

Title	談合罪、公務の執行を妨害する罪、不当な取引制限の罪、職員による入札等の妨害罪を巡る覚書
Sub Title	A memorandum on the genesis of crime of collusion (section 96-6 II JPC)
Author	伊東, 研祐(Ito, Kensuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2015
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.31 (2015. 2) ,p.21- 42
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20150227-0021

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

談合罪、公務の執行を妨害する罪、 不当な取引制限の罪、職員による入札等の 妨害罪を巡る覚書

伊 東 研 祐

- 1 はじめに
- 2 平成 23 年刑法一部改正と談合罪（刑 96 条の 6 第 2 項）
- 3 平成 18 年入札談合等関与行為防止法一部改正と談合罪（刑旧 96 条の 3 第 2 項）
- 4 昭和 16 年刑法一部改正と談合罪（刑旧 96 条の 3 第 2 項）
- 5 平成 23 年刑法一部改正前の談合罪（刑旧 96 条の 3 第 2 項）の解釈視座
- 6 おわりに

1 はじめに

刑法における財産犯なかんずく財物奪取罪ないし移転罪の法益を「占有」に求める見解の基礎には、社会構成員は自らの欲する財物の帰属・利用利益等を当該財物の現在の占有者から実力等によりその意に反して取得してはならない、という自力救済の禁止・自救行為の禁止に似た観念が存するように思われる。判例¹⁾を含めた伝統的な立場は、それについて、裁判所等の判断による民事司法制度を通じた帰属決定等を予定する「法秩序の維持」という実質的根拠付けを行うが、個人的法益である「占有」に関するものとしての当否は一先ず措こう²⁾。この実質的根拠付け自体は、翻って見れば、自救行為が——正当防衛（刑 36 条）・緊急避難（刑 37 条）と並ぶ緊急行為の一範疇として——その原則

1) たとえば、最決昭和 61 年 7 月 18 日刑集 40 卷 5 号 438 頁（特に、長島補足意見・同 444 頁）、最決平成元年 7 月 7 日刑集 43 卷 7 号 610 頁等参照。

の禁止を解かれる根拠とされる「法の確証」の原理ないし「法の代行的確証」の観念と表裏一体のものでもあって、近時の判例等による正当防衛状況論の展開³⁾ というような射程の不安な結果を生じてはいるものの、ある意味では、常套的なもの・慣用的なものに過ぎない。社会構成員の共存・共生の為に（いわば外部的あるいは上位的に）存する（と想定されている）国家が、刑罰という手段を用いて原初的且つ静的な（最小限の）事実状態・基盤としての平和な共存を保障するということは、イメージとして直截に理解され、要するリソースの大きさも相対的には見過ごされ得るものだからである。しかしながら、実体的には、国家も社会構成員であるし、社会構成員の共存・共生は静的な結果ではなくして継続的に展開する動的な相互プロセスであり、国家が他の社会構成員との間で（刑罰権の取得と交換に）独占的に提供を約束している基本諸制度は、そのプロセス自体を活動させ維持発展させる機能を担う（べき）ものでなければならず、国家が自ら背負い込んだ責任・負担の重さ・履行困難性は、社会状況の多次元における加速度的な変化に伴って、増大し続けるばかりのものである。破綻を回避する為には、実体を敢えて見過ごしてはならないし、破綻を回避する手段として共存・共生を否定する実力の行使が選ばれてきたという歴史を忘れてはならない。資本主義市場経済社会における構成員の共存・共生を保障する為の制度である「競争」の確保手段としての経済刑法を学ぶようになって、そのようなことを強く感じさせられ、また、解釈論上の違和感・捻れ

2) 筆者は、かねてから、私的自治の尊重の為の事実的状态・基盤の保護、「財産に関して市民が自由な意思決定に基づく（利用・処分を含んだ意味での）支配を為し得る、且つ、為している事実的状态・基盤」の保護という根拠付けを提示している。詳細につき、伊東研祐『現代社会と刑法各論〔第2版〕』（2002年）191頁以下参照。

3) 正当防衛状況論という呼称が一般的か否かは定かでないが、ここでは、正当防衛（刑36条）という違法性阻却事由の適用の大前提として、問題とされる行為・事態が緊急行為と見られ得る（規範的）状況中に在ることを要求する見解を指している。侵害を十分に予期していて、官憲による保護（官憲により設置・提供される制度に則った保護）を求め待つ余裕があるにも拘わらず、敢えて自ら積極的な実力行使・加害攻撃等の意思で侵害に臨むのは、いわば単なる喧嘩であって緊急行為には該らず、刑法36条の適用を論じる余地はない（同条2項の過剰防衛も認められない）、というように構成される。

を除去したくなることが少なくない。その最も顕著な事例の一つが談合罪を巡るものであることは、多言を要しないであろう。少なからぬ先達に倣い、筆者なりの思いを語ることにさせて戴きたい。

安富潔君は、同時期の学会／学界デビューということを契機にお付き合い戴くようになって以来の古い友である。とはいえ、専門が違うこともあって、学問上の議論を闘わせるというような野暮な関係に在った訳ではないし、程なく地方暮らしを選んだ者が機会を捉えて多くの楽しい一時を過ごさせて戴いた兄貴分というべき存在であって、時を経て法科大学院の同僚として愚痴が混ざるようになって以降、退職された後も、その関係は基本的には変わっていない。都合の良い身勝手な信頼に誠実に応え続けて下さっていることに、心からの感謝を申し上げたい。慶應義塾御在職の最後の年度に漸く共同担当に達することのできた「経済刑法」に関する本小稿を捧げる次第である。

2 平成 23 年刑法一部改正と談合罪（刑 96 条の 6 第 2 項）

情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律（平成 23 年法 74 号）は、「近年におけるサイバー犯罪その他の情報処理の高度化に伴う犯罪及び強制執行を妨害する犯罪の実情にかんがみ、これらの犯罪に適切に対処するとともに、サイバー犯罪に関する条約を締結する⁴⁾」という懸案の課題に漸く対応すると共に、様々な意味において状況制約的であった我が国の昭和 16 年（1941 年）という時点において刑法典に創設・追加された談合罪（刑旧 96 条の 3 第 2 項）にも「所要の法整備を」加えた。同項自体には形式的な規定文言の変更はなかったが、第一に、強制執行関係売却妨害罪（刑 96 条の 4）の新設に伴う保護対象の公（共）契約関係の競売・入札への限定、第二に、法定刑の上限の懲役 3 年への引き上げ、そして、第三に、選択刑としての懲役と罰

