

# 刑事判例研究 (1)

## 中央大学刑事判例研究会

北海道開発庁長官が、下部組織である北海道開発局の港湾部長に対し、競争入札が予定される港湾工事の受注に関し特定業者の便宜を図るように働き掛ける行為について、賄賂罪における職務関連性が認められた事例

秋 山 紘 範

【事実の概要】  
あつせん収賄、受託収賄、議院における証人の宣誓及び証言等に関する法律違反、政治資金規  
正法違反被告事件、平成二〇年(あ)第七三八号、同二二年九月七日第一小法廷決定、刑集  
六四卷六号八六五頁、裁時一五一五号八頁、裁判所ウェブサイトを、判タ一三三五号七八頁、判  
時二〇九五号一五五頁

【事実の概要】  
(1) 北海道開発庁は、北海道総合開発計画について調査し、及び立案し、並びにこれに基づく事業の実施に関する事務の調整及び推進にあたること等を所掌事務とし、その権限の行使は、その所掌事務の範囲内で法律に従ってなされなければならないとき

れていた（平成一二年法律第一〇二号による改正前の北海道開発法五条一項）。そして、その長である北海道開発庁長官は、北海道開発庁の事務を統括し、職員の服務を統督する権限を有していた（平成一二年法律第九〇号による改正前の国家行政組織法一〇条）。

（2）北海道開発局は、北海道開発庁の地方支分部局として設置され（上記北海道開発法九条）、開発建設部は北海道開発局の所掌事務の一部を地域ごとに分掌しており（二二条一項）、北海道開発局及び各開発建設部は北海道開発庁の下部組織といえるが、北海道開発局は、北海道開発庁の事務を分掌するほか、北海道総合開発計画に基づく北海道における公共事業費の支弁に係る国の直轄事業で、農林水産省、運輸省及び建設省の所掌するものの実施に関する事務を所掌しており（一〇条一項一号）、その直轄事業の実施事務に関しては、当該事務に関する主務大臣のみが北海道開発局長を指揮監督できるとされているため（一〇条二項）、北海道開発庁長官にはこれに関する指揮監督権限がなかった。

（3）北海道総合開発計画に基づく港湾工事（漁港工事も含む。以下同じ。）は、上記直轄事業であって、北海道開発庁長官は、その実施に関する指揮監督権限を有しなかつたけれども、予算の実施計画を作製して大蔵大臣の承認を経ることとされていたため（平成一二年法律第一六〇号による改正前の財政法三四条の二第二項）、それに先立って、北海道開発庁、北海道開発局、同局の各開発建設部等は協議を行い、工事の施設、内容、規模、見積額、期間、発注の時期などを内容とする実施計画案を策定していた。したがって、北海道開発庁長官は、予算の実施計画作製事務を統括する権限に基づいて、港湾工事の実施計画案の策定に関し、職員を指導することができる地位にあった。

本件当時、予算実施計画案の策定過程においては、競争入札が予定される工事について、落札すべき工事業者を北海道開発局港湾部長が指名して各開発建設部の職員を介して業者側に通知することが常態化しており、この通知を受けた業者らにより、入札金額の調整を伴う談合が行われていた。

（4）被告人は、平成九年九月一日から北海道開発庁長官に就任し、その在任中である同年一〇月から平成一〇年一月までの

間に、A建設株式会社代表取締役らから、北海道総合開発計画に基づいて北海道開発局の開発建設部が発注する予定の港湾工事について、予算の実施計画案の策定作業が行われている段階から、A建設が受注できるように北海道開発局港湾部長に指示するなど便宜な取り計らいをされたい旨の請託を受け、北海道開発庁長官室に上記港湾部長を呼び出して、予定される工事の表を提出させるなどした上で、A建設が特定の工事を落札できるように便宜を図ることを求め、平成九年一月から平成一〇年八月までの間、四回にわたり、その報酬として合計六〇〇万円の現金の供与を受けた。

