

I. 事実の概要

5 宗教法人 A の責任役員である甲は、A の代表役員らと共謀の上、①平成 4 年 4 月に、業務上占有する A 所有の「本件土地 1」を B 株式会社に対し代金 1 億円余で売却し、同日、その所有権移転登記手続を了して横領し、また、②同年 9 月、業務上占有する A 所有の「本件土地 2」を株式会社 C に対し代金 1500 万円で売却し、同年 10 月、その所有権移転登記手続を了して横領した。

10 ところが、甲は、上記各売却に先立ち、各土地に抵当権を設定していた。すなわち、本件土地 1 については、昭和 55 年 4 月、甲が経営する D 株式会社を債務者とする極度額 2500 万円の根抵当権(「本件抵当権[1]」)を設定してその旨の登記を了し、その後、平成 4 年 3 月、D を債務者とする債権額 4300 万円の抵当権(「本件抵当権[2]」)を設定してその旨の登記を了し、また、本件土地 2 については、平成元年 1 月、D を債務者とする債権額 3 億円の抵当権(「本件抵当権[3]」)を設定してその旨の登記を了していた。

15 甲の罪責を検討せよ。

参考判例：最高裁平成 15 年 4 月 23 日大法廷判決

II. 問題の所在

- 20 1. 横領後の横領行為は成立するのか。
2. 2 つ以上の横領の罪数関係はいかように処理するのが適切であるか。

III. 学説の状況

横領後の横領の成否について

25 A 説 肯定説

横領後の横領についても横領罪が別個成立するとする説。

B 説 否定説

横領後の横領について横領罪は成立しないとする説。

30 二つの横領の罪数関係について

α 説 併合

二つの横領罪は併合罪となるとする説。

β 説 包括的一罪

二つの横領罪は包括的一罪とする説。

35

IV. 判例

大阪地判平成 20 年 3 月 14 日。刑集 63 卷 3 号 305 頁。

[事実の概要]

5 本件では、前記病院の建物所有権、その地上権及び病院経営権を巡って、被告人の支配会社とこれと対立する医療法人及び元病院経営者の破産管財人が争い、相互に相手を訴えるという民事裁判に発展し、いったんは、前記所有権等につき登記名義人となっていた被告人の支配会社が、前記破産管財人から現金の支払いを受けることを条件に同医療法人に前記所有権及び地上権を移転させることを内容とする裁判上の和解が成立したが、さらに相手方から有利な和解条件を引き出そうと考えた被告人が、その直後から和解無効を主張し始めるとともに、未だ前記各登記名義が自己の支配会社にあることを奇貨として、実体のない貸金債権の担保として同会社傘下の別法人名義で前記各権利につき抵当権設定仮登記を付し、その後更に譲渡担保として前記各権利を同法人に移転させる仮登記をしたというものである。

[判旨]

15 最初の抵当権設定仮登記によって、被告人は、本件建物の所有者でなければできない処分を既にしており、本件建物に対する所有権の侵害は確定的に生じているとみるべきであるから、検察官がこの点を横領罪として捉えて公訴提起をしている以上は、この事実をもって処罰すれば基本的に十分であると解する上、とりわけ、本件においては、それらの仮登記が、被告人と同一共犯者との共謀に基づき、所有者（寄託者）を同じくする同一不動産に対して
20 わずか 11 日間前後というかなり近接した時点でなされていることや、各仮登記の目的がいずれも、被告人において、破産管財人らとの間における本件建物の所有権やその敷地地上権等の帰属をめぐる交渉を有利に進めるための仮装にあり、仮装の内容も同一架空債権を担保したかのように装うというものであったことを併せ考えれば、前記各仮登記の点に刑法的観点から罪数評価を加え横領罪として処断するにあたっては、先行する前記抵当権設定仮登記の点について包括的一罪として横領罪の成立を認めれば足り、後行する前記所有権移転仮登記の点はいわゆる不可罰的ないし共罰的事後行為としてもはや処罰の対象にはならず、この点は、量刑事情として考慮すれば足ると解するのが相当である。

