

不実の抵当権設定仮登記と 横領罪の成否

最二決平成 21・3・26 刑集63巻3号291頁について

平 山 幹 子*

目 次

はじめに

- 1 最決平成 21・3・26 刑集63巻3号291頁
- 2 不法領得の意思と利得目的
- 3 仮登記と所有権侵害
- 4 抵当権設定とその（仮）登記
- 5 虚偽の抵当権設定仮登記と横領

はじめに

「横領の罪」における「横領」の意義については、領得行為説と越権行為説とが対立している。前者が、「不法領得の意思」を実現するすべての行為を「横領」とするのに対し、後者は、委託にもとづく信頼関係を破棄し、占有物に対して権限を越えた行為をすることを「横領」と解する。判例は、前者の立場であり¹⁾、通説も同様である²⁾。もっとも、「不法領得の意思」の具体的内容について、判例は、「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

* ひらやま・もとこ 甲南大学准教授

1) 大判昭和 8・7・5 刑集12巻1101頁，最判昭和 27・10・17 裁集刑68号361頁。

2) 西田典之『刑法各論・第4版』（2007年）221頁，山口厚『刑法各論〔補訂版〕』（2005年）299頁，堀内捷三『刑法各論』（2003年）174頁，団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（1990年）630頁。

処分をする意志（ママ）をいう」とする³⁾。これは、ほとんど越権行為をする意思と異ならないように見える。そうであるにもかかわらず、なお判例が「横領」を領得行為と解しているというのであれば、判例のいう「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」意思とは、いかなる形で捉えられるものをいうのであろうか。

近時、最高裁は、他人所有の不動産の名義人が、抵当権設定の事実がないにもかかわらず、所有者から原状回復を口実に解決金を得ようと企て、抵当権を設定した旨の不実の仮登記をした事案につき、横領罪の成立を認め⁴⁾。本件では、(1) 順位保全の効力しかない抵当権設定仮登記の場合に、それは「所有者のような処分」といえるのか、そして、(2) 抵当権設定の事実がない場合にも仮登記によって「所有者のような処分」をしたといえるのかが争われ、肯定されている。しかし、(2)に関して、抵当権設定という「所有者のような処分」をする意思がなくてもその仮登記が「所有者のような処分」に当たるとすると、最高裁の考える横領行為はますます越権行為と近接した内容のものとなるのではなかろうか。

本稿は、このような問題意識のもと、上記最高裁決定につき、検討を加えるものである。

1 最決平成 21・3・26 刑集63巻3号291頁⁵⁾

1 事実の概要

原判決が是認する第1審判示の事実によれば、被告人は、平成17年2月25日に成立した、A株式会社（以下「A」という。）及び医療法人B会の

3) 最判昭和24・3・8刑集3巻3号276頁。

4) 最決平成21・3・26刑集63巻3号291頁。

5) 本件の評釈として、松宮孝明「不実の抵当権設定仮登記と横領罪」法学セミナー655号（2009年）123頁、和田俊憲「不実の抵当権設定仮登記と横領行為」判例セレクト2009〔1〕34頁。

2者間、並びに、A、破産者C破産管財人弁護士D及びB会の3者間の各裁判上の和解(以下「本件和解」という。)に基づき、同日、Aから上記D及びB会に順次譲渡されたものの、所有権移転登記が未了のためAが登記簿上の所有名義人であった本件建物を、Aの実質的代表者として、B会のために預かり保管中であったものであるが、医療法人E会理事長Fほか2名と共謀の上、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仮登記をすることにより、上記D及び本件建物で病院を経営していたB会から原状回復にしゃ口して解決金を得ようと企て、真実は、AがE会から5億円を借り受ける金銭消費貸借契約を締結した事実並びにその担保として本件建物及び本件地上権に係る抵当権設定契約を締結した事実がないのに、同年3月11日ころ、法務局出張所において、登記官に対し、本件建物及び本件地上権につき、E会を登記権利者、Aを登記義務者とし、上記内容の虚偽の金銭消費貸借契約及び抵当権設定契約を登記原因とする輯本件建物及び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、情を知らない登記官をして、本件建物及び本件土地の登記簿の原本として用いられる電磁的記録である各登記記録にそれぞれその旨の記録をさせ、そのころ、同所において、その各記録を閲覧できる状態にさせた。

