

特別背任罪の共同正犯

川 崎 友 巳

一 はじめに

近時、不正融資の借り手側に対する特別背任罪の共同正犯の成否について注目が高まっている。後に詳述するとおり、従来の裁判例は、六五条一項の「共犯」には、共同正犯も含まれ、^①真正身分犯に身分のない者が加功した場合にも、共同正犯の成立を認める姿勢を貫いており、特別背任罪についても、共同実行の意思と共同実行の事実という共同正犯の成立要件が存在する以上、商法四八一条一項所定の身分を有さない借り手側にも、刑法六五条一項を適用し、特別背任罪の共同正犯が成立し得るとしてきた。また、その際には、身分のない借り手側には、六五条二項も適用し、刑法二四七条の背任罪の刑を科すべきとされてきた。^②

しかし、こうした借り手側への特別背任罪の共同正犯の安易な適用に対しては、いくつかの有力な批判が加えられ

てきた。⁽³⁾ すなわち、「資金の貸付を受けた者は自分の事業を守るために当然の努力をしたに過ぎ」⁽⁴⁾ず、融資の「最終的な決定を行うのは、貸し付ける者であ」り、借り手が「一定限度の働き掛けを行うことは、許されなければならぬ」といっているのである。近時、こうした批判が理論的にさまざま補強を施され、多くの支持を集めるようになってい⁽⁵⁾る。また、こうした学説の動きをふまえて、借り手側への特別背任罪の共同正犯の成立範囲に限定を試みる下級審判決も見られるようになってい⁽⁶⁾る。

わが国は、「護送船団方式」と揶揄された監督官庁による事前調整型の規制を軸とした社会から、規制緩和と自己責任を原則に、事後的チェック型の規制を軸とする社会へとシフトしつつあるとされる。こうした社会構造の変化は、間違いなく企業経営における刑事法の役割を高めることにつながるであろう。この点をふまえた場合、今議論されている不正融資の借り手側に対する特別背任罪の共同正犯の成否という問題に取り組む意義は小さくないものと思われる。そこで、本稿では、この問題につき検討を加えたこれまでの裁判例および学説を概観したうえで、妥当な帰結を求めて若干の考察を試みることにしたい。

一一 判例の展開

一 従来の裁判例

(1) 共同正犯の成立を肯定した裁判例　前述したように、判例は、不正融資の借り手側にも、特別背任罪の共同正犯の成立を認めてきた。たとえば、大判昭和八年九月二十九日^⑥は、証券会社の従業員が、自己の利益を図る目的で、会社資金の貸付・保管等の業務に従事する同社常務取締役^⑦に、会社資金の融通を懇願し、不十分な担保や無担保で、会社資金二万四五〇〇円余りを貸し付けさせ、弁済未了となった一万円余りの損害を与えたという事案について、従業員も、貸与された金員を受け取り同罪の構成要件である行為の一部に加功しているから背任罪の共同正犯になるとの判断を下した。

こうした姿勢は、戦後も一貫している。たとえば、東京高判昭和三〇年一〇月一日^⑧は、被告人らが、会社の設立資金を調達するため、銀行の支店長と共謀の上、内規違反の手形保証を支店長に行わせ、銀行に損害を与えたという事案について、「背任罪は刑法第六十五条第一項にいう身分に因り構成すべき犯罪であるが、身分のない者でも身分ある者と共謀関係の存するときは同条の共同正犯者なりといわなければならない」との原則を立てた上で、被告人が、会社設立後に、支店長を重役に招くし、銀行の債権回収も一挙に解決しうる等と説いて、いろいろ勧誘に努力した点および支店長の手形保証が銀行の内規に違反し、支店長の任務に反することを熟知していた点をあげて、被告人に対する特別背任罪の共同正犯の成立を肯定した。

また、最決平成八年二月六日⁸⁾も、不動産業や金融業を営む会社の代表取締役である被告人が、同社の経営状態が悪化し、多額の負債を抱えたことから、多額の融資を受けていた銀行の支店長と共謀し、同社が振り出す約束手形を銀行に手形保証させ、この手形を額面金額で金融業者に割り引かせたうえで、その全額を同社名義の当座預金口座に入金することで、一旦貸越残高を減少させ、同社に債務の弁済能力があることを示す外観を作り出して、同銀行をして引き続き当座勘定取引を継続させ、その後も同銀行から融資を受け続けようと企て、約束手形一〇通を作成し、銀行に手形保証させたという事案において、「なお、背任罪の主体は、他人のためにその事務を処理する者であり（身犯）、本件では、手形保証行為者がこれに当り、被告人は右の事務処理者ではないが、身分のない者であっても、刑法六五条に従い、身分犯の共犯となりうるのであって、背任罪に關し、取引相手方に限ってこれを否定すべき理由は「いと述べ、被告人に、特別背任罪の共同正犯の成立を認めた原審を支持した。⁹⁾

