

Trust Sixty Foundation

債権回収への刑事法的対応

トラス ト60研究叢書

平成14年7月

はしがき

売買代金請求権のような債権や抵当権のような担保物権は、最終的に、債務者の一般財産や担保物件を換価して弁済に充当することによって権利が実現されることは周知のとおりである。この手続きを強制執行手続・競売手続という。また、その前段階としての仮差押や仮処分などの民事保全手続も重要である。刑法は、これらの民事執行手続の円滑な遂行を保護するために強制執行妨害罪（96条の2）、競売妨害罪（96条の3第1項）を規定している。前者は、強制執行の客体である財産を隠匿するなどの行為を、後者は、強制執行における競売手続を妨害する行為を処罰する者である。このほか、封印等破棄罪（96条）も民事保全法における仮差押えや仮処分、民事執行法における執行官保管の保全処分などの効力を保護する役割を担っている。

従来の競売手続は暴力団がらみの競売屋と称される集団が一般人の競売参加を妨害し、最低競売価格の減少を図るなどの現象がみられ、競売制度は正常に機能しているとはいえなかった。この点を改善するため、昭和54年に成立した民事執行法134条、民事執行規則34条、47条は期日入札のほかに期間入札の制度を導入し、郵便による入札を可能としたため、競売屋による入札妨害は激減した。しかし、平成2年以降のいわゆるバブル経済の崩壊に伴い発生した膨大な不良債権処理のための債権回収手続においては、債務者による財産の隠匿事件や暴力団がらみの競売妨害事件が再び多発する傾向を示しており、これらの罪の重要性が再認識されるようになってきている。本研究では、まず、民法、民事執行法の観点から、執行妨害が可能となる民事上の根拠や問題点を明らかにした。そのうえで、判例の分析から得られた知見をもとに、執行妨害への刑事法的対応として、競売妨害罪の解釈論について検討をくわえたものである。

本研究については、財団法人トラスト60の多大なるご援助をいただいた。ここに記して深甚なる謝意を表するものである。

平成14年4月

「経済犯罪研究会」研究代表者 西田典之

抵当権実行妨害の諸相：

刑事法の解釈・適用にあたっての民事法的基礎のために

道垣内 弘 人

目 次

- 1 はじめに
- 2 占有を利用する抵当権実行妨害
- 3 物理的な侵害による抵当権実行妨害
- 4 他の担保物権の成立を利用したの抵当権実行妨害
- 5 その他の妨害手段
- 6 賃料債権への物上代位に対する妨害

1 はじめに

(1) 抵当権の実行等をめぐり、様々な妨害がなされることは古くからの現象である。しかるに、近時、とりわけ新聞等を賑わせるようになったのは、バブル経済の崩壊に伴う金融システムの不安定化の中、金融機関が貸付金を回収できず、不良債権が増加することが、金融機関の破綻＝国費の投入という事態につながる可能性を秘めているからであろう。抵当権の実行が妨害されることが、新聞の各読者の財布に響いてくるという事態が、注目を引いているのであり、事象自体はかなり古くから存在しているものである。

また、短期貸借制度の濫用に、現在、とくに注目が集まっているように思われる。しかしながら、抵当権の実行に対する妨害には、多種多様な方法が存在するのであり、短期貸借制度の濫用はその一つにすぎない。そして、巷間見られる文献の中には、短期貸借制度に対する興味が先行するために、諸方法の峻別が十分にできていないもの、言い換えれば、すべての問題を短期貸借制度に帰せしめるものも見られる。

そこで、以下、本稿では、なるべく多くの執行妨害方法を採り上げ、その現在の状況を考えていくことにしたい。

(2) もっとも、以下の検討は、もっぱら抵当権の実行に対する妨害についてであり、不動産執行全体に及ぶものではない。これは、不動産執行の90%以上が、抵当権の実行であることに鑑みると、不当な制限とはいえないだろう。

また、以下、多くの妨害手段を取り上げる際、いくつかの類型化を施す。第1に、占有を利用するもの、第2に、物理的な侵害を利用するもの、第3に、他の担保物権の成立を利用するもの、である。もっとも、第4に、その他、を置き、さらに、直接に不動産に対する執行ではないが、第5に、物上代位に関しての妨害、を置いて整理した。もちろん、これらにすべてが分類し尽くせるわけではないし、きれいな分類ともいえない。しかし、やはりいくつかの柱を立てて整理した方がわかりやすいと思われる。以下、第1から順に論じていくことにする。

2 占有を利用する抵当権実行妨害

(1) 占有を利用する抵当権の実行妨害については、濫用的短期賃借権がとくに注目されている。しかしながら、現在では、短期賃貸借独自の問題は減少してきているといえる。

これには2つの理由がある。

第1は、濫用が明白な賃借権の登記については、抵当権実行時に職権により登記が抹消され、保護されるべき短期賃借権であること自体が否定されることである。

もともと、かつてのように、極端に低廉な家賃、多額の敷金など、賃貸借契約の内容が、典型的な濫用形態となっている事態は減少し、ノーマルな内容の契約が結ばれている外形が作出されることが多くなってきているといわれるなか（山崎36頁）、濫用の認定に困難はともなう（最上21頁）。

しかし、第2に、より根本的に、競売期間の長期化により、差し押さえ後、買受人による所有権取得前に、すでに短期賃借権は買受人に対抗できない段階に至っていることが多くなっていることがある（もともと、土地の短期賃借期間は5年間であり、建物のそれよりも長いため、土地については問題になりうるともいわれる。高木5～6頁）。

したがって、実は、抵当権実行妨害として問題になっている占有の多くが、短期賃貸借制度に基礎をおく占有ではなく、事実上の占有である。このことには注意を要する（最上20頁）。

(2) さて、事実上の占有というとき、かつてのように、暴力団の看板や代紋等を掲示する例は少なくなったといわれる（高木8頁）（実は、暴力団は、直接の占有をしなくても、十分に効果を上げることができる。閲覧書類に暴力団が占有していることを書き込んだり、暴力団の名刺を挟んだりする。それだけで買受人は出現しなくなる。そこで、現在、東京地裁では、閲覧書類を厳重に管理するとともに、閲覧室の状況を常時カメラで監視しているとされる。山崎32頁）。もちろん、政治結社の主宰者等が占有者とされている例などは、現在でも報告されているが（高木8頁）、多少、手の込んだ占有形態が多くなっているのである。

たとえば、抵当家屋に多数の外国人を入居させるという例がしばしば見られる（高木9

頁)。さらには、これらの外国人が直接占有を有するに至るまでの間に、幾重もの転貸がなされている。そもそも外国人だから言葉が通じず、交渉に苦勞するし、そこから、もとの権利関係を把握することも困難である（山崎33頁）。そして、もとの権利関係が把握できないと、その権利が抵当権に対抗できるものか否かの判断がつかないから、なかなか競売手続を進めることができない、というわけである。

(3) また、抵当権設定後に対抗要件を備えた短期貸借ではなく、抵当権設定前から借地借家法上の対抗要件を具備した貸借権が存在することが主張されることも多い。もちろん、抵当権設定前に本当に対抗力のある貸借権が存在しているならば、買受人はそれを引き受けるべきことになる。しかし、貸借借契約書が日付を遡って作成されることも多いようである。

また、抵当権設定前に貸借権が存在するとしても、それが形式的なものであることもある。たとえば、抵当家屋の所有者が個人であるとき、それを自分が代表取締役になっている会社に賃貸しているとするわけである。もちろん、この逆、すなわち会社から代表取締役に家屋が賃貸されているとされることもある（高木7頁）。

このような場合、通常の民事訴訟におけるよりも、広く法人格否認の法理の適用を認め、賃貸借の存在を否定するとされている（山崎38頁）。

また、このように法人格否認の法理で対処できないときでも、所有者・債務者等の親族やそれらの者と密接な関係にあるものが賃借人となっている例もあり、さらに賃料授受の実績があっても単に節税目的ではないかと思われるものもある。信義則上、買受人に対して貸借権が主張できないという取扱いが相当だとされている（高木7頁）。

3 物理的な侵害による抵当権実行妨害

(1) 民法の教科書では、山林に抵当権が設定された後、当該山林の樹木が伐採されるという例がよくあげられている。しかしながら、このような単純な物理的侵害は、それほど多くない。もちろん、現在でも、工場抵当権の対象物たる供用物件の運び出しの例が、判決例に現れるが、主要な妨害方法であるわけではない。

(2) 近時、物理的な侵害に絡んで大きな問題となったのは、建物の合棟・分棟、および、共同抵当目的建物の取り壊しと新築である。まず前者から見ていく。

棟割式区分所有建物的一方または双方に抵当権が設定されているところ、隔壁が除去され、1棟の建物となったとする。このとき、各区分所有建物の登記は「区分所有の消滅」を登記原因として、申請または職権により建物滅失の登記がなされ、他方、隔壁を除去した結果、新たに一個の建物となった建物につき、「区分建物の合体」を登記原因として、申請または職権により建物の表示の登記がなされる（昭和38年9月28日民事甲第2658号民事局長通達・先例集追Ⅲ1130の329頁）。そうすると、合体前の旧建物についての抵当権は、目的物の滅失を原因として消滅することになり、抵当権者の権利は著しく害されるのである。

同じく、1棟の建物の内部にいったん隔壁を付け、区分所有の目的たる2つの建物として登記し直した後、隔壁の除去をなし、建物の合体を理由として、両建物について滅失登記を得ることによって、抵当権の消滅を図ることもある。

下級審判決は、以上の抵当権妨害に事実認定のレベルでなんとか対抗しようとしていた。すなわち、一部の隔壁を取り壊しただけでは、いまだ両建物の独立性が失われていないとか、簡易な牆壁を付けて区分所有建物とすること自体を、いまだ区分所有の状態に至っていないと判断したわけである（詳しくは、道垣内（私法判例リマークス）30～31頁）。

最終的な解決は、平成5年に不動産登記法が改正され、建物の合体があったとき、新建物の全体または持分の上に存続する権利があるときは、それが移記される手続が定められ、さらに、これを承けて、最判平成6年1月25日民集48巻1号18頁が、「互いに主従の関係にない甲、乙二棟の建物が、その間の隔壁を除去する等の工事により一棟の丙建物となった場合においても、これをもって、甲建物あるいは乙建物を目的として設定されていた抵当権が消滅することはなく、右抵当権は、丙建物のうちの甲建物又は乙建物の価格の割合に応じた持分を目的とするものとして存続すると解するのが相当である」と判示したことによって達成された。

もっとも、旧建物についての抵当権が実行される際、その競売対象は新建物上に存続する観念的持分に限られることになると思われ、それではやはり抵当権者が著しい損害を被るおそれがあるという問題が残されている（道垣内（私法判例リマークス）32頁）。

(3) もう一つの著名な例として、土地とその上の建物に共同抵当権が設定された後、建物が取り壊され、新建物が建造されるというものがある。

抵当権者は、土地と建物とに共同抵当権を取得することにより、ともあれその全体の価値を把握したと考えている。しかしながら、法的には、土地と建物とは別個の不動産であるから、二つの抵当権が設定されていることになり、その一方が実行されると法定地上権が発生するという状態にあることになる（民法388条）。設定の時点において、仮に実行されれば成立することになっていた法定地上権は、その後、建物が通常の朽廃時期に先立って消滅し、新建物が建設されたときには、その新建物のために成立すると考えられている。土地の抵当権のみに着目して考えるならば、その抵当権は、法定地上権の負担の付いた土地を競売し、そこから優先弁済を受けるという権利だったわけであり、建物が予想外の時期に朽廃したからといって、その負担を消滅させなくても設定時の予想に反するとはいえないし、他方、新建物の所有者の利益から見ると、法定地上権が成立した方が有利だからである。

さて、旧建物が取り壊されると、それを目的物とする抵当権は、目的物の消滅にもなって消滅する。しかるに、新建物のために法定地上権が成立するとすると、残った土地抵当権を実行しても予想した額の配当を受けることはできない。他者のために法定地上権が成立し、実際には利用できない土地を効果に買い受ける者は現れないのである。

平成4年、東京地裁執行部は、いわゆる全体価値考慮説に基づく処分を行い注目された。すなわち、抵当権者は、ともあれ、土地・建物の全体価値を把握していたのであり、土地抵当権の負担となるだけの法定地上権は当事者の意思に照らしても成立しないというべきだ、というわけである。そして、この見解は、最判平成9年2月14日民集51巻2号375頁で、最高裁で採用されることになった。すなわち、「所有者が土地及び地上建物に共同抵当権を設定した後、右建物が取り壊され、同土地上に新たに建物が建築された場合には、新建物の所有者が土地の所有者と同一であり、かつ、新建物が建築された自邸での土地の抵当権者が新建物について土地の抵当権と同順位の共同抵当権の設定を受けたとき等特段の事情のない限り、新建物のために法定地上権は成立しないと解するのが相当である」というのである。

(4) このように、一時期、抵当権妨害の典型例とされていた二つの事例については、立法により、あるいは判例により、一応の解決がついた。しかし、このように法の抜け道をねらった複雑な方法によらなくても、単に建物を増築するだけで、不動産の特定、抵当権目的物の範囲を不明確にし、買い手を付かなくする効果がある(山崎29頁)。

かつては、抵当権実行としての差し押さえが迫った時点や、差し押さえ後現況調査前に、あわてて更地に建物を建築したりする例が多かったが、これに対しては、工事禁止の保全処分を認め、さらに、建築が終わってもその収去を命ずる保全処分を、民事執行法55条(場合によっては77条)の保全処分として積極的に下すことが行われた(高木9頁、最上26～27頁)。

そこで、最近では、差し押さえの数ヶ月前に余裕を持って行う執行妨害が増えているようである。

まず、建物の屋上やマンション敷地の一部などに、建物等を増築したり継ぎ足したりしたうえで、建物全体を一棟の建物とする表示の変更登記をなし、さらに、旧建物と継ぎ足した後の物件を別個の区分建物として、それぞれ表示登記をして、継ぎ足し区分建物につき第三者名義の所有権取得登記をする、という執行妨害方法がある(高木7～8頁、山崎31頁)。第三者名義の区分所有建物部分は、競売対象物件からはずれるが、屋上や接したかたちで他者の区分所有部分がある建物を買受ける者はいないので、執行妨害として機能するわけである。

もちろん、この増築部分が独立の建物であることが否定できれば、抵当権の効力が及ぶ従物として処理できる(河野=川村73頁)。しかし、それ以外の場合には、売却のための保全処分(民事執行法55条)として、建物収去の保全処分を求めることになる(最上29頁)。ただし、この保全処分はいったん執行してしまうと原状回復が困難なため、悪質な執行妨害事案であることが明らかな場合に限定される可能性が高いとされる(河野=川村77頁)。そして、建物収去をとまなう引渡命令を発令することはできないというのが一般的な解釈であるから、買受人が建物所有者を相手どって建物収去・土地明渡請求訴訟を提起せざるをえないとされている(最上27頁)。

もっとも、近時、最決平成11年10月26日金融商事判例1084号30頁は、競売対象とされた土地に件外建物が存在する場合においても、その土地について引渡命令を求めることができる、との判断を下した。これは、引渡命令の債務者に建物収去義務を認めるものでは

ないが、今後、そういった方向へと進展していく萌芽を秘めているものといえよう。

また、建物の賃借人が土地をも賃借していると称して、差し押さえの数ヶ月前に、比較的ゆとりのある建物敷地の一部分に建物を建てて、保存登記をする例も報告されている（最上27頁）。建物取去をともなう引渡命令を発令することはできないとすると、この場合も、買受人が建物所有者を相手どって建物取去・土地明渡請求訴訟を提起せざるをえない。執行妨害の主要な方法になっているとまでいわれる（最上27頁）。

4 他の担保物権の成立を利用しての抵当権実行妨害

(1) 抵当権が他の担保物権と競合するため、實際上、抵当権の実行が困難になる例も見られる。

まず、不動産工事の先取特権である。不動産工事の先取特権は、工事を開始する前に予算額を登記することにより効力を保存し、それ以前に登記されている抵当権にも優先する（民法338条1項、339条）。ただし、優先弁済額は現存する増加額に限定される（民法327条2項）。工事により不動産価値が増加した部分は、工事業者に帰せしめることが公平だからである。

しかし、一般には不動産工事の先取特権は利用されていないといわれるのであり、競売の場面では、しばしば執行妨害を目的としたと思われる不動産工事の先取特権が見られることになる。たしかに、ある程度の工事はしている。したがって、先取特権自体を否定することはできない。そこで、増加額の鑑定費用を先取特権者の負担として予納義務をおわせることにより、妨害を排除する例が多いとされる（最上26頁）。その部分は優先配当をしないわけであり、また、予納というコストまで負担するのは妨害者としても躊躇し、多くの場合、予納はなされないといわれる（山崎43頁）。また、執行妨害目的が明らかに認められるような場合には、権利濫用として当該先取特権の効力を否定することもある（最上26頁）。

(2) 更地に抵当権が設定され、その土地にビルが建築され始めた。これは予定された事態なのだが、バブル経済の崩壊により、不動産業者は倒産し、ビルの建設工事は途中でや

めになった。抵当権者は抵当権を実行しようとするが、ビルの工事業者は、当該土地に商事留置権（商法521条）が成立すると主張している。このような事案が増えている。

東京高判平成8年5月28日金法1456号33頁は、商事留置権の目的物には不動産は含まれないという解釈を提示し、この問題を解決しようとしたが、多くの支持を受けているわけではない。かえって、「何も抵当権者の権利ばかりが保護されればよいわけではない」という議論もある（道垣内（金法1460号）57頁）。

(3) 留置権については、土地建物の賃借人が、抵当目的物たる賃借物件に対し有益費・必要費を支出したとして、留置権を主張することがある。濫用的短期賃貸借の場合には、その占有者は民法295条2項にいう不法行為によって占有を始めた者に準じるとして留置権を否定する扱いが行われている（最上23頁、山崎43頁）。

5 その他の妨害手段

(1) まず、予告登記を利用した抵当権の実行妨害が問題となっている。

抵当権実行としての差押えがあった段階で、不動産所有者Aと第三者Bがなれ合いの訴訟をするのである。つまり、BがAを相手取って、当該土地はCからBが譲り受けたものであるところ、Aが勝手に所有権移転登記を行ったものであるとして、所有権移転登記抹消登記手続請求訴訟を提起するのである。この時点で、不動産登記法34条に基づいて抹消予告登記が裁判所が登記所に嘱託することによって行われる。予告登記には実は何の効果もない。当該不動産に関する権利について訴えが提起されていることを示して、善意の第三者が損害を受けることがないようにするためのものである。しかるに、上記の事例では、すでに抵当権者が存在しているのであるから、予告登記には意味がないのである。

AとBとの訴訟は、なれ合いによりBの勝訴に終わる。そうすると、抹消予告登記は抹消されないままになる（不動産登記法145条参照）。そして、抵当権者は、この抹消予告登記の抹消を求めることができない。予告登記には、対抗力、順位保全の実質的効力はなく、法律実害がないから、抵当権者に訴えの利益がない、というのである（東京高判昭和56年8月4日判時1015号65頁）。

しかし、実際には、訳の分からない登記がなされている土地については買受人は登場しないので、予告登記の存在が執行妨害として機能するわけである。

(2) また、抵当権の実行通知を受けた抵当不動産の第三取得者、あるいは競売申立を察知した所有者が、所有権移転登記を繰り返すということも行われる。差押えが行われると、当該不動産に差押えの登記がなされる。裁判所から登記所に登記を嘱託するわけである。しかるに、裁判所から示した所有者の表示と、登記簿上の所有者の表示とが食い違えば、登記嘱託は却下され、その結果、申立も却下されることになる。執行妨害として機能するわけである。

理論的には問題が多いが、登記簿上の所有者の表示を更正決定するということで対処しているとされる（最上25頁）。

(3) 第三取得者については滌除も大きな問題である。

滌除については、まず、保証金の支払い義務が抵当権者に課されることから、資金的に余裕のない抵当権者は不当な申し出額であっても滌除に応じざるを得なくなる、という問題がある。また、剰余主義をとるわが国民事執行法の下では、抵当権の被担保債権額が目的不動産の価額を超過するときは、抵当権者は、自分の判断で自由な時期に抵当権を実行できるという利益を有しており、この利益を奪うことにもなる。

あまりに不当な額の申し出については、滌除申し出自体を無効とするという方法もとられているが、その判断リスクは抵当権者にあるため、なかなか保護手段としては機能しない。

さらに、滌除については、共有持分権者による滌除の問題もある。抵当権者は単独所有の土地の上に抵当権を取得する。しかるに、所有者は、その後、当該不動産を共有にし、複数の者が共有持分権を有し、抵当権は各持分権上に存在するようになった。その後、持分権者の一人が、自己の持分についてのみ滌除の申し出をするわけである。

この滌除が認められると、抵当権者は著しい損害を受ける。滌除金額が妥当でないと判断したとき、抵当権者は増価競売でこれに対抗することになるが、このときは、当該持分だけが競売されることになる。しかるに、たとえば2分の1の持分権の価格は、不動産全体価格の半分を大きく下回る。見知らぬ人と共有になる不動産を買い受ける者はいないか

らである。つまり、抵当権者は一個の不動産として売却する権利を有していたにもかかわらず、共有持分権に分割した実行を余儀なくされるわけである（道垣内（金法1258号）48頁）。

一時期下級審決定が分かれたときもあったが、最判平成9年6月5日民集51巻5号2096頁が、「一個の不動産の全体を目的とする抵当権が設定されている場合において、右抵当不動産の共有持分を取得した第三者が抵当権の滌除をすることは、許されないものと解するのが相当である」と判示して、決着した。

(4) さらに、売却許可決定に対して執行抗告を数多く行う、いわゆる抗告屋は現在でも多いようである（山崎33頁）。

6 賃料債権への物上代位に対する妨害

(1) 抵当権者は抵当不動産の賃料債権について物上代位権を行使できるか、という問題について、近時の学説はむしろ否定的に解していた。しかし、最判平成元年10月27日民集43巻9号1070頁が肯定の判断を下し、現在では、抵当不動産の競売が困難である市況を受けて、広く利用されている。

しかるに、この物上代位権も執行妨害にさらされる。

(2) まずは、抵当不動産の所有者＝債務者が経済的に破綻した後に、数年にわたる将来の賃料債権を一括譲渡し、抵当権者が物上代位権を行使するのを妨害することが行われた。

実は、大判大正12年4月7日民集2巻209頁および大判昭和17年3月23日法学11巻12号1288頁は、抵当権者が差押えをする前に、物上代位の目的債権が譲渡された場合には、もはや抵当権者は物上代位権を行使することはできない、という判断を下していた。そうすると、賃料債権の包括譲渡の後には、抵当権者はもはや物上代位権を行使し得ないことになりそうである。

しかし、悪質な執行妨害を目の前にして、下級審判決は様々な理屈で物上代位権行使を

認めようとした（詳しくは、道垣内（自由と正義）129～133頁）。

最終的に最高裁の判断が下ったのは、最判平成10年1月30日民集52巻1号1頁であった。この判決は、抵当権の物上代位は抵当権の登記により公示されているから、債権譲渡があっても、物上代位権の行使は妨げられない旨を判断した。

(3) もう一つ問題になったのは、転貸賃料債権に対して物上代位権を行使しうるか、である。転貸賃料債権は、賃借人の有する債権であり、抵当不動産所有者の有する債権ではないから、物上代位の対象とならないのは当然のように思われる。しかしながら、原賃借権の賃料を著しく安く設定し、転賃料との間に大きな不均衡があったり、抵当権実行の直前になって、第三者にアパートを一括賃貸し、当該第三者から原賃借人に転貸させるという形態に変えたり、明らかな執行妨害と見られる事案が多く、下級審判決の工欠が積み重ねられた（詳しくは、道垣内（自由と正義）125～127頁）。

しかし、最決平成12年4月14日民集54巻4号1552頁において、抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合を除き、右賃借人が取得する転貸賃料債権について物上代位権を行使することができない、との原則を明らかにした。今後は、同視しうる場合とは具体的にどのような場合かの議論に移っていくことになる。

[注]

※文中の（ ）内の引用は下記による。

高木新二郎「不動産に対する執行妨害の実状と対策」民事執行保全処分研究会編『執行妨害対策の実務〔新版〕』（1997年、きんざい）

最上侃二「大阪地裁における執行妨害の実状と対策」民事執行保全処分研究会編『執行妨害対策の実務〔新版〕』（1997年、きんざい）

山崎俊充「執行裁判所から見た執行妨害の諸問題」東京弁護士会弁護士研修委員会編『民事執行妨害と弁護士業務』（1997年、商事法務研究会）

道垣内弘人「判批」私法判例リマックス1993<下>28頁以下（1993年）

河野玄逸=川村英二「件外建物による抵当権の妨害」銀行法務21、582号72頁以下（2000年）。

道垣内弘人「判批」金融法務事情1460号55頁（1996年）

道垣内弘人「共有持分権者による抵当権の滌除」金融法務事情1258号46頁（1990年）

道垣内弘人「賃料債権に対する物上代位をめぐる最近の争点」自由と正義48巻7号122頁（1997年）

執行妨害と民事執行法

山本和彦

目 次

- 1 はじめに
- 2 執行妨害の態様と民事執行法の対応
 - (1) 競売（売却）の妨害
 - (2) 抗告による妨害
 - (3) 占有による妨害
 - (4) その他の方法による妨害
- 3 執行妨害の方法
 - (1) 基本的な考え方
 - (2) 引き受けられない用益権の明確化
 - (3) 売却のための保全処分等の活用
 - (4) 抗告審の迅速化
- 4 おわりに

1 はじめに

執行法の歴史は、執行妨害との戦いの歴史であると言われている。日本においていつ頃から執行妨害が行われているか定かではないが、既に民法立法時、短期貸借制度の導入に際してその濫用のおそれが指摘されているところからすると、(その形態はともかく)執行妨害の歴史は極めて長いものと見られる。ただ、バブル経済崩壊の頃からの執行妨害行為は、その量及び質において未曾有の水準に至っているのではないかと推量される。他方で、金融機関等の不良債権処理が政治的・経済的に重要な課題となるに至り、執行妨害に対する対策が多くの人に関心を引いている。このような状況は、過剰な対応による副作用をもたらすおそれを一方で抱えながら、他方では執行妨害を排除するための思い切った改革のための千載一遇のチャンスであると捉えることもできよう。現段階では仮に執行妨害が沈静化に向かっているとしても、再び不動産価額が上昇し、同じような事態が将来発生する可能性は常に残されている。現在の機会を適切に捉えて、将来に向かって執行妨害に対する抵抗力の強い体質の民事執行手続を作り上げておくことが現下の民事執行法学に課された課題ではないかと思料される。本稿は極めて不十分なものではあるが、そのような作業の手掛かりを作ることを目的とする。本稿ではまず民事執行法及びその2回の改正(平成8年改正・平成10年改正)を執行妨害の抑止という観点から概観した〔2〕後、若干の具体的な問題について対応策を検討してみたい〔3〕。

