

刑法 65 条 2 項の適用と公訴時効期間

後藤 昭（青山学院大学・一橋大学名誉教授）

はじめに

非占有者が業務上占有者の行う横領の共犯となる場合、罪名としては業務上横領罪の共犯が成立するものの、非占有者に科すべき刑は単純横領罪の法定刑によるというのが、現在の実務の扱いとされている。そのため、このような事例で公訴時効期間を決める基準となる法定刑は、どちらの罪の刑であるのかが問題となる。私は、この問題が顕在化した事件で、弁護人の求めに応じて東京高等裁判所に意見書を提出した。

以下は、その意見書の実質的な内容である。私の意見の可否を同僚研究者の批判に晒すため、ここに掲載していただく。青山学院大学法務研究科が学生募集停止を発表した当時に研究科長であった私に、このような機会が与えられることを感謝する。

第1 本件に現れた法律問題

本件原判決は、被告人が被害会社の取締役兼総務経理部長Aの業務上横領行為の共同正犯となったものの、その時点で自身は被害会社の代表取締役をすでに退任しており業務上占有者たる地位がなかったと認定した。その結果、被告人には、刑法 65 条 1 項に拠り 253 条業務上横領罪の共同正犯が成立するものの、65 条 2 項に拠り 252 条 1 項単純横領罪の刑を科すべきものとした。そして、同項の法定刑を基準とすれば、本件起訴の時点で、刑訴法 250 条 2 項 5 号に拠る 5 年間の公訴時効期間が既に経過していたとして、免訴を言い渡した。

検察官の控訴趣意は、これを法令適用の誤りであると主張する。すなわち、原判決が認定した事実の下では、被告人についても業務上横領罪の法定刑を基準として同項 4 号に拠り公訴時効期間は 7 年であるから、起訴時に公訴時効は完成していないという。

そうすると、本件の争点となる法律問題は、非占有者が業務上占有者の行う横領の共同正犯となった場合、公訴時効期間を決める基準となるのは、業務上横領罪の法定刑か、それとも単純横領罪のそれかという問題である。

これを一般化すれば、刑法 65 条 2 項の適用により身分ある共犯者とは異なる法定刑を身分のない者に適用すべき場合、公訴時効期間を決める基準となる法定刑は、身分のある者に適用すべきそれか、それとも身分のない被告人に適用すべきそれかという問題である。ただし後述のように、判例は原則として、同条の適用によって成立罪名と適用すべき法定刑とが一致する解釈を採っているため、そのような

問題は一般的には顕在化しない。

なお、本件起訴状の訴因中、具体的な行為の日時を示しているのは、平成 24 年 7 月 5 日のみである。それでも原裁判所は、被告人が被害会社の代表取締役を退任する以前の 6 月中に、横領の着手があったことの証明があるか否かを判断している。そのような判断をするのであれば、検察官に促して、業務上横領共同正犯の着手に当たる 6 月中の被告人の行為を訴因に明示させるのが適切であった。しかし、原判決は結論として、6 月中の着手行為については証明がないとした。検察官も、この認定に対して事実誤認の主張はしていない。そのため、この手続上の問題は顕在化していないので、これ以上立ち入らない。

第2 判例・学説

この問題について最高裁判所の判例は見当たらない。下級審裁判例では、名古屋高判昭 45・7・29 名古屋高検速報 487 号が、本件原判決と同様に、単純横領罪の法定刑を基準に公訴時効期間を決めるべきであるとした¹。この判決は、その解釈の根拠として、両罰規定に抛り行為者には 5 年以下の懲役刑が科される場合でも、罰金刑を科される事業主についての公訴時効期間は、罰金刑を基準とするとした最大判昭 35・12・21 刑集 14 巻 14 号 2162 頁を挙げる。

これに対して、東京地判平 14・7・12LEX/DB28075761²は、「公訴時効の基準は生じた社会的現象としての犯罪におくべき」であるから、業務上横領の法定刑を基準とするとした。また、東京地判平 18・6・27 未公判³も業務上横領罪の法定刑を基準とすべきであるとした。その理由として、刑法 253 条 2 項、254 条 2 項、252 条が、「共犯者間において、時効処理の統一を図（っている）」ことを挙げている。

