

背任罪の共犯

——不良融資における借り手の刑事責任——

内田幸隆*

I. はじめに

わが国においては、1990年代のバブル経済破綻以後、現在に至ってようやく不良債権の処理も進み、経済全体を見ても緩やかな回復基調にあると考えられている。しかしながら、不良債権にまつわる刑事事件の処理についてはいまだ決着がついたとはいえず、無罪判決も出され、また有罪判決が出されてもその判決理由が微妙に異なり、混迷の度合いを増しているともいえる状況である。

そこで、本稿においては、背任罪の身分のない融資の借り手に対して同罪の共同正犯に問われた事例について、近時の判例及び学説を検討し、その問題状況を俯瞰することとしたい。融資の借り手が背任罪の共犯に問われたということは、刑事司法による不良債権問題解決の象徴ともいべきことである。

さて、ここで前提となるべき問題状況を簡単に説明すると、次のようなものになる。すなわち、融資をする側とそれを受ける側との関係のように経済的取引の関係にある当事者どうしは、一般にその利害を異にしており、取引に際しては相手側の財産状況を全面的には考慮すべき立場にない、というものである。そのような場合において、一方の当事者に（ここでは融資側に）背任行為があったからといって、もともとその身分のない他方の当事者に（ここでは融資の借り手側に）その背

任行為の共同正犯を認めることがはたして妥当であるのか、ということが問われているのである。

このような前提問題を踏まえて、以下紹介する判例は、千葉銀行事件、旧住専不動産会社ルート、同じくゴルフ場開発ルート（前者では有罪判決が最高裁で確定しており、後者では融資の借り手について地裁段階で無罪判決が出され確定している）、イトマン事件絵画ルート・さつま観光ルート（高裁で有罪判決が出され、上告されている）としたい。これらの判例を取り上げるのは、不良融資の借り手の刑事責任について、いずれも特徴的な判決が下されているからである。

II. 判例の動向

1 まず、千葉銀行事件について紹介する。というのも、当該事件は、融資の借り手について無罪判決が出されたものであり、以後の判例及び学説に多大な影響を与えたと考えられるからである。事案は、被告人Xの懇請を受けた銀行頭取であるYが当該銀行支店長Zに指示し、Xの経営する貿易会社に対して、実質的な裏づけのない看做金処理という方法により3億9千万円余りを簿外貸付けた、というものである。第一審は、Xにつき特別背任罪の身分なき共同正犯の成立を認めたが、これに対して原審は、「任務即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、その際任務を有する者が抱い

* 奈良産業大学法学部専任講師

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」と判示してXに無罪を言い渡し、最高裁もまた原審のこのような結論を是認した¹。

問題は、背任罪の共同正犯が成立するためには、身分者について必要な任務違背の認識と同じ程度の任務違背の認識を非身分者にも必要とする場合に、その「同じ程度」とはいかなる程度をいうのか、ということである。

この点につき、第一審および原審の認定によると、当該銀行がつけた担保の評価額はほとんど専門家の鑑定に基づいておらず、中には被告人Xが自分で購入した数倍の評価額を申告し、銀行がこれを吟味することなく鵜呑みで採用したのも含まれている、とされたこと、あるいは、事前にXは、既存の貸付金処理につき銀行検査当局から不適切である旨警告を受けたことを前記Zから伝えられ、また既存の貸付金の回収及び貸増拒絶の意向を前記Y及びZから伝えられたことをあわせ見ると、Xは本件融資がYの任務違背によるものであるという未必的認識を持っていたものとも推測される。現に第一審は、以上のような認定からXにおける任務違背の認識を認めている²。

これに対して、原審及び最高裁が融資の借り手に融資側とほぼ同程度の認識を要求したことは、融資の借り手において未必的な認識では不十分であり、それよりも確定的な認識を要求したとも見ることができる。しかし、後で紹介する事例において最高裁及び下級審の一部がさほど問題なく融資の借り手の任務違背の認識を認めていることからすると、本事例においては、客観面はともかく主観面において検察側の立証があくまで十分尽くされていなかったのもであると評価するのが妥当なのかもしれない。すなわち、「ほぼ同程度」の認識とは、融資の借り手の素人的な平行評価によるものの、未必的なもので足りると理解するのが自然であろう。

2 さて、次に近時の主要な判例を時系列

的に見ることにする。まず、重要なのは、旧住専不動産会社ルートに対する第一審判決である³。事案は、旧住専A社が迂回融資およびそれに伴う連帯保証債務の引き受けという不適切な融資方法により不動産会社B社に対して合計18億7千万円を貸し付けた、というものである。被告人2名はB社の幹部であり、A社幹部による当該不正融資の実行を容易にさせるため、関連会社を迂回融資の手順に組み入れるなど積極的に協力し、またこのような協力がなされるのを了承していた。

判決では、被告人2名について、A社幹部に成立する特別背任罪の共同正犯が認められ、次のように判示された。すなわち、被告人2名は、「融資側のスキャンダル等の弱みにつけ込んで融資に応じさせたり、犯行計画や手口を具体的に指示するなど積極的に身分者の行為に加功したわけではないから、このような意味で」被告人2名の「共同正犯性が肯定されるわけではない」…「しかし、融資残高が大きい融資先への継続的融資では、たとえ融資先の経営状態が危ぶまれても、融資残高が回収不能になるのを避けるため、融資の申し込みには応じざるを得ない事情が融資側に生じることがあり、…逆にいえば、被融資者は融資による利益を受けるだけでなく、それまでの累積的な借入によって融資担当者を右のような状況に追い込んだともみられるのであって、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ても、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」、融資担当者にとってもこれまでの継続的な融資について、社会的、民事的責任を問われることもあり得ることから、「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し、その意味で、被融資者に対しても、身分者である融資担当者が問われる融資行為による特別背任行為への共同正犯性を肯定できる基盤がある」。こうした上で、被告人2名は、A社幹部が「本件融資に応じなければ、B社に対する積極的な支援の

結果としての巨額の融資残高が回収不能となって責任問題に発展するなどの苦境に陥る状況にあることを認識しながら、これに乗じて本件融資を申し込んでいる、とした⁴。

本判決では、融資側の弱みにつけ込む、あるいは犯行計画や手口を具体的に指示するなどの意味で、融資の借り手が積極的に犯行に関与していなくとも共同正犯が認められたのが特徴的であろう。つまり、本判決は、被融資側に背任罪の共同正犯を認める基盤として、融資が継続化し、融資側と被融資側との利害が共通化したという点を強調している。確かに、被融資側にとって見れば、融資側の全与信のうち自己に対する与信の割合を上げることで、融資側に影響を与え、自己に有利な条件を提示することが可能となる。融資側にとって見れば、与信ポートフォリオ（与信先ないし与信案件の組み合わせ）を偏らせると、与信集中リスクが増し、自己に不利な条件を提示されても拒否できなくなっていく。しかしながら、一般の取引社会において、融資が継続化し、両者が相互依存関係に陥ることは多々あると思われる。本判決の論理では、経営的に苦境に陥った被融資側が従来の取引先である融資側に融資の申し込みをただけで、背任罪の共同正犯が認められる可能性が出てくることになり、共同正犯の成立を限定することが実質的にできなくなってしまうであろう。たとえ融資の借り手が融資の申し込みをしたとしても、その融資の決定権限は融資側にあるのであり、かつ融資側は、これまでの融資残高にかかわらず、リスクを管理し損失を最小限にすること、すなわちこれまでの融資を最大限回収するよう新規融資に当たっても考慮しなければならないはずである。むしろここでは、融資側の融資実行過程に対する被融資側の主体的な関与の度合いを問題にすべきであろう⁵。現に本判決で被告人2名は、融資側が考案した不当な方法により融資が実現されるべく積極的に協力したと個別に認定された上で、背任罪の共同正犯が認められて

