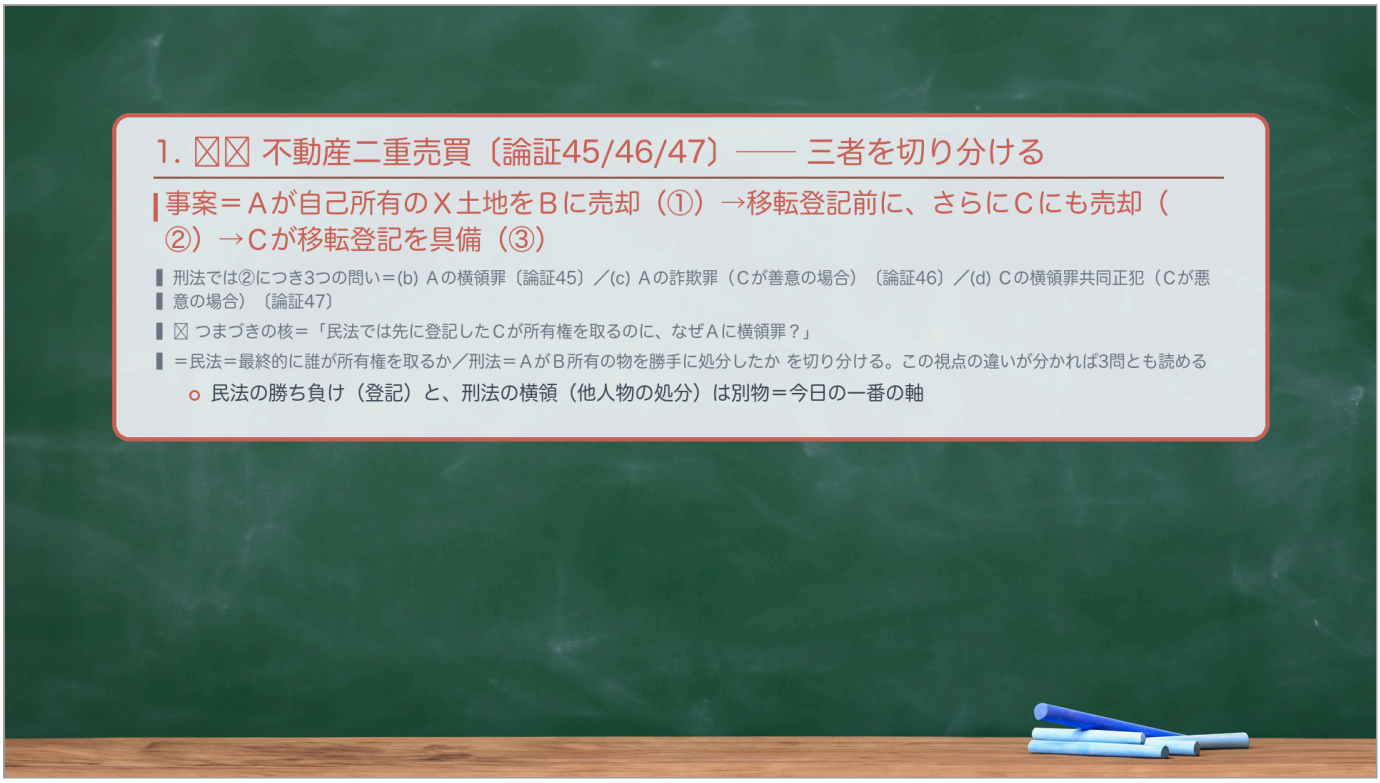
#62 横領罪②前編——不動産二重売買・二重抵当（背任入口）・横領後の横領・横領後の詐欺・不動産の既遂時期

第12章 財産に対する罪 ⑬／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

1 不動産二重売買——三者を切り分ける

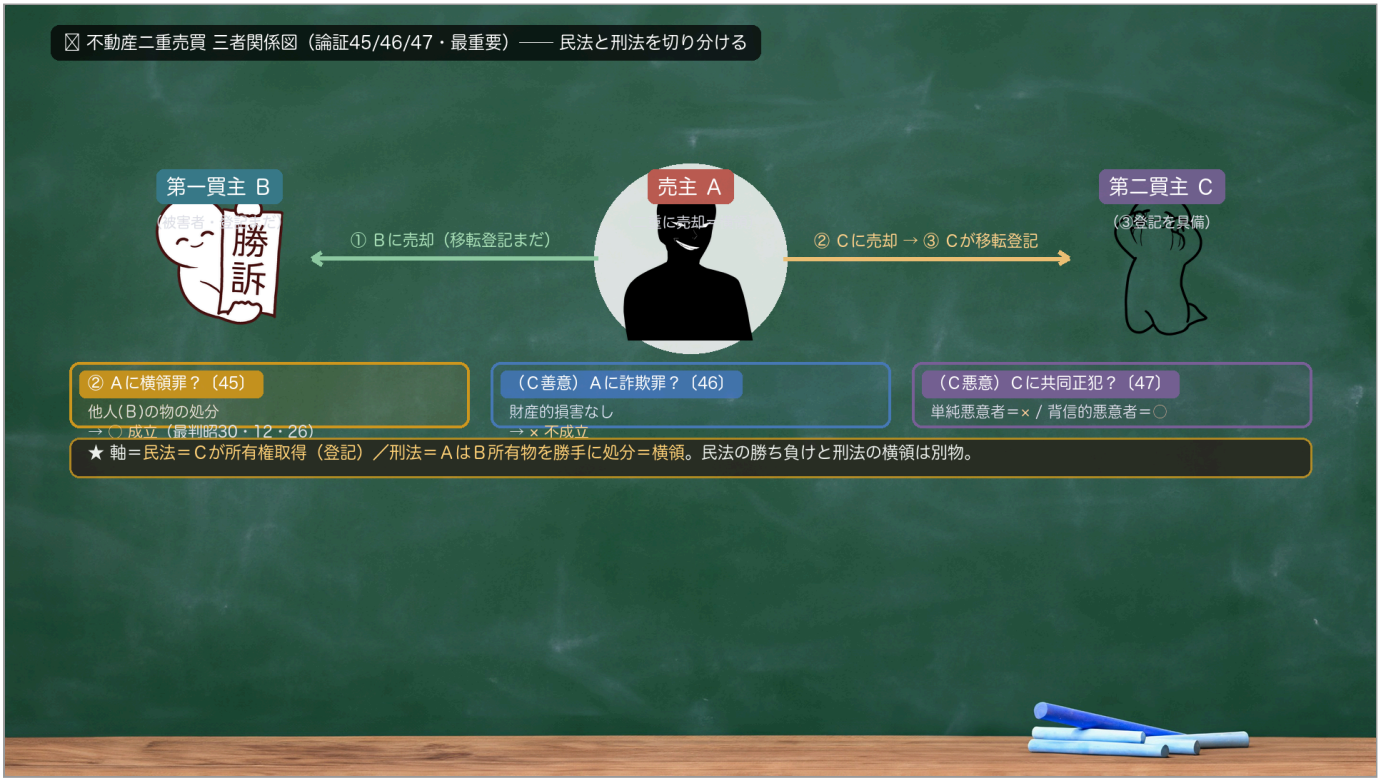
論文



一つ目、不動産の二重売買。Aが、自分の土地、X土地を持っています。それを、まずBに売りました。これが①。ところが、移転登記がされる前に、です。Aは同じX土地を、今度はCにも売った。これが②。そしてCが、先に移転登記を備えた。これが③。さて、ここで素朴な疑問が出ます。はい、言ってみてください。民法では、Cが所有権を取ります。そこです。一番、引っかかるところ。視点を、切り替えましょう。民法と刑法は違います。民法は、最終的に誰が所有権を取るか、を見る。でも刑法は、Aの行為そのものを見ます。Aが、他人の物を、勝手に処分したか。この切り分けが、できれば全部読めます。まず、Aの横領罪から。

