

## I. 事実の概要

### 5 設例 1

甲は A から事業資金 1000 万円を借りるのにあたって、自己の所有にかかる土地(時価総額 1 億円)に A のために抵当権を設定した。その後、甲は A が未だに抵当権設定登記をしていないことを奇貨として、本件土地につき A との間に抵当権設定契約が結ばれていることを知らない B から 1000 万円を借りた上で B のために本件土地に抵当権を設定し、B は登記を終えた。

甲の罪責を検討せよ。

### 10 設例 2

乙は、X 町森林組合の組合長であったところ、法令により政府から森林組合に対して貸し付けられた政府貸付金 100 万円を保管中、そのうち約 50 万円を組合名義で町役場に貸与支出した。なお、この政府貸付金は、組合員に造林資金として転貸交付する目的をもって貸し付けられたものであり、同法はかかる貸付金を組合員に造林資金として転貸交付する以外のいかなる用途にも流用支出することは出来ないと規定していた。

乙の罪責を検討せよ。

参考判例:最高裁昭和 34 年 2 月 13 日第二小法廷判決

20

## II. 問題の所在

### 設例 1

本問において、甲は一度 A のために抵当権設定を行ったにもかかわらず、新たに B についても同じ土地につき抵当権を設定しているが、かかる行為に背任罪(247条)が成立するか。背任罪の主体は「他人の事務」を処理する者でなければならないところ、抵当権設定者が登記の設定について協力する義務は契約上の自己の事務であって、「他人の事務」とはいえないのではないか問題になる。

### 設例 2

30 本問において、乙は自らが支配・管理する X 町森林組合の政府貸付金すなわち「自己の占有する他人の物」を不正に処分しており、乙の行為は業務上横領罪(253条)に当たるようにも思える。しかし、他方で、乙は X 町森林組合の組合長であり、政府貸付金の支配・管理については「他人のためにその事務を処理するもの(247条)」にあたり、当該組合の信任に反する貸し付けを行い、その結果当該組合に損害を与えたのだから背任罪が成立するようにも思える。すなわち、このように他人の事務処理者が自己の占有する他人の財物を不正に処分したという場合に、横領罪と背任罪のどちらが成立するのか、両罪の区別基準が問題に

なる。

### Ⅲ. 学説の状況

#### 設例 1

##### 5 ア説(背任罪成立説)

抵当権設定者が抵当権者のための登記に協力する義務は「他人の事務」であるとして背任罪の成立を肯定する見解。

##### イ説(背任罪否定説)

10 二重抵当につき登記に協力すべき義務は、抵当権設定の契約上「自己の事務」であって他人の事務ではない<sup>1</sup>として背任罪の成立を否定する見解。

#### 設例 2

##### A 説(行為態様区別説)<sup>2</sup>

15 権限濫用説の立場から、事実行為による物の侵害を横領罪とし、法的代理権の濫用の場合を背任罪とする見解。

##### B 説(客体区別説)

領得行為の客体が財物の場合は横領罪、その他の利益の場合には背任罪が成立するとする見解。

##### C 説(権限区別説)<sup>3</sup>

20 一般的抽象的権限逸脱の場合を横領罪とし、一般的抽象的権限濫用の場合を背任罪とする見解。

##### D 説(名義計算区別説)<sup>4</sup>

物の不法領得か事務処理者によるその他の任務違背行為かにより区別する見解。

### 25 IV. 判例

#### 設例 2

最高裁昭和 33 年 10 月 10 日第二小法廷判決刑集第 12 卷 14 号 3246 頁。

#### [事案の概要]

30 信用組合の支店長らが預金成績を向上させるために、借払伝票及び貸出伝票により信用組合から支出させた金員を独断で預金者に対し預金謝礼金として支払い、これ補填するために本来融資を受ける資格のない融資希望者に対し手続きを偽装して不正な高利で貸し付けを行った。

