

特別背任罪の主体について

— 序論的考察 —

五十嵐 さおり

1. はじめに

会社法960条以下が規定する特別背任罪は、刑法における背任罪の特別規定と解されてきた。背任罪の法定刑が「5年以下の懲役又は50万円以下の罰金」であるのに対し、特別背任罪のそれが「10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又は併科」と加重されているのは、背任罪の主体よりも重い責任を担う取締役等による背任行為であるからと理解されている。しかし、特別背任罪の沿革と条文に照らしたとき、このような理解は、自明のものといえるだろうか。特別背任罪を立法した際の資料によれば、その加重理由は、「本条に掲ぐる者の犯す背任行為に因り一般社会の蒙る害悪は、普通の背任行為に因るものに比し、著しく広汎且深刻なるを常とする事実を鑑み、刑法の背任罪の規定に比し其の刑を相当高めた」¹と説明される。また、条文に照らすと、特別背任罪の主体の周辺には、「使用人」が含まれている。これをどう解するかにもよるが、刑法の背任罪よりも立場上責任の軽い者に、背任罪よりも重い刑罰を科しているのではないだろうか。このことは、特別背任罪を、単純に刑法の背任罪と同質のものとし、その身分ゆえに刑が加重されている背任罪の特別規定と解することによっては、説明が困難であるように思われる。この点は、誰しもが抱く疑問であろうが、その理由については、従来、あまり顧みられてこなかつ

1 奥野健一ほか『株式会社法釈義』535頁以下（巖松堂・改訂版・1940年）

たように思われる。そこで、本稿では、特別背任罪の主体である「使用人」について検討を加え、これを手がかりに、特別背任罪の保護法益について、今一度検討してみたい。なお、法益をいかに解するかは、特別背任罪の共犯の処理にも影響を与えるため、この点の検討が重要であることは、いうまでもない。

2. 特別背任罪の立法趣旨と沿革

特別背任罪は、昭和13年の商法改正（昭和13年法72号）によって新設された規定である²。昭和13年の改正法立法資料中³、本罪を検討する際に参考になると思われる箇所を抜粋してみると、次のようなものがある⁴。

(1) 要約

原文は後掲の通りであるが、立法趣旨を要約すると以下ようになる。

2 行政罰として過料を科す規定のみを有していた制定当時の商法（明治32年法48号）に、初めて刑罰規定がおかれたのは明治44年の改正（明治44年法73号）時であったが、この時作られたのは、株式会社・株式合資会社の発起人・役員等の総会欺罔罪、自己株式取得禁止違反罪、違法配当罪及び営業の範囲外の投機取引罪を規定する1か条のみであった。特別背任罪のほか、不実文書行使罪・預合いの罪・瀆職罪・会社荒し等に関する贈収賄罪等15か条の罰則が規定され、現行の会社法罰則の体系が整備されたのは、昭和13年改正の際である。

3 立法資料として用いたのは、前掲注（1）『株式会社法積義』、第70回帝国議会衆議院商法中改正法律案委員会議録、第73回帝国議会衆議院商法中改正法律案外二件委員会議録である。

4 引用するにあたり、片仮名を平仮名にしたほか、一部の漢字を平易なものにした。

「現代に於ける会社は其の資本の巨大なること、組織、規模の龐大なること、株式、社債権者の多数なることは到底旧時の比ではなく、其の社会的経済活動力の増大したること、之と利害関係を有する者の範囲の拡大したることは非常なもの」⁵であり、「所謂会社犯罪が一般社会に及ぼす害毒は深刻且広汎なるを常とする状態である」⁶ことから、「斯かる犯罪に対する嚴重なる取締は、公益保護の立場から見て絶対に必要」⁷と考え、商法罰則の根本的な改正を行った。

また、特別背任罪を新設したのは、「本条に掲ぐる者の犯す背任行為に因り一般社会の蒙る害悪は、普通の背任行為に因るものに比し、著しく広汎且深刻なるを常とする事実を鑑み」⁸、「背任罪に付ても業務上背任なる觀念を認め、之を一般背任罪と区別し其の刑を加重するのが適當」⁹と考えたためである。

(2) 商法罰則全体について

株式会社法積義^{10 11}

(問)「斯様な根本的とも謂ふべき改正が為されたのは怎う云ふ訳ですか。」

(答)「旧法は明治32年の公布施行に係り、其の後明治44年に多少の補修を加へられた儘今日に及んでいるのであるが、此の間に於ける社会経済の進歩は真に目覚しいものがあり、之に伴って会社企業は異常なる発展を遂

5 前掲注 (1) 531頁。なお、後掲注 (11) 部分より抜粋。

6 前掲注 (1) 531頁以下。なお、後掲注 (11) 部分より抜粋。

7 前掲注 (1) 532頁。なお、後掲注 (11) 部分より抜粋。

8 前掲注 (1) 535頁。なお、後掲注 (17) 部分より抜粋。

9 前掲注 (1) 532頁。なお、後掲注 (15) 部分より抜粋。

10 前掲注 (1) 『株式会社法積義』は、昭和13年商法改正起草委員会の幹事であった著書らが、改正法立法の経緯を質疑応答形式で記した本である。形式はそのままに引用した。

11 前掲注 (1) 531頁以下

ぐるに至った。殊に株式会社の発達、繁栄は著しく、今日に於ては重要な産業の大規模経営は殆ど全部株式会社の制度の下に行はれて居る状態である。即ち現代に於ける会社は其の資本の巨大なること、組織、規模の歴大なること、株式、社債権者の多数なることは到底旧時の比ではなく、其の社会的経済活動力の増大したること、之と利害関係を有する者の範囲の拡大したことは非常なもので、会社の社会重要性和云ふものは著しく大きなものとなって来たのである。従て会社の発起人、役員其他会社の経営、清算、整理等の衝に当る者の悪徳乃至は不法行為、其他会社の設立、株式、社債の募集又は売出、或は株式の引受、譲渡に際し行はるる所の不正行為等所謂会社犯罪が一般社会に及ぼす害毒は深刻且広汎なるを常とする状態である。斯かる犯罪に対する嚴重なる取締は、公益保護の立場から見て絶対に必要であって、之が為には罰則を精密に規定し且其の制裁を相当重く規定する必要がある。旧法の如き簡単であって且軽い制裁の規定では到底十分な取締は期し得られず、従来に於ても商法罰則は其の無力を啣たれて居たのであって、其の改正を要望せられていたのである。茲に於て今般の商法改正に当り罰則に付ても根本的の改正が行はれたのであるが、罰則の改正に当っては叙上の見地から、罰則を精密に規定し其の処罰の範囲を拡大すること、並に罰則全体に互り制裁を相当重くすること等が其の眼目になった訳である。」

第70回帝国議会議録第4回¹²

（宮古委員）「此商法の色々な規定に対して罰則が設けられてある、其罰則を見ますと、洵に重く出来て居る、是程まで重くしなくてはならぬものであるのかどうか」

（塩野国務大臣）「現行の商法は御承知のやうな40年前の制定に係ります

12 前掲注(3)第70回帝国議会議衆議院商法中改正法律案委員會議録(以下、第70回帝国議會議録と略す)第4回12頁

る為に、其当時の刑罰は、其後に於きまして一般刑法が現行の刑法になりました際に、一般に刑罰が重くなりました、それが一つの大きな理由であります、其外特に商事会社の重役に対して、重き刑を以て臨んで居りますのは、会社の要務に当る者が不正の行為を為す為に、多数の株主其他債権者に対して、非常な広い範囲に亘って、又多大の迷惑を被らせると云ふことが、頻々としてありました為に、会社規定それ自身の上に於て、さう云ふやうな不正行為の出来ないやうな取締の規定も設けましたけれども、尚ほ其外に刑罰を以て之を威嚇すると申しますか、左様な不正行為を為さざるやうに取締規定、罰則を設けるのが適當と考へてやったのであります」す

株式会社法積義¹³

（問）「此の罰則を見ると過料の制裁を科した498条の規定は別として・・・合名会社、合資会社に関するものには適用がない様になっていますが如何なる理由によるのですか。」

