

## 賄賂罪における職務密接関連行為について

加藤 正明

## 目次

- 第一章 議論の意味
  - 第一節 職務密接関連行為の概念
  - 第二節 問題の設定
- 第二章 美濃部達吉による職務密接関連行為概念批判
  - 第一節 前法的アプローチ
  - 第二節 美濃部説の背景
- 第三章 職務密接関連行為概念をめぐる刑法学説
  - 第一節 賄賂罪の保護法益をめぐる伝統的議論枠組
  - 第一款 信頼保護説——ローマ法主義とゲルマン法主義の混淆
  - 第二款 廉潔義務説
- 第二節 純粹性説による職務密接関連行為論
  - 第一款 純粹性説による信頼保護説批判

第二款 広義の純粹性説と「職務に対する事実上の影響力」基準

第三節 「組織法的アプローチ」による職務密接関連行為の職務行為への解消

第一款 組織法的アプローチの登場

第二款 判例理論における組織法的アプローチの不徹底

第四章 展望的信頼保護説による職務の抽象化

第一節 職務密接関連行為概念を廃棄する理論的根拠

第二節 信頼保護説の妥当性と廉潔義務説の再定位

組織法的アプローチの徹底

第五章 結語

## 第一章 議論の意味

## 第一節 職務密接関連行為の概念

一 公務員または仲裁人が賄賂を收受・要求・約束する収賄罪と、公務員または仲裁人に対して賄賂を供与・申込・約束する贈賄罪からなる賄賂罪（刑法一九七条以下）は、公務員による利益の收受等が「その職務に関し」ておこなわれることを要件とする。この要件を満たさない利益の收受等は、例えば、国家公務員倫理法所定の「職員の職務に利害関係を有する者からの贈与等の禁止及び制限等職員の職務に利害関係を有する者との接触その他国民の疑惑や不信を招くような行為」（国家公務員倫理法五条）にあたるとして懲戒対象となることはあつても（同法二六条）、刑罰が科されることはない。

通説・判例理論は、「職務に関し」という文言を、職務と利益とが対価関係にあるという意味ではなく、「職務に關すること」という意味に解する。それによれば、公務員が利益と引き換えにした行為が「職務」にあたるのは、法令上、当該行為をおこなえるものとする授權規定が存する場合である。ところが、公務員はそのような「本来的職務」だけをおこなっているのではなく、本来的職務に関連して、様々な事実行為をおこなっているのがむしろ通例である。それらについても、賄賂罪は成立しうる。もとより、本来的職務との関連性の程度は密接でなければならぬ、と。そのような行為は、「職務密接関連行為」とよばれる。

二 判例による職務密接関連行為論の形成は、古く大審院時代にまでさかのぼる。<sup>(1)</sup>

リーディング・ケースは、県会提出予定の意見書に賛成する議員の調印取りまとめを県会議員に請託し、当該意見

書が提出可決された後、報酬として現金を提供した行為に贈賄罪の成立を認めた、大正二年の大審院判決である。<sup>②</sup>これに関係する被告人側上告趣意は、県会議員の職務は「県会に対する関係」において一定の行為をおこなうことにあり、他の県会議員に対して将来県会の議題となるべき案件について賛否を勧誘するような行為は賄賂罪という「職務」にあたらぬというものだった。

大審院は、「職務」は当該公務員の「職務自体なることを要せず、その職務に関渉するものなるをもつて足る、すなわち、(中略)職務執行たる行為に属せざるもその職務執行と密接の関係を有する場合」には職務行為性を肯定してよとの法律判断を下した。したがって、本件勧誘行為は県会議員として意見書を提出したり、提出された意見書に対して自己の意見を発表したりするという職務執行ではないけれども、「職務の執行に関する行為」にあたることに疑いはないのだ、と。職務密接関連行為にあたることを理由に賄賂罪の成立を肯定した大審院判例は、その多くが、地方議会議員による非公式な場での多数派工作に関するものようである。

行政庁の公務員の行為が職務密接関連行為にあたりとされた大審院判例もある。税務署雇として勤務し上司の指揮監督の下で所得金額や営業純益金額とかの決定に関する事務を処理していた者が、業者に有利な営業純益金額の決定をするように、同事務に参与する同僚や上司に働きかけることが職務密接関連行為にあたりとされた。<sup>③</sup>

戦後、所掌事務に関して同僚や上司ではなく、いわゆる行政指導として、私人への非公式的な働きかけをすることも職務密接関連行為にあたりとされるようになる。例えば、戦災復興院の地方建築出張所雇として勤務し、建築資材割当台帳にもとづいて建築資材(板ガラス)需要者割当証明書を発行する事務を担当していた者が、発行の際に、需要者が特定の店舗から板ガラスを買い受けるように「仕向ける」と引き換えに酒食遊興の饗応を受けたという事実で、最高裁は、そのような行為は「厳密にいえばその職務の範囲に属するものとはいえない」ものの、「職務執行と

密接な関係を有する行為」にあたるとしたのである。<sup>(4)</sup> 建築資材需要者割当証明書<sup>(5)</sup>の交付後にこれをどう利用するかは、例えば特定の店舗に需要者が殺到するのは望ましくないというように、復興院が重大な関心を寄せるところであろう。<sup>(5)</sup> けれども、受交付者は同院の意向に従わなければならない法的義務を負うものではなく、したがって、上記「仕向ける」行為は、それ自体としては私人の権利・自由を制限するものではない。

三 そうこうするうちに、職務密接関連行為は「準職務行為又は事実上所管する職務行為」と言い換えられるようになる。<sup>(6)</sup> ある調査官解説によれば、前者は「職務権限を定める法令上当然類推さるべき行為」を、後者は「法令上管掌する職務に関連するが故に事実上所管する職務行為」をいうとされる。<sup>(7)</sup> また、伊達秋雄（当時、調査官）によれば、本来の職務行為が「法律上の効力」が認められたものであるのに対して、職務密接関連行為は「社会通念上又は事実上職務行為として行われているもの」だとされる。<sup>(8)</sup>

「準職務行為」は権力作用に類似するものと解された。藤木英雄は、「実質上職務権限の行使に匹敵すべき効果をもつ事実行為」を本来的職務行為に準じて扱うのが、「準職務行為の理論」だと述べる。いわゆる「行政指導」は、相手方がそれに従わなかったときに「のちに公務員の職権行使によって業務上多大の不利益を蒙るかも知れないおそれのある者に対する影響力の行使に関するものであるから、純然たる職務行為に準ずる扱いをうけても然るべき」だし、また、他の公務員への働きかけも、「事実上、たとえば、企画・立案の過程で相談に應ずる等のかたちで影響力」を行使するのであれば、それは職務行為に準ずるものだというのである。<sup>(9)</sup>

職務密接関連性が否定されるのは、公務員が自らの職務の機会を利用したにすぎない場合である。例えば、市の開発した工業団地に工場を誘致する事務を担当していた県および市の職員らが、工業団地内には希望に沿う土地のなかった者に、ちよūdō売却処分先を探すよう私的に依頼されていた別の土地を案内し、売買をあっせんしたことの謝礼

として、売主から現金を受け取った事件では、当該工業団地以外の土地に工場誘致をしたことは、これまで、市長の特命を受けてこれをおこなった例が二、三あるだけだった。最高裁は、工業団地への案内が職務行為にあたるのはいうまでもないけれども、無関係の土地の売買をあつせんするのは（本来的）職務行為にも、準職務行為または事実上所管する職務行為にもあたらないとの判断を示した。<sup>⑩</sup>

このように、「相手方に対する影響力を背景に、自らの意向や方針に従わせる」といつても、本来的職務と関係のない要件でそうすることは、それが相手方にとって非義務の強制や権利行使の妨害にわたる場合に職権濫用罪（刑法一九三条）を構成する。<sup>⑪</sup>逆にいえば、公務員が自らの事務を遂行するのに、権利の制限だとか、義務の賦課だとかといった権力作用を行使せずに、事実上の影響力を背景に「任意の協力」をとりつけることをもつてするのはむしろよくあることであり、しかも、それは一概に不当というわけでもないのである。

四 職務密接関連行為の概念は、問題の行為が違法（枉法）とまではいえないものの、利害関係者への便宜提供が職務規律に反するという場合に、賄賂罪の成立を認めるべく利用されることがある。

その例が、大学設置審事件である。文部大臣の諮問に依じて大学の設置の認可等に関する事項を調査審議する大学設置審議会の委員で、同審議会内に設置された、設立大学の専門課程における教員組織の適否を審査する専門委員会の委員の地位にある者が、①大学設置の審査基準や申し合せ事項に照らして教員組織の適否について事前に個人的見解を述べたり、②歯学専門委員会の審査の結果を正式通知の前に知らせたりすることが、職務行為にあたるかどうか問題となった。二審判決によれば、①については、「歯学専門委員会の構成員にしてはじめてなしうる具体的な実質的判断行為であり、本来の職務執行に対しその準備行為として実質的な影響力をもつ行為」であること、②については、「歯学専門委員会の構成員又は所管の文部省事務局職員等のみがなしうる行為であり、いずれも右歯学専門委員会

の構成員として法令上管掌する職務に関連し、事実上所管する職務内の行為といふべきである」ことから、これらの職務密接関連行為性が肯定された。<sup>12)</sup>

最高裁はとくに理由を示すことなく第二審の判断を支持したが、谷口正孝裁判官による補足意見によれば、職務密接関連行為は「当該公務員の職務権限と実質的な結びつきがあるかどうかと、公務を左右する性格をもつ行為かどうか、公務の公正を疑わせるかどうかの視点が基準となる」。①については、もはや「私人としての鑑定行為に類するものとはとうてい言えないものであり、被告人が前記各委員としての地位に在ることによって初めて可能な行為」であり、右の基準を満たしている、と。<sup>13)</sup>

調査官解説がいうには、②のような「一種の情報提供行為といえる行為」については、「一般的な守秘義務を法令上負わされているわけでなく、また提供された内容も秘密にすることが厳しく要請されるような事柄でなかった」としても、「当該情報の提供がその職務執行の公正に影響を及ぼす可能性がある場合」には、職務密接関連行為にあたることになる。<sup>14)</sup>

つまり、一部の者だけに情報提供する行為は、守秘義務違反にあたらない場合であっても、「職務上知り得た情報について国民の一部に対してのみ有利な取扱いをする」(例えば、国家公務員倫理規程一条一号)行為であることに変わりなく、そのような行為をする「権限」はないから、職務密接関連行為として扱う、ということなのだろう。かつて最高裁は、地方財務局の局長官房総務課文書係に属する大蔵事務官(当時)が部局を異にする、同局理財部金融課のおこなう金融検査の日時を事前に内報する行為につき、たとえ部局を異にしても「補佐職員としてこれに従事し得べき地位にある」として一般的職務権限を認めたと二審に対して、文書係には「内報してはならない職務」があるとの職権判断を示したことがあった。<sup>15)</sup> 少なくとも、そのように職務規律に服すること自体を職務ととらえることは避けら

れている。つまり、公務員には職務上知り得た情報を「漏らす職務」はもちろんのこと、「漏らしてはならない職務」も存しないというわけである。

## 注

- (1) 判例における職務密接関連行為論についての概観をあたえるものとして、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第七巻(第二版)』(青林書院、二〇〇六)四二頁以下(古田佑紀「渡辺咲子」五十嵐さおり)。
- (2) 大判大正二年二月九日刑録一九輯一三九三頁。字体、仮名遣い等、表記は適宜改めた。以下同じ。
- (3) 大判昭和一九年七月二八日刑集二三卷一四三頁。
- (4) 最判昭和五年二月二八日刑集四卷二二六八頁。
- (5) 本件仕向け行為が「行政指導」——事件当時、その呼称はまだ一般的でなかった——だったとするのは、藤木英雄『刑法各論』(有斐閣、一九七二)四〇八頁。同『刑法講義各論』(弘文堂、一九七六)六一頁以下も参照。同様のことを述べるのは、板倉宏「政府高官・議員の汚職」ジュリスト六七六号(一九七八)九頁。反対の認識を示すものとして、香川達夫「判批」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集第一二巻』(有斐閣、一九五四)三五頁。大塚ほか・前掲『大コンメン』四三三頁(古田ほか)は、本件仕向け行為を「公務員の中核的な職務行為を円滑ならしめるための付随的行為とはいえず、一般的には、むしろ、職務外の行為として禁止されるような行為」と述べる。事実関係が明らかでないため、本件事務が資材取扱い店舗に関する情報提供や勧告、助言を含む窓口事務ではなく、機械的な証明書発行にとどまったという可能性もなはないけれど、そうだとすると、その場合に受交付者を「仕向ける」方法——しかも、酒食遊興の饗応に値するくらい効果的な——は想像しがたく思われる。
- (6) 最決昭和三年七月二日刑集一〇巻七号一〇五八頁。村長を補助して外国人登録事務を扱っていた村役場の書記が、外国人登録原票および登録証明書を偽造したことの謝礼として金員の供与を受けたという事案で、外国人登録事務は村長の専属職務であって、他の職員に委任できないから、本件書記には外国人登録事務を扱う職務権限がないのではないかとということが問題となったが、最高裁は、「職務権限」なき公務員による事務補助は職務密接関連行為にあたるとした。
- (7) 高橋幹男「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和三二年度』(法曹会、一九五八)一五四頁。
- (8) 伊達秋雄「賄賂罪」法学セミナー四号(一九五六)二四頁。
- (9) 藤木・前掲『刑法各論』四〇八〜四〇九頁。



(10) 最判昭和五二年二月九日刑集三〇卷一号四七頁。  
 (11) 中森喜彦「職務関連行為概念の機能」法学叢叢二二八卷四・五・六号(一九九二)一八一〜一八二頁を参照。ただ、藤木説が「職務上の地位に基づく不当な影響力の行使であるという理由だけで賄賂罪の処罰に結びつける」見解かのように述べるのは、誤解であると思う。

(12) 福岡高判昭和五六年二月二日刑集三八卷七号二七二〇頁。

(13) 最決昭和五九年五月三〇日刑集三八卷七号二六八二頁。競馬騎手が、勝馬投票をしようとする者に、自己が騎乗して出走する予定の競走馬の体調、勝敗の予想等の情報を提供する行為につき、それが職務行為にあたるか、それとも職務密接関連行為にあるかを述べることなく、競馬法三二条の二にいう「その競走に関して賄賂を收受し」た場合にあたるとした例として、最決昭和五九年三月一日刑集三八卷五号一九八四頁。

(14) 松浦繁「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和五九年度)』(法曹会、一九八八)三三三〜三三三頁。

(15) 福岡高判昭和三二年五月一日刑集一一卷二二号三一〇九頁。

(16) 最決昭和三二年一月二日刑集一一卷二二号三一〇一頁。

## 第二節 問題の設定

一 ところで、現在の判例理論では、行政指導は本来的職務行為にあたるとされる。

そのことが確認されるのが、ロッキード事件丸紅ルートである。それまで大型旅客機導入の機が熟していたとはいいがたかった全日空が、急転直下、米国ロッキード社の開発した大型ジェット旅客機「トライスター」の購入を決定した。その後、同機の日本国内の販売代理人である丸紅株式会社社長らが、当時の内閣総理大臣、田中角栄に、①同機購入を勧奨する行政指導をおこなうよう運輸大臣を促すこと(Aルート)、②田中も自ら直接全日空に同趣旨の働きかけをすること(Bルート)を依頼して、請託し、その成功報酬として現金五億円の供与を約束し、全日空のトラ