(2) 共同正犯の成立を否定した裁判例 これに対して、不正融資の借り手側に、特別背任罪の共同正犯が成立するにあたっての要件について検討を加えたりディングケースとして、しばしば取り上げられるのが、最判昭和四〇年三月一六日¹¹⁾のいわゆる「千葉銀行事件」最高裁判決である。本件では、不正融資によって銀行に多額の損害を生じさせた頭取が、特別背任罪で有罪を言い渡されたが、これと併せて、借り手に共同正犯が成立するかが争われた。この点につき、最高裁は、一般論として、借り手にも特別背任罪の共同正犯が成立し得ることを前提としつつ、身分のない者に、特別背任罪の共同正犯が成立するためには、「身分のある者について同罪が成立するのに必要な任務違背の認識と同じ程度の任務違背の認識が必要である」とした原審の判断を維持し、この点についての認識の存在が立証

されていない本件では、借り手に共同正犯は成立しないとして、有罪を言い渡した第一審を破棄、無罪を言い渡した原判決を支持し、検察官の上告を棄却した。

また、最判昭和五七年四月二二日（富士銀行背任事件最高裁判決）¹²は、銀行の副支店長が、会社経営者に対して、もっぱら同人の利益に帰属する不正融資を行ったという事案について、副支店長と会社経営者と併せて、同社の資金繰り業務担当の取締役と営業担当社員にも特別背任罪の共同正犯の成立を認めた原審を破棄し、①両者は分け前にあらずかつておらず、②経営者と共謀して利得を意図していたものでもなく、③経営者の命を受け、銀行に資金貸出しの要請を行ったり、自己の分担業務である事業計画の内容を説明したにとどまることから、「被告人両名の右所為は、経営者や副支店長と共謀し、かつ、その共謀に基づいて本件背任行為の犯行を遂行したというに足りないものといふべきであり、右経営者のために、同人の犯行を容易ならしめるべくこれを幫助したにとどまる」と自判した。

(3) 従来の裁判例の動向 このように従来の裁判例においては、不正融資の借り手側にも、特別背任罪の共同正犯を適用できることを当然の前提としているといえよう。共同正犯の成立が否定された裁判例も、否定の理由は、共同実行の意思や共同実行の事実という共同正犯の成立要件が充足されなかったことに求められており、不正融資の借り手について、特別に共同正犯の成立を制限しようとするものではなかった。

ただし、千葉銀行事件判決については、主観的要件について一定の限定を加えたものであるとの理解も示されている。しかし、少なくとも、その限定が、有効な歯止めとならなかったことは、その後の裁判例が物語っていると評価できよう。これに対して、近時の下級審判決の中には、学説で有力化しつつある問題意識をふまえ、背任罪の共同正

犯における借り手側の責任に、特別に制限を設けようとするものがみられる。

二 近時の裁判例

(1) 借り手側の責任の制限に積極的な裁判例 借り手側の責任に制限を設けようとする具体例として、東京地判平成一一年五月二八日¹⁴⁾があげられる。本判決は、公的資金が注入された後、破綻した住宅金融専門会社(住専)への司法上の処理の一環として、唯一関係者の刑事責任が問われ、社会的にも注目を集めた「日本ハウジングローン事件」の不動産融資ルートの第一審判決である。ここでは、被告人である不正融資の借り手が、弱みにつけ込んで融資に応じさせたり、積極的に身分者の行為に加功したわけではなくても、融資を継続すること自体の利害が共通化している点に、特別背任行為への共同正犯性を肯定できる基盤があると説いたうえで、①被告人らは、貸し手側の融資担当者の苦境を認識しながら、それに乗じ、本件融資に応じることが任務違背になることも知りながら、貸し手である金融機関に本件融資を申し込んでいること、②自社の経営改善のための真摯な努力を払わず、融資返済の方策も十分講じずに漫然と本件融資等の支援を求めて、貸し手側を苦境に陥らせていること、③本件融資の実行に積極的に協力していることを摘示し、被告人に有罪を言い渡した。本判決では、最終的に、貸し手に対する特別背任罪の共同正犯の成立は肯定されているものの、ここで摘示された事実は、いずれも特別背任罪の共同正犯の成立に必要な最低限の要件よりも厳しいものであることから、貸し手側に対する共同正犯の成立範囲を限定しようとする意図を読みとることができよう。¹⁴⁾

また、東京地判平成二二年五月一二日¹⁵⁾は、同じく日本ハウジングローンによるゴルフ場開発業者への約一六億円の不正融資等につき（日本ハウジングローン事件ゴルフ場開発ルート）、借り手側が特別背任罪の共同正犯に問われたものであるが、「本件のような事例において身分のない借り手につき金融機関に対する特別背任罪の共謀共同正犯が成立するためには」、「主観的要素に加えて、身分者である金融機関職員による任務違背行為（背任行為）に共同加功した事、すなわち、その職員の任務に違背することを明確に認識しながら同人との間に背任行為について意思の連絡を遂げ、あるいはその職員に影響力を行使し得るような関係を利用したり、社会通念上許容されないような方法を用いるなどして積極的に働き掛けて背任行為を強いるなど、当該職員の背任行為を殊更に利用して借り手側の犯罪としても実行させたと認められるような加功をしたことを要するものと解される」と述べ、こうした要件を充足しない二人の被告人に対して、無罪を言い渡した。

