

不正融資における借手の刑事責任 (背任罪・特別背任罪) に関する学説の検討⁽¹⁾

関 哲 夫

甲 (金融機関等) [本人]

|

Y ←————— X

(借手・借受人)

(貸手・貸付人)

[共同正犯・共犯]

[正犯]

X : (特別) 背任罪の正犯

Y : 金融機関の役職員に働きかけて不正融資をさせた借手

—— (特別) 背任罪の (共謀) 共同正犯・共犯?

一 はじめに

1 借手の刑事責任の限定の必要性

1960年代半ば、学説において、不正融資における借手の刑事責任を限定する必要性を説く論述が散見されるようになる。例えば、「共同正犯の成立し得るのは、丙 (借手——括弧内引用者) において、甲 (背任行為をした銀行の役職者——括弧内引用者) の具体的な任務違背行為につき、その任務違背性の認識の意味をふくめて、甲と意思を通じ、あるいはこれを懲慚したときに限ると解すべきであろう。おなじ意味あいから、丙を背任罪についての教唆犯と認めることも、例外的事情が存する場合に限定される。」⁽²⁾ という論述が、それである。

また、1990年代の後半になると、判例評釈や論文の中で、特別背任罪の共同正犯の成立を限定する具体的な理論構成が試みられるようになると

もに、さらには、「取引の自由と安全」を保障するためには、取引において対向的に相手に対して義務を負うにすぎない者は、背任罪という「他人のためその事務を処理する者」とはいえないのであり、取引の相手である非事務処理者は、「本人に対する忠誠義務を欠き『任務違背』もなしえないのが原則である。」⁽⁴⁾として、借手について特別背任罪の共同正犯の成立を否定する見解も主張されるようになる。

そして、近時、学説では、借手の刑事責任を限定あるいは否定する必要性を明確に意識して理論構成がなされるようになってきており、この分野における研究の成果が蓄積されている。例えば、「不良貸付けが背任罪を構成する場合、借り受けた者はつねに共同正犯や幫助犯となんとすることにも疑問がある。経営困難に陥った経営者が、企業再建に向けての努力をすること自体は、状況に応じて、許容されるだけでなく、社会的な義務ですらある。」⁽⁵⁾として借手の刑事責任を限定すべきことを明確に主張する見解、あるいは、「背任罪にいう事務処理者の身分を持つ理事達に期待される機能／義務の謂わば存在自体が、非身分者が関与した場合に結果の帰属を凡そ遮断し、その刑事責任を排除する機能を有するよう⁽⁶⁾に思われる。」として借手の刑事責任を否定すべきことを明確に主張する見解が出てくるのである。

2 本稿の課題

本稿では、不正融資における借手の刑事責任に関する学説を、私見の立場から批判的に検討⁽⁷⁾したい。

ここで、学説を検討する視点及び検討の順序について明らかにしておきたい。本稿では、借手の刑事責任を「限定」するという視点から学説を分類し、検討していく。そして、学説を分類する際の限定アプローチについては、まずこれを大きく「総論的アプローチ」と「各論的アプローチ」に分けて検討するのが有益であろう。ここでいう「総論的アプローチ」とは、借手の共同正犯の成否の問題を、刑法総論一般の問題、例えば、共同正犯

不正融資における借手の刑事責任（背任罪・特別背任罪）に関する学説の検討（関 哲夫） 3
論、「共犯と身分」論、故意論などにおいて考察して理論構成するアプローチである。これに対し、「各論的アプローチ」とは、借手の共同正犯の成否の問題を、（特別）背任罪に固有の事情を念頭におきながら、各論の犯罪類型において考察し、理論構成するアプローチである。

次に、学説分類の順序であるが、犯罪論体系における「客観から主観へ」の思考方法に従い、客観的側面を限定する説から、主観的側面を限定する説へという順序で検討していく。

また、各学説については、最初にその学説の「内容」を概観し、次に、その学説の「特徴」を摘示し、さらに、私見の立場からその学説を「検討」していくことにしたい。

なお、用語の問題であるが、本稿では原則として「共犯」の用語は狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）を意味するものとして使用し、共同正犯を含めた広義の共犯を意味するときには、「共同正犯・共犯」の用語を用いることにする。

- (1) 本稿は、2005年06月19日（日）に開催された「日本刑法学会第83回大会」の「ワークショップ・不正融資における借手の刑事責任（背任罪・特別背任罪）」における報告内容に加筆したものである。
- (2) 藤木英雄『経済取引と犯罪』（1965年）242頁。藤木英雄氏は、千葉銀行事件・東京高判1963年・昭和38年11月11日（判例集不登載）に触発されて、この問題を考察したものと思われる。というのは、現にこの論述のすぐ後に、この判決を紹介しているからである。
- (3) 例えば、柴田牧子・上智大学・上智法学論集39巻1号（1995年）359頁以下（東京佐川急便事件：東京地判平成5・6・17判例タイムズ823・265）、上嶋一高『背任罪理解の再構成』（1997年）238頁以下、上嶋一高「不良貸付と特別背任罪」西田典之編『金融業務と刑事法』（1997年）128頁以下、星周一郎・東京都立大学・法学会雑誌38巻1号（1997年）617頁以下（東京佐川急便事件：東京地判平成5・6・17判例タイムズ823・265）、佐々木正輝・警察学論集51巻6号（1998年）197頁以下（三越事件：最三小決平成9・10・29判例タイムズ952・203）、中森喜彦「背任罪の共同正犯」研修609号（1999年）3頁以下など。

私自身も、1997年及び2002年に、特別背任罪の共同正犯の成立を限定する

具体的な理論構成を提示した。関哲夫・判例タイムズ927号（1997年）56頁以下（最一小決平成8・2・6刑集50・2・129）（佐々木史朗編『特別刑法判例研究第1巻』（1998年）180頁以下に収録）、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——佐々木史朗先生喜寿祝賀』（2002年）347頁以下参照。

- (4) 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」神奈川大学・神奈川法学35巻3号（2002年）128～129頁。
- (5) 林幹人「背任罪の共同正犯」判例時報1854号（2004年）3頁。
- (6) 伊東研祐「特別背任罪における正犯性」『板倉宏博士古稀祝賀・現代社会型犯罪の諸問題』（2004年）277頁。
- (7) 私見の概要は、すでに、関哲夫・判例タイムズ927号（1997年）56頁以下（最一小決平成8・2・6刑集50・2・129）（佐々木史朗編『特別刑法判例研究第1巻』（1998年）180頁以下に収録）、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——佐々木史朗先生喜寿祝賀』（2002年）347頁以下で明らかにしている。本稿では、私見の立場から学説を検討することを主眼にしており、私見に対する批判及びそれへの反論については、別稿を予定している。

二 学説の検討

1 総論的アプローチ

A 非限定説（従来の通説）

(1) 内容

まず、借手の刑事責任について、刑法総論における通常の「共同正犯・共犯と身分」の問題として考察し、特にその成立範囲を限定することなく（特別）背任罪の共同正犯の成立を肯定する見解があり、これを「非限定説」と称しておく。⁽⁸⁾