イスター購入決定をもって右金額の現金の授受がなされていたことが判明し、田中が受託収賄、丸紅社長らが贈賄の事実で起訴された。主たる争点は「内閣総理大臣が法令上、主任の大臣が分担することになっている事務について、主任大臣に働きかけをしたり、主任大臣をさしおいて直接、当該事務をおこなったりすることができるか」だが、その前提として、「運輸大臣が航空会社に特定の機種を選定するように勧奨する行為が、同大臣の職務権限に属するか」も問題となった。

法廷意見は運輸省設置法（昭和四七年法律第一〇五号による改正前のもの）に職務権限の主たる根拠を求めた。運輸省設置法は、運輸省の任務の一つとして「航空」に関する国の行政事務を一体的に遂行することを規定し（三条一号）、航空局の所掌事務として、「航空運送事業、利用航空運送事業及び航空機使用事業に関する免許、許可又は認可に関すること」（二八条の二第二項一三号）などを、運輸省の権限として、「航空運送事業、利用航空運送事業及び航空機使用事業を免許し、又は許可し、並びにこれらの事業の業務に関し、許可し、認可し、又は必要な命令をすること」（四条一項四四号の九）などを定めている。「一般に、行政機関は、その任務ないし所掌事務の範囲内において、一定の行政目的を実現するため、特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言等を行うことができ、このような行政指導は公務員の職務権限に基づく職務行為であるといふべきである」<sup>17)</sup>。

これに対して、草場良八裁判官は少数意見は、航空法上、運輸大臣が定期航空運送事業を営もうとする者に対する免許権限（一〇〇条一項）のほか、定期航空運送事業者の事業計画変更の認可権限（一〇九条、一〇一条）を有するところ、事業計画変更の認可基準を満たすのが騒音量等の点で特定の機種に限られる場合に、運輸大臣は特定機種を選定購入を勧奨する行政指導を職務行為としておこなえるけれども、そのような「特殊例外的な場合」でない以上、本件勧奨行為は運輸大臣の職務権限には属さず、職務密接関連行為にあたるとした。<sup>18)</sup>

二 それまで職務密接関連行為とされていた行政指導がにわかに本来の職務行為と解されたにもかかわらず、その理由は明らかにされていない。法令上の職務権限を授与する授權規定には、「対象に何らかの権力的作用を及ぼす」という意味での作用法上の授權規定と、「組織の内部で当該公務員に何ができるのか」という意味での組織法上の授權規定の二つが考えられるところ、少数意見が前者に依拠して職務権限を否定したのに対し、法廷意見は後者をも法令上の根拠に取り上げて、行政指導の本来の職務行為性を認めるに至った。だが、法廷意見は「運輸省設置法にも『法令上の根拠』を求められる」ということしか述べていないのである。

おそらく実務にとつての「本来の職務行為」とは、「職務に関して」にあたるものとするのに、関連法令を挙げれば済む行為」というようなものでしかないのだろうか。行政指導をむしろ正規の法現象としてとらえられるようになった現在では、これを職務密接関連行為として、いわば「グレーゾーン」に位置づける必要はもはやない、というわけである。<sup>19)</sup>

学説にも、同様の理解を示すものが存する。例えば、山口厚は、本来の職務行為が「法令上規定されている等の理由により『職務』に属することに何らの問題もない行為」なのに対し、職務密接関連行為は本来の職務行為と「実質的同等」ながら、「職務」に含まれるかについて疑義がありえ、判定のためには実質判断を要する行為<sup>20)</sup>だ、と述べている。さらに、島田聡一郎は、職務密接関連行為概念は職務の範囲を「どこまで拡張できるかを考える枠組み」で、職務密接関連行為概念を否定すれば、本来の職務行為という「判断のよりどころがなくなり、基準が茫漠としたものになってしまいかねない」として、この概念の有益性を強調する。<sup>21)</sup> もっとも、「少々職務から外れていてもかまわない」というようにとらえた場合には賄賂罪の成立に歯止めがかかりにくくなって、職務密接関連行為概念は逆に有害だということになるのだから、所論は一面的なようにも思う。

しかし、職務概念の刑法学上の問題はあくまで理論的側面、すなわち、組織法上の授權規定を法令上の根拠として「職務」行為の概念を規定することが、賄賂不法にとつてどのような意味をもつかに存する。同一の行為であつても、「それは職務だから、利益と引き換えにはいけない」と述べるのと、「職務ではないけれども、職務に關することだから、利益と引き換えにはいけない」と述べるのでは、「なぜ利益と引き換えにはいけないのか」という問いへの答えはちがつてくるのではないか。そもそも、職務行為性は構成要件要素なのだから、職務概念の変容は賄賂不法の理解に何かしらの転換をもたらすのではなからうか。このことは検討されてしかるべきではないかと思うのである。

三 そこで、本稿は、職務密接関連行為概念をその最初期段階においていち早く批判した美濃部達吉の所説を取り上げた後、刑法学説の展開を、賄賂罪の保護法益をめぐる議論の推移と並行的に整理する。これを踏まえて、美濃部とは異なる立脚点から職務密接関連行為概念を理論的に批判するというのが、本稿の目的である。

## 注

- (17) 最大判平成七年二月二二日刑集四九卷二号一頁。
- (18) 西田典之「判批」同『刑法解釈論集』(成文堂、一〇一三、初出一九九五)二五三頁は、「一定の場合には運輸大臣に行政指導の権限」があるということは少数意見の認めるところなのだから、少数意見の立場からでも「一般的」職務権限は肯定できたとする。だが、「案件によっては、遂行することがある」というだけで職務権限を認めてよいのだとすれば、前掲最判昭和五一年二月一九日の工業団地以外の土地への工場誘致も職務行為にあたることになる。
- (19) 大塚ほか・前掲『大コンメン』四七頁(古田ほか)は、そのような認識を示すものと思われる。
- (20) 山口厚「賄賂罪の基本問題」同『問題探究・刑法各論』(有斐閣、一九九九、初出同年)三三二～三三三頁。
- (21) 島田聡一郎「判批」ジュリスト一二五四号(二〇〇三)二五五～二五六頁。これに同調するのは、嶋矢貴之「賄賂罪」法学教室三〇六号(二〇〇六)五九頁。

(22) 松原芳博『刑法各論』(日本評論社、二〇一六) 六〇八頁を参照。

## 第二章 美濃部達吉による職務密接関連行為概念批判

### 第一節 前法的アプローチ

一 明治憲法体制下において、職務行為を「法令上、当該公務員に分配された(一般的)職務権限に属する行為」ととらえる判例理論に反対していたのは、美濃部達吉である。

彼は、職務密接関連行為の概念を問題視した。この概念には、「問題の事務は(本来的)職務行為にはあたらない」という命題を含まれるところ、刑法は「職務に関し」賄賂を收受等することを処罰しているのだから、職務でないものに関して利益を收受等しても賄賂罪が成立するというのは、刑法の「明文に抵触する嫌がある」。例えば、公務員が職務上得た知見を講演で披瀝することも、職務外にあって「職務に密接の関係ある行為でなければならぬ」が、それで謝礼を受け取ることが賄賂收受にあたりと主張する者は誰もいないだろう。このように、職務に密接に関連していても、「職務外の行為である以上は、賄賂罪の対象となり得べきものでない」のである。それに、この概念は関連性の程度について言及するものだが、具体的にどの程度の関連性であれば「密接」なのかは「密接」という語じたいから明らかになるわけではなく、「正確な標準を定め難い」<sup>(23)</sup>。

二 美濃部によれば、職務密接関連行為とよばれるものは、自然的観察の下、端的に職務行為といつてよいとされる。大審院がこの概念を使用したのは、職務行為を「法律上に職務権限の行使たる効力を有する」行為に限定したた

めである。けれども、「すべて刑罰法の適用に関しては、専ら社会的の事実に着眼し、法律上の効力に重きを置くべきものではない」。したがって、公務員が現に担当している職務にもとづき「事実上に公務を左右するためになす行為」は、「刑法の意義においては職務行為と見るべき」である。職務密接関連行為とされるのは、地方議会議員が議会の権限に属する事項につき非公式な場で他の同僚議員を勧誘説得する行為と、市町村長が一定の事項につき市町村会議員によって組織される協議会に諮問し、その答申に従って職務を執行するという慣行がある場合に、地方議会議員が右協議会の決議に加わる行為に大別されるが、これらはたとえ法的効力はなくとも、公務を左右するという点において、「社会的事実としては」職務行為にあたるのだ、と。<sup>24</sup>

このように解したとき、公務員が自己の職務上の影響力を背景に、法令上の職務権限を異にする他の公務員へ働きかける、あつせん行為も職務行為にあたることになる。大審院は、東京府青山師範学校の移転に関して、移転先の用地買収案がすみやかに東京府参事会に提出されて、かつ、その通過をみるよう、府会議員が「斡旋尽力」する行為は職務行為でもなければ、職務密接関連行為でもないとした。府県参事会とは、知事と府県高等官、および府県会議員から選出された名誉職参事会員によって組織される機関であり、不動産の取得に関することは府県会の議決すべき事項だったが（府県制四一条五号）、東京府では、明治三三年告示第七号により、府参事会への委任がなされていた。同告示の但書によれば、府会が開会中は府会に付議することもできたものの、過去数十年、歳出予算にもとづく不動産の買収案が府会に付議された例は皆無だった。<sup>25</sup>美濃部がいうには、府県会議員や市町村会議員は、予算の議決や府県または市町村の公益に関する事件についての意見書の提出等の「権限を通じて、府県または市町村行政の全般に関し勢力を及ぼし得べき地位にあるもので、府県または市町村行政の全部がその職務に関係あるもの」というる。<sup>26</sup>ゆえに、同僚議員に対する勧誘説得と行政当局者や参事会員に対するそれとで扱ふところはない。

三 「法律上の職務権限」というときに美濃部がおそらく念頭に置いていたのは、私人に対して何らかの作用を及ぼすための根拠条文があるかどうかということであろう。このことは次の判例評釈からもうかがえる。

事案は、乗合自動車営業者間の競争が熾烈を極め、「交通事故その他の弊害ならびに犯罪の頻発」を招くまでになつたため、警察署長が間に入り、一方の営業権を他方に譲渡させることで競争状態を解消したが、その際、営業権売買、さらには売買代金の分配をあつせんしたことに對する謝礼として、営業権の譲渡側から金員を收受したというものである。大審院は、「行政警察の趣旨」が「人民の凶害を予防し、安寧秩序を保全する」ことにあるとともに、警察署長が「府県知事の補助機関」として、「上司の命を奉し、あらかじめこれが防止の方法を考案して安寧秩序の保全に努力するは、その職務権限の範囲に属する行為」だとの理由で、これは本来的職務行為にあたると判断した。<sup>27)</sup>

これに對して、美濃部は、そのようなあつせん行為をおこなう職務権限は警察署長になつたと解する。事件当時は陸上交通事業調整法の施行前で、警察署長に営業統合を命令したり勧告したりする法的権限はなく、したがつて、本件あつせん行為は「法律上には何等の權威を有しない事実上の行動」にすぎなかつた。それでも、「警察署長たる地位において、その職務に基づいてなされたもの」だから、美濃部の基準によつても本件あつせん行為の職務行為性は認められる。<sup>28)</sup>つまり、彼の目には、大審院が職務行為性を肯定する根拠としてあげるような、行政組織（警察）の設置目的、他の行政機関（府県知事）との關係を規律する組織規範は、公務員の職務権限を規定する素材としては映らなかつたのである。

## 注

(23) 美濃部達吉「公務員賄賂罪の研究」(一九三九、岩波書店)四〇～四一頁。

(24) 美濃部・前掲書四一～四五頁。

(25) 大判昭和十二年三月二十六日刑集一六卷四一〇頁。

(26) 美濃部・前掲『研究』四八〜四九頁。

(27) 大判昭和十三年二月三日刑集一七卷八八九頁。

(28) 美濃部「判批」国家学会雑誌五三卷五号（一九三九）七二六頁。

## 第二節 美濃部説の背景

一 そうだとすれば、美濃部が法律によつて職務行為の範囲を画定することに反対したことには、「刑罰法の適用に關しては、専ら社会的の事実に着眼」するものだというのにとどまらない意味があるように思われる。

議會が制定する法律によつて行政活動を統制することを「法律による行政」の原理という。この原理からは、以下の三つの原理が派生する。すべての行政活動は法律に違反しえないという「法律の優先」、国民の自由および所有権を侵害する「侵害行政」には、法律の授權が必要であるという「法律の留保」、法規範を定立できるのは第一次的には法律であつて、行政機關が命令によつて法規範を定立するためには、法律による授權が必要であるという「法律の法規創造力」がそれである。

法律による行政の原理は明治憲法体制下では貫徹できなかつた。大日本帝国憲法は、「公共の安寧秩序を保持」するためや「臣民の幸福を増進するために」、天皇が帝国議會の協賛を経ることなく勅令を発することを認め（九条。独立命令）、かつ、公務員制度および行政組織の整備編成を天皇の専權事項としていた（一〇条。官制大権・任官大権）。

これらの条項には法律が競合する場合に法律が優先する旨の但書が置かれていないにせよ、法律の法規創造力は否定さ



れていたのである。それに、「戦時又は国家事変の場合」（大日本帝国憲法三二条。非常大権）はもとより、公共の安寧秩序保持目的で臣民の権利を制限することにも法律の授權は必要なかったものであり、法律の留保にも限界があった。

二 美濃部は、議會と天皇とのあいだだけでなく、議會と政府とのあいだの関係でも、法律による行政の原理は貫徹されないとする。「人民の自由および財産の範囲を画定することは、立法権のみに留保せられ（*Vorbehalt des Gesetzes*）、行政権をもってはただその画定せられた範囲内においてのみ活動し得るものとせられる」のが「法治国家」の思想だけれども、明治憲法は、議會の協賛を経たものではない命令と条約が「なお法規として法律と等しく行政作用の準則たりうべきもの」としている。とくに前者に関しては、各省大臣や地方長官は「自己の行う行政に対してある範囲において自らその準則としての命令を発する権限をも与えられており、法治主義の基本思想はその限度において完全には貫徹せられない」。それでも、命令が法規の一形式であることをもって、明治憲法も「形式上には」法治主義の原則に立っている、というのである。<sup>29)</sup>

したがって、賄賂罪における職務行為を行政法にとらわれずに規定する美濃部のアプローチは、行政活動全般が「法律による」とは限らない明治憲法体制下はともかく、現行憲法体制下では必要なさそうである。美濃部にとって、職務密接関連行為論は、不適切なアプローチによって処罰範囲を確保し損なったのを取り繕うために、今度は外延の定まらない概念で職務行為の範囲を広げるといふ弥縫策にしかみえなかったのだらう。この点、現行憲法体制下において、法律による行政の原理が行政活動全般にわたるのだとすれば、何らかの意味で「法律上の根拠」は存することになるのだから、懸念には及ばない。

