

## I. 事実の概要

5 甲は、証券会社出身で、不動産の売買業務を行う A 社の代表取締役社長である。A 社は B 銀行から多額の借入れをしていたが、昭和 62 年ごろから毎月のように運転資金の不足を来し、その都度 B 銀行からの融資を受けて凌いでいるという状況下にあった。

その後、景気の悪化と共に、不動産価格の急落と売り上げの激減による資金繰りの悪化により A 社の担保が B 銀行の融資額に対して割り込むような状況下にあった。しかし、長きにわたって A 社の担当をしていた担当課長乙の判断で A 社に対して運転資金の融資を継続し、平成 3 年 5 月の段階で融資額は 270 億円に達していた。融資額が、突出するのを避けるため甲と乙の判断で A 社の関連企業や B 銀行の子会社などを使った迂回融資の方法を取り、B 銀行の融資担当役員 C はそのことを知らずにいた。

10 A 社は平成 3 年 8 月には他の銀行から融資を受けられない状況下に追い込まれ、B 銀行からの融資を受けられなくなった段階で倒産に追い込まれる状況になった。平成 3 年 9 月、乙は B 銀行の貸出規定に反し、融資の回収ができる見込みであると C に偽り、信じた C から承認を得て、同月から年末にかけて、18 億円を A 社に貸し付けた。

その際、乙はこの融資が焦げ付く可能性の高さを認識していた。しかし、融資をせず A 銀行が倒産した場合、過去に行った 270 億円の融資が問題視されることを心配し自らの責任を回避して保身を図ると共に、A 社の利益を図るといった目的から融資を行ったものである。

20 また、甲も A 社に返済能力がないこと、本件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、B 銀行に財産上の損害を与えうること、を証券会社出身であることから認識していた。しかし、甲は経営改善策を講じず、乙が融資に応じざるを得ないことを知りつつ融資を要求したものである。

25 融資を受けた甲は、受け取った 18 億円のうち 1 億円を、取引先の D 社への支払いに充てたが、その際に誤って E 社に対して振り込んだ。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、誤った振込みであることを認識した。丙は、会社の運転資金に充てようと考え、F 銀行 G 支店において、窓口係員に誤った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。

30

## II. 問題の所在

1. 融資を受けること自体は、自由経済のもとで認められる通常の取引活動であることから、非身分者である融資先に特別背任罪の共同正犯を認めるにあたっては、その成立範囲を一般の共同正犯よりも限定する必要があるか。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が問題となる。

35

2. 振込依頼人が本来意図したのとは異なった入金記帳が預金口座に行われた場合、すなわち、誤振込みがあった場合にそれを知りつつ預金口座の名義人が銀行窓口から預金の払い戻し請求を行うことは犯罪となるか。なるとすれば何罪が成立するか。

### 5 III. 学説の状況

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。

A 説：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説

A-1 説：主観的限定説

10 共同正犯の成立範囲を融資先の主観面において限定しようとする説。

A-2 説：必要的共犯説

不正融資の場合にも、必要的共犯論<sup>1</sup>が妥当すると主張する説。

A-3 説：民法 93 条ただし書準用説

15 融資先が融資元の任務違背性について「悪意」である場合には融資契約が無効となり、それゆえ融資先に背任罪の共犯成立を認め得るとする説。

A-4 説：客観的限定説

不正融資における融資先の共同正犯の成立する要件を、一般の共同正犯の成立要件と比べて、その加功・関与行為の形態という客観的側面で限定しようとする説。

20 B 説：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はないとする説

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。

α 説：詐欺罪(246条1項)が成立すると解する説。

25 α-1 説：刑法上、受取人には正当な預金払戻し権限が認められないから、誤振込みの事実を秘して預金の払い戻しを受ける行為は詐欺罪に該当すると解する説<sup>2</sup>。

α-2 説：受取人と被仕向銀行との間の預金債権の成立は認めるものの、原因関係が存在しない以上受取人に預金債権を行使すべき実質的な理由が認められないから、誤振込みであることを認識した受取人からの預金払い戻し請求は権利の濫用にあたり、受取人には正当な預金払戻し権限が認められないとして詐欺罪成立を認めると解する説<sup>3</sup>。

