

表題部所有者による不動産の「占有」と横領罪の成否 —大阪地判平成 22 年 1 月 8 日、判例タイムズ 1322 号 269 頁⁽¹⁾

田 中 優 輝

【事実の概要】

本件は、不動産会社 A 社の代表取締役である被告人が、不動産会社 B 社の代表取締役甲と共謀の上、B 社の発注を受けて建築会社 C 社が建築した共同住宅（以下、「本件建物」という。）につき、C 社の承諾を得て B 社を所有者とする表題登記を了した上で、本件建物を A 社に売却してその売却代金を甲の被告人に対する債務の返済に充てる目的のもと、C 社に無断で B 社名義の所有権保存登記をした行為が、電磁的公正証書原本不実記録（刑法 157 条 1 項）・同供用罪（158 条 1 項）、業務上横領罪（253 条）の共同正犯に当たるとされた事例である。

本件の経緯、事実関係は以下の通りである。

(1) B 社・C 社間の請負契約、B 社・G 社間の売買契約

B 社は、その所有する宅地（以下、「本件土地」という。）上にマンションの建築を予定し、C 社の営業部課長乙のアドバイスを受けつつ、C 社に建築を請け負わせる方向で話を進めていた。その工事代金について、B 社は、本件土地建物を不動産ファンド会社に売却して得る代金でもって支払う方針を立て、その売却先として、信用のおける大手の不動産ファンド G 社を選定し、

(1) 本判決の評釈として、内田浩「判批」刑事法ジャーナル 26 号（2010 年）73 頁以下。
また、本判決を取り上げる文献として、平山幹子「不動産取引と犯罪」法学教室 394 号（2013 年）101 頁以下。

C社の上承を得た。この計画に基づいて、平成19年1月31日、B社とG社は、B社がG社に対して本件土地建物の信託受益権を5億9500万円で売却する旨の契約を締結した（以下、「本件信託受益権売買契約」という。）。また、同年2月2日、B社とC社は、C社が本件建物を建築する旨の契約を締結した（以下、「本件請負契約」という。）。本件請負契約では、竣工を平成20年1月31日、引渡しを同年3月末日とし、契約時に工事代金額の10%に当たる3300万円、引渡し時に工事代金額の90%に当たる2億9775万円を支払うことが約定された。

(2) 被告人と甲の関係

被告人は、平成12年5月頃に甲と知り合ってから以降、たびたびB社の運転資金等を貸し付け、その総額は約5000万円になっていたが、甲はその返済ができない状況にあった。平成19年3月中旬頃、甲は、被告人に対して、本件土地建物をG社に売却することで売却益が6000万円くらいになるとの話をしたところ、被告人は、これに非常に興味を示し、甲に、契約書や権利証等の一式およびB社と甲個人の実印を持って来るよう指示して、これらを受け取った。同年3月以降も、被告人は、約10回にわたり合計約4000万円を甲に貸し付けた。

(3) B社を表題部所有者とする表示登記手続

本件建物は、C社が建築材料を提供して建築され、平成20年1月17日頃、竣工した。甲は、被告人の指示を受けて、乙に対し、G社への売買を進める上で本件建物の表示登記を先行させる必要がある旨説明し、表示登記に必要な書類として、C社発行の建築工事完了引渡証明書等の交付を依頼した。乙は、C社内の決裁を経て、甲に、表示登記以外の用件には一切使用しない旨の記載をした覚書を差し入れさせた上で、同年2月12日頃、建築工事完了引渡証明書等を交付した。その後、甲は、やはり被告人から指示され、建築工事完了引渡証明書等を用いて、土地家屋調査士に対し、B社を表題部所有者とする本件建物の表示登記手続を委任し、同年3月6日、これを完了させた。

その頃、被告人は、甲に対して、本件土地建物を A 社が引き受けることを告げ、工事代金について「C 社さんに泣いてもらう。」などと言った。

(4) 鍵の交付

甲は、被告人の指示を受けて、同月 12 日頃、乙に対して、入居者募集や建物管理のために必要である旨説明し、3 本ずつある本件建物の全居室等の鍵のうち各 1 本を乙から受け取った。その際、甲は、入居者募集・建物管理以外の目的では一切使用しないこと、5 日後に返却することなどを記載した借用書を C 社に差し入れた。その後、甲から鍵を受け取った被告人は、業者に依頼して、本件建物の全室の鍵をカードキーに取り替えた。

