

# 刑法96条の6第1項の現状と課題

大 下 英 希\*

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 刑法96条の6の制定過程
  - (1) 旧刑法から刑法改正仮案
  - (2) 昭和16年改正
  - (3) 平成23年改正
  - (4) 小 括
- 3 旧競売入札妨害罪の解釈問題
  - (1) 偽計又は威力
  - (2) 公の競売又は入札
  - (3) 公正を害すべき行為
  - (4) 小 括
- 4 公共調達的方式と刑法96条の6第1項
  - (1) 公共調達を規律する法規の歴史展開
  - (2) 現代の公共調達制度の持つ課題
  - (3) 競争と価格——刑法96条の6第1項は何を守っているのか——
- 5 おわりに

## 1 はじめに

本稿は、刑法96条の6第1項に規定される公契約関係競売入札妨害罪の現状と課題を検討しようとするものである。

筆者はもともと自救行為の禁止が刑法、とりわけ我が国における財産犯の解釈に与える影響を論じてきた<sup>1)</sup>。自救行為の禁止は私権の自力実現を

---

\* おおした・ひでき 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 拙稿「自救行為について(1)～(3・完)」法学雑誌52巻1号(2005年)18頁以下、↗

禁止するものであるから、自救行為の禁止の裏面は国家による私権実現システムつまり民事執行制度の発展であり、民事執行制度が適正に実行されることは自救行為の禁止を完成させるために欠かすことができないものである。したがって、自救行為の禁止と強制執行の適正な実行及び売却を保護する強制執行妨害関連犯罪は深い関係がある。

そのような問題関心から筆者は強制執行妨害罪の研究を進めてきた<sup>2)</sup>。その関連で前稿では昭和16年改正で導入された競売入札妨害罪の立法過程を検討した<sup>3)</sup>。そこで次の課題として現行刑法96条の4及び96条の6が刑法旧96条の3の何を引き継ぎ、何を付け加えたのかについての検討が残されていた。本稿はその一部として刑法96条の6第1項を論じるものである。

現行刑法96条の6は、平成23年度の刑法改正で導入された新规定であるが、その前身は刑法旧96条の3であった。

### 刑法旧96条の3

- 1 偽計若しくは威力を用い公の競売又は入札の公正を害すべき行為を為したるものは二年以下の懲役または二百五十万円以下の罰金に処す。
- 2 公正なる価格を害し又は不正の利益を得る目的をもって談合したる者また同じ。

刑法96条の6は、強制執行妨害対策の強化を目指した法務大臣諮問59号を受けて制定されたものである。当時の立法担当者は、これは刑法旧96条

---

↘同2号256頁以下、同3号（2006年）433頁以下。

2) 拙稿「強制執行の本質と刑法96条の2」西南学院大学法学論集40巻3・4号（2008年）59頁以下、「強制執行妨害罪の改正とその検討」立命館法学345・346号（2013年）166頁以下。

3) 拙稿「競売入札妨害罪の成立過程——強制執行関係売却妨害罪の検討序説」立命館法学375・376号（2018年）97頁以下。

の3から強制執行において行われる(べき)売却についての規定を分離したものであり(現行刑法96条の4)、現行刑法96条の6にあたる部分については競売や入札は契約相手の選定のための手続きであると解されるから「契約を締結するための」という文言を加えたものであって、その他の点には変更はないと説明していた。

この改正により、刑法96条の4は強制執行において行われる(べき)売却による債権の満足という私権の実現の保護の色合いを濃くする一方<sup>4)</sup>で、刑法96条の6は国や地方公共団体などが実施する競売や公共調達にかかる入札などを対象とする公務妨害罪としての色合いを強めたものということになる。

では、刑法96条の6は立法者のいうように、刑法旧96条の3から何らの変更もなく現在も適用されるのであろうか。筆者はこの点に関し若干の疑問を有している。それは、明治・大正期に確立された公共調達については、戦時統制経済下で行われた刑法旧96条の3の制定、また戦後の経済発展から現在に至るまでに多くのあり方の変容があったと思われるが、それに刑法96条の6が対応できているかについて疑問があるからである。

刑法96条の6第1項は、「公の競売又は入札で契約を締結するためのものの公正を害すべき行為」が処罰の対象であるが、公の入札の公正を害すべき行為、とはいかなる行為のことをいうのであろうか。論者は競争侵害説が正当であるとした上で「入札等の参加者が平等な取り扱いの下でその意思に基づいて自由に競争しているということに対し客観的に疑問を懐かせることないしそのような意味における公正さに正当でない影響を与えること<sup>5)</sup>」という。

---

4) この強制執行の中に国税徴収法の滞納処分が入るかについては改正時点でも議論があり、立法担当者はこれを含むと解していた。強制執行の本質と関連して、その点には疑問がある。拙稿(2013年)・前掲注(2)199頁以下参照。

5) 大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法〔第3版〕第6巻』(青林書院 2015年)253頁〔高崎秀雄執筆分〕。もっとも、高崎の参照する京藤哲久「競争と刑法——競売入札妨害罪を素材として」明治学院大学法学部20周年記念論文集(1987年)353頁以下、特に370頁

これについて、例えば刑法96条の4の売却や刑法96条の6における競売又は売却などのいわゆる「売」のための入札の目的は最高価格で売却することであるから、自由な競争の保護というのはできるだけ多くの参加者を参加させ、参加者間の不当な圧力を防止することによって達成されるから、その理解は比較的たやすい。

ではこの理解は購入または請負などのいわゆる「買」の入札を対象とする場合においても同じであろうか。入札への参加者をできるだけ広くし、競争の結果最低価格にて落札させることが目的であり、それを阻害することすなわち参入障壁を設けることなどによる参入妨害や入札価格を引き上げさせる働きかけが公正を害すべき行為となるのであろうか。

昭和16年に刑法旧96条の3を導入する際、立法担当者は「入札の行われますのは各入札者をして自由な競争に依って入札せしめる、其の最低の入札を致したものに落札すると云うことが、現在の制度の根本を成して居ると考えて居る次第であります<sup>6)</sup>（原文は漢字カタカナ交じり文であるが、平仮名及び常用漢字の表記に改めている。以下全て同じ。）」としていたから、最低価格自動落札主義を前提として当該条文を作成しようとしたことがわかる<sup>7)</sup>。しかし、後述するように少なくとも現在の公共調達における種々の入札制度においては、競争的ではあるが価格が交渉権者選定において決め手とならないような方式を用いるものもある（場合によっては入札者中最高価格で入札していたとしても契約締結者になることすらある）。

そのような方式における公正を害すべき行為とは何であろうか。できる

---

ㄨ以下は、競売入札妨害罪の保護法益を①公務侵害説、②競争侵害説、③施行者等利益侵害説に分けることができるとし、判例通説は施行者等利益侵害説に立っているとした上で、競争侵害説の方が優れているといえんとする。もっともこれは1990年代以降の公共調達制度の発展や平成23年改正以前の解釈論であって、今一度競争侵害説の位置づけを考察することが必要であろう。

6) 昭和16年2月24日借地法中改正法律案外1件委員会会議録（速記）第4回21頁以下〔大竹武七郎政府委員発言〕。

7) もっとも後述のように刑法旧96条の3第2項の談合をめぐる議論の中で、このような理解が当時の戦時統制経済体制下においては貫徹しえないことが明らかとなる。

だけ多くの参加者を呼び込んで競争させ最低価格をつけるものと契約することを阻害するという単純な競争保護という構造では語ることはできないであろう。公正とは何かについて考えるにあたってはその前提として対象となる公共調達制度に検討を加えるべきである<sup>8)</sup>。

同様に筆者が気になる点がもう1点ある。それは刑法96条の6第1項にいう「入札」とは何かという問題である。

この点、刑法旧96条の3第2項の成立が問題となった事案で最高裁は、形式的には見積による随意契約の形で行われかつ価格以外の条件を加味して落札者を決定できるというタイプのものが入札に当たらないとして争われた事案について「競争入札の実質を保有するものであるから、同条にいう公の入札に当たるものと解すべきである<sup>9)</sup>。」とした。見積による随意契約は形式的には入札によるものではないという疑問はあるが、刑法旧96条の3第1項は公の競売又は入札といった一般的な形で規定されていたことから、このような解釈を容れる余地はあったといえる。

しかし、刑法96条の6は「公の競売又は入札により契約を締結するためのもの」として、入札によって契約締結者を決定する手続きであることが明確化されている。しかし、現在の公共調達における競争は、必ずしも入札によってのみ行われるわけではない。後に述べる企画競争のように入札以外の方法ではあるが業者間の競争の中で契約締結者を決めていく方式がある。何かしらの手段で、そのような方式で行われるものを妨害したと評価できる場合に本罪は成立するのであろうか。もし成立するとしたら、それはいったい何を保護しようとするものなのであろうか。

さらに、契約者選定の中で発注者が参加者と交渉する、あるいは参加者から意見を聞きつつ予定価格を決定するという方式がある。純粋な競争保

---

8) 高崎・前掲注(5)244頁も「近年における競売入札のシステムや公正阻害事案の実態を踏まえて今後議論の対象となろう」としている。このような「買」の手続きについて規制するところが刑法96条の6が刑法96条の4と最も異なる点であり、また解釈上も「買」をめぐる事案について争われてきた。

9) 最判昭和33年4月25日刑集12巻6号1180頁。

護の観点から行けば、特定業者に対する提案などの交渉は他の業者との関係では競争を阻害しているともいえるし、まして予定価格の算定を当該業者との間で決定するということは、予定価格の内報を典型例としてきた刑法96条の6第1項との関係でどのように説明するのかが問われることとなるろう。

このように、刑法96条の6は立法者のいうように刑法旧96条の3の規定を引き継いだものであり、その適用に問題はないとすることはできないように思われる。

刑法96条の6の射程とする行為とその限界を理解するためには、まず刑法旧96条の3がいかなる理由でいかなる行為をいかなる範囲で処罰すべく制定されたのかを紐解き<sup>10)</sup>、さらに刑法96条の6が新設された目的について立法過程を概観することが必要となろう。それに加えて、本罪の成立の前提となる、「公の競売又は入札」特に公共調達方式の歴史的展開を前提とする必要がある。

そしてそこから得られる立法者の意図と、現代の公共調達における刑法96条の6の関係性を明らかとし、公契約関係入札妨害罪の現状と展望について論じたいと思う。

本稿では、主として刑法96条の6第1項のとりわけ公契約関係入札妨害罪について論じる<sup>11)</sup>。刑法96条の6は第2項に談合罪の規定をおり、談合の対象となるものは刑法96条の6第1項の公の競売又は入札であると解されるが、刑法96条の6第2項にはその存在意義や目的要件など同項独自の解釈問題が多数存在していることから、平成23年度改正あるいは

---

10) この点は拙稿・前掲注(3)で検討した部分と重複する部分があるが、本論を論じるにあたって必要な範囲で再論する。

11) 刑法96条の6第1項にいう競売は、施行者が、多数の者に対し、他の者に対して申し出内容がわかる状態で、契約締結を希望する価格の申し出をすることを促し、最高価格の申出人を契約の相手方と定める競争方式のことをいうが(高崎・前掲注(5)246頁)、上述のように最高価格での売却を目指す「売」についてはその公正を害すべき行為については競争阻害説から比較的理解しやすいことがその理由である。

公共調達のある方と刑法96条の6第2項の関係については本稿を論じる上で必要な範囲で触れるにとどめる。

両者の検討は重なるところも多く、互いに相関関係があるから、両者の相互関係の検討をもって初めて1つの論考となることは理解しているが、紙幅の都合上まずはその前提となる立法経緯と刑法96条の6第1項を中心に論ずることとし、上述の課題について別稿において改めて検討することとする。