(2) 借り手側の責任の制限に消極的な裁判例 これに対して、比較的最近の下級審判決の中にも、不正融資の借り手側に対する特別背任罪の共同正犯の限定に積極的でないものも見られる。たとえば、金融機関の事案ではないが、東京地判平成五年六月一七日¹⁶⁾は、組織暴力団の最高幹部が実質的経営者である会社の名目的な代表取締役が、大手運送会社の社長らに対して、特別背任にあたる任務違背行為を要請したという事案について（佐川急便事件暴力団関係ルート）、被告人には個人的な利益は帰属せず、暴力団最高幹部の指示の下で行動していたとしても、本件事実の下では、「大手運送会社社長らに特別背任を犯させるにあたって、被告人の果たした役割やその占める地位は重要であるということができ、身分を有する社長らの行為を手段として身分のない自己の犯罪意思を実現しようとしてい

たものといふことができる」として、被告人に対して、特別背任罪の共同正犯の成立を認めた。

また、大阪高判平成一四年一〇月三二日（イトマン事件絵画案件・さつま観光ルート）は、商社の取引先の実質的な代表者が、商社の代表取締役らと共謀し、自らのグループ企業との間で絵画取引や融資取引を行わせ、商社に損害を与えたという事案につき、「同法六五条一項にいう『犯罪行為に加功した』とは、非身分者が身分者の犯罪行為に関与したことを意味するところ、特別背任罪の非身分者が、その身分者との共同正犯の責任を問われた場合においてのみ、上記『加功』の意味を他の犯罪と別異に解釈すべき理由」はないと述べている。ただし、この判決においても、「もとより、当裁判所としても、融資先等あるいはこれに所属する非身分者が、使用者である融資元等（株式会社等）の「使用人」である身分者から不正な融資等を受けたことが特別背任罪の共謀共同正犯としての責任を問われたような事例にあつては、非身分者と身分者の立場が異なる上、両者の利害関係も対立することが多いことから、非身分者について、身分者との間で共謀共同正犯の成立を認めるについては、当該事案の性質、内容に沿って、両者間で『共謀』が成立したと認定するに足りる前提事実、とりわけ、非身分者と身分者との関係、非身分者における身分者の任務違背に関する認識内容やその任務違背行為に対する働きかけの形態等を踏まえ、身分者の任務違背行為そのものに対する非身分者の関与の程度につき、それが通常の融資等の取引の在り方から明らかに逸脱しているといえるか否かについて、慎重に吟味検討をすることが必要である」との言及もなされている。

さらに、「日本ハウジングローン事件」の不動産融資ルートに関する最高裁決定である最決平成一五年二月一八日¹⁷においても、本件「事実関係によれば、被告人は、融資担当者がその任務に違背するに当たり、支配的な影響力を行

使することもなく、また、社会通念上許されないような方法を用いるなどして積極的に働きかけることもなかったものの、融資担当者らの任務違背、日本ハウジングローンの財産上の損害について高度の認識を有していたことに加え、融資担当者が自己及び不動産業者の利益を図る目的を有していることを認識し、本件融資に応じざるを得ない状況にあることを利用しつつ、日本ハウジングローンが迂回融資の手順を採ることに協力するなどして、本件融資の実現に加担しているのであって、融資担当者らの特別背任行為について共同加功したとの評価を免れないというべきである」と述べ、共同正犯の成立を制限する方向性に消極的な姿勢を示した。¹⁸⁾

三 学説の動向

一 従来の学説

従来の学説の多数は、不正融資の借り手側について、特別の制限を加えることに消極的であった判例の姿勢に、肯定的であったように思われる。たとえば、①「借受人の方も背任罪の共同正犯と認定できるのは、借受人において貸付人による任務違背行為を認識しながら貸付人と意思を通じ、積極的に融資を慫慂したり、さらに具体的な任務違背行為を図ったりした場合に限定すべき¹⁹⁾」という見解や②借受人は、「単に事情を知っていたというだけでは、背任罪の共同正犯とはならない。正犯の成立に必要な犯罪事実に関する共同加功の意思、いいかえると、任務違背、損害

発生の具体的認識と図利加害の目的とがなければならぬ⁽²⁰⁾といった見解は、たしかに処罰範囲の限定を説いているが、あくまで背任罪の事実認定や共同正犯一般の原則を指摘しているに過ぎず、不正融資の借り手側に対する特別背任罪の共同正犯について特別の対応を認めているわけではない⁽²¹⁾。

これに対して、一部では、不正融資の借り手側に対する特別背任罪の共同正犯について特別の対応を試みる見解も有力に唱えられていた。たとえば、主観面での限定を説く次のような見解である。「任務違背行為は、多くの場合、借り手側の加功なく、もっぱら貸し手側の手によって実行されるわけであり、貸し手が具体的にどのような方法で金融の便宜をはかり、その際任務違背と認定されるような処分をしたかについては、借り手が、銀行等の貸付事務に精通しており、かつ具体的な方法について貸し手に教示したというような特殊な事例をのぞき、貸し手の関知しないところで、貸し手については、せいぜい、なんらかの便宜的措施、あるいは、不正手段によって融資の利便が図られたらしいという程度の認識があるに止まるということになろう。したがって、この程度の認識のみをもってしては、任務違背行為についての共同加功の意思があるとはいえず、背任罪の共同正犯は否定されるべきである。共同正犯の成立し得るのは、借り手において、貸し手の具体的な任務違背行為につき、その任務違背の意味の認識をふくめて、貸し手と意思を通じ、あるいはこれを懲漚する場合にのみ、教唆犯の成立を認めることができる(もつとも、この場合には、大半が共謀による共同正犯としての責任を問われることになるであろう)⁽²²⁾」。この見解は、前述した千葉銀行事件の東京高裁および最高裁の判決をふまえて論じられたものであるが、その趣旨が、未必の故意以上の確定性と具体性を備えた認識を要求するものであるならば、特別の対応の必要性を説いたものということになる。

