

I. 反対尋問

1. 犯罪成立と科刑とを分離することに、合理的根拠を必要とするのはなぜか。
2. 特別背任罪という加重類型に独立の保護法益を認めるのは、非身分者も当該法益を侵害可能であるとするからか。
3. 判例を挙げた趣旨は何か。

II. 学説の検討

1.65条の意義

- (1) B説は、真正身分犯が連带的に作用し、不真正身分犯が個別的に作用する実質的根拠に乏しい。

ゆえに、弁護側はB説を採用しない。

- (2) C-1説は、1項に連带的作用を認める一方で2項に個別的作用を認めるのは、「違法は連带的に作用し、責任は個別的に作用する」という命題に基づくものであるとする。すなわち、違法は法益侵害を本質とし、法益侵害は2人以上のものが連帯して惹起することが可能である一方で、責任は非難可能性として行為者に固有の一身的なものである、とする¹。

しかし、「常習として故なく面会を強請」する行為を処罰する旨規定している暴力行為等処罰法2条2項において、常習者としての責任を考慮して特に構成要件を設けたと考えれば、構成的身分犯でありながら責任身分犯に該当する場合もありうる。この場合においては、非常習者が常習者に関与しても非常習者に65条1項の適用(連帯)はなく、不可罰となってしまう不合理である²。

また、刑法197条の収賄罪における公務員としての身分も、収賄行為の違法性を定めて非公務員の行為と区別して犯罪とされていると同時に、公務員である行為者の責任も考慮されている、というべきである³。

さらに202条(同意殺人罪)のように、身分犯を違法身分犯と責任身分犯にはっきりと区別することが困難な場合もある。

ゆえに、弁護側はC-1説を採用しない。

- (3) C-2説は、1項が身分を理由とする刑の加重に関する独立の保護法益が観念できる法益関係的身分の連帯性に関する規定であり、2項は刑の加重に関し独立の保護法益が観念できないが、身分により可罰的評価が相対化する場合の規定である⁴、とする。「可罰的評価が相対化する場合」には①身分が一身的な違法要素とされるがゆえに違法評価が相対化する場合と②その身分がもっぱら責任要素と解される場合が含まれる⁵。すなわち、C-2説は、C-1説の示した違法身分と責任身分による身分犯の区分につき、違法身分をさらに「一身の違法身分」と「それ以外の違法身分」に区別したうえで、「一身の違法身分」の取扱いを「責任身分」と同じく65条2項に委ねようとするものである、と言える。すると、

¹ 大谷實『共犯と身分について(講演原稿)』(同志社法学303号,2005年)489頁以下。

² 大谷・前掲494頁以下。

³ 福田平・大塚仁『対談刑法総論(下)』(有斐閣,1987年)228頁。

⁴ 井田良『共犯と身分』(現代刑事法41号,2002年)108頁~109頁同旨。

⁵ 井田・前掲109頁。

たとえ「一身的」との制限がついているとはいえ、「違法身分」犯が個別的作用を定める 65 条 2 項により処理されるべき問題となるのであり、「違法は連带的に作用し、責任は個別的に作用する」という命題との抵触が避けられない。

これは、混合惹起説の援用もあいまって「常習者 P が非常習者 Q の賭博を幫助した場合、P には常習賭博罪ではなく単純賭博罪の幫助しか成立しない⁶⁾」という帰結が導かれている点に見て取ることもできる。このケースについて、常習性という身分を法益関係的身分である、とすれば帰結は至極明快であるにもかかわらず、C-2 説の論者はこれを法益関係的身分犯として処理せず、あえて 65 条 2 項の適用に関して検討⁷⁾している。すなわちこの検討において「常習性」は一身的違法身分ないし責任身分である、と考えられていると思われるところ、常習性を一身的違法身分と解した場合⁸⁾、それが犯罪関与者間で個別的・相対的に作用することを認めなければならなくなる。

規範違反の評価たる違法は連带的・絶対的になされるべきであり、個別的・相対的になされるべき問題ではない。違法の相対性を認めることは、共犯における要素従属性についての議論において、従属性を狭く解するもの(最少従属性説寄り)を指向する誘因となるのであり、共犯処罰が不当に拡大する恐れが無いとも言えない。

