The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	不実の抵当権設定仮登記と横領罪 : 最決平成二一年三月二六日刑集六三巻三号二九一頁
Author(s)	品田, 智史
Citation	阪大法学. 2010, 60(2), p. 173-185
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55004
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

判例研究

不実の抵当権設定仮登記と横領罪

――最決平成二一年三月二六日刑集六三巻三号二九一頁――

品田智史

〔事実の概要〕

被告人は、病院や大学の買収を手掛けるA社の実質的代表者であったものである。被告人は、医療法人E会理事長Fほか二名と共謀の上、A社及び医療法人B会の二者間、並びに、A、破産者C破産管財人弁護士D及びB会の三者間の各裁判上の和解（以下「本件和解」という。）に基づき、A社からD、そしてB会と順次譲渡された本件建物及びその敷地である本件土地に設定されていた本件地上権の各登記簿上の名義人が、いずれもA社であることを奇貨とし、その各登記簿上にE会を登記権利者とする不実の抵当権設定及び権利移転の仮登記をすることにより、前記D及び本件建物で病院を経営していたB会から原状回復に藉口して解決金を得ようと企て、①AがE会から五億円を借り受ける金銭消費貸借契約を締結し、その担保として本件建物等に係る抵当権設定契約を締結した、という虚偽の事実を登記原因とする本件建物及びその敷地に設定されていた本件地上権に係る各抵当権設定仮登記の登記申請書等関係書類を提出し、登記官にその旨の記録をさせ、その各記録を閲覧できる状態にさせ、②その数日後、前記金銭消費貸借契約と、その担保として本件建物等に係る譲渡担保契約を締結した、という虚偽の事実を登記原因とする本件建物及び本件地上権に係る移転仮登記の登記申請書等関係書類を提出し、登記官に、その旨の記録をさせ、その各記録を閲覧できる状態にさせた。

被告人は、①②それぞれにつき、電磁的公正証書原本不実記録罪（刑法一五七条一項）、同供用罪（刑法一五八条一項）、

横領罪（刑法二五二条一項）で起訴された。

第一審は、①につき電磁的公正証書原本不実記録罪、同供用罪、横領罪の成立を認め、②につき電磁的公正証書原本不実記録罪、同供用罪の成立を認めた（懲役一年六月、執行猶予五年）。①の横領罪について、「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。……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であるB会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、その二つを同時に処罰できるか否かさておくとしても、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」とした。また、②につき横領罪の成立を認めなかった点については、「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わずか一一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も併せ考えれば、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」と判示している。

第二審も、第一審の判断を是認し、被告人の控訴を棄却した。横領とされたのが不実の抵当権設定仮登記であった点につ

いては、「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」とした。

弁護人が判例違反であると指摘した、大判昭和二年三月一八日裁判例（二）刑二七頁については、登記等の存在しない動産に関する事案であって、事案を異にするというほかなく採用できないとし、また、横領罪が成立するのであれば、電磁的公正証書原本不実記録罪は成立しないとして主張した東京高判昭和二七年三月二九日高裁特報二九号一〇二頁については、抵当権設定自体は有効であるというものであって、これも抵当権設定契約自体が存在していない本件とは事案を異にするのであって、採用できないとした。

さらに、不実電磁的公正証書原本不実記載、同供用と横領が牽連犯の関係にあるとした一審判決の罪数処理について、供用と横領が手段結果の関係にあるということはできないが、少なくとも不実電磁的公正証書原本供用罪と横領罪は観念的競合に当たるというべきであるから、この点の一審判決の法令適用の誤りは、判決に影響を及ぼさないとした。

被告人はこれに対して上告し、上告趣意において、本登記とは異なり、仮登記には順位保全の効力があるだけであるから、横領罪は成立しない、本件仮登記を了したことは電磁的公正証書原本不実記録罪及び同供用罪に当たるとする一方で、横領罪にも当たるとしているのは自己矛盾である、などと主張した。

〔決定要旨〕

上告棄却

「本件仮登記の登記原因とされたAとE会との間の金銭消費貸借契約及び抵当権設定契約は虚偽であり、本件仮登記は不実であるから、電磁的公正証書原本不実記録罪及び同供用罪が成立することは明らかである。そして、被告人は、本件和解により所有権がB会に移転した本件建物を同会のために預かり保管していたところ、共犯者らと共謀の上、金銭的利益を得ようとして本件仮登記を了したものである。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。また、このような場合に、同罪と上記電磁的公正証書原本不実記録罪及び同供用罪が併せて成立することは、何ら不合理ではないというべきである（なお、本件仮登記による不実記録電磁的公正証書原本供用罪と横領罪とは観念的競合の関係に立つと解するのが相当である）。」