### 【決定要旨】

上告棄却。なお、受託取賄罪の成否について、以下の通り職権判断した。

「以上の事実関係の下において、北海道開発庁長官である被告人が、港湾工事の受注に関し特定業者の便宜を図るよう北海道開発局港湾部長に働き掛ける行為は、職員に対する服務統制権限を背景に、予算の実施計画作製事務を統括する職権権限を利用して、職員に対する指導の形を借りて行われたものであり、また、被告人には港湾工事の実施に関する指揮監督権限はないとしても、その働き掛けた内容は、予算の実施計画において概要が決定される港湾工事について競争入札を待たずに工事請負契約の相手方である工事業者を事実上決定するものであって、このような働き掛けが金銭を対価に行われることは、北海道開発庁長官の本来的職務として行われる予算の実施計画作製の公正及びその公正に対する社会の信頼を損なうものである。したがって、上記働き掛けは、北海道開発庁長官の職務に密接な関係のある行為といふべきである。なお、所論は、談合にかかわる行為は正当な職務としておよびそ行い得ない違法な類型の行為であるから、職務に密接な関係のある行為とはなり得ない旨主張するが、当該行為が密接関係行為に当たるといふかは上記のように本来の職務との関係から判断されるべきものであり、その行為が所論のいうような違法な行為であることによつてその判断は直ちに左右されないと解するのが相当である。また、所論は、受注業者の指名が港湾部長の職務権限に属することを認定することなく、上記指名について港湾部長を指導することが北海道開発庁長官の職務権限に属するとした原

判断が当裁判所の判例（最高裁昭和六二年（あ）第一三五一号平成七年二月二二日大法院判決・刑集四九卷二号一頁）に違反する旨を主張するが、収賄罪の構成要件である「職務に関し」は、当該収賄公務員の職務との関連性であって、本件のように、他の公務員に働き掛けることの請託を受けて収賄した場合であっても、働き掛けを受ける他の公務員の職務との関連性は構成要件そのものではないのであるから、一般的には、その職務関連性をそれ自体として認定する必要はないものというべきである。」

なお、金築誠志裁判官の補足意見がある。

## 【研究】

### 1 問題の所在

本決定は、北海道開発庁長官であった被告人が、北海道開発局港湾部長に対して、特定業者の便宜を図るよう働き掛けた行為に関し、受託収賄罪の成否について職権判断を行ったものであり、以下の三点について判示している。第一に、被告人の本件働き掛け行為の職務密接関連性、第二に、違法な類型の行為の職務密接関連性、そして第三に、働き掛けを受ける公務員の職務権限の問題である。そこで、本稿では、主に第一の点を中心に検討を試みる。

### 2 本件行為の職務密接関連性について

判例は、賄賂罪の保護法益を「公務員の職務の公正とこれに対する社会一般の信頼」（最高裁平成七年二月二二日大法院判決刑集四九卷二号一頁）と解しており、いわゆる信頼保護説の立場を採っている。本決定でも、本件のような「働き掛けが金銭を対価に行われることは、北海道開発庁長官の本来的職務として行われる予算の実施計画作製の公正及

びその公正に対する社会の信頼を損なうものである」と判示されており、この立場が維持されている。もつとも、本決定は、本件働きかけは当該法益を侵害するものであるから職務密接関連性がある、との論理を採用しているように見えるが、これに対しては、職務密接関連性があるから法益侵害があるのであって、本決定の論理は逆であるとの批判<sup>(2)</sup>が存するところである。従って、まずは職務性、あるいは職務密接関連性について検討を加える必要がある。

判例によれば、賄賂罪にいう「職務」とは、「公務員がその地位に伴い公務として取り扱うべき一切の執務」（最高裁昭和二八年一〇月二七日第三小法廷判決刑集七卷一〇号一九七一頁）を指すものとされる。ここでは、具体的職務権限に基づく職務のみならず、一般的職務権限に属するもの、更には、本来の職務権限に属するものではなくとも、その職務権限と密接な関連を有する行為についても、賄賂罪の成立が肯定されてきた<sup>(3)</sup>。この職務密接関連行為という概念については、学説の一部においてはこれを否定すべきとの見解や、職務行為概念そのものを実質化し、あるいは合理的に判断することで、概念の二重構造を解消しようとする見解も見られるところであるが、大方の見解は職務密接関連行為という概念に意義を見出す方向で一致している<sup>(6)</sup>。その意義は、明らかに「職務」に属する行為と、「職務」に含まれるかについて疑義があり得るために実質的判断を要する行為が存することは否定し難いところ<sup>(7)</sup>、両概念を区分することによって職務関連性判断の低位基準を合理的に形成することが可能になる<sup>(8)</sup>、という点に求められよう。

