

Trust Sixty Foundation

# 民商事法の改正と経済刑法の動向

トラス60研究叢書

平成26年3月

公益財団法人 トラス60

# 民商事法の改正と経済刑法の動向

西田 典之 先生

島田聡一郎 先生

追悼と敬意をこめて本書を捧げます。

## 研究会メンバーリスト

西田 典之	東京大学名誉教授・学習院大学教授
須藤 純正	法政大学教授
京藤 哲久	明治学院大学教授
佐伯 仁志	東京大学教授
今井 猛嘉	法政大学教授
島田聡一郎	早稲田大学教授
橋爪 隆	東京大学教授
鎮目 征樹	学習院大学教授

(順不同、敬称略)

島田先生は平成 25 年 4 月 12 日、西田先生は同年 6 月 14 日にご逝去されました。  
心よりご冥福をお祈り申し上げます。

## 執筆分担

- I 1, 2 (佐伯) 3 (須藤)
- II 1, 2 (須藤) 3 (島田) 4 (佐伯) 5 (須藤) 6 (橋爪)
- III 1, 2 (京藤) 3, 4 (今井) 5 (西田) 6 (今井)
- IV 1 (佐伯) 2 (鎮目)
- V 1~6 (西田) 7 (今井)
- VI 1~4 (西田)
- VII 1~3 (鎮目)
- VIII 1~4 (橋爪) 5 (今井)
- IX 1~6 (島田)
- X 1 (鎮目) 2, 3 (京藤) 4, 5 (島田)

## 目 次

I	経済刑法全体に関する問題点	9
1	経済犯罪に対する制裁について	
2	マネー・ローンダリング	
3	銀行捜査と銀行法違反の罪	
II	会社法上の犯罪	51
1	会社法の概要と刑事法的に検討すべき課題	
2	会社経営に関する罪について	
3	特別背任罪	
4	自己株式の取得	
5	違法配当罪について	
6	利益供与罪	
III	金融商品取引法上の犯罪	159
1	金融商品取引法の規制の概要	
2	主要な罰則規定の概観	
3	金融商品取引法における課徴金制度	
4	証券犯罪	
5	村上ファンド事件最高裁判決について	
6	ライブドア刑事事件判決について	
IV	債権回収を妨害する罪	236
1	倒産犯罪	
2	強制執行妨害罪の改正	
V	独占禁止法の改正について	274
1	平成 17 年改正	
2	平成 17 年改正法の運用状況と影響	
3	平成 21 年改正の内容	
4	審判制度の見直し	
5	平成 22 年改正案の内容	
6	法案に対する評価	

7	改正法の成立	
VI	電子計算機使用詐欺罪についての覚書	292
1	昭和 62 年刑法一部改正	
2	電子計算機使用詐欺罪	
3	債務免脱型の電算機使用詐欺罪の検討	
4	残された問題——財物の購入と電算機使用詐欺罪の成否	
VII	雇用関係法と犯罪	310
1	雇用関係に関連する犯罪	
2	労働者派遣事業の規制	
3	公益通報者保護法	
VIII	贈収賄の罪	339
1	刑法の贈収賄罪	
2	あっせん利得処罰法	
3	会社法上の贈収賄罪（967 条）	
4	特別法上の贈収賄罪	
5	外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止	
IX	不正競争防止法における営業秘密侵害罪について	364
1	はじめに	
2	平成 15 年改正の背景	
3	平成 15 年改正	
4	平成 17 年改正	
5	平成 21 年改正	
6	平成 23 年改正	
X	その他の改正と刑事罰	382
1	高金利の規制をめぐる近時の動向	
2	平成 20 年特定商取引法改正・割賦販売法改正と主要な新罰則	
3	先物取引に関する犯罪	
4	国際取引に関する罪——関税法・外為法・銀行法	
5	銀行違反（いわゆる地下銀行）	

## はしがき

近年における民事法・商事法の変化には瞠目すべきものがある。会社法の制定をはじめとして、破産法の全面改正・証券取引法から金融商品取引法への改正、貸金業法の制定と出資法の改正、独占禁止法の改正、割賦販売法や特定商品取引法の改正、さらには、刑法における強制執行妨害罪の改正、コンピュータウイルス作成罪の新設などがそれである。

これらの民事・商事法の改正にともない、そこに含まれる刑罰法規の内容や解釈にも、当然ながら変化が現れている。我々の「経済刑法研究会」は、公益財団法人トラスト60の支援をうけて、ここ数年の間、まず、民事・商事法等の改正の内容を確認するという作業を行ったうえで、この改正が、そこに含まれる刑罰法規の解釈や運用にどのような影響を与えるかについての検討を行ってきた。その結果の一部が本報告書である。本報告書を基礎としつつ、近い将来には学問的にのみでなく実務家の方々にとっても参考とするに値する経済刑法に関する書物として、『企業法務と刑事法コンプライアンス』（仮題）を刊行したいと思っている。

研究会では、本報告書の内容となっている論文等のほかにも、色々な重要項目について広く検討対象とした。その際、研究会では、刑法学者ばかりでなく、これらの分野を専門とする弁護士の方々、関係する官庁の関係者の方々にもゲストスピーカーとしてお話を伺い、極めて貴重かつ有益な情報を得ることができた。お名前は記さないが、これらの方々に厚く御礼申し上げる次第である。

また、本研究会はトラスト60の支援により初めて可能となったものである。長きにわたり支援してくださった同財団、さらには毎回出席して貴重なご意見を賜った三井住友信託銀行法務部の堂園昇平氏には、この場を借りて、心より御礼申し上げる次第である。

2013年1月

経済刑法研究会代表 西田 典之

## 報告書の刊行にあたって

「経済刑法研究会」は、2013年1月に終了し、その後、直ちに、報告書の作成、公表が目指されていた。そうした矢先に、島田教授（2013年4月）、西田先生（同年6月）が相次いで急逝され、研究会の推進力が失われてしまった。

お二人とも、研究会の中心メンバーとして活躍されてきた。とりわけ、西田先生は、この研究会の創始者であられ、(実質的には20年以上に渉り) エネルギッシュに私たちを指導されてきた恩師であられる。お二人がいない現実を、私たちは、しばらくの間、全く受け入れることができなかつた。

しかし、お二人とも、この研究会をこよなく愛され、その成果の公表を心待ちにしておられた。とりわけ、西田先生は、上記のとおり『企業法務と刑事法コンプライアンス』（仮題）の公刊を目指して、筆者とともに、常時、計画の確認、その執行に当たられてきた。こうした事情を踏まえると、私たちは、この研究会の報告書を、可能な限り、研究会終了時の形で公表した上で、その後の法改正等を踏まえ、『企業法務と刑事法コンプライアンス』（仮題）にまとめ上げる責務があると思われる。

この覚悟の下で、本報告書を公表させて頂きたい。

末筆ながら、お二人を失った後も、私たちの作業を常に支えてくださった海川様（トラスト60）に、心より御礼申し上げる次第である。

2014年1月

今井 猛嘉



# I 経済刑法全体に関する問題点

## 1 経済犯罪に対する制裁について

### 1-1 概説

我が国の法制度では、経済犯罪を防止するために様々な制裁が用意されている。制裁は、大きく、刑事制裁、行政制裁、民事制裁に分けることができる。刑事制裁には、主刑としての自由刑（経済犯罪に対しては主に懲役刑）、罰金、付加刑としての没収・追徴がある。行政制裁には、過料、課徴金などのほか、監督官庁による業務（営業）停止命令、免許剥奪、入札（契約）資格停止、違反者名の公表などがある<sup>1</sup>。民事制裁には、損害賠償、違約金などがある。損害賠償制度は、被害者に生じた損害の補填が主たる目的であるが、制裁としての機能も有している。また、法律によって私的機関に権限が与えられている準公的な制裁として、証券取引業協会のような自主規制機関が課す過怠金・取引停止・除名などの制裁もある。さらに、欧米で活動している企業については、欧米の刑事制裁に加えて、アメリカ合衆国の行政制裁金（civil penalty）や懲罰的損害賠償、EU 独禁法の制裁金などについても注意が必要である。

以下では、主に刑事制裁と行政制裁のうちの過料と課徴金について簡単に説明を加える。

### 1-2 刑事制裁

#### (1) 懲役刑

経済犯罪に対する刑罰として最も多く使用されているのは懲役刑である。一般の経済犯罪に対する懲役刑の上限は、窃盗罪、詐欺罪、業務上横領罪などの10年である<sup>2</sup>。特別背任罪の法定刑の上限も、金融・証券不祥事を契機とした平成9年の商法改正で7年から10年に引き上げられた。なお、独占禁止法の不当な取引制限の罪の法定刑の上限が、平成21年

---

1 ここにあげた行政措置のうち、過料以外の措置については、その法的性質が制裁であるかについて議論があるが、現に制裁的機能を有していることは確かである。佐伯仁志『制裁論』7頁以下（2009年）参照。

2 組織的詐欺については1年以上の有期懲役と刑が加重されている（組織的犯罪処罰法3条1項13号）。

改正で3年から5年に引き上げられている。その結果、同罪の公訴時効の期間が3年から5年になった。

経済犯罪の初犯者には執行猶予がつくのが一般的である。独占禁止法違反だけで実刑が科されたことはないと思われる。この点は、独占禁止法違反の被告人に実刑が科されることもまれではないアメリカ合衆国と好対照をなしている。証取法（金商法）違反についても実刑が科されることは稀であったが、最近では、ライブドア事件で懲役2年6月の実刑が科され<sup>3</sup>（東京地判平成19・3・16判時2002号31頁）、村上ファンド事件で懲役2年の実刑が（東京地判19・7・29刑集65巻4号385頁<sup>4</sup>）科されたほか、風説の流布に2年6月の実刑（東京地判平成20・9・17判タ1286号331頁）、虚偽の有価証券届出書・有価証券報告書を提出した代表取締役等に懲役3年の実刑（さいたま地判平成21・8・5）が科されるなど、実刑が科されることも珍しくなくなっている<sup>5</sup>。

詐欺罪、横領罪、背任罪などの財産犯については、被害額によっては、以前から実刑が科されることも稀ではない。

## (2) 罰金刑

罰金刑については、抑止力を高めるために、法定刑の上限（多額）の引き上げが行われている。金融・証券不祥事を契機として、平成9年に、特別背任罪の罰金刑の多額が300万円から1000万円に引き上げられ、証券取引法の罰金の多額も、300万円から500万円に引き上げられ、さらに、金融商品取引法になった際に1000万円に引き上げられた。これらの罰金刑は、懲役刑と併科することもできる（会社法960条1項、金商法197条1項参照）。

法人に対する罰金刑は、法人は一般的に自然人よりも資力が大きく、また、法人に自由刑を科すことはできないことから、自然人に対する罰金よりも高額な罰金が定められることが多い（いわゆる法人重科）。金商法の虚偽有価証券報告書提出罪等の法人に対する罰金

---

3 その後、東京高判平成20・7・25判時2030号127頁が被告人の控訴を棄却し、最決平成23・4・25公刊物未登載が上告を棄却して、実刑判決が確定している。

4 その後、東京高判21・2・3判タ1299号99頁が懲役2年の執行猶予判決を出し、最決平成23・6・6刑集65巻4号385頁が被告人の上告を棄却して、判決が確定している。

5 さらに、虚偽有価証券報告書提出罪に関与した監査法人の代表社員に対する懲役10月の実刑を破棄して懲役1年、執行猶予4年に処したものとして東京高判平成20・9・19公刊物未登載参照。

の多額は7億円(207条1項1号)、独禁法の不当な取引制限の罪の法人に対する罰金の多額は5億円(95条1項1号)である。

罰金刑の特殊な定め方として、租税ほ脱罪の罰金の多額は、脱税額にスライドするようになっている(法人税法159条2項など)。

罰金刑は、利益を剥奪するためのものではなく(そのような機能も副次的にはあるが)、犯罪が引き合わないことを感銘させるためのものであるから、実際に利益を得たかどうか、利益が手元に残っているかどうかは関係がない(東京高判平成6・3・4判時1499号135頁参照)。

罰金を支払わない場合は、検察官が強制執行を行う。強制執行すべき財産がなく、罰金を完納することができない者は、1日以上2年以下の期間、労役場に留置される(刑法18条1項)。

### (3) 没収・追徴

没収は、犯人が犯罪によって得た利益等の所有権を国に移し国庫に帰属させる刑罰である。追徴は、没収対象を没収できない場合に、その価額を国が強制的に徴収する処分である。追徴自体は刑罰ではない。

経済犯罪は、利益の獲得を目的として行われることが多いので、犯罪によって得た利益を剥奪することが、犯罪の防止にとって不可欠である。そのため、刑法総則による没収・追徴のほかに、法律に特に没収・追徴を定めることがある。例えば、会社法は、取締役等の賄賂罪の賄賂(財産上の利益)、および、株主等の権利行使に関する賄賂罪の賄賂(財産上の利益)を必要的に没収・追徴することとしており(969条)、金商法も、金融商品取引業者の役職員の賄賂罪の賄賂について同様の定めを置いている(203条2項)。また、金商法は、相場操縦等によって得た財産については、「没収する。ただし、その取得の状況、損害賠償の履行の状況その他の事情に照らし、当該財産の全部又は一部を没収することが相当でないときは、これを没収しないことができる」と定めている(198条の2第1項)。東京地判平成20・9・17判タ1286号331頁は、風説の流布罪の事案において、旧証券取引法198条の2(現在の金商法198条の2)による必要的没収・追徴の対象となる株式の売却代金の範囲について、「風説の流布と因果関係が認められる株式の売却代金全額」であるとした上で、同条1項ただし書を適用して、その株式の買付代金相当額を控除した売買差益

相当額に限って没収・追徴するのが相当であると判示している。

刑法総則の没収は有体物に限定されており、没収の対象でない無形的利益については追徴もできないと解されている。これに対して、組織的犯罪処罰法は、預金債権についても没収できるとしている。将来的には、電子マネーを含めたその他の財産的利益についても没収を考慮する必要が出てくるであろう。

なお、犯罪被害財産については、組織的犯罪処罰法の改正によって、一定の要件の下で、国が没収・追徴して、被害者に対して被害回復支給金を支給することとされた（犯罪被害回復給金支給法）。改正の契機ともなった三菱会ヤミ金融事件では、犯罪被害財産がスイスのジュネーブ州政府に没収され、その一部約 29 億円が日本政府に譲渡され、同法に基づく支給手続が実施された。

#### (4) 資格制限

なお、刑罰ではないが（刑罰と位置づけている国もある）、会社法は、①会社法、金商法等一定の法律に規定された罪を犯し、刑に処せられ、その執行を終わり、またはその執行を受けることがなくなった日から 2 年を経過しない者、および、②それ以外の法令の規定に違反し、禁錮以上の刑に処せられ、その執行を終わるまで、または、その執行を受けることがなくなるまでの者（刑の執行猶予中の者を除く。）は、会社の取締役になれないと規定している（331 条 1 項 3 号、4 号）。その他、資格制限を定める法律は多い（たとえば、国家公務員法 38 条 2 号、弁護士法 7 条 1 号など）。

### 1-3 行政制裁

#### (1) 過料

経済法規においては、行政上の義務を定めて、その違反に対して行政制裁（秩序罰）として過料を課すものがある（例えば、会社法 976 条～、金商法 207 条の 3～、貸金業法 51 条の 2～）。過料の多額は、会社法をはじめ最近の法律では 100 万円となっている。

過料は、刑罰ではないので、非訟事件手続で課される。過料の裁判は裁判所による事件の探知または通報によるとされているが、実際には登記官が商業登記規則 118 条に基づいて登記懈怠の通知書を管轄地方裁判所に通知することによって開始される場合が多く、それ以外の場合に過料が科されることは稀である。

過料は、刑罰ではないので刑法8条の適用はないが、制裁である以上、行為者に非難可能性が必要である。会社法976条1号の登記義務違反については、判例・通説によって、故意または過失が必要と解されているが（大決明治39・5・22民録12輯781頁、大決大正2・4・25民録19輯277頁）、それ以外の類型についても同様に解されるべきである。会社法976条22号（いわゆる選任懈怠）の過料に処すべきとされた事件で、一時取締役の制度を知らず、弁護士と相談していたとしても、そのことによって帰責事由がなかったとすることはできないと判示した判決（大阪高判平成20・3・25判タ1269号257頁）も、帰責事由が必要であることを前提としているものと思われる。

過料には、公訴時効の類推適用や失権効を問題とする余地はないと解されている（福岡高判昭和50・9・9判タ333号233頁、東京高判昭和51・8・3判時837号49頁）。将来的には、過料の賦課手続や時効期間等についての規定を整備することが必要であり、できればドイツの秩序違反法のような法律を制定することが望ましいであろう。

## (2) 課徴金

### (a) 制度の概要とその運用

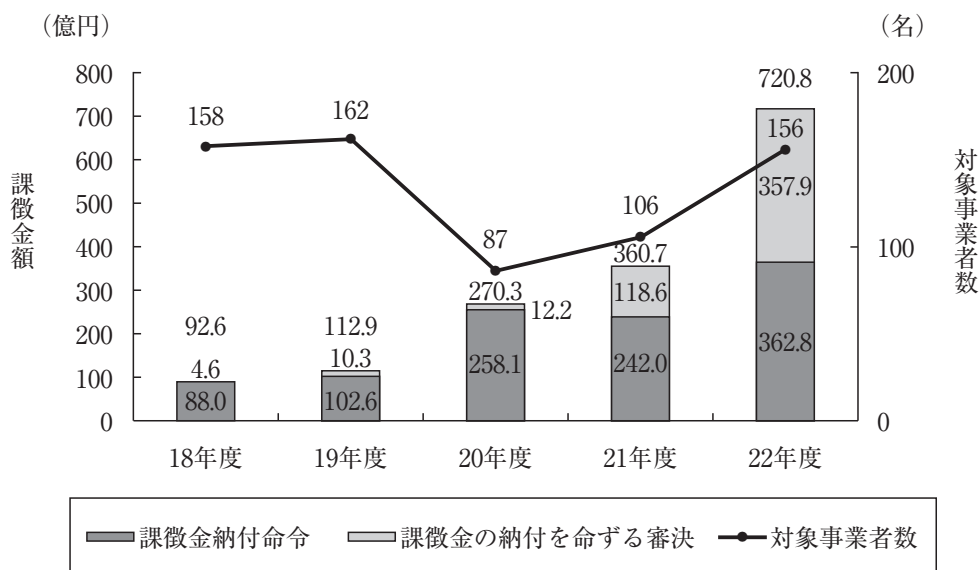
独占禁止法には課徴金の制度が設けられ、不当な取引制限を抑止する手段として重要な役割を果たしている。平成17年改正では支配型私的独占が課徴金の対象に加えられ、さらに、平成21年の改正で、排除型私的独占、不当廉売、差別対価、優越的地位の濫用も対象となった。今後これらの行為にどこまで課徴金が課されるようになるかは現在のところ不明である。

課徴金の性格については、不正利益の剥奪であって制裁ではないとの見解が有力であったが、減免制度や主導的事業者に対する割増し制度の導入などによって、制裁としての性格が明確になってきている<sup>6</sup>。

以下の表は近時の独禁法課徴金額の推移である（公正取引委員会平成22年度年次報告<http://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h22/index.html>による）。

---

6 課徴金の例として、たとえば、住宅の屋根などの建材として広く使われている亜鉛めっき鋼板の販売を巡る価格カルテル事件で、公正取引委員会は2009年8月27日、大手3社に対し、独占禁止法違反（不当な取引制限）で総額約155億円の課徴金の納付を命じた。カルテル事件で公取委が命じた課徴金としては過去最高である（2009年8月28日 朝日新聞 朝刊）。



なお、EUの独禁法違反に対する制裁金の額は、日本の課徴金の額を遙かに上回っている<sup>7</sup>。

課徴金制度は平成17年4月から金商法（証取法）にも課徴金制度が導入されている。当初は不公正取引と有価証券届出書等の虚偽記載のうち発行開示義務違反だけであったが、平成17年12月から継続開示義務違反、平成18年7月からは相場操縦の「見せ玉」も対象に追加されている。継続開示義務違反を課徴金の対象とする法改正は、課徴金の性格が問題となって頓挫しかけたのを、議員立法で改正したという経緯がある。平成18年の改正では再度の違反者に対する割増し制度と調査前に違反行為を報告した場合の減算制度が導入されている。

7 新聞報道によると、欧州委員会は、2008年11月12日、自動車用ガラスの販売をめぐる違法なカルテル行為を続けていたとして、旭硝子など日欧計4社に総額約13億8千万ユーロ（約1700億円）の制裁金の支払いを命じたと発表した。欧州委が命じたカルテル行為への制裁金としては、過去最高額になるという。制裁金のうち、旭硝子に対しては1億1350万ユーロ。日本板硝子の子会社 Pilkington（英国）に対しては3億7千万ユーロである。（2008年11月13日 朝日新聞 朝刊）。また、欧州委員会は、2009年1月28日、マリナーホース事業で価格カルテルを結んだとして、ブリヂストン、ダンロップなど5社に、総額約1億3千万ユーロ（約155億円）の制裁金を科した。ブリヂストンへの制裁金は5社の中で最高の約5800万ユーロ（約70億円）であり、2008年2月に日本の公正取引委員会がこの問題でブリヂストンに命じた課徴金の金額は、今回の欧州委の約3千分の1の238万円だった（2009年01月29日 朝日新聞 朝刊）。

金商法の課徴金の件数は、17年事業年度9件、18年度9件、19年度21件、20年度20件、21年度48件、22年度51件と増加してきている<sup>8</sup>。平成22年度の課徴金納付命令額は19億2284万円、納付額は18億5977万円であり、平成19年度から平成22年度までの合計は、命令額53億2841万円、納付額47億2162万円となっている（課徴金の金融庁のウェブ・ページ <http://www.fsa.go.jp/policy/kachoukin/> による）

さらに、公認会計士法でも平成19年の法改正で課徴金が導入されている。注目されるのは、故意の場合は監査報酬額の1.5倍、過失の場合は1倍として、責任の重さによって課徴金額を変えていることである。

#### (b) 減免制度

独禁法の課徴金制度には自主申告者に対する減免制度が設けられている。談合やカルテルは一般に秘密裏に行われ証拠の収集が困難なことから、違反者からの「自首」による申告に課徴金の減免措置を行い、談合やカルテルの摘発を容易にし、違反行為の防止を図ろうとする制度であり、欧米のリーニエンシー制度に倣ったものである。具体的には、違反事業者が自らその違反事実を公正取引委員会に報告し、資料を提出したときには、調査開始日前の1番目の申告事業者は全額、2番目の申告事業者は50%、3番目の申告事業者は30%、調査開始日以降の申告事業者は30%（ただしあわせて3社まで）課徴金を減免するというものである<sup>9</sup>（法7条の2、10項～）。平成21年の改正で、同一企業グループ内の複

---

8 金融庁の審判で違反事実が否定された珍しい事例として以下の事件がある。家電量販店「ビックカメラ」（東証1部上場、東京）の不正会計問題で、証券取引等監視委員会から金融商品取引法違反の疑いで個人では過去最高額の課徴金約1億2千万円の納付命令勧告が出されていたA元会長（64）について、金融庁は2010年6月25日、「（違反の）事実を認めることはできない」とする決定を下した。課徴金制度の2005年度の開始以来、監視委の勧告通り納付命令が出されないのは初めて。監視委は昨年6月、A元会長が不動産売却をめぐる同社の不正な会計処理を知りながら、うその決算書類に基づいて同社株8万株を約60億円で売却したとして、同法違反の疑いで約1億2千万円の課徴金納付命令を出すよう同庁に勧告。これに対し、A元会長は「知らなかった」と反論。行政処分前に弁解を聴く公開審判が開かれていた（2010年06月26日 朝日新聞 朝刊）。

9 旧首都高速道路公団（現首都高速道路）発注のトンネル換気設備工事の入札で談合したのは独占禁止法違反（不当な取引制限）にあたるとして、公正取引委員会は8日、荏原製作所、日立製作所、石川島播磨重工業、川崎重工業の4社に計約10億円の課徴金納付命令を出した。改正独禁法で導入

数の事業者による共同申請を認めるとともに、減免対象が最大3社から5社（調査開始後は3社）に拡大された<sup>10</sup>。

金商法にも、一定の違反行為につき、違反者が当局の調査前に証券取引等監視委員会に対し報告を行った場合、課徴金の額を半額とする減算制度が設けられている（185条の7第12項）。

(c) 2重処罰の問題について

課徴金と刑罰の併科については、憲法が禁止する2重処罰に当たるとはならないかが問題となってきた。課徴金を単なる利益剥奪で制裁ではないと解する見解が有力であったのも、2重処罰の問題があったからである。しかし、判例（最決昭和45・9・11刑集24巻10号1333頁）は、重加算税と刑罰の併科について、重加算税は納税義務違反の発生を防止するための行政上の措置であり、違反者の不正行為の反社会性ないし反道徳性に着目してこれに対する制裁として科せられる刑罰とは趣旨、性質を異にするものと解すべきであるから、同一の租税は脱行為について重加算税のほかにも刑罰を科しても憲法39条に違反するものでないと判示しており、同様の趣旨は、課徴金と刑罰の併科にも妥当するものと思われる（東京高判平成5・5・21高刑集46巻2号108頁〔ラップカルテル事件〕参照）。

ただし、課徴金と刑罰の併科が罪刑の均衡を失することは許されないであろう。このようなおそれを排除するために、独禁法は罰金額の半分を課徴金額から控除することとしており（7条の2第19項）、金商法は罰金額の全額を控除することとしている（185条の7第14項）。もっとも、このような控除が必要であるかについては異論もあり、今後、立法論的な検討が必要である。（佐伯仁志）

---

された課徴金減免制度が初適用され、談合を自主申告した三菱重工業は課徴金を全額免除。公取委の立ち入り検査後に減免申請に駆け込んだ数社のうち、申請が早かった石川島と川崎重工が30%の減額を受けることになった（2006年09月09日朝日新聞朝刊）。

10 課徴金減免制度は、違約金との関係でも重要な意味を持っているようである。水門設備工事をめぐる談合事件で、国土交通省は10日、IHI（旧石川島播磨重工業）やJFEエンジニアリングなど11社に、談合による損害として、契約書に基づき計7億1778万円の違約金を請求したが、公正取引委員会に自主申告して課徴金納付命令を免れた三菱重工業については、「命令が出なければ、契約上、違約金も生じない」と請求を見送った（2007年07月11日朝日新聞朝刊）。



## 2 マネー・ローンダリング

### 2-1 概観

マネー・ローンダリングとは、国による没収・追徴を免れたり、新たな犯罪活動や通常の経済活動に投資するために、犯罪収益を移転・隠匿したり、正当な資金のように仮装する行為をいう<sup>1</sup>。

マネー・ローンダリング行為の規制の動きは、1988年に採択された国際麻薬新条約が薬物犯罪収益に係るマネー・ローンダリング行為を犯罪として取り締まることを加盟国に義務づけたことに始まる。その後、1989年7月に開催されたアルシュ・サミットの経済宣言に基づいて設立された金融活動作業部会（FATF）が、1990年にマネー・ローンダリング行為の規制に関する「40の勧告」を公表した。「40の勧告」では、国際麻薬新条約の早期批准、マネー・ローンダリングの犯罪化、薬物犯罪収益の剥奪等に関する法整備、金融機関による本人確認、取引記録の保存、疑わしい取引の報告制度の創設が求められた。

これを受けて、わが国では、1991年に麻薬特例法が制定され、薬物犯罪収益等の隠匿罪、收受罪が設けられ、また、薬物犯罪収益の没収・追徴規定が設けられた。従来の刑法の没収・追徴が有体物に限られていたのを、財産上の利益に拡張するとともに、薬物犯罪収益に由来する財産、混和財産についても没収の対象とした。また、金融機関からの疑わしい取引の届出義務を規定した。金融機関による本人確認および取引記録の保存については、大蔵省銀行局長通達によって要請されることになった。

その後、1995年6月に開催されたハリファックス・サミットの提言を受けて、1996年に、FATFは、「40の勧告」を改定し、マネー・ローンダリング規制の対象となる収益の前提犯

---

1 マネー・ローンダリングに関する参考文献として、古田佑紀ほか『麻薬特例法及び薬物四法改正法の解説』（法曹会、1993年）、三浦守ほか『組織的犯罪関連三法の解説』（法曹会、2001年）、芝原邦爾『経済刑法（下）』（有斐閣、2005年）、城祐一郎『マネー・ローンダリング罪の理論と捜査』（立花書房、2007年）、犯罪収益移転防止制度研究会『逐条解説犯罪収益移転防止法』（東京法令、2009年）、警察庁刑事局組織犯罪対策部犯罪収益移転防止管理官『犯罪収益移転防止管理官年次報告平成22年』（2011年2月、<http://www.npa.go.jp/sosikihanzai/jafic/index.htm>）、川出敏裕「日本におけるマネー・ローンダリングの規制」金光旭・佐伯仁志『日中経済刑法の比較研究』167頁以下（成文堂、2011年）など参照。

罪を薬物犯罪からそれ以外の重大犯罪に拡大することを求めた。また、1998年5月に開催されたバーミングガム・サミットでは、疑わしい取引に関する情報を犯罪捜査に有効に活用するための方策として、各国にFIU（Financial Intelligence Unit）を設置することが合意された。

これらの動きを受けて、1999年に制定された組織的犯罪処罰法は、一定の重大犯罪によって得られた収益についてもマネー・ローンダリング規制の対象にするとともに、新たに犯罪収益による事業経営支配罪（9条）を設けた。疑わしい取引の届出の対象も拡大され、金融監督庁に特定金融情報室（FIU）が設置された。

2001年9月11日の米国同時多発テロの発生を契機として、テロ資金供与防止条約が制定され、FATFもテロ資金供与に関する特別勧告を発表した。これを受けて、わが国では、2002年にテロ資金供与処罰法が制定され、組織的犯罪処罰法の一部が改正されて、テロ資金提供・収集罪に係る資金が犯罪収益の定義に含められ、疑わしい取引の届出の対象とされた。

また、従来、大蔵省銀行局長の通達によって実施されていた金融機関による本人確認および取引記録の保存についても、テロ資金供与防止条約の義務を履行するため、2003年に金融機関等による本人確認法が制定され、法的義務とされた。その後、振り込み詐欺の社会問題化を契機として、2004年に同法が改正されて、他人になりすます目的での預貯金通帳等の譲り受け等に刑罰が科されることになった。

マネー・ローンダリングに金融機関以外の業態が利用されるようになってきたことから、FATFは、2003年に「40の勧告」を改訂して、金融機関以外の一定の事業者や職業専門家に対しても顧客管理等の措置を求めることを勧告した。これに対応するため、わが国では、2007年に犯罪収益移転防止法が制定され、顧客の本人確認等の義務を課す事業者（「特定事業者」）の範囲が、金融機関のほか、ファイナンスリース事業者、クレジットカード事業者、宅地建物取引事業者、宝石・貴金属取扱事業者、郵便物受取サービス事業者、電話受付代行業者、弁護士、司法書士、行政書士、公認会計士、税理士等に拡大され、これに伴い、FIUが金融庁から国家公安委員会に移管された。また、疑わしい取引の届出に関する規定も組織的犯罪処罰法から同法に移され、本人確認法は廃止された。同法は2008年3月に全面施行されている。

その後、2010年4月には、資金決済法の施行によって、銀行等の一定の金融機関にのみ

認められていた為替取引が資金移動業者においても行いうることとなったため、犯罪収益移転防止法が改正されて、資金移動業者が特定事業者に追加され、また、資金移動業者が行う為替取引に必要な為替取引カード等の譲り受け等に罰則が科されることとなった。なお、2011年3月には、商品取引所法等改正法の施行に伴う犯罪収益移転防止法および同法施行令の改正が行われた。

さらに、2011年4月には、電話転送サービス事業者を規制対象の事業者に加えるとともに、規制対象の事業者が一定の取引に際し顧客等について確認しなければならない事項の追加、預貯金通帳の不正譲渡等に係る罰則の強化等の改正が行われた（その施行日は2013年4月1日）。

## 2-2 マネー・ローンダリング関連犯罪

組織的犯罪処罰法においてマネー・ローンダリングを処罰する犯罪には、犯罪収益隠匿罪、犯罪収益收受罪、事業経営支配がある。

### (1) 犯罪収益の意義

これらの犯罪の対象となる「犯罪収益」とは、麻薬特例法の「薬物犯罪収益」については、薬物犯罪の犯罪行為により得た財産（麻薬特例法2条2項）、薬物犯罪行為の報酬として得た財産、薬物犯罪に関する資金提供罪に係る資金（2条3項）、組織的犯罪処罰法の「犯罪収益」については、①財産上不正な利益を得る目的で行われた同法別表に規定された犯罪により生じ、得、または報酬として得た財産（2条2項1号）、②一定の犯罪（覚せい剤原料の輸入、売春、けん銃等の輸入、サリン等の発散・製造・輸入）の資金等の提供の罪の犯罪行為により提供された財産（2号）、③外国公務員等に対する不正利益の供与等の罪の犯罪行為により供与された財産（3号）、④テロ資金の提供の罪に係る資金（4号）である。

犯罪収益の果実として得た財産、犯罪収益の対価として得た財産、これらの財産の対価として得た財産、その他犯罪収益の保有または処分にに基づき得た財産も、「犯罪収益に由来する財産」として、マネー・ローンダリング犯罪の対象となる（両者を併せて「犯罪収益等」という）。もっとも、犯罪収益とこれ以外の財産を併せて一個の不動産を購入したような場合は、もはや「犯罪収益に由来する財産」とはいえず、また、混和財産であるため

には、犯罪収益とそれ以外の財産を分割することが可能であり、かつそれによってその財産的価値に変化がないものに限られるから、この場合の不動産は、混和財産にも当たらない、と解されている<sup>2</sup>。

なお、近時の判例（最決平成20・11・4刑集62巻10号2811頁）は、児童ポルノDVDを販売して、その代金を被告人が管理する借名口座に振り込ませた事案について、「犯罪行為により得た財産」とは、当該犯罪行為によって取得した財産であればよく、その実行に着手する前に取得した前払い代金等の財産であっても後に当該犯罪が成立する限り犯罪収益に該当すると判示している。

## (2) 犯罪収益等隠匿罪

犯罪収益隠匿罪は、①犯罪収益等の取得または処分につき事実を偽装する行為、②犯罪収益等を隠匿する行為、③犯罪収益の発生の原因につき事実を偽装する行為について成立し、その法定刑は、5年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金またはその併科である（組織的犯罪処罰法10条1項）。未遂・予備も処罰される（同2項、3項）。法人に対しては同額の罰金が科される（同17条）。

犯罪収益等の取得につき事実を偽装する行為には、取得の原因を偽装する行為と取得した犯罪収益の帰属を偽装する行為があり、前者の例としては、正当な事業収益を装って相場や伝票を操作する行為がある。最近の事例では、アメリカ合衆国内の銀行から通預金口座に振込送金された現金約2161万円について、これが氏名不詳者によって詐取された金員であることを知りながら、電話で行員から送金の理由を尋ねられた際、正常な取引に基づくかのように答え、返金要請の際にも、既に取り引が完了しており、返金できないように答えるなどして、犯罪収益の取得につき事実を偽装した事例がある（さいたま地判平成20・2・14裁判所ウェブ）。後者の例としては、取得した犯罪収益を偽名や他人名義の口座に預金すること（東京高判平成16・6・16東高刑判時55巻1～12号47頁参照）や財産の偽装譲渡などが考えられる。最近の事例では、振り込め詐欺で被害者に自己が管理する他人名義の預金口座に金員を振り込ませて騙し取った事例や架空人名義で契約した私設私書箱宛に現金を郵送させた事例などがある。

---

2 三浦ほか・前掲75頁参照。

犯罪収益等の処分につき事実を偽装する行為としては、架空名義あるいは他人名義による財産の購入が挙げられる。最近の事例としては、インターネットオークションで盗んだ品物を他人名義で登録した ID を利用して売却した事例<sup>3</sup>がある。

犯罪収益等を隠匿する行為としては、犯罪収益等の物理的な隠匿のほか、極めて銀行秘密の固い銀行への預金等が挙げられている<sup>4</sup>。外国（特に日本と捜査共助の関係がない国）の口座に送金すること自体が日本国による追求を著しく困難にすると考えれば、「極めて銀行秘密の固い」という限定は必須のものではないであろう。東京高判平成 11・10・19 東京高刑時報 50 卷 1～12 号 120 頁は、被告人が第三者名義でイランへ送金した行為が、麻薬特例法 9 条 1 項にいう不法収益等の取得についての「事実の偽装」であり、かつ、イラン・イスラム共和国に照会した本件海外送金先等に関する捜査に対しても何らの回答がないことなど、被告人の本件海外送金の行方についての捕捉、追及が困難な状況となった事実も認められるから「隠匿」にも該当すると判示している。

犯罪収益の発生の原因につき事実を偽装する行為としては、けん銃の譲受人が、支払ったけん銃の代金について正当な事業の経費等として計上し、あるいは、架空債務を仕立ててその返済金を装うなど、けん銃取引によって発生した収益でないように装う行為が考えられる。

本罪は故意犯である。故意は、他の犯罪と同様、未必の故意で足り、また、包括的故意でも足りる。したがって、前提犯罪のいずれかに当たることの未必的認識があれば、特定のどの犯罪であるかの認識がなくともよい。しかし、一般的、抽象的な危惧や懸念では足りず、当該財産が犯罪収益であるとの蓋然性が存在する具体的状況の下で、その状況を認識している必要がある<sup>5</sup>。最近の事案では、暴力団山口組系旧五菱会によるヤミ金融事件では、犯罪収益約 94 億円を海外に送金して隠匿する行為に関与したとして、元クレディ・スイス香港行員が犯罪収益隠匿罪で起訴されたが、犯罪収益であるとの認識がないとして 1 審・2 審で無罪となり、確定した（朝日新聞 2006 年 3 月 22 日夕刊、2007 年 9 月 12 日夕刊、2007 年 9 月 27 日夕刊）。また、約 2 年間に計 31 回にわたり、約 1270 万円の金員を受領し

---

3 事例については、警察庁刑事局組織犯罪対策部犯罪収益移転防止管理官・前掲 43 頁参照。

4 三浦ほか・前掲 121 頁参照。

5 三浦ほか・前掲 126 頁参照。

てイラン等の国外に送金したという地下銀行事件についても、銀行法違反の罪と、法定の告知書に虚偽を記載して提出した内国税法違反の罪の成立は認められたが、麻薬犯罪収益隠匿罪については、麻薬犯罪収益であることの認識がないとして、成立が否定されている（名古屋地判平成16・7・6裁判所ウェブ）。判決は、イラン人は手数料を安くするために何人かでお金を集めて送ることがあるので、送金依頼に係る金額が多額であったことをもって直ちに本件金員を不法収益であると認識できたと推認することはできない、と判示している。

本罪については、証拠隠滅罪と異なり、前提犯罪の本犯者も主体となる。本罪が、犯罪収益等が新たな犯罪に再投資されることを防止しようとする趣旨の規定と解されているからである。

罪数について、振り込め詐欺を継続する中で、同種の犯罪収益について、同一の犯意の下に第三者名義の口座を利用して複数回の犯罪収益の仮装を行った場合、包括して1個の犯罪収益等隠匿罪を構成し、観念的競合の關係に立つ犯罪収益等隠匿と各組織的詐欺は一罪となる、と解されている（東京高判平成20・7・3高刑速（平20）号109頁）。

### (3) 犯罪収益等收受罪

情を知って、犯罪収益等を收受する行為は、3年以下の懲役もしくは100万円以下の罰金、またはその併科に処される（組織的犯罪処罰法10条）。法人に対しては同額の罰金が科される（同17条）。

本罪の主体に、前提犯罪の本犯は含まれない。弁護士であったXが、弁護士資格のないY等が法律事務を取り扱うについて自己の名義を使用させたという弁護士法違反の事案で、弁護士法違反の行為の報酬として得た現金を收受したとして起訴されたが、Xは本犯者であり共犯者から犯罪収益を收受したとしても、犯罪収益等收受罪は成立しないとされている（大阪地判平成19・2・7判タ1266号331頁）

「收受」とは、有償・無償を問わず、犯罪収益を取得し、あるいはその引渡しを受けてこれを支配することができる地位ないし立場に立つことをいう。取得しない場合であっても、事実上引渡しを受けて、実質的に自己のものであると同様の支配関係を持つに至った場合も含まれる<sup>6</sup>。

「情を知って」とは、收受に係る財産が犯罪収益等であることを知ってという意味であ

る。暴力団員であることを知っている相手方から財産を收受したから犯罪収益であるかもしれないというだけでは、犯罪収益等であることの認識があったとはいえず、具体的な状況の下で当該財産が犯罪行為によって得られたものであることの認識が必要である<sup>7</sup>。

法令上の除外事由として、①法令上の義務の履行として提供されたものを收受した者、または、②契約（債権者において相当の財産上の利益を提供すべきものに限る。）の時に当該契約に係る債務の履行が犯罪収益等によって行われることの情を知らないでした当該契約に係る債務の履行として提供されたものを收受した者は、処罰されない。①の例としては、犯人の妻が、扶養義務の履行として、犯罪収益から生活費として渡された金銭を受け取る場合、②の例としては、銀行員が顧客に金銭を貸し付ける時点では、犯罪収益によってそれを返済することを知らなかったが、返済時点ではそれを知ったうえで返済を受けたような場合がこれに当たるとされている。しかし、犯人が犯罪収益のほかに財産を有しており、そこから法律上・契約上の義務の履行をすることが可能であるにもかかわらず、あえて犯罪収益から提供し、これを認識しながら收受した場合にも、処罰を免れることができるかについては、議論の余地があるように思われる。

預貯金については、善意で預貯金取引契約をした場合、この契約に基づいて預貯金を受け入れる行為は、正当な理由がなければ預貯金の受け入れを拒否できないので、悪意であっても、原則として本条の罪は成立しないとされている<sup>8</sup>。犯罪収益であることがわかっているのに受け入れを拒否できないかについては疑問がなくはないように思われるが、預金として受入れた上でその口座を凍結した方が、犯罪収益の没収には有益なので、疑わしい取引としての届出が予定されていることを要件として正当化されると解すべきであろうか。

犯罪収益を收受する行為が同時に犯罪収益の隠匿行為を幫助する行為であるときは、犯罪収益收受罪と犯罪収益隠匿幫助罪が成立し、観念的競合となる。犯罪収益隠匿罪の共謀共同正犯が成立する場合には、別途犯罪収益收受罪は成立しないと解されている<sup>9</sup>。犯罪収

---

6 三浦ほか・前掲 126 頁参照。

7 三浦ほか・前掲 126 頁参照。

8 三浦ほか・前掲 129 頁参照。

9 三浦ほか・前掲 130 頁参照。

益を收受する行為が同時に盗品等譲り受け罪に該当するときは、両罪は観念的競合となる<sup>10</sup>。

#### (4) 事業経営支配罪

事業経営支配罪（組織的犯罪処罰法9条）は、犯罪収益の運用によって合法的な経済活動が不当に影響されることを防止するための規定である。不法収益等を用いることにより、法人等の株主等の地位を取得し、または第三者に取得させた者が、当該法人等またはその子法人の事業経営を支配する目的で、その株主等の権限または当該権限に基づく影響力を行使し、または当該第三者に行使させて、①当該法人等またはその子法人の役員等を選任し、もしくは選任させ、解任し、もしくは解任させ、または辞任させること、または、②当該法人等またはその子法人を代表すべき役員等の地位を変更させることをしたときは、5年以下の懲役もしくは1000万円以下の罰金、またはその併科で処罰される。不法収益等を用いることにより、法人等に対する債権を取得し、または第三者に取得させた者が、同様の行為を行った場合も同様である。法人に対しては同額の罰金が科される（17条）。

対象は、法人等の社団・財団に限られており、個人の事業については、その規模が比較的小規模なものが多いという理由で、除外されている。「役員等」とは、実質的に法人等の経営を行う役職にあるものをいい、株式会社の役員等、法令の規定に根拠を有する者でなくとも該当すると解されている<sup>11</sup>。

最近の適用例としては、経営破綻の危機に瀕していたA生命を買収して総合金融業を構築しようと考えた被告人が、同社に価値のない債券を購入させて、同社から100億円を詐取し、これによって得た財産を用いて同社の増資を引き受けたことにより、発行済み株

組織的犯罪処罰法に係るマネーロンダリング事犯の検挙件数（『犯罪収益移転防止管理官平成22年年次報告』42頁）

	H 13	H 14	H 15	H 16	H 17	H 18	H 19	H 20	H 21	H 22
法人等経営支配（9条）	0	0	0	0	0	1	0	1	0	1
犯罪収益等隠匿（10条）	10	19	45	50	65	91	137	134	172	139
犯罪収益等收受（11条）	2	9	11	15	42	42	40	38	54	65
合計	12	28	56	65	107	134	177	173	226	205

10 三浦ほか・前掲132頁参照。

11 三浦ほか・前掲117頁参照。



式総数の3分の2以上の株式を取得してこれを自己の支配下に置き、同社の事業経営を支配する目的で、株主としての権限を行使して、A生命の取締役を選任した、として事業経営支配罪の成立が認められた事例がある（東京高判平成17・1・20 公刊物未登載）。

#### (5) 没収・追徴

犯罪収益については、その没収・追徴が重要である（組織的犯罪処罰法13条～）が、詳しくは制裁の項目を参照。

第1審における没収・追徴の適用状況（『犯罪収益移転防止管理官平成22年年次報告』42,49頁）

年次	組織的犯罪処罰法				麻薬特例法			
	没収		追徴		没収		追徴	
	人員	金額	人員	金額	人員	金額	人員	金額
17年	18	69,958	54	585,698	39	53,674	316	1,324,360
18年	27	150,406	75	1,869,842	62	79,264	373	1,740,761
19年	29	104,020	67	603,680	53	153,830	285	1,128,689
20年	40	335,721	79	560,791	61	93,695	362	1,485,240
21年	98	105,774	129	4,980,485	68	34,087	350	146,280

## 2-3 犯罪収益移転防止法

### (1) 特定事業者の意義

犯罪収益防止法は、特定事業者を定めて、犯罪収益の移転防止のための様々な義務を課している。同法にいう特定事業者とは、金融機関等、ファイナンスリース事業者、クレジットカード事業者、宅地建物取引事業者、宝石・貴金属取扱事業者、郵便物受取サービス事業者、電話受付代行業者、電話転送サービス事業者、弁護士・弁護士法人、司法書士・司法書士法人、行政書士・行政書士法人、公認会計士・監査法人、税理士・税理士法人である（2条2項）。

### (2) 本人確認義務

特定事業者（弁護士・弁護士法人を除く。以下同じ）は、顧客等との間で、法律が定める「特定業務」のうち「特定取引」を行うに際しては、運転免許証の提示を受ける方法その他の主務省令で定める方法により、当該顧客等について、本人特定事項（自然人は氏名・

住居・生年月日、法人は名称・本店または主たる事務所の所在地)の確認(「本人確認」)を行わなければならない(4条1項1号)。2012年4月改正(2013年4月1日施行)は、確認事項に、取引の目的(1項2号)、顧客等の職業・事業内容(1項3号)、法人の事業経営を実質的に支配することが可能となる関係にある者がある場合にあっては、その者の本人特定事項(1項4号)を追加した。さらに、同改正は、特定事業者が、顧客等との間で、犯罪による収益の移転防止のために厳格な顧客管理を行う必要性が特に高いと認められる取引を法律に列挙した上で(政令で追加もできる)、これらの取引に該当するものとして政令で定められた取引を行う際に、より厳格な本人確認(たとえば、政令で定められた200万円を超える財産の移転を伴う場合には、資産・収入の状況の確認)を義務づけている(4条2項)。現在政令で定められている取引は、①相手方が、当該契約に係る契約時確認に係る顧客等または代表者等になりすましている疑いがある取引、②契約時確認が行われた際に、当該契約時確認に係る事項を偽っていた疑いがある顧客等との取引、③イランおよび北朝鮮に居住・所在する顧客等との取引である。

「顧客」とは、形式的に判断されるべきではなく、「直接利益の真の帰属者」をいう<sup>12</sup>。

特定事業者は、顧客等の本人確認を行う場合において、顧客等が法人である場合には、法人の本人確認のほかに、現に特定取引の任に当たっている自然人についても、本人確認を行わなければならない(4条4項)。

特定事業者は、顧客等・代表者等が特定取引を行う際に本人確認に応じないときは、これに応ずるまでの間、当該特定取引に係る義務の履行を拒むことができる(5条)。

### (3) 本人確認記録・取引記録の作成・保存義務

特定事業者は、本人確認を行った場合には、直ちに、主務省令で定める方法により、本人特定事項、本人確認のためにとった措置その他の主務省令で定める事項に関する記録(「本人確認記録」)を作成しなければならず(6条1項)、これを7年間保存しなければならない(6条2項)。また、特定事業者は、特定業務に係る取引を行った場合には、少額の取引その他の政令で定める取引を除き、直ちに、主務省令で定める方法により、顧客等の本人確認記録を検索するための事項、当該取引の期日及び内容その他の主務省令で定める事

---

12 犯罪収益移転防止制度研究会・前掲240頁参照。

項に関する記録を作成し（7条1項）、これを7年間保存しなければならない（7条3項）。

#### （4） 弁護士等の特例

弁護士・弁護士法人については、本人確認、本人確認記録の作成・保存、取引記録等の作成・保存に相当する措置については、特定事業者の例に準じて日本弁護士連合会の会則で定めるところによるとされており（11条1項）、日本弁護士会は、「依頼者の身元確認及び記録保存に関する規定」（2007年7月1日施行）を定めている。

#### （5） 疑わしい取引の届出義務

特定事業者は、特定業務において収受した財産が犯罪による収益である疑いがあり、または顧客等が特定業務に関し犯罪収益隠匿罪（組織的犯罪処罰法10条、麻薬特例法6条）に当たる行為を行っている疑いがあると認められる場合には、速やかに、政令で定めるところにより、政令で定める事項を行政庁に届け出なければならない（8条1項）。弁護士のほか、いわゆる士業者（2条2項43号～46号）は、届出の義務主体から除外されているが、「各士業団体及び士業者自身の自律機能を十全に発揮することが、国民から大いに期待されている」とのコメントがある<sup>13</sup>。

特定業務全般が対象となるので、本人確認・取引記録等保存の対象となっていない取引であっても届出の対象となる。例えば、閾値未滿の取引を繰り返して本人確認を避ける行為などが典型例である<sup>14</sup>。

「犯罪による収益である疑いがある」といえるためには、特定の前提犯罪の存在を認識する必要はなく、犯罪による収益である疑いを生じさせる程度の何等かの前提犯罪の存在の疑いがあれば足りる。その手がかりとするため、各業種の所管省庁が疑わしい取引の届出に関する参考事例（ガイドライン）を作成し、公表している<sup>15</sup>。

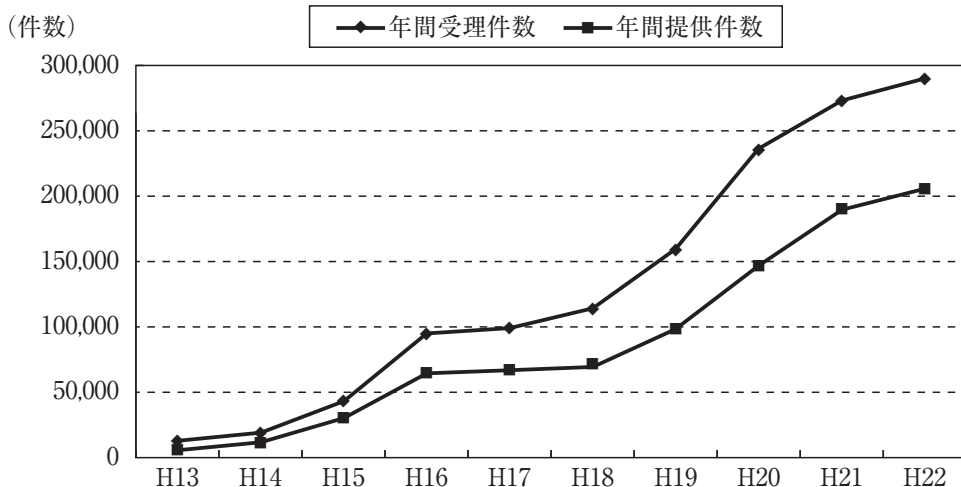
特定事業者（その役員および使用人を含む。）は、疑わしい取引の届出を行おうとするこ

---

13 犯罪収益移転防止制度研究会・前掲240頁。

14 犯罪収益移転防止制度研究会・前掲240頁参照。

15 金融庁 <http://www.fsa.go.jp/str/jirei/index.html>、警察庁古物商向け <http://www.police.pref.gunma.jp/subindex/gaidorain1-4.pdf>、経済産業省郵便物受取サービス業者向け <http://www.meti.go.jp/policy/servicepolicy/utatori%20tebiki.pdf> など。



年間受理件数	12,372	18,768	43,768	95,315	98,935	113,860	158,041	235,260	272,325	294,305
年間提供件数	6,752	12,417	30,090	64,675	66,812	71,241	98,629	146,330	189,749	208,650

注1：年間受理件数とは、平成13年1月から19年3月までは金融庁が、19年4月からは国家公安委員会・警察庁が受理した件数であり、19年の受理件数は金融庁国家公安委員会・警察庁受理件数の合計である。

注2：年間提供件数とは、平成13年1月から19年3月までは金融庁が警察庁へ、19年4月からは国家公安委員会・警察庁が捜査機関等へ提供した件数であり、19年の提供件数は金融庁提供件数と国家公安委員会・警察庁提供件数の合計である。

と、または行ったことを、顧客等に漏らしてはならない（8条2項）。

疑わしい取引に関する情報の流れは、〈特定事業者による疑わしい取引の発見→所管官庁への届出→国家公安委員会犯罪収益移転防止管理官への通知→データベースへの登録・分析→捜査機関等への情報提供〉となっている。

疑わしい取引の届出件数は、麻薬特例法の下では、薬物犯罪収益に限定されていたためもあって、平成4年12件、5年17件、6年6件、7年4件、8年5件、9年9件、10年13件と極めて少なかった。平成11年に組織的犯罪処罰法が制定され、12年3月に施行されたが、11年1059件、12年7242件と急増し、その後、上記グラフのように増加を続けて、平成22年には29万4305件となっている。

平成22年に疑わしい取引に関する情報を端緒として警察が検挙した事件数は390件（うち詐欺が258件）とのことである<sup>16</sup>。

なお、犯罪収益移転防止法は、金融機関等の外国為替取引に係る通知義務も定めている

16 警察庁刑事局組織犯罪対策部犯罪収益移転防止管理官・前掲30頁。

(9条)。

#### (6) 本人確認義務等の履行確保

特定事業者が上記の義務に違反した場合には、直接刑罰を科す規定はないが、行政庁は、当該特定事業者に対し、当該違反を是正するため必要な措置をとるべきことを命ずることができ、この命令に違反した者に対しては、2年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金、またはその併科の罰則が規定されている(24条)。法人に対しては3億円以下の罰金が科される(29条1号)。

また、特定事業者に対する行政庁の報告徴収や立入検査の妨害についても、1年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金、またはその併科の罰則が規定されている(25条)。法人に対しては2億円以下の罰金が科される(29条2号)。

特定事業者が本人確認を行う場合において、顧客・代表者等が、本人特定事項を隠蔽する目的で、本人特定事項を偽った場合は、1年以下の懲役もしくは100万円以下の罰金、またはその併科に処される(26条)。2012年4月改正前は50万円以下の罰金であった。法人に対しても同額の罰金が科される(29条3号)。

#### (7) 預貯金口座等の利用の適性の確保

預貯金口座が売買等され、振り込め詐欺やヤミ金融などの犯行の道具として利用されることが横行したため、実務では、他人になりすまして他人名義の口座を開設して、預金通帳等を譲り受ける行為を詐欺罪で処罰し(最決平成14・10・21刑集56巻8号670頁)、さらに、他人に譲渡する目的を秘して自己名義の口座を開設し、預金通帳等を譲り受ける行為をも、詐欺罪で処罰し(最決平成19・7・17刑集61巻5号521頁)、これらの通帳等を情を知って譲り受ける行為を詐欺罪の共犯ないし盗品等譲受け罪で処罰することが行われるようになった。しかし、これらの内面的事情の立証は困難な場合が少なくない上、休眠口座のように開設当初は譲り渡す目的を有していなかった場合には詐欺罪は成立しない。また、預金通帳等は転々と譲渡されることが通常であり、流通に関わる者の中には、必ずしも詐欺の共犯の認識や盗品等の認識を有しない者もいるため、こうした事態に対処するために、旧本人確認法で新たに犯罪として規定された。

(a) 預金通帳等の譲り受け等・譲り渡し等の罪

他人になりすまして特定事業者（2条2項1号～15号、35号）との間における預貯金契約に係る役務の提供を受けること、または、これを第三者にさせることを目的として、当該預貯金契約に係る預貯金通帳預貯金通帳等を譲り受け、その交付を受け、またはその提供を受けた者は、1年以下の懲役もしくは100万円以下の罰金、またはその併科に処される。通常の商取引または金融取引として行われるものであることその他の正当な理由がないのに、有償で、預貯金通帳等を譲り受け、その交付を受け、またはその提供を受けた者も、同様である（27条1項）。業として行った場合は、3年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金、またはその併科に処される（27条3項）。2012年4月改正前の刑罰は50万円以下の罰金であったのが引き上げられた。

預貯金通帳、キャッシュカード、暗証番号、ネットバンキングに必要なID番号やパスワードを1つでも譲り受け等すると本罪が成立する<sup>17</sup>。

通常の取引とは、営業譲渡に伴い、屋号名義での口座に係る通帳の譲り渡し等が有償で行われている場合等が、通常の金融取引とは、いわゆる譲渡性預金等が想定されている。それ以外の正当な理由としては、例えば、相続が発生し、被相続人名義の預貯金通帳等を相続人の一人が保管していたところ、遺産分割が終了し、当該預貯金通帳等を有償で別の相続人に引き渡す場合、金融機関の合併等により、今は存在しない金融機関名の通帳等をコレクターが有償で取得する場合等が想定されている<sup>18</sup>。

相手方に前項前段の目的があることの情を知って、その者に預貯金通帳等を譲り渡し、交付し、または提供した者、通常の商取引または金融取引として行われるものであることその他の正当な理由がないのに、有償で、預貯金通帳等を譲り渡し、交付し、または提供した者についても、譲り受け等と同様の刑罰が規定されている（27条2項、3項）。

(b) 預金通帳等の譲り受け・譲り渡しの誘引の罪

預金通帳等の譲り受け・譲り渡しを勧誘、公告、その他の方法により誘引した者も、1年以下の懲役もしくは100万円以下の罰金、またはその併科に処される（27条4項）。

---

17 犯罪収益移転防止制度研究会・前掲339頁参照。

18 犯罪収益移転防止制度研究会・前掲341頁参照。

(c) 為替取引カードに関する罪

2条2項28号の2に掲げる特定事業者（資金移動業者）との間における為替取引に用いる為替取引カード等についても預金通帳等と同様の規制・処罰が行われている（28条）。

（佐伯仁志）

## 3 銀行捜査と銀行法違反の罪

### 3-1 銀行経営の健全性確保のための仕組み

#### 3-1-1 銀行法の沿革

##### (1) 序論

金融業務に関する犯罪、特に銀行法違反の罪について理解するには、まず銀行法について知る必要がある。銀行法とは基本的には銀行に対する監督・取締法規である。昭和3年に制定された旧銀行法は、制定後半世紀を経て昭和57年に全面改正された。その背景として高度経済成長から安定成長へと経済構造が変化したことへの対応と、厳しさを増した金融機関の経営環境に照らし、従来より一層健全経営を維持していくことが要請されるようになったことが挙げられる。こうした経済構造の変化への対応はわが国だけの現象ではなく欧米諸国においても同様であった。

##### (2) 近時の銀行法の主要改正

最近における主要改正として、平成5年に新しい金融制度改革法が施行された。その中で、①業態別子会社を設立することにより他業態への相互参入が可能となった。②金融機関経営の健全性を判断する基準として、自己資本比率規制の法制化がなされ、これまでの行政指導に基づく規制から法律に基づく規制に切り替えられた。また、③連結ベースの大口信用供与規制を行うこととされた。

次に、平成10年改正では、①銀行を子会社とする持株会社の設立が可能となり、銀行持株会社による既存銀行株式の取得が可能とされた。また、②従来任意の訓示規定にとどまっていたディスクロージャーに関する規定が罰則付きの義務規定となった。併せて、平成11年の「金融再生法」の成立に伴い、債務者区分に基づく査定債権の開示義務が導入された。ここで、銀行の有する債権は債務者の状況に応じて破産更生債権、危険債権とするほか、一般債権を要管理債権、正常債権に区分して各々の総額を開示することとされた。

平成14年改正では、事業会社など異業種による銀行業への参入ルールが整備された。最近の改正についてみると、過去十数年の不良債権問題対応（銀行の倒産や合併、組織集約化）が相次ぐ中、自己資本の充実、経営の規範性の強化、開示制度など銀行経営の健全性確保のための法制の導入が特徴といえよう。



### 3-1-2 銀行法の概要

#### (1) 目的

銀行法は、1条で銀行業務の公共性に照らし、追求すべき目的として、①信用秩序の維持、②預金者の保護、③金融の円滑の3点を挙げている。そして、これらの目的を支える具体的な政策課題として、銀行経営の健全性確保がある。

#### (2) 銀行の意義

銀行法にいう「銀行」とは、内閣総理大臣の免許を受けて（形式的要件）、銀行業を営む者（実質的要件）をいう。銀行法を執行する政府組織は金融庁（金融庁設置法3条）であって、金融庁は内閣府の外局である。内閣総理大臣は特命担当大臣を置くことができ、金融担当大臣が金融庁の所管事務を掌理する。

銀行が行う業務である「銀行業」は、受信業務（預金等の受入れ）と与信業務（資金の貸付け、手形の割引）を併せて営むこと又は為替取引を行うことが必要である（銀行法2条2項）。

銀行法による規制の対象は、具体的には普通銀行（都市銀行、地方銀行及び第二地方銀行協会加盟銀行）である。与信業務（資金の貸付又は手形の割引）のみを営業とし受信業務（預金等の受入れ）を伴わないもの（貸金業者や質屋）は、銀行法上の銀行ではない。普通銀行以外の金融機関（信用金庫、信用組合、農林中央金庫など）には、銀行法は適用されず、それぞれの特別の法令が規制している。ただし、これらの特別な金融機関法令においては、銀行法の準用による規制が多くみられ、このことは銀行法が民間金融機関法令の基本法の性格を持つことを示している。

#### (3) 自己資本比率規制

自己資本比率規制とは、行政当局が銀行等に対し、その保有する資産等に照らし自己資本の充実の状況が適当な水準にあるかどうかをみる自己資本比率について具体的計数を定め、その達成を銀行等に要請するものである。自己資本比率規制は国際的な合意としてBIS（スイスのバーゼル市にある国際決済銀行の略称）の場で採択されるなど、この分野での国際ルールの策定が進んだ結果、世界各国における自己資本比率規制が銀行監督行政の中で重要性を増していき、諸外国における金融法制上その根拠法文の設定の動きが相次ぎ、

わが国においても平成5年の金融制度改革において銀行法の中に明文化された。

基準未達成であれば、内閣総理大臣はまず業務改善命令を発し、さらに必要があれば銀行法26条が規定する業務の一部停止命令その他の監督上必要な措置を命ずることができる。ここでの規制数値は法律や政令によるのではなく、告示で具体的に明記される。

#### (4) 経理

##### ア 会社法、金商法との関係

銀行の経理には、一般に会社法の株式会社に関する計算規定が適用されるが、銀行経理に関する一部の分野では銀行法が会社法の特例を定めている。銀行法が定める特例は、①1年決算制とする営業年度の規定、②利益準備金の積増し、③業務報告書の金融庁長官への提出義務、④貸借対照表等の公告義務、⑤業務及び財産の状況に関する説明資料の縦覧、⑥営業報告書の記載事項、⑦株主の帳簿閲覧権の否認などである。

株式会社は一般に法務省令（会社計算規則）で定めるところにより、各事業年度の計算書類を作成し（会社法435条2項）、それらを作成時から10年間保存しなければならない（同条4項）。会社法にいう計算書類は、①貸借対照表、②損益計算書、③株主資本等変動計算書及び④個別注記表の4つである（計算規則91条1項）。ここで銀行法は、会社法との関係において特別法として銀行の計算書類について定めており、銀行の計算関係書類については特例が許容される。

すなわち、まず金融商品取引法に基づく財務諸表等規則2条は、「別記に掲げる事業を営む株式会社が当該事業の所管官庁に提出する財務諸表の用語、様式、および作成方法については、法令に特に定めがある場合、または当該所管官庁がこの規則に準じて制定した財務諸表準則がある場合には、当該事業を営む株式会社が法の規定により提出する財務諸表は、原則としてその法令又は財務諸表準則の定めによることができる」旨を規定しており、銀行等を同規則2条の「別記」に掲げる株式会社の1つに指定しているため、銀行法施行規則は財務諸表等規則の特例を定めていることになる。

次に、会社計算規則146条1項は、財務諸表規則別記事業会社については、会社計算規則の特例を許容しているため、銀行の作成する貸借対照表等の記載方法等に関しては銀行法施行規則の定めるところによることとされる。

結局、銀行が作成する計算関係書類及びその記載事項、方法等は、原則として会社法に

基づく会社計算規則及び金融商品取引法に基づく財務諸表等規則の適用を受けることなく、銀行法施行規則（内閣府令）で定めることとされているのである。したがって、銀行について違法配当罪（会社法違反）や、虚偽有価証券報告書提出罪（金融商品取引法違反）等の成否を考えるに当たっては、適用関係法令に特則があることに留意する必要がある。

#### イ 業務報告書

銀行は、営業年度ごとに、業務及び財産の状況を記載した中間業務報告書及び業務報告書を作成し、内閣総理大臣に提出しなければならない（銀行法 19 条 1 項）。業務報告書は、銀行法施行規則 18 条 2 項により、営業概況書、貸借対照表、損益計算書及び利益処分計算書（又は損失処理計算書）について作成する。

業務報告書及び中間業務報告書について、提出を怠ったり、又はこれらの書類に記載すべき事項を記載せず、若しくは虚偽の記載をして提出した場合には、罰則が適用され、1 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金に処せられる（銀行法 63 条 1 項 1 号）。

#### ウ 開示規制

銀行は、営業年度ごとに、内閣府令で定めるところにより、貸借対照表及び損益計算書を作成して、当該営業年度経過後 3 月内に公告しなければならない。会社法上の公告義務（会社法 440 条）の特例として、それらの計算書類の記載方法は、内閣府令の定めるところによることとされている（銀行法施行規則 19 条）。

銀行が、公告をせず、又は当該公告をしなければならない書類に記載すべき事項を記載せず、若しくは虚偽の記載をして公告した場合は、罰則の適用があり、1 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金に処せられる（銀行法 63 条 1 号の 2）。

銀行は、営業年度ごとに、業務及び財産の状況に関する事項として内閣府令で定めるものを記載した説明書類を作成し、当該銀行の営業所に備え置き、公衆の縦覧に供しなければならない（銀行法 21 条）、これらの書類を公衆の縦覧に供せず、又はこれらの書類に記載すべき事項を記載せず、若しくは虚偽の記載をして公衆の縦覧に供した場合は、罰則の適用があり、1 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金に処せられる（銀行法 63 条 1 号の 3）。

計算関係書類の不実記載等について、会社法は 100 万円以下の過料の制裁を規定しているが（会社法 976 条 7 号）、銀行法上の制裁は上記のとおり刑事罰であって会社法上の制裁より厳しい。他方、金融商品取引法は、例えば有価証券報告書であって重要な事項に虚偽の記載のあるものを提出した者について、10 年以下の懲役若しくは 1000 万円以下の罰金、

又はこれを併科することとしており、銀行法上の制裁より格段に厳しいものとなっている。

## エ 不良債権の開示

不良債権に関する統計として、①銀行法に基づくリスク管理債権（銀行法施行規則 19 条の 2 第 1 項 5 号）、②金融再生法に基づく開示債権、③銀行による自己査定の集計値という 3 つの方法が用意されている。公表される不良債権残高は前二者の統計に基づき、おおむね債務者区分で要管理先以下に対する債権の合計値が開示される。

まず、銀行法に基づくリスク管理債権は、貸出金のみを対象に客観的形式基準により、「破たん先債権」、「延滞債権」、「3 か月以上延滞債権」、「貸出条件緩和債権」に区分し、区分された債権ごとに各金融機関が開示する。開示の方法としては、貸借対照表において、貸出金のうち破綻先債権、延滞債権、3 か月以上延滞債権及び貸出条件緩和債権の額並びにその合計額を、それぞれ注記事項として記載することとされている。

次に、金融再生法開示債権は、銀行の貸出金、支払承諾見返り、貸付有価証券等の総与信を対象に、「破産更生債権及びこれに準ずる債権」、「危険債権」、「要管理債権」、「正常債権」の 4 つに区分して開示することが義務付けられている。

最後に、自己査定方式は、銀行自らが経営の指針として適切な償却・引当てを行うための準備作業として自行の総資産を対象として金融庁の信用リスク検査用マニュアルに則り作成するものである。ここでの債権分類基準は、縦軸が債権者区分であり、破綻先、実質破たん先、破たん懸念先、要注意先、正常先に区分され、横軸に担保状況の分類として、優良担保・優良保証、一般担保、担保なしに区分され、そのマトリックスの中で 4 つに分類される仕組みとなっている。第一分類は正常債権、第二分類は回収に注意を要する債権、第三分類は回収に重大な懸念がある債権、第四分類は回収不能債権である。不良債権に関する開示は最終的には償却、引当てが行われることによってその意義が活かされる。第二分類に関する各銀行の自己査定による引当額はまちまちであるともいわれる。ここでの資産評価の適否は、長銀事件や日債銀事件にみられるように違法配当罪や虚偽有価証券報告書提出罪の成否にまで関係してくる。

## (5) 監督

### ア 調査権

銀行法は内閣総理大臣に対し、調査権（銀行法 24 条）、立入検査権（同法 25 条 1 項）、

処分権などの監督権限を付与している。調査権としての報告ないし資料の徴求は、あくまでも行政上の任意調査であり、司法権あるいは税法上の強制調査とは異なる。ただし、銀行は内閣総理大臣の調査権の行使に対しては受忍義務があると解されている。正当な理由がないのに報告や書類の提出を拒んだ場合には、1年以下の懲役又は300万円以下の罰金という罰則が適用される（銀行法63条2号）。要するに、罰則によって間接的に強制されているともいえるので、全くの任意調査とはいえない。

要するに令状による強制捜査とは異なるので、帳簿、書類等を銀行の意思に反して押収することはできない。しかし、書類の提出を求められた場合には、正当な理由がないのに提出を拒めば、上記のとおり刑罰に処せられてしまう。令状による司法的チェックを事前に必要としない点では、調査権限はより強大ともいえよう。調査権発動の要件として銀行法24条1項は、「銀行の業務の健全かつ適切な運営を確保するため必要があると認めるとき」と定めているので、この点は事後的に司法の場でチェックさせることになる。

#### イ 立入調査権

内閣総理大臣は、銀行の業務の健全かつ適切な運営を確保するため必要があると認めるときは、金融庁及び財務局の検査官に銀行への立入検査をさせることができる。「検査」の法律上の性格は、司法上の強制捜査、令状に基づき脱税事件を調査する税務当局の強制調査とは異なり、任意調査である。任意調査であって、検査の権限は犯罪捜査のために認められたものと解してはならないとされている（銀行法25条4項）。正当に行使される限り、銀行はこれに対する受忍義務があり、検査官の質問に答弁をせず、若しくは虚偽の答弁をし、または、これらの規定による検査を拒み、妨げ、忌避した者に対しては、1年以下の懲役又は300万円以下の罰金に処されるから（銀行法63条3号）、銀行としては間接的に検査に同意することを強いられるのであって、純粋な任意検査とはいえない。刑罰による間接的な強制によって検査の適切な遂行が担保されていることになる。

#### ウ 犯則調査との比較

例えば各種税法は、銀行法と同様に、税務職員に租税の公平確実な賦課徴収のために必要な資料の収集を目的とする質問検査権を認めており、その際、質問に対し答弁をしなかったり、偽りの答弁をした場合や、検査を拒否したり妨害したりすると処罰される（所得税法242条など）。しかし、脱税（金融商品取引法違反についても同様）については、通常の税務調査とは異なる性質の刑事手続と直結する犯則調査という調査を行い、調査の結

果犯罪の心証を得た場合には検察官に告発することができる仕組みが併せて用意されている。この調査手続は国税査察官によって行われ、この場合は任意調査のほか、裁判官の発する令状により強制的に事業所などに立ち入り、臨検（帳簿、書類などを検査すること）や搜索差押えをすることができる（国税犯則取締法2条1項）。

金融庁による銀行検査の場合は、刑事手続に直結する性質のものではないので、こうした強制調査権は与えられていないのである。

#### エ 金融検査マニュアル

金融監督庁（当時）は平成11年7月、金融検査がどのような基準に基づいて行われるかのガイドラインを示した「金融検査マニュアル」を発表した。これは数次の一部改正を経て、平成19年2月に全面改訂された。

こうしたガイドラインを示したマニュアルは各国でも発刊されているが、多様な検査項目の中でも重要な部分を占めているのが、内部統制システム（リスク管理を含む。）とコンプライアンスである。

日本でも海外でも内部統制システムが機能しなかったために不祥事や法律違反を発生させてしまった例は多い。内部チェックがおざなりになっていると、例えば、ディーラーの暴走により規定を上回る損失が発生しても、当該ディーラーが損失を隠匿するため経理帳簿を改ざんするなどで損失発生が発見できない。損失がさらに膨らんでも認識できず、当局への報告書類が正確でなくなり、銀行法、金融商品取引法に係る適時開示が遅れるなど、違反が違反を呼ぶ形でさまざまなコンプライアンス上の問題が生ずる。

#### オ 銀行検査の実際

もっとも銀行の監督は金融検査マニュアルのみによって運用されているのではない。金融庁の銀行検査を具体的にみると、①事前準備、②実地検査、③事後処理の順に行われる。その中核をなす実地検査は、現物検査、実地調査、資産査定、本検査の4つの段階から構成されている。実地検査の第一段階の現物検査は、資産、負債等を現状のままの状態を把握することを目的としている。第二段階の実地調査では、現物や帳簿書類を検証しながら、事務取扱いの状況や業務状況が調査される。第三段階の資産査定では、資産の評価の査定が行われる。各々の資産について個別に検討して資金回収の確実性の度合いに従って4段階に分類を行う。最終段階において、検査班と銀行経営者・外部監査法人との間で意見交換の場が設けられる。以上の経過を経て検査班から検査結果の講評が行われ、検査におけ

る指摘事項や今後改善すべき事項をまとめた検査結果及び示達書類が交付される。

#### カ 処分権

銀行法は内閣総理大臣に、銀行の業務又は財産の状況に照らして必要があると認めるときに処分権（26条）、銀行が法令違反、公益阻害行為を行った場合の処分権（27条）、業務停止処分を受けた銀行の営業免許の取消権（28条）を付与している。

銀行法26条に基づく具体的な措置として早期是正措置制度が設けられている。その趣旨は、金融機関の経営の健全性を確保するため、監督当局が自己資本比率という客観的な基準を用い、必要な是正命令を迅速かつ適切に発動していくことで、金融機関の経営の早期是正を促していこうとするものである。発動される措置は、措置区分に従い、経営改善計画の提出命令、提出された改善計画の変更命令、業務の全部または一部の停止命令などである。

#### (6) 廃業・解散（破たん処理）

銀行が廃業したり、法的整理を行う場合には、銀行の債権者である預金者を最大限に保護する必要がある。したがって、強制終了（営業免許の取消し）はもとより、任意終了の場合（株主総会の決議・合併）でも銀行の自主性に委ねられるわけではなくすべてにおいて内閣総理大臣の認可を要することとされている。

ちなみに銀行の破たん処理を具体的事例にみると、第二地銀であった阪和銀行は、1989年12月大阪証券取引所第2部市場に上場していたところ、バブル崩壊後の1996年11月、中間決算の公表ができずそのまま経営破たんとなり、大蔵省から銀行法26条に基づく預金の払戻し以外の業務の停止命令を受け（戦後初の事態）、1997年2月上場廃止となる。その後も救済金融機関が現われなかったため、同年4月預金の払戻しのための銀行として株式会社紀伊預金管理銀行が設立され、1998年1月同銀行に阪和銀行の営業を譲渡するとともに、阪和銀行は解散した。結局、受け皿銀行の設立はなく、メインバンクを失った地場産業の苦闘は今も続いているという。債権者の筆頭は預金保険機構で44億円を超え、借入金のおお半は整理回収機構に移った。清算で職を失うことになる従業員組合の怒りが大蔵省に向かい、その後の金融機関の破たん処理は、従業員の雇用を守る営業譲渡方式が主流となったという。

都銀初の破綻となった北海道拓殖銀行は、1990年代に入りバブルが崩壊すると不良債権

が急増し、1994年の年末に大蔵省から「決算承認銀行」の指定を言い渡され金融当局の強い管理下に置かれることになったが、この事実は上層部行員を除いて極秘事項とされた。1995年5月に公表された3月期決算で設立以来初の赤字に転落して経営不安と資金調達難が生じ、大蔵省は北海道銀行と合併させる方針を採ったものの、不良債権の認識の相違に対する不信感などから道銀との合併交渉は難航して、結局破談となった。そこで営業譲渡先を模索することとなり、最終的に北洋銀行に営業譲渡することを決断し、1997年11月の臨時取締役会で、「1998年11月10日をもって廃業し、第二地銀の北洋銀行に道内営業を譲渡する」旨を決定した。拓銀は、1998年6月の株主総会で解散を決議し、同年11月13日をもって拓銀としての営業を終了し、1999年3月31日付で解散することとなった。拓銀株は1998年8月に上場廃止となり、道外店舗は中央信託銀行に営業譲渡することが決定し、2006年1月31日の臨時株主総会をもって清算を結了した。

日本長期信用銀行は、1998年7月から金融監督庁（当時）の立入検査が実施され、同年10月に示達された検査結果は、「同年9月末では債務超過と認定される」というものであって、同月に成立・施行された金融再生法36条に規定する破綻認定に基づき特別公的管理（一時国有化）の開始決定がされ、その後、競争入札の結果、2000年3月外資系投資組合に売却され、同年6月「新生銀行」と改称した。

日本債券信用銀行も1998年12月、金融監督庁検査で実質2700億円の債務超過が認定され、金融再生法に基づく特別公的管理（一時国有化）の開始決定がされ（長銀に次いで適用第2号）、その後、2000年ソフトバンク、オリックスなどからなる企業連合に株式譲渡され、2001年4月「あおぞら銀行」と改称した。

2002年1月に三和銀行と東海銀行が合併して誕生したUFJ銀行は、多額の不良債権の処理をめぐって2003年10月金融庁の特別検査を受け、この過程での検査忌避により2004年5月に一部業務停止処分を受けたほか、同年3月期の約4000億円に上る巨額赤字決算により、国際業務に必要な自己資本比率8%の維持が困難となり、最終的には2006年1月東京三菱銀行に事実上救済合併され、三菱東京UFJ銀行が発足した。

日本振興銀行は中小企業向けの融資、一般顧客の定期預金専門の銀行として2004年4月に開業したところ、2008年9月旧商工ファンドから多額の貸付債権の二重譲渡を受けていたことが判明し、2009年6月から金融庁の立入検査が実施され、これに対し非協力的な姿勢を採ったことから検査が9か月にも及び、金融庁は2010年5月27日、1億円超の大口



融資や債権買取業務、融資・預金に関する勧誘などを4か月停止するという一部業務停止命令を出し、同年7月には、執行役3名及び元役員2名の計5名が銀行法63条違反（検査忌避）で逮捕された。その後定期預金の引き出しが続いて資産状態が悪化し、9月の中間決算で1804億円の債務超過となる見込みとなったことから、同年9月の臨時取締役会で、金融庁に対して預金保険法74条5項に基づく金融整理管財人による管理が必要な事態である旨の申出を行うことを決議し、この申出を行って、金融庁が金融整理管財人による業務財産管理命令を発し、預金保険機構を金融整理管財人に選任し、3日間の業務停止命令を出した。同行は同日中に東京地裁に民事再生手続開始の申立てを行い、経営破たんした。

#### (7) 罰則

銀行法違反の罰則は、銀行及びその役職員に対するものと、銀行関係者以外の者に対するものとに分かれ、種類としては、行政刑罰と秩序罰（行政罰）とに分かれる。

行政刑罰としては、①銀行業の無免許営業に対して3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はこれらの併科（銀行法61条）、②銀行を子会社とする持株会社の無認可設立等に対して2年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はこれらの併科（同法61条の2）、③免許の条件違反、業務停止命令違反等に対して、2年以下の懲役又は300万円以下の罰金（同法62条）、④指定紛争解決機関（金融ADR）がする業務報告書の虚偽記載、虚偽の報告・資料の提出、検査妨害、業務改善命令違反行為等に対して1年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はこれらの併科（同法62条の2）、⑤銀行がする業務報告書の虚偽記載、虚偽の報告・資料の提出、検査妨害、他業会社転移後における内閣総理大臣の命令違反行為、清算の場合の裁判所の命令違反等に対して1年以下の懲役又は300万円以下の罰金（同法63条）、⑥指定紛争解決機関の紛争解決委員がする秘密漏示等に対して1年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金又はこれらの併科（同法63条の2、63条の2の2）、⑦広告規制違反等に対して6月以下の懲役若しくは50万円以下の罰金又はこれらの併科（同法63条の2の4）、⑧指定紛争処理機関がする紛争解決業務記録等の保存義務違反に対して100万円以下の罰金（同法63条の2の5）、⑨指定紛争解決機関の無認可休業に対して50万円以下の罰金（同法63条の2の6）、⑩外国銀行支店がする電子公告に係る虚偽記載等に対して30万円以下の罰金（同法63条の3）が科される。

この銀行法61条ないし63条の3に規定する刑罰法規については、同法64条の両罰規

定により行為者（自然人）と銀行（法人）の双方が処罰される。この場合、銀行に対しては1997年改正（法人重課）により億単位の罰金を科すことができるようになった（最高額3億円）。

秩序罰としては、①取締役の兼業制限違反、②他業禁止違反、③届出、公告、揭示義務違反、④利益準備金の積立義務違反、⑤保全命令違反、資産国内保有命令違反などに対して、100万円以下の過料が科される（銀行法65条）。銀行以外の者が商号に銀行の文字を使用した場合も、100万円以下の過料が科される（銀行法66条1号）。

### 3-1-3 その他の行政法的規制と預金者保護の仕組み

#### (1) 日銀考査

日銀考査とは、日本銀行が金融システムの信用維持を目的として、日本銀行法に基づき取引先金融機関に立ち入って行う調査をいう。すなわち日本銀行法44条は、「日銀は37条から39条までに規定する業務を適切に行い、及びこれらの業務の適切な実施に備えるためのものとして、業務の相手方となる金融機関等との間で考査に関する契約を締結することができる」旨を規定している。その内容は金融庁が行う金融検査とは類似しつつも異なっている。考査は通常一金融機関当たり1～4週間にわたって行われる。

#### (2) 預金保険機構

預金保険機構は預金保険法に基づき設立された認可法人であって、預金保険を提供するなど預金者保護と信用秩序の維持を主な目的としている。

金融機関の破たん処理として預金保険が使用される枠組は、「保険金支払方式（ペイオフ）」と「資金援助方式」の2つがある。

前者は預金保険機構が支払を行う方式であり、預金の保護が行われるのはペイオフコスト内（1人当たり普通預金等の1000万円以内）であり、それを超えた分は民事再生法等の倒産法の手続内で処理される。

後者は金融庁の判断により、破綻した金融機関に対して金融整理管財人を送り込み、救済金融機関を選定し、預金保険コスト範囲内の資金援助や不良債権の買取りを行い、整理回収機構へ不良債権を譲渡させ、健全資産の受け皿金融機関への譲渡を行うことで預金者の保護を図るというものである。この方式の適用第1号は2010年9月に経営破たんした

日本振興銀行である。

### (3) BIS 規制

BIS 規制とは、国際業務を行う銀行の自己資本比率に関する国際統一基準のことで、バーゼル合意ともいう。国際決済銀行（BIS：Bank for International Settlements）は、各国の中央銀行が出資する国際金融機関で、スイスのバーゼルに本部がある。ここでは、G10 諸国を対象として自己資本比率の算出方法や、最低基準などが定められている。自己資本比率 8% を維持できない銀行は、国際業務から事実上の撤退を余儀なくされる。ちなみに国内業務に特化した銀行は最低基準 4% を維持することが求められている。

## 3-2 銀行捜査と銀行秘密

### 3-2-1 銀行捜査

銀行捜査は、被疑者・関係者等の銀行との取引を解明することによって、その経理内容、資産状態、他との取引内容などを明らかにし、犯罪行為の立証に役立たせることを目的としている。一般に銀行捜査が行われるのは、銀行の役職員ないし銀行自体が捜査の対象となる場合又は贈収賄・脱税事犯等により第三者が捜査対象となる場合である。

例えば、企業が公表の帳簿に載せていない簿外の仮名預金口座を発見し、その入出金状況を調査することによって、賄賂、政治資金規正法の制限額を超過する政治献金や役員の個人資産の取得費などに使われていることが分かって、贈収賄、政治資金規正法違反、特別背任、業務上横領などの犯罪が発覚したり、脱税の事実が発見できたりすることもある。

このように銀行取引を解明することは各種の犯罪行為を発見したり、これを裏付ける証拠が得られるばかりではなく、一般に銀行に備えられている各種の取引記録は、銀行の公共性、銀行業務に要求される正確性という特質から、信頼度が高く、特に、日時、数額についての正確性は十分に信頼することができるので、銀行捜査によって得られた結果は信ぴょう性が極めて高い（一般に、刑訴法 323 条 3 号書面となる。）という意味において、銀行捜査の重要性がある。

## 3-2-2 銀行秘密

### (1) 守秘義務

金融機関は、営業上知りえた取引先の秘密（非公開の顧客情報）を他に漏らしてはならない義務及びこれを公表しない権利を有する。もっとも守秘義務違反について、法律的に明文の定めはない。この守秘義務の根拠としては、契約説、信義則説、商慣習説があるが、どの説を採用にせよ守秘義務の性質は法律上の義務であるとするのが通説であって、これに違反した場合は取引先に対し損害賠償責任を負う（民法 415 条、709 条）。一般に刑事責任までは生じない。もっともスイス銀行法 47 条は、「何人であれ、銀行の役員、従業員等の資格で、委ねられた秘密又は知り得た秘密を漏らした者及び他人に職業上の守秘義務に違反するように誘引した者は、6 か月以下の禁錮又は 5 万フラン以下の罰金に処する。上記の行為が過失によるときは 3 万フラン以下の罰金に処する」旨を規定しているが、比較法としてみても極めて珍しい。

ちなみに銀行が預金者の預金残高等を正当な理由がないのに第三者（預金者の雇用主）に漏示することが銀行の守秘義務違反になるとして損害賠償責任を認めた裁判例がある（東京地判昭和 56 年 11 月 9 日判タ 467・124）。

金融機関ではこの義務を守るため、就業規則及び入社時の誓約書などにおいて職員に取引先の秘密を守ることを義務付けている。

### (2) 守秘義務が免除される場合（銀行捜査への対応など）

この義務が免除されるのは、①取引先の承諾がある場合、②法令に規定による場合及び③金融機関の正当な権利行使上必要がある場合である。「取引先（被害者）の承諾は違法性を阻却する（通説）」から、①につき不法行為は成立しないのである。

②の場合としては、税務調査（所得税法 234 条、法人税法 153 条等）、証人尋問（刑訴法 143 条、民訴法 190 条）、文書の提出命令（民訴法 220 条）、証拠物の押収（刑訴法 99 条）、検証（刑訴法 128 条、民訴法 232 条）が挙げられる。税務調査における質問検査に対しては、それが任意調査であっても正当の理由がなければ拒絶できない。証人尋問の場合も、証言拒絶権は認められていない（刑訴法 149 条、民訴法 196 条参照）。証言拒絶が認められる主体は、秘密漏示罪（刑法 134 条）の主体に限られる。

参考人としての事情聴取に対しては守秘義務を理由に供述を拒むことができるであろう

か。任意捜査であるからもちろん可能であるが、そのような場合、第1回公判前に限り検察官の請求により証人尋問がなされることがあり、その場合には証言を拒否することはできない。したがって、事情聴取に対して非公開の顧客情報を供述したとしても、守秘義務違反に問われることはなからう。一般に、侵害利益を上回る保全利益があるということで、私法上も違法性が否定されることにならう。

文書提出命令の申出に対して応ずるか否かは、専ら当該文書が提出義務の要件を定める民訴法220条に該当するか否かで決せられる（最決平成20年11月25日民集62・10・2507）。

銀行捜査として刑事訴訟法197条2項に基づく照会がなされた場合、これに応ずる報告義務はあるであろうか。これは任意捜査であるからその不履行に制裁はない。しかし、捜査上必要な事項であれば拒否しても強制捜査が予想されるから、実務ではこれに応じているのが一般の扱いと思われる。銀行秘密を理由に回答・報告が拒否される場合もあるが、このような場合は裁判所の令状を得て搜索差押えがなされることとならう。証拠物の任意提出・領置（刑訴法221条）に応ずるか否かについても同様の問題がある。検察官や検察事務官が銀行に出向いて調査をする際は、証拠品の任意提出等につき協力が得られやすいように刑訴法197条2項に基づく捜査関係事項照会書をあらかじめ作成して持参するのがよいとされている。なお、弁護士法23条の2に基づき照会を受けた場合にこれに応ずる義務の存否についても問題となる。ところ、「弁護士照会制度の趣旨は、弁護士の職務の公的性格の特殊性にかんがみ、その使命の遂行を容易ならしめることを目的としたものであって、照会を受けた者は自己の職務の執行に支障のない限り報告をなす義務を負うものである」旨を判示する裁判例があり（岐阜地判昭和46年12月20日判時283・284）、基本的には守秘義務を優先して処理するのが相当であろう。裁判所のする調査嘱託（民訴法186条）及び文書送付嘱託の申出（同法226条）に対しても、上記と同様の問題が生ずる。守秘義務が優先するとして報告を拒否する場合は、前述した文書提出命令によることとならう。

③の場合としては、金融機関間の信用照会に対する回答がある。信用照会は守秘義務を負担する金融機関間のみの情報交換であって、他に漏れる心配もないから商慣習として守秘義務違反にならないとするのが多数説とされる。金融機関が外部に業務委託し、その委託業務の履行に必要な範囲内で業務委託先に顧客情報を提供すること自体は、実質的に独立した第三者との情報交換には当たらず、社会通念上も顧客が委託先への情報提供を予見・容認していると解されるので、守秘義務に抵触せず、顧客の同意を得る必要はない。

ただし、業務委託先に対して秘密保持義務を課し、遵守させるなどの適切な監督を行う必要がある。

### (3) その他の捜査対応

銀行は顧客を最優先に考えて業務を行っているから捜査官が特定の顧客の預金口座について捜査を行えば、銀行側はその事実を顧客に通報することもあると考えられる。こうした行為は直ちに違法とみられることはなかろう。

ただ被疑者として捜査対象となっている顧客に対し、事細かに具体的な捜査状況を知らせたり、顧客のために証拠物の隠匿・廃棄など刑事事件に関する証拠の隠滅とみられる積極的な行為に及ぶと証拠隠滅罪（刑法 104 条）に該当するおそれがあるから注意を要する。

捜査非協力はそれが消極的なものであって司法妨害に渡らない限り、事件が銀行内部のものか外部のものかを問わず直ちに犯罪となるものではないが、非協力の意図が捜査官側に伝わると、「罪証隠滅のおそれがある」とみられて捜査手続が任意捜査から強制捜査に切り替わる可能性はある。

### 3-2-3 捜査の端緒

銀行の役職員ないし銀行自体が捜査の対象となる場合の捜査の端緒を具体的事例についてみると、経営破たんした長銀の場合は、破綻後の新経営陣が 1998 年 12 月 11 日旧経営陣に対する責任追及に関する内部調査委員会を設置し、その調査の結果、1999 年 6 月、旧経営陣 3 名について商法違反（違法配当）、証券取引法違反の被疑事実で告訴し、東京地検が 3 名を逮捕したことによる。長銀事件でも長銀破たんの最大の原因となった不正融資にゴーサインを出した元頭取（78～92 会長在任）は時効の壁（5 年）に阻まれて刑事責任は問われていない。

日債銀の場合も経営破たんによる一時国有化（1998 年 12 月）が、経営責任の追及の始まりとなり、旧経営陣の 3 名につき東京地検が証券取引法違反（粉飾決算）の容疑で逮捕したことによる。日債銀事件では、バブル崩壊で膨大な不良債権の山を築いたとされる元頭取（1982～1987 頭取、会長を経て、1992 相談役就任）は時効により刑事立件を免れている。この事件も長銀事件も、バブル期の放漫経営の後始末に当たった人たちの行為が罪に問われたものである。

拓銀事件についてみると、1990年代に入り、バブル崩壊でカブトデコムとソフィアの2社への乱脈融資が大きく不良債権化したところ、拓銀は1993年6月カブトのS社長を約束手形の偽造を理由に告訴・逮捕させている。一方、1994年大蔵省検査の結果、年末に「決算承認銀行」の指定を言い渡され金融当局の強い管理下に置かれることになり、1997年11月に経営破たんとなり、その後歴代2頭取に対する商法違反（特別背任）で告発し、両名を逮捕したことによる。ここでは拓銀の不良債権処理に一貫性がなく大蔵省検査後もソフィア向けに融資を続けるなどしていたため、公訴時効に阻まれることなく特別背任罪で起訴に至っている。

UFJ銀行は、2003年10月金融庁特別検査を受け、多額の不良債権の処理不足を指摘されたが、当局の指示どおりにすると巨額の赤字決算となり、経営陣が退陣することを意味するので、必死の抵抗を試みて当局と対決する道を選んだ。当時UFJ銀行内部には派閥抗争があり、敵対派閥からと見られる内部告発により、資料の隠匿・改ざんが発覚し、2004年5月検査忌避により一部業務停止処分を受け、さらに同年10月、金融庁が法人としてのUFJ銀行と、元担当役員ら3名が銀行法違反（検査忌避）により告発したことによる。

銀行法違反の罪については金融庁の告発が捜査の端緒となっている。日本振興銀行の場合、金融庁は2010年5月27日、同銀行に対し1億円超の大口融資や債権買取業務、融資・預金に関する勧誘などを4か月停止するという一部業務停止命令を出したことに加えて、同年6月警視庁に同銀行の執行役3名及び元役員2名の計5名を銀行法違反罪（検査忌避）により刑事告発し、翌7月この5名が逮捕されている。

### 3-3 主な銀行法違反の罪

#### 3-3-1 無免許営業の罪

銀行は銀行業を営むという実質的要件と内閣総理大臣の免許を得るという形式的要件を満たす必要がある（銀行法2条1項）、銀行業を営もうとする者はすべて内閣総理大臣の免許を得る必要がある（同法4条1項）。無免許で銀行業を営んだ者は、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処せられ、又はこれを併科される（同法61条）。

最決平成13年3月12日刑集55・2・97は、被告人株式会社Sの代表取締役Xが、被告会社の業務に関し、本邦内にある送金依頼人から、大韓民国ないにある受取人らへの送金の依頼を受け、送金資金として本邦通貨を受領した上、直接現金を大韓国内に輸送せず

に、同国在住の共犯者 Y に対し、FAX で送金依頼人の氏名、送金受任額、送金先銀行口座等を連絡して支払方を指図し、同国内の被告会社に帰属する銀行口座の資金を用いて送金依頼人の指定する受取人名義の銀行口座等に送金受任額相当額を同国通貨で入金させたという事案について、本件所為は「為替取引を行うこと」に当たるとして銀行法 63 条違反（無免許営業）の罪の成立を認めている。

横浜地判平成 15 年 12 月 25 日判タ 1177・348 も、無免許のいわゆる地下銀行の送金側営業担当者として受付・集金業務に従事する X が、3 か月間余の間に 11 回にわたり、合計 2,560 万円余を中国側に不正送金し、合計 21 万円余の手数料を得ていたという事案について本罪の成立を認める。

沖縄地裁那覇支判平成 7 年 7 月 11 日判時 1567・150 は、講元と講員との間には個別契約に基づく権利義務関係は存在するが、講員相互間の権利義務関係はなく、各講員が払い込んだ掛金は講元の単独所有となり、同人は専ら自己の責任において給付金を支払って講を運営するという方式の無尽講につき、これを数回発起して多数人から合計 2 億 6540 万円もの巨額の掛金を受け入れた講元が本罪で起訴された事案について、弁護人が、「本件所為は沖縄で古くから慣習として行われてきた模合と称する無尽講である」として無罪を主張したのに対し、「相互扶助的な組合型の講は銀行法の規制を受けるものではないが、本件はこれとは明らかに異なる非組合型の講であって、無免許で銀行業を営んだものに他ならない」として本罪の成立を認める。

ちなみに銀行法の平成 17 年改正で、一般事業者や個人が銀行代理店になることが可能となったが、銀行代理店となるための要件として許可制を導入した。これにより、無許可で銀行代理業を営んだ者（同法 61 条 5 号）、不正の手段により銀行代理業の許可を受けた者（同条 6 号）や、名義貸しにより他人に銀行代理業を営ませた者（同条 7 号）についても、銀行法 61 条違反の罪として同様に処罰されることとなった。

### 3-3-2 検査妨害罪

金融庁の立入検査に際し、検査官の質問に対して答弁をせず、若しくは虚偽の答弁をし、又は検査を拒み、妨げ、若しくは忌避した者は、1 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金に処せられる（銀行法 63 条 3 号）。金融機関検査は、相手方の協力を前提とする任意検査であって、それだけに調査ないし検査を受ける銀行側が資料の不提出等、虚偽の申立てなど



