

## 只木ゼミ夏合宿第3問検察レジュメ

文責:1 班

### I. 事実の概要

- 5 X は、元 S 村村長及び同村のある中学校の建設工事委員長であった。Y は元同村助役および同工事委員会の工事副委員長として X を補佐していた。
- 両名は、当時同村収入役として出納その他の会計事務を掌り、傍ら前示中学校建設工事委員会の委託を受け同行建設資金の寄付金の受領、保管その他の会計事務を管轄していた Z と共謀のうえ、同人が学校建設資金として受け取り業務上保管していた寄付金合計 23 万
- 10 円のうち、8 万円を自らの宴会費用にあてた。
- X 及び Y の罪責を検討せよ。なお、問題なく Z には業務上横領罪が成立するとする。

参考判例：最高裁昭和 32 年 11 月 19 日第三小法廷判決

### 15 II. 問題の所在

1. 身分犯の規定である刑法 65 条は、1 項において「身分のない者であっても、共犯とする」と、非身分者を身分者かのように扱う旨規定する一方、2 項において「身分のない者には通常の刑を科する」と、非身分者と身分者の扱いを異にする旨規定している。そこで、一見矛盾する両規定の関係をいかに解釈するか、問題となる。
- 20 2. 身分犯において、非身分者は正犯者となりえるか、それとも狭義の共犯にとどまるのか。65 条 1 項の「共犯」に共同正犯は含まれるかが問題となる。

### III. 学説の状況

#### 1. 65 条 1 項と 2 項の関係について

##### 25 A 説

65 条 1 項は真正身分犯について身分の連帯的作用を、同条 2 項は不真正身分犯について身分の個別的作用を規定したものと解する説<sup>1</sup>。

##### B 説

- 30 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、同条 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説<sup>2</sup>。

##### C 説

- 35 65 条 1 項は真正身分犯及び不真正身分犯を通じて身分犯における共犯の成立についての問題を定めた規定であり、同条 2 項は、特に不真正身分犯について科刑の個別的作用についての問題を規定したものと解する説<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> 大谷實『刑法講義総論[新版第 5 版]』(成文堂,2019 年) 453 頁。

<sup>2</sup> 山口厚『刑法総論[第 3 版]』(有斐閣,2016 年)344 頁。

<sup>3</sup> 大塚仁『刑法概説(総論)[第 4 版]』(有斐閣,2008 年)331 頁。

## 2. 65 条 1 項の「共犯」に共同正犯は含まれるかについて

甲説

狭義の共犯のみならず、共同正犯も含まれるとする説<sup>4</sup>。

5

乙説

真正身分犯については共同正犯は含まれず、教唆犯、従犯のみを指し、不真正身分犯については共同正犯も含まれるとする説<sup>5</sup>。

10 丙説

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説<sup>6</sup>。

## IV. 判例

15 最決昭和 40 年 3 月 30 日判例タイムズ 175 号 152 頁。

[事実の概要]

人妻である被告人が、夫と情交のあった女性を某飲食店の二階に連れ込んで、同女に夫との情交の事実を詰問した挙句、さらに同女に恥辱を与えて、日頃のうっ憤を晴らそうと考えて、連れの男性二人に同女を目の前で姦淫するよう慫慂し、二人がこれに応じたので、ここにこの三人は、協力して同女の反抗を抑圧し、まず一人が同女を強いて姦淫しようとしたが、その目的を遂げず、次いでもう一人が同女を強いて姦淫した。

20

[判旨]

「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、身分のある者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。」

25

30 [引用の趣旨]

本決定は、強姦罪を身分犯に該当するとして同罪について身分のない者の共同正犯を認め、刑法 65 条 1 項にいう「共犯」を共同正犯と狭義の共犯の両者を含むとする見解に立っており、C 説及び甲説を採用する検察側にとって有用な判例である。

35

<sup>4</sup> 大谷・前掲 457 頁。

<sup>5</sup> 大塚・前掲 333 頁。

<sup>6</sup> 山口・前掲 351 頁。

## V. 学説の検討

### 1. 65条1項と2項の関係について

#### A説

5 この説は、構成的身分犯と加減的身分犯は形式的に区別することができることを前提にしているが、非身分者にも身分犯の共犯が成立する理由、構成的身分と加減的身分とでその作用が異なる理由を示すことができない点で問題がある。また、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といえる<sup>7</sup>。

したがって検察側はこの説を採用しない。

#### 10 B説

この説では、構成的違法身分と加減的違法身分は正犯と共犯、ないしは共同正犯の間で連帯し、構成的責任身分と加減的責任身分は個別化すると解さざるを得なくなるが、これでは構成的身分であっても責任身分であれば不可罰になってしまい、65条の解釈として不合理である。さらに、明確に加減的身分であっても違法性に関するものであれば正犯と連帯し、

