

# 不動産の二重抵当

高橋 欣也

## 要旨

不動産の二重抵当について、民法上は対抗問題（民法 177 条）として、刑法上は背任罪（刑法 247 条）の成立要件である「他人の事務処理者」と「財産上の損害」の問題として議論されているが、未だその解明は十分ではないように思われる。そこで本稿は、不動産の二重抵当をめぐる刑事責任の有無などを解明するにあたり、それに関連する民事上の要件・効果を概観し、その妥当性を検討したものである。その結果、抵当権設定者は「他人の事務処理者」であること、抵当権設定者（X）が先に抵当権設定契約をした者（Y）よりも、あとからその契約をした者（Z）に先に抵当権設定登記をすることについて、Xには背任罪が成立することが解明された。

キーワード：不動産、二重抵当、背任罪、事務処理者、財産上の損害

## 1. はじめに

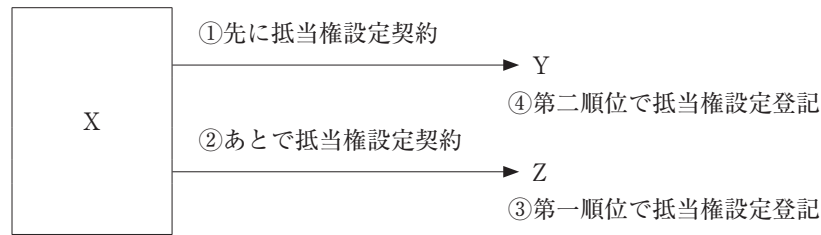
リーマンショックや東日本大震災により不動産価格は下落したが、近年の東京都心とその周辺の地価の上昇やタワーマンションブームなどにより、再び不動産をめぐる取引が注目されている。また、大手住宅メーカーが、土地所有者になりすました詐欺グループにより、不動産の売却代金約 55 億円を騙し取られたとする詐欺事件<sup>(1)</sup>が起きるなど、不動産取引に関する刑事事件は皆無とはいえない。

とりわけ不動産は、その所在を転々と移転しないなどの理由から、動産に比べて不動産の経済的価値は非常に高い<sup>(2)</sup>。そのため、不動産を購入するなど銀行から融資を受ける場合には、取引の慣行として、自分（あるいは他人）が所有する不動産に抵当権（民法 369 条）を設定し、金銭を借り受ける。

なぜ銀行から融資を受けた場合、不動産に抵当権を設定するのか。これは、本来であれば債権者平等の原則により、同一の債務者に対して複数の債権者がいる場合には、各債権者は平等の立場となるため、債権額の割合に応じて配当を受けることになるが、債権者のために抵当権が設定された場合、その債権者は他の債権者に優先して弁済を受けることができるからである。それゆえ、不動産にいち早く抵当権を設定することができるか否かは、債権者にとって重要な問題となるが、これに関して刑事上の問題が生じることがある。それが、不動産の二重抵当の問題である。不動産の二重抵当とは、ある債務者（以下「X」とする。）が債権者（以下「Y」とする。）に対して、Xの所有する不動産に抵当権を設定し金銭を借り受けたが、Yのために抵当権登記をしないうちに、当該不動産に他の債権者（以下「Z」とする。）のために、一番抵当権の設定登記を完了したうえで金銭を借り受ける行為をいう。

(1) 2019年7月17日付朝日新聞電子版 (<https://www.asahi.com/articles/ASM7K3FGCM7KUTIL006.html>)  
(閲覧：2020年5月21日)

(2) 今上益雄「不動産の二重売買と横領——民法理論との交錯——」東洋法学 45 卷 2 号（2002 年）2 頁。



この問題について、民法上は対抗関係（民法 177 条）の問題として、刑法上は背任罪（刑法 247 条）の成立要件である「他人の事務処理者」と「財産上の損害」の問題として議論されている<sup>(3)</sup>。しかし、未登記の抵当権を有する場合、民法上、一定の要件を満たせば未登記抵当権者でも競売の申立てをすることは可能である（民事執行法 181 条参照）ので、この場合も背任罪の成立要件である「財産上の損害」が発生したとすることができるかという問題がある。また X には背任罪が成立しないとする見解も表れており、未だその解明は十分ではないように思われる。

そこで本稿は、不動産の二重抵当をめぐる刑事責任の有無について、それに関連する民事上の法律関係を概観したうえで、検討しようとするものである。

## 2. 民法理論

不動産の二重抵当をめぐる刑事責任の成否を論じる前に、抵当権の性質等について概観する。

抵当権とは、「債務者又は第三者が占有を移転しないで債務の担保に供した不動産について、他の債権者に先立って自己の債権の弁済を受ける権利」のことをいう（民法 369 条 1 項）。すなわち、ある特定債権を担保するため、債務者又は物上保証人所有の不動産に抵当権を設定するが、当該不動産の占有を抵当権者に引き渡すことは必要ではなく、債務者又は物上保証人は、当該不動産を使用収益することができるのである。つまり、抵当権者にとって重要なのは、不動産の占有ではなく、不動産の交換価値であり、優先弁済を受けることといえる。ゆえに、抵当権は価値権を把握するものであるといえよう<sup>(4)</sup>。

また、抵当権はある特定の債権、すなわち被担保債権を担保するために設定されるものであることから、被担保債権が存在していることが必要である。しかし、実務上、金銭消費貸借契約においては、金銭の授受より先に抵当権を設定される場合も多く、これを無効にすると混乱が生じることとなる。この点について、判例は、「抵当権ノ設定ハ通例之ヲ以テ担保スヘキ債務ノ発生即金圓ノ貸借ト同時ニ其手續ヲ為スモノナルモ抵当権設定者カ後ニ発生スヘキ債務ヲ担保スル意思ヲ以テ其抵当権ヲ設定スル場合ニ於テハ金圓ノ貸借ニ先ツテ予メ抵当権設定ノ手續ヲ為スハ法律ノ禁スル所ニアラサルヲ以テ其抵当ハ後ニ発生シタル債務ヲ有効ニ担保スヘク抵当権設定ノ手續ハ必シモ債務ノ発生ト同時ナルヲ要セス」と

