

背任罪の共犯の成否について

東京大学大学院法学政治学研究科教授 橋爪 隆

1. はじめに
2. 最近の最高裁判例の分析
3. 学説の諸相
4. 若干の検討－むすびに代えて－

1. はじめに

背任罪（刑法 247 条）は身分犯であるが、65 条 1 項の適用によって、非身分者の加功も共犯を構成しうる。したがって、「共謀」を認定することができれば、非身分者であっても、共同正犯の成立を認めることが可能である。もっとも、とりわけ不正融資の借り手の罪責をめぐり、対向的關係にある外部者の関与について共同正犯の成立を認めるためには、一定の限定が必要であるという理解が主張され、この点に関する判例が近時、集積している。本稿においては、最近の判例・学説の動向を概観し、議論の整理を試みることにしたい。

なお、会社法上の特別背任罪（会社法 960 条）については、65 条 1 項・2 項のいずれを適用するべきかが必ずしも明確にされていない。すなわち、65 条 1 項のみを適用して、非身分者についても特別背任罪の共同正犯を認めるか、それとも、2 項を適用して、刑法上の背任罪の科刑（あるいは罪名）にとどめるのかは、特別背任罪の刑の加重の根拠との関係で議論のあり得るところではあるが、本稿では、この点については、検討の対象外としたい⁽¹⁾。

2. 最近の最高裁判例の分析

(1) 判例の概観

まず、最近の最高裁判例の動向について、簡単に概観しておくことにしたい⁽²⁾。

(1) この問題については、たとえば島田聡一郎「取引の相手方による背任行為への加功」上智法学論集 50 巻 3 号（2007 年）21 頁以下を参照。

(2) 以前の最高裁決定としては、いわゆる千葉銀行事件（最判昭和 40・3・16 集刑 155 号 65 頁）が重要である。本決定は、背任罪の身分を有しない借受人について共同正犯の罪責を認めるためには、「身分者が抱いた任務違背の認識とほぼ同程度の認識を有することを要する」として、共同正犯の成立を否定した原判決（東京高判昭和 38・11・11 公刊物未登載）を支持しており、行為者の主観面によって共同正犯の成立範囲を特別に限定したものとして、一般に評価されている。もっとも、最高裁として、主観面を特別に限定する旨の判示が明示的にされている

①住専事件（最決平 15・2・18 刑集 57 卷 2 号 161 頁）

不動産会社 A 社は、運転資金の不足を繰り返しては、住宅金融専門会社（住専）である B 社からの融資で急場をしのいでいたが、他の金融機関からの融資が受けられず、B 社からの融資がなければ、倒産に追い込まれる危機的状況に至っていた。A 社の代表取締役 X が B 社の融資担当者 Y に対して運転資金の借入を申し入れたのに対し、Y は、これに応じないと A 社が倒産し、融資金が回収不能となるおそれがあったため、これまでの放漫な貸付けに対する責任の回避を図り、迂回融資の方法によって、実質無担保で A 社に融資を行った。最高裁は、X は、「Y 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、Y らの任務違背、B 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、Y らが自己及び A 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」として、特別背任罪の共同正犯の成立を肯定している。

②北國銀行事件（最判平 16・9・10 刑集 58 卷 6 号 524 頁）

A 県信用保証協会は、B 社の C 銀行に対する債務を保証していたが、保証条件違反があったとして C 銀行に対して免責通知を行ったところ、C 銀行の代表取締役頭取 X は、同銀行が信用保証協会に対する負担金の拠出を拒むことがあり得ることを交渉材料として、同協会の役員 Y らに働き掛けた。その結果、Y らは免責方針を撤回し、代位弁済を実行するに至った。第 1 審判決、原判決は、Y らが免責通知を撤回して代位弁済を実行したことが背任罪に当たるとして、X についても背任罪の共同正犯の成立を認めたが、最高裁は原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

