

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側の採用する65条1、2項の解釈におけるア説の条文の文言に対応しているという形式的理由のほか、ア説の実質的根拠は何か。
2. 検察側は、65条1、2項の解釈において、真正身分犯(構成的身分犯)か不真正身分(加減的身分犯)であるかによって異なる取り扱いを受ける理由をどのように説明するか。
3. 検察側は65条1項の共犯に真正身分犯の共同正犯も含めるか。
- 10 4. 検察側は65条1項が「加功」という文言を用いて、「実行」と書き分けている点を、どのように考えるか。

II. 学説の検討

1. 65条1、2項の解釈について

15 ア説

本説は、構成的身分犯と加減的身分犯との形式的区別の可能性を前提にするものであるが、加減的身分犯も身分が存在することで当該身分犯が成立するという意味では「犯人の身分によって構成すべき犯罪」だから、形式論理によって両者を区別することができない。そこで、身分を除外した行為についての処罰規定が存在する場合は加減的身分犯だと解することにならざるをえないが、そのような処罰規定の存否自体に解釈の余地があり、2種類の身分犯の区別を形式論の枠内では解決することができない¹。

よって、弁護側はア説を採用しない。

ウ説

- 25 検察側と同様の理由により、弁護側はウ説を採用しない。

イ説

- 30 違法身分を要素とする違法身分犯では、非身分者は単独で法益侵害を惹起することができないが、身分者を介することによって、法益侵害を間接的に惹起することができ、この意味で、非身分者にも違法身分犯の共犯が成立することが基礎づけられる。

また、責任身分においては、責任判断の個別性から、それが存在するものについてだけ責任の加重減軽を基礎づけることが可能となる²。

よって、弁護側はイ説を採用する。

35

¹ 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣、2016年)344頁。

² 山口・前掲書346頁。

2. 65条1項の共犯に共同正犯も含まれるか。

X説

5 実行行為の規範的意味を重視するときは、真正身分犯においては、非身分者による実行行為を認めることはできないはずである。身分犯の共同正犯は、身分者についてのみ認められるべきであって、非身分者と身分者との間には考えられない。そのため、本項の「共犯」も、共同正犯を含むことはありえず、教唆犯および従犯のみを指すと解しなければならない³。

よって、弁護側はX説を採用しない。

Y説

10 共同正犯においても、それぞれの関与者が他の関与者の行為を利用する形態であるにすぎず、それぞれの行為が当該関与者の固有の実行行為としての意味をもち、違法と責任を根拠づけることが重要である。そして、文理上も、1項では「加功」という「狭義の共犯」の関与を意味する文言を用いている点で、共同正犯は除かれるものと考えられる⁴。

よって、弁護側はY説を採用する。

15

Ⅲ. 本問の検討

第1. 乙の罪責

1. 乙がA大学建設用の積立資金を自らの飲食費や遊興費として費消した行為(以下本件行為)について業務上横領罪(刑法(以下法名略)253条)が成立しないか。

20 2(1)ア. 「業務」とは、社会生活上の地位に基づいて反復または継続して行われる行為であって、金銭その他の財物を委託を受けて保管することを内容とするものをさす。

イ. 本件では、乙はA大学建設用の積立資金を保管する収入役を務めており、社会生活上の地位に基づいて反復継続して行っており、金銭その他の財物を委託を受けて保管することを内容とした「業務」を行っているといえる。

25 (2) 「他人の物」とは、他人の所有する財物をいうところ、本件ではA大学建設用の積立資金はA市の大学招致委員会の所有物であり、「他人の物」にあたる。

(3)ア. 「自己の占有する」とは、財物に及び法律上の支配をさす。

イ. 本件では、乙は委託されて、積立金の受領、保管をしているので、物に対して事実上の支配力があるといえ、本件積立金は「自己が占有する」財物にあたる。

30 (4)ア. 「横領」とは、不法領得の意思を発現する一切の行為をいい、不法領得の意思とは、他人の物の占有者が、委託の任務に背いて、その者につき権限がないのに、その者の経済的用法に従って、所有者でなければ出来ないような処分をする意思をいう。

イ. 本件では乙は積立資金を保管する収入役であり、当該金銭を保管する任務を負っているところ、これを自らの飲食費や遊興費として費消するという委託の任務に背いた行為であるといえる。

35 そしてかかる行為は、所有者でなければ出来ないような行為であることから、乙は不法領得の意思を有しているといえ、「横領」したといえる。

³ 大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣、2008年)332頁。

⁴ 山中敬一『刑法総論Ⅱ』(成文堂、1999年)872頁。

(3) 構成要件の故意(38条1項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識、認容をいうところ、本件では乙はかかる該当事実を認識しているので、故意が満たされる。

3. 以上より、乙の本件行為につき、業務上横領罪が成立する。

第2. 丙の罪責

5 1. 丙が、乙が保管していたA大学建設用の積立資金を費消した行為につき、業務上横領罪の共同正犯(60条、253条)が成立しないか。

2. この点、業務上横領罪は占有者と業務者を身分とした身分犯であるところ、本件では、丙は本件寄付金を保管する権限を有しておらず、業務者でもなく占有者であるともいえない。そこで、丙に業務上横領罪の罪責を負わせられるか。身分犯における身分行為に非身分者が関与した場合、
10 共同正犯が成立するか問題となる。

3.(1) 「共同して」(60条)とは、共同正犯の処罰根拠が、行為者が共犯者の行為を介して結果へと因果性を及ぼし、構成要件該当事実を共同惹起した点に鑑みると、①共謀②共謀に基づく実行行為が認められる場合をさす。また、共謀とは意思連絡と正犯意思のことをいう。

(2) 本件についてみると、丙は、夫である乙が地元企業のBから預かった寄付金50万円を、A市
15 で一番大きい歓楽街で使う旨の計画に賛同している。そこで意思連絡が認められる。また、丙は当該行為につき引き出した積立資金を引き出して自らの飲食費や遊興費として費消していることから、正犯意思を有しているといえる。

また、上記共謀に基づいて丙は本件行為を行っていることから、共謀に基づく実行行為も認められる。

20 (3) また、丙は当該行為の客観的構成要件該当事実を認識しているので、故意も充足する。

(4) したがって、本件において、業務上横領罪は他人の物の占有者という違法身分と、業務者という責任身分の組み合わさった複合的身分犯であり、「違法は連带的に、責任は個別的に」の原則によって、違法身分たる占有者の限度で丙に65条1項が適用されるように思える。

4(1) もっとも、弁護側は構成的身分犯について65条1項における「共犯」とは教義の共犯のみ
25 を意味し、共同正犯は含まれないとする説を採る。

(2) そこで、丙には乙との関係で、業務上横領罪の共同正犯が成立するものの、「共犯」にはあたらないことから、65条1項の適用は認められない。

5. そこで、丙の行為につき、不可罰となり、丙は罪責を負わない。

30 IV. 結論

乙の行為に業務上横領罪(253条)が成立し、乙はその罪責を負う。

丙の行為は不可罰となり、丙は罪責を負わない。

以上