

刑法 第2問

1、甲の罪責について

- (1) Aに売却した土地をBとの間で売買契約を締結した甲の行為について、Bに対する横領罪（252条1項）が成立しないか。

ア、まず、「自己の占有」とは、横領罪が委託信任関係に背いて領得する罪であることから、濫用のおそれのある支配力が重要であり、法律上の占有も含むと解する。

本問では、甲は、Aに登記を移転する前にBと売買契約を締結しており、未だ登記という法律上の占有を有する。よって、「自己の占有」はあるといえる。

イ、次に、「他人の物」といえるかは、刑法的保護の必要性から判断すべきである。

本問では、Aは契約締結のみならず甲に代金全額を支払っており、Aの土地所有権は刑法上保護されるべきであるから、「他人の物」といえる。

ウ、また、「占有」には委託信任関係が必要と解する。なぜなら、横領罪が占有離脱物横領罪より重く処罰される根拠は委託信任関係に背く点にあるからである。

本問では、甲は、登記をAに移転するまで保存する義務を有しており、甲の「占有」は甲A間の委託信任関係に基づくものといえる。

エ、そして、「横領」とは、横領罪が委託信任関係に背いて領得する罪であることから、不法領得の意思を実現する一切の行為をいい、その内容は委託信任関係に背いて権限がないのに所有者のように振舞うことをいうと解する。

もっとも、不動産の売買については、登記前には翻意することが可能であるから、登記により不法領得の意思の実現が確定し既遂に達すると解する。

本問では、甲は、Aとの間の登記保存義務に基づく委託信任関係に背いて、権限がないのに土地についてBと売買契約を締結するという所有者のような振舞いをした。

しかし、登記移転手続前に売買契約が解除されており、不法領得の意思の実現は確定しておらず、既遂に達していない。

オ、よって、甲の売買契約の締結行為は、横領未遂であり、これを罰する条文がない以上、不可罰である。

- (2) 次に、甲は、Aに対する売却の事実を告げずにBと売買契約したことから、Bに対する詐欺罪（246条1項）が成立しないか。

甲は、売却の事実を告げないという不作為の欺罔行為によりBを錯誤に陥らせBから売買代金を受け取り処分行為をさせた。

さらに、詐欺罪は財産犯であるから財産的損害が必要なところ、Bは登記をAより先に受けてしまえば財産的損害がないことになる。

しかし、Bは結局売買契約を解除した。これにより代金の使用収益処分機能は、甲に支払われ戻ってくるまでの間侵害されており、Bに財産的損害があるといえる。

よって、甲に詐欺罪が成立する。

- (3) また、Cに対して抵当権を設定した行為は、甲の「占有する」Aという「他人の物」を権限なくして所有者のように振舞い抵当権を設定し「横領」した。よって、甲に横領罪（252条1項）が成立する。
- (4) Cは登記により抵当権をAに対抗でき（民法177条）、財産的損害はないから、Cに対する詐欺罪（246条1項）は成立しない。
- (5) さらに、乙に売却した行為について横領罪（252条1項）が成立しないか。

たしかに、Cへの抵当権設定により一度横領罪が成立している以上、乙への売却は不可罰的事後行為とも思える。しかし、抵当権と異なり、乙への売却は土地の所有権の帰属を侵害しており、新たな法益侵害といえるので、不可罰的事後行為とはならないと解する。

よって、甲に横領罪が成立する。

- (6) また、登記により財産的損害は生じないので、乙に対する詐欺罪（246条1項）は成立しない。
- (7) 以上より、甲には、Bに対する詐欺罪（246条1項）、Cへの抵当権設定による横領罪（252条1項）、乙への売却による横領罪（252条1項）が成立し、これらは一個の行為でもなく目的・手段の関係にもないので、併合罪（45条）となる。

2、乙の罪責について

- (1) 乙がこれまでの事情を知らずながら土地を買い受けた行為について、盗品等の罪は成立しない。なぜなら不動産の横領は登記により既遂に達するが、売買の時点では未だ未遂だからである。
- (2) では、乙は、甲がAの土地を乙に売却した行為を共同で行ったとして、横領罪の共同正犯（252条1項、65条、60条）が成立しないか。ア、事情を知る乙が単純悪意の場合には、民法上保護される（民法177条）ことから、これを刑法上処罰すべきでない。

よって、乙は不可罰である。

イ、これに対して、乙が背信的悪意者である場合には、177条で保護されず、刑法上も保護に値しない。

そして、横領罪は真正身分犯であるところ、文言を素直に解し、65条1項が適用される。

また、「共犯」には、非身分者も身分者とともに法益侵害が可能であるから、共同正犯も含むと解する。

よって、この場合には、乙に横領罪の共同正犯（252条1項、65条1項、60条）が成立する。

以上