

横領後の横領について

四 方 奨

I はじめに

横領行為を行った物に対して、さらに横領行為を行うことの可否とともに横領罪の成否が問われる横領後の横領という刑法上の問題について、大判明治43年10月25日¹⁾（以下「大判明治43年」という）は、自己名義に仮装登記された土地に抵当権を設定した後、売却したという事実関係のもと、検察官が抵当権設定行為と売却行為の双方をそれぞれ横領罪として起訴した事案について、各行為にそれぞれ横領罪が成立すると判断した原判決を破棄し、先行の抵当権設定行為にのみ横領罪の成立を認め、後行の売却行為に横領罪は成立しないと判断した。また、最三小判昭和31年6月26日²⁾（以下「最判昭和31年」という）は、抵当権設定後、その抵当権者に対して代物弁済という所有権移転行為がなされたという事実関係のもと、検察官が後行の所有権移転行為のみを横領罪として起訴した事案について、起訴されていない先行の抵当権設定行為に横領罪が成立しうることを理由として、後行の所有権移転行為に横領罪を成立させた控訴審判決を破棄して差し戻した。

上記両判決は、先行の抵当権設定行為にのみ横領罪を成立させ、後行の所有権移転行為（売却ないし代物弁済）には横領罪を成立させなかった。その理論構成は、先行の抵当権設定行為は不動産全体の所有権全部を侵奪する全部横領に当たり横領罪が成立すると解した上で、その先行行為により発生し

1) 刑録16輯1745頁。

2) 刑集10巻6号874頁、判例タイムズ61号65頁。

た違法状態により後行行為である所有権移転行為の違法評価まで賄われると
考え、後行行為を法条競合における吸収関係としての法的性格を有する不可
罰的事後行為³⁾として評価し、後行行為について横領罪の成立を否定したも
のであると解される⁴⁾。抵当権設定行為を全部横領とする考え方は、東京地
判昭和42年8月24日⁵⁾や東京高判昭和63年3月31日⁶⁾など、その後の裁判例
でも踏襲された⁷⁾。

もともと、最大判平成15年4月23日⁸⁾(以下「最判平成15年」という)は、
最判昭和31年を変更し、抵当権設定後に売却による所有権移転行為がなされ
た事実関係⁹⁾のもと、検察官が後行行為である所有権移転行為のみを横領罪
として起訴した事案について、最判昭和31年により横領罪の成立が否定され
た後行行為である所有権移転行為(売却)に業務上横領罪の成立を認め
た¹⁰⁾。

- 3) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社、1990)446頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』(成文堂、2015)1054頁等。
- 4) 西田典之「共罰的事後行為と不可罰的事後行為——横領物の横領に関する最高裁大法廷判決を契機として」井上正仁＝酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2012)342頁。なお、伊達秋雄「判解」最判解刑事篇昭和31年度(1957)175頁以下は、「所有権侵奪的不法処分のみが横領である」という理解を前提に「先の抵当権設定によつて他人の不動産上の所有権が侵奪され従つて横領罪が成立したといひ得る限り、同一被害者について更に所有権侵奪ということを変更して問ふ必要はないといふべきであり、これはいわゆる事後処分として犯罪の成立を阻却するものと認むべきではなかろうか。単に不法処分の体様方法のみを眼中において被害の大小を問題とすることは横領罪の本質を正確しないものといふべきである」と説明する。
- 5) 判例タイムズ213号202頁。
- 6) 東高刑時報39巻1～4号7頁、判例時報1292号159頁、判例タイムズ669号229頁。
- 7) 西田典之「抵当権の設定による横領について」研修657号(2003)5頁。
- 8) 刑集57巻4号467頁。
- 9) 宗教法人の責任役員が、代表役員の委任を受けて、宗教法人所有の不動産を管理中、代表役員らと共に、土地について昭和55年4月11日に被告人が経営する株式会社を債務者とする極度額2500万円の根抵当権を設定して登記を完了後、さらに平成4年3月31日に同社を債務者とする債権額4300万円の抵当権を設定して登記を完了し、同年4月30日に代金1億0324円で売却し同日所有権移転登記を完了したほか、別の土地について平成元年1月13日に上記株式会社を債務者とする債権額3億円の抵当権を設定して登記を完了し、平成4年9月24日に代金1500万円で売却して同年10月6日に所有権移転登記を完了したという事案である。
- 10) 最判平成15年は「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、これを肯定することができるといふべきであり、先行の抵当権設定行為が存在することは、後行の所有権

最判昭和31年を「当裁判所の上記見解に反する限度で変更」¹¹⁾すると判示した最判平成15年は、最判昭和31年の理論構成のうち、どの部分を変更して、後行の所有権移転行為について横領罪を成立させたのであろうか。

最判平成15年は、「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ほかならない。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」と判示した¹²⁾。最判平成15年は、先行する抵当権設定行為が横領行為に該当することを説示していない。後行の所有権移転行為が横領行為の定義に当てはまることを指摘するのみであり、不可罰的事後行為あるいは共罰的事後行為にも触れていない。また、最判平成15年の調査官解説は、「委託を受けて管理している不動産に抵当権を設定することが横領に当たることは、一般に承認されている」として、「本判決は、不動産に対する抵当権設定行為が横領罪に当たることを前提にしている」と説明するにとどまり¹³⁾、抵当権設定行為が横領行為に該当する理由までは説明しない。

先行の抵当権設定行為および後行の所有権移転行為に横領罪を成立させた理由が不明確であると、最判平成15年の射程の理解は困難となる。その結果、横領後の横領という問題について判断する後続の裁判と最判平成15年との整

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と解するのが相当である」と判示した(470頁以下)。

11) 刑集57巻4号471頁。

12) 刑集57巻4号470頁以下。

13) 福岡伸一郎「判解」最判解刑事篇平成15年度(2006)287頁以下。

合性を検証することも困難となる。不実の抵当権設定仮登記を了した行為に横領罪の成立を認めた最二小決平成21年3月26日¹⁴⁾ (以下「最決平成21年」という)の第一審判決である大阪地判平成20年3月14日¹⁵⁾ (以下「大阪地判平成20年」という)は、不実の抵当権設定仮登記を了した後に不実の所有権移転仮登記を了したという事実関係のもと、検察官が各行為に横領罪を適用し併合罪として起訴した事案について、先行行為である不実の抵当権設定仮登記を了した行為のみに横領罪を成立させた¹⁶⁾。この結論が最判平成15年と整合するかを検討するに当たり、不実の抵当権設定仮登記や不実の所有権移転仮登記を了した行為の法益侵害性を検討するだけでなく、最判平成15年の理論構成も解明する必要がある。

その解明に当たって重要となるのは、抵当権設定行為の法益侵害性であり、究極的には横領罪の法益侵害性であると考えられる¹⁷⁾。そして、先行行為に加えて後行行為にも横領罪を成立させる場合、両横領罪の罪数関係が問題になる。最判平成15年が判断を留保したこの問題についても¹⁸⁾、横領罪の法益侵害性が関係すると考えられる¹⁹⁾。したがって、横領後の横領という問題は、抵当権設定行為や売却行為等によって発生する法益侵害の実態を民事法上の規律も考慮して検討する必要があると考えられる。

横領罪の法益侵害性は、保護法益と罪質から導かれる。横領行為の意義に関して越権行為説と領得行為説のいずれの見解を採用しても、法益侵害性は必要になると解される²⁰⁾。横領罪の保護法益は所有権であると解されるとこ

14) 刑集63巻3号291頁、判例タイムズ1296号138頁、判例時報2041号144頁。

15) 判例タイムズ1279号337頁。

16) 同判決は、「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」と判示した。

17) 林幹人「横領物の横領」現代刑事法6巻9号(2004)85頁。

18) 福崎・前掲注13)288頁。

19) 富高彩「不可罰的・共罰的事後行為論と財産犯の成否(2・完)」上智法学論集53巻1号(2009)159頁。

20) 松原芳博「判批」平成21年度重要判例解説〔ジュリ臨増1398号〕(2010)186頁、浅田和茂『刑

る²¹⁾、所有者が所有権を保持する状態だけを保護しても不十分であることから、所有権に基づき物を使用・収益・処分できることまで含まれると解される。そして、所有権に基づく利用は、委託信任関係がある占有者を介して利用できることのほか、所有権に基づく返還請求権としての目的物引渡請求権を行使することで直ちに目的物の引渡しを受けて占有を取得し利用できることも含まれると解される²²⁾。この意味で、横領罪の保護法益には、所有権の権能あるいは財物の利用可能性まで含まれると解される²³⁾。こうした保護法益を踏まえた法益侵害性（罪質）については、危険犯あるいは侵害犯としての構成が考えられる。

本稿は、最判平成15年の事案で問題となった不動産を客体とする抵当権設定行為および売却行為の法益侵害性について、危険犯と侵害犯の観点から考察する。また、動産を客体とする場合でも、横領後の横領は問題となるため、動産の売却行為および質権設定行為の法益侵害性についても、同様の観点から併せて考察する。これらの考察の結果得られた法益侵害の実態を踏まえ、危険犯と侵害犯いずれの構成が妥当であるかを考察する。そして、最判平成15年の理論構成を解明した上で、大阪地判平成20年の妥当性を検討し、横領後の横領が問題となる幾つか場面に関して、罪数関係を含め私見を整理する。

法各論』（成文堂、2020）279頁。

- 21) 大谷實『刑法各論講義〔新版第5版〕』（成文堂、2019）308頁。
- 22) 横領罪における法益侵害の内実を、委託の趣旨に即した物の利用の非実現、物の返還請求権の侵害であると解する見解として、山口厚『問題探究刑法各論』（有斐閣、1999）190頁、島田聡一郎「いわゆる『刑法上の所有権』について—財産犯における『刑事法と民事法の相関』の一断面—」現代刑事法6巻6号（2004）24頁。
- 23) 上嶋一高「重要論点刑法各論 第13回 横領罪（上）」法学教室295号（2005）118頁、橋爪隆「横領概念について」研修712号（2007）5頁、今井猛嘉ほか『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2013）222頁〔島田聡一郎〕、松原芳博「ロー・クラス 刑法各論の考え方—21 横領罪・その1」法学セミナー702号（2013）88頁等。

II 抵当権設定行為

1 抵当権が有効に成立する場合

(1) 問題の所在 自己所有不動産を売却し買主に所有権が移転した後でも²⁴⁾、所有権移転登記完了前であれば、売主は同一不動産に対して有効に抵当権を設定できる。登記上の所有名義が売主のままとなっている場合、当該不動産は横領罪における「自己の占有する他人の物」に当たることを前提に、抵当権が有効に成立する場合、どのような形で法益侵害が発生し、いかなる理由で横領行為に当たり、どの段階で既遂に至るかが問題となる。

(2) 判例および学説 判例は、売却後も所有権移転登記が行われず自己所有名義になっている不動産に抵当権を設定した行為について、横領行為該当性を肯定し、横領罪の成立を認めている²⁵⁾。

学説でも、判例と同様に、抵当権設定行為に横領行為該当性を認め横領罪が成立するという見解が多数である²⁶⁾。その理由付けについては、「抵当権を設定することは、所有者本人でなければならない、不動産の担保価値をほしいままに利用する行為であり、不法領得の意思の発現として十分である²⁷⁾」という横領行為の定義に該当するという観点、あるいは、「行為者は金融の利益を受けるとともに、被害者としては、被担保債権が弁済されない

24) なお、少なくとも金銭の授受や代金の大部分の支払いが済むまでは、実質的に保護に値するような所有権は買主には存在していないと解される。川崎友巳「判批」大谷實編『判例講義 刑法Ⅱ各論〔第2版〕』（悠々社、2011）82頁参照。

25) 最三小判昭和31年6月26日刑集10巻6号874頁、最二小判昭和34年3月13日刑集13巻3号310頁、東京高判昭和63年3月31日東高刑時報39巻1～4号7頁等。

26) 大塚仁『刑法各論（上）〔改訂版〕』（青林書院、1984）586頁、松原・前掲注23）92頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010）306頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、2018）266頁、高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2018）397頁、大谷・前掲注21）323頁等。

27) 藤木英雄『経済取引と犯罪』（有斐閣、1965）120頁等。

ときは、その物の換価処分を受けざるを得ず²⁸⁾ という抵当権の特徴である換価処分の観点などからなされてきた。もっとも、学説上、抵当権設定行為が横領行為の定義を充足することだけではなく、横領罪の法益侵害性を踏まえた理由付けがなされるに至っている。

(3) 所有権喪失のおそれについて 抵当権設定行為に横領罪の成立を認める理由付けの一つとして、弁済期に被担保債権が弁済されない場合、競売により所有権を失う可能性があることを挙げる見解がある²⁹⁾。

抵当権設定本登記まで完了した場合、被担保債権の履行が遅滞すると、抵当権者は、抵当権を実行することができる（民事執行法180条）。抵当権者は、抵当権設定本登記が記載された登記事項証明書を執行名義として提出し、抵当権の実行として不動産競売申立てを行うことができる（同法181条1項3号）。その競売手続において、買受人が代金を納付すると、所有権を取得する（同法79条）。その反面、所有者は所有権を喪失する。したがって、抵当権設定本登記が完了した場合、所有者の所有権を喪失するおそれがある³⁰⁾。

もっとも、判例上、抵当権者は未登記でも抵当権を実行できると解されている³¹⁾。未登記でも当事者間では抵当権は有効に成立しており、対抗要件としての登記を具備する必要はないからである。対抗要件としての登記を具備しない場合、抵当権者は対抗関係にある一般債権者に対して抵当権の優先弁済的効力を主張できず、優先的に配当を受けることができないという不利益

