

判例研究

賄賂罪の保護法益と職務密接関連行為の意義

——最決平成 18 年 1 月 23 日 (刑集 60 卷 1 号 67 頁) ——

閻 (闫) 冬

【事実の概要】

医療法人の理事長として、N 県内で私立病院 (以下「本件病院」という。) を経営していた被告人 X は、教育公務員である N 県立医科大学 (以下「N 医大」という。) の教授兼同大学附属病院診療科部長である Y に対し、その教育指導する助教授以下の医師を本件病院へ派遣するなどの便宜ある取り計らいを受けたことなどの謝礼等の趣旨の下に、前後 29 回にわたり合計 550 万円の金員 (以下「本件金員」という。) の賄賂を供与したとして、贈賄罪で起訴された。なお、この 29 回のうち、1 回は Y 教授に現金を手交した本件病院職員 Z との共謀による犯行であり、その余の 28 回は被告人 X が同教授名義の銀行口座等に金員を振込入金していた。

公判では、教授が医局の医師を病院に派遣することが贈収賄罪の要件である職務関連性に該当するかが争点となった。検察官は、本件病院への医師の派遣は、医局の長である教授兼診療科部長の職務権限そのものであると主張した。しかし、第 1 審判決 (大阪地判平成 14 年 9 月 30 日) は準職務行為、すなわち、Y 教授の本来の職務行為と密接な関係を有する行為であるとして、贈賄罪の成立を認めた。控訴審判決 (大阪高判平成 15 年 12 月 19 日) も、この第 1 審の判断を維持した。

これに対して、弁護側が上告し、被告人 X が Y 教授に本件金員を供与したことの Y 教授の職務との関連性、すなわち、賄賂罪における職務関連性の有無な

どが、上告審で争われた。

【決定要旨】

最高裁は、弁護側の上告を棄却した上で、職権で以下のように判示した。

まず、最高裁は、本件の事実関係を以下のとおりであると認定した。

(1) N医大は、N県の条例に基づき設置された公立大学であり、同大学附属病院（以下「附属病院」という。）は、その付属施設である。N医大の各臨床医学教室と附属病院の各診療科とは、臨床医学教室での医学の教育研究と診療科での診療を通じた医療の教育研究とを同時に行うべく、1対1で対応しており、人的構成上も、臨床医学教室の教授が対応する診療科の部長を務め、臨床医学教室の助教授がそれに対応する診療科の副部長を務めることとされているなど、いわば一体の組織として構成され、機能している。

(2) Yは、本件当時、N医大の救急医学教室教授であるとともに、附属病院救急科部長であり、教育公務員特例法等の規定により教育公務員とされ、地方公務員としての身分を有していたが、救急医学教室及び救急科に属する助教授以下の教員、医員及び臨床研修医等の医師を教育し、その研究を指導する職務権限を有していた。

(3) N医大においても、他の多くの大学の医学部・附属病院と同様、臨床医学教室及び診療科に対応して、医局と呼ばれる医師の集団が存在するところ、N医大の医局は、長たる教授のほか、助教授以下の教員、医員、臨床研修医、大学院生、専修生及び研究生等により構成されており、大学の臨床医学教室又は附属病院の診療科に籍を置いている者が大半であるが、籍を置かない者もいる。そして、教授は、自己が長を務める医局を主宰、運営する役割を担い、当該医局の構成員を教育指導し、その人事についての権限を持っている。

(4) Yもまた、N医大において、救急医学教室及び救急科に対応する医局に属する助教授以下の教員の採用や昇進、医員、非常勤医師及び臨床研修医の採用、専修生及び研究生の入学許可等につき、実質的な決定権を掌握していたほ

か、関連病院、すなわち、医局に属する医師の派遣を継続的に受けるなどして医局と一定の関係を有する外部の病院への医師派遣についても、最終的な決定権を有しており、Yにとって、自己が教育指導する医師を関連病院に派遣することは、その教育指導の上でも、また、将来の救急医学教室の教員等を養成する上でも、重要な意義を有していた。

