

## 斡旋収賄罪についての一考察 (一)

山本光英

- 1 はしがき
- 2 斡旋収賄罪の立法の経緯
- 3 斡旋収賄罪の2つの機軸
- 4 公務員の「地位の利用」(以上本号)
- 5 「請託を受けて」の証明
- 6 「賄賂」の認定
- 7 「『職務上不正な行為をさせるように、または相当の行為をさせないように』あつせんする」ことの意義
- 8 「第三者供賄」に関する規定の必要性
- 9 むすび

### 1 はしがき

もとより、わが国は法治国家であり、法にしたがって国家・社会が営まれるべきところである。しかしながら、世間では、法によっては、法の正義によっては律し得ない、あるいは、事がうまく運ばない場合も多いものである。そこで、とかく「顔」がものをいう場合が多く生ずる。「顔」には、「良い顔」もあれば、「悪い顔」もある。「良い顔」を利かせる場合は問題はないが、往々にして「悪い顔」の方が幅を利かすものである。問題は、「良い顔」と「悪い顔」とをどのように区別するかである。

平成15年1月14日、最高裁第二小法廷は、元建設大臣であり現職の衆議院議員であった被告人中村喜四郎に対して、刑法197条ノ4に規定する「あつ

せん収賄罪」の成立を認め、懲役1年6月の実刑を科した第1審判決および第2審判決を支持する決定を下したことであった。本条が昭和33年の刑法改正で追加されて以来、国会議員についてその適用があったのが、1968年、いわゆる「日通事件」で、社会党参議院議員が、参議院決算委員会で他の同僚議員が日通を攻撃することを抑えて欲しい旨の斡旋の依頼に応じて、200万円の報酬を収受したことに關して、1審で有罪判決を受けて以来（被告人死亡により公訴棄却）、本件が2度目のことであったこととともに、被告人が元建設大臣であったこと、第1審判決・第2審判決による実刑判決が維持されたことなどから、本決定により改めて斡旋収賄罪が世間の注目を浴びることとなった。

斡旋収賄罪の規定は、「悪い顔」を利かせて報酬をもらうことを処罰しようというものであるが、本罪を適用するには、なかなか困難をとまなう。国会議員に対して本罪を適用したのがただ2例にすぎないことは、われわれの想像を越える少なさであり、このことからすでにその適用の困難さは理解され得るであろう。まさに、「良い顔」の利かせ方と「悪い顔」の利かせ方の区別が問題なのである。

斡旋収賄罪に關しては、既に多くの著書、論文が出されており、斡旋収賄罪の論点はすべて議論され尽くした感があるが、前述の最高裁決定は、斡旋収賄罪に關する新たな議論の契機となるものと思われる。そこで、本稿においては、斡旋収賄罪の立法の経緯を考察しつつ、斡旋収賄罪の規定（刑法197条ノ4）の問題点を改めて考察したいと思う。

## 2 斡旋収賄罪の立法の経緯

1 斡旋収賄罪が立法化に向けて動き出したのは、昭和15年の改正刑法仮案を嚆矢とする。その第201条は、「公務員其ノ地位ヲ利用シ他ノ公務員ノ職務ニ属スル事項ニ付キ斡旋ヲ為スコト又ハ為シタルコトニ関シ賄賂ヲ要求シテ収受シタルトキハ三年以下ノ懲役ニ処ス其ノ要求ヲ為シタルニ止マルトキ