(3) 高橋則夫「判批」山口厚 = 佐伯仁志編『刑法判例百選 2』〔第 7 版〕（2014 年）140 頁以下。

(4) 川井健『民法概論 2 物権』〔第 2 版〕（有斐閣、2005 年）308 頁。これに対して、抵当権を価値権と把握することは妥当な結論を導くものでないとする見解として、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』〔第 3 版〕（東京大学出版会、2005 年）388 頁。

判示し<sup>(5)</sup>、将来発生する債権を担保するためにも抵当権を設定することができるとし、実務もこれに倣っているといえる<sup>(6)</sup>。なお、抵当権は債務者が所有する不動産だけでなく、債務者以外の第三者が所有する不動産にも設定することができる<sup>(7)</sup>ことから、抵当権設定の当事者は、債権者及び債務者又は物上保証人となる。

次に、抵当権設定契約についてだが、わが国の民法が意思主義を採用している（176条）ことから、抵当権を設定するためには、当事者間の合意があればその契約は成立し、その他の要式を必要としない諾成・不要式契約であるとされる<sup>(8)</sup>。しかし、抵当権設定契約が当事者の合意で成立するにしても、抵当権も物権のひとつであることから、第三者に対して抵当権の得喪及び変更を対抗するためには、登記が必要である（177条、不動産登記法83条1項）。また、同一の不動産に対して、複数の抵当権が設定される場合の順位については、その登記の前後によるとされる（373条）。それゆえ、実務上は、抵当権が設定されると速やかに登記申請を行うことになる。それは、例えば、同一不動産に順位番号1番の登記と順位番号2番の登記がされている不動産が競売された場合、登記の順位に従って配当がされることから、順位番号1番の抵当権者が最優先で弁済を受け、順位番号2番の抵当権者はその残額について、他の一般債権者に優先して、弁済を受けることになる。そのため、順位番号が早ければ、それだけ多くの債権を回収できることになる。この抵当権の設定登記は、抵当権者と抵当権設定者とが共同して申請することになっている（共同申請主義）（不動産登記法60条）。不動産登記法が共同申請主義を採用しているのは、不当な登記を排除するためであり、それはわが国の登記官は、当事者から申請された登記が真実か否かを審査する実質的審査権を有していないからである<sup>(9)</sup>。

ところで、登記のない抵当権には効力はないのであろうか。これについて、登記は成立要件ではなく対抗要件であることから、抵当権の登記がなくても、当事者間では抵当権の効力を有するとされている<sup>(10)</sup>。また民事執行法181条は、抵当権の存在を証明する文書を提出することができれば、未登記の抵当権者であっても、目的物を競売にかけることはできる<sup>(11)(12)</sup>が、登記をした抵当権者に対して未登記抵当権者は優先弁済権を主張することはできない。つまり、抵当権の得喪及び変更は、登記をしなければ第三者に対抗することができないことから、同一の不動産に抵当権が設定された場合には、登記時を基準としてその優先関係が定まる<sup>(13)</sup>ことになるため、未登記抵当権は登記済抵当権には優先することはできないことになる。

なお、抵当権も侵害される場合がある。抵当権侵害の態様とは、抵当権は目的物を換価することがで

(5) 大判明治38年12月6日民録11巻1653頁。

(6) 我妻栄 = 有泉亨 = 清水誠 = 清水誠 = 田山輝明『我妻・有泉コンメンタール民法 総則・物権・債権』〔第4版〕（日本評論社・2016年）580頁。

(7) このような第三者のことを「物上保証人」といい、債務者が債務を返済しない場合には物的負担を負うが、保証人と異なり、物上保証人は何らの債務を負わないとされる。川井・前掲注（4）312頁。

(8) 川井・前掲注（4）311頁。

(9) 最判昭和35年4月21日民集14巻6号963頁。

(10) 川井・前掲注（4）321頁、我妻 = 有泉 = 清水 = 清水 = 田山・前掲注（6）597頁。

(11) 川井・前掲注（4）320頁。

(12) これについて、高木多喜男『担保物権法』（有斐閣、1984年）95頁によれば、民事執行法181条により「抵当権が換価力を発揮し、執行機関に執行請求権を行使するためには、抵当権の存在を証明しなければならないが、その証明方法が限定されており……、未登記抵当権者は、その実行が事実上困難となっている。実際的に見ると民事執行法は、登記抵当権に換価力を与えたかのごとき立法となっている。したがって、登記抵当権のみが、抵当権としての効力を有しているといっても過言でない。」とされる。

(13) 高木・前掲注（12）105頁。

きる効力、いわゆる換価力を有し<sup>(14)</sup>、また目的物の交換価値を優先的に支配する権利であることから、その不動産の交換価値が減少し、執行機関による競売手続きによって金銭化しても抵当債権を満足させることができないほどの不足を生じさせるような行為である<sup>(15)</sup>。このような場合、抵当権者は侵害者に対して物権的請求権を行使することができる。その他、侵害者が故意・過失により抵当権侵害行為をした場合は、抵当権者は侵害者に対して、民法709条に基づいて損害賠償を請求することができる。

