

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は、賄賂罪が成立するまでに国民の「信頼」が損なわれたか否かの判断を明確に画することができるか。
2. 検察レジュメ3頁18行目、「公務に対する国民の信頼が失墜」すれば、「公務の円滑が害される恐れ」が生じるとあるが、そう言い切れるのはなぜか。
- 10 3. 検察レジュメ4頁6行目、「一般的職務権限を異にする転職前の職務について賄賂を收受した場合でも対価関係は肯定される」と言い切れるのはなぜか。

## II. 学説の検討

### 1. 賄賂罪の保護法益について

#### A説:不可買収性説

- 15 この説は公務員の職務の不可買収性を賄賂罪における保護法益と解する。しかし、問題となるのは不可買収性の内実であり、それこそが法益の内容として問われているのだから、A説のみでは形式的な説明に留まるのみで妥当ではない。

よって弁護側はA説を採用しない。

#### 20 C説:信頼保護説

この説は賄賂罪における保護法益を、刑法197条1項の解釈から①それ自体は適法な職務行為に対する賄賂の授受であっても贈収賄罪が成立すること ②職務行為後になされる賄賂の授受も可罰的である点を考慮し、職務の公正に加えて職務の公正に対する社会一般の信頼も含むと解している。

- 25 しかしながら、信頼という言葉は広範の意味を含みうるもので処罰範囲が不明確になってしまう恐れがある。

また法益が侵害されない事に対する信頼というのは独自の法益としては存し得ず、あらゆる法益に内在しているものである。ゆえに先の①②の説明として社会一般の信頼を援用する事は筋違いであり妥当でない<sup>2</sup>。

よって弁護側はC説を採用しない。

30

#### B説:純粋性説

まず前提として、賄賂罪の規定は職務行為と賄賂罪とが対価関係に立つことによって、職務行為が賄賂の影響下に置かれ、不公正な裁量の行使が行われることを防ぐことを目的としている<sup>3</sup>。したがって、同罪の終局的な保護法益は「職務の公正に対する国民の信頼」ではなく、「職務の公正」そのものである

---

<sup>1</sup> 山口厚『刑法各論[第2版]』(有斐閣,2010年)611頁。

<sup>2</sup> 山口・同上

<sup>3</sup> 山口・前掲 612頁。

ると考えるべきである。

- また、本説は①それ自体としては適法な職務行為に対する賄賂の授受がなされても収賄罪・贈賄罪は成立すること、そして②職務行為後の賄賂の授受も可罰的と解されていることについて職務の公正だけでは説明し得ないという批判を受ける。しかし①については、適法な職務行為によって職務行為における裁量が不当に行使される危険が生じる恐れ、②については想定された賄賂による職務行為への影響をそれぞれ考慮すると、どちらの場合においても本説が保護法益とする「職務の公正」を害する危険が存在していると説明できるため解釈論上の問題は存在しないと言える<sup>4</sup>。

したがって弁護側は B 説を採用する。

## 10 2. 転職による職務権限の変更と賄賂罪の成否について

イ説：積極説

- 積極説は、過去の担当職務が買収されたことによって職務の公正が害されたことを根拠とするが<sup>5</sup>、供与された利益は後の職務に影響を及ぼし得ないのであるから、単純収賄罪の成立を認めるべきではない<sup>6</sup>。そして、現行法上、一般的職務権限を失った場合における過去の職務の公正の保護は、事後収賄罪を限度としていると解すべきである<sup>7</sup>。

また、この説では、転職後も公務員である以上、「公務員であった者」ということはできないとするが、供与された利益を期待してなされた職務行為との関係では、もはや公務員でないといいうる。さらに、積極説の見解は、後の職務がたまたま公務であることを理由として単純収賄を認めるものであって、後の職務が私的なものの場合と均衡を失うため妥当でない<sup>8</sup>。

- 20 それに加え、この説は、賄賂が職務に関するものでなければならないという刑法の趣旨をゆがめ、収賄罪の成立範囲を不当に拡張するものである<sup>9</sup>。