なお、本稿脱稿時には未だ担保・執行法制部会が発足していなかったもので、同部会をめぐる議論は反映していないことを予めお断りしておく。

2 執行妨害の態様と民事執行法の対応

(1) 競売(売却)の妨害

民事執行法制定前の不動産執行における執行妨害として、最も大きな問題となっていたのが、競売(売却)の手続に対する妨害行為であった。すなわち、旧法(民事訴訟法によ

る強制執行及び競売法による任意競売)においては、不動産の売却は多くの場合競り売り又は入札によっていたところ、競り売り又は入札が行われる裁判所の競売場をいわゆる競売ブローカーが占拠し、他の者の競売参加を様々な方法で事実上妨害し、ブローカーの間の談合で回りもちに安価な買受けをするような行為が広く行われていたとされる。これによって、競売の競争価格形成機能が害され、競争価格よりも廉価な売却がされ、配当を受ける債権者及び債務者が不利益を受けることになる。もちろん、談合行為が立証されれば、ブローカー等は談合罪(刑法96条の3)によって処罰されることになるが、実際には刑事的な方法による抑止には限界があるとされた。

そこで、民事執行法はこのような執行妨害行為を抑止するために、いくつかの規定を設けた。そのうち、最も直接的な規定は、同法65条の「売却場所の秩序維持」の規定である。これによれば、「他の者の買受けの申出を妨げ、若しくは不当に価額を引き下げる目的をもって連合する等売却の適正な実施を妨げる行為をし、又はその行為をさせた者」等に対し、執行官は、「売却の場所に入ることを制限し、若しくはその場所から退場させ、又は買受けの申出をさせないことができる」。そして、売却の場では以上のような行為が判明しなかった場合でも、売却決定期日までに明らかになった場合には、そのような者に対する売却を不許可とすることができる(民執法71条4号イ)。しかしながら、実際にはこれらの規定は殆ど用いられず、死文化した。それは「売却場所」自体を消滅させる期間入札制度の導入の成果であった。

すなわち、民事執行法64条2項は売却方法として、旧法と同様、入札と競り売りの2種を挙げるが、これを具体化して同規則34条は入札の種類として、従来の期日入札とともに、「入札期間内に入札をさせて開札期日に開札を行う期間入札」の制度を新設した。この制度は、従来入札であれ競り売りであれ、買受希望のためには期日に会することが必要であったのが、それを不要にするという意味で画期的なものであった。この結果、この売却方法を用いれば、前記のように売却場所での事実上の威圧を用いた競売妨害は不可能となるに至ったものである。そして、改正後、多くの裁判所は徐々に期間入札に移行し、現在ではすべての裁判所がこれによっているものとされる。その結果、競売ブローカーによる入札等の妨害という形態での執行妨害はほぼ完全に鎮圧できたものと見られる。

(2) 抗告による妨害

次に問題となる妨害方法として、執行手続中の裁判に対して理由のない不服申立てをすることによって手続を遅滞させる方法がある。不服申立てにより手続が進行しないと、執行債権者は配当を受領できるのが遅くなり、その分損失を受けることになる一方、不動産の所有者等はより長く不動産を利用できることになる。そのため、所有者等からの依頼を受けて報酬を得て不服申立てをし、又は債権者から一定額の「和解金」等を得て不服申立てを取り下げを目的に執行妨害としての不服申立てがされるようである（このような執行抗告を業として行う者を「抗告屋」などと呼ぶ）。もちろん、報酬を得て当事者の代理人として訴訟行為を行うことは、弁護士法72条に違反するが（同法77条により2年以下の懲役又は100万円以下の罰金の罰則）、刑事的な制裁には限界もあるところである。

このような妨害活動は民事執行法制定前から既に存したようであり、民事執行法はいくつかの対策をとっている。第一に、上訴審に対する不服申立方法である抗告ができる場合を限定した。従来はかなり広い範囲で即時抗告が認められていたのを、民事執行法は法律に「特に定めがある場合」に執行抗告ができる場合を限定し（民執法10条1項）、同法の中で特別の定めをかなり限定的に列挙している。第二に、執行抗告の理由の記載を強制した（同条3項）。これにより、何の理由も記載せずに単に抗告だけを申し立てて時間稼ぎをすることを防止しようとしたものである。第三に、即時抗告とは異なり、執行抗告については自動的な執行停止効を認めなかった（同条6項）。これにより、執行抗告の提起にもかかわらず売却手続が続行される可能性が開かれることとなった。

しかしながら、以上のような措置にもかかわらず、抗告による執行妨害行為は民事執行法施行後もなお残存しているとされる。それは、以下のような理由によると考えられる。第一に、執行抗告が可能とされる範囲は、限定されたとは言え、なお売却許可決定や引渡命令等重要な裁判には抗告が可能であり、そこに引延しの余地がある。第二に、抗告理由記載の強制も、実質的な内容はなくても形式的には理由を記載している場合には、濫用防止に機能しない。第三に、抗告自体には執行停止効がなくても、抗告とともに執行事件記録が抗告審に送付されると、事実上は執行手続自体が停止してしまう結果となってしまう。

そこで、平成10年民事執行法改正の中で、抗告による執行妨害を防止するため、さらなる措置がとられた。第一に、執行抗告の原審却下事由として新たに「執行抗告が民事執行

の手續を不当に遅延させることを目的としてされたものであるとき」という場合が加えられた（民執法10条5項4号）。これにより、抗告理由が形式的に記載されているに止まるような場合等には、遅延目的を推認して、原審で申立てを却下でき、迅速に手續を進行できることとなった（本条の趣旨につき、拙稿「競売手續円滑化法及び特定競売手續臨時措置法について」ジュリスト1151号78頁以下、林道晴「不良債権処理のための民事執行法及び民事執行規則の改正について」判タ986号4頁以下など参照）。第二に、原審却下の決定に対する再度の執行抗告があった場合には、抗告事件の記録のみを送付すればよいものとされた（民執規7条の2）。この結果、原審却下がされた場合には、仮にそれに対する不服申立てがあったときも、執行事件記録自体は執行裁判所の下に残り、事件を続行することが事実上も可能となった。改正後は、原審却下は相当活用されており（平成11年で、東京・大阪ともに、原審却下の率は約30%とされている（永延聡英・後藤和泉「最近の民事執行事件の処理」金法1578号10頁以下参照）、抗告による執行妨害防止に大きな効果を挙げつつあると見られる。

（3）占有による妨害

執行妨害の主な手法は、過去も現在も、占有を利用した妨害行為である。既に民法395条の立法過程でその濫用防止のための措置の必要性が指摘され、それにより同条但書の規律が採用されたという経緯が示すように、このような執行妨害は明治時代まで遡るものと思われる。民事執行法の制定時にも、占有による妨害を排除するためにいくつかの措置がとられた。まず、競売不動産の現況を明らかにするために、従来存在した賃貸借取調べの制度を拡張して現況調査制度を導入し、執行官による物件の現状把握が的確にされるように制度が整備された。そこでの現状把握として最も重要とされた点は、占有の状況である。また、買受人の占有取得を容易にし、妨害行為を抑圧するため、不動産引渡命令制度と保全処分制度（売却のための保全処分・最高価買受申出人及び買受人のための保全処分）が導入された。しかし、この両者については、国会での審議の過程で重大な修正が加えられた。政府提出原案では、買受人に対抗できない占有者については、原則として常に引渡命令の対象となり、また保全処分の対象となるものとされていた。ところが、国会では、これが労働組合の争議行為を潰すために悪用されるのではないかという懸念が示され、その結果として、引渡命令については原則として、債務者との間で権原なく占有している第三

者にその対象が限定され、また保全処分についてはそもそも債務者（所有者）以外の第三者は対象とならないこととされた（この間の経緯については、ジュリスト増刊民事執行セミナー155頁以下など参照）。

以上のような修正の結果、占有を利用して執行妨害をしようとする者は、不動産所有者との間で適法な占有権原を創出できれば、保全処分・引渡命令の対象とならないこととなった。しかし、それが結果として旧法下以下に執行妨害行為を蔓延させることとなったことは否定できないように見られる。このような状況を眼前にして、執行実務は、引渡命令との関係で、いわゆる不正常的な占有者については、これを濫用的な賃借権として、買受人に引き受けられないことはもとより、所有者との関係でも適法な権原ではないとして、積極的に引渡命令を発令する運用を採った。そこでは、賃借権の登記・仮登記の存在、賃料の前払い、高額な敷金等の徴収を捉えて賃借権の濫用を認定していた（東京地裁民事執行実務研究会編著・不動産執行の理論と実務492頁以下参照）。他方、保全処分の関係では、条文で明確に排除されている第三者に対する保全処分を控える運用が立法当初は一般的であったが、その後、最高裁が抵当権に基づく不動産明渡請求を否定するに至り（最判平成3年3月22日民集45巻3号268頁）、執行裁判所は、様々な理論に基づき第三者に対しても積極的に保全処分を発令する運用に転じた。そこでは、執行妨害を目的とした占有者は所有者の占有補助者に過ぎないとされ、所有者に対して執行官保管の保全処分が発令可能であるのと同様に、当該執行妨害者にも可能であるといった議論が展開された（この点については、前掲不動産執行の理論と実務347頁以下など参照）。しかし、引渡命令における濫用的賃借の認定の困難や保全処分における裁判例の分裂（所有者と占有者との共謀を要求する裁判例として大阪高決平成5年10月18日判時1476号137頁、第三者に対する保全処分を一般に否定する裁判例として高松高決平成6年1月24日金判948号20頁など参照）は、この問題に関する立法的な解決の必要を示すものであったと言えよう。

そこで、金融機関による不良債権の回収が社会問題となり、そのためには担保権実行手続を円滑化する必要が強く認められるに至った結果、平成8年の議員立法による民事執行法改正において、上記の問題の解決が図られた。すなわち、引渡命令との関係では、買受人に対抗できない占有者は一般に引渡命令の対象となるものとされたし（民事執行法の政府当初案と同様の規律とされた）、第三者も保全処分の対象となるものとされた。この結果、従来実務上生じていた問題の大半は解決されるに至った。それに加えて、立法者は競

売制度を機能させるために、さらに新たな保全処分制度を創設した。平成8年改正では、担保権実行前の保全処分制度が導入され、滌除制度を前提とした実行通知の間の妨害行為を抑止する道を開いたし、平成10年改正では、買受申出をした差押債権者のための保全処分制度が導入され、今回の売却における競落を確約した差押債権者については、緩和された要件で、かつ、差押債権者が自ら占有する形で保全処分を行うことができるものとされた。最後のような方法は、差押債権者が自ら占有し、買受希望者に物件を内覧させることにより、より高価な売却を可能にするものと説明されている（林・前掲14頁など参照）。

（４） その他の方法による妨害

その他の執行妨害方法としては、以下のようなものが知られている（もちろん妨害行為も「日進月歩」であり、日々新たな方法が「開発」されているものと見られる）。まず、法定地上権を利用した妨害行為として、土地建物に共同抵当が設定されている場合に、建物を取り壊してその跡にバラック等簡易建物を建築し、そこに第一順位の抵当権を設定するというような方法がある。この場合、従来判例では、新建物にも法定地上権が成立するため、建物抵当権者（執行妨害者）が地上権分の価値に優先権を取得し、従来抵当権者は底地価値に優先権を行使するに止まることとなる。一般には、底地価値は更地価値の一部（3割ないし6割程度）に止まるとされるので、土地抵当権者は大きな損害を受けることになる。その結果、バラック等の取壊しを条件に一定の金員が抵当権者から妨害者に払われることとなる。しかし、このような妨害行為は、法定地上権に関する従来判例を変更することで防圧された。すなわち、現在では、共同抵当権設定後に建物が取り壊され新建物が建築された場合は、特段の事情がない限り、新建物のために法定地上権は成立しないものとされている（最判平成9年2月14日民集51巻2号375頁、最判平成10年7月3日判時1652号68頁など参照）。

次に、滌除による妨害行為の存在が指摘されている。これは、抵当目的物の譲渡を受けた第三者が市場価格に比して廉価な価格により滌除の申出を行うというものである。もちろん申出額に不満のある抵当権者は増価競売を申し立てることができ、そこで市場価格を実現できる建前とはなっている。しかし、現実には、増価競売を申し立てるには買受申出がなかった場合には抵当権者が自己競落しなければならないリスクを負うこと、競売申出に滌除申出額+1割の保証金を納付する必要があること、そもそも競売においては任意

売却に比べて売却価額が廉価になってしまうことなどから、抵当権者が泣き寝入りして申出額で滌除を受け入れることもあるとされる。これについては、滌除という制度の合理性を疑い、その廃止を立法論として主張する見解や滌除自体は制度として残しながらも増価競売等それに対応する手続を改善する（民事再生法の担保権消滅の場合のように裁判所による評価の手続を導入するなど）ことを主張する見解などがあるが、未だ明確な解決には至っていない（この問題については、中村廉平ほか「抵当権制度の現状と将来像(3)」NBL702号28頁以下参照）。

最後に、賃料の債権譲渡等による執行妨害というものがある。これは、上記のような不動産の執行自体を妨害する手段ではなく、抵当権に基づく物上代位を妨害する手法である。不動産の売却自体が困難な経済状況を前提に、なお抵当権者が債権の回収を図る方法として、判例（最判平成元年10月27日民集43巻9号1070頁）は賃料に対する物上代位を一般的な形で認め、物上代位による回収が脚光を浴びている。しかるに、これに対する執行妨害の方法として、賃料を第三者に譲渡したり、賃借人との間に第三者を介在させて第三者との賃貸料を安く設定するといった行為が行われた。前者については、判例が抵当権設定登記後に譲渡の対抗要件を備えた賃料債権譲渡については、民法304条に言う「払渡又ハ引渡」には含まれず、物上代位が優先することを明らかにして決着がついた（最判平成10年1月30日民集52巻1号1頁）。これに対し、後者についても近時最高裁が判断したところ、それは「抵当権者は、抵当不動産の賃借人を所有者と同視することを相当とする場合を除き、右賃借人が取得する転賃賃料債権について物上代位権を行使することができない」とするものであり（最決平成12年4月14日民集54巻4号1552頁）、賃借人を所有者と同視できるか否かという困難な認定問題を残しており、執行妨害を実効的に抑止できるかは今後の運用いかんに係っていると見えよう（但し、判例の態度の違いは執行妨害に関する立証の困難さの差異を反映したものであるとする理解につき、佐久間弘道・判批・銀法577号46頁以下参照）。

3 執行妨害阻止の方法

(1) 基本的な考え方

執行妨害に対処するについては、何よりも妨害が経済的に引き合わないものにするのが肝要であり、精神論の類はほとんど意味がないであろう。民事執行法による競売・売却妨害の抑止で最も効果があったのは、競売場からの妨害者の排除等の方法ではなく、期間入札制度の導入であった点に注意すべきである。これは、全国のポストを監視することはコストベネフィットに合わないというところから、競売（入札）妨害を一瞬にして経済的に引き合わないものとしたわけである。もちろん刑事罰も一罰百戒的な意味はあるであろうが、すべてを処罰することは实际的でなく、やはり基本的には、執行制度自体としてつけこまれる隙を可及的に少なくした足腰の強いものとし、どうしても残らざるをえない隙について、刑事罰を含めて強力に対応するのが本来の筋であろう。

このような観点からは、占有による妨害に対処するには、占有妨害者がその取得を目的としている立退き料を引き下げようシステムを構築すべきこととなる。売却の前であるか後であるかにかかわらず、後述のような明渡し債務名義の簡易迅速な付与のほか、取得した債務名義の実現のための執行手続の充実が必要不可欠となる。すなわち、立退き執行の簡易廉価な実現である。執行官制度の改善等も重要な課題であるが、より抜本的な対策として、明渡し執行の専門機関を設けるようなことも将来的には考えられてよいのではなかろうか（明渡しサービサー制度）。このような機関の創設により、事件を集約してコストを低減することが期待でき、結果として立退き料を引き合わないレベルに押し下げることが可能になるのではなかろうか（抵当権者が明渡しまでするシステムを維持するならば、むしろ担保付債権の売却制度（場合によってはそれを証券化することも考えられよう）の一環として、サービサーが明渡し執行を担当することも想定されよう）。なお、すべての法を超越した裸の暴力については、最終的な解決策はない。この点については、総会屋等と同じ問題であり、最後の手段としての刑事的な積極的対処の必要性があるということであろうか。また、執行抗告による引延しの妨害については、（簡易却下は有効であるにしても）最終的には抗告審手続の迅速化がやはり王道であろう。

以下では、以上のような認識を前提に、個別の問題について十分に練れたものではないが、改善の方策について若干の検討をしてみたい。

(2) 引き受けられない用益権の明確化

以上のような観点から、占有による執行妨害との関係では、まずそのような妨害者が買受人に対抗できないという状態を形成するのが第一次的な前提として肝要である。この点で、単なる不法占有はもちろん、長期賃貸借や使用貸借も対抗が否定されるので問題はないが、問題となるのは抵当権に後れる短期賃貸借である。民法395条・602条によれば、建物については3年以内、一般の土地については5年以内の賃貸借は、抵当権設定登記後に対抗要件を備えたものであっても、抵当権者に対抗できるものとされる。したがって、そのような賃貸借権は原則として買受人に引き受けられることになる（民執59条2項参照）。

このような短期賃貸借権が執行妨害行為に利用されるとき、それを排除する方法として民法が予定しているのは、その解除請求である。すなわち、短期賃貸借が抵当権者に損害を及ぼすときは、裁判所は抵当権者の申立てによりその解除を命じることができるものとされている（民395条但書）。そして、判例上、解除の要件は、短期賃貸借の存在により抵当不動産の売却価額が下落すれば損害があると言えとされ（最判平成8年9月13日民集50巻8号2374頁）、比較的広い範囲で解除が認められるようになってきている。ただ、この方法の問題点は、言うまでもなく解除には裁判所の判決が必要とされる点であり、訴訟手続に一定の期間を要するため、抵当権者にとって十分に実効的な救済であるとは言い難い（裁判所は早期判決に努力しているようであるが、判決手続としての限界は否定できない）。そこで、執行実務では、短期賃貸借を正常型と非正常型に分け、前者については原則どおり買受人の引受けとするが、後者については引受けとしないという扱いが一般的である（不動産執行の理論と実務前掲242頁以下など参照）。その結果、非正常型短期賃貸借と裁判所に認定されれば、物件明細書上も引き受けられる用益権としては記載されないこととなる。

以上のような状況を前提にして、今後のありうる改善の方向としては、(1)現在の実務の運用を維持する前提で、短期賃貸借制度を残して濫用型と正常型を識別する方法をより精緻なものとしていくことが考えられる。既に平成10年改正で、執行官の現況調査の権限が強化されたが、さらにこの方向を伸ばしていくという考え方である（この点については、

執行官の現況調査手数料の引上げ（売却手数料とのバランスの改善）など執行官のインセンティブを高めると同時に、安易な調査ミスに対する責任をも認める方向で考える必要があるのではなかろうか。しかし、他方では、より抜本的な方策として、(2)短期賃貸借制度を原則として廃止してしまう方向の改革も考えられないではない。これによれば、執行裁判所は短期賃貸借の正常・非正常という困難な判断を回避できることになる。

このいずれの途を採るかは、結局、正常型の短期賃貸借の意義をどのようなものと理解するかに係ってくるのではないかと思われる。この点で、少なくとも現状の制度の下においては、正常型の意義というのは余り大きなものとは思われない。けだし、短期賃借人は、正常型として買受人に引き受けられたとしても、差押後に期間が満了したときはもはや更新は認められず、正当事由の有無にかかわらず賃借権を失うものと解されているからである（最判昭和38年8月27日民集17巻6号871頁）。そして、通常の建物賃貸借の期間としては2年の期間が多く、執行手続に1年近くを要する現状を前提にすれば、多くの賃貸借はそもそも手続中に期間満了して買受人に対抗できなくなる（敷金も買受人に承継されず実質的には回収は困難となる）し、差押えに比較的近接した時点で設定された賃借権は、買受人に引き受けられる（敷金も承継され）が、その数ヶ月後に来る期間満了をもって当然に賃借権は消滅する結果となる。その意味で、①差押えと賃借権設定の前後関係により特に敷金承継の関係で不公平が生じる、②執行手続期間の長短により同様の不公平が生じる、③買受人による引受けとなる場合でも、実質的には数ヶ月の明渡猶予期間の保障に止まることも多く用益権の保護という制度目的を達成しているとは言い難い、といった点で、現行の短期賃貸借制度の合理性は大きくないというべきであろう。

そこで、今後の方向としては、(1)正常型の場合の短期賃貸借をむしろ強化しながら（例えば、保護期間を延長したり、買受後の更新も可能にするなど）、濫用型の徹底的な排除を図るか（この場合には執行手続上の資料収集の強化措置等が不可欠であろうが、いずれにせよ執行手続に係る負荷が大きくなることは疑いない）、(2)そのような強化は諦めて、その代わりに正常型か濫用型かの探索はせずに、むしろ執行手続上の明渡猶予期間のような制度に縮小していくかといった選択肢が考えられよう（その意味で、現行の制度は中途半端なものであるとの評価を受けざるを得ない）。この点は結局、まさに抵当権に基づく担保金融のあり方、賃貸住宅政策のあり方等を広く包含する政策的判断の問題であると言え、筆者に定見はないが、現在のような賃借建物市場の供給過剰構造を前提とすれ

ば、思い切って短期賃貸借制度を原則として廃棄することも十分検討に値するものと考えられる。

(3) 売却のための保全処分等の活用

用益権が買受人に引き受けられない場合には、買受人は論理的には買受後直ちに当該不動産を使用収益できることになる。しかし、実際には、そのような使用収益を行うには現実に不動産の占有を取得しなければならず、そのためには占有者を排除しなければならない。そこで、そのような売却前後の引き受けられない占有者に対する排除措置の実効性の確保が次の課題となる。

まず考えられるのは、売却後買受人が自ら占有者を排除する方法である。前述のとおり、民事執行法は、引渡訴訟によらずに簡易に買受人が明渡しを求める方法として引渡命令の制度を導入し、平成8年改正により、その対象者を買受人に対抗できない占有者一般に拡大した。したがって、右改正後は、引き受けられない用益権者の範囲と引渡命令の対象となる占有者の範囲は一致し、実効的な占有者排除が制度的には可能になったと評価できる。しかし、次の問題として、買受人は少なくとも引渡命令申立ての負担を負うわけであり、そのような負担すら嫌う者は競売市場に参入してこないこととなる点がある。このような者がどの程度存在するかは明らかでないが、紛争事案に習熟していない一般消費者や小規模不動産業者等はそのような手続（そもそも買受物件に占有者がいること自体）を嫌忌する可能性は十分にあり、その分市場が縮小するおそれは否定し難い。その意味では、引渡命令の充実だけでは執行妨害対策としては不十分と言わざるを得ず、やはり売却前に執行妨害占有者を排除できるスキームが不可欠であると解される。

そのような方法として、売却のための保全処分を中心とする執行法上の保全処分制度が存在する。現在の民事執行法55条は、債務者・第三者の区別なく、占有者が「不動産の価格を著しく減少する行為又はそのおそれがある行為」（価格減少行為等）をするときには、その禁止命令等を発令でき（同条1項）、さらに買受人に対抗できない占有者との関係では、執行官保管の保全処分も可能とされている（同条2項）。これらが十分に活用されれば、占有に基づく執行妨害は十分に抑止できるものと考えられる。しかしながら、現状ではこのような保全処分の申立ては余り多くなく、制度が活用されているとは言い難いようである。その原因は必ずしも明らかではないが、一方では、55条の要件認定が厳しく、単

なる不正常占有（買受人に対抗できない占有）では十分ではなく、より悪質な占有であることが要求されることによる旨の指摘があり、他方では、債権者の消極的な姿勢に原因があるとの指摘も存在する。仮に前者の指摘が正しいとすれば（そして、それが債権者の消極姿勢の原因となっているとも考えられる）、保全処分制度のより緩和した運用がされることが望ましいであろう。少なくとも、非正常占有として買受人に承継されない用益権について、保全処分による排除を認めない理由があるとは思われない。そのような対処は現在の価格減少行為等の解釈によっても十分に可能であると思われるが、より明確にするために、例えば、「著しく」という文言を削ったり、民事執行法68条の2に合わせて「不動産の売却を困難にする行為をし、又はその行為をするおそれがあるとき」といった要件にしたりすることも考えられよう。このような要件の緩和は、平成11年最高裁大法廷判決が示した担保価値維持請求権の理解からも導くことができるもののように思われる（差押債権者も差押後はやはり一種の差押不動産の価値維持請求権を有するものと考えられるのではなかろうか）。

さらに抜本的な方策としては、執行手続開始前に妨害占有者の占有を排除できないかが問題となりうる。この点は、前記大法廷判決の射程にも関連するところであり、実体法の議論となるので、ここでは触れない。ただ、抵当権に基づく物上代位とも関連する問題として、近時、抵当権者による強制管理の制度を創設すべきではないかとの議論もあるところであるので、簡単にふれておく。仮に抵当権者による強制管理が可能であるとすれば、抵当権者はとりあえず第三者の占有を排除して、そこに新たな賃借権等を設定して不動産の売却を図る（あるいは適切な売却時期を待つ）ことができるようになる。その意味で、抵当権者にとっては極めて使いでのある制度ということになろう。ただ、不動産の収益について一般に抵当権者の優先権を認めることは、現行民法の下では困難であると見られる。現行民法の認める収益に対する優先権は、既存の賃貸借の賃料に対して物上代位という方法をとる場合に限定しているから見られるからである。したがって、実体法の改正まで視野に入ればともかく、民事執行法の範囲内での対処としては、既存の強制管理（民執法93条以下）について、抵当権者には債務名義なしに登記等だけで開始するという措置を認めることなどに限られるように思われる（優先権は認められず、一般債権者の配当要求は可能とされよう）。ただ、第三者が占有している場合には、当該第三者の占有権原が抵当権者に対抗できず大法廷判決の述べるような要件を満たす場合には、管理人がその明渡し

を求めることができるものと定めることは可能であろう。仮にこれが認められれば、不動産の管理人は執行妨害を目的とする第三者を排除し、適切に不動産を管理し収益を挙げる傍ら、それを見極めて抵当権者が競売を申し立てれば、不動産競売が円滑に進行する可能性はあろう（買受人は確実に管理人からの占有移転を期待できる）。そこで、このような形の管理命令制度は、立法論として検討に値するように思われる。

（４） 抗告審の迅速化

最後に、抗告による執行妨害との関係で抗告審における審理の迅速化の問題について簡単に言及しておきたい。前述のように、濫用的抗告の原審却下はそれなりの成果を挙げているように見受けられる。しかし、注意しなければならないのは、当事者の不服申立権の保障はやはり手続法における基本的保障であり、本来はそれを引延し目的であるとしてアプリアリに否定してしまうのは、決して望ましい対策ではないという点である。もちろん現在原審却下されている執行抗告は極端な濫用として目に余る類のものであり、不服申立権といった奇麗事でないことは確かであろう。しかし、手続法の原理的な立場からは、抗告を認めながら迅速に抗告審でそれを却下するのが本来の対処法であることは否定し難いところである。既に執行抗告の迅速処理に関しては、各高等裁判所の積極的な取組みが見られるとされるが、さらに徹底した対処が望まれるところである。制度的には、執行抗告（その他、保全抗告等も含めて）について集中的に（あるいは専門的に）処理する裁判部を高裁に設けるような対策も考えられるのではなかろうか。

4 おわりに

本稿は、民事執行法の立場から執行妨害を抑止する方策について検討してきたものである。もちろん、執行妨害に対する対策は総合的なものであるべきであり、民法や刑法等と協力しながら、個々の場面や妨害方法に対して最も実効的な方策を模索する必要があることは言うまでもない。また、民事執行に関しても、上記のような方策はやや微温的なものであり、より抜本的な対応を説く見解もありうるであろう。本稿はあくまで議論の手掛かりを提示することを目的としたものであり、これを一つの契機として様々な法分野

の知見に基づき総合的な執行妨害方策が模索されること（「執行妨害抑止法学」が展開されること）を期待して、筆を擱くこととしたい。

ドイツの強制執行妨害罪

小林 憲太郎

目 次

- 1 はじめに——条文の紹介
- 2 ドイツの強制執行妨害罪——総論
- 3 ドイツの強制執行妨害罪——各論
- 4 立法論
- 5 おわりに

1 はじめに——条文の紹介

執行妨害及びそれに対する刑事法的対応には、いくつかのものがある。本稿ではそのうち執行対象を消失させるもの、及びそれに対する刑事法的対応である強制執行妨害罪について、日独の比較を交えつつ検討を加えることにしたい⁽¹⁾。そこでまずはじめに、日独の強制執行妨害罪の条文を紹介しておく。

わが国（刑法）

第五章 公務の執行を妨害する罪

（強制執行妨害）

第九十六条の二 強制執行を免れる目的で、財産を隠匿し、損壊し、若しくは仮装譲渡し、又は仮装の債務を負担した者は、二年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

ドイツ（連邦刑法典）

第25章 可罰的私利

288条 強制執行妨害

第1項 強制執行がさし迫っている場合において、債権者の満足を妨害する意図でその財産の構成部分を売却し、又は隠滅した者は、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

第2項 前項の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

Fünfundzwanzigster Abschnitt: Strafbare Eigennutz

§ 288. Vereiteln der Zwangsvollstreckung.

