

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 3 頁 29 行目において、「なぜ構成的身分が 1 項により連带的に作用し、加減的身分が 2 項で個別的に作用するのか、理論的根拠が不明」との指摘があるが、具体的にはどういった場合に理論的根拠が不明確になるのか。たとえば、業務上横領の場合には、占有者という一身的でない連帯可能な違法身分が構成的身分であり、一身的で効果において連帯しない違法身分が加減的身分となり、理論的に不明確ではないのではないか。
- 10 2. 検察レジュメ 5 頁 2 行目以下において、検察側は「行為の客観的性質の問題と行為者の主観の問題は、本来別異のものである」との指摘について言及しており、両者は密接不可分な問題であるとの結論を出しているが、これがなぜア説採用の理由となるのか。

II. 学説の検討

- 15 1. 刑法 65 条と複合的身分犯

β 説について

本説では、不真正身分犯につき、重い身分犯の犯罪が「成立」としながら、なぜ刑については軽い通常の犯罪の法定刑が適用されるのかを論理的に説明することが困難である。すなわち、犯罪の成立と科刑(罪名と刑)とが分離されてしまうことがなぜ認められてよいかを合理的に説明することができないため、本説は妥当でない。

- 20

よって、弁護側は β 説を採用しない。

α 説について

- 25 非身分者が身分者と共同して身分犯を実現し、あるいは非身分者が身分者に加担して身分犯を実現した場合、いずれも共犯関係のもとに身分犯が行われたのであるから、それに加功した者は、身分犯の共犯として処罰されるのは当然である。したがって、本来、真正身分犯、不真正身分犯を通じて、身分犯に加功したときは「身分のない者であっても、共犯とする」とすべきである。

- 30 一方、身分によって刑の軽重がある不真正身分の場合は、身分のない者の犯罪と身分のある者の犯罪は構成要件が異なるものであり、そのため 65 条 2 項は「通常の刑を科する」と規定している。このように、65 条 2 項は、不真正身分犯についての成立と科刑に関する規定であることが明らかであり、その結果として、1 項は身分犯のうち不真正身分犯を除いたもの、すなわち真正身分犯に関する規定となる。65 条 1 項は、この点を明らかにするために「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」と規定し、真正身分犯に関する

¹ 井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(有斐閣、2018年)568頁。

る規定であることを明言している²。

このように解すれば、解釈上の矛盾が生じないため、本説が妥当である。

よって、弁護側はα説を採用する。

5 2. 行為の違法性と横領罪の成否

ア説について

行為が違法であるか否かという客観的性質は、不法領得の意思を推認させる1つの事情となりうるのであることからすれば、主観の認定は行為者の主観と客観的事情も取り込んで行われるといえる。したがって、検察側の採用している、行為が違法な場合には、たとえ

10 かかる行為が本人のためにしたものであっても、直ちに不法領得の意思が認められ、横領罪が成立するという説は、行為の違法性という客観的側面から直ちに不法領得の意思を認定するものであり、適切とは言えない³。

よって、弁護側はア説を採用しない。

15 イ説について

たとえ行為が違法なものであったとしても、本人の事務として行われ、その事務処理者に何らの経済的効果の帰属しない場合にまで不法領得の意思を認めるのは不当であり、かかる場合には、背任罪にとどめるべきといえる。したがって、行為の違法性は、不法領得の意思を基礎づける一考慮要素と解すべきである⁴。

20 よって、弁護側はイ説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

第1 XとYの、業務上保管中のA社の資金合計8億9500万円をCに交付した行為について

25 1. XとYのかかる行為につき、業務上横領罪の共同正犯(刑法[以下法名略]60条、253条)が成立しないか。

(1) 共同正犯の成立には、①共謀と②共謀に基づく実行行為が必要である。

ア. 本件においては、XとYに共謀が認められる(①充足)。

イ. 「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、その物につき権限がないのに、その物の経済的用法に従って、所有者でなければできないような処分をする意思をいう。

30

本件において、XはYと共謀して、Bへの対抗策として、Cに対して、Bへの妨害行為や裏工作等を依頼し、その報酬及び費用として、Xが業務上保管していたA社の資金合計

² 大谷實『刑法講義総論[新版第5版]』(成文堂、2019年)455-456頁。

³ 高橋則夫『刑法各論[第3版]』(有斐閣、2018年)397頁。

⁴ 大谷實『刑法講義各論[新版第5版]』(成文堂、2019年)349頁。

8億9500万円を交付している。かかる行為は会社法156条1項の禁止する自己株式取得にあたるため、法令違反行為にあたるどころ、かかる法令違反行為はA社も行い得ない性質の行為であることから、Xらのかかる行為は専ら委託者本人のためにする意思であったとはいえず、不法領得の意思が認められるのではないか。商法その他法令に違反するため委託者本人である会社が行い得ない行為であれば直ちに不法領得の意思が認められるかが問題となる。