侵害者に対する損害賠償請求については、損害賠償請求の可否と損害算定期間が問題となる。まず損害賠償請求の可否について、判例は「抵当権ハ所謂一ノ価格権ニ外ナラス即目的物ヲ競売シ其ノ売得金ヲ以テ債権ノ弁済ニ充ツルヲ得ル権利ナルカ故ニ抵当物ノ価格カ如何ニ減損セシメラレタレハトテ抵当権者ニシテ窮極ニ於テ完全ニ債権ノ満足ヲ得タル以上何等ノ損害アルコト無シ其ノ損害ナルモノハ抵当物ノ価格減損ノ為メ結局債権ノ十分ナル満足ヲ得ル能ハサリシ場合ニ於テ始メテコレ有り而シテ不法行為亦茲ニ成立ス」として、抵当権が侵害され、抵当目的物の価額が減少しても、残存価額が被担保債権より多い場合には、抵当権者に損害はなく、損害賠償請求権は成立しないと判示した<sup>(16)</sup>。すなわち、抵当権を侵害する行為がされたことで、抵当目的物の交換価額が被担保債権額よりも少なくなっただけで、その損害が発生するというのである。それゆえ、例えば、債務者が債務を弁済したり、他の担保によって抵当権者が満足を得ることができれば、抵当権者に損害はなく、その損害賠償請求権も成立しないということになる<sup>(17)</sup>。

### 3. 刑法理論

次に、不動産の二重抵当の刑事責任の成否について、これまでの議論を概観する。前述したように、不動産の二重抵当とは、XがYに対して、Xの所有する不動産に抵当権を設定し金銭を借り受けたが、Yのために抵当権登記をしないうちに、当該不動産にZのための一番抵当権の設定登記を完了したうえで、Zから金銭を借り受ける行為のことをいう。これにより、Yは一番抵当権者として登記されるところ二番抵当権者として登記されるため、Yは優先弁済を受けることができず、経済的損害をこうむる。そのため、XがYの抵当権の順位を低下させた行為が、XのYに対する任務違背行為になるとして背任罪の成否が問題となる。なお、背任罪の成立要件として、①他人の事務処理者であること、②図利加害目的があること、③任務違背行為があること、④行為者が財産上の損害を加えることがあげられる。二重抵当の場合には、特に①と④の要件が問題となる<sup>(18)</sup>。そこで本稿では、①と④を中心に概観し、検討していくことにする。

#### (1) 判例のスケッチ

かつて判例は、抵当権設定者に詐欺罪が成立するとして、背任罪の成立に消極的な立場を取っていた。すなわち、甲は自己所有の家屋に、乙の抵当権設定登記がないことに乗じて丙から金銭を借り受け、その担保として、乙の抵当権があることを告げずに、当該家屋に抵当権設定登記を行ったという事

(14) 高木・前掲注(12) 84頁。

(15) 我妻=有泉=清水=清水=田山・前掲注(6) 593頁以下。

(16) 大判昭和3年8月1日民集7巻671頁。

(17) 我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店、1968年) 386頁。

(18) 足立友子「不動産の二重譲渡・二重抵当」法学教室453号(2018年) 39頁参照。

案について、大審院は「丙ニ對シ右家屋ニ關スル乙トノ事實關係ヲ隱祕シ該家屋ハ何等故障ナキ抵當物件ナルモノノ如ク裝ヒ抵當權設定ノ登記ニ及ヒタル行爲ヲ以テ欺罔手段ト認メ」また「家屋ハ何等故障ナキ抵當物件ナルモノノ如ク裝ヒトハ該家屋ニ付抵當權設定ノ如キ契約存セサル家屋ナルモノノ如ク誤信セシメタル行爲ヲ指稱セルモノナルコトハ判文上自ラ明ナルノミナラス右家屋ニ關スル乙トノ關係事實ハ假令ヒ被告ヨリ之ヲ丙ニ知ラシムル義務ナク又該家屋ノ一番抵當權者ハ登記簿上丙ニシテ乙ニアラストスルモ右家屋ニシテ乙トノ前記事實關係存在シ之ヲ丙ニ於テ了知セハ同人ニ於テ被告ト抵當權設定ノ契約ヲ締結シ金圓ヲ貸與セサリシヤ勿論ナルニヨリ被告ハ右家屋ニ關スル事實ヲ詐リ丙ヲ錯誤ニ陥ラシメタルモノニ外ナラス故ニ原判決ニハ詐欺罪ヲ構成スヘキ欺罔手段タル事實ノ明示ニ缺クル所ナク」かつ「被欺罔者タル丙ハ假令ヒ第三者ニ對抗シ得ル一番抵當權者ナルヲ以テ同人ニ何等財産上ノ損害ナシトスルモ丙カ被告ニ金圓ノ交付ヲ爲シタル結果先ニ其家屋ニ對シ第一番抵當ヲ得タルモノト信シ金圓ノ貸與ヲ爲シタル乙ハ之カ爲メニ自然財産上ノ損害ヲ被リタル筋合ナルヲ以テ被害ナシト云フヲ得ス」と判示し、乙に対する抵當權設定契約がないことを丙に告げず、何ら支障のない抵當物件のように見せかけて丙に抵當權設定をする行為が詐欺罪に該当するとした<sup>(19)</sup>。

その後、同様の事案について判例が変更される。すなわち、XはYより金20万円を借り受け、その根抵当として自己所有の家屋一棟に設定するにあたって、登記権利書、白紙委任状、印鑑証明書をXの要求に基づいてXに交付した。XにはYのためにこれを保全すべき義務あるにかかわらず、その任務に背き自己の利益を図る目的をもって、Zから金20万円を借り受け、Zに対し同家屋を第一根抵当とする登記し、これによってYに対し、財産上の損害を加えたという事案について、第1審はXはYの要求に基づいて「登記権利証、白紙委任状、印鑑証明を……交付したのであるが、Yはその登記を怠っている中、Xは更にZに対し限度二十万円の根抵当を設定し従つて同人が第一順位に抵當權者として登記せられたのでYは之を知つて右白紙委任状に基き後れて登記を申請したので二番として登記せられた」として、「取引の通念上白紙委任状、印鑑証明、権利証を一括して相手方に交付せる以上右の登記はその相手方に於て完了すべきであつてXは右によつて一応の責を免れ讓渡担保等の如く目的物を滅失せしめる場合を除いて更に担保に供することは一向差支ないことであるから之を以て保全義務の違反とはなし難い。」として、背任罪は成立しないと判示した<sup>(20)</sup>。