2 不動産二重売買 三者関係図

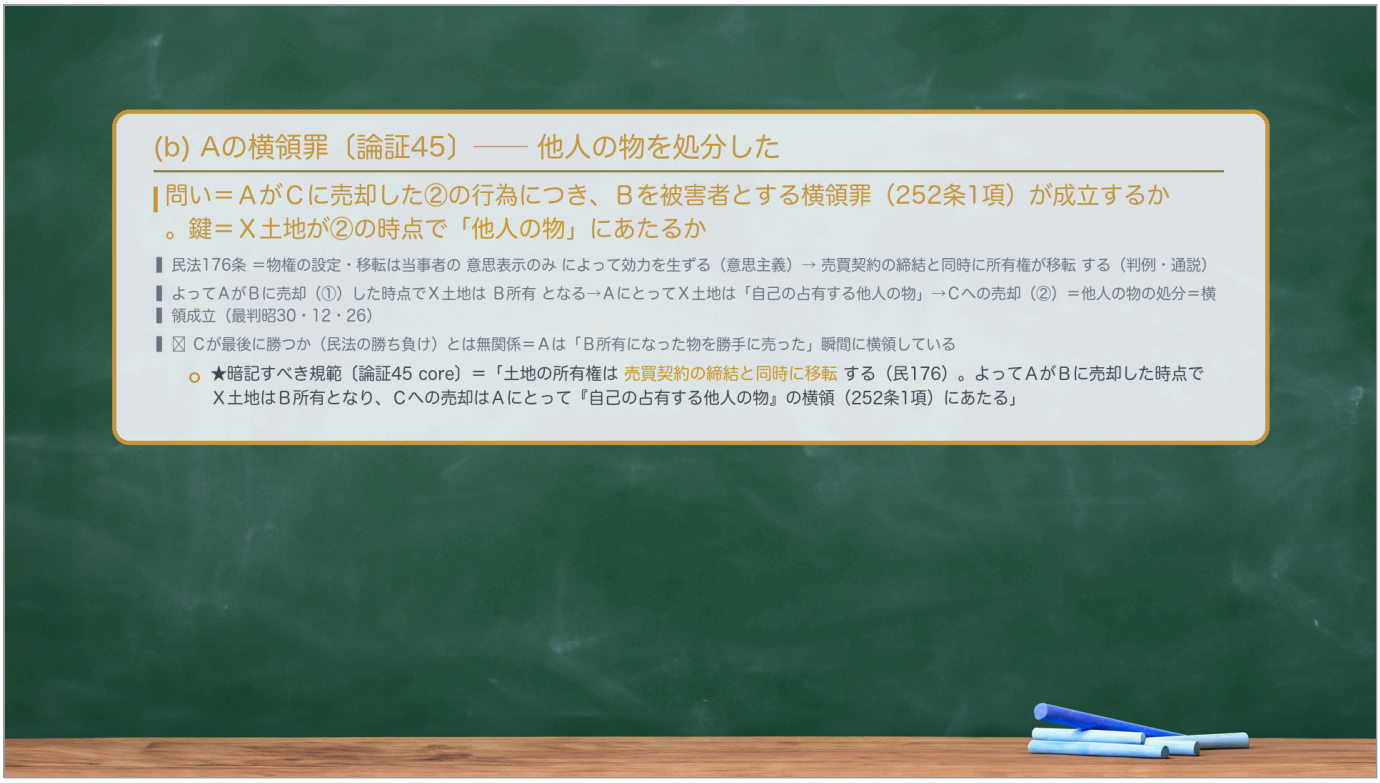
論文



関係図で、全体を一枚にします。上に、A・B・C。Aから①Bへ売却。Aから②Cへ売却。Cが③登記を備える。Aの横領、Aの詐欺、Cの共同正犯。民法はCが所有権を取る、刑法はAが処分した。

3 (b) Aの横領罪——他人の物を処分した

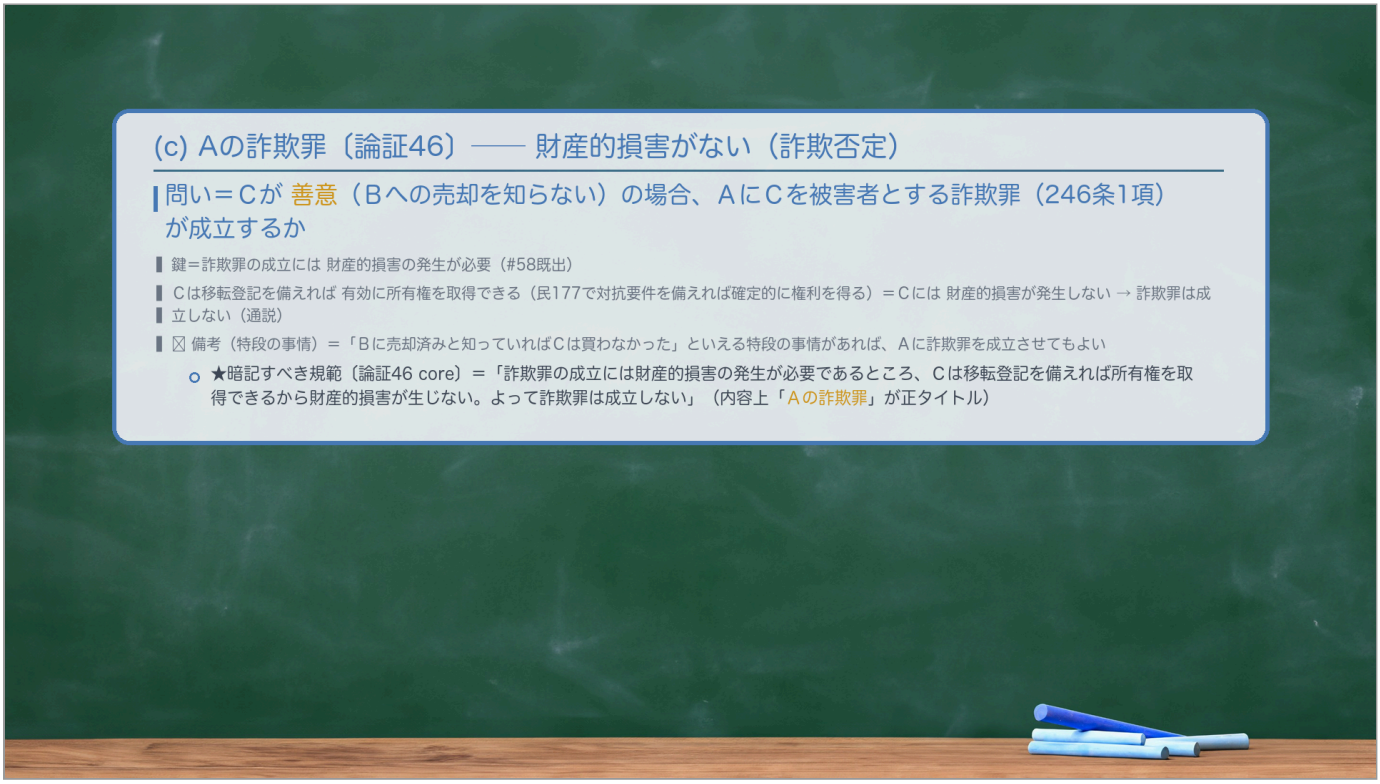
論文



では、Aの横領罪。鍵は、②の時点でX土地が他人の物か。ここで、民法176条を使います。物権の移転は、当事者の意思表示のみで効力を生ずる。これを、意思主義といいます。結論はこう。売買契約を結んだ瞬間に、所有権が移ります。だからAがBに売った①の時点で、X土地はAにとってもう他人の物になっています。そこへ、Cに売った②。これが横領です。最判昭30・12・26。Cが最後に勝つかどうかは、関係ない。その瞬間に、Aは横領をしている。これが、一番大事な視点でした。

4 (c) Aの詐欺罪——財産的損害がない

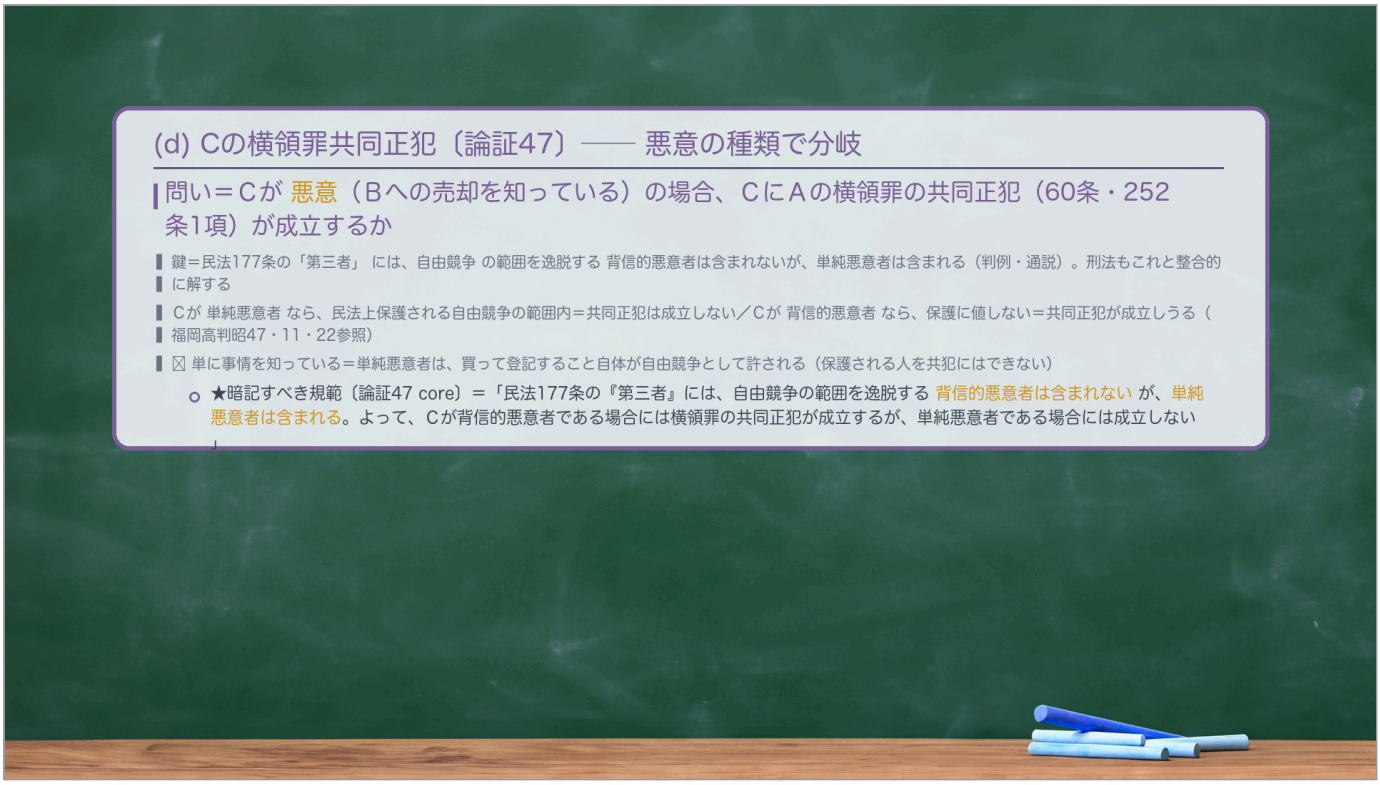
論文



二つ目の問い、Aの詐欺罪。前提は、Cが善意のとき。Aは黙ってCに売った＝だましたともいえる。ここで、詐欺罪の要件を思い出してください。#58でやりましたね。損害が、いるんです。考えてみてください。Cは登記を備えれば。お金を払って、ちゃんと土地が手に入る。財産的損害が、発生しないんです。成立しない。これが通説です。一点だけ、例外の注記があります。Bに売却済みと知っていれば、Cは買わなかった。それがあるなら、詐欺を成立させてもいい。