〔評　釈〕

一　はじめに

本件は、現実には存在しない金銭消費貸借契約と抵当権設定契約を登記原因として、不実の抵当権設定仮登記を登記官に行わせた行為が、横領罪、電磁的公正証書原本不実記録、同供用罪に問われた事案である。[1] 現実には存在しない登記原因に基づいて仮登記を設定し、閲覧させることが、電磁的公正証書原本不実記録、同供用罪に該当することに問題はない。[2] 中心的な争点となったのは、横領罪の成否、具体的には、不実の抵当権設定仮登記が横領罪にいう「横領」に該当するのかである。また、第一審は、いわゆる横領後の横領の問題についても判示しているので、後に検討する。

二　不実の仮登記の設定と「横領」

（1）「横領」概念を巡る判例・学説

「横領」の意義については、周知の通り越権行為説と領得行為説の対立がある。少数説である越権行為説は、物の受託者が権限を超え、委託の趣旨に反する行為をすれば横領だとする。[3] 他方、多数説である領得行為説は、不法領得の意思を実現する行為、若しくは、不法領得の意思の発現が横領であるとする。[4] 領得行為説に立てば、委託の趣旨に反した権限逸脱行為であっても、不法領得の意思がない限り横領罪にはならない。

判例も領得行為説に立つ。[5] ただし、判例は不法領得の意思の内容につき、「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志〔ママ〕をいう」[6] としている。他方、窃盗罪に

おける不法領得の意思については、「権利者を排除し、他人の物を自己の所有物として、その経済的用法に従い利用処分する意思」[7]としており、両者を比較すれば、横領罪における不法領得の意思として、「経済的用法に従い利用処分する意思」（利用処分意思）を要求していないように見える[8]。実際、判例は、隠匿行為にも横領罪の成立を認めている[9]。利用処分意思を要求しない場合、横領罪が器物損壊罪より重い根拠を説明できない、また、毀棄・隠匿を処罰する点で実質的に越権行為説に接近するなどと批判を受けている[10]。学説では、利用処分意思を要求する見解が多数である[11]。

（2）　仮登記と横領

本件で問題とされた行為は、抵当権設定の仮登記である。上告趣意において、仮登記は順位保全効しかないことから横領とはいえないと主張された。不動産の処分行為が横領罪として問題になる場合、売却の意思表示や契約の締結では足りず、登記が具備された段階ではじめて横領罪が成立すると一般に解されている[12]。その理由は、未登記の状態では、所有者が登記を完了して処分行為の相手方に対抗し得る余地が残されているから（民法一七七条参照）、この段階で所有権が確定的に相手方に移転したとはいえないということによる[13]。もっとも、動産の場合には対抗要件である引渡しに至らずとも処分の意思表示の時点で横領罪が成立するとされていることからすれば、登記が対抗要件でありそれによって物権変動は実質的に確定するということ以外に、文字通り「動くことができない」という不動産の特殊性[14]、及び、そのような不動産について観念的な処分をある種表象するものとしての不動産登記制度の機能自体も考慮されているものと思われる。

他方、仮登記は、権利の保全のために行われる登記であって、本登記のように対抗要件となるわけではない。しかし、仮登記は順位保全効（不登法一〇六条）を持ち、仮登記に基づいて本登記をすれば、当該本登記の順位は仮登記の順位になる。同一の不動産について登記した権利の順位は登記の前後による（不登法四条一項）から、結局仮登記の順位が決定的になる。したがって、仮登記は物権の対抗問題において重要な役割を有しており、その機能は事実上本登記と異ならない。最高裁の「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」という判示も同趣旨であるといえる。本件

決定についての評釈も、この点に反対するものは見られない。

以上のような理由づけからすれば、所有権移転の仮登記についても本決定の射程は及ぶものと考えられる。[15] また、本件とは異なる適法な登記原因に基づく仮登記についても横領罪が成立するものと解される。

（3）「不実」の仮登記と横領

ただし、本件では、登記原因である金銭消費貸借契約、抵当権設定契約の存在自体がなく、[16] 本件仮登記は無効なものであった。このように、原因行為である抵当権設定自体が不存在、若しくは無効である場合、仮登記は不動産の売却や担保設定などの対抗要件の具備による権利の（事実上の）確定的な移転という形では機能しない。むしろ、不実の登記により、抵当権それ自体ではなく、抵当権が設定されているという外観のみが作り出されることになる。[17] その意味で、本件は、適法な登記原因に基づく不動産の処分事例とは基本的に異なる形態であり、その内容について検討する必要があるであろう。

