

〔判例研究〕

不正融資における借り手側の刑事責任

—— 最決平20・5・19刑集62・6・1623

垣 口 克 彦

I 事案の概要

1. 本件事案

本件は、銀行がした融資に係る頭取らの特別背任行為につき、当該融資の申込みをしたにとどまらず、その実現に積極的に加担した融資先会社の実質的経営者に、特別背任罪の共同正犯の成立が認められた事案である。

2. 事実関係

本件の実事関係は、第1審判決および原判決の認定をもとに本決定が摘示するところによれば、以下のとおりである（本件事案の場合には、不正融資に至る経緯および借り手側の関与の態様が重要な意味を有するので、事実関係をかなり詳細に記述することとした）。

（1）本件融資

I銀行は、平成12年9月22日、F社に対し、57億円を貸し付けた。本件融資の担保としては、F社が所有するゴルフ場に係る極度額32億円の第1順位の根抵当権、極度額36億4000万円の第3順位の根抵当権、被告人らによる連帯保証があった。

（2）関係者の概況

ア 本件当時、Tが代表取締役を務めていたI銀行の財務状況は芳しくなかった。また、大蔵省等による検査、日本銀行の考査で、財務状況の悪化や審査管理の不十分さが度々指摘され、平成12年3月17日、金融監督庁は業務改善命令を発出した。

イ N社は、被告人が設立した会社であり、

本件当時、被告人が代表取締役会長であった。被告人は、会社を次々と設立、買収するなどし、その結果、N社を中心とする十数社から成るMグループと呼ばれる企業集団が形成されていた。F社は、平成12年4月、本件ゴルフ場の譲渡先となる会社として被告人が設立した会社であり、本件当時、被告人が実質的な経営者であった。

（3）I銀行とN社との関係等

I銀行はMグループの企業に多額の融資をしていたが、同グループの融資先企業は、N社を含め経営不振に陥り、元本はおろか利息の支払も満足にできず、慢性的な資金難状態で実質的に破綻していた。I銀行は、このような状況の下、返済期限の延長や利息の追い貸し、利払資金の迂回融資等に及び、不良債権であることの表面化を先送りしてきた。その一方、Mグループの企業を他の不良債権の付け替え先として利用していた。

（4）本件ゴルフ場等

N社は、S銀行やI銀行等から百数十億円の融資を受けて、本件ゴルフ場の開発を行ったが、会員権の販売が低迷したため、造成工事を受注したK社に工事代金を一部しか支払えないまま、平成9年9月、本件ゴルフ場を開場した。

しかし、会員権の販売状況は、計画を大幅に下回り、正会員権の価格を当初の約3分の1にまで引き下げるなどしたものの、販売は伸びなかった。一方、平成12年9月時点で、償還を要する預託金額は約41億円に達し、その償還開始

時期も平成14年3月に迫っていた。

また、N社のゴルフ場部門の経営状態も、赤字続きで、平成12年3月期には数千万円の損失を出していたが、N社の資産としては、本件ゴルフ場以外にはI銀行の債権の回収に充てられる見込みのものはなかった。

(5) 本件融資に至る経緯等

ア 前記(4)のとおり本件ゴルフ場の開発に関してN社に融資していたS銀行とI銀行以外の金融機関は、平成11年3月ころ、N社に対する約100億円の債権を不良債権として処理すべく、これを極めて低額で外資系の会社に譲渡したことから、被告人は、S社を経営するMに依頼し、同社を介してMグループの企業に、I銀行からの融資金で、同債権を低額で買い取らせた。

被告人は、K社にも同種の方法により債権譲渡を働き掛けようと考え、自己の支配する企業が、I銀行から融資を受けてN社から本件ゴルフ場を買い取った上、K社に相当額を支払ってN社に対する債権を譲り受ける形を取るなどして、N社の債務圧縮を実現する案(「再生スキーム」)をTおよびI銀行の担当者に提案するとともに、MにK社との交渉を依頼した。この再生スキームは、I銀行が、平成12年9月末を基準として行うこととされていた次回の金融庁検査に対応する上でも、利点のあるものであった。

