

港湾工事につき業者談合に関与
していた北海道開発局港湾部長に
対して北海道開発庁長官が
特定業者の便宜を図るよう
働き掛ける行為の職務密接関連性

——最一小決平22.9.7（肯定）裁時1515号8頁——

大 山 弘

1. 事実の概要

被告人は、平成9年9月11日から北海道開発庁長官に就任し、その在任中の同年10月から平成10年1月までの間、S建設株式会社代表取締役から、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、S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、S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9年10月から平成10年8月までの間、4回にわたり、その報酬として合計600万円の現金の供与を受けた。この行為が受託収賄罪（刑法197条1項）に当たるとして起訴された。

当時、北海道開発庁は、北海道総合開発計画について調査、立案、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などを所掌事務とし、その権限行使は、その所掌事務の範囲内で法律に従ってなされることになっていた（平成11年改正前の北海道開発法5条1項）。北海道開発庁長官は、北海道開発庁の事務を統括し、職員のサービスを統督する権限を有していた（平成11年改正前の国家行政組織法10条）。他方、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9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（同法12条1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（同法10条1項1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た（同法10条2項）ため、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。

ところで、北海道総合開発計画に基づく港湾工事（漁港工事を含む）は、上記国の直轄事業であり、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った。しかし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11年改正前の財政法34条の2第1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、発注時期などを内容とする実施計画を策定していたことから、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。ところが、本件当時、予算実施計画案の策定過程において、競争入札が予定されている工事について、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

港湾工事につき業者談合に関与していた北海道開発局港湾部長……

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。

このような事実関係の下で、弁護人は請託の事実や職務関連性がないこと等を主張したが、第1審判決（東京地判平16.11.5）は、北海道開発庁長官（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が、北海道開発局港湾部長を中心に行われていた官製談合行為（受注業者の指名）は北海道開発局の慣行に基づいた職務であり、本件請託は北海道開発庁長官（被告人）の北海道開発局職員の服務に対する統督権限を行使して北海道開発局港湾部長の業者選定行為に対する働き掛けを求めるものであると認定して受託収賄罪の成立を認めた。弁護人の控訴に対し、控訴審判決（東京高判平20.2.26）は、北海道開発庁長官（被告人）には北海道総合開発計画に基づく港湾工事の予算等についての実施計画を作製する権限があり、その実施計画案の策定等を通じて開発計画の実施に関する事務の調整及び推進を図ることができるから、開発事業の実施計画案の策定等について北海道開発局港湾部長を指導、助言することも北海道開発庁長官（被告人）の職務権限に属し、実施計画案の策定過程で、北海道開発局港湾部長による受注業者の指名が常態化していたから、受注業者の指名について指導、助言することも北海道開発庁長官（被告人）の職務権限に属するとして受託収賄罪の成立を認めた。弁護人は、①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類型の違法行為であり、違法な行為については賄賂罪の保護法益である「職務の公正」を保護する余地がないので、職務行為に当たらないこと、②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、同指名につき港湾部長を指導することが被告人の職務権限に属するとした原判決はロッキード事件丸紅ルート大法廷判決（最大判平7.2.22刑集49.2.1）に違反することを理由に上告した。なお、本件被告人は、本件とは別に、あっせん収賄罪、政治資金規正法違反（虚偽記載罪）、議院証言法違反（偽証罪）でも有罪（確定）となったが、これらの点について

本稿では省略する。

2. 判旨 上告棄却（決定）

弁護人の上告趣意はいずれも上告理由に当たらないとした上で、受託収賄罪の成否につき以下のような職権判断を示した。すなわち「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に北海道開発局港湾部長に働き掛ける行為は、職員に対する職務統督権限を背景に、予算の実施計画作製事務を統括する職務権限を利用して、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の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うべきである」とした。さらに、弁護人の主張①については、「当該行為が密接関係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ってその判断は直ちには左右されないと解するのが相当である」とし、また、弁護人の主張②については、「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」とし、受託収賄罪の成立を認めた原審判断を正当であるとした。なお、金築誠志裁判官の補足意見がある。

