OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	不正融資に対する刑事責任
Author(s)	品田, 智史
Citation	阪大法学. 2011, 61(3,4), p. 231-256
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55115
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

不正融資に対する刑事責任

品田智史

第一章　はじめに
第一節　検討の対象
第二節　不正融資事案において問題となる犯罪類型――背任と横領の区別
第二章　貸し手の責任
第一節　背任罪の成否について
第一款　任務違背
第二款　図利加害目的
第二節　経営判断原則と背任罪
第一款　任務懈怠責任と経営判断原則
第二款　不正融資における経営判断原則と背任罪
第三節　ま　と　め
第三章　借り手の責任
第一節　問題の所在
第二節　判例とそれに対する学説の対応
第三節　若干の考察

（阪大法学）61（3・4-231）843〔2011.11〕

第一章　はじめに

第一節　検討の対象

不正融資とは、統一的な定義が必ずしもあるわけではないが、担保不足・信用不安のために回収の見込みがほとんどない貸付（不良貸付）と、法令定款に違反した貸付（不当貸付）のことを指す[1]。不正融資、とりわけ不良貸付は、背任罪（刑法二四七条）、特別背任罪（会社九六〇条一項）[2]の典型とされ、バブル崩壊に伴う金融機関の破綻後には、同罪を用いて金融機関等の経営者に対する刑事責任の追及が行なわれてきた。

他方、金融機関が不正融資による貸付金を回収できなかった場合、融資を行なった取締役は会社法上、任務懈怠に基づく損害賠償責任を会社に対して負う（会社法四二三条一項）。任務懈怠の審査の際、会社法上の裁判例・学説においては、以前から、取締役に一定の裁量を認める経営判断の原則が適用されると考えられてきた。では、経営判断原則の存在は、背任罪の成否に影響を与えないのか。この点について、最高裁が最近一つの判断を示した。最決平成二一年一一月九日[3]は、銀行の頭取の実質破綻企業に対する不良貸付が特別背任罪に問われた事案において、最高裁として経営判断原則にはじめて言及するとともに、同原則が金融機関の融資業務においては限定されることを示したのである[4]。すなわち、（特別）背任罪においても同原則が考慮されることを、間接的ながらも示したことになる。

もっとも、拓銀事件においては、銀行の取締役が経営判断原則の適用を受ける会社法上の注意義務に違反していること、同義務違反が存在する場合に特別背任罪における任務違背が肯定されることが示されただけであり、なおその関係は明らかではない。そこで、本稿では、不正融資事案における背任罪の成否について、問題となる同罪の

要件を概観した後、経営判断原則が同罪に影響を与えるのか否か、及び、どのような影響を与えるのかについて検討したいと思う。また、近時は不正融資の借り手が背任罪の共同正犯として刑事責任を追及される事案が見られ、処罰の限界をどこに引くのかについて活発な議論を呼んでいるが、この点についても若干の検討を行ないたい。

第二節　不正融資事案において問題となる犯罪類型――背任と横領の区別

ところで、不当貸付に関しては、背任罪に問われた事例だけではなく、業務上横領罪（刑法二五三条）に問われた事例も存在する[5]。また、不良貸付についても、実質的には横領に問われてもおかしくないような場合があるという指摘も存在するところである[6]。そのため、不正融資事案においても横領と背任の区別が問題となりうる。

現在の有力な見解によれば、背任罪と横領罪は交差する二つの円の関係にあり、両罪の区別はその交差する部分においていずれの犯罪が優先的に成立するかという問題として捉えられ、法条競合により横領罪が優先されると理解されている[7]。この場合、同時に背任罪の構成要件にも該当していることになる。他方、両罪が共に成立する領域の存在を否定し、横領罪と背任罪の成立範囲を完全に区別する見解も存在する[8]。また、判例も、財産処分が自己の名義・計算で行なわれれば横領、本人の名義・計算でなされれば背任というように、両者の住み分けを図っているとも理解できる[9]。もっとも、判例の基準は、自己の名義・計算による行為を領得と評価できるとして、前記有力説からも支持されている。そのため、ここでの問題は、領得行為を背任罪の処罰範囲に含むのかということにある[10]。学説においては、背任罪を（逸脱、濫用を問わず）権限行使に関する行為に限定し横領と背任の住み分けを図る見解[11]もあるが、横領罪において第三者に領得させる行為も含むのであれば[12]、そのような区別は必ずしも貫徹しえないように思われる。本人の名義・計算によっても第三者の領得と評価できる場面はあるからである。また、不良貸付

においては背任罪として訴追されるのが通例であり、不当貸付についても法令に違反し本人の行為と評価できないことを理由に常に領得行為となるわけではない。したがって、本稿においては融資が自己・第三者領得と評価されるのかという点にはこれ以上立ち入らず、主として背任罪を素材に検討を加えることとする。

第二章　貸し手の責任

第一節　背任罪の成否について

背任罪においては、主体（事務処理者）の範囲がいわゆる背任罪の本質論との関係でよく議論されるが、不正融資の貸し手として責任を問われるのは取締役などの経営者がほとんどであるため、この点はあまり問題にならない。問題となるのは、任務違背、図利加害目的、財産上の損害の各要件である。このうち損害については、その評価は経済的に行なわれ、本人が貸付金と同額の返還債権を取得しても、著しい担保不足や信用不安のため実質的な債権の価値が低ければ損害が肯定されている。(13)

第一款　任務違背

任務違背は、「その事務の処理者として当該事情のもとで当然なすべく法的に期待される行為をしなかったこと」、「事務処理における信任関係に違背する行為」などと抽象的にしか定義されていない。(14) したがって、重要なのは具体的な判断基準であるが、そこでは、法令、定款等に違反すれば（損害との因果関係が認められる限りで）直ちに任務違背となり、実質的な判断を図利加害目的等の要件において行なう見解が有力であった。(15) この見解の背景には、従来背任罪の訴訟においては、図利加害目的が中心的な争点となり、本来任務違背を基礎づけると思われる様々な客観的事情も、図利加害目的の有無を基礎づける間接事実として考慮されていたことが影響しているものと思われ