問題は、本件被告人の働き掛け行為が、職務行為であるのか、それとも職務密接関連行為であるのかという点である。この問題について、第一審（東京地裁平成一六年十一月五日判決刑集六四卷六号九〇〇頁）と第二審（東京高裁平成二〇年二月二六日判決刑集六四卷六号九五頁）は本件働き掛けを職務行為として認定したのに対し、本決定は職務密接関連行為として認定しており、判断が分かれている。

第一審は、大綱、以下のように判示して、職務行為性を直接的に肯定した。即ち、①港湾工事の指揮監督権限は運輸大臣が有していたこと、②北海道開発庁長官は職員の職務統督権限を有していたことを認定し、北海道開発庁長官は港湾工事の指揮監督権限を有していないことが確認されている。しかし、③港湾工事の受注業者の決定は外形的には競争入札であったが、その実態は北海道開発局が積極的に関与する官製談合であり、第一審はこれを「開発局の慣行に基づいた職務」であると認めている。そして、④被告人は職務統督権限によって港湾部長の業者選定に口出しするよう請託を受け、これに対する報酬が支払われたものとしている。第一審のこうした判断に対しては、被告人の職務統督権限が制限されていることを指摘しながら、それに正面から反する介入行為を本来的職務と認められた点について、疑問が呈されている。<sup>(9)</sup>

第二審は、結論においては第一審と同様に職務行為性を肯定しているが、その判断に際して以下の点を付け加えている。即ち、⑤北海道開発庁長官は事業実施計画を作製し、大蔵大臣の承認を得ることになっていたが、それに先立つ事業計画案の策定過程で本命業者を指名することが常態化していた。そして、⑥北海道開発庁長官は、港湾工事にものに介入する権限は持たなくとも、工事計画案の策定には指導、助言する権限を有するものと認定され、計画案策定時の本命業者の指名についての指導、助言も北海道開発庁長官の職務権限に属する、としたのである。<sup>(10)</sup>

しかし、本決定はこれらの判断とは異なり、被告人の行為は職務密接関連行為であると判断した。本決定以前には、最高裁は職務密接関連行為という概念から距離を置いているのではないかとの評価も存していたところであるが、本決定が何故本件請託に係る行為について職務行為そのものとは判断しなかったのか、その理由は決定文中からは明らかではない。もっとも、匿名解説説においては、「被告人に港湾工事の実施に関する指揮監督権限がないのに、

権限のない事項について法令上規定された職員に対する指導監督権限を行使したとはいえず、また、本件の働き掛けを予算の実施計画作製のための指導と評価することも難しかったことや職務行為の外形を有しない談合にかかわる違法行為が繰り返されたからといってそれを職務行為ということもできなかったことによるものと推測される<sup>12)</sup>と述べられているところであり、また、調査官解説でも、「①本件請託に関係する工事は、いずれも競争入札が予定される工事であり、入札前から特定の業者に発注することを決めることは計画上予定されていないこと、②本命業者を予め決定しなくても（談合行為を行わなくても）、施工業者を決定して事業を実施することに特に支障はないこと、などの事実が指摘できるのであるから、本件請託に係る行為である本命業者の指名が、事業実施計画作製事務の一部ということは困難であろう」とし、このような理由から本来的職務行為としてではなく職務密接関連行為として検討されたと推測されている。

その上で、本決定は、本件働き掛け行為の職務密接関連行為性を判断するにあたり、以下の三点を主要な根拠として挙げている。即ち、第一に、本件働き掛け行為が職員に対する服務統括権限を背景として、職務権限を利用して指導の形を借りて行われたものであること、第二に、被告人には港湾工事实施の指揮監督権限はないとしても、働き掛けの内容が工事業者を事実上決定するものであること、そして第三に、法益侵害性があることである。ここで、法廷意見では、本件で慣行行為として談合行為が繰り返されたことは密接関連行為性が認められる理由として挙げられていないが、調査官解説では、「本件のように、世間に発覚しなかったために繰り返されてきた違法行為について、繰り返し行われてきたこと自体が、職務との関連性を強めるものといえるかについては疑問があり得るところである」とし、「慣行行為性を主要な根拠として職務関連性を判断しなかったのは、このような事情を考慮したものと推

