

身分犯の共犯と業務上横領罪の構造

2022年4月入学

星川竜儀

I. 序論

II. 刑法 65 条について

- 1 従前の議論状況と検討の視点
- 2 刑法 65 条の経緯
- 3 構成的身分と加減的身分の区別
- 4 刑法 65 条の適用範囲
- 5 実質説の帰結の検討
- 6 形式説の正当化

III. 業務上横領罪と刑法 65 条

- 1 業務上横領罪に非占有者が関与したときの罪責
- 2 業務上横領罪に非占有者が関与したときの公訴時効

I. 序論

本稿は、最判昭和 32 年 11 月 19 日刑集 11 卷 12 号 3073 頁の示した、業務上横領罪に非占有者が関与した場合には、刑法（以下法名省略）65 条 1 項により罪名としては業務上横領罪となるが、同条 2 項により単純横領罪の刑を科するとの擬律（以下「本擬律」という。）を前提として、その場合の「公訴時効の期間は同罪（筆者注：単純横領罪）の法定刑である 5 年以下の懲役（筆者注：刑法等の一部を改正する法律（令和 4 年法律第 67 号）による改正後の拘禁刑）について定められた 5 年（刑訴法 250 条 2 項 5 号）であると解す

るのが相当である。」と判示した、最判令和 4 年 6 月 9 日刑集 76 卷 5 号 613 頁（以下「本判決」という。）の登場を契機として、本判決の扱う論点に至るまでの、65 条についての解釈上の問題について検討を加えることを目的としている。

すなわち、同条は身分犯の共犯という問題領域について、1 項で「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。」と身分の連帯的作用を定める一方で、その 2 項で「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。」と身分の個別的作用を定めている。同条について、後述するように判例・通説は、1 項が違法身分の連帯的作用を、2 項が責任身分の個別的作用を規定したものと解する有力説の存在にも拘らず、いずれも犯罪の成立に関する規定であって、1 項は構成的身分の連帯的作用を、2 項は加減的身分の個別的作用を規定したものであると解している。その上で判例は、かかる理解と一見整合しないようにも思われる本擬律を採用した上で、本判決においてもこれを踏襲し、本擬律が適用される場合の公訴時効について判示したのである。

そこで本稿は、まず、判例・通説の意味するところを明らかにしつつ（II 2, 3。なお、II 4 で、前提として 65 条の適用範囲についても論じる。）、有力説の帰結を検証し（II 5）、これと判例・通説の比較対照を通じて、なお判例・通説が維持できることを論じる（II 6）。続いてかかる 65 条の理解からも本

擬律が説明し得る（ただし、同条2項の適用ではなく準用として理解される。）ことを論じ（Ⅲ1）、最後に本判決の判示が正当であることを論じることとする（Ⅲ2）。

なお、本稿の上記目的からある程度離れる点については、今後の課題とし、判例・通説の理解に倣うことがあることを断っておきたい。

Ⅱ. 刑法65条について

1 従前の議論状況と検討の視点

通説は、65条1項は構成的身分犯のみに関する規定であり、2項は加減的身分犯にもっぱら適用される規定であるとし、1項も2項も、ともに犯罪の成立に関する規定として理解する。判例も、基本的にこの立場をとる¹⁾。かかる判例・通説に対しては、加減的身分と構成的身分という形式的な区別により異なる取扱いをする理論的根拠が明確ではない²⁾、あるいは非身分者が身分者の行為に関与した場合においては、本来まったく当罰性を有していないとされている者（構成的身分犯の非身分者）の方が、もともと当罰性を有する者（加減的身分犯の非身分者）の行為より重く処罰されることになるのは不合理であるとの批判が向けられている³⁾。

そして、共犯と身分という問題領域の解決において、身分の作用を構成的—加減的という形式的区別によって決定するのではなく、当該身分のもつ法的性質によって決定すべきであるとして、違法身分は連带的に、責任身分は個別的に作用するとの有力説が提唱されることとなったのである⁴⁾。判例・通説と有力説の決定的な差異は、65条1項と2項のいずれを適用するかを、身分犯の規定形式

によって決するか（以下「形式説」という。なお、形式を必ずしも貫徹していない点はⅡ3で論じる。）、あるいは違法性や責任といった犯罪の処罰根拠に遡って決するか（以下「実質説」という。）であろう。

しかしかかる実質説に対しては、65条1項が「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」としており、また同条2項が「身分によって特に軽重があるとき」としている文理に一致しない、違法身分と責任身分を明確に区別することは困難である、あるいは構成的責任身分について共犯者を不可罰とする帰結⁵⁾は不都合であるとの批判が向けられている⁶⁾。

実質説に対する批判の第1点については、加減的身分犯も身分が存在することで当該身分犯が成立するという意味では「犯人の身分によって構成すべき犯罪」（構成的身分犯）であって⁷⁾、また責任身分犯については、非身分者に対する処罰規定が存在しない場合、同一の法益侵害惹起に対して重い責任非難を肯定できる場合だけを処罰の対象とすることになるから、非身分者は可罰的な責任を欠くという理由で、可罰性を否定する程度にまで責任が減輕されていることになるため、65条2項を準用して不可罰となる、と整合的に解釈することが可能であるとするものがある⁸⁾。しかし、1項の「構成すべき」は2項の「特に軽重がある」と対比されているのであるし、不可罰とされることを「軽重」というのは無理であろう。法文を前提とする限り、65条が1項と2項の取扱いを違法身分と責任身分という違いに基づいて区別しているとは考えられないのである⁹⁾。

また、さらに問題なのは、構成要件要素とは、違法性や責任、さらには政策的な観点など、様々な考慮が混在したものであるから、

1) 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』568頁（有斐閣、2018年）。

2) 十河太朗『身分犯の共犯』10頁（成文堂、2009年）。

3) 十河・前掲注2)16頁。

4) 西田典之『共犯と身分〔新版〕』156-157頁（成文堂、2003年）。

5) 西田・前掲注4)176頁。

6) 十河・前掲注2)25-28頁。

7) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』344頁（有斐閣、2016年）。

8) 山口・前掲注7)347頁。

9) 十河・前掲注2)25-26頁。

あらゆる身分を違法身分と責任身分に完全に区別することはできないことである¹⁰⁾。実質説は、違法・責任双方に関わる身分についての処理に窮することになる。実質説は、違法身分と責任身分の区別を、一次的に行為の法益侵害性を規定する要素と専ら責任とのみ関係する要素の区別とするが¹¹⁾、二次的にであれ責任に影響するのであれば、全面的な連帯は肯定できないはずである¹²⁾。また、違法・責任身分の非身分者については、その性質に応じた取り扱いがなされれば足り、具体的には業務上横領罪を例に挙げ、違法身分たる占有者の限度で共犯が成立する、とするものもあるが¹³⁾、占有者たる身分及び業務者たる身分がそれぞれ純然たる違法身分及び責任身分であるとの理解は疑義があるし、通常の、二重の身分といわれない身分であって違法・責任身分であるものに関して、その性質に応じた取扱いとは何を指すのか明確ではない。