(5) B 社名義の所有権保存登記、A 社への移転登記手続

同月 7 日、被告人は、四国銀行神戸支店で、A 社が B 社から本件土地建物を買い受けるための融資を依頼し、同月 14 日、被告人・甲・司法書士らの立会いの下で融資手続が行われ、融資金（の一部である）約 2 億 6000 万円が現金で融資された。この現金は、甲が持ち帰ったように仮装した上で実際には被告人が持ち帰ったので、B 社に売買代金として交付されることはなかった。この融資が終了した日のうちに、同司法書士は、オンライン申請の方式により、B 社名義の本件建物の所有権保存登記、および、B 社から A 社への本件土地建物の所有権移転登記等を申請し、同日これらの登記が完了した。結局、B 社から C 社に工事代金が支払われることはなかった。

以上の事実関係のもと、被告人は、B 社名義で本件建物の所有権保存登記を了した行為につき、電磁的公正証書原本不実記録・同供用および業務上横領の共同正犯に問われた⁽²⁾。弁護人は、①所有権保存登記が行われた平成 20 年 3 月 14 日時点における本件建物の所有権の帰属、②業務上横領罪における

(2) 判タ 1322 号 270 頁の匿名解説によると、ほぼ同一の事実で起訴された甲は、別の 1 審裁判所で有罪とされ、控訴棄却（大阪高判平成 21 年 12 月 3 日公刊物未登載）・上告取下げを経て、有罪判決が確定した。

占有や委託関係の有無、③横領行為の存否、④故意・共謀の存否を争った。

【判 旨】 有罪（懲役3年）・控訴

（1）本件建物の所有権の帰属について

「甲は、完成した本件建物の所有権はC社にあり、工事残代金の支払及び本件建物の引渡しにより所有権が移転すると認識していたものであり、乙も公判廷においてこれと同旨の供述をしている。」「そして、本件請負契約に係る契約書の記載等をみると、本件建物の引渡時に工事残代金を支払うこととされている上、関係各証拠によれば、同契約書には、『○特記事項』と題する書面が添付されており、同書面には、『登記留保』として、本件建物の竣工から引渡しまでの2か月間、B社が表示登記に必要な書類一式をC社に預けるものとするなどの記載があることが認められる。」「これらによれば、本件請負契約では、完成した本件建物の所有権がC社に留保され、工事残代金の支払及び本件建物の引渡しによっではじめて所有権が移転することが合意されていたと認めるのが相当である。」

弁護人は、乙から甲に本件建物の全居室等の鍵各1本や建築工事完了引渡証明書が交付されたことによって、本件建物の引渡しが行われたと主張するが、その交付の趣旨や、交付の際にB社からC社に差し入れられた借用書・覚書などに照らすと、これらをもって本件建物の引渡しが完了し、B社に所有権が移転したと解することはできず、本件当時の本件建物の所有者は、依然としてC社であったと認められる。

（2）B社による本件建物の占有およびC社との委託信任関係について

「表示登記は不動産の現状を明らかにするもので、不動産に対する権利の登記の基礎となるものではあるが、権利の登記とは異なり対抗力がなく、表題部所有者として登記された者が当該不動産を処分し、その旨の登記をするためには改めて所有権保存登記を経る必要がある。しかし、①権利の登記は原

則として表題部所有者の単独申請により、比較的簡易な方法で行われること（不動産登記法 74 条 1 項、不動産登記令 7 条 3 項 1 号）、②表示登記手続は登記官により権利の客体である不動産の現況を正確に登記記録に記録させるため、相応に厳格な審査を経るものであり（不動産登記法 29 条等）、いったん表示登記がなされた場合、表題部所有者や持分の変更は、当該不動産について所有権保存登記をした後その所有権の移転の登記の手続によらなければならないこと（同法 32 条）、③表示に関する登記は、その所有者等に一定の期間内に登記の申請をする義務が課されており（同法 47 条等）、その申請を怠った場合には過料の制裁の規定（同法 164 条）まであること、④表題部所有者として登記されている場合、対抗力の点はさておきそれ自体で取引の相手方に対し、真の所有者であると信頼させるに足る外観を備えているといえることなどからすれば、不動産の表示登記における表題部所有者には、（業務上）横領罪による保護の前提となる当該不動産に対する法律上の占有が認められるというべきである。