共同正犯・共犯と身分の問題について、行為者に一定の身分があることによって構成される真正身分犯（構成的身分犯）においては、非身分者が身分者の行為に共同加功した場合、刑法65条1項により、非身分者にも共同正犯が成立すると解されている。非限定説は、この原則をそのまま不正融資における借手の刑事責任の問題にも妥当させ、特別背任罪の場合も、

不正融資における借手の刑事責任（背任罪・特別背任罪）に関する学説の検討（関 哲夫） 5
非身分者である借手には、刑法65条1項により、特別背任罪の共同正犯が成立し、同法65条2項により、通常の背任罪の刑で処断される、あるいは、65条2項により、借手には通常の背任罪の共同正犯が成立し、これにより処断されるとするのである。

例えば、学説においては、「身分のない者も身分のある者の実行行為に加担することによって真正身分犯を実現することができる⁽⁹⁾」という理論構成、判例においては、「身分のない者も、身分のある者の行為を利用することによって、真正身分犯の保護法益を侵害することができる⁽¹⁰⁾」という判示構成を、借手の刑事責任の問題にもそのまま妥当させるのである。

（２） 特 徴

この非限定説は、まず第1に、「共同正犯・共犯と身分」に関する一般的な総論問題における帰結をそのまま（特別）背任罪の共同正犯・共犯にも適用し、犯罪の成否についてとりたてて限定的な考察をしないという点に特徴がある。しかも、この説は、刑法65条1項の「共犯」は、狭義の共犯に限らず共同正犯をも含むと解する立場を前提にしている点も特徴である。

（３） 検 討

非限定説については、まず、この説が、「共同正犯・共犯と身分」に関する総論問題における帰結をそのまま（特別）背任罪の共同正犯・共犯にも適用している点に疑問がある。逆にいえば、この説が不正融資における借手の特殊な立場、利害関係の相違をまったく考慮していない点で、この説には疑問があるのである。

B 形式的否定説

次に、同じく総論的なアプローチを採るものとして、不正融資の相手方である借手について、「実行行為としての類型性の欠如」・「身分の一身性」という総論的な形式的考慮をもって（特別）背任罪の共同正犯の成立を否定する見解があり、これを「形式的否定説」と称しておく。

ただし、この形式的否定説に分類される説には、(特別) 背任罪の共同正犯の成立を否定する形式的な規準として、「実行行為としての類型性の欠如」を提示する見解と、「身分の一身性」を提示する見解とが存在する。

B-1) 実行行為としての類型性の欠如説

(1) 内容

(特別) 背任罪の共同正犯の成立を否定する形式的な規準として、「実行行為としての類型性の欠如」を提示する見解があり、これを「実行行為としての類型性の欠如説」と称しておく。

この実行行為としての類型性の欠如説を代表するものとしては、例えば、「真正身分犯については身分のない者の行為はその実行行為としての類型性を欠く⁽¹¹⁾」という論述や、「実行行為の規範的意味を重視するときは、真正身分犯においては、非身分者による実行行為を認めることはできないはず」であり、「身分犯の共同正犯は、身分者についてのみ認められるべきであって、非身分者と身分者との間には考えられない⁽¹²⁾」という論述、あるいは、「非身分者はそもそも構成的身分犯の実行行為を行えない⁽¹³⁾」のであり、「身分は正犯の必要条件である⁽¹⁴⁾」とする見解をあげることができよう。

(2) 特徴

この実行行為としての類型性の欠如説は、「共同正犯・共犯と身分」に関する一般的な総論問題における身分犯的なアプローチをそのまま(特別) 背任罪の共同正犯・共犯の問題にも適用しているという点に特徴がある。すなわち、構成的身分犯(真正身分犯)の場合、非身分者の行為は「実行行為としての類型性」ないし「実行行為性」が欠如するという形式的な根拠をもって非身分者の共同「正犯性」を否定するのである。したがって、この説は、非身分者はたとえ身分者と共同しても共同実行ということとはあり得ず、共同正犯は成立し得ないとする。その根拠として、この説は、立法者が刑法65条1項において「実行」という言葉ではなく、「加功」という言葉を用いたのは、身分のない者は身分犯の共同正犯とはなり得な

不正融資における借手の刑事責任（背任罪・特別背任罪）に関する学説の検討（関 哲夫） 7
いことを暗黙の前提としていたのであると指摘する。ただし、この説は、
構成的身分犯（真正身分犯）について非身分者の共同「正犯性」を否定す
るにすぎないので、共犯（教唆犯・幫助犯）が成立する広い余地を残して
いることになる。

B—2）身分の一身性説

（1）内 容

（特別）背任罪の共同正犯の成立を否定する形式的な規準として、「身分
の一身性」を提示する見解があり、これを「身分の一身性説」と称してお
く。

この身分の一身性説を代表するものとしては、例えば、「身分犯の本質
を身分者に固有の義務違反とすることには問題がありますが、違法の連帯
を法益侵害の事実上の可能性と考えた上でも、なお身分の一身性による制
約から身分犯の共同『実行』はできず、まして共謀共同正犯も認められな
い⁽¹⁵⁾というべきでしょう」という見解をあげることができる。

（2）特 徴

身分の一身性説は、まず、「身分犯」という総論的な問題に関する考え
方をそのまま（特別）背任罪の共同正犯・共犯の問題にも適用し、「身分
の一身性」という形式的な根拠をもって非身分者の共同「実行」を否定す
る点に特徴がある。したがって、この説は、非身分者はたとえ身分者と共
同しても、共同正犯とはなり得ないとするのである。ただ、この説には、
構成的身分犯（真正身分犯）において非身分者の共同「実行性」を否定す
るにすぎないので、共犯（教唆犯・幫助犯）が成立する余地を広く残して
いるということができる。

（3）検 討

実行行為としての類型性の欠如説（B—1）及び身分の一身性説（B—
2）に分けることができる形式的否定説については、「実行行為の定型性
・類型性」・「身分の一身性」という形式的な根拠をもって非身分者の共同
正犯を否定するものであり、結局、身分犯の義務違反性に依拠するもので

はないのかという疑問が払拭しきれない。他方、「実行行為」概念を規定する中核要素は「法益侵害ないしその危険性」であり、非身分者も身分者に共同加功することで違法な法益侵害ないしその危険性を惹起することは事実上可能である。すなわち、非身分者に共同正犯が認められるか否かは、「実行行為の定型性・類型性」ないし「身分の一身性」という一般的・形式的な規準によって判断されるべきではなく、個々の犯罪類型の特徴、特に身分者と非身分者の行為の特性を考慮して具体的に判断されるべきであろう。その意味で、総論的なアプローチによる形式的な根拠を援用するこの形式否定説には限界があるのである。なお、この説は、構成的身分犯（真正身分犯）において、非身分者の共同「正犯性」・共同「実行性」を否定するにすぎないので、共犯（教唆犯・幫助犯）が成立する広い余地を残している点についても疑問がある。

