

対向的取引と特別背任罪の共犯

上田正和

1	はじめに	6
2	最近の最高裁判例	7
	(1) 最決平成15年2月18日(刑集57巻2号161頁。日本ハウジングローン事件)	7
	(2) 最判平成16年9月10日(刑集58巻6号524頁。北國銀行事件)	9
	(3) 最決平成17年10月7日(刑集59巻8号1108頁。イトマン事件)	12
	(4) 3判例から読み取れること	13
3	共同正犯を限定するアプローチ	14
4	若干の私見	15
	(1) 共犯処罰の限定	15
	(2) 類似事案との比較	17
	(3) 経済犯罪としての特別背任罪	19
	(4) その他の問題	20
5	おわりに	22

1 はじめに

資本主義者社会においては、経済的利益の追求は極めて合理的な行動であって、「営利」社団法人である会社⁽¹⁾においてはむしろ本質的要素でもある。従って、会社の構成員(株式会社においては株主)から会社経営を委託された者(典型的には取締役)は、自社の利益を出来るだけ多く獲得して構成員(株主)に配当という形で利益を還元することを目指さなければならず、それは(それほど単純ではないプロセスを経て)株価の上昇という形で企業価値の向上にもつながる。つまり、会社経営を任された者は、自社の利益獲得のために最善を尽くすものであるが、取引における交渉ないし駆引きに伴う当然の現象として、相手方当事者の利益に配慮を行うことは予定されていない。むしろ、逆に相手方に多少の犠牲を強いてでも、自社に有利な経済的取引を行い利益を獲得することが期待されている。

このような期待に沿った行為が、往々にして、相手方株式会社の担当取締役が会社の利益よりも自己もしくは第三者の利益を優先させ、または会社に損害を与えようとして行う放漫経営を招来し、相手方株式会社の取締役の特別背任行為に加担する、という事態は容易に想像できる。

バブル経済の崩壊の後、会社経営の杜撰さが露見し、放漫経営を行ってきた取締役が、民事上の責任追及のみならず、特別背任罪という形で刑事責任を追及される事案が少なからず登場しているが(しかも、損失額が巨額であることが特徴である)、刑法解釈論上の議論としては、当該会社の取引相手(の担当者)について、特別背任行為に加担した(積極的に関わった)として、共同正犯その他の共犯の成立を認めてよいのか、という問題がやや注目を浴びている⁽²⁾。

本稿は、特別背任行為の当事会社の取引相手(対向的取引相手)についての特別背任罪の共犯の成否とその限界、という問題について、最近の3件の最高裁判例の事案を改めて確認した上で、経済犯罪としての特別背任罪の性格を踏まえながら、若干の検討を行おうというものである。

あらかじめ私の考え(というよりも現時点での大まかな方向性)を簡単に述べると、取引相手についての共犯の成立は限定的に考えられるべきであるが、当該の特別背任行為の当事会社の属性(社会における役割ないし公共性)、取引行為の内容や質(取引相手の関与の動機や具体的な行為態様その他の諸要素)、取引行為が行われた時点での社会状況や国民意識その他の諸事情等によって、処罰の限界は多少流動的とならざるを得ない(従って、明快な線引きや処罰の基準の定立は困難ないし不可能)、というものである。そして、共犯処罰の是非を考えるに際しては、財産犯である刑法上の背任罪

に対して、会社法(従来は商法)に規定された特別背任罪は多少異なる性格ないし役割を有していることが考慮されるべきであると思われる。

2 最近の最高裁判例

本稿のテーマに関しては、これまでいくつかの判例(裁判例)が積み重ねられてきたが³⁾、ここでは、最近の3件の注目すべき最高裁判例について、どのような事案であったのかを含めて、改めてその内容を確認しておきたい。

(1) 最決平成15年2月18日(刑集57巻2号161頁。日本ハウジングローン事件)⁴⁾

本件は、破綻した住宅金融専門会社である日本ハウジングローン社の代表取締役らが取引先の不動産会社に対して不正融資を行ったという典型的な特別背任事件において、取引相手の不動産会社の代表取締役であった被告人について、特別背任罪の共同正犯の成立が問題になった事案である⁵⁾。

本件の概要は、不動産会社が数年にわたって運転資金不足のため日本ハウジングローン社から継続して融資を受けることによって何とか急場を凌いでいたものの、バブル経済の崩壊による売上げの減少や金利負担の増大等で担保割れを起していたにもかかわらず、運転資金の融資が継続され、平成3年4月時点での融資残高は270億円にも達していたが、その後も、実質無担保状態であるにもかかわらず、融資の突出を避けるために関連会社を経由する迂回融資の方法を用いることによって、平成3年8月から同年11月にかけて4回の融資(合計18億7000万円)がなされた、というものである。

原判決及びそれが是認する第1審判決の認定する事実関係は次のとおりである。取引当事者に関する諸事情や、どのような経緯で不正融資が行われるに至ったのかがよく分かる。

「(1) 被告人は、C証券株式会社審査部長等を経て、昭和57年12月に、株式の店頭公開の準備を進めるため、不動産の売買、賃貸、仲介等を目的とするA株式会社(以下「A社」という。)に出向し、取締役、代表取締役副社長を経て、平成2年11月に辞任したDの後を受けて、同社の代表取締役社長に就任し、同社の創業者で実質的経営者であり同社の発行済株式の過半数を所有するDの指示の下に、同社の業務を統括していたものである。

(2) A社は、住宅金融専門会社であるB株式会社(以下「B社」という。)から、事業用・販売用不動産の取得費用等として、多額の借入れをしていたものであるが、昭和62年12月以降、毎月のように運転資金の不足を来し、その都度B社からの融資により

急場をしのいでいた。

(3) その後、バブル経済の崩壊によりA社の売上げが激減し、その資金繰りが悪化する一方で金利負担が増大するにつれ、B社からA社に対する運転資金の融資が担保割れを起こしたが、B社は、代表取締役社長Eの指示により、なおもA社に対する運転資金の融資を継続し、平成3年4月の時点で同社に対する融資金の残高は約270億円に達した。B社は、同月以降も、実質無担保状態に陥ったA社に対する融資を継続したが、同社に対する融資が対外的に突出するのを避けるため、被告人の協力を得て書類を整えた上、B社の関連会社やA社の子会社を経由する迂回融資の方法を採った。

