

・反対尋問

1. 不動産の所有者が2人に対して同一順位の抵当権を設定してしまった場合(二重抵当の事例) 先に抵当権の設定を受けた者に対してどのような罪が成立すると考えるか。
2. 3(1)「横領罪につき特にその内容を限定する理由はなく」とする理由は何か。
3. 本問における甲の行為を、なぜ権限逸脱であると考えているのか。
4. なぜこの判例を引用したのか。

・立論

学説の検討

1. 背任罪の本質について

この点については、検察側と同様、R説(背信的権限濫用説)を採用する。

2. 背任罪と横領罪の区別基準について

- (1) この点、検察側はA説(権限区別説)を採用している。

しかし、かかる説では権限を逸脱して財産上の利益を得た場合に横領罪、背任罪のどちらの罪でも対応することができず、処罰の間隙が生じてしまうため、妥当でない。

- (2) 思うに、横領罪と背任罪の刑の軽重は、財物という即物的な財産を横領する行為の頻発性に鑑み、このような行為を特に防止すべく定められたものである。

また、検察側と同様、背任罪と横領罪とは一般法と特別法の関係にあると解することから、任務違背行為についてはまず横領罪の成否を検討し、それが成立しなかった場合に背任罪の成否を検討すれば足りる。

- (3) したがって、行為者の任務違背行為が横領罪における実行行為たる領得行為といえる場合には横領罪の成否が問題となり、そうでない場合には背任罪の成否が問題となるとするC説(領得行為区別説)が妥当であると解する。

3. (不法)領得意思の内容について

この点については、横領罪における不法領得の意思とは「他人の物の占有者が委託の趣旨に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思」をいうものと解するので、特段誰の利益のためであるかをその内容に含める必要はないものと解する。

4. なお、横領罪は領得罪であるところ、その実行行為(横領行為)とは不法領得の意思の発現たる一切の領得行為をいうが、「領得する」という言葉の意味上、それは専ら自己のためになされる必要がある。

本問の検討

1. 本問において、B村の村長たる甲は、自己が業務上管理しているB村の財産を、専ら乙ないしC社のために貸与の目的で乙に交付している。

かかる甲の行為は、財産管理を委託した本人たるB村からの、財産を適切に管理するという任務に違背する行為であるといえるから、C説より、この行為が領得行為といえるかがまず問題となるが、甲はB村の財産を専ら親友たる乙ないしC社のために交付していることから、かかる行為は横領罪における「領得」行為にはあたらない。

2. したがって、次に背任罪の成否が問題となる。

この点甲は、他人たるB村のためにB村の財産管理という事務を処理しており、その甲は第三者たる乙ないしC社の利益を図る目的で、適切な財産管理という任務に背き、村会の決議も経ずに財産を乙に交付している。

もっとも、甲の行為はあくまで貸付行為であり、贈与ではない。そうである以上、B村は乙ないしC社に対して相当額の債権を有することになる。また、乙ないしC社に返済が著しく困難である等の事情もみられないことから、全体財産に対する罪たる背任罪においては、本人たるB村に財産上の損害が発生したとはいえない。

したがって、甲は任務違背行為に着手したものの、その結果を発生させなかったのであるから、甲の行為には背任未遂罪(250条)が成立するととどまる。

・結論

以上より、甲には背任未遂罪が成立し、甲はその罪責を負う。