

## 只木ゼミ 第4問弁護レジュメ(夏合宿)

文責：1班

### 第1. 反対専門

1. (共謀) 共同正犯の成立要件についていかに解しているか。
2. V. 2. 4に書かれている 1説に対する批判の中で、占有の有無についての考慮を看過しているとはどういうことか。
3. 複合的身分犯の意義をいかに解しているか。
4. なぜこの判例を選んだのか(特別背任罪の法的性質)

### 第2. 立論

#### 1. 学説の検討

##### (1) 共謀共同正犯の肯否及びその成立要件

まず、共謀共同正犯の肯否であるが、共同正犯の正犯性の根拠は相互利用補充関係にあり、実行行為に向けた行為を分担した場合であっても、かかる相互利用補充関係が認められる以上は、「共同して犯罪を実行した」(60条)といえと解する。そして、特定の犯罪を共同して実行する意思の下、相互に他人の行為を利用しあって各自の意思を実行に移す謀議をなし、共謀者のうち、ある者が犯罪を実行した、という要件を充たせば、相互利用補充関係が認められ、共謀にとどまった者にも共同正犯が成立すると解する。

もっとも、共謀にとどまった者に、どこまで正犯としての責任を負わせるのかは、明確である必要があると考えるため、の謀議については、明示的になされなければならないと解する。

##### (2) 65条1項「共犯」に共同正犯が含まれるか

この点については、検察側と同様に、B説を採用する。

##### (3) 65条1項2項の解釈について

この点についても、検察側と同様に、1項が真正身分犯の成立と科刑についての規定、2項が不真正身分犯の成立と科刑についての規定であると解する。

##### (4) 業務上横領において非身分者が身分者の行為に加功した場合の当人の罪責

この点について、検察側は、説を採用し、業務上横領罪の共同正犯が成立するとしている。

しかし、かかる見解を採用すると、他人の物の占有者が業務上の占有者の行為に加功した場合には、65条2項により単純横領罪が成立することとの均衡を失うこととなって妥当でない。

そもそも、上記のように65条を解釈し、業務上横領罪を、「他人の物の占有者」という身分によって構成される横領罪が「業務者」であるという身分によって加重されている複合的身分犯であると解する以上、非占有者には65条1項に基づき真正身分犯たる単純横領罪の共犯が成立し、2項に基づいて業務上横領罪までは成立しないとするのが素直な解釈であると考え。

よって、この点については、1説を採用するのが妥当であると解する。

#### 2. 本問の検討

(1) 本問において、甲は、MとLと共に業務上横領罪を実行する意思の下、M、Lと順次に、相互にその行為を利用しあって各自の意思を実行に移す謀議をなしており、余暇財団名義の定期預金を業務上保管していたLが、それを担保に供するという、その権限を逸脱した、不法領得の意思の発現たる行為をなしていることから、甲には業務上横領罪の共同正犯(253条、60条)が成立しうる。

(2) もっとも、業務上横領罪は、「他人の物の占有者」という真正身分と「業務者」という不真正身分が組み合わさった複合的身分犯であり、かかる罪において非占有者が業務上の占有者の行為に加功した場合の当人の罪責について、前述のように弁護側は1説を採用するため、余暇財団名義の定期預金について何ら支配力を有していない、非占有者である甲には65条2項により単純横領罪の共同正犯(252条、65条2項)が成立するととどまると解する。

(3) また、Lの、余暇財団の議事録を偽造・行使もなしているが、この点については、甲との明示の謀議なく、上記共謀共同正犯の要件を充たしていないため、かかる行為につき、甲に私文書偽造罪及び偽造私文書行使罪の共同正犯は成立しないと解する。

#### 3. 結論

以上より、甲には単純横領罪の共同正犯(252条、65条2項)が成立し、甲はその罪責を負う。

以上