

I. 事実の概要

- 5 (1) Xは株式会社A社の経理部長として、Yは経理部次長として、同社の資金調達運用、金銭出納保管等の業務に従事していた。
- (2) 仕手戦を展開することで著名なBが、A社の株式約1700万株を買い占めて経営権を奪取しようと画策していたことから、XはYと共謀して、いわゆる事件屋と呼ばれる政治団体代表であるCに対し、Bへの対抗策として、Bの信用を失墜させBの取引先金融機関等に融資を行わないよう圧力をかけ、また、Bを中傷する文書を頒布してその信用を失墜させ、資金支援を妨げて株買占めを妨害し、さらには株式を放出させるなど経営権取得を阻止するための裏工作を依頼し、その工作資金及び報酬の名目で、自身が業務上保管中のA社の資金合計8億9500万円をCに交付した。
- 10 (3) Xは経理部長を解任された後も、Yと共謀し、Cに対して同様の工作を依頼し、その
- 15 工作資金および報酬として、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。

X及びYの罪責について論ぜよ。

参考判例：最決平成13年11月5日刑集55巻6号546頁

20 II. 問題の所在

1. Xは経理部長を解任された後も横領行為に及んでいるが、刑法65条によりXに業務上横領罪の共同正犯が成立するか。複合的身分犯と刑法65条の関係が問題となる¹。
2. 仮に本件行為が専ら委託者本人の利益を図っているとしても、本件行為は会社法等の法令に違反する行為であるところ、このような法令違反行為は委託者自身ですら行い得ない性質の行為であるから、占有者が法令違反行為を行うときには、専ら委託者本人のためにする意思であったとはいえないのではないか（行為の客観的性質）。
- 25

III. 学説の状況

30 1. 刑法65条と複合的身分犯

α 説(形式的区別説)

¹ 業務上横領罪(刑法253条)は横領罪(刑法252条1項)との関係からみるとその刑が加重されており、業務者という身分があることによって刑の加重が生じる加減的身分犯となる。他方で、横領罪は、占有者という身分があることによってはじめて構成されると解する限り、構成的身分犯ということになる。すると、業務上横領罪は、業務者と占有者という二つの身分を持つ者が横領することによって成立する犯罪であることから、二重の身分犯、すなわち、複合的身分犯となる。このことを前提として、業務者でも、占有者でもない者が、業務上横領行為に関与した場合、刑法65条をいかに適用すべきか問題となる(内田幸隆「判批」ジュリ別冊250号(有斐閣、2020年)190頁)。

1 項は真正身分犯について構成要件的身分の連帯的作用を定めた規定であり、2 項は不真正身分犯についての加減的身分の個別的作用を定めた規定であるとする説²。

6 説(形式的連帯説)

- 5 1 項は真正身分犯・不真正身分犯を通じて身分犯に非身分者が加功した場合に共犯となる旨を、2 項は身分が刑の加重減軽事由である場合(=不真正身分犯の場合)に非身分者には通常の刑を科する旨を規定しているとする説³。

2. 行為の違法性と横領罪の成否

10 ア説

行為が違法な場合には、たとえ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⁴。

イ説

- 15 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に過ぎず、それ一事をもって横領罪の成立を肯定することはできないとする説⁵。

IV. 判例

1. 刑法 65 条と複合的身分犯

- 20 最判昭和 32 年 11 月 19 日刑集 11 卷 12 号 3073 頁

[事案の概要]

村長甲と同村の助役乙は、同村の収入役丙と共謀し、丙が保管している中学校建設資金の寄付金を、酒食等の買入代金の支払いに使用し、業務上横領罪で起訴された。

[判旨]

- 25 丙のみが「村の収入役として同村のため右中学校建設資金の寄付金の受領、保管その他の会計事務に従事していたものであって、被告人兩名はかかる業務に従事していたことは認められないから、刑法 65 条 1 項により同法 253 条に該当する業務上横領罪の共同正犯として論ずべきものである。しかし、同法 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、とくに重い刑を科することを規定したものであるから、業務上物の占有者たる身分のない被告人兩名に対しては同法 65 条 2 項により同法 252 条 1 項の通常の横領罪の刑を科すべきものである。」

[引用の趣旨]