30 α-3 説：受取人に預金の正当な払戻し権限があるのかという観点からではなく、預金の払戻し請求を受けた銀行側が、誤振込みであること知っていれば、その払戻し請求に対してどのように対応したか、直ちにその払戻しに応じたかという観点を重視して詐欺罪の成否を検討す

---

1 必要的共犯論とは、わいせつ物販売罪のように「販売」に必ず対応すべき「購入」という行為が明文で処罰されていない場合には、立法者は原則としてこれを不可罰とする主旨であると解する立法者意思説をいう。

2 西田典之『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂、2010年）229頁以下。

3 佐藤文哉「誤って振り込まれた預金の引出しと財産犯」

る説<sup>4</sup>。

β説：遺失物横領罪(254条)が成立すると解する説<sup>5</sup>。

誤振込みによって成立した預金に対して振込依頼人の占有を認め、誤振込みによる入金は法律上の根拠を有さないから占有離脱物に当たり、その預金を引き下ろしたときには、振込依頼人を被害者とする占有離脱物横領が成立すると解する。

γ説：犯罪の成立を否定する説<sup>6</sup>。

誤振込みの受取人は被仕向銀行に対して預金払戻権限を有しているから、受取人の預金払戻請求は、正当な権限の行使として何ら犯罪を構成せず、このような行為に対して犯罪の成立を肯定することは、法秩序の統一性の要請に矛盾すると解する。

10

#### IV. 判例

大阪高裁平成 14 年 10 月 31 日決定

<事案の概要>

総合商社イトマン及びその子会社が、被告人が実質的に経営支配していた会社から著しく不当に高額な値段で絵画を購入したことによってイトマン側に損害が発生した事案。

15

<判旨>

「…刑法 65 条 1 項にいう「犯罪行為に加功した」とは、非身分者が、教唆犯、幫助犯のみならず、共謀共同正犯を含む共同正犯として、身分者の犯罪行為に関与した場合も含まれるところ、これを(共謀)共同正犯の場合についてみれば、「加功」とは同法 60 条にいう「二人以上共同して犯罪を実行した」といえる形態で関与した場合を指し示していると解される。そして、この点において、特別背任罪の非身分者が、その身分者との共同正犯の責任を問われた場合においてのみ、「加功」の意味を他の犯罪の場合とは別異に解釈すべき文理上ないし実質的な根拠は特段認められない…」

20

#### 25 V. 学説の検討

1. 背任罪の共同正犯の成立範囲を通常の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

A-1 説は、任務違背行為は多くの場合借り手側の加功なく、もっぱら貸し手側の手によって実行されるわけであり、貸し手が具体的にどのような方法で金融の便宜を図り、任務違背と認定されるような処分をしたかについては、借り手が銀行等の貸付事務に精通しており、かつ具体的な方法について貸し手に教示したというような特殊な場合を除き、借り手は原則として何ら認識しておらず、認識していたとしてもせいぜいなんらかの不正手段に

30

<sup>4</sup> 今井猛嘉「預金の占有・誤振込みと財産犯の成否」『現代刑事法 5 卷 11 号』(現代法律出版,2003 年)107 頁。

<sup>5</sup> 林幹人『刑法各論(第 2 版)』(東京大学出版,2007 年)281 頁。

<sup>6</sup> 高橋則夫『刑法各論』(成文堂,2011 年)353 頁。

よる融資の利便が図られたらしいという程度の認識があるに止まると言えることから、かかる程度の認識のみをもってしては、任務違背行為についての共同加功の意思があるとは言えないので特別背任罪の共同正犯は成立しないという説である。したがって、本説においては、貸し手の具体的な任務違背行為につき、借り手側にその任務違背の意味の認識した上で、貸し手と意思を通じた場合に共同正犯の成立が認められ、またこれを懲慥(しょうよう)する場合には教唆犯が成立することになる。<sup>7</sup>