なお、本件公訴事実では、B社がC社から本件建物の建築工事完了引渡証明書等の交付を受けたこともB社の本件建物に対する法律上の占有を示す一事情として挙げられているが、同証明書等については、①B社が表示登記の申請手続をするために法務局に提出して登記申請書とともに綴じ込まれており、本件当時は甲の手元にはなかったとみられること、②既にB社が本件建物の表題部所有者となっていた以上、本件で横領行為とされている本件所有権保存登記の申請手続には不必要な書面であったことからすれば、本件当時におけるB社による法律上の占有の直接的根拠にはならないというべきである。また、本件公訴事実中では、甲が本件建物の居室等の鍵の交付を受けてB社が本件建物を事実上占有していたことも併せて本件当時におけるB社の占有を基礎づける事実として掲げられているが、検察官が、もっぱら本件所有権保存登記を了したことを捉えて横領行為であると主張していることからすれば、横領行為の前提となるB社の占有については、表示登記による法律

上の占有が認められれば十分である」。

「C社が、B社に本件表示登記を認めたのは、あくまで、B社とG社との間の本件信託受益権売買契約に基づく売買代金の決済が円滑になされ、そこから本件請負契約の工事残代金の支払を受けることを目指していたからであって、このことは、その当時本件請負契約の履行に関して乙と頻繁に接触していた甲においても当然に認識していたものと認められる。したがって、本件表示登記によるB社の法律上の占有は、C社との委託信任関係に基づくものということができる。」

（3）横領行為について

「C社がB社に本件建物の表題部所有者としての登記を容認することによってこれを法律上占有することを委託した趣旨は、あくまでその後に予定されていた本件信託受益権売買契約の決済を円滑になさしめるための便宜的なものに止まっており、C社において、B社に対し、G社以外の第三者に売却するために本件建物の所有権保存登記をすることは承諾していなかったことは明らかである。」「そうすると、本件建物をB社からA社に売却するためになされた本件所有権保存登記の申請手続は、本件請負契約の履行に当たりC社からの委託の趣旨に反した本件建物の所有者でなければ許されない権限外の行為であるから、これが横領行為に当たることは明らかである。」

（4）横領の故意および共謀について

本件の事実関係からすれば、「被告人は、C社が本件建物を所有していることを知っていたのみならず、C社が本件所有権保存登記まで承諾してはおらず、B社による本件建物の表示登記による法律上の占有がC社との委託信任関係に基づくものであるとの認識を有しながら、本件建物の売買代金を実質的に負担することなく、C社の犠牲において本件建物を取得しようとして、本件所有権保存登記の申請手続をしたことが優に認定でき、被告人において、

本件建物について横領罪における不法領得の意思を有していたことも優に認められる。」「本件所有権保存登記による横領行為が、甲との共謀に基づくものであることは優に認定できる。」

【研 究】

1. はじめに

本件被告人に（業務上）横領罪の共犯の成立を認めるには、甲に同罪が成立することが前提となる。弁護人は各成立要件の充足を争い、裁判所もそれぞれについて判断を示しているが、とくに注目されるのは、B社が「表題部に」所有者として登記名義を有することを根拠にして、B社（の代表者甲）に本件建物の「法律上の占有」を認めた点である。これまで、表題部所有者に不動産の「占有」を肯定した裁判例は知られておらず、また、議論もあまりなかったと見られるため、この点に本判決の意義が認められる。他方、「占有」以外の要件に関しては、特段目新しい判示はなく、その充足を肯定した結論にも問題はないと思われる。以下では、本件建物の所有権の帰属について簡単に確認した上で（→2）、「占有」について検討を加える（→3）。

なお、共犯者である被告人は業務上占有者の身分を有しないため、刑法 65 条の適用の問題が生じる。本判決は、同条 1 項の「共犯」に共同正犯が含まれる⁽³⁾ことを前提に、同項により業務上横領罪の共同正犯の成立を認めた上で、被告人には業務上占有者の身分がないので同条 2 項により単純横領罪の刑を科すとしており、従来の判例⁽⁴⁾の処理に従ったものといえる。罪名と科刑の分離を認める判例の立場には批判が向けられているが、本稿では共犯の問題については検討しないこととする。

(3) 参照、大判明治 44 年 10 月 9 日刑録 17 輯 1652 頁、大判大正 4 年 3 月 2 日刑録 21 輯 194 頁など。

(4) 大判明治 44 年 8 月 25 日刑録 17 輯 1510 頁、最判昭和 32 年 11 月 19 日刑集 11 卷 12 号 3073 頁。

2. 本件建物の所有権の帰属——「他人の物」

刑法 253 条にいう「他人の物」とは、他人が所有する財物をいい、不動産をも含む。本件では、本件建物の所有権が、横領行為である所有権保存登記を了した時点で、建築した C 社と発注した B 社のいずれにあったかが争われた。