検査妨害を行うことを許容すると、銀行法 24、25 条が規定する政府による調査権、立入検査権の趣旨が没却されるからこれを実効あるものとするのが立法趣旨といえる。

東京地判平成 13 年 3 月 8 日 LEX/DB 28145303 (クレディ・スイス検査妨害事件) は、外国銀行の東京支店長がほか 2 名と共謀し、金融監督庁検査部 (当時) の立入検査に際し、証券関連業務書類を隠匿するため、それを保管していた 27 階倉庫を省いた見取図を検査官に提出し、27 階倉庫は同銀行の使用する倉庫ではない旨の虚偽の答弁をして、検査を忌避したという事実につき本罪の成立を認め、被告人たる元支店長に懲役 4 月 (執行猶予 2 年) に処した。東京地裁は、同日銀行本店に 4000 万円の罰金刑を言い渡している。この裁判で弁護人は、「銀行法 64 条で処罰される対象は、被告銀行自体ではな被告銀行東京支店であると解すべきであるから、被告銀行は無罪である」旨を主張したのに対し、「銀行法 47 条 2 項が、免許を受けた支店を銀行とみなして、銀行法を適用することとしたのは、国内に本店の存在しない外国銀行については、本店に対する直接の監督が及ばないことから、国内で営業活動をする外国銀行の支店を直接規制するために銀行とみなしたにすぎない…被告銀行東京支店は独立した法人格を有するものではなく、被告銀行の組織の一部である以上、法人でない団体で代表者又は管理人の定めのあるものとして法人に含まれると解することも相当ではない」旨を判示して、両罰規定の対象は被告銀行東京支店ではなく、被告銀行自体であると解すべきであるとして本罪の成立を認めた。

東京地判平成 17 年 4 月 25 日 LEX/DB 28115344 は、UFJ 銀行事件について、弁護人が「実地調査が行われる前に資料やデータを移動させたとしても実地調査を妨げるものではなく検査忌避に当たらない」との主張に対し、「検査忌避とは、直接に検査を拒否・妨害する以外の方法により、検査が実際に行われてもその意味を失わしてしまうような状態を作出することをいう」旨を判示してこの主張を排斥し、「検査官は資料の隠匿を事前に知っていたにもかかわらず、犯罪を誘発するような問い掛けを行い、被告人の虚偽答弁を意図的に引き出したものであるから、虚偽答弁に当たらないし実質的違法性を欠く」との主張に対しては、「検査官において業務関係資料の隠匿場所等に関する情報を事前に得ている場合でも、検査官の裁量により隠匿行為の組織性、意図性をより明確にすべく、当該資料を所管する部署の責任者に対して、同資料の存否をあえて質するようなことは、検査手法として許容される」としてこれを排斥するなどして、本罪の成立を認め、銀行自体に対しては 9,000 万円の罰金に処すこととしている。

任意捜査である銀行検査に対する「検査非協力」と「検査忌避」の境目は明確なものであることが望ましいが、客観的基準を設定することはなかなか困難である。実害の発生は不要としても、単なる検査官の主観において「検査忌避」と判断される行為がすべて含まれるものでもないであろう。憲法 38 条に基づく黙秘権は当然に保障されてしかるべきである。しかし、本裁判所の判断には相当に厳しいものがあり、一般予防効果は大きい。

現在公判係属中の振興銀事件では、不都合なメールの削除（融資先など 110 社で構成する「中小企業振興ネットワーク」の加盟企業と大量の貸出債権を買取った「SFCG」との取引に関するものであったという）が本罪（検査忌避）に問われている。無論、暴行・脅迫を手段とする検査妨害行為があるとなれば、刑法 96 条 1 項の公務執行妨害罪が成立する。

刑法 104 条の証拠隠滅罪との罪数関係についてみると、妨害の意図が粉飾の発覚防止、特別背任、業務上横領など行内の他人の刑事事件の証拠隠滅が併せて成立するような場合は、保護法益が異なることからしても観念的競合となる。 (須藤純正)

## Ⅱ 会社法上の犯罪

### 1 会社法の概要と刑事法的に検討すべき課題

#### 1-1 会社法の概要

##### 1-1-1 会社法制の改正点

###### (1) 形式面

会社法制に関する従来の商法、有限会社法等は片仮名・文語体で表記されていたところ、これを利用者に分かりやすい平仮名の口語体による表記に改めた上で、商法第二編（会社）、有限会社法、商法特例法を1つの会社法という法典に集約し、その中で株式会社と有限会社を1つの会社類型（株式会社）として統合している。

編立てについて見ると、第一編を総則とし、旧商法第一編に規定されている規定の一部（商号、使用人、代理商、事業を譲渡した場合の競業の避止など）と旧商法第二編第一章の規定の一部を規定している。なお、罰則は第八編（960条～979条）にまとめて規定している。

会社法は一般の人々に広く利用される法律であるため極力準用を避けるという趣旨から準用規定の整理が行われ、その分条文の数は増大している。

###### (2) 実質改正の概要

###### ア 類似商号規制の撤廃

会社法が従来の規制を撤廃した点として、①類似商号規制の撤廃、②設立時の出資額規制の撤廃（最低資本金制度の見直し）が挙げられる。

前者につき旧商法19条は、他人が登記した商号については、同一市町村内において同一の営業のために同一の商号を登記することができないとされ、旧商業登記法27条は、同一市町村内において同一の営業のために他人が登記した商号と判然区別することができない商号の登記はできないこととされていたところ、改正商業登記法で同一商号、同一住所の登記はできないこととした（新27条）。現在は、「不正の目的をもって他の会社であると誤認されるおそれのある名称又は商号を使用してはならない」旨を定める会社法8条及び不正競争防止法の規定による商号の保護を図ることになる。

#### イ 最低資本金規制の撤廃

資本金は0円でも差し支えない。例えば、払込みをした出資の額が50万円である場合において、発起人全員の同意により設立時の資本金又は準備金の額として計上すべき額から設立費用として50万円を控除する（創立費といった繰延資産として計上しない。）旨を定めたときは、資本金の額を0円とする株式会社を設立することができる。

もっとも従来最低資本金が果たして来た機能のうち、配当を行なう場合の純資産額規制（300万円）は維持される（会社法458条）。これは旧有限会社法と一体化することを前提として有限会社の最低資本金額にならうことになったともいえる。

#### ウ 引受け・払込担保責任の撤廃

設立に際して発行する株式数を定款記載事項とせず、定款では出資額（1円とすることも可能）を定めれば足りることとした（会社法27④）。募集株式の引受人のみならず発起人についても、出資の履行をしない場合には設立時発行株式の株主となる権利を失う。ただし、発起人は、設立時発行株式を1株以上引き受けなければならない（法25Ⅱ）。

したがって、設立に際して引受け・払込みのない株式は、設立前にすべて失権することになった。すなわち旧法とは異なり、引受け・払込担保責任は撤廃された。

#### エ 発起設立における払込金保管証明制度の撤廃

募集設立では払込金保管証明制度を維持するが、発起設立については、銀行口座の残高証明等の任意の方法によって、設立に際して払い込まれた金銭の額を証明することができることとされた。

#### オ 機関設計に係る当事者の選択肢の拡大

機関設計について見ると、公開会社である大会社（資本の額5億円以上又は負債200億円以上）については、①監査役会設置会社（取締役会＋監査役会＋会計監査人）か、②委員会設置会社（取締役会＋三委員会＋会計監査人）のいずれかを選択する余地がある。

株式譲渡制限会社である大会社については、上記2形態に加え、③取締役会＋監査役＋会計監査人か、④取締役＋監査役＋会計監査人を選択することも可能である。

株式譲渡制限会社である中小会社については、上記4形態に加え、⑤取締役会＋監査役会、⑥取締役会＋監査役、⑦取締役会＋監査役（会計監査権限のみ－定款による権限の限定）、⑧取締役会＋会計参与（計算書類を取締役等と共同作成）、⑨取締役＋監査役、⑩取締役＋監査役（会計監査権限のみ）、⑪取締役のみという機関設計のいずれかを選択するこ

とが可能である。

#### カ 合同会社の新設

出資者の全員が有限責任社員であり、内部関係については民法上の組合と同様の規律が適用される会社として、合同会社が認められた。柔軟な経営が可能な有限責任の法人制度の創設が必要であるというベンチャー企業等からの要請に応えるため新設されたものである。

「有限責任事業組合契約に関する法律（平成17年8月1日施行）」によって導入される有限責任事業組合（LLP-Limited Liability Partnership）とは、いずれもその社員又は組合員の全員が有限責任とされ、内部関係について組合的規律が適用される点で共通するが、法人格の有無の点で異なる。

#### キ 法令遵守の確保のための措置

大会社においては、取締役は、「取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備」について決定しなければならない旨を定める（会社法348条4項）。

### (3) 罰則の見直し

#### ア 国外犯処罰規定の新設（会社法971条）

近時の経済の国際化、多様化に対応することなどの観点から、会社法971条1項は、特別背任罪（会社法960～962）、会社財産を危うくする罪（同法963）、預合い罪（同法965）、株式の超過発行罪（同法966）、収賄罪（同法967Ⅰ、968Ⅰ）及び利益供与罪（同法970Ⅰ）については、日本国外においてこれらの罪を犯した者にも適用することとし、同法971条2項は、贈賄罪（同法967Ⅱ、968Ⅱ）及び利益受供与罪（同法970Ⅱ～Ⅳ）については刑法2条の例によることとしている。

虚偽文書行使罪（同法964）、電子公告調査機関の業務停止命令違反の罪（同法973）、虚偽届出等の罪（同法974）については、国外犯は処罰されない。

#### イ 利益供与罪の自首減免の規定の新設

会社法970条6項は、第1項の罪を犯した者が自首したときは、その刑を減輕し、又は免除することができることとしている。本罪は、株主と会社役職員との間で秘密裏に、か

つ、会社ぐるみで行われることが多いため発覚しにくいとされ、利益供与に加担した役員  
員の内部告発を促すため、自首による任意的な刑の減軽又は免除というインセンティブを  
与えることとしたとされる。

#### ウ 株式払込責任免脱罪（旧商法 496 条）の廃止

株式払込免脱罪は、株式引受人が不法に払込義務を免れながら株式を取得することを防  
止することを目的としていた。新株の引受人が払込期日までに払込みをしない場合には、  
当然にその権利を失うことから、旧商法においても、株式払込責任免脱罪が問題になるの  
は失権手続を経なければ引受権を失わない設立時の株式引受人が免脱行為を行った場合に  
限定されていた。

会社法では、新株発行時のみならず設立時においても、募集株式の引受人が払込期日又  
は払込期間内に払込みをしないときは、設立時募集株式の株主となる権利を失うから（会  
社法 63 Ⅲ）、本罪が適用される場面はなくなったことに伴うものであるとされる。

（須藤純正）

## 2 会社経営に関する罪について

### 2-1 総説

#### 2-1-1 会社法罰則の保護法益

会社法の規制の目標は、関係者の利益の公正な調整にあり、①株主の保護、②会社債権者の保護、③経営の円滑、④企業の維持という4つの目標があるとされる。会社法の目的は私人間の利害調整であるが、同時に公益にもかかわるときは危険の程度に応じて刑事制裁を課すこととしているとされる。そうすると会社法罰則は、背任罪の特則たる特別背任罪（会社法960条）は別として、一般には社会的法益に対する罪となろう。ただ、4つの目標のうちどれに主眼が置かれているかはそれぞれの規定の解釈で定まる。

#### 2-1-2 両罰規定

会社法一般について、行為者個人の処罰であり、会社も罰する両罰規定はない。なお、会社法975条は両罰規定ではあるものの、電子公告調査機関に関する事業法的な規定である。

1986年改正試案は、会社の代表者等が不正行為をした場合に行為者ととも会社をも罰する趣旨の両罰規定を導入することの当否を検討するとしていた。一般に、会社（株主一般）が被害者とみられるような場合は、両罰規定によって会社そのものを処罰するのはおかしいが、会社が被害者とみられないような場合は両罰規定を設けることも考えられるのである。例えば、金融商品取引法が両罰規定を設けているのは、法の目的が投資家の保護であって会社（法人）の株主一般を保護の対象としていないことによるものと解される。

今後は、刑法に法人処罰規定を設けることの当否という立法政策との関連で検討されることになる。

### 2-2 特別背任罪（会社法960条）

#### 2-2-1 保護法益について

特別背任罪は刑法247条の特則である。背任罪の法益主体は、本人（個人的法益）であるが、特別背任罪の法益主体は何か。本人＝会社とみても、抽象的な「会社の利益」を具体的に見る必要がある。4つの目標との関係をどう見るか。会社とは、利益の獲得をめざし、

上げた利益を構成員に分配しようとする営利を目的とする法人であるから、通常はこの目的のために出資した所有者たる株主集団（株主一般）の利益を指すと考えればよいであろう（ちなみに会社法の表現では、会社法 314 条で「株主の共同の利益」といつている）。

## 2-2-2 特別背任と借受側の共犯の成否

### (1) 「財産上の損害を加えること」の故意の位置づけ

履行される見込みのない取引をして債務負担するのは任務違反となる。借受側から見て、初めから履行するつもりがないのに取引に引き入れるのは詐欺であり、資産状態にかかわりなく不法行為になる。会社のためにする、会社に損害のない行為も任務違反になりうる（龍田 95 頁）。

借受側において、相手方に財産上の損害を加えること（債務履行意思の欠如）についての未必的ないし高度の予見（予見可能性・過失では足りないか）があれば、侵害原理が営業の自由に優先し、契約締結権はないと考えられる。

要するに、借受側のする履行意思のない契約締結の意思表示は心理留保（民 93）であり、不正融資である場合には相手方（貸し手）にも悪意が認められるから消費貸借契約としても無効である。こうした場合は、共犯の成立を認めてよいのではないか。財産上の損害を加えることについての予見の有無で共犯の成否を区別できるのではないか（私見）。

有力説は共犯の成立をさらに限定する立場に立ち、通常の状態における相手方の働きかけは任務違背行為を一般に惹起する程度の危険性がないなどとして借受側の行為態様を問題とするが、法益侵害の結果と無関係な行為無価値を問題としているように思われる。限定説は共犯の一般論を超えて、背任罪の事務処理者と取引の相手方の利害が対立しているという規範的な事実を重視しているともいえるが、前述のとおり、借受側のする履行意思のない契約締結の意思表示は心理留保（民 93）であり、不正融資である場合には相手方（貸し手）にも悪意が認められるから消費貸借契約としても無効であって、不正融資であることを認識しつつ融資を受ける行為は到底正当なものとはいいがたく、このような場合は、行為態様いかにかわらず、形式的に利害が対立する立場にある取引の相手方に保護すべき利益などないのではないか。

共犯の成立を否定するのが具体的に妥当なケースの多くは、リスクが高くても借受側に「返済の意思・能力がなかった」とは断じ難く、過失（予見可能性）はともかくとして、「財



産上の損害を加えること」の故意が認められない事案といえよう。この点を共犯の成否の判断基準とすべきであろう。背任罪の事務処理者には「財産上の損害を加えること」の故意が認定され、他方で借受側にはこの点の故意が認定されないというケースも少なくないであろう。言い換えれば、借受側に「返済の意思・能力がなかった」場合には共犯が成立し、「返済の意思・能力がなかった」とは言い難い場合には共犯が成立しないということになる。このような場合の借受側の行為は、取引の相手方（本人）に対し、事務処理者が財産上の損害の発生を認識せず、借受側の履行意思を信用して融資に応じた場合（このような場合は詐欺罪が成立する。）とまったく同様の法益侵害の結果を本人にもたらすものである。

なお、対向的地位に立つから、共同正犯ではなく教唆犯との見解もあろう。

## (2) 関連民事判例

民事でも融資（消費貸借）とみられないという判断をしている事例として、札幌高判平成18年3月2日判時1946・128（拓銀事件）は、「本件各融資は、融資という形を採っているが、回収を予定しない金銭の出えんであって、その実質は贈与といわざるを得ず、重要な財産の処分として取締役会の議決が必要であるところ、本件各融資について取締役会の議決はないから、Xらの本件各融資を承認する決裁をして実行させたことは商法に違反する」として、会社に対する善管注意義務違反の損害賠償責任を認めた。この刑事裁判例は、札幌高判平成18年8月31日判タ1229・116（借受側の共謀共同正犯を認める）。

不正融資事案ではないが、東京高判平成17年4月27日金融・商事判例1225・31（ココ山岡宝飾店事件）は、「本件取引については経済的合理性がないのみならず、この取引はMが私的蓄財目的で行った特別背任行為であり、取引の相手方であるジャパングジュエリーについても、その代表者であるHがその目的を認識しつつ少なくともMと黙示に意思を通じた上、同取引を継続させてきたものであるから、同取引は公序良俗に反する取引であると言わざるを得ない」とした。この刑事裁判例（特別背任、詐欺）は、東京高判平成15年5月14日判時1857・145。

## 2-3 仮払込みの処罰

### 2-3-1 預合罪（会社法 965 条）

預合とは、発起人が払込取扱銀行から借り入れた資金で株式の払込みをし、払込金は会社の別段預金となるが、発起人が借入金を返済するまでこれを引き出さない旨を約束する行為である。払込金保管証明に基づいて設立登記が済むと預金を引き出して借入金の返済に充てることになる。

ここで設立中の会社は株主となれない（自己株式の原始取得の禁止）から、発起人は設立中の会社の機関として払込金の借入れをすることはできない。したがって、発起人が預金を引き出して返済することを当初から意図しているということは、払込みとして有効とはみられないことになる。

### 2-3-2 見せ金の規制について

#### (1) 総説

見せ金とは、発起人が払込取扱銀行以外の者から借りた資金で株金を払い込み、設立登記後に預金を引き出して借入金の返済に充てる行為である。預合と違って金銭の移動があるとされる。同じ銀行であっても、別段預金には直接入らず、払込人の口座に借入金が入金となり、それが別段預金に入って、その後に返済に際しての口座間の資金移動が行なわれる。

預合の通謀がなくても発起人サイドの意図のみで義務的でない同じ行為が実現できることになる。預合との差異は、預金の引出しと借入金の返済を行なう時点において、それが義務的か否かの違いでしかない。

なお、当初は払い込む意図で、その後預金を借入金返済に充当した場合には、払込意思の事後的な撤回であり、その場合には会社財産の不法領得（横領など）と構成することができよう。

#### (2) 仮払込みの効力（引受・払込担保責任規定の削除との関係）

##### ア 無効説の問題点

最判昭和 38 年 12 月 6 日民集 17 卷 12 号 1633 頁は、発起人総代 A が甲銀行から 200 万円を借り入れて株式払込金として払い込み、保管証明を得て M 会社の設立登記をした後、

これを甲銀行に返済したケースにおいて、M 会社の債権者 X が、債権を保全するため M 会社に代位して A らに対し払込担保責任を追及して未払込金 200 万円などの支払を求めた事案であるところ、払込の仮装を事実認定として認めず、A らに対する損害賠償請求権の代位は認める余地があるも払込担保責任の代位を認めなかった 2 審判決を破棄して、払込は仮装であって無効であるとして X の請求を認めたものである。

会社法は引受・払込担保責任規定（改正前商法 192 条）を削除したため、今後は払込担保責任の追及ができなくなることから、改めて仮装払込みの効力を問題とすべきと思われる。会社法においても、「払込みを無効とする実益」は、①見せ金をした発起人などは株主となることができないことと、②払込取扱機関が支払義務を負うことにあるとされる。従来はこれに加えて、会社債権者の発起人らへの払込担保責任の追及を可能とすることが大きな実益であった。

従来、払込みを有効とみてその返済行為を横領で処罰するとすればよいとの意見に対しては、個々の行為に分解して観察するものであって払込の仮装という目的実現を手助けするものであるから払込そのものを無効とすべきという見解が支配的であった（龍田 419 頁）。しかし、株式引受契約における払込意思の欠如は心裡留保、通謀虚偽表示であっても有効であること（会社法 51 条 1 項、102 条 3 項による引受けの無効・取消しの制限）と仮装払込みとの関係はどのように理解すればよいのであろうか。

一般には会社法 51 条により引受けの意思表示は有効であっても、払込みがないと引受・払込担保責任も残らないから、引受契約が失効する扱いで処理される。しかし、発起人がした払込みが見せ金である場合には引受契約の外形は残ると言えるので、当然に引受契約が失効する（したがって、払込義務は残らない）とはいえないのではないか。

#### イ 打切り発行による設立許容との関係

会社法は、「設立時の出資額またはその最低額」を定款の絶対的記載事項であるとした（会社法 27 条 4 号）。改正前商法は「設立時の発行株式総数」を絶対的記載事項としたが、打切り発行を認めたことから改正となった。すなわち、設立に際して発行する株式についても打切り発行を認め（会社法 36 条 3 項、63 条 3 項参照）、発起人や取締役は担保責任を負わないこととしたのである。

そうすると最低資本金の撤廃（1 円設立も可）及び打切り発行設立を認めた上で、なおかつ払込みを仮装するのは、定款（会社の原始自治規則）記載事項そのものも不実となり、

まさに詐欺会社設立そのものではなかろうか（登記事項の一部が不実であるというのとはわけが違う）。

そうであればむしろ端的に払込みを有効と言う（株式も有効と見る。）ほうが合理的ともいえる。つまり、発起人がした払込みが見せ金である場合には、引受・担保責任がないために、当該引受契約も当然に失権しそうであるが、定款の記載により引受契約の外形は残ったまま会社が成立することになるので、引受人として払込意思がなかったとしても心理留保にすぎず、会社法 51 条 1 項により引受義務が消滅せず、払込金は引受義務の履行として成立した会社に有効に帰属してしまうと解するのである。引受・払込担保責任がなくなったということ（打切り発行での設立を認める）から、横領罪構成（有効説）がより妥当になったともいえそうである。従来は払込担保責任を追及する方途を認めるために、見せ金について払込みを無効とし、まだ払込みがないとして、債権者にその代位請求を認めてきたのである（大阪地判昭和 27 年 10 月 2 日下民 3・10・1366、東京地判昭和 29 年 5 月 29 日判時 28・20、東京高判昭和 31 年 6 月 12 日高民 9・5・350）。

また、民事判例は見せ金による払込みがされた場合など新株の引受けがあったとはいええない場合であっても、取締役が共同して引受・払込担保責任を負うことを理由に新株発行は無効とならないと解していた（最判平成 9 年 1 月 28 日民集 51・1・71）が、今後は見せ金による仮装払込について有効説に転じない限り、設立に際しあるいは新株として発行された株式を無効と解することとなる。

### (3) 公正証書原本不実記載罪の適用について

#### ア 総説

従来は設立時の登記事項である「発行済株式の総数」とは、株金の払込済みのものを指称すると解すべきである（最判昭 41. 10. 11 刑集 20・8・817）との判例に従い、払込みが仮装である見せ金設立の場合は、この点について不実記載があるとして公正証書原本不実記載罪の成立を認めていた。

今回最低資本金規制が撤廃されて資本金 0 円も認められるところ、登記事項である「資本金の額」との関係で見ると、会社法は実際の払込・給付額の全額を資本金の額とすることを原則としつつ（法 445 I）、払込・給付額の 2 分の 1 までの額を資本金にくみいれないこととし、資本準備金とすることが認められているのである（同 II・III）。そうすると登記

簿の公示として「発行済株式の総数」について最低限「資本金の額」以上の払込みがされていることになり、資本金の額に相当する財産が実際に会社に拠出されることをいう資本充実の原則は会社法の下でも維持されているといえよう。例えば、「資本金の額5億円」、「発行済株式の総数1万株」という会社が成立すると、会社登記簿を見た者は、「この会社には1万株の株式につき実際の払込み等がされて資本金5億円に見合う財産が確保されている。」と信用することになる。

実務は、仮装払込みによって資本金を偽った会社設立行為に対し、刑法157条を適用してこれを取り締まっているところ、この場合には設立時の登記事項である「発行済株式の総数」について不実と解することとなる。「発行済株式の総数」も払込済みのものとの限定を付す必要がなくなるであろう。払込みがなければ、株券発行もない（株式の裏づけなしに発行された株券は無効である。）からであるから、事実上株券が発行されたとしても無効株式であり、文字どおりに不実と解することができるであろう（最判平成9年1月28日民集51・1・71参照）。

#### イ 不実とされる登記事項

会社法の下では、「発行済株式の総数」のみならず「資本金の額」についても不実と解することとなろう。会社法には改正前商法280ノ13第1項と同趣旨の規定はない。引受・担保責任がないので、払込みが仮装である株式に対応する資本も存在しないこととなろう。表示を信頼した者の損害は賠償させることとなるが、この場合担保責任ではないから、履行後の取扱いとして賠償された金額が会社に入ってきて、資本金にはならないのである。

他方、会社計算規則48条2項1、3、4号は新株発行無効判決等が確定した場合においても、資本金の金額が減少するものと解してはならないとするが、この規定に対しては、実体が無効とされた以上それを登記に反映するのは当然であるとして、立法論としての批判がある（稲葉「会社法の基本を問う」104頁）。この省令の解釈からすれば、資本金の額は不実ではないということになりそうであるが、そのように解すべきではなかろう。実体が無効であり、資本充実がない資本金額の設定であっても、それが剰余金規制の基準となることからこうした省令の定めが設けられたと解すべきであろう（その限度でのみ有効な規定であると解す。）。その上で、この登記の目的は、その額に見合う財産が会社に拠出されたことを示すとともに、一般人は、登記簿を見て、資本金額についての資本充実があると信頼するのが通常であり、引受担保責任がなくなり後日、資本が補てんされる余地がなく

なったのであるから、以上の諸点に照らしこれも不実と解すべきであろう。

なお、無効株式が流通した場合の対処はどうなるのであろうか。一般に善意取得は成立しないから、無効株式を善意無過失で取得した者は、仮装払込みにつき法令違反のある取締役らに損害賠償責任を追及することで保護されよう。その者が決議に加わった総会決議はすべて瑕疵があることとなり実体的にはその株式がないものとして決議の効力を判断することとなろう。

#### ウ 既遂時期

見せ金とは発起人が払込取扱銀行以外の者から借りた資金で株金を払い込み、設立登記後に預金を引き出して借入金の返済に充てる行為であるところ、この場合、公正証書原本不実記載罪はいつ成立するのであろうか。本罪の行為は公文書に不実の記載をさせることであるから、一般には設立の登記として登記簿に不実の登記すべき事項を記載させた時点ということになる。しかし、見せ金は前述のとおり、設立登記後に預金を引き出して借入金の返済を済ませないと払込の「仮装」が認定されず、払込みが「不実」であって無効であることが確定されないのである。ここでの借入金返済行為は、本罪の構成要件要素である「不実の記載をさせる」という実行行為の一部を構成するとみる余地がある。そうすると本罪の既遂時期は借入金の返済終了時ということになる。もっとも、記載させる行為につきそれが「不実」であるという評価を付与するための事情（間接事実）にすぎないとみると実行行為の一部とはみられないから、本罪は登記の時点で既遂となろう。この立場は、その後の借入金返済行為につき、行為者の主観（「不実」であることの故意）を推認させる重要な間接事実の1つとみることとなろう。

#### (4) 業務上横領罪の成否

仮装払込み有効説の立場からは、公正証書原本不実記載罪の成立を認める代わりに、会社が設立された以上、たとえ心裡留保であったにせよ有効な株式引受契約に基づく払込としてその効力を有効と扱い、後の払込金の会社からの流出（借入金返済への充当）を違法な会社財産の不法領得行為とみて、行為者たる発起人等につき業務上横領罪の成立を認めることとなろう。仮装による払込みであっても、払込みが有効であると解する以上は、株式も有効に成立するから、登記事項である「発行済株式総数」も「資本金の額」も不実とは見られないことになるから、有効説に立てば、公正証書原本不実記載罪は成立しないこ

ととなろう。

ただ、見せ金による仮装払込みの規制は、株主一般というよりむしろ会社債権者保護のためのものと考えられるところ、業務上横領は会社債権者ではなく会社（株主一般）が法益主体と解される点において、払込み有効説に転じて同罪を適用することに対してはやや違和感が拭えない（被害者たる株主全員が流出に同意すれば同罪の成立が否定されるのではないか）。そうすると、従前のおり払込み無効説に立って不実の表示を処罰する方向がより適当と考えられよう。

#### （5）詐欺罪の成否

払込無効説に立って公正証書原本不実記載罪の成立を認める場合、別途詐欺罪の成否を検討する必要があるだろう。すなわち、払込み無効説の実益として、払込人（発起人）を株主として扱わないことが1つある。しかし、払込人は見せ金が発覚しない限り株主として扱われ、登記官が形式審査により設立手続は適法と判断して会社設立の登記をし、その法律効果として法人格を取得して有限責任を享受することになる。しかも、仮装にすぎない株式が発行されそれに見合う資本金額が会社に払い込まれ会社債権者のための責任財産として存在するものとの社会的信用を獲得するのであるが、これを財産上不法の利益とみる余地がある。処分行為が認められるかについては、登記官がだまされて法人格を付与したことが処分行為であるとし、訴訟詐欺の一種と位置付けることができるのではなかろうか。財産上の損害という要件についても、健康保険証など公的文書であって社会生活上重要な経済的価値を有するものの詐取につき詐欺罪の成立が認められることと同様に考えることができると思われる。国家的法益についての詐欺という性質を持つところ、会社法秩序を乱す行為として国家に経済的損害を及ぼすことが財産上の損害であると説明することができよう。

ところで、会社法は打切り発行による設立を認めることとしたが、定款に定めた額の出資が得られなかった場合は、一般に設立無効原因になるであろう。ただ、設立の際の株式の払込みがすべて見せ金によるといった極端な場合は、会社は不存在であり、判例はこうした事案について登記事項のすべてに関し公正証書原本不実記載罪が成立するとしている（最決昭和40年6月24日刑集19・4・469）。このような場合は、公正証書原本不実記載罪に加えて、法人格の取得による有限責任の享受を財産上不法の利益とみて2項詐欺罪の成

立を認めてよいのではなかろうか。両罪の罪数関係は牽連犯と解されよう。

### 2-3-3 裁判所・総会に対する不実申述・事実隠蔽の罪（会社法 963 条 1～4 項）

#### (1) 主体

本罪は会社設立及び新株発行の際の払込みの仮装や現物出資の価格の水増し等による資本の充実を害する行為の一部を規制するものであるところ、法 963 条 1 項は、発起人、設立時取締役又は設立時監査役を、同条 2 項は、取締役、会計参与、監査役被、執行役、職務執行代行者、仮役員を、同条 3 項は、検査役を、同条 4 項は、調査人をそれぞれ本罪の主体として規定している。

現物出資等規制については専門家証明の代替が認められるところ、例えば、この専門家（弁護士、弁護士法人、公認会計士、監査法人、税理士、税理士法人、不動産鑑定士）が現物出資の価額について不当な水増しがあるのに相当である旨の証明をしたよう場合には「検査役らの事実隠蔽」などと同様に、資本充実を害するおそれがあるが、本罪の主体からは外されており、共犯としての関与があるにとどまる。

#### (2) 想定される適用場面

設立時の裁判所が関与する場面は、裁判所によって選任された検査役が変態設立事項（現物出資、財産引受け、発起人の報酬、設立費用）について必要な調査を行い、調査結果を裁判所に提出して報告する（法 33 IV）のに対し、変態設立事項を不当と認めたときに、かかる定款の規定を変更する決定をするところ（同 VII）、1 項の罪については、例えば、現物出資の価額水増しについて、情を知らない検査役を道具とする間接正犯が考えられよう。検査役が情を知っていた場合には、1 項の罪との共犯として 3 項の罪が成立する。

次に、創立総会が関与する場面（募集設立に限られる。）について見ると、発起人は設立に関する事項を創立総会に報告する（法 87 I）。設立時取締役（設立しようとする株式会社が監査役設置会社である場合には、設立時取締役及び設立時監査役）は、少額免除等により現物出資等規制の適用除外となった現物出資財産等について定款に記載された価額が相当であること、現物出資財産等の価額の相当性について専門家証明を受けた場合における当該証明の相当性、発起人による出資の履行及び設立時募集株式の引受人の払込みが完了していること、その他設立手続に法令・定款違反がないことにつき調査し、調査結果を



創立総会に報告する（法 93 I・II）。

発起人については給付・払込みについて虚偽の申述をした場合に 1 項違反が成立する。設立時取締役、設立時監査役及び調査人については、情を知っていた場合に発起人との共犯として、1 項の罪が成立するであろう。

裁判所を客体とする 963 条 2 項の罪についても、検査役の調査が必要な場合にあっては、例えば、現物出資の価額水増しについて、情を知らない検査役を道具とする間接正犯が考えられ、検査役が情を知っていた場合には、同罪の共犯として 963 条 3 項の罪が成立すると考えられる。

募集株式の発行の場面では、株主以外の者に対して募集株式を「特に有利な払込金額」で発行する場合にのみ、株主総会の特別決議が必要となり、ここで現物出資の価額につき虚偽の申述をしたり、事実を隠蔽すると、株主総会を客体とする 963 条 2 項の罪が成立することとなる。

結局、給付・払込みに係る仮装のすべてのケースについて、裁判所及び創立総会が関与するわけではないので、本罪のみでは設立に際しての仮装払込み等の罰則規制としては十分とはいえ、次に述べる刑法 157 条などの適用を必要とする。本罪との罪数関係は、客観的にみて通常手段・結果の関係にあるとも言い難いので、併合罪と解される。

## 2-3-4 会社財産を危うくする罪

### 2-3-4-1 自己株式取得罪（会社法 963 条 5 項 1 号）

会社法 963 条 5 項 1 号は、取締役、会計参与、監査役、執行役等が、何人の名義をもってするかを問わず、株式会社の計算において不正にその株式を取得したときは、5 年以下の懲役若しくは 500 万円以下の罰金に処し、又はこれを併科することとしている。

ここでいう「不正に」とは違法にとの意であり、平成 13 年改正以降、自己株式の取得が適法に行い得る場合が拡大していることに留意すべきであるが、手続・財源規制に違反した自己株式の取得は、出資の払戻しとなるなどによって会社債権者を害するおそれがあるから、処罰の必要性は失われていない。

手続規制として、自己株式の原始取得の禁止は会社法の随所で明定されている。新たに発行される株式について払込みを認識することができない上、原始取得を認める必要性もないからである。例えば、株主割当増資に当たり、会社が所有する自己株式には新株を割

り当ててはならず（会社法 202 条 2 項括弧書）、これに違反する新株取得は本罪に当たる。また、会社は新株予約権を持っていてもこれを行行使することは禁止される（会社法 280 条 6 項）。

財源規制として分配可能額は、資本金、準備金、新株予約権さらに評価・換算差益を含む「純資産の部」全体が 300 万円以上なければならない（会社法 461 条 1 項）。

自己株式の「無償」取得には会社法 155 条以下の自己株式の取得に関する規制を受けないから、本罪にも当たらない。自己株式への質権及び譲渡担保権の設定については、脱法とみられる場合は別として、この取得規制は及ばないと解されており、本罪には当たらない。

なお、子会社の親会社株式取得の禁止は会社法 135 条 1 項で、違反は過料の制裁にとどまる（976 条 10 号）。

#### 2-3-4-2 違法配当罪（会社法 963 条 5 項 2 号）

##### (1) 総説

会社法 963 条 5 項 2 号は、法令又は定款の規定に違反して、剰余金の配当をした取締役等を 5 年以下の懲役若しくは 500 万円以下の罰金に処し、又はこれを併科することとしている。財源規制に違反する（会社法 461 条参照）のが狭義の違法配当であり、広義の違法配当には定款違反や株主平等原則違反も含まれる。前者は、分配可能額を超える配当であって、そうした剰余金配当を決めたのが取締役会であっても株主総会であっても、その決議は内容が法令に違反して無効であり、株主は受け取った配当金を不当利得として会社に返還しなければならないし（会社法 462 条 1 項柱書）、会社債権者も直接株主に対し会社への返還を請求することができる（会社法 463 条 2 項）。

粉飾決算に基づいた違法な配当決議案を総会・取締役会に提出した代表取締役・執行役は、本罪で処罰される。

##### (2) 「公正なる会計慣行」に係る違反と本罪の成否

###### ア 総説

ルール違反の反社会性が明確に認められる粉飾決算（架空売上げによる利益の水増し、費用の隠匿除外など）の手口によるものについては「法令違反」の認定は比較的容易であ

る。しかしながら例えば、税務会計の方式に従ってなされた会計処理である場合などにあっては、それが会社法上も当然に適法だとはいえないとしても、会社法上違法認定をすることは、本罪の成否とも関連して困難な問題が潜んでいる。

#### イ 会社法による会計規制

日本の会計制度は、会社法、金融商品取引法（証券取引法）、税法の3つを基盤とすると同時にそれぞれにおいて「公正なる会計慣行」の尊重が規定されている。また、会社については確定決算主義（法人税を算定する際に決算時の企業会計利益計算を基盤に置く仕組み）が採られていることにより、企業会計利益を計算する際に税法の要素が多分に入り込む結果をもたらすことになる。

会社法は株式会社の会計について詳細な規定を置いている（会社法 431～465 条、会社計算規則）が、その冒頭において、一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従うべきことが定められている（会社法 431 条）。

「会計慣行」の意義については、民法 92 条の定める事実たる慣習と同義であり、ある法的効果を伴う行為のパターンが一定範囲の人間集団において繰り返し行なわれていることを要するとする見解と、これより若干緩やかなものであり、慣習ほど事実の繰り返しも少なくよく、また、その行なわれる場所的範囲も慣習より狭くて差し支えないとの見解が対立しているが、前者が多数説とされる。

法務省令である会社計算規則 1 条は、「この省令は会社法の規定により委任された会社の計算に関する事項その他の事項について、必要な事項を定めることを目的とする」と規定し、会社法の明文では委任されていない事項についても定めを置いており、その 189 条までが主として株式会社の計算に関する規定である。

具体的な定めがない点については一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従うこととなるが、この公正なる会計慣行を集約した代表的なものが「企業会計原則」とされる。企業会計審議会から公表されるものであって、強制力を伴う法律ではない。これは公認会計士が公認会計士法及び金融商品取引法に基づいて財務諸表の監査をする場合に従わなければならない基準でもある。これは将来において、会社法、金融商品取引法、税法など企業会計に関係ある諸法令が制定改廃される場合においても尊重されなければならないものとされている。企業会計原則は 1982 年（昭和 57 年）の修正を最後に、その後の修正は行われていない。急激に変化する会計環境に柔軟に対応して修正することが次第に困難に

なったため、代わって、ピースミール（個別的）方式により個別の会計基準の設定が図られるようになっていく。

企業会計原則と個別会計基準との関係は、いわば一般法と特別法とされる。異なる内容の場合は、企業会計原則の基準が個別会計に委譲されたと解すべきで、企業会計原則の該当基準は削除されたと解することになる。

後述の金融商品取引法上の会計規制及び税法上の会計規制であって、会社法上の法令に定められていないものについては、会社法 431 条にいう「公正な会計慣行」に該当するかどうかで会社法上の遵守義務の存否が判断されよう。

#### ウ 金融商品取引法による会計規制

上場会社などが内閣総理大臣に提出する有価証券報告書や、募集・売出しのとき投資家に交付する目論見書などには、経理の状況を記載するが主な情報は貸借対照表などの財務諸表である。金融商品取引法 193 条は、この法律の規定により提出される貸借対照表、損益計算書その他の財務計算に関する書類は、内閣総理大臣が一般に公正妥当であると認められるところに従って内閣府令で定める用語、様式及び作成方法により、これを作成しなければならないとし、この委任に基づき内閣府令である財務諸表等規則が規定され、その 1 条 1 項は、「この規則において定めのない事項については、一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に従う」旨を定め、企業会計原則がこの基準に該当することを認める。

ここでの会社の開示は企業グループ情報に重点が移り、会計面でも連結が原則、単体はむしろ例外となり、財務諸表等規則・中間財務諸表等規則とは別に、連結財務諸表規則・中間連結財務諸表規則が制定されている。

会社法 431 条の前身である改正前商法 32 条 2 項は、昭和 49 年商法改正において、会計士監査を商法に導入するに当たり、その監査基準が証券取引法と商法とで一致しないと、一方で適法であることが他方で違法となるなどの不都合が生ずるため、監査基準の準拠となる商業帳簿に関する規定の解釈を両法の間で一致させる必要があることから、こうした包括的解釈規定が置かれたとされる。ここでは会計技術の進歩の迅速なことに法規が常に対応していくことが困難であることから、商法が詳細網羅的な規定を設けることは適当ではなく、基本的な重要規定を設けておき、後は「公正なる会計慣行」により、これを解釈補充していくことが相当とされた。このため「会計基準」という用語ではなく「会計慣行」という文言を用いて、企業会計の技術・実務の発展に伴い、立法作用によらないで企業会

計の基準を変更し得ることを容認したとされている。

#### エ 税法による会計規制

会社の課税所得の算出については、法人税法、同法施行令、同法施行規則及び通達等が事細かに定めている。最も詳細な会計規制がここに見られるとあってよく、実務への影響も一番といえよう。企業会計原則と税法との調整が何度も試みられたが、目的が違う以上、一致を見ないのは当然ともいえる。会社法との関係も同様である。

そうした中で法人税法 22 条 4 項も、「…当該事業年度の収益の額及び前項各号に掲げる額は、一般に公正妥当と認められる会計処理の基準に従って計算されるものとする」と規定している。

そうすると、「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」が意味するところは、会社法、金融商品取引法、税法によって異なり、複数の会計処理が存在することになる。

#### オ 罪刑法定主義（憲法 31 条）との関係

会社法 431 条違反の有無（公正なる会計慣行に従うものか否か）が直接問題となるようなケースについては、慣習刑法によって処罰しようとしており罪刑法定主義に反するのではないかという問題がある。つまり、これが法律主義の原則に収まるものなのか、法律主義の例外として、事実たる慣習への委任立法として許容されるのかが問題となる。

罪刑法定主義に反すると解する立場からは、本罪の成立はその解釈適用に商法 32 条 2 項の慣習解釈が持ち込まれない場合（違法配当罪の成立については会社法 963 条 5 項 2 号にいう「法令又は定款の規定に違反して」の法令から会社法 431 条の直接適用が排除される。）に限定することにより、罰則自体は合憲と解することとなろう。

ちなみに違法配当罪にいう法令とは、本来的には財源規制を規定する会社法 461 条を想定していることは明らかであろう。

また、会社計算規則 154 条は、会計監査人は、「除外事項を付した限定付適正意見」（監査の対象となった計算関係書類が除外事項を除き一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に準拠して当該計算関係書類に係る期間の財産及び損益の状況をすべて重要な点において適正に表示していると認められる旨並びに除外事項）を会計監査報告の中で述べることができる旨規定していることからすれば、ここでいう除外事項に入る程度の企業会計の慣行違反は本罪にいう「法令違反」を構成しないと解すべきであろう。

## カ 「公正なる会計慣行」の変遷

「公正なる会計慣行」について、「慣行の変遷」により新たに処罰されることになったような場合、罪刑法定主義との関係で問題は生じないか。法律改正の場合であれば、附則で経過措置の定めがされるが、この場合は経過措置など定めようがない。例えば、行為の途中で「公正なる会計慣行」が変わったような場合は、どのように考えるのか。客観的には公正なる会計慣行に反した行為であった場合において、「公正なる会計慣行に従っていないこと」の認識は、構成要件の要素であってその錯誤は事実の錯誤として故意を阻却することになるから、微妙な事件の多くは故意の面で成立が否定されるから問題ないともいえよう。特に、専門家である会計監査人たる公認会計士の監査意見も「適法」であったような場合は、専門家も巻き込んだ共犯事件として扱われる場合は別として、そうでない限り、専門家に聞いて違法でない会計処理と判断した場合には故意・責任が阻却されることとなる。

従来は、「公正なる会計慣行」とされてきた税法基準による会計処理が、行為時には「公正なる会計慣行」ではなくなっていたとして粉飾決算による商法違反及び証券取引法違反に問われた事案として、長銀事件がある（最判平成20年7月18日裁判所時報1464・3）。

### (3) 特別背任罪との関係

特別背任罪の成否は図利目的が認められるかによるのではないか。違法配当は、会社の経営不振の事実を隠蔽して会社の信用の維持を図るなど会社の利益を図るために行われるが、同時に会社役員が、自分の信用を保持し、会社内での地位を保全する等自己の利益を図る目的もあり、成否はどちらが主目的かで決まるとする見解がある（芝原）。ほとんどは会社図利目的と認められ特別背任罪の成立は認めていないが、同時に役員賞与の支給があればこの部分につき特別背任罪が成立するとされている。

特別背任罪の法益主体は、会社に出資した所有者たる株主集団（株主一般）と解されるころ、違法配当は債権者を害しても、株主一般を害してはいない（平等に剰余金の配当を受けることになる）との理由で、一般には、特別背任の成立を否定するのがいいのではないか。株主一般の利益を図ることを、第三者図利目的とみて特別背任罪の成立を肯定する見解もあるが妥当ではなかろう。むしろ、違法配当罪は本人（株主一般）図利目的による債権者を害する行為と見るのが相当であろう。

## 2-5 総会屋等に対する利益供与罪

### 2-5-1 概要

会社法 120 条は、会社は何人に対しても、株主の権利の行使に関して財産上の利益を供与することができない旨を規定する（1 項）。その立法趣旨は「会社経営の健全性を確保するとともに、会社財産の浪費を防止する趣旨」とされる。要するに会社の計算（経済的負担）において、取締役が株主の権利の行使に影響を与える趣旨の利益供与を行うことは、会社の金（本来は株主の金であり、従業員に還元されるべきものであり、あるいは消費者や一般社会に還元されるべきもの）が経営者支配のために支出される（例えば、取締役が総会における株主の批判を封じるために会社の金を総会屋に与える行為は、本来不必要な出費であって会社財産の浪費に当たる。）ことになり、株式会社の基本的な制度の仕組み（株主が企業の所有者であり、その株主によって会社経営をコントロールするという基本構造）に反するからとされる（稲葉「改正会社法」184 頁）。

その民事上の効果としては、利益の供与を受けた者は、その利益を会社の返還する義務を負うことになる（3 項）。この利益供与は後述のとおり、本来的に刑事罰の裏づけを持つ禁止違反であるから公序良俗に反して無効（民 90 条）と解されるところ、一般に供与者が債務がないことを知っていた場合は、何らの法律上の手当てがないと不法原因給付（民 708 条）として返還請求が制約されることになり、その利得を保持させておくことが不適當であるから、上記返還義務が特に規定したものとされている。

また、会社がこの利益供与をしたときは、これに関与した取締役は、連帯してその価額を会社に弁済しなくてはならない（会社法 120 条 4 項）。これにより会社は、総会屋へは返還請求をせずに取締役から取り戻すこともできることとしたものである。

これにより、会社が返還請求をしない場合には、代わって株主が代表訴訟を提起することができる（会社法 847 条 1 項）。本制度は経営者の不正から一般株主を保護する制度と見られるところ、代表取締役からの返還請求権の行使が通常ありえない（はじめから返還請求するつもりがないからこそ供与する。）として株主の代表訴訟が認められているのである。

これら民事上の規定をより強力に実効化するために設けられている刑事罰規定が会社法 970 条の利益供与罪である。

利益供与罪は同条 1 項に掲げる者が、株主の権利の行使に関し、当該株式会社又はその

子会社の計算において財産上の利益を供与したとき（1項）、及び総会屋等が情を知ってこの利益の供与を受け、又は第三者にこれを供与させたとき（2項）に成立する。法定刑は3年以下の懲役又は300万円以下の罰金である。

本条はもともと昭和56年に総会屋対策のために新設された罰則であるところ、平成9年改正で規制が強化され、総会屋等に対する「利益供与要求罪」が新たに設けられた。すなわち総会屋等が、株主の権利の行使に関し、会社から財産上の利益を自己又は第三者に供与することを要求した段階でも、同様に処罰されることとされており（会社法970条4項）、さらに総会屋等が利益の供与を受けたり、その要求をした際に威迫の行為を行ったときは刑が加重され、5年以下の懲役又は500万円以下の罰金に処せられる（5項）。総会屋側に対しては、情状により懲役と罰金の併科が可能とされている（6項）。

平成18年会社法全面改正の際、利益供与罪の自首減免の規定が新設された。すなわち、法970条1項の罪を犯した者が自首したときは、その刑を減輕し、又は免除することができることとしている（6項）。本罪は、株主と会社役職員との間で秘密裏に、かつ、会社ぐるみで行われることが多いため発覚しにくいとされ、利益供与に加担した役職員の内部告発を促すため、自首による任意的な刑の減輕又は免除というインセンティブを与えることとしたとされる。昭和56年改正前商法496条は、取締役等に対する贈賄や会社荒し等についての贈賄について自主減免を定めていたところ（これは昭和16年改正前の刑法198条2項と同旨）、刑法42条の特則（「捜査機関に発覚する前」という要件がないことと免除が認められること）を存置しておく実益がないとしてこの規定を削除した経緯があるが、会社法全面改正により復活したことになる。

なお本罪で有罪判決が確定した者については、その執行を終わった日又はその執行を受けることがなくなった日から2年を経過する日まで、取締役又は監査役となることができない（会社法331条1項3号、335条1項）。

## 2-5-2 会社法968条との相違点など

会社法968条は1項で、①同項1号から5号に掲げる事項に関し、②不正の請託を受けて、③財産上の利益を、④收受・要求・約束する行為を処罰し、2項はその供与・申込・約束を処罰している。1項1号では「株主総会…における発言又は議決権の行使」が挙げられており、総会屋に対する利益の供与の規制も立法者の意図するところであった。しかし、



「不正の請託」というよう権が存在するため、その適用はきわめて困難であった。

この要件は、「請託の内容が不正のとき及び請託すること自体が不正であるときに限られる」と解される。具体的には、株主総会において、他の株主の正当な発言・議決を暴行・脅迫によって妨害するように請託を受けた場合や、経営陣が粉飾決算など違法内容の議案を可決しようとする場合や、経営陣に重大な経営上の失態があり、それに対する責任追及が不可避であるような状況において一般株主の発言を駆け引きによって抑え、経営陣に有利に総会を進行させるよう請託するケースが考えられる（東洋電機カラーテレビ事件―最決昭和 44. 10. 16 刑集 23・10・1359 参照）。

昭和 56 年の商法改正では、「不正の請託」の要件を除去することも検討されたが、株主の権利行使は、利益の確保を目的としたもので、公務員の職務執行と同じような廉潔性を要求し、その行使が賄賂によってゆがめられても、それについて刑罰を科すことは行き過ぎであるとの見解もあり、実際の適用場面でも、取締役になりたいと望む者がその個人財産で利益供与して総会において自らの選任議案に賛成してくれるように依頼した場合にも処罰対象となるのは妥当でないことから、商法 494 条の改正は見送られ、新たに利益供与罪が制定された。

相違点は以下のとおり。

①会社法 968 条は、まず収賄者を罰する規定をおき、次に贈賄者の処罰規定をおくのに対し、本罪は受供与者より供与者がまず第一次的に処罰されるべきものとされている（金を出す会社〈経営者〉のほうが悪いという思想）。構成要件の定め方に係る考え方として、会社側〈経営者〉の利益を不正に支出するという行為に対して総会屋等が加担したという判断に立つとされる（商事法務研究会編「利益供与の禁止」〈神崎武法〉158 頁）。

②会社法 968 条は「不正の請託」を要件としているのに対し、本罪にはその要件はない。昭和 56 年制定当初は、「不正の請託」がないだけ犯情は軽いとして、旧商法 494 条（1 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金）より法定刑が低いこととされた（懲役 6 月以下又は罰金 30 万円以下）。

③会社法 968 条は利益の負担者に何ら限定がなかったが、本罪では「会社又はその子会社の計算において」なされることが必要である。他面、前者は同条 1 項 1 号から 5 号の限定列挙された権利の行使に関する利益の供与が必要であるのに対し、本罪では、株主の権利行使に影響を及ぼす趣旨での会社〈株主〉の財産の費消は健全な会社運営を害するので、

株主権の行使に関する利益供与が全面的に禁止されている。

④会社法 968 条は利益供与の未遂的類型であるその要求・申込・約束も処罰するのに対し、本罪は申込・約束は処罰しないこととしている。第三者供与罪を設けたのは、脱法に備えたものとされる（谷川久「新版注釈会社法」13 卷 615 頁）。

⑤会社法 968 条は一般的な贈収賄の規定構造であり、必要的共犯（対向犯）と解されるのに対し、本罪では、供与の相手方がその趣旨を知らなくても供与罪が成立することがある（収賄が悪い、しかし、贈賄するほうも悪いので対向犯になるというのとは発想が異なる）。

### 2-5-3 利益供与罪の保護法益

#### (1) 立法当初の商法学者等の見解

抜本的に会社から総会屋への資金の流れを断ち切るための措置であり、会社〈経営者〉は必ずしも被害者ではなく共犯者の立場にあるとの意味（改正作業中、会社サイドから「われわれは被害者だ」という声もあったが、「世の中は被害者と見ずむしろ共犯者と見ていいる」と考えられた）を持つ。

会社サイドからの反対意見として、「総会屋に暴れられて企業のイメージがダウンする危険性」を指摘する声もあったが、「企業の信用は総会屋に金を出すことによりいっそう下落するから、これによって何ら正当化し得ない。」とされた。

総会屋に金を出す理由として、「ウルサイから金を払う。経済効率の問題として金を払う。もうひとつは会社の担当者が長期間その地位にはいない、自分の懐は痛まない。少々金を払って文字分の在任中を無事に済ませ、次のポストに昇進する（総務部長は取締役位に、社長は会長に）。」と指摘された。要するに、株主から信託された金（株主から会社を預かっている）という意識が薄い。

会社〈株主〉の金を使って自分の失策を糊塗しようとするのは強い言葉で言えば背任であり（前掲「利益供与の禁止」〈稲葉威雄〉28 頁）、会社の私物化・総会の時間を短くするために会社〈経営者サイド〉が会社〈株主〉の金を使うのはおかしいとされた。

総会屋に理由のない金が払われるということは会社資金の浪費である。経営者が株主の批判・攻撃をおさえるために会社〈株主〉の金を使うことになると、単なる浪費ではなく、会社の資金を自己の個人的利益のために使うことに他ならない（前掲「利益供与の禁止」

〈竹内昭夫〉108頁)。

株主の権利行使と関係なしに経済上の利益供与をした場合は、たとえば、会社や取締役に関するいやがらせ記事を新聞・雑誌に書くとおどされてやめさせるため会社が金銭を支払った場合は、支払いを受けた者に恐喝罪、取締役について商法上の責任のほか、場合により特別背任の問題になりうる(同114頁)。

保護法益は、株主の権利行使に関する会社資産の費消を防止して会社運営の健全性を確保することにある(同126頁)。法益主体は、主として株主一般と解される。

なお、不正の支出は会社のために行われたと判断されることがほとんどで背任の図利加害目的を欠くことになるとの見解(芝原邦爾「経済刑法研究 上」157頁、298頁)は、不適切と考える。本件供与行為は、取締役の法令違反行為であり、損害補填義務までである(株主は代表訴訟を提起し得る。)から、会社法上、会社に損害が生じたと評価されることは明らかである。額が少額であれば、経費、交際費などとして許容される余地はあるが、高額になれば「財産犯的色彩」を帯びることになり、併せて特別背任罪の成立が濃厚となるのではないか。

過去の事例でも、4大証券会社による利益供与など巨額供与事案に対しては、特別背任罪を適用する余地があったと思われる(本罪とは観念的競合であろう)。

第一勧銀事件において供与された財産上の利益は、117億8200万円の融資であり、仮に、供与の相手方が株主でなく利益供与罪が成立しない場合には、一般の不正融資と同様に特別背任罪が成立することとなったであろう。そうすると、上記4大証券会社による利益供与事件などについて特別背任罪の成立を認めない立場は、利益供与罪の保護法益をむしろ個人的法益(会社すなわち株主一般の保護)とみて、特別背任罪とは一般法と特別法の関係にあると解するほかはないのではないか。しかし、立法当初の利益供与罪の法定刑が6月以下の懲役又は罰金であったことなどからしてもそれは無理な解釈であろう。

### (3) 制定当初から現在に至るまでの本罪改正経過との関連

#### ア 平成2年商法改正

改正試案では、本罪の改正について同条に関する運用等との関連で、なお検討することとされ、その中に法定刑が軽すぎるという意見があった。この点については、本罪の趣旨が、会社財産の浪費を禁ずるという側面を有するものの財産犯的色彩に乏しく(特別背任

罪とは構成要件が質的に異なる。)、その保護法益が会社運営の健全性の保持にあって、むしろ形式犯的色彩が強いことからすれば、法定刑を引き上げることには問題があるとされた。ここでは、総会屋に対する会社財産の供与が、特別背任罪に該当することもありうるものであり、その場合は重く処罰できるのは当然であることが前提とされ、いまして同条等の運用を見極めてから改正の要否を検討すべきこととされた。

#### イ 平成9年商法改正

本罪の法定刑が、「6月以下の懲役又は30万円以下の罰金」から「3年以下の懲役又は300万円以下の罰金」に引き上げられた。その理由は、総会屋をめぐる事犯について悪質・重大化が明らかとなり（平成3年ころまでは総会屋1名に十数万円から数百万円であったものが、平成4年以降、1000万円単位の利益供与事件がみられるようになり、平成9年には1人の総会屋に3億円以上の現金が供与されたという。）、これに対する罰則が軽きに失し十分な抑止力を有していないと認識されるに至ったためとされ、ただ、刑法197条の単純収賄罪（法定刑は5年以下の懲役）との均衡を考慮すると、商法494条の会社荒し等に対する贈収賄罪の法定刑を最大限に引き上げるとしても懲役刑の長期は5年が限度であり、利益供与罪は「不正の請託」が要件とされていないので一段下げる必要があり、その懲役刑の長期は3年が相当とされた（商法金融罰則研究会「新しい商法・金融罰則Q&A」30頁）。

なお高額利益供与事犯に特別背任罪を適用した起訴事例はないようである。

この法定刑の引き上げによって、実質的に本罪の保護法益の質的変更は見られないと解される（相変わらず、財産犯とは見られない。）から、これによって特別背任罪の適用が排除されることにはならないと解される。

#### ウ 平成12年商法改正

従来「会社の計算」でする利益供与が禁止されていたが、平成12年改正により、子会社の計算で（子会社に資金を拠出させて）する利益供与も禁止することと明定された。「子会社」の定義は、会社がその総株主の議決権の過半数を有する株式会社その他の当該会社がその経営を支配している法人として法務省令で定めるものをいう（会社2条3号）。

この改正前の立法論としての消極見解としては、改正により同条が「会社財産の浪費を禁ずる」という側面が失われないかという懸念が指摘されていた。解釈論としても、「供与の損益が会社に帰属し、その負担になればよく、子会社を介した場合とか給与や手当てに

上乗せした場合も、その趣旨が立証されれば会社の計算においてなされたことになる」（稲葉「改正会社法」190頁）としたり、後から親会社が子会社に対してその資金を填補する約束になっている場合は積極的に解され、また、子会社からいったん親会社に資金が提供され、親会社がその資金を供与した場合は、子会社から親会社に贈与され、親会社が所有権を獲得した資金が供与されていると見なしうるとの見解があった（橋爪「金融業務と刑事法」216頁）。また、親会社（＝株主）の指示により、その子会社（＝会社）が親会社の株主たる総会屋（＝第三者）に利益を供与した場合において、見方を変えれば、子会社にとって株主権の行使に関する供与と評価できることから、子会社の担当者が1項の供与罪、2項の親会社の担当者が第三者（総会屋）に利益を供与させた罪、総会屋が2項の罪の共同正犯に問えるから、あえて「子会社の計算」を加える必要はないという見解もあった（須藤「商法・有限会社法改正試案の罰則について（下）」金融法務事情1128号41頁）。

この改正は会社分割法制の創設に関連してなされたものであり、平成12年改正についての立法担当者の解説にも改正理由は特に触れられていない。そうするとおそらく、脱法的に行われているこうした手口に対する実際の処罰の政策的必要性から改正されたものと解される。本改正後の会社法学説は、この利益供与の禁止の趣旨を従前と同じく、「企業経営の健全性を確保するとともに、会社財産の浪費を防止する趣旨である」としている。そうすると、本改正により本罪の保護法益も基本的には変更はないと解してよいと考えられる。

#### （4）両罰規定で会社を処罰できるか。

##### ア 芝原見解

芝原は、「商法罰則は、その保護法益が会社財産であり、会社が被害者である犯罪類型が多いため、旧商法497条ノ2、同497条ノ3を除き両罰規定を置いておらず、法人である会社を処罰できない。利益供与罪については、立法論として両罰規定の適用により会社を処罰すべきかが問題となるが、その前提として本罪の保護法益についての検討が必要である。…本罪では会社は必ずしも被害者とは言えず、立法論としては、法人としての処罰が可能である」とする。

しかし、「会社経営の健全性を確保するとともに、会社財産の浪費を防止する」ことが制度趣旨（保護法益）であり、民事上の効果として、会社には代表訴訟により供与した利益

について会社への返還請求権を有することからすれば、会社（株主）は被害者とするのが妥当であり、会社を処罰することは妥当ではなからう。

本罪が必要的共犯ではないことからして、それだけ会社財産の不当流出を防ぐ趣旨が株主権の健全行使より勝っているともいえよう。

#### (5) 加重類型と保護法益

要求罪については、まだ「会社財産の浪費」という法益侵害が発生しておらず、また、1項と2項が必要的共犯でないことからしても、結果無価値論からすると前倒し処罰として、やや問題がある。

4項の要求罪は手段の違法を問えるとしても、その保護法益は、前述した1項・2項の罪とはまったく異なるであろう。すなわち、受供与者より供与者がまず第一次的に処罰されるべきものとされている（金を出す会社のほうが悪いという思想）本罪の構成要件の定め方とは異質なものであることは明白であり、むしろ恐喝あるいは業務妨害罪の前倒し処罰類型と見られよう。

3項の罪については、保護法益との関係でそれほど理論付けられていない総会屋処罰の必要性からの政策立法の性格がうかがえる。手段の違法を問わないとして、会社（経営者）を被害者とする恐喝あるいは業務妨害罪類型の構成要件と見てしまうと、違法性が根拠付けられないであろう。そうすると、違法性を根拠付けるには、「会社財産の喪失の危険」を保護法益に加えて解釈するほかないのではないか。そうすると要求に応じて供与の約束をした場合に、会社担当者が3項の罪の共同正犯とされる余地があるのかが若干問題となる。しかし、会社法968条2項とは異なり、申込・約束はあえて除外していることからして消極に解することにならうか。

ちなみに本罪の当初の構造からすれば、申込・約束を除外して要求のみを加重処罰する理由を見つけるのは相当に困難である。そもそも当初2項の罪を設けるに際しても、総会屋の株主権行使を背景とした「威迫」ないし圧力はある程度まで予定されていたはずである。

いずれにせよ相当な前倒し処罰であることは否定できず、実際の適用場面において処罰を正当化するとは簡単ではなからう。

なお、脅迫・威迫による2項の罪（4項の罪）が成立する場合において、合わせて1項の

供与罪が成立するのか（政策的には1項の罪に問わないことを念頭に置いているのか。しかし、少なくとも供与罪が成立する場合でなければ受供与罪は成立しないこととされていた。）、同罪に該当するとして会社の担当者に違法性阻却（緊急避難・過剰避難）の余地が認められるかが問題となろう。

総会屋対策も本質を見極めない対症療法的な政策立法では、いちごっこの様相を呈しさらなる脱法を招くであろう。基本は、総会屋利益供与の本質を踏まえ、まず刑法犯での対処を考え、それでも対処困難な場合に理論的に規制立法を検討すべきであろう。

## 2-6 株式振替制度と刑法犯

### 2-6-1 総説

上場株式等については、社債、株式等振替法に基づくペーパーレスの新振替制度がスタートした。振替機関が取り扱う「振替株式」の権利帰属は振替口座簿の記載によって定まる。振替株式の譲渡は、譲渡人の申請に基づき譲受人の口座に株数増加の記載がされることによって効力が生ずる。株券等が偽造でないかをチェックする必要がなく取引の迅速な決済に役立つ。振替新株予約権、振替新株予約権付社債や投資信託の投資口なども、同様の方法で振替処理される。株主や社債権者は、証券会社・銀行などの口座管理機関が備える振替口座簿の持株数などを記載してもらい、口座管理機関は、自己分を含めて振替機関の振替口座簿に記載してもらう。上位機関・下位機関とつらなる多層構造をとる。

振替株式の譲渡の効力が発生するには、振替の申請により増額の記録が行われることが必要であり（振替法140条）、振替機関が申請によらずに一方向的に増額の記録をした場合や、第三者が権限なくして振替口座簿の記録を修正し増額の記録をした場合には、譲渡の効力は発生しない。

なお、通知・記入ミスでK氏の口座にP社株の増加記載がされたとき、Kに悪意・重過失がなければ増加分の権利を取得する（K氏が悪意であってこれを処分換金した場合の犯罪の成否については、「誤振込と詐欺」の場合と同様の法律関係となろう）。この増加分がH氏の口座に記載されるべきものであった場合には、ミスを犯した機関がH氏に償うことで解決する（振替法144条）。全体でP社株の発行総数を超えた場合は、超過分を振替機関などが買い入れ、P社に対し権利放棄の意思表示をして振替口座簿の記載を抹消する（振替法145～148条）。

振替による増額の記録が、振替の申請によらないでなされた場合や、第三者が無権限で増額の記録をしたような場合には、一般に電子計算機使用詐欺罪が成立するであろう。

振替株式は有体物ではないから横領罪の客体とはなりえない。そうすると振替機関や口座管理機関の担当者が権限濫用等により自己が管理する口座簿上の顧客の振替株式について不正処分したような場合は、背任罪の成否を論ずることとなろう。

## 2-7 投機取引罪（会社法 963 条 5 項 3 号の罪）

### 2-7-1 投機取引の罪の歴史の変遷

会社法 963 条 5 項 3 号の罪が誕生したのは商法の明治 44 年改正の時であった。すなわち、明治 44 年商法改正に際し、取締役等の背任罪その他の罰則が政府案として提出されたところ（当初案には本罪の前身規定は含まれていなかった）、衆議院の特別委員会において猛烈な反対を受け、両院協議会において全部削除され、その代わりに商法 261 条が設けられ、取締役等の総会欺罔罪、自己株式の取得禁止違反の罪、違法配当罪とともに、営業の範囲外における投機取引の罪（同条 1 項 4 号）が、刑法の補充規定（同条 2 項）として設けられ、昭和 13 年改正まで施行されてきたのである。

本条提案理由の説明としては、会社の重役が、会社の金をもって、相場に手を出した場合を指すと説明されている（明治 44 年 3 月 21 日衆院議事録）。学説も営業の範囲外の行為を禁ずるのみであり、保険会社の役員が投資のために株式、公債等を売買するような行為は禁止されないとしていた（松波仁一郎著『日本会社法』（有斐閣 1914 年）1765 頁）。

商法 261 条 1 項 4 号は、「取締役等が会社の営業の範囲外において投機取引のために会社財産を処分したときは 1 年以下の懲役若しくは禁錮又は 1000 円以下の罰金に処する」旨を規定し、同条 2 項は、「前項の規定は刑法に正条ある場合にはこれを適用せず」としていた。したがって、刑法の背任罪が成立する場合には本罪が成立しないこととされていた。その後昭和 13 年商法改正で罰条が商法 489 条 4 号に変わるとともに、法定刑が引き上げられ、5 年以下の懲役又は 5000 円以下の罰金とされた。昭和 13 年改正では、特別背任罪が商法に規定されるとともに、上記の「刑法に正条ある場合にはこれを適用しない」旨の規定が削除された。学説は一般に、これによって従来の背任罪との罪数関係に変更はないものとし、現行の投機取引罪についても特別背任罪の補充規定と解している（落合誠一編『会社法コンメンタール第 21 巻』（商事法務 2011 年）101 頁・112 頁〈佐伯仁志〉）。



会社法は、平成 17 年改正前商法 489 条 4 号の「会社の営業の範囲外」を「株式会社の目的の範囲外」に変えるとともに、法定刑を 5 年以下の懲役若しくは 500 万円以下の罰金又はこれの併科としている。

本条と同様の立法例として、農業協同組合法 99 条 1 項は、「組合の役員がいかなる名義をもってするを問わず、組合の事業の範囲外において、貸付けをし、若しくは手形の割引をし、又は投機取引のために組合の財産を処分したときは、3 年以下の懲役又は 100 万円以下の罰金に処する」旨を規定し、同条 3 項は、「第 1 項の規定は刑法に正条がある場合にはこれを適用しない」とする。中小企業等共同組合法 112 条 1～3 項、中小企業団体の組織に関する法律 102 条も同様の立法例である。

## 2-7-2 「会社の目的の範囲外」の解釈

本罪についてはその成立範囲が不明確であると一般に言われているが、立法当初においては、その趣旨は特に不明確ということはなく、営業の範囲内か外かは会社の定款所定の目的で決せられるということであったと解される。

民事判例においては、定款所定の目的の範囲について、当初は厳格に解していたものの、その後定款所定の目的である事業の遂行のために必要な行為をする能力があるとして弾力的に解するようになり、定款所定の目的は定款に記載された目的自体のみならず、それから推理演繹し得る一切の事項、あるいは目的の達成に必要又は有益な行為を含むと解し、かつある行為が目的の範囲内かどうかは、行為の客観的抽象的によって判断するとしている（最判昭和 27 年 2 月 15 日民集 6 卷 2 号 77 頁）。そして今日では、ある行為が会社の能力の範囲外とされる可能性はまずないといわれている。

しかし、これは取引の安全を考慮して、会社の権利能力についての解釈であるところ、本罪の解釈については取引の安全は考慮に入れる必要はない。基本的には、対内的に株主が経営者に投機取引を許しているか否か、すなわち会社の株主総会が定款で投機取引を会社の目的として定めているか否かで客観的に決すればよいであろう。そうであるからこそ、株主は取締役等が株式会社の目的の範囲外の行為その他法令・定款違反の行為をしようとしている場合において、当該行為によって当該会社に著しい損害が生ずるおそれがあるときは、当該取締役等に対し、その行為をやめるよう請求することができるのである（会社法 360 条 1 項）。さらに取締役には定款遵守義務があり（会社法 355 条）、したがって定款

所定の目的の範囲外の行為をしてはならないのである。

民事判例においても会社の内部的な問題に関しては、取引の効力を論ずる場合とは異なり、目的の内外を判断するに当たって、「行為の客観的抽象的性質による」という基準は適用されず、具体的に判断すべきであるとするものがある（大阪高判昭和51年4月27日判タ340号193頁）。

### 2-7-3 「投機取引」の解釈

投機取引とは、広義においては相場の変動によって生ずる差額を利得しようとする取引を総称し、狭義においては取引の目的物を授受しないで、専ら相場の差額の授受によって決済する差金取引を指すが、本罪の「投機取引」は広義のものをいうと解されている。

もっとも会社の余裕資金の運用として有価証券投資を行うことは一般に許容されている。有価証券投資は広義の投機取引に該当するとも解される。余裕資金の運用ということであって、その規模も本業の遂行に重大な影響を与えたり、会社に著しい損害が生ずるおそれもないとみとめられるような場合であって、それが会社の事業目的として定款に明示されていないときはどのように解すべきであろうか。実務では会社定款の目的欄の記載は、最後に「前各号に付帯関連する一切の業務」などとされているのが一般的であり、その付帯関連業務に含まれると解することができるであろう。本罪の成否を考える上では、その程度の規模であれば、会社の目的の範囲内と解し本罪不成立を導けばよいのではなかろうか。このような場合に投機取引の解釈を限定することは相当ではないと思われる。

### 2-7-4 主観的要素

会社の目的の範囲外で投機取引が取締役加害目的をもって行われた場合には、特別背任罪が成立する。一般には、会社のために行った場合にだけ本号の罪が成立すると解されている。

ただ有力説として、この点は犯罪の成否の問題ではなく、特別背任罪を適用する場合には同時に本条の罪を適用することができないと解すべきであり、特別背任罪が成立する可能性があっても検察官は立証の容易さなどを考慮して、本条の罪で起訴することができるとする見解がある（落合編・前掲101頁〈佐伯仁志〉）。

#### 2-7-5 賭博行為への本罪適用の有無

賭博や、競輪・競馬・競艇等の車・馬・艇券等の買入行為は、本条にいう「投機取引」に当たるであろうか。形式的には「投機行為」には違いないかもしれないが、社会通念上、会社の目的の範囲外であることは明らかであろう。ただ、経済合理性のない行為なので、本条にいう「投機取引」ではないと解するのが相当であろう。そのような立場に立てば、会社の取締役が会社の経営難克服のために会社の金で馬券を買ったような場合は、図利加害目的ないし不法領得の意思が認められると見て特別背任罪又は業務上横領罪に問うこととなるであろう。

本罪が成立する場合の賭博罪との罪数関係については、法益の共通性ないし類似性を認めれば、法条競合ないし吸収関係により、本罪のみが成立しその場合には賭博罪は成立しないと解されよう。

#### 2-7-6 裁判例

① 最決昭和46年12月10日判時650号99頁は、化粧品、雑貨等の卸売り並びにこれに付帯する業務を目的とする資本金200万円の会社において、その目的とする業務の継続運営によってはとうてい回復の困難な営業上の損失を生じたことから、同社の代表取締役であるXが、投機目的で商品先物取引を行い26回にわたり会社財産から合計1999万余円を委託証拠金として支払ったという事案について、「投機目的で会社財産を処分したものであって、その所為は社会通念に照らし、定款所定の目的に沿う業務又はその遂行に必要な付帯的業務の通常範囲内にあるとは認めがたい」旨判示して商法489条4号違反の罪（当時）を認める。この判例は、当該事案において特別背任罪の成否については争点とされていないようであるが、図利加害目的が認められなかった事案とも考えられる。「投機目的で会社財産を処分したものであって、その所為は社会通念に照らし、定款所定の目的に沿う業務又はその遂行に必要な付帯的業務の通常範囲内にあるとは認めがたい」という判示も支持されてよからう。「穀物等の商品先物取引」は定款に明示された目的には含まれておらず、余裕資金の運用程度の規模にとどまれば、社会通念に照らしても付帯業務として目的の範囲内と解する余地があるところ、本件は客観的に見てそうした事案ではないということであろう。

② 名古屋地判昭和52年9月30日判タ353号139頁は、不動産の売買、仲介、あっ旋、

分譲及びこれに付帯する業務を営業目的とする E 株式会社の代表取締役である X が、昭和 47 年 6 月から同 48 年 3 月の間、35 回にわたり、繊維、穀物の商品先物取引を商品取引員 A に委託し、取引の委託証拠金、差損金として E 株式会社等振出名義の小切手 36 通（額面合計 3 億 1000 万円余）を A に交付したという事案について、「取締役等が営業の範囲を超えて投機取引をしたときは、これによって私利を図る意図であったか、会社の利を図る意図であったかを問わず、商法 489 条 4 号所定の投機取引罪が成立する」旨を判示して、商法 489 条 4 号違反の罪（当時）の成立を認める。これも基本的には上記最決と同様に解することができるので、結論は相当であろう。

③ 東京地判平成 14 年 9 月 12 日 LEX/DB 28135219 は、ヤクルトの取締役副社長が、財務担当取締役として、営業の範囲外において、銀行との間で株価指数フォワード取引及び株価指数オプション取引を行い、その担保として会社の株式（時価合計 108 億円余）及び譲渡性預金（金額合計 100 億円）の質権を設定して銀行に交付した事案について、「有価証券投資等の資金運用等が定款に目的として挙げられていない事業会社が行う投機取引のための財産処分については、会社の資産状態及び経営成績に比してその資産運用の規模が過大であったり、あるいは、本業の遂行に重大な影響を与える損害を発生させる危険が伴うような場合は、…社会通念に照らし、…会社の営業の範囲外における投機取引のための処分行為とみるべきである」旨を判示して、商法違反罪（当時）の成立を認めた。

この事案では、「直近の決算期における資本金 311 億円余、経常利益 123 億円余に比して、208 億円の資産提供は著しく過大とされた。無謀ともいえる危険で大規模なデリバティブ取引を展開して合計 208 億円余の巨額の会社財産を注ぎ込んだ。社長を含むその他の役員に資金運用の実情を十分に説明していなかった。会社は、直後の決算期に 1077 億円の特別損失を計上して資金運用を整理した。そのうちヤクルト本社分が約 968 億円であり、そのうちデリバティブ取引の運用損が約 683 億円であった。相手方銀行からは平成 9 年以降多額の評価損が生ずると相応の担保を提供するように要求された。被告人はこれを承諾して本件質権設定に及んだ。」旨の事実が認定されている。

被告人は控訴したが、④東京高判平成 15 年 8 月 11 日 LEX/DB 28095226 は控訴棄却とし、原判決が確定している。③の判例は、本件に係る民事高裁判決（東京高判平成 20 年 5 月 21 日判タ 1281 号 274 頁）が民事上の問題として当該デリバティブ取引を定款所定の目的の範囲内の行為として定款違反を認めなかったことと異なった判断をしたものである。

デリバティブ取引については、1つずつ個別契約が締結され、担保提供義務も約定されるのではないであろうか。この約定に従った債務履行が許されないとすれば、なぜであろうか。当該デリバティブ取引及び質権設定契約は私法上無効とまではいえないであろう。当該質権設定が当初約定された義務の履行とすれば、商法違反（当時）とされる目的範囲外の投機取引の実態は、さかのぼったデリバティブ取引行為ととらえるほかないのではなかろうか。③について見ると、「会社の目的の範囲外において」という構成要件要素は、株主対経営者という内部的な紛争場面における民事上の解釈と同一にして、民事上定款の目的の範囲外の行為である場合には、民事上も取締役らの任務懈怠責任を生じさせるとともに、刑法上も本罪が成立する取引解するのが望ましいと思われる。④が本罪の成立を認めたのも相当であろう。特別背任罪との関係については、やはり会社図利目的と見たのであろう。

こうした事案において、デリバティブ取引を行って会社に莫大な損害を与えた者の当該行為の賭博性についてどのように考えるべきであろうか。当該デリバティブ取引が業者との間の取引であって、業規制を受けているデリバティブ商品であるような場合は、民事判例も会社の目的の範囲外の行為とは直ちに判断しないものと思われる。

民事判例はこうした行為について私法上は賭博とは見ておらず、取引の効力を否定しないものと思われる。したがって、対外的には取引の安全の要請から会社の目的は極めて広く解されていることを勘案すれば、一般に会社の目的の範囲内か否かを問題とすることなく、刑法上も賭博行為性は特に問題にしなくてもよいともいえる。

ただ、①、②、③の近時刑事裁判例のように当該行為を会社の目的の範囲外の行為であって本罪が成立すると見る場合には、その行為は会社の目的の範囲外の行為であるゆえに、取引自体が刑法上「違法」ということになる。

その行為が賭博罪の構成要件にも該当するかどうかは問題であるが、仮に積極的に解する場合には、賭博罪（反復継続した取引であれば常習賭博罪となる。）の成立はいかなる理由から否定されるのであろうか。仮に、こうした行為は投機取引であって賭博罪の構成要件に該当するが、金商法や商取法の規定によって刑法 35 条の正当行為として違法性が阻却されるという立場に立つのであれば、賭博罪が成立しないという結論は容易には導けない。この場合、違法性を相対的にとらえて賭博行為としての違法性はないが、会社法違反としての違法性はあるということができるのであろうか。

そうでなければ罪数論で考えることとなる。投機取引罪のほか（常習）賭博罪が成立し、

両罪は観念的競合の関係にあると解するか、あるいは、法益の共通性ないし類似性を認めれば、法条競合ないし吸収関係により、本罪のみが成立しその場合には賭博罪は成立しないと解することとなろう。

## 2-8 虚偽文書行使等の罪（会社法 964 条の罪）

### 2-8-1 構成要件

発起人、設立時取締役、設立時監査役、取締役、会計参与、監査役、執行役、役員の職務代行者、一時役員職務を行うべき者、支配人、事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人、持分会社の業務執行社員、その職務代行者、株式、新株予約権等を引き受ける者の募集の委託を受けた者が、株式、新株予約権、社債又は新株予約権付社債を引き受ける者の募集をするに当たり、会社の事業その他の事項に関する説明を記載した資料若しくは当該募集の広告その他の当該募集に関する文書であって重要な事項について虚偽の記載のあるものを行使し、又はこれらの書類の作成に代えて電磁的記録の作成がされている場合における当該電磁的記録であって重要な事項について虚偽の記録のあるものをその募集の事務の用に供したときは、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金に処し、又はこれを併科することとされる（会社法 964 条 1 項）。

株式、新株予約権、社債又は新株予約権付社債の売出しを行う者が、その売出しに関する文書であって重要な事項について虚偽の記載のあるものを行使し、又は当該文書の作成に代えて電磁的記録の作成がされている場合における当該電磁的記録であって重要な事項について虚偽の記録のあるものをその売出しの事務の用に供したときも、同様である（同条 2 項）。

### 2-8-2 改正点

本罪は改正前商法 490 条の罪を引き継いだものであるところ、主体として、設立時取締役、設立時監査役、会計参与、執行役、役員の職務代行者、持分会社の業務執行社員、その職務代行者が新たに加えられ、従前は主体であった外国会社の代表者が落ちたようである。

客体は、改正前は、「株式申込証、新株予約権申込証、社債申込証若しくは新株予約権付社債申込証の用紙、目論見書、株式、新株予約権付社債の募集の広告その他株式、新株予

約権若しくは社債の募集に関する文書にして重要な事項につき不実の記載あるもの」とされていたのが、「会社の事業その他の事項に関する説明を記載した資料若しくは当該募集の広告その他の当該募集に関する文書であって重要な事項について虚偽の記載のあるもの」との書きぶりに変えられているが、基本的には実質的な改正点はないと見られる。

### 2-8-3 適用上の問題点

例えば株式募集の受託者は証券会社に限られる。そうすると解釈上本罪は法人処罰の規定を含んでいることになる（当該証券会社の使用人は身分がないので主体たり得ない）。本罪の主体が法人である場合には、会社法 972 条により、その行為をした取締役、執行役その他業務を執行する役員又は支配人に対して適用することとなる。

金融商品取引法は、有価証券の募集や売出しのために、虚偽の記載のある目論見書を使用したり、それ以外の文書等の使用に当たって虚偽の表示をすることを禁止し（金商法 13 条 4、5 項）、その違反を処罰している（同法 205 条 1 項）。本罪との罪数関係は法益が異なることから、観念的競合と解される。

### 2-8-4 会社法における文書の虚偽記載に対する制裁

会社法が虚偽文書の行使など虚偽記載に対し刑事罰を科すこととしているのは本条のほかは、電子公告調査機関に係る会社法 973 条及び 974 条のみである。貸借対照表、損益計算書、会計監査報告、決算報告などの書面・電磁的記録に虚偽の記載・記録をしたときは 100 万円以下の過料の制裁にとどまる（会社法 976 条 7 号）。

投資者の保護を目的として企業内容の開示制度の充実を図っている金融商品取引法が、有価証券報告書等の重要事項の虚偽記載に対して厳しい刑事罰で望んでいる（金商法 197 条 1 項 1 号）のとは、明らかに対照的である。

## 2-9 超過発行の罪（会社法 966 条）

### 2-9-1 総説

会社法 966 条は、取締役等が、株式会社が発行することができる株式の総数を超えて株式を発行したときは、5 年以下の懲役又は 500 万円以下の罰金に処する旨を規定する。

昭和 25 年の商法改正による授權資本制度の採用に伴い、株式の超過発行を処罰するた

めに設けられた規定である。「株式会社が発行することができる株式の総数」とは、定款所定の発行予定株式（会社法 37 条 1 項、98 条）の総数から、新株予約権の行使に備えて発行を留保すべき株式数（同法 113 条 4 項）を控除した数をいう。この定款の授權枠を超えて新株を発行した場合には、新株発行の無効原因となる。

### 2-9-2 二重株券の発行との異同

もし、払込みもなく、株主名簿への記入もなく、単に予備株券を勝手に引き出して新株式の発行を装って株券を発行したような場合には、いわゆる二重株券（ダブル株）の発行であって有価証券偽造罪に該当し、本罪は成立しない。東京地判昭和 34 年 3 月 19 日判タ 89 号 82 頁は、会社の経理担当取締役である X が、会社の資金繰りに窮し、授權枠がないことからダブル株を発行してこれを担保に金融を得た事案について、有価証券偽造、同行使、詐欺罪の成立を認める。これに対し、本罪は会社法所定の株式発行の手続を経て発行されたものであるものの、授權資本の枠を超えている点において、上記ダブル株発行の場合とは異なる。

### 2-9-3 本罪の適用場面

本罪の適用場面として、取締役等が超過発行した株券を担保に金融機関等から借入れをし、一時資金繰りをつけて会社の危機を乗り切った後、次期決算期においてこれを利益剰余金で償却するようなことが想定されていた。

実際の本罪の適用例はない。もっとも民事裁判例であるが、福岡地決平成 12 年 7 月 14 日判時 1729 号 121 頁は、発行済株式総数 99 万 6000 株、定款所定の発行予定株式総数が 240 万株の株式会社が、158 万 4000 株につき授權資本の枠を超過して新株を発行しようとしたのに対し、一部の株主が会社に対し当該新株発行差止めの仮処分を求めた事案について、「定款上の会社の発行する株式総数の変更については、株主総会の特別決議が必要であるところ、本件において特別決議がなされたとは到底認められず、また株主に不利益を与えるおそれもある」として当該新株発行の全体の差止めの仮処分を認めている。この事案は、仮に差止めがされずに株式が発行された場合には本罪が成立したこととなる。

なお敵対的買収から企業を防衛する対策として、発行済株式総数を増やすことにより、株式買占者の議決権比率を相対的に低下させるために、第三者割当の新株発行という対抗



手段が用いられることがある。この場合、新株発行をするには会社に発行可能な株式数が残存していなければならない、それが不足すると認められる場合には、定款を変更して発行可能な株式数を増大させ、発行可能な株式数を確保しておく必要がある。しかし、定款を変更するためには特別決議を必要とするところ、買占めがかなり進み、また、紛糾と株主に動揺が広まっているような段階では、特別決議を経ることは容易ではない。こうした場面では本罪が発生することが考えられないわけではない。

超過発行を抑止する方策として私法的救済（新株発行の差止め、無効の訴え）のみで足りるかという疑問である。したがって、本罪は実際の適用例がないからといって、立法論的にみて超過発行を処罰する必要性に乏しいとは到底いえないであろう。

## 2-10 取締役等の贈収賄罪（会社法 967 条の罪）

### 2-10-1 沿革

会社法 967 条 1 項は、「同法 960 条 1 項各号に掲げる者等が、その職務に関し、不正の請託を受けて、財産上の利益を収受し、又はその要求若しくは約束をしたときは、5 年以下の懲役又は 500 万円以下の罰金に処する」旨を規定し、同法 967 条 2 項は、「前項の利益を供与し、又はその申込み若しくは約束をした者は、3 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金に処する」旨を規定する。

本罪は元々商法の昭和 13 年改正で新設された。立法趣旨は、「刑法における賄賂罪は公務員又は仲裁人の職務についてのみ成立するとされているが、これを公務員又は仲裁人に限らず、広く他人の事務処理者の職務についても賄賂罪の成立を認めるのが適当である」ということは是れ実際家、学者間における一致した意見であって、1 つの刑事立法の新しい考え方である」とされる。

### 2-10-2 保護法益

本罪の性格は、刑法の収賄罪と同様に、取締役等の職務の公正さを保護する規定と解すべきこととされている。取締役についてみれば、会社法 355 条により、法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し、株式会社のため忠実にその職務を行わなければならないこととされており、本罪はこの忠実義務の違反から会社を保護する規定ということができよう。役員（取締役を含む。）及び会計監査人と会社との関係については、会社法 330 条の規定に

より委任に関する規定（民法 644 条）に従うとされており、それ以外の本罪の主体（支配人等）と会社との関係についても、一般に民法 644 条が適用されると解されるので、本罪はこうした者の民法 644 条に規定する善管注意義務違反から会社を保護するものといえることができる。

ここで会社法 355 条の忠実義務と民法 644 条の善管注意義務の異同が問題となるが、判例は「忠実義務」とは善管注意義務を敷衍したものであり、通常の委任関係に伴う善管注意義務とは別個の高度な注意義務を規定したものではないとする。ただ、民法 644 条には忠実義務も含まれると解する見解があり、その立場からは会社法 355 条は再び民法 644 条を敷衍していっそう明確にした規定ととらえることになる。

ちなみに英米法にあつては、信託における受託者と受益者との関係、代理における代理人と本人との関係、会社における取締役と会社との関係などは代表的な信認関係の類型とされているところ、信認関係の「受託者の地位にある者は、その地位を利用して利益を得てはならない。彼は、自己の利益と義務とが相反する立場に身を置いてはならない。」という法理が形成されている。会社法の規定する忠実義務も、元はアメリカ法に範をとって置かれたといわれる。

### 2-10-3 「不正の請託」について

「請託」とは、その職務に関して将来一定の行為を行うこと又は行わないことを依頼することをいう。「不正」とは、違法を意味し、法令に違反する場合のほか、会社の事務処理規則の重要なものに違反する場合も含むと解されている。

民事裁判例であるが、東京高判昭和 28・7・16 東高民判時報 4 卷 3 号 90 頁は、約束手形金請求控訴事件につき、東京都競馬株式会社の発起人であった控訴人が「本件手形は鹿島建設から融資を受けた 100 万円を返還するために同社あてに振り出したところ、これは控訴人が鹿島建設を東京都競馬株式会社が建設する競馬場建設工事の請負契約につき指名入札に参加させ、請負契約締結に至るよう便宜を図る代償として鹿島建設から融資を受けたものであり、商法 493 条（旧法）の罪に当たる不法原因給付である」旨主張したのに対し、鹿島建設が控訴人に依頼したことは当該競争入札に参加することだけのことで、特に鹿島建設の利益を図り東京都競馬株式会社を害せんとするものではないから、上記請託は商法 493 条にいう「不正の請託」には当たらない旨判示した。

この事案では、控訴人が職務に関して、財産上の利益を受受したことは間違いないであろう。単なるリベートの個人的な受領は、直ちに本罪には当たらないというのであろう。「不正の請託」の立証は一般に困難と考えられているためか本罪が適用された例はまれである。

しかし例えば、①銀行の支店長が取引先の A から不正融資を求められ、見返りに金銭を受受した場合、②会社の取締役が、自社の秘密扱いのインサイダー情報を C に漏示する見返りに C から金銭を受受した場合などは、本罪に当たると解してよいであろう。

実務的に、不正融資事案に対して特別背任罪が適用される例は多数あるが、①のような例につき本罪で起訴された例はないようである。A からの不正融資の要請については、「不正の請託」に該当すると見る余地がある。特別背任罪とは併合罪関係と解される。

②のような事例では、C からインサイダー情報漏示の要請を「不正の請託」と見ることは可能であり、その漏示を「その職務に関し」と見ることができれば、本罪が成立するであろう。

(須藤純正)

## 3 特別背任罪

### 3-1 総説

会社法 960 条の特別背任罪は、株式会社の取締役をはじめ、各号に列挙された主体に関する、背任罪（刑法 247 条）の加重類型である（加重的身分犯（刑 65 条 2 項参照））。

たとえば、次のような事例が、その典型である。

「銀行の代表取締役 X は、従来からずさんな貸し付けをしていた A 社に対し、倒産の可能性があり、しかも大幅な担保不足であることを知りながらも、自分が代表取締役である時点で、A 社問題が発覚し経営責任を追及されることを恐れ、同社の延命のために、数億円を貸し付けた」。

ここで、X は株式会社の取締役であり、その任務（不良債権を発生させないという任務）に違背し、銀行に損害を加えている。また、銀行の利益を軽視し、自己の利益（さらに、A 社の利益も）を図る目的を有している。こうした場合に本罪が成立するのである。

刑法の背任罪自体、「他人のためその事務を処理する者」を主体とする構成的身分犯（刑 65 条 1 項参照）である。本条の構成要件と刑法 247 条の構成要件とは、主体の点を除けば同一とされている（東京高判昭 30・12・28 高刑集 8 卷 9 号 1188 頁）。それゆえ、以下、本罪の実行行為、目的、結果の解釈において、刑法の背任罪に関する解釈・判例も適宜引用する。

### 3-2 （特別）背任罪の罪質

背任罪の法的性格については、刑法学上も激しい議論があるが<sup>1</sup>、現在の多数説は、背信説という見解を採用している。背信説は、背任を、本人（被害者）との間の信任関係に違反した財産権侵害と理解し、本人から授与された法的権限を濫用する場合に限らず（処罰範囲をこうした場合に限定する見解を、権限濫用説と呼ぶが、現在では少数説である）、法的代理権を授与されていない者の行為であっても、また、法律行為ではなく事実行為であっても、本罪が成立しうるとしている。

判例は、刑法の背任罪において、代理権を与えられているわけではない、抵当権設定者

---

1 この点について、詳しくは、上嶋一高『背任罪理解の再構成』（1997）

による二重抵当（最判昭31・12・7刑集10巻12号1592頁）、株式質権設定者が株券を質権者に交付した後、裁判所を欺いて除権判決を得て、株券を失効させた行為（最決平15・3・18刑集57巻3号356頁）など、担保権設定者による担保権侵害行為につき広く背任罪を認めており、また、事実行為による背任をも認めている（例えば、大判大3・6・20刑録20輯1313頁（帳簿への虚偽の事実の記載））から、背信説を採用していると理解されている。

### 3-3 主体

#### 3-3-1 総説

前述のように、本罪は主体が限定された身分犯である。判例は、身分は、行為時に存在すれば足り、結果発生時には必要ないとしている（大判昭8・12・18刑集12巻2360頁）。この判決は、小切手振出権限を有する銀行代理人が、銀行名義の小切手を作成した時点では身分を有していたが、身分を失った後に、これを交付したという事案を扱ったものである<sup>2</sup>。

本罪の主体に該当するか否かが争われた判例としては、創立総会で監査役に選任された株式会社の発起人に、総会欺罔罪（旧商261条）を認めるに当たり、会社設立が無効となっても、発起人、取締役、監査役として、事実上その事務に携わった者は同罪の主体となるとしたものがある（大判昭11・10・28刑集15巻1391頁）。また、例えば、取締役選任後、選任総会決議が取消された場合や、取締役として選任された者に欠格事由があった場合であっても、その者が取締役として登記されていた場合には、刑法上は取締役と考えることができると思われる。なお、本罪には、法人処罰規定がないため、以下の主体は、いずれも、自然人に限られる。

#### 3-3-2 個別の主体

##### (1) 発起人

会社法26条1項参照。定款が書面をもって作成された場合には、署名または記名押印し

---

2 逆に、任務違背行為時には取締役でなかったが、損害発生時には取締役であった事案で、本罪の成立を否定し、任務違背行為時に認められた身分に基づいて背任罪を認めた裁判例として、神戸地判昭34・5・6判時199号10頁。

た者、電磁的記録をもって作成されたときは、それに代わる措置として法務省令に定めるもの（会社法規則 2125 条 1 項 1 号（電子署名））をした者である。いわゆる疑似発起人（会社法 103 条 2 項）も含むか否かについては議論があるが、同条項において「発起人とみなす」とされ、結果的に、会社に損害を与える可能性が発起人と同程度に認められるので、含まれると解すべきであろう。なお、発起人は、設立時発行株式を 1 株以上引き受けなければならないとされている（会社法 25 条 2 項、32 条 1 項）。この点と関連し、発起人が株式を引き受けることが、単なる義務か、それとも資格要件であるかについて、議論がある。後者と解する古い民事判例があるが（大判昭 7・4・19 新聞 3405 号 14 頁）、少なくとも本罪の成否に関しては、引き受けが、当罰性に決定的な差異を生じさせるとは考えられないので、資格要件ではないと解すべきであろう。

## (2) 設立時取締役・設立時監査役

### (a) 設立時取締役

会社法 38 条 1 項参照。会社法制定以前は、会社成立前後を問わず、取締役とされていたが、会社法によって会社が成立するまでは、基本的に発起人に対する監督機関として位置づけられるに至った。任務の内容も、そうした観点から決されることになる。

### (b) 設立時監査役

会社法 38 条 2 項参照。監査役設置会社（会社法 2 条 9 号）の監査役には、設立経過の調査権限があるが、それ以外の設立時監査役には会社成立前の権限はないとされている。このため、特別背任罪の主体となるのも、監査役設置会社の監査役に限られると解さざるを得ない。

## (3) 取締役、会計参与、監査役又は執行役

### (a) 取締役

取締役の権限は、取締役会設置会社（会社法 2 条 7 号、362 条 2 項 1 号、4 項）とそれ以外（会社法 348 条 1 項、2 項。この場合は、監査役は任意機関であり、他の取締役の業務執行の監督も業務執行の一部となる）とで異なるが、いずれの場合も本罪の主体となる点では同様である。また、委員会設置会社においては、取締役に業務執行権限はなくなるが（執

行役に委ねられる。会社法 415 条、418 条 2 項)、取締役会が一定範囲で業務執行についての意思決定をしなければならないとされ (会社法 416 条 2 項、4 項)、その点に関して、本罪がなお成立しうる。

取締役は、株主総会決議 (会社法 329 条 1 項) あるいは種類株主総会単位で (347 条 1 項) 選任される。裁判例には、登記簿上、取締役とされていたが、株主総会による選任決議を経ていなかった営業課長につき、「(旧) 商法 486 条の取締役に当たるとするのは合理的疑いが残る」とし、さらに任務違背をも否定して無罪としたものがある (大阪高判平 4・9・29 判時 1471 号 155 頁)。ただし、取締役に当たらなくとも、後述する「事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」(7 号) に該当すれば、本罪が成立しうることも注意を要する。

また、前掲神戸地判昭 34・5・6 は、取締役辞任後も、会社のほとんどの株を所有し、会社の主要業務全般の執行について実権を握っていた被告人について、「会社のために誠実にその任に当らねばならぬものであることも当然であるが、だからといって、その故に直ちに被告人が商法第四百八十六条第一項所定の「取締役」であるということとはできないし、そうかといって、右のような立場にあつた被告人をもつて、会社と雇傭関係に立ち、これに従属していた者であるとは到底認められないから、同条にいわゆる「支配人」その他の「使用人」ということもできない」として、被告人を商法の特別背任罪に問うことはできないとし、背任罪を認めている。