本判決は、Y らが代位弁済に応じたことについて、背任罪が成立することについても疑問を示すものであるが、かりに、Y らに背任罪が成立するとしても、C 銀行が信用保証協会に対して「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」し、X が Y らの行為の任務違背性を「認識していたことは確定していない」。さらに、「事務担当者間の交渉結果につき役員による交渉によって再検討を求めること自体が不当なものと評価されるべきものではない」旨の判断を示している⁽³⁾。

わけではないことには注意が必要であろう。

⁽³⁾ その後の差戻審（名古屋高判平成 17・10・28 高裁刑裁速報（平 17）285 頁）は、「被告人と協会役員らとの背任罪の共謀を認めることはでき」ないとして、X を無罪としている。

③イトマン事件（最決平 17・10・7 刑集 59 卷 8 号 1108 頁）

被告人 X は、総合商社 A 社の常務取締役として同社の絵画等美術品の販売等の事業を統括していた Y に依頼して、A 社及びその子会社である B 社に絵画等 186 点を高額で買い取らせた（取引の過程で X は絵画についての偽造の鑑定評価書を提出している）。X、Y はそれぞれが支配している会社の間で巨額の資金を融通し合う関係であり、X の資金が潤沢になれば、Y 自身の資金需要も満たされる関係にあった。最高裁は、X は、Y の行為の任務違背性、「A や B に損害が生ずることを十分に認識していた」とした上で、「Y 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、Y 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」として、X に特別背任罪の共同正犯の成立を肯定している。

④石川銀行事件（最決平成 20・5・19 刑集 62 卷 6 号 1623 頁）

被告人 X は A 社の代表取締役会長であり、A 社を中心とする X グループと呼ばれる企業集団を形成していた。他方、Y が代表取締役頭取を務めていた B 銀行の財務状態は芳しくなかった。B 銀行による X グループの企業に対する多額の融資をしていたが、同グループの融資先企業は実質的に破綻しており、回収は困難な状況であった。

A 社は B 銀行、C 銀行などから百数十億円の融資を受けてゴルフ場を開発したが、会員権の販売は低迷し、造成工事を担当した D 社に工事代金を完済できない状況であった。X は、自己の支配する E 社が B 銀行から融資を受けて A 社から本件ゴルフ場を買い取った上、D 社に相当額を支払って A 社に対する債権を譲り受ける形を取って、A 社の債務圧縮を実現する案（再生スキーム）を Y から B 銀行担当者に提案した。これは、B 銀行が金融庁検査に対応する上でも利点のあるものであった。X は、D 社に対する交渉材料として利用すべく、不動産鑑定士に、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させたが、本件ゴルフ場の客観的な担保価値は、高くとも 16 億円程度にすぎなかった。X と Y らとの間の話し合いの結果、E 社に対し、ゴルフ場の売買代金の支払名目で B 銀行から 57 億円の融資がなされ、A 社と E 社の間で本件ゴルフ場の売買契約が締結され、また、A 社と D 社などの間で債務整理等に関する合意が成立した。本件融資については、本件ゴルフ場に係る根抵当権の設定のほか、X らによる連帯保証があったが、X らの連帯保証人に返済能力はなく、G 社、A 社にも本件ゴルフ場以外に返済に充てられるべき資産はなく、B 銀行が G 社、さらには A 社から貸付金を回収することは著しく困難であった。

最高裁は、X が「本件融資の実行が Y らの任務に違背するものであること、B 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」、「Y らが本件融資によって、上記のように自己利益を図る目的を有していたことも認識していた」と判示した上で、「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 Y らに提案し、D 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 E 社を新たに設立した上、Y 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 Y 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。」と判示している。

(2) 判例分析の視点

これらの最高裁決定はいずれも事例判決であり、借り手側の関与者（非身分者）について背任罪の共同正犯が成立するための一般的な基準を示したものではない。もっとも、これらの決定の内容を比較することによって、一定の傾向を見いだすことは不可能ではない。