横領罪以外について、このような問題について判断した判例、裁判例はみつけないことができない。

この問題を論じる学説は少ない。その中で、いくつかの文献は、業務上横領罪の法定刑を基準にするという理解を示している。例えば臼井慈夫は、「身分の欠如のため同刑法 65 条 2 項が適用される場合に、・・・重い罪が成立し刑のみが軽きによるとする実務における通説的見解を前提にするならば重い罪の法定刑によるべき」であるとする⁴。それと異なり、共犯者間で「各人に適用される法定刑が異なる場

¹ ただし、この判決については、水野谷幸夫「共犯者間で公訴時効の期間を異にするかが問題となった事例」研修 701 号 (2006 年) 47 頁に拠る。

² ただし、LEX/DB ではこの判決中の公訴時効に関する説示を省略している。その部分は、水野谷・前注 1, 49 頁に拠る。

³ 水野谷・前注 1, 49 頁に拠る。

⁴ 伊藤栄樹ほか編『注釈刑事訴訟法〔新版〕第 3 巻』（立花書房、1996 年）396 頁〔臼井〕、水野谷・前注 1 も同旨。そのほか、宮崎澄夫『総合判例研究叢書刑事訴訟法（8）』（有斐閣、1961 年）122 頁もこの趣旨であろう。理由として「公訴時効期間は罪によって定まるもので人によって異なるものではない」という。

合」は、「それぞれ成立する罪の法定刑を基準とする」と述べる文献⁵は、趣旨がやや不明確であるものの、臼井説に対する異論として述べているので、身分のない者にとっては単純横領の法定刑が公訴時効期間の基準になるという趣旨とも受け取れる。

第3 業務上横領罪共同正犯の成立を前提とした検討

1 法定刑を基準として公訴時効期間を定める意味

公訴時効制度の存在理由については、学説が分かれている。しかし、いずれにしても、この制度が、犯人を処罰したいという刑法の要求と、古い事件を訴追し、審理する困難性ないし不都合との比較考量を基礎にしていることは疑いない。その困難性の中には、証拠の散逸による捜査の非効率性、立証・反証の困難性から生じる誤判の危険などが含まれる。それらの考慮の中で、時間の経過による処罰の効果の減衰を重視すれば、いわゆる実体法説に近づき、捜査、審理の困難性の増大を重視すれば、訴訟法説に近づく。

この犯人処罰の要求の大きさは、科すべき刑に現れる。しかし、個々の犯人に科すべき具体的な刑は個別事情によって異なるので、刑訴法 250 条は罪名により定型的に決まる法定刑を基準として、時効期間を定める。

身分のない者に刑法 65 条 2 項が適用される場合、その者を処罰する要求の強さを表すのは、その者に科すべき刑を示す法定刑である。本件のような事例では、業務上占有者という身分のない被告人に対する処罰要求の強さを表すのは、単純横領罪の法定刑である。したがって、それを基準にして公訴時効の期間を決めるのが、自然な帰結である。犯人に対して法律上科すことのできない法定刑を基準にして公訴時効期間を決めることは、公訴時効制度の基礎にある利益考量の構造に反する。

2 共犯者間で公訴時効期間は同一であるべきか

本件のような事例で、非占有者たる共犯者についても業務上占有罪の法定刑に従って公訴時効期間を定めるべきであるという主張は、共犯者間で公訴時効の成否は統一的に決まるべきであるという考え方を前提とする。たしかに、刑訴法には、一見すると共犯者間での公訴時効の統一的扱いを求めるように見える条文がある。

しかし、良く考えれば、それらの条文は、非占有者にも業務上横領罪の法定刑を基準にして公訴時効を適用すべき根拠にはならない。まず、刑訴法 252 条に拠れば、従犯にも正犯と同じ時効期間を適用す

⁵ 伊丹俊彦ほか編『逐条実務刑事訴訟法』（立花書房、2018年）537頁〔臼井智之〕。河上和雄ほか編『大コンタール刑事訴訟法〔第2版〕第5巻』（青林書院、2013年）121頁〔吉田博視〕も、「それぞれ成立する罪の法定刑による」としている。