(ア) この点について、横領罪における不法領得の意思は上記をいうところ、ここで、弁護側はイ説を採用する。そのため、行為者の主観等も考慮し、専ら会社のためにする意図であった場合には、不法領得の意思は認められないと解する。

10 (イ) 本件において、Xには、参考判例(最高判平成13年11月5日)のように、以前B側と通じてAの経営権を握ろうと図ったその過程でA株の売却益を得たりAから利益分配を受けたりしている、といった事情は特になし。更には、Bから裏切り者として脅迫を受けるやCらに工作を依頼して現金を交付しているというような自己の弱みを隠し又は薄める意図や度重なる交付行為の問題化を避ける意図はなく、単に経営権を奪取しようと画策していたBを排除しようという専らAのためにするという意図しかないといえる。

15 (ウ) したがって、不法領得の意思は認められず、よって、上記行為は「横領」行為とはいえない(②不充足)。

(2) 以上より、XとYのかかる行為につき、業務上横領罪の共同正犯は成立しない。

20 2. では、XとYに、横領罪の共同正犯(60条、252条1項)が成立しないかが問題となるも、上記と同様に不法領得の意思が認められないことから、不成立となる。

3. そこで、XとYに背任罪(247条)が成立しないか。

(1) 本件でXらはそれぞれ経理部長ないし経理部次長であることから、Aという「他人のためにその事務を処理する者」にあたり、上記の通り、Xらは法令違反行為にあたる行為をしているから、「その任務に背く行為をし」たといえる。

25 (2) そして、XらはA社の資金合計8億9500万円をCに交付していることから、A社たる「本人に財産上の損害を加えた」といえる。

(3) しかし、本件でXらは、専らAのためにするという意図でかかる実行行為に及んでおり、Aに積極的に損害が生じることを意欲しているわけではないことから、上記任務違背行為を行った決定的動機が本人図利目的以外にあったとはいえない。そのため、「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的」はないといえる。

30 (4) 以上より、XとYのかかる行為につき、背任罪の共同正犯は成立しない。

第2 XとYの、Yが業務上保管中のA社の資金合計2億8000万円をCに交付した行為について

35 1. Yのかかる行為につき、業務上横領罪(253条)ないし横領罪(252条1項)が成立しないかが問題となるが、上記と同様にして、Yには業務上横領罪ないし横領罪は成立しない。

2. Xのかかる行為につき、業務上横領罪の共同正犯(60条、253条)ないし横領罪の共同正

犯(60条、252条1項)が成立しないかが問題となるが、上記の通り Y について罪が成立しない以上、共犯者である X にもかかる罪は成立しない。

第3 予備的主張

- 本問で弁護側は X と Y は不可罰である旨主張したが、以下では、仮に検察側と同様にして
- 5 第1の行為について X と Y に業務上横領罪の共同正犯(60条、253条)が成立するとした場合の、第2の行為の X と Y の罪責について検討する。
1. Y のかかる行為について、業務上横領罪(253条)が成立しないかが問題となる所、第1の行為について業務上横領罪の成立が認められるのと同様にして、業務上横領罪が成立する。なお、下記の通り、横領罪(252条1項)の範囲で X と共同正犯(60条)となる。
- 10 2. X のかかる行為について、業務上横領罪の共同正犯(60条、253条)が成立しないか。
- (1) 第1の行為の業務上横領罪の共同正犯成立場面と類似した状況ではあるが、X が経理部長を解任されていることから、X に身分犯である業務上横領罪の罪責を負わせられるか、問題となる。
- ア. この点につき、弁護側は α 説を採用する。
- 15 イ. 業務上横領罪は、横領罪(252条1項)との関係では、その刑が加重されており不真正身分犯であるが、横領罪は占有者であることを前提とする真正身分犯である。そのため、本件の X について、非占有者であるため 65条1項が適用され、横領罪の共同正犯が成立するとともに、非業務者でもあるため 65条2項が適用され、通常の刑である横領罪の共同正犯が成立し、その刑で処罰されると解する。
- 20 (2) 以上より、X のかかる行為につき、横領罪の共同正犯が成立する。

IV. 結論

X と Y はともに不可罰となる。

以上