

# 不正融資の借り手側の刑事責任

横  
瀬  
浩  
司

## 目次

- 一 はじめに
- 二 不正融資事件の問題点
- 三 特別背任罪の共同正犯の成立要件
- 四 共同加功の事実と意思
- 五 むすびにかえて

## 一 はじめに

会社法九六〇条一項（旧商法四八六条<sup>1)</sup>は、「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  
に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、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。」と会社の取締役等の特別背任罪を規定している。これは、刑  
法二四七条「他人のためにその事務を処理する者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的  
で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を加えたときは、五年以下の懲役若しくは五十万円以下の罰金に  
処する。」の背任罪の特別法にあたる。この特別背任罪は、会社の取締役等の一定の身分を有する者を、その身分性  
ゆえに一般の背任罪に比べて特別に重く処罰している。この刑の加重の理由は、会社の取締役等の一定の身分を有す  
る者の背任行為は、一般社会に与える影響がしばしば広汎かつ深刻なものであることによるとされる<sup>2)</sup>。

金融機関の貸し手側が、回収の見込みのない融資を行う場合、特別背任罪が成立する。この貸し手側に特別背任罪  
が成立する場合に、その身分のない借り手側の刑事責任はどうなるのか、すなわち、特別背任罪の共犯（共同正犯）  
が成立するかが問題となる。これは、共犯と身分との問題である。そこで、本稿では不正融資の借り手側は非身分者  
であるが、身分者である貸し手側の特別背任罪の成立に関して共同正犯が成り立つか否かについて、近時、注目すべ  
き判断を下した最高裁判平成一五年二月一八日第三小法廷決定を中心として、それをめぐる学説及び判例を考察・検討  
したい<sup>3)</sup>。

## 二 不正融資事件の問題点

バブル経済の崩壊後、金融機関の不正融資について、その社会的・法的責任が問われてきたが、近時、特別背任罪に関して注目すべき判断を下した最高裁判平成一五年二月一八日第三小法廷決定が出された。本件において問題となった事案は以下の通りである。

不動産会社X社（オクト株式会社）の幹部であった被告人A（元社長・前会長・いわゆるオーナー社長・実質的経営者）、B（証券会社審査部長等を経て、昭和五七年一二月に株式の店頭公開の準備を進めるため同社に出向し取締役、副社長を経て、平成二年一二月のA会長辞任に伴って、社長に就任し、実質的経営者Aの指示の下に同社の業務全般を統括）は、住宅金融専門会社Y社（ジャパンハウジングローン株式会社「JHL」）の幹部C（興銀退職後、昭和五一年七月に発足間もない同社の常務取締役、昭和五六年六月に社長に就任し、同社の業務全般を統括）、D（昭和五四年一月に興銀から同社に出向、昭和五八年六月に取締役、昭和六〇年一〇月にローン開発部担当役員、昭和六二年六月に常務取締役に昇進し、事業ローン案件の貸出しに関する業務全般を統括）、E（平成元年一二月に興銀から同社に出向し、ローン開発部長に就任し、事業ローン案件の貸出しに関する業務を統括）及びF（昭和五四年六月に同社に入社、不動産鑑定士資格を取得、昭和六〇年四月にローン開発部勤務、平成三年四月に同部副部長に昇進し、事業ローン案件の貸出しに関する審査等を担当）（以下「Cら四名」と略す）とX社の利益を図るなどの目的をもって、平成三年八月から同年一月までの間、計四回にわたり、Cら四名において、X社の子会社にあたるZ社が、Y社の系列会社であるW社に対して負担する一切の債務について、Y社が連帯保証する旨の予約をした上で、Y社からW社に金銭を貸し付け、右貸付金を用いて同社をしてZ社を経由してX社に貸し付け、いわゆる迂回融資をさせた。当該迂回融資について、X社には担保として提供できる資産がなく、右各貸付金の返済能力がな

いことから、後日右保証債務を負担することとなるが、その保証債務の履行に基づく求償権に対するZ社の担保およびX社の連帯保証は実質価値のないものであり、最終的にX社から当該貸付金は返済されることはなく、Y社に合計一八億七〇〇万円の損害が生じ、Y社の幹部C、D、E及びF、さらに、X社の幹部A、Bが旧商法上の特別背任罪に問われた事件である。