さらに、ここで確認されるのは、美濃部が、行政活動を法律によって「規律する」ことの意義を自由主義的観点か

らとらえていたことである。彼が法治主義に求めたのは、人民の権利や自由を政府が不当ないし恣意的に制限しないために、法律という制定法による統制をかけることだった。制定法という点では、命令も条約も法律と等価だから、命令や条約に従って侵害行政をおこなっても法治主義の「形式」には反しないことになる。<sup>(30)</sup>戦後、国民の権利・自由が基本的人権として、法律ではなく憲法という最高法規によって政府から保護されることになった以上、法治主義は不要であるどころか、法律による基本的人権侵害に無力な点で有害ですらある。それゆえ、現行憲法は「法治主義をもって満足せずして基本的人権の絶対尊重を主義とする」、と美濃部は言明した。<sup>(32)</sup>

三 以上の美濃部説の背景に横たわっているのは、国家を自然人と同様、あたかも固有の意思を有する行為主体であるかのようにとらえる、国家有機体説的認識である。彼は、天皇を主権者とするのではなく、臣民を含む自然人によつて組織される法人としての国家に（国家法人説）、統治権という意味での主権が帰属するとしうえで（国家主権説）、天皇を国家の最高意思決定機関に位置づけた（天皇機関説）。国家法人説は、不当にも天皇主権説と対置されたため、主権が人民にあるかのように批判されたけれど、美濃部によれば、「国家はあたかも一個人の如く、君主はあたかもその頭脳の如き地位にあらまし、有司百官はあたかもその手足耳目の如く、しかして人民はあたかも人体を組織する細胞のごときもの」であつて、「あたかも細胞がすなわち人間たるものではないのと同様」人民すなわち国家でないから、批判はあたらない。<sup>(33)</sup>このような国家観は国家法人説がむしろ排斥するところだが、美濃部はあえて国家を有機体になぞらえた。<sup>(34)</sup>

この国家観に立てば、国家の活動は法律に先立ち現に存在することになる。そこで、美濃部は、法律による行政の原理を「個人の権利・自由を保護するために、国家活動を法規範によつて拘束する」という図式で理解し、法律ではなく、命令や条約による行政も法治主義だといえなくもないとした。個人の権利・自由を不当に制限しないように行

政、したがって国家を法規範によって拘束できるのならば、それが法律の形式で存在することにこだわる必要はないというわけである。

注

(29) 美濃部『日本行政法上巻』(有斐閣、一九三六) 六九～七一頁。

(30) 美濃部・前掲書七一頁。

(31) 宮沢俊義『法律の留保』について「同」『憲法の原理』(岩波書店、一九六七、初出一九五六) 三七三～三七四頁も参照。

(32) 美濃部(宮沢補訂)『日本国憲法原論』(有斐閣、一九五二) 一一三頁。

(33) 美濃部「上杉博士の「国体に関する異説」を読む」星島二郎編『最近憲法論』(みすず書房、一九八九、原版一九二三、初出一九二二) 五〇頁。

(34) 上山安敏「天皇機関説と国家法人説の社会史的視座」同『憲法社会史』(日本評論社、一九七七) 一八四～一八五頁を参照。上山によれば、「明治の自由民権時代をくぐり抜けた美濃部が立憲政の理想とした『君臣共治』の憲法学的構成をするためには、「むしろ国家有機体説的な「認識論」のほうが好都合だったとされる。

### 第三章 職務密接関連行為概念をめぐる刑法学説

#### 第一節 賄賂罪の保護法益をめぐる伝統的議論枠組

##### 第一款 信頼保護説——ローマ法主義とゲルマン法主義の混淆

一 公務員が賄賂をとることの、そもそも何が不法なのかの理解は、賄賂罪の沿革より、ローマ法主義とゲルマン法主義に大別される。前者は、賄賂をとることがそれ自体として不公平性、すなわち、不偏不党の立場を放棄し、贈

賄賂の側に立って職務を遂行することをあらわすものとみる。賄賂不法は「職務の不可買収性」の侵害にみいだされる(不可買収説)。これに対して、後者は、賄賂を不正な職務に対する報酬ととらえる。したがって、ゲルマン法主義において賄賂不法は、公務員に不正な職務をおこなわせる点にみいだされる。賄賂罪が保護するのは、「職務が適正になされること」という意味での「純粋性」<sup>(35)</sup> だというのである(純粋性説)。

ゲルマン法主義を基本として定立されたのが、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」だとする信頼保護説である。現行刑法はたとえ適正な職務に関してであつてもこれを利益と引き換えにすることを処罰しているから(刑法一九七条一項)、ローマ法主義を基本としてしていると解するのが自然なのに、戦前の学説は、ゲルマン法主義に軸足を置くものが多数を占めた。そこで、現行刑法上、適正な職務に関して賄賂を授受等する行為も処罰されるのはなぜかを説明するために、信頼保護説が提唱されたのである。

同説の黎明期における代表的論者の一人が大場茂馬である。彼は公務を立法と行政の二つの事務に分けて、前者に従事する公務員は「一意専心国家の利害休戚の上より打算して」、後者に従事する公務員は「一意専心法令およびその精神に則り」職責を全うすべきものであつて、職務がたまたま誰かの利益に合致したとしても、「一個人の利益にもとづきこれをなす」べきではないとしながら、賄賂不法を「賄賂のため公務の実行を左右せしむる」点にもとめていた。ところで、「相当なる職務」がなされたとしても、それに関する賄賂の授受等は、「人をして公務は、賄賂によりこれを左右し得べきやの觀念を懐かしむるの虞」があるから、「法律は極力公務員の職務上の規律の振肅」に努めないわけにはいかないのだ、と大場は述べる。<sup>(36)</sup>

二 信頼保護説に「公正」という語を取り込んだのは、泉二新熊である。彼は、賄賂と職務行為とのあいだに対価関係が成立すれば請託がなくとも(單純) 収賄罪が成立するのは、賄賂罪が「独り公務員に対して公正なる職務執行

を要求するにとどまらず、この職務上の公正に対する社会の信頼を保護するの必要」のゆえで、だから、職務行為後の利益の收受等も可罰的なのだとする。「公正」の語がどのような意味で用いられているのかは直接の記述はない。<sup>37)</sup>泉二の定式化は、彼が判事を務める大審院の採用するところとなり、判例理論としての地位をえた。

ここで確認されるのは、信頼保護説にいう「公正」は、職務行為の適正ではなく、不可買収性説にいうような「公平性」の意味に解されたということである。「公正」の語を職務義務に違反していないという意味での「適正」と解した場合、適正な職務行為後にそれを利益と引き換えにすることが処罰されるのは、「そのようなとき、法律を知らない社会一般の人びとは『実は不正な職務だったのではないか』と、あらぬ疑いをかけるものだからだ」と説明することになる。これは当時としても穏当な説明ではなかったろう。平野龍一が述べるように、不可買収性は「一定の公務を行なうかどうか、これに対価が支払われるかどうかによって左右されてはならない、という趣旨」であり、それは「不公平があつてはならないということ」に等しく、その意味では、単純収賄罪は「公務の公正さを保護するものだといいてもよい」けれど、問題の「職務行為がそれ自体として不正なものである必要はない」という意味では、公務の公正さを保護するのではな<sup>39)</sup>い。

三 このように、ゲルマン法主義起源の純粋性がローマ法主義起源の公平性という意味で解されたため、学説の賄賂不法をめぐる論争点は、「賄賂が職務に及ぼす影響を問題とするかどうか」に絞られることになった。公平な職務遂行への影響を問題としないのがローマ法主義で、これを問題とするのがゲルマン法主義なのだ、というわけである。瀧川幸辰は、ローマ法主義が賄賂不法を「職務を有する者が不偏不党性を売り渡すことの危険」にみいだし、「職務行為の不純性は単に推量せられ得るにすぎない」のに対して、ゲルマン法主義は「賄賂の価額の中に職務行為の売渡、特に偏頗な裁判を行うという意味の職務行為の売渡を認めた」もので、これらは「職務非売性の原則を前提とする点

において一致する」ところ、「ローマ思想は形式的なもの以上に出でないが、ゲルマン思想は実質を擱んで」おり、「賄賂罪の本質はゲルマン思想によって明らかになったといい得る」とまで述べる<sup>(40)</sup>。

注

(35) さしあたり、團藤重光『刑法綱要各論(第三版)』(創文社、一九九〇)一二九頁。

(36) 大場茂馬『刑法各論下巻(改訂版)』(中央大学、一九一八。復刻版、信山社、一九九四)六七一〜六七二頁。

(37) 泉二新熊『日本刑法論下巻(改訂四四版)』(有斐閣、一九三九)四七三〜四七四頁。

(38) 大判昭和六年八月六日刑集一〇卷四一二頁。

(39) 平野龍一「瀆職の罪」法学セミナー二二七号(一九七五)二七頁。

(40) 瀧川幸辰「賄賂罪の若干問題」『瀧川幸辰刑法著作集第四巻』(世界思想社、第二版、一九九一、初出一九三六)五一二頁。同様の理解を示すのは、吉田常次郎「瀆職罪に関する若干の考察」同「刑事法判例研究」(学芸書房、一九五六、初出一九三四)二六六〜二六七頁。吉田は「純粋性」の原語である *Reinheit* に「公正」の語を対応させている。また、同二六九頁は、「職務が公平に行われたるや否やを疑わしむる」ことを「公務の公正に対する一般の信頼」の侵害と言い換えており、吉田にとつて純粋性と公平性が同義であることがわかる。

## 第二款 廉潔義務説

一 他方で、職務への影響を問わない立場からは、「賄賂をとることがそれ自体として刑法上の義務に違反する」とものとされるようになる。

小野清一郎は、賄賂罪を公務員が「廉潔であるべき義務に背くことを罰するもの」だとする(廉潔義務説)。この廉潔義務は「公務員たる地位に伴う義務」であつて、廉潔義務違反は「使用者としての国家」との関係で懲戒の対象になるとともに、そのうちの一定の行為については、「さらに一般法秩序を維持する立場から」刑罰という制裁の対象に

なる。では、刑事罰までをも科す根拠は何かというと、それは「国家作用の厳正を保護するにある」<sup>(42)</sup>。小野がいうには、公務員の廉潔性を重視するのがローマ法主義で、職務行為の不可買収性侵害に賄賂不法をみいだすのがゲルマン法主義である。だから、ローマ法主義からは、収賄罪が「本来の身分犯」となり、「贈賄罪はそれに付随する従犯的なものと考えられる」。旧刑法が贈賄罪の規定を置かなかつたことも、現行刑法は贈賄を処罰するものの、法定刑が三年以下の懲役または二五〇万円以下の罰金（現在）と、単純収賄罪（五年以下の懲役。現在）よりも一段軽くなっていることも、現行刑法がローマ法主義を基本としていることの証左だとされる<sup>(43)</sup>。

二 かくして、賄賂不法をめぐる学説の対立は、賄賂罪に行為者刑法的要素を認めるかどうかの問題として図式化されるに至る。行為者刑法観とは、刑法を行為者が何をしたのかではなく、彼がどのようにあつたのかを問責対象とするものとみる立場で、行為を行為者の危険な性格だとか、行為者人格だとかのあらわれだととらえるのは、行為者刑法観を基本としながら、そこに行為者刑法的要素を取り込むものといつてよい。公務員が賄賂をとるということは、彼が「廉潔でない」ということをあらわし、これが賄賂不法をなすのだという小野説には、右のような意味での行為者刑法的性が認められる。

この図式下で小野説を敷衍したに等しいと思われるのが、安平政吉である。

彼は、とくに根拠を示すことなしに、小野説の「論述の全体を総合して考えるときは、大体において」大場説と「きわめて似合ったものがある」という。これはおそらく、大場と小野が客観主義刑法学の立場を同じくすることから牽強付会したのだろう。さらに、安平は、不可買収性を廉潔性と同義ととらえつつも、それは「主観的な身分的事柄であるから、この方面はむしろ懲戒法の対象として考慮せらるべきであり、一般法律秩序の保持を目的としている刑法の被害法益としては

「適當ではないようにも」考えられる。<sup>(44)</sup>

ところが、このように述べながらも、賄賂罪の本質はやはり廉潔義務違反にあるという。公務員は、「その地位に鑑み彼れに負担せしめられている公けの職責」を「公共のために公正に」はたすであろうとの「社会一般人の信頼を（中略）裏切らない義務」を負担しているのであって、そのような「公務員の純潔性の保持」を賄賂罪の保護法益としたときには、「職務に関し」の要件は不要だということになるけれども、この要件は「公務員の個人としての自由範囲擁護の観点」との「妥協」点として設けられたものだ、と。<sup>(45)</sup>

三 公務員たる地位そのものから廉潔性を義務づける立場は、「職務に関し」の要素を賄賂不法に取り込めない点が問題視された。内藤謙は、小野説を「職務行為との関連性を把握していない点で、賄賂罪の可罰性を不当に拡大する危険を含んでいる」と批判する。<sup>(46)</sup>これは安平説にもあてはまる。実際、小野は、「職務に関し」の要件をローマ法主義にとつて外在的な、ゲルマン法主義との折衷によつて付加された要件とみていたため、他の公務員に職務上不正な行為をさせるように等の働きかけをするあつせん収賄罪（刑法一九七条の四）は、「公務員の地位からくる影響力を取引すること」で廉潔義務に違反するものであって、単純収賄罪と不法内容そのものには変わりはないと解していた。<sup>(47)</sup>

#### 注

(41) 一現行憲法の下においては、公務員は、国民の信託をうけて、全体の奉仕者として不偏不党で国政の担当にあたる重い責任を負う」と述べるのは、藤木・前掲『講義各論』五三頁。

(42) 小野清一郎『新訂刑法講義各論』（有斐閣、一九四九）四八頁。

(43) 小野「斡旋収賄罪について」ジュリスト一五六号（一九五八）五頁。小野は、ゲルマン法主義「によると、賄賂は職務行為の対価又は反対給付、ことに職務行為を不正なものにするこの報酬であるということになる」（傍点は引用者による）と述べている。

(44) 安平政吉「斡旋収賄罪の立法と「わいろ罪」の本質」同『責任主義の刑法理論』（酒井書店、一九六八、初出一九五四）五〇〇、



五〇二頁。

(45) 安平・前掲書五〇四～五〇五頁。類似の見解を述べるのは、三堀博「賄賂罪汎論」(武蔵書房、一九五七)九、一二頁。「国家は最高の道徳の表現である」という道義国家観に立てば、公務員にその廉潔性が期待されて当然であり、現行刑法が義務適合的な職務遂行についても賄賂罪の成立を認めていることから、賄賂罪の保護法益を公務員の廉潔性と解するローマ法主義も取り入れられているといえるが、運用に際してはゲルマン思想をも加味することによって、はじめて妥当な結論が出る場合が多い。そこで、ゲルマン法主義の「ふるいをかけて、いわゆる職務違反行為を対価としたような悪質のものに重点を置き、犯情軽きものは行政の処分などで賄うのが良い」と述べる。

(46) 團藤編『注釈刑法(4)』(有斐閣、一九六五)三九七～三九八頁(内藤謙)。

(47) 小野・前掲ジュリスト一五六号六頁。

## 第二節 純粋性説による職務密接関連行為論

### 第一款 純粋性説による信頼保護説批判

一 その後、純粋性説は、不可買収性説と切り離されたものとして再定式化されて、信頼保護説に対峙するようになる。北野通世の「狭義の純粋性説」である。

彼によれば、わが国の純粋性説は、純粋性を、不当にも「職務義務に違反しない適正な職務執行という意味よりも広く理解している」。それは、「職務執行の純粋性ないし公正そのものに加え、職務執行の純粋性ないし公正に対する社会の信頼も含めて理解」することで、「不可買収性を包摂する」ものであり、北野はこれを「広義の純粋性説」とよぶ。単に公務員が私腹を肥やさないとをこえて、保護に値する「職務行為の属性」として不可買収性を理解しなければ、「職務に関し」の要件が賄賂不法を基礎づけるものでなくなってしまう。この点、不可買収性説は、不可買収性