最高裁が本件仮登記に横領が成立するとした理由付けは、①「金銭的利益を得ようとして本件仮登記を了した」という点と、②（2）で述べた「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」という点である。もっとも、後者は、仮登記であっても本登記の場合と同様に横領罪が成立することの理由付けであり、仮登記が不実であることと横領罪の成否との関係についての理由にはならないであろう。[18]

では、①の「金銭的利益を得ようとした」という点はどうであろうか。この点、最高裁は、横領罪の「不法領得の意思」についても利用処分意思を要求する立場に立ち、同意思の存在を認定したものとも評価されうる。[19] 他方、判例は本人の利益のための行為であれば横領罪の成立を否定していることに鑑みれば、[20] ①の理由は、本人の利益を図る目的ではないということを裏から規定したものであるとも読むことも可能であろう。

横領罪における不法領得の意思の内容として利用処分意思を要求する立場に立つ場合、本件のように仮登記の抹消と引き換えに解決金をとるという考え方が「利用処分意思」といえるかは、検討する余地はある。すなわち、ここで被告人が利用しているのはあくまで登記（制度）に過ぎず、建物の取得自体は目的としていないともいえるからである。判例は、基本的に利用処分意思を広く認める傾向にあるが、一定の限界として、犯行の対象とされた財物それ自体についての利用・処分の

意思を必要としているものと解される。[21] この点、解決金は、抵当権の仮登記を抹消する対価であって、仮登記によって被告人が事実上掌握した建物の処分権能を具体化したものであるという理解がある。[22] しかし、そのように解したとしても、とりわけ本件が不実の仮登記を了しただけで建物に関する実際の処分が存在しない事案であることに鑑みれば、建物自体の直接的な利用といっていいのか疑問が残る。

不実の仮登記がより問題になるのは、実体的な権利の変動なしに、不動産に抵当権設定がなされているという外観を作出したことのみをもって、「所有者のように振る舞う意思」があるのか、若しくは、客観的に横領罪として処罰するに足る所有権侵害を備えたといえるのかという点である。

原審で持ち出された大判昭和二年三月一八日大審院裁判例（二）刑二七頁は、自己の占有する他人の動産を虚偽の意思表示により売却する意思を示した事案であるが、「〔本件売買契約は〕当事者間通謀ニ係ル虚偽ノ意思表示ナルコト……ニ依リ右担保物件ヲ処分又ハ領得シタルモノト云ウヲ得ザルヲ以テ被告ガ右虚偽ノ意思表示ヲ為シタルコトハ未ダ以テ財物ノ領得又ハ処分ヲ対象トスル詐欺若シクハ横領罪ヲ成立セシムルニ足ラザルナリ」として、横領罪の成立が否定された。他方、大判昭和二二年二月一二日刑集二六巻二頁は、「他人ノ物ノ占有者ガ第三者ニ対シテ不法ニ其物ヲ売渡ソウトスル意思表示ヲ為シタ場合ハ、他人ノ物ヲ不法ニ自己ニ領得スル意思ヲ発現シタモノニ外ナラナイ」としている。

二つの判例だけを見れば、処分行為が虚偽かどうかが決定的な違いであるようにも思われるが、他方で、判例の中には、虚偽、無効の行為であっても横領罪を問題なく認めている事案がある。すなわち、大判大正七年九月二五日刑録二四巻一二二三頁は、被告人甲が本人から委託されて預かり保管中の動産数点について、被告人乙と共謀して、被告人乙の所有物として競売に付した事案である。判決は、「苟クモ自己ノ占有スル他人ノ物ニ付キ不法領得ノ意思ヲ表象スル行為アル以上ハ、横領罪ヲ構成スルモノニシテ其行為ガ所有権移転其他何等効果ヲ生ゼズ従テ法律上所有者ノ権利行使ニ障碍ヲ興フルコトナシト謂モ該犯罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ボスベキモノニアラズ」としている。また、名古屋高判昭和三〇年八月二五日刑裁特二巻一八号九一〇頁は、X社の代表取締役である被告人が、Y組合に対する債務の担保としてX所有の機械器具を譲渡担保とし、引き続き占有していたところ、Zに対する債務の担保として、当該器具を含めて工場抵当法により抵当権を設定してその登記をしたことが横領罪に問われた事案である。原審が、工場抵当法による抵当権の効力は、譲渡担保に付した器具

