

刑法 65 条 2 項における「身分のない者には通常の刑を科する」の意義

【文 献 種 別】 判決／最高裁判所第一小法廷

【裁判年月日】 令和 4 年 6 月 9 日

【事 件 番 号】 令和 3 年（あ）第 821 号

【事 件 名】 業務上横領被告事件

【裁 判 結 果】 破棄自判

【参 照 法 令】 刑法 65 条・253 条、刑事訴訟法 250 条・337 条

【掲 載 誌】 刑集 76 巻 5 号 613 頁、裁時 1793 号 6 頁

◆ LEX/DB 文献番号 25572177

國學院大學准教授 山下裕樹

事実の概要

被告人（すでに株式会社甲の代表取締役を退任し、業務上の占有者たる身分のない者）は、株式会社甲の経理業務を担当していた A と共謀の上、平成 24（2012）年 7 月 5 日（＝本件犯行終了日）、情を知らない職員に指示して、甲社の預金 2145 万円余りを横領したとして、令和元（2019）年 5 月 22 日に公訴提起された。

第一審（東京地判令 2・3・26 刑集 76 巻 5 号 667 頁）は、被告人は、刑法 65 条 1 項により業務上横領罪の共同正犯に該当するが、業務上占有者の身分がないので、同法 65 条 2 項により単純横領罪の刑を科されることとなり、その上で、公訴時効期間は、科される刑である単純横領罪を基準として定められるとした。これに対して、第二審（東京高判令 3・5・21 刑集 76 巻 5 号 673 頁）は、刑法 65 条の適用方法は第一審と同じであるものの、公訴時効期間は、成立した犯罪である業務上横領罪を基準として定められるとした。これに対して、被告人が上告した。

判決の要旨

原判決破棄（本件控訴を棄却）。

「公訴時効制度の趣旨は、処罰の必要性和法的安定性の調和を図ることにあり、刑訴法 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。本件において、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した第一審判決及び原判決の判断は正当であるところ、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。」

なお、山口厚裁判官の補足意見がある（一部抜粋）。

「公訴時効は処罰の必要性和法的安定性の調和の上に成り立つ制度であるが、処罰の必要性は被告人に科される刑の重さによって表されている。身分のない共犯に『通常の刑』を科す刑法 65 条 2 項は、身分がないことにより認められる処罰の必要性の相違を科し得る刑に反映させるための規定である。したがって、このように処罰の必要性をよりよく反映した刑が、法の定める制約の枠内において、公訴時効期間を決める基準とされるべきものといえる。そして、このような考慮を制約する枠として、ある事情が法律上の加重・減輕事由である場合に、『加重し、又は減輕しない刑』を公訴時効期間の基準とする旨を定める刑訴法 252 条の規定が問題となる。しかし、本件で問題となる刑法 65 条 2 項はこのような法律上の減輕事由を定めるものではないから、刑訴法 252 条の定める制約によって刑法 65 条 2 項適用以前の刑により公訴時効期間を決定すべきことになるわ

けではない。同項適用後の処罰の必要性が反映された刑によって公訴時効期間を定めることが相当である。」

「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〔＝単純横領罪を構成する「他人の物の占有者」：筆者補足〕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。……占有者よりも類型的に可罰的評価（処罰の必要性）が軽くなるべきだと思われる非占有者について、横領罪の法定刑ではなく、業務上横領罪の法定刑を基準として公訴時効期間を決めることは、それを占有者については5年としながら、非占有者については7年とするという不均衡を認めることになり、相当でないと解されるのである。」

判例の解説

一 はじめに

身分犯である業務上横領罪に何らの身分もない非身分者が加担した場合、この者の罪責は刑法65条を経由して決せられる。しかし、その適用方法には争いがある。そもそも、同条1項および2項の解釈に争いがあり、加えて、「業務上……占有する」者（以下、「業務上占有者」とする。）という身分が、特に非身分者との関係において、（業務上）横領罪を構成する構成的身分（真正身分）だと理解しうる一方で、（単純）横領罪を構成する「他人の物の占有者」との関係では、刑を加重する加減的身分（不真正身分）だともいえ、いずれの側面も有しているからである。紙幅の都合上、刑事訴訟法上の公訴時効制度に関する問題については別稿に委ね¹⁾、以下では、実体法上の問題を中心に検討する。

