

阪口徳雄弁護士から委嘱を受けた、
背任罪の一般的な成立要件についての
法的見解は別紙意見書のとおりである。

2018年1月23日

立命館大学大学院法務研究科教授

松宮孝明



背任罪における「財産上の損害」、「任務違背」、「図利加害目的」に 関する意見書

2018年1月23日

立命館大学大学院法務研究科教授

松宮 孝明

目次

1. 本稿の目的
2. 現行法における背任罪の提案理由とその沿革
 - (1) 背任罪規定の提案理由
 - (2) 「図利目的」と「加害目的」の関係
 - (3) ドイツ刑法およびオーストリア刑法における「図利加害目的」
3. 背任罪の各要件の関係
 - (1) 「結果犯」としての背任罪
 - (2) 「総合判断」ないし「長期的判断」としての「財産上の損害」
 - (3) 「任務違背」の実質的な理解と「任務違背」の故意
 - (4) 「図利加害目的」の役割
4. 「財産上の損害」
 - (1) 差し引き総額におけるマイナスとしての「財産上の損害」
 - (2) 「財産上の損害」の総合判断
5. 「任務違背」
 - (1) 本人に「財産上の損害」を加えないために課されている任務の違背
 - (2) 「経営判断の原則」
 - (3) 調査・検討義務違反と「任務違背」および「財産上の損害」の関係
6. 「図利加害目的」
 - (1) 財産上の利益と「図利」
 - (2) 意欲ないし積極的認容としての「図利加害目的」？
 - (3) 本人図利目的による「図利加害目的」の否定？
 - (4) 第三者の利得または本人への加害の認識としての「図利加害目的」
 - (5) 自己保身と「自己図利目的」
 - (6) 小括
7. 結論

1. 本稿の目的

刑法 247 条は「他人のためにその事務を処理する者が、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で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を加えたときは、5 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金に処する。」と規定する。その要件は、①「他人のためにその事務を処理する者」という主体と、②「自己若しくは第三者の利益を図る」という「図利目的」¹⁾、又は、「本人に損害を加える」という「加害目的」²⁾、③「その任務に背く行為をし」という「任務違背行為」³⁾、④「本人に財産上の損害を加えた」という「財産上の損害」⁴⁾およびこれと「任務違背」との間の因果関係ないし客観的帰属関係から成る。

この規定は、当時まだ一般的な背任罪の規定を持っていなかったフランス刑法を範とするものではなく、すでに背任罪を規定していた 1871 年ドイツ刑法典や、当時刑法全面改正作業に取り掛かっていたオーストリア刑法典草案などを参照して明治 34 年改正案に登場し、現行法となったものである。それは、背任罪に関しては、当時最も先進的な刑法規定であった。

しかし、その後に更なる改正——とりわけ 1933 年改正——を経たドイツやオーストリアなどの経過を見るなら、現行刑法 247 条にある「図利加害目的」は、今日、ほとんど要件としての意味をなさず⁵⁾、むしろ、その要件としての機能は、本罪の「結果」である「財産上の損害」や、その実行行為としての——「財産上の損害」をもたらす「(実質的で)許されない危険」を孕んだ——「任務違背」といった要件に解消されつつあるように思われる。

現に、わが国の戦前の刑法改正予備草案でも、その 347 条は、「他人の為其の財産の処理をする者其の権原を濫用し本人に損害を生ぜしめたるときは、5 年以下の懲役若しくは禁錮又は 2000 円以下の罰金に処す」とし、背任罪から「図利加害目的」を削除していた⁶⁾。

このことは、以下で示すように、「加害目的」については積極的な動機に限定されず、かつ、「図利目的」については「自己保身目的」でもよいとすることで、わが国の判例の発展経過によっても裏付けられるものである。

1 以下、「図利目的」と表記する。

2 以下、「加害目的」と表記し、双方の目的をまとめて「図利加害目的」と表記する。

3 以下、「任務違背」と表記する。

4 以下、「財産上の損害」と表記する。

5 現行法制定直後においても、たとえば大場茂馬は、「余はわが刑法の規定も、多数の立法例の如く単に故意あるを以て足るものにして、特別なる動機は必要ならずと解せんと欲す。即ち自己又は第三者の利益と為ることを知り又は本人の損害と為ることを知りて任務に背きたる行為を為し、本人の財産上に損害を及ぼしたるときは之を以て自己又は第三者の利益を図り又は本人に損害を加ふる目的を以て其任務に背きたる行為を為し、本人に財産上の損害を加えたるものと解釈せんと欲す。」とし、ただ、ここでは「必定の故意」を要し「不定の故意」では足りないとするだけであると述べている。大場茂馬『刑法各論上巻』(三書樓, 1909 年) 517 頁以下参照。要するに大場は、「図利加害目的」は、「意図」だけではなく、「確定的認識」でも足りるとする見解なのである。なお、表記は現代風に改めた。

6 刑法改正予備草案 347 条については、牧野英一『重訂日本刑法各論下巻』(有斐閣, 1938 年) 424 頁参照。なお、表記は現代風に改めた。

以下では、このことを、具体的な根拠を挙げて明らかにする。

2. 現行法における背任罪の提案理由とその沿革

(1) 背任罪規定の提案理由

現行法となった明治40年刑法改正案の提案理由には、背任罪の提案理由が、以下のよう
に述べられている。すなわち、「第247条は新たに設けたる規定なり。他人の為めその事務
を処理する者、私利を営み其他委託せられたる任務に背きたる行為を為し、本人に損害を蒙
らしむること近時頻繁に見る実例なり。此等の場合に於ては理論上民事訴訟に依り損害賠
償を求むる途なきにあらずと雖も其結果は所謂理に勝て非に落つるの実益なき成績を見る
こと多く事実救済の途なきと同一に帰す。而も其行為の公益を害すること敢て本章⁷及び次
章⁸に於て規定する罪に譲らず。故に、本法は本条の規定を設けて其弊を防止せんことを企
画せり。」⁹と。

この背任罪規定は、明治34年の改正草案に初めて現れたもので、明治33年までの諸草
案にはなかった。その提案理由は現行法247条のそれとほぼ同じであるが、規定は少し異
なっており、明治34年および35年草案では「本人に害を加え又は自己若しくは第三者の
利益を図る目的を以て」（明治34年草案282条、明治35年草案281条）¹⁰とされており、
「加害目的」が先に置かれている。

(2) 「図利目的」と「加害目的」の関係

「加害目的」が前置されていることには理由がある。背任罪規定において参照された外国
刑法には、1871年ドイツ刑法典（266条）も挙げられているが¹¹、それよりも、オーストリ