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

³ 福田平『全訂 刑法総論』(有斐閣、1985 年) 264-265 頁。

⁴ 大塚仁『刑法概説 (各論) [改訂増補版]』(有斐閣、1993 年) 296 頁 (なお、大塚は改版で説を変更している)。

⁵ 高橋則夫『刑法各論 [第 3 版]』(有斐閣、2018 年) 397 頁。

業務上の占有者でない者に刑法 65 条 1 項の適用により業務上横領罪が成立し、同条 2 項の適用により横領罪の刑が科せられており、検察側の立場と親和的である。

2. 行為の違法性と横領罪の成否

5 最判昭和 34 年 2 月 13 日刑集 13 卷 2 号 101 頁

[事案の概要]

10 B 森林組合（社団法人）の組合長で常務理事である被告人 X らは、農林漁業資金融通法により造林資金以外の用途には使用できない政府貸付金を保管中、翌年 3 月の組合改組までにこれに手を付けないとの役員会決議も無視し、その一部を資金難の A 町に組合名義で貸し付けた。

[判旨]

「社団法人たる森林組合を代表し組合業務一切を掌理する組合長および組合長を補佐し組合業務を執行する組合常務理事が、農林漁業資金融通法（昭和二六年法律第一〇五号）の規定により政府から組合に対し組合員に造林資金として転貸交付する目的をもつて貸付され、右転貸資金以外他のいかなる用途にも流用支出することのできない金員を組合のため業務上保管中共謀の上その保管方法と使途の規正に反し、専ら第三者たる地方公共団体の利益を図り、その諸経費支払資金に充てしめるため、ほしいままにこれに貸付支出したときは、対政府関係における融資条件違反の罰則の有無にかかわらず、また、たとえその金員が組合の所有に属し、右第三者に対する貸付が組合名義をもつて処理されているとして、横領罪の成立に必要な不法領得の意思ありと認めて妨げなく、業務上横領罪が成立する。」

[引用の趣旨]

25 行為が規制に反し、違法であることを重視して横領罪を構成していることから、検察側の立場と親和的であるといえる。

V. 学説の検討

1. 刑法 65 条と複合的身分犯

α 説(形式的区別説)

30 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、理論的根拠が不明である。また、当該身分が構成的身分なのか加減的身分なのか明らかでない場合も多い⁶。

したがって、検察側は α 説を採用しない⁷。

⁶ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013 年）413 頁。

⁷ なお、本説からも判例と同様の結論を導くことも可能である。「判例は、あくまで、253 条の身分が「業務上の占有者」という一個の真正身分だから 65 条 1 項の適用を認めたと考えられる。そして、非占有者は、「業務上」という刑を重くすべき事情に欠けるので、65 条 2 項に従い、科刑を「業務上でないも

6 説(形式的連帯説)

本説によると、業務者でも占有者でもない者が業務上横領行為に関与した場合、まず1項の適用を認め業務上横領罪の共犯の成立を肯定した上で、2項の適用により横領罪の刑で処断するとする。これは、単なる占有者が業務上横領行為に関与した場合との均衡が考慮されているからである。すなわち、単なる占有者には2項の適用が認められて横領罪の共犯が成立するのに対して、業務者でも占有者でもない者が業務上横領行為に関与した場合、この者に1項の適用が認められて業務上横領罪の共犯が成立するだけだとすると、単なる占有者と、業務者でも占有者でもない者との間において、刑の不均衡が生じる⁸。

したがって、業務上横領罪という複合的身分犯の検討においては、検察側は本説を採用する。

2. 行為の違法性と横領罪の成否

原々審⁹は「会社の役員等が会社の金員を会社のために支出した場合であつても、その支出が贈賄等の違法な目的を有するときや禁令の趣旨に明らかに違反してなされたときには、不法領得の意思がないとはいえないとして、横領罪の成立を認める見解も存するところである。」として、ア説に近い見解を採る。

また、原審¹⁰も、「被告人らによる本件金員の支出行為が不法領得の意思によるものであつたか、それとも専ら会社のためにしたものであつたかは、さらに、その支出行為が委託者である会社自体であれば行い得る性質のものであつたか否かという観点からも検討する必要がある。すなわち、その支出行為が違法であるなどの理由から金員の委託者である会社自体でも行い得ない性質のものである場合においては、金員の占有者である被告人らがこれを行うことは、専ら委託者である会社のためにする行為ということとはできず、支出行為の相手方などのためにした行為というほかないからである。」と述べ、委託者に行い得ない行為は、委託者のための行為とは言えず、不法領得の意思を肯定している。