#### [判旨]

<sup>1</sup> 山口厚『問題探究 刑法各論』(有斐閣 1999 年)201 頁。

<sup>2</sup> 滝川幸辰『増補刑法各論』(世界思想社,1951 年)173 頁。

<sup>3</sup> 大塚仁『刑法概説(各論)[第三版増補版]』(有斐閣,2005 年)320 頁。

<sup>4</sup> 山口厚『刑法各論[第二版]』(有斐閣,2010 年)334 頁。

「原判決の認容する第一審判決挙示の証拠によれば判示第一(一)の事実は、被告人等が擅に仮払伝票により支出せしめた金員を預金謝礼金として支払ったものであり、又第一(二)の事実は、融資を受けられる資格ある者に貸付けるものの如く手続を偽装し、貸出伝票により支出せしめた金員を被告人等が擅に第三者に高利貸付をせしめたものであること…が窺われるから…本件は、所論のように組合の計算においてなされた行為ではなく、被告人等の計算においてなされた行為であると認むるを相当とする。従つて原判決が本件につき業務上横領罪の成立を認めたのは正当」である。

[引用の趣旨]

本判決は、被告人の行為につき業務上横領罪の成立を認めた点について、被告人が自己の行為から生じた穴を埋めることを目的して通常より高い利息で貸し付けており、その行為の経済的効果が被告人に帰属していること、すなわち自己の計算でなされたことであることを理由として挙げている。つまり、横領罪と背任罪の区別につき自己名義計算か本人名義計算かを基準としていることがわかるため、後述の通り検察側が採用するD説(名義計算区別説)の補強になると考え本判決を引用した。

## V. 学説の検討

### 設例 1

#### イ説(背任罪否定説)

抵当権の設定により、登記の事務は、登記名義人の協力を得なければ行い得ないものではあるが、登記を完了することによってはじめて第三者に対しても抵当権が保全されるのであって、財産の保全に必要な事務は抵当権者自身の事務であることは言うまでもない<sup>5</sup>。

よって、検察側はイ説を採用しない。

#### ア説(背任罪成立説)

たとえ抵当権設定者が一括して登記に必要な書類を提供したとしても抵当権設定者には抵当権保全義務を有するものであり、抵当権者が登記を完了するまでその地位を抵当権者のために保全すべきであり、これが完了される前に別の登記をしたときには任務違背行為とすべきである。

よって、検察側はア説を採用する。

### 設例 2

#### A説(行為態様区別説)

この見解はそもそも背任罪の罪質について権限濫用説に立つ点で問題がある<sup>6</sup>。

よって、検察側はA説を採用しない。

#### B説(客体区別説)

<sup>5</sup> 山中敬一『刑法各論[第3版]』(2003年,成文堂)456頁。

<sup>6</sup> 山口・前掲書(注4)334頁。

確かに横領罪の客体は財物に限られるためこの点ではこの説は妥当であるが、財物は背任罪の客体にもなりうるものであり、財物に対する背任罪の成立を一切認めないこの説は妥当でない<sup>7</sup>。

よって、検察側は B 説を採用しない。

#### 5 C 説(権限区別説)

この見解は、横領罪と背任罪の同質性を前提とし、権限逸脱も権限濫用の一種である以上、横領罪と背任罪を一般類型・特別類型の関係にあると解することになるが、この点に疑問がある。また、客体が利益の場合には権限逸脱の場合であっても背任罪の成立を肯定できる点において、この区別基準は一般的妥当性を有しない<sup>8</sup>。

10 よって、検察側は C 説を採用しない。

#### D 説(名義計算区別説)

そもそも横領罪と背任罪のいずれが成立するかは、横領罪の成立範囲がどこまで及ぶかという問題であるところ、この見解は横領罪の成立する限度で両罪が区別されると解するものであり、この点で妥当であるといえる<sup>9</sup>。

15 よって、検察側は D 説を採用する。

## VI. 本問の検討

### 設例 1

1. 甲が既に A のために自己所有の土地について抵当権を設定したにもかかわらず、B のために当該土地を目的とする抵当権を設定した行為について横領罪(刑法(以下法令名略)252条 1 項)が成立しないか。

2. 本問において、甲は一度 A のために抵当権設定を行ったにもかかわらず、新たに B についても同じ土地につき抵当権を設定しており、これが「他人のための事務」に対する違背行為として甲に対して背任罪(247 条)が成立するか否かいわゆる二重抵当が問題となる。

25 (1) 抵当権に抵当権者は自らの財産権を保全するべく、抵当権者自身の事務として担保価値保全義務を負う。また、登記協力義務はその一環である。そのため、担保権設定者にとっては他人の事務である。