「以上の事実関係の下で、Yがその教育指導する医師を関連病院に派遣することは、N医大の救急医学教室教授兼附属病院救急科部長として、これらの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というべきである。そうすると、医療法人理事長として病院を運営していた被告人Xが、その経営に係る関連病院に対する医師の派遣について便宜ある取り計らいを受けたことなどの謝礼等の趣旨の下に、Yに対して金員を供与した本件行為が贈賄罪に当たるとした原判断は正当である。」

【評釈】

1 本件決定の意義

本件は、県立医科大学教授が、自己が長を務め、主宰、運営する医局の医師を本件病院に派遣したことに対する謝礼について、賄賂罪の成立が認められるかが争われた事案である。

最高裁が是認した第1審の認定によれば、医局は、慣習的な存在で、それを規定する法令等はないに等しく、N医大と密接不可分の関係にあるが、同一であるとはいえず、医局に属する医師について、教育、指導の側面のみを重視するものではない、などと位置づけられている。そうであれば、医局の医師を本件病院に派遣することは、N医大のY教授の属する救急医学教室および救急科に属する医師を教育、指導するなどの、N医大の教授としての本来の職務を超えていると評価することが可能となる。その評価を前提にすると、医局の医師を他の病院に派遣する行為について、Yには、賄賂罪の成立に必要な「職務関

連性」が認められないことにもなりうる。

この点について、検察官は、この医局は、大学及び附属病院と不可分一体のものとして現に存在しており、関連病院派遣を含めた人事権限、教育研究の指導権限、予算配分等の決定権限を有していることなどから、関連病院への医局所属医師の派遣行為も、医局の長たるY教授の職務権限そのものであるなどと主張した。

本稿では、賄賂罪の保護法益、および行政法上の職務権限の配分との関係をふまえて、この職務関連性の問題について検討することにする。

2 賄賂罪の保護法益

(1) 賄賂罪の保護法益については、いくつかの見解の対立がある。

不可買収性説は、賄賂罪の保護法益を、公務員の職務行為の不可買収性であるとする見解である¹⁾。同説は、具体的な職務の正と不正を問わず、職務に関する不正な報酬の授受があれば、それを処罰すべきとする。それによれば、単純収賄罪を基本類型とし、職務の不正を要件とする加重収賄罪を、その加重類型としていると把握することになる。

従来、これに対立する形で主張されてきたのが、純粋性説である。これは、職務の対価として利益が提供等されることによって、公務員が、いわば私的利益のために、違法、または適法であっても不公正な裁量権の行使をする（抽象的）危険を、賄賂罪の保護法益とする見解である²⁾。これは、加重収賄罪を基本類型として、単純収賄罪をその前段階に位置する危険犯として理解する見解であるといえる。

(2) しかし、これらの見解はいずれも妥当とはいえない。

1) 木村亀二『刑法各論』（復刊、1959年）288頁、平野龍一『刑法概説』（1977年）294頁など。

2) 林幹人『刑法各論〔第2版〕』（2007年）442頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（2010年）612頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（2012年）317頁など。

まず不可買収性説には、以下の問題がある。「賄賂と職務行為とが対価的關係」にあれば、正当な職務行為に対しても賄賂罪が成立すること、すなわち、単純収賄罪は説明できて、必ずしも職務が利益の対価となっていないあっせん収賄罪のような犯罪の本質を説明することができない。なぜなら、あっせん収賄罪は、他の公務員の不正行為をあっせんすることの対価として賄賂を授受等した場合に成立するが、当の公務員の職務行為は買収の対象となっていないので、不可買収性説でその処罰根拠を説明することが困難となるからである。また、とりわけ純粋性説の立場からは、不可買収性、いわゆるお金で買えないということは独立した法益ではなく、職務行為の純粋性の中に含まれるとするのが原則である、と主張される³⁾。たとえば、恐喝によって利益を交付した場合について、最高裁は「公務員がその職務を執行する意思がなく、ただ名をその職務の執行に藉り」たにすぎない場合には、収賄罪は成立しないとする⁴⁾。たしかに、このような場合は、利益を授受しても、職務の公正が害される危険はないが、不可買収性説からは、賄賂罪の成立は肯定されるはずである。しかし、このような場合にまで、賄賂罪の成立を肯定する必要はない。