（答）「合名会社、合資会社は、同族会社等で資本金こそ巨大なものはあるが、此等会社は株式会社又は株式合資会社等と異り、株式又は社債等の募集により広く一般から資本又は資金を集めると云ふことなく、又其の社員の責任も重くなっているのであって、此等会社に関する不正行為に因り一般社会の蒙る影響は、株式会社又は株式合資会社の夫れに比し、遙かに少いと謂ひ得るのである。斯様な点から見て、合名会社、合資会社に関する不正行為に付ては刑罰を科さない。」

第73回帝国議会議録第12回¹⁴

（中井間委員）（株式を暴落させる行為についての質疑）

13 前掲注（1）533頁以下

14 前掲注（3）第73回帝国議会議録衆議院商法中改正法律案外二件委員會議録（以下、第73回帝国議会議録と略す）第12回12頁以下

（松阪政府委員）「商法の罰則編に規定致してありますのは、会社の役員或は高級使用人、或は其会社の為に権利を行使する者、そう云ふ会社直接の関係者が、犯罪行為をやった場合を本法に於て取締らんとするのであります」

（3）特別背任罪について

株式会社法釈義¹⁵

（問）「今般改正せられた罰則に於て、刑事立法上の新しい考へ方として注目すべき点がありますか。」

（答）「第一に一種の業務上背任とでも謂ふべき罪を認めたことである。即ち第486条、第487条の規定であつて、会社重役其の他に之に準ずべき者の特別背任罪の規定である。刑法が業務上横領罪を一般横領罪と区別し其の刑を加重せる如く、背任罪に付ても業務上背任なる觀念を認め、之を一般背任罪と区別し其の刑を加重するのが適當であると云ふことは、實際家、学者間の一致した意見であつて、刑事立法上の一つの新しい考へ方であるが、其の考へ方が一部此等の規定に具現されたと見ることが出来る。」

第73回帝国議会議録第10回¹⁶

（昭和13年改正全般についての解説中、罰則について述べた箇所より）

（松阪政府委員）「特別背任罪の規定であります、486条と487条の2箇条に規定されて居りますが、会社の重役等の背任罪に付きましては、従来から刑法の247条に背任罪の規定がありまして、それに依つて取締を致して居つたのであります、今申す通り会社の機構の著しく変化して来た、資本等が増大され、株主が多くなった、それ等の点から見まして、一般保護の

15 前掲注（1）532頁以下

16 前掲注（3）第73回帝国議会議録第10回18頁

立場から、刑法の背任よりも寧ろ刑罰を加重しなければならぬと云ふので、特別規定を設けたのであります、刑法の背任罪よりも加重したる特別法の規定が486条であります、486条の1項は、会社重役或は高級社員の背任を規定致して居ります、第2項に於て、会社直接の役員ではありませんが、整理委員、監督員等の背任を規定し、次の487条に於て社債権者召集の代表者、又は其決議を執行する者の背任を規定したのでありまして、此3種類の背任罪を規定致した次第であります」

株式会社法釈義¹⁷

(問)「では以下各条に付てお尋ねしますが先づ第486条を説明してください。」

(答)「本条の行為は従来と雖も犯罪であり、刑法第247条の背任罪として処罰せられていたのであるが、本条に掲ぐる者の犯す背任行為に因り一般社会の蒙る害悪は、普通の背任行為に因るものに比し、著しく広汎且深刻なるを常とする事実を鑑み、刑法の背任罪の規定に比し其の刑を相当高めたのである。」

第70回帝国議会議録第4回¹⁸

(宮古委員)「刑法の背任罪が罰してあるのに、改めて商法の方でも之を特別に規定しなければならぬ必要があるのであるか、是はどう云う訳で必要があるのであるか、それから又何故に刑法の方は5年であるのに、商法の方を7年以下の懲役又は1万円以下の罰金と云ふ風にしたのであるか」

(塩野国務大臣)「主として会社の要職に居る者の不正行為が、財産的に非常に大きな損害を多数の者に掛けます、又一面には被害者のみならず、財界一般にも影響を及ぼすと云ふことがありまするので、特別に重い刑を

17 前掲注 (1) 534頁以下

18 前掲注 (3) 第70回帝国議会議録第4回12頁以下

以て臨む訳になったのであります」

第70回帝国議会議録第9回¹⁹

（宮古委員）「486条の背任の責任ですが、・・・刑法と同じで差支ないのじゃございませぬか」

（松阪政府委員）「近代の会社組織、企業組織と云ふものが非常に大きくなりまして、何分にも株式会社、合名合資会社の大きなものの多数の株主、多数の債権者に対する社会的影響等から言ひますと、此刑法実施の当時の背任の規定は、少し軽過ぎはしないか、業務上の横領は刑法では10年以下になって居りますが、彼此れ考え合はしますと、やはり7年以下位の刑にし、又罰金の額を上げると云ふことが必要じゃなからうかと云ふことを考えて、左様に致した次第であります」

第70回帝国議会議録第9回²⁰

（熊谷委員）「486条は7年以下の懲役又は1万円以下の罰金と云ふことで、大層重いものになって居りますが、刑法の背任行為の規定は、是から見れば軽いのであります、尚局はどう云ふ理由で之を重くなさるのであるか」

（松阪政府委員）「近來の会社は非常に大規模なものになりまして、多数の株主と多数の債権者に關係を持ち、一般社会に利害關係を持つことが大きいのであります、社会公益の立場から従來の刑法では少しく軽きに過ぎはしないか、横領罪の如きも業務横領になると、刑法は10年以下の刑を課して居るのであります、其業務横領の場合と比べ合わせますならば、重役の背任は7年位に最高を高めても妥当ではないか、斬様に考えた次第であります」

19 前掲注(3) 第70回帝国議会議録第9回39頁

20 前掲注(3) 第70回帝国議会議録第9回41頁

株式会社法釈義²¹

（問）「本条に所謂『営業ニ関スル或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人』とは具体的に云へば如何なる者を指すのですか。」

（答）「其の字句は第43条第1項の字句を借りて来たので、其の意義は固より之と同一である。会社の営業に関し相当広汎なる権限を有する使用人、例へば部長、課長或は支店長と云った様な高級社員を指稱し、一般下級の使用人は之に包含されないのである。」

第70回帝国議会議録第7回²²

（松本委員）「43条の・・・番頭、手代と云ふものと、他の使用人と云ふものを、どうして区別し得るか」

（大森政府委員）「番頭、手代と云ふことは、単に例として書いてあるのでありまして、番頭なり手代であるが為に、特に一つの効力を持つと云ふ意味はないのであります、・・・現行規定では、支配人、番頭、手代階級、それから番頭、手代にあらざる階級の三階級に分けて居りますけれども、此分け方を止めまして、支配人階級と、それから第43条の階級、斯う云ふ具合にやったのであります」

第73回帝国議会議録第10回²³

（山本委員）「486条の使用人の場合は・・・一般背任罪程度、或は5年以下の懲役又は5千円以下の罰金と云ふことに・・・改正する御意思はないでせうか」

（松坂政府委員）「使用人ではありますが、此第43条に依る番頭、手代に準ずべきものでありまして、使用人としましても、高級者で、支配人に準

21 前掲注（1）536頁

22 前掲注（3）第70回帝国議会議録第7回35頁

23 前掲注（3）第73回帝国議会議録第10回25頁

ずべきものでありますから、之を削って支配人に止めると云ふことは、賛成致し兼ねるのであります」

第73回帝国議会議録第12回²⁴

（内藤委員）（商法の特別背任罪と有限責任会社法77条の特別背任罪との法定刑の違いについて）

（松阪政府委員）「株式会社は其会社の組織、機構に於きまして、今日では大企業組織になりまして、多数の株主、多数の社債権者等もある場合が多々ありまするし、一般公衆に及ぼす影響も非常に大きいのであります、有限会社に付て言ひますと、其有限会社の性質から申しまして、有限である点は株式会社には非常に似て居りますが、株式会社と合名会社との中間にある会社であります、株式会社の如く株主の範囲は広くはない、社員
の範囲も広くないのであります、又社債の発行と云ふことも認めて居りませぬ、一般公衆に対する関係が余程株式会社よりは程度が低くなって居ります、随て之を株式会社の重役と同一の程度の刑罰を以て臨むと云ふことは、是は甚だ酷に失しはせぬかと云ふ所から、有限会社の方は幾分刑罰が軽くなり、又合名会社に付ては先程も申上げました如く、重役に付ては刑罰は設けて居らぬのであります、其合名会社と株式会社との中間を狙ひまして、幾分刑を軽くして、77条等の規定を設けた次第でございます」

