

刑法96条の6における「入札」概念

大 下 英 希*

目 次

- 1 はじめに
 - (1) 罪刑法定主義と類推適用の禁止
 - (2) 判例の先例性と判例の解釈
 - (3) 本稿の課題
- 2 企画競争と「入札」
 - (1) 事案の概要
 - (2) 企画競争とはなにか
 - (3) 入札とは何か——旧規定から現行規定の成立まで——
 - (4) 裁判所の判断
 - (5) 小 括
- 3 昭和33年判決は本事案の先例となる判例か
 - (1) 裁判所の判断——第1審——
 - (2) 昭和33年判決
 - (3) 裁判所の判断——第2審——
- 4 おわりに

1 はじめに

(1) 罪刑法定主義と類推適用の禁止

今日、我が国の刑法解釈において罪刑法定主義を否定する見解はみられない。自由主義と民主主義を基本とする近代法治国家において、刑罰という基本的人権のはく奪を伴う重大な制裁を課するためには、あらかじめ法定

* おおした・ひでき 立命館大学大学院法務研究科教授

された刑罰法規によって犯罪の内容と刑罰の内容が明示されている必要がある。

罪刑法定主義からは、さらにその派生原理として、① 法律主義、② 明確性の原則、③ 類推適用の禁止、④ 遡及処罰の禁止、⑤ 実体的適正が導かれる。

それぞれの派生原理には固有の問題があるが、特に争われるものとして類推適用の禁止がある。条文の文言が比較的明確に定められているとしても、当該文言がいかなる事実までを適用の対象とするかについては、文言に解釈を施すことが必要である。文言の「言葉の可能な意味」の範囲内で「言葉の日常用語の意味」よりも狭く解することを縮小解釈といい、それよりも広く解することを拡張解釈という。この縮小解釈・拡張解釈の基準について、立法者の意思を基準とするものを主観的（歴史的）解釈、文言の客観的意味を基準にするものを客観的（同時代的）解釈という。文言が固定的であるのに対して、適用の対象となる事態は時代とともに変化、発展していくのであるから、条文の適用にあたっては客観的解釈に従うのが一般であるとされる。もっとも、「公務員でない者が虚偽の公文書偽造の間接正犯であるときは同法157条の場合の外これを罰しない趣旨と解するのを相当とする¹⁾」といった表現からは当該条文の制定にあたって立法者があえて適用を除外したという点を参酌したうえで適用の範囲を決めているともいえるから、主観的解釈がまったく無視されるというわけでもない。

客観的解釈に従うとしてもその解釈が無制限に行われてよいものでもない。例えば、立法時点である事態に対して当該条文を適用しないことが明言されているにもかかわらず、施行直後に当該事態に対する法適用を求めて起訴された場合には、当該条文制定時点において適用が除外されたとした立法者意思を無視することはできないように思われる²⁾。

1) 最判昭和27年12月25日刑集 6 卷12号1387頁。

2) 君塚正臣「広義の罪刑法定主義と憲法保障——刑法31条の刑事実体的権利性」横浜法学 30巻 3 号（2022年）146頁。

時代の変化とともに立法事実が変化したり、立法時点では想定されていなかった新たな事態が生じてきた場合に、当該条文を問題となった事例に適用できるかは客観的解釈によっておこなわれる。その際問題となるのは、それが条文の類推適用となっていないかという点である。一般に文言を拡張解釈することは許され類推は許されないとされるが、両者の限界づけは困難とされる。近時、「類推解釈はある条文を解釈してそれに含まれる行為があったかどうかを判断するのではなく、国家社会の立場からけしからぬ事実をまず取り出し、類似した条文を後から探し出すという思考方法がとられるのであり、したがって、解釈を放棄していることから、類推『適用』という名称が相応しい」とする見解が主張されている³⁾。

類推適用とならないための解釈の限界を画するのはあくまでも「当該文言の可能な意味」である。仮に当該文言の持つ可能な意味を超えて適用するのであれば、国民の予測可能性を害し、その適用は罪刑法定主義違反となるはずであるから、裁判所としては、その適用を排除したうえで適切な立法を促さなければならないはずである。しかし、現実の判例はそのようにはなっていない。

いわゆるガソリンカー事件（大判昭和15年8月22日刑集19巻540頁）やテレホンカード事件（最判平成3年4月5日刑集45巻4号171頁）には学説からも批判が強い。

さらに電気窃盗事件（大判明治6年5月21日刑録9輯874頁）後に現行刑法定時に254条が規定され、マガモ事件（最判平成8年2月8日刑集50巻2号221頁）後に鳥獣保護法の「捕獲」の禁止規定に未遂が導入され、自動車登録ファイル事件（最決昭和58年11月24日刑集37巻9号1538頁）後に157条に「電磁的記録」が加えられていることからすれば、これらの事態に改正前の条文を適用できるとした裁判所による解釈態度は、司法による立法と批判されても仕方がなく、まさにけしからぬ事態を処罰するための条文の類推適用

3) 高橋則夫『刑法総論（第5版）』（成文堂、2020年）42頁。

があったということになろう⁴⁾。類推適用が禁止されているのは、立法者が処罰を予定していない行為を裁判官が自らの判断によって処罰することが、法律主義に反するからである⁵⁾。

類推適用の禁止の例としてよく挙げられる刑法134条は「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士、弁護人、公証人又はこれらの職にあった者が……」と定めており、これには看護師は含まれない。なぜなら、挙示された各職業の言葉の意味をどのように解したとしても一般の看護師はこれに含まれないからである。もっとも、条文が類推を許容している場合もある。例えば刑法125条は「鉄道若しくはその標識を損壊し、又はその他の方法により、汽車又は電車の往來の危険を生じさせた者……」としているのがそれである。例示規定といわれるものであるが、その他の方法とは何かを考えるということは、当該条文がどのような事態を処罰しようとしているかを考察した上で損壊以外の方法が問題となった事案に類推して適用することとなる⁶⁾。したがって、刑法134条が「医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士、弁護人、公証人、その他業務上人の秘密を取り扱ったことにより知り得た者が……」という条文であれば、看護師が業務上知り得た秘密は、医師、薬剤師、助産師などが知り得た秘密と実質的には同じ性質を有することとなるから、秘密を漏示した看護師に当該条文を適用することは許されることとなる⁷⁾。

4) 浅田和茂はこのような事案においては「判例は現行法の解釈・適用では処罰できないとして当該事件は無罪とし、立法を促すべきであった。そうしなかったために、『後追い立法』の規定は、判例の立場からすれば無用（単なる注意規定）ということになり、解釈に混乱をもたらすことになっているのである」と批判する。浅田和茂「判例にみられる罪刑法定主義の危機」立命館法学345・346号（2013年）2頁。

