

I. 事実の概要

- 5 A銀行はここ20年B社(代表取締役は乙)に融資を続けてきたが、B社の経営状況が大幅に悪化したため、融資を打ち切るかどうかの判断に迫られていた。A銀行の取締役副頭取であり、B社との取引を担当していた甲は乙とC大学在学時、同じゼミに所属した友人であったことから、融資を打ち切ることには慎重な態度を示していた。
- 10 平成30年10月6日、甲、乙両者は、C大学在学時に所属したゼミのOB・OG総会にて顔を合わせたところ、甲は乙から「融資を切るのはもう半年だけ待って欲しい。新商品の開発が終わって、追加融資を受け、生産ラインを確保できさえすれば、きっと今までの融資分も返せるから」と頼み込まれた。同時に、「もしもここで融資を打ち切れれば確実に今までの融資分は回収できないことになる。そうなったら、甲もAでの立場が危ういだろう。それに今融資を打ち切れれば、おれもよく知る君の家族に何かあるかもしれないな。」
- 15 とも言っていた。その際、乙は融資金を返済できる自信があり、融資を継続させるのに必死だった。
- 甲は、客観的に見て、融資分を確実に返済できるだけの売り上げを上げる商品ではないことは抽象的には認識していたものの、もしかしたら融資分を回収できるかもしれないと考えたことや、このまま融資分を回収できなかった場合自分の責任問題になりかねないと考えたことから、B社に5000万円を無担保で融資することを決め、株主総会を経ずに同月10日に貸し付けた。
- 20 その後、B社は新商品の生産ラインを整え、販売を開始したものの、売り上げは伸びず倒産し、A銀行も融資金を回収することはできなかった。
- 甲及び乙の罪責を述べよ。
- 25 なお、会社法における特別背任は検討しないものとする。

参考判例：最高裁平成10年11月25日第一小法廷決定

II. 問題の所在

- 30 刑法247条にいう「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的」すなわち、図利加害目的の意義・内容が条文上明らかでなく問題となる。

III. 学説の状況

A説：確定的認識説

- 35 図利ないしは加害の積極的な意図を必要とし、未必的な認識では足りないと解する説¹。

B説：積極的動機説

自己または第三者の図利又は本人に対する加害を動機として任務違背行為に出ることを要

¹ 藤木英雄『刑法(全)〔第4版〕/船山泰範補訂』(有斐閣,2013年)263頁。

する説²。

C説：消極的動機説

- 5 委託の趣旨に反する行為がなされたとしても、その決定的な、あるいは主たる動機が本人の利益を図ることにあつた場合を本罪から排除することに意義があるとし、本人の利益を図る目的が存在しないことを背任罪の成立要件とする説³。

IV. 判例

最高裁平成10年11月25日刑集52巻8号570頁。

[事実の概要]

- 10 被告人は、A銀行の監査役、顧問弁護士であり、A銀行の経営全般について強い発言力を持っていた。会員制レジャークラブを営むB社は、A銀行と密接な関係にあり、Bの倒産がA銀行の危機につながることもあり得る関係にあつたが、会員から預かつた会員権預り保証金の償還請求という経営問題を抱えていた。B社は、同社の遊休資産である土地を
- 15 売却して償還資金を捻出しようとし、C社及びD社が、A銀行より融資を受けてこれを購入することになった。しかしながら、融資の物的担保は大幅に不足している上にC社及びD社の返済能力にも不安があり、本件融資は、A銀行の融資事務取扱要領等に違反すること、融資金の回収が困難に陥るおそれがあることは明らかであつた。

[決定要旨]

- 20 被告人及びXらは、本件融資が、Bに対し、遊休資産化していた土地を売却してその代金を直ちに入手できるようにするなどの利益を与えるとともに、C及びDに対し、大幅な担保不足であるのに多額の融資を受けられるという利益を与えることになることを認識しつつ、あえて右融資を行うこととしたことが明らかである。そして、被告人及びXらには、本件融資に際し、Bが募集していたレジャークラブ会員権の預り保証金の償還資金を同社に確保させることにより、ひいては、Bと密接な関係にあるA銀行の利益を図るとい
- 25 う動機があつたにしても、右資金の確保のためにA銀行にとって極めて問題が大きい本件融資を行わなければならないという必要性、緊急性は認められないこと等にも照らすと、それは融資の決定的な動機ではなく、本件融資は、主として右のようにB、C及びDの利益を図る目的をもって行われたということが出来る。そうすると、被告人及びXらには、本件融資につき特別背任罪におけるいわゆる図利目的があつたというに妨げなく、被告人
- 30 につきXらとの共謀による同罪の成立が認められるというべきであるから、これと同旨の原判断は正当である。

