



Title	背任罪の図利加害目的について
Author(s)	品田, 智史
Citation	阪大法学. 2020, 70(1), p. 35-65
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87282
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

背任罪の図利加害目的について

品 田 智 史

第一章 はじめに

第二章 図利加害目的の概要

第一節 沿革

第二節 「利益」「損害」の内容

第三節 図利加害目的の意義

第三章 検討

第一節 他の財産犯における「本人の利益を図る動機」

第二節 客観的構成要件と「本人の利益を図る動機」の関係

第三節 「本人の利益を図る動機」の意義

第四章 むすびにかえて

第一章 はじめに

背任罪（刑法二四七条）の成立のためには、条文上、「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」（図利加害目的）が必要とされている。この要件の内容や意義については、これまで議論が積み重ねら

れてきたが、バブル経済崩壊後の責任追及手段としての背任事件が終了したとともに、議論も一旦終息した感がある。もつとも、同要件に関する問題は完全に解決したというわけではない。本稿では、背任罪の図利加害目的要件に関するこれまでの展開を確認した上で、なお残された問題について若干の方向性を示したい。⁽¹⁾

第二章 図利加害目的の概要

第一節 沿革

日本において、背任罪規定は、現行刑法制定時にはじめて創設されたが、図利加害目的の要件はその時から存在しており、現在まで基本的にその内容に変更はない。⁽²⁾

我が国の背任罪の解釈論は、ドイツ刑法に大きな影響を受けてきたが、ドイツ刑法においては、日本の背任罪導入時の旧刑法二六六条一項も、現行の刑法二六六条一項も、背任罪の成立要件として特別の目的を求めることはしていない。実際、図利加害目的の要件の解釈について、比較法的な見地からの検討が行われてきたことはほとんどない。⁽³⁾

第二節 「利益」「損害」の内容

図利加害目的の要件については、これまで、二つの点が議論の対象となってきた。一つ目は、同目的の「利益」「損害」について、財産的なものに限られるのか、非財産的なものも含むのかという問題である。この点につき、同罪が財産犯であることから財産的利益に限られるべきであるとする見解も有力であるが、判例・通説は、背任罪における財産犯の要素は「財産上の損害」要件で満たされているとして、利益・損害が財産的なものに限られないとしている。実際、不正融資の事案では、被告人の自己の信用の失墜や責任追及を免れることといった目的（自己

保身目的) によって自己図利目的が認められている。⁽⁵⁾

第三節 図利加害目的の意義

第一款 問題の所在

より重要な問題とされているのは、図利加害目的自体の意義である。条文から明らかなように、図利加害目的の三つの目的は、そのどれか一つが認められれば背任罪を成立させるに足る。他方、背任罪は故意犯である以上、「財産上の損害」要件についての故意が必要である。そのため、とりわけ本人加害目的と財産上の損害の故意とが重複しかねないこととの関係で、図利加害目的自体がどのような意義を持つのか問題となってきた。

第二款 学説

この点についての学説は多岐にわたる。⁽⁶⁾ まず、図利加害の事実の未必的認識、あるいは、認識・認容で足りるとする見解があるが、この理解によると図利加害目的の意義がなくなってしまうとされ、ほとんど支持されていない。⁽⁸⁾ 現在では、図利加害目的に認識・認容を超えた、あるいは、それとは別の何らかの独自の意義を求める見解が多数である。その内容は様々であり、まず、図利加害の確定的認識や意欲に着目する見解がある。⁽⁹⁾ また、図利加害目的の内容を動機と解する見解も、積極的な図利加害の動機を必要とする積極的動機説と、本人の利益を図る動機がないことをその内容とする消極的動機説がある。⁽¹²⁾ さらに、近時有力に主張されている見解として、図利加害目的の意義を、任務違背を基礎づける事実を未必的に認識していたとしても違法性がないと判断する場合に、背任罪の成立を否定することにあるとして、任務違背についての違法性の錯誤の場合を特別に救済する機能に求める見解（実質

的不利益性認識説⁽¹³⁾も主張されている。その他に、図利目的と加害目的とで必要な主観的要素を区別する見解もある。⁽¹⁴⁾

第三款 判例

続いて、図利加害目的の意義についての判例の展開は、おおむね以下のようにまとめることができる。⁽¹⁵⁾

まず、本人の利益を図る目的（動機）をもった行為には背任罪が成立しないという判断が大審院時代よりなされている。⁽¹⁶⁾そして、本人図利目的と、自己・第三者図利目的が併存している場合、いずれの目的が主であるか（目的の主従）によって図利加害目的が判断されるとした一連の判例が存在する。⁽¹⁷⁾このように目的の主従を判断する手法は、その内容を動機と解さなければ不可能であるとして、判例は動機に着目していると評価されていた。⁽¹⁸⁾

そのようななかで、特別背任罪に関する最決昭和六三年一月二一日刑集四二卷九号一二五頁が登場する。同判例は、「背任罪における図利加害目的を肯定するためには、図利加害の点につき、必ずしも所論がいう意欲ないし積極的認容までは要しないものと解するのが相当」として、意欲が必要との立場をとらないことを示したが、それ以上に図利加害目的についての意義を示すことはしなかった。もっとも、同判例は、被告人が任務違背行為に出たのは、本人の利益を図るためではなく、自己の信用面目が失墜するのを防止するためであると認定しておきながら、最終的に、自己図利目的ではなく第三者図利と本人加害目的を認めており、このことから、消極的動機説に親和的であるとの指摘がされてきた。⁽²⁰⁾

さらに、最決平成一〇年十一月二五日刑集五二卷八号五七〇頁は、第三者への利益を与えることになることを認識しつつ、あえて融資をおこなったこと、及び、本人の利益を図る動機が融資の決定的な動機ではないということ

から、本件融資は、主として第三者の利益を図る目的をもって行われたとした。ここで、最高裁は、はじめて図利加害目的の判断の際に「動機」という言葉を用いた一方で、積極的な図利加害の動機について言及することなく、第三者図利の認識・認容と、本人図利動機が決定的ではなかったことの二点から、第三者図利目的を認めている。⁽²¹⁾

最後に、最決平成一七年一〇月七日刑集五九卷八号七七九頁は、自己・第三者図利目的と加害目的が併存するとされた事案において、「被告人が本件融資を実行した動機は、本人の利益よりも自己や第三者の利益を図ることにあったと認められ、また、本人に損害を加えることの認識、認容も認められるのであるから、被告人には特別背任罪における図利目的はもとより加害目的をも認めることができる」と判示しており、本人加害の動機について認定することなく、加害目的を肯定している。⁽²²⁾

以上より、とりわけ近時の判例は、消極的動機説に親和的なものと一般的に理解されている。そのことを前提に、実務における具体的な図利加害目的の判断手法の特徴として、まず、任務違背行為を行い、それによって本人に損害を与えている以上は、被告人の図利加害目的の存在が合理的に推認されるところと考えられている。⁽²³⁾ また、本人の利益を図る動機の有無が決定的である以上、その利益の内容や必要性等が重要であるが、その判断の際には、本人の利益の客観的な実現可能性が重要で、利益実現の高度の可能性を認識していないと評価される場合は、行為者が抱えているのは単なる希望や願望に過ぎず、背任罪の成立を否定すべき動機とは言えないとされている。⁽²⁴⁾

第四款 消極的動機説

消極的動機説の内容について、もう少し詳しく見てみることにしたい。消極的動機説は、行為者が本人の利益を図る場合、裁判例が伝統的に図利加害目的を否定して不可罰にしてきたことに着目した見解であり、裁判例の分析

に基づいて、図利加害目的の意義を、本人の利益を図る動機がある場合を背任罪の処罰範囲から排除する機能を持つものであるとする。⁽²⁵⁾ 同見解によれば、図利加害目的の内容は「図利加害の認識・認容があり、かつ、本人図利の動機がないこと」とされ、自己・第三者図利、本人加害の区別は各認識の有無によってなされることになる。