⁷ 詐欺、恐喝の罪の章。

⁸ 横領の罪の章。

⁹ 倉富勇三郎他監修、松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』（信山社、1990年）（＝倉富
他監修）2212頁、田中正身『改正刑法釋義下巻』（西東書房、1908年、〔復刻版〕信山
社、1994年）（＝田中『釋義下』）1340頁参照。表記は現代風に改めた。

¹⁰ 各草案については、倉富他監修201頁、475頁参照。明治35年草案の提案理由につい
ては、内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編『刑法〔明治40年〕（4）日本立法史資料全集
24』（信山社、1995年）149頁参照。

¹¹ 1871年のドイツ刑法266条は、以下のような規定であった。なお、訳文については、
上嶋一高『背任罪理解の再構成』（成文堂、1997年）（＝上嶋『再構成』）30頁以下を参照
した。

「次の各号に定める者は、背任の罪として軽懲役に処する。市民権の喪失を併科すること
ができる。

一 意図的に、その管理を委託された人又は物に損害が生じるようにふるまった後見
人、監護人、財産保護人、係争物件保管人、財産管理人、遺言執行人及び財団管理人、

二 委任者の債権その他の資産を意図的にその者に損害が生じるように処分した代理
人、

三 委託された業務を行う際に、担当する業務について意図的に損害を引き起こした土
地測量人、競売人、仲立人、貨物認証人、役務給付人、秤量人、測量人、商品検査人、荷

ア刑法典草案(284条)のほうが、内容・形式ともより近似したものである。そこでは、「何人たりとも其管理に付せられたる他人の財産権を故意に其の損害に放任したる者は破信の罪あるものとして禁錮又は千フロリン以下の罰金を以て処刑せらるるものとす。但便宜又は其他の必要なる原因より正当に之をなし得べきことを信ずるに足る事情の存するにありて之をなしたるときは此の限りにあらず。ノ自己の利益のため破信の罪を犯したるときは5年以下の禁固に処し且之れと共に領得したる利益の二倍以下の罰金を科するを得るものとす。」という訳文が記録されている¹²。

ここに示した1871年ドイツ刑法典の266条やオーストリア刑法典草案の284条では、背任罪は、器物損壊罪と同じく、総じて加害の意図ないし認識を要する「加害罪」であり、「図利目的」はその加重処罰要素にすぎなかった。これに対して、明治34年および35年

降人、荷積人及びその他公権力によりその営業の遂行を義務づけられている者。

2. 自己若しくは第三者に財産上の利益を得させる目的で背任をした者は、刑懲役のほか、1000ターレル以下の罰金に処することができる。」その原文は、次のものである。

Wegen Untreue werden mit Gefängniß, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft:

1. **Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachtheile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;**
2. **Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachtheile desselben verfügen;**
3. **Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachtheiligen, deren Geschäfte sie besorgen.**

Wird die Untreue begangen, um sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, so kann neben der Gefängnißstrafe auf Geldstrafe bis zu Eintausend Thalern erkannt werden.

¹² 参照されたオーストリア刑法草案については、田中『釋義下』1335頁参照。訳出されたこの草案が何年度のものであるかは不明であるが、少なくとも当時の第6草案以後のものと思われる。というのも、後述するように、第5草案までは「意図的に」

(absichtlich)とされていた文言は、第6草案以降は「認識して」(wissentlich)に置き換えられているからである。Vgl. *B. Freudenthal, Die Untreue, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil (=Freudenthal, VDB), VIII. Band, 1906, S.131.* なお、現行オーストリア刑法典では、背任罪は153条に規定されており、その内容は、現行ドイツ刑法とほぼ同じである。それは以下のように規定されている。

(1) **Wer seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch den anderen am Vermögen schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.**

(2) **Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.**

(3) **Wer durch die Tat einen 5,000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen 300,000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.**

草案の背任罪規定は、「加害目的」を先に置いてはいるが、「加害目的」と「図利目的」を択一的に規定している。これは、「図利目的」がある場合には「加害」については——未必の故意を含む——通常の故意で足りるとすることで、後に述べるドイツの刑法改正作業で指摘されていた、「図利目的」があるのに「加害目的」がない場合は不処罰となるという矛盾を避けようとしたものと思われる¹³。つまり、これによって、日本の立法者は、少なくとも「図利目的」がある場合には、「加害」につき単なる故意で足りるとしたのである。

その後、明治 35 年草案を審議した明治 35 年の第 16 回貴族院特別委員会の議事録によれば、菊池武夫委員から図利目的があれば加害目的を必然的に伴うので「本人に害を加え又は」は削除すべきだとする修正案が出されたが、政府委員の古賀廉造、石渡敏一から、番頭が主人に怨みがあって損害を加える場合が把握できなくなると反論されて終わっている¹⁴。

ここで注目されるのは、菊池委員の提案が「図利目的」を第一とするものであったことである。おそらく、この段階では、領得罪である窃盗罪や利得罪である詐欺罪と同じく、背任罪も第一に——他人の財産から不当な利益を得ることを動機とする——「利欲犯」であるとする理解が一般化していたのであろう。これが、明治 40 年改正草案において「図利目的」が先に置かれることとなった理由であると思われる。

(3) ドイツ刑法およびオーストリア刑法における「図利加害目的」

ところが、1871 年のドイツ刑法典 266 条にいう「意図的に」すなわち *absichtlich* については、当時の判例および通説は、これを——未必の故意を含む——単なる「故意」(*vorsätzlich*) の意味で理解していた。その理由は、一方において、ドイツ統一刑法典制定前の領邦刑法では、単なる故意としていたもの(チューリンゲン、ハンブルク)や「認識」(*wissentlich*) としていたもの(バイエルン 1861 年刑法典)、「意図」(*absichtlich*) としていたもの(ハノーファー)に分かれており、立法理由でも *absichtlich* を *vorsätzlich* に置き換えることに反対する論拠は見当たらないことと、他方において、加害目的につき文字通り「意図」を要求するなら、加害と図利を同時に意図する場合はめったになく、第 2 項で罰金が併科される加重類型を置く実際の意味がなくなり、また、図利目的はあるが加害の点では単なる故意しかない者が不処罰となるという不合理が挙げられている¹⁵。

オーストリア刑法の改正作業においても、類似の事情が見受けられる。すなわち、当時の刑法改正作業では、第 5 草案までは「意図的に」(*absichtlich*) とされていた文言が、第 6

¹³ ドイツ刑法においてこの矛盾のゆえに「意図的に」(*absichtlich*) という要件が判例・通説によって「故意に」(*vorsätzlich*) の意味で解釈されるようになったことは、*Freudenthal, VDB, VIII. Band, 1906, S.117* が指摘している。