これに対し控訴審では、「抵當權設定者は抵當權者のために抵當權設定登記に協力すべき義務あることは明かであり、右義務は抵當權設定登記が完了するまでは存続」し「抵當權設定者は抵當權設定登記に必要な書類を抵當權者に交付した後においても、抵當權者において未だ該登記を完了していないことを知りながら、自己の利益を図る目的をもって、第三者のために同一不動産につきさらに抵當權を設定し、前の抵當權の設定登記より先に後の抵當權の設定登記を完了させた場合は、前の抵當權を先順位の抵當權として登記することに協力すべき任務に背き、前の抵當權者に対しその抵當權が後順位の抵當權となるという財産上の損害を加えたものというべく、背任罪を構成することはいうまでもなく、「XはYが未だ登記手続を完了していないことを知りながら自己の營業資金を得るためにYに対する抵當權を先順位の抵當權として登記手続を経由することに協力する任務に背き、Zのため第一順位の根抵當權設定登記を完了してYに損害を蒙らしめたことを肯定するに難くない。さすればXの右の所為はYに対する關係において背任罪を構成することは明か」と判示して、第一審判決を破棄し、背任罪の成立

(19) 大判大正元年11月28日刑録18輯1431頁。

(20) 函館地判昭和28年4月28日刑集10巻12号1601頁。

を肯定した<sup>(21)</sup>。

その後、最高裁判所においても「抵当権設定者はその登記に関し、これを完了するまでは、抵当権者に協力する任務を有することはいう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当権者のために負うものといわなければならない。」とし、さらに財産上の損害に対しては、「抵当権の順位は当該抵当物件の価額から、どの抵当権が優先して弁済を受けるかの財産上の利害に関する問題であるから、本件 X の所為たる Y の一番抵当権を、後順位の二番抵当権たらしめたことは、既に刑法 247 条の損害に該当するものといわなければならない。」として控訴審の判断を支持し、背任罪の成立を肯定した<sup>(22)</sup>。

控訴審および最高裁の判決において「他人の事務」について、Y のために第一順位の抵当権設定登記を完了し、抵当権者に協力することは X の事務であり、その事務は主として他人のためその事務を処理する者としているのは、背任罪の本質を背信説と考えているものと解することができるであろう。また「財産上の損害」については、経済的見地から判断し、X が Y の一番抵当権を後順位の二番抵当権としたことが「財産上の損害」となると判断したと解することができよう<sup>(23)</sup>。

## (2) 学説のスケッチ

前述した民法 369 条によれば、不動産に抵当権を設定しても、抵当権者に不動産を引き渡す必要はなく、また所有権が抵当権設定者から抵当権者に移転するわけでもない。つまり、不動産の二重抵当の場合には、不動産の所有者 = 抵当権設定者であることから、不動産の二重売買とは異なり横領罪は構成しない<sup>(24)</sup>が、抵当権の順位が低下したことより、第一順位であれば得ることができた利益を得ることができなかつたとして、財産上の損害あるものとして背任罪の成否が問題になるとされる<sup>(25)</sup>。

背任罪とは、他人のためにその事務を処理する者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を加える行為をいう（刑法 247 条）。そこで、背任罪の成立要件のうちでも、不動産の二重抵当の場合においては、「他人の事務処理者」と「財産上の損害」が問題とされる。

背任罪の主体は「他人のためにその事務を処理する者」、すなわち「他人の事務処理者」である。「他人」とは「事務処理の信任委託者」のことで、刑法 247 条の「本人」を意味する<sup>(26)</sup>ことから、他人の事務とは「本人の事務」を意味する。そこで問題となるのが、その事務処理が「自己の事務」にあたるのか「他人の事務」にあたるのかという判断基準である。これについて学説は、①その事務が対向的か対内的かで判断し、「債務不履行」<sup>(27)</sup>や「契約当事者間の合意として自ら行うべき」<sup>(28)</sup>事務は「対向的」

(21) 札幌高判昭和 28 年 7 月 28 日刑集 10 卷 12 号 1602 頁。

(22) 最判昭和 31 年 12 月 7 日刑集 10 卷 12 号 1592 頁。

(23) 本件について、寺尾正二「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 31 年度』（法曹会、1956 年）383 頁以下、高橋（則）・前掲注（3）144 頁以下参照。

(24) 川端博『財産犯論の点景』（成文堂、1996 年）148 頁以下、不動産の二重売買と横領罪の成否を検討したものとして、今上・前掲注（2）1 頁以下、拙著「不動産の二重売買と横領等」東洋大学大学院紀要 43 集（2007 年）67 頁以下など。

(25) 藤木英雄『刑法各論』（有斐閣、1972 年）310 頁、川端・前掲注（24）188 頁、足立・前掲注（18）39 頁など。

(26) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論』（第 7 版）（弘文堂、2018 年）274 頁。

(27) 高橋（則）・前掲注（3）141 頁。

(28) 高橋則夫『刑法各論』（第 3 版）（成文堂、2018 年）411 頁。

として「自己の事務」にあたり、「本人に対する内部関係で、一定の注意をもって事務を処理すべき法的任務」<sup>(29)</sup>にあたる事務は「対内的」として「他人の事務」にあたるとする見解<sup>(30)</sup>、②処理すべき事務が自己固有の事務の場合は「自己の事務」にあたり、本人が行うべき事務を、行為者がその本人に代わって行うという関係が認められる事務が「他人の事務」にあたるとする見解<sup>(31)</sup>がある。

次に背任罪は、本人に「財産上の損害」という結果が生じることで成立する。ここでいう財産上の損害については、判例は「経済的見地において本人の財産状態を評価し、被告人の行為によって、本人の財産の価値が減少したとき又は増加すべかりし価値が増加しなかつたとき」<sup>(32)</sup>と定義している。つまり、本人の財産総額（全体財産）に損失が生じたことと認められる場合に既遂となる<sup>(33)</sup>。それゆえ、任務違背行為により財産上の損害があっても、それに見合うだけの反対給付があるときは、全体財産の減少があつたとはいえず、財産上の損害があるとはいえないので、背任罪は成立しないとするのが通説である<sup>(34)</sup>。またこの財産上の損害には、既存の財産（積極的財産）の減少のみならず、得べかりし利益（消極的財産）の喪失であると問わないとされる<sup>(35)</sup>。