る。[16] 他方、下級審裁判例においては、任務違背判断において法令違反以外に行為の実質的判断を行なったものも見られる。[17] また、近時の判例に特徴的なこととして、任務違背の判断が実質的に、より詳細に行なわれているということが指摘される。たとえば、最判平成一六年九月一〇日[18]においては、傍論ではあるものの任務違背について実質的な判断が行われており、また、その後の下級審裁判例においても、法令違反が存在するにもかかわらず実質的な不当性の審査が行なわれている。[19] 冒頭の拓銀事件もそのような傾向の一例である。学説においても、このような実質的判断はおおむね支持されている。もっとも、実質的判断の内容は、「通常の業務の範囲を逸脱したか」や「本人にとって不利益な行為か」などが基準とされており、必ずしも具体的なものとはいえない。[20]

（特別）背任罪は、行為者が本人との関係で有する一定の任務に反し、本人に損害を与えたことを処罰する犯罪である。ここで設定される行為者の任務は、まず本人の財産処分に関する意思、そして、行為者と本人の法律関係から導き出される様々な刑法外の規範によって画定されることになる。[21] 任務違背判断が、このように刑法外の規範、とりわけ私法の規範を参考とする場合、法秩序の統一性の見地から、私法上許容されている行為を刑法上違法と評価すべきではないという帰結が導かれる。もっとも、本人との事実上法律上の関係から導かれる刑法外の規範が全て背任罪の「任務」を基礎付けるわけでない。その規範が、背任罪において考慮に値するものかが問われなければならない。すなわち、背任罪は本人の財産を保護するための規範である以上、財産保護と関係のない規範の違反は背任罪を成立させることはできない。そうでなければ、背任罪の保護目的を変化させてしまうことになってしまうからである。[22]

なお、本人が会社である場合にその財産処分に関する意思をどのように画定するかが問題となる。この点については、ドイツにおいて活発に議論がなされているところである。[23] 会社の意思を判断する際には、まず会社財産の経

済的帰属者であるところの株主・社員の意思が問題になる。もっとも、会社・社員が株主の財産を一つの団体として担う場合、その意思決定方法は自明のものではなく法規に基づいて定まる。したがって、過半数が賛成していれば常にそれが会社の意思であると考えることはできず、会社法における意思決定規定の実質的な斟酌が必要となろう[24]。もっとも、具体的な意思決定がなされていることは稀であり、その場合は、会社の業種・定款等からその大枠としての方針を推知し、その観点から見て採られた措置がおよそ支持できないものであったかを判断するしかない。企業の規模が大きくなればなるほど、企業間の差異は失われるであろう[25]。

第二款　図利加害目的

図利加害目的は、背任罪の主観的要件であるが、その意義が問題となっている。それは、加害目的が、「財産上の損害」の認識・認容、すなわち故意と重複するのではないかという問題意識に基づく。この点、図利加害の積極的意欲[26]や確定的認識を要求する見解もあるが、学説においては同要件を動機と理解する見解が有力である[27]。その中でも、判例が採用しているとされる見解は消極的動機説と呼ばれる。同説によれば、図利加害目的は、「図利加害の認識・認容があり、かつ、本人図利の動機がないこと」を内容とし、本人の利益のためにする行為を背任罪から排除する機能を持つ[28]。この見解によれば、自己・第三者図利の動機も本人図利の動機もない場合であっても、背任罪は成立することになる[29]。

もっとも、裁判においては、積極的な図利加害目的の有無が争点となってきた。不正融資、とりわけ不良貸付の事案においては、行為者が経済的利益を得ることを目的としていないことが多く、「従来の放漫な貸付が明らかになることによって自己の信用失墜や責任追及が起こるのを免れるため」という自己保身目的が認定されることが多い[30]。そのような目的を立証する材料として、客観的に「行為者のとった措置が本人の利益となりうるものであった

か」が問題となることが多く、その意味で、前述のように本来任務違背で考慮されるべき事情が図利加害目的の審査において（も）利用されてきた。もっとも、近時は任務違背が重視されるのにしたがって、相対的に図利加害目的の重要性は低下している。拓銀事件においても、第一審、控訴審においては、むしろ図利加害目的が中心的な争点であったが、最高裁は、図利加害目的について触れることなく、もっぱら任務違背を問題としている。

消極的動機説に立てば、本人図利目的がなかったかどうかが決定的であり、自己保身目的の存在は本人図利目的の不存在を基礎づける事情となるにすぎない。にもかかわらず、自己保身目的の有無が主として争われるのは、本人図利目的の不存在の立証が任務違背の立証と実質的に重複する箇所が多い点、図利加害目的が刑法二四七条の条文において積極的に要求されている以上立証しないわけにはいかないという点によるものと推測される。[31] しかしながら、他の財産犯と比較して、自己保身目的という非財産的な利益の動機を積極的に要求することがはたして意味のあることかは疑問である。[32]

第二節　経営判断原則と背任罪

第一款　任務懈怠責任と経営判断原則

次に、経営判断原則について確認しておく。経営判断原則が問題になるのは、取締役の負う会社法上の注意義務の違反について判断が行なわれる場面であるが、同義務違反は、主に、取締役の会社に対する損害賠償責任である任務懈怠責任の審査において問題となる。

任務懈怠責任の判断構造については会社法上争いがあるが、判例・通説によれば、任務懈怠と帰責事由としての故意・過失は独立の要件とされている。[33] 任務懈怠の判断においては、具体的な法令違反と一般的な善管注意義務違

反（業務執行に関する注意義務違反）とが、別個独立のものとして取り扱われ、前者は善管注意義務違反の審査を介さずに直ちに任務懈怠と評価される。この際、会社法上、「法令」には会社・株主の利益保護を目的とする具体的規定だけではなく、公益の保護を目的とする規定も含まれるとされている[34]。なお、忠実義務は善管注意義務の一部であるとするのが判例・通説である[35]。

経営判断原則が問題になるのは、後者（一般的な善管注意義務違反）の場面である。経営判断原則とは、米国のBusiness Judgment Ruleという判例法理に由来する。もっとも、アメリカ法における同原則が、一定の要件を満たせば、経営判断の内容を裁判所は一切審査できないというものであるのに対し、我が国では、経営判断の内容に対する裁判所の審査の余地を認めている。具体的には、「当該判断をするために当時の状況に照らして合理的な情報収集・分析・検討がなされたか否か、これらを前提とする判断の推論過程及び内容が明らかに不合理なものであったか否かが問われなければならない」という定式が、裁判例や学説において用いられてきた[36]。このような原則の背景には、取締役の経営判断事項は高度な専門性を有し、裁判所の審査になじむものではないという考えが存在している。

