

## I.反対尋問

1. 検察レジュメ1頁18行目において、刑法65条について「1項は身分の連帯性、2項は身分の個別性を示している」としているが、このように解釈する実質的根拠は何か。
2. 検察レジュメ1頁26行目において、ア説について「共犯の罪名従属性を可能な限り徹底させるといふ説」としているが、3頁11行目では「この説によれば、犯罪の成立と、科される刑とが分離することになる」とされており、両者は矛盾するのではないか。

## 10 II.学説の検討

1. 65条1項、2項の解釈について

### ア説(連帯的作用説)

本説によると、不真正身分犯については重い身分犯の犯罪が成立するとしながら、刑については通常の法定刑が科される<sup>1</sup>。すなわち、罪名と科刑が分離することになるが、その合理的な説明がなされていない。又、本説によると、科刑に関しては、不真正身分犯についてのみ2項による身分の個別的作用を認めていることから真正身分犯と不真正身分犯との間に取扱いの違いが残るといふ点で妥当でない。

よって、弁護側はア説を採用しない。

### 20 イ説(形式的区別説)

検察側と同様の理由により採用しない。

### ウ説(実質的区別説)

検察側と同様の理由により採用しない。

25

### エ説(法益侵害説)

この説では、身分を連帯可能なものとそうでないものに分け、それにより1項と2項の適用を分けるということになる。このように解すると、たとえ真正身分犯であっても、非身分者が身分者を介して犯罪を全て実行したような場合においても、非身分者が法益を全て侵害し、不法を完全に実現した点には変わりがなく、65条1項の適用により、共犯とすることができるので、合理的な結論を導出することが出来る。又、個別的な身分であるならば、その身分によって一身的な特別義務を課す点では、その身分の是非は科刑において判断されるべきである。

---

<sup>1</sup> 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣、2018年)568頁。

よって、弁護側はエ説を採用する。

## 2. 65条1項の「共犯」に共同正犯が含まれるかについて

### α説(肯定説)

- 5 本説では、身分の有無による個人の立場の違いを考慮しない点において、結果無価値的な判断に偏っている点が妥当でない。

よって、弁護側はα説を採用しない。

### β説(否定説)

- 10 検察側と同様の理由により採用しない。

### γ説(一部肯定説)

- 本説では、65条1項における身分は、法益侵害に関係した、連带的に作用する身分であるから、その身分が無い者でも、身分者を介してともに保護法益を侵害または危険にすることができるのであり、非身分者がそのことを認識している限り、本条本項では共犯に共同正犯を含むと解する<sup>2</sup>。弁護側が本条の解釈においてエ説を採用するにあたり、共同正犯についての解釈においては本説を採用することで、両者において統一的な理解ができる点で本説は有用である。また、本説は本条2項における身分については個別的に作用するとしており、身分の有無による個人の立場の違いを考慮しつつも、その立場に応じた正犯性を説いている点が合理的である。
- 15
- 20

よって、弁護側はγ説を採用する。

## III.本問の検討

1. X及びYは、Zと共謀の上、Zが学校建設資金としてA村又は工事委員会に対する寄付金として受け取り、業務上保管中の合計30万円の中から、酒食の買い入れに合計15万5千円を支払い、よって消費している。この点につき、X及びYに、Zとの間で業務上横領罪の共同正犯(刑法253条、60条。以下法令名省略)が成立するか、以下において検討する。
- 25

- (1)業務上横領罪は、行為主体に対して、業務者であること、並びに占有者であることを求めていることから、身分犯、中でもいわゆる複合的身分犯と称されるもので、その共同正犯を検討する際には65条の適用を検討する必要がある。そこで、前提問題として、①65条の解釈問題、即ち、同条1項及び2項の整合的解釈の問題と、②65条1項の「共犯」に共同正犯が含まれるかの問題が生じる。
- 30