28) 本江威憲監修『民商法と交錯する経済犯罪Ⅰ』（立花書房、1994）269頁〔須藤純正〕。

29) 林・前掲注17) 87頁、鈴木左斗志「横領物の横領と共罰的事後行為—最高裁平成15年4月23日大法廷判決の検討—」判例タイムズ1207号（2006）54頁、大塚裕史『刑法各論の思考方法〔第3版〕』（早稲田経営出版、2010）272頁、松原・前掲注20) 186頁、佐伯仁志『刑法各論の考え方・楽しみ方 第17回 横領罪(2)』法学教室376号（2012）111頁、平山幹子「経済事件で学ぶ刑法 第4回 不動産取引と犯罪」法学教室394号（2013）108頁、田山聡美「盗んで、壊して、その手を上に——先行犯罪 vs. 後行犯罪①」高橋則夫ほか『財産犯バトルロイヤル——絶望しないための方法序説』（日本評論社、2017）117頁等。

30) なお、抵当権が設定された不動産が賃貸物件（収益物件）である場合、抵当権者は、担保不動産収益執行を申し立てることもできる。この場合、所有者は、所有権そのものではなく、所有権に基づく収益権能を喪失することになり、収益権能を喪失するおそれが認められる。

31) 最判昭和25年10月24日民集4巻10号488頁。

を受けるにとどまる。執行名義として抵当権設定本登記が記載された登記事項証明書提出が要求された理由は、抵当権の存在を証する文書の提出を求めたものであり³²⁾、抵当権者の対抗要件具備を求めたものではない。それゆえ、執行名義には、抵当権の存在を証する確定判決や公正証書謄本も挙げられている（同法181条1項1号・2号）。したがって、抵当権実行による所有権喪失のおそれという理由から考えた場合、対抗要件を具備し、対抗力という法的効力を獲得しなくても、抵当権を実行できるのであるから、対抗要件としての抵当権設定本登記を完了するまで既遂にならないという帰結を導くことはできないと考えられる。抵当権設定行為による場合も、売却行為と同様に、登記が対抗要件であることを理由として、横領罪の既遂時期を抵当権設定登記の完了時に求める見解が示されている³³⁾。しかし、上記のとおり、抵当権実行による所有権喪失のおそれは、対抗要件である登記を具備しなくても認められるのであるから、所有権喪失のおそれを理由とする見解は、既遂時期を抵当権設定本登記完了時に求める見解と直ちに結びつかないと考えられる。

民事執行法181条1項によると、私署証書により抵当権設定契約を締結した場合、そのままでは執行名義がなく抵当権を実行することはできない。もっとも、抵当権者は抵当権設定者に対して抵当権設定契約に基づく抵当権設定登記請求権を有しており、抵当権設定者が請求に応じなくても、提訴して請求認容判決を取得すれば、共同申請（不動産登記法60条）の例外として、所有者は判決に基づき単独で抵当権設定登記申請を行うことができる（同法63条1項）。したがって、私署証書を作成して抵当権設定契約を締結しただけの場合でも、抵当権者は、たとえ時間が掛かっても、確実に執行名義を取得して抵当権を実行することができるため、所有権喪失のおそれは既に発生していると解される。よって、所有権喪失のおそれを理由とした場合、私署証書により抵当権設定契約がなされた段階で、所有権喪失のおそれを認める

32) 浦野雄幸『条解民事執行法』（商事法務研究会、1985）806頁以下。

33) 高橋・前掲注26）398頁。

ことができ、理論的には、その時点で既遂になると解することができる³⁴⁾。

これに対して、より具体的な危険が発生した段階で初めて既遂になると解すれば、私署証書によって抵当権設定契約がなされた段階で既遂にはならず、執行名義となる抵当権設定本登記を完了した段階で既遂になるという考え方もありえよう。しかし、そのように考えても、抵当権設定仮登記の完了により初めて既遂になると解することはできないと思われる。抵当権設定仮登記が記載されている登記事項証明書は競売申立ての添付資料から除外されているため（民事執行法181条1項3号）、抵当権者がそれを提出しても競売手続は開始されない。したがって、抵当権設定仮登記を完了しても、所有権喪失のおそれは、私署証書により抵当権設定契約を締結した段階と変わらないからである。

(4) 処分権能の侵害について 抵当権設定行為が横領行為に当たることの理由として、所有権の処分権能が阻害ないし制約されることや不動産価格を低下させることを挙げる見解がある³⁵⁾。

抵当権は、目的物の交換価値を把握する権利である。抵当権設定本登記あるいは仮登記が完了している不動産でも、所有者の使用・収益・処分権能は法的に制限されないため、所有者は不動産を自由に使用・収益・処分できる。したがって、所有者は抵当権設定本登記が完了している不動産を自由に第三者に対して売却できる。もっとも、売却後、抵当権が実行され、買受人が代金を納付すると、第三者は所有権を喪失する。所有権を喪失する可能性がある不動産は、取引上、買い手から敬遠されるため、処分（売却）可能性は事実上制限され、処分権能は侵害されている。また、抵当権設定本登記が完了している不動産は、取引価格も低下する。不動産の取引価格とは不動産の交換価値と同義であるから、取引価格の低下は交換価値の毀損を意味する。不

34) なお、藤木英雄『総合判例研究叢書刑法(11)』（有斐閣、1958）66頁以下は、不法領得の意思が確定的なものとして外部に表現されたときには横領罪が成立するとの立場から、「登記を済ませなくとも現実には抵当権を設定し金融の利益を得た以上横領罪が成立するのは当然であろう」とする。

35) 大塚裕史・前掲注29) 272頁、松原・前掲注20) 186頁。

動産を適正な交換価値で処分できることも、所有権の処分権能に含まれると解される。したがって、抵当権設定本登記を完了することによって、所有者の処分権能は事実上侵害される³⁶⁾。

また、抵当権設定仮登記が完了している不動産を第三者に売却後、抵当権設定仮登記が本登記に移行されると、第三者が取得した所有権は抵当権に劣後し抵当権の負担を受ける。なぜなら、仮登記には順位保全の効力（不動産登記法106条）が認められており、本登記を具備した場合、本登記の順位は仮登記の順位によるからである。それゆえ、抵当権設定仮登記が完了しており抵当権を負担する可能性がある不動産は、所有権を喪失する可能性がある不動産として、取引上、抵当権設定本登記が完了している不動産と同等に扱われることから、処分（売却）可能性は事実上制限され、取引価格が低下する。したがって、抵当権設定仮登記を完了することによっても、所有者の処分権能は事実上侵害される。

不動産取引は、公示主義のもと、登記を基準として行われる。したがって、抵当権設定契約が締結されただけで、抵当権設定本登記も仮登記もなされていない不動産は、抵当権の負担のない不動産として取引されることになり、抵当権設定契約が存在しても、取引に影響を及ぼさないと考えられる。そのため、処分（売却）可能性が事実上制限されることはなく、取引価格も低下しない。したがって、抵当権設定契約を締結しただけでは、処分権能は事実上侵害されず、横領行為に当たらないと解される。

以上のとおり、処分権能の侵害を理由とした場合、抵当権設定本登記だけではなく、抵当権設定仮登記を完了した段階でも³⁷⁾、処分権能を事実上侵害するため、横領行為に該当し既遂に至ると解される。もっとも、本登記だけ

36) 西田・前掲注7) 12頁、川崎・前掲注24) 86頁。

37) 抵当権設定行為の既遂時期に仮登記まで含む見解として、山口・前掲注26) 306頁、品田智史「判批」阪大法学60巻2号(2010)414頁、平山・前掲注29) 109頁、前田雅英ほか編『条解刑法〔第3版〕』（弘文堂、2013）809頁、今井ほか・前掲注23) 239頁〔島田〕がある。なお、平山・前掲注29) 109頁は、仮登記がなされると、その者の権利が優先的に扱われることになる結果、その後に真の所有者が当該不動産を処分する際には、特段の対応が必要になり、その範囲で所有権者の権利は制約され、所有権が侵害されたと評価できると説明する。

でなく、仮登記も含まれていることから明らかなおり、処分権能の侵害を理由とした場合、対抗要件としての登記を要求するものではない。対抗要件である登記を具備することで対抗力という法的効力を獲得することによって処分権能を侵害するのではなく、抵当権の存在が登記により公示されることで不動産取引に与える事実上の影響力によって処分権能を事実上侵害すると考えられる。したがって、この考え方からは、登記が対抗要件であることを理由として、横領罪の既遂時期を抵当権設定登記の完了時に求める見解とは結び付かないと解される。抵当権が有効に成立したかを問わず、抵当権設定仮登記が完了した段階で横領行為に当たり既遂に至ると考えられる。なお、これまで抵当権が有効に成立する場合に横領罪の成立を認めてきた判例は、いずれも抵当権設定本登記まで完了した事案について判断したものであり、本登記を完了する前の行為について既遂に至ることを否定する趣旨まで含むものではないと解される。

所有権喪失のおそれを理由とする場合と処分権能の侵害を理由とする場合で既遂時期の理解は異なると解される以上、処分権能の侵害は所有権喪失のおそれと区別して理解すべきである³⁸⁾。

(5) 背任罪説について 抵当権設定行為について、原則として背任罪が成立することを示唆する裁判例として、最判平成15年の控訴審判決である東京高判平成13年3月22日³⁹⁾が存在する⁴⁰⁾。学説上も、原則として背任罪が成立するという見解がある⁴¹⁾。この見解は、①所有権の一部である交換価値を

38) 富高・前掲注19) 156頁は、所有権の実態である財物の使用・収益・処分といった機能を侵害する行為は最終的な所有権の喪失という危険を惹起しうるものでもありうるとするが、賛成できない。

39) 高刑集54巻1号13頁。

40) 同判決は、「不動産に対する抵当権設定は、これが交換価値のほぼ全部を把握するものでない限りは、横領罪ではなく背任罪を構成するものと解する方が、後行行為につき、更に背任罪や横領罪の成立を無理なく認めうるので、妥当のようにも思われる」と判示した(44頁以下)。

41) 内田幸隆「背任罪と横領罪の関係」早稲田法学会誌52巻(2002)49頁以下、宮川基「横領物の横領」東北学院大学論集63号(2004)116頁、浅田和茂「判批」平成15年度重要判例解説〔ジュリ臨増1269号〕(2004)169頁、齊藤信宰『新版刑法講義〔各論〕』(成文堂、2007)302頁、浅田・前掲注20)282頁。

侵害する抵当権設定行為について横領罪の成立を認めると現行法上不可罰である2項横領を処罰することになること⁴²⁾、②横領罪が他人の所有物を自己の物とする犯罪であることを前提に、抵当権の設定は使用・収益権が所有者にとどまり、かつ事実上の最終的処分ともいえないこと⁴³⁾などを理由としている。もっとも、背任罪説に対しては、横領罪の成立時期が遅くなりすぎる⁴⁴⁾、物の交換価値は所有権の内実そのものの1つである⁴⁵⁾などという批判がある。

抵当権は、目的物の交換価値を把握する権利である。抵当権設定後も、目的物の交換価値が被担保債権額を上回る限り、所有者は目的物の残余の交換価値を利用して後順位の抵当権を設定できる。そのため、抵当権が目的物の全交換価値を把握していない限り、抵当権設定行為により被担保債権額の限度で目的物の交換価値という利益のみが侵害され、所有者には目的物の利用可能性が残されているようにも思える。しかし、抵当権には不可分性が認められるため、抵当権は目的物全体に対して及ぶ⁴⁶⁾。抵当権者が把握した目的物の交換価値は、競売手続における目的物全部の売却の結果、売却代金に換価されることで実現される。抵当権者は被担保債権の限度で目的物の交換価値を侵害するのではなく、不動産全体の処分権能あるいは利用可能性を侵害するものであり、利益横領には当たらないと考えられる。したがって、抵当権設定行為は背任罪ではなく横領罪が成立するというべきである。

2 抵当権が有効に成立しない場合

(1) 問題の所在 抵当権が有効に成立する場合の上記議論は、抵当権が有効に成立しない場合にも妥当するか。所有者から預かっていた権利証等を利用して抵当権を設定する場合など、無権利者が他人の所有物に抵当権設定

42) 宮川・前掲注41) 116頁。

43) 浅田・前掲注41) 169頁。

44) 今井ほか・前掲注23) 242頁〔島田〕。

45) 平山・前掲注29) 108頁。

46) 道垣内弘人編『新注民法(6) 物権(3)』(有斐閣、2019) 755頁〔古積健三郎〕。

契約を締結しても抵当権は有効に成立しないと解される⁴⁷⁾ (以下「無権利型」という)。また、売却後、所有権移転登記未了の間に、抵当権設定契約を締結しても、虚偽表示 (民法94条1項) 等により無効または不存在である場合、あるいは、被担保債権の発生原因となる契約が無効であり被担保債権が発生しない場合、抵当権は有効に成立しないと解される⁴⁸⁾ (以下「無効型」という)。このように抵当権が有効に成立しない場合でも、横領罪が成立するかについて、法益侵害性と関連して問題となる。

(2) 判例および学説 大判明治43年は、被告人名義に仮装登記された土地に対して、被告人が抵当権を設定した行為について、横領罪の成立を認めた⁴⁹⁾。

最決平成21年は、金銭消費貸借契約及び抵当権設定契約が虚偽である不実の抵当権設定仮登記がなされた事案について、「仮登記を了した場合、それに基づいて本登記を経由することによって仮登記の後に登記された権利の変動に対し、当該仮登記に係る権利を優先して主張することができるようになり、これを前提として、不動産取引の実務において、仮登記があった場合にはその権利が確保されているものとして扱われるのが通常である。以上の点にかんがみると、不実とはいえ、本件仮登記を了したことは、不法領得の意思を実現する行為として十分であり、横領罪の成立を認めた原判断は正当である」と判示し、前述のとおり、不実の抵当権設定仮登記を了した行為に横領罪の成立を認めた。

