

### I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ 2 頁 19 行目以下「公務員が請託を受けて不正な行為をした場合に、退職後に金員を受け取った場合には事後収賄罪に該当するが、転職後に金員を受けとれば、不可罰となってしま」うとするが、このような差異が生じるのは何故か。特に、後者の解釈について説明されたい。
- 10 2. 検察レジュメ 2 頁 25 行目以下「刑法典において過去の不正な職務行為」「については加重収賄罪(197 条の 3 第 2 項)」「が規定されており、「過去の職務と賄賂とが対価関係に立つこと」から、直ちに「転職後の賄賂罪の成立を肯定すべきである」といえるのは何故か。
3. 検察側は、賄賂罪の保護法益につき、検察レジュメ 4 頁 9 行目「職務の公正と社会一般の信頼にある」とするが、信頼保護説を採っているということの間違いないか。
- 15 4. 検察側は、公務退職後に金員を受け取った場合、どのような犯罪が成立すると考えるのか。また、一度公務を退き、その後でまた公務に就任し、前の職務に関して賄賂を収受した場合は、どのような犯罪が成立すると考えるのか。

### II. 学説の検討

#### 20 A 説(賄賂罪成立肯定説、積極説)について

本説は、賄賂罪を、現在の職務の公正(およびそれに対する社会の信頼)だけでなく、過去に担当していた職務の公正に対する社会の信頼をも保護する犯罪と解することで成立する説である。賄賂罪が現在の職務だけでなく過去の職務に対する社会の信頼を保護しているのだとすると、それは転職の場合に限らず退職の場合も同様のはずである。しかし、現行法では、事後収賄罪を例外扱いし、かつて在職中だった職務に関して、金銭を授受しても、事後収賄罪の要件を具備しない限り処罰されない。本説は、これを、転職の場合には抽象的職務権限が変動したにせよなお公務員であるが、退職の場合にはもはや公務員でないといったような形式的な理由に求めるが、これは妥当ではない。なぜなら、過去の職務に対する社会の信頼は、転職の場合も退職の場合も同様に侵害されているからである。

- 25 30 また、本説の立場は、賄賂が公務員の担当する「その職務」に関する者でなければならぬとしている刑法の趣旨を歪め、処罰範囲を不当に拡張するものであり妥当ではない<sup>1</sup>。よって、弁護側は A 説を採用しない。

#### B 説(賄賂罪成立否定説、消極説)について

<sup>1</sup> 井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣,2016年)593頁。

本説によると、職務刑法である収賄罪においては職務権限の内容こそが決定的であり、前の職務との関係では職務権限に異同が生じている点、そして、職務が一般的職務権限に属さない点から、通常の収賄罪は成立しえない。

よって、弁護側は B 説を採用する。

5

### Ⅲ. 本問の検討

第一 採用試験結果一覧表(以下「本件文書」)を作成する際、虚偽の内容を記載し、本件文書をプリントアウトした行為について甲に虚偽公文書作成罪(156 罪)、乙に同罪の教唆犯(156 条、61 条 1 項)が成立しないか。

10 この点、「文書」は証拠として保護されるものであるから、そこに表示された意思、観念主体が誰のものなのかを認識できるものでなければならない。上記行為がなされた時点ではいまだその名義人が不明であるので、名義人の認識可能性がない。本件文書は印鑑を押印された時点で名義人を A として作成されたことになると考えるべきである。

よって、上記行為には何ら犯罪が成立しない。

15 第二 A に本件文書に押印させた行為について

#### 1 甲の罪責

上記行為につき虚偽有印公文書作成罪(156 条)が成立しないか

(1) 本件で甲は、作成権限がないのに、内容虚偽の採用試験結果を使用し B を合格させるという「行使の目的」のもと、「公務員」A をして、「印章」を有する、試験結果を改竄した本件文書という A 名義の「虚偽の文書」を「作成」させた。

(2)ア もっとも、本件で甲は本件文書につき作成権限はなく、作成につき補佐をする職務についているにすぎなかったが、作成権限を有する公務員 A を利用して、本件文書を作成させている。ここで、作成権限者たる公務員の職務を補佐して公文書の起案を担当する公務員が作成権限者たる公務員を利用して虚偽公文書を作成させた行為に虚偽有印公文書罪が成立するかが問題となる。

イ そもそも 157 条が私人による間接無形偽造を限定的に処罰の対象とし、かつ、大幅に刑を減刑している趣旨は、公務員による実質的、形式的審査が予定されており、虚偽の申し立てはその段階でチェックされることが想定されているという点にある。したがって、補助公務員による公文書作成の内部的関与については、156 条の間接正犯の成立を認めることに支障はない。