前述の通り、拓銀事件は経営判断原則について言及したはじめての最高裁判例である。拓銀事件においては同原則の名称が用いられただけであり、最高裁の想定するその内容については判然としていなかったが、その後、民事事件の最高裁判例において、「その決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反するものではない」という表現が用いられていることから、最高裁のいう経営判断の原則は、従来承認されている経営判断原則と同じものだと思われる[37]。

判例・学説においては以上の定式のもと経営判断原則が理解されているが、その意義は取締役等の注意義務違反

を判断する際に取締役に一定の裁量が認められることにあると思われる。もっとも、拓銀事件においては、金融機関の取締役の注意義務違反を判断する際には、経営判断原則の適用が限定されるということが示されている。このこと自体は、会社法上の有力な考え方に基づくものであるが、最高裁は、その根拠として、① 銀行業が広く預金者から資金を集めてこれを企業等に融資することを本質とする免許事業であること（銀行業の性質）、② 銀行の取締役が金融取引の専門家であること（取締役の専門家責任）、③ 万一銀行経営が破綻した場合等には社会一般に広範かつ深刻な混乱を生じさせること（銀行の公共性）を挙げている。以上の根拠をもって、融資業務における取締役の注意義務の水準が高度なものとなり、それに伴い若しくはそれと同時に裁量の幅が限定されることになる。[38]

経営判断原則を適用するための前提として、一般的に、次の条件が挙げられている。それが、取締役の法令遵守義務と取締役の誠実性である。[39] 前者は、経営判断原則の適用に際し、取締役が法令違反行為を行なっていないことを要求する。この要件は、経営判断の内容は裁判所の審査になじまないが、法令違反の有無は裁判所の審査になじむということが根拠とされている。後者は、取締役が自己又は第三者の利益を図るような忠実義務違反の場合においてはこの原則を適用するべきではないという条件である。その根拠は、取締役に裁量を認めるためには取締役が会社の最善の利益のために誠実に行動していることが当然の前提であるということにある。

以上のような経営判断原則は、善管注意義務などの会社法上の注意義務とは具体的にどのような関係にあるのであろうか。前記の定式は、経営事項に限らず裁判所が裁量を統制するために一般的に用いるものともいえる。そうであれば、この原則は従来の注意義務を具体化し、義務違反にならない行為（の一類型）を定式化したものにとどまることになる。他方、この原則を、特別な義務違反排除事由と理解することも可能かもしれない。すなわち、通常は善管注意義務違反となるが、前記定式を満たしたときだけに特別に義務違反を排除（阻却）することができる

と理解することである。会社法学説においては前者の理解が有力と思われるが、詳細については必ずしも明らかではない。

第二款　不正融資における経営判断原則と背任罪

以上のような経営判断原則は背任罪においてどのように位置づけられるであろうか。これは、任務懈怠責任と背任罪がどのような関係にあるのかという問題でもある。前述のように、任務違背が本人の意思と刑法外の規範に基づいて判断されるのであれば、銀行と取締役との関係で生じる善管注意義務も当然に考慮の対象となり、したがって、経営判断原則も当然背任罪において考慮されることになる(40)。このことは、矛盾評価を許さない、すなわち、私法上違法ではないと評価されたものが刑法上違法とされることはないという法秩序の統一性の原理からも基礎づけられる。もちろん、刑法と私法との関係については様々な場面において様々な議論がなされているが、少なくとも、本人から財産を委託された者の義務違反を判断する場面において、私法上義務に反しないとされた行為が刑法上義務に反するとの理解は一般的ではないであろう(41)。では、経営判断原則の考慮は背任罪の解釈論にどのような影響を及ぼすであろうか。

第一項　経営者に対する裁量の肯定――結果責任の否定との関係

経営判断原則の承認による帰結のうち最も重要なものは、取締役等に裁量の余地が認められることである(42)。しかしながら、従来の背任罪の解釈においても、「冒険的取引」の概念を用いながら、損害が発生したからといって直ちに責任を負うわけではなく、行為者には裁量の余地が認められていることが前提とされてきたように思われる。

もっとも、経営判断原則の採用によって、取締役の裁量の幅が、背任罪において従来想定されていたものよりさらに広がったと考えることも可能である。そうであれば、従来の背任事案において、経営判断原則の採用がなされ

ていれば任務違背が否定されていた事例もありえたということになる。しかしながら、従来の不正融資事案は、拓銀事件のように「著しく不合理」な措置を行なった、「任務違背が明らか」な事案ばかりであった。[43] 例えば、不良貸付にかかる最決平成一五年二月一八日[44]においては、借り手企業が再建可能かという点につき十分に検討されないまま無担保の融資が行われており、経営判断原則によって認められる裁量の幅を広く考えても、その限界は超過され任務違背は認められたであろう。[45]

したがって、裁量の限界が問題となるような事例はそもそも起訴されてこなかったのではないかと推測される。これは、従来の不正融資事案の多くが、放漫な貸付を繰り返した結果不良債権が増大しその発覚を恐れるために融資を継続してきたという経緯のもと、その最終局面となる融資が起訴されてきたということに由来する。他方、融資先と借り手が一定の緊張状態にある現在であれば、限界事例に該当しそうな融資も背任として取り上げられる可能性があるかもしれない。[46]

第二項　金融機関の融資業務における経営判断原則の限定

そのような限界事例が問題になる際、拓銀事件において持ち出された金融機関（銀行）における経営判断原則の限定、及び、注意義務の高度化が問題となる。同事件において示された基準は、「合理性」のある融資判断というものであった。この基準は、経営判断原則の定式で用いられた「明らかに不合理」や「著しく不合理」とはやや異なる。すなわち、金融機関（銀行）の融資業務の場合には、単なる「不合理」な融資も善管注意義務違反、ひいては背任罪になる可能性があるということになる。[47]「不合理」と「著しく不合理」の区別の一つの指標として、行為者のとりうる措置の範囲、すなわち裁量の幅の違いがある。経営判断原則が適用される場合、経営者は高いリスクを冒すことが許容され、また、見込まれる利益として、非財産的な利益も通常考慮要素とされるものと思われる。