¹⁴ 倉富他監修 1197 頁以下参照。

¹⁵ 以上の点につき、次の文献を参照。*Freudenthal, VDB, S.117*。なお、通説に反対して「確定的故意」を要求するフランクも、「意図」と解すると第 2 項の解釈に矛盾が生じることは認めているようである。Vgl. *R. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, S.606f.*

草案以降は「認識して」(wissentlich)に置き換えられているからである¹⁶。ここでは、立法作業の過程で、「加害」につき文字通り「意図」を要求することの不合理が意識されたものと思われる。

その後、ドイツ刑法でも、1933年5月26日改正により、「意図的に」(absichtlich)は「故意で」(vorsätzlich)に置き換えられた¹⁷。同時に、第2項の加重規定からは「図利目的」が削除され、一般的な情状加重に変えられている。それは、ほぼそのまま、戦後の背任罪規定に引き継がれている¹⁸。また、オーストリア刑法でも、現行背任罪規定はドイツのそれとほぼ同じである¹⁹。

その結果として、わが刑法の247条にある背任罪規定は、その文言においては、「図利」と「加害」のいずれかの「目的」を要する点で、ドイツやオーストリアの背任罪より狭い規定となってしまった。しかし、以下で述べるように、その「狭さ」は、判例においては、「図利加害目的」に関する様々な解釈技術により「拡張」されている。しかし、同時に注目すべきことは、この「拡張」の行き過ぎを補うように、「財産上の損害」および「任務違背」の要件が実質化されていることである。

¹⁶ Vgl. *Freudenthal*, VDB, VIII. Band, S.131. 田中『釋義下』1335頁にあるオーストリア刑法典草案の翻訳では、この *wissentlich* が「故意に」と訳された可能性がある。

¹⁷ この1933年改正は、カズイスティックに行為主体を列挙したものを「権限濫用構成要件」と「背信構成要件」に分けて一般化したもので、これまでの研究では、この点のほうが「図利加害目的」削除よりも注目されていた。1933年改正266条の原文は、以下の通りである。

(1) Wer vorsätzlich die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird wegen Untreue mit Gefängnis und mit Geldstrafe bestraft. Daneben kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

(2) In besonders schweren Fällen tritt an die Stelle der Gefängnisstrafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt insbesondere dann vor, wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt oder einen anderen besonders großen Schaden zur Folge gehabt oder der Täter besonders arglistig gehandelt hat.

¹⁸ 現行ドイツ刑法266条の原文は、以下の通りである。付言すれば、ドイツ刑法には背任罪の未遂処罰規定はない。

(1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a und 263 Abs. 3 gelten entsprechend.

¹⁹ その条文は、前掲注12に示してある。

3. 背任罪の各要件の関係

(1) 「結果犯」としての背任罪

そこで、「図利加害目的」と「任務違背」および「財産上の損害」との関係を変更してまとめてみると、次のようになるであろう。

すなわち、背任罪は、他人から財産の事務処理を任された人物が、その財産事務処理上の任務に違背して、任された事務の主体である本人に財産上の損害を加えたことをその成立要件とする「結果犯」である。ここで背任罪の主体が有する「任務」とは、実質的には、——得べかりし利益の確保も含めて——本人に財産上の損害を加えないという財産擁護の任務²⁰である。そして、この任務の違背は、ちょうど殺人罪における「実行行為」ないし「実行の着手」が「殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められる²¹」行為であるように、「財産上の損害に至る客観的な危険性が明らかに認められる」行為を意味する。言い換えれば、「任務違背」とは、本人に「財産上の損害」を加える「実質的で許されない危険²²」を持つ行為である。これを裏返していえば、いわゆる「冒険的取引」などのリスクを冒してでも利益を追求する取引を任務とする場合には、財産上の損害を生じる可能性はあるが、それが「許された危険」ととどまるときは、そのような危険を冒しても「任務違背」ではない²³。

(2) 「総合判断」ないし「長期的判断」としての「財産上の損害」

ここにいう「財産上の損害」の意味も、とりわけ継続的取引関係にある者との間では、一回限りの取引で判断するのではなく、総合的・長期的な視野で判断すべきものである。

商人には、伝統的に「損して得取れ」という格言がある。言うまでもなく、これは「一時的には損をしても、将来的に大きな利益になって返ってくるように考えよ」ということである。つまり、『財産上の損害』は、一回ごとの取引の損得ではなく、長期的な利害得失を考慮して判断されるべきもの²⁴である。したがって、とりわけ会社経営者に対

²⁰ これは、現行ドイツ刑法 266 条にいう「財産擁護義務」(Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen) に相当する。同旨、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(2)」阪大法学 59 卷 2 号(2009 年) 308 頁以下。

²¹ 最決平成 16・3・22 刑集 58 卷 3 号 187 頁参照。

²² 平野龍一『刑法総論 I』(有斐閣, 1972 年) 193 頁が、過失犯に関して述べた公式である。実は、背任罪にも、このような形で、過失犯に似た「客観的帰属」の考え方(「許されない危険」の創出とその結果への実現、結果が違反した規範の保護目的の範囲内にあること)が妥当するのである。

²³ すでに団藤重光『刑法綱要各論[第 3 版]』(創文社, 1990 年)(=団藤・各論) 657 頁は、「取引上許される限度で危険をおかし——ばあいによっては損害発生への認容があることさえもあろう——そのために本人に財産上の損害を加えることになっても、それは任務に背いたとはいえない」と述べていた。同旨、牧野英一『刑法各論・下巻』(1951 年) 751 頁。

²⁴ 松宮孝明「経営判断と背任罪」立命館法学 307 号(2006 年)(=松宮「経営判断」) 671 頁。

して、一時的に損をする取引をしたことをもって背任罪に問擬するようなことがあってはならない。ゆえに、「実質的で許されない危険」の対象は、このような総合的・長期的視野で判断された「財産上の損害」である。

(3) 「任務違背」の実質的な理解と「任務違背」の故意

その結果として、「任務違背」もまた、このような総合的・長期的視野で判断された「財産上の損害」を生じる「実質的で許されない危険」を持った行為ということになる。上嶋一高は、これにつき、「本人にとって実質的に不利益かどうかの判断は、……本人にとって生じる財産的利益・不利益、非財産的利益・不利益を総合して行われるということを認めるとすれば、総合的に見て本人に不利益が生じないのであれば任務違背にはあたらない²⁵⁾」と述べている。そこで、最終的に、「任務違背とは、このような『財産上の損害』をもたらす『許されない危険』をもった行為だと理解されることになり、任務違背と財産損害との関係を（許されない）原因と結果との関係として、首尾一貫して理解することが可能と²⁶⁾」なる。後述する裁判例²⁷⁾において、一般的にはその適用が是認された「経営判断の原則」も、「許された危険」の考え方の応用場面のひとつと考えることができよう。

