

特別背任罪の共同正犯

設楽裕文

- 一 序
- 二 最高裁判例の検討
- 三 その後の下級審裁判例の検討
- 四 学説の検討
- 五 考察
- 六 結語

一 序

A社の（代表）取締役など特別背任罪（会社法九六〇条―商法旧四八六条）の身分を有するXが、その任務に違背して

特別背任罪の共同正犯（設楽）

九九（三三二）

B社(経営者甲)と取引しA社に財産上の損害を加えたとする。Xが特別背任罪の罪責を負うとして、甲が同罪の共同正犯となるのはどのような場合であろうか—これが本稿で取り扱う問題である。

以前の判例には、共謀共同正犯を広く認める立場から、簡潔に共同正犯の成立を肯定したものもある^①。しかし、練馬事件大法廷判決^②を経て、いまや、後述する再生スキーム事件決定の青柳調査官の解説(以下、「青柳解説」という)において、平成一九年度の司法研究「難解な法律概念と裁判員裁判」の「共謀共同正犯(正犯と従犯の区別)」の内容を要約した上で、これを「実務での共謀共同正犯概念は『共謀』(犯罪の共同遂行への合意)と『自己の犯罪を行う意思』(正犯意思)という主観的基準によって示していることを示しつつ、これらを認定する上では、客観的事情も相当程度重視されており、特に、正犯意思については、正犯と評価されるにふさわしい犯罪遂行への事実的寄与とみなされる事情が認定されていると分析して実質的客観説との違いはないとし、さらに、その説明方法としてもそれに即したものを提言するものであって、優れた分析となっている。実務における共謀共同正犯理論の到達点を示しているものといえよう」(傍線—原文では横書きのため下線—も青柳調査官の付したもの)としていたのであって、^③単純に故意をもって謀議すれば直ちに(共謀)共同正犯の成立を肯定するというわけには行かない。

そのほかに、安易に相手方(甲)を共同正犯にすることは、相手方の経済活動に対する過度の規制になるとい問題意識もあり、^④ここから、特別背任罪の共同正犯の成立範囲の限定は、共謀共同正犯の一般論に解消される問題ではなく、「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」が必要であるとして、「融資の担当者と相手方との間に経済的利害が相対立する緊張関係が保たれている限り、両者の間に(特別)背任の共謀の成立を認めるべきではないであろう。そして、何らかの理由によりこのような緊張関係が失われるに至った場

合に（特別）背任の共謀の成立を認めるのが相当であると考えられる⁵⁾という主張（以下、「利害一体化論」と呼ぶことにする）がなされている。この利害一体化論を用いた裁判例が、後述するケヤキ・庭石事件の高裁判決（福岡高判平成二二年四月一〇日高刑速（平二二）二八四頁）である。その判決には、「〔…〕非身分者と身分者との間に経済的利害が相対立する緊張関係が保たれている場合には、自由な経済取引保護の観点から、身分者の任務違背に対する非身分者の認識は明確な認識（確定的認識）でなければならず、未必的認識で両者の間に特別背任の共謀の成立を認めるべきではないが、何らかの理由によりこのような緊張関係が失われるに至ったときには、未必的認識による特別背任の共謀の成立を認めるのが相当であると解すべきである」とある。

さらに、近年は、ドイツの「客観的帰属論」や「中立的行為による幫助」についての考えを応用する見解もある。例えば、林幹人「背任罪の共同正犯―共犯構成要件について」は、たとえ関与行為から結果が発生したとしても、「関与行為の時点で、その行為が許された危険の範囲内にある場合、その行為を違法とすることはできない」として、このような見解はドイツにおいて「日常的・中立的」な幫助行為がなされた場合の共犯成立の限定に関し主張されている見解と基本的に同じものである、という⁶⁾。

以上にみたところからでも議論状況の複雑さが認知できるのではないかと思う。本稿は、このような状況にあえてきりこみ、現実的で妥当な基準設定を目指して、粗雑ながら私見を展開し、諸賢の議論のたたき台として供することを目的とする。

二 最高裁判例の検討

1 住専事件決定—最決平成一五年二月一八日刑集五七卷二号一六一頁(共同正犯成立肯定)

事実関係は次のとおりである。

A社(住宅金融専門会社)は、平成三年八月から同年十一月までの間、B社(不動産会社)に四回融資した(融資額合計一八億七〇〇万円)。その際、融資が対外的に突出するのを避けるため、A社の融資担当者Xらは、B社の代表取締役甲(D社の代表取締役でもある)の協力を得て書類を整えた上、A社の関連会社C社、B社の子会社D社を経由する迂回融資の方法を採った(以下、この融資を「本件融資」という)。

甲は、(1)本件融資が実質無担保の高額な継続的融資であり、迂回融資の方法が採られるなど不自然な形のものであることを認識し、(2)本件融資がA社のXらがA社に対する任務に違背しておこなわれたものであること、A社に財産的損害を与えるものであることを十分認識しつつ、A社に対して繰り返し運転資金の借入を申し入れてXらをして任務に違背するように仕向けた。その際、甲は、B社が資金面でA社に深く依存し、財務的に破綻状況にあったにもかかわらず、A社からの継続的な借入により倒産を免れているという状態にあったため、XらがB社に対する過剰融資、貸付金の回収不能から生ずる責任を回避し、保身を図る目的で本件融資に応じざるをえないことを知っており、また、Xと個人的に親密なY(B社の創業者で実質的経営者であり、甲の前にB社の代表取締役であった者)と共同して本件融資の実現に寄与した。

本件決定は次のようにいう。

本件の事実関係によれば、甲（被告人）は、「X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、Xらの任務違背、A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、Xらが自己及びB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、A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のであって、X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。

以下、評価する。

本件決定は、任務違背と財産上の損害について被告人が「高度の認識」を有していたと指摘しているものの、第一審判決は、「任務に違背するものであることは認識していたと認められる」、「財産上の損害を与えることの認識も十分有していたと認められる」としている（刑集五七巻二号二六一頁）。また、原判決は、第一審判決が共犯成立の根拠として判示したのは、「B社は、A社から継続的に融資を受けて多額の融資残高を有していて、単なる一時的な借受人ではなく、A社と持ちつ持たれつのある関係にあるといえるような状態で、被告人両名〔甲とY〕は、Xら四名が、本件融資に応じなければ、B社に対する積極的な支援の結果としての巨額の融資残高が回収不能になって責任問題に発展するなどの苦境に陥る状況にあることを認識しながら、それに乗じ、本件融資に応じることはXら四名の任務違背になることも知りながら、A社に本件融資を申し込んでいる」という部分だとしており、任務違背と財産上の損害についての認識をとくに問題にしてはいない（刑集五七巻二号二九〇～二九二頁）。これらのことからすると、本件決定は、「高度の認識」に特段の重要性を置いていないのではないかと思う。

第一審判決、原判決を併せて読むと、重要なのは、むしろ、Xらが「本件融資に應じざるを得ない状況にあることを利用しつつ、A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のであって」という部分であろう。⁽⁸⁾ すなわち、甲は、「支配的な影響力」を行使することや、「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」といったことこそしていないものの、Xらが融資に應じなければ融資残高の回収不能につき責任問題に発展するなどの苦境に陥る状況にあることに乗じて本件融資を申し込み、自らが代表取締役をつとめるD社を迂回融資の手順に組み入れることに協力しているのであり、Xら「四名の任務違背の行為を利用し、特別背任の図利目的及び故意をもって、犯罪事実記載の各犯行を実現しているから、共同正犯性を肯定できる」というわけである（第一審判決は、このように考えている。刑集五七巻二号二六二―二六五頁―引用部分は二六五頁―参照）。結局、甲は、Xらが融資に應じざるをえない状態にあることを利用し、任務違背行為にあたる本件融資に迂回先会社（D社）を組み込むという犯罪遂行への重要な事実的寄与とも評価できる加功をしているといえる。

