

I. 反対尋問

1. 本問の検討 3(2)第一文において「単純占有者である身分によって」とあるのは業務者である身分を欠いているということをさしているのか。
2. 本問の検討 3(2)第二文において「業務上横領罪は単純占有者との関係においては真正身分犯である」とはどういう意味か。
3. 本問の検討 3(2)第三文における「通常の刑」の通常とは何を意味するのか。

II. 学説の検討

1. 65条1項と2項の関係について

- (1) まず、乙説によると、不真正身分犯につき、重い身分犯の犯罪が「成立」としながら、なぜ刑については軽い通常の犯罪の法定刑が適用されるのかを理論的に説明できないⁱ。よって乙説は妥当でない。
- (2) 次に、甲説では、常習賭博罪は常習者という身分がなければ構成しないし、業務上横領罪も業務者でなければ成立しないのであるから、1項が真正身分犯に関する規定であるということは必ずしも自明ではないこと、また、なぜ真正身分犯は身分がない者に連带的に作用し、不真正身分犯は個別的に作用するかについて十分な説明が与えられていない点からみて妥当ではない。
- (3) 思うに、違法身分犯においては、非身分者は、身分者を介してであれば、法益侵害を間接的に惹起することができ、この意味で違法身分犯について非身分者の共犯が成立することが基礎づけられるのである。ここに65条1項の身分の連帯性の根拠が認められる。

また、責任身分においては、責任判断の個別性から、それが存在する者にのみ責任の加重減輕を基礎づけることが可能となる。ここに65条2項の身分の個別作用の根拠が認められる。

なお、違法身分はすべて真正身分であり、責任身分はすべて不真正身分であると解することができること、および、65条は身分の性質が解釈によって決定されたあとに適用されれば足りることから、検察側の主張する批判は当たらないと解するⁱⁱ。

以上より、弁護側は丙説を採用する。

2. 65条1項の「共犯」に共同正犯は含まれるかについて

- (1) 検察側の採用するA説は妥当であろうか。

A説は狭義の共犯のみならず共同正犯も含まれるとする。しかし、真正身分犯においては、実行行為の規範的意味を重視するとき、非身分者による行為は実行行為としての類型を欠き共同実行を認めることはできない。とすれば、本項の「共犯」に共同正犯を含むとするのは妥当でない。よってA説は採用しえない。

ⁱ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣,2010）509頁。

ⁱⁱ 山口厚『刑法総論（補正版）』（有斐閣,2001）328,329頁。

(2) では、B説はどうか。

B説は、真正身分犯について共同正犯は含まれないが、不真正身分犯について共同正犯は含まれるとする。確かに、共同正犯が単独正犯と同じ意味で正犯であるのならば、非身分者に身分犯の共同正犯が成立することはありえないことになろう。しかし、共同正犯は、構成要件該当事実の共同惹起という意味で単独正犯の拡張形態であり、共犯の一種といえる。とすれば、身分の存在は共同正犯成立の不可欠要素ではないと解すべきである。よってB説は採用しえない。

(3) 検察側はC説を採用する。理由は以下の通りである。

C説は、違法身分犯についてのみ共同正犯が含まれるとし、責任身分犯については共同正犯は含まれないとする。

まず違法身分の場合、非身分者も身分者を介してであれば間接的に法益侵害の結果を惹起できる。したがって、違法身分犯において共同正犯の罪責は基礎づけられる。

では、責任身分犯の場合にも共同正犯は含まれるか。正犯には責任減少身分犯しか成立せず、より重い非身分犯に対応する構成要件該当性を肯定しえない。したがって、共犯の二次的責任性・要素従属性の要件から、正犯に認められる身分犯の構成要件該当性の限度でしか共犯は成立しない。とすれば、責任身分の場合、責任を加重ないし減輕する事情が認められない非身分者について身分犯の共同正犯は成立しないと解するC説が妥当であるⁱⁱⁱ。

Ⅲ. 本問の検討

第1. Zの罪責について

1. 本問において、Zが学校建設資金として受け取り保管していた寄付金合計23万1550円の中から合計8万1647円を酒食などの買入れ代金として支払った行為について、中学校建設工事委員会に対する業務上横領罪(253条)が成立するか。同罪の成立には①業務上自己が占有すること②他人の物を委託信任関係に基づいて占有すること③横領行為が必要である。
2. (1) まずZは、S村収入役という社会生活上の地位に基づき反復継続して行われる会計事務上(「業務上」)、上記金銭を保管していたことから①を充たす。
(2) また、Zは上記工事委員会の金銭を委託されて保管していることから②も充たす。
(3) そして、Zが8万1647円を酒食などの買入れ代金として支払った行為は、他人の物の占有者が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意思(不法領得の意思)の実現と評価できるため、「横領」したといえ③も充たす。
3. 以上より、Zには中学校建設工事委員会に対する業務上横領罪が成立する。

第2. X・Yの罪責について

1. (1) 本問においてX及びYが、Zと共謀の上8万1647円を酒食などの買入れ代金として支払った行為について、中学校建設工事委員会に対する単純横領罪(252条)または業務上横領罪(253条)の共同正犯(60条)が成立するか。X・Yは上記金銭の業務上の占有者ではない。そこで、65条1項・2項の関係をどのように考えるかが問題となる。

ⁱⁱⁱ 山口厚・前掲332頁。

- (2) この問題に関して弁護側は丙説を採用する。そこで占有者という身分と業務者という身分がそれぞれ違法身分か責任身分かを検討する。
- (3) まず占有者という身分は違法身分である。次に、業務上占有するものは横領行為に関して責任非難が増大すると考えられることから、業務者という身分は責任身分であると解する。このような理解からすると、業務者及び非身分者は、まず、65条1項により単純横領罪の共犯となり、業務者(本問におけるZ)については65条2項により、業務上横領罪が成立することになる。
- (4) 以上より、X・Yには中学校工事委員会に対する単純横領罪の共犯が成立する。
2. (1) では、X・YはZの行為にいかなる態様(共同正犯か従犯か)で関与したことになるか。65条1項の「共犯」に共同正犯が含まれるかが問題となる。この問題に関して弁護側はC説を採用する。C説によれば違法身分においては共同正犯の罪責が認められるところ、前述のように占有者という身分は違法身分である。
- (2) したがって、本問においてX・Yには中学校工事委員会に対する単純横領罪の共同正犯が成立する。

IV. 結論

X及びYには単純横領罪の共同正犯(252条、65条1項、60条)が成立する。

Zには業務上横領罪(253条、65条2項)が成立する。

以上