他方、銀行の融資業務においては、収益が利息収入に限定されるという性質上、リスクを冒すことが極めて制限され、また、破綻の際の影響を考えれば、貸付によって得られると見込まれる利益も基本的には貸付の回収及び利息に限られ、非財産的な利益は排除されることとなるであろう[48]。実際、銀行の不正融資の事案においては、融資打ち切りによる周辺地域の混乱を避けるために、回収可能性に乏しい融資を行うことが許されるとの主張が度々弁護側からなされてきたが、最高裁は基本的にこれを認めていない。

なお、このような限定の根拠として、最高裁は、①銀行の事業の性質、②銀行取締役の専門家性、③銀行の公共性の三点を挙げている。これらの理由は任務違背を判断する際に、どのように位置づけられるであろうか。私見からは、②は金融機関と他の事業会社における融資業務の比較として、①と③は銀行の業務の性質、ひいてはその基本的な方針を画定するものとして理解できるであろう。

第三項　取締役の法令遵守義務の意味

次に、会社法学説にいう経営判断原則の適用条件と刑法上の背任罪との関係について検討したい。前述のように、経営判断原則の適用に際しては、取締役は法令に違反してはならないことが挙げられている。では、法令に違反すれば経営判断原則の適用がなく直ちに背任罪は成立するであろうか。ここで、法令違反の場合に裁量はないということの意味は、法令違反をもって善管注意義務ひいては任務懈怠責任を判断するということと解される。会社法上、法令違反があれば任務懈怠責任があることは判例・通説となっているため、その立場からすれば、この帰結は承認されるであろう。一方で、背任罪の判断において、法令違反があれば直ちに任務違背となるという考えは前述のように一般的ではない。実際、財産保護と何の関係もない規範の違反をもって任務違背を認めることは、財産犯である背任罪を別の法益を保護する犯罪類型へと変化させてしまうであろう。このように考えれば、会社法上の経営判

断原則の適用条件の一つである法令遵守義務は、背任罪の判断において、直ちに妥当しないことになるのではないであろうか。ここで、会社法上の任務懈怠責任と、刑法上の任務違背、及び、背任罪の成立とは不一致が生じるが、刑法の最終手段性からいっても、そのような帰結は承認できると思われる。

第四項　図利加害目的と経営判断原則

もう一つの前提条件として、取締役には誠実性（会社の利益のみを図ること）が要求されている。他方、（特別）背任罪の成立のためには主観的要件として図利加害目的が必要である。そうであれば、経営判断原則が適用されるような場面では、取締役は会社の利益のみを図っていることからそもそも図利加害目的が認められず、経営判断原則と背任罪の適用場面は完全に峻別されるという帰結も考えられる。その場合、経営判断原則は取締役の誠実性の審査を通じて、背任罪の解釈における特別な阻却事由的役割を果たすことになるであろう。

しかしながら、不良貸付事案においては、前述のように経営者に財産的利益を得る目的が認定されることはなく、自己保身目的が認定されることがほとんどである。自己保身目的の認定は、基本的には、当該融資が本人にとって客観的に利益がない、したがって、そのような融資を行う経営者には本人図利目的がない、という段階を経て行なわれる。そうであれば、結局のところ善管注意義務＝任務違背と図利加害目的は同じ事情で基礎づけられることになる。このような形で認定される自己保身目的が、経営判断原則の前提条件としての誠実性の判断で考慮されるべきとは思われない。

他方、会社法においても、誠実性の問題は前提条件というよりむしろ、判断内容の不合理さを示すための資料として扱われているように思われる。少なくとも、不正融資事案においては、刑法上も、会社法上も、取締役の誠実性という前提条件は機能しないのではないであろうか(49)。

第三節　まとめ

以上の点からすれば、経営判断原則の会社法上の承認によっても、従来の背任罪の判断は特に変更されることはない、そもそも背任罪の判断の場面において経営判断原則が持つ要素は既に考えられてきたということになる。ひるがえって、会社法上の善管注意義務違反の判断においても、経営判断原則の承認は新たな内容をもたらしてはいなかったのではないのであろうか。現状では、経営判断原則は特別な義務違反排除事由ではなく、善管注意義務の内容を具体化・明確化したものに過ぎないように思われる。[50] もっとも、以上のことは、経営判断原則の意義を損なうものではない。経営者の行動範囲を具体化・明確化し、裁量の余地があることを明言することは非常に重要なことであろう。そのような具体化・明確化は、任務違背要件の解釈に反映される形で、背任罪の解釈・適用にも重要な役割を果たすものと解される。

第三章　借り手の責任

第一節　問題の所在

以上のような貸し手の責任が認められる他に、借り手の責任が問題となる場合がある。（特別）背任罪は身分犯であるため、融資を行なう者のみしか犯罪を行うことができない。しかしながら、刑法六五条一項が示すように、非身分者も身分犯の共犯[51]として処罰されることは可能であり、融資の相手方である借り手もそのような意味で処罰の対象となりうる。[52] しかし、不正融資の借り手に背任罪の共同正犯を簡単に認めてよいのかについては疑問が呈されてきた。この疑問は、融資の借り手は本来貸し手と利害が対立しており、安易に共同正犯を認めることは借り手の自由な経済活動に対する過度の規制であるという問題意識に基づく。

本問題は判例においては共同正犯の成否という形で検討がなされており、また、学説においても「背任罪の共同正犯」として議論されることが多いが、その具体的内容は共同正犯か無罪かという形であり、共同正犯が認められない場合に狭義の共犯の成立が認められるという形の議論はほとんどされていない[53]。実際、共同正犯ではないが狭義の共犯として可罰的であるとするならば、前記問題意識にそぐわないであろう。したがって、共犯一般の成立の限界の問題と考えるべきである[54]。主導的役割を果たした借り手の手足として働いただけの者に背任罪の共同正犯ではなく幇助犯を認めた最判昭和五七年四月二二日[55]もこのことを裏づける。