3. 研 究

収賄罪（あっせん収賄罪を除く）が成立するためには、公務員が「その職務に関し」、賄賂を收受等することが必要である。従来から、判例は、この「職務に関し」につき、端的に「職務との関連において」という趣旨であるとした上で、その職務とは公務員がその地位にともない公務として取り扱うべき一切の執務をいい、それは、法令上規定された職務に属する行為（職務行為）のみならず、当該公務員の一般的な職務権限に属するものであればよく（最判昭37.5.29刑集16.5.528。これは「一般的職務権限の理論」と呼ばれている。）、さらに、その職務に「密接な関係を有する行為」ないし「準職務行為又は事実上所管する職務行為」（最決昭31.7.12刑集10.7.1057。これは一般的には「職務密接関連行為」と呼ばれている。）をも含むとしている。判例がこのような解釈によって職務の範囲を拡張するのは、賄賂罪の保護法益を「職務の公正とこれに対する社会一般の信頼」と捉えるからである（信頼保護説）。そして、これを根拠にして、判例は職務に違法な行為も含まれると解している。学説もこれを基本的に支持している。例えば、公務員が職務上の秘密を漏示する行為に対して報酬をうける場合、職務上の秘密の漏示は公務員法により禁止されている明白な違法行為であり、それ自体、公務員の職務とはいえないようであるが、判例・学説はこれを肯定する。もっとも、その根拠づけには、職務上の守秘義務等を根拠に職務行為とするもの（最決昭32.12.5刑集11.13.3157）と職務密接関連行為とするもの（最決昭59.5.30刑集38.7.2682）とがある。

さて、本決定は、行政庁長官がその下部組織の職員の違法な行為、いわゆる官製談合行為（受注業者の指名）について当該職員に働き掛ける行為（受注業者指名についての指導・助言）を職務密接関連行為に当たるとした初めての最高裁判例である⁽¹⁾。本件当時の関係行政法規によれば、国の直轄事業の実施事務につき、北海道開発庁長官には下部組織職員で

ある北海道開発局港湾部長に対する指揮監督権がなかったことから、本件働き掛け行為が北海道開発庁長官の職務権限に属する行為（職務行為）に当るかが主たる争点であった。これを職務行為だとする1審・2審の判断に対し、本決定は、職務行為そのものではなく、職務密接関連行為であるとした点が注目される。確かに、第1審のように、違法な港湾部長の官製談合行為を北海道開発局の慣行に基づいた職務であるとするのは疑問であるし、北海道開発庁職員に対する服務統督権限が北海道開発局職員である港湾部長にも及ぶとする点にも疑問が残る。また第2審のように、北海道開発庁長官に予算の実施計画作製権限まであり、さらに、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。そこで本決定は、本件働き掛け行為を、北海道開発庁長官の本来的職務権限である北海道開発庁職員に対する服務統督権限を「背景に」、同じく北海道開発庁長官の本来的職務権限である予算の実施計画作製事務を統括する職務権限を「利用して」、 「職員に対する指導の形を借りて」行われたものとし、さらに本件働き掛け行為が収賄罪の法益を侵害すること（法益侵害性）を認めて、結局、職務密接関連行為としたものと解される。第1審・第2審の判断についての疑問点を鑑みれば、本決定は妥当な判断といえよう。ただし、本決定が本件働き掛け行為の法益侵害性を職務密接関連性判断の根拠にした点には疑問がある。論理的には職務密接関連性があるから法益侵害性も肯定できるのであり、法益侵害性を職務密接関連性判断の根拠にはできないからである。⁽²⁾ なお、仮に本件働き掛け行為を1審・2審のように職務権限に属する行為だと考えるにしても、当時、慣行化・常態化していたとはいえ、およそ正当化される余地のない官製談合行為に加担・指導する行為を職務行為そのもの、あるいは一般的職務権限の理論を使って職務行為（例えば「行政指導」）と解することはやはり無理であろう。その意味でも本決定の判断は妥当なものといえよう。