そうすると、65条の文言に沿うとともに、適用において困難を生じにくい形式説の立場にも相当の合理性があることになるし、2で見る、65条の経緯にも符合することになる。ただし、形式説が、取扱いの区別の理論的根拠を明確にしていない点は認めざるを得ない。犯罪の処罰根拠である違法性・責任との関係性を度外視して、形式説の帰結を承認することはできない。

そうすると、検討すべき点はむしろ、実質説と形式説とでどの程度異なった帰結を導くのか、そしてその異なった帰結は、違法性・責任の一般論から許容し得るものであるかであり、その結果、帰結の相違が犯罪の処罰根拠から基礎付け得ないとなったときにはじめて、実質説のようなある種文言を無視した解釈へと進むのが、罪刑法定主義の支配する刑法の解釈としてあるべき方向といえるだ

ろう。

2 刑法 65 条の経緯

前述の通り 65 条は法文上、構成的身分と加減的身分との区別を採用した上で、前者の連帯的作用及び後者の個別的作用を認めているように読める文言を採用している。では、そもそもなぜ同条はかかる文言を採用するに至ったのであろうか。

これを考察するには、各本条や各種の刑罰法規に共犯規定（第 1 編第 11 章）を適用する際のメカニズムを念頭に置くことが便宜である。刑法の各本条や各種の刑罰法規において、個々の定められている構成要件（基本的構成要件）は、おおむね、単独犯に関するものであるが、共犯については、基本的構成要件を前提としつつ、これを、それぞれ、共犯規定によって、修正を加えたものが、各犯罪の共犯の構成要件となるのである¹⁴⁾。

そして、構成要件とは刑罰法規を解釈し、その意味を確定することにより明らかにされる個々の犯罪行為の型ないし観念像であるから¹⁵⁾、構成要件の異同は、その充足すべき要件と、適用法条によって決定されると言うべきである。そうすると、ある罪の単独犯、共同正犯（60 条）、教唆犯（61 条）、及び幫助犯（62 条）は全て構成要件として異なるといえるのである。

そして身分犯において修正構成要件を構想するにあたっては、その法定刑を定める必要があるのであるが、個人責任の原則から、行為者の固有の事情に係わる一身的な犯罪要素は本来、それを有する者にのみ作用するはずであって¹⁶⁾、修正構成要件の法定刑は各人の身分に従って決されるのが自然ということになろう。

これに沿うように、1968 年改正前のドイ

10) 十河・前掲注 2)27 頁。

11) 西田・前掲注 4)175 頁。

12) 十河・前掲注 2)27 頁。

13) 山口・前掲注 7)347 頁。

14) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第 4 版〕』125-126 頁（有斐閣、2008 年）。

15) 井田・前掲注 1)94 頁。

16) 十河・前掲注 2)302 頁。

ツ刑法 50 条は、「法規が、ある行為の可罰性……を、その行為を実行した者の一身専属的資格または関係……により加重または減輕している場合、これらの特別な所為事情……は、その存する正犯または共犯（共同正犯、教唆犯、従犯）に帰責される」としていたのであるが¹⁷⁾、同条が、犯罪を構成する諸要素の中に犯罪関与者相互に個別的にのみ作用するものが存在する旨の一般原則を宣言した規定であるとすれば、その原則は、同条の文理を越えて構成的身分にも妥当するはずである。それにも拘らずその適用は通説・判例により加減的身分に限定された。

その最大の原因は、「真正職務犯罪に加担した身分なき共犯者の処罰」であったと考えられ、そこでは、論理よりも処罰の必要性、刑事政策的考慮が優先したのである¹⁸⁾。そして、同様の状況は、我が国における 65 条の成立過程においてもみることができ、我が国の旧刑法には加減的身分に関する規定(106 条、110 条)しか存在しなかったが、明治 40 年の改正により新しく設けられた現行 65 条 1 項は、まさに身分が刑罰構成的に作用する場合に加担した非身分者の可罰性に立法的解決を与えることを主眼としたものだったのである¹⁹⁾。

ただ立法者は、あらゆる場面を想定して加減規定を網羅的に規定しているわけにはいかず、非身分者に関する減輕規定が定められていない場合には、身分犯の共犯とせざるを得ないことから²⁰⁾、非身分者が身分犯に関与した場合の法定刑を、身分犯のそれを基礎として定めることとしたのが 65 条 1 項ということができる。

3 構成的身分と加減的身分の区別

斯様にして、形式説は、身分犯を構成的身分犯と加減的身分犯とに区別をし、かかる区別に従って身分の作用を変化させているものである。構成的身分犯と加減的身分犯という形式的に思える区別が、形式説の立場からは、65 条の適用関係を分けるものとなる。それゆえ、形式説に対しては、ある身分が構成的であるか、それとも加減的であるかは、刑法理論とは無関係な偶然であるにすぎず、そのような身分の別に身分者と非身分者が協働した場合の擬律を結びつけるのは不合理であると批判されるのである²¹⁾。しかし、ある身分が構成的か加減的かは、本当に刑法理論とは無関係に決定されるのであろうか。

この点について、判例は、単純横領罪における他人の物の占有者たる身分を構成的身分とし²²⁾、かつ通説も軌を一にするものである²³⁾。また、事後強盗罪における身分犯説にあっても、これを構成的身分とする裁判例²⁴⁾や学説²⁵⁾が存在する。もっとも、刑法典には、前者については遺失物横領罪(254 条)、後者については暴行罪(208 条)または脅迫罪(222 条)という、当該構成要件から身分を捨象した場合にもなお該当する構成要件が規定されているのである。それにも拘らずこれらの身分を構成的身分とする根拠としては、前者については、占有離脱物横領罪は委託信任関係の違背を通じての所有権侵害という性格を持たない点で異質であるとか²⁶⁾、委託信任関係を侵害することにより、自己の占有するものを領得するか否かに相違

17) 西田・前掲注 4)17 頁。

18) 西田・前掲注 4)131-135 頁。

19) 西田・前掲注 4)140-142 頁。

20) 前田雅英『刑法総論講義〔第 7 版〕』340 頁(東京大学出版会、2019 年)。

21) 小林憲太郎「西田教授の身分犯論」西田典之追悼『西田先生献呈論文集』54-55 頁(有斐閣、2017)。

22) 最判昭和 27 年 9 月 19 日刑集 6 卷 8 号 1083 頁。

23) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第 5 卷第 60 条～第 72 条〔第 3 版〕』551-552 頁〔小倉正三〕(青林書院、2019)。