ることになる。しかし、これは刑を基準に手続的な効果を定める場合に処断刑ではなく法定刑によるという、刑訴法の一般的な原則を表現する条文である。したがって、特に共犯者間での時効の統一的处理を求める趣旨ではない。

刑訴法 253 条 2 項は、最後に行為した共犯者の行為終了をもって公訴時効の起算点とする旨を定める。現在の通説は、この規定を共犯者を一律に扱う趣旨であると説明する。それが公訴時効制度の存在理由に適い、また処罰の公平性も保つというのである。そしてその趣旨を必要的共犯まで拡張して適用しようとする⁶。

しかし、この規定の趣旨をそのように理解すべきかは疑問である。例えば教唆犯の罪責は、正犯の行為が完了しなければ、実体法上確定しない。共同正犯であれば、「一部実行全部責任」の原則のため、最後の共犯者の行為が終わって、初めて全員の罪責が確定する。つまり、この条文は、共犯の従属性を前提にして、罪責を負うべき事実の範囲が実体法上確定した時点から公訴時効が進行するという原則を表現しているだけである。それは、結果犯では、結果発生時が公訴時効の起算点になるという解釈⁷と同じ趣旨である。

刑訴法 253 条 2 項が共犯従属性の帰結の確認規定であることは、立法史からも確認できる。旧々刑事訴訟法には、この趣旨の条文はなかった。それでも、学説は、教唆犯、幫助犯は正犯行為があつて初めて処罰できることを理由に、共犯の公訴時効は、正犯の行為終了時から進行すると主張し⁸、判例もその立場を明らかにしていた⁹。旧刑事訴訟法はそれを明文化して、284 条 2 項に現行刑訴法 253 条 2 項と同旨の規定を設けた。法案では 286 条 2 項にあったその規定の趣旨について、『刑事訴訟法案理由書』は「現行法ノ不備ヲ補足シタ」ものとして説明している。有力な学説は、旧刑訴 284 条 2 項を立法者が共犯従属性説を採ることを表すと説明した¹⁰。逆に、共犯独立性説の立場から、この規定は、教唆犯のような「縦ノ共犯」には適用すべきでないとする主張もあった¹¹。このような論争は、この規定が共犯従属性の帰結であることを示している。また団藤重光は、この規定が結果犯の公訴時効起算点について結果時説に有利であると指摘した¹²。これは、この規定が、実体法上犯人の罪責が確定したところから時効が進行するという原則の表現でもあることを示している。

他方で、すでに旧刑訴のこの規定の趣旨について、「共犯は一団の事実として世上に印象を与えるからである」という曖昧な理解を説く学説もあった¹³。それが現行法 253 条 2 項についての現在の通説的理

⁶ 白井・前注 4, 400 頁, 吉田・前注 4, 127 頁, 白井・前注 5, 523-529 頁, 後藤昭=白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法 (第 3 版)』(日本評論社, 2018 年) 643 頁〔白取〕。

⁷ 最三決昭 63・2・29 刑集 42 卷 2 号 314 頁。

⁸ 豊島直通『刑事訴訟法新論』(有斐閣, 1905 年) 252 頁, 富田山壽『最近刑事訴訟法要論 下巻 (三版)』(有斐閣, 1911 年) 855 頁。富田は、ビンゼン、パーリングなど当時のドイツの学説を引用している。

⁹ 大判明 44・6・23 大判録 17 輯 1252 頁, 大判明 44・7・14 大判録 17 輯 18 卷 1440 頁。

¹⁰ 宮本英脩『刑事訴訟法大綱』(松華堂書店, 1936 年) 183 頁。

¹¹ 牧野英一『改訂刑事訴訟法 全』(有斐閣, 1940 年) 171-172 頁。

¹² 団藤重光『刑事訴訟法綱要』(弘文堂, 1943 年) 520 頁。

¹³ 小野清一郎『刑事訴訟法講義 全』(有斐閣, 1924 年) 322 頁。

解に繋がった可能性がある。

公訴時効の起算点を定める現在のドイツ刑法 78 条 a は、行為終了時またはその後の結果発生時をもって、起算点とする趣旨を定めるだけで、共犯の扱いについての明文規定はない。しかし、この条文の解釈として、通説・判例は、共犯の場合、被告人が責任を負うべき最後の共犯者の行為の終了またはその後の結果発生が時効の起算点になるとしている¹⁴。これは、日本の刑法 253 条 2 項が、共犯の従属性からの必然的な結果であることを示している。