## 2 刑法96条の6の制定過程

### (1) 旧刑法から刑法改正仮案

競売入札妨害罪は旧刑法(明治13年)の時代から存在した。旧刑法268条は「偽計又ハ威力ヲ以テ糶売又ハ入札ヲ妨害シタル者ハ十五日以上三月以下ノ重禁固ニ処シ二円以上二十円以下ノ罰金ヲ附加ス」と定めていた。現在の規定と最も違うのは、同条が「第八章 商業及ヒ農工ノ業ヲ妨害スル罪」に置かれており、条文上は公契約関係に限定されていなかったことである。つまり、旧刑法下において同罪は業務妨害罪の一種として規定されていたといえる。

しかし同罪は適用範囲が狭きに失ずるとして、広く信用業務に対する罪と題して明治40年改正によって業務妨害罪が現行刑法第35章の刑法233条・234条に一般的な規定として置かれ、旧刑法の競売入札妨害罪は削除されることになった<sup>12)</sup>。

その後、公共工事の請負契約に関する談合について詐欺罪が成立しない

---

12) 「刑法改正政府提出案理由書」『増補刑法沿革綜覧』(信山社出版 1990年) 2209頁。なお1909年に施行された現在の軽犯罪法にあたる警察犯処罰令2条4号に「入札ノ妨害ヲ為シ又ハ共同入札ヲ強請シ若ハ落札人ニ対シ其ノ事業又ハ利益ノ分配若ハ金品ヲ強請シタル者」を処罰するという規定があったが、偽計威力によるものは業務妨害罪として処罰されるものとされていた(甘糟勇雄著大場茂馬校訂『警察犯処罰令註解』(松華堂 1909年) 29頁)。

とする大審院判例<sup>13)</sup>が出されたことにより談合の取り締まりに難が出てきたことから談合罪成立の動きが生じてくる<sup>14)</sup>。改正刑法仮案はその動きを受け、「第三十九章 信用、業務及競賣ニ関スル罪」の416条に「偽計若ハ威力ヲ用ヒ又ハ談合其ノ他ノ方法ヲ以テ競賣又ハ入札ノ公正ヲ害シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ五千圓以下ノ罰金ニ處ス」という規定を設けた<sup>15)</sup>。

もっとも、改正刑法仮案自体は諸事情により刑法の全面改正という形では結実せず、その一部が刑法典に取り入れられたに過ぎない。そのうちの1つが刑法旧96条の3の競売入札妨害罪の規定の導入である。

## (2) 昭和16年改正

昭和16年2月6日政府は第76回帝国議会に対して、仮案の一部を導入する形で刑法典の一部改正を提案した。改正内容は、総則においては、労役場留置の期間の延長、没収の規定の改正であり、各則においては、公務執行妨害罪、競売入札妨害罪、安寧秩序に対する罪の新設のほか、失火罪、公正証書原本不実記載罪の改正、賄賂罪に関する規定の強化という限られたものに対する限定的なものであった。

全体の改正理由については「現行刑法は、施行後相当長年月を経過しまして、其の後の人心の趣向、犯罪の情勢、その他社会の実情に鑑みまして急速に改正を要する部分があるのであります、即ち益々官紀の肅正及公務の執行の適正を期し又人心の惑乱、経済上の混乱を誘発することを防止し、以て治安の確保を図る等の為に、規定を改正または新設する必要があ

---

13) 大判大正8年2月27日刑録25卷252頁。

14) なお当時の会計規則（大正十一年1月7日勅令第1号）97条は2号に「競争ニ際シ不当ニ価格ヲ競上ケ又ハ競下クル目的ヲ以テ連合ヲ為シタル者」、3号に「競争ノ加入ヲ妨害シ又ハ競落者ノ契約締結若ハ契約ノ履行ヲ妨害シタル者」は爾後2年間競争に加わることができないと定めていたが、罰則規定はなかった。

15) もっとも、改正刑法仮案の前身である刑法改正予備草案（1927年）の「第三十七章 信用及ヒ業務ニ対スル罪」中には競売入札妨害罪の規定は見当たらない（改正刑法仮案研究会編「改正刑法仮案立案資料（二）」香川法学35卷4号（2016年）97頁）。



りますので、本案を提出したのでございます<sup>16)</sup>」というものであった。

競売入札妨害罪について、政府案は仮案の規定に従いながらも、対象を公の競売又は入札に絞る形で次のように提案された<sup>17)</sup>。

(政府案)

偽計若クハ威力ヲ用ヒ又ハ談合ニ依リ公ノ競売又ハ入札ノ公正ヲ害スヘキ行為ヲ為シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ五千元以下ノ罰金ニ処ス

この規定に関する貴族院での説明は「所謂談合行為は詐欺其の他現行法を以て処罰しうるや否やは説が分れて居るのであります、併し是等の行為が公正に行われなければ、例へは官公署の工事の入札等の場合に、之が公正に行われない虞がありますので、特に規定を設けた次第であります」というものであった。以上の説明のように政府案の特徴は、偽計・威力とやらんで談合が公正を害すべき行為として規定されていることにある。

貴族院では当該条文の「談合」について談合は業者間でも発注者である官公庁にとっても便宜であり、談合に従っても妥当の競落、入札ということもできるのであるから、談合そのものが不法である、あるいは不正であるとはいえないのではないかと、という質問<sup>18)</sup>に対し、政府委員は談合についても結局談合を行うということが、常に入札の公正を害するということになる。入札の場合においても、談合者間において一定の金額を協定して、入札して不正の利益を図ろうとするのであるから、そういう談合行為自体を不正なるものと、こういう考えで立案した、という返答があった<sup>19)</sup>。特別委員会ではその程度の議論しか行われず、政府案通りに可決され<sup>20)</sup>、

---

16) 昭和16年2月10日第76回帝国議会貴族院議事速記録第11号84頁。

17) 前掲注(16)83頁。

18) 昭和16年2月14日第76回帝国議会貴族院刑法中改正法律案特別委員会議事速記録第2号8頁(織田萬発言)。

19) 前掲注(18)8頁(大竹武七郎発言)。

20) 昭和16年2月17日第76回帝国議会貴族院刑法中改正法律案特別委員会議事速記録第4号

貴族院本会議でも原案通り可決された<sup>21)</sup>のに対し、衆議院ではこの談合の取り扱いをめぐる激しく争われることになった<sup>22)</sup>。

本稿との関係では入札の意義、公正を害する行為の意義に関する牧野良三議員と政府委員の質疑・説明が重要である。

政府委員はまず「入札の公正は偽計、威力を用ひ、又は談合に依りまして実際の適正な価格より以上の額を以て入札をし、其の結果として非常に高いものとなりまして、予算が濫費せられると云ふような弊害があると考えている<sup>23)</sup>」と説明している。一方で、適正な価格を基準としているのか、という質問に対しては「入札の行はれますのは各入札者をして自由な競争に依って入札せしめる、その最低の入札を致したものに落札するということが、現在の制度の根本を為していると考えている次第であります」と答えており、競争による最低価格自動落札主義を保護するかのような応答もある。

牧野議員は、さらにこの競争入札における最低価格自動落札主義の点に対して、「競争入札を行ひます場合には、官庁で技術部に於て適正価格に対して予定価格と云うものを作成することに法規上なっております、予定価格があるに拘りませず、予定価格より著しく低い額の入札が出ますと、それに落札されることになって居ります、そこで仕事を欲しいと思ひます業者は、否が応でも算盤に乗らない最低価格を申し出なければならぬことになるのであります、(中略)それでは工事が旨く出来るはずはないのでございます……」と批判し「本条の目的は公正を害すべき行為を取締るのみであつて、談合を取締るのではないのだということになるのではないか」と政府委員に迫った。これに対する問答によってついに政府委員は「第九十六條の三は、是は申しあげるまでもなく、犯罪として規定し

---

↘号6頁。

21) 昭和16年2月19日第76回帝国議会貴族院議事速記録第16号179頁。

22) この点についてはすでに論じたことがある(拙稿・前掲注(3)102頁以下)。

23) 以後の議論は前掲注(6)21頁以下の牧野良三委員と大竹武七郎政府委員の質疑である。

たものでありますから、違法性のある場合に限ることは当然であります、本條の目的と致して居る所は、公正を害すると云う点にあることはお話の通りと考えます、随って談合に依り『公正を害すべき行為を為したる者』と云うのは、公正を害するような談合ということに解釈上なっていることは当然と考えます」と返答することにより、談合が偽計、威力と並んでそのものが公正を害すべき行為ではなく、公正を害すべき談合とそうでない談合があることを認めてしまうことになる。この議論を契機として政府案を維持できない流れとなり、最終的に議論の結果<sup>24)</sup>、修正案が提示され、以下のような文言となった。

(衆議院修正案)

- 1 偽計若クハ威力ヲ用ヒ公ノ競売又ハ入札ノ公正ヲ害スヘキ行為ヲ為シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ五千円以下ノ罰金ニ処ス
- 2 公正ナル価格ヲ害スル目的ヲ以テ談合シタル者亦同シ

衆議院本会議における説明は、政府案によれば「談合なるものが如何にも偽計若しくは威力と同列に取り扱われまして、常に違法性を有するものなりとの誤解を招き、本法運用の際、単に談合の事実あれば、之を以て直ちに競売又は入札の公正を害すべき行為として摘発せられる虞がある、仍て談合には違法性あるものと、違法性なきものあることを明確になし置くことを必要とするのであります<sup>25)</sup>」というものであった。衆議院は以上の案のように修正議決し貴族院に回付したが貴族院はこの修正案に同意せず、両院協議会が開かれることになった<sup>26)</sup>。

両院協議会において政府委員は再び「入札若しくは競売と申します物

---

24) 牧野議員の質問の後1時間程度の懇談会が行われ、談合の規定ぶりについての議論があったと思われるが、懇談会の詳細は不明である。

25) 昭和16年2月27日第76回帝国議会衆議院議事速記録第19号282頁(仲井問宗一発言)。

26) 昭和16年2月27日第76回帝国議会貴族院議事速記録第20号288頁。

は、お互ひ入札者若しくは競売者が競合ひ、そこに最も安き価格を生み出す、そうして其の価格に依って契約が結ばれる、斯う云ふことを目的と致して居るのでありますから、其の競売若しくは入札の目的に反する結果を生むことは即ち競売、入札の公正に行われることが害せられる、斯う考えるのであります」と答弁し、入札者が相競わない談合はそれ自身が公正なものではないという立場を表明した<sup>27)</sup>。続けて修正案における公正な価格と市場価格の関係について「入札は市場価格を目的としているのではございませぬで、市場価格以下でも、若し安くて且つ良ければそれを目的として居るのであります、(中略) 国家は安ければ安いだけ得を致しまする、それが目的なのであります、安いも目的なのであります、公正な市場価格だけを入札で以て目的としているのではございませぬで、安ければ尚ほ結構、また安く契約するというのも国家の入札をなす目的である、斯う考えて居るのであります」といったように、入札における公正とはできるだけ安く契約するために競争を行わせることであるという立場を明言する。もっとも、この議論が行われた当時、公定価格の導入によって競争による契約ということが観念できなくなり、入札という制度自体の意義が問われていたことや、特に省庁の側が入札不調の場合に組合を呼び入札者を出させるといったことが常態化しているところで政府の了解のもとでやっていることを不正であるといえるのか、といったことについての議論を経て、政府委員も当初の案を貫徹することはできず、最終的には衆議院の修正にさらに両院協議会としての修正を加えたものが作成された。

(両院協議会案)

- 1 偽計若クハ威力ヲ用ヒ公ノ競売又ハ入札ノ公正ヲ害スヘキ行為ヲ為シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ五千円以下ノ罰金ニ処ス
- 2 公正ナル価格ヲ害シ又ハ不正ノ利益ヲ得ル目的ヲ以テ談合シタ者亦