(4) A社は、平成3年8月には、B社以外の金融機関からの融資が受けられなくなり、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態に陥った。しかし、EらB社の融資担当者は、同社の貸出規定等の定めを遵守し、貸付金の回収に万全の措置を講ずるなど、同社のために職務を誠実に実行すべき任務に背き、同月から同年11月までの間、4回にわたり、上記の迂回融資の方法により、合計18億7000万円をA社に貸し付けた(以下「本件融資」という。)。Eらは、A社に対する上記融資が焦げ付く可能性が高いことを十分認識していたが、これに応じないと、A社がたちまち倒産し、巨額の融資金が回収不能となることが予想されたため、それまで同社に運転資金として巨額の金員を放漫に貸し続けてきたことに対する責任が問われることを懸念して、自らの責任を回避し、保身を図るとともに、A社の利益を図る目的を有していた。

(5) 被告人は、A社の代表取締役として、同社に返済能力がなく、B社以外の金融機関からの融資が受けられない状態であるにもかかわらず、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明らかに不自然な形態の融資であることを認識しており、証券会社の審査部長等を務めた経験等に照らしても、本件融資がEらのB社に対する任務に違背して行われたものであること、本件融資がB社に財産上の損害を与えるものであることを十分認識していた。しかし、被告人は、抜本的な経営改善策を講じないまま、B社に対し繰り返し運転資金の借入を申入れて、Eら融資担当者をして任務に違背するよう仕向けた。その際、被告人は、A社がB社に資金面で深く依存し、財務的に破綻状況にあったにもかかわらず、B社からの継続的な運転資金の借入れにより倒産を免れているという状態にあったため、Eら融資担当者がA社に対する過剰融資、貸付金の回収不能から生ずる自己らの責任を回避し、保身を図る目的で本件融資に応じざるを得ないことを知っていた。また、被告人は、Eら融資担当者と個人的に親密な関係にはなかったが、Dの意向を体し、Eと個人的に親密なDと共同して、本件融資の実現に寄与した。」

このような事実関係の存在やその分析を踏まえた上で、最高裁は、次のように述べて、融資の借り手である被告人について、「共同加功したとの評価」を与えている。

「被告人は、E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、E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、E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のであって、E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。」

本最高裁決定は、不正融資の相手方に特別背任罪の成立を認めるに当たって、具体的な融資に関わった当事者間の一連の経過や行為態様等についての詳細な事実関係を踏まえている。被告人が、特別背任行為者(貸し手)が融資に応じざるを得ない状況にあることを利用した、との部分は、被告人の行為の積極性を示していると同時に、融資担当者の自律的な判断ないし行動が制約されていたこと、つまり、当該の不正融資が被告人主導の下に被告人のためになされたものである、と評価し得る。

従来、貸し手側と利害が対立している借り手側に特別背任罪の共同正犯を認めるに当たっては、両者間に取引上の利害対立が存在することを前提とした上で、何らかの限定が必要であると考えられてきたが(詳細は、後述(3参照))、本決定は、被告人の主観的側面(被告人の認識)及び客観的側面(行為をめぐる客観的な諸事情)の両面を考慮して共同正犯の成立に絞りをかけようとしたものである⁽⁶⁾。

(2) 最判平成16年9月10日(刑集58巻6号524頁。北國銀行事件)⁽⁷⁾

本件は、石川県で最大の地方銀行である北國銀行の頭取であった被告人が、石川県信用保証協会から保証債務の代位弁済を受けたことについて、信用保証協会の役員との共謀による同協会に対する背任罪の共同正犯の成立が問題になった事案である。

本件の概要は、銀行に対して8,000万円の債務保証を行った信用保証協会が(なお、主債務者は、会社整理の申立てにより倒産)、一旦は保証条件違反を理由として銀行に対して免責を通知したにもかかわらず、その後、銀行の頭取から、保証協会に対する負担金約4,300万円の抛出拒否の姿勢を示された等の事情を受けて、保証協会の役員が免責通知を撤回して代位弁済を行った、というものである。

最高裁は、被告人に共謀による背任罪が成立すると認めるには少なからぬ合理的な疑いが残っているとして、背任罪の共同正犯の成立を認めた原判決を破棄した⁽⁸⁾。

最高裁が指摘した点は、被告人が、負担金拠出に応じないということを利用して代位弁済を強く求めることが出来る状況にあったのか(銀行と保証協会の関係がどのようなものであったのか)、そもそも保証協会の役員による代位弁済行為が任務違背行為と言えるのか、免責事由の存在とそれに対する被告人の認識、という点であった。

原判決及びその是認する第1審判決が認定した事実関係は次のとおりである。ここでも、免責通知の撤回から代位弁済に至る経緯が具体的に示されている。

「(1)協会は、信用保証協会法に基づいて設立され、中小企業者等に対する金融の円滑化を図る目的をもって債務保証等の業務を行っていた認可法人であり、北國銀行は、協会の保証債務のうち45%強に当たる債権を有する、石川県最大の地方銀行であった。

((2)は省略)

(3)協会の事務担当者は、北國銀行がD社の経営状態の悪化を知りながら融資を実行したのではないかと疑いを抱いたものの、その確証が得られなかったため、代位弁済の実行に向けた審査手続を進めていたが、その過程で、融資の担保となっていた工場財団の機械166点(これらの当時の時価評価額は約3億円である。)のうち機械4点(同じく約6000万円である。)が登記漏れになっていることに気付き、この点が保証条件違反に当たるとの理由で、代位弁済できない旨を北國銀行側に伝えた。その後、双方の担当者が折衝し、機械4点の登記の追完がされれば代位弁済を行う旨の妥協案も出されたが、登記の追完が実現しなかったことから、北國銀行の審査部は、代位弁済を受けることは困難と判断して、協会に対し、債権償却のための免責通知書の発行を求めに至り、平成8年2月15日ころ、その交付を受けた。

(4)他方、協会においては、平成6年度から平成10年度までの間、経営基盤の強化等を目的として、県、市町村及び金融機関の出捐金や負担金により、合計10億5000万円を基本財産に充てるという基本財産増強計画があり、北國銀行も、平成6年度及び平成7年度には、各4000万円を超える負担金を拠出していた。平成8年3月28日、Cは、被告人に面会して、同計画に基づき、平成8年度の負担金の拠出を依頼したところ、被告人は、「負担金拠出には応じられない。それよりもD社の代弁否認は無茶ではないか。160件余りの担保物件の追担の4件ぐらいで否認は無茶ではないか。」などと言って、前記債務に係る協会の免責方針を見直し、代位弁済に応ずるよう強く要請した。

(5)Cは、AとBに被告人の要請を報告し、対応を協議した。その結果、協会役員らは、北國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来すおそれがあることから、被告人の要請に応じざるを得ないと判断し、被告人から折衝するよう指示を受けて協会を来訪した北國銀行審査部部長らに対し、代位弁済に応ずる旨を告げた。