以上の事実につき、原判決が電磁的公正証書原本不実記録罪及び同供用罪に加えて建物につき横領罪を認めた1審判決を是認したのに対して、弁護人は、前二罪において抵当権設定の事実がないと認定しつつ、その仮登記をしたことに横領罪を認めるのは自己矛盾であるなどとして上告した。

2 決定要旨

上告棄却。

「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ふべきである（なお、本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。）」

3 本決定の位置づけ

本決定は、他人所有の不動産の名義人が、抵当権設定の事実がないにもかかわらず、その不動産に抵当権を設定したという不実の仮登記を了した場合にも横領罪（刑法252条1項）が成立するとした、初めての最高裁判例である。

本決定が用いる「横領」行為の判断基準自体は、「不法領得の意思を実現する行為として十分」であるか否かというものであって、従来の立場⁶⁾を踏襲するものである。もっとも、「不法領得の意思を実現する行為」については、「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」と解される不法領得の意思をいかなる事情に基づいて認定しうるか、その具体的内容が問題となりうるところ、本決定は、「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」ものであ

6) 大判大正6・7・14 刑録23輯886頁。

り、「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」ことから、不実であっても「不法領得の意思を実現する行為として十分」であるとした。これは、「不法領得の意思を実現する行為」ないし「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」に関する一例を加えるものであり、事例判例としての意義を認めることができる。

4 本件の経緯

第1審⁷⁾では、本件仮登記に関する横領罪の成否に先立ち、(1)本件和解に基づく本件建物の所有権の移転時期および故意の有無、(2)本件登記の不実性の有無が争われた。具体的には、(1)本件仮登記の時点では、本件建物の所有権は依然としてAに帰属していたので横領罪は成立しないか、仮にAが所有権を失っていたとしても、被告人には横領罪の故意がないのではないか、(2)本件仮登記は不実のものではないから電磁的公正証書原本不実記録罪及び同供用罪は成立しないのではないかが争われ、いずれも否定された。

まず、(1)については、本件和解成立の際、これに立ち会った当事者の意思として、本件建物の所有権の移転時期をその成立時と定めたものと解すべきことは明らかであり、被告人もそのことを認識していたと認めるのが相当とされた。(2)については、AがE会の上位法人であるという立場や、担保設定の日時にかんがみると、E会からAに5億円もの貸付けが行われたと考えるのは不自然であること、本件建物及び本件地上権のAへの帰属性が不安定であったこと等から、本件仮登記の登記原因とされた金銭消費貸借契約、抵当権設定契約及び譲渡担保契約は実体上存在しない不実のものとして推認するのが相当とされた。

7) 大阪地判平成20・3・14刑集63巻3号305頁。

以上を前提に、第1審では、本件建物に対する横領罪の成否及びその時期、内容が問題とされた。そして、本件建物の所有権は、本件和解の成立をもってB会に帰属するに至ったが、当該所有権の登記名義はその後もAに残っていたため、本件仮登記の時点において、本件建物はAの実質的の代表者である被告人による法律上の支配下にあったといえること、Aは、本件建物の所有権の登記を直ちに移転すべき直接的な債務を負っており、これを履行するまでは、本件建物を善良な管理者として管理すべき注意義務があったといえることから、被告人による法律上の支配は、B会との間の委任関係に基づくものであるというべきであること、「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と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」こと、

本件仮登記は、その「登記原因を欠くものであり、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にありえるといえる」ことから、本件仮登記は横領罪所定の要件を備えているとされた。

なお、第1審判決は、上記仮登記の後に行われた所有権移転仮登記についても横領罪が成立し、2個の横領罪の併合罪とする公訴に対して、後行の所有権移転仮登記については不可罰ないし共罰の事後行為にとどまるとしたが、その理由において、本件仮登記の性質につき、つぎのように述べている。すなわち、被告人は、本件仮登記（最初の抵当権設定仮登記）によって、本件建物の所有者でなければできない処分をすでにしており、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。