---

27) 昭和16年2月28日第76回帝国議会刑法中改正法律案両院協議会議事速記録第1号7頁(三宅政太郎発言)。以下の議論は全てこの協議会中のものである。

同シ

この案をもって、2月28日に貴族院を通過、翌3月1日に衆議院を通過し、刑法96条の3が追加されることになった。

偽計、威力、談合をもってする公正を害すべき行為とは、競争によって得られたはずの最低価格での落札を阻害するものである、という政府の答弁は極めてシンプルであり了解可能である。もっとも、最終的には談合即ち特定の者を落札者とするために一定の価格以上または以下で入札することを協定することは、競争阻害的であるといえたとしても、それ自体は公正を害すべき行為とはいえ、ただ公正な価格を害するか、不正な利益を目的としている限りで当該入札の公正が害されるという解釈を取らざるを得なくなり、昭和16年の制定当時から、この公正な価格を害するとは何か、不正な利益を得るとはなにか、が入札の公正を害すべき行為との関係で問題となり続けたのである。

### (3) 平成23年改正

刑法旧96条の3は以上のような問題を含みながらも、改正されることなく平成期まで変わらず運用されてきた。同罪は、公の競売又は入札をその対象としその罪質は公務執行妨害罪の一つであるとされている<sup>28)</sup>。もっとも、そこでの競売には民事執行法や民事保全法にいう強制執行や仮差押及び仮処分執行、担保権の実行としての競売並びに民法、商法その他の法律の規定による換価のための競売といったような、私権の実現の一部を行う公的手続きとしての側面をもつものと、国税徴収法による公売、会計法によるせり売りなどの国・公共団体が主体となる売却手続きとしての側面を持つものが混在し、また入札については公共調達にかかる国や公共団体が契約当事者となる手続きであるから、同じ公務といってもその対象と

---

28) 最判昭和41年9月16日刑集20巻7号790頁。

なる手続きごとに異なる解釈が必要であった。

1999年3月、21世紀の我が国社会において司法が果たすべき役割を明らかにし、司法制度の改革と基盤の整備に関し必要な基本的施策について調査審議する機関を内閣に置く必要があるとして、司法制度改革審議会設置法案が提出、可決され<sup>29)</sup>、内閣の下に司法制度改革審議会が置かれることになった。司法制度改革審議会は1999年から2001年まで63回の会議を経て、2001年6月に「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度——」が出された<sup>30)</sup>。同意見書には、「Ⅱ 国民の期待に応える司法制度第1 民事司法制度の改革 6. 民事執行制度の強化——権利実現の実効性の確保——」という項目が設けられていた。その中では、当時の「執行妨害の状況を踏まえ、権利実現の実行性を確保するという見地から、債務者の履行促進のための方策、債務者の財産を把握するための方策、占有屋等による不動産執行妨害への対策など民事執行制度を改善するための新たな方策を導入すべきである」という提言が盛り込まれた。これに先立って法制審議会に諮問第49号が出され、民事執行制度の改革が行われることになった<sup>31)</sup>。それと並行して、執行妨害に対して刑事規制を強化する必要性が説かれることになり諮問第59号が出された。諮問第59号は、強制執行妨害罪関係の改正のほか、刑法旧96条の3を2つに分けるということなどを内容とするものであった。

#### 諮問第59号要綱（骨子<sup>32)</sup>）

---

29) 平成11年法68号。

30) 「司法制度改革審議会意見書（平成13年6月12日）」(<https://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html>〔2020年5月28日閲覧〕)。

31) 諮問第49号「社会・経済情勢の変化への対応等の観点から、抵当権その他の担保家の予備其の事項としての執行手続き等に関する法制の見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい」。法制審議会第133回会議（平成13年2月16日開催）議事録 ([http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi\\_010216-5.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_010216-5.html)〔2020年5月28日閲覧〕) 参照。

32) 法制審議会第137回会議（平成14年9月3日開催）議事録 ([http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi\\_020903-5.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_020903-5.html)〔2020年5月28日閲覧〕) 参照。

一～三 省略

四 偽計又は威力を用いて、強制執行において行われ又は行われるべき売却の公正を害すべき行為をした者は、三年以下の懲役若しくは二百五十万円以下の罰金に処し、又はこれを併科するものとする。

五 省略

六 1 偽計又は威力を用いて、契約を締結するための公の競売又は入札の公正を害すべき行為をした者は、三年以下の懲役もしくは二百五十万円以下の罰金に処し、又はこれを併科するものとする。

2 公正な価格を害し又は不正な利益を得る目的で、談合した者も、1と同様とすること。

この諮問は「刑事法（強制執行妨害犯罪等処罰関係）部会」に付託され、そこで議論が行われることになった<sup>33)</sup>。部会での議論は4回にわたって行われた。

第1回会議の冒頭で、上述の司法制度改革審議会の最終意見書に従って、「強制執行に対する妨害行為は、現在の我が国における重要な社会的・経済的課題の一つである不良債権の迅速・適正な処理をも妨げる要因になっているものと思われます。それに加えて、一般に強制執行は、権利者による自力救済を禁止した上で、その権利の実現を法的に保障する手段として、権利の実効性を確保する上で欠くことのできない意味を有する重要な公務であり、刑事法の観点からも意図的な妨害行為に対しては、適切な対応が必要になるとと思われます。そこで、このような実情を踏まえ、強

---

33) 改正の経緯については既に拙稿(2013年)・前掲注(2)169頁以下で論じたところであるが、拙稿は強制執行妨害罪の改正に焦点を当てたものであり、本稿が対象とする96条の3の改正については検討が十分ではなかったことから、本稿において改めて論じることとする。

制執行を妨害する犯罪等に対し、事案の実態に即した処罰が可能になるよう、早急に所要の法整備を行う必要があると考え、今回の諮問に及んだ次第でございます」というようにその趣旨が説明された<sup>34)</sup>。

そのあと要綱（骨子）の四について、刑法旧96条の3の競売等妨害罪のうち、強制執行に関するものを改正しようとするものであり、強制執行における売却の公正を阻害する行為を処罰しようとするものであると説明され、競売開始決定以前の妨害事案においても処罰すべきものがあるとして、「強制執行において『行われるべき』売却」の公正という書きぶりに変えたこと、及び「民事執行法その他の現在の強制執行に関する法令におきましては、民事執行法第64条にもありますように、財産の換価手続は競り売り又は入札に限られておらず、それ以外の売却手続が競売又は入札の概念に含まれるかについて疑問の余地がある一方で、そのようなものにつきましても、『競売又は入札』の場合と同様にその公正さを保護する必要があると考えますことから、この要綱（骨子）の四におきましては、『競売又は入札』の文言を更に一般的にいたしまして、「売却」という表現に改めております」と説明された。

また、要綱（骨子）の四に刑法旧96条の3第2項の談合罪のような規定を設けなかったことについては、「談合そのものは偽計というふうにとらえられ、また公正を妨げるべき行為として評価されるべきものであると理解されます。要綱（骨子）の四には、現在の刑法第96条の3の第2項に相当するものは置いておりませんが、これは強制執行における売却に関して談合が行われた場合には、偽計によってその売却の公正を妨げるべき行為をしたものということで処罰されるという理解に立つものでありまして、このような強制執行における売却に関する談合を処罰しないという趣旨ではございません」と説明されている。

---

34) 法制審議会刑事法（強制執行妨害犯罪等処罰関係）部会第1回会議（平成14年10月7日開催）議事録（[http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi\\_021007-1.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_021007-1.html)〔2020年5月28日閲覧〕参照。



一方、要綱(骨子)の六については、刑法旧96条の3により処罰されるべき行為類型のうち、強制執行による売却については要綱(骨子)の四で処罰されることになるので、これに含まれない公共工事や公有物の売り渡し等に関する競売又は入札の公正を害すべき行為を処罰するための規定としてここにかかげてあると説明された。

もっとも、冒頭で述べたように「公共工事や公有物の売り渡し等に関する競売あるいは入札の場合には、会計法の第29条の3、第29条の5、第29条の6といった規定や、地方自治法の第234条といった規定にも規定されておりますように、落札者となった者と国、地方公共団体等との間で改めて契約手続を行うということにされております。従いまして、競売や入札は契約相手の選定のための手続きであるという風に理解されるところであります。そこで、この要綱(骨子)の六におきましては、要綱(骨子)の四と区別するために、現在の刑法96条の3に『契約を締結するための』という文言を加えたものでありまして、その他は現在の犯罪類型の規定ぶりには変更を加えておりません。」と説明され、法令に合わせた書きぶりに改めただけであり、その他の点は変更がない、としていた。

更に別の議論の中で「六につきましては、まず構成要件的に見ますと、四との区別のために先ほどの説明で申し上げましたとおり、『契約を締結するための』という文言を加えさせていただきましたし、(中略)そのほかにつきましては、公共契約関係、もちろんこれにつきましてもいろいろな議論がございますが、今回の立法テーマではない(傍点筆者)ということで、そのほかの構成要件関係は動かしていないわけでありまして。」と述べ、さら談合罪の公正価格阻害目的について「帝国議会の審議の過程で、国策協力型の談合もあるではないかなどという議論でこれはついたということはご承知のことかと思えます。現在におきましては、国策協力ということはないわけですが、無条件のたたき合いをさせたら業者はつぶれてしまうというような議論もございまして、この第96条の3第2項の談合罪をどうするかというのは、まさに議論の対象にはなるわけございま

すが、そちらは先ほど言いましたような理屈で今回は動かさなかったということとございます。」と述べている。

本稿の関係で重要な説明がその後になされている。それは、要綱（骨子）四では、競売又は入札という表記を売却、に変えたにもかかわらず要綱（骨子）六では刑法旧96条の3の表記を残した理由についてである。これは直接は要綱（骨子）の四にも談合の規定を入れるべきではないかという委員の質問に対する答えの中で出てくるのであるが、「四の方につきましては、『競売又は入札』という風に評価しにくい売却手続きであっても、これが民事執行法その他強制執行に関する法令で認められている手続であれば、やはり公正を担保する必要があるというので、『競売又は入札』ではなしに、『売却』一般についてこれを保護対象に含めたかった。それに対しまして、六の方では、いわゆる随意契約ということになります。随意契約についても、国が、あるいは地方公共団体が税金を使ってやるのだから公正を担保すべきではないか、という議論は当然あると思いますが、これもやはり今回のテーマではないということで、そちらも動かさないということで（傍点筆者）、六の方を動かさない関係で四の方は動かしたい、そこで論理上の問題を超えまして、実際上の必要性もございまして、四と六は分けざるを得なかった」としているのである。

また、四で談合が偽計に入るのであれば、六も同様ではないかという逆の質問に対しては、「仮に談合罪の規定、この項目がなければすべて偽計の中で評価されつくす話であろうと考えておるわけでございます。したがって、現行法におきましても、表現としてはどうかと思いますけれども、正しい談合と申しますか、よい談合があるのではなからうかという、そういったことから一部を切り分けて、かつて規定されたと。今回、強制執行という場面で考えました場合に、ちょっとこの正しい談合、よい談合というのは想定しづらいこともございまして、それであれば本来に立ち戻りまして、偽計の一つの典型として談合が考えられるわけでございますので、四項では談合というものを別途規定することとはしなかった。したが

いまして、六につきましても確かにこういう目的での縛りをかけた談合罪というのを今後とも存続させるべきなのかどうかというのは一つの大きな論点ではございますが、今回、強制執行ということで焦点を絞りましたがために、法定刑の限度ということでお諮りをさせていただいているということございます」と説明している<sup>35)</sup>。

要綱(骨子)六についてはこれ以上の議論がされることはなく、四とともに原案通りに議決され法制審議会総会に報告され、採択された<sup>36)</sup>。その後法案は第156回国会(2003年)に提出される。

