

職務執行に係る役員等の凶利加害目的に関する一考察
——会社による費用補償の態様を模索して——

A Discussion on How to Interpret Officers' Purpose of
Promoting Their Own Interest or The Interest of
a Third Party or Inflicting damage on Their Corporation in
Performing Their Duties and The Extent to Which
a Corporation May Indemnify Its Officers' Legal Expenses

王 佳 子

職務執行に係る役員等の図利加害目的に関する一考察

——会社による費用補償の態様を模索して——

王 佳 子

目次

- 1 問題提起
- 2 職務執行に係る図利加害目的と背任罪ないし特別背任罪における図利加害目的との関連性
- 3 背任罪ないし特別背任罪における図利加害目的の内容
- 4 本人図利目的が主として存在するかどうかの認定
- 5 職務執行に係る図利加害目的の有無に基づく補償費用返還決定の態様に関する展望

1 問題提起

会社法制（企業統治等関係）の見直しに関する検討は、2017年4月より行われ、その集大成としての「会社法の一部を改正する法律」は、昨年12月4日に成立し、同月11日に公布された。

今般の企業統治等関係に係る会社法制の見直しによって、株主総会に関する規律と取締役等に関する規律等が改正されることになっているが、その中でも、取締役をはじめとする役員等への適切なインセンティブの付与の実現に寄与するという会社補償制度の運用を円滑化するために、当該制度が明文化されたことが注目されている。

会社法の一部を改正する法律によると、会社補償とは、役員等に対して、①当該役員等が、その職務執行に関し、法令の規定に違反したことが疑われ、または責任の追及に係る請求を受けたことに対処するために支出する費用（以下「費用」という）、②当該役員等が、その職務執行に関して第三者に生じた損害を賠償することにより生ずる損失（以下「賠償金」という）、③当該役員等が、その職務執行に関して第三者に生じた損害の賠償に関する紛争について当事者間に和解が成立したときに、当該和解に基づく金銭を支払うことにより生ずる損失（以下「和解金」という）を、会社が補償するものを言う。費用、賠償金、和解金のうち、費用は、賠償金や和解金よりも発生する頻度が圧倒的に多いことが予想されるので、費用の補償は、会社補償の中核をなし、その補償の有無は、会社補償によって役員等に付与されるインセンティブの程度に密接に関わる。

ところで、会社法の一部を改正する法律では、通常要する費用の額を超える部分の費用について、会社が補償できない旨の条項を除いて、費用補償の要件を正面から規定するような条項が置かれていない。その代わりに、費用を補償した会社は、役員等が自己もしくは第三者の不正な利益を図り、または当該会社に損害を加える目的でその職務を執行したことを知ったときに、当該役員等に対し、補償した金額に相当する金銭を返還することを請求することができるようになっている。このことから、費用補償は、いわゆる図利加害目的の有無に照らして決められると言える。

それでは、図利加害目的は、どのような目的を指し、その有無がどのように決められ、その決定が費用補償の態様にどのような影響を及ぼすか。本稿は、このような問題を検討していきたいと考える。

2 職務執行に係る図利加害目的と背任罪ないし特別背任罪における図利加害目的との関連性

図利加害目的は、「会社法の一部を改正する法律」では、「自己もしくは第三者の利益を図り、または会社に損害を加える目的」として表現されるが、このような文言は、補償契約に関する規定のために創設されたものではなく、会社法960条のもとで、長い間、特別背任罪の成立要件として認識されてきたものである。このような関連性から、補償費用を返還する必要があるかどうかの判断を左右する図利加害目的の内容を考察する際に、特別背任罪の成立要件としての図利加害目的の内容に関する議論を無視することができないと考えられる。

また、特別背任罪は、株式会社の発起人、設立時取締役もしくは設立時監査役、または、取締役、会計参与、監査役もしくは執行役等の特別の身分を有する者でも、背任行為があった場合に、背任罪が成立することを明示したのようになっており¹、特別背任罪における図利加害目的は、背任罪のそれと同じであると解されてきた²。従って、補償費用を返還する必要性を決する図利加害目的の内容については、特別背任罪だけでなく、背任罪の成立要件としての図利加害目的の内容に関する議論を参照することも有益である。

3 背任罪ないし特別背任罪における図利加害目的の内容

3.1 図利加害目的の内容に関する学説の状況

3.1.1 図利加害目的の内容に関する学説の立場

図利加害目的の内容とは、行為者が自己または第三者の利益を図り、本人に損害を加えるという「目的」が何を指すのかという問題であるが、背任罪ないし特別背任罪の場合に、図利加害目的の内容を以下のように解することがある。

①認識説・認識認容説

認識説・認識認容説は、図利加害目的を図利加害の認識または認容として解する立場である。

¹ 東京高裁昭和30年12月28日判決 LEX/DB 判例 ID27801035。

² 特別背任罪と背任罪の差異は、主体の違いにとどまると考えられている。落合誠一【編】『会社法コンメンタール 雑則 [3] / 罰則』商事法務(2011)59頁(島田総一郎)。

この立場のもとで、図利加害目的には、不法領得の目的、すなわち、自己の利益を認識し、少なくともそれを認容して行為したことが必要であり、認識は、未必的なものでもよいとする考え方が³。

また、現段階では、図利加害目的は、不法領得の意思を要件とする窃盗罪や横領罪のような罪に基づく処罰範囲を拡張するために設けられており、積極的な動機であると解するしかないが、背任罪に特別の動機を求める立法例が興味深く、認識と解すべきであるとする意見や⁴、背任罪の主観的要素が故意のみであり、立法論としては、背任罪において主観的要件を規定しない方向へ働いていくべきであるとする意見がある⁵。

②積極的動機説

積極的動機説は、図利加害目的を図利加害の積極的な動機と解する立場である。

このように解する理由は、論者によって異なるが、図利加害目的と故意との関係性に着目して、図利加害目的は、故意を生み出し、結果を求める「動機」や「意欲」であると主張する論者がいる⁶。また、刑法 247 条または会社法 960 条の規定ぶりによると、図利加害目的が「自己もしくは第三者の利益を図り、または会社に損害を加える目的」として表現されており、「または」という文言が使われていることに鑑みて、図利加害目的には図利目的と加害目的があると解した上で、加害目的は、故意の特殊の要件であり、結果に対する単なる表章・認容では足りず、本人に財産上の損害を加える動機として捉えなければならないと主張する論者⁷、故意のほかに図利加害目的が要求されていることに意味をもたせるためには、少なくとも加害目的を財産上の損害の認識を超えるものとして理解しなければならないので、図利加害目的とは、自己もしくは第三者の図利または本人に対する加害の動機であると主張する論者や⁸、図利目的は、背任罪の特別の動機であり、加害目的は、背任罪の動機であると同時に、故意そのものでもあることに鑑みて、図利目的がある場合には、加害についての未必的な認識・予見で加害目的が認められ、図利目的がない場合には、加害についての積極的な動機ないし確定的な認識があつて初めて加害目的が認められると主張する論者がいる⁹。