以上のような形で、第1審判決が電磁的公正証書原本不実記録罪及び同

供用罪に加え、建物について横領罪の成立を認めたのに対して、弁護人は、(1) 本件犯行当時、本件建物の所有権はAから未だ移転していないから横領罪は成立しない、(2) 1審判決は、本件の抵当権設定仮登記が不実の登記であるとしているから、登記原因は民事上不法であることにほかならず、横領罪が成立する余地はない、(3) 本件各仮登記はいずれも真の登記原因に基づくものであって不実でないから、電磁的公正証書原本不実記録、同供用罪は成立しない、と主張して控訴した。とりわけ(2)に関しては、借金の担保として火鉢や花生を債権者に売り渡し、その使用を許されていた債務者が、その火鉢等を第三者に売却する契約を締結したが、同契約が通謀虚偽表示で無効である場合は詐欺罪もしくは横領罪を構成するものではないとした大審院判決⁸⁾や、他人の不動産の所有名義人が、これを奇貨として、自己の債務の担保として右不動産に抵当権を設定しその旨の登記を経た事案につき、「右抵当権設定登記は有効であり且つ右抵当権設定登記を申請して登記官吏にその旨の登記をさせること自体が横領罪を構成するものと解すべきであるから、右抵当権の設定行為が虚偽仮装と認められるような場合は格別、その他の場合は横領罪の他に公正証書原本不実記載の罪を構成するものではない」とした東京高裁判決⁹⁾が引き合いに出された。これに対し、第2審¹⁰⁾は、(1)(3)については1審判決を是認する形で排斥し、(2)に関しても、「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」として退けた。そして、弁護人が指摘した上記各判決については、いずれも本件とは事案を異にするというほかなく、採用できないとした。

8) 大判昭和2・3・18裁判例(2)刑27頁。

9) 東京高判昭和27・3・29高刑裁特29号102頁。

10) 大阪高裁平成20・11・7刑集63巻3号323頁。

これに対して、弁護人は、和解条項に基づいて横領罪の成立を認めることが憲法違反に当たることのほか、原判決の是認する第1審判決が、本件建物につき抵当権設定仮登記を了したことにより横領罪が成立するとしたのは、上記判決や、他人所有の不動産に勝手に抵当権を設定したことに横領罪の成立を認めた最高裁判例¹¹⁾に違反すること、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というべきであること、AとE会との間で本件建物に抵当権を設定した事実はないとして、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するのは自己矛盾であることなどを主張して上告した。

5 本決定の論理

上記のような弁護人の主張に対して、本決定はまず、「判例違反という点は、事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切ではなく、その余は、憲法違反という点も含め、実質は事実誤認、単なる法令違反の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない。」と判示する。その上で、本件仮登記は不実であって、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という前提のもと、「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。」として、被告人が他人所有の建物を委託関係に基づいて占有していたところ、金銭的利得の目的をもって本件行為に及んだことに言及する。そして、「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

11) 最決昭和33・10・8刑集12巻14号3237頁，最判昭和31・6・29刑集10巻6号874頁，最判平成15・4・23刑集57巻4号467頁等。

ものとして扱われるのが通常である」ことから、「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」であって、横領罪が成立し、「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」と述べる。後半部分は、要するに、登記が「仮」のものであり、しかも、登記された権利が「不実」のものであっても、「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」ことから、当該行為は「不法領得の意思を実現する行為」に当たるといえるものである。

このような本決定の論理については、「横領」すなわち、「不法領得の意思を実現する行為」の理解と関連して、(1) 金銭利得の目的に言及する趣旨、(2) 仮登記と所有権侵害との関係、(3) 虚偽の抵当権設定と「所有者でなければできないような処分」ととの関係を問題としよう。以下で、検討することにしたい。

2 不法領得の意思と利得目的

本決定は、被告人の行為が「横領」に当たると判断するに際し、「被告人は、……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」として、被告人自身の利得目的を認定している。刑法252条の「横領」行為に関しては、これを不法領得の意思を実現する行為¹²⁾とし、また、不法領得の意思の具体的内容については、「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

12) 既遂時期との関連で、「不法領得の意思の発現」や「不法領得の意思の実行」と定義されることもあるが、いずれにせよ「単に領得の意思をもって為した行為をもって足る」のであって、「必ずしもその物の処分のような客観的な領得行為たることを要」しないと、着服、拐帯、抑留等の行為がなされれば既遂に達すると解されている(たとえば、最判昭和27・10・17裁判集刑68号361頁)。なお、実現と発現を同義に解するとみられるものとして、大判大正11・2・23刑集1巻69頁(質権設定の場合には担保供与の申し込みがあれば足りるとしたケース)。