[引用の趣旨]

- 35 本決定は、被告人やXらの積極的な自己図利・第三者図利の動機を示さず、本人図利が融資の決定的な動機ではないことのみを指摘しているため、消極的動機説に親和的である。したがって、本決定は検察側が消極的動機説を採用するにあたり有用な判例である。

² 松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）344頁。

³ 中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2015年）161頁。

V. 学説の検討

A 説(確定的認識説)

- 5 本説によると、図利加害目的について、損害発生の未必的認識では足りず、確定的認識まで要すると解されるが、加害を意図したが加害の実現を確定的にまで認識していなかったような場合には罪を免れることになり不合理である⁴。また、背任罪において図利加害目的は、故意とは別の特別の主観的要件とされているのであり、「利益・損害の発生が確定的か未必的か否か」という故意の問題と同一の基準で説明するのは妥当でない⁵。

よって、検察側は本説を採用しない。

10 B 説(積極的動機説)

本説は、図利加害目的を行為に出る動機と解するが、単純な任務怠慢のような場合は処罰できないことになり不合理である⁶。

よって、検察側は本説を採用しない。

15 C 説(消極的動機説)

- 20 本説において、図利加害目的の要件は、「本人の利益を図る目的」(本人図利目的)が存在しないことを背任罪の成立要件とし、それを裏側から規定したものと解される⁷。本人図利目的が存在すると背任罪の成立が否定されるのは、本人にとって実質的に不利益な行為を行うことの認識が否定され、信頼関係の侵害についての故意責任に欠けるとされるためである。要するに、図利加害目的の要件は、財産的損害を認識していても(故意があっても)本人図利目的があれば当罰性を否定することに重要な意味があるとし、これは故意とは別の犯罪動機という図利加害目的の独自の意義を明らかにしたものといえる。

- 25 そして、資本主義社会において、ほとんどの取引は損害発生危険性を孕み、かつ行為者はその事実を認識しているものであり、「損害発生認識が確定的か否か」という点だけで背任罪の処罰範囲を確定することは困難である。この点から考えても、現実の社会生活における背任の当罰性評価にとっては、「本人のために行ったのか否か」が重要な指標となり、本説は背任罪の実質を捉えたものといえる⁸。

よって、検察側は本説を採用する。

30 VI. 本問の検討

第1. 甲の罪責について

1. 甲の株主総会を経ずにB社に5000万円を無担保で融資した行為について、背任罪(刑法[以下法令名略]247条)が成立しないか。

(1) まず、甲はA銀行の取締役副頭取でありB社との取引を担当していたため、A銀行か

⁴ 斎藤信治『刑法各論[第4版]』(有斐閣,2014年)193頁。

⁵ 前田雅英『刑法各論講義[第7版]』(東京大学出版会,2020年)293頁。

⁶ 中森喜彦『刑法各論[第4版]』(有斐閣,2015年)161頁。

⁷ 山口厚『刑法各論[第2版]』(有斐閣,2010年)327頁。

⁸ 前田・前掲293頁。

ら財産上の事務を委託された者といえる。よって、甲は「他人のためにその事務を処理する者」にあたる。

5 (2) そして、甲は回収が困難であるにもかかわらず、株主総会を経ないという A 銀行の内規に違反して B 社に 5000 万円を融資しており、これは誠実な事務処理者として期待される行為に背く行為といえる。よって、甲は「任務に背く行為をし」たといえる。

(3) 次に、A 銀行は融資金を回収できなかったため、「財産上の損害」が認められる。また、甲の上記実行行為と財産上の損害の因果関係も認められる。

(4) さらに、甲はこれらの事実を認識・認容していたため故意(38 条 1 項本文)も認められる。

10 2. では、甲に「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的」すなわち、図利加害目的は認められるか。条文上その意義・内容が明らかでなく、問題となる。