①被告人の主観面の重視

まず、これらの最高裁決定においては、すべて被告人の主観面について、一定の言及があることが注目される。すなわち、住専事件においては、事務処理者の任務違背、財産上の損害について「高度の認識」を有していたことが認定されているし、イトマン事件、石川銀行事件においては、「高度な認識」という表現こそ用いられていないが、任務違背、損害発生について「十分な認識」があったことが認定されている。また、北國銀行事件においては、身分者の任務違背性について認識が認められるかについて、慎重な検討が必要である旨が強調されている。

これらの決定にかんがみれば、判例が、事務処理者について背任罪の構成要件が充足されていることについて、「十分な認識」が認められる場合に限って、背任罪の共同正犯の成立を認めており、未必的な認識が認められるにすぎない事例を排除しているという理解も不可能ではない。もっとも、これらは事例判例にすぎないから、これらの事件では「十分な認識」が認められただけであり、未必的認識であっても、事案によっては、共同正犯の成立が認められる、とする理解も十分に可能であろう。また、住専事件以降の判例においては、「高度な認識」に代えて、「十分な認識」という表現が用いられていることから、少なくとも「高度な認識」が不可欠の要件として位置付けられているわけではないことは明らかであろう。

②事務処理者と被告人との経済的・社会的な関係性

最高裁決定の中には、事務処理者と非身分者（借り手側）との間の密接な経済的・社会的関係を認定するものも多い。この典型が住専事件である。すなわち同事件においては、融資担当者が「本件融資に応じざるを得ない状況」にあることを利用して、本件融資の実現に加担しているとして、共同正犯の成立が認められている。イトマン事件が、「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」を利用して、本件各取引を成立させたとして、共同正犯の成立を認めているのも、同趣旨の判断といえよう。このように当事者間に何らかの「癒着」が認められ、利害関係が一体化していることが、共同正犯の成立において重要であるとするならば、北國銀行事件において、C銀行と信用保証協会の利害が真っ向から対立しており、このような「癒着」関係が認められなかったことを、原判決を破棄・差し戻した根拠の一つとして理解することも可能であろう。

もっとも、その後の石川銀行事件においては、原審が「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」、「共犯者が……融資に応じざるを得ない状況」にあったと判示して、当事者間の利害の密接な関連性を認定していたが、最高裁決定は、このような事情を明示的に考慮することなく、被告人が「本件融資の実現に積極的に加担した」として、共同正犯の成立を認めている。本件の事実関係については、利害の密接性を認定することが十分に可能であったにもかかわらず、最高裁決定があえてこのような関係性を認定することなく、共同正犯の成立を肯定したことにかんがみれば、最高裁が利害の密接性を共同正犯成立のための不可欠の要素として位置付けていないことが明確に示されたと解されよう。

③被告人の積極的な関与

判例においては、被告人が融資を受けるために積極的な働き掛けがあったことを認定するものが散見される。すなわち、石川銀行事件においては、再生スキームの提案、不動産鑑定評価書の作成、E社の設立など、「本件融資の実現に積極的に加担した」ことが、まさしく共同正犯成立の決定的な根拠とされているのである。この点については、北國銀行事件において、被告人が負担金の抛却拒絶を交渉材料として、相手に対して強く働き掛けることができたと言え切れないことが、原判決破棄の一つの理由とされていることも整合的に理解できよう。

もっとも、住専事件においては、支配的影響力の行使など「積極的な働き掛け」がなくても、共同正犯が成立する旨が明確に判示されており、「積極的な働き掛け」が不可欠の要素ではないような判断が示されている。イトマン事件においても、被告人が偽造の鑑定評価書を提出するという不正行為に出たことが

認定されているが、それは取引成立後の事情であるから、これが共同正犯成立の決定的な事情となっていると解することはできず、それ以外に「積極的な働き掛け」が具体的に認定されているわけではない。