従来から、職務密接関連行為の範囲を画する基準をめぐって学説は、

①法令上の根拠はないが、事実上、公務的な性格（公務性）を有するか否かを基準とする説，②本来の職務行為に対して事実上の影響力を有するか否かを基準とする説，③行為の相手方に対して事実上の影響力を行使したか否かを基準とする説に大別される。⁽³⁾このうち①説に対しては「公務性」の内容が明らかでないとの批判もあるが、これは当該行為が当該公務員の地位において行い得る公務的性格を有しているかという形式的基準とみれば、これにより少なくとも公務員の全く私的な行為は除外されるので、その限りで職務との「密接性」を限定づける機能を持つ。②説の基準は本来の職務への影響力、つまり職務との実質的な結びつき（本来の職務を事実上左右する直接的な因果力）の有無で判断する直接的な基準であるのに対して、③説の基準は行為の相手方に対する影響力の有無が本来の職務の有する影響力との比較において判断される相対的・間接的な基準であるといえる。賄賂罪の法益をめぐる上記信頼保護説からは③説が主張されることになる。しかし③説によれば、例えば行為の相手方に与える影響力が本来の職務行為と同等であるような場合には、政治家のいわゆる顔利かせ・口利き行為のような職務権限と結びつかない単なる公務員の地位を利用する行為にも職務関連性を広く認めることとなり、職務密接関連行為の限界が曖昧になり、処罰範囲が不当に広がる可能性がある。信頼保護説のいう「社会の信頼」は抽象的・主観的・規範的概念であり、刑法上の法益として捉えることは適切ではないように思われる。国民全体の奉仕者としての公正な職務執行が要請される公務員が対価としての賄賂によって不公正にその職務を行う、またはその危険性がある場合に刑法はそれを犯罪として処罰するのであるから、その保護法益は端的に当該公務員が行う職務行為の公正に求めるべきである（純粹性説）。そうだとすれば、職務密接関連性の判断も当該公務員の本来の職務行為への影響力を問題にすべきであり、②説が妥当であろう。本決定は、信頼保護説に立ち北海道開発庁長官の本来の職務権限を「背景とし、利用した」点で③説の基準を、また「職員に対する指導

の形を借りて行われた」点で①説の基準を用いたものと評価できよう。⁽⁴⁾
 なお、②説の立場からも、本件働き掛け行為が北海道開発庁長官の本来的職務権限である予算の実施計画作製事務を統括する職務権限の公正な行使に大きな影響力をもつと考えられることから、本決定の判断は妥当なものと評価できよう。

ところで、本決定にはさらに注目すべき点が2つある。その1つは、上記弁護人の主張①に対して、職務密接関連性の判断は本来の職務との関係から判断されるべきものとしたうえで、当該行為が違法な行為であることによって職務密接関連性の判断は「直ちには左右されない」としている点である。その意味するところは必ずしも明らかではないが、これは少なくとも、当該行為が違法な行為によって職務密接関連性の判断が「場合によっては左右される余地」があることを示唆するものであるといえよう。この点につき、「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的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」とする見解がある。⁽⁵⁾これによれば、請託に係る違法性の高い行為と本来的職務との関係が希薄になる場合には職務密接関連性の有無の判断に影響し、職務密接関連性が否定される余地もあることになろう。そしてこの見解を前提にすれば、職務密接関連性を認めた本決定は、本件の請託に係る行為、つまり官製談合に加担して特定受注業者の便宜を図るよう働き掛ける行為は職務密接関連性の有無の判断が左右されるような「違法性が高い行為」の場合ではないと判断したことになる。確かに、官製談合に関わった職員の所属省庁の長に対する行政処分（改善措置など）が規定された「入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律」は2002年に制定され、それが改正されて、官製談合に関わった職員を処罰することになった「入札談合等関与行為の排除及び防止並びに職員による入札等の公正を害すべき行為の処罰に関する法律」の制定は2006年であり、したがって、それ以前に行われた本件行為の違法性は少なくともこれらの法律からは導き出せない。しか

