



Title	二重抵当の擬律
Author(s)	小野寺, 哲哉
Citation	一橋論叢, 37(6): 675-678
Issue Date	1957-06-01
Type	Departmental Bulletin Paper
Text Version	publisher
URL	http://doi.org/10.15057/3928
Right	

二重抵當の擬律

小野 寺 哲 哉

昭和三十一年二月七日 第二小法廷判決(昭和

年(あ)三九五四)
背任被告事件

87

(事實) 被告人は、甲との間に自己所有の家屋について極度額二〇萬圓の根抵當權設定契約を締結し、その設定登記に必要な書類を交付したが、甲における未登記の事實を知らずながら自己の利益を圖る目的をもって、更に乙から金二〇萬圓を借り受けるに當り、同一家屋につき極度額二〇萬圓の第一順位の根抵當權設定契約を締結して登記を終え、乙の抵當權をして後順位の抵當權たるのやむなきに至らしめ、財産上の損害を加えた。

第一審および原審は大體以上の事實を認定したが、これにつき、第一審は、被告人が乙に前の抵當權設定の事實を秘していたことがうかゞえるから、刑責を問うなら寧ろ同人に對する分を問題とすべきだが、一番抵當權として登記されているので實害は生じていないと認め、また、取引通念上、登記に必要な書類を相手方に一括交付した以上登記は相手方において完了すべきで、被告人はこれで一應の責任を免れ、更に他に擔保を供することは原則として差支なく、本件は甲の權利不行使の自ら招

判例批評

いた結果で、被告人の保全義務違反となり難い、として背任罪の成立を否定した。これに反して、原審は、被告人が乙に對する抵當權を先順位抵當權とする登記手續に協力する任務に背いて乙のため第一順位の抵當權設定登記を完了し、乙に損害を蒙らしめた、として甲に對する關係において背任罪を構成するものと認め、檢察官の控訴論旨を容れて、第一審判決を破棄した。これに對し被告人は大要次の上告論旨を展開して、背任罪の成立を論駁した。(一)第一番抵當權者たるべき甲に對する被告人の登記協力義務は、設定者たる被告人固有の事務であつて他人の事務ではない。(二)本件犯罪時における抵當物件の價額と兩根抵當による借入債務額との關係を審査せずに、漫然損害の事實を肯定している(その超過額が甲に對する債務を辨濟するに足れば何ら損害發生の虞がないことは、社會通念上明白であり、而も何れも抵當であるから擔保される豫定價額の極度額を見たのみでは、損害の有無は不明である)と主張する。(三)二重抵當を詐欺罪に問擬した大審院判例(大判、刑錄二八頁一四三)に違反する。

(判旨) 右に對し、(一)「抵當權設定者はその登記に關し、これを完了するまでは、抵當權者に協力することは、いふまでもないところであり、右任務は主として他人である抵當權者のためを負う」(二)「抵當權の順位は當該抵當物件の價額から、どの抵當權が優先して辨濟を受けるかの財産上の利害に關する問題であるから、(中略)一番抵當權を後順位の二番抵當權たらしめたことは、既に刑法二四七條の損害に該當する」(三)「所論引用の大審院判例は、既に他に抵當權設定契約をしてあるのかにかかわ

らず、この事實を詐わり、第三者より抵當權設定を條件として金員を借り受けた所爲は右第三者に對する詐欺罪を構成するとした判例であつて、本件には不適切のものである」として上告を棄却し、背任罪の成立を肯定した。

(評釋) 一、本件は二重抵當に關する。舊刑法は、舊律に所謂「重典賣田宅ノ罪」を承けて(高木・義解)、「自己ノ不動産ト雖モ已ニ抵當典物(質物。小嶋・日本刑 法論各論八七〇頁)ト爲シタルヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重ネテ抵當典物ト爲」す行爲を、詐欺取財を以て論ずることとしていた(三九三條二項。學說(小嶋・前掲八七三頁)、判例(明三九・八、一四)大判、刑錄二卷八七九頁)共に抵當權設定の登記を)が、現行刑法にはかような規定がなく、二重抵當の擬律につき見解は區々である。すなわち、詐欺罪(上告趣の判例。小泉、)背任罪(植松・廣論七四六頁。小野・各論七四三頁。江家、各論三五五頁。伊達等、註釋全書刑法四三三頁。平場、各論三二八頁。安平、)背任罪と詐欺罪との觀念的競合(木村、各論三二〇三頁。牧野、各論七五七頁。兩罪名に、)いかなる構成要件にも該當せず無罪(秋山、法志二卷二號三頁は、舊刑法三九三條が、現行刑法に於て如何に處理すべきを得るかに言及し、これを以て立法の遺漏とする。)大要如上の諸説があるが、舊刑法下の判例(例えは、明治三九、刑錄二卷八七九頁。明治三五・一、一)は別として、固有の二重抵當に關する判例は、上告趣意引用のものが、おそらく唯一であつて、それは詐欺説を執っている。従つて二重抵當につき甲に對する背任罪を肯認した本判決は、判例體系上特異の地位を占めよう。

二、さて本件判示の如く、二重抵當は背任罪に該當するか(上告趣意を中心として考察する。以下、前の(抵))「他人ノ事務」上告論旨(被告權者)を甲、後の被告權者を乙とする。