2 北國銀行事件判決―最判平成一六年九月一〇日刑集五八巻六号五二四頁（刑法二四七条の背任罪につき共同正犯成立否定）

事実関係は次のとおりである。

A県信用保証協会（以下、「A協会」という。専務理事X、常務理事Y、常勤理事Z）は、B銀行が平成五年六月三〇日にC社に八〇〇〇万円融資する際に保証をした。C社は、同年七月九日に事実上倒産した。A協会の事務担当者は、融資の担保にしていた工場財団の機械一六六点中四点が登記漏れになっていたことから、これが保証条件違反にあたるとして、B銀行に代位弁済できない旨の通知をした。その後、双方の担当者が折衝したものの、B銀行審査部は代

位弁済を受けることは困難と判断して、A協会に対し、債権償却のための免責通知書の発行を求め、平成八年二月一五日頃、交付を受けた。

A協会においては、県、市町村、金融機関の出捐金や負担金により計一〇億五〇〇〇万円を基本財産に充てるといふ基本財産増強計画があり、B銀行も、平成六年度及び同七年度には各四〇〇〇万円を超える負担金を拠出していた。Z（A協会の常勤理事）は、平成八年二月二八日、甲（B銀行の代表取締役頭取）に面会して平成八年度の負担金の拠出を依頼した。すると、甲は、「負担金拠出には応じられない。それよりもC精機の代弁否認は無茶ではないか。一六〇件余りの担保物件の追担の四件くらいで否認は無茶ではないか」などといって、代位弁済に応じるよう強く要請した。

Zは、X、Yに甲の要請を報告し、A協会役員らは、B銀行が負担金を拠出しなければ基本財産増強計画に支障をきたす恐れがあることから甲の要請に応じざるをえないと判断し、平成八年七月一九日、B銀行に対し八〇〇〇万円の代位弁済を実行した。

本件判決は次のようにいう。

(1)金融機関の負担金拠出額はA協会の保証を受けた債務の前年末の残高及び過去一年間に受けた代位弁済の額によつて算定されることになっており、B銀行関係の保証債務残高及び代位弁済の額の割合を考えると、B銀行のみがA協会から利益は受けるけれど応分の負担をすることは拒否するという態度をとることが實際上可能であったのか、ひいては甲が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のかについては疑問があり、(2)B銀行が負担金の拠出を拒絶することが可能であったとしても、A協会としては負担金拠出と代位弁済の利害得失を慎重

に総合検討して態度を決定すべき立場にあり、負担金の拠出を受けることと切り離して、代位弁済をすることが直ちに任務違背行為にあたりと速断することはできず、(3)機械一六六点中四点について登記手続きが未了であったという事実以外の免責事由を甲が認識していたことは確定されず、甲が代位弁済行為の任務違背性を認識していたとの根拠はなく、機械四点の登記漏れの事実が八〇〇〇万円の債務全額についての免責事由となりうるかについても議論がありうる場所である。「これらの諸事情に照らせば、本件においては、被告人〔甲〕が協会役員らと共謀の上、協会に対する背任行為を実行したと認定するには少なからぬ合理的な疑いが残っているといわざるを得ない」(破棄差戻)。

以下、評価する。

本件では、甲は、A協会の理事らに代位弁済を強要できるような立場にはなく、単に代位弁済否認を撤回するよう求めただけである。「負担金拠出には応じられない。それよりもC精機の代弁否認は無茶ではないか。一六〇件余りの担保物件の追担保の四件くらいで否認は無茶ではないか」といった言説自体、四件の登記漏れくらいで代位弁済を否認するのは無茶であると言っているだけで、負担金拠出と交換条件にしているわけではないと解釈できなくはない。共同正犯の成立を否定したのは妥当である。

3 絵画事件決定(イトマン絵画事件決定) — 最決平成一七年一〇月七日刑集五九卷八号一一〇八頁(共同正犯成立肯定)

事実関係は次のとおりである。

A社(総合商社)の絵画事業は、X(平成二年二月一日付でA社理事・企画監理本部長、同年六月二八日A社常務取締役)が

統括し、Y（A社代表取締役名古屋支店長、平成二年四月一日企画監理副本部長）がXを補佐していた。平成二年六月二十八日にはA社の子会社B社が絵画事業を目的として設立され、同月二十九日、X、Yは、B社代表取締役に就任した。甲は、C社等の企業グループを経営支配していたものであり、平成元年三月からXとの間で経営する会社の資金を融通しあっていた。

甲は、平成二年二月二三日頃から同年八月末頃までの間、一二回にわたり、Xに、A社において被告人の支配するC社等三社から絵画等計一八六点を高額で購入するよう依頼した。甲との間で資金を融通しあっていたXにとっては、甲の資金が潤沢になればXの資金需要を満たすことが可能となり、甲の資金が逼迫すればXの資金繰りに大きな障害が生じることから、A社が甲から多額の利益を上乘せした価格で絵画を購入することは、甲の利益を図るとともにXの利益を図ることにもなった。また、YにはA社の決算上の利益出しのために甲の協力を得る必要があった。そこで、XとYは、甲、Xの利益を図る目的で、任務に背いて、甲側が申し出た絵画等の価格が著しく不当に高額であり、その価格で購入すればA社に損害が生じることを認識、認容しながら、あえて甲側の申出金額のまま、合計四七二億四一〇万円での買取りに応じ、A社に二二三億一〇〇〇万円相当の財産上の損害を生じさせた。その際、甲は、X、Yの要請に応じて、監査法人の監査対策用に、絵画等についての鑑定評価書を作成し提出している。

甲は、平成二年七月下旬頃、Xに、A社において、甲側が提供する絵画二五点を六三億円で買うよう依頼した。X、Yは、B社を買受先とすることにし、甲、Xの利益を図る目的で、任務に背いて、平成二年七月三十一日、六三億円を甲の支配する会社に絵画二五点の売買代金として支払い、B社に約四〇億四〇〇〇万円相当の損害を生じさせた。

本件決定は次のようにいう。

甲は、特別背任罪の主体としての身分を有していないが、「X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A社やB社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A社やB社側の中心となったXと被告人〔甲〕は、共に支配する会社の経理がひつ迫した状況にある中、互いに無担保で数十億円の融資をし合い、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つたことから、Xにとっては甲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つた。甲は、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」、「このようなことからすれば、本件において、被告人が、Xらの特別背任行為について共同加功したものと評価し得ることは明らか」である。

以下、評価する。

本件決定は、甲とXとが従来から資金を融通しあう関係にあり、甲、ひいてはXに不当な利益を与えることが絵画等をA社、B社に購入させる目的であつたことが明らかな事案についてのものである。甲は、Xと利害関係が共通することを利用して不当な取引をXにもちかけ、売買契約の実質的な当事者となり、偽造の鑑定評価書を作成、提出するといった行為をおこなっている。こういった点から甲はXらの特別背任行為に共同加功したと評価されたのである⁽⁹⁾（なお、決定書は、任務違背や財産上の損害について甲は「十分に認識していた」としているにとどまり、「高度の認識」といった言葉は用いていない⁽¹⁰⁾）。

4 再生スキーム事件決定（石川銀行事件決定）——最決平成二〇年五月一九日刑集六二卷六号一六二三頁（共同正犯成立肯定）

事実関係は次のとおりである。

A銀行（代表取締役頭取X）は、甲が実質的に経営する企業グループである「甲グループ」の企業に多額の融資をしていた（平成一二年三月時点で貸出金残高は二〇〇億円近かった）。甲グループの中心企業であるB社は、A銀行等から融資を受けて千葉県内にゴルフ場（以下、「本件ゴルフ場」という）を開発した。しかし、本件ゴルフ場の経営は成功せず、B社は多額の損失を出すにいたった。

甲は、自己の支配する企業がA銀行から融資を受けて本件ゴルフ場をB社から買い取った上で債権者C社に相当額を支払ってB社に対する債権を譲り受ける形を取るなどしてB社の債務圧縮を実現する案（以下、「再生スキーム」という）をA銀行のXらに提案し、C社との交渉材料として利用するため、不動産鑑定士に依頼して、客観的な担保価値は十数億円程度に過ぎない本件ゴルフ場の価格を六七億五二七三万円とする不動産鑑定評価書を作成させ、これを、C社との交渉担当者Y（D社経営者）に提供したほか、融資決定にあたって、A銀行にも提供した。さらに、甲は、平成一二年九月五日、本件ゴルフ場の譲受先としてE社を設立し、同日、B社とE社との間で、E社がB社の約四一億円の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、同月一日、B社、C社、D社の間で、①B社はC社に計約一五六億円の債務のうち一七億円を支払う、②C社は残債権を三〇〇万円をD社に譲渡する、③C社は本件ゴルフ場における自社の担保権抹消に同意するなどの合意が成立した。A銀行は、平成一二年九月二二日、E社に五七億円を貸し付けた（以下、「本件融資」という）。本件融資の担保として、本件ゴルフ場に第