港湾工事につき業者談合に関与していた北海道開発局港湾部長……

し、行為当時でも、発注側の職員が入札談合に関与する行為は、刑法の競争入札妨害・談合罪（96条の3）のほか、独禁法上の不当な取引制限の罪（共犯）に該当しうる違法な行為であり、職務密接関連性の有無の判断が左右されるような「違法性が高い行為」の場合に当たるとも考えられる。そうだとすると、本決定のいう、当該行為が違法な行為であることによって職務密接関連性の判断が左右される場合の基準は違法行為の単なる違法性の高さ（程度）ではない。むしろ違法行為と本来的職務行為の法的重なり合い（実質的な結びつき）の程度であるように思われる。上述したように（前掲注（1）参照）、従来の最高裁判例の中には、内部情報の不正開示行為のほかに、公文書偽造行為や横領行為につき職務密接関連性を認めたものがあるが、それらはいずれも違法行為と本来的職務行為との法的重なり合い（実質的な結びつき）が認められるからであり、本件においても、官製談合を利用した指導行為であることから違法行為と本来的職務行為との法的重なり合い（実質的な結びつき）が充分であると認められるからだと解すべきであろう。いずれにせよ、この点は、今後、違法行為の職務密接関連性についての重要な論点となるであろう。なお、金築誠志裁判官は補足意見の中で、このような法廷意見の考え方とは全く別の観点から本件違法行為の職務密接関連性を論じている。すなわち、「慣行化した官製談合の違法性及びそれによる信頼毀損と、そうした慣行を利用して賄賂を收受することの違法性及びそれによる職務の公正に対する信頼毀損とは別個の評価が可能」としたうえで、本件受託収賄行為は職務の公正に対する「信頼を害する程度が低いとは到底いえない」から、職務密接関連行為を否定することはできないとしている。確かに、働き掛けを受けた者の行為の違法性と働き掛け行為の違法性とは区別して評価されうる。しかしそのことと働き掛け行為の職務密接関連性の判断は何ら関係がないように思われる。また、上述したように、法益侵害の程度を職務密接関連行為の判断基準にしている点も疑問が残る。

本決定につき注目すべき2つ目は、弁護人の主張②に対して、収賄罪の「職務に関し」は当該収賄公務員の職務との関連性を意味し、収賄公務員から働き掛けを受ける他の公務員の職務関連性は構成要件ではなく、「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」とした点である。確かに、あっせん収賄罪(197条の4)であれば、あっせん公務員自身の職務ではなく、あっせんを受ける他の公務員の職務関連性が構成要件上問題になるのに対して、本件のような受託収賄罪においては、働き掛けを受ける他の公務員の職務関連性は構成要件ではなく、その認定も必要ないとする解釈も可能であろう。しかし、本件のように、特定の違法行為に当る事項について他の公務員への働き掛けを内容とする請託を受けた収賄公務員の職務密接関連性が問題となるような場合、その職務密接関連性を判断するためには、特定の違法行為に当る事項について働き掛けを受ける他の公務員の職務関連性が必要であり、その認定も不可欠であるように思われる。働き掛けた特定の事項と働き掛けを受けた他の公務員の職務が全く無関係であるような場合まで、信頼保護説に立脚したとしても、働き掛けた公務員の職務の公正及びその公正に対する社会の信頼が損なわれるとみることはできないであろうからである。本件弁護人が指摘するように、いわゆるロッキード事件丸紅ルート上告審でも、民間航空会社の航空機選定購入につき内閣総理大臣から働き掛けを受けた運輸大臣の職務関連性(一般的職務権限に属する行為)が認定されている。本決定において金築誠志裁判官は補足意見のなかで、内閣総理大臣の職務権限の一般性・抽象性を根拠にロッキード事件丸紅ルート上告審を一般化できないと説明している。確かに、両事件における、働き掛け側(内閣総理大臣と北海道開発庁長官)と働き掛けを受けた側(運輸大臣と北海道開発局港湾部長)とではそれぞれ職務権限の一般性・抽象性に違いはあるが、やはりロッキード事件丸紅ルート上告審と同様に働き掛けを受けた公務員とその職務関連性の認定が必要だとするのが原則であろう。同補足意見はこの点に関して、「働き掛けた事項