³ 小野清一郎『刑法講義各論新訂 4 版』有斐閣（1949）273 頁。

⁴ ドイツ刑法やスイス刑法には、背任罪について、特別な動機を要件としていないという考察がある。牧野英一『刑法各論下巻』有斐閣（1951）749 頁。

⁵ 刑法を過度に主観化すべきではないとの趣旨のもとで、犯罪の主観的要素としては、故意のほかに積極的な動機を要求すべきではないという刑法の一般的責任論がある。背任罪は、経済犯的色彩が濃いので、この点に一層配慮し、なるべく客観的に構成されるべきであり、「漫然」や「怠慢」による行為がある場合には、それを図利加害目的の問題としてではなく、任務違背の問題として考えるべきであると指摘する。林幹人『刑法各論第 2 版』東京大学出版会（2007）276～277 頁。

⁶ 内田文昭『刑法各論第 3 版』青林書院（1996）349 頁。

⁷ 加害目的に対して、利得目的は、客観的要素を超過したものであり、主観的違法要素であるので、利得目的については、単なる表象・認容で足りると指摘する。団藤重光『刑法綱要各論第 3 版』創文社（1990）656 頁。この考え方は、二分説と呼ばれることもある。大塚仁【編】『大コンメンタール刑法第三版第 13 卷』青林書院（2018）337 頁（島戸純）。

⁸ 松原芳博『刑法各論』日本評論社（2016）344 頁。

⁹ 松宮孝明『刑法各論講義〔第 5 版〕』成文堂（2018）302 頁。

このほかに、本人の利益を図ることを根本動機とする場合に、自己または第三者が利益を受けることに関する未必的な認識があっても犯罪が成立しないとされていることにより、図利加害目的が動機であるとする考え方¹⁰、利得的背任の場合も毀棄的背任の場合もかなり広い範囲で背任罪が成立する可能性があるところ、その範囲を限定するために故意のほかに図利加害目的が要求されているので、図利加害目的を動機として解すべきであるとする考え方¹¹、故意で任務違背行為をなし本人に財産上の損害を生じてしまうのは正当であると言えないが、不当な行為であっても、通常の経済取引の過程で行われることが多いことから、特に悪質な場合に限って背任行為を処罰するのが立法政策であり、立法者の意思でもあると考えられるので、図利加害目的が積極的な動機であるとする考え方¹²、本人の利益を図る目的の不存在だけでなく、自己または第三者の利益を図る目的の存在も、図利加害目的の構成に必要であるという意味で、図利加害目的が図利加害の積極的な動機であるとする考え方¹³、自己または第三者の利益になることの単なる認識自体が不都合なものではなく、本人の利益よりも、自己または第三者の利益をもつばら、または主として図ることこそ不都合であるので、図利加害目的を意図（意欲）された行為の動機とすべきであるとする考え方等がある¹⁴。

③積極的意欲説

積極的意欲説は、図利加害目的を図利加害の積極的な意欲と解する立場である。

この立場のもとで、図利加害目的が自己もしくは第三者の利益を図ること、または本人に財産上の損害を加えることの動機であると述べた上で、それを図利加害の欲求として捉えるものや¹⁵、図利加害目的が図利目的と加害目的に分かれるべきではないとの前提に立ち、当該目的は、背任罪の処罰拡大を防ぐために、任務違背行為がとくに非難に値する動機から行われていることを裏付けるための要件であって、背任の故意に基づく処罰を限定するための責任要素であるので、当該目的を認めるには図利または加害の積極的な意欲が必要になると説くものがある¹⁶。

④確定的認識説

確定的認識説は、図利加害目的を図利加害の確定的な認識として解する立場である。

この立場のもとで、図利加害目的のうち、加害目的が故意と別の要件とされている趣旨に鑑みて、加害目的の認識は、故意以上の確定的な認識を要求していると解すべきであり、少なくともその認識には意欲が含まれていることが要されるとする考え方¹⁷、加害目的は、故意を限定するものであり、結果（損害の発生）を求め、故意を生み出す動機として、確定的である必

¹⁰ 泉二新熊『日本刑法論下巻（各論）』有斐閣（1927）835頁。木村竜二『刑法各論』法文社（1957）149頁。芝原邦爾『経済刑法研究（上）』有斐閣（2005）177頁。

¹¹ 林陽一「判批」判時1315号（1989）240頁。

¹² 佐伯仁志「背任罪」法教378号（2012）107頁。

¹³ 中山研一『口述刑法各論新版補訂3版』成文堂（2014）218頁。

¹⁴ 斎藤信治『刑法各論〔第四版〕』有斐閣（2014）193頁。

¹⁵ 瀧川幸辰『刑法各論』世界思想社（1951）171頁。

¹⁶ 平川宗信『刑法各論』有斐閣（1995）393頁～394頁。

¹⁷ 川崎一夫『刑法各論〔増訂版〕』青林書院（2004）240頁。

要があるとする考え方¹⁸、立法者があえて加害目的を規定している以上、加害目的には故意の内容を限定する趣旨があり、その延長線上で確定的な認識が必要になるとする考え方¹⁹、加害目的を故意とは別個の主観的要件として規定し、図利目的を選択的に規定した意義や、本人の利益を図る目的が存在しない場合でも、直ちに図利加害目的が存在するとは言い切れないことに鑑みると、図利加害目的は、故意を限定した確定的なものとして解すべきであるとする考え方が示されている²⁰。

また、図利加害の認識を未必的な認識で足りるとすると、犯罪の成立範囲が広がってしまい、犯罪の成立範囲を限定するために目的規定を設けた意味が失われてしまうので、図利加害目的として確定的な認識が要されると説くものや²¹、財産の処理上、本人の利益を図る目的で多少の財産上の危険をあえて冒すことが必ずしも違法であると言えないこと等を考慮すると、未必的な認識では足りず、確定的な認識がある場合についてのみ図利加害目的を認めるべきであると説くものがある²²。

このほかに、図利加害目的が動機であり、未必的な認識では足りないと考えるものや²³、背任罪の目的犯としての性格から、確定的認識が必要になると考えるものもある²⁴。

⑤消極的動機説

消極的動機説は、本人図利目的がある場合には背任罪が成立しないことを規定したのとして図利加害目的を解する立場である。

この立場を採る論者は、故意で任務違背行為をなした時点で、背任罪が成立するという考え方を採りつつ、任務違背により故意に損害を与えた場合には、本人の利益を図る目的で行為に出たときには違法性を否定し、背任罪を構成しないとするのが妥当であると考えているようである²⁵。その限りにおいて、図利加害目的は、「本人の利益を図る目的」がある場合に背任罪が成立しないことを裏側から規定したのになると指摘される²⁶。なお、この立場を採る論者

