯が成立するかという問題は、共同正犯を認  
めるだけの共謀ないし共同加功があるか否かという認定の問題であって、特に背任罪に限っ  
20 て共同正犯の成立要件を厳格にする必要はないとする説である。すなわち、借り手側は貸し  
手側の任務違背行為、図利加害目的、損害の発生について認識した上で共謀を遂げていれば  
共同正犯が成立し、それ以外に何か処罰を限定する必要はないとする説である。

この説は、任務違背行為は、多くの場合、専ら銀行業務者の手によってなされ、業務者が  
具体的にどのような方法で金融の便宜をはかり、その際に任務違背と認定されるような処分  
25 をしたかについては、融資先が銀行の貸付業務について精通しているのみならず、具体的な  
方法について教示したといったような事例を除いて、融資先は関知しない所であり、融資先  
はせいぜい不正の手段で便宜を図られたらしいといった程度の認識に止まることとなるの  
で、この程度の認識を以て共同加功の意思というべきではない<sup>15</sup>。その点、不正融資におけ

---

<sup>7</sup>この説については、論者ごとに正犯性の限定の仕方に微妙に違いがある。そのため、この説に立つ者として以下の識者の説を分類している。また、検察側の説は、後掲する中森喜彦「背任罪の共同正犯」研修 609 号(1999 年)7 頁と思われる。分類は、関・前掲立石古稀 249 頁以下に做ったものである。

<sup>8</sup> 関・前掲国士館法学 15 頁。

<sup>9</sup> 柴田牧子「判例研究」上智大学・上智法学論集 39 卷 1 号(1995 年)363 頁以下。

<sup>10</sup> 星周一郎「不正融資の相手方に特別背任の共同正犯が認められた事例」東京都立大学・法学会雑誌 38 卷 1 号(1997 年)623 頁以下。

<sup>11</sup> 中森喜彦「背任罪の共同正犯」研修 609 号(1999 年)7 頁、前田雅英「商法 486 条と共同正犯」東京都立大学・法学会雑誌 44 卷 2 号(2004 年)45 頁以下。

<sup>12</sup> 佐々木史朗=内田幸隆・判例タイムズ 1064 号(2001 年)64 頁。

<sup>13</sup> 関・前掲国士館法学 14 頁以下。

<sup>14</sup> 関・前掲国士館法学 15 頁。

<sup>15</sup> 藤木英雄『経済取引と犯罪〔初版〕』(有斐閣,1964 年)242 頁。

る、借手の特殊な立場、利害関係の相違を全く考慮していないこの考え方は、疑問が残る<sup>16</sup>。かかる点については、「本人の事務処理者」ではない者について「背任罪の共同正犯」を認めるに当たり、「不法と責任の実質」を備えているといえる必要がある。

5 5 そもそも、第三者が本人との取引において自己の利益を図ろうとするのは当然に許されることであり、その結果として本人に財産上の損害が発生したところでそれは適法な行為である。そのため、本人は自己の財産上の損害を回避するべく「事務管理者」を選任し、これに呼応して刑法は、その任務違背による財産損害を「背任罪」として定めたのである<sup>17</sup>。かかる趣旨を考えたときに、背任の可罰性を実質的に備えるから違法なのであり、機械的に構成要件に該当する（ように見える）ことを以て可罰性を肯んずることはできない。特に、背任  
10 10 罪においては「窃取」・「暴行」・「脅迫」・「欺罔」などの「不法手段の構成要件的制約」を欠くため、非身分者であり利害が当然に対立する「対向的取引」の相手に共犯の成立を認めるには、その不法の確認に特段の留意が必要である<sup>18</sup>。

また、かかる趣旨を踏まえ、共犯の成立につき厳しく認定することは新たに構成要件を設けるものでもなく、総論的アプローチからは問題とならないのも前述のとおりである。また、  
15 15 故意や共同正犯の意思がないといった処理については、他の財産犯の条文における構成要件該当性の認定との間で、認定の厳しさに差異が生じる場合、A-1 説を否定する根拠として提示された議論が同様に抵触することとなる。

そのため、弁護側は B 説を採用しない。

## 20 2. 誤振込みと知りつつ預金の払い戻し請求をすることは何罪にあたるか。

### (1) α-1 説について

検察側と同様の理由で採用しない。

### (2) α-2 説について

25 25 検察側の不採用理由には同意しない。もっとも、検察側が採用しない以上、弁護側は争わない。

### (3) α-3 説について

この説は、受取人には正当な預金払戻し権限があるのかという観点ではなく、銀行側の行為に注目して、誤振込みを知った受取人に誤振込みを銀行に告知すべき信義則上の義務を負わせて、欺罔行為を構成するとする説である。

