

### I. 反対尋問

- 5 1 検察レジュメ 2 頁 14 行目において「身分のない者も身分のある者の実行行為に加担することによって真正身分犯を実現することができる」と述べる理由は何か。
- 2 検察レジュメ 2 頁 20 行目「「実行」とは「事実的意味での協力実現行為」とあるがこの様に解することができる理由は何か。
- 3 検察レジュメ 2 頁 30 行目「現に極めて重要な実行行為」とは具体的にどのような行為か。
- 10 4 検察側は、教唆犯・幫助犯が成立するために必要な教唆行為・幫助行為を、独立した実行行為と捉えているのか。仮にこのように捉えるのだとしたら、それは何故か。

### II. 学説の検討

#### A 説(肯定説)について

- 15 後述する通り、真正身分犯を考える際には身分のない者はそもそも実行行為を行い得ないのであるから、正犯たり得ない。よってこの時に共同正犯として非身分者にも正犯性を観念すること自体があり得ることではない。
- また、本説を採るとすると、ある身分を有しない者の行為について当該犯罪が成立するとされる犯罪(消極的身分犯)において、その身分を有する者が身分を有しない者の行為に加
- 20 功した場合においても共同正犯を認めるものと考えられるが、消極的身分犯の場合は身分を有しない者に犯罪が成立するのであるから身分者の行為は実行行為にあたらぬ<sup>1</sup>。よって身分者を正犯とするのは妥当ではなく、この場合でも不都合が生じることになる。
- 以上より弁護側は A 説を採用しない。

#### B 説(否定説)について

- 25 本説によれば、65 条 1 項にいう「共犯」とは狭義の共犯、すなわち、教唆犯と幫助犯のみを指し共同正犯は含まないものとする。
- そもそも 65 条 1 項での「犯人の身分により構成すべき犯罪行為」とはすなわち身分犯(真正身分犯・不真正身分犯の二種類がある)をいうところ、このうちの真正身分犯とはその身分がなければ何らの罪を構成しないものをいい、処罰根拠を非身分者が有しえず身分者のみ
- 30 みが有する特別な義務の違反に求めるものであるとする。
- このことに照らすと、真正身分犯においては、非身分者の行為は実行行為としての類型を欠き、共同して犯罪を実行したとは言い難く共同実行そのものを観念し得ない<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 大塚仁『刑法概説(総論)[第 4 版]』(有斐閣,2008 年)335 頁。

<sup>2</sup> 団藤重光『刑法綱要総論[第 3 版]』(創文社,1990 年)420 頁。

よって、非身分者が真正身分犯の行為を行っても正犯たり得ないことから、真正身分犯の場合を文言上含む 65 条 1 項においては、共同正犯を含むことはできないものといえる。

以上より弁護側は B 説を採用する。

### 5 III. 本問の検討

#### 第一 乙の罪責について

1 乙は A 市に対して、虚偽の事実を報告することによって、不正に補助金の交付を受けているが、かかる行為に詐欺罪(246 条 1 項)が成立しないか。

10 (1)乙は、補助金の不正交付を受ける目的で、虚偽の事実を報告するという「欺」罔行為を行い、それによって、A 市の担当者を錯誤に陥らせ、補助金の「交付」を受け、A 市の損害を与えている。さらに、詐欺罪(246 条 1 項)の成立には故意(38 条 1 項)に加え、不法領得の意思が必要と解されるが、乙には、A 市の補助金として交付された金銭を、自己のために消費しており、それを認識していることから、不法領得の意思も認められる。

(2)よって、乙の当該行為には詐欺罪(246 条 1 項)が成立する。

15 2(1) 次に、乙は公務員たる甲へ 1000 万円の交付を行っているところ、かかる行為に贈賄罪(198 条)が成立しないか。まず、本件において乙の交付行為は甲の恐喝によりなされたものであるところ、乙に贈賄罪の成立を認めることは不合理であるように思われる。この点、瑕疵はあるものの、贈賄者は自己の意思により贈賄したといえる以上、贈賄罪の成立を肯定するのが妥当である。

20 (2) 甲は乙に対し、公務員としての補助金交付業務を担当するにあたって、発覚した乙の補助金不正受給につき、口止め料として 1000 万円の交付を要求していることから、かかる 1000 万円は公務員の職務に対する対価としての不正な報酬である「賄賂」といえる。そして、乙は甲宅へ赴き、受け取りを依頼されていた丙へ 1000 万円を渡していることから、賄賂を「供与」したといえ、かかる事情につき認識認容もしており、故意(38 条 1 項本文)も  
25 認められる。

したがって、乙の当該行為には贈賄罪が成立する。

3. 以上より、乙は詐欺罪と贈賄罪の罪責を負い、両者は併合罪(45 条)となる。

#### 第二 甲の罪責について

30 1 甲は、乙を脅して 1000 万円交付させている。かかる行為に恐喝罪(249 条 1 項)が成立するか。

「恐喝」とは財物を交付させる手段として行われる暴行・脅迫であって、相手方の反抗を抑圧するに至らない程度のものをいう。そして、「脅迫」とは相手方が畏怖しうる程度の害悪の告知をいう。なお警察に告発する等の適法行為の告知も相手方を畏怖させることが  
35 可能なので脅迫たりえる。

本件において、甲が乙に 1000 万円払わないと警察に告発する旨を告知しており、乙は畏

怖していることから、かかる甲の告知は「恐喝」に当たる。そして乙は甲に 1000 万円を交付しており「財物を交付」したといえ、かかる事情の認識認容もしており故意も認められる。そして、不法領得の意思も認められる。以上より、甲の当該行為には恐喝罪が成立し、後述のように丙との間で共同正犯が成立する。