消極的動機説は、事務処理者が、故意に任務に反して本人に損害を加えれば、図利加害の動機も本人図利動機も認められない場合であっても背任罪による処罰を認めるという点で、積極的動機説と結論を異にする。⁽²⁶⁾ 積極的な図利加害と本人図利のいずれの動機も存しない場合（及び、両動機に主従の関係がない場合）については、任務違背により本人に害を加えることを正当視する理由がないという価値判断を前提とするものである。言い換えれば、同じ任務違背を前提とした場合に、自己保身の積極的動機の場合と怠慢の場合との間に処罰・不処罰を限界づけるほどの差異を見つけることは難しいという評価をしているとも言える。⁽²⁷⁾

もつとも、これまでの判例で、実際に前記のような限界事例において処罰を認めたものは存在しないとされる。⁽²⁸⁾

また、検察官は、図利加害の積極的な動機を公訴事実に記載して立証するのが通常であるという実務家の指摘がある。⁽²⁹⁾ 目的の主従を比較して図利加害目的を判断するという、従来判例においてとられている手法について、その目的を動機と解するのであれば積極的動機説に帰着するという意見もある。それによれば、動機を比較している最高裁も、実際には積極的動機説の方に適うのであって、消極的動機説は認定論に過ぎないとされる。⁽³⁰⁾ さらに、本人図利の動機が決定的ではないにしても存在しているような事案は、消極的動機説が念頭においている状況とは異なるとの指摘もある。⁽³¹⁾

確かに、最高裁は、本人図利動機と図利加害の動機を比較して図利加害目的の存否を決しているが、前述の通り、最終的な図利加害目的の特定においては、例えば、積極的加害の動機がなくとも、本人加害の認識のみで加害目的

を認めている。その意味で、目的の主従の比較は、主たる動機が本人の利益を図るものであったかという意味に理解することになるであろう。⁽³²⁾

以上のように考えると、消極的動機説は、「図利加害の認識があり、かつ、本人図利の動機が決定的（主たるもの）ではない」場合に図利加害目的を認める見解ということになる。もともと、消極的動機説の出発点、すなわち、本人図利の動機が（決定的で）ある場合に背任罪の処罰が否定される理由については、実は必ずしも明確ではない。この点について、以下で若干の検討を行う。⁽³³⁾

第三章 検討

第一節 他の財産犯における「本人の利益を図る動機」

背任罪において「本人の利益を図る動機があれば処罰しない」のは何故なのか、そして、どのような意味をもつか。この点を検討するために、まず、他の財産犯において「本人の利益を図る動機」（あるいは、本人の利益を図る行為）がどのように取り扱われているのかを考えたい。

第一款 横領罪

委託信任関係に反する罪として背任罪と一括りにされることの多い横領罪においては、「専ら本人のため」の処分であれば不法領得の意思を欠くとする一連の判例が存在する。⁽³⁴⁾ 判例は、ここで「専ら本人のため」という表現を用いており、背任罪における「本人の利益を図るため（動機）」という表現と使い分けているように見える。⁽³⁵⁾ 加えて、「専ら」本人のためであるかどうかは、目的（動機）の主従によって図利加害目的を判断する方法とは異なる

はずである。学説は、「専ら本人のため」であれば横領罪の成立を否定する判例の結論自体にはおおむね賛成しているものの、横領の意義の理解が必ずしも統一されていないこともあり、その理論的説明は様々である。また、判例自身についても、「(専ら) 本人のための行為なので不法領得の意思を否定する」という表現は同じでも、その具体的内容としては複数のものがあるという整理もある⁽³⁷⁾。

まず、「本人のため」とは、本人の利益を図ることを必ずしも含意するものではなく、いわゆる横領と背任の区別の文脈において横領を否定する根拠となる「本人の計算」と同じ意味であるという理解が有力に主張されている⁽³⁸⁾。例えば、前掲最判昭和二八年一月二五日が、農業協同組合の内部関係においては事業に属しない貨物営業のため組合資金を支出した事案につき、「支出が何人のためになされたものであるかとの点について何ら判断を示すことなく、直ちに業務上横領罪を構成すると判示」した原判決を差し戻したのは、そのような理解に沿ったものと評価することもできる。また、横領ではなく背任罪が成立するとした判例について、「本人のため」にする意思による処分が領得の意思を欠くとしたものであるという評価も存在する⁽³⁹⁾。このような理解に従えば、横領罪の「専ら本人のため」とは、背任罪の場合の「本人の利益を図るため」と全く別物ということになり、「専ら本人のため」として横領罪が否定されても、本人の利益を図る動機が決定的ではないとして背任罪が成立する場合が出てくる⁽⁴⁰⁾。そのような例として、自己保身目的の不良貸付の事例が挙げられている⁽⁴¹⁾。

他方で、判例のなかには、「(専ら) 本人のため」の処分として横領が否定される場合に、同時に、背任罪の図利加害目的を否定しているものもある。例えば、寺院の住職が震災で破損した庫裡を補修するため仏像を処分した事案について、前掲大判大正一五年四月二〇日は、被告人が自己の代表する寺院の物を同寺院のために処分したことを理由に、不法領得の意思を否定すると共に、図利加害目的も否定する。この事案においては、「(代表する)」とは

あるものの）客観的には横領行為に該当することが認められており、本人の経済的利益を図ったことが背任罪だけではなく横領罪を否定したものと理解されている。同様に、大阪高判昭和四五年四月二二日判タ二四九号二七四頁は、特定郵便局長である被告人が、自局の支払準備資金の基準高に関する実績を作るため、貯金の払出高を増加させる手段として、郵便貯金に預入した自己振出の小切手が決済されないうちに、郵便貯金法の規定に違反して、右小切手金額に相当する現金を業務上保管中の公金から払出し、その払出した金員をもって自己振出小切手の決済資金にあてた事案について、「〔行為者には〕これにより自己の経済的利益を図る意思がなく、もっぱら、同局における支払準備資金を増加させることにより多額の預金の払いもどし請求にも即時応ずることができるように貯金者の便宜を図り、ひいて郵便貯金を増加させ、郵便貯金事業の推進を図る目的でなされたものと認めるのが相当であるから、その目的達成の手段としてなされた右小切手決済前の払出行為は、不法領得の意思を欠き、業務上横領罪を構成しない」として、明らかに「本人の計算」と評価できない行為であっても、「本人のため」であることを理由に横領罪の不法領得の意思を否定している。さらに、この問題に関する裁判例の多くは、「本人のため」かどうかを判断する際に、自己の利益を図るものではないことを挙げ、それを「自己のため」と言い換えたりもするので、「本人のため」も「本人の利益を図るため」と同視していると評価することも可能かもしれない⁽⁴²⁾。実際、本人の利益を図る意思と「本人のため」を明らかに同視している裁判例もある⁽⁴³⁾。

学説の多くも、同様の理解をしているものと解される⁽⁴⁴⁾。この場合、行為者が委託の趣旨に反した行為をしているも、本人の利益を図る動機があれば横領罪の成立を否定することになるが、その根拠はどのようなものであろうか。この点、財産的損害を加える意思がないとの指摘もあるが⁽⁴⁵⁾、横領罪は全体財産に対する罪ではないため、損害の発生が要件かどうかについては疑問が呈されており、また、非財産的な利益を図っている場合の説明はつかない⁽⁴⁶⁾。他