加えて、背任罪の故意の内容である「任務違背の認識」も、このような内容の「財産上の損害」をもたらす「許されない危険」をもった行為であることの認識を意味することになる。そして、「任務違背」とその故意のこのような実質的な理解は、後述するように、まさにわが国の判例が志向してきたものなのである²⁸⁾。

(4) 「図利加害目的²⁹⁾」の役割

²⁵⁾ 上嶋『再構成』269頁。

²⁶⁾ 松宮「経営判断」671頁。

²⁷⁾ 最決平成21・11・9刑集63巻9号1117頁。民事において「経営判断の原則」を用いて取締役の善管注意義務違反を否定した裁判例として、最判平成22・7・15判時2091号90頁。

²⁸⁾ 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（1）」阪大法学59巻1号（2009年）129頁は、「判例もまた、実質的な判断を行うことははっきりしている」と述べる。また、山口厚『問題探究刑法各論』（有斐閣，1999年）（山口『探究各論』）203頁以下も、任務違背は、単なる内規違反といったものとして形式的に捉えられるべきではなく、「本人にとって実質的に不利益な行為」かどうかという実質的基準によって判断されなければならないと述べている。これに対し、伊藤栄樹＝小野慶二＝荘子邦雄編『注釈特別刑法第5巻経済法編1』（立花書房，1986年）133頁〔伊藤栄樹〕は、商法旧486条の特別背任罪に関して、「実質的にみて会社の不利益となるかどうかは、本条の構成要件中加害目的ないしは会社に財産上の損害を加えるとの点で評価されるべきものであり、法令、定款、内規等に違反したときは、ただちに任務違背ありとみることに何の不都合もない」とする。しかし、それでは背任未遂罪の成立する余地が残る。加えて、法令、定款、内規等がすべて会社の財産上の損害を防止する趣旨のものに限られるわけではなく、単にその違反に「任務違背」を事実上推定する効果があるにすぎない。

²⁹⁾ 「図利加害目的」の意味を巡るわが国の学説については、上嶋『再構成』255頁以下参

「財産上の損害」および「任務違背」の要件をこのように実質化し、これについての故意³⁰を要求すれば、「図利加害目的」に残される機能は、ほとんどない。事実、団藤重光は、「取引上許される限度で危険をおかし——ばあいによっては損害発生の認容があることさえもあろう——そのために本人に財産上の損害を加えることになっても、それは任務に背いたとはいえない」という見解に続けて、「これは、前段に述べた動機³¹の点で解決されることが多いであろうが、同時に、客観的な構成要件要素の問題でもある。³²」と述べている³³。これは、「任務違背」を実質的に定義するなら、「図利加害目的」要件は不要になることを示唆したものといえる。これを言い換えれば、「図利加害目的」要件は、「任務違背」が形式的に定義されている限りで、背任罪の不当な拡大を何らかの形で抑制するものとしてのみ、意味を持っていたということである。そこで、山口厚も、「結局、そうなると図利・加害目的は、それ自体としては実は不要な要件であると解されることになるのではないかが問題となる³⁴」と述べるに至る。

ただ、明文の要件を無視するのは、解釈論ではない。ゆえに、上掲は、これをして、問題となる「本人に実質的に不利益な行為」を行うことが「許されるか」という点についての違法性の錯誤の不可罰性を規定したものと解する³⁵。しかし、これでは、故意には違法性の認識は不要であると解されている刑法 38 条 3 項が、背任罪にのみ妥当しないことになる。そうではなくて、「図利加害目的」の実質的な必要性は、「任務違背」を実質的に理解する限り、すでに失われている。そこで、山口は、本人に対して実質的に利益となる行為であっても、形式的に「任務違背性」がある場合を認め、「本人に対する不利益性が否定されることにより信任関係を侵害する行為でなくなることを「違法性阻却事由」と捉え、「本人に対する利益性を意図・認識していた場合には、本人に対する実質的不利益性の認識がなく、信任関

照。

³⁰ この場合、「任務違背」の故意には「財産上の損害」の「実質的で許されない危険」の認識が含まれるので、あらためて「財産上の損害」の故意を要求する必要はない。

³¹ 「図利加害目的」の意味である。

³² 団藤・各論 657 頁。

³³ また、「図利加害目的」を否定して背任罪の成立を否定したようにみえる下級審判例も、実質的にみれば、「任務違背」またはその故意を否定した結果として「図利加害目的」を否定したものである。たとえば、大阪高判平成 14・12・25<LEX/DB28085367>は、公訴事実となった各融資行為が原因で銀行が破たんしたとは認められず、また、「本件各融資時点において、a 銀行が実質破綻であったという所論は採用できない」、「ここでも回収の危険性や被告人兩名の認識が原判決が説示する程度を超えていたとの証拠はない」、「被告人兩名において b 銀行の早期破綻を予期できたとは認められない」、「本件各融資が単なる一時的な延命策であったというデメリットがあったとはいえない」などと述べて、「許されない危険行為」である「任務違背」そのもの、およびその「故意」が認められないがゆえに「報酬維持や責任追及の回避を主目的として本件各融資を実行したとは認められない」と推論している。

³⁴ 山口『探究各論』204 頁。

³⁵ 上掲『再構成』270 頁以下参照。

係の侵害についての故意責任の欠如の観点から、犯罪の成立が否定される」と解する³⁶。

しかし、そうなると、「任務違背」について再び形式的理解に戻ることとなり、「財産上の損害」という結果発生の実質的で許されない危険を惹き起こす行為としての「実行行為」に繋がらない。それどころか、「本人に対する不利益性が否定される任務違背」があることになり、「許されない危険のない行為に危険実現を認める」という矛盾を犯すことになる。また、とりわけ「経営判断の法理³⁷」が背任罪においても適用の余地のあることが最高裁において認められたことの意義を失わせることにもなりかねない。

そうではなくて、すでに示唆したように、判例は、「図利加害目的」要件を拡大解釈することによって、実質的にはこの要件を有名無実化する途を進んでいるのである。以下では、判例のこの傾向を例証する。

4. 「財産上の損害」

(1) 差し引き総額におけるマイナスとしての「財産上の損害」

「財産上の損害」があるとするためには、差し引き総額におけるマイナスが必要であるとする見解が判例・通説である。たとえば、昭和28年3月13日の最高裁判決³⁸は、被告人ら5名が共謀の上、食糧営団職員の生活資金として支給する目的で、同営団の理事長であった被告人Aがその任務に背いて、銀行に預けていた国庫に納入すべき預金の払戻を受けた上、各出張所長等に交付して右営団に損害を与えるなどしたとされた公訴事実に対して、右金員の支給が、実質上年末賞与たる性質を有し、営団として当然支出すべき費用に属するものであるかどうかは本件背任罪の成否に影響を及ぼすこと勿論であり、食糧営団の役員が国庫に納付すべき利益金をその任務に背いて営団職員の生活資金として交付したからといって、右出捐が営団として当然なすべき出捐である場合には、営団に損害を与えたものと速断することはできない等と述べ、有罪の原判決を破棄して差し戻したものである。ここでは、当然出捐すべき金額は差し引いて、「財産上の損害」を確定することが求められている。