なお、X社は、住宅金融専門会社Y社から、不動産取得費用等として多額の借入れをしていたが、昭和六二年二月以降、毎月のように運転資金の不足を来し、その都度Y社からの融資により急場をしのいでいた。

その後、バブル経済の崩壊によりX社の売上げが激減し、その資金繰りが悪化する一方で、金利負担が増大するにつれ、Y社からX社に対する運転資金の融資が担保割れを起こしたが、Y社は、社長Cの指示により、なおも融資を継続し、平成三年四月の時点で融資金の残高は約二七〇億円に達した。Y社は、同月以降も実質無担保状態に陥ったX社に対する融資を継続したが、融資が対外的に突出するのを避けるため、被告人らの協力を得て書類を整えた上、Y社の関連会社やX社の子会社を経由する迂回融資の方法を採った。

そして、平成三年八月には、X社は、Y社以外の金融機関からの融資が受けられなくなり、Y社からの融資がなければ倒産に追い込まれる危機的状况に陥っていた。以上の事案を図解すると図「本件迂回融資の状況」のようになる。

一審判決（東京地判平成一一年五月二八日判例タイムズ一〇三一号二五三頁）は、Cら四名に特別背任罪の成立を認めた。次いで、被告人A、Bにつき、X社、Z社に本件融資の返済能力がなかったという認識及び本件融資の実行がCら四名の任務に違背するものであるという認識、また、本件融資につきX社又は自己の利益を図ることを目的、これらが肯定できるとし、特別背任罪の身分を有しない被告人A、Bの共同正犯性について以下のように判示した。

「被告人A、Bは、融資側のスキヤ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A、Bの共同正犯性が肯定されるわけではない。

しかし、「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（融資回収不能を回避するため、さらに融資に応じざるを得ない・筆者注）状況に追い込んだとみられるものであって、融資担当者とは被融資者とは、法律的な立場としては対立している。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、これまでの継続的な融資については社会的・民事的責任を問われることもありうるから、「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礎がある」……「被告人A、Bは、Cら四名が、本件融資に応じなければ、X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

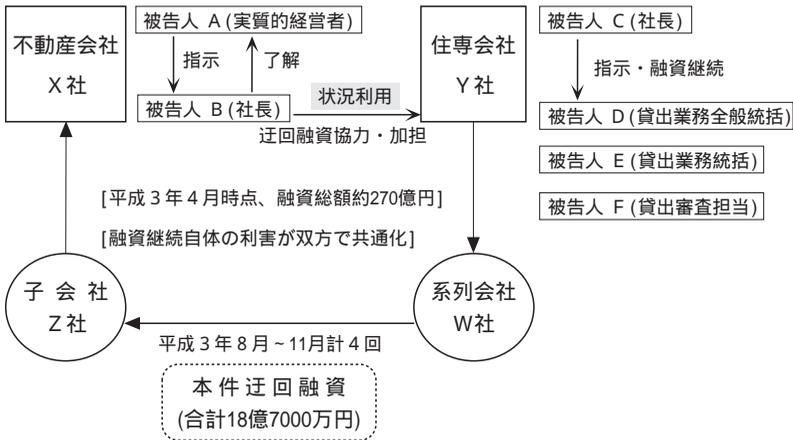


図 「本件迂回融資の状況」

ら、「これに乗じて本件融資を申し込んでいるとした。

そして、被告人Aは、X社の実質的経営者として被告人Bに指示し、本件融資を申し込ませ、迂回融資の方法も了解していた。また、被告人Bは、自らが代表取締役を務めるZ社を迂回融資の手順（スキーム）に組み入れることへの協力や迂回融資のためのY社への不特定債権担保に関する約定書等の文書を作成・提出するなどして、Cら四名に対する本件融資の実行に積極的に協力したとし、最終的に、「被告人A、Bは、Cら四名と意思を通じた上、Y社代表取締役等の身分を有するCら四名の任務違背の行為を利用し、特別背任の図利目的および故意をもって、犯罪事実記載の各犯行を実現しているから、共同正犯性を肯定できる」とした。そして、被告人Aを懲役二年六月（執行猶予四年）に、被告人Bを懲役二年（執行猶予三年）にそれぞれ処した。