イ 被告人は、Mから、本件ゴルフ場の評価額を60億円から70億円とする不動産鑑定評価書を入手することができれば、K社に対する交渉材料として利用できる旨言われ、評価額が上記金額となる不動産鑑定評価書を作成させるとし、その旨不動産鑑定士に依頼した。不動産鑑定士は、求めに応じて本件ゴルフ場の価格を67億5273万円とする不動産鑑定評価書を作成し、N社に提出した。同鑑定評価書は、Mに提供され、さらに、本件融資の決定に当たってはI銀行にも提供された。しかし、本件ゴルフ場の客観的な担保価値は、十数億円程度にすぎないものであった。

ウ 被告人とTらとの間での話合いの結果、本件ゴルフ場の売買代金の支払名目でなされる本件融資金のうち、約25億円をMグループの企業のI銀行に対する債務の返済に、約17億円をN社のK社に対する債務の返済に、約5億円をS社への手数料等の支払に、約4億5000万円をMグループがI銀行の増資を引き受けた見返りに行われた融資の返済に、約2億円をF社の運転資金およびホテルNに対するI銀行からの迂回融資の返済等に、約3億円をその他諸経費の支払にそれぞれ充てることとし、本件融資金額を57億円とすることが決まった。その結果、平成12年9月5日、N社とF社との間で、F社が約41億円の預託金返還債務を引き継いだ上、本件ゴルフ場を譲り受けるとの売買契約が締結された。また、同月11日、N社、K社およびS社の間で、①N社は、K社に対する合計約156億円の債務のうち、17億円を支払う、②K社は、S社に、N社に対する上記債権の残額を300万円で譲渡する、③K社は、本件ゴルフ場における自社の担保権の抹消に同意するなどの合意が成立した。

エ 本件融資については前記(1)のとおり被告人らによる連帯保証があったものの、これらの連帯保証人に本件融資金を返済する能力はなく、また、F社、さらにはN社にも、本件ゴルフ場以外には本件融資金の返済に充てられるべき資産はなかったところ、本件当時の本件ゴルフ場の客観的な担保価値は前記イのとおりであって、本件融資は担保価値の乏しい不動産を担保に徴求するなどしただけのものであった。本件当時のN社の経営状態は前記(3)のとおり実質的に破綻状態であったところ、本件ゴルフ場の会員権の販売状況、経営状態も、前記(4)のとおり劣悪な状況にあり、会員権の販売や営業収入の増加により本件融資金の返済が可能であったとは到底いえない。本件融資は、借主であるF社、さらにはN社が貸付金の返済能力を有さず、その回収が著しく困難であったものである。

Mar. 2010

不正融資における借り手側の刑事責任

(6) 関係者の認識等

ア TらI銀行の担当者の認識

Tらは、本件融資について、借主であるF社、さらにはN社が貸付金の返済能力を有さず、その回収が著しく困難であり、前記の67億余円という不動産鑑定評価額が大幅な水増しで、本件ゴルフ場の担保価値が乏しく、本件融資の焦げ付きが必至のものであると認識していた。しかし、本件融資を実行しない場合、N社は早晚経営が破綻し、そうなれば、N社等とI銀行との間の長年にわたる不正な取引関係が明るみに出て、Tらは経営責任を追及されるであろうし、前記のN社のK社に対する債務の処理ができなければ、金融庁からのさらに厳しい是正措置の発出も必至の状況であったから、Tらは経営責任を追及される状況にあったものというべく、本件融資はTらの自己保身のためであるとともに、N社の利益を図る目的も有していた。

イ 被告人の認識

被告人は、本件融資について、その返済が著しく困難であり、本件ゴルフ場の担保価値が乏しく、本件融資の焦げ付きが必至のものであることを認識しており、本件融資の実行がTらの任務に違背するものであること、その実行がI銀行に財産上の損害を加えるものであることを十分に認識していた。