（4）特別背任罪の沿革

別表1を参照。

24 前掲注（3）第73回帝国議会議録第12回6頁以下

3. 「使用人」について

(1) 問題の所在

特別背任罪の主体として会社法960条1項7号（旧商法486条1項）に挙げられている「事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」は、会社法14条1項（旧商法43条1項）に規定されている「事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」を指すと解するのが一般的である（以下では、便宜上、960条1項7号の指すものを「960条使用人」、14条1項の指すものを「14条使用人」、「事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた」という限定がなされる前の広い意味での使用人全体を指して単に「使用人」とする）²⁵。しかし、「使用人」自体の内容が明確とはいえないことから、そもそも何をもって「使用人」というのか、「14条使用人」と「960条使用人」は文言だけでなくその解釈も同一であるのかなど、特別背任罪の主体としての「960条使用人」の姿を明らかにするために検討を要する事項は多い。

そこで本章では、まず、「14条使用人」と「960条使用人」の関係を確認し、その後、判例を参照しながら、「使用人」について一具体的には、会社との雇用関係は必要か否か、「使用人」の本質は何か、「使用人」の中で「960条使用人」はどのように位置づけられるか一順を追って考えていくこととする。

25 平成18年の会社法施行により、本稿で参照する条文が、旧商法から会社法へと移動した。特別背任罪の規定が旧商法486条1項から会社法960条1項に、「事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」の規定が旧商法43条1項から会社法14条1項になどである。本文では、基本的には会社法上の条数を用いるが、文献や判例の中で、旧商法の条数で書かれているものについては、特に注記することなくそのまま引用することとした。

(2) 「14条使用人」と「960条使用人」

改正によって後に付け加えられたものもあるが、特別背任罪の主体は、基本的には、本罪が新設された当時のものを引き継いでいる²⁶。しかしながら、立法資料中には、いかなる意図・理由で本罪の主体を選定したのかについて直接に説明する記述がないことから、各主体の意味するところは、特別背任罪自体の立法趣旨及び判例に表れたものを手がかりに解明していくほかはない。

本罪の主体として挙げられている「960条使用人」について、立法資料では、「使用人ではありますが、此第43条に依る番頭、手代に準ずべきものでありまして、使用人としましても、高級者で、支配人に準ずべきものであります」²⁷、「其の字句は第43条1項の字句を借りて来たので、其の意義は固より之と同一である。会社の営業に関し相当広汎なる権限を有する使用人、例へば部長、課長或は支店長と云った様な高級社員を指稱し、一般下級の使用人は之に包含されないのである」²⁸と述べられており、その具体的な範囲はさておくとしても²⁹、これが「14条使用人」と同じものを指すと解することに、学説上もほぼ異論はない³⁰。

26 主体の改正の沿革については、別表2参照。

27 前掲注(3)第73回帝国議会会議録第10回25頁。なお、前掲注(23)部分より抜粋。

28 前掲注(1)536頁。なお、前掲注(21)部分より抜粋。

29 「960条使用人」について、「部・課長のほか、窓口職員、末端の外務員、得意先係員などであっても、契約締結等営業上の代理権を認められた者については、本条の主体となろう」とするものとして、大森忠夫ほか編『注釈会社法(8)のII』390頁〔藤木英雄〕(有斐閣・1969年)。

30 伊藤榮樹=小野慶二=莊子邦雄編『注釈特別刑法 第5巻 経済法編I』128頁〔伊藤榮樹〕(立花書房・1986年)、上柳克郎=鴻常夫=竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(13)』560頁〔芝原邦爾〕(有斐閣・1990年)、平野龍一=佐々木史朗=藤永幸治編『注解特別刑法4 経済編(第二版)』20頁〔佐々木史朗〕(青林書院・1991年)など。

ここで、「14条使用人」について確認しておこう。

昭和13年商法改正は、明治32年商法33条「商人ハ番頭又ハ手代ヲ選任シ其営業ニ関スル或種類又ハ特定ノ事項ヲ委任スルコトヲ得 ②番頭又ハ手代ハ其委任ヲ受ケタル事項ニ関シ一切ノ行為ヲ為ス権限ヲ有ス」を、旧商法43条「番頭、手代其ノ他営業ニ関スル或種類又ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人ハ其ノ事項ニ関シ一切ノ裁判外ノ行為ヲ為ス権限ヲ有ス ②第38条第3項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス」に変更した。番頭、手代は例示にすぎないこと、裁判上の代理権はないことを明らかにしたほか、従来ノ2項では、代理権に加えられた制限の効力が第三者にも及ぶこととなり、第三者の保護に欠けることから、38条3項「支配人ノ代理権ニ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ズ」を準用する旨の2項を新設したのである³¹。現在ある会社法14条の「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」規定は、旧商法43条と同趣旨のものとして、現商法25条に規定するところを、会社法総則中に繰り返したものである。

14条の趣旨は、特定の種類又は事項に関する包括的代理権を設定することを許容する点にあるとするのが通説的理解とされている³²。つまり、「14条使用人」は、支配人のように事業全体に関わる広範な代理権を有しているわけではないが、委任を受けた特定種類又は特定事項に関しては、その都度代理権を付与されるのではなく、一定の包括性をもった代理権を有するのである。そして、「960条使用人」が「14条使用人」を指すのであれば、「960条使用人」も、委任を受けた特定種類又は特定事項に関し、一定の包括的代理権を有することになる。

ところで、近時、「14条使用人」規定と「960条使用人」規定は、各々

31 司法省民事局編纂『商法中改正法律案理由書』26頁（清水書店・改訂版・1938年）

32 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール 総則／設立〔1〕』179頁〔高橋美加〕（商事法務・2008年）

存在趣旨・目的が違うとして、その内容を別意に解する可能性を示唆する見解が主張されている³³。確かに、「所有」や「占有」の概念は刑法と民法で異なり、「暴行」概念は刑法内部において相対的に用いられるなど、同一文言であっても、規定ごとに解釈が異なること自体は別段特異なことではない。しかし、これらの「概念」が各法あるいは同一法内で異なるのと、「定義」の解釈が同一法内で異なるのとでは、意味合いが違うように思われる。立法資料をみる限り、同じ意義内容であることを念頭に、「14条使用人」規定を「960条使用人」規定の文言に使用したことが窺われる。そして何よりも、特別背任罪は、会社の中で一定の役割を果たす者が背任罪を犯した場合を処罰する目的で作られ、そのために会社組織での地位・役割等で主体を限定しているのであるから、本罪の主体について刑法独自の解釈を行うということは、本罪の趣旨に悖ることになるように思われる。

以上から、「960条使用人」は「14条使用人」と、その解釈も同じであるという前提に立つとしても、そもそも「使用人」とは何かという問題が残る。先に見た、「960条使用人」と「14条使用人」とを個別に解する見解は、主に、後掲のイトマン事件において、会社との雇用関係がない者に「使用人」性を肯定しようと主張されたものである。後述するように、従来の判例については、「使用人」性に雇用関係を必要としたものと理解す

33 今井猛嘉「判批」平成17年度重要判例解説（ジュリ1313号）175頁（2006年）「商業使用人制度と特別背任罪では、各々存在趣旨が異なる以上、使用人の概念を個別に解釈することは可能であろう」、内田幸隆「判批」刑事法ジャーナル5号153頁（2006年）「商法総則、会社法総則における『商業使用人』規定は、取引の相手方保護のためにあり、特別背任罪は会社等の雇用主（本人）の財産保護のためにあるのであるから、その目的が異なるものといえる。それゆえ、『商業使用人』性を認めるために『雇用契約』が必要であるとしても、特別背任罪の『使用人』性を認めるために必ず『雇用契約』が必要であるとは直ちにいえぬ」、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1408号116頁以下（2010年）。

る学説が多いように思われるが、「使用人」といいうるために、雇用関係は必要なのであろうか。以下では、「使用人」に関する判例を概観し、「使用人」と雇用関係について検討することとする。