二 近時の学説

これに対して、近時、高まつている問題意識のもとでは、こうした主観的要件による制限とは、様相を異にする多様な見解が唱えられている。そうした見解について、個別に検討を加えると次の通りである。

(1) 対向犯的構成 第一に、不正融資の貸し手側と借り手側の関係を対向犯的に捉え、借り手側の処罰規定が存在しないことを根拠に、借り手側を特別背任罪の共同正犯の範囲から除外することを主張するものがある。たとえば、「融資という事実を挟んで対立・対向する借受人と金融機関・事務処理者との利害は、同一次元で考慮することにはなじまない」であり、借受人が貸付の事務処理者の『任務違背行為』を『自己の犯罪』として実現したので『両者一体の共同正犯』の関係が認められる、という性質のものではない。その意味で、対立・対向している両者の利害は、決して親和性ないし互換性が認められるものではないのである。こうした点を考慮するならば、「この種の事案を『事実上の対向犯』とし、対向犯的関与者の一方行為者を不処罰とする犯罪類型の考え方を援用して、背任行為の相手方である借受人の行為は不処罰とすべきではないだろうか」と説くのである。⁽²³⁾

また、事務処理者の自律性の有無に着目し、「非身分者の関与が、同様の対向的な取引・利害関係中にある一般的な事務処理者の自律性を失わせ得る程度には至っていない場合、その非身分者の関与は、タフ過ぎる・好ましくないものであるかもしれないが、(刑法的には)違法ではない/適法なものであって許されるのであり、結果は事務処理者の身分を有する者のみに、背任罪の結果として帰属するのである」といった主張もなされている。⁽²⁴⁾ この主張は、「事務処理者という地位・身分を持つ者がその立場・役割において自律的に機能して任務違背行為を行った場合にの

み、背任罪が成立する」という「意味において、背任罪はドイツにおいて『義務犯』という範疇として理解されている犯罪類型に基本において一致している」と指摘し、²⁵ そうした義務は、「本人の財産を保護・管理する為に設定された本人との信任・委任関係から生じる義務」というよりは、「社会的に期待されている役割・機能」であり、それを果たすことよって、「本人の財産も（結果的に）保護・適正管理される」という性質の義務であると説く。

このうち、前者の見解は、対向関係にある貸し手側には、背任罪は一切成立しないと解する点で、最も徹底した主張であるが、「通常の関与形態」を超える場合とは、どのようなケースかが実質的に示されていないため、理論的には、ほとんど進展していないとの批判がなされている。²⁶ 他方、後者の見解は、背任罪とは異なる特別背任罪の特殊性を指摘する点で傾聴に値するが、特別背任罪を自律性を有する者によってのみ実行可能な犯罪と解する根拠が明らかでないうえに、二人以上の者が、共同実行の意思と共同実行の事実に基づき、「自己の犯罪」を実現した場合に成立する共同正犯の基準として、「自律性の有無」が妥当なのかという点にも疑問が残る。

(2) 正犯性の限定 第二に、正犯性の限定を図ることによって、借り手側への共同正犯の成立に歯止めをかけるようにする見解がある。たとえば、「背任行為の相手方が独自の経済的利益の主体であることを出発点とする限り、その行為が自己の利益の追求の枠内にあると見ることができるとする限度では、それが刑事責任につながることは原則としてない」とすべきである。各利益主体が自己の利益を追求することは今日の社会の基礎である。それ故、自己の利益を維持・増進するために他の主体に働きかける行為は、たとえそれが通常を超えて執拗に行われても、処罰をもたらしものではないとすべきである。それが事務処理者の具体的な任務違背行為を懲罰するものであっても、それだ

けで直ちに背任罪の共同正犯が根拠づけられると見るべきかも疑問であろう。モラル違反を安易に刑事責任に結びつけるべきではない」としたうえで、「背任行為の相手方は事務処理者とは本来異なる立場にあるはずであるが、それにも拘わらず、相手方が後者の任務違背行為を自己の犯罪として実現したものと見ることができ」のは、①「実質的に観察すれば相手方も本人の財産的利益を保護すべき立場にあるといえるような事情がある」場合、②「相手方と事務処理者の間に経済的利害を共通にするような関係がある場合」、③「相手方が当該背任事件、事務処理者の任務違背行為をまさに作り出したといわざるを得ないような場合」であると説く見解が、その代表例である。⁽²⁸⁾