(1) Wer bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestandteile seines Vermögens veräußert oder beiseite schafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

2 ドイツの強制執行妨害罪——総論

まず問題になるのは強制執行妨害罪が、他の執行妨害に対する刑事法的対応とどのような関係に立つかということである。もっともこの点については、判例・通説共に見解が一致している。すなわち強制執行妨害罪は、包括的強制執行（倒産）＝総債権者の利益を保護する283条以下のいわゆる倒産犯罪⁽²⁾とは異なり、個々の強制執行、すなわち個々の債権者が、債務者の財産から満足を得る権利を保護するものだというのである（BGHS16, 334）。そしてこれは、わが国の最高裁の立場（最判昭和35年6月24日刑集14巻8号1103頁）とも同一である。ただしわが国の学説の中には強制執行妨害罪の、国家的法益に対する罪としての側面を指摘するものも多い⁽³⁾。これはドイツの強制執行妨害罪が、刑法典中可罰的私利の章に置かれているのに対し、わが国のそれが、公務の執行を妨害する罪の章に置かれていることによるものであろう。そしてこのことは具体的な解釈論においては、「個々の債権者の利益が害されていないとしても、なお強制執行妨害罪の成立を肯定するか」というかたちで顕在化する。

3 ドイツの強制執行妨害罪——各論

では次に強制執行妨害罪の、個々の成立要件について検討を加えよう。

まず請求権の存在が必要である。これはわが国の判例（前掲最判昭和35年6月24日）も同様であるが、「行為時に債権の存在する（合理的）可能性があれば足りる」⁽⁴⁾とする見解も主張されている。要するに無効な⁽⁵⁾請求権や、将来において生ずべき請求権、たとえばまだ生まれていない子供の扶養請求権（RGSt44,252）⁽⁶⁾では足りないということである。もっとも期限が到来していることまでは必要ないし、またその請求権が、公法上のものであると私法上のものであるとを問わないとされている⁽⁷⁾。さらに間接強制しかできない請求権であってもよい。ただし訴訟費用の請求権は含まれても、罰金などは含まれない⁽⁸⁾。これはむしろ国家的法益に対する罪である、刑罰無効化罪（ドイツ刑法258条2項）によって捕捉されるものである。

次に強制執行がさし迫っていることが必要である。「さし迫っている」とは客観的な意味であり、わが国の判例も同様である（前掲最判昭和35年6月24日）。したがって債権者が、認識不足のためにいまだ強制執行の意図を有していなくても、「さし迫っている」といえる。さらに強制執行が開始されていたり、あるいはその申立てがなされている必要もない。わが国の判例も同様である（最決昭和35年4月28日刑集14巻6号836頁）。また期限が到来しているだけでは不十分であるが、債務名義が存在すれば常に「さし迫っている」といえる。なお正犯たり得るのは、原則として執行債務者のみである（RGSt68,108）。もっとも厳密にはドイツ刑法28条1項にいう身分（犯）ではなく、行為に関係する要素にすぎないと解する見解が有力である。これに対してわが国では、第三者でもよいとするのが判例（大判昭和18年5月8日刑集22巻130頁）・通説である⁽⁹⁾。債務者が法人であったり、あるいは行為者が債務者の法定代理人である場合については、かつては争いがあったものの、現在ではドイツ刑法14条が適用される。もっとも任意代理人の場合には、288条は適用されない。

さらに財産の構成部分の、売却ないし隠滅が必要である。両者は択一的認定によってよいとされている（RGSt6,100）。財産とは民法上の意味ではなく執行法上の意味、すなわち執行対象のすべてを指す（RGSt61,407）⁽¹⁰⁾。売却とは債務者財産に完全な対価が帰属することなく、債権者の引当財産を債務者財産から除去するすべての法律行為である（RGSt71,230）。もっとも単なる売買契約の締結（RGSt32,20）や、賃貸借・使用貸借に付すことは、これにあたらぬ。また他の債権者に対する本旨弁済（kongruente Deckung）も、債務者財産を減ずるものではないから、これにあたらぬ（完全な対価を伴う場合について、RGSt66,131;71,230）。さらに相続放棄も、相続人の任意によるからこれにあたらぬ。隠滅とは執行対象を——債務者財産から法的に除去することなく——事実上除去する、すべての行為である⁽¹¹⁾。ただしたとえばドイツ刑法283条1項1号において、隠滅のほかに破壊などの行為が列挙されていることの反対解釈から、後者は288条によっては捕捉されないとの見解も主張されている（もっとも判例〔破壊につき RGSt19,25;27,123〕・通説は反対。ただし単なる損傷〔Beschädigung〕や、債務者自身による物の価値を減ずるような利用は除く）。なおわが国では、財産の隠匿、損壊もしくは仮装譲渡、または仮装の債務の負担が処罰されている。一見するとわが国の方が処罰範囲が広いが、わが国では「仮装」性を有する行為が列挙されているために、それを欠くものは処罰できず（大阪高判昭和32

年12月18日裁特4巻23号637頁)⁽¹²⁾、あるいは「譲渡」や「債務負担」など相手方の存在を前提にする行為については、その相手方は必要的共犯として不可罰と解する余地があるから⁽¹³⁾、処罰範囲が狭い部分も存在する。

最後に債権者の満足を妨害する意図が必要である。意図とはここでは、単なる確定的故意を指す (RGSt59,315)。要するに条件付故意は除かれるということであるが、その理由は債務者の経済的自由を、過度に制限しないようにするためである。もっともたとえば刑罰無効化罪 (ドイツ刑法258条) において、「意図で」のほかに「認識しつつ (wissentlich)」が列挙されていることの反対解釈から、前者はより強い意味であるとの見解も主張されている。なお共犯には右のような意図は不要であり (RG,JW 1930,2357)、正犯の意図の認識で足りると解されているから、いわば違法身分⁽¹⁴⁾ということができよう。

なお本罪は、わが国と異なり親告罪とされている。ここにも個人的法益に対する罪としての側面が現れているといえよう。告訴権者は、第一次的には債権者である。そして債権者が倒産しても、倒産管財人の告訴権とは別に、告訴権が存続するとされている (破産につき RGSt23,344;33,433;35,149)⁽¹⁵⁾。

また罪数に関してであるが、すでに開始された強制執行に加え、さらなる執行行為が予期されるときは封印等破棄罪 (ドイツ刑法136条) と (RGSt17,42)、同様に横領罪 (246条) と (RGSt61,410)⁽¹⁶⁾、さらに強制執行妨害罪 (288条) の構成要件に加え、事後的に支払停止ないし倒産手続の開始があったときは倒産罪 (283条) や債権者庇護罪 (283条c) と、観念的競合の関係に立つとされている。

4 立法論

1962年の改正刑法草案では、本罪を侵害犯化することが提案された。また行為要件としては、破壊や損傷、使用不能化を加える一方で、売却の削除が主張された。さらに主体を債務者以外にも拡張すべきことが主張された。1974年の刑法改正法草案はこれらの提案を採用したが⁽¹⁷⁾、結局立法化されることはなかった。1976年の第一次経済犯罪対策法 (Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität) では破産犯罪に関する規定が改正されたが、刑法288条や289条 (質物奪還罪) の改正は見送られた。要するに本罪の構成要件は、

永らく変更を受けていないわけである。

5 おわりに

本稿ではドイツの強制執行妨害罪について、わが国との比較を交えつつ検討を加えてきた。もっとも両国で、可罰範囲にそれほど大きな違いがあるわけではない。またそれにより実際に処罰されているモデルケースについても、両国の間にそれほど差はない。唯一異なるのは、わが国では暴力団などが執行妨害にシステムティックに加担しているのに対して、ドイツではそのような事態がみられないということであろう。そしてそのような事態に対して本罪を適用することを考えた場合、やはりわが国の規定の方が優れているように思われる。以下ではこの点について、若干の説明を加えておこう。

まず執行対象が動産である場合には、その価値が一般に低いことから、組織的な執行妨害はさほど行われていない。問題は不動産の場合である。ここで一般に行われている執行妨害は——暴力団などが債務者と通じて——執行対象である不動産を①不法に、または濫用的短期賃借権により占有したり、あるいはそれに対する②止当な（短期）賃借権を仮装することなどである。

まず①について、ドイツでは、本罪で処罰されないことに争いはないようである。しかしわが国では、やや事情が異なる。すなわち本罪にいう「損壊」に関し、毀棄罪にいういわゆる「効用侵害説」を採用すれば、それは執行対象である不動産の効用を害する一切の行為ということになるから、不動産の価値を容易に回復不可能なほど減少させる①のような行為をも、本罪によって捕捉し得る可能性が生じてくるわけである⁽¹⁸⁾。

次に②についても、ドイツで本罪が適用される余地はないが、わが国では違う。すなわち本罪にいう「仮装の債務を負担」に、実際には不存在的無効な（短期）賃借権を正当なものとして仮装することが含まれるのであれば、②のような行為をも本罪によって捕捉し得ることになるのである。

では最後に本罪と、他の執行妨害に対する刑事法的対応との、（理論的ではなく）実際上の関係についてふれておこう。

まず破産犯罪との関係であるが、両者は広い意味では同質のものといえてよいであろう。

破産犯罪のモデルケースとして、いわゆる整理屋の活動が挙げられるが、それは個々の強制執行に対しては、まさしく強制執行妨害罪のモデルケースである。両者の実際上の差異として最も大きなものは、おそらく破産犯罪の方が、処罰時期が遅いことであろう。

次に封印破棄罪（刑法96条）との関係であるが、こちらは広い意味での公務執行妨害罪であるから、強制執行妨害罪とは異質のものといってよいであろう。ただし封印破棄罪も、近時では執行妨害を排除する手段として活用され始めている。これに対して公務執行妨害罪（95条）は、執行官に対する抵抗を排除する手段として、主として現場で用いられるものである。

では競売等妨害罪（96条の3）⁽¹⁹⁾との関係はどうであろうか。本罪が主として念頭に置くのは、担保権の実行のための競売手続への妨害であり、強制執行妨害罪が念頭に置く行為類型との間にはズレがある。もちろん競売手続が「強制執行」に該当するとすれば、競売等妨害罪が念頭に置く行為類型の多くが、強制執行妨害罪によっても捕捉されることになろう。しかし前者の保護法益が、「競争原理」というやや特殊なものであるとすれば⁽²⁰⁾、両者の異質性はなお残るといわざるを得ないであろう。

[注]

- (1) 注で引用した文献のほか、ドイツにおける各種刑法典コンメンタール類の、288条に関する部分を参照した。Z.B. Tröndle/ Fischer, 50. Aufl., 2001 (Fischer); Schönke/ Schröder, 26. Aufl., 2001 (Eser/ Heine); Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1988 (Schäfer); Systematischer Kommentar, 6. Aufl., 48. Lfg., 1999 (Hoyer); Lackner/ Kühl, 23. Aufl., 1999 (Kühl). Vgl. auch Hermann Bruns, Gläubigerschutz gegen Vollstreckungsvereitelung, ZStW 53, S. 457ff.; Hartwig Berghaus, Der strafrechtliche Schutz der Zwangsvollstreckung, 1967, S. 91ff.; Klaus Geppert, Vollstreckungsvereitelung (§ 288 StGB) und Pfandkehr (§ 289 StGB), Jura 1987, S. 427ff.
- (2) ドイツの倒産犯罪については、たとえば小林「日独の倒産犯罪の比較——実質的倒産犯罪を中心に——」千葉大学法学論集15巻3号(2001年)213頁以下参照。
- (3) たとえば西田典之『刑法各論』(1999年)409頁。
- (4) 西田・前掲書411頁。なおドイツでは、たとえ民事裁判で請求権が肯定されても、刑事裁判でそれを否定できると解されている。もっとも逆は許されない。なお「強制執行に対していかなる範囲で正当防衛が認められるか」というかたちで、この問題を論じたものとして Berghaus, a.a.O., S. 5 ff. がある。
- (5) 取り消された場合 (RGSt13,291) や、時効にかかった場合を含む。行為時にいまだ取り消されていない場合も含まれるが、法的状況が疑わしい場合に行為者が、真実がどうであろうと妨害措置に出たところ、後に取り消しが無効と判明したような場合には、強制執行妨害罪が成立する。
- (6) これはむしろ、扶養義務違反罪 (ドイツ刑法170条) で保護されるものである。
- (7) ただし形式的に存在し、実体法上の基礎を欠く手続的執行権、たとえば文書の提出を求める権利は含まれない。
- (8) これに対して西田・前掲書409頁は、「刑訴法490条による罰金、科料等の強制執行は含まれると解すべきであろう」とする。そしてその理由としては、「民事執行法または同法を準用する強制執行に限られる」ことが挙げられている。最判昭和29年4月28日刑集8巻4号596頁。しかしドイツでは、いかなる手続法によるかを問わないと解されているにもかかわらず、本文のような帰結が採用されているのであるから、右は理由としては不十分であろう。
- (9) 反対説として、たとえば西田・前掲書410頁がある。これはわが国の刑法96条の2が「強制執行を免れる目的」と規定し、「免れさせる目的」を含まないことを理由にするものである。かりにこのような理由づけが適切なものであるとすれば、むしろ「債権者の満足を妨害する意図」と包括的に規定するドイツ刑法288条こそ、第三者も正犯たり得るとすべきであろう。
- (10) 逆に執行対象でないものは、ここには含まれない。Vgl. Erwin Umbauer, Das strafbare Vereiteln der Zwangsvollstreckung in Forderungen, ZStW 35, S. 208ff.
- (11) ゆえに特定物の引渡請求権の強制執行を、その完全な対価を伴う譲渡という法律行為により妨害した場合には、本条を適用し得ず不都合であるから、ドイツ民事訴訟法883条に基づく強制執行の場合には、売却とは当該物を債務者財産から除去するすべての法的取引であるというふうに、修正を加えるべきであるとの指摘もある。Günter Haas, Der strafrechtliche Schutz der Zwangsvollstreckung

zur Erwirkung der Herausgabe bestimmter beweglicher Sachen (§ 883 ZPO), JR 1991, S. 272; ders., Vereiteln der Zwangsvollstreckung durch Betrug und Unterschlagung, GA 1996, S. 118f. なおドイツ民事訴訟法883条は、特定動産の引渡請求権の強制執行に関する規定である。

また支払猶予を騙取した場合、その時点で支払能力があれば、後にそれが欠如することが財産上の損害を構成するから詐欺罪（ドイツ刑法263条）が成立するが、その時点ですでに債権が無価値であればそうならず、不都合であるとの指摘もなされている。ders., GA 1996, S. 117f.

- (12) もっともたとえば小野寺信幸「強制執行の刑法的保護」金融法務事情1336号（1992年）47頁が、その理由として「債権者に不利益を与えることにはなるが、債務者自身がそれにより利益を受けるわけではない」ことを挙げるのは疑問である。債務者の受益の有無は、本罪の成否に消長を来さないはずだからである。
- (13) 西田・前掲書412頁はこれに反対する。これは「譲渡」や「債務負担」が——架空名義や第三者名義の無断使用など——相手方なくして観念し得ることを理由にするものである。なおドイツの判例も、売却の相手方を補助としている。RGS127,10.
- (14) この概念については、たとえば西田典之『共犯と身分』（1982年）参照。
- (15) なお1974年の改正前は、債権者のみが告訴権を有すると規定されていた。
- (16) もっともハースによれば、ドイツ民事訴訟法883条に基づく強制執行の場合には、強制執行妨害罪と横領罪の保護対象が完全に同一であるから、行為の不法内容は前者で完全に捕捉されており、前者の罪・罪を成立させるべきであるという。Haas, JR 1991, S. 272f. さらに前掲注(11)参照。
- (17) 詳細とその批判につき、vgl. z.B. Wolfgang Schöne, Das Vereiteln von Gläubigerrechten, JZ 1973, S. 446ff.
- (18) ここで二つ問題が生じる。

その一つ目は、正当な（短期）貸借権による占有までもが、本罪によって捕捉されてしまうのではないかということである。しかしそれは、かりに本罪の構成要件に該当しても、刑法35条で正当化されるから不都合はない。民事法上適法な行為は、刑法上も適法なのが原則である。

問題は二つ目、すなわち「効用侵害説」を徹底すれば、占有を伴わない②のような行為までもが「損壊」に該当することになり、それを毀棄罪一般に推し及ぼすと、処罰範囲が過度に拡張してしまうのではないかということである。紙幅の関係と詳論は避けるが、結論からいえば、②のような行為は「損壊」に該当しないと解すべきであろう。もっとも本稿はすぐ後に述べるように、かりに②のような行為が「損壊」に該当しなくても、強制執行妨害罪を構成し得ると考えているので、不当な処罰の空隙が生じることはない。

- (19) なおドイツ刑法典には、本罪に対応する構成要件が存在しない。
- (20) たとえば橋爪隆「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49巻4号（2000年）39頁以下参照。

強制執行妨害・競売妨害

——債権回収の妨害と刑法

上 寫 一 高

目 次

- 1 検討の対象
- 2 強制執行妨害罪
- 3 競売入札妨害罪
 - (1) 裁判所に対する虚偽の貸借契約書の提出
 - (2) 最高価買受申出人に対する威力の使用

1 検討の対象

債権者が債権を回収する際に、債務者等がこれを妨害することがある。経済社会における不良債権の増加に伴って、債権回収の妨害に関する事件が増加し、その取締りも強化されている。特にこれに関連しうる刑法上の犯罪としては、封印等破棄罪（96条）、強制執行妨害罪（96条の2）、競売等妨害罪（96条の3）があるが、いずれも、公務執行妨害罪等（95条）と共に、「公務の執行を妨害する罪」の章に規定されている。このうち、強制執行妨害罪と競売等妨害罪は、1941（昭和16）年の刑法改正によって追加されたもので、実際になされることも多い犯罪である。刑法96条の2は、「強制執行を免れる目的で、財産を隠匿し、損壊し、若しくは仮装譲渡し、又は仮装の債務を負担した者」を処罰するもので、これまでは、強制執行免脱罪と称されることが多かった。また、96条の3第1項のいわゆる競売入札妨害罪は、「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」を処罰する。本稿では、強制執行妨害罪の目的と、競売入札妨害罪の行為について、近年問題とされた例も交えて、若干の検討を行うこととする。

2 強制執行妨害罪

強制執行妨害罪の保護法益について、判例は、最高裁昭和35年6月24日判決（刑集14巻8号1103頁）において、「およそ刑法96条の2の罪は、国家行為たる強制執行の適正に行われることを担保する趣意をもつてもうけられたものであることは疑のないところであるけれども、強制執行は要するに債権の実行のための手段であつて、同条は究極するところ債権者の債権保護をその主眼とする規定であると解すべきである」と述べ、そして、強制執行とは、従前の民事訴訟法による強制執行又は同法を準用する強制執行を指し、国税徴収法に基づく滞納処分は含まないとする（最決昭和29・4・28刑集8巻4号596頁。民訴法の規定による刑訴490条の罰金等の執行は含むとされる。河上和雄=久木元伸・大コンメンタール刑法〔第二版〕第6巻187頁、西田典之・刑法各論第二版425頁）。学説上は、判例と同様に、債権者の財産的利益を第一に保護するという見解（平野龍一・刑法概説281頁、

大谷實・新版刑法講義各論571頁以下等。前田雅英・刑法各論講義〔第3版〕447頁、中森喜彦・刑法各論〔第2版〕304頁、林幹人・刑法各論474頁以下は、強制執行は罰金等の執行を含まないことを明示する）が現在は多数説であろうが、刑法改正仮案（1940年）におけるのとは異なり、本条の位置から、国家の作用としての強制執行の機能を第一に保護するものであり、強制執行は、罰金等財産刑の執行や滞納処分を含むとする見解（団藤重光・刑法綱要各論第三版64頁以下、福田平・新訂刑法各論〔第三版〕20頁、大塚仁・刑法概説〔各論〕〔第三版〕578頁以下等）も有力である。

本罪が成立するのは、財産を隠匿する等の行為が、強制執行を免れる目的、つまり、強制執行をしてもその効果が上がらないようにする目的（大塚・前掲579頁等）においてなされる場合に限られる。この目的について、前記最高裁昭和35年判決は、「単に犯人の主観的認識若しくは意図だけではならず、客観的に、その目的実現の可能性の存することが必要であつて、同条の罪の成立するがためには現実に強制執行を受けるおそれのある客観的な状態の下において」、所定の行為がなされることを要するとし、「本件のように、何らの執行名義も存在せず単に債権者がその債権の履行請求の訴訟を提起したというだけの事実をもつてはならず、かくのごとき場合に本条の罪の成立を肯定するがためには、かならず、刑事訴訟の審理過程において、その基本たる債権の存在が肯定されなければならない」、したがって、「債権の存在が否定されたときは、保護法益の存在を欠くものとして本条の罪の成立は否定されなければならない」とし、執行名義（債務名義）の存在しない場合には、債権の存在を確定することを要するとする（寺尾正二・最高裁判所判例解説刑事篇昭和35年度235頁。債権の存在を要するという学説は、藤木英雄・裁判と法（下）・菊井先生献呈論集879頁、平野・前掲281頁、大谷・前掲572頁、曾根威彦・刑法各論〔第三版〕290頁、林・前掲475頁等）。これに対して、強制執行を受ける客観的可能性の存在は必要であるとしても、債権の存在までは必要なく（団藤・前掲64頁）、本罪は危険犯であり、債権の存在が未確定の間に機能する保全執行も本罪の強制執行に含まれる（大判昭和18・5・8刑集22巻130頁）ことから、債権の存在する（合理的）可能性があれば足りると解する学説も少なくない（大塚・前掲579頁、前田・前掲447頁以下、中森・前掲304頁以下、西田・前掲426頁等）。