を職務行為の純粹性を担保するためのものと位置づけるけれど、そうだとすれば、純粹性の侵害が認められる加重収賄がむしろ基本類型になって、純粹性説へと「視座の転換を要求される」。他方、賄賂不法を職務義務違反の有無によって規定する純粹性説にとって、純粹性の内容を拡張すればするほど、賄賂法上の「職務義務違反」は「懲戒法上の義務違反」との区別は微妙なものになっていく。ゆえに、純粹性は、やはり狭義に、「当該職務行為の目的、態様、手続、及び結果等に照らして、職務行為に内在する公的意思が法治主義の原則に則って適正に実現されたとは言えない場合」と解すべきだ、というのである。<sup>48)</sup>

二 北野は、単純収賄罪ではなく、加重収賄罪こそが収賄の基本的犯罪類型だと説く。というのも、単純収賄罪は利益と引き換えにした職務行為が現実になされたことを必要としないのに対して、加重収賄罪は職務義務に反する行為が現実になされたことを必要とするからである。つまり、加重収賄罪における、公務員による「問題の行為が職務義務に反していること」という属性は、単純収賄罪と共通する要素である、「利益と引き換えにされた職務行為」だけでなく、単純収賄罪にはない要素である、「現実におこなわれた職務行為」にも関係しているのであり、しかも、後者は、問題の職務行為を利益と引き換えにすることにあらわれた、「公務員の対価意思」が実現したものととしてとらえられなければならない。というのも、さもなければ職務義務違反行為による加重収賄不法の基礎づけを放棄せざるをえなくなるからである。さて、このような加重収賄罪と単純収賄罪は統一的に理解されるべきだから、単純収賄罪もまた、不正な約定の上で問題の職務行為を利益に引き換えにただけでなく、対価意思の「実体化を指向するもの」、したがって、「対価意思の実現たる職務行為」をおこなう抽象的危険を構成要件要素とするものだということになる。ゆえに、単純収賄罪は加重収賄罪の前段階として、処罰を前倒したものののだ、と。<sup>49)</sup>

かくして、賄賂不法は、「公務員が不正な職務行為をするとはどういうことか」を問うことで規定される。北野によ

れば、それは、「職務行為に内在する公的意思を賄賂の供与者の意思に置換するという形で、職務行為によって実現されるべき公的意思の実現を妨げ、賄賂の供与者の意思の実現を図る」ことだとされる。<sup>50)</sup>過去の不正な職務行為に対する賄賂の收受等の行為を捕捉する事後収賄罪（刑法一九七条の三第二項）は、たしかに賄賂によって不正な職務行為が動機づけられてはいないけれども、不正な職務行為をおこなったということがそれ自体として公的意思を誰かの私的意思に置換したことをあらわしており、事後の賄賂收受等の時点ではじめて、その「誰か」が特定されて加重収賄構成要件の実現をみる犯罪類型なのである。<sup>51)</sup>

### 三 狭義の純粹性説の登場を一つの契機に、賄賂罪の保護法益は改めて論争的になった。

北野がいうには、「社会の信頼」という法益は、職務行為そのものに内在する法益ではなく、個々の職務行為の客体を包摂する社会、ないし、包括的には、職務行為の客体たる社会と職務行為との関係において成立する法益」であり、したがって、それは「収賄行為及び職務行為からみて外在的な観点」である。では、社会の信頼が損なわれたかどうかで賄賂罪の成否が決まるのかといえそうではなく、信頼保護説もまた、「職務行為の内実に立ち入って、個々具体的な職務執行の公正が疑われるかどうか」を判断している。つまり、「社会の信頼」という法益は、単純収賄罪における侵害犯としての処罰根拠を説明するために、設定されたに過ぎない」のではないか。たしかに、公務の公正に対する社会の信頼の確保が賄賂罪処罰の立法動機となつていることは「論を俟たない」けれども、<sup>52)</sup>だからといって、社会の信頼を保護法益と解すべきだということにはならない。<sup>53)</sup>

このように「法益論とはどのようなものであるべきか」という観点からの批判を展開する論者は他にもみられる。町野朔は、信頼保護説に対する基本的な批判として、同説は殺人罪の保護法益を生命ではなく、「生命が法によって保護されているという安心感、法的安定性への信頼」と解するようなもので、社会の信頼は「職務の公正」という法益

の侵害・危殆化の存否を判断する際の基準として用いることは考えられるが、法益侵害そのものではない」として、同説を「法益概念と法益の危殆に関する判断基準とを混同したもの」とみる。<sup>54</sup> 山口厚も、「法益が侵害されないことに對する信頼は、法益と区別された独自の法益ではありえず、あらゆる法益に含まれているもので、それと別物ではない」とまで述べる。<sup>55</sup>

四 これらの批判者は、社会の信頼を公務員に対する一般人の素朴な信頼感、もつといえ、世情や世間の目といった類のものと考えている節がある。所論が「社会の信頼の危殆化の存否及び程度は、個々の収賄行為について具体的に測定可能な形で検証することは不可能」だとか（北野）、<sup>56</sup> 社会の信頼には「公務員が何かおかしなことをやっているらしい、というだけで収賄罪の成立を認めるような（中略）軽薄な広範性」があるだとかの指摘をともなっているのは（町野）、<sup>57</sup> そのためだろう。

たしかに、信頼保護説の論者には、信頼を右記のように解する者がいる。斎藤信治は、信頼保護説を擁護すべく、対価が僅少額の対価の場合に構成要件該当性を否定したり、賄賂と社交儀礼上の贈答を区別したりするには、社会の信頼を損なうか否かを問題とせざるをえないと述べたり、<sup>58</sup> はては、公務員が利益を收受等しようとする際に「自己の職務行為と関係があるか、その公正を疑われることになるか、を考慮することにより、処罰されるか否か、極めて簡単に見当をつけられるのであり、贈る側についても事情は同様」と述べたりする。<sup>59</sup> しかし、これは「賄賂にあたるかどうかは、常識で判断できるものだ」といつているに等しい。

では、對する「職務の公正に対する危険」という作用結果が実証的なのかという点、必ずしもそういうわけではない。というのも、対価として提供等された利益が当該公務員に公正な職務遂行を動機づけたとしても、単純収賄罪は成立するからである。北野は、適法な職務行為の請託があっても、そのとおりの職務行為がなされるとはかぎらない

し、「受託により、当該職務行為が行われた場合、公的意思の実現という形を借りて、賄賂の供与者の意思の実現が図られるのであるから、可罰性は認められる」と述べる。<sup>(60)</sup> だが、動機づけられてもいない「違法行為をあえておこなうかもしれない」と懸念したり、「職務行為に藉口して私的意思を実現した」と決めつけたりするのは、「賄賂をとるような公務員は信頼できない」というのと径庭がないように思う。<sup>(61)</sup>

要するに、保護法益をめぐる論争は、「信頼」とか「危険」とかといった言葉のイメージの適否を競っているにすぎない。<sup>(62)</sup> 鎮目征樹は、「『社会の信頼』概念を用いると、われわれは、そこで問題となつている信頼の中身を明らかにするという作業をなぜか忘れがちとなる」もので、<sup>(63)</sup> だから、「程度の高低を意識しやすすい」危険概念によつて当罰性の低い行為を炙り出せる「純粹性説のアプローチが方法的に優れている」と説く。<sup>(64)</sup> しかし、信頼という言葉がマジックワードかどうかは個人の言語感覚の問題でしかないと思うし、<sup>(65)</sup> それに、信頼という言葉にも「高い」とか「低い」とかといった形容詞を付けることができるのだから、所論は説得力を欠く。

## 注

(48) 北野通世「収賄罪の一考察(1)」刑法雑誌二七卷二号(一九八六)二八五～二八八頁。

(49) 北野「収賄罪の一考察(二・完)」刑法雑誌二八卷三号(一九八八)四〇八～四一五頁。

(50) 北野・前掲論文四一五頁。

(51) 北野「原著者コメント」法律時報六一卷八号(一九八九)一四八頁。

(52) 斎藤信治「賄賂罪の問題点」阿部純二ほか編『刑法基本講座第六卷』(法学書院、一九九三)三七四頁は、公務員が賄賂をとるこ  
とが「買収や不正の横行につながる」とともに、「人々の国・自治体への各種協力等の意思を萎えさせ」かねず、ひいては「全体主  
義勢力の台頭や行動を促す等、民主的國家秩序にとって不都合な事態を生ずることが容易に考えられる」というが、これは、北野に  
とつては賄賂罪の立法動機に属する。

(53) 北野・前掲刑法雑誌二八卷三号四〇五～四〇六頁。

- (54) 町野朔「収賄罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開・各論』（日本評論社、一九九六、初出一九九五）三五二頁。
- (55) 山口「刑法各論〔第二版〕」（有斐閣、二〇一〇）六一一頁。
- (56) 北野・前掲刑法雑誌二八卷三三九三頁。同旨の批判として、小暮得雄ほか編『刑法講義各論』（有斐閣、一九八八）五六二頁（神山敏雄）。「公衆の信頼」というのは精神的価値として極めて抽象的」とする。
- (57) 町野・前掲『現代的展開』三五〇頁。
- (58) 斎藤「賄賂罪の保護法益」（二）『法学新報九六卷三〇四号（一九九〇）五四～五五頁。
- (59) 斎藤・前掲『基本講座』三七五頁。
- (60) 北野・前掲法律時報六一卷八号一四八頁。
- (61) 純粹性説が「通常の危険犯の観念を超えている」と批判するのは、中森『刑法各論〔第四版〕』（有斐閣、二〇一五）三〇六頁。なお、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、二〇〇七）五〇九頁（安田拓人）は、適法な職務行為をおこなうにしても、裁量の不適切行使等の危険は認められるというのは、「一種のフィクションであろう」と述べる。
- (62) 生田勝義ほか『刑法各論講義〔第四版〕』（有斐閣、二〇一〇）三三五頁（生田）に、信頼保護説が御上意識的な発想に「曲解されかねない」と述べられているのは、語感に頼った批判の好例である。
- (63) すでに、山口・前掲『探究』三三二頁。信頼という言葉が「包括的で柔軟な概念」で、「問題の実体がそこに包み隠される」と決めつける。
- (64) 鎮目征樹「贈収賄罪」法学教室三九六号（二〇一三）一〇三～一〇四頁。
- (65) 逆に、危険という言葉が一人歩きしやすいことを指摘するのは、松原『刑法総論』（日本評論社、二〇一三）七七頁。

## 第二款 広義の純粹性説と「職務に対する事実上の影響力」基準

一 ところで、狭義の純粹性説は学説に支持を広げることができなかったが、その理由は、同説によれば、適正な職務行為に関して事後的に利益を收受等しても単純賄賂にあたらなるとされる点にあった。北野がいうには、その場合は、公的意思の存在しない不正な職務行為とちがって、「公的意思の実現が完了しており、それが事後的に賄賂の対

価物とされても、既に実現された公的意思を賄賂の供与者の意思に置換し得ない」。ただ、上記のとおり、彼は、職務行為の適正を「当該職務行為の目的、態様、手続、及び結果等に照らして（中略）実体的に捉えようとする」ので、これにともない加重収賄罪の処罰範囲が拡張する。<sup>(66)</sup>もしかすると、不公平な職務行為も、その「実体」によっては「不正な職務行為」にあたるものとして、公的意思の存在が否定されるのかもしれない。けれども、北野説は単純収賄構成要件を狭くとらえすぎるものと受けとめられた。

二 これに対して、町野は、基本的に純粋性説を支持しながらも、過去の適正な職務遂行も単純収賄罪という「職務」にあたるかと解して差し支えないと説く。不公正な職務行為がおこなわれる「抽象的危険」の惹起が賄賂不法なのだとすれば、事前の賄賂行為がなされなくとも、職務行為に際して「後に行われるべき贈与への期待」を公務員がいだいていた場合は、単純収賄罪を含む賄賂罪の成立を認めてよい。ただし、公務員が転職後に前職時の職務に関して利益供与を受ける等の行為に単純横領罪が成立するためには、転職前後で職務が同質性を保っていなければならぬ。<sup>(67)</sup>これは、単純収賄罪が、賄賂收受等の時点で行為者が公務員であることを要求していることの趣旨を、その場合に具体的職務行為を利益と引き換えにしたことがはつきりするという点に求める平野説をさらに進めて、<sup>(68)</sup>賄賂と対価関係にある具体的職務行為が、賄賂行為の時点での公務員の（一般的な）職務内容から認定できるようにする点にみいだすからである。

山口は、右の町野説の前半部分を支持し、「後の賄賂を期待して職務が左右されることが（職務行為以前に賄賂の約束があつたがそれを証明しえない場合を含め）想定され、実際にも生じている」のならば、事後の賄賂收受等は事前に賄賂を收受等した場合と「価値的に」同視しうる」から、「賄賂罪の拡張」が許されるという。

ただ、後半部分に関しては町野と反対の立場だが、その説明は変遷している。当初、山口は、賄賂收受等の時点で

「公務員であることは責任を加重する要素」であり、「賄賂の授受時に公務員でありさえすれば、重い責任を基礎付ける要件は充たされている」として、転職前後の職務権限の異同に関係なく、(単純)賄賂罪の成立を認めるべきだと主張していた。<sup>(69)</sup>だが、その後、見解を改め、「收受等の時点において、法文上の要件として、現に公務員であることが要求されるにすぎない」と説くに至った。<sup>(70)</sup>

純粹性説をとりながら、転職した場合を含む、過去の職務行為に関する賄賂の成立を町野、山口が肯定するのは、彼らが「職務の公正」の内容を不可買収性説に引き寄せてとらえているからである。それによれば、「職務行為が賄賂の影響下に置かれる危険」とは、「職務遂行における裁量が不当に行使される危険」であり、それ自体として適法な職務行為であっても、贈賄側の便宜に、例えば「他より優先的に、または迅速」に取り計らえば、裁量の「不平等・不公正」行使は認められる。<sup>(71)</sup>では、なぜ不可買収性説を支持しないかといえは、同説は「不可買収性の内実」を語っていない点で「形式的な説明にとどまる」からだ、と。<sup>(72)</sup>

三 賄賂罪の保護法益を社会の信頼ではなく、職務の公正(公平性)と解するという点では、純粹性説は職務密接関連行為論に新たな局面をもたらした。「なぜ職務行為ではないのに、『本来的職務行為と密接に関連する』という理由で、これと利益を引き換えにする行為が賄賂罪を構成するのか」という問いに、伝統的見解は、「そのような場合にも職務の公正は疑われるからだ」と答え、逆に、「職務の公正を疑われるかどうか、職務に関しといえるかどうかの標準となる」と解する。<sup>(73)</sup>純粹性説はこれを「論理的に逆立ちしている」として、保護客体たる職務行為そのものを目を向けるべきだとしたのである。<sup>(74)</sup>