5) 佐伯仁志「類推解釈の可否と限界」現代刑事法3巻11号（2001年）37頁。

6) 佐伯・前掲注（6）37頁以下は、これが罪刑法定主義違反とされていないのは、法律自体が「類推」を許容しているからにほかならないからであるとする。

7) そのような条文にすることは可能であったとしても、今度は人の秘密に触れる仕事のすべてが規制の対象とされ、その処罰範囲が過度に広範なものとして実体的デュープロセス違反として罪刑法定主義に違反すると批判されることとなろう。

結局、当該事案に当該条文を適用することが類推適用に当たるかはその条文の文言に決定的に依存しているのである。

（2）判例の先例性と判例の解釈

判例違反は上告理由であり、憲法違反か判例違反がない場合には原則として上告は棄却される。では、ここでの判例とは何を指すのであろうか。

最高裁はその判決又は決定において、ある法律の条文について解釈を示すことがある。例えば、「刑法36条1項にいう『已ムコトヲ得サルニ出テタル行為』とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限であること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味する⁸⁾」といったものがそれである。他方で、あてはめの対象となる解釈を示すことなく結論のみを判示するものもある。例えば「以上の事実関係の下においては、被害者の死亡原因が直接的には追突事故を起こした第三者の甚だしい過失行為にあるとしても、道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した本件監禁行為と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができる⁹⁾」とするものがそれである。後者は文言の具体的な解釈を示したものではないが、その判断は下級審を拘束する判例にあたる。

元最高裁裁判官である藤田宙靖は裁判とは「その事件において、もっとも適正な紛争解決¹⁰⁾」を示すものであるとする。したがって、「判決理由というのは、一般論を展開しているように見えても、実はそれは、その事件の個別的な事実関係と切り離して理解することはできないのであって、これは、最高裁判例にあっても基本的には同じこと¹¹⁾」であり、「最高裁判決は本来『事例判決』であるのであって、『法理判決』のように見えるもので

8) 最判昭和44年12月4日刑集23巻12号1573頁。

9) 最決平成18年3月27日刑集60巻3号382頁。

10) 藤田宙靖「最高裁判例とは何か」横浜法学22巻3号（2014年）291頁。

11) 藤田前掲注（10）293頁。

あっても、その実『事例判決』としての性質を内蔵するものであることを否定できない¹²⁾」という。

このことは、最高裁が、「上告趣意のうち、判例違反をいう点は、事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でなく……」(傍点筆者)として上告を棄却する場合があることによっても示される。これは、判例違反として上告理由に挙げた最高裁の判断が抽象的には当該事案にあてはまるようにみえたとしても、その前提となる事実関係が共通ではないから判例違反の主張に当たらないということを意味しているからである。つまり事例から離れた判例の「法理」だけを抽象的に適用することは判例の使い方としては誤っているということになろう¹³⁾。

藤田はさらにもっとも適正な紛争解決方法について、「法律の条文の厳格な適用をすると、まさに目の前に存在する具体的なケースにおいて著しく不都合な結果を招くと考えるならば、そこに、たとえば類推解釈、拡大解釈、限定解釈等様々な操作を行うことができます。しかもそのこと自体、必ずしも否定的に評価されるとは限らず、むしろ裁判官に対し要請されるところですらあります¹⁴⁾」という。しかし、刑罰法規の適用が問題となる場面においては、その事案に対する最も適正な解決が刑事制裁を与えることであったとしても刑罰法規を自由に適用することが認められるわけではない。そこでは罪刑法定主義、特に類推適用の禁止という制約を受けるからである。

このように刑罰法規が裁判所によって適正に適用されているといえるかをチェックする際には、文言の解釈の限界を超えていないかという点とともに、用いられた最高裁判例が、事案との関係で妥当することが示されて

12) 藤田・前掲注 (10) 294頁。

13) したがって、判例を理解するためには理由の中で示された法律的判断の中から「判例」にあたる部分と「傍論」にあたる部分を区別することが必要である。中野次雄編『判例とその読み方 (三訂版)』(有斐閣 2009年) 29頁以下参照。

14) 藤田・前掲注 (10) 294頁。

いるかを確認する必要がある。

(3) 本稿の課題

いささか前置きが長くなったが、本稿では上述したような、条文の解釈と最高裁判例の先例性が問題となる場面を具体的な事例を通じて検討しようというものである。それは公的機関がいわゆる公募型企画競争方式（以下、企画競争、という。）を用いた場合に、刑法96条の6第1項（第2項における談合の対象も第1項に定める入札概念によって規定されるから、以下、本稿では単に、96条の6、という。）に定められる公契約関係入札妨害罪の適用を受けるかという問題である。

のちに詳述するが、企画競争とは、会計法上は随意契約の契約交渉の相手方を選定するプロセスに用いられるものである。96条の6は「偽計又は威力を用いて、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した者は、3年以下の拘禁刑若しくは250万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」と定めるところ、この企画競争が「入札」に当たることが問題となる。他方で、本罪に関しては旧96条の3¹⁵⁾（以下、旧規定、という。）を、会計法上の方式を用いなかった公共調達に対して適用した最判昭和33年4月25日刑集12巻6号1180頁がある（以下、昭和33年判決、という¹⁶⁾）。

つまり、本事案では、随意契約にかかる競争が96条の6にいう「入札」に当たるとのかという条文解釈上の問題と、会計法上の入札に当たらないものに対しても旧規定を適用した判例がこの事案にも妥当するのか、という2つの問題があることになる。筆者はこの点について若干の検討を試みた

15) 旧規定は「偽計又は威力を用いて、公の競売又は入札の公正を害すべき行為をした者は、2年以下の懲役または250万円以下の罰金に処する」と定めていた。

16) 評釈として、寺尾正二「判批」最高裁判所判例解説刑事篇33年度276頁。日沖憲郎「判批」警察研究31巻9号（1960年）88頁。

ことがある¹⁷⁾。もともと筆者は自救行為の禁止とその限界をテーマとして研究しているが、その裏面として強制執行妨害罪についての研究を行っており立命館大学に奉職してからもその研究が続いている¹⁸⁾。本稿はそれらに連なるものであり、先に出した論考が持つ意味を具体的な事例検討の形で示すという意味ではそれと一体となるものである。

2 企画競争と「入札」

(1) 事案の概要

本稿が対象とする事案は次のようなものである。被告人らは調剤薬局の経営を行う会社の支店長と開発統括本部本部長であり、KKR 札幌医療センター（以下、医療センター、という。）が実施した医療センター敷地内保険調剤薬局整備運営事業（以下、本件事業、という）に関する企画競争（以下、本件企画競争、という。）の実施に関して、医療センターの事務長であった者から、企画提案書の提出期限を過ぎた後、提出後の追加及び変更は認められないとされていたにもかかわらず企画提案書を再提出するよう持ちかけられ、土地の賃借料及び保証金を書き換えた企画提案書を再提出したというものである。