亦同ジ」としていた。これを、（とくに刑法197条1項の）通常の収賄罪と比較すると、まず、主体について、一般の収賄罪が公務員または仲裁人としているのに対して、斡旋収賄罪は公務員のみとなっている。また、行為については、通常の収賄罪が「其ノ職務ニ関シ賄賂ヲ收受シ、要求シ又は約束シタル」ことであるのに対して、斡旋収賄罪は、「其ノ地位ヲ利用シ他ノ公務員ノ職務ニ属スル事項ニ付キ斡旋ヲ為スコト又ハ為シタルコトニ関シ賄賂ヲ要求シテ收受シ」または「其ノ要求ヲ為シタルニ止マル」こととなっており、「要求」することを重視している。さらに、法定刑は、通常の収賄罪も斡旋収賄罪もともに懲役3年以下であって同じであるが、ただ、通常の収賄罪においては、「請託」を受けた場合が懲役5年以下と重くなっているのに対して、斡旋収賄罪では、「請託」のある場合の加重がなされていないのである。主体を公務員のみとしたこと、したがって、議員も主体となり得ること、行為について、「賄賂の要求」を重視し、単なる收受、約束を処罰するのではなく、「賄賂ヲ要求シテ收受」すること、または、「其ノ要求ヲ為シタルニ止マル」ことのみ限定して処罰の対象としたことに特色がある。

2 これに対して、昭和16年2月6日の第76回帝国議会で提出された刑法中改正法律案政府原案第197条ノ4においては、「公務員其ノ地位ヲ利用シ他ノ公務員ノ職務ニ属スル事項ニ付斡旋ヲ為シ又ハ為シタルコトニ関シ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ要求若クハ約束シタルトキハ三年以下ノ懲役ニ処ス」とされた。これは、前記の改正刑法仮案と比較すると、主体および刑罰に変動はないが、行為について、斡旋事項は他の公務員の職務事項であれば足り、これに職務上不正の行為をさせるものであることを要しない反面、公務員が「その地位を利用して」、すなわち、その地位にともなう他の公務員に対する威力や圧力その他の影響力を利用して斡旋することが要件とされている。また、「賄賂の要求」を特に重視するものではなく、広く、「斡旋ヲ為シ又ハ為シタルコトニ関シ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ要求若クハ約束シタル」こととした点において、厳格なものとなっている。

この案は、貴族院は通過したものの、衆議院において反対に晒され、法律

として成立するに至らなかった。衆議院が反対した表面上の理由、つまり、理論上の理由は、本規定の立法理由についての政府委員の答弁が明確ではないというものであった。すなわち、本規定の立法理由について、斡旋収賄を処罰するのは、公務員の職務の公正を維持するためであるのか、それとも、地位を利用する公務員の綱紀を肅正するためであるのかという質問に対して、政府委員は、職務の公正の維持が主であり、綱紀の肅正が従であると答弁したのであるが、職務の公正に維持が主であるなら、斡旋だけでは、他の公務員に職務上不正の行為をさせることにならないから、斡旋を処罰する理由はないとの反論にあい、また、地位の利用にはそれによって信用を与えるなど善良な場合もあり得る。それがどうして違法なのかという質問に対して、政府委員は、地位の利用が他から利益を受けることによって違法になる、と答弁したことから、それでは、職務の公正の維持が立法理由ではなく、地位を利用する公務員の綱紀の肅正が立法理由になるのではないか、との反問にあい、これに対して政府委員が明確な答弁ができなかったのである<sup>1)</sup>。他方、運用面における濫用の危険について、本規定は代議士や県会議員などについても当然適用されるものであるが、これらの者は他人から頼まれて関係官庁に陳情してやるような機会が非常に多い。ところが、この規定があると、その斡旋に対して手土産程度の贈物を受けたり、儀礼的な簡単な夕食の馳走になったりしても、すぐ嫌疑がかけられることになって、その結果は行動が不当に拘束され、延いては下情上通の途がとざされるではないか、というものであった。衆議院において政府原案に対する反対の空気は非常に強く、問題は両院協議会に持ち込まれたが、結局、本規定の研究は不十分であるから、もう少し考えてから提案し直せというようなことで削除されてしまったのである<sup>2)</sup>。

1) 江家義男「『あっせん』収賄罪の立法」時の法令245号（昭和32年）25頁以下、久禮田益喜「『あっせん』収賄罪の新立法」時の法令276号（昭和33年）22頁参照。