(政府案)

#### 刑法第96条の6

- 1 公の競売又は入札で契約を締結するためのものの公正を害すべき行為を行った者は<sup>37)</sup>、三年以下の懲役もしくは二百五十万円以下の罰

---

35) 以上の議論は第2回会議の冒頭で「要綱(骨子)四につきましても、特に談合行為の処罰に関しまして、要綱(骨子)六との関係に関するご質問をいくつかちょうだいいたしました。この点につきましては、要綱(骨子)六が規定する公共契約関係の入札などに係る談合の取り扱い、今回の立法テーマではありませんことから、現行の刑法第96条の3第2項の構成要件や、同条第1項との関係も含めた解釈をそのまま維持する一方で、強制執行の関係では、いわゆる公正価格阻害目的などが無い場合でも、いわば『正しい談合』と言えるようなものは考えられず、かつ、談合自体は偽計により公正を害すべき行為と解されますことから、その旨の要綱(骨子)四の規定ぶりに包摂されるものであり、別個に書き分ける必要がないとの考えで、結果的に要綱(骨子)四は要綱(骨子)六とは規定ぶりを異にするに至ったものであるとのご説明を致しました」とまとめられている。法制審議会刑事法(強制執行妨害犯罪等処罰関係)部会第2回会議(平成14年11月18日開催)議事録([http://www.moj.go.jp/shingil/shingi\\_021118-1.html](http://www.moj.go.jp/shingil/shingi_021118-1.html) [2020年5月28日閲覧])参照。

36) 法制審議会第139回会議(平成15年2月5日開催)議事録([http://www.moj.go.jp/shingil/shingi\\_030205-7.html](http://www.moj.go.jp/shingil/shingi_030205-7.html) [2020年5月28日閲覧])参照。

37) このように、国会提出法案は、実は法制審議会の答申と文言が異なっている。「要綱を条文に致します場合には、立法技術などの問題もございますので、その表現ぶり等につきましては事務当局にご一任いただきますれば幸いです」(前掲注(36))ということなのであろうが、なぜ表記の変更が行われたかについては本論執筆段階では詳らかにできなかった。そして、この標記の変更には立法者が気付かなかった罪刑法定主義上意味があるのではないか、というのが本稿執筆の動機の一つである。

金に処し、又はこれを併科する。

- 2 公正な価格を害し又は不正な利益を得る目的で、談合した者も、前項と同様とする。

もっともこの政府案は、同時に提出された共謀罪の規定の議論が紛糾したことにより廃案とされ、その後3回姿を変え4回提出されるという特異な経緯を経て、2003年提案当時と全く同じ条文で2011年に成立し、現在の刑法96条の4及び6が規定されることになった。

#### (4) 小 括

以上みてきたところから、立法の議論をまとめておこう。すでにみたように平成23年度改正は、刑法旧96条の3をベースとしたうえで、強制執行に係る売却の部分を取り除いた公契約関係について規定することとしたものである。立法過程では、競売又は入札という文言、談合罪そのもの又は目的規定等について、そのままでよいのかという問題意識はあったように思われるが、その点については平成23年（改正案自体は平成15年に策定）改正の立法テーマではない、という理由で見送られたことがわかる。したがって、その当否はともかく、昭和16年改正における立法時の議論とその後解釈論は、現在の刑法96条の6に引き継がれているといえよう。

ただし、1つだけ重要な変更がある。それは、刑法96条の6にいう競売又は入札は、それにより契約を締結するためのもの、という文言上の限定が加わったという点であり、その際、会計法29条の3、29条の5、29条の6、地方自治法234条が参照されているという点である。つまり、ここでいう「入札」とは、会計法29条の5「第二十九条の三第一項、第三項又は第五項の規定による競争（以下「競争」という。）は、特に必要がある場合においてせり売りに付するときを除き、入札の方法をもつてこれを行わなければならない。」に従えば、一般競争入札（会計法29条の3第1項）、指名競争入札（会計法29条の3第3項）、政令（予算決算及び会計令（以下「予決令」

という。))に定めるところの指名競争入札、の3つに限られることになる<sup>38)</sup>。そしてこの点にこそ筆者の問題関心があるのだが、この点については、次章で検討する。

さて、刑法96条の6が前提とする、刑法旧96条の3はいかなるものであったか。まず、競売又は入札については、刑法96条の6との関係でいえば、当時の会計法(以下「大正会計法」と呼ぶ。)31条は「政府ニ於テ売買貸借請負其ノ他ノ契約ヲ為サムトスルトキハ勅令ヲ以テ定メタル場合ヲ除クノ外総テ公告シテ競争ニ付スヘシ國務大臣前項ノ方法ニ依リ契約ヲ為スラ不利ト認ムル場合ニ於テハ指名競争ニ付シ又ハ随意契約ニ依ルコトヲ得但シ不動産売拂ニ付テハ此ノ限ニ在ラス」と定め、会計規則は96条以下に一般競争契約を規定し101条に「競争ハ第九條ニ規定スル場合ヲ除クノ外総テ入札ノ方法ヲ以テ之ヲ行フヘシ」(筆者注第109条は競り売りの規定)と定め、第110条以下に指名競争契約を規定している(101条が準用されている)。114条以下には随意契約が定められているが、118条になるべく2人以上より見積書を徴するよう求めているものの、入札は予定されていない<sup>39)</sup>。したがって、公契約に関する限りでは刑法旧96条の3のいう入札は、一般競争契約および指名競争契約において行われる入札のことをいう。

問題は、公正を害すべき行為である。政府案の主眼は談合を処罰することであった。それは、競売・入札は競争してこそ公正なものになるところ、談合は一定の金額を協定して入札し意中の者に落札させることによって不正の利益を図ろうというもの、つまり公正を害すべき行為だという理解からくる。さらに、政府委員は、各入札者をして自由な競争によって入札させ最低の入札をした者が落札をするというのが、入札制度の根本を為しているとするから、競争の目的は最低価格での契約をする点にあると解して

---

38) 地方自治法234条は「売買、貸借、請負その他の契約は、一般競争入札、指名競争入札、随意契約又はせり売りの方法により締結するものとする。」としている。

39) なお、次に見るように、明治22年に定められた会計法(以下「明治会計法」と呼ぶ。)は、一般競争入札と随意契約のみを定めていた。

いる。

もし政府案通りに成案となっていれば、競売又は入札において、偽計、威力、又は談合によって本来の競争があれば得られたであろう価格での売却、又は契約ができなくなることが公正を害すべき行為であるという極めて明瞭な条文となっていたであろう。

しかし、結局政府案通りには作られず、談合により競争が行われていれば得られたであろう最低又は最高価格よりも高いあるいは安い金額での入札が行われていたとしても、それは公正を害すべき行為には当たらない場合がある、ということになってしまった。

つまり、解釈上、刑法旧96条の3はその処罰範囲が極めて不明瞭になるとともに、第2項における公正な価格を害し又は不正な利益を得る目的においても特に公正な価格とは何かが問題となることになったのである<sup>40)</sup>。

また、入札制度における公正とは最低価格で契約をするために自由な競争をさせること、という基本的理解は昭和16年の立法当時ですら批判されていた。それは、廉価入札による品質悪化と官製談合である。前者は入札の目的が広く入札者を募りその中から最低価格で契約するという点にあるとすると、仕事を取りたいと考える業者は、採算を度外視した金額で入札を行う。その結果、不足分を粗悪品の納入や手抜き工事で補うことになり<sup>41)</sup>、それによりかえって発注者の負担が増えるという問題である<sup>42)</sup>。

---

40) 立法時点で、昭和16年改正において規範的要素が多く導入されたことに対する懸念も示されていた。日沖憲郎「刑法の一部改正について」法律時報13巻5号（1941年）14頁。また刑法改正仮案の作成者の一人である牧野英一は、刑法旧96条の3を第1項と第2項に分けたことに対して厳しく批判していた。牧野英一「刑法中改正法律（二）」警察研究12巻5号（1941年）2頁以下。また牧野（良三）説への批判として同「刑法中改正法律（三・完）」警察研究12巻6号（1941年）1頁以下。

41) あるいはそこで官庁との間で築いたパイプを利用して別の機会に利潤を得ようとすることもあるだろう。この点政府委員も廉価入札・品質悪化によって困っているということは認めていたが、会計の諸規則の規定上その公正を害する行為を処罰せざるを得ないとする。前掲注（6）22頁。

42) この点はすでに明治会計法の時代から問題とされていたようである。工藤重義『帝国百科全書第百八十二編 会計法論』（博文館 1909年）224頁。そのような弊を避ける目的

後者は、当時何らかの事情により入札が不調になった際、発注者である官庁が業者組合に対して入札者を出すように指示するという、いわば官製談合のようなものが行われていた。もっとも、この場合入札の価格ではなく（特に公定価格が定められているものについては）落札者を協定・指示によって決めているだけであり、最低価格での契約という目的は達成されている場合もある。この点が単なる談合は公正を害すべき行為ではないのではないかと批判されたポイントの1つである。

そのような問題点を含んでいたにもかかわらず、刑法96条の6改正時の検討ではこの点に関する議論はほとんどされることはなかった。また、刑法96条の6改正案自体はすでに2003年段階で成案を得ていたが、実際に成立するまで8年近くを要した。その間の社会情勢の変化、刑法96条の6との関係では談合に対する考え方の変容や多様な競争方式が導入されたことによって、公共調達公正というものもまた複雑化していったという時代背景を踏まえたさらなる議論・改正が行われる必要があったのではなからうか。

そこで、次章では、1941年から2011年までの旧競売入札妨害罪に関する学説、判例の展開を概観しその問題点を整理する。

### 3 旧競売入札妨害罪の解釈問題

#### (1) 偽計又は威力

偽計とは、他人の正当なる判断又はその判断に基づき実行することを誤らせるに足りる手段方法をいい、威力とは、人の意思を制圧する勢力をいう<sup>43)</sup>。もともと本条は業務妨害罪の一種として考えられていたから、刑法233条、234条の偽計・威力と同じ解釈を用いることになるだろう。もっとも、刑法233条の偽計の解釈に関して、入試問題を事前に探知して受験者に知

---

↘で大正会計法に導入されたのが指名競争入札である。

43) 大竹武七郎『改正刑法要義』（松華堂 1941年）55頁以下。

らせる行為を試験業務の公正を害するものとして偽計業務妨害罪に問うことができる」と主張する論者に対して<sup>44)</sup>、業務妨害罪は業務の実施そのものを妨害する行為であって、単に業務の内容的適正ないし公正を阻害する程度にとどまるものは偽計業務妨害罪に当たらないとする反論がある<sup>45)</sup>。

この点は偽計に関する解釈の問題ではなく、どのような罪質に対する偽計かという点に関する問題であろう。刑法旧96条の3は偽計の全てが処罰されるわけではなく、競売又は入札の公正を害すべき偽計・威力が処罰の対象となるから、予定価格の内報のような典型的な入札妨害の例<sup>46)</sup>においては、特定の業者が内報を受けることによって他の競争者が特定の行為者が予定価格の内報を受けていることを知らずに競争に参加することになる点を公正を害すべき偽計とみることができよう。

その他のものとして、立木売却の一般競争入札が行われた際に、3番入札した業者に落札させるために入札価格を増額訂正してその者を落札者として売買契約を締結した事案<sup>47)</sup>で偽計による入札妨害罪が認められている<sup>48)</sup>。

---

44) 藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂 1976年）250頁。

45) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（第2版）第12巻』（青林書院 2003年）99頁以下（坪内利彦＝松本裕執筆分）。