方、「専ら本人のため」を「本人の利益を図る動機」と解しながら、あくまで不法領得の意思の一般論に基づいて説明しようとする見解もある。「専ら本人のため」とは、専ら本人の利益を図る意思であり、経済的利益を自己または第三者に帰属させる意思がない場合で、消極的に利用処分意思の不存在を示しているというものである。⁽⁴⁷⁾ このように考えると、横領の「本人のため」と背任の「本人の利益を図る動機」とは全く違う要請から来る基準であり、たまたま内容が類似しているだけと整理されることになる。⁽⁴⁸⁾

最後に、「専ら本人のため」を、委託信任関係違背、あるいはその認識を欠く場合と理解する見解もある。⁽⁴⁹⁾ この場合、委託信任関係違背（の認識）が欠ける以上、横領罪だけではなく背任罪も成立しないことになる。しかし、無権限などを理由として本人の意思に反しているはずなのに、本人の利益になる行為であれば委託の趣旨に反しないと評価されることには、財物をどのように利用・処分するかは所有権者が自由に判断できるという点から、疑問が呈されている。⁽⁵⁰⁾

以上のように、横領罪における「専ら本人のため」とは、判例上は複数の内容が同居しているもので、また、学説の考え方も様々である。「本人のため」と「本人の利益を図る動機」を別々の内容であると解した場合、両者はたまたま類似しただけであるということになり、背任罪の「本人の利益を図る動機」を探る手がかりとはならない。また、両者が「本人の利益を図る動機」や委託信任関係違背の不存在という意味で一致した場合、横領罪の不法領得の意思に関する理解からは異質な要素が含まれているのであって、むしろ、背任罪における「本人の利益を図る動機」の理解が横領罪に影響を及ぼしたとも評価し得る。

第二款 移転罪

移転罪については、この問題はあまり検討されてきたことはないと思われる。例えば、「Xが、金が欲しいと嘆いている友人Aのために、Aの持つ家宝の壺を勝手に持ち出して売却しその金を渡した」などという事例を想定してみると、この場合、Aには損害がないという考えもあり得るかもしれないが、移転罪において損害が要件かどうかについては争いがある。

横領罪の場合に考えられていたように、行為者には本人の利益を図る動機はなく、利用処分意思はないとして不法領得の意思を否定することは可能かもしれない⁽⁵¹⁾。もともと、その場合には毀棄罪としての可罰性が残されている。その他に、例えば緊急避難による違法性阻却も考えられるが、より多い財産的価値をもたらすからといって処分の自由を害した場合に、直ちに緊急避難は肯定されないものと解される。

第二節 客観的構成要件と「本人の利益を図る動機」の関係

第一款 財産上の損害と「本人の利益を図る動機」

以上の点からすれば、「本人の利益を図るため（動機）」は背任罪独自の問題として検討することが必要であるように思われる。その場合、背任罪の客観的構成要件において、「本人の利益を図ること」の意味を検討するアプローチが有用である⁽⁵²⁾。

まず、結果要件である「財産上の損害」については、既に述べたとおり、その認識と本人加害目的との関係が問題とされてきた。もともと、判例・通説のように、図利加害目的の「利益」と「損害」に非財産的なものも含める場合、両者の重複は必然ではない。行為者が、本人の財産上の損害発生の未必の認識を有していたとしても、同時

に、本人に非財産的な利益が発生する可能性を行為者が認識していたとしたら、加害目的が否定される可能性が出てくるためである。言い換えれば、財産的利益・不利益、非財産的利益・不利益の総合考慮で最終的に「損害」（本人の不利益）を判断しそれを認識している場合に限って図利加害目的を肯定するのであれば、財産上の損害要件の認識との重複の問題は常に生じるわけではない。⁽⁵³⁾

第二款 任務違背と図利加害目的の関係

むしろ、そのような非財産的利益・不利益を持ち出す場合には、「本人の利益を図る」とことと背任罪の行為態様である任務違背要件（の認識）との関係が問題になる。⁽⁵⁴⁾ この点は、任務違背の判断手法と密接に関連する。

任務違背の判断について、かつては法令・定款・内規等の形式的な違反のみでそれを認める見解が有力に主張されていた。同見解によれば、行為が本人にとって実質的に利益か不利益かという問題は、背任行為の実質的な違法性の問題として、図利加害目的要件の中で考慮されることになる。⁽⁵⁵⁾ もっとも、学説の多くは、任務違背要件は、形式的な法令の違背を手掛かりとしながらも、実質的に判断されるべきとしている。⁽⁵⁶⁾ また、裁判例においても、かつては、形式的な違反のみで任務違背を認めたものが多かったが、最近では、形式的な違反だけで任務違背を認めるものはほとんどなく、任務違背を実質的に判断する傾向にある。⁽⁵⁷⁾

そのように任務違背を実質的に判断する場合の基準として、事務処理者の行為が実質的に本人にとって不利益かどうかで判断するという見解が有力である。⁽⁵⁸⁾ ここでの不利益とは、必ずしも、構成要件結果である「財産上の損害」が発生する危険性のみに限られるわけではなく、もう少し具体的な検討を必要とする。

構成要件結果である「財産上の損害」は、任務違背により生じた（経済的見地に基づく）財産のプラスとマイナ

スの比較により決せられるが、その際、将来の財産変動の可能性が全て考慮されているわけではない。そのような（通常、長期的な観点に基づく）可能性は任務違背判断において考慮されるのが通常であるが、財産上の損害を惹起させた任務違背行為の特定との関係で、本人の財産状態を変動させる可能性を持ちながらも任務違背判断においては考慮されない事情が存在することがある。例えば、「A社社長Xは、A社の新規事業開拓のために、革新的な製品を開発中のB社に無担保で融資を行ったが、開発は失敗し融資は回収できなかった」という事例で、Xは無担保の不良貸付を行っており、その点だけを見れば任務違背に該当するとの評価も可能であるが、その際に、融資先の開発の成功見込み、及び、それに関連する事情を任務違背判断において考慮するのであれば、本人にとってトータルでは不利益な処分ではないという可能性もあり得る。

次に、任務違背の「不利益」判断において、行為により生じ得る非財産的利益・不利益も考慮するかどうかも問題となる。「A社社長Xは、A社の会長であるYのスキャンダルを理由に暴力団員Zから金銭の交付を要求され、スキャンダルが発覚すればA社のイメージに傷がつくと考え、Zからの要求に応じA社の資金をZに渡した」という事例において、スキャンダル発覚によるA社のイメージダウンの可能性を、任務違背判断において考慮するのか、それとも、その点を除いて、例えば金銭交付自体の会計手続の不当性のみで任務違背を判断するのが検討されなければならない。

以上の事情をすべて任務違背判断において考慮する場合、任務違背判断は、行為により生じる財産的利益・不利益、非財産的利益・不利益を総合的に判断して、行為が実質的に本人にとって不利益かを判断することになる。

さらに、任務違背判断の際には、本人の財産処分に関する意向を考慮するかという問題もある。前述のように、横領罪においては、委託信任関係違背の有無は本人の意向に沿うかどうかであり、本人に利益となるかどうかでは

ないと考えられているが、背任罪においても、委託信任関係違背の有無、すなわち、任務違背の判断にとって、本人の意向を無視できないはずである。⁽⁵⁹⁾ このことは、背任罪が全体財産に対する罪であること、すなわち、任務違背行為の結果として本人の全体財産がマイナスになる必要があるということとは別の問題であろう。『実質的に』本人にとって不利益」という有力説の基準もこのことを含意しているように解される。以上の理解に従えば、本人にとってトータルでは利益となる処分（経済合理的な処分）であっても、本人の意向に反したという意味で、なお任務に違背するということは有り得るということになる。