他方で、純粋性説にも問題がある。純粋性説と他の説との対立は、主として、職務の公正が侵害されない場合にも賄賂罪の成立を認めるべきか否かというところにある⁵⁾。公務員が、正当な職務について、その対価として不正に利益を授受した場合にも、職務が適法になされていることを考えると、純粋性説では職務が不正に行われたことが要件となるため、正当な職務が行われても成立する単純収賄罪の説明がつかないという点に対する批判がある。この場合、職務の公正は害されていないし、その危険すらないことになる。この点は、やはり問題があると言わざるを得ない。

3) 北野通世「収賄罪の一考察 (1)」刑法雑誌 27 卷 2 号 (1986 年) 32 頁。

4) 最判昭和 25 年 4 月 6 日 (刑集 4 卷 4 号 481 頁)。また、大判昭和 11 年 5 月 14 日 (刑集 15 卷 626 頁) も参照。

5) 林幹人「賄賂罪における純粋性説」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集上巻』(成文堂、2007 年) 591 頁。

純粋性説は、加重収賄罪が賄賂罪の基本類型であり、単純収賄罪は加重収賄罪の危険犯という位置づけになるという見解に立脚する。だが、単純収賄罪は不正職務行為を要件としているわけではなく、それを、不正職務行為を要件とする加重収賄罪の危険犯と位置づけることは難しいと批判されている⁶⁾。また、公務員が利益授受を伴わず違法行為を行っても、収賄罪が成立するわけではないのに、(恐喝による場合を含めた)その抽象的危険のみを根拠に、収賄罪を認めるのは不自然であるとする批判もある。さらに、過去の職務行為⁷⁾に対しては、賄賂罪は成立し得ないということになる。この点も、すぐ次に述べる信頼保護説との対立において、もっとも重要な論点とされてきた⁸⁾。すでに行われた過去の職務に対して利益が提供された場合、純粋性説からは、職務が利益に影響される危険はない以上、これを処罰するという結論を説明できない。最後に、本来の職務に密接に関連する職務の場合、その行為について利益が授受されても、純粋性説の立場からは、賄賂罪は成立しないことになりかねない。これは、本件のような事案の当罰性を考える上で、きわめて重要な点である。結論から言えば、やはりこの帰結は不当である。

(3) 現在の判例および通説は、賄賂罪の保護法益を、職務の公正とそれに対する国民一般の信頼に求める信頼保護説である⁹⁾。同説は、社会の信頼を独立した法益として考慮する必要があり、保護法益を社会の信頼にまで拡大することによって、職務の公正に対する侵害の危険が現実には生じたか否かではなく、そのような外観を呈する事態が生じたか否かを問題にする。すなわち、具体的な内容はともかく、不公正な裁量を公務員が行えば、公務に対する国民の信頼を失わせることに注目する。職務行為に賄賂が絡まず公正であることについて

6) 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論〔第7版〕』(2018年)515頁など。

7) 判例は、過去の職務行為に対しても賄賂罪が成立するとする見解を古くから採用してきた。大判明治42年12月17日(刑録15輯1843頁)、大判昭和10年5月29日(刑集14巻584頁)。

8) 嶋矢貴之「賄賂罪」法学教室306号(2006年)56頁。

9) 最大判平成7年2月22日(刑集49巻2号1頁)。斎藤信治『刑法各論〔第4版〕』(2014年)291頁、木村光江『刑法〔第4版〕』(2018年)423頁など。

の社会の信頼が害されると、買収や不正の横行につながり、国民の失望、不安、行政不信、政治不信を招く。また、先にも述べたところであるが、過去の職務に対する賄賂でも職務の公正を疑わせることになるため、その当罰性を肯定することができる。