46) この点に関する公刊された最高裁の判例はなく、東京高判昭和56年6月16日判タ459号151頁、広島高判昭和58年11月1日刑裁月報15巻11・12号1145頁、仙台高判平成15年6月27日裁判所ウェブサイト、東京高判平成16年4月26日（LEX/DB 文献番号28095563）、東京高判平成16年9月2日（LEX/DB 文献番号28105147）、東京高判平成17年12月22日（LEX/DB 文献番号28135348）、刑法96条の6制定後の事案として、福岡高判平成27年9月30日（LEX/DB 文献番号25541330）、札幌高判平成28年10月4日（LEX/DB 文献番号25544203（後上告棄却））、広島高判平成30年3月23日（LEX/DB 文献番号25560264）などがある。

47) 甲府地判昭和43年12月18日下刑集10巻12号1239頁。

48) 刑法96条の6にあたる近時のものとして、指名競争入札において、談合に応じないと見込まれた会社を排除して、談合に応じる業者を指名業者として教示し、特定の者に落札させたという事案（仙台高判令和1年11月5日（LEX/DB 文献番号25564570））、入札金額の根拠資料を送付したこと、特定業者以外の者の参入が困難になる条項を仕様書に盛り込んだこと、公募型企画競争の参加者の提案書に助言指導したことが偽計に当たるとし



また町が発注する公共工事に関して、町長が指名業者を選定した上で、談合の連絡窓口である組合長に落札予定業者を指名して談合を促した、という事案において、刑法旧96条の3第1項と第2項の両罪が成立するとした事案がある<sup>49)</sup>。しかしこの判決には若干の疑問がある。裁判所は市長が落札業者を指名して談合を行うように促した点について、当該工事の入札に関し、自由な競争が確保されることについて、客観的に疑問を懐かせる行為であるから、第1項が成立するとするが、刑法旧96条の3が第1項と第2項を分けている以上、談合そのものを認定するだけでは第1項は認定できず、他方で公正を害すべき談合は第2項に限定されているのであるから、同一事実について両罪が成立すると解することはできないように思われる。

他方、威力による競売入札妨害としては、典型的には競売参加者、入札参加者を威迫して参加を断念させるというものが多いが、最高裁は、指名競争入札において談合に応じなかった業者を談合に加わらせるために、当該業者の身体等に危害を加えかねない氣勢を示して脅迫したことに威力入札妨害罪を認めたものがある<sup>50)</sup>。しかし、そこで行われようとした談合がいかなるものであったかという点には触れずに談合への参加を促す行為そのものが第1項に当たるという判断には判断方法として疑問が残る<sup>51)</sup>。

## (2) 公の競売又は入札

刑法旧96条の3が成立するためには、公の競売又は入札が適正に行われたことが必要であった。これは本罪の公務妨害罪性に由来するものであり、最高裁も「本罪は、公務の執行を妨害する罪の一つであつて、公の入札が公正に行われることを保護しようとするものであるから、本罪の成立

---

↘た事案（大阪高判令和1年7月30日裁判所ウェブサイト）などがある。

49) 福岡高判平成18年3月23日高刑速（平18）292頁。

50) 最決昭和58年5月9日刑集37巻4号401頁。

51) 同旨、高崎・前掲注（5）252頁。

に必要な入札に付すべき旨の決定は、適法なものであることを要するものといわなければならない」とする<sup>52)</sup>。

「公の競売又は入札」とはなにか。刑法旧96条の3には強制執行に基づく競売も含まれていたから、制定当時、民事訴訟法又は競売法による競売、会計法による競争契約、入札払下げも含まれているとされていたが、相手方になるべき者の自由な競争によらない公売又は随意契約については適用されないとされていた<sup>53)</sup>。したがって、地方自治法を含む会計法規に定められた一般競争入札及び指名競争入札が本罪の対象となると考えられていた。

その後も、民事執行法などの関連法令の改正や会計法の改正に連動する形でこれらの競売又は入札の範囲は変動していくことになるが<sup>54)</sup>、入札に関しては、会計法が戦後全面改正された後も長く一般競争入札、指名競争入札が契約者選定の方式として定められている。

上述の最判昭和33年は、被告人らは、協定の上特定の者を落札させるために他の者が一定金額以上を入札し、最終的に当該者に落札させることができたという事案で第1審、第2審とも刑法旧96条の3第2項を認めたところ、その事案で用いられていた方式が、岩手県土木部が会計法規等に定められた手続きによらず内規によって行っていた価格申告制あるいは見積による随意契約なるものであるから、「随意契約」であって入札には当たらないとして上告された事案である。

これに対して最高裁は「刑法九六条ノ三にいう公の入札は、入札施行者たる国または地方公共団体において、自己に有利な契約内容を見出すため入札者をして自由競争をさせる契約締結の方法であつて、契約の内容たる

---

52) 最判昭和41年9月16日刑集20巻7号790頁。

53) 泉二新熊「刑法中改正規定の瞥見」法曹會雜誌19巻9号（1941年）6頁。

54) 競売法の廃止、強制執行に基づく競売における期間入札方式の導入など様々な改正（2008年）が行われている。やや古いが執行妨害対策に係る民事執行法の改正の内容については拙稿（2008年）・前掲注（2）72頁以下。本稿が対象にする公契約関係にかかる入札制度の改正については、次で論じる。

べき事項のうち競争に付する事項（価格その他）については、入札者が互に他の入札者の申し出る内容を知らないで自己の申出を行うことを要し且つ施行者において落札者を決定するに当つては、入札の結果入札施行者に最も有利な条件（価格のみが競争の対象であるときは最低価格）を申し出たことを契約締結の唯一の要素とする場合に限定すべきではなく、そのことを重要な要素としつつこれにその他の条件を加味して落札者を決定することができる場合も、前記競争入札の実質を保有するものであるから、同条にいう公の入札に当るものと解すべきである」として同罪の成立を認めた判断を是認した。

もっとも、原審によれば本事案の方式は相応多数の業者を指名して、互いに価格を知らないで請負価格を書面で提出し、業者の面前で開披して、はなはだしく低廉で工事の適正な執行を期待しえないものを省いて、契約を締結するというものであり、それまでも申し出た価格が予定価格以下であれば最低価格を申し出た者が請負人になっていた、というのであるから、実質は会計法上の指名競争入札と同じ方式であったし、また、随意契約であれば入札ではなく見積書、提案書の提出とすべきところ、関係者は一同にこれを入札と呼んでいたという事実関係があった。

それらの事実を前提とすると、本件を随意契約であっても入札に含まれるという判例だと解することはできないであろう。本件で問題となったのは「会計法規上」の随意契約ではないからである。本件の持つ意味は、会計法規に従わない方式であっても刑法旧96条の3の入札に当たるとした判例であるということには留意しておく必要がある<sup>55)</sup>。

---

55) それでももちろん類推適用の問題は残る。なお本判決は価格以外の点をも考慮に入れてよいとしているのかのように読めるが、それは、本件の見積による随意契約の規定では右競争の結果とその他の諸条件を総合して、詮衡の上請負人たるべきものを選定してこれと契約を締結するとされていたことを根拠にした主張にこたえたものに過ぎず、そのような規定にかかわらず本事案においては価格のみによって請負人が決定される運用が続いていたのであるから、この部分の判示は傍論であって価格以外の点を考慮に入れる方式であっても当然に入札に含まれるとしてよいかについては、なお検討の余地がある。

また、最決昭和37年2月9日刑集16巻2号54頁は、小学校改築工事に当たってその金額（敷札）を770万円とし、業者を指名する形で、その金額と一致又は最も接近した金額を申告した者を契約締結者とするという手続きを行う（それを指名競争入札と呼んでいる）に際し、その金額を特定の業者に教示しその業者が契約締結者となったという事案につき第1審、第2審が偽計入札妨害罪を認めたと、その金額を内報しても同罪に当たらないとして上告したことに對して最高裁は「本件入札は単に価格のつり下げのみを目的とせず工事の適正を期して行われ、敷札金額に最も近接する価格で入札した者を落札者となすこととし、かつ入札実施者に於て各入札者に対してこの点についての説明をした上で入札を施行した」として上告棄却したという事案である。

この事案について肯定的に解する見解があるが<sup>56)</sup>、極めて疑問である。すでに上述したように、ここでいう公の入札・競売とは原則として会計法規に基づいて行われる契約手続であって、そこで用いられる競争契約と随意契約は、契約相手方を競争により最低価格あるいは最高価格をつけたものとするか、特殊な事情の下で価格競争を行わずに契約相手方を選定して契約するかによって区別されており、また立法者は明確に入札の公正とは最低価格での契約を行うための競争の保護であると説明していたからである。

本件事案ではその方式を「指名競争入札」と呼んでいるものの、そこには全く価格競争がない。というよりもそもそもそこに競争が存在しえない。競争とはある価値基準に従ってそれをよりよく達成することを目指すものであるが、本件では敷札の価格は非公表なのであるから、たとえ敷札に一番近い者を契約者とするということが告知されていたとしても、そこには全く競争が生じ得ない<sup>57)</sup>し、その方式によって発注者はより有利な条

---

56) 坪内=松本・前掲注(45)202頁。松尾誠紀「判批」北大法学論集54巻2号(2003年)573頁。

57) 一番早くゴールをついた者を1位とする、2時間に一番近いタイムでゴールした者を

件で契約もできない。

また、会計法29条の6第1項、地方自治法234条3項は、「予定価格の制限の範囲内で、最高又は最低の価格をもつて申し込みをした者を契約の相手方とするものとする」ことを原則にしているのであるから、会計法規上の競争の目的は法規上まず第1義的には最も有利な価格で契約する点にある。したがって、この事案における方式が「指名競争入札」と呼ばれていても、それは一般的な意味における指名競争入札ではないのであるから、刑法旧96条の3第1項の成立を認めるべきではなかったといえよう<sup>58)</sup>。

### (3) 公正を害すべき行為

すでに述べたように、刑法旧96条の3は、公正を害すべき行為をしたことが要求されている。しかしながら、何をもって公正を害すべき行為であるかについてははっきりしない。偽計、威力が用いられたからといって、競売又は入札の公正を常に害するとはいえないのであるから、そこで行われる競売又は入札の性質に応じて、当該事案で用いられた偽計、威力が公正を害すべき行為になっているといえるかを判断していかざるを得ない。

### (4) 小 括

以上検討してきたところからわかるように、刑法旧96条の3第1項は事案の少なさにかかわらず、決して安定的に運用されてきたとはいいがたいし、解釈上の問題も多く残されているように思う<sup>59)</sup>。

---

▽ 1位とする、ということであればそこに競争が生じるし、競争阻害も起きうる。しかし、とりあえずゴールしてください、ゴール後に1位となるべき時間を発表しますというルールでは、参加者は競争のしようがない。もちろん、事前にその時間を知らされていた者がいればその者が1位となる可能性は高いだろうし、それが公正だとは思われない。しかしだからと言って、その1位を決める方式が「競争」によるものか、といわれれば、それは否定せざるを得ないであろう。

58) 同旨、高崎・前掲注(5)252頁。

59) 談合罪についても多くの判例の蓄積やそこで提示された解釈問題をめぐって華々しい展開がある。また、独禁法の改正など周辺法領域との理解も問題となる。

とりわけ、刑法旧96条の3第1項にいう「公の競売又は入札」の理解をめぐる最高裁判例には疑問点がある上に、刑法96条の6第1項が「公の競売又は入札で契約を締結するためのもの」とすることによって、この問題はさらに深刻になっている。

なぜなら、上述の判例における結論が支持され得たのは、立法趣旨はともかく条文の文言上「入札」が会計法規上のそれに限定されていなかったからである。したがって立法時の議論は十分に参酌しながらも、この入札概念を刑法の適用という観点から目的的に解釈することはなお許され得たといえるかもしれない。