(6)同年4月1日、Cが再度、被告人に面会して負担金の抛出を依頼したところ、被告人は、協会が免責通知を撤回したことについて礼を述べるとともに、抛出に応ずる態度を示した。そして、協会は、同年7月19日、北國銀行に対し、8000万円の代位弁済を実行した。」

このような事実関係の存在やその分析を踏まえた上で、最高裁は、次のように述べて、被告人に共謀による背任罪が成立すると認めるには少なからぬ合理的な疑いが残るとして、背任罪の共同正犯の成立を認めた原判決を破棄した。

「(1)原判決は、前記2(4)のとおり、被告人が、平成8年度の協会に対する負担金の抛出に応じないことを利用して、代位弁済を強く求めたとする。

記録によれば、負担金の問題については、次のような経緯がある。…北國銀行関係は、当時においては、協会の保証債務残高の約5割弱、代位弁済額の約3割強ないし4割弱を占めており、いずれの額においても断然第1位であった。このような状況の下において、独り北國銀行のみが負担金の抛出を拒絶し、協会から利益は受けるけれども、応分の負担をすることは拒否するという態度を採ることが實際上可能であったのか、ひいては、原審の認定のように、被告人が協会に対する負担金の抛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といわざるを得ない。

(2)北國銀行が協会に対する平成8年度の負担金の抛出を拒絶することが実際上も可能であり、かつ、協会側が被告人から負担金の抛出に応じられない旨を告げられていたとしても、協会としては、(ア)本件代位弁済に応ずることにより、北國銀行の負担金の抛出を受け、今後の基本財産増強計画を円滑に進めるべきか、それとも、(イ)北國銀行からの負担金を断念しても、本件代位弁済を拒否すべきか、両者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る。上記(ア)の立場を採ったとしても、負担金の抛出を受けると切り離し、本件代位弁済をすることが、直ちに協会役員らの任務に背く行為に当たると速断することは、できないはずである。

(3)原判決は、本件では免責通知書に記載された事由すなわち工場財団の対象となる機械166点のうち4点について、登記手続が未了であったという事実以外にも免責事由が存したとして、協会役員らが免責通知を撤回し代位弁済をした行為がその任務に違背するものであった旨を詳細に判示しているが、上記の登記手続が未了であったという事実以外の事実を当時の被告人が認識していたことは確定していないのであるから、そのような事実を直ちに被告人が行為の任務違背性を認識していた根拠とすることはできない。そして、記録によれば、上記の機械4点の登記漏れの事実が8000万円の債

務全額について協会の保証責任を免責する事由となり得るかどうかについて、議論があり得るところである。

また、原判決は、被告人の要求は事務担当者間の実質的合意等を見捨てたものであるから根拠のある正当な行為とはいえない旨を判示しているが、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。

(4)これらの諸事情に照らせば、本件においては、被告人が協会役員らと共に謀の上、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。」

本最高裁判決は、銀行と保証協会との間の従前の経緯を検討した上で、銀行の頭取が負担金抛出の有無を代位弁済の言わば取引材料となし得たのか、と言う点に疑問を投げかけている。そして、保証協会の役員による代位弁済行為について、銀行から負担金の抛出を受け得ることとの関係で、任務違背行為と言えるのかは疑問であるとする。一般的に、背任罪における任務違背行為性の判断は、法令・定款・内規等への違反の有無という形式的な基準によってではなく、具体的・実質的な総合的判断によって行われるものであるとされるが、これは、任務違背行為性の判断の困難さや微妙さを物語っている。

本判決は、商法上の特別背任事件ではないものの、それと実質的にはほぼ同様であり、代位弁済を行う側(債務者側)とは反対の立場にあって、債権回収のためには代位弁済を行ってほしい銀行側の担当者に背任罪の共同正犯を成立させるには合理的な疑いが残る、としたものである⁹⁾。背任行為者自身にとってもその成否が微妙な犯罪類型である背任罪について、身分のない者に「共謀による」共同正犯を認めるに当たったの問題点の一端が示されている。

(3) 最決平成17年10月7日(刑集59巻8号1108頁。イトマン事件)¹⁰⁾

本件は、中堅の総合商社イトマンとその関連会社をめぐる一連の巨額の不透明な取引中の不当な絵画取引についての特別背任事件である。イトマン及びその子会社が、被告人が実質的に経営支配していた会社から著しく不当に高額な値段で絵画を購入したことによってイトマン側に損害が発生した点について、イトマン側の取締役と並んで、被告人にも特別背任罪の共同正犯が成立するか否かが問題になった事案である。

本件において、最高裁は、イトマン側の取締役と被告人は互いに無担保で数十億円単位の融資をし合う関係にあり、両者の支配する会社がこれに依存するような関係に

あったという事情を前提に、被告人が、イトマン側取締役の任務違背行為や損害について十分な認識を有していたことや、被告人がこのような関係を利用しつつ263億円を超える巨額の絵画取引を成立させた、等として、被告人に特別背任罪の共同正犯が成立するとした。最高裁の決定理由は次のとおりである。

「2 被告人は、特別背任罪の行為主体としての身分を有していないが、前記認定事実のとおり、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った状況にあった。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。

このようなことからすれば、本件において、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。」

本最高裁決定は、イトマン側の経営者と被告人との特殊なもたれ合い関係の事実を詳細に認定した上で、被告人にとっては形式的には取引相手であるイトマン側の取締役の任務違背行為や損害について、被告人に十分な認識があると認められることや⁽¹¹⁾、被告人が両者の特殊な関係を利用して本件絵画取引を成立させたこと、絵画の偽造の鑑定評価書を差し入れていること、等を理由に、特別背任行為について「共同加功したと評価し得る」としている。ここでは、主観的事情と客観的事情の両面からの検討がなされている。

(4) 3判例から読み取れること

任務違背行為者((特別)背任行為者)の取引相手についての(特別)背任罪の共同正犯の成否が問題となった以上の3件の判例に共通して言えることは、身分のない者についての共犯(共同正犯)について、刑法65条1項によって単純に共犯(共同正犯)の成立を認めるという手法を用いていないということである⁽¹²⁾。

3件はいずれも、対向的取引当事者双方の関係(当事者の属性、当該取引に至るまでの経緯、その他の様々な周辺の事情)を詳細に分析検討しつつ、問題となった当該取引

が任務違背行為者と取引相手の双方にとって具体的にどのような意味を有するのか((特別)背任行為によって、誰にどのようなメリットが具体的に期待できるのか)を、経済的な観点から問題にしている。ちなみに、3件とも損害額は巨額であるが、(特別)背任罪の基本的特質である成立判断の微妙さや困難さ(任務違背行為性の有無という高度の規範的判断や、財産上の損害¹³⁾の判断の困難さ等による立件の難しさ)が反映されていると言えよう。

