

# 共犯の錯誤に関する諸問題

## 関 根 徹

### 1 はじめに

周知のように、共犯の錯誤とは共犯者の認識した事実と実際に発生した事実<sup>(1)</sup>に食い違いが生じた場合である。この共犯の錯誤は、従来、単独犯の錯誤理論を応用することによって解決されるとされてきた<sup>(2)</sup>。しかし、これまで共犯の錯誤の問題として扱われてきた<sup>(2)</sup>わゆる共犯の過剰の問題も、東京高判昭和六〇年九月三〇日判タ六二〇号二一四頁や東京地判平成七年一〇月九日判時一五九八号一五五頁などをきっかけに、共犯の錯誤の問題として論じる前に、共謀の射程内かどうか<sup>(3)</sup>ということを論じるべきであるということが指摘されるようになるなど、議論の状況が変化が生じてきている。共犯の錯誤の問題は正犯と共犯が絡む複雑な問題であり、これに関するまだ十分に議論されていない問題があるように思われる。本稿では、そうした問題のうち、間接正犯の故意で教唆の事実を実現した場合及び二重の身分犯における共犯の錯誤という二つを検討していくことにする。

なお、本稿では、共犯の錯誤における共犯には、従来の議論と同様、共同正犯も含まれ、また共同正犯には共謀共同正犯も含まれるということ为前提として検討していく。

## 2 間接正犯の故意で教唆の事実を実現した場合について

### (1) 問題提起

松山地判平成二四年二月九日判タ一三七八号二五一頁は、被告人が、造成地において、情を知らない中古車販売業者甲らをして、同所に駐車中の乙所有の全油圧式パワーショベルユニボ一台を同所から運搬させて窃取したという訴因に対して、以下のように判示した(以下ユニボ事件)。まず、甲の非知情性について、「被告人が権利者から処分権限を与えられていなかったことを甲が知らなかった事実については証明がない」とし、「甲は自ら規範の障害に直面しているというべきであるから、もはや被告人が『情を知らない』甲を道具として使用したと評価することはできない。また、甲は被告人のことをある程度恐れていたことがうかがわれるが、これを超えて、被告人が甲の行為を支配していたと認めるべき根拠はなく、かえって、甲は本件ユニボの売却代金の過半を手に行っているのであるから、甲が幫助犯にとどまるということではなく、被告人をもって故意ある幫助的道具を使った間接正犯に問うこともできない。他に被告人の甲に対する処分依頼行為が窃盜の間接正犯(単独犯)としての実行行為に該当するというべき事情も見当たらないから、被告人の行為が窃盜の間接正犯に当たるといふ検察官の主張は、採用できない。」とした。そして、本件の正犯について、「甲が被告人に処分権限なきことを知りながら、乙社に対して本件ユニボを売却し、情を知らない同社従業員らにその搬出を依頼した行為は、窃盜(間接正犯)の実行行為に該当するから、甲は、窃盜の正犯に当たるといふべきである。」とし、「被告人が甲に正犯意思があったことを認識していれば、黙示の共謀(共同実行の意思)を認定することができ、窃盜の共謀共同正犯に当たるといふべきであるが、被告人が甲の正犯意思を認識していない場合は(すなわち、間接正犯の故意であった場合は)、被告人は、甲に本件ユニボの売却方を依頼し、その結果、甲が本件ユニボを売却するという窃盜の実行行為に及んでいるのであるし、間接正犯の故意はその実質において教唆犯の故意を包含すると評価すべきであるから、刑法三八条二項の趣旨により、犯情の軽い

窃盗教唆の限度で犯罪が成立すると認められ、「被告人が甲の正犯意思を認識していたか否かを確定することは取調べ済みの全証拠をもってしても不可能であるから、結局、犯情の軽い窃盗教唆の限度で犯罪の成立を認めるべきである。」とした。

以上のとおり、松山地裁は、被告人は甲を道具として窃盗に利用しようとしたのであるが、甲は被告人はユニボの処分を所有者から依頼されていないという情を知っていて、甲に道具性が欠如していたという事案について、甲が情を知ったことを被告人が認識していたのであれば、黙示の共謀が成立するため、窃盗の共謀共同正犯が認められるが、甲が情を知ったことを認識していなかったのであれば、窃盗の間接正犯の故意で窃盗の教唆を行った場合として、窃盗の教唆が認められるにすぎないとした。この松山地裁判決は、従来、教唆形態の関与行為について、それらのうちのほとんどが共謀共同正犯として処理され、教唆犯が認められるのは犯人蔵匿や証拠隠滅罪を中心にわずかであった実務において、教唆犯が認められた事例として重要であると評価する見解も見られる。<sup>(4)</sup>しかし、この松山地裁の結論は妥当であると言えるのであろうか。

松山地裁は、甲が情を知ったことを被告人が認識していたのであれば、黙示の共謀が成立するため、窃盗の共謀共同正犯が認められるとする。判例における共謀共同正犯の成立要件は、一般に、共謀、一部の者による実行及び正犯意思の三つであるとされている。<sup>(5)</sup>松山地裁は、黙示の共謀が成立すれば、共謀共同正犯が認められることから、共謀共同正犯の成立要件のうち、一部の者による実行と正犯意思は認められることになる。したがって、松山地裁の判断によると、一部の者による実行と正犯意思は認められたとしても、被告人と甲の間に共謀が認められなければ、教唆犯になるということになる。しかし、甲を道具として一方的に利用しようとしたが、甲に道具性が認められない場合には教唆犯にしかならないのに、当初から甲と共同で行う意思で甲に事情を話して、甲に実行させた場合には、教唆犯よりも重い共謀共同正犯となるというのは妥当であろうか。この結論は、間接正犯というより強い正犯意思を持つ場合の方がかえって教唆犯という正犯よりも軽い共犯の責任を負うというものであり、妥当であるとは言えないと思われる。しかも、甲が被告人にユニボの所有者から処分権が与えられていないという事情を知ったということは、被告人にとっては偶然の事情である。行っていることが同じであるのに、このような偶然の事情により、甲を一方的に利用す

る被告人の行為が、当初から被告人が甲に事情を話した場合と比べて軽くなる教唆犯になるというのは、なおさら疑問に思われる。結論の妥当性という点でみると、松山地裁は、被告人の行為について、甲の窃盗との共謀共同正犯を認めるべきであったように思われる。