測される<sup>14</sup>」としている。もともと、本決定の裁判長である金築裁判官は、その補足意見の中で、「港湾部長は、港湾工事の計画作製・実施に関して職務権限を有する者として、慣行的、常態的に本命業者の指名を行っていたのであるから、組織的に事実上職務行為化した行為とも評価できるといふべきであり、これが港湾部長の職務と密接な関係を有する行為であることは明らかである。」<sup>15</sup>と述べているところである。

本決定は、本件働き掛け行為について、それが「服務統督権限を背景に」「職務権限を利用して」「指導の形を借りて」行われたものであると評価しているが、<sup>16</sup>そこでは明らかに婉曲的な表現が用いられている。確かに、職務行為性を直接的に認めることには前述したような問題点も存するところではあるが、金築裁判長の補足意見では、本件は「組織的に事実上職務行為化した行為とも評価できる」と述べられており、また本決定が「原判断は正当である」としていることから考えても、本件被告人の働き掛け行為については、職務行為と判断しても誤りではないと考えられる。

### 3 違法な行為の職務関連性

次に、本決定は、「所論は、談合にかかわる行為は正当な職務としておよそ行い得ない違法な類型の行為であるから、職務に密接な関連のある行為とはなり得ない旨主張するが、当該行為が密接関連行為に当たるかどうかは上記のように本来の職務との関係から判断されるべきものであり、その行為が所論のいうような違法な行為であることによつて直ちには左右されないと解するのが相当である」と判示している。調査官解説ではこの点について、本決定は職務密接関連行為性の判断の中で請託に係る行為の違法性も実質的に考慮しており、この点を独自に論じる意味はな



いものと解されているところである。<sup>(17)</sup>とは言い、当該判示部分を巡る問題は、終局的には、明らかに違法な行為であつても密接関連行為といふことができるか否かという点に集約されるであらう。<sup>(18)</sup>

本決定の評釈の中には、官製談合への関与を賄賂罪の枠で対処することに批判的な見解<sup>(19)</sup>も見られるところであるが、学説においては、不正な職務も本罪にいう職務に該当するとの見解が多数説である。<sup>(20)</sup>また、既に判例においても、情報漏洩行為<sup>(21)</sup>について職務密接関連行為性を肯定したものが存するところであり、本決定においても金築裁判官が補足意見として、加重収賄罪の存在を根拠として、収賄罪における職務は適法なものに限られない旨述べているところである。また、本決定評釈の中にも、事件当時の北海道開発庁長官は本事項に関して指揮監督権限が及んでいなかったことに加えて、本件が官製談合という違法行為に関するものであったことが、職務行為そのものとして解消することを躊躇させた要因となつたのではないかとの指摘がある。<sup>(22)</sup>もつとも、本決定の法廷意見は、官製談合にかかわる違法な行為であることによつて密接関連行為の判断は「直ちには」左右されないと留保を付しているところであり、違法性が密接関連行為性を左右する余地が完全に排斥されているわけではない。<sup>(23)</sup>この点については、「違法性が高い行為を請託するような事案においては請託に係る行為と本来の職務との関係が希薄になる場合があることを意識したものと推測される<sup>(24)</sup>」との指摘が存するところであるが、問題とすべきはむしろ、本来の職務との結び付きであらう。<sup>(25)</sup>

以上、職務密接関連性の問題と違法な行為の職務関連性の問題を総合して案ずるに、官製談合の常態化という本件特有の事情は、法的には本来あり得べからざる事態であり、それが繰り返されてきたことによつて職務行為へと謂わば格上げされると認めることには、やはり抵抗があらう。他方で、本件官製談合行為は、まさに港湾部長である者で

なければ本命業者を指名し得ないというべきものであり、その職務とは無関係であるとも言い難いものである。そして、被告人は、違法な官製談合の常態化を知悉しながら、自らの地位あるいは影響力をもつて、本命業者の指名に容かいしたものであるから、このような事情の下で、本決定が本件働き掛け行為を職務密接関連行為として評価したことは、首肯できるものである。