特別背任罪の共同正犯を認めた(1)(日本ハウジングローン事件)と(3)(イトマン事件)が示しているように、特別背任行為に「共同加功したとの評価」が正に問題となるのであって、個々の事案における様々な間接事実の分析及び積重ねによる「総合的な評価」の結果なのである¹⁴⁾。

従って、この種の事案(事例)の集積によって、一定の判断基準(あるいは、処罰の目安)を探求していくこととならざるを得ない。

3 共同正犯を限定するアプローチ

会社法が規定する特別背任罪(会社法960条及び961条。改正前の商法486条及び487条)は、発起人や取締役等の一定の地位にある者についてのみ成立する身分犯である。刑法247条の背任罪も、「他人のためにその事務を処理する者」という地位が必要な身分犯であるが、特別背任罪は、事務処理者として一定の者を典型的に拾い上げると共に、その特殊な地位に照らして刑を加重したものである。

そこで、特別背任罪(背任罪についても同様である。)を成立させる経済的取引がある場合に、背任行為者の取引相手である非身分者を背任行為の共同関与者として処罰するためには、「身分のない者であっても、共犯とする」という刑法65条1項の規定を経由しなければならない。そして、判例・多数説によると、65条1項の「共犯」は共同正犯を含む(65条1項は共同正犯に適用される)と考えられており¹⁵⁾、また、共謀共同正犯も確立した判例・実務であるので、形式的な可能性としては(立件されて起訴されるか否かを別にすれば)、対向的取引相手、例えば、不正融資の借り手について、特別背任罪の共同正犯を認めることには、刑法解釈論上は支障がないはずである¹⁶⁾。

ところが、これまでの学説の多くは、対向的取引相手に特別背任罪の共同正犯を認めるについて、何らかの限定を課そうとしてきた。その実質的な根拠は、①背任行為者(ないしはその背後にいる会社)と取引相手は経済的な利害が基本的に対立する立場にあるにもかかわらず、特別背任罪の共同正犯が容易に成立するとすれば、資本主義社会における自由な経済活動が大幅に制約されてしまう、という点にある。また、②

背任の実行行為は身分者によって行われるので、身分のない取引相手は、任務違背行為や本人の財産上の損害について、身分者と同程度の認識を持ち得ないのではないか、という点も言われている。

これらを前提に、特別背任罪の共同正犯の成立を限定しようとする視点として、①取引相手の認識という主観面から限定しようとするアプローチと②客観的な行為態様等の客観面から限定しようとするアプローチがある。

①主観面での限定を考える典型的な説明は、「共同正犯が成立し得るのは…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、…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」というものである⁽¹⁷⁾。

しかし、現在の学説の多くは、②客観面から処罰の限定を考えようとしている。背任行為者とその取引相手という本来的に利害が対立する立場にあるにもかかわらず、「共謀」共同正犯としての「評価」を与えるためには、個々の行為態様や関与状況を手掛かりとした客観的なアプローチこそが重要であるとするのである。この客観面からするアプローチ方法の中には、(i)法益侵害に至るまでの過程の支配あるいは中心的役割を要求する見解⁽¹⁸⁾、(ii)主体的な影響ないし関与を要求する見解⁽¹⁹⁾、(iii)相手方にとって自己の犯罪の実現と言えることを要求する見解⁽²⁰⁾、(iv)対向犯的関与者の一方行為者を不処罰とする犯罪類型の考え方を援用する見解(「事実上の対向犯」構成)⁽²¹⁾、(v)本人側の自律に基づく自己責任原則によって説明する見解⁽²²⁾、(vi)許された危険の考え方を援用する見解⁽²³⁾、等がある(ちなみに、これらの見解は相互に排斥的なものではなく、この分類も大まかな整理である)。なお、最近の最高裁判例も、いずれかと言えば客観的な事情から共同正犯の限定を行おうとしていると考えられる。

4 若干の私見

以下では、これまでに概観した最高裁判例や学説の視点を手掛かりにしながら、私なりの若干の考え方の方向性を述べてみたい。

(1) 共犯処罰の限定

特別背任罪と言えども、刑法における背任罪と同様、図利加害目的で本人に対する任務違背行為に出ることによって本人に財産上の損害を与える、という構成要件要素から成る財産犯である。そこで守られるべきは、本人である株式会社の利益である。株式会社の取締役や執行役等は、株式会社とは委任契約関係にあり⁽²⁴⁾、株式会社の利益を考えて活動しなければならない。そして、株式会社は「営利」社団法人であるか

ら、取締役や執行役等には、会社の経済的な利益を追求すべき義務がある⁽²⁵⁾。

しかし、他方で、株式会社の取引相手は、経済社会においては自らの利益を追求して活動する存在であるので、取引の相手方当事者である株式会社の利益の保護や配慮を期待される立場ではあり得ない。従って、株式会社に財産上の損害を与えたからといって、特別背任罪の共同正犯(さらには、教唆犯や幫助犯も)が成立するものではない、というのが基本的な視点となる。この点で、強姦罪について、女性も強姦罪の保護法益を侵害することができるからとして強姦罪の共同正犯を認めた判例の事案⁽²⁶⁾とは、問題の場面が大きく異なっている。

さらに加えて言えば、(特別)背任罪の構成要件は高度の規範性を有していることや、会社法(改正前の商法)の特別背任罪は刑法の背任罪に比べて会社企業の経済活動に密接に関連した犯罪類型であること等を考えると、その処罰は、当の背任行為者自身についても、本来的に抑制的であることが望まれる。実際に特別背任罪として立件された事案を見ると、行為態様が相当程度に悪質であったり、損害内容がかなり高額に達しているもの(いわゆる看過し得ない程度の重大悪質な事案)が目につく。

これらに照らせば、株式会社にとっての対向的取引相手に特別背任罪の共同正犯を認めるに当たっての判例・学説の処罰限定のアプローチは支持されてよいが、その具体的な根拠付けないし説明方法が問題である。限定のための説明方法如何によって、今後の特別背任罪の共犯の立件やさらに犯罪捜査に影響が生じるからである。

これまで、学説によって、処罰限定のためのいくつかの視点が示されてきたが、私見によると、これらはいずれも共同正犯(さらには共犯一般)の成立を限定するための説明方法として有益な示唆ないし視点を提供しているものの、いずれの考え方も多少抽象論の域に止まり、それのみでは一般的な処罰限定の説明方法としてはやや不十分ではないかと思われる。