分をする意志（ママ）をいう」とするのが判例である¹³⁾。つまり、すくなくも形式的には「物の利用・処分意思」を必要としないのが従来の立場である¹⁴⁾。しかし、このような判例の定義をめぐっては、判例が他方で、(1) 不法領得の意思を「権利者を排除して他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従い之を利用若しくは処分するの意思」と定義し、毀棄・隠匿目的の場合に窃盗罪の成立を否定していること¹⁵⁾や、(2) 処分が委託者本人のためになされたときには、所有者でなければならないような処分であっても、不法領得の意思は認められないとすること¹⁶⁾から、議論がある。とりわけ、横領罪における不法領得の意思の内容が「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ならないような処分をする意志（ママ）」であるとすると、「経済的用法に従い……利用」する意思の認められない毀棄・隠匿の場合にも横領罪の成立を肯定することになる。しかし、そうなると、領得罪である横領罪の重い法定刑を基礎づけることができないのではないかが問題となっている¹⁷⁾。

13) 最判昭和24・3・8刑集3巻3号276頁。

14) 前掲最判昭和24・3・8は、「必ずしも占有者が自己の利益取得を意図することを必要とするものではな」とし、また、これに続く最判昭和24・6・29刑集3巻7号1135頁が「必ずしも自分の所有となし、もしくは自分が利益を得ることを要しないとすのほか、最判昭和33・9・19刑集12巻13号3047頁等もこれらの判例を踏襲する。

15) 大判大正4・5・21刑録21輯663頁。

16) 大判大正15・4・20刑集5巻136頁（寺院の住職が、寺院建設費にあてる目的で、檀家総代の同意および主務官庁の認可を得ずに自己の保管する寺院の木像を買戻しの特約つきで売却したケース）、最判昭和28・12・25刑集7巻13号2721頁（農業共同組合の組合長が組合の定款に反し、総会および理事会の議決も経ずに組合名義で貨物自動車営業を営み組合資金を支出したが、「専ら組合以外の者のためになされた」と認めるに足る資料がなかったケース）、最判昭和33・9・19刑集12巻13号3047頁（争議行為の手段として、会社のため集めた金銭を納金せず、保管のため労働組合員の個人名義で銀行に預金したケース）。下級審判例では、大阪高判昭和45・4・22判タ249号274頁。

17) 横領罪の法定刑が毀棄罪よりも重い根拠は不法領得の意思に求めるほかないが、排除意思だけなら、毀棄する者にもつねに認めることができる（利用処分意思があつてはじめて横領罪の重い法定刑が基礎づけられる）からである。学説では、横領罪においても「経済的用法に従い処分する意思」を重視して、純然たる毀棄・隠匿の意思による行為については横領罪の成立を否定する見解が多数である（平野龍一『刑法概説』（1977年）225頁、

もっとも、判例には、隠匿行為を横領とするものもある¹⁸⁾が、毀棄行為に横領罪の成立を認めたものは、(公刊物では)見当たらない。また、隠匿は、不法領得それ自体には当たらないにしても、その物の後の経済的利用の機会を確保するために行われうるものであることにかんがみれば、それを不法領得の意思の実現(発現)と評価することは可能である。別の言い方をすれば、上記のような不法領得の意思の定義によっても、およそ利得目的の認められないようなケースについては、判例が横領罪の成立を直ちに肯定するかどうかは疑問である。すくなくとも、判例は、上記(2)の通り、当該処分が委託者本人のためになされたときには、所有者でなければできないような処分であっても、不法領得の意思を否定している。

そうすると、判例のいう「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」とは、すくなくとも行為者自身の利得が主たる目的でないときには、否定される余地を残すものといえる。もっとも、行為者が公益を図る行為に出た場合のように、自身の利得目的がない場合にも、横領罪が成立しうるとする判例も存在する¹⁹⁾。それゆえ、行為者自身の利得目的の存在は、処分がもっぱら本人のためになされた訳ではないことを間接的に基礎づける事情としての意味を持つとみるべきであろう。別の言い方をすると、判例は、上記のような不法領得の意思の定義によっても、自己の経済的利益を図る意図がなく、もっぱら本人のためになされたときに領得意思を否定する程度には、行為者の利得意思を考慮するものである。