5 (d) Cの横領罪共同正犯——悪意の種類で分岐

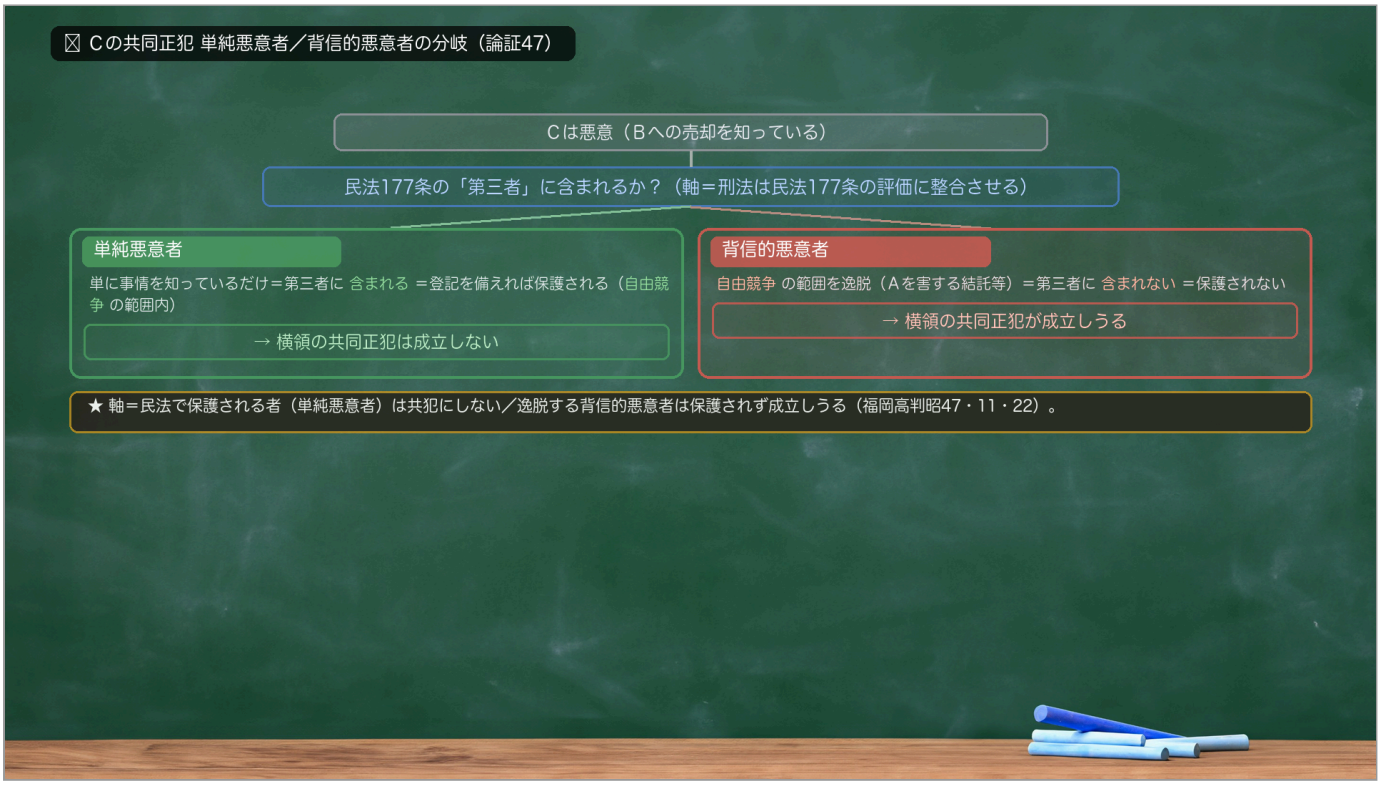
論文



三つ目の問い、Cの共同正犯。Bに売られてると、知ってて買った場合。そう感じますよね。そこが、つまづきポイント。ここでまた、民法177条を使います。177条の「第三者」に、誰が含まれるか。ここで、二種類の悪意者を分けます。単純悪意者と、背信的悪意者。単に事情を知ってるだけ＝単純悪意者。これは、民法177条の第三者に、含まれます。登記を備えれば、保護される。自由競争の範囲内。だからCが単純悪意者なら。刑法もそれと、整合的に解します。だから共同正犯は、成立しません。自由競争の範囲を、逸脱した人です。Aを困らせる目的で結託した、みたいな。これは177条の第三者に、含まれない。だから背信的悪意者なら、共同正犯が成立しうる。ただこの判例は、参照判例どまり。単純なら否定、背信的なら肯定。ここが分岐です。

6 Cの共同正犯 単純/背信的悪意者の分岐

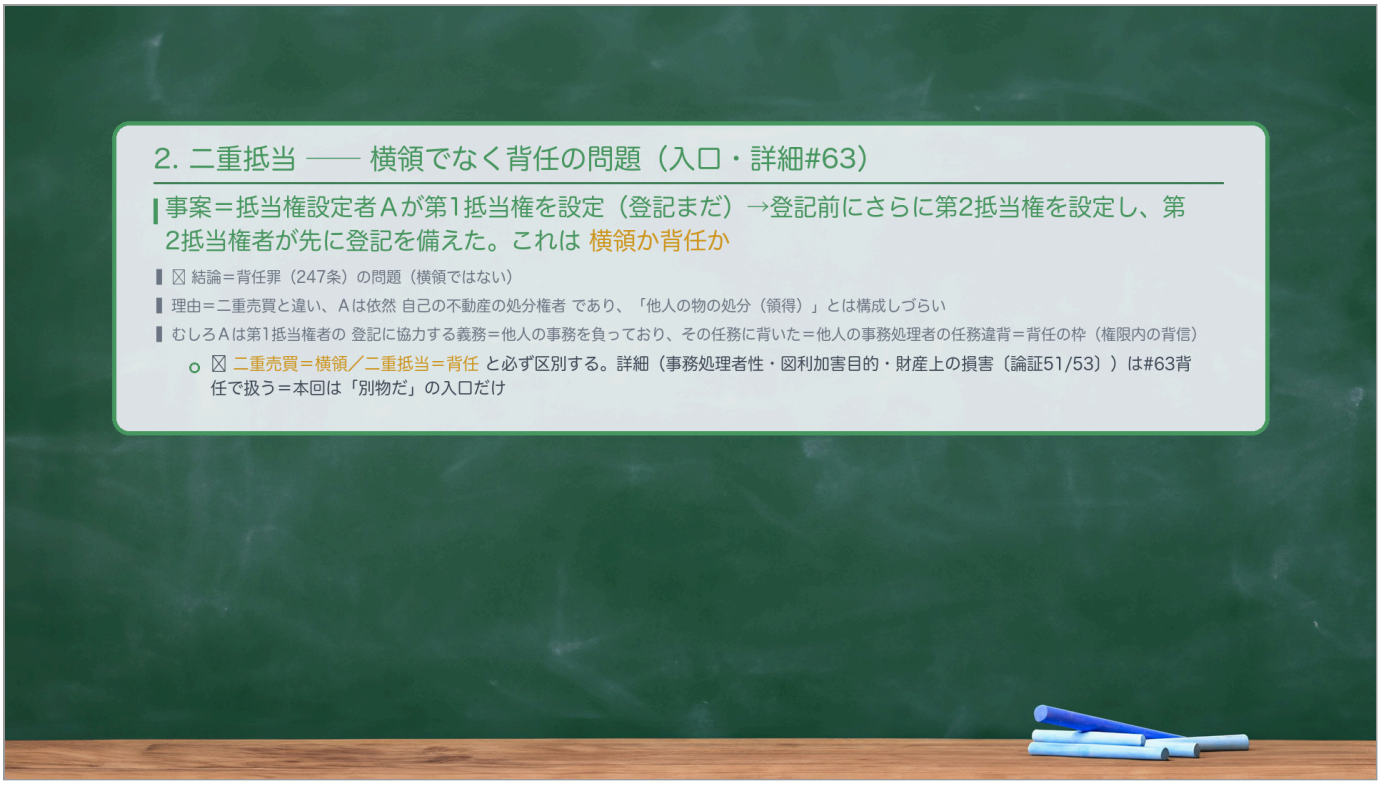
論文



フローで、分岐を確定します。問いは、177条の第三者に含まれるか。含まれる＝保護される＝共同正犯は成立しない。含まれない＝保護されない＝共同正犯が成立しうる。民法で守られる人を、共犯にはしない。