4) 第 177 回国会・衆議院法務委員会会議録 13 号（平成 23 年 5 月 25 日）1 頁以下（江田五月法務大臣による法案趣旨説明より）。

金の併科の導入が行われた。……それらによって、談合罪を巡る解釈論は変わったのであろうか、変わるべきなのであろうか。

保護対象の限定は、強制執行関係売却妨害罪（刑 96 条の 4）にいう偽計には談合が（一般的に・常に）含まれる（したがって、2 項に目的犯規定を置いて談合の場合について定める必要が無い）と解される⁵⁾ ことの反面において、従前の処罰範囲の限定を意味するものではないが、「公務の執行」の妨害という罪質的色彩が（一層）薄れたことは否定できないであろう。

法定刑の引き上げは、封印等破棄罪（刑 96 条）以下の改正・新設規定における一連のものと同横並びであって、犯罪の重大性（の相対的増加）を確認しようとしたものであることは間違いないのであろうが、「公務の執行の妨害」という観点からすると、妨害手段の差異（暴行・脅迫か、威力・偽計あるいは談合その他）等による類型的差別化という創設時（以来）の視点を失わせるものであるし、その反面において、現在の「業務」に対する罪（刑 233 条・234 条）の判例・多数説による理解との関係においては、公務たる競売・入札の談合による妨害を正に偽計による業務妨害として捉えることを可能とするもの、敢えていえば、嘗ての談合罪創設の必要性を部分的に失わせるものである（いわゆる官製談合ないし官主導談合の場合等では、業務妨害罪における偽計性が否定されるので、必要性は残り得る。もっとも、公契約関係入札偽計妨害罪（刑 96 条の 6 第 1 項）にいう偽計にはなお該り得るものもあることに留意すべきであろう。なお、近時の判例の詐欺罪（刑 246 条）に関する見解に拠れば、恐らく、談合は欺罔行為を構成し得るものとも解されるので、大審院の詐欺罪適用の否定が談合罪創設への一因と成ったという沿革上の必要性も既に失われていたといえる。法定刑が 10 年以下の懲役である詐欺罪が成立する場合には、談合罪は法条競合により成立しないが、官製談合の場合等を含めて欺罔・錯誤が認められないときがあるので、必要性がなお残ることは同様である）。

懲役と罰金の併科は、刑法典以外の罰則においては古くから馴染みのもので

5) たとえば、『条解刑法（第 3 版）』（2013 年）294-5 頁等参照。

あるが、刑法典においては、(併科という概念は用いられていないもの且つ必要的なものとして)無償譲受け罪を除く盗品等関与罪(刑256条2項)に類似のものが見られた他は、平成23年改正において、わいせつ物頒布等罪(刑175条)への導入と共に、初めて認められた一連・横並びのものである⁶⁾。その主たる理由は、「そのような犯罪が経済犯罪として行われるからだということ⁷⁾」にあるとされる。「経済犯罪」という概念で如何なる実体を指そうとしているのかは明らかではないが、わいせつ物頒布等罪(刑175条)も談合罪を含む強制執行妨害関係の罪(刑96条以下)も「暴力団等の反社会的勢力が組織的に関与する悪質かつ巧妙な……事犯⁸⁾」として捉えられ、「その種の行為が利得目的による経済犯罪に見合わないものだということを感じさせる必要がある⁹⁾」というコンテキストからすれば、懲役と罰金の併科は、(経済取引に係る)利欲犯ないし利得犯における不法利益の剝奪を確保しようとするものといえ得よう。「不正の利益を得る目的」が談合に可罰性を付与するというのが昭和16年創設時(以来)の解釈であったとすれば、談合罪の利欲犯化ないし利得犯化という把握は、ある意味では、当然すぎて形式的ともいえるが¹⁰⁾、「公務の執行の妨

6) 改めて述べるまでもなく、ここにいう併科とは、一つの罪に対して2種類の(主)刑を科す場合であり、従前の刑法総則が予定していた場合、即ち、併合罪の関係等に在る複数の罪に対して2種類の刑を科す場合とは異なるものである。その法的性格に関する理論構成・正統化は不要であるとは直ちにはいえないと思われるし、制裁論における有効な射程を有するものとも思われるが、ここでは一先ず措くこととする。なお/ちなみに、盗品等関与諸罪(刑256条2項)における必要的併科については、罰金による(広義の)不法利益の剝奪という保安処分の性格を指摘する見解がかつては有力であったと思われる。

7) 高崎秀雄(発言)一落合誠一(編)『会社法コンメンタール21』(2011年)附録しおり「【対談】会社法における罰則規定」8頁。

8) 第177回国会・衆議院法務委員会会議録13号(平成23年5月25日)1頁以下(江田五月法務大臣による法案趣旨説明より)。

9) 高崎秀雄(発言)・前出註7)14頁。

10) ちなみに、談合罪の法定刑の中の罰金刑の上限は、昭和16年時点で5000円、平成23年改正前で250万円であり、業務妨害罪に対する罰金刑のそれより遙かに高いものであったが、その根拠付けとして既に、「財産的利得をめざす利欲犯の性格」が用いられてきていた。たとえば、『条解刑法(第3版)』(2013年)297頁等参照。

害」という罪質理解を実質的に殆ど失わせるものであることは否定できないであろう。

このように見てくると、談合罪を巡る解釈は、同罪の体系的な罪質理解から原初的に離反する方向を目指して展開され始め、その存在の正統性のみならず必要性をも危うくするところまで（論者によっては、財産犯を含む各則解釈論・同体系論との関連において、恐らく意識的に）来ているように思われる。もちろん、談合罪の（経済事犯の）取締手段としての有効性・便宜性・必要性は否定されないであろうし、整合性が維持される限度においては、解釈論として認められるのであろうが、全体として眺めるとき、歪み・無理を生みあるいは促進しているように思われる。創設時の経緯・コンテキスト・立法趣旨の再確認ないし再解釈と再評価とで原点に立ち戻った上で、改めて現代社会に適合的で効率的・合理的な解釈の確立を試みるのが筋であろう。