いる⁶。なお、本判決では、被告人2名の主観面について問題なく、任務違背性および損害発生認識、図利加害目的が認められた。

3 次に、同じく旧住専A社がゴルフ場開発会社C社に不良融資を行なった事案（旧住専ゴルフ場開発ルート）をみることにする。この事案では先の事案と対照的に融資の借り手に対して第一審の段階で無罪判決が下され、確定している⁷。検察官の主張によると、この事案は、C社幹部である被告人2名が、自己保身のため融資を継続せざるを得ない立場にあるA社幹部らの弱みにつけ込み、A社に融資等を要請した上で、A社に3回にわたって合計15億9500万円もの融資をさせ、また他社から借り受けた3億円について連帯保証をさせた、というものである。

本判決では、被告人2名が、本件融資等に基づくA社の損害、およびA社幹部の任務違背性、自己保身目的についてそれなりに認識していた、と認定されている⁸。おそらく本判決は、被告人2名について、背任罪各要件の未必的認識を認めていると思われる。しかしながら、本判決は、身分のない被融資側である被告人に共謀共同正犯が認められるためには、任務違背性などの認識といった主観的要素に加え以下の点も要求されると述べている。すなわち、(1)融資側の「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」たこと、あるいは(2)「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」ことなど、「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実行させた」と認められるような共同加功を要求しているのである⁹。このことは、本判決も指摘するように、損害及び任務違背の認識、図利加害目的をもって融資を申し込むだけでは、被融資側に背任罪の共謀を認めることができないということも意味している。

さて、本判決は、以上の要件(1)と(2)をあげ、(1)については被告人2名に、A社幹部の背任行為について明確な認識があったこと、および本件背任行為について意思の連絡があったことは証拠上認めることができないとした。また(2)については被告人2名に、殊更に虚言を用いてA社側を欺罔したこと、またはA社側の弱みにつけ込んだり、A社側に何らかの影響力を行使し得るような関係にあったことは証拠上認めることができないとした。こうして本判決は、被告人2名とA社幹部との間に本件背任行為について共謀を認めることができず、被告人2名は無罪と結論づけたのである¹⁰。

本判決で特徴的なのは、共謀を認めるために、(1)の要件において融資の借り手に背任行為の確定的な認識を実質的に要求している点である。これは、先に紹介した旧住専不動産会社ルート第一審判決とは異なる理解であると思われ、さらに、千葉銀行事件における最高裁、高裁判決について、融資の借り手に確定的な認識を要求したものと理解する見方に親和的であろうと考えられる。また本判決が示した(2)の要件は、(1)の要件と同様に、被融資側について従来背任罪の共謀を認めてきた事案に沿うものであって¹¹、これは旧住専不動産会社ルート第一審判決よりも共謀成立の枠を限定的に捉えていると評価できるであろう。その上、(2)の要件を判断するに際して、本判決は、共謀を否定する上で、融資の借り手に損害発生の確定的認識がなかったことを一つの判断材料としていることも注視すべきであると思われる¹²。結局、本判決は、融資の借り手に背任行為の確定的認識がなかったこと、および単に融資の借り手は融資側に融資の申し込みをしたに過ぎなかったこと、という2点を捉えて共謀を否定したものとみることができるとは推測される。

このような本判決の帰結に対して、旧住専不動産会社ルート第一審判決の趣旨に照らせば、本事案においても背任罪の共同正犯性を

認めることができたかもしれない。しかし、事案だけみれば、被告人2名は単に融資の申し込みをしたに過ぎず、融資側の背任行為に当たって重要な役割を果たしたとはいえないのであり、その共同正犯性は否定されるべきであろう。なお、たとえ共謀が否定されたとしても、幫助を認める余地があるのか、という点についてさらに検討すべきであるように思われる。そして、融資の借り手側の一部行為者につき、背任行為の共謀が否定され、幫助の成立が認められた最高裁判決¹³があることからすると、判例はそのような余地を排除するものではないと推測される。

4 次に紹介するのはイトマン事件絵画ルート・さつま観光ルートにおける第二審判決である¹⁴。事案は、まず絵画ルートについて、被告人が当時逼迫していた自己の資金需要を満たすため、イトマンに多数の絵画等を売却したが、その売却価格は時価を大きく逸脱した法外なものであって、イトマン側に被告人の請求するがままの値段で買い取らせ、当該絵画等の時価と請求金額の差額分についてイトマン側に損害を与えた、というものである。次に、さつま観光ルートについては、被告人がD社株式買収資金としてイトマンに対して200億円の融資を依頼していたところ、イトマン側から被告人が実質的に経営するさつま観光を融資の受け皿として、200億円の融資をする代わりに、その200億円の中から企画料等の名目で50億円をイトマンに支払うよう提案され、被告人はこの提案を受け入れてイトマンの利益出しに協力した。だが、被告人は企画料等名目の50億円と担保を差し引いた差額である約96億円を焦げつかせ、イトマンに損害を生じさせた、というものである。本判決は、上記2件について、被告人に特別背任罪の共同正犯が成立することを認めたが、被告人によって上告され、現在係争中である。

本第二審で、弁護側は、背任罪の非身分者に共同正犯が成立するには、主観的要件とし

て、任務違背、損害発生の具体的認識及び凶利加害目的の存在、客観的要件として、身分者に対する積極的な共同加功行為が必要であると主張した。弁護側の主張は、先に紹介した旧住専ゴルフ場開発ルート第一審判決の趣旨に近く、これを意識したものであると推測できる。これに対して、本判決は、「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、『加功』の意味を他の犯罪の場合と別異に解釈すべき文理上ないし実質的な根拠は特段認められない」と判示し¹⁵、次のように一般論を展開した。すなわち、融資側と被融資側との間に共謀を認めるに際しては、「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」を基準とすべきとしたのである¹⁶。その上で、本判決は、原審の事実認定を肯定し、被告人には上記2つの事案について特別背任罪の共同正犯が成立すると結論づけている。

そこで、本判決と前記旧住専に対する2つの判決を比較してみると、本判決は、旧住専不動産会社ルート第一審判決において漠然と示された基準にある程度の明確性を与え、逆に、一般的な共犯理論の枠組みからみて、背任罪の共犯を特殊化しないという見地から、同じく旧住専ゴルフ場開発ルート第一審判決で示された基準よりも緩やかなものを提示したと評価することができよう。結論的に、このような本判決の一般的な基準は、賛同し得るものだと思われる（本稿の立場については、後で詳述する）。

なお、本判決は、被告人の主観面につき、原審が、損害発生及び任務違背性の認識、凶利加害目的といった要件について具体的かつ詳細な事実認定に基づきそれぞれ満たしていると判断したことにつき、なんら誤りはないと判示した¹⁷。前述のように、本判決が、刑法65条1項でいう「加功」の意味について、他の犯罪の場合と異なるものでないと述べて

いることからすると、以上のような主観面に関する判示は事実認定の問題にとどまるといえよう。それゆえ、本判決は、千葉銀行事件における最高裁、高裁判決が、被告人の主観面について確定的な認識を要求したものでなく、事実認定に基づき無罪と結論づけたという見方に親和的であるように思われる。

5 以上のような下級審裁判例の動向を経て、前記旧住専不動産会社ルートに対する最高裁決定が下された¹⁸。本決定の要旨は以下の通りである（なお、実名および会社名は本文の記述にあわせて修正した上、引用した）。すなわち、「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掛けることもなかったものの、融資担当者の任務違背、旧住専A社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会社B社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、旧住専A社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」としたのである¹⁹。

まず、被告人の客観面について、本事案における第一審判決では、先に見たとおり、融資が継続することで、融資担当者が融資せざるを得ない苦境に陥ったことに乗じて、融資を申し込んでいる点を強調して、これを被融資側に背任罪の共同正犯を認める基盤としている。これに対して、本決定は、そのような苦境を利用しつつ、融資の実現に協力したとして、被告人に背任罪の共同正犯を認めている。すなわち、本決定では、融資側の苦境を利用したという点に加えて、被融資側が融資の実現に協力したという事実があってはじめて被融資側の背任罪の共同正犯が認められたとみることができるのである。この意味にお