24) 大阪高判昭和 62 年 7 月 17 日判時 1253 号 141 頁。

25) 前田雅英『刑法各論講義〔第 7 版〕』206 頁(東京大学出版会、2020 年)、堀内捷三『刑法各論』135 頁(有斐閣、2003 年)、佐久間修一『刑法各論〔第 2 版〕』203 頁(成文堂、2012 年)。

26) 井田良『講義刑法学各論〔第 2 版〕』328 頁(有斐閣、2020 年)。

があるとか²⁷⁾、単純横領罪、業務上横領罪が委託に基づき自己の占有する他人の財物を領得する点で背信性を有することから、占有離脱物横領罪と罪質を異にするとかと指摘され²⁸⁾、また後者については、加減的身分犯とするのはおよそ財産犯でない暴行・脅迫罪を基本類型とみる点で疑問であるとか²⁹⁾、暴行・脅迫罪は事後強盗罪と罪質を異にするとか³⁰⁾と指摘されている。

すなわち、身分犯と、身分犯の構成要件から身分を捨象した構成要件が共に規定されている場合であっても、両者の罪質が異なる場合であっても、当該身分犯を、条文の形式に拘らず加減的身分犯ではなく構成的身分犯として65条1項を適用することは、形式説の立場からも否定されないし、横領罪にあっては、むしろそれが一般的な解釈ともいうことができる。構成的・加減的身分犯のいずれかであるかを形式的区別によってのみ決定することは、構成的・加減的との区別を肯定する立場からも、なされていないのである³¹⁾。

そして、身分犯と、身分犯の構成要件から身分を捨象した構成要件が共に可罰的なものとされている場合であっても、両者の罪質が異なる場合であっても、かかる取扱いをむしろ正当なものとして受け止めることができる。加減的身分犯というのは、基本犯の存在を前提として、身分の有無により刑に軽重のある構成要件をいうのであって、当該構成要件から身分を捨象した構成要件が当該構成要件と罪質を異にするのであれば、その構成要件には基本犯と呼ぶに値するほどの当該構成要件との結びつきは存しないからである。問題とされるべきは罪質の異同を如何に判断するかである。

ここで単純横領罪にあっては、占有離脱物横領罪の保護法益である所有権に加えて、委

託信任関係をも保護法益とするとされているし³²⁾、暴行罪は人の身体に対する罪、脅迫罪は人の自由に対する罪である一方、事後強盗罪の属する強盗の罪は、身体犯と財産犯の両面を有するとされているため、暴行・脅迫罪に、人の財産という保護法益が付加されたものと見ることができる。従って、罪質といわれるものの内実は、保護法益の相違なのではないかと推測されるのである。具体的には、ある罪と他の罪の罪質が異なるというのは、両罪の保護法益を比較対照したときに、量的差異に還元できない質的に異なる法益が含まれており、かつ、これが法定刑を決定する要因となっているときをいうもの、と考えることができよう。そうすると、実際のところ、実質説から、形式説に反して65条1項を適用すべきと主張されるところの、いわゆる「加減的」違法身分の多くは、非身分者の行為と身分者の行為とは別個の法益の侵害が見出せるであろうから、形式説からも、構成的身分犯として、65条1項を適用すると解決がなされると考えられるのである(もつとも、加減的違法身分という問題自体は消滅しないことは、5で述べる通りである。)。もしこのような結論を承認せず、両者の関係性はどうか、専ら身分犯から身分を捨象した構成要件が規定されているか否かによってのみ65条の適用如何を決するのであれば、それは、「典型的な形式主義、実証主義であり、言葉の最も悪い意味における概念法学に陥ったものである」との批判を免れないだろう³³⁾。

結局、身分犯の構成要件から身分を捨象した構成要件が規定されていなければ、それは構成的身分犯であり、また規定されていた場合には、罪質において同一か否かを判断し、これが認められれば加減的身分犯、認められ

27) 山中敬一『刑法各論〔第3版〕』411頁(成文堂,2015年)。

28) 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論〔第7版〕』249頁(弘文堂,2018年)。

29) 佐久間・前掲注25)203頁。

30) 堀内・前掲注25)135頁。

31) 西田・前掲注4)291頁。

32) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第13巻(第246条~第264条)〔第3版〕』547頁〔小倉正三〕(青林書院,2018年)。

33) 西田・前掲注4)157頁。

なければ構成的身分犯である、ということとなる。条文の規定形式による判定があくまで出発である点で、はじめから違法性と責任のいずれに関わる身分であるかを判断する実質説とは発想において異なる。また、罪質の同一性の判断は、違法身分と責任身分の区別と同様困難を生じ得ることは否定できない。しかし、身分の構成的・加減的の別は個別の構成要件解釈によって決まる以上当然のことであり、65条はこれが解釈により決定された後に適用されるだけのことである、という応答が可能である³⁴⁾。また、解釈の結果違法と責任の双方に関わるとの結論に至りうる実質説と異なり、罪質の同一性は、有るか無いかのいずれかの結論しかあり得ない。実際の適用に際しては実質説よりも遥かに困難が少ないといえよう。

4 刑法 65 条の適用範囲

形式説（もし仮に、形式説が3で論じた帰結を承認しないのであれば、その限りにおいて形式説とは異なるのが自説ということになるが、以下引き続き「形式説」としたい。）と実質説の比較対照及び正当化の検討（5, 6）に移る前に、前提問題として、65条の適用範囲について簡潔に論じておくことにしたい。なぜならば、形式説が、違法性・責任の一般論からの帰結を何らかの形で修正しているのだとすれば、これが正当化できるか否かを論じるにあたっては、いかなる修正が加えられているのかが特定される必要があるからである。そして、この点について検討すべき問題としては、大きくは65条にいう「身分」の意義、及び65条1項の「共犯」に共同正犯が含まれるかという二点であろう。

判例は、「刑法 65 条にいわゆる身分は、男女の性別内外国人の別、親族の関係、公務員たるの資格のような関係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係であ

る特殊の地位又は状態を指称するものであり」とし³⁵⁾、通説も判例の立場を支持している³⁶⁾。身分該当性が特に争われるのは、目的のような主観的要素が身分に含まれるかである（なお、事後強盗罪における「窃盗」が身分に当たるかも争われているが、これは主として事後強盗罪の解釈に関わる問題であるから、検討の対象からは外したい。）。この点については、判例は、麻薬取締法 64「条は、同じように同法 12 条 1 項の規定に違反して麻薬を輸入した者に対しても、犯人が営利の目的をもっていたか否かという犯人の特殊な状態の差異によつて、各犯人に科すべき刑に軽重の区別をしているものであつて、刑法 65 条 2 項にいう『身分ニ因リ特ニ刑ノ軽重アルトキ』に当るものと解するのが相当である。」としており³⁷⁾、積極説に立っているものと言えらる。この判決に対する学説の反応は概ね反対説に傾いているが、その論拠は、65条にいう「身分」という文言の文理解釈に基づくといつてよい。しかし、判例による広汎な定義の下においては、「営利の目的」をも「犯人の特殊な状態」に包摂させることは十分に可能であり、文理解釈説はこれに反対するだけの説得力を有しうるかは疑問だといふべきであろう³⁸⁾。主観的要素が身分に含まれるかを明らかにするためには、65条の法意がどこにあるのかという点にまで遡って検討することが必要となるといわなければならない。そして、65条は、身分という一身専属的要素が構成要件とされている場合に、基本的構成要件を修正し、共犯の修正構成要件を構想する場合の解決を示したものであるから、かかる過程で共犯規定（60条～64条）を適用する際に一定の調整が必要な要素、すなわち何人との関係でも存否が不変、というわけではない要素を指すものとして「身分」としていると考えることができる。そうすると、主観的要素については何人との関係でも存否が不変というわけではないので

