

## I. 事実の概要

被告人 X は茨城県の前 S 村村長および同村新制中学校建設工事委員会の工事委員長、Y は元同村助役および同工事委員会の工事副委員長として X を補佐していたものである。被告人両名は、当時同村収入役として出納その他の会計業務を掌り、傍ら前示中学校建設工事委員会の委託を受け同校建設資金の寄附金の受領、保管その他の会計事務を管掌していた Z と共謀の上、同人が学校建設資金として受け取り保管していた寄附金合計 23 万 1550 円の中から合計 8 万 1647 円を酒食等の買入れ代金として支払った。

## II. 問題の所在

1. 身分犯の規定である刑法 65 条は、1 項において「身分のない者であっても、共犯とする」と、非身分者を身分者かのように扱う旨規定する一方、2 項において「身分のない者には通常の刑を科する」と、非身分者と身分者の扱いを異にする旨規定している。そこで、一見矛盾する両規定の関係をいかに解釈するか、問題となる。
2. 身分犯において、非身分者は正犯者となりえるか、それとも狭義の共犯にとどまるのか。65 条 1 項の「共犯」に共同正犯は含まれるかが問題となる。

## III. 学説の状況

### 1. 65 条 1 項と 2 項の関係について

甲説<sup>1</sup>：65 条 1 項は真正身分犯についての成立と科刑を規定して身分の連帯的作用を認め、同条 2 項は不真正身分犯についての成立と科刑を規定して身分の個別的的作用を認めるという見解。

乙説<sup>2</sup>：65 条 1 項は真正身分犯及び不真正身分犯を通じて身分犯における共犯の成立について規定し、2 項は特に不真正身分犯の科刑について個別的的作用を認めるという見解。

丙説<sup>3</sup>：65 条は違法は連帯的に責任は個別的にという原理に基づき、1 項は身分が行為の違法性を規制する要素となっている場合に違法性の連帯性を規定し、2 項は身分が行為の責任を規制する要素となっている場合に責任の個別性を規定するという見解。

### 2. 65 条 1 項の「共犯」に共同正犯は含まれるかについて

A 説<sup>4</sup>：狭義の共犯のみならず、共同正犯も含まれるとする見解。

B 説<sup>5</sup>：真正身分犯については共同正犯は含まれないが、不真正身分犯については共同正犯

<sup>1</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』（東京大学出版会,2006）470頁。

<sup>2</sup> 大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』（有斐閣,2008）331頁。

<sup>3</sup> 山口厚『刑法総論〔補訂版〕』（有斐閣,2001）280頁。

<sup>4</sup> 大谷實『刑法講義総論〔第3版〕』（成文堂,1991）458頁。

に含まれるとする見解。

C 説<sup>6</sup>：違法身分犯については共同正犯は含まれるが、責任身分犯については含まれないとする説。

#### IV.判例<sup>7</sup>

最高裁昭和 40 年 3 月 30 日第 3 小法廷判決

<事実の概要>

被告人の女性が男性 2 名と共謀し、被害者女性を強姦した事例。

<判旨>

「強姦罪は、その行為の主体が男性に限られるから、刑法 65 条 1 項にいわゆる犯人の身分に因り構成すべき犯罪に該当するものであるが、身分のない者も、身分のある者の行為を利用することによって、強姦罪の保護法益を侵害することができるから、身分のない者が、身分のある者と共謀して、その犯罪行為に加功すれば、同法 65 条 1 項により、強姦罪の共同正犯が成立すると解すべきである。」

#### V.学説の検討

##### 1.65 条 1 項と 2 項の関係について

まず丙説についてであるが、たしかに、丙説は理論的に明確であるとともに共犯は構成要件に該当する違法な行為に従属すると解する制限従属性説にも合致する点で優れている。しかし、違法身分犯のすべてが必ずしも真正身分犯ではないため 65 条 1 項の規定と矛盾すること、身分を違法身分と責任身分とに区別することは困難であり、両者が混然としている場合もあること、構成的身分犯にも責任身分犯があることから、65 条の解釈として無理があり適用上も困難であって妥当でない。

次に甲説についてみると、たしかに、二つの身分犯の区別に応じて 1 項と 2 項をそれぞれ適用するのは適用上明快であり、条文の文言にも忠実であるとも思える。しかし、65 条 1 項と 2 項の一見矛盾した関係の処理についての実質的根拠が結局明らかにされておらず、説得的でない。