C 許された危険の法理説

(1) 内容

同じく総論的なアプローチを採るものとして、日常の取引に必然的に内在する危険について、いわゆる許された危険の法理を援用して借手の刑事責任の成立範囲を限定しようとする見解があり、これを「許された危険の法理説」と称しておく。

例えば、『『日常生活・取引に必然的に内在する危険』は、およそ犯罪の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越える最小の可罰的不法は、各行為者の自律を基礎に配分されなければならない。』という認識を前提にして、不正融資における借手の刑事責任に関して、強盗・恐喝・詐欺が成立し得ないような場合、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」を不能化し得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・共犯が成立し得ないことになる⁽¹⁶⁾るのが、それである。

また、例えば、次のような別の論者の見解も、この説に分類することができよう。すなわち、「共犯は、修正・緩和されたとはいえ、固有の成立要件としての構成要件・実行行為をもっている」のであり、「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。」すなわち、「企業再建や抜本的な経営改善策の可能性がある場合、背任罪の損害そのものが否定されることもありうるが、それは否定されず貸付けた者に背任罪の成立が認められても、借入の申し入れが通常程度のもので、不良貸付けを行う危険性が高度でなく、かつ、その申し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なければならない⁽¹⁷⁾」とするのが、それである。

（２） 特 徴

この許された危険の法理説は、不正融資の場合に借手に背任罪の共同正犯・共犯が成立するためには、共同正犯・共犯の構成要件該当性・実行行為性が問題となるが、その実質的・理論的な内容に関して、関与行為が「許された危険の範囲」を超えていることが重要であるとする点に特徴がある。したがって、借手の融資申込みが、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不正融資を行う危険性がそれほど高度でなく、かつ、その申し入れ行為に、企業再建や抜本的な経営改善策の可能性がある場合には、借手に背任罪の共同正犯だけでなく、共犯特に幫助犯の成立も否定されるとするのである。つまり、この説においては、不正融資行為に加功した行為が「許された危険の範囲」内にあるか否かの判断が、一方で背任行為により本人に損害を与えることとなる不正融資の危険性と、他方で企業再建や抜本的

な経営改善策の可能性という有用性との比較衡量によってなされているのである。

(3) 検討

この許された危険の法理説においては、借手に（特別）背任罪の共同正犯・共犯が成立するかどうかは、不正融資を行う危険性と、当該融資の有用性（具体的には、企業再建や抜本的な経営改善策の可能性）との比較衡量によって判断されているのであるが、こうした考え方には疑問がある。というのは、当該融資の有用性（具体的には、企業再建や抜本的な経営改善策の可能性であるが）は、結局は、当該融資の焦げ付く可能性、つまり不良債権化する可能性のことを裏面から表現したものであり、これは、本人たる金融機関に損害を与える可能性にはかならないのであり、当該融資の有用性は比較衡量の対象となりえないのではないかという疑問があるからである。そのため、結局のところ、この説の比較衡量は機能しないのではないかと考えられる。

D 正犯性限定説

同じく総論的アプローチを採るものとして、不正融資の相手方である借手について、その客観的要件としての「正犯性」を限定することによって（特別）背任罪の共同正犯の成立範囲を限定しようとする見解があり、これを「正犯性限定説」と称しておく。

ただし、この正犯性限定説に分類される説には、正犯性を肯定するための要素として、「法益侵害過程の支配・指導的役割」・「主体的関与」を要求する見解、「自己の犯罪」であることを要求する見解、及び「重要な役割」を要求する見解が主張されており、ニュアンスの相違を来している。

D—1) 指導的役割・主体的関与説

(1) 内容

不正融資の借手に共同「正犯性」が認められるためには、借手に「法益侵害過程の支配・指導的役割」あるいは「身分者と対等な立場から背任行

不正融資における借手の刑事責任（背任罪・特別背任罪）に関する学説の検討（関 哲夫） 11
為への主体的関与」の存在を要求する見解があり、これを「指導的役割・主体的関与説」と称しておく。

例えば、「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者といえる以上は正犯として罰せられるべき」であり、犯行遂行過程において「指導的役割」を果たした場合、具体的には、「法益侵害過程の支配」が認められる場合には、正犯として罰せられることになるとするのが、⁽¹⁸⁾それである。

また、例えば、次のような別の論者の見解も、この説に分類することができよう。すなわち、借手に共同「正犯性」が認められるためには、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」と評価できること、換言すれば、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」ことが必要であり、具体的には、①相手の立場の弱みにつけ込んで自ら不正融資の話を積極的に持ちかけるとか、②犯行計画や手口などを具体的に指示するとか、あるいは、③事実上背任行為を自ら支配していると評し得るような事態となっているなど、「背任行為への主体的関与」が要求されるのであり、「(特別)背任罪の各要件の認識と、当該背任行為への主体的な関与という両要素が認められる場合——事実上は両者は重なり合っている場合が多いと思われるが——に、不正融資の相手方という非身分者に共同正犯の成立を認めるのに必要な『共同加功（の意思）』が存したと⁽¹⁹⁾言いうるのである。」と論述するのが、それである。

D-2) 自己の犯罪説

(1) 内容

不正融資の借手に共同「正犯性」が認められるためには、借手が融資担当者の任務違背行為を「自己の犯罪」として実現したことを要求する見解があり、これを「自己の犯罪説」と称しておく。

例えば、不正融資の借手に共同「正犯性」が認められるためには、「相手方が後者（事務処理者——括弧内引用者）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る場合」、具体的には、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」場合や、②「相手方と事務処理者の間に経済的利益を共通するような関係がある」場合や、③「以上のように事務処理者と相手方の立場が実質的に見て異ならないといえるような事情がない場合であっても、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えない」ような場合、さらには、④「事務処理者に対する相手方の働きかけが著しく不相当であって、相手方自身の経済的利益の追求という枠を明らかに超える⁽²⁰⁾」ような場合でなければならないとするのが、それである。

また、例えば、次のような別の論者の論述も、この説に分類することができよう。すなわち、不正融資の借手に共同「正犯性」が認められるためには、借手について「あくまで、客観的に『自己の犯罪』と呼べるもの」でなければならないのであり、その判断においては、借手の「影響力の行使と社会通念上許容されない方法」が具体的に考慮され、「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とき」や、「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えない」ような場合とか、「相手方と事務処理者の間に経済的利益を共通するような場合」、あるいは、「事務処理者に対する相手方の働きかけが著しく不相当であって、相手方自身の経済的利益の追求という枠を明らかに超えるような場合」、さらには、「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場合」（例えば、融資担当者と協力して返済能力・担保価値について虚偽の外観を作出、水増し評価に関与など）には、⁽²¹⁾「自己の犯罪」と認めることができるであろうと論述するのが、それである。