これらの判断をみると、積極的な関与が不可欠な要素として重視されているわけではないという分析も可能である。もっとも、「積極的な加担」、「積極的な働き掛け」といっても、その意味するところが微妙に異なっていることを意識する必要があるだろう。すなわち、石川銀行事件においては不正融資の実現に向けて、重要な役割を果たしていることが重視されており、まさに共同正犯の一般的な基準として、重要な関与が「積極的な加担」を根拠付けているといえる。これに対して、住専事件においては、「支配的な影響力を行使することなく、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」と判示されており、(質的あるいは量的に)より強度の支配的影響力の存否が問題にされているようにも理解される。ここでは間接正犯ではなく、共同正犯の成否が問題となっているのであるから、相手に不正融資を強いるような支配的影響力の存在が不可欠の要素ではないことは明らかであろう。そして、石川銀行事件が認定するような「積極的な加担」であれば、石川銀行事件、イトマン事件においても、認定することは十分に可能であったものと思われる。

④小括

これらの分析によれば、最高裁は借り手側の共同正犯の成立について、主観面・客観面の両者について、一定の絞り込みを行っているという解釈が可能であろう。すなわち、主観面について、未必的な認識の関与を排除したうえで、客観面については、①利害関係の一致・密接化、または、②積極的な働き掛けなど重大な関与が認められることを要件として、そのような事実が認定できる限度で共同正犯を認めていると解されるのである。もし、このような推測が正しいのであれば、最高裁は、一般の共同正犯よりも限定された範囲で共同正犯の成立を認めていることになるが、繰り返し述べるように、これらの決定は事例判断にすぎないから、単に「本件についてはこのような事実関係が認められる」ことを摘示しているにすぎないという理解も可能である。

また、上記の客観面①②の要素についても、両者が択一的な関係という分析も可能であろうが、①の事実が認められる場合には、そのような関係を利用した上での働き掛けは、常に「積極的な働き掛け」に当たると解することも可能であろう。その意味では、「積極的な働き掛け」が重要な判断基準となっていると解する余地もあろう。

(3) 規範的限定か、事実上の限定か？

このように(主観面の限定の可能性は措くとして)被告人の「積極的な働き

掛け」の存否によって、背任罪の共同正犯の成否が判断されているとすると、これは、共同正犯と狭義の共犯の一般的な判断基準をそのまま背任罪の問題に適用しただけではないか、という問題意識が想起されよう。もっとも、この問題の議論の出発点においては、不正融資の借り手については、単に自己の利益を追求しようとしているだけであるから、共同正犯の成立範囲は限定的に捉えなくてはならないという問題意識が強く主張されていたところである⁽⁴⁾。ここでは、背任罪の共同正犯の成否については、一般の共犯理論を超えて処罰範囲を規範的に限定すべきなのか、それとも、単に一般の共同正犯の成立基準を適用すれば足りるのかが問われているといえよう。そして、住専事件と石川銀行事件の調査官解説においては、まさにこの点をめぐるニュアンスの相違が際立っているように思われる。まずは両者の解説を詳しく見ることにしたい。

住専事件に関する朝山芳史調査官の解説においては⁽⁵⁾、不正融資について背任罪が成立する場合に、「融資の相手方がその共同正犯としての刑事責任を問われるのが原則である」とすると、自由な経済活動に対する著しい制約となるといえる」から「経済取引としての性質を考慮し、(特別)背任罪の成立範囲を限定するのが適当である」という視点が示されている。これは、一見すると、いかなる関係があれば共謀が成立したと認め得るかという共同正犯の一般論の適用の問題のようにみえるが、「この問題は、単に共謀共同正犯の一般論に解消すれば足りる問題ではなく、融資の担当者と相手方が本来経済的に利害が対立する者であることを踏まえた検討が必要である」とされている。朝山調査官の理解は、上記の引用からも明らかなように、不正融資等が経済取引として行われたことに着目して、相手方の可罰性の範囲を限定しようとするものである。したがって、一定の要件を充足することなく、共同正犯の成立が否定された場合には、狭義の共犯の成立も否定されることになる⁽⁶⁾。