#### 4 働きかけを受ける公務員の職務権限

弁護人は、本命業者の指名が港湾部長の職務権限に属することを認定することなく、上記指名について港湾部長を指導することが北海道開発庁長官の職務権限に属するとした原判決が、判例（前掲最高裁判平成七年二月二日大法院判決）に違反する旨主張したところ、本決定は、「収賄罪の構成要件である「職務に関し」は、当該収賄公務員の職務との関連性であつて、本件のように、他の公務員に働き掛けることの請託を受けて収賄した場合であっても、働き掛けを受ける他の公務員の職務との関連性は構成要件そのものではないのであるから、一般的には、その職務関連性をそれ自体として認定する必要はないものというべきである」と判示し、このような認定は不要であるとした。この点については、金築裁判官が補足意見において、ロッキード事件では内閣総理大臣の「行政全般にわたる反面、極めて一般性・抽象性が高い」指揮監督権限が問題となったのであり、この判断を一般化することは相当でない旨述べている。本決定のこの部分の判断には異論<sup>(27)</sup>も見られるところではあるが、調査官解説においては、働き掛けを受ける他の公務員の職務との関連性は構成要件そのものでない以上、これは収賄公務員の職務関連性の中で実質的に判断すれば足りるとの理解が示されている。<sup>(28)</sup> 金築補足意見で述べられているように、他の公務員の職務と無関係な働き掛けについて

職務関連性を認めるのは困難であろうが、少なくとも本件事実関係の下においては、結論において密接関連性は肯定されるべきであらう。<sup>(29)</sup>

## 5 本決定の意義と射程

北海道開発庁及び北海道開発局はその後の省庁再編により国土交通省の一組織となつたため、現在では本件のような指揮監督権限の分立は解消されている。もつとも、指揮監督権限の棲み分けがなされている組織は現在でも存在していることが指摘されているところである。<sup>(30)</sup> そのような組織において、指揮監督権限が及ばず、しかも違法な事項についての受託であつても、それらの事実を以て直ちに職務密接関連性が否定されるわけではないとの事例判断を本決定は示したものである。そのため、本決定の射程は極めて狭いものと言ふべきであるが、他方で、本件のような事案についても職務密接関連性が認められるとした点については、一定の意義が認められるであらう。

- (1) 団藤重光『刑法綱要各論(第三版)』(一九九〇年)一二九頁、川端博『刑法各論講義(第二版)』(二〇一〇年)七三三頁、大谷實『刑法講義各論(新版第五版)』(二〇一九年)六四五頁以下、高橋則夫『刑法各論(第三版)』(二〇一八年)六九六頁以下、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論(第七版)』(二〇一八年)五一五頁、前田雅英『刑法各論講義(第七版)』(二〇二〇年)五〇〇頁以下など。これに対し、いわゆる純粹性説に立脚する論者は、林幹人『刑法各論(第二版)』(二〇一〇年)四四二頁、曾根威彦『刑法各論(第五版)』(二〇一二年)三一七頁など。鎮目征樹「経済事件で学ぶ刑法(第六回)贈収賄罪」法学教室三九六号(二〇一三年)九七頁以下は、純粹性説の立場から本決定に批判的検討を加えているが、結論は支持している。