このように考えると、判例および通説である信頼保護説の立場から、賄賂罪の成立要件を考えていくのが適切である。

3 職務関連性について

(1) 賄賂罪は、公務員が「その職務に関し」賄賂を授受等することが必要である。この職務行為（職務関連性）とは、公務員がその地位に伴い公務として取り扱うべき一切の執務を指称するとされる¹⁰⁾。具体的には、当該公務員の一般的な職務権限に属するものであれば足り、本人が現に具体的に担当している事務であることは要しないとされてきた。これに関連して、かつて最高裁は、Y 地方事務所農地課勤務の被告人の職務行為性について、「日常担当しない事務であっても、同〔農地〕課の分掌事務に属するもの」であれば、職務行為性を認めうるとする判断を示したことがある¹¹⁾。この判例によるならば、職務行為性を認めるためには、行政組織法上の単位、たとえば「課」という単位で職務権限が配分されていることが、当罰性という観点も含めた、賄賂罪の職務関連性を認める上での基準とされているようにも思われる。

(2) だが、判例は、大審院時代¹²⁾から、賄賂罪という「職務」には、当該公務員の本来の職務行為のほか、厳密には職務権限には属さないものでも、その職務権限と密接な関係を有し、事実上権限が認められる行為、いわゆる「職務密接関連行為」も含まれると解してきた。すなわち、このような職務密接関連行為に関して賄賂の授受がなされる場合にも、賄賂罪の成立を認めてきたの

10) 最判昭和 28 年 10 月 27 日 (刑集 7 卷 10 号 1971 頁)。

11) 最判昭和 37 年 5 月 29 日 (刑集 16 卷 5 号 528 頁)。

12) 大判大正 2 年 12 月 9 日 (刑録 19 輯 1393 頁) など。

である。

たとえば、下級審裁判例であるが、著名なバイオリニストで、国立大学であるT芸術大学音楽学部器楽科の教授である被告人が、同大学の楽器購入や指導する学生の楽器に当たって、自分の知っている楽器商のものを購入するように、あっせん、指導したことの引換えに、当該楽器商から一定の利益の提供を受けたという「芸大バイオリン事件」に関する東京地判昭和60年4月8日（判時1171号16頁）を見てみよう。

同判決は、一方では、学生らの使用する楽器の選定に関し助言指導を行うにあたり、特定の楽器商から特定の楽器の購入の勧告ないし斡旋などをしたときは、教育公務員たる国立大学音楽学部教授として本来の職務行為の域を越える、すなわち、学生に対し特定の楽器商の保有するバイオリンを購入するよう仕向けないしはその購入を斡旋する行為は、それ自体としては、国立大学音楽学部教授の本来の職務行為のうちに含まれないとする。しかしながら、前記の勧告ないし斡旋行為は、教師の本来の職務行為である教育指導、とりわけ楽器の選定に関する助言指導と極めて密接に結びついており、その事実上の影響力はかなり大きいことから、教師の行う勧告ないし斡旋などの行為は、教師の職務である教育指導と密接に関係しているとして、「T芸大音楽学部器楽科担当の教授が自己の指導中のバイオリン専攻の学生に対し、その使用するバイオリンの選定に関する助言指導を行なうにあたり、特定の楽器商の保有する特定のバイオリンの購入方を勧告ないし斡旋することは、国立大学教授としての職務の執行に密接な関係を有する行為であって、右行為に関し当該楽器商から利益の供与を受けたときは、刑法197条1項にいわゆるその職務に関するものとして収賄罪を構成する」として職務行為性を認めている。

4 職務関連性判断と行政組織法との関係

(1) 先にも述べたように、賄賂罪の保護法益に関する信頼保護説によるならば、行政組織法上の「課」や「係」という単位を超えるような場合であっても、

それが不正な利益と結びつくときは、職務の公正さとそれに対する社会一般の信頼が害される。そうである以上は、そのような場合にも、刑法 197 条等という「職務に関し」、すなわち職務関連性を認めるべきことになる。

そして、行政組織法上も、行政指導など、従来、職務行為性を認めることに疑義のあった行為にも職務行為性が認められるようになってきている。そうであれば、賄賂罪という職務関連性については、職務行為だけを問題にすれば足り、職務密接関連行為という概念をわざわざ認める必要性は乏しいようにも思われる。

