

## I. 反対尋問

1. 検察レジュメ 3 頁 7 行目において「構成的身分と加減的身分を形式的に区別することは困難である」として A 説を批判しているが、検察側の採用する C 説も A 説同様、科刑を判断する上で、構成的身分か加減的身分かの区別が必要ではないか。
2. 検察レジュメ 3 頁 21 行目において、C 説が「条文上素直な解釈である」としているが、65 条 1 項が真正身分犯のみならず不真正身分犯における共犯の成立についても定めているという解釈は条文からどのように導けるのか。
3. 検察レジュメ 3 頁 21 行目において C 説が「実際上も妥当な立場である」としているが、どのような点が実際上妥当だと考えているのか。

## II. 学説の検討

### 1. 65 条 1 項と 2 項の関係について

#### A 説

検察側と同様の理由により、弁護側もこの説を採用しない。

#### C 説<sup>1</sup>

この見解は、構成的身分犯と加減的身分犯とが形式論理では区別できないことを前提に、両者ともに身分の連帯作用を認めるものである。

しかし、身分を要件とする身分犯の共犯が身分のない者についても成立する理由が示されていない点、身分犯の共犯の成立を 1 項で認めながら 2 項により非身分犯の刑を科することについての根拠が示せない点で問題がある。

加えて、刑罰は犯罪が成立することによってその限度で正当化されるという根底の原則によれば、成立犯罪と科刑を分離することは本来許されないはずであるのに、それを是とする根拠も示すことができないという点でも問題がある。

よって、弁護側はこの説を採用しない。

#### B 説

65 条の解釈には、非身分者に身分犯の共犯が成立する場合としない場合があることの原因と、両者の区別基準の提示が必要であるが、本説はそれらの要請にこたえられるものである。また、この説が文理との整合性に疑問があるとの反論も考えられるが、違法身分を構成的身分、責任身分を加減的身分と解することによって解消することができる。<sup>2</sup>

よって、弁護側はこの説を採用する。

### 2. 65 条 1 項の「共犯」に共同正犯が含まれるかについて

#### 甲説

弁護側は 65 条 1 項と 2 項の関係を検討した際に B 説を採用している。その前提である、この見解は違法身分については単独では正犯になり得ない者も身分者と共同すれば構成要件該当事実を共同惹起することは可能であり、非身分者についても身分犯の共同正犯が成立するという理論が成立するが、責任身分犯についてはこの理論が成立しない。よって弁護側はこの説を採用しない。

#### 乙説

検察側と同様の理由により、弁護側もこの説を採用しない。

#### 丙説

丙説は B 説に親和性のある見解である。先に述べたように弁護側は B 説を採用するため、

<sup>1</sup> 山口厚『刑法総論[第3版]』(有斐閣,2018)345頁。

<sup>2</sup> 前掲・山口 345頁、347頁。

共同正犯は構成要件該当事実の共同惹起という意味で単独正犯の拡張形態であり、共犯の一種であるといえる。よって非身分者が身分者に関与することで身分犯の教唆・幫助が成立すると同様に身分の存在が共同正犯成立の必要不可欠な要件ではないと推測できる。よって弁護側はこの説を採用する。

### Ⅲ. 本問の検討

X及びYの罪責について

1 Zと共謀して寄付金を宴会費用にあてた行為につき業務上横領罪の共同正犯（刑法 253条、60条）は成立しないか。

2 業務者であること、また占有者であることを要件とすることは、主体に特別な一定の属性(身分)を要求しており、横領罪(252条)及び業務上横領罪は身分犯であるといえる。このことから65条の適用が考えられる。しかし65条1項では「身分のない者であっても、共犯とする」と規定する一方、65条2項では「身分によって特に刑の軽重があるときは、身分のない者には通常の刑を科する」と規定しており、同じく非身分者が身分者に関与しているのにも関わらず、1項と2項とでは取り扱いが異なることから問題が生じる。

3 そこで弁護側はB説を採用する。B説は、65条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の連帯性を、65条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定めた規定と解するものである。横領罪における「占有者」という身分は、その身分によって他人の物に対する所有権を侵害することから、身分が行為の違法性を規制する要素となっている場合(違法身分)であるといえる。そして、業務上横領罪における「業務」者という身分は、横領罪の構成要件的结果である委託関係及び所有権の侵害に対する重い責任非難を基礎づけるものである。よって、身分が行為の責任を規制する要素となっている場合(責任身分)であるといえる。このような理解から、業務者Z及び非身分者X、Yはまず、65条1項により単純横領罪の共犯となり、業務者であるZについては65条2項により業務上横領罪が成立することになる。

4 次に、65条1項の「共犯」に共同正犯(60条)が含まれるかが問題となる。ここで弁護側は丙説を採用する。丙説は違法身分犯については共同正犯も含まれるが、責任身分犯については含まれないとするものである。前述の通り「占有」者は、違法身分犯であることから「共犯」に共同正犯は含まれる。

5 共同正犯の処罰根拠は、自己及び他人の行為を利用して共同して構成要件的结果発生に因果を及ぼした点にある。このことから、共同正犯が成立するためには、①共謀(意思連絡、正犯意思)、②共謀に基づく実行行為が必要となる。

本件では、X及びYはZと共謀し、寄付金合計23万円のうち、8万円を自らの宴会費用にあてている。

以上のことから、X及びYには単純横領罪の共同正犯が成立する。

### Ⅳ. 結論

X及びYは単純横領罪の共同正犯の罪責を負う。