

I. 反対尋問

- 5 1. 肯定説において、「不動産の法的な処分は同一客体の所有権に対する複数の侵害行為を想定しうる」とする根拠は何か。
2. 検察レジュメ 3 頁 3 行目、「同一の法益侵害と解するのは妥当でない」としているが、検察側が採る包括一罪説は同一の法益・客体に向けられた複数の行為を共罰的事後行為として一方に吸収しているのであり、矛盾していないか。
- 10
3. 検察レジュメ 4 頁 9 行目に「委任信託関係を破壊した」とあるが、先行行為である抵当権[1][3]を設定した行為について横領を認めているのであれば、委任信託関係はすでに消滅しているはずである。そうなれば、すでに消滅しているはずの委任信託関係を後行行為の横領罪の構成要件として認めるのは妥当なのか。
- 15

II. 学説の検討

横領後の横領について

A 説：肯定説

- 20 本説は、横領後の横領も犯罪を構成し、可罰的であるとする見解である。しかし、後述のように、後行の横領行為は横領罪の構成要件に該当しないから、これを可罰的であるとするのは不適當である。

したがって、弁護側は A 説を採用しない。

25 B 説：否定説

横領罪が成立するためには、委託関係が必要である¹ところ、行為者と被害者との間の委託関係は、先行の横領行為により消滅すると解するのが相当である。ゆえに、後行の横領行為の時点では、委託関係は存在しないから、横領罪の構成要件該当性が認められず、横領後の横領は成立しない²と考えるのが自然である。

- 30 仮に、後行の横領行為に構成要件該当性が認められるとしても、横領罪は、犯罪完成後に違法状態が続くということが始めから予想される状態犯であるから、後行の横領行為は不可罰的事後行為である³と解するべきである。

したがって、弁護側は B 説を採用する。

¹ 山口厚『刑法[第3版]』(有斐閣,2015年)330頁。

² 藤木英雄『経済取引と犯罪』(有斐閣,1965年)51頁参照。

³ 山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論[第7版]』(有斐閣,2014年)139頁参照。

二つの横領の罪数関係について

弁護側は上記 B 説を採用するので、この論点を検討する必要はない。

5 III. 本問の検討

1.(1) 甲が「本件土地 1」および「本件土地 2」に「本件抵当権 [1] [3]」を設定したそれぞれの行為につき、業務上横領罪（刑法 253 条、以下刑法略）が成立しないか。

(2) 業務上横領罪は業務上自己の占有する他人のものを横領した場合に成立する。本件で甲は、「土地 1」及び「土地 2」を責任役員として業務上占有しており、これらの土地は宗教法人 A の所有するものであるから、「他人のもの」を「業務上」「占有」しているといえる。次に、「横領」とは不法領得の意思を実現する一切の行為をいうところ、甲の本件土地 1、2 に対する抵当権設定登記のように、土地に抵当権を設定する行為は、業務という委託信任関係に背き、土地所有者でなければできないような処分行為であるから、不法領得の意思の実現といえる。したがって、「横領」にあたる。また、甲は本件行為の構成要件該当性について認識・認容しているといえるから、故意（38 条 1 項本文）も問題なく認められる。

(3) したがって、甲が「本件土地 1」および「本件土地 2」に「抵当権 [1] [3]」を設定したそれぞれの行為につき、業務上横領罪が成立する。

2.(1) 次に、甲が「土地 1」に「抵当権 [2]」を設定し、その後「土地 1」を株式会社 B に売却した行為、「土地 2」を株式会社 C に売却した行為につき、業務上横領罪は成立するか。

(2) 一見、土地 1・2 への抵当権 [1] [3] の設定登記と同様に、「業務上」、「自己の占有する」「他人のもの」である本件土地 1・2 につき、業務上の A との委任関係に背いて B・C に売却しており、不法領得の意思を実現する行為をしているといえ「横領」が認められるようにも思える。

(3) しかし、業務上横領罪の成立には委任関係が必要であるところ、甲と A との委任関係は、既述の先行の横領行為により破棄されており、後行の横領行為の時点では委任関係は存在しないから、横領罪の構成要件該当性は認められない(否定説参照)。

(4) よって、甲の、抵当権 [2] 設定行為、「土地 1」売却行為、「土地 2」売却行為につき、業務上横領罪は成立しない。

IV. 結論

甲は「土地 1」と「土地 2」にそれぞれ抵当権 [1] [3] を設定したことにつき、業務上横領罪の罪責を負い、両者は併合罪（45 条）となる。

35

以上