二 刑法65条1項と同条2項の意義

一般に、刑法65条1項は、「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。」と定め、身分の連帯的作用を規定する一方で、刑法65条2項は、「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。」と定め、身分の個別的作用を規定するとされる²⁾。

学説上は、1項と2項の間の矛盾を無理なく説明するために、加減的身分犯も身分者でなければ

実現しえないことを強調して、1項は構成的身分犯にも加減的身分犯にも適用される身分犯の共犯の成立に関する規定であり、2項は加減的身分犯の非身分者の科刑を定める規定だと解する見解や³⁾、「違法性は連带的に、責任は個別的に作用する」から、規定形式上の構成・加減に関わらず、1項は違法性を基礎づける身分に関する規定であり、2項は責任を基礎づける身分に関する規定だとする見解⁴⁾などが主張されている。前者の見解に対しては、主に、非身分者に成立する罪名と科刑が分離する点に批判が向けられ、後者の見解に対しては、違法身分と責任身分の区別が困難である点や⁵⁾、加減的身分であっても違法身分であれば1項を適用すべきとする等、条文の文言から離れてしまう点に批判が向けられる。これに対して判例は、文言に忠実に、1項は構成的身分犯の規定であり、2項は加減的身分犯の規定だと解している⁶⁾。

構成的身分犯は、構成的身分を有する者による法益侵害のみが可罰的である点に特徴があり、非身分者は構成的身分を有する者を通じてであれば、法益侵害を惹起できる。この限りで、非身分者と構成的身分を有する者との間に連帯性が認められる。刑法65条1項は、この点での身分の連帯的作用を述べたものだとして理解できる。これに対して、加減的身分犯は、非身分者自身の法益侵害それ自体だけでも可罰的である点に特徴がある。そこでは、加減的身分犯に加功した非身分者自身が実現したのは「通常の」犯罪という意味しか有していない。すなわち、非身分者の実現した不法と身分者の実現した不法は異なるのである。そうだとすると、刑法65条2項における「身分のない者には通常の刑を科する」との文言は、山口補足意見が述べるように、「身分がないことにより認められる処罰の必要性の相違を科し得る刑に反映させるため」のものであり、「法律上の減輕事由を定めるものではない」といえる。刑法65条2項を経由することで、公訴時効期間の基準となる「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」のである。

このように見ると、加減的身分犯の場合にも刑法65条1項を適用するべきではなく、身分が違法性を左右するのか責任を左右するのかの判断が容易でない点に照らせば、刑法65条1項は違法身分に関する規定であり、同条2項は責任身分に

関する規定だと解するのではなく、条文の規定形式を根拠に身分を決した上で、1項は構成的身分に関する規定であり、2項は加減的身分犯に関する規定だと解する方がよい。ただし、本事案において問題となった「業務上占有者」という身分のように、構成的身分の側面も加減的身分の側面も有する身分については、65条の適用方法につき、なお検討を要する。

なお、刑法65条1項の「共犯とする」との文言に関し、これは非身分者には狭義の共犯を成立させるという趣旨だと理解がある⁷⁾。身分の一身専属性を重視し、構成的身分犯の実行行為は身分者しか遂行できない点を強調する場合、こうした理解に至りうる。ただし、判例によれば、実行行為を自ら遂行しえない者すら共同正犯とされてしまうのであるから⁸⁾、刑法65条1項の「共犯」には、当然に共同正犯も含まれることになる⁹⁾。

三 業務上占有者という身分と刑法65条

判例は、身分犯における身分を「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」¹⁰⁾と広く解しており、ゆえに身分者はいわゆる特別義務者には限られず¹¹⁾、「業務上占有者」も身分犯における身分に含まれる。

判例上、業務上横領罪に加功した非身分者の罪責を決する際に、古くから刑法65条1項が適用されてきたことに照らせば¹²⁾、少なくとも、この「業務上占有者」が加減的身分のみを指すとは解されていない。かつ、判例上、従来から、非身分者は業務上横領罪の共犯だとされている点に照らせば¹³⁾、この「業務上占有者」という身分は、非身分者との関係では構成的身分のみを指すと解されていることになる¹⁴⁾。