広義の純粹性説からの職務密接関連性の実質化を最初に打ち出したのは、堀内捷三である。

当初、彼は公務員の行為が職務密接関連行為といえるためには、単に本来的職務行為に関連するだけでなく、「公務



「性的性格」を有する必要があるとしながら、公務的性の有無の判断を、問題の行為が「職務に及ぼす事実上の影響力」によって実質化することに反対していた。それは「職務行為の対象者の期待あるいは不安、危惧といった動機、目的、意図等により密接関連性が認定されることになりかねない」。職務に対する事実上の影響力がない場合には密接関連性は認められないけれども、事実上の影響力があつても、「事実上あるいは社会通念上公務員の地位において行いえない性格のもの」も密接関連性を否定すべきだ、と。<sup>(75)</sup>

その後、堀内は見解を修正し、事実上の影響力に公務的性の判断の質的基準を求めようになつた。彼は、「事実上の影響力」には、右記の、職務行為の相手方に対するものだけでなく、本来の職務に対するものもあるとして、前者によって密接関連性を実質化する立場を「地位利用説」、後者によって実質化する立場を「影響力説」とよぶ。両説は、それぞれ、賄賂罪の保護法益をめぐる信頼保護説と「不可買収性ないし純粹性説」を背景にしている。信頼保護説は職務行為が公正であるという「外觀」を保護するものだから、賄賂は職務を「対象」にするだけでよく、賄賂が職務に影響を及ぼすことは必要ない。これに対して、不可買収性ないし純粹性説は、賄賂が職務それ自体を侵害ないし危殆化する「作用」を賄賂不法に取り込むことを要求する。<sup>(76)</sup>この相違は、公務員と賄賂提供者とのあいだの「不法な協定」による「職務それ自体の提供」を問題にするか、それとも、「職務の内容の提供」を問題にするかに関わるのであり、後者においてのみ、「公務員が賄賂の交付と引き換えに、職務行使の際に贈賄者の存在ないし意思を考慮することが問題となる」のだ、と。<sup>(77)</sup>

四 このように整理したうえで、堀内は影響力説を支持する。その論拠としては、小野説に対して内藤が向けた前述の批判と同様のものが地位利用説にあてはまること、同説からは職務行為の対象者の期待等の「主観的要素」によつて賄賂罪の成否が左右されるということのほか、収賄罪が身分犯であることもあげられている。すなわち、賄賂不

法が職務それ自体を攻撃対象とすることに尽きるのだとすれば、「協定」の相手方たる非公務員も、公務員と同様の不法をなしうるのだから、「収賄罪の主体を公務員に限定する必然性に乏しい」。本罪が真正身分犯であるのは、「職務の内容を左右するか否かは公務員のみにおいて可能」だからだ、というのである。<sup>(78)</sup>

以上の行論は、信頼保護説と廉潔義務説とを結びつけるという堀内の学説理解を下地にしている。彼はおよそ次のように考えた。職務行為が公平であるかのような「外観」をもたらすのは職務行為の「内容」ではなく、職務行為をおこなう公務員の人格であり、だから、人びとの職務の公平性に対する信頼が損なわれるのは、当該公務員が廉潔義務に違反した場合なのだ、と。

堀内において影響力説が（広義の）純粋性説と結びついたのは、彼が「賄賂が職務に作用する」ということを「賄賂が当該公務員に不公平な職務をさせるよう、心理的な因果作用を及ぼすこと」と解したからであろう。しかも、堀内はそれ以外の「職務への作用」は存在しないと考えたため、信頼保護説からは、賄賂は職務を「対象とする」だけになった。かくして、「信頼保護説は利益收受等の行為がそれ自体が廉潔義務に違反するかどうかを問う行為（者）反価値論的思考、これに対して、広義の純粋性説はそのような行為が職務の公平性という保護法益を侵害ないし危殆化したかどうかを問う結果反価値論的思考」という図式が出来上がったのである。

#### 注

- (66) 北野・前掲法律時報六一巻八号一四八頁。もともと、賄賂の趣旨によっては、「将来行われるべき職務行為」を左右する場合があります。その場合は単純収賄罪が成立可能だとする。この点も含めて同調するのは、曾根威彦「収賄罪」刑法雑誌三二巻一号（一九九〇）五六～五七頁。さらに、林幹人「賄賂罪における純粋性説」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（成文堂、二〇〇七）五九九～六〇〇頁は、「単純収賄罪の保護法益としての将来の職務行為は、それほど具体的なものでなくてもよい」として、転職後に前職時代の職務

行為に關し利益の提供を受けた場合に、たとえ職務権限を異にしようと、現職について「将来同様の利益を受けることを期待して職務を行う危険」を認め、単純収賄罪を成立させる。

(67) 町野・前掲『現代的展開』三五三頁、三五八～三五九頁。松原・前掲『各論』六二二～六二三頁は、收受等の時点で公務員であることが要求されることの意味を「対価関係の客観的な状況的保障を要求することで法的安定性を保つこと」にみいだす。

(68) 平野・前掲『概説』二九五頁。これに対して、西田「判批」同『刑法解釈論集』（成文堂、二〇一三、初出一九八九）二七二頁は、美濃部・前掲『研究』八七頁を支持し、公務員としての身分は、問題となっている過去の職務行為だけでなく「現在担当する職務の公正に対する社会の信頼」までもが害されることを基礎づけるとする。

(69) 山口・前掲『探究』三二一～三二六頁。

(70) 山口・前掲『各論』六一九頁。

(71) 山口・前掲『探求』三二〇頁。

(72) 山口・前掲『各論』六一一頁。

(73) 團藤・前掲『各論』一三二～一三三頁。疑問に思われるほどに、このアプローチを徹底するのは、齋藤・前掲『基本講座』三八一頁。職務行為との関係をもとに職務密接関連行為の射程に限定をくわえるのは「徒らに信頼保護を妨げる嫌いがある」と述べ、「限定は、むしろ、本当に信頼を害するか（密接性）の検討を厳格にし、社交儀礼・政治献金の問題にも十分留意することによるべきだ」と主張する。これはもはや理論の放棄に等しいと思う。

(74) 堀内「判批」警察研究五八巻三号（一九八七）五一頁。ただし、当時の堀内は信頼保護説に立っていたため、「決して、公務の公正さが疑われるから職務関連性が肯定されるのではない」と述べるにとどまっていた。これに対して、中森・前掲法学論叢一二八巻四・五・六号一七九頁注五は、「保護法益から概念内容を決定するのは通常の目的論的解釈の方法であらう」と反論する。

(75) 堀内・前掲警察研究五八巻三号五～五二頁。

(76) 曾根・前掲刑法雑誌三一巻一号六一～六二頁は、公務的性格の判断を「事実的・客観的なものに止め」るならば、事実上の影響力のある行為であっても、「形式面」において、公務的性格の欠如ゆえに職務密接関連性を否定できるとする。西田ほか編『注釈刑法第二巻』（有斐閣、二〇一六）七六八～七六九頁（上寫一高）が、本来の職務への影響力といっても、それは「さまざまな影響を含みうる」として、公務的性格「のような本来の職務との同質性」によっても可罰範囲を限定すべきだと解するのも、曾根とアプローチを同じくするのかもしれない。けれども、ここで問題となっているのが、可罰範囲の限定を賄賂不法の構造理解にもとづかせるかどうかにあるのだとすれば、曾根の主張は的を射ていないし、上寫も、なぜ「本来の職務と同質」でなければならぬのかを明らかに

にする必要があると思う。

- (77) 堀内「賄賂罪における職務行為の意義」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』（有斐閣、一九九〇）五一七～五一九頁。  
 (78) 堀内・前掲書五一九～五二〇、五二三頁。

### 第三節 「組織法的アプローチ」による職務密接関連行為の職務行為への解消

#### 第一款 組織法的アプローチの登場

一 ところで、賄賂罪の保護法益をめぐる論争とはほぼ時を同じくして、賄賂の対象を本来の職務行為とそれにはあたらなけれども、それと密接に関連する行為に区別することの意味が疑問視されるようになる。

その契機になったのがロッキード事件九紅ルートで、主たる争点は、先に述べたとおり、「内閣総理大臣が法令上、主任の大臣が分担することになっている事務について、主任大臣に働きかけをしたり（Aルート）、主任大臣をさしおいて直接、当該事務をおこなったりすることができるか（Bルート）」<sup>(79)</sup>だった。一審判決によれば、<sup>(80)</sup>検察官は、行政権が内閣に属するから、内閣総理大臣は、主任大臣が専属的におこなうものとされている事務を除く、行政事務全般をおこなうことができる、と主張したようである。

東京地裁は前者を本来的職務行為とした。内閣総理大臣は、内閣を代表して行政各部を指揮監督する権限を有し（憲法七二条）、内閣法六条によれば、この権限は閣議にかけて決定した方針にもつき行使されなければならないところ、内閣総理大臣は国務大臣の任命権を有する（憲法六八条一項）だけでなく、任意にこれを罷免することでき（同条二項）、また行政各部の処分または命令を中止させ、内閣の処置を待つことができる（内閣法八条）等、「極めて強

い権限」を有していることから、閣議における「一般的、基本的な大枠による方針決定」を逸脱しないかぎり、個別の具体的な事項に関して閣議にかけなくとも、この権限を行使できる。したがって、主任大臣に行政指導をおこなうよう促すことは、内閣総理大臣の指揮監督権限に属する。

これに対して、後者の、内閣総理大臣が主任大臣をさしおいて行政指導をおこなうことは、職務密接関連行為にあたる。憲法七三条一号によれば、行政事務を分担しておこなうのは内閣ではなく行政各部（各大臣）であって、内閣は行政各部の統括、指揮監督する権限を有するという構造になっていること、国家行政組織法二条一項は行政各部が行政事務を明確な範囲で分掌するものとしていることを理由に、東京地裁は、内閣総理大臣には主任大臣の分掌する事務を重畳しておこなう職務権限はないとする。けれども、全日空が田中の働きかけに応じなかつたとしても、運輸大臣に対する指揮監督権限を發動して、同大臣に全日空への行政指導をなさしめることになろうから、内閣総理大臣は「事実上の強制力を発揮することができる地位にいた」といえる。ゆえに、内閣総理大臣による勸奨行為は同大臣の指揮監督権行使という職務行為に準ずる行為にあたる、というのである。

二 東京地裁の右理論構成に対して、ある検事が異をとなえた。堀田力である。彼がいうには、東京地裁判決の論旨からは、「行政機関の職務の中心」が、個人の権利義務に直接の効果を生じる「『行政行為』であるかのような印象を受ける」。だが、「許認可その他の行政行為に関する行政事務を担当する職員は、おおざっぱに言えば、『窓口』と呼ばれる、行政組織の最前線（末端）に位置する職員であることが多い」。他方、行政組織において上位の役職になればなるほど、「行政行為から遠ざかり、政策の企画立案及びその実現のための各種説得（俗に「根まわし」などと呼ばれる）」という行政事務を担当することになる」。この点、国家行政組織法一条が宣言するように、行政事務の分配は「行政事務の能率的な遂行のために」なされるのであって、「行政事務を行う権限を重畳的に付与した方が行政事務を能率

的に遂行できる場合にまで、これを禁ずるものとは解せられ」ない。上記の各種説得行為は、「最下位の者から最上位の者まで、いろんなレベルの者が行い得るとするのが、まさに行政目的の能率的達成のために必要なものであり、(中略)その主体を法令上特定の者に限定しておかねばならない必要性もない」のだ、と。<sup>(81)</sup>

つまり、堀田は法令上の職務「権限」を、公務員が相手方との関係で法的効果を(一方的に)設定するための作用法上の対外的権限から、公務員が行政機関として一定の行為をおこなうための組織法上の対内的権限と捉えなおすことを提唱したのである。法律上の行為だけでなく、種々の事実行為をも職務権限の範囲内とすることにともなう明確さは「現に行われている行政の責任分野が不明確であるという実態の反映」であって、「その実態を証拠により明らかにすることに」よって職務の範囲を客観的に限定することは可能、かつ、そのほうが職務密接関連行為論「よりは、優れた解釈」だ、と堀田は述べる。<sup>(82)</sup> このような考えかたを「組織法的アプローチ」とよぶことにする。

三 この、一実務家の所感として述べられたものとはいえ、「卓見」との称賛に値する堀田説が、当時の学説から相応の評価を受けたかどうかは詳らかではないけれども、その後、職務密接関連行為の概念に対しては、加重収賄罪との区別を不明確にするという批判もくわえられた。中森喜彦は、職務上知り得た情報や知見を一部の者にだけ漏示する行為を利益と引き換えにすることが単純収賄罪にあたる理由を、当該漏示行為の「本来的職務」との密接関連性に求めるならば、加重収賄罪が成立しないことの説明に困るとする。なぜなら、そのような行為は、たとえ守秘義務が課されていないとも、職務上の義務に違反していることには相違ないからである。要するに、職務に関する不正行為には加重収賄罪を構成するものと、単純収賄罪を構成するにとどまるものがあり、その区別は職務への影響の程度に求められる。<sup>(84)</sup> 職務密接関連行為の実質的基準とされる(本来的)職務への影響力は、加重収賄の構成要件要素だったのである。中森によれば、賄賂罪の対象は「(適切に定義された)職務行為」と、不正な事実行為を含む、「職務に

属する事項を対象とする行為」だとされる<sup>(85)</sup>。

狭義の純粹性説の立場から、職務密接関連行為概念の職務行為への解消を試みるのは、北野である。先述のとおり、彼は単純収賄不法を不正な職務行為をおこなう抽象的危険の惹起にみいだすから、かかる危険を惹起しうるのならば、事実行為であっても賄賂の対象にあたりうることになる。しかも、不正な職務行為とは、公的意思を特定の私的意思に置き換えることをあらわす。ゆえに、職務密接関連行為の問題は「公的意思の形成、実現に関わる行為として予定されている行為」かどうかであり、堀田のように対内的権限に着目するということは、問題の行為を当該公務員が「公務員たる資格において」おこなえるかどうかを「実体的に検討する」ことを意味する。つまり、職務密接関連行為論がいう公務的性格とは「公務の遂行者としての役割行為、機能実現行為たる性質」であって、この点において、作用法上の根拠規定がある法律上の「本来的」職務行為とそうでない「職務密接関連行為」とのあいだに本質的相違はない。だから、両者をまとめて「職務」とよべばよく、したがって、職務密接関連行為という概念は不要だ、と。

四 そうこうするうちに、ロッキード事件丸紅ルート最高裁判決において、最高裁は内閣総理大臣の職務権限をめぐる問いに答える機会を得た。

A ルートに関する法廷意見は、内閣法六条の指揮監督権限とちがってその作用に法律上の根拠をもたない一般的職務権限を、内閣法上の内閣総理大臣の「権限」だけではなく、同大臣の内閣における憲法上の「地位」からも導き出した。すなわち、内閣総理大臣には、憲法上、行政権を行使する内閣の首長として（六六条）、国務大臣の任免権（六八条）、行政各部の指揮監督権（七二条）を有するなど、「内閣を統率し、行政各部を統轄調整するという地位」にあること、内閣法上、内閣総理大臣に指揮監督権限（六条）、処分の中止権（八条）等の権限があることに照らせば、たとえ閣議にかけて決定した方針が存在しなくとも（内閣六条、八条参照）、内閣総理大臣には、「流動的で多様な行政

需要に遅滞なく対応するため、(中略) 少なくとも、内閣の明示の意思に反しない限り、行政各部に対し、随時、その所掌事務について一定の方向で処理するよう指導、助言等の指示を与える」職務権限が存する。

