

I. 事実の概要

- 5 甲は自己が所有する自己名義の土地を 2000 万円で A に売り渡す旨の売買契約を締結し、A から代金を全額受け取った。しかし借金の返済に追われた甲は、いまだ当該土地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、B 銀行から 500 万円の融資を受けた。その半年後、これまでの上記事情を知る乙との間で、当該土地を 1500 万円で乙に売却する旨の契約を締結し、乙に対する所有権移転登記手続きをした。
- 10 甲、乙の罪責を検討せよ。

II. 問題の所在

- 15 本件において甲は B 銀行から 500 万円の融資を受けるために当該土地に抵当権を設定するという第 1 行為と、その後、当該土地を乙に 1500 万円で売却、所有権移転登記を了するという第 2 行為をなしているが、これらに先立って甲は A との間で当該土地を 2000 万円で売却したという行為が存在している。

そこで、抵当権の設定行為という横領罪の構成要件に該当する第 1 行為がなされた後の、乙への当該土地の売却行為である第 2 行為にも横領罪が成立するか、いわゆる「横領後の横領」が問題となる。

20

III. 学説の状況

ア説(肯定説)

後行する不法領得行為について横領罪の構成要件該当性を認め得る以上は、横領罪が成立する¹とする説。

25

イ説(否定説)

横領罪は状態犯であるから、横領行為の完了後に行われた横領物の処分行為は、その横領行為によって評価しつくされている限り、不可罰的事後行為であって、別罪を構成しない²とする説。

30

IV. 判例

最大判平成 15 年 4 月 23 日刑集 57 卷 4 号 467 頁。

[事実の概要]

- 35 代表役員の委任を受け、宗教法人所有の不動産などを管理していた、宗教法人 A の責任役員である被告人 X は、平成 4 年 4 月 30 日 A 所有の本件土地 1 を 1 億 324 万円で売却し所有

¹ 山口厚『刑法各論[第 2 版]』(有斐閣、2010 年)312 頁。

² 大塚仁『刑法概説(各論)[第 3 版増補版]』(有斐閣、2005 年)307 頁。

権移転登記手続を了し、A所有の本件土地2を1500万円で売却し、所有権移転登記を了したとして業務上横領罪で起訴された。

5 Xは、上記各売買に先立ち、本件土地1には、昭和55年4月11日に極度額2500万円の根
5 抵当権[抵当権①]を設定し登記を了し、その後さらに、平成4年3月31日、債権額4300万
5 円の第2順位の抵当権[抵当権②]を設定して、登記を了し、本件土地2については、平成元年
1月13日、債権額3億円の抵当権[抵当権③]を設定し、登記を了していた。

第1審はXの売却行為に業務上横領罪の成立を認め、控訴審は、第1審の結論を是認、そ
こで弁護人が、控訴審判決は同様の事案において後行売却行為に対する横領罪の成立を否定し
た最判昭和31年6月26日に違反するものであることを上告理由として、上告した。

10 [判旨]

上告棄却。

「委託を受けて他人の不動産を占有する者が、これにほしいままに抵当権を設定してその旨
の登記を了した後においても、その不動産は他人の物であり、受託者がこれを占有しているこ
とに変わりはなく、受託者が、その後、その不動産につき、ほしいままに売却等による所有権
15 移転行為を行いその旨を了したときは、委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所
15 所有者でなければできないような処分をしたものにほかならない。したがって、売却等による所
15 有権移転行為を行いその旨の登記を了したときは、委託の任務に背いて、その物につき権限が
ないのに所有者でなければできないような処分をしたものに他ならない。

したがって、売却等による所有権移転行為について、横領罪の成立自体は、これを肯定する
20 ことができるというべきであり、先行の抵当権設定行為が存在することは、後行の所有権移転
20 行為について犯罪の成立自体を妨げる事情にはならないと解するのが相当である。

このように、所有権移転行為について横領罪が成立する以上、先行する抵当権設定行為につ
いて横領罪が成立する場合における同罪と後行の所有権移転行為による横領罪の罪数評価の
いかにかわからず、検察官は、事案の軽重、立証の難易等諸般の事情を考慮し、先行の抵当
25 権設定行為ではなく、後行の所有権移転行為をとらえて公訴を提起することができるものと解
25 される。また、そのような公訴の提起を受けた裁判所は、所有権移転の点だけを審判の対象と
すべきであり、犯罪の成否を決するに当たり、売却に先立って横領罪を構成する抵当権設定行
25 為があったかどうかというような訴因外の事情に立ち入って審理判断すべきものではない。」

