

I. 反対尋問

- 5 1. 第2行為横領罪肯定説において第1行為によって第2行為の評価はし尽くされるものではないと考えることは実質的に「利益横領」という現行法が規定していない処罰を認めることに等しいため、妥当ではないのではないか。
2. 第1行為と第2行為は共罰的事後行為であるため、それぞれを独立に起訴することはできないのではないか。
- 10 3. 第2行為に罪を成立させるのではなく、第1行為の量刑の中で判断することは認められないのか。

II. 学説の検討

ア説(肯定説)

- 15 第二行為の土地売買契約行為についても横領罪が成立するという本説は第一行為と同様の土地の所有権という一つの法益を侵害するものに過ぎないにもかかわらず、2個の横領罪の成立を認めることになり妥当でない。
- したがって、弁護側は本説を採用しない。

イ説(否定説)

- 20 横領罪は、財産領得罪であって単なる財産侵害罪ではないので、抵当権設定行為に横領罪の設定を認めるということは、法的構成としては、当該不動産全体を領得したと評される以上、その後の所有権移転行為は「新たな法益侵害」ではないことになるので1個の横領罪しか成立しないという結論は妥当である。
- したがって、弁護側は本説を採用する。

25

III. 本問の検討

第1. 甲の罪責

1. 甲がB銀行に対して、Aと売買契約を結んだ目的物としての土地をその所有権移転登記が完了していないのを奇貨として、当該土地に抵当権を設定した行為(以下、第1行為)につ
- 30 いて、横領罪(刑法(以下法令名略)252条1項)が成立しないか。
- (1) まず、「自己の占有する他人の物」について「他人の物」とは、他人の所有する財物を言うところ、本件において当該土地の所有者はAであるため、当該土地は「他人の物」にあたる。
- (2) では、「自己の占有する」といえるか。当該土地の所有権が既に締結された売買契約によりAに移転していることから問題となる。
- 35 ア. 横領罪における「占有」とは、他人の物を自由に処分しうる状態をいう。そのため、事

実上の占有だけでなく、法律上の占有が行為者にある場合にも「自己の占有する」といえる。問題となる客体が不動産である場合、ここにいう「占有」とは不動産侵奪罪(235条の2)との区別から事実上の占有を排除し、法律上の占有すなわち不動産登記を有する場合と解する。

5 イ. 本件において、甲は当該土地の売買契約を A と締結し、その土地所有権は A が有しているため、「自己の占有する」と言えないように思える。しかし、先述の通り、不動産が客体となる本件において、甲が当該土地の登記を備えているため法律上の占有が認められ、甲が当該土地を自由に処分できる状態にあると言え、「自己の占有する」といえる。

(3) 次に「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、他人が所有する財物を①その委託の趣旨に背いて②経済的用法に従い③その物につき権限がないのに所有者にしかできないような処分をする意思をいう。

10 ア. 本件において、甲は当該土地について A と売買契約を締結しているのであるから、その所有権移転登記を A に対して行う契約上の義務がある。しかし、甲はその義務に反して、当該土地に抵当権を設定しており、これは A との契約上の義務違反すなわち契約上の委託
15 の趣旨に反していると評価しうる(①)。また、土地に抵当権を設定し、B 銀行から融資を受けるということは本来その土地の所有権を有するものが行いうる行為であり、その経済的用法に従った行為といえる(②③)。

イ. したがって、甲は「横領した」といえる。

(4) また、甲は本件行為について自己に土地所有権があることを奇貨として行っており、故意(38条1項本文)も認められる。

(5) 以上より、甲の当該行為について、横領罪が成立する。

2. 甲が乙との間で当該土地を 2000 万円で売却する旨の売買契約を締結し、乙に対して所有権移転登記手続きをした行為(以下、第 2 行為)について、横領罪(252条1項)が成立しないか。

25 (1) 本件において、当該土地は、所有者は A だが未だ甲が土地登記を有しているため、「自己の占有する他人の物」といえる。

(2) では、「横領した」といえるか。「横領」とは不法領得の意思の一切の発現をいうが、横領物を横領した場合にも「横領」が認められるか問題となる。

30 ア. これについて、最初に横領した物と同一の物を目的とした横領においては、確かに横領罪の構成要件該当性は認められるが、両行為は同一の法益・客体に向けられたものであるから、最初の横領行為により後の横領行為には新たな法益侵害が認められず、不可罰的事後行為(法条競合)として横領罪は成立しないと考える。

イ. 本件において、当該土地は第 1 行為・第 2 行為の両行為の客体であり、両行為は同一の法益に向けられた行為といえる。したがって、第 2 行為に当たる甲の乙との当該行為は不可罰的事後行為となり、犯罪は成立しない。

(3) したがって、甲の当該行為について、横領罪は成立しない。

第2. 乙の罪責

1. 乙が甲と通じて、Aとの間で既に売買契約が締結された当該土地を目的とする売買契約を新たに結んだ行為について、横領罪の共同正犯(60条、252条1項)が成立しないか。これについて、甲は当該行為について犯罪不成立となっているため、乙において共同正犯は成立しない。もっとも、単独正犯は成立し得ないか。

(1) 乙にとって、当該土地を目的とする「横領」行為は初めてであるため、甲が不可罰的事後行為になるという考えを乙に対して適用することは認められない。よって、横領罪の単独正犯が成立する余地はある。

(2) では、「自己の占有する他人の財物」といえるか。確かに当該土地は甲乙間の契約当時Aの所有する財物であり「他人の財物」といえる。しかし、その登記は甲が有しており、乙は当該土地に対する法律上の占有が認められない状態であったため、「自己の占有する」とは認められない。

(3) したがって、乙の当該行為について横領罪が成立しない。

15 IV. 結論

甲の第1行為について横領罪が成立し、第2行為について犯罪は成立しない。

乙の甲との売買契約行為について犯罪は成立しない。

以上