2) 中野次雄「斡旋収賄罪の本質と立法上の問題点」法律のひろば第7巻6号（1954年）13頁参照。

3 その後、戦時の特別立法の時代となり、昭和18年10月31日法律第107号戦時刑事特別法の一部改正法第18条ノ3は、「戦時ニ際シ官公署ノ職員其ノ地位ヲ利用シ他ノ官公署ノ職員ノ職務ニ属スル事項ニ関シ斡旋ヲ為スコト又ハ斡旋ヲ為シタルコトニ付不当ノ利益ヲ收受シ、要求シ又ハ約束シタルトキハ収賄ノ罪トナシ七年以下ノ懲役ニ処ス」と規定した。この規定の特徴は、「賄賂」が「不当ノ利益」とされ、そのため、とくに「収賄ノ罪トナシ」という文言が加えられたこと、法定刑が7年以下の懲役に引き上げられたことであるが、さらに、特筆すべきは、犯罪の主体が「公務員」ではなく、「官公署ノ職員」に限定されたこと、行為が「他ノ官公署ノ職員ノ職務ニ属スル事項ニ関シ斡旋ヲ為スコト又ハ斡旋ヲ為シタルコト」となった点である。これにより、官公署の職員以外の公務員、そして議員は処罰の対象外とされ、斡旋の対象も他の官公署の職員の職務に属する事項に限定されることとなったのである。「賄賂」が「不当ノ利益」とされた点については、斡旋による利益の收受は、賄賂罪の固有の概念の中に含まれないと考えられたからであろう<sup>3)</sup>。また、国会議員その他の議員等が処罰の対象外とされたことは、既述の昭和16年案の際の経験に懲りて議員らの風当たりを避けようとする配慮に似たものであろうが、本規定の趣旨において一貫しないものがあることは否めない<sup>4)</sup>。

このようにして、ようやくのこと、斡旋収賄を処罰する規定が設けられたのであるが、この斡旋収賄罪の規定もその命脈は長くはなく、終戦にともない、昭和20年12月20日法律47号によって戦時刑事特別法が廃止されるとともに、法律の上からしばらく姿を消すことになったのである。

4 その後、斡旋収賄に係る実態は悪化の一途をたどり、斡旋収賄罪の新設に向けての社会的要請は急激に高まっていった。そこで、昭和29年と昭和32年の2度にわたり、社会党から「刑法の一部を改正する法律案」(197条ノ4)として衆議院に上程されたが、その内容は昭和16年の政府案と同一であっ

3) 牧野英一「斡旋収賄の規定について」警察研究第25巻第5号(昭和29年)5頁参照。

4) 中野次雄・前掲13頁参照。

たにもかかわらず、保守党議員の反対に遭い成立しなかった。しかしながら、斡旋収賄罪は、昭和33年法律第107号によって新設されることとなった。刑法197条ノ4がこれである。「公務員請託ヲ受ケ他ノ公務員ヲシテ其職務上不正ノ行為ヲ為サシメ又ハ相当ノ行為ヲ為サザラシム可ク斡旋ヲ為スコト又ハ為シタルコトノ報酬トシテ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ要求若クハ約束シタルトキハ五年以下ノ懲役ニ処ス」とされることとなったのである。

本規定の問題点は、第一に、公務員が「その地位を利用して」斡旋することは要件となっていないことである。つまり、公務員が斡旋行為を行ってその報酬を収受すれば本罪が成立するのであって、「その地位を利用して」斡旋することを要しない。この点、従来のがわが国の立法例とは非常に異なるものがある。第二に、「請託ヲ受ケテ」という要件の要否である。請託を受けたことの証明が困難であるため、いわゆる「ザル法」となる危険があると思われるのである。第三に、斡旋の内容を、他の公務員に対し「其職務上不正ノ行為ヲ為サシメ又ハ相当ノ行為ヲ為サザラシム可ク」斡旋することに制限した点である。斡旋の対象となる公務の大部分は行政行為であり、行政行為には裁量行為が多いことに鑑みると、ここでも「ザル法」となる危険をともなっているのである<sup>5)</sup>。