しかしながら、そのようなあいまいさの中で運用されてきた刑法旧96条の3を刑法96条の6第1項にする際の議論において、立法者はやはり「会計法の第29条の3、第29条の5、第29条の6といった規定や、地方自治法の第234条といった規定にも規定されておりますように」と、明確に会計法規を参照したのである。

したがって、少なくとも「入札」概念は会計法規上の概念と一致すると解されるし、会計法規上それ以外の随意契約に分類される方式について、あるいは価格にかかわらない点を評価の対象とする方式については本罪の保護の対象外であるということになる。

刑法96条の6第1項の適用範囲は、会計法又は地方自治法の定める、一般競争入札、指名競争入札に限られ、随意契約は含まれない。なぜなら、刑法96条1項は自由な競争によって最低又は最高価格での契約をすることを目的としており、随意契約には競争に基づく価格の決定というプロセスがないからである<sup>60)</sup>。

さて、このように言い切って本稿を閉じてよいのであろうか。いやそうではない。

---

60) もちろんそれらの会計法規に準ずる形で個別に定められている規則に基づく競売、入札が含まれることになると思われるが、そこでも会計法規上の競争契約との関連性について検証する必要がある。

後述するように現在の公共調達にかかる入札においては必ずしも最低価格をつけた者が契約するシステムにはなっていない。最低価格をつけた者以外でも契約者となれるのであるからそのような入札制度は本条で保護する必要はない、としてよいのであろうか。

他方、現在行われている随意契約の中には、契約締結者を決定するにあたって見積書提出者の間に競争が行われる方式もある。そのような場合に行われた競争阻害行為は、随意契約であり入札を行わないのであるから本条の対象外であるとしてよいのであろうか。

いやそのようなものも競争阻害行為といえるのであるから規制する必要があるとした場合、それは刑法96条の6第1項によって規制可能なのであろうか。

刑法96条の6第1項の意義と限界は、現代の公共調達制度の方式と意義を明らかにすることによってしか明確なものとすることはできない。そして、公共調達制度が現在の形になるためには優に100年を超える歴史的展開があったのである。次章では、公共調達の方式の発展と現在を概観し、刑法96条の6がそのどこまでをカバーしうるのかどこが課題として残されているかを示してみよう。

## 4 公共調達の方式と刑法96条の6第1項

### (1) 公共調達を規律する法規の歴史展開

現行の公共調達の基本的なルールを定めたのは、明治22年制定の明治会計法第24条である<sup>61)</sup>。またそれを受けて会計規則も定められ、その中に競争参加者の条件や競争の方法について定めがある。そこから現代にいたる

---

61) 一般競争入札を原則とし随意契約を例外とする、フランス、ベルギー、イタリアの会計法規を参考に作成されたとされる。木下誠也『公共調達解体新書』（経済調査会 2018年）33頁以下参照。刑法96条の6第1項の典型例は予定価格の内報であるが、この予定価格制度はフランス会計法、イタリア会計法にある。

まで、法令上公共調達には常に一般競争入札を原則としており、他方で一般競争入札がもたらす悪質業者の参入、廉価入札、談合（入札妨害）、の3つをどのように排除するかに苦心し揺れ続けている。

会計法（明治22年） 第八章 政府ノ工事及ヒ物件ノ売買貸借

第二十四条

法律勅令ヲ以テ定メタル場合ノ外政府ノ工事又ハ物件ノ売買貸借ハ総テ公告シテ競争ニ付スヘシ但シ左ノ場合ニ於テハ競争ニ付セス随意ノ約定ニ依ルコトヲ得ヘシ

一～十四 省略

会計規則（明治22年） 第七章 政府ノ工事及物件ノ売買貸借

第六十九条

工事又ハ物品供給ノ競争ニ加ハラントシ若クハ其契約ヲ結ハントスルモノハ其工事又ハ物品ノ供給ニ二年以来従事スルコトヲ證明スヘシ

第七十二条

競争ハ総テ入札ノ方法ヲ以テ行フヘシ

第七十五条

各省大臣若クハ其委任ヲ受ケタル官吏ハ其競争入札ニ付シタル工事又ハ物件ノ価格ヲ豫定シ其豫定価格<sup>62)</sup>ヲ封書トシ開札ノトキ之ヲ開札場所ニ置クヘシ

---

62) なお予定価格がなぜ必要かについて「而シテ此ノ豫定価格ヲ設クルノ必要ハ、若シモ之ヲ設ケスシテ、単ニ工事又ハ買上ノトキハ最低価、拂下ノトキハ最高ト云ウコトトセハ、其ノ最低価最高価ト称スルモノモ、政府ノ見込ミニ反スルコト遠クシテ、為メニ損失ヲ受クルコト大ナリ」だからだと説明されている。工藤重義『会計法論』（厳松堂書店 1917年）162頁。予定価格は談合その他の方法により不正な利益を得るといった目的に対する上限拘束性というストッパーとしての役割を持っていたといえよう。他方で、予定価格を超えた場合には、落札業者がいないという事態が発生しても、契約を締結することができず不落となる（会計法第29条の6）点については従来から批判があった。これを予定価格の上限拘束性という。



## 第七十七条

開札ノ上ニテ各人ノ入札中一モ第七十五條ニ攪リ豫定シタル価格ノ制限ニ達セサルトキハ直ニ入札人ヲシテ再度ノ入札ヲ為サシムルコトヲ得

このように明治会計法では一般競争入札を原則とし14項目に限定して随意契約を結ぶことができるとしていた。一般競争入札が原則とされた理由は「本條ノ規定ナキトキハ取引ノ間ニ私曲行ハレ易ケレトモ廣ク競争ニ付スルトキハ政府ノ取扱イヲ公明ニシ当局官吏ノ廉正ヲ保チ政府ノ為メニ經濟上ノ利益モ少ナカラサルナリ<sup>63)</sup>」とされた。

その後順次勅令により一般競争入札以外で契約ができる範囲が拡大するが、その中でも2つの大きな勅令がある。1つは競争入札が2回不調又不落であった場合には随意契約をすることができるという明治23年勅令第193号と、指名競争入札を導入する明治33年勅令第280号である。

競争入札ナキトキ又ハ豫定価格ノ制限ニ達セサルアルトキ随意契約ヲ為スコトヲ得ルノ件

政府ノ工事又ハ物件ノ売買貸借ニシテ競争ニ付スルモ入札者ナキトキ又ハ会計規則第七十七条ニヨリ再度ノ入札ニ付スルモ尚ホ豫定価格ノ制限ニ達セサルトキハ随意契約ヲナスコトヲ得但シ之カ為メ最初競争ニ付スルトキ定メタル価格其ノ他ノ條件ヲ変更スルコトヲ得ス

指名競争入札ノ件

政府ノ工事又ハ物件ノ購入ニシテ無制限ノ競争ニ付スルヲ不利トスルトキハ指名競争ニ付スルコトヲ得

前項ニヨリ契約ヲ為シタルトキハ事由ヲ詳具シ直ニ各省大臣ヨリ会計

---

63) 北島兼弘=石渡傳藏=徳山銓一郎著『会計法積義』(博聞社 1890年)95頁。

検査院ニ通知スヘシ

（制限）

- 一 工事請負業者又ハ物品買込商連合団結シテ不当ノ価格ニ競落セントスルノ虞アルトキ
- 一 無資無産ノ徒競争ニ加ハリ為ニ正当ノ請負業者又ハ買込商ノ競争ニ妨害ヲ加フルノ虞アルトキ
- 一 内外国人ヲ問ワス請負事業者又ハ買込商ニシテ不当ノ価格ヲ以テ競争ニ加入シ内国産業ヲ壓倒スルノ虞アルトキ

このように会計法に指名競争入札を導入することとされたのは、一般競争入札の弊害を取り除こうとしたからである。

もっとも会計法には罰則規定がなく<sup>64)</sup>、また談合についての一般刑罰規定もなく、詐欺罪による処罰も否定された<sup>65)</sup>ことから、談合はいわば公知の事実として行われていた。

明治会計法においては勅令等による修正が多くありまた手続きが煩瑣であったこともあって、改正機運が持ち上がり、1921年に会計法が改正され大正会計法が成立した。大正会計法における方法は次のようなものである。勅令で追加された指名競争入札が正規の競争方法として取り入れられ、かなり広範囲で利用できるようになっていたことが注目される。また、勅令で追加されていた随意契約とすることができる条項のほとんどが条文として規定された。

会計法（大正10年） 第七章 契約

第三十一条

政府ニ於テ売買貸借請負其ノ他ノ契約ヲ為サムトスルトキハ勅令ヲ以テ定メタル場合ヲ除クノ外総テ公告シテ競争ニ付スヘシ

---

64) 前述のように入札の参加資格が制限されるに過ぎない。

65) 前掲注（13）。

国務大臣前項ノ方法ニ依リ契約ヲ為スヲ不利ト認ムル場合ニ於テハ指名競争ニ付シ又ハ随意契約ニ依ルコトヲ得但シ不動産売拂ニ付テハ此ノ限りニ在ラス

会計法規則(大正10年) 第七章 契約 第三節 指名競争入札  
第百十条

会計法第三十一条第二項ノ規定ニ依ルノ外左ニ掲クル場合ニ於テハ指名競争ニ付スルコトヲ得

一～六 省略

随意契約ニ依ルコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ指名競争ニ付スルコトヲ妨ケス

大正会計法においても、一般競争入札が原則であることには変わりがない。そこに指名競争入札が導入されたのは一般競争入札の持つ弊害が指摘されていたからである。すなわち「代価の低廉と物品の粗悪」と「御用商人の弊害」である<sup>66)</sup>。前者は、廉価入札により契約者となり、その後、官庁の検査の目をかいくぐって粗悪な品を納入する業者があとを絶たなかったこと、後者は連合して価格を引き上げ又は引き下げ、あるいは落札業者を選定し、新加入者の入札を妨害する、落札業者を暴行脅迫するなどの行為があったり、落札した契約を下請けに丸投げすることで本来安価で契約できたものを妨害し、又、無資産者の加入によって正当な商人の営業が妨害されていたことなどがそれである。その弊を避けるために「真面目を以て競争に加らむとする者のみを選択しこれを指名して該指名者に限り競争せしめ<sup>67)</sup>」る制度を導入したという。

発注者としてみれば、低価格で契約を締結することと適切な工事の施工・物品の納入がされることのどちらを重視するかと言われれば、予定価

66) 平山慶次郎『会計法規義解』(自治館 1922年)321頁以下。

67) 武藤栄治郎『会計法規通論』(東京宝文館 1922年)519頁。

格内であれば、適切な工事の施工・物品の納入がなされることを重視することになろう。そのためには、入札業者について契約の目的を確実に実行できる業者に絞って入札に参加させ、そのような業者による競争によって契約を締結した方が契約の目的が達成されやすいと考えるだろう。

そのような利点があることから、大正会計法制定以降、指名競争入札による契約が増えていくことになる。

もっとも、この時点ですでに指名競争入札の問題点が指摘されており「之が執行に当たりては厳密なる注意を拂ひ指名競争より生じる弊害の防止に努めざるべからず然らざれば或は徒らに二三の寵商を庇護するの便法とも為り或は時価よりも高き所謂慣行価格を以て落札するも敢て之を怪しとせざるが如き弊を醸すこともあり<sup>68)</sup>」と指摘されていた。

したがって、一般競争入札が主とされた時代においても指名競争入札が導入された時代においても、他の落札者への不当な要求や、価格・落札者の選定にかかる談合という問題は尽きることにはなかったことが刑法の昭和16年改正へとつながっていったことがわかる。

大正会計法はその後大きな改正をされることなく、昭和へと引き継がれ、戦時中には「会計法戦時特例」によって指名競争入札、随意契約が広範に許容され、また「会計規則等戦時特例」によって随意契約の範囲がさらに拡大されることになった。