建築請負契約における建物所有権の帰属につき、民事判例は、建築材料の供給者を基準にして判断する立場を採り、請負人が材料を供給する（通常そうである）場合は、請負人が建物所有権を原始的に取得し、建物の引渡しにより注文者に所有権が移転するものと解している（請負人帰属説）⁽⁵⁾。もちろん、まず検討されるべきは当事者間で合意された契約内容如何であり、本判決も、B 社と C 社の間の合意内容を探り、結論的には上記判例のいうところと同じく、所有権は C 社に留保され、工事残代金の支払いおよび本件建物の引渡しによってはじめて所有権が移転する旨合意されていたものと認定した。その理由は、判旨に記載の通りであるが、要するに、本件請負契約では、工事代金額の支払いの大部分（90%、2 億 9775 万円）が平成 20 年 3 月 31 日の建物引渡時とされ、かつ、同年 1 月 31 日予定の建物竣工から引渡しまでの 2 か月間、B 社に本件建物の登記をさせないように約定されていたということであり、本判決の上記認定は正当であると思われる。その上で、全居室の鍵各 1 本と建築工事完了引渡証明書の交付では未だ引渡しが完了したとはいえないと判示した点も、妥当なものであろう。

3. 本件建物の占有——「自己の占有」

（1）横領罪における「占有」

(5) 大判明治 37 年 6 月 22 日民録 10 輯 861 頁、最判昭和 40 年 5 月 25 日集民 79 号 175 頁など。

横領罪の客体である財物は、「自己の占有」下になければならない。この「占有」は、事後的支配だけでなく、法律的支配をも含むと解される。占有移転罪とは異なり、「横領罪にあつては占有の重要性はその排他力に在るのでなくして濫用の虞のある支配力に在る」⁽⁶⁾、すなわち、横領行為をすることが類型的に容易な地位にあることが重視されるどころ、横領行為が（事後的行為ではなく）法的処分の形をとる場合には、事後的支配を有していない者であっても法律的観点から見れば処分を容易に行いうる（逆に単なる事後的支配者は処分を行いがたい）ケースがあるからである。この法律的支配の認められる例が、不動産処分の場合である。そこでは登記が対抗要件とされることから（民法 177 条）、処分の相手方に登記を移転させうる地位にある登記名義人がその不動産の「占有」を有すると解され⁽⁷⁾、他方、賃借人など、そうした地位にない単なる事実上の支配者には「占有」は認められないとされるのである⁽⁸⁾。

(2) 表題部所有者による法律的支配

a) 不動産の表示に関する登記

不動産の登記記録は、表題部と権利部に区分して作成される（不動産登記

(6) 宮本英脩『刑法大綱〔第 4 版〕』（弘文堂書房、1935 年）383 頁。

(7) 不動産の売却後も登記名義を有する売主（大判明治 44 年 2 月 3 日刑録 17 輯 32 頁、最判昭和 30 年 12 月 26 日刑集 9 卷 14 号 3053 頁）、仮装売買によって登記名義を有するに至った者（大判明治 42 年 4 月 29 日刑録 15 輯 524 頁、大判大正 11 年 3 月 8 日刑集 1 卷 124 頁）など。また、登記名義人でなくても、所有者である法人の代表者や法人財産の管理処分に関し包括的代理権を有する者（東京高判昭和 42 年 12 月 26 日下刑集 9 卷 12 号 1525 頁）、所有者の法定代理人（大判大正 6 年 6 月 25 日刑録 23 輯 699 頁）にも、「占有」が認められる。本件での「占有」者も、厳密に言えば、表題部所有者である B 社の代表者である甲である。

(8) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第 13 卷〔第 2 版〕』（青林書院、2000 年）343 頁〔吉本徹也〕、中森喜彦『刑法各論〔第 4 版〕』（有斐閣、2015 年）152 頁、山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（有斐閣、2010 年）294 頁など。

法12条)。権利部には、所有権、抵当権などの権利に関する登記が記録され(不登2条4号・8号、3条)、不動産の上に存在する権利が公示される。他方、表題部とは、不動産の表示に関する登記が記録される部分をいい(不登2条3号・7号)、登記原因とその日付、登記の年月日のほか、不動産の所在地、土地の地番・地目あるいは建物の種類・構造など、不動産を識別するために必要な事項が記録され(不登27条、34条、44条)、不動産の客観的・物理的現況や同一性が公示される。また、所有権の登記がない不動産については、所有者の氏名・住所などが表題部に記録される(これを表題部所有者という。不登27条3号、2条10号)。民法177条の「登記」とは権利登記のことであり、本判決もいうように、権利の存在や変動を公示するものではない表示登記に対抗力は認められない⁽⁹⁾。