第二節　判例とそれに対する学説の対応

この問題については、近時、複数の最高裁判例が相次いで出されている。代表的なものとして、前掲最決一五年二月一八日[56]、最決平成二〇年五月一九日[57]、また、不正融資の事案ではないが最決平成一七年一〇月七日の三つの最高裁判例が挙げられる。各判例は、貸し手の背任罪に対する借り手の加功を主観面、客観面共に（詳細に）認定した上で共同正犯を認めたものである[58]。

それ以前に出された著名なものとして、不当貸付事案に関する最判昭和四〇年三月一六日[59]がある。同判例は、背任罪の共同正犯を主観面で限定したものと理解され、そのような方向を支持する見解も存在した[60]。しかしながら、これに対しては、批判が多く、現在においては支持を得られていない[61]。

主観的限定への批判的傾向は、近時の三つの判例に対しても示されている。すなわち、各判例においては、共犯者側の主観面として、「高度の認識」や「十分な認識」が認定され、未必の故意以上のものが要求されているようにも見える。しかしながら、学説においてはこの限定はあまり重視されておらず、各事案において認められた認識

の程度を示しただけで何らかの基準を示したわけではない、または、客観的関与態様を補充する間接事実にすぎないなどと理解されている。[62]

他方、近時の判例に特徴的な要素として注目されているのは、借り手の客観的な関与態様への言及である。すなわち、住専事件やイトマン事件においては、貸し手（身分者）と借り手（共犯者）が人的・経済的に共通の利害関係を有したという「利害共通性」（利害の一体化）が共同正犯の認定において挙げられており、石川銀行事件においては、借り手が融資に「積極的に加担」したことが挙げられている。また、住専事件においては迂回融資への協力などといった借り手の「不当な協力行為」も根拠として挙げられている。各要素の関係については、石川銀行事件の原審が「利害共通性」を挙げて共同正犯を肯定したが、最高裁はその点に言及せず「積極的な加担」のみを挙げていることから、「積極的な加担」が十分であれば「利害共通性」は必ずしも必要がないようである。[63]また、借り手の「不当な協力行為」は、「積極的加担」の一部と位置づけられ、「利害共通性」と「積極的加担」は別個独立に判断されるわけではなく、相関的な判断も認められているものと解される。

学説においてはこの問題について様々な見解が示されているが、以上のような判例の客観的関与態様への言及は、主観的限定と対照的に基本的に支持されている。[64]すなわち、判例の挙げる「積極的な加担」や「利害の共通性（の利用）」などの基準は当初の問題意識である「借り手と貸し手の利害の対立」を乗り越え、あるいは、喪失させるものであると理解されているのである。

第三節　若干の考察

以上の点につき、この問題の当初の出発点について再検討しながら若干の考察をしてみたい。まず、背任罪の共

犯による処罰が借り手の自由な経済活動への過度の制約であること、言い換えれば、借り手の関与が自身の経済的利益の追求を理由に許されると理解されるのは何故であろうか。この点、「（共犯を含む）犯罪に該当するような経済的利益の追求は許されない」との理解もありうると思われるが、ここでは「経済的利益の追求として許されるならば、犯罪には該当しない」という価値判断が採用されているようである[65]。他方、貸し手の不良貸付は代理権濫用であり、判例によれば、貸し手の背任について借り手が認識していれば、当該貸付は私法上無効である（民法九三条但書類推）。そのため、私法上の法律行為の有効性などといった議論は、ここで経済的利益の追求を支える事情とはなりえない[66]。そのため、借り手の利益追求を保護することの基礎づけは必ずしも明らかになっていないように思われる[67]。また、「詐欺や恐喝とは異なり背任における正犯不法は本人と事務処理者の内部関係であり自由競争秩序に影響を及ぼすものではなく、共犯の経済的利益の追求は害されるべきではないと理解できる」との指摘もあるが[68]、このような指摘はむしろ共犯者が事務処理者と本人の内部関係に配慮する必要がないという考え方の裏返しであるように思われる[69]。もっとも、身分がない外部者であっても対向関係にない者であればこのような限定の問題は生じない。そうであれば、ここで決定的なのは（身分者ではなく）貸し手本人と借り手の利害が対立していること、さらに言えば、本人の利益の配慮が借り手にとって経済的に不利益となるということであり、借り手の経済的利益の追求とはその不利益を免れようとすることである[70]。したがって、背任罪の共犯の成立を特別に限定しようとすることは、借り手が本人の利益に配慮しないでよい領域を考えるということになる。もっとも、限定の対象として狭義の共犯を含めれば、そのような領域の存在の基礎づけはなお十分ではないように思われる。

また判例の基準の一つである身分者と借り手の「利害共通性」について、同基準が限定として機能しているのか疑問がある。「利害共通性」とは、身分者と借り手が取引から共通の利益を得ることを意味するのではなく[71]、経済

的・人的癒着関係によって身分者と借り手の利害が一致し、「背任となるような取引をすること」について対向関係にある両者が賛同して実行するということを意味する。この際、一般的には、長期間の癒着関係が共同正犯を認めるためには必要であるとされている(72)。もっとも、貸付（背任行為）の時点に限って見れば、利害の方向が動いたのは任務（本人の意思）に背く身分者だけであり（借り手は通常貸付を歓迎する）、借り手の関与態様としては、借り手の利害が動く事情を認識して契約締結行為をしただけに過ぎないともいえる。また、身分者の利害が動く事情の認識は、共犯の成立にとって通常必要な身分者の任務違背、積極的な図利加害目的（自己保身目的）の認識があれば、認められるように思われる。そうであれば、石川銀行事件のように「利害共通性」の利用よりも「積極的加担」が関与の態様は明らかに強度であり優先的な基準となるのは頷けるところである(73)。もっとも、前述のように、借り手が自己の経済的利益の追求として処罰を免れる根拠と限界は必ずしも明確ではない。

以上のような理解に立てば、従前より人的・経済的癒着関係が存在していない場合であっても、少なくとも、申込段階で貸し手の任務違背・図利加害目的を基礎づけるような事情を借り手が明確に認識していれば（例えば、経営者が銀行に恨みを持ち損害を与えようと考えているのを借り手が知った場合）、背任罪の共犯が否定される理由はないように思われる(74)。たしかに、借り手は本人と行為者の内部規律を調べる必要まではないが、認識してしまった場合にそれについて配慮しないでよいかは別問題であろう。不正融資事案における癒着関係の存在は、（訴追の対象とされていない）最初の不良貸付から企業の破綻が決定的となった時点までの貸し手と借り手の関係として認定されることが多い。従来のような企業破綻後の責任追及としての背任罪の運用であれば、そのような要素も考慮に値することが多かったのであろうが、今後背任罪の運用状況次第では身分者と借り手の「利害の対立」を解消させる別の事情も考慮に値するものと思われる。