7 二重抵当——横領でなく背任の問題（入口）

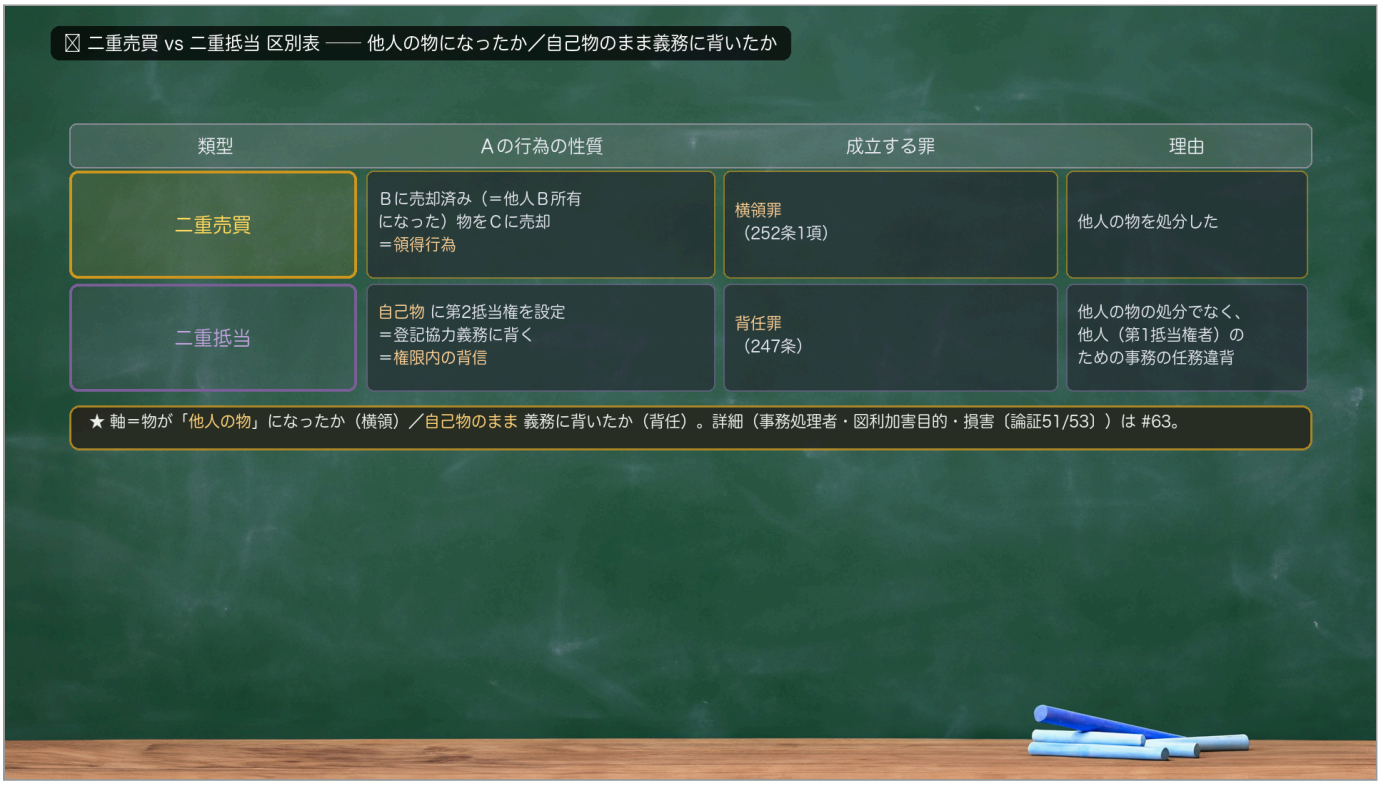
短答・論文



二つ目、二重抵当。名前が似てますが。全然違います。罪名が、変わります。二重売買は横領、二重抵当は背任です。事案から。Aが、自分の不動産に。まず、第1抵当権を設定した。登記はまだ。その登記の前に、第2抵当権も設定した。で、第2抵当権者が、先に登記を備えた。これは、横領でしょうか、背任でしょうか。引っかかりますよね。でも、違うんです。二重売買と、決定的に違う点があります。抵当権の場合、Aはまだ、自分の物の処分権者です。だから、他人の物を処分した、と言いにくい。じゃあ、Aは何を裏切ったのか。第1抵当権者の、登記に協力する義務です。これは、他人のための事務といえる。だから、背任の枠になるんです。ここは、混同しないでください。試験頻出です。詳しい背任は、#63で。

8 二重売買 vs 二重抵当 区別表

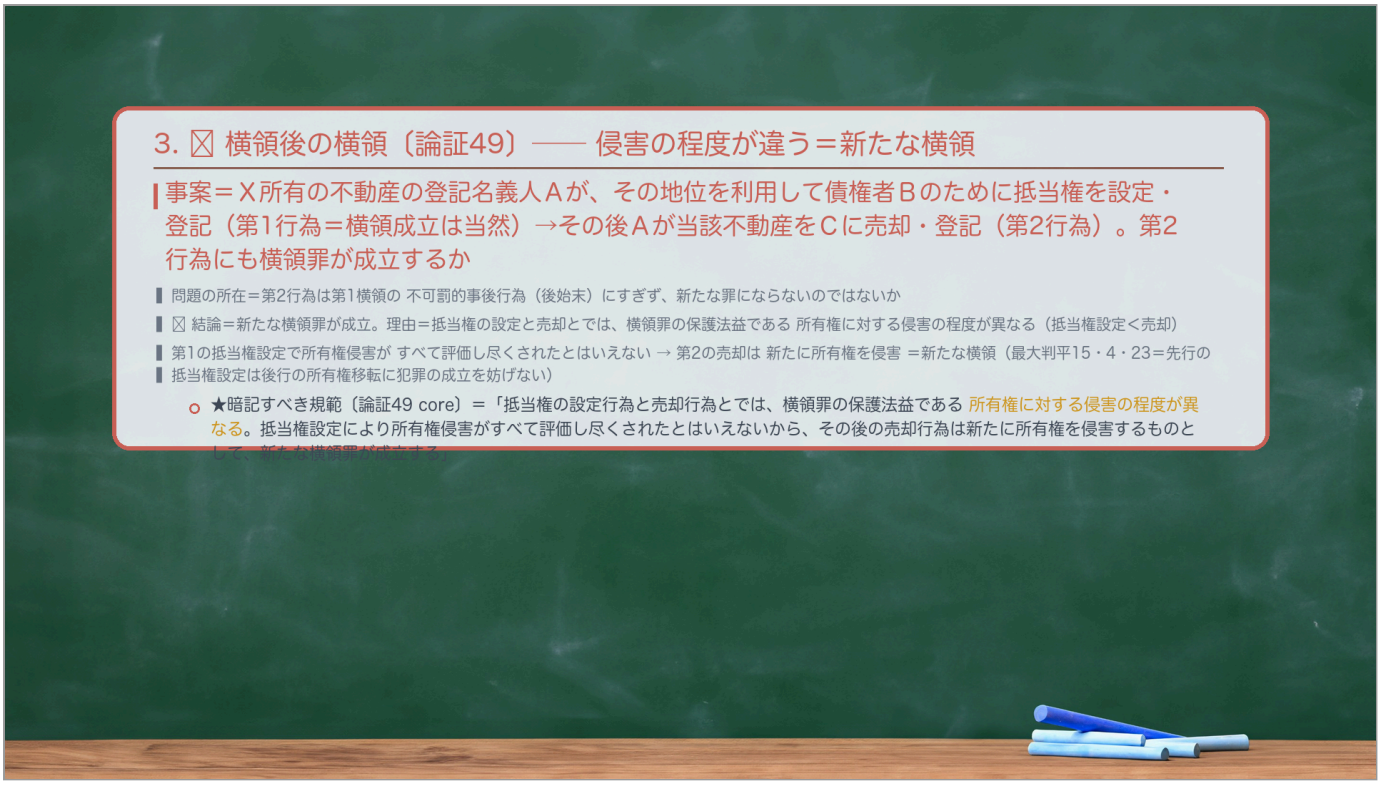
短答・論文



区別表で、二つを並べます。列は、行為の性質、成立する罪、理由。他人B所有になった物を、Cに売る＝領得行為。罪は横領。自己物に、第2抵当権＝登記協力義務に背く。罪は背任。他人の物になったか、自己物のまま義務に背いたか。この一枚で、混同を防げます。