もちろん、その際には、不良貸付等による不良債権獲得のように、経済的にみて不利益が生じている場合にも、「財産上の損害」は認められる³⁹。

(2) 「財産上の損害」の総合判断

³⁶ 山口『探究各論』204頁以下参照。

³⁷ わが国では「経営判断の法理」は、判断時の状況を前提とし、関連業界の通常の経営者を基準として、判断の前提たる事実認識を不注意で誤ったか、あるいは、事実に基づく判断が著しく不合理であった場合でなければ、取締役の善管注意義務違反を認めない、という法理として一般化されているという。

³⁸ 最判昭和28・2・13刑集7巻2号218頁。

³⁹ 最判昭和37・2・13刑集16巻2号68頁および最判昭和38・3・28刑集17巻2号166頁は、これを「実害発生危険を生じさせた場合」とするが、最決昭和58・5・24刑集37巻4号437頁や最決平成8・2・6刑集50巻2号129頁は、債権の市場価値を重視する「経済的財産概念」に依拠する。しかし、結論的には同じである。

この点で注目されるのは、「北國銀行事件」に関する平成 16 年 9 月 10 日の最高裁判決⁴⁰である。そこでは、保証条件に違反があるため支払う必要がない可能性のある債務を代位弁済した信用保証協会理事らの行為に関して、次のような判断が示されている。すなわち、「協会としては、(ア) 本件代位弁済に応ずることにより、北國銀行の負担金の拋出を受け、今後の基本財産増強計画を円滑に進めるべきか、それとも、(イ) 北國銀行からの負担金を断念しても、本件代位弁済を拒否すべきか、両者の利害得失を慎重に総合検討して、態度を決定すべき立場にある。上記 (ア) の立場を採ったとしても、負担金の拋出を受けることと切り離し、本件代位弁済をすることが、直ちに協会役員らの任務に背く行為に当たると速断することは、できないはずである。」と。

この判示は、直接には「任務違背」に関して、(ア) と (イ) のいずれの立場も選択可能とすることで、後述する「経営判断の原則」を実質的に考慮したものである。しかし、その判断の前提は、「本件代位弁済に応ずることにより、北國銀行の負担金の拋出を受け、今後の基本財産増強計画を円滑に進める」ことと「北國銀行からの負担金を断念しても、本件代位弁済を拒否す」こと⁴¹と「の利害得失を慎重に総合検討」した結果、いずれの立場を採ったとしても、それは実質的に信用保証協会の「財産上の損害」にならないことにある。なぜなら、「代位弁済」をすれば、「北國銀行の負担金の拋出」を円滑に受けられるからである。ここでは、「代位弁済」による利害得失は、「北國銀行の負担金の拋出」を円滑に受けられることと合わせて判断されていることが注目される。つまり、この判決では、すでに「財産上の損害」それ自体が、——とりわけ継続的取引関係が続くことから——それと関連する取引を総合して判断されているのである。これは、まさに、「損して得取れ」という思想の現れであろう。

5. 「任務違背」

(1) 本人に「財産上の損害」を加えないために課されている任務の違背

昭和 60 年 4 月 3 日の最高裁決定⁴²は、「本件の事実関係のもとにおいては、信用組合の専務理事である被告人が自ら所管する本件貸付事務について、貸付金の回収が危ぶまれる状態にあることを熟知しながら、無担保であるいは十分な担保を徴することなく貸付を実行する手続をとった以上、それが決裁権を有する組合理事長の決定・指示によるものであり、被告人が右貸付について組合理事長に対し反対あるいは消極的意見を具申した事情が存するとしても、所論のように任務違背がないとはいえないと解すべきであって、これと同趣旨に帰する原判断は正当として是認することができる。」という判断を示している。つまり、決裁権を有する上司の指示であっても、部下に対して、本人に「財産上の損害」を加えない

⁴⁰ 最判平成 16・9・10 刑集 58 巻 6 号 524 頁。

⁴¹ ここでは、代位弁済を拒否することが訴訟になった場合の敗訴リスクも考慮されている。

⁴² 最決昭和 60・4・3 刑集 39 巻 3 号 131 頁。

ための任務は解除されないのである。この意味でも、「任務違背」は実質化される。

(2) 「経営判断の原則」

さらに、前述のように、「北國銀行事件」に関する最高裁判決⁴³は、「協会としては、(ア) 本件代位弁済に応ずることにより、北國銀行の負担金の拋出を受け、今後の基本財産増強計画を円滑に進めるべきか、それとも、(イ) 北國銀行からの負担金を断念しても、本件代位弁済を拒否すべきか、両者の利害得失を慎重に総合検討して、態度を決定すべき立場にある。上記(ア)の立場を採ったとしても、負担金の拋出を受けることと切り離し、本件代位弁済をすることが、直ちに協会役員らの任務に背く行為に当たると速断することは、できないはずである。」と述べて、総合的・長期的判断により「任務違背」が否定される余地を示した。しかも、ここでは、(ア)と(イ)のいずれの立場を採ったとしても「任務違背」には当たらない可能性を示唆することで、経営者に判断の幅を認めているのである。これは、まさに、「経営判断の原則」の適用を示唆したものである⁴⁴。

その後、最高裁は、平成21年11月9日の決定⁴⁵において、一般論として「任務違背」の判断に「経営判断の原則」が考慮される余地を認めた。そこでは、「銀行の取締役が負うべき注意義務については、一般の株式会社取締役と同様に、受任者の善管注意義務（民法644条）及び忠実義務（平成17年法律第87号による改正前の商法254条の3、会社法355条）を基本としつつも、いわゆる経営判断の原則が適用される余地がある。」と述べられたのである。

さらに、民事では、平成22年7月15日の判決⁴⁶が、「前記事実関係によれば、本件取引は、AをBに合併して不動産賃貸管理等の事業を担わせるという参加人のグループの事業再編計画の一環として、Aを参加人の完全子会社とする目的で行われたものであるところ、このような事業再編計画の策定は、完全子会社とすることのメリットの評価を含め、将来予測にわたる経営上の専門的判断にゆだねられていると解される。そして、この場合における株式取得の方法や価格についても、取締役において、株式の評価額のほか、取得の必要性、参加人の財務上の負担、株式の取得を円滑に進める必要性の程度等をも総合考慮して決定することができ、その決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反するものではないと解すべきである。」と判示して、取締役の善管注意義務違反を否定した。