なお、取締役の職務執行が停止されている間 (民事保全法 23 条 2 項参照) は、本罪の主体となり得ない。その間選任される職務代行者は、別途本罪の主体とされている。

#### (b) 会計参与

取締役と共同して計算書類およびその附属明細書、臨時計算書類ならびに連結計算書類を作成する株式会社の機関である (会社法 374 条 1 項、4 項)。例えば、計算書類に不備があるのを故意に放置した結果、会社に損害が生じたような場合などに、本罪が成立しうるというべきであろう。

#### (c) 監査役

監査役は取締役の職務執行の監査をなす、株式会社の機関である。例えば、監査役が、

取締役による会社に損害を及ぼすような取引を、それと知りつつ放置したり、承認した場合等に、本罪が成立する。なお、裁判例には、被害銀行の監査役であり、かつ顧問弁護士であった者が、代表取締役に対して、十分な担保を徴しない融資の実行を指示、依頼した事案で、被告人を通常の背任罪の刑で処断したものがある（すなわち本罪の身分がないものとして扱った（後述・共犯参照）ということである（東京地判平2・3・26判時1356号63頁（平和相互銀行事件。控訴審、上告審でもこの判断は維持されている））。これは、本件犯行（不正融資）が、被告人の監査役としての地位とは関係なく行われたと評価されたためであろう。もちろん、事案によっては、不正融資を放置した点について、監査役自身の任務違背行為が認められる場合もありえよう。

(d) 執行役

委員会設置会社においては、執行役が、いわゆる経営者となり、取締役会は、その監督機関としての役割を担う。その任務違背の内容については、従来の代表取締役の任務違背に関する議論を参考にしながら、決されるべきであろう。

(4) 民事保全法第56条に規定する仮処分命令により選任された取締役、監査役又は執行役の職務を代行する者

取締役の選任決議の不存在・無効の確認もしくは取消の訴え（会社法830条、831条）または取締役解任の訴え（会社法854条）が提起され、その取締役に職務を継続させることが適当でない場合に選任される（監査役、執行役の場合も同様である（会社法917条1号参照））。取締役の職務代行者の権限は仮処分命令に別段の定めがある場合以外は会社の常務に限定され、それに属しない行為をするには裁判所の許可を要するが（会社法352条1項、868条1項）、そうした権限踰越行為についても、会社は善意の第三者については責任を免れない（会社法352条2項）ため、損害を負うるので、そうした行為についても本罪が成立しうるというべきであろう。

(5) 第346条第2項、第351条第2項又は第401条第3項（第403条第3項及び第420条第3項において準用する場合を含む。）の規定により選任された一時取締役、



会計参与、監査役、代表取締役、委員、執行役又は代表執行役の職務を行うべき者取締役等が欠けた場合、または会社法もしくは定款で定めた取締役等の員数が欠けた場合、任期満了又は辞任により退任した取締役等は、新たに選任された取締役等が就任するまで、なお取締役等としての権利義務を有する。このため本罪の適用に当たっても、これらの者は取締役等と同様に扱われる。

#### (6) 支配人

支配人は、会社に代わってその事業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する(11条)。このような観点から認められる任務に違背して、会社に損害を加えた場合に、本罪が成立する。いわゆる表見支配人がこれに当たるかは、議論があり、罪刑法定主義の観点から、否定する見解が有力である。ただし、否定説を前提としても、事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人に当たる場合には本罪の主体となることには、注意を要する。

#### (7) 事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人

一般に、支店長、部長、課長、係長、主任等、事業に関するある種類または特定の事項について部分的包括代理権を有する使用人をいうとされている。本号について議論されている解釈論上の問題は2つある。

1つは、雇用関係の要否である。使用人という概念は、日常用語では、雇用関係を前提とするが、本罪の旧規定である旧商法486条1項における「営業に関するある種類若しくは特定の事項の委任を受けたる使用人」(カナはひらがなに改めた)について、雇用関係は必要条件ではない、として本罪を認めた判例がある(最決平17・10・7刑集59巻8号1086頁(イトマン事件))。その事案は、商社甲から巨額の融資を受けていた不動産会社のオーナー経営者Xが、甲の不動産開発等の業務を担当する理事兼企画管理本部長に就任し、甲社社長の命令に服しながら、対外的法律関係に関する包括的代理権の行使を含め、後者の企業活動の一端を継続的かつ従属的に担っていたが、甲社から給与等の支給は受けていなかった(それゆえ雇用には該当しない(民法623条参照))というものである。最高裁は、①被告人が甲の組織内に組み込まれ、②社長の指揮命令に服し、③包括的代理権の行使を含め甲の営業活動の一端を継続的かつ従属的に担っていたといった事情を指摘して、本罪を認

めている。

本決定の調査官解説によれば、特別背任罪の加重根拠は「株式会社という複雑な機構の内部に位置する役職員によって、株主や会社債権者を含めた外部の者に気づかれないうまま、適法な業務と紛らわしい形で反復継続してなされる背任行為」だから、損害が重大になりやすいという点に求められている<sup>3</sup>。このような理解に従えば、確かに、雇用契約の有無は決定的な事情ではない。

もう1つの問題は、どのような任務を負っていることが必要かである。この点につき、「その任務の性質上、一般的に雇主の対外的な営業上の法律関係の発生、変更、消滅を生ぜしめるような性質の営業に関する事項について雇主を補助する者」と定義して、新聞社の社会部副部長を、収賄罪（現会社法 967 条（1号で、「960 条第 1 項各号又は第 2 項各号に掲げる者」が主体とされている）の主体に当たらないとした高裁判決がある（東京高判昭 37・5・17 高刑集 15 卷 5 号 335 頁）。ただし、本判決を前提としても、任務・権限の内容は、各会社によって異なるから、「副部長であれば、本罪の主体に当たらない」といったように、形式的に理解すべきではない。

(8) 検査役

会社法 33 条 1 項、2 項、868 条 1 項参照。

(9) 清算会社の清算人

会社法 477 条 1 項参照。

(10) 民事保全法 56 条の規定する仮処分命令により選任された清算株式会社の清算人の職務を代行する者

(5)参照。

(11) 第 479 条第 4 項において準用する第 346 条第 2 項又は第 483 条第 6 項において準用する第 351 条第 2 項の規定により選任された一時清算人又は代表清算人の職務を

---

3 上田哲『最判解（刑）（平 17）』416 頁。

行うべき者

(5)参照

(12) 清算人代理

会社法 525 条参照。

(13) 監督委員

会社法 527 条参照。

(14) 調査委員

会社法 522 条、523 条参照。

### 3-4 実行行為

3-4-1 任務違背行為の意義・およびその類型

刑法学の通説は、これを「誠実な事務処理者としてなすべきものと法的に期待されるころに反する行為」と定義する。法律行為に限らず（また、法律行為が、それが民法上無効でも本罪となりうる（福岡高宮崎支判昭 33・6・24 高検速報 742 号参照）、事実行為（大判大 3・6・20 刑録 20 輯 1313 頁）でも足りるとするのが、通説である<sup>4</sup>。また、作為のみならず不作為も含まれる（債権回収を怠った点に任務違背を認めた判例として、大判大 15・9・23 評論 29 卷刑法 30）。

株式会社の役員・従業員に法的に期待されるのは、突き詰めれば会社財産の維持・増大であり、本罪も財産犯として規定されているから、本罪の実行行為は、本人の財産に対する危険の程度をふまえた上で、本罪の主体が会社に対して負う義務に違反したか、という観点から、実質的に解釈されるべきである（最判平 16・9・10 刑集 58 卷 6 号 524 頁参照）<sup>5</sup>。

---

4 コンピュータ・ソフトウェア開発販売会社の営業課長とインストラクターが、新会社設立資金を得るために、会社のプログラムを顧客でない者のコンピュータに入力した行為に背任罪を認めた裁判例として、東京地判昭 60・3・6 判時 1147 号 162 頁。

5 島田聡一郎「背任罪における任務違背行為」『植村立郎判事退官記念論文集(1)』（2011）237 頁以下参照。

なお、法令、定款、事務処理規則、契約等に定められた手続に違反したとしても直ちに任務違背とはならない。そうした法令、手続は、必ずしも本人の財産への危険を前提としているとは限らないからである。例えば、会社の金を贈賄する行為は、明らかに法令違反であるが、それによって官庁との契約を確保したり、許認可を得やすくなる場合であれば、直ちに、任務違背行為になるとはいえない。なお古い判例には、会社資金の贈賄について、株主総会の議決があるとしても横領罪となると述べたものがあるが（大判明45・7・4刑録18輯1009頁（ただし、議決の執行とは認められない事案）、法人の権利能力についての古い理解を前提としているし、その後の判例の動向を見ると、現在でも、なお額面通りに受け取るべきとは思われない（なお、横領罪の事案であるが、最決平13・11・5刑集55巻6号546頁（行為が法令に違反するとい一事から直ちに不法領得の意思を認めることはできないとする）））。

逆に、必要な手続が踏まれていたとしても、実質的に見て会社との信頼関係に違反し、会社に財産上の損害を生じさせる行為は、任務違背行為である。例えば、銀行の取締役が放漫な自己借用または第三者借用の保証をして銀行に財産上の損害を加えたときは、監査役承認があつたとしても背任罪を構成する（本罪制定以前の判例。大判大14・3・24刑集4巻95頁）。また、信用組合の専務理事が、自らが担当する貸付事務について、貸付金の回収が危ぶまれる状態にあることを熟知しながら、無担保あるいは不十分な担保で貸付を実行することは、決裁権を有する理事長の決定・支持によるものであり、反対意見を具申しつたという事情があつても任務違背に当たるとした判例がある（最決昭60・4・3刑集39巻3号131頁）。

### 3-4-2 経営判断原則との関係

この点と関連し、近時、いわゆる経営判断原則と本罪の任務違背行為との関係について判断した判例が注目される。その判例は、銀行の代表取締役が、実質的倒産状態に陥っていた融資先企業グループに対し、客観性の認められるような再建・整理計画もないままに、赤字補填資金等を、実質無担保で貸し付けたことを、任務違背行為と評価している（いわゆる北海道拓殖銀行・ソフィアグループ事件。最決平21・11・9刑集63巻9号1117頁）。同決定において注目されるべき点は2つある。1つは、①取締役の行為が、任務違背と評価されるべきか否かに際し、いわゆる経営判断原則に言及した点であり、もう1つは、②各

業種について注意義務の内容は異なるという一般論を前提とした上で、銀行取締役の注意義務の程度は、「一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のもの」であるとした点である。もっとも、①については、同決定において、同原則の具体的内容は示されていない<sup>6</sup>。そして、最終的にも、融資判断が「著しく合理性を欠き……債権保全に係る義務に違反したことが明らか」とされており、これは従来の任務違背を肯定した判断とほぼ同様の表現なので、判例が、この原則を示したことによって、これまでの任務違背行為に関する判断基準を変えたとはまでは思われない。

他方、②については、従来の民事下級審判例においても「不特定多数の預金者から集め預金を運用することから、預金者保護の必要性があること、そして決済機能等金融システムの根幹を担うことからの公共性」を理由に、銀行取締役の融資判断における義務の程度は高いとされていた。そして、本件は、①融資先の経営状況、資産状態等を調査し安全性を確認することに加え、②原則として確実な担保を徴求する等の措置を要求し、特に、当該事案で問題とされた実質倒産状態にある企業に対する無担保融資については「客観性を持った再建、整理計画とこれを確実に実行する銀行本体の強い経営体質を必要とするなど、その融資判断が合理性あるものでなければならず、手続的には銀行内部での明確な計画の策定とその正式な承認が欠かせない」としている。少なくとも、本件のような銀行の存続にかかわるような巨額融資の事案では、このように考えざるを得ないであろう。

なお、同決定には、具体的事案で金融機関による無担保の貸付が（例外的に）、どのような要件を満たせば、任務違背に当たらないかについて、融資判断の際の情報収集、分析、検討に判断の重点をおいて、実質破綻企業に対する融資（その目的に応じてさらに類型化がなされている）と正常企業に対する融資とにわけて、詳細に論じた田原裁判官の浩瀚な補足意見が付されている（ただし、特に正常企業への無担保融資の部分は、本件とは無関係であるから、あくまで一学説と位置づけられるべきであろう）。

---

6 その後、民事判例であるが、最判平 22・7・15 金判 1347 号 12 頁は、不動産賃貸等を業とする会社が、傘下会社の完全子会社化のために、市場価格より高価で株式を取得した点につき「決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り」任務違背を否定する、とした。

### 3-4-3 他の具体例

#### (1) 総説

上に見た不良貸付は、任務違背行為の典型であり、判例・裁判例においても非常に頻繁に登場する（例えば、最判昭29・11・5刑集8巻11号1675頁、最決昭35・8・12刑集14巻10号1360頁、最決昭63・11・21判時1297号141頁など）。なお、近年、不良債権処理にあたって、母体行である金融機関が他の債権者よりも重い負担をするという、いわゆる「母体行責任」の考え方に依拠して、不良貸付の任務違背性を否定しようとする被告人側の主張が散見されるが、それは法律上の義務ではないから、銀行、信用金庫等の任務の公共性に鑑みると、そのような考え方それ自体を理由に、任務違背、図利加害目的を否定すべきではない。あくまで背任罪の一般論に則った判断をすべきであろう（大阪高判平17・4・28高刑速報平17・257頁。母体行とはいえないとして、この主張を排斥した裁判例として、東京高判平18・9・7高刑速報平18・148）。

#### (2) 発起人の行為

例えば、一部の株式引受人の利益を図る目的で、株式払込金の一部の払い込みを免除した場合や、現物出資の目的である財産を過大に評価する場合などがあげられる。

#### (3) 取締役の利益相反取引

会社法356号1項2号、365条1項参照。もっとも、この規定は予防的・形式的に設けられたものだから、これにあっても、会社に実質的な不利益を生じさせない行為については本罪の任務違背性を否定すべきである。他方、株主総会あるいは取締役会の承認手続を得た場合であっても、取引の内容が会社の財産上の利益を害するものである場合には、任務違背となりうる（大判大14・2・25刑集4巻95頁、大阪高判昭45・6・12刑月2巻6号626頁参照）。なお、古い判例には、会社が取締役の債務を保証する行為につき、古い判例には、取締役個人の金銭債務である以上、会社の目的の範囲外であり、無効であるから、会社が保証債務を履行したといった事情がない限り会社に損害を負わせたことにならないとしたものがある（大判昭9・12・10刑集13巻1692号）。しかし、これは会社の目的に関する古い民事法理論を前提としたものであり、現在ではもはや妥当しないというべきであろう。債務の内容、履行確実性の程度、担保の有無等に鑑みて、会社財産に危険を及ぼす

ような行為であれば、任務違背行為と言うべきである。

なお、利益相反取引と類似の事案として、親会社である A 社及びその子会社である B 社の代表取締役を兼務していた被告人が、B 社に利益を得させる目的で、商品価値を失っていた B 社の長期在庫品を A 社に買い取らせ、A 社に代金相当額の損害を生じさせたことにつき特別背任罪の成立を認めた裁判例がある（広島高判平 16・9・21 判例集未登載）。

#### (4) 取締役の競業避止義務違反等

会社法 356 条 1 項 1 号、365 条 1 項参照。もっとも、この規定も予防的・形式的なものであり、その違反が本罪の成否に直結するわけではない。本条に該当しなくとも、取締役が営業秘密等を利用して私利を図る場合などには本罪が成立するし、取締役会の承認があったことによって直ちに本罪の成立が否定されるわけではない。もっとも、わが国では競業承認は取締役を系列会社に代表取締役として派遣する等の正当な事業目的に基づいてなされることも多いから、そのような場合には、（たとえ結果的に損害が生じたとしても）任務違背性を否定すべき場合もあろう。

なお、競業避止義務と類似する行為として、会社が関心を持つはずの新規事業機会等を取締役が自己の事業にしてしまう場合がある。このように会社に得られたであろう利益を得させないことも財産上の損害となりうるのだから、その行為が忠実義務に違反すると考えられる場合には、任務違背行為と評価しうる。退任後類似の事業を営む予定の取締役による従業員の引き抜きも、忠実義務違反とされる場合があるとされており、それが本罪の任務違背行為となる場合もあり得るが、財産上の損害との因果関係の立証が難しい事案もあろう。

#### (5) 違法な剰余金配当・違法な役員賞与の支給

株主に対する財産分配の方法の代表的なものが、剰余金配当（会社 453 条）であり、また、会社による自己株式取得も実質的に株主に対する財産分配としての機能を果たしうる。これらの行為が財産配分の限度額を超えてなされた場合（会社法 461 条、464 条項参照）、その当時の株主が一時的な利益を得たとしても、長期的に見れば会社の財産的基盤を害し、損害を与えることになる。それゆえ、業務執行者等については、そうした分配可能額を超過した剰余金配当の決定をすれば、会社財産を危うくする罪として、刑事罰が科される

(会社963条5項2号)。しかし、旧法下においては、それにとどまらず、本罪が成立する場合もあると解されてきた。すなわち、会社財産を危うくする罪は、本罪の補充規定と解されるどころ、こうした違法な配当が、株主の利益（第三者の利益）を図り、あるいは取締役等の自己保身目的でなされるなどした場合には、本罪が成立し（主として、株主の利益のためになされた事案で、特別背任罪を認めた判例として、大判昭7・9・12刑集11・1317）、それが満たされていない場合に会社財産を危うくする罪が成立するというのである<sup>7</sup>。もっとも、この解釈は、図利加害目的に関するものであり、違法な剰余金配当はそれ自体、任務違背となることが前提とされているといえよう。

なお、この点と関連し、役員賞与が利益金処分の一環としてなされていた旧法下においては、粉飾決算に基づいて株主総会の承認を得て、役員賞与を支給することが本罪となるとされていた（例えば、神戸地判昭53・12・26商事法務829号25頁、東京地判昭57・2・25刑月14巻1・2号194頁）。この手続は、現行法では変更されているが、報酬のうち金額が確定しないものについては、具体的な算定方法を、多くの場合は、総会決議で決し（会社法361条1項3号）、しかもそこで算定方法を相当とする理由を説明しなければならないとされている（同361条1項3号）。そうした説明の際に、自己・第三者の利益を得る目的で、虚偽を述べ、その結果として会社に財産上の損害を加えた場合には、本罪あるいは詐欺罪が成立する余地がある。

#### (6) その他の任務違背行為

その他、判例において問題とされた事案として、不当な債務保証（数多いが、比較的最近のものとして、東京高判平13・4・26判タ1077号288頁）、担保の解放（最近の裁判例として、大阪高判平13・12・26判例集未登載。ただし、顧客の資金需要にこたえるため、営業上必要、有益な行為として任務違背に当たらないとされた場合もある（東京高判昭53・3・29東高時報29巻3号59頁））、権限濫用による本人名義での手形・小切手の振出等（最決昭40・5・27刑集19巻4号396頁<sup>8</sup>）。裏書、支払保証、為替手形の引き受けも本罪と

---

7 図利加害目的が否定される場合として、例えば、会社の業績が一時悪化し、利益がないことになったが、無配にすると会社の信用が低下し、融資がストップされるおそれがあり、ひいては本格的な営業不振に陥るおそれがあるとしてなされた場合が考えられる。

8 その手形を組合の当座預金から払出して支払った行為もまた右背任罪の一部で、別に横領罪を構成



なりうる)、当座預金口座に決済資金が不足した場合には、不足分を銀行が立て替え払いするという、いわゆる過振(銀行に対する任務違背。最決昭63・11・21刑集42巻9号1251頁)、不当に高いあるいは低い値段で契約を締結し、相手からリベートをもらう行為(大判大4・2・20刑録21輯131頁)などがある。他方、リベートが、裏勘定として会社のために用いられる場合には、任務違背行為あるいは図利加害目的が否定される(東京地判昭34・9・21判時202号4頁(造船疑獄事件、山下汽船事件))。

### 3-5 故意・図利加害目的

#### 3-5-1 総説、故意と図利加害目的の関係

特別背任罪は故意犯であるから、主体、任務違背行為、財産上の損害発生について故意がなければ、成立しない。とはいえ、これはあくまでそうした構成要件要素を基礎づける事実についての認識が必要という意味であり、そのような認識がありながら構成要件該当事実に該当しないと誤信していた場合(あてはめの錯誤)には、故意は否定されず、せいぜい違法性の錯誤の問題とされるに過ぎない<sup>9</sup>。背任罪に関する古い判例には、自己の行為が任務に違背することの認識が必要としたものがあるが(大判大3・2・4刑録20巻119頁)、それは被告人に、任務違背性を基礎づける事実(村長の財産処分権限)について、認識が欠ける事案であった<sup>10</sup>。なお、いずれの点についても、通常の故意と同様、確定的認識は不要(最判昭43・4・26刑集22巻4号301頁(財産上の損害発生の認識が否定された事例))であり、未必的認識・予見で足りるとするのが判例(大判大13・11・11刑集3巻788頁参照)・通説である。

さらに、本罪においては、こうした故意に加えて、「自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社に損害を加える目的」が要求されている。刑法の背任罪と文言が若干異なるが、その内容は同一である。ここにいう「利益」が財産上の利益に限られるのか、それとも面

---

するものではないとする。

9 西田典之『刑法総論(第2版)』(2010)247頁参照。

10 協同組合の代表理事組合長につき、担保評価が過大となっているか否かを判断する前提事実の認識を欠くなどして、任務違背性の認識を否定した最近の裁判例として、佐賀地判平16・1・29判時1869号143頁。また、系列親会社によって、問題ある経営者を円満に絶縁させるためになされた特殊な事案ではあるが、東京高判昭46・2・10判時631号36頁も、「自己の任務にそむくとの意識」を否定する。

目、信用などの非財産的利益も含むのかについては議論があるが、判例は非財産的利益も含むと解している（大判大3・10・16刑録20輯1867頁、最決昭63・11・21刑集42巻9号1251頁）。

はじめに見たように、本罪の故意が認められるためには、「本人に財産上の損害を加えることの認識・予見」が必要である。しかし、そうなるとその要件と「図利または加害目的」との理論的關係が問われる。もし仮に、加害目的が、「本人に損害を加えることの予見」を意味するのだとすれば、財産上の損害についての故意が認められる場合には、加害目的が常に認められることになり、法が規定する図利加害目的は、無意味な文言となってしまうからである。以下、そうした前提の下、判例を概観する。

### 3-5-2 判例の状況

図利加害目的に関する判例は古くから存在していたが（例えば、自己の信用面目を保持するために不当な利益配当をする行為は、図利加害目的を満たすという一般論を述べた大判大3・10・16刑録20輯1867頁（結論的には、重大な理由齟齬により有罪判決を破棄）、寺の住職が関東大震災後、庫裡再建のため仏像を檀徒総代や主務官庁の許可なく売却した事案で、横領罪の成立を否定し、さらに図利加害目的を否定した大判大15・4・20刑集5巻136頁など）、その理論的基盤が明らかにされたのは、比較的近年のことである。

まず、最決昭63・11・21刑集42巻9号1251頁（東京相互銀行事件）は、同行銀座支店長が、Aが経営するB社が同支店に開設していた当座預金口座に決済資金が不足した場合には、不足分を同銀行が立て替え払いするという、いわゆる過振の便宜を図っていたところ、B社の資金状態が悪化した後も、「AおよびBを利し、銀行を害することを熟知しながら」過振を繰り返し、しかも被告人が任務違背行為に出たのは、「同銀行の利益を図るためではなく、従前安易に行っていた過振りの実体が本店に発覚して自己の面目信用が失墜するのを防止するためであった」という事案で、図利加害の意欲ないし積極的認容がなくとも、図利加害目的が認められるとした。必ずしも明らかでない部分もあるが、被告人の本人への加害の故意を認定した後、任務違背行為の動機が本人のためではなかったとして目的を認めたものと理解することができる。

次いで、最決平10・11・25刑集52巻8号570頁（平和相互銀行事件）は、株式会社平和相銀と運命共同体の関係にあった株式会社Aクラブが、数ヶ月後に予想された会員権

預り保証金の償還請求に応ずる資金捻出のために、所有地の売却を計画したところ、購入の意向を示した株式会社 B が平和相銀に対し売買代金、開発資金、貸付後 1 年分の利息支払資金の融資を求めてきたため、これに応じた事案で、平和相銀の監査役であった被告人に第三者（株式会社 B）図利目的を認めているが、そこでは、B の信用状態が甚だしく不良で融資金の回収が困難に陥るおそれがあることが明らかであった上、他の方途を探ることも可能であったなどとした上で、「被告人……らには、本件融資に際し A クラブが募集していたレジャー会員権の預かり保証金の償還資金を同社に確保させることにより、ひいては A クラブと密接な関係にある平和相銀の利益を図るという動機があったにしても、右資金確保のために同銀行にとって極めて問題が大きい本件融資を行わなければならないという必要性、緊急性は認められないこと等にも照らすと……それは融資の決定的な動機ではなく、本件融資は主として A クラブ、B の利益を図る目的をもって行われた」とされている。

さらに、最決平 17・10・7 刑集 59 卷 8 号 779 頁（イトマン事件）は、中堅商事会社イトマンの代表取締役社長であった被告人が、イトマンから不動産事業等を目的とする株式会社 A（代表取締役 B）の子会社に対して債権保全のための担保徴求等の措置を講じることなく、ゴルフ場の開発工事資金名目で約 230 億円を貸付、債権の回収を困難にした事案で、「被告人が本件融資を実行した動機は、イトマンの利益よりも自己や B の利益を図ることにあつたと認められ、また、イトマンに損害を加えることの認識・認容も認められるのであるから、被告人には特別背任罪における図利目的はもとより加害目的をも認めることができる」としている。

これらの判例の根底にあると理解されている学説は、いわゆる消極的動機説と呼ばれる。同説は、図利加害目的の機能を、本人に財産的不利益が生じるかもしれないと認識しながらも、本人の利益を図るためになされた行為を背任罪の処罰範囲から除く点に求めた上で、「自己又は第三者の利益の認識（認容）があり、かつ本人図利の動機がない」場合、あるいは「本人の損害の認識（認容）があり、かつ本人図利の動機がない」場合に、図利加害目的を認める。現在では、この見解が多数説となっている<sup>11</sup>。

この点と関連し、古くから、本人図利目的と自己又は第三者図利目的が併存している場

---

11 例えば、西田典之『刑法各論（第 6 版）』（2012）260 頁、前田雅英『刑法各論講義』（第 5 版）（2011）399 頁、山口厚『刑法各論（第 2 版）』（2010）327 頁。

合について、いずれの動機が主たるものであるかを問題として、それが前者である場合には、図利加害目的が否定されるべきだという議論がなされてきた（判例においては、例えば、最判昭 29・11・5 刑集 5 卷 11 号 1675 頁、最決昭 35・8・12 刑集 14 卷 10 号 1360 頁（いずれも本人図利目的が従たる目的として認められたとしても、主たる目的が、自己第三者図利目的であったとして本罪を肯定）。この議論と、先に見た消極的動機説との整合性については、若干の説明を要する。というのは、もし正面から動機を考慮して、その主たるものが何か、と考えるのは、端的に、図利加害の動機を積極的に認定することに帰着するからである。この点については、両者を整合的に理解するのであれば、動機を単純に比較するのではなく、図利加害の「認識」が存在する場合には、本人図利の動機が存在する限りで目的が否定されうるが、その動機は主たる物でなければならない、という意味で理解されることとなろう。

また、平成 10 年決定の理由付けに見られるように、判例において本人図利の動機は、純粋に主観的な事情としてではなく、当該任務違背行為が客観的に見て、どの程度の必要性、緊急性があったか、といった事情をもふまえて認定されている（例えば、新潟地判昭 59・5・17 判時 1123 号 3 頁も、客観的に見て既存債権の回収はもとより、当該融資の確実な回収も「到底期待できない状況であった」として、「被告人がその内心において債権回収を図る意図を有していたとしても、それは現実的可能性に乏しい単なる期待ないし願望に過ぎない」として図利加害目的を肯定する）

裁判例において、図利加害目的が否定された事例として、前掲大判大 15 の他、例えば、農業協同組合会計係が、組合長の指示に基づき借入金を預けることが許されていない金融機関に預け入れたところ、その金融機関が倒産したため預金が回収不能となった事案で、得た利益を組合の会計に繰り入れ職員の厚生資金等に充当する意思であったとして、本人図利目的を認めた大阪高判昭 32・12・18 裁特 4 卷 23 号 634 頁、異常な不動産ブームのもとで、本人に不動産売買契約を締結させた行為について、取引が成功する見込み、成功した場合における本人の得べかりし利益の程度、契約締結の経緯、被告人の役割、被告人の個人的利得の有無、当時の経済情勢などを総合して考慮すべきであるとした上で、一方的に地上業者（第三者）の利益を図るために行われたのではないとした名古屋地判昭 52・9・30 判タ 353 号 139 頁、元 a 銀行代表取締役頭取 X、元 a 銀行代表取締役専務 Y による不良融資の事案で、報酬維持や責任追及の回避を主目的とした自己図利目的は認められず、

a 銀行の破綻を避けるために特定合併を実現させることが主目的であったとした、大阪高判平 14・12・25 判例集未掲載等がある。

### 3-6 財産上の損害

#### 3-6-1 法律的財産概念と経済的財産概念

背任罪は、全体財産に対する罪であり、財産の喪失及び取得を全体として併せ評価して、損害が生じた場合に既遂に達する。財産が失われても、それに見合う反対給付がなされていれば、損害が生じたとはいえない（そのような損害が生じる可能性が当初から存在しなかった場合には、未遂にもならない）。

ここにいう損害は、経済的見地において、会社の財産状態を評価し、行為者の行為によって会社財産の価値が減少したこと、または増加すべき価値が増加しなかった場合に認められる、というのが判例（最決昭 58・5・24 刑集 37 卷 4 号 374 頁）・通説である（経済的財産概念といわれる）。そうした損害の額が、不確定であっても本罪は成立する（大判昭 8・12・4 刑集 13 卷 895 頁）

例えば、無担保や不十分な担保によって不良貸付を行った場合には、貸付と同時にそれに対応する債権を取得するが、経済的見地から評価すれば、その債権の価値は低いため、貸付に見合った反対給付とはいえず、その時点で財産上の損害が認められる（なお、通常は、利息額も損害に含まれる（大判大 11・9・27 刑集 1 卷 483 頁））。そうした場合には、事後に債務が弁済されても背任罪の成立が否定されることはない（最決昭 38・3・28 刑集 17 卷 2 号 166 頁参照）。

前掲最決昭 58 は、信用保証協会支所長が、支所長に委任された限度額を超えて、協会をして、債務者の、倒産を一時糊塗するに過ぎない目的での債務保証を専決した事案で、「債務がいまだ不履行の段階に至らず、したがって同協会の財産に、代位弁済による現実の損失がいまだ生じていないとしても、経済的見地においては、同協会の財産的価値は減少したものと評価される」と判示している。なお、古い判例には、財産上の損害には「財産上の実害発生の危険を生じさせた場合」（最判昭 37・2・13 刑集 16 卷 2 号 68 頁）でも足りるという表現を用いていたものもあるが、それも同趣旨である。もっとも、「危険」という言葉は高度の危険からかなり低い危険まで含み得、そうなると未遂の場合も含まれてしまいかねないから、現在の表現の方が適切であろう。このように、損害を経済的見地から判断

する以上、任務違背行為が法律上無効であったとしても、本人が事実上不利益を被る可能性があれば、財産上の損害が認められる<sup>12</sup>。

他に、経済的見地から損害が認められるべき場合として、例えば、本人を約束手形の裏書人の地位においた場合（東京高判昭49・7・31東時25巻7号64頁（人的抗弁が認められ償還義務が否定された事案で、本人が現実に償還義務を履行しなくとも足りるとする）、保険会社の代理店の事務担当者が営業方針として定められた制限以上の保険金支払を約した保険契約を締結した場合（大判大14・8・3刑集4巻506頁）等がある（反対給付を考慮して、損害額の範囲が限定された裁判例として、東京地判平4・7・23判時1472号160頁）。

なお、不良貸付により背任が既遂になった後、貸付額を上回る追加融資を行い、そのうち一部を既存債務の弁済に充てた場合に、そのような弁済に充てた部分まで財産上の損害が生じたといえるかが問題とされる。それが単に帳簿上の操作によって行われた場合には、資金の現実的移動がないことから、財産上の損害を否定し（東京地判昭40・4・10判時411号35頁参照）、追加融資が実際に顧客の口座に入金された場合（新潟地判昭59・5・17判時1123号3頁）には、その時点で追加融資についても返済可能性が乏しい状態が生じたから、既遂とすべきというのが一般的な考え方である。

この点と関連し、近時、反対給付が本人に帰属したといえるかが問題とされた判例がある。その事案は、A銀行が、いわゆる過振り状態に陥り、手形決済能力のなかったB社が降り出した約束手形の手形保証をしたが、保証と引き替えに額面金額と同額の資金が銀行の会社名義の口座に入金され、会社の当座貸越債務の弁済に充てられていたというものである（手形保証、割引、入金は同時になされていた）。最高裁は、当該入金が一時的に貸越残高を減少させ、会社に債務弁済能力があることを示す外観を作り出して、銀行から会社へさらに融資を行わせることなどを目的として行われていたこと等を指摘した上で、「入金により当該手形の保証に見合う経済的利益がA銀行に確定的に帰属したものである」とはできず、財産上の損害が認められるとした（最決平8・2・6刑集50巻2号129頁）。ここでは、いったんA銀行に帰属したはずの利益が、被告人らの手を経て再度外部に流出しており、いわば、被告人が当該利益について実質的にはなお処分することができるのと同視できる立場に立っていたと評価できることが考慮され、利益がA銀行に帰属してい

---

12 前掲最決昭37・2・13も本人（漁業信用基金協会）の業務の範囲外で無効であっても、本人をして定期預金債権の回収を不能ならしめる危険があるとして本罪を肯定している。

なかったと評価されたのであろう。

### 3-7 未遂

(特別) 背任罪における損害は、経済的観点から判断されるため、任務違背行為と同時に損害が発生する場合が多い。このため、未遂が認められることは非常に珍しい。未遂が認められた裁判例として、例えば、遺産相続に関連し、電話加入権の贈与を受けた A のため、名義書換手続を委任された X が、これを元の名義人より B に売却して、B のために名義変更請求書を郵便局に提出したが、未だ名義書換を了しなかった事案(大判昭7・10・31 刑集 11 卷 1541 頁)がある。なお、東京高判昭42・9・14 東時 18 卷 9 号 249 頁は、X が A に農地を売却し県知事の許可前に、これをさらに B に売り、B のために所有権移転請求権保全の仮登記をしたという事案で背任未遂を認めているが、不動産に抵当権を設定した旨の虚偽仮登記を了した点について「不動産取引の実務において仮登記があった場合にはその権利が確保されているものとして扱われるのが通常」であることを理由に、横領罪を認めた最決平21・3・26 刑集 63 卷 3 号 291 頁に照らすと、すでに既遂とすべきであるように思われる。これに対し、単に譲渡(あるいは担保権設定)の意思表示にとどまった場合には、背任未遂とすべきであろう。

### 3-8 共犯

#### 3-8-1 身分犯

本罪は、主体が3-2で見た者に限定されている犯罪(身分犯)である。刑法上の背任罪も「他人のためその事務を処理する者」でなければ犯せない身分犯(構成的身分犯)であり、本罪は、その中でもさらに取締役等の身分を根拠にその刑を加重するものである(加重的身分犯)。

このため、身分のない者が、本条所定の身分者の行為に加担した場合に、その者の罪責がどうなるかが議論される。例えば、取締役に対して無謀な冒険取引を唆した経営コンサルタントに何罪が成立するか、という問題である。判例は、こうした場合につき、刑法65条1項、2項をともに適用し、前者によって特別背任罪の共犯(関与の態様に応じて、共同正犯、教唆、幫助いずれもあり得る)が成立するが、後者によって、背任罪(共犯)の刑の範囲で処断するという見解を採用している(東京高判昭42・8・29 高刑集 20 卷 4 号 521

頁、東京高判昭54・12・11東時30巻12号179頁)<sup>13</sup>。これは、非占有者が業務上横領罪に加功した場合に、同罪の成立を認め、横領罪の共犯として処断する判例理論(大判明44・8・25刑録17輯1510頁他)と平仄をあわせたものである。

しかし、このように、罪名と科刑を分離することは、判例理論においても、これらの身分犯においてのみ認められているに過ぎず、便宜的であるという批判がある。学説においては、非身分者には、端的に背任罪を認め、特別背任罪と共犯となるとすべきだという見解が有力である<sup>14</sup>。

### 3-8-2 取引の相手方による加功

不良貸付における借手を典型とする、取引行為の相手方につき、どの範囲で背任罪の共犯が成立するか。取引行為の相手方は、しばしば、任務者と利害関係を異にし、自らの経営状況を良くするために多少の無理を申し入れることもある。しかし、そうした行為も一定範囲では、経済活動の自由の枠内にあるとして、許容されるべきではないか。この点は、近時、いわゆるバブル期の事後処理ともいべき事件を契機に激しく議論されるようになってきた。

もっとも、このような者を処罰した判例は、実は、かなり古くから存在する。例えば、大審院時代には、呉服卸商Aの販売係Xが、顧客Yから、商品を廉価で販売した上で、帳簿を改ざんして、差額を折半することを持ちかけられ、これに応じた事案で、非身分者であっても、身分者に共同加功すれば、身分犯を犯しうることを理由に、Yを背任罪の共同正犯で処罰した大判昭4・4・30刑集8巻207頁がある(さらに、大判昭8・9・29刑集12巻1683頁、大判昭13・6・15新聞4282号16頁等がある)。しかし、この当時は、先に見たような問題意識は、いまだ見られなかった。

取引の相手方について、処罰範囲を一定程度限定したのではないかと、学説の問題意識を喚起したのは、いわゆる千葉銀行事件である(東京高判昭38・11・11公刊物未登載、およびその上告審判決である最判昭40・3・16集刑155号65頁)。東京高裁判決において

---

13 なお、3-8-2で後述する近年の最高裁判例においても、下級審でこのような法適用がなされたことが是認されている。

14 例えば、西田・前掲各論264頁。なお、このような罪名の異なる共犯の成立可能性自体は、判例上、認められている。



は、「身分を有しない借受人の立場は、銀行の立場とは全く異なるから、借受人が貸付人と特別背任罪を共謀する認識を有していたか否かの点の認定については、銀行の立場…を離れ…借受人の立場を中心として判断しなければならない…身分を有しない者に、身分者の任務違背行為について共同正犯としての責任を負わせるためには、身分者が抱いた任務違背の認識とほぼ同程度の認識を有することを要する」、しかし本件では、Yが銀行に損害を生じさせる認識を有していなかったと推察される、とし、最高裁もその判断を是認している。

しかし、この判例では、Yにとっては、担保不足が必ずしも明らかではなかったと認定されているから、Yに財産上の損害の認識がなかったという結論は、ある意味当然のことともいえよう。このため、前半の、一見主観を限定しているように見える部分も、理論的に特別な限定をしたのではなく、単に、故意の事実認定を慎重にすべきことを説いたにとどまるとも理解できる。

この問題が、再度議論されるようになったのは、比較的最近のことである。そこでは、バブル期あるいはその崩壊後に問題とされた不良貸付を巡り、借手を常に処罰するのでは、経済活動の自由を大幅に阻害するのではないか、という観点から議論がなされ、そのような限定をしているとも理解できる下級審判例がいくつか登場した（例えば、東京地判平12・5・12判タ1064号254頁（無罪）、大阪高判平14・10・31判時1844号123頁（有罪とするが、通常の融資等取引の在り方から明らかに逸脱しているといえるか否か、という限定を付す）。そして、最高裁も、こうした見解に配慮したとも理解できる判断を示すようになる。まず、B住宅金融専門会社（いわゆる住専）から継続的に融資を受けていたAファイナンス会社の役員甲が、Bの融資担当者であった乙らから、実質的に無担保状態であるのに、なお迂回融資の形態で継続して融資を受けた事案につき、「甲は乙ら融資担当者がその任務に違背するに当たり、支配的な影響力を行使することもなく、また社会通念上許されないような方法を用いるなどして積極的に働きかけることもなかったものの、乙らの任務違背、B社の財産上の損害について高度の認識を有していたことに加え、乙らが自己及びA社の利益を図る目的を有していることを認識し、本件融資に応じざるを得ない状況にあることを利用しつつ、B社が迂回融資の手順を採ることに協力するなどして本件融資の実現に加担していた」として、甲につき特別背任罪の共同正犯を認めた（最決平15・2・18刑集57巻2号161頁（住専事件）。また、被告人XY各自がそれぞれ個人的に支配す

る会社の経営が逼迫する中、互いに無担保で数十億円を融資しあい、それぞれの会社がこれに依存する関係にあった状況で、被告人 Y が総合商社 A 社およびその子会社の取締役 X らと共謀の上、A 社およびその子会社 B に、Y が実質的に経営する会社から高額の利益を上乗せした価格で多数の絵画を買わせ、両社に多額の損害を負わせた事案で、最高裁は次のように判断している。「Y は、特別背任罪の行為主体としての身分を有していないが……X らにとって各取引を成立させることがその任務に違背するものであることや、本件各取引により A や B に損害が生ずることを十分に認識していたと認められる。また、本件各取引において A や、B 側の中心となった X と Y は、共に支配する会社の経営がひっ迫した状況にある中、互いに無担保で数十億円単位の融資をし合い、両名の支配する会社がいずれもこれに依存するような関係にあったことから、X にとっては、Y に取引上の便宜を図ることが自らの利益にもつながるといった状況にあった。Y は、そのような関係を利用して、本件各取引を成立させたとみることができ、また、取引の途中からは偽造の鑑定評価書を差し入れるといった不正な行為を行うなどもしている。このようなことからすれば、本件において、Y が、X らの特別背任行為について共同加功したと評価し得ることは明らか」である（最決平 17・10・7 刑集 59 卷 8 号 1108 頁（イトマン事件））。さらに、最決平 20・5・19 刑集 62 卷 6 号 1623 頁（石川銀行事件）は、次のような事案で Y を特別背任罪の共同正犯とした。X が頭取を務めていた地銀 A の財務状態は悪化し、金融監督庁による業務改善命令を受けていた。Y が経営する企業集団 Y グループに属していた B 社はゴルフ場を経営していたが、その経営状態は悪かった。A は当時 Y グループの企業に計 200 億円近く貸出していた。そうした中 Y は、自己の支配する C 社が、A から融資を受け、B からゴルフ場を買い取った上で、融資の一部を B の A に対する債務の返済に充て、さらに B の債権者である D にも低額を支払って D の B に対する債権を譲り受ける計画を X に提案した。その際 Y は、実際には 10 数億円の担保価値しかないゴルフ場の担保価値を、約 67 億とする不動産鑑定書の作成を鑑定士に依頼し、それを A に提出した。X は不動産評価額が大幅に水増しされており、融資のこげつきは必至と認識したが、B の破綻によって経営責任を追及されることをおそれ、B に 57 億円を融資した。最高裁の判断は以下の通りである。「以上の事実関係のとおり、Y は、特別背任罪の行為主体の身分を有していないが、上記認識（筆者注、X らの保身目的の認識や任務違背性の認識）の下、単に本件融資の申込みをしたにとどまらず、本件融資の前提となる再生スキームを X らに提案し、D 社との債

権譲渡の交渉を進めさせ、不動産鑑定士にいわば指し値で本件ゴルフ場の担保価値を大幅に水増しする不動産鑑定評価書を作らせ、本件ゴルフ場の譲渡先となる C を新たに設立した上、X らと融資の条件について協議するなど、本件融資の実現に積極的に加担したものである。このような事実からすれば、Y は X らの特別背任行為について共同加功したものと評価することができる。「融資の実現に積極的に加担」したことが指摘されていることが重要である<sup>15</sup>。

これに対し、原審の有罪判決を破棄し、差し戻したのが、最決平 16・9・10 刑集 58 巻 6 号 524 頁である。その事案は、次のようなものである。甲県最大の地銀である A 銀行の頭取であった Y は、甲県信用保証協会の専務理事 X らと共謀して、信用保証協会に損害を与えたとして、背任罪の共同正犯で起訴された。協会は、A 銀行が貸し付けた直後に倒産した B 社の、A 銀行に対する 8000 万円の債務を保証していたが、担保物件（機械）166 点のうち 4 点（ただし評価額は 3 億円中 6000 万円）が未登記であったことが、保証条件違反にあたるとして、A 銀行に免責通知をした。Y は、これによって保証債務が消滅したにもかかわらず、A 銀行の利益を図る目的をもって、X らに働きかけ、免責通知を撤回させ、代位弁済を実行させ、協会に損害を与えた。なお、A 銀行は当時協会に対し、毎年約 4000 万円の負担金を拠出していた。1、2 審では、Y は背任罪の共同正犯とされていたが、最高裁は次のように述べて、これを破棄した。負担金「の拠出額は協会の保証を受けた債務の前年末の残高及過去 1 年間に受けた代位弁済額によって算定されることになっていた。A 銀行関係は……いずれの額においても断然第 1 位であった。このような状況の下において、独り A 銀行のみが負担金の拠出を拒絶し、協会から利益は受けるけれども、応分の負担をすることは拒否するという態度を採ることが實際上可能であったのか、ひいては……Y が協会に対する負担金の拠出に応じないことを利用して代位弁済を強く求めることができたかどうか、については疑問がある」「A 銀行が協会に対する平成 8 年度の負担金の拠出を拒絶することが実際上も可能であり、かつ、協会側が Y から負担金の拠出に応じられない旨を告げられていたとしても、協会としては」（負担金拠出を受けることと代位弁済の）「利害得失を慎重に総合検討して、態度を決定すべき立場にある。」（負担金拠出を受けることを重視して）「代位弁済をすることが、直ちに協会役員らの任務に背く行為に当たる

15 同決定につき、詳しくは、青柳勤「判解」曹時 63 巻 11 号 237 頁のほか、西田典之「判批」金法 1847 号 10 頁、橋爪隆「判批」刑ジ 15 号 125 頁、島田聡一郎「判批」セレクト 09・35 頁等を参照。

と速断することは、できない」(担保の)「登記手続が未了であったという事実以外の事実を当時の Y が認識していたことは確定していないのであるから、そのような事実を直ちに Y が行為の任務違背性を認識していた根拠とすることはできない」「機械 4 点の登記漏れの事実が 8000 万円の債務全額について協会の保証責任を免責する事由となり得るかどうかについて、議論があり得る」これを受け、差戻後高裁判決は、X らの任務違背性は肯定したものの、Y の関与につき、要請が 1 回限りであり、弱みにつけ込む等の著しく不相当な手段も取られていなかったとし、さらに、任務違背性の故意を否定して、無罪判決を下した(名古屋高判平 17・10・28 判例集未掲載)。

これらの判例は、共同正犯か無罪かが争われたものであるが、借り手側の関与者につき共同正犯の成立が否定され、幫助が認められた判例もある。A 銀行の支店副長 X が、会社経営者 Y と共謀の上、Y の会社に 20 億円の不正融資をし、5 億円を X に対するリベートとして支払っていた事案を扱った最判昭 57・4・22 判時 1042 号 147 頁においては、Y に雇われて資金繰りを担当していた Z、営業面を担当していた W が、共同正犯として起訴され、原判決では、両名いずれも共同正犯とされたが、最高裁で破棄され、いずれも幫助とされている。その理由としては、本件の筋書きが、もっぱら Y 個人によって発案、推進され、もっぱら Y が利得を納める目的をもってしたもので、ZW 両名は分け前にもあずかっておらず、Y の手足として働いたに過ぎなかったという点が指摘されている。

以上のような判例理論をまとめると、まず、取引相手方側の人物が処罰されるためには、①任務者の任務違背性の認識および図利加害目的の存在を十分認識していることを前提に、②任務者との利害関係が共通化している場合、あるいは②任務違背行為に対する積極的働きかけがなされた場合であることのいずれかが必要とされているように思われる。さらに、③そうした取引相手方側内部での役割分担に応じて共同正犯か幫助かが決されているといえよう。

### 3-8 罪数

本罪においては同一の相手方に対する一連の任務違背行為が包括一罪とされる場合が、しばしば見受けられる。例えば、不良貸付に関し、東京高判昭 53・10・20 高検速報 2316 号(前掲最判昭 57・4・22 の原審)は、「同一犯行目的のためにいくつかの異なる手段、方法が反復継続してとられた本件のような背任罪においては、その実行行為においてとられた

具体的手段、方法が全く同一とはいえない場合でも、それがいずれも背任者の同一任務に違反する同一の犯意ないし目的の達成のためになされた行為であると認められる以上」包括一罪とすべきだとして、銀行員による約一年間にわたる多数回の不正融資を背任の具体的方法の相違や共犯者の相違等にもかかわらず一罪とし、また、東京高判平 11・7・26 東高時報 50 卷 1-12 号 59 頁も、被告人の、借手の経済的破綻状態に対する認識、任務違背の内容の同一性、貸付の態様、これまでの返済の形態、動機等を考慮して一連の貸付を包括一罪としている。また、福岡高判平 4・5・13 金融法務事情 1454 号 72 頁も、自己の経営する A 社の倒産を回避するため、銀行の支店長 B と共謀の上、B において、その任務に背き、多数回にわたり A 社振出の約束手形に支払保証を行い、銀行に多額の手形保証債務を負担させ損害を加えた事案で、一連の手形保証行為を包括一罪とした。

### 3-9 他罪との関係

#### 3-9-1 業務上横領罪

##### (1) 総説

判例・学説においては、本罪と業務上横領罪とを、どのような基準で区別すべきかが議論されている。通説は、両者は、本人から財産管理を委ねられた者による背信的行為という点では共通し、観念的には両罪ともに成立しうる場合もあるという前提から出発する。もちろん、業務上横領罪は「他人の物」に対してしか成立し得ないため、「財産上の利益」のみが問題となる場合には本罪しか成立し得ない（例えば、自己物についての担保権侵害や、いまだ所有権が移転していない知事許可前の農地の二重譲渡（最決昭 38・7・9 刑集 17 卷 6 号 608 頁）などについては、背任罪の成立しか問題となり得ない）。他方、本罪の主体は「業務上の占有者」よりも狭いというのが多数説であるから、本罪が成立せずとも、業務上横領罪が成立する場合もある。それゆえ、両者の関係は、しばしば、交錯する 2 つの円にたとえられる。そして、両者が交錯する部分については、実質的に 1 個の法益侵害しか認められないため、少なくとも観念的には、業務上横領罪が成立し、同罪で処罰される以上は、さらに本罪を認めるべきではない、とするのが通説である（法条競合。ただし、本罪のみで起訴されれば、それで有罪とすることも適法ではあろう）。その理由は、業務上横領罪の方が（罰金刑がない点で、刑の下限が）重い罪と考えられていること、および背任罪が財物の領得を前提としない、いわば補充的な財産犯であることに求められる（大判

明 43・12・5 刑録 16 輯 2135 頁参照) という点に、学説上ほぼ異論はない。

もちろん、被告人の一連の行為によって複数の財産権侵害が生じている場合には、横領罪と背任罪とがともに成立し、併合罪となる場合もある。例えば、税関監史が税関貨物取扱人の雇人と共謀して、通関貨物の品数を不当に少なく査定して倉敷料の一部を免脱せしめた上、その雇人と共に同人が倉敷料納付のため業務上保管していた収入印紙の内、倉敷料免脱額に見合う分を着服した事案につき、背任罪と横領罪を認め、両者を併合罪とした判例がある(大判大 15・2・8 刑集 5 卷 26 頁)。

## (2) 領得行為の限界

このように考えると、事務処理者が、委託された財物を不当に処分した場合における両罪の区別は、結局、横領罪の実行行為である「領得行為」が認められるか否かに求められることになる。領得行為について判例は、「不法領得の意思を実現する行為」(最近では、最決平 21・3・26 刑集 63 卷 3 号 291 頁)と定義しており、さらに本罪における不法領得の意思については、「他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意思」とされている(最判昭 24・3・8 刑集 3 卷 3 号 276 頁)。もっとも、この定義だけでは抽象的であり、そこから一義的な基準が導かれるわけではない。以下では、領得行為の限界が問われた判例・裁判例に検討を加えることとする。

まず、もっぱら本人の経済的利益を図るために行動した場合には、横領罪はもちろん、背任罪も、図利加害目的の欠如ゆえ、成立しない(大判大 15・4・20 刑集 5 卷 136 頁)。

そこで問題は、もっぱら本人の経済的「利益」を図るためとはいえ、むしろ行為者自身あるいは第三者の利益を図った場合に、両罪をどのように限界づけるか、である。多くの判例・裁判例が重視するのは、行為が行為者の計算でなされたか、本人の計算でなされたか、すなわち処分の経済的「効果」を行為者に帰属させる意思でなされたか、それとも本人に帰属させる意思でなされたか、という点である。後者は、「所有者でなければできないような処分」とはいえず、本人に対する背信的行為が認められる限度で、背任罪が成立する、とされる(最判昭 28・12・25 刑集 7 卷 13 号 2721 頁も参照)。例えば、質屋の従業員が、顧客と通謀して、同人に質物の価格を上回る金額を貸し出し、あるいは質物をとらずに貸し付けた事案で、差額の金銭を領得する目的で若しくは単に自己の計算で貸し出し

た場合に横領罪となるが、原判決の判示はこの点が明らかでないとした大判大3・6・13刑録20輯1174頁、村長が、知人が経営する会社の利益を図って、村会決議を経ずに村の財産を村の計算で当該会社に貸し付けた事案で、業務上横領罪を適用した原判決を破棄して、背任罪を認めた大判昭9・7・19刑集13巻983頁、町収入役が町民と共謀の上、その者のためにその者の負担していた国税、県税を村名義で立て替えた事案で、町の計算でなされているとして背任罪を認めた大判昭11・6・15刑集15巻871頁、信用組合の支店長が預金成績の向上を図るため、一部預金者に正規の利息の他に組合の金で多額の預金謝礼金を勝手に支払い、この謝礼金を補填すべく正規の融資を受ける資格のない者に組合名義で、高利で貸し付けた事案で、謝礼金の支払いも仮払伝票により信用組合から支出を受けて支店長が自由に使用しうるようプールしてそこからなされていること、資格のない者への貸付も資格者への貸付のように手続を仮装してなされたこと、被告人が、貸付が回収不能となった場合には、自らが責任を負うつもりであったと供述していることなどを指摘して、組合名義で貸付がなされていたとしても、「組合の計算においてなされた行為ではなく、被告人らの計算においてなされた」として、業務上横領罪を認めた最判昭33・10・10刑集12巻14号3246頁等参照。

学説の中には、当該行為が被告人の抽象的権限の範囲内で本人のための事務処理として行われたか否かを基準とする見解も有力に主張されている<sup>16</sup>。確かに、被告人の権限を逸脱してなされたことは、本人の計算でなされたのではなく、被告人が物を一旦自己の物として処分したことを推認させる。しかし、抽象的権限という概念がどの程度の抽象化を意味するかが明らかでない点はさておき、被告人において、条件等が整えば一般的、抽象的にはなしうる行為であったとしても、当該具体的事件における権限逸脱行為がなされ、しかも領得行為がなされたと見うる場合には、横領罪を認めるべきであろうし、他方、本人の財産権保護の観点とは異なる観点からなされている法令上の規制を逸脱した場合であっても、領得行為とは言い難い場合もあるように思われる。

まさに後者の観点から、領得行為を認めたことについて、学説から批判を受けているのが、最判昭34・2・13刑集13巻2号101頁（いわゆる森林組合事件）である。その事案は、社団法人森林組合の組合長らが、①農林漁業資金融通法に基づいて、政府から組合に対し

16 藤木英雄『刑法講義各論』（1977）407頁。

て、組合員に造林資金として転貸交付すべきものであり、いかなる用途にも絶対流用支出することができない性質のものとして貸与されていた金を保管していたが、諸経費の支払いに窮していた町から要請され、組合委員会の決議の趣旨に反し、これを貸付、さらに②被告人の個人事業の借入金返済のために、地方財政法 16 条、森林法 193 条等の諸規定に基づき、国が小規模の造林事業を行う自然人に対し、事業完成後その実績に応じて給付する一種の国庫補助金である春期造林補助金を、やはり組合委員会の決議の趣旨に反して貸付けたというものである。最高裁は、①は被告人ら個人の計算でなされたものとして、「保管方法と使途の限定された他人所有の金員につき、その他人の所有権そのものを侵奪する行為に外ならないことにかんがみれば、横領罪の成立に必要な不法領得の意思ありと認めて妨げない」として業務上横領罪を認め、②については、資金の性質の相違などから、横領罪を認めるには新たな証拠調べが必要だとして、高裁判決を破棄している。

この判決に対しては、①について、貸付が組合名義で行われ、その後、町から組合に一部弁済がなされていることなどに鑑みると、組合に対する横領罪を認めるべきではなく、せいぜい背任罪成立可能性があるだけだ、とする河村大助裁判官の少数意見がある（同意見は、融通法の解釈に基づき、政府に対する横領罪ともならないとする）。

もっとも、判例も法令違反があったことを理由に、直ちに不法領得の意思を認めるわけではないことには、注意を要する。最決平 13・11・15 刑集 55 卷 6 号 546 頁は、株式会社の取締役経理部長が会社の株式の買占めに対抗するための工作費用として会社の資金を第三者に交付した場合において、会社の不利益を回避する意図を有していたとしても、交付金額が高額であるなど交付行為が会社にとって重大な経済的負担を伴い、違法行為を目的とするものとされるおそれもあったのに、交付の相手方や工作の具体的内容等につき調査をしたり、その結果の報告を求めたりした形跡がうかがわれず、また自己の弱みを隠す意図等をも有していたといった事情を指摘して、交付の意図は専ら会社のためにするところにはなく、業務上横領罪における不法領得の意思があったと認められると判断しているが、その際、原判決が「その行為の目的が違法であるなどの理由から、金員の委託者である会社自体でも行い得ない性質のものである場合には、金員の占有者である被告人がこれを行うことは、専ら委託者である会社のためにする行為ということとはできない」としていたのを、「是認することができない」とした上で、「当該行為ないしその目的とするところが違法であるなどの理由から委託者たる会社として行い得ないものであることは、行為者の不



法領得の意思を推認させる1つの事情とはなり得る。しかし、行為の客観的性質の問題と行為者の主観の問題は、本来、別異のものであって、たとえ商法その他の法令に違反する行為であっても、行為者の主観において、それを専ら会社のためにするとの意識の下に行うことは、あり得ないことではない。したがって、その行為が商法その他の法令に違反するという一事から、直ちに行為者の不法領得の意思を認めることはできない」、としているのである。

### (3) 手形、小切手の振出、支払

なお、手形、小切手の振り出しについては、個別に検討すべき問題点がある。最判昭40・5・27刑集19巻4号396頁は、農業協同組合の組合理事らが、知人から融通手形振出の依頼を受けて、組合名義の約束手形を振り出し、同人に交付したが、同人が約旨に反して回収返還しなかったため、所持人から手形金請求がなされ、やむを得ず支払ったという行為については、手形金支払の点も「背任罪の一部」であるとして、別に業務上横領罪を構成するものではない、としている。この判断は、あくまで、手形振出が組合の計算でなされ、手形金の支払が、そうした背任行為の必然的な結果に過ぎない事案に関するものであり、この判例を、手形、小切手等の振出権限がある者による行為は、背任罪としかかり得ないと理解すべきではないように思われる。実際、本決定が、業務上横領罪ではなく背任罪とすべきことを説いたのは、一連の手形振出・換金行為の一部に過ぎず、業務上横領罪を認めた原判決を是認している部分も存在しているのである。

とりわけ一覧払いを前提とする小切手の振出については、単なる債務負担行為というにとどまらず、それが企業の資金領得の手段として用いられたと評価すべき場合が、少なくないように思われる。判例の立場を前提としても、まず、企業の資金を自己の用途に充てるため小切手を振り出して、自らその小切手で、預金口座から払い戻しを受ける場合には、預金に対する横領罪が成立するというべきであろう。こうした場合には、40年判決の事案とは異なり、企業は振出人に対しては、小切手債務を負担しておらず、支払が企業の計算でなされた債務の履行としての性質を有しないからである。そうだとすると、さらに進んで、当初から資金横領の手段として情を知る第三者に小切手を振り出し、その第三者が金銭を引き出す場合にも、現金化された段階で、預金に対する横領罪と構成した方が実態に即している場合もあるように思われる（なお、広島高判昭56・6・15判時1009号140頁参

照)。

### 3-9-2 詐欺罪・電算機詐欺罪

任務違背行為が、同時に、本人に対する詐欺的行為を含む場合には、詐欺罪と背任罪の関係が問題となる。判例は、欺罔行為が行われ、被害者による交付行為も認められれば、詐欺罪のみが成立するとしている(大判昭7・6・29刑集11巻974頁、最判昭28・5・8刑集7巻5号965頁)。両者が法条競合の関係にあるという理解であろう。なお、特別背任罪と詐欺罪との関係については、特別背任行為が必ずしも詐欺行為のうちにすべて包含されるとはいえないことを理由に、両罪を観念的競合とする裁判例(名古屋高判昭43・12・4高検速報455)もある。懲役刑と罰金刑の併科が可能となる点で、実益があるが、背任罪の場合と異なる解釈を、あえてするだけの十分な論拠はないのではないだろうか。特別背任罪を含む背任罪が、領得罪が成立しない場合に問題とされるべき補充的財産犯であることや、横領罪との区別の箇所でも前述したような法定刑の理解に鑑みれば、本罪と詐欺罪の関係も、本罪と横領罪との関係と同様に考えられるべきである(すなわち、詐欺罪で起訴されれば、さらに本罪が成立することはないが、詐欺罪が成立しうる事案で本罪として起訴され、本罪が成立するのであれば、詐欺罪が成立しうることを理由に無罪となることはない。証券外務員がいわゆる手張り行為を繰り返し、会社に損害を与えた行為について、株券を騙取した詐欺罪とした一審判決を、会社側も、その行為を知っていたとして破棄した控訴審判決を受け、背任罪を認めた裁判例として、大阪地判平3・2・28判例集未登載)。

このことは電算機使用詐欺(刑法246条の2)と背任罪との関係についても、基本的に妥当する。すなわち、前者の成立要件が満たされていれば、法条競合として同罪のみが成立するということである。この点と関連し、信用金庫支店長が自己の債務の弁済及び当座預金の手当のために第三者の口座および自己の当座預金口座に架空の入金処理をしたことが、電算機詐欺罪における「虚偽の情報」に該当するか否かが問題とされた裁判例(東京高判平5・6・29高刑集46巻2号189頁(なお原判決は特別背任罪を認めていたが、その主体に該当しない事案であり、明らかな法令適用の誤りであった))がある。同判決は、貸付が一応有効であり、資金的実体を有している場合には、たとえ、権限の濫用があったとしても、虚偽の情報とはいえないが、原因関係を全く欠き無効の場合には、電算機使用詐欺罪が成立するとして同罪を認めており、学説にも支持されている<sup>17)</sup>。他方、被告人が証券会社

従業員と共謀の上、自らが買い占めた A 社の株を高値で売るため、株券を電算機で売買する場合には、注文を入力した証券会社に成立した売買契約通りの清算義務が生ずることを利用して、顧客から依頼された買い注文よりも一桁多い株式数を入力して注文させ、この注文にあわせて被告人らが、A 社株の売り注文を出して、同証券会社に A 社株を指値どおり買いとらせた事案で、電算機詐欺罪ではなく背任罪を認めた裁判例がある（東京地判平 4・7・23 判時 1472 号 160 頁）。買い注文の意思表示が、権限濫用行為に基づくものであっても「虚偽」とはいえないという理解に基づくのであろう。

### 3-9-3 その他

#### (1) 導入預金

金融機関の不正融資に際し、背後でいわゆる導入預金が行われる場合がある。判例は導入預金の罪（預金等不当契約取締法 5 条）と背任罪との関係について、法条競合ではなく、独立に成立する（併合罪、あるいは行為の態様によっては観念的競合）としている（最判昭 50・4・3 刑集 29 卷 4 号 63 頁）。

#### (2) 営業秘密侵害

本罪の主体が、企業の営業秘密を漏示し、その結果、会社が損害を被れば、特別背任罪が成立するが、その行為は、同時に不正競争防止法 21 条 1 項の行為に該当する場合が多い。そうした場合について、本罪が導入された平成 15 年当時の立案担当者は、観念的競合となるとしていた<sup>18</sup>。不正競争の目的が要求され、公正な競争秩序を副次的保護法益としていた当時の規定を前提とすれば、そのような解釈が妥当であったと思われるが、現在では、単に図利加害目的が要求されているに過ぎないため、法条競合で特別背任罪のみが成立する（本罪の主体に該当しない場合に、補充的に営業秘密侵害罪が成立する）という解釈の方が自然であろう。

#### (3) 利益供与

会社法 970 条 2 項、3 項は、株主の権利行使に関する利益供与を処罰している。同罪の保

---

17 西田・前掲書 216 頁。

18 飯田聡「不正競争防止法の一部を改正する法律」ジュリスト 1251 号 26 頁。

護法益については議論があるが、多数説はそれを会社資産の浪費防止による健全な会社経営に求める<sup>19</sup>。このように考えれば、支出が少額の場合には、経理上は交際費ないし接待費の支出として許容される場合でも、同罪は成立しうるとしても、会社に財産上の損害を加えたとまではいえないとして、特別背任罪は否定される場合はあり得よう。

両罪が成立しうる場合については、法定刑の重い特別背任罪のみが成立するとするのが通説ではあるが（法条競合）、利益供与罪にいう「経営の健全性」を総会屋排除という観点からとらえるのであれば、観念的競合説もあり得よう<sup>20</sup>。

#### （4）違法剰余金配当罪

会社法 963 条 5 項 2 号の罪は、会社財産を保護するための、特別背任罪の補充規定であり、先に見たように、特別背任罪が図利加害目的の欠如などを理由に、成立しない場合に成立する。会社法制定以前とは分配可能額の計算方法が異なるが、特別背任罪と本罪との関係については同様に考えられるべきであろう。

#### （5）目的範囲外投機取引罪

会社法 963 条 5 項 3 号の罪も、会社財産を保護するための、特別背任罪の補充規定であり、特別背任罪が、図利加害目的の欠如などを理由に成立しない場合に成立する。

（島田聡一郎）

---

19 竹内昭夫「株主の権利行使に関する利益供与」（商事法務研究会・利益供与の禁止（1982）126 頁。

20 芝原邦爾『経済刑法研究・上』（2005）304 頁。

## 4 自己株式の取得

### 4-1 問題の所在

会社法 963 条 5 項 1 号は、取締役など同法 960 条 1 項 3 号から 7 号までに掲げる者が、「何人の名義をもってするかを問わず、株式会社の計算において不正にその株式を取得したとき」は、5 年以下の懲役もしくは 500 万円以下の罰金に処し、またはこれを併科する、と規定している<sup>1</sup>。この規定は、改正前商法 489 条 2 号と同じである。「不正に」とは、基本的に、会社法の規制に違反して、という意味であると解されている。したがって、自己株式不正取得罪は、自己株式の取得に関する会社法の規制を前提としていることになるが、その規制については、会社法が制定される前に大きな変更があった。

すなわち、会社法の自己株式取得規制は、従来は、弊害の一般予防的見地から、自己株式の取得を原則的に禁止し、取得を認める必要性が高い場合に例外的にそれを許容する規制を置いてきた。平成 6（1994）年改正前の商法 210 条は、①株式消却のためにする取得、②合併・他の会社の営業全部の譲受けによる取得、③会社の権利実行の目的を達するために必要な取得、④株主の買取請求による取得の 4 つの例外を除いて（さらに、旧会社更生法 262 条 5 項が、⑤会社更生手続において新株主が失権した場合における取得を許容していた）、自己株式の取得を禁止していた。平成 6 年の改正は、これに加えて、①取締役・使用人への譲渡目的の取得、②株式の利益償却のための買受け、③譲渡制限会社で買受人指定請求されたときの取得が追加され、これらの場合については、取得の目的・手続・方法・財源・数量などについて規制が設けられ、取得した自己株式の保有期間を制限していた。続いて、平成 9 年には、株式消却商法特例法によって、定款の授権により、取締役会決議で株式消却のための自己株式取得が認められるようになった。さらに、平成 13 年 6 月改正では、いわゆる金庫株の解禁が行われて、会社が株主との合意により自己株式を取得することおよび取得した株式の保有を原則自由とする規制に転換した。その際、①取得価額は、株主の分配可能額の範囲でなければならないこと、②取得額相当額は、分配可能額の算定上資産性を否定されること、③株主の平等を確保するための手続等の規制に従わなければならないこと、などの規制が定められている。平成 15 年改正では、取締役会決議による自

1 詳しくは、佐伯「自己株式の不正取得罪について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集上巻』603 頁以下（2007 年）参照。

己株式の取得が認められるようになり、会社法は、これらの改正を引き継いで自己株式取得に関する規制を規定している。

自己株式の取得を禁止する理由としては、古くは、自己株式を取得することは、社団法人が同時に自己の構成員たる社員になることであり理論的に不可能である、という理由が挙げられていた。大判大正 11・9・27 刑集 483 頁も、「株式会社カ自己ノ株式ヲ取得スルコトヲ禁止シタルハ法理上株式会社タル法人カ其ノ構成分子タル株主ト別異ノ人格者タラサルヘカサル当然ノ論結ニ基ツクモノニシテ而モ経済上之ニ由リテ会社債権者ニ対スル担保ヲ減殺サラシメ且投機ノ悪弊ヲ矯メントスルモノナレハ」と述べている。しかし、既に成立している自己の株式を有価証券として会社が承継取得することは理論的にも可能であって、当時の商法も例外的には自己株式の取得を認めていたのであるから、このような原理的理由が妥当しないことは、明らかである<sup>2</sup>。

そこで、現在では、一般に、自己株式の取得を規制する理由として、①実質的に資本の払戻しになり会社債権者の利益を害する（資本の維持）、②自己株式は、会社の業績がよいと資産価値が増加し悪いと減少するものであるから、リスクの分散という投資（余剰資金の運用）の目的には最も適しない投資物件である（二重の損失の危険）、③流通性の低い株式を一部の株主のみから取得すると株主相互間の投下資本回収の機会の不平等を生じさせ、また取得価額のいかんによっても残存株主との間の不公平を生じさせる（株主相互間の公平）、④反対派株主から株式を取得することにより取締役が自己の会社支配を維持する等、経営を歪める手段に利用される（会社支配の公正）、⑤相場操縦やインサイダー取引などに利用される（証券市場の公正）等が挙げられている<sup>3</sup>。刑事法専門家の見解でも、①を中心にしながらも、②以下も挙げるものが多い<sup>4</sup>。

---

2 元木伸『自己株式の取得・保有・処分』19頁以下（1994年）、河井信太郎『株式会社役職員の刑事責任：商法罰則の研究』579頁（新訂増補版・1964年）参照。

3 江頭憲治郎『株式会社法』233頁以下、235頁注3（2006年）参照。

4 例えば、平野龍一ほか編『注解特別刑法（第2版）（4）』52頁〔佐々木史朗〕（1991年）参照。伊藤榮樹＝小野慶二＝莊子邦雄『注釈特別刑法（5）経済法I』153頁（1986年）は、①を根拠としながら、②と④も防止しようとする弊害としてあげる。上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫『新版注釈会社法（13）』577頁〔芝原邦爾〕（1990年）は、①がもっとも重要とする。水田耕一「会社法罰則に含まれる民事問題」警察学論集7巻3号507頁（1954年）は、②を主たる根拠としてあげ、③を副次的に挙げる。

自己株式取得規制の理由として挙げられる①～⑤までのうち、会社財産に対する危険が問題となっているのは、①と②であり、その他の理由は、会社財産に対する危険とは直接の関係はない。問題は、このような会社財産の保護とは直接関係のない理由が、それ自体で会社法による自己株式取得の処罰を根拠づけるものといえるか、という点である。言い換えると、会社法の規制に違反する「不正」な自己株式の取得は、自己株式不正取得罪にいう「不正」な株式の取得に常に該当するのか、という問題である。

まず、③株主相互間の公平を確保するための手続的規制に違反すること自体が処罰に値するかは疑問がある。株主相互間の公平を害する行為は、自己株式の取得以外にも考えられるが、そのような行為が処罰されているわけではないからである。同じように株主相互間の公平を害する行為が自己株式の取得として行われた場合にのみ処罰される理由はないであろう。商法学者による平成12年・13年の会社法改正に関する座談会形式の共同研究においても、改正前商法210条の自己株式の買受けに該当しかつ違法であれば、当然、自己株式不正取得罪に該当するのか、例えば財源規制は守ったけれど、株主平等の確保のための規制である売却参加権を無視して決議した相対取引による取得を行った場合、489条2号にいう不正な取得に当たるのか、という問題提起がなされて、否定的な見解が示されている<sup>5</sup>。

同様のことは、④会社支配の公正についてもいえる。会社支配を歪めるおそれは、新株発行の場合にもあるが、そのような新株発行が処罰されているわけではないからである<sup>6</sup>。会社法の規制に従った自己株式の取得であっても、会社支配を歪めるおそれのある場合、例えば、経営者と株主との間に会社支配の帰属をめぐる争いがある状況において、後者が過半数議決権を取得することを阻止する目的で前者が会社の名で市場において株式を高値で買い漁るような場合には、自己株式等の取得は違法とされる、という解釈が有力であるが<sup>7</sup>、会社法上「不正」な自己株式の取得は、すべて自己株式不正取得罪に当たると解する

---

5 江頭憲治郎ほか「改正会社法セミナー(1)自己株式①」ジュリ1245号104頁(2003年)〔江頭憲治郎ほか編『改正会社法セミナー株式編』(2007年)所収〕参照。

6 例えば、特定の株主の持ち株比率の低下と現経営陣の支配権の維持を目的とする新株発行は、不公正な発行として差止めの対象となる(新会社法210条2項)と解されているが(神田・前掲注2)131頁参照)、刑罰の対象とされているわけではない。

7 龍田節「自己株式の自由化」神戸学院法学31巻2号16頁以下(2001年)、江頭・前掲注236頁注5参照。

とすると、そのような場合にも自己株式不正取得罪が成立してしまうことになる。しかし、そのような解釈が妥当とはいえないであろう。このような行為の違法・適法の限界は極めて微妙で、裁判所は難しい判断を迫れることになる、という指摘がなされているが<sup>8</sup>、そのような微妙な判断に、刑罰の発動を係らせることには疑問がある。上記の商法学者による共同研究においても、支配権維持目的の取得で違法となるケースは、自己株式不正取得罪にはあたらないとの見解が示されている<sup>9</sup>。

さらに、④証券市場の公正を保護するために会社法の罰則を用いる必要があるかについても疑問がある。証券取引法の規制がなかった時代であればともかく（その場合であっても、自己株式の取得の場合にのみ規制・処罰することの合理性には疑問があるが）、現在では、金融商品取引法による厳しい規制が及んでいるのであるから、自己株式の取得が相場操縦や内部者取引に該当するのであれば、同法の相場操縦罪（197条1項5号）や内部者取引罪（197条の2篇13号）で処罰すれば足り、別個に会社法の罰則を用いる必要はない。また、取得した自己株式が将来の相場操縦や内部者取引に利用されるおそれがあったとしても、証券取引法は相場操縦や内部者取引の未遂を処罰していないのであるから、これらの行為の予備、あるいは、予備とさえいえない行為まで会社法で処罰する必要があるとは到底考えられない。会社法が規制する自己株式には、金証法の対象とならないものもあるが、そのような株式については、証券市場の公正さの保護は最初から問題とならない。

結局、自己株式不正取得罪の目的として考慮に値するのは、会社財産に対する危険を問題とする①と②ということになる。このうち②の二重の損失の危険については、刑罰を科す理由としては十分ではないと思われる<sup>10</sup>。会社が資産運用として財務的リスクのある商品を購入することは自己株式以外にもありうることであって、それだけで処罰に値するとは考えられていないからである。二重の損失の危険は、適法に取得した株式を法律に違反して保有し続ける場合にも生じるが、保有する自己株式を期限内に処分しないことに対する制裁は、過料とされてきたことも（改正前商法498条1項12号）、二重の損失の危険そ

---

8 龍田・前掲16頁参照。

9 江頭憲治郎ほか「改正会社法セミナー（2）自己株式②」ジュリ1247号115頁（2003年）〔江頭憲治郎ほか編『改正会社法セミナー株式編』（2007年）所収〕参照。

10 そもそもそのような危険を経済的に認めることができるのかという点にも批判がある。藤田友敬「自己株式取得と会社法（下）」商事法務1616号4頁（2001年）参照。



れ自体は、処罰を基礎づけるものではないと考えられてきたことを示しているように思われる。そうすると、自己株式不正取得罪の処罰根拠として残るのは、①である。このような理解は、会社法 963 条の「会社財産を危うくする罪」という表題とも整合的である<sup>11</sup>。

従来も、自己株式不正取得罪の成否を、会社法上の違法性に形式的に従属させない見解は、主張されてきた。すなわち、法律が禁止する自己株式の取得に形式上該当しても、違法状態が直ちに解消することが予定されているとき、たとえば、株式買占め対策として自己株式を取得するが、遅滞なく安定株主にはめ込むことを予定している場合などは、実質的違法性がなく、自己株式不正取得罪の成立を阻却する、という見解である<sup>12</sup>。さらに、「取得の目的がもっぱら会社の利益のためであって、しかも取得の数量、財源において会社の財産的基礎を害するおそれがなく、取得の価格・方法において株主その他一般投資者を害する危険もないという場合」には、私法上は改正前商法 210 条違反となっても、本罪は成立しない、とする見解も主張されている<sup>13</sup>。

しかし、これらの学説は、自己株式不正取得罪の保護法益として従来の会社法学説を受け入れながら、あくまで実質的違法性の判断として、犯罪が阻却される場合があることを認めるものである。したがって、犯罪の成否の判断においては、目的の正当性などが考慮要素とされることになる。これに対して、会社財産を危うくする罪としての性格を純化する方向で考える場合には、会社財産を危うくする行為でなければ、株価操作の目的や会社支配の目的などの違法な目的があつたとしても、本罪は成立しないことになる（もちろん、そう解したとしても、同罪は抽象的危険犯であるから、会社の存続に具体的な危険を生じさせることまでは必要ない）。このような解釈は、違法配当罪について、低率配当による利益の社内留保は、会社財産を危うくする罪として処罰するに値するだけの可罰的違法性がない、として同罪の成立を否定する見解が有力であることを考えれば<sup>14</sup>、不可能な解釈で

---

11 改正前商法 489 条も「会社財産を危うくする罪」と呼ばれてきたが、これはあくまで通称に過ぎなかった。新会社法の制定によって、正式の表題として採り入れられている。

12 大森忠夫＝矢沢惇編『注釈会社法（8のⅡ）』398頁〔藤木英雄〕（1984年）、戸田修三・蓮井良憲・元木伸編『注釈会社法（下）』1014頁（1978年）、伊藤・前掲 162頁、大森忠夫＝矢沢惇編『注釈会社法（7）』214頁〔蓮井良憲〕（1971年）、永野義一『企業犯罪と捜査』72頁（1992年）など参照。反対の見解として、上林博「自己株式取得等の罪」『経営刑事法Ⅱ』223頁、経営刑事法研究会編『企業活動と経済犯罪』223頁〔倉科直文〕（1998年）。

13 服部榮三ほか編『逐条判例会社法全書Ⅴ』285頁（1974年）

はないと思われる。仮に解釈では難しいとすれば、自己株式不正取得罪を会社財産を危うくする罪に純化させる方向での改正を考慮すべきであろう。

#### 4-2 わが国における適用例

自己株式の取得について犯罪の成否が問題となった、公判裁判例としては、以下のようなものがある。

##### ①大判大正 11・9・27 刑集 1 卷 483 頁

A 銀行の頭取である被告人は、銀行の新株発行に際して、株価が額面以下に下がった場合にはこれを買取り損害を与えないことを約して、B 会社に株式の引受け・払い込みをさせたが、その後、株価が一株につき 45 円下落し、その買取りを求められたため、銀行の計算において、株式消却等正当の方法によらずに、株式 1 千株を代金 5 万円で買受け、という事案について、本罪はいわゆる預け合いまたは抱株に対する制裁として規定されたものであるから、悪質な場合に限って処罰されるべきである、との上告趣意に対して、法律に規定された例外に該当しない自己株式の取得は、会社の利益を計る目的のあると否とを問わず、株式不正取得罪を構成し、買戻の特約の実行として自己株式の買取りをしたことは、同罪の成立をさまたげるものではない、と判示している。

##### ②最決昭和 33・4・25 刑集 12 卷 6 号 1221 頁

事案は、N 株式会社の代表取締役である A と同社取締役 B が、右会社は其の指導権に就いて、会社創立当初の有力者である C 一派と、被告人等一派との間に紛擾を生じ、終に C 一派が同会社を被告人等に明渡すこととなり、C 一派の同会社に対する立替金その他の債権債務および同会社の持株を一切引取る等清算することになったが、共謀の上、会社の財産で C 一派の同会社の持株 2 万 2000 株を会社に引き取らせて、これを所有させた、というものである。第 1 審判決は、横領罪の他に自己株式不正取得罪の成立を認め、控訴審判決もこれを是認したのに対して、弁護人は、自己株式取得日時には株式会社は未だその株券を発行していなかったため、株式譲受の効果は生ぜず、したがって右株式は同会社の所有とはなし得ない、と主張して上告したが、最高裁は、改正前商法 489 条 2 号違反の罪は同号所定の株式取得の効力いかににかかわりなく成立するものであり、また株券の発行

---

14 伊藤・前掲 166 頁、芝原・前掲 580 頁など参照。反対の見解として、河井・前掲 654 頁以下参照。

前たると否とを問わない、と判示している。

③東京地判昭和 51・12・24 金融商事判例 524 号 32 頁（東京時計製造事件）

④神戸地判昭和 53・12・26 金融商事判例 568 号 43 頁（山陽特殊製鋼事件）

⑤大阪地判昭和 54・6・28 商事法務 780 号 336 頁（日本熱学事件）

以上 3 つの裁判例は、いずれも、会社の取締役等が、粉飾決算を行って、違法に役員賞与を支出し、違法配当を行い、虚偽の有価証券報告書を提出し、不正に同社の株式を取得した、という事案について、特別背任罪、違法配当罪、虚偽有価証券報告書提出罪の他、自己株式不正取得罪の成立が認められたものである。

⑥東京地判昭和 59・7・31 刑月 16 巻 7=8 号 556 頁（協同飼料事件第 1 審判決）

東京証券取引所第一部上場の企業である K 社の副社長および経理部長が、会社の運営資金約 30 億円を調達するため、時価発行公募を含む 12 億円の増資を実施するにあたり、公募価格を一株 200 円に設定することにより約 18 億円のプレミアムを取得しようと企て、大手証券会社の支店幹部と相謀り、株価を人為的に高騰・維持させる目的で、K 社の資金で自社株を買い付ける等の方法により、相場操縦を敢行したという事案について、証券取引法の相場操縦の罪のほか、自己株式不正取得罪の成立が認められたものである<sup>15</sup>。

⑦大阪地判平成 4・6・29 資料版商事法務 109 号 119 頁（イトマン事件）

I 株式会社の社長であった A が、社長の地位を保持するために、株式市場における I 社株の株価を吊り上げて I 社の業績が良好であるかのごとく見せかけるとともに、自己の支配の及ぶ I 社株をできるだけ多く保有することが必要であると考え、I の資金で同社のダミー会社である甲社および乙社の名義を使って大量の I 社株を取得することを企て、その旨 I 社の副社長であり財務・経理担当の最高責任者であった B に指示し、指示を受けた B が、部下社員らに指示して、I 社の計算において同社の株式合計 828 万 2000 株（購入代金合計 103 億 6125 万 3000 円）を不正に取得した、として自己株式不正取得罪の成立が認められた。判決は、量刑理由において、「平成元年 12 月から平成 2 年 11 月までの長期間にわたり、その取得株式数も I の当時の発行済株式総数の約 4 パーセントにまで及ぶ大規模か

---

15 本件の解説として、斉藤豊治「判評」佐々木史朗編『判例経済刑法体系第 1 巻商法罰則・証券取引法』138 頁以下（2000 年）参照。なお、本件の控訴審（東京高判昭和 63・7・26 高刑集 41 巻 2 号 269 頁）・上告審（最決平成 6・7・20 刑集 48 巻 5 号 201 頁）では、相場操縦罪の成否だけが争点となり、自己株式不正取得罪の成否については、争われていない。

つ悪質な犯行であり、また、その結果も、巨額な出資の払戻しとなって資本の維持を害するとともに、副次的効果とはいえ、取得した自己株の株価急落により 50 億円余にも及ぶ巨額の損害を I に与える結果となり、株主や会社債権者などの利益を著しく害し、また、証券市場に対する一般投資家の信頼を裏切った」と認定している。また、「弁護人は、商法の自己株式取得禁止の規定について、近時その規制を緩和すべきである旨の議論がなされていると主張するが、そのような議論は余裕資金の運用、企業買収に対する防衛、証券取引市場の再活性化など時々の経済社会情勢に応じて一部その規制の枠を緩めようというものであって、会社財産充実の阻害を防止するという同規定の根本理念まで否定するものではなく、本件のような株価操作や経営者の地位保持を企図して自己株式を取得することが許されるべきものでないことについては多言を要しないところである。」とも述べている。

⑧最決平成 14・11・5 刑集 55 卷 6 号 546 頁（国際航業事件）

本件の事案は、K 株式会社の経理部次長 A および経理部長 B が、仕手筋である C が K 社の株式を買い占めてその経営権を K 社の D 会長ら一族から奪取しようと画策していたのに対抗するため、E らに対し、C の取引先金融機関等に融資を行わないよう圧力をかけ、あるいは C らを中傷する文書を頒布してその信用を失墜させ、同人に対する金融機関等の資金支援を妨げて株買占めを妨害し、さらには買占めに係る株式を放出させるなど、K による経営権の取得を阻止するための工作を依頼し、その工作資金および報酬等に K 社の資金を流用しようと企て、支出権限がないのに、業務上保管中の K 社の現金合計 11 億 7500 万円を E らに交付して横領した、として起訴されたというものである。第 1 審判決（東京地判平成 6・6・7 判時 1536 号 112 頁）は、被告人兩名について、不法領得の意思を否定して無罪を言い渡したのに対して、控訴審判決（東京高判平成 8・2・26 判時 1575 号 131 頁）は、被告人兩名について、不法領得の意思を肯定して有罪を言い渡した。上告を受けた最高裁は、経理部長であった被告人 B について、不法領得の意思を認めて上告を棄却したが（最決平成 14・11・5 刑集 55 卷 6 号 546 頁）、経理部次長であった被告人 A については、不法領得の意思に関する法令解釈の誤りまたは事実誤認を理由として、原判決を破棄し、原審に事件を差し戻した（最決平成 14・3・15 裁判時報 1311 号 7 頁）。差し戻後の控訴審判決（東京高判平成 15・8・21 判時 1868 号 147 頁）は、A について不法領得の意思を否定して無罪判決を言い渡している。

本件では、K 社が、E 側の株買占め工作に対抗するため、昭和 62 年 9 月下旬ころまでに、

支配株式が約 51・2 パーセントに達するまで多額の会社資金を注ぎ込んで防戦買いを行い、翌 63 年 3 月ころまでにこれを自己株式と評価されないように関連子会社や金融機関等にはめ込みを行った後、さらに E 側が支配する約 1700 万株という大量の株式を買い取ることを企図した、という事情がある。K 株式会社が行った自己株式の取得自体は、刑事事件として立件されていないが、横領罪の成否と関連して、防戦買いによって過半数の株式を制した後に、さらに E 側から株式を買い取ろうとした行為の適法性が争われ、1 審も 2 審も、E 側から自己株式を買い取る行為は、商法に違反すると判断している。第 2 審判決は、K 社が発行済株式の過半数を制するまで防戦買いを行ったこと自体、緊急避難的な行為としても許容されるかどうか論議があるが、本件は、このようにして過半数を制した後に、さらに E 側が支配する約 1700 万株という大量の株式を買い取ることを企図したものであって、商法の自己株式取得の禁止規定に明らかに違反している、と判示している。また、判決は、手続的な観点についても、本件のような企業防衛を目的とした多額の金員の支出は、仮にもしそのような支出が許されるとしても、商法 260 条 2 項により取締役会において決すべき事項であり、会社内で対立のあった本件事情のもとでは、社長の承諾の要否及び有無のみによって業務執行機関である取締役会から支出権限を与えられていたか否かを決することはできない、と判示している。

以上の裁判例を見ると、③④⑤の各裁判例は、配当可能利益がないにもかかわらず自己株式を取得して会社資本を払い戻しているもので、資本の維持の要請に反することが明らかな事例である。その他の事例は、事案の詳細が必ずしも明確ではないが、①と②の裁判例は、小規模会社に関する事例であって、自己株式の取得によって会社財産の基盤が害された事例であったと思われる。⑥の事例も、本件事件当時の K 社の経常利益は 6 億 1000 万円弱で、他方借入金総額は 108 億円を超え、同期間の支払利息および手形割引料の総額が 9 億 1895 万円余にも達していた認定されており、会社の資金約 10 億円で自己株式を取得する行為は、おそらく会社財産を危うくしたものと評価できたのではないと思われる。また、⑦の事例も、自己株式の取得が行われたのは、I 社の経営状況が悪化し、同社幹部らが自己の地位を保持するため様々な手段を弄して、ついには特別背任事件に至った時期であるから<sup>16</sup>、大量の自己株式の取得は、会社財産を危うくするものであったと推測される。

⑧の事例において、K 社による自己株式の取得が訴追されなかった理由は、検察官が、K 社による防戦買いを「緊急避難的な行為」として適法と判断したためかもしれないし、

単にそのような会社法上の判断に立ち入ることを躊躇したためかもしれないが、仮に、会社の支配権維持だけが問題となっている場合には、自己株式不正取得罪を適用すべきでないと考えたのだとすれば、妥当な判断だったと評価できる。

過去の裁判例は、自己株式の取得に対する刑罰の発動が、おおむね、自己株式の取得による資本の払戻しによって会社財産を危うくした場合に限定されてきたことを示しているように思われる。また、⑥や⑧の裁判例は、仮に自己株式不正取得罪による処罰が行われなかったとしても、相場操縦が認められれば証券取引法による処罰が可能であり、自己株式の取得を目的として会社財産が不正に領得されれば、横領罪等による処罰が可能であることを示しており、自己株式の取得に関連する違法な行為をすべて自己株式不正取得罪で対処する必要はないことがわかる。

以上から、自己株式取得罪を会社財産を危うくする行為に限定して解釈することは、裁判例との関係でも充分理由のあるものだということが可能であろう。

(佐伯仁志)

## 5 違法配当罪について

### 5-1 解説

#### 5-1-1 序論

会社法 963 条（会社財産を危うくする罪）の 5 項 2 号は、「法令又は定款の規定に違反して、剰余金の配当をした」取締役等を 5 年以下の懲役若しくは 500 万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する旨を規定する。この違法配当罪が成立するのは、典型的には剰余金の配当の実質的要件（会社法 461 条 1 項）が欠ける場合（財源規制違反）、すなわち分配可能額を超える配当を行った場合である。広義の違法配当には決定手続に瑕疵がある場合と株主平等原則に違反する場合も含まれるが、このような場合にも本罪が成立するかどうかは問題である（後述する）。

#### 5-1-2 主体

本条は身分犯であろうか。「剰余金の配当をした」主体はだれかという問題である。剰余金の処分特に配当はその都度株主総会で決定するのが原則であるが（会社法 452 条、454 条 1 項）、会計監査人設置会社では、定款の定めなど所定の要件を満たす場合、取締役会で定めることができる（会社法 459 条）。そうすると剰余金配当の決定は会社の機関である株主総会又は取締役会であって、本罪の主体は会社ということになる。ここで会社法 972 条は、「963 条に規定する者が法人であるときは、これらの規定は、その行為をした取締役、執行役その他業務を執行する役員又は支配人に対してそれぞれ適用する」旨を定めている。本罪に関していえば、963 条 5 項に掲げられている行為主体は、取締役、会計参与、監査役、事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人等であるところ、これは剰余金配当の事実行為をした者を限定列挙しているものと解される。したがって、本罪を会社の代表取締役、専務取締役などに適用するには、会社法 963 条 5 項 2 号に加えて、同法 972 条も適用すべきこととなろう。事実行為者のうち 972 条の適用があるのは、取締役その他の業務執行役員又は支配人に限られるから、これらに該当しない使用人は単独では 963 条で処罰することはできない。本罪の主体として代表取締役などの事実行為者がいる場合に限って、刑法 65 条 1 項を適用することにより処罰が可能となろう。

### 5-1-3 「法令」の意義

#### (1) 問題の所在

本罪にいう法令とは、会社法所定の計算規定のみを指すのか、他の法令、例えば金融商品取引法や税法を含むのか、包含するとすれば、会社法の規定とこれらの規定とが齟齬した場合の解決をどのように理解すべきかが問題となる。

#### (2) 会社法による会計規制について

株式会社の会計については詳細な規定がある。その冒頭で会社法 431 条は、「株式会社の会計は、一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従うものとする」と規定する。その上で法務省令である会社計算規則 1 条は、「この省令は会社法の規定により委任された会社の計算に関する事項その他の事項について、必要な事項を定めることを目的とする」と規定し、同規則 3 条は、「この省令の用語の解釈及び規定の適用に関しては、一般に公正妥当と認められる企業会計の基準その他の企業会計の慣行をしん酌しなければならない」と規定する。

上場会社などについては会社法による会計規制と並んで、投資者保護を目的とする金融商品取引法による会計規制をも受けるところ、金融商品取引法上、「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」（金商 193 条、財務諸表等規則 1 条 1 項参照）であると解されるものは、会社計算規則にいう「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」に当たるが、後者は前者よりも広い外延をもつとされる（弥永真生「コンメンタール会社計算規則・商法施行規則」90 頁）。税法による会計規制との関係についてみると、いわゆる税法基準が会社法にいう「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」であるか否かは、法の目的が異なることから個別に検討を加える必要があるとされる（前掲・弥永 98 頁）。

「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」は複数存在する可能性があるとしていところ、それが複数存在する場合には、そのうちの 1 つを選択することになる（前掲・弥永 98 頁）。合理的な理由がないのに、自己の属する業種・業態・規模等を有する企業にとっての「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」の 1 つに従わないことは会社法違反となり本罪の成否が問題となる。また、いったん採用した会計方針は、「正当な理由により変更を行う場合を除き」「每期継続して適用し、みだりにこれを変更してはならない」のが公正な会計慣行であり（継続性の原則）、そうでないと損益・財務状況の期間比較が困難となり、取締役が利益操作をしやすくなるといわれる（龍田節「会社法大要」374 頁）。



継続性の原則違反を本罪に問えるかが問題となる。会社法 431 条の「企業会計の慣行に従うものとする」という表現は訓示的規定に用いられるものであり、従わないことが直ちに違法とされるわけではない場合に用いられるのが一般的であるとの見解がある（前掲・弥永 92 頁）。すなわち会社法および会社計算規則の明文の趣旨に反しない限りにおいて、会社はその会計処理方法を条理に基づいて適用することができるかと解されている。「明文の趣旨に反するか否か」とか、「条理に反するか否か」というのは判断基準としてやや不明確であることは否めない。したがって、本罪の成否につき会社法 431 条の慣行解釈が直接問題となるような場合は慎重な判断が求められる。公認会計士、会計学者などの専門家の鑑定意見を参考とした判断が必要とされることもあろう。取締役が本罪の被告人である場合には、取締役の善管注意義務（会社法 330 条）ないし忠実義務（同法 355 条）違反の有無という観点からも本罪の成否を検証すべきであろう（一般には、法令・定款の不遵守は忠実義務に違反する）。

例えば、本罪の成否が資産評価における取立不能見込額の控除に関して争われる場合は、この点につき会社法及び会社計算規則には具体的な会計処理の基準は示されていないので（会社計算規則 5 条 4 項参照）、会社法 431 条の「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」に従ったものか否かが問題となる。

旧法下の事例として、最判平成 20 年 7 月 18 日刑集 62・7・2101（長銀事件）は、従来は、「公正なる会計慣行」とされてきた税法基準による会計処理（関連ノンバンク等に対する貸出金の資産査定につき償却・引当をしない扱い）が、行為時には「公正なる会計慣行」ではなくなっていたとして粉飾決算による商法違反（違法配当罪）及び証券取引法違反に問われた事案（この会計処理が改正前商法 32 条 2 項にいう「公正ナル会計慣行」に違反するか否かが争点とされた。）について、「従来の税法基準の考え方による処理を排除して厳格に改正後の決算経理基準（大蔵省通達）に従うべきことが必ずしも明確であったとは言えず、過渡的な状況にあった。こうした状況の下では、これまで『公正なる会計慣行』として行われてきた税法基準の考え方によって関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定を行うことをもって、これが資産査定通達等が示す方向性から逸脱するものであったとしても、直ちに違法とは言えない」旨判示して無罪としている。最高裁は「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」が複数存在する可能性があることを認めていると考えられる。逆に、新基準が「公正妥当」であっても、まだ「慣行」として実務に定着して

いないような場合、新基準に従った会計処理が「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」の1つに従わないこととなって会社法違反となりうるのであろうか。こうした場合も条理により適法と見る余地があろう。

粉飾決算といえる態様のもので、例えば、架空売上による利益の水増し、費用の隠匿除外などの手口によるものであれば、会社計算規則 120 条及び 121 条に違反するものとなり本罪に問えることに異論はない。正しく分配可能額を算定し直した結果、分配可能額を超える配当を行った場合であれば本罪が成立する。

#### 5-1-4 分配可能額の算定等

決算期の剰余金額は基本的には、資産から負債を引いて純資産を出し、そこから資本金と準備金を差し引いた残額であり、これはその他資本剰余金とその他利益剰余金との合計額に自己株式の保有額を加えたものである（会社法 446 条 1 号）。会社法は分配可能額を法定しているところ、まず、純資産額が 300 万円を下回る株式会社は株主に剰余金の配当をしてはならず（会社法 458 条）、これに反して配当を行った場合は本罪を構成する。次に、最低純資産額の要件を満たす会社も、分配可能額を超えて剰余金の配当をしてはならず、分配可能額の計算式は会社法 461 条 2 項に定められている（剰余金の額に所定の加算・減算をして得られる。）。