（1）　的場純男「貸付業務と背任罪」経営刑事法研究会編『経営刑事法Ⅰ』（一九八六）一四三頁、西田典之編『金融業務と刑事法』（一九九七）一三五頁〔上嶌一高〕参照。

（2）　会社法上の特別背任罪は、会社の役職員等に主体を限定した背任罪の特別法であり、主体の範囲以外の要件についての解釈は基本的に同じと一般的に理解されている。これと異なる見解として、伊東研祐「会社法罰則と背任罪（刑法二四七条）解釈の視座」刑ジャ一七号（二〇〇九）四七頁以下などがある。

（3）　刑集六三巻九号一一一七頁〔拓銀事件〕。

（4）　この点に関する判示は以下の通り。「銀行の取締役が負うべき注意義務については、一般の株式会社取締役と同様に、受任者の善管注意義務（民法六四四）及び忠実義務（商法二五四条の三、会社法三五五条）を基本としつつも、いわゆる経営判断の原則が適用される余地がある。しかし、銀行業が広く預金者から資金を集め、これを原資として企業等に融資することを本質とする免許事業であること、銀行の取締役は融資取引の専門家であり、その知識経験を活用して融資業務を行うことが期待されていること、万一銀行経営が破たんし、あるいは危機にひんした場合には預金者及び融資先を始めとして社会一般に広範かつ深刻な混乱を生じさせること等を考慮すれば、融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解され、所論がいう経営判断の原則が適用される余地はそれだけ限定的なものにとどまるといわざるを得ない」。

（5）　最判昭和三四年二月一三日刑集一三巻二号一〇一頁など。

（6）　「座談会」背任罪」ジュリ一四〇八号（二〇一〇）一三四頁〔渡辺咲子発言〕。

（7）　山口厚『刑法各論〔第二版〕』（二〇一〇）三三三頁などを参照。

（8）　客体が物か利益かで区別する見解（江家義男『刑法各論〔増補版〕』（一九五六）二二一頁など）、権限逸脱か権限濫用かで区別する見解（植松正『再訂刑法概説Ⅱ各論』（一九七五）四五八頁など）などがある。もっとも、これらの見解が重なり合いを完全に否定する趣旨まで含むのかは明確ではない。この点について内田幸隆「横領罪と背任罪との区別」（二〇一一）法教三五九号四一頁。

（9）　最判昭和三三年一〇月一〇日刑集一二巻一四号三二四六頁など。

（10）　林幹人『刑法各論〔第二版〕』（二〇〇七）三〇二頁。

(11) 内田・前掲(8)四二頁。

(12) 判例はこれを肯定する（大判明治四四年四月一七日刑録一七輯六〇五頁、大判大正一二年一二月一日刑集二巻八九五頁など）。また、山口厚＝塩見淳「〔対談〕刑法の学び方」法教三七三号（二〇一一）七四頁〔塩見発言〕参照。

(13) 判例（最決昭和五八年五月二四日刑集三七巻四号四三七頁）・通説である。もっとも、実際に立件されるのは、貸付先の倒産や、場合によっては金融機関の破綻後など貸付金の回収が不可能であることが明らかになってからであり、厳密にどの程度で損害といえるのか、その限界ははっきりとしない。

(14) 団藤重光編『注釈刑法六巻』（一九六六）二八六頁〔内藤謙〕、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法一三巻〔第二版〕』（二〇〇〇）一八四頁〔日比幹夫〕。

(15) 伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第五巻』（一九八六）一三三頁〔伊藤〕。また、西田典之『刑法各論〔第五版〕』（二〇一〇）二五一頁も参照。

(16) 上嶌一高『背任罪理解の再構成』（一九九七）二七二頁参照。

(17) 大阪高判昭四五年六月一二日刑月二巻六号六二六頁など。

(18) 刑集五八巻六号五二四頁〔北國銀行事件〕

(19) 高松高判平一七年七月一二日高刑集五八巻三号五頁（予算法の違反）、東京高判平一九年十二月七日判時一九九一号三〇頁（談合行為として独占禁止法違反の犯罪）。

(20) 以上について品田智史「背任罪における任務違背（背任行為）に関する一考察（一）」阪大法学五九巻一号（二〇〇九）一一三頁以下を参照。

(21) 品田「背任罪における任務違背（背任行為）に関する一考察（二・完）」阪大法学五九巻二号（二〇〇九）八六頁。これに対し、林「背任罪における任務違背行為」判例時報二〇九八号（二〇一一）一一頁は、過失犯との比較から任務違背判断において刑法外の義務をそのまま持ち込むことに反対し、刑法外の規範の違反を問題とすることに意味があるのか疑わしいと批判する。しかしながら、刑法固有の違反を判断するにしても、そのためには法令を参照することは避けられず、また、それに違反したかどうかは少なくとも考慮要素とはされるものと思われる。

(22) 以上の私見について品田・前掲(21)八六頁。また、高山佳奈子「金融機関経営者の刑事責任」金法一九一一号（二〇

一〇）一八頁。このような例としては、賄賂の支払いが考えられる。私見に対しては、島田聡一郎「背任罪における任務違背行為」『植松立郎先生退官記念論文』（二〇一一）二五頁にこの点以外も含めた詳細な批判がある。たしかに財産保護のための規範の違反という基準によれば、処罰範囲に広狭が生じてしまうかもしれない。しかしながら、行為態様の記述が抽象的な背任罪にあっては、本人の推定的意思の違反以外に明確な基準が見出されるならば用いられるべきであるように思われる。さもなければ、「財産」、「損害」の理解次第で処罰範囲が広がり過ぎる可能性がある（例えば、ドイツにおける取締役の行為に起因する第三者から会社に対する損害賠償請求惹起の事例など）。また、ドイツの連邦憲法裁判所（BVerfG NJW2010, 3209）も義務違反のメルクマールの解釈に際し、「明確で明白（明らか）な事例に限定すること」、「特別の制裁規則の調整との評価矛盾を避けること」、「財産犯としての背任構成要件の特性を保持すること」を述べている（ただし、具体的な結論についてはなお検討を要する）。