以上のように、現行刑法 253 条 2 項の沿革は、明治時代にドイツ法学からの示唆を受けた学説が共犯従属性の帰結として提示した解釈を判例が採り入れ、旧刑法においてそれを明文規定としたのを引き継いだものと推測できる。この条文は、共犯の従属性および罪責の範囲が実体法上確定したときから公訴時効が進行するという 2 つの原則の論理的な帰結を確認する規定であり、共犯者の公訴時効を統一的に扱うことを目指す規定ではない¹⁵。

起訴による公訴時効停止の効果が共犯者にも及ぶ旨を定める刑法 254 条 2 項は、たしかに共犯者間での公訴時効の統一的な扱いを定める意味がある¹⁶。しかし、その趣旨は、共犯者の 1 人について起訴があることによって、社会が処罰の必要性を再確認するとともに、その捜査・公判を通じて証拠が保全され、証拠の散逸がいったん停止することにある。この規定は、それ以上に進んで、共犯者間で時効期間が同一でなければならないという趣旨を含まない。この規定は、必要的共犯にも妥当するというのが通説である。しかし、必要的共犯の公訴時効期間までもが同一であるべきだと考える者はいない。また、刑法 255 条 1 項が定める犯人が国外にいる場合などの公訴時効の停止は、共犯者には及ばない。したがって、共犯者間で公訴時効の成否が分かれる事例は当然に生じる。

公訴時効は、人についてではなく犯罪事実について生じるという理解から、非占有者にも業務上横領罪の法定刑を基準に公訴時効期間を定めるべきであるという見解もある。この見解は、刑事責任の個別性を軽視しており、他のいろいろな場面での扱いとも整合しない。例えば、行為者に懲役刑、事業主に罰金刑を科す両罰規定があるとき、事業主に対する公訴時効期間は、特則がない限り罰金刑に応じた期間であるというのが、上述のとおり明確な判例である¹⁷。この判例は、公訴時効の期間が当該被告人に科すべき法定刑によって決まるべきであることを示している。

また、共同正犯についていわゆる行為共同説または部分的犯罪共同説に立つと、異なる罪名の間でも共同正犯が成立しうる。たとえば、判例は殺意のある者となない者との間で、保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯が成立することを認める¹⁸。この場合、殺意のある者には不作為の殺人罪が成立するから、

¹⁴ Strafrechtsgesetzbuch : Leipziger Kommentar, 12. Aufl., Bd. 3, § 78a Rdn. 18 (Johann Schmid) 参照。

¹⁵ 現行刑法 253 条 2 項の趣旨を本文のように理解するなら、これを必要的共犯まで拡張して適用するという解釈には疑問がある。

¹⁶ 通説は、この条文の趣旨を共犯者間の公平のためとする。松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第 4 版増補版〕』（弘文堂、2016 年）505 頁、白取・前注 6、645 頁。

¹⁷ 前掲最大判昭 35。

¹⁸ 最二決平 17・7・4 刑集 59 巻 6 号 403 頁。

刑訴法 250 条 1 項に抛り公訴時効の成立可能性がない。しかし、殺意のない共犯者にも公訴時効の成立可能性を否定するべきであると考える法律家はいないであろう。

加重的身分のある者が身分のない者の狭義の共犯となる場合、刑法 65 条 2 項の反対解釈として、加重類型の刑を科すというのが、判例の理解である¹⁹。これに従えば、単純占有者に対して業務上占有者が横領を教唆した場合、教唆者には業務上横領罪の刑を科すことになる。この場合、実際に行われた法益侵害行為は、単純横領である。それでも、業務上占有者についての公訴時効期間は、業務上横領罪の法定刑によって決めるべきであることに、異論はないであろう。

公訴時効は犯罪行為について生じると表現してもよい。しかし、その場合の犯罪行為とは、当該被告人が罪責を負うべき行為であることを以上の例は示している。本件のような事例で、被告人が罪責を負うべき行為とは、業務上占有者が行う横領行為に、非占有者として加功する行為である。