### 3 斡旋収賄罪の2つの機軸

1 斡旋収賄は何故処罰されなければならないのか。すなわち、斡旋収賄罪の本質について考察しよう。それには2つの機軸があると思われる。

第一は、斡旋の対象となる他の公務員の公務の公正の維持という点である。公務は純粹にその公務員の見地から遂行されるべきであって、他から「顔を利かす」という雑音に惑わされるべきではないという考え方である。しかし、これを徹底すれば、斡旋する公務員がその地位を利用する場合だけでなく、

5) 江家義男「暴力および斡旋収賄に関する刑法および刑事訴訟法の一部改正について」ジュリスト151号(1958年)40頁参照。

親しい間柄を利用して斡旋した場合でも、さらには、公務員でない者が職権を有する公務員に対して斡旋した場合であっても処罰されなければ一貫しない。「公務員其の地位を利用し」なくとも、間接的には金で公務が影響されるという点では共通するからである。それゆえ、この観点を徹底させようとするれば、「公務員其の地位を利用し」という文言を削ることが必要となる<sup>6)</sup>。

第二は、公務員が対価を得て自己の職務上の地位を濫用するのは著しく綱紀を乱すことになるから処罰するという考え方である。公務員がその地位を利用して他の公務員の職務の遂行に影響を及ぼすことは、まさしくその地位の濫用であり、それ自体処罰に値する当罰的なものといえようが、さらに、これに利益がともなうことでいよいよもって明白な当罰性、犯罪性が明らかになるのである。ただ、この観点を徹底させようとするれば、およそ公務員が対価を得てその地位を濫用したものである以上、斡旋の対象が他の公務員の職務行為であろうと公務員以外の者の行為であろうと、いずれにしても処罰しなければならないことになる。いずれも対価を得ての地位の濫用である点において共通するからである<sup>7)</sup>。

2 既述の昭和16年の第76回帝国議会に提出された刑法中改正法律案政府原案第197条ノ4に対する政府委員の答弁の混乱は、まさに、この2つの観点に関わるものであったと言える。この2つの観点の重なり合う部分を斡旋収賄罪として処罰しようとしたのである。それゆえ、斡旋収賄罪の規定はいずれの観点についても徹底したものではなく、中途半端な感が否めず、反論に遭ってしまったのである。この2つの観点を徹底させようとするなら、各々別個に規定して処罰する必要があったのである。しかしながら、いわゆる「刑法の謙抑性」という観点からすると、刑事罰は必要最小限度のものにと

6) 中野次雄・前掲15頁参照。この点で、すでに、1950年のチェコスロバキア刑法183条は、「間接贈収賄」という見出しのもとに、「公務員の権限の行使に対して自己の影響力を及ぼすべきこと又はすでに及ぼしたことの対価として利益を要求し又は收受した者（及びその贈賄者）は、1年以下の自由剥奪及び罰金に処する」と規定して、この種の事案を徹底して処罰することとされていたのは注目に値する。

7) 中野次雄・前掲15頁参照。

どめることが必要である。それゆえ、斡旋収賄罪の規定が、この2つの観点の重なり合う部分を処罰の対象としたことはそれなりの理由があったのである。問題は、斡旋収賄罪の規定のそのような性質上予想される処罰の間隙がどのようなものであるかを考え、それをどのように手当てするかということなのである。

#### 4 公務員の「地位の利用」

1 斡旋収賄罪の成立要件に関して、公務員が「その地位を利用して」斡旋することが必要か否かについては、昭和33年の刑法197条ノ4の新設当初から議論が分かれていた。