(3) 「使用人」に関する判例

①東京高判昭和37年5月17日判時311号31頁

（事実関係）株式会社である新聞社の社会部副部長であったAが、不正の請託を受けて財産上の利益を収受した事案

（判旨）「同条（筆者注：旧商法43条）にいう商業使用人とは雇主たる商人に雇われ雇主の営業を補助するもので、主として雇主が営業のため行うべき一定範囲の法律行為（例えば出納、仕入、販売）を代理する職務に服する使用人を意味し、その任務の性質上、一般的に雇主の対外的な営業上の法律関係の発生、変更、消滅を生ぜしめるような性質の営業に関する事項について雇主を補助するものである。・・・してみれば、株式会社の使用人であっても、営業行為に直接関係する職務に服さず、従って単に営業の内部かぎりの業務に従事し、或いは対外的に商行為を営む等法律関係を生ぜしめることのない地位にある者、例えば、新聞社または出版会社の編集乃至取材関係の社員、製造会社の研究所または工場の純然たる研究員又は技師（資材の買入、物品の払下等に関与する職務なき者）会社の守衛長のような者は、たとえ編集、取材、技術研究物品の製造事務の管理というような事項につき会社から特定の事項を委任されていたとしても・・・『営業ニ関スル或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人』に該当しない」とし、Aの職務内容（慣習上部長の事務を大幅に委任され、同部遊軍記者の配置、取材事務の指揮監督、新聞掲載用原稿の処理並びに採否決定、ゲラ刷の作成検討等の事務を処理していた）を認定した上で、Aは「営業ニ関スル或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人」に当たらないと判示した。

②大阪地判昭和37年5月31日金法318号5頁

（事実関係） X社は、昭和23年頃、関西地区所在の自社工場と本社間の事務連絡等を行わせるため、支店としての登記を有しない大阪事務所を設置し、これをかねてからX社と密接な関係があったY株式会社の大阪支店の中に置き、Aをその所長に任命したが、Y社はもとX社の営業部門であったものが独立して別会社となったものであり、実質的には依然X社の営業部門ともいべき存在で、X社の製品販売、原料購入を一手に代行してきたものであるところ、Y社は業界において十分な信用を獲得していなかった為、原料買入代金支払に当り、取引先から、その親会社たるX社の手形を求められることがあったので、X社は手形融通の便宜の為に、Aに対し同人名義をもって手形振出及び銀行取引をなす包括的な代理権限を授与した。昭和26年に至り、X社及びY社はいずれも金融操作に行詰まり、専らAに資金調達への衝に当らせることとしたので、Aは「X株式会社大阪事務所長A」名義の手形を振出して営業資金に用立てるようになった。ところで、X社大阪事務所には、所長として、X社の取締役、X社本社業務部長、Y社の取締役、大阪支店長、大阪支店経理課長を兼務するAが任せられたのみで他に1名の職員も置かれていなかったため、Aは、大阪事務所の印鑑類の保管、同人名義の手形発行、割引依頼、本社への送金等の事務をY社大阪支店の経理課経理主任であるBに行わせるのを常としており、このことはX社も承知していたが、Aの留守中の手形振出等については事前にBに対し概括的な指示を与えてこれを処理させており、緊急な場合に限りBの一存でA名義の手形を振出させ、事後に承認を与えることとしていたが、後には、金融手形振出についてX社本社から直接Bに対し指示することも行われ、あるいはAの在阪と否とを問わず比較的小額の手形についてはBにおいてその一存で振出し、事後において、Aの承認を求めることなども行われて、Aの関知しないままに振出される場合が生ずるようになった。一方、X社本社では昭和27年12月以前に金融手形の発行をできる限り廃止すべく役員会において申し合わせ、その趣旨をAにも伝達した

が、金融手形の振出を中止すれば期日の到来する手形の決済が不可能となる関係上、Bは前記申し合わせを聞知しながらこれに背き、Aの意思とはかわりなくその一存で本件手形をZ社に振出した。

原告等は、本件手形がX社の表見支配人もしくは任意代理人であったX社大阪事務所長Aにより振出された有効な手形であるとし、仮にそうでなくとも、商法43条にいう「或事項又ハ特定ノ事項」として手形振出の委任を受けたX社の使用人もしくは任意復代理人であったBにより振出された有効な手形であり、仮にBによる振出が権限の範囲を超えてなされたとしても表見代理が成立するとして、X社に本件手形金支払義務があると主張した。

（判旨）「商法43条は・・・営業主の対外的な営業上の取引過程に参加して業務を補助する使用人は、営業主から抽象的一般的に委任された事項については、裁判外における限り、包括的かつ対善意の第三者関係では不可制限的な代理権を有するものと法定することにより、取引を保護する目的に出でた規定であるから、右にいう使用人とは、客観的にみて対外的な営業上の業務の或事項について、抽象的一般的に代理権を与えられた、営業主と雇用関係にある使用人を指称し、単に内部的な業務にのみ服する者、具体的な個々の行為について委任を受けたもの、営業主と雇用関係に立たない者などを含まないものと解される」と判示して、X社と雇用関係に立たないのであるから、Bは商法43条にいう使用人に当たる旨の原告の主張は排斥を免れないとした。

③最一判昭和59年3月29日裁判集民141号481頁

（事実関係）道路舗装工事の請負等を業とする株式会社Yは、昭和42年に、主として官公庁が発注する道路舗装工事を請負うため、福岡市内に営業所を開設し、昭和48年には、常務取締役のAが営業所長に就任するとともに、右営業所を「支店に準ずる営業所」として届け出て建設業の許可（建設業法3条）を得た。Aは、本店と離れて独自に、同営業所長名義で工事

請負契約の締結・履行、小切手の振出、工事代金の受入れ等を行う権限を有していたが、Y社の内部規定により、手形の振出・裏書等の手形行為をする権限は与えられていなかった。昭和52年、右営業所の受注工事量が漸次減少し、従業員も女子事務員1名となり、Aも月に1、2回程度しか右営業所に来られなくなったことから、Aは、建設業者Bに依頼して、右営業所の業務を処理させるようになった。Y社とBの間には雇用関係はなかったが、Bは、所長代理の肩書で右営業所に常駐し、官公庁発注の道路舗装工事についての入札事務、営業所長名義による請負契約の締結、工事代金の回収等（そのための約束手形の授受を含む）のAの権限に属する業務に従事し、女子事務員が保管していた営業所長印等を任意に使用して入札参加書類等を作成したり、対外的にも所長代理の肩書を付した名刺を使用することを認められていた。Bは、右営業所の取引先であり、自ら経営の実権を握っていたC株式会社の資金繰り等のため、C社振出の約束手形を取引先に割引かせて資金を作る目的のもとに、昭和54年8月、C社振出の本件手形に、入札参加書類等の作成のため任意の使用を任せられていた営業所長印等を冒用して「Y福岡営業所所長A」名義の裏書を偽造したうえ、自己名義の第二裏書をした本件手形をD社に割引のため交付したところ、D社が更にXに割引を依頼し、本件裏書を真正なものと信じたXがこれを割り引いた。

Y社は、本件裏書はBが偽造したものであるとして争ったが、原判決は、Aは商法42条の表見支配人であり、Bはその包括代理人であるから、手形行為をする権限の制限は善意の第三者に対抗できないし、Xは善意の取得者であるから、商法38条3項により、本件裏書の真否についてのD社の代表者の認識は問題とする必要がないとして、Y社に裏書人として手形金支払義務があることを認定した。

(判旨)「Bは、Y社と雇傭関係がなく、また、本件営業所の『所長代理』の肩書きが付されていたにとどまるというのであるから、Bは、Y社の使用人ということとはできないし、また、本件営業所の主任たることを示す名

称が付されていたともいえないから、Bが商法42条1項本文により本件営業所の支配人と同一の権限を有するものと看做されるべきであると解することはできない」とし、さらに、「同条2項にいう相手方等にいわゆる表見代理が成立しうる第三者は、当該取引の直接の相手方に限られるものであり、手形行為の場合には、この直接の相手方は、手形上の記載によって形式的に判断されるべきものではなく、実質的な取引の相手方をいうと解すべきである」が、本件における直接の相手方たるD社の代表者は本件裏書が偽造されたものであるのを知っていたと認められるとして、Y社には裏書人としての担保責任はないとし、Xの予備的請求（民法715条による損害賠償請求）を審理・判断させるため、事件を原審に差し戻した。裁判集における要旨には上記引用の後半部分が取り上げられているが、本論点との関係で重要なのは、判示の前半部分である。