3 平成 18 年入札談合等関与行為防止法一部改正と談合罪（刑旧 96 条の 3 第 2 項）

談合罪（刑旧 96 条の 3 第 2 項）の創設時の経緯・コンテキスト・立法趣旨の再確認ないし再解釈と再評価を行うに際して更に視野に入れておく必要があるのが、入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律の一部を改正する法律（平成 18 年 12 月 15 日法 110 号）の成立に至るまでの与野党案各提出議員らの間における立法方針・形態を巡る議論とその含意である。野党・民主党案が、あくまでも標語的にいえば、適用罰則の明確化という観点から、昭和 16 年創設時及びそれ以降の経緯・解釈を踏まえて談合罪（刑旧 96 条の 3 第 2 項）を改正・整備し、公務員談合罪を追加しようとする刑法一部改正案であったのに対し、与党・自民及び公明党案は、個別事情に応じた加重処罰の可能化という観点から、入札談合等関与行為の排除及び防止に関する法律（平成 14 年法 101 号）に公務員による談合幫助罪を追加する同法改正案であったからである¹¹⁾。改正法により「入札談合等関与行為の排除及び防止並びに職員による入札等の

公正を害すべき行為の処罰に関する法律」と改題されたのは、改正趣旨の明示が目的であるとされるが、それは、談合罪を巡る解釈論の方向性・基調には触れないということ、したがって、既に始まっていた上述の平成23年刑法一部改正に至る議論の方向性を継承することをも意味していたのである。ちなみに、処罰範囲も公契約関係の入札等に既に限定されている¹²⁾。これが含意の第一である。

含意の第二は、加重処罰の対象とされた（公務員による）談合関与行為の罪質等の把握が、公務員の任務違背（による損害の惹起あるいは利得）という観点から、背任罪（刑247条：懲役5年又は罰金50万円以下）との関連で行われており、その結果として、公の競売・入札それ自体も（公の）財産に係る事務・業務としていわば一層中立的・財産犯的また利欲犯的に観念されることとなった、ということである。改正前の法律は、「入札談合等関与行為を排除し、及び防止するため、公正取引委員会による各省各庁の長等に対する入札談合等関与行為を排除するために必要な改善措置の要求、入札談合等関与行為を行った職員に対する損害賠償の請求、当該職員に係る懲戒事由の調査、関係行政機関の連携協力等について定めるもの」（平成18年改正前の入札談合等関与行為防止法1条）と謳う通り、職務（関連）行為に対する公取委・行政の側における組織的な改善措置等について定めたものであるが、その前提には、「現行法においても、談合に関与した職員については刑法の競売入札妨害罪の正犯、そして同法

11) 第165回国会・衆議院経済産業委員会（平成18年11月29日）・議事録第5号2頁以下、佐藤剛男議員及び近藤洋介議員の各提案理由説明、山本明彦議員及び原口一博議員の各質疑等参照。なお、提出時については、第164回国会・衆議院予算委員会（平成18年2月22日）・議事録第17号中の斉藤鉄夫議員の質疑等と、第164回国会・衆議院行政改革に関する特別委員会（平成18年4月6日）・議事録第6号中の近藤洋介議員の質疑を参照。

12) 改正により追加された第8条〔職員による入札等の妨害〕は以下の通りである。

職員が、その所属する国等が入札等により行う売買、貸借、請負その他の契約の締結に関し、その職務に反し、事業者その他の者に談合を唆すこと、事業者その他の者に予定価格その他の入札等に関する秘密を教示すること又はその他の方法により、当該入札等の公正を害すべき行為を行ったときは、5年以下の懲役又は250万円以下の罰金に処する。

の談合罪や独禁法の不当な取引制限の罪の共犯として処罰する、これは可能で
す¹³⁾」という与野党に共通な認識があり、与党案・改正法は、それらの視
点・認識を引き継いで、職員（公務員身分ある者）による談合幫助を（背任罪と
同様に）5年以下の懲役で加重処罰することとしたのである。なお、罰金刑に
ついては250万円以下とされており、談合罪（刑旧96条の3第2項）と同じで
あるが、利欲犯ないし利得犯としての性格付けが従前から行われていたことは、
上に述べた¹⁴⁾。

4 昭和16年刑法一部改正と談合罪（刑旧96条の3第2項）¹⁵⁾

(1) 昭和16年刑法一部改正による「談合罪」創設提案の趣旨——提案前の法 状態

政府・司法省が、昭和16年（1941年）2月に、貴族院に提出した規定案¹⁶⁾
（以下、政府案96条の3と呼ぶ）は、

13) 第165回国会・衆議院経済産業委員会（平成18年11月29日）・議事録第5号3頁以下、
原口一博議員の質疑参照。なお、山本明彦議員の質疑も併せ参照されたい。

14) 職員による入札等の妨害の罪（入札談合等関与行為防止法8条）は、したがって、任務
違背行為による利欲犯という性格を有するものとのイメージでも捉えられることになる
が、それは瀆職ないし汚職の罪に該り得るといえよう。施行以来の裁判例は未だ多くはな
いが、入札情報等の教示という談合幫助行為の見返りにゴルフクラブセット等の物品等
の提供を受けたものとして収賄罪（刑197条以下）にも問われる場合が多い。その限度で
は、加重処罰の意味は少ない。

15) 談合罪の立法経緯等の分析については、西田典之「談合罪についての覚書」同『刑法解
釈論集』（2013年）196頁以下〔『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（1998年）初出〕を
含めて、多くの先行業績がある。詳細は、亀本和彦「公共工事と入札・契約の適正化—
入札談合の排除と防止を目指して—」レファレンス平成15年（2003年）9月号7頁以下
等に挙げて委ねたい。本稿もそれらに負うところ大であるが、紙幅の都合もあり、個々の
引用等は、特に必要のない限り、省かせて戴く。

16) 本稿では、第76回帝国議会・貴族院議事速記録第11号・官報号外昭和16年2月11日
83頁以下掲載のものに拠った。表記・字体等は適宜改めた。

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2年以下ノ懲役又ハ5千円以下ノ罰金ニ処ス

というものであり、前年昭和15年に纏められた改正刑法假案の第39章「信用、業務及競売ニ関スル罪」にあった416条「偽計若ハ威力ヲ用ヒ又ハ談合其ノ他ノ方法ヲ以テ競売又ハ入札ノ公正ヲ害シタル者ハ2年以下ノ懲役又ハ5千円以下ノ罰金ニ処ス」を、「公ノ競売又ハ入札」についてのみに限定して、刑法典第5章「公務ノ執行ヲ妨害スル罪」に追加するものであった。假案416条が「談合其ノ他ノ方法ヲ以テ競売又ハ入札ノ公正ヲ害シタル者」と規定していたのに対し、政府案96条の3が「談合ニ依リ競売又ハ入札ノ公正ヲ害スヘキ行為ヲ為シタル者」と規定したことが有する構成要件理解上の意味・解釈への影響等については、一先ず措くとしよう。……このような形の改正が、何故にこの時点において必要であったのであろうか。