同最決の控訴審判決である大阪高判平成20年11月7日⁵⁰⁾ および第一審判決である大阪地判平成20年も、横領罪の成立を認めた。すなわち、控訴審判決は、「領得行為が登記という形式で外部的にも明示された場合には、第三

47) 道垣内編・前掲注46) 663頁〔古積〕。

48) 道垣内弘人『担保物権法〔第4版〕』(有斐閣、2017) 130頁、道垣内編・前掲注46) 672頁〔古積〕。

49) ただし、「抵当権ヲ設定シテ該土地ヲ横領シタル」、「他ニ抵当ニ差入レ処分シタリ」(1747頁) という判決文からすると、抵当権設定行為に関する登記完了の有無は厳密には不明である (判決文の旧漢字は新漢字に置き換えた)。

50) 刑集63巻3号323頁。

者がその登記を前提に取引関係に入るなど、真の所有者の利益が害される可能性が高いのであって、その登記の原因となった領得行為が民事上無効であり、その結果当該登記が不実のものであったとしても、横領罪が成立するというべきである」と判示した。また、第一審判決である大阪地判平成20年は、「本件建物について抵当権設定仮登記や所有権移転仮登記をすることは、本来所有権者でなければできない行為であることが明らかであるところ、仮登記の直接的な効果が本登記がなされた場合の順位保全効にとどまるとはいえ、その本登記が登記義務者と登記権利者……の共同申請によって容易になしうることや、不動産登記実務において、仮登記自体が経済取引上極めて重要な役割を果たしていることなどを考慮すれば、それらの仮登記は、所有権者でなければできない『処分行為』に該当するというべきである。そして、本件建物に関する各仮登記は……いずれもその登記原因を欠く不実のものであり、民事上は無効といえるが、仮登記による実質的な法律的支配によって真の所有者……の権利が侵害されることも十分あり得るといえるから、被告人が本件建物について本件各仮登記を行ったことは、その2つを同時に処罰できるか否かしておくとしても、そのいずれもが横領罪所定の横領行為の要件を備えている」と判示した。上記両判決は、最決平成21年とは異なり、将来において所有権者が実際に当該所有権を法的に侵害される危険が生じることを理由とするものであると解される⁵¹⁾。

学説では、抵当権設定契約が無効であっても、仮登記を完了すると、不動産の財産的価値（交換価値）が低下することなどを理由として、横領罪が成立するという見解がある⁵²⁾。こうした見解の中でも、仮登記に至らない場合は、抵当権の実行による所有権侵害はありえないことを理由として、横領罪の成立を否定する見解が示されている⁵³⁾。これに対し、抵当権設定が虚偽で

51) 品田・前掲注37) 416頁。

52) 和田俊憲「判批」法学教室353号別冊付録判例セレクト2009 [I] (2010) 34頁、松原・前掲注20) 186頁、島田聡一郎「判批」ジュリスト1409号 (2010) 196頁、川崎・前掲注24) 84頁、平山・前掲注29) 110頁、大塚裕史・前掲注29) 275頁。

53) 大塚裕史・前掲注29) 274頁。

ある場合、抵当権は設定されていないため、仮登記が完了しても横領行為があったとはいえないとする見解がある⁵⁴⁾。

(3) 所有権喪失のおそれについて 抵当権が有効に成立しない場合でも、所有権喪失のおそれを理由として横領罪の成立を認めることができる。抵当権が有効に成立しない場合、抵当権者は、提訴しても抵当権の存在を認める確定判決や抵当権設定登記を命じる確定判決等の執行名義を取得することはできない。ただし、無権利型の場合、抵当権者は民法94条2項の類推適用等により保護される可能性がある。また、無効型の場合も、抵当権者から抵当権の譲渡を受けた転得者は民法94条2項により保護される可能性がある。これらの者が実際に保護を受けると、抵当権を取得するから、それを実行する可能性がある。そのため、所有権喪失のおそれを認めるという評価も可能であると考えられる。しかし、無権利型の場合、抵当権者が民法94条2項の類推適用の要件を満たすとは限らない。また、無効型の場合も、保護を受ける第三者が確実に出現するとは限らず、出現しても民法94条2項の適用要件を満たすとは限らない。それにもかかわらず、確実に保護されると考えて、所有権喪失のおそれを認めることが妥当といえるか疑問がある。したがって、抵当権が有効に成立しない場合は、有効に成立する場合と異なり、抵当権設定契約が締結されただけでは、所有権喪失のおそれはなく、横領行為に当たらないというべきである。

それでは、抵当権が有効に成立していないにもかかわらず抵当権設定本登記を完了した場合、所有権喪失のおそれがあり、横領行為に当たるといえるか。抵当権設定契約が無効である場合、所有者は執行抗告あるいは執行異議を申し立てることができる（民事執行法182条）。また、所有者は、抵当権不存確認の訴えや抵当権実行禁止の仮処分⁵⁵⁾の申立てという実行手続を阻止する手段がある。これにより競売手続の開始あるいは進行を阻止できるとすれば、所有権喪失のおそれは認められないとも思える。しかし、抵当権設定契

54) 松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』（成文堂、2018）288頁。

約が無効であることの証明は必ずしも容易ではなく、抵当権設定契約の無効または不存在という裁判所の判断を確実に獲得できるとは限らない。また、競売手続を阻止できなければ、抵当権が存在しても、競売手続において買受人が代金を支払うと所有権を取得し、その反面として所有者は所有権を喪失することになる（同法184条）。したがって、抵当権が有効に成立していなくても、抵当権設定本登記を完了した場合、所有権喪失のおそれは認められると解される。

抵当権設定仮登記を完了した場合については、抵当権が有効に成立する場合でさえ、抵当権設定仮登記では執行名義にはならず、抵当権を実行することはできない以上、抵当権が有効に成立していない場合でも、所有権喪失のおそれはないというべきである。なお、抵当権が有効に成立しない場合、抵当権者が確定判決等や公正証書の謄本を取得することはできないため、当該執行名義を取得して不動産競売申立てを行うことはできず、所有権喪失のおそれはない。

以上から、所有権喪失のおそれという理由から考えると、抵当権が有効に成立しない場合には、抵当権設定本登記を完了した場合に限って、横領行為に当たると考えられる。

(4) 処分権能の侵害について 抵当権が有効に成立する場合と同様に、抵当権が有効に成立しない場合も、抵当権設定契約が締結されただけでは、処分権能を事実上侵害したとはいえ、横領行為に該当しないと解される。

もっとも、抵当権が有効に成立しない場合でも、抵当権設定本登記あるいは仮登記が具備されると、抵当権が存在するものとして、登記により公示される。抵当権は有効に成立していない以上、この本登記あるいは仮登記は、法的に無効である。しかし、不動産取引は登記を基準として行われるから、抵当権が存在するものとして扱われる。そのため、抵当権が有効に成立したかどうかにかかわらず、抵当権設定本登記あるいは仮登記が完了している限り、不動産取引上、所有者は、抵当権が有効に成立した場合と同じ影響を受けることになり、処分（売却）可能性は事実上制限され、取引価格が低下す

る⁵⁵⁾。したがって、抵当権が有効に成立しない場合でも、抵当権設定本登記あるいは仮登記を完了した段階で、処分権能を事実上侵害し、横領行為に該当し既遂に至ると解される。

Ⅲ 不動産の売却行為

1 売却行為により所有権が移転する場合（二重売買の場合）

(1) 問題の所在 自己所有不動産を第一買主に売却した後でも、所有権移転登記完了前であれば、売主は同一不動産を第二買主に対して有効に売却できる。このような二重売買においても、登記上の所有名義が売主のままとなっている場合、当該不動産は横領罪における「自己の占有する他人の物」に当たる。このことを前提に、第二買主への売却行為により、どのような法益侵害が発生し、如何なる理由で横領行為に該当し、どの段階で既遂に至るかが問題となる。

(2) 判例および学説 判例上、二重売買の事案について、横領罪の成立が認められている⁵⁶⁾。学説上も、不動産の二重売買となる売却行為は、横領行為に当たると解している⁵⁷⁾。

(3) 考察 売却行為により二重売買となる場合、第二買主が所有権移転本登記を完了すると、第一買主は所有権を喪失し、所有権そのものを法的

55) 和田・前掲注52) 34頁、川崎・前掲注24) 84頁。和田・前掲注52) 34頁は「仮登記がある不動産は当該権利が確保されている前提で取り扱うのが取引実務だとすると、虚偽の抵当権設定であってもその仮登記がなされれば、建物所有者はそれを抹消しない限り以前と同じ処分（同価格での売却など）が行えなくなる。すなわち、権利の虚実にかかわらず、その仮登記をする行為は、特段の対応をしない限り従前と同様の処分ができない状態に所有者を陥れる処分権能侵害行為であり、それは抵当権設定とは別の所有権侵害行為である」とする。

56) 最三小判昭和30年12月26日刑集9巻14号3053頁、最二小決昭和33年10月8日刑集12巻14号323頁。

57) 大塚仁・前掲注26) 586頁、山口・前掲注26) 306頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（弘文堂、2012）174頁、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2015）154頁、西田・前掲注26) 266頁、高橋・前掲注26) 397頁、大谷・前掲注21) 323頁等。

に侵害することになるため、横領行為に当たり既遂になると解される。

それでは、第二買主が所有権移転仮登記を完了した場合でも、横領行為に当たるといえるか。第二買主が所有権移転仮登記を完了しても、第一買主が所有権移転本登記を完了すれば、第一買主は確定的に所有権を取得するため、所有権侵害は確定的に発生していないようにも思える。しかし、第一買主が所有権移転本登記を完了しても、第二買主の所有権移転仮登記は抹消されず残存する。仮登記には順位保全的効力（不動産登記法106条）が認められている。そのため、仮登記に基づき本登記がなされると、仮登記された権利と相容れない中間処分は失効することになり⁵⁸⁾、第一買主の所有権取得は失効する。所有権に関する仮登記に基づく本登記は、登記上の利害関係を有する第三者がいる場合には、その第三者の承諾がない限り、申請することができない。この登記上の利害関係を有する第三者には、所有権の仮登記後に所有権移転の登記を受けた第三者も含まれる。したがって、所有権移転本登記を完了した第一買主の承諾書が得られなければ、所有権移転仮登記を完了した第二買主は本登記申請を行うことができない。しかし、承諾書を得られない場合でも、第二買主が第一買主を被告として承諾請求訴訟を提起し、請求認容判決を取得すれば、本登記申請を行うことができる。そのため、第二買主が所有権移転仮登記を完了した段階で、第二買主は確実に所有権移転本登記を完了することができるから、第一買主は所有権を喪失する可能性がある。この意味で、所有権移転仮登記が完了している不動産は、取引上、敬遠される。そのため、所有権移転仮登記を完了した段階で、処分（売却）が困難になり、処分（売却）可能性が事実上制限され、取引価格も低下する⁵⁹⁾など、第一買主の処分権能は確定的に侵害されるため、横領行為に当たり既遂になるというべきである。登記完了時までは所有権に対する侵害はまだ具体化していないと考えられることを理由として、既遂時期には所有権移転本登記だ

58) 七戸克彦監修『条解不動産登記法』（弘文堂、2013）652頁以下〔赤松秀岳〕。

59) 今井ほか・前掲注23）239頁〔島田〕は、二重売買の場合について、「仮登記の場合であっても、順位保全効があり、不動産の価値も下がるため、横領罪としての当罰性が認められる」とする。

けではなく仮登記も含むという見解が示されていた⁶⁰⁾。この見解が指摘する所有権に対する侵害とは処分権能に対する事実上の侵害を意味するものと理解することも可能であり、当該見解は妥当であると考えられる。

従来、不動産の二重売買の場合、登記の移転が対抗要件とされており、移転登記完了により確定的に所有権侵害が生じることを理由として、登記の完了により既遂になるという見解が多数を占めていた⁶¹⁾。たしかに、対抗要件である本登記を完了することによって、初めて所有権喪失という侵害が発生する。しかし、保護法益には所有権の権能まで含まれると解されるところ、対抗要件ではない仮登記を完了した段階で、上述のとおり確定的に処分権能を侵害するため、対抗要件である本登記を完了した段階で初めて既遂に至ると考える必要はない。抵当権設定行為の場合と同様に、従前の判例は、第二買主が所有権移転登記まで完了した事案に関する判断であったため、必ずしも既遂時期を本登記に限定する趣旨まで含むものではないと解される。

不動産取引は公示主義のもと登記を基準として行われることから、売買契約が締結されても、所有権移転本登記も仮登記もなされていない不動産は、取引に影響を及ぼさないと考えられる。したがって、第二買主に対する売却の意思表示あるいは第二買主と売買契約を行った段階では、第一買主の処分権能は事実上侵害されることはないため、横領行為には当たらないというべきである。

これに対して、第二買主は売主に対して売買契約に基づく所有権移転登記請求権を有しており、売主が応じなくても訴訟を提起して請求認容判決を取得すれば第二買主は単独で判決に基づき所有権移転登記申請をすることができるから、売買契約を締結すれば第二買主は時間が掛かっても確実に抵当権を実行できることを理由として、所有権喪失のおそれはあるという考え方も

60) 本江・前掲注28) 230頁〔須藤〕。

61) 曾根威彦＝松原芳博『重点課題刑法各論』（成文堂、2008）171頁〔石井徹哉〕、山口・前掲注26) 306頁、大塚裕史・前掲注29) 270頁、高橋・前掲注26) 398頁等。なお、危険犯説に立った上で既遂時期を登記完了時とする見解として、佐伯・前掲注29) 110頁以下。