建物を新築した場合の登記手続は、通常、以下の流れを辿る。すなわち、所有者(の依頼を受けた土地家屋調査士)の申請により表題登記(表題部に最初になされる登記。不登2条20号)が行われ、そこに表題部所有者が記録される。その上で、所有者(の依頼を受けた司法書士)の申請により権利部に所有権保存登記(初めてする所有権の登記)がなされ、その際、表題部所有者の記録は抹消される(不動産登記規則158条)。本件の論点は、表題部所有者として登記された段階の、未だ対抗力を備えていない所有名義人B社(の代表者甲)に、本件建物の「占有」が認められるかである。

b) 本判決の理由づけとその検討

本判決は、B社名義で所有権保存登記を了したことを横領行為と捉えつつ、表題部所有者B社に本件建物の法律上の占有を認めた。その理由は、判旨①～④に記載の通りである。これをもう少し敷衍すれば、①所有権保存登記は、

(9) 舟橋諄一ほか編『新版 注釈民法(6) 物権(1) [補訂版]』(有斐閣、2009年)289頁[清水響]。

表題部所有者の単独申請により (不登 74 条 1 項 1 号)⁽¹⁰⁾、登記原因を証する情報を提供することなく行われること (不動産登記令 7 条 3 項 1 号)⁽¹¹⁾、②表示登記手続に際して、不動産の現況を正確に記録するため、登記官は実地調査を行うことができ (不登 29 条、規則 93 条。罰則の裏づけがある。不登 162 条 1 号・2 号)、また、表示登記がなされた場合、表題部所有者や持分の変更は、所有権保存登記をした上で移転登記の手続によらなければならないこと (不登 32 条)、③表題登記がない建物の所有権を取得した者は、所有権取得の日から 1 月以内に表題登記を申請する義務が課され (不登 47 条)、その懈怠に対して 10 万円以下の過料が予定されていること (不登 164 条)、④表題部所有者としての登記も、取引の相手方に対し、真の所有者であると信頼させるに足りる外観を備えていること、である。

これらの点のうち、①は、表題部所有者が横領行為とされる所有権保存登記を了することの可能・容易な地位にあることを示すものであり、横領罪において法律上の占有を認める趣旨に適った理由づけといえる。

④真の所有者であると信頼させるに足る外観は、事後的側面から不動産の処分可能性・容易性を根拠づけるものといえる。もっとも、本件のように、(第三者への売却処分を目的として) 所有権保存登記を了する可能性、すなわち「所有名義人自らが対抗力を取得し、真の所有者と所有権を巡って係争できる地位を確立」⁽¹²⁾ する可能性を問題にするだけであれば、①ほど重要な意味は

(10) 権利の登記は、原則として、登記権利者と登記義務者の共同申請によるが (不登 60 条)、所有権保存登記の場合は、登記義務者 (不登 2 条 13 号) がいないため、所有権を有する高い蓋然性が認められる者を法定し、その者の単独申請を認めるという仕組みが採られている。

(11) そもそも、所有権保存登記の場合、売買、相続などの登記原因がない。表題部所有者本人が申請する最も単純な場合であれば、提出を要する添付情報は、登記名義人となる者の住所を証明する情報だけである (令 7 条 1 項 6 号、別表 28 項の添付情報二。住民票など)。

(12) 判タ 1322 号 270 頁。

ない。超過要素としての領得意思の内容が事実上実現可能・容易であることを示すにとどまる。

②③の点は、所有権保存登記を行う可能性あるいは不動産を第三者に処分する可能性という観点から見た場合、あまり意味を持たないと思われる。②登記官の調査は、表示登記の内容的真正を確保するためのものであり、また、表題部所有者の変更登記の不許性は、転々流通する不動産の権利関係の公示は権利部が担うべきで、不動産の客観的現況を公示する表題部の役割ではないとの趣旨に基づくものであって⁽¹³⁾、保存登記ないし処分可能性とは直接に関係しない。せいぜい、前者の点が①の仕組みの前提ないし④を支える事情になっているという程度であろう。③表題登記の申請義務も、表題部が適切に開設されることを確保しようとするものにすぎず、やはり保存登記ないし処分可能性には関係しない。