第4 業務上横領罪共同正犯の成立を否定する考え方

第3では、非占有者が業務上占有者の行う横領の共犯となった場合に、罪名としては業務上横領罪の共犯となり、刑は単純横領罪の刑を科すという解釈を前提として検討した。これは、従来の実務での一般的な扱いである²⁰。

しかし、現在の実務が刑法 65 条の適用において、このように成立罪名と適用すべき法定刑とが乖離する解釈を採っているのは、この業務上横領の共犯と、それと構造がよく似た特別背任罪の共犯の場面²¹だけである。本件のような問題が生じるのは、このような特殊な解釈のためである。そうすると、より深い問題は、この解釈自体の妥当性にある。多くの学説が批判するように、成立する罪名と適用すべき法定刑が乖離するような解釈は、刑法の理解としてそもそも不自然である²²。

刑法 65 条 1 項と 2 項とは、少なくとも表面的には、相矛盾するように見える法理を示している。そのため、その解釈には多くの議論がある²³。

多数説は、1 項は真正身分犯の共犯の成立について定め、2 項は不真正身分犯の共犯の成立と刑について定めていると考える。判例もこの考え方を基本としているというのが、一般的な理解である。例え

¹⁹ 賭博常習者が非常習者の賭博を幫助した場合につき、名古屋高判昭 30・5・17 高等裁判所刑事裁判特報 2 巻 11 号 522 頁、大判大 7・6・17 大刑録 24 輯 844 頁、大判大 12・2・22 大刑集 2 巻 107 頁。

²⁰ 後に見る最高裁判例のほか、下級審裁判例として、東京高判昭 51・9・7 東京高等裁判所 (刑事) 判決時報 27 巻 9 号 115 頁がある。大審院判例としては、大判大 3・5・5 大刑録 20 輯 764 頁、大判大 4・3・2 大刑決録 21 輯 194 頁、大判大 15・5・29 大刑集 5 巻 227 頁、および大判昭 15・3・1 大刑集 19 巻 63 頁、が同旨と理解できる。

²¹ 最一決平 20・5・19 刑集 62 巻 6 号 1623 頁など。

²² この乖離を批判する学説として、山口厚『刑法各論』(有斐閣、2010 年) 315 頁、松原芳博『刑法各論』(日本評論社、2016 年) 334 頁、西田典之『刑法各論〔第 7 版〕』(弘文堂、2018 年) 269 頁、浅田和茂『刑法各論』(成文堂、2020 年) 284-285 頁。

²³ 刑法 65 条の解釈論の分岐については、西田典之ほか編『注釈刑法 第 1 巻』(有斐閣、2010 年) 952 頁以下〔小林憲太郎 参照〕。

ば、尊属殺に直系卑属でない者が加功する場合には刑法 199 条の殺人罪の共犯となる²⁴。また、常習者が非常習者の賭博を幫助した場合には常習賭博罪の幫助犯となり²⁵、非常習者が常習者の賭博を幫助した場合は、単純賭博罪の幫助犯となる²⁶。この考え方によれば、成立する罪名と刑の乖離はふつう生じない。業務上横領罪は単純横領罪との関係では加重的な不真正身分犯である。したがって、上の原則に従えば、非占有者には 65 条 2 項を適用して単純横領の共犯を認定するのが自然である。しかし、判例は、業務上横領罪（と特別背任罪）についてだけはこの基本から離れて、非占有者が業務上占有者の行う横領に加功した場合は、罪名として業務上横領罪が成立し、刑は単純横領罪の刑を科すという解釈を示している。最高裁判例としては、最三判昭 32・11・19 刑集 11 卷 12 号 3073 頁がそのように判示している。これは、非占有者は単独では横領罪の主体になれないので、刑法 65 条 1 項を適用して業務上横領罪の共犯を認定する必要があるという考え方によるのかもしれない²⁷。しかし、そうであれば、単純横領の成立を認める限度で 1 項を適用すれば足りる。この場合、もし 1 項を適用して業務上横領罪の共犯成立を認めるのが正しいとすれば、刑も 253 条の刑を適用するものでなければ、一貫しない。また、単純横領に対して業務上横領は不真正身分犯になるので、判例の一般原則に従えば、単純占有者と業務上占有者とは横領の共同正犯となる場合には、刑法 65 条 2 項だけを適用すれば済むはずである。しかし、その結果、非占有者なら業務上横領罪の共犯となるのに、単純占有者は単純横領の共犯にしかないという、不均衡が起きる。

