

I. 事実の概要

- 5 被告人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を務め、被告人Yは、同村助役及び同工事委員会の工事副委員長を務め、YはXを補佐していた。Zは同村収入役として出納その他会計事務を掌り、傍ら前期中学校建設工事委員会の委託を受け、同校建設資金の寄付金の受領、保管その他の会計事務を管掌していた。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。
- 10 このような関係において、被告人兩名は、Zと共謀の上、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取り、業務上保管中の合計30万円の中から、酒食の買入れに合計15万5千円を支払い、よって費消した。
- かかる事例において、X、Y兩名の罪責を検討せよ。

15 II. 問題の所在

- 1.刑法65条は、その1項において「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする」とし、その2項において「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」と規定しているが、一見すると1項は身分の連帯性、2項は身分の個別性を示しているため、65条1項、2項の矛盾するような両規定の関係をいかに整合的に解釈するか、問題となる。
- 20 2.65条1項の「共犯」の範囲について、共同正犯だけをいうのか、狭義の共犯も含むのか、65条1項の「共犯」に共同正犯が含まれるか問題となる。

III. 学説の状況

- 25 1.65条1項、2項の解釈について
ア説(連帯的作用説¹⁾
1項の規定する身分の連帯性を原則とし、共犯の罪名従属性を可能な限り徹底させるという説である。1項において、真正・不真正身分犯双方に共通する身分犯についての共犯成立の有無を規定されているのに対し、2項においては、不真正身分犯に加功した非身分者についての科刑の有無が規定されているとする。
- 30 イ説(形式的区別説²⁾
身分犯を構成的身分犯と加重的身分犯とに形式的に区別し、1項を前者、2項を後者に関する規定とする説。
- 35 ウ説(実質的区別説³⁾
1項における身分は違法身分、2項は責任身分に関する規定とする説。
- エ説(法益侵害性説⁴⁾
40 1項については、「身分者に対する特別な義務づけについて独立の保護法益を観念できる場合の身分、すなわち、連帯可能な(一身的でない)違法身分に関する規定である」と解し、2項が適用される身分犯は、身分による刑の加重に関し、身分者のみに一身的な特別義務を課す犯罪といったような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

¹ 西田典之『刑法総論[第3版]』(弘文堂,2019)434頁。

² 西田・前掲433頁。

³ 西田・前掲435頁。

⁴ 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣,2018)570-571頁。

犯者には通常の刑罰を科す規定であるとする説。

2.65 条 1 項の「共犯」に共同正犯が含まれるか

α 説（肯定説⁵）

- 5 身分犯であっても非身分者が事実上実行行為を行うことは可能であるとして、共同正犯をも含むと解する説。

β 説（否定説⁶）

- 10 身分犯のうち、真正身分犯については、身分のない者の行為はその実行行為としての類型を欠くから、共同実行ということはできないとし、共同正犯を含めないとする説。

IV. 判例

最高裁第一小法廷昭和 31 年 5 月 24 日判決 刑集 10 卷 5 号 734 頁

[事案の概要]

- 15 被告人 A とその妻である被告人 B が、共謀の上、被告人 A の母親を殺害したという事案の上告審において、刑法 200 条の規定は憲法 14 条に違反するものでなく、刑法 200 条の罪は、犯人の身分により特に構成すべき犯罪ではなく、単に卑属親たる身分があるため、特にその刑を加重するに過ぎないものであるから、直系卑属でない共犯者に対しては刑法 65 条 2 項によって処断すべきものと解するとされた事例。

20 [判旨]

上告棄却。「刑法二〇〇条の罪は犯人の身分により特に構成すべき犯罪ではなく単に卑属親たる身分あるがため特にその刑を加重するに過ぎないものであるから直系卑属でない共犯者に対しては刑法六五条二項によつて処断すべきものと解するを相当とする。」

[引用の趣旨]

- 25 本件判決は 65 条 1 項と 2 項の関係につき、統一的な判断を下したものである。かかる内容は問題の所在において示された点につき判断を下しているといえるため検察に対して有用であると考えられるため。

V. 学説の検討

30 1.65 条 1 項、2 項の解釈について

イ説(形式的区別説)

- この説をとった場合、例えば第三者である A が、母親 B（保護責任者）に子供 C を山奥に遺棄しると教唆した場合、B は保護責任者遺棄罪（218 条前段）の正犯となるが、保護責任者というのは単純遺棄罪（217 条）の刑を加重する身分であるから、A は 65 条 2 項により軽い単純遺棄罪の教唆犯となるのに対し、A が B に対して C に食べ物をやるなど教唆したときは、B には保護責任者不保護罪（218 条後段）が成立するが、217 条は不保護を処罰しないため、この場合は保護責任者という身分が構成的身分ということになり、A も重い保護責任者不保護罪の教唆犯となる。同じ身分であるのにも関わらず、構成的身分であると連带的に、加重身分であると個別的に作用することは不合理である⁷。

- 40 よって、検察側はイ説を採用しない。

ウ説(実質的区別説)

違法身分犯の全てが必ずしも真正身分犯ではないため、65 条 1 項の規定と矛盾するのに加

⁵ 木村光江『刑法[第 4 版]』（東京大学出版会,2018）143 頁。

⁶ 団藤重光『刑法綱要総論（第 3 版）』（創文社,1990）420 頁。

⁷ 西田・前掲 433-434 頁。

え、身分を違法身分と責任身分とに截然と区別することは困難であり、両者が混然として
いる場合もあることなどから、65条の解釈としては無理があるため、妥当でない⁸。
よって、検察側はウ説を採用しない。