(23) 品田・前掲(21)五六頁。近時の議論についてより詳細なのは島田・前掲(22)二六三頁。

(24) BGH NJW2010, 3458 は、有限会社の持ち分の五一パーセントを実質的に所有していた単独代表権を持つ業務執行者が、会社の裏口座に金銭を移動させた事例において、過半数社員の実質的な同意が存在していただけでは背任罪の成立を否定するには十分ではなく、その他の社員がその決議に関与していることが必要であるとした。

これに対してザリガーは、そのような決定手続の不備をもって同意を否定することは、会社法上の形式の不備が犯罪化され、場合によっては、背任罪の保護目的と矛盾するとして判例を批判する（Frank Saliger, Schutz der GmbH-internen Willensbildung durch Untreuestrafrecht?, Strafrecht als Scientia Universalis, Teil. 2 (2011), 1062 ff.）。しかしながら、本人としての会社の意思決定を判断する際にどのような規範を考慮するのかという問題と規定の財産関連性（保護目的）の問題とはやや異なるように思われる。

なお、同判決は、行為者の義務違反を基礎づけるのに際して、適切な会計義務に違反した点だけではなく、他の会社機関に対する忠実性の義務（対会社ではない）の違反も指摘している。会計義務違反の点はともかく、後者の違反については本人の財産に何の関連性もないとして、ザリガーは批判的である。

(25) その意味で林・前掲(21)一二頁における専門家の知識経験による判断は、考慮要素となる。

(26) 最決昭和六三年一一月二一日刑集四二巻九号一二五一頁は積極的意欲を要求することについては明確に否定している。

(27) 詳しくは、上田哲「判解」平成一七年度最判解三七〇頁など参照。

(28) 香城敏麿「背任罪」基本講座（五）二六五頁。同説によるとされるのは最決平成一〇年一一月二五日刑集五二巻八号五七〇頁、最決平成一七年一〇月七日刑集五九巻八号七七九頁など。なお、本人図利目的と、自己・第三者図利目的が併存する場合、いずれの目的が主であるかによって図利加害目的が判断される。

(29) この帰結を批判するのは、佐伯仁志「判批」ジュリ一二三二号一九六頁（二〇〇二）。

(30) 判例（前掲最決昭和六三年一一月二一日）・通説は「利益」に自己の信用・面目などの非財産的な利益を含むことを肯定する。

(31) なお、不良貸付事案においては、本来行なわれるべきではない貸付が行なわれたことのみで第三者図利目的が認定されることが多い。これに対して批判的なのは林・前掲(21)一四頁。もっとも、そのような第三者図利目的のみで図利加害目的が肯定されることはほとんどなく、本文のような自己図利目的も共になければ背任罪の成立が否定されている。おそらく第三者に利益があるということのみで背任罪を安易に認めることについては躊躇があるのであろうと思われる。

(32) 品田「経済活動における刑事規制」法時八二巻九号（二〇一〇）一八頁。

(33) 吉原和志・会社法の争点（二〇一〇）一五四頁などを参照。

(34) 東京地判平成一四年四月二五日判時一七九三号一四〇頁等。

(35) 最判昭和四五年六月二四日民集二四巻六号六二五頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第三版〕』（二〇〇九）四〇〇頁。

(36) 東京地判平成一四年四月二五日判時一七九三号一四〇頁など。また、東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ』（二〇〇六）二四四頁等参照。

(37) 最判平成二二年七月一五日集民二三四号二二五頁（事業再編計画の一環としての株式取得の方法や価格についての取締役の決定が問題となった事例）。

(38) ただし、この点について森田果「我が国に経営判断原則は存在していたのか」商法一八五八号四頁参照。

(39) 近藤光男「経営判断の原則」会社法の争点一五六頁。

(40) ドイツにおいては、株式法において経営判断原則が立法化されており（株式法九三条一項二文）、その内容は背任罪の解釈においても考慮されるべきとされるのが一般的である（Christian Müller-Gugenberger/Klaus Bieneck/Wolfgang

Schmid, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. (2011) § 31 Rn 166 ff.)。ドイツの経営判断原則は主張立証責任の点で日本と大きく異なるものの、その内容についてはむしろアメリカより日本に近く、また、法文化されたその内容は、一般的に取締役の注意基準、責任基準であると理解されている。

(41) したがって、私見のように刑法外の義務を直接判断に取り込む立場をとらないとしても、私法上の評価との矛盾を避けるためには何らかの形で経営判断原則の存在を考慮に入れざるをえないであろう。

(42) なお、経営判断原則の適用の前提として、取締役のとった措置が経営判断事項に該当するのか問題になることがある。ドイツにおいては、この点は株式法九三条一項二文の「企業家決定」に該当するか否かで判断される。この「経営上の決定」は「その将来関連性の結果、予測と裁判の対象とならない評価によって特徴づけられる」といわれているが、それに対置されるのが「法的に拘束される決定」で、構成要件上の評価の余地がない法律、定款、委任契約上の義務の顧慮が含まれている（Begründung zum Regierungsentwurf UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 11）。このような二項の対置は、日本法における法令違反行為と業務執行上の善管注意義務の対置と類似するように思われる。他方、日本法においては、法令違反とは関係ない善管注意義務違反の判断の際にも、それが専門的な評価裁量の余地を伴わなければ経営判断原則の適用対象外であると主張されることがある。最判平成二一年一一月二七日集民二三二号三五三頁（四国銀行事件）参照。

(43) 弥永真生「判批」ジュリ一三九二号（二〇一〇）一七九頁、品田「判批」刑ジャ二二号（二〇一〇）一一八頁、また拓銀事件の田原補足意見も参照。

(44) 刑集五七巻二号一六一頁（住専事件）。

(45) 岩原紳作「判批」ジュリ一四二二号（二〇一一）一四〇頁。

(46) 西田「判批」金法一八四七号（二〇〇八）一〇頁は、後述する背任罪の共同正犯の問題において金融機関の融資を巡る状況の変化を指摘するが、その内容は背任罪の正犯の運用についても妥当するものと思われる。