の」として処断する。1項により253条が成立せざるを得ない非占有者や業務性を欠く占有者には、「業務上」という身分が欠ける以上、65条は、身分に応じた刑罰量をもつてのぞむとただけなのである。」

(前田雅英「判批」WLJ判例コラム265号(2022WLJCC017)5頁)。

⁸ 内田幸隆「判批」ジュリ別冊250号(有斐閣、2020年)190頁。また、最判令和4年6月9日裁時1793号6頁も、他人の物の非占有者が業務上占有者と共謀して会社の預金を横領したという事案につき、業務上占有者に共犯加功した非占有者について、刑法65条1項により業務上横領罪の共犯が成立するものの、業務上の占有者の身分がないことから、同法65条2項により単純横領罪の刑を科するとする従来の判例の理解に立脚しているといえる。なお、本判決につき山口厚裁判官の補足意見がある。「業務上占有者に非占有者が加功する本件の場合についての法廷意見の結論は、業務上占有者に占有者が加功する場合の取扱いとの均衡からも、相当な結論だと思われる。すなわち、業務上占有者に占有者が加功する場合には、刑法65条2項が適用されて、占有者には横領罪の共犯が成立することになるとと思われる(業務上占有者は占有者との関係では身分によって刑の軽重がある加減的身分であり、判例の立場によれば同条1項の適用はなく同条2項のみ適用されることになるはずだからである...。)」

⁹ 東京地判平成6年6月7日判タ868号122頁。

¹⁰ 東京高判平成8年2月26日判タ904号216頁。

法令違反行為をすることを委託者は委託してはならず、委託の趣旨に反する所有権侵害であると評価できるだろう。また、「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」という指摘もなされるが¹¹、「横領」行為の意義を不法領得の意思、すなわち、「他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権原がないのに所有者でなければできないような処分をする意思¹²」を発現する一切の行為と解するならば（領得行為説）、主観の実現行為そのものが本罪の行為である以上、別異のものではなく両者は密接不可分な問題であるとする¹³。

よって、検察側はア説を採用する。

10 VI. 本問の検討

1. XとYが、Xが業務上保管中のA社の現金合計8億9500万円をCに交付した行為につき、業務上横領罪の共同正犯(刑法253条、60条)が成立しないか。

(1)ア. 共同正犯の成立には、共謀と共謀に基づく実行行為が必要である。

イ. 本件においては、XとYに共謀が認められる。そして、XとYは共謀に基づき「業務上自己の占有する他人の物」たるAの現金を、Cに交付している。「横領」とは、不法領得の意思を発現する一切の行為を言い、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言うところ、XとYは経理部長・次長と言えども、裏工作の工作資金および報酬を支払う権限は有しないにも関わらず、Cに工作資金及び報酬の名目で、Aの現金合計8億9500万円を交付している。もっとも、本件交付行為はBの経営権取得を阻止する目的でAのためにした行為であるところ、不法領得の意思が否定されないか問題となるが、ア説を採用するに、本件交付行為は経理部長・次長としての越権行為であり、違法な行為であるところ、例え本人のためにした行為であっても、横領罪の成立を否定するものではなく、かかる交付行為は「横領」に当たる。

ウ. したがって、共謀と共謀に基づく実行行為が認められる。

(2) X及びYは業務上横領の認識認容に欠けることなく、故意(刑法38条1項本文)は認められる。

(3) よって、XとYの行為につき、業務上横領罪の共同正犯が成立する。

2. XとYが、Yが業務上保管中のA社の現金合計2億8000万円をCに交付した行為につき、業務上横領罪の共同正犯が成立しないか。

(1) 前述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。

¹¹ 最決平成13年11月5日刑集55巻6号546頁。

¹² 最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁。

¹³ 4班私見。

(2) この点、β説を採るに、業務上横領罪は、横領罪（刑法 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ところ、非占有者かつ非業務者である X には、刑法 65 条 1 項の適用により業務上横領罪の共同正犯が成立するが、同条 2 項の適用により単純横領罪の刑を科すことになると解するのが相当である。

(3) よって、X と Y の行為につき、業務上横領罪の共同正犯が成立し、X には横領罪の刑を科す。

3. X と Y の行為につき、それぞれ 2 つの業務上横領罪の共同正犯が成立し、両者は併合罪(刑法 45 条) となる。

10

VII. 結論

X と Y にはそれぞれ業務上横領罪の共同正犯が二罪成立し、両者は併合罪としてその罪責を負う。

以上