¹⁸ 曾根武彦『刑法各論第5版』弘文堂（2012）187頁。

¹⁹ 大谷實『刑法講義各論〔新版第5版〕』成文堂（2019）344頁。

²⁰ 須之内克彦『刑法概説各論〔第2版〕』成文堂（2014）216頁。

²¹ 日高義博「判批」判タ694号（1989）72頁。大塚仁『刑法概説（各論）〔第三版増補版〕』有斐閣（2005）327頁。

²² 藤木英雄『刑法講義各論』弘文堂（2003）348頁。

²³ 江家義男『刑法各論増補版』青林書院新社（1963）337頁。植松正『再訂刑法概説II各論』勁草書房（1975）455頁。

²⁴ 香川達夫『刑法講義〔各論〕第三版』成文堂（1996）580頁。

²⁵ 香城敏磨『刑法と行政刑法』信山社（2005）461頁。

²⁶ 山口厚『刑法各論第2版』有斐閣（2010）328頁。なお、背任罪を規定する刑法247条の文言解釈としては、図利目的を積極的な動機として解した方がもっとも自然であるとしつつ、自己または第三者図利を積極的な動機としないで、上司から言われるままに、または前任者からの引継ぎに漫然と従って、無責任な態度で任務違背行為を継続した場合にも、背任罪を成立させるべきことを考慮すると、図利目的が消極的な動機を表していることに一定の合理性があるという指摘がある。橋爪隆「背任罪の成立要件について（2）」法学教室442号（2017）92頁。

によると、故意で任務違背行為をなした時点で、背任罪が成立しうるので、本人図利目的が認められない場合には、背任罪の要件としての図利加害目的は、未必的なもので足りるという²⁷。

⑥不利益性認識説

不利益性認識説は、任務違背行為により本人に不利益が生じることの認識がなければ背任罪が成立しないことを規定したものと図利加害目的を解する立場である。

この立場を採る論者は、図利加害目的の有無を確定する際に、本人の利益と不利益を比較することの重要性を説く。そのもとの、任務違背を本人にとって実質的に不利益となるような行為に限定すべきであると解し、行為者が、総合的に見て、当該行為により本人に不利益が生じる危険が本人との間の委託関係において許されている程度を超えていないと判断したとき、すなわち、実質的に見て、本人に違法な不利益を加えるものではないと判断したときには、背任罪が成立しないことを表現したものと図利加害目的を解すべきであると主張する²⁸。

3.1.2 図利加害目的の内容に関する学説の比較

以上のように、図利加害目的の内容について、さまざまな考え方が示されてきたが、考え方が分かれているのは、故意に対する図利加害目的の位置づけに関する理解において差異があるからであると言える。

図利加害目的は、背任罪を規定する刑法 247 条においても特別背任罪を規定する会社法 960 条においても、故意と並んで、主観的要件のうちのひとつとなっている。このことを受けて、図利加害目的が故意に対してどのように位置づけるべきかという問題が生じ、この問題に対する考え方が図利加害目的の内容に関する考え方に影響するのは当然であると考えられる。

故意に対する図利加害目的の位置づけについては、①説は、図利加害目的が実質的に故意と重なるという理解のもとで、故意の本質に応じて、図利加害目的が図利加害の認識である解したり、図利加害の認識、少なくともその認容であると解したりしている²⁹。

①説に対して、②説ないし⑥説は、いずれも、故意との区別を図るべきであるとの見地から図利加害目的の内容を解している。このうち、②説ないし④説は、故意を限定するものとして図利加害目的を位置づけている。故意がどの程度限定されるのかについては、動機が心情的要素であり、認識が知的要素であるとの指摘があり³⁰、意欲や意図が認識を超える積極的な主観を示すと考察があるので³¹、図利加害目的を積極的な動機や積極的な意欲として捉える場合と確定的な認識として捉える場合とを比較すると、前者の方が充足しにくく、故意をより限定

²⁷ 西田典之『刑法各論第 7 版』弘文堂（2018）278 頁～279 頁。

²⁸ 上寫一高『背任罪理解の再構成』成文堂（1997）270～271 頁。

²⁹ ①説のもとで異なる考え方が示されているのは、故意の本質に関して立場上の差異があるからであると考えられる。すなわち、いわゆる認識説に基づいて故意を解する場合には、図利加害目的は、図利加害の認識で解され、いわゆる意思説に基づいて故意を解する場合には、図利加害目的は、図利加害の認識、少なくともその認容で解されるようである。団藤重光【編】『注釈刑法第 6（各則第 4）』有斐閣（1966）321 頁（内藤謙）。

³⁰ 香城敏磨・前掲注 25・442 頁。伊藤亮吉「背任罪における図利加害目的」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集下巻』成文堂（2014）181 頁。

³¹ 日高義博・前掲注 21。

しているように思われる。②説ないし④説に対して、⑤説ないし⑥説は、図利加害目的と故意をどのように区別すべきかについて正面から論じていない。しかし、図利加害目的は、本人図利目的がないことを述べたものであるとしても、本人に不利益が生じることの認識であるとしても、それを考慮に入ると、必然的に背任罪ないし特別背任罪の成立範囲が狭まることになる。そのため、⑤説ないし⑥説のもとでも、図利加害目的が故意を限定するものとして捉えられる。

3.2 図利加害目的の内容に関する判例の展開

学説の状況にかかわらず、判例は、図利加害目的の内容について独自の考え方を形成してきた。このような考え方は、最高裁昭和 63 年 11 月 21 日決定³²、最高裁平成 10 年 11 月 25 日決定と³³、最高裁平成 17 年 10 月 7 日決定によってほぼ明らかにされている³⁴。

最高裁昭和 63 年 11 月 21 日決定では、A 銀行の銀座支店長であった被告人 X は、当該支店に当座預金口座を開設していた B 社の決済資金が不足すると、当該不足分を A 銀行で立替払いをするという過振りの便宜を図り、B 社の資金状態が改善される見通しがないことが明らかになった後も、その任務に違背し、あえて回収不能のおそれのある過振りを長期間連続的に行い、A 銀行に財産上の損害を加えたことについて、最高裁は、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、必ずしも意欲ないし積極的な認容までは要しないと解するのが相当であるとして、X が当該任務違背行為に出たのは、A 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ことができるので、X の行為が、B 社を利し A 銀行を害する図利加害目的が存在するという原判断が正当であると示した。