D—3）重要な役割説

(1) 内容

不正融資の借手に共同「正犯性」が認められるためには、借手が「重要な役割」を果たしたことが必要であるとする見解があり、これを「重要な役割説」と称しておく。

例えば、「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。」すなわち、「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」場合、具体的には、融資担当者と協力して、返済能力・担保価値について実際より高い虚偽の外観を作出し、又は、返済能力・担保価値についての水増し評価に関与した場合や、審査を受けて確定した返済能力・担保価値をはるかに超える融資額を要求し、融資担当者とこれを取り決めた場合、あるいは、返済能力がないのに、実質無担保でもしくは不十分な担保で融資するよう働きかけ、融資担当者とこれを取り決めた場合であれば、「融資の受け手も背任罪の共同正犯に問える⁽²²⁾」と論述するのが、それである。この説を主張する論者によると、被融資側において問題なのは、「融資の実行過程に与えた影響、その果たした役割がどの程度に至っていたのか」であり、『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」という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、「融資担当者の持つ権限を共に行使した」といえ、「共同して当該融資を実現した」といえる限りで、「融資担当者の『自律的』判断・決定に与えた『影響』の程度が重大」であり、「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」ことになるのであり、「そこに背任罪の共同正犯を認めることができる」けれども、被融資側が融資担当者に対して融資を申し込み、懇願することが、「融資担当者の『自律的』判断・決定に与えた『影響』の程度が重大なもの」といえない場合でも、「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」のである、と論述するのである。⁽²³⁾

(2) 特徴

以上、指導的役割・主体的関与説（D—1）、自己の犯罪説（D—2）及び重要な役割説（D—3）に分類することができる正犯性限定説の特徴を総括的に指摘したい。まず、この説は、（特別）背任罪の共同正犯における「正犯性」メルクマールを厳格に認定することによって共同正犯の成立を限定しようとする思考方法を採用している点を特徴としてあげることができる。そして、借手の共同「正犯性」の具体的徴表として、非身分者である借手の客観的な行為態様に着目し、借手に（特別）背任罪の「共同正犯」を肯定するには、貸付事務処理者である身分者にも匹敵する「法益侵害過程の支配・指導的役割」・「背任行為への主体的関与」、「任務違背行為を自己の犯罪として実現したこと」あるいは「通常の融資取引から明らかに逸脱する重要な役割を果たしたこと」を要求するのである。

この「正犯性」という限定原理は、（特別）背任罪固有の原理ではなく、「共同正犯」に広く妥当する一般原理であり、しかも、この限定原理は共犯（教唆犯・幫助犯）には妥当しないものである。そのため、この説による場合、共犯（教唆犯・幫助犯）の成立が広く肯定される余地を残しているといえる。⁽²⁴⁾

(3) 検討

まず、この正犯性限定説が、（特別）背任罪における借手の共同「正犯性」を精確に認定すべきことを強調する点には異論がないし、借手の共同「正犯性」の具体的徴表として、「法益侵害過程の支配・指導的役割」、「背任行為への主体的関与」、「任務違背行為を自己の犯罪として実現したこと」、あるいは「通常の融資取引から明らかに逸脱した重要な役割」という要素を重視することも当然の傾向といえよう。

しかし、この種の事案の特殊性は、この説が要求する「正犯性」の精確な認定だけで汲み尽くせるものなのかには疑問がある。すなわち、この種の事案において、借手が貸付事務処理者の「任務違背行為」を「自己の犯

不正融資における借手の刑事責任（背任罪・特別背任罪）に関する学説の検討（関 哲夫） 15
罪」として実現し、あるいは「通常の融資取引から明らかに逸脱した重要な役割」を果たし、貸付事務処理者と「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」のであるから、「両者一体の共同正犯」の関係を認めることができることに疑問があるのである。というのは、この説は、両者の経済的立場の相違による利害関係の相違を無視し、貸付事務処理者の「任務違背行為」の視点からのみ借手の行為を考察しているといわざるを得ないからである。

（共謀）共同正犯の「正犯性」の認定を厳格にすべきとの要請は、（特別）背任罪に限られることなく、「正犯性」の認定に一般的に要求されることである。ただ、この種の事案に特殊な事情が存在するので（共謀）共同「正犯性」の認定をより慎重になすべきであるとしても、それもまた共同正犯一般の問題の範疇といえよう。

しかも、この正犯性限定説は、この種の事案を「共同正犯の限定原理」として構成するため、狭義の共犯（教唆犯・幫助犯）の成立を広く認める余地を残してしまっている。むしろ、限定原理の問題は、共同正犯にとどまらず、教唆犯・幫助犯をも含めた広義の共犯を視野に入れたものでなければならないのである。

E 共同正犯・共犯の故意説

（1）内容

さらに総論的アプローチを採るものとして、「共同正犯・共犯の故意」一般の総論的問題に関する考え方を（特別）背任罪の共同正犯・共犯の問題に応用し、成立範囲を限定しようとする見解があり、これを「共同正犯・共犯の故意説」と称しておく。

例えば、この説を主張するある論者は、次のように論述している。不正融資の借手に共同「正犯性」が認められるためには、借手に「財産上の損害発生認識」に加えて、「任務違背行為（正犯の将来の違法行為）が行われることの予見」が必要である。すなわち、背任罪の「具体的な行為の

詳細についての認識は不要ではあっても、……正犯行為が行われるある程度高度の蓋然性の認識がなければならぬというべきである。そして、ある程度具体的な兆候の認識がない場合には、そのような高度の蓋然性を基礎づける事情の認識を事実上欠くことが多いように思われる。⁽²⁵⁾」と論述するのが、それである。そして、論者は、「正犯行為が行われるある程度高度の蓋然性の認識」があることを前提にして、背任罪における事務処理者の相手方である借手に共同正犯・共犯の故意が認められるためには、①自己の行為により、事務処理者を通じて、本人に財産上の損害が生じるであろうことが認識されていること、②その行為が任務違背行為であることについての（意味の認識も含めた）認識があること（ここまでは、正犯者である事務処理者の場合と理論的に同じ基準で判断される）、及び、③貸付担当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ること（正犯者の決意あるいはその客観的な兆候が存在していることの認識、あるいは自己の行為が正犯者に犯行を決意させるに足るものであることの認識）が必要であるとするのである。⁽²⁶⁾

（２）特徴

この共同正犯・共犯の故意説は、不正融資の借手に共同正犯・共犯性が認められるためには、その前提として、客観的な結果帰属が存在することを要求する。すなわち、共同正犯・共犯の因果性（物理的因果性・心理的因果性）を考慮し、共同正犯行為・共犯行為が正犯行為の当該具体的結果発生の蓋然性を高めたこと、換言すれば、関与行為によって生じた正犯行為の結果発生の危険が、関与行為がなかった場合に比べて、相当因果関係が肯定される程度に高まっていた場合には、現実生じた結果についての危険増加が肯定され、結果帰属が肯定されるという「促進関係」が存在することを前提とするのである。そのうえで、この説は、共同正犯・共犯の故意一般の総論的な問題について精密な認定を要求し、それを（特別）背任罪の共同正犯・共犯の問題にも適用することにより、その成立範囲を限定しようとする点に特徴がある。そして、その際に、「正犯行為が行われ

不正融資における借手の刑事責任（背任罪・特別背任罪）に関する学説の検討（関 哲夫） 17
るある程度高度の蓋然性の認識」の存在を前提にして、背任罪における事務処理者の相手方である借手に共同正犯・共犯の故意が認められる要件を具体化しているのである。