この本件企画競争において事務長の指示により内容を書き換えて企画提案書を再提出したことにつき公の入札で契約締結するためのものの公正を害したとして96条の6で起訴された。第1審¹⁹⁾は各被告人に96条の6が成立するとしたが、第2審²⁰⁾では本件企画競争は入札に該当せず本罪は成立

17) 拙稿「刑法96条の6第1項の現状と課題」立命館法学390号（2020年）134頁以下。

18) 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、同「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、同「競売入札妨害罪の成立過程」立命館法学375号・376号（2018年）97頁など。

19) 札幌地判令和6年4月18日判例集未搭載・裁判所HP。本稿を執筆するにあたって、本件の弁護団から各種の資料の提供を受けた。ここに感謝の意を表する。

20) 札幌高裁令和7年1月28日判例集未搭載・裁判所HP。なお控訴したのは企画提案書を

しないとして無罪が言い渡された。

本事案で争点となったのは、上述のように随意契約の契約の交渉相手方を選定する手続きである企画競争が、本罪にいう「入札」に該当するかという条文解釈の問題と、契約相手方を選定するのに会計法に規定のない方法を用いた場合でも旧規定にいう入札にあたるとした昭和33年判決が本案にも適用できるかという点であった²¹⁾。

(2) 企画競争とはなにか

本事案で用いられた企画競争とは、2006年に財務省から出された「公共調達の適正化について（平成18年8月25日）」において随意契約においても競争性及び透明性を担保するために実施が求められている随意契約の契約プロセスの1つである。これは「公益法人等との契約に関する各省各庁の運用には、広範囲にわたり、安易に随意契約を行うなど、必ずしも適切とはいえない事例があるのではないかと指摘が行われるなど、国民に対する説明責任を十全に果たしているとはいえない状況」に対応するためのものであった。そこでは従来競争性のない随意契約とされてきたものについても、随意契約によらざるを得ない場合を除き、原則として一般競争入札（総合評価方式を含む）による調達を行うことが求められている。

そこでいう企画競争とは、複数の者に企画書等の提出を求め、その内容について審査を行う方法をいい、特定の者が有利とならないように、イ参加者を公募すること、ロ業者選定に当たっては、業務担当部局だけではなく契約担当部局も関与する必要があること、ハ審査に当たって、あらかじめ具体的に定めた複数の採点項目により採点を行うこと、等により、競争性及び透明性を担保するものである。また企画競争は随意契約の一形態に過ぎないからそれによって選ばれた者が必ずしも契約の相手方となるわけ

提出した被告人らのみである。

- 21) そのほかにも「公の」といえるか、当該行為が「入札の公正を害する行為」といえるか、被告人らの共謀や故意の有無などの点についても争われている。

ではない。あくまでも随意契約の契約交渉の相手方として選ばれたのみであって、企画書通りの契約を結ぶ必要もなく、また選ばれた者以外と契約を結ぶことも妨げられない。

(3) 入札とは何か——旧規定から現行規定の成立まで——

本事案の最も大きな争点は上述の企画競争が96条の6にいう公の入札に当たるかどうかである。もっとも96条の6の規定は現行刑法制定時からあったものではない。また条文の文言にも変遷がある。そこで、96条の6に至る経緯を確認し、当時の立法状況を明らかにしておく。

旧刑法では268条に競売入札妨害罪が規定されていたものの、現行法制定時点では姿を消し、警察犯処罰例2条4号に規定を残していただけであった。1940年に改正刑法仮案の各則編が発表されその第39章に信用、業務及び競売に関する罪の章が設けられ、その中に競売入札妨害罪が規定されていた。もっとも、改正刑法仮案はその全体としては実を結ばず、その一部の規定が刑法典に導入されたにすぎない。そのうちの1つが旧規定であり、1941年の刑法改正で公務執行妨害罪や安寧秩序に対する罪の新設などとともに、刑法典に規定されることとなった²²⁾。

1941年の審議過程においては、以下のような点が確認されている²³⁾。

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、其の最低の入札をいたしたものに落札すると云うことが現在の制度の根本をなしていると考えて居る次第であり²⁴⁾」(本文中カタカナ

22) 1941年の旧規定新設時の立法の詳細については、伊東研祐「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」慶応法学31号(2015年)2頁、特に28頁以下。拙稿・前掲注(17)140頁以下、前掲注(18)(2018年)99頁以下を参照。

23) 1941年当時もっとも争われたのは、「談合」を偽計、威力に並ぶ違法な手段として理解するか、談合の中には正しい談合があるのかという点であった。

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

を平仮名に改め、常用漢字に改めた。以下同じ。）したがって「安く請け負ってもらうことも入札の目的でありますから、国家は安ければ安いだけ得をいたします。それが目的なのであります。安いのも目的なのであります。公正な市場価格だけを入札でもって目的としているのではございませぬで、安ければ尚結構、また安く契約すると云うことも国家の入札をなす目的である」としている²⁵⁾。これはいわゆる買いの時の入札であるが、売りの時の入札は価格競争によって得られる最も高い価格を得ることが入札の目的となろう。

当時の会計法によれば、「政府に於て売買貸借請負其他の契約を為さむとするときは勅令を以て定めたる場合を除くの外すべて公告して競争に付すへし」（会計法31条）とし、一般競争契約、指名競争契約においては競り売りの場合を除いてすべて入札の方法をもってこれを行うこととしていた（会計規則101条、113条）。また、そのほかの契約として随意契約がありそこでは入札は行われぬ。なぜなら、随意契約ができるのは契約の性質又は目的が競争を許さないときだったからである²⁶⁾。したがって、1941年に旧規定が制定されたときは、入札の中に随意契約は含まれていないと解されていた²⁷⁾。

戦後1947年に現行会計法、予算決算および会計令（以下、予決令、という。）が定められた。1961年には、一般競争を基本とし（会計法29条の3第1項）、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競争に付する必要がある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、指名競争に付するものとし（同第3項）、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

25) 昭和16年2月28日刑法中改正法律案両院協議会議事速記録1号9頁（三宅政太郎発言）。

26) そのほかに急迫の際競争に付することができないときや、価額がそれほど高額ではないものなど23項目があげられている（会計規則114条）。

27) 泉二新熊「刑法中改正規定の瞥見」法曹界雑誌19巻9号（1941年）6頁。

令の定めるところにより、随意契約によるものとする（同第4項）と改められた。また、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って申込みをしたものを契約の相手方とするという、最高・最低価格落札主義を取ることを明示された（会計法29条の6第1項）。ただし、相手方となるべき者の申込みに係る価格によっては、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る著しく不適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って申込みをした他の者のうち最低の価格をもっ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とされた（同但書）。またその性質又は目的から会計法29条の6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、価格及びその他の条件が国にとって最も有利なものをもって申込みをした者を契約の相手方とすることができるという規定が導入された（同第2項）。これが、後述する総合評価落札方式の根拠となる条文である。