弁護人は、判例違反・事実誤認等の主張をして、控訴した。

これに対して、二審判決（東京高判平成二二年七月二二日刑集五七巻二二七二頁）は、被告人Bは、「原判決が判示するとおり、被告人Aと共に、X社の経営改善のために真摯な努力を払わず、融資返済の方策も十分に講じず漫然と本件融資等の支援を求め、Y社及びCら四名を苦境に陥らせ、加えて、X社の資金管理を十分になし得ないY社の弱みにまでつけ込むようなことをしていることが認められるのであって」、「被告人Bに特別背任の共同正犯が成立することに疑問の余地はない。」として、控訴を棄却し、一審判決の判断を正当であるとした。

弁護人は、判例違反等の主張をして上告した。

最高裁平成二五年二月二八日第三小法廷決定（刑集五七巻二二一六一頁、判例時報一八一九号一五五頁、判例タイムズ一一一八号一〇〇頁）は、上告棄却し、以下のように判示した。

被告人Bは、「Cら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、Cらの任務違背、Y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、Cらが自己及びX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、B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、Cらの特別背任行為について共同加功をしたとの評価を免れないといふべきである。」

ここで特に問題となるのは、第一に、本決定が、任務違背・財産上の損害について高度の認識・図利目的の認識があったとしている点である。すなわち、高度の認識の「高度」の意味・程度が問題となる。<sup>5)</sup>第二に、支配的な影響力の行使・社会通念上許されない方法による積極的働き掛けもなかったが、融資に応じざるを得ない状況を利用し、迂回融資への協力等、融資の実現に加担をした場合には、特別背任行為の共同加功と評価できるとしている点である。すなわち、非身分者の「支配的影響力の行使・積極的働き掛け」行為より低いレベルの共同加功である「状況利用・協力・加担」行為で、なぜ身分者との特別背任行為の共同正犯が成立すると評価できるのか。そして、その理論構成は、他の類似判例との整合性はあるのかが問題となる。

本来、融資の貸し手と借り手は、対立関係にあるといつてよい（同床異夢<sup>6)</sup>）。それが、互いに特別背任罪の共同正犯が成立するという関係（同床同夢）にどのような場合になりうるのかが本質的な問題である。以下、学説の検討及び判例の動向の分析をまじえて順次考察する。

### 三 特別背任罪の共同正犯の成立要件

不正融資の借り手側は非身分者であるが、身分者である貸し手側の特別背任罪の成立に関して共同正犯が成り立つか否かについての共犯と身分の問題に関して、刑法六五条一項は、「犯人の身分によつて構成すべき犯罪行為に加工したときは、身分のない者であつても、共犯とする。」と規定している。判例は、この規定の共犯とは、広義の共犯を意味し、狭義の共犯（教唆犯・帮助犯）と共同正犯とを含むものと解する。したがつて、狭義の共犯と共同正犯とを問わず、非身分者が犯罪行為に加工した場合、刑法六五条一項の規定から共犯の成立が肯定されるとする。しかし、狭義の共犯と共同正犯とは、明確に峻別されるべきものであり、そのためには、非身分者の行為が身分者の（共同）正犯としての評価を受けるだけの実質を備える必要がある。<sup>7)</sup>

非身分者である不正融資の借り手側に特別背任罪の共同正犯が成り立つためには、客観面として共同加功の事実と主観面として共同加功の意思が必要である。共同加功の意思としては、具体的には任務違背・損害発生についての認識及び図利加害目的が必要とされる。<sup>8)</sup>

学説では、（特別）背任罪の共同正犯の成立には、「借受人の方を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つたりした場合に限定すべき」<sup>9)</sup> だとし、何らかの便宜的措置あるいは不正手段がとられたらしいという程度の認識が借り手にあるだけでは、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ない。<sup>10)</sup> 後述する「千葉銀行事件控訴審判決」<sup>11)</sup> が、任務を有する者が抱いた任務違背の認識と同程度の任務違背の認識を有することを必要とする、というのもこのような趣旨である。<sup>12)</sup> そして、このように解して、はじめて借受人も貸付人すなわち役職

