



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事判例研究
Author(s)	松尾, 誠紀; MATSUO, Motonori
Citation	北大法学論集, 54(2), 99-128
Issue Date	2003-05-22
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15217
Type	departmental bulletin paper
File Information	54(2)_p99-128.pdf



刑事判例研究

松尾誠紀

不動産競売における特別売却の手續を妨害した行爲と競売入札妨害罪の成否

札幌高裁平成一三(二〇〇一)年九月二五日判決(平成一三年(う)第七三号、有印私文書偽造、同行使、競売入札妨害被告事件)

高刑集五四卷二号一二八頁、判タ一〇八六号三二三頁
〔参照条文〕刑法九六条の三第一項

〔事実〕

本件公訴事實は、概ね次の通りである。

被告人は、N会社の代表取締役であり、札幌市東区にあるホテルYを経営している。N会社に対して多額の債権を有していた北海道拓殖銀行（以下、「拓銀」）は、被告人やN会社等が所有する一八の土地建物について、根抵当権に基づく不動産競売を札幌地裁に申し立てた。その後、拓銀から債権を引き継いだ整理回収機構が競売手続を進めていたところ、平成一一（一九九）年九月九日から同年一〇月八日まで行われた特別売却で買受申出人が現れ、同月一九日に売却決定期日が開かれることになった。それを知った被告人は、N会社と拓銀との間に取り交わされた「債務承認および分割弁済約定書」（以下、「本件約定書」）の写しにある最終期限等を改ざんし、弁済期が到来していない旨主張し、競売を妨害しようとして、行使の目的をもって、本件約定書写しのカラーコピー二枚を切り貼りして、二か所にわたって「平成11年」の部分を「平成21年」と改ざんし、これをカラーコピーした上、さらにコピーして、約定書写しのコピー一枚を偽造した。そして、同年一〇月一九日、札幌地裁において行われた売却決定期日において、同裁判所裁判官に対し、「期限の利益を失っておらず、弁済期の到来の事実が存しないため、競売手続の開始又は続行をすべきでない」旨虚偽の陳述をするともに、偽造にかかる約定書写しコピー一枚を提

出して行使し、同裁判官をして、売却許否の決定を留保させ、もって偽計を用いて公の競売の公正を害すべき行為をした（なお、検察官は、控訴審において、「もって偽計を用いて公の競売の公正を害すべき行為をした」とあるのを、「公の競売又は入札を害すべき行為をした」と訴因変更した）。

これについて、原審・札幌地裁平成一三年三月六日判決は、有印私文書偽造、同行使の罪については成立するとしたものの、競売入札妨害罪については、次のように判示し、無罪とした（もつとも、競売入札妨害罪と有印私文書偽造、同行使の罪とは、全体として一罪の関係にあるとして起訴されたことから、特に無罪の言渡しをしてはいない）。

一般的に、「競売」とは、売主が多数の者に口頭で買受けの申出をすることを促し、最高価額の申出人に承諾を与えて売買する手続をいい、「入札」とは、契約内容について複数の者を競争させ、他の者には内容を知られないように文書によってその申出をさせ、原則として最も有利な申出をした者を相手方として契約を締結する手続をいうものと解される。ところで、民事執行法に基づいて行われる不動産を目的とする担保権の実行としての競売は、「競売」（同法四七条一項）

あるいは「不動産競売」（同法一八一条一項）と呼ばれるが、その具体的な手続を見ると、担保権実行のために行われる不動産の売却は、「執行裁判所の定める売却方法による。」（同法一八八条、六四条一項）とされており、その売却の方法については、「入札又は競り売りのほか、最高裁判所規則で定める。」（同法一八八条、六四条二項）とされている。そして、これを受けた民事執行規則は、「入札又は競り売りの方法により売却を実施させても適法な買受けの申出がなかったとき」に執行裁判所が「他の方法により不動産の売却を実施すべき旨を命ずることができる。」と定めており（同規則五一条一項）、このような売却方法が実務上特別売却と呼ばれる。これらの売却方法のうち「入札」及び「競り売り」が、それぞれ一般的な意味での「入札」及び「競売」であり、刑法九六条の三第一項の「入札」及び「競売」に当たることは、明らかである。これに対して、特別売却は、「入札又は競り売り以外の方法による売却」とされているのであるから、これが一般的な意味で「入札」や「競売」に当たらないことは、文理上明らかである。

さらに、刑法九六条の三第一項の罪の保護法益は、競争等の公正であると解されるが、その保護の対象となる手続は「競

売又は入札」とされており、公の機関が行う売買、請負その他の契約締結手続が全て保護の対象とされているわけではない。例えば、会計法上の随意契約（同法二九条の三第四項、五項）や国税徴収法上の随意契約による売却（同法一〇九条一項）の手続は、いかにその公正を保護する必要があるとしても、同項の保護の対象にはならないと解すべきである。すなわち、「競売」及び「入札」は、いずれも複数の参加者に契約内容について自由な競争をさせ、その競争によって得られた結果を実現するという手続であり、同項の保護の対象になる手続は、このような実体を伴うものでなければならないというべきである。ところが、不動産競売手続における特別売却は、「競売」あるいは「不動産競売」と呼ばれる手続きの一環として行われるものではあるが、必ずしもこのような実体を伴わない売却手続である。すなわち、その具体的な実施方法についての特段の定めがないが、実務上は、一定の期間内にあらかじめ定められた最低売却価額以上の価額で最初に買受けの申出をした者に対して売却するという方法がとられることが多い。さらに、特定の者又は不特定の者と個別折衝して売却するという方法も可能であって、その実施方法は、今後の運用及び社会の実情により、広がりうると考えられる。

いずれにしても、本件のような特別売却の手続は、契約内容についての競争を伴わない手続であつて、この点についての競争を本質とする「競売」又は「入札」の手続とはその性質を異にするものである。

結局、本件特別売却の手続は、文理の上からも実質的な面からも刑法九六条の三第一項の保護の対象にはならないといふべきである。

これに対して、檢察官が、競売入札妨害罪については無罪とした原判決には、法令の解釈及び適用に誤りがあるとして控訴したものが本件である。

【判旨】 破棄自判（確定）。

本判決は、次のように判示して、原判決を破棄、自判し、競売入札妨害罪の成立も認めた（有印私文書偽造と同行使との間には手段結果の関係があり、偽造有印私文書行使と競売入札妨害は一個の行為が二個の罪名に触れる場合であるから、刑法五四条一項前段、後段、一〇条により、以上を一罪として、刑及び犯情の最も重い偽造有印私文書行使罪の刑で処断するとされた）。

1 : 「特別売却」の制度というのは、昭和五四年に成立した民事執行法によつて新たに認められた制度であり、昭和一六年に設けられた刑法九六条の三の競売入札妨害罪が成立したときには想定されていなかった制度である。したがつて、特別売却が競売入札妨害罪の保護の対象になるかどうかについては、競売、入札という文理解釈のみから形式的に判断するだけでなく、不動産競売手続全体の構造やそこに占める特別売却の意義等に照らして、実質的に検討する必要がある。

：「札幌地裁の実情にも即した、特別売却の制度に照らせば、筆者註」特別売却が不動産競売においてその他の手続と密接な関係にあり、入札や競り売りを補完する制度として運用されていることは明らかである。実質的には、入札、競り売り、特別売却が一体となつて不動産競売手続を構成しているといつてよい。そうだとすると、これらそれぞれを別個の手続として切り離し分断して捉えることは相当とはいひ難く、特別売却が刑法九六条の三第一項にいう「入札」及び「競売」に当たらないことは、文理上明らかであるという原判決の判断には賛同できない。特別売却を含めて不動産競売手続を全体として一個の手続として捉え、刑法九六条の三第一項にいう「競売又は入札」に含めて考えることは十分可能であると

判断される。

2 次に、原判決は、…特別売却は…契約内容についての競争を伴わない手続であつて、…競争を本質とする「競売」又は「入札」の手続とはその性質を異にするから、…実質面からも刑法九六条の三第一項の保護の対象にはならない、という。…しかしながら、刑法九六条の三第一項の競売入札妨害罪は「公の競売又は入札の公正を害すべき行為」をした者を処罰すると規定するだけで、そこには、自由な競争の確保ということが明言されているわけではない。そもそも、自由な競争を確保しようとするのは、「適正妥当な価額による売却」を実現するためであつて、それ自体に目的があるわけではないと思われる。競売入札妨害罪が保護せんとしているものも、「適正妥当な価額による売却」を実現する手続としての「競売又は入札」なのであつて、このような手続としての「競売又は入札」の公正を害するような行為を法は処罰の対象としているものと考えるべきである。…特別売却は、…不動産競売手続において、入札、競り売りを補充する制度であり、それと一体となつて、「適正妥当な価額による売却」を実現する手続（不動産競売手続）を構成するものである。特別売却の手続を妨害するような不公正な行為は、