たしかに、相手方に(特別)背任罪の共同正犯の成立を認めるべき場合は、相手方が事務処理者の任務違背行為について高度の認識を有している場合も少なくないであろうが、なぜ、通常の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かという根拠は、必ずしも明確ではない<sup>8</sup>。また、通常の犯罪の共同正犯においては、他の共犯者の行う行為の細部についてまで認識が要求されないのに、融資の相手方に限って銀行の役職員等の身分者と同程度に任務違背性についての認識を要求するとすれば、処罰範囲を不当に狭めることになる。言い換えれば、構成要件該当事実を未必的にでも認識していれば共同正犯の故意としては十分なのであり、背任罪(ないし特別背任罪)に限って、より高度で具体的な認識を要求する理論的必然性は乏しいことから、本説は妥当ではない。

したがって、検察側はA-1説を採用しない。

#### (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。本説においては、融資という事実を挟んで対立・対向する借受人と金融機関・事務処理者との利害は同次元で考慮することにはなじまないのであり、借受人が貸付の事務処理者の「任務違背行為」を「自己の犯罪」として実現したので「両者一体の共同正犯」の関係が認められる、というわけではない。その意味で両者の利害は対立・対向しており、こうした点を考慮するならば、対向犯的関与者の一方行為者を不処罰とする犯罪類型の考え方を援用して、背任行為の相手方である借受人の行為は不処罰にすべき、と考える。

たしかに、不良融資や不良貸付という類型に限ってみれば、背任罪も「事実上の対向犯」ということはできるであろう。しかし、不正融資は背任罪の一類型に過ぎないのであって、(特別)背任罪には、粉飾決算による違法配当、リベートによる利得、利益相反行為、営業外支出なども含まれる以上、その一部に過ぎない不正融資のみに必要的共犯論を適用するのは無理があると言わざるを得ない。また、実質的に見ても、不正融資の融資先の関与行為が原則として違法性や期待可能性を有し得ないと解する理由もないと言える<sup>9</sup>。

また、融資担当者と被融資者とは、法律的な立場としては対立していても、融資先の倒

<sup>7</sup> 川崎友巳「特別背任罪の共同正犯」同志社法学 57 巻 6 号(2006)422 頁。

<sup>8</sup> 島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件」立教法学 57 号 114 頁参照。

<sup>9</sup> 西田典之「銀行による不正融資の融資先の実質的経営者が特別背任罪の共同正犯とされた事例(最一小決平 20.5.19)」金融法務事情 No.1847(2008 年)15 頁。

産等による影響が融資会社に及ぶだけでなく、融資担当者にもそれまでの継続的な融資を行ってきたことに対する社会的、民事的、人事的評価等の面で多かれ少なかれ影響が及び、融資を継続すること自体の利害が融資担当者と被融資者との間で共通化することも、希有なこととは言えず、両者を原則的に対向犯として位置付けることは妥当ではない。

5 したがって、検察側は A-2 説を採用しない。

### (3)A-3 説について

A-3 説は、代理権の濫用による取引について、判例が民法 93 条(心裡留保)のただし書を準用することにより、相手方が代理人の権限濫用について悪意・有過失である場合には、当該契約の効果が本人に及ばないと解していることから、この解釈を不正融資の場合にも  
10 応用し、融資先が融資元の任務違背性について「悪意」である場合には融資契約は無効となり、それゆえ融資先に背任罪の共犯の成立を認め得るとするものである。

しかし、この見解は、融資先が融資元の任務違背性(代理権濫用の事実)について認識がある(すなわち、悪意である)場合はもちろん、重過失の場合にも融資先を共同正犯とすることになるから、共同正犯の成立範囲を不当に拡張し妥当でない<sup>10</sup>。

15 また、貸し手側である金融機関等の融資の内規や手続を知らず、漠然と「普通、この経営状態で新たな融資が認められることは考えられず、担当者等は危ない橋を渡ってくれている」程度の未必的な認識しかない場合には、刑法上未必の故意が認められる場合であっても、民法上、なお善意の第三者とみなされる余地があり、民法と刑法の解釈にずれが生じる恐れがあるため、本説は基準として妥当ではない。

20 したがって、検察側は A-3 説を採用しない。

### (4)A-4 説について

A-4 説は、融資取引が利害の対立する融資元と融資先であることを重視して、背任行為の相手方が独自の経済的利益の主体であることを出発点とし、相手方の行為が自己の利益の追求の枠内にあると評価できる限り、その行為は刑事責任に原則としてつながら  
25 いとする説である。