これに対して、石川銀行事件に関する青柳勤調査官の解説は⁽⁷⁾、「この問題を考察するに当たっては、やはり共犯論から出発せざるを得ないように思われる」として、背任罪の共同正犯の成否は、「共同正犯と評価されるにふさわしい犯罪遂行への重要な事実に寄与とみなされる事情が存在し(自己の犯罪を犯したといえる程度に、その犯罪遂行に重要な役割を果たし)、犯罪が実現したといえるかにかかっている」とする。すなわち、背任罪の共同正犯の成立が一定の状況に限定されるとしても、それは「規範的限定というよりは事実上そのよう

(4) このような議論の嚆矢として、中森喜彦「背任罪の共同正犯」研修 609 号(1999 年) 3 頁を参照。

(5) 朝山芳史・最判解刑事篇平成 15 年度 63 頁以下を参照。

(6) 朝山芳史「共謀の認定と判例理論」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題〔第 2 版〕』(2010 年) 167 頁を参照。

(7) 青柳勤・最判解刑事篇平成 21 年度 373 頁以下を参照。

な場合に限定されるということではないかとも考えられる」のである。そして、平成15年決定のように、「融資に応じざるを得ない状況にあることを利用した」ことを根拠として共同正犯の成立を認めるのは、あくまでも限界事例に関する判断であり、共同正犯の認定においては「積極的加担行為を行い、共同正犯と評価するにふさわしい犯罪遂行への重要な事実的寄与をしたか」を重視すべきであるとされるのである。このように青柳調査官は、あくまでも共同正犯の一般的な基準として、この問題を解説されている。したがって、かりに共謀を認定するに足る積極的な関与までが認められない場合であっても、狭義の共犯の成立を認める余地が残されていることになる。

このように両調査官の解説には、相当のニュアンスの相違がみられるように思われる。もちろん、両者においては、一定の事実関係が認められる場合に限り共同正犯が成立するという結論においては相違ないから、両者は単に説明の違いであって、実質的な主張内容には径庭はないという理解も可能かもしれない。しかしながら、上記の引用部分からも明らかなように、両者の解説には、この問題を共同正犯の一般論に還元して理解するか、それとも、経済的な取引活動であることを重視して、一定の規範的限定を施すべきかという点において、やはり大きな見解の相違が潜んでいるように思われる。そして、従来の学説が後者のようなアプローチを重視していたことにかんがみると、この問題は、最近の学説の議論をどのように評価すべきかという問題とも符合することになる。このような視点から、学説の動向を簡単に概観しておくことにしたい。

3. 学説の諸相

(1) 主観面による限定

非身分者に背任罪に共同正犯が成立するかという問題は、古くから議論されてきたが、従来、この問題に関する有力説とされたのは関与者の主観面を限定する見解であった。すなわち藤木英雄博士は、相手方の具体的な任務違背行為について、「その任務違背性の意味の認識をふくめて……〔事務処理者〕と意思を通じ、あるいはこれを懲慥したときに限ると解すべきであろう」とされている⁽⁸⁾。このように関与者について高いレベルの認識を要求することによって、主観面から共同正犯の成立範囲を限定しようとする試みは、既にみたように、近時の最高裁判例が「高度な認識」、「十分な認識」を認定していることとも通じるものがある。

もっとも、判例は共同正犯の一般論としては、未必の故意であっても共謀共同正犯が成立することを認めており⁽⁹⁾、学説もこの点について異論はない。

⁽⁸⁾ 藤木英雄『経済取引と犯罪』（1965年）241頁以下を参照。

⁽⁹⁾ 最決平成19・11・14刑集61巻8号757頁参照。解説として、松田俊哉・最

したがって、かりに主観面で加重した要件を要求するのであれば、それは共同正犯の一般理論としてではなく、この問題に固有の規範的限定としてしか正当化できないであろう。また、かりにこのような規範的限定と解したとしても、主観面の要件が加重される根拠は必ずしも明らかではない。かりに一定の経済的活動を保護するため、共犯としての可罰性を限定しようとするのであれば、それは客観的な行為態様によって行われるのが筋であり、主観的な認識のレベルによって可罰性が限定される合理的な理由は乏しいからである⁽¹⁰⁾。