第三節 本人の利益を図る動機の意義

以上のような任務違背に関する複数の判断手法との関係で、図利加害目的（あるいは本人図利の動機）が固有の意義を持つ状況を考察してみたい。⁽⁶⁰⁾

第一款 任務違背を形式的に捉える場合

まず、任務違背を形式的に捉える場合、図利加害目的要件において、処分行為によって客観的に本人の利益になる可能性が検討されることになる。このような裁判例として、前掲大正一五年四月二〇日が挙げられる。同判例は、「成規の手續を経ずして賣却」したことをもって任務違背を認定した上で、「木像三體を賣却して之に充てんと決意し後日調金したる上之を買い戻して再び寺院の所有に歸せしむべき意思を以て特に買戻の約款を附して賣却し其の代金の全部を右庫裡建設費に充てた」という事情から図利加害目的を否定している。

また、いわゆる不当貸付に関する事案として、前掲大阪高判昭和三年一月二八日と、福岡高宮崎支判昭和三年

三年五月三〇日裁特五卷六号二四九頁が挙げられる。前者は、農業協同組合の会計係として同組合の経理・金銭出納事務を担当していた被告人が、定期預金通帳を担保に金一〇〇万円を借り出し、定款に背き指定外の金融機関に組合の金銭を預け入れたが、預入先が倒産し回収不能となった事案について、「農業協同組合の会計係主任書記が組合総会の決議を経ることなく、定款に背き指定外の金融機関に組合の金銭を預け入れることは、組合長の内諾あるいは指示があつても、正当な行為とはいえず、その目的をもつて業務上保管にかかる預金証書等を処分することは、その任務に背いた行為である」とした上で、「被告人が本件預け替えをしたのは、前記のとおり組合長の指示に基き前例にならい、よつて得た利益を組合の会計に繰り入れ、これを組合職員の厚生資金等その他組合の諸経費に充当する意思であつたこと、すなわち本人たる組合の利益を図る意思であつた」として背任罪を否定している。

後者は、農業協同組合常務理事の被告人が同組合の定款による業務の範囲外の貸付を行った事案について、「組合員以外の者に対する貸付は事業の範囲外の貸付となり、同組合役員が組合員以外の者に対し組合名義で貸付をすれば、組合の事業の範囲外の貸付をしその任務に背くものといわなければならない」として任務違背を認める一方、公共団体に対する貸付は結局組合のため必要でありまたその利益となるとして、本人の利益を図る目的になされたとして、背任罪の成立を否定する。

形式的な任務違背判断を行った裁判例の図利加害目的判断において特徴的なのは、当該財産処分により失われた財産（仏像や貸付金）が帰ってくる見込みについて詳細な判断がなされていない点である。すなわち、背任行為により本人の利益となる要素については言及があるものの、本人に実質的に不利益となる要素や両要素の関連性には触れられていない。これは、図利加害目的判断の近時の傾向とは明らかに異なると言える。また、仮に、実際に失われた財産が戻ってくる確実な見込みがあつたのであれば、そもそも財産上の損害（の故意）が欠けていた事案と

も評価できるであろう。⁽⁶¹⁾

第二款 任務違背を実質的に判断する場合

次に、任務違背を実質的に判断する場合について検討する。実質的に任務違背を判断しようとする場合、前述の通り、その判断手法については色々な考え方があり得る。そのことは図利加害目的の意義にも影響を及ぼす。

任務違背判断において、特定された「財産上の損害」を惹起した行為だけを判断の対象とし、それに関連する将来の財産状態変動の可能性に関わる同時的・事後的事情を考慮から除く場合、そのような事情と併せてトータルで見て本人に不利益があるかの判断が残ることになり、その部分を図利加害目的要件が受け持つことになる。⁽⁶²⁾ このような手法を採用すると見られる裁判例として、福岡地判昭和三十九年六月一日下刑集六卷五〇六号七五五頁がある。同裁判例は、国鉄用地の買収、交換等の職務に携わっていた被告人が、国鉄総裁が承認した土地の交換差金について、必要な承認を受けずに勝手に勝手に減額したことが任務違背であり、その減額分が損害であるとした一方で、本件土地交換の事業が焦眉の急務とされながらも多くの障害に妨げられて難航を重ねた状況下で「早急に土地の交換を実現し国鉄の要望に応えんとする意図に出でたもの」というべきもので国鉄の利益を図る目的に出でたもの」として、第三者図利目的を否定した。ここでは、交換差金の減額という点をそれ単独でみて任務違背とする一方で、それによって同時に得られる土地交換による利益の部分を図利加害目的において判断している。⁽⁶³⁾

次に、広島高岡山支判平成二九年四月一九日裁判所ウェブサイトに、A社の取締役である被告人が、商品開発のための資金としてB社に不良貸付を行ったとして起訴された事案について、本件貸付に至るまでの一連の処理からすると、実質的には他者への売掛未収金として仮装されていた債権を本来の項目であるB社に対する貸付金に改め

たに過ぎず、それ自体によってA社の財務状況を悪化させたわけではないと認定した上で、「本件貸付の任務違背性自体は認められる余地はあるものの、一連の処理自体によりA社の財務状況を悪化させたものではないし、本件貸付及び返済が会社内部での不良債権の発覚を免れる目的で行われたことをうかがわせる事情もないことからすると、仮に任務違背性が認められるとしても、その程度は大きいものであるとはいえない」とした。図利加害目的については、「任務違背行為に及ぶにあたつて第三者の利益を図ることについての認識・認容があり、かつ、同行為に及んだ主たる動機が本人の利益を図るためではなかったと認められることが必要である」として消極的動機説に立脚した上で、その判断基準・方法として「本人の利益を図る動機の有無及び程度の認定に当たっては、被告人自身等の本人以外の者の利益を図る動機の有無・程度、任務違背行為の内容・程度、任務違背行為によってもたらされる本人の利益の内容・その実現可能性等を総合的に考慮して判断すべきである。」「本件貸付がA社の利益を図る動機からなされたものか否かを判断するにあつては、本件貸付の任務違背性の程度及び本件貸付によってA社にもたらされる利益の内容・その実現可能性が問題となり、これらが総合的にみて見合ったものであったか否かという点が判断の分水嶺となる。すなわち、本件貸付の任務違背性の程度が高く、それによってもたらされるA社の利益がその内容に乏しく、あるいは実現可能性が低いような場合には、本件貸付の主たる動機がA社の利益を図ることになかったと認定することができるが、任務違背性の程度とA社にもたらされる利益の内容・実現可能性が見合っているといえるような場合には、本件貸付の主たる動機がA社の利益を図ることになかったと認定することはできないということになる」とした。そして、前記の通り、「仮に任務違背性が認められるとしても、その程度は大きいものであるとはいえない」と仮定的に任務違背を認める一方、本件貸付によって本人にもたらされる利益については、「新規事業のため多額の資金を投入したのに期待した結果が得られず、事後的に被告人の判断が誤ってい

たと評価されるとしても、この種の事業の経営判断において、このような一応の根拠のもと努力により成功することを期待するのは不合理ではな¹いとして、新規事業の成功可能性を単なる希望的観測に過ぎないとした原判決の評価は不合理であるとした。最終的に、「本件貸付の任務違背性の程度は大きいものとはいえないことを前提とすると、本件貸付によりA社の利益が実現する可能性について一応の根拠をもって被告人が期待していたといえる以上、本件貸付の任務違背性の程度が同貸付によりA社にもたらされる利益に見合っていないかつたまでは認めることはできない。そうすると、被告人が、本件貸付に及んだ主たる動機が、本人たるA社の利益を図るためであった可能性を払拭することができず、第三者図利の目的を認定するには合理的な疑いが残るといふべきである」とした。任務違背判断において財産上の利益・不利益のみを判断対象とする場合、非財産的利益・不利益も含めて総合的に見て不利益ではないかどうかの判断が残され、図利加害目的要件ではその部分を判断することになる。⁽⁶⁴⁾この点について、大阪高判昭和二十九年八月二五日裁特一卷七号二七三頁は、損害保険会社A社の取締役らが、自社の社長が選挙に立候補した際の選挙資金の立て替えのために会社財産から支出したという事案について、「社長が当選することによつてはそれだけで会社宣伝の効果が大きいに加わり、その他会社事業運営の諸分野において中央の情報収集についての便宜並びに会社の繁栄をもたらすことが必定であるとなし、この選挙こそは会社のためにする選挙であるとの信念の下に会社重役及び職員が選挙運動に奔走したのである」として、被告人らの行為は「右選挙に当選せしめることは会社に大なる利益をもたらす」意思で行われたため、専ら本人たる会社自身のためにする意思を以てなされたものと認められるとして、背任罪の故意と図利加害目的を否定している。

