慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	横領物の横領と共罰的事後行為：最高裁平成15年4月23日大法廷判決の検討
Sub Title	
Author	鈴木, 左斗志(Suzuki, Satoshi)
Publisher	判例タイムズ社
Publication year	2006
Jtitle	判例タイムズ Vol.57, No.2 (2006. 6) ,p.45- 56
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	通巻1207号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00326956-20060615-0045

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

横領物の横領と共罰的事後行為

― 最高裁平成15年4月23日大法廷判決の検討 ―

慶應義塾大学大学院法務研究科（法科大学院）教授　鈴木 左斗志

本稿は，『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集』（判例タイムズ社）への寄稿を目的として執筆したが，私の不手際により同書に掲載できなかったものである。しかし，判例タイムズ編集部のご厚意により，本誌に掲載していただけることとなった。拙い雑文ではあるが，謹んで佐藤文哉先生・小林充先生に献呈申し上げたい。

Ⅰ　問題の所在

(1)　最高裁平成15年4月23日大法廷判決（刑集57巻4号467頁）は，担保権設定・所有権移転行為と横領罪の関係について注目するべき判断を示した[1]。もっとも本件で起訴された行為そのものは，土地の受託者であった被告人による無断売却行為であり，それ自体としては横領罪の成立を認めることに争いがあるわけではない[2]。問題になったのは，売却行為に先行して被告人が土地に無断で抵当権を設定・登記しており，しかもその点を根拠として成立する可能性のある横領罪について，すでに時効が成立していたという点である。このような状況の下で，先行する抵当権設定行為が後続の売却行為に対する横領罪の成否にどのような影響を及ぼすのかが，本件では問われたのである。最高裁はつぎのような判断を示した。「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においても，その不動産は他人の物であり，受託者がこれを占有していることに変わりはなく，受託者が，その後，その不動産につき，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は，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したものにほかならない。したがって，売却等による所有権移転行為について，横領罪の成立自体は，これを肯定することができるというべきであり，先行の抵当権設定行為が存在することは，後行の所有権移転行為について犯罪の成立自体を妨げる事情にはならないと解するのが相当である。このように，所有権移転行為について横領罪が成立する以上，先行する抵当権設定行為について横領罪が成立する場合における同罪と後行の所有権移転による横領罪との罪数評価のいかんにかかわらず，検察官は事案の軽重，立証の難易等諸般の事情を考慮し，先行の抵当権設定行為ではなく，後行の所有権移転行為をとらえて公訴を提起することができるものと解される。また，そのような公訴の提起を受けた裁判所は，所有権移転の点だけを審判の対象とすべきであり，犯罪の成否を決するに当たり，売却に先立って横領罪を構成する抵当権設定行為があったかどうかというような訴因外の事情に立ち入って審理判断すべきものではない。このような場合に，被告人に対し，訴因外の犯罪事実を主張立証することによって訴因とされている事実について犯罪の成否を争うことを許容することは，訴因外の犯罪事実をめぐって，被告人が犯罪成立の証明を，検察官が犯罪不成立の証明を志向するなど，当事者双方に不自然な訴訟活動を行わせることにもなりかねず，訴因制度を採る訴訟手続の本旨に沿わないものというべきである」。

以上に引用した判決で最高裁は，〈後続する所有権移転行為が，先行する抵当権設定行為から独

1）本判決に対する評釈として，小川新二・警論56巻7号152頁，佐久間達哉・研修661号13頁以下，福崎伸一郎・ジュリ1255号139頁以下，山口厚・法教278号34頁以下，曽根威彦・研修668号3頁以下，浅田和茂・平15重判解168頁以下，野村稔・現刑6巻7号75頁以下，林幹人・現刑6巻9号82頁以下，高木俊夫・ジュリ1281号167頁以下等。原審判決（東京高判平成13年3月22日高刑54巻1号13頁）に対する評釈として，森本和明・研修640号25頁以下，西田典之・研修657号3頁以下，小林憲太郎・セレクト2002（法教270号別冊）36頁等。

2）もっともこの点については本稿Ⅱ 2(2)(a)での検討を参照。

立したものであるか否か〉という問題を，つぎの3つの観点について判断している。①犯罪の成立を認めるべきか，②単独処罰を認めるべきか，③公訴時効の起算を認めるべきか（ただし③は明示的ではない）。さらにこの①～③の独立性が肯定されれば，その先には，④先行犯罪との罪数関係をどのように考えるべきか，という問題も存在する。しかしこの④については，「本件が後行行為だけが起訴された場合であり，その犯罪としての成立の有無が決せられれば，訴因の犯罪としての成立の有無，その審理範囲等本件をめぐる問題の解決には十分」だという判断から，最高裁は「慎重に結論を留保している[3]」。

上記①～④の問題を解決しようとする場合に，その共通の理論的基盤を与えると考えられてきたのが「不可罰的事後行為」と呼ばれる実体法上の理論である。ところが，この不可罰的事後行為との関係で本判決の趣旨をどのように理解するべきかについて，実務・学説の対応は必ずしも明快とは言い難いように思われる。その主な原因は，おそらくつぎの2点にある。第1に，不可罰的事後行為の内容をめぐる本判決以前の議論は，ⓐ事後行為は先行犯罪の「構成要件によって評価され尽くしている[4]」のでそもそも「犯罪として成立しない[5]」とする従来の通説に対して，ⓑ事後行為についても共犯成立・単独処罰を認める必要があるから犯罪成立を肯定するべきであり，ただ先行犯罪が処罰される場合にはその刑に吸収（包括）して処断されるとする共罰的事後行為説[6]が対立して主張されてきたが，これらの直接の対立点以外の問題について共罰的事後行為説の立場からどのように解決されるのかについては，必ずしも十分な検討がおこなわれているとはいえない状況だった点。第2に，本件の事案は，これまでの学説が不可罰的事後行為の中心的事例として議論してきたもの（＝たとえば窃盗犯人が盗品を毀棄した事例）とは問題状況が異なっていた，という点である。このことをすこし具体的に見てみよう。

(2) つぎに引用する評釈は，本判決の「対処の仕方」について，「実務においては，動産を対象とするありふれた横領罪についても日常的に行われており，特段の異論を見ないのである[7]」とし，その趣旨を解説する。しかし前記の観点から考えた場合，その内容には疑問があるように思われる。

「たとえば，他人の物を受託保管中の者が所有権侵奪行為（横領行為）にでたことを認定するには，通常の場合，その外部的発現が立証される必要があるが，会社員が勤務先所有の現金を預かり保管中であったとすると，横領行為の発現態様には，着服・拐帯・隠匿・費消・贈与・貸与など種々あり得るのであり，これら行為は，同時にあるいは順次行われることも少なくない。そこで，検察官としては，収集した証拠から事案の軽重，立証の難易などを考え，当該事案における発現行為の時期，態様のうち，立証が容易かつ確実なものを選択して訴因として構成し，これを立証して横領の事実を明らかにしようとする。このような場合，検察官が日時・場所や犯意の立証がしやすいと認めた金員費消行為をとらえて横領の訴因に構成したのに対して，預かり金を着服した時点で横領罪は既に成立したのだから，その後の費消行為は横領物の事後処分に過ぎず不可罰であるなどという立論をもしするならば，それは，犯罪事実の実像は先験的に認識可能なものではなく，訴訟の過程において形成・把握されることを理解しないものというほかないであろう[8]」。