とりもなおさず、「適正妥当な価額による売却」を実現する手続（不動産競売手続）の公正を害する行為に該当するといわなければならない。…以上検討してきたところを総合すると、特別売却の手続において、その手続を妨害するような不公正な行為は、「競売又は入札」の公正を害する行為として、刑法九六条の三第一項の競売入札妨害罪の処罰の対象になるといふべきである。

3 …被告人の行為は、前記のような意義を有する特別売却の手続を明らかに妨害し遅延させるものであつて、まさに公の競売又は入札の公正を害する行為に該当するものといふべきである。

【評釈】

一 検討課題

近時、民事執行手続に対する妨害行為が顕著な問題となつて⁽¹⁾いるところ、本件は、担保権の実行としての不動産競売手続における、特別売却に対する妨害行為が、刑法九六条の三第一項（以下、「本条項」）の競売入札妨害罪（以下、「本罪」）に該当するかが問題とされた事案である。

執行裁判所（民執四四一条一項）は、債権者の申立てに基づき、

競売の開始決定をし、債権者のために不動産を差し押さえる旨を宣言すると（同法四五条一項）、最低売却価額を定めるなどの準備期間を経た後に、売却実施命令を発する（同法六四条三項）（本件で問題となつてゐる、担保権の実行としての不動産競売手続については、同法一八八条、民執規一七三条によつて、不動産に関する強制競売の規定が準用されている。ただ、準用規定の記載は省略する）。その際、売却の方法として、同法六四条二項は、「入札又は競り売りのほか、最高裁判所規則で定める」と規定してあり、これを受けた同規則五一一条に基づく売却方法が、本件で問題となる、特別売却である。すなわち、特別売却とは、「入札又は競り売りの方法により売却を実施させても適法な買受けの申出がなかつたとき」（同規則五一一条一項）にのみ行いうる補充的な売却方法である一方、執行裁判所の付する条件によつて定まるものであるから、一個の典型的な売却方法ではなく、「入札又は競り売り以外の方法」の総称を意味するものである。⁽⁵⁾そこで、特に、本件で問題となつた札幌地裁の場合を見ると、同地裁においては、期間入札の売却実施命令と同時に、期間入札において適法な買受申出のない場合は特別売却を実施することを定める「条件付特別売却」が実施されてお

り、具体的には、特別売却の実施期間内に、最初に買受けの申出をした者を買受申出人とする方法が採られている。⁽⁶⁾そして、同地裁における不動産競売手続の流れとしては、期間入札において買受申出のない場合に、一ヶ月の特別売却が実施され、もしそれでも買受けの申出がない場合には、価額の見直しを経て、再度、期間入札、特別売却が行われることになり、さらに申出がない場合には、再評価と呼ばれる価額の見直しが行われた上で、期間入札、特別売却が繰り返されることとされている（ローテーション形式による売却⁽⁷⁾）。

このような特別売却の制度は、昭和五四（一九七九）年の民事執行法成立時に、国税徴収法における随意契約に関する規定を参考にして新設されたものとされている。すなわち、国税徴収法九四条は、換価処分としての公売を定め、その売却方法として、入札、せり売を規定する一方、一〇九条において、随意契約による売却を規定し、特にその三号では、「公売に付しても入札等がないとき」に、随意契約によることができるとしてゐる。⁽⁹⁾また、会計法、地方自治法においても、一般競争入札、指名競争入札、せり売のほか、政令の定めなどに従い、随意契約による場合が規定されている（会計二九条の三、自治二三四条⁽¹⁰⁾）。ただ、この特別売却に類似するとされる随意契約については、昭和一六（一九四一）年の本罪の新設当初から、「相

手方たるべき者の自由競争に依らざる：随意契約に付ては本条〔刑法九六条の三、筆者註〕を適用せざるが立法の趣旨なり」と解されていたことが認められる。⁽¹¹⁾

本件においては、事案の経過に争いはなく、もっぱら、特別売却に対する妨害と本罪の成否のみが問題とされている。本条項は、「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、二年以下の懲役又は二百五十万円以下の罰金に処する」と規定しているところ、そこでいう「偽計」とは、他人の正当な判断を誤らせるような術策とされていること⁽¹²⁾から、まず、被告人の改ざんにかかるコピーの提出が、「偽計」に該当することについては問題ないものと思われる。そこで、検討すべきは、その偽計が、「公の競売又は入札の公正を害すべき行為」にあたるかどうかである。その際、本判決も示すように、特に、次の三つの問題についての検討が求められる。すなわち、第一に、本条項にいう「競売又は入札」に、特別売却が含まれるのかという問題、第二に、第一の問題が満たされたとして、被告人の行為は、いかなる意味で、本条項にいう「公正を害す〔る〕」ものといえるのかという問題、第三に、第一、第二の問題が満たされたとして、特別売却に対する妨害行為は、犯罪事実の特定において、本条項にいう、「競売」、「入札」、「競

売又は入札」のうち、いずれの公正を害するものとすべきかという問題、である。原判決は、第一の問題について満たされないとした以上、当然に、第二、第三の問題に答えてはいない。これに対して、本判決は、それぞれについて結論を示していることが認められる。

本件以前に、特別売却をめぐる妨害事案について本罪が成立するとした事案が、一件だけ紹介されているが、⁽¹³⁾正面から、特別売却に対する妨害行為と本罪の成否を論じたものは、本件が初めてであり、またそこにこそ意義が認められることから、以下では、第一の問題を中心に検討していくことにする。

二 特別売却に対する妨害と「競売又は入札」

本条項にいう、「競売又は入札」の意義として、一般的に、競売とは、多数の者から口頭で買受けの申出を促し、最高価額の申出人に承諾を与えて売買する手続をいうとし、入札とは、競争に加わる者に文書によって契約内容を表示させ、最も有利な内容を提示した者と契約を締結する手続をいうとされている。⁽¹⁴⁾そこでは、本条項が「競売又は入札」と規定している以上、本罪の保護対象については、売却方法としての、あるいは契約方式としての、競り売り（せり売）、入札、随意契約、のうちの

前二者であることが前提とされているように思われる。しかし、保護対象としての「競売又は入札」は、形式的に明らかにされるものでもない。このことは、随意契約と競売入札妨害罪の成否をめぐる、次の二つの判例から明らかである。すなわち、最高裁昭和三三(一九五八)年四月二五日判決は、当時の岩手県土木部においては、土木工事請負契約の締結の際、会計法等所定の一般競争入札、指名競争入札によることなく、もっぱら同部の内規にある、見積による随意契約の方式が採られていたところ、それに対して土木請負業者が談合をした、という事案について、上告趣意が、本件契約方式は随意契約であつて「入札」ではないと主張したのに対し、原審による、「見積による随意契約にせよ、互いに他の競争者の申出でる価格を知らないで自己の価格を文書で申出でるといふ自由競争の実質を保有し、その競争の結果は請負人の選定に当り必ず参酌さるべき重大な要素となつていたものであつて、その契約締結の方法は、名称とは異り、入札の性質を有していたものであることは疑いがない」とした判決を支持し、「原判決が、…見積による随意契約の方式をもつて、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(る)」として¹⁶⁾いる。反対に、東京高裁昭和

品¹⁷⁾の売買契約をめぐる、形式上は指名競争入札の手続を採りながら、実際には、偽装した入札書を形式的に取りまとめ、あたかも適式に入札が行われた結果、A会社が落札したように装つて、A会社との単独契約により製品を納入していた、という事案に關し、「若し、右機關において眞実入札手続をする意思がなく、實際は特定の業者と随意契約するものであるに拘わらず入札手続を偽装する目的で入札に附する旨の決定をした場合においては、入札妨害の対象となるべき公の入札そのものが存在しないこと、なり、これに対し入札妨害はあり得ず、同罪の成立する余地はない」と判示している。すなわち、これらの判例は、随意契約と本罪の成否に關し、形式的には随意契約であつても、実質的に競売・入札の要素を備えているならば、本罪が成立するとし、他方、形式的には入札であつたとしても、実質的に随意契約であつたならば、本罪は成立しないとされているのである。その意味で、本罪の保護対象を明らかにするためには、単に形式的な「競売」や「入札」に捕らわれることなく、「競売又は入札」の本質を明らかにし、また逆に、随意契約が保護対象に含まれないことを明らかにすることによる、実質的な考察が求められるのである。