以上のように、任務違背判断において、同時的・事後的な事情や、非財産的な事情を考慮しないという考え方をとつても、裁判例・学説のいずれも、これらの事情を可罰性の判断から取り除くことは考えておらず、図利加害目

的が、総合判断の場として機能している（あるいは、任務違背と図利加害目的の両者を併せて総合判断がなされている）。もともと、この場合、結局最終的な判断の対象となつてゐるのは総合的に見て「本人にとつて不利益」かどうかであり、それをわざわざ切り離す必要はないという考え方も十分にあり得る。⁽⁶⁵⁾ 実際、問題となつた当該処分単独で任務違背を判断せず、それと関連する本人の利益となるような事情を含めて総合的に任務違背を判断した判例も存在する。⁽⁶⁶⁾ このような取扱いの差異は、検察官の設定した訴因や訴訟上の争点にも影響を受けるほか、不良貸付や、取引時の金額の過大・過少など、任務違背判断について事案の集積がある類型については、その基準を基に、通常の業務執行からの大幅な逸脱があり、それが特定された財産上の損害を惹起させたと評価できれば任務違背を肯定し、特殊な事情については別途図利加害目的の箇所判断しているということなのかもしれない。

では、任務違背判断において、本人に発生する利益・不利益の総合衡量を行う場合、図利加害目的はどのような意義を持つてあろうか。任務違背が事務処理者による裁量の限界を超えた実質的に本人に（トータルで）不利益な行為であるとするのであれば、自己の行為が本人の利益になることを基礎づける事実について認識していることは、通常は任務違背の故意を否定することになる。その場合に、本人の利益を図るための行為であることを理由に処罰を否定するということの意味は、事務処理者が、本人の利益にならない不合理な行為であることを基礎づける事実を認識しているにもかかわらず、なお本人の利益になると評価した場合になるであろう。⁽⁶⁷⁾ このような状況は観念的には想定できるものの、前述の「本人の利益を図る動機」に関する実務の判断手法にはそぐわないし、不可罰とする結論も妥当とは言えないように解される。また、このように考える場合、図利加害目的の独自の意義は存在しないということになる。

第三款 本人の意向と経済合理性

もつとも、前述のように、任務違背における「実質的に本人に不利益」の意味は、単に本人にとつてのトータルでのマイナスということではなく、本人の意向に反するということが決定的であつた。このように考えた場合、少し違った話になる。すなわち、本人の意向に反した不利益を生じさせる処分が任務違背であるという場合、処分に経済合理性があつても本人との委託関係の趣旨に背いたという理由で任務違背が認められる場合があり得ることになる。例えば、「Aから財産を投資するように頼まれた受託者が、同投資のリスクが高いために、勝手に別のリスクが低い投資を行い、その結果、委託者が本来得られた財産価値の上昇を受けられなかった（または、リスクが低かつたはずの投資が暴落した）」という事例について、受託者の行為は、Aによる財産処分の指示に反したという意味で任務に反し⁽⁶⁸⁾、その結果財産上の損害が発生している。財産処分は原則として本人の自由であり、受託者に犯罪行為を強いるなどではない限り、受託者はそれに従わなければならないはずだからである。図利加害目的（本人の利益を図る動機）は、この状況ではじめて実質的な意義を持つように思われる⁽⁶⁹⁾。

ここでは、行為者が本人の利益となる（または、不利益を防ぐ）ための行為をしたが、それが本人の意思に反し、かつ、失敗に終わつて本人に財産上の損害を与えてしまったという状況が存在している。このような場合、処罰を否定する理由はどこにあるだろうか。この点、行為に合理性があつたとしても、委託の趣旨に反し損害を与えている以上、違法性を否定することは難しい。仮に背任罪が全体財産に対する罪であることの意味が、本人の財産処分の自由を捨象した純粋な財産状態のみを行為者が保護すればよいということまで含むと解するのであれば話は別だが、その場合、そもそも任務違背が存在しないはずで、図利加害目的要件に出番はない。

ここで、本人の意向を踏まえて本人の実質的不利益にかかる全事情を考慮した上で任務違背を認めながらも処罰

を否定する理由としては、本人のために経済合理性を追求したことを根拠とする一種の特別な責任阻却を考慮していると考えられないように思われる。ここでの責任阻却は、安易に本人の利益を図る動機があるというだけで認められるわけではない。行為者の選んだ選択が客観的に経済合理性を持つことのほか、本人の意向に沿った処分との比較（その処分に合理性があったかどうか、両処分を比較した場合のメリット・デメリット）、また、行為が不利益を防ぐために行われたのかそれとも利益を得るために行われたのか、任務違背行為を選択するに至った経緯や必要性・緊急性などが備わっているか（または、それを誤信したことに無理もない場合）などを考慮した上で、かつ、本人の利益を図ることが当該措置を選択させる契機となっている場合のように、ごく限定的な場合に限られるものと解される。また、そもそも、委託者の意思に反したことをもって一義的に任務違背を認められるケース自体も実はそれほど多くない。通常の企業などでは、「本人の意思」を確定することがそもそも困難なことも多く、その判断と経済合理性は基本的に重なるものと解されるためである。さらに、銀行や年金の運用者など、リスクをとることが要求されていない事業体の場合には、その経済合理性自体の判断も通常の企業とは異なってくるものと解され、実際に図利加害目的の要件が欠けるとされる場面は極めて限定的になる。

このように考える場合、従来の裁判例において見られた任務違背と図利加害目的の分業の評価が問題になるが、この分業によってなされているのは、結局のところ、本人の意思が判然としない場合に、任務違背として捕捉された部分以外の事情を任務違背部分と併せて経済的合理性を持つかどうかを判断していることに尽きるように思われる。したがって、本稿の考え方を採る場合と結論はあまり変わらない。

第四章 むすびにかえて

以上、特に任務違背の具体的な判断手法との関係で、図利加害目的の意義とその機能を検討してみた。基本的な方向性としては、「本人の利益を図る動機」が認められる場合についてさらなる絞りをかけるというもので、図利加害目的の意義をさらに限定することになると思われる。もともと、それは、現在の実務の傾向とあまり違いがあるわけではないと解される。

最後に、図利加害目的との関係でさらなる課題があることを指摘しておきたい。経済犯罪の構成要件においては、「不正の利益を得る目的」という主観的要件が設けられていることがある。この要件は、一定の公益目的を図る場合を処罰から除外する機能を果たしている。例えば、不正競争防止法の営業秘密侵害罪において、「不正の利益を得る目的」の充足が認められない場合として、内部告発などの公益目的が挙げられている。⁽⁷⁰⁾ 翻って、背任罪においても、そのような公益目的がある場合にどのように処理するのが問題となり得る。例えば、前述の営業秘密侵害罪には、横領・背任類似の類型（法二一条三項）があるが、内部告発目的で営業秘密侵害行為を行いその結果財産上の損害をもたらしした場合、営業秘密侵害罪の構成要件該当性は認められない。しかし、（内部告発が究極的には本人に実質的に不利益を与えるものではないとしても判断されない限り）本人の利益を図る動機があるわけではないので背任罪の構成要件該当性は認められるということになる。この場合には違法性阻却事由による解決も考えられるのかもしれないが、営業秘密侵害罪のように、そもそも構成要件に該当しないという評価を示すのも有用であろう。したがって、主として公益を図る動機で機密漏洩をした場合、「本人の利益を図る動機」と並んで図利加害目的を否定するということも検討されてよいと思われる。