そして、債権の存在が肯定される事案でも直ちに右の強制執行を受ける客観的可能性の存在が肯定されるわけではない。不動産の仮装譲渡や定期預金及び割引債券の隠匿による

強制執行妨害等に関する末野興産事件では、この可能性の存否が争われ、判決（大阪地判平成11・10・27判タ1041号79頁）では比較的詳細な判示がなされた。これまで、強制執行妨害罪の成立が認められてきたのは、債務者が支払い不能に陥った、あるいは、陥ることが確実な場合（最決昭和35・4・28刑集14巻6号836頁、東京地判昭和57・9・17判タ482号169頁）、債務の返済の停止のためすでに差押命令等を受けていて、さらなる強制執行を受けることが予想される場合（東京地判平成10・3・5判タ988号291頁）、又は、客体となる財産に対して現実に強制執行が開始された場合（高松高判昭和31・1・19裁特3巻3号51頁、浦和地判昭和38・1・16下刑集5巻1=2号32頁、福岡地大牟田支判平成5・7・15判タ828号278頁、東京地判平成5・10・4金法1381号38頁）等である（その他に、最決昭和39・3・31刑集18巻3号115頁、福岡高判昭和47・1・24刑月4巻1号4頁等）。これに対し、本件では、定期預金及び割引債券の隠匿が行われはじめた平成3年1月ころは、末野興産には、一定の資産があり、会社経営に支障が生じることがあるかもしれないが、当面の支払いを滞りなく行い得る状況にあった。しかし、判決は、この時期、末野興産は資金繰りに苦勞し、債務の弁済が滞りがちになり始めていたこと、負債総額に対する明確な返済計画を立てていたわけでもないこと、債権者が返済を強く催促し、強制執行をほめめかすようになっていたことを挙げ、「負債総額をすべて弁済するだけの十分な資産があったとしても、債権が履行遅滞に至ったときは、債権回収の手段として強制執行を選択するのも紛争解決手段として相当な場合が多いところ、近い将来、末野興産をめぐる経済情勢次第では、末野興産において債務の一部支払いの拒否をするなどして、履行遅滞に陥る可能性がないではな」い等として、末野興産が強制執行を現実に受けるおそれがあったことを認めている。債務者に資産があり、債務返済能力を有するとしても、財産の隠匿等がなされれば、債権者が強制執行という手段によってその権利の実現を図ることが事実上困難になることには変わりはなく、債務者が履行遅滞に陥り、強制執行を受ける客観的可能性が存在すれば、本罪の成立を肯定してよいと思われる。もっとも、本件のように債務者に返済能力がある場合には、客観的可能性の認定はより慎重に行われるべきであろう。

3 競売入札妨害罪

競売入札妨害罪は、例えば、小学校改築工事についての、敷札に最も近い入札者を落札者とする競争入札において、敷札額の決定に関与した者が特定の入札予定者のみにその額を内報してそれに基づいて入札させた場合（後掲最決昭和37・2・9）、県有林の管理、処分の事務全般を統括する林務事務所長が、立木売却のための競争入札に際し、入札価格が下位にある特定業者に落札させるため、その入札価格を増額訂正して発表し、訂正額においてその売買契約を締結した場合（甲府地判昭和43・12・18下刑集10巻12号1239頁）にその適用が認められている。そして、このように本罪は、債権回収の妨害の場面だけで機能するものではない。

（1） 裁判所に対する虚偽の賃貸借契約書の提出

まず、最高裁平成10年7月14日決定（刑集52巻5号343頁）は、弁護士である被告人が、不動産競売にかかる土地建物について、裁判所に対し、賃貸借契約が存在しないのにあるように装い、すでに他に賃貸されているので取調べを要求する旨の上申書とともに、競売開始決定より前に短期賃貸借契約が締結されていた旨の内容虚偽の賃貸借契約書写しを提出したことについて、本罪の成立を認めた。これまでも、競売に際し賃貸借契約の存在を仮装する事案が存在し、下級審において、現況調査担当執行官に対し競売建物について賃借権を有している旨の虚偽の事実を述べて、その旨執行官をして現況調査報告書に記載させたことが、本罪にあたりとされている（鳥取地米子支判平成4・7・3判タ792号232頁、東京地判平成5・12・20金法1379号38頁）。桃源社事件判決（東京地判平成9・8・6。控訴審は、東京高判平成11・3・19。いずれも判例集未登載）も同様の事案に関するものである。ただ、右の最高裁決定の事案では、下級審裁判例におけるのと異なり、事実が現況調査報告書に記載される等して公表されたことまでは認められていない（この点について、上野一高・判例セレクト'98（法教222号別冊付録）35頁、京藤哲人・金法1556号75頁以下参照）。この決定について、次のような説明がなされている。本罪は、自由競争原理を損なうような手続的に不公正な妨害行為を処罰する趣旨であると考えれば、訴訟詐欺的な本件の行為は、手続的公正さよりは権利の実体がないのに権利主張をしたという実体面

が問題なのであり、本罪に該当するか議論の余地もあろう。しかし、競売入札の理念である競争原理は、物理的・心理的に公衆の自由な参加があって初めて確保されるのであり、本件被告人のような虚偽の短期貸借を主張する者が存在すること自体が希望者をためらわせ、希望者に入札を断念させるおそれがある。予定価格の内報のような事例（前掲最決昭和37・2・9、広島高判昭和58・11・1刑月15巻11=12号1145頁）は、競争入札の仕組みそのものが機能せず、その仕組みに内在する競争原理も損なわれた場合であるが、本件は、その仕組みは維持されているものの、実質的に競争原理は損なわれた場合であるということができ、本罪の成立は認められるべきである（三好幹夫・最高裁判所判例解説刑事篇平成10年度117頁）。もっとも、この説明のように二つの類型を明確に区別することができるかにはさらに検討の必要があろう（橋爪隆・トラスト60研究叢書・経済犯罪に関する諸問題152頁以下）が、本件において、貸借の虚偽性を認識し得て物件の真の価値を把握しているのは一部の者にすぎないのだとすれば、そのことによって、予定価格の内報の例と同様、競争条件の公平は阻害されているとみることができよう（前田・前掲450頁、同・警察学論集52巻4号178頁参照）。

（２） 最高価買受申出人に対する威力の使用

次に、最高裁平成10年11月4日決定（刑集52巻8号542頁）について検討を加える。

〔事実〕

第1審判決によって、以下のような事実が認められた。

被告人Xは、右翼団体政治結社青森支部を設立し、設立時からその支部長の地位にある者、被告人Yは、Xの甥で、その構成員となった者である。Xは、債務が累積し、身動きがとれなくなった知人女性から、債務の処理とともに、青森市内の店舗兼居宅とその敷地である本件物件の管理・処分の委託を受け、所有権移転の仮登記を経た上、これを管理占有していた。青森地方裁判所は、本件物件について不動産競売開始決定をし、期間入札の方法による売却手続が実施された。

Xは、本件物件について、妻名義で最低売却価額と同額の1456万5000円で入札したが、開札期日に、有限会社A不動産が1466万円で落札したことを知るや、競売により本件物件を自己以外の者が取得し、自己の管理占有を喪失するのを阻止するため、威力を用いて、同社に右落札を辞退させ、又は本件物件を自己に譲渡させようと企て、同日午後3時ころ、

青森市所在のA不動産事務所に赴き、同所において、同社代表取締役Bの妻である取締役に対し、「あんたのところでは落とした本町の物件は絶対やれない物件だから、うちの方によこしてくれ。よその不動産屋にみんな入札に入らないように手を打っているんだ。どうしてあんたのうちでは競売落としたんだ。俺を恨んでいるのか。何か後ろに暴力団がついているのか。うちの方によこしてくれ。この物件から手を引いてくれ。それを旦那に伝えてくれ。これをうちの方によこさない、ことが面倒になる。ただじゃおかない。また来る。」などと申し向けた。さらに、X及びYは、前同様の意図で、威力を用いて、A不動産をして落札を辞退させ、又は本件物件をXに譲渡させることを共謀の上、Yにおいて、同日午後8時ころ、右翼団体政治結社青森支部の構成員数名を引き連れてA不動産の事務所に赴き、同所においてBに対し、同様のことを申し向けた。

被告人兩名は、競売入札妨害罪で起訴された。被告人らは経済行為として落札物件の譲渡を求めたにすぎないとの弁護人の主張に対して、第1審判決は、被告人らの行為は、その威迫文言等から、A不動産が本件物件を落札したことを非難し、そうではなくても、A不動産に落札を辞退することを要求する趣旨であって、単なる経済行為としての買受けの申入れをしたものとは到底認めることができないとし、また、「法の定める手続に従って競売物件を落札した者に対し、たとえ落札後ではあっても代金納付もなされていない開札の当日に、他の入札者ないしその関係者が、判示のような言動をもって落札したこと自体を非難したうえ競売物件から手を引くよう威圧的に要求する行為が許されないのは当然であり、そのような行為が公の競売の公正を害し得るものであることは明らかであるから、仮に、被告人らの真意が買受けの申出にあったとしても、本件において、被告人らに競売入札妨害罪が成立するのを妨げる事情となるものではない」と述べて、本罪の成立を肯定した。

そして、原判決は、「競売入札妨害罪は、偽計若しくは威力を用いて公の競売、入札に不当な影響を及ぼすべき行為を処罰の対象とするものであるから、公の競売、入札の手続きの進行中に関係者らに対し偽計若しくは威力を用いた行為がなされ、それによって公の競売、入札に不当な影響を及ぼすおそれが生じた場合には、開札の前後を問わず本罪が成立するものというべきところ、民事執行法によれば、競売不動産の買受人は、売却許可決定の確定後所定の代金納付期日までに、執行裁判所に対し代金を納付することによってその不動産の所有権を取得するものとされ、その期日までに代金を納付しないときは、売却

許可決定はその効力を失い、買受人としての権利を喪失するとともに買受けの申し出にあたり提供した保証金の返還を請求することができなくなるものとされており、これによれば、買受人が代金を納付するまで、当該競売手続きは所期の目的を達しないまま浮動状態に置かれ、かつ代金を納付すると否とは、(保証金の返還を請求できなくなるという制約はあるとはいえ)買受人の意思に委ねられているのであるから、売却の実施後、最高価買受申出人もしくは買受人をして落札を辞退させ又はその物件を自己に譲渡させる意図のもとに、これらの者に対し威力を加えてその自由な意思決定を障害する行為は、公の競売、入札に不当な影響を及ぼすおそれがある行為として本罪を構成するのが相当である」と判示して、被告人らの控訴を棄却した。

弁護人は、上告趣意において、「刑法第96条ノ3第1項所定の競売入札妨害罪の保護法益は公の競売、入札の公正という点にあり、落札者の利益保護にあるわけではなく、入札の公正は全ての入札希望者が平等の立場かつ自由な意思に基づき入札に参加し得ることと落札価格が適正に保たれることにあるのであるから、同罪は原則として公の競売の開札までに行われた威力または偽計を用いた行為のみがその対象となるものであり、開札以後の行為は、他の法令に抵触する場合は格別、本罪の成否に関しては何ら問題とならないものと解するのが相当であると思料される。殊に、落札者に対し落札不動産の売却を求める行為は典型的な経済行為であり、その交渉過程において脅迫や強要等にわたる行為があったとしても、他の法令により問責されることがあるのは別として、競売入札妨害罪が成立する余地はないものというべきである」と述べ、原審においてと同様の主張を行う等した。これに対し、本決定は、被告人らの上告を棄却したが、なお書きで次のように述べた。

〔要旨〕

「なお、不動産の競売における入札により最高価買受申出人となった者に対し、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ときは、刑法……96条ノ3第1項の競売入札妨害罪が成立すると解するのが相当であるから、これと同旨の原判決の判断は、正当である」。

〔評釈〕

I 本件では、不動産競売において、入札が終わり落札者(最高価買受申出人)が決まっ

た後の行為について、威力による競売入札妨害罪の成否が問題となった。これまで下級審では、入札の直後、入札場にごく近接した裁判所構内で、威力を用いて入札者の代理人をして執行官に入札の取上げを申し出させた行為が本罪にあたとされ（京都地判昭和58・8・1刑月15巻7=8号387頁）、また、売却許可決定確定後、買受人が暴力団の威力に屈して代金不納付により不動産の取得を断念した例について本罪の成立が認められている（広島地判平成9・5・9。飯田・後掲最判解199頁参照）。本決定は、この問題を肯定した初めての最高裁判例である。

本件は、不動産競売手続における不動産の売却方法のうち、一般的な期間入札に関するものである。期間入札においては、入札期間（1週間以上1月以内）満了後、開札期日（入札期間満了後1週間以内）に開札を行い、執行官は最高価買受申出人を決定し、最高価買受申出人は売却決定期日（原則として開札期日後1週間以内）に執行裁判所により売却許可決定を受けて、買受人の地位を得る。買受人は、それから1月以内の代金納付期限までに代金を納付することによって不動産を取得する。代金を納付しない場合は、売却許可決定はその効力を失う。買受人は、提供した保証（原則として最低売却価額の10分の2）の返還を請求することができない。この場合、次順位買受けの申出があるときは、その申出について売却許可の可否を決定する。また、代金を納付しなかった買受人は、その後当該不動産の競売手続において、売却許可決定を受けることができない（三浦守・警察学論集52巻5号205頁以下等参照）。

Ⅱ 本罪の保護法益は、学説上、公の競売又は入札の公正であり、公の競売等の公正を害すべき行為は、競売等に不当な影響を及ぼすべき行為であるとする見解が多数であり（中野次雄・小野清一郎ほか・刑法〔第三版増補〕245頁、大塚・注釈刑法（3）各則（1）91頁、大谷・前掲574頁、前田・前掲449頁、曾根・前掲290頁等。裁判例としては、東京高判昭和57・3・4刑集37巻4号411頁、本決定の原判決である仙台高判平成8・1・22刑集52巻8号563頁）、また、「公正を害すべき行為とは、公の競売又は入札が公正に行われていることに対し、客観的に疑問を懐かせる行為ないしその公正に正当でない影響を与える行為をいう」とする見解もある（河上=久木元・前掲207頁、伊藤鉄男・シリーズ捜査実務全書7暴力団犯罪224頁、小山太士・シリーズ捜査実務全書6不動産犯罪259頁。前掲京都地判昭和58・8・1参照）が、その内容は必ずしも明らかではない。その一方で、本罪の

保護法益は、競争・入札の制度的機能であり（詳細について、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373頁以下、384頁）、すなわち、公正かつ自由な競争により価格が決定される、あるいは、債権者や競売・入札施行者の利益が確保されるという機能であるとして、本罪の行為は、「公正な自由競争による価格の決定に不当な影響を及ぼすすべての行為」である（平川宗信・刑法各論528頁以下。同旨、須之内克彦・野村稔（編）・刑法各論401頁以下、奥村正雄・法教226号130頁等。さらに、中森・前掲306頁参照）、あるいは、「参加者の公正かつ自由な競争によって行われることを阻害するおそれのある行為」である（西田・前掲428頁、431頁）等と述べる見解、また、最近も、競売入札手続の「制度」としての信頼が保護法益に含まれ、その意味で、自由な価格形成のメカニズム、すなわち、競争原理それ自体が保護されており、公正を害すべき行為は、競争制度の公平の実質的侵害が認められるか否かという観点から解釈する必要があるとする見解（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49巻4号46頁以下。そして、競売手続において他の買受希望者等の意思形成過程に強い影響を与え、その結果、意思決定を一定の決断へと人為的に誘引する行為についてはじめて、実体的側面からの実質的な競争原理侵害性が認められるとする。橋爪・前掲神戸法学雑誌50頁）が有力に主張されている。もっとも、このような見解は以前から存在しており、競売又は入札の公正とは、「競売又は入札本来の趣旨に基いて適当な競争が行はれることを謂ふ」のであり（小野清一郎・新訂刑法講義各論25頁以下）、その公正を害すべき行為とは、「適正な競争のもとで行われることを害するような行為をいう」（例えば、福田・前掲21頁、滝川春雄＝竹内正・刑法各論講義389頁）等とされ、さらに、「元来、競売入札の制度は公平適正なる条件の下にその価格を決定する方法であるから、その条件や、価格の公平適正を阻害すべき行為は総て公正を害すべき行為である」とも主張された（小泉英一・刑法各論25頁）。ここでは、本罪においては、競売又は入札における競争が保護されており、自由競争の阻害、競争条件の公平の阻害が、公正を害すべき行為にあたることが説かれている。それは、競争において一部の者について特に有利（ないし不利）となる状況を作ることであるとも言うことができよう（齋野彦弥・刑事判例評釈集44・45巻274頁参照）。そうだとすれば、例えば、競売手続の目的となっている物件を損壊する行為は本罪を構成せず、入札場に蛇をまきちらしてその場を混乱させ、入札の続行を不可能にさせる行為（齋野・前掲274頁）、執行官を威迫して、現況調査をさせず、手続の進行を遅延させる行

為は、自由競争を阻害すると直ちには言うことができないことになろう（上嶋・前掲35頁、京藤・前掲金法75頁、橋爪・前掲神戸法学雑誌59頁参照）。

Ⅲ 下級審裁判例には、公正を害すべき行為とは何かを明らかにしたものが散見される（上に引用したもの）。また、市所有地を一般競争入札によって処分するに際し、市助役らが共謀して、特定の入札予定者に予定価格とほとんど異なる金額を予定価格として教えたことについて、「他の入札予定者に比して極めて有利な地位を与える反面、これによって本件土地が高く売れないなどの実害が発生する虞れがある」から、本罪が成立すると述べるものもある（広島高判昭和58・11・1刑月15巻11=12号1145頁）。一方、最高裁判例には、「本罪は、公務の執行を妨害する罪の1つであって、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」と述べるものがある（後掲最判昭和41・9・16）にとどまり、公正を害すべき行為の意義を述べたものは未だ存在しない。ただ、これまでの最高裁判例についての調査官による解説が注目されてよいと思われる。

まず、3の冒頭に挙げた場合に関する最高裁昭和37年2月9日決定（刑集16巻2号54頁）について、解説は、「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」とされ、「敷札金額を被告人等から知ったMが他の入札者に優先して落札人となりうる地位を、既に入札前において確保したといえるから、被告人等の所為が公入札の公正を害する行為に該当することも当然である」とされている（菅間英男・最高裁判所判例解説刑事篇昭和37年度16頁以下）。次に、最高裁昭和58年5月9日決定（刑集37巻4号401頁）は、「電気工事の請負にかかる指名競争入札に因し、自己の経営する会社においてこれを落札するため、他の指名業者に対し自社を落札者とするための談合を持ちかけ、これに応じなかつた会社の代表取締役に対し、右談合に応じなければその身体等に危害を加えかねない氣勢を示して脅迫しこれに応ずるように要求した」行為が本罪にあたることを認めたが、これについて、「本件談合の内容は、……要するに、入札における自由競争のとりやめを協定するものにほかならない。このような談合が、自由競争による価格形成を使命とする入札制度の趣旨に反し、その公正を阻害するものであることは明らかであろう」と解説されている（渡邊忠嗣・ジュリ797号74頁）。また、（1）において述べた最高裁平成10年7月14日決定は、弁護士である被告人が、不動産競売にかかる土地建物について、裁判所に対し、賃貸借契約が存在しないのがあるように装

い、すでに他に賃貸されているので取調べを要求する旨の上申書とともに、競売開始決定より前に短期賃貸借契約が締結されていた旨の内容虚偽の賃貸借契約書写しを提出したことについて、本罪の成立を認めたが、解説は、「競争入札の理念である競争原理というものは、物理的・心理的に公衆の自由な参加があって初めて確保されるものであり、本件被告人のように、虚偽の短期賃貸借……であっても、それを主張する者が存在するということが自体が入札の希望者をためらわせ、そのような者が存在しなければ入札する意思のある者にこれを断念させるおそれがあるのであって、……そこでは、競売入札の仕組みは表向き維持されているものの、競争原理は実質的に損なわれているものというべきであるから、入札の公正が損なわれていることには変わりがないと思われる」とされ（三好・前掲118頁以下）、さらに、先の昭和58年決定にも触れ、「判旨は談合が成立すると否とに関わりなく競売入札妨害罪の成立を認める趣旨とみられるのであって……、そうであるとすれば、判例は、談合が不成立に終わって入札の仕組みが十全に機能している一方、競争原理が損なわれていた事案についても、競売入札妨害罪の成立を肯定する趣旨であるということができよう」とされている（三好・前掲119頁以下）。

このように、最高裁が競売入札妨害罪の成立を肯定した事案は、最高裁判所調査官によって、競売・入札制度の前提とする自由競争の趣旨が損なわれたという視点から解説されている。このことから、最高裁は、公正を害すべき行為を、単に競売・入札の公正に不当な影響を及ぼすべき行為であると理解しているわけではないとの推測もできるように思われる。

Ⅳ それでは、競売入札妨害罪は、どの時点においてなされた行為であることを必要とするのであろうか。まず、どの時点以降の行為であることを要するかについては、最高裁昭和41年9月16日判決（刑集20巻7号790頁）が、東京都の鋼材払下げのための指名競争入札に際して、建設局長らが入札に付する旨を適法に決定したか否かが問題となった事案に関して、「公の入札は、1つの手続きであつて、入札に付すべき旨の決定によつて手続が開始されるものであり、その決定がなされたとき以後は、いつでも……その公正を害すべき行為をすることができる」としている。もっとも、不動産競売について、これと同様に解して、開始決定の後、売却実施命令により入札又は競り売りに付すべき旨の決定がなされた以降の行為であることが必要かについては議論の余地があることが指摘されている

(三好・前掲121頁以下)。

そして、本件では、どの時点までの行為であることを要するかが問題となった。本決定は、入札が終わり最高価買受申出人が決まった後の行為について本罪が成立することを肯定したが、その理由を述べていない。この点については、本決定を掲載した公刊物の解説の中にも違いがみられる(三浦・前掲207頁以下、奥村正雄・法教226号131頁、飯島泰・研修614号19頁以下、甲斐克則・現代刑事法7号67頁をも参照)。そのうちの1つは、本決定は、弁護人の主張の背景にある、本罪の「競売又は入札」を不動産売却の方法である「競り売り」又は「入札」それ自体に限定し、それらを阻害する行為のみが処罰されるべきであるという考え方を採用せず、『競売又は入札』とは、『競り売り』又は『入札』の方法により行われる不動産売却の手続全体を指すと解したものと思われる。そして、本決定は、最高価買受申出人の不動産取得までの間にそれを妨害する行為は、まさに不動産売却手続の円滑、公正な遂行を阻害するものとして、『入札の公正』を害するものにほかならないと解し……たものと推測される」(金判1061号12頁以下。同旨、法時71巻3号73頁)というものである。自由競争の阻害を問題とすることなく、競売等に不当な影響を与えれば足りるという学説上の見解によれば、このように考えることは容易であろう。

本決定の解説のもう1つは、「自由競争により入札者の参加と落札価格の適正が保障されるという点に着目した弁護人の見解は、正当なものを含んでいるように思われる」として、これまでの調査官解説と同じく自由競争を問題とされつつも、「しかしながら、自由競争は開札の終了により一応決着を見るとしても、競争によって得られた結果はいまだ実現、達成されるに至っていない。……本決定も、自由競争の結果の実現、達成を妨げることをもって『入札の公正』の阻害に当たるという解釈をとったものと推測される」と述べられる調査官による解説(飯田喜信・ジュリ1151号121頁、同・最高裁判所判例解説刑事篇平成10年度198頁以下)と同様のものである(金法1540号51頁、判夕991号134頁)。ここで、自由競争原理の阻害(三好・前掲119頁)ではなく、自由競争の結果の実現の阻害を理由として本罪が成立したと解されている。もし、すべての人が平等な立場から自由な意思に基づいて現実に入札することのみが、自由な競争であると見れば、本件において自由競争の阻害は認められないことになる。

ただ、問題となった手続では、買受人にその意思で代金を納付しない自由も認められており、その場合は、再度入札手続がとられる。そうすると、最高価買受申出人ないし買受

人の決定後も、当該物件の換価代金による被担保債権の回収のための手続が、買受人の代金納付及びそれに伴う所有権の買受人への移転で完了する前には、それ以外の者に、その物件の所有権を取得する可能性が残されており、いわば、潜在的競争が続いている（橋爪・前掲神戸法学雑誌77頁参照）。先の調査官解説も、この段階をとらえて、「自由競争はまだ終わっていないともいい得る」と述べられ、「買受人が代金を納付するまで、当該競売手続きは所期の目的を達しないまま浮動状態に置かれ」とする原判決の説示も、同様の考え方に基づくものであらうとされる。そして、競争において一部の者についてのみ有利（ないし不利）な状況を作成するとは、ここでは、すべての者が同様に認識し、享受しうるものでなければならない競争条件を変更することによって、一部の者の、落札に基づく物件所有権の取得可能性を高くする（ないしは低くする）ことであると言うことができよう。本件において、開札後の潜在的競争の継続中において、最高価買受申出人に威迫により落札の辞退を要求する行為は、最高価買受申出人の落札に基づく所有権取得可能性を消失させようとするものである。買受人は代金の不納付によって、再度の入札手続においても売却許可決定を受けることができなくなるから、落札に基づく所有権取得可能性を失うのである。そこで、やはり自由競争が阻害されたと言え、本罪の成立を肯定することができるように思われる（それでは、例えば、林務事務所長が、立木売却のための競争入札に際し、最高入札価格を減額訂正して発表し、落札者と訂正額においてその売買契約を締結したときはどのように評価されるであろうか。これは、最高入札価格を変更したにすぎず、落札者の所有権取得可能性には影響を与えておらず、本罪は成立しないようにもみえる（前掲甲府地判昭和43・12・18は、背任罪の成立を認める）。しかし、落札者は、最高入札価格をつけたものの、高すぎたためその額の支払いを躊躇していたにもかかわらず、減額訂正によって支払いの意思を生じた、あるいは、支払うことが可能となったような場合を想定すると、落札者の所有権取得可能性は高められているのであるから本罪の成立は肯定される。もっとも、こうした所有権取得可能性には場合によって程度の差があり、最高入札価格のままでも落札者が容易に支払いうる場合であれば、抽象的にはともかく具体的にはその可能性が高められたと言い難いことがあろう）。

一方、買受人が代金を納付して所有権を取得した後の行為、例えば、買受人に対しすでに落札した物件の譲渡を要求することについて、本罪は成立しうるか。本決定は、「入札に基づく不動産の取得を断念するよう要求したとき」についてのものであるから、買受人

が不動産の所有権を取得した後の行為については、射程外である（飯田・前掲最判解200頁、飯島・前掲21頁、甲斐・前掲67頁注8）が、買受人の所有権取得によって、当該競売に基づく不動産売却手続は終了したから（飯田・前掲最判解200頁、奥村・前掲131頁）、あるいは、当該競売における競争は終了したから（橋爪・前掲神戸法学雑誌79頁）、本罪は成立しえないと解されている。

なお、本件は、最高価買受申出人に対して威迫を用いた場合であるが、偽計を用いた場合についてもこれまでに述べたのと同様のことが妥当しよう（飯田・前掲最判解199頁以下）。