者の会社に対する忠実義務違反と同程度の責を負わせられることになる。<sup>(12)</sup>

この見解は、任務を有する者が抱いた任務違背の認識と「同程度の任務違背の認識」を必要とするという意味で、主観面を重視する立場といつてよい。しかし、この見解は議論の重点を行為者の主観面に置いた処罰限定論である、<sup>(13)</sup>という批判がある。また、共謀・謀議においては必ずしも金融機関における融資についての手続や内規、事務処理者の行為等について具体的に細部まで認識している必要はなく、その骨子が特定されていれば十分であり、借受人に何らかの不正手段によって融資の便宜が図られたらしいという程度の認識のみで、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ないと結論付けるのは、共同正犯の成立に関する一般的な要件を背任罪についてのみ加重するもので、首肯しがたい、<sup>(14)</sup>という批判がある。

近年、学説上、共犯の要件としての故意に加えて、共同正犯を成立させるだけの共同加功の客観的な事実が必要であることが意識されるに至っているとされる。<sup>(15)</sup>たとえば、(a)自己の経済的利益を追求する行為は、社会においては是認されており、自己利益の維持・増進のための他の主体への働きかけは、それが通常を超えて執拗に行われても、処罰をもちたらずものではないという観点から、共同正犯の成立は、実質的には相手方も本人の財産的利益を保護すべき立場にあるとき等、事務処理者と相手方の立場が実質的に見て異なる場合、相手方が事務処理者の任務違背行為をまさに作りだしたといえる場合、事務処理者に対する相手方の働きかけが著しく不当で相手方自身の経済的利益の追求という枠を明らかに越える場合に限られる、とする見解がある。<sup>(16)</sup>

また、(b)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・図利加害目的に加えて、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、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る。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、という見解がある。<sup>17)</sup>

これらの見解に対して、自己の経済的利益の追求、あるいは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どうして否定されるのかは必ずしも明白ではないという批判がある。<sup>18)</sup>

さらに、経済活動の有用性と許された危険との観点から背任罪の共同正犯の成立を限定しようとするものがある。

(c) 自然的な意味での因果性、そして、故意があるだけでは、共犯、とくにその最も弱い関与形式である幫助犯をただちに認めるべきではない、その関与行為について、それが許された危険を超えているかを問題としなければならない、共犯行為についても、構成要件該当性・客観的帰属論が問題とされなければならない。本件最高裁平成一五年二月一八日第三小法廷決定は、「抜本的な経営改善策を講じないまま：繰り返し：借入れを申し入れ、：融資担当者をして任務に違背するよう仕向けた」という点が重要である。借入れの申入れが通常のもので、不良貸付を行う危険性が高度でなく、かつ、その申入れ行為にある程度の有用性があるときには、共犯の成立は否定される、という見解がある。<sup>19)</sup>

また、(d) 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は十分に認められる。実際には、非身分者の側がかなり積極的に加功している場合が多い。すなわち、相手の立場の弱みなどにつけ込んで自ら不正融資の話を積極的に持ちかける、犯行計画や手口などを具体的に指示する、事実上背任行為を自ら支配していると評しうるような事態となっている、等の場合には、「共犯者と同視しうるだけの共同加功」が問題なく認められる、という非身分者の行為への主体的な関与を要求する見解がある。<sup>20)</sup>

そして、このような客観面を重視する考えをさらに進めて、融資のように相手方を必要とする金融取引において背任罪の成立範囲を限定すべきであると明言する見解もある。すなわち、(e) 事務処理者と背任行為の相手方は利害関係

を異にし、立場が異なることから、いわば事実上の対向犯の類型として、一方の行為者についてだけ処罰規定がある場合、他方の行為者は通常の関与形態では共犯規定の適用を受けることはないという考え方を準用すべきであるとし、融資のような金融取引において背任罪の成立範囲を限定すべきである、という見解である。<sup>(21)</sup>

この見解に対して、背任罪の不法類型自体が関与者を必要としているわけではないので、この場合を必要的共犯と解し得るか、疑問である。不良貸付を受けた者は背任罪の被害者であるわけではなく、この者に有責性を欠くとする理論構成も困難であり、必要的共犯の論理により共犯の成立を限定することはできないという批判がある。<sup>(22)</sup>

以上のように、近年、学説上、共犯の要件としての故意に加えて、共同正犯を成立させるだけの共同加功の客観的な事実が必要である、と客観面をも重視する立場が多いが、判例の動向はどのようなものを次章で分析・検討する。