⁴³ 前掲最判平成16・9・10。

⁴⁴ 上嶋一高「銀行頭取による信用保証協会に対する背任罪の成否」ジュリスト1291号（2005年）174頁は、「本判決は、本件代位弁済が負担金拋出との関係で任務違背となることが否定され得ることを示唆しており、最高裁が、背任罪における任務違背の存否を、法令・定款・内規違反の存否という形式的な判断によってではなく、利益・不利益の総合的な考慮に基づく実質的な判断によって決すべきであるとする立場をとることが基礎となっている」と指摘する。

⁴⁵ 前掲最決平成21・11・9。

⁴⁶ 前掲最判平成22・7・15。

この判決については、「本判決は、最高裁が、民事事件において初めて、取締役の経営判断について善管注意義務違反があったか否かを裁判所が審査する際の基準として、いわゆる経営判断原則を明確に位置づけた判決である⁴⁷⁾」という評価が一般的である。そして、この「経営判断の原則」は、背任罪において「許された危険」の範囲を画するものである⁴⁸⁾。ゆえに、「任務違背」は、本人に財産上の損害を与える「(実質的で)許されない危険」をもった行為でなければならないという考え方は、最高裁を中心とする判例においてすでに確立されていると考えてよい。

(3) 調査・検討義務違反と「任務違背」および「財産上の損害」の関係

「財産上の損害」と「任務違背」に関して残された問題に、両者の関係、それも因果関係ないし客観的帰属関係がある。ここでは、「任務違背」において重視される経営者らの——取引のリスクとベネフィットに関する——調査・検討義務の違反が問題となる。具体的には、「被告人らは調査・検討を怠っているので、その調査・検討を行っていればどのような経営判断に達したかを判断するまでもなく、被告人らに任務違背が認められる⁴⁹⁾」と断じてよいかが問われるのである。

ここで調査・検討義務違反は「任務違背」を構成すると解しても、仮に調査・検討義務を尽くしていても同じ取引をしたであろうという場合には、結局、「財産上の損害」は回避できない。したがって、この場合の「財産上の損害」は「任務違背」と因果関係がない、あるいは「任務違背」の有する「許されない危険」が結果に現実化したものとはいえないと考えられる⁵⁰⁾。

もっとも、わが国の背任罪には未遂処罰規定があるので、この場合でも、「任務違背」による実行の着手が認められ、背任罪の未遂は成立し得ることになるだろう。

⁴⁷⁾ 吉原和志「取締役の注意義務と経営判断原則」『会社法判例百選[第2版]』(有斐閣、2011年)108頁。なお、吉原は、これに続けて、「経営判断原則(business judgment rule)とは、19世紀以来、アメリカにおいて判例法理として生成・発展してきた原則であり、取締役の経営判断が会社に損害をもたらす結果を生じたとしても、当該判断がその誠実性・合理性をある程度確保する一定の要件の下に行われた場合には、裁判所が判断の当否につき事後的に介入し注意義務違反として取締役の責任を直ちに問うべきではないという考え方をいう。企業経営には常にリスクがともない、リスクを冒すことなしには企業の成功や成長もありえないから、結果論的な評価による責任の脅威によって企業経営を萎縮させないよう、取締役には相当な裁量の幅を確保する必要がある」と述べている。

⁴⁸⁾ ドイツにおける背任罪の「財産擁護義務違反」の判断に際しても、「経営判断(Entscheidung des Geschäftsherrn)の原則」は、「許された危険」の範囲を画するものとされている。Vgl. B. Schünemann, StGB Leipziger Großkommentar (=LK), 11. Aufl. 1998, §266 Rn. 96.

⁴⁹⁾ 大阪高判平成17・4・28高刑速(平17)号257頁等。

⁵⁰⁾ 松宮「経営判断」678頁では「結果的に破綻したことをして任務違背を認めるような論理は避けるべきである」と述べたが、より正確には、因果関係ないし客観的帰属関係が欠けると考えるべきであろう。

6. 「図利加害目的」

(1) 財産上の利益と「図利」

判例は古くから、「図利目的」にいう「利益」は財産上の利益に限られないという立場を示してきた。たとえば、大正3年10月16日の大審院判決⁵¹は、「自己ノ利益ヲ図ル目的トハ身分上ノ利益其他総テ自己ノ利益ヲ図ル目的ナルヲ以テ足レリトシ必スシモ其財産上ノ利益ヲ図ル目的ナルコトヲ要セス」と判示している⁵²。

(2) 意欲ないし積極的認容としての「図利加害目的」？

昭和63年11月21日の最高裁決定⁵³は、「特別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であり、右事実関係のもとにおいては、被告人F及びY食品を利し同銀行を害する図利加害目的の存在を認めることができる」と述べている⁵⁴。もっとも、この決定では、「被告人Nが右任務違背行為に出たのは、同銀行の利益を図るためではなく、従前安易に行っていた過振りの実態が本店に発覚して自己の面目信用が失墜するのを防止するためであった」という事実が重視されている。そこで、「自己の面目信用が失墜するのを防止するため」を、後述する「自己保身の目的」と解するなら、「動機」としての自己図利目的は認められる事案であったといえよう。ただし、本決定は、「被告人F及びY食品を利し同銀行を害することを熟知しながら」という事実も重視しており、この点では「他人図利」と「本人加害」の確定的認識があった事例でもある。

(3) 本人図利目的による「図利加害目的」の否定？

大正3年10月16日の大審院判決⁵⁵は、取締役が蝸配当をしても、その目的が会社の利益を図るにあったとすれば、背任罪として処罰すべきではないと述べている。ただし、これには「自己若クハ第三者ノ利益ヲ図ル目的又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ニ出テサルトキハ」という条件が付いている。つまり、本判決は、「図利加害目的」がなければ背任罪は成立しないという当然のことを述べただけなのである。

したがって、本人のためであっても、同時に、主として他人の利益を図る目的であったと

⁵¹ 大判大正3・10・16刑録20輯1867頁。

⁵² これに対し、学説には、「図利加害」目的にいう利益・損害は財産上のものに限定されるとするものがある。「非財産的なそれをも含むものとするれば、かような目的を要件としたことは、構成要件としてまったく無意味になってしまう。」(団藤・各論655頁)ことを理由とする。

⁵³ 最決昭和63・11・21刑集42巻9号1251頁。

⁵⁴ これに対して、団藤・各論54頁は、「加害目的」を、特別の動機・目的とする。なお、「図利目的」がある場合には、加害については未必的な認識・予見で足りることは明らかである。松宮孝明『刑法講義各論[第4版]』(成文堂、2016年)301頁。同旨、団藤・各論656頁。