(a) まず疑問が生じるのは，実体法上の犯罪成立要件にかかわる問題を，訴訟法上の要請を援用することで解決しようとしている点である。たしかに上記引用部分にあげられている動産事例の場合，着服行為について横領罪が成立するからという理由で，検察官が訴因として構成した費消行為についての横領罪が不成立になるなどといったことを認めては不当だろう。しかし，この点を根拠づけるために「訴因外の事実は審理の対象にするべきではない」という訴訟法上の要請を援用したとしても，それだけでは理論的に不十分と言わざるをえない。なぜなら，

㋐ もしも実体法の解釈として不可罰的事後行為はそもそも「犯罪として成立しない[9]」と

3）以上の引用部分は，福崎・前掲注1）140頁。
4）団藤重光・刑法綱要総論（創文社，第3版，平2）131頁。
5）団藤・前掲注4）446頁注(32)。
6）平野龍一・刑法総論Ⅱ（有斐閣，昭50）413頁以下。
7）髙木・前掲注1）169頁。
8）髙木・前掲注1）169頁以下。同「訴訟の場から見る不可罰的事後行為」河上和雄先生古稀祝賀論文集（青林書院，平15）284頁以下も参照。さらに高刑54巻1号42頁以下も参照。
9）団藤・前掲注4）446頁注(32)。

いう見解[10]を前提にするならば，先行犯罪が成立していないということは，まさに検察官によって訴因として構成された事実が充足するべき犯罪成立要件の一内容になる。その点の主張・立証がない以上，たとえ前記のような訴訟法上の要請を受け入れたとしても，依然として裁判所は犯罪の成立を認めることができないと思われる。

㋑ また，事後行為に独立した犯罪の成立を認める見解を採用したうえで，その理由について，たとえば〈事後行為だけに関与した者にも共犯の成立を認める必要があるから，そのための理論的前提としてのみ独立の犯罪成立を認める〉と考えた[11]場合，この理由は必ずしも事後行為そのものの単独処罰を肯定することには結びつかない。つまり，独立の犯罪成立を認めつつ，処罰はあくまでも先行犯罪の刑に吸収（包括）して処断されるという形でしか認められない，という見解を採用することも理論的には可能である。そして実体法の解釈としてこのような見解を採用した場合，やはり裁判所は，そのような要件が充足されているか否かによって法適用の可否を決めるしかない。前記の訴訟法上の要請を援用したとしても，この点を理論的に変更することはできないと思われる。

結局，実体法上の犯罪成立・処罰要件（＝裁判所の法適用可否判断の基準であり，それゆえに両当事者の主張・立証の目標でもある）を前提としてのみ，前記の訴訟法上の要請は意味をもつにすぎない。そのため，前者の内容から生じた不都合を後者によって是正するという試みは，そもそも理論的に無理があるといわざるをえない。前出の動産事例で生じる不都合の解決は，事後行為に対する実体法上の解釈においてなされなければならない。つまり事後行為についての犯罪成立・単独処罰を実体法解釈として正面から認め，先行犯罪との関係は罪数論において考慮されなければならない。

この場合に生じる罪数論上の煩瑣な議論を迂回するために訴訟法上の要請を援用することは，理論的に不当であるというだけでなく，つぎに指摘するような問題が存在していることを覆い隠してしまう。これは単なる理論上の問題にとどまらず，不合理な結論を招来することになりかねないため，実務上は見逃せない点だと思われる。たとえばつぎのような事例を考えてみよう。

検察官が訴因として構成した金銭費消行為が，拐帯行為を基準にすれば時効成立後におこなわれたものであった場合。

まず一般論として，着服・拐帯時にまで横領罪の既遂時期を遡らせる実益は，被害額を費消等に至らなかったものまでふくめた全額にできる点にあると思われる。そのため検察官は，立証可能であるかぎり早期に横領行為を遡らせて訴因構成することになる。ところが上記設例のように公訴時効が問題となった場合，その規制を回避するために立証可能性とは無関係に遅い時期の横領行為を選択して訴因構成することになるだろう。そして，訴訟法上の要請を援用する見解によれば，このような訴因選択に対しては何らの規律も課しえないことになる。しかし，たとえば時効完成からかなりの期間を経過した後に隠匿場所を変えたというような場合を想定すると，このような場合にまで公訴時効の規制をかいくぐることを認めるのは行き過ぎではないだろうか[12]。

もっともこの問題は，つぎの(b)で指摘する問題点にもかかわっている。

(b) 以上(a)で検討してきたのは，前掲評釈に見られる問題点のうち，〈実体法上の犯罪成立要件にかかわる問題を，訴訟法上の要請を援用することで解決しようとしている〉という点だった。しかし前掲評釈には，つぎのようなさらなる問題点もふくまれている。それは，そこで援用されていた動産事例と本件事案との間には基本的な違いがある，という点である。具体的には，先行行為の当罰性が事後行為を前提にすることなく決まるものか否か，という違いである。すなわち，一方で本件事案の場合，抵当権設定行為の当罰性は，その後に所有権移転行為が後続するか否かにかかわりなく，独立に決まるものである。これに対して前掲評釈で援用された動産事例における着服行為は，その後に費消などの事実が予定されているか

10）本判決によって判例変更された最三小判昭和31年6月26日刑集10巻6号874頁もこのような見解を前提にしていると思われる。なお，伊達秋雄・昭31最判解説(刑)175頁以下も参照。

11）団藤博士が「犯罪として成立しない」（団藤・前掲注4）446頁注(32)）とされながら，「構成要件を充足する違法な行為にはちがいない」（前掲箇所）と述べられるのは，共犯成立可能性を肯定しようとされたためである。この点については，平野龍一「包括一罪についての若干のコメント」判時1733号4頁，小林充「罪数論の基本」現刑6巻4号52頁以下を参照。

12）もっとも実際にこのような場合までが起訴されるとは思えないが，訴訟法上の要請を援用する見解の論理をつきつめると，公訴時効規定は無関係ということになってしまう。

らこそ「着服（＝横領行為）」と評価されるのではないかと思われる（この点についてくわしくは本稿Ⅱでの検討を参照）。

(3) 以上(2)(a)・(b)で指摘した2つの問題点のうち，前者については，そもそも本判決自身が明確に，売却行為が抵当権設定行為とは独立に横領罪の成立要件を充足するという点をまず確定し，そのことを前提にしたうえで訴訟法上の要請について述べている（すくなくとも(2)(a)で指摘した㋐については実体法解釈の問題として解決している[13]）。また，実務家の中からも，「実体法的な解釈の欠点を訴訟法的に補うこと〔は〕……便宜的にすぎる」とし，「訴因外犯罪の審理禁止法理……の適用は……，主に実体法上の解釈から当該訴因の存否や効果を減殺するものかどうかという観点から個別に判断されるべきである」との指摘がなされている[14]。その意味で，本稿でこの点をこれ以上検討する必要はないと思われる。