会社は期中の一定の日を臨時決算日とすることができる（年に何回でも設けることができる。）、その日現在の状況を示す貸借対照表及びその日までの部分年度に係る損益計算書を合わせて臨時計算書類という（会社法 441 条）。会社法は年間の剰余金配当の回数を制限しないから期中に配当を行うこともできる。期中に臨時計算書類を作成し、監査と承認を受けた場合には、臨時会計年度における剰余金の増減、すなわち新年度に入ってから新しい要因（営業利益は含まれない。）を加味することによって、期中の分配可能額を大きくする余地が認められている。なお、前年度の計算書類で確定した剰余金から期末配当を支払った残額の枠を超えない限り、期中の分配をするのに臨時計算書類を作成する必要はない。

財源規制に違反する違法配当（狭義の違法配当）以外の場合の本罪の成否については、従来株主総会の決議によらないで配当した場合は、極めて重大な手続違反が存在するとの理由から本罪の成立を認める見解が多い。逆にいえば、軽微な決定手続の法令・定款違反

は本罪を構成しないと解されようか。例えば、定款に任意準備金積立の規定がある場合に、これを積み立てることなく配当を行ったような場合は、一般に消極に解されようか。本罪の保護法益が債権者保護にあると解する場合には、いわゆるタコ配当とも呼ばれる財源規制違反の場合に限り、手続の瑕疵は法益侵害ないしその危険がないとして本罪に問わないとする扱いが相当ではなかろうか（上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編「新版注釈会社法(9)」18頁〈龍田節〉）。実務上も手続違反で本罪を起訴した事例はないと思われる。ちなみに東京地判平成13年12月10日公刊物未登載は、旧法下の違法配当罪の成立を認め、法令の適用として商法489条3号とともに利益配当の限度を定めていた商法290条を掲げている。

剰余金の配当は金銭以外の財産であることもできる（会社法454条1項1号）。配当財産はその会社自身の株式・社債・新株予約権以外のものであれば何でもよい（会社法107条2項2号ホ参照）。従来は株式配当も違法配当罪の客体とされていたが、会社法上、株式配当という概念は剰余金の資本組入れによる株式分割であり、本罪の客体とは解されない。

自己株式に対しては剰余金を配当することができない（会社法453条）。支払われた配当金を会社の利益として示すのは利益の二重計上になって誤解を招くからとされる。自己株式に配当金を支払わなくても、その分は会社内に留保され、株式の価値は変わらない。会社法453条に違反した自己株式に対する配当は本罪に問うまでのことはなかろう。

#### 5-1-5 低率配当

逆粉飾による低率配当の場合に違法配当罪が成立するかについては、見解が分かれている。低率配当とは、貸借対照表、損益計算書その他の計算書類に真実が記載されず、帳簿の改ざん、証憑書類の偽造等により秘密積立金又は簿外資産が設定され、それが貸借対照表等に表示されないために真実の純益が計上されず、そのため秘密積立金相当額だけ低率の配当を行った場合のことである。秘密積立金の設定は、会社役職員が裏給与、裏賞与、退職手当等の名義をもって不当に会社財産を領得する準備行為として行われている場合が圧倒的に多いことなども理由として本罪の成立を認める見解がある（河井信太郎「株式会社役職員の刑事責任」663頁、668頁）が、通説は利益の社内留保自体は、会社財産を危険に陥れることはない、あるいは実質的違法性を欠くことを理由に違法配当罪には当たらないとしている（上柳克郎ほか編「新版注釈会社法(13)」580頁〈芝原邦爾〉）。

計算書類の虚偽記載を手段とするこうした低率配当については、貸借対照表等に虚偽の

記載をした取締役、会計参与などが100万円以下の過料に処せられることになる（会社法976条7号）。また、上場会社等であれば、投資家保護を目的とする金融商品取引法197条1項1号の虚偽有価証券報告書提出罪が成立することがあろう。

#### 5-1-6 既遂時期

タコ配当の目的をもって、伝票や帳簿類を改ざんし、不正の記帳を行って決算期においてこれに基づき計算書類や剰余金の配当に関する議案を作成して株主総会に提出し、その承認と決議を得て配当を実施した場合、実行の着手時期は、伝票や帳簿の改ざんの時であるか、違法配当の議案を総会に提出した時点であるかが問題となる。本罪の主体が会社であることからすれば、その意思決定が株主総会による場合には、違法配当の議案を総会に提出した時点と解されよう。なお、会計監査人設置会社では、定款でそのことを定めた上で取締役会の決議で足りる場合があるところ（会社法459条）、そのような場合は違法配当の議案を取締役会で決議した時点と解されようか。

本罪の既遂時期を株主総会の決議を経る場合は決議の時点と解し、その理由として、その時点で、株主の配当利益に対する権利が発生するからとする見解がある（伊藤榮樹「注釈特別刑法第5巻」167頁〈立花書房〉）。しかし、違法配当を決めたのが株主総会であっても取締役会であっても、分配可能額を超える配当決議は内容が法令に違反し無効であるとするのが通説であろう（会社法830条2項参照）。そうすると既遂時期は現実に配当がなされた時点と解すべきではなかろうか（判例中の罪となるべき事実も「〇〇万円を配当し、もって違法な配当をなし」という記載がなされている）。

#### 5-1-7 特別背任罪との関係

粉飾決算によって違法な配当を行った取締役について特別背任罪が成立するかが問題とされている。取締役は、真実の計算書類とこれに基づく剰余金配当の議案を株主総会に提出する任務を有しているので、任務違背行為とはなるが、問題は「会社」に損害を与えたといえるかどうかである。

特別背任罪の法益主体は、ここでいう「会社」を実質的に見た場合、会社に出資した所有者たる株主集団（株主一般）と解されるところ、違法配当は債権者を害しても、株主一般を害してはいない（平等に剰余金の配当を受けることになる）との理由で、一般には、

特別背任の成立を否定するのがいいのではなからうか。株主一般の利益を図ることを、第三者図利目的とみて特別背任罪の成立を肯定する見解もあるが妥当ではなからう。むしろ、違法配当罪は本人（株主一般）図利目的による債権者を害する行為と見るのが相当であろう。

なお、「会社」を形式的にとらえて、配当すべきでない配当を行ったことによって「会社」に損害を与えたといえるのかは必ずしも自明ではなからう。すなわち、会社法 963 条 5 項 2 号に掲げる違法配当罪の主体は、あくまでも会社であって、取締役は事実行為（取締役会決議における意思表示、総会への議案提出など）によって本罪に関与するにとどまる。本罪の法益主体は債権者なのであって、有限責任を享受する会社の債権者に対する重大な法益侵害危険行為を処罰するものである。取締役は会社法 972 条の適用によって初めて犯罪行為主体となって処罰されるのである。そうすると法人処罰規定がないために違法配当という行為によって会社を処罰することはできないところ、特別背任罪の被害客体たる会社自体を特別背任罪の犯罪主体として処罰できないことは道理であるから、同じ行為の事実行為に関与した取締役を特別背任罪によって処罰することも相当でないこととなるのではないか。

特別背任罪の成否を図利目的が認められるか否かによるとする見解がある。すなわち違法配当は、会社の経営不振の事実を隠蔽して会社の信用の維持を図るなど会社の利益を図るために行われるが、同時に会社役員が、自分の信用を保持し、会社内での地位を保全する等自己の利益を図る目的もあり、特別背任罪の成否はどちらが主目的かで決まるとするのである（芝原・前掲 228 頁）。判例のほとんどは、会社図利目的と認められ特別背任罪の成立を認めていないが、同時に役員賞与の支給がある事案についてはこの部分につき特別背任罪が成立するとされている。正確にはこの部分についてのみ特別背任罪が成立するのであり、違法配当によって会社の外に流出した財産自体が同時に特別背任罪における財産上の損害と評価されることはないのである。つまり、違法配当罪と特別背任罪とが観念的競合の関係において成立するわけではない。「役員賞与の支給」と「配当」はいずれも剰余金の処分であるとしても、総会の決議としては別物と観念することができるので両罪の関係は併合罪である。

東京時計製造事件（東京地判昭和 51 年 12 月 24 日金商 524・32）、日本熱学事件（大阪地判昭和 54 年 6 月 28 日商事法務 780・336）、山陽特殊鋼事件（神戸地判昭和 57 年 2 月 25 日

金商 568・43)、不二サッシ事件(東京地判昭和 57 年 2 月 25 日判時 1046・149)、リッカー事件(東京地判昭和 62 年 3 月 12 日資料版商事法務 37・49)では、違法配当罪とともに役員賞与の支給について特別背任罪の成立が認められているところ、いずれも両罪の関係については併合罪とされている。違法配当を行う場合には、払う必要のない法人税・住民税を支払うことになるので、任務に違背して会社に損害を与えたとして背任罪が問題となりうる(社外流出の金額としてはこれが一番大きい。)が、この点をとらえて取締役を特別背任罪で起訴した例はないようである。違法配当罪に必然的に伴うものであり、実務的には犯罪として成立する違法配当罪の中で情状として考慮されているということであろう。

その後の粉飾決算に基づく違法配当罪が問題となった事件として、次のようなものがある。

①日東あられ事件(岐阜地判平成 5 年 3 月 11 日資料版商事法務 111・79)

3 期にわたる違法配当 3 億 8250 万円について有罪とされたが、違法な利益処分としての役員賞与の支給 5000 万円ないし法人税及び住民税として約 16 億 5240 万円を社外に流出させた点については起訴されていない。

②ヤオハンジャパン事件(静岡地判平成 11 年 3 月 31 日資料版商事法務 187・216)

③山一証券事件(東京高判平成 13 年 10 月 25 日公刊物未登載)

④長銀事件(東京高判平成 17 年 6 月 21 日判時 1912・135)

⑤長銀事件(最判平成 20 年 7 月 18 日刑集 62・7・2101)

日東あられ事件以降違法な役員賞与の支給について特別背任罪で起訴された事例はないようである。この点も違法配当罪に事実上伴うものともいえるのであり、実務的には犯罪として成立する違法配当罪の中で情状として考慮すれば足りるケースが一般的とされているのであろうか。

#### 5-1-8 私法上の効果

分配可能額を超える配当は違法であって、そのような剰余金の配当を決めたのが取締役会であっても株主総会であっても、その決議は内容が法令(会社法 461 条)に違反し無効である(龍田・前掲 406 頁)。株主は受け取った配当金を不当利得として会社に返還しなければならない(会社法 462 条 1 項柱書)。会社債権者も直接株主に対し会社への返還を請求することができる(会社法 463 条 2 項)。

違法配当議案を総会・取締役会に提出した代表取締役・執行役は、注意を怠らなかったことを証明できない限り株主と連帯して責任を負う（会社法 462 条 1 項、2 項）。支払義務を果たした取締役等が株主に求償する場合には、分配可能額を超えることにつき善意の株主は求償の請求に応ずる義務を負わない（会社法 463 条 1 項）が、前述のとおり会社又は会社債権者が返還を求める場合には、株主の善意・悪意を問わない。

なお、株式会社と同様に有限責任社員だけで構成される合同会社についても、配当は利益の額を超えてはならず（会社法 628 条）、違法配当をした場合にはその支払をした業務執行役員と受領した社員が連帯責任を負うほか（会社法 629 条 1 項）、会社債権者は受領社員に支払を強制することができる（会社法 630 条 2 項）。合同会社の違法配当について刑事責任の定めはなく、その支払をした業務執行社員は、貸借対照表への虚偽記載を伴う場合などに行政罰たる過料の制裁を受けるにとどまる（会社法 976 条 7 号）。

（須藤純正）

## 6 利益供与罪

### 6-1 はじめに

会社法 120 条は、株式会社が何人に対しても、株主の権利の行使に関して財産上の利益を供与することができない旨を規定している（1 項）。また、株式会社が特定株主に無償で財産上の利益の供与をした場合や、有償であってもその対価が著しく少ない場合には、会社は株主の権利行使に関して利益供与をしたものと、民事上推定される（2 項）。そして、この規定に違反して利益供与をしたときは、利益の受供与者は、その利益を株式会社に返還する義務を負う（3 項）。また、利益供与に関与した取締役は、供与した利益の価額に相当する額を株式会社に対して支払わなくてはならない（4 項）。これは、昭和 56 年の商法改正のときに新設された旧商法 294 条の 2 の規定を受け継いだものである。そして、昭和 56 年改正の際に、民事上の規定を強力に実効化するべく、同時に導入されたのが旧商法 497 条の利益供与罪である。同罪は、会社の役職員等が株主の権利の行使に関し、会社の計算において財産上の利益を供与したとき（1 項）、および情を知って前項の利益の供与を受け、または第三者に供与させたとき（2 項）に成立する。同規定は、平成 9 年、平成 12 年の改正によって処罰範囲が拡充され、それが今日の会社法 970 条に受け継がれている。

利益供与罪の制定・改正は、いうまでもなく総会屋対策を目的としたものであった。わが国においては、株主総会を円滑に進行させ、議事におけるトラブルを回避することを重視する傾向があり、そのため、総会屋に対して、議事の妨害を差し控えたり、円滑な議事進行に協力を求める趣旨で利益を供与することが頻繁に行われていたといわれる。このような企業と総会屋の癒着を断ち切ることが、利益供与罪の目的であった。もっとも、本罪は（当然のことではあるが）利益供与の相手方を総会屋に限定しているわけではないので、経営陣における多数派工作など、別の局面においても適用の可能性があることが重要であり、最近の民事判例においては、むしろこのような問題が正面から取り扱われている。

### 6-2 会社荒らし等に対する贈収賄罪

昭和 56 年に利益供与罪などが新設される前から、総会屋対策の規定としては旧商法 494 条の会社荒らし等に対する贈収賄罪が存在していた。これは、今日の会社法 968 条に受け継がれている。同条は、株主総会、社債権者集会、債権者集会などにおける発言または議



決権の行使（1号）などに関して、「不正の請託を受けて、財産上の利益を収受し、又はその要求若しくは約束した者」を5年以下の懲役または500万円以下の罰金刑で処罰している（1項）。利益を供与し、またはその申込み若しくは約束をした者も、同様に処罰される（2項）。本罪が成立する場合、犯人が収受した利益は必要的に没収・追徴される（969条）。

本条は、いわゆる会社荒らしが株主権の行使を口実として金銭を強要する行為などを防止するために、昭和13年に新設された規定であり、取締役等の贈収賄罪（現・会社法967条）と同様に、贈収賄罪の一種というかたちで立法されている。もっとも、本罪は「不正の請託」という要件を要求しているため、その適用はきわめて困難である。すなわち、株主は株主総会における発言内容、議決については自らの判断で自由に決定することができるから、特定の内容の発言や議決権の行使を依頼することも、あるいは、そのような権利行使を差し控える旨を依頼することも、「不正」の請託と評価することはできない。また、株主総会で会社幹部を攻撃し、議事運営を混乱させようとしている会社荒らしに対して、そのような発言を差し控えるよう請託する行為は、「不正な行為をやめてほしい」という趣旨の請託であり、これを「不正の請託」と評価することはできない（芝原邦爾『経済刑法研究 上』（2005年）270頁参照）。

「不正の請託」の典型例としては、従来、株主総会において、他の株主の正当な発言や議決権の行使を暴行・脅迫によって妨害する旨の請託が挙げられてきた。もっとも、本罪は行為者の「株主総会……における発言又は議決権の行使」に関して、不正の請託がなされる必要があるから、請託の内容それ自体が（少なくとも外形的には）行為者の権利の行使として行われる必要があると解される。このような理解からは、株主総会において、他の株主を威圧するような発言をすることを依頼すれば不正の請託に当たるが、他の株主の発言を暴行等によって物理的に妨害することの依頼は本罪に当たらないという結論が導かれよう（落合誠一編『会社法コンメンタール21-雑則(3)・罰則』（2011年）134頁〔佐伯仁志〕参照）。また、株主総会における自らの発言に関する請託であっても、それが「不正」な請託と評価される必要があるから、理屈や駆け引きによって他の株主の発言を封じ込めることの依頼は、原則として「不正の請託」を構成しないことになる。

本罪の成立を肯定した唯一の最高裁判例が、いわゆる東洋電機カラーテレビ事件（最決昭和44・10・16刑集23巻10号1359頁）である。本件の被告人は電機製品メーカーの取締役であったが、発明家を名乗る人物Nからカラーテレビを安価に製造できる電子管を

開発したという提案を受け、昭和36年1月28日、この人物と嘱託契約を締結し、多額の出資をして研究開発に当たさせた。そして、同年6月28日、同人が試作したと称する受像機を新聞記者らに公开发表したことによって、かねてから本件研究開始の情報によって徐々に騰貴しつつあつた同会社の株価がさらに急騰したが、その直後、Nの経歴等に疑問が多く、本件受像機も東芝製のテレビに細工を加えたものにすぎないとの強い疑惑が浮上したため、投資家はもちろん、新聞・雑誌もこれを重視し、会社経営陣の責任が追及されるのが必至の情勢であった。このような状況において、被告人らは共謀の上、いわゆる総会屋であった同社の株主2名に対し、昭和36年7月および37年1月に開催が予定されていた株主総会の開催前に、総会において役員改選、営業報告などの議案を無事に可決させるべく、会社経営陣に有利な発言をしてもらいたい旨、また、一般株主が経営陣の責任を追及する発言をするのを抑えこんでもらいたい旨依頼し、その謝礼として金員を供与した。最高裁は、「株主は個人的利益のため株式を有しているにしても、株式会社自体は株主とは異なる別個の存在として独自の利益を有するものであるから、株式会社の利益を擁護し、それが侵害されないためには、株主総会において株主による討議が公正に行なわれ、決議が公正に成立すべきことが要請されるのである。したがつて、会社役員等が経営上の不正や失策の追及を免れるため、株主総会における公正な発言または公正な議決権の行使を妨げることを株主に依頼してこれに財産上の利益を供与することは、商法四九四条にいう『不正の請託』に該当するものと解すべきである。本件において、原判決認定のごとく、株式会社の役員に会社の新製品開発に関する経営上の失策があり、来るべき株主総会において株主からその責任追求が行なわれることが予想されているときに、右会社の役員が、いわゆる総会屋たる株主またはその代理人に報酬を与え、総会の席上他の一般株主の発言を抑えて、議案を会社原案のとおり成立させるよう議事進行をはかることを依頼することは、右法条の『不正の請託』にあたることとした原判断は相当である」と判示して、本罪の成立を認めた原判決を是認している。

本決定は「不正の請託」に関する事例判断をしているにすぎないが、単に一般株主の発言を抑えることを一般的に「不正の請託」に当たると判示したのではなく、経営陣に対する責任追及が予想される状況であることをあえて明示的に判示したことからすれば、このような特別な状況がある場合に限って、一般株主の発言を抑えこむことが「不正の請託」に当たると判示したものと解することができよう（海老原震一・最判解刑事篇昭和44年度

382 頁を参照)。

### 6-3 利益供与罪

#### (1) 概要

このように(旧)商法 494 条だけでは、総会屋対策としては十分ではないという認識の下、昭和 56 年の商法改正で新設されたのが利益供与罪(旧商法 497 条)である。494 条(現会社法 968 条)と 497 条(現会社法 970 条)は、ともに会社が総会屋等に利益を供与する行為を処罰対象としているが、基本的な条文構造には、次のような相違がある。

① 968 条は利益を収受・要求した者の処罰を原則としつつ、利益の供与側も処罰するという構造を採用しているが、970 条は利益の供与側すなわち会社側を 1 項で処罰し、2 項で受供与者を処罰するという構造を取っている。すなわち 970 条は、会社が安易に金を出すからこそ利益供与はなくならないとして、供与側を中心に法益侵害を見いだす発想に基づく規定として理解される。

② 968 条が「不正の請託」を要件にしていたのに対して、970 条は「株主の権利の行使に関し」、利益供与がなされれば十分である。また、968 条が同条 1 項 1 号ないし 3 号に列挙された権利行使に関する利益の受供与のみを処罰していたのに対して、970 条は、株主の権利行使全般についての利益供与をカバーしている。

③ 968 条では供与される財産上の利益の負担者については特段の限定がなかったが、970 条では「会社の計算において」利益の供与がなされることが必要である。

④ 968 条は利益収受・供与の未遂的類型である約束行為、さらに要求行為・申込行為も処罰対象としているが、970 条は利益の供与・受供与行為のみを処罰しており、未遂犯の処罰規定も設けられていない。もっとも、この点については、平成 9 年の改正によって、利益要求罪(3 項)が新たに設けられている。

⑤ 968 条は一般的な賄賂罪の規定に従って立法されており、収受・供与という行為類型、さらに約束行為については、当然に当事者の意思の合致が必要であると解されてきた。したがって、反対当事者に本罪の認識を欠く場合(たとえば利益を受け取る方が、不正の請託を受けている認識がない場合)には、収受罪も供与罪もともに成立しない(この場合には、一方当事者について、要求罪、申込罪のみが成立することになる)。これに対して、970 条は、2 項が「情を知って」利益の供与を受ける行為を処罰していることから明らかなよう

に、受供与側が利益受供与罪の認識を欠き、本罪が成立しない場合であっても、供与側を処罰することは可能である。

利益供与罪の新設後も、企業と総会屋の癒着はたびたび報道され、なお社会問題となっていたが、平成9年に発覚したいわゆる証券スキャンダルにおける利益供与事件は、その規模において、これまでの事件の中で突出したものであった。裁判所が認定した事実によると、本件の総会屋Kは、①第一勧業銀行から追加融資を受けられない状況にあったにもかかわらず、株主総会の議事の円滑な進行に協力することの謝礼の趣旨で、前後52回にわたり、関連会社を介して、合計117億8200万円の融資を受け、②野村証券からも同様の趣旨で、(a)野村証券が買い付けた株式を、Kから委託を受けて行った取引と仮装することで合計4749万53円相当の財産上の利益の提供を受け、(b)Kが買い付けたワラント債を野村証券に売りつけたかのようなコンピュータ操作の仮装によって、2242万2739円相当の利益の供与を受け、(c)現金3億2000万円を手渡されて、財産上の利益の供与を受けた。さらに、③大和証券からも、同社が自己の計算で行った株式の売買を、すべてKの委託による取引と仮装することによって、3663万1669円相当、さらに、1億6616万3482円相当の利益の供与を受け、④日興証券からも同様の方法により、1409万6560円相当の財産上の利益の供与を受け、⑤山一証券からも同様に、合計1億700万6538円相当の財産上の利益の供与を受けた。東京地裁（東京地判平成11・4・21判時1680号142頁）は、Kを懲役9月の実刑に処し、6億9363万1041円の追徴を言い渡した（②ないし⑤の事実については、（旧）証券取引法の損失補てんの罪と観念的競合の関係に立つところ、東京地裁は証取法200条の2の必要的没収・追徴の規定を適用して、②ないし⑤によって供与された利益の全額を追徴している。利益供与罪については、刑法上の没収・追徴規定を適用することになるが、①については融資を受けることが利益の内容であるため、いわば原始的な没収不能であり、追徴も不可能である）。

この事件を契機として、平成9年の商法改正によって利益供与罪の規定が改正され、その規制が強化された。その具体的内容は、①法定刑の引き上げ（6月以下の懲役または30万円以下の罰金刑であったものを、3年以下の懲役または300万円以下の罰金に引き上げ、懲役刑と罰金刑の併科も可能とした）、②利益要求罪の新設（3項）、③総会屋が利益の要求や受供与に際して威迫行為をした場合について刑の加重（4項）である。さらに平成12年の商法改正では、「会社の計算において」の要件について、当該会社の子会社の計算による

利益供与・受供与も処罰対象に加えられている。

## (2) 保護法益

(1)でみたように、本罪は、旧 494 条の会社荒らしに対する贈収賄罪だけでは総会屋対策として十分ではないことから、その規制をより実効化するために設けられた規定である。しかし、その立法においては、「不正の請託」を要求しないかわりに、利益供与が会社の計算においてなされることが要求されており、会社の財産的被害も重視するような条文構造となっている。そのため、利益供与罪の保護法益については、総会屋の関与を排除するという立法目的を重視するか、それとも、「会社の計算」という条文構造を重視するかによって、見解の対立が生じている。多数説は、「本条の保護法益は、株主の権利行使に関する会社資産の費消を防止して、会社運営の健全性を確保することにある。(旧) 494 条が株主等の権利行使の公正確保を保護法益とするのと異なる」(商事法務研究会編『利益供与の禁止』126 頁〔竹内昭夫])として、本罪の保護法益を会社財産の保護に求める。このような理解に従えば、本罪は特別背任罪の補充規定ということになる。また、968 条との関係においては、保護法益が異なるため、両罪の構成要件をともに充足する場合には両罪がともに成立し、観念的競合として処理されることになる。これに対して、総会屋対策という本罪の立法事実を重視する立場からは、968 条、970 条はともに、株主の権利行使の公正を保護法益とするものと解されることになる(前掲、芝原 280 頁など参照)。この立場からは、両罪は法条競合の関係に立つことになる。他方、特別背任罪のとの関係については、罪質が異なる以上、両者がともに成立する場合には観念的競合の関係に立つことになる。

利益供与罪が総会屋の関与を排除して、株主総会の健全化・実質化を図ることを目的に立法されたことは疑いないので、このような立法事実を重視するのであれば、本罪の保護法益を株主の権利行使の公正に求める後者の見解が支持されることになる。もっとも、本罪の構成要件においては、利益供与が「会社の計算において」なされることが必要であり、この立場からは、この要件をいかに説明するかが重要な問題となる。有力な見解からは、個人的な株主の買収工作のレベルを超えて、いわば「会社ぐるみ」で利益供与が行われた場合には、株主の権利行使の公正は一層深刻に危殆化されることから、「会社の計算において」の要件は、会社として利益供与がなされたことを意味している、という説明がなされている(芝原・前掲書 299 頁参照)。この立場からは、後述のように、会社財産を利

用した利益供与がなされていれば十分であり、会社財産が費消されることは必ずしも必要ではない。これに対して、本罪の保護法益を会社財産の保護に求める見解からは、会社財産が減少した場合に限って、本罪が成立することになる。

### (3) 「株主の権利の行使に関し」

本罪における利益供与は、株主の権利に関してなされることが必要である。株主権の内容に関する限定はないが、事実上問題となるのは、株主総会における出席、発言、議決などであろう。公刊物掲載の裁判例においても、ほとんどの事件で、「株主総会において……その株主権を行使するに際し、議事の円滑な進行に協力した謝礼等として」の利益供与が認定されている（たとえば伊勢丹事件＝東京簡裁昭和 59・6・15 商事法務 1011 号 48 頁、住友海上火災保険事件＝東京地判昭和 62・7・7 資料版商事法務 70 号 49 頁など）。もちろん、積極的な権利行使だけではなく、「株主としての発言・質問を差し控えたこと等に対する謝礼」の趣旨であっても構わない（たとえばノリタケカンパニー事件＝名古屋地判昭和 62・1・28 別冊商事法務 92 号 255 頁）。さらに、株式を取得すること自体は株主の権利行使とはいえないが、株式を取得すれば当然株主としての権利行使が予想されるのであるから、株式の取得を差し控えてほしいとの趣旨で利益の供与がなされた場合も、将来取得しうる株主権の行使を差し控えてほしいという趣旨が含まれているとして、本罪の成立を認めることが可能であろう。大阪変圧器事件（大阪地判昭和 60・2・12 判タ 553 号 268 頁）では、「今後同会社の株式の取得を差し控えて株主権の行使をしない旨依頼し、その報酬として」金銭を供与した場合について、本罪の成立が認められている。

本罪の構成要件においては、利益供与の相手方が株主である必然性はない。したがって、株主でない A に対して、株主 B の権利行使に影響を与える趣旨で利益を供与する場合であっても、本罪が成立することになる。たとえば共和電業事件（東京地判昭和 63・6・29 ほか資料版商事法務 70 号 44 頁）では、「他のいわゆる総会屋株主らをして、その株主権の行使に関し、同総会への出席、発言等を差し控えさせる……ための報酬として」の利益供与について、本罪の成立が認められている（同趣旨の裁判例として、そのほか NTN 事件＝大阪地判平成 6・3・10 資料版商事法務 123 号 160 頁など）。それでは上記の例で、A が B の権利行使に対して影響力を及ぼしうるような地位にはなかったのに、会社関係者がそのような関係があると誤信して、利益を供与した場合でも本罪は成立するか。通説的見解は、

「権利の行使に関し」という要件は、供与側の動機を意味するものであるから、権利行使に影響を及ぼす蓋然性は不要であるとして、この点を積極的に解する。これは、本罪の保護法益を会社財産の保護に求める立場からの帰結といえよう。これに対して、株主の権利行使の公正を保護法益とする立場からは、権利の行使に影響を与える可能性が全くない場合には、本罪の成立が否定されることになろう。

本罪は総会屋の排除を目的とした規定であるが、相手方が総会屋でなくても、会社が株主に対して何らかの利益を付与する場合には、「株主の権利の行使」に関連した利益供与が行われたとして、同罪が成立する可能性があり得る。もちろん、刑事事件になることは稀であろうが、利益供与は民事上も禁止されており、それに関与した取締役は責任を負うことになるから（会社法 120 条）、その限界は重要な問題である。ここではいくつかの事例について、簡単な検討を加えておきたい。

株主優待制度はそれが株主としての地位自体に基づき、基準を充たす株主全員に平等に実施されるものであるから、「株主の権利の行使に関して」行われているわけではないから、これに当たらないと解されている。民事判例においては、鉄道会社が、株主優待乗車券を交付したことが利益供与に当たらないと判断したものがある（高松高判平成 2・4・11 金融商事判例 859 号 3 頁）。本件会社の株主優待乗車券の発行規定によれば、500 株から 1499 株までは毎年 1 冊（回数券綴りで 1500 円相当）、1500 株以上は 1000 株ごとに 1 冊を追加交付することになっていたため、1000 株以上の株主においては、これを 500 株ずつ分けて複数の株主が保有した方が多くの優待乗車券の交付が受けられることになるため、譲渡人たる株主と同一の住所の架空人に 500 株単位で株式を譲渡することが常態化していた。このような架空の株式譲渡に基づいて株主優待乗車券を超過発行したことが利益供与に当たらないかが問題とされたが、高松高裁は「本件超過交付については、本件株主らの請求を容れて名義変更に応じ、それを前提に本件交付基準を適用して本件超過交付を行った訴外会社の対応が安易であったことは否定できないけれども、その発端は、本件株主らが、本件交付基準の不備につき、より多くの優待乗車券の交付を得る目的で、株式の名義だけを小口に分散しようとしたことにあり、利益供与の対象も、そのような名義変更の措置をとった株主の全部に及んでいる。これらの事情からすれば、本件超過交付をするについて、訴外会社には、本件株主らの権利の行使に関してこれを行うという意図はなかったものと認めるのが相当である」と判示している（なお、本判決は、このような株式の名義書換の

実態を知りながら、是正措置を講じることなく放置したことが善管注意義務に反するとして、取締役の賠償責任を認めている)。

株主総会のおみやげ、飲食の提供も、それが一般株主に対して、株主総会に出席することを促すために行われていると考えるのであれば、「権利の行使に関して」なされていると考えることも不可能でない。もっとも、その価額がごくわずかなものであり、社交儀礼の範囲にとどまるといえる場合には、権利行使との対価関係が明確ではなく、この要件を充足しないと解することができよう。

最近の民事裁判例（東京地判平成19・12・6判タ1258号69頁＝モリテックス事件）には、議決権行使を条件としてQuoカード1枚（500円分）の提供をしたことが利益供与に当たると判断したものがある。本件においては、X社の経営陣とその大株主であるYらが、それぞれ取締役、監査役の選任議案を提出し、経営権を争ういわゆるプロキシファイトが行われたところ、X社は議決権を有する全株主に対し、各選任議案が記載された株主総会招集通知とともに、有効に議決権行使をした株主1名につきQuoカード1枚を贈呈する旨や「※各議案に賛成された方も反対された方も、また委任状により議決権を行使された株主様にも同様に贈呈いたします。なお、議決権行使書に賛否のご記入が無い場合は、議決権行使書の注意書きにございますように、会社提案に賛成の表示があったものとして取扱います。」との記載がなされた議決権行使書面を送付した。さらに、同社が議決権を有する全株主に対して送付した「『議決権行使書』ご返送のお願い」と題するはがきには、「今次株主総会は、当社の将来に係わる重要な総会でございますので、当日ご出席願えない方で、まだ議決権行使書をご返送頂いていない場合には、誠にお手数ですが招集ご通知同封の議決権行使書に賛否をご表示頂き、お早めにご返送頂きたく重ねてお願い申し上げます。議決権を行使（委任状による行使を含む）して頂いた株主様には、Quoカードを進呈致します。」との記載がされるとともに、その下部に、「【重要】」とした上で、「本年6月開催の株主総会は、当社の将来に係わる重要な株主総会となります。是非とも、会社提案にご賛同のうえ、議決権を行使して頂きたくお願い申し上げます。」との記載がされていた。これにしたがい、Xは株主7323名に対して1人あたり500円のQuoカードを送付した（支出費用は452万1990円）。これについて、東京地裁は「取締役が、会社の負担において、株主の権利の行使に影響を及ぼす趣旨で利益供与を行うことを許容することは、会社法の基本的な仕組に反し、会社財産の浪費をもたらすおそれがあるため、これを防止すること」



が会社法 120 条の趣旨であるとして、「当該利益が、株主の権利行使に影響を及ぼすおそれのない正当な目的に基づき供与される場合であって、かつ、個々の株主に供与される額が社会通念上許容される範囲のものであり、株主全体に供与される総額も会社の財産的基礎に影響を及ぼすものでないときには、例外的に違法性を有しないものとして許容される場合がある」とした上で、本件 Quo カードの発送については、1 人あたりの金額については社会通念上許容される範囲のものとみることができ、その総額も会社の財産的基礎に影響を及ぼすとまではいえないが、「Quo カードの提供を伴う議決権行使の勧誘が、一面において、株主による議決権行使を促すことを目的とするものであったことは否定されないとしても、本件は、原告ら及び被告の双方から取締役及び監査役の選任に関する議案が提出され、双方が株主の賛成票の獲得を巡って対立関係にある事案であること……を考慮すると、本件贈呈は、本件会社提案へ賛成する議決権行使の獲得をも目的としたものであると推認することができ……株主の権利行使に影響を及ぼすおそれのない正当な目的によるものということとはできないから……本件贈呈は、会社法 120 条 1 項の禁止する利益供与に該当する」として、法令違反を理由に、本件株主総会における各決議の取消を命じている。

従業員持株会に対する奨励金の支出については、実際に民事訴訟でも争われている（福井地判昭和 60・3・29 金融商事判例 720 号 40 頁＝熊谷組事件）。学説においては、会社経営陣は、従業員持株会を安定株主工作に利用することができることから、株主の権利行使に関する利益供与に当たるとする見解もあるが（田中誠二・商事法務 1071 号 2 頁以下など）、持株会は従業員に一定の議決権行使を強制するものではなく、従業員の財産形成と会社との共同意識の涵養を目的とするものであるから、奨励金の金額が、従業員に対する福利厚生として適切な範囲に留まっているのであれば、権利行使との牽連性を否定することができよう。

#### （4）「会社の計算において」

「会社の計算において」とは、一般に、対価の支払いが会社の負担となり、損益が会社に帰属することと解されている。あくまでも損益の帰属が問題であるから、実際にいかなる名義で供与がなされたかは関係ない。したがって、会社の役職員のポケットマネーによって利益供与がなされた場合はこれに当たらないが、役職員の支出については事後的に会社財産によって補てんされることになっている場合や、あらかじめその給与や賞与に上

積みする形で支給されている場合は、実質的にみて会社の計算といえるから、本罪が成立することになる。櫻護謨事件（東京地判昭和62・2・3別冊商事法務92号2667頁）では、供与された金員については、社長ほかの役員が一時立て替え、後日会社側が空出張等により裏金を作り出して当該役員に返還することが予定されていたが、東京地裁は「社長らは、櫻護謨から返還を求める意思を持たずに、個人の負担でいわゆるポケットマネーを出したのではなく、本来同会社が負担すべき金員を一時的に立て替えたものに過ぎないのであるから、本件金員の支払いは、まさに同会社にその損益が帰属するといわなければならない」として、本罪の成立が認められている。また、本件では立替金の返還が終了する前に発覚したため、発覚後は立替金の返還はなされていないが、この点についても、「会社から返還を受けているか否かは、あくまでも会社側と当該役員との内部的な事後処理の問題」にすぎず、本罪の成否に影響を及ぼさない旨が示されている。なお、このようなスキームによって利益供与がなされた場合において、かりに受供与側が会社による補てんの計画を知らず、役員のポケットマネーから供与を受けたと認識している場合には、利益供与罪は成立するが、受供与罪は成立しないことになる。

通説的理解のように本罪を会社財産に対する罪として理解する場合、「会社の計算」と評価するためには、会社財産が実際に費消され、会社に損失が生じることが必要となる。これに対して、株主の権利行使の公正を保護法益とする立場からは、必ずしも会社に経済的損失が生ずることは必要ではなく、会社財産を「使用」していれば十分ということになる（前掲、芝原279頁）。たとえば転換社債型新株予約権付社債の親引けとして、これを総会屋に優先的に割り当てる場合、会社財産が利益供与の客体として「使用」されていることは間違いないが、総会屋は対価を支払って、社債を引き受けるのであるから、会社には経済的な損失は一切生じていない。保護法益をめぐる両説の対立は、このような事案をめぐって顕在化することになる。

#### (5) 「財産上の利益」

「財産上の利益」は、経済上の価額を有する利益と解されており、「賄賂」の概念とはほぼ共通であるが、財産的価額に還元できない地位の供与、情欲の満足などが除外される点が、賄賂との相違点である。したがって、現金を供与する場合でなくても、総会屋企業と契約を締結する行為、総会屋に融資する行為もこれに当たることになる。

このように契約の締結が財産上の利益に当たることは明らかなが、これがいかなる範囲で本罪を構成するかは、議論のあるところである。たとえば会社関係者が、総会屋株主の妻の経営する料亭を接待に利用して（会社の経費で）対価を支払ったり、会社の清掃作業を総会屋関連の清掃会社と契約して行わせるような場合、その対価が極端に高い場合は契約とは名ばかりのものといえるから「財産上の利益」にあたることは異論がない。総会屋が発行する雑誌に高額な購読料や広告料を支払う事例が典型的なケースであろう。これに対して、契約内容が経済的に合理性を有している場合はどうか。このような場合は「財産上の利益」にあたらぬという見解も有力であるが、数多くある取引先の中から選ばれて仕事を受けているのであるから、これを「利益」に当たらないと解することは困難であろう。

会社財産の費消を要求する通説の立場からは、会社が経済的に合理的な対価を得ている場合には、「会社の計算」とはいえないとして、本罪の成立を否定することが可能であるが、権利行使の公正さを保護法益とする立場からは、会社が合理的な対価を得ているとしても、それだけでは本罪の成立を否定する根拠にはならないであろう。たとえ経済的に合理的な契約であったとしても、それが総会屋に意図的に便宜を図り、株主の正当な権利行使を妨害するものであるならば、本罪の成立を認めることも十分に可能であるように思われる。もっとも、このように「株主の権利行使に関して」契約の締結がなされたことを立証するためには、他の取引先を選択してもよいのに、あえて総会屋企業と契約を締結したような事情が必要となる場合が多いであろう。したがって、総会屋企業と契約を締結していても、その契約が経済的に妥当な内容であり、しかも、その企業と取引をする合理的な理由が認められる場合には、権利行使との牽連性を立証することは、事実上、困難となるものと思われる。

#### (6) 会社防衛と利益供与

会社経営陣が反対派による会社乗っ取りを阻止するために、株式の買い取りのための工作資金を第三者に交付する行為が、会社法の禁止する利益供与に該当するであろうか。工作資金の提供が会社の計算による利益の供与に当たることは否定しがたいので、問題は、「株主の権利の行使に関し」の要件である。具体的には、敵対株主に働き掛けて、その株式を譲渡させることが、その「権利の行使に関し」といえるかが問題となる。

この点について、具体的な判断を示したのが国際航業事件（東京地判平成7・12・27判時1560号140頁）である。本件では国際航業の経理部長A、経理部次長Bが、いわゆる仕手集団が保有する株式を買い取るための裏工作の資金として、Xに11億5000万円を交付した事件について、国際航業がXに対してその金員の返還を求めた事案であるが、東京地裁は、本件の利益供与は会社の計算によってなされたと認定した上で、「株式の譲渡それ自体は……『株主ノ権利ノ行使』とはいえないから、会社が株式譲渡の対価若しくは株式譲渡を断念する対価として利益を供与する行為又は株式の譲渡等について工作を行う者に利益を供与する行為は、直ちに株主の権利行使に関する利益の供与行為に当たるものではない。しかし、右のような利益供与行為であっても、その意図・目的が、経営陣に敵対的な株主に対し株主総会において議決権の行使をさせないことにある場合には、権利行使を止めさせる究極的手段として行われたものであるから、『株主ノ権利ノ行使ニ関シ』利益供与を行ったものといえることができ」として、原告の請求を認容している。なお、本件A、Bは業務上横領罪で起訴されたが、第1審（東京地判平成6・6・7判時1536号122頁）は業務上横領罪の成立を否定しており、本件判決もそれを前提として、本件利益供与は会社の計算によってなされたものと判断している。もっとも、その後、刑事事件の控訴審（東京高判平成8・2・26判タ904号216頁）はA、Bについて業務上横領罪の成立を認め、この結論はAについては、最高裁においても維持されている（最決平成13・11・5刑集55巻6号546頁）。このように横領行為によって領得された資金を第三者に交付している場合、それが「会社の計算において」といえるかは、なお検討の余地がある。

さらに、近時、最高裁はいわゆる蛇の目ミシン株主代表訴訟（最判平成18・4・10民集60巻4号1273頁）で、X社の経営陣が、著名なグリーンメーラーであったAに対して300億円を交付した行為が、違法な利益供与に該当することを認めた。本件Aが経営するI社は、X社の株式を大量に買い付け、同社の筆頭株主となっていたが、AはX社の取締役Yらに対して、同社の株式を暴力団の関連会社に売却したかのように示唆し、これを取り消したいのであれば300億円用意するように要求し、X社経営陣が対応に苦慮していると、さらに「大阪からヒットマンが2人来ている」などと述べて脅迫した。そのため、Yらはノンバンクから300億円の融資を受け、関連会社を介して、それをI社に融資した。Aにはこの融資金を返済する意思がなく、その回収はきわめて困難な状況にあった。最高裁は、Yら取締役の忠実義務、善管注意義務違反（旧商法266条1項5号）の責任を肯定し

た上で、さらに、株主の権利行使に関する利益供与禁止規定違反（旧商法 266 条 1 項 2 号）の責任について、「株式の譲渡は株主たる地位の移転であり、それ自体は『株主ノ権利ノ行使』とはいえないから、会社が、株式を譲渡することの対価として何人かに利益を供与しても、当然には商法 294 条ノ 2 第 1 項が禁止する利益供与には当たらない。しかしながら、会社から見て好ましくないと判断される株主が議決権等の株主の権利を行使することを回避する目的で、当該株主から株式を譲り受けるための対価を何人かに供与する行為は、上記規定にいう『株主ノ権利ノ行使ニ関シ』利益を供与する行為というべきである」と判断し、積極的に解している。

本件においては、X 社の経営陣は、A が保有していた大量の株式を暴力団の関連会社に売却したという A の言葉を信じ、暴力団関係者が同社の経営等に干渉する事態となることを回避するために株式の買い戻し資金として 300 億円を供与したのであるが、本件において、A が本当に暴力団関連会社に株式を譲渡していたかは必ずしも明らかではない（太田晃詳・最判解民事篇平成 18 年度（上）498 頁注 24 を参照）。通説は、「権利の行使に関し」とは、利益を供与するときの意図・動機であれば足りると解しているから、現実に暴力団関係者に譲渡がなされたか否かは重要な問題ではないが、株主の権利行使の公正さを保護法益と解する立場からは、現実の株主の権利行使に具体的に関連するかたちで利益供与がなされる必要があるため、この点が問題となろう。A が暴力団関係者に譲渡する意図や計画を有していた場合には、株式の譲受人となり得た者の（潜在的な）権利行使に関連していると評価できるが、これが A の全くの虚言であり、株式譲渡に関する計画も有しないような場合であれば、たとえ A が株式を保有しているとしても、同人の権利行使が会社にとって不都合であるとして、A 自身から株式を買い戻して、その権利行使を妨げる意図が併存していない限り、利益供与罪・受供与罪の成立を認めることは困難であるように思われる。

#### （7）最近の動向

最後に利益供与罪に関する最近の動向を簡単に見ておくことにしたい。平成 9 年の証券スキャンダルにおける利益供与事件が発覚した後も、大企業が総会屋に利益を供与する事件が発生し、利益を供与した会社の役職員が利益供与罪で訴追され、有罪判決を受けている（たとえば味の素事件＝東京高判平成 11・3・25、日本信販事件＝東京地判平成 15・3・26、西武鉄道事件＝東京高判平成 17・7・22 など）。

もっとも、その後、少なくとも新聞報道においては、株式会社の役職員が利益供与罪で検挙されたケースは見あたらず、総会屋側が利益を要求して、利益要求罪で逮捕されるケースが多くなっている。たとえばエイバックス（朝日新聞 2005 年 10 月 28 日朝刊）、フジッコ（朝日新聞 2007 年 5 月 19 日朝刊）、東武鉄道（朝日新聞 2007 年 6 月 26 日朝刊）、映画興行会社「スバル興業」（朝日新聞 2008 年 6 月 8 日朝刊）などに対する利益要求が行われ、要求者が逮捕されている。このような状況にかんがみれば、利益要求罪の新設が総会屋対策に有効に機能しており、会社側が総会屋の要求に安易に応じて、利益を供与するケースが大幅に減少しているという推測も可能であろう。

（橋爪 隆）

### III 金融商品取引法上の犯罪

#### 1 金融商品取引法の規制の概要

##### 1-1 金融商品取引法の成立

金融商品取引法は、2008年に証券取引法を改正して成立した法律である。名称も金融商品取引法に変更され、これに伴って、同法の規制対象も拡大された。金融商品取引法（以下、金商法）は、「金融商品取引」に関する法であって、（広義の）「金融商品」（＝金融に関する商品一般）を対象とした取引法ではない。

金商法は、包括的・横断的な投資者保護規制を行う「投資サービス」法という構想のもとに作業が進められ、「投資サービス」を「金融商品取引」に言い換えて制定されたものである<sup>1</sup>。また、「金融商品」という用語も、金商法上の法概念としては、同法2条24項で、有価証券、預金、通貨など、デリバティブ取引の原資産になるものという視点から定義されているにすぎない。

すなわち、金商法は、（広義の）金融商品のうち、投資リスク、市場リスク等のある投資商品（企業金融型商品、資産金融型商品）の取引を（例えば投資者がプロである場合など投資者保護の必要性の低い場合には規制を緩和するという柔構造化を伴いながら）規制する法律である。

以前は、①有価証券とその関連デリバティブ取引については証券取引所で、②通貨や金利などの金融デリバティブ取引については金融先物取引所で、③穀物や貴金属など商品先物取引については商品取引所で取り扱われていた。これに対して、金商法制定後は、このうち、①証券取引所と②金融先物取引所を包含する取引所としてあらたに「金融商品取引所」を設けている（金融先物取引法の廃止）。他方、③の商品先物取引については、現在、商品先物取引法<sup>2</sup>が「商品取引所」を設けて規制しており、金融商品取引所とは区別されて

1 山下・神田編「金融商品取引法概説」（2010年）21、54頁

2 「商品先物取引法」は、「商品取引所法」と「海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律」を一本化した法律で、相場操縦行為、損失補てんの禁止、複雑なプロアマ規制の導入など業法規制（→註12）や行為規制の点では、金商法に近い法制度になっている。金商法にはみられない行為規制として、商品先物取引法は、商品市場の相場変動目的での商品市場外での売買（現物市場で買い占め、取引所市場で買いポジションを取り転売して利得を得る行為）を禁じ、その違反に刑罰を科し

いる。

また、平成 24 年改正では、コメ等を除く商品先物取引も金融商品取引所で扱えるようになり、総合的な取引所の実現に向かって、更に一步を進めている。

## 1-2 金融商品取引法の規制対象

1-2-1 金商法の規制対象の規定の仕方は少し独特で、その規制対象を、取引の対象による方法と取引の態様による方法との二通りの仕方で規定している。前者は、「有価証券」、「みなし有価証券」の取引（同法 2 条 1、2 項）であり、後者はデリバティブ取引（同法 2 条 20、21、22、23 項）である<sup>3</sup>。

### 1-2-2 金商法の対象となる投資商品

金商法は、投資者保護の観点から必要と考えられる投資商品をできるだけ広範囲に取り込んでいる。「有価証券」（同法 2 条 1 項）に限らず、（ファンドの持分のような）証券が発行されない投資商品が「みなし有価証券」（同法 2 条 2 項）として対象とされているのはこのためである。

その結果、たとえ流動性の低い商品であっても、投資者保護の観点から保護が必要とされる投資商品については、金商法の対象に取り込んでいる。また、今後、登場するあらたな投資商品も、政令の指定により取り込みうるようになっている（同法 2 条 1 項 21 号、同条 2 項 7 号）。

あらたな投資商品を政令で指定する際、「公益又は投資者の保護を確保する」観点から、同法 2 条 1 項の「有価証券」については「流通性その他の事情」を勘案すること、また、同法 2 条 2 項の「みなし有価証券」については「同様の経済的性質を有することその他の事情」を勘案することとなっており、後者に流通性が要求されていない点（この点は開示規制の必要性の程度にも影響する→6-1）に、両者の性質の違いを見とることができる。

1-2-3 デリバティブ取引には、価格変動リスク、信用リスクに着目して差金決済が行われる先物・先渡取引、オプション取引、金利・通貨スワップ取引、クレジット・デリバティ

---

ている（同法 116 条 6 号）。

3 近藤・吉原・黒沼「金融商品取引法入門」（2009）29 頁



ブ取引等、様々なものがある。また、有価証券のような原資産（「金融商品」）や（同法2条24項）、金利・通貨や気候のような「金融指標」もデリバティブ取引の対象となっており（同法2条25項）、要は、変動するものであるなら何でもデリバティブ取引の対象となりうる<sup>4</sup>。このような性質をもつデリバティブ取引については、その取引対象を特定して規制対象を確定することに限界があることから、金商法は、デリバティブ取引という取引態様に着目して、これを規制対象としているのである。

金商法上は様々なデリバティブ取引が対象となっており、有価証券に関連するデリバティブに限らないことから、有価証券の規制のすべてがデリバティブ取引に及ぶというわけではない<sup>5</sup>。

### 1-3 金商法の「一般法」的性質

金商法の対象は広汎ではあるが、上述のように、（広義の）金融商品のすべてが対象となるわけではない。例えば、銀行預金や保険は、金商法の対象ではない。預金については、資金決済システムの保護、預金者の保護をはかるため銀行法による業法規制が、また、保険については、保険契約者保護をはかるため保険業法による業法規制が行われている。

それでも、金商法は、（少なくとも、業者による商品の販売・勧誘に際しての行為規制の点では、投資者保護に資するもっとも整備された行為規制を有していることから）、事実上、（広義の）金融商品取引の一般法としての性格をもちうる内容を有している。銀行法や保険業法のような法律も、金商法の制定に際し、あらたに制定された金商法の行為規制を及ぼ

---

4 （有価証券等の原資産である）「金融商品」（金商法2条24項）や（利率や気温等の）「金融指標」（同法2条25項）もデリバティブ取引の対象となる。そして、デリバティブ取引の対象となるあらたな原資産、参照指標が出現した時にこれを「金融商品」「金融指標」としてデリバティブ取引の対象として取り込んで規制を及ぼすことができるよう、政令で指定できるようになっている（同法2条24項4号、2条25項3号）（三井・池田・松尾「一問一答金融商品取引法」12頁）。

5 デリバティブ取引は、2章以下の開示規制の対象ではないが、3章以下の業法規制（有価証券のデリバティブとそれ以外のデリバティブに分けて規制されている）、一般的な行為規制（有価証券かそれ以外か、市場デリバティブか店頭デリバティブかで、規制範囲が異なってくる）は及んでいる（山下・神田前掲47、52頁）。

なお、デリバティブ取引として正当化される行為と賭博罪との関係については、金商法202条参照。同条1項本文は刑法の賭博罪の特別法であることは明らかである（山下・神田前掲53頁以下）。

しているのであって、銀行法や保険業法は、顧客保護のための行為規制については金商法の金融商品取引業者に対する行為規制を準用している<sup>6</sup>。この意味で、金商法の行為規制は、横断的な、統一した規制を行う際の標準メニューとしての位置を占めている。

リスクの性質、大きさにかかわらず、(広義の)金融商品のすべてを規制対象とするのが理想的な意味での金融サービス法であるなら、現行の金商法はその途上にあるもの(金商法は、ホップ、ステップ、ジャンプのステップの段階に位置するもの)ということになるのであろう。もっとも、すべての金融商品を同一法制のもとにおくことが適切、可能な選択であるかについては見解が分かれうるだろうから、だれもが納得する金融サービス法の将来像を描くことは簡単ではないだろう<sup>7</sup>。

#### 1-4 金商法の複合的な性質

金商法は、金融商品取引所(免許制)が開設する金融商品市場に対する規制を中核に据え<sup>8</sup>、具体的には、金融商品取引所の組織、運営に関する規定(5章)に加えて、①有価証券の発行主体に対する開示規制(2章から2章の5まで)<sup>9</sup>、②金融商品取引業者等に対する規制(3章以下)、③一般投資家に対する場合を含む一般的な規制(6章)の三つを含む複合的な性格の法律で、その結果、金商法は複雑な性格を帯びている<sup>10</sup>。

1-4-1 金商法は、金融商品取引市場を利用する株式会社債等を発行する企業等に対して、リスクを引き受ける投資家が適切な判断をなしうよう、必要とされる情報の正確な開示

---

6 銀行法13条の4、52条の45の2、保険業法300条の2

7 神田・山下前掲第7章。

8 金商法の適用範囲との関係で、私設取引システム(PTS)における取引(取引所外取引)との関係が問題になる。PTSは、以前は、証券取引法が開設を禁じる市場類似施設に該当するものとして認められていなかったが、平成10(1998)年の証券取引法改正以降、取引所集中原則は撤廃され、PTSの運営は証券会社の認可業務とされて以降、「認可」されたPTSは同法の市場類似施設開設の禁止にはあたらないと解されており(同法80条2項)、近年、PTSの役割が増している。

9 みなし有価証券(金商法2項2号の定める有価証券を発行しないもの)は、一部を除き、第2章の開示規制の対象となっていない(同法3条3項)。

10 「条文を一読するだけで規制内容を理解することが難しくなった」(近藤・吉原・黒沼「金融商品取引法入門」(2009)のはしがき)と書かれるのは、同法のこのような複合的性格のためであろう。

を求めており、有価証券の発行主体に情報開示を義務付ける情報開示法という性質を有している（第2章）。ただし、みなし有価証券について、（説明義務で対応することを予定し）原則として開示規制の対象外とし、例外的に開示規制をかけている（金商法3条3号）。

具体的には、企業金融型証券について、①企業内容等の開示（「発行開示」、「継続開示」）、②株券等の大量保有の開示、さらに、③（会社の経営支配権を変動させる可能性があることから）公開買付けに関する開示を強制し、投資家が投資判断に有益な情報を得ることができるようにしている。金商法は、投資家一般に対して投資判断に必要な情報を得させるためのものであるから、情報提供の対象者の範囲も、提供すべき情報の内容も広いが、情報の正確性の担保のもとに、投資判断は各投資家に委ねている。

また、資産金融型証券（「特定有価証券」）についても、その性質に即した開示規制がなされている（6-1）。

1-4-2 また、金商法は、金融商品取引業者等を規制、監督する、銀行法や保険業法のような業法的側面を有している（同法第3章）。具体的には、参入規制、自己資本規制のような財産規制、兼業規制等に着眼した開業規制を行っている。また、開業が認められた金融商品取引業者に対しては、業務範囲を規制しつつ、販売・勧誘規制や不公正取引の規制などの行為規制や財務面の規制を課している。

1-4-3 さらに、「資本市場の機能の十全な発揮による金融商品等の公正な価格形成」（法1条）を妨げることをないよう、（金商法が投資サービスに対する横断的規制を目指したことの当然の帰結であるが）不公正取引の規制のような一般的な行為規制を行っている。これは、企業等の発行体、一般投資家にも適用される規制であり、この一般的な行為規制は業法の枠に収まらない性質を有している（同法第6章）。

その多くには罰則による担保があり、インサイダー取引の規制、相場操縦行為の規制などがその代表的なものであるが、文言上は、広い範囲の不公正取引も罰則の対象となっている。

このような金商法の複合的性質から、金融商品取引業者等（以下では、とくにことわらない限り、文脈により、業者等と業者等の代表者、代理人、使用人その他の従業者の双方または一方を意味することがある<sup>11)</sup>）については、業者として業者に対する行為規制に触

れることがあるだけでなく（同法第3章）、業者としての立場を離れて不公正取引に関与する場合には、より一般的な不公正取引の規制に触れることがある（同法第6章）。

1-5 金商法における個々の規制と行為主体との関係について、おおまかに整理するならば、次のようになる。

開示規制違反は、有価証券の発行主体である企業が触れることのある行為である。インサイダー取引は、企業や企業情報に市場の一般投資家より早く接する機会のある関係者、金融商品取引業者等が触れることのある犯罪である。相場操縦行為やその周辺行為は、企業、金融商品取引業者等に加えて、資金運用力のある一般投資家も行いうる犯罪である。

#### 1-5-1 企業が違反行為を行う場合

有価証券の発行主体である企業が、開示規制違反、インサイダー取引を行う場合、これらの違反行為に協力した金融商品取引業者等には、これらに対する共犯の成立が問題となる。

#### 1-5-2 金融商品取引業者等が違反行為を行う場合

損失補てんをするのは金融商品取引業者等であって一般の投資家ではないから、損失補てんの規制は、業者に対する規制のなかにおかれている（同法3章金融商品取引業者等、同法3章の2金融商品仲介業者）。そのうえで、業者の損失補てんについては、業者を罰するだけでなく、（損失補てんに積極的に関与した場合に限られるが）一般投資家にも処罰範囲が拡張されている（同法39条2項等）。

金融商品取引業者等の行うインサイダー取引については、インサイダー情報を取得した者にも処罰範囲にも拡張され、その者が第1次の情報受領者にあたるかが処罰の可否を左右することになっている（第2次にみえても、第1次の情報受領者との共同正犯として規制されることはあるだろう）。

---

11 金商法207条に両罰規定がある。また、同法36条の顧客に対する誠実義務、同法38条の禁止行為の名宛人は「金融商品取引業者等又はその役員若しくは使用人」である。損失補てんについて、役員や使用人の違法、不当な行為であり内閣府令で定めるもの（「事故」）については、金融商品取引業者等は責任を負わない場合があるなど（同法39条4項）、個々の規定の名宛人は一様ではない。

### 1-5-3 企業、一般投資家が違反行為を行う場合

相場操縦、その周辺行為等の不公正取引は、企業や一般投資家が行う行為である。これに金融商品取引業者等が協力した場合、金融商品取引業者等は、業者としての立場を離れて関与することになるだろうが、こうした不公正取引を行う企業や一般投資家の犯罪に対する共犯の成立が問題となる。

このように、金商法の基本的な仕組みは、個々の罰則規定の解釈のあり方にも影響するだろう。

**1-6** 金商法は、上述のように、金融商品の開示規制、業法規制<sup>12</sup>、行為規制のそれぞれにおいて「柔構造化」をはかっている（証券取引法の「ワンセット規制」からの脱却）。これも、金商法の複雑さの一因となっている。

1-6-1 金商法の対象たる金融商品には、企業金融型証券（株式、社債等）と資産金融型証券（「特定有価証券」、ファンド、資産流動化証券等）の二種類があるが、前者は発行主体の企業の信用力が裏付けになる商品である。他方、後者は発行主体とは別の、ファンド等の投資対象である企業の保有する資産の価値が裏付けになる商品である。両者は、流動性のあるものについてのみ開示規制をすとしても（流動性の乏しいものについては説明義務で足り、開示を求める必要はない）、リスク判断に際して必要な情報が異なる。前者では企業情報の発行開示、継続開示が重要であるし、後者では、資産の内容、運用管理の状況、あるいはそれらの証券化の仕組の開示が重要であることから<sup>13</sup>、異なる開示規制を行っている。

### 1-6-2 また、金商法は、「第一種金融商品取引業」（同法 28 条 1 項）、「第二種金融商品

---

12 業法規制とは、ここでは、一定の事業について、これをなしうる業者を登録、許認可の対象としたうえで、業者のなしうる業務を限定し、また、業者が遵守すべき事項を課したうえで、無登録、無認可、無許可の業者、不正な方法で資格を得た業者を規制するとともに、登録、許認可を受けた業者について、業務外の事業の規制、遵守事項違反の規制する仕組みを意味するものとして用いている。

13 山下・神田前掲 220 頁。既述のように、みなし有価証券については、原則として開示規制の対象外とし、例外的に開示規制をかけている（金商法 3 条 3 号）。

取引業」(同法 28 条 2 項)、「投資助言・代理業」(同法 28 条 3 項)、「投資運用業」(同法 28 条 4 項)といった業種に即して、なしうる業務を限定し、これらに対して、異なる参入規制、財産規制等を課している。参入規制についてみると、業種を明らかにして登録する必要がある。登録制に統一したことで、規制は、証券取引法時(許認可制)よりも緩和され、単純化されている。

例えば、流通性のある有価証券、デリバティブの販売・勧誘は第一種金融商品取引業がなしうるものとして、もっとも厳しい業法規制を課し、他方、流通性の低いこれらの商品の販売・勧誘は第二種金融商品取引業がなし得るものとして、やや緩やかな業法規制を課している。

1-6-3 さらに、金商法は、いわゆるプロ(特定投資家(同法 2 条 31 項、「適格機関投資家」等))に対する場合とアマ(一般投資家)に対する場合とで、異なる行為規制を課している。

金商法は、金融商品取引業者等の業務について規定した第 3 章第 2 節において、「金融商品取引業者等又はその役員若しくは使用人」に対し詳細な行為規制を課し<sup>14</sup>、また、内閣府令でも、詳細な行為規制を行っている(同法 38 条 7 号「前各号に掲げるもののほか、投資者の保護に欠け、若しくは取引の公正を害し、又は金融商品取引業の信用を失墜させるものとして内閣府令で定める行為」)。これらの規制の多くは、金融商品取引業者等に一般に課される行為規制である。

他方、金商法は、顧客となる投資家についていわゆるプロとアマとを区分し、金融商品

---

14 顧客に対する誠実義務(金商法 36 条)、標識の掲示(同法 36 条の 2)、名義貸しの禁止(同法 36 条の 3)、(有価証券関連業者による)社債の管理の禁止等(同法 36 条の 4 第 1 項)、広告等の規制(同法 37 条)、取引態様の事前明示義務(同法 37 条の 2)、契約締結前の書面交付〔説明義務〕(同法 37 条の 3)、契約成立時等の書面交付(同法 37 条の 4)、保証金の受領に関する書面交付(同法 37 条の 5)、(投資顧問契約における)クーリングオフ(同法 37 条の 6、金融商品取引法施行令 16 条の 3)、虚偽告知、断定的判断提供、不招請勧誘、勧誘に際しての補てん約束等の不公正行為の禁止(同法 38 条・同法 38 条の 2)、損失補てん等の禁止(同法 39 条)、適合性の原則等(40 条)、最良執行方針等を記載した書面交付義務(同法 40 条の 2)、分別管理が確保されていない場合の売買等の禁止(同法 40 条の 3)、弊害防止規制(同法 44 条、同法 44 条の 2、同法 44 条の 3)、引受人の信用供与の規制(同法 45 条)といった行為規制が課されている。

取引業者等の行為規制を異にするという、柔構造化のアプローチを採用している。プロの投資家（特定投資家）は、自力に必要な情報を収集できるのであるから、一律の業者規制は不要であって、プロに対する場合については、業者に課される行為規制の多くを適用除外している<sup>15</sup>。プロとアマの区別も問題になるが、金商法は、さらに、自らの選択により、プロがアマに、逆に、アマがプロに移行できることを認めている<sup>16</sup>。いわばプロ、アマの中間層の存在も認めたくえて、規制内容を異にしている。そのため、その仕組みは複雑なものとなっている。

業者が行為規制に違反した場合、業務停止命令や業務改善命令などの行政処分の対象となるし（同法 51 条以下）、また、罰則が設けられている場合には、罰則の対象となる。

上記のような柔構造化にはそれぞれ理由があるし、柔構造化は投資家の利便性を向上させるものといえるが、他方、柔構造化が同法の内容の複雑なものとしていることは否めない。

#### 1-6-4 ファンドのような集団投資スキームに対する金商法の規制の仕組み<sup>17</sup>。

---

15 広告規制、書面交付義務（説明義務）、適合性原則、不招請の勧誘、最良執行方針等の行為規制が適用除外されている。プロたるもの、情報には通じており、気弱ではなく、自律的に判断して行動するものということであろう。

16 プロのアマ化、アマのプロ化（「特定投資家が特定投資家以外の顧客とみなされる場合又は特定投資家以外の顧客が特定投資家とみなされる場合」金商法 34 条の 5）プロ（「特定投資家」（金商法 2 条 31 項）とは、①「適格機関投資家」（「有価証券に対する投資に係る専門的知識及び経験を有する者として内閣府令で定める者」（金商法 2 条 3 項 1 号））、②「国」、③「日本銀行」、④「投資者保護基金その他の内閣府令で定める法人」（地方公共団体、上場会社、外国法人など）であり、このうち、④については、アマ（一般投資家）になる選択ができる（プロのアマ化）。また、プロ以外はアマ（一般投資家）であるが、①（特定投資家以外の）法人については、契約の種類毎にプロとなる選択（原則として 1 年毎）ができるし（34 条の 3 第 1 項）、②個人については、投資家保護の必要からプロになれないのが原則だが、例外的に、「その知識、経験及び財産の状況に照らして特定投資家に相当する者として内閣府令で定める要件に該当する個人」（1 年以上の取引経験、3 億円以上の純資産、かつ金融資産 3 億円以上（金商法 34 条の 4 第 2 号、金融商品取引業等に関する内閣府令 62 条 1-3 号）は、プロになる選択（原則として 1 年毎）ができる（金商法 34 条の 4）（アマのプロ化）。法人と同視しうる個人（匿名組合契約を締結する営業者たる個人等）も、同様に（原則として 1 年毎）プロ化できる（金商法 34 条の 4 第 1 号）。（山下・神田前掲 379 頁以下）

17 山下・神田前掲 362 頁以下。

金商法は、集団投資スキームの持分を「みなし有価証券」と定義したうえで（同法2条2項5、6号）（→6-1）、この持分の販売・勧誘を自己募集行為（＝「業」）とし、この募集行為という業を行う者を「第二種金融商品取引業」にあたるとしている（同法28条2項2号）。また、有価証券、デリバティブの運用（自己運用）は「業」にあたることから（同法28条4項3号）<sup>18</sup>、その運用に対して業者に対する業法規制を課し（→6-2）、また、その取引は有価証券、デリバティブの取引であることから、同法6章の行為規制を課している。

そのうえで、プロ向けファンドの販売、勧誘、運用については、柔構造化をはかっている。また、「適格機関投資家」については登録を不要とし、届出で足りるものとしている（同法63条1、2項）（→6-3）。

### 1-7 みなし有価証券の規制と投資家保護

みなし有価証券については、原則として開示規制が課されていないが、業法規制、行為規制は及んでおり、投資家保護の観点から、業法規制、行為規制の枠組みで広範囲に規制することが可能である。これにより詐欺的な行為を行う者に対する規制が可能となっている。金商法は、このような行為をも規制の対象に含めている。

たとえば、有限責任である合同会社は、持分会社として公証人による定款の認証も不要で、設立費用も安く、容易に設立が可能であるが、その社員権は「みなし有価証券」とされている。（第二種）金融商品取引業として登録せずに、その社員権を販売等すれば、詐欺的方法か否かを問わず、無登録営業として罰則の対象となる（金商法198条1、2号）。また、金融商品取引業者が遵守すべき行為規制（金商法第3章第2節）がかかり、これも部分的に刑罰の対象となっている。これにあたらなくても、金商法2条2項5号（集団

---

18 この結果、有価証券等に対する運用ではないから、事業型ファンドは規制対象外におかれている。

19 有限責任の場合には、「有価証券」であろうと「みなし有価証券」であろうと、金商法の罰が詐欺罪の前段階の行為を捕捉するものとして機能している。

他方、無限責任の場合には、無限責任を負う者に責任を追究できることから（無限責任を負う者に資産があるなら、投資家保護の観点からは問題を生じないということであろうか）、金商法は無限責任を負う者がいる場合にはこれを規制の対象外としている（金商法2条2項3号の合名会社、合資会社の社員権について、政令で定めるものに限っており、政令は、合名会社についてはそのすべての社員が株式会社、合名会社である場合に限っている。要は、みなし有価証券として規制する対象を無限責任を負う者がいない場合に限っている（金融商品取引法施行令1条の2第1号））。この場



投資スキームの一般的な規定)が補充的な規定として働き、同号にあたるなら同様の規制が及ぶ。いわば詐欺罪の前段階にあたる行為の捕捉が可能となっている<sup>19</sup>。

第6章の行為規制の対象は、有価証券、デリバティブ取引であるが、みなし有価証券を同章において適用除外する(金商法3条3号のような)規定がないから、同章の規制は、みなし有価証券にも及んでいる。相場操縦やインサイダー取引の規制などは流通性のある投資商品のみを対象としていると考えてもよいだろうが、それ以外の不正行為の規制については、流通性の乏しいみなし有価証券に適用する余地はあるだろう。

**1-8** 金商法と会社法との関係は、単純に割り切れないことが指摘されている。規制の目的が異なることから基本的な区別は可能だが、両法の棲み分けが完全ではないことから、現在のところ、開示規制、コーポレート・ガバナンスなどの分野では両法が競合している部分があるとされる<sup>20</sup>。両法の目的に照らして両法を峻別する解釈態度では適切な帰結をもたらさない場合、両法の規制を機能的に把握して解釈する必要もあるだろう<sup>21</sup>。金商法に会社法的部分、会社法に金商法的部分があるなら、この点は刑罰法規部分の解釈に際しても、留意すべきことになるだろう。

**1-9** 金商法のエンフォースメントは<sup>22</sup>、主として、自主規制機関による規制、行政による規制(業務改善命令、業務停止命令、登録取消、課徴金)、刑事による規制、民事による規制(「金融商品の販売等に関する法律」は民法の不法行為責任の特則として、無過失責任、因果関係、損害額の推定について規定している)により担われることが予定されている。また、(利用されることは期待できないものの)規定上は、証券取引法以来、裁判所の命令

---

合には前段階を捕捉する仕組みがない。

詐欺罪にあたる行為を規制するという観点から考えると、行為者には騙取した金銭を返還する意図はないから、有限責任と無限責任のどちらの法形式が選ばれるかに特段の意味は認められないから、規制の時点がずれることに合理性が認められるわけではない。従って、金商法は、詐欺罪の前段階にあたる行為の規制のすべてに刑事罰を及ぼし得るわけではない。

20 例えば、金商法上の公開買付制度、大量保有報告制度などは、実質的には、会社法の一部をなすものと指摘されている(山下・神田前掲11、466頁)。

21 山下・神田前掲第7章。

22 山下・神田前掲6章。

による規制も可能である（金商法 192 条）。

重大な違反行為に対しては刑罰（懲役、罰金、没収・追徴）が、また、一定の場合には課徴金が課されている。金商法では、罰金と課徴金とが競合する場合、刑事手続と課徴金審判手続の先後に応じて、一定の調整を行うことが可能となっている（同法 185 条の 7、8）。摘発にあたっては、金融庁のもとに設置された証券取引等監視委員会の果たしてきた役割が大きい。

また、利害関係人は課徴金納付命令にかかる審判記録の閲覧謄写が可能で（同法 185 条の 13）、これにより民事の損害賠償請求訴訟との連動がはかられている。

（京藤哲久）

## 2 主要な罰則規定の概観

### 2-1 開示規制<sup>23</sup>

第一に、開示規制を担保するための違反のうちとくに重要なものが、197 条 1 号から 4 号で処罰されている。10 年以下の懲役又は 1000 万円以下の罰金（併科可）で極めて重くなっている。

---

23 開示規制は課徴金の対象ともなっている（→ III 2 参照）。次の 11 種—①（届出が受理されていないのに有価証券の募集等をした者等に対する課徴金納付命令）172 条、②虚偽記載のある発行開示書類を提出した発行者等に対する課徴金納付命令）172 条の 2、③（有価証券報告書等を提出しない発行者に対する課徴金納付命令）172 条の 3、④（虚偽記載のある有価証券報告書等を提出した発行者等に対する課徴金納付命令）172 条の 4、⑤公開買付開始公告を行わないで株券等の買付け等をした者に対する課徴金納付命令）172 条の 5、⑥（虚偽表示のある公開買付開始公告を行つた者等に対する課徴金納付命令）172 条の 6、⑦（大量保有・変更報告書を提出しない者に対する課徴金納付命令）172 条の 7、⑧（虚偽記載のある大量保有・変更報告書等を提出した者に対する課徴金納付命令）172 条の 8、⑨（特定証券情報の提供又は公表がされていないのに特定勧誘等をした者に対する課徴金納付命令）172 条の 9、⑩（虚偽のある特定証券等情報の提供又は公表をした発行者等に対する課徴金納付命令）172 条の 10、⑪（虚偽のある発行者等情報の提供又は公表をした発行者に対する課徴金納付命令）172 条の 11。

また、従来、虚偽記載についての外部協力者の加担行為が、刑事罰の共犯にはなり得るが、課徴金の対象外であったが、平成 24 年改正は、こうした共犯的態様の場合をも課徴金の対象に取り込んでいる。

第二に、197条の2も開示規制を担保するための規定が多い。5年以下の懲役又は500万円以下の罰金（併科可）で、第一の場合よりも少し軽い罰則規定である。

これらについては、207条に両罰規定があり、もっとも重要な罰則である197条違反の場合の上限は7億円以下の罰金、197条の2違反の場合の上限は5億円であり、極めて重い。

## 2-2 業法規制

第一に、198条は、無登録での取引等を処罰するものである。業法規制を行う際には不可欠の規定である。

第二に、198条の3は、損失補てんの罪で、ここでは、損失補てんをした、金融商品取引業者等の代表者、従業者等が処罰されている（顧客は、200条14号で処罰されるが刑は業者より軽い）、3年以下の懲役又は300万円以下の罰金（併科可）である。207条に両罰規定があり、法人には3億円以下の罰金が科されている。犯人及び情を知った第三者の財産上の利益の必要的没収・追徴規定もある（200条の2）。

第三に、贈収賄罪も規定されており、必要的没収追徴の制度をもっている（203条）。収賄罪は業者によるものだから、国外犯を処罰し（当然だが外国の業者が行う外国における金融商品取引行為を規制することはできない）、贈賄罪のほうは、すべての者の国外犯である（204条）。

## 2-3 一般的行為規制<sup>24</sup>

第一に、197条1項5号は、伝統的な不正取引行為、風説の流布等、相場操縦を処罰している。10年以下の懲役又は1000万円以下の罰金（併科可）で極めて重くなっている。この197条1項5号については、197条2項で、財産上の利益を得る目的で行った場合の加重処

---

24 一般的行為規制の一部は課徴金の対象ともなっている（→III 3参照）。次の風説の流布等、相場操縦、インサイダー取引に関するもので、次の5種——①（風説の流布等により有価証券等の価格に影響を与えた者に対する課徴金納付命令）173条（157条（不正取引の禁止の一般的既定）は課徴金規制の対象外であることに注意）、②（取引の状況に関し他人に誤解を生じさせる目的をもって有価証券の売買等をした者に対する課徴金納付命令）174条、③（取引を誘引する目的をもって一連の有価証券売買等をした者に対する課徴金納付命令）174条の2、④（安定操作取引等の禁止に違反した者に対する課徴金納付命令）174条の3、⑤（会社関係者に対する禁止行為等に違反した者に対する

罰規定（10年以下の懲役及び3000万円以下の罰金）がある）。どれも10年以下の懲役で極めて重くなっている。また198条の2で、原則没収、追徴の規定がおかれている。（197条が、開示規制に対する罰則である197条1項1-4号と一般的行為規制に対する罰則である1項5号が異なる性質のものであると把握されていることは、197条2項、198条の2が、1項5号を対象としていることから明らかである。）

また、見せ玉（ぎょく）も、159条2項、197条1項5号にあたり、顧客については処罰されていたものだが、規定の文言の制約から、証券会社のディーラー部門の自己売買が規制から漏れていた。現在では、証券会社のディーラー部門が行う場合も罰則の対象となっている（159条2項「申込み」にあたる、197条1項5号）。証券会社が見せ玉を行う場合も、一般的行為規制に対する罰則の一種と考えてよいであろう。業者が行うからといって加重処罰規定があるわけではない。

第三に、197条の2は、組織変更に伴う株式の割り当てに関して、株式の仮装の預合、応預合を処罰している（12号）。5年以下の懲役又は500万円以下の罰金（併科可）である。

第四に、197条の2は、インサイダー取引の規制に対する違反も罰している（13号）。5年以下の懲役又は500万円以下の罰金（併科可）である。198条の2で、原則没収、追徴の規定は、13号のインサイダー取引の規制にも適用がある。

第五に、取引所金融商品市場外での差金授受行為は賭博にあたり、賭博罪の特別規定である202条1項で重く処罰されているが（1年以下の懲役又は100万円以下の罰金（併科可））、常習賭博罪、賭博場開張罪にあたる場合には刑法186条が適用される（202条1項但書）。同条2項は店頭デリバティブ取引について1項の適用を除外している（これには、刑法の適用はない）。

第六に、207条に両罰規定があり、もっとも重要な罰則である197条違反の場合の上限は7億円以下の罰金、197条の2違反の場合の上限は5億円であり、極めて重い。

（京藤哲久）

---

課徴金納付命令）175条

また、従来、自己の計算で取引行為を行った場合の規制は十分であったが、他人の計算で取引行為を行った場合の規制は不十分で、金融商品取引業者等に対する規制はあったものの、それ以外の者については原則として規制の対象外であった。平成24年改正は、金融商品取引業者等以外の者が他人の計算で行った場合をも課徴金の対象に取り込んで、自己の計算であると他人の計算であるとを問わず、その全体を規制することになった。

### 3 金融商品取引法における課徴金制度

#### 3-1 課徴金制度の概要<sup>1</sup>

##### (1) 課徴金の意義

課徴金とは、一般に、特定の法令に違反した者に対して課される金銭的負担を意味する。金融商品取引法<sup>2</sup>の下での課徴金とは、インサイダー取引の禁止等、所定の禁止に違反した者に対して、当該禁止違反行為を抑止し、関連法（当初は証券取引法<sup>3</sup>）の下での規制の実効性を確保するという行政目的を達成するために課される金銭的負担である。

この課徴金制度は、平成16年の証取法改正により、平成17年4月から導入されている<sup>4,5</sup>。

##### (2) 制度の対象となる違反行為

金商法の下での課徴金制度は、証取法の下でのそれを、基本的に引き継いだ上で発展させたものであり、関連する条文の号数も、両法の下では同様とされている。

課徴金の対象となる違反行為の主たるものは、下記の表に示すとおりであり<sup>6</sup>、所定の違反行為については、課徴金と共に（②を除き）罰則も整備されている。

- 
- 1 課徴金制度については、拙稿「金融商品取引法における課徴金制度と刑事罰：その概観」（トラス60）をも参照されたい。本稿は、上記拙稿を踏まえ、その後の状況にも留意し、課徴金制度を概観しようとするものである。
  - 2 以下では、これを「金商法」と略称する。
  - 3 以下では、これを「証取法」と略称する。
  - 4 岡田大＝吉田修＝大和弘幸「市場監視機能の強化のための証券取引法改正の解説－課徴金制度の導入と民事責任規定の見直し－」商事法務1705号（2004年）44頁以下。
  - 5 公認会計士法の下での課徴金制度は、平成20年4月から導入されている。
  - 6 証取法の下で課徴金制度が導入された当初（即ち、平成16年同法改正の下で）は、下記表の①、及び、不公正取引（インサイダー取引、相場操縦（仮装・馴合売買、違法な安定操作取引等）、風説の流布又は偽計を包括する概念）のうちの⑥、⑦、⑨だけが、課徴金の対象であった（三井秀範編『課徴金制度と民事賠償責任一条解 証券取引法』（平成17年）13頁）。②が対象に追加されたのは、平成17年の同法改正によってである（大来志郎＝鈴木謙輔「課徴金制度の見直し」商事法務1840号（2008年）30頁）。

違反行為	金商法（証取法）	金商法（証取法）
	課徴金	罰則
①発行開示義務違反	172条の2	197条（10年・1千万）
②継続開示義務違反	172条の3及び4	197条（10年・1千万）
③公開買付開始公告の不実施、公開買付届出書等の不提出・虚偽記載	172条の5及び6	197条（10年・1千万）
④大量保有報告書等の不提出・虚偽記載	172条の7及び8	197条（10年・1千万）
⑤プロ向け市場等における特定証券等情報の不提供等、虚偽等及び発行者等情報の虚偽	172条の9から11	197条（10年・1千万）
⑥風説の流布・偽計	173条（158条）	197条1項5号（10年・1千万）
⑦相場操縦	174条から174条の2（159条）	197条1項5号、207条（10年・1千万）
⑧安定操作取引	174条の3（159条）	197条1項5号、207条（10年・1千万）
⑨インサイダー取引	175条（166条、167条）	197条の2 13号（自然人・5年・500万）207条1項2号（法人・5億）

この表を前提として、課徴金制度の概要を確認する。

①と②は、有価証券の発行等に関する開示書類への虚偽記載をした者に対する課徴金を定めている。

③、④、⑤は、有価証券に係る不公正取引（その一部）をした者に対する課徴金を定めている。

これらの行為が課徴金の対象とされた趣旨は、これらの行為が、証券市場の公正性と投資家による信頼を直接的に害するという意味で、証券取引法違反のなかでも特に悪質であって、その抑止の必要性が高いと判断されたからである<sup>7</sup>。この理解に基づけば、上記の違反行為以外のものであっても、課徴金を課すことで抑止する必要性が高いと判断されるに至る行為であれば、法改正により、新たに課徴金の対象とされ得ることになる。

これらの不公正取引（②を除く上記4つの行為）は、証取法の当時から、刑事罰の対象ともされており、課徴金の要件を規定する際にも、刑罰規定の構成要件が、基本的に引用

<sup>7</sup> 三井秀範編『課徴金制度と民事賠償責任一条解 証券取引法』15頁参照。

<sup>8</sup> 注7 13、15頁参照。

されている<sup>8</sup>。こうした規定方式が合理的であるかについては、再考の余地があろう。課徴金の基本的な性格（行政制裁金）を踏まえれば、課徴金の前提となる違反行為が、刑罰構成要件に該当すべき事実と同一である必要は無いとも解されるからである。他方で、立法の便宜から、双方の違反事実を揃えるという事情も、理解しうるところである。

### (3) 課徴金の水準

課徴金制度は、違反行為を抑止するためのものであるから、課徴金の水準も、本来、抑止効果との兼ね合いで決定されるべきであり、違反者の経済的利得と課徴金額が比例している必要はない。

しかし、この考えは、立法にはそれほど反映されていないように思われる。前述のように、金商法が対象としている取引ないし市場との関係で課徴金が最初に導入されたのは、同法の前身である証取法を平成16年に改正したときであった。その際には、初めて課徴金制度を導入するという事情を踏まえ、その慎重な導入が目指され、違反行為抑止のための必要最小限の水準として、違反者が違反行為によって得た経済的利得相当額を基準としつつ、対象行為毎に具体的な算出方法を考案し、これを法律の条文として規定するという方法が採られたところである<sup>9</sup>。この手法は、導入当初には合理的であったと言えるが、今日でも妥当なのかについては、別個の検討が必要であろう。現に、その後の改正を通じて、課徴金額は、違法行為抑止にとって必要な額として、（当初に比べ）柔軟に設定されて来ていると言えよう。

### (4) 課徴金の納付、徴収

課徴金の納付期限は、原則として、課徴金納付命令の謄本発出から2ヶ月である。それまでに納付がなされない場合は、納付が督促される（証取法＝金商法185条の14）。それでも納付がない場合には、内閣総理大臣（が委任する金融庁長官）の命令により、課徴金納付命令が執行される。当該命令は、執行力のある債務名義と同一の効力を有する（証取法＝金商法185条の15）。

課徴金納付命令に係る請求権は、倒産関係法の適用との関係では、過料と同様に扱われ

---

9 注7 13頁。

る（証取法＝金商法 185 条の 16）。

(5) 課徴金と没収・追徴相当額との調整

課徴金の対象となる行為（不正取引を中心とする類型）をした者には、刑事訴追がなされることもある。その者（被告人）が有罪となり、必要的没収・追徴規定（198 条の 2）により、有罪と認定された行為により得た財産（及び、その対価として得た財産）の没収・追徴がなされた場合には、当該行為に基づき算出された課徴金額から、没収・追徴相当額を控除した額が、最終的な課徴金額とされる（185 条の 7 第 15 項、185 条の 8 第 1 項）。

(6) 平成 20 年度の制度改正

関連法規に違反する行為をより一層抑止することを目的として、課徴金制度には、平成 20 年改正法<sup>10</sup>により、課徴金額の上昇等、所要の改正がなされた。

以下では、基本的に、同改正法による手当がなされた後の状況を解説するが、ここで、同改正法の主たる目的を確認しておきたい。それは、以下のとおりである<sup>11</sup>。

- ・ 課徴金の金額水準の引上げ（及び、その他の課徴金要件の見直し）
- ・ 課徴金の対象範囲の拡大<sup>12</sup>
- ・ 除斥期間（違反行為から、課徴金納付命令に先立つ審判手続開始までの法定期間）を、従前の 3 年から 5 年に延長する
- ・ コンプライアンス体制の構築の促進・再発防止の観点から、次の違反をした者が当局による調査前に以下の違反行為を申告した場合には、課徴金額を半額に減算する。
  - ・ 発行開示書類・継続開示書類の虚偽記載等

---

10 金融商品取引法等の一部を改正する法律（平成 20 年 6 月 6 日）。

11 大来志郎＝鈴木謙輔「課徴金制度の見直し」商事法務 1840 号（2008 年）30 頁、鈴木謙輔「課徴金制度の見直し」商事法務 1855 号（2009 年）13 頁以下、「課徴金制度の概要・インサイダー取引について」河野一郎（証券取引等監視委員会事務局）（平成 20 年 10 月 8 日）による。

12 新たに課徴金の対象行為とされたのは、次のものである（大来志郎＝鈴木謙輔「課徴金制度の見直し」商事法務 1840 号 34 頁）。

- i) 発行開示書類・継続開示書類の不提出
- ii) 公開買付届出書・大量保有報告書等の不提出・虚偽記載等
- iii) 仮装・馴合い売買、違法な安定操作取引



- ・ 大量保有報告書等の不提出
- ・ 自己株取得に係る内部者取引等
- ・ 課徴金違反者が過去 5 以内に課徴金納付命令等を受けたことがある場合には、課徴金の額を 1.5 倍に加算する（185 条の 7 第 13 項）<sup>13</sup>。
- ・ 課徴金の減算も可能とする（一定の違反行為につき、違反者が当局の調査前に証券取引等監視委員会に対し報告を行った場合、課徴金の額を半額としうる制度の導入。185 条の 7 第 12 項）<sup>14</sup>。
- ・ 被審人に審判手続に係る書類の送達場所等の届出を求める（185 条の 10）。
- ・ 審判の事件記録の閲覧等の請求に対し、正当な理由がある場合でなければ、その閲覧等を拒むことができない旨を明確化する（185 条の 13）。

#### (7) 平成 24 年金商法改正法

平成 24 年 3 月、金融庁は、第 180 国会に、平成 24 年金商法改正法案を提出した<sup>15</sup>。同法案は、同年 9 月 6 日、「金融商品取引法等の一部を改正する法律」として成立した。

同法が規定する金商法の改正の中には、課徴金制度の見直しも含まれている。具体的に

---

13 違反行為が繰り返されたということは、当該行為者に一回目の違反の際に決定し、課せられた課徴金額では、当該違反の抑止にとって不十分だったことを意味するから、より強い抑止効果を求めて、1.5 倍の加算が可能とされたところである（大来志郎＝鈴木謙輔「課徴金制度の見直し」商事法務 1840 号 38 頁）。この当局の説明においては、過去に同種の違反が繰り返されたことへの制裁は、加重の根拠とされていないが、制裁に基づく加重と、抑止のための加重とを、明確に区別することは、実際には困難であろう（抑止のための加重は、制裁の対象となるべき違反の繰り返しに基づいているからである）。この意味において、課徴金の加算制度には、違反に対する制裁的要素が実質的には取り込まれたと解する余地もあるように思われる。

14 減算制度の対象となる行為は、次のとおりである。

- i) 発行開示書類・継続開示書類の虚偽記載等
- ii) 特定証券等情報・発行者等情報の虚偽等
- iii) 大量保有・変更報告書の不提出
- iv) 上場会社等による自己株の取得に関するインサイダー取引

これらが対象とされたのは、これら違反行為がなされると、継続的に違反が繰り返される可能性が高く、早期発見がなされる公益上の必要性が認められ、課徴金額を減じて、なおこれら違反行為の早期発見に資するインセンティブを与えるべきだと考えられたからである（大来志郎＝鈴木謙輔「課徴金制度の見直し」商事法務 1840 号 37 頁）。

は、虚偽開示書類の提出に加担する行為に対する課徴金の適用、課徴金に係る調査権限への出頭命令の追加（法 177 条 1 号案）、不公正取引に関する課徴金の対象拡大（金融商品取引業者等以外の者が他人の計算で行った不公正取引の課徴金対象化。法 175 条 1 項 3 号、2 項 3 号案）が、改正すべき項目として掲げられている。

これらの点をも含め、近時の改正の動向については、後記 3-3 において、改めてその概観を行う。

### 3-2 各制度の趣旨及び適用例

次に、金商法の下での課徴金の運用の実際を確認する。

#### ①発行開示義務違反に係る課徴金（証取法＝金商法 172 条）

##### (1) 概説

発行開示義務違反に対して課徴金が設けられたのは、発行開示制度の実効性確保が、証券市場が機能する上で不可欠の前提だからである。

発行開示義務違反に対する課徴金の額は、「虚偽記載により、それがなかったとした場合に比べて増加した資金調達額」である。

具体的には、(経験値に基づき) 有価証券の募集・売出額の 1%、株券等の場合は 2% が課徴金額とされている。

##### (2) 適用例

この課徴金が適用された例としては、平成 19 年 1 月の日興コーディアルグループ事件がある。

そこでは、有価証券報告書に(利益が 588 億円であるのに 777 億円との) 虚偽の記載がなされ、同報告書を参照書類とする発行開示書類を用いて 500 億円の社債の公募が行われたので、その 1% に当たる 5 億円の課徴金納付が命ぜられた<sup>15</sup>。

15 その正式名称は、金融商品取引法等の一部を改正する法律案（平成 24 年 3 月 9 日提出）である。

16 平成 19 年（2007 年）1 月 5 日、金融庁発表。

## ②継続開示義務違反に係る課徴金（証取法＝金商法 172 条の 2）

### （1）概説

継続開示義務違反は、証取法の下で課徴金制度が導入された平成 16 年当時には、課徴金の対象から除外されていた。それは、発行開示義務違反（①）の場合とは異なり、継続開示義務違反では、違反者が得た不正な利益の算出が困難だとされたからであり、課徴金の対象とするか否かは今後の課題とされていたのである。

その後、平成 16 年 10 月の西武鉄道事件等、継続開示に関する不適切な事例が続出したことから、平成 17 年の法改正により、継続開示義務違反も課徴金の対象とされた。

継続開示義務違反に対する課徴金の下では、発行開示義務違反の場合とは異なり、当該課徴金と罰金との間の調整規定が置かれている（金商法 185 条の 7、185 条の 8）。これは、継続開示義務違反に係る課徴金には、不正行為による利得の吐き出しを超える制裁部分があることを考慮したためだと説明されている。

### （2）適用例

開示書類の虚偽記載で、課徴金納付命令の初めての勧告がなされたのは、平成 18 年（2006 年）12 月の東日本ハウス(株)に係る有価証券報告書の虚偽記載についてである。東日本ハウス(株)は、退職給付引当金の過少計上により、連結純資産が 34 億円であったにもかかわらず、連結純資産に相当する「資本合計」欄に約 38 億円と掲載するなどとした連結貸借対照表、及び、計上利益が約 15 億円であったにもかかわらず、これを 22 億円と記載するなどした連結損益計算書を、平成 17 年 10 月期有価証券報告書として提出した。この事実を踏まえ、同社は、200 万円の課徴金納付命令勧告を受け、金融庁は、同社に同額の課徴金納付命令を発出している<sup>17</sup>。

また、平成 19 年（2007 年）12 月には、三洋電機の有価証券報告書に虚偽記載があった（2003 年 3 月期と 2004 年 3 月期原資不足のままで株主に配当するに当たり、有価証券報告書に虚偽の記載がなされていた）として、証券取引等監視委員会は、同社に課徴金を課すように金融庁に勧告する方針を固めた。これを受けて、平成 20 年 1 月 18 日、金融庁は、同社に同額の課徴金納付命令を発出している<sup>18</sup>。

<sup>17</sup> 平成 18 年 12 月 6 日の金融庁の発表による。

<sup>18</sup> 平成 20 年 1 月 18 日の金融庁の発表による。

近時の適用例としては、オリンパスに係る事案がある。これは、証券取引等監視委員会が、オリンパス株式会社に対して、有価証券報告書等の虚偽記載をしたとして、金融庁に対して、同社に対する課徴金納付命令の発出を勧告したものである。そこで違反事実として挙げられているのは、同社が、関東財務局長に対し、投資有価証券の過大計上やのれんの過大計上等により、金商法第 172 条の 2 第 1 項及び第 2 項並びに第 172 条の 4 第 1 項及び第 2 項に規定する「重要な事項につき虚偽の記載がある」有価証券報告書等を提出した、という事実である<sup>19</sup>。これを受けて、平成 24 年 7 月 11 日、金融庁は同社に対して約 1 億 9200 万円の課徴金納付命令を発出している。

### ③風説の流布・偽計に係る課徴金（証取法＝金商法 173 条・158 条）

#### (1) 概説

風説の流布・偽計に係る課徴金は、次のようにして算出される。

- (i) 違反行為により有価証券等の相場を上昇させ、当該上昇させた相場により有価証券の売付け等をした場合  
：「当該売付け等の価額－変動させる前の相場による売付け等の価額」が課徴金額である。
- (ii) 違反行為により有価証券等の相場を下落させ、当該下落させた相場により有価証券の買付け等をした場合  
：「変動させる前の相場による買付け等の価額－当該買付け等の価額」が課徴金である。
- (iii) 暴行、脅迫による有価証券等の相場の変動（158 条）は、課徴金の対象とされていない。

#### (2) 適用例

風説の流布・偽計に係る課徴金の事例は、未だに存在しない模様である<sup>20</sup>。

---

19 平成 24 年 4 月 13 日付の証券取引等監視委員会の発表。

20 金融商品取引法における課徴金事例集（証券取引等監視委員会事務局・平成 21 年 6 月公表）、同（証券取引等監視委員会事務局・平成 22 年 6 月公表）、同（証券取引等監視委員会事務局・平成 23 年 6 月公表）にも、風説の流布・偽計に係る課徴金の実例は見あたらない。

#### ④相場操縦に係る課徴金（証取法＝金商法 174 条・159 条 2 項 1 号）

##### (1) 概説

相場操縦に係る課徴金は、以下の(i)、(ii)をあわせた金額である。

##### (i) 期間中の売買損益

：「期間中の売付け価額－期間中の買付け価額」

##### (ii) 期間終了時のポジション（所有有価証券等又は空売り等）に係る期間後 1 月間の売買損益

##### i) 期間終了時に所有有価証券等がある場合

：「期間後 1 月間の売付け価額－期間終了時の所有有価証券等の取得価額」

##### ii) 期間終了時に空売り等がある場合

：「期間終了時の空売り等の売付け価額－期間後 1 月間の買付け価額」

相場操縦として規制の対象となる有価証券は、上場有価証券、店頭有価証券等である。

他方で、この対象外である有価証券は、取扱有価証券（いわゆるグリーンシート株式）である<sup>21</sup>。

また、規制の対象外である行為としては、伪装、馴合売買（159 条 1 項）（但し、2 項 1 号に構成しうる）、表示等（159 条 2 項 2 号、3 号）（但し、偽計⑤に構成しうる）である。

##### (2) 適用例

相場操縦案件に対しては、課徴金制度が導入されて 3 年半あまりが経過した平成 20 年 12 月に初めての勧告がなされた。その後、平成 22 年 5 月までに、7 事例・8 件（納付命令対象者ベース）の課徴金納付命令勧告がなされ、納付に至っている<sup>22</sup>。

#### ⑤インサイダー取引に係る課徴金（証取法＝金商法 175 条）

##### (1) 概説

インサイダー取引に係る課徴金は、以下の(i)、(ii)をあわせた金額である。

---

21 これに係る「相場を変動させるべき」一連の売買等は、159 条 5 項において禁止されていない。

22 金融商品取引法における課徴金事例集（証券取引等監視委員会事務局・平成 22 年 6 月）63 頁以下。

23 重要事実公表後の価額は、重要事実公表の翌日の終値による取引価額である。

24 重要事実公表後の価額は、重要事実公表の翌日の終値による取引価額である。

(A) 買付け等をした場合（いわゆるポジティブ情報の場合）

「重要事実公表後の価額<sup>23</sup>－買付け等の価額」

(B) 売付け等をした場合（いわゆるネガティブ情報の場合）

「売付け等の価額－重要事実公表後の価額<sup>24</sup>」

以上を要約すれば、インサイダー取引として行われた有価証券売買等の価額(i)と、重要事実が公表された後の価額（価格×数量）(ii)が<sup>23</sup>、課徴金となる。