私は、不正融資の事案を例にして言えば、貸し手側と借り手側の利害は本来的に対立しているので、不正融資を受けた借り手について共同正犯が成立しないのが原則であるものの、極めて例外的な場合には、共謀や背任行為への具体的な関与のあり方によっては、貸し手である株式会社に財産上の損害を与えたことに共同加功した、との「評価」が可能であるが、その「評価」に際しては、その時点における、貸し手側企業の社会的な位置付け、当該貸付け行為の内容(貸付金額のみならず、金利・担保の有無・返済条件等のみならず、具体的な行為手段(例えば、迂回融資は、不正な融資であることの隠蔽工作の典型である)、借り手の関与の動機や具体的な関与形態、その他)、社会一般の当該行為に対する評価等の様々な間接事実(客観的事情のみならず、行為者

の主観的事情も含まれる。)の積重ねによる総合的な判断にならざるを得ないと考える。従って、処罰の限界線は多少流動的なものであって、明快な線引きや処罰の基準の定立は困難ないし不可能であろう。

そして、経済活動と密接不可分な特別背任罪においては、利害が対立する取引相手についての共同正犯(さらには、教唆犯や幫助犯)の処罰ラインは、他の犯罪に比べて、そして刑法の背任罪に比べても、より一層、行為当時の時代背景ないし社会状況や国民意識が反映されて然るべきではないかと考えられるが、この点は、さらに後述する。

(2) 類似事案との比較

本稿のテーマを検討するに当たって、類似ケースについての取扱いが参考になり得るので、ここで簡単に検討を行っておく。

ア 対向犯の一方処罰のケース

必要的共犯の1類型である対向犯について、向かい合う両当事者の内の一方のみを処罰し、存在が当然に予定される不可欠の他方当事者の処罰が条文上は規定されていない場合、その者は、処罰が明らかな一方当事者の教唆犯又は幫助犯として処罰することは原則として出来ない、とされている(立法者意思説²⁷⁾。

この考え方を、特別背任行為の対向的取引相手について援用すれば、不正融資について言えば、貸し手側と借り手側の両者の存在が当然予定されているので、借り手については、原則として不正融資の共犯としての処罰が予定されていない、と説明されることになる。この説明によれば、共同正犯のみならず、教唆犯や幫助犯の不成立をも容易に導くことが出来る。そして、対向的取引相手の共同正犯処罰を限定するアプローチの中に、「事実上の対向犯」構成を提唱する見解があることは、既に紹介した²⁸⁾。

しかし、必要的共犯の対向犯についての一般論を特別背任行為の取引相手にそのまま適用してよいのであろうか。一定の地位のある者について、本人である株式会社に対する任務違背行為によって財産上の損害を生じさせるという特別背任罪の性格や、背任行為者と取引相手とは本来的に利害が対立していること等、わいせつ物を販売する者と購入する者との関係とは大きく異なっている。また、仮に対向犯についての議論を適用するとしても、「原則として」借り手は処罰が予定されていない、と言えるだけであって、例外的に処罰されるのがどのような場合であるのかの手掛かりは十分に示されていない。例外的な処罰のラインやそこでの考慮要素こそが大きな問題点なのである。さらに言えば、対向犯について、処罰が明らかな一方当事者の教唆犯又は幫助犯として処罰することは原則として出来ない、という多数説の考え方(立法者意思

説)自体についても、その根拠や処罰の限界線について不明確な点が残されている⁽²⁹⁾。

これらに照らすと、特別背任行為の取引相手の共犯処罰の問題については、必要的共犯の対向犯の議論と現象的に類似した側面があるものの、問題解決のための指針ないし手掛かりとして十分には機能し得ないと言ってよいであろう。

イ 不動産の二重譲渡における悪意の買主のケース

必要的共犯における対向犯の議論という一般論に比べて、より参考になると考えられるのが、不動産の二重譲渡における悪意の買主のケースであろう⁽³⁰⁾。

不動産の所有者が、当該不動産を売却し代金の支払いを受けたにもかかわらず、依然として自己に登記名義が残っていることを利用して、他の者(第2の買主)にさらに同一不動産を売却して登記を移転したような場合に、所有者(売主)に横領罪が成立することはほぼ争いがない⁽³¹⁾。議論があり得るのは、第2の買主が悪意で二重に譲渡を受け移転登記を受けたという事情があった場合に、第2の買主に横領罪の共犯が成立し得るのかという点である。

形式上は、横領罪という真正身分犯に占有者という身分のない者が加功している場合であるとして、刑法65条1項によって共同正犯の成立を認めることは可能であるが、判例やそれを支持する多くの学説は、第2の買主は、登記を備えれば民法177条によって悪意であっても優先するので、刑法上も横領罪の共犯にはならないと考えてきた⁽³²⁾。もっとも、第2の買主がいわゆる背信的悪意者である場合には民法177条の「第三者」から排除されるとする民事判例⁽³³⁾を受けて、例えば、第2の買主が売主に対して積極的な働きかけを行ったことによって売主に二重譲渡の犯意を生じさせたような場合には、第2の買主に横領罪の共同正犯が成立するとされている⁽³⁴⁾。

不動産取引においては、売主と買主は利害が相対立している。そして、買主は、当該不動産が既に売却済みであったことを知っていたとしても、自己が先に登記を備えさえすれば、優先して確定的に不動産の所有権を確保し得る。民法177条は、このような形で不動産取引についての自由競争原理を正面から認めているのである。民事上の背信的悪意者は自由競争原理を逸脱する者であるので民法177条によっては保護されないが⁽³⁵⁾、それに相当するかそれ以上の背信性が備わっている者については、刑事上も経済社会における保護を否定される、すなわち、可罰性が備わると評価してよい。

そして、横領罪と(特別)背任罪は、いずれも本人に対する背信性という点で共通性を有するので、二重譲渡の第2の買主についての横領罪の共犯成立の考え方は、株式会社の取締役等の特別背任行為の取引相手についての共犯成立の問題を考えるに当たっ

ての有益な示唆を与えるものである。この場合、共犯成立の有無を判断(評価)する際には、民事における背信的悪意者の判断基準と同様に、主観的事情と客観的事情の両面にわたって様々な個別的事情が間接事実として考慮されることになる。