9 横領後の横領——侵害の程度が違う

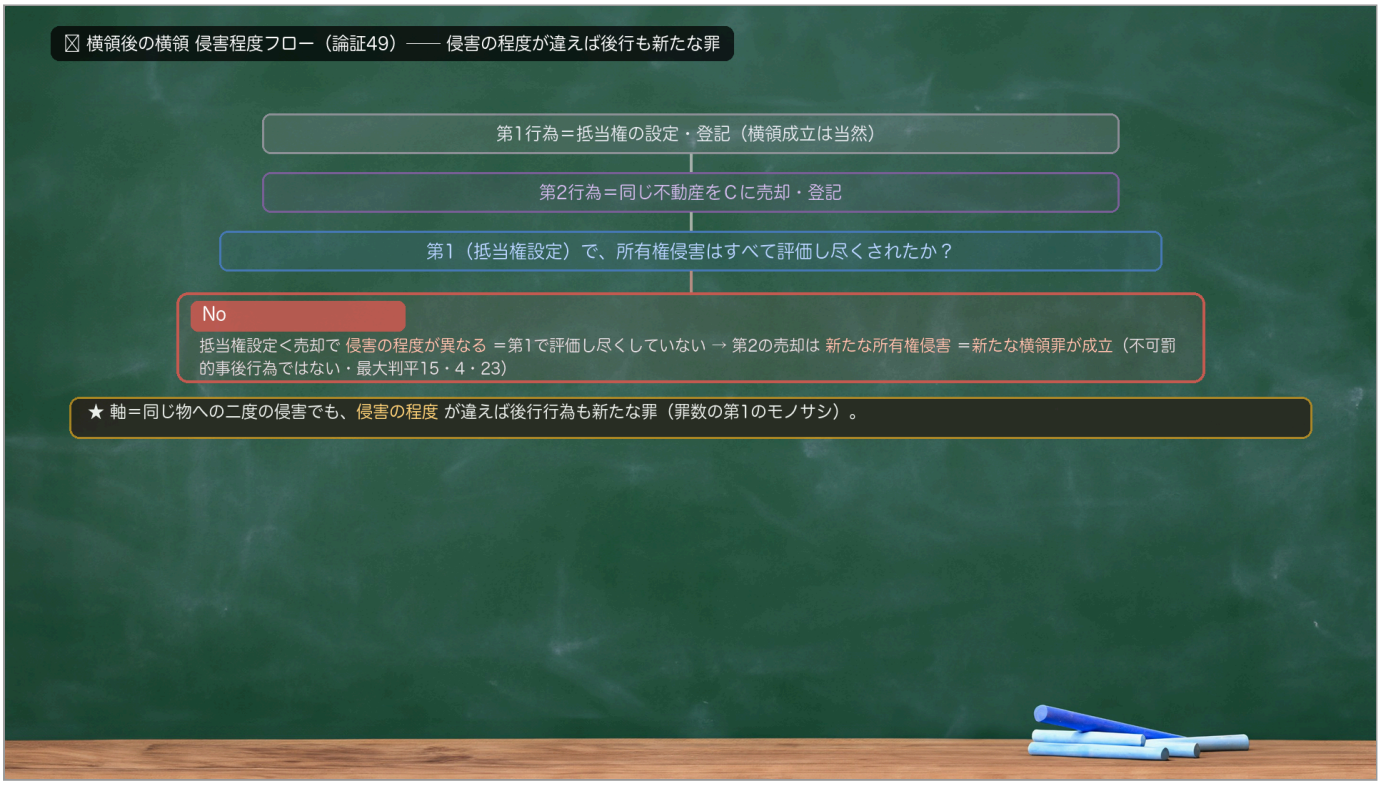
論文



三つ目、横領後の横領。事案。Aが、X所有の不動産の名義人でした。Aがまず、債権者Bのために抵当権を設定した。これだけで、横領は成立します。当然に。その後、Aが今度は、Cに売却した。問題は、この第2行為にも横領がつくか。そこが、つまづきポイントです。反論はこうです。第2行為は、後始末にすぎない。法律用語で、不可罰的事後行為、といいます。でも、結論は新たな横領が成立、です。抵当権設定と、売却を、比べてみてください。所有権への、侵害の程度。どっちが重いですか。抵当権は、重しを乗せただけ。侵害の程度が、違うんです。そこです。抵当権設定で、侵害が完結してない。だから新たな横領が、成立する。最大判平15・4・23も、同じ結論です。侵害の程度が違う＝これが軸でした。

10 横領後の横領 侵害程度フロー

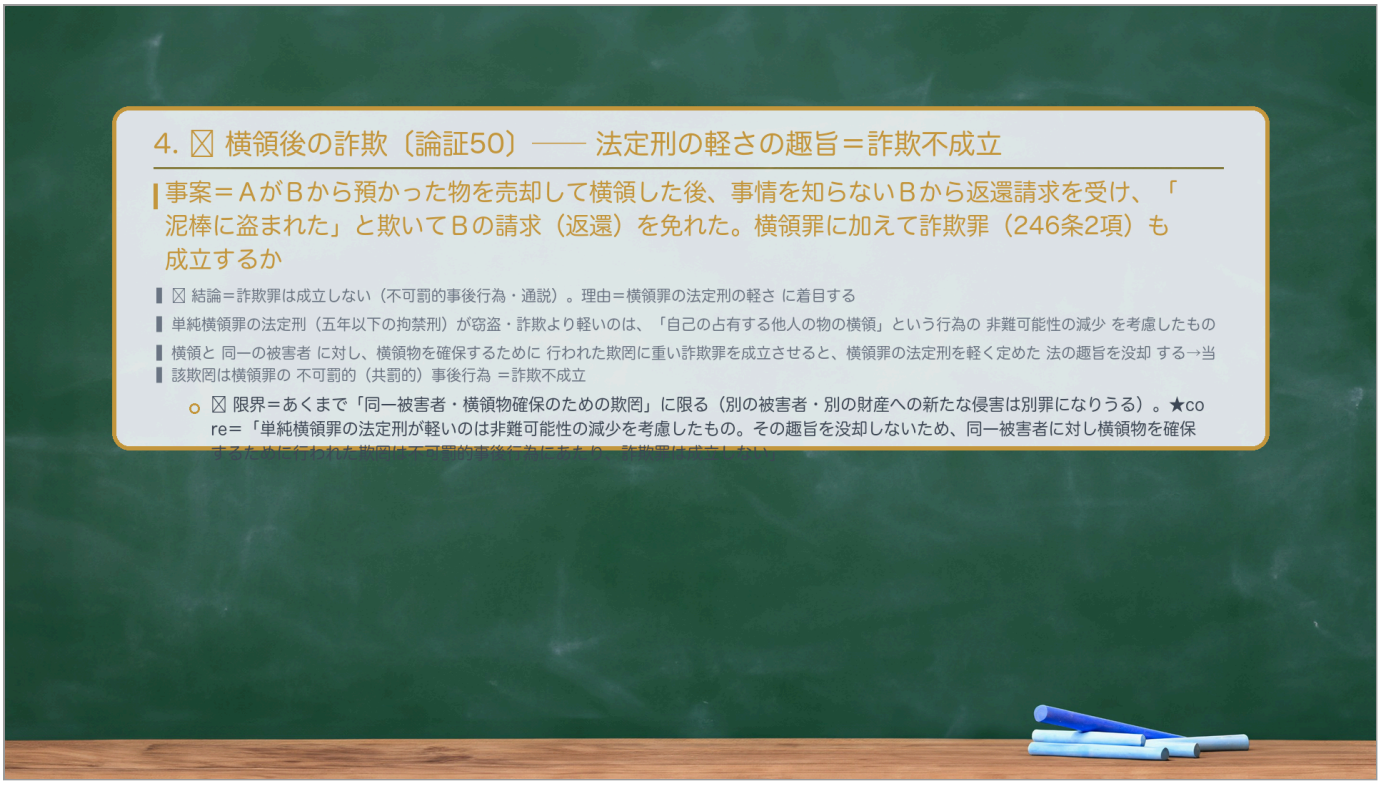
論文



フローで、整理します。抵当権の設定。これで横領は成立。問いは、第1で侵害を評価し尽くしたか。だから、評価し尽くしてない。Noです。新たな横領罪が、成立。不可罰的事後行為ではない。これが、罪数の一つ目のモノサシです。