いて、本決定は、本事案における第一審判決で展開された一般論に慎重な姿勢を示していると考えられる。つまり、単に融資側の苦境に乗じたというだけでなく、融資の実現に対する協力の度合いもまた被融資側において問題にされているといえよう²⁰。

次に、被告人の主観面について、本決定は、本件融資が実質無担保の高額な継続的融資であり、迂回融資の方法がとられたことなどから明らかに不自然な形態の融資であることを認識しており、証券会社の審査部長を務めた経験等に照らしても、本件融資が融資担当者の任務違背に基づくものであること、旧住専A社に財産上の損害を与えるものであることを「十分」認識していた、と判示している²¹。ここでいう「十分な」認識とは、同じく旧住専ゴルフ場開発ルート第一審判決が要求した「明確な」認識と同じものを意味するのかどうか、疑問が生まれてくる。つまり、「十分な」認識があってはじめて被融資側は背任罪の共同正犯に問われるのか、ということである。この点につき、断定することはできないが、被告人の主観面に関する事実的な認定にとどまっていると評価するのが妥当であろう。というのも、本決定は、その客観面について、旧住専ゴルフ場開発ルート第一審判決とは一線を画した判断を示しているともみることができるからである。すなわち、本決定においては、上記第一審判決のように「融資側に対して自己の影響力や社会的に許されない方法によって積極的に働き掛けて背任行為を強いる」ことまでを被融資側に要求したとみることはできない。それゆえ、被融資側の主観的側面についても、本決定が、「明確な」認識を要求した、とまで読み取ることは留保すべきであろう。ただし、本決定では、素人的な平行評価に基づき、被融資側の主観面を判断したとみることができる。それゆえ、ここでは、背任罪の共同正犯成立の要件として、被融資側が、融資側の事務について少なくとも詳細に認識することまでは要求されていない

と思われる。

また、本決定は、これまでの裁判例と同様に、融資担当者の図利加害目的について被融資側が認識していたことを認定している²²。融資の借り手が融資側の図利加害目的について認識する必要があるとすれば、その理論的根拠についてさらに検討する必要がある²³。おそらく判例は、共謀の成否を認定するに当たり、当事者どうしの意思の連絡という側面から相手方の図利加害目的の認識を要求するものだと考えられる。

今後の判例の動向については、最高裁が被融資側の背任罪の共同正犯の成否についてどのような判断を示すのかが注目される。それゆえ、共同加功の意味をめぐって被融資側における特殊な事情を考慮しないと明言した前記イトマン事件第二審判決の上告審の結論が待たれるところである。

6 以上からすると、千葉銀行事件および旧住専不動産会社ルートに対する最高裁判例をはじめ、旧住専およびイトマン関連の下級審判決は、被融資側の主観面については、詳細な事実認定を行なった上で判断しているという一貫した流れがあると思われる。これに対して、被融資側の客観面については、それぞれ食い違う基準を提示しており、なお判断が揺れる可能性がある。

不良融資の問題とは若干離れるが、同じく非身分者について背任罪の共同正犯が問われた北國銀行事件に対する最高裁の判決²⁴も参照されるべきである。この事案は、当時の当該銀行頭取が、保証債務につき免責を主張する信用保証協会に対して、当該協会への負担金拠出を拒絶すると申し向け、当該協会の方針を見直して保証債務に基づく代位弁済に応ずるよう要請したところ、当該協会役員が当該代位弁済に応じた、というものである。本判決は、当該協会役員の任務違背行為を当該頭取が認識していたといえるかについて、慎重な判断を下しており²⁵、前述のような近時の裁判例の流れの上にあるものと理解できる。

また、本判決では、「被告人が協会に対する負担金の拠出に応じないことを利用して代位弁済を強く求めることができたかどうか、については疑問がある」と判示されている部分がある²⁶。ここから読み取れるのは、最高裁が、背任罪の非身分者の共同正犯について、身分者の立場を単に利用するだけでなく、さらなる身分者に対する働きかけを非身分者に対して要求しているのではないか、ということである。これを不良融資の問題に敷衍するならば、被融資側の客観面においては、融資側の窮地につけ込んで融資を持ちかけるだけでは足りないものであり、それ以上に融資実行過程に対する影響力の行使、関与が必要とされているように思われる。今後の裁判例が、このような見方に沿うものであるか注目したい。

また、以上のような最高裁判例の見方だけでなく、これまでの裁判例がいかなる事案において融資の借りに背任罪の共同正犯を認めてきたかを見れば、次のような一般的傾向があるように思われる。すなわち、融資側の「権限行使の自律度」と融資の借りの「権限行使に対する影響度」の相関関係において、融資の借りの共同正犯性が判断されてきた、ということである。具体的には、融資側の自律度が高いほど、融資の借りの影響度が低いほど、融資の借りの共同正犯が認められにくい、ということである。これに対して、融資側の自律度が低いほど、融資の借りの影響度が高いほど、被融資側の共同正犯が認められやすい、ということになる。仮にこのような一般的傾向があるとして、これをどのように理論化していくかが今後の学説の課題であると思われる。

Ⅲ. 学説の展開

1 理論的にみて、不良融資の借りは、はたして背任罪の共同正犯になるのであろうか。共同正犯と評価できなくとも狭義の共犯

とされる場合はあるのであろうか。それとも、そもそも共同正犯とすることはできず、狭義の共犯しか成立しないのであろうか。それどころか、狭義の共犯にもならないのであろうか。この問題に対しては、背任罪の共犯成立を一般的な共犯理論の枠組みであくまで説明するのか、それともそのような枠組みではもはや説明しないのか、これと関連して、被融資側の融資側に対する影響力を強調するのか、それとも融資側の自律性を強調するのか、といった切り口があると思われる。

2 従来の学説は、背任罪の身分のない被融資側の刑事責任について、その背景にある事情を特殊化することなく、背任罪の共同正犯を認めてきたように思われる。例えば、「金融機関本人の利益のため誠実に事務を処理すべき貸付事務担当者として許されるはずのない行為…を利用して自らの意思（資金の獲得）を実行に移すことを内容とする謀議に基づき、貸付事務担当者の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったと見られることが共同正犯成立認定の条件とされている」という見解²⁷や、「自ら実行行為に着手せず他人を介して法益侵害を惹起した者もその法益侵害に至るまでの過程を支配したといえる以上は正犯として罰せられるべき」とした上で、背任罪の「犯行推進過程で中心的役割を果たしていた」といえる者は、背任罪の身分がなくともその共同正犯になるとする見解²⁸、「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」とする見解²⁹などが挙げられる。

これらの見解は、一般的な共犯理論の枠組みの中で被融資側の共同正犯性を判断するものと評価することができる。それゆえ、これらの見解は、千葉銀行事件控訴審、上告審判決について、被融資側の主観面を強調し、身分者の任務違背について確定的な認識を要求していると分析する見方に批判的である³⁰。というのも、このような判例の分析が、背任

罪の共同正犯を一般的な共犯理論から説明できない特殊な領域に限定しようとするからであろう³¹。また、これらの見解は、「背任実行過程に対する支配」や「背任行為に対する関与」を強調する点から、「融資側に対する関与」の度合いを被融資側の背任罪共同正犯成立の基準としているように思われる。ただ、これらの見解について問題なのは、全面的に被融資側の背任罪共同正犯の成立を認めてよいのか、ということであろう。また、逆に、旧住専不動産会社ルートのように、被融資側が、同じく背任実行過程に対して、弱みに付け込むなど従来の意味で支配がなかったとしても、背任罪の共同正犯が成立する場合を整合的に説明できるかも問題となる。

3 これに対して、被融資側の共同正犯が成立するのは、融資側の具体的任務違背行為につき、その任務違背性の意味の認識を含めて、融資側と意思を通じ、あるいはこれを猥憑したときに限る、とするのが藤木英雄である。藤木は、被融資側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融資側に教示したという特殊な事例を除き、たとえ背任罪として可罰的な融資であったとしても、被融資側には、せいぜい何らかの便宜的措置、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の認識があるに止まり、任務違背行為について共同加功の意思を認めることができない、という³²。このような藤木の立場は、具体的な任務違背行為について未必の故意も認められなければ共同正犯は否定されるという意味において正当なものである。

