

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は、刑罰は成立する犯罪に対応していなければならない、という刑法の基本原則をどのように捉えているか。
2. 検察側は、刑法65条2項「通常の刑を科する」の意義について、通常の犯罪が成立し通常の刑を科すのではなく、犯罪としては身分犯が成立するが刑は通常の刑とする、と考えているのか。
- 10 3. 検察側は、非身分者が業務上墮胎罪を教唆した場合、どのような犯罪が成立し刑が科されると考えるか。

## II. 学説の検討

### 1. 65条1項と同条2項の関連性について

- 15 (1)  $\gamma$  説については検察側と同様の理由により採用しない。
- (2)  $\alpha$  説について検討する。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。
- 20 (3)  $\beta$  説について検討する。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。また65条1項の文言は真正身分行為についての規定と読むのが自然である。そもそも従属性を徹底することには疑問が存する<sup>1</sup>。
- 25 ゆえに、 $\beta$  説であるならば犯罪の成否と科刑を分離することなく、65条1項と2項の矛盾を形式的に解消できることから、 $\beta$  説を採用する。

### 2. 65条1項「共犯」について

B 説、C 説に関して検察側と同様の理由で採用せず、弁護側もA 説を採用する。

## 30 VI. 本問の検討

### 第1 丙の罪責について

1. 本問において、丙は委託を受けて占有していた寄付金を甲、乙及び自己のために費消している。そこで、丙は業務上横領罪(253条)の罪責を負うか。
- 業務上横領罪が成立するには、①業務上②自己の占有する他人の物を③横領したこと

<sup>1</sup> 前田雅英『刑法総論講義[第3版]』(東京大学出版会,2005年)443頁。

が必要である。

2. まず、丙は当該中学校建設委員会の委託を受けて、同校建設資金の寄付金の受領、保管その他会計事務を掌握していたことから、社会生活上の地位に基づき、反復・継続して行われる事務であって、委託を受けて物を占有・保管することを内容とする事務に従事していたといえる。したがって、丙の従事していた上記事務は「業務」にあたる。
3. 次に、丙は当該中学校建設委員会の委託を受け、同校建設資金の寄付金の受領、保管その他会計事務を掌握していたことから、委託信任関係が認められる。また、「横領した」とは、不法領得の意思を実現する一切の行為をいうが、丙は業務上保管していた寄付金を自己及び第三者のために酒食等の買い入れ費に費消している行為は、不法領得の意思を実現する行為といえ、「横領」行為にあたる。
4. したがって、丙は業務上横領罪の罪責を負う。

## 第2 甲及び乙の罪責について

1. 非業務者かつ非占有者である甲および乙は、業務上の委託者丙の占有する寄付金を共謀のうえ横領している。そこで、業務上横領罪の共同正犯(60条)が成立しないか。

2. 業務者・占有者は特定の犯罪における人的関係たる特殊の地位であり「身分」にあたり、横領罪(252条)及び業務上横領罪は身分犯である。したがって、65条の適用が考えられるが、65条1項は関与者間の連帯性を表しているのに対し、同2項は身分者と非身分者が関与した場合にそれぞれの身分の個別性を表している旨を定めており、一見矛盾するため、65条1項と2項との関係が問題となる。

3. この点、弁護側はβ説(65条1項は真正身分犯、65条2項は不真正身分犯に関する規定であると解する説)を採用する。

したがって、占有者という身分については真正身分犯であるので、65条1項を適用して、非占有者は単純横領罪の共犯が成立する。また、業務上横領罪は、単なる占有者と比べて業務上の占有者に刑が加重されていることから、不真正身分犯であると解される。業務者という身分においては不真正身分犯であり、65条1項は適用されない。

よって、甲及び乙には、単純横領罪の共犯が成立する。

4. 次に、非占有者である甲及び乙に共犯が認められるとしても、共同正犯は認められるか。すなわち、65条1項の「共犯」に共同正犯が含まれるか否かが問題となる。

5. ここで、弁護側はA説(65条1項の「共犯」には教唆、従犯、共同正犯全てが含まれるとする説)を採用する。

6. したがって、甲及び乙には、単純横領罪の共同正犯が成立する。

## VII. 結論

甲及び乙は単純横領罪の共同正犯の罪責を負い、丙は業務上横領罪の罪責を負う。

以上