#### 四 共同加功の事実と意思

不正融資の借り手側に特別背任罪の共同正犯が成り立つか否かについて、判例の中でまず挙げられるのが、「千葉銀行事件」である。本件の事案は、銀行頭取Aが、既にBが経営する会社に多額の貸付を行い、担保不足を生じさせており、右事態につき大蔵省銀行局から管理に注意すべき貸付である旨の指摘を受け、Bもその旨伝えられたが、BがさらにAに追加融資を懇願し、合計四億円の簿外貸付を行わせたというものである。これに対して、東京高裁昭和三八年十一月一日判決（大コンメンタル刑法「第二版」一三卷二一六頁）（千葉銀行事件控訴審判決）は、Bの特別背任罪の共同正犯を認めた原判決を破棄して、無罪とした。すなわち、「身分のない者をして共同正犯とするた

めには、任務を有する者が抱いた任務違背の認識と同程度の任務違背の認識を有することを必要とする。」(傍線部筆者)とし、担保不足の状況が原判決がいうほど著しいものではないとし、身分者と同程度の任務違背の認識を有していたとはいえないとした。そして、最高裁昭和四〇年三月一六日判決(裁判集刑一五五号六七頁)も第二審判決を支持し、検察官の上告を棄却した。

また、東京地裁平成二二年三月一六日判決(判例時報一七二三号一四七頁)は、元労働大臣・衆議院議員であった被告人が、信用組合からその実姉が代表取締役を務める会社への不正融資に關与したとして背任罪の共同正犯を問われた事案に対して、被告人が、信用組合の代表理事や実姉「と同程度に本件融資の実施に当たって、その具体的内容や方法等の詳細についてまで認識していたものとは認められない」(傍線部筆者)として、無罪とした。これらの判例は、非身分者の借り手側に共同正犯が成立するためには、身分者の貸し手側が抱いた任務違背の認識と「同程度の任務違背の認識」が必要であるとして、主観面を重視する傾向があるといえる。

最高裁平成一五年二月一八日第三小法廷決定は、共同正犯を成立させるだけの共同加功の客観的な事実として、「支配的な影響力の行使・社会通念上許されない方法による積極的働き掛け」が必要であるとしている。この要件に該当する事件として、「東京佐川急便事件」がある。すなわち、東京地裁平成五年六月一七日判決(判例タイムズ八二三号二六五頁)(東京佐川急便事件)は、被告人Xが、稲川会最高幹部Iの意を受けて、東京佐川急便社長W・常務Sに対して、資金繰りの悪化した北祥産業、北東開発(もともと)、両社は、稲川会最高幹部Iから新事業開設の手伝いを依頼された被告人Xが、かつてクラブ経営していた客であった東京佐川急便社長Wに近づき資金援助を要請し、Iの実質支配のもとに新設されたもので、Xは、北祥産業の名目上の代表取締役)になされた総額一五七億円の債務保証、貸付について、それが両会社及びそれらの実質的な経営者であるIの利益を図る目的で、W、Sの取締役

としての会社に対する任務に背いて行われ、東京佐川急便に損害を加えたとして、I、W、Sとの特別背任罪の共同正犯として起訴された事案である。これに対して、判例は、個人的な利益の帰属の有無は正犯性を左右しないとし、被告人Xが自己の判断で交渉し、共謀の成立過程で重要な役割を果たしたと認定し、そして、「Wらが新たな保証や貸付に応じなければ、北祥産業、北東開発が倒産する結果になって東京佐川急便の莫大な損害が現実化し、暴力団に対する莫大な利益供与の事実も明るみ出ることになって、W、Sが苦境に陥る結果となるのを熟知しながら、あえて右両名に任務違背を要請している」と被告人XがWらの弱みに付け込んだという点を重視し、共同正犯を認めた。

この「東京佐川急便事件」は、暴力団に対する莫大な利益供与が問題となった事例で、「支配的な影響力の行使・社会通念上許されない方法による積極的働き掛け」が、十分に認められるものであろう。しかし、反対にこの要件に該当しないと、不正融資の借り手側に特別背任罪の共同正犯の成立を否定した以下のような判例がある。