こうして見ると、表題部所有者に不動産の「占有」を認める理由としては、①が決定的であり、かつ、それで十分であると思われる。本判決の匿名解説も、「表題登記の所有名義人であれば、単独で簡単な手続によって所有権保存登記がいつでもできる地位にあり、濫用のおそれのある支配力を当該不動産に及ぼしている」と説明しており⁽¹⁴⁾、①こそが重要であると見ているように窺われる。

（3）登記の有効性と「占有」

B社を所有者とする表題登記は、G社への売却を進めるために便宜的に行われたものであり、未だ真の所有者はC社であるため、通謀虚偽表示的なものといえる。本判決は、結論として、こうした通謀虚偽表示的な表題部所有者にも「法律上の占有」を認めており、この点で目新しいとも評されている

(13) 山野目章夫『不動産登記法〔増補〕』（商事法務、2014年）167頁、170頁。

(14) 判タ 1322号 270頁。

が⁽¹⁵⁾、判例は、古くから、仮装売買によって権利部に登記名義を得た者に「占有」を認めているので⁽¹⁶⁾、この流れの上に本判決を位置づけることもできるのである。

他方で、判例は、登記が無原因で行われた場合には、その登記は無効であり、登記名義人は不動産を法律上有効に処分しうる状態にないとして、「占有」を否定する⁽¹⁷⁾。仮装売買による登記名義も通謀虚偽表示として原則無効であるため（民法 94 条）、両判例の関係が問題になるところ、ある判決の説明によると、仮装売買にかかる判例は、第三者が善意であり処分が有効とされる場合に限り「占有」を認める趣旨のものと解すべきだとされる⁽¹⁸⁾。しかし、本件では、横領行為はあくまで B 社名義で所有権保存登記をすることであり、また、A 社への売却処分にしても、被告人は悪意であって原則通り無効となるので、この説明は妥当しない。

不動産の処分可能性の観点からすると、登記が無効であっても、登記名義人は第三者に対して形式上不動産を処分しうる地位にあるのだから、当該不動産の「占有」者といってよいと思われる。「占有」を否定した判例は、いずれも、無権利者が他人の不動産につき勝手に自己名義の登記をした事案を扱ったものであり、所有者との間に委託信任関係がないから、いずれにしても横領罪は成立しない。これらの判例は、委託に基づかない占有は横領罪に

(15) 判タ 1322 号 270 頁。

(16) 前掲注 7 参照。

(17) 大判明治 43 年 4 月 15 日刑録 16 輯 615 頁〔他人所有の未登記建物につき、自己の物と偽って不実の保存登記をした後、第三者に担保提供〕、大判大正 5 年 6 月 24 日刑録 22 輯 1017 頁〔X、Y、Z の 3 人が共有する不動産につき、X の子 W が相続登記または保存登記を申請して全部を自己名義にした上で、第三者に担保提供〕。これらの判決を摘示して、登記が無効の場合には「占有」は認められないと述べるものとして、山口・前掲注 8・294 頁、高橋則夫『刑法各論〔第 2 版〕』（成文堂、2014 年）361 頁など。

(18) 前掲注 17・大判明治 43 年 4 月 15 日。実際、前掲注 7・大判明治 42 年 4 月 29 日は、処分の相手方が善意であるため仮装売買の無効を対抗できないと判示している。

いう「占有」ではない旨をいうものと理解すべきである⁽¹⁹⁾。横領行為が民事法上有効である必要はないのであれば⁽²⁰⁾、その前提となる財物「占有」が有効であることも要しないと思われる。無効であっても登記名義を有する者は、登記手続に則って、その意味で「有効に」、処分の相手方に登記名義を移転させる地位にあるといえるのである⁽²¹⁾。

（４） 事実的支配について

本判決は、甲が居室等の鍵の交付を受けて本件建物を事実上占有していた点について、所有権保存登記を了したことが横領行為に問われているのだから、表示登記による法律上の占有が認められれば十分であるとして、B社の「占有」を基礎づける事実から除外している。

一般に、未登記不動産に関しては、事実的支配者に「占有」を認めるほかないとされ⁽²²⁾、判例も、不動産を現実に使用・管理する者に「占有」があると述べる⁽²³⁾。しかし、既に見たように、不動産の法的処分による横領を考える場合、処分可能性の観点から重要なのは、事実上の支配ではなく、保存登記や移転登記をなしうる地位にあることである。このことは、不動産が登記済みか否かにかかわらず妥当する。未登記不動産であっても、賃借人など単に事実上不動産を占有している者に「占有」が認められるわけではない。判例の事案も不動産の法的処分に関するものであり、現実の使用・管理者に「占