34) 山口・前掲注 7)347 頁。

35) 最判昭和 27 年 9 月 19 日前掲注 22)。

36) 大塚ほか・前掲注 23)766 頁〔川端博〕。

37) 最判昭和 42 年 3 月 7 日刑集 21 卷 2 号 417 頁。

38) 西田・前掲注 4)169 頁。

あるから、身分に当たるといえるだろう³⁹⁾。

65条1項の「共犯」に共同正犯が含まれるかに関しては、判例は、「犯人ノ身分ニ因リテ構成スル犯罪ニ付キ身分ナキ者カ加担スルニ於テハ共犯ヲ以テ之ヲ論スヘキコトハ刑法第65条第1項ノ規定スル所ニシテ加担行為ノ種類ニ従ヒ或ハ実行正犯タルヘク或ハ教唆若クハ従犯タルヘシ」として、積極的に解しており⁴⁰⁾、通説も、この点については積極説をとる⁴¹⁾。消極説は、構成的身分犯については身分が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あるとしないとするが⁴²⁾、判例の肯定するところの⁴³⁾共謀共同正犯について全面的に否定説をとらない限りは、かかる指摘は論拠とはならない。法文上、65条も60条ともに「共犯」の章下にあり、65条1項にも「共犯とする」との文言があるから、「共犯」には共同正犯も含まれるのである⁴⁴⁾。

5 実質説の帰結の検討

では、具体的に形式説と実質説とでは、65条の適用に際して、いかなる差異が生じ、それは違法性・責任の観点からも正当化できるのであるか。まずは、実質説の帰結を検討することとしたい。以下では、違法性と責任の双方に関わる身分についても念頭に置きつつ議論を進めるため、もっぱら違法身分である身分と、違法性と責任の双方に関わる身分の違法性に関する側面とを合わせて「違法性に関わる身分」と、もっぱら責任身分である身分と、違法と責任の双方に関わる身分の責任に関する側面とを合わせて「責任に関わる身分」ということにする。

実質説は、違法身分は違法の連帯性から、

連帯的に作用すると説く。しかし、そもそもこの帰結に対しては疑義を呈する余地がある。具体的には、複数の関与者間でそもそも違法が連帯しない場合があるのではないかという、違法の相対性の問題である。

ここで規範による人間行動のコントロールということを離れて法益保護は実現できないことから、行為の時点で違法・適法の限界を明らかにするという提示機能・告知機能を重視する⁴⁵⁾行為無価値論においては、各人の置かれた状況によって向けられた規範は異なって然るべきであるから、違法の相対性は認められて然るべきということになるだろう。とりわけ行為無価値的要素が問題となる場合には、違法評価はかなり大幅に人的に相対化され、その限りで違法の連帯性は否定される⁴⁶⁾。

翻って違法性の本質を法益侵害とその危険なり⁴⁷⁾、法益侵害・危険の惹起なり⁴⁸⁾と解する結果無価値論の立場からも、法益侵害という事実そのものから、違法性を肯定することはできない。そもそも法益の「侵害」というときには、既に法益の制約に対する否定的評価が加えられている。法益侵害ないしその危険を以って違法性の実質としても、評価というプロセスとは無縁ではいられないはずである。

そして、法益侵害の事実がありながらもこれに違法との評価を下さない典型的な場合が、違法性阻却事由が認められる場合なのであるが、違法性阻却事由の判断は、実質的・非類型的なものであり、そこでは、当該行為の具体的状況を基礎に、相反する様々な利益を比較衡量し、違法性の有無及び程度を個別・実質的に判断することになる。そうすると、行為の具体的な事情は関与者ごとに異なる

39) 十河・前掲注2)302頁参照。

40) 大判昭和3年5月24日刑集7巻396頁。

41) 大塚ほか・前掲注23)798頁〔川端博〕。

42) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』420頁（有斐閣、1990年）。

43) 最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁ほか。

44) 大塚ほか・前掲注23)799頁〔川端博〕。

45) 井田良『刑法総論の理論構造』8頁（成文堂、2005年）。

46) 井田・前掲注45)304頁。

47) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論〔第3版〕』134頁。

48) 山口・前掲注7)105頁。

るから、違法性を否定する事情が共犯者にのみ存在するときには、正犯の行為が違法であっても共犯の行為を適法とすることは可能であるということになる⁴⁹⁾。そして同じ議論は、違法性阻却事由の存否の判断に限らず、違法性の有無一般にも妥当するはずである。

この点を端的に示したのが、過剰防衛と正当防衛の共通の要件である侵害の急迫性に関する、「共同正犯が成立する場合における過剰防衛の成否は、共同正犯者の各人につきそれぞれその要件を満たすかどうかを検討して決するべきであ」として、共謀共同正犯者についてのみ、侵害の急迫性の要件を満たさないとして過剰防衛の成立を否定した判例⁵⁰⁾及び「行為者が侵害を予期した上で対抗行為に及んだ場合、侵害の急迫性の要件については、……対抗行為に先行する事情を含めた行為全般の状況に照らして検討すべきである。」としつつ、具体的な考慮事情としては、行為者と相手方との従前の関係や行為者が侵害に臨んだ状況及びその際の内容意内容等をも挙げた判例⁵¹⁾であると理解することができる。

そして、一般の違法性阻却事由による処理から進んで、典型的に特定の身分を欠く者による行為については可罰的違法評価を欠くとして構成要件を規定せず、又は違法評価の程度が異なるとして刑を加重減軽すること（違法性阻却を構成要件として固定化する、とも表現できる。）は、事柄の性質に即応して合理的と認められ⁵²⁾、平等原則（日本国憲法14条）に抵触しない限りでは、許されるものというべきである。

また、実質説においては、広義の共犯は共

同正犯と狭義の共犯とに分って考察される必要がある。共同正犯は法益侵害の共同惹起形態で、「一次的责任」類型だから、従属性の要件は当てはまらないし⁵³⁾、その特質として、各自がそれぞれ惹起した結果ばかりでなく、他の共同者が惹起した結果についても責任を問われる点（一部行為の全部責任の原則）がある一方⁵⁴⁾、後者には従属性が妥当するし⁵⁵⁾、そもそもとして共犯の処罰根拠が問題となるからである。そこで狭義の共犯に関して考察を加えるには、共犯の従属性及び処罰根拠の検討を欠かすことはできない。