有り得る⁶²⁾。

2 売却行為により所有権が移転しない場合

(1) 問題の所在 所有者から預かっていた権利証等を利用して売却する場合など、無権利者が他人所有の不動産を売却する他人物売買の場合、売買契約自体は有効であるとしても、売主は所有権を有しない以上、売買契約により所有権は移転せず、所有者は所有権を喪失しない（無権利型）。また、第一買主に売却後、その者が所有権移転登記を完了する前に、売主が第二買主に売却しても、その売買契約が虚偽表示等により無効あるいは不存在である場合、所有権は第二買主に移転せず、第一買主は所有権を喪失しない（無効型）。このように売却行為により所有権が移転しない場合、二重売買にはならず、対抗関係は生じないため、売却行為により所有権が移転して二重売買になる場合と区別として、横領行為に当たるかを検討する。

(2) 学説 学説では、無権利型あるいは無効型の場合でも、横領罪の成立を認める見解がある⁶³⁾。その理由として、不法領得の意思の発現と認められる限り、その処分が有効かどうかを問わないことが挙げられている⁶⁴⁾。そして、この場合も、二重売買の場合と区別せず、既遂時期を登記の完了時点とする見解がある⁶⁵⁾。その理由として、意思表示の段階では所有権を失わせる危険性の程度が具体化しているとはいえないので、単なる売却の意思表示のみでは既遂に達しないことが挙げられている。これに対して、二重売買の場合は別として、不動産の売却一般について、既遂時期を登記の完了に求

62) 横領罪を所有権に対する危険犯と理解して、移転登記の完了までは必要ではないと解する見解として、橋爪・前掲注23) 10頁、和田俊憲「財産罪における所有権保護と所有権侵害」山口厚編『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2007）211頁。

63) 本江・前掲注28) 197頁〔須藤〕、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2015）433頁等。

64) 本江・前掲注28) 197頁〔須藤〕。

65) 大塚仁・前掲注26) 594頁、内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（青林書院、1997）371頁以下、曾根・前掲注57) 175頁、前田雅英『刑法各論講義〔第7版〕』（東京大学出版会、2020）280頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第13巻〔第2版〕』（青林書院、2000）374頁〔吉本徹也〕等。

めることに疑問を呈する見解が示されている⁶⁶⁾。また、最決平成21年の射程は、抵当権設定仮登記に留まらず所有権移転仮登記にも及ぶと解し⁶⁷⁾、不実の所有権移転仮登記に横領罪の成立を認める見解もある。

(3) 考 察 無権利型あるいは無効型の場合、買主（第二買主）が所有権移転本登記を完了しても、所有者は所有権を喪失しない。しかし、登記上は買主（第二買主）の所有となる以上、その所有権移転本登記を抹消するまで、所有者は不動産を処分（売却）できず、処分権能は事実上侵害される。したがって、無権利型あるいは無効型の場合でも、所有権移転本登記を完了した場合、横領行為に当たると解される。同様に、買主（第二買主）が所有権移転仮登記を完了した場合、処分権能は事実上侵害されるから、横領行為に当たると解される。

売却行為により所有権が移転する場合であっても、未登記である間は、第一買主の所有権に基づく利用可能性は事実上侵害されず、横領行為には当たらないと解する以上、売却行為により所有権が移転しない場合も、未登記である限り、横領行為には当たらないというべきである⁶⁸⁾。

なお、無権利型の場合、買主は民法94条2項の類推適用等により保護される可能性がある。また、無効型の場合も、第二買主から売却を受けた転得者は民法94条2項により保護される可能性がある。このような場合、保護を受ける者は所有権を取得する反面、所有者は所有権を喪失する可能性がある。そのため、無権利型あるいは無効型の場合でも、売買契約締結の時点で所有権喪失のおそれを認めるといふ評価も有り得る⁶⁹⁾。しかし、抵当権が有効に成立しない場合と同様に、無権利型における買主や無効型における転得者が

66) 中森・前掲注57) 154頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第13巻〔第3版〕』（青林書院、2018）607頁〔小倉哲浩〕。

67) 赤松亨太『判批』研修737号（2009）29頁、松原・前掲注20) 186頁、品田・前掲注37) 414頁。

68) 前田ほか編・前掲注37) 809頁は「仮装売買、すなわち、委託物の売却を仮装しただけでは、当該委託物の所有権に対して事実上の侵害は認められないから、横領罪は成立しない」とする。

69) 牧野英一『刑法各論（下）』（有斐閣、1955）798頁以下、藤木・前掲注34) 57頁、大塚仁・前掲注26) 587頁、大塚仁ほか編・前掲注65) 373頁〔吉本〕。

確実に保護されるとは限らない以上、可罰的な程度に所有権喪失の可能性を認めることができるのか疑問である。したがって、無権利型および無効型の場合、売買契約が締結されただけでは所有権喪失のおそれはなく、やはり横領行為に当たらないというべきである。

IV 動産の売却行為

1 問題の所在

売却行為により所有権が移転する場合（二重売買の場合）、自己が所有していた動産を第一買主に売却した後も、引渡し前であれば、第二買主に対して有効に売却することができる。第一買主への売却後も売主が動産を占有しており、当該動産は横領罪の「自己の占有する他人の物」に当たることを前提として、第二買主への売却行為が如何なる理由で「横領」に該当し、どの段階で既遂に至るかが問題となる。他方、売却行為により所有権が移転しない場合、所有者は所有権を喪失しない。すなわち、他人の所有物を無権利者が売却する動産の他人物売買の場合（無権利型）、あるいは、第二買主との売買契約が無効あるいは不存在である場合（無効型）、所有者は所有権を喪失しない。動産の売却行為により所有権が移転しない場合、売却行為により所有権が移転する場合と同様に扱ってよいか問題となる。

2 判例および学説

名古屋高判昭和29年2月25日⁷⁰⁾は、特定物である木炭を売却した後、現実の引渡しを行わないまま、これを占有保管中、更に売却したという二重売買の事案に関して、横領罪の成立を認めた。同判決中の「売り渡した」という判示に鑑み、第二買主に対する木炭の引渡しまで行われた事案であると思われる。

70) 判特33号72頁。

他方、動産の売却行為により所有権が移転しない場合として、大判大正2年6月12日⁷¹⁾は、被告人が業務上占有していた石炭のうち1万斤を売却した事案に関して、自己の占有する他人の動産を不法に売り渡そうとする行為がある場合、領得意思の実行があるから、相手方が買い受ける意思表示を待たずして、横領罪が成立する旨判示した。当該事案において被告人は石炭(動産)の所有権を有しておらず、所有権を有していたこともなかったと考えられるから、厳密には二重売買の事案ではなく他人物売買の事案であったと考えられる。

これに対して、大判昭和2年3月18日⁷²⁾は、自己の占有する他人の物を他に売却しても、売買が通謀による虚偽の意思表示である場合は、財物の領得または処分を対象とする詐欺もしくは横領罪を構成しない旨判示した⁷³⁾。

もっとも、大判明治42年8月31日⁷⁴⁾は、船の売買を仮装して引渡しまで行った事案について、「売買ハ横領ノ手段ニシテ真実ノ売買ニアラサルヲ以テ実体上所有権移転ノ効ナシト雖モ苟モ形式上其効アルニ於テハ横領ノ手段タルニ妨ケナク其実体上ノ効力ナキカ為メ横領罪ナシト云フヲ得ス」と判示して、横領罪の成立を認めた。

学説上、動産の売却行為も、不動産の売却行為と同様に、横領行為に当たると解されている。もっとも、既遂時期の理解は、不動産の場合と異なる。前出の大判大正2年6月12日を支持し、買主による買受けの意思表示を待たず、売却の意思表示をした時点とする見解がある⁷⁵⁾。その理由として、横領

71) 刑録19輯714頁。

72) 裁判例2刑27頁。

73) 引渡しには及んでいない事案であると思われる。大塚仁ほか編・前掲注66) 603頁〔小倉〕。

74) 刑録15輯1097頁。

75) 本江・前掲注28) 124頁、和田・前掲注62) 210頁、橋爪隆「横領行為の意義について」法学教室439号(2017) 84頁、高橋・前掲注26) 397頁。なお、和田・前掲注62) 210頁は、「動産の場合は、第2の売買契約について申込みの誘引をすれば不法領得の意思の発現行為は認められようが、少なくとも特定の買主に対する売却の意思表示をするまでは、実質的所有権侵害の具体的危険を肯定することはできないであろう」とする。これに対して、西田・前掲注26) 267頁は、「動産の売却の場合に、売却の意思表示で既遂とする判例のほうが検討を要すると思われる」とする。

罪を危険犯と理解した上で、第三者に対して売却の意思表示を行えば、相手方が買受けに応じ、現実には動産の引渡しが行われる危険性が認められるから、実際に現実の引渡しまで行われなくても、所有権に対する危険性の惹起を肯定できるという見解がある⁷⁶⁾。また、売買契約成立（買受けの意思表示）時点とする見解⁷⁷⁾、動産の対抗要件である引渡し時点とする見解がある⁷⁸⁾。そのほか、引渡し、あるいは少なくとも相手方の買受けの意思表示時点とする見解がある⁷⁹⁾。動産の売買契約が無効である場合も、学説上、横領罪の成立を認める見解が一般的であり、既遂時期については売買契約が有効である場合と特に区別されていない。

3 売却行為により所有権が移転する場合について

財物の利用可能性の侵害という観点から考察すると、不動産の二重売買の場合、第二買主が所有権移転仮登記を完了した時点で既遂に至ると解するとおり、対抗要件完了前でも既遂に至ると解するのであるから、動産の二重売買の場合でも、対抗要件としての引渡しを完了した段階で初めて既遂になると解する必要はないというべきである。

動産を第一買主に売却した後、引渡しを行わない売主は、委託信任関係に基づき動産を占有しているといえる。また、動産の売却を受けた第一買主は、売主に対して所有権に基づく返還請求権としての動産引渡請求を有している。しかし、売主が第二買主に対して売却の意思表示を行った場合、売主が委託信任関係を破る態度を示した以上、第一買主は売主を介して動産を利用することができない。また、第二買主に対して売却の意思表示を行った売主は、第一買主が動産の引渡請求権を行使しても、もはや請求に応じないと考えられ、第一買主は直ちに動産の引渡しを受けることができず、直ちに占有

76) 橋爪・前掲注75) 84頁。

77) 前田・前掲注65) 280頁。

78) 曾根=松原・前掲注61) 171頁〔石井〕。

79) 曾根・前掲注57) 175頁、松原芳博「ロー・クラス 刑法各論の考え方—22 横領罪・その2」法学セミナー703号(2013) 122頁。

を取得して利用することができない。したがって、売主が動産を売却する意思表示をした時点で、財物の利用可能性は事実上侵害されるため、横領行為に当たり既遂になると解される⁸⁰⁾。この点に関して、上記のとおり、危険犯と理解する見解も、売却の意思表示時点で既遂になることを肯定する。たしかに、相手方が買受けの意思表示に応じれば売買契約が成立し、相手方は売買契約に基づいて強制執行手続を利用してでも確実に動産の引渡しを受けることができる。しかし、そうだとした場合、相手方には諾否の自由があり、確実に買受けの意思表示を行うとは限らない以上、売却の意思表示の時点で所有権に対する危険を肯定することには疑問がある。

売却の意思表示後、第二買主が買受けの意思表示をすることで、売買契約締結行為まで行った場合、引渡しが未了である限り、第一買主は所有権を喪失しないとしても、売買契約締結に至った時点で、売却の意思表示を行った場合と同じ理由で、財物の利用可能性は事実上侵害されるため、横領行為に該当すると解される。

売買契約が有効である場合、第二買主が対抗要件である引渡し(民法178条)を受けた時点で、第一買主は所有権を喪失する。したがって、第二買主に対する引渡しまで行われた場合、第一買主の所有権そのものが法的に侵害されるため、横領行為に該当すると解される。

4 売却行為により所有権が移転しない場合について

財物の利用可能性の侵害という観点から考察すると、売却行為により所有権が移転しない場合も、売却の意思表示を行うことで、売主は委託信任関係

80) なお、受託者が預かった金銭を着服あるいは拐帯した場合、受託者は委託信任関係を破る態度を示した以上、所有者である委託者は受託者を介して金銭を利用することができない。また、着服あるいは拐帯した受託者は、委託者が金銭の引渡請求権を行使しても、もはや請求に応じないと考えられ、委託者は直ちに金銭の引渡しを受けることができず、直ちに金銭を取得して利用することができない。したがって、着服あるいは拐帯した時点で、財物の利用可能性は侵害されるため、横領行為に該当し既遂になると解される。そして、着服あるいは拐帯した後、受託者が金銭を費消した場合、金銭の所有権を喪失させて侵害したことになるから、別途、横領行為に当たると解される。

を破る態度を示したといえ、買主が動産の引渡請求権を行使しても、もはや請求に応じないと考えられ、買主は直ちに動産の引渡しを受けることができず、直ちに占有を取得して利用することができない。したがって、売却の意思表示の時点で、財物の利用可能性は事実上侵害され、横領行為に当たると解される。

売主が売買契約を締結する行為まで行った場合も、同様の理由により、売買契約締結行為の時点で、財物の利用可能性は事実上侵害されているといえ、横領行為に当たると解される。

もっとも、無効型には、売主が売却の意思表示をしても真意ではない場合が含まれる。こうした心裡留保の場合でも、意思表示は法的には有効であると解される（民法93条本文）。それゆえ、売却の意思表示が客観的には存在するため、財物の利用可能性は事実上侵害されており、客観的には横領行為に当たると考えられる。しかし、売却の意思表示が真意ではない以上、売却する意思がないのであるから、故意ないし不法領得の意思は認められず、横領罪は成立しないと解される。虚偽表示（民法94条1項）の場合も、相手方との通謀がある点で心裡留保と異なるとしても、売主による売却の意思表示は真意ではないという点で心裡留保と同じであるため、同様に横領罪は成立しないと解される。