たとえば、東京地裁平成二二年三月二三日判決（判例集未登載）は、新宿区四谷四丁目における大規模再開発事業（四谷四丁目プロジェクト）に関し、住専会社JHLから会社Eに対してなされた合計八五億円の融資について、会社Eの代表取締役である被告人が、事業ローン案件の融資等の審査、実行を担当する、JHLのローン開発部副部長Cとの共謀による特別背任罪に問われた事案である。判決は、被告人が、Cと「金融機関の融資担当者と取引先という関係に照らして、到底許されない癒着関係にあったものであり、本件融資当時、被告人がCに対し心理的に優越的な立場にあったことは明らかであるが、本件においては、被告人がCに対し心理的に優越的立場にあったことを認めるに足りる証拠はない」（傍線部筆者）として無罪とした。

また、東京地裁平成二二年五月二二日判決（判例タイムズ一〇六四号二五四頁）は、ゴルフ場開発事業に関してJHLによりなされた、X会社への一六億円弱の貸付及び同社の他からの三億円借受けにあたっての連帯保証につ

いて、X会社の代表取締役Aと取締役Bの被告人兩名が、JHLのCらとの共謀による特別背任罪の共同正犯を問われた事案である。判決は、「主観的要素に加え、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）に共同加功したこと、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」（傍線部筆者）が、明確な認識も、積極的な働き掛けなどの背任行為の利用も認められないとして、被告人兩名を無罪とした。

これら、の判例は、最高裁平成一五年二月一八日第三小法廷決定と同じく住宅金融専門会社JHL（ジャパンハウジングローン）の不正融資が問題となったものである。の判例は、「支配的な影響力の行使・社会通念上許されない方法による積極的働き掛け」が、認められないとして、不正融資の借り手側に特別背任罪の共同正犯の成立を否定した。しかし、最高裁平成一五年二月一八日第三小法廷決定は、「支配的な影響力の行使・社会通念上許されない方法による積極的働き掛け」はなかったが、任務違背について高度の認識・図利目的の認識に加え、融資に依りざるを得ない状況を利用し、迂回融資への協力等、融資の実現に加担しているのであって、借り手側の特別背任行為について共同加功をしたと評価できるとしている。これは、借り手側の特別背任行為についての共同正犯を若干拡張する方向の判断を示したものとみることができるといふ指摘がある。<sup>23)</sup>

また、の判例は、非身分者の借り手側に共同正犯が成立するためには、「明確な認識」が必要としており、最高裁平成一五年二月一八日第三小法廷決定は「高度な認識」が必要としている。これに対して、前述の、の判例は、身分者の貸し手側が抱いた任務違背の認識と「同程度の認識」が必要であるとしている点が問題

となる。判例の動向から見て、任務違背について「高度な認識」とは、「同程度の認識」より、ある程度低いものと考えられるが、では、「明確な認識」との区別はどのようになるのか、ほぼ同じ意味とも理解することもできるが、疑問の残るところである。<sup>(24)</sup> 今後の判例の集積を待たなければならぬだろう。

## 五 むすびにかえて

最高裁判平成一五年二月一八日第三小法廷決定は、まさにバブル経済で踊った金融犯罪の清算のひとつとして不正融資の刑事責任が問われた判例といつてよいだろう。本決定は、支配的な影響力の行使・社会通念上許されない方法による積極的働き掛けはなかったが、任務違背について高度の認識・凶利目的の認識に加え、融資に応じざるを得ない状況を利用し、迂回融資への協力等、融資の実現に加担しているのであって、借り手側の特別背任行為について共同加功をしたと評価できるとしている。これは、借り手側の特別背任行為についての共同正犯を若干拡張する方向の判断を示したものとみることができると<sup>(25)</sup>。そして、そこには、バブル経済の崩壊後の近時の「不正融資」に対する社会の見方の変化、特に借り主の行為の反社会性に対する批判が微妙な形で投影しているとも考えられる。

また、任務違背について「高度な認識」があればよいとしているが、これは、どちらかといえば、客観面を重視して特別背任罪の共同正犯の成否を判断しようとする立場の表れと考えられる。<sup>(26)</sup> 今後の判例の動向に注目する必要があるだろう。