一順位(極度額三二億円)、第三順位(極度額三六億四〇〇万円)の根抵当権が設定されたほか、甲らも連帯保証した。

Xらは、本件融資について、E社やB社が返済能力を有さず、本件ゴルフ場の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ことを認識していた。本件融資を実行しなければB社の経営が破綻し、A銀行との長年にわたる不正常な取引関係が明るみに出ることなどにより、Xらは経営責任を追及される状況にあった。本件融資は、Xらの自己保身とB社の利益を図ることを目的にしていた。甲は、Xらが自己の利益を図る目的を有していたことを認識しており、本件融資の実行がXらの任務に違背するものであること、その実行がA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。

本件決定は次のようにいう。

甲(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Xらに提案し、C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B社を新たに設立した上、X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Xらの特別背任行為について共同加功したものと評価できるのである。甲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。

以下、評価する。

甲は、経営破綻しかかっているB社の債務圧縮のために再生スキームを提案し、本件ゴルフ場の価格を不当に高く評価する不動産鑑定評価書を作成させ、ゴルフ場を譲り受けてこれを担保に供して受ける融資の形式上の受け先とな

るE社を設立するなどしており、本件融資の中心人物として通常の経済活動を超えた行為をおこなって共同加功したと評価されてもやむをえないであろう（なお、決定書は、甲はXらの任務違背や財産上の損害について「十分に認識していた」とはしているものの、「高度の認識」といった言葉は用いていない）。

5 最高裁判例の基準について

以上に概観したところからすると、¹¹〈A社（担当者X）からB社（経営者甲）に金員が（融資金、売買代金として）支払われる場合、支払行為が（融資不可能な金額の融資とか、売買物件の客観的評価額を著しく超過する代金の支払とかいった）A社に財産上の損害を加える、通常取引の範囲を逸脱したものであり、甲において、Xの支払行為の任務違背性及び財産上の損害の発生を認識しつつ、自己の不当な利益を得るため、自己が代表取締役をとめる会社を迂回融資に組み込む（住専事件）、売買物件の価値や担保物件の価値を不当に高く評価した書面を作成させて提供する（絵画事件、再生スキーム事件）、形式的な融資先として会社を設立する（再生スキーム事件）といった、背任行為に相当する支払行為に必要なし密接な行為（事実的寄与）をおこなっているときに、特別背任罪の共同正犯の成立を肯定する〉というのが最高裁判例の考えであると思う。なお、住専事件の決定書には、任務違背性、財産上の損害についての「高度の認識」という言葉が出てくるものの、絵画事件や再生スキーム事件の決定書では、「十分に認識していた」といった言葉が用いられている上、支払行為に必要なし密接な行為をおこなっている者が任務違背性や財産上の損害について未必的認識しかないというようなことは通常考えにくい。そうになると、最高裁判例は、「高度の認識」に格別重要な意味をもたせているわけではない¹²と思う。

以上に述べたことについて、青柳解説が述べているところが参考になる。青柳解説は、「5 本件について」の

〔1〕において、住専事件決定は「融資を受ける側が窮状を訴えて融資を依頼する行為をしたにすぎず、積極的加担行為をしたとはいえなかったというやや特殊なケースについて、前述のように判示して共同正犯を認めたものである。融資の相手方が融資の実現に積極的加担行為をしている場合についてまで、同判例の考え方を当てはめ、共同正犯の成否を論ずるのは、同判例の趣旨とするところではないと考えられる」、「本来、融資に係る特別背任行為について融資の相手方が共同正犯になるかどうかは、その認識はもちろんであるが、融資の相手方が不正融資を実現するために具体的にどのような行為をしたかを認定し、その事実を積み重ねることによって、積極的加害行為を行い、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（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たか）によって判断すべきものであろう」とした上、「〔3〕において、再生スキーム事件決定は「(1)のような考え方」に基づいたものであって、「本件は、被告人が共同正犯として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と認められる重要判例であり、当然のことを判示したものともしえる。他面、平成一五年判例が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いると思われる状況の中で（あたかも、「融資に応じざるを得ない状況にあることを利用した」ことが融資の相手方に特別背任の共同正犯が成立するための要件であるかのように扱われている。）、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、犯罪遂行への事実的寄与をした者に共同正犯が成立することを示したものとしてみれば、意義のある決定であるということができよう」とする¹³。青柳解説は、背任行為に必要なし密接な行為（重要な事実的寄与）をおこなっているときに特別背任罪の共同正犯を肯定するのが最高裁判例の考えであるとの見方を裏づけるものである。

三 その後の下級審裁判例の検討

1 はじめに

前述したような最高裁判例の基準は、下級審裁判例に影響を及ぼしているであろうか。それとも、最高裁判例の基準と下級審裁判例の基準には相違があるのでしょうか。このような観点から、ここで、再生スキーム事件決定後の下級審裁判例を検討してみることとする。サンプルの数は乏しいものの、一応の傾向は看取できるように思う。

2 ケヤキ・庭石事件についての高裁判決―福岡高判平成二一年四月一〇日高刑速(平二一)二八四頁(共同正犯成立肯定)

事案は次のとおりである。

臨海土地の造成事業等を目的とするA社の代表取締役X、常務取締役Y、Xと親密な関係にあった甲(元F市市議会議員)は、共謀の上、X、Yにおいて、A社の人口島整備事業のためにケヤキ、五木石を取得する必要がなかったのであるから、購入してはならなかったのに、任務に違背して、甲の利益を図るとともにA社に損害を加える目的で、平成一一年にケヤキ三〇〇本を三億一五〇〇万円、平成一二年に五木石一万トンを三億五九一〇万円、平成一三年にケヤキ一〇〇本を九九七五万円で、仕入先とA社との間に甲の関連会社を介在させて甲に転売利益を得させるという形態で購入し、A社に損害を与えた。甲は、長年にわたり親密な交際を続け政治家としての甲を応援してくれていたXが平成一一年にA社の代表取締役就任するや、政治活動資金や選挙資金を得るため、Xとの個人的関係を利用して働きかけ、A社をして必要のないケヤキや五木石を購入させ、A社と仕入先との間に甲の関連会社を介在させ

ることにより、多額の転売利益を得た。

本件判決は次のようにいう。

弁護人は、平成一五年二月一八日最高裁決定（前述の住専事件決定）を引用し、非身分者に特別背任罪の共同正犯が成立するためには、非身分者が、身分者の任務違背を明確に認識しながら特別背任行為について意思の連絡を遂げることを要するところ、本件各取引において、非身分者である甲（被告人）は、身分者であるXらの任務違背に対する確定的な認識を欠いている、と主張する。しかしながら、上記最高裁決定は事例判例であって、特別背任罪の共同正犯が成立するためには、非身分者が身分者の任務違背に対する確定的な認識を有していることを不可欠の要件としているとは解されない。「そして、身分者の任務違背に対する非身分者の認識が未必的認識にとどまる場合に、一律に特別背任罪の共同正犯の成立を否定するのは必ずしも相当とは考えられず、同罪の共同正犯の主観的要件を他の犯罪の場合と区別すべき理論的根拠は乏しいというべきである。もともと、非身分者と身分者との間に経済的利害が相対立する緊張関係が保たれている場合には、自由な経済取引保護の観点から、身分者の任務違背に対する非身分者の認識は明確な認識（確定的認識）でなければならず、未必的認識で両者の間に特別背任の共謀の成立を認めるべきではないが、何らかの理由によりこのような緊張関係が失われるに至ったときには、未必的認識による特別背任の共謀の成立を認めるのが相当であると解すべきである」、「本件各取引によるケヤキ及び五木石の購入は、Xと被告人との特別な関係を背景として、被告人側の申出により、その希望するとおりの本数及び代金で、X及びYが被告人に衆議院議員選挙の選挙費用などを得させるために計画、実行されたものであり、まさしく上記の緊張関係が失われた場合に該当すると認められる。そうすると、本件各取引におけるXらの任務違背に対する被告人の認識については、未必的