売却行為により所有権が移転しない場合、買主（第二買主）が引渡しを受けても、所有者は所有権を喪失しない。しかし、買主（第二買主）が現実の引渡しを受けると、買主（第二買主）が直接占有者となるため、所有者の返還請求権の行使が事実上困難となり、財物の利用可能性を侵害することになる。したがって、現実の引渡しを行った段階で、横領行為に当たり、既遂になると解される。現実の引渡しが横領行為に当たる理由は、売却の意思表示あるいは売買契約締結行為が横領行為に当たる理由と異なる。売却の意思表示が真意ではない場合も、現実の引渡しまで行った場合、現実の引渡しを行うことを認識していることから、故意および不法領得の意思を認めることができ、横領罪が成立すると解される。

無権利型の場合における買主、および、無効型の場合における第二買主からの転得者は、即時取得（民法192条）の要件を満たす場合、所有権を取得する反面、所有者は所有権を喪失する。そのため、無権利型あるいは無効型の場合でも、即時取得を根拠として、所有権喪失のおそれを認めるという評価も不可能ではない⁸¹⁾。しかし、無権利型の場合に、買主が即時取得の要件を満たすとは限らない。また、無効型の場合も、転得者が確実に出現するとは限らず、出現しても要件を満たすとは限らない。したがって、即時取得により確実に保護されるとは限らない以上、所有権喪失のおそれを理由として横領行為に当たるといふべきではないと考えられる。

V 動産の質権設定行為

1 問題の所在

自己が所有していた動産を売却した後でも、引渡し前であれば、動産質権設定契約を締結して動産を引渡し、有効に動産質権を設定することができる。売却後も売主が動産を占有しており、当該動産は横領罪の「自己の占有する他人の物」に当たるとを前提として、動産質権設定行為が如何なる理由で横領行為に該当し、どの段階で既遂に至るかが問題となる。また、質権が有効に成立しない場合でも、上述の無権利型および無効型の区別に従い、横領行為に該当し既遂になるのかが問題になる。

2 判例および学説

大判大正11年2月23日⁸²⁾は、宿泊した温泉宿を去る際に宿料等の担保とする意思で預かっていた他人の軸物（動産）を差し置いた事案において、担保に供する意思を表示したものとして横領罪の成立を認めており、動産質権

81) 西田典之「判批」刑事法ジャーナル22号（2010）83頁。

82) 大刑集1巻69頁。

設定に関して担保供与の申込みがあれば既遂になると解している。学説上も、質入は横領行為に当たると解されている⁸³⁾。

3 質権が有効に成立する場合について

(1) 所有権喪失のおそれについて 動産質権の場合も、抵当権の場合と同様に、所有権喪失のおそれを理由として、横領行為該当性を説明することが考えられる。質権が有効に成立する場合、すなわち、質権設定契約が締結され、占有改定以外の方法⁸⁴⁾で動産が引き渡されることによって、質権の効力が発生する場合、動産質権者は、執行官に対して当該動産を提出することによって、動産の競売を開始できる（民事執行法190条1項1号）。競売手続において、買受人は代金を支払ったときに所有権を取得し（同法79条類推適用⁸⁵⁾）、執行官は買受人に動産を引き渡す（民事執行規則178条3項、同126条1項）。また、競売のほかにも、動産質権者には、簡易な弁済充当という実行方法も認められている（民法354条）。動産質権者は、債権の弁済を受けないときは、正当な理由がある場合に限り、鑑定人の評価に従い、質物をもって直ちに弁済に充てることを裁判所に請求することができる（民法354条前段）。債務者の陳述を聴いた上で裁判所が許可すると（非訟事件手続法93条）、鑑定額をもって質物を弁済に充当できる。そのため、簡易な弁済充当により、動産質権者は動産の所有権を取得する反面、所有者は所有権を喪失する。以上のとおり、動産質権が有効に成立すると、競売あるいは簡易な弁済充当により、所有者は所有権を喪失するおそれがある。

動産質権者が動産の引渡しを受けず、質権設定契約を締結したにとどまる場合、直ちに競売申立て、あるいは、簡易な弁済充当の申立てを行うことは

83) 大塚仁・前掲注26) 586頁、山口・前掲注26) 306頁、曾根・前掲注57) 174頁、中森・前掲注57) 154頁、西田・前掲注26) 266頁、高橋・前掲注26) 397頁、大谷・前掲注21) 323頁等。

84) 現実の引渡しである必要はなく、簡易の引渡し、あるいは指図による引渡しでも足りる（大判明治41年6月4日民録14輯658頁、大判昭和9年6月2日民集13巻931頁）。しかし、占有改定は、民法344条の引渡しに含まれないと解される。道垣内編・前掲注46) 479頁〔直井義典〕。

85) 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』（青林書院、2016）647頁。

できない。しかし、動産質権者は、質権設定者に対して質権設定契約に基づく動産引渡請求権を有しており⁸⁶⁾、質権設定者が請求に応じなくても、訴訟を提起して請求認容判決を取得すれば、強制執行により動産の引渡しを受けることができる。したがって、質権設定契約を締結しただけの場合でも、動産質権者は、時間が掛かっても確実に動産質権を実行することができるため、所有権喪失のおそれはあるといえる。

これに対して、質権設定者が質権設定の意思表示を行っただけの段階では、未だ質権設定契約は締結されていないため、質権者は強制的に引渡しを受けることはできず、所有権喪失のおそれはないと考えられる。

(2) 財物の利用可能性の侵害について 財物の利用可能性の侵害という観点から考察すると、動産の二重売買の場合と同様の理由から、売主が質権設定の意思表示をした時点で、横領行為に当たると解される。すなわち、売主が質権設定の意思表示を行った場合、売主は委託信任関係を破る態度を示した以上、買主は売主を介して動産を利用することができない。また、質権設定の意思表示を行った売主は、買主が動産の引渡請求権を行使しても、もはや請求に応じないと考えられ、買主は直ちに動産の引渡しを受けることができず、直ちに占有を取得して利用することができない。したがって、売主が質権設定の意思表示をした時点で、財物の利用可能性は事実上侵害されるため、横領行為に該当すると解される。

質権設定の意思表示後、動産質権者が承諾の意思表示をすることで、質権設定契約締結行為まで行った場合、質権設定契約締結に至った時点で、質権設定の意思表示を行った場合と同じ理由で、財物の利用可能性は事実上侵害されるため、横領行為に該当すると解される。

動産について現実の引渡しが行われると、質権の効力が発生して、動産質

86) 従来の民法上の通説は質権設定契約を要物契約であると解していた。しかし、現在の通説は、質権設定契約そのもので合意が成立し、質権の効力が引渡しにかかっていると理解している。鈴木祿弥『物権法講義〔5訂版〕』（創文社、2007）324頁、道垣内・前掲注48）85頁以下、道垣内編・前掲注46）478頁〔直井〕、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権〔第4版〕』（東京大学出版会、2020）590頁等。

権者に留置的効力（民法347条）が認められる。所有者が所有権に基づく返還請求権を行使しても動産の返還を受けることができず、財物の利用可能性は法的に侵害されるため、横領行為に該当すると解される。

4 質権が有効に成立しない場合について

(1) 所有権喪失のおそれについて 質権が有効に成立しない場合でも、動産の現実の引渡しを受けていれば、執行官に対して当該動産を提出することによって、動産の競売を開始できる（民事執行法190条1項1号）。しかし、質権設定契約が無効である場合、動産の所有者は質権の不存在を理由として執行異議（同法191条）を申し立てることができる。これにより所有者が競売手続の進行を阻止できるとすれば、所有権喪失の危険は認められないとも思える。しかし、質権設定契約が無効であることの証明は必ずしも容易ではなく、質権の不存在という裁判所の判断を確実に獲得できるとは限らない。したがって、質権が有効に成立していなくても、動産の現実の引渡しを完了した場合、所有権喪失のおそれは、なお認められると解される。

質権者が動産の現実の引渡しを受けておらず、質権設定契約も無効である場合、質権者は質権設定者に対して質権設定契約に基づく動産引渡請求権を有しない。そのため、動産の引渡しを受けることはできず、所有権喪失のおそれはないと考えられる。質権設定者が真意ではない質権設定の意思表示をしただけの段階も、もとより所有権喪失のおそれはないと考えられる。

無権利型の場合における質権者、および、無効型の場合における質権者からの転得者は、即時取得（民法192条）により保護される結果、質権を取得する反面、所有者は質権を負担する可能性がある⁸⁷⁾。そのため、無権利型あるいは無効型の場合でも、即時取得を根拠として、所有権喪失のおそれを認めるという評価も不可能ではない。しかし、動産の売却行為の場合と同様に、即時取得の要件を満たすとは限らず、即時取得により確実に保護されるとは限らない以上、所有権喪失の可能性を理由として横領行為に当たるといふべ

87) 道垣内編・前掲注46) 466頁〔直井〕。

きではないと考えられる。

(2) 財物の利用可能性の侵害について 財物の利用可能性の侵害という観点から考察すると、質権が有効に成立しない場合、動産の売却行為により所有権が移転しない場合と同じ処理になると解される。すなわち、質権設定の意思表示および質権設定契約締結行為は、財物の利用可能性を事実上侵害するため、横領行為に当たり、既遂になると解される。ただし、質権設定の意思表示が真意ではない場合、故意ないし不法領得の意思は認められないため、横領罪は成立しないと解される。

現実の引渡しまで行った場合、横領行為に当たり、既遂になると解される。なぜなら、質権が有効に成立しない場合、質権者が引渡しを受けても所有者は法的に質権の負担を受けないとしても、質権者が現実の引渡しを受けると、質権者が直接占有者となるため、所有者の返還請求権の行使が事実上困難となり、直ちに動産の引渡しを受けて利用することができず、財物の利用可能性を事実上侵害することになるからである。現実の引渡しまで行った場合は、たとえ質権設定の意思表示が真意ではなくても、故意および不法領得の意思を認めることができ、横領罪が成立すると解される。

VI 横領罪の成否および罪数関係について

1 横領行為に該当する理由の検討

(1) 抵当権設定行為について

(a) 所有権喪失のおそれという理由の検討 所有権喪失のおそれという理由から考えると、抵当権が有効に成立する場合、私署証書により抵当権設定契約を締結した時点、あるいは、執行名義となる抵当権設定本登記を完了した時点で、所有権喪失のおそれを肯定することが考えられる。しかし、抵当権設定仮登記を完了した時点で所有権喪失のおそれが発生すると解することは困難である。なぜなら、抵当権者が抵当権設定仮登記の記載された登記

事項証明書を出しても競売は開始されないからである。したがって、所有権喪失のおそれという理由からすると、抵当権設定仮登記を完了した時点で既遂になるという説明が理論的に困難である。

この点に関して、私署証書により抵当権設定契約を締結した時点で所有権喪失のおそれが発生すると考えた上で、政策的に既遂時期を登記完了時点で遅らせることにより、抵当権設定仮登記を完了した時点で既遂になると解することも考えられる。しかし、そのように考えたとしても、抵当権が有効に成立しない場合、抵当権設定契約を締結しただけで所有権喪失のおそれを認めることは困難であると考えられる。そうである以上、抵当権が有効に成立しない場合には、既遂時期を仮登記や本登記を完了した時点まで政策的に遅らせるという説明は困難である。

上述のとおり、抵当権者が抵当権設定仮登記の記載された登記事項証明書を出しても競売は開始されないから、抵当権が有効に成立しない場合でも、抵当権設定仮登記を完了しても所有権喪失のおそれは発生しない。したがって、抵当権が有効に成立しない場合、抵当権設定本登記を完了する場合のみ、所有権喪失のおそれを認めることができると解される。しかし、不実の抵当権設定仮登記を完了した行為に所有権喪失のおそれを認めないという結論は、その行為に横領罪の成立を認めた最決平成21年と整合しない。また、抵当権設定仮登記を完了した場合でも横領行為に当たらないと考えることは、処罰範囲が不当に狭くなり、妥当ではないと考えられる。したがって、抵当権設定行為が横領行為に当たることを説明するに当たり、所有権喪失のおそれという理由のみを援用すべきではないと考えられる。

(b) 処分権能の侵害という理由の検討 処分権能の侵害という理由から考えると、抵当権設定行為は、抵当権が有効に成立するか否かにかかわらず、仮登記あるいは本登記を完了した時点で、処分権能を事実上侵害するといえる。この結論は、仮登記あるいは本登記を完了した時点で既遂になることを理論的に説明することができる。また、最決平成21年の結論と整合するものである。したがって、処分権能の侵害という理由から抵当権設定行為が横領

行為に当たることを説明するべきである。

(2) 不動産の売却行為について

(a) 所有権喪失のおそれという理由の検討 所有権喪失のおそれという理由から考えると、売却行為により所有権が移転する二重売買の場合、第二買主が所有権移転本登記まで完了した時点で、第一買主は所有権を喪失するから、横領行為に当たると解される。第二買主が所有権移転仮登記を完了したにとどまる場合のほか、第二買主と売買契約を締結した段階でも、所有権喪失のおそれがあると解することができる。もっとも、売買契約を締結した段階で所有権喪失のおそれがあると考えた場合でも、既遂時期を政策的に登記完了時点に遅らせて、所有権移転仮登記を完了した時点で既遂になると解することもできる⁸⁸⁾。