この説においては、不正融資の借手に共同正犯・共犯が認められるか否かの問題は、背任罪における事務処理者の相手方である借手に共同正犯・共犯の故意が認められるか否かの問題として処理されており、したがって、借手に共同正犯が否定されれば、同時に共犯（教唆犯・幫助犯）の成立も否定されることになる。

（3） 検 討

この共同正犯・共犯の故意説が、客観的な結果帰属が存在すること、すなわち、共同正犯・共犯の因果性（物理的因果性・心理的因果性）を考慮し、共同正犯行為・共犯行為が正犯行為の当該具体的結果発生の蓋然性を高めたことが必要であるとしている点、及び、借手について背任罪の故意を慎重に認定するために理論構成している点は妥当であるし、支持し得るものである。また、借手について（特別）背任罪の共同正犯の成立と同時に共犯の成立をも限定し得る原理を提示している点についても賛同し得るものである。

しかし、この説が、背任罪における事務処理者の相手方に共同正犯・共犯の故意が認められる場合として具体化している3つの要件は、借手について（特別）背任罪の共同正犯を限定するような機能を果たすものであるのかについては、大いに疑問がある。

例えば、論者は、背任罪における事務処理者の相手方である借手に共同正犯・共犯の故意が認められるためには、「①自己の行為により、事務処理者を通じて、本人に財産上の損害が生じるであろうことが認識されていること」を要求している。しかし、経営危機に陥っている借手であれば、融資を受ける際に、結局は経営危機を脱出できなくて金融機関側に何らかの損害を与えてしまうかもしれないと考えている場合がほとんどであろうから、この要件はほとんどの場合に、その存在が肯定されることになるう。

また、論者は、「②その行為が任務違背行為であることについての（意味の認識も含めた）認識があること（正犯者である事務処理者の場合と理論的に同じ基準で判断される）」を要求し、具体的な場合として、借手が内部者あるいはそれに準ずる者であり、相手方の事情を熟知していた場合や、そのような準内部的な立場になくとも、例えば銀行の内規等の、任務違背性の認識を根拠づける指針となるような事情を知っていた場合、あるいは、偽造手形による貸付等の、通常であれば金融機関が行わないであろう貸付が行われていることを認識していた場合などを摘示している。しかし、金融機関の貸付人の事情を熟知していたとか、任務違背性を根拠づける事情を認識していたとか、通常であれば行わないような貸付が行われていたことを認識していたとか、というような事実は金融機関側の事情に属するものであって、それらを借手が認識していたことがなぜ借手の「共同正犯・共犯」の故意を基礎づけ、その罪責を肯定することへとつながっていくのかを論証する必要がある。

さらに、論者が、「③貸付担当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ること（正犯者の決意あるいはその客観的な兆候が存在していることの認識、あるいは自己の行為が正犯者に犯行を決意させるに足るものであることの認識、が必要）」を要求する点についてであるが、経営危機に陥っている借手としては、本来であれば、融資・継続融資を見込めない状況であることを十分に理解しつつ、それでも融資・継続融資を受けたいということで働きかけるのであって、「貸付担当者が違法な行為に出ることを予測させる事情の存在」とか、「自己の行為が正犯者に犯行を決意させるに足るものであることの認識」とかは、そうした場合には当然に認められることになるわけで、よほど特殊な事情がない限り否定されないのではないかと考えられる。

総じて、この説は、借手について（特別）背任罪の共同正犯・共犯の成立を限定する原理としては、ほとんど機能しないのではないかという疑問が払拭しきれないのである。

2 各論的アプローチ

F 自律性侵害説

（1）内 容

次に、借手の刑事責任について、（特別）背任罪の共同正犯の成否の問題を刑法各論的なアプローチで検討する見解として、まず、「事務処理者の自律的な判断・行動を不可能とするような関与」があったか否かを規準とする見解があり、これを「自律性侵害説」と称しておく。

この説によると、不正融資の相手方である借手が「事務処理者の自律的な判断・行動を不可能とするような関与」をしたといえるような場合、すなわち、借手が「任務適合行為を本来的に期待されている身分者を任務違背行為に踏み切らせ、完遂を容易化した」といえるときは、「その可罰的な行為の結果として財産上の損害という結果が非身分者に帰属する」のであり、そうでない限りは、「対向的な取引関係中における自律的な意思決定の結果として任務違背を犯した事務処理者が総て責を負うべき」である。なぜなら、「財産上の損害という結果は、一方当事者にのみ、異なる性格のものとして帰属するのであって、両者に同時に帰属するということはない」⁽²⁷⁾からである、とする。

（2）特 徴

まず、この自律性侵害説は、この理論構成が「対向的な取引・利害関係中にある一般的な事務処理者」についてだけ妥当する特殊個別的な理論構成であると指摘している。すなわち、この説によると、「対向的な取引・利害関係中にある一般的な事務処理者」が「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を遵守するというよりは、社会的に期待されている役割・機能を果たすことによって、本人の財産も（結果的に）保護・適正管理される」ことになるのであり、したがって、それを前提とした本説の理論構成は、「個人財産の保護を目的とする通常の背任罪とは異なった特別の種類⁽²⁸⁾の背任罪、個人財産の保護とは

異なった性質・次元の別個の目的をも有すると解し得るような背任罪についてだけ限定的に妥当するもの」として、「対向的な取引・利害関係」にある場合の特殊個別的な理論構成である点が指摘されているのである。

また、これに関連して、この説においては、刑法上の背任罪と特別背任罪の属性の違いが強調されている。すなわち、「刑法上の背任罪の事務処理者には、本人から信任を得て事務処理について委任された者という抽象的・一般的な属性しか存しないのに対して、特別背任罪のそれは、法所定の（直接的な対本人関係に限られない）制度的な機能を果たすことを半ば公的に義務付けられた特定の地位にある者という具体的・個別的な属性が考えられるのであり、その中には会社というような社会的存在及びそれに係わる財産上の利益を（本人の為と並んで）他の社会構成員一般の為に保護・適正管理するという役割ないし機能が含まれる」と⁽²⁸⁾されているのである。

さらに、この説が、「対向的な取引・利害関係中にある一般的な事務処理者」が問題となる状況においては、「財産上の損害という結果は、一方当事者にのみ、異なる性格のものとして帰属し、両者に同時に帰属するということはない」と論述する点は、きわめて特徴的である。

しかも、この説は、可罰的不法に関する責任分配・結果の客観的帰属の判断を、「事務処理者の自律的な判断・行動を不可能とするような関与」が存在したかどうかで決定する点も特徴的であり、注目される。

（3） 検 討

まず、この自律性侵害説が、前提認識として、「自己の代表・代理する組織・機関の主張・利益を可能な限り貫徹・実現することを目的として、様々な圧力・駆け引きを用いつつ、交渉相手たるビジネス・エグゼクティブにその代表・代理する組織・機関の主張・利益を放棄・譲歩することを迫る」という、いわば「対向的な取引・利害関係」を特徴とする取引の自由、経済活動の自由を考慮している点は、賛同しうるものであり、きわめて説得力がある。また、借手について、（特別）背任罪の共同正犯の成

