

[研究ノート]

不正融資と特別背任罪

垣 口 克 彦

目 次

はじめに

- I 不正融資事案における任務違背行為と財産上の損害
 - 1. 不正融資に関与した役職員の刑事責任
 - 2. 任務違背行為
 - 3. 財産上の損害
 - II 不正融資事案における図利加害目的
 - 1. 特別背任罪の故意
 - 2. 図利加害目的
 - III 不正融資の借り手側と共同正犯の成否
 - 1. 問題の所在
 - 2. 共同正犯の成立範囲
- おわりに

はじめに

バブル経済期とその崩壊期に金融機関または一般企業による不正融資事件が多発した。それらの中で世間の耳目を集めたものとしては、バブル経済期のイトマン事件や佐川急便事件、その崩壊期の二信組事件や住専事件等を挙げることができる¹⁾。

不正融資は刑法の背任罪か会社法罰則（旧商法罰則）の特別背任罪に当たり、これに関与した役職員については当然刑事責任が問われなければならないとする世論の高まりに押されるように、捜査機関は次々と上記の事件等を立件した。その後、断続的に各事件に関する判決ないし決定が出され、ようやく最近になって、これらの事件の刑事裁判による事後処理がほぼ終了したのである。

上記事後処理の過程で、不正融資事案におけ

る特別背任罪の成否に関する判例の蓄積が進み、現在、このことが同罪における主要論点の再検討を促す契機ともなっている。本稿は、不正融資の事案における特別背任罪の成立範囲を明らかにしようとするものであるが、そのための分析・検討に際しては、その重点を①不正融資の事案において特別背任罪の成否を左右する重要な要件となっている図利加害目的の意義・内容と②不正融資の借り手側の刑事責任（特別背任罪の共同正犯）の解明に置くこととした。

I 不正融資事案における任務違背行為と財産上の損害

1. 不正融資に関与した役職員の刑事責任

(1) 金融機関等における不正融資には、不良貸付と不当貸付がある。もっとも、これら両者については確たる定義が存在するわけではなく、一般に、不良貸付は回収に困難が予想される（あるいは困難を来すこととなった）資金の貸付および損害の発生が予想される（あるいは発生することとなった）支払承諾を総称するものとして、不当貸付は法令、定款、内規等に違反する資金の貸付および支払承諾を総称するものとして用いられている²⁾。ちなみに、金融機関の行う貸付は、これを勘定科目別に分類すれば、手形貸付、証書貸付、当座貸越、手形割引、支払承諾等に分けることができる³⁾。

不良貸付の典型的な例は、金融機関の貸付事務担当の役職員が回収の見込みがないにもかかわらず

わらず無担保であるいは担保の不十分なままで資金の貸付を実行するような場合であり、不当貸付の典型としては、貸付限度額を超過する貸付（この限度額の趣旨には、1債務者に対する総貸付額、支店長の専決限度額、員外貸付の限度額等種々のものが含まれる）、信用金庫、信用組合、農業協同組合等における員外貸付、事業の範囲外の貸付等を挙げることができる⁴⁾。

(2) さて、金融機関における不正融資事件は以前から少なからず発覚しているが、従前のこの種の事件の多くは、大光相互銀行事件等がそうであったように、オーナーが経営を独占しているような、しかも金融機関の公共性に対する自覚の薄い相互銀行や信用金庫等におけるものであり、その態様も素人的放漫貸付か情実貸付の域を出ないものであった。ところが、バブル経済期を境に、この種の事件の様相は大きく変化したのであり、絶対的信用を旨とし優秀な人的・物的機構を備え企業の先端を行く都市銀行においても見られるようになり、犯行の態様も金融機関の幹部が外部の金融ブローカーや浮利を専らとする悪徳借主と結託し、その金融の専門的知識を巧妙に駆使して敢行する、しかも回収不能となった被害額が何百億というように巨額・大型化する傾向となり、金融不安を招くまでの事態となったのである⁵⁾。また、バブル経済期には、金融機関ではない一般企業が不動産関連投融資に急傾斜して行き、巨額の資金が当該企業から不正に引き出されるという乱脈融資事件も発覚している。

(3) 上記不正融資を株式会社である金融機関等の役職員が実行した場合には特別背任罪（会社法960条）の成否が問題となる。会社法960条は刑法247条の特別規定であり、会社法罰則（旧商法罰則）にこれを置いた趣旨は、株式会社の役職員等が会社との信任関係に違背して会社に財産上の損害を加える行為を刑法上の背任罪よりも重く処罰することにある⁶⁾。そして、特別背任罪における加重処罰の根拠は、株式会社役職員等の背任行為によって一般社会に及ぼされる害悪が一般の背任行為に比べて著しく広

汎かつ深刻であるのを通例とすることに求められている⁷⁾。

特別背任罪は①取締役等、会社法960条掲記の者が、②自己もしくは第三者の利益を図りまたは株式会社に損害を加える目的（図利加害目的）で、③その任務に背く行為（任務違背行為）をし、④当該株式会社に財産上の損害を加えることによって成立する。①の主体以外は、同罪の構成要件と刑法247条のそれはまったく同一である。それゆえに、同罪の成立要件を明らかにするに際しては、——②ないし④の要件については——刑法上の背任罪に関する判例・学説もまた参照されるべきである。

2. 任務違背行為

(1) 任務違背行為とは、背任罪の本質について判例・通説である背信説に従えば、誠実な事務処理者としてなすべきものと法的に期待される場所に反する行為をいう⁸⁾。会社法960条掲記の者はいずれも善良な管理者の注意をもってその事務を処理する義務を負っている。取締役については特に忠実義務が定められているが（会社法355条）、判例・多数説は善管注意義務と忠実義務は基本的に同質のものであると解している⁹⁾。

(2) 金融機関の実務においては、貸付に当たって留意すべきこととして、公共性、安全性、収益性、流動性、資金効率性、成長性等が挙げられているが、それらの中で特に重要なのは安全性すなわち「回収の確実性」である。したがって、金融機関の貸付事務担当の役職員は、その債権の保全のため、元利金の回収不能という事態に立ち至らないように、貸付を受けようとする者の財務状況、経営手腕、返済についての誠意、担保提供能力、貸付金の用途等を調査し、安全性を確認して、特別の場合を除き確実な担保を徴して貸付を実行すべき任務を有すると解されている¹⁰⁾。