また、この松山地裁判決は、これまでの共謀共同正犯に関する最決平成一三年一〇月二五日刑集五五卷六号五一九頁（以下では平成一三年決定）に反するようにも思われる。これは、自宅にいた長男B（当時二歳一〇か月、中学一年生）に対し、覆面をし、エアガン突き付けて脅迫するなどの方法によりA女から金品を奪い取ってくるよう指示命令したのであるが、これを承諾したBは、被告人から指示された方法によりA女を脅迫したほか、自己の判断により、A女のスナック出入口のシャッターを下ろしたり、「トイレに入れ。殺さないから入れ。」などと申し向けて脅迫し、同スナック内のトイレに閉じ込めたりするなどしてその反抗を抑圧し、A女所有に係る現金等を強取したという事案である。この事案について、最高裁は、「本件当時Bには是非弁別の能力があり、被告人の指示命令はBの意思を抑圧するに足る程度のもではなく、Bは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したことなどが明らかである。これらの事情に照らすと、所論のように被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは、認められない。そして、被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Bに対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Bが奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく共同正犯が成立するものと認められる。」とした。この平成一三年決定によれば、間接正犯が否定された場合、直ちに教唆犯となるのではなく、まず共謀共同正犯の成否を検討し、これが否定された場合に初めて教唆犯が認められることになる。<sup>(6)</sup>確かに、ユニボ事件でも、松山地裁は共謀共同正犯の成否を検討し、これを否定した上で教唆犯を認めてはいる。しかし、その論理は、共謀が認められないことから共謀共同正犯を否定し、間接正犯の故意で教唆の事実を実現した場合として、教唆犯になるというものである。平成一三年決定に従うならば、間接正犯と教唆犯の間に共謀共同正犯という類型があるのだから、被利用者を道具として利用しようとしたが、被利用者に道具性が認められない場合には、直ちに間接

正犯の故意で教唆の事実を実現した事例として教唆犯の成立を認めるのではなく、まず、一部の者による実行と利用者の正犯意思が認められるかどうかということを検討し、これらが肯定される場合には間接正犯の故意で共謀共同正犯の事実を実現した事例として、共同正犯の成否を検討するべきであるように思われる。共謀共同正犯を否定する見解によれば教唆犯となるべき事例を、共謀共同正犯肯定説は共同正犯に取り込んでいるということを考えれば、共謀共同正犯を肯定する判例の立場では、利用者が被利用者を道具として利用しようとしたが、被利用者は事情を知っていて、これに道具性が認められない場合には、利用者については間接正犯の故意で共謀共同正犯の事実を実現した事例として把握するべきであろう。<sup>(7)</sup>

(2) 間接正犯の故意で共謀共同正犯の事実を実現した事例

以上より、被利用者を道具として利用しようとしたが、被利用者が事情を知っていて、これに道具性が認められない場合、少なくとも、利用者は共同正犯としての責任を負うべきであると思われる。<sup>(8)</sup>問題はその理論構成であるが、大きく二つの見解が想定されうる。すなわち、一つは共謀共同正犯を肯定し、利用者を共謀共同正犯とする見解であり、もう一つは共謀共同正犯を否定しながら、利用者を共同正犯とする見解である。以下順に検討する。

① 共謀共同正犯を肯定し、利用者を共謀共同正犯とする見解

共謀共同正犯を肯定し、利用者を共謀共同正犯とする見解は、錯誤論により、間接正犯と共謀共同正犯の符合を認めようとするものである。すなわち、利用者が被利用者を道具として利用しようとしたが、被利用者が事情を知っていたため、これに道具性が認められない場合には、間接正犯の故意で教唆の事実を実現した場合として錯誤論により間接正犯と教唆犯の符合を認め、軽い教唆犯の成立を認めるという処理をする前に、間接正犯の故意で共謀共同正犯の事実を実現した場合として錯誤論により間接正犯と共謀共同正犯の符合を認め、軽い共謀共同正犯の成立を認めることができなのかが検討されるべきであるとするもの

である。<sup>(9)</sup>この場合、前述の共謀共同正犯の成立要件のうち、一部の者による実行と正犯意思は認められるが、利用者と被利用者の間には共謀が認められない。ユニボ事件の被告人は、自らにユニボの処分権がないことを秘して甲にユニボの処分を依頼していることから、ユニボの窃取についての共謀は成立していないことになる。したがって、共謀共同正犯を肯定し、利用者を共謀共同正犯とする場合に問題となるのは、犯罪についての共謀をどのように認めるのかということである。

共謀共同正犯に関するリーディングケースとされている最判昭和三十三年五月二十八日刑集一二巻八号一七一八頁（以下練馬事件判決）は、「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがって右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。」と判示した。この練馬事件判決は、「謀議」又は「通謀」の存することは、実行行為に関与しない共同者をも共同正犯としての責任を負わせるために必要な条件ではあるが、それは単なる主観的要件に止まるものではなく、実行共同正犯の客観的要件である「二人以上の実行行為の分担」にも比すべきもので、共謀共同正犯の客観的要件でもあると解すべきである」とし、客観的謀議説を採用したものであるとする見方がある<sup>(10)</sup>、これに賛同する見解もある<sup>(11)</sup>。

しかし、いわゆるスワット事件に関する最決平成一五年五月一日刑集五七巻五号五〇七頁は具体的な謀議行為が存在しなくても共謀共同正犯が認められた事例とされており、練馬事件判決において客観的な謀議行為が認定されたのも事案に即した説示であった。共謀共同正犯において謀議行為を不可欠の要素とするものではないということが指摘されている<sup>(12)</sup>。実務上共謀共同正犯が問題となる事案では、「共謀の内容をなす緊密な意思連絡が時間の経過とともに徐々に醸成され、これを特定の日時、場所における謀議行為として把握できない場合や、諸般の事情から緊密な意思連絡が成立していることは明らかであるが被告人の黙秘等により謀議行為の経過が判明しない場合も少なくない」<sup>(13)</sup>場合が多いことから、謀議行為までも要求するのは適切ではなく、実行共同正犯にお

ける共謀が実行行為時の共同実行の意思の連絡と理解されていることと統一的に共謀共同正犯における共謀を理解するべきであるとして、共謀共同正犯における共謀も、実行行為時の共同実行の合意として理解されている。<sup>(14)</sup>そこで、被利用者を道具として利用しようとしたが、被利用者が事情を知っていたため、これに道具性が認められない場合、この共同実行の合意をどのようにして認めるのかということが問題となる。

