

只木ゼミ夏合宿 第2問 検察レジュメ

文責：2班

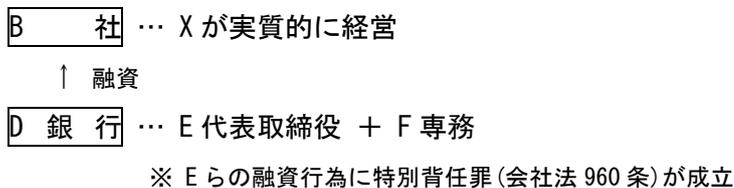
I. 事実の概要

被告人 X は、広告宣伝代理店業及びゴルフ場経営等を目的とする A 株式会社の代表取締役会長を務めるとともに、ゴルフ場経営等を目的とする株式会社 B を実質的に経営していた。

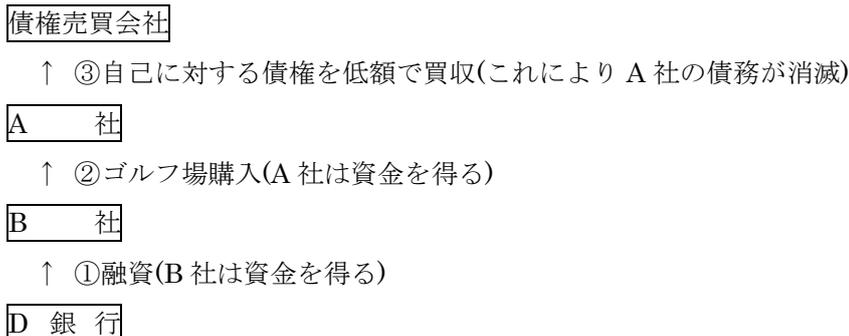
平成 12 年 2 月、A 社が多額の債務を抱えて資金繰りに窮し経営破綻の危機に迫ることを認識した X は、A 社の債務返済資金等を用意するために、新たに設立した上記 B 社を経由する迂回融資を思いつき、株式会社 D 銀行に、B 社に対する 57 億円の融資の申込みをした。

株式会社 D 銀行の代表取締役頭取 E、および、同銀行代表取締役専務 F は、A 社の利益を図るとともに D 銀行に損害を加える目的をもって、A 社及び B 社が貸付金の返済能力を有さず、その回収が著しく困難であることを熟知しながら、貸付金の回収を確実にするための特段の措置も講じないまま、B 社に対し本件融資を実行し、D 銀行に財産上の損害を加えた。X は、E らが自己保身の目的から本件融資手続を受けざるをえないと理解し、融資の前提となるスキームを E らに提案してこれに沿った行動をとり、同融資の担保となる物件の担保価値を大幅に水増しした不動産鑑定書を作らせるなどして、同融資の実現に関与した。

【事案の構造】



【スキーム】 A 社の債務圧縮を実現する計画



II. 問題の所在

Xの行為にEらとの特別背任罪の共同正犯が成立するか。65条の意義と関連して、非身分者による身分者との共同正犯の肯否(とその判断基準)が問題となる。

III. 学説の状況

1. 65条の意義¹

(1) A説：連帯的作用説²

1項は、犯罪成立についての規定であり、真正身分犯と不真正身分犯の両方に適用される。2項は、科刑についての規定であり、不真正身分犯のみに適用がある。

(2) B説：形式的区別説³

1項は、真正身分犯(構成的身分犯)の規定であり、2項は、不真正身分犯(加減的身分犯)の規定である。

(3) C-1説：実質的区別説⁴

1項は、違法身分犯(構成的身分犯)の規定であり、2項は、責任身分犯(加減的身分犯)の規定である。

(4) C-2説：法益侵害性説⁵

1項は、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場合の規定であり、2項は、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ない場合の規定である。