旧規定は公務の執行を妨害する罪の一つであるとされていたが²⁸⁾、その対象となる競売又は入札には会計法上の競争入札のほか強制執行に基づく競売も含んでいたことから、対象となる手続ごとに解釈の必要があった。

2001年から始まる司法制度改革の中で強制執行妨害罪関係の改正が行われることとなり、2002年から法制審議会刑事法（強制執行妨害犯罪等処罰関係）部会で議論が行われ、旧規定が96条の4と96条の6に分けて規定されることとなった。旧規定から96条の4を分離する必要性として「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きが競売又は入札の概念に含まれるかについて

28) 最判昭和41年9月16日刑集20巻7号790頁。

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）の四に置きましては、『競売又は入札』の文言をさら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」と説明されている。つまり、いわゆる入札ではないものに本罪を適用する必要があるために文言を変更したという罪刑法定主義上の配慮があったということである。

それに対して、96条の6は「公の競売又は入札」という文言を維持した。その中で注目すべきは、「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、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て、実際上の必要性もございまして、四と六は分けざるをえなかった²⁹⁾」としている。つまり、96条の6における公の競売又は入札には随意契約は含まれない、とするのが制定当時の立法者意思ということである³⁰⁾。

さらに改正の際96条の6には旧規定になかった文言が付け加えられている。それは公の競売又は入札であって「契約を締結するためのもの」という文言である。立法当局者によるとこの文言は、「公共工事や公有物の売渡し等に関する競売あるいは入札の場合には、会計法第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）

29) 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）（https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_021007-1.html）〔2025年9月5日閲覧〕。

30) 詳細な検討は拙稿・前掲注（17）146頁以下を参照されたい。

の四と区別するために、現行の刑法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る』という説明がなされている³¹⁾。これは、競売又は入札は、その結果選ばれた相手方と契約を結ぶものであるという制限が条文上付けられたことを意味しているのみならず、立法者がここで問題としている入札概念から随意契約を定める会計法29条の4を明確に省いているということも意味している。このような説明と議論を経て2011年に旧規定は96条の4と96条の6という形で分けて規定されることとなった。

以上みてきたところによれば、96条の6のいう公の入札とは会計法にいう一般競争入札、指名競争入札のことをいい、所定の場合を除いて、予定価格の範囲内で最高・最低の価格をもって申込みをした者を契約の相手方とするもののことをいう。これは2011年の改正時点でも確認されているうえ、「契約を締結するためのもの」という文言が付け加えられることによって随意契約がその対象とならないことが明確にされたといえる。

したがって、随意契約の契約交渉相手選定のプロセスの1つである企画競争が入札にあたるすることは罪刑法定主義の観点から極めて重大な問題であるといえる。

(4) 裁判所の判断

ア 裁判所の判断

この点について第1審はどのように判断しているであろうか。本事案で医療センターは敷地内薬局を設置するにあたって、単に薬局敷地の賃借料を得るだけではなく、関係者から出された設置予定地の緑地の問題、福利厚生スペース等を設けるなどの要望に応えるために事業者の選定を企画競争によることとした。そこで評価の対象とされた項目は①事業者の概要・経営状況(薬局運営実績、同事業の対応実績等を含む)、②本件薬局の建築基本方針(配置、面積、設計コンセプト、設備、パース、レイアウトイメージ等)、③運

31) 法制審議会・前掲注(29)。

営方針及び実施体制（営業日、営業時間、人的体制、在庫管理等）、④ 危機管理及び災害・緊急時体制（薬品の応需体制、バックアップ体制等）、⑤ 事業スケジュール（設計、工事から開局までのスケジュール）、⑥ 収支計画（本事業の持続性及び安定性を示す事業計画）、⑦ 月額賃借料（㎡単価、算定根拠）、⑧ その他自由提案（本事業の目的を鑑み独自の提案があれば記載すること）の8項目であった。

審査方法については、選定委員会において、提出書類及びプレゼンテーションによる審査を行い、応募提案の企画内容、事業者等の経験、過去の実績等について総合的に評価し、優先交渉権者を決定すると記載されていた。選定後の手続については、優先交渉権者の決定後、病院運営と調整を図るため、薬局開設に伴う協議を行うが、提案内容は尊重しつつもこれに拘束されず、協議によって変更が生じる場合があるなどと記載されていた。

採点方法については、① 5点、② 10点、③ 5点、④ 5点、⑤ 5点、⑥ 20点、⑦ 30点、⑧ 20点の100点満点とされていたが、配点は公表されていなかったのみならず、採点基準も作られておらず、選定委員会の各委員が、応募した事業者の企画提案書の内容、運営・実施体制、収支計画、応募者の運営実績等を総合的に審査し、企画提案内容について、本件公募要領記載の前記8審査項目に従って、それぞれ採点するものとされた³²⁾。

このような形で行われた本件企画競争が入札に該当するかについて、第1審はまず企画競争という形式自体が入札に当たるかについて、「旧刑法96条の3第1項が定められた当時、総合評価落札方式の競争入札や一定の競争性を担保した契約方式である企画競争は念頭に置かれていたわけではない。同項の『入札』に企画競争が含まれるかどうかは、解釈に委ねられているというべきである」とした。

さらに上述の2011年改正時点において、すでに総合評価落札方式による一般競争入札や、企画競争が念頭に置かれていた（少なくとも立法時点で存

32) 札幌地判・前掲注(19) 4頁。

在していた)にもかかわらず立法者が従来の規定ぶりを変えなかったという点が問題とされたが、これに対して第1審は「平成23年改正は、強制執行を妨害する犯罪等に対する罰則整備を目的とし、旧刑法96条の3のうち強制執行に関するものを96条の4として独立して規定したため、残余の部分をこれと区別するために『契約を締結するためのもの』という文言を加えたものであり、公の『入札』の範囲については、何ら変更されていないと理解すべきである。官製談合防止法との関係についても、既に昭和33年判決によって『入札』の範囲について、競争入札の実質を有するものも含むとする解釈が成立している以上、旧刑法96条の3について同様の文言の修正を行うかどうかは立法政策の問題であり、『入札』の意義を制限的に解する理由にはならないと考えられる。」とした上で「会計法制定当時と比べ、競争契約又は随意契約という枠組みの中で行われる契約の方式も多様化しており、総合評価落札方式の入札と企画競争には相当程度の類似性がみられる。このような契約方式の相対化も踏まえれば、競争入札の実質を有する会計法上の随意契約が刑96条の6第1項における『入札』に該当するとしても、罪刑法定主義に反するものではないと考えられる。」として、弁護側の主張を避けている。