そうだとすれば、上述のように、刑法65条1項は構成的身分犯、同条2項は加減的身分犯に関する規定だと解する場合、業務上横領罪に加功した非身分者には刑法65条1項のみが適用されるべきであり、同条2項は適用されなくてよいはずであろう。それにもかかわらず、本判決も含め、判例が、非身分者に刑法65条1項を適用した上で同条2項を適用し、非身分者は業務上横領罪の共犯であるが、「通常の刑」としての単純横領罪の刑を科せられるとしているのは、「他人

の物の占有者」たる身分を有する者が業務上横領罪に加功した場合の方が、非身分者が加功した場合よりも優遇される不合理を避けるため¹⁵⁾、本判決に即していえば、山口補足意見が述べるように、「占有者よりも類型的に可罰的評価（処罰の必要性）が軽くなるべきだと思われる非占有者について、横領罪の法定刑ではなく、業務上横領罪の法定刑を基準として公訴時効期間を決めることは、それを占有者については5年としながら、非占有者については7年とするという不均衡を認めることになり、相当でない」事態を避けるためだとしか解しえない。被告人に有利な解釈は罪刑法定主義に反しないというのであれば¹⁶⁾、そうした解釈は許されるのかもしれないが、この「業務上占有者」の理解および刑法65条の適用方法においては、「他人の物の占有者」という地位にすらないはずの非身分者に、「通常の刑」として単純横領罪の刑が科せられる点に疑問が残る。

なお、こうした判例の適用方法に対しては、（共犯者間での罪名従属性を考慮するあまり）非身分者に成立している罪名と科刑の分離が生じている点に批判が向けられる¹⁷⁾。例えば、暴行・傷害を共謀した者の一人が殺意をもって被害者を殺害した事案において、38条2項の解釈につき、「もし犯罪としては重い殺人罪の共同正犯が成立し刑のみを暴行罪ないし傷害罪の結果的加重犯である傷害致死罪の共同正犯の刑で処断するにとどめるとするならば、それは誤りといわなければならない」と述べた判例¹⁸⁾と矛盾するというのである¹⁹⁾。この点については、その判例がそのように述べたのは、刑法38条2項が「重い罪によって処断することはできない」と明文で定めているがゆえであり、「通常の刑を科する」と定める刑法65条2項にその射程は及ばないと解することもできよう。むしろ、その文言からすれば、刑法65条2項は、罪名と科刑が分離しうることを想定していると解することすらできる²⁰⁾。

しかし、上述のように、刑法65条2項が身分の有無に応じた処罰の必要性の相違を反映させる規定であるならば、その「身分のない者には通常の刑を科する」との文言は、身分のある者には身分に応じた刑が科されることを当然の前提としており、共犯者間の罪名従属性を緩和するものだと解されうるのであって²¹⁾、罪名従属性にこだわる必要はない²²⁾。すなわち、本事案のような業

業務上横領罪に非身分者が加功したケースでは、「業務上占有者」という身分を、横領罪の成立に必要な委託信任関係を基礎づける「他人の物の占有者」という構成的身分に「業務者」という加減の身分が追加された複合的身分だと解した上で、「業務上占有者」には業務上横領罪が成立し、非身分者には、刑法 65 条 1 項により単純横領罪が成立するのだと解してよいであろう²³⁾。両者の間で成立する犯罪が異なるのは、同条 2 項の「身分のない者には通常の刑を科する」との文言からして当然だと解して構わないはずである。この場合、罪名と科刑の分離は生じず、「他人の物の占有者」たる身分を有する者が業務上横領罪に加功した場合との不均衡も生じない。

四 おわりに

刑法 65 条 1 項および同条 2 項を適用して、業務上横領罪に加功した非身分者は、業務上横領罪の共犯であるが、単純横領罪の刑を科せられるとするやり方は、判例上すでに確立している。もっとも、「身分のない者には通常の刑を科する」ことで身分に応じた処罰の必要性の相違を反映させるのであれば、罪名従属性に固執する必要はないであろう。部分的犯罪共同説が採用される等²⁴⁾、罪名従属性が貫徹しえないことはすでに明らかなのである。