V 弁護人は、最高価買受申出人が代金納付期限までに代金を納付しないと、買受申出保証金の返還を請求できなくなり、また、当該不動産の再売却手続に参加できなくなる等種々の制裁を受けることになるので、自らの意思で代金の納付を中止することは実際には不可能であり、そうだとすれば、最高価買受申出人が決定されると、同人が不動産を取得することがほぼ確定されるから、開札後の第三者の行為が競売に不当な影響を及ぼすことはあり得ないと主張した。しかし、そうした制裁を甘受してでも、最高価買受申出人の立場からより大きな不利益があると考え、代金を納付しないという法断を行う可能性は一般に存在すると思われ、弁護人自身も、「例外的に」とはしながらも、「買受人が代金納付をしないことによる前述の様々な不利益を認識しつつ、代金納付を阻害する所為があった場合」には、本罪が成立することを認めている。現に、原判決は、「A不動産側では、買受保証金を放棄してでも被告人らの要求に応じざるを得ないのではないかなどと対応策に苦慮していたことが認められる」と述べている。少なくとも、本件においては、代金不納付の可能性はあったということができよう。

また、弁護人は、被告人らは落札物件の譲渡を求めたにすぎないと主張したのに対し、第1審・第2審判決ともこれを否定したが、最高価買受申出人あるいは買受人に対し、落札物件の譲渡を要求する行為について本罪が成立するかも問題となりうる。この点については、落札の辞退を要求する趣旨ではなく、買受人に代金を納付しない可能性が存在しない場合には、本罪は成立しないとすべきであると思われる（飯田・前掲最判解202頁注8）。落札に基づく物件所有権の取得可能性に変更を加えるものではないからである。もっとも、仮に譲渡に応じざるを得ない事態を想定した場合、要求された譲渡の価格が、落札価格か

ら買受人の支払った保証額を差し引いた金額より低いものであれば、代金を納付せずにいるより、代金を納付することによって損害が拡大する。このような場合をはじめとして、譲渡の価格が低い場合ほど、買受人が納付しないことを選択する可能性が大きくなる。これに対し、適正な価格での譲渡の要求であれば、このような意味での不納付の選択はなされないが、それでも、譲渡要求者と関わりあうことを嫌い、掲示された条件で譲渡が実現する可能性の不透明さを考慮する等して、価格以外の要素から不納付に至る可能性も場合によってはあろう。このような可能性が一定程度に達し、また、その可能性を譲渡要求者が認識していれば、本罪の成立は肯定されよう（橋爪・前掲神戸法学雑誌80頁参照。暴力団員等が買受人に競売物件の買戻しを要求する場合について、判夕789号273頁、792号233頁、飯田・前掲最判解202頁注8）。なお、第1審・第2審判決とも、被告人らが、物件の落札を辞退させ、又は物件を自己に譲渡させることを企て、ないし意図したことを認めているが、本罪は目的犯ではないから、被告人らの行為が落札辞退を要求する趣旨であり、その点について被告人らの認識があれば足りるのであって、その意図等は問われない。

【追記：法教240号20頁以下、ジュリ1214号91頁以下を基に構成した】

競売入札妨害罪における
「公正を害すべき行為」の意義
— 近時の最高裁判例の検討を契機として —

橋 爪 隆

目次

- 1 はじめに
- 2 競売入札妨害罪の保護法益
 - (1) 公務侵害説・競争侵害説・施行者利益侵害説
 - (2) 手続的公正と実体的公正
- 3 担保権の実行のための不動産競売手続
- 4 賃貸借契約の仮装と競売入札妨害罪（最決平成10年7月4日刑集52巻5号343頁）
 - (1) 事案および判旨
 - (2) 競売原理侵害性の実質的内容
 - (3) 危険性判断
 - (4) 濫用的短期賃貸借と偽計競売入札妨害罪
- 5 開札後の妨害行為と競売入札妨害罪（最決平成10年11月4日刑集52巻8号542頁）
 - (1) 事案および判旨
 - (2) 「競争」の終了時期
 - (3) 危険性判断

1 はじめに

刑法96条の3第1項は競売入札妨害罪について、「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年以下の懲役又は250万円以下の罰金に処する」と規定している。この構成要件のうち、「偽計又は威力」の意義については、業務妨害罪（刑法233条、234条）が同一の文言を用いており、そこにおける解釈をそのまま援用しても差し支えないと一般に考えられていることから⁽¹⁾、特別な問題は比較的少ないのかもしれない。しかしながら、同罪の構成要件は偽計または威力の行使に加えて、その行為が「競売又は入札の公正を害すべき行為」であることを重ねて要求している。そして、本罪の構成要件が「偽計又は威力」と書き分けて「公正を害すべき行為」を規定している以上、この「公正を害すべき行為」の意義についても、偽計や威力の概念とは明確に峻別した解釈を施す必要があるはずである。

しかしながら、これまでの実務において競売入札妨害罪が適用される場面があまり多くはなかったこともあり、「公正を害すべき行為」の意義をめぐる裁判例・学説の集積は必ずしも十分ではなかった。それゆえ、いかなる具体的状況において、偽計や威力を用いた行為が「公正を害すべき行為」と評価されるかについて、明確な基準が示されているとは言い難いように思われる⁽²⁾。もちろん「公正」という概念自体が幅のあるものであり、多様な行為類型を含みうるものであろうから、この要件を一義的に定義づけることはおよそ困難であるかもしれない⁽³⁾。しかしながら、この「公正を害すべき行為」という要件が本罪の法益侵害性の中核をなすと考えられている以上、本罪の処罰範囲を明確に限界づけるためには、この要件の意義について、一定程度の解釈の指針を提供することが必要であろう。具体的には、競売や入札の「公正」とは、どのような状態が保たれていることを示す概念なのか、さらに、どのような事態が生じれば、それを「害すべき」行為が行われた、すなわち侵害される危険性が生じたと評価しうるのか、これらの点について一定の判断の枠組みを提示する必要があるように思われる。

おりしもバブル経済崩壊後、不良債権処理に関連した執行妨害事件の頻発、およびそれに対する取り締まり方針の強化⁽⁴⁾に伴って、競売入札妨害罪による検挙事件は急速に増加する傾向にあるといわれており⁽⁵⁾、本罪を検討する必要性は一層高まっているといえ

よう。そして、このような趨勢のもと、最高裁判所は本罪の適用に関して、注目すべき二つの決定を下した。最決平成10年7月4日（刑集52巻5号343頁⁽⁶⁾）と最決平成10年11月4日（刑集52巻8号542頁⁽⁷⁾）である。これらの決定はともに事例判例であり、本罪の構成要件解釈についての一般論を展開したものではないが、ともに本罪の成立範囲を検討するに際して、格好の素材を提供するものといえよう。そこで本稿においては、この二つの最高裁判例をその題材としつつ、競売人札妨害罪における「公正を害すべき行為」の意義について考えてみることにしたい。

本稿における検討の順序としては、まず前提的考察として、競売人札妨害罪の保護法益論について検討を加える。競売人札妨害罪の法益侵害の中核が「公正を害すべき行為」である以上、同罪の保護法益に関する議論が、この要件を解釈する上での一定の指針となりうるからである〔2〕。そして、本論として、二つの最高裁判例を素材としつつ、「公正を害すべき行為」の意義について、若干の検討を加えることにするが、それに先だって、検討の便宜のため、これらの判例で問題とされた、担保権の実行のための不動産競売手続の概要を示すことにしたい〔3〕。そして、本論的考察に移るが〔4、5〕、ここにおいては、最高裁決定の事実関係と判旨を紹介し、まず判例それ自体について考察を加えるが、それに引き続いて、判例の事案を素材としつつ、派生しうる問題点について検討を加えることにしたい。

2 競売人札妨害罪の保護法益

(1) 公務侵害説・競争侵害説・施行者等利益侵害説

競売人札妨害罪の保護法益は一般に、公の競売または入札の公正であると考えられている。それでは、ここでいう「公正」とはいかなる内容を含むのであろうか。本罪の保護法益について既に詳細な分析を加えられた京藤教授によると⁽⁸⁾、本罪の保護法益の理解の仕方には、大きく分類して三つの見解が考えられるという。それは、①本罪を「公務」としての競売・入札を保護するものとして理解する見解（公務侵害説）、②自由な価格形成を担保するための「競争制度」としての競売・入札を保護するものと解する見解（競争侵

害説)、③競売・入札制度を利用する施行者等の具体的な財産的利益を保護法益とする見解(施行者等利益侵害説)の三説である。本罪が保護すべき「公正」の意義についても、これらの見解のいずれを採用するかによって、結論が分かれてくることになるであろう。たとえば公務侵害説によれば、ここでいう「公正」とは「公務の執行として手続が適正・円滑に遂行されていること」を意味するであろう。また、競争侵害説からは「参加者に平等で自由な競争による価格形成のメカニズムが機能していること」が重要視されるであろうし、施行者等利益侵害説からは「施行者等が不利益を被らない状況」が「公正」という概念の実体として理解されることになるはずである。

そして、解釈論上、より重要なことは、これらの裏返しとして、ここにいう公正さがおおよそ害されるおそれのない場合には、「公正を害すべき行為」が認められないとして、犯罪の成立が否定されることになる点である。このことを先の三説について簡単に見ると、まず、公務侵害説からは、公務としての手続的側面におおよそ介入し得ない行為については、犯罪の成立が否定されることになろう。一方、競争侵害説からは競争参加者(または参加希望者)の一部のみを有利に扱う可能性がない場合には、競争手続の「公正を害すべき」行為は認められないことになる。また施行者等利益侵害説からは、当該行為の存否によって落札価格が左右された可能性が認定できなければ犯罪の成立は認められないはずである。競売入札妨害罪が抽象的危険犯と考えられているから、このような結論の相違は相当程度に減殺されることになるであろうが、保護法益の捉え方によっては、おおよそそれが侵害される抽象的危険性すら存在しない場面が想定できる以上、処罰範囲が異なってくることにはかわりはないと思われる。

この点について、裁判例の立場も必ずしも一様ではない⁽⁹⁾。たとえば最判昭和41年9月16日(刑集20巻7号790頁)は「本罪は、公務の執行を妨害する罪の一つであって、公の入札が公正に行われることを保護しようとするものである」と判示し、公務侵害説に立脚しているようにみえる⁽¹⁰⁾。しかしながら、右判決は本罪が成立するためには、入札に付すべき旨の決定が適法なものであることが必要であること⁽¹¹⁾を導くために、保護法益論を展開しているにすぎない。そして、競争侵害説、施行者等利益侵害説からも同様の帰結を導くことは可能であるように思われる。たとえば競争侵害説からも、個別具体的な手続における競争状態の要保護性を問題にすれば、このような要件を導くことができるであろうし⁽¹²⁾、また施行者等利益侵害説からも、具体的な手続が開始されなければ施行者等の経

済的利益が侵害される可能性が認められないとも解しうるからである⁽¹³⁾。

そして実際、施行者等利益侵害説に立脚しているような判示も存在する。たとえば高松地裁丸亀支判昭和36年12月21日（下刑集3巻11=12号1258頁）は本罪の保護法益について、「単に国家または公共団体が施行する競売または入札なる「公務」のみではなくして、国家または公共団体が何人からも不当な影響を受けることなく自由に競売または入札を行うことによつて受ける「経済的利益」をも含むものである」と判示している。ここにおいては競売・入札の施行者の経済的利益が重視されている。また広島高判昭和58年11月1日（刑裁月報15巻11=12号1145頁）においては、本罪の成立を認める実質的根拠として、「(特定の)者に対して他の入札予定者に比して極めて有利な地位を与える」ことと、「本件土地が高く売れないなどの実害が発生する虞れがあること」が指摘されており、施行者等の利益侵害のおそれに加え、競争原理の実質的侵害を重要視している点で注目されるのである。このような裁判例をみると、公務侵害説的な理解が支配的になっているとは、必ずしも断じ得ないように思われる⁽¹⁴⁾。

それではどの見解を支持すべきであろうか。競売入札妨害罪はいかなる競売入札手続についても保護を認めているわけではなく⁽¹⁵⁾、あくまでも「公の」競売・入札に限定して、その公正を害すべき行為の処罰を認めている。公務侵害説はこの点を重視した見解であると評価することができる。たしかに「公の」競売入札手続については、国民の税金を投入していることや、その結果が国民生活により重要な影響を及ぼしうることにかんがみ、私的な競売よりも高い要保護性が認められ、その手続の公正さがより強く要請されていると考えることができよう。しかしながら、このことは（刑法の謙抑性の見地から）処罰範囲を限定する合理的な理由となり得ても、本罪において何が保護されているのか、その利益の実体を示すものではないであろう⁽¹⁶⁾。むしろここでは、他の公務との比較において、なぜ競売入札手続だけが特別の規定のもと、偽計・威力に対しても手厚く保護を受けているのか、その実質的根拠を示す必要があるように思われるが⁽¹⁷⁾、公務侵害説の立場から出発した場合、この点についての十分な理由付けは導き得ないように思われる。

この点について、施行者等利益侵害説は、妨害行為によって落札価格が下落するおそれに着目しつつ、法益侵害性の実体を示そうとしたものとして注目に値する。国または公共団体が実施する入札において、落札価格が下落すれば、それは国民の税金が不当に費消される危険をはらむことになる。税金の利用については、厳格な公平が要請されると考えら

れる以上、その限りではこの立場は正当なものを含んでいるようにも思われる。しかしながら、たとえば担保権の実行として競売が行われる場合、競売価格が下落するとしても、それによって損失を受けるのは債権者、債務者たる私人であって、国家・公共団体の財政は被害を受けないといわざるを得ない。とすれば、施行者等利益侵害説の立場は、国家等の利益の損失に加え、債権者・債務者という一私人の利益の侵害についても、それらを本来保護すべき財産犯としての保護の範囲を超えて、より手厚く保護することを前提とした見解と評価することができる。しかしながら、なぜそのような手厚い保護が必要なのか、その点についての十分な根拠は乏しいように思われる。この点において、施行者等利益侵害説の説明には、なお不満が残るのである。

競売入札制度が利用されているのは、入札参加者が自由な意思決定のもと、自らの条件を提示しあう前提が充足されれば、自由競争のもと、施行者等にとって最も有利な条件が形成されるという理解が受け入れられているからだと思われる。とすれば、このような前提を侵害する行為は、具体的な施行者等の利益を侵害するだけでなく、競売入札制度に対する信頼感を喪失させ、ひいては入札を利用した受注や担保物権を利用した債権回収行為を萎縮させるおそれを内在していると考えることができる。施行者等の利益に常に高い要保護性を認めることができないのであれば、このような競売入札の「制度」としての信頼を保護法益に含めて理解することが適切であると思われる。その意味で、競争侵害説が主張するように、自由な価格形成のメカニズム、すなわち競争原理それ自体が本罪によって保護されているという説明が、最も優れているのではないだろうか⁽¹⁸⁾。このような観点から、本罪の「公正を害すべき行為」の意義についても、競争制度の公平の実質的侵害が認められるかという観点から解釈する必要があると考えられる。すなわち「公正を害すべき行為」の要件の存否を判断するに際しては、まず具体的行為において「競争原理の実質的侵害」がもたらされる可能性があるのかを判断し、その上で、その可能性が「害すべき」と評価される程度のものか、すなわち刑罰を科するために十分な危険性が認められるのか、という段階を経て、構成要件該当性が判断されることになるはずである。

(2) 手続的公正と実体的公正

それでは、この「競争原理の実質的侵害」とはいかなる場面で認められるであろうか。この点に関して、競売入札手続における競争原理の侵害とは、手続的側面からの侵害と実

体的側面からの侵害とに分類できるという説明がなされている⁽¹⁹⁾。すなわち、個々人が自由な意思形成に基づいて、入札に参加し、入札価格を提示するためには、施行者が入札参加者に平等な参加の機会を保障しなくてはならない。たとえば特定の者を有利に取り扱うとか⁽²⁰⁾、特定の者以外が競争に参加できないという事態⁽²¹⁾が発生すれば、もはや自由競争はその前提を欠くものになってしまう。このような事態を競争原理の手続的側面の侵害と評価することができる。これに対して、手続それ自体には影響を及ぼさないが、入札に参加するか否か、あるいはいかなる金額で入札するかについての参加者の意思形成過程に影響を及ぼす行為類型も考えられる。いわば訴訟詐欺的な類型であり、権利関係の実体的側面について競争の公正を阻害するものである。

この両者のうち、前者の手続的側面からの侵害が競争原理の侵害を基礎づけることは明らかであろう。入札参加者に平等なチャンスが与えられていない以上、そもそも自由で公正な競争の前提要件が損なわれていると評しうるからである。そして、競争侵害説の立場からは、手続的側面を経由することなく、もっぱら実体的側面から影響を及ぼす行為についても、同様に競争原理の侵害を認めることができるであろう。自由な価格形成が担保されるためには、参加者に均等な機会が与えられ、各人の自由な意思決定が保障されなくてはならないが、このような事態は施行者が特定の者だけに有利な情報を開示したり、あるいは逆に、一定の者を競争の場から閉め出すといった手続的側面のみならず、参加者の意思形成過程に不当に介入する実体的側面によっても、全く同様に侵害可能であるからである。さらにいえば、手続的側面と実体的側面の限界はそもそも明確に区別することは出来ない。たとえば暴力団関係者が、買受希望者に入札を断念させる目的、あるいは自らが低額で競落する目的で、対象物件には暴力団が関係していることを喧伝する事例⁽²²⁾などは、威迫によって無理矢理に特定の者以外を競争の場から閉め出すという意味では、手続的な公正侵害とも評価できるであろうが、同時にそれは、入札希望者の意思形成過程に不当な影響を及ぼすという意味において、実体的な公正侵害とも評価されるのである。

もっとも、両者の区別が全く無意味というわけではない。競争という以上、他の参加者を出し抜くために、一定の駆け引きをすることは必然的にそれに随伴するものであると思われる。とすれば、通常の競争手続に随伴するような手段によって他の参加者の意思形成に働きかけたとしても、それだけでは競争原理は実質的に危殆化されないというべきであろう。たとえば他の買受希望者に対して、本来入札する予定の価格よりも低い金額を告げ

つつ、行為者自身がこの金額で入札する旨を申し向けたことにより、その相手が安心して低い金額で入札し、結果的に行為者本人が競落できたような場合、たしかに行為者は偽計を用いて、他の競争参加者の意思形成過程を左右している。しかしながら、私にはこのような行為類型を一律に処罰するべきではないように思われる。行為の相手方となった者にも、行為者が言ったことをどう受け取るか、どのように対応するのかに関する自由な意思決定が可能である以上、単に嘘をついたことの一事をもって、競争原理が侵害されたとは評価すべきではないと考えられるからである。既に述べたように、本罪は「偽計」「威力」を手段として規定した上で、それによって「公正を害すべき行為」が行われた場合にはじめて可罰性を肯定しているのであるから、競争原理が侵害されているか否かは、「偽計」「威力」といった手段の不当性とは別の次元から検討されなくてはならないのである。それではいかなる場合に、権利の実体的側面から競争原理が実質的に侵害されたと評価しうるのだろうか。もちろん一義的な基準を提示することは困難であるが、以下ではごく簡単な試論を展開してみたい。

刑法96条の3は第1項で競売入札妨害罪を規定するとともに、第2項で不正談合罪を規定している。条文の構造にかんがみれば、第2項の不正談合罪も（それのみを保護する犯罪かは異論があるとしても）競争原理を保護する犯罪として把握するのが素直であろう⁽²³⁾。そして、談合行為とは、事前の協定によって相互の意思形成に影響を及ぼしあうものであるから、まさしく前述の実体的側面に影響を及ぼす類型を予定しているのである。ここにおいては、事前の協定によって、相互に拘束しあって共同意思を形成し、お互いの意思形成を支配しあう関係が存在している。そして、本来は、個別に自由な意思形成を行うべき参加者が、他の参加者の意思形成を支配・拘束することにより、自由競争の前提条件を没却せしめる点に、談合罪の競争原理侵害性が顕在化していると考えられる。このような談合罪の罪質の理解を前提としつつ、その発想を1項の競売入札妨害罪についても援用することが許されるのであれば、同罪が予定する実体的側面からの競争原理侵害性についても、その限定の契機が生じうることになる。すなわち、競売手続において他の買受希望者等の意思形成過程に強い影響を与え、その結果、意思決定を一定の決断への人為的に誘引する行為についてはじめて、実質的な競売原理侵害性が認められると理解することができよう。もちろん、談合罪と競売入札妨害罪ではその行為態様に相違がある以上、つねに他の参加者の意思形成を支配・拘束する状態までは要求できないかもしれないが、競争原理

を侵害したと評価するためには、相手方の意思形成を一定の方向へと強く誘引する性格が認められることが必要であるように思われる。逆に言えば、競売入札手続きに関連して偽計・威力が用いられたとしても、それだけでは競争原理の侵害を認めることはできない。その客観的行為態様を綿密に検討しつつ、そこに相手方に意思形成を強く誘引する要素があるか否かを精査する必要があるのではないだろうか⁽²⁴⁾。

もちろん、このような概念規定がなお不明確なものであることは否めない。また、本罪は「公正」が侵害されたことを要求するのではなく、「公正を害すべき行為」が行われることを要求している。したがって、右のような意味における競争原理が現実に侵害されることは必要ではなく、それが侵害される危険性が発生していれば十分なのである。それゆえ、本罪の処罰範囲を明確化するためには、競争原理の内実をより明らかにする必要があるとともに、処罰するために必要な危険性の程度についての価値判断を下さなくてはならない。以下では、最高裁の判例2件の事案を検討することにより、これらの点について若干の考察を加えてみたい。まずは、検討の便宜のため、これらの裁判例で問題となった担保権の実行のための不動産の競売手続の概略を示すことにする。

3 担保権の実行のための不動産競売手続

担保権の実行のための不動産競売の手続は、民事執行法188条によって、不動産の強制競売の手続を準用するかたちで規定されている。不動産の競売開始の開始は、担保権者が法定の手続開始文書（民事執行法181 I、本節の以下の記述において条文のみを示す場合は民事執行法を指すものとする）を提出し、競売を申し立てることによって始められる。執行裁判所は申立てを適法と認める場合には競売開始決定を行い、その開始決定において、債権者のために不動産を差し押さえる旨を宣言する（188、45 I。なお以下の引用では188条の引用は省略する）。競売開始決定は、債務者に送達しなければならない（45 II）。裁判所書記官は、直ちに当該不動産に関する差押えの登記を囑託しなければならない（48 I）。開始決定が債務者に送達された段階、差押えの登記がなされた段階、いずれかの早い段階で差押えの効力が生ずる（46 I）。その後、裁判所は配当要求の終期を定めるほか（49 I）、債務者または不動産の占有者が「不動産の価格を著しく減少する行為又はその

おそれがある行為」(価格減少行為等)をした場合には、売却のための保全処分を行うことができる(55)。

つづいて、執行裁判所は買受人に不測の損害を与えることのないよう、執行官に対して不動産の形状、占有関係その他の現況について調査を命じる(57 I)。執行官には強制力の裏付けを持った(196②を参照)対象不動産への立入権、質問権、文書提示請求権が認められており(57 II)、現況調査報告書を作成し、それを執行裁判所に提出する(民事執行規則173 Iが準用する同規則29 I II、以下では173条1項の引用は省略する。また、民事執行規則は「規則」として引用する)。

一方、執行裁判所は評価人を選任し、不動産の評価を命ずる(58 I)。評価人は不動産の評価額などを記載した評価書を作成し、これを執行裁判所に提出しなければならない(規則30 I II)。執行裁判所はこれらに基づき、最低売却価格を決定した上(60 I)、不動産の表示、不動産をめぐる売却条件を記載した物件明細書を作成する(62)。この過程においては、執行裁判所自身が必要と認めるときには、債務者、占有者、その他の参考人に対して審尋を行うことができる(5)。このようにして作成された物件明細書、現況調査報告書、評価書のことを、一般に「三点セット」と呼んでいる。

かくして執行裁判所は売却の日時および場所を定めて売却実施命令を発し、執行官に売却を実施させるが、売却実施日の1週間前までに、一般の閲覧に供すべく、上述の三点セットの写しを執行裁判所に備え置かななくてはならない(62、64 I、規則31)。売却方法には入札と競り売りがあり、執行裁判所の定めた方法によって行われる(64)⁽²⁵⁾。入札には、入札期日に直ちに開札をする期日入札と、入札期間を定め、その期間に入札をさせ、開札期日に開札を行う期間入札がある。執行裁判所が期間入札の方法をとる場合には、入札期間(1週間以上1月以内の範囲内)、開札期日(入札期間満了後1週間以内)、売却決定期日(原則として開札期日後1週間以内)を定める(規則46、以下では、期間入札について述べることにする)。

不動産の買受けの申し出をしようとする者は、執行裁判所が定める額(原則として最低売却価格の10分の2である。規則39 I II)および方法(規則40参照)によって保証を提供しなくてはならない(66)。債務者自身は買受けの申出をすることができない(68)。

開札が終わったとき、執行官は最高価買受申出人を定め、その氏名等および入札価額を告げ、かつ、次順位買受けの申出(67)をすることができる入札人がある場合には、次順

位買受けの申し出を催告する（規則41Ⅲ）。その後、執行裁判所は売却決定期日を開き、売却の許可または不許可を言い渡さなくてはならない（69）。その際、利害関係を有する者は売却決定期日において意見を陳述することができる（70）。最高価買受申出人が不動産を買い受ける資格または能力を有しない場合、競売手続に重大な誤りがある場合には売却不許可決定が下されるが（71）、それ以外の場合には売却許可決定が下されることになり、その決定は確定によって効力が生ずる（74Ⅴ）。

売却許可決定の確定によって、最高価買受申出人は買受人の地位を取得する。そして、買受人は、執行裁判所の定める期限までに（規則56Ⅰによれば売却許可決定から1月以内である）その代金を執行裁判所に納付しなくてはならない（78Ⅰ）。代金納付によって買受人は不動産を取得するが（79）、代金を納付しない場合には、売却許可決定はその効力を失うことになる。この場合、買受人は提供した保証の返還を請求することができない（80Ⅰ）。さらに、買受人となりながら代金を納付しなかった者は、その後の当該不動産の競売手続において、売却許可決定を受けることができなくなる（71④ロ）。買受人の代金不納付の場合、次順位買受申出人がいる場合には、その者について売却許可・不許可の決定を下すことになる（80Ⅱ）。