もちろん、背任罪の共同正犯の成立を認めるためには、融資担当者の行為が背任罪に該当することに関する認識が不可欠である。そして、外部者が会社の内部事情を正確に認識することは困難であるから、融資担当者の行為が背任罪に該当することを外部者が認識していたかは、慎重に検討する必要がある。また、あくまでも行為者の認識事実については、背任罪の構成要件該当性との関連性が認められる必要があるから、漠然と「いかがわしい融資であった」、「担保が十分ではなかったが融資を依頼した」という認識だけでは、共同正犯の故意としては十分とはいえないであろう。このように考えると、判例が「十分な認識」を認定していることも、故意の内容は具体的なものであり、その認定には慎重を期すべきであることをリマインドさせるという意味において、一定の重要な意義を有するものといえよう。しかしながら、これは理論的な限定というよりも、事実認定における指針というべきものであろう。あるいは、被告人が「十分な認識」を有して取引に関与したという事実は、融資担当者の内部事情を熟知するほどに関係が密接であったり、相手の内部事情に精通する程度に積極的な関与が認められるなどの客観的な関与の程度を主観面から裏付けるものといえるかもしれない。

(2) 客観的な行為の限定

現在の学説においては、背任罪の共同正犯の成立範囲を客観的観点から限定しようとする立場が有力である。先駆的見解は、一定の範囲で自己利益を追求することが許されるという観点から、①行為者が実質的には事務処理者側の者といえるなど、事務処理者と経済的利害を共通にする関係がある場合か、②事務処理者に対する支配的な影響力を利用したり、その働き掛けが著しく不相当であるなど、事務処理者の任務違背行為をまさに作り出したといえる場合に限り、背任罪の共同正犯が成立するとしていた⁽¹¹⁾。この見解が示す①②の基準は、まさに最近の最高裁決定の判示に符合する内容といえるから、この見解が判例に一定の影響を与えていることは疑いないであろう。もっとも、なぜ、

判解刑事篇平成 19 年度 453 頁。

(10) たとえば中森・前掲注(4) 5 頁、島田・前掲注(1) 39 頁などを参照。

(11) 中森・前掲注(4) 7 頁以下を参照。

背任罪の共同正犯の成立範囲がこのような場合に限られるのか、その理論的な根拠は必ずしも十分に示されているわけではない。おそらく、この見解は、「背任罪の相手方は事務処理者とは本来異なる立場にあるはずである」⁽¹²⁾ から、それにもかかわらず、相手方が「自己の犯罪」として任務違背行為を共同実行したと評価するためには、その立場の相違を埋めるべきプラスアルファが必要であると解しているのであろう（だからこそ、経済的な利害の共通性という基準がストレートに導かれていると解される）。しかしながら、対向的關係にある当事者であっても、共犯の成立は一律に排除されているわけではないから、立場の相違それ自体がストレートに処罰範囲の限定を導くわけではないようにも思われる。

この問題について、共犯処罰の一般理論から出発して、上記の中森説とほぼ同様の基準を導き出すのが島田聡一郎教授である。島田教授によれば、広義の共犯処罰のためには、関与者の共犯行為の危険の実現として、結果が惹起されることが必要とされる。そして、事務処理者は取引の相手方から多少の働き掛けがあっても任務違背行為に出ないことが期待されているから、通常の状態における相手方の働き掛けは、任務違背行為を一般に惹起する程度の危険性がなく不可罰にとどまるが、①対向者間の利害関係が一体化し、事務処理者の適切な審査機能が期待し得ない段階で、相手方の行為がなされた場合、②支配的影響や威迫・欺罔等を伴う積極的働き掛けを行い、事務処理者の審査機能を期待できない状況を作り出した場合などは、その関与は、事務処理者をして任務違背行為を行わせるに足る実質的な危険を創出する行為であり、広義の共犯として処罰しうるのである⁽¹³⁾。この見解は、背任罪の共同正犯の成否を特別な基準で処理するのではなく、共犯の一般理論の枠内で解決しようとするものである。上記の青柳調査官の問題意識とも相通ずるところがあるが、島田教授は「共謀」の成否ではなく、あくまでも広義の共犯の成立の限界として、この問題を分析されているから、この基準を充足しない場合には、狭義の共犯の成立も否定されることになる。