大光相互銀行事件第一審判決も、「銀行の業務の中心をなす融資業務においては、……収益性、安全性、公共性等が確保されていなければ

ならないことはいうまでもない。そして、……預金者に対する債務は確実に履行されなければならない、そのためには融資は確実に回収されるものでなければならないのであるから、銀行の融資については、安全性が最も強く要求されているといわなければならない」として、銀行融資の基本原則を示した上で、融資業務を統括する相互銀行役員の基本任務については、「被告人らは、本件当時、大光相銀の常勤役員会の構成員として同銀行の融資業務を統括していたものであり、融資の決定及び実行に当たっては、相互銀行法等の法令を遵守し、かつ、同銀行の諸規定に従って正規の融資手続を履んだうえ、顧客の信用状態等について調査を尽くし、十分な担保を徴求するなどして融資金の確実な回収を期し、回収困難な債権を生ぜしめるなど同銀行に対し損害を与えることのないようにすべき任務を負っていたものといわなければならない」と判示している¹¹⁾。

(3) 任務違背性の有無は、一般的には、当該行為が通常の業務執行の範囲内にあるか否かによって判断される。したがって、個々の事案における任務違背行為の存否は、当該貸付の際の具体的状況の下で、当該金融機関等にとって実質的に不利益となるかという視点から、貸付事務担当役員としての通常の業務執行の範囲(業務執行の通常性)を逸脱していたかどうかを判断することとなる¹²⁾。

任務違背性の判断は上記のように実質的なものであるから、前述の「不当貸付」における形式的な規制違反(法令、定款、内規等の違反)は、これをもって直ちに特別背任罪における任務違背であるとはいえない。たとえば、貸付限度額を超過する貸付や信用金庫等における員外貸付も、それだけでは必ずしも任務違背とはならず、十分な担保を徴求する等、貸付金の確実な回収のために必要な措置を講じている場合には特別背任罪(ないし背任罪)は成立しないと解される¹³⁾。これに対して、「不良貸付」の典型的な例として先に挙げたような場合、すなわち、株式会社である金融機関の貸付

事務担当役員が回収の見込みがないにもかかわらず無担保であるいは担保の不十分なままで資金の貸付を実行した場合には、通常、任務違背行為が認定されることとなる。

(4) 実際上、任務違背性の有無が問題となるのは、追加融資の場合、すなわち貸付先に対しすでに貸付を実行した資金が当該貸付先の業績悪化のために回収困難な状態となったときに、回収不能の結果となることを回避するためにさらに追加的な貸付を行う場合である。バブル経済の崩壊後に摘発された金融機関等の不正融資事件においては、バブル経済期に金余り現象を背景として安易に大口の融資を実行したが、バブルの崩壊とともに貸付先の経営が苦境に陥り既存の貸付金の回収が危ぶまれるに至ったことから、貸付先の延命・存続のため次々と追加融資を実行し、傷口を広げ、貸付先が破局を迎えたときには当該金融機関等に巨額の不良債権のみが残っていたというケースが見受けられた¹⁴⁾。

このような場合における貸付事務担当役員の仕事について、前出の大光相互銀行事件第一審判決は、当該役員には「貸増しを直ちに停止し、適時担保物件を処分するなどして、既存の融資金を回収し、たとえ既存の貸付金等の債権を保全するため融資をする場合においても、必要最小限度に絞り、かつ、確実十分な担保物件を提供させるなど債権確保のため万全の措置をとるべき任務」があり、追加融資の場合は、新たな融資自体についても回収不能となるおそれ大きいのであるから、「そのような融資が正当な救済融資として許容されるためには、融資をすることにより当該取引先の業績回復が確実に見込まれ、しかも、銀行としても、必要最小限度の融資に絞り、かつ、極力担保の徴求に努め、更には当該取引先の経営に対する有効適切な指導を行うとか、役員を派遣するなど債権確保のための万全の措置がとられることが必要である」と判示している。また、千葉銀行事件第一審判決や第一相互銀行事件第一審判決等もこの点についてほぼ同様の考え方を示してい

る¹⁵⁾。

要するに、これらの判決は、貸付先の業績悪化に伴い貸付金の回収が困難となる状況下においては、貸付事務担当役員は、①貸増しを停止し、既存の貸付金の回収を図ることを基本的任務とし、②追加融資がやむをえない場合においても、それを必要最小限度に絞り、かつ确实十分な担保の徴求等、債権確保のために万全の措置を講ずべき任務があるとしているのであり¹⁶⁾、このような責務を果たさなければ任務違背となるが、逆に①の基本的な責務を踏まえてもなお必要と判断される追加融資については、②の責務を果たしたと認められるときには、当該融資は正当な救済融資として許容されることとなる。

3. 財産上の損害

(1) 特別背任罪が既遂となるためには、任務違背行為の結果として株式会社(本人)に財産上の損害が発生することが必要であり、それが生じない場合は、本罪は未遂にすぎない(会社法962条)。財産上の損害とは、経済的見地において株式会社(本人)の財産状態を評価し、任務違背行為によって、株式会社(本人)の財産の価値が減少したこと(積極的損害)または増加すべかりし価値が増加しなかったこと(消極的損害)をいう。このような見解は経済的財産(損害)概念と呼ばれ、判例・通説となっている。信用保証協会事件上告審決定は、これを正面から認めた上で、同事件における事実関係の下で信用保証協会の支店長が同協会をして中小企業者の債務を保証させたときは、当該中小企業者の「債務がいまだ不履行の段階に至らず、したがって同協会の財産に、代位弁済による現実の損失がいまだ生じていないとしても、経済的見地においては、同協会の財産的価値は減少したものと評価されるから」財産上の損害に当たると判示している¹⁷⁾。財産上の損害の有無は株式会社(本人)の全体財産について判断されるのであるから、会社財産に損害が生じたとしても、他方でそれを埋め合わせるだけの反

対給付が行われ、株式会社の財産状態全体に減少がなければ、財産上の損害はないものと解されている¹⁸⁾。ただし、反対給付が行われたというためには、損害に見合う経済的利益が株式会社(本人)に確定的に帰属することが必要である¹⁹⁾。

(2) 無担保あるいは担保の不十分なままでの貸付という不良貸付の典型的な例においては、貸付と同時に当然これに対する反対債権の取得を伴うとしても、経済的見地からは、株式会社(本人)の資産を不良債権に変換させることは財産状態を悪化させるものであり、それをもって財産上の損害を発生させたものと評すべきであるから、貸付の時点ですでに特別背任罪は既遂となる²⁰⁾。すなわち、回収不能となる現実的蓋然性の高い貸付を実行すれば、その段階で、実際の回収不能の結果をまつまでもなく、財産上の損害が発生したのもとして、既遂に達すると解されるのである²¹⁾。したがって、不良貸付の場合に本罪の未遂が認められる余地は少ない。なお、不良貸付における財産上の損害には貸付元本(積極的損害)だけではなく、利息(消極的損害)も含まれるとするのが判例であり²²⁾、財産上の損害額は、通常、貸付元本額と利息額の合計額である²³⁾。