そして、被告人の経営するN社等はI銀行との間で長年にわたって不正な取引関係を続けてきたものであったところ、本件融資の実行はN社の経営破綻を当面回避させるものであり、それはTらが経営責任を追及される事態の発生を回避させるというTらの自己保身につながる状況にあったもので、被告人はTらが自己の利益を図る目的も有していたことを認識していた。

Ⅱ 第1審および原審判決の要旨

1. 第1審判決

第1審判決（金沢地判平16・12・27刑集62・

6・1727参照）は、Tらに「特別背任罪が成立することは優に認められる」とした上で、被告人については、①「Tらが自己保身の目的から本件融資の実行に積極的であり、I銀行とMグループの間において、通常の貸し手と借り手におけるような対立した利害関係、緊張関係がなかったことを利用して本件融資を受けた」こと、②本件再生スキームを自ら計画して、それを押し進めるという「本件融資の実現のため必要かつ重要な役割を果たした」ことを根拠として、特別背任罪の共同正犯の成立を認めた。

2. 原審判決

原審判決（名古屋高金沢支判平18・9・5刑集62・6・1772参照）は、被告人の控訴を棄却した。原審において、弁護人は融資の借主について特別背任罪の共同正犯が成立するためには、借主が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したこと、あるいは少なくとも借主の関与の程度が通常の融資等の取引のあり方から明らかに逸脱していることが必要であると主張したが、原審判決はそのような積極的な働き掛けがなくても、「共犯者らの任務違背及び本人に与える財産上の損害について高度の認識を有し、共犯者が自己らの利益を図る目的を有していること及び融資に応じざるを得ない状況にあることを知りつつ、融資の実現に加担していれば、借主に共同正犯が成立する」として弁護人の主張を斥け、本件については、「被告人は、Tらの任務違背及びI銀行に与える財産上の損害について高度の認識を有し、Tらが自己の利益等を図る目的を有しており、本件融資に応じざるを得ない状況にあることを利用しながら、本件融資の実現に深く加担したものであるから、Tらの特別背任行為について共同加功をしたと十分に評価することができる」と判示している。

Ⅲ 決定要旨

1. 上告趣意

原審の控訴棄却に対して、被告人側が上告した。弁護人は、本件の争点である借り手側に関する共同正犯の成否については、上告趣意において「融資の借り主について共同正犯が成立するためには、借り主が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した場合であること、あるいは少なくとも借り主の関与の程度につきそれが通常の融資等の取引のあり方から明らかに逸脱しているといえることが必要である」とする見解を示し、結論として「特別背任罪の非身分者である被告人には、特別背任の共犯の成立が認められるような事情は全く存せず、被告人には特別背任の共犯は成立せず、無罪である」と主張した。

2. 上告審決定

最高裁は、弁護人の上告趣意は適法な上告理由に当たらないとして、本件上告を棄却したが、職権で、つぎのような判断を示した。

「以上の事実関係のとおり、被告人は、特別背任罪の行為主体の身分を有していないが、上記認識（筆者注：I-2-(6)-イの認識）の下、単に本件融資の申込みをしたにとどまらず、本件融資の前提となる再生スキームをTらに提案し、K社との債権譲渡の交渉を進めさせ、不動産鑑定士にいわば指し値で本件ゴルフ場の担保価値を大幅に水増しする不動産鑑定評価書を作らせ、本件ゴルフ場の譲渡先となるF社を新たに設立した上、Tらと融資の条件について協議するなど、本件融資の実現に積極的に加担したものである。このような事実からすれば、被告人はTらの特別背任行為について共同加功したものと評価することができるのであって、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相当である。」

Ⅳ 研究

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。そして、これが本件の争点となっている。

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ので、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¹⁾。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²⁾。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。本件最高裁決定は、このような問題を解明する際に役立つ重要な事例判断を示したものである。