そこでこれらについて簡潔に検討すると、共犯の処罰根拠としては、正犯行為も共犯行為も保護法益との関係での違法な事態を惹起したことを理由として処罰されるとする惹起説（因果的共犯論）が通説的であって⁵⁶⁾、とりわけ混合惹起説が有力となっている⁵⁷⁾。また、共犯の従属性について、共犯の実行従属性の原則を承認し、教唆犯・幫助犯が成立するためには正犯の行為が現に実行されたことを必要とするとする、共犯従属性説が通説であり⁵⁸⁾、また、正犯行為として構成要件に該当する違法な行為があれば、これに対する共犯が成立しうるとする、制限従属性説が通説である⁵⁹⁾。そして、結論としては、これら通説・有力説の見解が正当であると考える。

共犯の処罰根拠において因果的共犯論と対置される考え方としては、責任共犯論及び違法共犯論を考えることができる。しかし、共犯の処罰根拠として、正犯者を墮落させ、罪責と刑罰に陥らせたことに着目する責任共犯論は、責任判断の個別性の観点から通説となっている制限従属性説とは合致しないほ

49) 十河・前掲注2)214頁。

50) 最判平成4年6月5日刑集46巻4号245頁。

51) 最判平成29年4月26日刑集71巻4号275頁。

52) 最判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁。

53) 山口・前掲注7)315頁。

54) 大塚ほか・前掲注14)104頁〔村上光鷗〕。

55) 山口・前掲注7)314頁。

56) 井田・前掲注1)533頁。

57) 大塚裕史ほか『基本刑法I総論〔第3版〕』345頁（日本評論社、2019年）。

58) 井田・前掲注1)481頁。

59) 井田・前掲注1)483頁。

か、誘惑ないし墮落という考え方自体が適当でない⁶⁰⁾。また、正犯に違法な行為を行わせたことを共犯の処罰根拠とする見解である違法共犯論においては、「共犯の違法」は「正犯の違法」に由来することになるが、それは「共犯の違法」を「正犯の違法」から「借り受ける」ものである。因果的共犯論が、法益保護を指向する刑法体系において共犯固有の犯罪性を支持するものとして妥当である⁶¹⁾。

そして、因果的共犯論内部においては、混合惹起説と対置されるものとして純粹惹起説及び修正惹起説がある。しかし、共犯の処罰根拠はあくまで、構成要件的な違法性の惹起、あるいは、構成要件という枠によって枠付けられた違法性の惹起であり、純粹惹起説は、構成要件という枠によって設定された処罰範囲の限定を共犯処罰という迂回路によって潜脱するものである⁶²⁾。また、修正惹起説に対しては、違法共犯論に対するのと同様の、共犯の違法を正犯の違法から借り受けるものとの批判が当てはまる。結局混合惹起説が支持されるべきである。

共犯従属性説と対置される共犯独立性説については、61条には「人を教唆して犯罪を実行させた者」と、62条には「正犯を幫助した者」と規定されており、そこには、正犯の存在が予定されるとともに、実行行為と教唆行為・幫助行為との違い、及び、正犯と教唆犯・従犯との異質性が示されているといえ、少なくとも現行刑法の立場とは相容れないのである⁶³⁾。

構成要件及び違法性は法益侵害性に基づく行為の客観的属性を示すものであり、それが認められない限り、法益保護の観点から刑法が処罰の対象とすることは要請されない。また、構成要件該当性が存在しても違法性が阻却される場合には、その行為は違法ではなく、刑法に関する限り禁圧・抑止の対象とな

らないことに変わりはないから、最小従属性説は妥当でない。また、責任は、構成要件に該当する違法な行為を行った行為者を非難するための要件だから、その性質上、行為者ごとに個別的に判断されるべきものであり、極端従属性説は妥当でない⁶⁴⁾。

以上を踏まえて違法性に関わる身分について見るに、これは類型を2に分つことができるように思われる。すなわち、一定の人的範囲の者だけがその法益を直接に侵害できるために⁶⁵⁾、身分者の行為にしか構成要件を用意する必要がなく、または非身分者の行為に対するのと別に身分者の行為に対しても構成要件を用意する必要があるものと考えられた類型（類型1、例として収賄罪など。）と、何人も法益侵害それ自体はなしうるものの、立法者において、身分者以外の行為は処罰に値しない、すなわち可罰的違法性を欠くと判断したり、あるいは加重・減輕処罰すべき違法評価を加えなかったりした類型（類型2、例として、令和5年法律第28号による改正前の逃走罪など。）である。なお、一身の違法という観念は結果無価値論においても否定されていない⁶⁶⁾。

そして、類型1については、実質説からは、身分犯の構成要件による処罰を根拠づける法益侵害が生じた以上、65条1項により連帯的作用を認めるべきであるとされるであろう。一方類型2については、先に論じたところによれば、実質説の立場からは、非身分者による法益侵害は、立法者により可罰的違法性を欠き、あるいは加重・減輕処罰すべき違法評価はないとされたものであるから、むしろ連帯を否定すべきであるとの結論に至ることになるはずである。

次に責任に関わる身分についてみるに、責任は個別的に判断されるべきであるから、やはり連帯は否定されるであろう。

60) 山口厚『問題探究刑法総論』236頁（有斐閣、1998年）。

61) 山口・前掲注7)310頁。

62) 西田・前掲注47)363頁。

63) 大塚ほか・前掲注23)13頁〔大塚仁＝中山善房〕。

64) 山口・前掲注7)326-327頁。

65) 井田・前掲注1)565頁。

66) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』366-367頁（有斐閣、1975年）。

もっとも後二者に関しては、狭義の共犯については別の考慮を要することになる。

すなわち、類型2あるいは責任に関する身分であっても、これが一度構成要件とされた場合にあつては、正犯に身分という構成要件がないのに、共犯に身分犯の成立を肯定するのは、制限従属性説からは特別の根拠のない限り許容されないと考えられるからである。よって、構成的身分犯の行為に非身分者が及んだ場合に、身分者が狭義の共犯の形で関与する場合には、共犯は不可罰となり、また身分によって刑を加重するべき犯罪の行為に非身分者が及んだ場合に、身分者が狭義の共犯の形で関与する場合には、共犯は加重前の限度で罪責を負うというべきである。

もっとも、身分によって刑を減輕するべき犯罪の行為に非身分者が及んだ場合に、身分者が狭義の共犯の形で関与する場合には、共犯は減輕後の限度で罪責を負うと言って妨げない。制限従属性説は、正犯を介した法益侵害結果惹起だけを以て共犯の成立を肯定することは妥当ではなく、共犯の処罰範囲の適正化・明確化を図るためには、正犯による違法な構成要件実現を介して法益侵害を惹起した場合に共犯の成立を限定する必要があるとの考慮に出たものであるが⁶⁷⁾、この場合に、共犯に正犯が充足しない身分という構成要件該当性を肯定しても、むしろかかる考慮には応えているからである。