本罪の保護対象の本質を求めるとあつて、保護対象として

の「競売又は入札」を基礎に「公正を害す〔る〕」の意義を検討した、本罪の保護法益をめぐる議論が参考となる。すなわち、学説上、保護法益に関する理解として、公務侵害説、施行者等利益侵害説、競争侵害説、があるとされており、⁽¹⁸⁾それぞれ、公務侵害説は、公務としての競売・入札の、公正で円滑な執行を保護していると理解する見解、⁽¹⁹⁾施行者等利益侵害説は、競売・入札制度を利用する個人（例えば、会計法上の一般競争入札においては、国や地方公共団体などの施行者、民事執行法上の競り売り・入札においては債権者）の具体的な経済的利益を保護していると理解する見解、⁽²⁰⁾競争侵害説は、競争参加者による自由な競争が行われることにより落札価格が形成されるという価格形成メカニズムそのものを保護していると理解する見解、⁽²¹⁾である。このうち、施行者等利益侵害説、競争侵害説から、「競売又は入札」の本質に関する理解が窺える。すなわち、施行者等利益侵害説と競争侵害説は、保護法益に関して、一方は、施行者等の個人々の具体的な経済的利益に引きつけて理解し、他方は、競争制度そのものに着目するという相違はあるものの、どちらも、「競売又は入札」によって価格や契約内容が形成されるという特質を基礎に、それぞれの保護法益を解釈する点では一致しているのである。そして、判例においても、例えば、

東京高裁昭和四〇（一九六五）年五月二八日判決⁽²²⁾が、「入札とは、…入札施行者にとって最も有利な契約内容を見出すために入札者をして自由競争をさせる契約締結の方法を指す」としている。このことからすれば、「競売又は入札」について、価格や契約内容を形成させる機能を有するものとして捉える考え方は、有力なものであるように思われる。この点、本件における原判決は、会計法ないし国税徴収法上の随意契約までが本罪の保護対象とされているわけではないということを前提に、本罪の保護対象となる手続は、「複数の参加者に契約内容について自由な競争をさせ、その競争によって得られた結果を実現する」という実体を伴うものでなければならぬと判示している。この意味で、むしろ、原判決は、有力説に沿った素直な理解を示したものといえるのである。

本件特別売却は、特別売却の実施期間内に、最初に買受けの申出をした者を買受申出人とする方法が採られているのであって、有力説のいう、価格や契約内容を形成する機能を有するものではない。このことからすれば、原判決が、本件特別売却が本罪の保護対象に含まれるものではないとしたことも、当然の帰結であるといえよう。⁽²³⁾なお、学説上、特別売却には先着順を争う時間的競争の側面がある、との指摘も見られる。⁽²⁴⁾しかし、

原判決は、「契約内容についての自由な競争」を、「競売又は入札」の本質として捉えているので、このような理解に従うとき、価格や契約内容の形成と何ら関係のない時間的競争の指摘は、「競売又は入札」に特別売却が含まれるとすることの根拠となるものではない。

しかし、「競売又は入札」の本質として競争的要素があるとしても、それを価格や契約内容の形成の意味でのみ捉えることには疑問がある。この点については、次の最高裁昭和三七（一九六二）年二月九日決定が参考になる。すなわち、事案は、小学校の改築工事をめぐる指名競争入札に関し、敷札に合致した者または敷札に最も近接した者を落札者とする方法が採られたところ、事前に、町会議員Aが土木請負業者Bに敷札額を内報した、というものである。これについて、上告趣意は、有力説と同様に、「刑法第九六条の三が設けられた所以は、入札に際して公正な自由競争によって形成されるべき、入札実施者にとって最も有利な価格の実現を、偽計若しくは威力により阻害することを防止することにある」とした上で、「本件のように、入札実施者の指定した敷札額の上下を問わず、之に一致若しくはより近似する価格の表示者を以て落札者と定めるような方法が、果して同条に言う入札に該当するかどうかを考えてみると、

之は名は入札と称するも凡そ似て非なるものである。即ちこのような方法では、価格のつり下げ又はつり上げの競争が行われる余地は全然なく、それは単に敷札額との偶然の一致又は近似を条件とする懸賞広告類似の契約締結方法にすぎず、予め明示された価格により抽せんを以て契約の相手方を決定すると、実質的に何等変り無き筈であり、如何に入札の偽装をしても、本質的に随意契約（通常の契約）以外の何者でも無いと言うべきであり、このような場合、特定の入札者が、仮りに内通により予め敷札額を察知していたにしても、それは落札価格を入札実施者の意図する価格に一致又は接近せしめるものとして、その利益にこそなれ、損害を及ぼすいわれは無く、単に敷札額を察知せる入札者の落札を実現せしめることにより、他の競争者の落札可能性を侵害するにとどまり、その間公入札妨害なる觀念を容れる余地は絶対にはあり得ないものである」と主張した。しかし、これに対して、最高裁昭和三十七年決定は、「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ことも明らかである」として、本罪の成立を認めたとのである。つまり、この最高裁決

定は、上告趣意の理解とは異なり、価格形成メカニズムを有していない入札についても、本罪の保護対象になるとする見解を示しているのである。そして、学説上も、この事案については、「何を『最も有利な』申出とするかは、入札実施者の考え方によって変り得るのであって、何も最低価格の申出に限らねばならないとする理由はない」、あるいは、「本件入札は価格の低廉を競争させるものではないが、矢張り競争の実質を保有するものというべきである」として、特に異論が唱えられているわけではない。このことからすれば、必ずしも、本罪の保護対象の本質として、競売・入札によって価格や契約内容が形成されるということに、固執する必然性はないように思われる。

そこで、「競売又は入札」の本質が、有力説、原判決のいうような、価格や契約の内容を形成するメカニズムではないとすると、それは、いかなる意味を有するものと解すべきであろうか。その手がかりは、本条項が特に、「公の」競売又は入札にのみ限定して保護対象としていることにある。すなわち、公的機関による換価手続、契約締結手続には、特に、公共の利益全体にかんがみたる厳正さが求められる。だからこそ、それらの手続の際には、競売あるいは入札の制度を利用することによって、広く一般に対する機会の均等を図り、公正な処理が実現さ

れるよう配慮されているわけである。このことからすれば、本罪の保護対象の本質としては、ほかの誰の恣意も介入することなく、契約の相手方が選定されることを目的に、公募により広く一般に希望者を募った上で、他方、希望者としては、公正な競争により最も有利な結果さえ勝ち取れば、契約担当者やその他の者の意思に左右されることなく、自動的に相手方となれるということと保障するシステム（契約の相手方の自動選定システム）であると理解することが適切である。

学説上、特定の者に対して、特に有利、不利となる場合に、「公正」が害されると解されているが、それは、このような自動選定システムが阻害されていることを意味しているのである。具体的には、自動選定システムとしての機能を満たしているのは、第一に、希望者を一般に公募していること（希望者の公募）、第二に、公正な競争によって優先順位が決定され、最も優位に立つ者が、自動的に相手方として選ばれること（競争による優先順位の決定）、という二つの要素であることから、ここでは、参加機会の公平性と、競争の公平性、が保護されている。すなわち、これらの公平性に対する阻害でもって、「公正」が害されるということの意味するのである。また、価格形成メカニズムとして捉える有力説においては、平等な参加機会の保障が、

競争原理の前提条件であると位置づけられている⁽³⁰⁾。しかし、一般に参加機会が与えられていない場合においても、価格形成メカニズムが正しく機能する場合はあるのだから、平等な参加機会の保障は、価格形成メカニズムの保護という観点から直ちに位置づけられるものではない。自動選定システムであると理解してこそ、参加機会の公平性と競争の公平性という観点を包括的に捉えることが可能となり、平等な参加機会の保障の要保護性が適切に導かれるのである。

自動選定システムにおける「有利な結果」と判断する基準は、その自動性を確保するために、契約担当者の恣意が介入しえない客観的なものでなければならぬ。この意味から、例えば、工事施工能力の優越という基準による場合は、もはや自動選定システムではなく、本罪の保護対象になるものではない⁽³¹⁾。また、自動選定システムであるとの理解は、売却方法、契約方式としての競売・入札の本質として、そのように捉えているだけであって、本条項の「競売又は入札」から独立して、すべての自動選定システムを保護していると解しているわけではない。すなわち、競売、入札、随意契約を、売却方法、契約方式とする手続は、財産価値の異動増減を伴う債権契約の場合に利用されるものであるから、いくら自動選定システムであったとしても、