- (1) 本稿は、日本刑法学会第九七回大会ワークショップ2「目的犯・傾向犯」(オーガナイザー…松宮孝明)における表題と同名の報告とその後の質疑応答に基づくものである。
- (2) その後の改正案における展開は以下の通りである。まず、刑法改正予備草案においては、背任罪を故意犯とすることが考えられていた(三四七条)。次に、刑法改正仮案においては、背任罪は、横領罪の二項犯罪として図利目的のみが可罰的とされ、加害目的の背任は処罰されなかった(四四二条二項)。その後、刑法改正準備草案において、背任罪は横領罪とは別条に規定され、図利目的と加害目的の規定が分けられ、異なる法定刑で処罰されることとされた(三六二条一項二項)。刑法改正草案では、現行刑法と同じ目的規定になっている(三五二条)。なお、満州国刑法においては、図利加害目的要件はなく、代わりに「専ら本人の利益を図るに非ずして」という文言があった。
- (3)むしろ、ドイツの背任罪との相違を強調する記述などもある(木村亀二「背任罪の基本問題」志林三七卷八号(一九三五年)二六頁参照)。そのため、図利加害目的の比較法的な淵源が問題となるが、これについては、当時のノルウェー刑法草案を参考にしたとの指摘がある(内田幸隆「背任罪の系譜、およびその本質」早稲田法学会誌五一卷(二〇〇一年)一一三頁以下参照)。なお、Seichiro Shimada, *Der subjektive Tatbestand der Untreue im japanischen Recht*, FS-Innre Roxin, 2012, S. 84ff.
- (4) 大判大正三年一〇月一六日刑録二〇輯一八六七頁(一般論としては利益と損害の双方について判示しているが、実際には「利益」のみが問題となった事案)、最決昭和六三年一月二二日刑集四二巻九号一二五一頁など。
- (5) このような自己保身目的も、突き詰めれば財産上の利益を得る(又は不利益を免れる)目的と説明することも可能かもしれない。もともと、重要なのは、自己保身により生じる可能性のある財産上の利益の有無を認定することなく、端的に自己保身目的によって背任罪の成立を認めることを可能にすることである(青柳文雄『刑法通論Ⅱ各論』(泉文堂、一九六三年)五四九頁以下参照)。
- (6) 学説の詳細・展開については、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法一三卷(第三版)』(青林書院、二〇一八年)三三五頁以下(島戸純)、上嶋一高『背任罪理解の再構成』(成文堂、一九九七年)二五五頁以下、川崎友巳「特別背任罪における『図利加害目的』」高橋則夫ほか編『刑事法の理論と実践』(第一法規、二〇〇二年)四二三頁以下など。
- (7) 牧野英一『刑法各論下巻』(有斐閣、一九六八年)七五〇頁(認識)、小野清一郎『新訂 刑法講義各論』(有斐閣、一

九五〇年）二七三頁（認識・認容）など。両説の違いは、未必の故意に関して各論者の拠って立つ見解に相応するとの分析がある（団藤重光編『注釈刑法六卷』（有斐閣、一九六六年）三二二頁（内藤謙））。

(8) 宮本英修『刑法大綱』（弘文堂、一九三五年）三九四頁は、「背任行為である以上は、〔図利加害〕何れかの予見に基づかないものはもあり得ない」として、「利得罪と毀棄罪とで犯罪類型を区別し、そしてこれに対する処分を異にする場合に、はじめてその必要があるのであつて、既に二者を併せて単一類型と為した以上は、全然無意義なものといわなければならない」とする。

(9) この見解について、図利加害目的の意義を心情要素である動機と解し、そうである以上は、図利加害の確定的認識が必要であるという論拠が多いが（江家義男「背任罪の解釈学的考察」『江家義男教授刑事法論文集』（早稲田大学出版部、一九五九年）二〇一頁、大場茂馬『刑法各論上巻（第一〇版）』（中央大学、一九一八年）七三三頁以下、川端博『刑法各論講義（第二版）』（成文堂、二〇一〇年）四三二頁、曾根威彦『刑法各論（第五版）』（弘文堂、二〇一二年）一八七頁、平野ほか編『注解特別刑法第四卷（第二版）』（青林書院、一九九一年）二三頁（佐々木史郎）、伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第五卷』（立花書房、一九八六年）一三一頁（伊藤榮樹）など）、目的の内容が動機であることと確定的認識を要求することは論理必然ではないとされていることもあり（団藤重光『刑法綱要各論（第三版）』（創文社、一九九〇年）六五六頁）、別の論拠から、確定的認識を要求する見解もある（大塚仁『刑法概説各論（第三版増補版）』（有斐閣、二〇〇五年）三二七頁、大谷實『刑法講義各論（新版第五版）』（成文堂、二〇一九年）三三四頁など。また、田中利幸「背任罪における図利加害目的の意義」刑法の争点（二〇〇七年）二〇九頁も参照）。

(10) 滝川幸辰『刑法各論』（世界思想社、一九五一年）一七一頁、内田文昭『刑法各論（第三版）』（青林書院、一九九六年）三四八頁以下、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、一九九六年）二四七頁（同時に、判例のように考えるのであれば要件から削除するのが合理的とする）、藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、一九七六）三四八頁、団藤・前掲注（7）『注釈刑法六卷』三三二頁（内藤）（確定的・蓋然的認識も必要とする）など。

(11) 佐伯仁志「背任罪」法学教室三七八号（二〇一二年）一〇七頁以下、芝原邦爾『経済刑法研究（上）』（有斐閣、二〇〇五年）一八三頁以下、斎藤信治『刑法各論（第四版）』（有斐閣、二〇一四年）一九四頁、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、二〇一六年）三四四頁以下。

- (12) 中森喜彦『刑法各論(第四版)』(有斐閣、二〇一五年)一六一頁、伊東研祐『刑法講義各論』(日本評論社、二〇一一年)二三三頁、佐久間修『刑法各論(第二版)』(成文堂、二〇一二年)二四九頁、高橋則夫『刑法各論(第四版)』(成文堂、二〇一八年)四一七頁、西田典之著・橋爪隆補訂『刑法各論(第七版)』(弘文堂、二〇一八年)二七九頁、関哲夫『講義刑法各論』(成文堂、二〇一七年)三三五頁以下。なお、消極的動機説を採り、自己・第三者図利や本人加害の内容を財産上のものに限定する見解として、前田雅英『刑法各論講義(第七版)』(東京大学出版会、二〇二〇年)二九三頁、橋本正博『刑法各論』(新世社、二〇一七年)三〇四頁。
- (13) 上寫一高・前掲注(6)二七〇頁以下。
- (14) 団藤・前掲注(9)六五五頁以下、福田平『全訂刑法各論(第三版増補版)』(有斐閣、二〇〇二年)二八八頁以下、松宮孝明『刑法各論講義(第五版)』(成文堂、二〇一八年)三〇二頁など。
- (15) 品田智史「判批」山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅱ(第七版)』(二〇一四年)一四七頁参照。
- (16) 前掲大判大正三年一〇月一六日、大判大正一五年四月二〇日刑集五卷一三六頁など。
- (17) 大判昭和七年九月一二日刑集一一卷一三一七頁、最判昭和九年一月五日刑集八卷一一号一六七五頁、最決昭和三五年八月一二日刑集一四卷一〇号一三六〇頁(いずれも図利加害目的を肯定している)。
- (18) 香城敏磨「背任罪」刑法の基本判例(一九八八年)一五九頁。
- (19) この時点での特別背任罪は、刑法典の背任罪と図利加害目的の文言を微妙に異にするが、同じ内容であると一般的に理解されている(会社法成立後、同様の文言になった)。
- (20) 第三者図利と本人加害については、被告人が「熟知」していたとの認定がなされている。また、公訴事実には第三者図利目的のみが記載されていた。
- (21) 本判例は、第三者図利の確定的認識が認められる事案でありながら、その旨を指摘せず「認識しつつ、あえて」という表現を用いていることから、確定的認識を必要としない判断を示したものとも解されている。
- (22) 本件では、図利加害の確定的認識の有無が争点となり、結論としてそれが否定されているにもかかわらず図利加害目的が認められているので、図利加害目的において確定的認識を必要としないとの考えが一層明確となったとされている(上田哲・最判解刑事事篇平成一七年度三八〇頁以下、上寫一高「判批」ジュリスト一三七二号(二〇〇九年)一九〇頁以下)。