最高裁昭和 63 年 10 月 7 日決定は、図利加害について意欲ないし積極的な認容まで求めないことを示したことで、最高裁が積極的意欲説を排斥したことを明らかにしたものと位置づけられている³⁵。また、いわゆる過振りが A 銀行の利益を図るためでないことや、X 自身の面目信用の失墜を防止するためであることを強調したことから、最高裁は、消極的動機説に近い立場を採っていると考えられている³⁶。

最高裁平成 10 年 11 月 25 日決定では、A 銀行の監査役や顧問弁護士である被告人 X は、A 銀行の設立者が創業した B 社が、昭和 48 年 2 月から、昭和 58 年 3 月以降順次行うことになるであろう会員権預かり保証金の償還のための資金について困っていることを知ると、B 社所有の遊休資産を引き受けてくれる C 社と D 社を見つけ、両社に対して、B 社の遊休資産の時価、当該遊休資産を開発するための資金と、利払い資金の合計 88 億円を融資することにした

³² 最高裁昭和 63 年 11 月 21 日決定 LEX/DB 判例 ID27804999。

³³ 最高裁平成 10 年 11 月 25 日決定 LEX/DB 判例 ID28035747。

³⁴ 最高裁平成 17 年 10 月 7 日決定 LEX/DB 判例 ID28105459。

³⁵ 木口信之「判解」法曹時報 52 巻 10 号 (2000) 273 頁。上田哲「判解」最高裁判所判例解説刑事編平成 17 年分 (2008) 373 頁。

³⁶ 上田哲・同上・374 頁。

ことについて、最高裁は、88 億円を融資することの問題性にかかわらず、X があえてその実行に積極的な意向を表明してそれに関与したのは、B 社、C 社、D 社との関係上、引き下がるわけにはいかないという事情があったことによるものであり、B 社の償還問題の解決のためであるという動機がないとは言えないと指摘する一方で、A 銀行にとって極めて問題が大きい 88 億円の融資を行う必要性や緊急性が認められないので、当該融資によって、B 社が会員権預かり保証金の償還資金を確保でき、ひいては、B 社と密接な関係にある A 銀行の利益が維持・保持されるという動機が決定的なものではなく、主として、B 社、C 社、D 社の利益を図ることを目的として行われたものであるということができると指摘した。これを踏まえて、最高裁は、X には、特別背任罪におけるいわゆる図利目的があったという原判断が正当であると判断した。

最高裁平成 10 年 11 月 25 日決定において最も注目されたのは、A 銀行の利益を図るという動機があったとしても、それは決定的なものではなく、88 億円の融資は、主として、B 社ないし D 社の利益を図る目的で行われたという説示部分である。この部分について、最高裁は、A 銀行の利益を図るという「動機」が決定的ではないという言い方をしているが³⁷、B 社ないし D 社の利益を図る動機があったという趣旨の説示をしていないことから、積極的動機説を採っていると考えるにいとの説明がある³⁸。具体的には、平成 10 年 11 月 25 日決定において、最高裁は、自分が手掛けてきた案件から今更引き下がれないという思惑があったことや、間に入ってもらっていた知人に対する配慮が働いたことといった、B 社ないし D 社の利益を図ることとは別に評価できる事情に基づいて、X の図利加害目的を肯定した³⁹。このことから、最高裁は、平成 10 年 11 月 25 日決定を通して、本人の利益を図る意図が任務違背行為の決定的な動機ではない以上、本人図利目的が主として存在しないことになり、特別背任罪が成立しない理由がないという立場を示したと考えられている⁴⁰。

最高裁平成 17 年 10 月 7 日決定では、A 銀行の取締役から転じて、B 社の代表取締役社長になり、その業務全般を掌理していた被告人 X は、新規事業への進出の失敗等で B 社の社長の地位を追われることを恐れて、毎期連続の増収増益を維持する必要があると考え、開発プロ

³⁷ とりわけ、最高裁は、故意のほかに図利加害目的という独自の主観的要件が設けられているのは意義があると考えているようであるので、図利加害目的が実質的に故意であるとする考え方を採るとは考えにくく、第三者の利益に関する X の認識が確定的であったことについて明示的に触れておらず、確定的認識説を採るとも考えにくいと言われる。木口信之・前掲注 35・281 頁～282 頁。学説において、図利加害の目的が主であったということは、その目的がなければ行為に出なかったことを意味し、本人図利の目的が主であったということも、その目的がなければ行為に出なかったことを意味するので、目的の主従によって背任罪の成否が決められるということは、いずれの目的が行為の動機をなしていたかにより背任罪の成否が決められることを意味するという考え方が示されている。香城敏麿・前掲注 30。同様に、目的の主従の比較によって図利加害目的の有無を判断しているのは、最高裁は、図利加害目的を純粋な知的要素として理解している訳ではなく、心情的な動機と理解しているという指摘がある。芝原邦爾・前掲注 10。

³⁸ 木口信之・同上・282 頁。

³⁹ 木口信之・同上・279 頁～280 頁。

⁴⁰ 木口信之・同上・282 頁。上田哲・前掲注 36・376 頁。

プロジェクトに融資することで多額の企画料を取り、最終的にプロジェクトごと買い取って B 社で事業展開をすることで、将来大きな利益が出ると思い及んで、C に対して、同人が有するゴルフ場の開発プロジェクトを B 社の資金提供のもとに共同事業として遂行することを提案しただけでなく、実際にも、企画料の入金による利益出しの協力を受けるために、C に対して、230 億円の肩代わり融資を実行したことについて、最高裁は、X が融資を実行する際に、債権保全のための適切な担保徴求等の措置を講じていないことや、ゴルフ場の開発計画には採算の取れる見通しがなく、その資産価値や利用価値に疑問があり、かつ、ゴルフ場の開発利益が実質的に無担保で実行される融資を補うのに十分ではないことを認識していたことを踏まえて、230 億円の融資が、C から受ける役務提供の対価ではなく、C の便宜を図ったものであり、実質的に B 社の資金を還流させたにすぎないという性格を有するものであると判断した。その上で、最高裁は、X が 230 億円の融資を実行した動機が、B 社の利益よりも自己や C の利益を図ることであり、B 社に損害を加えることの認識、認容も認められるから、X 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して、X につき図利加害目的を認めた原判断が正当であると指摘した。

最高裁平成 17 年 10 月 7 日決定は、X において、B 社に損害を加える確定的な認識が存在することによらないで X の図利加害目的を認めているので、確定的認識説を排斥したことを明らかにしたと解されている⁴¹。また、最高裁平成 17 年 10 月 7 日決定が問題にしているのは、図利加害目的のうちの加害目的の存否であるという見方があり、その限りにおいて、最高裁は、X による融資の動機が、B 社に損害を加えることにあったという言い方ではなく、B 社、すなわち本人の利益を図ることよりも、X や C、すなわち自己や第三者の利益を図ることにあったという言い方をするに留まったのは、最高裁は、必ずしも積極的動機説を採用しておらず、本人図利目的が主として存在するかどうかに関心があることの現れであるとの指摘がある⁴²。