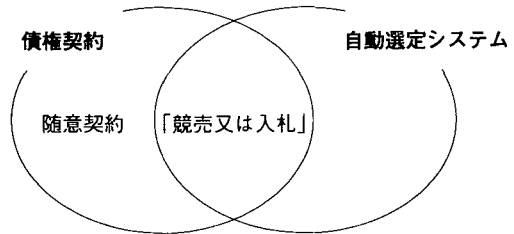
それに関係しない手続に利用されている場合には、本罪の保護対象に含まれるものではない（各要素の関係については、別図参照）。その意味で、例えば、裁判所における傍聴券の交付において、その傍聴人の選定が、いかに担当者の恣意が介入しえない「くじ」によるものであったとしても、それは本罪の保護対象に含まれるものではないのである。

このように解すると、最高裁昭和三七年度決定の上告趣意は、敷札額の内報は落札価格を入札実施者の意図する価格に一致又は接近させるものであるから、むしろ入札実施者の利益であると指摘するのであるが、しかし、たとえそれが結果的に入札実施者の利益に結びつくものであったとしても、その内報によって、特定の者だけが有利な条件を手に入れ、他の者の落札可能性が侵害されているならば、そこにはすでに、入札の実質としての自動選定システムに対する阻害が認められることになるのである。

ところが、本判決は、本罪の保護対象の本質を、私見や、あるいは有力説のように、競争的要素に関係するものであると理解しない。すなわち、本判決は、本条項において「自由な競争の確保ということが明言されているわけではない」とし、「自由な競争を確保しようとするのは、『適正妥当な価額による売

却』を実現するためであって、それ自体に目的があるわけではない」として、本罪の保護対象全体を競争的要素にかからしめる理解は妥当ではないとして否定するのである（もつとも、この点は、私見も、参加機会の公平性という、競争的要素以外にかかる保護要素もあるとしているので、一致するところではある）。そして、本件特別売却が保護対象に含まれるかについて、まず、札幌地裁での不動産競売手続において、期間入札と特別売却とのローテーション形式による売却が行われているように、特別売却が不動産競売において他の手続と密接な関係にあり、入札や競り売りを補完する制度として運用されていることから、入札、競り売り、特別売却が一体となつて不動産競売手続を構成しているとして、特別売却を含めた不動産競売手続全体を一個の手続として捉え、本条項にいう「競売又は入札」に含めて考えることは十分可能であるとす。その上で、「競

〔別図〕



売又は入札」が保護しようとしているのは、「適正妥当な価額による売却」を実現する手続、であると理解し、そうすると、入札、競り売り、特別売却が一体となつた不動産競売手続は、まさに「適正妥当な価額による売却」を実現する手続、であるから、本罪の保護対象になるものであると結論づけているのである。

不動産競売手続を、「適正妥当な価額による売却」を実現する手続、として理解する背景には、民事執行法上の最低売却価額が、執行官による現況調査、評価人による評価に基づくものであることから、入札や競り売りによる裏打ちがなされていない⁽³⁴⁾とも、「適正妥当な価額」であるという考えがあるのかもしれない。しかし、国税徴収法上も、見積価額以上による売却を求めており（同法一〇九条二項）、会計法（予令七九条）、地方自治法上（同法三三四条三項）⁽³⁵⁾も、予定価格が設定されているのであつて、民事執行法上の最低売却価額だけが特別な意味を有しているわけではない。しかも、それぞれの随意契約においても、特別売却の場合と同様に、見積価額、予定価格以上の売却が求められているのである。⁽³⁶⁾ 本判決は、適切にも、「公の機関が行う契約であっても、それが直ちに競売入札妨害罪の保護の対象となるものではない」としているのに、同じくして、

最低売却価額以上であれば適正妥当な価額であるから、それを實現する手続は本罪の保護対象としての要件を満たすとすることは、結局、本判決が否定するところの、公の機関が実施するすべての売却方法、契約方式を保護の対象としてしまうことになりかねないのである。本判決が、本罪の保護対象の本質を、価格形成メカニズムとは異なる観点から捉えようとしたことには意義が認められる。しかし、その後の解釈は、すべての特別売却が保護対象に含められる反面、すべての随意契約も含められることになり、妥当ではない。やはり、いかに特別売却が他の不動産競売手続（競り売り、入札）を「補完」するものであつたとしても、本条項が、売却方法、契約方式のうち、随意契約を除いた「競売又は入札」を、限定的に保護対象として規定している以上、その「競売又は入札」の本質を見ずして解釈することには無理があるように思われる。

結局のところ、「競売又は入札」の本質としての機能に基づいた解釈が求められる。その意味で、本件特別売却についても、そのような機能を有するか否かという実質的な判断がなされるべきである。そして、結論的には、本件特別売却についても、本罪の保護対象に含まれるものと思われる。すなわち、まず、札幌地裁では、条件付特別売却が実施されており、期間入札の

公告の際に、期間入札において買受申出がなければ、特別売却が実施されることが明らかにされていること、開札結果及び特別売却の実施が、裁判所における掲示や、ファックス情報サービス、インターネット上において広く告知されていること、物件明細書などの資料が閲覧に供されていること、などと、一般的に参加機会が与えられ、広く希望者を募っていることが認められる。この意味で、希望者の公募の要件を満たしている。さらに、先着順の競争に基づき、最初に買受けを申し出さえすれば、買受申出人になれることからすると、競争の結果によつて自動的に買受申出人になれることも認められているので、競争による優先順位の設定の要件も満たしていることになる。このようにして、本件特別売却も、競り売り、入札と同様に、自動選定システムの機能を有しているといえるので、本罪の保護対象に含まれるものと考えられる。したがつて、本件特別売却に対する妨害行為も、なお可罰的とされる余地があるものと思われる。

三 本件被告人の行為と「公正を害すべき行為」

本件特別売却が本罪の保護対象に含まれるとしたとしても、なお被告人の行為が「公正を害す〔る〕」ものでなければ、そ

の可罰性は認められない。そこで、本件における被告人の行為が、いかなる意味で「公正を害す〔る〕」ものといえるのかを検討することにする。

公正が害されるにあたっては、例えば、契約担当者が特定の入札参加者に予定価格を内報する場合のように、競争原理の仕組みそのものが成り立たないという、明確に手続的な公正が害される場合もあれば、虚偽の申し立てなどによる訴訟詐欺的な行為によって、競争の仕組みは機能していながら(むしろ機能することが前提とされている)、権利の実体的側面に不正が生じる場合も、「公正を害す〔る〕」場合にあたりとされている。⁽³⁸⁾

このことからすると、本件被告人は、売却決定期日において、改ざんにかかる本件約定書写しのコピーの提出し、弁済期の未到来という虚偽の陳述をしたのであるから、本件においては、特に後者の意味での不正が生じているとされるものと思われる。

本条項が特に、競売又は入札の「公正」を害することを要件とすることによって、何が保護されているのか、逆に、何が侵害されることが問題であるのかについては、先にも挙げたように、学説上、公務侵害説、施行者等利益侵害説、競争侵害説、の三説があるとされている。これらのうち、施行者等利益侵害

説は、会計法上の一般競争入札においては、施行者の具体的経済的利益が、民事執行法上の競り売りまたは入札においては、債権者の具体的経済的利益が、それぞれ保護されているとする。すなわち、価格形成メカニズムを基礎に「競売又は入札」の本質を理解し、その機能の阻害を、施行者等の利益侵害の側面で見えるのである。しかし、本条項は、どのような法律に基づいて実施されたかの区別なく、単に「競売又は入札」が保護対象とされているだけであるから、どの法律に基づく場合にも共通する、「競売又は入札」のもつ機能自体が保護されていると解すべきである。この意味で、保護法益を法律ごとに区別することを許容する施行者等利益侵害説は、妥当ではない。むしろ、施行者や債権者が得る利益は、「競売又は入札」による反射的利益にすぎないものと考えられる。本判決も、「競売又は入札」は、「適正妥当な価額による売却」を実現する手続、を保護しているとし、その「手続」そのものに対する妨害を問題としているので、特に施行者・債権者の具体的利益に対する侵害を問題としているわけではない。

競争侵害説においては、手続の単なる「遅延」は、入札参加者に対して共通の事態であることから、それだけでは直ちに競争原理が侵害されると認めることができないとされている。⁽⁴⁰⁾

これに対して、本判決は、「被告人の行為は、前記のような意義を有する特別売却の手續を明らかに妨害し遅延させるもの」であることから、「公正を害する行為に該当する」としている。すなわち、ここでは、「遅延」を単なる結果としてではなく、「遅延させる」（遅延という結果を生じさせる）ことも「公正を害す（る）」ものと理解し、妨害・遅延行為が「公正を害すべき行為」とされているのである。このことから、本判決が、競争侵害説に立つものでないことも明らかである。他方、本判決については、「競売手續を遅延させたことをもって刑法九六条の三第一項の罪の成立を認められたもの」とする見方もある。⁽⁴¹⁾しかし、本判決は、あくまでも「妨害し遅延させ（た）」ことが、「公正を害すべき行為」に該当するとしているので、遅延結果を生じさせたことだけを問題としていくわけではない。被告人の行為には、本来ならば売却許可の決定がなされるはずであるのに、反対に不許可の決定がなされることに対する抽象的危険が存在したと考えられ、その意味での「妨害」も含めて「公正を害すべき行為」にあたるものとされていると見るべきである。⁽⁴²⁾

