

I. 反対尋問

- 5 1. 他人の事務の検討に際し、裁量の有無、必要性はどのように考えているか。
2. 設問1において検察側は背任罪を肯定しているが、具体的にどのような理由に基づいて「他人の事務」に帰結させているか。
3. 設問1に関連して抵当権設定契約に際し、財産の実質的処分権が抵当権者に移転するのはいつだと考えているか。
- 10 4. 設問2において検察側は名義計算説を採り、その基準は実質的に判断するとしているが、本件のように名義も組合であるし、たとえ特定の用途以外の禁止があるとしても町役場への貸与により利益、損失を受けるのは組合なのであるから実質的に判断しても自己の名義計算とはいえないし、その基準が不明確ではないか。

15 II. 学説の検討

設例1

ア説(背任罪肯定説)

本説は債務不履行を背任罪として処罰しないにも関わらず二重抵当では背任罪として処罰しては均衡がとれないことから妥当でない。よって弁護側は本説を採用しない。

20

イ説(背任罪否定説)¹

契約上の当事者が自ら契約上負担する義務を履行することは他人のためにする事務ではあっても「他人の事務」ではなく「自己の事務」であるため本罪は成立しない。よって弁護側は本説を採用する。

25

設例2

A説(行為態様区別説)

検察側と同様の理由で本説を採用しない。

30 B説(客体区別説)

検察側と同様の理由で本説を採用しない。

D説(名義計算区別説)

- 35 不法領得の意思の有無で判断するところ、そもそも不法領得の意思という基準が曖昧であり、妥当でない。よって弁護側は本説を採用しない。

¹ 山口厚『刑法各論[第二版]』(有斐閣,2010年)334頁。

C 説(権限区別説)²

横領罪との区別が問題になるのは自己の占有する他人の財物を信任関係に違反して流用するときであるため、委託の趣旨に反して他人の物を自己のほしいままに経済的用法に従って利用処分したか否かにより判断すべきである。このことから権限内での行動である
5 濫用か権限外での行動である逸脱かにより区別する本説が妥当である。よって弁護側は本説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

10 設例 1 について

1. 甲が A のために抵当権を自己が所有する土地に設定した後に、B のためにも同土地に抵当権を設定した行為について、背任罪(247 条)が成立しないか。

2. 甲は A との間に抵当権設定契約を結んでいたことから、当該土地についての A の抵当権設定登記をする義務を負っていた。それに反して甲は新たに B の抵当権を設定し、登記を
15 完了している。それにより A は、自らの後に抵当権を設定した B に劣後する順位の登記しか得られなくなったため、「任務に背く行為」といえる。

3. ここで、上記義務は A との契約によって甲自身が負う義務であるが、これを「他人のための」「事務」といえるかが問題となる。

まず、「事務」とは財産上の事務をいうところ、抵当権設定登記は財産権として法定されるものであるから、これにあたる。
20

では、「他人のため」の事務といえるか。この点について、債務不履行が背任罪として処罰されないこととの均衡を重視し、抵当権設定登記義務は「他人のため」にあたらぬとすべきである。したがって、甲が A の抵当権設定登記をしなかったことは「他人のため」ではなく、かかる要件を満たさない。

25 4. したがって、甲の行為に犯罪は成立せず、甲は何らの罪責も負わない。

設例 2 について

1. 乙の自らが保管していた政府貸付金から約 50 万円を町役場に貸与支出した行為について、背任罪が成立しないか。

2. 乙は X 町森林組合のために政府貸付金を保管するという財産上の事務を行っていたため、「他人のためにその事務を処理する者」といえるが、組合長としての社会生活上の身分に基づいて保管していることから、業務上横領罪(253 条)の主体であるようにも考えられる。そこで、両罪をどのように区別するかが問題となる。

この点、弁護側は権限区別説を採用し、行為が権限の濫用であれば背任罪、権限からの逸脱であれば横領罪に該当するとの立場である。本件において、乙は自らが森林組合の組合長
35

² 大塚仁『刑法概説(各論)[第三版増補版]』(有斐閣,2005 年)320 頁。

として政府貸付金を保管できる権限によって得た 100 万円のうち約 50 万円を法令に定められた用途とは異なる用途である、町役場への貸与に使っている。乙に保管する権限がなければ政府貸付金からの貸与はできず、かかる貸与は組合長として政府貸付金の保管をする権限を濫用したことによる行為であると言える。したがって、乙は背任罪の主体となる。

5 3. 次に「財産上の損害」については、貸与によって同額分の債権を得ていること、貸与の相手が町役場という公的機関であることから、貸与した額の回収が可能であると考えられるため、全体財産の減少が要求される「財産上の損害」は存在しない。そのため、背任罪の構成要件を満たさない。

10 4. 仮に、上記構成要件が満たされた場合、自己の行為への認識・認容はあるため故意は認められる。また、特に事情がないが、背任罪の構成要件である図利加害意思が認められれば、乙の行為は主観的構成要件を満たす。

5. しかし、図利加害意思が認められた場合であっても上述のとおり乙の行為は客観的構成要件をすべて充足してはいないため、乙の行為には犯罪は成立せず、乙は何らの罪責も負わない。

15

IV. 結論

設例 1 について、甲は何らの罪責も負わない。

設例 2 について、乙は何らの罪責も負わない。

以上