

問題37 (旧平成19年度第2問)

甲は、交番で勤務する警察官Xに恨みを抱いていたことから、Xを困らせるため、Xが仕事で使っている物を交番から持ち出し、仕事に支障を生じさせようと考えた。そこで、甲は、Xが勤務する交番に行き、制帽を脱いで業務日誌を書いているXに対し「その道で交通事故があって人が倒れています。」とうそを言った。

これを信じたXは、制帽と業務日誌を机の上に置いたまま、事故現場に急行するため慌てて交番から出て行ったので、甲は、翌日まで自宅に隠しておいた後返還するつもりで、交番内からXの制帽と業務日誌を持ち出し、自宅に持ち帰った。

その日の夜、甲は、知人の乙と会い「警察官を困らせるために交番から制帽と業務日誌を持ち出してきたが、もういいから、明日こっそり交番に返しておいてくれ」と言ったところ、乙が、甲に対し「警察官の制帽なら高く売れるよ」と言ったので、甲は、業務日誌だけを乙に渡し、制帽については、Xに返すのをやめ、後に売るために自宅に保管しておくことにした。翌日、乙は、この業務日誌を持って交番に向かったが、その途中このまま返すのが惜しくなりこの機会にXに金を出させようと思った。

そこで、乙は、交番に着くと、Xに対し「この業務日誌を拾った。マスコミに持って行かれたら困るだろう。10万円出せば返してやる。」と言ったが、Xは、これに応じなかった。

甲及び乙の罪責を論ぜよ (ただし、特別法違反の点は除く。)

【答案例】

第1 甲の罪責

1 甲が、Xに「その道で交通事故があって人が倒れています」とうそを言って交番から現場に急行させた行為につき、偽計業務妨害罪（233条）が成立しないか。

(1) まず、甲の上記発言は、Xを欺くためのうそであるから「偽計」にあたる。

(2) そして、甲の偽計により、Xの公務が妨害されているといえるところ、Xの公務は「業務」にあたるか。

この点、強制力を行使する権力的公務は、妨害行為を強制力で排除可能であるし、公務執行妨害罪で保護すれば足りるので「業務」にはあたらないと解する。他方、それ以外の公務は「業務」にあたりと解する。もっとも、権力的公務も、偽計については無力であり、公務執行妨害罪も成立しないから、偽計による場合は「業務」にあたりと解する。

本件で、警察官Xの公務は権力的公務であるものの、甲は偽計を用いているので「業務」にあたる。

(3) そして、甲は、Xを事故現場に向かわせたことにより、交番勤務を「妨害した」といえる。

(4) よって、甲に①偽計業務妨害罪が成立する。

2 次に、甲が、うそを言って、制帽等を持ち出そうとしているが、財産的処分行為に向けられた欺く行為ではないので詐欺罪（246条1項）は成立しない。

3 次に、甲が制帽等を持ち出すために交番に立ち入った行為は管理権者の意思に反する立ち入りと言え、②建造物侵入罪（130条前段）が成立する。

4 では、甲が制帽と業務日誌を持ち出した行為につき窃盗罪（235条）は成立するか。

(1) まず、これらは財産的価値を有するので「財物」にあたる。また、甲は、Xの占有を排除し自己の占有下にこれらに移しているから「窃取」にあたる。

(2)ア もっとも、領得罪の成立には故意とは別個に不法領得の意思が必要と解される。そして、不法領得の意思として、①権利者を排除して自己の所有物として（ふるまう意思）、②その経済的用法に従って利用処分する意思が必要と解する。

イ 本件では、たしかに、甲は翌日返すつもりで制帽と業務日誌を持ち出しているが、1日もの間であっても十分にこれらの占有侵害はなされるといえるから①自己の所有物としてふるまう意思が認められる。