そうすると、本判決は、被告人の妨害・遅延行為によって、公務としての、「適正妥当な価額による売却」を実現する手續の公正で円滑な執行が阻害されたとする、公務侵害説によるも

のと解される。この点、学説上、最高裁昭和四一（一九六六）年九月一六日判決が、「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なわれることを保護しようとするものである」としていることから、判例も公務侵害説を取つているとする理解もある。⁽⁴⁴⁾しかし、公務だから保護の対象とされるものではなく、解釈論上は、その実質的な部分が明らかにされなければならずである。⁽⁴⁵⁾この意味で、公務侵害説は、保護対象の実質を明らかにするものではなく、妥当ではない。

本判決においても、どのような意味で、被告人の行為が、「適正妥当な価額による売却」を実現する手續、の「公正」を害するのかが求められるのである。本件においては、すでに買受申出人が現れている場合であることから、虚偽の申し立てによって、売却が不許可になつたとすれば、その買受申出人について、明確に競争の公平性が害され、ひいては参加機会の公平性も害されることになることから、被告人の行為は、この点についての抽象的危険が認められることによって、「公正を害すべき行為」にあたるものと解される。

なお、本罪が抽象的危険犯であつたとしても、行為の一般的危険性の判断はなお必要であるとする見解がある。⁽⁴⁶⁾この点、本件において、弁護人は、「被告人が提出した偽造文書は無意味

な文書で、手続に何らの消長も来さないものであり、これが提出されたからといって手続を留保する必要などなかった」として、被告人の行為の一般的危険性を消極的に解すべき旨を主張している。これに対して、本判決は、「被告人の行為は、売却決定期日において、利害関係人として、弁済期が未到来であるなど売却不許可事由が存在するかのように主張し、かつそれを裏付けるものとして一見して偽造とは分からない文書を提出したものであるとして、その一般的危険性が認められることに問題はないとしている。この点は、妥当な結論と思われる。

四 特別売却に対する妨害行為と犯罪事実の特定

特別売却に対する妨害行為が本罪に該当するとされたとき、犯罪事実の特定として、いかになされるべきであろうか。すなわち、本条項にいう、「競売」、「入札」、あるいは「競売又は入札」のうち、いずれの「公正を害す〔る〕」ものとして認定すべきかが問題となる。

この問題については、これまで、主に売却実施命令前の妨害行為について問題とされてきた。つまり、形式的ではあるにせよ、売却実施命令において初めて、競り売りが実施されるのか、入札が実施されるのが決定されるからである。ただ、これに

関して、判例における一貫した理解はないように思われる。すなわち、「競売」の公正を害するとしたもの、「入札」の公正を害するとしたもの、「競売又は入札」の公正を害するとしたもの、それぞれが認められるのである。⁽⁴⁷⁾ 反対に、売却実施命令後に、「競売」の公正を害するとしたもの、⁽⁴⁸⁾ 一般競争入札が行われる旨の決定がなされた後に、「競売又は入札」の公正を害するとしたもの、⁽⁴⁹⁾ さらに、開札期日後に「競売」の公正を害するとしたもの⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾もある。このような判例の流れについて、より厳密に言えば、本条項にいう「競売」「入札」が、具体的な売却方法を意味しているのか、あるいは、手続としての「競売」「入札」「競売又は入札」を意味しているのかについての理解が一定でないということと思われる。

学説上は、「競売」説、「入札」説、「競売又は入札」説、がある⁽⁵²⁾とされている。しかし、本罪には、具体的な売却実施中に對する妨害行為だけでなく、それ以前の売却準備期間や、あるいは開札期日後における妨害行為もあることから、具体的に、売却方法としての「競売」か「入札」かを特定することに、それほど意味はないように思われる。ただ、売却準備期間における妨害も、あくまで具体的な売却方法としての「入札」の公正を害するものと理解するのであれば、なお売却方法としての「入

「札」に対する妨害行為として犯罪事実を特定することにも意味があるのかもしれない。しかし、先に検討したように、必ずしも保護対象が形式的に競売や入札だけに限られるものではなく、実質的な判断によって保護対象に含まれる随意契約(特別売却)もあることからすれば、いずれにせよ具体的な売却方法としての「競売」「入札」は、犯罪の特定として取りえない考え方であると思われる。

そこで、手続としての「競売」「入札」「競売又は入札」のうちのいずれかとなる。まず、「入札」については、制度上、競り売りを実施することも可能であることからすれば、「入札」の手続と決めつけることには問題がある。次に、「競売」については、民事執行法上の不動産競売にいう広い意味での「競売」を、本条項にいう「競売」として捉え、その広い意味での「競売」の売却方法として、入札(期日入札・期間入札)、競り売り、特別売却が定められているので、実際の売却方法として、このうちのどれが採られたとしても、本条項にいう「競売」にあたる、とする見解がある。同時に、この見解は、この意味から、特別売却も広い意味での「競売」に含まれるので、本罪の保護対象になると理解するのである。しかし、民事執行法における広い意味での「競売」と、本条項にいう「競売」とを、同

じ意味として理解することについては、疑問がある。すなわち例えば、国税徴収法上は、せり売、入札を売却方法とする換価処分を、「公売」としているのであって(同法九四条)、その場合には、本条項のいずれにあたるのが明らかでない。また、厳密に言えば、国税徴収法上の「公売」には、せり売と入札は含まれているが、随意契約については、それとは別個に規定されている(同法九四条、一〇九条)。だとすると、先の見解に従えば、形式的に、特別売却は本罪に含まれるが、随意契約は含まれないとすることになり、妥当な帰結とは思えない。なぜなら、特別売却も随意契約も、実質的に考察すれば保護対象に含まれる場合もあると考えられるべきであるから、そのような形式的な結論の差異を導く合理的な理由が見出せるものではないからである。

結論としては、本条項にいう「競売又は入札」を、本罪の保護の対象となる売却・契約締結手続を意味するものとして理解し、犯罪事実の特定においては、手続のどの段階における妨害についても「競売又は入札」とし、いずれか一方に特定する必要はないものと思われる。⁽⁵⁶⁾ 本件においては、検察官が、理由は明らかでないものの、原審における「競売」の公正を害するとする訴因を、「競売又は入札」を害するとすることに変更して

いる。本判決は、その変更後の訴因に従って、「競売又は入札」の公正を害するとしているが、その特定の仕方は適切である。

五 おわりに

本件に関しては、法制審議会における刑法一部改正の動きが注目される。すなわち、平成一五(二〇〇三)年二月五日に開催された法制審議会総会において、前年九月三日に行われた、強制執行を妨害する犯罪等に対する罰則整備のための刑法の一部改正に関する諮問第五九号、に対する答申が行われた。⁽³⁷⁾ 同答申においては、次に紹介する要綱(骨子)⁽⁵⁸⁾(以下、「要綱」)の通りに刑法を改めることが相当であるとされている。同諮問については、新たに設置された、刑事法(強制執行妨害犯罪等処関係)部会において、四回にわたる調査審議が行われた。ここでは、特に本件に関係する、要綱四、六を、次に掲げておく。⁽⁵⁹⁾

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。

六一 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。

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。

特徴を挙げると、第一に、現在では、競売開始決定後の妨害行為だけが、本罪の対象となるが、競売開始決定後には特に行為はしないものの、競売開始決定前の妨害行為がその後の手続の公正に不当な影響を及ぼしている場合が多いことから、要綱四では、「強制執行において：行われるべき売却(傍点筆者)」とし、競売開始決定前の公正阻害行為も処罰しようとしている。第二に、特に本件と関係するが、不動産競売手続における入札、競り売り以外による売却手続が、現在の本条項にいう「競売又は入札」に含まれるかについて問題があることから、その「競売又は入札」という文言を、要綱四では、単に「売却」と改められて⁽⁶⁰⁾いる。第三に、要綱六は、現在の⁽⁶⁰⁾本罪のうち、強制執行に関するものは、要綱四によって捕捉されるので、そこには含まれない、公共工事や公有物の売却などに関する競売または入札の公正を保護する規定である。その意味で、要綱六では、契