団藤重光は、通説と異なり、刑法 65 条 1 項は、真正身分犯、不真正身分犯を通じて犯罪の成立を定め、同条 2 項は不真正身分犯について、科すべき刑を定めるとする²⁸。これを採用すれば成立罪名と科すべき刑との間に違いがあってもよいことになる。しかし、団藤は、そもそも刑法 65 条 1 項は狭義の共犯にしか適用できないとしている。そのため、全体としての団藤説によって、非占有者が業務上横領罪の共同正犯になることを説明することはできない。また、65 条 2 項の適用によって成立罪名と科すべき法定刑が乖離する団藤説のような解釈は、判例も一般的には採用していない。

刑法 65 条を説明する刑法学説として、近時有力なのは、違法身分と責任身分を区別する考え方である。すなわち、行為の違法性を基礎付ける身分は共犯者間に連带的に作用し、責任を基礎付ける身分は個別にしか作用しないというのである。この説に立つ論者の多くは、占有者たる身分は違法身分であり、業務上占有者たる身分は責任身分であると理解する。その結果、非占有者には単純横領の共犯しか成立しないことになる²⁹。

²⁴ 最一判昭 31・5・24 刑集 10 卷 5 号 734 頁。東京高判昭 28・6・20 判時 4 号 16 頁、大判大 7・7・2 法律新聞第 1460 号 23 頁。

²⁵ 判例は前注 19。

²⁶ 大判大 2・3・18 大刑録 19 輯 353 頁。

²⁷ この判例を妥当とする説明として、大塚仁他編『大コンメンタール刑法〔第 3 版〕第 5 卷』（青林書院、2019 年）795-797 頁（川端博）。

²⁸ 団藤重光『刑法綱要総論〔第 3 版〕』（創文社、1990 年）418 頁。

²⁹ 西田・前注 22、山口・前注 22、松原・前注 22、小林・前注 23、964—965 頁。

以上のとおり、非占有者が業務上占有者の行う横領に加功した場合に、罪名として業務上横領罪の共犯となるという解釈は、判例の大勢と合わないだけでなく、これを積極的に支持する学説も少ない。多くの学説は、この非占有者には、単純横領罪の共同正犯だけが成立するとしている。

遑つて、前掲最三判昭和32年を、現在の実務が依拠するような趣旨の判例として理解すべきかどうかにも疑問がある。この事案の第1審判決は、非占有者たる共犯者に業務上横領罪の刑を科し、控訴審判決はそれを維持した。最高裁は、この法適用は誤りであり、刑法65条2項を適用して、単純横領の刑を科さなければならないとした。その説示の過程で、たしかに罪名としては業務上横領罪の共犯が成立すると述べている。しかし、上告審での破棄理由は、原々判決と原判決が刑法65条2項を適用しなかった違法である。業務上横領罪の共犯が成立するという説示は、厳密には傍論であつて、破棄の理由ではない。

以上のように考えると非占有者が業務上占有者の行う横領行為に加功した場合には、罪名としても単純横領罪の共犯となると考えるのが自然である。それによって、罪名と刑との乖離を避けることもできる。かつては、刑法38条2項の適用により、重い罪名が成立して、軽い罪の刑によるという解釈があり、それが公訴時効の扱いについても問題を生じさせていた。しかし、現在は、判例で軽い罪名のみが成立することが明らかとなり³⁰、その問題は解消した。ここでも、同様に問題を解消することが望ましい。

そうであれば、非占有者に対する公訴時効期間を刑法252条の法定刑を基準として決めるという結論の必然性は、いっそう明らかである。

追記 その後、控訴審の東京高判令3・5・21高刑集73巻1号1頁は、検察官控訴を容れて、原判決を破棄し有罪の自判をした。上告を受けた最高裁第一小法廷は、2022年3月24日にこの事件について弁論を開くことを決めた。

³⁰ 最一決昭54・4・13刑集33巻3号179頁。