この問題に対しては、時局性と競売入札妨害行為の限定的可罰性（談合取締規定の不存在）とが回答として示されてきている。すなわち、政府委員の議会答弁としても繰り返される場所であるが、假案が総体として成立する見込みが無いので、その多くの提案中から時局・社会状況に照らして必要最小限のものを選び出したものであるという、ある意味において形式的な解釈・理解が一方にある。もう一つの解釈・理解はより具体的である。すなわち、旧刑法（明治13年太政官布告第36号）は、その「第2編公益ニ関スル重罪軽罪」「第8章商業及ヒ農工ノ業ヲ妨害スル罪」中に定めた多様な業務妨害罪の一類型として、268条に「偽計又ハ威力ヲ以テ競売又ハ入札ヲ妨害シタル者ハ15日以上3月以下ノ重禁固ニ処シ2円以上20円以下ノ罰金ヲ追加ス」という規定を有していたが、現行刑法（明治40年法45号）においては、業務妨害罪（刑233条・234条）が「偽計」・「威力」によるものとして一般的に規定され、競売入札妨害を格別に処罰する規定は無くなった為、一般の競売・入札については業務妨害罪に該当しない限り、公の競売・入札については公務執行妨害罪（刑95条1項）に該当しない限り、処罰の対象外に止まることとなった¹⁷⁾。これを補う

為に、警察犯処罰令（明治41年内務省令16号）2条4号に「入札ノ妨害ヲ為シ共同入札ヲ強請シ若クハ落札人ニ対シ其ノ事業又ハ利益ノ分配若クハ金品ヲ強請シタル者ハ30日未満ノ拘留又ハ20円未満ノ科料ニ処ス」と規定されたが、法定刑が軽い上に、「強請」を要件とした為、いわゆる談合の大部分は処罰の対象と成らなかった、というのが、それである。

しかしながら、明治41年（1908年）から昭和16年（1941年）に至る30年余りの間、種々の事情はあったにせよ、立法的な対応を行わない状態が続いたのが、急遽談合を取り締まる必要が何故に生じたのであろうか、また、「公務ノ執行ヲ妨害スル罪」とした理由は何処に在るのであろうか。取締の必要性・当罰性は、談合の詐欺罪（刑246条）による立件の試みが大判大正8年2月28日刑録25輯252頁〔注文者には、予定価格との関係等において入札による価格を相当と認めている以上、価格の点では錯誤が存しないし、談合は、注文者に対する価格の量定を誤らしめる手段ではないので、欺罔に該らない。これらは談合金の有無によっては変わらない〕等によって否定されたことに逆説的に示されるように、現行刑法施行後の比較的早い内から認識されていたことは間違いない。そして、その判例見解の故に、公官署における入札では談合がいわば促進され、半ば公然と行われるに至ったにも拘わらず／至ったが故に、朝鮮高等法院では昭和10年代に入ってから（高額な談合金を伴うような悪質な談合について）詐欺罪の成立を肯定することを求めざるを得なかったのである¹⁸⁾。具体的には、植民地政策としての鉄道建設を中心とする公共工事において、談合したがって

17) なお、大審院は、現行刑法施行の当初においては、裁判所の競売事務も業務に該るとしていた（大判明治42年2月19日刑録15輯120頁参照）が、一般的な理解に拠れば、その後大正10年（1921年）頃までには、公務は業務に含まれないとするに至った。この点については、伊東研祐・前出註2）98頁以下も参照されたい。

18) 筆者は未確認であるが、詐欺罪の成立を求めたものとして、朝鮮高等法院聯合部決定昭和6年7月30日（司法協会雑誌10巻10号169頁）、同刑事部判決昭和11年2月17日（司法協会雑誌15巻6号123頁）が挙げられる。なお、大審院による否定説の採用に先立ち、2項詐欺罪の成立を肯定したのものとしては、周知の同刑事部判決昭和6年5月10日（法律新聞1286号23頁）等がある。

談合屋が横行し、多額の談合金を支払った不正工事が多発して、手抜き工事・賃金不払い等の問題が生じていたと指摘されるが、そのような市場経済内諸制度の濫用による利欲犯的行動の多発という問題が、いつかは全体経済の問題性と富の偏在不満等を生じ、国策の実現の障害・(広義の)公務の執行の妨害へと連なることは当然であり、統制経済化の進展に伴って許容することが最早不可能と成ったということが、政府提案を実質的に動機付けたように思われる。敢えていえば、総動員体制・総力戦体制経済の確立に向けた事業経営・活動の規律・取締あるいは綱紀肅正の一環ということになろう¹⁹⁾。正に「官紀ノ肅正及公務ノ執行ノ適正ヲ期シ、又人心ノ惑乱、経済上ノ混乱ヲ誘発スルコトヲ防止シ、以テ治安ノ確保ヲ図ル等ノ為²⁰⁾」の必要、「治安ヲ確保シ、国防国家体制ノ完璧ヲ期スル必要²¹⁾」から行われた改正・規定追加の提案だったのである。国が当該時点において採用している競売・入札に係るルール複合体ないし秩序を(その実体・内実とはもかく)遵守せよ、という命令の妥当自体が刑罰的保護対象であり、(その実体・内実とはもかく)国が採用しているルールが守られているということが「競売又ハ入札ノ公正」さを意味することになる。

なお、政府案96条の3の法定刑が「2年以下ノ懲役又ハ5千円以下ノ罰金」とされ、公務執行妨害罪(95条1項)の「3年以下ノ懲役又ハ禁錮」より低いものとなっている理由は、封印等破棄罪(刑旧96条)の場合と同様、保護客体の質的差異ではなく、侵害手段の質(及びその前提となる行為客体)における差異に着眼したものといい得る。「談合」は、公務を執行する公務員に向けられる暴行・脅迫に該らず、(公の)競売・入札の関係人に対する偽計・威力にも該らないが、偽計・威力と、「公ノ競売又ハ入札ノ公正ヲ害スヘキ行為ヲ為

19) 昭和16年刑法一部改正の各則部分全体の趣旨であると解される。伊東研祐「特別背任罪の解釈視座について—昭和13年商法罰則改正と改正刑法假案—」島大法学56巻4号(2013年)42頁以下を参照されたい。

20) 第76回帝国議会・貴族院議事速記録第11号・官報号外昭和16年2月11日84頁(國務大臣柳川平助の提案理由説明)。

21) 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1号・昭和16年2月12日・75頁(政府委員三宅正太郎(司法次官)の提案理由説明)。