以上のように、最高裁は、三つの決定を通して、積極的意欲説、積極的動機説、確定的認識説を採らない姿勢を明らかにするとともに、本人図利目的が主として存在しないことにより図利加害目的が構成される様相を強めてきている⁴³。

3.3 本人の利益を主として図っていないことを図利加害目的の内容とするものの優位性

図利加害目的の内容について、学説では、さまざまな考え方が示され、判例も独自の立場を形成してきたが、このような差異は、図利加害目的の認定に一定の影響を及ぼす。とりわけ、図利加害目的と本人図利目的が併存する場合に、図利加害目的をどのように認定すべきかについて、図利加害目的の内容に関する考え方によって結論が異なる。

学説のうち、図利加害目的と本人図利目的が併存する場合に、図利加害目的をどのように認定すべきかについて言及しているのは、②説ないし⑤説である。

⁴¹ 上田哲・同上・378 頁。

⁴² 上田哲・同上・380 頁。

⁴³ 上田哲・同上・386 頁。

②説のもとで、図利加害目的と本人図利目的が併存し、主として図利加害目的で行為した場合には、従として本人図利目的があっても、背任罪の成立が妨げられず⁴⁴、本人図利目的が優越する場合には、背任罪が成立しないと解され⁴⁵、本人の利益も行為者自身ないし第三者の利益も図るつもりのない漫然とした職務懈怠行為については、図利加害目的を認めるべきではないと解されている⁴⁶。

③説のもとで、本人図利目的が従たる目的である限り、背任罪の成立が妨げられないとの指摘がある⁴⁷。

④説のもとで、主として図利加害目的で行為した場合に、従として本人図利目的があっても、背任罪の成立が妨げられないと考えられている⁴⁸。同時に、本人図利目的がないからと言って、原則的に背任罪の範疇に取り込むように理論構成するのは、背任罪の処罰範囲を拡張する恐れがあることを指摘する者がいる⁴⁹。

⑤説のもとで、図利加害目的と本人図利目的が併存する場合には、ふたつの目的の主従によって背任罪の成否を決定し⁵⁰、図利加害の目的も本人図利の目的も存しない場合またはふたつの目的に主従の関係がない場合など、積極的な本人図利目的がない場合には、任務違背により本人に損害を加えることを正当視する理由がないから、図利加害の動機がなくても、その認識がある限り、背任罪の成立を肯定するのが相当であると解される⁵¹。

判例は、前述のように、図利加害目的と本人図利目的が併存するかどうかにかかわらず、本人の利益を図る目的が主として存在しない限り図利加害目的を認めることにしている。

こうして見ると、学説の中で、または学説と判例の間で見解上の差異があるが、図利加害目的と本人図利目的が併存する場合であって、図利加害目的または本人図利目的のいずれかが決定的な目的である場合において図利加害目的が認められるかどうかについては、学説によっても判例によっても結論が大きく異ならない。すなわち、行為者図利または本人加害が決定的な目的であれば、図利加害の積極的動機、積極的意識、もしくは確定的認識が存在すること、または、本人図利目的が主として存在しないことを理由として、図利加害目的が認められ、本人図利が決定的な目的であれば、図利加害の積極的動機、積極的意識、もしくは確定的認識が存在しないこと、または、本人図利目的が主として存在することを理由として、図利加害目的が認められない。

⁴⁴ 松宮孝明・前掲注 9。

⁴⁵ 芝原邦爾・前掲注 37・178 頁。中山研一・前掲注 13。

⁴⁶ 近代法思想から、勤勉さを刑法で強制すべきではないとの趣旨である。斎藤信治・前掲注 14・194 頁。松原芳博・前掲注 8・345 頁。

⁴⁷ 平川宗信・前掲注 16・393 頁～394 頁。

⁴⁸ 大塚仁・前掲注 21。須之内克彦・前掲注 20・215 頁。藤木英雄・前掲注 22。川崎一夫・前掲注 17・239 頁～240 頁。江家義男・前掲注 23。

⁴⁹ 日高義博・前掲注 31。

⁵⁰ 西田典之・前掲注 27。

⁵¹ 香城敏磨・前掲注 37・462 頁。山口厚・前掲注 26。橋爪隆・前掲注 26・88 頁。

これに対して、図利加害目的と本人図利目的が併存しながらも、図利加害と本人図利のいずれも任務違背行為の決定的な目的でない場合において、図利加害目的が認められるかどうかについては、図利加害目的の内容に関する考え方が異なってしまうと、真逆の結論になる。すなわち、②説や④説は、背任罪の処罰範囲の拡大を懸念して、図利加害目的が主として存在しない限り、図利加害目的を認めるべきではないと解しており、③説も、同様の論調を採っている以上、②説や④説と同様の結論に至ると考えられる。その一方で、⑤説は、本人図利目的が主として存在しない限り、図利加害目的を認めて差支えがないと解しており、判例も、本人の利益を図る目的が主として存在しない限り、図利加害目的を認める姿勢を採ってきている。

②説や④説が適切か、それとも⑤説や判例の立場が適切かについて、言い換えれば、図利加害目的と本人図利目的が併存しながらも、図利加害と本人図利のいずれも任務違背行為の決定的な目的でない場合において図利加害目的を認めるべきかどうかについては、本人図利目的の要請が条文から直接読み取れないことや⁵²、本人図利目的がないことと図利加害目的があることとの間に乖離があるので、いずれの目的もない場合に、本人図利目的がないことによって必ずしも背任罪の成立が正当化されないことを指摘して⁵³、②説や④説を支持する者が多かったようである。しかし、故意の任務違背行為により本人に損害を加えることを正当視する理由がなく、図利加害の動機がなくても、その認識がある限り、背任罪の成立を肯定できることに加えて、処罰範囲を限定するという意味で、本人の利益を図ることが主たる目的となっている場合を除いているので、本人図利が主たる目的でない限り図利加害目的を認めるのが相当であるとの意見や⁵⁴、本人図利が主たる目的でない限り図利加害目的を認めるとした方が、より多くの場合に妥当な解決を図ることができるとの意見が示され⁵⁵、⑤説や判例に傾く者が増えてきている⁵⁶。

こうしたことから、本人の利益を主として図っていないことを図利加害目的の内容として構成することに優位性があると言える。

⁵² 斎藤信治・前掲注 46。

⁵³ 斎藤信治・同上。松原芳博・前掲注 46。須之内克彦・前掲注 48・216 頁。松宮孝明・前掲注 44。

⁵⁴ 上田哲・前掲注 43・386 頁。

⁵⁵ 橋爪隆・前掲注 51・92 頁。

⁵⁶ 堀内捷三『刑法各論』有斐閣（2003）184 頁。齋藤信宰『刑法講義〔各論〕新版』成文堂（2007）310 頁。伊東研祐『刑法講義各論』日本評論社（2011）234 頁。井田良『刑法各論〔第 2 版〕』弘文堂（2013）144 頁。中森喜彦『刑法各論〈第 4 版〉』有斐閣（2015）161 頁。高橋則夫『刑法各論〔第 3 版〕』成文堂（2018）419 頁。