には及ばないから横領罪は成立しないとしたのに対し、「財物の処分行為が私法上有効であるか無効であるかは問わず、不正領得の意思が発現されていれば横領罪は成立する」と判示した。東京高判昭和三四年二月九日東時一〇巻二号一〇一頁も、手形債務の負担が実際にはないのに約束手形を振り出しその担保として自己が占有する土地建物を譲渡することを約し所有権移転請求権保全仮登記を行った事案につき、法律行為が無効であるとしても不法領得の意思の発現により横領罪は成立するとしている。

以上の判例を見ると、客体や処分行為に差異はあるものの、次のような基準が見出される。すなわち、競売に付したり、登記を了したりなどといった外形的な処分行為が対外的になされた以上は、当該行為の有効無効にかかわらず横領罪は成立するというものである。本件は、原因行為自体が不存在若しくは通謀虚偽表示として無効であるものの、仮登記という外形的な処分行為が既になされている事案であるため、横領罪が成立するとした本決定の結論は従来の判例の立場からは問題がないことになる。無効の行為によっても横領罪が成立する理由としては、法律上無効の横領行為によっても、所有者の処分権能を事実上掌握すること、及び、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ということが挙げられている。[23] 本件第一審及び原審では、後者の理由に基づいていると解される。[24]

後者の理由、すなわち所有権侵害の危険のみを理由に横領罪を肯定する場合、外形的な行為のない昭和二年判決のような事例についても虚偽表示の相手方が善意の第三者に売却する可能性がある以上横領罪は肯定されるであろう。[25] したがって、昭和二年判決と本件決定を整合的に理解しようとすれば、横領罪の成立には、このような危険性（だけ）ではなく、外形的な行為による客観的な所有権侵害が必要であると解するのが相当であろう。[26]

この点、どのように軽微な所有権侵害であっても横領罪が成立すると考えることには問題があるように思われる。[27] そのような理解は、利用処分意思を要求しない、若しくは、広く拡張する見解と相まって横領罪の成立を過度に広汎なものにすることになる。そこで、無効な登記が昭和二年判決のような事案と比べて具体的にどのような侵害を発生させているのか、そして、そのような侵害が横領罪として処罰に足るものであるのかを検討する必要があると思われる。

登記が具備されていない場合、抵当権設定契約が有効であろうと無効であろうと、所有者は被告人に登記を請求することができる。この場合には、行為の前後で法律上も事実上も所有者の権利に何の変更もないのであって客観的な所有権侵害は

存在せず、処罰するに値しないといえるであろう。他方、本件の場合には、不動産に仮登記が付着している状態にあり、その意味で所有権に侵害は生じている。実際、所有者は抵当権設定仮登記の無効を主張しなければならない。もっとも、このような場合でも未だ処罰に値する所有権の変更ではなく、物権的に変更が加えられた場合、すなわち、登記が適法な原因に基づく場合であって、不動産そのものに物権的な侵害が加えられている場合にのみ横領とすることも考えられるであろう。また、そのような理解が領得罪としての横領罪の本来の意義には合致すると思われる。(28) ただ、横領罪を含む財産犯の行為及び結果の判断につき、私法上の法律関係、法的効果をどのように考慮するのかはさらなる検討を要する。

三　いわゆる横領後の横領の問題

本件では、不実の抵当権設定仮登記と、虚偽の譲渡担保契約を原因とする移転仮登記が行われており、公訴事実では、それぞれに横領罪が成立し両者は併合罪関係にあるとされていたようである。これに対し、第一審は、移転仮登記の横領については、「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」として、その成立を否定した。

これは、いわゆる横領後の横領と呼ばれる問題である。この問題については、最判昭和三一年六月二六日刑集一〇巻六号八七四頁が、「抵当権設定登記の時点で不動産の横領が成立し、その後の所有権移転登記は不可罰的事後行為として別途横領罪を構成するものではない」と判示していたが、最大判平成一五年四月二三日刑集五七巻四号四六七頁が、「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、……同じ不動産につき、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に、横領罪の成立自体は、これを肯定することができる」として、その限度で昭和三一年の判例を変更した。

もっとも、平成十五年判決は、後行の所有権移転のみが横領罪として起訴され審理の対象となった事案であり、先行する抵当権設定行為と後行の所有権移転の両方が審理の対象となった場合の罪数評価等の扱いについては何も述べていなかった。本件は、同じ不動産につき時間的に前後する不実の抵当権設定仮登記と移転仮登記の二つが同時に訴追された事案であって、