(47) なお、田原補足意見はさらに厳格な基準を設定している。

(48) 岩原・前掲(45)一四〇頁参照。

(49) このことは、アメリカのように善管注意義務と忠実義務を峻別しない日本ならではのことかもしれない。また、一般的な誠実性ではなく、利益相反取引のような類型的に忠実義務に位置づけられる義務については別論である。

(50) 島田・前掲(22)二六九頁も同旨。

(51) 六五条一項の「共犯」に共同正犯を含むかについては争いがあるが、判例（大判昭和九年一一月二〇日刑集一三巻一五一四頁）・通説はこれを肯定する。

(52) ここでは、背任罪の主体かつ特別背任罪の主体に、いずれの身分もない者が加功しているという意味で、業務上横領罪における、業務上占有者に対し非占有者が加功する場合と類似の問題が生じる。実務では、横領の場合と同様に、六五条一項により非身分者には特別背任罪が成立し、二項により背任罪の刑が科されるという取り扱いを行なっている。

(53) 借り手に背任罪の共同正犯が成立する基準を「通常の取引を逸脱したか否か」としたうえで、そのような段階に至らなくても当該申込が任務違背の実行を促進などさせた場合には狭義の共犯を認めるのは、内田「背任罪の共同正犯」企業と法創造五号（二〇〇五）四一頁。

(54) この点について島田「対向的取引行為と背任罪の共同正犯」クローズアップ各論三四七頁、林「背任罪の共同正犯」判時一八五四号（二〇〇四）三頁、橋爪隆「判批」刑ジャ一五号（二〇〇九）一二五頁など参照。

(55) 判時一〇四二号一四七頁。

(56) 刑集六二巻六号一六二三頁〔石川銀行事件〕。

(57) 刑集五九巻八号一一〇八頁〔イトマン絵画取引事件〕。

(58) また、近時の無罪例として前掲最判平成一六年九月一〇日があるが、やや特殊な事例である。

(59) 集刑一五五号六七頁〔千葉銀行事件〕。

(60) 藤木英雄『経済取引と犯罪』（一九六五）二四二頁は、主観面（のみ）での限定を図った見解とされている。

(61) また、千葉銀行事件における最高裁の判示もそのような限定を施す意図であったか疑わしい。この点については品田「不正融資と背任」松原芳博編、『判例刑法各論』（二〇一一）一八四頁参照。

(62) 朝山芳史・平成一五年度最判解八三頁など。これに対し、橋爪隆「判批」刑ジャ一五号（二〇〇九）一二五頁（判例の立場としてであって、そのような限定自体には否定的）。

(63) 青柳勤・「判解」ジュリ一三九〇号（二〇〇九）一三九頁。

(64) 貸し手は事実上の対向犯として借り手と必要的共犯の関係にあり、違法性や期待可能性が原則としてないため、常に

背任罪の共犯は成立しないとの見解もある。関哲夫「背任罪の共同正犯についての一考察」佐々木喜寿三六二頁、同「不正融資における借り手の刑事責任について・再論」立石古稀六五五頁参照。

(65) 島田・前掲(54)三三六頁、上嶌「判批」現刑六巻九号（二〇〇四）九六頁参照。

(66) したがって、二重売買の買い手に対し不動産登記制度を根拠に横領の共犯を限定する立場とは別種の考慮が存在することになる。もっとも、そもそも横領の共犯の場合にも、民法一七七条の存在とは別の考慮によるという可能性もある。佐伯「民法と他領域（三）刑法」民法の争点一三頁参照。

(67) ドイツにおいて背任罪の狭義の共犯の成否について検討しているトーマスは、ここで、共犯者が借り手企業の経営者であり、借り手企業に対して背任罪の主体という関係にある場合を問題として挙げる。すなわち、借り手に利益となる貸し手の背任行為に協力しなければ、借り手本人に得られたはずの利益を与えなかったという損害を加えたという理由で借り手側でも背任罪になり、進退窮まってしまうというのである（Sven Thomas, Strafbare Teilnahme an einer Untreue nach § 266 StGB bei gegenläufigen Interessen ? Festschrift für Ruth Rissing- van Saan zum 65, (2011) 681 ff.）。しかしながら、他者の犯罪に協力して得られたはずの逸失利益が損害として評価されるのかについては問題があるし、また、犯罪行為への協力が借り手企業の意向にかなうとしても、それを実行しないことはそもそも背任罪の義務違反にはならないであろう（品田・前掲(21)八六頁参照）。

(68) 和田俊憲・クローズアップ各論三五一頁。

(69) そのように理解しなければ、正犯不法が自由競争秩序に影響を及ぼさない犯罪類型の共犯全てにおいて経済的利益の追求が考慮されなければならなくなってしまうであろう。

(70) 朝山・前掲(62)六八頁は非身分者と利害が対立するのは「より正確には身分者にとっての本人」とする（結論としては、身分者と借り手の利害対立を重視している）。

(71) そこまで要求するのは、橋本正博「判批」平成一五年度重判解六三頁。

(72) 内田・前掲「不正融資」四四頁は、このような癒着は背景事情に過ぎないと指摘する。

(73) 西田・前掲(15)二五七頁などは、身分者と借り手の利害の共通性よりむしろ借り手の加功行為の存在を強調しているように思われる。

(74) 東京地判平成一二年五月一二日判タ一〇六四号二五四頁は、背任罪の共同正犯が認められる類型の一つとして「任務違背を明確に認識しながら貸し手と意思の連絡を遂げた場合」を挙げ（結論としては無罪）、福岡高判平成二一年四月一〇日高裁速報（平二一）二八四頁は、身分者の任務違背に対する非身分者の認識が明確な認識（確定的認識）である場合か、非身分者の認識が未必的認識にとどまるが、身分者と非身分者の特別な関係などで両者の緊張関係が失われている場合の二つを特別背任の共謀が認められる類型として挙げる（結論としては後者で有罪を認定）。また、前掲（6）一六四頁〔橋爪発言〕参照。

本稿は、科研費若手研究（B）「経済活動と背任罪」（二二七三〇〇五七）の助成を受けたものである。