4 本人図利目的が主として存在するかどうかの認定

4.1 本人図利目的が主として存在するかどうかの認定に係る比較衡量の要素

図利加害目的は、本人図利目的がないことを内容とするが、最高裁判例や下級審裁判例を踏まえて、以下のような考慮要素は、本人図利目的が主として存在するかどうかの認定において重要であると解される⁵⁷。

① 任務違背の程度等

本人図利目的が主として存在するかどうかを認定する際に、任務違背の程度がメルクマールのひとつとなるようである。

任務違背にはさまざまな態様が考えられるが、問題になりやすいのは、いわゆる不良貸付けのようである。例えば、実際は大幅な債務超過の状態にあり、ほかの金融機関から新たな借入れをすることが困難であると思われる状況にある会社に対して、その決算報告書等の書類を調査・検討しようとせずに、関係者から事情を聞いただけで融資を決断した場合に、被告人には第三者の利益を図る目的があるとされたことがある⁵⁸。

また、被告人が自己および第三者の利益を図る目的で融資を行ったことを認定する際に、当該融資は、銀行の資金量が枯渇し、その回復を至急図らなければならない中にあるにもかかわらず、常勤役員会付議の手続を採らずに行ったものであり、かつ、続けることによってかえって融資先に対する回収不能の債権が増大する結果となるようなものであることが指摘されたことがある⁵⁹。

さらに、信用組合の代表理事である被告人は、無担保または十分な担保を徴求することなく、返済能力のない会社に高額の貸付けを行ったことで、任務に違背し、第三者図利の目的があるとされた事例がある⁶⁰。

そして、通常の金融機関から到底多額の融資を受けることができない状態にあり、新たに貸付けをすれば当該貸付金の回収が極めて危ぶまれる会社に対して、あえて貸付けを行ったことについて、被告人には自己または第三者の利益を図る目的があったとされた事例がある⁶¹。

②本人の利益と任務違背行為との関連性

本人図利目的が主として存在するかどうかを認定する際に、本人の利益と任務違背行為との関連性が影響を及ぼすことがある。

この点について、被告人が貸付けを行ったことについて自己または第三者図利の目的があるとされた事例において、当該貸付けを行うことで会社に還流できた金額の数倍もの不良債権を、当該会社に増加させていることが指摘されたことがある⁶²。

⁵⁷ 品川しのぶ「背任罪における図利加害の目的について」警論 71 卷 3 号（2018）110 頁。

⁵⁸ 大阪高裁平成 8 年 3 月 8 日判決 LEX/DB 判例 ID28025055。

⁵⁹ 新潟地裁昭和 59 年 5 月 17 日判決 LEX/DB 判例 ID27490809。

⁶⁰ 東京地裁平成 11 年 10 月 5 日判決 LEX/DB 判例 ID28055154。

⁶¹ 東京地裁平成 14 年 8 月 30 日判決 LEX/DB 判例 ID28135210。

⁶² 東京地裁平成 11 年 10 月 5 日判決・前掲注 60。

また、融資による貸付金の用途には本人の事業と全く関係のないものが含まれており、仮に本人の事業に当てられたとしても本人の利益につながるものではない場合に、それが本人の利益を図る目的でなされたと認められないとされたことがある⁶³。

これに対して、融資を行うことで、回収に重大な懸念があり、損失発生の可能性が高いが、損失額の合理的な推計が困難であるような債権を減らし、もって、いわゆる特定合併を実現し、銀行が破綻を免れる可能性が考えられる場合に、被告人が主として本人図利の目的で当該貸付けをしたとされたことがある⁶⁴。

③本人の利益の重要性

本人の利益の重要性も、本人図利目的が主として存在するかどうかの認定にあたり、言及されることがある。

このことを示す事例に限られるが、融資が主として第三者の利益を図る目的をもって行われたことを認定する際に、必要性・緊急性がなかったにもかかわらず、被告人が銀行にとって極めて問題が大きい融資を行ったことが指摘されたことがある⁶⁵。

④本人利益の実現可能性についての認識

本人利益の実現可能性についての認識も、本人図利目的が主として存在するかどうかの認定を左右することがある。

この点について、確実な回収の見込みのない融資を行った場合、または、被告人がその内心において債権回収を図る意図を有していたとしても、それは現実的可能性に乏しい単なる期待ないし願望に過ぎない場合に、被告人が自己および第三者の利益を図る目的で当該融資を行ったとされたことがある⁶⁶。

また、融資の目的となっているホテルの再開発プロジェクトは、それ自体実現可能性の極めて乏しいものであり、被告人も、話を聞いた程度で、土地建物の権利関係や行政上の許認可の有無・可否等、再開発のための基本的な事項さえ監督官庁等関係機関で調査した形跡がない場合に、再開発利益による貸付金の回収は、期待ないし願望に過ぎないものであり、被告人には、本人の利益を図る目的があり、本人を害する目的がなかったなどと評価することができないとされたことがある⁶⁷。

⁶³ 大阪高裁平成 26 年 6 月 13 日判決 LEX/DB 判例 ID25504151。

⁶⁴ 大阪地裁平成 13 年 3 月 28 日判決 LEX/DB 判例 ID25420597。特定合併制度とは、二以上の破綻金融機関を全部の当事者とし、預金保険機構による資金援助を受けつつ行われる新設合併制度であるが、特定合併をするには、大蔵大臣（金融監督庁設立後は、同庁長官。以下「大蔵大臣等」という）により二以上の破綻金融機関に対する特定合併のあっせんがなされることが必要であり、当該あっせんを受けた破綻金融機関は、一年以内に限り、預金保険機構に対し、当該破綻金融機関または特定合併により設立される金融機関に対して資金援助を行うことを連名で申し込むことができるが、申込みまでに、特定合併により設立される金融機関の健全かつ適切な運営を確保するために必要とされる事項に関する実施計画について大蔵大臣等の承認を受けなければならないとされた。

⁶⁵ 最高裁平成 10 年 11 月 25 日決定・前掲注 33。

⁶⁶ 新潟地裁昭和 59 年 5 月 17 日判決・前掲注 59。

⁶⁷ 大阪高裁平成 8 年 3 月 8 日判決・前掲注 58。

これに対して、いわゆる特定合併が実現すると銀行を存続させる可能性があるとの考慮から、当該特定合併を実現させるために行った融資については、被告人が主として本人図利のために行ったものであるとされたことがある⁶⁸。