2. 65条の「共犯」に共同正犯は含まれるか

(1) α説：肯定説⁶

「共犯」には、狭義の共犯のみならず、共同正犯も含まれる。

(2) β説：否定説⁷

真正身分犯(構成的身分犯)については、「共犯」に共同正犯は含まれない。

(3) γ説：限定説⁸

¹ 以下にあげる各学説のネーミングは、主に西田 400 頁以下に倣った。

² 大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』(有斐閣, 2008年)331頁以下, 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社, 1990年)418頁以下, 福田平『全訂刑法総論〔第4版〕』(有斐閣, 2004年)288頁以下, 佐久間修『刑法総論』(成文堂, 2009年)415頁以下。

³ 大谷實『刑法講義総論 新版第4版』(成文堂, 2012年)478頁以下, 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』(東京大学出版会, 2006年)467頁以下。

⁴ 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂, 2010年)402頁以下, 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣, 2007年)326頁以下。

⁵ 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂, 2005年)396頁以下, 伊東研祐『刑法総論』(新世社, 2008年)366頁以下。なお, 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣, 2013年)414頁以下も参照。

⁶ 井田・前掲 401 頁, 佐伯・前掲 420 頁, 西田・前掲 410 頁。

⁷ 大塚・前掲 333 頁, 団藤・前掲 420 頁, 福田・前掲 290 頁。

⁸ 山口・前掲 332 頁。

違法身分についてのみ、「共犯」に共同正犯が含まれる。

IV. 判例

最高裁判所第三小法廷昭和 40 年 3 月 30 日決定⁹

<事実の概要>

被告人 X 女は、かねて夫と情を通じていた A 女に対して嫉妬のあまり、A 女を呼び出して夫との関係を糾問するとともに、自己の眼前で男に A 女を強姦させて恥辱を与えようと考え、被告人 Y 男とともに A 女を喫茶店に連行し、同店 2 階において、夫との行動を種々詰問した上、Y とその場に来合わせた被告人 Z 男の両名に対して A 女を姦淫することを慫慂し、両名がこれに応じたので、ここに X・Y・Z の 3 名は、共謀の上、A 女を姦淫することを決意し、まず X が A 女をその場に押し倒し、Y とともにその体を押さえつけて犯行を抑圧し、Z が A 女を姦淫しようとしたがその目的を遂げず、ついで Y が A 女を強いて姦淫したという事例。

<判旨>

「なお、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、身分のあるもの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。従って、X の原判示所為に対し、同法 177 条前段、60 条、65 条 1 項を適用したことは、正当である。」〔傍点ゴシック引用者〕

V. 学説の検討

1. 65 条の意義

65 条の文言は、1 項と 2 項とでそれぞれ連帯的作用、個別的作用を定めており、一見すると矛盾する。そこで、このような矛盾をいかにして解消するかが最大の課題となる。

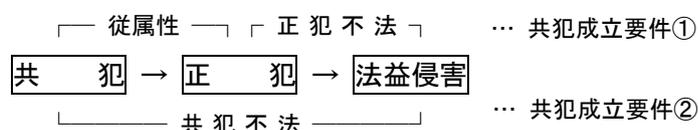
A 説(連帯作用説)は、1 項を中心に 65 条を解釈しようとする見解であり、1 項を犯罪成立の段階について、2 項を科刑の段階についてそれぞれ規定していると考え、このような矛盾を解消する。しかし、犯罪成立と科刑とで分離して扱われるべき合理的根拠が示されているとは言い難く、理由づけが不十分であるから採用しえない。

⁹ 判タ 175 号 152 頁。

B説(形式的区別説)は、1項と2項とで適用場面を明確に切り分けようとする見解であり、これによって矛盾を生じさせないようにする。しかし、文言による形式的な理由づけしか行われておらず、1項と2項の区別の実質的な理由づけが明らかではないため採用できない。

C-1説(実質的区別説)は、結果無価値論の立場から、B説(形式的区別説)の実質的な理由づけに「違法評価の連帯性・責任評価の個別性」の原則(ないし制限従属性説的な発想)を採用する見解である。しかし、違法の相対性をどの限度で、またいかなる理由で認めるかという問題が生じることになり、やはり理由づけとしては不十分であるから採用できない。