まず、共同実行の合意について検討する前提として、間接正犯を意図した者に、共謀共同正犯の故意を認めることができるのかということが問題となる。間接正犯は利用者が媒介者を完全に支配する場合あるいは媒介者に規範的障害がない場合であり、間接正犯の故意は規範的障害のない媒介者を利用して結果をもたらすということの認識である。他方で共謀共同正犯は、媒介者に規範的障害がある場合であり、共謀共同正犯の故意は規範的障害のある媒介者を利用して結果をもたらすということの認識である。したがって、間接正犯の故意と共謀共同正犯の故意は、媒介者を使って犯罪結果をもたらすという点で符合していることから、<sup>(15)</sup>間接正犯の故意には共謀共同正犯の故意を含むことができる。

次に、共同実行の合意についてであるが、共同実行の合意が認められるためには、共同犯行の認識以上の緊密な意思連絡が必要とされている。<sup>(16)</sup>松澤教授は、この意思連絡について、そのプロセスを三段階に分けて理解することができるとする。すなわち、①誘致者が意思を発信する、②被誘致者がその意思を受信する、③被誘致者が意思を受信したことを誘致者に伝えるという三段階が、これである。従来の意思連絡を必要とする見解は、これらのうちのすべてを必要としていたが、松澤教授は、共謀が認められるためには、①誘致者が意思を発信し、②被誘致者がその意思を受信したことまでは必要であるが、③被誘致者が意思を受信したことを誘致者に伝えるということまでは必要ないとし、被誘致者が誘致者の行為を認識していれば、共犯・共同正犯は成立するとする。<sup>(17)</sup>したがって、この見解によれば、被利用者を道具として利用しようとしたが、被利用者が事情を知っていたため、これに道具性が失われた場合でも、被利用者が情を知った時点で、利用者の意思を受信したものと考えることができ、意思連絡も認めることができることから、間接正犯と共謀共同正犯の間で符合を認めることができ、結論的に共謀共同正犯を認めることができることになる。

しかし、この松澤教授の見解は、近時の共謀共同正犯に関する最高裁判例に対して厳しい批判もなされている中で、意思連絡の要件を緩めてしまうことに問題があるように思われる。そこで、従来の共謀概念は共謀概念としてそれを維持しつつ、間接正犯の故意を有する者に共謀共同正犯を認めることはできないのかということを検討するべきであるように思われる。<sup>(19)</sup>

確かに、ユンボ事件の被告人は、ユンボの処分を所有者から依頼された旨述べて、処分権があるかのように装って、甲に処分を依頼していることから、被告人と甲の間には窃盜の共謀についての意思連絡がなされたということではできない。しかし、事実としてみた場合、被告人はユンボの処分を依頼し、甲もこれに応じていることから、ユンボの処分という点についての意思連絡は認められる。そして、被告人は、自己にユンボの処分権がないことを前提に、所有者から頼まれた旨を述べてユンボの処分を甲に依頼したのであって、被告人には、甲を利用して窃盜を行う意思が認められる状況にある。これは、例えば、被告人自身がユンボの処分権を持っているという錯誤に陥っていたことから、甲にユンボの処分を依頼したというような被告人自身に窃盜の意思が認められず、意思連絡が否定されるような場合とは事情が異なるものである。そうすると、窃盜の間接正犯として甲を一方的に利用する意思で被告人が甲にユンボの処分を依頼し、甲がこれに応じたということをもって、窃盜の共謀における意思連絡という要件を補てんすることができないかと思われる。このように考えると、本来存在しない共謀における意思連絡を擬制することになるとの批判が考えられる。しかし、間接正犯と共謀共同正犯を比べた場合、直接的な結果惹起と評価される間接正犯のほうが、間接的な結果惹起と評価される共謀共同正犯よりも重いこと<sup>(20)</sup>から、この考え方は、重い間接正犯の意思で利用する際に認められる被利用者との意思連絡をもって、軽い共謀共同正犯における共謀の意思連絡を補てんし、重い間接正犯の意思をもつ利用者に軽い共謀共同正犯を認めようとするものである。したがって、全く存在しない共謀を擬制するものではなく、また、軽い犯罪についての意思連絡をもって重い犯罪についての意思連絡を擬制するものでもない。存在しない意思連絡を擬制しているという批判は、この考え方には妥当しいと思われる。以上より、共同実行の合意の要件も充足すると考えることができることから、共謀共同正犯概念を肯定する以上、従来、間接正犯の故意で教唆の事実を実現した場合とされてきた事例は、間接正犯の故意で共謀共同正犯の事



実を実現した事例として理解し、利用者に共謀共同正犯が認められるべきである。

② 共謀共同正犯を否定しながら、利用者を共同正犯とする見解

以上のように、共謀共同正犯を肯定する場合には、ユニボ事件を間接正犯の故意で共謀共同正犯の事実を実現した事例として理解し、被告人に窃盜の共謀共同正犯の責任を負わせることが可能であるが、他方で共謀共同正犯を否定しながら、ユニボ事件の被告人に共同正犯の責任を負わせることはできないであろうか。この点で参考になるのは、廃棄物投棄事件に関するドイツ連邦通常裁判所の判決である。<sup>(21)</sup>その事案は、H株式会社(21)が、重金属を含む特殊廃棄物を家庭ごみとともに処理することができただけに、廃棄物の処理の正犯であるとして、許可を与えるよう県知事に提案した公務員である被告人が、三二六条一項三号の環境を危殆化する廃棄物の処理の正犯であるとした。その際、連邦通常裁判所は、事実に関して、二つのバリエーションが考えられるとした。すなわち、一つは、H株式会社の責任者が、運ぼうとしていた廃棄物から重金属などを確実に分離してから運ぶということが不可能であると認識していた場合であり、もう一つは、その責任者が県知事から得た許可の通知が適法であると信じていた場合が、これである。連邦通常裁判所は、前者の場合であれば、被告人が共同正犯になるのかどうかという判断は、被告人が行為を自己のものとして意欲していたのかどうかということによりなされるとし、予備行為への関与によっても共同正犯となりうるとした連邦通常裁判所の

判例に依拠して、被告人と日株式会社との責任者の間に黙示の合意が認められ、実行行為を行わなかった被告人も共同正犯になるとした。<sup>(23)</sup> 他方で後者の場合には、直接の実行者としての日株式会社について、構成要件該当行為がそのものがすでに欠如するか、日株式会社は行政行為への従属性の原則が適用される状況で行為したこと、その行為が客観的に正当化されるか、又は、少なくとも、許容構成要件の存在に関する故意を阻却する禁止の錯誤にあったことが認められることから、被告人は間接正犯になるとした。