⑤損害発生確率

本人利益の実現可能性についての認識と表裏一体の関係をなすのは、損害発生確率である。したがって、このことも本人図利目的が主として存在するかどうかの認定に一定の影響を及ぼす。

この点について、融資形態、外形的な担保設定の態様等に照らすと、客観的に貸付金回収の確実な見込みがなく、貸倒れにより信用組合に損害を与える蓋然性が高いことを十分認識していた場合に、なんら確実な担保を徴求することなく、巨額の融資を実行することについて、被告人が第三者の利益を図る目的を有するとされたことがある⁶⁹。

また、無担保または十分な担保を徴求することなく、返済能力のない会社に高額の貸付けを行った信用組合の代表理事である被告人の図利目的を認定する際に、被告人が当該信用組合に損害が発生する危険が高いことを認識していたことが強調されたことがある⁷⁰。

さらに、被告人について第三者図利目的が認められた事例において、回収不能となった貸付金額と同等の金額の貸付けを行うことで、貸付金の回収が極めて困難であるような結果がすでに生じているにもかかわらず、被告人が敢えて追加の貸付けを行ったことが指摘されたことがある⁷¹。

そして、貸付金を回収する唯一の手段が計画変転により実現可能性が高いとは言えず、採算性も見込めない中で融資を継続したことが被告人の自己図利目的の認定につながるとされたことがある⁷²。

⑥本人の利益実現に向けた措置や選択等の有無

本人の利益に向けた措置や選択等の有無も、本人図利目的が主として存在するかどうかの認定にあたり、重要視されるようである。

被告人が貸付けを行ったことについて自己または第三者図利の目的があるとされた事例において、被告人が会社の利益を図ることを主たる目的にしていれば、融資先からの追貸しの求めに応じずに、既存債権の担保として、当該融資先の土地や建物に根抵当権を設定すべきであり、追貸しをするとしても、通常の貸付けの場合以上に、実効性のある確実な債権保全措置を講ずべきであったにもかかわらず、被告人は、当該土地や建物について根抵当権を登記できるような体勢を採っていないばかりでなく、別の債権者による先順位根抵当権の設定登記を了承して

⁶⁸ 大阪地裁平成13年3月28日判決・前掲注64。

⁶⁹ 大阪高裁平成8年3月8日判決・前掲注67。

⁷⁰ 東京地裁平成11年10月5日判決・前掲注62。

⁷¹ 東京地裁平成14年8月30日判決・前掲注61。

⁷² 札幌高裁平成18年8月31日判決 LEX/DB判例ID28115331。

おり、当該融資先を被告人の支配下に置くことも事実上できていなかったことが併せて指摘された⁷³。

また、融資先が倒産すれば、担保が十分でない以上、貸付金の回収が期待できなくなる一方で、当該融資先の倒産を回避しようとするほど、県が運転資金を追加で貸し付ける必要が生じるという矛盾をはらんだ状況に陥っている中で、県に新たな損失が生じないようにしつつ当該融資先から貸付金を回収するという方途を考えるのは容易ではなくなったことを受けて、被告人が目前の当該融資先の倒産を先延ばしにするために貸付けを行ったのは、主として県の利益を図る目的によるものではないとされたことがある⁷⁴。

これに対して、いわゆる特定合併を行わないと銀行が早期に破綻することになるが、当該特定合併を実現すると破綻を免れる可能性が認められる場合に、当該特定合併を実現するために、被告人が融資を行うという判断をしたことについて、主として本人図利の目的があるとされたことがある⁷⁵。

また、融資先が倒産することにより確実に生じる政策面における不利益と、公金を貸し付けてこれを回避したときに生じかねない貸付金の回収不能による経済的な不利益を比較考量した上で、当該融資先の事業の存続を図ることが県行政に課せられた使命である判断して貸付けに至った場合に、被告人には図利加害目的がないとされた事例がある⁷⁶。

⑦本人の利益を図る動機以外の動機等の有無・程度

受益の程度や第三者との間の特別な利害関係の有無といった、本人の利益を図る動機以外の動機等の有無や程度を示唆する事象も、本人図利目的が主として存在するかどうかを認定する際に重要になる。

判例の中には、行為者が金銭的な利益を受領したことに基づき、本人図利目的が主として存在しないと認定するものがある。例えば、株式会社が商品を直接輸入するのではなく、輸入者や当該株式会社の代表取締役である被告人が経営する転売者を経て仕入れるようにしているような方式を採っているだけでなく、商品の輸入者が輸入原価の概ね 5%の利益を取得でき、当該輸入者から当該商品を仕入れる転売者が仕入価格の概ね 15%の売買差益を取得できるようにしている場合に、被告人については、第三者に不当な利益をもたらすことになったとして、その図利目的が認められたことがある⁷⁷。

同様に、被告人が貸付けを行ったことについて自己または第三者図利の目的があるとされた事例において、当該貸付けの用途が、被告人個人、親族および被告人関連会社の借入金の元利払い、被告人関連会社への貸付け、知人等に対する貸付けおよび株式の損失補填ならびに被告

⁷³ 東京地裁平成 11 年 10 月 5 日判決・前掲注 70。

⁷⁴ 高知地裁平成 15 年 3 月 26 日判決 LEX/DB 判例 ID28085432。

⁷⁵ 大阪地裁平成 13 年 3 月 28 日判決・前掲注 68。

⁷⁶ 高知地裁平成 15 年 3 月 26 日判決・前掲注 74。

⁷⁷ 東京高裁平成 5 年 11 月 29 日判決 LEX/DB 判例 ID27825412。

人個人の交際費やローンの支出に充てられ、その債務を減少させていることが指摘されたことがある⁷⁸。

また、投資の実行にあたって、被告人がリポートを受領した場合に、自己の利益を図る目的が認められたことがある⁷⁹。

そして、現金をもらったりゴルフ接待を受けたりしたことで融資の実行を決意したり、いわゆる浮貸しを暴露されると、取締役の芽が見えている現在の地位を失いかねないことを恐れて融資の実行を決意したりした場合に、被告人は、銀行の利益を図ることを決定的動機として決意をしていないとされたことがある⁸⁰。

なお、行為者が金銭的な利益を受領しなくても、本人の利益を図る動機以外の動機を有する場合がある。この点について、被告人が確実な回収の見込みのない融資を行った理由として、そもそも、融資先の倒産を回避するという方針に反対すると、被告人が降格・左遷等の身分上の不利益を受けることになりかねないことに加えて、融資を停止すると、直ちに融資先が倒産することになり、その延長線上で大蔵省銀行局に対して隠蔽していた当該融資先に対する多額の不良債権や裏取引が発覚し、これに関与していた被告人の不適正な業務運営の実態がすべて露見するとともに、銀行が多額の債権償却を行わざるを得なくなって一挙に赤字に転落することを受けて、被告人が銀行の内外から厳しい経営責任の追及を受け、その地位を失いかねないことが認められる場合に、被告人が自己または第三者の利益を図る目的で融資を行ったとされたことがある⁸¹。