5 エ説(法益侵害性説)

この見解は、2項が適用される身分犯においては、身分者に一身的な特別義務があること
を強調しているが、そうするとそもそも非身分者に身分犯の共犯を成立させることを認め
難くなると考えられる点で妥当でない。
よって検察側はエ説を採用しない。

10

ア説(連帯的作用説)

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が、1項にある「共
犯とする」とは、非身分者についても身分犯の共犯が成立する旨を示したのであるし、2
項にある「刑を科する」とは、1項によって共犯とされるもののうち、とくに非身分者
に対する科刑の基準を定めたものに他ならず、この立場が65条の文理に適合する素直な解釈
であると解する⁹。

15

よって、検察側はア説を採用する。

2.65条1項の「共犯」に共同正犯が含まれるか

20

β説(否定説)

この見解に対して、身分犯において、教唆犯と幫助犯の成立は認めるのに、なぜ共同正犯
の成立を否定するのかが疑問である。この見解は、身分犯のうち、真正身分犯については、
身分のない者の行為はその実行行為としての類型を欠くから、共同実行ということはでき
ないとし、共同正犯を含めないとしている¹⁰が、後述の通り、身分犯であっても非身分者
が事実上実行行為を行うことは可能であり、「実行行為」という概念を形式的にみる必要
はないと考える。

25

よって、検察側はβ説を採用しない。

α説(肯定説)

30

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と言え、共犯
の一種である¹¹。少なくとも実行行為の一部を行えば共同正犯は成立するから、身分犯で
あっても非身分者が事実上実行行為を行うことは可能である¹²。
よって、検察側はα説を採用する。

35 **VI 本問の検討**

X及びYの罪責について

1.本件においてX及びYの両名がZとの共謀の下、寄付金として受領した業務上保管中の
資金を費消し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。

40

2.(1)会計事務は専らZに委託されていたためX及びYは寄付金の占有者にはあらず、「業
務上」他人の物を占有する者とは言えない為、Zとの関係において業務上横領罪の共同正
犯が成立しないのではないか。

(2)65条は1項で、「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加担したときは、身分のな

⁸ 川端博『刑法総論講義(第3版)』(成文堂,2013)612頁。

⁹ 大塚仁『刑法概説総論(第4版)』(有斐閣,2008)331頁。

¹⁰ 団藤・前掲 420頁。

¹¹ 山口厚『刑法総論(第3版)』(有斐閣,2016)351頁。

¹² 木村・前掲 143頁。

い者であっても、共犯とする。」として、真正身分が共犯者間において連帯して作用することを規定している。つまりこれは、真正身分犯の行為に非身分者が関与した場合、非身分者が 65 条 1 項により身分犯の共犯となることを規定するものである。そして、身分犯であっても非身分者が事実上の実行行為を行うことは可能であり共同正犯は成立し得る。これは検察側の採るア説及び α 説と親和的である。

5 (3)本件において X 及び Y は所謂非身分者であるが、本件寄付金の占有者であって業務上横領罪の身分者たる Z と共謀の上これを費消しているのであるからよって、X 及び Y には業務上横領罪の共同正犯が成立し得る。

10 3.(1)尤も業務上横領罪は、「他人の物の占有者」という意味で真正身分犯であり、業務者であることを以て横領罪の刑が加重されているため不真正身分犯にもあたる。本件において X 及び Y は業務者という身分を有しない非身分者であるから、単純横領罪(252 条)の限度でのみ共同正犯が成立するとも考えられる。

15 (2)本件において検察側は、253 条は横領罪の犯人が業務上物を占有する場合において特に重い刑を科すことを規定したものであると考える。そして仮に、単なる占有者が業務上横領に関与した場合は 65 条 2 項の適用が認められ横領罪の共犯が成立するのに対し、非占有者が業務上横領に関与した場合は 1 項の適用が認められ業務上横領罪の共同正犯が成立するだけだとすると、両者において刑の不均衡が生じる。この複合的身分犯の場合、不真正身分犯の身分者の行為に非身分者が関与した際は、非身分者は 65 条 1 項により業務上横領罪の共同正犯が成立するが、65 条 2 項により 252 条 1 項の通常横領罪の刑を科すべきものであると考えるのが適当である。これは検察側のア説と整合性がある。

20 (3)以上から、本件での X と Y には 252 条の単純横領罪ではなく、65 条 1 項により、業務上横領罪の共同正犯が成立する。

4.(1)共同正犯の成立に於いては、①意思の連絡、②正犯意思、③共謀に基づく実行行為、が必要である。

25 (2)本件では X 及び Y は Z と共謀の上横領行為を行っている(①充足)。そして、X,Y,Z の 3 名で犯行により得た金銭を費消している為、正犯意思も有すると考えられる(②充足)。また、金銭の費消がなされている以上共謀に基づく実行行為も行われている(③充足)。

(3)これらの事実より X 及び Y に共同正犯が成立することに異存はない。

30 5.以上により、X 及び Y には業務上横領罪の共同正犯(253 条、60 条)が成立し、65 条 2 項により単純横領罪の範囲で刑が科される。

VII. 結論

X 及び Y に業務上横領罪の共同正犯(253 条、60 条)が成立し、刑は単純横領罪の範囲で科される(65 条 2 項)。

35

以上