よって、弁護側はこの説を採用しない。

ロ説：消極説

- 25 この説に対して、退職後であれば事後収賄罪の成立が認められこととの間に不均衡が生じるとの批判がある。しかし、事後収賄罪が成立するのは、請託を受けて職務上不正な行為をし、または相当な行為をしない場合に限られるし、この要件を満たすときには消極説によっても、一般的職務権限に異同が生じた以上は、その職務に関する「公務員であった者」と解せ、事後収賄罪の成立を認める余地がある<sup>10</sup>。

<sup>4</sup> 林幹人『刑法各論』（東京大学出版会、2003年）440頁参照。

<sup>5</sup> 曾根威彦『刑法各論[第5版]』（弘文堂、2012年）320頁。

<sup>6</sup> 林幹人『刑法各論[第2版]』（東京大学出版会、2003年）447頁。

<sup>7</sup> 曾根・前掲 320頁。

<sup>8</sup> 林・前掲 447頁参照。

<sup>9</sup> 大塚仁『刑法概説(各論)[第3版増強版]』（有斐閣、2005年）631頁参照。

<sup>8</sup> 曾根威彦『刑法各論[第5版]』（弘文堂、2012年）320～321頁。

<sup>9</sup> 大塚・前掲 631頁。

<sup>10</sup> 林・前掲 447頁参照。

5 転職によって具体的職務権限に異同が生じて、なお一般的職務権限に変更がなければ、賄賂罪の成立を認めるべきであるが、その一般的職務権限にすら異同が生じた場合には、もはや転職前の職務に関して、収賄罪は成立しないものと解すべきである<sup>11</sup>。そうでなければ、収賄罪は単に公務員の身分に由来する清廉義務違反を根拠に処罰するものにもなりかねず、公務員の清廉性への信頼まで法益とすることは明らかに不当であると考えられるからである。

よって弁護側は、この口説を採用する。

### III. 本問の検討

- 10 第一 甲から 200 万円を対価に X の A 高校入試合格の手助けを依頼された乙が、その依頼を遂行して 200 万円を受け取った行為について
1. 甲から X の A 高校入試合格の手助けを、200 万円を対価に依頼された乙が、その依頼を遂行して 200 万円を受け取った行為について、受託収賄罪(197 条 1 項後段)が成立しないか。
- 15 (1) 乙は都立高校の専任教諭であるため「公務員」(7 条 1 項)にあたる。もっとも、甲から受け取った金銭は「職務に関し」て受け取ったものといえるか。甲の依頼は、X をなんとか都立高校 A に合格させて欲しいとのことだったが、乙は今年 A の入試の問題作成や合否判定については全く関与していないため問題となる。
- ア. 弁護側は B 説を採用し、賄賂罪の保護法益を職務の公正と考えるところ、「職務に関し」ているか否かは、職務行為が与えられる利益の影響下に置かれ、職務の公正が害される危険が生じているか否かで決すべきであると考えられる。
- 20 イ. 本件では、甲の依頼は、X をなんとか都立高校 A に合格させて欲しいとの内容であることから、本件 200 万円は、乙の入試業務という職務行為において対価関係に立っていたものと考えられる。しかし、乙は都立高校 A の教諭であるものの、今年 A の入試の問題作成や合否判定については全く関与しておらず、入試業務について職務権限を有していなかったため、本件 200 万円と入試業務との間に対価関係は認められない。よって、乙に入試業務についての職務権限が認められない以上、乙が 200 万円を受け取ったとしても、それは乙の公務員としての信頼を損なうにとどまり、本件入試業務が賄賂の影響下に置かれて、その職務遂行における裁量が不当に行使されるという恐れはない。また、乙は、前任の都立高校 B では入試の問題作成や合否判定に関与していたとはいえ、A では現在まで一度も担当者になったことはなかった上に、教育委員会職員となることが決定したことから、今後、入試業務を担当する可能性はないといえる。したがって、入試業務という職務の公正自体は依然として保たれるといえ、その公正が害される危険性が生じているともいえない。
- 25 30 (2) したがって、乙の当該行為に受託収賄罪(197 条 1 項後段)は成立しない。
2. もっとも、200 万円を收受した時点で、乙は教育委員会職員になっており、教育委員会職員としての職務権限を有するに至っている。弁護側は、口説を採用するところ、一般的職務権限を異にする他の職務に転じた場合は、事後収賄罪(197 条の 3 第 3 項)の成否のみを問題にするべきであると考えられるが、事後収