30 30 しかし、平成 8 年判決<sup>19</sup>の論理からすれば、誤振込みを受けた受取人は銀行に対する預金

<sup>16</sup> 関・前掲国土館法学 5 頁。

<sup>17</sup> 長井圓「背任罪における自己答責原理と取引相手に対する共犯の成否」神奈川法学 35 巻 3 号 125 頁。

<sup>18</sup> 長井・前掲 125 頁。

<sup>19</sup> 最判平成 8 年 4 月 26 日民集 50 巻 5 号 1267 頁。「振込依頼人から受取人の普通預金口座に振込があったときは、振込依頼人と受取人との間に振込の原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得するものと解するのが相当である」。参考判例として、最判平成 20 年 10 月 10 日判時 2026 号 13 頁。

「振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行

債権を取得するから、有効に成立する債権の行使としての払戻請求は民法上適法であり、刑法上も可罰的違法性が欠けるように思われる<sup>20</sup>。そうであれば、受取人に告知義務を課すことは平成8年判決と整合しないと考えられ、妥当でない。

したがって、弁護側はα-3説を採用しない。

5 (4) β説について

この説の根拠は、誤振込みを誤配送と同視することにあるが、誤配送の場合は現象的にも郵便機関の占有から離れてしまっているのに対し、誤振込みの場合は、現象的に留まっているのであるから、同一視して考えることはできない<sup>21</sup>。

したがって、弁護側はβ説を採用しない。

10 (5) γ説について

以上に掲げた理由により財産罪は成立しない以上、誤振込みの受取人はその金銭を払い戻す行為について何ら罪責を負わない。

したがって、弁護側はγ説を採用する。

15 III. 本問の検討

第1 乙の罪責について

1. B銀行のA社担当課長乙が、融資を受けられなければ倒産するという経済的に追い込まれているA社に対して18億円を貸し付けた行為に特別背任罪(会社法960条1項6号)が成立しないか。

20 (1) 本罪が成立するためには、①「事業に関するある種類または特定の事項の委任を受けた使用人が」、②「自己もしくは第三者の利益を図り又は株式会社に損害を加える目的」で、③「任務に背く行為」をして、④「当該株式会社に財産上の損害を加えた」こと、が必要である。

25 (2) 乙はB銀行のA社を担当する担当課長であり、A社に対して融資を行うか決定権限を有するものである。それゆえ、乙はB銀行のため事務を処理するものであるから、「支配人」に該当する。(①充足)

30 (3) また、確かに、乙の行為は甲社の経営の回復につながり、既存の貸金の回収にもつながるため「任務に背く行為」にあたらなとも思える。しかし、乙が融資を行った平成3年8月の段階ではA社は他の銀行から融資を受けられない状況下で倒産寸前であり、そのような状況下で融資を行えば回収することは困難であり、実質的にB銀行に不利益となる。それゆえ、融資を行った行為は「任務に背く行為」といえる。(③充足)

(4) そして、乙は融資の際、融資が焦げ付くことを認識していた。にも拘わらず、融資を

---

との間に振込金額相当額の普通預金契約が成立し、受取人において銀行に対し上記金額相当の普通預金債権を取得するものと解するのが相当であり、上記法律関係が存在しないために受取人が振込依頼人に対して不当利得返還義務を負う場合であっても、受取人が上記普通預金債権を有する以上、その行使が不当利得返還請求義務の履行手段としてのものなどに限定される理由はない。

<sup>20</sup> 松岡久和・ジュリスト(No.1376)76頁。

<sup>21</sup> 須之内克彦『刑法概説各論[第2版]』(成文堂,2011年)193頁以下。

行ったのは過去に行った 270 億円の融資が問題にされることを心配し、みずからの責任を回避して保身を図るとともに、A 社の利益を図るためである。これは、図利加害目的を満たす。(②充足)

- 5 (5) さらに、B 銀行は A 社に対して債権を有しているものの、A 社は倒産寸前であり弁済のめどはなく、かかる債権は財産的に無価値である。よって、「財産上の損害」が生じているといえる。(④充足)

以上より特別背任罪が成立する。

2. 乙が B 銀行の融資担当役員 C に対して本件融資の回収ができる見込みであると偽って 18 億円を A 社に貸し付けた行為について、B 銀行に対する詐欺罪(246 条 1 項)が成立するか。
- 10 本罪の構成要件は、①欺罔行為②欺罔行為に基づく相手方の錯誤③錯誤に基づく処分行為④処分行為に基づく財物の移転⑤因果関係⑥故意である。

- (1) 欺罔行為とは、財産的損害の現実的危険性を有するものでなければならない。具体的には、相手方がその点につき錯誤がなければ財産的処分をしなかったであろう重要な事実を偽ることである。