この連邦通常裁判所の判例に従うならば、ユニボ事件の被告人も、共同正犯の責任を負うことになると思われる。ユニボ事件の被告人は、まず、ユニボの処分を所有者から依頼されたとして、甲にユニボの搬出を依頼し、被告人自ら自動車を運転してユニボを探しに行くなど予備行為に関与している。そして、前述のように、正犯意思も認められる。したがって、甲が被告人に所有者から処分の依頼がなかったということを認識していた場合、事実としては、教唆の事実ではなく、共同正犯の事実であるということになり、結局、共謀共同正犯を否定したとしても、ユニボ事件を、間接正犯の意思で共同正犯の事実を実現した事例として理解することができる。この場合、共謀共同正犯肯定説に従って検討した際に示した通り、甲を道具として利用する意思でユニボの処分を依頼し、これに甲が応じたということをもって、被告人と甲との窃盜の合意を補てんすることができるため、被告人は窃盜の共同正犯の責任を負うと考えるべきであろう。このように、共謀共同正犯を否定したとしても、連邦通常裁判所の判例のように、共同正犯になるのかどうかということを、被告人が行為を自己のものとして意欲していたのかどうかという基準により判断するのであれば、ユニボ事件についても、間接正犯の故意で共同正犯の事実を実現した事例として、軽い共同正犯を認めることができるのである。

(3) まとめ

以上検討してきた通り、正犯と共犯を正犯意思が認められるかどうかということにより区別するいわゆる主観説に従うならば、ユニボ事件は、共謀共同正犯概念を肯定するか否かということにかかわらず、被告人は共同正犯として評価されるべき事案であっ

たのである。

### 3 二重の身分犯における共犯の錯誤について

#### (1) 問題提起

例えば、業務上物を占有するAと占有していないBが、その物を領得しようと共謀したが、その後Aが占有を喪失し、Cが占有するようになった後、Aがその物を領得したという場合、Aに窃盗罪が成立することには問題がない。問題はBについてである。AとBの間では業務上横領罪が共謀されたことになるのであるが、Aが実際に行つたのは窃盗罪である。この場合にBはどのような責任を負うのであろうか。判例によるならば、業務上横領罪に非身分者が関与した場合、非身分者には六五条一項により業務上横領罪の共同正犯が成立することから、Bは業務上横領罪の認識を有していたことになる。<sup>(24)</sup>そして、客観的にはAは窃盗罪を行つたことから、この事例は、業務上横領罪の故意で窃盗罪の事実を実現した事例ということになる。この場合、窃盗罪には五〇万円以下の罰金が規定されているため、業務上横領罪の方が窃盗罪よりも重いと考えれば、重い犯罪の意思で軽い犯罪の事実を実現した場合になる。したがって、三八条二項により、業務上横領罪では処断できず、抽象的事実の錯誤として業務上横領罪と窃盗罪の間で符合を認めることができれば、軽い窃盗罪が成立することになる。しかし、この結論には疑問がある。

仮にAが占有を喪失しなかつた場合、判例によれば、Bにも業務上横領罪が成立するが、その刑は六五条二項により、単純横領罪の刑、すなわち五年以下の懲役が科されることになる。ところが、Aが占有を喪失すると、窃盗罪になり一〇年以下の懲役が科されることになるが、横領罪と窃盗罪の間には加減の身分の関係が認めることができないため、六五条二項により単純横領罪の刑を科すことができなくなる。Aが窃盗罪よりも重い業務上横領罪を行えば、Bは少なくとも単純横領罪の刑になるのに対し、Aが業務上横領罪よりも軽い窃盗罪を行うと、Bは窃盗罪の刑になって、かえって重くなる。Aが物の占有を喪失するというBに無関

係の事情により、Bの刑が一〇年になったり、五年になったりするのは疑問であろう。何らかの形で単純横領罪の刑を科すことができるような解決を模索するべきであると思われる。この場合、確かに犯罪の成立については窃盗罪を認め、量刑で単純横領罪と考えて五年以下の懲役にするということも考えられるが、五年以下の懲役ということが保障されていない点でやはり問題がある。解釈論的に単純横領罪の刑を科すことができるようにするべきであろう。<sup>(26)</sup>

この問題に対しては、二つの解決方法が考えられる。すなわち、業務上横領罪の身分の解釈により解決する方法と、窃盗罪と業務上横領罪の關係により解決する方法が、これである。以下順に検討する。なお、検討の前提として、六五条一項の「共犯」に含まれる共犯形式は何かという問題があり、共同正犯のみ含まれるとする見解<sup>(27)</sup>、共同正犯は含まれず、教唆犯及び従犯が含まれるとする見解<sup>(28)</sup>及び共同正犯、教唆犯及び従犯のうちのすべてが含まれるとする見解<sup>(29)</sup>があるが、本稿では第三説にしたがい、すべての共犯形式が含まれるとする前提で検討する。また、共同正犯には共謀共同正犯も含まれる。<sup>(30)</sup>

## (2) 業務上横領罪の身分による解決

業務上横領罪に非占有者が加功した場合、判例は、前述のように、六五条一項により業務上横領罪が成立し、身分のない非占有者には六五条二項により単純横領罪の刑が科されるとしている。この見解は、六五条一項と二項の關係について、一項を真正身分犯、不真正身分犯を通じて共犯成立の規定、二項を不真正身分犯についての科刑の規定と理解する見解<sup>(31)</sup>に親和性があり、六五条一項を真正身分犯についての規定、二項を不真正身分犯についての規定と理解する判例の見解と一貫しないようにも見える。<sup>(32)</sup>「しかし、他人の物の非占有者が業務上横領罪に加功する行為自体は、本来、単純横領罪に該当しないものであり、殺人行為や賭博行為が、直系卑属、賭博常習者などの身分を有しない者にとっても、直ちに犯罪となるのとは趣を異にするから、業務上横領罪は一種の真正身分犯でもあるとみるべきであろう」と<sup>(34)</sup>とされている。問題は、業務上物を占有する者という身分のうち、いかなる身分が真正身分になるのかということであるが、判例は、業務上物を占有する者という身分を、「物の占有者」と「業務者」という二つに分けて