そこで、本人の全体財産との関係において、財産上の損害が生じたことと認められるか否かは、いかなる見地から判断することが妥当であろうか。これについて学説は、①財産上の損害があるか否かは、法律的に損害が評価できれば財産上の損害が発生したとする法律的財産説<sup>(36)</sup>、②経済的な見地から評価すれば財産上の損害が発生したとする経済的財産説<sup>(37)</sup>、③経済的な見地からだけでなく、法的見地も加味して損害を評価すべきとする法律的・経済的財産説<sup>(38)</sup>とがある。

#### 4. わたくしの考え方

ここまで抵当権の性質等について民法上の判例・学説及び不動産の二重抵当に対して背任罪が成立するか否かに関する判例・学説を概観してきた。そこで、以下、背任罪の成否について、民法上の議論も確認しながら、検討することにしよう。

##### (1) 背任罪の保護法益

不動産の二重抵当と背任罪（刑法 247 条）の成否の問題は、背任罪の保護法益との関係で考えられるべきである。背任罪は、事務処理の委託者と行為者との間の委託信任関係を破って行われる点で（委託）

(29) 団藤重光『刑法綱要各論』〔第 3 版〕（創文社，1990 年）651 頁。

(30) 高橋（則）・前掲注（28）411 頁など。

(31) 大谷實『刑法講義各論』〔新版第 4 版補訂版〕（成文堂，2015 年）328 頁，井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣，2016 年）317 頁，西田・前掲注（26）275 頁，山口厚『刑法各論』〔第 2 版〕（有斐閣，2010 年）322 頁など。

(32) 最決昭和 58 年 5 月 24 日刑集 37 卷 4 号 437 頁。

(33) 西田・前掲注（26）280 頁，山口・前掲注（31）329 頁，高橋（則）・前掲注（28）421 頁など。

(34) 西田・前掲注（26）280 頁，山口・前掲注（31）330 頁，高橋（則）・前掲注（28）420 頁など。

(35) 山口・前掲注（31）329 頁，高橋（則）・前掲注（28）420 頁など。

(36) 泉二新熊『刑法大要』〔第 40 版〕（有斐閣，1943 年）651 頁。

(37) 前掲注（32）最決昭和 58 年 5 月 24 日，西田・前掲注（26）282 頁。

(38) 前掲注（32）最決昭和 58 年 5 月 24 日刑集 37 卷 4 号 441 頁（団藤重光補足意見），前掲注（32）最決昭和 58 年 5 月 24 日刑集 37 卷 4 号 444 頁（谷口正孝補足意見），山口・前掲注（31）329 頁，内田幸隆「判批」山口厚 = 佐伯仁志編『刑法判例百選 2』〔第 7 版〕（2014 年）144～145 頁。

横領罪と共通性を有している<sup>(39)</sup>が、横領罪とは異なり、委託関係のほかに財産も保護法益とする<sup>(40)</sup>。つまり、背任罪が成立するのは、委託関係の侵害があったのみならず、財産の侵害もあった場合である<sup>(41)</sup>。それゆえ、不動産の二重抵当においても、これらの法益への侵害がなければ、背任罪は成立しないこととなる。

## (2) 背任罪の本質

さらに、他人の事務をどのように解釈するかは、背任罪の本質との関係でも考える必要がある<sup>(42)</sup>。背任罪の本質について学説は、法律上の処分権限を濫用して本人に財産的損害を加えたことにあるとする権限濫用説<sup>(43)</sup>と信頼関係あるいは誠実義務に違背したことで本人に財産的損害を食わせたことにあるとする背信説<sup>(44)</sup>、権限の意味を広く捉えたうえで本人のために財産処分権限を持っている者がその権限を濫用して本人に財産的損害を加えたことになるとする背信的権限濫用説<sup>(45)</sup>の対立がある<sup>(46)</sup>。

本人に対する事務処理上の任務違背にその本質を求める点で権限濫用説も背信説もかわりはない<sup>(47)</sup>が、権限濫用説によれば、法的代理権のある者に限定され、また法律行為のみをその対象とすることから、法益の保護に欠けることになるであろう。また、例えば、本人に重大な財産上の損害を加えるような事実行為や権限逸脱行為は、法定代理権の濫用の場合と同様に当罰性があると解することができるが、権限濫用説ではこのような行為が不処罰となり妥当ではない<sup>(48)</sup>。それゆえ、基本的には背信説が妥当である。ただし、背信説では背任罪の成立範囲が無限定になり、財産罪を処罰するのではなく、信義誠実違反を処罰することになりかねない<sup>(49)</sup>、という批判がある。

思うに、背信説では単なる債務不履行と可罰的な行為態様とを画することが困難であることから、この見解をそのまま採ることはできない。背任罪がホワイトカラー犯罪に属し、会社や官公庁の役職員の職務執行に関して行われる犯罪である<sup>(50)</sup>とするならば、その職務を執行するにあたっては、その職務執行者が何らかの権限を有していることが必要である<sup>(51)</sup>から、そのような権限を有しているか否かによって、背任罪の成否を判断することが妥当であろう<sup>(52)</sup>。ゆえに、背信的権限濫用説が妥当であると解する。