約を締結するための」という文言が加えられている。ここから、民事執行法上の「競売」、国税徴収法上の「公売」は、要綱四に含まれ、会計法、地方自治法上の一般競争入札などは、要綱六に含まれることになる。要綱四と要綱六への分割については、換価手続と契約締結手続との性質の違いという点もあるとされているが、むしろより重要なのは、一つに、強制執行については競売開始決定前の妨害行為も捕捉すること、もう一つに、「競売又は入札」と評価しにくい売却手続についても保護すること、という意図があるからと説明されている。⁽⁶⁾第四に、要綱四、六ともに、法定刑が引き上げられている。すなわち、懲役刑の上限を業務妨害罪とそろえて三年とし、罰金刑の上限を、現在の封印等破棄罪、強制執行妨害罪、本罪とを一致させる目的のもと、現在の本罪に合わせるかたちで、それぞれ二五〇万円とし、さらに懲役刑との併科も可能としている。

以上のような改正の動きを見るに、特に要綱四においては、現在の本条項における「競売又は入札」という文言が、単に「売却」と改められているので、一見、このような一部改正の実現によって、すべての特別売却が保護の対象に含まれるかのようである。しかし、要綱四においては、改正後もなお、売却の「公正」と規定しているので、「公正」の意義をめぐって、これま

でと同様に、その保護法益は問題となる。さらに、単に売却の手続を妨害するのではなく、売却の「公正」が害される場合に可罰性が認められるとしていることから、「公正」が求められる「売却」とはどのようなものであるのか、すなわち、本件で検討された保護対象をめぐる問題は、そのような改正の実現によってもなお残されたままである。

(1) 民事執行手続に対する妨害の実情を紹介したものとして、古賀政治「執行妨害の実情と執行法の改正」判例タイムズ一〇六九号(二〇〇一年)四四頁。なお、このような妨害行為に適切に対処することを目的として、刑法の一部改正の動きがあるが、これについては最後に紹介する。

(2) 第一回目の売却方法としては、入札としての期日入札・期間入札(民執規三四条)、及び競り売り(同五〇条)が規定されているが、このうち、どの売却方法を採用するかは執行裁判所の裁量によって定めることができる。もつとも、実務上は、期間入札によるのが原則とされている。というのは、競り売りについては、競争者の競り上げにより高額の売却を期待できるという長所の一方、いわゆる競売ブローカーなどが競売場に集合し、一般人を威圧

するなどして公正な競争を阻害するおそれが大きいとい

う短所が存在し、また、期日入札についても、事務処理が比較的簡便であり、買受申出人にとつても買受申出保証金が拘束される期間が短いという長所の一方、競り売りと同様に、競売プロカーなどが集合して一般人の競売参加を躊躇させるおそれが大きいという短所が存在する。これに対して、期間入札は、広く買手を募ることができ、売却会場内外における談合等の不正行為のおそれも少なく、一般市民も安心して競売に参加できる売却方法である点で優れているからである（東京地裁民事執行実務研究会編『不動産執行の理論と実務（下）』（改訂版、一九九九年）三八五頁、参照）。

- (3) これに対して、自動車（民執規九六条）、建設機械（同九八条、九六条）、及び動産（同一二二条）に関する特別売却については、不動産の場合と異なり、入札または競り売りの実施を要件としない（最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事執行規則』（改訂版、一九九八年）三一〇頁、三七二頁以下、参照）。
- (4) 条解・前掲註(3)二二三頁。

- (5) 条解・前掲註(3)二一二頁。具体的な売却方法の例として、特定の者または不特定の者と個別折衝して売買契約を締結する方法や、不動産に定価を付して公告した上、最初の申込者に売却する方法などとされてい

る（同二一四頁）。

- (6) このような先着順に基づく特別売却には、ほかとの競争を好まない一般市民に受け入れられやすいこと、不動産業者等では運用資金の計算ができること、などの利点があるとされ（佐藤歳二「東京地方裁判所における執行実務の現状」ジュリスト八七六号（一九八七年）一二九頁、実際にも、同様の方法を採る東京地裁では、平成一三（二〇〇一）年度の売却件数中、特別売却によるものが、一割を占めている（西岡清一郎「東京地裁執行部における平成一三年の事件概況」民事法情報一九一号（二〇〇二年）一九頁、別表三、参照）。

- (7) 井上稔・伊藤彰「札幌地裁（本庁）における概況と特徴」債権管理八五号（一九九九年）七七頁。なお、平成一〇（一九九八）年一〇月の民事執行法改正により、入札または競り売りの方法による売却を三回実施させても買受けの申出がない物件について、不動産の形状等を考慮して、さらに売却を実施させても売却の見込みがないと認められる場合には、競売の手続を停止することができる（同法六八条の三）（理論と実務・前掲註(2)六七八頁以下、参照）。また、札幌地裁においては、期間入札を月二回実施するなど、売却手続の迅速適正化に向けて改善の努力がなされている。これについては、井上ほか・前出七四頁以下、月山裕明「札幌地方裁

判所における不動産執行事件処理上の工夫例」民事執行雑誌一〇号（二〇〇一年）九頁以下、参照。

(8) 深沢利一『民事執行の実務(上)』(四訂版、一九九七年)四一六頁、鈴木忠一・三ヶ月章編『注解民事執行法

(二)』(近藤崇晴)(一九八四年)三四二頁。

(9) 国税徴収法においては、換価処分は公売によることを原則とし、随意契約による売却は、同法一〇九条一項一号ないし三号にある要件に該当する場合にのみ認められる。もつとも、同三号にあるような、公売に付したが買受希望者が不在などのときは、原則として再公売(同法一〇七条)に付すべきであり、随意契約を選択するのは、再公売に比べて滞納者及び利害関係人に不利益を与えることがなく、売却を促進すると認められるときに限るべきであると解されている(吉国二郎ほか編『国税徴収法精解』(中山幸二)(第一五版、二〇〇二年)七二〇頁)。国税徴収法における公売、随意契約については、税徴精解・前出六六六頁以下、水野忠恒「公売と随意契約による売却」日税研論集三四号(一九九六年)六三頁以下、参照。

(10) 会計法における随意契約も、国税徴収法と同様に、一定の要件が認められる場合に限り、その実施が認められるが、特に、予算決算及び会計令九九条の二では、「競争に付しても入札者が不在とき、又は再度の入札をして

も落札者が不在ときは、随意契約によることができる」と規定されている。地方自治法上も同様に、地方自治法施行令一六七条の二第一項六号において、「競争入札に付し入札者が不在とき、又は再度の入札に付し落札者が不在とき」に随意契約の実施が可能であると規定されている。

(11) 泉二新熊「刑法中改正規定の瞥見」法曹会雑誌一九巻九号(一九四一年)六頁以下。

本罪の沿革について簡単に見ておく。本罪は、昭和一六年の刑法一部改正によって新設されたものである。それ以前を見ると、明治一五(一八八二)年の旧刑法二六八条においては、現在のような公務に対する罪ではなく、第二編第八章「商業及び農工ノ業ヲ妨害スル罪」の一つとして、「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錮ニ処シ二円以上二十円以下ノ罰金ヲ附加ス」と規定されていた。その後、明治四一(一九〇八)年の現行刑法において、旧刑法の第二編第八章は、その適用範囲の狭さを理由として(松尾浩也増補解題ほか『刑法沿革綜覧』(増補復刻版、一九九〇年)二二〇九頁、参照)、現行刑法第二編第三章の「信用及び業務ニ対スル罪」にまとめられる。それと同時に、警察犯処罰令二条四号において、「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」は「三十日未満ノ拘留又ハ二十円未満ノ科料ニ処ス」と規定された。その現行刑法成立後の、大判明治四二(一九〇九)年二月一九日刑録一五輯一二〇頁は、裁判所における競売(競り売り)手続を談合によつて妨害した者について、原審が警察犯処罰令二条四号を適用したところ、その原判決を破棄し、現行刑法二二三条の偽計業務妨害罪が成立するとしている。そして、その後、昭和一六年の本罪新設に至る。この本罪新設の経緯については、学説上、その後の判例(特に、大判大正四(一九一五)年五月二一日刑録二一輯六六三頁)が、業務妨害罪にいう「業務」に公務を含まないとしたことに基づき、公の競売・入札について、業務妨害罪の適用が困難になつたことから本罪を新設したと理解されている(齋野彦弥「独占禁止法の不当な取引制限の罪と刑法の談合罪との関係について」(二)「公正取引五三七号(一九九五年)五二頁以下、西田典之「判批」ジュリスト一一一七号(二〇〇二年)一三五頁)。本罪の新設にあつては、昭和一五(一九四〇)年の刑法改正仮案、第三章「信用、業務及競売ニ関スル罪」のなかの、四一六条「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二年以下ノ懲役又ハ五千円以下ノ罰金ニ処ス」(齊藤金作編『刑法改正仮案』(一九四〇年)九七頁、