この点で興味深い判断を示しているのが、最決判平成 17 年 3 月 11 日（刑集 59 卷 2 号 1 頁）である。これは、警視庁 A 警察署の地域課に勤務していた警察官 X が、警視庁 B 警察署の刑事課に係属している告発事件について、告発者から有利な取り計らいを受けたいとの趣旨のもとで現金の供与を受けた行為について収賄罪を認めたものである。その際、最高裁は、「警察法 64 条等の関係法令によれば、同庁警察官の犯罪捜査に関する職務権限は、同庁の管轄区域である東京都の全域に及ぶと解されることなどに照らすと、X が、A 警察署管内の交番に勤務しており、B 警察署刑事課の担当する上記事件の捜査に関与していなかったとしても、X の上記行為は、その職務に関し賄賂を收受したものであるというべきである」としている。

たしかに、警察の場合、警察組織関係の法令によれば、警視庁警察署の地域課（交番）勤務の警察官は、当該警察署の管轄区域に密着した存在として活動すると同時に、主管課が事務処理等を担当するまでの「つなぎ的存在」として関与することが予定されている。また、警視庁警察官は、どの警察署のどの部局に所属しているかにかかわらず、東京都内において犯罪捜査にあたることが要請されているため、警視庁警察官の犯罪捜査に関する一般的職務権限は、警視庁の管轄区域である東京都全域に及ぶと考えられる。そして、それは、一般市民の感覚にも合致するものともいえる¹³⁾。このような警察という行政組織

13) 平木正洋「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 17 年度』（2008 年）12 頁。

に固有の特殊な事情はあるにせよ、この判例は、結論的には、賄賂罪の保護法益である信頼保護の観点に基づいて、担当地区や「課」「係」の枠にとらわれることなく、一般的職務権限を認めうるとの立場に立っていることになる¹⁴⁾。

(2) その一方で、判例・通説の認める職務密接関連行為の概念については、批判的な見解も多い。これらは、2つの方向での議論に整理できる。

1つは、職務密接関連行為概念を否定しつつ、判例および通説が職務密接関連行為にあたるとして処罰を認めてきた行為類型について、処罰の必要性を否定する見解である。「職務以外の行為について賄賂罪の成立を認めるのは法の文言を超えるという問題もある。職務行為の概念を〔公務員が現に担当している具体的・個別的事務に限られないという〕ように広く解し、さらに一般的職務権限の理論を認めるなら、それ以上に賄賂罪の成立を拡大することは、妥当でなくまた必要でもないと思われる」とする中森喜彦博士による見解¹⁵⁾が、その代表的なものである。

だが、より多数を占めるのは、第2の方向、すなわち、従来から職務密接関連行為とされてきたものは職務行為であるとするのが可能だとする、いわば「職務行為への解消可能論」とでも称すべき見解である。たとえば、平川宗信博士は、職務密接関連行為に限定する根拠がなく、職権に伴う影響力を利用する地位利用行為などにまで拡大するおそれもあるとの前提から、「職務密接関連行為」は「職務行為」それ自体の問題として論じられるべきであるとする。とりわけ、行政手続法の制定などもあり、行政法の領域でも、職務行為・職務権限を行政指導・説得行為・交渉行為等を含む意思決定過程の全体構造においてとらえる方向にある¹⁶⁾。そのような見地から、平川博士は、判例が「職務密

14) 星周一郎「判批」信州大学法学論集8号(2007年)161頁。また、最大判平成7年2月22日(刑集49巻2号457頁)参照。

15) 中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』(2015年)309頁。

16) 行政指導に関する包括的な規定が設けられたことで、公務員が行政指導を行うことが職務行為に含まれることは明確になった、と理解されている。藤永幸治代表編集『公務員犯罪(シリーズ捜査実務全書11巻)』(1999年)89頁〔佐々木善三〕。

接関連行為」としたものの多くは、「職務行為」自体に含めることが可能であり、不都合は生じないと思われるとする¹⁷⁾。

5 職務密接関連行為概念の必要性

「職務に関し」は、賄賂罪としての処罰の必要性、すなわち法益侵害が存するかどうかという、刑法独自の観点から判断される。その意味において、職務権限は、賄賂罪における保護法益の観点から実質的に判断する、実質的な職務権限概念を採用する必要がある。