(39) 西田・前掲注(26) 272頁、藤木・前掲注(25) 353頁。

(40) 山口・前掲注(31) 318頁。

(41) 山口・前掲注(31) 318頁。

(42) 寺尾・前掲注(23) 386頁など。

(43) 滝川幸辰『刑法各論』〔増補版〕(世界思想社、1951年) 171頁以下。

(44) 西田・前掲注(26) 273頁、高橋(則)・前掲注(28) 410頁、山口・前掲注(31) 319頁など。

(45) 藤木・前掲注(25) 354頁、大谷・前掲注(31) 326頁、今上益雄『重点講義刑法各論』〔追補版〕(まひまひ舎、2005年) 169頁。

(46) その他に、本人との委託信頼関係の内容をもとに、権限を法的代理権に限定せず、行為者が事実上与えられているであろう権限も含めて、それを濫用したか否かを判断するとする「新しい権限濫用説」(前田雅英『刑法各論講義』〔第5版〕(東京大学出版会、2011年) 391頁) などの見解がある。

(47) 藤木・前掲注(25) 343頁。

(48) 高橋(則)・前掲注(28) 141頁、山口・前掲注(31) 318頁。

(49) 今上・前掲注(45) 168頁。

(50) 藤木・前掲注(25) 343頁。

(51) 内田幸隆「背任罪の系譜、およびその本質」早稲田法学会誌 51 卷(2001年) 139頁。

(52) 内田・前掲注(51) 140頁。なお、大谷教授はこの権限を「財産上の権限が認められる場合」とする。大谷・前掲注(31) 326頁。



### (3) 他人の事務処理者について

そこで、背信的権限濫用説に立った場合、二重抵当におけるXは、他人の事務処理者となり得るのかが問題となる<sup>(53)</sup>。ここで問題となるのが「他人の事務」の判断基準であるが、前述したように学説は、①対向的・対内的関係から判断する見解、②「自己の事務」か「他人の事務」かによって判断する見解に分かれる。

①の見解は、単なる債務不履行を刑罰をもって強制することは妥当ではないことから、対向的関係の場合には背任罪は成立しないとする見解は妥当である。なぜなら、二重抵当も一面では債務不履行であるから、この行為も背任罪の成立が否定されることになるわけである。すなわち、先に登記を備えたZが第一順位の抵当権を確定的に取得する（民法177条）ことになるが、登記申請に必要な書類を交付する前の段階であれば、単なる債務不履行が認められるとする見解に立てば<sup>(54)</sup>、XがYに登記申請に必要な書類を交付する前に、ZがYよりも先に抵当権設定登記を取得したとしても、Xには背任罪は成立しないことになる。つまり、二重抵当における「背任罪の成否は、抵当権者と抵当権設定者は（売主・買主のように）対向的関係にあるとして否定する」<sup>(55)</sup>ということになる。

次に、対内的関係として委任契約があるというためには、本来Yがなすべきことを「他に依頼するといった事実の存在」<sup>(56)</sup>が要件となる。しかし、YはXに対して登記請求権は有し、それに基づいてXには登記協力義務があるが、単に登記協力義務があるというだけでは「委任契約の内容ではない」<sup>(57)</sup>といえよう。たとえYがXに登記申請に必要な情報をXに提供し、Xが登記を行ったとしても、登記は原則共同申請である以上、その行為は「Xのための事務」であり、かつ「Yのためにする事務」であるが「Yの事務」ではないのである<sup>(58)</sup>。つまり、「本人がなすうる、あるいは本来本人がなすべき事務の委託を受けた者のみが事務処理者になりうる」<sup>(59)</sup>のであるから、XはYの事務処理者ではないという結論に達することになる。それゆえ、対内的関係においても背任罪の成立は否定される。ゆえに、対向的・対内的関係から二重抵当の問題を判断すると、背任罪は成立しないことになる<sup>(60)</sup>。思うに、背任罪の基本的性質に基づき、本人事務の信任委託の必要性を対向的・対内的関係から判断するこの見解は注目されるが、対内的・対向的の区別が必ずしも明確ではない<sup>(61)</sup>ようにも思われ、この見解には疑問を留保をせざるを得ない。

それでは、二重抵当を②の見解を基準として考えた場合において背任罪の成否はどうか。不動産登記法上、抵当権者は登記権利者（不登法2条12号）、抵当権設定者は登記義務者（不登法2条13号）と

(53) なお、他人の事務処理者になるためには信任関係が必要であるが、その発生原因については、通説は法的代理権のほか、法令の規定による場合、契約による場合、慣習に基づく場合や事務管理（民法679条）などによって判断することになるとする（高橋（則）・前掲注（28）410頁、今上・前掲注（45）172頁など。）が、事務管理については、外観上正当な権限がある者として行為した者については是認されるとする見解もある（藤木英雄「背任罪」『総合判例研究叢書 刑法（11）』（有斐閣、1958年）118頁。）。

(54) 高橋（則）・前掲注（28）412頁。

(55) 足立・前掲注（18）39頁。

(56) 香川達夫「判批」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選2』〔第2版〕（有斐閣、1984年）123頁。

(57) 香川・前掲注（56）123頁。

(58) 山口・前掲注（31）322頁。

(59) 山口厚『問題探求 刑法各論』（有斐閣、1999年）201頁。

(60) 同旨として、山口・前掲注（59）201頁。

(61) 香川・前掲注（56）123頁。

して登記することになるが、前述したように、登記義務者が登記に協力することで、登記の内容が真正であることが確保されるとして、原則、登記権利者と登記義務者が共同して登記申請を行うことが必要とされる（不登法 60 条）<sup>(62)</sup>。つまり、抵当権設定者が登記に協力しないと、抵当権者は抵当権を保全することができないことになる<sup>(63)</sup>。特に抵当権の順位は、抵当権設定契約の順ではなく、抵当権設定の登記がされた順によるのであるから、その順位が保全されないことは、抵当権者にとって重要な問題である。確かに抵当権設定者は、要物型の金銭消費貸借契約（587 条 1 項）であろうと、諾成型の金銭消費貸借契約（587 条 2 項）であろうと、自己の不動産に抵当権を設定する行為は、融資金を得るために必要な自己の不動産を処分する行為であり、自己の事務としての側面もある<sup>(64)</sup>。しかし、その事務が「『主として他人の計算において』なされる場合」<sup>(65)</sup>は、たとえそれが自己の利益になる場合であっても、その事務は「他人のために行なうという性質の方が強」く<sup>(66)</sup>、「他人の事務」の方に重点が置かれている<sup>(67)</sup>と解することもできよう<sup>(68)</sup>。それゆえ、たとえ X の抵当権設定登記行為が、抵当権者の権利を保全するための事務の一部であることから X の利益になるとしても、主として他人のために行う性質のものであるといえるから、X は他人の事務処理者であると解することができる。ゆえに、X は Y のために先順位の抵当権設定登記をするなど不動産の担保価値を保全する任務を負っている者として、他人の事務処理者にあたると解する<sup>(69)</sup>。