平成一五年判決の射程外の事案であるといえよう。[29]

第一審が、後行行為の横領罪を否定した理由として、①各仮登記が、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一一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、②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の二点を挙げている。

②からすれば、本件では先行行為のみを処罰すれば十分であったであろう。その限りで結論は妥当である。ただし、第一審判決は、横領後の横領について併合罪になる可能性も想定しているようである。学説の中にも、横領罪が領得罪というよりも、物の不正な利用、侵害行為であるという理解を前提に、同一物の毀棄の事案につき、先行行為から数カ月後に別の動機から行われた毀棄罪が包括一罪にならずに併合罪になることと同様に、横領後の横領についても、先行行為と後行行為が一連の過程で行われていない限りは併合罪になり得るという指摘が見られるところである。[30] 仮に本件行為の後に、被告人が本件土地建物を現実に処分した場合、平成一五年判決のように抵当権設定と売却が一連の処分行為と理解される場合と異なり、解決金取得目的の不実の仮登記と不動産の処分として、侵害の客観的な態様も動機も異なっていることから、併合罪となりうる可能性がある。

なお、不実電磁的記録公正証書原本供用罪と横領罪の罪数関係につき、第一審は、「電磁的公正証書原本不実記録、同供用、横領罪」が、順次手段結果の関係にあるとして牽連犯としていたが、原審は、「本件の具体的事実関係の下における不実電磁的公正証書原本供用と横領が手段結果の関係にあるということはできず」ないとした上で、不実電磁的公正証書原本供用罪と横領罪は観念的競合に当たるとした。最高裁も、判決の最後にカッコ書きで、「本件仮登記による不実記録電磁的公正証書原本供用罪と横領罪とは観念的競合の関係に立つと解するのが相当である。」として、原審の判断を是認している。本件において、供用罪と横領罪との間には客観的に見て手段と結果の関係は見られないから、最高裁、原審の結論が妥当であろう。[31]

（1） 本判決の評釈・分析として、松宮孝明・法学セミナー六五五号（二〇〇九年）一二三頁、赤松亨太・研修七三七号

（二〇〇九年）二一頁、平山幹子・立命館法学三二七＝三二八号（二〇〇九年）六九二頁、松田俊哉・ジュリスト一三九四号（二〇一〇年）九九頁、和田俊憲・判例セレクト二五三号（二〇一〇年）三四頁、松原芳博・ジュリスト一三九八号（平成二一年度重要判例解説、二〇一〇年）一八五頁、西田典之・刑事法ジャーナル二二号（二〇一〇年）七九頁がある。

（2） この点、西田・前掲注（1）八一頁も参照。

（3） 内田文昭『刑法各論〔第三版〕』（一九九六）三六四頁、川端博『刑法各論講義〔第二版〕』（二〇一〇）四〇七頁、大塚仁『刑法概説（各論）〔第三版増補版〕』（二〇〇五）二九六頁など。

（4） 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一三巻〔第二版〕』（二〇〇〇）三六四頁〔吉本徹也〕参照。また、上嶌一高「横領罪（上）」法学教室二九五号（二〇〇五）一一九頁も参照。

（5） 最判昭和二四年三月八日刑集三巻三号二七六頁。

（6） 最判昭和二四年三月八日刑集三巻三号二七六頁。

（7） 最判昭和二六年七月一三日刑集五巻八号一四三七頁。

（8） ただし、昭和二四年判決は、経済的用法に従った利用処分意思が存在していた事案である。

（9） 大判大正二年一二月一六日刑集一九巻一四四〇頁。一方、毀棄行為が横領とされたことはない（前田雅英『刑法各論講義〔第四版〕』（二〇〇七）三一四頁）。

（10） 山口厚『刑法各論〔第二版〕』（二〇一〇）三〇七頁。松宮孝明「『横領』概念について」産大法学三四巻三号（二〇〇〇）三一一頁。

（11） 平野龍一『刑法概説』（一九七七）二二二頁、中森喜彦『刑法各論〔第二版〕』（一九九六）一六四頁、西田典之『刑法各論〔第五版〕』（二〇一〇）二三七頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第三版〕』（二〇〇九）三〇二頁など。利用処分意思が不要であるとするのは、団藤『刑法綱要各論〔第三版〕』（一九九〇）六三〇頁。