2. 判例・学説の動向

本件最高裁決定について検討を加えるに当たり、まず、借り手側についての共同正犯の成立範囲に関する判例・学説の動向を明らかにしておきたい³⁾。

(1) かつての判例は、借り手側についての

Mar. 2010

不正融資における借り手側の刑事責任

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（東京高判昭38・11・11公刊物未登載）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、最高裁もこの控訴審判決を維持したのである（最判昭40・3・16裁判集刑事155・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⁴⁾。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、あるいはこれを懲慥したときに限る」とする見解を示していたのである⁵⁾。

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「任務違背行為を懲慥したとき」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⁶⁾。

（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（以下「代表的学説」という。）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職員の間に経済的利益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、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って、借り手側の共同正犯性を肯定している⁷⁾。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⁸⁾。

たとえば、住専事件（高峰リゾート開発）第1審判決（東京地判平12・5・12判タ1064・254）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性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1審判決（東京地判平13・10・22判時1770・3）⁹⁾も、傍論としてはあるが、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（大阪高判平14・10・31判時1844・135）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性を肯定している。

(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(最決平15・2・18刑集57・2・161)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、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¹⁰⁾。

つぎに、最高裁は、イトマン絵画取引事件上告審決定(最決平17・10・7刑集59・8・1108)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

営がひっ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う状況にあった。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性を肯定したものと解されている¹¹⁾。

(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の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¹²⁾、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1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

Mar. 2010

不正融資における借り手側の刑事責任

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、また上記第1審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¹³⁾。

（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¹⁴⁾、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¹⁵⁾、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¹⁶⁾。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ないし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のであり¹⁷⁾、そうであるならば、関与の程度が通常の取引の範囲を明らかに逸脱しているような場合に、当該関与が刑事責任につながるべきであったとして

も、そこには格別の問題は生じないからである。そして、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に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。なお、代表的学説は、上記の判断基準②のような場合には、借り手側と貸付事務担当役職員という本来の両者の立場の相違が埋まり、これら両者一体の共同正犯の関係が認められることとなるとしている¹⁸⁾。

（6）以上、要するに、借り手側の共同正犯は、原則として、〔Ⅰ〕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〔Ⅱ〕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。〔Ⅰ〕のケースが借り手側に共同正犯の成立が認められる典型例（あるいは本来のケース）であり、〔Ⅱ〕のケースはむしろ例外的な場合（やや特殊なケース）に属するといえる¹⁹⁾。そして、〔Ⅰ〕と〔Ⅱ〕の両ケースについては、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²⁰⁾²¹⁾。

3. 本件最高裁決定の検討

（1）本件第1審判決は、I銀行とMグループの間において「通常の貸し手と借り手におけるような対立した利害関係、緊張関係がなかったことを利用して」、被告人が融資を受けたという事実を重視して、被告人について共同正犯の成立を認めたのであり、控訴審判決も、Tらが「本件融資に応じざるを得ない状況にあることを利用しながら」、被告人が本件融資の実現に加担したのであるから、被告人については、Tらの特別背任行為に共同加功したものと評価

することができる」と判示している。控訴審判決は、上記引用部分において、I銀行とMグループとの間には、融資の貸し手と借り手の間に通常みられる緊張関係が失われていたことを示していると考えられる²²⁾。したがって、第1審判決および控訴審判決は、本件事案が共同正犯の成立範囲に関する前述の判断基準〔II〕のケース（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）に該当すると判断したものと解される。控訴審判決の判示内容は住専事件（オクト社）上告審決定の決定要旨とほぼ同じである。

ところが、本件最高裁決定は、共同正犯成立の根拠として、上述のような利害関係の共通化（一体化）とその利用という事実を明示してはいない。そして、この点については、本件事案におけるI銀行とMグループとの癒着関係の程度が、住専事件（オクト社）やイトマン絵画取引事件の事案における当該癒着関係と比べて、それほど高度ではなかったのではないかとすることを指摘することができるであろう²³⁾。第1審判決は、平成8年6月ころ、（被告人が代表取締役会長であった）N社からの融資の申し入れが、2度にわたり、I銀行によって拒否された事実を認定しているものであり、弁護人は、上告趣意において、このような事実の存在を根拠として、I銀行と被告人の間には利害が対立する関係があったと主張している。本件最高裁決定は、これらの点を考慮に入れて、本件事案における利害関係の共通化（一体化）はそれだけでは共同正犯成立の根拠とはなりえないと判断したのではないかと推察される。