島田教授が、広義の共犯においても、その関与行為の危険が正犯結果に実現する必要があるとして、共犯行為に一定の危険性を要求していることは、まさしく正当な指摘であるといえよう。もっとも、問題となるのは、このような実質的危険性をどこまで厳格に要求できるかである。たとえば、委託を受けてAの財物を保管しているXに対して、Yがその財物を領得して換金するように唆したところ、Xがこれに応じて横領行為に出た場合、Yは当然に横領罪の教唆

⁽¹²⁾ 中森・前掲注（4）6頁参照。

⁽¹³⁾ 島田・前掲注（1）60頁以下を参照。

犯の罪責を負うと考えられてきたように思われる⁽¹⁴⁾。しかし、島田説からは、Yの教唆行為について、Xの横領行為を惹起するような実質的危険性があつたか否かを、Yの働き掛けの程度や両者の人的関係などから具体的に吟味しなければいけないことになる。もちろん、このような実質的危険性が常に検討されてきたのであれば何の問題もないが、従来の議論においては、正犯が教唆行為に依じていれば十分であり、それ以上に具体的な危険性の検討は不要であると解されてきたようにも思われる。また、実際に、教唆行為を契機として犯罪を行った事案について、「正犯者が教唆に応ずる実質的危険性は乏しかった」として、共犯の成立を否定することも現実的ではないように思われる。かりにこのような理解が正しいとすれば、この見解も、やはりこの問題領域に限って、特別な限定を付しているような印象を払拭することができない。

(3) 取引活動の自由の保護

学説においては、不正融資の借り手が自己の経済的利益を追求しようとしていることに着目して、いわば一定の取引活動を保護しようとする観点から、背任罪の共犯の成立を限定しようとする見解も主張されている。これは、共犯の一般理論というよりも、経済活動として行われている実体に着目した規範的限定の一例ということができよう。たとえば林幹人教授は、借り手の申込行為が、通常経済社会で行われている程度のものであり、融資担当者が背任罪を犯して本人に損害を加える危険性がそれほど大きくなく、また、融資を受ける行為に企業再建等の有用性が認められる場合、その行為は許された危険の範囲内であり、正犯・共犯間で違法性が相対的に評価され、背任罪の広義の共犯の成立を否定すべきであるとされている⁽¹⁵⁾。さらに、最近、上寫一高教授も、経済取引においては、当事者が自分の利益を主張し、駆け引きをするなど、一定の範囲で交渉をする自由が保証されるべきであるから、適法な取引が成立する一定の可能性のある状況においては、それに向けられた交渉活動は正当なものとして、違法性が阻却され、背任罪の共犯が成立しないとされ、取引活動における交渉の自由という観点から、共犯成立に一定の限定が可能である旨を主張されている⁽¹⁶⁾。

これらの学説が主張するように、経済活動として許容される活動の範囲内においては、一定の行為に出ることが許容されるべきであるから、それが構成要件の限定か、違法性阻却かはともかくとして、一定の働き掛けについては共犯成立を排除することは十分に可能であろう。もっとも、事務処理者が任務違背

(14) これらの点については、山口厚＝井田良＝佐伯仁志ほか「背任罪（現代刑事法研究会・第6回）」ジュリスト1408号（2010年）146頁以下を参照。

(15) 林幹人「背任罪の共同正犯」判例時報1854号（2004年）7頁以下を参照。

(16) 上寫一高「背任罪の広義の共犯」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012年）405頁以下を参照。