6 形式説の正当化

では、上記帰結と、形式説から導かれる帰結の相違はどこにあり、そしてそれは正当化しうるだろうか。

類型1については、形式説からも、たとえ身分犯から身分を捨象した構成要件が規定されているとしても、罪質が異なりよって構成的身分犯であるである、との帰結に至れば、結論において変わる所はないことになる。しかし、類型1について、当該構成要件から身分を捨象した構成要件と罪質において同一性

を有し、従って加減的身分犯であるとの帰結に至ったときには、形式説は、実質説と異なり身分の個別的作用を肯定していることになる。

ここでは、身分犯の刑の加重理由である法益侵害は身分者にしかなし得ないというのが肝要である。すなわち、共同正犯であれ狭義の共犯であれ、その者の行為が法益を侵害しているように一見見えたとして、それは必ず身分者の行為を通じてでしかあり得ない。そうすると、非身分者の行為と法益侵害との間の結びつきは、自ら法益を侵害した身分者と同等の加重処罰を根拠づけるほど強固なものではないと説明できよう。類型1に属する構成的身分犯についてかかる論理を徹底すれば不可罰となるべきであろうが、同条1項が処罰の必要性、刑事政策上の考慮からこのような帰結を拒絶したことは、2の通りである。結局、非身分者の行為と結果との関係性は、非身分者の不処罰を拒絶することが正当化される程度には存在するが、しかし非身分者の処罰が既に可能な場合に、非身分者の加重処罰を肯定することが絶対的に要請されるほどではない、ということになる。

形式説は、類型2について、これが構成的身分である場合には、身分の連帯的作用を肯定する。すなわち、単独犯としてはその法益侵害に可罰的違法評価を加えなかったにも拘らず、共犯においては、その法益侵害に可罰的違法評価を加えるというのである。

これは一見立法者の評価矛盾のようにも思えるが、そうではない。なぜならば立法者が各本条等を定める場合にあっては、必要的共犯、すなわち構成要件が最初から複数の者の関与を予定している場合⁶⁸⁾を除いては、立法者は行為者として単独犯を想定し、共犯規定による修正に委ねているからである。そして、犯罪遂行に複数の行為者が関与する場合、自ら当該犯罪の構成要件を全て直接実現する者を除き、他の関与者の行為には当該犯罪の構成要件該当性を認めることができないが、このような行為も、犯罪の遂行を促進す

67) 山口・前掲注60)243頁。

68) 井田・前掲注1)480頁。

るものであるため、犯罪予防の見地からは禁圧することが必要である、との考慮から、構成要件該当事実の周辺に位置する犯罪関与者の行為にまで処罰を拡張するために設けられた規定が共犯規定であり、その意味で共犯は処罰拡張事由である⁶⁹⁾。

そうすると、単独での法益侵害が可罰的違法性を具備すると評価されるべき身分者を巻き込んで、単独での法益侵害では可罰的違法性を具備すると評価されない非身分者が法益を侵害した場合に、非身分者の不処罰という不正義な結論は許容しないとして、もはや当該法益侵害は（非身分者との関係でも）可罰的違法性を具備するものと評価するのは、共犯規定の設けられた所以である上記考慮に沿うものといえる。

責任に関わる身分を構成要件とする犯罪については、形式説は、構成的身分犯については、非身分者にも犯罪を成立させるとする。

これはともすれば責任主義に違反するようにも思えるのであるが、そうではない。ここで注意すべきは、責任とは、行われたその違法行為につき行為者の意思決定を非難しうることをいい、この意味で責任判断は独立に存在するものではないから、責任は、違法性判断とは異なり、処罰を根拠づけるのではなく単に限定するものであることである⁷⁰⁾。

そうすると、責任に関わる構成的身分犯というのは、非身分者の行為であっても可罰的違法性（中就身分者と同等の処罰を基礎付けるべき違法性）は既に具備しているのであって、ただ単独で行為に出ることがあっても身分のなき者に関しては処罰に値するだけの責任非難を欠くとしているのである。そして、非身分者であっても責任故意もしくは過失または責任能力は否定されないのであるから、ここでいう責任とは、具体的な責任要素としては違法性の意識の可能性ないし期待可能性

を指すものということができよう。

そうすれば、単独犯としては違法性の意識の可能性ないし期待可能性を欠くが、第三者殊にその行為が処罰される身分者を巻き込む行為に出た場合にあっては、もはや違法性の意識の可能性ないし期待可能性を欠くものとは言えない、と説明することができる。自己の行為が単独としては処罰されていないとしても、その行為が処罰される第三者の行為に関与し、または当該第三者をして自己の行為に加担せしめる場合にあっては、反対動機を形成すべき要請が高まるのは、当然である。これと同様の説明は、犯人蔵匿等罪（103条）や証拠隠滅等罪（104条）において見ることができる。すなわち、前者においては、期待可能性の欠如に基づき、犯人自身は構成要件上その主体からは除外されているが⁷¹⁾、判例上「他人ヲ教唆シテ自己ヲ隠避セシメ刑法第103条ノ犯罪ヲ実行セシムルニ至リテハ防御ノ濫用ニ属シ法律ノ放任行為トシテ干渉セサル防御ノ範囲ヲ逸脱シタルモノト謂ハサルヲ得サルニヨリ被教唆者ニ対シ犯人隠避罪成立スル以上教唆者タル犯人ハ犯人隠避教唆ノ罪責ヲ負ハサルヘカラサルコト言フ俟タス」とされており⁷²⁾、学説においても犯人が「他人に犯人蔵匿・証拠隠滅の罪を犯させてまでその目的を遂げるのは、みずから犯すばあいとは情状が違い、もはや定型的に期待可能性がないとはいえない」との見解が有力である⁷³⁾。また、後者においては「他人の刑事事件」との法文から明らかなおり、自己の刑事事件について、被疑者・被告人自身はその主体となり得ないが⁷⁴⁾、犯人が第三者に自己の刑事事件の証拠隠滅を教唆した場合については、前者の場合と同様に、証拠隠滅等罪の教唆の成立を認めるのが通説・判例の立場である⁷⁵⁾。

もともと、条文あるいは解釈上犯人が主体

69) 山口・前掲注 7)305 頁。

70) 井田・前掲注 1)84 頁。

71) 西田・前掲注 28)484 頁（弘文堂，2018 年）。

72) 大判昭和 8 年 10 月 18 日刑集 12 卷 1820 頁。

73) 西田・前掲注 28)484 頁。

74) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第 6 卷（第 73 条～第 107 条）〔第 3 版〕』360 頁〔仲家暢彦〕（青林書院，2015 年）。