また、同様の問題意識から、「非身分者が背任の共同正犯として処罰されるためには、当該背任行為へ共同加功したと言いうるだけの事情が必要となる。非身分者について正犯性が認められるのは、その者にとって『自己の犯罪である』、すなわち、身分がなくとも身分者を介することによって犯罪結果に対し主体的に影響を与えたと評価できるからであり、これまでの判例もこの立場に立ってきたといえよう。このような意味での共同正犯性が認められるか否かは、実際に任務者が惹起した背任結果につき、それを非身分者にも帰責しうるか否かの問題であり、その者が犯罪を実行したと同視しうるような事情、たとえば共謀への参加といったような事情の存在と、正犯者意思を有していたことが必要となると解される」。『具体的には、非身分者が少なくとも身分者と対等な立場から主体的に当該背任行為に関与しているならば共同正犯性は十分に認められようが、実際に判例において共同正犯が認められた事案を見ると、非身分者の側がかなり積極的に加功していた場合が多い』と説く見解もある。⁽²⁹⁾

さらに、実質的共犯論の立場から、「不正融資の借り手が共同正犯になりうる実質的条件は、基本的には、行為と

損害の認識・凶利加害目的に加えて、①貸し手の任務違背性の明確な認識を基にした意思の連絡か、②影響力の行使と社会通念上許容されない方法が認められるかで判断されることにならざるを得ない。具体的には、貸し手と借り手の力関係、融資を受けた側に『利益』がどれだけ帰属したか、貸付の『不正』の程度とその認識によって判断されることになるのである」との指摘もなされている³⁰⁾。

これらの見解は、「正犯性」のメルクマールを厳格に解することによって、背任罪における共同正犯の成立範囲の限定を試みる点で説得的であり、広く支持を得られるものといえよう。しかし、こうした見解に対しても、不正融資における借り手側の刑事責任の問題を論じるにあたって、「正犯性」を限定するだけでは、なお事案の特殊性をくみ尽くせておらず、共同正犯の特殊性に着目するために、狭義の共犯の成立を広く認める余地が残ってしまうといった危惧が示されている³¹⁾。加えて、実質的共犯論に対しては、事実認定の問題と認定後の犯罪成否の問題を混同することになる点で、基準としての妥当性に疑問があると思われる³²⁾。

(3) 許された危険 第三に、行為が、社会的に「許された危険」の範囲内であることを根拠に、借り手側への背任罪の共同正犯の構成要件該当性や違法性を否定する見解がある。ここでは、構成要件の内容として客観的帰属を認めることを前提にしつつ、「借り受け人の申し込みが、通常経済社会に行われている程度のものであって、融資担当者が背任罪を犯し本人に損害を与えることとなる危険性がそれほど高度でない場合、とくに、借り受け人の働き掛けには企業再建という有用性がある程度認められる場合には、その行為は許された危険の範囲内のものとして、合法、少なくとも、共犯の構成要件該当性・実行行為性を欠くものとして、背任罪の共同正犯のみならず幫助犯の成立も否

定されるべきである」と説かれる。⁽³³⁾ この見解は、ドイツにおいて展開されている「中立的行為による幫助」⁽³⁴⁾の理論を援用しつつ、融資行為を受けるという行為の「日常性」を指摘し、社会的に許された危険の範囲であるとして、これに対する客観的帰属を否定するのである。

また、「正犯と共犯とに共通する最小限の可罰的不法を求めらるるのであれば、問題の所在は、『共犯の故意に特有の問題』である以前に、行為の最小限の不法が『社会的相当性』ないし『許された危険』として問われている。『日常生活・取引に必然的に内在する危険』は、およそ犯罪不法を基礎づけることができない、と考えねばならない。その日常的な一般的危険を超える最小の可罰的不法は、各行為者の自立を基礎に配分されねばならない。しかし、その危険分配（客観的帰属）は、『取引行為における背任罪の特質』に応じて決定されるべきことにならう。これを一般化すれば、強盗・恐喝・詐欺が成立しえないような場合、あるいは、そのような犯罪的不法を欠いても『事務処理者』の『任務遵守』を不能化しえないような場合には、被害者側の『同意に基づく自損行為』については、違法性の欠如ゆえに正犯・共犯が成立しえないことになる⁽³⁵⁾』といった主張も存在する。

これらの見解は、融資を受けるという行為の社会的性質や日常性に着目する点で非常に興味深い。とくに、後者の見解のように、借り手側に背任罪の共同正犯の構成要件該当性を認めつつ、違法性を阻却するという処理は、問題の性質が、個別的・実質的であるだけに首肯すべきアプローチを提示しているといえよう。しかし、これらの見解についても、いかなる場合に、「許された危険」として、あるいは社会的に相当であると評価されるのが明らかでないという批判がなされている。⁽³⁶⁾

四 若干の考察

一 二つの問題意識

前述したように、近時の積極説は、不正融資の借り手側に特別背任罪の共同正犯の成立範囲を制限するために、さまざまなアプローチを試みているが、それぞれについて、問題点も指摘されている。ここで、改めて考えてみると、一連のアプローチの背景には、主として、①借り手側が融資を要求するのは、社会生活上、当然の行為であり、最終的に融資の可否の決定権を有する貸し手側と同列に扱うことは酷であるという点と②貸し手側と借り手側は、基本的に対向関係にあり、原則として共同正犯関係は成立しないという点の二つの問題意識が併存しているものと思われる。