二重の身分犯として理解するのではなく、「業務上の物の占有者」という身分全体を一つの身分にとらえ、これを真正身分と理解しているのではないかと思われる。<sup>(35)</sup>このように理解すると、業務上横領罪は、それ自体真正身分犯として理解されることになり、その結果、業務上の物の占有者の横領行為に非占有者が加功した場合には、六五条一項により、業務上横領罪が成立することになる。<sup>(36)</sup>そして、業務上物の占有者を一つの真正身分と理解するならば、本来は、非占有者について業務上横領罪の成立を認めればそれで充分であると思われるが、<sup>(37)</sup>業務上の占有者と単純占有者が共同で横領した場合には、六五条二項により単純横領罪になることから、非占有者が業務上横領罪に加功した場合も、その違法性はせいぜいのところ、単純横領罪までの違法性しか認められないこと、及び、非占有者が業務上横領罪に加功した場合に単純横領罪の刑にしないと、単純占有者が単純横領罪になると比べて非占有者が重く処罰されることになることから、刑は単純横領罪の限度にとどめたものと解される。この判例の立場によると、非占有者が業務上横領罪に加功した場合の非占有者の行為の構成要件該当性は、業務上横領罪であり、したがって、前述のとおり、業務上横領罪の方が窃盗罪よりも重いと解すると、非占有者たる前述のBには軽い窃盗罪が成立することになり、単純横領罪の刑を認めることができないう結論になる。この結論に問題があるということは、前述したとおりである。

以上のように業務上の物の占有者を一つの身分として理解すると妥当な結論に至らないのであれば、この身分について異なる理解により解決するべきであるということになる。業務上横領罪の身分について、業務上の物の占有者を一つの身分とする理解の他に、「業務者」だけを身分として理解する見解及び業務上の物の占有者を「物の占有者」と「業務者」の二つに分けて理解する見解が考えられる。さらに、後者の理解による場合には、六五条一項を真正身分犯の規定、二項を不真正身分犯の規定と理解する見解に從う解決法と一項を違法身分、二項を責任身分の規定と理解する見解に從う解決法が考えられる。以下順に検討する。

① 業務者だけを身分として理解した場合

この見解は、単純横領罪と遺失物等横領罪の関係を、旧刑法における「『遺失物埋蔵物に関する罪』の規定を基礎にして、これに

受寄財物に関する罪の規定を合した」という現行刑法の提案理由から、二五四条の遺失物等横領罪に二五二条の単純横領罪を加えたものとして、遺失物等横領罪を横領罪の基礎として理解する。その上で、両罪の法定刑の差が大きい根拠を、「委託物」と「占分離脱物」という客体の差に求める。この場合、単純横領罪は身分犯ではなくなることから、単純横領罪の共犯には六五条一項を適用することが不要になる。<sup>(38)</sup>このように単純横領罪を身分犯として理解しないのであれば、業務上横領罪は二重の身分犯ではなくなり、業務者という身分だけが要求される身分犯ということになる。したがって、単純占有者と業務上の占有者の共犯の場合には、六五条二項だけが適用されることになる。<sup>(39)</sup>この理解を前提にするならば、前述のA及びBについては、六五条二項により、業務者という身分を有するAには業務上横領罪が成立し、業務者という身分がないBには単純横領罪が成立し、その刑が科されることになると思われる。六五条二項の通常の刑は、非占有者であるBの場合遺失物等横領罪を意味すると考えることもできると思われるが、Bが単純横領罪に関与した場合に単純横領罪が成立することを考えると、Bが業務上横領罪に関与した場合にはなおさらBの行為に単純横領罪の違法性を認めることができ、通常の刑は単純横領罪を意味すると考えるべきであろう。また、罪名と科刑の分離を回避するため、成立する犯罪も単純横領罪ということになる。<sup>(40)</sup>したがって、Bの主観は単純横領罪ということになり、AとBの間で業務上横領罪を共謀したが、Aが窃盗を実行した場合、Bについては、単純横領罪の主観で、窃盗罪を実現した事例になる。単純横領罪と窃盗罪では、単純横領罪のほうが軽いことから、三八条二項により窃盗罪で処断することはできず、単純横領罪と窃盗罪の間で符合が認められるのであれば、Bは軽い単純横領罪の責任を負うことになる。

② 業務上横領罪を物の占有者と業務者という二重の身分犯として理解した場合

業務上横領罪における業務上の物の占有者を、物の占有者と業務者の二つの身分に分けた場合、六五条一項と二項の関係をどのように理解するかということにより、二つの解決方法が考えられる。まず、六五条一項を真正身分犯の規定、二項を不真正身分犯の規定と理解した場合である。周知のように、物の占有者が構成的身分すなわち真正身分になり、業務者が加減的身分すなわち

不真正身分になるので、この見解によるならば、前述のA及びBは、一項により物の占有者という身分についての単純横領罪の共同正犯になり、業務者という身分を有するAだけが業務上横領罪の責任を負うことになる。したがって、前述のとおり、Bは単純横領罪の主観で、窃盗罪を実現したことになり、単純横領罪と窃盗罪の間で符合が認められるのであれば、Bは単純横領罪の責任を負うことになる。

次に、六五条一項と二項の関係について、六五条一項を違法身分、二項を責任身分に関する規定と理解した場合である。物の占有者という身分は横領罪の法益である所有権の侵害に関する身分であることから、違法身分であり、六五条一項によりAとBは単純横領罪の共同正犯になり、他方で、業務者という身分は責任身分であることから、六五条二項によりAだけに業務上横領罪が認められることになるであろう。<sup>(4)</sup>したがって、Bは単純横領罪の主観で、窃盗罪を実現したことになり、この理解によっても、単純横領罪と窃盗罪の間で符合が認められるのであれば、Bは軽い単純横領罪の責任を負うことになる。

### (3) 業務上横領罪と窃盗罪の関係で解決する場合

以上は、業務上横領罪と窃盗罪の関係について、罰金を選択刑として有する窃盗罪が軽いということを前提にして解決しようとするものである。しかし、そもそも窃盗罪は業務上横領罪よりも軽いのであろうか。確かに、刑法一〇条によれば、罰金を選択刑として規定する窃盗罪の方が業務上横領罪よりも軽い。また、明治四〇年の現行刑法に改正された当初の業務上横領罪の刑は、一年以上一〇年以下であり、当時の窃盗罪の刑が一〇年以下であったことから、業務上横領罪の方が重くなっていた。<sup>(42)</sup>明治四〇年当時の業務上横領罪に関する政府案理由書によれば、明治四〇年当時業務上横領罪の刑が一年以上一〇年以下とされたのは、「現行法ハ受奇財物ニ關シ業務上他人ノ爲メニ占有スル場合ト否ラサルトノ區別を爲サスト雖モ業務ニ因リ他人ノ爲メニ物ヲ占有スル場合ハ通常ノ場合ト異ナリ自ラ保管ノ責アルノミナラス一方ニハ交通取引ヲ妨ケ社會ノ信用ヲ害スルコト甚大ナルヲ以テ本案は此二者ヲ區別シ格別ノ規定ヲ設ケ」、業務上他人の物を占有する者が横領した場合には、「其罪状重キヲ以テ特ニ本條ニ於テ之ヲ規定シ其