ア 第一、①の問題について、弁護側はこの点について、エ説を採用する。この説では、

---

<sup>2</sup> 井田・前掲573頁。

65条1項については、身分者に対する特別な義務付けについて独立の保護法益を観念できる場合の身分、即ち、連帯可能な違法身分として解し、2項については、身分による刑の加重・軽減に関し独立の保護法益を観念できない場合において、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と考える。

5 イ 第二、②の問題について、弁護側はこの点について、γ説を採用する。即ち、65条1項における身分は、連带的に作用する身分であるから、その身分が無い者でも身分者を介して共に保護法益を侵害し又は危険にすることが出来、非身分者がその法益侵害を認識している限り、同条同項における共犯には共同正犯が含まれると考える。

(2)以上のように考えると、本件における業務上横領罪(253条)は、先述した通り、業務者  
10 であることと、占有者であることの二つの身分を、その主体に対して要求している。

横領罪における所有者との委託信任関係に反して物を領得するという法益侵害行為の部分は、非占有者であっても、事実上共同して実行し、法益侵害を実現することが出来るので、連帯可能な違法身分であり、65条1項が適用される。一方で、業務者であることは、  
15 それ自体において、例えば特別公務員暴行陵虐罪(195条)における公務員という身分の、公務員の職務の公正という独立した法益の保護のような、刑の加重・軽減について独立した何らかの保護法益を観念することはできないので、個別的に作用されるものと考えなければならず、65条2項が適用される。そして、先述したように、横領罪における占有者という身分は連帯可能な違法身分であるので、非身分者たるX及びYが法益侵害を認識している限り、γ説により、65条1項の適用において、共同正犯を含めることが出来る。

20 従って、本件においては、X及びYに、Zとの間において、同人らが横領罪における先述したような法益侵害行為の部分を認識しているか、認識しているのであれば、単純横領罪の共同正犯が成立されるか(252条1項、65条1項・2項、60条)の、2点を検討すべきである。

(3)ア(ア)まず、本件X及びYが、横領罪における所有者との委託信任関係に反して物を領得する  
25 という法益侵害行為を認識しているかについて判断するに、XはA村村長及び同村新制中学校建設工事委員会の公務委員長で、Yは、同村助役及び同工事委員会の工事副委員長を務めていた。又、工事委員会は委員長及び副委員長らが全体を統括し管理することとなっていた。このような事実関係の下、両名は、建設資金管理やその他会計事務を管掌していたZと共謀して、Zが業務上保管していた金銭を消費したのである。

(イ)だとすると、本件X及びYは、Zによる、工事委員会という所有者との委託信任関係に  
30 反して金銭を領得するという横領罪の法益侵害行為の部分を十分に認識していたと、事実関係上判断することが出来る。

(ウ)よって、本件X及びYには、単純横領罪の共同正犯が成立されるかについて検討すべきである(252条1項、65条1項・2項、60条)。

イ(ア)この点、本件の共同正犯は共謀共同正犯であり、共謀共同正犯も60条の共同正犯に  
35 含まれると考える(判例同旨)。従って、本件においてX及びYに共同正犯が成立されるため

には、①共謀、②共謀に基づく実行行為が必要となる。

(イ)本件において、X及びYは、正犯意思をもって、Zと共謀を行っているので、事実関係上、共謀は認められる。そして、共謀の下、Zが学校建設資金としてA村又は前期工事委員会に対する寄付金として受け取り、業務上保管中の30万円から酒食の買い入れに合計15万  
5 5千円を支払い、よって消費している。これは、横領罪における実行行為、即ち、所有者との委託信任関係に反して物を領得するという横領行為に該当するので、共謀に基づく実行行為も肯定することが出来る。

(ウ)よって、本件X及びYは、単純横領罪の共同正犯の構成要件に該当する。

2. 以上より、本件X及びYには、単純横領罪の共同正犯(252条1項、65条1項・2項、60条)  
10 が成立し、その罪責を負う。

#### IV.結論

X及びYには、単純横領罪の共同正犯(252条1項、65条1項・2項、60条)が成立し、その罪責を負う。

15

以上