本件において、被告人は、原状回復にかこつけて解決金を獲得するため

西田・前掲注(2)222頁、山口・前掲注(2)301頁、佐久間修『刑法各論』(2006年)226頁等)。

18) 大判大正4・2・10 刑録21輯94頁、大判昭和21・10・18 刑集25巻42頁、下級審では、東京高判昭和56・12・24 高刑集34巻4号461頁など。なお、不正工事の露見を恐れて小学校の図面を隠匿した行為が横領に当たるとした大判大正2・12・16 刑録19輯1440頁は、「物自体の利用」という点では疑問が残る。

19) 最判昭和34・2・13 刑集13巻2号101頁。

に本件仮登記を了している。このような利用を、横領の対象物である建物自体の「経済的用法に従った利用」といってよいかは議論の余地がある。むしろ、虚偽の外観の利用といえそうだからである。しかし、本決定が被告人の金銭的利得目的に言及したのは、従来の不法領得の意思の内容に「利用意思」という要件を加える趣旨ではなく、従前と同様の理解のもと、もっぱら本人（B会）のためになされたものではない点を裏側から基礎づけるためであると解するのが自然であろう²⁰⁾。また、そうであるならば、本件利得目的が厳密な意味で対象物の「経済的用法に従った利用」目的である必要はないといえよう。

3 仮登記と所有権侵害

つぎに、本決定が、順位保全の効力しかない抵当権設定仮登記（不動産登記法106条）であっても、それを横領行為とした点については、従来の判例において他人所有の不動産に抵当権を設定することが横領罪に当たるとされたのは、抵当権を設定してその旨の本登記を経由したケースである²¹⁾ こととの関係を問題としうる。

もっとも、弁護人が引用した判決、すなわち、行為者が「その所有に係る不動産を第三者に売却し所有権を移転しながらその旨の登記を了していないことを奇貨とし、」第2譲受人に対し「同不動産につき抵当権を設定しその旨の登記をするときは横領罪が成立する」とした最判昭和31・6・26刑集10巻6号874頁は、抵当権設定登記後、さらに第2譲受人に対して同不動産の所有権を移転しその旨の登記をしたという事案につき、抵当権設定登記後の所有権移転登記が新たに横領罪を構成するか否かを争ったものである。すなわち、上記判決が「同不動産につき抵当権を設定しその旨の登記をするときは横領罪が成立する」とした趣旨は、所有権移転登記に

20) 和田・前掲注(5)も同旨か。

21) 最判昭和31・6・26刑集10巻6号874頁，最判平成15・4・23刑集57巻4号467頁。

至らなくても、抵当権設定登記をすれば、その段階で不法領得の意思を認めうるというものであって、抵当権設定が横領罪を構成するためにはその本登記を経由することが必要であるとの判断がなされたわけではない²²⁾。

ここで、本登記を経由しなくとも横領行為に当たりうるかの判断に際して重要なのは、仮登記を了することで委託者の所有権を侵害したといえるかという点である。たとえば、不動産の二重譲渡の事案においては、通常、売却の意思表示がなされた時点で所有権に対する侵害がなされたと認定するは早すぎ、登記完了時をとらえて既遂とされる²³⁾。それまでは、委託者たる第1譲受人が移転登記を完了して対抗要件を具備する可能性があり、その反面において、委託者はいまだ確定的に所有権を失っていないからである。

要するに、委託者の所有権を侵害したか否かの判断は、物件変動の対抗問題と関係する。そして、仮登記は、物件保全の仮登記であると請求権保全の仮登記であるとを問わず、その効力は本登記の順位を保全するとどまり、第三者に対抗し得る効力を有しない。たとえば、AがBに不動産を譲渡し、Bへの所有権移転の仮登記後に、Aが同一不動産をCに譲渡し、Cが本登記を経由したような場合には、本登記を有しないBは、自己の取得した所有権を第三者であるCに主張することはできない。しかし、Bは、第三者ではないAに対しては、直ちに本登記を申請をなすべきことを請求でき、この本登記の申請をCが承諾しないときでも、仮登記の順位保全の効力により、訴訟を提起すれば、Cに承諾の意思表示を命じる勝訴判決を得ることができる。つまり、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、その後真の所有者が当該不動産を処分する