75) 西田・前掲注 28)489 頁。

から除外されているこれらの罪（なお、「身分」はこれを有することが特殊で、有しないことが通常であるものでなければならないため⁷⁶⁾、「犯人でないこと」は身分ではないと解すべきである。これをも身分というのは、身分の語義を超えたものと言わねばならない。）とは異なり、責任に関わる構成的身分犯一般については、非身分者が、単独犯としては別論、共同正犯としても正犯たり得ないとは解されない。具体的には各本条等に60条、65条1項が作用することにより、非身分者の共同正犯が、修正構成要件として規定されているとみることができからである。従って狭義の共犯のみならず共同正犯についても、犯罪が成立すると考えることができる。

Ⅲ. 業務上横領罪と刑法 65 条

1 業務上横領罪に非占有者が関与したときの罪責

かくして65条が構成的身分の連帯的作用を、加減的身分の個別的作用を規律すると形式説が正当化されることがわかったのであるが、問題は進んで、業務上横領罪（253条）に非占有者が関与した場合の罪責を考えてみたい。

同罪は、業務上他人の物を占有する者を主体とするため、業務者・占有者という二重の身分が要求される身分犯である⁷⁷⁾。そして、単純横領罪の主体は、他人の物を占有する者又は公務所から保管を命ぜられた自己の物を占有する者であって、そのような占有者でなければ同罪の主体になることはできないから、同罪は構成的身分犯である⁷⁸⁾。最高裁

も、「刑法252条においては、横領罪の目的物に対する犯人の関係が占有という特殊の状態にあること、すなわち犯人が物の占有者である特殊の地位にあることが犯罪の条件をなすものであつて、刑法65条にいわゆる身分に該るものと云わなければならない。」として、横領罪について65条1項を適用した原審の判断⁷⁹⁾を是認している⁸⁰⁾。また、業務上横領罪は、「業務者」を主体とする単純横領罪の加重類型であつて、単純横領罪とは、加減的身分犯の関係に立つ⁸¹⁾。そうすると、業務上横領罪は単純横領罪との関係においては業務上占有者であるという身分により刑が加重される点で加減的身分犯であるが、全くの非占有者との関係では占有者たる限度で構成的身分犯としての性格を有するから⁸²⁾、業務上横領罪に非占有者が関与した場合の65条の適用如何が問題とされるのである。

最高裁は、業務上横領罪に非占有者が共同正犯として関与した事案において、「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。」と判示しており⁸³⁾、この判例は爾後維持されている⁸⁴⁾。すなわち、65条1項により罪名としては業務上横領罪となるが、同条2項により科刑としては単純横領罪のそれであるとするのが判例である。

しかし、これは不真正身分犯に65条1項

76) 団藤重光編『注釈刑法(2)のII総則(3)§§38～72』830頁〔内藤健〕(有斐閣, 1969年)。

77) 大塚仁ほか・前掲注32)652頁〔江口和伸〕。

78) 大塚ほか・前掲注32)551-552頁〔小倉正三〕。

79) 名古屋高判昭和25年12月25日刑集6巻8号1090頁。

80) 最判昭和27年9月19日前掲注22)。

81) 松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』290頁(弘文堂, 2018年)。

82) 大塚ほか・前掲注14)795頁〔川端博〕。

83) 最判昭和32年11月19日刑集11巻12号3073頁。

84) 最判令和4年6月9日刑集76巻5号613頁。

の適用を認めているようにみえる点で、判例の基本的態度と矛盾するような外観を示しているため⁸⁵⁾、その根拠が問われなければならない。判例が業務上横領罪の事案に関しては、他の事案における判例と異なる65条の理解を示しているように思われる理由は、やはり同罪が二重の身分犯であること求められよう。これは裁判例が、事務処理者たる身分が主体とされる構成的身分犯である⁸⁶⁾背任罪(247条)を基本犯として、取締役等たる身分を有する者について刑を加重している点で業務上横領罪と同様の構造を有する特別背任罪(会社法960条(旧商法486条1項))について、「被告人の……各所為は、……取締役という……身分によって構成される……特別背任の犯罪行為に加功したものであるから、刑法65条1項により共犯として右商法486条1項に該当するけれども、……特別背任と刑法247条の背任とは、前者の場合は犯人が会社の取締役など……所定の身分を有する者であり、後者の場合は一般的に他人のためにその事務を処理する者であるとの身分の差によって刑に軽重があるので、……取締役たる身分のない被告人に対しては刑法65条2項に従い同法247条の刑をもって処断すべきである」と、同様の擬律を適用している⁸⁷⁾ことから窺い知れる。

では、業務上横領罪に非占有者が関与した場合に65条を如何に適用すべきであろうか。まず、業務上横領罪が二重の身分犯であるとの言明は、業務者たる身分と、占有者たる身分が分離可能であることを前提としているように思われる。しかし、占有者たる身分を離れた業務者たる身分に何らかの意味があるかは考察を要する。すなわち、同罪における業務とは、社会生活上の地位に基づき反復・継続して行われる義務であって、その性格上、金銭その他の財物を委託を受けて保管することを内容とする職業もしくは職務をいうと解されており⁸⁸⁾、他人の財物の保管を反復継続する必要があるものであって、たまたま他人の

財物の占有者が、何らかの、財物の保管に関わりのない事務を反復継続していたからとって、かかる者が他人の財物を横領する行為に業務上横領罪が成立する余地はない。その意味で、業務者という身分が占有者たる身分と離れて存在する余地はないものというべきである。

そうすると、業務上横領罪に非身分者が関与する場合に65条を適用する場合にあっては、業務者たる身分と占有者たる身分とを分断し、前者について同条2項、後者について同条1項を適用することで、単純横領罪に擬することはできず、業務上占有者たる1個の身分に同条を適用すべきものといわなければならない。

ここで、構成的・加減的の別は、関係概念であることに注意しなければならない。ある構成要件が加減的身分犯である、というときには、加減前の構成要件、換言すれば当該構成要件からある要素(これが身分である)を捨象した構成要件の存在が別に存在することが前提とされ、これとの関係で刑が加減されていることを指している。同様に、ある構成要件が構成的身分犯である、というときには、当該構成要件からある要素を捨象した構成要件が規定されていないことを指しているのである。構成的身分犯や加減的身分犯というのは、当該構成要件からある要素を捨象した構成要件との関係で決されるといえる。

そうすると、全くの非占有者であり、よって業務上占有者たる1個の身分を欠く者が業務上横領罪に関与した場合には、業務上占有者たる身分は、非占有者との関係では構成的身分にあたるから、65条1項を適用し、非占有者には業務上横領罪が成立する。

しかし、業務上占有者たる身分は、業務者でない占有者(これを認めたとしても、占有者でない業務者はやはり認め得ないのであるから、業務上占有者たる身分が、非占有者との関係では分解し得ない身分であることは変わりがない。すなわち、占有者でない業務者