しかしながら、いくら「刑法独自の観点」といっても、行政組織法上の職務権限の配分が、まったく無関係になるわけではない。

たとえば、先に検討した、異なる所轄署の異なる「課」に属する警察官に一般的職務権限を認めた平成 17 年最高裁決定の判断に対しては、「当該事件の捜査に係る具体的・事実上の可能性のない警察官に、その他の事項についてまで一般的職務権限の理論を拡大適用したことについては妥当ではない」とする批判も有力に向けられている¹⁸⁾。たしかに、単に警視庁警察官であることの一事をもって、職務権限を認めるのであれば、処罰範囲の限界が不明確になるとする批判はもっともなものである。しかしながら、同決定も、同じ警視庁の警察官であることから、直ちに一般的職務権限を認めたわけではなく、警察という行政組織、とりわけ「地域課」という課の位置づけという、事案に固有の事情を踏まえた上での判断であることは、すでにみたとおりである。

以上のことから示唆されるように、賄賂罪で規定されている「職務に関し」

17) 平川宗信『刑法各論』(1995年)503頁。また、平野龍一博士も、職務に「関し」とは、職務行為と賄賂とが対価関係に立つことが必要だという趣旨をいいあらわしたものであって、職務に関連した行為であれば、賄賂罪の対象になるという趣旨ではないとする前提から、従来、「密接に関連する行為」とされたきたものも、むしろ一般的職務権限のある行為として職務行為であるとすることも可能な場合があると主張される。平野・前掲注(1)書298頁。

18) 西田(橋爪補訂)・前掲注(6)書521頁。

にあたるか否かの判断にあたっては、職務行為と職務密接関連行為とを分けて、行政組織法上の観点も視野に入れながら、「職務に関し」が認められるかどうかを分けて論ずる方法による方が、むしろ、処罰範囲の明確化につながるものと考えられる。それによって、賄賂罪の成立範囲について、より慎重な判断を行うことができるようになるのである¹⁹⁾。

6 職務密接関連行為の判断基準

だが、職務密接関連行為概念肯定説に対しては、職務密接関連行為の概念が不明確であるとする批判もある。そこで、肯定説の論者からは、それを明確化するための議論が展開されてきた。たとえば、当該行為の公務的性格を基準とすべきとする見解（公務説）²⁰⁾、職務行為に及ぼす影響の有無を基準とすべきとする見解（影響力説）²¹⁾、職務行為の相手方に対し影響力を行使したかを基準とすべきとする見解（地位利用説）²²⁾などが主張されることもある²³⁾。他方で、これらとは異なる観点から、㉑本来の職務行為から派生し、慣行上担当している職務や、本来の職務権限行使の前段階・準備的行為、㉒自己の職務に基づく影響力を利用して行う行為などに類型化する見解²⁴⁾も主張されている。

これらの見解は、いずれも明確な判断基準を示すことで、処罰範囲を明確化

19) 島田聡一郎「判批」ジュリスト1254号（2003年）255頁、嶋矢・前掲注（8）論文59頁、林陽一「判批」法学教室311号（2006年）127頁、橋本正博「判批」判例評論579号（判例時報1959号）（2007年）46頁。

20) 伊達秋雄「賄賂罪について」法学セミナー4号（1956年）24頁など。

21) 美濃部達吉『公務員賄賂罪の研究』（1939年）42頁、中義勝「職務と密接な関係のある行為と賄賂」我妻栄編集代表『刑法の判例〔第2版〕（ジュリスト増刊）』（1973年）180頁など。

22) 藤木英雄『刑法講義各論』（1976年）62頁など。

23) 以上の整理は、堀内捷三「賄賂罪における職務行為の意義」内藤謙ほか『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』（1990年）504頁以下。

24) 山口・前掲注（2）書616頁、曾根・前掲注（2）書321頁、西田（橋爪補訂）・前掲注（6）書521頁など。

しようとする試みの所産であり、その意図するところは、十分に理解できる。しかしながら、行政組織法の観点からは一般的職務権限に属さなくても、なお職務に密接に関連する行為であり、それに関して不正な利益の授受がなされれば公務の公正さとそれに対する国民一般の信頼が損なわれることになる行為を一律的に判断することは、その性質上、非常に困難であると言わざるを得ない。