15 加減がなされないとするのは妥当ではない<sup>8</sup>。

したがって、検察側はこの説を採用しない。

#### C説

20 この説では、1項で身分の連帯的作用を、2項で身分の個別的作用を定めたものと解した場合に生じる1項と2項の間の矛盾を解決することができ、65条を統一的に解することができる。また、このように考えるのが条文上素直な解釈であるとともに、実際上も妥当な立場である<sup>9</sup>。

したがって、検察側はC説を採用する。

### 25 2. 65条1項の「共犯」に共同正犯が含まれるかについて

#### 乙説

乙説に対しては、そもそも形式的に身分犯を区別すること自体への疑問のほか、身分者でなくても身分者の行為に加担して実行行為の一部を担うことは可能ではないのかという疑問がある。また、正犯者の行為を通じて法益侵害を惹起した点については共同正犯についても妥当し、教唆犯・幫助犯と別異に取り扱う理由はない<sup>10</sup>。

30

したがって、検察側は乙説を採用しない。

#### 丙説

35 丙説はB説と関連する見解であるが、学説の検討1で述べたようにB説の見解は妥当ではないと考える。よって、B説と関連する丙説も妥当ではない。

したがって、検察側は丙説を採用しない。

<sup>7</sup> 山口・前掲344頁。

<sup>8</sup> 前田雅英『刑法総論講義[第7版]』（東京大学出版会,2019年）339頁。

<sup>9</sup> 大塚仁『刑法概説(総論)[第3版増補版]』（有斐閣,2005年）313頁。

<sup>10</sup> 松原芳博『刑法総論[第2版]』（日本評論社,2017年）431頁。

## 甲説

身分のない者であっても身分のある者の犯罪に加担することによって真正身分犯を実現することは可能であるから、このような場合に身分のない者に共同正犯が成立すると解することは可能であり、1項が共同正犯を除外しているとする根拠はない。教唆犯と幫助犯においてこれらを除外するとした規定は存在しない<sup>11</sup>。

したがって、検察側は甲説を採用する。

## VI. 本問の検討

### 10 X及びYの罪責について

1 本件では、Zと共謀して寄付金を宴会費用にあてた行為に業務上横領罪の共同正犯(刑法[以下法令名略]253条、60条)が成立しないか。

2(1) X及びYは寄付金の占有者ではないため、「業務上」他人の物を占有する者とはいえないため、共同正犯が成立しないのではないかと問われる。65条1項、2項の関係とともに問題となる。

15 (2) この点、検察側は甲説を採用する。そして、非身分者であっても、身分者と共同して真正身分犯の保護法益を侵害することは可能であるため、「共犯」(65条1項)には共同正犯も含まれる。

20 (3) 本件では、非身分者であるX及びYは本件寄付金の占有者たるZと共謀して、これを費消することでZの業務上横領に加功している。よって、X及びYには業務上横領罪の共同正犯が成立しうる。

3(1) もっとも、業務上横領罪は、他人の物の占有者という真正身分と、業務者という非真正身分の組み合わせさった複合的性質を有するものである。そうであるとすれば、業務者という身分を有しないX及びYは、単純横領罪の限度で共同正犯になるとも思える。

25 (2) この点、検察側はC説を採用する。ここで、単純占有者が業務上占有者と共同して横領した場合、単純占有者は65条1項により業務上横領罪の共同正犯となり、その後、単純占有者であるという身分によって、65条2項が適用され、「通常の刑」、すなわち単純横領罪の刑が科されることとなるのである。そうであるとすれば、単純占有者ですらない者が業務上占有者と共同して、業務上横領をした場合は、業務上横領罪は単純占有者との関係においては真正身分犯であるから、65条1項により業務上横領罪の共同正犯となる。そして、単純横領罪となる身分すら有しないことから「通常の刑」は観念しえないため、65条2項の適用はなく、業務上横領罪の共同正犯とならざるをえないのである。

30 (3) 本件では、X及びYは、単純占有者ですらないから、後者にあたる。よって、X及びYには単純横領罪の共同正犯は成立しない。

35 4(1) そして、共同正犯(60条)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。そこで、「共同して」(60条)といえるためには、①共謀(意思連絡、正犯意思)、②共謀に基づく共犯者全員または一部の者による実行行為が必要である。

(2) 本件では、X及びYはZと共謀のうえ①充足)、同人が学校建設資金として受け取り業

<sup>11</sup> 大谷・前掲 457頁。

務上保管していた寄付金合計 23 万円のうち、8 万円を自らの宴会費用にあてている(②充足)。

以上より、X 及び Y の上記行為には業務上横領罪の共同正犯が成立する。

## 5 VII. 結論

X 及び Y には業務上横領罪の共同正犯(253 条、60 条)が成立する。

以上