（2）本件決定要旨に明示された判断を踏まえるならば、本件最高裁決定は、本件事案が共同正犯の成立範囲に関する前述の判断基準〔I〕のケース（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）に該当すると判断したものと解すべきであろう。しかし、このような理解

の仕方にも疑問が伴う。すなわち、本件事案においては、被告人がTら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たという事実は見当たらないのである。本件決定は、そのような事実ではなく、融資の前提となる再生スキームをTらに提案してこれに沿った行動を取り融資の実現に積極的に加担したという事実を共同正犯成立の根拠としているということである。

なお、この点については、融資の担保となる物件の担保価値を大幅に水増しした不動産鑑定書を作らせたことが社会通念上許容されない方法に当たるという見方も成り立つかもしれない。しかし、このような鑑定書の存在が本件融資にとって決定的に重要であったわけではなく、本件決定も、当該鑑定書の作成依頼を、融資実現に対する被告人の積極性を認定するための判断材料の1つとしているにすぎないと解される。要するに、本件事案は判断基準〔I〕のケースと完全に合致しているとはいえないのである。

（3）そこで、本件最高裁決定については、最高裁が、本件事案には大筋において上記判断基準〔I〕のケースに該当する事実が含まれているだけではなく、それとともに概ね〔II〕のケースに当てはまるともいえる事実も含まれていることを根拠として、借り手側につき共同正犯の成立を認めたのではないかと、すなわち〔I〕と〔II〕の両要素を併せて総合的に評価し、いわば「併せて一本」という発想を基にして、借り手側の共同正犯性を肯定したのではないかと、という捉え方が成り立つ余地もある²⁴⁾。しかし、このような捉え方には難点があるといわざるをえない。なぜならば、最高裁は、前述のように、本件決定要旨において〔II〕の要素を正確に明示してはいないからである。上述のような捉え方をするためには、決して明言されていない潜在的な要素を本件決定要旨から読み取るということとなるが、その場合には、最高裁がそのような重要な要素を潜在化させた理由は何かという疑問が生じることとなる。

Mar. 2010

不正融資における借り手側の刑事責任

(4) そうであるならば、本件最高裁決定は、本件事案が基本的に判断基準〔Ⅰ〕のケースに該当すると判断したのであり、このような場合についてまで〔Ⅱ〕の要素を考慮に入れる必要はないと考えたと解するのがやはり妥当である。ただし、その際に、最高裁は判断基準〔Ⅰ〕の見直しを進め、積極的な働き掛けの代表例とされている支配的影響力の行使や社会通念上許容されない方法の使用に当たる事実が不存在であつても、極めて積極的な加担や主導的な立場における関与が認められ、そ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評価される場合には、共同正犯の成立が肯定されるという新たな判断を示したと考えられる。そして、その限りでは、借り手側についての共同正犯の成立範囲は従来の判例が画した範囲よりも若干拡大されたといえる。この点については、本件最高裁決定が導いた共同正犯成立という結論の妥当性に照らして考えるならば、この程度における共同正犯成立範囲の拡大もまた是認されるであろう。

そこで改めて本件最高裁決定に至る最高裁判例の動向を整理するならば、まず前述の代表的学説の影響を受けた下級審判例が共同正犯の成立範囲に関する前述の判断基準〔Ⅰ〕のケース(本来のケース)を提示したのに対し、住専事件(オクト社)上告審決定およびイトマン絵画取引事件上告審決定は、これを是認した上で、それ以外に判断基準〔Ⅱ〕のケース(例外的なケース)も存在することを明らかにしたのであるが、今回、本件最高裁決定は、上述のように、判断基準〔Ⅰ〕のケースについて、その見直しを図ったということとなる。そして、この点に、本件最高裁決定の意義が認められるのである。