第2審は結論として入札該当性を否定して無罪を導いているが、この点については「原判決も指摘するように、旧刑法96条の3第1項制定時の状況に照らし、同項所定の『入札』が会計法規上の競争入札に限定されるものではなく、会計法規上競争入札の形式でないものであっても、競争入札の実質を具備しているものについては、刑法96条の6第1項の『入札』に該当するものというべきである」としている。

イ 裁判所の判断に対する評価

しかし、この点に関する第1審の判断は極めて重大な問題をはらんでいる。

第1審及び検察官も本件企画競争が会計法規上の競争入札に該当しない

ことを認めておきながら³³⁾、競争入札の実質を備えているかを検討すれば入札該当性が認められるとしている。この点からして既に競争入札とはいえないものを実質的にみて入札とする類推適用を行っているのではないかとの疑いがある。

また、第1審は入札該当性を論じるにあたって、企画競争と一般競争入札に属する総合評価落札方式との類似性をも根拠としてあげている。競争「入札」という文言に含みえない企画競争を、総合評価落札方式との「類似性」を根拠に該当するという判断手法は、まさしく類推適用そのものであり、刑法解釈として許されるものではない。おそらく第1審は、総合評価落札方式は価格以外の要素も考慮に入れて落札者を決定する方式であるから、本件企画競争のように多様な項目を設定して契約の相手方を選定する方式と類似性があると判示しているように思われるが、その点については疑問がある。

総合評価落札方式とは、価格と価格以外の要素（品質など）を総合的に評価して落札者を決定する方式のことをいう。それまで試験的に導入されていたものが2005年に施行された「公共工事の品質確保の促進に関する法律」によって法定化され、現在では多様な分野で用いられている。そこでは単なる価格競争ではなく技術力や環境配慮なども評価の対象となる。もっともこの方式では透明性に疑念が生じないように、入札説明書に、評価項目と得点配分を明示することが求められる。除算方式（技術評価点を入札価格で割るもの）と加算方式（価格評価点に技術評価点を加える）があり、後者においては技術評価点の上限は10～30点とするのが標準である。また入札価格が予定価格の制限の範囲内にあることも求められる。このことから、総合評価落札方式の中心は価格競争であり、低価格入札による手抜き工事などの弊害を除去するために技術点を付加的に考慮する、あるいは、入札価格

33) 札幌地判・前掲注（19）6頁では検察官は本件企画競争のような会計法規上競争入札の形式でないものも、競争入札の実質を具備している場合には、入札に該当することを前提に、本件企画競争は競争入札の実質を有するものとして「入札」に該当する旨主張している。

が応札者中の最低価格にならなかったとしてもその理由を高い技術力によって説明することによって、より良い公共調達を目指すものである³⁴⁾。さらに発注者の恣意性を排除するために、実施方針や評価方法を定めようとするときには学識経験者の意見を聴取することが必要とされる。また透明性を高める措置として、総合評価の審査結果の公表や落札できなかった入札者から落札情報の提供依頼があった場合には、当該入札者と落札者のそれぞれの入札価格及び技術提案等の得点を提供する上、評価の理由についても説明することが必要である³⁵⁾。他方で企画競争は上記のような制限を有さないものが多く、本件企画競争においては価格点である賃借料以外の点数が70点であるうえ、各項目の配点や採点基準も示されておらず、契約交渉の相手方として選ばれなかった業者が説明を求める機会も与えられていない。このように両者の間には重要な部分について相違があり、その類似性は結局価格以外の項目が評価対象となっているという点くらいであろう。

もっとも、第1審は総合評価落札方式との類似性といいながら、判決中で具体的に企画競争と総合評価落札方式とを比較しておらず、この部分の判示は趣旨が不明瞭であるが、第1審裁判官の頭の中に類似性を根拠に刑罰法規の適用を認めてよいという発想があったことは確かである。

確かに1941年当時における旧規定は会計法上の入札のみならず、民事執行法上の競売なども含んでいるものであってその限界については解釈の余地があったともいえる。この点が次に検討する昭和33年判決につながっており、その判示を根拠に入札概念を論じているともいえるであろう。しかし、上述のように2011年の改正時点において、旧規定が民事執行にかかる96条の4と公契約に関する96条の6とに分割され、96条の6の対象として

34) 会計法規と公共調達の契約方式の変遷については拙稿・注(17)164頁以下参照。

35) 総合評価落札方式には細部では異なるものもあるが、ここでは、国土交通省全国営繕主管課長会・中央官庁営繕担当課長連絡調整会議「公共建築工事総合評価落札方式適用マニュアル・事例集(第2版)」(https://www.mlit.go.jp/gobuild/hinkaku_sougou.html)〔2025年9月5日閲覧〕を参考とした。

は会計法上の競争入札、すなわち一般競争入札と指名競争入札が念頭に置かれていた。これは、昭和33年判決の存在を前提としたうえで改めてこの点が確認されていたといえる。にもかかわらず、第1審が、2011年の改正経緯を踏まえたうえでもなお法律の文言は「立法政策にすぎず」、解釈によって処罰範囲を決定することができる」と述べる発想には、まるで司法がよしとすればどのようなものをも処罰することができるかのような司法万能主義すら垣間見える。これでは、検察官の挙げるけしからぬ行為に対して、類似した条文を後から探し出すという思考方法を取るという許されない類推適用を行ったと評価されざるを得ないであろう。

第2審の判示が第1審の判示をそのまま是認しているということなのであれば同様の問題があるといえようが、のちに述べるようにこの点については若干の留保がある。

(5) 小 括

以上のように、第1審が行った、本件企画競争が96条の6の「入札」に該当するとの判断は、許されない類推適用なのではないかという疑いが生じる。少なくとも、主観的解釈においては随意契約は1941年の旧規定時代から除外されていた。その後の公共調達の実態の発展を踏まえれば客観的解釈の必要性は理解できるものの、2011年の改正時点で入札の対象について改めて確認されている事実には注意を払う必要がある。そのような立法者意思を超えて、随意契約の一形式である企画競争を入札に含めるとするためには、この間に新たな解釈を施すべき立法事実の変化があったとの説明が必要なのではなかろうか。

もっとも、旧規定において入札概念について判示した昭和33年判決がある。そこでは「入札」という文言の解釈が行われ、会計法に規定されていない方式によって行われた公共調達に旧規定を適用している。それを無視して罪刑法定主義違反を理由に無罪とする結論を導くことを下級審裁判所に求めることはいささか酷であるようにも思う。