本稿が立ち入って検討しようとしているのは後者の問題点である。具体的にはつぎの2点が問題になる。①事後行為について独立に公訴時効を起算する本判決の判断はどのような射程をもっているか，㈡抵当権設定行為と売却行為が同時に起訴された場合の罪数関係と，従来の不可罰的・共罰的事後行為論はどのような理論的関係にあるか。このうち①についてはつぎのような見解が主張されている。「窃盗行為後の器物損壊のような場合になると，後行行為を別途処罰しうるとの理解については，多少疑問が残る。なぜなら，窃盗について公訴時効が完成しても，盗品の所有権は消滅しない以上，それを損壊する行為は依然としていつまでも処罰可能となってしまうからである。この帰結にはなお疑問が残りうるが理論的には，横領罪の場合と別異に解する理由はないだろう[15]」。しかも問題は器物損壊にとどまらない。この見解の考え方をつきつめていくと，公訴時効完成後の盗品費消，さらには盗品利用についても遺失物等横領罪によっていつまでも処罰可能ということにならないだろうか。また前記㈡については，前述(2)末尾で指摘したような違いがあるにもかかわらず，共罰的事後行為と同じ取り扱いをする（＝「行為の一体性を欠く場合においても……併合罪とはならない……特殊な包括一罪[16]」と解する）べきだという見解が主張されている。その理由は，横領罪も窃盗罪と同じく領得罪であるから「物全体をわがものにする[17]」ことが必要であり，「1個の物は1回しか領得できない[18]」以上，「横領物の横領の事案について，複数の横領罪の併合罪となるのがむしろ原則であると解するのは，実質的に見て行き過ぎ[19]」だというのである。ここで決定的論拠として援用されている「物全体をわがものにする」という比喩，あるいは「1個の物は1回しか領得できない」という命題は，財物侵害方法のうち窃盗罪・横領罪に共通の〈用益を阻害する〉という侵害方法を念頭に置くかぎりでは，それなりに了解可能であろう。しかし本件で問題になったのは，窃盗罪では一般にとりあげられることのない〈権利関係を変動させる〉という侵害方法なのである[20]。そうだとすれば，窃盗罪と同じ領得罪だからということを強調して上記のよう

13）最高裁が訴因外事実審理禁止を根拠に否定しようとしている見解は，〈事後行為について独立に犯罪成立を認めつつ，しかし単独処罰は認めない〉という見解である（そもそも事後行為について独立に犯罪成立を認めない見解は，訴因外事実審理禁止を述べた部分よりも前の部分の判旨によってすでに否定されている）。そうするとそれは，本文の(2)(a)で指摘した㋑に対応する見解だということになるだろう。しかしそこでも述べたように，理論的には，この㋑についても実体法解釈による解決が先行しなければならないと思われる。

14）引用部分は，菊池則明「被告人側が主張する訴因外犯罪事実の審理について」新報112巻1・2号（渥美東洋先生退職記念論文集）269頁，274頁。もっとも菊池判事は，本文(1)で引用した本判決の判示について，それを，①抵当権設定行為が先行して存在したとしても後行の所有権移転行為についての横領罪成立は妨げられないと判示し，最三小判昭和31年6月26日刑集10巻6号874頁を変更した前半部分と，②それに続く後半部分に分けたうえで，この②の判示内容を「訴因外犯罪の審理禁止法理」と呼び，つぎのように主張されている。最高裁は，「〔訴因外犯罪の審理禁止〕法理のみを述べて，先行行為の存否を審理判断することはできないとの理屈で，前記31年判決を変更するまでもなく同じ結論を出すこともできたと思われる」（同論文257頁）。さらにすすんで，先行行為と事後行為の関係を検討する原審の解釈に直接言及しない「15年判決の文言をみる限り」，最高裁は「結論的には訴訟法的な理由付けで解決したのである」（同論文258頁）。しかし，このような理解には理論的に無理があることはすでに本文で述べたとおりである。

15）山口・前掲注1）39頁。髙木・前掲注8）277頁以下も，このような帰結を承認される趣旨ではないかと思われる。

16）山口厚「罪数論」法教306号85頁。さらにすすんで，「両行為の一方を横領罪で処罰する場合には，他方を処罰することはできない」（前掲箇所）とも解されている。同・前掲注1）39頁以下を参照。

17）山口・前掲注16）84頁。

18）山口・前掲注16）85頁。

19）山口・前掲注16）84頁。

な比喩・命題を援用するだけでは，必ずしも十分な論証にならないだろう。〈権利関係を変動させる〉という侵害方法の実質的な内容に立ち入って検討し，上記の比喩・命題のもつ意味を見定めることが必要であるように思われる。

(4) 本判決をめぐる問題状況をまとめておこう。不可罰的事後行為についての従来の通説的見解は，事後行為についてそもそも「犯罪として成立しない[21]」という解釈を採用していた。そのため(1)で前述した①～④の問題については，先行行為からの独立性を否定するという統一的な解答を理論的に導き出すことができた。ところが共罰的事後行為説のように事後行為についても独立に犯罪の成立を認めるという解釈を採用すると，そのことだけから前記②～④の問題について何らかの具体的解答を導き出すことはできなくなってしまう。つまり前記②～④の問題については，それぞれの問題に立ち入って検討したうえで，個別に実質的な解答を導き出さなければならなくなったのである。しかも事態をさらに複雑にしたのは，本件の事案が，これまで学説が「不可罰的事後行為」の中心的事例として議論してきたものとは異なっていたという点である。

以上のような本判決をめぐる問題状況をふまえたうえで，本稿では，まず公訴時効の起算点についての独立性の問題を検討する（Ⅱ）。具体的には，これまで学説が不可罰的事後行為の中心的事例として議論してきた〈窃盗犯人が盗品を毀棄した場合〉をとりあげて，盗品毀棄行為について成立する犯罪の公訴時効起算点をどのように理解するべきかを検討する（Ⅱ1）。その結果をふまえたうえで，本件の事案について考えてみたい（Ⅱ2）。その際には，受託物に対する無断抵当権設定・売却はそもそもどのような意味で横領罪を成立させるのか，という根本的な問題にまで遡った検討をおこなう（Ⅱ2(2)）。この点を検討しておくことは，両行為の罪数関係をどのように理解するべきかを考えるにあたっても必要になる（Ⅲ）。

Ⅱ 事後行為に成立する犯罪の公訴時効起算点について

1 窃盗犯人が盗品を毀棄した場合

(1) 盗品を毀棄した窃盗犯人に対して毀棄罪の成立を認める見解を採用した場合，毀棄行為が窃盗罪の公訴時効成立後におこなわれたとしても当然に処罰が認められてしまうのだろうか。もしもこのような帰結を認めると，窃盗犯人は，たとえ毀棄行為に出なかったとしても，遺失物等横領罪によっていつまでも処罰可能だということになるのではないだろうか。このような疑問に対して平野博士はつぎのように答えられている。「利用処分行為それ自体が何らの犯罪類型に該当しない場合は，まさに不可罰であって共罰ではない。たとえば〔盗品〕を所持していること，あるいはこれを使用すること自体は，占有離脱物横領にはならないから，共罰的事後行為とはいえない。事後行為が構成要件に該当する場合，はじめて共罰的事後行為が問題になりうる。たとえば〔盗品〕を毀棄した場合がこれである[22]」。