⁵⁵ 前掲大判大正3・10・16。

きは、なお、本罪は成立する。昭和7年9月12日の大審院判決⁵⁶は、銀行の取締役が主として株主に利益配当をするため回収不能の不良貸付金を欠損として計上せず、いわゆる蝸配当をしたときは、かたわら銀行の信用を維持するためであったとしても背任罪が成立するとし、昭和29年3月30日の最高裁判決⁵⁷は、「論旨援用の判例（大審院大正3年10月16日刑録20輯1867頁）は、『本人に損害を加えたる場合においても』『若しその目的にして本人の利益を図るに在りとすれば』背任罪は成立しないというのである。しかるに原判決は、被告人の『所論保障はその主要な目的が直接本人たるA銀行のためでなくして（A銀行の利益をも無視したものではないとしても）同被告人自己の責任である不当貸付の免責を図るがため』であったという事実を認めて、これを有罪としたのであるから、前記判例に反するところは少しもない。」と述べて、先の大正3年10月16日大審院判決の射程を限定している。さらに、昭和29年11月5日の最高裁判決⁵⁸は、組合の理事が、主として第三者の利益を図る目的で、その任務に背き不当な貸付をした場合は、背任罪を構成し、従として組合の利益を図る目的があったとしても、同罪の成否に影響がないとしている⁵⁹。

（4） 第三者の利得または本人への加害の認識としての「図利加害目的」

また、裁判例には、他人の利得の認識で「図利目的」を認定したものも見受けられる。たとえば、平成10年11月25日の最高裁決定⁶⁰は、「右資金の確保のために平和相互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太平洋クラブ、広洋及びサン・グリーン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。」と述べて、他人に利益を与えることになることの認識で特別背任罪における第三者図利目的を認めている。もっとも、本決定の認定事実を見る限り、ここにいう「認識」は、「未必的」なそれではなくて「確定的」なそれである。

また、平成17年10月7日の最高裁決定⁶¹は、被告人が本件融資を実行した動機は、A社の利益よりも自己や不動産業等を目的とするBの利益を図ることにあったと認められ、また、A社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たとして、ここでは、動機としての図利目的が疑いなく認められる事案について、加害目的は本人に損害を加えるこ

⁵⁶ 大判昭和7・9・12刑集11巻1317頁。

⁵⁷ 最判昭和29・3・30集刑93号1007頁。

⁵⁸ 最判昭和29・11・5刑集8巻11号1675頁。

⁵⁹ なお、学説には、「図利加害目的」は、「本人の利益を図る目的」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ものだとするものがかなりあるが、「従たる目的」としてなら「本人の利益を図る目的」があってもこの要件は充足されるのであるから、この表現では目的並存の場合におよそ背任罪が成立しないかのような誤解を招く虞がある。

⁶⁰ 最決平成10・11・25刑集52巻8号570頁。

⁶¹ 最決平成17・10・7刑集59巻8号779頁。

との認識、認容で足りるとされており、「財産上の損害」に関する単なる故意に解消されている。

下級審では、平成8年3月8日の大阪高裁判決⁶²が、F信組の理事長であった被告人につき、「本件背任における被告人の目的については、Kに利益を得させる目的が主要なものであり、F信組への加害目的は、これと表裏の関係をなすものとして認定されているに過ぎないものであって、Kに利益を得させる目的について、確定的認識あるいは意欲が認められる以上、F信組を害する結果になることについては、未必的認識があれば足り、確定的認識あるいは意欲までは要しないというべきである」と述べて、第三者であるKが利得する点につき「確定的認識あるいは意欲が認められる」だけで「図利加害目的」を認定している。

(5) 自己保身と「自己図利目的」

さらに、平成20年5月19日の最高裁決定⁶³は、背任罪の共犯者の故意に必要な正犯の「図利加害目的」の認識について、自己保身目的の認識でもよいという判断を示した。すなわち、本決定は、「本件融資の実行はEの経営破たんを当面回避させるものであり、それはDらが経営責任を追及される事態の発生を回避させるというDらの自己保身につながる状況にあったもので、被告人はDらが自己の利益を図る目的も有していたことを認識していた」ことを理由として、被告人に背任罪の共同正犯を認めたのである⁶⁴。

この点については、被告人が公務員であっても事情は異ならない。元副知事が被告人となった平成17年7月12日の高松高裁判決⁶⁵では、「このような責任追及等を回避することは、被告人らにとって、県庁における幹部職員としての地位や役割等に影響を与えかねない要因を事前に除去しておくという意味で、自己の利益に当たることは明らかであるから、自己の利益を図る目的を有していたと認めるのが相当であり、同時に、県に損害を加える目的を有していたと認めることができる。」と判示している。ここでは、「責任追及等の回避」すなわち「自己保身」が「自己図利目的」の内容とされている。また、「県に損害を加える目的」は、県に損害が発生することの認識によって認定されている。

(6) 小 括

以上をまとめれば、「図利加害目的」に関する現在の判例は、追求される利益を「財産上のもの」に限定せず、その心理状態は意欲ないし積極的認容であることを要せず、本人図利目的も従たるものと認定されれば「図利加害目的」を排除せず、他人の利得ないし本人への加害については「認識」でも足り、最後に「自己図利目的」は「自己保身の目的」でもよい

⁶² 大阪高判平成8・3・8判時1590号149頁。

⁶³ 最決平成20・5・19刑集62巻6号1623頁。

⁶⁴ もっとも、この決定の射程は、一般的な給与や昇進のためという「自己保身」目的ではなく、「経営責任を追及される事態の発生」が具体的にあり得る事態における「自己保身」目的のある事例に限られる。

⁶⁵ 高松高判平成17・7・12高刑集58巻3号5頁。

としているのである。

とくに、最後の「自己保身の目的」の影響は甚大である。というのも、人が働く際には、それが「財産上のもの」に限られなければ、純粋な滅私奉公でない限り、何らかの意味での「自己図利目的」は認められると解されるからである。したがって、ここに至り、判例は「図利加害目的」要件の意味をほとんど有名無実化させてしまったといえるであろう。

7. 結論

以上の検討から明らかになったことは、以下のものである。

(1) 背任罪における「図利加害目的」は、「財産上の損害」を総合的・長期的に判断し、「任務違背」をこの意味での「財産上の損害」を発生させる「実質的で許されない危険」を持った行為として実質的に把握するなら、不要となる要件である。