しかし、①の点については、借り手側が、貸し手側の事情を全く知らないというのであればともかく、凶利加害目的をもって、任務違背を実行し、金融機関等に財産上の損害を与えることを認識しながら、その融資を受ければ、原則として、背任罪の共同実行の意思と共同実行の事実が存在するものと思われる。こうした借り手側の姿勢は、「社会生活上、当然の行為」とは到底言い難い。また、②の点については、日本ハウジングローン事件・不動産ルートに関する第一審判決が述べたように、「融資担当者と被融資者とは、法律的な立場としては対立しているも、融資先の倒産等による影響が融資会社に及ぶだけでなく、融資担当者にも、それまでの継続的な融資を行ってきたことに対する社会的、民事的、人事的評価等の面で多かれ少なかれ影響が及び」、「融資を継続すること自体の利害が融資担当者

と被融資者との間で「共通化」⁽³⁷⁾することも、希有なこととはいええず、両者を原則的に対向犯として位置づけることには疑問が残るといえよう。

このように、共同実行の意思と共同実行の事実の存在が認められ、構成要件該当性判断において、欠けるところはないにもかかわらず、なお不正融資の借り手側に共同正犯が成立しないとすれば、逆に、その根拠が示されなければならぬが、近時の学説について、それぞれ疑問が呈されていることから明らかなように、その根拠を説得的に示すことは、十分にできていないのではないだろうか。

二 限定の可能性

ただし、たとえ、不正融資の借り手側に、特別背任罪の共同正犯の構成要件該当性が認められたとしても、これをもって議論がつきるわけではない。というのも、民法上、本人から包括的代理権を与えられた者が、その代理権を濫用し、融資等の契約を締結した場合、「取引の安全」の保護の観点から、なおその契約が、第三者との関係では有効となる余地が認められているのである。このように民法上、有効（適法）とみなされる融資を受けた借り手側は、正当行為を実行したにとどまることから、刑法上も、違法性が阻却されるべきであろう。⁽³⁸⁾

この点につき、判例は、民法九三条の心裡留保を類推適用し、善意の第三者のみ保護するとしている。⁽³⁹⁾つまり、本人と代理人を一体としてみると、そこから表示された意思は、真意に反していることになる。そこで、相手方が、真意を知っていたとき（代理人の行動が本人の利益に反し、代理権の濫用であると知つてるときや知るべきであると

き)、代理人の意思表示の効果は、本人に帰属しないと解するのである。⁽⁴⁰⁾ また、学説上は、代理権の濫用について、相手方に悪意または重過失が存在する場合には、代理行為の効果をも本人に帰属させるべきとの相手方の主張は、信義則に反し、許されないとする信義則説も有力であり、本説では、⁽⁴¹⁾ 第三者の保護範囲は一定程度広がることになる。

もちろん、このような根拠から、特別背任罪の共同正犯が否定されるのは、ごく限られたケースにとどまることになる。しかし、貸し手側である金融機関等の融資の内規や手続を知らず、漠然と「普通、この経営状態で新たな融資が認められることは、考えられず、担当者等は、危ない橋を渡ってくれている」程度の未必的な認識しかない場合には、刑法上、未必の故意が認められる場合であっても、民法上、なお善意の第三者とみなされる余地が残るものと思われる。

最決平成一五年二月一八日において、最高裁は、不正融資の借り手側であった被告人への特別背任罪の共同正犯の成立を肯定するにあたって、被告人の認識が、「高度」であったことを指摘している。これは、被告人が、善意の第三者とは到底いえないことを明らかにしたと理解することもできよう。もし、このように解することが許されるのであれば、本稿の考え方は、判例の立場とも馴染みうるものと思われる。

五 む す び

これまでの考察をふまえると、不正融資の借り手側に対する特別背任罪の共同正犯の成否について、刑事法の観点から特別の考慮は必要でないものと思われる。共同正犯に必要とされる「共同実行の意思」と「共同実行の事実」があり、特別背任罪の共同正犯の構成要件として欠けるところがない以上、不正融資の借り手側であっても、他の非身分者と同様、共同正犯となり得るものと解すべきである。しかし、特別な限定を加えないことは、常に不正融資の借り手側に特別背任罪の共同正犯が成立することと同義ではない。制限の必要性を説く立場が問題視する事例の多くは、故意や共同実行の意思がないものとして、共同正犯の成立を否定することが可能なケースであるものと思われる。逆に言えば、そうしたケースでもないのに、なお共同正犯の成立を否定するには、説得的な根拠が示される必要がある。しかし、そうした根拠は、これまでのところ十分には提示されていないように思われる。

また、前述したように、代理権が濫用されて締結された契約について、民法上、取引の安全の観点から、一定の場合、相手方は保護される。このように民法上、適法とされた契約の当事者について、刑事責任を問うことは、刑法の謙抑性の観点からも妥当ではない。こうした観点から、善意の融資の借り手側については、違法性が阻却される余地が認められる。

バブル経済期の乱脈融資やバブル崩壊後の不正融資に対する刑事責任の追及の一環として、特別背任罪の適用に注目が集まるようになると、その適用範囲を拡張する共犯の意義が今まで以上に高まっている。とりわけ、特別背任罪

の共犯のうち、実際の事案も多く、重要な論点を含んでいるのが、共同正犯である。⁽⁴⁾不正融資の借り手側に対する特別背任罪の共同正犯の成否という問題は、こうした今日的な状況を反映し、急速に重要性を増しつつある。めまぐるしく変容する経済活動について、適正な刑事規制を実施するため、ここで扱ったような具体的な事案ごとに議論を深めていくことが望まれる。