しかし，一般に，誤配・違算などのために受領することとなった財物については，それを受領後に領得した場合，遺失物等横領罪の成立が認められている[23]。つまり，すでに行為者の占有下にあるものについても同罪は成立するのである[24]。また，盗品所持者による窃取行為・盗品等関与行為いずれの立証も困難だと判断した検察官に対しては，状況にもよるが，他人の財物使用をとらえて遺失物等横領罪の訴因を構成する余地を認めてもよいのではないだろうか。さらに，たとえば被害者に盗品を返還しようとしている窃盗犯人に対して，「利用し続けて費消してしまうべきだ」と教唆した者については，遺失物等横領罪の共犯が認められてもよいのではないだろうか（同じく盗品の毀損をともなうにもかかわらず，損壊教唆だけを処罰することはアンバランスであろう[25]）。

20）最三小決昭和31年7月3日刑集10巻7号955頁は，被告人が何らの管理処分権も持たない採炭運搬機械を第三者に売却したとしてもそれだけでは窃盗罪の成立を認めることはできないが，それが実際に第三者によって解体搬出されれば窃盗罪の刑責を免れない，と判示している。また，立木についての同様の判断として，最二小決昭和39年7月7日刑集18巻6号345頁。

21）団藤・前掲注4）446頁注(32)。

22）平野・前掲注6）416頁。同趣旨の主張として，山口厚・刑法総論（有斐閣，補訂版，平17）317頁。

23）たとえば，誤配された為替券在中の郵便物を領得した場合（大判大正6年10月15日刑録23輯1113頁），相手方からの過払いの金銭を受領後に領得した場合（大判明治34年5月23日刑録7輯5巻47頁）など。

24）もっとも，たとえば意識的占有確保を成立要件にするという限定は可能かもしれない。しかしこれによると，意識的に占有を確保した日時・場所・状況などが立証できなければ，たとえそれと知って拾得した遺失物を現に利用していたとしても処罰できないことになってしまうのではないだろうか。この点については本文で後述するところを参照。

以上のような疑問に対しては，つぎのように答える見解もある。「しばしば，領得罪を犯した後の『通常の利用・処分』は領得罪を構成しないといわれるが，それは違法性がそれ自体として小さいために，そもそも横領罪の予定する実行行為・法益侵害にあたらない場合だと解される。この場合，それ自体として，すなわち，先行行為がないとしても，そもそも不法内容が小さく，横領罪とするには不十分なのである」。このことは，「たとえば，他人の本を借りていた者が，……期限が来たにもかかわらず返さないで利用しただけでは横領罪とするべきではない〔ことと〕……同じだと思われる[26]」。たしかに，期限内に貸借物を返還しないという単なる債務不履行によって直ちに横領罪が成立してしまうとすれば，適切ではないだろう。そしてこのことは，行為者が期限後に貸借物を従前の態様で利用し続けたとしても異ならないと思われる。しかし，このような考慮があてはまるのは，原則として当事者間に民事上の貸借関係が存在する場合に限られるのではないかと思われる。つまり，このような場合であれば，債権者からの追及を受けるまでの一時的な間だけ貸借物の使用を継続したとしても，それほど大きな損害を債権者に与えるわけではない。この点が，横領罪の成立を否定するという結論の妥当性を支えているように思われる。このような理解はつぎのような判例の立場，すなわち，たとえ貸借関係が存在しても，行為者が債権者による追及を拒絶したような場合[27]，あるいは，債権者による追及が困難な状況で使用継続したような場合[28]については横領罪の成立を認めている判例の立場とも整合的であるように思われる。期限内に貸借物を返還しなかったということだけでは横領罪が成立しない理由を以上のように理解した場合，この理由をそのまま領得後の「通常の利用・処分」一般に推及することはできないであろう。なぜなら，たとえば窃取後の「通常の利用・処分」についていえば，それはそもそも被害者による追及がきわめて困難な状況でおこなわれる利用・処分だからである。

以上に検討してきたことを理論的に位置づけるとすれば，一時使用の可罰性が問題になる局面の1つだということになるだろう。そうだとすれば，期限内に貸借物を返還しなかったという場合については，不法領得意思（権利者排除意思）が認められないことを根拠にして犯罪の成立が否定されることになる。これに対して窃取後の財物利用については，たとえそれが「通常の利用・処分」であっても，不法領得意思を否定することはできないと思われる。そのため，やはり遺失物等横領罪の成立を否定することはできないように思われる。

(2) 以上に検討してきた見解は，いずれも理論構成として，ⓐ事後行為について犯罪の成立を認めることと，ⓑ本稿Ⅰ(1)で指摘した②③の独立性を認めることとを直結させる。そのうえで採用すべき結論として，毀棄行為と利用行為を区別し，後者についてのみⓑを否定するべきだと考える。そこで，利用行為に限定してⓐを否定しようとしたのである。ところが，そこで提案されていたⓐの範囲の限定には必ずしも十分な根拠があるとはいえない。これがここまでの本稿の検討結果である。

しかしより根本的な問題は，そもそも毀棄行為と利用行為を截然と区別し，両者で異なる取り扱いをすることに合理性はあるのか，という点にある。とりわけ，同じく対象物の毀損をともなう毀棄と費消をくらべたときに，一方で後者についてのみ検察官による訴因構成を否定し，共犯成立可能性を否定するとともに，他方で前者についてのみ窃盗罪の公訴時効成立後にも処罰を認めることには合理性を見出し難いように思われる[29]。そしてこの点こそが，ⓐの範囲の限定によって問題を解決しようとする提案がいずれも説得力をもちえなかったことの根本的な原因ではないかと思われる（費消に遺失物等横領罪を成立させるという単純な解決策を採用するだけでは，一方でさらに費消と利用の区別が問題にならざるをえないとともに，他方ではそもそも遺失物等横領罪が，費消に限定された範囲のことだとはいえ，時効にかからない犯罪

25）なお，器物損壊罪の法定刑が領得罪である遺失物等横領罪よりも重いのは，対象物に毀損が生じる場合を後者がふくんでいないからというわけではない。むしろ前者が所有者占有中の財物を保護対象にふくんでいることに理由がある。そのため，損壊対象が占有離脱物（盗品もこれにあたる）である場合には，それに対応した量刑がなされるはずである。その意味で，損壊教唆を処罰して費消教唆を処罰しないことのアンバランスは否定できないと思われる。