そもそも身分による犯罪主体の限定が行われる理由は、主として、一定の人的範囲の者だけがその法益を直接に侵害しうるからである。言い換えれば、身分による犯罪主体の限定は、主に、身分があることを理由とする刑の加重に関し、独立の保護法益を観念できることを意味する。そして、身分を有する正犯者の行為を介すことで、非身分者であってもその法益を侵害することは可能である(混合惹起説。下図)。そうであれば、65条1項は、現行法が混合惹起説に立つことを明らかにした規定であると考えられる。

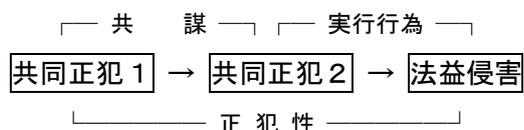


ゆえに、身分があることを理由とする刑の加重に関し独立の保護法益を観念できる限りにおいて、非身分者は身分者を介して法益を間接的に侵害することが可能であり、65条1項の適用がある。これに対して、身分があることを理由とする刑の加重に関し独立の保護法益を観念できない場合(したがって、法益の間接的態様による侵害が問題にならない場合)、65条2項が適用され、非身分者たる共犯者については通常の犯罪のみが成立する。

このような意味で、C-2説(法益侵害性説)が妥当であり、検察側はC-2説を採用する。

2. 65条の「共犯」に共同正犯は含まれるか

身分を有しない者であっても、身分を有する者と共同で法益を侵害することは可能であるから、65条1項にいう「共犯」は、共同正犯も含むと解される(下図。非身分者である「共同正犯1」は、身分者である「共同正犯2」を介して法益を侵害することが可能である)。したがって、α説(肯定説)が妥当である。



β説(否定説)は、非身分者はおよそ正犯となりえない者であり、したがって共同正犯にもならないとの理解を前提とする。しかし、非身分者でも法益侵害が可能である以上、1項の

身分が法益関係的身分の規定であることを看過するものであり採用できない。

γ説(限定説)は、共同正犯の成立に違法身分を要求することを徹底する限りでは、違法の相対性という観点で欠落し、また、違法身分を法益侵害性という意味で捉えるのであれば、α説(肯定説)と同一の立場であるから、あえてこのような見解を採用する必要はない。

ゆえに、検察側はα説を採用する。

VI. 本問の検討

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(60条, 65条1項)が成立しないか。

2. (1) 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。

この点検察側は、65条の意義についてC・2説(法益侵害性説)を、非身分者による身分者との共同正犯の肯否についてα説(肯定説)を採用するところ、同条1項は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場合の規定であり、2項は身分を理由とする刑の加重に関する独立の法益保護が観念できない場合の規定であり、「共犯」(1項)とは、狭義の共犯のみならず、共同正犯も含まれると解する。

本問では、特別背任罪における保護法益は、会社財産や会社の執行役に対する適切な業務執行の信頼であるが、これは執行役以外の者(非身分者)であっても、執行役(身分者)の行為を介すことで当該法益を侵害することも可能である。よって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場合といえるため、65条1項の適用により特別背任罪の共同正犯が成立しうる。

(2) 共同正犯が成立するためには、①共謀、②共謀に基づく実行、③正犯意思が必要となる。以下でそれらを検討する。

まず共謀については、Xは本件融資の前提となるスキームをEらに提案しているためXとEらとの間の共謀が認められる(①)。

そしてEらは、その共謀をもとに特別背任罪の実行行為を行っている(②)。

次に正犯意思については、Xは、Eらが自己保身の目的から本件融資手続を受けざるをえない立場にあることを十分に認識しており、そのうえでそれを利用してもっぱらA株式会社の債務圧縮を目的に本件融資の担保となる物件の担保価値を大幅に水増しした不動産鑑定書を作らせるなど、本件融資の実現に欠かすことのできない行為をしていることから、Xには自己の犯罪を実現する意思を有していたといえ、正犯意思についても認められる(③)。

したがって、Xの当該行為につき特別背任罪の共同正犯が成立する。

VII. 結論

Xの行為につき特別背任罪の共同正犯が成立し、Xはその罪責を負う(会社法 960 条, 法 60 条, 65 条 1 項)。

以上