そうすると、本件において、被告人が本件土地1につき[抵当権①]、[抵当権②]を設定し、
30 本件土地2につき[抵当権③]を設定し、それぞれが登記を了していたことは、「その後被告人
30 がこれらの土地を売却してその旨の各登記を了したことを業務上横領罪に問うことの妨げに
なるものではない」。

売却行為に業務上横領罪の成立を認めた「原判決の結論は正当である」。「以上の次第で、(中
略)本件引用判例(昭和31年6月26日(刑集10巻6号874頁))を当裁判の上記見解に反する限
35 度で変更し、原判決を維持するのを相当と認める」。

[引用の趣旨]

他人の不動産を無断で売却したという後行行為が、それに先立つ横領罪の構成要件に該当す

る同不動産への抵当権設定行為という先行行為がなされていたことを理由に後行行為を不可罰とするのは妥当とは言えない。

そこで、本判例は後行行為に横領罪の成立を否定していた昭和 31 年判例を変更し、本件と同種の事案において、横領罪の成立を認めたものであり、本問を検討する上で参考になると考え引用した。

V. 学説の検討

イ説(否定説)

土地の全価値を侵害する売却行為は土地の経済的価値のみを侵害する抵当権設定行為に対する違法評価に包含しつくされないから、売却行為は抵当権設定行為の不可罰的事後行為には当たらない³と解すべきである。

よって、検察側はイ説を採用しない。

ア説(肯定説)

委託を受けて他人の不動産を占有する者が、ほしいままに抵当権を設定・登記した後も、その不動産は他人の物であり、委託者が占有していることにはかわりはないから、ほしいままに売却して所有権移転・登記をしたときには横領罪が成立し、抵当権設定行為の存在は、所有権移転行為について犯罪の成立自体を妨げる事情にはならない⁴。

よって、検察側はア説を採用する。

VI. 本問の検討

第 1. 甲の罪責

1. 甲が、自己が所有していた土地(以下本件土地)に抵当権を設定した行為(以下第 1 行為)につき、A に対する横領罪(刑法 252 条)が成立しないか。

(1)ア. 横領罪は他人物を自由に処分しうる者がこれを濫用して当該物を領得する犯罪類型であることに鑑みると、「占有」とは、処分の濫用のおそれのある支配力のことをいう。具体的には、事実上の占有のみならず法律上の占有も含まれると解する。この点、不動産に関してはその登記を有している者は当該不動産を自由に処分する立場にあることから法律上の占有が認められる。

イ. 本件では、甲は既に A との売買契約(民法 555 条)の締結により本件土地の所有権を失っているものの、本件土地の所有権登記を有している。よって、甲は法律上本件土地を処分できる立場にあるといえ、本件土地は「自己の占有する」物にあたる。

(2)ア. 「他人の物」とは、他人が所有する財物をさし、動産だけではなく、不動産もこれに含まれると解する。そして、民法上は売買契約の締結により所有権が移転する(民法 176 条)が、刑法においては横領罪としての保護に値する所有権の実質を備える必要があるため、代金の完

³ 松原芳博『刑法各論』(日本評論社、2016 年)332 頁。

⁴ 山口・前掲書 312 頁。

済または大部分の支払いが完了していれば、「他人の物」にあたるを考える。

イ. 本件についてみると、甲 A 間の売買契約により本件土地の所有権は甲から A に移転しており、甲はかかる代金を全額受け取っている。よって、甲にとって本件土地は「他人の物」にあたるといえる。

- 5 (3)ア. また、条文では要求されていないものの、占有離脱物横領罪(254条)との区別から、上記占有は、委託信任関係に基づくことが求められる。そして、不動産の売買において、売り主は買主に対して登記名義移転に協力する義務を負っており、それまでの間は登記名義を買主のために保存する義務があるといえる。

10 イ. 不動産たる本件土地の売り主である甲は、買主の A に対して登記協力義務を負っていることから、甲の当該占有はそれらの義務に基づく A との委託信任関係を原因とするものであるといえる。

(4)ア. 「横領」とは、不法領得の意思を実現する行為のことをいい、その内容は、委託の任務に背いて、その物につき権限がないのにも関わらず、所有者でなければ出来ないような処分をする意思をいう。

15 イ. 本件において、甲は A に対する登記名義移転協力義務という委託の任務に背いて、本件土地に抵当権を設定する行為を行っており、不法領得の意思を実現しているといえる。

(5) 構成要件の故意(38条1項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識、認容をさすところ、甲はかかる事実を認識、認容しているといえ、故意は充たされる。