もっとも、貸付先が倒産状態とはならず会社としての営業活動を行っている場合には、経済的見地からも、貸付金が回収不能か否かを判定するのは極めて困難であり、とくに返済期限到来前に、当該貸付を背任として捉えることは一層難しい問題であるから、実際の捜査に当たっては、原則として期限到来後に弁済がなされないまま一定の期間が徒過した場合を対象として財産上の損害の有無を検討しなければならないという指摘が檢察実務家によってなされていることにも注意が必要である²⁴⁾。このような実務における慎重な姿勢は不正融資事犯の摘発を遅延させることにもなるが、それはやむをえないことであり、捜査機関の慎重な姿勢それ自体は捜査実務のあり方としてはむしろ妥当であろう。しかし、この点は捜査実務上の検討課題で

あり、財産上の損害という要件をめぐる解釈論の構成とは次元を異にする問題である。

(3)ところが、学説の中にも、たとえ貸付の時点において回収の見込みがなくても、現実に相当期間内に返済・回収された場合には、貸付が無担保によるものであっても財産上の損害が発生したとは認められないので、未遂にすぎないと主張し、銀行取締役が倒産寸前のバーのマダムに無担保でバーの運転資金を貸し付けた場合でも、マダムがその後幸運にもジャンボ宝くじに当選し、相当の期限内に金銭を返済した場合には既遂とはならないとする見解がある²⁵⁾。

しかし、貸付の時点で回収不能と判断されるような無担保での貸付が、たまたま返済期限到来前に弁済がなされたからといって未遂にしかかなりえないというのはやはり不合理である。上の事例の場合には、銀行取締役については特別背任罪の既遂が成立しているのであり、バーのマダムが宝くじに当選したため弁済できたとしても、それは犯罪後の情状にすぎないのである²⁶⁾。ただし、貸付金が貸付の時点において回収不能か否かの判定については、それが厳格になされるべきであることはいうまでもない。

Ⅱ 不正融資事案における図利加害目的

1. 特別背任罪の故意

特別背任罪は故意犯であるから、構成要件該当事実の認識である故意がその成立要件であり、故意を認めるためには、①会社法960条掲記の身分を有すること、②任務違背行為、③財産上の損害についての認識が必要である。したがって、自己の行為の任務違背性についての認識を欠く場合には、たとえ客観的には任務違背とみられるものであっても故意を認めることはできず²⁷⁾、特別背任罪の成立は否定される。任務違背行為についての認識の程度は確定的でなければならないとする学説もあるが²⁸⁾、故意の一般原則に従って未必的な認識があれば足りる

と解すべきである²⁹⁾。財産上の損害についての認識も未必的なものでよい³⁰⁾。

なお、バブル経済期の融資については、たとえ多少不十分な担保によって貸付を行ったとしても、担保のために供された不動産がその後確実に値上がりするために貸付金はほぼ確実に回収できるという実情があり、そのために特別背任罪の故意を立証することの困難な事件が少なくなかったといわれている³¹⁾。

2. 図利加害目的

(1)特別背任罪においては、故意の他に、「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」(図利加害目的)という特別の主観的要件が成立要件とされている。すなわち、特別背任罪は目的犯であり、図利加害目的は本罪の成否を左右する極めて重要な要件である。この要件を充たすためには、図利目的か加害目的かのどちらか一方の目的があれば足り、両方ともに存在することは必要ではない。図利目的で行われた場合は利得罪となり、加害目的で行われた場合は毀棄罪に近い財産侵害罪となる。「自己」とは特別背任罪の主体である行為者自身のことであり、「第三者」とは行為者と本人である株式会社を除いたそれ以外の者のことであり、本罪の共犯者も含まれる³²⁾。

(2)図利目的における「利益」が財産上の利益に限られる(限定説)か、それ以外の利益(非財産的利益)も含まれる(非限定説)かについては争いがある。判例・通説は必ずしも財産上の利益を図る目的である必要はなく、身分上の利益その他の利益を図る目的で足りるとしている³³⁾。この点については、特別背任罪が財産犯の性質を有することは「財産上の損害」の要件ですでに確保されているし³⁴⁾、後述するように図利目的は犯罪の動機なのであるから、ここでいう「利益」を財産上の利益に限定する必然性はないのであり³⁵⁾、判例・通説の非限定説が妥当である。

なお、不正融資の事案では、従前の不正融資

の発覚を防ぎ、自己の信用面目を維持し、株式会社内における自己の地位を保全する等の目的で不良貸付を継続するというケースが多くみられるのであるが、判例はこのような場合にも特別背任罪の図利目的の存在を認めている³⁶⁾。

加害目的における「損害」も、財産上の損害に限られず、本人である株式会社の信用を失墜させるような場合を含むといえる³⁷⁾。

(3) 上述のように、特別背任罪の成立には図利加害目的という特定の目的が必要とされているのであるから、本人である株式会社の利益を図る目的(本人図利目的)でなした場合は、たとえ結果的に当該株式会社に損害を与えたとしても、本罪は成立しない³⁸⁾。問題は、たとえば前述のような追加融資において、貸付事務担当役員が株式会社内における地位保全というような自己の利益を図る目的または貸付先の金融の利益を図る目的と本人である株式会社の既存債権の保全・回収を図る目的が併存する場合のように、図利加害目的と本人図利目的とが混在する場合をどのように処理するかにある。このような場合には、判例はいずれが主たる目的であるかによって特別背任罪の成否を決している³⁹⁾。たとえば、日本通運株式会社事件上告審決定は、会社資金による融資行為について「主として不法に融資して自己の利益を図る目的がある以上、たとえ従として右融資により本人のため事故金を回収してその補填を図る目的があったとしても背任罪の成立を免れない」としている⁴⁰⁾。そして、このような判例による処理の仕方については、学説上も格別の異論はないと思われる。

ただし、実際上は、図利加害目的と本人図利目的のいずれが主であり従であるかの認定は極めて困難な場合が多く、結局は、不正融資の事案では、貸付事務担当役員が目的とした自己または第三者の利益と本人である株式会社の利益を比較検討するとともに、貸付の実行に際して貸付事務担当役員に要求される各種の責務を当該役員が果たしているかどうか等を資料として特別背任罪の成否を慎重に検討する必要

がある⁴¹⁾。

なお、不良貸付の事件では、貸付先の倒産を回避し既存債権の回収を図る意図を有していたのであるから図利加害目的は存在しないと主張がなされることが多いと思われるのであるが、貸付事務担当役員がその内心において上のような意図を有していたり、既存債権の回収に成功することを望んでいたとしても、ただそれだけで本人図利目的が認められ、図利加害目的の存在が否定されるわけではない⁴²⁾。この点について、たとえば前出の大光相互銀行事件第一審判決は、本件では被告人に主として自己保身と融資先の利益を図る目的があったと認定した上で、「既に認定した本件当時のM・R・Cの業況、資産状態、担保の徴求状況からすれば、客観的にみて既存債権の回収はもとより、本件各融資金の確実な回収は到底期待できない状況であったのであるから、同被告人がその内心において債権回収を図る意図を有していたとしても、それは現実的可能性に乏しい単なる期待ないし願望に過ぎないものというべく、同被告人の主たる動機、目的が先に述べた点に存したことは否定し得ないものといわなければならない」と判示している⁴³⁾。特別背任罪の不成立を導く本人図利目的は貸付の実行という任務違背行為を取り巻く各種の客観的事実を重要な判断資料として認定されるべきであるから、上記判決の判示するところは基本的に妥当であると考えられる。