④大阪地判平成11年9月9日刑集59巻8号806頁（イトマン事件一審判決）（事実関係）Aは、昭和52年、不動産業等を目的とする株式会社Xを設立してその代表取締役社長に就任し、オーナー経営者として土地の地上げやゴルフ場の開発事業等を手掛けていたものであるが、平成元年7月ころ、それまで多額の融資を受けていた信用組合から融資が打ち切られたため、資金繰りに窮するようになっていた。

Aは、同年8月ころ、中堅総合商社であったYの代表取締役社長Bの知己を得たが、Bは、当時、当面の決算対策用の利益計上の材料探しに躍起となっていたことなどから、Aに対し、AのプロジェクトをYの資金提供の下に共同事業として遂行していくことを提案し、Aもこれに応ずることとした。その結果、同年9月ころから、Yからその子会社を介するなどして、X等のAの関連会社に対し、数百億円規模の巨額の融資が繰り返し実行されることとなった。さらに、Bは、Yとして不動産開発事業等に取り組むため、社長室に企画監理本部を新設する方針を打ち出し、Bは、Aをいづれ役員とする含みでYに入社させ、企画監理本部の本部長に充てようと

考え、同年11月ころから、AにYへの入社を勧めるようになり、Aも、これに応じてYへの入社を決意するに至った。

企画監理本部は、平成2年1月に新設され、Y理事を委嘱されたAがその本部長に就任するとともに、AがBに紹介したCが副本部長に就任し、同年4月、具体的な業務遂行のための7つの部と企画監理統轄室が設置され、大阪、東京、名古屋の各企画開発本部の本部長が1名ずつ、兼務で営業担当副本部長に就任したほか、企画監理本部から、対外貸付金限度決裁権者につき、5億円以下は企画監理本部長、5億円を超える場合は社長・副社長・企画監理本部長とする等の内容の決裁申請書が提出されるとともに、社長・管理本部長・企画監理本部長の連名で、不動産関係与信限度及び不動産開発案件の申請は企画監理本部に提出することとする通知が発せられた。Aは、入社当初から、次期株主総会後に取締役に就任することが予定されており、大阪と東京の各本社に専用の執務室として顧問室を与えられた上、専属の秘書が置かれてスケジュール管理等が行われ、不動産開発案件等に関しAとの面談を希望する者については、秘書室で、用件、希望日時場所、所要時間等を聞き取って、日程調整が行われていた。そして、Aは、不動産関係に使用中の融資資金及び開発在庫資金の内容を個別に検討する「不動産資金会議」にBやY副社長らと共に出席したり、決裁を求められた海外のゴルフ場買収案件について修正意見を付したり、部下に対し、地上げのための土地の買収方法等を含めた具体的な指示を与えたりして、社長であるBの指揮命令の下、同本部の所管事項に携わっていた。なお、Aは、Y大阪本社の同本部にはほとんど在室せず、同本部の日常業務は、もっぱら副本部長のCが切り回していたが、Cは、プロジェクトの承認や不動産融資案件の決定等は上司であるAの権限であるとの認識を持っていた。Y大阪本社にはAの印鑑が預けられ、基本的にはAの専属秘書がこれを保管しており、Aから事前に包括的委任を受けていたCが、Aに代わって決裁印を押していたが、何らかの判断を要する場合には、Aに連絡を取り、その指示を受けて押印することとしていた。その後、Aは、同年

6月、Yの常務取締役役に就任し、引き続き企画監理本部長としての業務に従事したが、同年秋になり、Aが関与するYの様々な問題がマスコミ報道されるに至ったことなどから、同年11月、Yを退社した。

以上の期間を通じて、AはYから給与等の支給を受けていなかったが、Aがその支給を要求しなかった理由には、X等の自己の関連会社がYから巨額の融資等の経済的利益を受けていたことに恩義を感じていたことがあったものであり、他方、Bも、YがAに給与等の名目では労務の対価を支払っていないことは知っていたものの、Aの入社の前後を通じてX等にかなりの額の融資を行い、その利便を図っていたことが一種の報酬であると考えていた。

（判旨）「検察官は、商法486条1項所定の『使用人』は営業主との間に雇用関係が存することが必要であるとの見解に立ったうえで、YとAの間には雇用関係が認められるから、同項の『使用人』に該当する旨主張するところ、AがYから通常の意味での労務の給付に対する報酬の支払を受けていたとは認められず、その間に雇用関係があったと認定するのは困難であって、検察官の右主張にはにわかに左袒し難い。しかしながら、『営業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人は、その他の一般的使用人と異なり、会社から部分的にもせよ、包括的な代理権限を与えられているところから、その委任にかかる事務を誠実に取り扱うことが期待されるのであり、委任の趣旨に対する背信行為に対し、一般の場合に比し重い非難が加えられるべきであるから、取締役等や支配人と並んで特別背任罪の主体とした。』という商法486条1項の立法趣旨に鑑みると、企業の経営組織に組み込まれて、相当程度経営者に従属しながら、経営者の企業活動ないし経営活動を補助し、その結果が企業に帰する関係にあり、同時に企業から何らかの利益を得ていると見られる者は、雇用関係の有無等企業との関係の法的形式にかかわらず、商法486条1項所定の『使用人』に当たるものと解するのが相当である」と判示し、Aは、企業の外部において独立の地位を占めながら経営者を補助したわけではなく、Yの組織内に

組み込まれて、その一部門たる企画監理本部の長として、社長たるBの指揮監督の下、その経営活動を補助し、その結果はYに帰するものであったこと、Aは、Yの他社に対する融資金の一部をXの資金繰りに充てるためにも流用することを認められていた上、関連のプロジェクトを全部Yとの共同事業とし、全債務を肩代り返済してもらう約束で、X等の関連会社にY側から巨額の融資がなされていたが、Xは資本と経営が共にAに帰するいわゆる個人会社であって、会社と個人の利益が渾然一体化していることは否めないことからすれば、右の利益はYからAに与えられたともいえること、Aが労務に対する報酬を得ていない理由には、自ら申し出たという側面があるが、Aは、Yから上記のごとき経済的利益を与えられていたからこそ、Bらに対する「誠意の一端」として、給与や俸給等の支給を辞退したと考えられること等の事実を認定し、Aは「使用人」に当たると結論した。

⑤大阪高判平成14年4月23日刑集59巻8号938頁（イトマン事件控訴審判決）
（事実関係）④参照

（判旨）「商法486条1項にいう『使用人』とは、企業との間における民法上の雇傭契約がある者、又は、企業の経営組織に組み込まれ、相当程度従属して指揮命令に服しながら、企業活動を補助し、その結果が企業に帰属するとともに、企業から何らかの利益を得ているなど、企業との間で雇傭契約が締結されている者と同視できる程度に、企業に対する忠実義務及び誠実義務を負わせるのを相当とする関係が企業との間で成立しているとみられる者をいう」と判示し、Yからの経済的利益の供与はあくまでも法人としてのXに帰属するものであるから、Aの労務給付に対する対価たる性格を有していたとみることには無理があり、YとAとの間に正式な雇用契約が成立していたということはできないとしながら、他方において、Aは、Yの経営組織に組み込まれ、相当程度従属して指揮命令に服しながら、Yの企業活動を補助し、その結果がYに帰属する関係にあり、かつ、Yから、

Xを介するなどして巨額の経済的利益を受けていたものであるから、雇用契約に基づく場合と同様、Yとの間で、本社に対する忠実義務及び委任関係に基づく誠実義務を負う関係が成立していたものと認めることができるとして、Aは商法486条1項所定の「使用人」に当たるとした。

⑥最三決平成17年10月7日刑集59巻8号1086頁（イトマン事件最高裁決定）
（事実関係）④参照

（判旨）「以上によれば、理事兼企画監理本部長の立場にあった当時のAは、Yという株式会社の組織内に組み込まれ、社長であるBの指揮命令に服しながら、不動産開発等の業務を担当する企画監理本部の長として、Yの対外的法律行為に関する包括的代理権の行使を含め、Yの企業活動の一端を継続的かつ従属的に担っていたのであるから、YからX等に対して巨額の融資が実行されていたことなどの事情もあって、給与等の支給をYから受けることがなかったとしても、Yの『営業ニ関スル或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人』に当たるといふべきである」。

