

只木ゼミ夏合宿 第4問 検察レジュメ

文責：4班

・事実の概要

国会議員の甲は、株式会社丙田通商を実質的に経営していたが、同社の財政状況は極めて悪く、富士証販株式会社からの借入金については、支払期日が迫っていた。そこで、丙田通商の資金借入れ事務等を担当していたMが、甲に本返済について相談に訪れたが、その際、甲は自身の秘書Lが、甲の発案・主導で設立された財団法人余暇厚生文化財団の財産管理業務に従事していた常務理事であることを思い出した。同財団の資産総額は2億円で、このうち1億8000万円は基本財産とされ、その証書はLが財団理事長印等とともに業務上保管していた。なお、かかる基本財産は、事業遂行上やむを得ない理由があって、理事会で議決等の手続を経た場合のみ、処分・利用できるとされていた。

そこで、甲は、Mに対して、余暇財団の定期預金を担保に金を借りる計画を持ちかけたところ、Mもこれを了承したため、Lとの交渉を指示した。そして、Mは、Lに対し、余暇財団の定期預金を担保に金融機関から1億8000万円を借りることを頼み、併せて甲が了解済みであることを告げると、Lはこれを即座に了承した。しかし、Mが実際に金融機関にて借入れの交渉に臨んだところ、余暇財団の理事会が担保提供を承認した議事録が必要であると言われた。そこで、Mは、甲の了承を得ていないにもかかわらず、甲が了解済みであると告げ、Lに議事録を偽造するように依頼した。

こうして、借入れに必要な関係書類を全て揃えたMは、余暇財団の定期預金を担保に金を借入れ、入金された借入金の一部を富士証販に送金した。

・問題の所在

本問において、Lは業務上自己の占有する余暇財団の基本財産を担保に供させる旨の了承をしていることから、業務上自己の占有する他人の物を横領したといえ、業務上横領罪(253条)が成立する。

ここで、甲は、Mに対して借入れ手続を指示しており、業務上横領罪の共同正犯が成立するとも考えられる。そこで、65条1項の「共犯」に共同正犯が含まれるかが問題となる。

また、含まれるとして、甲は業務者としての身分を有していないが、それでもなお、業務上横領罪が成立するか。65条1項と2項の関係が問題となる。

・学説の状況

1. 65条1項の「共犯」の意義

A説：65条1項の「共犯」に共同正犯は含まれないとする説(否定説)¹

B説：65条1項の「共犯」に教唆・幫助のみならず共同正犯も含まれるとする説(肯定説)²

¹ 団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社・1990)420頁、
大塚仁『刑法概説(総論)(第3版増補版)』(有斐閣・2005)316頁

2. 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 (65条1項と2項の関係)

1説：65条1項は真正身分犯の成否・科刑を、2項は不真正身分犯の成否・科刑を規定するとみる立場から、1項により単純横領罪の共同正犯となるとする説³

2説：65条1項は真正・不真正身分犯の成否を、2項は不真正身分犯の科刑を規定するとみる立場から、1項により業務上横領罪の共同正犯となるが、2項により単純横領罪の共同正犯の刑が課されるとする説⁴

3説：65条1項は違法身分の成否・科刑を、2項は責任身分の成否・科刑を規定するとみる立場から、1項により単純横領罪の共同正犯となるとする説⁵

説：65条1項は真正身分犯の成否・科刑を、2項は不真正身分犯の成否・科刑を規定するとみる立場から、非占有者に対しては1項により業務上横領罪の共同正犯となるとする説

判例

[最決平成15年2月18日]⁶

<事実の概要>

住宅金融専門会社の役員ら融資担当者が、実質的に破綻状態にある不動産会社に対して多額の運転資金を継続的に実質無担保で融資して、会社に損害を与えたとして、特別背任罪に問われた際に、不動産会社の代表取締役であり同罪の身分を有しない被告人にも共謀共同正犯が成立するかが争われた。

<判旨>

被告人(非身分者)が身分者に積極的に働きかけることはなかったものの、身分者の任務背景や被害者の財務上の損害について高度の認識を有し、身分者が自己の保障等を図る目的で本件融資に応じざるをえない状況にあることを利用しつつ、迂回融資の手順をとることに協力するなどして、融資の実現に加担したという状況の下では、特別背任罪について共同加功したといえる。

学説の検討

1. 65条1項の「共犯」の意義について

この点、実行行為の規範的意味を重視すると、真正身分犯は身分者のみが実行しうる犯罪であり、非身分者は共同実行を成しえないとする説がある(A説)。しかし、共同正犯も

² 大谷實『刑法講義総論(新版第2版)』(成文堂・2007)458頁、
前田雅英『刑法総論講義(第4版)』(東京大学出版会・2006)473頁

³ 大谷實『刑法講義総論(新版第2版)』(成文堂・2007)456頁、
前田雅英『刑法総論講義(第4版)』(東京大学出版会・2006)470頁、

⁴ 平野龍一『刑法総論』(有斐閣・1972~1975)367頁、
山口厚『刑法総論(第2版)』(有斐閣・2007)327頁、

⁵ 団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社・1990)418頁、
大塚仁『刑法概説(総論)(第3版増補版)』(有斐閣・2005)314頁