11 横領後の詐欺——法定刑の軽さの趣旨

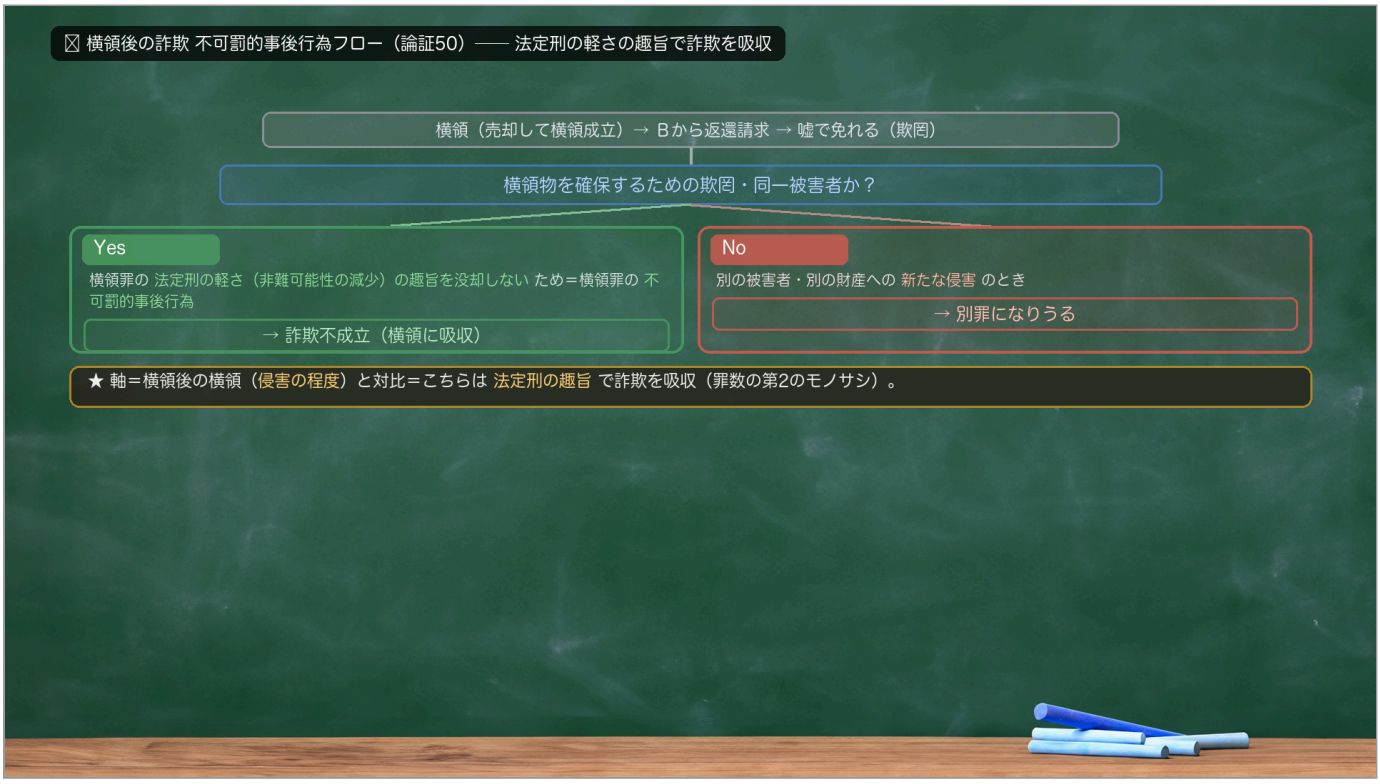
論文



四つ目、横領後の詐欺。事案。AがBから物を預かっていました。それを売って、横領した。ここまでは横領成立。その後、事情を知らないBが、返してと言う。Aは、泥棒に盗まれた、と嘘をついて免れた。じゃあ、この嘘に詐欺罪がつくか。そう見えますよね。でも、結論は詐欺不成立です。ここで、横領罪の法定刑に注目します。単純横領は、五年以下の拘禁刑。覚えてますか。これ、窃盗や詐欺より、軽いんです。自分が預かってる物に手をつけた＝非難の程度が低い。さて、ここに重い詐欺をかぶせたら。せっかく軽くした意味が、消えてしまう。そこです。同一の被害者に、横領物を確保するための嘘。これに重い詐欺をつけると、趣旨を没却する。詐欺罪は、成立しない。横領に吸収されます。横領後の横領は、新たな罪が成立した。モノサシが、違うんです。こっちは、法定刑の軽さの趣旨。最後に、限界も押さえて。同一被害者で、横領物を確保するための嘘に限ります。新たな侵害＝別罪になりうる。ここは注意です。

12 横領後の詐欺 不可罰的事後行為フロー

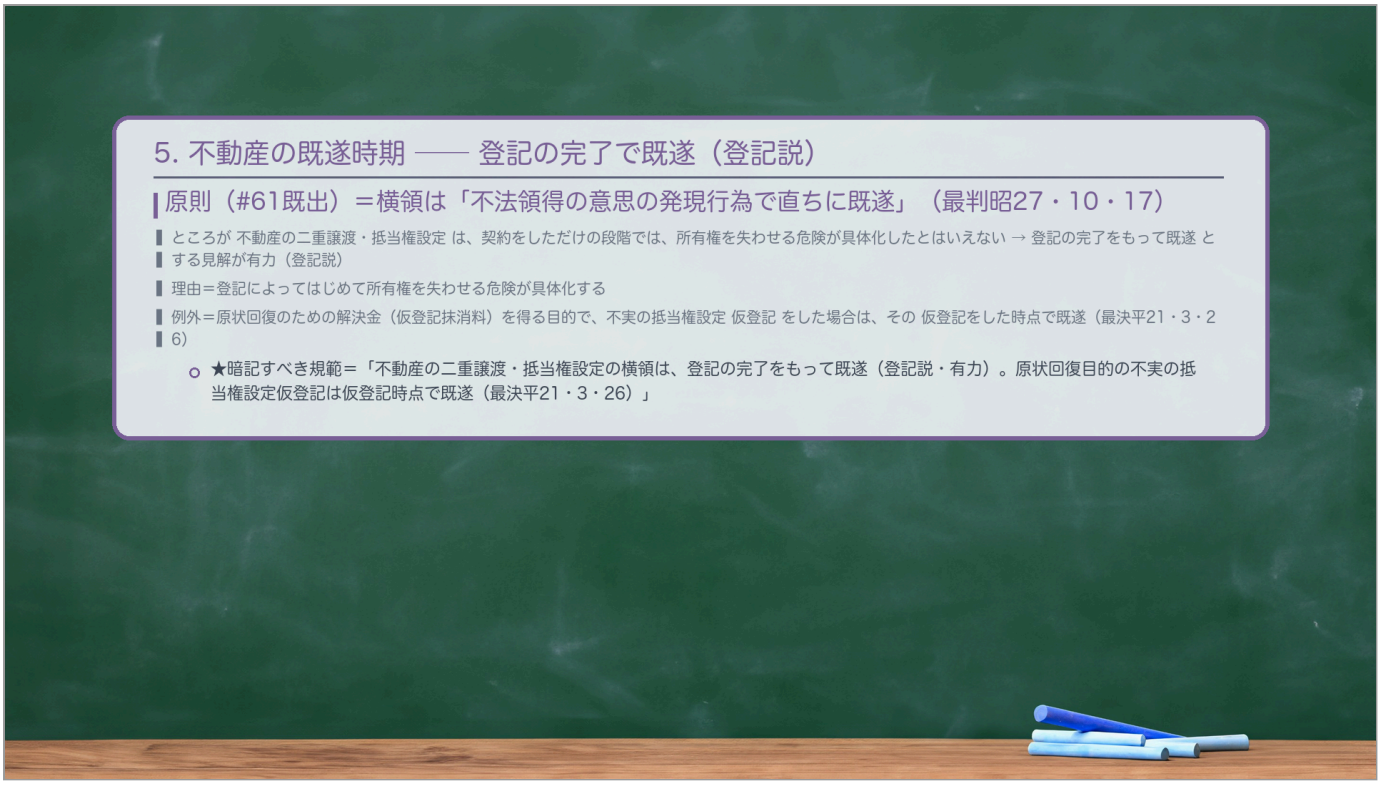
論文



フローで、確定します。返還請求が来て、嘘で免れた。横領物を確保するための嘘で、同一被害者か。法定刑の軽さの趣旨を没却しない＝詐欺不成立。別被害者や別の財産なら、別罪になりうる。侵害の程度か、法定刑の趣旨か。二つのモノサシ。