しかし、藤木が共同加功の意思など一般的な共犯理論の枠組みに則りつつ、融資側の具体的事務について精通し、かつ被融資側が具体的な方法を教示するなど融資側を猥憑する場合に背任罪の共同正犯成立を限定するのなら疑問である。なぜそのような要件の加重が認められるのか明らかではない。実際に近時の判例は、被融資側が、融資の具体的事務に

ついて精通していなくとも、取引社会に身を置いていた経験から、融資側の具体的任務違背行為についてその存否を判断することは十分可能である、としているように思われる。また、藤木は背任罪の共同正犯が認められる特殊な事例として「具体的な方法を教示した場合」を挙げるが、結局のところ被融資側の関与の程度からみて、融資側と被融資側の任務違背行為の共同実行を認めることができるかどうかを問題にすべきであろう。それゆえ、いくら任務違背性について被融資側が具体的に認識していたとしても、単に融資側と意思の連絡を遂げたに過ぎなければ、被融資側に背任罪の共同正犯を認めることは困難ではないだろうか。というのも、この場合、被融資側は、客観的に見れば単に融資の申し込みをしているに過ぎず、融資側に対する重大な影響、働きかけを見ることができないからである。現に近時の判例は、融資側に対する影響、働きかけを一定程度考慮していると思われ、藤木説がそのような判例の傾向と整合的であるか問われよう。しかし、逆に、藤木の見解は、旧住専ゴルフ場開発ルート第一審判決に対して相当な影響を与えたと思われる。ただ、この第一審判決は近時の最高裁の判断とはやや趣を異にしており、藤木の見解がそのまま今後の判例に影響を与え続けるかどうかは疑問である。

4 藤木の見解は、取引社会の実態に即しつつ、一般的な共犯理論の枠組みの中で「被融資側の関与」を問題にしなが、被融資側の背任罪共同正犯成立をなるべく制限しようとした一つの試みである。ただ、問題であったのは、その限定をいかに根拠づけ、その成立範囲を適度なものに絞り込むのか、という点にあると思われる。

これに対して、関哲夫は、同じく共犯理論の枠組みによりつつ、従来の見解とは異なる観点から、被融資側の背任罪共同正犯成立を全面的に制限しようと試みている。すなわち、関は、融資側と被融資側の利害が対立・対向

する状況に着目し、この両者が「事実上の対向犯」に当たるのであって、そこから必要的共犯の理論を援用した上で、背任行為の相手方である被融資側はそもそも処罰されない、と主張する³³。

その不処罰となる実質的な根拠は、「違法性の低減」と「期待可能性の低減」である。まず、前者につき、関は、被融資側が自らの倒産を回避し、経営状態の改善・回復を図るために、融資側から融資を受けることができるよう努力・画策することは、許容された行為であるか、違法性が極めて低い行為である、と説く。また、背任罪で処罰の前提となる信任関係は、本人と事務処理者との「内部的信任関係」であるから、対向的な取引関係にある当事者どうしの「対向的信任関係」は背任罪で処罰される基礎とならない、というのである。次に、関は、被融資側について、融資を受けるために努力・画策することは、その時点における危機的状況から見て無理からぬものであって、期待可能性が低く、刑罰をもって非難すべきか疑問がある、という³⁴。

以上のような関の見解は、被融資側について、教唆犯・幫助犯を含めて共犯全体を否定しようとするものであって、近時の判例と全く相容れないものである。しかし、関の見解は、被融資側についても背任罪の共同正犯を認める学説・判例への全面的な異議なのであるから、関の見解から導き出される帰結はある意味当然のものであろう。むしろ問題なのは、そのような関の論理が十分説得的であり、今後学説・判例にとって受け入れられる余地があるものなのかどうかである。

関は、背任罪の本質について、その処罰の基礎にあるのは、「内部的信任関係」であって、「対向的信任関係」ではない、と説く。しかし、本人との関係で、内にいるのか、外にいるのかは単なる比喩的表現であって、視点を変えれば、事務処理者であっても本人との関係では対向的である。すなわち、事務処理者は、本人から対価を得る代わりに、財産

事務の処理というサービスを本人に提供している。これは、通常の契約・取引関係とன்றら変わらない対向的な関係である。ここでは、事務処理者が本人の財産を不正に処分し、自らの債務を不履行すれば、本人に財産的損害が生じることになる³⁵。刑法は、背任罪の規定を通じて、このような事務処理者の不正な処分活動に限って介入し、本人の財産を保護するとともに、その二次的効果として本人の経済取引の拡大・補充を促進・援助しようとしているのである。

ここで問題なのは、任務違背行為を通じて本人に財産的損害が生じること他にない。それゆえ、たとえ本人との関係で事務処理者といえない立場にある者でも、事務処理者の任務違背行為を介して本人に財産的損害を生じさせることは可能なのであるから、この場合も背任罪の適用範囲に入るということになる。もちろん、不良融資の借り手であっても、単に融資を受けるだけでなく、融資側の融資実行過程に介入し、最終的に本人の財産に損害を生じさせれば、背任罪の共犯が問題になるといわなければならない。ここで、不良融資の借り手に限って、共犯理論の枠組みから排除されるという論拠は見出しがたい。これに対して、関は、事務処理者が介在することで、被融資側の違法性が遮断されるとする根拠を示し得ていないのである。

次に、期待可能性の低さゆえに、被融資側には責任を問えないとする関の根拠はどうであろうか。確かに融資を受けることによって経営危機を脱する可能性があるのであれば、融資を働きかける被融資側の行為は非難されるに値しないであろう。しかし、そもそも融資を実行することで経営危機を乗り越える蓋然性が高ければ、もとよりそのような融資の実行は事務処理者にとって任務違背行為には当たらないのである。

これに対して、例え融資が実行されたとしても、経営危機を脱する見込みが低く、単に経営破綻の先延ばしにしかならない場合が問

題となる。正常に回復する可能性がほとんどなく、経営破綻が先延ばしされている状態は、被融資側にとって、単に返せない債務が膨らんでいくだけであり、逆にかえって破綻の処理が困難になり、また破綻後の再建が遠のくことになる。それゆえ、融資を受ける時点で、経営破綻の先延ばしが確実であるが、経営の回復に一縷の望みをかけたという被融資側の判断は、むしろ経済的見地からは不合理であって、「やむを得ないもの」と評価することはできない。また、相手方の一方的な損失によって自己が利益を得ようとする態度は法的に見ても許されるべきでない。経済的取引とは、何がしかの交換、つまり対価の提供によって成り立つものであって、取引の相手方に不要な財産的損失を生じさせてはならないのである。このような経済的取引の法的な枠組みの中で、刑法は、個人の財産を保護し、経済的取引を促進させるために、様々な財産犯のメニューを提供しているものであり、そのうちの 하나가背任罪である。単なる経営破綻の先延ばしであり、経営の回復の見込みのない融資は、事務処理者にとって任務違背行為であり、そのような行為に関与してはならないことは、取引の当事者にも期待されているといわなければならない。それゆえ、融資側の任務違背行為に関与することは、経済的に見ても、(刑)法的にみても、是認することができないのである。このような意味で、関が被融資側に期待可能性がないとする主張は、部分的に妥当なものである(つまり、責任非難に値しないのは、そもそも融資が違法な任務違背行為に当たらないからである)が、全面的に支持できないと考えられる。

5 以上で検討した関の主張の核心は、被融資側がたとえ融資側の任務違背行為に関与したとしても、背任罪共犯の刑事責任追及から免れる余地があるのではないかと、いうことである。そのような余地は、共犯理論それ自体によってというよりも、他の論拠によって作り出されるものとも考えられる。この点