他方、売却行為により所有権が移転しない場合、買主（第二買主）が所有権移転本登記まで完了しても、所有者は所有権を喪失しない。買主（第二買主）が所有権移転仮登記を完了した場合、所有者が所有権を喪失するおそれはない。売買契約の締結に留まる場合、民法上の第三者保護規定の適用を受ける可能性があるとしても、所有権喪失のおそれは認められないというべきである。このように考えると、売買契約により所有権が移転しない場合も、既遂時期を仮登記や本登記を完了した時点まで政策的に遅らせるという説明は困難である。不実の抵当権設定仮登記を完了した場合と同様に、不実の所有権移転仮登記を完了した場合でも横領行為に当たらないと考えることは、処罰範囲が不当に狭くなり、妥当ではないと考えられる。また、最決平成21年が不実の抵当権設定仮登記を了した行為に横領罪の成立を認めた中で、不実の所有権移転仮登記を了した行為に横領罪の成立を認めないことは不均衡であると考えられる。したがって、不動産の売却行為が横領行為に当たるとを説明するに当たり、所有権喪失のおそれという理由のみを援用すべきではない。

88) 橋爪・前掲注23) 10頁以下。

(b) 処分権能の侵害という理由の検討 処分権能の侵害という理由から考えると、売却行為により所有権が移転する二重売買の場合、第二買主が所有権移転本登記まで完了した時点で、第一買主は所有権を喪失するから、所有権そのものを法的に侵害したことを理由に横領行為に当たると解される。第二買主が所有権移転仮登記を完了した場合、所有権喪失の可能性があるため、取引上、敬遠され、第一買主の処分権能は事実上侵害される。したがって、処分権能が事実上侵害されるため、横領行為に当たると解される。

他方、売却行為により所有権が移転しない場合、買主（第二買主）が所有権移転本登記を完了しても、所有者は所有権を喪失しない。もっとも、買主（第二買主）が所有権移転本登記あるいは仮登記を完了することにより、処分権能は事実上侵害されるため、横領行為に当たると解される。

買主（第二買主）に対する売却の意思表示あるいは買主（第二買主）と売買契約を締結した段階では、登記がなされていない以上、所有者の処分権能は事実上侵害されていないため、売却行為により所有権が移転するかを問わず、横領行為に当たらないと解される。

以上の結論は、仮登記あるいは本登記を完了した時点で既遂になることを理論的に説明することができ、従前の判例で示されてきた結論も説明することができるため、売却行為についても処分権能の侵害という理由から横領行為に当たるとを説明すべきである。

(3) 動産の売却行為および質権設定行為について

(a) 所有権喪失のおそれという理由の検討 所有権喪失のおそれという理由から考えると、売買契約締結あるいは質権設定契約締結に至れば、所有権喪失のおそれがあり、横領行為に当たると解される。

しかし、動産の売却行為により所有権が移転する場合、売却の意思表示を行っただけでは、契約が成立するとは限らず、この時点では所有権喪失のおそれは認められないと解される。なぜなら、相手方には諾否の自由があり、相手方が承諾するとは限らないからである。有効な質権が成立する場合に、質権設定の意思表示を行った場合も同様である。これに対して、横領罪を危

危険犯と理解する見解は、意思表示の時点で危険の発生を認めており、異なる結論に立っている。

売却行為により所有権が移転しない場合および有効な質権が成立しない場合も、売却あるいは質権設定の意思表示を行った時点で所有権喪失のおそれを認めることは困難であると考えられる。しかし、この場合でも、横領罪を危険犯と理解する見解は、民法上の第三者保護規定により、この時点で所有権喪失のおそれを認めるという結論に立つものと考えられる。

横領罪を危険犯として理解する見解からすると、売却あるいは質権設定の意思表示によって発生する横領罪の保護法益に対する危険の内実の説明が重要となる中で、特に売却行為により所有権が移転しない場合および有効な質権が成立しない場合に関して、民法上の第三者保護規定の適用を踏まえた説明には、横領行為時に発生する危険の性質や程度等について、曖昧な部分が残されているように思われる。

したがって、動産の売却行為および質権設定行為が横領行為に当たることを説明するに当たり、所有権喪失のおそれという理由を援用すべきではないと考えられる。

(b) 財物の利用可能性の侵害という理由の検討 財物の利用可能性という理由から考えると、売却行為により所有権が移転するかを問わず、売却の意思表示により、財物の利用可能性が事実上侵害されるため、横領行為に当たると解される。また、質権設定行為についても、質権が有効に成立するかを問わず、同様の理由で、質権設定の意思表示は横領行為に当たると解される。したがって、所有権喪失のおそれという理由を採用しなくても、財物の利用可能性の侵害という理由から、買受けの意思表示を待たずに売却の意思表示が行われた段階で横領罪を成立させた前出の大判大正2年6月12日を説明することができる。よって、動産の売却行為および質権設定行為についても財物の利用可能性の侵害という理由から横領行為に当たるとを説明すべきである。

横領行為に該当し既遂になるという説明は、不動産の場合と動産の場合と

で異なる⁸⁹⁾。その理由は、不動産には登記制度が採用されており、不動産取引は登記を基準として行われるのに対して、動産には登記制度は採用されておらず、動産取引は事実状態を基準として行われるからであると考えられる。この理由から考えると、自動車、船舶、小型船舶、航空機など、登録制度が採用されている動産については、不動産と同様に、登録を基準とすべきとも考えられる。しかし、不動産とは異なり、動産である以上、所在を変更することができる。所在を変更することができる以上、財物の利用可能性を侵害することができる。そのため、財物の利用可能性の侵害を基準とすべきであり、登録による処分権能の侵害を基準とすべきではないと解する。したがって、不動産の場合に財物の利用可能性の侵害を考慮しない理由は、不動産の所在を変更できないことも影響していると考えられる。

2 最判平成15年の理論構成の理解について

以上の考察のとおり、抵当権設定行為は、処分権能を事実上侵害するため横領行為に当たると解すべきである。それでは、最判平成15年は、いかなる理論構成を採用したと理解すべきか。抵当権設定行為の法益侵害性に関する見解を踏まえつつ検討する。

(1) 全部横領として構成する見解 抵当権設定行為を全部横領と構成する見解は、所有権侵奪的不法処分のみが横領であるという理解を前提に、抵当権設定行為によって他人の不動産上の所有権が侵奪されるという説明を行う⁹⁰⁾。具体的には、抵当権相当部分の不動産の価値の横領にとどまるとしても、法的構成としては抵当権設定行為により当該委託物全体が領得されたと評価されるという説明を行う⁹¹⁾。この見解から最判平成15年を解明すると、最判平成15年は最判昭和31年のうち抵当権設定行為を不動産全体の所有権全部の侵奪である全部横領とする部分を維持する反面、不可罰的事後行為の法

89) 客体が動産か不動産かによって横領罪の既遂時期が異なる理由を説明する見解として、橋爪・前掲注75) 84頁、品田・前掲注37) 413頁。

90) 伊達・前掲注4) 175頁。

91) 曾根威彦「不可罰的事後行為の法的性格」研修668号(2004)12頁。

的性格および法律効果を変更し、共罰的事後行為と評価することによって、後行の所有権移転行為について横領罪を成立させたと理解することになる。このように理解した場合、最判平成15年が不可罰的事後行為一般について共罰的事後行為として構成するに至ったのかという意味で、共罰的事後行為として構成すべき事案の射程が問題になる⁹²⁾。

この見解は、観念的な所有権の1個性を強調して⁹³⁾、領得行為を一回限りで認めるものであると解される⁹⁴⁾。しかし、このような保護法益の理解には賛成できない。横領罪の保護法益は、すでに述べたとおり、観念的な所有権ではなく、所有権の権能として捉えるべきである⁹⁵⁾。抵当権設定行為による法益侵害の実態は、所有権の一権能のみを侵害すると解すべきである⁹⁶⁾。したがって、抵当権設定行為を全部横領と理解する見解は、妥当ではない。最判平成15年は、抵当権設定行為を全部横領と解していないというべきである。

(2) 危険犯として構成する見解　横領罪を危険犯として構成する見解は、横領後の横領に関して、横領行為は所有権を終局的に侵害する行為ではなく、所有権に対する危険性を惹起する行為であり、同一客体を繰り返し危険殆化することは十分に考えられると説明し、横領行為が行われた後、さらに同一客体に対する横領罪が成立する余地を認めている⁹⁷⁾。そして、横領罪を危険犯として理解するからこそ、いったん横領した財物をさらに横領する事態が生じうるのであるとする⁹⁸⁾。

しかし、すでに検討したとおり、抵当権設定行為が横領行為に当たることを説明するに当たり、所有権喪失のおそれという理由のみを援用すべきでは

92) 福崎・前掲注13) 288頁。

93) 伊東研祐「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第6版〕』(2008) 137頁。

94) 仲道祐樹「横領後の横領」松原芳博編『刑法の判例〔各論〕』(成文堂、2011) 167頁。

95) 所有権は、物に対する全面的支配権として、使用、収益、処分等の全ての権限を内包する「権利の束」とであると説明する見解として、富高・前掲注19) 155頁。同旨、山口厚ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』(岩波書店、2006) 262頁〔佐伯仁志〕、仲道・前掲注94) 171頁。

96) 同旨、山口ほか・前掲注95) 262頁〔佐伯〕、富高・前掲注19) 155頁以下、仲道・前掲注94) 172頁。

97) 橋爪・前掲注75) 92頁以下。

98) 橋爪・前掲注75) 85頁。

ない。また、危険犯として構成しなければ、適切な処罰範囲を画することができないのか疑問がある⁹⁹⁾。横領罪の保護法益に関して、所有権の権能あるいは財物の利用可能性まで含めて理解するのであれば、危険犯ではなく侵害犯と構成しても、処罰範囲が狭きに失することはなく、横領後の横領に関する説明に窮することもなく、処罰範囲を適切に画することができると解される。むしろ、横領罪の保護法益を所有権の権能あるいは財物の利用可能性と理解した上で、危険犯として構成すると、危険概念の不明確性も相俟って、処罰範囲が曖昧になり不当に拡大するおそれがあるように思われる。したがって、抵当権設定行為を危険犯と構成する見解も妥当ではない。

(3) 経済的価値を侵害する部分横領として構成する見解 抵当権設定行為を部分横領と理解する裁判例として、最判平成15年の第一審判決である横浜地川崎支判平成12年3月27日¹⁰⁰⁾がある。同判決は、先行の抵当権設定行為は土地が有する経済的価値のみを侵害する犯罪が成立するに留まるのに対して、後行の所有権移転行為は土地所有権（経済的価値を含め土地が有する価値の全て）を第三者に譲渡する行為であると解した上で、不可罰的事後行為であるという弁護人の主張を排斥し、後行行為は先行行為に対する違法評価に包含し尽くされていないことを理由に、後行行為に横領罪の成立を認めた。同判決の理論構成に対しては、賛成する見解¹⁰¹⁾と反対する見解¹⁰²⁾が示されている。

抵当権設定行為により、不動産の経済的価値を侵害するだけに留まらず、所有権の一機能である処分権能を事実上侵害すると解する¹⁰³⁾。したがって、経済的価値の侵害のみを捉えて部分横領として構成するべきではなく、最判平成15年も当該構成に立っていないというべきである。

99) 小林憲太郎「刑法判例と実務 一第35回 横領行為の周辺一」判例時報2380号(2018)139頁。

100) 刑集57巻4号477頁以下。

101) 佐久間達哉「判批」研修661号(2003)19頁。

102) 小川新二「判批」警察学論集56巻7号(2003)160頁。

103) 西田・前掲注7)12頁、西田・前掲注4)352頁以下、西田・前掲注81)81頁以下、川崎・前掲注24)86頁。

(4) 処分権能を侵害する部分横領として構成する見解　すでに述べたとおり、抵当権設定行為は、所有権の一機能である処分権能を事実上侵害する部分横領であると解するべきである。それゆえ、後行の所有権移転行為により、所有権そのものを喪失させることは、所有権全部を侵害する全部横領に当たり、新たな法益侵害が発生すると解する¹⁰⁴⁾。

共罰的事後行為に該当するためには、完成した犯罪に伴い発生した違法状態の中に通常含まれる行為に当たり、当該構成要件によって評価し尽くされている必要がある¹⁰⁵⁾。それゆえ、共罰的事後行為といえるためには、事前の状態犯に通常含まれている行為であり、新たな法益侵害が存在しないことを要すると解すべきである¹⁰⁶⁾。そして、同一法益の侵害であっても、既に加えられた程度を超えるとき、または損害を増大ないし深化させたときは、新たな法益侵害を発生させたと解すべきである¹⁰⁷⁾。したがって、後行の所有権移転行為により新たな法益侵害が発生する以上、後行行為は共罰的事後行為には該当することなく¹⁰⁸⁾、横領罪が成立すると解する¹⁰⁹⁾。

最判平成15年も、同様の見解に立っていると理解すべきである¹¹⁰⁾。最判平成15年は、抵当権設定行為を全部横領とする構成から、処分権能を事実上侵害することによる部分横領とする構成に変更したと解する。

104) 先行の抵当権設定行為後も所有者には保護される利益が残されており後行の所有権移転行為により新たな法益侵害を認める見解として、西田・前掲注7) 12頁、林・前掲注17) 87頁、山中・前掲注63) 440頁、仲道・前掲注94) 171頁、中森・前掲注57) 155頁。

105) 大谷實『刑法総論講義〔新版第5版〕』（成文堂、2019）484頁、川崎・前掲注24) 86頁。

106) 大谷・前掲注105) 484頁、川崎・前掲注24) 86頁。

107) 曾根・前掲注91) 10頁。

108) これに対して、西田・前掲注7) 11頁および西田・前掲注26) 267頁は、後行行為により所有権に対する新たな侵害を伴うとしたうえで、共罰的事後行為として構成する。新たな法益侵害を認める点は私見と同じでも、共罰的事後行為の定義を異にするため、共罰的事後行為に当たるか否かの結論が異なるものと考えられる。

109) 川崎・前掲注19) 86頁、大谷・前掲注21) 334頁。なお、委託信任関係については、先行の抵当権設定行為後も委託者が物を受託者に預けるという使用形態を選択し続けている限り、失われないと解される。伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007）213頁〔小林憲太郎〕、川崎・前掲注19) 86頁参照。そのほか、横領後の横領における委託信任関係についての検討については、小川・前掲注102) 158頁以下、橋爪・前掲注75) 93頁等参照。