<sup>11</sup> 大塚仁『刑法概説(各論)[第 3 版増強版]』(有斐閣,2005 年)631 頁参照。

<sup>8</sup> 曾根威彦『刑法各論[第 5 版]』(弘文堂,2012 年)320~321 頁。

<sup>9</sup> 大塚・前掲 631 頁。

賄罪の成立についても、「職務上」賄賂を收受等することが要求されるところ問題となる。

(1) 上述の通り、弁護側は、「職務」と対価関係にある場合とは、職務行為が与えられる利益の影響下に置かれることで職務遂行における裁量が不当に行使される恐れが生じることによって、職務の公正が害される危険が生じている場合であるとする以上、一般的職務権限を異にする他の職務に転職をした際は、  
5 収賄罪は成立しないと考える。

(2) 本件では、確かに、乙が教育委員会職員としての職務行為を行うにあたって何らかの不信が生じることは認められる。しかし、上述の通り、甲による 200 万円が入試業務という職務行為において対価関係に立っていたことに鑑みると、教育委員会職員としての職務行為は、200 万円の影響下にあるとは認められない上に、入試業務との関係においては一般的職務権限までも異にすることから、教育委員会職員  
10 としての職務の公正が本件 200 万円によって害されているとはいえない。

(3) したがって、乙が甲から受け取った金銭は「職務」について受け取ったものとはいえないため、乙の当該行為に事後収賄罪は成立しない。

3. 以上より、乙の当該行為について、受託収賄罪・事後収賄罪は成立しない。また、乙の当該行為について、受託収賄罪・事後収賄罪が成立しない以上、本件 200 万円は「賄賂」とはいえず、甲が乙に 200  
15 万円支払った行為に贈賄罪(198 条)は成立しない。

第二 乙が金庫から今年の入試問題を抜き取った行為について

1. 乙が金庫から今年の入試問題を抜き取った行為について、窃盗罪(235 条)が成立しないか。

(1) 「窃取」とは、他人の占有する財物を、他人の意思に反して、自己又は第三者の占有下へ移転させることをいうところ、乙は、入試を管理する者の意思に反して入試問題を甲へ移転させていることから、  
20 「窃取」したといえる。また、本罪の故意(38 条 1 項本文)も問題なく認められる。

(2) したがって、乙の当該行為に窃盗罪が成立する。

2. では、当該行為に偽計業務妨害罪(223 条後段)は成立しないか。

(1) 「偽計」とは、人を欺き、誘惑し、又は他人の不知、錯誤を利用することをいうところ、乙による入試問題の漏洩は、入試業務関係者の不知を利用して、甲の息子 X に有利な計らいをしようという行為であるため「偽計」にあたるといえる。また、「業務」とは、人が社会生活を維持する上に反復・継続して  
25 従事する仕事をいうが、強制力を伴わない公務は、偽計による妨害を排除することができないことから、「業務」にあたるというべきである。したがって、本件入試業務は、公務であるが「業務」にあたるといえる。しかし、乙は、A 都立高校の入試業務の公正な遂行自体は阻害しておらず、「妨害」したとはいえない。

(2) したがって、乙の当該行為に偽計業務妨害罪は成立しない。

## VII. 結論

甲は何ら罪責を負わない。

乙は窃盗罪(235 条)の罪責を負う。