ウ 本件でも、実際には採用試験施行业務と文書に作成は甲が行っていたのであるから、甲は作成権限者 A を補助し、公文書の作成を事実上行っている補助公務員であり、「職務に関し」上記行為を行ったといえる。よって、上記行為は本件文書の内部的関与であり、虚偽有印公文書作成罪の間接正犯が成立する。

#### 35 2 乙の罪責

上記行為を依頼した行為について、甲に虚偽有印公文書作成罪を実行する決意を生じさ

せたといえ同罪の教唆犯が成立する。

第三 本件文書をファクシミリに送信し、同ファクシミリにより受信、印字させた行為について

#### 1 甲の罪責

5 (1) 上記行為に虚偽有印公文書行使罪(158条1項)が成立しないか

ア 「行使」とは内容虚偽の文書を内容真実の文書として使用することをいい、使用とは、文書の内容を相手方に認識させ、または認識可能な状態に置くことをいう。

10 イ 本件では、Bの成績を改ざんした内容虚偽の本件文書をその試験結果内容が真実であるような文書として、○×県人事部人事課採用担当である数人の職員に認識可能な状態にしたといえる。

よって上記行為に本罪が成立する。

(2) では、上記行為に内容虚偽の文書各職員のファクシミリに印字されたという点から虚偽有印公文書作成罪(156条)が成立しないか

15 ア 本件受信書面はその外観上、ファクシミリ書面であることが明らかなファクシミリ書面であり、それ自体が一般人をして原本であると認識させるような外観を有していない。よって、原本として作成された「文書」とはいえず、本件受信書面はファクシミリ書面として作成されたものといえる。

ここで本件受信書面が「文書」にあたるか。本件受信書面は原本の本件文書の存在を証明するにすぎないため、原本性が欠けるのではないかが問題となる。

20 イ ファクシミリ書面はいかに正確で信用性が高いといっても、写しである以上、単なる写しには、人の意思、観念の表示がないし、名義人の認識可能性もない。よって原本性がなく、「文書」といえない。

したがって、同罪は成立しない。

#### 2 乙の罪責

25 上記行為につき、虚偽有印公文書行使罪の教唆犯が成立する。

第四 乙から現金 50 万円を受け取った行為について

1 甲の上記行為に枉法後収賄罪(197条の3第2項)が成立しないか

(1) 本件で「公務員」たる甲は自己の採用試験委員として地位のもと試験結果改ざんという「職務上不正な行為」の対価として、不正な利益 50 万円を得ている。

30 では「職務に関し」上記行為が行われたといえるか。本件では上記行為時、既に甲は○×県人事部採用試験委員とは一般的職務権限を異にする、住宅供給公社に出向となり、同公社開発部の所属となっていた。このように一般的職務権限を異にする他の公務に転職した後に前職に関して賄賂を収受した場合通常の収賄罪が成立するか。もしくは事後収賄罪(197条の3第3項)が成立するにとどまるか。通常の収賄罪が成立するのであれば、  
35 その加重類型たる枉法後収賄罪が成立しうるが、事後収賄罪にとどまるとすると同罪は成立しないため問題となる。

(2) 弁護側は B 説を採用するため、かかる場合事後収賄罪が成立するにとどまると解する。

(3) 本件でも通常収賄罪及び枉法後収賄罪は成立し得ず、甲は同県人事部から他の公務に転職し、同県人事部との関係で「公務員であった者」といえるから、上記行為に事後収賄罪が成立する。

5 第五 甲に 50 万を供与した行為について

乙の上記行為は 197 条の 3 第 3 項の「賄賂」を甲に収受すなわち「供与」したといえ、贈賄罪(198 条)が成立する。

第六 罪数

10 甲の虚偽有印公文書作成罪と行使罪は牽連犯(54 条 1 項後段)となり、事後収賄罪と併合罪(45 条)となる。

乙も虚偽有印公文書作成罪の教唆犯と行使罪の教唆犯が牽連犯となり、贈賄罪と併合罪となる。

IV. 結論

15 甲には、虚偽有印公文書作成罪(156 条)、同行使罪(158 条 1 項)、および事後収賄罪(197 条の 3 第 3 項)が成立し、虚偽公文書作成罪と同行使罪は牽連犯(54 条 1 項後段)となり、これと事後収賄罪は併合罪(45 条)となる。

20 乙には、虚偽有印公文書作成罪(156 条)の教唆犯(61 条 1 項)、同行使罪(158 条 1 項)の教唆犯、および贈賄罪(198 条)が成立し、2 つの教唆犯は牽連犯(54 条 1 項後段)となり、これと贈賄罪は併合罪(45 条)となる。

以上