それゆえ、職務密接関連行為に該当するか否かは、信頼保護説の観点から、個別の事案ごとに実質的に判断していくほかない。その際、公務の公正さへの信頼を侵すか否かは、(1) 公務員としての影響力を利用する類型の場合、①賄賂を収受する者の公務性の大小、②そのような影響力行使がしばしば行われるものか否か、という影響力説的な視点に基づき、これに対して、(2) 公務員に働きかけて処分をさせる場合には、③当該公務員に対して有する影響力の大小、④影響力の行使の態様（地位利用を積極的に行ったか否か）などの地位利用説的な観点に基づくといった形で、事案毎に総合的に評価することによって決定されることになろう²⁵⁾。

7 本決定の評価

以上の検討結果を踏まえ、本決定の判断を検討することにしよう。

(1) 本件で問題となった「職務に関する行為」は、県立のN医大教授兼同大学附属病院診療科部長であるYが主宰する医局に属する医師を、関連病院等へ派遣する等の行為である。本件第1審判決の認定によれば、医局は、一般的かつ厳然と存在してきたものであるが、明文の規定は設けられておらず、N医大やその附属病院を経営するN県が、直接その設立または管理に関与していない存在である²⁶⁾。

この点に関して、本件と同じN医大に属し、附属病院の部長も兼務していた

25) 前田雅英『刑法各論講義〔第6版〕』（2016年）486頁参照。

26) なお、医局の意義に関して、松宮孝明「判批」宇都木伸ほか編『医事法判例百選』（2006年）29頁参照。

別の教授（収賄側）の収賄行為に関連して、大阪地判平成14年9月30日（判タ1129号268頁）は、同教授の主宰する医局の医師を関連病院に派遣する行為は、「職務に密接な関連を有する行為にとどまらず、N医大学教授兼附属病院の部長としての職務行為であったことは明らかである」としている。そして、職務密接関連行為否定論者は、この判断を支持する²⁷⁾。だが、この判示が、職務行為の範囲を拡げて解釈することで、職務密接関連行為の概念を否定する見解を採用したものではないことは、明らかである²⁸⁾。また、この大阪地裁平成14年判決は、N医大が、県立の医科大学として、その理念・目的の1つに地域医療への貢献等を掲げており、その一環として、医局所属医師の派遣がなされていたという事情に基づく判断をしていることに留意すべきである。そうだとすれば、やはり、医局を、一般論として、大学の臨床医学教室や附属病院の診療科と完全に同一視することはできない。

だが、本件決定の判断に戻ると、本件第1審判決は、医局を前述のように位置づけると同時に、「医局は、大学の臨床医学教室及び附属病院の診療科と重なる部分が極めて大きいのであるから、それを大学の教室及び附属病院の診療科と無関係の純粋な任意の私的集団ととらえることはその実態に全くそぐわないもので妥当ではなく、医局は、大学の教室及び附属病院の診療科と密接不可分のものであり、部外者から見れば大学又は附属病院の一部であるかのような外観を有している」とも認定している。他方で、医局の機能と目的に関しては、「医局に属する医師を関連病院へ派遣する目的は、医局に属する医師の教育、指導が一つの重要な目的ではあるが、それのみが目的であるわけではなく、他にも医局に属する医師の生活保障等の重要な目的が併存する」のであって、「医局の人事には、大学の教室及び附属病院の診療科における役職等の内部的な人事と、それとは直接関連しない単なる関連病院への派遣という外部的な人事とを区別することが可能であること、関連病院側の医師の派遣を受ける主た

27) 北野通世「判批」刑事法ジャーナル6号（2007年）80頁。

28) 松田俊哉「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇平成18年度』（2009年）48頁。

る目的は、医療に従事する医師の労働力確保にあるのであって、関連病院において、特に派遣された医師の教育、指導という面での配慮がなされているとは認められない」というのが実態であったとされている。

このように考えると、地域医療への貢献という前記事情にも鑑みるならば、医局の医師を関連病院に派遣する行為を、Yの職務行為そのものと認定することもできなくはない。だが、やはり関連病院は、大学の臨床医学教室や附属病院診療科の外部に存在するものであり、関連病院への医師派遣を決める教授の権限も、事実上のもの、あるいは実質的なものにとどまっていることなどを考えると、「救急医学教室及び救急科に対応する医局に属する医師を関連病院に派遣する行為は、救急医学教室及び救急科に属する医師を教育、指導するなどという〔大学〕教授としての本来の職務行為の域を超えるもの」とする本件第 1 審判決の判断を最高裁が是認したことは、妥当であると考え²⁹⁾。