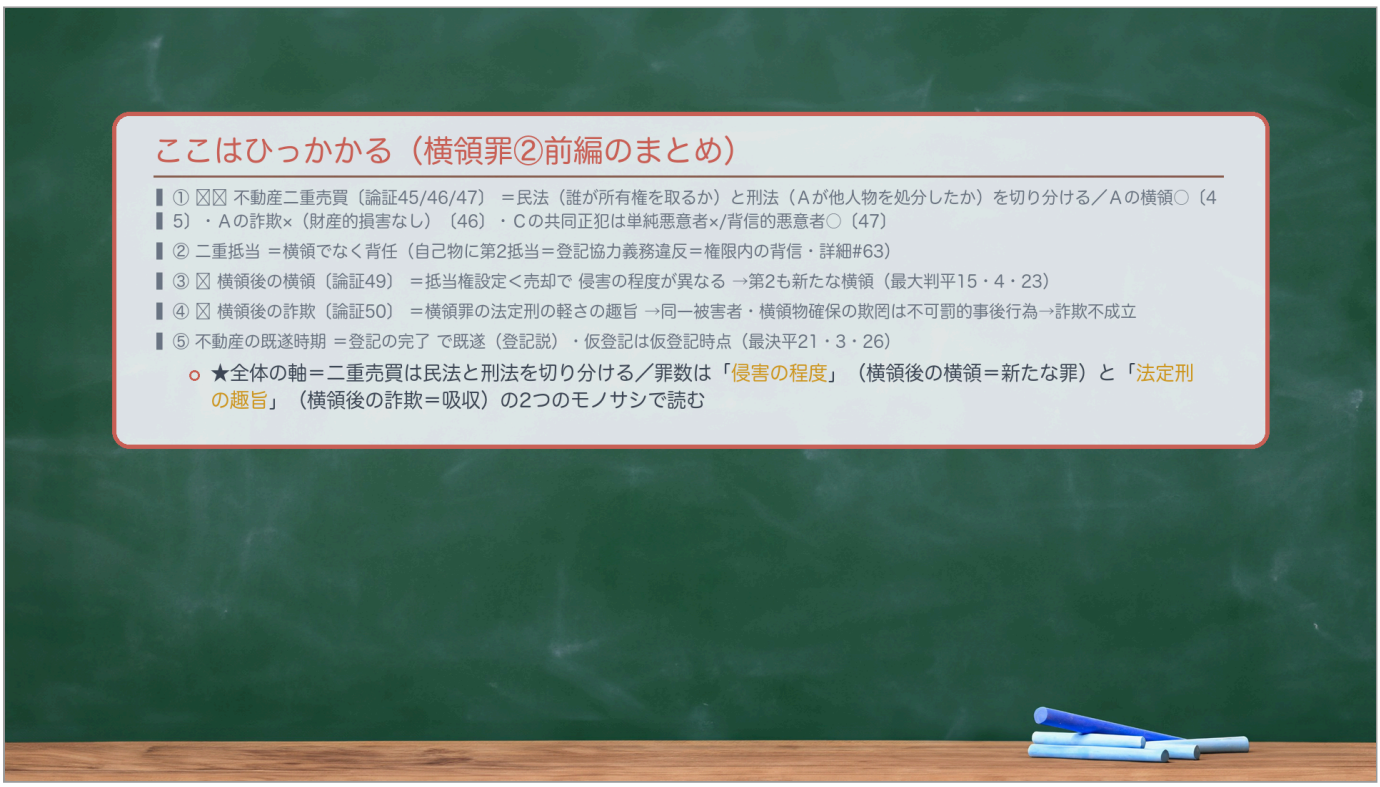
13 不動産の既遂時期——登記の完了で既遂

短答・論文



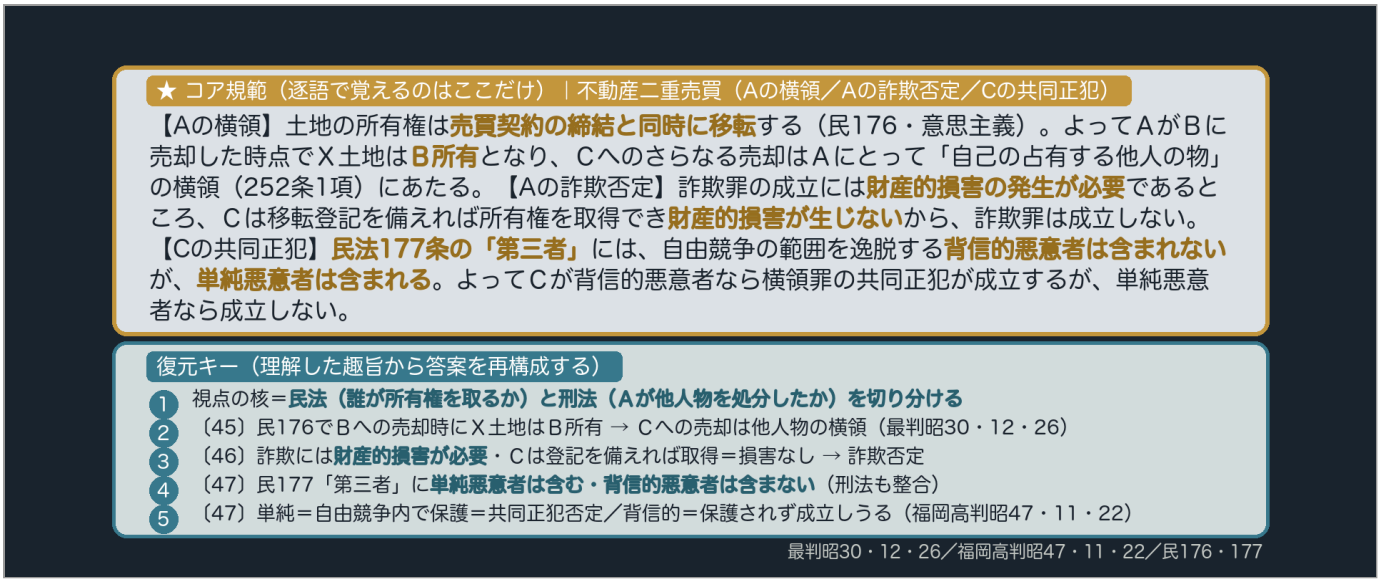
五つ目、不動産の既遂時期。原則は、#61でやりました。覚えてますか。でも、不動産は別扱いになります。二重譲渡や、抵当権設定の場合です。契約しただけの段階では、どうでしょう。所有権を失わせる危険が、具体化したといえますか。まだ、危険が固まってない。登記の完了をもって、既遂とします。登記説です。登記で、所有権喪失の危険が具体化する。これが有力説です。一つ、例外があります。不実の抵当権設定の、仮登記の場合。原状回復のための解決金を得る目的で、仮登記をした。このときは、仮登記をした時点で既遂です。原則は登記の完了、仮登記の例外は仮登記時点。

◆ 短答ひっかけ

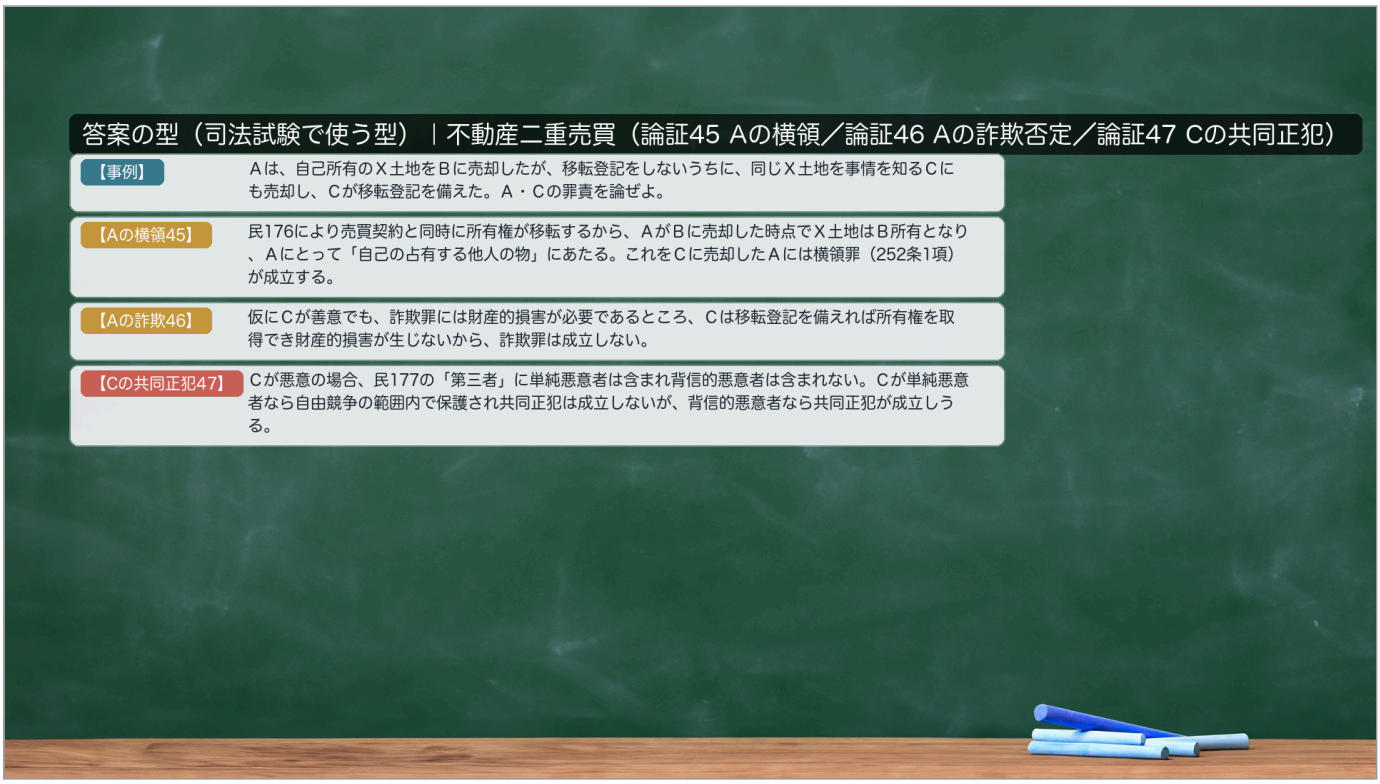


整理します。①不動産二重売買は、民法と刑法を切り分ける。Aの横領○、Aの詐欺×、Cの共同正犯は分岐。②二重抵当は、横領でなく背任。③横領後の横領は、侵害の程度が違う。④横領後の詐欺は、法定刑の軽さの趣旨。⑤不動産の既遂時期は、登記の完了で既遂。全体の軸は。侵害の程度と、法定刑の趣旨。これで全部読めました。

◆ 論文の型



論文の型、一つ目。不動産二重売買。三者で一事案です。逐語で覚えるのは、太字だけ。売買契約と同時に移転、B所有、これが太字。財産的損害の発生が必要、生じない。民法177条の第三者、背信的悪意者は含まれない、単純悪意者は含まれる。三つとも、復元キーで組み立てられます。



答案の型です。三者一事案を、順番に処理します。民176で契約時にB所有＝他人の物＝Cへの売却で横領。Cが善意でも、財産的損害なし＝詐欺不成立。Cが悪意でも、単純なら否定、背信的なら肯定。

◆ 論文の型：横領後の横領

論文

★ コア規範（逐語で覚えるのはここだけ）｜横領後の横領

抵当権の設定行為と売却行為とでは、横領罪の保護法益である**所有権に対する侵害の程度が異なる**。抵当権設定により**所有権侵害がすべて評価し尽くされたとはいえない**から、その後の売却行為は**新たに所有権を侵害**するものとして、新たな横領罪が成立する。

復元キー（理解した趣旨から答案を再構成する）

1. 第2行為（売却）は先行横領の**不可罰的事後行為**か、が問題の所在
2. 抵当権設定と売却で**所有権侵害の程度が異なる**（抵当権設定＜売却）
3. 第1（抵当権設定）で侵害を**評価し尽くしていない**
4. →第2の売却は**新たな所有権侵害** → 新たな横領が成立
5. 判例＝先行の抵当権設定は後行の所有権移転の犯罪成立を妨げない（最大判平15・4・23）