につき、例えば、林幹人は、「不良貸付の場合、貸付けをした者の行為が違法であっても、そして、借り受け人に故意と共犯の因果性を否定しえないとしても、なお、違法でない場合がありうるのではないかと主張する³⁶。このような問題意識のもとで、林は、「たとえ関与行為から自然的な意味において因果性ある結果が、直接行為者の行為を介して発生したとしても、関与行為の時点で、その行為が許された危険の範囲内にある場合、その行為を違法とすることはできない」とする³⁷。具体的には、「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」というのである³⁸。林の狙いは、これまでの裁判例において被融資側が無罪とされた事例につき、その理論的根拠を与えようとするものであろう。被融資側において背任罪の共同正犯が否定された場合に、その幫助犯の成否を検討するまでもなく、無罪とされることもあるのではないかと、という問題意識である³⁹。

「許された危険の法理」について本稿では詳しく論じる余裕はない。ただ、指摘しておきたいのは、そもそも融資の申し込みが許されているのは、その融資の実行自体が許されているからではないか、ということである。融資の実行が任務違背行為に当たり、許されない危険を本人の財産に生じさせているのであれば、そのような融資の実行に関与することも許されないと思われる。林の見解においては、「許されない」行為に関与することが「許される」根拠を示していないと思われる。被融資側においてだけ企業再建の有用性を強

調し、融資側の財産的損害のリスクを看過するのはバランスを欠いている。被融資側が企業再建の有用性を主張し、自らの行為が許されていると結論づけるためには、その融資が融資側にとっても有用であること、つまり、融資側にとって新たな利益をもたらす可能性があり、少なくとも既存の債務の回収に必要なものでなければならないであろう。

また、融資の申し込みをしたとしても、それによって融資担当者の不良融資を行う危険性を高めることがなければ、背任罪共犯の成立は否定されるという林の主張についてはどうだろうか。もとより林も、広い意味で共犯の成立が認められるためには、結果を直接惹起する者の行為を心理的・物理的に強化・促進しなければならぬことを認めている⁴⁰。とすれば、被融資側が融資の申し込みをしたとしても、それが融資担当者の任務違背行為を強化・促進したといえなければ、当該申し込みが背任罪の共犯に当たると評価することはできないということになる。つまり、融資の申し込みが不良融資の危険性を高めないと、それは「許された危険の法理」ではなく、共犯の一般理論によって解決されてしまうものではないだろうか。融資の申し込みが、融資担当者の任務違背行為を行う危険をそれほど高めなかったという場合は、たとえ融資の申し込み時点における事前評価であったとしても、融資担当者の任務違背行為を強化・促進したとはいえなかった、と判断されるように思われる。

結局、新たな融資によって被融資側の経営的回復の可能性が出てくる場合、もちろんその可能性の程度によるが、融資担当者が融資を実行することは許されているのであって、背任罪の処罰対象にはならないというべきである。それゆえ、経営的回復が見込まれる融資を被融資側が申し込むことも許されている。逆に、経営的回復の見込みのない融資を求めるとは、融資担当者の任務違背行為をもたらすことになる。つまり、被融資側が、本人

の財産に対する「許されない危険」に関与することになり、そのような関与行為は同じく「許されない」というべきである。

そもそも事務処理者の行為が任務違背と評価され背任罪で処罰されるのは、事務処理者が、本人のための経済活動を遂行するに当たって、「財産上の損害を回避するためのルール」に反して自己の権限を行使しているからである⁴¹。そのようなルールは、一般的に財産的損害が発生するリスクに応じて策定されるであろう。事務処理者に権限を与える本人がどこまでリスクを許容しているかによるが、通常、リスクの低いものは許容され、リスクの高いものは禁止される。それゆえ、経営的回復の見込みのない相手に融資を行うことは、刑法的に見ても背任罪の処罰対象となり、許されないと思われる。しかし、リスクが高いからといって一律に禁止されるわけではなく、高いリスクが存在する場合も、高いリスクに応じた高いリターンを得るために、投入される金額に上限をつけた上で許容されることになる。したがって、経営的回復の見込みがある場合、その可能性が程度高く、融資額も限定的なものであれば当該融資を行うことも許容されよう。ただし、融資側にとってリスクに見合うリターンを得ることができないと判断されるのであれば、そのような融資は許容されない可能性がある。それよりも、そのような低いリターンに見合った低いリスクの他の案件に融資し、破綻危機にある債務者については、従前の融資を回収する方が融資側にとって合理的であるからである。以上のような見地において、被融資側は、融資側の「財産上の損害を回避するためのルール」に基づく融資の決定可否を甘受しなければならないと思われる。関哲夫の見解に対する検討で述べたように、融資側に一方的な財産的損害・リスクを負わせてまで自己に融資を求めることは、刑法的に見ても許されないからである。被融資側は、融資側と交渉して、リスクの許容度を上げてもらうか、リターン

の低下を納得してもらう余地があるが、そこには限度があるというべきである。それゆえ、従前の融資者に新たな融資を拒否された場合、リスクの許容度がより高い他の融資者を探すほかない。もちろん被融資側は、リスクに応じた高いリターンを融資側から要求され、経営的にますます窮地に立たされる可能性があるのだが。なお、ここで付言すれば、被融資側にとって、融資側の「財産上の損害を回避するためのルール」は不可視的であり、また自らが融資側にもたらすリスクの評価は通常甘く判断されがちなものであると思われる。それゆえ、このような事情が存在するために、実際の裁判例において、被融資側の任務違背の認識、財産的損害の認識が慎重に判断されているのであろう。

6 関哲夫の見解、あるいは林幹人の見解に対する検討から明らかになったのは、一般的な共犯理論の枠組みによろうとよるまいと、被融資側の関与という見地から、被融資側の背任罪共犯の成立を否定する論拠を構築するのは非常に困難であるということである。では、融資側の自律性を問題にすることで、被融資側の背任罪共犯の成立を否定する論理については、どう評価すればよいであろうか。

例えば、長井圓によると、「日常生活・取引に必然的に内在する危険」は、「社会的相当性」ないし「許された危険」を根拠に、およそ犯罪の不法を基礎づけることはない、しかし、日常的な一般の危険を超える可罰的不法は、各行為者の自律を基礎に配分されなければならない、とされている。その上で、取引の相手方に強盗・恐喝・詐欺罪などが成立し、そうでなくとも事務処理者の「任務遵守」を不能化する場合を除き、事務処理者の自律性が失われていないと評価される限りは、可罰的不法は事務処理者側に配分され、被害者側の「同意に基づく自損行為」があるものとされるのであり、そのため事務処理者の取引相手には違法性が欠如し、正犯も共犯も成立しない、と結論づけられている⁴²。このよ

うな長井の考え方の背景にあるのは、詐欺・恐喝等の不法な手段を用いない限り、取引の当事者が自己の最大限の利益を求めて取引相手と熾烈な交渉・攻防を重ねることは、適法な取引であって、取引の他方の当事者がそれに妥協して財産上の損害を被っても、自業自得である、というものである。すなわち、利害が対立する「対向的取引」では、その取引相手の「社会的に相当」な取引・要求には、背任罪の「正犯」のみならず、その「共犯」も成立しないことが保障されないと、「取引の自由」が成り立たない、ということである⁴³。

また、伊東研祐は、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得たか否かを問い、これが肯定される場合は、事務処理者のみに背任罪の結果が帰属され、取引の相手側にはその帰属が否定される、という。これに対して、取引の相手側の暴行・脅迫等によって事務処理者の自律的機能が失われる場合、強盗・恐喝・詐欺罪等の結果は取引の相手側に帰属する、というのである⁴⁴。このような伊東の考え方の背景にあるのは、社会の構成員各自がそれぞれに期待される社会生活上の役割・機能を果たすことが犯罪とされてはならないということであり、事務処理者はその期待に反するがゆえに背任罪で処罰され、他方で、その取引の相手方が自己の代理・代表する組織や機関の利益を主張し、譲歩を迫ることは、自己に期待された社会的役割を果たすことであるから背任罪で処罰されてはならない、ということであると思われる⁴⁵。