ちなみに、二重譲渡の第2買主に横領罪の共同正犯を認めた福岡高判昭和47年11月22日刑月4巻11号1803頁³⁶⁾は、第2買主について、「本件においては、買主たる被告人は、所有者Bから買取ることが困難であるため名義人Aから買入れようと企て、前叙のとおり単に二重譲渡になることの認識を有していたのに止まらず、二重譲渡になることを知りつつ敢て前記A'(筆者注:Aの相続人)に対し本件山林の売却方を申入れ、同人が二重譲渡になることを理由に右申入れを拒絶したにもかかわらず、法的知識の乏しい同人に対し、二重譲渡の決意を生ぜしめるべく、借金はもう50年以上たっているから担保も時効になっている、裁判になっても自分が引受けるから心配は要らない等と執拗且つ積極的に働きかけ、その結果遂に同人をして被告人に本件山林を二重譲渡することを承諾させて被告人と売買契約を締結するに至らしめたのであるから、被告人の本件所為は、もはや経済取引上許容されうる範囲、手段を逸脱した刑法上違法な所為というべく、右A'を唆し、更にすすんで自己の利益をも図るため同人と共謀のうえ本件横領行為に及んだものとして、横領罪の共同正犯としての刑責を免れないものというべきである。」と述べているが、刑事法の領域における自由競争社会からの逸脱の判断基準として、参考になるであろう。

(3) 経済犯罪としての特別背任罪

従来から、特別背任罪は刑法上の背任罪の加重類型であるとされており、このこと自体はもちろん否定されない。しかし、両者の間には、主体が特定の者に限定されていて、それらの者について特に刑が加重されていること、という違いがある点により注目する必要があるのではなかろうか。

会社法(改正前の商法)の特別背任罪の主体として予定されているのは、株式会社の取締役や執行役等である。これらの者は、本人である株式会社のため、そして、株式会社の所有者である株主のためにその任を務めることが求められている。商法(会社法)は、伝統的に、株主の利益保護という観点から会社経営の健全化を図ろうとしており、特別背任罪もその一環である。

しかし、今日のような資本主義が高度に進展した経済社会においては、株式会社に期待される役割は、株主や従業員の利益を超えて、社会公共的な要素を含んでいる³⁷⁾。近時の商事法分野の法改正や新会社法は、このような観点から、会社経営の自由度や

柔軟性を高めると同時に、ディスクロージャーその他の様々な規制ないし制度を設けている。

株式会社が現在の経済社会において果しているこのような役割に照らせば、その経営の任にあたる取締役や執行役等も、かかる会社の役割ないし社会的使命に沿うような日々の活動が求められることになる。取締役等の会社に対する裏切り行為は、単に株主利益の侵害にとどまらず、経済社会の中における株式会社という社会公共の利益を危うくするものである⁽³⁸⁾。

このように考えると、株式会社の取締役や執行役等の裏切り行為である特別背任行為に積極的に関わった取引相手についても、(取引上の利害は対立しているという関係にあるものの)各自の合理的な経済的利益の追求を超えたと「評価」し得るような行為については、特別背任罪の共犯の成立を認めることが可能と言えよう。もとより、(特別)背任罪は、本人の財産に損害を生じさせる財産犯としての基本的性格を有するので、特別背任罪についてのこのような性格付けには異論もあろうが、背任行為が行われた時点における、当該株式会社の社会的な位置付け、当該背任行為の内容(具体的な行為手段、金額、借手手の関与の動機や具体的な関与形態、その他)、社会一般の当該行為に対する評価、その他の様々な間接事実(客観的要素のみならず、行為者の主観的事情も含まれる。)を積み重ねつつ、行為当時の時代背景ないし社会状況や国民意識を反映しながら、個々の事案における処罰の限界を探っていくことになるであろう。それは、許された危険の限界を個々の事案毎に探る作業でもあるので、処罰限定のための明快な尺度(判断基準)を提示していくことは、むしろ困難ないし不可能である。バブル経済の崩壊に伴って、巨額の特別背任事件に捜査のメスが入れられ、刑事司法の手が次々と及んでいる現象も、このような背景の中で理解することが可能である。

いわゆる経済事件ないし経済犯罪の典型例として語られることが多い特別背任罪について、今後は、財産犯という枠を超えた新たな理解ないし検討が求められるであろう。経済活動に対する法規制や刑事司法の関与が現実求められるということは、法規制の手段である個々の刑罰法規(特に、各種の特別刑罰法規)の性格付けや解釈論に大きな影響を与えることにもなる。

(4) その他の問題

ア 共同正犯と教唆犯・幫助犯

対向的取引相手に特別背任罪の共犯が成立し得るのか、というテーマについて、これまで最高裁で問題とされた事案や学説による共犯処罰限定のアプローチは、主とし

て共同正犯を念頭においてなされてきた。さらに正確に言えば、共謀共同正犯ということになる⁽³⁹⁾。

対向的取引相手は、背任の実行行為それ自体を行い得るものではないので、共謀や背任行為の周辺の行為の分担という限度でしか関与し得ないが、そもそもは、我が国の刑事実務上、教唆や幫助としての関与形態の多くが共謀共同正犯として取り扱われてきたことが影響している。そして、特別背任罪という犯罪類型や構成要件要素の性格上、実際に捜査・起訴という形で立件されてくる特別背任行為は、行為の悪質性が比較的明確なものに限られ、その共犯として立件されてくるのは、さらに加えて、関与の度合いが積極的ないしは明確なものに限られてくる。従って、実際に問題になっている事案の多くが共同正犯のケースであるというのには、それなりに理由がある。

しかし、理論的には、「共謀による」共同正犯とまでは「評価」できない場合には、教唆犯や幫助犯という形での刑事責任を問うことは可能ならずである。様々な間接事実を積み重ねた結果としての総合的な「評価」として、「自己の犯罪」とまでは「評価」できなくとも、教唆や幫助の行為類型に該当する場合には、教唆犯や幫助犯としての刑事責任を問い得る。今後、経済活動に対する法規制として刑事司法が活用される局面が増えてくることになれば、教唆犯や幫助犯が成立する場面も増すであろう。

イ 共犯と身分についての刑法65条の規定の理解

刑法の背任罪は真正身分犯であり、身分のない者については刑法65条1項を経由することによって共犯が成立し、判例・多数説によると、共同正犯・教唆犯・幫助犯の全ての成立が認められる。そして、特別背任罪は、刑法の背任罪の加重類型であると理解されているので、この点からは、共犯者は、不真正身分犯としての刑法65条2項の適用が考えられることになりそうである。

もっとも、身分のない取引相手、例えば不正融資の借り手が特別背任罪の共犯としての罪責を問われる場合についての刑法65条の適用関係を考えるに当たっては、65条1項と2項の関係や成立する罪名と科刑の問題等の困難な問題が横たわっている。

これまでの判例によると、対向的取引相手には刑法65条1項によって特別背任罪の共同正犯が成立し、特別背任罪が要求する取締役等の身分がないので65条2項によって背任罪の刑が科されてきたようである⁽⁴⁰⁾。