もっとも、甲は、Xを困らせるため、すなわち専ら隠匿目的であり②利用処分意思は認められない。

(3) よって、不法領得の意思がなく、窃盗罪は成立しない。

5 もっとも、制帽については、隠匿により、制帽の物本来の効用を害したといえるので、③器物損壊罪（261条）が成立する。

- 6 また、業務日誌は「公務所の用に供する文書」にあたるので、④公用文書毀棄罪（258条）が成立する。
- 7 そして、後に売るために制帽を自宅で保管した行為につき、⑤占有離脱物横領罪（254条）が成立する。
- 8 以上から、甲に①～④の罪が成立し、③④は観念的競合（54条1項後段）となり、これと②は牽連犯（54条1項前段）となる。そして、これと①④は併合罪（45条前段）となる。

## 第2 乙の罪責

- 1 まず、甲に対して、「制帽なら高く売れるよ」といった行為は、甲に占有離脱物横領罪の実行を決意させたといえ、⑥同罪の教唆犯（61条1項、254条）が成立する。
- 2(1) 次に、乙が業務日誌を「10万円出せば返してやる。」といった行為につき恐喝罪（249条1項）が成立しないか。
  - ア この点、恐喝とは、相手方を畏怖させるに足りる程度の暴行・脅迫で財物を交付させることをいう。そして、告知される害悪は人を畏怖させるものであれば不法な内容でなくとも良い。
  - イ 本件で、マスコミに業務日誌を持っていかれれば、マスコミ関係者に警察の業務内容を知られる恐れがあり、Xがそれを畏怖するに足りる脅迫があったといえる。
  - ウ もっとも、Xは10万円を支払っていないので、⑦恐喝未遂罪にとどまる（250条、249条1項）。
- (2) さらに、上記行為につき、甲との関係で横領罪（252条1項）が成立しないか。
  - ア まず、業務日誌は乙の物ではないから「他人の物」にあたる。そして、乙の占有があり、甲に返還を頼まれているので委託信任関係に基づく占有があり「自己の占有する」にあたる。
  - イ そして、「横領」とは、不法領得の意思の発現行為をいうところ、横領罪における不法領得の意思は、他人の物の占有者が委託の趣旨に背いてその物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思をいう。

本件で、業務日誌で金を要求するがごときは委託の趣旨に背くことは明らかであり所有者でなければできないような処分をする意思の発現行為といえ、「横領」にあたる。
  - ウ よって、⑧横領罪が成立する。
- 3 以上から、甲に⑥～⑧の罪が成立し、⑦⑧は観念的競合となり、これと⑥は併合罪（45条前段）となる。

以上

【モニター受験生答案】評価A

第1、甲の罪責

1、Xにうそを言った行為

(1) 甲の上記行為は、うそをついただけであり、「暴行・脅迫」（刑法、以下略、95条1項）を加えていないから、公務執行妨害は成立しない。

(2) では、偽計業務妨害罪（233条後段）は成立しないか。

ア 甲はうそをついているから「偽計」にあたる。

イ もっとも甲は警察官である公務員であるところ、「業務」に公務が含まれるのかが問題となる。

この点、権力的公務については、偽計や威力（234条）を實力で排除できるが、非権力的公務はかかる實力を持たないところ、非権力的公務のみが「業務」に含まれると解する。

ウ 本問で甲は確かに制帽を脱いで業務日誌を書いているだけであり、一見非権力的公務を行っているとも思える。しかし、甲は非番でなく公務中であるから、警棒やピストルを携帯しているはずであり、いまだ偽計や威力を實力で排除しうる権力的公務の最中であるといえる。

よって、甲の公務は「業務」に含まれず、同罪は成立しない。

2、交番に入った行為

甲の上記行為は、後述の通り犯罪遂行のために立ち入りであり、管理権者たるXの意思に反した立ち入りであるから、「侵入」にあたり、㉔建造物侵入罪（130条後段）が成立する。