長井や伊東の考え方に対して影響を与えているのは、背任罪を「義務犯」とみなす見解であろう。すなわち、背任罪は「任務」を課された事務処理者によってのみ犯されるものであり、任務のない取引の相手方には原則として背任罪は成立しない、とするのである⁴⁶。例えば、平山幹子は、長井や伊東とその結論が異なるものの、背任罪において、正犯性を

基礎づける「義務」を負担しない非事務処理者においては、背任罪の間接正犯・共同正犯の成立が否定され、背任罪の教唆・幫助しか問題にならないことを示唆している⁴⁷。

おそらく、「自律に基づく自己責任」や事務処理者の「義務」を主張する見解は、「取引の自由」や「社会的役割・制度」という論拠を援用し、被融資側に背任罪の共同正犯を一定限度認めてきた従来の裁判例に批判的な立場をとると思われる。ここでは各論者の持つ価値観が試されているのかもしれない。ただ、まず長井の見解に限って言えば、背任罪が問題になる場面において事務処理者の「同意」を持ち出すことは、相当困難であると考えられる。なぜなら、実際の被害者である本人は、事務処理者の任務違背に基づく財産的損害に対して「同意」を与えていないからである。本人は、事務処理者に対して自己の財産の使用・処分権限を与えてはいるが、それは全面的な同意権の委譲を意味していないのである。すなわち、本人にとって許容されているのは、「財産上の損害を回避するためのルール」に則った上で生じたやむを得ない財産的損害だけであり、当該ルールから逸脱する事務処理者の行為から生じた財産的損害は許容されていない。事務処理者の同意を本人の同意とみなして、取引の相手方の違法性を排除することはできないと思われる。逆に事務処理者の処分が、当該ルールに基づくものであれば、もとより任務違背性がないのであり、取引の相手方も背任罪の共犯に問われないことは当然である。

では、事務処理者の「自律性」についてどう考えればよいのであろうか。論者の見解に従えば、事務処理者の判断・決定に「自律性」が失われる場合、事務処理者にとって背任罪は問題にならず、その取引の相手方に強盗・恐喝・詐欺罪など背任罪とは異なった犯罪が問題になる。また、逆に、事務処理者の判断・決定に「自律性」が完全に保たれている場合、事務処理者のみが背任罪に問われるこ

とになる。しかし、このような結論は、事務処理者に対する干渉が全面的で、取引の相手方のみが問責されること、あるいは事務処理者に対する干渉が認められず、取引の相手方は背任罪の共犯としても問責されないことの裏返しであるように思われる。さらにいえば、背任罪において「自律性」を問題にする見解は、事務処理者の「自律性」が完全に有るとも無いともいえない場合をどう処理するのか不明である。実際の不良融資においては、被融資側によって融資担当者の「自律性」が侵食され、その「自律性」が保持されているのか微妙な場合が多いと思われる。このような局面にこそ背任罪の共同正犯が投入される余地があるのではないだろうか。事務処理者に少しでも「自律性」が残されていれば、融資側にのみ財産的損害の結果が帰属すると考えるのは、融資取引に際して財産的損害・リスクを一方的に融資側に転嫁させることを意味している。このような財産的損害・リスクの一方的配分はバランスを欠き、不当である。それゆえ、「自律性」の有無という観点だけでは、実際の事件を処理し、解決することは困難であろう。むしろ、ここで問題になるのは、事務処理者の「自律性」に対する被融資側の「影響」の度合いであるように思われる。

この点において、背任罪を「義務犯」とみなす見解に立てば、事務処理者の「自律性」保持の度合いに関係なく、取引の相手方（つまり非事務処理者）には背任罪の共同正犯が成立する余地が理論的にないことになる。ただし、そうであるにしても、平山の示唆するところによれば、長井や伊東が背任罪の共犯自体の成立を否定するのは逆に、取引の相手方に背任罪の教唆・幫助が成立する可能性が残されている。つまり、非事務処理者であっても、事務処理者の任務違背を通じて、事務処理者が守るべき「社会的役割・制度」の侵害を共働することが可能である。そのような「社会的役割・制度」は、社会を形成し、存続させるためのものであるから、任務を負

わなない者であっても社会の構成員である以上、無関係なものではない。それゆえ、事務処理者がそのような「社会的役割・制度」の侵害に至るプロセスを形成（＝「組織化」）する場合、そのような形成（＝「組織化」）行為を分担する非事務処理者は、その分担の範囲で部分的に問責されるのである。ただし、非事務処理者は、任務を負わない以上、正犯要件を満たすことはできず、背任罪の教唆・幫助についてのみ問責されることになる。おそらくこのように説明されることになろう⁴⁸。

本稿では、平山の構想する「義務犯」論自体を検討する余裕はない。しかしながら、本稿の射程範囲内において次のように指摘することができる。すなわち、確かに平山が示唆するように、非事務処理者には背任罪の間接正犯は成立しないかもしれない。だが、非事務処理者には背任罪の共同正犯も成立する余地はないのであろうか。共同正犯も広い意味で共犯である以上、その正犯性も厳格に要求するべきではない。義務のない者には、「義務犯」の共犯も成立しないというのなら別だが、正犯を介在して共犯も「制度・役割」を攻撃できることを肯定する以上、共犯にも「制度・役割」を保持しなければならない二次的・間接的な「義務」が課されているといえる。それゆえ、たとえ背任罪が「義務犯」であるにしても、「制度・役割」への攻撃を分担する以上、その分担の程度によっては、非事務処理者についても背任罪の共同正犯を認めて差し支えないと思われる。義務犯において、一次的・直接的な「義務」が（単独）正犯の要件であるにしても、義務に分担はあり得ないとするのであるから⁴⁹、それを広義の共犯の要件とするべきではない。それゆえ、広義の共犯の区分けは、義務の種類やその存否ではなく、（単独）正犯に対する関与の度合いによって決せられるべきなのである。

以上のように、たとえ事務処理者の「自律性」を持ち出しても、結果的にそれは取引の相手方、つまり被融資側の関与の程度を問う

裏返しであると思われるし、事務処理者の一身専属的な「義務」を持ち出したとしても、その「義務」とは関係なく、取引の相手方、つまり被融資側の関与の程度によって共犯の区分けがなされるものと思われる。

なお、「自律性」を問題にする見解の背景について若干言及すると、自己の利益を最大限求めて、それを取引の相手方に押し通すことは、「取引の自由」の名の下に、あるいは当事者の「社会的役割・機能」を果たしたとして許容されていると論者は見るのであろう。だが、ミクロな目から見て、自己の利益を最大限要求することが交渉の着点を探すための手段ではなく、それ自体交渉の目的となっている者は、結局誰からも相手にされず、最終的に市場から締め出されると思われる。取引の相手方にしても、そのような者を相手にするのはなく、より自己の要求について聞き入れてくれる者を相手に選ぶのが合理的だからである。それゆえ、取引の場において望まれているのは、互いに持ち出される条件に折りありをつけ、双方が納得する地点を見つけ出すことである。もちろん、自己の利益を押し通す者しか特定の財を提供する能力を持たず、否が応でもその者と取引せざるを得ない場合も考えられる。それゆえ、自己の利益を押し通そうとする者にとっては、特定の財を独占化することが合理的である（被融資側にとって見れば、それは逆に融資側の与信を自己に集中させることである）。しかし、その結果、マクロな目から見ると、社会において富が極端に偏在化し、自由な競争を失わせ、かえって社会全体の持続的な発展が阻害されることになる（融資側にとって見れば、与信集中リスクの発生・顕在化は自己の発展を阻害する要因となる）。それゆえ、特定の財の独占化やそれに基づく一方的な取引については規制せざるを得ないのである。このように自己の利益を最大限主張し、相手方に譲歩させることで、取引の相手方に一方的な財産的損害・リスクを負わせることは、社会