26）以上の引用は，いずれも林・前掲注1）85頁以下。

27）たとえば，相続が介在した事案ではあるが大判大正5年8月8日刑録22輯1310頁。

28）たとえば大判明治44年5月22日刑録17輯897頁，大阪高判昭和46年11月26日高刑24巻4号741頁。

29）器物損壊罪と遺失物等横領罪の法定刑の違いについては本稿注25）を参照。

となってしまう)。

問題の解決は，前記ⓐⓑを直結させるという理論構成を見直すことによってはかられるべきである。すでに本稿Ⅰ(4)でも述べたように，先行行為からの事後行為の独立性が問題になる局面は異なる領域にまたがっており，それぞれの領域ごとに考慮される内容が異なるため，必ずしも相互に結論が一致するとは限らない（窃取後の費消の場合，このあとすぐに検討するように，犯罪成立・単独処罰は認められるべきだが，公訴時効起算についての独立性は否定されるべきだと思われる)。ところが前記ⓐⓑを直結させてしまうと，このような個別の問題状況を実質的に考慮してそれぞれにふさわしい結論を導き出すということができなくなってしまうのである[30]。

(3) それでは窃盗犯人が盗品を保持・利用・費消・毀棄する行為は，窃盗罪について公訴時効が成立したとしても，それとは独立に処罰されるのだろうか。

(a) 公訴時効の起算点である「犯罪行為が終った時」（刑訴法253条）とは，結果犯の場合，結果発生（既遂）時だと解釈されている[31]。このような理解の基礎には，犯罪として処罰可能な状態に達するまでは時効の起算を認めるべきではない，という一般論がある[32]。そうでなければ，処罰可能な状態になる以前に時効が完成してしまう，という不合理な帰結が生じかねないからである。一方，犯罪の成否の判断は，既遂時点までの事実関係を対象にしておこなわれる。つまり公訴時効は，犯罪の成否の判断において対象とされた事実関係については共通して既遂時点から起算される（犯罪の成否の判断において対象とされた事実関係については，公訴時効は一体として進行する)。反対にいえば，先行する犯罪の既遂時点以後に生じた事実関係を対象とする犯罪の場合，その犯罪の既遂時点が公訴時効の起算点となるのであるから，当然，先行する犯罪とは起算点が異なることになる。

窃盗罪の既遂時期は，一般に占有取得時点だと理解されている。そうだとすれば，占有取得時点以後の事実関係を対象にして成立する犯罪が，窃盗罪の時効完成後になお処罰可能であったとしても，それだけでは何ら不合理ではないとも考えられる。

(b) しかしさらに考えてみると，窃盗罪処罰の実質的な根拠は，占有侵害・取得という表面的な現象そのものにあるのではなく，それによって被害者による財物利用が阻害される点にこそある。だからこそ判例・通説は，行為者が被害者の占有を侵害して財物を取得した場合であっても，それが一時的な使用にとどまるなど被害者に与える損害がそれほど大きくないのであれば，窃盗罪否定の余地を認める。いいかえれば窃盗罪の成否は，占有取得後に行為者がおこなう財物利用阻害の内容・程度を考慮したうえで判断されるのである。

結局，窃盗罪成否の判断をめぐる判例・通説の立場にとっては，①その既遂時期を占有取得時と考え，その時点までの事実関係のみを判断対象にするが，②占有取得後における財物利用阻害の内容・程度によっては窃盗罪否定の余地を認める，という2つの要請をどのように整合させるかが課題となる（占有取得後に可罰的な程度の利用阻害が生じた時点で既遂にすれば，理論的には一貫する。しかし，それでは既遂時期が遅くなり過ぎる[33])。これを解決するために導入されたのが不法領得意思（権利者排除意思）である[34]。つまり，占有取得時点における行為者の意思内容を問題にして，占有取得後におこなうつもりの財物利用阻害の内容・程度を判断し，窃盗罪の成否を決するのである。ここでの判断の資料になるのは，あくまでも占有取得時点における事実関係（＝行為者の意思

30) ⓐの範囲を限定することで問題を解決しようとした見解が，いずれも「犯罪類型に該当しない」「通常の利用・処分」といった形式的な理由に依拠せざるをえなかった背景には，このような事情があるのではないかと思われる。

31) 最三小決昭和63年2月29日刑集42巻2号314頁。松尾浩也「公訴の時効」日本刑法学会編・刑事訴訟法講座(1)（有斐閣，昭38）204頁以下，同・刑事訴訟法(上)（弘文堂，新版，平11）155頁以下，伊藤栄樹ほか編・注釈刑事訴訟法(3)（立花書房，新版，平8）397頁〔臼井滋夫〕，松本時夫＝土本武司編（松尾浩也監）・条解刑事訴訟法（弘文堂，第3版，平15）457頁，藤永幸治ほか編・大コンメンタール刑事訴訟法(4)（青林書院，平7）115頁以下〔吉田博視〕，長沼範良「公訴時効の起算点」松尾浩也先生古稀祝賀論文集(下)（有斐閣，平10）378頁以下等を参照。

32) 前掲注31）引用文献を参照。

33) この点については，芝原邦爾「不法領得の意思」法セ336号117頁も参照。

34) 判例として，大判大正9年2月4日刑録26輯26頁，最二小判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁等。大谷實・新版刑法講義各論（成文堂，追補版，平14）194頁以下，前田雅英・刑法各論講義（東京大学出版会，第3版，平11）160頁以下，中森喜彦・刑法各論（有斐閣，第2版，平8）119頁以下，西田典之・刑法各論（弘文堂，第3版，平18）143頁以下，林幹人・刑法各論（東京大学出版会，平11）200頁以下，大塚仁ほか編・大コンメンタール刑法(12)（青林書院，第2版，平15）233頁以下〔佐藤道夫＝麻生光洋〕，山口厚・刑法各論（有斐閣，補訂版，平17）196頁以下等を参照。

内容）であるが，それを資料にして判断されるのは，ⓐ占有取得後に予想される利用阻害の内容・程度と，ⓑそれが実際におこなわれる蓋然性である。

以上のように窃盗罪は，占有取得後における財物利用阻害を先取りして処罰する。そうだとすれば，このように窃盗罪処罰に取り込まれる（窃盗罪処罰を基礎づけている）範囲については，窃盗罪の既遂時点である占有取得時から公訴時効が起算される（＝占有取得時までの事実関係と一体として公訴時効が進行する）と考えるべきではないだろうか。

(c) もっとも，仮に以上のように考えることが許されるとしても，さらにこの場合の「窃盗罪処罰に取り込まれる範囲」をどのように理解するべきかが問題になる。結論から先に述べれば，占有取得後における盗品の保持・利用のみならず，費消・毀棄などもこの範囲にふくまれると考えられる。

まず最初に，不法領得意思（権利者排除意思）が要求される趣旨をより明確にしておこう。それは，「窃盗罪処罰に取り込まれる範囲」を意思内容にふくまれているものに限定するために要求されるわけではない。不法領得意思（権利者排除意思）がはたしている役割は，窃盗罪として処罰するに値しないような利用阻害を処罰対象から排除するという消極的な限定機能にすぎず，範囲の上限を設定するものではないのである。