[ス] 前提となるという意味において同等な、競売・入札への参加者（関係人）の間における合意・協定なのである。現行法にせよ假案にせよ、保護客体自体の価値という点においては、公務も業務も等しく扱っているようにも見受けられるが、刑罰的保護の必要性及びその程度の判断においては、それぞれについて別個の考慮が為されていることに留意すべきである。

(2) 帝国議会貴族院での議論

政府案 96 条の 3 は、貴族院においては、原案通りに可決された。

もともと、その際に前提とされた解釈には些か問題がある可能性がある。たとえば、同規定案に関する質疑において、委員の織田萬は、「談合ト云フコトハ業者其ノ間ニ於テモ、又請負ヲ為サシムル官公庁ニ取ツテモ、必要ト云フコトハアリマスマイガ、至ツテ便宜ナコトラシイノdeal、之ニ依ツテマア妥当ノ競落、入札ト云フヤウナコトモ出来ルコトが多イラシイノデアリマス、従ツテ談合其ノモノガ不法deal、或ハ不正dealト云フヨウナコトハ、一般ニ見ラレテ居ナイノダラウト思イマスシ²²⁾」と、談合が多くの場合において国にとっても妥当な入札等を実現する大変に便宜なものである（公務執行の妨げになっていない）ことを指摘した上で、「其ノモノガ既ニ多少ノ不法、不正ノ性質ヲ帯ビテ居ルカノ如ク見エル」「偽計又ハ威力ト並ベテ談合トアリマスル以上ハ、談合ニモ其ノ性質トシテ……此ノ次ノ文言ニナリマスルガ、「公ノ競売又ハ入札ノ公正ヲ害スベキ」性質ヲ談合ノ中ニモ含ンデ居ルト云ウコトニ、自然解釈セラレルヤウナ結果トナルヤウニ見エルノデアリマスガ、サウ云ウ意味デ此ノ規定ガ出来テ居ルノデアリマセウカ、或ハ偽計、威力又ハ談合、何レモ其ノ性質ハ当然「公ノ競売又ハ入札ノ公正ヲ害スベキ」モノデハナイガ、其ノ中デスクノ如キ不正ノ結果ヲ惹キ起シタ場合ニ於テハ処罰スル、サウ云ウ意味ニ出来テ居ルノデアリマセウカ²³⁾」と確認を求めたのに対し、政府委員の大竹武七郎（司法書記官）は、「偽計モ不正、威力モ不正deal、談合行為自体ヲ不

22) 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・昭和 16 年 2 月 14 日・8 頁。なお、誤植と思われる箇所を 2 箇所修正した。

正ナモノト見テ居ル次第デゴザイマス」と答えた上で、「競売ニ於ケル談合ハ、……〔中略〕……競争ヲ避ケテ、目的物ヲ不当ニ安ク競落シテ転売利益、又ハ競落取得者ノ利益ヲ支出セシメテ、談合者間ニ於テ之ヲ分配スルト云フコトヲ目的ト致シテ居ルモノデゴザイマシテ、競争シテソコニ公正ナル競売ヲ行フト云ウ趣旨ニ反スルヤウニ思フノデアリマス、入札ノ場合ニ於キマシテモ、矢張り談合者間ニ於テ一定ノ金額ヲ協定シマシテ、入札致シテ不正ノ利益ヲ図ラウトスルノデアリマスカラ、サウ云フ談合行為自体ヲ不正ナルモノト、斯ウ云フ考デ立案致シテ居ル次第デゴザイマス²⁴⁾」と説明している。談合は、競争を回避すること自体が故にではなく、また、競争せずに一定の金額を協定することが故にでもなく、“不正の利益を得る目的で”一定の金額を協定するものであることが常であるが故に、それ自体において違法と捉えられているのである。この説明・解釈が、「競売・入札の公正」を競争の存在と結びつけるかのような表現を用いていることのみならず、質問に適切に答えたものであるか、果たして司法省案のそれとして適切であるか等については、疑問が残るし、貴族院本会議の審議に対する影響も必ずしも明らかではない。しかしながら、後述の通り、両院協議会の最終段階においては、貴族院協議委員河原田稼吉からの「又ハ不正ノ利益ヲ得ル目的ヲ以テ」という（衆院修正案96条の3第2項の）目的規定への更なる追加補充案が突然提出されて打開案が成る訳であるが、その背景事情としては、十分理解可能であろう²⁵⁾。統制経済の進行・公定価格の一般化等の状況の中で求められる公の競売・入札ルールの遵守という事業主行動規律の意味における「談合禁止」は、要は国にとって施策遂行上望ましくない価格の協定の禁止であり、競争の維持・促進とは無関係である。事業者側に

23) 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・昭和16年2月14日・8頁。

24) 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・昭和16年2月14日・8頁。

25) 河原田稼吉自身は、「談合」を談合金の分配（不正の利益の取得）等まで含む行為として捉えている／捉えるべしとする。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・2月28日5頁参照。

社会的に許容できないような利得を可能とする価格の協定が談合禁止に触れることになるのは、当然であろう。「公の競売・入札の公正」とは、その意味における談合禁止のルールが守られていて、公務としての競売・入札が円滑に運営されていることに他ならなかったのである。

(3) 帝国議会衆議院での議論

貴族院で可決された政府案 96 条の 3 は、衆議院に送付され、大幅な修正を受けて、

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 2 年以下ノ懲役又ハ 5 千円以下ノ罰金ニ処ス
公正ナル価格ヲ害スル目的ヲ以テ談合シタル者亦同シ

という規定案となる²⁶⁾（以下、衆院修正案 96 条の 3 と呼ぶ）。上述の通り、2 項に未だ「又ハ不正ノ利益ヲ得ル」目的という文言が欠けることを除けば、両院協議会で合意された規定案、したがって、昭和 16 年刑法一部改正で創設された規定に同じである。

修正の理由については、管轄委員会の長の仲井間宗一が、政府案では「談合ナルモノガ如何ニモ偽計若シクハ威力ト同列ニ取扱ハレマシテ、常ニ違法性ヲ有スルモノナリトノ誤解ヲ招キ、本法適用ノ際、単ニ談合ノ事実アレバ、之ヲ以テ直チニ競売又ハ入札ノ公正ヲ害スベキ行為トシテ摘発セラレル虞ガアル、仍デ談合ニハ違法性アルモノト、違法性ナキモノトアルコトヲ明確ニナシ置クコトヲ必要トスルノデアリマス、政府ハ之ニ対シマシテ、公ノ競売又ハ入札ノ公正ヲ害スベキ談合ナルコトハ法文上ニ明カデアルト信ズルカラ、修正ノ理由