この点、正犯と共犯は常に同じ罪が成立するとすれば、共犯従属性説を徹底することができる。また、1 項は共犯の成立の問題、2 項は不真正身分犯の科刑の問題とする事により、65 条が統一的に理解され 1 項と 2 項の矛盾を解消でき、条文の文言にも素直な解釈である。

よって、検察側は乙説を採用する。

---

<sup>5</sup> 大塚仁 『刑法概説(総論) [第 3 版]』(有斐閣,1997)316 頁。

<sup>6</sup> 山口厚 『刑法総論 [第 2 版]』(有斐閣,2007)332 頁。

<sup>7</sup> 刑集 19 卷 2 号 125 頁。

## 2. 65条1項の「共犯」に共同正犯は含まれるかについて

B説は、「実行」を厳格に解し、構成的身分は身分のある者のみが実行し得る犯罪類型である以上、非身分者は共同「実行」し得ないこと、65条1項が「加功」という文言を用いて「実行」と書き分けたのは、教唆と幫助のみを指すためであることを根拠とする<sup>8</sup>。

しかし、この見解は、身分犯の義務違反の面を誇張し過ぎであり、また、不真正身分犯との関係では身分のない者についても身分犯の共同正犯が成立することを認めることとバランスを失するため妥当でない。

C説は丙説と結びつく解釈であるが、学説の検討1で述べたとおり丙説は妥当でないことから、かかる丙説と結びつくC説もまた妥当でない。

そもそも、65条は60条とともに「共犯」の章に規定されており、65条1項にも「共犯とする」との文言があることから、「共犯」には共同正犯も当然に含まれるといえる。また、身分のない者も身分のある者の行為を利用することによって真正身分犯の保護法益を侵害することができる以上、身分のない者が身分のある者と共謀してその犯罪に加功すれば、共同正犯が成立すると解すべきである<sup>9</sup>。

よって、検察側はA説を採用する。

## VI.本問の検討

本問Zの罪責について

1. 本問において、寄附金を酒食の代金として費消したZの行為に業務上横領罪(253条)が成立しないか。
2. (1) この点、「業務」とは社会生活上の地位に基づいて、反復継続して行われる事務を指し、「横領」とは不法領得の意思の発現行為を意味すると解する。ZはS村収入役として出納その他の会計業務を掌り、傍ら中学校建設工事委員会の委託を受け同校建設資金の寄附金の受領、保管その他の会計事務を管掌し、現に寄附金を占有していた者である。よって、その「業務」により、現に占有していたS村の所有にかかる本件寄附金合計23万1550円の中から計8万1647円を酒食等の買入れ代金として支払い、もってこれを「横領」していることから、業務上横領罪の構成要件に該当する。

(2)よって、Zの本件行為には業務上横領罪(253条)が成立する。

本問X及びYの罪責について

1. 本問において、Zとともに寄附金を酒食の代金として費消したX及びYの行為に業務上横領罪の共同正犯(253条、65条1項、60条)が成立しないか。
2. (1)両名は寄附金の占有者ではないことから、業務上横領罪の正犯となりうるか。  
(2)この点、検察側はA説を採用する。非身分者であるX及びYは、本件寄附金の占有者である身分者Zと共謀し、これを費消することで、Zの業務上横領に加功している。

<sup>8</sup> 前田雅英 前掲473頁参照。

<sup>9</sup> 大谷實 前掲459頁。

3. (1) 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の組み合わせた、複合的性質を有するものである。とすれば、業務者という身分を有しない X 及び Y は、単純横領罪の限度で共同正犯になるとも思える。
- (2) この点、例えば単純占有者が業務上占有者と共同して横領した場合、単純占有者は 65 条 1 項により業務上横領罪の共同正犯となり、その後、単純占有者であるという身分によって、65 条 2 項が適用され、「通常の刑」、すなわち単純横領罪の刑が科されることとなるのである。とすると、単純占有者ですらない者が業務上占有者と共同して、業務上横領をした場合は、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から、65 条 1 項により業務上横領罪の共同正犯となる。そして、単純横領罪となる身分すら有しないことから「通常の刑」は観念しえないため、65 条 2 項の適用はなく、業務上横領罪の共同正犯とならざるをえないのである。
- (3) 本問 X 及び Y は、単純占有者ですらないから、後者にあたる。よって、X 及び Y は業務上横領罪の共同正犯となる。

## **VII. 結論**

X、Y、Z の行為には業務上横領罪の共同正犯(253 条、60 条)が成立する。

以上