ここでいうインサイダー取引行為とは、金商法 198 条に該当する行為である。これは、

- i) 会社関係者のインサイダー取引（166 条 1 項、3 項）と、
- ii) 公開買付関係者のインサイダー取引（167 条 1 項、3 項）に区別できる。

## (2) 適用例

インサイダー取引が摘発され、課徴金の納付が命令される事例は、近時、増加する傾向にある。平成 17 年度から 22 年度までのインサイダー取引に対する課徴金納付命令等の執行状況については、次のとおりである<sup>25</sup>。

年度（平成）	17	18	19	20	21	22
課徴金納付命令	9	9	21	14	34	23
告発	5	9	2	7	7	4

## (3) インサイダー取引規制の見直し

インサイダー取引に係る近時の状況を踏まえ、(3-1(7)でも言及した)平成 24 年金商法改正法において、その規制の見直しが企図されている。具体的な改正点（同法において示されているもの）は、次のとおりである。

- ・合併または会社分割による上場会社等の特定有価証券等の承継を、原則としてインサイダー取引規制の対象とする。
- ・インサイダー取引の危険性が類型的に低い場合（合併、会社分割または事業譲渡による特定有価証券等の承継であって当該特定有価証券等の承継資産に占める割合が特に低い場合など）には、インサイダー取引規制を適用しないこととする。

25 金融庁総務企画局市場課「インサイダー取引規制の概要」（平成 23 年 7 月 8 日）による。

- ・合併、会社分割、事業譲渡または株式交換の対価として自己株式を交付する場合について、インサイダー取引規制を適用しないこととする。

### 3-3 制度改正の動向

#### (1) 概説

以上のように、平成20年の金商法改正により、課徴金額の増減は、従前に比べ、容易かつ広範囲で行うことが可能になった。そのため、課徴金による違反行為抑止の効果も増大したものと考えられる。これは、同改正後、課徴金納付命令が、より積極的に発出されている事実からも窺われるところである。

しかし、なお、以下の点には留意すべきであろう。

第一に、金商法所定の制度目的を実現する（当該制度違反に対して効果的な抑止力を付与する）ためには、課徴金制度の適用範囲も、更に広げる必要がある。この点は、（上述した）オリンパス事件等、近時の事案を踏まえて、検討されるべきであろう。

第二に、既存の課徴金制度では、なお、違反行為に対する抑止力が十分でないと思われる場合には、課徴金額の上限を高めることが検討されるべきである。

第三に、金商法所定の目的に違反したという過去の事実に対する制裁的要素をも取り込んだ課徴金制度（例えば、過去の違反の実態を踏まえて課徴金額を裁量的に増額しうる制度）の検討も必要であろう。この点は、（後述する）増資インサイダー事案を通じて、（改めて）検討がなされている点である。

以下では、これらの改正の動向について確認する。

#### (2) オリンパス事件を契機とする法改正

金融庁は、オリンパス事件等を受け、課徴金制度見直し、規制を強化するべく、金融商品取引法の一部改正案を、平成24年3月9日、国会に提出した。この法案は、平成24年9月6日に成立した。その具体的な内容は、以下のとおりである。

##### ①虚偽開示書類の提出に加担する行為も課徴金の適用範囲とすること

これは、重要な事項につき虚偽の記載があり、または記載すべき重要な事項の記載が欠けている有価証券届出書、有価証券報告書、公開買付届出書などの開示書類や情報を、

発行者や公開買付者が提出し、提供しまたは公表した場合には、その提出等を容易にすべき一定の行為または唆す行為（「特定関与行為」）を行った者に対して、特定関与行為の対価として支払われた額などに相当する額の課徴金を課すことを可能にするための制度改正である。

②課徴金に係る調査権限への出頭命令の追加、

これは、当局による課徴金に関する調査対象に、特定関与行為が行われた場面を追加し、事件関係人または参考人に対して出頭を求める（調査）権限を追加するものである。この改正により、外部協力者の加担により上場会社等による虚偽記載が実行された際に、当該外部協力者は、刑事法上、共犯になり得るものの、課徴金の対象外であるという状況が改善されることが見込まれる。

③不公正取引に関する課徴金の対象を拡大することも企図されている（前記1(7)をも参照）。

④課徴金制度以外の改正点としては、以下の点が挙げられる。

- ・「総合的な取引所」の実現に向けた制度整備
- ・店頭デリバティブ規制の整備

(3) 増資インサイダー事案を契機とする法改正の動向

①増資インサイダー事案

近時、いわゆる増資インサイダー事案を契機として、インサイダー規制の強化が検討されている。

増資インサイダーとは、会社の増資に先だって増資計画（というインサイダー情報）が引受証券会社の従業員によって漏示され、この情報を受領した者が当該証券を売買することを言い、そうした受領者が株式の売買により不正の利益を得たとされる一連の事案が生じたことから、大きな問題となっている。増資計画が公表されると、その会社（新株の発行を予定している会社）の株式価値は、通常、希釈化されるので、空売りによる利益獲得を狙った投機的取引が生じやすい。そこで、増資計画というインサイダー情報については、



その管理が徹底されなければならない。具体的には、これが公表されるまでは、幹事証券会社の引受部門から、当該情報を、その営業部門に漏らしてはならない（引受部門＝法人部門と営業部門との間に存在するはずの Chinese Wall を機能させるべきである）し、会社外部の人間に漏らすことも禁止されるべきである。しかし、実際には、日本の三大証券会社のいずれもが、この要請に反して、増資予定という情報を漏示していたのではないかと批判が高まっているのが、現状である。

増資インサイダーとして報道されている事案としては、次のものがある<sup>26</sup>。

増資を依頼した会社（時期）	幹事証券会社	漏示された増資情報に基づき証券取引をした会社（課徴金の額。日付は納付命令発出時のそれ）
みずほ FG（2010年6月）	野村証券	（旧）中央三井アセット信託（8万円） （平成24・6・27）
国際石油開発帝石（2010年7月）	野村証券	（旧）中央三井アセット信託（5万円） （平成24・6・26）
日本板硝子（2010年8月）	JP モルガン	あすかアセットマネジメント（13万円） （平成24・6・27）
東京電力（2010年9月）	野村証券	First NewYork（1468万円） （平成24・6・27）

これらの事案の処理を巡っては、以下の二点について、特に批判が集中している。

- 1) 課徴金の額が低すぎる
- 2) インサイダー取引を漏示しただけの行為（者）がインサイダー取引規制の対象に含まれていないこと
  - i) については、課徴金に制裁的要素をどこまで取り込むことができるかという理論的な課題を踏まえて、検討が加えられるべきである。
  - ii) については、（これまでのインサイダー取引規制の制度自体、そうであったように）米英等諸外国での対応をも踏まえた立法的解決が必要であろう。インサイダー情報の漏示は、アメリカ合衆国、イギリス、EU 諸国では犯罪化されるとともに、漏

26 増資インサイダー事案ではないものの、次の事例も、参考にされるべきであろう。それは、SMBC 日興証券（旧日興コーディアル証券）が担当した会社に係る TOB（株式公開買い付け）の未公開情報を、同証券の元執行役員が、知人の金融会社社長に伝達し、社長は情報に基づいて株を売買し計数百万円の利益を得ていたという事案において、元執行役員が、社長に係るインサイダー取引罪の共犯として逮捕された、というものである（2012年6月25日の各社報道による）。

示者には、相当な民事罰ないし制裁金が課されている。日本でも、同様の方向性が採れないか、検討すべき時期に来ているように思われる。

## ②政令案

### (1) 総説

金融庁は、これらの問題の検討を開始したとのことであり<sup>27</sup>、その結果が注目されていたところ<sup>28</sup>、2013年6月に「金融商品取引法等の一部を改正する法律」が成立・公布された。そこでは、「情報伝達行為等に対するインサイダー取引規制<sup>29</sup>」が規定された。この規制に違反した者には、課徴金が課されるとともに<sup>30</sup>、処罰の対象ともなる<sup>31</sup>。

その後、同法の一部につき、その細目を定める政令案（「平成25年金融商品取引法等改正（1年以内施行）等に係る政令案の公表について」・以下「政令案」と呼ぶ）が2013年10月28日に公表された<sup>32</sup>。その中では、「情報伝達行為等に対するインサイダー取引規制」の具体的内容が示されており、注目される。以下、政令案で示されている制度につき、紹介する。

### (2) 課徴金額の算定

課徴金の額は、違反者が証券会社等の仲介業者（又はその役職員）か、それ以外の者かによって異なる。

証券会社等の仲介業者（又はその役職員）が、その仲介関連業務に関して違反行為を行った場合には、課徴金の額は、情報受領者等からの仲介手数料の3ヶ月相当額となる。

証券会社等の仲介業者（又はその役職員）が、増資に係る売りさばき業務に関して違反

---

27 2012年7月4日の各紙新聞報道による。

28 もっとも、2012年7月4日の各紙新聞報道によると、金融庁は、漏示者に対する課徴金の新設については、慎重に検討する予定であるとされている。

29 会社関係者・公開買付者等関係者が、重要事実・公開買付け等事実の公表前に情報受領者等に取引させることにより、利益を得させ、又は損失の発生を回避させる目的で、情報伝達・取引推奨を行うことの禁止（金商法等改正法による改正後の金商法167条の2）。

30 改正後の金融商品取引法175条の2（第1項1-3号、2項1-3号）。

31 改正後の金融商品取引法197条の2第14、15号、同207条1項2号。

32 <http://www.fsa.go.jp/news/25/20131028-2.html>

行為を行った場合には、課徴金の額は、情報受領者等からの仲介手数料の3ヶ月相当額に、引受手数料相当額の半額を加算した金額となる。

これに対して、証券会社等の仲介業者（又はその役職員）以外の者が、不正な情報伝達・取引推奨行為を行った場合には、課徴金の額は、その者が情報伝達・取引推奨を行った相手方（情報受領者等）がインサイダー取引によって得た利得相当額の半額となる。この場合（仲介業者以外の者に係る場合）、具体的には、以下の算式により、課徴金額が算定される。

(A) 情報伝達行為等に対する課徴金額の計算式（仲介業者以外の者について）

→ 課徴金 = 情報受領者等が取引によって得た利益相当額 × 1/2

(B) 「情報受領者等が取引によって得た利益相当額」は、以下の算式によって算出する。

→ 情報受領者等による売り付け等の場合

利益相当額 = (売付価格 - 公表後2週間の最低価格) × 売付数量

→ 情報受領者等による買い付け等の場合

利益相当額 = (公表後2週間の最高価格 - 買付価格) × 買付数量

(3) 一定の情報伝達行為の犯罪化

「情報伝達行為等に対するインサイダー取引規制」の違反者から情報伝達・取引推奨を受けた情報受領者等が、実際に売買等を行った場合、違反者が処罰されることになった<sup>33</sup>ことを受けて、政令案では、情報伝達行為等に係わる事件が、証券取引等監視委員会による犯則事件調査（犯則調査）の対象に加えられている<sup>34</sup>。

(4) 展望

政令案では、その具体的な施行期日は、2014年（平成26年）4月1日とされている。その施行後の運用が注目されるところである。

（今井猛嘉）

33 改正後の金商法197条の2第14、15号、同207条1項2号。

34 金商法210条、政令案に基づく金融商品取引法施行令45条1項2号。

## 4 証券犯罪

### 4-1 総説

法（「金融商品取引法」）は、金融商品市場の秩序を維持し、市場関係者の利益を保護するために、所定の秩序違反をした者に対して、刑事罰を科しうるものとしている。刑事罰の程度と、対象行為（犯罪類型）は、課徴金の金額並びに対象行為と同様に、拡大されてきている。

以下では、法<sup>1</sup>が規定する犯罪のうち、主要な類型について、罰則規定、その適用例（裁判例）、裁判例から見た今後の動向について、概観する。

### 4-2 証券取引に関する不正取引行為の罪

#### 4-2-1 総説

本罪は、有価証券の取引等につき「不正の手段、計画又は技巧をすること」により成立する（法 157 条 1 号）。その刑罰は、10 年以下の懲役又は 1000 万円以下の罰金である（併科可能。法 197 条 1 項 5 号）。

本罪は、証券取引の公正さの確保を目的とする一般規定である。後述するように、証券取引に関する違法行為については、個別の犯罪類型が整備されているが、証券取引は複雑で、取引態様が大きく変化することも、しばしば見られる。そこで、個別の犯罪類型による対応ではまかないきれない事態を想定し、本罪が制定されているのである。

しかし、本罪を構成する「不正な要素」という概念は、刑罰法規としては包括的に過ぎる。そこで、本罪が適用された事例は、極めて少ない。

#### 4-2-2 従来裁判例

「不正の手段」の解釈が争われたのは、那須硫黄礦業事件においてである。

これは、無資産の休眠会社名義の株券を印刷して、当該（無価値の）株券に偽装の株価をつけるため、同社の株式につき、権利移転を目的としない仮装の売買を行ったという事案である。被告人は「不正の手段」という概念は漠然としており刑罰法規としての適正さ

---

1 金融商品取引法の罰則規定は、概ね、(旧)証券取引法のそれと同様である。そこで、以下では、(旧)証券取引法の下裁判例をも紹介する。

を欠くと主張したが、東京高裁は「不正の手段」の意を限定解釈し、これを「有価証券の売買その他の取引について、詐欺的すなわち、人を錯誤におとし入れることによって、自ら、または他人を計ろうとすることである」と解して、被告人を有罪とした<sup>2</sup>。これに対して最高裁は、より広い解釈を採用し、「『不正の手段』とは、有価証券の取引に限定して、それに関し、社会通念上不正と認められる一切の手段をいう」と判断している<sup>3</sup>。東京高裁の解釈は、本件事案に焦点を合わせすぎていると言えるが、最高裁の採った広い解釈によれば、本罪を、他罪から区別し特定の事案に適用することは困難であり、更なる限定解釈が必要であるように思われる<sup>4</sup>。

近時は、(後述する)インサイダー取引規制が及んでいない金融商品に係るインサイダー取引や、(後述する)相場操縦罪で処罰すべき事案であるが同罪の成立要件を充たすか疑問がある取引に、本罪(不正取引行為の罪)を適用すべきだ、との主張もなされている。しかし、本決定を前提にすると、不明確な「不正の手段」という概念に依拠して、積極的な検挙がなされることは、想定しにくように思われる。

### 4-3 虚偽有価証券報告書提出等罪

#### 4-3-1 総説

本罪は、有価証券届出書の提出者(有価証券の発行者等)が、重要な事項につき虚偽記載のある有価証券報告書等を提出した場合に成立する。その刑罰は、10年以下の懲役又は1000万円以下の罰金である(併科可能。法197条1項1号)。法人の財産又は業務に関し虚偽の記載がある報告書等が提出されれば、法人にも7億円以下の罰金が科せられる(法207条。両罰規定)。

本罪の法定刑は、虚偽記載罪の悪質性を再確認させた事案(西武鉄道事件、カネボウ事件等)への反省を受けて、引き上げられた。

「重要な事項」とは、一般投資家の投資判断に影響を及ぼすべき事項をいう。例えば、粉飾決算をし、架空の利益が計上された損益計算書、貸借対照表等を作成すれば、本罪が成立する。

2 東京高判昭和38年=1963年7月10日判タ151号78頁。

3 最決昭和40年=1965年5月25日裁判集155号831頁。

4 芝原邦爾「経済刑法」(2000年)94頁、同「経済刑法研究 下」(2005年)628頁をも参照。

粉飾決算による内容虚偽の財務諸表を添付した利益処分案を株主総会に提出し、これを承認可決させる行為は、違法配当罪に該当しうる（会社法963条5項2号）。そして、内容虚偽の利益処分案を添付した有価証券報告書を内閣総理大臣に提出すれば、本罪（虚偽有価証券報告書提出罪）が成立し、両罪は併合罪となる<sup>56</sup>。

#### 4-3-2 従来の裁判例

##### (1) ヤクルト財テク事件

裁判例では、有価証券報告書における記載の虚偽性を如何にして判断するかが、争われてきた。

この問題に関する先例を見ると、被告人が、被告会社の資金で社債を購入した後、これを解約し、償還された資金をデリバティブ取引の担保に供したが、この事実を被告会社に隠すため、会社には、社債が現在するとの内容の半期報告書を作成した行為につき、虚偽性を認めて本罪の成立を肯定したものがある（ヤクルト財テク事件）。被告人は、社債の解約・償還は、被告会社の中間決算前の時点ではなされていなかったから、虚偽記載の事実はないと主張したが、裁判所は、記載の虚偽性を判断するに当たっては、「取引の実体、当事者の取引行為全体などを総合考慮して判断すべきである。」とし、本罪の成立を肯定している<sup>7</sup>。

#### 4-3-3 近時の事案（長銀事件、日債銀事件）

近時の重要な事案としては、長銀事件、ライブドア事件、日債銀事件がある。ライブドア事件については別稿で検討することとし、ここでは、他の二事件について概観する。

##### (1) 長銀事件

この事件の事案の概要は、次のとおりである。

被告人ら<sup>8</sup>は、長銀の有価証券報告書に虚偽の記載をしたとして起訴された。即ち、被告

---

5 実例として、山一証券事件。後出の長銀事件も同様の事案である。

6 本罪（虚偽有価証券報告書提出罪）と違法配当罪との関係については、須藤報告を参照。

7 大阪高判平成11年11月8日（公刊物未登載）。

8 日本長期信用銀行（長銀）の代表取締役頭取、同代表取締役副頭取、同代表取締役副頭取。

人らは、長銀の平成9-10年の事業年度決算（平成10年3月期決算）に関して、5846億8400万円の当期末処理損失があったのに、取立不能のおそれがあり取立不能と見込まれる貸出金合計3130億6900万円の償却又は引当てをしないことで、上記当期末処理損失を、実際よりも少ない2716億1500万円に圧縮して計上された貸借対照表、損益計算書および利益処分計算書を作成し、これらが掲載された平成9年度の有価証券報告書を、平成10年6月に大蔵省財務局長に提出した。この行為が、重要な事項につき虚偽記載のある有価証券報告書の提出に当たるとして、旧証券取引法198条5項による起訴がなされた。

検察官は、本件において、商法（平成17年法律第87号による改正前のもの）32条2項にいう「公正ナル会計慣行」に該当するのは、資産査定通達等<sup>9</sup>によって補充される改正後の決算経理基準だけであり、これに従えば、長銀には平成10年3月期に公訴事実記載の未処理損失がある旨を主張した<sup>10</sup>。

第一、二審判決は、同罪の成立を認めたが、最高裁は、次のように述べて原審判決を破棄・自判し、被告人全員を無罪とした<sup>11</sup>。

「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、特に関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関しては、新たな基準として直ちに適用するには、明確性に乏しかったと認められる上、本件当時、関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関し、従来のいわゆる税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことも必ずしも明確であったとはいえず、過渡的な状況にあったといえ、そのような状況のもとでは、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によって関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定を行うことをもって、これが資産査定通達等の示す方向性から逸脱するものであったとしても、直ちに違法であったということはできない。そうすると、長銀の本件決算処理は「公

---

9 旧大蔵省大臣官房金融検査部長の発出に係るもの。

10 被告人らは、違法配当罪（旧商法489条3項違反）でも起訴されていた（適正な償却・引当てをすれば、旧長銀には剰余金が皆無であったのに、任意積立金を取り崩して利益配当をする趣旨の利益処分案を定時株主総会に提出して可決承認させ、これに基づき、株主に対し違法な配当をした、との理由による）。同罪の成否を巡る議論も、有価証券報告書の記載が虚偽であったか否かに依存するところ、後述する最高裁判決は、有価証券報告書虚偽記載罪の成立を否定し、違法配当罪も成立しないものと判断した。この判断の意義については、須藤報告を参照。

11 最判平成20年7月18日刑集62巻7号2101頁。

正ナル会計慣行」に反する違法なものとはいえない」。

本判決は、商法 32 条 2 項の「公正ナル会計慣行」の意義についての、最初の最高裁判決であり、次のような意義を有している。

第一に、本判決は、資産査定通達等が「公正ナル会計慣行」に該当しうることを認めた。

第二に、本判決は、被告人の行為の時点では、上記資産査定通達が唯一の「公正ナル会計慣行」であったとは認めなかった。その理由は、(a)ある会計処理基準が「公正ナル会計慣行」と認められるためには、その適用範囲が明確でなければならないこと、(b)当該会計処理基準が「唯一の」「公正ナル会計慣行」と認められるためには、それが他の基準を排斥することも明確でなければならないこと、にある。

こうして、本判決は、上記資産査定通達等が「従来のいわゆる税法基準を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことも必ずしも明確であったとはいえない」なかったとして、被告人らが従来の基準に従って作成した有価証券報告書の記載の虚偽性を否定したのである。

これは、一つの事例判断であるが、新たな会計基準が従来の会計基準を排斥する旨が明確とは言えない場合になされた記載の虚偽性を判断する上では、参考になろう。こうした理解は、次の日債銀事件を通じて確認されているところである。

## (2) 日債銀事件

これは、日債銀の頭取等（被告人）が、同銀行が有する回収不能な債権につき回収可能であるように査定し、もって同銀行の損失を過少に計上し、これに基づく決算を有価証券報告書に記載して大蔵省に提出した、という事案である。

検察官は、被告人らが共謀の上、日債銀の業務に関し、重要な事項につき虚偽の記載のある有価証券報告書を提出したとして、起訴した。その論拠は次のとおりである。即ち、平成 9 年 3 月 5 日に発出された資産査定通達等によって補充される決算経理基準（改正後の基準）は、商法（平成 17 年法律第 87 号による改正前のもの）32 条 2 項にいう「公正ナル会計慣行」としては唯一のものであって、これによれば、日債銀には平成 10 年 3 月期には 2205 億 700 万円の未処理損失があったのに、平成 10 年 3 月期決算にあたり、被告人らは、改正前の決算経理基準のもとでの税法基準に従い、当期末処理損失を 612 億 7400 万円に圧縮して計上した貸借対照表、損益計算書及び損失処理計算書を掲載するなどした同事



業年度の有価証券報告書を提出したから、本罪が成立する、との主張である<sup>12</sup>。

第一審判決は検察官の主張に沿って有罪判決を下し、原判決もこれを支持したので、被告人らが上告した。

最高裁は、資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、幅のある解釈の余地があり、新たな基準として直ちに適用するには、明確性に乏しかったと認められるなどの過渡的な状況にあったといえ、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によって支援先等に対する貸出金についての資産査定を行うことも許容されるとし、原判決を破棄し、事案を東京高裁に差し戻した<sup>13</sup>。

本件の争点は、長銀事件のそれと同じであり、資産査定通達及び改正後の決算経理基準が、平成10年3月期決算時において唯一の「公正なる会計慣行」だったのかが問題であった。長銀事件判決は、新たな決算経理基準に従わないことが「違法とはいえない」と判断したに止まり、従来の税法基準に対する評価は、明らかではなかった。これに対して、本判決は、差し戻し判決であり、下級審に判断の方向性を示す必要があったために、「公正なる会計慣行」に関する最高裁の判断が、より明確に示されている。この意味で、本判決の立場が、今後の実務において、事実上の拘束力を持つことになろう。

会計慣行<sup>14</sup>に関しては、会計慣行は一つしか存在しないのかという問題（会計慣行の唯一性）と、有価証券報告書を作成する際に、会計慣行がどの程度の拘束力を有するのかという問題（会計慣行の規範性）を区別して考えることができる<sup>15</sup>。

第一の、会計慣行の唯一性について、本判決は、原判決破棄の前提として、改正前の基準（当時の税法基準）が公正なる会計慣行であったことを認めている。他方で、改正後の決算経理基準に沿って資産査定を行うことは、本判決が明示的に否定するものではない。そうすると、本判決は、公正なる会計慣行が、同一時期に複数併存しうることを認めたものだと解される<sup>16</sup>。

---

12 これは、長銀事件における起訴の構図と同様である。

13 最判平成21年12月7日裁判所時報1497号10頁。

14 これに違反して記載をすれば、虚偽性が肯定される。

15 岸田雅雄「旧長銀事件最高裁判決の検討」商事法務1845号（2008年）262頁、同「会計基準違反に対する刑事罰と公正会計慣行」早稲田法学85巻3号（2010年）207頁をも参照。

16 この点についても、須藤報告を参照。

第二の、会計慣行の規範性について、本判決は、明確な内容を有する基準であって、関係者に周知されたものでなければ拘束力を有しない、と判断している<sup>17</sup>。この判断を踏まえれば、明確性、周知性を備えた会計基準は、「公正なる会計慣行」となり、従来の会計慣行を代替・凌駕していくものとして理解されているように思われる。従来の会計慣行が新たなそれによって代替・凌駕されていけば、唯一の会計慣行しか存在しないことになるから、第二の問題と第一の問題は相互に関連している（第一の問題の基礎として、第二の問題が存在する）と言うこともできよう。

このように、本判決には、その意味するところに解釈の余地を残すものの、有価証券報告書等の虚偽性は、当面の間、本判決が示した観点を前提として判断されていくことになる。

#### 4-4 相場操縦罪

##### 4-4-1 総説

本罪は、有価証券の売買、市場又は店頭デリバティブ取引が、繁盛に行われていると他人に誤解させる等これらの取引の状況に関し他人に誤解を生じさせる目的で、仮装の取引等を行うことで成立する（法 159 条）。仮装の取引等とは、1) 権利の移転を目的としない仮装の有価証券の売買等（1 項 1-3 号）、2) 馴合取引（1 項 4-8 号）、3) 変動操作（現実取引による相場操縦・2 項 1 号）、4) 表示による相場操縦（2 項 2、3 号）、5) 安定操作（2 項 4 号）である。

相場操縦をした者には、10 年以下の懲役又は 1000 万円以下の罰金が科せられる（併科可能）（法 197 条）。法人には、7 億円以下の罰金が科せられる（法 207 条）。

##### 4-4-2 変動操作罪

###### ①総説

相場操縦罪の中でも、解釈論上の問題が多いのは、変動操作罪である。変動操作罪は、有価証券市場における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

---

17 改正後の決算経理基準は「定性的かつガイドライン的なものでしか」なく「本件、従来の税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことも必ずしも明確であったとはいえず、過渡的な状況にあった」と認定されている。

有価証券等の相場を変動させるべき一連の売買取引等またはその委託・受託（変動取引）をすることで成立するが、有価証券の売買が現実のものとして行われるため、その成立要件の認定は、1) 仮装取引、2) 馴合取引による場合よりも困難になりがちである。

## ②従来 of 裁判例

変動操作罪の成否に関する重要な先例は、協同飼料事件に係る最高裁決定である。

### (1) 協同飼料事件

その事案は、次のとおりである。

協同飼料株式会社の代表取締役副社長 A 及び取締役経理部長 B は、同社の時価発行公募を含む増資をするに際し、有価証券市場における同会社の株価を人為的に高騰させた後に時価発行の公募価格を設定することで、プレミアムを同会社に得させるため、以下の行為をした。即ち、主として同会社の資金を用い、同会社の従業員等や証券会社が適当に選んだ者を買付名義人にし、同社の浮動株を継続的かつ大量に買い付けるなどした。その結果、同社の株価は高騰し、被告人らの所期の目的は概ね達成された。A、B と、その計画に協力した 3 つの証券会社の支店幹部らが変動操作罪と安定操作罪で摘発され、第一、二審判決は、共に被告人らは有罪とした。最高裁も、この結論を支持、次の二点について判示した<sup>18</sup>。

第一に、変動操作罪の成立要件である、有価証券の売買に誘い込む目的（誘因目的）とは、「人為的な操作を加えて相場を変動させるにもかかわらず、投資者にその相場が自然の需給関係により形成されるものであると誤認させて有価証券市場における有価証券の売買取引に誘い込む目的」である、との判示である。

第二に、変動操作罪及び安定操作罪を、証券取引所の会員によってのみ犯すことができる（刑法 65 条 1 項所定の）身分犯だとした原審の判断を否定した。即ち「証券取引法 125 条 2 項及び 3 項は、いずれも禁止行為の主体を『何人も』と規定しており、証券取引所の会員以外の者は右会員に委託することによって有価証券市場において売買取引を行うことができるのであるから、証券取引所の会員以外の者も右各条項の保護法益を侵害することができる」ことなどから、両罪は（刑法 65 条 1 項所定の）身分犯ではない、との判示であ

18 最決平成 6 年 7 月 20 日刑集 48 卷 5 号 201 頁。

る。

本決定には、次の意義が認められるであろう。

第一に、本決定が誘因目的を（条文の文言を超えて）制限的に解釈しつつ、「変動取引」の解釈には限定を加えていない点は、学説により批判されている。それは、判例が言う「誘因目的」（「人為的な操作を加えて相場を変動させるにもかかわらず、投資者にその相場が自然の需給関係により形成されるものであると誤認させ」る目的）が認められるのは、「人為的な操作を加えて相場を変動させる」ことが客観的に可能である場合が通常であり、「誘引目的」が認められる前提として、これに対応した客観的な「変動取引」を想定せざるを得ない、との批判である<sup>19</sup>。この指摘は、正当であり、今後の実務も、この学説を意識しながら推移する（例えば、捜査が行われる）のではないかと推測される。

第二に、本決定が、本罪の身分犯性を否定した点は、妥当であろう。本罪は、証券取引市場に参加しようとする投資家の保護をも念頭においたものである点を踏まえれば、本罪を身分犯と解する理由はないと思われる。

#### 4-4-3 仮装取引、馴合取引

仮装取引（法 159 条 1 項 3 号に該当する行為）と馴合取引（法 159 条 1 項 8 号に該当する行為）の意義が、旧証取法の下で問題となったのが、大阪証券取引所（大証）事件である<sup>20</sup>。

##### (1) 大阪証券取引所（大証）事件

その事案は、次のとおりである。

大証の副理事長等の職にあった被告人は、共犯者らと、大証が開設する有価証券市場に上場されている株券オプションに関して、多数回にわたり有価証券オプション取引を行った。具体的には、被告人は、実質的には大証が出資するダミー会社や証券会社を設立した上で、これらの会社を通じて、(a)いわゆる自己両建て取引<sup>21</sup>や(b)その他の個別株オプショ

19 芝原邦爾「経済刑法研究 下」644 頁。

20 相場操縦を禁止する規定は、旧証取法と法（金融商品取引法）とで基本的に差異はないから、大証事件の解釈は、法（金商法）の解釈にも妥当することになる。

21 特定の銘柄の株券オプションを一定数量付与すると同時期に、同一銘柄の株券オプションを同数量取得する取引。

ン取引<sup>22</sup>を行い、これらの取引で発生した売建玉及び買建玉を反対取引によって解消していた。(b)は、客観的・外形的に馴合取引に該当するが、(a)が仮装取引（法 159 条 1 項 3 号）に該当するのか（争点 1）、そうだとすると、それが「取引が繁盛に行われていると誤解させる等これらの取引の状況に関し他人に誤解を生じさせる目的<sup>23</sup>」で、あるいは繁盛等目的でなされたと言えるのか（争点 2）が争われた。

第一審判決<sup>24</sup>は、（争点 1）につき、株券オプション取引では、売建玉と買建玉が発生する（それ以前にはなかったオプションという権利が新たに発生する）以上、既に存在する株式について見掛けだけの売買をする現物株の仮装売買<sup>25</sup>とは様相を異にするとして、その仮装取引性を否定した。また（争点 2）については、被告人には価格操作の目的はなく、出来高を操作する目的しかなかったが、法 159 条 1 項柱書所定の繁盛等目的は、同条制定の沿革等からして、明文の規定にはないものの、（協同飼料事件最高裁決定と同様に）価格操作（相場操縦）の目的と解すべきだとし、結論として、被告人を無罪とした。

これに対して、第二審判決<sup>26</sup>は、原審を破棄し被告人を有罪とした。（争点 1）については、「このような取引は、現物株の売りと買いを同時に行う場合同様、原則的にはこれを認める必要性に乏しく経済的合理性を欠くといわねばならない上、出来高という市場に関する重要な情報につき偽装を加えるものであるから、これを禁じることに差し支えはなく、むしろ必要性があるといえる。」として、仮装取引性を肯定した。（争点 2）については、被告人には「株券オプションの価格を操作する目的ではなく、その出来高を操作する目的しか有していなかったというのであるが、そうであっても出来高は重要な市場情報であって、実際の需要に基づかない架空の取引で活発な取引が行われていると他人に誤解させることによる弊害は十分に認められる。（中略）明文の規定がないにもかかわらず、価格操作の目的がなければ繁盛等目的の要件を充たさないと解すべき理由は存しない。」として、第一審判決の解釈を否定した。

---

22 あらかじめ上記ダミー会社及び上記証券会社の各発注担当者が通謀し、同証券会社を介した上記ダミー会社の委託注文の発注と同時期に、同証券会社の自己勘定による注文がその相手方となるように、同一銘柄の株券オプションについて同価格の発注を行うこと。

23 以下では、これを「繁盛等目的」と略称する。

24 大阪地判平成 17 年 2 月 17 日判タ 1185 号 150 頁。

25 これは、「仮装取引」に該当すると解されてきた。

26 大阪高判平成 18 年 10 月 6 日判例時報 1959 号 167 頁。

第二審判決に対しては、協同飼料事件最高裁決定との関係で判例違反があるとして上告がなされた。最高裁判所は、その理由付けは十分には示さなかったが、第二審判決を概ね是認し、次のように判示した<sup>27</sup>。

(争点1)については、自己両建ての有価証券オプション取引も「オプションの付与又は取得を目的としない仮装の有価証券オプション取引」に当たると解すべきであり、同取引の結果として売建玉と買建玉が発生し、これらが後に別々に処分され得ることは、この解釈に影響を及ぼさない、と判示した。

(争点2)については、被告人が、大証の株券オプション市場全体の出来高を引き上げる意図であったとしても、現実に行われた取引は、特定の銘柄の出来高の操作に他ならず、それら取引との関係では被告人に繁盛等目的が肯定されるのであって、特定の銘柄についての価格操作ないし相場操縦の目的を伴わない場合でも仮装取引罪は成立する、と判示している。

学説では、(争点1)については、第一審判決を支持する見解も有力である<sup>28</sup>。しかし、取引の実体を踏まえると、(本決定によっても是認された)第二審判決が示した解釈が妥当であろう<sup>29</sup>。

(争点2)について、最高裁は、協同飼料事件決定は大証事件とは事案を異にするとして、上告を棄却している。確かに、前者(協同飼料事件決定)では現物株の取引がなされ、後者(大証事件)では株券オプション取引がなされているから、証券取引の態様に着目して事案の相違を説明することもできよう<sup>30</sup>。しかし、仮装取引罪に誘因目的を要求すべきで

---

27 最決平成19年7月12日刑集61巻5号456頁。

28 河本一郎=大武泰南『証券取引法読本〔第6版〕』318頁(有斐閣・2004年)は、本件事案を引いた上で、「同一銘柄、同一数量のオプションが同時に買い建てられ、売り建てられてもそのこと自体は、なんら仮装ではない。正当なオプション取引である。」と解している。更に、大武泰南・本件(第一審判決)判批・金融・商事判例1220号(2005年)63頁(第一審判決を支持)参照。

29 学説でも、神崎克郎=志谷匡史=川口恭弘『証券取引法』949頁注5(青林書院・2006年)は、一審判決を批判し、「両建取引は市場における価格変動リスクを取らない取引であり、実質的にはオプションの付与または取得を目的としない仮装の取引と解すべきである。」との主張も有力である。こちらが、有価証券オプション取引の実態の理解として、より説得的であろう(黒沼悦郎・本件(最高裁決定)判批(金融・商事判例No.1295・2008年)4頁以下をも参照)。

30 松田俊哉・本件(最高裁決定)判解・ジュリスト1350号(2008年)81頁は、このように説明する。

ない根拠は、第二審判決が指摘するように、それが明文で要求されていないという形式的理由と、価格変動を直接伴わない仮装・馴合取引であっても出来高を操作することで市場における有価証券の流動性について一般投資家に誤解を与えることができるという実質的理由<sup>31</sup>に求められるべきであろう。

#### 4-5 風説の流布の罪

##### 4-5-1 総説

風説流布の罪は、有価証券等の取引等のため、または有価証券等の相場の変動を図る目的をもって、風説を流布することで成立する（法 158 条）。刑罰は、10 年以下の懲役または 1000 万円以下の罰金（またはその併科）である（（法 197 条 1 項 7 号、158 条）（法人に対しては、7 億円以下の罰金。207 条））。

「風説」とは、「合理的根拠を欠いた事実」であり、これを「流布」即ち不特定または多数の者に伝播させられることで、本罪が成立する。

虚偽の事実の公表が「風説の流布」に該当することは当然である。しかし本罪は、信用毀損罪（刑法 233 条）とは異なり、「虚偽の風説」を客体として明示していないから、虚偽でなくても、例えば、合理的根拠を欠いた「うわさ」であれば「風説」に該当すると解すべきであろう。

これは、本罪の趣旨からも是認される解釈である。即ち、本罪は、証券市場に参加しようとする投資家の投資判断に悪影響を及ぼす行為であるが、相場操縦罪等の犯罪では規定されていない行為を禁止し、処罰するものである。この趣旨からは、公表された事実について、その虚偽性を認定できない場合でも、当該公表行為に合理的根拠がなければ、「風説」が流布されたことになる。他方で、合理的根拠なくして公表した事実が結果的に真実に合致した場でも、投資家の投資判断に影響を及ぼしうると共に、証券市場の公正に対する信頼を害すると認められる限り、本罪の成立を否定すべきではなからう。

##### 4-5-2 虚偽の事実としての「風説」

前述した本罪の趣旨に鑑みれば、虚偽の事実は、当然に「合理的根拠を欠いた事実」で

---

31 芳賀良・本件（最高裁決定）判批・平成 19 年度重要判例解説（ジュリスト 1354 号）125 頁、黒沼悦郎・本件判批（金融・商事判例 No.1295）6 頁以下をも参照。

あり「風説」に該当することになる。

#### 4-5-3 従来の裁判例

従来の裁判例では、この意味での事実の虚偽性が争われることが多かった。

例えば、被告人が、共犯者と共謀の上で、東天紅株の公開買付を行うなどの虚偽の事実を公表し、株価をつり上げて利益を得ようとした事案では、本罪の成立が肯定された<sup>32</sup>。

また、一定の前提条件の下で将来の事実を予測して公表したのではなく、将来実現するかもしれないことを既に実現したとして公表した場合には、虚偽の事実が公表されたことになるとして、本罪が成立すると判断されている。

例えば、A 株式会社の代表取締役であった被告人が、同社が発行した転換社債の株式への転換を促すため、同社株式の価格を騰貴させようと考え、A 社の株式の相場変動を図る目的をもって、東京証券取引所内者クラブにおいて、A 社がエイズワクチンの特許実施権を所有している等と公表した事案では、「本件の公表内容は、一定の前提条件の下で将来の事実を予測して公表したのではなく、将来実現するかもしれないことを既に実現したとして公表している点で明らかな虚偽である。」とされ、本罪の成立が肯定されている<sup>33,34</sup>。

## 4-6 偽計取引の罪

### 4-6-1 総説

偽計取引の罪は、有価証券等の取引のため、または有価証券等の相場の変動を図る目的をもって、「偽計を用いる」場合に成立する（法 158 条）。刑罰は、10 年以下の懲役または 1000 万円以下の罰金（またはその併科）である（（法 197 条 1 項 7 号、158 条）（法人に対しては、7 億円以下の罰金。207 条））。

「偽計」とは、「他人（有価証券取引に参加する者）に錯誤を生じさせる詐欺的ないし不公正な策略、手段」である。

---

32 東京地判平成 14 年 11 月 8 日判時 1828 号 142 頁。

33 東京地判平成 8 年 3 月 22 日（判時 1566 号 143 頁）。

34 他の事案としては、メディア・リンクス社の株価を不当につり上げる目的で、増資したなどと虚偽の事実を同社のホームページで発表した同社役員に、風説の流布罪の成立が認められたものがある（最判平成 18 年 2 月 20 日）。



#### 4-6-2 本罪の適用事例

クレスパール証券の代表取締役会長が、プリンストン債の月間運用成果報告書の時価資産残高が過大に粉飾され、あるいは約定どおりに期限前償還がされないおそれが高いことを認識しながら、プリンストン債が安全に運用されているかのように虚偽の説明をし、同債（有価証券）の売買のため偽計を用いた事案につき、証券取引等監視委員会からの告発がなされた。その後、同会長には、偽計取引罪の成立が肯定されている<sup>35</sup>。

また、経営破綻したシステム開発会社「トランスデジタル」の増資をめぐり、投資事業組合などから8億8800万円の入金があったように装い、増資したという虚偽の事実を公表したとして、同社代表取締役らが、本罪により起訴されている<sup>36</sup>。

近時、本罪の成否、特に「偽計」の意義が争われたのは、ライブドア事件においてあるが、これについては、別稿にて検討を加える。

### 4-7 インサイダー取引の罪

#### 4-7-1 総説

インサイダー取引の罪とは、会社の役員等会社の重要情報を入手しうる者が、当該情報が公表され、一般投資家の知るところになる前に、当該情報に基づき、先に当該会社の株式を売買等することで成立する罪である。売買等をしたことで利益を得たか否かは、本罪の成否とは無関係である。

上記のような行為（売買等）を許すと、会社の重要情報をいち早く入手した者が一般投資家に比べて有利な取引をすることができ、その結果として、証券市場の公正性が阻害され、投資家の証券市場に対する信頼も損なわれてしまう。これはで不当であるので、本罪が予定されているのである（本罪の趣旨）。

法が規制しているインサイダー取引には、いわゆる内部情報に関するインサイダー取引（法166条）と、外部情報に関するそれ（法167条）とがある。この禁止に違反した者には、課徴金が課せられるとともに（法175条）、刑事罰が科せられる。

内部情報に関するインサイダー取引は、①重要事実を知った、②会社関係者、又は③情

---

35 東京地判平成14年11月10日（朝日新聞2002. 10. 10）、東京高判平成15年10月10日（朝日新聞2003. 11. 10）。

36 平成22年3月29日。

報受領者が、④当該事実が公表される前に、⑤関係証券の売買を行うことである（法 166 条）。

外部情報に関するインサイダー取引も、基本的には同じ構造であり、相違点は、主体の②が、公開買付者等関係者となる点だけである（法 167 条）。

本罪に対する刑罰は、5 年以下の懲役又は 500 万円以下の罰金である（併科可能。法 197 条の 2）。法人の財産又は業務に関してインサイダー取引がなされた場合には、当該法人に 5 億円以下の罰金が科せられる（法 207 条）<sup>37</sup>。

また、重要事実（という情報）を受領して売買等を行った者（情報受領者）も、処罰される（法 166 条 3 項、167 条 3 項）。

違反者には、罰金と課徴金の双方が課される（科される）こともありうるが、没収・追徴がなされたときには、その額を差し引いて課徴金の額を決めるものとされている（185 条の 7、185 条の 8）。

以下では、インサイダー取引罪の構成要件を概観することにした。

#### 4-7-2 インサイダー取引罪の成立要件

##### (2-1) 主体

次の者が、次の時点で、(2-2) 所定の重要事実を知ったときに、本罪が成立しうることになる。

##### 1) 会社関係者

- (イ) 発行会社（上場会社または店頭登録会社）の役員等（取締役・監査役・代理人・従業員）。その者の「職務に関し」知ったとき（1号）
- (ロ) 主要株主（発行済株式の3%以上を有する株主）。帳簿閲覧権の行使に関し知ったとき（2号）。
- (ハ) 法令関係者（発行会社に対し法令に基づく権限を有する者）。当該権限の行使に関し知ったとき（3号）
- (ニ) 契約関係者（発行会社と契約を締結している者）。当該契約の締結または履行に関し知ったとき（4号）

---

<sup>37</sup> インサイダーが得た利得相当額又は回避した損失相当額は課徴金の対象となり、納付が命ぜられる（198 条の 2）。

(ホ) 会社関係法人の役員等(2号または4号掲記の者であつて法人であるものの役員等。ただし2号または4号に当たる者を除く)。その者の職務に関し知ったとき(5号)

## 2) 元会社関係者

1)の会社関係者で、退職等によりその身分を失った者。その後一年以内は同様の規制に服する(法166条1項本文後段)。

## 3) 第一次情報受領者

1) 2)以外の者で、会社関係者(または元会社関係者)から重要事実の伝達を受けた者<sup>38</sup>。第一次情報受領者が、その得た重要事実に基づき、当該事実の公表前に有価証券の売買等をすれば、本罪が成立する。

### (2-2) 重要事実

法(166条第2項)が重要事実として(同項各号で)規定しているのは、①決定事実(同項第1号)、②発生事実(同項第2号)、③決算変動(同項第3号)、④包括条項(同項第4号)、⑤子会社の重要事実(同項第5号)である。

これの事実の詳細については、省令で示されていることが多い。

### 4-7-3 具体例

以上を前提にして、インサイダー取引の具体例を確認しておく。

(例1) V会社の部課長向け営業会議の席で、営業担当の取締役甲は、V社の赤字部門を競業他社に譲渡する決定がなされたこと、この事実が近く公表されることを報告した。その席に出席していた営業部長X、Yは、直ちにこの情報を、友人のZに伝えた。その三日後に、YはV社を退職した。

その1月後、X、Y、Zは、先の決定が公表される前の時点で、V社の株式を売却した。

この場合、Xは会社役員ではないが、会社関係者となり、インサイダー取引罪が成立する。

Yは、V社を退職して1年が経過していないから、Xと同様に同罪が成立する。

Zは、第一次情報受領者であるから、Xと同様に同罪が成立する。

(例2) V会社に脱税の疑いが生じ、国税査察官XがV社の調査に赴いた。調査の過程で、

---

<sup>38</sup> この者から更に重要事実の伝達を受けた「第二次情報受領者」は含まれないが、第一次情報受領者との共犯が成立する余地はある。

V社の財務諸表を閲覧したXは、V社による所得隠匿工作を確認し、この事実が後に公表されれば、V社の株価が急落するであろうと予測した。Xは、V社に対する税務調査の事実とそこで知り得た事実を、知り合いの新聞記者Yに伝えた。

その後、X、Yは、V社が修正申告を公表する前にV社の株式を売却したが、売却前にV社に関して不利な様々な報道がなされたこともあり、X、Yは株式売却益を得ることはできなかった。

この場合、Xは、法令上の権限に基づきV社の内部情報（発生事実）を知って株式を売却したので、インサイダー取引罪が成立する。この取引により、Xが利益を得られなかったことは、同罪の成否を左右するものではない。

Yは、Xから内部情報の伝達された者であるので、Yにもインサイダー取引罪が成立する。

これらの具体例をも踏まえ、インサイダー取引罪の構造を確認すると、別表のとおりである。

#### 4-7-4 重要事実（内部情報）の意義

以下では、インサイダー取引罪の成否を左右する「重要事実（内部情報）」の意義について、概説する。

##### 4-7-4-1 決定事実（同項第1号、5号）

i) 決定事実とは、上場会社の業務執行決定機関が一定の事項を行うことについての決定をしたこと等をいう。例えば、株式の発行、資本の減少、合併、業務提携、会社分割等が、決定事実に当たる。

##### ii) 裁判例

裁判例では、取締役会以外の機関が業務執行決定機関と判断され、本罪の成立が肯定されている。

##### (1) 日新汽船株事件<sup>39</sup>。

この事案において、被告人（A社の社長）は、日新汽船株式会社の会長から、同社が決定した第三者割当増資の一部をA社でも引き受けてもらいたい旨の依頼を受け、第三者

割当増資という重要事実が公表される前に、同社の株式を買い付けた。この買付けは、日新汽船株式会社の取締役会による増資決定がなされる前になされていた。取締役会が業務執行決定機関であれば、被告人が行為をした時点では「重要事実」は存在しなかったことになり、本罪は成立しないのではないかが、争われたが、裁判所は本罪の成立を肯定した。それは、取締役会による決定以前であっても、会社の中枢を形成する役員により、増資が実質的に決定されれば、「業務執行決定機関」による「決定」がなされたと解釈されたからである。

インサイダー取引罪は、証券取引市場における取引関与者の信用（証券取引市場では平な情報供給を前提とした価格形成がなされるべきだとの信用）を保護するものである。この信用を害しうる情報を提供できる限り、そのような情報の発生元を「業務執行決定機関」と認定することは可能である<sup>40</sup>。

本判決は、このような目的論的解釈は採用したが、支持しうる。そして、これと同様の立場は、次の最高裁判例においても、確認されている。

## (2) 日本織物加工株事件

「決定事実」の意義が争われた著名な事案として、日本織物加工株事件がある。

この事案の被告人は、A社の顧問弁護士であり、同社が日本織物加工株式会社との間でM&Aに係る契約を締結する際に、その交渉を担当していたが、同契約が締結され、これが公表される前（即ち、日本織物加工のK社長が同契約の締結に向けてA社に対して第三者割当増資を行うための新株発行を行う旨の決定をし、当該決定の実施に対する障害となっていた事情が解消された直後）に、日本織物加工の株式を買い付けた。

ここでは、日本織物加工の社長がM&A契約の締結に向けて新株発行を行うとの決定をしたことが、同社の「業務執行を決定する機関」による「株式の発行」に係る「決定」と言えるのかが、問題となった。

第一審判決は、被告人につき、インサイダー取引罪の成立を認めたが、第二審判決は、第一審判決を破棄し、差し戻した。これに対して、最高裁<sup>41</sup>は、以下のように判示して第二審判決を破棄し、差し戻した。

39 東京簡裁略式命令平成二・九・二六資料版商事八一号三五頁。

40 黒沼「金融商品取引法入門（第3版）」133頁をも参照。

41 最判平成11年6月10日刑集53巻5号95頁。

i) 「業務執行を決定する機関」の意義について

「証取法 166 条 2 項 1 号<sup>42</sup>にいう『業務執行を決定する機関』は、商法所定の決定権限のある機関には限られず、実質的に会社の意思決定と同視されるような意思決定を行うことのできる機関であれば足りる」とし、K 社長は「日本織物加工の代表取締役として、第三者割当増資を実施するための新株発行について商法所定の決定権限のある取締役会を構成する各取締役から実質的な決定を行う権限を付与されていたものと認められるから、『業務執行を決定する機関』に該当するものといえることができる」。

ii) 「株式の発行」に係る「決定」の意義について

証取法 166 条 2 項 1 号にいう「株式の発行」を行うことについての「決定」をしたとは、i)にいう機関において、「株式の発行それ自体や株式の発行に向けた作業等を会社の業務として行う旨を決定したことをいうものであり、右決定をしたというためには右機関において株式の発行の実現を意図して行ったことを要するが、当該株式の発行が確実に実行されるとの予測が成り立つことは要しない」。なぜならば、「そのような決定の事実は、それのみで投資者の投資判断に影響を及ぼし得るものであり、その事実を知ってする会社関係者らの当該事実の公表前における有価証券の売買等を規制することは、証券市場の公正性、健全性に対する一般投資家の信頼を確保するという法の目的に資するものであるとともに、規制範囲の明確化の見地から株式の発行を行うことについての決定それ自体を重要事実として明示した法の趣旨にも沿うものであるからである。」

(判示 1) は、社長であれば常に業務執行機関だとするものではなく、本件事案の特徴に即した判断であろう。最高裁は、原審による「(日本織物加工の一筆者注) 社長が各親会社の了解を得て決定した場合には、他の取締役から異論が出ることなく、会社としての意思決定とみなされる実態にあった」との事実認定を引用した上で、「社長は、日本織物加工の代表取締役として、第三者割当増資を実施するための新株発行について商法所定の決定権限のある取締役会を構成する各取締役から実質的な決定を行う権限を付与されていたものと認められる」から、当該社長は「業務執行を決定する機関」に該当すると判断しているのである。このような認定は、インサイダー取引罪の趣旨を踏まえれば、妥当であるが<sup>43</sup>、

---

42 これは、法 166 条 2 項 1 号に相当する。

43 河本一郎他「決算情報に関するインサイダー取引規制の考察(下)」商事法務 1859 号(2009 年) 21 頁をも参照。

事例判断に止まろう。

同様の事例判断が妥当と思われるのは、例えば、経営会議、取締役会等の議決を経ることなく、自己の一存で経営判断を繰り返しているワンマン社長等であろう。

(判示2)も、本罪の趣旨から導かれている。

この(判示2)に対する評価は、学説において分かれている。これを支持する見解も有力であるが<sup>44</sup>、批判も根強い。本判決に批判的な学説は、(判示2)を文字通りに解すれば、実現する可能性が乏しい決定をした場合でも決定事実の存在が肯定されるが、実現する可能性が乏しい決定が、その後、現に実現され、市場参加者の予測を害する事態が生じることが十分には予測されえないのであり、この意味において市場にとって重要性を欠く行為をもインサイダー取引罪の対象とすれば、本法の趣旨に反する旨を主張している<sup>45</sup>。

批判説も十分に成り立ち得るが、本件事案では、実現可能性が相当に高い事実につき、その重要性が認定され、本罪の成立が肯定されていることに、注意すべきである。即ち、批判説が危惧する点は、実質的には、裁判例においても回避されているのであり、学説上の論争点は、一般論の提示の仕方に止まっているとの評価が可能であろう。

### (3) 村上ファンド事件

「重要事実」と言えるためには、その実現する相当な可能性ないし蓋然性が必要なのが問われた他の著名な事案としては、村上ファンド事件（外部情報に関するインサイダー取引罪の成否が争われた事案）がある<sup>46</sup>。

この事案の被告人は、投資ファンドの主催者であったが、同ファンドが資金提供等をしているライブドア株式会社の財務担当役員（M）らから、ニッポン放送株式の発行済み株式数の5%を超える取引をおこなう意向を聞かされた。その後、村上は、翌日（2月9日）から2005年1月28日までの間に、同放送株を合計193万3100株、売買した。

ここでの論点は、ライブドアの「業務執行を決定する機関」がニッポン放送株式の大量取得の方針を「決定」したのは何時か、ということであった。2月8日以前に、同決定がな

---

44 芝原邦爾「経済刑法研究 下」693頁、696頁。

45 黒沼「金融商品取引法入門（第3版）」135頁、同「インサイダー取引規制における重要事実の定義の問題点」商事法務1687号（2004年）42頁以下をも参照。

46 その詳細な検討については、西田教授による別稿を参照。

されていたのであれば、2月9日から、同事実の公表前までの被告人による株式取引は、インサイダー取引罪に該当することになるからである。

第一審判決<sup>47</sup>は、ライブドアの「業務執行を決定する機関」は、ライブドアのCEOであったHとCFOであったMの二名によって構成されるものと判示した。これは、日本織物加工株事件最高裁判決の趣旨が、法167条2項にも適用されることを明示した、初の裁判例である<sup>48</sup>。その上で、同判決は、法167条2項にいう「決定」の対象はニッポン放送株式の5%以上の買集めであるとし、次のように判示した。

「同法167条2項にいう「公開買付け等を行うことについての決定」をするに当たり、当該公開買付け等が確実に実行されるとの予測が成り立つことは要しないと解するのが相当である。すなわち、実現可能性が全くない場合は除かれるが、あれば足り、その高低は問題とならないと解される。」

こうして、同判決は、被告人に本罪の成立を認めた（懲役2年の実刑判決を宣告）。この判示を文字通りに理解すれば、決定事項の実現可能性が存在すれば重要事実が認定可能だとしたものと理解できる。しかし第一審判決は、ライブドアの「H及びMは、9月15日、ライブドアが、平成17年3月まで行うニッポン放送株の5%以上の大量買集めにつき、その実現を意図して、ライブドアの業務として、調査・準備・交渉等の諸作業を行う旨決定し、その実現可能性は高かった」ことをも認定していた。

これに対して、第二審判決<sup>49</sup>は、第一審判決を破棄し、被告人に懲役2年、執行猶予3年とする判決を言い渡した。東京高裁は、ある事実が証券取引法167条2項の「決定」に該当するためには、決定に係る内容（本件では、ニッポン放送株の大量株券買集め行為）が確実に行われるという予測が成り立つことまでは要しないが、その決定にはそれ相応の実現可能性が必要だと解した。即ち、『決定』に該当するか否かの判断に当たっては、投資者の投資判断に影響を及ぼすものであるか否かという点が重要な判断要素となるのであるから、第三者の目から見ても（客観的にも）、実現可能性があるといえるか否かについても検討しなければならない。すなわち、主観的にも客観的にも、それ相応の根拠を持ってその実現可能性があると初めて、証券取引法167条2項の『決定』に該当する」との

---

47 東京地判平成19年7月19日。

48 太田洋「村上ファンド事件東京地裁判決の意義と実務への影響」商法No1830（2008年）22頁）

49 東京高判平成21年2月3日。



判断を示した。

第二審判決は、「決定に係る事実の実現可能性が全くない場合は除かれるが、あれば足り、その高低は問題とはならない」とした第一審判決の立場を否定している<sup>50</sup>。第一審判決の方が、日本織物加工株事件最高裁判決に忠実であると解する余地もありえたが、そのような解釈は否定されたことになる。

日本織物加工株事件最高裁判決も、日本織物加工（その社長）の主導による M&A 取引と日本織物加工による第三者割当増資の検討が深められ、これが相当に具体化した時点（その実現可能性が相当に高まっていた時点）で、「決定」があったことを認定していたに過ぎない。第二審判決は、日本織物加工株事件最高裁判決の趣旨を、このように限定解釈した上で、事案に適用したものと評価することができよう<sup>51</sup>。

村上被告は、控訴審判決に対して直ちに上告しており、最高裁が日本織物加工株事件の趣旨をも踏まえて如何なる判断を示すかが、注目されていたが、以下のように、日本織物加工株事件の一般論を改めて確認する形で村上被告の有罪を確認する判断が示された。

即ち、最高裁判所は、証券取引法 167 条 2 項が禁止される行為の範囲について、客観的、具体的に定め、投資者の投資判断に対する影響を要件として規定していないのは、「規制範囲を明確にして予測可能性を高める見地から、同条 2 項の決定の事実があれば通常それのみで投資判断に影響を及ぼし得ると認められる行為に規制対象を限定することによって、投資判断に対する個々具体的な影響の有無程度を問わないこととした趣旨と解される」との前提から、「公開買付け等の実現可能性が全くあるいはほとんど存在せず、一般の投資者の投資判断に影響を及ぼすことが想定されないために、同条 2 項の「公開買付け等を行うことについての決定」というべき実質を有しない場合があり得るのは別として、上記

---

50 そもそも、日本織物加工株事件最高裁判決も、日本織物加工（その社長）の主導による M&A 取引と日本織物加工による第三者割当増資の検討が深められ、これが相当に具体化した時点（その実現可能性が相当に高まっていた時点）で、「決定」があったことを認定したに過ぎない。この意味において、第二審判決は、日本織物加工株事件最高裁判決の趣旨を正しく解釈した上で、当該事案に適用したと評価することができよう（前注 34、並びに木目田裕＝山田将之「村上ファンド事件控訴審判決の検討—「決定」の解釈を中心に—」商法 No 1864（2009 年）10 頁をも参照）。

51 木目田裕＝山田将之「村上ファンド事件控訴審判決の検討—「決定」の解釈を中心に—」商法 No 1864（2009 年）10、12 頁。河本一郎他「決算情報に関するインサイダー取引規制の考察（下）」商事法務 1859 号 22 頁をも参照。

「決定」をしたというためには、上記のような機関において、公開買付け等の実現を意図して、公開買付け等又はそれに向けた作業等を会社の業務として行う旨の決定がされれば足り、公開買付け等の実現可能性があることが具体的に認められることは要しないと解するのが相当である（最高裁平成10年（あ）第1146号、第1229号同11年6月10日第一小法廷判決・刑集53巻5号415頁参照。）と解した。ここで引用されている先例は、日本織物加工株事件判決であり、その趣旨を限定解釈した原判決の手法は否定されたことになる。即ち、原判決が「主観的にも客観的にもそれ相応の根拠を持って実現可能性のあることを上記「決定」該当性の要件としたことは相当でない」が、本件では、公開買付け等の実現可能性が全くあるいはほとんど存在しないという状況でなかったことは明らかであり、上記「決定」があったと認めるには十分であり、被告人を有罪とした原判決の結論は正当だとして、上告を棄却している。

同決定は、第一審判決と同様に、日本織物加工株事件判決で示された解釈を支持した。即ち、インサイダー取引規制の対象となる重要事実には該当するか否かの解釈は、投資判断に対する具体的な影響の有無によって左右されるべきではないとの判断が示されている。その理由は、このような形で、形式的に（重要事実か否かを）判断することが、規制範囲を明確にし、市場関係者の予測可能性を高めるという法の趣旨に合致する、という点にある。

インサイダー取引規制の対象となる「重要事実」が、個別の投資判断に先だって、十分に規定されているならば、市場関係者の予測可能性は担保されるであろう。現行法の下で「重要事実」として、極めて多くの事項が列挙されているのも、想定される取引を可能な限り書き尽くすことにより、市場関係者の予測可能性は担保するためだと解される。本最高裁決定が示した解釈は、こうした規定振りには忠実である。

他方で、様々な取引に関連する事項を「重要事実」として規定しても、完全に「重要事実」を列挙しえないことから、（会社関係者の取引規制に関する法166条による規制の下では）いわゆるバスケット条項（166条2項4号）が設けられており、投資者の投資判断に著しい影響を及ぼす事実であれば、なお、「重要事実」に該当するという枠組みが採用されている。ここでは、市場関係者の予測可能性を形式的に担保することができないことがあり得ること、その際には、これを実質的に担保せざるを得ないことが承認されているのである。

こうした、現行法の規定振りを踏まえると、最終的には、市場関係者の予測可能性が実質的に担保されたか否かが重要であることになろう。

本件では、会社関係者の取引規制（法 166 条）ではなく、会社の外部に存在する者の取引規制（法 167 条）が問題となっており、バスケット条項の適用はないため、法 167 条に網羅的に列挙された事項の存否を形式的に解釈することが要請される。そこで、本最高裁決定が採用した、形式的な解釈は妥当であったと解されるが、その趣旨が、会社関係者の取引規制（法 166 条）が問題となる事案では、必ずしも妥当しないように思われる<sup>52</sup>。

#### 4-7-4-2 決算情報（同項第 3 号、7 号）

決算情報とは、上場会社の売上高、経常利益、配当等が、既に公表されている数値と比較して、一定の基準を超えて差異が生じることに関する情報である。

この情報との関係では、次のマクロス事件が重要である。

##### (1) マクロス事件

この事案では、マクロスの専務取締役であった被告人が、同社の臨時取締役会で、その代表取締役から、同社の売上額に多額の架空売上相当分が含まれており、今後、相当額の営業資金の不足に至る等の報告を受けたが、これらの事実の公表前に、同社（マクロス）の株式を売却した。

東京地裁判決は、次のように判示して、被告人にインサイダー取引罪の成立を認めている<sup>53</sup>。

即ち、決算予想値の算出主体である「会社」は「各会社の業務運営の実態に即して判断すべきである」が、本件では、マクロス社の売上高等の予想値の公表数値はその直前に取締役会に諮られて承認されているから、「修正公表されるべき新たな予想値の算出主体も取締役会である」とした。

---

52 木目田＝山田・前掲「村上ファンド事件控訴審判決の検討―「決定」の解釈を中心に―」12頁は、本件控訴審判決には、日本織物加工株事件最高裁判決の一般論が一人歩きすることによる実務に対する呪縛を解く意義がある、とする。この認識は、理解できるものの、バスケット条項以外の実事については、日本織物加工株事件最高裁判決ならびに本件最高裁決定が妥当であろう。

53 東京地判平成4年9月25日判時1438号151頁。

その上で、決算予想値の「算出」がなされたか否かに関しては、「上場株式の発行者である会社の役員等その会社と一定の関係を有するものに対して、その職務等に関して会社の等に関する重要事実を知った場合、その重要事実の公表前にその会社の上券等の売買を禁止することによって、証券取引市場の公正性及び健全性に対する投資者の信頼を確保しようとする」本罪の趣旨に鑑み、「取締役会が算出主体である場合においては、…取締役会において予想値の修正公表が避けられない事態に立ち至っていることについての報告がなされてそれが承認されたことをもって、同号にいう数値の「算出」がなされたものと解するのが相当」である、と<sup>54</sup>。

この事案でも、「会社」ないし内部情報を決定する会社の機関の意義が、個々の会社の実情に即して具体的に認定されている。こうした手法は日本織物加工株事件判決とも相容れるものであり、実務には定着した認定方法ではないかと思われる。

決算情報の「算出」即ち重要事実の決定時期については、決算予想値の修正公表がほぼ確実に予想される時期だとされている。これは、日本織物加工株事件最高裁判決の（判示2）よりも、村上ファンド事件の第二審判決に近い解釈であり、後者が実務的に受け入れられ易いことを示すものだと言うことも可能であろう。

#### 4-7-4-3 重要事実（同項第4号、7号）

この意義についても、マクロス事件に関する東京地裁判決が参考となる。

##### (1) マクロス事件

東京地裁は、先に示したこの事案において、結論として、架空売上げの存在等の事実、3号の「決算情報」ではなく4号の「重要事実」に当たると判断した<sup>55</sup>。それは、そのような事実は、投資家の投資判断に著しい影響を与えるものとして「この事実は、証券取引法190条の2第2項3号に掲げられた業績の予想値の変化として評価するだけでは到底足りない要素を残しており（中略）、かつ同項1号の事実に該当しないことは明らかであるうえ、性質上は2号に類する事実といえるが、同号及びその関係省令等を調べても、同号の事実

---

54 もっとも、東京地裁は、結論として、被告人に対して平成4年改正前証取法190条の2第2項第3号を適用することは否定し、同条同項第4号のバスケット条項の適用を認めて、被告人を有罪とした（この点については、後述③を参照）。

55 東京地判平成4年9月25日判時1438号151頁。

に該当しないものと認められる。(他方で、この事実は一筆者注) 投資者の判断に及ぼす影響の著しさにおいても証券取引法 190 条の 2 第 2 項 1 ないし 3 号に劣らない事実と認められるから、かかる事実は同条 2 項 4 号に該当するものと解するのが相当である。」と。

ここでは、第 4 号の「重要事実」とは、第 1 から 3 号には該当しないものの、それらに劣らない事実でなければならない、との解釈が示されている。

その後の判例は、この解釈を前提とした上で、ある事実が第 1 から 3 号に該当するとしても、別の観点から第 4 号の「重要事実」と評価しうる場合には、第 4 号の「重要事実」該当性を認めて本罪が成立することを(一般論として)示している。

## (2) 日本商事事件

そうした判断を示した著名な事案としては、日本商事事件がある。

この事案の被告人は、日本商事が開発した新薬による副作用が生じたとの事実の伝達を受けた。被告人が、この事実が公表されると同社の株価が確実に下落するものと予想し、同社の株式を高値で売り付け、株価の下落後に反対売買を行って利益を得ようと決意し、同事実の公表前に証券会社を介して、同社の上場株券の売買を行った。

第一審判決は、この事実が第 4 号の「重要事実」に該当するとして、被告人に本罪の成立を認めた。

これに対して第二審判決は、本件事実は 2 号イにいう『災害又は業務に起因する損害』に該当する余地があり、その場合には 4 号は適用できないとして、第一審判決を破棄して差し戻した。

最高裁判所は、「右副作用症例の発生は、同項 2 号イの損害の発生として包摂・評価される面とは異なる別の重要な面を有している事実であるということができ、他方、同項 1 号から 3 号までの各規定が掲げるその他の業務等に関する重要事実のいずれにも該当しないのであるから、結局これについて同項 4 号の該当性を問題にすることができるといわなければならない。このように、右副作用症例の発生は、同項 2 号イの損害の発生に当たる面を有するとしても、そのために同項 4 号に該当する余地がなくなるものではない」から、4 号所定の事実の存否を判断すべきであったとして、原判決を破棄して差し戻している。

本判決によれば、4 号の「重要事実」が、いわゆるバスケット条項として活用され、本罪の成立範囲が不明確になる恐れも生じる。しかし、4 号には、1-3 号には包摂しきれない事実を拾い上げる機能があるとする本判決の論理は、それ自体としては否定できない。そこ

で、有価証券の取引に際しては、いわゆる「軽微基準」等を精査しつつ、一定の事実が、1-3号の「重要事実」に該当しないかを確認しつつ、これと併行して、それが4号の「重要事実」にも該当しないかを慎重に検討せざるを得ないように思われる。

#### 4-7-5 重要事実を知った時期

重要事実を知った会社関係者等は、当該重要事実の公表がされた後でなければ、当該上場会社等の特定有価証券等に係る売買等をしてはならない。この規制に違反して売買等をすれば、本罪が成立する。そこで、会社関係者等が「重要事実を知った」と言えるのは何時かが問題となる。

判例は、この時期も実質的に判断しようとしている。

例えば、A会社の代表取締役専務であった被告人は、A社が提携を模索しているC社の「基本合意」を締結した時点で、Cの代表取締役社長がA、C両社を合併する旨決定したという重要事実を知ったと認められるのであり、平成9年法律第117号による改正前の証券取引法166条1項4号にいう『当該契約の履行に関し知ったとき』ににいう『当該契約』を、重要事実を前提として締結される契約に限定すべき理由はないとして、本罪の成立が認められている<sup>56</sup>。

同様の判断は、他の事案でも示されている。

例えば、大手都市銀行の財務開発部アドバイザーグループに属していた被告人が、同銀行がK社と締結していた、株式購入のための仲介等を内容とするアドバイザー契約の履行に関し、K社によるM社の株券の公開買付けの実施に関する事実を知り、これに基づき、その公表前にM社の株券合計5000株を買い付けた、という事案において、東京高裁は、被告人は、当該契約の履行を直接担当してはいなかったが、上記重要事実を知った者として（換言すれば、同事実の情報受領者としてではなく）本罪が成立する、と判断した。その理由として、「同項4号にいう『当該契約の締結若しくは交渉又は行に関し知ったとき』とは、契約の締結若しくは交渉又は履行行為自体によって知った場合はもとより、これと密接に関連する行為により知った場合を含むと解されるが、それは、契約の締結又は交渉について権限を有し、あるいはその履行について義務を負う者がそれらの行為の際

---

56 最決平成15年12月3日判時1845号147頁。

に知ったときだけでなく、これを補助する担当者が知ったときを含み、さらに、この担当者等からその職務上当該契約の締結若しくは交渉又は履行の状況等について報告を受ける立場ある上司や同僚等がその報告等の機会に知った場合をも含」まれる、との解釈が示されていた<sup>57</sup>。

本判決からも、重要事実を知った時期（これ以後は、当該事実が公表されるまで、株式取引等が禁止される）は、インサイダー取引罪の趣旨から、実質的に判断されていることが認識されるところである。

#### 4-7-6 インサイダー取引罪の限界

インサイダー取引罪を構成する行為は、一定の情報（インサイダー情報）に基づき、関係証券の売買をすることに限定されている。また、課徴金の額も、関係証券の売買により行為者が得た不当な利得を確定した上で算出される。これは、インサイダー取引の罪が、インサイダー情報の不公平な利用に基づく財産犯として構成されているからである。

しかし、こうした財産犯的構成によると、インサイダー情報を漏示しただけで、自らは当該情報に基づき証券の売買による利益を得ていない者を捕捉することはできない。そうした、（言わば）単純な情報漏示者も、実際には、当該情報の受領者（第一次情報受領者）が行う証券売買（としてのインサイダー取引罪）の共犯となりうるが、情報の漏示がインサイダー取引罪の成立にとって不可欠である以上、情報の漏示自体を独立の犯罪として構成することも検討されるべきであろう。

インサイダー情報の漏示の犯罪化という問題は、近時、会社の増資に先だって増資計画（というインサイダー情報）が引受証券会社の従業員によって漏示されたとされる一連の事件（いわゆる「増資インサイダー」事案）によって、クローズアップされつつある<sup>58</sup>。増資計画が公表されると、その会社（新株の発行を予定している会社）の株式価値は、通常、

---

57 東京地判平成15年5月2日判タ1139号311頁（控訴）

58 増資インサイダー事案ではないものの、次の事例も、参考にされるべきであろう。それは、SMBC日興証券（旧日興コーディアル証券）が担当した会社に係るTOB（株式公開買い付け）の未公開情報を、同証券の元執行役員が、知人の金融会社社長に伝達し、社長は情報に基づいて株を売買し計数百万円の利益を得ていたという事案において、元執行役員が、社長に係るインサイダー取引罪の共犯として逮捕された、というものである（2012年6月25日の各社報道による）。

希釈化されるので、空売りによる利益獲得を狙った投機的取引が生じやすい。そこで、増資計画というインサイダー情報については、その管理が徹底されなければならない。具体的には、これが公表されるまでは、幹事証券会社の引受部門から、当該情報を、その営業部門に漏らしてはならない（引受部門＝法人部門と営業部門との間に存在するはずの ChineseWall を機能させるべきである）し、会社外部の人間に漏らすことも禁止されるべきである。しかし、実際には、日本の三大証券会社のいずれもが、この要請に反して、増資予定という情報を漏示していたのではないかと批判が高まっているのが、現状である<sup>59</sup>。

増資インサイダーとして報道されている事案としては、次のものが報道等されている。

増資を依頼した会社（時期）	幹事証券会社	漏示された増資情報に基づき証券取引をした会社（課徴金の額。2012年6月28日付納付命令による）
みずほFG（2010年6月）	野村証券	（旧）中央三井アセット信託（8万円）
国際石油開発帝石（2010年7月）	野村証券	（旧）中央三井アセット信託（5万円）
日本板硝子（2010年8月）	JP モルガン	あすかアセットマネジメント（13万円）
東京電力（2010年9月）	野村証券	First NewYork（1468万円）

インサイダー情報の漏示は、アメリカ合衆国、イギリス、EU 諸国では犯罪化されており、日本でも、同様の方向性が採れないか、検討すべき時期に来ているように思われる。

#### 4-8 損失保証、損失補てんの罪

損失保証とは、証券会社が顧客に対して、証券取引による損失の埋め合わせを事前に約束することであり、損失補填とは、損失が生じた後にこれを埋め合わせることをいう。これらに対する法定刑は、インサイダー取引の罪のそれと同じであり（198条の3、207条1項2号）、補填を受けた顧客に対しても、1年以下の懲役または100万円以下の罰金（併科可能）が規定されている（200条13号）。

これらの損失保証・損失補填の罪は、第一次証券不祥事（1991年）に対応するために同年に新設された犯罪類型であり、第二次証券不祥事（1997年）を契機として法定刑の引き上げがなされている。

損失保証・損失補填は、従前、一任勘定取引が広くなされてきたことと関係している。

<sup>59</sup> 増資インサイダーとして報道されている事案については、「金融商品取引法における課徴金制度」の「⑤インサイダー取引(4)制度改正の動向」の箇所を参照。



一任勘定取引とは、証券取引に際して、顧客が証券会社や証券外務員と個別に契約を締結して一定の資金を預け、売買の別・銘柄・数・価格の決定の全部または一部を一任することをいう。この契約を結ぶ際に、証券会社等が顧客に対して一定の利回りを約束することが多く、それが実現されない場合には顧客の損失を補填することが、日常化していたとも言われている。この一任勘定取引は、現在では禁止されているが（42条1項5、6号）、禁止違反が処罰されるわけではない（罰則は存在しない）。違反は行政処分の対象となるに止まっているのである。

本罪は、証券取引の公正に対する一般投資家の信頼を保護するものだと理解されている。すなわち、証券取引は、それに伴うゲインとリスクを顧客が自己責任で判断した上で行われるべきものであるが、証券会社が、特定の顧客に対してだけ損失保証・損失補填を行えば、取引における自己責任の原則維持が困難となり、ひいては証券市場自体の信用が失われ、市場が利用されなくなる。この弊害を回避するために、証券取引の基本ルール（自己責任）を侵害する損失保証・損失補填を処罰する点に、本罪の存在理由がある、との理解である<sup>60</sup>。

損失保証・損失補填は、証券会社から顧客に対してなされるため、損失保証・損失補填罪を必要的共犯（対抗犯）として構成することも可能であった。しかし新設された罪では、証券会社の行為の処罰を優先し、顧客が処罰される範囲は限定されている。具体的には、198条の3及び200条によって処罰される行為類型は、42条の2に規定されており、同条1項が証券会社の行為を、同条2項が顧客の行為を規定している。

1項では、その1号で損失保証、2号で損失補填、3号で損失保証・損失補填の実行が規定されている。これらの行為は、いずれも、損失補填のために（すなわち、損失補填の「趣旨」で）なされる必要がある。

2項では、1項各号に対応する顧客の行為が規定されている。1号は顧客が証券会社に損失保証を約束させる行為、2号は顧客が証券会社に損失補填の約束をさせる行為、3号は顧客が証券会社から、補填の趣旨で財産上の利益を提供させ、これを受け取る行為を規定する。このように、保証ないしは補填を要求しただけでは、顧客は処罰されない。要求を受けて証券会社が要求の実施を約束したか、現実に補填を受けて初めて、顧客の行為が可罰

---

60 芝原「経済刑法研究 下」700頁以下参照。

的となるのである。また顧客は、規定上、保証ないしは補填を自ら要求した場合でなければ処罰されないことになっている。証券会社から損失保証・損失補填を持ちかけられてこれに応じただけの顧客は、不可罰なのである。この場合も、顧客の行為（応諾）により本罪の保護法益は危殆化されるのであるから、受動的な関与をしたに止まる顧客を不可罰とするのは、政策的配慮によるものである。もっとも、本罪で有罪となった顧客が有する財産上の利益は、必要的に没収・追徴される（200条の2）。

なお、証券会社による損失保証・損失補填が、証券事故に係る顧客の損失を補填するためである場合には、本罪は成立しない（42条の2第3項以下。証券事故の定義は、第3項で規定されている）。

本罪の成立が認められた事案としては、山一証券による損失補填罪に関するもの<sup>61</sup>、その他がある<sup>62</sup>。

#### 4-9 証券取引等監視委員会

証券犯罪の取締に当たっては、証券取引等監視委員会（証取委）が重要な役割を果たしている。これは、証券取引と金融先物取引の公正の確保を図り、市場に対する投資者の信頼を保持することを目的として設置された合議制の行政委員会である。証取委は、1980年代後半からの証券犯罪取締強化の流れを受けて、1992年に設置された。すなわち、前述のように、1988年にインサイダー取引が、1991年には損失補填が犯罪化されるなど、可罰的な証券犯罪の範囲が拡張されてきたため、これに対応して、アメリカのSEC（Securities and Exchange Commission 証券取引委員会）のような証券犯罪の監視・摘発機関の創設も検討課題とされてきた。そこで1992年に、証取委が旧大蔵省内に設置され、現在では金融庁の下に置かれている。この証取委は、委員長と委員2名からなる委員会（国家行政組織法8条所定の委員会）であり、その下に事務局がある。証取委は、SECや我国の国家公安委員会（国家行政組織法3の委員会）のような、機構上の十分な独立性を有するものではない。しかし証取委の委員長及び委員は独立して職権を行使するものであるし（金融庁設置法9条）、内閣総理大臣による3名の委員の任命には国会の同意を必要とし（同法12

61 東京地判平成10年=1998年7月17日判時1654号148頁。

62 東京地判平成8年=1996年12月24日判タ937号268頁（千代田証券事件・本罪で有罪とされた最初の事例）、東京地判平成10年=1998年10月15日判タ1000号340頁（大和証券事件）等。

条)、委員はその意に反して罷免されない(同法14条)など、相当の独立性は確保されている。

こうした地位を認められた委員から構成される証取委の職員は、犯則事件につき、その  
 1  
 2  
 3  
 4  
 5  
 6  
 7  
 8  
 9  
 10  
 11  
 12  
 13  
 14  
 15  
 16  
 17  
 18  
 19  
 20  
 21  
 22  
 23  
 24  
 25  
 26  
 27  
 28  
 29  
 30  
 31  
 32  
 33  
 34  
 35  
 36  
 37  
 38  
 39  
 40  
 41  
 42  
 43  
 44  
 45  
 46  
 47  
 48  
 49  
 50  
 51  
 52  
 53  
 54  
 55  
 56  
 57  
 58  
 59  
 60  
 61  
 62  
 63  
 64  
 65  
 66  
 67  
 68  
 69  
 70  
 71  
 72  
 73  
 74  
 75  
 76  
 77  
 78  
 79  
 80  
 81  
 82  
 83  
 84  
 85  
 86  
 87  
 88  
 89  
 90  
 91  
 92  
 93  
 94  
 95  
 96  
 97  
 98  
 99  
 100  
 101  
 102  
 103  
 104  
 105  
 106  
 107  
 108  
 109  
 110  
 111  
 112  
 113  
 114  
 115  
 116  
 117  
 118  
 119  
 120  
 121  
 122  
 123  
 124  
 125  
 126  
 127  
 128  
 129  
 130  
 131  
 132  
 133  
 134  
 135  
 136  
 137  
 138  
 139  
 140  
 141  
 142  
 143  
 144  
 145  
 146  
 147  
 148  
 149  
 150  
 151  
 152  
 153  
 154  
 155  
 156  
 157  
 158  
 159  
 160  
 161  
 162  
 163  
 164  
 165  
 166  
 167  
 168  
 169  
 170  
 171  
 172  
 173  
 174  
 175  
 176  
 177  
 178  
 179  
 180  
 181  
 182  
 183  
 184  
 185  
 186  
 187  
 188  
 189  
 190  
 191  
 192  
 193  
 194  
 195  
 196  
 197  
 198  
 199  
 200  
 201  
 202  
 203  
 204  
 205  
 206  
 207  
 208  
 209  
 210  
 211  
 212  
 213  
 214  
 215  
 216  
 217  
 218  
 219  
 220  
 221  
 222  
 223  
 224  
 225  
 226  
 227  
 228  
 229  
 230  
 231  
 232  
 233  
 234  
 235  
 236  
 237  
 238  
 239  
 240  
 241  
 242  
 243  
 244  
 245  
 246  
 247  
 248  
 249  
 250  
 251  
 252  
 253  
 254  
 255  
 256  
 257  
 258  
 259  
 260  
 261  
 262  
 263  
 264  
 265  
 266  
 267  
 268  
 269  
 270  
 271  
 272  
 273  
 274  
 275  
 276  
 277  
 278  
 279  
 280  
 281  
 282  
 283  
 284  
 285  
 286  
 287  
 288  
 289  
 290  
 291  
 292  
 293  
 294  
 295  
 296  
 297  
 298  
 299  
 300  
 301  
 302  
 303  
 304  
 305  
 306  
 307  
 308  
 309  
 310  
 311  
 312  
 313  
 314  
 315  
 316  
 317  
 318  
 319  
 320  
 321  
 322  
 323  
 324  
 325  
 326  
 327  
 328  
 329  
 330  
 331  
 332  
 333  
 334  
 335  
 336  
 337  
 338  
 339  
 340  
 341  
 342  
 343  
 344  
 345  
 346  
 347  
 348  
 349  
 350  
 351  
 352  
 353  
 354  
 355  
 356  
 357  
 358  
 359  
 360  
 361  
 362  
 363  
 364  
 365  
 366  
 367  
 368  
 369  
 370  
 371  
 372  
 373  
 374  
 375  
 376  
 377  
 378  
 379  
 380  
 381  
 382  
 383  
 384  
 385  
 386  
 387  
 388  
 389  
 390  
 391  
 392  
 393  
 394  
 395  
 396  
 397  
 398  
 399  
 400  
 401  
 402  
 403  
 404  
 405  
 406  
 407  
 408  
 409  
 410  
 411  
 412  
 413  
 414  
 415  
 416  
 417  
 418  
 419  
 420  
 421  
 422  
 423  
 424  
 425  
 426  
 427  
 428  
 429  
 430  
 431  
 432  
 433  
 434  
 435  
 436  
 437  
 438  
 439  
 440  
 441  
 442  
 443  
 444  
 445  
 446  
 447  
 448  
 449  
 450  
 451  
 452  
 453  
 454  
 455  
 456  
 457  
 458  
 459  
 460  
 461  
 462  
 463  
 464  
 465  
 466  
 467  
 468  
 469  
 470  
 471  
 472  
 473  
 474  
 475  
 476  
 477  
 478  
 479  
 480  
 481  
 482  
 483  
 484  
 485  
 486  
 487  
 488  
 489  
 490  
 491  
 492  
 493  
 494  
 495  
 496  
 497  
 498  
 499  
 500  
 501  
 502  
 503  
 504  
 505  
 506  
 507  
 508  
 509  
 510  
 511  
 512  
 513  
 514  
 515  
 516  
 517  
 518  
 519  
 520  
 521  
 522  
 523  
 524  
 525  
 526  
 527  
 528  
 529  
 530  
 531  
 532  
 533  
 534  
 535  
 536  
 537  
 538  
 539  
 540  
 541  
 542  
 543  
 544  
 545  
 546  
 547  
 548  
 549  
 550  
 551  
 552  
 553  
 554  
 555  
 556  
 557  
 558  
 559  
 560  
 561  
 562  
 563  
 564  
 565  
 566  
 567  
 568  
 569  
 570  
 571  
 572  
 573  
 574  
 575  
 576  
 577  
 578  
 579  
 580  
 581  
 582  
 583  
 584  
 585  
 586  
 587  
 588  
 589  
 590  
 591  
 592  
 593  
 594  
 595  
 596  
 597  
 598  
 599  
 600  
 601  
 602  
 603  
 604  
 605  
 606  
 607  
 608  
 609  
 610  
 611  
 612  
 613  
 614  
 615  
 616  
 617  
 618  
 619  
 620  
 621  
 622  
 623  
 624  
 625  
 626  
 627  
 628  
 629  
 630  
 631  
 632  
 633  
 634  
 635  
 636  
 637  
 638  
 639  
 640  
 641  
 642  
 643  
 644  
 645  
 646  
 647  
 648  
 649  
 650  
 651  
 652  
 653  
 654  
 655  
 656  
 657  
 658  
 659  
 660  
 661  
 662  
 663  
 664  
 665  
 666  
 667  
 668  
 669  
 670  
 671  
 672  
 673  
 674  
 675  
 676  
 677  
 678  
 679  
 680  
 681  
 682  
 683  
 684  
 685  
 686  
 687  
 688  
 689  
 690  
 691  
 692  
 693  
 694  
 695  
 696  
 697  
 698  
 699  
 700  
 701  
 702  
 703  
 704  
 705  
 706  
 707  
 708  
 709  
 710  
 711  
 712  
 713  
 714  
 715  
 716  
 717  
 718  
 719  
 720  
 721  
 722  
 723  
 724  
 725  
 726  
 727  
 728  
 729  
 730  
 731  
 732  
 733  
 734  
 735  
 736  
 737  
 738  
 739  
 740  
 741  
 742  
 743  
 744  
 745  
 746  
 747  
 748  
 749  
 750  
 751  
 752  
 753  
 754  
 755  
 756  
 757  
 758  
 759  
 760  
 761  
 762  
 763  
 764  
 765  
 766  
 767  
 768  
 769  
 770  
 771  
 772  
 773  
 774  
 775  
 776  
 777  
 778  
 779  
 780  
 781  
 782  
 783  
 784  
 785  
 786  
 787  
 788  
 789  
 790  
 791  
 792  
 793  
 794  
 795  
 796  
 797  
 798  
 799  
 800  
 801  
 802  
 803  
 804  
 805  
 806  
 807  
 808  
 809  
 810  
 811  
 812  
 813  
 814  
 815  
 816  
 817  
 818  
 819  
 820  
 821  
 822  
 823  
 824  
 825  
 826  
 827  
 828  
 829  
 830  
 831  
 832  
 833  
 834  
 835  
 836  
 837  
 838  
 839  
 840  
 841  
 842  
 843  
 844  
 845  
 846  
 847  
 848  
 849  
 850  
 851  
 852  
 853  
 854  
 855  
 856  
 857  
 858  
 859  
 860  
 861  
 862  
 863  
 864  
 865  
 866  
 867  
 868  
 869  
 870  
 871  
 872  
 873  
 874  
 875  
 876  
 877  
 878  
 879  
 880  
 881  
 882  
 883  
 884  
 885  
 886  
 887  
 888  
 889  
 890  
 891  
 892  
 893  
 894  
 895  
 896  
 897  
 898  
 899  
 900  
 901  
 902  
 903  
 904  
 905  
 906  
 907  
 908  
 909  
 910  
 911  
 912  
 913  
 914  
 915  
 916  
 917  
 918  
 919  
 920  
 921  
 922  
 923  
 924  
 925  
 926  
 927  
 928  
 929  
 930  
 931  
 932  
 933  
 934  
 935  
 936  
 937  
 938  
 939  
 940  
 941  
 942  
 943  
 944  
 945  
 946  
 947  
 948  
 949  
 950  
 951  
 952  
 953  
 954  
 955  
 956  
 957  
 958  
 959  
 960  
 961  
 962  
 963  
 964  
 965  
 966  
 967  
 968  
 969  
 970  
 971  
 972  
 973  
 974  
 975  
 976  
 977  
 978  
 979  
 980  
 981  
 982  
 983  
 984  
 985  
 986  
 987  
 988  
 989  
 990  
 991  
 992  
 993  
 994  
 995  
 996  
 997  
 998  
 999  
 1000

(今井猛嘉)

---

63 証取委は、内閣総理大臣に対する行政処分の勧告権(金融庁設置法20条)、一般的な建議権(同法21条)をも有している。

64 山一証券による虚偽有価証券報告書提出罪事件、日本ユニシス株による相場操縦事件、テーエスデー株による風説の流布事件、日本商事インサイダー取引事件、四大証券会社による損失補填事件等。

## 5 村上ファンド事件最高裁決定について

### 5-1 総説

インサイダー取引の罪とは、会社の役員等会社の重要情報を入手しうる者が、当該情報が公表され、一般投資家の知るところになる前に、当該情報に基づき、先に当該会社の株式を売買等することによって成立する罪である。売買等をしたことで利益を得たか否かは、本罪の成否とは無関係とされている。上記のような行為（売買等）を許すと、会社の重要情報をいち早く入手した者が一般投資家に比べて有利な取引をすることができ、その結果として、証券市場の公正性・健全性が阻害され、投資家の証券市場に対する信頼も損なわれてしまうことが処罰根拠とされている。法が規制しているインサイダー取引には、会社関係者によるインサイダー取引（金融商品取引法〈以下、「法」と略称する〉166条）と、公開買付けに関するもの（法167条）とがある。この禁止に違反した者には、課徴金が課せられるとともに（法175条）、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はこれを併科するとされている（法197条の2）。また、法人についても5億円以下の罰金が科される両罰規定がある（法207条）。

### 5-2 インサイダー取引の成立要件

#### (1) インサイダー取引の構造

内部情報に関するインサイダー取引は、①重要事実を知った、②会社関係者、又は③情報受領者が、④当該事実が公表される前に、⑤関係証券の売買を行うことである（法166条）。公開買付けに関するインサイダー取引も、基本的には同じ構造であり、相違点は、主体の②が、公開買付者等関係者となる点だけである（法167条）。また、重要事実を受領して売買等を行った者も（第1次情報受領者までは）処罰される（法166条3項、167条3項）。違反者には、罰金と課徴金の双方が課される（科される）こともありうるが、没収・追徴がなされたときには、その額を差し引いて課徴金の額を決めるものとされている（法185条の7、185条の8）。

#### (2) インサイダー取引の成立要件

法（166条第2項）が重要事実として（同項各号で）規定しているのは、①決定事実（同

項第1号)、②発生事実(同項第2号)、③決算変動(同項第3号)、④包括条項(同項第4号)、⑤子会社の重要事実(同項第5号)である。村上ファンド事件で問題となったのは法167条2項・同法施行令31条の公開買付けおよびこれに準じる5%以上の株式の買い集めに関する「決定事実」である。

### 5-3 村上ファンド事件最高裁決定(最決平成23年6月6日刑集65巻4号385頁)

#### 【事実関係】

- ① 被告人(村上)は、投資ファンドMACアセットの代表者であったが、ニッポン放送株の多数を取得すればフジテレビをも支配できることに目を付け、平成13年1月から順次ニッポン放送株を買い付けた。村上は、フジテレビによるTOBの際に高値で買い取らせることをメインシナリオとしつつも、それが実現しない場合の処分としてライブ・ドア株式会社(以下、「LD」と略称する)への売却を考えた。
- ② 平成16年9月15日に村上は、LDのCEOである堀江に「LDがニッポン放送株の3分の1を取得すれば村上ファンドの保有分と合わせてニッポン放送の経営権を取得できる」旨を話し、堀江に対しニッポン放送ひいてはフジテレビの経営権も取得できると思わせ堀江に強い関心を持たせた。同日、堀江は経理担当の宮内にニッポン放送株の3分の1の取得に向けて動くことの詳細を受け、買収のために必要な500億円をP外資系金融機関から借り入れに向けて動くように指示した。
- ③ 平成16年10月19日ころ、宮内はP社の担当者からの回答により200億円程度ならば融資を受けることができるとの感触(見込み)を持つに至った。また、9月末時点でのLDの現預金は連結ベースで約454億円であったうえ、証券会社からは、500億円のユーロ転換社債の発行を提案されていた。
- ④ 平成16年10月20日ころ、堀江は、資金のメドがたったことから村上ファンド側に「買収資金の借入が可能になった。早急にミーティングを設定したい」旨のメールを送信し、同年11月8日に会議が設定されることとなった。
- ⑤ 11月8日の会議において、宮内は資金のメドがたったので具体的に計画を進めさせて貰いたい旨、堀江からは、村上に「よろしく願います」との発言があった。なお、LD側は村上に村上ファンド(MACアセット)がニッポン放送株を継続保有する旨の契約を締結して欲しいと要望したが、村上はこれを拒絶した。

- ⑥ 村上は、平成16年10月20日(④のメールのあった日)から、ニッポン放送株の買付けを急増させ、以後、平成17年1月26日までの間、ニッポン放送株の買付を行った。
- ⑦ 平成17年1月11日、LD取締役会は、ニッポン放送株を同年3月16日以降に5%以上10%まで取得し買付価格を6990円以下とする旨を決議した。
- ⑧ 平成17年1月7日、フジテレビはニッポン放送株につき公開買付けを行う旨を公表した。
- ⑨ 平成17年1月28日、村上は、MACアセットの取締役会でLDの買い集めの動きを報告し、同日以降ニッポン放送株買い集めの動きを停止することにした。
- ⑩ 平成17年3月25日、LDは約800億円のMSBCの発行による資金調達を実現させた結果、同日、ニッポン放送株の過半数を取得するに至った。
- ⑪ 村上ファンドは、平成17年2月8日公開買付け等を行うことについての決定以降、所有するニッポン放送株の一部をLDに売却するとともに市場で売却するなどして多額の利益を上げた。

#### 【問題点】

- 1 ②ないし⑤の事実が、「業務執行機関」による法167条2項・3項および同法施行令31条の規定する重要事実である「公開買付けに準ずる5%以上の株を買集めること」の「決定」があったといえるか。
- 2 ⑤の事実が「決定」といえるか。それにより、村上およびMACアセットが重要事実の公表前に、決定事実の伝達を受け、これを知りながらニッポン放送株の買い集めというインサイダー取引を行ったといえるか。

#### 【第一審判決】

第一審判決(東京地判平成19年7月19日刑集65巻4号452頁、資料版/商事法務329号90頁)は、ライブドアの「業務執行を決定する機関」は、実質的にライブドアのCEOであった堀江とCFOであった宮内の2名によって構成されるものと判示した。これは、日本織物加工株事件最高裁判決(最判平成11年6月10日刑集53巻5号415頁)が、法166条2項1号にいう「業務執行を決定する機関」とは「(旧)商法所定の決定権限のある機関には限られず、実質的に会社の意思決定と同視されるような意思決定を行うことのできる機関であれば足りる」とした説示が、法167条2項にも適用されることを明示したものと

いえよう。そのうえで、同判決は、法 167 条 2 項にいう「決定」の対象は「ニッポン放送株式の 5% 以上を買集めること」であるとし、次のように判示して被告人に本罪の成立を認め懲役 2 年の実刑および 300 万円の罰金とし、11 億 4900 万円余の追徴金を科し、法人である MAC には罰金 3 億円を科した。

また、重要事実の伝達については、「前記判例（日本織物加工株事件最高裁判決）の趣旨からすれば、同法 167 条 2 項にいう『公開買付け等を行うことについての決定』をするに当たり、当該公開買付け等が確実に実行されるとの予測が成り立つことは要しないと解するのが相当である。すなわち、実現可能性が全くない場合は除かれるが、あれば足り、その高低は問題とならないと解される。」（下線部分は筆者）とし、「その実現可能性がなかったとはいえなかった」と説示して、②の時点で業務執行機関による決定が行われ、⑤の会議においてこの決定事実が村上に伝達されたと認定した。この判示を文字通りに理解すれば、決定事項の実現可能性が少しでも存在すれば重要事実と認定可能だとしたものといえよう。しかし第一審判決は、ライブドアの「堀江及び宮内は、平成 16 年 9 月 15 日、……ライブドアが、平成 17 年 3 月まで行うニッポン放送株の 5% 以上の大量買集めにつき、その実現を意図して、ライブドアの業務として、調査、準備、交渉等の諸作業を行う旨を決定し、その実現可能性は相当高かった」ことをも認定している点に注意が必要であろう。

#### 【第二審判決】

これに対して、第二審判決（東京高判平成 21 年 2 月 3 日刑集 65 卷 4 号 564 頁、判タ 1299 号 99 頁）は、被告人の本件犯行に至った経緯や認識状況などを情状として考慮すると原判決の量刑は重すぎるとして第一審判決を破棄し、被告会社を罰金 2 億円、被告人を懲役 2 年および罰金 200 万円とし、被告人に対する刑の執行を 3 年間猶予するという判決を言い渡した。

他方、前述した争点については、原審と多少異なる判断を示した。すなわち、東京高裁は、ある事実が旧証券取引法 167 条 2 項の「決定」に該当するためには、決定に係る内容（本件では、ニッポン放送株の 5% 以上の買集め行為）が確実に実行されるという予測が成り立つことまでは要しないが、その決定にはそれ相応の実現可能性が必要だと解した。すなわち、「『決定』に該当するか否かの判断に当たっては、投資者の投資判断に影響を及ぼすものであるか否かという点が重要な判断要素となるのであるから、第三者の目から見ても（客観的にも）、実現可能性があるといえるか否かについても検討しなければならない。す