占有取得後におこなわれる具体的な盗品保持・利用行為は，被害者の財物利用阻害という観点から評価される限りでは，窃盗罪処罰に取り込まれていると考えられる（現実に生じた利用阻害期間・内容は量刑事情として考慮されることになると思われる）。問題になるのは盗品費消・毀棄行為の取り扱いであるが，このうち費消行為については，占有取得が費消という方法によることもありうるから（たとえば，商品である飲食物をその場で口にする場合など），窃盗罪処罰は盗品の費消行為までをその処罰範囲に取り込んでいると考えられる。もっともさらに考えてみると，占有を取得した後に費消したという場合，既遂（＝占有取得）時点においては費消を前提とする処罰はおこなえない。しかしこれは，占有奪取によって生じる財物利用阻害の期間・内容にかかわる事情であり，その意味で，すでに成立している窃盗罪についての量刑事情の変動[35]にすぎない（実は，同じ問題が盗品保持・利用行為についても存在している。現実に生じた財物利用阻害の期間・内容は量刑事情だと考えられるから）。

盗品毀棄行為については，領得罪である窃盗罪処罰にはふくまれないようにも思える。しかしさらに考えてみると，毀棄罪の場合にも，その実質的処罰根拠が被害者の財物利用阻害にある点は異ならない。ただ，経済的利用を目的としない行為は領得行為にくらべて類型的に禁圧の必要性が低いため，別罪として軽い法定刑が科されているにすぎない。その意味で，領得目的にもとづく占有取得後におこなわれた盗品毀棄行為については，窃盗罪処罰における量刑事情変動の一つとして位置づけられると思われる。

(d) もっとも，たとえ以上のような本稿の理解を前提にしたとしても，窃盗犯人による盗品の保持・利用・費消・毀棄について遺失物等横領罪・毀棄罪の成立・単独処罰を認める以上，これらの罪についての公訴時効は独立に起算されざるをえないのではないかがなお問題になりうる。しかし，これらの犯罪が占有奪取によって生じた財物利用阻害期間の長期化（毀棄は，毀棄による影響を受けた範囲での無期限化と理解できる）のみを実質的処罰根拠にしているかぎり，その処罰はすでに窃盗罪既遂時から先取りされていたはずである（既遂後に生じた事実関係は，すでに述べたように窃盗罪処罰の量刑事情として考慮される）。もちろんすでに述べたように，検察官が立証の確実性を考慮して窃盗罪ではなく遺失物等横領罪・毀棄罪によって訴追すること自体は認められてよい（本稿Ⅰ(2)(a)を参照）。しかし公訴時効制度は，たとえ確実に犯罪を立証できる場合であってもなお，公訴提起を許さないことを趣旨としている[36]。その意味で，立証の確実性を根拠にした公訴時効制度の迂回は許されるべきでないと思われる。

2　横領犯人が横領物をふたたび横領した場合

つぎに，横領犯人が一度横領した財物をふたたび横領した場合について検討しよう。

(1) まず最初に，対象物が動産である場合につ

35）一般に，量刑事情が変動したとしても公訴時効は影響を受けないだろう。

36）松尾・前掲注31）「公訴の時効」213頁以下，同・前掲注31）刑事訴訟法(上)154頁，伊藤ほか編・前掲注31）386頁以下〔臼井滋夫〕，松本＝土本編・前掲注31）453頁，藤永ほか編・前掲注31）104頁以下〔吉田博視〕，長沼・前掲注31）380頁以下等を参照。

いて検討する。

たとえば勤務先所有の現金を預かり保管中であった会社員が，それを着服・拐帯して自宅に持ち帰り，その後に費消したという事例について考えてみよう。この事例で，検察官は金員費消行為をとらえて横領の訴因を構成したのだが，着服・拐帯時から起算するとすでに公訴時効が成立してしまっていたとしよう。このような事例状況で，検察官の構成した費消の訴因について，被告側からの公訴時効成立の主張は認められないのだろうか。

ここでも問われるべきなのは，横領罪処罰の実質的根拠をどのように理解するべきかという点だと思われる。そしてこの点は，横領罪の場合にも，所有者の財物利用阻害に根拠を求めるべきではないだろうか。もっとも横領罪の場合には，窃盗罪とは異なって，被害者である所有者は財物を占有しておらず，行為者に占有が委ねられている。しかしこれは，横領罪と窃盗罪それぞれが保護している財物利用態様の違いとして理解できるのではないかと思われる。つまり横領罪は，窃盗罪とは異なって，他人に占有を委ねるという態様での財物利用を保護していると理解できる。このような理解を前提とすることによってこそ，一時使用のうち所有者に与える被害が小さいものについては横領罪否定の余地を認める判例・学説の立場[37]は実質的に根拠づけられると思われる。そして，このような帰結を導くための理論的道具立てが，やはり不法領得意思（権利者排除意思）なのである。

以上のような理解によれば，着服・拐帯（が外部的に認識できるようになること）によって既遂としての処罰が可能になった横領罪は，その処罰に既遂後の財物利用阻害を取り込んでいると考えられる。その意味で，本稿Ⅱ1(3)での検討を前提にすれば，前掲事例の場合にも被告側の公訴時効の主張は認められるべきだと思われる。

(2) それでは，最高裁平成15年4月23日大法廷判決の事案の場合はどうだろうか。

本件事案の場合，先行する横領罪を構成するのは無断抵当権設定行為であり，検察官が訴因を構成したのは後続する無断売却行為についてであった。そうすると，本稿のここまでの検討を前提にした場合，先行する抵当権設定行為についての横領罪処罰が後続する売却行為までを取り込んでいるのか否かがポイントになる。

(a) 最初に，受託物に対する無断抵当権設定を横領罪として処罰することはどのような意味で正当化されうるか，という一般的な問題にすこし立ち入った検討をくわえておきたい（ここでの検討結果は，本稿Ⅲで罪数関係を解決するためにも必要になる）。

一般に財物に対する侵害方法としては，①用益を阻害するという方法（たとえば窃取，不動産侵奪，受託物の抑留・拐帯・第三者への引渡しなど）と，②権利関係を変動させるという方法（たとえば受託物の無断売却）がありうる[38]。もっとも動産を対象とする横領の場合，財物はすでに行為者の事実上の支配下にあるため，①とは独立に②が問題になることはほとんどないと思われる。判例が動産を対象とする横領の場合に，行為者による売却の意思表示があれば「不法領得の意思の発現が認められるから」という理由で相手方の買受け意思表示を待たずに横領罪の成立を肯定する[39]のも，この場合の焦点が②にではなく①（をおこなう意思の明確化）にあることを端的にあらわしているといってよいだろう。これに対して本件で問題になった不動産に対する無断抵当権設定の場合，それをおこなったからといって直ちに①と同じ意味での用益阻害が生じるわけではない。そのため②の侵害方法について，それをどのような意味・範囲で横領罪の処罰対象にふくめるべきかが正面から問題になるのである。

まず，前提的な問題から検討をはじめる。横領行為としてなされる権利関係の変動は，委託の趣旨に反しているのだから，民事法上の第三者保護規定の適用が認められなければ，その効果が所有権者に及ぶことはない。そのため，第三者保護規定が適用される場合に限定して前記②による横領罪の成立を認めることも一つの解釈としてありえないわけではない。しかし，たとえば委託物を無断売却された所有権者の立場にたって考えた場合，たとえ実体的真実としては第三者保護規定の適用要件が充足されていないとしても，その点の