⁶ 平15重判・刑法7事件

広義の共犯であることに違いはない。更に、身分犯の場合であっても、事実上、非身分者の実行行為の分担は十分可能であり、また、非身分者の行為の方が身分者の行為と比べ、より重大である場合があるにも拘わらず、非身分者の行為を同罪から除外しようとする A 説は妥当ではない。

思うに、実行行為を分担しない共謀共同正犯を肯定する以上、非身分者も、教唆・帮助犯ではなく真正身分犯の共同正犯たりうると解すべきである。よって B 説が妥当であると解する。

2. 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について(65条1項と2項の関係)

- 1) まず、65条1項は真正・不真正身分犯の成否を、2項は不真正身分犯の科刑を規定するとみる立場から、1項により業務上横領罪の共同正犯が成立するが、2項により単純横領罪の共同正犯の刑が課されるとする説(2説)がある。

しかし、両項で犯罪の成否と科刑を分離するのは妥当ではなく、共犯が正犯の罪名にまで従属する必要もない。

また、同条2項が、「通常の刑を科する」としているが、これは量刑の問題を指すのではなく、罪名も含めた問題を指すとみるのが自然である。

よって、2説は妥当ではない。

- 2) 次に、65条1項は違法身分の成否・科刑を、2項は責任身分の成否・科刑を規定するとみる立場から、1項により単純横領罪の共同正犯となるとする説(3説)がある。しかし、ある行為を、違法性の規制要素か、責任の規制要素かで明確に区別することは非常に困難であり、有効な基準として作用し得ない。

よって、3説も妥当ではない。

- 3) そして、65条1項は真正身分犯の成否・科刑を、2項は不真正身分犯の成否・科刑を規定するとみる立場から、1項により単純横領罪の共同正犯となるとする説(1説)がある。

思うに、65条1項の「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」という文言、2項の「身分によって特に刑の軽重があるとき」という文言は、忠実に解されるべきである。

また、真正身分犯か不真正身分犯かに応じて、それぞれ真正身分犯に対しては同条1項を、不真正身分犯に対しては同条2項を適用するとした方が、条項を適用するに際して明快である。

よって、65条1項は真正身分犯の成否・科刑を、2項は不真正身分犯の成否・科刑を規定するとみるべきであり、この限りでは、1説は妥当であるといえる。

- 4) しかし、そもそも業務上横領罪という犯罪は、物の「占有者」という身分によって構成される横領罪が、さらに「業務者」とであるという身分によって加重されているという複合的身分犯である。とするならば、業務の面だけでなく、占有の有無についても考慮すべきである。よって、この点を看過する1説は妥当ではない。

そもそも、物の非占有者は、単独では単純横領罪を犯しえないのだから、こうした者が業務上横領罪に関与した場合、「通常の刑」というものは考えられない。よって、業務上横領罪は、非占有者との関係では真正身分犯であると考えらるべきである。

よって、業務上横領罪の共同正犯とする 説が妥当であると解する。

・本問の検討

1. まず、甲に共同正犯が成立するか検討する。

前提として、B 説の立場から 65 条 1 項の「共犯」に教唆・帮助のみならず共同正犯も含まれると解するところ、本件の場合、甲は、M に対して余暇財団の定期預金を担保に金を借りる計画を持ちかけ、L と交渉をする様に指示しており、その結果、L が業務上横領行為に及んでいるため、横領罪の共同正犯にあたる。

2. 次に、非身分者である甲に、業務上横領罪が成立するか検討する。

この点、説を採用する立場からは、甲に対する物の占有の有無が問題となる。

本件において、甲は、余暇財団の内部の人間ではなく、その基本金についての占有を有してはいない。上述のよう、非占有者は単独では単純横領罪を犯しえない者であるから、業務上横領罪は真正身分犯と考えられる。

よって、65 条 1 項は真正身分犯の成否・科刑を、2 項は不真正身分犯の成否・科刑を規定する 説の立場から、非占有者である甲に対しては 65 条 1 項が適用され、業務上横領罪の共同正犯が成立する。

3. 最後に、甲に私文書偽造罪及び偽造文書行使罪の共同正犯が成立するか検討する。

確かに、甲は、私文書を偽造・行使した L 及び M に対して、余暇財団の理事会が担保提供を承認した旨の議事録を偽造・行使することについての指示や承諾はしておらず、かかる罪責は負わないとも思える。

しかし、余暇財団の基本財産を、書類申請などといったなんらの手続きもせずに、L の判断のみで勝手に担保とできるはずがないことは、甲も当然予測していたといえる。そして、本罪は、甲がその予測に基づき M に指示した結果、必然的に生じたものである。また、L は甲自身の秘書であり、この件について L から何も聞いていないということも考えられない。

ゆえに、明示的ではないにせよ、両罪についての黙示の指示や承諾はなされていたといえる。

よって、甲は、私文書偽造罪及び、偽造文書行使罪の共同正犯の罪責を負う。

・結論

甲には、業務上横領罪(253 条)、私文書偽造罪(159 条 1 項)及び偽造私文書行使罪(161 条 1 項)の共同正犯(65 条 1 項)が成立し、これらは牽連犯(54 条 1 項後段)となるため、最も重い刑である業務上横領罪で処断される。

以上