認識で足りると考えるのが相当である」。

以下、評価する。

本件において、甲は、A社が必要としないケヤキ、五木石を、転売利益を得るために、介在させる必要もない甲の関連会社を介在させるという形態でA社に購入させている。このような購入は、通常の取引の範囲を逸脱したものであり、A社に財産的損害を加える背任行為であつて、甲は、甲の関連会社を介在させるという、背任行為に必要な行為（重要な事実的寄与）をおこなつて関与しているとみられる以上、特段の事情のない限り任務違背と財産的損害について十分な認識があつたと認められ、最高裁判例の基準に照らしても、共同正犯の罪責を免れないように思う。前述したように、全体として最高裁判例は、住専事件決定のいう「高度の認識」にさほど重点をおいているには思えないので、本件判決が特別背任罪の共同正犯の主観的要件を他の犯罪と区別すべき理論的根拠は乏しいとするのも一応是認できないではない。もつとも、「経済的利害が相対立する緊張関係」という、利害一体化論の基準はかなりあまいであり、このような緊張関係が保たれている場合は明確な認識（確定的認識）が必要であるとしている点は、「緊張関係が保たれていても明確な認識があれば特別背任罪の共同正犯が成立しうる」というようにも読め、「自由な経済取引保護」という根拠づけと矛盾するように思う。¹⁴ すなわち、緊張関係が保たれていても明確な認識があれば共同正犯になるということになると、客観的には通常の取引の相手方として関与したに過ぎない者でも任務違背性や財産的損害について明確な認識があつたら共同正犯になりうるとなつて、「自由な経済取引」を妨げることになるのではないか、という疑問が生じるのである。¹⁵

3 大阪地判平成二四年五月一日公刊物未登載LEX/DB25481188 (共同正犯成立肯定)

事実関係は次のようなものである。

A銀行某支店の支店長Xは、甲の経営するBグループ会社(有限会社四社から成る)に対し、実体のない決算関係書類の提出を受けた上で、甲を連帯保証人とするほかは特に担保を供させることもせず、平成一九年六月中に、計一億円(これは、本部審査部の承認を得ることなく支店長の判断により融資する「裁量与信」の限度額である)を融資した後、甲の追加融資依頼に応じて、無担保あるいは実質的に無担保で、六か月ほどの間に計九億四八〇〇万円に及ぶ融資をした。甲は、平成一九年六月の一億円の融資のわずか二か月後に無担保での追加融資を実行する銀行などなく、これを本部審査部の承認を要する「稟議与信」にすれば否認されて融資が実行されないことがよくわかっていたので、Xの支店長決裁権限内の融資案件を装って融資を実行してもらうしかないと考え、Xに心理的圧力をかけるなどして融資を実行させた。

本件判決は、量刑理由においてではあるものの、甲の罪責について、次のようにいつている。

「次に、被告人甲は、会計事務所事務員を巻き込んで、もつともらしいその決算関係書類を被告人X及びY〔得意先課課長代理〕らに提出して、Bグループ会社が優良企業であると被告人Xらをだました上で、金品を贈るなどして被告人Xらの歡心を買ひ、融資の継続が被告人Xらの任務に反することを十分に認識しながら、融資の申込みを断るはずはないと見込み、ときには、浮貸し等のスキャンダルを意識した黙示の脅迫的言動に及ぶなどして、被告人Xらに融資の申込みを続け、自己の希望する時期に、希望する金額での実質無担保の融資の実行を受けていたもので、その行為は、借り手の枠を超え、A銀行のいわば骨の髄までしゃぶり尽くしたというべきである」、「被告人甲の弁護

人は、被告人甲が、本件の一連の融資を受けるに当たり、A銀行側をだましたり、その弱みにつけ込んだりしたことは一切なく、融資は被告人XやYが積極的に主導して実行したなどと主張する。「改行」しかし、関係証拠によれば、被告人Xが、うその決算関係書類等をあたかも正当なものであるかのよう装って提出したり、被告人Xらに対して金品を繰り返し贈ったりするなど、A銀行から融資を受けられるよう様々な工作や働きかけをして、平成一九年六月、八月及び一二月の融資を引き出したことは明らかである」、被告人X等の供述内容を考慮すると「平成一九年一二月以降の融資は、被告人Xらに多額の利益を供与してきたことを利用し、また、被告人Xが浮貸しの件で負い目を感じていることにつけ込んで、被告人甲が被告人Xらに強く働きかけて実行させたものであると優に認められる」。

以下、評価する。

本件判決は、甲が、Xの任務違背について「十分に認識」しながらXらに強く働きかけて追加融資を実行させたことから、甲が特別背任罪の共同正犯となるものといえる。ケヤキ・庭石事件についての高裁判決の基準によるなら、(罪となるべき事実には含まれていない、平成一九年六月の一億円融資の段階から)「経済的利害が相対立する緊張関係」は失われており、任務違背について未必的認識があったにとどまる場合でも共同正犯の成立が肯定されてよい、ということになる。もっとも、「うその決算関係書類」の提出は罪となるべき事実に入っていない最初の融資の際になされたものであるし、甲がXに対し心理的圧力をかけていたとしても、共同正犯と評価するにふさわしい犯罪遂行への事実的寄与をしたといえるか、やや疑問ではある。

4 最高裁判例の基準と下級審裁判例の基準の比較検討

最高裁判例の示した基準が、(背任行為に相当する支払行為に必要なし密接な行為をおこなっているときに、特

別背任罪の共同正犯を肯定する」というものであるのに対し、右の下級審裁判例は、「経済的利害が相対立する緊張関係」が保たれているか」とか、「多額の利益を供与してきたことを利用する等して「強く働きかけて実行させた」とかを重視している。「背任行為に相当する支払行為に必要なし密接な行為」をおこなったかについては配慮するところが乏しいように思う。もつとも、「緊張関係が保たれていないときに取引を申し入れることは、背任行為に必要な行為をなすことであるといえる」とか、「強く働きかけることは、背任行為に密接な行為をなすことであるといえる」とかといった理解をするなら、最高裁判例の基準と下級審裁判例の基準との間にさほどの逕庭はないといえるかも知れない。

しかし、共同正犯の成立を肯定するためには共同して犯罪を実行することが必要であるというように共同正犯を理解する立場からすると、最高裁判例の基準の方が妥当であるように思う。換言するなら、最高裁判例の基準は下級審裁判例に必ずしも反映していないように思えるのである。

四 学説の検討

1 はじめに

青柳解説によれば、学説には、相手方の主観面で処罰の範囲を限定しようとする見解¹⁶や客観的事情に即して共同正犯の成立範囲を限定しようとする見解¹⁷がある。本来ならば、諸学説を全て検討すべきであるものの、紙幅の制約もあるので、ここでは、青柳解説が、その分析が「事柄の実態を正確に把握しているものといえる¹⁸」と評した島田聡一郎の学説（以下、「島田説」という）を検討することにする。検討の対象としては、「対向的取引行為と背任罪の共同

正犯^{①9}」以下、「島田論文」という一の記述を主に用いる。

2 島田論文にみる島田説

島田論文は、「若干の検討」の冒頭で、ここで問われているのが「あくまで、相手方の行為が、二四七条と六〇条以下の規定をあわせた構成要件に該当するか」という問題である以上、解決もその枠内でなされるべきであり、「共犯としての因果関係、結果帰属の枠内での解決」がなされるべきである、とする。そして、「ここでの結論は、共犯に関する一般理論から導かれねばならないと同時に、そこで導かれる具体的結論は、背任罪、とりわけ、このような取引行為の実態をふまえたものでなければならぬ」としている。

ここで問題とされるべき「共犯の一般理論」としては、「正犯の行為を引き起こす危険性の程度」があげられている。すなわち、「共犯が処罰されるためには、直接結果を惹起した正犯者の行為に働きかけ、その行為による結果発生の危険を物理的または心理的に高め、その高められた危険が結果に実現したことが必要である。単に結果と何らかの形で結びつきがある、というだけでは足りず、正犯行為に対する一定の影響を与えなければならないのである」という。「どのような影響を与えれば、正犯である事務処理者の任務違背行為を介した結果の帰属が認められ、背任罪の共犯が成立するのか」は、このような一般論が背任の相手方についてどのように適用されるべきか、という問題になるというのである。