この点で注目されるのは、園部逸夫裁判官らによる補足意見である。それによれば、内閣法六条は、「基本的には、内閣の行政各部に対する統制権を内閣の首長(憲法六六条一項)としての内閣総理大臣と他の國務大臣(主任の大臣)との関係に着目して定めたものであつて、組織法としての意義が大きい」。たしかに、閣議にかけて決定した方針の存在を要件として、「強制的な法的効果を伴う指揮監督権限」を内閣総理大臣に付与するという点では、内閣法六条には作用法的意義も認められる。けれども、組織法的意義における指揮監督権限は「本来憲法七二条に基づくもの」であり、内閣法六条によってこれが制限されるわけではない。だから、あえて指揮監督権限とは別の権限として「指示を与える権限」というものを措定する必要はないのだ、と。

右補足意見に引き寄せて法廷意見を読めば、判例理論は堀田説とアプローチを同じくするものと解される。職務行為性は、公務員が問題の行為をおこなえる組織法上の地位を有しているかどうかによって決まる。法廷意見がそこから指示権を導き出したところの、さらに、園部ほか補足意見が内閣法も基本的にそれに関わるとしたところの、内閣総理大臣の「地位」とは、説得や勸奨といった行為をするに際し、相手方に対する影響力として公務員が「利用する」ものではなく、当該公務員がそれらの行為を機関としておこなえること、換言すれば、案件処理に向けた組織的活動に彼が動員されていることをあらわすものではないかと思うのである。<sup>87)</sup>

その後、最高裁はリクルート事件政界ルート最高裁決定においても同様のアプローチをとった。<sup>88)</sup> 内閣官房長官が行政各部に対して、国家公務員の採用活動の開始時期を、当時存在した民間の、いわゆる就職協定に合わせるよう働きかける職務権限を有するかどうかが争われた本件において、最高裁は次のとおりの判断を下したのである。内閣官房



の所掌事務は「閣議に係る重要事項に関する総合調整その他行政各部の施策に関するその統一保持上必要な総合調整に関する事務」(内閣法二二条二項)であり、内閣官房長官は「内閣官房の事務を統轄」する(同法一三条三項)とこゝろ、国家公務員の採用という「国の行政機関全体にわたる事項について適切な措置を採ることを求める」ことは内閣官房の、したがって、内閣官房長官の職務権限にあたる、と。<sup>(89)</sup>

## 注

(79) 第一章第一節。

(80) 東京地判昭和五八・一〇月二二日刑月一五卷一〇号五二二頁。

(81) 堀田力「内閣総理大臣の職務権限」判例タイムズ六五一号(一九八八)六七七頁。

(82) 堀田「賄賂罪における『職務』」判例タイムズ五四〇号(一九八五)四六頁。

(83) 中森・前掲「各論」三三三頁は、公務員が職務規律に違反したからといって加重取賄罪が成立するとはかぎらないと述べる。

(84) 公務員の規律違反行為が「部分的に加重取賄罪等の対象」となる場合は、「公務員が職務として関わる制度の公正さ」も賄賂罪の保護法益に含まれるとするのは、塩見淳「刑法の道しるべ」(有斐閣、二〇一五、初出二〇一三)二四二頁。

(85) 中森・前掲法学論叢二八卷四・五・六号一八五―一八七頁。なお、伊藤ほか・前掲「各論」五一六頁(安田)は、「密接関連行為を『関し』の文言を根拠に認める場合には、密接関連行為に関する賄賂行為については加重取賄罪は成立しないという不整合が生じる」と述べるが、おそらくこれは、中森・前掲論文一八三―一八五頁の部分に同調するものだろう。仮に、「職務の公正さを疑わせる不正な事情は行為の密接関連性を根拠づけるにすぎないから、単純取賄罪しか成立しない」とするならば、公務員が不正な行為をおこなったかどうかでは単純取賄罪と加重取賄罪を区別できるとはかぎらなくなる。また、加重取賄罪の対象を本来的「職務行為そのものの不当な実行とその不作為」に限定したのでは、「妥当な結論が得られないことは明らかである」、というのがそれである。

(86) 北野「刑法第一九七条第一項にいわゆる『其職務ニ関シ』の意義(二・完)」山形大学紀要(社会科学)二三卷二号(一九九三)一六―一九頁。

(87) 異見として、加藤敏幸「ロッキード丸紅ルート判決と密接関連行為解消論について」『中山研一先生古稀祝賀論文集第二卷』(成文堂、一九九七)二八一―二八二頁。内閣総理大臣の「地位」を相手方に対する影響力ととらえ、しかも、指示権というのは「あまり

にも抽象的」と決めつけたうえで、法廷意見においては、相手方に対する影響力さえあれば職務密接関連行為を認める「職務密接関連行為為拡張論」をとりながら、これを職務行為概念へと解消する、「いわば拡張的解消論とでもよぶべき結論が採用された」とする。<sup>(88)</sup> 最決平成二一年一〇月二〇日刑集五三卷七号六四一頁。本決定に「賄賂罪の職務権限の解釈においてまず問題とされるべきは行政組織法上の権限であるという、法律による行政の観点からみである意味あたりまえの、しかし最近の学説においてはともすれば忘れられがちであった視点を改めて認識させたという意義」をみいだすのは、島田・前掲ジュリスト一二五四号二五六頁。

(89) 建設省総務局(当時)資材課に勤務する技官で、運輸会社からガソリンの横流しを依頼されたが、自らが発給すると不正が発覚するので、同省特別建設局管轄部第六課技官に掛け合い、同課の保有量の一部を割いて右会社に割当証明書を発行させたという事案で、そのような調整行為は「担当職務の執行と密接な関係のある行為」にあたる<sup>(90)</sup>とされた判例があるが(最判昭和三三年一月二九日刑集一一卷一三三三〇〇頁)、これも現在の判例理論では端的に職務行為とされるものと思われる。

## 第二款 判例理論における組織法的アプローチの不徹底

一 では、組織法的アプローチを採用した判例理論が職務密接関連行為の概念を完全に廃棄するに至ったかという点、そうではない。最高裁は、組織法上の対内的権限に着目しながら、それでもなお、「法的権限」に属さない事実行為の存在を認めている。

そのことは次の判例からも分かる。国公立の大学病院において、医学部臨床医学教室教授兼付属病院診療科部長が自らの主宰する医局の、いわゆる「医局人事」として、自らの教育指導する医師(医局構成員)<sup>(90)</sup>を関連病院に派遣する行為を利益と引き換えにすることは、賄賂罪を構成する。「医局」とは、大学教員、大学の臨床医学教室または付属病院の診療科に籍を置く医員、研修医、大学院生のほか、関連病院医師等によつて構成される集団だが、医局には法令上の根拠がなく、所属医師の関連病院への派遣も、表向きは、医局の長による勧奨をきっかけとする任意の転出と

いかたちをとる。

最高裁は、医局人事が「医師を教育指導するというその職務に密接な関係のある行為」にあたるというが、これは実態に合わないように思われる。たしかに、二審のいうように、<sup>(9)</sup>未熟な若手医師が関連病院に派遣されることもあるし、相応の技量をそなえていたとしても、困難な臨床例に出会えば医局に持ち帰り、診療方針等について教授の指導をおおぐのが通例なのかもしれない。また、関連病院に派遣された医師によって収集された臨床例は、医局における臨床研究の素材として活用されているようである。けれども、これらは、医局という間柄における情誼から、特別に、教授が医局構成員に指導助言をしたり、医局内で臨床データが共有されたりしているのではなからうか。つまり、医局構成員に対する「教育指導」は一種のえ、こ、ひ、い、き、であって、医学部学生に対しておこなう教育指導、あるいは大学病院で研修医に対しておこなう教育指導とは性格を異にするように思われるのである。そうだとすれば、大学教授は医局に所属する医師に対して誠実に教育指導をほどこすべき——少なくとも道義上の——個人的責任を負うとは思うけれど、<sup>(9)</sup>それは大学教授としての職責とは別の問題であって、正規の教育指導に関連づけるべきではないということになる。

二 ところで、右事件と同一の県立医科大学における医局人事に関する差配が、大学教授の職務密接関連行為ではなく、職務行為そのものにあたりとされた裁判例がある。すなわち、問題の医科大学が自ら制定した理念および目的によれば、同医科大学教授には、医師の育成や医学研究の推進という「本来的な役割」だけでなく、「これと不可分一体となった（中略）地域医療への貢献」という役割をはたすことも求められる。したがって、大学教授が医師を関連病院に派遣する行為は、地域医療への貢献という点において、同人の職務権限に属する、と。<sup>(9)</sup>この種の事案における賄賂の趣旨は「他の病院に優先して、自己の経営する病院に優秀な医師を派遣してもらいたい」というものだから、

この側面から医局人事の職務行為性を肯定するのが端的な構成のように思われる。<sup>(94)</sup>

にもかかわらず、最高裁が、医局人事を職務密接関連行為と構成したのは、ひとえに、医局という組織に法令上の根拠がないためであろう。中森は、ロッキード事件丸紅ルート判決が「職務行為には必ずしも明示的な法令上の根拠を要しないとする方向を打ち出したとも思われた」と述べるが、組織法上の根拠は要求されたのだとすれば、所論のごとく「明示的な法令上の根拠がない場合にも、公務員がその職責を果たすために合理的の必要に基づいて行うすべての行為が職務行為だ」とまではいえない。医局人事はまさにそれだったのである。

組織法的アプローチを維持しながら、医局人事を職務行為とするためには、「医局の長」という、それ自体としては私的な地位を「医学部教授兼診療科部長」という公的地位と一体的にとらえなければならない。つまり、当該公務員が「教授兼診療科部長として、その地位に基づき、教室及び診療科と密接一体の医局を主宰していた」かだとか、<sup>(96)</sup>「臨床医学教室及び附属病院診療科における人事、医局における人事、及び、医局に属する医師の関連病院への派遣等の人事が相互に関連し、一つの人事体系を構築していたかどうか」といった、<sup>(97)</sup>実質的判断に踏み込むのである。

三 さらに、北海道開発局談合事件において、最高裁は組織法上の対内的権限を嚴格に解する態度をみせた。<sup>(98)</sup> 事案は次のとおり。北海道開発局（当時）長官が、地方支分部局である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き、建設会社から請託されて、北海道開発局港湾部長を長官室に呼び出して、予定される工事の表を提出させるなどした上で、右建設会社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た。北海道開発局では、競争入札が予定される工事について北海道開発局港湾部長の指名した業者が落札できるように業者どうしで入札金額の調整をとまう談合（いわゆる官製談合）が常態的におこなわれており、港湾部長は北海道開発局長官の意向に沿って、上記建設会社を受注業者に指名した。このことの報酬として、同長官は現金の供与を受けた。

北海道開発局および各開発建設部は、北海道総合開発計画についての調査・立案、ならびにこれにもとづく事業の実施に関する事務の調整および推進にあたること等を所掌事務とする北海道開発庁の下部組織ながら、北海道総合開発計画にもとづく国の直轄事業で、農林水産省、運輸省（当時）および建設省（当時）が所掌するものの実施事務においては（北海道開発法一〇条一項一号）、当該事務に関する主務大臣が北海道開発局長を指揮監督できるとされているため（同法一〇条二項）、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。したがって、ロッキード事件丸紅ルートと異なり、北海道開発庁長官には港湾工事の実施に関して港湾部長を「指導する」といっても、それは指揮監督権限を背景とするものではなかったのである。<sup>99)</sup>

最高裁は、北海道開発庁長官の本来的職務として作製される、予算の実施計画において港湾工事の実施の概要が決定されるものである以上、たとえ指揮監督権限がなくなるとも、当該事務に関する同長官の働きかけは「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」との理由で、職務密接関連行為にあたるとした。同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が（平成一年法律第九〇号による改正前の国家行政組織法一〇条）、この職務上の地位が、港湾部長に自己の意向に従わせる「背景」として利用されたというのである。<sup>100)</sup>

しかし、組織法的アプローチを徹底させるのならば、ここで決定的なのは、港湾工事の実施が北海道開発庁の「下部組織」である北海道開発局の所掌事務だったということであって、北海道開発庁長官が開発建設部の事務そのものに容喙できる「法的権限」があったかどうかにかかわるのは、理由がない。北海道開発庁では、予算の実施計画を作製するにあたり、本庁、北海道開発局、同局各開発建設部等が協議をおこなない、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。これは工事の実施が運輸省だけでなく、北海道開発

庁の組織的活動でもあったことの証左である。指揮監督権限がなかったのは、運輸大臣との権限の競合を避けるためにすぎず、工事の実施に北海道開発庁長官が一切関知しないということにはならない。

注

(90) 最決平成一八年一月二三日刑集六〇巻一号六七頁。

(91) 大阪高判平成一五年一月九日刑集六〇巻一号一四六頁。

(92) 松宮孝明「判批」別冊ジュリスト一八三三号『医事法判例百選』（二〇〇六）二九頁は、大学教授が医局の長の地位にも就くのが通例であることは、「医局」を通じた実地教育が医大での教育を完結させるものであることも示しているから、医局運営は教育公務員としての大学教授の職務と密接に関連するのだと述べるけれども、医師国家試験を合格したての未熟な医師のフォローアップが期待されているというのは、大学教授の社会的責任の問題であろう。

(93) 大阪地判平成一四年四月三〇日判タ一一二九号二六八頁。

(94) 林陽一「判批」法学教室三一一号（二〇〇六）一二七頁が、本来的職務行為に法令上の「ある程度具体的で限定的な内容」をもたせることは、「賄賂と職務行為との対価性を要求する根拠から望ましい」と述べながら、最高裁決定において派遣医師の教育指導が本来的職務行為とされたことを支持するのは、矛盾ではないかと思う。

(95) 中森「判批」ジュリスト増刊一三三三二号『平成一八年度重要判例解説』（二〇〇七）一七七頁。

(96) 中森・前掲誌一七七頁。

(97) 北野「判批」刑事法ジャーナル六号（二〇〇七）八〇頁。

(98) 最判平成二二年九月七日刑集六四巻六号八六五頁。

(99) 異見として、嶋矢「判批」論究ジュリスト一〇号（二〇一四）二四〇～二四一頁。判例タイムズ匿名解説（判タ一三三五号七九頁）を手がかりに、受託取賄罪の場合には、「請託で依頼された行為をそのまま捉え、それが本来的職務に属するかを考慮すべきだという立場」を最高裁はとっており、したがって、本件では、「事業実施計画の作製の際に、工事実施者に関する助言・指導を行うこと」ではなく、「特定の事業者を『指名』するように港湾部長を指導・助言すること」（官製談合の指示）の職務行為性が問題になったとして、そこには「本来的職務を、法令による権限解釈を媒介として、拡張的に肯定することへの注意喚起の意義」が認められるとする。

(100) 鎮目・前掲法学教室三九六号一〇六―一〇七頁は、判例は影響力説と地位利用説の二方向から職務密接関連行為の範囲を限定しているとみる。

#### 第四節 展望的信頼保護説による職務の抽象化

一 ところで、近時の学説には、賄賂不法を個別具体的な職務行為の公平性（に対する信頼）ではなく、「公務員によって職務の適正・円滑な遂行がなされる基盤」を動揺させる抽象的危険の惹起にみいだすものがある。