しかし、昭和33年判決が本罪に適用すべき判例といえるかどうかについてなお検討すべき点がある。その点を次に検討しよう。

3 昭和33年判決は本事案の先例となる判例か

(1) 裁判所の判断——第1審——

第1審は罪刑法定主義上の疑義について上記のように答えた後、「会計法等所定の随意契約として実施された契約方式であっても、個別に検討した上、競争入札の実質を有するといえる場合には、刑法96条の6第1項の『入札』に該当すると解するのが相当である。」として、本件企画競争が「競争入札の実質」を備えているか、について判断を加えた。この「競争入札の実質」という解釈を示したのが昭和33年判決である。昭和33年判決は「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」としたものである。

第1審は本件企画競争の内容面及び手続面が競争入札の実質を有するかを判断していくが、その中では、競争入札の実質を「失わせるほどの事情とはいえない」、「失われていたとはいえない」、「損なうほどの事情とはいえない」などとしたうえで、「本件企画競争の内容は、審査項目についていずれも競争に付され、審査基準についても客観性、公平性が相当程度担保されており、発注者に対して支払われる金額の多寡を他の要素に比して重

視するとともに、長期的視点で見た場合に得られる経済的利益の期待値に関する要素が基本的考慮要素になっており、それ以外の事項についても有益な提案を創意工夫させて、競争させるものであった」とする。

この判断はいささか奇異である。なぜなら、第1審は昭和33年判決のいう「競争入札の実質」の内容を明らかとすることなく、本件企画競争が競争入札の実質を備えるか、を判断しているからである。第1審は競争入札の実質へのあてはめをするのではなく、弁護側の主張する事実は競争入札の実質を失わせないといっているに過ぎない。そしておそらく第1審は競争入札の実質は、各提案者が競争をしている、という点に求めているようである。しかし、ここで問題となっているのは「競争」の有無ではなく本件企画競争の競争「入札」の該当性の判断である。

第1審が昭和33年判決が一体どのような事案に対するどのような判断であったかを考慮することなく、判決文の「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」という文言のみを用いて本事案について判断している点が問題なのである。

昭和33年判決が本当に本事案の先例となるのかは、「事案」を比較するという作業が必要不可欠である。では昭和33年判決がいかなるもので事案に対するものであったかを見てみよう。

(2) 昭和33年判決

ア 事案の概要

昭和33年判決の事案は次のようなものである。岩手県土木部が行っていた契約方式は、会計法、予決令、旧道路工事執行令、地方自治法、同法施行令、岩手県規則所定の一般競争入札、指名競争入札、随意契約の方式によることなく、内規として独自に定めていた「価格申告制」あるいは「見積による随意契約」と呼ばれていた契約方式（以下、本方式、という。）によって行われていたものであり、これが公の入札といえるかが争点となっ

た³⁶⁾。本方式には2つの特徴がある。1つは、あらかじめ土木請負業者を等級に分けて請負い得る価格の限度額を定めて指名しておき、工事設計額に応じてこれに該当する限度額の等級の業者全部を指名参加させ、請負おうとする価格を書面（いわゆる価格申告ないし見積書）に記載させて提出させていたこと。もう1つは、予定価格の範囲内で適正価格と思われる見積書を出したものと契約をするということ。その適正価格とは工事内容を正當にやり得るかによって決められており、また落札者決定においては入札者の当該工事施行能力等をも条件として考慮しようとしていた。

もっとも、実際に盛岡土木事務所においては開披された入札結果の中で、予定価格以下である限り、最低の価格を付けた者が請負人になることが常であり関係者もその点を認識していた、というものである。

イ 昭和33年判決

昭和33年判決は、第1審が引用した上述の部分に引き続いて重要な判示を行っている。それは、「けだし後者の場合にも（中略）入札者は自己に契約を獲得するためにその条件につき入札者間において競争するを常とするからである。従って原判決が本件当初の見積もり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。（傍点筆者）」という部分である。昭和33年判決は岩手県土木部の行った契約方式が「指名競争入札」の実質を備えているとしているのである。この部分をどう考えるべきであろうか。

ウ 昭和33年判決の意義

昭和33年判決は岩手県土木部の行った契約方式についてそれが指名競争

36) なお、念のため申し添えておくが、本方式で問題となった「見積もりによる随意契約」なるものは、会計法法規上の随意契約とは全く異なる。したがって、昭和33年判決を会計法規上の「見積書を徴したうえで行う随意契約」に本罪を適用した例と理解してはならない。

入札の実質を備えていることから、単なる随意契約ではなく公の入札に当たったものであるとしたものである。この判断の前提は、旧規定には単なる随意契約が含まれないこと、公の入札とは一般には一般競争入札、指名競争入札のことを指し、それとの類似性において本方式が指名競争入札の実質を備えていると判断した点にある。

なぜなら、本方式は指名された業者に価格のみを記載した書面を提出させ、面前でそれらを開封したうえで、予定価格の範囲内で最低価格を付けた者と契約を締結するのが常であったからである。岩手県土木部では昭和33年以前には会計法規にのっとった競争入札を行っていたようであるが、その後上述の独自の工夫を加えた方式を用いることとした。そこで行われた入札参加者の資格制限は、制限付競争入札に該当するものである。また工事内容を正当にやり得るかという視点で適正価格という考えを取り入れているのは、入札ダンピングの弊害を除去するための制限価格を定めるのと同様の措置といえる。また、実際にはそれを理由として契約締結に至らなかった例は見当たらないようであるが、工事施行能力を条件としていることも比較的多数者の入札による場合は、当然必要とされることであって、これは価格を重視する入札制度における付随的条件とみるのが相当といえる³⁷⁾。これらは最低価格落札主義を修正するものではあるが、その範囲内において、一般競争入札、指名競争入札のもつ、入札者同士の価格競争性という実質を失わせるものではない。

エ 昭和33年判決の射程

昭和33年判決は、会計法規上の定めによらない方式による契約締結において、たとえ、入札参加資格を制限し、また適正価格を導入することによって最低価格入札者でも契約の相手方とならない場合がありうるとして、そ

37) 昭和33年判決の上告趣意に対する検察官の答弁書も参照のこと。これらの工夫はその後現行の会計法第29条の6及び予決令に導入されている低入札価格調査制度に対応するものである。

のもっとも重要な条件が価格競争であり、その価格競争性が失われない程度の条件が加味されて落札者を決定するプロセスはなお指名競争入札としての実質を備えていることから「公の入札」にあたるとしたものと解するべきある³⁸⁾。

もっとも、仮に昭和33年判決がそのような判断であったとしても、なお昭和33年判決には類推適用の疑いが残る。会計法規にのっとらない契約方法は形式的な意味での「競争入札」に当てはまらないともいえるからである。また、旧規定の保護法益は公務保護だとされており、当然その公務は適法なものであることが要求される以上、会計法規にのっとらない契約相手選定手続きは行政行為として重大な手続きに違反するものといえるかもしれない。その場合本方式は同罪が保護すべき公務といえないとも思えるからである。したがって、筆者は文言の面からも保護法益の面からも昭和33年判決について疑問がある。