は、抵當權設定者である被告人の登記に協力する任務は、「他人の爲にする」事務であつても「他人の」事務に當らないと主張するが、私見によれば、必要な場合に決定的・主導的な役割を果し得る地位又は權能が事實上でも本人に留保される限り、「他人の」事務である(「自己の事務」と「他人の事務」とを分つ大體の基礎を、財產的義務に限らぬとすれば、若干問題が残ると考へる)。ところで、被告權者は、設定者が登記手續に協力しない場合には、その登記請求權に基づき判決により自ら主導的に單獨で登記し得る(產登記法七條)から、被告權者に主導的地位が残されている。従つて設定者にとつて登記協力事務は「他人の」事務といえよう(尙、抵當權設定後未登記の間は、その抵當權の範圍内、設定者は形式上他人の事務の處理者であるといふ見解(牧野・前掲)は、不動産二重賣買と二重抵當とを統一的に理解される傾向に値する)。次に、本件第一審判決は、登記必要書類の一括交付を以つて、被告人の契約上の登記協力の任務は一應終了し、以後處理すべき他人の事務はないとするに對し、原審及び最高裁判決は、甲が先順位の登記を完了し、その地位を確保するまでは、登記協力の任務が存続し、従つて他人の事務は存在するといふ態度をとるが、登記書類の交付によりその事務は、私法契約上終了しているのに尙且つ背任罪を肯定するのは、被告人と甲との、事實上のものにせよ、信任關係を重視する背信説に由來するものであらう。(二)「財産上ノ損害」上告趣意によれば、本件において財産上の損害が発生したとは速断できないとし、恰も財産上の危険に止まるとするが如き口吻であるが、被告權の順位の逆轉によりそれだけ擔保價值が減少するのであ

って、それ自體損害である。従って、これによる現實の貸付金回収不能を俟ってはじめて損害となすのは、信用經濟の成熟する現在の經濟組織では、財産保護を全うする所以ではない(續保失と背任罪の損害につき、大二三。一)。

以上により、甲に對する關係で背任罪が成立するという判旨はそれ自體としては正當と解する。しかし、詐欺罪に財産的損害を成文上要求する獨刑法(二六)と異なり、これを明示しない我國では、詐欺罪の成立には欺罔とそれに因る處分行爲の存在を以て足り、殊更に損害を求めるの要なく、又假に損害を要するとしても欺罔という不法な手段に基づく處分自體が損害といえる。従って、先の抵當權設定の事實を乙に欺隠する不作爲の欺罔と、それによる貸金交付という處分行爲があるから、登記による民法の保護(三七)と無關係に、更に乙に對する關係で詐欺罪が構成されるとも解し得るが、しかし、普通の抵當付消費貸借の場合、取引通念上、貸主(ここでは二番に關するを通常とする(本件では、この事實は))。従って、借主(設定者たる被)が、前の未登記抵當權の存在を秘しても、乙は錯誤に陥る餘地はないから、乙に對する關係では詐欺罪は成立し得ないと考えられる(原二・日本判誌。すなわち、二重抵當は甲に對する背任罪を構成するだけである。(三)大審院判例の問題 上告趣意引用の判例は、詐欺罪の成立に被欺罔者と財産的損害者との同一性を要しないとの前提の下に、乙に對しては、先の抵當權設

定の事實を秘しその錯誤を利用する點に不作爲の欺罔を求め、甲が一番抵當權を得たものと信じ金圓を貸與した點に財産上の損害を認め、兩々相俟って詐欺罪を充足する、と判示する(同條例の態度は、二重抵當に類似する二重賣渡擔保に關しても)。

二重抵當における乙の錯誤の存在を假に認めるとしても、被告人の欺罔による乙の錯誤と甲の處分行爲との間に内在的な因果關係を缺く(後の權設定登記は甲の不利の原因ではあるが、乙)以上、かような法律構成には納得できない。ところで本判決は、引用判例が乙に對する詐欺罪の成立を認めすぎず、甲に對する背任罪を論ずる本件では不適切であると判示するが、右大審院判例が二重抵當を詐欺罪に問擬する根據を検討すれば、乙に對する欺罔と甲における「損害」とを全體的に把握していることが、極く自然に察知できる。すなわち引用判例は、前後兩抵當權者に對する關係で二重抵當が詐欺罪を構成する趣旨と解せざるを得ず、甲乙夫妻の關係に分けて論じるものではない(殆んど全ての學説が)。とすれば、甲乙の關係を分離しない引用判例と、甲乙の關係を分け甲に對する背任罪の成立を認める本判決とは、互に抵觸することになる。然るに、本判決は判例を變更し原判決を維持する旨を判示(刑訴法四)していないから、裁判所は相變らず乙との關係と稱しつゝ、實は甲乙兩者の全體關係で詐欺罪を、甲に對しては本判決の如く背任罪を認めることになるのであろうか。しかし、甲乙全體關係で詐欺罪を考定するのは上述の如く無理であり、甲の關係乙の關係と二分して、二重抵當を論ずる以上、

本判決説示の如く、甲に對する背任罪は動かないところであるが、他に詐欺罪の成立を認めるか否か、又今後それを認めるとすれば、その場合の罪數關係の取扱如何が、將來の問題として残るであらう。

三、結局、甲に對する背任罪の成立を肯定した判旨を支持する。

(一橋大學大學院學生)