島田論文は、事務処理者と取引の相手方とは「一般に、利害関係が対立する」ので、通常、相手方は本人側の（本人―事務処理者側の関係という）「内部規律」についてまで配慮すべきとはいえず、「そのような事務処理者は、相手方からの多少の働きかけに対しては、適切な審査を働かせることが、本人との関係で期待されている」のであって、

「そのような状況で、適切な審査がなされず、任務違背行為がなされても、それは、危険性が低い行為が、もっぱら事務処理者のせいで結果に実現したと評価できるから、相手方の創出した危険の実現とはいえず、相手方に共犯は成立しないというべきであろう」とする。これに対し、「何らかの事情で審査機能が働きにくい状況になっていた場合に、相手方がそのような状況を利用したり、あるいは、相手方が、事務処理者をそのような状況に陥れた場合等は、被害が生じることは、当然の事態といえ、相手方を共犯として処罰すべきであろう」とする。

それでは、「審査機能が働きにくい状況」とは具体的にどのような場合なのか。島田論文は、ふたつの場合をあげている。「このような状況は、大まかにいえば、(a)両者の利害関係が何らかの形で一体化し、審査機能が働かなくなっている段階で、相手方の行為がなされた場合(「利害一体化型」と呼ぶ)と、(i)事務処理者と相手方との間の利害対立状況は残されているものの、相手方が、事務処理者の審査機能を乗り越えてしまうような支配的影響や、威迫、欺罔等を伴う等の積極的な働きかけをした場合(「強度の働きかけ型」と呼ぶ)の、いずれかが満たされていれば、認められるべきであろう。もちろん、両者の区別は絶対的なものではなく、その中間的な場合も考えられる。そのような場合には、利害一体化の程度と、働きかけの程度の相関関係から、可罰的な共犯行為といえるほどの危険創出・実現があったといえるかを判断すべきであろう」とするのである。

島田論文は、住専事件は、(a) (利害一体化型) に属するので、同事件決定が「社会通念上許されないような働きかけ」をしていなかったとしても背任罪の共同正犯となる余地を認めたのは支持されてよく、絵画事件も利害一体化型にあたり、処罰を肯定した結論は「正当であろう」とする。また、(i) (強度の働きかけ型) にあたるのは、最判昭和五七年四月二二日最高裁判所裁判集刑事二二七号七五頁(富士銀行事件判決)⁽²⁰⁾ にみられるような、担保の徴求などを全

く欠き、通常取引形態から著しく逸脱し、回収不能に陥ることが必定の融資を、そのことを熟知しながら五億円のリベートを提供しておこなわせた場合などであるとするとする。

なお、島田論文は、「利害一体化型」または「強度の働きかけ型」にあたる場合は、結果の帰属が認められ背任罪の共犯になるとしているものの、直ちに共同正犯になるとしているわけではないようである。とはいえ、共同正犯と幫助犯の区別については、「犯罪実現にとつて重要な役割あるいは実行者と対等以上の役割を果たしたことを共同正犯の成立要件とする多数説」を前提に、「背任罪に当たる取引行為それ自体は、犯罪実現にとつて不可欠な行為だから、相手方が一人である場合には、その者は、まさにそうした不可欠な行為の相手方となっていることを根拠に、共同正犯とされるべきであろう」とするので、取引の相手方（取引行為の効果が帰属する主体）であれば（とくに、その他の加功をしなくても）共同正犯となると考えているようではある。²¹ また、「取引行為の主体ではなくとも、取引行為が実行されるにあたって積極的に関与し、その実現に多大な寄与をしていた者はやはり重要な役割を果たしたといえるから共同正犯とされるべきであろう」としているので、取引の主体ではない者についても、重要な役割を果たしたといえれば共同正犯になりうるとする（もつとも、富士銀行事件判決が五億円分の小切手を持って行ったりした被告人らを幫助犯としたことは支持できるとする）。

ちなみに、島田論文は、林幹人の「許された危険説」が、「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²²⁾とされているのを、「もし、本当に『企業再建という有用性』が認められるのであれば、そもそも正犯の背任行為自体否定されるように思われる」として疑問視し、結局、「事務処理者に対する働きかけとしてどの程度の危険な行為までが許されるか、といった危険性をベースとした判断を行う方が、より実態に即した、適切な枠組みではないかと思われるのである²³⁾」とする。

3 島田説に対する評価

島田説は、本人(A)―事務処理者(X)間の「内部規律」を問題にし、そこから、利害一体化型または強度の働きかけ型にあたる場合は審査機能が働かなくなり、「Xにおいて内部規律に違反する行為に出る危険」が創出され、これが結果に実現しているときは相手方(甲)の行為への結果帰属を肯定する見解といえる。したがって、島田説によるなら、(とくに利害一体化型の場合は)Xの自律的判断を害するとかXの意思を抑圧するといった行為を甲がおこなう必要はないのであって、Xが内部規律に違反しかねない状況の下で甲が通常の(融資申込などの)働きかけをすれば、危険を創出したということになるのである(いうまでもなく、正犯「直接実行者」の意思を抑圧することは、間接正犯の場合とはかくとして、共同正犯や狭義の共犯では必要ない。XがAを殺害しようと思っているときに甲がナイフを渡してやるといった場合、Xが自発的な意思によってAを殺害したとしても甲は幫助犯となる)。そして、島田説は、共犯行為(関与行為)による直接の危険創出ではなく、共犯行為にあたる働きかけにより生じたところの、正犯行為による危険創出(Xが内部規律に反する行為に出ることによる危険創出)を共犯行為による危険創出と考えているようである。そうになると、共犯行為自体はさほど危険ではないもの(例えば、通常の融資申込)であつても、正犯Xが内部規律違反行為に出かねない場合は甲による危険創出を認めることになろう(これが「利害一体化型」にあたる場合ということになろう)。事実、島

田論文三四三頁注六七では、「特別な癒着関係にはなかったが、正犯者が、当初から、極めて安易に不良貸付を行うつもりであった場合に、それを熟知しながら、強く働きかけることもなく、借入を申し入れたところ、正犯者が背任行為を行った場合に、相手方をどのように扱うべきか」という質問に対し、「可罰的な危険創出、実現の関係を否定することはできないように思われる」としている。

しかし、このような場合に共犯としての可罰性が認められるとし、これに加えて、〈取引の相手方となることは背任行為に不可欠のものであるから、甲は重要な役割を果たしたといえる〉とすると、通常の申込をしただけで共同正犯になる、ということになってしまう。そうになると、①経済活動の自由を害することにならないか、②犯罪を実行するについて重要な役割を果たした者が共同正犯となるべきだという実質的実行共同正犯論の趣旨に反するのではないか、―要するに、〈処罰の限定にならないのではないか〉という疑問が生じる。さらに、このような解釈は、青柳解説が、再生スキーム事件決定を「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、犯罪遂行への事実的寄与をした者に共同正犯が成立することを示したものととして、意義のある決定であるということができよう」としていることからわかる²⁴ところの、「犯罪遂行への事実的寄与」をした者を共同正犯とするという最高裁判例の基準にもそぐわないことになるように思う。

なお、強度の働きかけ型の場合についても、問題がある。①利害が一体化していないにもかかわらず危険創出、実現を肯定するだけの「強度の働きかけ」ないし「積極的な働きかけ」と事務処理者がなお適切な審査を働かせうる「多少の働きかけ」とでは具体的にどのような違いがあるのか明確ではないように思うし、②「強度の働きかけ」があれば取引の相手方となるだけで共同正犯になるとするのなら、犯罪遂行への事実的寄与が共同正犯の要件であると