参照)とする規定が参考にされた。すなわち、仮案においては、競売・入札の公私を区別せず保護の対象とされていたが、昭和一六年改正では、「今回の改正が部分改正であり、戦時下の議會に於て刑法という恒久法典の改正を行うことになつたので、最も弊害多くして部分改正を為す必要已むを得ざる範囲に限定した趣旨」(大竹武七郎『改正刑法要義』(一九四一年)六五頁。同「刑法の改正について」法曹会雑誌一九卷五号(一九四一年)四頁以下も、参照)から、最も弊害の著しい「公」の競売・入札に限定されたのである。なお、現在の規定において、本罪と業務妨害罪との法定刑の不均衡が指摘されているが(大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法』(六)「(河上和雄・久木元伸)(第二版、一九九九年)二二三頁)、そのような不均衡は、次のような事情によるものと思われる。すなわち、昭和一五年の刑法改正仮案において、当時の業務妨害罪の「三年以下の懲役又は千円以下の罰金」という法定刑を、一般の業務妨害罪については、「五年以下の懲役又は五千円以下の罰金」に引き上げ、他方、競売入札妨害罪については、それとは別個の規定を設け、「二年以下の懲役又は五千円以下の罰金」とし、懲役刑においては引き下げ、罰金刑においては引き上げて規定された。そして、昭和一六年の本罪の新設にあつては、そのような競売入札妨害罪の規定のみを

参考にしたことから、現在の不均衡が生じたものと考えられる。もっとも、このような現在の不均衡は、本稿の最後に紹介する、刑法の一部改正によって解消されようとしている（その他、昭和一六年改正による本罪の新設については、牧野英一「刑法中改正法律（一）（二）（三）完」警察研究二二巻四号（一九四一年）一〇頁以下、同一二巻五号（一九四一年）一頁以下、同一二巻六号（一九四一年）一頁以下、参照。また、談合罪の観点からではあるが、本罪新設の経緯を詳細に考察したものととして、山本雅昭「談合罪の目的に関する一考察」法学（東北大学）六一巻一号（一九九七年）二二九頁）。

(12) 大コンメ・前掲註(11)二〇五頁。

(13) 民事執行雑誌八号（一九九九年）一三頁に、特別売却における買受申出人に対し、脅迫をもって買受けを断念させた被告人につき、競売入札妨害罪が成立するとした、札幌地裁判決が紹介されている（当雑誌において判決日は不明であるが、判例タイムズ一〇八六号（二〇〇二年）三一三頁にある解説によれば、平成一〇（一九九八）年五月一日判決とされている）。

(14) 西田典之『刑法各論』（第二版、二〇〇二年）四三〇頁、参照。

(15) 最判昭和三三年四月二五日刑集二二巻六号一一八〇頁。

(16) その見積による随意契約の具体的な方法について、原

判決は、「その方式たるや相当多数の請負業者を指名して互に他の者の申出でる価格を知らないで請負おうとする価格を書面に記載して提出せしめ、これをそれらの業者の面前で開披し、その申出でた価格が予め当局の定めたる予定価格より高いもの及び予定価格よりも甚だしく低廉で到底その工事の適正な施行を期待し得ないようなものはこれを除外し、その余のものについては：：見積による随意契約の場合はその庁の長が専決で、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」というのであり、：：盛岡土木事務所が従来取扱った実例では、見積による随意契約の場合において、申出でた価格が予定価格以下である限り、最低価格を申出でた者が請負人になるのを常としていた」と認めている。なお、原判決と最高裁判決との間には、判断箇所も深化も見られる。

すなわち、原判決においては、単に、形式的には随意契約である本件契約方式が、入札の性質を有しているかが判断されたのに対し、最高裁判決では、「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ときも、前記競争入札の実質を保有するもの

である」として、本件契約方式に見られるような、競争に付した事項（価格など）以外の条件を加味する場合にまで「入札」に含めてよいか判断されているのである。

(17) 東京高判昭和三十六年五月四日東高刑時報一二巻五号五九頁。

(18) 京藤哲久「競争と刑法」明治学院大学法学部二十周年論文集『法と政治の現代的課題』（一九八七年）三七〇頁以下、参照。

(19) 島戸純「判批」研修六四六号（二〇〇二年）九頁。

(20) 京藤・前掲註（18）三八一頁以下、阿部純二編『基本法コンメンタール改正刑法』（齊藤豊治）（第二版補訂版、二〇〇二年）一三二頁。

(21) 平川宗信『刑法各論』（一九九五年）五二八頁、橋爪隆「競売入札妨害罪における『公正を害すべき行為』の意義」神戸法学雑誌（神戸大学）四九巻四号（二〇〇〇年）四三頁以下、上嶋・高「強制執行妨害・競売妨害」法学教室二四〇号（二〇〇〇年）二二頁以下。

(22) 東京高判昭和四〇年五月二八日高刑集一八巻四号二七三頁。

(23) 原判決は、特別売却の具体的な実施方法についての特段の定めはなく、また、それは今後の運用及び社会の実情によって広がりうるものである、ということを確認し

た上で、しかし「いずれにしても、本件のような特別売却の手続は、契約内容についての競争を伴わない手続（傍点筆者）」であるとしているので、必ずしも形式的にすべての特別売却が本罪の保護対象に含まれないとしているわけではないと理解することは可能である。

(24) 西田典之「競売妨害罪の成立要件」研修六四二号（二〇〇一年）九頁。

(25) 最決昭和三十七年二月九日刑集一六巻二二号五四頁。

(26) 桂正昭「判批」刑事判例評釈集二四巻（一九八〇年）一六頁。もっとも、確かに、地方自治法二三四条三項は、「普通地方公共団体は、一般競争入札又は指名競争入札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者を契約の相手方とする」と規定し、会計法二九条の六第一項、国税徴収法一〇四条一項も、同趣旨の規定をおいている。しかし、それは、当該法律上の競売・入札がそのような方法によることを原則とする規定するだけであって、刑法上の保護対象までを限定するものではない。

(27) 菅間英男「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和三十七年度』（一九六四年）一七頁。

(28) 私は、後述するように、本件特別売却も本罪の保護対象に含まれるものと解するが、「何を『最も有利な』申

出とするかは、入札実施者の考え方によって変わり得る」(桂・前掲註(26)一六頁)と考えられるべきことからすると、不動産競売手続における第一回目の売却方法としての期間入札では、なるべく「高く売れる」ことが有利とされ、続く特別売却では、なるべく「早く売れる」ことが有利とされているものと思われる。

- (29) 齋野彦弥「判批」刑事判例評釈集四四・四五卷(一九九七年)二七四頁、上寫・前掲註(21)二二頁。また、齋野・前出二七三頁は、公正な入札によって、適正な価格が決定される機能(価格決定機能)と、契約の相手方が決定されるという機能(当事者決定機能)、という二つの機能が実現されるとしているが、その場合、むしろ、特に後者の機能が主であり、前者は付随的なものにすぎないものと考えられるべきである。
- (30) 橋爪・前掲註(21)四七頁以下。

(31) 日沖憲郎「判批」刑事判例評釈集二〇卷(一九九二年)六七頁も、「たとえば、最低価格の申出ということに重きをおかず、むしろ重点が工事施行能力というようにものにおかれて落札されるようなばあいは、最早ここにいう入札には当たらないものというべきである。けだし、かようなばあいには、入札者に自由な競争をさせようとしたところで、それは望み得べくもないし、また入札者が互に自由な競争をする余地も客観的に存しないからである」

としてゐる。

- (32) 指名競争入札が本罪の保護対象となることについては、競争による優先順位の決定の要件を満たしていることはもちろん、希望者の公募の要件に關しても、指名競争参加資格を得ようとする時点で参加機会が制限されているわけではないので、問題はない。ただ、その指名作業は、指名基準につき、契約担当者の恣意を排除し、公正性を確保されることが必要とされてはいるものの、しかし自動性を確保するほどの客観的基準によるものではないことから(細溝清史編『最新会計法精解』(増補版、二〇〇二年)四七二頁、参照)、本罪の保護対象となるものではない。

(33) 例えば、会計法にいう「契約」は、債権契約の意味に限られると解されている(会計精解・前掲註(32)三八三頁以下、参照)。

(34) 田中康久『新民事執行法の解説』(増補改訂版、一九八〇年)一六一頁は、民事執行法成立時の解説として、「適正価額での売却の保障が新法での改正の目標の一つであり、このために現況調査の改善や審尋制度の創設が行われているわけですので、新法での最低売却価額の決定は、旧法とは異なる性質のものといえます。新法の下では、これまでの手続の結果の集約がこの価額の決定において明らかにされるのであり、ここで定められている価額は、