それでは、最高裁の二つの判例を素材とした検討に移ることにしたい。

4 賃貸借契約の仮装と競売入札妨害罪

（最決平成10年7月4日刑集52巻5号343頁）

（1） 事案および判旨

1) 事案

債務者Aは、その債務の返済に窮するようになっていたところ、A所有の土地・建物2件についての根抵当権者であるYの根抵当権の実行として競売開始決定がなされ、当該土地・建物が差押えされた。AはB、Cらと相談し、競売開始以前より本件土地・建物を短期賃貸借の期間の限度でそれぞれB、Cに賃貸していたことにして、最低売却価格を引き下げて自己が競落するか、あるいは競売を取り下げさせてYとの任意売買に持ち込むことについての共謀を遂げた。弁護士であった被告人Xはこの共謀の現場に同席しており、意

見を求められたのに対して、賃貸借契約の締結日を遡及させることは違法だとの見解を示したものの、それ以上の異論をとらえることなく、Aの顧問弁護士に就任した。そしてB、Cによって本件土地・建物に関する虚偽の賃貸借契約書が作成された。

その後、徳島地裁が本件物件について入札期間を定め、期間入札の方法による売却実施命令を発したのに対して、被告人XはAの代理人として、「本件競売事件の目的物件については、添付の契約書のとおり、既に他に賃貸している所以この点を調査されたい」旨の上申書を作成し、上契約書二通の写しとともに、これを郵送提出した。これを受けて、徳島地裁は再度、現況調査を行わせるため、前記売却実施命令を取り消したうえ、上賃貸契約書の記載内容について、X、Bらを書面により審尋した。

第一審は被告人XとA、B、Cらとの共謀を認め、執行裁判所に対して上申書等を提出した行為を「罪となるべき事実」に掲げ、偽計競売入札妨害罪の成立を認めた。

原審も、「被告人の本件行為は、入札希望者を減少させ、本件競売手続も遅延させ、競売価格も低下させる事態を招来するおそれのあるものであることは明らかである」として、本件行為は「競売の公正を害すべき行為」に当たると解するのが相当と判示し、被告人の控訴を棄却した。

最高裁判所第二小法廷は、被告人の上告趣意を適法な上告理由に当たらないとして、上告を棄却したが、なお書きで次のように判示した。

2) 判旨

「被告人は……徳島地方裁判所が不動産競売の開始決定をしたAら所有の土地建物について、その売却の公正な実施を阻止しようとして、同裁判所に対し、賃貸借契約が存在しないのにあるように装い、右土地建物は既に他に賃貸されているので取調べを要求する旨の上申書とともに……競売開始決定より前に短期賃貸借が締結されていた旨の内容虚偽の各賃貸借契約書写しを提出したというのであるから、被告人に刑法96条の3第1項所定の偽計による競売入札妨害罪が成立することは明らかであり、これと同旨の原判決の判断は、正当である。」

(2) 競争原理侵害性の実質的内容

競売入札妨害罪の成立を認めるためには、被告人の本件行為が競売・入札の「公正を害すべき」ものでなければならない。この点に関し、最高裁は特に理由を示すことなく本罪

の成立を認めているが、原審は「被告人の本件行為は、入札希望者を減少させ、本件競売手続も遅延させ、競売価格も低下させる事態を招来するおそれのあるものであることは明らかである」ことを根拠として、本件行為が「競売の公正を害すべき行為」に該当する旨を判断している。すなわち「公正を害すべき行為」か否かの判断要素として、①入札希望者の減少、②競売手続の遅延、③競売価格の低下という事態を招くおそれを考慮したわけである。

もっとも、原判決が並列的に列挙した三つの事態は、おのおの別個独立の事実であり、その惹起が必然的に連動してくるわけではない。それゆえ、たとえば競売手続は何ら遅延しないが入札希望者は減少するおそれがある場合や、競売手続は遅延するおそれがあるが競売価格が下落するおそれが認められない場合など、上記の三要素のうちのいずれかが欠ける場合も十分に考えられる。そして、このような場合に裁判所がいかなる判断をするのかは必ずしも明らかではない。まずはこの点について検討を試みたい。

既に述べたように、保護法益論に関する競争侵害説の立場からは、「公正を害すべき行為」とは、競争制度の公平を実質的に侵害する行為か否かという観点から判断される必要がある。本決定の調査を担当された三好幹夫調査官が競売入札の基本理念として「競争原理」を強調されるのもこれと同趣旨であろう⁽²⁶⁾。担保権の実行のための競売手続に即して具体的に考えてみると、競争制度の公平とは、不特定多数の者が、自発的に入札に参加するか否かを決定し、また、入札に参加した場合にも施行者から差別的待遇を受けることなく、自由な意思決定に基づいて自己の入札価格を提示し、それらを客観的に比較することによって落札価格が形成されるという点に認めることができる。そして、このような落札価格形成のプロセスに介入し、それを不当にゆがめる行為が「競争原理」を侵害するおそれのある行為と評価することができる。逆に言えば、このようなおそれが認められない限り、本罪にいう「公正」はおおよそ侵害され得ないのである。

このように理解すると、原審が指摘した事実のうち、②競売手続の遅延それ自体は、競争原理の実質的侵害とは評価できないように思われる⁽²⁷⁾。保護法益論において、公務侵害説的な理解に立脚し、本罪の公務執行妨害罪的な罪質を強調するのであれば、円滑かつ迅速な手続を阻害する行為全般について本罪の成立を認めることが可能かもしれない⁽²⁸⁾。しかしながら、競売入札手続が遅延することは全ての入札参加者に共通の事態であるから、そのことだけを理由として、ただちに競争原理が侵害されていると評価することは

きないように思われる⁽²⁹⁾。たとえば買受希望者が資金繰りをつけるために競売手続を遅延させるような場合は、たしかに手続の遅延によって競争原理の侵害がもたらされているのかもしれないが、このような事態が手続の遅延につねに随伴するわけではない。手続の遅延によって、当事者間の不公平が現実化するおそれが認められる場合にはじめて、それは競争原理の侵害を意味するよう思われる。もちろん競売手続を円滑に遂行する利益がおよそ保護されないわけではないであろう。しかしながら、そのような利益はむしろ、公務執行妨害罪や業務妨害罪で捕捉されるべき問題であるように思われる⁽³⁰⁾。

このように競争原理の侵害の存否に着目すると、③競売価格の下落も、つねにその実質的侵害として評価されるわけではないであろう。債権者・債務者個人の利益侵害という観点からは競売価格の下落は問題視されるであろうが、それが必然的に入札参加者間における公平な競争の阻害を意味するものではない。たとえば債務者が、抵当目的物の価値を減少させる行為に出た場合、その行為によって競売価格の下落が招来されるであろうが、(強制執行妨害罪など別罪の成立は別論として) それだけを根拠に本罪の成立を肯定すべきではない。入札参加者が抵当目的物の価値の下落を客観的に判断し、それに見合う入札価格を提示した結果として、競売価格が決定されるのであれば、当事者間の競争の公平は、なお維持されていると評価しうるからである。すなわち、競売価格の下落という事態も、あくまでも競争制度の公平の実質的侵害を経由して、もたらされなくてはならないと考えるべきである。たとえば、本来ならば入札を希望したであろう者が入札を見送らざるを得なかったり、あるいは、本来入札したい価格よりも低い価格で入札するような意思決定に誘引ないし強制された結果として、落札価格が下落した場合に限って、競争原理は実質的に侵害されたと評価できるのである。このような理解は、①入札希望者の減少という事態についても同様に妥当するであろう。たとえば(正常型)短期貸借を設定するなど、抵当目的物の価値が客観的に下落した場合、最低売却価額との兼ね合いで、入札希望者が減少することも不自然なことではない。そして、このような客観的な価値の減少はまさしく買受希望者全員に共通の事態である。このような場合、買受希望者は状況を正確に認識しつつ、それに基づいて入札を断念しているのであるから、これ自体は競争原理を侵害するものとはいえないであろう⁽³¹⁾。競争原理を保護法益と理解するのであれば、あくまでも、①入札希望者の減少、③競売価格の下落という事態も、当事者間の公平な競争を阻害したり、その意思形成を不当に歪曲するかたちで現実化されなくてはならない。

(3) 危険性判断

本件被告人の行為のように、日付を遡及させて、実体の全く伴わない虚偽の賃貸借契約書を作成した上で、それがあたかも真正な賃貸借であるかのように偽って、裁判所に上申書を提出する行為が「偽計」に該当することはおそらく疑いないであろう。それゆえ、競売入札妨害罪が成立するか否かは、本件行為に競争原理侵害性が認められるかに依存して行くことになる。本件被告人の行為は虚偽の賃貸借契約書の提出行為によって、他の入札希望者の意思決定に介入しようとしたものであるから、既に述べた競争原理の実体的側面にかかわる事件であるといえることができる。それゆえ、既に述べたような、他の買受希望者の意思形成過程を人為的に支配するものか否かという観点から検討が進められることになる。

従来の下級審裁判例においては、競売開始決定後、虚偽の賃貸借契約を締結し、それを仮登記し、現況調査担当の執行官に対し、賃借権に基づいて占有している旨の虚偽の事実を申し立てた事例について、競売入札妨害罪の成立が認められている⁽³²⁾。たしかに、これらの事例においては、一般の買受希望者は短期賃貸借の負担付きの物権であることを前提としつつ、競売に参加しなくてはならず、その意味で、誤った情報に誘引されて意思形成を行わざるを得ない⁽³³⁾。また、かりに賃借人と特別の関係があり、その賃借権が虚偽のものであることを認識しており、その解消が容易に可能な者が競売に参加した場合、その者はこの賃貸借をまったく度外視して、適切な価格で入札する意思形成が可能なのであるから、この点でも競争原理の公平さが侵害されているといわざるを得ない⁽³⁴⁾。それゆえ、これらの下級審裁判例が本罪の成立を肯定したことは、まさしく正当であったといえよう。

それでは本決定もこれらの延長線上に理解することができるであろうか。本件においては、被告人は虚偽の賃貸借契約書の写しと上申書を提出したにとどまっており、これまで下級審のように、執行官をして虚偽の権利関係を現況調査報告書に記載させたものではない。あくまでも競争原理の実体的侵害の危険性は、虚偽の賃貸借の記載が一般公衆の目に触れうる段階ではじめて現実化するものであると考えられるため、上申書等の提出行為のみで、競争原理の実質的侵害の危険性惹起として十分なものが問題として残ることになる⁽³⁵⁾。

この点に関して、上野教授は「裁判所が物件明細書に、虚偽の主張そのままであるにせ

よ、主張が虚偽であることを見破ったためその旨であるにせよ、記載することが確実であるのならば、そのような競争原理を害する危険性の故に、公正を害すべき行為であると解されることになろう⁽³⁶⁾」(傍点筆者)と指摘されている。上嶋教授が指摘されるとおり、上申書の提出行為により、短期貸借を主張する者の存在が確実に物件明細書に記載されるのであれば、上申書提出行為には物件明細書の記載を変更させる効果までが事実上備わっているとして、提出行為それ自体について、実質的危険の惹起を肯定することが可能となろう。ただ問題は、はたしていかなる意味で「記載することが確実」と評価できるかである。執行裁判所が被告人の虚偽の主張を見破れず、貸借契約が真実のものであると誤認した場合には、その権利関係は物件明細書に記載されることになるであろうが、逆に、執行裁判所が執行官の現況調査を信頼しつつ、短期貸借が虚偽であると判断した場合には、その旨を物件明細書に記載する義務までは法律上要請されていない(民事執行法62条参照)。もちろん、買受希望者の切実な関心に應えるためには、法定事項以外の記載も有用適切であろうから⁽³⁷⁾、後者の場合にもそれが記載される可能性が十分あり得ることは否定できないが、それが直ちに「記載することが確実」とまで評価できるかについては、なお疑問が残るように思われる。このような点を考慮しつつ、より高度の危険性を要求する立場を徹底すれば、物件明細書ないし現況調査報告書の記載内容が現実に修正されなければ可罰的な危険性が発生しないとして、その点までが認定されていない本件事案については、本罪の成立を否定するという帰結も考えられる⁽³⁸⁾。この立場にしたがえば、物件明細書や現況調査報告書の記載内容が現実に修正された場合にも、本罪の既遂時期は記載事項の修正段階ということになるのであろう⁽³⁹⁾。

この問題は、「公正を害すべき行為」と評価するために、「公正」、すなわち競争原理が侵害される危険性がどの程度必要かという問題に帰着しよう。本罪を抽象的危険犯と解する立場から、本罪の成立のためには構成要件所定の行為があれば十分であり、具体的な危険の存否の認定は要しないとする理解もありえるかもしれないが、そもそも「公正を害すべき行為」に該当するかを判断するためには、それが可罰的な危険性を発生せしめる行為か否かの認定が不可避なのであるから、いずれにせよ、個別具体的な行為を判断対象としつつ、それが惹起した危険性の程度に応じて、可罰性の限界を画する作業が必要となるはずである。それゆえ、危険性判断に関する有力説⁽⁴⁰⁾に依拠するのであれば、①いかなる事態が現実化すれば、結果(=競争原理の侵害)が発生しえたか、②そのような事態が現実

化する可能性はどの程度ありえたか、という観点から危険性の程度を判断しつつ、一定の政策判断のもと、本罪の成立に必要な危険性を検討するという過程を経ることになると思われる。もっとも、この判断において注意を要するのは、ここでいう「結果」とは競争原理の侵害なのであるから、これが惹起されるためには、「虚偽の賃貸借契約の存在が物件明細書や現況調査報告書に記載されること」に加えて、「それらの記載を見て、不特定多数の買受希望者が意思形成を歪められ、入札を断念したり、あるいは入札価格を下げて入札すること」が現実化しなくてはならない。それゆえ、物件明細書等に記載される以前の段階においては、二重の仮定を経なくては危険が現実化しないことになるから、その意味で、遠い危険までが捕捉されることになっているといわざるを得ない⁽⁴¹⁾。したがって、厳密に記載内容の変更までを要求しないとしても、個別具体的事案における契約書の記載内容や裁判所の対応等を検討しつつ、記載内容が修正されることについて、相当程度の蓋然性を要求すべきであるように思われる。

(4) 濫用的短期賃貸借と偽計競売入札妨害罪

本件の事案は、競売開始決定後に、実体が伴わない虚偽の短期賃貸借を、しかも締結日を競売開始決定以前に遡及させて締結したものであった。また、従来の下級審裁判例の事例も、競売開始決定後に賃貸借契約を仮装し、その旨を現況調査担当の執行官に対して主張した事案である。それでは、本件の事実関係を離れ、かりに競売開始決定以前からあらかじめそれに備え、競売を阻止したり、競売価格を下落させる目的で短期賃貸借を設定し、その存在を執行官に主張する行為は本罪に該当するであろうか。この問題は、本件決定に関する判例評釈の中で意識されてきたものであるが、以下ではこの点について、簡単な検討を加えてみることにしたい。

1) 濫用的短期賃貸借と可罰性の限界

短期賃貸借は、抵当権設定登記後に登記したものであっても、抵当権者、さらにその後不動産を取得した者に対しても対抗できる（民法395条本文）が、その濫用の弊害は以前から指摘されているところであり⁽⁴²⁾、それを主張する者の存在によって、入札希望者が減少したり、競売価格が下落するおそれがあるといわれている。濫用的な短期賃貸借について、それが「抵当権者ニ損害ヲ及ホストキ」（同条但書）には抵当権者はそれを解除することができるが、民事訴訟を提起して解除を請求することは、時間的に迂遠であり、

その実効性についてもなお十分とはいえないという指摘が見られる。それでは短期賃貸借の濫用について、競売入札妨害罪を適用することは可能であろうか。

この問題を検討するためには、濫用的短期賃貸借を主張することが「公正を害すべき行為」といえるか、すなわち競争原理を侵害するものかという点から検討しなくてはならないであろう。そして、本来ならば抵当目的物の価値を下げる事が出来ないものが、価値を下げるような外観を呈することで、買受希望者の意思形成を不当に歪曲し、一定の意思形成（入札断念、入札価格の低下）へと誘引する一方、濫用的賃借人と特別な関係にあるような者だけが、そのような影響を受けずに意思決定できるとすれば、この点に、競争原理の実体的侵害を見いだすことができよう。そして、実際に、濫用的賃貸借は正常型賃貸借を仮装したものであるとして、395条但書に該当する契約を設定する行為について、偽計競売入札妨害罪の成立を認めようとする見解が主張されているのである⁽⁴³⁾。

しかしながら結論からいえば、395条但書により解除可能か否かによって、可罰性の限界を画そうとする見解には疑問がある。そもそも同条但書は「抵当権者に損害を及ぼすか」という、もっぱら債権者の利益の観点からの規定であるが、既に述べたように、債権者の利益を侵害することが必然的に競争原理の侵害を意味するわけではない⁽⁴⁴⁾。競争原理侵害性は、同条但書の解釈と別の観点から判断されるべきであろう。

また、解除可能な賃貸借すべてに刑罰を科することは、刑法の謙抑性の観点から見ても疑問である。最近の民事の最高裁判例は「抵当権者ニ損害ヲ及ホストキ」の解釈について、「原則として、抵当権者からの解除請求訴訟の事実審口頭弁論終結時において、抵当不動産の競売による売却価額が同条本文の短期賃貸借の存在により下落し、これに伴い抵当権者が履行遅滞の状態にある被担保債権の弁済として受ける配当等の額が減少するときをいうのであって、右賃貸借の内容が賃料低廉、賃料前払、敷金高額等の事由により通常よりも買受人に不利益なものである場合又は抵当権者が物上代位により賃料を被担保債権の弁済に充てることができない場合に限るものではないというべきである」と判示している⁽⁴⁵⁾。この判決の当否についてここで判断することはできないが⁽⁴⁶⁾、この判決の趣旨に従えば、解除可能な短期賃貸借の範囲が非常に拡大すると考えられる⁽⁴⁷⁾。このような判例理論を前提にすれば、一定の濫用的短期賃貸借が可罰的であっても、それは395条但書に該当するものの全てではあり得ない。それは刑罰によるコントロールとしては、明らかに行き過ぎであろう。本罪の保護法益との関係においても、このような競争原理の実体的側面

からの侵害については、可罰的な行為の範囲を限定する必要があることは既に述べたとおりである。

また、行為態様の点から言っても、濫用的貸貸借の設定行為すべてに偽計性が認められるわけではない。たとえば解除可能なものを解除不可能なもののように偽装する手段を弄していれば、それは偽計と評価できるのかもしれないが、現実の短期貸貸借の濫用にそのような手段が常に随伴するわけではないであろう。解除可能な内容をあからさまにすることで、競売入札から参加者を遠ざけようとするものも多いのではないかと推測される。とすれば、解除可能な契約であるからといって、常にそれが偽計を用いたものであり、買受希望者を錯誤に陥れうるものであるとは限らないように思われる。濫用的短期貸貸借は正常型短期貸貸借を「仮装」したものであるとする指摘がみられるが⁽⁴⁸⁾、ここでいう「仮装」とはいかなる客観的事態を指しているのかは、必ずしも明らかではない。契約の実体が備わっている場合について、貸借人の内心に不法な動機があることだけを理由として、それは正常な契約を「仮装」していると評価することは困難であるように思われる。

このような考慮を前提とすると、解除可能な短期貸貸借がすべて偽計競売入札妨害罪の射程範囲であるという結論は採用しがたいように思われる。ここにおいては、処罰範囲をより合理的に限定づける作業が必要となってくるはずである。この点、民法の学説において、濫用的貸貸借の中でも、もっぱら抵当権を妨害するために設定されるものであり、その公序良俗違反性が甚だしいものは、公序良俗違反または虚偽表示として、その契約がそもそも無効であると解されている⁽⁴⁹⁾。そして、競売入札妨害罪の限界付けについても、このように私法上も契約が無効とされるような逸脱性の高いものに限って、可罰性を肯定すべきではないだろうか⁽⁵⁰⁾。この場合には、競争原理の侵害性も著しいと考えられるし、また、無効な契約をあたかも実体が伴った有効な契約のように仮装する行為態様については、「偽計」という行為類型にも馴染みやすいように思われるからである。

もちろん、無効と解される契約を主張する行為が、すべて競売入札妨害罪でカバーされるわけではないであろう。競争原理を阻害する危険性の低い、換言すれば買受希望者の意思形成を大きく歪曲するものではないものについては、そもそも「公正を害すべき行為」に該当しないと考えるべきである。それゆえ、競売手続を妨害するための貸貸借ではなく、たとえば抵当権者白らが抵当権を保全するために設定する、いわゆる併用貸貸借については、そもそも本罪の構成要件の射程外であると解するべきである⁽⁵¹⁾。これは売却によっ

て当然に消滅すると理解されており⁽⁵²⁾、買受希望者にとっても、常に入札を躊躇する方向に機能するとは限らないからである⁽⁵³⁾。

2) 契約行為の可罰性

1) における検討は、濫用的短期貸借を競売開始決定前に締結し、その存在を競売開始決定後に、現況調査担当の執行官に対して申し向ける行為を対象としていた。それでは、競売開始決定前の貸借契約設定行為それ自体を、競売入札妨害罪の実行行為として捕捉することは可能であろうか。この問題は、貸借人が執行官から質問を受ける機会を逃れ、執行官が登記簿を自ら閲覧することで貸借の存在を発見したような場合や、さらに貸借契約設定行為のみに関与した者（執行官に対する陳述行為についての共謀関係が認定できなかった者）の罪責を検討する上で意味を持つてくるであろう。

この点について、塩見教授は「競売開始決定以前の行為に同罪（筆者註・競売入札妨害罪）の適用を肯定するのはやはり困難」であり、同罪の適用を肯定するためには「競売開始決定後、現況調査に来た執行官に（仮装）賃借権の存在を告知するなど、新たな行為が加わらねばならない」と指摘されている⁽⁵⁴⁾。塩見教授のこの指摘は、競売入札妨害罪が成立するためには現実の競売入札手続が存在しなくてはならないとする、一般的な理解⁽⁵⁵⁾を念頭に置かれたものである。

たしかに塩見教授が指摘されるとおり、競売入札妨害罪が成立するためには、現実の競売入札手続、具体的には競売開始決定が必要と考えるべきであろう。本罪は危険犯であるから、競売入札手続に対する危険性という観点から考えると、手続が現実に行進していなくともそれが進行する可能性が認められるのであれば、競売開始決定以前の段階でも、「現実化するであろう手続」の公正に対する危険性を肯定することは、論理的には不可能ではない。しかしながら、競売開始決定以前の段階で可罰的な危険性を肯定することは、処罰範囲があまりにも広がりすぎ、また不明確になりすぎる点で妥当ではないように思われる。たとえば一旦、無効な貸借契約を締結し、それを登記したとしても、競売開始決定の前にそれを抹消登記したような場合には、現実の競売手続に対しては何ら影響力を持ち得なかった以上、それは処罰範囲から除外すべきであろう。また、「現在している保護対象」に対する危険性と、「現在していない保護対象」に対して、それが現実化する可能性に基づいて認められる危険性とでは、その処罰の必要性に質的な相違があると考えるのであれば⁽⁵⁶⁾、このような処罰範囲の限定にも十分な理論的根拠があるというべきである。

すなわち、本罪の「競売入札の公正を害すべき行為」とは、「手続が開始された段階における、個別具体的な現実の競売入札の公正を害すべき行為」の意味で理解されるべきであろう。

しかしながら、犯罪の成立のために競売開始決定が必要であるからといって、時間的に先行する段階の行為について、論理必然的に競売入札妨害罪が成立しないことにはならないように思われる。たとえば間もなく出生するであろう乳児を殺害しようと思い、母親が毒物を混入したミルクを準備した場合、その後生まれてきた乳児が自ら哺乳瓶を吸って毒入りミルクを飲んで死亡したのであれば、母親が殺人罪に問われることについては異論がないであろう。実行行為段階で侵害客体が現在していなくても、その後に現実化した客体に対して当該行為の効果が及んでいれば、十分に可罰性を肯定できるのである。これを虚偽の賃貸借設定行為に即して考えてみると内容虚偽の賃貸契約を締結し、それを登記したのが競売開始決定前であったとしても、その後、競売手続が開始された場合には、上契約は競売手続の公正を害する危険という効果が認められることになる。それであれば、事前に契約を締結する行為も、相当な因果連関を経て、競売入札の公正侵害の危険惹起という結果を招来するものである以上、これを「公正を害すべき行為」から排除する理由は乏しいように思われる。

もっとも、競売開始決定を待ってはじめてその行為は競売手続の公正に対する危険性を惹起するものである以上、その既遂時期は競売開始決定段階に求められなくてはならないであろう⁽⁵⁷⁾。「競売手続の公正を害すべき事態」と相当因果連関を有してはじめて当該行為は「公正を害すべき行為」と評価されるのであるから、危険性発生に時間的離隔がある場合には、このような結論に至らざるを得ないように思われる。毒ミルクの事例において、乳児が死亡した段階ではじめてミルク準備行為が「人を殺す行為」として評価されることと同様であろう。通常の事例において、実行行為性とは別に、危険性惹起の検討がなされないのは、実行行為の遂行と同時に公正を害すべき事態が発生するのがほとんどであるため、事実上、実行行為の存否と区別して危険性惹起を検討する実益が乏しいからにすぎず、実行行為と離れた危険性惹起の検討が理論的におよそ不要というわけではないのである⁽⁵⁸⁾。

なお、競売開始以前に虚偽の賃貸借を仮装する行為については、偽計競売入札妨害罪のほか、強制執行妨害罪の成否も問題となり得よう。もっとも、強制執行妨害罪の保護法益

は、強制執行制度それ自体のほか、債権者個人の債権の実現という利益にも求められるのが一般であり(59)、競争それ自体を保護していると解される競売入札妨害罪とは異なった角度から個別に検討を加えなくてはならないであろう。具体的には、①担保権の実行のための競売手続が「強制執行」に該当するか(60)、②競売価格を下落させたり、自己(またはその関係者)が競落しようとする目的が「強制執行を免れる目的」に該当するのか、③いかなる濫用的貸借の設定が「仮装の債務を負担」する行為に該当するかなどの問題について、改めて検討を加える必要が残るであろう。その意味で、この問題はもはや本稿の射程範囲を超えるものであるので、別の機会に改めて検討を加えることにしたい(61)。