(4) 図利加害目的の内容に関しては、図利加害の事実についての未必的認識で足りるとする説(認識説)、それについての確定的認識を必要とする説(確定的認識説)、図利加害を意欲することが必要であるとする説(意欲説)等が対立し、学説は錯綜した状況にある。他方、判例の状況に目を向けるならば、東京相互銀行事件上告審決定が、相互銀行の支店長がその任務に違背し、自己および取引先である第三者を利し当該銀行を害することを熟知しながら、あえて回収不能のおそれのある過振りを長期間連続的に行ったという事案について、「特別背任

罪における図利加害目的を肯定するためには、図利加害の点につき、必ずしも所論がいう意欲ないし積極的認容までは要しないものと解するのが相当」と判示し、上記の意欲説の立場を否定するに至ったのである⁴⁴⁾。このように判例が意欲説を採らないことは確かであるが、従来判例は図利加害目的の内容についてそれ以上のことを明言することがなかったのである。

(5) 上述のような学説・判例の状況の中で、図利加害目的の内容を動機と解した上で、図利加害目的の要件は、自己図利目的、第三者図利目的、本人加害目的という特定された目的に含まれていない本人図利目的の不存在を裏側から規定した要件であるとみて、図利加害の動機がある場合だけではなく、図利加害の(未必的)認識しかないが本人図利の動機が存在しない場合にも、この要件は充足されるとする説(消極的動機説)が提唱され⁴⁵⁾、この見解はその後多くの賛同を得て、近年、急速に有力化しつつある⁴⁶⁾。

また、近年、判例にも重要な動きがみられる。すなわち、最高裁は、平和相互銀行の監査役で顧問弁護士であり、また同銀行の経営に強い発言力を持っていた被告人が、融資業務を統括・担当するA等と共謀の上、4回にわたり不正融資を行ったという事案で、「被告人及びAらは、本件融資が、太平洋クラブに対し、遊休資産化していた土地を売却してその代金を直ちに入手できるようにするなどの利益を与えるとともに、B及びCに対し、大幅な担保不足であるのに多額の融資を受けられるという利益を与えることになることを認識しつつ、あえて右融資を行うこととしたことが明らかである。そして、被告人及びAらには、本件融資に際し、太平洋クラブが募集していたレジャークラブ会員権の預り保証金の償還資金を同社に確保させることにより、ひいては、太平洋クラブと密接な関係にある平和相互銀行の利益を図るという動機があったにしても、右資金の確保のために平和相互銀行にとって極めて問題が大きい本件融

資を行わなければならないという必要性、緊急性は認められないこと等にも照らすと、……それは融資の決定的な動機ではなく、本件融資は、主として右のように太平洋クラブ、B及びCの利益を図る目的をもって行われたということが出来る」と判示した(平和相互銀行事件上告審決定)⁴⁷⁾。そして、このような判示部分に示された最高裁決定の理論構成は、①被告人には、太平洋クラブ、BおよびC(第三者)の利益を図る動機があったわけではないが、それに関する認識と認容があった、②一方、本人である平和相互銀行の利益を図る動機はなかった(それは融資の決定的な動機ではなかった)、③①および②の事情の下では、被告人に特別背任罪における第三者図利目的を認めることができる、というものであると整理してよいと思われる。そうであるならば、最高裁は、本件決定において前述の消極的動機説と極めて親和性のある立場を採ったということとなる⁴⁸⁾。

つぎに、最高裁は、中堅総合商社イトマンの代表取締役社長であった被告人が、その任務に背いて、社長室直轄の企画経理本部長Aと共謀の上、自己の利益を図り、その反面、イトマンに損害を加えることを認識しながら、巨額の融資を行ったという事案で、弁護士が被告人には図利目的も加害目的もなかったと争った点について、「被告人が本件融資を実行した動機は、イトマンの利益よりも自己やAの利益を図ることにあつたと認められ、また、イトマンに損害を加えることの認識、認容も認められるのであるから、被告人には特別背任罪における図利目的はもとより加害目的も認めることができる」と判示した(イトマン元社長特別背任事件上告審決定)⁴⁹⁾。すなわち、本件決定で、最高裁は、加害の動機があったわけではないが、加害の認識・認容があり、本人の利益よりも自己らの利益を図るところに融資の動機があった(つまり本人図利の動機が優越していたのではなかった)のであるから、加害目的が認められるとしているのであり、本件決定における最高裁の立場も消極的動機説に親和的であるといえる⁵⁰⁾。

もつとも、本件決定は図利目的が認められる事案において併せて加害目的をも認めた事例判例であるから、図利目的が認められない場合に、最高裁がどのような理論構成を用いて加害目的を認めるかは必ずしも明らかではない。そうであるとしても、図利加害目的の内容に関する判例の傾向を探る上においては、本件決定は重要な意義を有するものである。

なお、消極的動機説に親和的であるといえる下級審の判例としては、たとえば大阪地裁平成6年1月28日判決⁵¹⁾を挙げることができる⁵²⁾。

(6) 判例・学説の最近の傾向が上述のとおりであるならば、つぎに、消極的動機説の当否が検討されなければならない。まず、前述のように、判例は、図利加害目的と本人図利目的が併存する場合には、目的の主従により特別背任罪の成否を決しているものであり、この点については学説上も異論はない。したがって、判例は図利加害目的の内容を認識という純粋な知的要素の問題として理解しているのではなく、むしろ心情的な要素である動機と解しているともみることができる⁵³⁾。なぜならば、心情的要素である動機については、その主従ないし軽重を考慮することができるのに対し、認識という純粋な知的要素に主従という観念を容れる余地はないからである。そして、判例と同様に目的の主従の比較によって図利加害目的の有無を判断する学説も、本来は、この目的の内容を動機として理解する考え方に立っていると思われる。かつては多数説とされ現在でもなお有力な確定的認識説は、図利加害目的の内容に関して、このような動機の有無の問題と認識の程度の問題とを混同しているものであり⁵⁴⁾、このことが学説の錯綜する原因の1つとなっている⁵⁵⁾。いずれにしても、図利加害目的の内容はこれを動機と解すべきであり、この点においては、(消極的)動機説は妥当な見解である。

(7) しかしながら、消極的動機説は重大な問題性を孕んでいる。まず、消極的動機説は本人図利目的を特別背任罪の消極的な成立要件としている(すなわち、本人図利目的の不存在を