競り売りその他の公売による保障に裏打ちされなくても、客観的に妥当なものとなるはずのものと予定されていまず」としている。また、売却実施命令を発する前に、最低売却価額を基準として、共益費用となる執行費用及び差押債権者の債権に優先する債権を弁済して剰余が生ずる見込みがあるかどうかを判断する「無剰余判断」がなされている。無剰余と判断されれば、差押債権者が剰余のあることを証明しない限り、手続は取り消される（民執六三条）（東京地裁民事執行実務研究会編『不動産執行の理論と実務（上）』（改訂版、一九九九年）二二頁以下、三四二頁以下、参照）。すなわち、逆にいえば、このような判断がなされた上で、売却実施命令が発せられている以上、最低売却価額以上であれば、確かに、この意味での妥当な価額による売却であるともいえる。

(35) 会計精解・前掲註(32)四三一頁は、会計法上の予定価額について、「開札にあたって予定価額を記載した書面（予定価額調書）を開札場所に置き、公告に示した場所、日時に開札を行った場合において落札として決定するのは、この予定価額の制限の範囲内、つまり、収入原因契約にあってはその予定価額を最低として最高の入札をした者、支出原因契約にあってはその予定価額を最高として最低の入札をした者を落札者とする」としている。

(36) 国税徴収法一〇九条二項は、同条一項一号または三号

に基づく随意契約による売却の場合に、公売における見積価額の規定を準用し、またその場合の見積価額は、「その直前の公売における見積価額を下ってはならない」と規定している。また、予算決算及び会計令九九条の二では、「競争に付しても入札者がないとき、又は再度の入札をしても落札者がないときは、随意契約によることができる」として、「この場合においては、契約保証金及び履行期限を除くほか、最初競争に付するときに定めた予定価額その他の条件を変更することができない」と規定している。さらに、地方自治法上の随意契約についても同様に、地方自治法施行令一六七条の二第一項六号において、「競争入札に付し入札者がないとき、又は再度の入札に付し落札者がないとき」に随意契約の実施が可能であると規定された上で、同六号による場合には、「最初競争入札に付するときに定めた予定価額その他の条件を変更することができない」（同条二項）とされている。

(37) 一般的な特別売却の具体的な実施方法については、石川明ほか編『注解民事執行法（上）』（黒田直行）（一九九一年）六九九頁以下、参照。

(38) 三好幹夫「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成十年度』（二〇〇一年）一一七頁以下、橋爪・前掲註(21)四七頁以下。

(39) 京都地判昭和五八（一九八三）年八月一日刑月一五卷

七・八号三八七頁、齋野・前掲註(29)一二七七頁。

(40) 橋爪・前掲註(21)五九頁、上嶋一高「判批」法学教
室増刊『判例セレクト』86、90(二〇〇二年)五四頁。

(41) 島戸・前掲註(19)一七頁。

(42) 民事執行法七一条は、「執行裁判所は、次に掲げる事由
があると認めるときは、売却不許可決定をしなければな
らない」とし、同条一号において、「強制競売の手続の開
始又は続行をすべきでないこと」と規定している。

(43) 最判昭和四一年九月一六日刑集二〇巻七号七九〇頁。

(44) 大コンメ・前掲註(11)一九九頁。しかし、橋爪・前
掲註(21)四四頁以下は、この判示は、入札に付すべき
旨の決定が適法であることを必要とすることに對する前
提としての指摘であつて、直接に本罪の保護法益につい
て述べたものと直ちに理解すべきものではないとしてい
る。

(45) 京藤・前掲註(18)三七二頁。

(46) 曲田統「判批」法学新報(中央大学)一〇五卷一〇・
一一号(一九九九年)二八一頁以下、橋爪・前掲註(21)
四八頁以下、六二頁以下。

(47) 例えば、「入札」の公正を害するものとして、鳥
取地米子支判平成四(一九九二)年七月三日判タ七九二
号二二三頁、東京地判平成五(一九九三)年一月二〇
日金融法務事情一三七九号三八頁。より詳しくは、三好・

前掲註(38)一二七頁以下にある「裁判例一覽表」、参照。

(48) 例えば、最決平成一〇(一九九八)年七月一四日刑集
五二卷五号三四三頁の原原審・徳島地裁平成九(一九九
七)年三月二五日判決。

(49) 例えば、広島高判昭和五八(一九八三)年一月一日
刑月一五卷一一・一二号一四四五頁。

(50) 例えば、最決平成一〇(一九九八)年一月四日刑集
五二卷八号五四二頁の原原審・青森地裁平成七(一九九
五)年三月二三日判決。

(51) もちろん、期間入札による売却実施命令後(入札期間
前)に、「入札」の公正を害するものもある(例
えば、松山地判平成三(一九九二)年一月二三日判タ
七八九号二七二頁)。

(52) 三好・前掲註(38)一二三頁以下、参照。

(53) 前掲註(50)の最高裁決定は、入札により最高価買受
申出人となつた者に対し、威力を用いて、その入札に基
づく不動産の取得を断念するよう要求した事案である。

この事案については、上嶋・前掲註(21)二三頁は、当該
事案においては、最高価買受申出人が代金を納付しない
場合、再度の入札手続が採られることになるので、最高
価買受申出人が代金を納付し所有権が移転するまでは、
それ以外の者に物件取得の可能性が残されており、その
意味で、潜在的競争が続いていると理解することから、

開札期日後の妨害も自由競争を阻害するものであるとして
ている。

(54) 三好・前掲註(38) 一一二四頁。

(55) 西田・前掲註(24) 八頁以下。

(56) 同旨、三好・前掲註(38) 一一二四頁。

(57) 法制審議会における強制執行妨害犯罪に関する刑法一部改正の動きについては、法務省刑事局刑事法制課「強制執行を妨害する犯罪等に対する罰則整備のための刑法の一部改正に関する法制審議会への諮問について」判例タイムズ一一〇四号(二〇〇二年) 一八頁、参照。なお、法務省のホームページ上においても、諮問第五九号や、部会第一回会議の議事録、同諮問に対する答申は、公開されている。

(58) 同答申には、附帯決議も添えられており、次の通り
罰則を整備することが相当とされている。「暴力団等による強制執行妨害行為が組織的に行われている実情にかんがみ、これら組織的な妨害行為については、要綱(骨子)五と同様に加重処罰できるように、組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律を改正すべきである」。

(59) 要綱一から要綱三は、封印等破棄罪、強制執行妨害罪に関するもの、要綱五は、要綱一から要綱四の加重処罰規定に関するものである。参考として、次に掲げておく。

一 公務員が施した封印若しくは差押えの表示を損壊し、又はその他の方法によりその封印若しくは差押えの表示に係る命令若しくは処分を無効にした者は、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。

二 強制執行を妨害する目的で、次に掲げる行為をした者は、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。情を知つて(三)の譲渡又は権利の設定の相手方となった者も同様とすること。

(一) 強制執行を受け又は受けるべき財産を隠匿し、損壊し、若しくはその譲渡を仮装し、又は債務の負担を仮装する行為

(二) 強制執行を受け又は受けるべき財産について、その現状を改変して、価格を減損させ、又は強制執行の費用を増大させる行為

(三) 金銭執行を受けるべき財産について、無償その他の不利益な条件で、譲渡をし、又は権利の設定をする行為

三 偽計又は威力を用いて、立入り、占有者の確認その他の強制執行の行為を妨害した者は、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。

2 強制執行の申立てをさせず、又はその申立てを取り下げさせる目的で、申立権者又はその代理人に対して暴行を用い、又は脅迫した者も、1と同様とすること。

五 報酬を得、又は得させる目的で、人の債務に関し、一ないし四の罪を犯した者は、五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科するものとする。

(60) 「強制執行」の文言に関する委員からの質問を受けて、事務当局は、「民事執行法所定の民事執行、それから民事保全法所定の保全執行並びにこれらに準ずる手続を言うと考えています」と答え、担保権の実行にかかる場合も「強制執行」の概念に含まれるとしている。部会第一回会議事録、参照。

(61) 要綱四と要綱六に分割する必然性はあるのかとの委員からの質問を受けての、事務当局による返答に示されている。もっとも、要綱六についても競売開始決定前の妨害行為も考えられなくはないが、事務当局としては、今回は基本的に構成要件そのものは動かさないと考えがあるので、要綱六についてはそのままにしたとしている。部会第一回会議事録、参照。