このような取扱いは、業務上横領罪に非占有者が関与した場合に、非占有者には65条1項によって業務上横領罪が成立するが65条2項によって単純横領罪の刑が科される、という判例⁽⁴¹⁾と軌を一にするものであるが、共犯の罪名従属性を強調し過ぎるこ

とによって罪名と科刑が分離してしまうという批判がなされている。

業務上横領罪と同様、特別背任罪は二重の意味での身分犯(複合的身分犯)であると言え、刑法の背任罪との関係では刑に軽重のある不真正身分犯であるが、事務処理者としての地位を全く有しない者、すなわち外部の取引相手との関係では、背任罪の限度で「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」であるから真正身分犯として考えるべきであるとすれば、背任罪が成立して背任罪の刑が科されることになる⁽⁴²⁾。罪名と科刑の分離は好ましくないので、刑法65条1項のみを適用するこちらの考え方の方が妥当ではなかろうか。

また、従来の判例・多数説に従えば、65条1項は共同正犯・教唆犯・幫助犯の全てについて適用があるので、対向的取引相手にも、共同正犯・教唆犯・幫助犯のいずれの成立可能性も認められる。

5 おわりに

本稿は、特別背任罪という身分犯について、当該会社と対向的取引関係に立ち取引上の利害が対立する取引相手に果して共犯が成立し得るのか、成立し得るとして、その限界をどのように考えていったらよいのか、について、最近の最高裁判例を事案を含めて改めて確認しながら、私なりの多少の検討を行ってみたものである。

論点的には、身分犯に対する非身分者の関与と共犯、というものであるが、財産犯である(特別)背任罪の性格、会社外の人間による背任行為への関与の可否や程度等の諸問題があり、判例や学説による共犯処罰限定に向けての説明は統一していない。問題の性格上、個々の事案(事例判断)の集積の中から一定の解決の方向性を探っていくことにならざるを得ないが、結局は、問題となっている具体的な背任行為をめぐる様々な間接事実を積み重ねて検討することによって、「特別背任罪としての刑事処罰に値すると評価できるか否か」を、行為当時の時代背景ないし社会状況や国民意識を踏まえながら判断していくことになる。その際には、単なる財産犯としての位置付けを些か超えて、「経済社会の中における株式会社」という社会公共の利益の保護の要請をも含んだ特別背任罪としての性格を多少は意識していく必要があるであろう。

特別背任罪やそれに対する共犯の成立に関するこのような理解が、多少なりとも当たっているのか、あるいは、そもそも許されるものかすら分からないが、国民の経済活動ないし経済取引についても、一定程度以上の悪質なものについては、民商事法を超えた刑事司法による規制が欠かせないことは、バブル経済崩壊後の各種の経済事犯を見れば明らかであろう⁽⁴³⁾。経済犯罪の代表例とされる特別背任罪についても、今後

は、このような観点からの理解が必要とされるのではなかろうか。また、国民の各種の経済活動に関わる経済法領域と刑事法分野との密接な関連や相互研究の必要性は、実体法のみならず手続法分野(犯罪捜査や証拠についての諸問題)を含めて、一層重要性を増していくであろう。

本稿は、特別背任行為への対向的取引相手の関与と共犯の成否、という限られたテーマについて、判例・学説の分析や検討すら不十分なまま、私個人の拙い考えを粗っぽく示したものに過ぎないが、今後さらに判例や学説について掘り下げた検討を行うと共に、私自身のこれからの経済犯罪・経済刑法分野の研究の出発点としたい。

【註】(1) 会社法5条、575条以下、3条。

(2) 平成17年6月の日本刑法学会第83回大会のワークショップのテーマとして、「不正融資における借手の刑事責任(背任罪・特別背任罪)」が取り上げられたが、そこでの議論の状況については、『刑法雑誌45巻3号』(2006年)548頁以下の関哲夫の報告を参照。また、解釈論上の問題点を網羅的に分かりやすく解説したものとして、照沼亮介「不正融資と特別背任罪の共犯」伊東研祐編『はじめての刑法』(2004年)123頁以下。

(3) 最高裁になってからの主なものとして、最判昭和40年3月16日裁判集・刑事155号67頁(千葉銀行事件。検察官の判例違反の主張を否定したに止まっている。)や、最決平成9年10月29日判タ952号203頁(三越事件。特別背任行為に関わった出入り業者について、特別背任罪の共同正犯が成立するとした。ただ、出入り業者が背任行為者の愛人であったという特殊な事情がある)。

(4) 本件に関する主な評釈として、橋本正博「不正融資の借り手側の責任」ジュリスト臨時増刊1269号(平成15年度重要判例解説)(2004年)173頁、上嶋一高「住専の融資担当者の特別背任行為につき同社から融資を受けていた会社の代表者が共同正犯とされた事例」現代刑事法6巻9号(2004年)92頁。調査官解説として、朝山芳史「住宅金融専門会社の融資担当者の特別背任行為につき同社から融資を受けていた会社の代表者が共同正犯とされた事例」法曹時報57巻8号(2005年)281頁。

なお、朝山によると、本件は、特別背任罪の共同正犯の成立を認め得る限界事例に近いとされている。

(5) 不動産会社の元社長についても、控訴審判決(東京高判平成12年7月12日)において共同正犯が認められている(上告していない)。また、融資側のEについては、東京地判平成13年10月22日判時1770号3頁によって特別背任罪の成立が認められている。

(6) 「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」という点に照らすと、どちらかと言えば、客観的側面から限定を加えようとしたものと理解できるであろう。

(7) 本件に関する主な評釈として、上嶋一高「銀行頭取による信用保証協会に対する背任罪の成否」ジュリスト臨時増刊1291号(平成16年度重要判例解説)(2005年)173頁、島田聡一郎「銀行頭取が信用保証協会理事に代位弁済を働きかける行為と背任共同正犯の成否」法学教室306号別冊付録・判例セレクト2005(2006年)37頁。

(8) 原判決(控訴審判決)は、名古屋高判平成13年1月24日刑集58巻6号607頁。共謀共同正犯の成立を認めた原判決に批判的な評釈として、長井圓「背任罪における自己答責原理と取引相手に対する共犯の成否 — 北国銀行事件控訴審判決をめぐる —」神奈川法学35巻3号(2002年)123頁。同評釈は、順次共謀の成立についても疑問であるとする。

(9) 本判決は差戻し判決であるので、背任罪の共同正犯を認めるに当たっての疑問点が指摘されているに止まるが(結論としての、少なからぬ合理的な疑い)、同種事案についての共犯の成否を考えるに当たって参考になるであろう。