いう考えにそぐわないのではないか、という疑念を否定できないのである。

五 考察

実質的実行共同正犯論を前提に考えるなら、共同正犯となるためには、直接実行者が犯罪を実行するについて重要な役割を果たさなければならぬ。(特別)背任罪であれば、同罪を実行するについて重要な寄与をしてそのような役割を果たすことが必要である。ところで、背任罪の実行とは、任務に違背する行為によって本人に財産上の損害を加えることであり、任務に違背しない行為や財産上の損害を加えることにならない(そのような現実的危険のない)行為は、背任罪の実行行為にあたらぬ。背任罪の実行行為は、担保もとらずに多額の融資をすとか、必要もないのに市価に比して著しい高値で物品を購入すとかいった「異常な取引」である。この異常性を基礎づける事実について重要な事実的寄与をして重要な役割を果たした者が共同正犯になるのである。単に取引の相手方となるだけでは異常な取引の実行について重要な寄与をしたとはいえない。担保となる不動産の価値や購入物品の価値を偽る書類を作成して提出すとか、形式的な(ダミーの)融資先や不要な仲介業者として自己の支配する会社を提供すといったことをしなければ、背任罪の共同正犯にはならないと解する。単に契約書に署名捺印すとか、正常な取引でも必要な書類を提出すとかいったことをしただけでは、共同正犯にはならないと解するのである(このように考えても、住専事件決定を含めて、共同正犯の成立を肯定した前述の最高裁判例の事案やケヤキ・庭石事件高裁判決の事案では、相手方〔甲〕を共同正犯にすることが可能である)。

それでは、正常な取引においても必要な行為(契約申込、契約書への署名捺印、虚偽内容ではない書類の提出)をした者

は、(特別) 背任罪の幫助犯にはなるか。(特別) 背任罪の実行行為は、前述したような「異常な取引」であり、正常な取引においても必要な行為をすることは、「異常な取引」を促進するものではないから、幫助犯も成立しないと解する。「中立的行為による幫助」について、私はまだ確たる見解を形成するにいたっていないものの、例えば、強盗の実行を考えているXに、甲が、Xの意図を知らながら、腹ごしらえのためのパンや現場まではいて行く靴を売り渡した場合、パンや靴の交付は強盗行為の幫助行為とはいえず、(Xが腹ごしらえをして靴をはいて現場に行き強盗を実行したとしても) 甲は強盗罪の幫助犯にはならないということになる。いうまでもなく強盗罪の実行行為は反抗を抑圧するに足りる暴行・脅迫を用いて財物を強取することであつて、パンや靴の販売・交付をかかる実行行為の幫助行為とみることは難しい(これに対して、出刃包丁の販売・交付行為は問題である)。幫助行為としての定型性がないとか社会通念上幫助行為と認められないとか、危険の創出がないとか、種々の説明が可能であるし、パンや靴を渡した者を強盗罪の幫助犯とすることは「実務感覚」にも反するのではないか、と思う。²⁶⁾

要するに、実質的実行共同正犯論を前提にするなら、背任罪の実行行為(任務に違背して本人に財産的損害を加える行為)の一部分担をなした、すなわち「共同して背任罪を実行した」と評価できるだけの事実寄与をしなければ共同正犯にはならないことになる。もつとも、共同正犯とならなくても教唆犯、幫助犯、間接正犯となることはありうる。ただし、「通常の融資申込」をした程度では、それがかなり執拗なものであつても、島田論文のいう「多少の働きかけ」に過ぎず、間接正犯はもとより、教唆犯にもならないということになろう。教唆行為は犯罪の実行を決意させるだけの危険性のあるものであることが必要であるところ、通常の融資担当者に融資を乞うものが泣きつく程度では、そのような危険性は認められないといえるのである。もとより、危険性は具体的事案に即して判断されるものである

から、融資担当者が困惑しているなど不正融資をおこないかねない状況で、そのような状況を利用して融資を申し込めば、教唆犯になるということがありえよう（前掲の大阪地判平成二四年五月一日の事案のような場合では、教唆犯の罪責は免れないであろう）。しかし、北國銀行事件の甲のように「代弁否認は無茶ではないか」云々といっただけでは共同正犯はもとより教唆犯にもならないといえよう。

なお、背任罪の任務違背行為や財産上の損害がかなり不明確なものであることを考えると、これらについて「十分な認識」が必要であるとする場合には、事実認定の際の基準として意味があるように思う。ただし、客観的要件の検討をおろそかにし主観的要素を重視して共同正犯の成立を肯定するべきではない。

六 結語

国民の人権擁護の観点からはもとより、経済活動の自由を保障し経済的繁栄をはかるためにも、刑罰法規の緩やかな解釈は否定されなければならない。⁽²⁷⁾（特別）背任罪の正犯・共犯の要件についても裁判所の恣意を制限する解釈論の提示が必要であろう。私自身は、共謀共同正犯否定説を採っているものの、実行行為の内実を明らかにすることによって、かなりの範囲で、実行共同正犯として、共同正犯の成立を肯定できるのではないかと、重要なのは各論的検討を踏まえて共同正犯の成否についての境界線を示すことではないかと考えて、最近では、特別法における共同正犯を研究している。内藤謙は、「〔…〕学説として共謀共同正犯を否定する場合にも、単に共謀共同正犯を教唆犯・幫助犯に解消すべきことを主張するのではなく、判例が共謀共同正犯を肯定するときに、判例の基本的立場から、どのような限度でそれが許容されるかを解釈論として示す必要がある、そのための理論構成を試みるべきであろう」と述べ⁽²⁸⁾

ている。このような観点からも、共同正犯の要件の具体化・現実化、さらに明確化にいくらかでも寄与したく思う。本稿は、そのための試みのひとつである。

とはいえ、本稿において、特別背任罪の共同実行の内実を十分に明らかにできたわけではない。利害一体化、強度の働きかけといった基準に対する疑問を示した程度である。今後、基準の確立に向けて一層の努力をしたいと思う。そのほかにも取り組むべき課題は多い。

例えば、背任罪の義務違反罪的性格に着目すると、義務を負っていない取引の相手方を共同正犯とすることはできないのではないか、という問題がある。Roxinは、義務犯である背任については、義務に拘束されている部内者とともに義務に違反する者のみが共同正犯となるとする。⁽²⁹⁾このような考えと「部外者も背任罪の共同正犯足りうる」とする日本刑法の解釈論との整合性を検討する必要がある。⁽³⁰⁾

また、中立的行為の問題との関係もなお検討を要する。本稿の基礎となっている刑事法研究会（日本大学法学部）での報告の際に、中立的行為の問題はドイツでは幫助犯に関してのみ論じられているようであるけれど、これを共同正犯の問題にまで拡張してよいのであろうか、といった指摘を受けた。⁽³¹⁾私自身は、中立的行為論の問題提起は、幫助犯論のみならず、共同正犯論、ひろく正犯論にまで影響を及ぼすのではないかと（現在のところ）思っている。もとより、幫助犯に関する理論が共同正犯、正犯にそのまま妥当するかは検討を要するであろう。その前提として、何より「中立的行為による幫助」の問題について正確かつ緻密な検討が必要であることはいうまでもない。⁽³²⁾

右の刑事法研究会での報告の際に、幹事と司会をつとめられた船山泰範先生の古稀の祝賀に本稿を献じ、先生から今後変わらぬ御指導を賜われることを願いつつ、ひとまず筆をおかせていただくことにする。

注

(1) 例えば、大判昭和八年九月二九日刑集一二卷一六八三頁がそれである。事案は、A社の常務取締役Xが担保をとることなくA社の従業員(貸付係甲、株式売買係乙)に貸付をしたというものであり、乙の弁護人は利害の対立する取引の当事者は身分者の任務に頓着せずに取り引しても背任罪の共犯にはならない旨主張した。しかし、判決は、乙は任務や資金融通の条件を知悉していたとして共同正犯の成立を肯定した。これに対し、千葉銀行事件の高裁判決(東京高判昭和三八年一月一日公刊物未登載)は損害発生と任務違背について認識がなかったとして、貸付を受けた被告人は無罪であるとし、最高裁もこれを是認した(最判昭和四〇年三月一六日裁判集刑事一一五五号六七頁)。千葉銀行事件の高裁判決、最高裁判決は任専事件の上告趣意にも引用されており、「高度の認識」を問題にする判示に影響を及ぼしたものと推察される。