なわち、主観的にも客観的にも、それ相応の根拠を持ってその実現可能性があるといえて初めて、証券取引法 167 条 2 項の『決定』に該当する」との判断を示した。そのうえで、⑤の段階における決定は「投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度に達している」から 167 条 2 項にいう「決定」に当たり、村上は同日の会議において「決定事実」の伝達を受けたといえるとした。このように、第二審判決は、「決定に係る事実の実現可能性が全くない場合は除かれるが、あれば足り、その高低は問題とはならない」とした第一審判決の立場を限定しようとしている点に特徴があるといえよう。

#### 【決定要旨】

最高裁第一小法廷は、村上側の上告を決定で棄却したが、つぎのような職権判断を示した。

- ① 堀江、宮内両名は、本件の重要事実につき「実質的に LD 社の意思決定と同視されるような意思決定を行うことのできる機関、すなわち証券取引法 167 条 2 項にいう『業務執行を決定する機関』に該当するものといえることができ、この点に関する原判断は正当である。」
- ② 法 167 条 2 項は禁止行為の範囲について、客観的・具体的に定め、投資者の投資判断に対する影響を要件として規定していない。これは類型的に投資判断に影響を与える行為を規制対象とすることにより、「投資判断に対する個々具体的な影響の有無程度を問わないこととした趣旨と解される。したがって、公開買付け等の実現可能性が全くあるいはほとんど存在せず、一般の投資者の投資判断に影響を及ぼすことが想定されないために、同条 2 項の『公開買付け等を行うことについての決定』というべき実質を有しない場合があり得るのは別として、上記『決定』をしたというためには、上記のような機関において、公開買付け等の実現を意図して、公開買付け等又はそれに向けた作業等を会社の業務として行う旨の決定がされれば足り、公開買付け等の実現可能性があることが具体的に認められることは要しないと解するのが相当である(……)。これを本件についてみると……公開買付け等の実現可能性が全くあるいはほとんど存在しないという状況でなかったことは明らかであって、上記『決定』があったと認めるに十分である。そうすると、原判決が、主観的にも客観的にもそれ相応の根拠を持って実現可能性があることを上記『決定』該当性の要件としたことは相当でないが、本件決定が同条 2 項の『公開買付け等を行うことについての決定』に該当す



るとした結論は正当である。」

#### 5-4 若干の検討

- ① 法 166 条・167 条の「決定事実」に該当するか否かは、その処罰根拠が一般投資家の証券市場の公正性・健全性に対する信頼を保護することにあることから考えれば、当該「決定事実」を知れば一般人の投資判断に影響を与えるか否かによって判断されるべきであろう。
- ② 問題は、どのような状況で行われた「決定事実」が投資判断に影響を与えるかである。
- ③ 「決定事実」の実現可能性などは、通常、一般人には判断できないのであるから、類型的に投資判断に影響を与えうる「決定事実」であれば、その実現可能性は原則的には問題とする必要は無いように思われる。
- ④ これに対しては、このような形式的判断手法は、正当な取引や企業活動を萎縮させるという強い批判がある。このような形式的判断基準では、実現可能性がどの程度あるかわからないような雑談や相談、調査の開始の段階で「決定性」が認められることになりかねず、M&A や新株発行、株式の売買といった企業の取引活動が萎縮することになるというのがその理由である（黒沼悦郎「村上ファンド事件最高裁決定の検討」商事法務 1945 号 4 頁以下）。
- ⑤ たしかに、企業の活動としての「決定」は、事案の検討、調査、会議、相手方との予備的交渉などの諸々の手続を経ながら徐々に「決定」に向けて積み重ねられていくものであるから、そのうちの、どの時点を以て機関による「決定」があったとみるかの基準を設定することは困難な作業である。しかし、インサイダー取引の禁止の趣旨から考えれば、「決定」があったか否かは、結局、一般投資家はその事実を知ればかなりの確率で投資行動（株式の購入または売却）に出るか否かによって判断されるべきであろう。そうだとすれば、一般投資家には、その「決定」の具体的実現可能性を調査する手がかりはないのであるから、かなり形式的・類型的な判断基準を設定することが金商法による規制の理念にも合致するように思われる。すなわち、一般投資家が、当該「決定事実」を聞いたとき、その実現可能性について、まだ時期的に早すぎると思うであろう場合、すでに公開されている情報から実現可能性に疑念を抱くような場

合は除かれるべきであろうが、少しでも実現可能性があるとは判断するときは「決定」該当性を肯定してよいように思われる。このことは、わが国の証券投資が企業を育成する投資という見地からではなく、「思惑買い」という言葉もあるように、主として投機として行われている実情からすればやむをえないといえよう。

- ⑥ 最高裁が、(1)日本商事事件において、新薬の副作用による患者の死亡という情報が、旧証取法 166 条 2 項 2 号のイ「災害又は業務に起因する損害」に当たりうるとしても、当該損害が処罰除外事由である「軽微基準」に該当するか否かについてはにわかに判断しえないから、2 号のイの「発生事実」には当たらないとしても、なお、同条同項 4 号のその他「投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」というバスケット条項を適用しうるとした事（最判平成 11 年 2 月 16 日刑集 53 卷 2 号 1 頁）、(2)日本織物加工株事件において、第三者割当増資の「決定」につき「機関において株式の発行の実現を意図して行ったことを要するが、当該株式の発行が確実に実行されるとの予測が成り立つことは要しない」とし、その理由として、「そのような決定の事実は、そのみで投資者の投資判断に影響を及ぼし得るものであり、その事実を知ってする会社関係者らの当該事実の公表前における有価証券の売買等を規制することは、証券市場の公正性、健全性に対する一般投資家の信頼を確保するという法の目的に資するものであるとともに、規制範囲の明確化の見地から株式の発行を行うことについての決定それ自体を重要事実として明示した法の趣旨にも沿うものであるからである。」と判示していること（最判平成 11 年 6 月 10 日刑集 53 卷 5 号 415 頁）、そして、本決定が、公開買付け等の実現可能性があることが具体的に認められることは要しないとしたことから判断すると、最高裁は、わが国の証券市場の投機的な性格から、一般投資家の投資判断に心理的影響を与えるる類型的事実があれば決定事実該当性を肯定し、インサイダー取引規制の範囲をかなり広げることにより、その規制の実効性を意図していると思われる。そして、そのような判断枠組みは基本的には妥当なものと思われるのである。これらインサイダー取引規制に関する一連の最高裁判例の本格的検討は他日を期したい。

(西田典之)

## 6 ライブドア刑事事件について

### 6-1 はじめに

ライブドア刑事事件では、偽計・風説の流布罪と有価証券報告書の虚偽記載、同提出罪の成否が争われ、最高裁判所はこれらの成立を肯定した原審判決を是認した<sup>1</sup>。この結論、及びその前提となる上記各罪の解釈については、批判的な学説も存在する。そこで、以下では、議論の状況を概観する。

### 6-2 事実の概要

#### (1) 偽計・風説の流布罪に係る事実（事実①）

ライブドア（LD<sup>2</sup>）の元社長である被告人（H）は、財務責任者の取締役（M）らと共謀して、ライブドア子会社のVCJ<sup>3</sup>に関し、VCJ株式の株価の維持上昇を図るため、マネーライフ社<sup>4</sup>との株式交換（これを通じた買収）を、平成16年10月25日及び11月9日にTDnet<sup>5</sup>で公表した。その際、被告人は、マネーライフ社の企業価値を過大に評価した上で、VCJとマネーライフ社との株式交換比率（1対1）については「第三者機関が算出した結果を踏まえ両者間で協議の上で決定した」という事実を、TDnetで公表していた（事実①—1）。

また、VCJは、平成16年12月期第3四半期の業績状況について、経常損失及び当期純損失が発生していたにもかかわらず、架空売上を計上する等して、増収及び黒字化した旨を、TDnetで公表した（事実①—2）。被告人は、LDファイナンスが取得するLDマーケティング（=VCJ）株を高値で売却することを意図して、この公表を行ったものである。

以上の事実につき、被告人は、旧証券取引法（現在の金融商品取引法）違反の罪（偽計・風説の流布罪、同法197条1項7号、158条）で起訴された。

1 最決平成23年4月25日（TKC文献番号25471531）。

2 以下では、ライブドアを、適宜、LDとして記載することがある。

3 バリュークリックジャパン。旧・ライブドアマーケティング、現・メディアイノベーション。

4 その100%株主はVLMA2号であり、実質的にはライブドアファイナンスである。ライブドアファイナンスの100%株主はLDである。

5 Timely Disclosure network。東京証券取引所が1998年に稼働させた企業情報の適時開示情報システム。

(2) 有価証券報告書の虚偽記載、同提出罪に係る事実（事実②）

被告人は、ライブドアの平成15年10月から平成16年9月までの連結会計年度につき、平成16年9月期決算において、3億1278万円余の経常損失が生じていたにもかかわらず、売上計上の認められないライブドア株式の売却益（約38億円）や、ロイヤル信販とキューズ・ネットに対する架空売上（約16億円）を売上高に含めるなどして経常利益を50億3421万円余と記載した連結損益計算書を掲載した有価証券報告書を、平成16年12月27日に関東財務局長に提出した。

この事実について、被告人は、旧証券取引法違反の罪（有価証券報告書の虚偽記載、同提出罪。同法197条1項1号）で起訴された。

### 6-3 本件の裁判経過

(1) 第一審判決（東京地判平成19年3月16日・判時2002号31頁）

被告人につき、上記二罪の成立を認め、被告人に対して、懲役2年6月の実刑を宣告した。

(2) 第二審判決（東京高判平成20年7月25日・判時2030号127頁）

控訴を棄却した。

(3) 最高裁決定（最決平成23年4月25日・TKC文献番号25471531）

上告を棄却した。

次に、以上の事件経過を踏まえ、上記各罪の成否に関する議論の状況を確認する。

### 6-4 偽計・風説の流布罪の適用

(1) 本罪適用の背景

事実①では、東証の自主ルールに基づくタイムリー・ディスクロージャー（適時開示）としてなされた、株式交換（事実①-1）及び業績状況（事実①-2）について、虚偽の事実の公表が問題となった。

事実②では、4半期報告において提出すべき法定開示書類における虚偽の事実の公表が問題となった。

事実②との関係では、そこに適用しうる特有の罰則が存在するが（旧証取法197条1項1号）、事実①には、そうした罰則規定が存在しないために、偽計・風説の流布罪が適用さ

れたのではないかと思われる。本罪（偽計・風説の流布罪）の保護法益は、公正で自由な証券市場を維持して、投資家を保護することにあると解されているので<sup>6</sup>、これを事実①に適用することは、同罪の個々の要件が充足される限り、可能である。

そこで、次に、個々の要件が充足されていたかを確認する。

## (2) 事実①-1 の下での本罪の成否

事実①-1 と事実①-2 の下では、本罪の成否に係る問題点は基本的に同じである。そこで、以下では、事実①-1 における問題状況を検討する。

### (i) 「相場の変動を図る目的をもつて」

本件における株式交換比率の公表は、「証券取引（LD マーケティング（=VCJ）株式の売却）を第三者（LD ファイナンス）が有利に（本来の価格よりも高値で）行うため」になされたものと言えるであろうか。

1対1ではなく、例えば、1対4（企業価値1億円対4億円）の株式交換比率を設定すると、LD マーケティングの株価は、本来の株価よりも下がり得た。本件事案では、企業価値の比較以外の要素が加味されて交換比率が1対1に設定されているが、株価の下落という「変動」は被告人の意図する結果ではなかった。

第一審判決は、被告人には、LD マーケティング（=VCJ）の「株価の維持上昇を図るためという動機・目的」があったと認定しているが<sup>7</sup>、「株価を上昇させるために」行われた行為であった点が重視されている<sup>8</sup>。「株価を維持する目的」は、自然な相場の形成を阻害する目的であるので、これも「相場の変動を図る目的」に含まれると解することは可能であろう。

第二審判決は、この点については第一審判決の認定を是認しており、特に判断を加えていない<sup>9</sup>。

---

6 第一審判決（判時2002号85頁）。

7 第一審判決（判時2002号100頁）。

8 第一審判決（判時2002号101頁）。

9 第二審判決（判時2030号129頁）。

(ii) 風説の流布、偽計

(i - i) 風説の流布、偽計の意義

「偽計」とは、「他人（有価証券取引に参加する者）に錯誤を生じさせる詐欺的ないし不公正な策略、手段」として、また「風説」とは（その真偽にかかわらず）「合理的根拠を欠いた事実」、「風説の流布」とは「合理的根拠を有していない風評を、不特定または多数の者に伝播させること」として、理解されている<sup>10</sup>。

(ii - ii) 第一審判決

第一審判決は、次のように述べて「虚偽の事実」の公表を認定した。即ち、株式交換比率算定報告書の「実質的な作成者はライブドアファイナンスの従業員のUであると認められるから、株式交換比率は第三者機関が算出した結果を踏まえて決定した旨の上記公表内容は虚偽である」との認定であった<sup>11</sup>。

(iii - iii) 第二審判決

第二審判決も、株式交換比率算定報告書の「内実は第三者機関が作成したものとは到底いえない」として、第一審判決とほぼ同様の観点から、事実の虚偽性を認定している<sup>12</sup>。

(iv - iv) 学説の状況

以上の裁判所の判断には、学説からの批判がある。それは、第三者機関が関連株式に係る資産関係を査定したこと、ならびに、被告人（及びLD）が、この査定に依拠して株式交換比率を設定したことは、いずれも事実であることを重視するものである。即ち、第一審及び第二審判決は、第三者機関の査定の合理性に疑問があることを前提とし、被告人も、当該不当性を認識すべきであったという観点から、虚偽性を肯定しているが、（会計、税務の専門的知識を有していない）被告人としては、第三者による専門的判断を受け入れるしかならない以上、被告人との関係で虚偽性を肯定するのは酷だ、という批判である<sup>13,14</sup>。

この批判の趣旨は理解できる。しかし、株式交換比率算定報告書の「実質的な作成者はライブドアファイナンスの従業員のUであると認められる」という上記事実認定を前提

10 注解特別刑法補巻 2115 頁。

11 第一審判決（判時 2002 号 86 頁）。更に、同 101 頁、105 頁を参照。

12 第二審判決（判時 2030 号 140 頁）。

13 高山佳奈子・本件（第二審判決）判批・判評 608 号 171 頁、弥永真生・本件（第二審判決）判批・ジュリスト 1414 号 243 頁。

とすれば<sup>15</sup>、U、ひいては被告人らが最終的に報告書の記載を是認した事実は否定できないのであって、批判は妥当しないことになる。

他方で、第三者機関が行った本件査定において、用いられた比率の換算自体が（経済的観点から評価すれば）合理的な根拠を欠くものであったとすれば、「（合理的根拠を欠いた事実としての）風説の流布」に該当しうる。もっとも、被告人らが、この事実を認識していなければ、故意を欠き、本罪は成立しないことになる。

## 6-5 有価証券報告書虚偽記載、同提出罪

### (1) 虚偽記載罪の構成要件

有価証券報告書虚偽記載罪は、有価証券報告書等の提出書類の「重要な事項につき虚偽の記載」をすることで、成立する。

「重要な事項」とは、「投資者の投資判断に影響を与えるような基本的な事項」である。これは、換言すれば、「その事項について真実の記載がなされれば、平均的投資家の投資判断が変わるような事項」であり<sup>16</sup>、貸借対照表の資産・負債の総額欄、損益計算書の冬期純利益の記載事項が、その典型例である<sup>17</sup>。

### (2) 架空売上の計上

いわゆる粉飾決算がなされ、これらの事項につき虚偽記載がなされれば、本罪が成立する。

本件では、売上高の記載が「重要な事項についての虚偽の記載」に該当するが、その虚

---

14 なお、LDマーケティングの株式を100分割したことも、（株式分割により株価の高騰が生じている状況下であって、対象株式の交換比率の積算根拠を明らかにしないままであれば）「偽計」に該当しうるが、株式分割だけで「偽計」を認定することはできない（第一審も、そのような判断はしていない。判時2002号101頁）。

15 被告人らは、VCJとマネーライフ社との株式交換比率（1対1）は、第三者機関が算出した結果を踏まえ「両者間で協議の上で決定した」との事実を、TDnetで公表していたのである。第三者機関の算出結果は、協議の資料に過ぎないと公表をしている以上、第一審判決の解釈を否定することは困難である。

16 判時2002号104頁参照。

17 注解特別刑法補巻2115頁。

偽性が問題となった。

(3) ライブドア株式売却益の計上

(i - i) 本件における問題点

本件において、投資事業組合による LD 株式の売却を、LD の連結財務諸表中で損益取引とし、LD の連結売上に計上することが許されるのであれば、売上の記載が、「架空」の売上に依拠するものとは言えず、記載の虚偽性は否定される。そこでこの点、即ち、LD ファイナンスは実質的には LD 株式を売却しただけではないのかが問題となる。

(ii - ii) 第一審判決

この点につき、第一審判決は、以下のように判示している<sup>18</sup>。

- 1) 投資事業組合は、子会社による親会社株式処理についての会計処理を僭脱するために、組成されたものであった（＝脱法目的による組成）。
- 2) これら組合による LD 株式の売却は、実質的には LD ファイナンスが LD 株式を売却したものであり、会計処理上も、LD ファイナンスが売却したものとみるべきであった（＝投資事業組合の存在を否定）。
- 3) よって、LD の連結損益計算書に、売上として計上することは許されず、本件計算書の記載は虚偽である。

(iii - iii) 第二審判決

第二審判決も、概ね、第一審判決の判断を是認している<sup>19</sup>。

(4) 判決の評価：学説の対応

本件においては、記載の虚偽性が肯定されたが、この判断の当否を検討するに際しては、以下の、A（の事情）、B（の理解）、のいずれを重視すべきかが問題となろう。

A：本件当時（平成 15 年 12 月）、VLMA 1 号による LD 株式の取引に係る会計処理について、明確な会計基準は存在しなかった（当時の「連結財務諸表原則」等の適用対象は株式会社であり、これが、投資事業組合にも適用できるかは、不明であった）という事情。

---

<sup>18</sup> 第一審判決（判時 2002 号 49 頁以下、特に、61 頁、77 頁）。

<sup>19</sup> 第二審判決（判時 2030 号 130 頁以下）。



B：会社法 431 条は「一般に公正妥当と認められる会計慣行に従うこと」を要請しているので、企業会計原則の一般原則（真実性の原則、資本取引と損益取引との区別）に従った会計処理が必要となるところ、本件では、株式売却益は、実質的には子会社による親会社株式の売却であって資本取引であるから、当該売却益を LD の連結売上に計上することは許されない会計処理である、との理解。

A の事情を重視すると、虚偽性が否定される余地が大きくなる。

即ち、平成 18 年 9 月 8 日に、企業会計基準委員会は、実務対応報告第 20 号を公表した。これによって、ようやく、会計基準が、投資事業組合にも適用可能になったのであり、それ以前の事案である本件被告人の行為には、会計基準は適用されない。

そこで、旧長銀刑事事件最高裁判決<sup>20</sup>を踏まえると、本件の有価証券報告書の記載にも、虚偽性が否定される余地が大きくなると思われる<sup>21</sup>。

他方で、B の理解からは、虚偽性が肯定される余地が大きくなるろう。

本件の LD による取引は、実質的には、子会社による親会社株式の売却であり、資本取引である（連結を否定）。

この点につき、第一審判決は「本件犯行は、資本勘定とすべきものを損益勘定にしたという単に会計処理の是非のみが問題となる事案ではなく、前判示のとおり、会計処理を潜脱して、自己株式売却益を売上利益計上し、虚偽の業績を公表して多数の投資者を欺いた悪質な犯行である。」と判示しており<sup>22</sup>、被告人の主観（会計基準潜脱の意図）を重視して、虚偽性を認定している<sup>23</sup>。

第二審判決も、第一審判決の判断を支持している<sup>24</sup>。

第二審判決に対しては、学説からの批判がある。それは、会計処理は事実（真実）に即してなされるべきだとしても、脱法目的で設立された組合が、その設立目的の故に、刑法

---

20 最判平成 20 年 7 月 18 日刑集 62 卷 7 号 2101 頁。

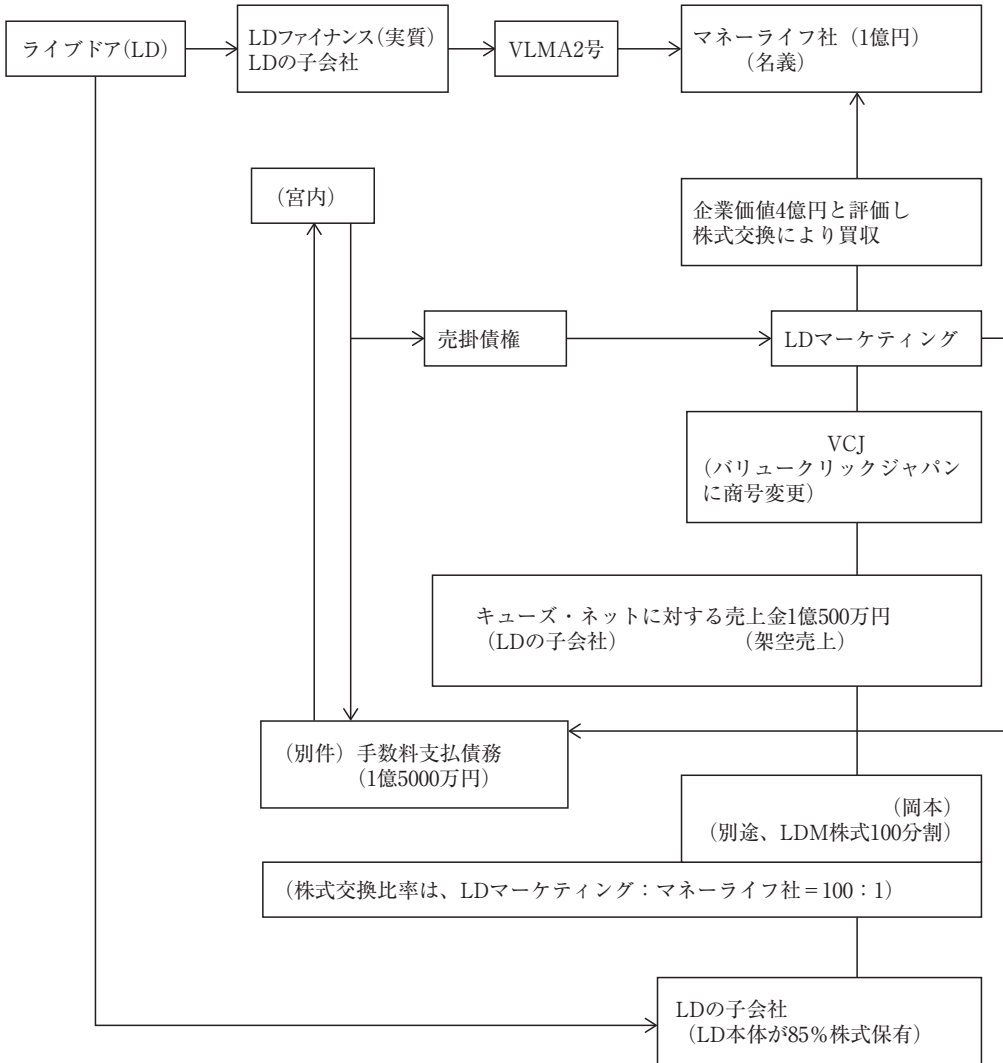
21 高山・前掲本件（第二審判決）判批・判評 608 号 172 頁も、旧長銀事件判決を踏まえれば、本件の処理がおよそ認められない方法であったとすれば「虚偽の記載」であったといえるとする。弥永・前掲本件（第二審判決）判批・ジュリスト 1414 号 244 頁以下も、同様の解釈を示す。

22 第一審判決（判時 2002 号 105 頁）。

23 なお、本件の損益計算書の記載は不正確であり「虚偽」だとしても、貸借対照表では現金の裏付けもあり、資産、負債、純資産の記載が偽られてはいなかった。

24 第二審判決（判時 2030 号 144 頁）。

事実①関係

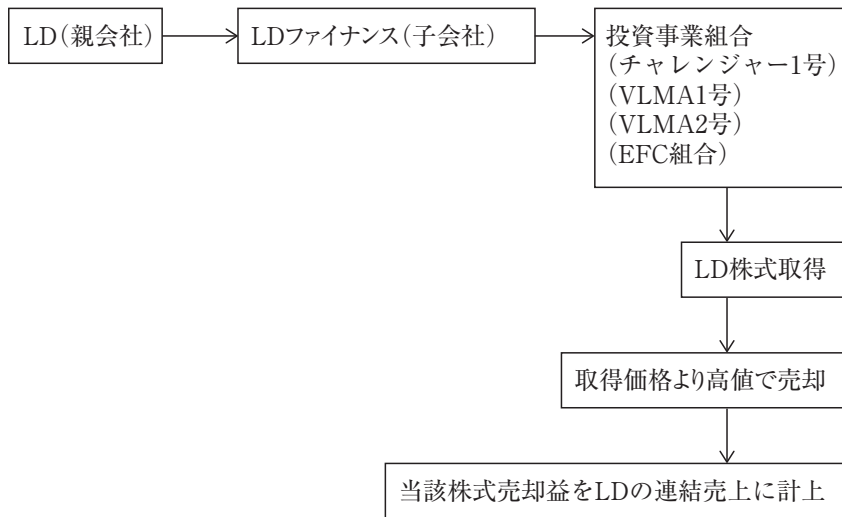


上も存在しないものとして処理することができるのか不明である点、実体を伴わない売上が計上された場合に直ちに「虚偽の記載」（記載の虚偽性）を肯定できるのか検討を要する点を指摘するものである<sup>25</sup>。

前者については、民事法上、法人格が否認される理由が刑事法の解釈にも妥当するのであれば、判例の理解も支持しうることになろう<sup>26</sup>。これに対して、後者の点は、上記の A の観点に基づく指摘であり、理解することができるものである。

25 高山・前掲本件（第二審判決）判批・判評 608 号 171 頁、弥永・前掲本件（第二審判決）判批・ジュリスト 1414 号 245 頁。

事実②関係



しかし、最高裁判所は、こうした（第二審判決に対して加えられた）批判には答えぬまま、上告を棄却している。

（今井猛嘉）

26 この点については、弥永・前掲本件（第二審判決）判批・ジュリスト1414号244頁の指摘を参照。

## IV 債権回収を妨害する罪

### 1 倒産犯罪

#### 1-1 はじめに

平成 16 年の新破産法の制定に伴い破産犯罪の全面改正が行われた<sup>1</sup>。

平成 8 年に倒産法の全面改正を行うために法制審議会倒産法部会が開始されたが、改正については、できるところから随時行うこととされ、各法律の罰則規定については、当面必要な改正だけを行い、その抜本的改正は、最終的な破産法の改正の際に行うものとされた。そこで、平成 11 年の民事再生法の制定、平成 12 年の外国倒産処理手続承認援助法の制定、平成 14 年の新会社更生法の制定、と各法の制定が行われたが、罰則については基本的に従来そのままとされた<sup>2</sup>。そして、平成 16 年破産法の制定にともない破産法を含めた各法（金融機関等の更生手続に関する特例等に関する法律も含め）の罰則規定の全面見直しが行われたのである<sup>3</sup>。

倒産犯罪の主要な改正点は、次のようなものである。

第 1 に、詐欺破産罪と過怠破産罪の区別が廃止され整理された。

第 2 に、これと関連して、倒産犯罪の中の破産犯罪と更生（再生）犯罪の区別がなくなった。破産法より後に制定された会社更生法には過怠破産罪に該当する罪が規定されておら

- 
- 1 筆者は、すでに、この問題について、「国際倒産関係犯罪」金融・商事判例増刊『国際倒産法制の展開』1112号165頁（2001年）、「更生手続と犯罪」判夕臨時増刊1132号『新会社更生法の理論と実務』38頁（2003年）、「倒産犯罪」ジュリ1273号96頁（2004年）、「刑事罰に関する規定の整備」伊藤真ほか編『新会社更生法の基本構造と平成16年改正』239頁（2005年）、「破産手続と犯罪」山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』36頁（2008年）を発表している。
  - 2 もっとも、外国倒産法制の整備の際に新設された、債務者の財産の処分または国外への持出し等について裁判所の許可を得なければならないものとされている場合において、債務者等がこれに違反する行為を処罰する規定（外国倒産処理手続の承認援助に関する法律68条）は、裁判所の命令を刑罰で担保するという、わが国では異例の制度であり、今後の法制度の在り方を考える上で注目に値する。
  - 3 倒産犯罪の改革については、「特集・倒産犯罪の現状と課題」現刑50号5頁以下（2003年）、特に、立法課題について、神山敏雄・高崎秀雄・川端博「鼎談・倒産犯罪の意義と問題点」同5頁以下、および、佐藤弘規「倒産犯罪をめぐる立法課題」同55頁以下を参照。

ず、民事再生法もこれにならっていたので、破産犯罪と更生（再生）犯罪にズレがあったが、今回の改正でズレがなくなったのである。

第3に、財産犯的な性格を有する実質的犯罪と倒産処理手続の適正を侵害する手続的犯罪が整理され、帳簿の隠匿・虚偽記載等の罪が手続的犯罪に移された（破産法 270 条、民事再生法 259 条、会社更生法 270 条）。

第4に、破産法の情報開示制度が強化されたことにともない、これを担保する罰則規定が設けられた（破産法 269 条・271 条）。

第5に、管財人等の職務の重要性にかんがみ、一方で、管財人等の特別背任罪（破産法 267 条、民事再生法 257 条、会社更生法 268 条）や加重収賄罪が新設され（破産法 273 条 2 項・4 項、民事再生法 261 条 2 項・4 項、会社更生法 272 条 2 項・4 項）、他方で、管財人等の職務の妨害罪が新設された（破産法 272 条、民事再生法 260 条、会社更生法 271 条、外国倒産承認援助法 66 条）。

第6に、刑罰に関して、罰金刑が大幅に拡充された。すなわち、これまで法定刑に罰金刑がなかった罪に新たに罰金刑が設けられて<sup>4</sup>、すべての倒産犯罪に罰金刑が規定されるとともに、罰金刑の多額が引き上げられ<sup>5</sup>、懲役刑と罰金刑の併科が可能になった。

第7に、両罰規定が新たに導入された（破産法 277 条、民事再生法 265 条、会社更生法 275 条、外国倒産承認援助法 71 条）。

第8に、国外犯処罰規定が整備された（破産法 276 条、民事再生法 264 条、会社更生法 274 条、外国倒産承認援助法 70 条）。

第9に、旧破産法の裁判所書記官が閉鎖した帳簿を隠匿等する罪（旧 375 条 5 号）は、帳簿閉鎖制度が廃止され、監守居住制限違反罪（旧 377 条）は、監守居住制限が廃止されたため、これらの罪も廃止された。また、居住制限違反罪（旧 377 条）は、制度自体は維持されたが、罰則は廃止された。

---

4 例えば、詐欺破産罪（破産法 374 条）、詐欺再生罪（民事再生法 255 条）、詐欺更生罪（会社更生法 266 条）に、10 年以下の懲役に加えて、新たに 1000 万円以下の罰金またはその併科が規定された。

5 例えば、説明義務違反罪の罰金多額は 5 万円から 300 万円に引き上げられ（破産法 268 条 1 項）、贈収賄罪の罰金多額は 50 万円から 300 万円（加重贈収賄罪では 500 万円）に引き上げられた（破産法 273 条・274 条、民事再生法 261 条・262 条、会社更生法 272 条・273 条、外国倒産承認援助法 67 条・68 条）。

以上のような倒産犯罪の大幅な改正が行われた一方で、倒産手続の開始（旧破産法では破産宣告の確定）を客観的処罰条件とするという倒産犯罪の基本構造には変更が加えられなかった。

## 1-2 個別の犯罪

### (1) 詐欺倒産犯罪

#### (a) 詐欺破産罪（破産法 265 条 1 項）

新しい詐欺破産罪は、旧破産法のように主体を債務者、準債務者、第 3 者に分けることをやめて、一般的に規定した。

主観的要件としては、旧破産法の図利加害目的が加害目的だけに改められた。債務者の経済活動には図利目的が常に存在するので、それだけでは限定要素となりえないためである。なお、加害目的は、単なる主観的要素ではなく、本条の行為が客観的に総債権者の利益を害するおそれのある状況で行われること（およびその認識）を要すると解されている。

1号は、「債務者の財産を隠匿し、又は損壊する行為」を処罰している。旧破産法 374 条 1号は、隠匿・損壊と不利益処分を規定していたが、事実的な侵害行為と法的な侵害行為を区別して、不利益処分は別個に 4号に規定した。

2号は、「債務者の財産の譲渡又は債務の負担を仮装する行為」を処罰している。旧破産法では、仮装の財産譲渡が明文で規定されていなかったため、解釈によって1号の「隠匿」に当たるものとされていたのを、明文で仮装の債務負担と同様に処罰されることを明らかにしたものである。

3号は、「債務者の財産の現状を改変して、その価格を減損する行為」を処罰している。債権者に損害を与える点では1号の「損壊」と実質的に同様であるが、「損壊」にあたるということが難しいような行為を捕捉しようとするものである。例えば、更地に建物を建てる、建物に意味のない増改築を施す、土地に廃棄物を置くなどの行為が考えられている。

4号は、「債務者の財産を債権者の不利益に処分し、又は債権者に不利益な債務を債務者が負担する行為」を処罰している。不利益な債務負担行為は、旧破産法では、過怠破産罪の1つとして規定されていたものであるが（旧 375 条 2号前段）、債権者に損害を与える点では不利益処分と同様であることから、一緒に規定することとされた。判例（最大判昭和 45・7・1 刑集 24 卷 7号 399 頁）は、「(旧) 破産法 374 条 1号にいう、債権者が破産財団に

属する財産を『債権者ノ不利益ニ処分スルコト』とは、同号の列举する『隠匿』、『毀棄』との権衡上からも、たとえば法外の廉売、贈与等のように、『隠匿』、『毀棄』にも比すべき債権者全体に絶対的な不利益を及ぼす行為をいう」と判示していた。新法が不利益処分と隠匿・毀棄を別個に規定したことは、不利益処分の内容の実質的変更を意図したものでないので、この判例の意義は、新法の下でも変わらないと解される。

4号については、情を知って行為の相手方となった者も同様に処罰する旨の規定が置かれている。

過怠破産罪に規定されていた犯罪類型のうちで、浪費・賭博その他の射倖行為によって著しく財産を減少させ、または過大な債務を負担する行為については、これらの行為を刑罰の対象とすることの合理性・必要性に疑問があったことから、刑罰の対象から除外された。また、破産宣告を遅延させる目的で、著しく不利益な条件で債務を負担する行為、および、信用取引によって商品を買入れ著しく不利益な条件でこれを処分する行為については、265条1項4号の不利益処分等に該当する限りで処罰することとして、別個の犯罪類型としては規定されなかった。

また、旧破産法の詐欺破産罪には商業帳簿の不作成（旧374条3号）や帳簿閉鎖後の隠匿等（同4号）が含まれていたが、これらの行為は手続的犯罪として整理された。これらの行為を行った結果、財産の所在が不明になり、「隠匿」に該当すると解されるような場合は、詐欺破産罪が成立しうる。

#### (b) 破産法 256 条 2 項の罪

265条2項は、「債務者について破産手続開始の決定がされ、又は保全管理命令が発せられたことを認識しながら、債権者を害する目的で、破産管財人の承諾その他の正当な理由がなく、その債務者の財産を取得し、又は第三者に取得させた者」を第1項と同様に処罰している。破産手続開始の決定がされ、または、保全管理命令が発せられると、債務者の財産は、法的には破産管財人または保全管理人の管理下に入るが、破産管財人等が現実に占有を取得する前に、破産管財人等の承諾を得ないで、第三者が債務者の承諾を得て自己の占有に移したり、あるいは、第三者に取得させると、窃盗罪等で処罰することはできないので、処罰の隙間を埋めるために新設されたものである。本罪に該当する行為が同時に窃盗罪等の罪にも該当する場合は、両罪の関係は観念的競合と解される。

なお、外国倒産承認援助法 69 条は、債務者・承認管財人等による日本国内にある財産の処分または国外への持ち出し等について裁判所の許可を得なければならないとする裁判所の命令に違反して、債務者・承認管財人等が財産を無許可で処分したり、国外へ持ち出ししたりする行為を処罰している。

### (c) 詐欺再生罪・詐欺更生罪

詐欺再生罪（民事再生法 255 条）と詐欺更生罪（会社更生法 266 条）も、詐欺破産罪にあわせた変更が加えられた。会社更生法および民事再生法には、過怠破産罪に対応する規定が存在していなかったため、不利益な債務の負担行為については、処罰範囲が拡張されたことになる。

### (2) 特定の債権者に対する担保の供与等の罪

破産法 266 条は、債務者が、他の債権者を害する目的で、「担保の供与又は債務の消滅に関する行為であって債務者の義務に属せず又はその方法若しくは時期が債務者の義務に属しないものを（する）」ことを、破産手続開始決定の確定を条件として、処罰している。旧破産法の過怠破産罪の一部（旧 375 条 3 号）を規定したものである。「或る債権者に特別の利益を与える目的」から「他の債権者を害する目的」に変わり、「破産の原因たる事実あることを知るに拘わらず」という文言がなくなったが、実質的な変更はないと考えられる。

同様の犯罪は、民事再生法 256 条、会社更生法 267 条にも規定されたため、過怠破産罪に対応する規定のなかった両法については、処罰が拡張されたことになる。

なお、債務者の偏頗弁済が旧破産法 374 条 1 号の不利益処分に当たるかについて、大審院判例は積極説の立場をとっていたが（大判昭和 10・3・13 刑集 14 卷 223 頁）、最高裁は消極説の立場に変わり（最判昭和 44・7・1 刑集 24 卷 7 号 399 頁）、学説でも消極説が通説となっていた。新法の制定過程においては、この問題を意識しながら、特定の債権者に対する担保供与等の罪を特別に規定して、義務のない場合に限り処罰の対象としたことから、詐欺破産罪の解釈について積極説を採ることは困難になったものと考えられる。

### (3) 破産管財人等の特別背任罪

破産法 267 条は、破産管財人等について、刑法の背任罪の特別規定を設けるものである。



会社の整理・清算手続に関しては、以前から旧商法 486 条 2 項に清算人等の特別背任罪が規定されており、会社の整理・清算手続と倒産手続を区別する理由は乏しいことから、破産管財人等についても特別背任罪が規定されることになった。民事再生法に監督委員等の特別背任罪（257 条）が、会社更生法に管財人等の特別背任罪（268 条）が規定されている。

#### （4）情報収集を阻害する罪

破産法では、財産状況を把握するために説明義務等が強化され、これに対応して、これらの義務を担保するための罰則の刑罰が大幅に強化されている。

第 1 に、旧破産法では、破産者等の破産債権者等に対する説明義務違反の罪が 1 年以下の懲役又は 5 万円以下の罰金で処罰されていた（旧 382 条）だけであったのが、説明義務違反とともに検査拒絶も処罰されるようになり、法定刑も 3 年以下の懲役若しくは 300 万円以下の罰金、またはその併科に引き上げられた（268 条）。検査拒絶罪は、すでに会社更生法、民事再生法に規定があったので、これにあわせたものである。

第 2 に、破産法で、重要財産の開示制度が設けられたことに伴い、重要財産開示拒絶等の罪が設けられた。すなわち、破産法 269 条は、「破産者が第 41 条の規定による書面の提出を拒み、又は虚偽の書面を裁判所に提出したときは、3 年以下の懲役若しくは 300 万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」と規定している。

第 3 に、審尋における説明拒絶等の罪が新設された（破産法 270 条）。説明義務等は、管財手続が開始されたことを前提としており、いわゆる同時廃止事件については適用がないため、破産申立の際の債務者審尋における虚偽陳述等についても罰則を設けることにしたものである。

第 4 に、破産法 270 条は、業務及び財産の状況に関する物件の隠滅等の罪として、「債務者の業務及び財産（相続財産の破産にあつては、相続財産に属する財産）の状況に関する帳簿、書類その他の物件」の隠滅・偽造・変造を処罰している。旧破産法では、客体が商業帳簿に限定されていたが、「商業帳簿や閉鎖帳簿以外の資料であっても、破産者の財産や取引の状況を把握する上では、商業帳簿等と同様の重要性を有するものが少なくなく、これらを隠滅する行為が、破産管財人の適正な職務執行を妨害するものである」という意味では、商業帳簿等と区別する必要はない」ことを考慮して、客体を「債務者の業務及び財産の状況に関する帳簿、書類その他の物件」に拡張した。

旧破産法においては、商業帳簿の不作成・不正記入・毀棄・隠匿等が、財産の隠匿等と並んで、詐欺破産罪・過怠破産罪の1類型とされていた。しかし、詐欺破産罪が実体的犯罪であるのに対して、商業帳簿の不作成等は、財産の隠匿のために行われることが多いとはいえ、それ自体は手続的犯罪であり、その性質を異にしていた。そこで、破産法では、これを詐欺破産罪から分離して手続的犯罪であることを明確にした。その結果、法定刑が旧法よりも軽いものとなっている。

商業帳簿の作成は、商法上の義務であるが、その義務違反に対する刑事罰則はなく（旧商法498条1項19号は100万円以下の過料を定めていたが平成17年改正で削除された）、実際上もあまり履行されていないといわれている。このような商業帳簿の作成義務違反が、破産宣告が確定すると途端に過怠破産罪や詐欺破産罪として重い刑罰が科されることには、その合理性に疑問があったように思われる。今回の立法にあたって、単なる帳簿等の不作成・不記入が処罰範囲から除かれたことは、その意味で、妥当な立法であったと思われる。新法の下でも、帳簿等の一部分を意図的に記入しない行為が、帳簿の「偽造」に当たると解される余地はなお残されている。

本罪と同様の規定は、民事再生法259条、会社更生法270条にも設けられている。

#### (5) 破産管財人等に対する職務妨害の罪

破産法272条は、偽計又は威力を用いて、破産管財人等の職務を妨害した者を、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金、またはその併科で、処罰している。破産管財人等の職務執行の保護を強化するために設けられた刑法の業務妨害罪の加重規定である。今回の立法では、破産管財人等の職務執行の重要性にかんがみ、その適正な執行を保護するために、一方で、特別背任罪の新設や流職罪の強化が行われ、他方で、職務妨害罪が設けられた。本罪と同様の規定は、民事再生法260条、会社更生法271条、外国倒産承認援助法66条にも規定されている。

#### (6) 汚職の罪

破産法273条は破産管財人等の収賄の罪、274条は贈賄の罪を定める。旧破産法との違いは、他の規定との関係で収賄罪の主体が変わったこと、罰金刑が強化されたこと、不正の請託を受けた場合の加重規定が設けられたこと、自首減免規定が削除されたこと、など

である。自首減免規定については、旧破産法以降に制定された、民事再生法、会社更生法には設けられていなかったもので、これにそろえたものである。

なお、債権者集会の議決に関する収賄罪については、旧破産法では破産管財人と同様に単純収賄が処罰されていたが、債権者等は破産管財人のように職務上の特別の義務を負っているわけではないので、これと同様に処罰することについては疑問の余地があった。そこで、今回の立法にあたっては、会社法の取締役等の汚職の罪と同様に、不正の請託があった場合に限って処罰することとされた。

同様の規定は、民事再生法 261 条・262 条、会社更生法 272 条・273 条、外国倒産承認援助法 67 条・68 条にも規定されている。

#### (7) 破産者等の保護規定

破産法 275 条は、破産者等に対する面会強請等の罪として、「破産者（個人である破産者に限り、相続財産の破産にあっては、相続人。以下この条において同じ。）又はその親族その他の者に破産債権（免責手続の終了後にあっては、免責されたものに限る。以下この条において同じ。）を弁済させ、又は破産債権につき破産者の親族その他の者に保証をさせる目的で、破産者又はその親族その他の者に対し、面会を強請し、又は強談威迫の行為をした者は、3 年以下の懲役若しくは 300 万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」と規定している。破産債権者等が、威迫等の不正な手段を用いて破産手続中に配当以外の方法による弁済を要求する行為は、実力をもって債権者間の平等を害しようとする行為であり、また、破産者の再建を妨げていることから、新たに設けられた犯罪類型である。このような行為は、破産者本人だけでなく、親族等の関係者に対してもされる事例が多く見られることから、破産者以外の関係者に対する行為についても処罰の対象とすることとしている。さらに、免責決定確定後にこのような行為がされることが、破産者の経済的再建の妨げになっていることから、免責を受けた債権者について、このような行為をした場合も同様に処罰することとしている。なお、民事再生法の同様の規定（263 条）は、個人である再生債務者に限っており、会社更生法には同種の規定が設けられなかった。

#### (8) 国外犯処罰規定の整備

破産法 276 条に国外犯規定が置かれている。すでに、2000 年に行われた国際倒産法制の

整備の際に、外国倒産処理手続の承認援助に関する法律に収賄罪及び贈賄罪の国外犯処罰規定が置かれるとともに、同様の規定が破産法、会社更生法、民事再生法、金融機関等の更生手続の特例等に関する法律にも置かれた。

国外犯処罰規定は、民事再生法 264 条、会社更生法 274 条、外国倒産承認援助法 70 条にも規定されている。

#### (9) 両罰規定

法人が破産管財人になることが認められた（74 条 2 項）こととも関連して、破産法に初めて両罰規定が設けられた（277 条）。特別法とはいえ、詐欺破産罪という実質的には刑法犯である犯罪について法人処罰規定が設けられたことは、重要な意義を有している。

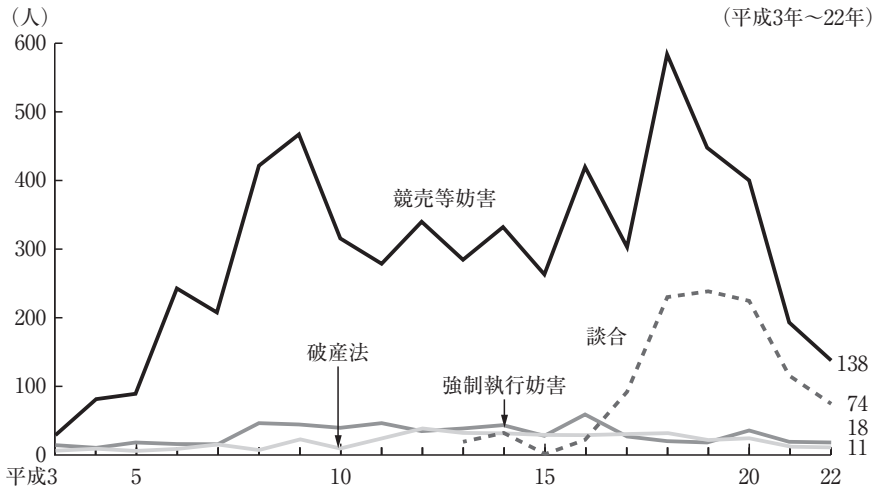
両罰規定は、民事再生法 265 条、会社更生法 275 条、外国倒産承認援助法 71 条にも規定されている。

### 1-4 倒産犯罪の運用

『平成 23 年版犯罪白書』によれば、倒産犯罪（および関連する犯罪）の推移は、以下のようになっている。

倒産犯罪の運用面での動向は、当然のことながら、社会の経済状況の変化に影響を受ける。近時の増減はそのような観点から説明できる範囲のものであろう。したがって、法改正によって運用面に大きな変化がもたらされたとは言えないようである。

新法施行後の裁判例としては次のものがある。東京高裁平成 20 年 4 月 15 日判決は、再生手続開始の決定を受けた A 社代表取締役の被告人が、執行役員副社長の原審相被告人 D と共謀の上、同社の債権者を害し、被告人、D、D が代表取締役を務める B 社および被告人が代表取締役を務める C 社の利益を図る目的で、その任務に背き、A において統合型業務管理システムを購入する必要がないにもかかわらず、著しく水増しした価格で B に対して上記システムを発注し、平成 18 年 5 月から 6 月にかけて、B 名義の銀行口座に合計 6300 万円を振り込ませたという詐欺再生および特別背任の事件について、第 1 審判決が両罰の成立を認めて懲役 2 年 4 月の実刑を言い渡し、被告人側が量刑不当で控訴したという事案について、「再生手続の不奏功が本件犯行に起因するものとは言い難いこと、被告人が事実を認めて反省していること、被告人が 1500 万円を破産管財人に弁償し、さらに 500



- 注1 検察統計年報による。  
 2 「談合」は、競売等妨害の内数であり、統計の存在する平成13年以降の数値を示した。  
 3 「破産法」は、平成16年法律第75号による廃止前の破産法（大正11年法律第71号）違反を含む。

年次	強制執行妨害			競売入札妨害			談 合			破 産 法		
	起 訴	不起訴	起訴率	起 訴	不起訴	起訴率	起 訴	不起訴	起訴率	起 訴	不起訴	起訴率
18年	2	16	11.1	129	67	65.8	164	158	50.9	12	26	31.6
19	2	14	12.5	82	112	42.3	116	207	35.9	1	19	5.0
20	4	25	13.8	75	46	62.0	206	78	72.5	7	21	25.0
21	2	11	15.4	46	6	88.5	50	82	37.9	2	8	20.0
22	3	21	12.5	34	28	54.8	23	63	26.7	3	13	18.8

- 注1 検察統計年報による。  
 2 「破産法」は、平成16年法律第75号による廃止前の破産法（大正11年法律第71号）違反を含む。

万円の弁償を約束していたこと、Dらが破産管財人に合計4300万円を弁償したこと、原審において、妻が被告人のために証言したこと、被告人に交通前科を除けば前科のないことなど、被告人のために酌むべき諸事情を考慮しても、原判決の量刑は、原判決言渡しの時点では重過ぎて不当であるとはいえない。」「しかしながら、……原判決後、被告人は、上記の追加弁償額を増額し、1000万円を支払うことを約して破産管財人との示談を成立させ、本件の保釈保証金に関する弁護人に対する預託金返還請求権のうち同額を破産管財人に譲渡し、確定日付をもって譲渡に異議を留めない承諾もされたこと、Dが破産管財人との間でさらに200万円を支払う旨の示談を成立させたことが認められる。前記の情状に加え、このような原判決後に生じた情状を併せ考慮すると、刑の執行を猶予すべき情状があるとまではいえないものの、現時点においては、原判決の量刑は若干重過ぎることになっ

たというべきであり、刑期を減じるのが相当である。」として、被告人に懲役1年10月を宣告している。

また、C社の社長である被告人Aおよび同社の意決決定に影響力を有していた被告人Bが、相被告人Fが実質的に支配するG社を債権者とし、被告人Bを主債務者、Cを連帯保証人とする3億円の債権について、C社を再生債務者とする民事再生手続開始の申立てが行われる前に、同社が第三債務者に対して有する債権を譲渡担保に供することを企て、前記Fら3名と共謀の上、同社の業務及び財産に関し、同社に民事再生手続開始に至るおそれがあることを認識しながら、同社の他の債権者を害する目的で、同社にはGに対して債権を担保として供与する義務がないのに、平成20年8月26日から同月27日にかけて、Cが第三債務者に対して現在有し又は将来有することのある債権を3億円を限度に信託的に譲渡する旨の債権譲渡担保契約書を作成するなどした上、第三債務者である55社に対し、債権譲渡通知書を発送して到達させ、もってGに対する担保の供与に関する行為をしたという民事再生法違反の事案について、被告人Bを懲役2年に、被告人Aを懲役1年6月（いずれも3年間の執行猶予）に処した東京地判平成22・11・24公刊物未登載がある。

（佐伯仁志）

## 2 強制執行妨害罪の改正

### 2-1 はじめに

債権回収を妨害する行為に対して科される刑罰法規として、刑法典 96 条以下に置かれた強制執行妨害に関連する諸犯罪が重要であるが、これについては、平成 23 年の刑法改正によって、その内容を根本的に見直す重要な変更がなされている。本章においては、この「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」のうち、強制執行妨害関係の罰則整備にかかる部分を紹介・検討することとしたい<sup>1</sup>。

立法経緯の詳細については他稿に譲るが、今回の改正で実現した強制執行妨害関係の罰則整備は、2002（平成 14）年 9 月 3 日の法制審議会総会において法務大臣によりなされた「強制執行を妨害する犯罪等に対する罰則の整備に関する諮問」（第 59 号）に由来する。同諮問においては、「近年における強制執行の妨害行為等に係る犯罪の実情にかんがみ、早急に、この種の犯罪に対処するため刑法を改正する必要がある」との認識が示されていたが、それは、バブル経済崩壊後のわが国にあって深刻な社会問題と化していた占有屋等の反社会的勢力による執行妨害行為の抜根を念頭に置いたものであった<sup>2</sup>。

この諮問に対して、法制審議会は、刑事法（強制執行妨害犯罪等処罰関係）部会を設置して調査・審議を行い、同部会の報告を受けた法制審議会総会は 2003（平成 15）年 2 月 5 日に、強制執行を妨害する犯罪等に対する罰則を整備するための刑法改正を内容とする答申を行った<sup>3</sup>。

これを受けて、政府は、強制執行妨害関連の刑法改正を盛り込んだ法律案を、第 156 回国会（平成 15 年）、第 159 回国会（平成 16 年）、さらに、第 163 回国会（平成 17 年）と、3 度にわたって提出したが、いずれも成立には至らず、廃案となっていた。

これらの各法律案には、組織的な犯罪の共謀罪の新設を含む国連国際組織犯罪条約の締

---

1 改正法全体の解説として、吉田雅之「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律について」捜査研究 723 号（2011 年）17 頁以下、同「法改正の経緯及び概要」ジュリスト 1431 号（2011 年）58 頁以下、改正法のうち実体法部分全体の解説として、今井猛嘉「実体法の視点から」ジュリスト 1431 号（2011 年）66 頁以下がある。

2 法務省ホームページ（[http://www.moj.go.jp/shingil/shingi\\_0209034.html](http://www.moj.go.jp/shingil/shingi_0209034.html)）参照。

3 答申（強制執行を妨害する犯罪等に対する罰則整備のための刑法の一部改正に関する要綱（骨子））。法務省ホームページ参照（[http://www.moj.go.jp/shingillshingi\\_030205-2.h](http://www.moj.go.jp/shingillshingi_030205-2.h) 回 1）。

結に伴う罰則整備が含まれていたが、2011（平成23）年4月1日、第177回国会において、この部分の処罰規定を除くなどした本法律案が提出され、6月17日に可決・成立に至り、同月24日交付された。

改正法における強制執行妨害関係の罰則整備の概要は以下の通りである。第1に、封印等破棄罪（刑96条）について、その成立範囲の拡張がなされた。第2に、改正前の強制執行妨害罪（刑旧96条の2）が全面的に改正され、処罰範囲を拡張した強制執行妨害目的財産損壊等罪（刑96条の2）へと組み換えられた。第3に、新規の罰則として、強制執行行為妨害等罪（刑96条の3）が導入された。第4に、改正前の競売等妨害罪（刑旧96条の3第1項）が分割され、強制執行に関する妨害行為を処罰対象とし、その成立範囲を拡張した強制執行関係売却妨害罪（刑96条の4）と、公の機関による契約締結のための競売・入札に関する妨害行為を対象とする公契約関係競売等妨害罪（刑96条の6第1項）が新設された。第5に、占有屋等の反社会的勢力が関与する悪質な執行妨害事案を念頭に置いて、報酬目的で行われる強制執行妨害行為を加重処罰する規定としての加重封印等破棄等罪（刑96条の5）が新設され、同様の考慮から、組織的に行われる強制執行妨害事案を加重処罰の対象とする組織的な封印等破棄等罪（組織犯罪処罰法3条1項1号～4号）が新設された。

以上のように、今回成立した法律における改正点は多岐にわたる。しかし、全体としては、上述の法務大臣による諮問がいう「強制執行の妨害行為等に係る犯罪の実情」、すなわち、現実に存在する執行妨害事案の実態に即応した処罰・取締りを可能にするという政策目的に基づくものである<sup>4</sup>。

なお、改正法は、強制執行妨害に関連する犯罪類型である刑法第96条～第96条の4の

---

4 ただし、2003（平成15）年、刑法に先行して、執行妨害排除を目的の一つとした民法・民事執行法の改正がなされており、その成果もあって、わが国の不動産執行における競売物件売却率は大きく上昇し、処理期間も短縮し、さらに執行妨害も減少しているようである（飯塚宏「東京地裁執行部における民事執行センター開庁前後の執行事件の動向と新しい執行制度の運用状況及びその分析」判タ1233号（2007年）58頁以下、原克也「東京地裁民事第21部（民事執行センター）における現状と課題」事業再生と債権管理122号（2008年）5頁、千葉和則「東京地裁民事執行センターにおける平成21年の事件概況」法曹時報62巻12号（2010年）3153頁以下、大門匡「東京地方裁判所民事執行センターの事件処理の現状」NBL948号（2011年）53頁以下、等）。よって、立案当時の執行妨害事案の跋扈という実態が現在のわが国の社会においてなお当てはまるというわけではない。



罪、および第 96 条の 6 の罪の法定刑を統一した（懲役刑についてはその上限が 3 年とされ、罰金刑はその上限が 250 万円となり、かつ、懲役刑との併科が可能となった）。これは、懲役刑の上限はいずれも 2 年であるが、罰金刑の上限が 20 万円、50 万円、250 万円と分かれていた改正前の旧第 96 条・旧第 96 条の 2・旧第 96 条の 3 の法定刑を改めたものであり、実質的には一つの強制執行手続に対して種々の妨害行為が用いられている場合において、各種の妨害行為を処罰する規定相互間でその法定刑に相違を設けるべき合理的理由は乏しいとの考えに基づく<sup>56</sup>。なお、懲役刑の上限が 3 年に引き上げられたのは、従前より指摘されていた、これらの罪の法定刑が、業務一般について適用される業務妨害罪（刑 233 条後段・234 条）のそれよりも低く定められているという不合理<sup>7</sup>を解消しようという意図によるものであり、罰金刑の上限を引き上げた上で懲役刑との併科を可能にしたのは、利欲犯的性格が強い強制執行妨害事犯の犯罪者に対しては、このような犯罪が経済的にペイしないことを感銘させる必要性が高いという認識に基づく配慮がなされたことによる<sup>8</sup>。

以下では、従前の規定が改正され、あるいは新たな犯罪類型が新設されたことによって処罰範囲が拡張された刑法第 96 条～第 96 条の 6 の各罪について、上記の経緯を踏まえつつ、順を追ってその改正の趣旨を再確認するとともに、解釈上留意すべき諸点について、若干の検討を試みたい。

## 2-2 封印等破棄罪（刑 96 条）の改正

### 2-2-1 改正の趣旨

改正前の封印等破棄罪（刑旧 96 条）は、ア）「公務員が施した封印もしくは差押えの表示」を、イ）「損壊し、又はその他の方法で無効に」する行為を処罰の対象として規定する犯罪類型であった。

---

5 法務省刑事局刑事法制課「強制執行を妨害する犯罪等に対する罰則整備のための刑法の一部改正に関する法制審議会への諮問について」判タ 1104 号（2002 年）21 頁。

6 これに対して、渡邊卓也「強制執行妨害罪の罪質とその立法動向」清和研究論集 13 号（2007 年）101 頁は、各犯罪類型における差異を度外視して、第 96 条以下の罪すべてを通じて法定刑を統一したことには問題があると指摘する。

7 大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法（第 2 版）第 6 卷』（1999 年）223 頁〔河上和雄＝久木元伸〕（公務が業務より、保護の度合いが軽いのは合理性を欠くとする）、等。

8 法務省刑事局刑事法制課・前掲注(5)19 頁。

たとえば、動産への強制執行に際して執行官が施す差押えの表示（民執123条3項）がそうであるように、物に対して封緘等の物的設備や文字による表示を施すことによって現状変更の禁止や占有の取得といった目的を達成せんとする公務員の職務が数多く存在する。これらの職務行為に対して何らかの妨害がなされ、それによって処分の効果が損なわれるのであれば、刑罰法規によって職務の執行を保護することは合理的であり、同罪はそれゆえに刑法典に置かれていた

ただし、改正前の本罪は、処罰対象を、「封印」「表示」それ自体を損壊し、又は、その他の方法で無効にする<sup>9</sup>という妨害態様（封印・表示の損壊・無効化）に限定していた。ゆえに、判例も、客体である「封印」や「表示」が存在することを本罪の成立要件と解し、表示が違法に除去された後、その事実を知る者が妨害行為に及ぶ場合は本罪の処罰対象とならないと解していたのである<sup>10</sup>。

しかしながら、執行妨害事案の実態においては、たとえば、不動産競売に対して裁判所が執行官保管の保全処分を命令し、これが公示札により表示されたにもかかわらず、何者かがその公示札を違法に除去し、その後に共犯関係にはないが、この間の経緯を知る者によって更に妨害行為が続けられる等といった事案も見受けられたようである<sup>11</sup>。

この場合、客体が行為時にはすでに存在せぬがゆえに改正前の本罪は適用できない。こ

---

9 「その他の方法で無効にした」とは、差押えの法的効力を失わせるということではなく、「差押ノ標示ヲシテ實際ニ其ノ用ヲ為スヲ得サルニ至ラシメタル行為汎稱スル」（大判昭和12・5・28刑集16巻811号）こと、すなわち、封印や差押えの表示自体はそのまま存在し、これを物質的に損壊せずに、封印や差押えの実質的効果を滅失または減殺することをいう（大塚ほか編〔河上＝久木元〕・前掲注（7）171頁）。具体的には、物件そのものを移動させることによって、封印や差押えの効力を失わせる場合と、封印や差押えの表示のある物件の少なくとも外観はそのままにして、その内容物を処分する場合および封印や差押えの表示の内容に反してその内容に変更を加える場合が考えられるとされている。

10 たとえば、第三者が差押えの表示を損壊した後に、当該表示のあった物件であることを知りつつ、当該仮処分にかかる物件を行為者が搬出・移転するような行為については、改正前の本罪は成立しないとされていた（最判昭和29・11・9刑集8巻11号1742頁）。さらに、宅地に対する仮処分の被申請人が、その仮処分の存在を知らずながら仮処分命令に反して家屋を建築した場合について、行為当時上記差押えの表示が現存しない限り、本罪は成立しないとした最高裁判例（最判昭和33・3・28刑集12巻4号708頁）もある。

11 法務省刑事局刑事法制課・前掲注（5）19頁。

のような実態を踏まえた改正法は、上記イ)の部分、「損壊し、」又は「その他の方法によりその封印若しくは差押えの表示に係る命令若しくは処分を無効にした」と改めた。これにより、文理上、本罪の客体は、行為が「損壊」の場合は上記ア)であるが、「その他の方法」である場合は、上記ア)ではなく、「封印若しくは差押えの表示に係る命令若しくは処分」であるとされ、命令・処分の「無効」化、すなわち、封印や差押えの表示が除去された後に、命令や処分に背いて物件の現状を変更したり、あるいは、無断で物件を搬出したる行為も処罰の対象とされることになったのである。

## 2-2-2 解釈上の留意点

以上のことから明らかなように、改正された封印等破棄罪が定める構成要件該当行為は、①封印・差押えの表示の損壊、および②封印・差押えの表示に係る命令・処分の無効化の2つである<sup>12</sup>。

①について、改正前の第96条の判例は封印・差押えの表示を物理的に損壊する場合のほか、封印・差押えの表示を剥離し移動する場合等がこれにあたりと解していた（大判大正3・11・17刑録20輯2142頁）。これは、封印や差押えの表示には公務員によって当該処分がなされたことを明示するという機能（公示機能）があり、公務妨害罪である本罪が成立するためには、この機能が阻害されたことが必要であって<sup>13</sup>、かつ、それで足りると解されるためである。本罪の①は、改正前の封印等破棄罪に規定されたこの行為類型と解釈をそのままの形で引き継いだものである。

②については、その意義、すなわち封印・差押えの表示に係る命令・処分の無効化とは

---

12 立案担当者は、本条において「損壊し」の後に読点が打たれているのは、損壊自体が独立で処罰されること、すなわち、命令・処分の無効化という結果発生の如何にかかわらず、封印・差押えの表示の損壊をもって直ちに本罪が成立することを明確化する趣旨であると説明している（法制審議会刑事法（強制執行妨害犯罪等処罰関係）部会第2回議事録参照。同部会の議事録は、法務省ホームページ（[http://www.moj.go.jp/shingil/shingi\\_keiji\\_kyousei\\_index.html](http://www.moj.go.jp/shingil/shingi_keiji_kyousei_index.html)）よりダウンロード可能である）。

13 中森喜彦『刑法各論（第3版）』（2011）249頁以下は、改正前の封印等破棄罪について、「本罪は、職務執行の効果を害する行為一般を処罰するものではなく、その公示方法が害される場合だけを対象としている」とする。また、渡邊卓也「封印等破棄罪の罪質とその立法活動」清和法学研究13巻2号（2006年）97頁は、同様の見地から、「公示性が失われるに至らなかった場合には、封印・表示を一定程度段損したとしても、未だ『損壊』とはいえないと評価されることになる」との見解を示している。本罪の罪質からすれば、いずれも妥当な理解であろう。

何かという点を含め、若干の検討を要する。

命令・処分の無効化の例として上記 2-2-1 に挙げたような事例が示されるのは、無効化とは、差押え等の法的効果を失わせることではなく、封印・差押えの表示の損壊以外の方法によって、封印・表示に係る命令・処分の実質的效果を滅失・減殺する場合をいう<sup>14</sup>と理解されているからである。

「命令・処分の実質的效果の滅失・減殺」という表現は少々抽象的であるが、この類型に該当する場合として挙げられている具体的事案は、差押え物件を搬出・売却する行為（大判昭和 12・5・28 刑集 16 卷 811 頁）、（封印された）桶から濁り酒を漏出させる行為（大判明治 44・7・10 刑録 17 輯 1409 頁）、（執行官の占有に移り、立入り禁止の表示札があるにもかかわらず）土地に入り耕作する行為（大判昭和 7・2.18 刑集 11 卷 42 頁）、仮処分の執行により執行官の占有に移った家屋に入居する行為（最決昭和 42・12・19 刑集 21 卷 10 号 1407 頁）等である<sup>15</sup>。これは、改正前の刑法第 96 条の文言について展開され、確立した解釈<sup>16</sup>をそのまま引き継いだものであるが<sup>17</sup>、そこで列举されている行為は、対象物件の占有を侵害する行為や現状を改変する行為等、要するに、（強制執行の場合であれば債権者のために）「対象物件の占有や現状を固定する」という封印・差押えの表示に係る命令・処分が本来目指した事実的效果を阻害する行為である。

こうして、改正された本条が処罰の対象とする行為には、封印・差押えの公示機能を害する場合（①）と、封印・差押えに係る命令・処分が本来目指した事実的效果（対象物件の占有・現状固定効果）を阻害する場合（②）という 2 つの類型が含まれていることになる<sup>18</sup>。改正前の刑法第 96 条も同様に解されてはいたが、ここでは「損壊」と「その他の方

14 吉田・前掲注（1）28 頁、山口厚『刑法〔第 2 版〕』（2011）454 頁。

15 山口・前掲注（14）454 頁。

16 大塚ほか編〔河上＝久木元〕・前掲注（7）171 頁。

17 立案当局の担当者も、法制審議会における審議において、改正法の変更点は、封印や差押えの表示が除去された後になされる妨害行為を捕捉するにとどまり、差押え・表示の無効化について確立した解釈を変更するものではないということを強調していた（前掲注（12）・法制審議会第 2 回議事録参照）。

18 この点につき、渡邊・前掲注（13）110 頁は、本文のような解釈では、「『損壊』によって公示性を失わせた場合の処罰範囲のみが維持されてしまい、『その他の方法』によって公示性を失わせた場合が捕捉されなくなる点で一貫性がない。」と指摘する。この指摘は、改正前の第 96 条について、「損壊」および「その他の方法」を、封印表示を無効にする手段として平行に理解する条文の読み

法」と「無効にし」とがいかなる関係にあるのかが必ずしも自明ではなかった<sup>19</sup>。これに対して、改正後の第96条は、「損壊し」(①)と「その他の方法により命令・処分を無効にし」(②)を対置させる表現を用い、その趣旨を明確にしたといえることができよう<sup>20</sup>。

こうして、封印等破棄罪は、公務員が施した封印・表示の公示機能というやや形式的な法益と、封印・表示によって明示された命令・処分の事実的效果という実質的な法益とを二元的に保護する犯罪類型として理解されることになる。

なお、本条は公務妨害罪として位置づけられるが、2-1で述べたように、今回の改正において、法定刑の引上げがなされた。このことに関連し、本罪と業務妨害罪(刑233条後段234条)との関係をいかに理解すべきかが、潜在的には問題となりうる。判例において、(すべてではないものの)公務も業務として保護の対象とすると解されている業務妨害罪は、いわば「結果としての業務妨害」が存するかぎり広くその成立が肯定される傾向にあるため<sup>21</sup>、本罪に該当する行為が同時に業務妨害罪の構成要件にも該当しうるケースは考

---

方(西田典之『刑法各論〔第5版〕』(2010年)420頁、中森前掲注(13)250頁、等)を前提とし、「無効にし」の意義を「公示性の喪失」として理解するものである。たしかに、本文のような二元的理解を採ると、改正前は封印・表示の無効化手段として、「損壊」と並置されていた「その他の方法」が、改正後は、命令・処分の無効化手段となり、封印・表示の無効化、すなわち公示性の喪失を惹起する行為として処刑の対象となるのは「損壊」のみとなるから、そのような問題が生ずるようにみえる。しかしながら、「損壊」の意義は、毀棄罪における効用侵害説と同級、公務作用としての命令処分によって施された封印・表示の公示機能を損なう場合をすべて含むと解することができるように恩われるため、実際のところ問題視すべき処罰の間隙は生じないと恩われる。

- 19 封印・表示を無効化する手段として損壊とその他の方法を並置する読み方も可能でありその場合、無効化の意義を二元的に理解する解釈への疑義が生じうる。
- 20 渡邊・前掲注(13)110頁は、公示性を失わせる行為を処罰対象とすることへの立法論的疑義を前提に、法益の抽象化による実質的な処前の早期化にすぎない公示性を失わせる行為の処罰を本罪の中に混在させる合理的な理由はなく、改正法の解釈としても、「損壊」は、「命令若しくは処分」を「無効にした」方法の例示にすぎないと理解すべきとする注目すべき見解を示している。このような解釈によれば、たとえ封印等を損壊し、公示機能を害しでも、それが命令処分の効果を実質的に無効にしない限り本罪による処罰の対象にならない。たしかに、抽象的な利益を刑罰により保護することへの懸念については理解できるが、強制執行において換価の対象となる物件を特定し、それが第三者に誤って移転されることを未然に防ぐなど、公務の執行に際して、封印や差押えの表示が現に重要な機能を営んでいることは否定できない事実であろう。
- 21 西田・前掲注(18)128頁。

えうる。罰金刑の上限が引き上げられ懲役との併科も可能となった本罪が成立する場合に、さらに重ねて業務妨害罪の成立を認めることが妥当か否か、両罪の罪質の迷いを考慮しつつ検討する必要がある<sup>22</sup>。

## 2-3 強制執行妨害目的財産損壊等罪（刑 96 条の 2）の新設

### 2-3-1 改正の趣旨

改正法によって新設された本罪は、強制執行の対象財産に対して向けられた妨害行為を処罰対象とする改正前の強制執行妨害罪（刑旧 96 条の 2）の処罰範囲を拡張し、さらに、新たな行為類型を処罰対象として規定したものである。旧規定は、「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」ことを成立要件としていたが、改正された第 96 条の 2 は、その柱書き前段において、「強制執行を妨害する目的で、次の各号のいずれかに該当する行為をした」場合に本罪が成立すると定め、これを受けた本条第 1 号～第 3 号（具体的な内容については(2)参照）が旧規定のそれに比べ、処罰対象を拡張した本罪の構成要件該当行為を規定する。なお、2-1 で述べたように、改正法は、本罪の法定刑を引き上げている。

### 2-3-2 解釈上の留意点

#### a 保護法益

旧強制執行妨害罪の保護法益については議論があり、同罪が国家作用としての強制執行の機能を保護する国家的法益に対する罪としての側面をもつことを認めるか、それとも、これを拒否し、もっぱら依権者の債権実現という利益を保護するものとして同罪を理解すべきかが争われていた<sup>23</sup>。

これに対し、改正された本罪については、立案担当者によって、基本的には公務が保護法益であるとの認識が示されており<sup>24</sup>、学説上もこれを支持する見解が大勢を占める<sup>25</sup>。今

---

22 本罪と業務妨害罪および公務執行妨害罪の刑の軽重関係については、渡邊・前掲注 13) 111 頁以下を参照。

23 詳細は、鎮目征樹「執行妨害罪」法学教室 305 号（2006 年）57 頁以下を参照。

24 前掲注（12）・法制審議会第 1 回議事録。

25 西田・前掲注（18）499 頁、山口前掲注（14）454 頁、等。

回の改正において、本罪の法定刑の上限が引き上げられ、公務執行妨害罪（95条1項）のそれと同一にされたこと等を考慮しても、本罪を公務妨害罪の一種として理解するのが妥当であろう<sup>26</sup>。もっとも、刑法第95条第1項において暴行・脅迫を手段とする妨害からの保護を受ける公務一般の中で、強制執行が特に本条によって手厚く保護されるのは、それが財産権の実効性確保に奉仕する要保護性の高い公務だからであり、その限りで本罪は究極的に財産権を保護するものともいえる。しかし、本罪の処罰範囲を画する上で特に重要となる直接的な保護法益は、あくまで公務としての強制執行作用である。

## b 強制執行の意義

旧強制執行妨害罪にいう「強制執行」は、民事執行法第1条の「強制執行」と文言を等しくするが、一般に前者は後者よりも広い概念であると理解されてきた。すなわち、後者の上位概念として民事執行法が用いている「民事執行」（民執1条）、また、民事保全法第43条所定の「保全執行」（仮差押え・仮処分等）、さらに、これらに準ずる手続も、同罪にいう「強制執行」に該当するというのが支配的見解であり<sup>27</sup>、近時の最高裁判例も、「強制執行」（刑旧96条の2）には民事執行法第1条所定の「担保権実行としての競売」が含まれることを明らかにしていた（最決平成21・7・14刑集63巻6号613頁<sup>28</sup>。以上の点については、改正法による変更は特になく、これまでと同様に解されることになる。

旧規定下で見解の対立があったのは、国税徴収法に基づく滞納処分たる差押えも「強制執行」（刑旧96条の2）に含まれるかであった。判例はこれを否定していたが（最決昭和29・4・28刑集8巻4号596頁）、改正法の立案担当者は、滞納処分も民事執行等と同じく財産的権利の実現のための公務作用であるという理解から、本条においては強制執行にこれを含めるとの立場を明らかにしており<sup>29</sup>、学説上もこれを支持する見解が示されている<sup>30</sup>。

26 山口・前掲注（14）444頁。

27 西田・前掲注（18）21頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（2010年）553頁、等。

28 本決定の評釈として、神例康博「刑法96条の2にいう『強制執行』と民事執行法1条所定の『担保権実行としての競売』」『平成21年度重要判例解説』（2010）186頁、等。

29 前掲注（12）・法制審議会第3回議事録。

30 西田・前掲注（18）498頁、山口・前掲注（14）455頁。議論の詳細については、鎮目・前掲注（23）58頁以下を参照。

山口・前掲注（14）455頁が指摘するように、滞納処分を妨害する行為については、国税徴収法に旧

なお、「強制執行」という文言は、今回の改正法において、本条のみならず、第96条の3、第96条の4においても用いられているが、その意義は本条のそれと同様である。

### c 妨害する目的

本罪は、目的犯であり、法所定の行為（1号～3号）を「強制執行を妨害する目的」で行うことが成立要件とされている。これに対して、旧規定は、「強制執行を免れる目的」という文言を用いていた。その意義については、「強制執行が行われた場合に、その効果をあげさせまいとする意図」<sup>31</sup>等と説明されていたが、立案担当者によれば、「実際に妨害行為に及ぶ者の目的としては、強制執行を免れるというよりも、強制執行の進行を一時的にでも阻害することにより、何らかの利益を得ようとするものであることが少なくなく、このような場合も処罰の対象にする必要があると思われることから」目的要件を改めたとされている<sup>32</sup>。

なお、改正前の判例は、「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って、同条の罪が成立する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、強制執行を免れる目的をもって同条所定の行為を為すことを要するものと解すべき」（最決昭和35・6・24刑集14巻8号1103頁）との判断を示しているが、改正法の解釈としてもこれと同様に解する見解が示されている<sup>33</sup>。いかなる場合に「現実に強制執行を受けるおそれのある客観的な状態」であると評価しうるかについては問題が残るが<sup>34</sup>、本罪の目的が強制執行作用の保護であるという前提からは妥当な限定だといえよう。

---

刑法第96条の2と同様の行為を処罰の対象とする罰則（国税徴収法187条、滞納処分妨害罪）が置かれていたため、これを適用する実益に乏しかったが、今回の改正によって、第96条の2が処罰対象とする妨害行為の範囲が拡張され、本条を適用する意義が生ずるに至った。なお、平成22年に滞納処分妨害罪の罰金刑の上限は250万円に引き上げられ、併科も可能とされたため、両罪の法定刑は等しくなっている。国税徴収法における滞納処分妨害罪については、中井隆司「滞納処分妨害罪に関する一考察」税大ジャーナル7号（2008）1頁以下を参照。

31 大塚ほか編〔河上＝久木元〕・前掲注（7）190頁。

32 法務省刑事局刑事法制課・前掲注（5）20頁。

33 山口・前掲注（14）455頁。

34 この点につき、大阪地判平成11・10・27判タ1041号79頁（末野興産事件）参照。



#### d 第1号類型

本条第1号が定める行為類型は、旧規定が定めていた「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」という成立要件を基本的には引き継いでいる。しかし、その表現は、「強制執行を受け、若しくは受けるべき財産を隠匿し、損壊し、若しくはその譲渡を仮装し、又は債務の負担を仮装する行為」（圈点筆者）と改められ、実質的には、①客体（＝妨害対象となる財産）の範囲、②妨害行為の主体の範囲について、旧規定下で確立した解釈の明文化（ないしは処罰対象の拡張）が図られている。

まず、①について、旧規定下の判例は、本罪の成立に強制執行を受けるおそれのある客観的な状態を要求しつつ（前掲・最判昭和35・6・24）、そのような状態が認められる限り、現実に強制執行の全部または一部が行われることを要するものではない（最決昭和35・4・28刑集14巻6号836頁）としていた。

すなわち、客体たる「財産」は、強制執行開始後のものに限られず、強制執行を受けるおそれがある財産も含むという解釈が実務において確立していたのである。改正法の文言は、その趣旨を明確化したにすぎない。

次に、②について、旧規定の下では、法所定の行為類型のうち、行為の相手方が存在するケースが一般的であるようにもみえる仮装譲渡および仮装の債務負担について、実在しない人物を相手方とする場合も含まれるという解釈が実務上採用されていた<sup>35,36</sup>。また、学説上も、仮装譲渡は無断で財産を第三者名義に変更する行為を含み、仮装の債務負担は第三者の名義を無断で借用する行為を含むとする見解<sup>37</sup>が有力であった。

これは、仮装譲渡および仮装の債務負担が、広い意味で「隠匿」の一種である<sup>38,39</sup>と理解

---

35 川端博・西田典之・原田國男・三浦守編『裁判例コンメンタール刑法第2巻』（2006年）33頁〔高崎秀雄〕。

36 たとえば、仮装の債務負担について、「刑法九六条の二にいう『仮装ノ債務ヲ負担』する行為は、実在しない人間を債権者として、その者に対し債務を負っているような借用証書を作ったり、実在する人間であってもその者の承諾がないままこれを債権者とし右と同様の借用証書を作ったりするなどの方法により、行為者が単独でも容易にこれを実現できる」とする裁判例が存在する（東京高判昭和49・5・28東高刑時報25巻5号41頁）。本裁判例の評釈として、亀山継夫「必要的共犯理論について」研修319号（1975年）71頁以下。

37 西田・前掲注（18）423頁。

38 平川宗信『刑法各論』（1995年）527頁、大塚仁『刑法概説（各論）（第3版増補版）』（2005年）579

されてきたことによる。実体のない譲渡や債務の負担を偽装することが、裁判所や債権者を欺き、強制執行の対象財産の発見を困難にすることで強制執行を遅延させ、あるいは困難にするための手段であるならば、そもそもこれらの行為にその相手方の存在を要求する合理的理由は見出しがたい。それゆえに、偽装譲渡や偽装の債務負担に協力する「相手方」が存在する場合についても、必要的共犯の理論が適用される余地はなく<sup>40</sup>、相手方は当然に共犯規定によって処罰の対象となるとする解釈<sup>41</sup>が支持されることになる。改正法の第1号類型もこの点は同様である。

旧規定の下で問題があったのは、債務者と情を通じず、共犯関係にない第三者が単独正犯として本罪の主体たりうるかという点であった。改正法の立案担当者によれば、第1号類型の改正において念頭に置かれたのは、占有屋が強制執行の目的財産について偽装の占有権原を主張して強制執行の妨害をしているものの、その財産の所有者である債務者はかねてから所在不明となっているなどの事情がある妨害事案であった<sup>42</sup>。このような事案においては、占有権原の偽装工作について債務者の関与等を認定するのは困難であり、第三者を主体として本罪の単独正犯を論ずるよりほかはない。

もっとも、旧規定下において、判例は、本罪の主体たるべき者は通常債務者であることが多いといえるが、常に債務者に限定されるわけではないとして、第三者が債務者を執行から免れさせるために法所定の行為をなした場合についても本罪が成立するとした<sup>43</sup>（大

---

頁、内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（1996年）629頁、西田・前掲注（18）423頁、等。

39 さらに、「財産の価値を減少させる一切の行為」をいうとされる「損壊」が最も包括的な概念であり、損壊の中に隠匿、さらにその中に（隠匿の一種である）偽装譲渡が入れ子構造のように含まれていると理解することも可能であると指摘する見解として、安田拓人「偽装譲渡による強制執行妨害」産大法学 34 卷 3 号（2000 年）373 頁。

40 前掲・東京高判昭和 49・5・28 は、偽装の債務負担は、「偽装債権者の関与行為を常に必要とするものとは決して考えられない」「刑法九六条の二所定の偽装債務負担は、対向犯の一方の行為だけを犯罪として規定したのではなく、いわゆる必要的共犯にあたらないのであって、刑法総則の共犯規定も当然に適用されるものと解すべきである」とした。

41 西田・前掲注（18）424 頁、等。

42 法務省刑事局刑事法制課・前掲注（5）19 頁。

43 ただし、本件の事案は、債務者からの依頼に基づき負債の整理を行う地位にあった第三者により動産の隠匿がなされた事案であった。ゆえに、後述の主体を限定すべきと解する見解によっても本罪の成立を認める余地がある。

判昭和18・5・8刑集22巻130頁)。そして、学説上もこれを支持するものが多数を占める<sup>44</sup>。しかし、他方で、「免れる目的」という文言を考慮し、本罪の主体から、債務者と無関係な第三者を除外する見解も有力に主張されていた<sup>45</sup>。これらの見解によれば、本罪の主体は、強制執行を「免れさせる」目的ではなく、「免れる」目的を有しうる者でなければならないから、債務者、物の所有者、占有者等の強制執行を受ける恐れのある者に限定されるとの結論に至る。さらに、「仮装譲渡し」「仮装の債務を負担する」(圈点筆者)という法所定の行為についての表現も、全く債務者と関係のない第三者が妨害行為の主体をなる場合を排除する解釈を補強する効果をもつといえよう。

そこで、改正法は、行為の文言を財産の「譲渡を仮装し」、「債務の負担を仮装する」という第三者を主体として認める解釈にとって違和感の少ないものに改めた。また、改正法では、上述のとおり、目的要件の文言も「妨害する目的」とされ、第三者を主体としても違和感の少ないものとなった。上記有力説の拠って立つ論拠は、主に旧規定の文言という形式的なものであり、他方、第三者であっても、対象財産の隠匿等の行為をなすことにより執行手続を妨害することが可能であり、現にそのような実態もある。よって、債務者側の関与が認められない事案に対し本罪を適用することに対する疑念については、今回の法改正により立法的解決がなされたと理解することができよう<sup>46</sup>。

#### e 第2号類型

第2号は、今回の改正で新たに処罰対象として規定された行為類型である。客体についての記述は第1号と同一であるが、「その現状を改変して、価格を減損し、又は強制執行の費用を増大させる行為」が処罰対象である。立案当局によれば、第2号は、たとえば、目的財産に無用の増改築を加え、あるいは廃棄物を搬入する等、強制執行の目的財産の物的状況を改変するタイプの執行妨害事案を処罰の対象とするものである<sup>47</sup>。このような行為

44 内田・前掲注(38)628頁、西田・前掲注(18)422頁、山口・前掲注(27)553頁。

45 藤木英雄『刑法講義各論』(1976年)30頁、中森・前掲注(13)251頁、大谷賓『刑法講義各論新版第3版』(2009年)559頁、山中敬一『刑法各論〔第2版〕』(2009年)708頁、等。

46 なお、西田・前掲注(18)499頁は、この改正により(妨害主体が必然的に第三者となる)債務者が法人である場合も含まれることが明確になるという点を強調する。

47 法務省刑事局刑事法制課・前掲注(5)19頁。

がなされた場合、買受人がなかなか現れず当該物件の売却価格が低落することになり、強制執行手続はその目的を達成することが困難となる。

ここで検討を要するのは、第1号においてすでに処罰対象とされている「損壊」との関係である。

この点については、物的状況改変型の行為は、旧規定の下ではそれが「損壊」にあたる限り処罰することができず、このような場合をも処罰できるようにするため、本号の行為類型が新設されたと説明されている<sup>48</sup>。もっとも、損壊の意義については、物理的損壊のほか、財産の価値を減少させる一切の行為をいうとする見解<sup>49</sup>が採られるため、それによって捕捉しうる行為の範囲は実際のところはかなり広く、物的状況改変型の行為を十分捕捉可能だったのではないかという疑問も生ずるところである。しかし、不動産に大量の廃棄物を搬入する行為はともかくとして、目的不動産上に件外物件を建築するような態様の妨害においては、行為がなされた時点で直ちに当該財産の価値が減少したと認める場合は必ずしも多くないものと思われる。実際のところ、執行手続が開始した時点でようやく価値の減少（たとえば、買受人が誰も現れず売却基準価額・買受可能価額が引き下げられる、等）が判明する場合は少なくないであろう。そのような場合には、財産の「損壊」によって当該行為を処罰することに困難を伴うから、第2号によって、そのような行為を新たに処罰対象とする意義は否定されないといえる。

以上のことに鑑みて、本号所定の行為の既遂時期は、無用の増改築、廃棄物の搬入等の現状改変行為がなされた時点である。換言すれば、本罪の成立するために、価格の減損・強制執行の費用の増大という妨害効果が現実に生ずることは必要でない。ただし、価額の減損・強制執行費用増大は、あくまで第2号類型の客観的要件であるから、少なくとも現状改変行為がなされた時点で、価額減損・強制執行費用増大の可能性が認められる必要がある。

---

48 吉田・前掲注(1) 28頁。

49 西田・前掲注(18)、中森・前掲注(13) 251頁。器物損壊罪における損壊概念についての効用侵害説と同様である。ただし本罪における「損壊」は、対象財産を換価するという強制執行の作用を妨げる行為とは何かという観点から、その内容を確定すべきである。

f 第3号類型・柱書後段

1) 第3号は、法所定の行為として、「金銭執行を受けるべき財産について、無償その他の不利益な条件で、譲渡をし、又は権利の設定をする行為」を規定する。これは金銭債権の強制執行において法律行為により引当財産を減少させる行為を処罰対象とするものである。物理的な手段を含む第1号・第2号類型とはこの点で異なる。

2) 本号の客体は「金銭執行を受けるべき財産」であり、第1号・2号のそれとは異なっているが、まず、その意義を確認する。

第1に、金銭債権の実現において、その引当てとなる財産を譲渡等の法律行為により減少させてしまう行為を処罰の対象とする<sup>50</sup>本号の客体は、「強制執行」一般ではなく、「金銭執行」の対象財産である。この点に関して、民事訴訟法学においては、債務名義を得て行う強制執行のうち、民事執行法第2章第2節にいう「金銭の支払を目的とする債権についての強制執行」を指称するものとして、「金銭執行」という用語が用いられているところ、これと本号にいう「金銭執行」との異同が問題となる。民事執行法にいう「金銭の支払を目的とする債権についての強制執行」が本号にいう「金銭執行」に含まれることは勿論であるが、担保権実行としての競売であっても、それによって実現しようとする被担保債権が金銭債権であれば、本号にいう「金銭執行」にあたる<sup>51</sup>。本号の定める行為類型は、金銭債権の引当てとなる財産を減少させる行為であり、担保権の目的財産もこれにあたるということである。

第2に、本号の客体たる財産は、金銭執行を「受けるべき」財産である。「受け、若しくは受けるべき」という文言を用いる第1号・第2号と異なり、本号所定の行為は、金銭債権の強制執行が開始される前になされる必要がある。これは、本号所定の行為は法律行為によって対象財産を処分するものであるところ、強制執行開始後になされた財産の譲渡等は、金銭債権の引当財産を減少させる効果をもたず、ゆえに当罰性を欠くためである。これは、民事執行法上、強制執行は目的財産の差押えにより開始されるとされ（民執45条1項・122条1項等）、差押えは、債務者に対し当該財産の処分禁止効を発生させ、その後になされた財産の譲渡等は、差押え債権者には対抗することができないことによる。よって、本号に

50 西田・前掲注(18)501頁以下。

51 前掲注(12)法制審議会第4回議事録。ただし、抵当権のように登記による対抗要件を具備する担保権の場合、登記後の法律行為はそもそも妨害効果をもたない。

においては、強制執行開始後になされた行為は処罰の対象にはならない。

2) 次に、本号所定の引当財産減少行為は「無償その他の不利益な条件で、譲渡をし、又は権利の設定をする行為」である。改正前の第96条の2の特色は、法律行為による財産処分の場合について行為を「仮装」の場合（仮装譲渡・仮装の債務負担）に限定している点であったが、第3号類型は、限定的ではあるが、改正前には不可罰とされていた真実の譲渡・権利設定を罰することを可能にするものであって、その意義は小さくない。

そこで、①このような行為を処罰する根拠および②処罰対象となる行為の範囲が問題となる。

まず、①の点については、「金銭執行を受けるべき財産」であれ、強制執行の手続が開始される以前であれば、これを法律行為によって処分することは、原則として債務者の正当な財産権の行使であって本来自由になしうるという点を確認する必要がある<sup>52</sup>。本条の第1号・第2号類型も強制執行を受ける以前の段階の行為を処罰の対象とするが、その内実は、正当な権利行使とは到底評価しえないような行為を類型化したものと考えられる。すなわち、行為の客観的な性質において、ほとんど債権者等を害する意義しか見出せない行為であるからこそ、債務者による財産の処分は当罰性を獲得するのであって、本号柱書きの目的要件は、そのことを明確に示すものといえる。

このような理解からすると、②の点についても、客観的にみて「強制執行を妨害する」行為としか評価できないような真実譲渡・権利の設定のみを処罰の対象として捕捉するような解釈がなされてしかるべきである。すなわち、本号の成立範囲を明らかにする上で重要な問題は、「無償その他の不利益な条件」の意義、とりわけ幅のある概念である「不利益な条件」の意義であるが、これについてはすでに有力な見解が示している、次のような解釈を採るべきであろう。すなわち、「不利益な条件」とは、引当財産の減少をもたらすと考えられる、無償に準じるような著しく低廉な価格、および、相当な価格であるが履行方法が著しく不利益（たとえば、支払期間を50年にするような場合）である場合をいうと解すべきである<sup>53</sup>。たとえば、地代年1万円で50年間の地上権を設定するような場合がこれにあたる<sup>54</sup>。

---

52 この点につき、渡邊・前掲注（6）96頁参照。

53 西田・前掲（18）466頁。

54 西田・前掲（18）466頁。

なお、第3号類型が処罰対象とする真実譲渡・権利の設定の場合、必ず行為の相手方が存在する。それゆえ、単独で実行可能な第1号の譲渡・債務負担の仮装と異なり、当然に必要な共犯の理論が排除されるわけではない。しかし、第96条の2柱書後段は、「情を知って、第三号に規定する譲渡又は権利の設定の相手方となった者も、同様とする。」と定め、相手方もまた処罰の対象となることを明確にしている。

## 2-4 強制執行行為妨害等罪（刑96条の3）の新設

### 2-4-1 改正の趣旨

本条は、人に対して向けられた行為によって、強制執行の進行を阻害し、これを妨害する行為を処罰する規定として新設された。本条は、第1項・第2項に分かれており、前者は、偽計又は威力を用いて、立入札占有者の確認その他強制執行の行為を妨害した場合に成立し、後者は、強制執行の申立てをさせず又はその申立てを取り下げさせる目的で、申立格者又はその代理人に対して暴行又は合迫を加えた場合について成立する。法定刑は、いずれも3年以下の懲役若しくは250万円以下の罰金又はその併科である。

本罪は、いずれも人に対して向けられた加害行為を処罰対象とするが、本罪の主たる保護法授が執行官や申立権者の身体や自由等の利益ではなく、公務としての強制執行作用であることは、本罪新設の経緯等からして明らかであろう<sup>55</sup>。すなわち、本罪は執行官や申立権者等を特別に保護する趣旨の規定ではない。

### 2-4-2 解釈上の留意点

#### a 第1項

第1項の客体は、「立入札占有者の確認その他の強制執行の行為」である。「強制執行の行為」とは、「立入札占有者の確認その他」という例示から明らかなように、強制執行の実施現場における執行行為を意味する<sup>56</sup>。その典型例として想定されているのは、執行官の執行行為であり、他方、執行裁判所の裁判作用その他の行為は本項の保護対象ではない<sup>57</sup>。

55 つまり、本罪は第1項第2項所定の行為を手段としてなされる強制執行作用に対する危険惹起を処倒根拠とする危険犯である。

56 法務省刑事局刑事法制課・前掲注(5)20頁。

57 これらの行為は、一定の範囲で第96条の4によって捕捉される。

公務執行妨害罪（刑 95 条 1 項）は、公務員が職務を執行するに当たり、これに対して暴行・脅迫を加えた場合に成立し、当然執行官の職務もその保護対象に含まれるが、本罪は偽計・威力という緩やかな妨害手段からも強制執行の実施現場における執行行為を保護すべく新設された。これは、本罪の立案過程において考慮された執行妨害の事案の中に、威力・偽計としか評価できない手段を用いて執行官の職務行為を妨害するというものが存在し、公務執行妨害罪ではこれらの職務を保護する上で十分ではないとの認識がなされたことによる<sup>58</sup>。もっとも、両罪は「立入り、占有者の確認その他の強制執行の行為」に対して暴行・脅迫が向けられた場合に重なり合うため、本罪と公務執行妨害罪の競合が問題となる。両罪はどのような関係にあるのだろうか。第 1 項の罪の客体である「強制執行の行為」

---

58 「例えば明渡執行の目的建物の近くで猛犬を放し飼いにし、あるいは何者がその建物を占有しているのかについて債務名義等に表示された強制執行の名宛人との同一性の確認を妨げるなどして、執行官が明渡執行を実施できなくするなど、『威力』又は『偽計』としか評価できない手段によるものも見受けられる」との説明がなされている（法務省刑事局刑事法制媒・前掲注（5）20 頁）。なお、偽計・威力による妨害行為から公務を保護する手段としては業務妨害罪（刑 233 条 234 条）の規定もあるから、立法にあたっては、①業務妨害罪では捕捉できない当罰的な妨害が存在する、もしくは、②仮に業務妨害罪で捕捉可能であっても業務妨害罪の法定刑では強制執行妨害対策として不十分である、という前提を満たす必要があったといえよう。まず、①について、現在の判例は、公務と業務の関係について、強制力を行使する権力的公務については、業務妨害罪の適用はなく公務執行妨害罪のみの適用がある（強制力説）と解しており（最決昭和 62・3・12 刑集 41 卷 2 号 140 頁、最決平成 12・2・17 刑集 54 卷 2 号 38 頁）、執行官による現実的執行処分が「強制力を行使する権力的公務」に該当しそうなもの一つとして挙げられている（永井敏雄「判解」『最高裁判例解説 昭和 62 年度刑事篇』78 頁。ただし、「これらのすべてが真に『強制力を行使する権力的公務』に当たると断定してよいか否かは、各行為の性質や執行のプロセス等に応じて、更にきめ細かい検討が必要になるものと思われる」とする）。それゆえ、執行官による執行行為のすべてが業務妨害罪の規定によって保護されるという解釈は現在の判例実務によってはほぼ間違いなく採られておらず、強制力を行使する局面にあるがゆえに業務妨害罪による保護を否定される場合があることになる。したがって、それにもかかわらず上述のような執行妨害の実態が存在し、それが強制執行の円滑な進行にとっての妨げとなっていたとすれば、（そもそも強制力説が拠って立つ前提であるところの「強制力を行使する局面にある公務を偽計・威力から保護する必要はない」という立場と矛盾するといえなくもないが）これに対処するための新たな刑事立法を検討する必要があったということになる。②については、立案当局者によって、利欲犯の性格が強い執行妨害について、犯罪が経済的に引き合わないものであることを感銘させるために罰金の併科を認める必要性が指摘されている（法務省刑事局刑事法制限・前掲注（5）21 頁）。



は第95条第1項にいう公務員の職務に含まれるが、本項は、妨害の手段として、暴行・脅迫に比べてより緩やかな偽計・威力を規定する。それゆえ、本項は、軽微な手段による妨害からも、特に公務の一部である強制執行の行為を保護することを可能にするという意義<sup>59</sup>を有するものと解されるが、その法定刑は、禁錮刑が選択刑として定められておらず、罰金の上限がより多額であり、かつ、懲役との併科も可能とされている点で、公務執行妨害罪のそれよりも、ある意味で重い<sup>60</sup>。その趣旨は利欲犯的性格が強い強制執行妨害の事案に即した処罰を可能にするというものであるから、暴行・脅迫を用いて強制執行の行為を妨害した場合に公務執行妨害罪が成立するとしても、そのことゆえに本項の罪を適用する必要性は失われない。他面で、本項の罪は、公務の一類型である強制執行作用について、これをより広い手段からも保護できるようにするという意義を有し、広い意味で公務妨害罪に属する犯罪類型として理解できる。以上の両面を考え合わせれば、本項が成立する以上はその適用を優先し、同時に第95条第1項の適用を排すべきであろう。本項によって暴行・脅迫という手段の点で重いともしえる第95条第1項の適用を排除するのはやや奇異にも思えるが、公務執行妨害罪はあくまで公務妨害罪であって、公務員の身体や自由を特に保護する趣旨の規定ではない。