最高裁昭和43年10月15日第二小法廷決定（刑集22巻10号901頁）は、刑法197条ノ4の斡旋収賄罪における斡旋の方法について何らかの限定を加えるべきか否かについて、最高裁として初めての判断を下したことであった。被告人は、大蔵事務官として、昭和33年12月から昭和38年10月まで名古屋市の昭和税務署や西税務署で所得税課資産税係として勤務していたが、その間に犯した加重収賄、収賄、贈賄、斡旋収賄など13個の事実について起訴され、第一審<sup>8)</sup>において全部有罪として懲役2年6月に処せられた。このうち、斡旋収賄罪に該たるとされた行為は、次のとおりである。(1) 昭和37年3月、昭和税務署第一資産税係に在勤中、A、Bの依頼により、同市の熱田税務署所得税課資産税係のXに対して、不正記載のある調査補助用箋を付した譲渡所得計算明細書（所得額を過少に記載）をそのまま受理し、過少申告是認の取計いをするよう斡旋したことに対する謝礼の趣旨で、A、Bから現金2万円の賄賂を収受した、(2) 昭和38年3月、西税務署所得税課第一資産税第二係に在勤中、C、Dの依頼により、昭和税務署所得税第一課資産税第二係長Yに対して、譲渡所得発生の原因たる売却不動産の共有関係の真偽につ

8) 名古屋地判昭和40年5月14日刑集22巻10号907頁。

き特段の調査をすることなく申立てを是認する決議をするよう斡旋したことに対する報酬の趣旨で、C、Dから現金15万円の賄賂を収受した、(3) 同年5月、西税務署の右係に在勤中、E、Fの依頼により、前記Yに対して、相続税に関し所定額ではなく、過少額の納付ですむよう斡旋することに対する報酬の趣旨で、E、Fから現金100万円の賄賂を収受した。

このような事実について斡旋収賄罪の成立を認めた第一審判決に対して、弁護側は、斡旋収賄罪が成立するには、公務員がその「地位を利用して」斡旋することを要し、私的な友人関係に基づいて斡旋したこと又は斡旋することに関して謝礼を受けたにすぎない被告人の行為は斡旋収賄罪に該たらないと主張した。これに対して、控訴審<sup>9)</sup>は、公務員としての「地位の利用」は本罪の要件ではないとして控訴を棄却した。弁護側は、同様の理由その他憲法違反、判例違反を主張して最高裁に上告した。最高裁は、上告理由中、違憲、判例違反の主張をすべて不適法として排斥したうえ、次のように判示して上告を棄却した。「刑法197条ノ4の斡旋収賄罪が成立するためには、その要件として、公務員が積極的にその地位を利用して斡旋することは必要でないが、少なくとも公務員としての立場で斡旋することを必要とし、単なる私人としての行為は右の罪を構成しないものと解するのが相当である。しかし、原判決の維持した第一審判決掲記の証拠によれば、第一審判示……の各斡旋行為は、単なる私人としての行為でなく、被告人が公務員としての立場でこれを行ったことが明らかであるから、右の判示各事実が斡旋収賄罪にあたるとした原判決の判断は、その結論において正当である。」というものである。

2 本決定において問題となったのは、斡旋の方法について何らかの限定を必要とするか否かであった。この点については、従来、以下の4個の見解がある。第一は、公務員が公務員としての地位を利用することが必要と解す

9) 名古屋高判昭和41年3月29日刑集22巻10号925頁。

10) 小野清一郎「斡旋収賄罪について」ジュリスト156号（1958年6月15日）6頁参照。

11) 神谷尚男「斡旋収賄罪の新設について」法曹時報10巻5号14頁以下、鈴木義男『斡旋収賄罪論』（港出版合作社・昭和35年）110頁参照。

る説<sup>10)</sup>、第二に、単なる私人として行為したときでも本罪が成立するとする説<sup>11)</sup>、第三に、公務員としての地位を利用することは必要ではないが、公務員としての地位を利用するものでないことが明白な場合には、公務員として行為したものとはいえず、本罪は成立しないとする説<sup>12)</sup>、第四に、公務員が、積極的にその地位を利用することを要件とするものではないが、公務員としての立場で行為することを要するとする説<sup>13)</sup>である。