的・経済的に見て許容されるものではないと思われる。もちろん、だからといって不良融資の借り手について、安易に背任罪の共犯を認めるべきではない。刑法の全面的な介入は、逆に、経済的取引に萎縮をもたらし、社会の持続的な発展を阻害するからである。

IV. 私見

1 それではいかなる場合に刑法の介入が正当化され、不良融資の借り手に背任罪の共犯が成立するのであろうか。本稿の立場は、前記旧住専不動産会社ルート第一審に対する評釈において提示したものと基本的に変わらない。すなわち、「融資の申し込みを受けて、受け手の返済能力、担保価値を審査した上で、融資額および金利、返済期間、担保などの融資のための条件を決定し、最終的に融資が実行されるという過程において重要な役割を果たした融資の受け手については、これを背任罪の共同正犯として認めるべきではないだろうか」とし、「身分者の任務違背行為そのものに対する事実的な関与の程度が、通常の融資取引から明らかに逸脱しているのであれば、融資の受け手も背任罪の共同正犯に問える」と指摘したが⁵⁰、このような枠組みは、現在でも有効なものと考えている⁵¹。

2 ただ、本稿の立場に対しては、次のような疑問が提示されている。それは、「『通常取引からの逸脱』という基準は、背任の共同正犯というよりも背任の共犯一般を画する最小基準ではないだろうか」というものである⁵²。また、これと関連して、どうして「通常の融資取引であることを理由として、背任罪の共同正犯…の成立が否定されるのかは必ずしも明らかでない」という指摘もなされている⁵³。このような疑問に対しては、次のように答えることができると思われる。すなわち、被融資側において何が問題になるのかというと、それは、被融資側が融資の実行過程に介入した場合、その与えた影響、あるいは

その果たした役割がどの程度に至っていたのか、ということである。その程度が重大なもので、融資担当者の持つ権限を共に行使したといえるほどのものならば、被融資側は融資担当者と一体化して本人に対し一方的に財産的損害・リスクを負担させたのであって、背任罪の共同正犯が成立するといえる。確かに被融資側は、融資の決定権限そのものは有しないが、融資担当者の権限行使に影響を与え、「財産上の損害を回避するためのルール」から逸脱する不当な融資条件・方法を融資担当者と共に決定し、融資の実現を図ることは事実上可能である。そのような融資の実行過程に対する介入は「通常の融資取引から逸脱」しており、融資担当者と共同して当該融資を実現したといえる限りで、そこに背任罪の共同正犯を認めることができると思われる。これに対して、照沼亮介は、次のように主張している。すなわち、非身分者の行為は、本来の構成要件に該当する適格を持たないものであるから、一部分であっても当該構成要件に該当する行為を分担することはできず、したがって非身分者には共同「正犯」としての違法性（規範違反性）を認めることができない、という⁵⁴。確かに非身分者は単独で背任罪の任務に違背することはできず、その（単独）正犯にはなり得ない。しかし、非身分者は、身分者の任務に違背する行為に関与し、これを分担することは事実上可能である。ある行為を分担できるのかという事実評価の問題と、その行為が義務に反するのかという規範評価の問題は別である。任務違背（規範違反）と評価される行為を分担することで、非身分者である被融資側についても、背任罪の共同正犯に問える余地は存在すると思われる。

他方で、被融資側が融資担当者に融資の申し込みを行い、それを懇願することは、「通常の融資取引から逸脱」したといえるほどのものではない。しかし、その申し込みが、融資担当者にとって任務違背となる融資の実行を決断させ、あるいはその決断・実行を強

化・促進したといえるならば、そこに背任罪の教唆・幫助を認める余地があると思われる。長井の主張のように、背任罪の共犯に限ってその客観的要件を加重する根拠はない。ただし、そのような関与の程度が「通常の融資取引から逸脱」したといえるほどのものではないため、事実上故意を認めることが困難である場合も存在し得る。それゆえ、島田聡一郎が、背任罪共犯の故意として、「貸付当事者が違法な行為に出ることを予測させる事情が認められ」、そのような事情を認識することが必要であると指摘する⁵⁵のは、正当である。不良融資の借り手において、背任罪の共同正犯どころか狭義の共犯も成立しないというとき、その客観的側面だけでなく、その主観的側面も考慮されなければならないのは当然なのである。現に本稿で紹介した裁判例において、背任罪の共犯が否定された事案は、いずれもその主観的側面の欠落・不十分さが問題になっていたものと思われる。

3 以上についてまとめてみると、不良融資における借り手について背任罪共犯の成立を認めるためには、融資側の「自律的」決定・判断に「影響」を及ぼし、融資担当者の任務違背を通じて本人に財産的損害をもたらす「認識」が必要である。そのような「認識」があることを前提に、融資側の「自律的」決定・判断に対する「影響」の度合いから、被融資側に背任罪の共同正犯が成立するのか、それとも教唆・幫助が成立するのか区別されることになるといえよう。

V. 結びにかえて

不良融資の局面においては、確かに融資側と被融資側の利害は対立しており、被融資側は融資側の財産的状況を全面的に考慮すべき立場にない。だが、「取引の自由」や事務処理者の「社会的役割」という観点から、被融資側について直ちに背任罪の共犯が成立しないとするのも不当である。取引の当事者がそ

の相手方に対して一方的に財産的損害・リスクを負担させることは、社会的・経済的に見ても許されない。それは、財の等価的交換という社会・経済の構造を根底から揺るがすものだからである。だからといって、そのような局面において刑法が全面的に投入されることも望ましくない。それは、かえって経済的取引に萎縮効果をもたらしかねないからである。

以上のようなジレンマから、判例は、いかなる場合において被融資側に、より一般的に言えば取引の相手方に背任罪の共犯が成立するのか、いまだにその統一的な基準を提示できないでいるものと思われる。ただ、融資側の事情がどうしても不可視になる、あるいは自己のリスクコントロールがどうしても甘くなるという被融資側に特有な事情から、判例が被融資側の主観的側面について慎重な態度を示しているのは評価できよう。主観面について慎重な判断が持続されつつ、客観面についてはどのような一般的基準が形成されていくのか、今後の判例の展開が注目される。

また、学説については、一般的な共犯理論の枠組み、被融資側の融資担当者に対する影響、融資担当者の自律性という観点から整理し、検討した。そこでは、一般的な共犯理論の枠組みを離れて不良融資の借り手側の問題を解決することはできないことを示した。また、融資担当者の「自律性」という観点は、結局、被融資側からの「影響」の裏返しなのであり、「義務犯」という観点を強調しても、背任罪の共同正犯成立を被融資側において否定することはできないと結論づけた。問題なのは、被融資側に任務違背性、財産的損害の故意があることを前提として、被融資側がどれだけ融資担当者の「自律的」判断・決定に「影響」を与えたのか、ということである。ここでは、その「影響」の程度が重大で、被融資側が融資側と一体化し、当該融資を共同して実現したといえるならば、被融資側に背任罪の共同正犯を問えることになり、その

「影響」の程度が重大なものといえなくとも、被融資側が融資担当者に当該融資を決定させ、あるいはその決定・実行を強化・促進したといえるなら、被融資側に背任罪の教唆・幫助を問えるとした。それゆえ、被融資側に背任罪の共同正犯どころか、狭義の共犯も成立しないのは、融資担当者の「自律的」判断・決定に対して「影響」を及ぼしていないからか、そもそも任務違背や財産的損害の「認識」が不十分だから、ということになる。

不良融資の借り手に背任罪の共犯が成立するのはいかなる場合においてなのか、今後とも慎重に考察されなければならない。ここでは、社会経済の実態に即した刑法理論の構築を通じて、刑法介入の限界を模索し続ける必要があると思われる。