なお、住専事件(オクト社)上告審決定は、むしろ例外的な場合(やや特殊なケース)について判断を示したにすぎないにもかかわらず、その意図したところ以上に重い先例的価値を負わされてきたのであるが²⁵⁾、本件最高裁決定の出現により、住専事件(オクト社)上告審決定

についても、その(最高裁判例における)位置づけが再検討されることとなるであろう。

(5) ところで、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たのであり、本件最高裁決定も同様に当該事実についての「十分な認識」を認定している。しかしながら、この点については、借り手側についての共同正犯の成立に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²⁶⁾。(特別)背任罪の共同正犯に限って、その成立に「高度の認識」や「十分な認識」を要求する理論的な根拠は存在しないということである²⁷⁾。

本件最高裁決定の登場により、判例の画する借り手側についての共同正犯成立範囲がより一層明確になったといえるが、本件決定も一個の事例判断を示したにとどまるから、借り手側の刑事責任の限界を画すべき一般的な判断基準については、なお今後の判例の動向を見守る必要がある²⁸⁾。

注

- 1) 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・4・521, 東京高判昭54・12・11東高刑時報30・12・179)。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。
- 2) 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。
- 3) 以下の判例・学説の動向に関する分析・検討は、筆者が先に本誌に掲載した研究ノート(垣口克彦「不正融資と特別背任罪」『阪南論集社会科学編』44巻2号, 2009年3月, 117ページ以下)の

- 当該論述箇所の一部加筆したものであることをお断りしておきたい。
- 4) 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ている。この点については、垣口・前掲注3) 130ページ注68) 参照。
 - 5) 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。
 - 6) 中森喜彦「背任罪の共同正犯」『研修』609号、1999年3月、5ページ。
 - 7) 中森・前掲注6) 6-7ページ。
 - 8) 山口厚編『クローズアップ刑法各論』成文堂、2007年、335ページ〔島田聡一郎〕。
 - 9) 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役であり、特別背任罪の成立が肯定されている。
 - 10) 朝山・前掲注2) 299ページ。
 - 11) 『判例タイムズ』1197号、2006年2月、148ページ以下の匿名解説。
 - 12) 中森・前掲注6) 5ページ。
 - 13) 芦澤・前掲注2) 296ページ。
 - 14) 東京地判平11・5・28判タ1031・253。
 - 15) 朝山・前掲注2) 302ページ。
 - 16) 山口・前掲注8) 323ページ〔島田〕。
 - 17) 芦澤政治「判例批評」『ジュリスト』1338号、2007年7月、194ページ。
 - 18) 中森・前掲注6) 7ページ。
 - 19) 橋爪隆「判例批評」『刑事法ジャーナル』15号、2009年3月、130ページ参照。
 - 20) 芦澤・前掲注2) 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。
 - 21) 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職員側の立場（ないしこれに準じる立場）にあり、貸付事務担当役職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。
 - 22) 朝山・前掲注2) 301-302ページ参照（ただし、住専事件（オクト社）上告審決定における同様の判示についての指摘である）。
 - 23) この点を指摘するのは、橋爪・前掲注19) 129ページ。
 - 24) このような捉え方をしていると思われるのは、橋爪・前掲注19) 131ページ。
 - 25) 『金融法務事情』1846号、2008年9月、72ページの匿名コメント、『判例タイムズ』1301号、2009年9月、127ページおよび『判例時報』2047号、2009年9月、161ページの匿名解説。
 - 26) 芝原邦爾『経済刑法研究（上）』有斐閣、2005年、186-187ページ。
 - 27) 同旨、橋爪・前掲注19) 132ページ。
 - 28) 本件最高裁決定に関する判例批評としては、注19) に掲げたもの以外に、西田典之「判例批評」『金融法務事情』1847号、2008年10月、10ページ以下、橋爪隆「判例批評」『NBL』888号、2008年9月、13ページ以下がある。

(2009年11月27日掲載決定)