（4）「使用人」と雇用関係

「14条使用人」³⁴であるために会社との雇用関係の存在を必要とするかどうかは、商法（会社法）内部でも争いのあるところである。必要説³⁵が多数であるといわれるが、雇用関係に限らず特定の会社に従属していれば、委任関係であっても「使用人」として差支えないとする説³⁶もあり、

34 正確にいうと「商業使用人」であるために雇用関係は必要か否かであるが、ここでは文脈上「14条使用人」とした。

35 たとえば、田中誠二＝喜多丁祐『全訂コンメンタール商法総則』379頁（勁草書房・1975年）。

36 鴻常夫『商法総則 新訂第5版』163頁（弘文堂・1999年）、服部栄三『商法総則〔第三版〕』277頁以下（青林書院・1983年）

さらに、必要説に立ったとしても、善意の第三者保護のため、雇用関係なしに代理権を与えられた者についても「14条使用人」³⁷に関する規定を類推適用すべきであると主張されていることから、結果に大差はないとの指摘もある³⁸。

他方、「960条使用人」と会社の雇用関係について触れた文献は、いずれも、これを当然に必要と解しているような記述となっている³⁹。判例の態度はどうであろうか。(3)で挙げた判例のうち、会社と「使用人」の間に雇用関係があることを前提としているように解されるのは①②③である。

①は、背任罪の本質に関し権限濫用説の立場に立つとともに、「使用人」の解釈に、「商法43条1項のみならず、対外関係に特に配慮した民事上の特則にすぎない同条2項の趣旨までも織り込んだ」と評価され⁴⁰、職務を「対外的な営業上の法律関係の発生等を生ぜしめる」ものに限定した点につき、背信説の立場から批判の多い判例である⁴¹。背任罪の本質をいかに解するかによって、その成立範囲は変わってくる。しかしながら、本件判旨がなした前述の限定は、あくまで「14条使用人」たるべき委任の内容についてのものであって、背任罪の本質という視点からなされたものではないように思われる。本件では、単に、Aが受けていた委任事項が、14条が想定しているような内容でなかったために、「使用人」性が否定されただけではなかろうか。また、①判決は、雇用関係があった者についての

37 前掲注(34)と同様。

38 落合誠一＝大塚龍児＝山下友信『商法Ⅰ総則・商行為〔第4版〕』90頁〔大塚龍児〕(有斐閣・2009年)

39 前掲注(29)390頁、伊藤・前掲注(30)128頁、佐々木・前掲注(30)20頁

40 伊藤・前掲注(30)129頁

41 背信説の立場から、①判決の結論を不当とするものとして、伊藤・前掲注(30)130頁、芝原・前掲注(30)560頁、佐々木・前掲注(30)21頁。権限濫用説の立場から、結論を支持するものとして、前掲注(29)390頁。

判断であるため、当然にそれを前提とする判示の仕方となっているものの、逆に、雇用関係がある者であっても、「使用人」には当たらない場合があるという一例として参考になろう⁴²。

②判例は、(旧) 商法43条の「使用人」には雇用関係が必要であるとの見解を明確に打ち出した民事の地裁裁判例として、しばしば引用されるものである。しかし、その判旨を仔細にみてみると、雇用関係のみを判断の基準としているわけではない。つまり、「手形振出行為は客観的にみて対外的な営業上の業務の性質を有することというまでもないが、本件においてBは原則としてAの概括的もしくは個々の指示に基づきA名義の手形を作成していたものであつて、Z社に対する手形の交付もAの意思の下になしていたものとみるのが相当であるから、Bは、原則的には、Aの機関たる地位にあつたものに過ぎず、この限りでは同人はX社の内部的な業務を事実上補助していたにとどまるものといわなければならない。もつとも、後には、X社本社からAを介さずに直接Bに指示して手形を振出さしめることがあつたことが認められる・・・から、一見、Bはその頃X社から一般的に『X株式会社大阪事務所長A』名義の手形振出につき委任をうけていたものの如くみえないでもないが、一方・・・Bは・・・X社社員たる身分を有しなかつたこと、X社本社からの直接の指示による手形発行に当つても従前どおり『X社大阪事務所長A』の名義を用いてBの名義を用いなかつたこと、X社役員会において金融手形発行の廃止を申し合わせた際

42 なお、本件第一審（東京地判昭和34年9月21日判時202号16頁）は判旨中、Aに、新聞掲載用原稿の採否決定権限があること等を認定した上で、「新聞の使命の重大性、その公共性に鑑みるも、社会部副部長の地位は、当該新聞社にとり、まことに重要視すべきものであつて、到底弁護人主張の如く、一介の社員、サラリーマンに過ぎないとはできず、むしろ重要な責任ある地位にあるものとして、商法486条1項にいわゆる営業に関する或種類若は特定の事項の委任を受けた使用人に該当するものと解せざるを得ない」としているが、当該組織の業務を遂行する上で必要・重要な職であるということと、「使用人」とみなされうる職・立場とは当然異なるように思われる。

にも右申し合わせの趣旨はAに対して伝達され、BはAを介して聞知したにすぎないこと、などの事情を考え合わせると、X社はBに対し一般的に手形振出の代理権を与えたものではなく、Aが大阪不在中などの場合に、その指示する金額調達に必要な限度において『X株式会社大阪事務所長A』名義でX社を代理して手形を振出すべきことをその都度個々のに委任したにすぎないものと認めるのが相当といわなければならない。のみならず、Bは前記のとおりX社と雇傭関係に立たないのであるから、結局、Bが商法第43条にいう使用人に当る旨の原告等の主張は排斥を免れない」と判示していることに鑑みれば、本件で重視されているのは、雇用関係の有無よりもむしろ、Bに手形振出についての包括的代理権があったか否かであるといえる。

③判例は、その判文からは、「BはY社と雇用関係がないからY社の使用人とはいえない」旨判示したと理解することが自然であろう⁴³。しかしながら、原審⁴⁴の認定した事実によれば、Aの依頼によりBが主にしていたのは入札参加、請負契約の締結であったのに対し、AB間では、Bが落札した工事は、落札価格の4パーセントをY社が差し引き、残りの96パーセントで他社に下請けさせる取り決めになっており、下請契約についてはすべてBに一任されていたこと、Bは下請契約を締結することにより生ずる利益を自己の収入として取得することが認められていたこと、下請けさせるのはBの経営する建設業者等であったこと、及び、Bは他社を経由して孫請けさせる建設業者の経営にも関与するようになっていたこと等が認められる。確かにBは、Y社からの個別的な指示なく、包括的な権限を付与されて業務を行っていたとみることができる。しかし、包括的代理権が与えられていたとしても、会社の指揮命令に則する形でそれを行わせるの

43 上田哲「判解」最判解刑事事篇平成17年度408頁（⑥イトマン事件についてのもの）

44 福岡高判昭和57年1月20日判時1049号129頁

が「使用人」でなかろうか。Bは、日頃から、Y社のためでなく、専ら自己の利益のために自由に事務を処理しており、その意味で、Y社の指揮命令系統にあったといえないばかりか、その業務の内容はY社の者でなければなしえないものでもない。Bの役割は、代理商に近いともいえる。本判決は、雇用関係がないことによってBの「使用人」性を否定しているが、BはY社に組み込まれた者ではない、つまり、そもそもY社の「使用人」としての実態がないとみることも十分可能であろう。

このように考えると、①②③判例は、「使用人」であるためには、会社との雇用関係を必要とするという縛りをつけるものではない。

就業形態が多様化、複雑化した現在、雇用関係の有無のみを基準として「使用人」であるか否かを判断するのは適切でない。会社の指揮命令に継続的に従属し、委任に基づいた包括的代理権が与えられていたとしても、派遣労働者などの場合には「使用人」性を肯定できないことになる。就任する際に登記を要する取締役等については格別、雇用関係は、「使用人」であるための判断基準とはなりえないのである⁴⁵。

(5) 「使用人」の本質

雇用関係が「使用人」であるための必要条件でないならば、そこには何が残るだろうか。雇用関係の有無が判断基準になりうるという発想の根本には、使用人の行為が会社（の財産）に影響を及ぼすには、会社と「使用人」との間に何らかの結びつきが必要という思考があるように思われる。

