予備令４－４肢ウ

第１　肢の結論

誤っている

第２　甲に背任罪の共同正犯が成立するか。

１．問題の所在

乙は，自身の有していた丙に対する債権を丁に譲渡した後，丁に対抗要件を具備させる前に甲の働きに応じて，甲に譲渡し対抗要件を具備させている（民法４６７条）。

まず，乙は，他人の丁に丙に対する債権の対抗要件を具備すべき立場にあるので，「他人の事務訴処理する者」にあたる。その上で，丁を害すべく，甲に債権譲渡，対抗要件まで具備しており，図利加害目的で任務に背いて，丁に財産上の損害を与えている。

よって，乙には背任罪（２４７条）が成立する。もっとも，乙の行為は，甲の強い働きかけがあって，行われている。そこで，甲に背任罪の共同正犯（２４７条，６０条）が成立するか問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

甲には，背任罪の共同正犯が成立する。よって，成立しないとする肢は誤り。

（２）理由

確かに，甲は，丁を害することをしって，乙に強く働きかけて，丙への債権を譲り受けて，対抗要件を具備しており，背任罪が成立する乙と意思の連絡がある。

また，甲は，丁に譲渡済みであることを知りながら，同債権を転売して利益を図る目的で，一連の行為をしている。したがって，自己の犯罪として利益をうける意思があるので正犯意思もある。

また，背任罪は真正身分犯で，かつ共同正犯にも，６５条１項が適用できる。したがって，甲に背任罪の共同正犯が成立するはずである。

ただ，一方で，甲に背任罪の共同正犯を成立させるには問題があるという考えもありうる。

なぜなら，自分の利益を図るために，権限を持つものに働きかけるのは当然であり，犯罪を成立させることは自由保障の見地から見て問題と考えられるからである。

背任罪は，相手方の働きかけが予定されている犯罪である。そこで，甲は，必要的共犯として予定されているもので，不可罰とし，権限違反した乙のみ処罰すべきという考えがあるが，採用できない。なぜなら，仮に甲を処罰できないとすると，法益保護の目的が達成されないからである。

そこで，甲には，背任罪の共同正犯が成立すると考える。

以上