しかし、本説は、利益追求の枠をどのような意味で超えたら当罰性が認められるのかが必ずしも明らかでない。また、本説によると、「自己の利益追求の枠内の行為だから背任罪の共同正犯にならない」ということになるが、本来、論理的には、「背任罪の共同正犯にならない行為が自己の利益追求として許される」と解するのが正しいのであり、本説は論理  
30 が逆転しており、また、理論的根拠に乏しく、妥当でない<sup>11</sup>

したがって、検察側は 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

<sup>10</sup> 西田・同上 16 頁。

<sup>11</sup> 島田総一郎「取引の相手方による背任行為への加功—銀行取引を中心に—」上智法学論集 50 巻 3 号(2007 年)51 頁以下参照。

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。

- 5 本説に対しては、あくまで背任罪の事実認定や共同正犯一般の原則を指摘しているに過ぎず、不正融資の借り手側に対する特別背任罪の共同正犯について特別の対応を認めているわけではないので妥当でないといった批判があるが、特別背任罪の共同正犯だからと言って通常共同正犯とかけ離れた特別の考慮を必要とするのは刑法総則として60条で共同正犯が規定されたことを揺るがし、かえって法律関係を複雑にするとと言える。とすれば、
- 10 共同正犯に必要とされる「共同実行の意思」と「共同実行の事実」があり、特別背任罪の共同正犯の構成要件として欠けるところがない以上、不正融資の借り手側であっても、他の非身分者と同様、共同正犯が成立しうるものと解するべきである。

- もつとも、特別な限定を加えないことは、常に不正融資の借り手側に特別背任罪の共同正犯が成立することと同義ではない。たとえば、故意や共同正犯の意思がないものとして、
- 15 共同正犯の成立を否定する場合もあるから、特別の限定を加えなくても妥当な結論を導くことは十分に可能である。

したがって、検察側はB説を採用する。

## 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。

- 20 (1)B説について

本説は、法秩序として保護すべきなのは銀行ではなく振込み依頼人であることから、振込依頼人の占有を認め、振込依頼人を被害者とする占有離脱物横領罪の成立を認める説である。

- しかし、振込依頼人は、振込んだ金銭について自由に取り戻すことができるわけではないことから、振込人に金銭についての実質的な処分権はないと思われる。金銭についてはその特殊性から、実質的処分権のある者につき占有を認めるべきであり、そうであれば、
- 25 実質的処分権を持つのは、現に金銭を事実上支配している銀行及び自由に銀行から金銭を引き下ろせる受取人なのであるから、金銭の占有についてもその両者に認めるべきである。

よって、振込依頼人に占有を認めるとする本説は妥当ではない。

- 30 したがって、検察側はB説を採用しない。

### (2)γ説について

- 本説は、民刑一致という法秩序の統一性の観点から、誤振込みにおける財産犯の成立を否定する、すなわち、民法上有効に成立している権利の行使が犯罪となるのは不当である
- 35 と考える説である。しかし、例えば、用途を特定した上で金銭を委託する場合において、民事上は委託者に所有権が移転するが、刑事上はなお委託者に所有権を認め、委託者の所

有権を保護の対象としている<sup>12</sup>ように、民事と刑事の評価が統一的でない場合も存在する。

よって、民事と刑事の評価が統一的でなければならないことを理由に財産犯の成立を否定することは妥当でない。

5 また、誤振込みであることを認識した上での預金債権の行使を認めると、誤振込みによって乱された振込送金秩序をさらに乱すことになる<sup>13</sup>。

したがって、検察側はγ説を採用しない。

### (3)α-1 説について

10 本説は、民事法と刑事法とでは法目的が異なることを前提に、刑法上は預金債権が成立しないと、誤振込みであることを秘して払戻しを受けた受取人に詐欺罪の成立を認める説である。本説においては、誤振込みの場合、振込依頼人の仕向銀行に対する振込委託の意思表示が錯誤無効であることを根拠に、受取人と被仕向銀行の預金債権の成立を否定する。しかし、振込委託契約の錯誤無効が振込委託契約の当事者ではない受取人と被仕向銀行間の預金債権の成立を、どのような理論で否定するのかが明らかではない<sup>14</sup>。