(6) 以上より、甲の第1行為につき、A に対する横領罪が成立する。

20 2. 甲が本件土地を乙に売却した行為(以下第2行為)に横領罪が成立しないか。

(1) まず、本件土地は、A の所有にかかる物であり、「他人の財物」にあたる考えられる。

(2) そこで、「占有」とは、委託信任関係に基づく占有であるところ、甲は「占有」しているといえるか。委託物横領罪の成立する抵当権設定行為によって、本件土地の占有に関する委託信任関係は侵害され、既に委託信任関係は存在しないとも思えることから問題となる。

25 ア. この点、抵当権設定登記後であっても、抵当権が実行されなければ所有権は移転しないし、弁済等により抵当権を消滅させることも可能であるから、抵当権設定者と所有者の間には、不動産の所有権を危うくしないように適切に維持管理するという内容の委託信任関係が認められると考える。

イ. よって、なおかかる占有に委託信任関係が認められ、「占有」しているといえる。

30 (3) 本件において、甲は乙に本件土地を売却することによって、不法領得の意思を実現したといえ、「横領」したといえる。

(4) したがって、甲による第2行為は横領罪の構成要件に該当する。

(5)ア. そして、抵当権設定後の売却行為について横領罪が成立するには、売却行為による新たな所有権侵害が認められることが必要となる。

35 この点、所有権は物を使用、収益、処分する権能である(民法206条)ところ、抵当権は物の価値を把握するにとどまる非典型担保(民法369条1項参照)であるから、先行する抵当権設定行為により侵害される物の所有権は、交換価値の限度にとどまるといえる。

イ. 本件では甲が乙に対して本件土地を売却した行為は、本件土地の所有権につき、使用、収益及び抵当権の負担付きで処分する権能を新たに侵害することになることから、所有権侵害があったといえる。

(6) したがって、甲による第2行為は不可罰的事後行為とはならず、かかる行為に横領罪が成立する。

3. なお、甲が乙に対し本件土地を売却した行為につき、乙に対する詐欺罪(246条)が成立しないか問題となるも、第1譲受人であるAへの移転登記を完了せず、第2譲受人である乙へと移転登記が完了すれば、乙は有効に所有権を取得する以上、財産上の損害に向けられた欺罔行為は認められないといえ、詐欺罪の構成要件を満たさないといえる。

したがって、詐欺罪は成立しない。

第2. 乙の罪責

1. 乙が、甲が本件土地を乙に売却した行為につき、甲との関係で横領罪の共同正犯(252条1項, 60条)が成立しないか。

2. 乙は「占有」者ではなく非身分者であることから、身分者である甲との間に横領罪の共同正犯が成立するのか問題となる。

(1) 非身分者であっても身分者に加功することで法益侵害は可能であることから、「共犯」(65条1項)には共同正犯も含まれ、非身分者との間でも共同正犯は成立しうる。また、65条1項、2項における文言に照らして、1項は真正身分犯について身分の連帯的作用を、2項は不真正身分犯についての身分の個別作用を規定したものと考えるべきである。

「占有」という身分は、その身分が無ければ犯罪の成立は認められないので、構成的身分に当たると考えられることから、65条1項が適用されるといえる。

(2) そこで、乙に甲との関係で共同正犯が成立するか。

ア. 共同正犯の処罰根拠は、行為者と共に因果性を及ぼしあつて法益侵害を共同惹起した点にある。そこで、かかる処罰根拠に鑑みると、共謀、正犯意思、共謀に基づく実行行為があれば共同正犯の成立が認められる。

イ. そして、本件では共同正犯成立の要件を満たすといえる。

(3)ア. もっとも、民法177条の規定によって、先に売買契約を締結した者であっても、登記を備えていなければ第三者に所有権移転の事実を主張することが出来ず、その結果、先に登記を備えた者が所有権を取得すると考えられる。そしてかかる「第三者」には善意者だけではなく悪意者も含まれると解するところ、刑法の謙抑性により民法上保護される者を刑法上処罰することは出来ないといえる。

しかし、これが背信的悪意者であるときには民法上保護される正常な取引の範囲を逸脱しているといえ、かかる場合には共犯として処罰することも認められるべきである。

イ. 本件では、乙は本件土地がAに売却された後に、抵当権が設定されたという事情を知っている。しかし、乙には特段信義に反するような事情が認められないことから、乙は単なる悪意者であるといえる。

(3) よって、横領罪の共同正犯は成立しない。

第3. 罪数

甲の行為につき、①本件土地に対する抵当権設定行為につき横領罪、②抵当権設定後の売却行為に対する横領罪が成立するところ、これらは同一の法益、客体に向けられた行為であるといえることから、①は共罰的事前行為として②に吸収される。

5 乙の行為につき、何ら罪は成立しない。

Ⅶ. 結論

甲の行為につき、横領罪(刑法 252 条 1 項)が成立し、甲はかかる罪責を負う。

以上