不正融資における借手の刑事責任（背任罪・特別背任罪）に関する学説の検討（関 哲夫） 21
立だけでなく共犯の成立をも否定する原理を提示している点も、賛同し得る。さらに、「事務処理者の自律的な判断・行動を不可能とするような関与」が認められた場合には、非身分者である借手には、背任罪の共同正犯・共犯ではなく、強盗・恐喝・詐欺等の罪が成立する余地があるとする点も賛同し得る。

しかし、「事務処理者の自律的な判断・行動を不可能とするような関与」を要求し、それを判断規準とする点については、大いに疑問がある。というのは、この説がいう「自律的な判断・行動」という場合の「自律的・自律性」の意義が必ずしも明確になっていないからである。これは、事務処理者の「自由な意思決定に基づく判断・行動」の言い換えにすぎず、事務処理者に対する借手の加功の程度を裏側から表現したにすぎないのではないかと解し得る。もしそうだとすると、この判断規準は、借手について（特別）背任罪の共同正犯・共犯の成立を否定ないし限定する原理としては十分に機能しないのではないかという疑問がある。

G 主観限定説

さらに、借手の刑事責任について、（特別）背任罪の共同正犯の成否の問題を刑法各論的なアプローチで検討する見解として、不正融資の相手方である借手について、その主観的要件を限定することによって（特別）背任罪の共同正犯の成立範囲を限定しようとする見解があり、これを「主観限定説」と称しておく。

ただし、この主観限定説に分類される説には、正犯性を肯定するための要素として、「任務違背の認識」を限定する見解と、「共同加功の認識」を限定する見解とが存在している。

G—1） 任務違背認識限定説

（1） 内 容

不正融資の相手方である借手について、その主観的要件である「任務違背の認識」を限定することによって（特別）背任罪の共同正犯の成立範囲を限定しようとする見解があり、これを「任務違背認識限定説」と称して

おく。

この任務違背認識限定説は、甲銀行頭取であった X が同銀行支店長らの強い反対にもかかわらず、実業家 Y に対して同支店を通じて巨額の融資を行い、多額の回収不能部分を生じさせるに至ったという千葉銀行事件⁽²⁹⁾に関する、1963年（昭和38年）の東京高裁判決を嚆矢とするものである。この東京高裁判決は、次のように判示している。「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手の立場は、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、借手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、借手が差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情況についても、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、借手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、勢い借手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保し難い。」「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、その際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」と判示し、被告人 Y には、銀行に対し損害を及ぼす認識ないし X をして銀行頭取としての任務に背かしめることの認識がなかったので、特別背任罪の共同正犯につき無罪を言い渡した。最高裁は、1965年（昭和40年）に、検察官側の上告を棄却して、「原判決の判示するところは、要するに、身分のない者について本件商法違反の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いうにあるものと解される⁽³⁰⁾」と判示して、無罪判決を維持した。

学説においては、この千葉銀行事件・東京高裁判決と同趣旨の見解が存在する。すなわち、「例えば借主が当該金融機関の職員である……とか、当該業務、内規等についての知識を十分有している……ような場合や、具体的犯行方法を指示する等積極的、主導的に関与している……ような場合、格別の専門知識を有しない場合であっても、健全な社会通念、常識に照らして容易に任務違背、損害発生の認識を持ち得るようなとき、すなわち、無担保貸付や偽造手形による貸付が行われるようなときは、いやしくもそれと知りながら貸付を受ける以上、おそらく当然に右の認識があると認められるであろう。」⁽³¹⁾という論述、あるいは、「借主が金融機関の業務、内規等の専門知識を有すとか、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（任務違背——括弧内引用者）の認識が認められやすいであろう。」⁽³²⁾という論述が、それである。

G—2）共同加功認識限定説

（1）内容

不正融資の相手方である借手について、その主観的要件である「共同加功の認識」を限定することによって（特別）背任罪の共同正犯の成立範囲を限定しようとする見解があり、これを「共同加功認識限定説」と称しておく。

例えば、この説を主張するある論者は、次のように論述している。「丙（借手——括弧内引用者）が、甲（背任行為をした銀行の役職者——括弧内引用者）の背任罪の共同正犯と認められるためには、丙には、正犯の成立に必要な犯罪事実に関する共同加功の意思が存しなければならない。具体的には、任務違背性、損害の発生についての認識（背任罪の故意）と、図利・加害目的とが具備していなければならない。」「任務違背行為は、多くの場合、丙の加功なく、もっぱら甲の手によって実行されるわけであり、甲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、丙が、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甲に教示したというような特殊な事

例をのぞき、丙の関知しないところで、丙については、せいぜい、なんらかの便宜的措置、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、背任罪の共同正犯は否定さるべきである。共同正犯の成立し得るのは、丙において、甲の具体的な任務違背行為につき、その任務違背性の意味の認識をふくめて、甲と意思を通じ、あるいはこれを従⁽³³⁾憑したときに限ると解すべきであろう。」

(2) 特徴

以上、任務違背認識限定説（G—1）及び共同加功認識限定説（G—2）に分類することができる主観限定説の特徴を総括的に指摘しておきたい。

まず、この説は、貸付をなす身分を有しない借手の立場は、金融機関の立場、貸付人の立場とは全く異なる利害関係を有する立場であること、したがって、借手が貸付人と（特別）背任罪を共謀する認識を有していたことを認定するに当たっては、貸付人の有する任務違背の認識とは別個独立に借手の立場を中心として判断しなければならないこと、すなわち、身分のない者について（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程度の主観的要件が必要であることを前提の認識として理論構成されていることに留意する必要がある。

そして、この説は、「共犯と身分」の問題一般を考察する視点ではなく、（特別）背任罪の特殊状況を考慮する視点に立っているという特徴も指摘することができる。すなわち、「任務違背の認識」は故意の問題であり、「任務違背行為についての共同加功の認識」は共同正犯の主観的要件の問題であり、いずれも総論的な問題であるということができるが、この説は不正融資における（特別）背任罪の特殊な状況を考慮して理論構成されている点に特徴があり、その意味で、「各論的アプローチ」を採る説に配列するのが適当なのである。

また、この説は、（特別）背任罪における主観的要件である「任務違背の認識」や「任務違背行為についての共同加功の認識」を借手について厳格に認定することによって共同正犯の成立を限定しようとしている点に最大の特徴がある。

しかも、この説の限定原理は狭義の共犯にも妥当し、教唆犯・幫助犯の成立をも限定する原理として機能し得る点を特徴としてあげなければならない。この説の論者は、この点を次のように論述している。すなわち、「おなじ意味あいから、丙（借手——括弧内引用者）を背任罪についての教唆犯と認めることも、例外的事情が存する場合に限定される。すなわち、丙が積極的に甲（背任行為をした銀行の役職者——括弧内引用者）にはたらきかけて、甲に違法行為をなすよう示唆し、懲慥する場合にのみ、教唆犯の成立を認めることができる（もっとも、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。）⁽³⁴⁾」と。