したがって、検察側はα-1 説を採用しない。

### 15 (4)α-2 説について

本説は、悪意の受取人には形式的な預金債権はあるものの、権利を行使すべき実質的理由はなく、これを行使することは権利の濫用として許されないとする説である。

20 しかし、本説を前提にすると、振込依頼人が誤振込みを主張し、被仕向銀行がそれを認識した上で受取人の払戻請求に応じた場合、預金債権の成立を根拠に払戻しが有効とされても、別途、被仕向銀行が不法行為責任を負ってしまうことになり得る。そうであるならば、結局のところ原因関係をめぐる紛争に銀行が巻き込まれ、不法行為責任を回避するために原因関係を調査せざるを得なくなってしまう<sup>15</sup>ため妥当ではない。

したがって、検察側はα-2 説を採用しない。

### (5)α-3 説について

25 現在の銀行実務においては、振込依頼人から誤振込みをしたとの申出があれば組戻し、受取人から誤振込みがあった旨の申告があると、振込依頼人に振込の過誤の有無に関して照会する等、安全な振込送金制度を維持するための作業を行っている。つまり、銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込によるものか否かは、直ちにその支払に応ずるか否かを決める上で重要な事柄であり、銀行が誤振込みであることを知っていた場合、直ちに払戻しに応じることはないといえる。30 そうであるとする、被仕向銀行にとって「口座預金の交付の判断に係る重大な事項」といえる「誤振込みである」ということを秘することは、不作為により被仕向銀行を欺き、その意思に反して財産の交付をさせたといえる

<sup>12</sup> 佐瀬恵子「銀行預金と財産犯—誤振込み並びに口座預金の占有に関する判例を通じて—」創価法学第 42 巻第 1・2 合併号 9 頁。

<sup>13</sup> 佐瀬・同上 8 頁。

<sup>14</sup> 安井・同上 65 頁。

<sup>15</sup> 安井・同上 73 頁以下。

ため、詐欺罪が成立する<sup>16</sup>と解するべきである。

したがって、検察側はα-3説を採用する。

## VI. 本問の検討

### 5 第1 乙の罪責について

1. B銀行のA社担当係長である乙が、A社に対してB銀行の貸出規定に違反して18億円をA社に貸し付けた行為(以下、本件融資とする)につき、特別背任罪(会社法960条1項7号)が成立しないか。

10 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。

(1) まず、乙はB銀行の融資という「事業」のうち、A社に対する資金融資という「特定の事項」についてB銀行から「委任を受けた」担当係長であることから、①をみたす。

15 (2) もっとも、乙が本件融資を行ったのは、融資をせずA銀行が倒産した場合、過去に行った270億円の融資が問題視されることを心配し、自らの責任を回避して保身を図るという自己図利目的と共に、A社の利益を図るといふ本人図利目的からである。

このように、自己図利目的と本人図利目的が併存する場合、どのように図利加害目的を認めるのが問題となるが、2つの目的のうちどちらが主たる目的か否かによって判断する。

20 本問では、乙は本件融資が焦げ付く可能性の高さを認識していたことから、本人であるB銀行に損害が発生することを認識していた。また、本件融資が、実質無担保のA社に18億円もの高額を融資するもので、また、A社の関連企業やB銀行の子会社などを使った迂回融資の方法を使うなどして、さらに、B銀行の貸出規定に反して行われたことからすると、本件融資はB銀行の利益に反するものであり、それを乙は認識していた。これらのことからすると、自己図利目的の方が主たる目的であったといえ、②をみたす。

(3) そして、本問では、A社は他の銀行から融資を受けられず、B銀行からの融資を受けられなければ倒産に追い込まれるほど経済的に困窮した状況であり、乙はかかるA社から債権を回収できる見込みがないのに、事実上無担保で、18億円もの高額をB銀行の貸出規定に反して融資をしたことから、③をみたす。

