

**刑 法** (配点 60 点)

**【出題趣旨】**

本問における【設問 1】においては、甲が株式会社 A の経理部長として、同会社の会計、経理関係の事務全般を掌理する立場にあることに乗じて、自らが管理していた、株式会社 A 代表取締役 B 名義の普通預金口座のキャッシュカードと暗証番号を用いて、現金自動預払機（ATM 機）から現金 500 万円を引き出した点につき、業務上横領罪の成立が認められるかにつき、適切な論述がなされているかが問われている。業務上横領罪の成否を検討する際には、同罪の客観的構成要件及び主観的構成要件の定義や規範が適切に述べられているか、また、本問の事実を抽出・評価し、適切な当てはめがなされているかが問われている。

本問における【設問 2】においては、【設問 1】において甲に業務上横領罪の成立が認められることを前提に、甲に対して業務上横領罪を依頼し、業務上横領罪から得た現金を全て自らの返済に費消した乙における罪責検討が求められている。なお、問題文では、ここにおける乙につき、①「乙に業務上横領罪の共同正犯が成立する」とするにはどのような説明ができるか、また、②「乙に単純横領罪の共同正犯が成立する」とするにはどのような説明ができるかについても言及することが要求されている。

業務上横領罪は、「他人の物の占有者」及び「業務者」といった二重の身分が主体となっていることから、業務上横領罪の共犯の際に、「他人の物の占有者」及び「業務者」の両身分を有していない者に対しては、身分犯の共犯規定である 65 条 1 項及び 2 項をいかに解して適用させるかが問題となっている。判例においては、「他人の物の占有者」及び「業務者」の身分を有しない乙には 65 条 1 項を適用して両者の身分の取得を認め、業務上横領罪の共同正犯の成立を認めた上で、「業務者」の身分が加減（重）的身分であることから、さらに乙に 65 条 2 項を適用し、刑は単純横領罪の刑を科すとの処理を行なっているため、判例の立場を用いて①の説明を行うことが可能である。また、通説的な見解によれば、乙において成立する犯罪と科刑が分離することは妥当でないとの見地から、乙に 65 条 1 項のみが適用され、「他人の物の占有者」の身分のみを取得して単純横領罪の共同正犯が成立し、甲に 65 条 2 項が適用され業務上横領罪の共同正犯が成立すると解されるため、この通説的な見解を用いて②の説明を行うことが可能である。

【設問 2】においては、乙において共謀共同正犯が成立するか、その成立要件は何かについて、また、甲に成立する業務上横領罪が二重の身分犯であることを明示した上で、①「乙に業務上横領罪の共同正犯が成立する」とするにはどのような説明が可能であるかについて、また、②「乙に単純横領罪が成立する」とするにはどのような説明が可能であるかについて適切に論述がなされているか、そして、自身の結論としてどちらの見解を採用するのか等につき適切に論じられているかを対象として評価がなされている。

最後に以上の論点が適切に論述されているかに加え、論述の形式は適切か、三段論法を用いて論述ができているか、説得力のある記述がなされているか等を考慮して裁量点が加えられている。

以上