刑ヲ重ク」したからであるとされている。このように、業務上横領罪については、明治四〇年の改正当時、単に保管の責任に違反するといふ個人的な側面だけでなく、交通取引を妨げ社会の信用を害するといふその社会的な側面も考慮されていたようであり、そして、その点に業務上横領罪が加重される根拠が見出されている<sup>(43)</sup>。また、大判大正三年六月一七日刑録二〇輯二二四五頁も、「刑法ニ於テ業務上ノ横領行爲ヲ特ニ重ク處罰スル所以ノモノハ普通ノ横領ニ在リテハ他人ノ物件ヲ保管スルヲ以テ常業トスルモノニ非ス唯個々單獨ニ保管スルモノナルカ故ニ縦令其保管ノ義務ニ違背シ横領行爲ヲ敢テスルカ如キコトアルモ其被害ノ範圍自ラ限局セラルル所アリト雖トモ之ニ反シ他人ノ物件ヲ保管スルヲ以テ常業トナシ居常其事務ニ従事スルモノニシテ若シ這般横領行爲ヲ敢テスルカ如キコトアランカ其法益侵害ノ範圍頗ル多岐ニ亘リ社会ノ信用ヲ害スルノ大ナルコト普通横領罪ト同日ノ談ニ非ス」としている。その後、大正一〇年に、一年の懲役を科すのが重すぎるような軽微な横領事件に対処するため、「一年以上」という四字を削除したため<sup>(44)</sup>、平成一八年改正の際に、五〇万円以下の罰金が二三五条に規定されるまで同一の法定刑になった。さらに、「一年以上」を削除した後の大判昭和一三年三月九日刑集一七卷一八一頁も、「業務關係ニ依ル保管金品ノ不正領得カ個人的信用關係ヲ主トスル單純ナル保管金品ノ不正領得ニ比シ其ノ性質上法益侵害ノ範圍多岐ニ互リ社会ノ信用ヲ害スルコト極メテ大ナルト此ノ種犯罪ハ頻發ノ虞極メテ多キヨリシテ一般警戒上法定刑ヲ重クシタ」とする。この見解は、多数人の信頼を害し、法益侵害の範囲が広いことを業務上横領罪の加重処罰の根拠としている<sup>(45)</sup>。この見解によれば、平成一八年改正で二三五条に罰金が規定される前であっても、法益侵害の範囲が限定される窃盜罪よりも、業務上横領罪の違法性の方が重いことになり、したがって、窃盜罪よりも業務上横領罪の方が重かつたことになる。その後、平成一八年改正後に窃盜罪に罰金刑が導入された後であれば、なおさら業務上横領罪の方が窃盜罪よりも重いということになる。この見解によるならば、前述のとおり、業務上横領罪の身分について、業務者だけを身分と理解するか、又は、物の占有者と業務者の二つの身分に分けて理解して六五条二項を適用するべく解釈することになる。

他方で、業務上横領罪の加重処罰の根拠について、他人の物を占有する業務を行う者は横領罪を犯す可能性が高いため、一般予防の見地から責任を加重する趣旨で特に重い刑が科されるとする見解が主張されている<sup>(46)</sup>。この見解によれば、單純横領罪と業



務上横領罪は、主体が業務上の占有者であるのか、それとも単純占有者であるのかという点で異なる他は、同一であるということになる。<sup>(47)</sup>そして、単純横領罪が五年以下と軽く処罰される根拠が、「自己の支配内にある他人の財物の領得は、他人の支配を排斥して実行する領得に比べて、形態において平和的であり、動機において誘惑的であ」り、「しかも、その誘惑は被害者の軽率が原因となつてるのであり、また、被害者がこれを防止することも容易だという事情が付け加えられる」という点に求められるのであれば、これは業務上横領罪でも同じであると思われる。したがって、この見解によれば、平成一八年改正前の窃盗罪の刑と業務上横領罪の刑が同一であった時、他人の支配を害する点で、窃盗罪の方が業務上横領罪よりも重かつたことになり、平成一八年改正前の時点では窃盗罪の方が業務上横領罪よりも重いと解することは十分に可能であつたと思われる。

以上のように平成一八年改正前に窃盗罪の方が業務上横領罪よりも重いと解することが可能であつたとしても、問題は、平成一八年改正により窃盗罪に罰金が選択刑として規定されたことで、業務上横領罪の方が重くなつたのかということである。平成一八年改正において窃盗罪に選択刑として罰金を規定した趣旨は、「窃盗罪については、その利欲的な性格を考えると、その責任を看過することはできないものの、例えば、万引き事犯等の中には、その犯罪類型としての特質や偶発的に行われる場合が少なくないことなどから、被害金額が少額にとどまり、かつ、速やかに被害回復がなされるといった類型の事案が存在することを否定できない。」「このような類型の事案については、……起訴すべきか否かの判断に困難を伴うことも少なくないことから、窃盗罪についても選択刑として罰金を新設し、刑の選択の幅を拡大することとした」というものである。したがって、「これまで個別の事案について検察官が懲役刑相当と判断したこと自体に影響を与えることを意図するものではない」と<sup>(30)</sup>とされている。この立法趣旨によれば、窃盗罪における罰金刑の新設は、これまで場合によっては起訴猶予とされてきた領域に処罰範囲を拡大する趣旨と解することができる。窃盗罪と業務上横領罪の起訴猶予については、その性質の違いから同列に扱うことができないとは思いますが、前述のように、他人の支配を侵害しないことを根拠に、業務上横領罪の方が窃盗罪よりも軽いと考えるのであれば、窃盗罪であれば罰金刑が選択されるような犯情の事案について、業務上横領罪の場合には引き続き起訴猶予になるのではないかと思われる。このような

二三五条の平成一八年改正の趣旨からすると、むしろ、これまで犯情が軽く起訴猶予とされてきた領域を処罰する領域へと取り込み、処罰範囲を拡張したものであると解されることから、窃盗罪の方が重いと理解することも可能であろう。<sup>(51)</sup>