なお、両罪が競合する場面の処理について、本罪とともに公務執行妨害罪が成立し、両者は観念的競合となるとの見解<sup>61</sup>もある<sup>62</sup>。たしかに、強制執行作用は権利の実現に奉仕す

---

59 偽計・威力という手段との関係上、公務執行妨害罪の成立に要求される「執行するに当たり」という要件も外されるから、時間的にも処罰範囲は広がることになる。

60 罪の軽量を比較する方法については、渡邊・前掲注(13)112頁以下、等を参照。なお、今回の改正法が立案された当時、公務執行妨害罪に罰金刑は選択刑として規定されていなかった。

61 西田・前掲注(18)502頁。

62 この見解による場合、刑法54条1項にいう「最も重い刑」の意義との関係で、処断刑をいかに決定すべきかが問題となる。判例によれば、各罪の法定刑のうち最も重い刑種のみを取り出して比較・対照し、最も重い刑種が同一である場合には「犯情」(刑10条3項)で決すべき(重点的対照主義)とされる(最判昭和23・4・8刑集2巻4号307頁)が、公務執行妨害罪と本罪とでは、最も重い刑種である懲役の長期は同一(3年)であるため、より犯情が重いとされた罪の刑によることとなる。問題は、公務執行妨害罪が重い罪とされた場合に、本罪が任意的併科を認める罰金刑(250万円以下)の扱いである。本罪において罰金の併科を認める趣旨が、「強制執行を妨害する事犯は利欲犯的性格が強いことから、利欲犯的犯罪者に対し、このような犯罪は経済的に引き合わないものであることを感銘させる必要性」(法務省刑事局刑事法制課前掲注(5)21頁)にあるのであれば、仮に重

るがゆえに特に保護されているという法益の違いに着目すれば、このような解釈もありえよう。しかし刑法第95条第1項における公務も無色透明なものではなく公益実現に奉仕するがゆえに要保護性を有するものであるから、両罪の成立を認める場合、公務妨害という同種の法益侵害を二重に評価することにならないかという疑問が残る。

なお、本項は、業務妨害罪の偽計・威力について展開されている解釈がそうであるように、手段の点からその処罰範囲を限定することが難しい。「立入札占有者の確認その他の強制執行の行為」を「妨害した」ことを成立要件とする本項は、その文理からしても侵害犯と解すべきであり、強制執行の行為を遂行する上で何らかの支障が生じたこと、すなわち、妨害結果の発生を成立要件として要求すべきである。何をもって公務遂行上の支障を生じたかという点については慎重な検討を要するが、本項の妨害対象は、あくまで条文上例示されているような執行現場における強制執行の行為であるから、それ自体に支障が生じなければ本項の罪の成立を認めるべきではないだろう。たとえば、強制執行行為に余計な労力を割いた結果として別の行政事務の遂行に支障を生じたことは本罪成立の根拠にはならないということになる。

## b 第2項

第2項の罪は、強制執行の申立権者文はその代理人を客体とする。しかしこれら行為の客体が本罪の主たる保護客体でないことは前述した通りである。

本項は、その主観的な成立要件として、「強制執行の申立てをさせず又はその申立てを取り下げさせる目的」を要求するが、強制執行の行為を「妨害した」ことを要求する第1項と異なり、現実にそのような事態が生じたことは必要とされていない（目的はあくまで将来の事態である）。この点において、本項の罪は、脅迫や暴行によって、非義務を強制し又は権利行使を妨害した場合を処罰対象とする強要罪（刑223条1項）よりも、既遂犯の成立時期がかなり早い。強制執行の円滑な進行を保護するという本項の立法趣旨からすると、このような危険惹起の段階にまで刑法の介入時期を前倒しすることには一定の合理性を認

---

点的対照主義を前提とするにしても、そのような趣旨に矛盾しない解釈を採用するのが妥当であろう（なお、最決平成19・12・3刑集61巻9号821頁参照）。学説においても、観念的競合となる場合に本項の罰金刑の部分は適用されるとの見解（西田・前掲注18）502頁）が示されており、妥当と思われる。

めうる。

次に、本項において手段たる行為は暴行脅迫とされている。強制執行の進行を阻害する行為を処罰するという観点からは、本罪における暴行を広く解する余地もありそうだが、本項の行為は、あくまで申立権者又はその代理人に「対して」向けられることが成立要件とされていることに注意する必要がある。また、目的要件との関係から、暴行・脅迫の程度は、申立権者や代理人が強制執行の申立てをする（あるいは申立てを維持する）上で実質的に妨害となるべきものに限定すべきであろう。なお、本項の行為が第1項のそれと異なり暴行脅迫に限定された趣旨については、本項による処罰が債務者による通常の言動（哀願、懇願、自暴自棄による言辞）にまで及ばないようにするためであるとの理解が示されているが<sup>63</sup>、このことを考慮に入れても、本項における暴行脅迫の意義は、上述の程度以上のものに限定すべきものと考えられる。

なお、本項にいう「申立権者」に法人が含まれることは、本罪の保護法益についての理解からして明白であろう。本罪における「申立権者」の強制執行を申し立てるという意味活動は、法人にあっては代表者等の機関によつてなされ、代表者等に対する暴行・脅迫は、本項によって処罰されることになる。

## 2-5 強制執行関係売却妨害罪（刑 96 条の 4）の新設

### 2-5-1 改正の趣旨

強制執行関係売却妨害罪（刑 96 条の 4）は、新設の処罰規定であるが、改正前の旧競売等妨害罪（刑旧 96 条の 3 第 1 項）のうち、強制執行にかかる部分を切り出した上、その処罰対象となる行為の範囲を拡張したものである。

本罪は、偽計又は威力を用いて、「強制執行において行われ、又は行われるべき売却の公正を害すべき行為」をした場合に成立する。旧競売等妨害罪は、客体を広く「公の競売又は入札の公正」と定めていたが、改正された第 96 条の 4 は、これを「強制執行において行われ、又は行われるべき売却の公正」とした。旧規定にいう「公の競売・入札」には、公共工事や公有物の売渡し等に関する競売・入札も含まれていたが、改正法は、客体からこれらを除外し、強制執行におけるそれのみとしたということになる。強制執行の意義は、

---

63 西田・前掲注 (18) 503 頁。

第96条の2等におけるそれと同様である。

## 2-5-2 解釈上の留意点

第1に、改正法が強制執行における「競売文は入札」という文言を用いず、これを「売却」と改めた趣旨に留意が必要である。旧規定における「競売又は入札」の意義については、もともとは指定の日時・場所で行われる入札・競り売りを指すものと理解されていたが、現在の民事執行法は、売却方法として入札又は競り売りを挙げつつも（民執64条2項）、実際のところは買受希望者が期日に競売場に会することを必要としない期間入札（民執規34条）の制度を原則的な売却方法とし、さらに、執行裁判所が競り売り・入札に変わり、「他の方法による売却」（特別売却）を実施することを認めている（民執規51条）<sup>64</sup>。

期間入札は特に問題はないが、競争による価格形成という要素をもたない特別売却が、旧第96条の4にいう「公の競売又は入札」に含まれるのかについては疑義がありうるところであり、これを肯定する下級審判例（札幌高判平成13・9・25高刑集54巻2号128頁）や学説<sup>65</sup>も存在したものの、議論が決着をみたわけで、はなかつた。

たしかに文理上の問題はあるが、特別売却の公正な実施が強制執行による権利実現の一環として他の売却方法と同様に保護に値することは論をまたない。そこで、改正第96条の4は、客体の文言を「売却」の公正と改め、特別売却等<sup>66</sup>の手続の公正が本罪によって保護されることを明確化した。

第2に、本罪は、強制執行において「行われるべき」売却の公正を阻害する行為も処罰の対象とする。すなわち、処罰対象となる行為が競売開始決定以後のものに限定されると解されていた（最判昭和41・9・16刑集20巻7号790頁）旧規定と異なり、改正法の下では、競売開始決定前になされる妨害行為もまた処罰の対象となるため、処罰の対象は旧規定のそれよりも拡張された<sup>67</sup>。これは、立案過程において、競売開始決定前の時点にお

64 その実施・運用の方法は裁判所の裁量に委ねられており、競り売りや入札のような最高価で買い受けを申し出た者に売却するという性格をもたない。換価の適正は、不動産の適正な価額としての「売却基準価額」で図られる。

65 西田典之「競売妨害罪の成立要件」研修642号（2001年）9頁。旧第96条の4における「競売」は、具体的な売却方法を指すのではなく、強制執行や担保権実行のための売却手続全体としての広義の競売を意味すると解し、特別売却もその一つにすぎないとした。

66 国税徴収法にいう公売もまたしかりである。

る行為が後の手続の公正に不当な影響を与えていると思われる事例<sup>68</sup>があるという執行妨害の実態が考慮されたことによる。行われる（べき）売却の公正を害する行為を処罰対象とする以上、本罪が成立するために競売開始決定が現実になされる必要はない。ただし、本罪の処罰根拠であるところの公正を阻害する危険の惹起を肯定するためには、少なくとも強制執行がなされる客観的可能性が認められてしかるべきである<sup>69</sup>。

第3に、「公正を害すべき行為」の意義は、改正法の下でも問題となる。現実に売却の公正が害されることを要件としない本罪は危険犯であるが、手段である偽計・威力は処罰範囲を限定する機能において十分ではないため、どのような行為がなされた場合に、どの時点、で売却の公正を害する危険を肯定しうるかを明らかにすることが本罪の成立範囲を決する上で重要な課題となる。これを「強制執行における売却が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」と定義する見解<sup>70</sup>は、参加者の公正かつ自由な競争を通じて債権者の利益を最大化するという強制執行における売却の本質的機能に着目するものである。実際にも、旧規定の下で公正を害すべき行為と認められた事例は、現況調査に赴いた執行官に対して虚偽の賃借権を主張し、現況調査報告書に記載させた行為（鳥取地米子支判平成4・7・3金融法務事情1330号34頁、さらに裁判所に対し虚偽の賃貸借契約書を提出した段階で旧競売等妨害罪の成立を肯定したものとして、最

---

67 なお、旧規定の下で、競売開始決定以前になされた行為についても、競売手続開始決定以降に危険惹起が肯定される場合には競売等妨害罪の成立を認める余地があるとする先駆的見解として、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）66頁以下がある。

68 債務者が倒産状態に陥り、近く金融機関等の債権者が競売の申立てに踏み切るとの情報入手した段階から、反社会的勢力が他の入札参加希望者を排除して自らの関係者に目的財産を低廉な価格で落札させた後、これを市場価格で転売して差額分の利益を得ること等を目的として、競売の目的財産の外部の目立つ箇所にいわゆる代紋を掲示するなどして、この財産には暴力団が関与しているとの印象を周囲に与えることにより、その段階で一般人の入札参加意思を喪失させ、競売開始決定後においては特段の妨害行為に及ばないものの、その目的を達成するなどの事例が挙げられている（法務省刑事局刑事法制課・前掲注（5）21頁）。

69 たとえば、債務者が事実上の倒産状態に陥り、近い将来債権者が競売の申立てに踏み切ることが予想されるような状況であれば、それは肯定されるだろう。なお、西田・前掲注（18）505頁は、強制執行が切迫していることが必要であるとする。

70 西田・前掲注（18）506頁。

決平成 10・7・14 刑集 52 卷 5 号 343 頁)、競売物件の玄関に暴力団名の貼り紙をする行為(福岡地判平成 2・2.21 判時 1399 号 143 頁)、暴力団の肩書きが印刷された名刺を物件明細書に挟み込んだ事例(高松高判平成 4・4.30 判タ 789 号 272 頁)等、裁判所による対象物件についての情報収集・開示プロセスを悪用するなどして、買受希望者の意思決定に不当な影響を与え、自由な競売参加を阻害するおそれが認められるものを中心となっている(また、不動産競売の落札者(最高価買受申出人)に対し、威力を用いて当該不動産の取得を断念するよう要求する行為について旧競売等妨害罪の成立を認めたものとして、最決平成 10・11・4 刑集 52 卷 8 号 542 頁)。このような行為が公正を害すべき行為にあたるというのはほぼ問題のないところであろうが、周辺の部分がどこまで売却の公正を阻害するおそれのある行為であるかを確定するのはなかなか難しく、今後の課題となろう。

なお、以上の点と関連し、本罪と業務妨害罪(刑 233 条前段・234 条)との関係について若干の検討を要する。今回の改正により、本罪は、業務妨害罪と懲役刑の上限が等しく(3 年)なり、他方、罰金刑の上限はより多額(250 万円)で、かつ、併科が可能となった。昭和 16 年に立法された競売等妨害罪は、業務妨害罪が公務を保護の対象としないという当時の判例(大判大正 4・5.21 刑録 21 輯 663 頁)の下、公務作用としての競売に対する妨害を新たに処罰対象とするという意義を有していたが<sup>71</sup>、今回の改正は、強制力を行使する権力的公務でない限りは、公務作用もまた業務として保護対象となるという現在の確立した判例を前提とするものである。しかも、判例は、本罪と異なり、文言上侵害犯として規定されている業務妨害罪を危険犯と解している(大判昭和 11・5.7 刑集 15 卷 573 頁)。よって、今回新設された本罪は、業務妨害のうち、強制執行を対象とするものについて、その利欲犯的性格を考慮しより多額の罰金と併科を認めるという、業務妨害罪の特別類型としての性格が色濃いことは否定できない。しかし、業務妨害罪と本罪の違いは単に客体の違いにすぎないというわけではない。本罪では、「行われるべき」売却も対象とされており、処罰対象となる行為の時期的要件をかなり早期化するものであり、仮に判例の如く業務妨害罪を危険犯と解しても、両罪の成立が可能になる時期については違いがあつてしかるべきである。それゆえ、本罪の背後に常に業務妨害罪が控えているというわけではないから、本罪の外延を画する「売却の公正を害すべき行為」の意義を明らかにする実益はなお失わ

71 西田典之「偽計競売入札妨害罪の成否」ジュリスト 1217 号(2002 年)133 頁。

れず、今後も重要な解釈問題であり続ける。

なお、旧第96条の3は、第2項において談合罪を規定していたが、改正第96条の4においてはこれに相当する規定がない。しかし、談合が強制執行に関して行われる場合は、本条の「偽計」にあたるので、あって、強制執行における売却について談合が処罰対象から外れるわけではない<sup>72</sup>。

## 2-6 加重封印等破棄等罪（刑96条の5）の新設

本罪は、第96条から第96条の4までの罪が、「報酬を得、又は得させる目的で」「人の債務に関して」行われた場合を加重処罰する規定であり、法定刑は、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はその併科とされた。本罪は、占有屋のような職業的な強制執行妨害者が、立退料のような報酬を得ること、または、上部団体である反社会的勢力等に報酬に相当する利益を得させることを目的として強制執行妨害を行った場合を加重処罰の対象とする<sup>73</sup>。また、「人の債務に関して」行われることを要するため、債務者自身による行為を含まない。

なお、占有屋のような職業的な強制執行妨害者への対応策としては、今回の改正法において組織犯罪処罰法第3条の改正もなされている。同条は、刑法典の罪のうち一部のものについて、それが、①団体の活動として、当該罪に当たる行為を実行するための組織により行われた場合、および、②団体に不正権益を得させ、又は団体の不正権益を維持し、若しくは拡大する目的でなされた場合を加重処罰する規定を置く。今回の改正では、第96条～第96条の4の罪がこれに追加され（組織的な封印等破棄等罪）、その法定刑は、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はこれらの併科とされた。

## 2-7 公契約関係競売等妨害罪の新設等（刑96条の6）

第96条の6第1項の罪（公契約関係競売等妨害罪）は、偽計又は威力を用いて、公の競売又は入札で契約を締結するためのものの公正を害すべき行為をした場合に成立する。5で述べたように、改正前の競売等妨害罪（刑96条の3第1項）の処罰対象となる行為は、

---

72 法務省刑事局刑事法制課・前掲注(5)21頁、西田・前掲注(18)503頁。

73 本罪の目的は営利の目的よりは狭く、自らが競落人になって転売利益を得ようとする場合等は含まれない（西田・前掲注(18)506頁）。

第96条の4によって処罰対象とされるものと、新設された本罪によって処罰対象とされるものとに分割された。本罪において処罰対象となるのは、公共工事の入札等、公の機関が契約締結のために実施する競売・入札である。それゆえ、客体についての文言は「公の競売又は入札で契約を締結するためのもの」（圏点筆者）と改められたが、それは、上述の通り、強制執行関係のものを除外するという趣旨を明らかにするためにすぎず、それ以外の成立要件は旧第96条の3第1項のそれと変わらない。すなわち、「行われるべき売却」をも対象とする第96条の4と異なり、本罪が成立するためには、公の競売又は入札が行われたこと<sup>74</sup>が必要と解すべきである。なお、法定刑については、第96条の4と同様にやはり引上げがなされている。

第96条の6第2項の罪（談合罪）については、その成立要件に変更はないが、法定刑は「前項と同様とする」とされ、やはり引上げがなされている。

## 2-8 おわりに

本稿においては、改正法における強制執行妨害関係の罰則整備にかかる部分について、大雑把ではあるが、その意義を確認するとともに、解釈上留意すべき点について若干の検討を試みた。改正法の施行によって、刑法典における強制執行妨害犯罪の処罰規定は大きな変容を遂げており、その運用の過程では、本文中で言及した点以外にも様々な問題点が浮かび、上がってくる可能性もある。刑法学において、これまでそれほど活発に議論がなされてきたわけではないこの分野ではあるが、今後の実務における運用を踏まえた理論的発展が期待される。

社会的な意義も大きい執行妨害対策という点では、担保執行法の改正や執行実務においてなされた様々な努力によって、以前にみられた占有屋の跳梁跋扈という問題は、ほぼ克服されたといえてよく、今回の刑法改正も、執行実務に対しでもはやそれほど大きなインパクトをもたらすものではないかもしれない。しかし、これまで度重なる法整備がなされてきたにもかかわらず、形を変えて生き残ってきたのがわが国における執行妨害という悪弊である。今後も慎重にその動向を見守る必要はあろう。

---

<sup>74</sup> 具体的には、権限ある機関によって、権限のある機関によって、適法に入札に付すべき旨の決定がなされたことが必要である（最判昭和41・9・16刑集20巻7号790頁）。



なお、今回の改正によって、強制執行を妨害する行為について適用されうる犯罪類型は大幅に拡張された。今後は、(法定刑が統一されたためにあまり実益はないとはいえ) 各犯罪類型が担う守備範囲を明らかにすることも実務的には課題となるかもしれない。

(鎮目征樹)

## V 独占禁止法の改正

——平成 17 年・平成 21 年の独占禁止法の改正と平成 22 年の改正案について

### 1 平成 17 年改正

#### 1-1 序論 平成 17 年改正までの経緯

独占禁止法における執行力強化のため、平成 17 年（2006 年）に独禁法は大幅に改正された（施行は平成 18 年 1 月から）。しかし、それ以前に、幾つかの執行力強化のための改正または新規立法がなされている。

#### (1) 独禁法の改正

すなわち、まず、平成 4 年の独禁法改正においては、法人処罰（独禁法 95 条 1 項 1 号）の法定刑が、従来の 1 億円から 5 億円に引き上げられている。

#### (2) 官製談合防止法の制定

また、平成 13 年には、いわゆる官製談合防止法（入札談合等関与行為の排除及と防止に関する法律）が議員立法により成立、翌平成 14 年 1 月から施行された。官製談合防止法は、「入札談合等」を、国等が入札等により行う売買、貸借、請負その他の契約の締結に関し、当該入札に参加しようとする事業者が他の事業者と共同して落札者・落札価格を決定し、または事業者団体が当該入札に参加しようとする事業者に当該行為を行わせること等により、独禁法第 3 条（私的独占・不当な取引制限）または第 8 条第 1 項第 1 号（事業者団体による一定の取引分野における競争の実質的制限）の規定に違反する行為をいうと定義した。そして、事業者または事業者団体に入札談合等を行わせること、契約の相手方となるべき者をあらかじめ指名すること、その他、特定の者を契約の相手方となるべき者として希望する旨の意向をあらかじめ教示または示唆すること、入札または契約に関する秘密情報を、特定の者に対して教示または示唆することなどを「入札談合等関与行為」とする。

入札談合等関与行為は、発注者である国などの利益を害する。公務員がこうした行為をするのは、選挙の支援確保、予算消化、天下り先確保などを目的とするもので、官側から

その摘発・防止を図る動機が少ない。そこで、公正取引委員会が、各省各庁の長等に対し、当該入札談合等関与行為を排除するために必要な改善措置を講ずべきことを求めることができることとされた。各省各庁の長等は、これを受けて、当該入札談合等関与行為による国等の損害の有無、当該入札談合等関与行為を行った職員の賠償責任の有無および国等に対する賠償額についても必要な調査を行わなければならないこと、当該入札談合等関与行為を行った職員が故意または重大な過失により国等に損害を与えたと認めるときは、当該職員に対し、速やかにその賠償を求めなければならないこと、入札談合等関与行為を行った職員に対して懲戒処分をすることができるか否かについて必要な調査を行わなければならないこととした。

本法は、さらに、平成 18 年に議員立法により改正され、同法 8 条は「職員が、その所属する国等が入札等により行う売買、貸借、請負その他の契約の締結に関し、その職務に反し、事業者その他の者に談合を唆すこと、事業者その他の者に予定価格その他の入札等に関する秘密を教示すること、またはその他の方法により、当該入札等の公正を害すべき行為を行ったときは、5 年以下の懲役または 250 万円以下の罰金に処する」旨を規定した。これに伴い法律名も「入札談合等関与行為の排除及と防止並びに職員による入札等の公正を害すべき行為の処罰に関する法律」と改められた。この改正以前でも、たとえば、官側の職員が入札予定価格を事前に指名事業者に漏洩する等の行為は、刑法 96 条の 3「競売妨害罪（偽計入札妨害）」（法定刑は、2 年以下の懲役又は 250 万円以下の罰金）の共犯として処罰することは可能であったが、本改正により、この種の行為が独立した犯罪類型とされ、かつ、その法定刑が加重されることとなった。

## 1-2 平成 17 年改正前の禁止行為と制裁

以下では、平成 17 年改正前の独禁法における禁止行為とこれに対する制裁について述べておくこととする。なお、以下の違反行為については、明確な違反とまでは認められない場合の公正取引委員会による事実上の処分としての警告・注意、さらに、処分内容の公表（43 条）、無過失損害賠償（25 条）などがある。

### ① 私的独占（3 条前段）

独禁法 2 条 5 項によれば、私的独占とは「事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもってするかを問わず、他の事業者の事業活動を

排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を制限することをいう」と定義され、排除型私的独占、支配型私的独占とに分けられている。独禁法3条は、「事業者は、私的独占又は不当な取引制限をしてはならない」という禁止規定を置き、その違反に対しての制裁は、同法7条の規定する行政処分としての排除措置命令と同法89条、95条の規定する刑事罰であった。なお、89条1項1号は「第3条の規定に違反して私的独占又は不当な取引制限をした者」を3年以下の懲役又は500万円以下の罰金に処すると規定しているが、「した者」には法人を含まないため、95条1項1号は罰金額の連動を切り離し、法人に対しては5億円以下の罰金に処する旨の法人重課を規定している。

### ② 不当な取引制限（3条後段）

独禁法2条6項によれば、不当な取引制限とは「事業者が、契約、協定その他何らの名義をもってするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を制限することをいう」と定義されている。具体的には、価格引き上げカルテルや入札談合などがある。これに対する制裁は、私的独占の場合と異なり排除措置命令、刑事罰の他に課徴金納付命令により課徴金が課せられるところにある。独禁法7条の2によれば、課徴金は、違反行為に係る対象商品売上高に一定の算定率を掛けて計算されるが、平成17年改正前の算定率は、大企業で6%等と定められていた。なお、この他、違約金の支払い（契約額の10%など）、発注者による不当利得や損害賠償の請求、国や地方公共団体からの公共工事発注における指名停止処分なども制裁の一種であるといっていよい。

### ③ 不公正な取引方法（19条）

独禁法2条9項によれば、不公正な取引方法とは、2条9項の1号から6号までに該当する行為であって、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会（以下、公取という）が指定するものをいう。さらに、それを具体化した不公正な取引方法につき昭和57年の公正取引委員会告示①号から⑩号がある。これを一般指定という。

(ア) 一般指定の内容

(a) 公取による告示のうち独禁法2条9項1号（差別的取り扱いの禁止）関係

これは、一般指定①共同の取引拒絶、②その他の取引拒絶、③差別対価、④取引条件等の差別取り扱い、⑤事業者団体における差別的取り扱い等の不公正な方法で、一定の事業者を取引関係から排除しようとする行為類型である。

(b) 公取による告示のうち独禁法2条9項2号（不当対価の禁止）関係

これは、経済的に強い立場にある事業者が、いわゆる略奪的価格設定を行うことにより他の競合する事業者との間で不当廉売を行うことにより他の事業者を排除しようとする類型である。一般指定の⑥不当廉売、⑦不当高価購入のほか③の差別対価も含まれると解すべきであろう。

(c) 公取による告示のうち独禁法2条9項3号（不当顧客誘引の禁止）関係

一般指定の⑧ぎまんの顧客誘引、⑨不当な利益による顧客誘引、⑩抱き合わせ販売が2条9項3号を具体化したものである。⑧は不当表示を禁止するものであるが、実際には、景表法（不当景品類及び不当表示防止法）による不当表示規制や、場合によって、不正競争防止法における不当表示の禁止のほうが優先適用されている。

(d) 公取による告示のうち独禁法2条9項4号（拘束条件付き取引の禁止）関係

この類型に当たるのは、一般指定の⑪排他条件付き取引、⑫再販売価格の拘束、⑬拘束条件付き取引である。

(e) 公取による告示のうち独禁法2条9項5号（取引上の地位の不当利用の禁止）関係

2条9項5号を具体化するものが、一般指定の⑭優越的地位の濫用である。具体的には、取引上の優越的地位を利用して、不当な値引きを要求する行為、無償で労働者の派遣を要求する行為、不必要な商品の抱き合わせ購入を要求する行為、その他、下請け業者いじめといわれる行為が、これに当たる。その特別法として、下請法（下請け代金支払遅延等防止法）がある。

(f) 公取による告示のうち独禁法2条9項6号（競争者の取引妨害の禁止）関係

一般指定⑮が、これに当たる。説明省略。

(g) 公取による告示のうち独禁法2条9項6号（競争者の取引妨害の禁止）関係

一般指定⑯が、これに当たる。説明省略。

#### (イ) 不公正な取引方法に対する制裁

不公正な取引方法に対する制裁は、行政処分としての排除措置命令、および、この排除命令が確定した場合に、さらに命令違反の行為があった場合は、確定排除命令違反の罪(90条)で処罰される。法定刑は、法人および自然人の場合とも、2年以下の懲役または300万円以下の罰金であったが、平成17年改正で法人重課が取り入れられ、法人についての両罰規定95条1項2号で法人には3億円以下の罰金を科しうることとなった。さらに、平成21年改正により不公正な取引方法のうち一定の類型が課徴金の対象とされることとなった。

### 1-3 平成17年改正の具体的内容<sup>1</sup>

#### (1) 独禁法における執行力の強化

##### ① 課徴金の引き上げ

課徴金の算定率が、大企業につき6%→10%に引き上げられる等の改正が行われた。また、違反行為を早期に(2年未満)やめた場合は20%を減額し、繰り返し違反行為を行った場合(過去10年間)は50%加算することとされた。これにより、課徴金の性格も単なる不当利得の剥奪から行政制裁的な処分へと変化したといえよう。この他に、自治体等との契約上の違約金(10%)、不当利得の返還請求、指名停止処分などがあることは従前どおりである。また、確定排除命令違反の罪についても法人重課が導入され(95条1項2号)、法人罰金が300万円以下から3億円以下となった。

##### ② 課徴金納付命令対象範囲の見直し

不当な取引制限のうち(イ)シェアーカルテル、取引先制限カルテルが課徴金の対象であることを明確化するとともに、(ロ)購入カルテル、および、支配型の私的独占(たとえば、パラマウントベット事件など)を新たに課徴金の対象とすることとした。

##### ③ 除斥期間の延長

排除措置命令の除斥期間は、これまで1年であったが、課徴金納付命令ができる期間が3年であることと合わせて、違反行為がなくなってから特に必要があると認めるときは3

---

1 平成17年改正の内容については、諏訪園貞明・改正独禁法(2005年、東洋経済新報社)、ジュリスト1294号『特集・独占禁止法改正』、岩成博夫「平成17年改正独占禁止法について」刑事法ジャーナル4号39頁以下、

年間に延長された。

#### ④ 課徴金減免制度 (leniency program) の導入

違反行為を自己申告した企業の課徴金の減額・免除措置が導入された。すなわち、立入検査前の1番目の申請者については課徴金を全額免除、2番目は50%減額、3番目および立入検査後の申請者は30%減額する、ただし、対象事業者数は合計3社に限定することとされた。この制度の導入により、違反行為の摘発が容易になるだけでなく、違反行為自体が減少することが期待されている。なお、カルテルや談合に参加した企業のうちで、自主申告した企業以外については、なお公正取引委員会による告発によって刑事手続が開始されることがあり、その場合は、告訴不可分の原則により自主申告した企業にもなお刑事訴追の可能性は残るが、国会における法務省刑事局長の答弁において、検察においても公正取引委員会の減免措置を尊重する旨が表示されている<sup>2</sup>。

#### ⑤ 罰金との調整

刑事罰としての罰金が科せられる場合に当該罰金額の半分を課徴金から減額するものとされた(7条の2第14項・15項および51条)。これは、二重処罰の問題を考慮した政策的妥協の産物といえよう。

### (2) 犯則調査権限の導入

平成17年改正では、公正取引委員会に犯則事件(独禁法89条~91条)についての犯則調査権限が付与された(同法101条~118条)。その具体的内容として、公取の職員は、犯則事件の調査において必要があるときは、裁判官が予め発する許可状により事件関係人の営業所等に臨検・搜索又は差押えを行うことができることとなった(102条)。ただし、同法47条4項が、公取の行政調査権について「犯罪捜査のために認められるものと解釈してはならない」と規定していることから、犯則調査については専門の犯則審査部が行政審査部とは分離独立のものとして新設された(公正取引委員会の犯則事件の調査に関する規則2条)。

---

2 前注(1)岩成44頁脚注(12)参照。

### (3) 行政審判手続の改正

#### (ア) 勧告制度の廃止と事後審判制の採用

平成17年改正前においては、違反行為の排除措置命令という行政処分が行われる前に、まず排除措置を勧告し、これに同意すれば勧告審決、不同意の場合は審判を経て（途中での同意審決を除き）審判審決により行政処分としての排除措置命令が確定するという事前審判制度がとられ、この命令処分に不服がある場合には東京高裁に取消訴訟を提起することができることとされていた。これに対して、17年改正では事後審判制度（不服申立制度）が採用され、まず事業者に対して排除措置の内容が事前通知されたうえで、これに対する事業者側からの意見申述・証拠提出の機会が与えられたうえで、執行力を有する排除措置命令が出され、これに不服があれば東京高裁に取消訴訟を提起すべきものとされた。その結果、排除措置命令により行政処分は行われたことになる。このため、取消訴訟確定前においても指名停止処分の対象ともなりうることとなった。

#### (イ) 課徴金納付命令の位置づけ

平成17年改正前においては、排除措置命令について審判が開始された場合には、課徴金納付命令は審判手続が終了しなければ課すことができなかった。さらに、この納付命令についても審判で争うことが可能であり、その場合、納付命令は一旦効力を失い、審判手続を経て審判審決で改めて課徴金納付命令を出すこととされていた。これに対して、改正後は、排除措置命令と同時期に課徴金納付命令を出すことも可能とされた。さらに、事業者が応諾せず審判手続に移行しても、納付期限以降については一定の延滞金（公定歩合＋4%）を徴収することができることになった（70条の9）。これにより課徴金の負担を先送りすることによる事業者側のメリットが無くなったといえる。

### (4) 刑事手続の改正

公正取引委員会による専属告発（96条、73条）の制度は残されたが、東京高裁の専属管轄制度は廃止され、各地方裁判所に起訴できることとなった。ただし、行政訴訟については、東京高裁の専属管轄制度を維持した。これに対して、経団連等からは、一部を除いて審判制度を廃止し、排除措置命令については直接裁判所に行政訴訟を提訴できるようにすべきとの見解もある。この点は、後述する平成21年改正以後の最大の問題点となるであ



ろう。

(西田典之)

## 2 平成 17 年改正法の運用状況と影響

### 2-1 リニエンシー制度の運用

公正取引委員会の年次報告によれば、課徴金減免制度の具体的な申請状況は、施行日の平成 18 年 1 月 4 日から同年の 3 月末までに 26 件、平成 18 年度は 79 件、平成 19 年度は 74 件であり、施行後累計で 179 件の申請があった。その第 1 号が旧首都高速道路公団の発注に係るトンネル換気設備工事にかかる入札談合であり、三菱重工が全額免除、石川島播磨重工と川崎重工が 30% の減額であった。このように、課徴金減免措置制度は、事業者のコンプライアンス体制のなかで重要視され、入札談合やカルテルの摘発にかなりの効果を持っていると評価することができよう<sup>3</sup>。

### 2-2 不服審査型審判制度の影響

平成 17 年改正後の審査手続きは、それ以前のもので、審査開始—審判開始—確定—課徴金納付命令—審判—確定という手続きにより、平均 1 年 7 ヶ月かかっていたものが、改正法の適用後は、平均 8～9 ヶ月と短縮された。また、審判事件数も、改正前は平成 15 年度末から平成 17 年度末までは 130 件ないし 140 件と高水準で推移してきたが、その後減少に転じ、平成 20 年度 7 月 28 日現在では 56 件となっている。これは、不服審査型の手続が、それまでの審判引き延ばしや指名停止逃れを抑止する効果を持つためとも考えられ、課徴金減免制度と相まって審査促進の効果をあげているものといえよう<sup>4</sup>。

---

3 根岸哲「課徴金減免制度とカルテル規制」公正取引 696 号 2 頁以下参照

4 根岸哲「平成 17 年独禁法改正法 1 年の評価」公正取引 677 号 2 頁以下、鈴木満「改正独禁法施行による企業行動の変化とその要因」公正取引 677 号 10 頁以下参照。

### 3 平成 21 年改正の内容

#### 3-1 平成 21 年改正法の成立

平成 21 年 6 月 10 日、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律（平成 21 年法律第 51 号 5）が公布された。平成 21 年改正法は、公布の日から起算して 1 年を超えない範囲内において政令で定める日（一部の改正項目については、公布の日から起算して 1 月を経過した日）から施行するものとされている。

平成 21 年改正法によってなされた改正の内容は、以下のとおりである<sup>5</sup>。

#### 3-2 課徴金制度の改正

##### ① 排除型私的独占に対する課徴金の導入

第 1 に、排除型私的独占に対する課徴金が導入された。

平成 17 年改正法は、支配型私的独占の一部を課徴金の対象としたが、排除型私的独占をも課徴金の対象とすべきか否かは、検討課題として残された。

この課題は、独禁法基本問題懇談会において検討された。そして、排除型私的独占であって、不当な取引制限や支配型私的独占と同様の競争制限的効果を有するものは課徴金の対象とすべきであるとの結論を得た。この方向性に基づき、平成 21 年改正法は、排除型私的独占（であって、供給に係るもの）を課徴金の対象としたのである。

排除型私的独占に対する課徴金の算定率は、6%である。即ち、違反行為に係る売上高等に 6%を乗じた額が課徴金額となる<sup>6</sup>。

課徴金の算定期間は、違反行為の始期から終期までであるが、終期から遡って最長 3 年間までとされている。

なお、排除型私的独占として違反行為とされる類型の認定は、事業者にとって困難であるとの指摘もあることから、公正取引委員会は、排除型私的独占の要件を明確化するため

---

5 以下の説明は、藤井宣明「平成 21 年改正独占禁止法の解説」商事法務 1870 号（2009 年）4 頁以下並びに公取委の発表に係る諸資料を踏まえたものである。

6 この算定率は、小売業との関係では 2%、卸売業との関係では 1%である。

7 2009 年 6 月 19 日から 8 月 19 日までの間、ガイドライン案に関するパブリック・コメントが募集されているところである。

8 衆議院経済産業委員会及び参議院経済産業委員会の附帯決議による。

に、平成 21 年改正法施行までにガイドラインを作成することとしている<sup>7</sup>。

## ② 一部の不公正な取引方法に対する課徴金の導入

平成 17 年改正法の審議に際して、不公正な取引方法も課徴金の対象とすべきか否かについても検討すべきことが、国会で指摘された<sup>8</sup>。

そこで、この問題も独禁法基本問題懇談会において検討され、不公正な取引方法を、私的独占の予防的な規制とされる行為類型とその他の行為類型に分けて対応を考えるべきではないか、との方向性が示された。

この指摘を受けて、平成 21 年改正法は、平成 17 年改正法下の独禁法<sup>9</sup>2 条 9 項に基づく「不公正な取引方法」の告示（「一般指定」）で挙げられている不公正な取引方法の内の 5 類型（共同の取引拒絶<sup>10</sup>、差別対価<sup>11</sup>、不当廉売<sup>12</sup>、再販売価格の拘束<sup>13</sup>、優越的地位の濫用<sup>14</sup>）に限り、課徴金の対象とすることにした<sup>15</sup>。これは、一般指定で規定されている不公正な取引方法の中で、私的独占の予防規制として位置づけられていないもの（優越的地位の濫用）や、私的独占の予防規制として位置づけられるもののその違法性を明確にしうるもの（共同の取引拒絶、差別対価、不当廉売、再販売価格の拘束）に限り、新たに課徴金の対象としようとするものである。

課徴金の算定率は、優越的地位の濫用については、1%であり<sup>16</sup>、それ以外の 4 類型については、3%（製造業等との関係）、2%（小売業との関係）、1%（卸売業との関係）とされている<sup>17</sup>。

## ③ 主導的役割を果たした事業者に対する課徴金の割り増し

---

9 以下ではこれを「旧法」と呼ぶ。

10 一般指定第 1 号

11 一般指定第 3 号

12 一般指定第 6 号

13 一般指定第 12 号

14 一般指定第 14 号

15 共同の取引拒絶は法 2 条 9 項 1 号、差別対価は同 2 号、不当廉売は同 3 号、再販売価格の拘束は同 4 号、優越的地位の濫用は同 5 号に規定されることになった。

16 法 20 条の 6（継続してなされた優越的地位の濫用だけが、課徴金の対象となる）。濫用行為を受けた事業者と違反行為者との間の取引額に、この率を乗じて、課徴金を算定する。

17 これら四類型との関係では、違反行為に係る売上額等に、これらの率を乗じて、課徴金を算定する。

カルテル・入札談合等の不当な取引制限行為では、主導的役割を果たす者が存在することにより、当該行為の実行、継続が容易になるものと推測されている。そこで、そうした者の（違反）行為をより効果的に抑止するために、平成21年改正法は、これらの者に対する課徴金の算定率を通常の5割増しとすることにした（法7条の2第8項）。また、平成21年改正法は、他の事業者に対して違反行為をするように強要したり、違反行為を止めることを妨害した事業者には、課徴金の減免を認めないものとした（法7条の2第17項3号）。これは、そうした行為が、違反行為に対する主導的役割として典型的に想定できるものであることを踏まえた対応である。

#### ④ 課徴金減免制度の拡充

（平成17年改正法による）旧法下では、課徴金減免の対象となる者は、公取委による違反行為調査の開始前と開始後とで合わせて最大3社であった。これに対して、平成21年改正法は、この数を5社（但し、調査開始後は3社）に拡大した（法7条の2第11、12項）。これは、公取委による調査開始前に、公取委の下により多くの情報を提供させるための改正である。

また、平成21年改正法は、同一企業グループ内の複数の事業者による共同申請を認めることとした（法7条の2第13項<sup>18</sup>）。違反事業者からの公取委への申請は、違反事実の解明に資する情報を公取委に効率的に提供させるためであるが、同一企業グループ内の事業者の申請からは、実質的には同一の情報しか得られない可能性が高いことなどを考慮し、この制度が採用されたのである。

#### ⑤ 事業を承継した事業者に対する排除措置命令・課徴金納付命令

平成21年改正法は、違反行為をした事業者のみならず、合併等によって違反行為に係る事業を承継した事業者に対しても排除措置を命令することができる旨を明文化した（法7条2項）。また、合併以外の方法で違反行為に係る事業部門を承継した事業者が、所定の要件を充たす場合には、当該事業者に対して課徴金納付を命令することができる旨も明文化した（法7条の2第25項）。いずれの改正も、違反行為をした事業者が合併等を理由として排除措置命令ないし課徴金納付命令を僭脱しようとするのを防止するためである<sup>19</sup>。

18 同一企業グループ内の事業者であって、共同申請をした者には、同一の順位が与えられる。

19 （平成17年改正法による）旧法下では、旧法7条の2第24項の規定を除いては、この種の潜脱防止規定は存在しなかった。

## ⑥ 除斥期間の延長

平成 21 年改正法は、独禁法違反の行為が無くなってから排除措置命令・課徴金納付命令を発することができるまでの期間（「除斥期間」）の上限を、それまでの 3 年間から 5 年間に延長した（法 7 条 2 項、7 条の 2 第 27 項、20 条の 7）。これは、3 年を超えた除斥期間の設定が国際的な潮流であること<sup>20</sup>を踏まえ、そうした動向に合わせるための改正である<sup>21</sup>。

### 3-3 不当な取引制限等の罪に係る懲役刑の引き上げ

平成 21 年改正法は、不当な取引制限等の罪に係る懲役刑の上限を、従前の 3 年から 5 年に引き上げた（法 89 条 1 項）。これは、我が国における他の経済犯罪に対する懲役刑の上限には、より高いものが存在するに至っている状況<sup>22</sup>、並びに諸外国の競争法においても、拘禁刑の上限がより高いものであることを踏まえた改正である。

この改正により、独禁法違反として起訴された自然人との関係では、従前と比較して、執行猶予が認められにくくなる事態が想定される。執行猶予は、被告人に対して 3 年以下の懲役が言い渡される場合にしか認められないが（刑法 25 条）、改正法により、被告人には、3 年を超えた懲役刑の言い渡しが可能となるからである。これにより、自然人に対する独禁法上の罰則が持つ抑止力ないし威嚇力は、実質的に相当強化されたと言いうことができよう<sup>23,24</sup>。

---

20 アメリカ合衆国では 5 年間が、また EU では、調査開始までは 5 年間、措置の発令までは最長で 10 年間の除斥期間が認められている。

21 平成 21 年改正法により、新たに課徴金の対象とされる排除型私的独占と不正な取引方法についても、それらに対する課徴金納付命令の除斥期間は 5 年とされる。

22 例えば、金商法の下では、一定の犯罪に対しては 10 年以下の懲役刑を科すことが可能である。

23 名古屋地下鉄入札談合事件に関する名古屋地判平成 19 年 10 月 15 日（判タ 1284 号 341 頁）では、被告人に対して懲役 3 年、執行猶予 5 年の判決が下された（確定）。旧法の下での自由刑の最長期間が宣告されたということは、独禁法違反に対する社会的非難が、今日、極めて厳しいものへと変質してきていることを伺わせるものである。平成 21 年改正法は、こうした動向にも配慮したものだと言えよう。

24 なお、懲役刑の上限が 5 年とされたことに伴い、公訴時効も、従前の 3 年から 5 年とされることになる（法人に対する罰金刑に係る公訴時効についても、同様である。法 95 条 4 項参照）。

25 衆議院経済産業委員会及び参議院経済産業委員会の附帯決議による

## 4 審判制度の見直し

平成 21 年改正法附則 20 条 1 項は、政府が審判制度の全面的見直しを平成 21 年度中に行い、その結果に基づいて所要の措置を講ずべきことを規定している。また、平成 21 年改正法に係る附帯決議では、この「検討の結果として、現行の審判制度を現状のまま存続することや、平成 17 年改正以前の事前審判制度へ戻すことのないよう、審判制度の抜本的な制度変更を行うこと」とされている<sup>25</sup>。こうして、近い将来において、審判制度には抜本的な変更が加えられるものと思われる。現在の段階では、経済法学者のグループからは平成 17 年改正前の事前審判制の復活が、日本弁護士連合会および経済同友会の意見書においては事前審判制と直接的地裁提訴の選択制が、経団連および経済産業省からは一部審判と一部地裁提訴との振り分け制が主張されている<sup>26</sup>。このなかでは、不当な取引制限と不公正な取引方法については地裁への取消訴訟の提訴、私的独占と企業結合については事前審判制へ移行させる立場が一番有力だとされている<sup>27</sup>。

## 5 平成 22 年改正案の内容

### 5-1 独占禁止法改正案の審議過程

平成 22 年 3 月 12 日、公正取引委員会が行う審判制度の廃止等を主な内容とする、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律案が第 174 回通常国会に提出された。同法律案は、同年 6 月 16 日、衆議院において閉会中審査とされた。続く第 175 回臨時国会及び第 176 回臨時国会においても閉会中審査とされ、第 177 回通常国会において、平成 23 年 1 月 24 日、衆議院経済産業委員会に付託されたが、その後、平成 23 年 8 月 31 日に衆議院において閉会中審査とされ、続く第 178 回臨時国会において、同年 9 月 30 日に閉会中審査とされた。さらに、179 回通常国会では、再度、衆議院において継続審議されている。

---

26 松下満雄「公正取引委員会審判制度改革の方向」NBL 898 号 14 頁以下参照。

27 村上政博「2008 年改正法案を中心とする独禁法の最新動向」ビジネス法務 2008 年 6 月号 38 頁以下参照。

## 5-2 法案の概要

### (1) 改正の要綱

- ① 公正取引委員会が行う審判制度を廃止し、公正取引委員会の行政処分（排除措置命令等）に対する不服審査については、抗告訴訟として東京地方裁判所において審理することとする。
- ② 公正取引委員会が行政処分（排除措置命令等）を行う際の処分前手続として、行政手続法上の聴聞手続における手続保障の水準を基本とした意見聴取手続を行うこととする。

### (2) 審判制度の廃止

- ① 公正取引委員会が行う審判制度を廃止する。（現行法第 52 条から第 68 条まで他）
- ② 公正取引委員会の認定した事実は、これを立証する実質的な証拠があるときには、裁判所を拘束する旨の実質的証拠法則（現行法第 80 条）を廃止する。
- ③ 公正取引委員会が審判手続において正当な理由なく当該証拠を採用しなかった場合等に限り、被処分者は裁判所に対して新たな証拠の申出をすることができる旨の新証拠提出制限規定（現行法第 81 条）を廃止する。

### (3) 排除措置命令等に係る訴訟手続の整備

- ① 審判制度の廃止に伴い、公正取引委員会の行政処分（排除措置命令等）に対する不服審査（抗告訴訟）については、その第一審機能を地方裁判所に委ねる。
- ② 裁判所における専門性の確保のため抗告訴訟の第 1 審を東京地裁のみとする（東京地裁への管轄集中）（改正法第 85 条）これは、独占禁止法違反事件が、複雑な経済事案を対象とし、法律と経済の融合した分野における専門性の高いものであるという特色があることを踏まえ、公正取引委員会の行政処分（排除措置命令等）に係る抗告訴訟については、東京地方裁判所の専属管轄とし、判断の合一性を確保するとともに裁判所における専門的知見の蓄積を図ることを目的とするものである。
- ③ 東京地方裁判所（第一審）においては、排除措置命令等に係る抗告訴訟については、3 人の裁判官の合議体により審理及び裁判を行うこととする。また、5 人の裁判官の合議体により審理及び裁判を行うこともできることとする。控訴審である東京高等裁判所においては、3 人の裁判官の合議体により審理及び裁判が行われるが、5 人の裁判官の合議体によ

り審理及び裁判を行うことができることとする。

ただし、刑事事件については、従来どおり、各地方裁判所が第1審としての管轄権を有することとする。

#### (4) 排除措置命令等に係る意見聴取手続の整備

現在の事後審判制を廃止しつつ、審決発出の事前手続としての排除措置命令の対象者からの意見聴取の手続をより充実させ、行政手続法における事前の聴聞手続という位置づけとし、指定職員（手続管理官）が主宰する意見聴取手続の制度を整備する。（改正法第49条以下）

##### ① 意見聴取手続の主宰者

意見聴取は、公正取引委員会が事件ごとに指定された職員（指定職員＝手続管理官（仮称））が主宰し、論点を整理することとする。（改正法第53条）

##### ② 審査官等による説明（改正法第54条第1項）

指定職員は、審査官その他の当該事件の調査に関する事務に従事した職員に、予定される排除措置命令等（予定される排除措置命令の内容、公正取引委員会認定した事実、法令の適用、主要な証拠）を、意見聴取期日に出頭した当事者（排除措置命令の名宛て人となるべき者）に対して説明させなければならない。

##### ③ 代理人の選任（改正法第51条）

当事者は、意見聴取手続に当たり、代理人を選任することができる。

##### ④ 意見聴取の期日における意見申述、審査官等に対する質問（改正法第54条第2項）

当事者は、期日に出頭して、意見を述べ、及び証拠を提出し、並びに指定職員の許可を得て審査官等に対して質問を発することができることとする（当事者は、期日への出頭に代えて、陳述書及び証拠を提出することもできる。）。

##### ⑤ 指定職員による調書・報告書の作成（改正法第58条、第60条）

指定職員は、意見聴取の期日における当事者の意見陳述等の経過を記載した調書・当該意見聴取に係る事件の論点を整理して記載した報告書を作成し、公正取引委員会に提出することとする。公正取引委員会は、排除措置命令に係る議決をするときは、指定職員から提出された調書及び報告書を十分に参酌しなければならないこととする。



(5) 公正取引委員会の認定した事実を立証する証拠の閲覧・謄写（改正法第 52 条）

① 閲覧 当事者は、意見聴取の通知を受けた時から聴取が終結するまでの間、意見聴取に係る事件についての公正取引委員会の認定した事実を立証する証拠の閲覧を求めることができることとする。

② 謄写 当事者は、閲覧の対象となる証拠のうち、自社が提出した物証及び自社従業員の供述証拠については、謄写を求めることができることとする。

(6) 課徴金納付命令・競争回復措置命令についての準用

排除措置命令に係る(4)(5)の手続は、課徴金納付命令及び独占的状态に係る競争回復措置命令についても準用することとする。

(7) 附則

① 公布の日から起算して1年6月を超えない範囲内で政令で定める日から施行すること。

② この法律の公布後1年を目途に、必要があると認めるときは、所要の措置を講ずるものとする。

## 6 法案に対する評価

以下では、平成 22 年改正案に対する私の評価を簡単に述べることにしたい。

**6-1** わが国の公正取引委員会における審判制度は、アメリカの FTC の制度にならって導入されたものである。しかし、アメリカの制度では審判官（Administrative Law Judge ALJ）が委員会の外部から選任されるという制度設計となっていた。これに対して、わが国では事前審判制、事後審判制のいずれの場合も同じ公取内部の職員を審査官と審判官とに分けるという制度がとられてきた。もちろん、そこでは審判官の独立性がみとめられること、審判官に裁判官や弁護士を任命するなどの公正・公平を保持するための制度改革は行われてきたが、結局は、最終的に公取という行政機関の発出する審決に集約される点で

は審決のもつ中立性という点に疑問が残ると言わざるを得なかったといえよう。

**6-2** 他方、事前審判制には、審査の引き延ばしによるごね得の弊害や、なによりも審査に時間がかかりすぎるといふ欠点が指摘されていた。そこで、平成17年改正は、事後審判制をとり、事前手続として違反事実の通知と対象者の意見陳述の機会を認め、不服があれば事後審判で争うという制度に切り替えたのである。この改正によって、審査機関は明らかに短縮されたし、課徴金の不納付については利息を徴収する等により執行力は強化されたといえよう。

**6-3** しかし、公取が、いわば検察官と裁判官の二役を演じるという江戸時代の糺問手続にも似た審判制度は、経済界や弁護士会から常に批判され続けてきなのである。それゆえ、今回の改正案は、いわば歴史の必然的産物であるともいえよう。今回の改正内容を簡単にいえば、審判官審判を委員会審判制度に改めたものである。そして、その事前手続も、行政手続法における事前の聴聞として位置づけられたといえる。それは、アメリカ型からEU型の聴聞手続への移行と評することもできよう。

**6-4** 注目すべきは、行政手続法における事前の聴聞と比べて、今回の事前手続は、より当事者の防御権を保障する内容となっていることである。まず第1に、代理人の選任が許されることとなった。代理人には大抵の場合弁護士が選任されるであろうから、長年問題となってきた弁護士の秘匿特権も認められることとなると解してよいであろう。第2に、手続管理官（指定職員）が、事前に当事者の意見も聞き論点（争点ではない）整理をして、これを公正取引委員会に報告し、委員会はこの報告を参酌すべきこととなった。これは、裁判所における抗告訴訟の争点整理の役目を果たすと同時に裁判所の負担を軽減するのに役立つであろう。第3に、行政手続法における聴聞が許認可の取消のような場合を除いて任意的なものとなされ、金銭的不利益を与える場合には弁明の機会を与えるべきものとされていることと比較すれば、今回の事前手続は、当事者の防御の機会を強く保障したものと見てよい。

**6-5** 次に注目すべきは、実質的証拠法則の撤廃である。これにより審決を争う抗告訴訟

において当事者は自由に証拠を提出することができる。しかし、このことは、同時に公取についても妥当するのであるから、直ちに審決対象者の利益とまでいえるかは疑問であろう。

**6-6** 最後に、審決の争訟手続が東京地裁に移ることによって、これまで公取が担ってきたルールメイキング機能が無くなるのではないかとの懸念もある。しかし、その機能は、今後東京地裁によって担われるのであり、問題はないと思われる。ただ、これまでの公取の審判は、いわば定型的な判断であり裁量権を行使する余地のないものであった。これに対して、行政訴訟においては行政裁量により審理の結論をより柔軟なものとする可能性も残されている。さらには、行政行為の公定力の見地からは、執行停止が認められない限り訴訟中であっても行政行為は執行力を持つのが原則である。これらの行政訴訟に特有の諸原理が、公取の審決に対する抗告訴訟という形で争われる場合、今後どのような変化を生じさせるのかは、いまだ未知数である。

(西田典之)

## 7 改正法の成立

5と同様の内容からなる改正独禁法案は、平成25年12月7日、第185回国会において、成立し、12月13日から公布された。その施行期日は、公布日から起算して1年6月を超えない範囲内で政令で定める日である。

(今井猛嘉)

## VI 電子計算機使用詐欺罪についての覚書

—債務免脱型の不法利得を中心として—

### 1 昭和 62 年の刑法一部改正

—いわゆるコンピュータ犯罪立法の概要—

#### 1-1 昭和 62 年改正の概要

周知のように、刑法 246 条の 2（電子計算機使用詐欺罪、以下では、電算機使用詐欺罪という）は、昭和 62（1987）年の刑法の一部改正（法 52 号）により新設された罰則である。同時に、161 条の 2（電磁的記録不正作出・供用罪）と 234 条の 2（電子計算機損壊等業務妨害罪）が新設されるとともに、7 条の 2 に電子計算機の定義規定が置かれた。さらに、これと関連して、国外犯処罰規定（2 条 5 号、3 条 3 号）、公正証書原本不実記載罪（157 条 1 項）、偽造公文書行使罪（158 条 1 項）、公用文書毀棄罪（258 条）、私用文書毀棄罪（259 条）につき所要の改正が行われた<sup>1</sup>。

このうち、161 条の 2 は可視性・可読性を要件とする従来の文書概念からは、間接的可読性を有するとはいえ電磁的記録を「文書」とすることの疑義を払拭するために新設されたものである。改正前の判例には、キャッシュカードの磁気ストライプ部分の改ざんにつきカードリーダーによる間接的可読性を理由に私文書偽造罪の成立を肯定した裁判例や虚偽の申立てにより自動車登録ファイルを作成させた行為につき理由づけ無しに公正証書原本不実記載罪の成立を肯定した最高裁決定などもあったが<sup>2</sup>、学説からの批判が強かったことが考慮されて改正されたものである。次に、234 条の 2 は高度情報化社会の到来に伴い、金融、製造、通信、交通、医療等の様々な社会生活の分野において、業務の処理におけるコンピュータへの依存性が飛躍的に増大したため、コンピュータシステムの損壊等が業務

- 
- 1 その包括的な解説として、米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』（1988 年）があるほか、立法当時の批判的解説として、特集「コンピュータ犯罪と刑法改正」ジュリ 885 号（1987 年）、特集「コンピュータ犯罪とデータの保護」刑法雑誌 28 巻 4 号（1988 年）などがあり、私も論文を寄稿している。西田典之「コンピュータの不正操作と財産犯」ジュリ 885 号 16 頁以下、同「コンピュータと業務妨害・財産罪」前掲刑法雑誌 511 頁以下参照。
  - 2 大阪地判昭和 58・9・9 判時 1067 号 159 頁、最決昭和 58・11・24 刑集 37 巻 9 号 1538 頁参照。

の遂行を阻害する度合いも深刻・重大なものとなった。本罪は、このような結果の重大性を考慮して刑を加重したものである。最後の電算機使用詐欺罪については、本稿のメインテーマであるから後に述べることにする。ただここで、もう一点確認しておくべきことは、当時の法制審議会刑事法部会では、コンピュータデータすなわちコンピュータ情報の不正入手の犯罪化も議論されたが、なお時期尚早であるとして見送られこと、それゆえ、昭和62年改正の各条文では、情報侵害を構成要件に取り込まないように、その文言において細心の注意が払われているということである。このことは、161条の2にいう「人の事務処理を誤らせる目的」、246条の2にいう「財産権の得喪、変更に係る電磁的記録」という文言に現れている<sup>3</sup>。

## 1-2 情報の刑事法的保護—とくに営業秘密とクレジットカード情報の保護

以上のような次第で、コンピュータ犯罪としての情報侵害罪は長い間立法の主題となることはなかった。このため刑事実務においては、従来通り、営業秘密を内容とする紙媒体を一時持ち出してコピーしたうえ元の場所に戻しておく行為を窃盗、詐欺、業務上横領として処罰したり<sup>4</sup>、コンピュータ情報を企業の所有に係るコピー用紙にプリントアウトして持ち出す行為を窃盗で処罰するしかなかったのである<sup>5</sup>。

この間、コンピュータウィルスの送信・感染、コンピュータ情報の改ざんや不正入手という処罰の間隙を埋めるために立法されたのが、平成11年に制定された「不正アクセス行為等の禁止等に関する法律」(法128号)である。これは、ネットワーク犯罪の、いわば入り口での不正アクセス行為を処罰の対象とすることにより、不正アクセス以後の反社会的

---

3 米澤・前注(1)(鶴田六郎・横畠祐介)82頁では、246条の2について「本条に規定する方法によって、それ自体資産価値があるとされる企業のいわゆるノウハウや有料データベース中の有料情報を入手する場合が考えられないでもないが、このようなノウハウや有料情報を不正入手すること自体によって得られる利益と、被害者側における情報自体の価値の減少とは必ずしも対応するものではなく、財産上の利益が被害者の不利益において犯人に移転したとはいえないから、この種情報の不正入手そのものをもって詐欺罪や窃盗罪と同程度の当罰性を有する財産上不法の利益に当たるとするのは困難であろう。」と説明されている(米澤・前注(1)(的場純男)131頁)。

4 窃盗とした例として東京地判昭和55・2・14判時957号118頁(建設調査会事件)、業務上横領とした例として東京地判昭和60・2・13判タ552号137頁(新潟鉄工事件)などがある。

5 東京地判平成9・12・5判時1634号155頁(城南信用金庫事件)

行為を抑止しようとするものであり、応急措置的な感じは免れないものかなりの効果を挙げてきているといえよう<sup>6</sup>。

また、平成13年には、偽造のクレジットカードによる財産犯が激増し被害額も甚大なものとなったため、これに対応すべく、刑法典「第18章の2 支払用カード電磁的記録に関する罪」(163条の2~163条の5)が新設され(法97号)、クレジットカードやキャッシュカードの電磁的記録部分の不正作出・供用、偽造カードの所持、カード情報の不正取得行為(いわゆるスキミング)等が処罰されることとなった。これもひとつの情報犯罪といえる。次に、平成15年には、「個人情報保護に関する法律」(法57号)が制定されて情報保護立法の先駆けとなった。さらに、国家経済戦略としての知的財産権保護の重要性が認識され、政府の知的財産戦略の一環として、平成21年には不正競争防止法が改正され(法30号)、平成17年に初めて導入された営業秘密侵害罪の処罰範囲が大きく拡大された<sup>7</sup>。改正後の同法21条は、それまでの「不正競争の目的」を「不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的」で行われる、ほぼ全ての営業秘密の不正な取得行為を「10年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金、又はこれを併科する」ものとしており、営業秘密侵害罪は従来のような競争秩序違反罪というより情報領得罪という財産犯としての色彩を強く持つに至っている<sup>8</sup>。

最後に、後に述べる債務免脱型の電算機使用詐欺罪とも関係する割賦販売法の改正がある。すでに述べたように、クレジットカード等の電磁的記録部分の不正作出については平成13年の刑法改正によって手当がなされた。しかし、そこでのカードの電磁的記録部分の不正作出・供用のみが処罰対象とされるに止まり、カード自体に刻印されているカード番号、氏名、有効期限などのカード情報については、その盗用、漏示について処罰する規定は存在しなかったのである。他方で、インターネットの普及によりクレジットカードによ

---

6 犯罪白書(平成21年度版)34頁によれば、同法違反行為の検挙件数は平成16年に142件であったものが平成20年には1740件となっている。

7 平成15年改正の後も、平成17年、18年にも営業秘密侵害罪の処罰範囲や法定刑は拡充されている。島田聡一郎「不正競争防止法における営業秘密侵害罪の意義、機能、課題」L&T30号(2006年)14頁以下参照。

8 改正の経緯と内容については、土肥一史「営業秘密侵害罪に関する不正競争防止法の改正について」ジュリ1384号(2009年)81頁以下、「刑事罰による営業秘密の保護と不正競争防止法の変遷」中京法学第44巻第3・4合併号(2010年)79頁以下参照。

る非対面型の取引（いわゆるネット取引、電子商取引）は急増している。その際に必要とされるのは、カードの電磁的記録ではなく、まさにカードに刻印された情報であるために、その刑事法的保護の必要性が痛感されるようになったのである。これを受けて、平成 20 年の割賦販売法の改正（法 74 号）により新設された 49 条の 2 は、次のように規定している<sup>9</sup>。

「クレジットカード等購入あつせん業者、立替払取次業者若しくはクレジットカード番号等保有業者又はこれらの役員若しくは職員若しくはこれらの職にあつた者が、その業務に関して知り得たクレジットカード番号等を自己若しくは第三者の不正な利益を図る目的で、提供し、又は盗用したときは、三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

2 人を欺いてクレジットカード番号等を提供させた者も、前項と同様とする。クレジットカード番号等を次の各号のいずれかに掲げる方法で取得した者も、同様とする。

一 クレジットカード番号等が記載され、又は記録された人の管理に係る書面又は記録媒体の記載又は記録について、その承諾を得ずにその複製を作成すること。

二 不正アクセス行為（不正アクセス行為の禁止等に関する法律（平成十一年法律第二百二十八号）第三条に規定する不正アクセス行為をいう。）を行うこと。

3 正当な理由がないのに、有償で、クレジットカード番号等を提供し、又はその提供を受けた者も、第一項と同様とする。正当な理由がないのに、有償で提供する目的で、クレジットカード番号等を保管した者も、同様とする。

4 前三項の規定は、刑法その他の罰則の適用を妨げない。」

この改正は、インターネット等による非対面型のクレジットカード取引における「なりすまし」よる犯罪行為を防止するための有力な効果を持ちうるとされるが、盗難や拾得に係るカード情報の不正利用については、なお刑法によって対応するしかない。それもあって、本条第 4 項は刑法の適用を妨げない旨を規定したのである。その主要な局面が、本稿の主題である電算機使用詐欺罪である。

---

9 改正法 49 条の 2 については、乃田昌幸＝中崎隆「クレジットカード番号等の不正取得等に関する罪」金融法務事情 1851 号（2008 年）30 頁以下、杉山貴史「割賦販売法におけるクレジットカード番号等の不正取得等に関する罪」研修 729 号（2009 年）49 頁以下参照。

## 2 電子計算機使用詐欺罪

### 2-1 刑法 246 条の 2

昭和 62 年改正により新設された刑法 246 条の 2 は次のように規定している。

「前条に規定するもののほか、人の事務処理に使用する電子計算機に虚偽の情報若しくは不正な指令を与えて財産権の得喪若しくは変更に係る不実の電磁的記録を作り、又は財産権の得喪若しくは変更に係る虚偽の電磁的記録を人の事務処理の用に供して、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者は、十年以下の懲役に処する。」なお、未遂も処罰される（250 条）。

以下では、その立法の必要性、246 条の 2 の詐欺罪における位置づけと構造をごく簡単に説明したうえで、主として同条前段の罪について、これを積極利得型と債務免脱型との順序で検討する。その際、本稿の副題にもあるように、債務免脱型についての私見をやや詳しく展開することにした。

### 2-2 立法の必要性

コンピュータシステムの普及により、多くの取引決済が人の判断作用を介在させることなく、コンピュータにより自動的に処理されるようになったが、本条はこのようなシステムを悪用する新たな財産侵害行為に対処するためにより設けられたものである。

たとえば、他人のキャッシュカードを不正に利用して、ATM 機から預金を引き出す行為は金融機関を被害者とする窃盗罪として処罰しうる<sup>10</sup>。しかし、ATM 機により他人の預金を自己の口座に振替送金する行為は、それだけではいまだ「財物」を取得したとはいえないために窃盗たりえない。また、金融機関の職員による自己の口座への架空入金データの入力のような不正行為も、事実上自由に処分しうる財産上の利益を得たといえるにもかかわらず、コンピュータの不正操作の段階では人の判断作用が介在しないために、欺罔・錯誤の要件が欠け、2 項詐欺罪は成立しないと解さざるをえなかった<sup>11</sup>。本条は、こ

10 東京高判昭和 55・3・3 判時 975 号 132 頁、札幌地判昭和 59・3・27 判時 1116 号 143 頁など参照。

11 大阪地判昭和 57・7・27 判時 1059 号 158 頁＝三和銀行茨木支店事件参照。これは、銀行の職員がコンピュータの端末から総額 1 億 8000 万円の不正な架空入金データを入力したが、現実に払戻を受けた 1 億 3000 万円についてしか詐欺罪による処罰ができなかった事例である。



のような処罰の間隙を埋めるために新設されたものである<sup>12</sup>。

本罪は、「財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者は」という文言からも明らかのように、不法利得罪である。そして、本罪が詐欺罪の次に置かれ、その法定刑も10年以下の懲役であること、さらには、本条に「前条に規定するもののほか」という文言のあることに鑑みれば、本罪は、基本的には246条2項の詐欺利得罪の補充類型であるといつてよい。それは、2項詐欺罪における欺罔・錯誤の要件を不要とすることによって、「機械は錯誤に陥らない」という詐欺罪不成立の根拠を立法的に除去したものといえよう。したがって、たとえば、入金伝票を偽造して処分権限のある為替係員を欺き、コンピュータにより架空の送金処理をさせたような場合には、本罪ではなく、246条2項の詐欺利得罪が成立することになるのである<sup>13</sup>。

### 2-3 電算機使用詐欺罪の構造

本条の行為類型は前段と後段に分かれる。

#### (ア) 備え付け型の電子計算機の電磁的記録

前段は、コンピュータに「虚偽の情報」「不正な指令」を与えて「財産権の得喪若しくは変更に係る不実の電磁的記録」を作成し、これによって自己または第三者に財産上の利益を得せしめる行為である。ここでいう「不実の電磁的記録」とは、「財産権の得喪、変更の事実又はその得喪、変更を生じさせるべき事実を記録した電磁的記録であって、一定の取引場面において、その作出（更新）により事実上当該財産権の得喪・変更が生じることとなる」<sup>14</sup>ものを意味するから、銀行等の顧客元帳ファイルにおける預金残高記録などがこれに当たる。「虚偽の情報」とは、当該コンピュータシステムにおいて予定されている事務処理の目的に照らし、その内容が真実に反する情報をいう<sup>15</sup>。たとえば、すでに述べた預金の不正な付け替え、架空入金データの入力等がその例である<sup>16</sup>。次に「不正の指令」の例と

12 米澤・前注(1)〔的場〕113頁以下、西田典之「コンピュータの不正操作と財産犯」ジュリ885号(1987年)16頁以下参照。

13 米澤・前注(1)〔的場〕136頁参照。その例として、大阪地判昭和63・10・7判時1295号151頁がある。

14 米澤・前注(1)〔的場〕118頁。

15 米澤・前注(1)〔的場〕121頁。この点についても議論があるが後述する。

16 預金、貸付、送金依頼等なんらかの原因関係を伴わない入金・送金処理は、たとえ金融機関の支店

しては、プログラムを改変することにより、自己の口座への不実の振替入金を実現する場合等が考えられよう。

#### (イ) 積極利得型と債務免脱型

前段の行為は、さらに、積極利得型と債務免脱型に分けられる。

まず積極利得型の典型例は、すでに述べたキャッシュカードの不正利用による預金の付け替えや架空の入金データの入力である。そこでは、真実に反するデータの入力が「虚偽の情報」に当たり、その結果改変された顧客元帳ファイル上の口座残高記録が「不実の電磁的記録」であり、そのことによって事実上預金を自由に処分できるに至ったことが「財産上不法の利益」に当たることになる<sup>17</sup>。最近では、銀行や証券会社におけるホームバンキングやホームトレード、サイバーモールにおけるインターネットショッピングなど様々な形態の電子商取引が展開されるようになったため電算機使用詐欺罪の適用についても多くの問題を生じているが、ここでは省略し、後に債務免脱型を検討する際に、その一部に触れることにする<sup>18</sup>。次に、債務免脱型としては、各種課金ファイルの改ざん、架空の弁済データの入力、借入金データの消去等が考えられる。また、他人のID番号とパスワードを

---

長のような包括的権限者によってなされる場合でも、虚偽の情報にあたるとした裁判例として東京高判平成5・6・29 高刑 46 卷 2 号 189 頁＝神田信金事件がある。その評釈として、西田典之「判批」判時 1515 号（1995 年）252 頁以下参照。

17 積極利得型の事例としては、前述の神田信金事件のほか、①預金・為替業務に従事する銀行員である被告人が、顧客 A が預金通帳等を貸金庫に預けたままにしているのを利用し、新たに A 名義の普通預金通帳を作成し、これを使用してオンラインシステムの端末機を不正に操作し、顧客の口座から自己の口座および第三者の口座に合計 160 万円を振替入金した事例（大阪地判昭和 63・10・7 判時 1295 号 151 頁）、②信用金庫の為替係の職員であった被告人が、X と共謀の上、オンラインシステムの端末機を不正に操作し、実際には振込依事例（東京地八王子支判平成 2・4・23 判時 1351 号 158 頁）、③電話回線に接続したパソコンを操作して銀行のオンラインシステムに虚偽の振込送金情報を入力し、他の預金者の口座から共犯者らの口座に合計 16 億 3000 万円を付け替えた事例（名古屋地判平成 9・1・10 判時 1627 号 158 頁）、④窃取したクレジットカードの情報をクレジット業者の電子計算機に送信し、名義人本人が購入したとする財産権の得喪に係る不実の電磁的記録を作り、携帯電話で利用する約 11 万円相当の電子マネーの利用権を取得した事例（最決平成 18・2・14 刑集 60 卷 2 号 165 頁）などがある。ただし、④の判例は、後に述べる債務免脱型とも理解できるため後に詳しく検討する。

18 この点につき、たとえば、横山哲夫「電子商取引の現状と課題」法律のひろば（2002 年 6 月号）11 頁以下、吉川達夫編『電子商取引法ハンドブック』（2008 年）参照。

無断で使用しデータベースを利用する行為も、その他人が利用したものとして課金ファイルの記録が変化し、その結果、不正利用者は事実上利用代金の請求を免れるから、債務免脱型の電算機詐欺が成立すると考えることが可能である。しかし、この点は異論も多いので後に別途検討する。

#### (ウ) 携帯型の電磁的記録

本条後段は、「財産権の得喪若しくは変更に係る虚偽の電磁的記録を人の事務処理の用に供して」自己または第三者に財産上の利益を得させる行為である。その典型例としては、内容虚偽のプリペイドカードやICカードを作成・使用して不法にサービスの提供を受け代金の支払いを免れる行為が考えられよう。たとえば、偽造・変造のテレホンカードで公衆電話を利用する行為、偽造のスイカカードでJRの電車を不正に利用する行為等がこれにあたる。

### 3 債務免脱型の電算機使用詐欺罪の検討

#### 3-1 問題の所在

以上のことを前提として、本稿の主題である債務免脱型の電算機詐欺罪の問題を検討することにしよう。すなわち、本稿はすでに述べたように「他人のID番号とパスワードを無断で使用しデータベースを利用する行為も、その他人が利用したものとして課金ファイルの記録が変化し、その結果、不正利用者は事実上利用代金の請求を免れるから、債務免脱型の電算機詐欺が成立すると考えることも可能」であるという見解をとる。これに対して、立法時の解説によれば、これと反対の見解がとられていた。「有料データベースの利用料金を契約者本人に請求させ自らは支払を免れる目的で、他人のID番号及びパスワードを使用してデータベースを不正に利用する行為は、……不実の記録に基づいて財産上の利益を得たとはいいがたいであろう。すなわち、……これは、契約者を装ってそのID番号及びパスワードを電子計算機に入力したこと自体によって得られたものであって、不実の記録に基づいて得たものとはいえない。他方、正規の利用料金の支払を免れるという意味での財産上の利益についていえば、データベースの利用契約においては、契約者のID番号及びパスワードを使用してなされた利用については、契約者が当然料金を支払うべきものとされているため、不正利用者は、データベースとの関係で不実の記録に基づき料金支払を

免脱したのではなく、契約者本人との関係で不実の記録とは無関係に不法行為による損害賠償義務を事実上免れたに過ぎないと見るべき場合が多いと思われる。また、このように考えると、他人の電話機を無断で使用する場合と同様、データベースの課金ファイルに作出される記録は、当該 ID 番号の客観的な使用度数そのものを記録しているものであって、不実の記録が作出されたとはいえないと見る余地もあろう。」という見解がそれである<sup>19</sup>。

この見解の前半部分は正当である。それは、拾得または窃取した他人のスイカカードを利用して JR を利用し運行の利益を得たためカード残高の電磁的記録が変化（減少）したとしても、それは利用の結果であって「不実の電磁的記録」の作出自体による財産的利得と見ることはできないからであると同様である。しかし、後半部分（下線部分）については疑問である。この点について、私は、すでに立法時から「使用料金の決済が電子計算機によって処理されている場合、その課金ファイル上に、あたかもパスワードの本来の保有者が利用したかのような記録が残るときは、債務免脱型の不法利得として、本条前段にあたることになる。」との指摘<sup>20</sup>をしておいたが、さらに、立案担当者による「この論理を認めるとすれば、拾得した CD カードによる預金の付け替えも、それが契約者の CD カードと暗証番号を利用して行われている以上本罪にあたらぬことになるのではないかという疑問が残る。」との批判<sup>21</sup>が妥当すると思われるからである<sup>22</sup>。以下では、この問題に関係

19 米澤・前注(1)〔的場〕131頁—132頁。同様の見解は、河村博「コンピュータ犯罪」平野龍一ほか編『注解特別刑法補巻(1)』(1990年)47頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第13巻(第2版)』(2000年)(鶴田六郎)167頁があるが、これらは当時の立法担当者の執筆に係るものであるから当然といえよう。この他の否定説として、山口厚『刑法各論(第2版)』(2010年)276—277頁、同「電子取引と刑法」ジュリ1183号(2000年)71頁以下、同「情報・サービスの不正取得と財産犯の成否」研修647号(2002年)3頁以下、神山敏雄「コンピュータ犯罪」阿部純二ほか編『刑法基本講座第5巻財産犯』(1993年)64頁以下、堀内捷三「コンピュータ犯罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開(各論)』(1996年)151頁などがある。神山・前掲65頁は、この行為により獲得されたものが情報であり、失われたものが預金であるから「物質同一性」(いわゆる素材の同一性のことであろう)が存在しないことを理由とするが、不正利用行為により、課金ファイル上に本来の権利者が利用したという「不実の電磁的記録」が作出されることにより、権利者は債務を負担し、不正利用者は債務の負担・支払を免脱するのであるから素材の同一性は当然に肯定できると思われる。

20 西田・前注(1)刑法雑誌60頁注(36)。

21 西田典之『刑法各論(第5版)』(2010年)212頁。この批判は初版(1999年)以来変わっていない。

する裁判例を検討しつつ、本稿の主張をより詳細に展開することにした。

### 3-2 裁判例の検討

#### ① 水戸地土浦支判平成5・5・27 公刊物未登載<sup>23</sup>

これは、他人の電話回線の配線盤に電話機様の器具を接続させて、自己の開設したダイヤルQ2の番組に電話をかけ、NTTからその情報料金を自己の口座に振り込ませた事案につき、加入電話回線を通じてダイヤルQ2用のコンピュータに対し「実際には（電話契約者以外の）本来の使用権者でない者が使用しているのに、使用権者が使用した」という情報を与えたことが「不正の指令」を与えたものにあたるとして本罪の成立を認めたものである。ここでは明らかに他人の電話回線（電話機）の無断かつ不正な使用の結果作出された通話の課金ファイルが本条前段にいう「不実の電磁的記録」と判断されているといえよう。

#### ② 東京地判平成7・2・13 判時1529号158頁

これは、(当時の) KDDの料金着信払いサービスを利用して、外国との電話回線に接続させた後、パソコンからの不正信号により、この申込みを取り消しながら同時に外国の電話交換システムからKDDへの取消信号の送信を妨害することにより、KDD、外国の電話会社いずれも自らが課金すべき通話であると認識させないようにして通話をし、通話料の支払いを免れたという事案に関し、本条前段の成立を認めた事例である。そこでは、料金着信払いサービスを利用する意思がないのに、これを利用する旨の番号を送出したことが「不正の指令」に当たり、KDDの課金システムに料金着信払いの通話である旨のファイルを作成させた点が、「不実の電磁的記録」に、「国際通話料金相当額の支払を免れ」たことが「財産上不法の利益」に当たるとされている<sup>24</sup>。

---

22 結論的に本罪の成立を肯定する見解も増加しているが、後に、関連判例を検討する際に言及する。一般的な肯定説として、佐久間修「電子取引と刑法」高橋和之＝松井茂記＝鈴木秀美編『インターネットと法（第4版）』（2010年）231頁以下参照。

23 大森良明「不正通話によるダイヤルQ2情報料領得と電算機使用詐欺罪の成否」警察公論48巻11号（1993年）81頁以下に紹介がある。本稿の引用もこれによるものである。

24 この裁判例を支持する見解として、奥村正雄「判批」佐々木史朗編『判例経済刑法大系（3）』（2000年）385頁、井上宜裕「判批」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選刑法Ⅱ各論（第6版）』（2008年）114頁、「通話料金のみを捉えてコンピュータ詐欺罪を適用した本判決には疑問が残る」

この裁判例に対して、「自己の課金ファイルを不正に改ざんして料金の支払いを免脱するのであれば、電子計算機使用詐欺罪の成立を否定する理由はないと思われる。」として本判決を支持しつつも「ただし、不正利用者の課金ファイルがおよそ存在しない場合、『電磁的記録』の単位の理解にもよるが、それが『不実の電磁的記録』といえるか、サービス等の利用資格が限定されている場合に、そうした資格のない者の課金ファイルの不存在が『不実の電磁的記録』といえるかには疑問が残る」とする見解もある<sup>25</sup>。しかし、この見解には疑問がある。まず第1に、本件の行為者の利用した固定電話の回線加入者は、行為者の妻であった。それゆえ、本件での課金ファイルは自己の課金ファイルではない。それゆえ、この見解によれば電算機使用詐欺罪は成立しないとすべきであろう。第2に、自己のアカウントや課金ファイルの改ざんが無ければ本罪が成立しないとすれば、Aが窃取したBのキャッシュカードを不正に利用して、Bの預金をAの預金口座に振り込み入金して銀行のコンピュータに蔵置してある自己の残高ファイルを改ざんすれば本罪が成立するが、AがBの預金をCの預金口座に振り込み入金すれば、自己の口座残高記録にはなんの改ざんも行われていないから本罪は不成立になりかねないように思われる。正当な権限者が利用したように装う「不実の電磁的記録」を作出し、これにより直接的に利用料金の支払を事実上免れる行為は、まさしく本罪の構成要件を充足するというべきである<sup>26</sup>。確かに、他人の家で電話を一回無断使用しても本罪が成立するとすることに違和感もありえよう。しかし、それは処罰価値、起訴価値の問題であって、理論的に結論を左右するものではないというべきであろう。

### ③ 東京地判平成16・6・1 公刊物未登載<sup>27</sup>

これは、不正に取得した他人のクレジットカードの氏名、番号、有効期限等のクレジット情報を利用し、インターネットを経由して当該他人名義で多数のソフトを購入してソフト

---

とする見解として、神山敏雄「判批」平成7年度重要判例解説139頁がある。

25 山口・前注(19)「電子取引と刑法」ジュリ1183号72頁。そこでは、「アカウント毎に別の電磁的記録と解することになろう」とされている。同・76頁注(17)。

26 この結果、作出された「不実の電磁的記録」により直ちに本来の権限者に事実上の支払義務が発生するから、決済が現金である場合はもちろん銀行口座からの自動引き落としであっても、そこまで犯罪の成立時期を遅らせる必要はないと思われる。

27 本判決は調書判決であるため、以下での検討は、起訴段階での考察を加えた岩山伸二「電子計算機使用詐欺罪の適用が問題となった事例」研修688号(2005年)93頁以下に基づくものである。

トの URL を取得し、この URL にアクセスしてソフトをダウンロードしたうえ代金の支払いを免れた事案につき、ソフト販売業者の「電子計算機内に、自己ではない上記カード番号の真の所有者が購入したものとする財産権の得喪又は変更に係る不実の電磁的記録を作り、よって上記代金の支払を免れ、もって財産上不法の利益を得た」として本罪の成立を肯定した事例である。

この事案に関しては、コンピュータソフト自体に財産的価値があることから「端的に、ソフトをダウンロードして取得したこと」を財産上の利益と捉えて積極利得型の電算機使用詐欺罪として訴因構成することも検討されている<sup>28</sup>。しかし、電算機使用詐欺罪における積極利得型の場合には、「不実の電磁的記録」の作出＝「財産上の不法の利益」の取得と考えるべきであるから、不正手段で購入したとはいえダウンロードした「ソフト」それ自体が「不実の電磁的記録」とはいえない以上、このような訴因構成には無理があるといわざるを得ない。この点、学説においては、「有償のデジタル情報も財産上の利益として認められるべきである」としつつ、「販売業者のコンピュータが契約の申込みを承諾してその旨の電磁的記録が作成され、契約申込者がネット上でいつでも自由に有償データをダウンロードできる状態になっていれば、……財産権の得喪に係る電磁的記録が作成されたと見ることが可能であると思われる。」として、積極利得型の電算機使用詐欺罪の成立を肯定する見解<sup>29</sup>や情報の「非移転性」を理由として、デジタル情報を直接的に取得する場合には電算機使用詐欺罪の成立を否定するが、アクセスコードを取得する場合のように「情報・サービスを取得する権利を電磁的記録に基づいて取得した場合には、移転罪である電子計算機使用詐欺罪の成立が可能となる。」とする見解<sup>30</sup>も有力である。しかし、前者の見解については、昭和 62 年の立法において「情報の不正取得」は改正の内容とはしないという基本方針がとられていたことと整合的でないと思われる。また、後者の見解については、サービスや情報とこれを取得する権利とで、このような差異を生じる根拠が明らかでないように思われる。たとえば、タクシーの欺罔手段による無賃乗車の場合も運行中には刻々と運行の利益が移転するともいえるし、乗車賃の請求権が移転するともいえる。他方、欺罔手段によって債務の支払を免れたからといって、債権が欺罔者に移転するわけでもないという

28 岩山・前注(27) 98-99頁。

29 佐伯仁志「電子商取引をめぐる刑法上の問題」法学教室 240号(2000年) 32頁以下。

30 山口・前注(19) 研修 647号 8頁。

べきであろう<sup>31</sup>。以上のように考えれば、本事案については債務免脱型の電算機使用詐欺罪の成立を認めることが妥当であると思われる。

④ 最決平成 18・2・14 刑集 60 卷 2 号 165 頁

これは、窃取したクレジットカードの情報を自己の携帯電話からクレジット決済代行業者の電子計算機に送信し、名義人本人が購入したとする財産権の得喪に係る不実の電磁的記録を作り、その結果自己の携帯電話上で利用可能な約 11 万円相当の電子マネーの利用権を取得した事案である。弁護人は、上告趣意において①被告人が入力・送信したクレジット番号等は、真正なカードのものであるから 246 条の 2 にいう「虚偽の情報」に当たらない。②それゆえ、その結果作出された電磁的記録も「不実の電磁的記録」とはいえないと主張した。これに対して、最高裁第 1 小法廷は次のような職権判断を示した。

「被告人は、本件クレジットカードの名義人による電子マネーの購入の申込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入の申し込んだとする虚偽の情報を与え、名義人本人がこれを購入したとする財産権の得喪に係る不実の電磁的記録を作り、電子マネーの利用権を取得して財産上不法の利益を得たものというべきであるから、被告人につき、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた原判断は正当である。」

本決定は事例判断ではあるが、最高裁として初めて電算機使用詐欺罪の成立を認めたものであり、「虚偽の情報」「不実の電磁的記録」「財産上不法の利益」についての判断を示したものとして重要である。まず、「虚偽の情報」について、本決定は一般的定義を示すことを避け事案に即して「名義人による電子マネーの購入の申込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入の申し込んだとする虚偽の情報を与え」という判断を示すに止まっている。立法当局者の解説では、「虚偽の情報」とは、「当該システムにおいて予定されている事務処理の目的に照らし、その内容が真実に反する情報」をいうとされていた<sup>32</sup>。下級審裁判例にも同様の定義を採用したものもある<sup>33</sup>。しかし、この定義は漠然としたものであるから、結局は、具体的

31 同旨の批判として、林幹人「電子計算機使用詐欺罪の新動向」NBL 837 号（2006 年）30 頁以下参照。

32 米澤・前注（1）（的場）121 頁。

33 前注（16）の掲記した東京高判平成 5・6・29 参照。前注（16）に掲記した私の、この判決の評釈、および、この判決の第 1 審判決の評釈である、西田典之「判批」ジュリ 1021 号（1993 年）95 頁以



な事案との関係で「虚偽の情報」・「不実の電磁的記録」に当たるかを個別に判断するしかないであろう。

本件において、上告趣意①被告人が入力・送信したクレジットカード番号等は、真正なカードのものであるから246条の2にいう「虚偽の情報」に当たらないとの主張が失当であることは明らかである。なぜなら、この論理に従えば、他人のキャッシュカードを窃取した者が、暗証番号も探り出した上、ATM機から他人の預金を自己の銀行口座に付け替えるという典型的な事例も電算機使用詐欺罪に該当しないことになるが、そのような結論を是認することは到底できないからである。本件においても、被告人がカードの名義人になりすましている以上、本決定がいうように「名義人本人が電子マネーの購入の申し込んだとする虚偽の情報を与え」たと解すべきは当然の判断であったといえよう<sup>34</sup>。

ただ、余り意識されていないようであるが、本決定の問題点は、むしろ本件を積極利得型の電算機使用詐欺罪として捉えることの妥当性である<sup>35</sup>。本決定が「虚偽の情報を与え、名義人本人がこれを購入したとする財産権の特喪に係る不実の電磁的記録を作り、電子マネーの利用権を取得して財産上不法の利益を得たもの」と説示しているところからは、「電子マネーの利用権の取得」を不法利得として理解するのが自然だからである。しかし、本条の立法当局の解説によれば、不法利得とは虚偽の情報により作出された「不実の電磁

---

下において「虚偽の情報」の意義については論じておいたので参照されたい。この点に関する詳細な研究として、鈴木左斗志「電子計算機使用詐欺罪（刑法246条の2）の諸問題」学習院大学法学会雑誌37巻1号（2001年）245頁以下がある。そこでは、作出される電磁的記録の内容に対応する財産状態の変動が、それを行うか否かを本来決定する立場にある者の意思・利益に反している場合に「虚偽の情報」「不実の電磁的記録」が肯定されるとする。基本的には妥当であるが、「本来決定する立場にある者」をどのような基準で判断するかは、なお問題として残るように思われる。

34 名義人になりすましてガソリンを購入した事例については、すでに最決平成16・2・9刑集58巻2号89頁が「仮に、被告人が、本件クレジットカードの名義人から同カードの使用を許されており、……名義人において決済されるものと誤信していたという事情があったとしても、本件詐欺罪の成立は左右されない」としていたところである。しかし、この平成16年決定が名義人の真正な承諾や依頼があった場合までも詐欺罪とするので有れば妥当でないと思われる。西田・前注（21）刑法各論198頁参照。

35 本決定の調査官解説である藤井敏明「判批」法曹時報60巻3号（2008年）1016頁以下でも、この問題点については全く触れられていない。本決定の評釈である小田直樹「判批」平成18年度重要判例解説170頁、鈴木左斗志「判批」刑法判例百選Ⅱ各論（第6版）116頁も同様である。

的記録に基づいて、……事実上財産を自由に処分できるという利益を得ること」であるとされている。これは、たとえば、窃取した他人のキャッシュカードにより預金を不正に自己の口座に付け替えて銀行の預金ファイルの預金残高記録を増加させ、いつでも自由に処分できるようにする行為を念頭にした解説である。そこで、この見解を本件に置き換えて考えた場合には、「名義人本人がこれを購入したとする財産権の得喪に係る不実の電磁的記録を作り」同時に事実上購入代金の支払いを免れたことが「財産上不法の利益」に当たると解することも可能ではなかろうか。事実、「本件決定の考え方を押し及ぼせば、少なくともクレジットカード決済のインターネット上の取引にあっては、……名義人に成りすましてカード番号等の虚偽の情報を入力送信し、名義人がクレジットカード決済でサービスの提供を受けた旨の不実の電磁的記録を作らせれば、申込人本人に対する支払い請求は事実上ありえないから、支払い免脱による財産上不法の利益を得たものとして本罪を成立させる余地は十分に有るように思われる。」とする見解も出現している<sup>36</sup>。私も、この見解に賛同するものである。本決定もそのような理解すなわち本件を債務免脱型の電算機使用詐欺罪として構成することを妨げるものではなく、その方向への可能性を示唆するものとして理解し得るし、また、理解すべきであろう。このような理解は、ホテルの利用料金、パック旅行の代金、航空機のチケット代金（e-ticket）などのネット上でのクレジットカードによる事前決済において多発している「なりすまし型」のクレジット情報の不正利用による不法利得行為を統一的な視点から処理するために必要不可欠だと思われるのである。

このような理解を前提とする場合も、何をもって「不実の電磁的記録」と解し、どの時点で電算機使用詐欺罪の既遂を認めるかが問題となる。本来の名義人の意思に反して入力・送信された購入情報は、まずクレジット決済代行業者に受信され決済され、その決済情報がサービス提供者に送信されると同時にクレジット業者にも送信され、そこからさらに名義人がクレジット決済用の口座を保有する銀行に送信され、予め定められた決済日に購入代金相当額が名義人の口座から引き落とされて名義人の預金残高ファイルが変更される（減少する）という過程を辿る。それゆえ、最終的な「名義人の銀行口座残高ファイ

---

36 井上宏「判批」研修 698 号（2006 年）25 頁以下参照。この井上論文を引用しつつ、山口・前注（19）ジュリ 1183 号 72 頁を援用して「代金支払いを免脱した被告人自身の電磁的記録は存在していない」という理由で反対の見解をとるものとして、大山弘「判批」神戸学院法学 36 巻 2 号（2006 年）209 頁以下があるが、このような見解はすでに批判したとおり疑問である。

ルの変更」をもって「不実の電磁的記録」と解する方が妥当とする見解もありえよう。たしかに、内容虚偽の給与振込のデータファイルをフロッピーディスクやUSBメモリーに落として銀行に提供し、給与振込の手続を依頼するような場合には、最終的な従業員の口座残高ファイルを「不実の電磁的記録」と解すべきであろう<sup>37</sup>。しかし、カードの不正利用者がサービスの購入申込みを行えば、クレジット決済代行業者→サービス提供者・クレジット業者→銀行の間の情報はオンラインで結ばれているのであるから、本決定のいう「名義人本人がこれを購入したとする財産権の特喪に係る不実の電磁的記録」が作出された時点で本罪の既遂を認めてよいと思われる。

## 4 残された問題—財物の購入と電算機使用詐欺罪の成否

最後に、クレジットカードの名義人になりすましてインターネットで財物を購入し、決済代行業者を通じてカード決済して、配送されてきた財物を領得する場合には、いかなる犯罪が成立するであろうか。ここでも債務免脱型の電算機使用詐欺罪が成立する余地があるかを検討することにした。

### 4-1 特定物売買の場合

まず特定物売買の場合を検討する。たとえば、クレジット決済代行業者を通じて古本市場のサイトにアクセスして特定の古書を注文する場合、その情報は代行業者から加盟店契約をした個別の古書店に送信され、この古書店から注文者に販売する旨の返信がなされて契約が成立するとカードによる決済がなされ、後日、この古書店から注文者に当該古書が送付されるという経過を辿るのが通常であろう。もちろん、この購入情報・決済情報は注文者が契約しているクレジット業者にも送信され、後日予め決められた決済日に注文者の銀行口座から代金等相当額の引き落としがなされて終了する。

では、この場合に、他人のクレジット番号等の情報を不正に入力・送信して、結果的に古書の送付を受けた者はいかなる罪責を負うであろうか。この場合には、加盟店である古書店の店主等の自然人を欺罔して当該古書を詐取したものとして246条1項の財物詐欺が

37 西田・前注(21) 刑法各論214頁参照。

成立するか、クレジット業者を被害者、加盟店の自然人を処分行為者とする同条2項の利益詐欺が成立することになる<sup>38</sup>。ここでは電算機使用詐欺罪の成立する余地はない。なぜなら、246条の2は「前条に規定するもののほか」と規定しており、あくまでも2項詐欺罪の補充規定でしかないから、246条の詐欺罪が成立する場合は、同条の適用が優先されるからである<sup>39</sup>。この点ではほぼ異論は無いであろう。

#### 4-2 種類物・不特定物売買の場合

では、ネット上の通信販売で不特定物を購入する場合や演劇・映画などの入場券を購入する場合はどうであろうか。この場合も、購入代金の決済に至る過程は4-1の場合と同様である。ただ、自然人が介在しているかは疑わしい。この点に関し「電子取引は、契約の締結から発注先リストの作成まですべてコンピュータによって処理を行い、商品の発送作業だけを機械的に人手で行う場合が多くなっていくのではないかと思われる。そのような場合に、発送を担当する人に対する欺罔行為とその者の処分行為を認めることは一般に困難であろう。」とする指摘があるが、この指摘は妥当であろう。この見解はさらに続けて「そうだとすれば、このような場合は、1項詐欺でなく間接正犯による窃盗として構成することが考えられる」としつつも、この構成は「いささか不自然な感は否めない。そこで、商品の購入申込みの承認がコンピュータによって行われ、発送リストの電磁的記録が作成された時点で、財産権の得喪に係る電磁的記録が作成され、行為者は物品の送付を受けることのできる地位、すなわち財産上の利益を取得した、とする構成は考えられないであろうか」として積極利得型の電算機使用詐欺罪の成立を肯定すべきだとするのである<sup>40</sup>。

この見解は、すでに述べた他人名義でのデータベースの不正利用や電話回線の不正利用の場合に債務免脱型の電算機使用詐欺罪を否定する有力説を考慮して積極利得型として構成しようとするのであろう。しかし、この場合にも債務免脱型の電算機使用詐欺罪が成立しうるのはすでに論証したところである。また、「物品の送付を受けることのできる地

---

38 判例では、加盟店を被害者・処分行為者として1項詐欺と構成する見解が主流であるが（福岡高判昭和56・9・21判タ464号178頁）、学説では、クレジット会社を被害者とし加盟店を被欺罔者・処分行為者とする三角詐欺の構成も有力である。西田・前注（21）刑法各論197頁参照。

39 米澤・前注（1）（的場）136頁、西田・前注（21）刑法各論209頁参照。

40 佐伯・前注（29）法学教室240号33頁。

位」が1項詐欺にいう「財物」と同様の具体性をもちうるとしても、反対に、事実上代金債務を免脱することと捉えた方がより実体に即しているように思われる。さらには、演劇・映画などの入場券を購入する場合には、入場券という物品の送付を受ける代わりに携帯電話への電子メールに電磁的記録という形態で受信することも考えられるから、債務免脱型の電算機使用詐欺罪として捉えた方が、より統一的な視点での犯罪構成が可能であるといえよう。

### 4-3 最近の新聞報道

2010年7月5日付けの読売新聞夕刊（多摩版）には、警視庁が同日、7月2日にXを、インターネットのチケット販売サイトに他人のクレジット情報を入力し、〇〇劇団の公演チケット2枚（2万円相当）を詐取したとして、電算機使用詐欺罪で逮捕したと発表した、Xは同様の手口で合計180件、総額3400万円のチケットを不正入手したと見られるという記事が掲載されている。その被疑事実が積極利得型か債務免脱型かは不明であるが、本稿の観点からは、後者の電算機使用詐欺罪を認めるべきだと思われる。

また、2010年7月8日付けの読売新聞夕刊（多摩版）には、警視庁が7月7日にYをインターネットによる通信販売において他人のクレジット情報を不正に入力し、ブランド品の財布など2点（約13万円相当）を入手した事案を私電磁的記録不正作出・同供用と窃盗の疑いで逮捕したと発表したとの記事が掲載されている。これは4-2で検討した見解が提示した窃盗の間接正犯という考え方をとったものであろう。しかし、7月5日の報道によるチケットの不正入手の場合と同様の事案なのであるから、この場合も、同様に債務免脱型の電算機使用詐欺罪とした方が理論的には均衡がとれるように思われる。