ちなみに、任専事件決定が、「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」と述べているのは、同事件のA社と同じ住宅金融専門会社(JHL、日本ハウジングローン)が株式会社Tリゾット開発に一五億円貸し付けたという事案において、Tリゾット開発の代表取締役らは特別背任罪の共同正犯とはならず無罪であるとした、東京地判平成一二年五月一二日判例タイムズ一〇六四号二五四頁を意識したからではないかと思う。この地裁判決は、身分のない借手につき特別背任罪の共謀共同正犯が成立するためには、主観的要素に加えて、身分者の任務違背行為に共同加功したこと、すなわち、その職員が任務に違背することを明確に認識しながら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ようす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か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手側の犯罪としても実行させた認められるような加功をしたことを要するとして、本件においては貸手側会社の職員の弱みにつけ込んだといった状況は認められず、融資等を申し込む行動として社会通念上認容される範囲の比較的穏当なものであったということができるとして、共同加功を否定しているのである。もともと、任専事件決定は、この地裁判決の基準と併立しうる基準(Xらが本件融資に応じざるをえない状況にあることを利用しつつ迂回融資の手順を採ることに協力するなどした場合についての基準)を定立したものとみるべきであろう。

- (2) 最大判昭和三三年五月二八日刑集一二卷八号一七一八頁。
- (3) 青柳勤「判解」最高裁判所判例解説刑事篇―以下、この文献は本稿において「最判解刑」と略記―(平成二〇年度)三七三頁以下(法曹会、二〇一二年)の三八七―三八九頁。
- (4) 品田智史「刑事法によるエンフォース 刑事行政の実務動向に対する理論的な評価」山田泰弘・伊東研祐編『会社法罰則の検証―会社法と刑事法のクロスオーバー』一六九頁(日本評論社、二〇一五年)参照。このような問題意識は、住専事件決定に関する朝山芳史「判解」最判解刑(平成一五年度)六三頁以下(法曹会、二〇〇六年)の六八頁にみられる。
- (5) 朝山・前掲注(4)七六―七七頁。この見解を、島田聡一郎「取引の相手方による背任行為への加功―銀行取引を中心に―」上智法学論集五〇巻三号一九頁以下(二〇〇七年)の五七頁は、「利害の一体化」とよんで、自説にとりいれている。
- (6) 林幹人「背任罪の共同正犯―共犯構成要件について」判例時報一八五四号三頁以下(二〇〇四年)の七頁参照。
- (7) 朝山・前掲注(4)八二―八三頁は、住専事件決定が借手の主観面で特別背任罪の共同正犯の範囲を限定しようとする見解に近いとみられなくもないものの、むしろ客観的事情に即して共同正犯の成否を判断しようとする立場に近いのではないかとしている。
- (8) もつとも、朝山・前掲注(4)八四―八五頁は、住専事件決定において重要性が高いのは、甲が融資担当者の自己保身の図利目的を認識して、融資担当者が本件融資に応じざるをえないことを利用した点であり、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たことは、「共謀を認める上で重要な事実ではあるが、決定的な事実とまではいい切れないと思われる」として、「仮に、本件において、迂回融資が行われていなかったとしても、被告人らが特別背任の共同正犯と認められる可能性はあったと思われる」とする。
- (9) もつとも、芦澤政治「判解」最判解刑(平成一七年度)四二〇頁以下(法曹会、二〇〇八年)は、「『関与の程度が通常の見取から明らかに逸脱しているか否か』という辺りに判断基準を求めるのが相当ではないかと思われる」としつつ(四四〇頁)、本件における偽造の鑑定評価書の提出が一連の取引の途中からおこなわれるようになった等のことを指摘して、絵画事件決定は、鑑定評価書差入といった社会通念上許されない行為をおこなっている点を共同正犯成立肯定の「不可欠の要素とは

みなしていないということになる」とする（四四八頁）。

(10) 芦澤・前掲注(9)四四六～四四七頁は、住専事件決定は、「高度の認識」という表現は用いているものの、これに共同正犯成立の判断にあたつて特に重点を置いていたとは解されず、絵画事件決定が「十分に認識していた」という程度の認定を前提に共同正犯の成立を認めたことが、「それほど大きな違いになつていないと思われ」とする（もつとも、絵画事件決定が住専事件決定よりも「緩やかな認識の程度で共同正犯の成立を認めたことも明らか」であるとしている）。

(11) 著名な事件としては、他に三越事件があるものの、同事件の最高裁決定（最決平成九年一〇月二八日裁判集刑事二七二号九三頁）は、「Xには商法上の特別背任罪が成立し、Xと共謀してその犯罪行為に加功した被告人は共同正犯の刑責を免れない」としている程度であり、とくに基準を明確にしているものとはいひ難い。

(12) 共犯者側の主観面による限定は学説においてあまり重視されていない旨を指摘するものとして、例えば、品田智史「不正融資に対する刑事責任」阪大法學六一卷三・四号二二二頁以下（二〇一一年）の二四五頁がある。

(13) 青柳・前掲注(3)三九九～四〇一頁参照。

(14) 本判決は、朝山・前掲注(4)七六～七七頁の利害一体化論を実際の事件の判断に用いたものであるといえる。しかし、朝山解説においても下位基準は示されていず、利害一体化論を自説に取り入れている島田・前掲注(5)五七頁においても、共謀の成立を認めるについては「やや肌理の粗い議論と思われる」と評価されている。

(15) 品田智史「最近の裁判例に見る背任罪をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル三二号二三頁以下（二〇一二年）の二八頁は、「不良貸付において事務処理者が銀行に恨みをもつて損害を与えようと考えている際に、たまたまそのことを知った非身分者が貸付を申し込む場合」背任罪の共犯（共同正犯）を肯定するのであれば、「背任罪の共犯（共同正犯）が否定されるのは稀であろう」とする。このような場合、「経済的利害が相対立する緊張関係」が失われている（身分者と非身分者の利害が一体化している）とするなら未必的認識があれば共同正犯となり、失われていないとしても確定的認識があれば共同正犯となる、とするのであれば、共同正犯の成立範囲の限定にはならないと思う。

(16) 藤木英雄『経済取引と犯罪』二四二頁（有斐閣、一九六五年）にみられる、具体的な任務違背行為につき、その任務違背

性の意味の認識を含めて、事務処理者と意思を通じ、あるいはこれを懲慚したときに限り共同正犯が成立しうるとする見解である。前田雅英「商法四八六条と共同正犯」都立大学法学会雑誌四四卷二号三八頁（二〇〇四年）は、藤木説で現在でも重要な意味をもつのは、貸付の具体的方法を提示する等、積極的に関与している場合に共謀共同正犯の罪責を負う可能性があるとする点であり、「積極的に関与した場合」というのは客観的な行為態様であつて、共謀の有無を判断する際に重視すべき事情であるとする。

(17) 中森喜彦「背任罪の共同正犯」研修六〇九号三頁以下（一九九九年）で展開されている見解である。

(18) 青柳・前掲注(3)三九五頁。同三九四頁で、青柳解説は、島田・前掲注(5)の論文を引用している。

(19) 島田「対向的取引と背任罪の共同正犯」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』三一一頁以下（成文堂、二〇〇七年）。島田論文以前に、島田説は、島田・前掲注(5)の論文で展開されている。本稿では、島田自身が島田論文三一二頁で、同論文の記述は前掲注(5)の論文と「基本的には同趣旨だが、銀行取引を中心にした同論文とは重点が異なるし、また記述を付け加わえ、説を改めた部分もある」としていることから、島田論文の記述を基に検討を進めて行くことにした。

(20) この判決は、A銀行支店からB社が二〇億円の融資を受けるに際し、B社の従業員である被告人らが、同社社長甲の指示に従つて、A銀行支店のXに五億円分の小切手を手渡したりした事案について、被告人らは背任罪の（共同正犯ではなく）幫助犯の刑責を負うとした。

(21) 島田論文（前掲注(19)）三二六～三二七頁では、背任行為について重要な役割を果たした者を共同正犯とすべきことを説く有力説について、「そこにいう『重要な役割』を、通常の共同正犯の成立要件において用いられる概念と同義と理解する限り、取引行為は、相手方がいなければ成立し得ない以上、取引相手方における中心人物は、当然に重要な役割を果たしていたことになり（その点を意識していれば）常に共同正犯となりかねない。しかし、それは妥当な結論とは言えないし、またこの見解の意図するところでもなからう」としている。これは、結果帰属が認められるのであれば、取引の相手方であるということだけで重要な役割を果たしたとして共同正犯としてよいのに対し、結果帰属が認められるか否かの吟味をせずに重要な役割を果たしたか否かだけで共同正犯の成否を決するべきではない、という趣旨であろうか。ただ、そうだとすると、とりわけ利