同罪の成立要件としている)。たしかに、前述のように、本人図利目的が存在する場合には図利加害目的が認められず、特別背任罪は成立しないのであり、この点は判例・通説の承認するところである。しかし、そうであるからといって、この命題から、その裏面として、本人図利目的が存在しない場合には図利加害目的が認められ同罪が成立するという帰結を導き出すことはできない。本人図利目的が犯罪成立の消極的要件であるならば、立法者は、会社法960条の「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」という文言に代えて、端的に「株式会社の利益を図ることなしに」という消極的表現による文言を用いたと思われる⁵⁶⁾。そうではなく、960条は図利加害目的を犯罪成立の積極的要件として掲げているのであり、消極的動機説はけっして現行法の条文と整合的な解釈とはいえない⁵⁷⁾。さらにいえば、それは現行法の解釈というより立法論に近いものである。なぜならば、消極的動機説においては、図利加害目的という特別の主観的要件の独自性が著しく後退することとなるからである。

つぎに、消極的動機説は、図利加害の目的も本人図利の目的も存在しない場合または2つの目的に主従の関係がない場合には、任務違背行為により本人に損害を加えることを正当視する理由がないのであるから、図利加害の動機がなくても、その認識がある限り、特別背任罪の成立を肯定するのが相当であるとする基本的見解に基づいており⁵⁸⁾、このような価値判断に立って、犯罪成立のために図利加害の動機を要求する立場に対しては、それでは単純な任務怠慢行為を処罰できないこととなり不都合であるという批判を向けている⁵⁹⁾。たしかに、消極的動機説は無責任で怠慢な会社経営者等(不正融資の事案では、自己の職責を全うしないまま漫然と不正融資を継続した無責任な貸付事務担当役員)の刑事責任を追及する上で「便利な」理論であるのかもしれない⁶⁰⁾。しかしながら、消極的動機説が前提とする上記のような価値判断ないし刑事政策的考慮が妥当であるとは思われな

いのである。債務不履行は民事制裁の問題であることが原則であるならば、単純な任務怠慢行為は民事責任の追及に任せればよいのであり⁶¹⁾、最近では、そのために株主代表訴訟の制度も活用されている。会社経営に関する犯罪の領域においても、刑法は「最後の手段」であるべきこと（刑法の謙抑性・補充性）を忘れてはならない。また、刑法を手段として「勤勉」を強制することには慎重さが求められるのである⁶²⁾。

(8) 図利加害目的は特別背任罪の積極的な成立要件であり、やはり図利加害の動機がある場合に限って同罪の成立を認めることが妥当な解釈である。本罪の成立が肯定されるためには、刑事裁判において、検察官は図利加害の動機の存在を立証し、裁判所はこれを認定しなければならない⁶³⁾。ただし、図利加害の動機は必ずしもその意欲であることを要するわけではない。

Ⅲ 不正融資の借り手側と共同正犯の成否

1. 問題の所在

不正融資の事案において金融機関等の貸付事務担当役職員に特別背任罪が成立する場合に、融資を受けた借り手側に特別背任罪ないし背任罪の共同正犯の成立が認められるかという問題がある。特別背任罪は身分犯であり、借り手側は非身分者であるが、判例・通説は刑法65条1項の共犯の中には共同正犯も含まれると解している⁶⁴⁾。一般論としては非身分者である借り手側に特別背任罪ないし背任罪の共同正犯の成立を認めることは可能である⁶⁴⁾。

しかし、それが一般論として可能であるとしても、借り手側については、特別背任罪ないし背任罪の共同正犯の成立を安易に認めるべきではない。なぜならば、借り手側は、本来、金融機関等の貸付事務担当役職員（厳密には金融機関等それ自体）とは利害関係が相対立する関係にあるから、借り手側が自己の経済的利益を図

るための行為は多くの場合に金融機関等に不利益を生じさせることとなり、このような中で借り手側に安易に特別背任罪ないし背任罪の共同正犯の成立を認めると、本来は自己の経済的利益を自由に追求することが可能であることを原則とする自由経済社会において、経済活動に対して過大な制約を課することとなりかねないからである⁶⁵⁾。そこで、借り手側についての共同正犯の成立範囲をどのようにして限定すべきか、という問題が生じることとなる。

2. 共同正犯の成立範囲

(1) かつての判例は、借り手側についての共同正犯の成立を主観面によって限定する態度を示していたように思われる。千葉銀行事件控訴審判決は、貸付をなす任務すなわ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まったく別個の利害関係を有する立場であるから、「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⁶⁶⁾、最高裁もこの控訴審判決を維持したのである⁶⁷⁾。このような判例の立場においては、借り手側に共同正犯が成立するためには、借り手側が貸付事務担当役職員の不良貸付の事情について具体的に認識していることが必要となる⁶⁸⁾。そして、かつての有力な学説は、上記判決の出現を契機として、またその影響の下で、借り手側に共同正犯が成立しうるのは、借り手側において、貸付事務担当役職員（甲）による「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、あるいはこれを慫慂したときに限る」とする見解を示していたのである⁶⁹⁾。

しかし、上記のような、借り手側の共同正犯の成立について主観面による限定を試みる立場には、借り手側が貸付事務担当役職員の行為の詳細を具体的に認識していたことを要求する根拠は何かという疑問があり、また上記学説が

「任務違背行為を懲瀆したとき」とする点については、これは客観的行為態様であり、任務違背の認識という問題にこのような異質な事情を持ち込むのは主張の一貫性を疑わせるものであるという批判もあった⁷⁰⁾。

(2) そこで、近時、学説では、借り手側の関与の態様という客観面から共同正犯の成立範囲を限定する見解が提唱されることとなった。その代表的な見解は、借り手側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、資金獲得行為が自己の利益の追求の枠内にあるとみることができる限度では、原則としてそれが刑事責任につながることはないとする基本的な立場から、①実質的に観察すれば借り手側も金融機関等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借り手側と貸付事務担当役員と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借り手側が貸付事務担当役員に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、④貸付事務担当役員に対する借り手側の働き掛けが著しく不相当であって、借り手側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に限り、借り手側の共同正犯を肯定している⁷¹⁾。そして、この見解は基本的に妥当な結論を示すものと評価され、有力となり、近時の下級審判例にかなりの影響を及ぼすこととなっている⁷²⁾。

たとえば、住専事件（高峰リゾート開発）第一審判決⁷³⁾は、「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、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」として、借り手側の共同正犯を否定したのであり、日本ハウジングローン（住専）特別背任事件第一審判決⁷⁴⁾も、傍論としてではあるが、借り手側に共同正犯が成立するための要件について、同様の判断を示している。また、不正融資の事案ではないが、イトマン絵画取引事件控訴審判決⁷⁵⁾は、「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掛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、慎重に吟味検討することが必要である」と判示して、売買取引の相手方の共同正犯を肯定している。