5 2 甲が乙から 1000 万円を受け取った行為につき収賄罪(197 条 1 項)が成立しないか。甲は「公務員」に当たるが、「その職務に関し」て賄賂を収受したといえるかが問題となる。

(1) この点、賄賂罪の保護法益は、職務の公正とそれに対する社会一般の信頼であると考えられるところ、①具体的職務権限に属する職務はもとより、②一般的職務権限に属する職務や、③職務に密接に関連する行為についても、それに関して賄賂を収受すれば、かかる  
10 信頼は害される。よって、それらについても、「その職務」にあたと解する。

本件において、甲は補助金交付業務を担当しており、乙の補助金不正交付を調査によって知っていることから、かかる職務は①具体的職務権限に属する職務といえる。よって、甲は「その職務に関し」て賄賂を収受したといえる。

(2) さらに、甲が収受した 1000 万円は「賄賂」に当たり、かかる事実の認識認容もしており故意が認められる。また、実際に甲は補助金事業に携わる者として、乙による補助金の不正受給を公表することが必要であったのにも関わらず、かかる行為を行っていないことから、「相当の行為」を行わなかったといえる。

したがって、甲の当該行為には加重収賄罪(197 条の 3 第 1 項)が成立する。

15 3. 以上より、甲は加重収賄罪と恐喝罪の罪責を負い、両者は社会通念上一つの行為である  
20 ことから、観念的競合(54 条 1 項前段)となる。

### 第三 丙の罪責について

1 丙は甲と謀議のうえ、甲が乙を恐喝し、1000 万円を交付させている。かかる丙の行為につき甲との間で恐喝罪の共同正犯(249 条 1 項、60 条)が成立するか。

25 共同正犯の成立要件は①共謀②共謀に基づく実行行為③正犯意思であるところ、本件において丙は甲との間で口止め料 1000 万円をもらう旨謀議し、そのために乙を恐喝する点につき少なくとも黙示の意思連絡はあったといえる。よって丙と甲の間に共謀が認められる(①)。そしてかかる共謀に基づき甲は恐喝行為に及んでいる(②)。また、丙は甲の婚約者であり、甲との合意の形成につき丙の意見は多大な影響力を有していたうえ、口止め料をハ  
30 ネムーンの費用に充てる旨甲に進言しており、甲の恐喝行為によって得た利益を享受するつもりであった。よって正犯意思も認められる(③)。

したがって、丙の当該行為には甲との間で恐喝罪の共同正犯が成立する。

2(1) 丙は甲に対し口止め料をもらう旨提案のうえ、乙から 1000 万円を受け取った。かかる丙の行為につき甲との間で収賄罪の共同正犯(197 条 1 項、60 条)が成立するか。収賄罪  
35 は公務員にのみ成立する真正身分犯であるところ、身分のない丙にも真正身分犯の共同正犯が成立するかが問題となる。

この点、65条の文言から同条1項は真正身分犯・不真正身分犯の双方について、共犯の成立の問題を規定しており、2項は特に不真正身分犯につき科刑の調整を定めた規定であるとする。そして、弁護側はB説を採るため、1項の「共犯」に共同正犯は含まれず、教唆犯・幫助犯に限られるとする。

5 よって、丙の行為に甲との間で収賄罪の共同正犯は成立しない。

(3)では、丙の行為に甲との関係で収賄罪の教唆犯(197条1項、61条1項)は成立するか。

ア 教唆犯の成立要件は①教唆行為②教唆に基づく正犯の実行行為③正犯結果の発生④教唆犯の故意である。本件において、丙は甲に対して口止め料をもらう旨提案しており、甲はかかる提案によって、賄賂を收受することを決意しているのでかかる提案は教唆行為に  
10 当たる(①)。かかる教唆に基づき甲は1000万円の「賄賂」を「收受」している(②③)。

イ では、④教唆犯の故意が認められるか。

共犯の処罰根拠は正犯と共に違法な犯罪結果を惹起した点にあるところ、教唆犯の故意の内容としては、教唆行為の結果、被教唆者が基本的構成要件を実現することの認識・認容をも要するとする。本件において丙は甲が本来の職務である、不正な補助金交付があ  
15 ったことを公表するという職務を甲が行わないという点にまで認識しているから、加重収賄罪(197条の3第1項)の教唆犯の故意が認められる(④)。

したがって、丙の当該行為には加重収賄罪の教唆犯が成立する。

3 また、乙が持参した現金を受け取った行為については、甲が確実に口止め料による利益を  
20 享受できるようにしているという点で、加重収賄罪の幫助犯が成立する(197条の3第1項、62条)

4 以上より、丙は①恐喝罪の共同正犯、②加重収賄罪の教唆犯、③加重収賄罪の幫助犯の罪責を負い、②と③は社会通念上一つの行為であることから観念的競合となり、これらと①が併合罪となる。

#### 25 IV. 結論

甲は恐喝罪の共同正犯((249条1項、60条)と加重収賄罪(197条の3第1項)の罪責を負い、両者は観念的競合(54条1項)となる。

乙は詐欺罪(246条1項)と贈賄罪(198条)の罪責を負い、両者は併合罪(45条)となる。

丙は①恐喝罪の共同正犯(249条1項、60条)、②加重収賄罪の教唆犯(197条の3第1項、  
30 61条1項)、③加重収賄罪の幫助犯(197条の3第1項、62条1項)の罪責を負い、②と③が観念的競合、これらと①が併合罪となる。

以上