害一体化型の場合は、取引の相手方になりさえすれば（特に取引を容易にするようなことをしなくても）共同正犯になるということになる。

(22) 林・前掲注(6)七頁参照—なお、同『判例刑法』一六七頁（東京大学出版会、二〇一一年）参照。

(23) 島田論文（前掲注(19)）三三八～三三九頁参照。なお、島田・前掲注(5)六五頁では、「日常的取引行為あるいは中立的行為による関与の議論を参照してこの問題を解決しようとする学説」を、「取引行為のみを特別扱いすべき理論的根拠はない以上、日常的、あるいは中立的行為か否かを判断するためには、結局、共犯の一般的成立要件を問題とせざるを得ない」としている。

(24) 青柳・前掲注(3)三九四～三九五頁は、「問題は、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ことになるものと思われる。融資を受ける側と融資をする側が通常の関係にあり、経済的に緊張関係、対立関係にある場合、融資担当者にとって特別背任となるような不正融資は、融資側の審査機能、合理的な判断が働き、不正融資が実現することは通常あり得ず（未遂にすら至らないであろう）、したがって、相手方が犯罪遂行への重要な事実的寄与を行うことが困難な場合が多いものと考えられる。ところが、上記の述べた学説等が説く特殊な状況がある場合には、審査機能が合理的な経営判断が機能せず、相手方が融資担当者の特別背任という犯罪遂行への重要な事実的寄与を行い、不正融資を実現することが可能となるものと考えられる」としている。ここから、青柳解説は、犯罪遂行への重要な事実的寄与を重視し、利害一体化の状況においても、そのような寄与を行うことが共同正犯と評価されるための必要条件であるとするものであるように思う。

(25) ここで「実質的実行共同正犯論」として想定しているのは、共同正犯となるためには実行行為（構成要件該当行為）の一部負担をなすことが必要であることを前提に、実行行為概念を実質的に理解する立場である。

なお、西田典之『刑法総論』三五〇頁（弘文堂、第二版、二〇一〇年）の「実行行為は分担していないが、犯罪の実現にとって実行の分担に匹敵し、またはこれに準じるような重要な役割を果たしたと認められる場合」にも共同正犯性を肯定する

見解は、藤木説（間接正犯類似説）や団藤説の実行者への心理的影響力を重視する考えをとり入れたものであって（西田典之『共犯理論の展開』四九頁以下〔成文堂、二〇一〇年〕参照）、前述のような「実質的実行共同正犯論」とは異なる。この点、板倉宏「共謀共同正犯」同監修・著、沼野輝彦Ⅱ設楽裕文編『現代の判例と刑法理論の展開』一四五頁以下（八千代出版、二〇一四年）の一六一頁における、「しかし、『実行行為の分担に匹敵し、またはこれに準ずるような重要な役割』を実行行為を分担しなかった共謀者が果たすことを共同正犯の成立要件とするのは、やはり、単独正犯における実行行為概念を念頭に置いて、共謀共同正犯行為性を論じている点において、間接正犯類似説、行為支配説と同様である。重要な役割説も、共同正犯は単独正犯の共同ではなく、共謀者と実行行為者との相互利用・補充関係を必要不可欠とするものであることを十分考慮していない」との西田説（重要役割説）批判は正鵠を射たものであるといえる。

(26) 「中立的行為による幫助」の問題を扱った論稿をみても、パンの交付等は幫助にならないと考えられているようである。西貝吉晃「中立的行為による幫助における現代的課題」東京大学法科大学院ローレビュー五卷八七頁以下（二〇一〇年）の一五頁は、「方法の提供においても、そもそも法益侵害に役に立たない方法（売春宿にワインを提供することに相当する類型）を提供しても促進とはいえない」としている。さらに、同一二二頁では、地方税法上の不納入罪の共同正犯、幫助犯が問題となった事例についての判決（熊本地判平成六年三月一五日判例タイムズ八六三号二八一頁―地方税法上の軽油引取税の不納入罪につき、同税の特別徴収義務者である業者から軽油を購入した被告人は、同罪の共同正犯・幫助犯とはならないとしたもの）は、『実現せしめる役割を果たすだけでは（物理的）促進というには足りないといったように読める。そもそも、実益のある物や方法、機会の提供がなされていないのである。虚偽の申告に使う領収書等の提供だけでは足りないだろう」としている。また、上野幸彦「日常行為と可罰的幫助」日本法学七七卷一号六三頁以下（二〇一一年）の一〇一―一〇二頁は、犯行に利用されることを知りながらねじ回しやハンマーを販売した場合は、犯罪の意味連関に欠けるとはならず幫助犯が成立するものの、職人が収入を申告せず脱税を知りながら代金を支払った場合や工場主が環境刑法に違反して処理をおこなっていることを知りながら原材料を納入する場合は、支払や納入の意義は「適法な契約の履行であって、その後正犯者によって着手された規範に違反する構成要件実現のプロセスには関係していないのである。つまり、支払や原材料の納入は、

適法な射程内で有意義に効果をもつもので、そこで独立し完結した行為という意味を認めることができる。引き続き行われた脱税や環境刑法違反は、寄与者の行為とは別個に独立して、正犯者によって遂行され、寄与者はその正犯による構成要件実現プロセスには関与するものではないという評価が可能である」という意味で、犯罪的意味連関に欠けるとし、同様に、売春宿へのパンの納入も一般には犯罪的意味連関は存在しないとされる。

(27) 事後規制社会への転換を目指す政策実現にとつては裁判所が柔軟な解釈態度をとっていることが大きな障害になる、との指摘 (佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』二九頁〔有斐閣、二〇一三年〕参照) も見逃せない。

(28) 内藤謙「判例と学説」平野龍一編『小野先生と刑事判例研究会』一七一頁 (有斐閣、一九八八年)。

(29) Claus Roxin, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 25 Rn. 272, S. 107. 山中敬一監訳『ロクシン刑法総論 第二卷〔犯罪の特別現象形態〕〔翻訳第一分冊〕』一三五頁 (信山社、二〇一一年)。

(30) 長井圓「不正融資を受けた非身分者に対する背任の共謀共同正犯の成立」佐々木史朗編『判例経済刑法大系 第三卷 刑法』一八八頁 (日本評論社、二〇〇〇年) は、ドイツ刑法において非身分者が背任罪の共同正犯となりえず、教唆犯、帮助犯として可罰的になることを指摘しつつ、わが国で「長らく積み重ねられてきた判例を理論のみで変更させる余地は乏しい」とする。また、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編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』二八七頁 (勁草書房、二〇〇四年) は、事務処理者という地位・身分をもつ者が、その立場・役割において自律的に機能して任務違背行為をおこなった場合にのみ成立するという意味において「背任罪はドイツにおいて『義務犯』という範疇として理解される犯罪類型に基本において一致している、とも言い得よう」としつつ、特別背任罪において事務処理者に課される義務は、「当該の状況におかれた基準的な事務処理者に謂わば社会的に期待されている役割・機能を前提とするもの」であるとしてもしているので、〈取引の相手方は義務を課されていないので特別背任罪の共同正犯とはなりえない〉という結論をストレートに導く見解ではないように思う。

(31) この指摘は、二〇一五年一月五日の刑事法研究会 (日本大学法学部) の席において、上野幸彦氏から頂戴した。

(32) 中立的行為による幫助の問題についての代表的判例である最決平成二三年一月一九日刑集六五卷九号一三八〇頁について

てさえ、実体法、訴訟法にわたるさまざまな問題が含まれている（西貝吉晃「Winny 開発者事件最高裁決定についての客観的構成要件の限定解釈の有無及び内容についての考察、及び、当該考察に基づく故意の認定手法の分析的検討」Information Network Law Review 一二卷一号一一一頁以下〔二〇一四年〕参照）。