行為を行っているにも関わらず、それに向けた働き掛けが正当化される範囲は自ずから限定されるように思われる。すなわち、経済活動として、一定の働き掛けが許容されているとしても、違法な行為を導く蓋然性が高い行為を認めるべきではない。したがって、上畠教授が指摘されるように⁽¹⁷⁾、このような発想によって正当化される働き掛けの範囲は、かなり限定的なものにならざるを得ないように思われる。

4. 若干の検討－むすびに代えて－

本稿においては、背任罪の共犯成立の限界について、判例・学説の動向を検討してきたが、最後に、この問題をめぐる議論状況について、簡単なコメントを付しておくことにしたい。

- (1) この問題が、共謀の認定の問題に尽きるのか、それとも広義の共犯の処罰の限界を意味するかという議論については、やはり後者の立場を前提にすべきであるように思われる。すなわち、不正融資を申し込み、融資契約を締結することは、まさに背任罪の実現にとって不可欠な関与である以上、その関与行為について可罰性を認めつつも、関与が軽微であり、幫助犯にとどまるという場面は、基本的には観念しがたいように思われる。実際、石川銀行事件においては、被告人の「積極的な加担」が重視されているが、これが不十分な場合には、おそらく被告人は不可罰とされたのであって、幫助犯に「落ちる」という発想はなかったように思われる。
- (2) おそらく、判例・学説の一部に共有されているのは、対向的な当事者間においては「共謀」を認定することができないという感覚であろう。「共謀」がいれば複数人が一体となって、相互利用補充関係を構築し、犯罪を実現していく過程であるとするならば、対向的な関係について共同正犯の成立を限定すべきという理解は、それなりに理解できるところである。もっとも、相互利用補充関係といっても、その本質は、実行分担者の行為について心理的に因果性を及ぼし、その犯行を促進するところに認められるべきであるから、利害が対立しているという事実が直ちにこのような関係を否定するものではない。
- (3) このような前提に立った場合、共犯の一般原理としては、相手の任務違背行為を熟知しつつ、それに重要な因果的寄与を与えた場合には、本来、背任罪の共同正犯の成立を否定しがたいはずである。それにもかかわらず、処罰範囲をことさらに限定する必要があるのであろうか⁽¹⁸⁾。この点については、不動産の二重売買における単純悪意の第二譲受人について共同正犯が成立しないと

⁽¹⁷⁾ 上畠・前掲注(16) 409頁を参照。

⁽¹⁸⁾ この点に関して、品田智史「不正融資に対する刑事責任」阪大法学 61 巻 3=4 号(2011 年) 247 頁以下を参照。

解されていることとの対比で論じられることが多いが、二重売買の場合、単純悪意の第二譲受人は民法上、適法に所有権を取得しうるため、違法の相対性が観念しやすいが、不正融資行為は代理人の権限濫用行為であり、悪意有過失の相手方については民法 93 条但書が適用されることになり、借り手の関与は民法上も保護されていないのである。民法上の法的保護を重視するのであれば、やはり両者を同一に理解することは困難であろう。また、既にみたように、一定の経済活動を正当化するとしても、正常な融資を受けることができないことが確実な状況において、不正融資を求めて働き掛けることが正当な取引と評価されることは、実際にはほとんど観念し得ないであろう。

このように考えると、実は事務処理者が任務違背行為に出ることを認識しつつ、そのような行為に出るように働き掛け、重要な因果的寄与を与えた場合は、共同正犯の成立を認めることにも十分な理由があると思われる。かりに、一定の関与を処罰範囲から除外すべきであると解するのであれば、それは経済活動を萎縮させるべきではないという観点からの政策的な限定と解するべきであり、その当否及び限界については、刑法解釈論の次元を離れ、別の観点からの分析・検証が必要になるように思われる。