このように平成一八年改正後も窃盗罪よりも業務上横領罪の方が軽いと理解するならば、前述のAには、三八条二項により窃盗罪として処断することはできず、窃盗罪と業務上横領罪の間で符合が認められるならば、業務上横領罪が成立することになる。そして、非占有者であるBには、業務上物の占有者それ自体を一つの身分と解する判例の見解によるならば、六五条一項により業務上横領罪の共同正犯が成立し、六五条二項により刑だけ単純横領罪の刑が科されることになる。また業務上物の占有者を物の占有者と業務者に分ける見解によるならば、前述のように、六五条一項と二項の関係を真正身分犯の規定と不真正身分犯の規定として理解するにせよ、又は、六五条一項を違法身分、六五条二項を責任身分に関する規定として理解するにせよ、A及びBは六五条一項により単純横領罪の共同正犯になり、業務者たるAのみ六五条二項により業務上横領罪になる。なお、以上の検討は、共同正犯を前提にしているが、同じことは、教唆犯及び従犯にも妥当する。

#### 4 おわりに

本稿では、間接正犯の故意で教唆の事実を実現した場合及び二重の身分犯における共犯の錯誤という共犯の錯誤に関する二つの問題を検討してきた。従来、間接正犯の故意で教唆の事実を実現した事例として検討されてきた問題は、正犯と共犯の区別に関する主観説によるならば、より強い正犯意思を有する間接正犯の意思を有する方が教唆犯として処理されるのに対して、当初から共同正犯の意思で意思連絡をしていた場合には共同正犯として処理されるという点に、矛盾が認められ、共同正犯を認めるべく解決する必要があるということが明らかに became した物と思われる。特に共謀共同正犯概念を認める日本では、なおさら共同正犯を認めなければならないであろう。

また、二重の身分犯と共犯の錯誤の問題では、身分者が途中で身分を完全に喪失した場合に、判例の立場では結論に疑問が生じうるということが明らかになったものと思われる。二重の身分犯に非身分者が関与した場合について六五条一項により二重の身分犯が成立し、六五条二項により非身分者には通常の身分犯の刑が科せられるとするのが、判例の立場である。この判例の立場によると、身分者が完全に身分を喪失し、非身分者になったときに、もともと非身分者に六五条二項を適用し、通常の刑を科すことができないう事例が生じるのであるが、結論の妥当性から考えて、何らかの形でこれに六五条二項を適用して、通常の刑を科すことができる解釈を採用するべきである。

以上

- (1) 大塚仁『刑法概説(総論) 第四版』有斐閣(二〇〇八年)三三七頁。
- (2) 佐久間修「共犯の錯誤と身分犯の意義(その1)」『警察学論集』六八卷二号一六五頁注2。
- (3) 共謀の射程については、鈴木彰雄「共謀共同正犯における『共謀の射程』について」『法学新報』一二二卷一・二号五〇九頁以下、成瀬幸典「共謀の射程について」『刑事法ジャーナル』四四号一〇頁以下、橋爪隆「共謀の射程と共犯の錯誤」『法学教室』三五九号二〇頁以下、同「共謀の意義について(1)」『法学教室』四二二号一二三頁以下、樋笠堯士「共謀の射程の判断」『大学院研究年報』四五号二〇三頁以下、水落伸介「共謀の射程について」『大学院研究年報』四四号一六一頁以下等参照。
- (4) 前田雅英「間接正犯と共同正犯と教唆犯」『警察学論集』六五卷七号一六九頁。水落伸介、判批『法学新報』一二二卷五・六号一二二頁。
- (5) 植村立郎・小林充編『刑事事実認定重要判決50選(上)(第2版)』立花書房(二〇一三年)二七九頁(菊池則明)。川端博・西田典之・原田國男・三浦守編『裁判例コンメンタル刑法 第一卷』立花書房(二〇〇六年)五五八頁(高橋則夫)。
- (6) 松澤伸「教唆犯と共同正犯の一考察」『Law&Practice』第四号九七頁も間接正犯の故意で教唆の事実を実現した場合について、一三年決定に依拠し、共謀共同正犯の成立を考慮する可能性は十分にあるとする。
- (7) 平成二五年度の司法試験においても、これは問題となっており、結論的に、甲に共同正犯が認められるべきであるように思われる。
- (8) 前田雅英、前掲注(4)一七五頁は、「窃盗罪の共同正犯を認める方向での起訴・訴訟追行が自然であった」とする。また、甘利航司、判批『新・判例解説 Watch』一二号一五〇頁は、「共謀がなかったとするのは違和感が残る」とする。
- (9) 市川啓、判批『立命館法学』三五六号四〇五頁。松澤伸、前掲注(6)一〇九頁。

- (10) 岩田誠、判批『最高裁判所判例解説刑事篇昭和三三年度』法曹会（一九五九年）四〇五頁以下。
- (11) 青木孝之「共謀共同正犯の理論と実務」『疏大法学』七八号二六二頁。
- (12) 杉田宗久・平城文啓・仁藤佳海「裁判員裁判における法律概念に関する諸問題 5 共犯（1）」『判例タイムズ』一三五五号七八頁。
- (13) 小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」『法曹時報』五一卷八号二二頁以下。
- (14) 朝山芳史「共謀の認定と判例理論」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題 第3版』成文堂（二〇一五年）一六三頁以下。石井一「片岡博「共謀共同正犯」』『刑事事実認定—裁判例の総合的健闘—（上）』判例タイムズ社（一九九二年）三四三頁。出田孝一「共謀共同正犯の意義と認定」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀論文集 上巻』判例タイムズ社（二〇〇六年）二〇〇頁以下。小林充、前掲注〔13〕二二頁。大塚仁・川上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法 第二版 第5巻』青林書院（一九九九年）三〇四頁〔村上光錫〕。小林充・植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選 上巻 第2版』立花書房（二〇一三年）二八〇頁〔菊池則明〕。
- (15) 松澤伸、前掲注〔6〕一一〇頁。
- (16) 小林充、前掲注〔13〕二二頁。
- (17) 松澤伸、前掲注〔6〕一一二頁以下。
- (18) 例えば、立石二六『刑法解釈学の諸問題』成文堂（二〇一二年）一六八頁は、スワット事件について、「スワットらが自発的に被告人を警護するためにけん銃を所持していることを確定的に認識認容していたことと、被告人とスワットらとの間にけん銃を所持して警護するという共謀が存在していたことは本質的に異なる。被告人は単にそのような警護を黙認していただけで、そこに『共謀』があったとみることはできない。」とし、同一七六頁以下は「スワット事件以降の最高裁の『共謀』概念はことごとく妥当ではない。最高裁は、『共謀なき共謀共同正犯を認めて、共謀共同正犯につき処罰の拡大を意図しているのではないかとさえ思われる。最高裁は、スワット事件以降の共謀概念を廃棄すべきであり、そのことを強く提言する次第である。』とする。また、西原春夫「憂慮すべき最近の共謀共同正犯実務—最高裁平成一七・一一・二九第一小法廷判決を中心に」『刑事法ジャーナル』二〇〇六年三月五九頁以下は、最決平成一七年一月二九日集刑二八八号五四三頁の問題点及びその論理の一般化の危険性を指摘する。いずれも、共謀共同正犯肯定論者からの批判である。
- (19) 水落伸介、前掲注〔4〕二八頁は、松山地裁判決において意思の連絡は否定されているとする。
- (20) 松澤伸、前掲注〔6〕一一〇頁。
- (21) BGHS 39, 381.
- (22) BGHS 16, 12, 14, 28, 346, 347 f.
- (23) 行為支配説の立場から批判するのは、Rudolph, Anmerkung, NSZ 1994, S. 436.
- (24) 大判明治四四年八月二五日刑録一七輯一五一〇頁。大判大正三年五月五日刑録二〇輯七六四頁。最判昭和三二年一月一九日刑集一一卷