(1) この点につき、検察側は C 説を採用するため、本人の利益を図る目的が存在しないこと、すなわち任務に背く行為をした決定的な、あるいは主たる動機が本人図利目的以外にあったことが図利加害目的の内容であると考え。そして、図利加害の認識の程度としては本人に財産上の損害が生じるかもしれないという未必的なもので足りると考える。

15 (2) 本件において、甲の上記行為の決定的な動機は大学時代のゼミの友人である乙への同他心や乙が代表取締役を務める B 社の利益を図る目的、そして、融資額を回収できなかった際の自己の責任問題を回避するためという自己の保身に基づくものである。よって、決定的な動機が「本人」たる A 銀行の利益を図ること以外にあったといえるため、図利加害目的は認められる。また、甲は B 社の新商品が融資分を確実に返済できるだけの売り上げを上げる商品ではないことは抽象的には認識していたため、甲は図利加害を認識していたといえる。

20 3. 以上より、甲の上記行為について背任罪が成立する。なお、後述するが、乙との間で共同正犯(60 条)となる。

25 第 2. 乙の罪責について

1. 乙の甲に対して、5000 万円の融資を依頼した行為について、背任罪の共同正犯(60 条、247 条)が成立しないか。不正融資の借り手である乙に背任罪の共同正犯が成立するか問題となる。

30 (1) 共同正犯の処罰根拠は自己及び他人の行為を利用して共同して構成要件的结果発生に因果を及ぼした点にある。そこで、「共同して」(60 条)といえるためには、①共謀(意思連絡、正犯意思)、②共謀に基づく共犯者全員または一部の者による実行行為が必要である。

35 しかし、契約当事者間には利害の対立する緊張関係があるため、基本的には相手方の利益を保護することが期待されているとはいえない。そうだとすれば、契約締結が代表にとって会社に対する背任罪を構成するような場合であっても、その契約の相手方には、原則として背任罪は成立しないと考える。

もっとも、相手方において代表者と同等の第一次的な責任主体性が認められるような場合には、例外的に契約の相手方において背任罪の共同正犯が成立すると考える。具体的には、強度の働きかけや利害関係の一体化などを考慮する。

40 (2) 本件において、乙は甲に対して追加融資を求めており、これに甲は応じているため意思連絡が認められる。また、乙は甲の背任罪による融資の実行先であり利益が帰属するため正

犯意思も認められる。よって、共謀が認められる(①充足)。そして、前述の通り、共同正犯者たる甲はかかる共謀に基づいて背任罪の実行行為に及んでいる(②充足)。

さらに、乙は甲に対して追加融資を求める際に「もしもここで融資を打ち切れば確実に今までの融資分は回収できないことになる。そうなったら、甲も A での立場が危ういだろう。

- 5 それに今融資を打ち切れば、おれもよく知る君の家族に何かあるかもしれないな。」と脅迫している。これは、乙は甲に対し融資することを、甲だけでなくその家族に対する脅迫という著しく不相当な方法で積極的に働きかけており、甲が融資に応じざるを得ない状況にあることを利用したといえる。

したがって、共同正犯の成立要件は認められる。

- 10 (3) そして、乙は甲の上記実行行為及び A 銀行の財産上の損害、甲が図利加害目的を有していたことを認識・認容していたため、故意(38 条 1 項本文)は認められる。

2. 背任罪の主体は「他人のためにその事務を処理する者」であるところ、乙はかかる身分にない。そこで、非身分者が身分者に加功した場合、65 条の適用によって乙にいかなる罪が成立するか問題となる。

- 15 (1) 65 条の文言からすれば、65 条 1 項は真正身分犯の成立と科刑について、同条 2 項は不真正身分犯の成立と科刑について定めたものと考ええる。

(2) 本件において、背任罪は真正身分犯であるため、65 条 1 項が適用される。

3. 以上より、乙の上記行為について背任罪の共同正犯(60 条、247 条)が成立する。

20 VII. 結論

甲及び乙に背任罪の共同正犯(60 条、247 条)が成立しその罪責を負う。

以上