26) 本稿では、第 76 回帝国議会・衆議院議事速記録第 19 号・官報号外昭和 16 年 2 月 28 日 282 頁（本会議 2 月 27 日・第一読会続）の記載及び第 76 回帝国議会・貴族院議事速記録第 20 号・昭和 16 年 2 月 28 日・288 頁（本会議 2 月 27 日・刑法中改正法律案・衆院回付案）の記載に拠った。

ナキ旨ノ答弁ガアッタノデアリマス²⁷⁾」と要約している。しかしながら、この説明は、結論だけを纏めたものとしては妥当であるとしても、議論の實質を伝え得ていないものといわなければならない。たとえば、偽計・威力と談合とを区別する上で両者を項別に書き分けたことや、主観的目的を談合に可罰性を付与するものとして規定したことは、この説明からも理解し得るが、その目的の内容を何故に「公正ナル価格ヲ害スル」ということにしたのかは定かではない。政府提案の趣旨や貴族院での政府委員答弁を（改めて）解釈してきた目には既に一応の筋は見えるところであるが、衆議院における議論自体において確認しておく必要がある。

なお、「談合」という概念の定義自体は、この衆議院における審議中において政府から（改めて）提示されたものがその後も一貫して（当否の議論における）共通前提として用いられることとなるので、ここに挙げておくこととする。文字通り、客観的・記述的に把握されたい。「談合」とは、「入札者又ハ競売ノ申込者ガ、互ヒニ通謀ノ上或ル特定人ヲシテ、契約締結者タラシムル為メ、他ノ者ハ一定ノ価格以下又ハ以上ニテハ、入札又ハ付値ヲナサザルベキコト協定スル行為ヲ云フ²⁸⁾」。

衆院修正案 96 条の 3 は、会期に時間的余裕がなくなってきた委員会審議中において、委員長の仲井間宗一への交代・議事進行の円滑化の為の 1 時間半弱の休憩の直後に、江原三郎委員による質疑打切動議が提出され、これが賛成多数で可決されたのに引き続き、修正案として突然に提示されたものである²⁹⁾。すなわち、規定の構成の詳細は、議事録には示されていない。しかし、目的（犯としての規定）による談合の可罰性の限定は、それまでの質疑においても、牧野良三委員によって明確に主張されている。「此ノ条文 [政府案 96 条の 3]

27) 第 76 回帝国議會・衆議院議事速記録第 19 号・官報号外昭和 16 年 2 月 28 日 282 頁（本会議 2 月 27 日・委員長報告）。

28) 第 76 回帝国議會・衆議院借地法中改正法律案他一件委員会議事録（速記）第 4 回・2 月 24 日・25 頁。

29) 第 76 回帝国議會・衆議院借地法中改正法律案他一件委員会議事録（速記）第 7 回・2 月 27 日・59 頁を参照されたい。

カラ申シマスト公正ヲ害スベキ行為ヲ目的トシテナサレル所ノ協定ヲ談合ト言フノジヤナイデセウカ、サウ解シテ宜シウゴザイマスカ³⁰⁾」「取縮ラルベキモノハ、其ノ公正ヲ害スル行為ヲ目的トスル談合デアリマシテ……³¹⁾」等々が、それである。当時の衆議院が刑法一部改正案の成立に反対しようとするものでは決してなかったこと、政府案96条の3の規定文言に極めて大きな拘りを持っていることは、上の牧野良三の各引用に続く以下の発言からも明らかであるが、そこからはまた、衆院修正案96条の3第2項の目的が「公正ナル価格ヲ害スル」とされた理由も窺うことができる。すなわち、牧野良三は、「オ互ヒニ一緒ニナツテ本条文ヲ正シモノニシテ、此ノ業界及ビ此ノ業界ヲ中心トスル此ノ種方面ノ改革ヲ図リタイ、肅正ヲ図リタイ、其ノ目的ヲ達成スルニ便宜ナル法文ニシタイト云フコトヲ目的ニシテ居ルノデアリマス³²⁾」とした上で、政府委員の応答には「全ク談合ト云フモノノ実質竝ニ言葉、業界ノ実情、官庁入札ノ現状、ソレニ対スル御理解ガナイ、司法当局ガナイノミナラズ、是ハ警察官及ビ検事ハアリマセヌ、ソコデナイ人ヲシテアラシメルヤウニ、此ノ委員会デソレヲ明カニシテ行キタイ³³⁾」とするのであり、問題とされるべきことの原因は、予定価格等を持つ公の競争・入札制度が適正に運営されずに最

30) 第76回帝国議会・衆議院借地法中改正法律案他一件委員会議事録（速記）第4回・2月24日・24頁。[] および傍点は筆者による。

31) 第76回帝国議会・衆議院借地法中改正法律案他一件委員会議事録（速記）第4回・2月24日・25頁。傍点は筆者による。

32) 第76回帝国議会・衆議院借地法中改正法律案他一件委員会議事録（速記）第4回・2月24日・24頁。

33) 第76回帝国議会・衆議院借地法中改正法律案他一件委員会議事録（速記）第4回・2月24日・25頁。なお、政府案の提案理由説明の行われた2月20日の衆議院本会議での質疑において、展開急な統制経済関係法令罰則の執行に際しての国側の態度・施策の在り方について、批判的意見が既に述べられていたことに留意すべきであろう。第76回帝国議会・衆議院議事速記録第16号・官報号外昭和16年2月21日227頁以下参照。また、委員会質疑においても、佐竹委員が、国策会社等の必要とする物資需給に関する入札・競売の公正を保つことの方が時局柄緊切ではないか、と政府側の見解を質した他、経済事犯を国賊呼ばわりした事例等について批判している。第76回帝国議会・衆議院借地法中改正法律案他一件委員会議事録（速記）第4回・2月24日・42頁以下、46頁以下参照。

低価格のみが追求されていること等、むしろ公の側・競売入札制度運営側に（も）ある、とするのである³⁴⁾。公側が競売・入札の公正を害しているとする観点からすれば、多くの談合は、朝鮮高等法院聯合部昭和6年判決のいうように、刑法35条の正当行為ともいえるものであって、そのような許される談合を処罰対象から正確に除外する必要があることになるが、「今回御提案ニナリマシタ刑法改正案ノ中ノ九十六条ノ三ト云フモノハ、此ノ統制経済ノ厳密ニ行ハレントスル今日ノ社会ニ於キマシテ、此ノ規定ヲ設ケラレルト云フコトハ、私ハ極メテ適切ナルコトト思フノデアリマス³⁵⁾」、何故なら、「適正価格ト云フモノハ、二、三年前マデハ大變不明瞭ナモノノヤウニナツテ居リマシタガ、昨年以來統制経済ニナリマシテカラ、適正価格ト云フコトハ大變明瞭ナ觀念ニナツタ³⁶⁾」からである。統制経済下では、公定価格等を前提とした予定価格等との関連で必ずと一定範囲において定まるであろう「適正価格」を破る目的で為される談合だけが、可罰的であることになるからである。「公正ナル価格ヲ害スル目的」という規定文言までは、実は、直ぐだったのである。