110) 川崎・前掲注19) 86頁、大谷・前掲注21) 334頁。

3 大阪地判平成20年について

(1) 大阪地判平成20年の判示内容 最決平成21年の第一審判決である大阪地判平成20年は、「本件建物に関する各仮登記は、……その2つを同時に処罰できるか否かしておくとしても、そのいずれもが横領罪所定の横領行為の要件を備えている」、「当裁判所は、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」と判示した上、「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」と判示し、先行行為である不実の抵当権設定仮登記を了した行為のみに横領罪を成立させた。

(2) 学説 学説上、抵当権設定仮登記を了したことについて違法評価をした場合には、所有権移転仮登記を了したことについての違法評価を賄うことができるため、後行行為である所有権移転仮登記を了したことは不可罰的事後行為として処罰されない場合に当たると解する見解がある¹¹¹⁾。

(3) 考察 不可罰的あるいは共罰的事後行為該当性を検討する前提として、不実の抵当権設定仮登記および不実の所有権移転仮登記の完了による法益侵害性が明らかにされる必要がある。しかし、大阪地判平成20年および上記見解は、法益侵害性の内容を詳らかにしない。なぜ先行行為である不実の抵当権設定仮登記を了した行為によって後行行為である所有権移転仮登記を了した行為の違法評価まで賄われるのか不明であり、説明が尽くされていないと思われる。

すでに述べたとおり、大阪地判平成20年は、将来において所有権者が実際

111) 赤松・前掲注67) 27頁。

に当該所有権を法的に侵害される危険が生じることを理由として、不実の抵当権設定仮登記を了した行為が横領行為に当たるとしたものであると解される。このことから、大阪地判平成20年は、危険犯の構成に立ち、先行する不実の抵当権設定仮登記の完了により、所有権に対する危険が発生するとしても、後行する不実の所有権移転仮登記の完了により、それを超える所有権に対する危険は発生していないと解して、不可罰的ないし共罰的事後行為として処理したと理解することも可能であると考えられる。しかし、すでに検討したとおり、不実の抵当権設定仮登記および不実の所有権移転仮登記を完了した段階で、所有権喪失のおそれを肯定することは困難である。したがって、危険犯として構成すること自体が適切ではない。

私見からすると、先行する不実の抵当権設定仮登記を了したことにより処分権能が事実上侵害されることになり、同仮登記が抹消されないまま、後行する不実の所有権移転仮登記を了したことにより、処分権能が事実上さらに侵害されることになる。したがって、後行する不実の所有権移転仮登記を了した行為は、新たな法益侵害を発生させるものであるから、共罰的事後行為には当たらないと解される。

なお、大阪地判平成20年は検察官が先行行為と後行行為の双方を起訴した事案に関する判断であったため、検察官が後行行為のみを起訴した事案に関する判断であった最判平成15年とは事案が異なるという理解が示されている¹¹²⁾。大阪地判平成20年の事案と最判平成15年の事案は異なる以上、大阪地判平成20年の事案は最判平成15年の射程外であるといえる。大阪地判平成20年の事案は、先行後行両行為が横領罪に当たるとして起訴されたという点で、大判明治43年の事案と共通する。そのため、大阪地判平成20年の事案は、後行行為を不可罰的事後行為と解した大判明治43年の射程内にあると解される。最判平成15年の事案は大判明治43年の事案と異なる以上、最判平成15年の後も、大判明治43年の判断は先例としての価値を残しているとも考えられ

112) 赤松・前掲注67) 27頁、品田・前掲注37) 417頁以下。

る。実際、裁判所が大判明治43年のような処理をする余地は、最判平成15年によっても、なお残されているという見解もある¹¹³⁾。このように考えると、大阪地判平成20年の事案でも、後行行為は不可罰的事後行為であると解することになる。大阪地判平成20年が「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」と判示し、不可罰的事後行為に言及したことは、大判明治43年に配慮したものであると解される。もっとも、大阪地判平成20年は、共罰的事後行為にも言及した。このことは、後行行為に横領罪を成立させた最判平成15年の影響が大判明治43年に及ぶ可能性に配慮したものであると思われる。ここに最判平成15年の理論構成が明確ではないことの悪影響を見て取ることができる。

最判平成15年は、先行行為が横領行為に該当しても、後行行為により新たな法益侵害を発生させた場合には、後行行為は不可罰的事後行為にも共罰的事後行為にも当たらず、後行行為も横領行為に当たり横領罪が成立すると解したというべきである。そして、大判明治43年の事案では、先行の抵当権設定行為が横領行為に該当しても、後行の売却行為により新たな法益侵害を発生させている。したがって、最判平成15年によって、大判明治43年や大阪地判平成20年のように先行後行両行為が起訴された事案であっても、後行行為により新たな法益侵害を発生させた場合には、後行行為は不可罰的事後行為にも共罰的事後行為にも当たらず、後行行為に横領罪が成立するというべきである。そして、私見によると、大阪地判平成20年の事案では、すでに述べたとおり、後行する不実の所有権移転仮登記により、新たな法益侵害を発生させるものであった。したがって、大阪地判平成20年の事案では、後行行為は不可罰的事後行為にも共罰的事後行為にも当たらないと解して、横領罪を成立させるべきであった。よって、大阪地判平成20年は、支持できない¹¹⁴⁾。

113) 池田修=金山薫『新実例刑法〔各論〕』(青林書院、2011)173頁〔藤井敏明〕。

114) なお、大阪地判平成20年について、西田・前掲注81)82頁は、「平成15年大法廷判決によって判例変更されたのであるから、共罰的事後行為とすべきであったといえよう」とする。これに対して、前田・前掲注65)282頁は、必ずしも最判平成15年と矛盾するものではないとする。

4 罪数関係について

(1) 裁判例 先行行為に加え、後行行為にも横領罪を成立させた場合、両罪の罪数関係が問題になる。この問題について、最判平成15年は判断を留保した。大阪地判平成20年は、検察官が先行後行両行為にそれぞれ横領罪を適用し併合罪として起訴した点に関して、「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」を指摘して、「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」と判示した。同判決は、各横領罪が常に包括一罪となるものではなく、併合罪になる場合も有り得ると解している。

(2) 学説 学説では、罪数関係について、基本的には包括一罪であるとしながら併合罪になる余地を認める見解がある。たとえば、行為の連続性あるいは機会の同一性という包括一罪の根拠が認められない場合には併合罪になるという見解がある¹¹⁵⁾。また、客体の同一性、犯意の継続性、犯罪の時間的・場所的接着性などの観点から、包括一罪とするべきであるという見解もある¹¹⁶⁾。

これに対して、全く別個の機会に行われた場合であっても、併合罪ではなく包括一罪になるという見解がある¹¹⁷⁾。この見解は、その理由として、横

115) 鈴木・前掲注29) 55頁。そのほか、併合罪の余地を認める見解として、伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社、2011）222頁、小林・前掲注99) 139頁。

116) 西田・前掲注4) 355頁。

117) 橋爪・前掲注75) 93頁。

領行為は所有権を危殆化する行為であると理解した上で、横領罪の構成要件は所有権を完全に侵害する行為と危殆化するにすぎない行為を分けることなく、両者を同一の構成要件に包摂しているから、同罪の法定刑の評価において同一客体の所有権が完全に侵害される事態までが織り込まれていると解されることを挙げる¹¹⁸⁾。

(3) 考察 私見からすると、最判平成15年の事案では、先行の抵当権設定行為により所有権の一権能である処分権能を事実上侵害し、後行の所有権移転行為により所有権の全部を喪失させて侵害したという意味で、保護法益を新たに侵害したといえる。したがって、新たな法益侵害が発生する以上、共罰的事後行為としての包括一罪には当たらないというべきである¹¹⁹⁾。また、共罰的事前行為とは、同一法益に向けられた複数の行為が、目的・手段・原因・結果のように密接な関係にあり、軽い罪が重い罪と共に重い罪一罪として処断される場合であると解される¹²⁰⁾、先行の抵当権設定行為と後行の所有権移転行為は、同一法益である所有権に向けられた行為であるとしても、目的・手段あるいは原因・結果の関係は認められないと解されるため、共罰的事前行為としての包括一罪にも当たらないというべきである。もっとも、併合罪に当たるとすると、先行後行両行為により、処分権能の部分を重複して処罰することになると解される。それゆえ、先行する抵当権設定行為に成立した横領罪と後行の所有権移転行為に成立した横領罪を、一括して一罪とする狭義の包括一罪に当たるといえるべきである¹²¹⁾。したがって、同一客体の同一法益に対する横領行為である限り¹²²⁾、行為の連続性あるい

118) 橋爪・前掲注75) 93頁。

119) 川崎・前掲注24) 86頁。

120) 大谷・前掲注105) 483頁。

121) なお、富高・前掲注19) 161頁以下は、被害客体・被害法益が同一であること、同一不動産に対する不法行為として密接な関連性があることを指摘して、従来から認められてきた形態とは異なるものの、包括一罪として把握することが妥当であるとする。

122) なお、客体と委託信任関係の同一性が認められる限り、包括一罪に当たると解する見解として、山口ほか・前掲注95) 262頁 [佐伯]、佐伯・前掲注29) 111頁。

は機会の同一性が認められなくても、包括一罪に当たると解する¹²³⁾。

5 私見の整理

(1) 不動産を客体とする場合

(a) **抵当権設定行為** 抵当権が有効に成立したかを問わず、抵当権設定本登記あるいは仮登記を完了した段階で、処分権能は事実上侵害されるため、横領行為に該当し既遂になると解する。同一の抵当権設定行為に基づき、仮登記から本登記へと段階的に登記を完了する場合、本登記と同時に仮登記は抹消されるから、両登記は併存しない。そのため、先行する仮登記の完了によって処分権能が事実上侵害された後、後行する本登記の完了によって処分権能が事実上さらに侵害されることにはならないと考えられる。後行行為は、先行行為による違法評価に賄われるため、新たな法益侵害には当たらないと解する。したがって、共罰的事後行為に当たり、先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、包括一罪になると解する。

(b) **抵当権設定行為後の抵当権設定行為** 上記のとおり、抵当権が有効に成立したかを問わず、先行する抵当権設定本登記または仮登記の完了により、処分権能は事実上侵害されるため、横領行為に該当し既遂になると解する。

その後に行われた後順位の抵当権設定本登記または仮登記の完了により、抵当権が有効に成立したかを問わず、処分権能は事実上さらに侵害される。なぜなら、抵当権設定登記が1つだけ存在する不動産よりも、2つ存在する不動産の方が、より売却は困難となり、処分可能性は事実上制限され、取引価格も低下するからである。したがって、後行行為により新たな法益侵害が発生するため、共罰的事後行為には当たらないと解する。先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、同一客体の同一法益に対する侵害であるため、包括一罪になると解する。

123) 富高・前掲注19) 161頁以下、高橋・前掲注26) 401頁。ただし、高橋・前掲注26) 401頁は、第1行為は共罰的事前行為、第2行為は共罰的事後行為ということができるとする。

この点に関して、前出の東京地判昭和42年8月24日は、被告人が業務上保管中の不動産2筆のうち、1筆については自己の借金300万円を被担保債権とする抵当権設定登記を完了した後（先行行為）、自己の借金50万円を被担保債権とする上記抵当権者に対して更に根抵当権設定登記を行い（後行行為）、もう1筆については自己の借金100万円を被担保債権として根抵当権設定登記を完了した後（先行行為）、当該根抵当権者に対して自己の借金50万円を被担保債権として更に根抵当権設定登記を完了した（後行行為）という事実関係のもと、検察官が各不動産に関する先行後行両行為を共に業務上横領罪で起訴した事案に関して、「担保物件として提供したときに既に横領罪を構成しているものであり、これを更に担保に提供したとしても、新たに横領罪を構成することはないものといわなければならない」と判示し、各不動産に関する後行行為の根抵当権設定行為について横領罪の成立を否定した。しかし、上記検討のとおり、後行行為として後順位の抵当権設定登記がなされる限り、新たな法益侵害が発生したというべきであるから、当該判決は妥当ではない。

(c) 売却行為（所有権移転行為） 売却行為により所有権が移転する二重売買の場合、第二買主が所有権移転仮登記を完了した段階で、第一買主の処分権能は事実上侵害されるため、横領行為に該当し既遂になると解する。同一の売買契約に基づき、第二買主が仮登記から本登記へと段階的に登記を完了する場合、後行の所有権移転本登記を完了した段階で、第一買主の所有権そのものを喪失させて侵害する。したがって、後行行為により新たな法益侵害が発生するため、共罰的事後行為には当たらないと解する。先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、同一客体の同一法益に対する侵害であるため、包括一罪になると解する。

他方、売却行為により所有権が移転しない場合、買主（第二買主）が所有権移転仮登記を完了した段階で、所有者の処分権能は事実上侵害されるため、横領行為に該当し既遂になると解する。しかし、買主（第二買主）が後行の所有権移転本登記を完了しても、所有者は所有権を喪失しない。本登記と同

時に仮登記は抹消されるから、両登記は併存しない。そのため、先行する仮登記の完了によって処分権能が事実上侵害された後、後行する本登記の完了によって処分権能が事実上さらに侵害されることにはならない。後行行為は、先行行為による違法評価に賄われるため、新たな法益侵害には当たらないと解する。したがって、共罰的事後行為に当たり、先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、包括一罪になると解する。

(d) 抵当権設定行為後の売却行為（所有権移転行為） 抵当権が有効に成立したかを問わず、先行する抵当権設定本登記または仮登記の完了により処分権能が事実上侵害されるため、横領行為に該当し既遂になると解する。