- (2) 嶋矢貴之「判批」法学教室三六五号(二〇一一年)別冊・判例セレクト二〇一〇「I」三八頁、大山弘「判批」神戸学院

- 法学四〇卷三・四号(二〇一一年)三七四頁、鎮目・前掲注(1)一〇二頁。
- (3) 大審院大正二年二月九日判決刑録一九輯一三九三頁、最高裁昭和五年二月二八日第三小法廷判決刑集四卷二号二六八頁、最高裁昭和三年七月二日第一小法廷決定刑集一〇卷七号一〇五八頁、東京地裁昭和六〇年四月八日判決判時一一七一号一六頁、最高裁昭和五九年五月三〇日第一小法廷決定刑集三八卷七号二六八二頁、最高裁昭和六〇年六月一日第一小法廷決定刑集三九卷五号二一九頁など。
- (4) 中森喜彦『刑法各論(第四版)』(二〇一五年)三〇八頁以下。また、林・前掲注(1)四四五頁以下。
- (5) 前田・前掲注(1)五〇二頁、五〇四頁、松原芳博『刑法各論』(二〇一六年)六〇八頁。
- (6) 山口厚『刑法各論(第二版)』(二〇一〇年)六一六頁、川端・前掲注(1)七三九頁、山中敬一『刑法各論(第三版)』(二〇一五年)八三六頁以下など。また、松宮孝明『刑法各論講義(第五版)』(二〇一八年)四九四頁は、密接関連行為の概念を用いて「賄賂罪の成立を拡張することには法治主義からみれば疑問もあるが(…)、公務員たる議員の職務権限への対価よりも、政治家としての影響力ないし「口利き」への対価の場合が多いわが国の実情からみて、やむをえない側面もあったと思われる」とする。
- (7) 山口厚『問題探究 刑法各論』(一九九九年)三三二頁参照。
- (8) 嶋矢貴之「判批」論究ジュリスト一〇号(二〇一四年)二三八頁。
- (9) 嶋矢・前掲注(8)二二九頁。
- (10) 嶋矢・前掲注(8)二四〇頁は第二審の判断を「それなりに成り立つもの」と評する。これに対して、「予算の実施計画策定過程で港湾部長を指導・助言することも職務権限に属するといえるかは疑問である」とするのは、大山・前掲注(2)三三四頁。
- (11) この点についての分析は、嶋矢・前掲注(8)二三八頁以下を参照。
- (12) 判例タイムズ一三三五号(二〇一一年)七九頁、判例時報二〇九五号(二〇一一年)一五六頁以下、法律時報八三卷二号(二〇一一年)一三三頁。
- (13) 上岡哲夫「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成二二年度二〇五頁。
- (14) 上岡・前掲注(13)二〇七頁。

- (15) 刑集六四卷六号八七二頁。
- (16) 大山・前掲注(2) 三七四頁参照。
- (17) 上岡・前掲注(13) 二〇八頁。
- (18) 嶋矢・前掲注(8) 二四〇頁(IV) 以下参照。
- (19) 本庄武「判批」速報判例解説(法学セミナー増刊) 九号(二〇一一年) 一五四頁。
- (20) 高橋・前掲注(1) 六九九頁、西田(橋爪)前掲注(1) 五一九頁、山口・前掲注(6) 六一四頁など。
- (21) 最高裁昭和五九年五月三〇日第一小法廷決定刑集三八卷七号二六八二頁など。
- (22) 成瀬幸典「判批」ジュリスト臨時増刊一四二〇号(平成二二年度重要判例解説) 二二七頁、松澤伸「判批」刑事法ジャーナル二九号(二〇一一年) 一二三頁。
- (23) この点を指摘するものとして、大山・前掲注(2) 三七六頁、松澤・前掲注(22) 一二六頁。
- (24) 上岡哲夫「判批」ジュリスト一四七八号(二〇一五年) 九一頁。
- (25) 大山・前掲注(2) 三七六頁以下を参照。
- (26) 上岡・前掲注(13) 二〇六頁以下を参照。
- (27) 豊田兼彦「判批」法学セミナー六七三号(二〇一一年) 一一九頁、大山・前掲注(2) 三七八頁以下、成瀬・前掲注(22) 二二七頁。また、本決定が働き掛けを受ける他の公務員の職務との関連性は構成要件そのものではないとした点に疑問を呈するのは、松宮・前掲注(6) 四九四頁。
- (28) 上岡・前掲注(13) 二一〇頁以下。
- (29) 本決定は、慣行行為性を職務関連性の主要な根拠としていないが(上岡・前掲注(13) 二〇七頁参照)、本件のような形態で官製談話が常態化していたことは、港湾部長の職務とは無関係であるということを否定する方向に働くであろう。大山・前掲注(2) 三七九頁、成瀬・前掲注(22) 二二七頁を参照。これに対し、行政組織法上、下位置者は上位者の命令に原則従う義務があるとの前提から、指揮監督権限の行使が認められるとするのは、嶋矢・前掲注(8) 二四二頁。
- (30) 嶋矢・前掲注(8) 二四二頁によれば、例えば近畿財務局がそれにあたる。

(大東文化大学法学部非常勤講師)