(19) 藤木英雄『経済取引と犯罪』（有斐閣、1965年）105頁、大塚ほか編・前掲注8・342頁〔吉本〕、本江威憲監修『民商事と交錯する経済犯罪（1）横領・背任編』（立花書房、1994年）31頁〔須藤純正〕。

(20) 大塚ほか編・前掲注8・370頁〔吉本〕、本江監・前掲注19・197頁〔須藤〕。不実の抵当権設定仮登記を了した行為に横領罪の成立を認めたものとして、最決平成21年3月26日刑集63巻3号291頁。

(21) 林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会、2007年）280頁も同旨と思われる。

(22) 大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（有斐閣、2005年）284頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂、2012年）234頁など。

有」ありとする判示は、上の趣旨で理解されるべきである⁽²⁴⁾。

本判決で問題となった表題部所有者も、保存登記や移転登記をなしうる地位にあることから「占有」が認められるのであり、鍵の所持は保存登記等を了する可能性を基礎づけるものとはいえない。この点に関する本判決の上記判断は、至極正当なものであったと解される⁽²⁵⁾。

(5) 本判決の射程

本判決で実行行為とされているのは、(A社に売却する目的のもと) B社名義で所有権保存登記を行ったことである。しかし、本件犯行の核心部分は、

(23) 最判昭和 30 年 4 月 5 日刑集 9 卷 4 号 645 頁〔被告人が現実に使用・管理していた被告人ら数名の共有に属する未登記建物を、被告人が設立した有限会社に現物出資し、同社名義で所有権保存登記〕。また、最決昭和 32 年 12 月 19 日刑集 11 卷 13 号 3316 頁も参照〔出資者の出資を得て建設し、被告人と出資者らとの間に成立した組合の財産に属する自動車修理工場において責任者として事業を行っていた被告人が、事業を中止する際に、自己名義で本件工場の所有権保存登記をした上でこれを第三者に譲渡。もっとも、各審級のいずれも、現実の使用・管理が「占有」を基礎づけると判示しているわけではない。〕。

(24) 以上につき、佐伯仁志「不動産を客体とする財産犯」法学教室 368 号 (2011 年) 110 頁、同「横領罪 (1)」法学教室 375 号 (2011 年) 127 頁以下。登記済不動産の場合も、精確には、登記名義人であること自体に意味があるのではなく、登記名義を移転させる地位にあることが重要なのであり、その意味で統一的に理解される。他方、事実行為による不動産の横領を考える場合には、不動産の事実的支配が「占有」を基礎づけることになるが (松原芳博「横領罪・その 1」法学セミナー 702 号 (2013 年) 89 頁)、不動産横領は法的処分に限られ、事実行為による領得には不動産侵奪罪が成立するとの見解も有力である (山口厚『新判例から見た刑法〔第 3 版〕』(有斐閣、2015 年) 209 頁など)。

(25) 本判決は、甲が C 社から受け取ったのは鍵の一部にすぎないことから、「事実上の占有という面からは、C 社と B 社が本件建物を共同占有していたとみるべきであり、「横領罪における占有を十分に基礎づけるに足るものとはいえない」と判示している。全居室の鍵を取り替えた被告人の行為は、C 社の事実上の占有を侵害するものであり、不動産侵奪罪の成立を考える余地が出てくるであろう。

本件建物をA社に譲渡した点にあるのだから、A社への売却を横領行為と捉えることはできないのだろうか。

ある論者は、「表題部に所有者として記載されているだけでは、まだ対抗要件を備えるものではなく、したがって、そのままでは当該不動産を処分しても相手方に対抗要件を備えさせることもできないので、その不動産を事実上支配・管理している場合は格別、表題部に表示登記として所有名義を有するのみでは、直ちに当該不動産の占有を有するとはいえない」として、表題部所有者に「占有」を認めない旨の記述をしている⁽²⁶⁾。この見解を意識して、本判決の匿名解説は、本件の横領行為はあくまで表題部所有者が自己名義で所有権保存登記をしたことであって、付加的要素としての事実上の支配・管理は問題にならないとコメントし⁽²⁷⁾、また、別の評者も、「表題登記を了しただけの状態に第三者に売却したようなケースは本判決の射程外である」と述べている⁽²⁸⁾。こうした見解からすると、A社への売却行為との関係では、表題部所有者に「占有」は認められないことになるかと思われる。