(4) 帝国議会両院協議会における議論

衆院修正案96条の3は、貴族院に回付され、特段の議論もなく否決されたが³⁷⁾、開催された両院協議会での審議の後、4時間余の休憩・懇談会を経て、前述の通り、最終段階での河原田稼吉貴族院協議委員からの慌ただしい追加修正提案を受けて³⁸⁾、

34) 第76回帝国議会・衆議院借地法中改正法律案他一件委員会議事録（速記）第4回・2月24日・22頁以下、特に24-5頁を参照されたい。

35) 第76回帝国議会・衆議院借地法中改正法律案他一件委員会議事録（速記）第4回・2月24日・26頁。

36) 第76回帝国議会・衆議院借地法中改正法律案他一件委員会議事録（速記）第4回・2月24日・21頁。

37) 第76回帝国議会・貴族院議事速記録第20号・官報号外昭和16年2月28日288頁（本会議2月27日）。

38) 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・2月28日1-12頁参照。

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2
年以下ノ懲役又ハ5千円以下ノ罰金ニ処ス
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ル者亦同シ

という規定案が成る³⁹⁾（以下、両院協議会案96条の3と呼ぶ）。

両院協議会における審議は、基本的には、衆議院側ペースのものであったと
いい得る。すなわち、冒頭に修正理由説明を行った砂田重政衆議院協議委員は、
（「物資ガ乏シクナリマシ [タ]」「最近」において）許される談合の具体的例として、
現在においては既に周知の二つ、①軍や公官庁の行う物資調達（陸海軍の
糧秣や材木等の資材、司法省の監獄用米等の調達）における公側の依頼・主導す
る話合と②国有林（柴草等）の払い下げにおける村落間の慣行等に基づく話合
を挙げ、「談合ガ [常に] 悪性ダト云フコトヲ前提ニシタ法条ノ作り方ハドウ
シテモ私共實際機宜ニ適サナイモノデアル」とした上で、「今日ノ統制経済ガ、
現状ノ如キ経済情勢ニ於キマシテハ、或ル程度ノ公正ナル談合ト云フモノハ認
メザルヲ得ナイ、併シナガラ此ノ心持カラ悪性ノモノヲ改正スルコトニハ、吾
吾ハ毫モ異存ガナイ、ソコデ」修正案のようにしたとすることに対し⁴⁰⁾、これ
を受けた貴族院協議委員山岡萬之助は、貴族院も政府案96条の3を衆議院の
改正の趣旨と同様に解した上で可決したものであり、「其ノ規定ガ何トナク弛
ンデ居ルト云フコトハ、言ヘバ言エルノデアリマスケレドモ」と認めた上で、
「今日ニナリマスルト、統制経済ニナリマシテ、競争ニ依ル自由ト云フモノハ
ナクナツテ、自由アリシテモ競争ナキ自由デアリマス、サウ云フ次第デアリ
マスカラ、此ノ競売ト云フヤウナ觀念ハ今日以後ニ於テハ、以前ノソレノ如ク

39) 本稿では、第76回帝国議会・貴族院議事速記録第21号・昭和16年3月1日・293頁
（本会議2月28日・刑法中改正法律案両院協議会成案）の記載及び第76回帝国議会・衆
議院議事速記録第21号・昭和16年3月2日・301頁（本会議3月1日・刑法中改正法律
案両院協議会成案）の記載に拠った。

40) 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・2月28日1-2頁参照。

ニ強イ意味ハ私ハナクナルト思フ、無論ソレヲ頭ニ置イテ立法スルコトガ必要デアリマス、ソコデ此ノ御修正ニナリマシタル価格ノ面カラ押ヘタ方ガ、ソレハ確ニ強イ意味ヲ持ツノデアリマス⁴¹⁾」と、衆議院案の立場に理解を示しているのである。もちろん、「談合」という概念自体が、砂田委員の挙げたような公側の依頼に基づく話合を含まないものではないか、談合金の分配のような行為を含む場合だけをいうのではないか、というような様々な議論が繰り返されるが、最終的には、政府委員の三宅正太郎（司法次官）も、既述の「談合」概念の定義を維持し、競売・入札制度の意義は参加事業者による諸般の状況に応じた請負等価格での入札等を通じた公にとって有利な価格を追求することにある（適正ないし公正な市場価格を目的とするものではない）とした後に⁴²⁾、「尤モ衆議院ノ方デ御意見ノゴザイマシタ中ニ、傾聴致シマスコトガーツアルノデアリマス、ソレハ段々時勢ガ変ツテ参リマシテ……〔中略〕……入札ト云フモノハ濫用サレル、其ノ結果詰リ本当ノコトヲ言フト安カラウ悪カラウデ、国家ガ非常ニ損シテ居ル一面ニ於テ斯ウ云フ経済統制ノ時代ニナリマシテ、総テノ価格ニ付テ適正ノ価格ト云フモノガ段々ニ出来テ来ル、サウ云フ時勢ニナツテ来レバ、適正価格ヲ発見スルコトガ、サウ困難デナイシ、又其ノ適正価格デ取引サレルコトガ、寧ロ国家トシテモ望マシイコトデハナイカ、サウ云フヨウニ時勢ガ変ツテ来テ、謂ハバ入札ト云フモノノ値打ガ、幾ラカ衰ヘテ来タト云フコトカラ考ヘマスト⁴³⁾」と、事実上、衆議院の立場に、「価格」という文字を入れること・「公定価格マデ持ツテ来ナケレバ罰セナイト云フコトニ吾々ノ方デ疑問ヲ持ツ⁴⁴⁾」といいつつ、相当の妥当性を認めてしまっているのである⁴⁵⁾。もっとも、現在にいわゆる官製談合（官依頼型・主導型・関与型の談合）について、政府案 96 条の 3 の趣旨・規定に拠れば、今後は公務員が共犯として処罰

41) 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・2 月 28 日 3-4 頁参照。

42) 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・2 月 28 日 7-8 頁参照。なお、同 9 頁には、より鮮明な強い表現での答弁も見られる。