#### (4) 財産上の損害について

次に、Y に財産上の損害は発生しているのであろうか。登記のない抵当権も当事者間では効力を有し、民事執行法 181 条により未登記抵当権者も競売を実行することが可能であることから、財産上の損害はないとも考えられる。またたとえ第二順位の抵当権者となったとしても、抵当権を設定した不動産が競売され、配当された金額が自己の債権額を満たすものであるのであれば、第二順位の抵当権者となったとしても財産上の損害はないと解することが可能ではないかとも考えられる。

この財産上の損害とは、前述したように、「全体財産の減少」を意味しているが、損害が発生したか否かは、どのような見地から判断することが妥当であろうか。経営不全に陥っている株式会社に対して、回収する見込みがないことを分かっているにもかかわらず、銀行の支店長が当該会社に無担保で融資をした場合を例に考えてみる。

法律的財産説では、法律上銀行は債権を取得することができることから、銀行には財産上の損害はないと解することになろう<sup>(70)</sup>が、回収見込みがない以上は、当該株式会社から弁済を受けることは、ほぼ不可能であるから、銀行は当該債権を債権譲渡（民法 466 条）などを行うことで投下資本を回収することになろう。しかし、そのような債権を譲渡をしたところで、回収見込みのない債権を引き受けてく

(62) 判決による登記（不登法 63 条）、登記名義人の氏名等の変更の登記又は更正の登記等（不登法 64 条）は、当事者が単独で登記することができる。

(63) 藤木・前掲注（53）110 頁、今上・前掲注（45）176 頁。

(64) 中森喜彦「二重抵当と詐欺・背任罪」平野龍一編『刑法の判例』〔第 2 版〕（1972 年）278 頁。

(65) 江家義男「背任罪の解釈的考察」早稲田法学 23 卷（1948 年）28 頁。

(66) 中森・前掲注（64）278 頁。

(67) 藤木・前掲注（53）110 頁。

(68) 江家・前掲注（65）157 頁、今上・前掲注（45）171 頁。

(69) なお、平成 15 年 3 月 18 日刑集 57 卷 3 号 356 頁も、これと同旨の見解であると解する。

(70) 前田・前掲注（46）286 頁、西田・前掲注（26）280 頁。

れる者は誰もいないであろう<sup>(71)</sup>。それゆえ、銀行は投下資本を回収することができず、債権の実質的価値は減少した<sup>(72)</sup>と解することができるため、法律上は債権を取得したことで、全体財産価値の減少は生じていないと解するのは妥当でない。一方、経済的財産説では、このような場合、弁済見込みがない以上は、財産的に当該債権は無価値である<sup>(73)</sup>として、全体財産価値の減少が生じたと解釈することができる。それゆえ、実現不可能な債権を取得したような場合は、全体財産価値が減少したとして財産上の損害を認めることが妥当である。ゆえに、基本的にはこの説が妥当である。

ただし、思うに全体財産価値の評価については、経済的見地のみで全体財産価値を評価するのではなく、法律的な見地も含めたいうえでその価値判断をすることが妥当であると解する。すなわち、「財産上の損害」の意義に、例えば、公序良俗違反や強行法規違反のように、法律上保護に値しない契約により全体財産価値が減少したとして背任罪の成否を決定することになれば、民法上無効とされる不法な利益を、刑法上保護することになり妥当ではない<sup>(74)</sup>。それゆえ、刑法上保護すべき財産を検討する場合、民法の動向をよく見極め、これと調和するように解釈することが必要であるから、ここでいう全体財産の価値は「法の保護に値する利益」<sup>(75)</sup>を加味しながら判断し、法律の見地から規制する必要がない場合には経済的見地から判断することが妥当であると解する<sup>(76)</sup>。不動産の二重抵当では、抵当権を複数設定することは民法上無効な行為ではないことから、経済的見地からのみで判断することになる。

抵当権は目的不動産の担保価値を把握するもので、債務が弁済されない場合には競売その他の方法で、当該不動産を強制的に換価して、それにより優先弁済を受けることを目的としたものである。そして、第一順位の抵当権と第二順位の抵当権が不動産に付いている場合には、第一順位の抵当権者が最優先で弁済を受け、第二順位の抵当権者はその残額について弁済を受けることになる。すると、被担保債権の利益を第二順位の抵当権者も得られる以上、第二順位の抵当権者であっても損害がないように思われる。

しかし、競売代金の額が第一順位の抵当権者の債権額と同じかあるいは少ない場合には、第一順位の抵当権者は配当を受けることができるが、第二順位の抵当権者は配当を受けることはできず、債権回収という抵当権者の目的を達成することができない。この場合の二重抵当は、Yは第一順位の抵当権者として本来であれば得ることができたであろう目的（利益）を、第二順位の抵当権者となったことで、それを達成することができなくなったといえるであろう。つまり、Xの行為によって、本人が達成しようとした目的を達成することができなくなった<sup>(77)</sup>以上は、Yには財産上の損害が発生したと解することができる。

それでは、抵当権が付された不動産の時価が高く、第二順位の抵当権者であっても十分に目的を達成することができるような場合はどうであろうか。これについて、最高裁昭和31年判決も抵当権の順位はどの抵当権がどの順位で抵当物件の価額から弁済を受けるかの財産上の利益であるから、Xが一番抵