港湾工事につき業者談合に関与していた北海道開発局港湾部長……

が他の公務員の職務と無関係なものであれば、働き掛ける行為に職務関連性を認めることが困難となろうが、働き掛けを受ける公務員について、収賄公務員の職務関連性以上のものが要求されると解すべきではないから、少なくとも働き掛けを受ける事項と職務との間に密接な関係があれば足りる」としている。あっせん収賄罪との違いを考慮すれば、「少なくとも働き掛けを受ける事項と職務との間に密接な関係があれば足りる」ともいえよう。ただ、同補足意見では、本件において働き掛けを受けた港湾部長は、「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うべきであり、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」とされている。確かに、当該行為の事実上の慣習化を根拠として職務密接関連行為を認めた判例も少なくない。⁽⁶⁾しかし、一般に、本来の職務と全くかけ離れて、単に事実上繰り返し執り行っていた違法行為まで職務密接関連行為とするのは妥当でなく、単なる「事実上の慣習化」は職務密接関連行為を認める根拠・基準としては十分ではない。本件においても、官製談合行為を構成する受注業者指名行為が違法行為であることから、北海道開発庁長官の職務密接関連性の判断と同様に、違法な受注業者指名行為と港湾部長の本来の職務行為の法的な重なり合い（実質的な結びつき）を根拠にしてその職務密接関連性を認めるべきであろう。

注

- (1) これまでの判例において、公務員の違法な行為、とくに犯罪ないし犯罪を構成する可能性のある行為につき職務密接関連行為が認められた事例として、内部情報の不正開示行為（最決昭32.12.5 刑集11.13.3157、最決昭59.5.30 刑集38.7.2682）、公文書偽造行為（最判昭31.7.12 刑集10.7.1058）、横領行為（最決昭32.11.21 刑集11.12.3101）がある。その他、外形的には職務行為であるが、その要件の欠如などの理由で違法な行為となる場合や公務員の不作為（義務違反）が違法ないし不当な行為となる場合について、古田祐紀＝渡辺咲子＝五十嵐さおり『大コメンタール刑法

- (第2版)10巻』(2006年)28頁以下参照。なお、本決定の評釈として、豊田兼彦・法学セミナー673号119頁、嶋矢貫之・法学教室別冊「判例セレクト2010(1)」38頁がある。
- (2) 嶋矢・前掲注(1)参照。
- (3) 堀内捷三「賄賂罪における職務行為の意義」内藤他編『平野龍一先生古稀祝賀論文集(上)』(1990年)505頁以下、曾根威彦「収賄罪～職務権限論を中心に」刑法雑誌31巻1号49頁以下、職務密接関連行為の概念と判断基準の問題点を指摘するものとして、中森善彦「職務関連行為概念の機能」法学論叢128巻4・5・6号177頁以下、町野朔「収賄罪」芝原他編『刑法理論の現代的展開～各論』1996年)367頁以下参照。
- (4) 判例は、当初、②説に立脚していたとみられるが、近年、ロッキード事件丸紅ルート第2審判決(東京高判昭62.7.29高刑集40.2.77)など③説に従ったとみられるものも少なくない。なお、奈良県立医科大学事件において、病院への医局員派遣につき診療科部長(教授)の職務密接関連性が認められた判例(最決平18.1.23刑集60.1.67)は②説に立脚したものといえる。同判例の評釈として、林陽一・法学教室311号126頁以下、山口厚『新判例から見た刑法』(2006年)259頁以下、中森善彦・ジュリスト1332号176頁、同事件第1審判決につき、伊藤亮吉・法学教室別冊「判例セレクト2004」38頁、同事件贈賄側判決につき、拙稿・法学セミナー573号105頁参照。
- (5) 本決定についての「解説」・判タ1335号80頁、判時2095号157頁。
- (6) 例えば、最決昭38.5.21刑集17.4.345など。ただし、本件のような違法な行為の慣習化の事例は見当たらない。古田祐紀=渡辺咲子=五十嵐さおり・前掲注(1)37頁以下参照。