(3) 下級審判例が上記のような傾向を示す中で、最高裁は、まず住専事件（オクト社）上告審決定⁷⁶⁾において、融資に至る経緯等を具体的に認定した上で、「以上の事実関係によれば、被告人は、A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、Aらの任務違背、JHL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、Aらが自己及びオクト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、JHLが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ているのであって、A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うべきである」という判断を示した。この最高裁決定は、借り手側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見解に理解を示した上で、その成立範囲を合理的に画そうとしたものであると解されている⁷⁷⁾。

つぎに、最高裁は、イトマン絵画取引事件上告審決定⁷⁸⁾では、「被告人は、……Aらにとっ

て各取引を成立させることがその任務に違背するものであることや、本件各取引によりイトマンやエムアイギャラリーに損害が生ずることを十分に認識していたと認められる。また、本件各取引においてイトマンやエムアイギャラリー側の中心となったAと被告人は、共に支配する会社の経営が逼迫した状況にある中、互いに無担保で数十億円単位の融資をし合い、両名の支配する会社がいずれもこれに依存するような関係にあったことから、Aにとっては、被告人に取引上の便宜を図ることが自らの利益にもつながるといふ状況にあった。被告人は、そのような関係を利用して、本件各取引を成立させたとみることができ、また、取引の途中からは偽造の鑑定評価書を差し入れるといった不正な行為を行うなどもしている、それゆえ「被告人が、Aらの特別背任行為について共同加功したと評価し得ることは明らかであり、被告人に特別背任罪の共同正犯の成立を認めた原判断は正当である」と判示して、売買取引の相手方に共同正犯の成立を認めた前出の控訴審判決を維持している。この最高裁決定は、上に引用した判示部分に示された諸点を総合的に考慮して、被告人の関与の程度は通常の取引の範囲を明らかに逸脱しているとみて、売買取引の相手方の共同正犯を肯定したものと解されている⁷⁹⁾。

(4) さて、借り手側につき(特別)背任罪の共同正犯が成立するためには、借り手側が任務違背と財産上の損害発生認識および図利加害目的を有することが必要であることは当然であるが、その際に、任務違背の認識については、貸付事務担当役職員の行為の詳細を具体的に認識していたことまでを要求する根拠はなく⁸⁰⁾、その認識の程度で共同正犯の成立を限定することは困難であるといわざるをえない。そうであるならば、借り手側の共同正犯の成立範囲を限定するためには、やはり貸付事務担当役職員の背任行為への借り手側の関与の態様という客観面が重視されなければならない。そこで、借り手側に「共同加功」が認められる場合を明らかにすることが必要となる。

その際、前出の住専事件(高峰リゾート開発)第一審判決が判示したように、貸付事務担当役職員に対し影響力を行使しう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た場合に共同正犯が成立することは何人もこれを承認するところであると思われる。前出の住専事件(オクト社)上告審決定も、この点については当然のこととして理解を示していると解されるし、また上記判決の説示するところは、下級審判例に影響を与えたとされる前述の代表的学説が示した判断基準の③(借り手側が貸付事務担当役職員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)および④(貸付事務担当役職員に対する借り手側の働き掛けが著しく不相当であって、借り手側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)とも符合するといえる。すなわち、このようなケースはまさに「積極的加功」の典型例である⁸¹⁾。

(5) つぎに、住専事件(オクト社)の事案においては、融資を継続すること自体の利害関係が貸付事務担当役職員と借り手側との間で共通化しており⁸²⁾、両者は一種の運命共同体ともいえる関係にあったのであり⁸³⁾、イトマン絵画取引事件の事案においては、先に引用した上告審決定の判示するところから明らかなように、絵画事業を統括していた者と絵画等を提供する者との利害関係が一体化していたといえる⁸⁴⁾。そして、これら両事件において借り手側ないし絵画等提供者は上のように利害が共通化しない一体化した関係を利用して融資ないし売買取引を成立させたのであり、このような事実を照らして考えるならば、借り手側ないし絵画等提供者の関与の程度は通常の取引の範囲を明らかに逸脱しているといえるのである。したがって、このようなケースにおいても、借り手側等について共同正犯の成立を認めても差し支えないと思われる。なぜならば、そもそも借り手側についての共同正犯の成立範囲を限定する必要性は、借り手側に安易に共同正犯の成立を認

めると、自由経済社会において、通常の経済活動に過大な制約を課する結果となるという問題意識から導かれているからである⁸⁵⁾。なお、このようなケースは、前述の代表的学説が示した判断基準の②（借り手側と貸付事務担当役職員の間で経済的利害を共通にするような関係がある場合）と符合するものである。

（6）以上、要するに、借り手側の共同正犯は、原則として、①借り手側が貸付事務担当役職員に対し支配的な影響力を行使したり、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た場合と②借り手側と貸付事務担当役職員の間で利害関係が共通化ないし一体化しており、借り手側がこのような関係を利用した場合に限って、その成立が認められるということとなる。そして、①と②のケースについては、いずれの場合にも、不正融資への借り手側の関与の程度が通常の融資取引の範囲を明らかに逸脱していると認められることを、さしあたり、両ケースに共通する共同正犯成立の根拠として挙げることができるであろう⁸⁶⁾⁸⁷⁾。なお、住専事件（オクト社）上告審決定は貸付事務担当役職員の任務違背等についての「高度の認識」を、イトマン絵画取引事件上告審決定はそれに準じるものについての「十分な認識」を借り手側等の共同正犯成立の要件としているが、この点については、一般的な故意の要件以上のものを要求する必要はないと思われる⁸⁸⁾。

もっとも、住専事件（オクト社）上告審決定とイトマン絵画取引事件上告審決定は、いずれも事例判断を示したものであるにとどまるから、借り手側についての共同正犯の成立範囲を画する一般的な判断基準については、なお最高裁判例の今後の動向を見守る必要がある⁸⁹⁾。

おわりに

以上、不正融資事案における特別背任罪の成否を明らかにするための解釈論上の検討作業を行い、その際、分析・検討の重点を①図利加害目的の意義・内容を解明することと②借り手側

についての共同正犯の成立範囲を明確化すること（適正な範囲に限定すること）に置いた。そして、前者については、消極的動機説を批判的に検討することを通じて、図利加害の動機がある場合に限って特別背任罪の成立を認めることが妥当な解釈であること、すなわち積極的動機説に与すべきことを提示し、後者については、借り手側の関与の程度が通常の融資取引の範囲を明らかに逸脱していると認められることを共同正犯成立の一応の判断基準とすべきことを示すことができた。

ただし、これら2つの重要論点については、なお今後の判例の帰趨を見守り、分析・検討を深めて行く必要があると思われる。そのための本格的な取り組みについては他日を期し、とりあえず筆を擱くこととしたい。