85) 団藤・前掲注76)832頁〔内藤健〕。

86) 大判昭和4年4月30日刑集8巻207号。

87) 東京高判昭和54年12月11日東京高等裁判所(刑事)判決時報30巻12号179頁。

88) 西田・前掲注28)268頁。

はあり得ないのであるから、業務上占有者たる身分は、非占有者との関係では分解不能の身分であるが、業務者でない占有者はあり得るのであるから、業務上占有者たる身分は、占有者との関係では分解可能な身分である。)との関係では加減的身分である。そうすると、業務上横領罪は単純横領罪との関係では加減的身分犯にあたるということができる。そして、業務者でない占有者が業務上横領罪に関与した場合(具体的には、A社従業員Bが、A社から職務上機密書類を寄託され、Bがこれを遊山を契機に一時的に個人的な友人Cに寄託していたところ、BとCが通じて機密書類をA社の同業者D社に対して売却した場合などが考えられる。)には、65条2項の適用により、単純横領罪が成立し、法定刑も同罪のそれとなる。

しかし占有者たる身分は252条所定の形態における法益侵害の可能性を限定するものであるから、違法身分であって⁸⁹⁾、従ってこれを有する者の方が程度が当罰性が高いにも拘らず、非占有者が業務上横領罪に関与した場合の方がより法定刑が重いというのは均衡を失する。従って、刑の均衡の観点から、非占有者による業務上横領罪の共犯という修正構成要件の法定刑を定めるにあたって、252条のそれを基礎にすべきこととなるのである。

これを結論のみ見れば、65条2項を科刑についてのみ適用したのと同じであるから、結局、判例は結論において正当ということになる。ただし、あくまで非占有者が業務上横領罪に関与した場合の、65条の適用を受けるべき身分は、業務上占有者たる1個の構成的身分だから、同条2項の適用それ自体とはいえない。業務者でない占有者が業務上横領罪に関与した場合に同項の効果が及ぶこととの均衡から、非占有者に適用されるべき構成要件の法定刑を、同項の適用を受ける者と同じく定めるのだから、法条の適用関係としては、65条2項の準用ということになるだろ

う。

2 業務上横領罪に非占有者が関与したときの公訴時効

以上の通り業務上横領罪に非占有者が関与した場合には業務上横領罪の共犯となるも、単純横領罪の法定刑により処断されるのであるが、この場合に、公訴時効期間を、業務上横領罪に倣い7年(253条、刑事訴訟法250条2項4号)とすべきか、単純横領罪に倣い5年(252条、刑事訴訟法250条2項5号)とすべきかは、検討を要する点である。

ここで最高裁は、「公訴時効制度の趣旨は、処罰の必要性と法的安定性の調和を図ることにあり、刑罰法250条が刑の軽重に応じて公訴時効の期間を定めているのもそれを示すものと解される。そして、処罰の必要性(行為の可罰的評価)は、犯人に対して科される刑に反映されるものということができる。」とした上、「業務上占有者としての身分のない非占有者である被告人には刑法65条2項により同法252条1項の横領罪の刑を科することとなる……ところ、公訴時効制度の趣旨等に照らすと、被告人に対する公訴時効の期間は、同罪の法定刑である5年以下の懲役(筆者注：刑法等の一部を改正する法律(令和4年法律第67号)による改正後の拘禁刑)について定められた5年(刑罰法250条2項5号)であると解するのが相当である。」と単純横領罪に倣う旨判示している⁹⁰⁾。

公訴時効制度の法的性格については、実体法説、訴訟法説及び競合説に分かれ、わが国における通説的見解は競合説であるが、これについても説くところは異なる。公訴時効の完成の法的効果である免訴判決(刑事訴訟法337条4号)の裁判の法的性格についての見解にも実体裁判説、実体関係の形式裁判説、実体裁判・形式裁判二分説及び形式裁判説とに分かれ、百家争鳴である⁹¹⁾。もっとも、確実な点は、刑事訴訟法が、刑の種類及び軽

89) 西田・前掲注28)252頁。

90) 最判令和4年6月9日前掲注84)。

91) 河上和雄ほか『大コンメンタール刑事訴訟法第5巻(第247条～第281条の6)〔第2版〕』108-109頁〔吉田博視〕。

重等により公訴時効の期間を定めていることであり、そしてこれは加重減軽前のものとされている（刑事訴訟法 252 条）から、時効期間の基準となる刑は処断刑ではなく法定刑である⁹²⁾。ここで法定刑とは、各本条等で構成要件に対応するものとして規定された刑であって、翻って処断刑は、具体的な処断の範囲を画するところの刑であり、つまり法定刑に法律上および裁判上の加重減軽を加えたものである⁹³⁾。

しかし法定刑とは、各本条等所定の刑そのものをいうということもできない。修正構成要件が存在するからである。ここで、法定刑は公訴時効や事物管轄（裁判所法 33 条 1 項 2 号、2 項）を決する標準になる以上は、修正構成要件の法定刑も、各本条等所定の刑そのものであるとすれば、他人の実現した構成要件である基本的構成要件に従って刑事手続を課されることになってしまう。従って、法定刑とはあくまで修正構成要件を含めた個々の構成要件に結び付けられた刑の種類および軽重等であって、ただほとんど全ての場合は各本条等所定のそれに一致すると解すべきである。なお、幫助犯については、法文上従犯減軽という規定の仕方である以上（刑法 63 条）、法定刑自体は各本条等のそれと解さざるを得ない。

そして、非占有者による業務上横領罪の広義の共犯という構成要件に結び付けられているのは 252 条所定の 5 年以下の拘禁刑（刑法等の一部を改正する法律（令和 4 年法律第 67 号）による改正後のもの。）であるから、結局同構成要件を充足する場合の公訴時効期間は単純横領罪に倣うことになる。判例は結論として正当ということになる。

* 謝辞

本稿は、2022 年度 A セメスター「リサーチペーパー」において、東京大学大学院法学政治学研究科教授橋爪隆先生のご指導を仰ぎ、同題で執筆したものに、若干の修正を施したものである。

先生には法学に関する論稿の類を執筆したことがなかった筆者に、そもそもとしての法学に関する論稿の執筆の仕方から、本稿で扱い、またこれに関連するテーマについての広く深いご見識に至るまで、広きに渡りご指導いただいた。未だ検討の及ばない点は多々あるものの、はじめ論稿の体を成していなかった何かを、なんとか本ローレビューに掲載いただける論稿の形に仕上げる事が出来たのは、偏に先生のご指導のおかげである。

この場を借りて改めて御礼差し上げて謝辞とさせていただきます。

（ほしかわ・たつり）

92) 河上ほか・前掲注 91)121 頁〔吉田博視〕。

93) 団藤・前掲注 42)520-521 頁。