45 「使用人」であるために雇用関係は不要との見解に立つならば、④⑤判例で検討されたような、当該者が会社から何らかの利益を得ていたかどうかという事情は、考慮の外におかれることになる。このことは、「960条使用人」と並び本罪の主体とされている取締役については無報酬が原則であることからみても（会社法330条・民法648条1項）、問題ないように思われる。前掲注（43）418頁。

確かに、雇用関係の存在は、会社と「使用人」とを結びつけるひとつの根拠たりうる。しかし、このような関係を基礎付けるのは、なにも雇用関係だけではない。事務処理を他人に委託することを内容とする委任関係も、ここでいう結びつきとして十分に機能する。実際には、雇用契約と併行して委任契約が締結されている場合もあるであろうし、雇用契約はないが委任契約が締結されているという場合もあろう。さらに、委任契約は委任者と受託者の合意があれば成立するのであるから、一般にいう契約書を取り交わす形をとっていなくとも、黙示の意思表示による委任契約の成立を認定できることはある。およそ他人の事務を処理することを目的とする法律関係には、多少とも委任関係が機能しているのが普通である⁴⁶。そして、雇用契約は、あくまで労働を供給し、その対価として報酬が支払われることを約するものであるにとどまることを考えるならば、むしろ、信託して事務処理を委託することを内容とする委任こそが、会社と「使用人」との間を基礎付ける、より本来的な結びつきであるように思われる。こうした関係があるからこそ、使用人の行為を会社に帰責することが根拠づけられるのではないだろうか。雇用関係の存在は、こうした関係が認められることの徴表として、あるいは、取引関係の安定の観点から、二次的に、表見責任を認めるための根拠として、重視されていたのではないだろうか。このように考えたならば、会社との間の雇用関係の有無にかかわらず、会社から事務の処理を委託された者であるなら、「使用人」にあたるといえるのである。

「使用人」の本質が委任関係にあるとするならば、その範囲は、雇用関係の存在に規定されず、場合によって、かなり広く認められるということになる。では、このような場合において、「960条使用人」が特別背任罪の主体とされ、重く処罰される理由は、どこにあるだろうか。

46 幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(16)債権(7)』218頁〔中川高男〕(有斐閣・1989年)

「960条使用人」が、その他の一般的「使用人」と異なり刑が加重される理由について、「このような使用人は、その他の一般的使用人と異なり、会社（雇主）から部分的にもせよ、包括的な代理権限を与えられているところから、その委任にかかる事務を誠実に取り扱うことが期待されるのであり、委任の趣旨に対する背信行為に対し、一般の場合に比し重い非難が加えられるべきである」と説明するものがある⁴⁷。その都度個々の代理権を与えられるような、その他一般的「使用人」による背信行為であれば、委託物横領罪や背任罪で対応すれば足りるが、包括的代理権を授与されている点に、「960条使用人」の刑が加重される、業務責任身分としての大きな理由があるというわけである。さらに、イトマン事件④⑤⑥判例が重視した、会社の組織内に組み込まれていたこと、指揮命令に服していたこと、企業活動の一端を継続的かつ従属的に担っていたことなどの要素も、ここに位置づけられることになる。特別背任罪が犯罪とされているそもその理由のひとつに、（特に）その立場にある以上任務に背いてはならない、という素朴な考え方があることは否めない。「使用人」に惹きつけて言い換えるならば、（特に）いわば「正しい使用人」であるべき立場にいる以上、背信行為をしてはならないということである。特別背任罪の主体となるには、前提として、任務に背いてはならない立場にいたこと、つまり、当該者が「正しい使用人」であるべき立場にいたことを確認する必要がある。このように、会社の指揮命令系統に従属していたことなどの前述の要素は、責任身分として、「使用人」の中から、さらに、「960条使用人」を選定する要件として用いられる。一般的に代理商が特別背任罪の主体から除かれているのは、この属性が欠けるためである。

47 伊藤・前掲注（30）128頁

4. 特別背任罪と背任罪

前章までに検討したことをまとめると、「使用人」の本質は委任関係にあり、「960条使用人」とは、会社組織の中に組み込まれ、指揮命令に服し、付与された包括的代理権を行使しながら、企業活動の一端を継続的かつ従属的に担っていた者ということになる。

しかし、こうして、「960条使用人」の姿と、その加重根拠としての責任身分が明らかになったとしても、ほかに特別背任罪の主体とされている取締役等と比べたならば、「960条使用人」が負う責任や立場は、特別背任罪による重い刑罰を必要とするほどのものとはいえない。さらに、以上のように解したならば、「960条使用人」の下層には、背任罪とまったく同じ主体が入り込むことになる。これはどのように説明されるだろうか。

前出のように、特別背任罪の立法趣旨は、「本条に掲ぐる者の犯す背任行為に因り一般社会の蒙る害悪は、普通の背任行為に因るものに比し、著しく広汎且深刻なるを常とする事実に鑑み」⁴⁸、「刑法が業務上横領罪を一般横領罪と区別し其の刑を加重せる如く、背任罪に付ても業務上背任なる観念を認め、之を一般背任罪と区別し其の刑を加重するのが適当」⁴⁹と説明され、また、商法罰則が株式会社のみを対象とした理由は、「合名会社、合資会社は、同族会社等で資本金こそ巨大なものはあるが、此等会社は株式会社・・・と異なり、株式又は社債等の募集により広く一般から資本又は資金を集めると云うことなく、又其の社員の責任も重くなっているのであって、此等会社に関する不正行為に因り一般社会の蒙る影響は、株式会社の・・・夫れに比し、遙かに少ない」⁵⁰のに対し、「株式会社の役員其の他の関係者の違法行為に因って会社事業に破綻を来すが如きことあ

48 前掲注(1) 535頁以下。なお、前掲注(17)部分より抜粋。

49 前掲注(1) 532頁。なお、前掲中(15)部分より抜粋。

50 前掲注(1) 534頁。なお、前掲注(13)部分より抜粋。

るときは広く一般社会に対し重大なる悪影響を及ぼすこと、又株式会社に於ては其の役員等が私曲を営み株主及会社債権者等に重大なる損害を被むらしむる危険の多きこと」⁵¹にあるとされる。これらを素直に読むならば、特別背任罪の保護法益の中には、少なからず社会的法益が包含されているということになる⁵²。

責任は重くなくとも、「960条使用人」が特別背任罪の主体とされているのも、重大な侵害結果を惹き起こした場合、つまり、違法性に着目したためではなかろうか。そうであれば、背任罪と特別背任罪の関係も、結局は違法性の差に行き着くことになり、背任罪と（業務上背任罪たる）特別背任罪との位置づけは、クリアーに説明できることになる。他方、従来のように、背任罪と特別背任罪の関係を、横領罪と業務上横領罪の関係とパラレルに捉えることには、慎重を要することになろう。

業務上なされたことについては、現在、責任身分と理解されているが、重大な結果を招くような場合においては、違法身分としても加重されているという解釈も理論上あるはずである。特別背任罪をこのような性質のものとして捉えることは、ありうる考え方のように思われる。

51 松本烝治『注釈株式会社法』339頁（有斐閣・1948年）

52 旧拓銀特別背任事件上告審決定（最三決平成21年11月9日刑集63巻9号1117頁）の判旨の中にも、同様の理解から述べられたと思われる箇所がある。「銀行業が広く預金者から資金を集め、これを原資として企業等に融資することを本質とする免許事業であること、銀行の取締役は金融取引の専門家であり、その知識経験を活用して融資業務を行うことが期待されていること、万一銀行経営が破たんし、あるいは危機にひんした場合には預金者及び融資先を始めとして社会一般に広範かつ深刻な混乱を生じさせること等を考慮すれば、融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解され」る（刑集63巻9号1121頁）。

5. おわりに

平成18年の会社法施行により、株式会社が1円でも設立できるようになるなど、株式会社をめぐる法環境はドラスティックな変容を遂げた。本稿で検討したような方向で特別背任罪を捉えるならば、このような会社であっても、背信行為をした特別背任罪の主体には、責任身分のほか、不特定多数の者から資金を集め、被害を広汎かつ深刻に生じさせたことをもって、違法身分が基礎付けられることになる。