（12） 一律に登記の具備を基準とすることに反対する見解として、中森・前掲注（11）一六四頁、橋爪隆「横領概念について」研修七二二号（二〇〇七）一〇頁。

（13） 藤木英雄『経済取引と犯罪』（一九六五）一一五頁、大塚ほか・前掲注（4）三七四頁。

(14) 橋爪・前掲注(12)一一頁参照。
(15) 松原・前掲注(1)一八六頁、赤松・前掲注(1)二九頁。なお、第一審は、抵当権設定、所有権移転の両方について横領を認めている。
(16) 金銭消費貸借契約、抵当権設定契約は通謀虚偽表示（民法九四条一項）というよりも、むしろ、契約自体の存在を否定しているようである（原審、上告趣意を参照）。もっとも、民事上の取り扱いが争点ではなかった以上、そこまで厳密に確定していない可能性があり、また、登記実務上も差異があるわけではない。
(17) 和田・前掲注(1)三四頁、平山・前掲注(1)七〇六頁
(18) 逆にいえば、本件とは異なり不実の本登記の場合にも、以下で議論する問題は生じてくると思われる。
(19) 大判大正三年六月二七日刑録二〇輯一三五〇頁、最判昭和二八年一二月二五日刑集七巻一三号二七二一頁、最決平成一三年一一月五日刑集五五巻六号五四六頁。
(20) 和田・前掲注(1)三四頁、平山・前掲注(1)七〇三頁
(21) 最決平成一六年一一月三〇日刑集五八巻八号一〇〇五頁参照。
(22) 松原・前掲注(1)一八六頁。
(23) そのような理解に立ち本件決定を支持するものとして、和田・前掲注(1)三四頁、松原・前掲注(1)一〇六頁。また、本江威憲監修『民商事と交錯する経済犯罪I』（一九九四）一九七頁、二七四頁〔須藤純正〕参照。
(24) 橋爪・前掲注(12)三頁以下は、横領行為を、所有者の意思に反した所有権侵害の危険性を実質的に高めた行為と定式化し、財産の状態をより危険にする行為を客体の性質や価値に応じて検討していく必要があるとしている。
(25) このような帰結を承認するのは、西田・前掲注(1)八三頁、小野清一郎ほか編『総合判例研究叢書刑法（一一）』（一九五八）五七頁〔藤木英雄〕。
(26) もっとも、本文のように理解すれば、昭和二二年判決が売却の意思表示のみで横領罪を認めたことの位置づけが問題になる。対外的な領得意思の発現を横領としたものと解されるが、同判決の基準からすれば、他の事案は成立時期が遅すぎるということになろう。
(27) この点、平山・前掲注(1)七〇五頁は、「所有者として振舞う意思」があるかという問題として、「利用の一形態と

はいえようが、間接的であることは否めない。また、侵害は抵当権設定が真実であるケースに比べれば軽微である。」としている。また、松宮・前掲注(1)一二三頁も参照。

(28) 近時、横領行為を財物を客観的に「自己の物にする」という見解が出てきている（松宮前掲注(10)三一一頁、浅田和茂「判批」ジュリスト一二六九号（二〇〇四）一六九頁、内田幸隆「背任罪と横領罪の関係」早稲田法学会誌五二巻（二〇〇二）四六〇頁）。「自己の物にする」の具体的内容は必ずしも明確ではないが、本件のように虚偽の登記を了しただけのような場合は、当該不動産自体について処分を行っていない以上横領罪にはならないと考えられていると思われる。

(29) 赤松・前掲注(1)二七頁、西田・前掲注(1)八一頁。

(30) 山口厚『新判例から見た刑法〔第二版〕』（二〇〇八）一〇一頁。一個の寄託関係につき着服や費消を別個に行った場合に併合罪になるという帰結と同じ理屈であろう。着服横領の事案について、各犯行が近接しておらず、態様も同一ではなく、包括的な横領の範囲があったと認められない場合に、併合罪を認めた事案として東京高判昭和二八年五月一八日東時三巻五号一九四頁。費消横領の事例として、別個の領得意思の実現行為に併合罪を認めた名古屋高判昭和三四年三月二日高刑集一二巻四号がある。

(31) ただし、大判大正一一年九月一九日刑集一巻四五三頁は、傍論ながら、偽造文書の行使によって横領の意思を実現した時は、偽造文書行使罪は、その行為が横領行為に先立つと同時になされるとを問わず、横領罪と牽連犯の関係にあるとしている。松原・前掲注(1)一八六頁参照。