なお、本件は、差戻し後の名古屋高判平成17年10月28日(判例集未掲載)において無罪とされ、確定している。

(10) 本件に関する主な評釈として、今井猛嘉「特別背任罪の共同正犯が認められた事例 — イトマン絵画取引事件」ジュリスト臨時増刊1313号(平成17年度重要判例解説)(2006年)174頁、内田幸隆「刑事裁判例批評(27)イトマン特別背任事件」刑事法ジャーナル5号(2006年)148頁。

(11) (1)事件(最決平成15年2月18日刑集57巻2号161頁。日本ハウジングローン事件)においては、「高度の認識を有していた」とされている。

(12) 以前の判例は、65条1項の「共犯」は共同正犯を含むという形式論に基づいて、取引相手に特別背任罪の共同正犯の成立を認めていた。大判昭和4年4月30日刑集8巻207頁、大判昭和8年9月29日刑集12巻1683頁。

(13) (特別)背任罪における「財産上の損害」は経済的見地から判断される(最決昭和58年5月24日刑集37巻4号437頁等)。

(14) この点は、共謀共同正犯一般の認定ないし評価とほぼ同様である。共謀共同正犯における共謀の認定についての最近の文献の例として、石井一正『刑事事実認定入門』(2005年)122頁以下、小林充・植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)』(2005年)の196頁以下(村瀬均執筆)及び207頁以下(菊池則明執筆)。

(15) 最決昭和40年3月30日刑集19巻2号125頁。

(16) 前掲(12)の判例を参照。

(17) 藤木英雄『経済取引と犯罪』(1965年)242頁。なお、三井誠「千葉銀行事件」続刑法判例百選(1971年)182頁。裁判例としては、前掲(3)の最判昭和40年3月16日裁判集・刑事155号67頁(千葉銀行事件)の原判決の東京高判昭和38年11月11日が、「身分を有しない者に、身分者の任務違背行為について共同正犯としての責任を負わせるためには、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」としている。

(18) 柴田牧子「判例研究(東京地判平成5年6月17日)」上智法学論集39巻1号(1995年)363頁。

(19) 星周一郎「不正融資の相手方に特別背任の共同正犯の成立が認められた事例」東京都立大学法学会雑誌38巻1号(1997年)623頁。

(20) 中森喜彦「背任罪の共同正犯」研修609号(1999年)6頁。

(21) 関哲夫「背任罪の共同正犯についての一考察」『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』(2002年)364頁。

(22) 長井・前掲(8)、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集・現代社会型犯罪の諸問題』(2004年)284頁。

(23) 林幹人「背任罪の共同正犯 — 共犯構成要件について」判時1854号(2004年)7頁。

(24) 会社法330条、402条3項。従って、株式会社に対して「善良な管理者」としての注意義務が課せられている(民法644条)。また、「株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない」(会社法355条、419条2項)。

(25) 監査役も、各種の監査権限の行使を通して、株式会社の適正妥当な利益追求に関与する機関である。

(26) 前掲(15)の最決昭和40年3月30日刑集19巻2号125頁は、「強姦罪は、その行為の主体が男性に限られるから、刑法65条1項にいわゆる犯人の身分に因り構成すべき犯罪に該当するものであるが、身分のない者も、身分のある者の行為を利用することによって、強姦罪の保護法益を侵害することができるから… 同法65条1項により、強姦罪の共同正犯が成立する」としている。

(27) 弁護士法違反(72条の非弁活動の禁止)に関する最判昭和43年12月24日刑集22巻13号1625頁。他の典型例として、わいせつ物を購入した者について、わいせつ物頒布罪(刑法175条)の教唆犯や幫助犯の不成立があげられる。

(28) 関・前掲(21)。

(29) 立法者意思説に対して、個々の犯罪類型についてより実質的に考察を加えようとする実質説が主張されている。議論の状況の要点をまとめたものとして、丸山雅夫「必要的共犯」刑法の争点[第3版](2000年)112頁以下。

(30) 不正融資の借り手と二重譲渡の悪意の買い手の問題を意識的に検討しているものとして、前田雅英「商法486条と共同正犯」東京都立大学法学会雑誌44巻2号(2004年)34頁。

(31) 最判昭和30年12月26日刑集9巻14号3053頁等。

(32) 最判昭和31年6月26日刑集10巻6号874頁。

(33) 最判昭和36年4月27日民集15巻4号901頁。

(34) 福岡高判昭和47年11月22日刑月4巻11号1803頁。佐伯仁志・道垣内弘人『刑法と民法の対話』(2001年)123頁。

(35) 背信的悪意者とその類型について簡潔に解説されたものとして、池田恒男「民法177条の第三者の範囲 — 背信的悪意者」民法判例百選I総則・物権[第4版](1996年)120頁。

(36) 前掲(34)の裁判例。

(37) アメリカで形成され各国で展開された「コーポレート・ガバナンス」論は、正にこの点に関する議論である。

(38) 金融機関の経営者の社会的責任と事業運営の慎重さを早くから指摘したものとして、藤木英雄『刑法各論』(1972年)317頁。最近のものとして、伊東・前掲(22)288頁は、特別背任罪の事務処理者について、「法定の(直接的な対本人関係に限られない)制度的な機能を果たすことを半ば公的に義務付けられた特定の地位にある者という具体的・個別的な属性が考えられるのであり、その中には会社というような社会的存在及びそれに係わる財産上の利益を(本人の為と並んで)他の社会構成員一般の為に保護・適正管理するという役割ないし機能が含まれる」としている。本稿の私見は、これらの見解と同様の方向性を有する。

(39) 関与の程度が共謀とまでは評価できないとして幫助犯の成立を認めたものとして、最判昭和57年4月22日判時1042号147頁(富士銀行事件)。最高裁は、被告人の具体的な関与の仕方を検討した結果、「幫助したにとどまるものと認めるのが相当である」とした。

(40) 特別背任罪における共犯と身分をめぐる問題点について整理したものとして、野村稔『経済刑法の論点』(2002年)131頁・136頁以下。

(41) 最判昭和25年9月19日刑集4巻9号1664頁等。

(42) 野村・前掲(40)137頁。業務上横領罪に非占有者が加功した場合について、刑法65条1項は違法身分の連帯性を規定したものであることを前提に、業務上の占有者と非占有者の双方を65条1項によって単純横領罪の共犯とするものとして、西田典之『新版 共犯と身分』(2003年)174頁。

(43) 証券市場を揺るがす大規模な証券取引法違反事件がマスコミを賑わしている。このような中、同法の大改正が行われ、投資家保護や規制の強化を打ち出した金融商品取引法が成立した(平成18年6月7日成立)。