伊東研祐は、信頼保護説を、賄賂罪の保護対象たる「職務が公正ないし適正に行われること」を全体ないし総体として考える「立場」とらえる。同説にとつて賄賂罪が最終的に目指すのは「諸々の職務行為あるいは公務が全体として適正且つ円滑に遂行されているという状態」であり、その視座は支持されるけれども、そうだとすれば、社会の信頼はそのような状態の実現に必要な条件であつて、それはいわば「中間法益」にすぎないし、そもそも、信頼が損なわれたかどうかは実証性に欠けるから、「法益として要求される属性において既に不十分である」。ただ、右記の状態を危険にさらすことが賄賂不法としても、その危険は「極めて稀薄なもの」とならざるをえないので、「信頼の侵害」と言い換えているにすぎないのだ、と。<sup>(101)</sup>

これと似た考えかたで信頼保護説を支持するのは、川端博である。彼によれば、「公務が公正に遂行されていることに対して『一般の信頼』が寄せられているばあいには、公務の遂行も円滑になされ得るはず」で、「そのことがさらに爾後の公務遂行に好影響を及ぼすことになる」。逆に、信頼が損なわれた場合には、公務の円滑な遂行が阻害されるかもしれない。<sup>(102)</sup> だから、社会の信頼も、職務の公正に次ぐ、賄賂罪の「第二次的な保護法益」となる、というのである。<sup>(103)</sup>

二 山中敬一は、賄賂の影響が個別具体的な職務行為ではなく、国家機関全体に及ぶと解する。かかる主張は、ドイツでもおこなわれているところのようで、それによれば、単純収賄は単独では取るに足らないにしても、一件一件と集積していくうちに、公務員組織を内部から腐敗させ、あるいは人びとの信頼が失われ、やがて国家行政を機能不全に陥らせるに至る。その意味で、収賄は「公務員組織および社会に対する悪しき例」なのだ、と。ゆえに、賄賂不法は、公務員が一定の行為を利益と引き換えにすることによって「公的意思決定に影響を及ぼしうる可能性がある」という印象を引き起こしたことが重要<sup>(16)</sup>で、「第二次的には、個々の公務の公正に対する抽象的危険が重要」である。前者をもって、山中は賄賂罪の第一次的法益は「国家機関の不可買収性」だと述べる<sup>(16)</sup>。

「職務」と「職務行為」の概念を区別するのは、和田俊憲である。彼は、賄賂不法には「職務の公正」侵害という純粹性説的側面と「職務を付託した国家ないし国民への任務違背(義務違反)」という信頼保護説的側面の二側面があるとする<sup>(16)</sup>。嶋矢貴之の賄賂不法の二元的理解に示唆を受けて、後者の義務は「公務員の報酬システムに客観化されている」と説く。和田がいうには、現行制度下では、「一般に公務員の職務行為の公正を維持するためのシステムとして、国民から公平に徴収された租税等を源とする報酬システムが確立しており」、このシステムは、当該公務員に限らず、公務員一般が職務行為の公正という法益を侵害しないための「バリア法益」としてとらえられる<sup>(17)</sup>。利益と引き換えにされるのは「賄賂を收受した公務員により具体的になされる職務行為」ではなく、「抽象的な職務(給与等の対価として行われる職務行為の総体)」なのだ、というのである<sup>(16)</sup>。

これらは、問題の職務行為に対するというよりは、「行為後に、公務員一般が遂行する職務」への影響を賄賂不法の中心にすえる点で共通している。社会の信頼の低下が今後の展望に関わるという意味で、以上の諸説を総称して「展望的信頼保護説」とよぶことにする。



三 展望的信頼保護説からは、本来的職務行為に限らず、利益と引き換えにされた行為が「公務的性格」を有するかどうかに目が向けられる。賄賂行為の攻撃対象は、賄賂を收受等した公務員の個別具体的な職務行為（への信頼）ではなく、公務員組織全体なのだから、同説においては「本来的職務行為に関連するかどうか」という問題設定そのものが出てこないのである。このような「職務」概念の抽象化は、賄賂罪の成立範囲を限定するための手がかりを失うことを意味するが、山中はこれに開き直る。「賄賂罪については、法益論からの限定解釈の要請には多くを期待できない」。自家の法益論からは、わずかに、公務的性格のある行為を利益と引き換えにしながら、将来の職務への影響がおよそ認められないことが立証される場合に、その可罰性が否定されるとの主張が引き出されるだけで、それ以上を望むのは、「かえって説得性の薄い政策的解釈に墮する危険がある。」<sup>(10)</sup>

## 注

(10) 伊東研祐「現代社会と刑法各論」(第二版)(成文堂、二〇〇二)四九〇～四九二頁。

(102) 川端博・日高義博・伊東「鼎談・公務員犯罪の問題点」現代刑事法四巻七号(二〇〇二)一三頁(川端発言)に、川端が伊東説から賄賂罪を危険犯ととらえる着想をえたとする発言がある。

(103) 川端「賄賂罪の保護法益」同「賄賂罪の理論」(成文堂、二〇一六、初出二〇一二)一〇六～一〇七頁。

(104) 北野・前掲刑法雑誌二八巻三号三九六～三九七頁を参照。

(105) 山中敬一「刑法各論」(第三版)(成文堂、二〇一五)八三五頁。同「賄賂罪における職務関連性」現代刑事法三九号(二〇〇二)二八頁は、国家机关の不可買取性は職務行為とちがって、その「侵害」ないし「具体的危険」の立証が困難だから、単純収賄罪は「抽象的危険犯」なのだとされる。

(106) 嶋矢・前掲法学教室三〇六号五八頁。

(107) 職務の不可買取性を公務員の報酬システムに置き換えることは、賄賂罪を国家作用に対する罪から、服務規定違反に変えてしまふことを意味しないかとの疑問を呈するのは、松原・前掲「各論」六〇〇頁注一一。

(108) 和田俊憲「賄賂罪の見方」『山口厚先生献呈論文集』(二〇一四、成文堂) 三七三～三七四頁。  
 (109) 山中・前掲現代刑事法三九号三一～三二頁。

#### 第四章 職務密接関連行為概念を廃棄する理論的根拠

##### 第一節 信頼保護説の妥当性と廉潔義務説の再定位

一 公務員が自らの職務を利益と引き換えにすることは職務の公平性に対する人びとの信頼を損なうとする信頼保護説を反対学説と対比したときに、信頼保護説には二つの方向から光が当てられる。

第一、公務員はなぜ自らの職務を利益と引き換えにしてはならないのかとの問いに対する答えを、同説はそうすることでもたらされる帰結に答えを求めようとする。

これに対して、廉潔義務説が教えてくれるのは、職務行為をおこなう公務員の属性に解答を求めることもできるということである。<sup>(108)</sup> 公務員が職務行為を利益と引き換えにするのを禁止する規範は、彼が「公務員である」という社会的地位から引き出される。憲法一五条二項は、公務員を「全体の奉仕者」に位置づけているから、一定の範囲では憲法一三条が謳う個人主義は公務員に妥当しないものと解することも不可能ではないだろう。<sup>(109)</sup> つまり、公務員の職にある者には、個人としての私的活動をおこなう領域と全体の奉仕者としての公務的活動をおこなう領域とがあつて、後者においては、彼は国家から義務づけられた存在として、身分上の義務を負う。公務員の身分に限っては、これを行為要素と解してもよいだろう。<sup>(110)</sup>

第二、信頼保護説における「賄賂行為によって、人びとが職務の公平性に疑いをもつ」という結果は実証性を欠くが、それでもかまわないかどうか。

この点に関して異をとなえたのが純粹性説で、広義の純粹性説は、「不可買収性侵害によって、公務員が職務を不公平に遂行するかもしれないことになる」ことに、賄賂罪の処罰根拠をみいだした。そのような「賄賂の心理的作用」を措定することで、賄賂罪を「職務の公平性に対する抽象的危険」という結果を惹起する、結果犯と位置づけようとしたのである。<sup>(18)</sup>

また、展望的信頼保護説も、当該公務員が職務を利益と引き換えにすることで、他の公務員が職務を円滑に遂行しにくくなったり、不公平に遂行したりするかもしれないとなるとする。そのような実害が発生する抽象的危険が賄賂不法を基礎づけるといふ。<sup>(19)</sup>

## 二 賄賂罪の保護法益そのものについては信頼保護説が支持される。

展望的信頼保護説に対しては、そのように解された法益の危殆化が賄賂不法の構造の解明にほとんど役立たないという批判が向けられる。賄賂罪を結果犯と解するからには、賄賂不法は法益侵害またはその危険の惹起という構造をそなえなければならぬはずである。ところが、他の公務員が将来職務を円滑に遂行する妨げになるかもしれないだとか、他の公務員が同様の賄賂行為に出るかもしれないだとかといった事態の発生を想定してみたところで、そのような言明が賄賂不法の解明にあまり役に立たないのは、山中も認めるとおりである。これは「語るに落ちた」というべきであろう。展望的信頼保護説は、賄賂罪の処罰根拠というより、むしろ立法動機を語るものではないかと思う。

たしかに、「人びとの信頼」は、展望的信頼保護説もいうとおり実体を欠くけれど、でも、だからといって信頼低下という構成要件の結果が「不明確である」とはかぎらない。というのも、ここで問題となっている信頼を、人びとが

実際に信頼しているかどうかではなく、「『人が何かを信頼する』とはどういうことか」に言及するもの、すなわち、「社会的信頼」と解する余地が残るからである。

つまり、相応の根拠をもって職務の公平性を疑うこともできるにもかかわらず、「疑わない」という選択をすべき理由があるというのが、ここでいう「信頼」なのである。そこには「\* \* の場合は信頼すべし」という規範が存在し、この規範が動揺したとき、人は不信をいだく。さて、この意味での、職務の公平性に対する信頼が破られるのは、公務員が自らの職務に関し賄賂を受受等した場合であり、そこで、刑法は信頼保護のために賄賂罪処罰規定を置いた、というわけである。このように解せば、「社会的信頼」を保護法益とすることも許されるだろう。

三 他方、広義の純粹性説は、狭義の純粹性説とちがって過去の適正な職務行為についても賄賂罪の成立を認めようとするのだが、その理論構成には無理があると思う。

まず確認されるのは、「不公平な職務遂行」とはいうけれども、公務員の職務遂行によって利益を得たり、あるいは不利益を免れたりした人がいることが、それ自体として公平性を欠くわけではないことである。過去の職務行為に関して利益供与しようと考えるのは、自分（たち）だけが当該職務行為の恩恵に浴した、あるいは少なくともそう思っている人だろう。もとより、公務員がそのような取扱いをすることに合理的理由がなければ、それは裁量権の濫用にあたり、不正な職務行為として事後収賄罪（刑法一九七条の三第二項）が成立しうる<sup>(16)</sup>。けれども、ここで問題となっているのは、「当該職務行為をおこなうことにも、一応の合理性は認められる」という場合であり、その意味で、当該職務行為は曲がりなりにも「適正」なのである。したがって、違法な職務行為の場合と異なり、裁量行使の時点で公務員が誰かの便宜を図る意思だったかどうか（公的意を不特定の私的意に置き換えていたか）は、真偽不明といわなければならない<sup>(17)</sup>。

ゆえに、過去の適正な職務行為を利益と引き換えにしたときにいえるのは、「公務員の職務行為が公平性を欠いていたのではないかとの疑惑がもはや確信にまで高まった」というのにとどまる。だから、所論は信頼保護説と変わら<sup>(10)</sup>ない。もつとも、山口は「信頼保護説における『信頼』の内容もつまるところ」自説と同様になるだろうと述べて<sup>(11)</sup>おり、信頼保護説との対立は賄賂不法の実質というよりは、捉えかたの相違の問題と解されているようにも見受けられる。

しかし、そうだととしても、贈賄者が出現しないうちに、「公務員が職務行為の時点で自らの職務を賄賂の影響下に置く」という構成は支持しがたい。なぜなら、そこでの「賄賂」は当該公務員の頭の中にあるだけであり、したがって、「賄賂に影響を受けた」といつても、それはせいぜい、「問題の職務行為が、彼にとっては公的意図を実現するものとして考えられていない」ということをあらわすにすぎないからである。それを理由に公務員を処罰するのは、行為者のよこしまな心情をそれ自体として処罰対象とする心情刑法と紙一重であろう。

四 ひるがえって、社会学的信頼の概念が実体をともなうものでない以上、賄賂行為による「作用」もまた、因果作用というより、むしろ意味作用とでもいえるものと解される<sup>(12)</sup>。したがって、目に見える帰結によって賄賂不法は基礎づけられないのであって、その限りでは、信頼保護説はいわゆる「結果反価値論的」ではないことになる。そもそも、公務員が賄賂をとってはなげいけないのかと問われて「人びとの信頼を損なうからだ」と答えるのは、前者が信頼を損なうことを意味しているのだから、これは同語反復である。

そこで手がかりになるのは、廉潔義務説である。問題の職務行為によって得する人と損する人に明暗が分かれ、かつ、別様の職務遂行もありえたとして、当該公務員の人となりを知っているわけでもないのに、それでもなお人びとが公平性に信頼をよせるには、もはや彼が「『全体の奉仕者』たる公務員であること」に信頼の基盤を求めるよりほか

ないだろう。その意味で、堀内が信頼保護説を廉潔義務説に結びつけたのは正しいが、彼は賄賂行為による信頼低下を社会的意味作用のレベルでとらえることに思い至らなかった。信頼保護説が賄賂罪をいわば「見せかけの結果犯」にするという堀内の批判に対しては、「結果反価値の理解が狭きに失する」との反論が可能である。<sup>(12)</sup>

したがって、公務員が退職後に過去の適正な職務行為を利益と引き換えにしても単純収賄罪が成立しないのは、收受等の時点ではもはや、「廉潔であること」を彼が義務づけられていないからだということになる。廉潔義務は、小野のいうとおり、「職務に関し」の要件から切り離されるから、町野のように、転職の前後での職務権限の同質性を維持することまでも要求しなくてよいし、山口のように、公務員の身分を責任要素と解したり、理論的位置づけを放棄したりする必要もない。<sup>(13)</sup>

要するに、廉潔義務説は、賄賂罪の保護法益論としての信頼保護説の、その先にある賄賂不法の内容理解に関わる見解だったのである。従来の廉潔義務説は、ローマ法主義とゲルマン法主義を「行為者刑法か、それとも、職務への影響という意味での行為刑法か」という図式でとらえる小野独自の沿革理解に引きずられた感がある。けれども、一般的な理解に従い、ローマ法主義が不可買収性侵害を賄賂不法とみる設計思想だとして、さらに、なぜ公務員は職務を売り渡してはならないのか、という実質を問われたときに、「公務員は、その地位ゆえに廉潔でなければならないからだ」と答えるならば、これは、瀧川がローマ法主義に向けた、「賄賂罪の本質をとらえそこねている」との批判に対する一つの回答になる。<sup>(14)</sup>でも、だからといって、賄賂をとった公務員は「廉潔でないから」処罰されるのではない。彼は、その身分上廉潔でなければならないがゆえに義務づけられた不可買収性に違反することによって、職務行為に對する「信頼を損なったから」処罰されるのである。