その点はおくとしても、いやむしろその点に疑問があるからこそ、昭和33年判決のいう文言のみに従って解釈することは許されず、あくまでも対象となる契約相手方の選定手続きが（指名）競争入札の持つ価格競争性を失わないという点を重視しなければならないのであり、加味された条件もこの原則を変更するものであってはならないという点を踏まえておくことが必要である。この点が昭和33年判決の射程の限界となるのである³⁹⁾。

昭和33年判決は、価格以外の要素を考慮することがあっても価格競争としての実質を失わない限り入札に含まれるといているのであって、複数の者が参加し、価格の点が評価の対象に含まれていればどの要素が重視さ

38) 『大コンメンタール刑法（第3版）第6巻』（青林書院 2015年）248頁〔高崎秀雄執筆〕も、「実質的に最低価格落札主義の原則の下で契約の相手方となろうとする者の間で自由競争が行われることが予定されている手続であれば、それは本条にいう入札に当たる」とする。

39) そうであるからこそ、一般入札の方式として規定されているとしても総合評価落札主義は価格競争性を超えて施工技術等を評価する場合もあることから、単純に入札に当たるといえるかについては議論の余地がある。

れようが競争入札と呼ぶことができるとしているのではない⁴⁰⁾。

以上から明らかなおと、競争入札の実質を、単に多数人が「参加する」ものであるという点ととらえ、本件企画競争を入札に該当すると判断した第1審は、判例としての昭和33年判決の意義を正確にとらえているとはいえない。

(3) 裁判所の判断——第2審——

ア 第2審の判断

この点について第2審は昭和33年判決を示したうえで「競争入札の実質を具備すると認められるには、第1に、応募者の『競争』が実現される態様であることが不可欠であり、そのためには、応募者において何について他の応募者と競争することになるのか（競争の対象）、優劣の判定は何によってなされるのか（競争の優劣、落札者決定基準）が事前に明らかにされるなどして各応募者に理解可能な状態にされていることが必要であり、落札者決定基準において、応募者の側に予想困難な裁量の要素が少なからず認められる場合は、前記『競争』の要件が満たされない。さらに、従前、競争入札においては最低（最高）価格落札主義が原則とされており、原判決指摘のような入札等を巡る契約方式の多様化を踏まえる必要はあるにせよ、同主義を逸脱ないし無視するような方式であれば競争入札の実質を具備するものとはいえないから、入札価格とのバランスにおいて他の落札者決定要素の持つウエイトが補足的とはいえないような場合は、競争入札の実質を具備するものとは認められない。」とする⁴¹⁾。前段が競争といえるために必

40) 寺尾・前掲注(16)284頁も「重要な決定要素はあくまでも競争に付した事項（多くは価格）そのものである。もしその他の条件に重要なウエイトを置いて決定してもよしとすると、入札者の全然予想もしない事柄で勝負が決まることになり、もはや競争入札の性格は失われる」とする。同旨、日沖・前掲注(16)92頁。

41) 第2審は続いて、「刑法96条の6第1項の『入札』について、会計法規上の競争入札に限定されないことを前提に、同『入札』の該当性について、前記の趣旨で『競争入札の実質を具備する』か否かを判断基準とすることは、合理的かつ一般的に見ても十分了解可能な

要な要素を示し、後段が入札といえるために必要な要素として示されている。

第 2 審は以上の入札概念の理解から本件企画競争の入札該当性を検討する。

第 2 審が上述の前者の点を検討する際に重視したのは、各審査項目の優劣の決定方法、配点が公表されていないこと、審査基準が作成されていないことであった。そこから審査員が審査した個々の結果を合計したからといって判断の客観性・公平性が保たれることにならないとする。

後者の点についていえば、本件企画競争で価格競争性があるのは項目⑦の月額賃借料であるが。これには非公表ではあるが 1 億円 1 点という基準が定められていた（配点は 30 点）。しかし、この 1 億円が何に対する金銭かが問題となる。第 2 審は、賃借料を提案者ごとで比較するのであれば単位面積当たりの賃借料となるはずであるが、最終的には単純に賃借料等総額で比較しているという点、さらに企画提案書には「月額賃借料」を記載することになっているのに、実際の審査においては、20 年間の合計賃借料合計額に各提案者が提案した保証金等の額を単純合算して採点していた点を指摘する。このような採点方法は応募者において容易に想定がしがたく、比較的客観的とみえる採点基準を設けた月額賃借料の項目でさえ、客観的かつ公平で、応募者が容易に想定できる基準によって採点されていたとは到底認められないとする。

第 2 審は「本件企画競争は、応募者において、何について他の応募者と競争することになるのか（競争の対象）、優劣の判定は何によってなされるのか（落札者決定基準）が、理解可能な状態にされているとはいえないどころか、審査員においてさえ、優劣の判定基準に関する理解が共有されているとは到底いいがたい状態にあったというほかなく、落札者決定基準にお

ものであって、犯罪の成否に関する行為者の予測可能性が害されるなどとはいえないから、罪刑法定主義に反することにはならないというべきである。」という。2011 年改正の主観的解釈からしてこの判示には疑問の余地があるが、「文言の可能な意味」という点を超えるか否かの観点から客観的に文言を解釈することが認められている以上、96 条の 6 の「入札」の実質である競争入札性を維持する限りでその解釈の限界を問題とすることはなお可能であるように思われる。

いて応募者の側に予想困難な裁量的要素が少なからず認められるほか、配点基準上最も重視されている月額賃借料とのバランスにおいて他の要素の持つウエイトが補充的ともいえない。したがって、本件企画競争については、医療センター側に優先交渉権者として選ばれるように応募者間で競争を行っているかのごとき外観を呈していても、それは、競争入札におけるのと同様な意味で、優劣の判定が事前に開示された合理性明確性を備えた一定の基準に基づいて行われる『競争』には当たらないことなどから、内容面において、競争入札の実質を具備すると認めることには合理的な疑いが残るといえる（傍点筆者）」とした。

結論として、本件企画競争は96条の6第1項の「入札」及び「契約を締結するためのもの」（この点は、後述）にあらず、本件公訴事実の各行為は罪とならないとして、自判し、被告人らが無罪とした。

イ 第2審の評価

第2審は、随意契約が96条の6の「入札」に当たらないとする一般的な主張は避けながら、他方で第1審が依拠した昭和33年判決の規範の意義を明らかとしたうえで、競争入札の実質といえるかについて、具体的事実をあてはめながら、本件企画競争の入札該当性を否定した。