43) 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・2 月 28 日 8 頁。

44) 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・2 月 28 日 9 頁。

されることがあり得る、と明言したことは⁴⁶⁾、議会側からは政府の譲歩を要する無理な改正と決定的に受け止められる原因の一つになったにせよ⁴⁷⁾、注目に値しよう。

両院協議会案 96 条の 3 は、政府に出直しを求めることまで考えた貴族院協議委員側での最終段階での議論・追加修正提案によって、慌ただしく成立した。すなわち、衆議院修正案に「尚ホ更ニ所謂悪質談合ト云フモノノ性質ヲ明カニスル為ニ⁴⁸⁾」あるいは「更ニ補充ノ意味ヲ以チマシテ⁴⁹⁾」「不正ノ利益ヲ得ル目的」を以て談合する場合は付け加えられて、特段の議論なく、成立した。「貴族院側ノ者が寄り合イマシテ練リマシタ結果⁵⁰⁾」であるが、その内容・論理は、上述の背景事情があったと思われるにせよ、明らかでない。

5 平成 23 年刑法一部改正前の談合罪（刑旧 96 条の 3 第 2 項）の解釈視座

昭和 16 年刑法一部改正により創設された談合罪（刑旧 96 条の 3 第 2 項）は、以上に（再）確認・解釈してきたところに拠れば、総動員体制・総力戦体勢経

45) 若干異なったコンテキストの中の答弁では、三宅正太郎は、「全ク只今ノ所公定価格ト云フモノガ決メラレマシタ以上、入札ト云フコトガ非常ニ不合理デアル場合ヲ生ズルコトハ、洵ニ仰セノ通りデアリマス」というところから、「一体此ノ〔入札という〕旧制度ヲ何処マデモ貫徹スルト云フコトニ付テハ、多少政府ノ方トシテモ考慮シナケレバナラヌカト反省致シテ居ルノデアリマス」とまで述べている。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・2 月 28 日 10 頁参照。

46) 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・2 月 28 日 10-11 頁参照。

47) たとえば、第 76 回帝国議会・貴族院議事速記録第 21 号・官報号外昭和 16 年 3 月 1 日 294 頁以下（本会議 2 月 28 日）参照。

48) 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・2 月 28 日 12 頁（追加修正提案をした河原田稼吉貴族院協議委員の説明）。

49) 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・2 月 28 日 13 頁（両院協議会議長前田利定の司法大臣に対する申伝）。

50) 第 76 回帝国議会・貴族院議事速記録第 21 号・官報号外昭和 16 年 3 月 1 日 295 頁（本会議 2 月 28 日）。

済の確立に向けた事業経営・活動の規律・取締あるいは綱紀肅正の手段の一つであり、その規定文言は、統制経済・公定価格の成立等ということを前提としたものであったといわなければならない。永続的なものであることも予定されていなかった、ともいい得よう。したがって、敗戦によってそれらの前提が失われたにも拘わらず、規定文言がその儘に維持された以上は、その解釈論は、当然ながら、新たな前提が与えられたものとして、それらを見出す必要があったはずである。最も直截で素直な理解は、実定的には昭和22年法律第54号（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）で採られた、競争に基づく自由主義市場経済体制にそれを見出すことであろう。そのような理解からは、いわば先行して創設された不当な取引制限の罪（独禁89条、3条）と同様に、「競争」それ自体を法益として⁵¹⁾、公の競売・入札（という競争）を、それらが有する内容的な権力性・非民間類似性故に、特段の態様で保護することにしたのが談合罪であるという視座が生じてくるであろう。もちろん、この視座を実定要件解釈と適格的に展開することは、必ずしも容易ではない。

「談合」の意義は、既述の司法省のそれが最高裁においても維持されている。すなわち、要求される特定の内容の協定・合意の成立のみで足り、現実の入札等の段階に至ること等は不要である。その不法実体は何であろうか？ 具体的な行為に全く出ないでも足りる以上、いわゆる競売・入札の公正でも決定される価格等の不当性・侵害性等のいずれでもない、といわざるを得ない。公の競売・入札に関して談合が行われているという噂・事実等に因り、その適正さに対する一般人の信頼の侵害が惹起されることを通じた公務の執行妨害ということになるか。職員による入札等の妨害の罪（入札談合等関与行為防止法8条）の瀆職罪的な罪質把握とは親和的ではあるが、そうであれば、競争の抽象的危殆化と解することも可能であろうか。

51) 伊東研祐「保護法益としての競争秩序」北大法学論集56巻3号（2005年）287頁以下〔加筆・修正の上、吉田克己（編著）『競争秩序と公私協働』（2011年）77頁以下再録〕及び同「保護法益としての「競争秩序」（再論）—防衛庁燃料談合事件最高裁判決等の評価を契機に一」慶應法学14号（2009年）65頁以下参照。

「目的」の解釈は、「公正な価格を害する目的」については、特に問題がない。「公正な価格」とは、大審院（昭和19年4月28日判決・刑集23巻97頁）の見解を踏襲したものであると否とに係わりなく、最高裁昭和28年12月10日決定（刑集7巻12号2418頁）が「当該入札において、公正な自由競争によつて形成せられたであろう落札価格の謂に外ならない」と判示して、いわゆる競争価格説を採用して以来、通説の支持するところでもあるからである。「公正な価格を害する目的」は、実質的に、談合の故意を超えるものではない。

これに対して、「不正な利益を得る目的」は、適切な解釈が容易とはいえない。判例は、立法経緯に影響を受けてか、いわゆる談合金を典型例として競争入札における落札者としての地位を譲ることの対価として提供される利益を得る目的と解するように思われるが、利得目的だけからでは競争阻害目的性は説明し難いからである。談合金分だけ落札価格が引き上げられる（ことが多い）という意味において「公正な価格を害する目的」と捉え直し、競争の抽象的危殆化を認めることは不可能ではないであろう。元より「公正な価格を害する目的」と選択的要件であるので、実際上の不都合もないであろう。

6 おわりに

本稿の出だしの部分に述べたような談合罪を巡る大きな解釈論分野における違和感を、その立法経緯やコンテキストの理解を手掛かりに解消してみようという個人的な試みは、必ずしも明確なターゲットを有して始めたものでもなく、正に覚書の程度に終わることとなった。しかし、あるいは想定外ともいべき知見を得られたようにも感じている。今後のより詳細且つ多面的な（経済刑法）解釈論への展開を御約束して、一先ず筆を擱くこととしたい。