1946年に日本国憲法が制定されたのに伴い、1947年に大正会計法を改正した「会計法」及び会計規則にあたる「予決算」が制定された。また地方自治法が制定され、地方公共団体の契約についても定められた。

#### 会計法（1947年） 第4章 契約

##### 第29条

各省各庁において、売買、賃借、請負、その他の契約をなす場合にお

---

68) 武藤・前掲注(67)519頁以下。

いては、すべて公告して競争に付さなければならない。但し、各省各庁の長は、競争に付することを不利と認める場合その他政令で定める場合においては、大蔵大臣に協議して、指名競争に付し又は随意契約にすることができる。

## 地方自治法 第9章 財産 第6節

### 第243条

普通地方公共団体は、法律又は政令に特別の定めがある場合を除く外、財産の売却及び貸与、工事の請負並びに物件、労力その他の供給は競争入札に付さなければならない。但し、臨時急施を要するとき、入札の価格が入札に要する経費に比較して得失相償わないとき、又は議会の同意を得たときは、この限りではない。

以上のように、会計法の規定は大正会計法を引き継いだものとなっており、また戦時統制経済下で随意契約が主たる契約方法となっていたものも戦時下の特例が全廃され再び指名競争入札が主たる方法として採用されることになった。会計法はこの後1961年まで大幅な改正をされることがなく<sup>69)</sup>、戦後一貫して指名競争入札が行われ続けた。

以上のような過程を経て、日本の公共調達制度の特徴とされる「指名競争、予定価格、談合の3点セット<sup>70)</sup>」が作られてきた。明治会計法ができてからすでに130年になろうとしている現代においてもなおこの問題が完全に解消したとはいえないとしても、特に1990年代以降の改革はこの3点セットがもたらす弊害をいかに乗り越えていくかという視点から行われたもの、そして現在も行われているものであり、公共調達制度の適正化、公

---

69) 1952年には、会計法29条の「大蔵大臣に協議して」が「政令の定めるところにより」に改められた。

70) 金本良嗣「公共調達制度のデザイン」会計検査研究7号(1993年)36頁。これを楠茂樹『公共調達と競争政策の法的構造(第2版)』(上智大学出版 2017年)13頁は「問題はこの3点セットをどのように理解するかだ」とする。

正さを理解する出発点といえる。

戦後まず問題とされたのは、廉価入札（ダンピング）であった。すでに当時廉価入札による不適正な工事、納入にまつわる様々な問題が認識されていたが、それを規制することができなかったのは、そこを変革することは競争入札の最大の目的とされていた最低価格自動落札主義を放棄することを意味していたからである。しかしついに1961年の会計法の改正によってこの点にメスが入ることになる。

#### 会計法（1961年改正）

##### 第29条の3

1 契約担当官、代理契約担当官、分任契約担当官、支出負担行為担当官、代理支出負担行為担当官及び分任支出負担行為担当官（以下「契約担当官等」と総称する。）は、売買、貸借、請負その他の契約を締結する場合においては、第三項及び第四項に規定する場合を除き、公告して申込みをさせることにより競争に付さなければならない。

2 前項の競争に加わろうとする者に必要な資格及び同項の公告の方法その他同項の競争について必要な事項は、政令でこれを定める。

3 契約の性質又は目的により競争に加わるべき者が少数で第一項の競争に付する必要がない場合及び同項の競争に付することが不利と認められる場合においては、政令の定めるところにより、指名競争に付するものとする。

4 契約の性質又は目的が競争を許さない場合、緊急の必要により競争に付することができない場合及び競争に付することが不利と認められる場合においては、政令の定めるところにより、随意契約によるものとする。

5 契約に係る予定価格が少額である場合その他政令で定める場合においては、第一項及び第三項の規定にかかわらず、政令の定めるところにより、指名競争に付し又は随意契約に付することができる。

## 第29条の5

第二十九条の三第一項、第三項又は第五項の規定による競争（以下「競争」という。）は、特に必要がある場合においてせり売りに付するときは除き、入札の方法をもつてこれを行なわなければならない。

## 第29条の6

1 契約担当官等は、競争に付する場合においては、政令の定めるところにより、契約の目的に応じ、予定価格の制限の範囲内で最高又は最低の価格をもつて申込みをした者を契約の相手方とするものとする。ただし、国の支払の原因となる契約のうち政令で定めるものについて、相手方となるべき者の申込みに係る価格によつては、その者により当該契約の内容に適合した履行がされないおそれがあると認められるとき、又はその者と契約を締結することが公正な取引の秩序を乱すこととなるおそれがあつて著しく不相当であると認められるときは、政令の定めるところにより、予定価格の制限の範囲内の価格をもつて申込みをした他の者のうち最低の価格をもつて申込みをした者を当該契約の相手方とすることができる。

2 国の所有に属する財産と国以外の者の所有する財産との交換に関する契約その他その性質又は目的から前項の規定により難い契約については、同項の規定にかかわらず、政令の定めるところにより、価格及びその他の条件が国にとつて最も有利なもの（同項ただし書の場合にあつては、次に有利なもの）をもつて申込みをした者を契約の相手方とすることができる。

1961年改正は29条の書きぶりを変更するものであったが、特に会計法29条の6第1項に「予定価格の制限の範囲内で最高又は最低の価格をもつて申し込みをした者を契約の相手方とする」という最高・最低落札主義が初めて会計法の条文に書き込まれるとともに、入札価格が低い者に対して、

契約の内容に適合した履行ができるかどうかの調査制度、低入札価格調査制度が導入されることになった点が最大の変更点である<sup>71)</sup>。

また、同2項はごく限られた場合には価格以外の条件によって契約締結者を選定することができることとした。

なお、1963年の地方自治法施行令の改正によって、地方公共団体は最低制限価格制度を利用することもできることとなった。最低制限価格制度とは、たとえ予定価格の制限以内であっても一定の基準以下の入札をした者は落札者としなない制度のことをいう。

このような（最低）価格以外の要素による落札という制度が導入されたものの、実際にはこのような制度は十分には活用されなかったとされる<sup>72)</sup>。また最低価格入札者が落札するというシステムに大きな変更はなかった。これ以降会計法、予決令の大きな改正はされることはなかった。

しかし、1977年の独禁法「課徴金制度」の導入による摘発の増加、ゼネコン汚職事件によっておきた談合に対する激しい非難は、指名競争入札から一般競争入札への回帰を生むこととなった。また、「公共工事の入札及び契約の適正化の促進に関する法律」に基づく情報公開の促進、「入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律」の制定による官製談合の対策が行われた（ともに2002年）。

そしてダンピング入札による手抜き工事を防止するために2004年の「公共工事の品質確保の促進に関する法律」（以下「品確法」と呼ぶ。）における「総合評価落札方式」の導入によって、（公共工事に関してのみではあるが）ついに価格のみならず品質をも評価基準とする落札者決定システムが導入された。

品確法はその3条第2項に「経済性に配慮しつつ価格以外の多様な要素をも考慮し、価格及び品質が総合的に優れた内容の契約がなされることにより、確保されなければならない。」と定める一方で同4項に「公共工事

---

71) 当然であるが「売」の場合には最高価格を入札した者が落札するものであった。

72) 木下・前掲注(61)85頁。



の品質確保に当たっては、入札及び契約の過程並びに契約の内容の透明性並びに競争の公正性が確保されること、談合、入札談合等関与行為その他の不正行為の排除が徹底されること並びに適正な施工が確保されることにより、受注者としての適格性を有しない建設業者が排除されること等の入札及び契約の適正化が図られるように配慮されなければならない。」と定め、さらに同5項は「公共工事の品質確保に当たっては、民間事業者の能力が適切に評価され、並びに入札及び契約に適切に反映されること、民間事業者の積極的な技術提案（競争に付された公共工事に関する技術又は工夫についての提案をいう。以下同じ。）及び創意工夫が活用されること等により民間事業者の能力が活用されるように配慮されなければならない。」と規定している。

これらの規定は、契約締結者選定の唯一の基準は価格である、としてきた制度を、その者が持つ技術力・契約履行能力の高さをも加味した上で、相手方を決定していくというシステムへの転換を意味している。もちろん、この制度は悪用すれば、随意契約のように競争を排除した見せかけの競争となってしまいかねない。そこで、特に不正行為の排除がうたわれる一方で、業者からの技術提案を受けることでより高いレベルでの工事の完成を目指すというシステムになっている。

さらに、随意契約についても、それまでは契約の相手方が1者しかいない場合に行われる特命随意契約が多く行われていたが、官民の癒着の温床と言われ、随意契約の適正化に向けた取り組みも行われるようになる。2006年には財務省から「公共到達の適正化について<sup>73)</sup>」という文書が出された。その「1(2) 随意契約による場合」の中に、「競争性のない随意契約を行ってきたものについては②に掲げる区分に照らし、一般競争入札（総合評価方式を含む。）又は企画競争若しくは公募を行うことにより、競争性及び透明性を担保するものとする。」として、それまで随意契約に

---

73) 財務省「公共調達 の適正化について（平成18年8月25日）」([https://www.mof.go.jp/budget/topics/public\\_purchase/koukyou/koukyou\\_02.htm](https://www.mof.go.jp/budget/topics/public_purchase/koukyou/koukyou_02.htm)〔2020年5月28日閲覧〕)。

よって行ってきたものについても競争を行うことが求められるようになった。

そして、2014年には品確法が改正され、第3章に多様な入札及び契約の方法等という規定が設けられ、15条に競争参加者等の技術提案を求める方式、16条に段階的選抜方式が定められた。これまでの方式は発注者側からの一方的な要求に価格でこたえるというものであったところ、17条に発注者と技術提案者が、その審査において改善を求めたり改善を提案する機会を設けることや、18条に当該工事の仕様の確定が困難である場合には技術提案者と交渉して仕様を確定し、また予定価格を定めることができるとされている。

このように、様々な変遷を経て、現在では会計法規及び関連法の、一般競争入札、指名競争入札、随意契約という契約方法の中に多様な契約者選定の方法が定められている。

ここまでの流れを整理するとともに、現在の公共調達制度について概観してみよう。

## (2) 現代の公共調達制度の持つ課題

(1) では我が国における公共調達制度の発展を明治期から追ってきた。我が国における入札の基本は、一般競争入札と最低価格自動落札主義であった。それは、明治時代に形成されたシステムではあったが、廉価入札による問題、談合による不正な競争阻害という問題を抱えているものであった。

この点、発注者側としては工事・納入が適正に行われることこそが目的であり、予算の濫費とまでいえないければ（予定価格を超えなければ）、信頼できる業者に任せられた方が満足できる結果が得られることになる。それが指名競争入札導入の目的であろう。

指名競争入札は発注者としては、指名業者に加えるか否かをちらつかせることによって業者への指導がより行いやすくなるというメリットがあ

り<sup>74)</sup>、他方業者の側には、指名業者間で協定して、入札金額及び落札者を選定することができるというメリットがあった。大正会計法から1990年代まで指名競争入札が行われ続けてきた背景をこのように理解することができる<sup>75)</sup>。

もっとも、それは官民の癒着と談合による価格のつり上げによって行われる「公正ではない方式」であったといえる。また、談合が行われても予定価格を超える不落が発生しては元も子もなく、そのように一種の連合体が調達目的を達成してくれる代わりに発注者は、様々な方法でこの予定価格を業者に伝達しようとしてきた。それが広く官製談合が行われてきた背景にあるだろう<sup>76)</sup>。