5 開札後の妨害行為と競売入札妨害罪

(最決平成10年11月4日刑集52巻8号542頁)

(1) 事案および判旨

1) 事案

被告人Xは右翼団体政治結社の支部長の地位にあったものであるが、以前から親しかった女性Tから、債務の処理とともに、Tの店舗兼居宅およびその敷地(以下、本件物件という)の管理・処分の委託を受け、所有権移転の仮登記を経た上、本件物件を事実上支配していたところ、青森地裁は、本件物件について不動産競売開始決定を下し、最低売却価額を1456万5000円とする売却実施命令を発した。これに対して被告人Xは、妻名義で最低売却価額と同額で入札したが、開札期日にS不動産が1466万円で本件物件を落札したことを知ると、競売により自己の管理占有を喪失することを阻止するため、同日午後、S不動産に赴き、社長の妻Kに対して、「あなたのところで落とした物件は絶対やれない物件だから、うちの方によこしてくれ」、「この物件から手を引いてくれ」、「これをうちの方によこさないと、ことが面倒になる。ただじゃおかない。また来る」などと申し向けた。そして、さらにその夜、被告人Xと共謀の上、その甥である被告人Yが右翼団体構成員数名を連れてS不動産の事務所に赴き、「なんで競売を落としたんだ」、「手を引いてくれ、バックにどこかの組がついているのか」などと申し向けた。

第一審は、被告人らの発言の趣旨は、本件物件の買受けの申し込みにとどまるものでは

なく、落札の辞退を要求する趣旨であると認定しつつ、「競売物件を落札した者に対して、たとえ落札後であっても代金納付もなされていない開札の当日に、他の入札者ないしその関係者が……競売物件から手を引くよう威圧的に要求する行為……が公の競売の公正を害し得るものであることは明らかである」と判示し、X・Yについて威力競売妨害罪の成立を肯定したが、右に引用した判示に続けて、「仮に、被告人らの真意が買受けの申出にあつたとしても、本件において、被告人らに競売入札妨害罪が成立するのを妨げる事情となりものではない」（傍点筆者）と判断している。実際、第一審判決は、「罪となるべき事実」において、被告人らの意図について、「S社をして右落札を辞退させ又は本件物件を自己に譲渡させようと企て」と判示しており、被告人らの意図が落札の辞退にあったと確定的に認定しているわけではない。

また、原審は「公の競売、入札に不当な影響を及ぼすおそれが生じた場合には、開札の前後を問わず本罪が成立する」という一般論を述べ、「買受人が代金を納付するまで、当該競売手続きは所期の目的を達しないまま浮動状態に置かれ、かつ代金を納付すると否とは（保証金の返還を請求できなくなるという制約はあるといえ）買受人の意思に委ねられているのであるから、売却の実施後、最高価買受申出人もしくは買受人をして落札を辞退させ又はその物件を自己に譲渡させる意図のもとに、これらの者に対し威力を加えてその自由な意思決定を阻害する行為は、公の競売、入札に不当な影響を及ぼすおそれがある行為として、本罪を構成する」（傍点筆者）と判示し、被告人の控訴を棄却した。

最高裁判所第二小法廷は、弁護人の上告趣意は適法な上告理由に当たらないとしつつ、なお書きで次のように判示した。

2) 判旨

「不動産の競売における入札により最高価買受申出人となった者に対し、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ときは、刑法……96条ノ3第1項の競売入札妨害罪が成立すると解するのが相当であるから、これと同旨の原判決の判断は正当である」。

(2) 「競争」の終了時期

不動産競売手続における開札が終了し、最高価買受申出人が決定した段階においては、競売手続における売却方法としての「競り売り」「入札」（民事執行法64条2項参照）は終

「している」といってよい。それゆえ競売入札妨害罪が保護する対象の「公の競売又は入札」を上の意味における「競り売り」|「入札」に限定して理解するのであれば、これら売却方法が正常に終了した後の行為については、もはや同罪の成立の余地がなくなることになる。一方、競売・入札手続は開札によってもなお終了していないと解するのであれば、開札以後の行為についても、その「公正を害すべき行為」が観念できるから、同罪が成立する可能性が残ることになる。この点について、本決定は、開札終了後の最高価買受申出人に対する威迫的言動について本罪の成立を肯定しているから、その意味で、後者の立場を前提としているものと評価することができる。既に下級審裁判例においては、このように開札終了後の妨害行為について本罪の成立を認めたものがあるが⁶²⁾、最高裁判所の判例としては、本決定がはじめてのものである。

繰り返し述べてきたように、競売入札妨害罪の保護法益は競争制度としての競売・入札の公正であると考えられる。それゆえ競売・入札手続における自由で公正な価格形成のメカニズムが不正に歪められるおそれが認められるときに限って、本罪が成立しうることになる。とすれば、開札によって最高価買受申出人が決定されれば、当該手続における価格形成過程も一旦完了するとも考えられるから、開札によって競争手続は終了しており、それ以降の妨害行為は本罪の射程範囲ではないという解釈にも一理あるようにもみえる。しかしながら、最高価買受申出人が決定しても、売却不許可決定が下されれば、最高価買受申出人は不動産を買い受けることができないし、さらに売却許可決定が確定して、最高価買受申出人が買受人の地位を取得したとしても、その者が代金を納付しない場合には不動産を取得することができず、売却許可決定もその効力を失うことになるのである。そして、これらの場合には再売却のために再度入札の手続がとられるから、新たな手続で改めて売却価格の形成過程が再開されることになる。とすれば、原審が正当にも指摘するとおり、買受人が代金を納付するまでは、いまだ競売手続は「浮動状態」におかれており、当該手続における競争の帰趨はいまだ定まっていないと考えるべきであろう。このように、買受人が代金を納付するまでは、なお入札参加者による実質的競争は継続していると理解するのであれば⁶³⁾、開札以後の妨害行為についても、なお競売入札妨害罪の成立を認める余地が残されていることになる。

それでは、本件被告人の行為のように、最高価買受申出人ないし買受人の意思に働きかけ、その者に代金納付を断念させようとする行為は、「競売又は入札の公正を害すべき行

為」に該当するのであろうか。本稿の問題関心からは、このような行為に競争原理を侵害するおそれが認められるかが問題とされることになる。具体的には、最高価買受申出人ないし買受人が代金の納付を断念せざるを得ず、再売却手続に至ることについて、いかなる意味での競争原理の危殆化が認められるかが問題となろう。

競争原理の前提要件として、買受希望者が、入札に参加するか否か、さらに、いかなる金額で入札するかを自由な意思形成に基づいて決定できる状態を保護しなくてはならないことは既に述べたとおりである。そして、この理は買受人が代金を納付することで当該不動産を取得しようとする点についても妥当するべきであらう。もちろん、買受人は買受保証金の返還を断念することで、代金を納付せずに不動産の取得を断念することも可能であるが、その判断は買受人の自由な意思形成によってなされるべきである。このような意思形成に不当に介入し、結果的に不動産の取得を断念させる行為は、明らかに競争原理の侵害と評価されるべきであらう⁽⁶⁴⁾。とりわけ、買受人が代金を納付しなかった場合、買受人は当該不動産を取得できなくなるだけでなく、当該不動産の再売却手続への参加を禁止されるという制裁を受ける（民事執行法71条4号口参照）ことを想起すれば、なおさらのことである。買受人であった者は、当該手続において不動産を取得できなかったのみならず、再売却手続においてはそもそも競争から排除されてしまうのである⁽⁶⁵⁾。このように再売却手続において、買受人であった者を競争から排除することで、結果的に特定の者に有利な価格形成がなされるおそれが現実化する点にも、競争原理の侵害のおそれが顕在化しているように思われる⁽⁶⁶⁾。

（3）危険性判断

右のように本決定を支持する立場からは、最高価買受申出人ないし買受人に対して、代金納付を断念して落札を辞退するよう威迫的言動を示す行為は競売入札妨害罪に該当することになる。偽計を用いる場合も全く同様に考えることができよう。一方、買受人が代金を納付した後は、競売・入札制度における実質的競争は終了していることになるから（脅迫罪等の別罪を構成しうる可能性はあるが）もはや競売入札妨害罪は成立しないことになる⁽⁶⁷⁾。それでは、最高価買受申出人ないし買受人に対して、代金納付以前の段階において、落札した不動産を自己に譲渡・転売させるように威迫する行為は本罪を構成するのであろうか。行為者には買受人に代金納付を断念させる意図はないが、買受人が代金を納付

して不動産を取得した後にそれを自己に譲渡させようと考え、買受人の代金納付以前の段階で、前もってその旨を要求するような場合である。原審の仙台高裁は「最高価買受申出人もしくは買受人をして落札を辞退させ又はその物件を自己に譲渡させる意図」の場合に同罪が成立すると判断しており、この場合にも本罪が成立すると理解しているように読むこともできよう。第一審が「被告人らの真意が買受けの申出にあったとしても」本罪が成立すると判示している点も、既に見た通りである。一方、最高裁は「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ときは」（傍点筆者）という表現を用いており、落札それ自体を辞退させるよう威迫した場合に限定した判断を下しているようにも理解する余地もあるが、必ずしもその趣旨は明らかではない。

競売入札妨害罪は行為者が特定の目的を有することを要求するものではないから、被告人がいかなる目的で威迫したのかは直接的には犯罪の成否に影響を及ぼさない。その限りにおいて、第一審、原審の判示は適切であろう。本罪の成否との関連で問題となるのは、その行為に実質的競争原理の侵害のおそれが認められるか、本件事案に即していえば、最高価買受申出人ないし買受人が（その真意に反して）代金の納付を断念するおそれが認められるか否かである。もちろん被告人が買受人に対して不当に廉価な価格での転売や無償譲渡を要求した場合については、買受人は代金を納付することでいっそう損害をこうむることになるから、代金納付を断念するおそれが大きいことはいうまでもない。問題は、被告人が提示した転売価格が落札価格と同程度か、それよりも高額な場合である。

買受人が代金を納付しなかった場合、買受人は買受申出保証金の返還請求権を喪失することになるから（民事執行法80条1項）、そのことにより経済的不利益を受けることになる。一方、被告人の要求に応じ、相当価格での転売に応じた場合には、買受人には経済的な損失は発生しないことになるから、経済的に合理的な行動を前提とする限り、この場合には、買受人が代金の納付を断念する可能性は乏しいようにも思われる。しかしながら、代金を納付して転売に応じるか、それとも代金を納付せずに落札を辞退するかは、買受人の自由な意思決定に任せられている。常に経済合理的な決断がなされるわけではない。買受人が、転売に応ずることによって当該不動産とさらに関わり合いになることを煩雑と考えて、たとえ買受申出保証金を放棄してでも代金を納付しないことを選択する可能性もあり得るのではないだろうか。

このような理解を前提にすれば、あとは個別事案ごとに、買受人が（妨害者の要求に反

して) 代金を納付せず、不動産の取得を断念する危険性がどの程度存在するのかをケース・バイ・ケースで判断していくことになる。具体的には、偽計・威力の態様・程度、被告人と被害者の以前からの関係、提示された転売価格の金額、それが現実に支払われる可能性(あるいはその点に関する被害者の認識)、被害者の性格・社会的地位などを総合的に考慮しつつ、代金不納付の意思決定へと誘引される危険性がどの程度認められるのかを判断していくことになる。この場合、被告人が直接的に代金不納付を要求する場合に比べて、買受人が代金納付を断念する可能性は低いと考えられるから、状況によっては、危険性が低いことを理由として可罰性が否定されることもあり得るであろう。

なお、このような理解によって本罪の客観的要件の充足を肯定したとしても、本罪の故意を肯定するためには、自己の行為の「意味の認識」として、買受人が代金を納付しないおそれがあることについての認識が要求されることになる。もっとも、相当に低い危険性であっても客観的要件の充足を認めるのであれば、それに対応する認識も希薄なものでたりることになるから、實際上、故意が認められない場合はほとんど存在しないように思われる。

[注]

- (1) たとえば内田文昭『刑法各論〔第三版〕』(1996) 633頁、西田典之『刑法各論』(1999) 414頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第六卷〔第二版〕』(1999) 205頁、206頁〔河上和雄=久木元伸執筆〕などを参照。
- (2) たとえば大塚ほか編・前注(1)〔河上=久木元〕207頁は、「公正を害すべき行為とは、公の競売又は入札が公正に行われていることに対し、客観的に疑問を懐かせる行為ないしその公正に正当でない影響を与える行為をいう」とするが、具体的にいかなる行為がそれに該当するのかは、必ずしも明らかにされてはいなかった。
- (3) なお、この点に関して、中森教授は「自由競争による公正な価格形成を妨害する行為のすべてを含みうるから、構成要件が明確でない嫌いがある」と指摘されている。中森喜彦『刑法各論(第二版)』(1996) 306頁参照。
- (4) 判例時報1399号(1991) 144頁の記事によると、「裁判所は、このように暴力団員等による執行妨害事例が増加している事態は適切な競売手続を円の上で憂慮すべき問題であるとし、告発を含めて厳正に対処する方針であるとのことであり、また、検察庁、警察庁も、暴力団の民事介入暴力取締りの一貫として厳しく取り締まる方針である」とのことである。また、既に青柳博士は「動産、不動産競売の現状は本罪の構成要件にあたる場合が相当に多いと思われる」と指摘されていた。青柳文雄『刑法通論Ⅱ各論』(1963) 91頁参照。
- (5) 最高裁判所事務総局編「司法統計年報(刑事編)」によると、競売入札妨害罪による地方裁判所の終局処理人員は昭和40年から昭和49年までの10年間で年平均15.7名、同様に昭和50年から昭和59年までの10年間で平均8.1名、昭和60年から平成6年までの10年間で平均10.0名であった(平成4年までは談合罪による処理人員も含まれている)。しかしながら、平成7年以降は、平成7年が26名、平成8年が31名、平成9年が61名、平成10年が58名である。この数値からも、最近における検挙事件数の急速な増加をうかがい知ることができよう。
- (6) 本決定に関する解説・評釈としては、三好幹夫・ジュリスト1143号(1998) 104頁、同・法曹時報51巻7号(1999) 199頁以下、吉田正喜・研修606号(1998) 29頁以下、塩見淳・法学教室221号(1999) 122頁以下、上嶋一高・判例セレクト'98(法学教室222号別冊)(1999) 35頁、曲田統・法学新報105巻10=11号(1999) 279頁以下、清水真・判例評論485号(1999) 52頁以下、日高義博・平成10年度重要判例解説(1999) 158頁以下、京藤哲久・金融法務事情1556号(1999) 73頁以下、山本輝之・最新判例ハンドブック(受験新報1999年12月号別冊) 38頁以下がある。
- (7) 本決定に関する解説・評釈としては、飯田喜信・ジュリスト1151号(1999) 121頁、三浦守・警察学論集52巻5号(1999) 200頁以下、奥村正雄・法学教室226号(1999) 130頁、飯島泰・研修614号(1999) 13頁以下、甲斐克則・現代刑事法7号(1999) 62頁以下、上嶋一高・判例セレクト'99(法学教室234号別冊)(2000) 35頁がある。
- (8) 京藤哲久「競争と刑法—競売入札妨害罪を素材として—」『法と政治の現代的課題・明治学院大学法学部二十周年記念論文集』(1987) 353頁以下。なお、京藤教授の分析は同条2項の談合罪の保護法益論も射程に入れられたものであるが、本稿においては1項の競売入札妨害罪に限定して、

検討を加えることにしたい。

- (9) この点につき、京藤・前注(8)376頁は「判例の考え方は、どちらかというところ、この施行者等利益侵害説に近いと思われる」と指摘している。
- (10) この旨を明示するものとして、坂本武志『最高裁判所判例解説刑事篇昭和四一年度』(1967)164頁参照。さらに、大塚編・前注(1)〔河上=久木元〕199頁を参照。
- (11) この点を判示する裁判例として、たとえば東京高判昭和36年5月4日(東京高裁刑事判決特報12巻5号59頁)、東京高判昭和56年6月16日(判例タイムズ459号151頁)がある。
- (12) もっとも、京藤・前注(8)375頁は、競争侵害説の立場からは、競売・入札手続の適法性は「法益とのかかわりでは必然的な帰結ではない」と指摘する。
- (13) 京藤・前注(8)376-377頁参照。
- (14) なお、京都地判昭和58年8月1日(刑裁月報15巻7=8号387頁)は「競売等の主体が国家または公共団体である関係上、特にその公正を保持することが要請されるため、その公正を害する危険のある行為を取締る」必要があることを指摘し、「私人たる入札者が自由に入札を行いうることに基づく経済的利益」は反射的効果にすぎないと判示している。本判決はたしかに公務侵害説に親和的なものかもしれない。しかしながら、本判決は保護法益が「競売入札の公正」であることを指摘しつつ、その要保護性が公の競売入札のほうがより高いことを述べるにとどまっている。それゆえ「公正」の意義の理解のしかたによれば、他の立場からの合理化も可能であるようにも思われる。また、施行者等利益侵害説の「施行者等」を入札における国または公共団体、競売における債権者、債務者に限定して考えるのであれば、この立場からも入札参加者の不利益は重要視されないことになろう。
- (15) たとえば健康保険法に基づく健康保険組合が実施する入札は、それが公務と評価できないことから、「公の入札」に該当しないとされている。東京高判昭和36年3月31日(高刑集14巻2号77頁)参照。
- (16) 平川宗信『刑法各論』(1995)528頁が、公務侵害説は「保護法益の実質を説明しえない」と指摘する点、また、京藤・前注(8)372頁が「公務の実質的内容をなす一定の利益の侵害と関連づけることができはじめて、刑法の利用が正当化される」と述べるのも同趣旨であろう。
- (17) なお、自力執行力の付与されていない公務など、威力・偽計に対しても保護する必要がある公務は業務に含まれ、それらについては業務妨害罪の保護の対象となると解した場合(たとえば西田・前注(1)117頁以下、山口厚『問題探究刑法各論』(1999)270頁以下を参照)、偽計・威力によって公の競売入札を妨害した場合、論理的には業務妨害罪の成立可能性を排除し得ないことになる。この点について、大塚編・前注(1)〔河上=久木元〕223頁は、競売入札妨害罪が業務妨害罪の特別罪であるという見地から、業務妨害罪の適用を排除すべきと主張するが、法定刑の上限を比較すると業務妨害罪のほうが高いため、特別法という説明だけで十分な根拠となりうるのか、なお疑問が残る。この点については、さらに後注(30)を参照されたい。
- (18) 同旨のものとして、平川・前注(16)528頁参照。また、西田・前注(1)が本罪の保護法益として、「公の競売または入札が参加者の公正かつ自由な競争において行われることにより、債権者や競

売・入札施行者の利益が確保されるという公の競売・入札制度の機能」と理解している点、また、大谷實『刑法各論の重要問題〔新版〕』（1991）459頁が「本罪は、経済競争の公正さを担保するための犯罪」と述べるのも同趣旨であろう。

- (19) 三好・前注(6) (法曹時報) 199頁以下参照。
- (20) たとえば小学校の改装工事について、敷札価格に最も近い入札者を落札者とすべき競争入札において、敷札価格の決定に関与していた被告人が、特定の入札者のみに右敷札額を内報した事例（最決昭和37年2月9日刑集16巻2号54頁）。
- (21) たとえば指名競争入札において、自己の経営する会社がこれを落札するため、他の指名業者に対し、自社を落札者とする談合を持ちかけ、これに応じなかった会社の代表取締役に対し、右談合に応じるように脅迫した事例（最決昭和58年5月9日刑集37巻4号401頁）。
- (22) たとえば福岡地判平成2年2月21日（判例時報1339号143頁）、岡山地判平成2年4月25日（判例時報1339号143頁）、松山地判平成3年10月23日（金融法務事情1329号37頁）。
- (23) たとえば京藤・前注(8)374頁は、競争侵害説の立場からは、競売入札妨害罪と不正談合罪の法益を「統一的に理解できる」と指摘している。
- (24) なお、相場操縦罪（証券取引法159条2項1号後段）においては、「有価証券の売買取引等を誘引する目的」（誘引目的）をもって、「当該有価証券等の相場を変動させるべき一連の有価証券の売買取引等」（変動取引）をすることが処罰されているが、同罪の解釈論においても、主観的側面である「誘引目的」を限定的に理解する立場に対して、逆に、客観的行為態様である「変動取引」の意義を限定的に解釈される試みが示されている。この点については、芝原邦爾「相場操縦罪における『誘引目的』」松尾浩也ほか編『刑事法学の現代的状況・内藤謙先生古稀祝賀』（1994）333頁以下、同「協同飼料相場操縦事件最高裁決定」ジュリスト1063号（1995）63頁以下を参照。
- (25) さらに、入札または競り売りを実施したが適法な買受申出がなかった場合について、補充的な売却方法として特別売却命令が認められている（規則51）。
- (26) 三好・前注(6) (法曹時報) 199頁以下を参照。
- (27) 既にこの点を指摘するものとして、上嶋・前注(6)35頁を参照。
- (28) もっとも、公務侵害説から出発した場合、手続的公正を侵害することなく、訴訟詐欺的な手法によって権利の実体的側面を侵害する行為については、本罪の成立が否定されることになるように思われる。この点について、京藤・前注(6)76頁を参照。
- (29) もちろん、競売手続の遅延によって競争原理が歪曲されて、入札希望者が減少したり、あるいは不当に入札価格が下落するような状況が考えられるであろうが、その場合においては、はじめから入札希望者の減少、競売価格の低下という事態を招来するおそれがあったか否かを判断すればたりのであり、これらの前段階にすぎない手続の遅延をことさらに強調する必然性は乏しい。
- (30) 競売入札妨害罪が「競売又は入札の公正を害すべき行為」を要求しているのに対して、業務妨害罪においては「業務を妨害した」ことが要求されている。両罪は危険犯であると理解されているから、公正が侵害されるおそれ、また業務活動自体も妨害されるおそれ、ともに認められる場合が多いであろうが、「公正」という概念を競争原理という観点から限定的に理解する本稿の立場に

よれば、これらの一方のみが侵害される場合も考えられ、両罪の棲み分けを図る余地も残されているようにも思われる。もっとも、その具体的な適用や罪数関係については、なお慎重な検討を要しよう。

- (31) これらの指摘は、原審の列挙した事実が、競争原理の侵害から必然的に惹起されることではなく、むしろ（正常型、濫用型を含めて）短期貸借という、債権者や買受人には不都合ではあるが、とりあえず法が容認し、万人にとって共通な事態から由来するものにすぎないのではないかという疑問を前提とするものである。たとえば建造物の壁を損壊する行為のように、客観的にその価値が下落する行為がなされた場合、入札参加者にはその目的物の価格を正当に判断できるチャンスが残されているのであるから、（損壊行為自体が別罪を構成するとしても）意思形成過程への不当な介入とは評価すべきではないように思われる。一方、不動産への不法占拠、暴力団の関与の誘示などの事例は、買受希望者の意思形成に不当に介入するものとして、競売入札妨害罪が成立しうると考えられる。この両者の事例の相違であるが、後者の事例においては、利用価値の不可逆的な下落を伴うことなく、入札参加者をして、本来備わるべき客観的な利用価値よりも低い価格での入札へ誘引するものであり、また（現実に参加しているか否かはともかくとして）事情を熟知していたり、あるいは特別な手段を有している者にとっては、その状態を度外視して入札し、さらにその状態を現状に回復することが容易であるという事情が認められる。その意味で、当事者間の競争の不正が現実化しうると評価できるように思われる。
- (32) 鳥取地裁米子支判平成4年7月3日（判例タイムズ792号232頁）、東京地判平成5年12月20日（金融法務事情1379号38頁）参照。それ以外の公刊物未登載の裁判例も含め、高木新二郎編『執行妨害対策の実務（新版）』（1997）92頁以下〔大沢晃執筆〕を参照。
- (33) 三好・前注（6）（法曹時報）200頁参照。
- (34) この点について、前田雅英「競売入札妨害罪と公用文書毀棄罪」警察学論集52巻4号（1999）178頁は、「一部の者のみが貸借の虚偽性を認識し得て物件の真の価値を把握しているのだとすれば、入札予定価格の内報を得ていると同様、著しい不正が生じることにもなる」と指摘している。
- (35) この点に関し、曲田・前注（6）285頁以下を参照。なお此田講師は、従来の下級審裁判例の事案と本件の被告人の行為態様は「形式的にはかわるところはない」と指摘されているが、本罪が具体的危険犯であれ、抽象的危険犯であれ、行為の遂行によって競争原理侵害の危険性が惹起されたか否かを検討せざるを得ない以上、行為態様の形式的な共通性は重要ではないであろう。
- (36) 上掲・前注（6）35頁。さらに前田雅英『刑法各論講義（第三版）』（1999）450頁を参照。
- (37) 中野貞一郎『民事執行法（第二版）』（1994）387頁参照。
- (38) このような方向の主張として、山本耀之・前注（6）39頁を参照。
- (39) このように考えた場合、実行行為の遂行時期と既遂時期とが時間的に離隔してくることになるが、この問題については、後注（57）に対応する本文〔4-（4）-2〕を参照されたい。
- (40) 山口厚『危険犯の研究』（1982）164頁以下、同『問題探究 刑法総論』（1998）217頁参照。
- (41) この点に関して、京藤・前注（6）75頁以下は、「競売の公正を害する危険性が発生する危険性（「危険性の危険性」）をもって、直ちに競売の公正を害する可能性のある行為であるとしてよいという