30 (4) さらに、本問の事情は明らかではないが、たとえ弁済期前であったとしても、本件融資は回収の見込みがなく、事実上の無担保で行われた以上、④をみたす。

(5) 以上より、構成要件をみたすので、乙の本件行為につき特別背任罪が成立する。なお、後述の通り、甲と本罪の共同正犯が成立する。

35 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

---

<sup>16</sup> 佐瀬・同上8頁参照。

か。本罪の構成要件は、①「人を欺い」たこと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、である。

5 (1) 「人を欺い」たとは、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。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たら、本件融資をする承認をCはしなかったであろうし、また融資についてB銀行では貸出規定が定められていることから、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①「人を欺い」たといえる。

10 (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、②欺罔行為に基づく相手方の錯誤もある。

15 (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といえる。

(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。

20 (5) もっとも、本問では単に18億円を譲渡したのではなく、B銀行とA社で締結された融資契約に基づいて金銭が移転したのであるから、かかる契約に基づく債権をB銀行は有している。とすれば、財産上の損害はないとも思える。そこで、詐欺罪の成立要件として、⑤財産上の損害は必要か。必要であるとして、いかなる場合に⑤財産上の損害が生じるかが問題となる。

そもそも、詐欺罪は財産犯の一類型であるから、財産上の損害の発生が必要である。そして、本罪は個別財産を対象とするものであるから、損害の有無は詐取の対象となった個別の財産または財産上の利益それ自体によって判断されるべきである。したがって、本罪の成立要件として財産上の損害は必要であり、形式的な財物や財産上の利益の損害が必要であると考え。すなわち、損害の内容は財物交付による占有ないし本権であり、欺かれなければ財物は交付しなかったといえる以上、その財物の価格に相当する金銭、またはそれに相当する以上の対価を給付しても財産上の損害は認められると考える。

30 本問において、確かに本件融資をしたことで、B銀行は同額の貸金返還請求権を有しているので、財産上の損害はないようにも思える。しかし、B銀行は融資担当役員であるCが錯誤に陥り本件融資を行っており、B銀行は18億円という財物の占有を失っている。したがって、⑤財産上の損害も認められる。

(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。

## 35 第2 甲の罪責について

1. 乙から本件不正融資を受けた甲は、たしかに、B銀行に対する特別背任罪については何

ら直接的な行為を行っていないが、甲に共謀共同正犯として、特別背任罪(会社法 960 条 1 項 7 号)の共同正犯(60 条)の罪責を問うことはできないか。

2(1) 甲は乙から融資を受けただけであり、融資を受けること自体は、自由経済のもとで認められる通常の取引活動である。そこで、非身分者である融資先に背任罪の共同正犯を認めるにあたっては、その成立範囲を一般の共同正犯よりも限定する必要があるのかが問題となる。

この点につき、検察側は B 説を採用し、特に背任罪に限って共同正犯の成立範囲を限定する必要はないと考える。そこで、通常の共同正犯と同様に背任罪の共同正犯の成立も検討する。共謀共同正犯においては、①特定の犯罪についての共謀と②共謀に基づく実行行為があれば、共同正犯としての罪責を負う。

本問では、甲は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ており、また、乙は、A 社に返済能力がなく、しかも、事実上の無担保という不自然な融資が行われていたことから、B 銀行に財産上の損害を与えうること、ひいては甲の図利加害目的を認識していた。これらのことからすると、甲は乙の本件不正融資に加担することを同意していたといえ、甲乙間に特別背任罪についての共謀があったといえ、①をみताす。

そして、たしかに、甲は、乙がその任務に違背するにあたり、支配的な影響力の行使や社会通念上許されない方法の利用など、積極的な働き掛けを行ったわけではない。しかし、甲は上記の乙の任務違背、B 銀行の財産上の損害について証券会社出身であることから高度に認識していた上で、乙が迂回融資の手順を採ることに協力し、さらに、甲は経営改善策を講じず、乙が融資に応じざるを得ない状況を利用しつつ融資を要求したことから、本件融資の実現に加担したといえ、②をみताす。

したがって、甲は特別背任罪の共同正犯の罪責を負うとも思える。

(2) しかし、甲は特別背任罪の身分を有しないことから、特別背任罪の共同正犯の罪責を負うか。

ア まず、65 条 1 項は身分の連帯性、2 項は個別性を規定していると思われることから、両者の関係をいかに考えるかが問題となる。

「構成すべき」(同条 1 項)、「軽重があるとき」(同条 2 項)という文言から、1 項は行為者の一定の身分が犯罪の成立要素となる構成的身分を定め、2 項は行為者の一定の身分が刑の加重・減軽の要素となる加減的身分を定めたものと考えらる。