(2) 本件においても、甲は A との間で抵当権を設定したのであるから登記協力義務より登記に協力することは A のためにする事務といえる。

30 3. 次に「任務に背く行為」といえるか。

(1) 「任務に背く行為」とは委託された事務の性質・内容から見て当然になすべきものと法的に期待される誠実な事務処理をしないことをいう。そして、本来第一抵当権を設定すべき者以外に対して第一抵当権を設定すること(二重抵当)は抵当権保全義務に違反することに

---

<sup>7</sup> 山口・前掲書(注 4)334 頁。

<sup>8</sup> 同上。

<sup>9</sup> 同上。

なり、通常の事務処理の範囲を逸脱しているといえるから「任務に背く行為」にあたる。

(2) 本件において、甲は先に A のために抵当権を設定しているのであるから、その時点で抵当権保全義務が生じており、その後 B との間で同一土地について第一抵当権を設定した本件行為は当該義務に反するものであり「任務に背く行為」といえる。

- 5 4. また、故意(38条1項本文)とは客観的構成要件該当事実に対する認識・認容をいうところ、これは認められる。

さらに、背任罪においては、図利加害目的が必要である。そして、本人図利目的と図利加害目的が並存していた場合は、2つの目的の主従によって本人図利目的がどうかを区別する。本件において、甲は B のために抵当権設定を行うことで、A が債権の回収を行うことができなくなるかもしれないと未必的に認識しているといえ、A に対する図利加害目的が認められる。

10

5. したがって、当該行為について第一債権者である A に財産上の損害が生じた場合には背任罪が成立する。

なお、本件行為について B に対する詐欺罪(246条1項)が成立する余地があるが、本件において B に対する抵当権設定登記が完了しているため、B において財産的損害が生じておらず、詐欺罪は成立しない。

15

## 設例 2

1. 乙が政府から森林組合に対して貸し付けられていた政府貸与金 100 万円のうち約 50 万円を法令で禁止されているにも拘らず組合員名義で町役場に貸与支出した行為について業務上横領罪(253条)が成立しないか。

20

(1)「業務」とは、社会生活上の地位に基づき反復・継続して行われる事務であって、委託を受けて物を占有保管することを内容とするものをいう。本件において、乙は X 町森林組合の組合長という社会生活上の地位に基づき政府から委託を受けて政府貸与金 100 万円を保管していたため、これは「業務」にあたる。

25

(2)「自己の占有する他人の物」とは他人の所有する物を自由に処分しうることをいうところ、乙は組合の所有する政府貸与金を保管する立場にあったことから当該 100 万円はこれにあたる。

(3)「横領」とは、不法領得の意思を発現する一切の行為をいうところ、不法領得の意思とは①委託の趣旨に反して、②経済的用法に従い③その権限がないのに物の所有者でしかできないような処分をする意思である。

30

ア. そして、行為者が実質的に自己の名義・計算で財物を処分することは、行為者自身に処分行為の利得損失を帰属させることに他ならないので権利者排除意思が認められる。なお、横領罪の利欲犯的性格に鑑みて「自己の計算」で行われているか否かは特に重視される。

35

イ. 本件において、委託の趣旨とは政府が森林組合に対して 100 万円を貸与支出したことから、組合員への転貸以外の用途には絶対に使用してはいけないという性格のものであつ

たといえる。そして、乙はそれに反して、そのうちの約 50 万円を組合員でない町役場に貸与支出している(①)。また、その約 50 万円もその経済的用法に従って貸与しており(②)、その貸与行為は組合長である乙が組合名義で行っていることから乙自身が処分行為の当事者と思われるような外観を有しており、実質的に自己の名義・計算で処分しているといえ、権利者排除意思が認められる(③)。

5

ウ. したがって、「横領」したといえる。

(4) また、故意(38 条 1 項本文)とは客観的構成要件該当事実の認識・認容をいうところ、乙は当該金員の組合員以外への流用支出を法令で禁止されていることを認識しながら、行っているため、故意は認められる。

10

(5) 以上より、乙の当該行為について業務上横領罪が成立する。

## Ⅶ. 結論

### 設例 1

甲が既に A のために自己所有の土地について抵当権を設定したにもかかわらず、B のために当該土地を目的とする抵当権を設定した行為について第一債権者である A に財産上の損害が生じた場合には背任罪が成立する。

15

### 設例 2

乙が政府から森林組合に対して貸し付けられていた政府貸与金 100 万円のうち約 50 万円を法令で禁止されているにも拘らず組合員名義で町役場に貸与支出した行為について業務上横領罪が成立する。

20

以上