ことになるわけではない」と指摘する。

- (42) 短期貸借の濫用の実体については、以下の文献などを参照した。小川英明「東京地裁の競売事件にみる短期貸借の濫用とその諸形態」NBL143号（1977）6頁以下、同144号（1977）20頁以下、鎌田義勝「競売手続における短期貸借の取扱い」判例タイムズ465号（1982）21頁以下、富越和厚「民事執行実務における短期貸借の実情」NBL263号（1982）8頁以下、同265号（1982）66頁以下、同268号（1982）24頁以下、内田貴「抵当権と短期貸借」星野英一編『民法講座第三巻』（1984）193頁以下、富越和厚「短期貸借（抵当権の侵害、妨害排除請求）をめぐる諸問題」『貞家最高裁判事退官記念論文集・民事法と裁判（上）』（1995）227頁以下、升田純「短期貸借をめぐる諸問題と最近の裁判例」金融法務事情1454号（1996）20頁以下、吉田光碩「執行妨害をめぐる金融実務上の諸問題」金融法務事情1454号（1996）35頁以下、石橋俊一「不動産に対する執行妨害の現状」警察学論集51巻12号（1997）104頁以下。
- (43) 曲田・前注（6）288頁以下、清水・前注（6）55頁を参照。
- (44) この点に関して、京藤・前注（6）76頁を参照。
- (45) 最判平成8年9月13日（民集50巻8号2374頁）。調査官解説として、野山宏『最高裁判所判例解説民事篇平成八年度（下）』（1999）733頁以下がある。
- (46) 判例の立場に反対して、契約内容の許害性や不当性を要求する見解として、たとえば道垣内弘人『担保物権法』（1990）140頁以下、高木多喜男『担保物権法〔新版〕』（1993）179頁以下、近江幸治『担保物権法〔新版補正版〕』（1998）178頁以下、片山直也・判例評論460号（1997）39頁以下を参照。なお、磯村保教授は本判決の立場について、「理論的に正当化することは必ずしも容易ではない」とされつつ、「最高裁は制度のあるべき姿よりは、制度の現実を直視することを選択したといえる」と評価される。磯村保・金融法務事情1492号（1997）47頁参照。
- (47) 高木多喜男教授は、本判決を前提とした場合、「解除から免れうる短期貸借は、現実には、殆ど考えられず、いわゆる正常型短期貸借であっても、395条の恩恵を受けることはなくなったとあってよい」と指摘される。高木多喜男・法学教室200号（1997）139頁参照。
- (48) 曲田・前注（6）289頁参照。
- (49) たとえば高木・前注（46）175頁、野山・前注（45）753頁以下、小川・NBL144号（前注（42））22頁を参照。この趣旨の裁判例として、札幌高決昭和58年3月17日（判例タイムズ500号170頁）、東京高決昭和60年4月16日（判例時報1154号91頁）、東京高決昭和62年2月10日（金融法務事情1184号47頁）、大阪高決平成元年3月6日（判例タイムズ709号267頁）などがある。
- (50) なお京藤教授は、「本罪の成立を認めてよいのは、短期貸借に藉口して、抵当権と短期貸借との調整を図った民法395条の制度趣旨に反しているといえる場合であろう」と指摘される。京藤・前注（6）76頁参照。
- (51) なお曲田・前注（6）290頁は、本罪を抽象的危険犯と捉える立場に立った場合には、併用貸借の設定についても構成要件該当性を認めることができるとする（場合によっては正当行為による違法性阻却の余地を認める）。
- (52) たとえば中野・前注（37）365頁、高木・前注（46）174頁を参照。

- (53) なお、後順位債権者が使用収益、転貸によって債権を回収するために設定する賃貸借（用益回収型）や、短期賃貸借の取得によって代物弁済を得ようとするもの（仮登記担保型）についても賃貸借契約は無効と考えられているが、これらの契約の刑法的処理も問題として残る。本文で述べた併用賃貸借と同様の観点から可罰性を否定すべきとも思われるが、なお検討を要する。もっとも、現実には、これらのタイプの賃貸借は抵当権の実行を妨害する目的のものとの区別が付きにくく、むしろ両者の目的を併有しているのが通常であるようである。小川・NBL144号（前注(42)）21頁、宮越・NBL263号（前注(42)）13頁以下を参照。
- (54) 塩見淳「不良債権」法学教室228号（1999）33頁。
- (55) 最判昭和41年9月16日（刑集20巻7号790頁）、大塚ほか編・前注（1）〔河上=久木元〕202頁などを参照。なお三好・前注（6）（法曹時報）206頁は、「競売開始決定の要否という論点も含めて……今後の判例の展開をまたなければならないであろう」とする。
- (56) 山口・前注(40)（危険犯の研究）167頁参照。
- (57) 結論として同趣旨のものとして、曲田・前注（6）289頁参照。もっとも、曲田講師は既遂時期ではなく、実行の着手時期を問題とされているようである。
- (58) 本罪のような行為犯についても、法益侵害結果の発生が不要であるわけではない。一般的な事例においては、行為の遂行自体に端的に法益侵害・危殆が認められるのである。平野龍一『刑法総論 I』（1972）118頁以下、内藤謙『刑法講義総論（上）』（1983）210頁以下、町野朔『刑法総論講義案 I（第二版）』（1995）143頁を参照。
- (59) 平野龍一『刑法概説』（1977）281頁、藤木英雄『刑法講義各論』（1976）30頁、中森・前注（3）304頁などを参照。最判昭和35年6月24日（刑集14巻8号1103頁）も「強制執行は要するに債権の実行のための手段であつて、同条は究極するところ債権者の債権保護をその主眼とする規定であると解すべきである」と判示している。なお西田・前注（1）409頁は、強制執行妨害罪は債権者の利益とあわせて、国家作用としての強制執行の機能を保護する規定とする。
- (60) これを肯定する裁判例として、東京地判平成5年10月4日（金融法務事情1381号38頁）参照。さらに、尾崎道明「刑事判例研究」警察学論集51巻2号（1998）201頁以下、大塚ほか編・前注（1）〔河上=久木元〕187頁以下をあわせて参照。
- (61) 強制執行妨害罪の成立を肯定する見解として、既に塩見・前注(54)33頁がある。
- (62) 広島地判平成9年5月9日（暴力団員が買受人を威迫して、代金の納付を断念させた事件について威力競売妨害罪を肯定）、那覇地判平成7年2月20日（最高価買受申出人を排除するため、執行裁判所に虚偽の建物賃貸借契約書等を提出して売却不許可決定を求めるとともに、最高価買受申出人に対して「むずかしい人がかかわっているんだよ。仕返しがあるかもしれないよ」などと申し向けた事例について、偽計競売妨害罪を肯定）、高松地判平成10年4月27日（売却許可決定後、買受人の代金納付前に、架空の賃貸借契約等の存在を理由として執行抗告を行った事例について偽計競売妨害罪を肯定）。これらはいずれも公刊物未登載であるが、事案の概略についてはそれぞれ飯田・前注（7）121頁（広島地判）、高木編・前注（32）96頁（那覇地判）、西田・前注（1）414頁以下（高松地判）に紹介されている。なお、旧競売法の実務上の運用においては、一度提出した入札書の変更・

取消は認められていなかったが、入札直後に入札者の代理人を威迫して、入札の取り下げを申し出させた事案について、京都地判昭和58年8月1日（刑裁月報15巻7-8号387頁）は「一般人をして問題の入札の公正に疑いを抱かしめるであろうことは多言を要せず、法律上も最高値入札人に対して不当な圧力をかけ、競落代金の支払を断念させ再競売に持ち込む余地も残っている」として威力競売妨害罪の成立を認めている。

- (63) 飯田・前注(7)121頁を参照。
- (64) 三浦・前注(7)207頁以下を参照。
- (65) この点に関連して、上罵・前注(7)35頁を参照。
- (66) たしかに再売却手続を招来することで競売手続が~~遅延~~遅延することになるが、このこと自体は競争原理の侵害とは評価できないことは既に述べたとおりである。
- (67) 本決定の判断の射程範囲に関する検討として、飯田・前注(7)121頁を参照。

*本稿を執筆するにあたっては、西田典之東京大学教授を代表者とする「金融犯罪研究会」における議論、および御出席の先生方の御指摘からきわめて有益な示唆を受けた。さらに民事法に関連する諸問題を検討するに際しては、神戸大学法学部民事法講座の諸先生方から貴重なアドバイスを頂戴した。ご教示を賜った先生方に心より御礼を申し上げる。

【初出：神戸法学雑誌49巻4号】

競売妨害罪の成立要件

西田典之

目 次

- 1 はじめに
- 2 競売手続の概要と執行妨害の態様
- 3 競売妨害罪の保護法益
- 4 「競売」の意義
- 5 危険犯としての既遂時期
- 6 濫用的短期貸借の問題

1 はじめに

刑法96条の3第1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、2年以下の懲役又は250万円以下の罰金に処する」と規定している。本項にいう「公の競売」の代表例は民事執行法に基づく強制競売や担保権の実行としての任意競売であり、「公の入札」の代表例は、会計法や地方自治法にいう公共事業等の競争入札である。しかし、これまで問題とされてきた裁判例の多くは、本条2項の談合罪に関するものであり、1項の罪については学説・判例ともに十分な検討はなされてこなかったといえよう⁽¹⁾。ところが、バブル経済が破綻して以後、担保権の実行における執行妨害事案、とくに民法395条の規定する短期貸借を仮装した執行妨害の事案が頻発するようになった。そして、最高裁も近時本罪の解釈にとって参考となる二つの決定を示した。その第一は、執行裁判所により抵当権の実行としての競売開始決定がなされ、期間入札による売却実施命令が出されたのに対し、競売開始決定以前に当該不動産の短期貸借契約が成立していた旨の虚偽の契約書を作成し、その写しとともに上申書を提出したため、裁判所は売却実施命令を取り消し、関係者の審尋を行なったという事案に関し、偽計競売入札妨害罪の成立を認めた最決平成10年7月4日刑集52巻5号343頁（以下、7月決定とよぶ）、第二は、期間入札の結果、最高価買受申出人（落札者）となった者に対し、開札の日に威力を用いて落札を辞退するように要求した事案につき、威力競売入札妨害罪の成立を認めた最決平成10年11月4日刑集52巻8号5412頁（以下、11月決定とよぶ）である。本稿では、この二つの最高裁決定を参考にしつつ、競売妨害罪の成立要件について検討することにした。ただし、偽計、威力の意義については業務妨害罪と同様に解しようと思われるのでここでは割愛する。

2 競売手続の概要と執行妨害の態様

検討の前提として、ここで、簡単に、担保権たとえば抵当権の実行における民事執行手続の概要と執行妨害の態様について説明しておこう⁽²⁾。担保不動産の競売とは、要する

に当該不動産の買い受け（競落）を希望する者に競争入札等をおこなわせ、執行裁判所があらかじめ決定しておいた最低売却価格以上の価格のうちで最高価格で入札した者に不動産の売却を許可し、代金の納付を受けた後、その売却代金を担保権者その他の債権者に配当するという手続きであるが、競売参加者に情報を提供するという意味において次のような手続きが定められている。すなわち、競売の申し立てがあり、執行裁判所が競売開始決定をすると、執行裁判所は執行官に命じて不動産の形状や占有関係についての調査を行なわせる。この内容は現況調査報告書として執行裁判所に提出される。つぎに裁判所は、評価人を選任し不動産の評価を命じ評価書を提出させる。これに基づき最低売却価格が決定されるわけである。さらに、執行裁判所は、物件明細書を作成し、そこに不動産の表示のほか、法定地上権のように不動産の買受人がなお引き受けなければならない権利を表示する。民法395条により抵当権設定後、競売開始決定前に締結された賃貸借は、土地について5年、建物について3年の間は抵当権者および買い受け人に対抗しうるため、この短期賃貸借の有無も物件明細書に記載されることになる。これらの現況調査報告書、評価書、物件明細書のいわゆる三点セットが売却実施日の1週間前までに執行裁判所で一般の閲覧に供され、競売参加者に情報を提供することになるのである。他方、執行裁判所は、売却の日時、場所、方法を定めて売却実施命令を発し執行官に売却を実施させる。昭和54年に現在の民事執行法64条および執行規則46条以下が期間入札を認めて以来、売却は、一定の期間内に入札参加者が入札価格を書留で執行官に郵送するという期間入札の方式で行なわれるのが原則となっている。

この昭和54年改正前においては、口頭による競り売りが原則であったため、いわゆる競売屋が競売場所を占拠し一般人の立ち入りを阻止し、買い受け希望者の出現を阻止して競売を延期させ、最低売却価格を相当に低下させた後、これを競落して不当な転売利益を得ていたといわれる。このような競売妨害事案は期間入札制度の導入により姿を消した。その代わりに現れたのが、競売物件に関する執行裁判所の情報収集のプロセスにおいて介入するというタイプの執行妨害事案である。この執行妨害事案も二つの類型に区別される。ひとつは、暴力団あるいは右翼等が競売物件の関係者であることを誇示することにより競売参加者の減少をはかるものである。たとえば、競売物件の玄関に「告、本物件に何人たりとも立ち入りを厳禁する。〇〇組」と記載した張り紙をした事例（福岡地判平成2年2月21日判時1399号143頁）、暴力団の肩書きの印刷された名刺を物件明細書に挟み込んでお

いた事例（高松高判平成4年4月30日判タ789号272頁）などについて威力競売入札妨害罪の成立が認められている。もうひとつの類型は、短期貸借その他の貸借契約の存在を仮装することにより、競売参加希望者に競売後の権利関係の整理が困難であると思わせ、競売に参加する意思をなくさせるというものである。たとえば、現況調査に赴いた執行官に対し、虚偽の短期貸借契約の存在を主張し、その旨を現況調査報告書に記載させた事例（鳥取地裁米子支判平成4年7月3日判タ792号232頁、東京地判平成5年12月20日金融事務事情1379号38頁）などについて偽計競売妨害罪の成立が認められてきたのである。

3 競売妨害罪の保護法益

問題点の第一は、本罪の保護法益を何にもとめるか、換言すれば、「公の競売又は入札の公正を害すべき行為」の実質をどこにもとめるかである。この点の理解は、前記7月決定の原判決が、被告人の行為は「入札希望者を減少させ、本件競売手続も遅延させ、競売価格も低下させる自体を招来するおそれのあるものであることは明らかである」という理由によって「公正を害すべき行為」に当たると判断し、本決定もこれを是認していると思われる点⁽³⁾の当否に関係してくる。そこでは二つの見解が対立しているといえよう。一つは、本罪を一種の公務妨害罪として位置づけ、その保護法益を公務としての競売・入札の公正で円滑な執行に求めるものであり、現在の判例・通説である⁽⁴⁾。たとえば、入札妨害の事案についてはあるが、最高裁は「本罪は、公務の執行を妨害する罪の一つであって、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」と説示している（最判昭和41年9月16日刑集20巻7号790頁）。このような立場を公務侵害説と名づけるとすれば、この見地からは、本件被告人の行為により、競売手続が遅延させられたことも、競売の公正・円滑な執行を阻害するものとして、本罪成立を認める一つの根拠足りうることになる。これに対して、学説上は、本罪は競売手続において競売参加者により自由かつ公正な競争が行な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を保護するものであるという競争侵害説も有力に主張されている。そして、この競争侵害説からは、本件原審が、競売手続の遅延をも処罰根拠のひとつとしたことに対しては強い批判が向けられているのである⁽⁵⁾。

確かに、競争侵害説は、本罪の処罰根拠と処罰範囲を明確化するというメリットがあるといえよう。さらに、刑法233条、234条の偽計・威力業務妨害罪の法定刑が3年以下の懲役または50万円以下の罰金であるのに対して、本罪の法定刑が2年以下の懲役又は250万円以下の罰金であり、本罪の法定刑の方が低いことをよりよく説明できるともいえよう。しかし、もし、この見解をとるとすれば、本件の場合も、偽計により入札希望者の減少の危険を生ぜしめた点では本罪の成立を認め、競売手続の遅延を生ぜしめた点では、233条の偽計業務妨害罪の成立を認め、両者は観念的競合になると解すべきことになるが、はたしてそのような解釈が妥当であろうか。結論を先に言えば、本罪の立法の沿革から考えて、そのような解釈はやはり妥当でないように思われる。すなわち、旧刑法268条は「偽計又は威力を以て糶売（せりうり）又は入札を妨害したる者は15日以上3月以下の重禁錮に処し、2円以上20円以下の罰金に処す」（カタカナをひらがなに直した）と規定していたが、現行刑法制定の際にこの条文は削除され、刑法233条、234条に統一され、同時に、明治41年の警察犯処罰令2条4号が「入札の妨害を為し又は共同入札を強請し、若しくは落札人に対し其の事業又は利益の分配若しくは金品を強請したる者」（カタカナをひらがなに直した）を30日未満の拘留又は20円未満の料料に処するにとどまっていた。この段階では、偽計・威力による競売妨害は、なお233条・234条により処罰される可能性を有していたが、いわゆる教育勅語事件に関する大判大正4・5・21刑録21輯663頁が233条・234条にいう「業務」には公務を含まないという判断を示して以来、この解釈が確立した判例理論となったのである。それゆえ、昭和15年の刑法改正仮案416条を継承し、昭和16年の改正で新設された96条の3第1項は、それまで不可罰であった偽計・威力による公務妨害罪の一部を可罰的なものとする性格を有していたのである。その後、最高裁判例は、摩周丸事件判決（最大判昭和41・11・30刑集20・9・1076）以後の一連の判例によって、非権力的公務は業務妨害罪にいう「業務」に含まれるという判例理論を確立したが、そのことにより、同時に、競売妨害罪についても、その保護法益を競争侵害説のみの見地から理解し、これを超える部分については業務妨害罪の成立を認めるという解釈をとることは法的安定性の見地から許されないと解すべきであろう。

以上のような理解からは、7月決定の原審が、競争原理の侵害のみでなく、競売手続を遅延させたことをも本罪成立のひとつの根拠としたことは正当であった評価すべきように思われる。そしてさらに、このように公務侵害と競争侵害のいずれかが本罪の処罰根拠た

りうるとの理解を前提にすれば、債務の弁済期日を未到来のように改ざんすることにより競売開始決定自体を無効にする行為や虚偽内容の執行抗告を行なうことにより競売手続を遅延させる行為などについても本罪の成立を認めるべきことになるであろう。

4 「競売」の意義

第二の問題点は、本罪の客体である「競売」の意義である。これを文理どおりに解釈すれば、現在原則的に採用されている期間入札による競売手続自体を妨害した場合に限られるという解釈も可能であるが、入札に至るプロセスも競売という自由競争手続による価格形成メカニズムにおいて重要な役割を果たしており、少なくとも、競売開始決定以後の手続は「競売」として保護すべきものと思われる。最高裁も、公の入札についてはあるが「公の入札が行われたというためには、権限のある機関によって、入札に付すべき旨の決定がなされたことが必要であり、かつそれをもって足るものと解するのが相当である」としている（前掲最判昭和41年9月16日）。

次に、本罪は「公の競売又は入札」と規定し、さらに、民事執行法64条2項は「不動産の売却の方法は、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、民事執行規則34条は入札の種類として期日入札と期間入札を、同50条は競り売りを、同51条は、その他の方法として最低売却価格以上による原則として先着順による随意売却である特別売却の制度を規定しているから、本罪にいう「競売」や「入札」と民事執行法にいう「期間入札」「期日入札」「競り売り」「特別売却」の関係が問題となるのである。現に、7月決定の調査官解説においても、本罪にいう「競売」の意義については、①入札説、②競売説、③競売又は入札説があり、③説が妥当であるとされているのである⁽⁶⁾。しかし、そこには本罪にいう「競売」と競売の実施方法として民事執行法が規定する「売却方法」との混同があるように思われる。なぜなら、民事執行法は、その第二章「強制執行」の中の第二節第一款「不動産に対する強制執行」の第二目「強制競売」の中の64条2項およびこれを受けた民事執行規則34条・50条・51条が「競売」の方法として期日入札、期間入札、競り売り、特別売却を規定しているのであるから、実際の売却方法として、このうちのどれが採用されたとしても本罪にいう「競売」にあたることは当然と解すべきだからである。した

がって、特別売却も「競売」に含まれると解すべきであり、実質的にも、それは時間的な競争という側面を有しているのである(7)。

第三の論点は、最高価格買受申出人(落札者)が決定しても、なお競売手続は終了しておらず本罪の成否を論じうるかである。前記11月決定は、まさにこの点が問題となったものである。民事執行法78条・79条によれば売却許可決定が確定したとき買受人は代金を納付しなければならず、納付によってはじめて不動産を取得するものと規定されている。したがって、代金納付の時点まで競売手続は終了していないのであるから、公務侵害説によれば、買受人による不動産の取得を威力または偽計により妨害すれば当然に本罪が成立することになる。また、競争侵害説によっても、買受人が辞退すれば、再び競争状態が復活するのであるから、なお自由競争は終了しておらず、その点で本罪の成立を認めることが可能であると思われる。11月決定の原審判決が代金納付までは「当該競売手続は所期の目的を達しないまま浮動状態に置かれ」としていると説示したのも同様の見解によるものであろう(8)。

5 危険犯としての既遂時期

問題点の第三は、競争原理の侵害を本罪の処罰根拠とする場合でも、7月決定の事案のように、虚偽の賃貸借契約書の写しを上申書という形式で執行裁判所に提出した段階で、すでに競争原理の侵害の危険を肯定できるかである。これまで偽計競売妨害の成立を認めた下級審判例は、すでにみたように、執行官に虚偽の賃貸借契約の存在を現況調査報告書に記載させた事案であり、虚偽の事実が競売参加者に伝達され、そのことにより競売参加者の減少が確実に予想されるものであった。これに対して、本決定の事案では、上申書の提出と審尋の段階にとどまっており、いまだ競争原理の侵害の危険があるとはいえないのではないかという点が問題となりえよう。本件原審における弁護人の主張はこのような内容のものとして理解できるといえよう。しかし、すでに指摘されているように(9)、審尋において裁判官が契約の虚偽性を看破できなければ、契約の存在が物件明細書に記載されることになり、最低売却価格や競売参加者は減少するであろう。反対に、虚偽性が明らかとなった場合でも、競売参加者になるべく多くの情報を提供するという現在の執行実務

からは、そのような主張をする者の存在が物件明細書に記載されることになる。そうなれば、同様に競売参加者の減少が予想されることになる。このように、本件事案においては虚偽内容の上申書が執行裁判所に提出されたことにより、虚偽の賃貸借契約の存在という情報が、ほぼ確実に競売参加者に伝達される可能性が発生していたのであり、自由かつ公正な競争原理の侵害の危険を肯定することは十分に可能な事案であったということができよう。

6 濫用的短期賃貸借の問題

最後に、抵当権設定後競売開始決定前に設定・登記ないし仮登記された短期賃貸借の問題について簡単に述べておくことにしたい。抵当権と不動産の用益権の調整を図るという民法395条の趣旨から、当該賃貸借が真実用益を目的とする場合には、たとえそれが民法395条但し書により解除可能なものであっても、本罪を構成しないことは当然である。問題は、真実は当該不動産の現実の利用を目的としないいわゆる濫用的短期賃貸借である⁽¹⁰⁾。その特徴は、賃料が異常に低額であるのに敷金は異常に高額であること、賃料が全部または大部分前払いされていること、譲渡・転貸可能な特約がついていることなどである。これらの条件は、後日、高額の立退き料を要求したり、他に転貸利用させて収益を上げたりするためと推測される。このような濫用的短期賃貸借についてはその正当性が否認され、物件明細書においては買い受け人に対抗できないものとして取り扱うのが実務の主流となっている。しかし、これらの濫用的賃貸借のすべてについて本罪の成立を認めることも困難であるように思われる。たとえば、債権回収目的の短期賃貸借などは、なお実体をもったものともいえるからである。これに対して、明らかに執行妨害を目的とすると考えられるときは、たとえ形式的には契約や登記・仮登記があっても、その実体は民法94条の通謀虚偽表示として無効であるといえるので、登記した行為については公正証書原本不実記載罪・同行使罪が、これによって執行を妨害しようとした点については、偽計による競売妨害罪が成立しうるように思われる⁽¹¹⁾。その場合、ここでも本罪の既遂時期が問題となるが、本件との対比で考えれば、競売開始決定後、この仮装の事実が執行裁判所の伝達されたときと解すべきことになると思われる。たとえば、現況調査にきた執行官に

仮装の事実を告知したとき、物件明細書に添付するための登記簿謄本が執行裁判官に伝達されたときなどがその一例である。この点、仮装の事実を登記したときに本罪の着手を認め、競売開始決定と同時に本罪の既遂を認めるという構成、いわば競売開始決定を客観的処罰条件と解する見解⁽¹²⁾もありえるが、この点はなお検討を要するようと思われる。

[注]

- (1) 1項に関する最高裁判例としては、競争入札における予定価格を漏示する行為につき偽計入札妨害罪の成立を認めた最決昭和7・2・9刑集16・2・54、指名競争入札に関し他の指名業者に談合に加わるよう脅迫した行為につき威力入札妨害罪の成立を認めた最決昭和58・5・9刑集37・4・401が存在するのみであった。
- (2) 民事執行法188条により、担保権の実行としての不動産の競売にも不動産の強制競売の規定が準用されている。
- (3) 本決定の調査官解説である三好幹夫・法曹時報51巻7号201頁参照。
- (4) 昭和16年改正における立法担当者の見解も同様であったと思われる。大竹武七郎「刑法の改正について」法曹会雑誌19巻5号1頁、泉二新熊「刑法中改正規定の瞥見」法曹会雑誌19巻9号1頁参照。
- (5) たとえば、上野一高「判批」判例セレクト98、35頁、京藤哲久「判批」金融法務事情1556号75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49巻4号59頁など。
- (6) 三好・前注(3)205頁参照。
- (7) 林屋礼二編・民事執行法〔改定第二版〕(1998年)147頁以下参照。なお、特別売却を本罪にいう「競売又は入札」にあたらなかった裁判例として札幌地判平成13年3月6日が、本文のような見地からこれを破棄し「競売」にあたる裁判例として札幌高判平成13年9月25日(いずれも公刊物未登載)がある。
- (8) 飯田喜信「判批」ジュリスト1151号121頁、三浦守「判批」警察学論集52巻5号207頁以下、橋爪・前注(5)77頁参照。
- (9) 吉田正喜「判批」研修606号29頁、三好・前注(3)200頁参照。
- (10) 短期貸借の諸形態については、富越和厚「民事執行実務における短期貸借借権の実情(上)」NBL263号8頁以下参照。
- (11) このような判断を示した裁判例として名古屋地判平成10年8月21日、静岡地裁浜松支判平成12年9月13日(いずれも公刊物未登載)がある。
- (12) 橋爪・前注(5)68頁参照。

(禁無断転載)

[非売品]

平成14年7月15日印刷

平成14年7月15日発行

債権回収への刑事法的対応

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都港区新橋1-18-1

航空会館3階

Tel. 03-3501-7141 (代表)

<http://www.trust60.or.jp/>

印刷：(株) デイグ