3 賄賂罪の本質を公務員の身分又は地位にともなう特別の義務、すなわちその公正又は廉潔なるべき義務に背くという点を重視し<sup>14)</sup>、斡旋収賄罪の本質は、公務員として清廉なるべき義務に反するものであるとし、斡旋贈収賄罪を一種の有償取引的なものであり、公務員がそのような有償取引をすることをその清廉義務に背くものとして処罰するのであると解し、公務員の地位から来る影響力を取引するのであるとする立場からは、刑法197条ノ4は、「その地位を利用し」という文言が削られているが、「それは構成要件の表面から退いたにすぎないのであって、実質的にはやはり地位を利用するという意味を含んでいとおもう」とされ、「『請託ヲ受ケ』ということをや要件とし、また特に『報酬トシテ』という語句を挿入したのである。それによって、公務員『其ノ地位ヲ利用シ』という語句を削っても、その意味が内在するのであり、それが『影響力の取引』となる場合を罪とするものであることを明らかにしたつもりである」<sup>15)</sup>とされ、第一説が支持されている。

これに対して、立法当局者は、第二説を支持する。既述のように、斡旋の対象となる他の公務員の公務の公正の維持という観点をもっぱら重視するときには、斡旋公務員が公務員としての地位を利用しない場合であっても、対

---

12) 団藤重光『刑法綱要各論改訂版〔増補〕』（創文社・昭和63年）146頁以下、内藤謙『注釈刑法（4）』427頁など参照。

13) 植松正『全訂刑法概論Ⅱ各論』（剋草書房・昭和47年）80頁、大塚仁『刑法概説（各論）〔第三版〕』（有斐閣・1996年）641頁、大谷實『刑法講義各論第二版』（成文堂・昭和63年）543頁など参照。

14) 小野清一郎・前掲論文5頁参照。

15) 小野清一郎・前掲論文6頁。

象公務員がその職務遂行にあたって他から影響を受けること自体問題があるからである。たとえば、斡旋の内容について、他の公務員に職務上不正の行為をさせるように斡旋する場合に限定している規定のもとでは、「地位の利用」という要件で行為を限定する必要はなく、「公務員に不正行為を行わせるような行動は、たとえ私人が行ったとしても、処罰に値しないとはいえない。公務員たる身分を有する者が、公務員としての立場であれ私人としての立場であれ、およそ公務が不正に行われるような行動をとることについて報酬を収受することは、公務の公正を損じ又は疑わせるばかりでなく、公務員の品位と廉潔性をも害することになるといってよいと考えられる。公務員が地位を利用して斡旋をしその報酬を収受することを賄賂罪の範疇に入れ得るのであれば、公務員がたとえ地位を利用してでなくても他の公務員に職務上不正の行為をさせるように斡旋をしその報酬を収受することをも賄賂罪と観念してよいのではなかろうか」<sup>16)</sup>とされ、「公務員に職務上不正な行為をさせるように斡旋して謝礼を受けるような行為は、公務員以外の一般私人が行った場合でも、十分処罰に値するものであること、法文の字句からは、公務員としての立場で斡旋する場合に限る趣旨に解されないこと、そして公務員としての立場または資格という観念も、地位の利用という場合と同じく、その意味内容が必ずしもはっきりせず、とくに、具体的な事件におけるその認定が容易でないことを考えれば、斡旋収賄罪の主体が公務員とされていることに、解釈上特別な意味を与えるのは適当でないと思われる」<sup>17)</sup>と主張される。公務員の廉潔性をもっぱら重視するものである。

第三説は、第一説と第二説との中間的な見解である。「公務員であっても、公務員としての地位においてでなく、単なる私人として行為するかぎりには、本罪は構成しないものと解する。公務員がその地位を利用してあつせん行為をするのが典型的なばあいであろうが、積極的な地位の利用は本罪の成立要件とはされていない。しかし、公務員としての地位を利用するものでないこ

16) 神谷尚男・前掲論文14頁。

17) 鈴木義男・前掲書109頁以下。

とが明白なばあいには、公務員として行為したものとはいえず、本罪を構成しないものといわなければならない<sup>18)</sup>とされる。この説においては、公務員が地位を利用したものではないことを証明したときには本罪は不成立となる。