- (25) 平成一八年五月二八日より施行された「刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律」(以下、改正法)により、五〇万円以下の罰金の新設された。この改正後は、「刑法六条により、改正法施行前の行為についても新法が適用され」とされており(安永健次「罰金刑の新設等のための刑事法の整備」『時の法令』一七七五号三九頁)、旧法と新法の関係でも、新法の方が軽い扱いになっている。なお、窃盗と詐欺の関係について、森田昌稔、判批『研修』七六一号八八頁。
- (26) この問題は、平成二七年度の司法試験でも問われていると思われるが、法務省の出題趣旨には明示的に示されておらず、また、その他の入手しえた解説を見ても、特に言及されていないことから、本稿で扱うことにした。
- (27) 大判明治四四年一〇月九日刑録一七輯一六五二頁。ただし、同判決では、教唆犯は正犯に従属することから、六五条一項によらずとも教唆犯を処罰することはできるとされている。
- (28) 大塚仁『刑法概説第4版』有斐閣(二〇〇八年)三三三頁。団藤重光『刑法綱要総論第3版』創文社(一九九〇年)四二〇頁。福田平『刑法総論 前提第五版』有斐閣(二〇一二年)二九三頁。
- (29) 大判大正四年三月二日刑録二二輯一九四頁。昭和九年一月二〇日刑集一三卷一五一四頁。
- (30) 昭和九年一月二〇日刑集一三卷一五一四頁。
- (31) 大塚仁、前掲注(28)三三六頁。団藤重光、前掲注(28)四一八頁。福田平、前掲注(28)二九二頁。
- (32) 大判大正二年三月一八日刑録一九輯三三三頁。最判昭三一年五月二四日刑集一〇卷五号七三四頁。
- (33) 大塚仁『注釈刑法(増補第2版)』青林書院(一九七七年)四四九頁。
- (34) 大塚仁、前掲注(33)四四九頁以下。
- (35) 大塚仁・川上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編、前掲注(14)六五四頁(川端博)。同『大コンメンタール刑法第二版第13卷』青林書院(二〇〇〇年)四三七頁(矢村宏)。大判昭和一五年三月一日刑集一九卷六三頁は「業務上ノ占有者ト云フ身分ニ因リテ構成セラレルル刑法第二百五十三條一とする。
- (36) ただ、「業務上物を占有する者」という身分を一つの身分とした場合、「業務上の物の占有者」と「物の占有者」は別個独立の身分と考えられるため、業務上横領罪と単純横領罪は不真正身分犯の關係にはないと理解する方が自然であるように思われる。
- (37) 植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』勁草書房(一九七四年)三八七頁。
- (38) 松宮孝明『刑法各論講義第4版』成文堂(二〇一六年)二七八頁以下。
- (39) 松宮孝明、前掲注(38)二九二頁。
- (40) 松宮孝明、前掲注(38)二九二頁。

- (41) 西田典之『新版 共犯と身分』成文堂(二〇〇三年)二六一頁以下。同『共犯理論の展開』成文堂(二〇一〇年)三五四頁。平野竜一『刑法総論Ⅱ』有斐閣(一九七五年)三七三頁以下。
- (42) 前掲注(24)大判大正三年五月五日も業務上横領罪の刑を一年以上一〇年以下として判断している。
- (43) 松尾浩也増補改題『増補 刑法沿革総覧』信山社(一九九〇年)二二二頁以下。
- (44) 松尾浩也増補改題、前掲注(43)二一〇八頁以下。
- (45) 団藤重光編『注釈刑法(6) 各則(4)』有斐閣(一九六六年)四〇六頁(大塚仁)。中森喜彦『刑法各論第4版』有斐閣(二〇一五年)一五五頁。大塚仁・川上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編、前掲注(14)四〇八頁(矢村宏)。
- (46) 大谷實『刑法講義各論 新版第4版補訂版』成文堂(二〇一五年)三二七頁。西田典之『刑法各論第6版』弘文堂(二〇一二年)二四八頁以下。
- (47) 大判昭和十三年三月九日刑集一七卷一八一頁は、前述のような業務上横領の加重根拠を示しているが、他方で「横領罪タル本質ニ於テハ兩者間何等區別ノ存スヘキナク」とする。
- (48) 滝川幸辰『刑法講義 改訂版』弘文堂(一九三〇年)二四三頁。
- (49) 団藤重光『刑法綱要各論第三版』創文社(一九九〇年)六一九頁。
- (50) 安永健次、前掲注(25)三九頁。
- (51) このように解すると、むしろ、平成一八年改正後の新法の方が重いことになるであろう。改正から一〇年経った現在では理論上の問題になるが、安永健次、前掲注(25)四〇頁は、六条により、改正法施行前の行為についても新法が適用されるとする。しかし、旧法のとくに行われた行為が、旧法なら起訴猶予にされた事実について、新法により罰金を科することが六条の趣旨から考えて許されるのかという問題は問題になるように思われる。

(獨協大学法科大学院教授)