(2) 事実、現行刑法 247 条が範としたドイツ刑法やオーストリア刑法は、その後その方向で発展し、現在では「図利加害目的」を持っていない。あわせて、日本の刑法改正作業でも、戦前の刑法改正予備草案では、「図利加害目的」が削除されていたのである。

(3) 判例は、この「図利加害目的」につき、追求される利益を「財産上のもの」に限定せず、その心理状態は意欲ないし積極的認容であることを要せず、本人図利目的も従たるものと認定されれば「図利加害目的」を排除せず、他人の利得ないし本人への加害については「認識」でも足り、最後に「自己図利目的」は「自己保身の目的」でもよいとすることで、事実上、背任罪の要件としては有名無実化している。

(4) この「図利加害目的」よる背任罪限定機能を代わりに引き受けているのは、(1)に示した——実質化された——「財産上の損害」と「任務違背」の要件である。とりわけ、リスクを伴う取引に直面する経営者にとっては、ここに「経営判断の原則」が妥当することの意義は大きい。

(5) 他方で、そのようなリスクに直面しない財産管理者には、もちろん、「経営判断の原則」は妥当しない。この場合には、何らかの意味で「自己又は他人の利益」になることを「認識」しつつ本人にとってマイナスとなる不等価交換をすれば、「任務違背」とその危険の実現である「財産上の損害」の発生が認められる。また、これらにつき通常の意味での故意があれば、背任罪の成立は妨げられない。さらに、このような意味での「自己又は他人の利益」になることの「認識」がない場合でも、本人に「財産上の損害」を加えることについての「確定的認識⁶⁶」があれば、背任罪は成立する。

⁶⁶ この「確定的認識」の意味について、若干の補足をする。これについては、従来の通説的理解には問題がある。というのも、「確定的認識」(Wissentlichkeit)とは、実は、犯罪事実実現(ないし結果発生)の直接的な確実性の認識をいうのではないからである。これを、保険金目的での船舶爆破事例を用いて説明しよう。この事例では、行為者は保険金目的で船を爆弾で沈没させようとする。しかし、沈没させれば、その際に、乗組員が溺死する極めて高い蓋然性があると認識していたが、保険金目的からみれば、行為者にとって乗組員の死亡は余計な、さらにはできれば避けたい結果であったというのである。しかし、

(6) その際、本人に損害を加える可能性があることを認識しつつ、これにつき十分な調査・検討をしないで取引をした場合には、それ自体が「任務違背」となる。この場合、この「任務違背」と「財産上の損害」との間の因果関係ないし客観的帰属関係が証明されれば背任罪は既遂となるが、その証明がない場合でも、背任罪の未遂は成立する。

乗組員の死亡は、船舶の沈没という行為者の目的が達成されれば必然的に、あるいはほぼ必然的に発生する「付随結果」ないし「随伴結果」である。「確定的認識」とは、このように「行為者が本来達成したい目的を達成すれば、それに確実に、ないしほぼ確実に結果が付いてくるという認識」をいう。そして、故意に関するいわゆる「意思説」では、このような「認識」が行為者にあれば、行為者は——好むと好まざるとにかかわらず——当該結果も「意図」したのだとみなすので、付随結果について「確定的認識」がある場合も、当該付随結果について「意思」ないし「意欲」という意味での故意が認められるとするのである。Vgl. *I. Puppe*, *Nomos Kommentar StGB* 4. Aufl. Bd. I, 2013, § 15 Rn, 110. ドイツでこれを明確に指摘したのは、インゲボルグ・プッペであるが、その考え方は、近年、クラウス・ロクシンやギュンター・ヤコブス等によって次第に広く支持されてきている。

補充鑑定意見書 2

平成 30 年 1 月 19 日

1 級建築士事務所 be going

1 級建築士 平野 憲司



はじめに（本補充鑑定の目的）

会計検査院は、平成 29 年 11 月付「会計検査院法第 30 条の 3 の規定に基づく報告書」（学校法人森友学園に対する国有地の売却等に関する会計検査の結果について）を参議院議長に提出した。

平成 28 年 5 月 31 日付「不動産鑑定評価書」は地下埋設物の処分量が 19,520 t であるが、同報告書は一定の仮定条件を設けた処分量の試算では、6,196 t、あるいは 13,927 t と算出されたとしている。

今回の補充鑑定意見の目的は、地下埋設物の処分量を、会計検査院が算出した 13,927 t とした場合の地下埋設物撤去及び処理費用を査定することにある。

第 1 補充鑑定意見の結論

地下埋設物の処分量を会計検査院が算出した 13,927 t とした場合、地下埋設物撤去及び処理費用は、「公共建築工事積算基準」に基づいて査定すると 3 億 2239 万 8694 円であり、不動産鑑定評価書の査定額 8 億 1974 万 1947 円は同査定額と比較して 4 億 9734 万 3253 円が過大である。

また、「空港土木請負工事積算基準」に基づいて査定すると、地下埋設物撤去及び処理費用は 4 億 615 万 7242 円であり、不動産鑑定評価書の査定額 8 億 1974 万 1947 円は同査定額と比較して 4 億 1358 万 4705 円が過大である。

第 2 補充鑑定意見の理由

1. 地下埋設物の処分量を会計検査院が算出した 13,927 t とした場合の地下埋設物撤去及び処理費用は、以下の条件で査定した。

1) 会計検査院が算出した地下埋設物の処分量 13,927 t は、基礎杭が打たれ

る箇所の地下埋設物の処分量が含まれていないとした。

- 2) 積込み、残土運搬の数量 (m^3) は重量換算係数 $1.6 (t/m^3)$ を除して算出した。

$$\text{積込み} \quad 13,927 \text{ t} / 1.6 \text{ t} / m^3 = 8,704 m^3$$

$$\text{残土運搬} \quad 13,927 \text{ t} / 1.6 \text{ t} / m^3 = 8,704 m^3$$

- 3) 床掘の数量 (m^3) は床掘と積込みの体積割増し係数 1.2 を除して算出した。

$$\text{床掘} \quad 8,704 m^3 / 1.2 = 7,253 m^3$$

- 4) 埋め戻しは水締め・転圧するため、埋め戻しの数量 (m^3) は残土運搬の数量の 1.2 倍として算出した。

$$\text{埋め戻し} \quad 8,704 m^3 \times 1.2 = 10,445 m^3$$

- 5) 工事単価は、「平成 29 年 8 月 30 日付鑑定意見書の補充鑑定意見書」と同じ単価とした。

2. 地下埋設物撤去及び処理費用の査定結果

上記査定条件による地下埋設物撤去及び処理費用は、「不動産鑑定評価書の査定結果」に示すように、公共建築工事積算基準に基づく査定額が 3 億 2239 万 8694 円である。また、空港土木請負工事積算基準に基づく査定額が 4 億 615 万 7242 円である。