(71) 同旨として、内田・前掲注(38)144頁。

(72) 藤木・前掲注(53)126頁。

(73) 今上・前掲注(45)174頁、内田・前掲注(38)144頁。

(74) 前掲注(32)最決昭和58年5月24日刑集37巻4号441~442頁(団藤補足意見)。

(75) 今上・前掲注(45)174頁。

(76) 前掲注(32)最決昭和58年5月24日刑集37巻4号441頁(団藤補足意見)、444頁(谷口補足意見)、内田・前掲注(38)144~145頁。

(77) 品田智史「財産上の損害概念の諸相と背任罪の『損害』要件」川端博=浅田和茂=山口厚=井田良編『理論刑法学の探究(6)』(成文堂、2013年)195頁。

当権を後順位の二番抵当権にしたことは財産上の損害に当たるとして、不動産の価額と債権額とを比較することなく、財産上の損害を認めている<sup>(78)</sup>。学説も「實際上、一番抵当権附債権と二番抵当権附債権とでは、債権に対する経済的評価が画然と異なっているので、抵当権の順位の低落はそれ自体として財産上の損害とされうる」<sup>(79)</sup>とする見解もある<sup>(80)</sup>。しかし民法上、第三者による抵当権侵害があった場合、前述したように、大審院昭和3年判決では、抵当権侵害によって抵当目的物の価額が減少しても、残存価額が被担保債権より多い場合には、抵当権者には財産上の損害はなく、損害賠償請求権は成立しないと判示し、不法行為による損害が発生していない場合には、損害賠償請求をすることができないとする民法709条による損害賠償の一般原則に基づいて判示している。つまりこの問題は、民事上損害賠償できないような場合であっても、刑法上刑罰を科すことが妥当であるのかが問われるものといえる。

思うに、二重抵当において、抵当権実行時に残存価額が被担保債権よりも多く、Yが第二順位の抵当権者であっても債権を全額回収することができるのであれば、経済取引上の目的は達成できたといえることから、刑法上も財産上の損害はないとして、背任罪の成立は否定されるものと解することができよう<sup>(81)</sup>。

最後に、抵当権登記がない場合にも当事者間でも抵当権設定契約は有効であり、また登記がなくても民事執行法180条に基づいて抵当権を実行できることから、Yが抵当権設定契約をした後、Zが第一順位に抵当権の登記がされ、Yがそのまま登記されずにいても、財産上の損害がないといえるのではないかという疑問もある。確かに民事執行法181条に基づいて抵当権設定契約をした債権者は抵当権を実行することができる。これは、抵当権設定登記は対抗力にすぎないから、登記がなくても設定者には効力は生じているからである。

しかし、設定者に対する効力の問題と第三者に対する効力の問題とは別問題であり、第三者は登記がなければ、抵当権の登記のある第三者に対して先順位であるとして優先弁済権を主張できないばかりか、一般債権者に対しても優先弁済権を主張することができない<sup>(82)</sup>。それゆえ、Yは自己が達成しようとした目的を達成できないことから、Yには財産上の損害があると解する。

## 5. おわりに

不動産の二重抵当における背任罪の成否について、背任罪の成立要件である「事務処理者」と「財産上の損害」の部分について考察をしてきた。ここまでの考察によれば、①抵当権設定者XのYに対する抵当権設定登記行為は、抵当権者の権利を保全するための事務の一部であることから、自己の利益になるとしても、主として他人のために行う性質のものであるといえることから、Xは他人の事務処理者となること、②Yは第二順位の抵当権者となったことで、第一順位の抵当権者として本来であれば得ることができたであろう目的（利益）を達成することができなくなったといえるので、Xの行為によっ

(78) 前掲注(22) 最判昭和31年12月7日。

(79) 川端・前掲注(24) 36頁。

(80) 同旨として、藤木英雄『刑法各論』（有斐閣、1972年）310頁、中屋利洋「二重抵当をめぐる犯罪」研修616号（1999年）64頁。

(81) 品田・前掲注(77) 195～196頁。品田によれば、背任罪において「財産上の損害」があるといえるのは、本人が達成しようとした目的を達成できなかった場合あるいは経済取引上通常重視される目的を達成できなかった場合であるとする（品田・前掲注(77) 191頁以下）。

(82) 我妻=有泉=清水=田山・前掲注(6) 597頁。

てYには財産上の損害が生じたといえることが解明された。

この問題は、比較的古典的なテーマであり特に目新しいものではなく、今日では、抵当権設定者Xの罪責は、ほぼ背任罪が成立するという定説が成立しているといっても過言ではない。しかし、これまで定説とされてきた見解は、新たなアプローチを試みると、疑問を留保せざるを得ない部分もあり、二重抵当は背任罪を構成しないと考えることもできるように思われる。また本稿では紙幅の関係上、Zと共犯の問題について検討することができていない<sup>(83)</sup>ことから、不十分であることは否めない。

二重抵当におけるZとの共犯の問題も含めて、Xに背任罪が成立するか否かについては、資料を補完・充実させたいうえで、本テーマに関する論考については他日を期したい。

---

(83) 二重抵当と共犯について、現在の刑法の通説に疑義があるとする見解として、佐伯仁志=道垣内弘人『刑法と民法の対話』(有斐閣, 2001年)135頁〔道垣内発言〕。

# The Double Mortgage of The Real Estate

Kinya TAKAHASHI

## Abstract

A double mortgage of the real estate means an act of an obligor (X) borrowing money from an obligor (Y) by mortgaging the real estate owned by X, and then borrowing money from the real estate after the registration of the establishment of the first mortgage has been completed for another obligor (Z), before X has completed the registration of the establishment of the mortgage for Y. However, this problem does not appear to be well understood.

Therefore, in this paper, in order to clarify whether there is criminal responsibility for double mortgages of the real estate or not, we will outline the relevant civil requirements and effects, and examine their validity.

**Keywords:** real estate, The double mortgage, breach of trust, a person who is in charge of the affairs of another, financial loss.