3、うそをついて制帽と業務日誌を持ち出し自宅へ持ち帰った行為

(1) 甲の上記行為に詐欺罪（246条1項）は成立しない。

Xには処分行為・処分意思もなく、また、かかる行為はXの処分行為に向けられたものでもない。とすれば、単にXの占有を弛緩させたにすぎないからである。

(2) では、窃盗罪（235条）は成立しないか。

ア 制帽と業務日誌は「他人の財物」にあたり、またXはこれらを机に置いたまま交番を出てはいるものの、事実上の占有はいまだXや警察署にある。そして甲はこれらを持ち出しているから、他人の占有を排除し自己の占有下に移したといえ、「窃取」にあたる。

イ もっとも、甲は翌日まで自宅で隠した後返還するつもりであったのだから、不法領得の意思はあるかが問題となる。

不法領得の意思とは、①利用者排除意思②利用処分意思をいうと解する。

本問で、制帽と業務日誌は警察官以外の者が使用することは許されない性質のものだから、たとえ翌日に返還するつもりでいたとしても①は認められる。

しかし、甲はXを困らせるため・仕事に支障を生じさせるために本件行為を行っているから、本件財物の効用を享受する意思を持っていないといえ、②に欠ける。

よって、甲には不法領得の意思がなく、窃盗罪は成立しない。

(3) 上記行為の制帽については、㉕器物損壊罪（261条）が成立する。

「損壊」とは、物理的損壊のみならずその物の効用を害する一切の行為をいうところ、警察官しか使用できない物を甲が自宅へ持ち帰り保管することは、制帽の効用を害するといえるからである。

また、業務日誌については㉔公文書毀棄罪（258条）が成立する。業務日誌は「公務所のように供する文書」にあたり、本件行為により効用を害されたといえるからである。

#### 4、制帽を自宅へ保管した行為

甲の上記行為に、占有物離脱横領罪（254条）が成立するか。

制帽はXの「占有を離れた」「他人の物」にあたる。また、横領とは不法領得の意思の発現行為をいい、その内容は上述した①②である。

本問で、警察官しか使用できない制帽は甲の自宅に保管されているから、①は認められる。また、甲は制帽を売却する目的を有しており②も認められる。

よって、甲には不法領得の意思の発現行為があり、㉑占有物離脱横領罪が成立する。

5、甲には、㉑㉒㉓㉔が成立し、㉑が㉒㉓と牽連犯（54条1項後段）となり、残りは併合罪（45条前段）となる。

### 第2、乙の罪責

#### 1、甲に制帽を売るように言った行為

乙の上記行為には、㉕占有離脱物横領罪の教唆犯（254条・61条1項）が成立する。

#### 2、Xに金を出させようと10万円を出せば返すといった行為

##### (1) 対甲

乙の上記行為に、甲に対する単純横領罪（252条1項）が成立するか。「占有」とは、委託信任関係に基づく占有をいうが、占有物離脱横領犯人（甲）との委託信任関係も保護に値するから、かかる関係の占有が認められる。

また、占有物離脱横領犯人の占有も一応保護に値するから、「他人の物」にあたる。さらに乙は、10万円と引き換えに返すと言っており、不法領得の意思の発現行為たる「横領」もある。

よって、乙に㉖単純横領罪が成立する。

##### (2) 対X

マスコミに持っていくとXに告げたことは、それが実現すればXや警察全体の不名誉になることであり、Xを畏怖させる害悪の告知である「恐喝」（249条1項）にあたるも、Xはこれに応じておらず、㉗恐喝罪の未遂犯（250条）が成立する。

##### (3) 対公務

乙の上記行為は、「脅迫」にあたり、㉘公務執行妨害罪（95条）が成立する。

たしかにXは甲の申し出に応じていないものの、同罪は抽象的危険犯であるから、「脅迫」に当たる以上、妨害したといえるからである。

3、乙には、㉕～㉘が成立し、㉖㉗㉘は観念的競合（54条1項前段）となり、㉕と併合罪となる。以上。

問題37 論点・トピック

- ・公務と業務
- ・不法領得の意思
- ・器物損壊
- ・恐喝