そして、後行する所有権移転仮登記または本登記の完了により、売却行為により所有権が移転するかを問わず、新たな法益侵害が発生する。すなわち、後行する所有権移転仮登記の完了によって、売却行為により所有権が移転するかを問わず、処分権能が事実上さらに侵害される。なぜなら、抵当権設定本登記または仮登記に加えて、所有権移転仮登記も存在する不動産の方が、より売却は困難となり、処分可能性は事実上制限され、取引価格も低下するからである。したがって、後行行為により新たな法益侵害が発生する。売却行為により所有権が移転しない場合、後行の所有権移転本登記が完了すると、同じ理由で新たな法益侵害が発生する。これに対して、売却行為により所有権が移転する場合、後行の所有権移転本登記が完了することにより、所有権そのものを喪失させて侵害するため、新たな法益侵害が発生する。したがって、共罰的事後行為には当たらないと解する。先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、同一客体の同一法益に対する侵害であるため、包括一罪になると解する。

この点に関して、前出の東京高判昭和63年3月31日は、被告人の母が所有する不動産を売却後、所有権移転登記が未了であることを奇貨として、被告人とその母が共謀して、①被告人を債務者とする極度額5000万円の根抵当権設定登記を行い、②さらに別の者との間で1億円の借金の譲渡担保として所有権移転登記を行った日に上記根抵当権設定登記を抹消し、③さらに別の者

との間で1億8087万円での売買契約を締結し所有権移転登記を行った日に上記所有権移転登記を抹消したという事実関係のもと、検察官が③の所有権移転行為のみを横領罪で起訴した事案について、横領罪の成立を認めた原判決を破棄し、検察官が控訴審において予備的訴因として追加した①の根抵当権設定行為に横領罪を成立させた。すなわち、同判決は、①の行為が横領行為に当たることは明らかであるが、これによってもたらされた土地所有権に対する侵害状態はそのまま②と③の行為の当時まで継続しており、②と③の行為によって、その所有権が新たに侵害されるものではないから、これらの行為はいわゆる事後処分として、横領行為に当たらないものといわねばならない旨判示した。私見からすると、①の根抵当権設定登記完了により処分権能が事実上侵害され、同登記が抹消されると同時になされた②所有権移転登記（譲渡担保）により所有権そのものを喪失させて侵害したものであるから、後行為により新たな法益侵害が発生したといえ、共罰的事後行為には当たらず、横領罪の成立を認めるべきであった。また、③の所有権移転登記（売却）により、新たな法益侵害を生じさせたものではないから、共罰的事後行為に当たり、横領罪を成立させて包括一罪とするべきであった。したがって、②と③の行為に関して横領罪の成立を否定した当該判決は妥当ではない¹²⁴⁾。

(e) 売却行為（所有権移転行為）後の抵当権設定行為　売却行為により所有権が移転する二重売買の場合、先行行為として第二買主が所有権移転本登記を完了すると、第二買主は所有権を取得するため、第一買主は所有権を喪失する。

他方、売却行為により所有権が移転しない場合、先行行為として買主（第二買主）が所有権移転本登記を完了すると、所有者の処分権能が事実上侵害される。売主は、買主（第二買主）の所有名義となった不動産に抵当権設定行為を行うことはできない。先行行為にのみ横領罪が成立する。

124) これに対して、本判決を妥当と評価する見解として、大谷實「判批」法学セミナー412号(1989)135頁。

売却行為により所有権が移転するかを問わず、先行行為として買主（第二買主）が所有権移転仮登記を完了すると、所有者の処分権能が事実上侵害される。後行行為として抵当権設定本登記または仮登記がなされると、抵当権が有効に成立するかを問わず、処分権能は事実上さらに侵害される。したがって、後行行為により新たな法益侵害が発生するため、共罰的事後行為には当たらないと解する。先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、同一客体の同一法益に対する侵害であるため、包括一罪になると解する。

(2) 動産を客体とする場合

(a) 売却行為（所有権移転行為） 先行行為として動産の売却の意思表示を行った段階で、財物の利用可能性が事実上侵害され、横領行為に該当し既遂になると解する。後行行為として売却の意思表示を重ねて行った場合、その行為自体で財物の利用可能性を事実上侵害するとしても、新たな法益侵害には当たらないと解する。したがって、共罰的事後行為に当たり、先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、包括一罪になると解する。

売却の意思表示後、買主（第二買主）が買受けの意思表示をすることで、売買契約締結行為まで行った場合、引渡しが無了である限り、所有者は所有権を喪失しないとしても、売買契約締結行為に至った時点で、所有権に基づく財物の利用可能性は事実上侵害されるため、横領行為に該当すると解する。もっとも、後行の売買契約締結行為は、売却の意思表示により発生した違法状態に通常含まれている行為であり、法益侵害が発生するとしても、新たな法益侵害には当たらないと解する。したがって、共罰的事後行為に当たり、先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、包括一罪になると解する。

後行行為として動産の引渡しまで行った場合、売却行為により所有権が移転するかを問わず、新たな法益侵害が発生する。すなわち、売却行為により所有権が移転する二重売買の場合、第二買主が対抗要件である引渡し（民法178条）を受けた時点で、第一買主の所有権を喪失させて法的に侵害することになるから、新たな法益侵害が発生する。他方、売却行為により所有権が移転しない場合、現実の引渡しにより、動産の占有が買主（第二買主）に移

転すると、財物の利用可能性は事実上さらに侵害されることになるから、新たな法益侵害が発生する。したがって、共罰的事後行為には当たらないと解する。先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、同一客体の同一法益に対する侵害であるため、包括一罪になると解する。

前出の名古屋高判昭和29年2月25日は、第二買主に対する引渡しまで行われた事案であると考えられるところ、私見からすると、売却の意思表示を行った段階で横領行為に該当し、引渡しを完了した段階でも横領行為に該当し、共罰的事後行為には当たらず、後行の引渡し行為にも横領罪が成立し、包括一罪になると考えられる。したがって、前出の名古屋高判昭和29年2月25日は、妥当である。

ただし、売却行為が真意に基づかない場合、動産の売却の意思表示や売買契約締結行為を行っただけでは、財物の利用可能性は侵害されず、横領罪は成立しないと解する。故意あるいは不法領得の意思を欠くと考えられるからである。もっとも、この場合も、動産の現実の引渡しまで行くと、動産の占有が買主（第二買主）に移転することになり、財物の利用可能性は事実上侵害されることになるため、横領行為に当たる。私見からすると、前出の大判昭和2年3月18日は、動産の現実の引渡しまで行われず、通謀虚偽表示により売買契約が締結されただけの事案において、横領罪の成立を否定したものであり、妥当である。また、前出の大判明治42年8月31日は、売買を仮装しただけでなく、動産の引渡しまで行った事案において、横領罪の成立を肯定したものであり、妥当である。

(b) **質権設定行為** 先行行為として質権設定の意思表示を行い、後行行為として質権設定の意思表示を重ねて行った場合、売却行為の場合と同じ結論になると解する。すなわち、共罰的事後行為に当たり、先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、包括一罪になると解する。

質権設定の意思表示の後、動産質権者が承諾の意思表示をすることで、質権設定契約が成立した場合、引渡し未了の段階では、質権は法的に効力を発生しておらず、動産の所在も変わっていない。そのため、所有権に基づく利

用可能性を事実上さらに侵害することにはならないと解する。質権設定契約成立（承諾の意思表示）は、質権設定の意思表示により発生した違法状態に通常含まれている行為であり、法益侵害が発生するとしても新たな法益侵害には当たらないと解する。したがって、共罰的事後行為に当たり、先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、包括一罪になると解する。

後行行為として引渡しまで行った場合、質権が有効に成立するかを問わず、新たな法益侵害が発生する。すなわち、質権が有効に成立する場合、質権の効力が発生して、動産質権者に留置的効力（民法347条）が認められ、所有者が所有権に基づく返還請求権を行使しても動産の返還を受けることができず、所有権に基づく利用可能性は法的に侵害されることになるため、新たな法益侵害が発生する。他方、質権が有効に成立しなくても、現実の引渡しにより、動産の占有が質権設定契約の相手方に移転すると、財物の利用可能性は事実上さらに侵害されることになるため、新たな法益侵害が発生する。したがって、共罰的事後行為には当たらないと解する。先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、包括一罪になると解する。

質権設定行為が真意に基づかない場合、質権設定の意思表示や質権設定契約締結行為を行っただけでは横領罪は成立しないとしても、動産の現実の引渡しまで行くと横領行為に当たることについては、前述した売却行為の場合と同じである。

(c) 売却行為後の質権設定行為　先行行為として売却の意思表示あるいは売買契約締結行為を行い、後行行為として質権設定の意思表示あるいは質権設定契約締結行為を行った場合、後行行為自体で財物の利用可能性を事実上侵害するとしても、新たな法益侵害には当たらない。したがって、共罰的事後行為に当たり、先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、包括一罪になると解する。

先行行為として売却の意思表示あるいは売買契約締結行為を行い、後行行為として質権設定契約の相手方に対して引渡しまで行った場合、質権が有効に成立するかを問わず、新たな法益侵害が発生する。すなわち、有効な質権

が成立する場合、質権の効力が発生して、動産質権者に留置的効力（民法347条）が認められ、所有者が所有権に基づく返還請求権を行使しても動産の返還を受けることができず、所有権に基づく利用可能性は法的に侵害されることになるから、新たな法益侵害が発生する。他方、有効な質権が成立しない場合、現実の引渡しにより、動産の占有が質権設定契約の相手方に移転すると、財物の利用可能性は事実上さらに侵害されることになるから、新たな法益侵害が発生する。したがって、共罰的事後行為には当たらないと解する。先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、同一客体の同一法益に対する侵害であるため、包括一罪になると解する。

先行行為として買主（第二買主）に対する動産の現実の引渡しまで行われると、売主は動産の占有を喪失するため、後行行為として質権設定行為を行っても、横領罪は成立しないと解される。

(d) 質権設定行為後の売却行為 先行行為として質権設定の意思表示あるいは質権設定契約締結行為を行い、後行行為として売却の意思表示あるいは売買契約締結行為を行った場合、後行行為自体で財物の利用可能性を事実上侵害するとしても、新たな法益侵害には当たらない。したがって、共罰的事後行為に当たり、先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し包括一罪になると解する。

先行行為として質権設定の意思表示あるいは質権設定契約締結行為を行い、後行行為として買主（第二買主）に対して引渡しまで行った場合、所有権が有効に移転するかを問わず、新たな法益侵害が発生する。すなわち、売却行為により所有権が移転する二重売買の場合、買主が対抗要件である引渡し（民法178条）を受けた時点で、所有者の所有権を喪失させて法的に侵害することになるから、新たな法益侵害が発生する。他方、売却行為により所有権が移転しない場合、現実の引渡しにより、動産の占有が買主（第二買主）に移転すると、財物の利用可能性は事実上さらに侵害されることになるから、新たな法益侵害が発生する。したがって、共罰的事後行為には当たらないと解する。先行行為のほか後行行為にも横領罪が成立し、同一客体の同一法益

に対する侵害であるため、包括一罪になると解する。

先行行為として質権設定契約の相手方に対する動産の現実の引渡しまで行われると、占有者は動産の占有を喪失するため、後行行為として売却行為を行っても、横領罪は成立しないと解される。

Ⅶ むすびに代えて

横領後の横領は、刑事法の問題であるとともに、民事法も関連する交錯領域の問題である。横領罪の保護法益や罪質を踏まえた法益侵害性の理解と併せて、民事法上の規律も関係する。しかし、従来の刑法学上の議論では、民事法上の規律について、必ずしも十分な注意が払われていなかったように思われる。

本稿は、横領罪の保護法益を所有権の権能あるいは財物の利用可能性であると解した上で、民事法上の規律を踏まえて、抵当権設定行為は処分権能を侵害すること、不動産の売却行為は所有権あるいは処分権能を侵害すること、動産の質権設定行為および売却行為は財物の利用可能性を侵害することを理由として、横領行為に当たると解した。

もっとも、判例の採用する横領行為の定義からすると、判例が侵害犯としての構成を受容するものであるのか判然としない部分がある。すなわち、判例は、領得行為説の立場から、横領行為を不法領得の意思の発現行為と定義し¹²⁵⁾、既遂時期を不法領得の意思の発現と認められる外部的行為が行われた時点と解している¹²⁶⁾。このような定義と法益侵害性との関係は、必ずしも明らかではない。しかし、領得行為説に立ったとしても法益侵害性は必要であり、法益侵害性を考慮せずに不法領得の意思の発現行為といえるだけで横領行為に当たると判断すべきではない¹²⁷⁾。判例が採用する横領行為の定

125) 大判大正6年7月14日刑録23輯886頁。

126) 最二小判昭和27年10月17日集刑68号361頁。

127) 橋爪・前掲注23) 6頁。

義は、客観的な限定に欠き、法益侵害性との関係が明瞭ではないという問題を抱えている¹²⁸⁾。

横領行為の法益侵害性が不明確なままでは、抵当権設定行為や売却行為等による法益侵害の実態を解明できない。最判平成15年は潜在的に法益侵害性を考慮していると考えられるとしても、そうした考慮が顕在化されなければ、最判平成15年の理論構成や射程も曖昧となり、法的安定性の低下を招くことになる。このような事態を避けるべく、今後の判例において、最判平成15年では示されなかった抵当権設定行為や売却行為の法益侵害性について、明示的に判断されることが望まれる。こうした判断を導き出すためにも、横領行為の再定義を視野に入れて、学説において横領罪の法益侵害性に関する議論が一層深められることが望まれる。

128) 大谷實「横領の罪における『横領』について」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第3巻『現代社会と刑事法』(成文堂、2000) 7頁以下、橋爪・前掲注23) 3頁等。