注

- 1) 芝原邦爾『経済刑法』岩波書店、2000年、54ページ。
- 2) 的場純男「貸付業務と背任罪」経営刑事法研究会編『事例解説経営刑事法Ⅰ』商事法務研究会、1986年、141ページ、藤永幸治編集代表『シリーズ捜査実務全書4 会社犯罪』東京法令出版、1994年、124ページ〔落合義和〕、西田典之編『金融業務と刑事法』有斐閣、1997年、135ページ〔上嶋一高〕。
- 3) 本江威憲監修『民商事と交錯する経済犯罪Ⅰ〔横領・背任編〕』立花書房、1994年、346ページ〔須藤純正〕。
- 4) 的場・前掲注2)143-144ページ。
- 5) 永野義一「最近の金融犯罪——不正融資案件を中心に」『金融法務事情』1546号、1999年5月、13-14ページ。
- 6) 上柳克郎ほか編集代表『新版注釈会社法(13)』有斐閣、1990年、558ページ〔芝原邦爾〕。
- 7) 奥野健一ほか『株式会社法積義』厳松堂、1939年、535ページ。
- 8) 大谷實『刑法講義各論（新版第2版）』成文堂、2007年、314-315ページ、中森喜彦『刑法各論（第2版）』有斐閣、1996年、173ページ、西田典

- 之『刑法各論（第4版）』弘文堂，2007年，234ページ，山口厚『刑法各論（補訂版）』有斐閣，2005年，319ページ等。
- 9) 最判昭45・6・24民集24巻6号625ページ。
 - 10) 的場・前掲注2)142-143ページ，西田・前掲注2)135ページ〔上寫〕，上田勇夫「銀行融資をめぐる犯罪」佐藤道夫編『刑事裁判実務大系8財産の刑法犯』青林書院，1991年，524-525ページ。
 - 11) 新潟地判昭59・5・17判時1123号3ページ。本判決は，特に目新しい法律判断を示したわけではないが，特別背任罪の各問題点をほぼ網羅的に取り上げて論じている。
 - 12) 上柳ほか・前掲注6)561ページ〔芝原〕，芝原邦爾『経済刑法研究（上）』有斐閣，2005年，171ページ。
 - 13) 芝原・前掲注12)172ページ，的場・前掲注2)144-145ページ，俵谷利幸『金融犯罪——解釈と実務（改訂版）』日世社，1984年，35ページ以下。伊藤榮樹・小野慶二・莊子邦雄編『注釈特別刑法5経済法編I』立花書房，1986年，133ページ〔伊藤榮樹〕は，規制違反をもって直ちに任務違背ありとするが，妥当ではない。
 - 14) 永野・前掲注5)17ページ。
 - 15) 東京地判昭36・4・27下刑集3巻3号4号346ページ〔千葉銀行事件〕，東京地判昭40・4・10判時411号35ページ〔第一相互銀行事件〕。
 - 16) 上田・前掲注10)527ページ，芝原・前掲注12)171ページ。
 - 17) 最決昭58・5・24刑集37巻4号437ページ。
 - 18) 上柳ほか・前掲注6)562ページ〔芝原〕。
 - 19) 最決平8・2・6刑集50巻2号129ページ〔香港上海銀行事件上告審決定〕。
 - 20) 平野龍一編集代表『注解特別刑法4経済編（第2版）』青林書院，1991年，34ページ〔佐々木史朗〕。
 - 21) 西田・前掲注2)140ページ〔上寫〕，永野・前掲注5)15ページ。
 - 22) 大判大11・9・27刑集1巻483ページ，大判昭9・6・29刑集13巻12号895ページ。
 - 23) 上田・前掲注10)528ページ。
 - 24) 藤永・前掲注2)130ページ〔落合〕。なお，西田・前掲注2)140-141ページ〔上寫〕。永野・前掲注5)15ページは，そのために，「どうしても摘発が遅れることになる」とする。
 - 25) 岡本勝「背任罪における『財産上の損害』について」阿部純二ほか編『刑事法の思想と理論・莊子邦雄先生古稀祝賀』第一法規出版，1991年，427ページ，430ページ注(10)。
 - 26) 西田・前掲注8)237ページ。
 - 27) 大判大3・2・4刑録20輯119ページ。
 - 28) 藤木英雄『刑法講義各論』弘文堂，1976年，348ページは，冒険的投機行為が社会通念上正当と認められることを考慮するならば，任務違背の認識については，未必的認識では足りないとするのが妥当な解釈であるとしている。しかし，株式取引，商品先物取引，デリバティブ取引等の一定のリスクを伴ういわゆる冒険的取引については，当該行為が通常の業務執行の範囲内であれば，任務違背性が否定され，またそれが株式会社（本人）の利益を図る目的で行われた場合は，凶利加害目的が否定されることによって特別背任罪不成立となるのであり，冒険的取引の処理を理由として，任務違背行為についての認識の程度が確定的でなければならないとする必要はない。また，大谷・前掲注8)316ページは，背任罪は目的犯であることから，自己の行為が任務の本旨に違背することについての認識は確定的でなければならないとしているが，背任罪が目的犯であることと任務違背の認識の程度とは直接的に関連するような問題ではない。
 - 29) 芝原・前掲注12)176ページ。なお，この点に関する判例は見当たらない。
 - 30) 大判大13・11・11刑集3巻788ページ等。
 - 31) 芝原・前掲注1)58-59ページ。
 - 32) 大判明45・6・17刑録18輯856ページ。
 - 33) 大判大3・10・16刑録20輯1867ページ。
 - 34) 伊藤ほか・前掲注13)131ページ〔伊藤〕。
 - 35) 西田・前掲注8)236ページ。
 - 36) 最決昭35・8・12刑集14巻10号1360ページ〔日本通運株式会社事件上告審決定〕等。なお，芝原・前掲注12)176ページ。
 - 37) 西田・前掲注8)236ページ。