注

- 1 最判昭和40年3月16日裁判集刑事155号67頁。同判決は、第3小法廷、横田正俊裁判長によるものである。原判決は、東京高判昭和38年11月11日判例集未搭載であるが、前掲裁判集刑事155号69頁以下を参照した。同最高裁判決の評釈として、三井誠・続刑法判例百選（1971）182頁参照。
- 2 第一審については、同じく前掲注(1)裁判集刑事155号69頁以下を参照した。
- 3 東京地判平成11年5月28日判例タイムズ1031号253頁。同判決は、植村立郎裁判長によるものである。この判決の判例評釈として、佐々木史朗＝内田幸隆・判例タイムズ1064号（2001）62頁参照。
- 4 東京地判平成11年5月28日・前掲注(3)281頁。
- 5 佐々木＝内田・前掲注(3)63頁以下。
- 6 東京地判平成11年5月28日・前掲注(3)282頁参照。
- 7 東京地判平成12年5月12日判例タイムズ1064号254頁。同判決は、中谷雄二郎裁判長によるものである。なお、同裁判長による融資側に対する判決として東京地判平成13年10月22日判例時報1770号3頁参照。この判決の判例評釈として、豊田兼彦・判例セレクト2002（2003）32頁参照。
- 8 東京地判平成12年5月12日・前掲注(7)283頁以下参照。
- 9 東京地判平成12年5月12日・前掲注(7)285頁。
- 10 東京地判平成12年5月12日・前掲注(7)285頁以下。
- 11 例えば、被融資側が損害の発生することを熟知しながら、融資側に対してあえて任務違背に基づく融資等を要請した事例として、東京地判平成5年6月17日判例タイムズ823号265頁、同じく東京地判平成5年12月9日判例タイムズ854号291頁、背任罪の身分のない被告人が、百貨店三越社長に対する事実的な影響力を背景に三越の業務執行に介入し自己の利益を図った事例として、東京地判昭和62年6月29日判例時報1263号56頁、被融資側が融資側の弱みにつけ込み融資を執拗に求めた事例として、大阪地判平成6年1月28日判例タイムズ841号283頁など参照。これらの事例では、いずれも被融資側に特別背任罪の共同正犯が成立するとされた。なお、背任罪の身分のない被告人について個別的な事情から背任罪の幫助が成立するにとどまるとされたが、融資側にリベートを提供した事例として、最判昭和57年4月22日判例時報1042号147頁参照。
- 12 東京地判平成12年5月12日・前掲注(7)286頁参照。
- 13 最判昭和57年4月22日・前掲注(11)147頁。
- 14 大阪高判平成14年10月31日判例タイムズ1111号239頁。同判決は、那須彰裁判長によるものである。
- 15 大阪高判平成14年10月31日・前掲注(14)242頁。
- 16 大阪高判平成14年10月31日・前掲注(14)243頁。
- 17 大阪高判平成14年10月31日・前掲注(14)246頁以下、254頁以下参照。
- 18 最決平成15年2月18日刑集57巻2号161頁。同決定は、第3小法廷、濱田邦夫裁判長によるものである。この決定の判例評釈として、朝山芳史・ジュリスト1249号（2003）147頁、同・法曹時報57巻8号（2005）281頁、橋本正博・平成15年度重要判例解説（2004）173頁、上畠一高・現代刑事法6巻9号（2004）92頁参照。
- 19 最決平成15年2月18日・前掲注(18)164頁。
- 20 なお、朝山・前掲注(18)ジュリスト1249号148頁参照。本決定につき、朝山芳史は、融資側と被融資側の経済的癒着関係を強調するが（朝山・前掲注(18)法曹時報57巻8号302頁）、これは、朝山自身が指摘するように、本件融資が行なわれた背景に過ぎないと思われる（朝山・前掲注(18)法曹時報57巻8号297頁参照）。

- 照)。経済的癒着関係をもとに被融資側が融資側の「弱みにつけ込み」さらに「融資の実現に協力した」という、被融資側の関与のあり方が背任罪の共犯において問われているとみるべきであろう。
- 21 最決平成15年2月18日・前掲注(18)163頁以下。
- 22 最決平成15年2月18日・前掲注(18)164頁。この点につき、朝山・前掲注(18)法曹時報57巻8号295頁参照。
- 23 林幹人「背任罪の共同正犯—共犯構成要件について」判例時報1854号(2004)4頁参照。
- 24 最判平成16年9月10日刑集58巻6号524頁。同判決は、第2小法廷、北川弘治裁判長によるものである。この判決の判例評釈として、上寫一高・平成16年度重要判例解説(2005)173頁参照。
- 25 最判平成16年9月10日・前掲注(24)529頁。なお、同判決では、当該協会役員の方針の撤回、代位弁済の履行が、任務違背行為に当たるかについても慎重な判断を下している(最判平成16年9月10日・前掲注(24)528頁以下参照)。
- 26 最判平成16年9月10日・前掲注(24)528頁。
- 27 佐々木正輝・警察学論集51巻6号(1998)204頁。
- 28 柴田牧子・上智法学論集39巻1号(1995)364頁, 370頁。
- 29 星周一郎・東京都立大学法学会雑誌38巻1号(1997)623頁。
- 30 佐々木・前掲注(27)205頁以下, 星・前掲注(29)622頁以下。これに対して、柴田・前掲注(28)368頁参照。
- 31 中森喜彦「背任罪の共同正犯」研修609号(1999)5頁参照。
- 32 以上につき、藤木英雄『経済取引と犯罪』(有斐閣, 1965)242頁。
- 33 関哲夫「背任罪の共同正犯についての一考察」『佐々木史朗先生寿寿祝賀 刑事法の理論と実践』(第一法規, 2002)361頁以下。
- 34 以上につき、関・前掲注(33)362頁以下。
- 35 内田幸隆「背任罪の系譜, およびその本質」早稲田法学会誌51巻(2001)138頁以下参照。
- 36 林・前掲注(23)5頁。
- 37 林・前掲注(23)7頁。
- 38 林・前掲注(23)7頁。同頁によると、林の見解の背景にはドイツの「日常的・中立的行為」に関する議論がある。このようなドイツの議論につき、詳しくは松生光正「中立的行為による幫助(-), (二)完」姫路法学27・28号(1999)203頁以下, 姫路法学31・32号(2001)237頁以下参照。
- 39 林・前掲注(23)4頁参照。
- 40 林・前掲注(23)5頁参照。
- 41 内田・前掲注(35)140頁以下参照。
- 42 長井圓「背任罪における自己答責原理と取引相手に対する共犯の成否—北国銀行事件控訴審判決をめぐって—」神奈川法学35巻3号(2002)135頁以下, 143頁。
- 43 長井・前掲注(42)128頁以下。
- 44 伊東研祐「特別背任罪における正犯性—非身分者による共犯の成否—」『板倉古稀 現代社会型犯罪の諸問題』(勁草書房, 2004)286頁以下。
- 45 伊東・前掲注(44)275頁以下, 288頁参照。
- 46 長井・前掲注(42)129頁参照, ただし134頁。伊東・前掲注(44)287頁参照。
- 47 平山幹子『「義務犯」について(二・完)—不作為と共犯に関する前提的考察』立命館法学273号(2000)2079頁以下, 2090頁参照。
- 48 平山幹子『「義務犯」について(-)』立命館法学270号(2000)500頁以下, 同じく平山・前掲注(47)2079頁以下参照。
- 49 平山・前掲注(47)2079頁以下参照。
- 50 佐々木=内田・前掲注(3)64頁。
- 51 おそらく本稿と同趣旨の結論をとるものとして、前田雅英「商法486条と共同正犯」東京都立大学法学会雑誌44巻2号(2004)46頁参照。
- 52 長井・前掲注(42)134頁。
- 53 上寫・前掲注(18)95頁。
- 54 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, 2004)136頁。
- 55 島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件—いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして—」立教法学57号(2001)116頁。
- (補注) 最高裁判第3小法廷(濱田邦夫裁判長)は、2005年10月7日にイトマン事件絵画ルート・さつま観光ルートに対して上告を棄却する決定を下した。本決定に対する詳細な検討は他日に期したい。
- (付記) 本稿は、平成15年度早稲田大学21世紀COE奨励研究費に基づく研究の成果の一部である。