37）たとえば，大谷・前掲注34）306頁以下，前田・前掲注34）265頁，中森・前掲注34）164頁，西田・前掲注34）214頁，林・前掲注34）290頁以下，大塚仁ほか編・大コンメンタール刑法(13)（青林書院，第2版，平12）366頁以下〔吉本徹也〕，山口・前掲注34）196頁以下等を参照。

38）なお本稿注20）を参照。

39）たとえば，大判大正2年6月12日刑録19輯714頁，大判昭和22年2月12日刑集26巻1号2頁。

主張・立証が民事訴訟において認められなければ所有権を喪失させられてしまうという危険な状況[40]に置かれることになる。このような危険から所有権者を保護するために，たとえ民事法上は所有権者に効果の及ばない権利関係の変動であっても，横領罪の成立は否定されるべきではないと思われる[41]（もちろん危険性の程度は考慮されるべきである[42]）。

問題は，以上のような危険性の内容について，それを所有権喪失に限定するべきかであるが，たとえば長期にわたる土地利用権が設定されたような場合を処罰範囲から除外することは適切ではないと思われる。理論的に考えても土地利用権は，前記①に対応する内容（不動産侵奪罪に該当する）を所有権者に対しておこなえるような権利であり，このような内容の権利関係への変動（の危険性）は処罰範囲にふくめられるべきだと思われる。

結局，前記②の侵害方法の処罰根拠である危険性の内容は，〈前記①に対応する内容を権利行使としておこなえるような権利関係への変動〉が生じる危険性と理解できる。これを横領罪として処罰するということは，機能的にみれば，その後に実際に権利行使されて前記①の侵害が生じる前の段階での刑罰介入を認める（早期化する）ことを意味する。この点は，前記①の侵害方法の場合に，不法領得意思（権利者排除意思）を要求することによって処罰時期が早期化されていたことに対応している。前記②の侵害方法の場合には，可罰的な侵害が権利行使としておこなわれることからくる確実性に，処罰を（より）早期化することの正当化根拠を求めることになるだろう。そしてこれが認められる範囲ならば，前記②の侵害方法を横領罪として処罰することは正当化されうると思われる。

(b) 以上のような一般論を前提にして，本件の無断抵当権設定行為について考えてみよう。すると，抵当権を設定されたことによって所有者は，換価処分により所有権を喪失する危険[43]にさらされることになる[44]。この点を根拠にして横領罪の成立が認められるべきだと思われる。そしてこのような理解によると，無断抵当権設定行為は，無断売却行為の後続を前提にすることなく独立に横領罪を成立させることになる。そのため後続する売却行為は，先行する抵当権設定行為の公訴時効の影響を受けないと考えられる。

40）不動産を対象にする横領罪の成立要件として登記完了までを要するか否かが議論されているが，この点は問題となる第三者保護規定ごとに異なると思われる。たとえば民法177条が問題になる場合（二重譲渡事例），第三者は登記完了まで委託者に対抗できないので，登記完了を成立要件にくわえることにも根拠があると思われる。これに対してたとえば表見代理規定（民法109条～111条）の適用が問題になる場合，横領罪の成立要件として登記完了までを要求することには根拠を見出し難いように思われる。

また学説の中には，「登記済不動産について，所有権を侵害しうるのは，登記簿上の名義人のみ」だとする見解もある（山口・前掲注34）288頁。同書289頁は，登記済証・委任状といった登記移転に必要な書類を所持してる場合も「占有」〔252条〕を認めることはできないとする）。しかし，表見代理（ないしそれに類する）規定の適用が問題となるような事案の場合，むしろ行為者は登記名義人ではないことが通常ではないかと思われる（上記の記述にもかかわらず，山口教授は本判決の事案について横領罪の成立を肯定される）。横領罪の成立要件である「占有」の内容は，問題になっている横領行為との関係で相対的に決まるのであり，「不動産の特性」（山口・前掲箇所）から演繹的に導き出されるものではないと思われる。

41）なお，判例の中には一般論としてこの点を明言するものもあるが（たとえば大判明治42年8月31日刑録15輯1097頁，大判大正7年9月25日刑録24輯1223頁），事案はいずれも動産の引き渡しがおこなわれており，ここでの議論との関係では傍論にすぎない。

42）大判昭和2年3月18日大審院裁判例第2巻刑法27頁は，そもそも売買契約自体が通謀虚偽表示であった事案について，契約をしたことは横領罪を成立させないと判示している。もっともこの判例に対しては，たとえ仮装売買であっても仮装買受人がさらに善意の第三者に売却することが考えられ，その場合に民法94条2項の適用が認められると委託者は所有権を喪失することになってしまう，という指摘がなされている（牧野英一・刑法各論(下)〔有斐閣，昭31〕798頁以下，藤木英雄・総合判例研究叢書(11)〔有斐閣，昭33〕57頁，大塚仁・刑法各論(上)〔青林書院新社，改訂版，昭59〕587頁注(50)，大塚ほか編・前掲注37）373頁〔吉本徹也〕）。

43）ここでの「危険」には二重の意味がある。第1は，抵当権設定の効果を甘受せざるをえなくなる危険性。第2は，第1の危険が認められることを前提にしたうえで，換価処分にまで事態が進展する危険性である（後者の危険性について，本稿とは異なり，後続する無断売却行為を不可罰的事後行為と解釈する立場から言及するものとして，たとえば藤木・前掲注42）64頁，大塚ほか編・前掲注37）375頁〔吉本徹也〕）。なお，後者の危険性についても，その程度を考慮する必要がある。そのため，たとえば被担保債権額が土地価格に比して少額である場合には，危険性が否定されることもありうると思われる。

44）西田教授は，「所有物の処分可能性という所有権の権能に対する侵害」として横領罪を理解されている（同・前掲注1）12頁）。これは，本文で述べた「危険」にともなって所有者に生じる負担に着目されたものと理解できるのではないだろうか。

Ⅲ　先行行為に成立する犯罪と事後行為に成立する犯罪の罪数関係

(1)　盗品を毀棄した窃盗犯人に対して毀棄罪の成立を認める場合，窃盗罪と毀棄罪の罪数関係は，後者の刑が前者の刑に吸収（包括）して処断され，吸収（包括）一罪になると考えられる[45]。その根拠は，本稿Ⅱ1(3)(b)で検討した窃盗罪処罰の趣旨に求めることができるであろう。つまり窃盗罪は，行為者による占有取得後の財物利用阻害を処罰根拠に取り込んでいるため，事後行為について成立する犯罪が占有奪取にともなう財物利用阻害のみを処罰根拠にするものである場合には，窃盗罪の刑に吸収（包括）評価されることになるのである。同じことは，基本的に動産に対する横領罪と事後行為の関係についてもパラレルにあてはまる（本稿Ⅱ2(1)を参照）。

これに対して本件で問題になった受託物に対する無断抵当権設定・売却行為の場合，先行する無断抵当権設定行為について成立する横領罪は，本稿Ⅱ2(2)での検討を前提にすれば，無断売却の後続を処罰根拠に取り込んではいない。そのため，両行為について成立する横領罪の関係が包括一罪になることがあるとしても，それは行為の連続性，あるいは機会の同一性を根拠とするもの[46]であり，このような条件が認められない場合には併合罪となる。