同様に、ずさんな融資の実態等が露見すると、被告人自身の社会的地位や信用が失墜し、被告人に対して社会的・道義的責任や民事・刑事責任の追及が行われることが容易に推認できる場合に、被告人が自己図利目的から融資を決定し実行したとされたことがある⁸²。

4.2 本人図利目的が主として存在するかどうかの認定に係る比較衡量の過程

4.2.1 学説が提示する比較衡量の過程

本人図利目的が主として存在するかどうかを認定する際の比較衡量については、学説では、最終的に、損害とその発生確率と、損害と引換えに得られるであろう利益とそれが得られる確率との比較衡量になると解されることがある⁸³。

⁷⁸ 東京地裁平成 11 年 10 月 5 日判決・前掲注 73。

⁷⁹ 東京地裁平成 19 年 9 月 28 日判決 LEX/DB 判例 ID25450378。

⁸⁰ 大阪地裁平成 24 年 5 月 1 日判決 LEX/DB 判例 ID25481188。

⁸¹ 新潟地裁昭和 59 年 5 月 17 日判決・前掲注 66。

⁸² 札幌高裁平成 18 年 8 月 31 日判決・前掲注 72。大阪高裁平成 8 年 3 月 8 日判決・前掲注 69。

⁸³ 前田雅英「背任罪と図利加害目的——「主として本人のため」」判時 1541 号（1995）25 頁。

4.2.2 判例が提示する比較衡量の過程

学説に対して、判例では、長い間、具体的な比較衡量過程を提示せずに、①～⑦のうちのひとつの要素で本人図利目的が主として存在するかどうかを認定する場合と、要素相互の関連性が認められ、複数の要素で判断を行う場合があり、いずれの方法が採られるのかについては、事例ごとに異なるという言い方をしてきた⁸⁴。

これに対して、広島高裁岡山支部平成 29 年 4 月 19 日判決は、被告人が取引先に対して何ら担保を徴求することなく、その他回収を確実にする措置も講じないまま、合計 1 億 9999 万 7480 円の貸付けを行ったところ、当該取引先が貸付けを受けた金額を返済することができなくなったことから、被告人の会社が財産上の損害を蒙ったことについて、本人の利益を図る動機の有無およびその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とした上で、任務違背性の程度が高く、それによってもたらされる本人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、任務違背行為の主たる動機が本人の利益を図ることになかったと認定することができ、任務違背性の程度と本人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、任務違背行為の主たる動機が本人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説示した。このような説示は、任務違背性の程度と、任務違背行為によってもたらされる本人の利益の内容や実現可能性の程度との比較衡量に基づいて行われることを明示した点においては興味深い。

5 職務執行に係る図利加害目的の有無に基づく補償費用返還決定の態様に関する展望

補償費用を返還する必要があるかどうかの判断を左右する図利加害目的については、文言の同一性から、背任罪ないし特別背任罪の成立要件としての図利加害目的に関する議論を参照できると考えられるところ、背任罪ないし特別背任罪における図利加害目的の内容については、故意に対する位置づけを考慮して、図利加害目的が実質的に故意であるとする立場と、故意とは別個の主観的要件であって、故意を限定するものであるとする立場がある。このうち、後者は、さらに、図利加害目的が図利加害の積極的な動機であるとする立場、積極的な意欲であるとする立場、確定的な認識であるとする立場、本人図利が主として目的でないことを述べているものであるとする立場、任務違背行為により本人に不利益が生じることの認識であるとする立場に分かれる。判例は、特定の立場を支持しないことにしているようであるが、積極的動機説、積極的意欲説と確定的認識説を排斥し、本人図利目的が主として存在しないことで図利加害目的を構成する色彩を強めてきている。

図利加害目的の内容は、図利加害目的を認定する際、とりわけ、図利加害目的と本人図利目的が併存しながらも、図利加害と本人図利のいずれも任務違背行為の決定的な目的でない場合

⁸⁴ 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』判例タイムズ（2006）467頁～468頁。品川しのぶ・前掲注 57。

において図利加害目的を認めるかどうかの結論に一定の影響を及ぼす。逆に言えば、図利加害目的と本人図利目的が併存しながらも、図利加害と本人図利のいずれも任務違背行為の決定的な目的でない場合において図利加害目的を認めるかどうかの結論が、図利加害目的の適切な内容を明らかにしていくための手がかりとなる。この点について、本人図利目的が主として存在しない限り、図利加害目的を認めるとした方が、本人に損害を加えた故意の任務違背行為を潜在的な処罰対象に含められる一方で、本人の利益を図ることが主たる目的である場合には背任罪ないし特別背任罪が成立しないという意味で処罰範囲を限定できるので、図利加害目的とは、本人の利益を主として図っていないことを指すとする考え方の方に優位性がある。

本人図利目的が主として存在するかどうかに基づいて図利加害目的の有無が判断される以上、その判断が実際にどのように行われているのかが問題となる。この点について、裁判所は、任務違背の程度等、本人の利益と任務違背行為との関連性、本人の利益の重要性、本人利益の実現可能性についての認識、損害発生の確率、本人の実現に向けた措置や選択等の有無、本人の利益を図る動機以外の動機等の有無・程度といった要素に基づいて、損害とその発生確率と、損害と引換えに得られるであろう利益とそれが得られる確率との比較衡量、または、任務違背性の程度とそれによってもたらされる本人の利益の内容や実現可能性の程度との比較衡量を通して、本人に生じる損害が利益を上回るかどうかによって判断を行っているようである。

以上のように、図利加害目的は、背任罪ないし特別背任罪の要件である故意を基礎づける事実だけでは成立せず、さまざまな要素の比較衡量を経て、本人図利目的が主として存在しないという結論に至った場合に初めて成立するとすれば、役員等は、図利加害目的があるとして補償を受けた費用の返還を請求されることが著しく限られることが予想される。

もっとも、図利加害目的で職務を執行する役員等に対して、補償費用の返還を求めることができるという規定のもとで、具体的にどの程度の費用補償が行われるのかについては、会社による費用補償の問題が、民事、刑事、行政上の責任を追及される役員等が負担する費用についての補償の可否をめぐって生じることが予想されるため、役員等が、民事、刑事、行政上の責任がないとされた場合に、図利加害目的もないと言えるのか、民事、刑事、行政上の責任があるとされた場合に、図利加害目的もあると言えるのかといった点を検討しなければ、最終的な結論が出ないように思われるので、このような点については、機会を改めて考察していきたいと考える。