最大判平15・4・23

論文の型、二つ目。横領後の横領。太字だけ。侵害の程度が異なる、評価し尽くされたとはいえない。第2行為は不可罰的事後行為か、から入る。第1で評価し尽くしてない＝第2は新たな侵害。

答案の型（司法試験で使う型）｜横領後の横領

【事例】 X所有の不動産の登記名義人Aは、その地位を利用して債権者Bのために抵当権を設定・登記した後、同不動産をCに売却・登記した。Aの売却行為に横領罪が成立するか。

【問題提起】 抵当権設定により横領罪が成立した後の売却行為は、先行する横領の不可罰的事後行為にすぎず、新たな横領罪は成立しないのではないか。

【規範】 抵当権の設定行為と売却行為とでは、横領罪の保護法益である所有権に対する侵害の程度が異なる。抵当権設定により所有権侵害がすべて評価し尽くされたとはいえないから、その後の売却行為は新たに所有権を侵害するものとして、新たな横領罪が成立する。

【あてはめ】 Aの売却行為は、抵当権設定より重い所有権侵害であり、先行行為で評価し尽くされていない。よってAの売却行為には新たな横領罪が成立する（最大判平15・4・23）。

答案の型です。抵当権設定の後に、売却した設例。規範は、侵害の程度が異なる。売却は抵当権設定より重い＝評価し尽くされてない。

◆ 論文の型：横領後の詐欺

論文

★ コア規範（逐語で覚えるのはここだけ）｜横領後の詐欺

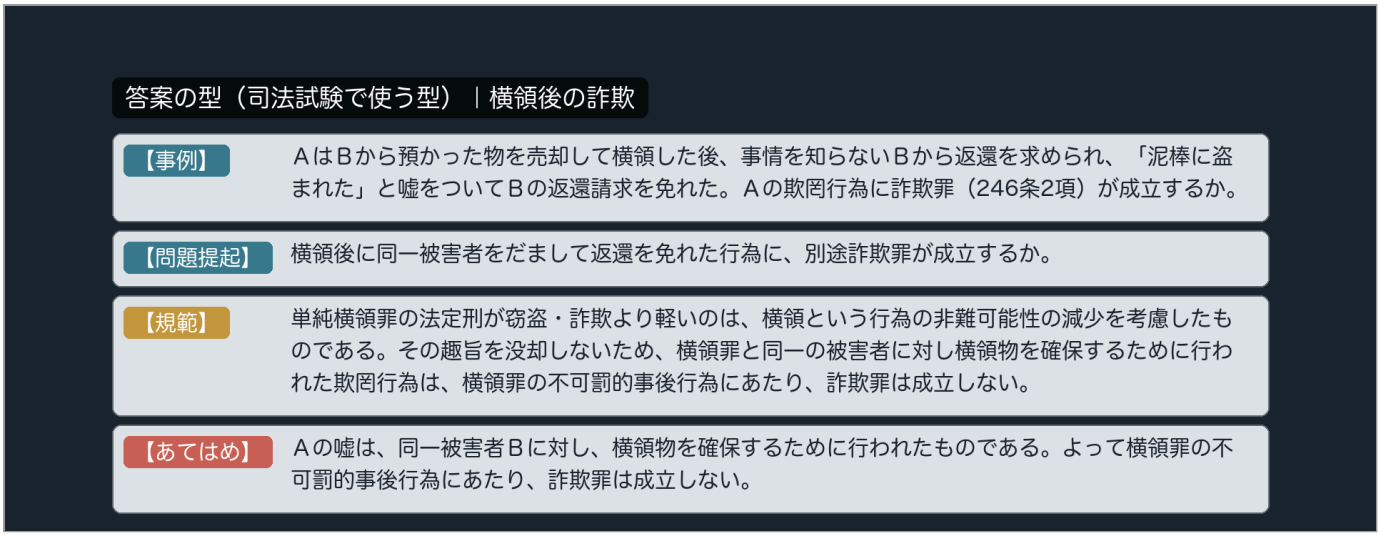
単純横領罪の法定刑が窃盗・詐欺より軽いのは、横領という行為の**非難可能性の減少**を考慮したものである。その**趣旨を没却しない**ため、横領罪と**同一の被害者**に対し**横領物を確保するために**行われた欺罔行為は、横領罪の**不可罰的事後行為**にあたり、詐欺罪は成立しない。

復元キー（理解した趣旨から答案を再構成する）

1. 返還を免れる欺罔に詐欺罪（246条2項）が成立するか、が問題の所在
2. 横領罪は**法定刑が軽い**＝横領行為の**非難可能性の減少**を考慮した趣旨
3. ここに重い詐欺を付すと、軽く定めた**趣旨を没却**する
4. 同一被害者・横領物確保の欺罔は横領罪の**不可罰的事後行為** → 詐欺不成立
5. 限界＝別の被害者・別の財産への新たな侵害は別罪になりうる

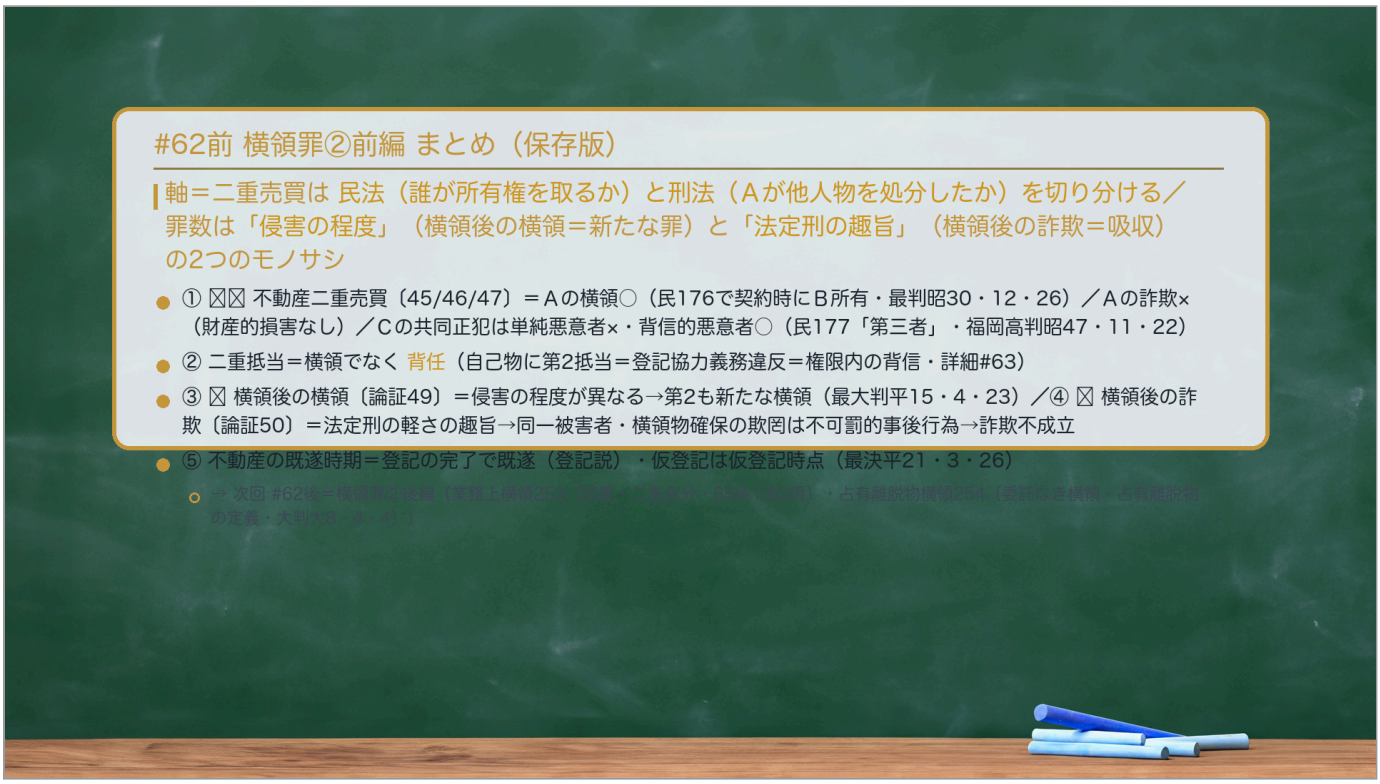
通説

論文の型、三つ目。横領後の詐欺。太字だけ。非難可能性の減少、趣旨を没却しない。同一の被害者、横領物を確保するために、不可罰的事後行為。横領罪は法定刑が軽い、その趣旨から入る。同一被害者・横領物確保の嘘は、不可罰的事後行為。



答案の型です。横領した後、嘘で返還を免れた設例。規範は、法定刑の軽さの趣旨を没却しない。同一被害者・横領物確保の嘘＝不可罰的事後行為。

◆ 今日の地図（保存版）



まとめます。軸は、二つ。一つ、二重売買は民法と刑法を切り分ける。もう一つ、罪数は二つのモノサシ。①不動産二重売買は、三者を切り分ける。②二重抵当は、横領でなく背任。③横領後の横領は、侵害の程度が違う＝新たな横領。⑤不動産の既遂時期は、登記の完了で既遂。これで、横領の応用と罪数が、ひととおり完成です。次は#62の後編です。横領の派生類型。業務上横領と、占有離脱物横領です。業務として預かる人が横領した、加重類型です。落とし物を、ネコババしたような場合。委託がない横領。お疲れさまでした。