指名競争入札と談合の被害者はだれだろうか。発注者は適正な工事が実行されることで満足であるし、業者は定期的な落札者となることができる協定の下で、予定価格ぎりぎりの価格で落札し十分な利益を得ていたことから、満足であっただろう。そこには被害者はいない。指名競争入札・談合の真の被害者は我々納税者ということになる。1990年代以降の世論からの激しい談合批判の中でようやくこの制度へメスが入り、一般競争入札、随意契約の制限という流れができるのではあるが、ただ原則へ回帰するだけでは指名競争入札が出てきた大きな理由である一般競争入札のデメリットの再顕在化、逆にいえば指名競争入札、随意契約のメリットの放棄という問題が出てくることになろう。

これまで見てきたところからわかるように、公共調達には、発注者側から

---

74) 楠・前掲注(70)15頁は、日本土木工業協会が2006年に出した「透明性ある入札・契約制度に向けて」という宣言を、談合が持っていた様々な非公式な協力などの「『旧来のしきたりとの決別宣言』と呼んだ方がよさそうだ」という。

75) 楠・前掲注(70)27頁及び31頁以下。

76) 予定価格は入札業者には知られないことを原則とするが、前述のようにいくら業者間の協定がうまくいっても、入札価格が予定価格を超過した場合には契約締結できないのであるから、業者側は何とかして予定価格を入手しようとし、それを知る発注者を取り込もうとする。また発注者も予定価格の内報を通じて不正な利益を得るという動機があった。

の調達をより高いレベルで、しかもより安く達成するという目的と、事業者側からのできるだけ高い値段で受注し、しかも少ないコストで実現するという目的という、およそ両立が不可能な矛盾する要求の中にある。公共調達をめぐる政策は、その矛盾する目的の中でどのようにバランスをとっていかかという極めて難しいかじ取りを求められているのである。

もっとも、公共調達は、昭和22年以来、会計法29条の3に定める一般競争入札、指名競争入札、随意契約の3種に限定され、競争は入札により行われ、入札は入札者のうちで予定価格の制限内で最高価格または最低価格をつけた者が落札するという基本原則の中にある。

しかし、現在では最低価格自動落札主義の例外として、低価格の入札においては場合により履行能力の調査がされ、不適合であれば相手方となれないとする制度、及び例外的な場合ではあるが価格以外の点を加味して契約の相手方とすることができる制度が導入されている（なお公共工事の契約においては品確法によって競争参加者の技術的能力の審査を踏まえた総合評価落札方式が原則である）。

他方で、競争性がないものとして規定されてきた随意契約も列挙された限られた場合に限定され、それ以外の場合には競争入札によるか企画競争若しくは公募を行うことが求められるようになった。企画競争とは、契約相手選定に際して、「業者選定の公平性、透明性を図る為複数の業者から企画書等を提出させるなどして、これらの内容や業務遂行能力が最も優れたものを選定する方式をいう<sup>77)</sup>」。また公募とは「行政目的達成のため、どのような設備又は技術等が必要であるかをホームページ等で具体的に明らかにした上で、参加者を募る方式<sup>78)</sup>」のことをいい、競争性のある随意契約といえるが、最低価格をもって契約締結者を決定するわけではないと

---

77) 財務省会計制度研究会「会計制度（契約）に関する論点について（令和元年6月）」3頁（[https://www.mof.go.jp/about\\_mof/councils/kaikeiseido/6-2rontennseiri.pdf](https://www.mof.go.jp/about_mof/councils/kaikeiseido/6-2rontennseiri.pdf)〔2020年5月28日閲覧〕）。

78) 財務省会計制度研究会・前掲注（77）4頁。

いう点では入札とは異なる。

(3) 競争と価格——刑法96条の6第1項は何を守っているのか——

では以上みてきた、刑法96条の6第1項の制定過程、公共調達制度の現状についての検討をもとに本稿の問題関心について検討してみよう。

本稿の問題関心は「刑法96条の6は立法者のいうように、刑法旧96条の3から何らの変更もなく現在も適用されるのであろうか」という点にあった。この答えは明確である。否である。

なるほど確かに、明治会計法・大正会計法から、昭和16年改正を経て、1990年代まで刑法旧96条の3が問題としていた背景は基本的には変化がなかったであろう。大正会計法における指名競争入札の導入、刑法による談合処罰の難しさ、随意契約の拡大といった談合を生む背景の中で、発注者からの予定価格の内報によって入札の公正が害され、また談合による不公正な契約が行われ続けてきた。しかしながら、1960年代の低価格入札調査制度、最低制限価格制度による最低価格自動落札主義の制限、1990年代の談合に対する厳しい批判の中での一般競争入札への回帰、それに伴う一般競争入札の弊害除去のための諸制度の導入、とりわけ公共工事において最低価格自動落札主義から総合評価落札方式への転換が行われたこと。なにより、競争性がないという理由で刑法旧96条の3の対象外とされていた随意契約への競争性の導入といった変化が2003年の法案提出から2011年の成立施行の間に行われていた。その間立法時には立法テーマではないという理由で、その後はただ抱き合わせの提出法案のみを変えるだけで、刑法96条の6の案は8年間も塩漬けにされていた。これは立法の怠慢としか言いようがない。

それは、刑法96条の6第1項の解釈に影響を及ぼす。すなわち、1つは本条における「公の入札によって契約を締結するためのもの」という入札とは何か、という問題であり、もう一つは「入札の公正を害すべき行為」とはなにか、という問題である。

前者から考えてみよう。会計法29条の5にあるように競争は入札の方法をもって行わなければならないとしているから、ここでの競争は文言上一般競争入札と指名競争入札において行われる入札のことを意味していることは明らかである。地方自治法234条も同様に解することができる。したがって随意契約は入札を行わないのであるから、本条にいう「公の入札によって契約を締結するためのもの」には当たらないということになる。

しかしながら、この解釈の前提は、随意契約（特に特命随意契約）は、競争によらずに特定の業者と交渉して契約条件を決めていくのであるから、入札によるものではないという点にある。もっとも、現在の随意契約においては企画競争、公募、といったような契約締結者を決定する際に複数の業者の競争が存在するものがある。そのようなものを本罪において保護することが必要であろうか。

既にふれた最判昭和33年は「入札の結果入札施行者に最も有利な条件（価格のみが競争の対象であるときは最低価格）を申し出たことを契約締結の唯一の要素とする場合に限定すべきではなく、そのことを重要な要素としてこれにその他の条件を加味して落札者を決定することができる場合も、前記競争入札の実質を保有するものであるから、同条にいう公の入札に当るものと解すべきである。」とする。もっとも「本件当初の見積による随意契約の方式をもって、指名競争入札の実質を具備するもの（傍点筆者）と判断したことは正当であつて、これを所論のように単なる随意契約であると認めることはできない。」というのであるから、これは随意契約であっても入札に当たるとした先例とみるべきではなく、（指名）競争入札に類似しているが、価格以外の点も考慮に入れて落札者を決定するシステム、今でいうところの会計法29条の6第2項（又は地方自治法234条第3項但書）にいう総合評価方式による一般競争入札が本罪に含まれるかを判断するうえで参考となる判例ということになる<sup>79)</sup>。

---

79) もっとも、総合評価方式は価格点と技術点を総合して決めるものであり、技術点こそが落札者選定の重要な要素となる場合もあり、昭和33年決定のように付加的に考慮される。

つまりこの判例では企画競争あるいは公募によるいわゆる競争性のある随意契約が本罪の範囲に含まれるかは確定していない。

この問題は「公正を害すべき行為」にも影響する。もし公正を害すべき行為とは競争阻害行為であるとする、競争による随意契約も競争により契約締結者を決める方式なのであるから、そこで行われる偽計・威力が競争を阻害しようとして本罪の成立を認めることになろう。しかし、もしそうであるならやはり刑法96条の6を制定する際に例えば「公の競争により契約を締結するものの公正を害すべき行為」といった形に改めるべきだったのではないだろうか。

しかしそれでは本罪は公務の保護であるとする通説の見解に沿わないことになるだろうし、単なる競争保護を目的とするのであれば、独占禁止法は公正かつ自由な競争促進を目的としているのであるから、公正な競争保護については独占禁止法に任せるということも考えられる。

「公の入札によって契約を締結するもの」という文言上の制約がある以上、競争によって行われる随意契約について本罪の適用を拡張することには慎重でなければならないとともに、その点に関して現在の公共調達制度を十分に研究した上で、それに合う立法を行うべきであると考ええる。

また判例通説とされる施行者等利益侵害説<sup>80)</sup>は「公正とは、競売・入札が自由に行われたなら不利益を受けなかったであろう利益の帰属者が、経済的不利益（入札の場合は施行者（国又は公共団体）の経済的不利益、競売の場合は債権者・債務者の経済的不利益）を受けないことを意味する<sup>81)</sup>」とする説であるが、「売」を対象とする制度の保護については入札者・落札者に対する不当な干渉などが利益を害することは説明がつくとしても、もはや入札は単に価格の優位性のみを追求する制度だけではないのであるから、

---

↘といったものではないから、その点においては慎重な判断が求められよう。もっとも、総合評価方式も一般競争入札の1つであるから、会計法規における入札競争の手続きに從う。

80) 京藤・前掲注(5)382頁。

81) 京藤・前掲注(5)375頁以下。

随意契約は当然のこと（企画競争は提案内容と価格を総合評価するものではあるが、実際には提案された企画の最も優れたものが契約締結者となることが多い）、総合評価方式による一般競争入札の場合ですら、「公の入札」と評価できなくなる可能性がある。もちろん、施行者等の利益を価格以外の利益にまで拡張することによって、該当範囲を変更することは可能であろうが、その拡張の根拠と限界については曖昧になるとの批判を免れ得ないであろう。

また、品確法における改善の提案や指導、予定価格の決定方法の変化など、従来であれば、従来発注者と業者との間の癒着との評価を受け得るような「交渉」という手続きが、正式な手続きとして表れてきている。このような流れの中で、「公正を害すべき行為」の中身についても、現状の公共調達制度における公正のあり方から再び論じることが求められている。

## 5 おわりに

以上、刑法96条の6第1項の公契約関係競売入札妨害罪の現状と課題を検討してきた。刑法96条の6第1項、またその前身となる刑法旧96条の3は単なる刑法上の問題として考えるべきではない。その前提となる制度が、いかなる趣旨でもうけられ、どのような課題を抱え、どのように解決しようとしているか、という点を考慮することなく、単なる刑罰法規の適用という側面からのみ判断することは、結局のところ公共調達の担当者または業者に対して、現場の必要性や会計諸法規の解釈を超えた不必要な刑罰威嚇を向けることになりかねない。

この点は、強制執行妨害罪を研究した拙稿においてもつとに指摘したところである。筆者の目には近時の刑罰法規の目を見張る拡張は拙速で近視眼的なものとして映っている<sup>82)</sup>。刑法の二次規範性という言葉が空虚なも

---

82) 拙稿（2013年）・前掲注（2）で検討したように、強制執行妨害罪関係の改正については、真実譲渡への強制執行妨害罪の拡張や、強制執行という文言の解釈など、極めて重



のとならないように、刑罰法規の成否が問題となっている対象について、もっと真摯に学ぶ姿勢が必要なのではないだろうか。

最後に、既に冒頭で述べたように刑法96条の6の検討は談合罪の検討を抜きにして語ることはできまい。しかし、談合罪を検討するにあたっては、従来のように談合の悪性のみに着目した解釈論を展開するだけでなく、本稿で検討した立法的展開及びその対象となる公共調達制度の現在の理解が前提となることはいうまでもない。

本稿を発展させる形で、刑法96条の6に対する包括的な考察を加えることが本稿に残された課題である。

---

↘ 大きな問題を含んでいたにもかかわらず、わずか4回の検討会で案が決定されている。また、本稿の対象とする刑法96条の6については上述のように「立法テーマではない」というまったく理由にならない理由で検討から外されていることを許してしまっていることには重大な問題が含まれている。