（3） 検 討

ここで、任務違背認識限定説（G—1）及び共同加功認識限定説（G—2）に分類することができる主観限定説を総括的に検討しておきたい。

まず、「損害発生・任務違背の認識（＝故意）」に関し、借手が損害発生の現実的可能性を認識していたり、あるいは損害発生について認容があるときには、（未必の）故意が認められるのが通常であろうし、借手は少なくとも本人（銀行等の金融機関）図利の目的を有していないのが通常であろうから、任務違背認識限定説が提示する主観的な限定原理は有効に機能しないのではないかと考えられる。

また、一般に、共同正犯が成立するためには、他の共同正犯者の行為の細部について現に認識している必要はないというのが通説・判例の立場である。にもかかわらず、共同加功認識限定説は、借手について、事務処理者の行為を詳細かつ具体的に認識していることを要求しているが、そうした要求をする根拠が明確でない。

総じて、任務違背行為に加功する借手の行為について、積極的な関与、

主導的な関与というような客観的な行為態様を要求することによって「正犯性」を限定しようとするならばともかく、そうではなく、行為者の主観的な要件によって限定しようとするのは、その認定の困難さとも相俟って、限定原理としての有効性には限界があると考えられる。

- (8) 例えば、西原春夫『刑法総論下巻』(改訂準備版・1993年)408頁、川端博『刑法総論講義』(1995年)576頁、山中敬一『刑法総論Ⅱ』(1999年)871頁、林幹人『刑法総論』(2000年)440頁、曾根威彦『刑法総論』(第3版・2000年)298頁、齋藤信治『刑法総論』(第5版・2003年)288頁、山口厚『刑法総論』(補訂版・2005年)284頁、前田雅英『刑法総論講義』(第4版・2006年)473頁、大谷實『刑法講義総論』(新版第2版・2007年)458頁など。
- (9) 大谷實『刑法講義総論』(新版第2版・2007年)458頁。
- (10) 最決昭和40年3月30日刑集19巻2号125頁。
- (11) 団藤重光『刑法綱要総論』(第3版・1990年)420頁。
- (12) 大塚仁『刑法概説(総論)』(第3版増補版・2005年)315～316頁。
- (13) 松宮孝明『刑法総論講義』(第3版・2004年)273頁。なお、中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジョン刑法1共犯論』(1997年)122頁〔松宮孝明〕参照。
- (14) 同旨なのは、平山幹子『『義務犯』について(2・完)』立命館大学・立命館法学273号(2000年)2090頁、福田平『全訂刑法総論』(第4版・2004年)290頁、香川達夫『刑法講義(総論)』(第3版・1995年)406頁参照。
- (15) 中山研一『口述刑法総論』(第3版・1994年)360頁。ただし、『口述刑法総論』(新版・2003年)にはこの記述はない。なお、中山研一『刑法総論』(1982年)489頁、中山研一『概説刑法Ⅰ』(第4版・2005年)294頁参照。
- (16) 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」神奈川大学・神奈川法学35巻3号(2002年)135頁以下参照。
- (17) 林幹人「背任罪の共同正犯」判例時報1854号(2004年)7～8頁参照。なお、上田正和「対向的取引と特別背任罪の共犯」大宮法科大学院大学・大宮ローレビュー3号(2007年)5頁以下も同旨と考えられる。
- (18) 柴田牧子「判例研究」上智大学・上智法学論集39巻1号(1995年)363～364頁、368頁参照。
- (19) 星周一郎「不正融資の相手方に特別背任の共同正犯が認められた事例」東京都立大学・法学会雑誌38巻1号(1997年)623～624頁参照。
- (20) 中森喜彦「背任罪の共同正犯」研修609号(1999年)7頁参照。
- (21) 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年）45～46頁参照。

- (22) 佐々木史朗＝内田幸隆・判例タイムズ1064号（2001年）64頁参照。なお、重要な役割説を主張する内田幸隆氏は、別稿で自らの説をさらに展開している。内田幸隆「背任罪の共犯——不良融資における借り手の刑事責任——」季刊企業と法創造 2巻1号（2006年）27頁以下参照。
- (23) 内田幸隆「背任罪の共犯——不良融資における借り手の刑事責任——」季刊企業と法創造 2巻1号（2006年）41～43頁参照。
- (24) この点は、内田幸隆氏の論述、すなわち、被融資側の融資の申込み・懇願が「融資担当者の『自律的』判断・決定に与えた『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、被融資側に背任罪の教唆・幫助を問える」という論述（内田幸隆「背任罪の共犯——不良融資における借り手の刑事責任——」季刊企業と法創造 2巻1号（2006年）42～43頁）に端的に表れている。内田氏の見解にあっては、一方で、被融資側の「共同正犯性」の判断規準は、「重要な役割」・「通常の融資取引からの逸脱」・「融資担当者の自律的な判断・決定に与えた重大な影響」、あるいは「被融資側が融資担当者と一体化」などと言い換えられているにすぎず、依然として曖昧であり、結果論的な判断を根拠づけるにすぎないか、あるいは、批判的な概念道具としては使えないという弱点がある。他方で、被融資側の刑事責任についてわずかに共同正犯から除外されたは罪責部分は、「被融資側が融資担当者に当該融資を決断させ、あるいはその決断・実行を強化・促進した」ものとして、すべて「共犯（教唆犯・幫助犯）」の罪責へとシフトされているにすぎないのである。つまり、内田氏の論理は、その判断基準の曖昧性と相俟って、借り手の罪責の限定原理としてはほとんど機能しないか、解釈者（裁判官）の主観的な「通常の融資取引」観に決定的に依存しているとともに、共同正犯と共犯（教唆犯・幫助犯）の違いはあっても、罪責を問う論理としてはほとんど変わりがないのである。
- (25) 島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件」立教大学・立教法学57号（2001年）114～115頁参照。
- (26) ②の具体的な場合として、借手が内部者あるいはそれに準ずる者であり、相手方の事情を熟知していた場合や、そのような準内部者的な立場になくとも、銀行の内規等の、任務違背性の認識を根拠づける指針となるような事情を知っていた場合、あるいは、偽造手形による貸付等の、通常であれば金融機関が行わないであろう貸付が行われていることを認識していた場合などがあげられている。島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件」立教大学・立教法学57号（2001年）115～116頁参照。

- (27) 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——」『板倉宏博士古稀祝賀論文・現代社会型犯罪の諸問題』（2004年）285～286頁参照。
- (28) 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——」『板倉宏博士古稀祝賀論文・現代社会型犯罪の諸問題』（2004年）288頁。
- (29) 東京高判昭和38年11月11日判例集不登載（千葉銀行事件・控訴審判決）。事実関係の詳細は、第一審判決である東京地判昭和36年4月27日下刑集3巻3＝4号346頁参照。
- (30) 最判昭和40年3月16日裁判集刑事155号67頁（千葉銀行事件・最高裁判決）。
- (31) 経営刑事法研究会編『事例解説経営刑事法Ⅰ』（1986年）148～149頁〔的場純男〕参照。
- (32) 西田典之編『金融業務と刑事法』（1997年）144～145頁〔上嶋一高〕参照。なお、西田典之『刑法各論』（第4版・2007年）239～240頁も参照。
- (33) 藤木英雄『経済取引と犯罪』（1965年）241～242頁参照。
- (34) 藤木英雄『経済取引と犯罪』（1965年）242頁参照。