ゆえに、弁護側は C-2 説を採用しない。

(4) およそ犯罪については、その成否の問題と、成立が認められた場合における処罰の問題とが考えられるのであり、それは身分犯の共犯においても変わるところはない。とすれば、A 説が 65 条の趣旨を最も素直に、かつ、明解に捉えている、といえる。

ゆえに、弁護側は A 説を採用する。

2. 65 条の「共犯」に共同正犯は含まれるか

γ 説は、検察側の主張の通り α 説との実質的差異がみられないものであり、採用しえない。

身分犯とは、「身分者であることによって一定の社会的義務を負担し、その義務違反によって犯罪が成立する場合⁹⁾」を意味する。なかでも真正身分犯は、立法者が特定の法益を保護するために、構成要件を類型化するにあたって、意識的かつ意欲的にただ一定の身分あるものによってなされる規範違反の行為のみを実体法上の構成要件において類型化し、これに刑罰を科している¹⁰⁾のであるから、他の者と区別された特別の法的義務を觀念することに理論的な齟齬は無い。かかる義務を負わない非身分者は、共謀の有無、実行行為の一部分担の存否にかかわらず、もともと法律上正犯たることが不能である、というべきである。真正身分犯の共同正犯は、身分者同士によってのみ行われうる、というべきである。

換言すれば、共同正犯として行われた非身分者の行為は、実行行為としての定型性を欠くのであり、自然的行為としての共同がありえるとしても、実行行為としての共同は觀念しえない¹¹⁾。したがって、α 説不当、β 説妥当と言え、弁護側は後者を採用する。

III. 本問の検討

第 1. X の本件行為につき、E らとの特別背任罪(会社法 960 条)の共同正犯(刑法 60 条、65 条 1 項)が成立

⁶⁾ 井田・前掲 111 頁同旨。引用者により加筆あり。

⁷⁾ 井田・前掲 111 頁。

⁸⁾ 井田教授の前掲文献を全体として斟酌すると、常習性は一身的違法身分と解されているように思われる。

⁹⁾ 木村龜二『刑法総論〔増補版〕』(有斐閣,1978年)156頁。

¹⁰⁾ 福田、大塚・前掲書 244 頁。

¹¹⁾ 福田、大塚・前掲書 243 頁。

しないか。

会社法 960 条は、行為者がその各号に掲げる身分を有する者であることを構成要件要素とする、いわゆる身分犯であるが、X は身分を有していない。そこで、非身分者による身分者との共同正犯の肯否が、共犯と身分に関する 65 条の意義と関連して問題となる。

第 2. この点弁護側は、65 条の意義について A 説を、非身分者による身分者との共同正犯の肯否について β 説を採用するところ、同条 1 項は犯罪成立についての規定であり、同条 2 項は科刑についての規定であると解し、共犯(65 条 1 項)とは、真正身分犯においては狭義の共犯のみを指し、共同正犯は含まれないと解する。

第 3. 本間においては、特別背任罪(会社法 960 条)が背任罪の加重類型であり、不真正身分犯にあたるどころ、X は特別背任罪が構成要件として要求する身分を有していない、非身分者に該当する者である。しかし X は、E らが特別背任罪の実行行為たる融資を実行するよう心理的に迫ったり自ら提案したりしたほか、その実行を容易にするため虚偽の不動産鑑定書作成を主導したりした。

これらにつき身分犯の共同正犯が成立するための要件、すなわち①共同実行の意思②共同実行の事実③身分者が 1 人以上いること、はすべて満たされているから、X について E らとの共同正犯が成立する。弁護側の β 説は、真正身分犯につき 65 条 1 項の「共犯」から共同正犯を除外する趣旨のものであるから、不真正身分犯が問題となる本件においては、なお X に共同正犯は成立する。

ただし弁護側は A 説を採用するので、65 条 2 項を科刑についての規定にとらえ不真正身分犯に対する適用のみを認める。本件においては、まさに不真正身分犯が問題となっているのであるから、非身分者である X には、通常の刑、すなわち背任罪(刑法 247 条)の限度の科刑が為される。

IV. 結論

X について特別背任罪(会社法 960 条)の共同正犯が成立し(刑法 65 条 1 項)その罪責を負うが、背任罪の限度での科刑が為される。

以上