- 38) 前掲注33)の判例。
- 39) 芝原・前掲注12)176ページ。
- 40) 前掲注36)の判例。その他に、最判昭29・11・5刑集8巻11号1675ページ〔大阪貯蓄信用組合事件上告審判決〕。
- 41) 上田・前掲注10)524ページ。
- 42) 西田・前掲注2)143ページ〔上掲〕。
- 43) 前掲注11)の判例。その他に、大阪地判平6・2・25判タ861号282ページ。
- 44) 最決昭63・11・21刑集42巻9号1251ページ。
- 45) ①香城敏麿「背任罪」芝原邦爾編『刑法の基本判例』有斐閣、1988年、159ページ、②同「背任罪の成立要件」阿部純二ほか編『刑法基本講座第5巻——財産犯論』法学書院、1993年、265ページ。
- 46) 永井敏雄「判例解説」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和63年度』法曹会、1991年、461-462ページ、中森・前掲注8)173ページ、西田・前掲注8)236ページ、山口・前掲注8)321ページ、前田雅英『刑法各論講義(第4版)』東京大学出版会、2007年、329ページ等。
- 47) 最決平10・11・25刑集52巻8号570ページ。
- 48) 芝原・前掲注12)183ページ。
- 49) 最決平17・10・7刑集59巻8号779ページ。
- 50) 『判例タイムズ』1195号、2006年2月、121ページ以下の解説。なお、今井猛嘉「判例批評」『ジュリスト』1313号、2006年6月、175ページは、本件決定は図利目的を認めた点も含めて消極的動機説から説明できるとする。
- 51) 判タ841号283ページ。
- 52) この点を指摘するのは、西田・前掲注2)133-134ページ〔上掲〕。ただし、この判決は借り手側(共犯者)に共同正犯の成立が認められた事案である。
- 53) 上柳ほか・前掲注6)565ページ〔芝原〕、西田・前掲注2)134ページ〔上掲〕、香城・前掲注45)①159ページ、林陽一「判例批評」『判例評論』367号、1989年9月、77ページ。
- 54) 藤木・前掲注28)348ページは、図利加害目的の内容を動機と解した上で、確定的認識説を提唱している。
- 55) 前田・前掲注46)329ページは、「『利益・損害の認識が未必のか否か』という故意と同一の座標を設定し、その大小・強弱で『図利・加害目的』の独自性を説明するのは不合理である」として、確定的認識説を批判しているが、これは的を射た批判である。
- 56) 斎藤信治『刑法各論(第2版)』有斐閣、2003年、194ページ。
- 57) 佐伯仁志「判例批評」『ジュリスト』1232号、2002年10月、196ページ、芝原・前掲注12)183ページ。
- 58) 香城・前掲注45)①159ページ、②265ページ。
- 59) 中森・前掲注8)172-173ページ。
- 60) 佐久間修「判例批評」『法学教室』226号、1999年7月、133ページは、「本人の利益を図る積極的意思が認められない限り、図利加害目的があったとする理論構成は、金融機関の不祥事が重なる昨今、自己の職責を全うしないまま、漫然と不正融資を継続した担当役員の刑事責任を追究する上で便利であろう」とする。
- 61) 佐伯・前掲注57)196ページ、今井猛嘉「判例批評」『刑法判例百選Ⅱ各論(第5版)』有斐閣、2003年、137ページ。
- 62) 斎藤・前掲注56)194ページ。
- 63) 佐伯・前掲注57)196ページ。
- 64) この場合、判例は、非身分者である借り手側には刑法65条1項により特別背任罪の共同正犯が成立するが、借り手側は65条2項に従い刑法247条の背任罪の刑をもって処断されるとしている(東京高判昭42・8・29高刑集20巻4号521ページ、東京高判昭54・12・11東高刑時報30巻12号179ページ)。しかし、共同正犯の成立という問題についても、借り手側には特別背任罪ではなく刑法247条の背任罪の共同正犯が成立すると解すべきである。
- 65) 芦澤政治「判例解説」『法曹時報』59巻8号、2007年8月、277ページ、朝山芳史「判例解説」『法曹時報』57巻8号、2005年8月、286ページ。
- 66) 東京高判昭38・11・11公刊物未登載。
- 67) 最判昭40・3・16裁判集刑事155号67ページ。
- 68) もっとも、最近になって、千葉銀行事件控訴審

- 判決およびこれを維持した最高裁判決については、その見直しがなされ、本文で引用した説示部分は「むしろ傍論に属する」のであって、これらの判決の判例としての意義は必ずしも大きいものとはいえないとされている。朝山・前掲注65)289ページ、芦澤・前掲注65)283-284ページ、山口厚編『クローズアップ刑法各論』成文堂、2007年、314-315ページ〔島田聡一郎〕。
- 69) 藤木英雄『経済取引と犯罪』有斐閣、1965年、242ページ。同様の見解として、三井誠「判例批評」『続刑法判例百選』有斐閣、1971年、183ページ。なお、的場・前掲注2)148ページ、西田・前掲注2)144ページ〔上寫〕。
- 70) 中森喜彦「背任罪の共同正犯」『研修』609号、1999年3月、5ページ。
- 71) 中森・前掲注70)6-7ページ。
- 72) 山口・前掲注68)335ページ〔島田〕。
- 73) 東京地判平12・5・12判タ1064号254ページ。
- 74) 東京地判平13・10・22判時1770号3ページ。本判決の被告人は貸し手側である日本ハウジングローンの取締役らであり、特別背任罪の成立が肯定されている。
- 75) 大阪高判平14・10・31判時1844号135ページ。
- 76) 最決平15・2・18刑集57巻2号161ページ。
- 77) 朝山・前掲注65)299ページ。
- 78) 最決平17・10・7刑集59巻8号1108ページ。
- 79) 『判例タイムズ』1197号、2006年2月、148ページ以下の解説。
- 80) 中森・前掲注70)5ページ。
- 81) 芦澤・前掲注65)296ページ。
- 82) 東京地判平11・5・28判タ1031号253ページ。
- 83) 朝山・前掲注65)302ページ。
- 84) 山口・前掲注68)323ページ〔島田〕。
- 85) 芦澤政治「判例批評」『ジュリスト』1338号、2007年7月、194ページ。
- 86) 芦澤・前掲注65)295-296ページは、借り手側の共同正犯の成立範囲を画する最終的な判断基準を「関与の程度が通常の取引から明らかに逸脱しているか否か」という辺りに求めるのが相当であるとする。
- 87) 前述の代表的学説が示した判断基準の①（実質的に観察すれば借り手側も金融機関等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）は、実質的には借り手側が金融機関等の貸付事務担当役員側の立場（ないしこれに準じる立場）にあり、貸付事務担当役員側の一員であるとみなされる場合であり、このような場合に、共犯に関する一般論に従って、共同正犯の成立要件を充たすときに借り手側の共同正犯の成立を認めたとしても、そこには格別の問題は生じないといえる。すなわち、このような場合については、借り手側の共同正犯の成立を特別に限定する必要がないということである。
- 88) 芝原・前掲注12)186-187ページ。
- 89) 最近、最高裁は、貸し手側と借り手側の利害関係が一致しており、しかも借り手側が貸し手側の不正融資の実現にきわめて積極的に加担した事案につき、借り手側に特別背任罪の共同正犯の成立を認めた（最決平20・5・19）。西田典之「判例批評」『金融法務事情』1847号、2008年10月、20ページ参照。決定文は本稿執筆の時点では『金融法務事情』1846号、2008年9月、70ページ以下に掲載されているが、この最高裁決定については、後日改めて検討を加えたい。

(2008年11月28日掲載決定)