また、第四説は、「長年にわたる立法への努力の過程において、『公務員其ノ地位ヲ利用シ』という法文が再三考慮に上がったことがあったにもかかわらず、意識的のその文言が避けられた点から考えても、それがあるのと同様に解するわけにはいかない。しかし、公務員であることが構成要件になっている以上、公務員の地位に無関係な行為が本罪になると解するのは不合理である。……本罪の行為は、地位を『利用』することを要件とするものではないが、公務員としての立場において行なうことを要するものである<sup>19)</sup>」というものである。本罪の主体が公務員であることから、公務員という立場とは全く無関係な行為を除こうとする点で、第三説と第四説とは共通していると言ってよい。

4 既述のように、斡旋収賄罪の立法の過程において、「その地位を利用して」との文言については議論のあったところである。昭和15年の改正刑法仮案201条、昭和16年の政府原案197条ノ4、そして立法化された昭和18年の戦時刑事特別法一部改正法18条ノ3はにおいては、「その地位を利用して」との文言が入れられていたのに対して、昭和33年に斡旋収賄罪を新設した刑法197条ノ4においては、この文言は削られている。

そもそも「地位の利用」という観念は、昭和16年の政府案の帝国議会における審議経過からも明らかなように、甚しく不明確である。思うに、公務員が他の公務員に一定の事項を斡旋する場合に、これが斡旋公務員の「地位を利用」したということの立証が困難であることから、これを入れたときには本条の適用の困難、萎縮をもたらすおそれがある。「地位の利用」という観念は、たとえば、公務員の地位が他の公務員に対して一定の威力、圧力その

18) 団藤重光・前掲書146頁。

19) 植松正・前掲書80頁。

他の影響力を有することから、この影響力を利用するということを意味するものであろう<sup>20)</sup>。しかし、「地位の利用」を斡旋収賄罪の要件とした場合、公務員個人の手腕や人格などから生じた声望、長年の公務員としての生活や様々な交流などから築かれた信用・信頼関係などを利用する場合は「地位の利用」に該たるのかどうか、また、公務員の地位から生ずる威力、圧力などの影響力と、それ以外の影響力とを区別することができるのか、などといった問題に遭遇することになる。とりわけ、議員においては、各議員が官公庁に対して有する影響力は、その人格・経歴・能力・所属政党などによることが多く、このような影響力とその議員の地位に基づく影響力とを区別することはおよそ不可能であろう<sup>21)</sup>。

およそ公務員たる者が、他の公務員に対する斡旋行為を行うことによって他に公務員の公務遂行に影響を与えることは、他の公務員の遂行する公務の公正を害するだけでなく、斡旋公務員自身の公務員として維持されるべき廉潔性をも害することにもなる。その場合、斡旋公務員が、その「地位を利用」したか否かはおよそ問題とはならない。「その地位を利用」したか否かにかかわらず、「顔を利かした」あるいは「睨みを利かした」ことが問題なのであり、その報酬として利益を得たことが問題なのである。したがって、斡旋公務員が「その地位を利用」することは必要ではないであろう。しかしながら、斡旋収賄罪が公務員を対象とする賄賂罪である以上、公務員の立場とは無関係に、まったくの個人的・私的関係において行為する場合には、本罪の成立を認めることは困難であると思われる。斡旋収賄罪の第一次的保護法益を他の公務員の職務の公正の維持とし、さらに第二次的保護法益を斡旋する公務員自身の地位の公正、すなわち公務員としての廉潔性の維持と考える場合、斡旋収賄罪によって処罰されるのは、この二つの保護法益を同時に侵害する行為に限られると考えるべきである。それゆえ、公務員としての立場とはまったく無関係に行為する場合には、本罪は成立しないと解すべきである

20) 神谷尚男・前掲論文14頁参照。

21) 鈴木義男・前掲書82頁以下参照。

う。既述の昭和43年の最高裁決定もこれと同旨の考えに基づくものと評価することができる。

5 されば、最高裁決定もいう「公務員としての立場」で斡旋するとはどのような場合をいうのであろうか。斡旋の方法については、いくつかの類型があることが指摘されている<sup>22)</sup>。第一に、「睨みを利かせる」場合であり、積極的な地位の利用といえる場合である。公務員が自己の職務権限を背景として有する事実上の勢力や、特定の職・地位などにあることにともなう一般的な威信や声望を利用して他の公務員に斡旋する場合である。たとえば、各省の大臣や政権党の幹部議員が各省の公務員に影響力を及ぼす場合が典型例といえる。冒頭に示した平成15年1月14日の最高裁第二小法廷決定に係る事案は、この類型に属するであろう。