〔注〕

- (1) 特別背任罪の規定は、旧有限会社法七七条や保険業法一三九条に規定されている。
- (2) 伊藤榮樹分担「第二章商法」伊藤榮樹他編『注釈特別刑法五巻経済法編』(立花書房・一九八五年)一二四頁参照。
- (3) 最高裁平成二五年二月一八日第三小法廷決定(平成二二年(あ)第一一六三号商法違反被告事件)(刑集五七巻二号一六一頁、判例時報一八一九号一五五頁、判例タイムズ一一八号一〇〇頁)。
- (4) なお、特別背任罪と背任罪とは主体の相違以外には基本的には同一の構成要件であると一般的に理解されているため、本稿では、両罪を特に区別せずに論じてゆく。
- (5) 本件一審判決は、任務違背については、「被告人なりの理解」があつたとしており、「高度」の認識があつたとはしていないという指摘がある(上嵐一高、「住専の融資担当者の特別背任行為につき同社から融資を受けていた会社の代表者が共同正犯とされた事例」現代刑事法六巻九号(二〇〇四年)九六・九七頁)。
- (6) 橋本正博「不正融資の借り手側の責任」平成一五年度重要判例解説(有斐閣・二〇〇四年)一七四頁参照。
- (7) 橋本・前掲論文注(6)一七三頁参照。
- (8) 論理的な問題として、貸し手側に図利加害目的があつたことまでの認識が必要とされるか、という問題がある。これは、図利加害目的と故意との関係をどのように理解するかの問題と関わっている。詳しくは、林幹人「背任罪の共同正犯 共犯構成要件について」判例時報一八五四号(二〇〇四年)四頁を参照。
- (9) 三井誠「千葉銀行事件」統刑法判例百選(有斐閣・一九七一年)一八三頁。
- (10) 藤木英雄「経済取引と犯罪」(有斐閣・一九六七年)二四二頁以下。三井・前掲論文注(9)一八三頁は、「千葉銀行事件」に関して、この程度の認識で「任務違背行為の共同加功の意思あり」とすることは、被告人にとって余りに酷すぎるとする。
- (11) 藤木・前掲書注(10)二四四頁。
- (12) 三井・前掲論文注(9)一八三頁。
- (13) 中森喜彦「背任罪の共同正犯」研修(一九九九年)三 五頁。
- (14) 佐々木正輝「百貨店の代表取締役の任務違反に加功した被告人について特別背任罪の成立が肯定された事例(いわゆる三越事件)」警察学論集五一巻六号(一九九八年)二〇三・二〇四頁。

- (15) 上嶋一高「金融犯罪の問題点 現代刑事法三卷一〇号(二〇〇一年)三五頁。
- (16) 中森・前掲論文注(13)六八頁。
- (17) 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(二〇〇四年)四六頁。
- (18) そして、自己の経済的利益を追求するにも、とりうる手段は自ずと限られるのであり、背任行為への関与がその限られた手段にあたりと評価しうるのかは、議論の余地があるとする(上嶋・前掲論文注(5)九五頁)。
- (19) 林・前掲論文注(8)七・八頁。
- (20) 星周一郎「不正融資の相手方に特別背任の共同正犯の成立が認められた事例」東京都立大学法学会雑誌三八卷一号(一九九七年)六三三・六二四頁。
- (21) 関哲夫「手形保証債務を負担させたことが刑法第二四七条にいう『財産上ノ損害』に当たるとされた事例」判例タイムズ九二七号(一九九七年)五八頁。
- (22) 林・前掲論文注(8)五頁。
- (23) そして、そこには、「不正融資」に対する社会の見方の変化、特に借り主の行為の反社会性に対する批判が微妙な形で投影しているとする(前田・前掲論文注(17)四五頁)。
- (24) 上嶋・前掲論文注(5)九六頁参照。
- (25) 「本決定は、融資の相手方について共同正犯の成立を認めるべき一類型を示したにとどまり、その成立要件に関する一般論を展開したものではない」という朝山前最高裁判所調査官の指摘がある(朝山芳史「住宅金融専門会社の融資担当者の特別背任行為につき同社から融資を受けていた会社の代表者が共同正犯とされた事例」ジュリスト一二四九号(二〇〇三年)一四八頁)。
- (26) 朝山・前掲論文注(25)一四八頁参照。