(2)　以上のような本稿の罪数評価に対しては，つぎのような批判がくわえられている。すなわち，横領罪も窃盗罪と同じく領得罪であるから「物全体をわがものにする[47]」ことが必要であり，「1個の物は1回しか領得できない[48]」以上，「横領物の横領の事案について，複数の横領罪の併合罪となるのがむしろ原則であると解するのは，実質的に見て行き過ぎである[49]」。そのうえでこの見解は，受託物に対する無断抵当権設定と無断売却の罪数関係について，「行為の一体性を欠く場合においても……併合罪とはならない……特殊な包括一罪[50]」と解するか，あるいは「両行為の一方を横領罪で処罰する場合には，他方を処罰することはできない……一種の法条競合の場合[51]」だと解している。

具体的に考えてみよう。たとえば，①委託された5,000万円の金銭のうち，3,000万円横領し，これとは日時の離れたまったく別機会に独立の犯意にもとづいて残りの2,000万円を横領したという事例と，②委託された5,000万円相当の土地について，被担保債権額3,000万円の抵当権を無断で設定し，その後，日時の離れたまったく別機会に独立の犯意にもとづいて無断売却したという事例を比較してみよう。この場合，先行行為部分について見ると，一方で金銭の場合には3,000万円についてだけの横領が認められるのに対して，土地の場合にはその全体を横領したということにされてしまう。後の行為についても同じように解されるため，両行為の罪数関係を①②どちらも同じく併合罪と解すると，土地の場合の取り扱いが金銭の場合にくらべて重くなりすぎるようにも思える。しかしさらに考えてみると，先行する抵当権設定行為の場合，被担保債権が弁済されなければ換価処分を受けて土地全体の所有権を失うという危険に所有者はさらされる。また，土地全体についての横領が認められるとはいっても，最初から土地全体を売却した場合にくらべれば相応の量刑がなされるはずである。そうだとすると，上記のような取り扱いが「実質的に見て行き過ぎ」だと単純には言えないように思われる。この点をふまえると，むしろ反対に，金銭の方が併合罪とされる[52]のに対して，土地の方を一律に包括（あるいは単純）一罪にしてしまうということの方が，その合理性の説明に困難をともなうのではないだろうか。

この点の説明として援用されているのが，領得罪は「物全体をわがものにする」犯罪だから「1個の物は1回しか領得できない」はずだ，という論理である。しかし厳密に考えると，「物全体をわがものにする」という比喩は理論的にどのよう

45）平野・前掲注6）411頁以下，藤永幸治「不可罰的事後行為」研修399号44頁。
46）平野・前掲注6）417頁以下を参照。詳細は，大塚仁ほか編・大コンメンタール刑法(4)（青林書院，第2版，平11）199頁以下〔中山善房〕を参照。
47）山口・前掲注16）84頁。
48）山口・前掲注16）85頁。
49）山口・前掲注16）84頁。
50）山口・前掲注16）85頁。
51）山口・前掲注16）85頁。さらに同・前掲注1）39頁以下を参照。
52）大塚ほか編・前掲注37）389頁以下〔吉本徹也〕を参照。

なことを意味しているのだろうか。たとえば無断売却について考えてみよう。この場合，売却が民事法上も有効ということになれば，おそらく「物全体をわがものにした」ということになるのだろう。しかしすでに本稿Ⅱ 2(2)でも検討したように，横領罪はたとえ売却が民事法上有効とならない場合でも成立すると考えられる。つまり無断売却による横領罪は，所有権喪失の危険を発生させたことを根拠にして処罰されるのである。そうだとすれば，たとえ対象が「1個の物」であっても，所有権喪失の危険性であれば，それが複数回発生すること自体は不合理ではないと考えられる（もっともすでに述べたように，それぞれの危険性の程度は考慮される必要がある。本稿注43）を参照)。

【追記】

校正の段階で，山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』（岩波書店，平18）に接した。

山口厚「不可罰的事後行為と共罰的事後行為」（同書229頁以下）では，本稿で検討した山口教授の見解がさらに敷衍されている。しかし，その内容に大きな変更はないように思われるので，ここでさらにコメントを付す必要はないと考えられる。

井田良「コメント①」（同書252頁以下）では，犯罪成立と刑罰法規適用可能性は同値だと述べられている。

佐伯仁志「コメント②」（同書261頁以下）では，ⓐ無断抵当権設定行為が横領罪を成立させる理由についてつぎのように述べられている。「横領罪の保護法益は所有権であるが，……所有権は所有物を占有する権限を含めた権利の束であって，所有権に基づく権利の実行が妨害されれば，それは所有権の侵害なのである。もちろん，所有権侵害があれば常に領得行為に当たるとはいえないが，横領行為は，不法領得の意思の実現と定義されており，不法領得の意思は，『所有者でなければできないような処分をする意思』であるから，他人の物をすべて自分のものにすることまで要求されているわけではない。そうすると，不動産全体を横領したと考える必要はなく，不動産の（所有権）の一部を横領したと解すべきであろう」。そのうえで，ⓑ先行行為と事後行為の罪数関係を包括一罪と解する根拠として，山口教授の見解とは異なり，「客体と委託信任関係の同一性」（同書262頁）が指摘されている。また，ⓒ「先行する窃盗罪について公訴時効期間が経過した後の毀棄行為」を独立に処罰するべき理由として，「被害者から新たに返還を求められている」（同書263頁）という場合が指摘されている。このうち上記ⓐについては，佐伯教授自身認められているように「所有権侵害があれば常に領得行為に当たるとはいえない」のであるから，問題の核心は，横領罪を成立させる所有権侵害を理論的にどのように限界づけるべきか，という点にある。山口教授による「全部横領」（同書243頁）という見解は，このような限界づけの一つ試みとして理解できる。その意味で，「全部横領」という見解を否定するのであれば，それに代わる限界づけを提示することが必要だと思われる。それがなければ，理論的解決としては十分とは言えないのではないだろうか（可罰的違法性の程度を問題とする以前に，何を対象にしてその程度を判断するべきかを提示する必要があるように思われる。そうしなければ，たとえば所有権の行使に関係して所有者に一定程度以上の金銭的負担を強いる契約が結ばれたような場合についてまで，横領罪の成立が認められることになりかねない)。そして，このような問題点が上記ⓑに反映されているように思われる。すなわち，本文Ⅲ(2)で提示した事例①と事例②の不均衡は，山口教授の見解に対するよりも大きくなるように思われる（もっとも上記「客体の同一性」の解釈によっては，そもそも事例①を包括一罪と評価される趣旨かもしれない。そうだとすれば，佐伯教授の立場からは事例①と事例②の間に不均衡はないということになるのかもしれない)。また，上記ⓒについては，むしろ「被害者からの新たな返還請求」そのものを侵害対象とする財産犯罪の成否の問題として別個に検討するべきではないかと思われる（この点については，最決昭和61年11月18日刑集40巻7号523頁を参照)。

（すずき　さとし）