[引用の趣旨]

30 本判決は先行行為及び後行行為の両方とも横領罪に該当することを前提とした上で、包括的一罪になり、後行行為は共罰的事後行為であるとしていることから、検察側が採用する学説と同じ立場に立っていると考えられるため。

V. 学説の検討

横領後の横領の成否について

35 B 説 否定説

本説は、横領罪成立後の物の利用・処分行為については、新たに他の法益を侵害しない限

り不可罰とする説である¹。

しかしながら、たとえ客体が同一であったとしても、その客体の法益は様々な観点から想定されるものであり、それらの法益を侵害する行為を同一の法益侵害と解するのは相当ではない。

5 よって検察側は B 説を採用しない。

A 説 肯定説

現実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²ことから、各行為について別個に横領罪を成立させる本説が実情に適しているといえる。

10

よって検察側は A 説を採用する。

二つの横領の罪数関係について

α 説 併合説

15

下記 β 説の理由と同様に、併合罪とすると法定刑の上限を立法者が設けた趣旨を潜脱することになってしまう。

よって検察側は α 説を採用しない。

β 説 包括一罪説

20

立法者は、一つの物の所有権の完全な侵害を念頭に横領罪の法定刑の上限を設定したと考えられることから、両行為は共罰的事後行為として包括一罪と解するべきである。

よって検察側は β 説を採用する。

VI. 本問の検討

25

1. 甲が「本件土地 1」及び「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)は成立しないか。

2. 本件で甲は「土地 1」及び「土地 2」を業務上占有しており、これらの土地は宗教法人 A が所有するものであるから、甲は「他人の物」を「業務上」「占有」しているといえる。また「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、本件で甲は「土地 1」

30

及び「土地 2」に A の許可なく抵当権を設定しており、これは所有者でなければできないような処分行為であるといえることから、甲は「横領」しているといえる。

そして甲は構成要件該当性について認識認容しており、故意(38 条 1 項本文)もみたす。

3. 以上のことから、甲が「土地 1」及び「土地 2」に抵当権[1]、[3]を設定したそれぞれ行為につき、業務上横領罪は成立する。

¹ 松本芳博著『刑法総論』(日本評論社 2016)155 頁

² 前掲注¹332 頁

4. では甲が「土地 1」に抵当権[2]を設定した行為、「土地 1」を B 株式会社に売却した行為、「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。

5. 甲は抵当権設定後も「土地 1」及び「土地 2」を「業務上」「占有」しており、また許可なく売却するという不法領得の意思を発現する行為、すなわち「横領」をしていることから

5 本罪が認められるようにも思える。

しかし甲は既に抵当権を設定した行為につき横領罪の罪責を負っているところ、重ねて横領罪が成立するのかが問題となる。

10 検察側はこの問題点を解決するために肯定説を採る。抵当権[1]、[3]を設定しても処分権は甲に移ってはならず、その後の抵当権[2]の設定行為及び売却行為も委任信託関係を破壊したといえる。よって甲が「土地 1」に抵当権[2]を設定した行為、「土地 1」を売却した行為、「土地 2」を売却した行為いずれについても業務上横領罪が成立する。

6. 本件では「土地 1」に抵当権[1]を設定した行為、抵当権[2]を設定した行為、売却した行為、「土地 2」に抵当権[3]を設定した行為、売却した行為それぞれにつき業務上横領罪の成立が認められる。

15 しかし検察側は包括一罪説を採ることから、甲は「土地 1」に関する業務上横領罪と「土地 2」に関する業務上横領罪の罪責を負うこととなる。

VII. 結論

20 甲は「土地 1」に関する業務上横領罪と「土地 2」に関する業務上横領罪の罪責を負い、両者は併合罪(45 条)となる。