

第1 甲の罪責

1(1) 甲が本件土地をBに売却した行為につき横領罪(刑法(以下、法文名略)252条1項)が成立するか。

(2) まず、本件における横領罪の実行の着手時期については、刑法252条1項が未遂の処罰規定を置いていないことから、Aが二重譲渡を対抗される所有権の喪失時を着手時期とするのは相当ではなく、甲がBに対して売却の意思を表示した時点と考える。

そして、同罪の成立要件は、①自己の占有する他人の物を、②横領することである。

(3)ア まず、本件土地が甲にとって「他人の物」といえるかが問題となる。

イ 民法上では、特約のない限り、売買契約成立の時点で直ちに所有権が移転するというのが通説であるところ、刑法においても当該通説を採用すると、未だ委任者の財産的損害が発生していない場合にも犯罪が成立しかねず、処罰範囲が過度に広がることとなる。そこで、刑法上においては、代金の支払いがあってはじめて買主は所有権者として保護されると考えるべきである。

ウ 本件では、所有権移転時期に関する特約が存在するわけでもなく、Aは代金の8割という大部分を支払っていることから、すでに本件土地の所有権はAに移転しているといえる。

エ よって、本件土地は「他人の物」にあたる。

(4)ア 次に、「横領」とは不法領得の意思を発現する一切の行為のことをいう。この「不法領得の意思」とは、他人の物の占有者が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する意思である。

イ 本件の場合、甲は、本件土地を売却したAに対して、所有権移転手続を完了させるという委託信任関係を負っていたにもかかわらず、すでに他人の物である本件土地を、あたかも自己所有物のようにBに売却している。これは、不法領得の意思の発現行為として、「横領」にあたる。

(5) また、所有権移転登記が完了していないことを奇貨として売却していることから、当該構成要件該当事実に対する認識・認容があるといえ、故意も認められる。

(6) したがって、甲がBに売却した行為につき、横領罪が成立する。

2(1) 甲がAに売却したことを秘して、Bにも本件土地を売却した行為につき、詐欺未遂罪(246条1項・250条)が成立するか。

(2) まず、実行行為とは、構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為をいう。本件の場合、甲はAとの売買を伏せてBに購入を持ち掛けていたことから、同罪の構成要件的结果発生が生ずる現実的危険性があったといえ、実行に着手したものとみられる。

そして、同罪の成立要件は、①欺罔行為、②錯誤、③交付・処分行為の存在、④財産的損害の発生である。

(3) 本件では、Aとの売買契約が事前に締結されていたとしても、Bは自身が対抗要件を備えれば、未だ本件土地の所有権を確定的に自身に帰属させる状況にあったことから、甲との売買契約締結時点で財産的損害が発生したということとはできない(④不充足)。

(4) よって、甲の当該行為は詐欺未遂罪が成立するとどまる。

3(1) 甲が本件土地にC銀行のために抵当権を設定した行為につき、横領罪が成立するか。

(2)ア ここで甲は、A に対して、抵当権の付されていない本件土地を売買したにもかかわらず、C のために抵当権を設定しているが、これは A との委託信任関係に反するかが問題となる。

イ 本件では、本件土地が一度 B へ売却されており、A との委託信任関係が消滅しているようにも思えるが、A はこのことに未だ気づいておらず、A から見た委託信任関係は継続しており、当該関係は保護するに値するといえる。

ウ よって、甲が当該関係に反して行った行為は、不法領得の意思を実現するものとして、「横領」にあたる。

(3) したがって、甲が行った C のために抵当権を設定した行為にも横領罪が成立する。

4(1) その後、甲は乙に本件土地を売却したことにつき、横領罪が成立するか。

(2) その際、甲は乙に対して所有権移転登記を完了させていることから、このことにより A は確定的に所有権を喪失し、甲の行為は当然に「横領」にあたるとして同罪が成立するよように思える。

(3) もっとも、C に対する抵当権設定行為(第 1 行為)が横領となるときに、その後の乙への売却行為(第 2 行為)が不可罰的事後行為になるかが問題となるところ、判例によれば、別々に成立した犯罪として起訴することも可能である。また、両罪の成立を認め、罪数上で柔軟に処理することも別段、可能ではある。

(4) よって、本件の場合、乙への売却行為にも横領罪が成立するといえる。

5 罪数

甲には B への売却についての横領罪と C への抵当権設定についての横領罪、そして乙への売却についての横領罪のそれぞれが成立し、これらは包括一罪となる。また、B への詐欺未遂罪との関係は併合罪(45 条)となる。

第 2 乙の罪責

1 乙は、甲から本件土地を買い受けているが、これにつき共同正犯(60 条)とならないか。

2 確かに本件では、売買という共同実行の事実が存在し、共同正犯が成立しそうにも思える。もっとも、民法では所有権の帰趨は対抗要件の具備によって決するため、乙のような第 2 譲受人の行為は、別段、第 1 譲受人への背信的意図を有しない限りにおいて、自由競争の範囲内といえる。つまり、過度な処罰の謙抑のために刑法もこれに倣うべきとも考えられる。

また、A の所有権に関する主張は、甲との委託信任関係に基づいてなされるものであるが、これを譲り受けた乙の間には何ら保護すべき委託信任関係が未だ存在せず、乙が背信的意図を有するなどの特段の事情のない限り、相対的な取り扱いをすべきとも考えられる。

3 よって、乙には、同罪について甲との共同正犯は成立しない。

以上