(23) 品川しのぶ「背任罪における図利加害の目的について」警察学論集七一巻三号(二〇一八年)一〇九頁参照。この旨を明示する裁判例として、京都地判平成三二年七月二九日判例集未搭載がある。

(24) 上嶋・前掲注(6)二七三頁以下、品川・前掲注(23)一一二頁。

(25) 香城敏磨「背任罪の成立要件」阿部純二ほか編『刑法基本講座第五巻』(法学書院、一九九三年)二六五頁。

(26) 証明責任との関係では、本人の利益を図る動機が決定的でないことを、合理的疑いを超えて証明した場合に背任罪を認めることになる(品川・前掲注(23)一〇七頁参照)。

(27) 中森・前掲注(12)一六一頁。これに対して、佐伯・前掲注(11)一〇八頁、斎藤信治・前掲注(11)一九四頁。

(28) 前掲最決平成一〇年一月二五日がそのような事案であるともされるが、積極的動機説からも同事案で背任罪の成立を認めることは可能であるとの指摘がある(今井猛嘉「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ〔第五版〕』一三七頁)。この点について、山田泰弘『伊東研祐編『会社法罰則の検証』(日本評論社、二〇一五年)一六五頁以下(品田智史)も参照。

(29) 木口信之「背任罪における図利加害目的の意義とその認定について」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』(判例タイムズ社、二〇〇六年)四四八頁以下、品川・前掲注(23)一〇七頁など。

(30) 今井・前掲注(28)一三七頁、(座談会)「背任罪」ジュリスト一四〇八号(二〇一〇年)一四三頁以下(今井猛嘉発言、渡辺咲子発言)。

(31) 青柳勤・最判解刑事事篇平成二二年度五二六頁以下。これに関連して、消極的動機説について、「本人図利目的」が存在しないことが背任罪成立の条件であることを裏から述べた見解である、という表現が不適切であることを指摘するのは、松宮・前掲注(14)三三〇頁。

(32) 井田良『講義刑法学・各論〔第二版〕』(有斐閣、二〇一七)三三〇頁。消極的動機説を唱えた香城・前掲注(18)一九五頁も、目的に主従がない場合と目的がない場合を併せて当罰的であるとの価値判断を行っている。ただし、目的の主従を比較した判例は、「動機」ではなく「目的」の主従の比較により図利加害目的を認めており、本文のような判断手法と厳密に一致しているとは言えない。この点、「目的」と「動機」の使い分けについて指摘しているのは上田・前掲注(22)三八頁以下。

(33) その他に同説に対する批判として、①条文の文言にそぐわない、②処罰範囲が拡大する(図利加害の動機も本人図利の

動機もない場合は、民事責任に任せればよい」などが挙げられている。このうち、①については、文言にそぐわないことは事実であり、あとは、可能な文言解釈の範囲にとどまっているという評価を前提に、消極的動機説を採る実益が示される必要がある（この点について、島田聡一郎「背任罪に関する近時の判例と、学説に課された役割」ジュリスト一四〇八号（二〇一〇年）一一一頁）。また、②については、確かに、背任罪の成立要件を充たしていても民事責任に任せることで足りるであろう事案も実際は少なくないと思われるものの、他方で、積極的動機がない事案について常に刑罰を科す必要がないとまでは言えず、また、他の経済犯罪が動機のみを処罰・不処罰の基準としているわけではないことと平仄が合わないように思われる。

(34) 最判昭和二八年二月二五日刑集七卷一三三二七二頁、最判昭和三三年九月一九日刑集一二卷一三三〇四七頁、同刑集一二卷一三三〇三二七頁、最決平成一三年一月五日刑集五五卷六号五四六頁（結論的には不法領得の意思を肯定）。前掲大判大正一五年四月二〇日「専ら」という表現は用いていないが、同様の判例として挙げられることが多い。

(35) 前掲注(30)（座談会）「背任罪」（山口厚発言）一四五頁。

(36) 小野清一郎・前掲注(7)二六五頁以下、団藤・前掲注(9)六三〇頁以下、中森・前掲注(12)一一五三頁、西田・前掲注(12)二六三頁など。他方、本人のためでも、違法な目的や禁令の趣旨に明らかに違反して行われた場合には横領罪を認めなければならないとするのは、大塚仁・前掲注(9)三〇五頁。

(37) 前掲最判昭和三三年九月一九日の二つの判例は、いわゆる納金ストの事案に関するものであり、会社のためではなく労働組合のためであったとして、そもそも「本人のため」と評価してよいかについて疑問が呈されているほか、財物の一時保管でその間は一切預金を利用するつもりがなかったというものであって、実態は不可罰の一時利用として権利者排除意思が否定される事案であったという評価がある（鎮目征樹「判批」前掲注(17)刑法判例百選Ⅱ〔第7版〕一三五頁、橋爪隆「横領行為の意義について」法学教室四三九号（二〇一七年）九〇頁参照）。

(38) 島田・前掲注(33)一一一頁、小林憲太郎「会社財産の横領」法学教室三九五号（二〇一三年）八五頁以下（権利者排除意思の問題とする）、穴沢大輔「不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（四・完）」明治学院大学法学研究九三卷（二〇一五年）二六〇頁以下、大塚裕史ほか『基本刑法Ⅱ各論（第二版）』（日本評論社、二〇一八年）三〇一頁以下〔十河太朗〕。また、藤本・前掲注(10)三三三頁、三三八頁（横領を物に対する越権処分と理解する）。

(39) 牧野英一『日本刑法(重訂版) 下巻』(有斐閣、一九三八年) 四四六頁以下参照(ただし、そこで挙げられている大判昭和八年三月一六日刑集一二巻二七九頁、大判昭和九年七月一九日刑集一三巻九八八頁のいずれも、「本人のため」という表現を用いているわけではない)。

(40) 横領と背任の区別についての通説的理解に従うのであれば、事務処理者が横領行為を行う場合には、通常、任務違背行為も行われていることになる。

(41) 小林・前掲注(38) 八七頁。

(42) 前掲最決平成一三年一月五日は、「専ら本人のため」かどうかを判断する際に、行為者に本人の不利益を回避する意図があったことを挙げており、後藤眞理子・最判解刑事篇平成一三年度一七七頁以下は、この意図を「本人のためのものと評価でき」としている。また、本判例の「専ら本人のため」の判断方法は、図利加害目的の「本人の利益を図る動機」のそれと類似しているといえる。もっとも、「本人の計算」かどうかを判断する際、本人に利益が帰属するかどうかは考慮事情の一つとして考えられるので、本文の二つの理解の区別は簡単ではない。

(43) 大阪高判昭和三二年二月一八日裁特四巻二三号六三四頁。

(44) 井田・前掲注(32) 三〇八頁、曾根・前掲注(9) 一六八頁、中森・前掲注(12) 一五三頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法一二巻(第三版)』(青林書院、二〇一九年) 五九八頁以下(小倉哲浩)。