第二は、「顔を利かせる」場合である。公務員としての経歴に基づく交友関係、公務員全体あるいは特定の種類の公務員の間での連帯意識など、公務員であることにともなう何らかの事実上の影響力を利用する場合である<sup>23)</sup>。たとえば、同じ官公署に勤務する公務員同士が、職務上の関連性がなくとも、平素から何事かを頼んだり頼まれたりする間柄にあり、これを利用するような場合がこれに該たるであろう。公務員でなければ生じないが、公務員であることから生ずる何らかの事実上の影響力を利用するということが問題となるのである。前記の昭和43年10月15日の最高裁決定にかかる事案がこれに該たる。

他方、立証の面においても、このような意味での事実上の影響力をもつと思われる公務員が斡旋した以上、その影響力を実際に利用したこと、または利用しようとしたことの立証は必要ないことになろう<sup>24)</sup>。「地位の利用」を要件にする場合と比べて、本罪の立証の困難さを軽減することができるので

22) 渡部保夫「公務員の地位利用とあっせん収賄罪」刑法判例百選Ⅱ各論（第四版）207頁参照。

23) 鈴木義男「公務員の地位利用と斡旋収賄罪」刑法判例百選Ⅱ各論（第二版）209頁参照。

24) 鈴木義男・前掲刑法判例百選Ⅱ各論（第二版）209頁参照。

ある。

第三に、純粹に私的な関係、たとえば友人、先輩・後輩、親族等の関係を利用して斡旋する場合である。公務員が自己の職務とはまったく関係のない親戚関係にある公務員に、自己の職務とは関係のない事項について斡旋して謝礼をもらうような場合である。既述のように、このような場合は、「公務員としての立場で」斡旋したとはいえない。

6 以上のような斡旋の種類のうち、「地位の利用」を要件とした場合、第一の種類がこれに該たることは明らかといてよいが、第二の種類がそういえるかは疑問である。そこで、昭和43年の最高裁決定は、「公務員としての立場で」斡旋することで足りるとして、第二の種類も処罰することとするとともに、他面において、第三の種類は処罰しないことを明らかにしたのである。そこで問題は、第二の種類と第三の種類との区別であるが、これも明確に区別することはなかなか困難であろう。結局、斡旋公務員と対象公務員との職務の関連性の有無、両者の私的関係の種類・濃淡、斡旋公務員の職務権限と地位から生ずる対象公務員の職務に対する斡旋公務員の影響力の有無などを考慮して区別することになると思われる<sup>25)</sup>。

斡旋収賄罪の保護法益を斡旋の対象となる公務員の職務の公正の維持とした場合には、斡旋公務員がその地位を利用して斡旋したり、あるいは公務員としての立場で斡旋することは重要ではなく、たとえ私人であっても可能である。ただ、刑法197条ノ4が公務員に主体を限定していることから、およそ公務員という身分を有する者であれば足りるとすることになるだろう。他方、斡旋公務員の職務の廉潔性の保持ということだけを保護法益とし、あるいはこれをもっぱら重視する場合、その「地位の利用」による斡旋ということが重要となってくるのであり、これを斡旋収賄罪の成立要件とする考えに親しむであろう。しかし、斡旋収賄罪の保護法益を斡旋の対象となる公務員の職務の公正の維持だけでなく、第二次的には斡旋公務員の職務の廉潔性の保持

---

25) 渡部保夫・前掲207頁参照。

をも保護法益と考える場合には、やはり、両者の重なり合う部分、すなわち幹旋公務員が、「地位を利用」することまでは必要とせず、他方、まったくの私的關係において行為したものではなく、「公務員としての立場で」幹旋することを要すると解することになる。