●——注

- 1) 原口和住「判批」新・判例解説 Watch (法セ増刊) 32 号 (2023 年) 213 頁以下。
- 2) 前田雅英代表編集『条解刑法〔第 4 版〕』(弘文堂、2020 年) 266 頁。
- 3) 代表的には、団藤重光『刑法綱要総論(第 3 版)』(創文社、1990 年) 418 頁。
- 4) 代表的には、西田典之『新版 共犯と身分』(成文堂、2003 年) 167 頁以下。
- 5) 例えば、葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』(有斐閣、2009 年) 300 頁 [葛原力三] は、業務上横領罪の「業務者」や常習賭博罪の常習性を責任身分だと解することに疑問を呈する。
- 6) 刑法 65 条に関する判例および学説の状況については、大塚仁ほか編『大コメンタール刑法〔第 3 版〕第 5 巻』(青林書院、2019 年) 757 頁以下、779 頁以下 [川端博]、西田典之ほか編『注釈刑法 第 1 巻 総論』(有斐閣、2010 年) 952 頁以下 [小林憲太郎] を参照。刑法 65 条 1 項を違法身分、同条 2 項を責任身分に関する規定だとする見解に対する批判につき、中山研一「西田典之『共

犯と身分をめぐる一考察(1)～(5・完)』法学協会雑誌 92 巻 3、6、12 号、96 巻 2、3 号 法時 52 巻 2 号 (1980 年) 142 頁以下も参照。

- 7) 例えば、松宮孝明「共犯と身分」中山研一ほか『レヴィジョン刑法 1 共犯論』(成文堂、1997 年) 117 頁以下。
- 8) 例えば、最決平 15・5・1 刑集 57 巻 5 号 507 頁。
- 9) この点に関する判例および学説状況につき、大塚ほか編・前掲注 6) 798 頁以下も参照。
- 10) 最判昭 27・9・19 刑集 6 巻 8 号 1083 頁。
- 11) そのように限定するものとして、例えば、松生光正「刑法第 65 条の『身分』概念について(2・完)」姫路 23 = 24 号 (1998 年) 114 頁以下。
- 12) 大判明 44・8・25 刑録 17 輯 1513 頁、大判大 15・5・29 刑集 5 巻 227 頁、大判昭 15・3・1 刑集 19 巻 63 頁。
- 13) 最判昭 32・11・19 刑集 11 巻 12 号 3073 頁。
- 14) 北野通世「判批」法学 42 巻 3 号 (1978 年) 122 頁以下、福田平「共犯と身分」法セ 269 号 (1977 年) 110 頁以下を参照。
- 15) 福山道義「共犯と身分」西原春夫ほか編『判例刑法研究 第 4 巻』(有斐閣、1981 年) 226 頁を参照。
- 16) 植松正「罪刑法定主義」日本刑法学会編『刑法講座 第 1 巻』(有斐閣、1963 年) 28 頁、木村亀二「罪刑法定主義」日本刑法学会編『刑事法講座 第 1 巻』(有斐閣、1952 年) 50 頁。
- 17) この点に関し、植田重正『『共犯と身分』について』佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰(上)』(有斐閣、1968 年) 488 頁を参照。
- 18) 最決昭 54・4・13 刑集 33 巻 3 号 179 頁。
- 19) 川端博ほか編『裁判例コメンタール刑法〔第 1 巻〕』(立花書房、2006 年) 609 頁以下 [西田典之]。
- 20) そのような判例として、大判大 7・7・2 新聞 1460 号 23 頁、大判大 9・6・3 刑録 26 輯 382 頁、最判昭 31・5・24 刑集 10 巻 5 号 734 頁。
- 21) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1972 年) 376 頁を参照。さらに、松宮孝明『刑法総論講義〔第 5 版補訂版〕』(成文堂、2018 年) 304 頁も参照。和田俊憲「共犯と身分」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、2007 年) 105 頁は、「従属性の緩和は、共犯の方が重くなる分について正犯なき共犯を認めるもの」だと批判する。
- 22) そうした判例として、大判大 2・3・18 刑録 19 輯 353 頁、大判大 3・5・18 刑録 20 輯 932 頁、大判大 7・6・17 刑録 24 輯 844 頁、大判大 12・2・22 刑集 2 巻 107 頁、最判昭 42・3・7 刑集 21 巻 2 号 417 頁。
- 23) 平野・前掲注 21) 373 頁以下。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013 年) 419 頁以下も参照。
- 24) 例えば、最決平 17・7・4 刑集 59 巻 6 号 403 頁。

* 付記 本稿は、JSPS 科研費(研究課題番号:19K13549)の助成を受けたものである。