(45) 島田・前掲注(33) 一二二頁。また、同様の内容を推定的同意の問題と解するものとして、林幹人『刑法各論(第二版)』(東京大学出版会、二〇〇七年) 三六八頁以下、杉田宗久「横領罪と不法領得の意思」佐藤道夫編『刑事裁判実務体系八』(青林書院、一九九一年) 四八五頁。

(46) 行為者の動機が本人図利に尽きることを理由に例外的に不法領得の意思が阻却されるとするのは鎮目・前掲注(37) 一三五頁。

(47) 橋爪・前掲注(37) 九〇頁以下。

(48) 実際、図利加害目的と不法領得の意思は内容を全く異にする。図利加害目的は毀棄行為も含むというだけでなく、図利目的と不法領得の意思との対応もない。

(49) 関・前掲注(12) 二九九頁、橋本・前掲注(12) 二八八頁以下。なお、越権行為説の立場からも、本人のための行為で

あれば実質的に権限逸脱がないなどとして、不可罰の結論を承認する見解がある（植松正『再訂 刑法概論Ⅱ各論』（勁草書房、一九七六年）四四六頁）。

(50) 橋爪・前掲注(37) 九〇頁参照。

(51) 穴沢・前掲注(38) 二六四頁は、「本人のため」を「所有者でなければできない処分」の問題とした上で、窃盗罪の場合は、委託関係に基づいた占有から生じる本人のためにする意思とは状況が異なるとする。

(52) このような検討方法について、既に上寫・前掲注(6) 二六七頁以下。

(53) 上寫・前掲注(6) 二六八頁以下、上田・前掲注(22) 三八四頁以下も参照。

(54) 任務違背は規範的構成要件であり、その認識は、任務違背を基礎づける事実の認識で足りるとされているが、任務違背について、事実の認識だけではなく任務違背である旨も認識している必要があるように見えるものとして、大判大正三年二月四日刑録二〇輯一一九頁がある。また、学説においては、図利加害目的の内容の議論とは別に、任務違背について確定的認識を要求する見解も主張されている（木村・前掲注(3) 二四頁、藤木・前掲注(10) 三四八頁、大谷・前掲注(9) 三三三頁など）。

(55) 西田・前掲注(12) 二七七頁、伊藤ほか・前掲注(9)『注釈特別刑法第五卷』一三三頁（伊藤）など。また、伊藤亮吉『目的犯の研究序説』（成文堂、二〇一七年）二八三頁以下も参照。

(56) 形式説の論者も、形式的規定の有無がなければ任務違背がないとしているわけではなく、そのような違反がない場合には、実質的判断によって任務違背が認められる可能性を想定している。このような場合、善管注意義務や任務懈怠責任のような規範の違反を法令違反として考えているという言い方もできるかもしれないが、それはもはや形式的判断とは言えない。この点について、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（二）『阪大法学五九卷一号（二〇〇九年）一一三頁以下。他方、形式的規定とされていたものの一部が、後述する本人の意思を画する機能を果たす可能性はある。(57) 例えば、東京高判平成一九年十二月七日判時一九九一三〇頁は、入札談合への加功という明白な法令違反行為から直接に任務違背を導かず、一括発注から分割発注することにコスト面で合理性が一切認められないということを任務違背の根拠とする。また、最高裁も、図利加害目的よりも任務違背の段階での判断に比重を置いているように見える（最判平成一六年九月一〇日刑集五八卷六号五二四頁、最決平成二二年一月九日刑集六三卷九号一一一七頁など）。以上について、品

田智史「最近の裁判例に見る背任罪をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル三一号（二〇一二年二四頁以下）、島田聡一郎「背任罪における任務違背行為」『植村立郎判事退官記念論文集第一巻第一編 理論編・少年法編』（立花書房、二〇一一年）二四一頁以下参照。

(58) 上嶋・前掲注（6）二六九頁、木口・前掲注（29）四四八頁、大森忠夫ほか編『注釈会社法（八）のⅡ』（有斐閣、一九六九年）三九〇頁〔藤木英雄〕。

(59) 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（二・完）」阪大法学五九巻二号（二〇〇九年）三〇九頁、島田・前掲注（56）二六二頁以下。

(60) なお、積極的動機説を採用する場合であっても、任務違背判断においてどのような事情を算入するかを決定し、そこから漏れた事情を背任罪の可罰性判断でどのように扱うのか検討する必要があると解される。

(61) 上嶋・前掲注（6）二七四頁参照。

(62) このような判断手法として、山口厚『問題探求刑法各論』（有斐閣、一九九九年）二〇四頁以下（図利加害目的については、動機ではなく故意の問題であるとする）。また、内田幸隆「判批」刑事法ジャーナル五号（二〇〇五年）一五二頁、山中敬一『刑法各論（第三版）』（成文堂、二〇一五年）四六二頁以下参照。

(63) 類似の事案として、名古屋地判昭和五二年九月三〇日判タ三五三三三三九頁がある（土地の購入について慎重に検討せず過大な代金を支払ったとして任務違背を認める一方で、本件の特殊な背景として、空前の不動産ブームのもとにおいては業績拡大の手段として、優にその社会的存在と経済的有用性を主張し得た取引であった点を挙げるなどして、図利加害目的を否定）。また、東京地判平成二三年一月三〇日判例集未搭載も参照（会社の代表取締役がコンサルティング契約を仮装して契約相手等に振込み送金したとして起訴された事案において、仮にコンサルティング契約の報酬が過大で任務違背に該当するとしても、それによって本人の利益を図る動機が主であったとして特別背任罪を否定）。

(64) このような判断方法をとるものとして、橋爪隆「背任罪（2）」法学教室四四二号（二〇一七年）九二頁以下（消極的動機説を採用する）。

(65) 前掲広島高岡山支判平成二九年四月一九日について、安田拓人「判批」法学教室（二〇一七）四四七号一五三頁は、「問題がどの要件に位置づけられるかは弁護人の争い方にも大きく左右される」と留保を付した上で、「実質的な任務違

背性が欠ける」事案であったと評価する。

(66) 前掲最判平成一六年九月一〇日。また、東京地判昭和四一年二月一五日判時四五九号一〇頁など（ただし、直接的には任務違背の故意を否定）。

(67) 上嶋・前掲注（6）二七〇頁以下参照。本文のような心理状態と、任務違背の故意が存在しない場合とを区別して評価しなければならぬことが極めて困難であるということが、実質的不利益性認識説の論拠となっている。しかしながら、なぜ背任罪においてのみ、違法性の錯誤について特別の基準を認めるのかは明らかではない。また、違法性の錯誤を特別に考慮するのであれば、安易に不利益ではないという判断をした（願望を抱いた）行為者も救済される可能性が出てくる。

(68) もちろん、そもそも意思に背いていても任務違背にならない委託関係も存在し得る。

(69) 小林憲太郎「刑法判例と実務（第38回）——図利（営利）目的および利用処分意思の周辺——」判例時報二三八九号（二〇一九年）一三九頁は、このような状況を「行為者がパターナリスティックな動機に基づいて行動している」と評価した上で、その無制限な可罰性の排除を認めず、そのパターナリスティックな考え方が経済合理性の観点からして、一見して明らかに不適当とは言えない場合に限るべきとする。

(70) この要件は講学上「図利加害目的」と呼ばれているが、具体的な文言は異なる。もっとも、最決平成三〇年一二月三日刑集七二巻六号五六九頁は、その判断について、正当な目的が存在しないことを理由に、不正の利益を得る目的を認めており、背任罪の図利加害目的判断との類似性があるようにも見える。

本稿は、科研費基盤研究（C）「経済刑法総論の探求及びそれに基づく特別刑法の解釈・運用について」（研究課題番号：JP18K01315）の助成を受けたものである。