三 おわりに

以上の学説の検討を要約して、本稿を閉じることにした。

まず、借手の刑事責任について、刑法総論における通常の「共同正犯・共犯と身分」の問題として考察し、特にその成立範囲を限定することなく（特別）背任罪の共同正犯の成立を肯定する「非限定説」は、「共同正犯・共犯と身分」に関する総論問題における帰結をそのまま（特別）背任罪の共同正犯・共犯にも適用し、不正融資における借手の特殊な立場、利害関係の相違をまったく考慮していない点で疑問がある。

次に、同じく総論的なアプローチを採り、不正融資の相手方である借手について、「実行行為としての類型性の欠如」・「身分の一身性」という総論的な形式的考慮をもって（特別）背任罪の共同正犯の成立を否定する「形式的否定説」は、結局のところ、身分犯の義務違反性に依拠しているのではないかという疑問が払拭しきれないし、総論的なアプローチによる

形式的な根拠を援用する点で限界がある。また、この説が共犯（教唆犯・幫助犯）の成立する広い余地を残している点も疑問がある。

さらに、同じく総論的アプローチを採り、日常の取引に必然的に内在する危険について、いわゆる許された危険の法理を援用して借手の刑事責任の成立範囲を限定しようとする「許された危険の法理説」は、借手に（特別）背任罪の共同正犯・共犯が成立するか否かを、不正融資の危険性と当該融資の有用性（企業再建や抜本的経営改善の可能性）との比較衡量によって判断しようとするのであるが、それは、当該融資が不良債権化する可能性、つまり、本人たる金融機関に損害を与える可能性の判断に帰着するものであり、結局のところ、この説の提唱する比較衡量は機能しないのではないかという疑問がある。

同じく総論的アプローチを採り、不正融資の相手方である借手について、その客観的要件としての「正犯性」を限定することによって（特別）背任罪の共同正犯の成立範囲を限定しようとする「正犯性限定説」には、正犯性の要素として、「法益侵害過程の支配・指導的役割」・「主体的関与」を要求する「指導的役割・主体的関与説」、借手が融資担当者の任務違背行為を「自己の犯罪」として実現したことを要求する「自己の犯罪説」、あるいは、借手が「重要な役割」を果たしたことが必要であるとする「重要な役割説」などがあるが、しかし、これらの説はいずれも、融資側と被融資側の経済的立場の相違による利害関係の相違を無視しており、貸付事務処理者の「任務違背行為」の視点からしか考察していないといわざるを得ない。すなわち、借手が貸付事務処理者の「任務違背行為」を「自己の犯罪」として実現し、あるいは「通常の融資取引から明らかに逸脱した重要な役割」を果たし、貸付事務処理者と「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」から、「両者一体の共同正犯」の関係を認めることができるとする理論構成の妥当性には疑問があるのである。しかも、この正犯性限定説が、共同正犯の限定原理としてしか機能しないため、共犯（教唆犯・幫助犯）の成立を広く認める余地を残している点も問

題である。

さらに総論的アプローチを採り、「共同正犯・共犯の故意」一般の総論的問題に関する考え方を（特別）背任罪の共同正犯・共犯の問題に応用し、成立範囲を限定しようとする「共同正犯・共犯の故意説」が、背任罪における事務処理者の相手方に共同正犯・共犯の故意が認められる場合としてあげている具体的要件はいずれも、金融機関側の事情に属するもので、それらがなぜ借手の「共同正犯・共犯」の故意を基礎づけ、その罪責を肯定することになるのかが不明である。しかも、総じて、この説は、借手について（特別）背任罪の共同正犯・共犯の成立を限定する原理としては、ほとんど機能しないのではないかという疑問がある。

他方、刑法各論的なアプローチを採り、「事務処理者の自律的な判断・行動を不可能とするような関与」があったか否かを規準とする「自律性侵害説」は、この説がいう「自律的な判断・行動」という場合の「自律的・自律性」の意義が必ずしも明確になっていない点に問題がある。というのは、この判断規準は、借手について（特別）背任罪の共同正犯・共犯の成立を否定・限定する原理としては十分に機能しないのではないかという疑問があるからである。

さらに、同じく刑法各論的なアプローチを採り、不正融資の相手方である借手について、その主観的要件を限定することによって（特別）背任罪の共同正犯の成立範囲を限定しようとする「主観限定説」には、その主観的要件である「任務違背の認識」を限定する「任務違背認識限定説」と、「共同加功の認識」を限定する共同加功認識限定説」とが存在するが、いずれも行為者の主観的要件によってその成立範囲を限定しようとするのは、その認定の困難さとも相俟って、限定原理として有効に機能しないという限界がある。

不正融資における借手の刑事責任を考察する場合には、まず第1に、融資においては、借手と貸付事務処理者との利害が対立・対向している実態が存在していることに着目すべきである。すなわち、一方で、融資側の金

融機関は、企業組織体として、融資に伴う危険を回避するため、稟議手続きの履践、監査制度の活用を図り、また防御手段として、担保の徴求、決済資金の拘束、割増手数料の徴収、上乗せ金利の徴収などを講じようとする。他方、被融資側の借手は、自己の経営する会社の倒産を回避し、あるいは経営状態の改善・回復を図るために、是が非でも金融機関から（継続）融資を受けられるよう努力・画策する。ここには、融資という事実を挟んで、借手と金融機関・事務処理者の利害が対立・対向している実態が存在することを考慮する必要があるのである。

また、不正融資における任務違背行為の性格にも着目すべきである。すなわち、（特別）背任罪は、「事務処理者」が自己に託された「任務」に違背することを通じて「本人」に「財産上の損害」を与えることを本質とする犯罪である。すなわち、（特別）背任罪の成立にとって、「事務処理者」の任務違背行為の存在が不可欠であり、これが欠けている場合には、たとえ「財産上の損害」が発生しても本罪は成立しないのである。しかも、背任罪の実行行為それ自体は専ら事務処理者によって行われ、借手は実行行為に直接加功することができない。その意味で、背任罪の実行行為は、融資側の事務処理者が専横的に行うものであり、借手に背任罪の実行共同正犯を肯定することはできないのであり、借手に共同正犯が認められるとすれば、それは共謀共同正犯ということになる。その場合に、借手に共同正犯を認めることができるのは、身分者の実行行為と同一の利害のもとで一体となり、自己の犯罪として共同加功したといえるからである。しかし、不正融資におけるように、身分者と非身分者とが実行行為を挟んで利害関係を異にし、むしろ対立・対向しあっているような場合には、借手に（共謀）共同正犯を肯定するのは困難なのである。

不正融資における借手の刑事責任は、こうした点を考慮して理論構成すべきなのである。