しかし、このような理解は、解釈論的にも結論的にも支持できない。既述のように、「占有」を基礎づけるのは、処分の相手方に登記名義を移転させる地位であり、権利部に所有名義を有して対抗力を備えていること自体に意味はない。表題部所有者の場合、相手方に登記を移転するには、いったん自己名義で保存登記を行うことを要するが、本判決①にいう通り、表題部所有者は極めて容易に所有権保存登記を行うことができる。処分の相手方に登記を移転する可能性という点では、表題部所有者と権利部所有者を区別して扱うだけの十分な理由はないのである⁽²⁹⁾。

むしろ、表題部所有者の登記がある場合、それ以外の誰に「占有」が認められるのかに疑問が生じる。既述のように、単なる事実的支配者に法的処分

(26) 本江監・前掲注19・43頁〔須藤〕。

(27) 判タ1322号270頁。

(28) 内田・前掲注1・78頁。

との関係で「占有」を認めることはできない。冒頭の見解が、事実上支配・管理している場合であれば表題部所有者にも「占有」が認められる旨述べる点には、理由がない⁽³⁰⁾。本判決②に指摘の通り、所有権の移転があった場合、表題部所有者の変更ではなく、保存登記および移転登記を経由しなければならないところ、保存登記を申請しうる者は、通常は表題部所有者だけといってよく（不登 74 条 1 項各号参照）、それ以外に登記を移転させうる地位にある者は存在しないと見られる。

したがって、表題部所有者に「占有」を否定するのは、表題登記すらなされていない未登記不動産の場合に「占有」者の存在を肯定することと不均衡を生じさせる。もっとも、未登記不動産が譲渡された場合については、譲渡人が表示・保存登記をした上で譲受人に移転登記をする方法のほか、最初から譲受人名義で表示・保存登記をする方法も認められている（いわゆる冒頭省略登記）⁽³¹⁾。しかし、「占有」を基礎づける根拠となる登記手続が後者に限

(29) 所有権の有無は、前掲注 11 の通り、保存登記の段階では審査されていないに等しく、むしろ表示登記の段階で（実質）審査が行われている。すなわち、表示登記を申請する際には、不動産の「所有権を有することを証する情報」を添付することが要求され（令別表 4 項の添付情報ハ、12 項の添付情報ハ。本件では建築工事完了引渡証明書がこれに当たる。）、また、本判決②に指摘の通り、登記官による実地調査も規定されている。こうして、表題部所有者は所有者である蓋然性が高いと認められるため、保存登記を簡易に申請できるのである。山野目・前掲注 13・162 頁、169 頁によると、表題部所有者の記録は、表題部と権利部を架橋するないしは権利部開設の基点となる重要なものであり、不動産の物理的現況を公示する表題部においてはやや異質な要素であるとされる。

(30) 本件で、検察官が鍵の所持を「占有」の基礎事情に挙げていたのは、この見解を意識したためかもしれない。

(31) 登記費用の節約のために実際に行われている。本判決も、A 社名義での冒頭省略登記を行わず、費用のかかる本件のような登記手続をあえてとった点を、被告人が A 社・B 社間の正常な取引を仮装する意図を有していたことを認定するための一事情に挙げている。なお、建物所有権の帰属に関する請負人基準説によれば、注文者名義での表示・保存登記も冒頭省略登記の一種ということになる。

られる理由はない。権利移転の過程を正しく公示するという点からは、前者が本来あるべき方法である。前者のルートの中途段階にある表題部所有者に「占有」を認めないというのは、奇妙なことである。

以上のように考えれば、表題部所有者に「法律上の占有」があるとする本判決の射程は、第三者への処分のケースにも及ぶと解してよい⁽³²⁾。本件でも、A社への売却行為、ないし、B社名義での保存登記とA社への移転登記を一体として、横領行為と把握することも可能であったし、むしろその方が事案の実態を良く捉えていると思われる⁽³³⁾。

(32) 平山・前掲注1・106頁以下もそのように見ていると思われる。

(33) この場合、B社名義での保存登記とA社への移転登記を別個の横領行為と捉える必要はないであろう。両者は、A社への売却のためという同一目的に担われた一連の行為であり、オンライン申請により同日中に行われているのである。前掲注23の未登記不動産に関する判例の事案も参照。なお、内田・前掲注1・78頁は、A社への移転登記を横領後の横領行為と見ているが、第三者への売却のケースを本判決の射程外とする理解（前掲注28）からは、移転登記の前提となる「占有」が表題部所有者には認められないように思われる。