注

- (110) 前章第一節第一款。
- (111) 「一定の身分の者にだけ高い倫理を要求するのは、憲法二四条の趣旨にも反する」と述べるのは、平野『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、一九七五）三六八頁。
- (112) 大越義久「身分犯における身分」神奈川法学四六卷二・三号（二〇一三）二五～二六頁は、「判例がとる身分の定義をダイエツトする」ことを主張し、刑法六五条一項にかかる行為者要素としての身分は「内外国人の別、親族の関係、公務員たるの資格のような特殊の地位」に限られるとするが、さらに「ダイエツト」して、「公務員たるの資格」に限定するのが、現行憲法に適合的な解釈ではないかと思う。
- (113) 前章第二節第二款。
- (114) 前章第四節。
- (115) 山口・前掲「探究」三三〇頁が「賄賂の授受により、たとえば、他より優先的に、または迅速な処理がなされるような場合には、裁量は不平等・不公正に行使されて」と述べるのは、「賄賂の授受」がなかったとしてもそのような不均等な事務処理はおよそ「不公正」であるとの趣旨だとすれば、「公務員に裁量はない」というに等しいように思う。
- (116) 裁量権の濫用があればそれは不正な職務行為であるとするのは、中森・前掲「各論」三二三頁。山口・前掲「各論」六二六頁も同意見である。
- (117) 公務員が賄賂を期待していたかどうかの立証は極めて困難とするのは、林（幹）・前掲鈴木古稀五九七頁。
- (118) 嶋矢・前掲法学教室三〇六号五六頁は、「過去の職務がその内容面・配分面（執行方法や裁量の行使）いづれにおいても何ら問題がないことが確認される場合にまで、十分な信頼の侵害があるのか疑問がある」と述べるが、嶋矢は公平性と適法性を取り違えているように思われる。
- (119) 山口・前掲「各論」六一二頁。
- (120) 川端「賄賂罪の本質を把握するための新たな視座を求めて」同・前掲「理論」七～八頁は、マルセル・モースの『贈与論』（の解説本）に、贈与は、贈与者と受贈者とのあいだに「連帯の関係」をもたらすだけでなく、後者が前者に対して負い目を感じ、その意味で、何かしらの返礼をしないあいだは贈与者に従属しているという「優劣の関係」を作り出すと述べられていることに示唆をえて、賄賂は公務員をそのような意味での「従属的地位」に立たせ、これが「不正な行為に赴かせる『動因』となる」のだとする。

(121) 前章第二節第一款。

(122) 前章第一節第一款。

(123) 前章第二節第二款。

(124) 前章第一節第一款。

(125) 近時、不可買収性の根拠を「公務員の主権者に対する忠実義務」にみいだすのは、松宮『刑法各論(第四版)』(成文堂、二〇一六) 四九一頁。

## 第二節 組織法的アプローチの徹底

一 さて、「公務員が賄賂をとるのはなぜ間違っているのか」という賄賂不法をめぐる問いへの解答から処罰範囲の限定を目的論的に導き出すには、公務員という行為者の属性に着目するよりほかない。賄賂罪の保護法益を、実体なき、社会学的信頼と解する以上、「職務に対する信頼が損なわれるのならば、職務ないし職務密接関連性は認められる」という命題も同語反復だということになるからである。

すなわち、「職務」の範囲もまた、問題の行為の公務的性格によって規定される。公務員の職にある者には、個人としての私的活動をおこなう領域と全体の奉仕者としての公務的活動をおこなう領域とがあつて、後者においてのみ、彼は国家によつて義務づけられた存在として振舞うものとされる。かかる行為は公平に遂行されなければならないし、人びとも、公務員がそれをおこなうというだけで、その公平性に信頼をよせる。廉潔義務に違反して利益を收受等することによつて、当該職務の公平性に対する人びとの社会学的信頼は損なわれる。

二 このような意味での公私の区別は、ケルゼンの「帰属」概念にその範型を求めることができる。



彼によれば、「団体とは複数の個人の行動を規律する規範秩序に他ならない」のであって、規範秩序なき「無秩序な団体」というのは形容矛盾である。個人のある行動が、団体を成り立たせている規範秩序の体系内で何かの要件あるいは効果として規定されているのならば、当該行動は団体に「帰される」。

右の「帰属」(Zuschreibung)現象が生じるのは、個人が当該団体の「機関」として行動する場合である。不法な行為をおこなっても、それが何らかの効果をもたらす旨の規範があるかぎり、最広義には団体の行為にあたる。もっとも、法共同体が不法を犯すことはありえないという前提に立ち、不法行為は「権限」を逸脱しているとして、これを団体の行為とはみなさないこともある(ウルトラ・ヴァイレスの法理)。その場合は、「法共同体を構成する法秩序の定める行動で、不法行為以外のものはすべて法共同体に帰されることになる」。したがって、「法義務を履行し、反射権(他人に法義務を履行させる権限——引用者注)を行使し、積極的に許可された行使を実行する個人もまた、法機関と看做され得る」。

ここで問題なのは、国家の行為——であるかのように人びとがみなしている自然人の行為——は、属人的な要素によつて限定されているということである。団体の中には、「特定の属性をもつた諸個人によつて遂行される活動のみが、法共同体に帰される」ものがあり、そのような「狭義の機関」もまた、規範秩序によつて規定される。例えば、選挙民が議会議員や元首を選出する行為は、それが法秩序によつて規定された行動であるにもかかわらず、国家の行為とはみなされない。狭義の国家机关にあたるのは、「①年齢・性別・精神的・肉体的健康のような一般的に要件とされる生得的属性、②法秩序の定める役割への直接的・間接的任命の他に、伝統的な用語法においては、③その時々々の役割を果たすべき個人の人的地位」をそなえた個人であつて、「そのような属性をもつた個人は『官職者』(Beamter)と呼ばれる」。

かくして、「職務」という特殊な義務が作り出される。任意の活動がその内容ではなく活動主体ゆえに、国家活動として性格づけられるのだとすれば、次に問われるのは、活動主体が官職者としての属性を付与されるのはどのような場合かである。それは、「個人が、政府ないし権限ある官庁から、行政行為によってその活動を任務として課され、政府の法的支配下に置かれており、一層具体的には、その定められた活動の遂行が職務 (Amtspflicht) という特殊な義務の内容とされ、その遂行が懲戒罰によって保障されている」場合だ、とケルゼンはいう。<sup>(128)</sup>

このように、職務の本質を、「官職者」たる公務員が公的団体の一機関として、問題の活動をするよう義務づけられていることにみいだすのならば、「職務権限」は作用法レベルではなく、組織法レベルでとらえられなければならない。堀田の提唱した組織法的アプローチは、<sup>(129)</sup> 賄賂不法の構造理解の理論的帰結なのである。

三 組織法的アプローチの背景にケルゼン流の帰属概念が横たわっているのだとすれば、このアプローチが美濃部説と似て非なるものであることが了解される。

たしかに、美濃部が職務密接関連行為の概念に反対したのは、作用法によって「本来的職務行為」を狭くとらえることの否定を意味しており、その点では組織法的アプローチと同様である。<sup>(130)</sup> それに、「事実上公務を左右するかどうか」という基準も、行政活動の「実態を証拠により明らかにすること」(堀田)と大差ないのだとすれば、組織法アプローチとは、現行制度上、自然的観察に対応して何かしらの組織規範が法令の形式で存在するため、これを出発点としているだけなのではないか。一見すると、そのようにいえなくもなさそうである。

けれども、美濃部による職務の前法的観察は、国家有機体説的認識のもと、「法令」を、個人の権利・自由にとって侵害的な行政活動からこれを保護するための防護手段に切り詰めたためである。<sup>(131)</sup> そのような「法令」に着目するだけでは行政活動をとらえきれないのは明らかである。賄賂罪における職務行為についての美濃部の理解は、美濃部公法

学の歴史的限界の一つのあらわれだった。

これに対して、組織法的アプローチは法治主義の現代的意義に言及するものでなければならぬ。すなわち、なぜ組織規範を法令によって定立することが望ましいのか。一言でいえば、それは行政活動の民主的統制の理念ゆえである。行政権を担う内閣が天皇統治の翼賛から、国会中心主義（憲法四一条参照）の下、行政権の行使につき国会に対して連帯責任を負う存在（同六六条三項）へと転換を遂げた戦後統治機構においては、内閣は国会に対して説明責任を負担する。おそらく、鍵はここにある。

四　そこで着目されるのが、「公務員が機関として行為する」ということの意味である。藤田宙靖によれば、現行法上各府省庁に権限が配分されている反面、大臣等には、「特にそれら自身が法令の規定によって行政官庁としての権限と責務を（個別的に）与えられているのでない限り」、省等の「組織体を『代表』する権限と責務を与えられているに過ぎない」。大臣等の権限は「外部に向かってその組織を代表する」だけで、したがって、「組織内部における意思形成に当たって現実に参加するか否かとは直接の関係は無いものと言ってよい」のだ。<sup>132</sup>「大臣自身は何ら権限の保持者ではなく、あらゆる法的権限及び任務が帰属すべき一体としての行政機関の、いわば『顔』であるにすぎない」のだとすれば、<sup>133</sup>その「顔」は誰に向けられるのだろうか。それは、省庁間のいわゆる権限争議においては、他の省庁の大臣や長官だったり、私人への働きかけがおこなわれた場合には相手方たる私人だったりするのだろうか、国会に対して誰が説明責任を負うのかということもまた、「顔」の問題だろうと思うのである。

これを推し及ぼせば、組織法的アプローチにおける内部的権限の分配は、公務員による問題の行動が、組織的活動として、組織の長が説明責任を負うべきものかどうかに関係づけられる。いわゆる医局人事が職務にあたるというのは、地域医療への貢献という大学病院の組織的活動に医局人事が取り込まれていたからだし、また、北海道開発庁長

官は北海道開発局長を指揮監督できなければ職務権限がないというのではなく、港湾部長への指導を通じて開発局による港湾工事の実施に関わることが制度上認められていたのならば、それも開発庁長官の職務といつてよい。<sup>(126)</sup>これらの「不祥事」は、後者はもちろん、前者もまた病院長が引責してしかるべき問題であろう。<sup>(127)</sup>最高裁がこれらの行為を職務密接関連行為とする必要はなかつたのである。

また、職務規律に反する不正行為もまた、それについて組織の長に説明責任が発生するのだから、職務行為にあたる。例えば、情報の管理が組織的になされる場合に、情報を外部に漏らす行為が「職務」にあたるとするのは、たしかに、この語の日常用例からは外れるけれども、本稿のように職務をケルゼン流の帰属概念に関係づけるならば、それは許された拡張解釈だということになる。なぜなら、「最広義の帰属」に依拠するときには、「不正な行為を職務とすることはできない」とのウルトラ・ヴァイレスの命題にこだわらなくてよいからである。ゆえに、中森のように、不正な行為のために「職務に属する事項を対象とする行為」という受け皿を用意する必要はない。決定的なのは、問題の組織において、情報が外部に漏れないように職務規律による統制がかけられているかどうかなのである。その意味では、最高裁がかつて「内報してはならない職務」に言及したことがあつたのも、<sup>(128)</sup>あながち的外れではなかつたものと思われる。

## 注

(126) ハンス・ケルゼン(長尾訳)『純粋法学第二版』(岩波書店、二〇一四)一四七―一五〇頁。なお、長尾は、ケルゼンにとって「事象 A と事象 B を『要件と効果の関係』に立たせること」をあらわす *Zurechnung* に「帰報」という訳語をあてる。この点、刑法学では、結果が発生したのを問題の行為の因果性に帰したり、当該行為をおこなったのを行為者の有責性——すなわち、行為主体としての行為者——に帰したりするときに「帰属」という語を用いる。これはドイツ刑法学における *Zurechnung* に対応するが、ケルゼン

の用語法に従えば、Zuschreibungにあたる（なお、長尾「ケルゼンの Willensdogma 批判」同『ケルゼン研究Ⅲ』（慈学社、二〇一三、初出二〇〇六）一〇六頁には、責任帰属が「帰報」の問題であるかのような叙述があるけれども、ここで長尾が依拠しているのは、ケルゼン「『一般国家学』で、この時期のケルゼンは「帰報」と「帰属」を区別しないで、前者を「周辺の帰報」、後者を「中心的帰報」とよんでいた）。つまり、刑法学からみれば、ケルゼンは、最広義の帰属において、不法な「行為を法人格としての行為者に帰属する」という第三の枠組を示唆したことになる。というわけで、拙稿「許された危険について」神奈川法学四五卷一号（二〇一一）一〇七頁ではZuschreibungを「帰与」と訳したが、本稿ではこれを改め、刑法学におけるZurechnungと訳し分けないこととする。

(127) ケルゼン・前掲書一五〇～一五三頁。

(128) ケルゼン・前掲書二八六頁。

(129) 前章第三節第一款。

(130) 第二章第一款。

(131) 第二章第一款。

(132) 藤田宙靖『行政組織法』（有斐閣、二〇〇五）六九～七一頁。

(133) 藤田「日本行政法における組織法論議について」同『行政法の基礎理論下巻』（有斐閣、二〇〇五、初出一九九七）一〇七～一〇八頁。

(134) 前章第三節第二款。

(135) 逆に、職務行為性をいたずらに広範に肯定することは、トップの説明責任を過度にわたらせることと背中合わせである。この点で、「警察法五六四条等の関係法令によれば」、警視庁警察官の捜査権限は「同庁の管轄区域たる東京都の全域に及ぶ」とした近時の判例（最決平成一七・三・一一刑集五九卷二号一頁）には、再検討の余地があるように思う。

(136) 前章第三節第一款。

(137) 第一章第一節。

## 第五章 結語

本稿は、以下の理由で、職務密接関連行為の概念を不要と考える。

賄賂罪の保護法益は職務の公平性に対する人びとの「社会学的信頼」であつて、利益收受等が「信頼を損なう」というのは、問題の行為がそのような社会的意味をもつということと解される。だから、「信頼が損なわれるから、当該行為についても利益を收受等すべきでない」という「目的論的解釈」は同語反復である。

そこで、賄賂不法に立ち返って可罰範囲を限定するには、行為の帰結ではなく、行為をおこなう主体、すなわち、行為者が「全体の奉仕者」たるべき公務員「であること」に着目せざるをえない。「信頼」の基盤はそこにしかないのである。

ゆえに、職務の概念は問題の行為が「機関」行為として公的団体に——ケルゼンのいう意味で——「帰属する」、すなわち、公的団体における組織的活動に取り込まれていることをあらわすが、これは内部的権限を分配した組織の長に、当該公務員のとつた行動についての説明責任が発生するかどうかに関係づけられる。したがつて、そのような行為であるのならば、たとえ職務規律に反する不正な行為であろうと、それは端的に「職務」である。

ところで、本稿の立場から改めて問われるのが、「公平」という概念である。組織法的アプローチにいう内部的権限と関係づけられた説明責任の所在は、おそらく公務員の裁量の問題に関わる。説明責任をトップが負うのと引き換えに、「権限ある」公務員は裁量を行使する。裁量の範囲内での職務遂行が、特定の者にとつて利益になったり、あるいは不利益になったりしたとして、恩恵にあずからなかった、あるいは災いされた者が、不満をもちしなながらもそれを受け入れるのは、職務行為が「資源の不均等な分配」という意味での政治的要素を多かれ少なかれ含むことをあら

わしている。このことは政治家による口利き行為の刑事規制のありかたについて、一つの視点を提供するのではないかと、今のところはそう思っている。具体的検討は別の機会でおこなうことにしたい。