第2審において注目すべきは、本件企画競争の手続面についての評価の中で「付言すると、近時、随意契約においても、その手続の競争性及び透明性が求められているところに照らせば、医療センター側において、本件事業において求めるべき事項のいくつか（こうなんの杜の移転、薬局内の福利厚生スペース等を設けるなど）は明確であったのであるから、これを公募要領に明示した上で企画提案書の募集を行うべきであったというべきであって（そもそも随意契約の形式で行うべきであったかも検討の余地はあり得る。）、本件企画競争が、手続の競争性及び透明性の確保といった要請に合致する適正なものであったかは大いに疑問があるし、他の事業者の提案内容をGに伝えるなどして、企画提案書の再提出を求めたAの行為や、その示唆に応じ

て企画提案書の再提出を行った G 側の行為は手続の『公平を害すべき行為』であることは明らかであるが、その前提として、本件企画競争が、前記のとおり競争入札の実質を具備するとは認められない以上、刑法96条の6第1項の『入札』に該当することはないというほかない。」としている部分である。

本件被告人らの行った行為は確かに筋の悪い行為ではある。しかし、それがけしからん行為であったからそれを処罰するために条文を探すのではなく、96条の6がいかなる「入札」を対象としているかを明らかとし、その「入札」への該当性を前提としたうえで初めて行われた入札の公正を害すべき行為が処罰の対象となるのだ、という当然といえば当然の判断をしている。

また、第2審はその最後に本件企画競争が「契約を締結するためのもの」に該当するかという点について検討している。第2審は「本件公募要領には、優先交渉権者の決定後、病院運営と調整を図るため、薬局開設に伴う協議を行うが、提案内容は尊重しつつもこれに拘束されず、協議によって変更が生じる場合があるなどと記載されている上、前記2で検討した本件企画競争における審査の実情に照らせば、実際の契約締結に当たっては、優先交渉権者として選定された事業者と医療センターとの間で、あらためて、本件企画競争において提案した内容を基礎としつつ、交渉を行い、契約締結することが想定されているというべきであり、交渉の結果、契約締結に至らないことや当初の企画提案書とその内容を異にする契約が締結されることも十分想定されているというべきであって、提案書の提出は『契約締結に向けてする』とはいっても、『契約を締結するためのもの』とはいえない」という。

この部分は重要な判示であると思われる。なぜなら第2審は2011年改正で追加されたこの文言は意味のないものではなく、条文の保護対象を確定する手掛かりとなるものと理解しているからである。第2審は、入札該当性は条文の解釈の問題であると考え、条文の文言そのものから導いていると思われるが、その文言の解釈にあたって、立法過程で条文に文言を付け

加えるという選択がなされ、その理由についてなされた立法者の説明をを参酌していると考えられる。

このような第2審の判断はおおむね正当であると考えられる。もっとも、第2審にはなお留保すべき点がある。

会計法上「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」にしか随意契約をすることができない。この競争は会計法29条の5によれば入札によるのであるから、そもそも随意契約は入札による競争に付することはできないか不利な場合、つまり価格競争以外の考慮要素が契約の相手方を選定するために重要である場合に行われるのである。つまり、当該調達にかかるその他の要素が価格を上回る重要性を有しているから、価格競争に付することでは調達目的が達成されないか不利になるのである。したがって、随意契約を用いる場合にはそもそも価格競争性が主たる要素とならないのであるから、一般に随意契約を入札の対象から外すという解釈も成り立ちうるのかもしれない。

もっとも、随意契約の中には予定価格が一定の価格以下の場合に行われるものがある（予決令99条2号～7号まで）これらの場合に随意契約を用いることができるのは、価格以外の要素が重要であるからというよりは、一般競争入札に付することによる契約担当職員の事務上の負担を軽減するという行政上の能率化に寄与することのできる面が重視される場合である⁴²⁾。このようなタイプの随意契約における契約相手方の選定は、予決令96条の6にいう2人以上の者から徴した見積書による単純な価格競争である可能性がある。このような場合まで、形式的な違いを理由に96条の6の適用を排除することには躊躇がないわけではない⁴³⁾。

42) 前田務編『会計法精解令和2年度改訂版』（大蔵財務協会 2020年）522頁。

43) そうだとしても、見積書の徴取は条文上の義務ではないし、見積書を出させる相手方として誰を選出するかも決まっているわけではないから、競争入札の実質を備えているとはいえないとする反論が考えられる。

もちろん本件企画競争はこのようなものと比較すべきものではないから、事実認定された本件企画競争の入札該当性を論じるにあたっては不要な検討である。第2審が示した考慮要素は、96条の6の入札に関する法理判断のようにみえるが、あくまでも本件企画競争の入札該当性に関する事例判決に過ぎないからである。

4 おわりに

以上、企画競争方式が96条の6の『入札』といえるかについて、具体的事案と裁判所の判断を見ながら検討してきた。

立法時の議論や2011年の改正時点での議論をみる限りでは、端的に入札の中に随意契約における契約相手選定プロセスは含まれないとするのが素直であろう。他方で、時代の影響を強く受ける公共調達のあるり方の変化の中で、入札という言葉の持つ可能な意味の限界から、入札該当性を論じる必要があるようにも思われる。

問題は、これが裁判所による解釈問題に属するのか、立法府による立法問題に属するかという点にある。

総合評価落札方式の導入や、2006年以降の一般競争入札への回帰、随意契約における企画競争、公募方式の推奨、それにとまなう様々な方式の実践が現実問題としては生じている。その各々について、昭和33年判決だけを武器に、各方式の入札該当性を論じることは裁判所の役目としてはいささか荷が重いようにも思われる。また、判例が主導して個別の方式の入札該当性を確定してしまうことは、かえってより良い公共調達に向けた関係者の努力に委縮効果をもたらしうるものでもある。

司法制度改革における旧規定の分割の主眼は強制執行妨害罪の規制強化にあったことは間違いない。だからこそ立法者は公契約関係入札妨害罪は、「テーマではない」といったのである。しかし、ここ数年、96条の6や「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（いわゆる官製談合防止法）」の事案の積み重ねがみられる。そこでは主として、公正を害する行為とは何か、という点が争われがちではある。しかし、第2審が指摘するように、公正を害する行為があったから入札に該当する（させなければならない）のではない。まず問題となった方式が「入札」に該当するのを確定させ、そこで初めてその公正を害する行為を問題とすることができるのである。そうであるならば、多様な契約方式やその公募要領の内容、選定結果の公表のあり方などを総合的に整理したうえで、公共調達の公正性の確保、というテーマの中で立法作業を行うことが必要なのではなかろうか。

最後に、本事案は、検察官が上告中である。最高裁の結論を予測することはできないが、罪刑法定主義という観点からも旧規定時代の判例の先例性の意義という観点からも、その判断が注目される。