イ 次に、身分犯の実行行為は単独正犯においては身分者しかなし得ないことから、真正身分犯において身分者と非身分者の共同正犯は可能か、すなわち、65 条 1 項の「共犯」に共同正犯も含まれるかが問題となる。

共同正犯の本質は、相互利用補充関係により特定の犯罪を実現する点にあるところ、非身分者も身分者の実行行為を通じて、相互利用補充関係により特定の身分犯を実現することは可能である。そこで、「共犯」に共同正犯も含まれると考える。

ウ 本問で問題となっている特別背任罪は、株式会社の取締役等の役職員が構成的身分で

あり、一方で、株式会社の取締役等の役職員が「他人の事務を処理する者」(247条1項)の加減的身分である。したがって、同条1項により非身分者である甲は会社法960条の特別背任罪の共同正犯の罪責を負うが、科刑は刑法247条の背任罪の限度にとどまる。

3. 以上より、甲と乙の行為につき会社法960条の特別背任罪の共同正犯が成立する。もつとも、非身分者である甲の科刑は刑法247条の背任罪の限度にとどまる。

### 第3 丙の罪責について

1. F銀行G支店において、窓口係員に1億円の入金が入った振込みであることを伝えることなく、丙は1000万円の交付を受けている。そこで、振込依頼人が本来意図したのとは異なった入金記帳が預金口座に行われた場合、すなわち、誤振込みがあった場合にそれを知りつつ預金口座の名義人が銀行窓口から預金の払い戻し請求を行うことは犯罪となるか。なるとすれば何罪が成立するかが問題となる。
2. この点につき、検察側はα-3説を採用するところ、預金の払戻請求を受けた銀行側が、誤振込みであること知っていれば、その払戻請求に対してどのように対応したか、直ちにその払戻しに応じたかという観点を重視して詐欺罪の成否を検討すると考える。
3. そこで、丙が誤振込である旨をF銀行係員に伝えることなく、1000万円の交付を受けた行為につき、詐欺罪(246条1項)は成立するか。本罪の構成要件は前述の①から⑤である。
- (1) まず、F銀行が払戻しに応じた場合、F銀行は振込依頼人甲と受取人丙との紛争に巻き込まれる恐れがあるから、F銀行にとっても払戻請求を受けた預金が誤振込によるものであるかどうかは、払戻しに応じるか否かを決する上で重要な事項であるといえる。したがって、丙が誤振込である旨をF銀行係員に伝えなかったことは、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といえるので、丙は①「人を欺い」たといえる。
- (2) 次に、丙が誤振込である旨を伝えなかったことによって、F銀行係員は当該1億円が誤振込による入金ではなく丙に正当な払戻権限があると誤信しているはずであるから、②欺罔行為に基づく相手方の錯誤も認められる。
- (3) そして、かかる誤信に基づきF銀行は1000万円を丙に交付しており、③錯誤に基づく処分行為がある。
- (4) また、かかる交付によって現に丙は1000万円を取得しているため、④処分行為に基づく財物の移転も認められる。
- (5) さらに、丙の本件欺罔行為がなければF銀行は一切の払戻しに応じなかったはずであるから、F銀行が払戻しをした時点でF銀行に1000万円という財物の占有を失っているといえる。この点、検察側はもともと当該金銭は丙と銀行の共同占有にあったものと考えるところ、丙が当該金銭を引き下ろした時点で銀行の当該金銭についての実質的処分権は失われるといえることから、⑤財産上の損害も認められる。
- (6)以上より、構成要件を満たすので、丙の本件行為につき詐欺罪が成立する。

## VII. 結論

乙の行為につき、①特別背任罪(会社法 960 条 1 項 7 号)の共同正犯(60 条)、②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。

5 甲の行為につき、特別背任罪の共同正犯が成立するが、科刑は刑法 247 条の背任罪の限度にとどまる。

丙の行為につき、詐欺罪(246 条 1 項)が成立する。

以上