- 15 本問では、B 銀行の融資担当役員 C が A 社の財政状況上本件融資の回収ができる見込みがないとわかっていれば、本件融資をする承認を C はしなかった。とすれば、融資の回収ができる見込みであると C に偽った行為は、錯誤がなければ財産的処分をしなかったであろう重要な事実を偽ることにあたるといえる。したがって、乙は欺罔行為といえる。(①)

- 20 (2) そして、融資の回収ができる見込みであると C に偽り、信じたことから、欺罔行為に基づく相手方の錯誤もある。(②)

- (3) また、B 銀行の融資担当役員である C が本件融資を承認しているところ、これを受けて B 銀行の A 社担当係長である乙は A 社に本件融資を行っている。とすれば、C の錯誤に基づいて B 銀行が A 社に融資したことになるので、③錯誤に基づく処分行為があった
- 25 といえる。(③)

- (4) さらに、本件融資によって金銭 18 億円が A 社に移っているので、④処分行為に基づく財物の移転もある。(④)

- (5) 上述した過程に因果関係、故意(38 条 1 項)もみたす(⑤, ⑥)

- (6) 以上より、構成要件をみたすので、乙の本件行為につき詐欺罪が成立する。

30 第 2 甲の罪責について

1. 甲は A 社の代表取締役であるが、返済能力がなく本件の融資が事実上の無担保であり不自然な融資であり乙が何らかの任務違背行為をしている可能性が高いことを認識しながら、融資を受けた行為に対し、特別背任罪(会社法 960 条 1 項 7 号)の共同正犯(60 条)が成立しないか。

- 35 (1) そもそも甲は特別背任罪の身分を有しないが、かかる罪責を負うのか。65 条との関係で問題となる。

- (2) 65 条 1 項は構成的身分について、2 項は加減的身分について規定していると考え。そして非身分者であっても身分犯に加担することで法益侵害は可能であるから、「共犯」(同

条項)には共同正犯も含まれると考える。

(3) 本問での特別背任罪は株式会社の役職員という構成的身分である一方で、役職員のなかでも「他人の事務を処理する者」という加減的身分を有している。それゆえ、非身分者である甲は 65 条 1 項より特別背任罪の共同正犯の罪責を負い、科刑は背任罪(247 条 1 項)の限度にとどまりうる。では特別背任罪の共同正犯は成立するか検討していく。

(4) もっとも弁護側は A-2 説を採用する。必要的共犯とは、構成要件の性質上、初めから二人以上の行為者による実現を予定して規定されている犯罪をいう。

(5) そこで特別背任罪は「任務に背く行為」をして「財産上の損害」を加えたときに成立するものであるが、これは単独で行うことも可能であり、かかる規定は二人以上の行為者による実現を予定して規定されているといえない。

2. よって、必要的共犯論から甲は特別背任罪の共同正犯は成立しない。

### 第3 丙の罪責について

1. E社の社長丙は、通帳の記載から入金される予定のない1億円を見つけ、誤った誤振込みであることを認識しながら、係員に誤振込みであることを伝えることなく、1000万円の交付を受けた。かかる行為に詐欺罪(246条1項)は成立するのか。弁護側はγ説を採用する。

(1) ①欺罔行為②相手方の錯誤③処分行為④財物の移転⑤①～④の因果関係⑥故意に該当すると詐欺罪は成立すると考える。以下検討していく。

(2) そもそも振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座にご振込みがあったときは、両者の間に振込の原因となる法律関係が存在するか否かに拘わらず、受取人と銀行の間には振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して上記金額相当の普通預金債権を取得する。

(3) 本問において、E社の名義に1億円振り込まれているが、受取人であるEとF銀行との間には普通預金契約が成立し、Eは銀行に対してかかる1億円の普通預金債権を有する。とするならば、E社の社長である丙はかかる債権を行使して銀行から1000万円を得た行為は、F銀行の財産権を侵害するものとはいえず、財産的損害が生じうる現実的危険性を有する行為とはいえないため、欺罔行為とは言えない。(①について)

2. よって、詐欺罪(246条1項)は成立しない。

### 第4 罪責について

乙の行為につき、特別背任罪(会社法960条1項7号)、詐欺罪(246条1項)が成立し、これらは観念的競合(54条1項前段)となる。

甲の行為につき、なんら犯罪は成立しない。

丙の行為につき、なんら犯罪は成立しない。

## IV. 結論

乙の行為につき、特別背任罪(会社法960条1項6号)、詐欺罪(246条1項)が成立し、これらは観念的競合(54条1項前段)となる。

甲の行為につき、なんら犯罪は成立しない。

丙の行為につき、なんら犯罪は成立しない。

以上