- (1) 大判昭和四年四月三〇日刑集八卷二〇七頁。
- (2) 東京高判昭和四二年八月二九日高刑集二〇卷四号五二一頁、東京高判昭和五四年二月一日東高刑時報三〇卷二号一七九頁、東京地判昭和六二年六月二九日判時一二六三号五六頁。
- (3) 藤木英雄『経済取引と犯罪』(有斐閣、一九六五)一三三三頁以下。
- (4) 中森喜彦「背任罪の共同正犯」研修六〇九号(一九九九)三頁。
- (5) 林幹人「背任罪の共同正犯」判例時報一八五四号(二〇〇四)三頁。
- (6) 大判昭和八年九月二九日刑集二卷一六八三頁。
- (7) 高刑集八卷七号九三四頁。本判決の評釈として、藤木英雄「判批」別冊ジュリスト六号二二二頁。
- (8) 最決平成八年二月六日刑集五〇卷二号二一九頁。
- (9) このほか、最判昭和六〇年四月三日刑集三九卷三号二二一頁、東京地判平成五年二月九日判タ八五四号二九一頁、東京高判平成六年七月一日高等裁判所刑事裁判速報集平六号九六頁においても、不正融資の借り手に対する特別背任罪の共同正犯の成立が当然の前提とされ、肯定されている。
- (10) 三井誠「判批」続刑法判例百選(一九七二)一八三頁。
- (11) 最判昭和四〇年三月一六日集刑一五五号六七頁。なお、本判決の原審である東京高判昭和三八年一月一日(判例集未登載)も、「思うに、銀行頭取のなした貸付が不当貸付と認められ、頭取が特別背任罪に問われるべき場合においても、貸付をなす任務即

ち貸付をなす身分を有しない借受人の立場は、銀行の立場とは全く別個の利害関係を有する立場であるから、借受人が貸付人と特別背任罪を共謀する認識を有していたか否かの点の認定については、その判断は極めて慎重を要するもので、貸付を受ける者の立場、その利害関係から生ずる心理状態等を仔細に検討したうえ、借受人が差し入れた担保物件について有した認識、評価その他各般の重要な状況についても、銀行の立場又は第三者の立場を離れ、銀行頭取の有する任務違背の認識とは独立して、借受人の立場を中心として判断しなければならない。この観点が明確でないと、勢い借受人の立場についての観察は近視眼的となり苛酷な認定を下す虞なきことを保し難い。「何となれば、任務すなわち身分を有しない者をして、任務を有する者の任務違背の所為につき、共同正犯としての責を負わしめんがためには、その最任務を有する者が抱いた任務違背の認識と略同程度の任務違背の認識を有することを必要とするものと解しなければならないからである」と述べている（本稿の引用にあたっては、藤木英雄・前掲注（3）二四三頁以下を参照した）。

(12) 最判昭和五七年四月二二日判時一〇四二号一四七頁。

(13) 東京地判平成一年五月二八日判タ一〇三二号二五三頁。

(14) 本判決の判例批評として、佐々木史朗・内田幸隆「判批」判例タイムズ一〇六四号（二〇〇一）六二頁以下。

(15) 東京地判平成一年五月二二日判タ一〇六四号二五四頁。

(16) 東京地判平成五年六月一七日判タ八二三号二六五頁。本判決の判例批評として、星周一郎「判批」東京都立大学法学会雑誌三八卷一号（一九九七）六一七頁以下、柴田牧子「判批」上智法学論集三九卷一号（一九九五）三三九頁以下。

(17) 最決平成一五年二月一八日刑集五七卷二号一六一頁。本件の調査官解説として、朝山芳史「判解」ジュリスト一二四九号（二〇〇三）一四七頁以下、同「判解」法曹時報五七卷八号（二〇〇五）二八一頁以下がある。また、判例批評として、上嶋一高「判批」現代刑事法六卷九号（二〇〇四）九二頁、橋本正博「判批」ジュリスト一二六九号・平成一五年重要判例解説（二〇〇四）一七三頁、松原久利「判批」受験新報六三二号一四頁以下。

(18) 林幹人・前掲注（5）三頁。ただし、本決定については、「判例が模索してきた、実質的共同正犯概念に従って背任罪の借り主の共同正犯を若干拡張する方向の判断を示した」との理解（前田雅英「商法四八六条と共同正犯」東京都立大学法学会雑誌四四卷二

号(二〇〇四)四五頁)が示される一方で、「本決定は、融資担当者について特別背任の要件が満たされていることを前提とした上、①被告人が任務違背、財産上の損害について高度の認識を有していたこと、②融資担当者の自己保身等の図利目的を認識して、融資担当者が本件融資に応じざるを得ない状況にあることを利用したこと、③迂回融資の手順を探ることに協力するなどして本件融資の実現に加担したことを指摘して、被告人について特別背任罪の共同正犯の成立を肯定した。これは、(特別)背任罪の共同正犯の成立範囲に一定の限定を加えるべきであるとする前記見解を理解を示した上、その成立範囲を合理的に画そうとしたものと解される」との理解(朝山芳史「判解」ジュリスト一二四九号(二〇〇三)一四八頁)、「本件具体例の適用を通してではあるが、成立範囲の限定を試みたと見ることができるところであろう」との見解(上寫一高・前掲注(17)九六頁)もある。