しかしながら、株式会社の社会的存在自体がこれほどに変化しているのに対し、罰則規定が立法当時とあまり変わっていないことについての是非は、問い直されなければならない、より根本的な問題として残されたままである。本稿での検討を踏まえ、特別背任罪の共犯をいかに処理すべきかという点と合わせて、今後の課題としたい。

<p>平 17 法 86号</p>	<p>次に掲げる者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社等に損害を加える目的で、当該株式会社に財産上の損害を加えたときは、十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。</p> <p>一 发起人 二 取締役 三 取締役、会計参与、監査役又は執行役員 四 取締役又は設立時監査役 五 監査役又は執行役員 六 執行役員 七 取締役又は執行役員 八 監査役</p>	<p>次に掲げる者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社等に損害を加える目的で、当該清算株式会社に財産上の損害を加えたときも、清算株式会社の清算</p> <p>一人 民事保全法第五十六条 二人 民事保全法第五十六条 三人 民事保全法第五十六条 四人 民事保全法第五十六条 五人 民事保全法第五十六条 六人 民事保全法第五十六条 七人 民事保全法第五十六条 八人 民事保全法第五十六条</p>	<p>代表社債権者又は決議執行者（第七百三十七条第三項に規定する決議執行者をいう。以下同じ。）が、自己若しくは第三者の利益を図り又は社債権者に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、社債権者に財産上の損害を加えたときは、五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。</p>	<p>前二条の罪の未遂は、罰する。</p>	<p>会社法施行</p>
-----------------------	---	---	--	-----------------------	--------------

1. 株式会社等会社法制度及び旧法272条による取締役の職務代行者選任制度が廃止されたことに伴って、本罪の主体の中から、株式会社等会社の業務を執行する無限責任社員と旧法272条1項の職務代行者が除かれた。

2. 民事保全法の施行により、業務執行ないし職務執行の停止、業務代行者ないし職務代行者の選任等の仮処分がすべて民事保全法の規定に委ねられることとされたのに伴い、商法270条の規定を廃止するとともに、188条3項を改正した。

別表2 特別背任罪の主体の沿革

	旧商法486条1項 (会社法960条1項)	旧商法486条2項 (会社法960条2項)	旧商法487条 (会社法961条)	改正点等 (主体に關係するもの)
昭13 法72号	<ul style="list-style-type: none"> ・発起人 ・取締役 ・株式会社資会社ノ業務ヲ執行スル無限責任社員 ・監査役 ・取締役の職務代行者(第二百五十八條第二項、第二百七十条第一項、第二百七十二条第一項) ・監査役の職務代行者(第二百八十條) ・支配人 ・其ノ他營業ニ關スル或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人 	<ul style="list-style-type: none"> ・整理委員 ・監督員 ・第三百九十八條第一項の管理人 ・清算人 ・清算人の職務代行者(第四百三十條第二項) 	<ul style="list-style-type: none"> ・社債権者集会ノ代表者 ・其ノ決議ヲ執行スル者 	特別背任罪立法
昭25 法167号	<ul style="list-style-type: none"> ・発起人 ・取締役 ・監査役 ・取締役の職務代行者(第二百五十八條第二項、第二百七十条第一項) ・監査役の職務代行者(第二百八十條) ・支配人 ・營業ニ關スル或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人 	<ul style="list-style-type: none"> ・整理委員 ・監督員 ・第三百九十八條第一項の管理人 ・清算人 ・清算人の職務代行者(第四百三十條第二項) 	<ul style="list-style-type: none"> ・社債権者集会ノ代表者 ・其ノ決議ヲ執行スル者 	<ul style="list-style-type: none"> ・株式会社制度の廃止等に伴い主体の一部を改正¹⁾ ・第四百八十六條中「株式会社資会社ノ業務ヲ執行スル無限責任社員」及び「若ハ株式会社資会社」を削る。
昭56 法74号	<ul style="list-style-type: none"> ・発起人 ・取締役 ・監査役 ・取締役の職務代行者(第二百五十八條第二項、第二百七十条第一項) ・監査役の職務代行者(第二百八十條) ・支配人 ・營業ニ關スル或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人 	<ul style="list-style-type: none"> ・整理委員 ・監督員 ・第三百九十八條第一項の管理人 ・清算人 ・清算人の職務代行者(第四百三十條第二項) 	<ul style="list-style-type: none"> ・社債権者集会ノ代表者 ・其ノ決議ヲ執行スル者 	改正なし

<p>平2 法64号</p>	<ul style="list-style-type: none"> 発起人 取締役 監査役 取締役の職務代行者 (第百八十八条第三項、第二百五十八條第二項) 監査役の職務代行者 (第百八十八條第一項) 支配人 営業ニ関スル或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人 	<ul style="list-style-type: none"> 整理委員 監督員 第三百九十九條第一項の管理人 清算人 清算人の職務代行者 (第四百三十條第二項) 	<ul style="list-style-type: none"> 社債権者集会ノ代表者 其ノ決議ヲ執行スル者 	<p>民事保全法施行に伴う条文整理。内容に変更はない。</p> <ul style="list-style-type: none"> 第百八十六條第一項中「第百五十八條第二項、第二百七十条第一項若ハ第二百八十條」を「第百八十八條第三項、第二百五十八條第一項若ハ第二百八十条第一項」に改め、同條第二項中「第四百三十條」に改める。
<p>平9 法107号</p>	<ul style="list-style-type: none"> 発起人 取締役 監査役 取締役の職務代行者 (第百八十八條第三項、第二百五十八條第二項) 監査役の職務代行者 (第百八十八條第一項) 支配人 営業ニ関スル或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人 	<ul style="list-style-type: none"> 整理委員 監督員 第三百九十九條第一項の管理人 清算人 清算人の職務代行者 (第四百三十條第二項) 	<ul style="list-style-type: none"> 社債権者集会ノ代表者 其ノ決議ヲ執行スル者 	<p>改正なし</p>
<p>平16 法87号</p>	<ul style="list-style-type: none"> 発起人 取締役 監査役 取締役の職務代行者 (第百八十八條第四項、第二百五十八條第二項) 監査役の職務代行者 (第百八十八條第一項) 支配人 営業ニ関スル或種類若ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人 	<ul style="list-style-type: none"> 整理委員 監督員 第三百九十八條第一項の管理人 清算人 清算人の職務代行者 (第四百三十條第二項) 	<ul style="list-style-type: none"> 社債権者集会ノ代表者 其ノ決議ヲ執行スル者 	<p>電子公告制度導入による改正に伴う条文整理。内容に変更はない。</p> <ul style="list-style-type: none"> 第百八十六條第一項中「第百八十八條第三項」を「第百八十八條第四項」に改める。

<p>平 17 法 86 号</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・ 発起人 ・ 設立時取締役又は設立時監査役 ・ 取締役、会計参与、監査役又は執行役 ・ 取締役、監査役又は執行役の職務代行者 (民事保全法第五十六条) ・ 一時取締役、会計参与、監査役、代表取締役、委員、執行役又は代表執行役の職務執行者 (第三百四十六條第二項、第三百五十一條第二項又は第四百零一條第三項、(第四百二十條第三項において準用する場合を含む。)) ・ 支配人 ・ 事業に関する種類又は特定の事項の委任を受けた使用人 ・ 検査役 	<ul style="list-style-type: none"> ・ 清算株式会社清算人 ・ 清算人の職務代行者 (民事保全法第五十六条) ・ 一時清算人又は代表清算人の職務執行者 (第四百七十九條第四項において準用する第三百四十六條第二項又は第四百八十三條第六項において準用する第三百五十一條第二項) ・ 清算人代理 ・ 監督委員 ・ 調査委員 	<p style="text-align: center;">会社法施行</p>
------------------------	---	---	--

- 1 株式会社制度及び旧法272条による取締役の職務代行者選任制度が廃止されたことに伴って、本罪の主体の中から、株式会社の業務を執行する無限責任社員と旧法272条1項の職務代行者が除かれた。
- 2 民事保全法の施行により、業務執行ないし職務執行の停止、業務代行者の選任等の仮処分がすべて民事保全法の規定に委ねられることとされたのに伴い、商法270条の規定を廃止するとともに、188条3項を改正した。