そうであれば、医局に所属する医師を関連病院に派遣する行為については、「職務密接関連行為」として職務関連性が認められるか否かを判断すべきことになる。

(2) 本件で問題となったN医大では、「教授は、自己が長を務める医局を主宰、運営する役割を担い、当該医局の構成員を教育指導し、その人事についての権限を持っている」という状態であった。そして、本件収賄側の教授は、「N医大において、救急医学教室及び救急科に対応する医局に属する助教授以下の教員の採用や昇進、医員、非常勤医師及び臨床研修医の採用、専修生及び研究生の入学許可等につき、実質的な決定権を掌握していたほか、関連病院、すなわち、医局に属する医師の派遣を継続的に受けるなどして医局と一定の関係を有する外部の病院への医師派遣についても、最終的な決定権を有して」いたとされている。

この認定を前提にするならば、医局に属する医師の派遣等に関する行為は、(1) 公務員としての影響力を利用する類型に該当するといえる。そして、①賄

29) 同上 48 頁以下。

賄賂を受取る者の公務性の大小としてみるならば、県立大学附属病院の教授のもとにある医局での事項であり、公務そのものではないにせよ、「自己が教育指導する医師を関連病院に派遣することは、その教育指導の上でも、また、将来の救急医学教室の教員等を養成する上でも、重要な意義を有していた」のであるから、公務に準ずるという意味での公務性は比較的高いといえる。また、②医局の判断は、教授の影響のもとにあるのが通例であり、まさしく日常的に行われるものであるから、そのような影響力の行使はしばしば行われるものであるといえる。

そうであれば、本件医師の派遣に関する行為は、職務に密接に関連する行為であり、それに関する賄賂の授受は、社会一般からみても、公務の公正さに対する信頼を損なうものといえる。

(3) 本件において、賄賂罪の成立を認めるという結論それ自体については、職務密接関連行為解消論の論者も含めて³⁰⁾、異論のないところである。

なお、賄賂罪としての当罰性判断は、繰り返してみてきたように、職務行為または職務密接関連行為としての実態と、それと表裏一体の関係にある公務の公正さに対する社会一般の信頼の保護という観点から判断される。また、それは同時に、「公務員犯罪の予防」を図るという刑法の重要な機能を果たすものとなる。本件のような行為に賄賂罪の成立を認めないのであれば、「賄賂の使用等も辞さないような人々に希望をあたえ、買収等の横行を助長し、他方、賄賂の使用等を拒む善良な国民や賄賂を贈るような余裕のない国民の失望と不安を与え、行政の不信を招来し、民主的な国家秩序にとって不都合な事態を生ずることが容易になる」という、由々しき事態を生じさせることになる³¹⁾。

だが、日本では、賄賂犯罪については「構造的汚職」という言葉が使われることがある。賄賂の授受に至るには、公務員と贈賄者となる民間企業等との間

30) 中森喜彦「判批」『平成18年度重要判例解説（ジュリスト1332号）』（2007年）177頁、北野・前掲注（27）論文76頁。

31) 斎藤信治「賄賂罪の保護法益（2）—信頼保護説の妥当性」法学新報96巻3=4号（1990年）52頁以下。

に、相互依存関係を背景とした継続的な癒着があることが多いことが、かねてから指摘されている³²⁾。本件も、そのような一例であるといえよう。刑事処罰が、公務員犯罪の強力な抑止力になることは間違いないが、その際には、汚職を生み出す「構造」という真の問題点を明らかにして、その改善策の検討と実施とにつなげていくことが必要である。刑事処罰を支える当罰性判断や、その前提として事実解明を行う際の捜査も、そういった改善策に資するものでなければならない³³⁾。

以上については、今後の検討課題としたい。

32) 藤永編集代表・前掲注 (16) 書 3 頁以下〔尾崎道明〕。

33) 同上 5 頁。