22) 他人の宅地の占有者として認定された者(所有名義人ではない)が所有者に無断で所有権移転の本登記ではなく仮登記を了したことにつき横領罪が成立するとされた裁判例としては、名古屋地判平成3・3・29交換物未登載がある。もっとも、上記事例では、被疑者の占有の有無が争われた。

23) 前掲最判昭和31・6・26、前掲最判平成15・4・23等。なお、本江威憲監修『民商事と交錯する経済犯罪』(1994年)230頁。

際には、登記抹消等の対応が必要となる。換言すれば、所有権者の権利は、特段の対応が必要とされるという意味で制約されることになる。

本決定が、「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」ことから、「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」であるとしたのは、上記のような意味において、仮登記による所有権侵害を認めたものと解せよう。

4 抵当権設定とその（仮）登記

もっとも、本件の場合、最大の問題は、仮登記のなされた権利が虚偽のものであるという点にある。本件において、仮登記の登記原因とされたAとE会との間の金銭消費契約は虚偽であったとしても、抵当権設定自体が有効であるなら、被告人による抵当権設定の仮登記は横領に当たる。登記が「仮」のものであっても、E会は当該抵当権をB会に優先して主張することができよう。しかし、そもそも仮登記がなされることでB会の所有権よりも優先して取り扱われるべき権利が虚偽のものであって存在しないのであれば、その仮登記を了したとしても、「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」を実現したとはいえないのではないか。

本件弁護人は、上記のような視点から、仮登記が不実であって電磁的公正証書原本不実記録罪及び同供用罪に当たるなら、それが同時に横領罪にも当たるとするのは自己矛盾であると主張する。これに対して、本決定は、「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」ことから、「不実とはいえ、本件仮登記を了した行為は、不法領得の意思を実現する行為として十分」であるとする。

両者の理解の違いは、抵当権設定とその（仮）登記を了する行為とは、

同一の意思決定の下で行われる一連の行為であって、一体化した評価が与えられると考えるのか、それとも、抵当権設定自体と抵当権設定の(仮)登記を了する行為とは別個の意思決定下で行われうる独立した行為であって、抵当権設定の事実はなく、抵当権を設定して対象物を不法領得するという意思がまったく認められない場合であっても、(仮)登記を了することによって抵当権設定の外観を作り出せば、そのような外観の作出自体を不法領得の意思の実現行為として独立に捉えうるのかにある。

判例は、伝統的に、抵当権設定という形態による横領を認めるが²⁴⁾、抵当権設定は登記を経由することによって確定的に所有者の権利を害することになるため、登記を了することをもって成立すると解する。つまり、抵当権設定の事実や意思と無関係に、登記自体を「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」をする意思の実現行為と評価してきたわけではない。それゆえ、他人の不動産に抵当権を設定しその登記を了することについて横領罪の成立を認める従来の裁判例の延長上で本決定を理解することはできない。本決定を理解しようとするれば、抵当権設定の意思が無くても、抵当権設定の外観を作出すれば、それ自体が「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」に当たりうると本決定が考えた理由を明らかにする必要がある。

ここで、「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」という本決定の理由付けによって基礎づけられるのは、せいぜい登記が本登記であるか仮登記であるかは、本件における所有権侵害性に影響しないという点だけである。また、すでに指摘したように、本件被告人の金銭利得目的は、本人図利目的ではないことを示すものであって、登記自体を「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

24) 大判明治43・10・25刑録16輯1747頁。

る意思の実現行為と捉えうることの十分な根拠とまではなりえない²⁵⁾。

そうすると、本件において、AとE会との間の抵当権設定契約は虚偽のものであって、仮登記が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いのであれば、本決定の論理は結論も含めて妥当ではないか、あるいは、結論は妥当であるけれども論理には舌足らずなものが残っているというべきかのいずれかということになる。