(19) 三井誠(10)前掲注・一八三頁。

(20) 日比幹夫『大コンメンタール刑法第一〇卷』一九九頁(大塚仁ほか編)(青林書院、一九八九)。

(21) 佐々木正輝「判批」警察学論集五一巻六号(一九九八)二〇七頁は、「結局、『意思を通じて他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行った者を共同正犯とする』という、共同正犯の成立に関する一般的な理論の適用において、背任罪が特別扱いを受ける合理的理由は見出し得ない」と論じている。同趣旨の見解として、佐々木史朗・内田幸隆・前掲注(14)六三頁以下も参照。

(22) 藤木英雄・前掲注(3)二四二頁。三井誠・前掲注(10)一八三頁も参照。また、近時でも、共犯の成立が認められるためには、「単に事情を知っていたというだけでは足りず、任務違背、損害の発生の具体的認識と図利加害の目的が必要である」とする同旨の見解がある(芝原邦爾「罰則」上柳克郎ほか編『注釈会社法』(有斐閣、新版)五六五頁)、さらに、「例えば、借主が金融機関の業務、内規等の専門知識を有するか、不良貸付の具体的方法を指示する等積極的に関与している場合には、上の認識が認められやすいである」(上寫一高「不良貸付と特別背任罪」西田典之編『金融業務と特別背任罪』(有斐閣、一九九七)一四四頁以下)といった指摘にも、主観面での限定を図る見解への親和性を認めることができよう。なお、俵屋利幸『金融犯罪』(日世社、改訂版、一九八四)四三頁、的場純男「貸付業務と背任罪」経営刑事法研究会「事例解説・経営刑事法Ⅰ」(商事法務研究会、一九八六)一四八頁以下。

(23) 関哲夫「背任罪の共同正犯についての一考察」『刑事法の理論と実践』(第一法規、二〇〇二)三二二頁以下。

- (24) 伊東研祐「特別背任罪における正犯性」『現代社会型犯罪の諸問題・板倉宏博士古稀祝賀論文集』（勁草書房、二〇〇五）二八六頁。このほか、豊田兼彦「判批」判例セレクト二〇〇二（二〇〇三）三三三頁、照沼亮介「不正融資と特別背任罪の共犯」伊東研祐編『はじめての刑法』（成文堂、二〇〇三）一三二頁以下も参照。
- (25) 伊東研祐・前掲注（24）二八七頁。
- (26) 中森喜彦・前掲注（4）五頁以下。また、上嶋一高・前掲注（18）九五頁、伊東研祐・前掲注（24）二八四頁も参照。
- (27) 同様の問題意識について言及したものととして、拙稿「特別背任罪における凶利加害目的」高橋則夫ほか編『刑事法の理論と実践』（第一法規、二〇〇二）四三〇頁以下。
- (28) 中森喜彦・前掲注（4）六頁以下。
- (29) 星周一郎・前掲注（16）六三三頁。また、柴田牧子・前掲注（16）三六九頁以下も参照。
- (30) 前田雅英・前掲注（18）四六頁。
- (31) 関哲夫・前掲注（23）三五九頁以下。
- (32) たとえば、「背任罪における共同正犯の問題を論じる上でも、財産犯において利益の帰属主体が誰かという視点が『事件の筋読み』の上で持つ重要性は、いささかもその価値を減じられるものではない」（佐々木正輝・前掲注（21）二〇七頁）との指摘は、この点を明確にしているといえよう。
- (33) 林幹人・前掲注（5）七頁。
- (34) 松生光正「中立的行為による幫助（一）・（二）」姫路法学二七・二八号（一九九九）二〇三頁以下、同三二・三三号（二〇〇一）一三七頁以下、高田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件」立教法学五七号（二〇〇一）一一九頁。
- (35) 長井圓「背任罪における自己答責性原理と取引相手に対する共犯の成否」神奈川法学三五卷三号（二〇〇二）一三五頁以下。
- (36) 上嶋一高・前掲注（7）九五頁、伊東研祐・前掲注（24）二八七頁。
- (37) 東京地判平成一三年一〇月二二日判例時報一七七〇号三頁。
- (38) こうした問題処理の構造は、不動産の二重売買と横領罪の成否についての処理の構造と似た点がある（この点を指摘するものと

して、前田雅英・前掲注(18)三三三頁以下)。また、日本刑法学会第八三回大会におけるワークショップ「背任罪の共同正犯」(オーガナイザ・林幹人教授)において、西田典之教授も、同趣旨の発言をされた。不動産の二重売買と横領罪については、拙稿「判批」大谷實編『判例講義刑法Ⅱ各論』(悠々社、二〇〇二)八六頁以下を参照。

(39) 最判昭和四二年四月二〇日民集二二卷三号六九七頁。

(40) 内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論』(東京大学出版会、第二版補訂版、二〇〇〇)一四二頁。

(41) 四宮和夫『民法総則』(弘文堂、第四版、一九九六)二四〇頁以下、川井健『民法概論1(民法総則)』(有斐閣、第二版、二〇〇〇)

〇)六九頁以下、四宮和夫・能見善久『民法総則』(弘文堂、第五版増補版、二〇〇〇)二七五頁以下。

(42) 日比幹夫・前掲注(20)一九九頁。