5 虚偽の抵当権設定仮登記と横領

それでは、虚偽の抵当権設定の仮登記、すなわち、抵当権を設定する意思も事実もないがその外観を作出することを、不法領得の意思の実現行為とみることは可能であろうか。

すでに述べたように、横領罪における不法領得の意思の具体的内容については、「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志（ママ）をいう」とするのが判例である。そして、従来判例を前提とした場合、このような不法領得の意思は、行為者に利得目的かまったく認められず、もっぱら本人のためになされた場合に否定されうるが、本件においては被告人自身の金銭取得目的が認められることから、すくなくとも利得目的の有無という観点から直ちに否定されうるものではない。

その一方で、虚偽の抵当権設定の仮登記を了する行為は、電磁的公正証書原本不実記録罪及び同供用罪に当たる違法な振舞いである。そして、かつての判例の中には、当該行為が本人自身もなしえない場合には、それを理由に不法領得の意思を肯定するものもある²⁶⁾。しかし、委託者自身もな

25) 自己の利益を図る目的が存在する場合に、判例が常に横領罪の成立を認めているわけではないことについて、上嶋一高「横領罪（上）」法学教室295号（2006年）124頁参照。

26) 大判明治45・7・4新聞802・27，大判昭和9・12・12刑集13巻1717頁，最判昭和30・12・9刑集9巻13号2627頁，最判昭和34・2・13刑集13巻2号101頁。

しえないような違法な振舞いをしたという一事情から、直ちに不法領得の意思が基礎づけられるわけではないとするのが最近の裁判例の流れであり²⁷⁾、多数説である²⁸⁾。虚偽の仮登記が違法な振舞いであることをもって、登記行為自体につき、不法領得の意思を肯定することにも無理があるといえよう。

もっとも、被告人が仮登記の申請を本件建物の登記名義人として行っている以上、仮登記を了する行為自体を「所有者のように」振舞ったと解する余地はある。ただ、抵当権設定が真実であるケースでは、登記や仮登記を了するという「所有者のような」振舞いによって、対象物に抵当権が設定され、まさに対象物が利用・処分されることになるのに対し、本件のように、抵当権設定が虚実の場合には、(仮)登記という「所有者のような」振舞いにより、抵当権設定の外観が作出されるだけである。つまり、行為者が対象物の「所有者のように」振舞った結果、行為者が利用することになるのは、対象物に抵当権が設定されているという外観であって、対象物そのものではない。むしろ、「対象物に抵当権が設定されているという外観の利用」も対象物の利用の一形態といえようが、間接的であることは否定できない。また、特段の対応をしなければ従前と同じ処分のできない状態に対象物が置かれることになるとはいえ、その所有権侵害性は、抵当権設定が真実であるケースに比べれば、軽微なものである。さらに、不法領得の意思の内容をなす「物の処分」が、対象物を従前と同じ処分のできない状態に置く場合を広く含むことになるとすれば、判例における「横領」の理解は、「横領」=「財物を自分の物と為したる場合」とする現行法の

27) 最決平成13・11・5刑集55巻6号546頁、東京高判平成15・8・21判時1868号147頁等。

28) たとえば、本人にもなしえない行為をした場合であっても、それが本人の計算において行われる場合には、そもそも本人を排除して所有者のように振舞う意思ないし自分の物のように振舞う意思が欠けることや、当該行為の不法性から横領行為を認める立場は、所有者と占有者の委託内容を超えた要素を取り込んでおり、個人の財産権を保護法益とする横領罪の理解としては疑問があることなどが理由とされる。なお、佐久間修「横領罪における不法領得の意思」刑法の争点(2007)204頁以下参照。

立法過程における理解²⁹⁾から、ますますかけ離れたものとなる。

そうであるにもかかわらず、上記のような形で本決定の結論を導くことも可能であるとすれば、「横領」を領得行為と解することの意味は、もはやほとんど失われているように思われる³⁰⁾。

29) 松宮孝明『『横領』概念について』産大法学34巻3号（2000年）318頁。

30) なお、松宮・前掲注(4)123頁は、本件の実体は、本件建物の領得ではなく、被告人がDやB会から「解決金」を得ようとするための偽装工作にすぎないため、本件仮登記は、財産犯としてはDおよびB会を被害者とする詐欺の予備行為と評価されるべきであるとす
る。