\* 植村立郎判事とは、1968年に東京大学法学部25番教室で故平野龍一先生の刑事訴訟法の講義を共に受講したとき以来の知己である。彼が卓越した刑事裁判官としての職務を見事に務められ、めでたく退官されることに心からの尊敬と友情の念をもって拙いながら本稿を献呈する次第である。（2010年9月脱稿）

（西田典之）

## Ⅶ 雇用関係と犯罪

### 1 雇用関係に関する犯罪

#### 1-1 概観

労働者と使用者との間の個別の関係（雇用関係）を規律する法を雇用関係法と呼ぶ（水町・労働法 134 頁）<sup>1</sup>。雇用関係を規律する法規制の基礎を形作るのは、労使間の合意に基づく契約関係を司る労働契約法であり、また、労働協約と就業規則であるが、雇用関係の基本原則と労働条件の最低基準を定める労働基準法もきわめて重要である。労基法は、その実効性を確保する手段として、その規制のほとんどに、違反に対する罰則を定めており（117 条以下）、刑罰法規としての性格をも色濃く有している。労働基準法から派生し、労働者の安全や健康法確保するための法規制を定める労働安全衛生法も、規制の実行性を確保するために罰則の定めを置いている。

なお、労働基準法をはじめとする労働関係法規の実効性を確保する手段としては、行政監督も実際上きわめて重要な役割を果たしている。

労働基準法も、「第 11 章 監督機関」において、その実効性を確保するための行政監督制度に関する規定を設けている。すなわち、同法は、厚生労働大臣の下に、厚生労働省労働基準局、労働基準局長の下に各都道府県労働局、都道府県労働局長の下に労働基準監督署が設置され、これらの機関には労働基準監督官が配置されている（労基 97・99 条）。

これらのうち、労働基準監督官は、事業場などに臨検し、帳簿及び書類の提出を求め、又は使用者若しくは労働者に対して尋問を行うことができる（労基 101 条）。また、労働基準監督官は、労基法違反の罪について、逮捕、捜査、検証など、刑事訴訟法に規定する司法警察官の職務を行う権限をもつ（労基 102 条）。また、労働基準監督署長は、都道府県労働局長の指揮監督を受けて、労基法の各規定に基づき、臨検、尋問、許可、認定、審査、仲裁その他この法律の実施に関する事項をつかさどり、所属の職員を指揮監督する権限が与えられている。さらに、労働基準監督署長や労働基準監督官は、必要がある場合には、使用者や労働者に報告・出頭を命ずることができる（労基 104 条の 2）。

---

1 なお、労働法という場合、労働者、使用者と労働組合との集団的な関係を規律する団体的労使関係法（労働組合法、等）も重要であるが、さしあたり本稿では対象外とする。

労働安全衛生法も、労基法と同様に、労働基準監督官に、事業場に立ち入、関係者に質問し、帳簿、書類その他の物件を検査し、若しくは作業環境測定を行い、又は検査に必要な限度において無償で製品、原材料若しくは器具を収去する権限を付与し（労働安全衛生91条1項）、また、同法違反の罪について、司法警察官の職務を行う権限を付与している（同法92条）。

労基法において、罰則の適応や行政監督の対象となるのは、「使用者」である。使用者は「事業主」または「その事業の労働者に関する事項について、事業主のために行為をするすべての者」（10条）と定義され、後者は労基法が規制する事項について実質的な権限もっている者を指すと理解されている。たとえば、労基法における禁止規定の多くは「使用者は……しては（させては）ならない」という形式の定めを置くが、多くの場合、犯罪の主体は、この当該規制事項について実質的な権限をもつ者ということになる。なお、事業者にも両罰規定により、罰金刑が科されうる（121条1項本文）。

労基法における両罰規定には、事業主が違反の防止に必要な措置をした場合を免責する規定が明文で置かれている（121条1項ただし書）。

なお、自然人事業主については、違反の計画を知りその防止に必要な措置を講じなかった場合、違反行為を知り、その是正に必要な措置を講じなかった場合、又は違反を教唆した場合について、事業主を行為者として処罰する旨の規定が置かれている（121条2項）。

## 1-2 個別約な雇用関係についての規制

### (A) 労働者の人権

労働基準法の重要な任務の一つが、雇用関係における労働者と使用者の力の不均衡から生ずる労働者の人権侵害の防止である。

労基法は、強制労働の禁止（労基5条・117条）、契約期間の制限（労基14条1項・120条）、違約金・賠償予定の禁止（労基16条・119条）、前借金相殺の禁止（労基17条・119条）、強制貯金の禁止（労基18条1項・119条）などの諸ルールを、刑罰をもって強制し、不当な人身拘束によって労働者の人権が侵されるのを防止している。さらに、中間搾取の排除（労基6条・118条1項）、公民権の保障（労基7条・119条）、均等待遇の原則（労基3条・119条）、男女賃金差別の禁止（労基4条・119条）等も、労働者の人権保障に関わる禁止規定・罰則である。

## (B) 労働条件

### 1. 賃金

#### (1) 賃金についての法規制

労働基準法は、労働の対価として支払われる賃金を保護する諸規定を置く。

労基法上、賃金とは、賃金、給料、手当、賞与その他名称の如何を問わず、労働の対償として使用者が労働者に支払うすべてのものをいうとされる（労基 11 条）。すなわち、①「使用者」が労働者に支払うものであって、②「労働の対償」であるものは、すべて「賃金」として、同法によって保護されることになる。①の要件を充足する必要があるため、たとえば、ホテルや飲食店などで客が直接従業員に支払うチップは、労基法上の賃金ではない。

②の要件の意義は必ずしも明確でないために見解の対立があるが、行政実務においては、ア) 任意的恩恵的給付、イ) 福利厚生給付、エ) 企業設備・業務費という 3 つの概念を立て、これら以外は広く「労働の対償」すなわち賃金であるとする解釈を採用している。ア) の例としては、賞与、退職金、結婚祝い金、死亡弔慰金、災害見舞金などがあり<sup>2</sup>イ) の例としては、住宅資金貸付け、住宅貸与、会社のレクリエーション施設などがあり、また、ウ) の例としては、作業服や出張旅費などがある。

後述するように、労基法は、賃金の支払い方法についてのルールを定めるが、賃金の額については、最低賃金法がこれを定めている。

#### (2) 賃金不払いの罪（労基 24 条・120 条 1 号）

労働基準法は、第 24 条第 1 項において、「賃金は、通貨で、直接労働者に、その全額を支払わなければならない。」<sup>3</sup>と規定し、違反に対して、30 万円以下の罰金を科す（労基 120 条 1 号）。同条第 2 項は「賃金は、毎月 1 回以上、一定の期日を定めて支払わなければならない

---

2 ただし労働協約や就業規則、労働契約などによって支給条件があらかじめ明縫にされている場合は、実務上、賃金であるとされている（最判昭和 43・5・28 判時 519 号 89 頁以下など）。

3 「ただし、法令若しくは労働協約に別段の定めがある場合又は厚生労働省令で定める賃金について確実な支払の方法で厚生労働省令で定めるものによる場合においては、通貨以外のもので支払い、また、法令に別段の定めがある場合又は当該事業場の労働者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がないときは労働者の過半数を代表する者との書面による協定がある場合においては、賃金の一部を控除して支払うことができる。」とする。



ない。」<sup>4</sup>とし、法定刑は第I項と同様である。すなわち、ここでは賃金の通貨払い<sup>5</sup>、直接払い<sup>6</sup>、全額払い<sup>7</sup>（以上、1項）、および毎月1回以上一定期日払い（2項）が義務付けられ、これらの義務の不履行が犯罪を構成するとされている。なお、労基法は、労働者が出産、疾病、災害その他省令で定める非常の場合の費用に充てるために請求する場合においては、支払期日前であっても、既往の労働に対する賃金を支払わなければならないとする特則を定めており（25条）、その違反についても30万円以下の罰金を科している（120条1号）。

労基法が刑罰を以て賃金の支払い方法を強制する理由については、使用者に賃金を確実に支払わせ、労働者の経済生活の安定を図るためであるとされている（水町・労働法257頁）。よって、本罪の保護法益は、個々の労働者が確実に賃金を受領する権利ということになる。これは、後述する本罪の罪数についての一般的な理解からも明らかである。

もっとも、被害労働者の同意がある場合について、労基法を所管する厚生労働省労働基準局は、被告者の同意により本罪の違法性は阻却されないとの見解を示している（厚生労働省労働基準局編・コンメンタール354頁）。労基法が強行法規であり、本条を労働者の立場の弱さに配慮したパターンナリストティックな側面をもつ罰則であるという理解であると思われるが、本罪の運用において、被害労働者の同意が全く考慮されていないというわけではないようである。たとえば、賃金を口座振り込みの方法で支払うことは、通貨払いの原則と抵触のおそれがあるが、労働者の同意等の条件を充足すれば24条に反しないという行政解釈による運用がなされ、現在は、厚生労働省令が定める確実な方法について通貨払いの例外を認めるとの規定が本条に置かれ（昭和62年改正）、同省令において上述の行政解釈を踏襲した要件が定められている（労規7条の2）。

また、判例においては、労働者が賃金債権を放棄した場合、それが自由意思に基づくものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在しているときは賃金債権が消滅し、使用

---

4 「ただし、臨時に支払われる賃金、賞与その他これに準ずるもので厚生労働省令で定める賃金（第八十九条において「臨時の賃金等」という。）については、この限りでない。」とする。

5 現物支給や小切手による支払いは原則これに反するものとされる。

6 賃金の中間搾取すなわちピンハネを防止するのが直接払いを要求する趣旨である。

7 賃金を確実に労働者に受領させ、その経済生活の安定を確保する趣旨である。使用者による賃金債権の相殺が全額払の原則に違反するかについては議論があるが、判例は例外的な場合には適法になしうとする。

者がそれを支払わなくても全額払原則には違反しないとされており（最判昭和 48・1・19 民集 27 卷 1 号 27 頁〔退職金請求権放棄の書面による意思表示の効力を肯定〕、最判平成 15・12・18 労判 866 号 14 頁、等）いる。

また、本罪については、使用者が支払い不能に陥った場合などに、適法行為の期待可能性がないといえるのであれば、処罰されないと理解されている。

なお、本罪の成立範囲について、賃金不払いと支払い遅延を区別し、支払い遅延の場合については、刑事罰の対象外とする見解（末弘・法律時報 20 卷 3 号 25 頁）も示されているが、解釈論としては無理があろう。

使用者が多数の労働者に対して、同時に本条に違反する行為をした場合の罪数が問題となる。最高裁は、「その犯意が単一であると認め難いときは、支払を受け得なかった労働者各人毎に同条違反の犯意が形成されているものと認められる」と判示したが（最決昭和 34・3・26 刑集 13 卷 3 号 401 頁）、「犯意が単一である」場合を除き<sup>8</sup>、支払い期日・支払いを受け得なかった労働者毎に、第 24 条違反の罪が成立し、これらが併合罪の関係に立つとする趣旨と理解できる。

## 2. 労働時間・休暇

### (1) 労働時間についての法規制

賃金とならぶ重要な労働条件の 1 つである労働時間については、労働基準法が基本的なルールを定めている。その基本的な目的は、労働者の身体や精神を損なう長時間労働の規制であるが、近年では、変形労働時間制（労基 32 条の 2、32 条の 4、32 条の 5）、フレックスタイム制（32 条の 3）など、労働形態の多様化にあわせた労働時間法制の柔軟化を図る改正がなされている。

なお、近年、正社員の労働時間の長時間化とそれによって生ずる過労死・過労自殺などが深刻な社会問題として意識されるようになり、労働基準監督署は、エンフォースメントの強化を図っているようであるが、法は必ずしも実効的に機能していないとの指摘がある（水町・労働法 267 頁）。

---

<sup>8</sup> 調査官解説は、犯意が単一である場合とは、従業員全員に対して一律に不払いをなすような場合を意味し、そのときには各支払い期日ごとに単純・罪が成立すると説明する（栗伺正・判解）。

## (2) 労働時間・休日（32条・35条）

労働基準法 32 条 1 項は「使用者は、労働者に、休憩時間を除き一週間について四十時間を超えて、労働させてはならない。」と定め、違反に対し、6 箇月以下の懲役又は 30 万円以下の罰金を定める（労基 119 条 1 号）。同法 2 号は、「使用者は、一週間の各日については、労働者に、休憩時間を除き一日について八時間を超えて、労働させてはならない。」と定め、その法定刑は 1 項と同様である。すなわち、休憩時間を除いた実労働時間が労基法によって規制される「労働時間」であり、判例は、労働基準法が規制する実労働時間とは、労働者が使用者の指揮命令下に置かれていると客観的に評価できる時間であると定義している（最判平成 12・3・9 民集 54 卷 3 号 801 頁）。指揮命令下であれば足りるわけであるから、現実には精神・肉体を活動させていることは必要でない。上記規定に違反して、現実には週 40 時間または 1 日 8 時間を超えて労働させた場合に本罪は成立する。

制限超過時間労働が労働者の同意により行われた場合であっても、本罪は成立する（厚生労働省労働基準局編・コンメンタール 397 頁、東京大学労働法研究会編・注釈労働基準法下巻 522 頁〔野川忍〕）。

多数の労働者を多数日にわたり制限超過時間労働に従事させた場合、本罪違反の罪数が問題となるが、判例は、使用日毎に各就業者別に独立して本条違反の罪が成立し、したがって、各就業者の数に応じその就業日数に相当する数の併合罪として処断するを相当とし、包括一罪とすべきではないとしている（最決昭和 34・7・2）。

以上が、労働時間についての原則的ルールであるが、労基法は、その例外として、①災害・公務による臨時の必要がある場合、②労使協定が締結されている場合には、時間外労働や休日労働をさせることができるとしている（33 条 1 項、36 条 1 項）。なお、労使協定による待問外労働の延長の限度については、厚生労働省が基準を定めることができるとされ（労基 36 条 2 項）、実際にも基準が定められており（平成 10 年労働省告示第 154 号）、労使双方ともその基準を守るようにしなければならず（労基 36 条 3 項）、厚生労働省はこの基準に関し、労使双方に対する必要な助言及び指導を行うことができる（労基 36 条 4 項）とされているが、結局のところ、これらの基準は行政指導の根拠にすぎない（東京大学労働法研究会編・注釈労働基準法下巻 600 頁以下）。

33 条 1 項、36 条 1 項の例外ルールは、32 条 1 項の罪との関係では、法定の正当化事由として位置づけられている。したがって、例外ルールが適用されるために必要な手続が履行

されていない場合や適法化される範囲を超えて時間外労働をさせた場合には、32条1項の罪が成立することになる。

上述のように、労働時間の長時間化に伴う過労死・過労自殺などの問題が深刻化しつつある中、労働基準監督署による送検事例が増加の傾向にあるようである。近年の東京労働局管下の労働基準監督署・支署における送検事例としては、運送交通業を営む事業主が、時間外労働に関する協会届けの提出なく、トラック運転手に対し、一定期間、週40時間を超え、一日当たり、最低約5時間、最高約9時間の時間外労働を行わせていたという事例（平成21年）<sup>9</sup>、時間外労働・休日労働に関する協定届で延長することができる限度の1か月100時間を超えて時間外労働をさせていた事例（平成23年）などが紹介されている（東京労働局ホームページ）。

労働時間に関連し、労基法は、労働者に与えられるべき休憩・休日についてもこれを規制し、違反に対して罰則を科している。すなわち、第34条1項は、「使用者は、労働時間が六時間を超える場合においては少なくとも四十五分、八時間を超える場合においては少なくとも1時間の休憩時間を労働時間の途中に与えなければならない。」と定め、35条1項は「使用者は、労働者に対して、毎週少なくとも一回の休日を与えなければならない。」と定める。違反が成立した場合の法定刑は、いずれも6箇月以下の懲役又は30万円以下の罰金である（労基119条1号）。

### (3) 割増賃金（37条）

労働基準法は、時間外・休日労働に対しては、割増賃金が支払われなければならないとし（労基37条1項本文）、違反に対しては刑事罰を科している（119条1号。法定刑は6箇月以下の懲役又は30万円以下の罰金）。割増率は、時間外労働の場合、従来は2割5分と法定されていたが、2008（平成20）年労基法改正により、月60時間を超える時間外労働部分については割増率が5割に引き上げられた（労基37条1項ただし書）。この特別の割増率は、近年の長期経済低迷の中で、会業において、正社員絞り込みとともに、30～40歳台ホワイトカラーを中心に長待問労働が進行したことにかんがみ、特に長い長時間労働を抑制することを主眼として設けられたものである（菅野・労働法300頁）。

---

<sup>9</sup> 当該トラック運転手が信号待ちをしていた車両に迫突し、1名が死亡し5名が負傷するという事故が発生している。

東京労働局管内においても、労働基準監督署によって、1999（平成11）年～2009（平成21）年の間、毎年数件ではあるが、賃金不払い残業の事案が送検されている（平成22年は3件、平成21年は4件、平成20年は6件）。

### 3. 安全衛生（労働安全衛生法）

#### (1) 総説

労働基準法には、かつて「完全及び衛生」という章（第5章）が置かれ、労働安全衛生に関する規定が定められていた。しかし、高度成長の過程において、機械設備の大型・高速・複雑化や、労働密度の濃化、新たな危険・有害原材料の使用などの現象が生じて労働災害の危険は増大し、その罹災者は著しく増加した。このような事態に対処するために、労基法の規制を充実化させる目的で制定されたのが、労働安全衛生法である。

労働安全衛生法は、第1条において、同法が、労働災害の防止のための危害防止基準の確立、責任体制の明確化及び自主的活動の促進の措置を講ずる等その防止に関する総合的計画的な対策を推進することにより職場における労働者の安全と健康を確保するとともに、快適な職場環境の形成を促進することを旨とする旨を定める。

同法の特徴は、労基法と異なり、使用者ではなく「事業者」に対して規制を行っていることであるが、これは、事業基盤の利益の帰属主体そのものを義務主体としてとらえ、その安全衛生上の責任を明確にしたものと説明される。もっとも、違反行為について刑事罰を適用する際には、各規定の違反が故意犯であることから、結局のところ、処罰の対象たる行為者は、まず、各規定の事項に関する現実の責任者であり、行為者でない事業者は両罰規定（122条）によって捕捉される。

なお、労働安全衛生法における規制の具体的な内容はほとんどすべて政令・省令へと委任されている。この委任に基づき、政令・省令が具体的な規定を行っている（1500条を超える）。

#### (2) 危険防止措置（20条、21条）

労働安全衛生法における主要な規制は、事業者に対して課される労働者の危険または健康障害を防止するための措置である。

第21・22条は、事業者の講ずべき措置として、①機械、器具その他の設備（「機械等」）

による危険、②爆発性の物、発火性の物、引火性の物等による危険、③電気、熱その他のエネルギーによる危険、④掘削、採石、荷役、伐木等の業務における作業方法から生ずる危険、⑤労働者が墜落するおそれのある場所、土砂等が崩壊するおそれのある場所等に係る危険を防止するための必要な措置を挙げ、その違反、すなわち危険防止措置の不作为について、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金を科すと定める（労安衛119条第1号）。

また、その他にも、原材料、ガス、蒸気、粉じん、酸素欠乏空気、病原体等による健康障害、放射線、高温、低温、超音波、騒音、振動、異常気圧等による健康障害、計器監視、精密工作等の作業による健康障害、排気、排液又は残さい物による健康障害を防止するための措置（労安衛22条）、労働者を就業させる建設物その他の作業場について、通路、床面、階段等の保全並びに換気、採光、照明、保温、防湿、休養、避難及び清潔に必要な措置その他労働者の健康、風紀及び生命の保持のため必要な措置（労安衛23条）、労働者の作業行動から生ずる労働災害を防止するため必要な措置（労安衛24条）、労働災害発生の急迫した危険がある場合の緊急避難措置（労安衛25条）等を義務づけ、違反に対して刑事罰を科す旨規定している（第22～25条の法定刑については、20条・21条のそれと同じ）。

なお、危険防止措置の不履行の罪と、刑法上の業務上過失致死傷罪の罪数関係については、併合罪として処理した裁判例がある（水戸地判平成15年3月3日判タ1136号96頁＝東海村臨界事故判決）

（表1） 違反内容別の前年度との比較

	平成21年度	平成20年度	増減	構成比
労働基準法、最低賃金法関係	29	36	▲7	52.6%
賃金・退職金不払（第23、24条、最賃法第4条等関係）	15	20	▲5	27.3%
労働時間・休日（第32、35条）	2	1	1	3.6%
賃金不払残業（第37条）	4	6	▲2	7.2%
その他	8	9	▲1	14.5%
労働安全衛生法関係	26	40	▲14	47.4%
機械等・墜落等の危険防止措置（第20、21条等）	18	27	▲9	32.9%
作業主任者の選任等（第14条）	0	2	▲2	0.0%
就業制限（第61条）	1	0	1	1.8%
労災かくし（第100条）	6	10	▲4	10.9%
その他	1	1	0	1.8%
総処理件数	55	70	▲15	

(表2) 労働安全衛生法違反被疑事件

<p>(1) クレーンの無許可製造 (労働安全衛生法第 37 条)</p> <p>クレーンの製造には予め都道府県労働局長の許可を受けなければならないのに、製造業を営む事業者が、無許可で製造した天井クレーンを建設工事現場に設置していたもの。</p> <p>(品川署管内 製造業)</p>
<p>(3) 派遣労働者の墜落死亡 (労働安全衛生法第 21 条第 2 項、派遣法第 46 条第 3 項)</p> <p>工事現場において、建段業を営む一次下請の事業者が、二次下請会社から一次下請会社に派遣された労働者に車間系建設機械であるドラグショベルを用いて建設用の部材の玉掛け、運搬作業を行わせるに当たり、建設用の部材を仮置きした場所の作業床の端は、深さが 2.5 メートルのピットであって、墜落により派遣された労働者に危険を及ぼすおそれがあるにもかかわらず、墜落を防止するために必要な措置を講じなかったもの。</p> <p>その結果、派遣された労働者が車両系建設機械のパケットに玉掛けワイヤーを掛けようと建設用の部材の上に乗ったところ、バランスを崩し深さ 2.55 メートルのピットに墜落し、さらに建設用の部材が落下して労働者に激突して死亡したもの。</p> <p>(中央署管内建設業)</p>

(厚労省東京労働局「平成 21 年度司法処理状況の概要について」より)

### (3) 労災かくし (100 条)

近年、労働基準監督署による送検事例が目立つのが、いわゆる労災かくしの罪である。労働安全衛生法 100 条 1 項は、厚生労働大臣、都道府県労働局長又は労働基準監督署長は、この法律を施行するため必要があると認めるときは、厚生労働省令で定めるところにより、事業者、労働者、機械等貸与者、建築物貸与者又はコンサルタントに対し、必要な事項を報告させ、又は出頭を命ずることができることと定めるが、これを受けた労働安全衛生規則 (昭和四十七年九月三十日労働省令第三十二号) 第 97 条は、第 1 項・第 2 項はそれぞれ「事業者は、労働者が労働災害その他就業中又は事業場内若しくはその附属建設物内における負傷、窒息、又は急性中毒により死亡し、又は休業したときは、遅滞なく、様式第二十三号による報告書を所轄労働基準監督署長に提出しなければならない。」と定める。この報告書提出義務の違反は犯罪を構成することとなり、その法定刑は、50 万円以下の罰金である (労安衛 120 条第 5 号)。

わが国における労災かくしによる検察庁への送致件数については、厚生労働省がデータを公表しており、それによれば、平成 10 年が 79 件、平成 11 年が 74 件、平成 12 年が 91 件、平成 13 年が 126 件、平成 14 年が 97 件、平成 15 年が 132 件、平成 16 年が 132 件、平成 17 年が 115 件、平成 18 年が 138 件、平成 19 年が 140 件と増加の傾向にある。このことから、労働基準除督署等が労災かくしへの対処を強化させていることがうかがえる。

(表3) 「労災かくし」の送検事例

<p>事例(1)</p> <p>〇〇労働基準監督署は、労働安全衛生法違反の疑いで、建設会社Aと経営者〇〇を〇〇地方検察庁に書類送検した。</p> <p>経営者〇〇は、同社が請け負った工事現場で、同社の作業員が作業中に高さ約7.5メートルの足場から墜落し、両手首骨折の重傷を負って4日以上仕事を休んだにもかかわらず、〇〇労働基準監督署長に労働者死傷病報告を提出しなかった疑い。</p>
<p>事例(2)</p> <p>労働災害が発覚するまで「労働者死傷病報告」を提出しなかったとして〇〇労働基準監督署は労働安全衛生法違反の疑いで、2次下請である塗装業Bの代表〇〇と3次下請の塗装業Cの代表〇〇を〇〇地方検察庁に書類送検した。</p> <p>マンション新築現場で、Cの作業員が吹き付け塗装をするためのシート張りをする際、転倒し右手首を複雑骨折したが、BとCは共謀して、「受注を確保するために元請けに労災保険で迷惑をかけたくない。」として労働災害を隠蔽したもの。</p>
<p>事例(3)</p> <p>〇〇労働基準監督署は運送会社Dと同社社長を労働災害5件を隠した労働安全衛生法違反の疑いで、〇〇地方検察庁に書類送検した。</p> <p>同社は荷物を扱う作業中に発生した社員の骨折など、1年1か月間で起きた5件の労働災害について、「労働者死傷病報告」を提出しなかったもの。社長は「荷主に知られられなかった。」と供述。</p>
<p>事例(4)</p> <p>〇〇労働基準監督署は、虚偽の「労働者死傷病報告」で労災かくしを行ったとして、労働安全衛生法違反の疑いで建設会社Eと同社の専務取締役を〇〇地方検察庁に書類送検した。</p> <p>同社は元請建設会社から2次下請けしたビル建設工事を行っていたが、同社労働者が同建設現場で熱湯を浴び全治3週間のやけどを負った労働災害が発生した際、「自社の資材置き場で起きた。」と同労基署に虚偽の報告をした疑い。</p> <p>工事現場での労働災害は、元請建設会社の労災保険で補償されることになっているが、同社専務は「元請けの労災保険を使うと迷惑がかかり、仕事がもらえなくなるといった。」と供述。</p>
<p>事例(5)</p> <p>〇〇労働基準監督署は、マンションの改装工事中に労働者が骨折した労働災害があったにもかかわらず、別の工事で労働災害があったとする虚偽の「労働者死傷病報告」を提出したとして、労働安全衛生法違反の疑いで、電気工事会社Fの社長を〇〇地方検察庁に書類送検した。</p> <p>社長は、他県で行っていたマンション改装工事で、同社労働者がはしごから墜落し、あごなどを骨折した労働災害があったにもかかわらず、同工事現場の所轄労基署に「労働者死傷病報告」を提出せず、自社で請け負った別の工事現場で労災事故があったように装い、別の労基署に「労働者死傷病報告」を提出した疑い。</p> <p>元請けに迷惑がかからないよう、労働者の治療費を自社で負担しようとしていたが、負担が大きく、別の工事で労働災害に仕立てたもの。</p> <p>元請けの担当者2名と1次下請けの建設会社社長も黙認していたとして、同法違反の共犯で書類送検した。</p>
<p>事例(6)</p> <p>〇〇労働基準監督署は、製鉄所内で発生した労働災害3件を隠していたとして、1次下請けの鉄鋼加工会社Gと同社部長代理ら2人を労働安全衛生法違反の疑いで〇〇地方検察庁に書類送検した。</p> <p>同人らは、これらの労働災害について、労働災害では使えない健康保険扱いにしたり、労働者が業務中、転倒してひざの骨を折り3か月のけがをしたのに、これを通勤災害扱いとしていたもの。</p>

(厚生労働省ホームページ)



### 3 非典型の労働関係についての規制（未）

1. パートタイム

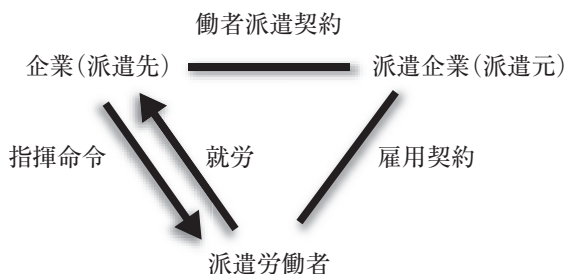
2. 派遣

労働者派遣法の改正案が国会審議中。

（鎮目征樹）

## 2 労働者派遣事業の規制

### 2-1 労働者派遣の意義



### 2-2 労働者派遣法の沿革

1947（昭和 22）：職業安定法の制定

有料労働者供給事業の全面禁止（※罰則あり）

労働者供給：「供給契約に基づいて労働者を他人の指揮命令を受けて労働に従事させること」（職安法 4 条 6 項）

→ 業務処理の請負を外部に委託する場合、請負元が労働者を自ら指揮監督するという要件を満たさない限り、労働者供給に該当する。

1970 年代後半以降、「人材派遣業」と称し、実質的には労働者供給に該当する行為を行う事業形態が発展。労働者供給へのニーズの高まり。

→ 人材派遣業を適法化する動きへ。

1985（昭和 60）：労働者派遣法の制定

職安法によって禁止される労働者供給事業のうち、供給元と労働者との間に労働契約関係があり、供給先から指揮命令を受ける形態のものを、労働者派遣法の規制の下、一定範囲で適法化。

→ ポジティブ・リスト方式（法令上列举された業務についてのみ派遣を適法とする。）

→ 違法な労働者派遣については罰則あり。1995（平成 7）：労働者派遣法の改正

→ ネガティブ・リスト方式の採用。原則禁止から原則許容へ。

港湾運送業務、建設業務、警備業務、医療関連業務については禁止。

（物の製造業については、附則で当面の間改正法を適用除外するとされたため、この時点

ではなお禁止であった。)

2003（平成 15）：労働者派遣法の改正

物の製造業についての労働者派遣を解禁。

### 2-3 労働者派遣事業に対する規制

#### (1) 許可・届出

・派遣元に常時雇用される労働者のみを派遣の対象とする場合（特定労働者派遣事業）と、登録型の派遣労働者のような非常時雇用の労働者を派遣の対象とする場合（一般労働者派遣事業）とで異なる。

・前者は届出制だが、後者は許可制。

・無許可・無届派遣については、罰則あり（派遣法 5 条 1 項、11 条 1 項、59 条）。

#### (2) 偽装請負の問題

・実態は労働者派遣であるが、業務処理請負・委託を偽装するもの。

・2003 年改正で製造業への労働者派遣が解禁された以降、問題化。製造業の派遣については、あくまで臨時的な労働需要に対応するためのものという建て前があるため、1 年という時間制限がある。この規制を潜脱するために、企業が業務処理請負の形で実質的には派遣労働者を業務に従事させる。

例：キヤノンの偽装請負事件

キヤノンの偽装請負、労働者が正社員化申し入れ（2006 年 10 月 18 日朝日新聞）

キヤノンの工場で働く人材会社の請負労働者が、違法な「偽装請負」の状態で作働されてきたとして、労働組合を結成し、18 日、正社員として雇用するようキヤノンに申し入れた。キヤノンで 10 年働いている労働者もいるといい、「正社員になって、いいものづくりをしたい」と訴えている。宇都宮光学機器事業所でレンズの製造などに携わる 4 人が 18 日昼、労働組合東京ユニオンのメンバーらとともに、東京都大田区のキヤノン本社を訪れ、要求書を会社側に手渡した。要求書によると、組合に入ったのは 17 人。17 人は、今年 5 月までの 1 年間は派遣労働者として働いたが、それ以外の期間は、キヤノンから製品の生産を請け負った人材会社の労働者として働いた。ところが、その間も「実際はキヤノン側の指揮命令を受ける偽装請負が続いていた」という。偽装請負は実質的には派遣状態とみな

される。17人は1年以上働いているので、労働者派遣法で定めるメーカー側の直接雇用の申し込み義務が適用される左主張している。キヤノンで6年半働いているという男性(31)は「世界のレンズを自分たちが造っているという誇りがある。できることなら正社員になってこれからもそれを造り続けたい」と述べた。キヤノンでは、宇都宮工場や子会社の大分キヤノンなどで偽装請負が発覚し、労働局から昨年文書指導を受けた。今年8月には「外部要員管理適正化委員会」を設置し、年内をめどに偽装請負の解消を目指している。

・偽装請負により労働者派遣業を行った場合に派遣元の事業者に対して科されうる制裁。

無許可・無届出の場合→刑事罰。

許可・届出がある場合→行政監督。

・派遣先の事業主に対して科されうる制裁

無許可・無届出の事業者から派遣を受けた場合

→労働者派遣法24条の2に違反。

行政指導(48条1項)や勧告(49条の2第1項)の対象。

勧告に従わない場合、企業名の公表(49条の2第3項)

許可・届出のある事業者から派遣を受けた場合

→派遣先事業主の義務(派遣管理台帳の作成等)を履行していない点で派遣法の諸規定に違反、行政指導の対象。

※現政権(民主党)は、偽装請負など違法派遣があった場合、派遣先企業が労働者に直接雇用を申し込んだとみなす「みなし雇用制度」の導入を検討、今国会にこれを含む改正案を提出。

## 2-4 派遣労働者の保護

### (1) 就業条件

・派遣元と派遣先の労働者派遣契約において、派遣労働者の人数、業務内容、就業場所、指揮命令者、派遣期間・就業日、安全衛生等の事項について定めることを義務付け。——派遣労働者に就業条件等を明示することを派遣元に義務付け。

### (2) 混用関係法の責任の所在

・使用者に課される義務・責任は原則として派遣元が負う。

・ただし、指揮命令は派遣先によってなされるため、指揮命令権の行使に関わる一定の義務については、派遣先も法令上の責任を負う（派遣法 44 条以下）。

——派遣元・派遣先の双方が責任を負うもの

例：労働安全衛生法上の諸義務

（ただし、労働者の危険・健康障害の防止措置（労安衛 20～7）等については、もっぱら派遣先の事業者が責任主体となる）

男女雇用機会均等法におけるセクハラ防止措置義務

——派遣先のみが責任を負うもの

例：労働時間に関する義務（労基 32 条以下）

妊産婦の保護（労基 64 条の 2）

cf. 公益通報者保護制度との関連

公益通報者保護法によれば、労働者が労務提供先に公益通報をする場合、通報先は、派遣先事業者であるとされている（公益通報者保護法 2 条 2 号）。なお、派遣労働者が公益通報を行ったことを理由とする労働者派遣契約の解除は無効とされ（公益通報者保護法 4 条）、また、公益通報をしたことを理由として、派遣元に派遣労働者の交代を求めるとその他不利益な取扱いをしてはならないとされている（5 条 2 項）。ただし、違反に対して行政処分や刑罰は定められていない。

## 2-5 労働者派遣法の改正案とその動向

・現政権与党の民主党は、登録型派遣・製造業派遣を原則禁止する改正案を作成し、国会に提出（2010.4）。

・その後（2011.11）、登録型派遣・製造業派遣の原則禁止を削除する方向で法案を修正（衆議院厚生労働委員会）。

労働者派遣法改正案成立を断念継続審議へ参院での審議見通し立たず

（2011.12.8 産経新聞）

民主党は 8 日、今国会中の労働者派遣法改正案の成立を断念した。参院での審議に見通しがたないため。改正案は同日午後の衆議院本会議で緊急上程する予定だったが、取りやめた。衆議院運営委員会理事会も本会議を流会とすることを決めた。衆院で継続審議とし、来年の通常国会で改めて審議を行う。

改正案は7日の衆院厚生労働委員会で賛成多数により可決された。参院で審議して国会中に成立しなければ廃案となるため、衆院段階で継続扱いとすることにした。委員会で可決された法案が本会議に上程されないのは異例。

改正案は8日の衆院通過後、同日中に参院で審議入りし、会期末の9日に成立する見込みだった。だが、みんなの党が「審議が不十分だ」と主張し、11月30日の党首討論に渡辺喜美代表が参加できなかったことでも反発。参院で改正案を委員会に付託することに難色を示していた。

(鎮目征樹)

## 3 公益通報者保護法

### 3-1 はじめに

本章においては、平成 16（2004）年 6 月 14 日に成立し、平成 18（2006）年 4 月 1 日施行された、公益通報者保護法（平成十六年六月十八日法律第百二十二号）について、概観する。その名の通り、公益通報者の保護を目的とする本法は、保護対象である公益通報者を労働者（2 条）と定め、解雇の無効や降格などの不利益取扱いの禁止等、民事上のルールを定め、また、公益通報に関して事業者及び行政機関がとるべき措置を定めている。本法には罰則が置かれていないが、雇用関係を規律する法規制をめぐる近年の動きの中でも注目すべきものであるため、本章で言及することとする。

### 3-2 制定の背景・経緯

まず、本法制定の背景・経緯を概観する<sup>1</sup>。

#### (1) 背景

本法が制定された背景としては、2000 年代に続発した、食品の偽装表示事件や、自動車のリコール隠し事件等に代表される一連の企業不祥事問題がある。これらの事件の多くは、事業者内部の労働者等からの通報を契機として明らかにされたという経緯を辿ったため<sup>2</sup>、内部告発を行った者を保護する必要性が社会的に認知され、これが法律による公益通報者保護制度の確立へ向けた動きへとつながっていったと理解されている<sup>3</sup>。

---

1 本法制定の背景・経緯の詳細については、上村秀紀「公益通報者保護法制定の経緯と概要」法律のひろば 2005 年 2 月号 4 頁以下参照。

2 代表的な事例として、雪印牛肉偽装事件（2001 年）〔取引先だった冷蔵会社からの内部告発で発覚〕、丸明による飛騨牛偽装事件（2003 年）〔従業員の内部告発で発覚〕、ミートホープによる豚肉・鶏肉等の混入挽肉販売事件（2007 年）〔常務取締役による内部告発をきっかけとして発覚〕、「赤福餅」消費期限偽装事件（2007 年）〔内部関係者による匿名の情報提供により発覚〕、「白い恋人」賞味期限偽装事件（2007 年）〔従業員を名乗る匿名の人物による保健所への電話で発覚〕、三笠フーズにうる事故米食用偽装転売事件〔内情を知る人物による農水相東京農政事務所への通報によって発覚〕、船場吉兆による食べ残しの再提供事件（2007 年）〔従業員とみられる匿名の人物による保健所への通報により発覚〕、建材メーカー・ニチアスによる住宅向け建材の対価性能偽装事件（2007 年）〔社

この点につき、立案担当者により解説では、本法制定以前の状況について、「公益のために労働者が通報を行った場合に、どのような内容の通報をどこへ行えば解雇等の不利益取扱いから保護されるのかは、これまで必ずしも明確ではなかった」と述べている<sup>4</sup>。

## (2) 経緯

上述したような背景の下、平成14年12月26日、第18次国民生活審議会消費者政策部会（部会長：落合誠一東京大学大学院教授）に公益通報者保護制度検討委員会（委員長：松本恒雄一橋大学大学院教授）が設置され、翌年1月から5月にかけて制度の具体的内容についての検討がなされた。この検討の結果、同委員会の報告書である「公益通報者保護制度の具体的内容について」が取りまとめられた。

平成15年5月28日、国民生活審議会消費者政策部会は、部会報告として、「21世紀型の消費者政策の在り方について」を取りまとめ、その中に公益通報者保護制度の整備に関する提言も盛り込まれた。

そして、内閣府は、同部会報告を踏まえ、「公益通報者保護法案（仮称）の骨子（案）」を策定し、同年12月10日、第19次消費者政策部会に報告するとともに、意見募集に付した。これに対して寄せられた意見等を踏まえ、平成16年3月9日、政府は「公益通報者保護法案」を閣議決定し、第159回国会に提出した。

公益通報者保護法案は、平成16年4月27日、衆議院本会議において趣旨説明・質疑が行われた後、内閣委員会に付託され、5月12日より提案理由説明に引き続いて審議が開始された。その結果、政府案が原案通り採決され、25日の衆議院本会議において可決された。その後、参議院においても、6月2日、本会議において趣旨説明・質疑が行われた後、内閣委員会に付託され、政府案が原案通り採決され、14日の参議院本会議において可決・成立

---

員による内部告発で発覚）、三菱自動車リコール隠し事件（2000年）〔運輸種自動車交通局のユーザー業務室になされた匿名の内部告発で発覚〕、等がある。なお、一連の企業不祥事と内部告発を扱った文献として、奥山俊宏・村山治・横山蔵利『ルポ内部告発 なぜ組織は間違えるのか』がある。

3 法制定の背景については、水谷英夫「『内部告発』と労働法」日本労働法研究雑誌 530号 11頁以下（2004）参照。

4 前掲・上村 4頁。もっとも、これに対しては、「すでに労働法では、解雇権濫用法理（現労働契約法16条）が確立し、内部告発者を保護する裁判例も蓄積されていたとの指摘（橋本陽子「公益通報者保護制度と労働者の苦情処理制度」DIO 2010年12月号（2010）8頁がある。）」



し、18日に公布された<sup>5</sup>。

なお、内閣府は、民間事業者や行政機関の通報受付体制の整備等を図るために、通報を受けた民間事業者や国の行政機関の対応の指針となるガイドラインを作成することとし、その結果、3つのガイドライン（①「公益通報者保護法に関する民間事業者向けガイドライン」、②「国の行政機関の通報処理ガイドライン（内部の職員等からの通報）」、③「国の行政機関の通報処理ガイドライン（外部の労働者からの通報）」を策定・公表している<sup>6</sup>。

### 3-2 立法目的

本法は、その「第1条（目的）」において規定されているように、「この法律は、公益通報をしたことを理由とする公益通報者の解雇の無効等並びに公益通報に関し事業者及び行政機関がとるべき措置を定めることにより、公益通報者の保護を図るとともに、国民の生命、身体、財産その他の利益の保護にかかわる法令の規定の遵守を図り、もって国民生活の安定及び社会経済の健全な発展に資すること」を目的とする。

すなわち、本法が直接意図するところは、公益通報者の保護であるが、それにより、国民の生命、身体、財産その他の利益の保護にかかわる法令の規定が遵守されることに究極的な狙いがある<sup>7</sup>。これは、自動車のリコール隠しや食品偽装など消費者に対する不利益をもたらすとなった一連の企業不祥事が立法の背景となったことを反映している。本法の所轄官庁も、厚生労働省ではなく、消費者庁となっている。とはいえ、本法によって保護される通報者は「労働者」（労基法9条）に限定されており、本法が労働法の範疇に属する法

---

5 なお、本法において、政令で定めることとされた①公益通報者保護法別表第八号の法律（その違反が通報対象事実を構成するもの）及び②公益通報者保護法の施行期日について、内閣府において作業が進められた。

政令で定めることとされた別表第八号の法律に関しては、平成17年3月29日、「公益通報者保護法別表第八号の法律を定める政令」が閣議決定され、4月1日公布された。施行期日に関しては、平成17年3月29日、施行期日を平成18年4月1日とする「公益通報者保護法の施行期日を定める政令」が閣議決定され、4月1日公布された。

6 これらについては消費者庁が設けている「公益通報者保護法ウェブサイト」（<http://www.caa.go.jp/seikatsu/koueki/gaiyo/guideline.html>）を参照。

7 労働者による内部告発・通報の障壁を除き、事業者による犯罪行為等から一般国民の生命・身体・財産その他の利益を保全することが法の目的ということになろう。

律であることは否定しがたい<sup>8</sup>。

### 3-3 公益通報等の概念

以下では、本法の適用範囲を規律する公益通報等の諸概念の意義につき、確認しておく。

#### (1) 公益通報の概念 (2条1項)

まず、本法が保護対象とするところの「公益通報」の意義については、2条1項に定義規定がある。すなわち、2条1項は、おおむね以下のように規定する。

「公益通報」とは、①労働者<sup>9</sup>が、②不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的でなく、③その労務提供先<sup>10</sup>又は当該労務提供先の事業に従事する場合におけるその役員、従業員、代理人その他の者について通報対象事実が生じ、又はまさに生じようとしている旨を、④当該労務提供先等<sup>11</sup>、当該通報対象事実について処分<sup>12</sup>若しくは勧告等<sup>13</sup>をする権限を有する行政機関又はその者に対し当該通報対象事実を通報することが、その発生若しくはこれによる被害の拡大を防止するために必要であると認められる者<sup>14</sup>に通報することをいう。

すなわち、ここでは、まず、第1に、法の保護対象となる通報の主体が「労働者」であるとされ(①)、第2に、目的要件により、「不正の目的」による通報が除外されている。

---

8 前掲・橋本8頁。

9 労基法9条に規定する労働者をいうとされている。すなわち、正社員のみならず、パートタイムやアルバイトなど、また、派遣労働者や取引先事業者の労働者も含まれる(前掲・上村6頁)。

10 労務提供先等とは、①当該労働者を自ら使用する事業者(1号)、②当該労働者が派遣労働者である場合において、当該派遣労働者に係る労働者派遣の役務の提供を受ける事業者(2号)、③前二号に掲げる事業者が他の事業者との請負契約その他の契約に基づいて事業を行う場合において、当該労働者が当該事業に従事するときにおける当該他の事業者(3号)をいう。すなわち、ここには、当該労働者を自ら使用する事業者のほか、労働者派遣法に基づく派遣労働における派遣先の事業者が含まれる(2条1項2号)ので、派遣労働者による公益通報も保護される。また、下請会社の従業員が、請負契約に基づき注文先事業者の業務に従事している場合に、注文先の事業者内部の通報対象事実を通報することも、保護対象となる(2条1項3号)。

11 労務提供先のほか、当該労務提供先があらかじめ定めた者を含む。

12 命令、取消しその他公権力の行使に当たる行為をいう。

13 勧告その他処分に当たらない行為をいう。

そして、第3に、保護される公益通報を構成する通報対象事実が定められ(③)、第4に、法所定の通報先が定められている(④)。

通報の主体が「労働者」とされたのは、事業者の犯罪や法令違反を通報した場合、彼らが事業者から解雇等の不利益を与えられるおそれがあり、それゆえに、保護の必要性があると考えられるためである。

「通報対象事実」については、それが「生じ、まさに生じようとしている」という切迫性が要件となっており、それにより、保護の範囲が限定されている<sup>15</sup>。

第4の法所定の通報先については、第1に、労務提供先等となっているが、労務提供先たる事業者のほか、「労務提供先等があらかじめ定めた者」も通報先に含まれる。つまり、本法は、企業などが労働者による内部告発・公益通報を受理する機関を設定することを想定している。この点につき、立案担当者は、事業者が外部ホットライン、親会社、顧問弁護士、労働組合等を通報先として定めることが考えられると指摘している。

なお、通報先については、これ以外にも、行政機関、さらに、「その者に対し当該通報対象事実を通報することがその発生若しくはこれによる被害の拡大を防止するために必要であると認められる者」<sup>16</sup>も含まれる。この点に関して重要なのは、通報先が、どこであるのかによって、労働者が本法による保護を受けるための要件が異なるということである。

## (2) 通報対象事実(2条3項)

同法2条1項が規定する通報対象事実については、同2条3項が規定を置く。すなわち、それは、まず、第1に、①個人の生命又は身体の保護、消費者の利益の擁護、環境の保全、公正な競争の確保その他の国民の生命、身体、財産その他の利益の保護にかかわる法律として別表に掲げるもの(これらの法律に基づく命令を含む。次号において同じ。)に規定す

---

14 当該通報対象事実により被害を受け又は受けるおそれがある者を含み、当該労務提供先の競争上の地位その他正当な利益を害するおそれがある者を除くと規定されている。

15 この点につき、立案担当者の解説は、通報対象事実発生の切迫性・発生する蓋然性の高さは必要であるが、必ずしも発生する直前のみをいうわけではないとし、たとえば、廃棄物の不法投棄については、誰が、いつ、どこで行うといったことが確定しているような場合であれば、実行日まで間がある場合であっても、「まさに生じようとしている」といえるとしている(前掲・上村6頁)。

16 たとえば、報道機関や消費者団体、国会議員など、通報対象事実の内容に応じ、幅広い主体が対象になり得るとする(前掲・上村6頁)。

る罪の犯罪行為の事実である（1号）。

「別表」において定められた法律は、刑法、食品衛生法、金融商品取引法、農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律（JAS法）、大気汚染防止法、廃棄物処理法、個人情報保護法、その他（政令で定めるもの）である。

さらに、第2に、②別表に掲げる法律の規定に基づく処分に違反することが①に掲げる事実となる場合における当該処分の理由とされている事実（当該処分の理由とされている事実が同表に掲げる法律の規定に基づく他の処分に違反し、又は勧告等に従わない事実である場合における当該他の処分又は勧告等の理由とされている事実を含む。）（2号）が通報対象事実を構成する。

すなわち、別表の通報対象法律の規定に違反する行為のうち、「犯罪行為」として規定されている事実に加え、その他の法令違反行為のうち、最終的にその実効性が刑罰により担保されている事実もまた「通報対象事実」に含まれるということである。②の括弧内にあるように、違反行為に対する制裁が、主務大臣による「勧告」であっても、その勧告にしたがわない場合に「命令」を出すことが定められ、さらに、命令にも従わない場合に刑罰を科すことが認められている場合、当初の違反行為は通報対象事実となる<sup>17</sup>。

別表において定められた法律が、上記のように限定された理由については、前述したような立法経緯によるところであると考えられる<sup>18</sup>。

### 3-4 公益通報者の保護（3条）

つぎに、本法が定める公益通報者の保護に関わる民事上のルールであるところの解雇の無効等につき確認しておきたい。

---

17 これをJAS法に違反する食品の不当表示（産地偽装）の場合に即して説明すると、次のようになる。JAS法19条の8で、農水相は、産地を含めた食品の表示に関する遵守基準を定める旨が定められており、同19条の9は、不遵守事業者に対する「指示」を定め、さらに、同条3項は指示に従わない場合に、従うよう「命令」を発することを認め、命令違反に刑罰を科している（同法24条）。製造業者が産地を偽装した場合（基準違反）、通報対象事実になり、また、指示違反を犯した場合も、同様に通報対象事実となる

18 上述の国民生活審議会消費者政策部会の報告においては、「国民生活にかかわる分野での法令違反」を通報の対象とするよう提言されていた。

(1) 解雇の無効

本法により、公益通報をしたことを理由として事業者が行った解雇は無効となる。

ただし、通報先がどこであるかによって、公益通報をした労働者（公益通報者）が保護を受ける要件は異なる。すなわち原則的な通報先は、労務提供先等＝事業者が定める通報先であり、行政機関、さらに、外部の第三者に対する通報となるにつれ、法による保護を受けるための要件が厳しくなっている<sup>19</sup>。

その概要は、以下の表にまとめたとおりである。

通報先	労務提供先等	行政機関	外部の第三者
条文	3条1号	3条2号	3条3号
保護要件	目的	不正の目的でないこと（2条1項）	
	真実性	通報対象事実が生じ、まさに生じようとしていると思料する場合 <sup>20</sup>	通報対象事実が生じ、又はまさに生じようとしていると信ずるに足りる相当の理由がある場合
	外部通報に必要な要件	—	かつ、 イ 前二号に定める公益通報をすれば解雇その他不利益な取扱いを受けると信ずるに足りる相当の理由がある場合 ロ 第一号に定める公益通報をすれば当該通報対象事実に係る証拠が隠滅され、偽造され、又は変造されるおそれがあると信ずるに足りる相当の理由がある場合 ハ 労務提供先から前二号に定める公益通報をしないことを正当な理由がなくて要求された場合 ニ 書面（電子的方式、磁気的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録を含む。第九条において同じ。）により第一号に定める公益通報をした日から二十日を経過しても、当該通報対象事実について、当該労務提供先等から調査を行う旨の通知がない場合又は当該労務提供先等が正当な理由がなくて調査を行わない場合 ホ 個人の生命又は身体に危害が発生し、又は発生する急迫した危険があると信ずるに足りる相当の理由がある場合

すなわち、労務提供先等を相手としてなされる事業者内部の通報の場合は、通報対象事実の発生（またはその切迫）につき、これを「思料する」場合であればよい。換言すれば、通報内容の客観的真実性は全く要件とされていない。それは、事業者内部でなされる通報であるため、外部通報のような名誉・信用の毀損という副作用がないためである<sup>21</sup>。

<sup>19</sup> その理由は風評被害に防止にあると説明されている。

<sup>20</sup> 客観的な真実性は不要である。

これに対し、行政機関や外部者に対する通報の場合、通報対象事実発生（切迫）についての「信じるに足りる相当の理由」が要求される。これは、名誉毀損罪における真実性（230条の2）の誤信における免責要件として一般に支持されている客観的に相当な資料の要求と同様に、「通報の事実について単なる伝聞等ではなく通報内容を裏付けられる内部資料等の証拠を有する場合など、相当の根拠を有する場合」であるとされている<sup>22</sup>。

さらに、外部通報の場合については、これに加え、上のイ～ホの5つの場合のいずれかに該当することが保護の要件とされている。このように外部通報に限って保護の要件が加重されたのは、外部通報が、場合によっては企業自体の存続を危うくしたり、信用上・経済上の甚大な被害をもたらすおそれもあり、雇用されている労働者等をはじめとする関係者に及ぼすは不利益も大きなものとなりうる点を考慮し、それゆえに、これを補充的な手段と位置づけるのが妥当だとの政策判断に基づくものと理解できる<sup>23</sup>。

なお、派遣労働者が派遣先事業者について公益通報を行った場合についても同様であるとされている（4条）。

な本法所定の解雇無効ルールについては、「すでに労働法では、解雇権濫用法理（現労働契約法16条）が確立し、内部告発者を保護する裁判例も蓄積されていた……。公益通報者保護法は従来の裁判例で認められていた保護の範囲を拡大するというよりも、むしろ、通報対象事実が法定され、同法3条に基づき、通報先および保護要件も厳格に定められていることから、狭められているともいえる。」<sup>24</sup>との指摘がなされていることに注意が必要であろう。

## （2）不利益取扱いの禁止（5条）

法5条が、同じく公益通報者保護のために規制するのが、解雇以外の公益通報者に対する不利益取扱い（降格・減給など）である。すなわち、同条は、公益通報者に対する降格、

---

21 荒木尚志「内部告発・公益通報の法的保護—公益通報者保護法制定を契機として 労働法学の立場から」ジュリスト1304号（2006）151頁。

22 内閣府『公益通報者保護法の逐条解説』（<http://www.caa.go.jp/seikatsu/koueki/gaiyo/tikujo.html>）56頁

23 この点につき、前掲・荒木152頁。

24 前掲・橋本8頁。

減給その他不利益な取り扱いも、「してはならない」(5条1項)と定める。降格・減給が例示されているが、「不利益な取扱い」の意義は、広く、不利益な配置の変更など人事上の差別的取扱い、専ら雑務に従事させることなど就業環境を害することなどが含まれる。

上述の解雇に関するルールと異なり、その法的効果は、無効ではなく、禁止である。これは、不利益取り扱いには、法律行為だけでなく、たとえば窓際追いやるような事実行為も含まれると考えられるためであるとされており<sup>25</sup>、事実行為の場合、民事法上、不法行為の違法性を備えると解されている<sup>26</sup>。

### 3-5 事業者および行政機関がとるべき措置

本法は、上記の民事上のルールとともに、公益通報を受けた事業者および行政機関がとるべき措置に関する規定を設けている。

#### (1) 事業者がとるべき措置 (9条)

本法9条によれば、書面により公益通報者から公益通報をされた事業者は、当該公益通報に係る通報対象事実の中止その他是正のために必要と認める措置をとったときはその旨を、当該公益通報に係る通報対象事実がないときはその旨を、当該公益通報者に対し、遅滞なく、通知するよう努めなければならない。

#### (2) 行政機関がとるべき措置 (10条・11条)

10条1項によれば、公益通報者から法第3条第2号に定める公益通報をされた行政機関は、必要な調査を行い、当該公益通報に係る通報対象事実があると認めるときは、法令に基づく措置その他適当な措置をとらなければならないとされている<sup>27</sup>。

さらに、11条は、公益通報が誤って当該公益通報に係る通報対象事実について処分・勸

---

25 不利益取り扱いが法律行為である場合についても、無効ではないというのが立案担当者による解説である。しかし、労働法学者からは、この文言は強行規定と解するのが当然であり、当然に無効と解するのが通常だとの批判がなされている。

26 ただし、行政制裁などは用意されていない。

27 ただし、公益通報が犯罪行為の事実を内容とする場合における当該犯罪の捜査及び公訴については、前項の規定にかかわらず、刑事訴訟法の定めるところによる(10条2項)。

告等をする権限を有しない行政機関に対してされたときは、当該行政機関は、当該公益通報者に対し、当該公益通報に係る通報対象事実について処分・勧告等をする権限を有する行政機関を教示しなければならないと定めている（教示義務）。

### 3-6 公益通報者保護法の特徴と問題点

以上が、公益通報者保護法の概要であるが、以下では、その特色と問題点について、若干の検討を加えたい。

#### (1) 通報対象事実についてのルール

まず、本法においては、上述のとおり、法によって保護の対象とされる通報が、事業者による不当な行為、法令違反行為一般ではなく、刑罰法規違反に関するもの、および、最終的には刑罰によって担保されている法令違反行為に関するものに限定されている。これは、国民の生命、身体、財産その他の利益の保護にかかわる法令の規定の遵守を促すという立法目的を反映したものと理解できる。もっとも、このような類型的限定が、立法政策として合理的なものかどうかはなお検討の余地があり、今後の議論が必要となろう。

#### (2) 通報目的についてのルール

本法は、不正の目的（不正な利益を得る目的、他人に損害を加える目的、その他）による通報を公益通報の範囲から除外している。名誉毀損罪（刑 230 条）の真实性の証明において要求されている「目的の公益性」は要件とされておらず、主観面における限定はそれほど厳格なものではない。もっとも、どの程度不正の目的が含まれる場合に、「不正の目的」とされるのかについては議論の余地があろう。不正の目的と公益目的が混在する事態は排除できないから、結局、目的の主従のような相対的な判断基準によって決せざるをえないことになるものと思われる。

#### (3) 通報内容の真实性・真実相当性についてのルール

上述の通り、本法によれば、労務提供先等に対する通報は広く保護されるが、行政機関・外部の第三者に対する通報については保護を受けるために必要な要件が厳格なものとなっており、通報対象事実が真実であると信ずるに足りる「相当の理由」が要求されている。



いかなる場合に「相当の理由」があるかどうかは解釈論上の問題となるが、刑法 230 条の 2（真実性の証明）における真実性の錯誤の処理と同様に、「相当な理由」については、客観的な資料・根拠が要求されることになる。

こうしたことから、通報対象事実が存在すると思料し、これからまさに行政機関もしくは外部者を相手方として公益通報をしようとする労働者は、客観的な資料・根拠をいかにして揃えるかという問題に直面する。この情報収集のプロセスにおいて、たとえば、窃盗罪等に該当する行為がなされたような場合、行為の実質的違法性の有無をどのように考えるかについては議論の余地があろう。

また、上述のように、外部通報については、内部や行政機関に対する通報が不可能あるいは効を奏さないといった場合等の加重要件が要求され、二次的な通報手段としての位置づけがなされている。これについては、外部通報がもたらす企業の信用失墜等の重大な効果が株主や労働者等の利害関係者にとって及ぶという副作用の点を考慮したものであるが、さらに、企業に外部通報を回避すべく内部通報に対する誠実な対応をする動機付けを与えるという積極的な政策的意図に基づくのだとの説明もなされている。

外部通報がもたらす負の側面をできる限り回避しつつ、一般国民の生活利益を保護するという政策的態度は合理的なものとして評価できるが、その前提として、第 1 次的手段たる内部通報および行政機関に対する通報が十分に機能することが担保されねばならない。

#### （4）匿名通報の扱い

本法において、匿名でなされた通報について言及する規定がない。この点については、「匿名の通報であれば、通常は通報者が特定されず不利益取扱いを受けないため保護する必要は生じない。ただし、通報時には匿名でも、匿名性が最後まで維持されず最終的に通報者が特定される場合も考えられ、その場合には本法の保護の対象となる。」との解説がなされている<sup>28</sup>。

この点に関連し若干問題となるのは、本法がまさに保護の対象としている顕名の通報について、不利益取扱いの禁止を定めるルールが、告発者に対する保護措置として、本当に十分であるかという点である。

---

28 前掲・逐条解説 49 頁。

本法のいうところの「労務提供先等」に対する内部通報がなされた場合、企業の存続にも関わる外部通報を回避し、内部通報制度等の利用を告発者に対して促すためには、通報者が直面する不利益取扱いの不安を解消する措置が必要であるが、おそらく、通報者が抱く懸念の一つは、会社の内部通報制度を利用した際、内部通報制度の窓口となる社員について、本当に公平な第三者性が保たれているか・彼らが自分の上司等に対し内部告発の事実を漏らしてしまわないかという点であろう。

このような不安を払拭し、内部告発を促すためには、通報案件情報についての秘密保持と情報管理の徹底が不可欠である。特に、内部告発の窓口担当者における守秘義務の徹底が必要となろうが、本法は、守秘義務に関する規定を特に置いていない。この点は議論の余地があろう。

なお、匿名による通報について、通報者の保護の必要性が直ちには認められないという点はその通りであるが、国民の重要な生活利益の保護という本法の立法趣旨に鑑みると、行政機関の調査義務（10条）等について、匿名での通報を対象から外す合理性が認められるかについては疑問が残る。

### 3-7 現状と展望

制定・施行から10年近く経とうとしている公益通報者保護法であるが、実際のところ、あまり利用されていないのが現状のようである。なぜそのような実態となっているのかについては、上述した本法の諸問題を考慮の上、検討を要する。

内部告発に関する秘密保持の徹底や、内部告発に対する報復行為等をした事業者に対する制裁を拡充するなど、告発者の不安・ジレンマを除去し、より使いやすい内部通報制度を設計することが、本法の立法目的を実現するために必要な課題といえる<sup>29</sup>。

（鎮目征樹）

---

29 近時、内部告発に関して社会的に大きな注目を集めたのが、精密機器メーカー「オリンパス」の内部告発事案である。本件では、内部告発をしたことを理由に配置転換を3度にわたってされた社員が、配置転換の無効確認等を求める訴訟を提起したものであるが、2011年8月31日、東京高裁は原告側の請求を容れ、同社に損害賠償の支払いを命ずる判決を言い渡し、2012年6月28日、最高裁による上告棄却の決定でこれが確定している（日本経済新聞 2012年6月29日）。

## VIII 贈収賄の罪

### 1 刑法の贈収賄罪

#### 1-1 はじめに

刑法典における贈収賄の罪は、収賄側について、単純収賄罪（刑法 197 条 1 項前段）、受託収賄罪（197 条 1 項後段）、事前収賄罪（197 条 2 項）、第三者供賄罪（197 条の 2）、加重収賄罪（197 条の 3 第 1 項・2 項）、事後収賄罪（197 条の 3 第 3 項）、あっせん収賄罪（197 条の 4）を規定しており、犯人等が収受した賄賂については、必要的な没収・追徴が規定されている（197 条の 5）。また、贈賄側については、贈賄罪（198 条）によって、3 年以下の懲役又は 250 万円以下の罰金で処罰されている。本章においては、まず、刑法上の収賄罪の構成要件の内容について、簡単に概観をしておくことにしたい。

#### 1-2 単純収賄罪

単純収賄罪は、公務員がその職務に関し、賄賂を収受し、又はその要求若しくは約束をしたときに成立する（5 年以下の懲役）。本罪は主体を公務員に限定した身分犯である。「公務員」とは「国又は地方公共団体の職員その他法令により公務に従事する議員、委員その他の職員をいう」（刑法 7 条）。また、この定義に当てはまらなくても、公益性、公共性の高い法人の職員については、いわゆる「みなし公務員」の規定があり、刑法上は公務員として扱われることになる。たとえば国立大学法人の教職員は公務員ではないが、国立大学法人法 19 条が「国立大学法人の役員及び職員は、刑法（明治四十年法律第四十五号）その他の罰則の適用については、法令により公務に従事する職員とみなす。」と規定しているため、収賄罪の主体となる。

「賄賂」とは、有形・無形を問わず、人の需要もしくは欲望を満たすに足るべき一切の利益を包含する（大判明治 43・12・19 刑録 16 輯 2239 頁）。したがって、金銭の提供はもちろんだが、飲食等の接待を受けること、銀行から融資を受けることも賄賂に当たることになる。判例においては、新規上場に先立って株式を公開価格で取得できる地位も、上場時にはその価格が公開価格を上回るのが確実であり、これを公開価格で取得することは一般人にとっては困難な場合には、贈収賄罪の客体に当たると判示したものがある（最決昭

和 63・7・18 刑集 42 卷 6 号 861 頁＝殖産住宅事件)。

「職務に関し」とは、賄賂の受供与と職務執行が対価関係（牽連関係）に立つことをいう。公務員が現実に担当している職務について、便宜を図る趣旨で（あるいはその謝礼として）賄賂の提供を受ける場合が典型的な例である。もっとも、公務員が現実に担当していなくても、公務員の一般的職務権限に属する行為について賄賂を収受すれば、本罪が成立する。一般的職務権限に属する事項であれば、限に担当していなくても、担当する可能性があることが処罰の根拠と解されている。さらに判例・通説は、「職務」には、職務の準備的な行為など、職務と密接に関係する行為（職務密接関連行為）も含まれると解している。最近の判例は、県立医科大学の教授であり、附属病院の救急科部長であった被告人が、自らが教育・指導する医師を関連病院に派遣することは、医師の教育・指導という職務に密接な関連のある行為であると判示している（最決平成 18・1・23 刑集 60 卷 1 号 67 頁）。

### 1-3 受託収賄罪

受託収賄罪は、請託を受けて賄賂を収受等する行為について、単純収賄罪よりも重く処罰する規定である（7 年以下の懲役）。「請託」とは、公務員に対して、職務に関して一定の行為を行うことを依頼することという。依頼の内容はある程度、具体的なものである必要があるから、一般的に好意ある取扱いを求めるだけでは不十分である（最判昭和 30・3・17 刑集 9 卷 3 号 477 頁）。請託の存否にかかわらず、賄賂の授受は公務員の職務に関連して行われる必要があるが、具体的な「請託」が存在することによって、賄賂と職務との対価関係がより明確になることが、処罰の加重の根拠と考えられている。

### 1-4 事前収賄罪

事前収賄罪は、「公務員になろうとする者が、その担当すべき職務に関し、請託を受けて、賄賂を収受し、又はその要求若しくは約束をしたとき」、その者が公務員となった場合に成立する（5 年以下の懲役）。たとえば県知事選挙に出馬する予定の者が、県知事に就任したときに担当しうる職務について賄賂を収受した場合、その者が当選し、県知事に就任した場合に限って、事前収賄罪が成立する。収賄者が公務員になることは、刑法の違法性、責任に還元できない客観的処罰条件であるというのが従来の一般的な理解であった。しかし、収賄者が公務員になってこそ、公務と賄賂との牽連関係が生じ、公務の公正に対する信頼

が侵害されるのであるから、これを特別視することなく、通常の構成要件要素として扱えば足りよう（したがって、この点についても、通常の故意犯として、認識・予見が必要となる）。

### 1-5 第三者供賄罪

第三者供賄罪は、公務員が、その職務に関し、請託を受けて、第三者に賄賂を供与させ、又はその供与の要求若しくは約束をしたときに成立する（5年以下の懲役）。この「第三者」としては、職務を行う公務員の知人、近親者などの自然人のほか、法人、法人格なき社団を含む（最判昭和31・7・13刑集10巻7号965頁など）。なお、賄賂の供与を受ける者が公務員と共謀関係にある場合には、収賄罪の共同正犯が成立するから、本罪は成立しない。また、たとえば公務員の妻に対する供与のように、形式的には第三者であっても、実質的には公務員本人に対する収受と評価できる場合にも、本罪ではなく、受託収賄罪が成立すると解される。

### 1-6 加重収賄罪

公務員が収賄罪、受託収賄罪、事前収賄罪または第三者供罪を犯し、よって不正な行為をし、又は相当の行為をしなかったときは加重収賄罪が成立する（1年以上の有期懲役）。公務員が、その職務上不正な行為をしたこと又は相当の行為をしなかったことに関し、賄賂を収受等し、または第三者に供与等させる場合も同様である。本罪においては、職務と対価関係にある賄賂が授受等され、職務が賄賂の影響下におかれたことに加えて、現実不正な行為が行われたことを根拠として、刑の加重がなされている。

### 1-7 事後収賄罪

事後収賄罪は、公務員であった者が、その在職中に請託を受けて職務上不正な行為をしたこと又は相当の行為をしなかったことに関し、賄賂を収受等した場合に成立する（5年以下の懲役）。最近の最高裁判例（最決平成21・3・16刑集63巻3号81頁）においては、防衛庁調達実施本部の副本部長として、装備品の製造請負契約締結等の事務を担当していた被告人が、その在職中、調達実施本部等とB社（A社の関連会社）との間で過去に締結した味方識別装置等の製造請負契約について、同社が過払いを受けていたため、その返還

を請求すべきところ、A社関係者から、返還させるべき金額を過少に確定してもらいたい旨の請託を受け、返還金額を過少に確定させるなどしたが、その後、防衛庁を退職した後、A社の関係者は、上記水増し請求の事件で被告人に世話になったことの謝礼、また、これらの件の事後処理をしてもらう趣旨で、被告人の希望にしたがい、同人をA社の関連会社G社の非常勤顧問に受入れ、被告人に対して、合計538万5000円の顧問料を供与したという事件について、「被告人に供与された前記金員については、被告人にG社の顧問としての実態が全くなかったとはいえないとしても、前記各不正な行為との間に対価関係があるというべき」として、事後収賄罪の成立を認めている。

### 1-8 あっせん収賄罪

あっせん収賄罪は、公務員が請託を受け、他の公務員に職務上不正な行為をさせるように、又は相当の行為をさせないようにあっせんをすること又はしたことの報酬として、賄賂を収受等したときに成立する（5年以下の懲役）。本罪は、公務員が自ら担当する職務行為に関してではなく、他の公務員の職務行為についてあっせんをすることに関して、賄賂を収受したことを処罰対象としている。近時の最高裁判例においては、衆議院議員であった被告人が、建設会社の副社長から、同社を含む複数の建設会社の団体による入札談合の疑いがあるとして公正取引委員会が調査中の事件について、同委員会の委員長に対して、事件の告発をしないように働き掛けてもらいたい旨の請託を受けて、現金を受け取った事件について、本罪の成立が認められている（最決平成15・1・14刑集57巻1号1頁）。

### 1-9 賄賂の没収・追徴

刑法197条の5は、「犯人又は情を知った第三者が収受した賄賂は、没収する。その全部又は一部を没収することができないときは、その価額を追徴する。」と規定している。この規定は、刑法総則の没収・追徴の規定（19条、19条の2）を拡張し、不法な利益の剥奪を強化したものであることができる。総則の没収・追徴との重要な相違点としては、①総則規定が任意的な没収・追徴であるのに対して、賄賂の罪の没収・追徴は全額について必要的な没収・追徴であること、②総則の没収は有体物に限定されているため、無体の利益については没収が不可能であり、また、追徴も本来、没収が可能であった客体が没収不能になった場合の代替処分であることから、追徴も不可能であったのに対して、賄賂の客体は

有体物に限られず、財産上の利益も含まれるため、はじめから没収不能な客体についても、その価額を追徴することが可能であること、などを挙げることができる。

このように原始的に没収が不可能な無形の利益を賄賂として收受した場合についても、197条の5の規定によって、その価額を追徴することが可能となるが、その追徴の金額をどのように算定すべきかが、重要な問題となる（この問題については、山口厚「賄賂の没収・追徴」『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』（1994年）201頁以下を参照）。上記の殖産住宅事件（前掲最決昭63・7・18）においては、「未公開株式を公開価格で取得できる利益」それ自体が贈収賄罪の客体とされているため、賄賂の客体は、株式それ自体ではなく、原始的に没収不能な無体の利益である。したがって、197条の5の必要的追徴が問題となる。必要的追徴の算定基準に関しては、賄賂の收受当時の価額による（收受時説）というのが、判例の立場であるが（最大判昭和43・9・25刑集22巻9号871頁）が、この立場からも、「未公開株式を取得できる利益」を收受した時点において、その価額をいかに算定するかは必ずしも明確ではない。本件の第1審判決は、上場後の初値と公開価格との差額に相当する金額を基準として算定を行ったのに対して、控訴審判決は、上場後の初値を絶対視することなく、賄賂を授受した時点において予測された期待的利益の額を基準とすべきとして、予想された上場直後の価格を手がかりとしている（この点については、永井敏雄・最判解刑事事篇昭和63年度308頁以下参照）。最高裁決定は、控訴審における追徴金額の算定については職権判断を示していないから、控訴審の判断が最高裁によって積極的に是認されたわけではない。上場直後の現実の株価を絶対視する必然性はないことから、理論的には控訴審の立場のほうが合理的であるように思われるが、「予想される上場直後の株価」を明確に認定することはきわめて困難であろう。実際には、現実の上場直後の株価を参考にしつつ、「低めに見積もっても、〇〇円の値を付けることは間違いなかった」というかたちで、かなり控えめな金額の認定をすることになるように思われるが、それでは不正利得の剥奪という点については、必ずしも十分とはいえないという問題が生ずることになる。

なお、金融機関から不正融資を受けるというかたちで賄賂の供与が行われる場合も考えられる。この場合にも、賄賂の客体は融資金それ自体ではなく、融資を受ける利益であるが、このような金融の利益を明確に算定することは困難であり、事実上、この利益の価額を追徴できないという問題が生ずる。判例は、刑法総則の没収規定を適用して、融資を受

けた金銭を犯罪取得物件として没収の対象とすることを認めているが（最決昭和 33・2・27 刑集 12 卷 2 号 342 頁など）、このような理解については、犯人が得た不正利益を超える内容を剥奪することになってしまうという批判が向けられている（山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（2010 年）632 頁参照）。むしろ、本来ならば融資を受けられないところ、融資を受けることができたメリットを金銭的に評価し、その価額を追徴する可能性を検討すべきかもしれない。

## 2 あっせん利得処罰法

### 2-1 立法の経緯

本法は、政治公務員が、いわゆる「口利き」をすることの見返りとして報酬を得ることを処罰することを目的とするものであり、2000 年 11 月に成立し、2001 年 3 月から施行されている（本法については、増田啓祐・警察学論集 54 卷 4 号 50 頁、西田典之＝鎮目征樹・法教 252 号 125 頁などを参照）。政治家の「口利き」については、一定の範囲で刑法上の贈収賄罪を適用することも可能であるが、受託収賄罪の成立を認めるためには、公務員が「その職務に関し」賄賂を受受することが必要であるため、他の公務員に対してあっせんを行うことが、賄賂を受受した公務員の職務権限と評価される必要がある。もちろん、それが一般的職務権限に属しない場合であっても、職務密接関連行為としてあっせん行為が行われれば、収賄罪の成立を認めることができるが、職務密接関連行為については、その判断基準が必ずしも明確ではなく、また、たとえば公務員が現実に担当している職務と無関係な公共工事については、職務密接関連性を肯定することは困難であるという問題があった。さらに、刑法上のあっせん収賄罪については、あっせん先の公務員の不正な職務行為が要件とされているため、処罰範囲がきわめて限定されているという問題点が指摘されていた。あっせん利得処罰法の制定によって、まさにこれらの間隙を埋めることが期待されていたのである。

### 2-2 行為類型

本法は、「衆議院議員、参議院議員又は地方公共団体の議会の議員若しくは長」（公職にある者）が「国若しくは地方公共団体が締結する売買、貸借、請負その他の契約又は特定



の者に対する行政庁の処分に関し、請託を受けて、その権限に基づく影響力を行使して公務員にその職務上の行為をさせるように、又はさせないようにあっせんをすること又はしたことにつき、その報酬として財産上の利益を収受した」ことを処罰している（1条1項、3年以下の懲役）。「国又は地方公共団体が資本金の2分の1以上を出資している法人」の役職員に対して同様のあっせんを行い、財産上の利益を収受した場合も同様である（1条2項）。さらに、国会議員の秘書が、国会議員の「権限に基づく影響力を行使して」同様のあっせんを行い、その報酬として財産上の利益を収受した場合も処罰されている（2条、2年以下の懲役）。

本罪の保護法益は、「公職にある者」の政治活動の廉潔性を保持することによって国民の信頼を確保する点に求められている。このような保護法益の理解からは、あっせんの相手方が公務員や公共企業体であることは必然的ではないようにも思われるが、私人に対して「権限に基づく影響力を行使」できる場合はそれほど多いわけでもなく、また、権限に基づいて私人に対して影響力を行使できる場合には、事実上、一般的職務権限が認められ、受託収賄罪等が成立する場合がほとんどであろう。このように考えると、あっせん行為の対象を限定的に規定したことについては、十分な理由があるということができよう。

なお、2000年の同法制定段階では、2条の秘書あっせん利得罪の主体は国会議員の公設秘書に限定されていたが、2002年の法改正によって国会議員の私設秘書もその主体に含められることになった。これは私人である私設秘書もあっせん利得処罰法の主体に含めることを意味するため、保護法益の理解について一定の修正が必要になるようにも思われるが、私設秘書が国会議員の影響力を利用して、財産上の利益を収受する行為が捕捉されているのであるから、なお、「公職にある者」の政治活動の廉潔性・公正性が保護されていると解することは可能であろう。

なお、本罪の客体は、「賄賂」ではなく、「財産上の利益」とされているため、たとえば情交の提供、接待など、金銭的な利益に還元できない客体が授受されても、本罪は成立しないことになる。

### 2-3 適用例

下級審裁判例において、本法が適用された事件としては、たとえば次のようなものがある。

① 和歌山地判平成 14・11・6 判タ 1120 号 301 頁

市議会議員である被告人が、懇意にしていた土木工事業者から請託を受けて、市が発注する公共工事の指名競争入札の指名業者に選定されるように市役所職員に対してあっせんし、その報酬として現金 50 万円を収受した事案（懲役 1 年 6 月執行猶予 3 年）。

② 東京地判平成 17・9・28（TKC データベース）

足立区議会議員であり、同区議会副議長及び区民環境委員会委員の職にあった被告人 A が、B 社の実質的経営者である被告人 C から、区が発注する区民保養所総合運営委託業務の契約に関し、B 社を同業務の受託業者として選定させるべく所管部の担当者に職務上不正な行為を行うようあっせんして欲しい旨請託を受け、区の担当者に対してその旨あっせんするなどし、その報酬として C から現金合計 300 万円を収受した事案（A は懲役 2 年執行猶予 4 年、C は懲役 1 年 6 月執行猶予 3 年）。

③ 福岡地飯塚支判平成 18・9・6 判タ 1233 号 350 頁

町議会議員及び町議会建設産業常任委員であった被告人が、水道施設設計、施工等を業とする A 工業九州支店長らから請託を受けて、2 度にわたって質問、調査等の権限に基づく影響力の行使として、入札参加業者の指名選定の職務を担当する者に対して、「他社を外して A 社を入れてくれ」などとあっせんをし、同支店長らから報酬として現金 700 万円の供与を受けた事案（懲役 2 年執行猶予 4 年）

### 3 会社法上の贈収賄罪（967 条）

株式会社の発起人、取締役、監査役、支配人など 960 条 1 項 2 項の各号に掲げる者（特別背任罪の身分を有する者）、代表社債権者または決議執行者（961 条参照）、会計監査人等の者が、その職務に関し、不正の請託を受けて、財産上の利益を収受・要求・約束をしたときには、会社法上の贈収賄罪が成立する（5 年以下の懲役又は 500 万円以下の罰金）。利益を供与し、又はその申込み若しくは約束をした者も処罰される（3 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金）。本罪は、昭和 13 年の商法改正の際に新設された旧商法 493 条の規定を引き継いだ規定である。本罪については、会社に損害を与えるような職務違反行為の対価として賄賂を収受する行為が処罰されているとして、会社財産に対する罪として把握しようとする見解も主張されているが、本罪における「不正の請託」の内容は、会社に財産的

損害を与えうる性質のものに限定されているわけではないから、このような理解は困難であろう（佐伯仁志「日本における商業賄賂の処罰について」佐伯仁志＝金光旭『日中経済刑法の比較研究』（2011年）247頁）。むしろ、株式会社の社会的重要性を考慮して、取締役等の職務執行の公正さが刑法上保護対象とされていると解すべきであろう。もっとも、取締役等が一定の社会的責任を負うといっても、あくまでも株式会社の活動は私的な経済活動であり、取締役等も公務員のような公的な地位を有するわけではない。そこで、本罪においては「不正の請託」を要求することによって、その成立範囲が大幅に限定されている。

なお、株式会社の取締役については、その職務権限の内容が法令上の根拠をもって厳格に限定されているわけではないから、事実上、株式会社の業務に関連する事項については、職務権限を認めることができるであろう（さらに、「職務密接関連行為」と評価される場合も考慮すると、職務関連性を認めうる範囲はさらに広いものとなる）。このように考えると、取締役の収賄罪の成否については、「職務に関し」の要件によって処罰範囲を限定することはあまり期待できないから、「不正の請託」の存否の判断が実際には決定的な基準となるものと思われる。

#### 4 特別法上の贈収賄罪

公務員ではなくても、公共的職務に従事している者については、その職務の公正さが強く要請されるため、特別法上、賄賂の罪が規定されているものが多数存在する。既に述べたように、「みなし公務員」の規定が設けられている法律については、その役職員についての利益の受供与については、刑法の贈収賄罪が成立することになるが、会社法の規定のように、特別法で独自の罰則を設けているものもある。古くは、1944年に制定された「経済関係罰則ノ整備ニ関スル法律」（昭和19年法44号）が、「特別ノ法令ニ依リ設立セラレタル会社、鉄道事業、電気事業、瓦斯事業其ノ他其ノ性質上当然ニ独占ト為ルベキ事業ヲ営ミ若ハ臨時物資需給調整法其ノ他経済ノ統制ヲ目的トスル法令ニ依リ統制ニ関スル業務ヲ為ス会社若ハ組合又ハ此等ニ準ズルモノニシテ別表ニ掲グルモノノ役員其ノ他ノ職員」がその職務に関して賄賂を収受・要求・約束する行為を3年以下の懲役で処罰している（1条前段）。本法は、独占的な事業を営む企業等や統制的な企業等であり、別表に掲げるものの

役職員についての贈収賄を処罰するものであり、戦中あるいは戦後の統制経済の下では重要な役割を果たしたものである。もっとも、経済の自由化とともに、独占的企業、統制的企業は減少していき、今日では同法の重要性は乏しくなっている（佐伯・前掲 243 頁）。同法の別表に掲げられる企業等も次第に少なくなっていく、現在においては、「貸家組合法ニ依ル貸家組合、貸家組合連合会、貸室組合及貸室組合連合会」、「市町村農業会、道府県農業会（東京都農業会ヲ含む）及全国農業会」の 2 類型を数えるのみである。

もっとも、かつては独占的な事業を営んでいた公営企業が民営化された場合には、これらの企業を規制する事業法の中で、賄賂の罪が設けられることが多くなっている。たとえば旅客鉄道株式会社及び日本貨物鉄道株式会社に関する法律（JR 法）16 条、日本たばこ産業株式会社法（JT 法）14 条、日本電信電話株式会社等に関する法律（NTT 法）19 条、日本郵政株式会社法 18 条、郵便事業株式会社法 15 条、郵便局株式会社法 16 条、高速道路株式会社法 18 条、成田国際空港株式会社法 18 条、関西国際空港株式会社法 25 条、東京地下鉄株式会社法 12 条、放送法 183 条などでは、当該会社の役職員等について贈収賄の罪が規定され、処罰されている。なお、これらの企業が株式会社である場合には、取締役等が賄賂を収受等した場合、前述の会社法上の取締役等の贈収賄罪も成立する可能性があり、特別法の贈収賄の罪とは法条競合の関係に立つことになる。

また、いわゆる政策金融機関（政府系金融機関）についても、その公共的性格にかんがみて、根拠法の中で贈収賄の罪が規定されている。たとえば株式会社商工組合中央金庫法 67 条、株式会社日本政策投資銀行法 30 条がその例である。また、株式会社日本政策金融公庫法 10 条、株式会社国際協力銀行法 10 条、独立行政法人住宅金融支援機構法 12 条にはみなし公務員の規定が置かれているため、これらの役職員について贈収賄の罪が成立する場合には、刑法の規定が適用されることになる。

さらに、中立性、公正性が強く要請される職務としては、たとえば仲裁人に対する贈収賄の罪（仲裁法 50 条）、倒産処理手続における管財人等の贈収賄罪（破産法 273 条、会社更生法 272 条、民事再生法 261 条、外国倒産処理手続の承認援助に関する法律 67 条）などの規定が目される。また、いわゆる公営ギャンブルについても、レース等の内容の公正さを確保する必要性から、選手等の関係者がその競走に関して賄賂を収受等する行為が処罰されている（たとえば競馬法 32 条の 2、自転車競技法 60 条、モーターボート競走法 72 条など）。最高裁判例には、競馬法 32 条の 2 の罪について、「競馬の騎手が、勝馬投票をし

ようとする者に対し、特定の競走に関して、自己が騎乗して出走する予定の競走馬の体調、勝敗の予想等の情報を提供し、その対価として利益の供与を受けたときは、社会通念上その競走の公正ないしこれに対する社会の信頼を害するものというべきであつて、競馬法 32 条の 2 にいう『その競走に関して賄ろを収受し』た場合にあたるとした原判断は、正当である」と判示したものがあつた（最決昭和 59・3・13 刑集 38 卷 5 号 1984 頁）。

（橋爪 隆）

## 5 外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止

### 5-1 はじめに

外国公務員等に対して不正の利益を供与等することは、日本では、不正競争防止法第 18 条により禁止されており、この禁止に違反した者は同法第 21 条第 2 項 6 号又は同法第 22 条により、処罰される<sup>1</sup>。

このように、外国公務員等に対する不正の利益の供与等<sup>2</sup>を犯罪<sup>3</sup>として処罰することは、1998 年に、OECD（Organisation for Economic Co-operation and Development・経済協力開発機構）により採択された「国際商取引における外国公務員に対する贈賄の防止に関する条約<sup>4</sup>」<sup>5</sup>が、加盟国に対して課した義務（国際商取引における利益獲得を目的とした外国公務員に対する利益供与の犯罪化等）を履行したものである<sup>6</sup>。

不正競争防止法第 18 条、21 条、22 条の規定は、OECD 条約を国内的に実施するため、平成 10 年の同法改正において追加された規定である<sup>7</sup>。

OECD 条約は、国際的な商業活動における公正な競争の確保を図ることを目的としているが、この目的は、日本の法制度の下では、事業者間の公正な競争の確保を目的とする不正競争防止法により実現されるべきことから、同法の改正（同法により、事業者間の公正な競争に関する国際約束の的確な実施確保をも目的とすること）による対応がなされたのである。

同法における外国公務員贈賄罪に関連する規定は、その後も、国際的動向を踏まえ、改正されてきている。平成 13 年には、適用除外規定（平成 13 年改正前不正競争防止法第 10 条の 2 第 3 項）の削除と、外国公務員等の定義の拡大（同第 10 条の 2 第 2 項第 3 号）がなされた<sup>8</sup>。また平成 16 年には、本罪に係る国民の国外犯処罰規定が導入された（不正競争

---

1 予定されている刑罰については、後記 3 を参照。

2 以下では、これを「外国公務員贈賄」と略称する。

3 以下では、これを「外国公務員贈賄罪」あるいは「本罪」と略称する。

4 以下では、これを「OECD 条約」と略称する。

5 同条約の案文は 1998 年 11 月に採択され、同年 12 月には、日本を含む 33 ヶ国が、これに署名した。

6 なお、平成 15 年 12 月には、「腐敗の防止に関する国際連合条約」も成立した（日本も、これに署名している）。

7 同改正は、平成 11 年 2 月施行より施行されている。

防止法第 21 条第 6 項)<sup>9、10</sup>。

## 5-2 外国公務員贈賄罪の内容（不正競争防止法第 18 条）

外国公務員贈賄罪として禁止される行為は、不正競争防止法第 18 条に規定されている。以下では、その文言に即した概説を加える。

### (1) 主体

本罪の主体に関しては、「何人も」と規定されている。これは、日本国民か否かを問わず、本罪所定の行為を日本国内でした者の全てが、主体となりうることを意味する（属地主義・刑法 1 条）。これは、OECD 条約第 4 条 1 の要請に合致するものである。属地主義の下での国内犯の理解としては、犯罪の構成要件の一部をなす行為が国内で行われるか、あるいは構成要件の一部である結果が国内で発生した場合には、当該犯罪は国内犯であり、日本の刑事法が適用されるとの理解（偏在説）が通説である。

この見解を前提とすれば、例えば、以下の四類型において、本罪の適用可能性を考えることになろう<sup>11</sup>。

(i) 外国公務員等を日本に招いた上で、利益の申込み、約束、供与のいずれか一つが、日本において行われた場合。

この行為が本罪の国内犯として評価されることに、問題はない。

(ii) 日本国内から海外に電話、FAX、電子メール等により利益供与の申込み又は約束のいずれかが行われた場合。

この場合も、本罪の構成要件該当行為（利益供与の申込み又は約束）が国内でなされているので、（実際に利益供与が行われたか否か、あるいは、利益供与が海外でなされた否かに係わらず）国内犯として評価されることになる。

---

8 この改正を受けて、法の規定に準ずる者について定める政令（「不正競争防止法第 18 条第 2 項第 3 号の外国公務員等で政令で定める者を定める政令」〔平成 13 年政令第 388 号〕）が制定された。

9 外国公務員贈賄罪については、刑法第 3 条の例に従うものとされていることから、外国公務員等に対し、日本国外で利益の供与等を行った日本人も、本罪による処罰の対象となる。

10 同改正は、平成 17 年 1 月 1 日より施行されている。

11 経済産業省「外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止」、同「外国公務員贈賄防止指針」（平成 22 年 9 月 21 日改訂版）24 頁。

(iii) 本罪に係る共謀を経て、外国公務員に対する利益の供与が海外で行われた場合。

この場合については、以下のように、更に事例を分けて考えることができる。

(iii - i) 日本企業の海外支店の従業員(A)が、日本にある本社の者(B)と、日本国内で共謀し、これに従って、海外で外国公務員贈賄行為に及んだ場合。

共謀の存在は罪となるべき事実の一部であり、共謀により、共同正犯の罪責が基礎付けられるので、(共謀という)構成要件の一部の実行場所が日本国内であれば、国内犯となる<sup>12</sup>。この事例でも国内犯を認めることができ、A、Bには外国公務員贈賄罪が成立する。また、日本企業の海外支店の外国人従業員Cらとの関係でも(A、Bとの共犯関係が認められれば)、本罪が適用可能となる<sup>13</sup>。

(iii - ii) 日本企業の海外支店の従業員(A)が、日本にある本社の者(B)からの電話で指示等を受け、海外にて利益供与を行った場合。

この場合も、共謀が日本国内で行われていると認められるので、本罪の国内犯として評価され、A、B両者には本罪の適用が可能となる<sup>14</sup>。

(iii - iii) 日本企業の海外支店の従業員(A)等が、日本にある本社の者(B)と電話で相談するなどして、海外にて利益供与を行ったが、Aが正犯であり、Bは狭義の共犯(教唆犯又は幫助犯)に止まる場合(共謀が認定できない場合)。

Bは、Aに係る本罪の教唆犯であり、Bの行為を国内犯と見ることもできよう。他方で、正犯たるAは、日本人であるが、その犯罪地は当該外国であり、Aに本罪を適用することはできない。裁判例には、従犯成立の場所は正犯が実行行為をした場所であると解したものが<sup>15</sup>。この先例に倣えば、Bの犯罪地もAと同様に外国であると解する余地がある<sup>16</sup>。

(iii - iv) 日本企業の海外支店の従業員(A)が、独自の判断で、あるいは、同海外支店の指示だけを受けて、当該海外にて外国公務員に対して利益供与を行った場合。

Aが日本人であっても、Aの行為は日本国外でなされているので、Aに本罪を適用する

12 東京地判昭和56年3月30日刑月13巻3号299頁(KDD贈収賄事件判決)。

13 経済産業省「外国公務員贈賄防止指針」(平成22年9月21日改訂版)24頁。

14 経済産業省「外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止」

15 大判大正11年3月15日刑集1巻144頁。

16 最決平成6年12月9日刑集48巻8号576頁は、正犯の実行行為が日本国内で行われた場合において、日本国外でこれを幫助した者には刑法1条1項が適用され、幫助犯の行為も国内犯になることを認めている。しかしこの判例は、(iii - iv)事例の先例とはならない。



ことはできない。他方で、日本にある本社の者(B)は、この利益の提供等に関与していないので、Bに本罪が適用される余地はない<sup>17</sup>。

偏在説を、日本刑法が原則として採用している属地主義の下で採用すると、本罪につき日本の裁判権を設定できる範囲は、決して狭いものではない。しかし、上記 (iii - iii) や (iii - iv) では、A ないし B に本罪を適用できない可能性があった。他方で、OECD 条約の加盟国の多くは、同条約第 4 条 2<sup>18</sup>を踏まえ、外国公務員贈賄罪につき国民の国外犯を処罰する規定（属人主義に基づく規定）を有している。そこで、平成 16 年の不正競争防止法改正により、日本でも、本罪については属人主義が採用され、日本国民が日本国外で行った本罪所定の行為についても、日本の裁判権が及ぶものとされた（不正競争防止法第 21 条第 6 項）。この結果、(iii - iii) や (iii - iv) の A（日本人）にも本罪が適用可能となったのである<sup>19, 20</sup>。

## (2) 行為

### 1) 総説

本罪を構成する行為は、「外国公務員等に対し、国際的な商取引に関して営業上の不正の利益を得るために、その外国公務員等に、その職務に関する行為をさせ若しくはさせないこと、又はその地位を利用して他の外国公務員等にその職務に関する行為をさせ若しくはさせないようにあつせんをさせることを目的として、金銭その他の利益を供与し、又はその申込み若しくは約束をすること」である。これを整理すると、次の二類型になる。

第一は、「①国際的な商取引に関して営業上の不正の利益を得るために、②外国公務員等に対し、(i)その職務に関する行為をさせ若しくはさせないことを目的として、③金銭その他の利益を供与し、又はその申込み若しくは約束をする」行為である。

---

17 経済産業省「外国公務員贈賄防止指針」（平成 22 年 9 月 21 日改訂版）25 頁。

18 積極的属人主義を採用している加盟国は、外国公務員贈賄罪についても同様の主義が採られるべく、必要な措置を執ることを要請する、という条項。

19 経済産業省「外国公務員贈賄防止指針」（平成 22 年 9 月 21 日改訂版）25 頁。

20 (iii - iii) の B に本罪が適用できるかについては、別途、検討が必要であろう。前掲・大判大正 11 年 3 月 15 日を踏まえ、A が国内犯である限り、B も本罪で処罰できると解することは、可能である。他方で、(同判決が前提としていると思われる) 共犯の従属性の理解と、管轄権の設定とは、別個の問題であるとの理解もありえよう。

第二は、「①国際的な商取引に関して営業上の不正の利益を得るために、②外国公務員等に対し、(ii)その地位を利用して他の外国公務員等にその職務に関する行為をさせ若しくはさせないようにあつせんをさせることを目的として、③金銭その他の利益を供与し、又はその申込み若しくは約束をする」行為である。

二つの類型において、①（主観的要件）、②、③（いずれも客観的要件）は、共通であるが、(i)、(ii)（いずれも主観的要件）の点で、両者は異なっている。

両類型に共通する②、③の要件は、刑法典に規定された賄賂罪の客観的要件と類似している<sup>21</sup>。また(i)の「その職務に関する行為をさせないこと」の目的は、加重取賄罪に対応する贈賄罪の主観的要件に、また(ii)の「その地位を利用して他の外国公務員等にその職務に関する行為をさせないようにあつせんをさせること」の目的は、あつせん贈賄罪に対応する贈賄罪のそれに、それぞれ類似するものである。このように、外国公務員贈賄罪は、刑法典に規定された賄賂罪と似た構造を有するが、①（主観的要件）の点で、独自性を有するものと言えよう。①は、国際的な商取引における（in the conduct of international business）公正な競争の確保という本罪の保護法益から導かれた要件だと理解できる<sup>22</sup>。

## 2) 国際的商取引関連性

このように、外国公務員贈賄罪を特徴付けるのは、①の要件であるが、そこで言う「国際的な商取引に関して」の意義（国際的商取引関連性）については、立案当局において解釈の変更が見られた。

国際的商取引関連性は、国際的な商活動を目的とする行為（貿易及び対外投資を含む国境を超えた経済活動に係る行為）である。具体的には、①取引当事者間に涉外性<sup>23</sup>がある場合か、②事業活動に涉外性がある場合であって、営利を目的として反復・継続して行われ

---

21 相違点は、賄賂と公務員の職務との関連性が、賄賂罪では、その客観的要件として規定されているのに対し、外国公務員贈賄罪では、((i) ないし (ii) の) 主観的要件の中で要求されている点に認められる。もっとも、後者においても、公務員に職務関連行為をさせる目的は、当該職務関連行為が存在して初めて観念できるであろうから、実質的には、いずれの賄賂罪においても、賄賂と職務との関連性が基本的な要件であることになる。

22 2) で後述するように、この要件は、平成13年改正で導入された要件である。

23 涉外性とは、国境を越えた関係性を意味する（経済産業省「外国公務員贈賄防止指針」（平成22年9月21日改訂版）13頁）。

る事業活動に係る行為である。立案当局者によれば、①、②の例として、次の事案が挙げられている<sup>24</sup>。

① 日本に主たる事務所を有する商社 A が、X 国内の ODA 事業（例えば橋の建設）の受注を目的として、日本で、X 国公務員(B)に贈賄する事例

② Y 国に主たる事務所を有する日系の建設業者 C が、東京の Y 国大使館の改築工事の受注を目的として、日本で、Y 国公務員(D)に贈賄する事例

事例①において国際的商取引関連性が認められることに、問題はないであろう。

これに対して、事例②では、当初、立案当局は、国際的商取引関連性を否定していた。本罪が不正競争防止法に導入された当初は、同法第 10 条の 2 第 3 項<sup>25</sup>により、贈賄側の主たる事務所と収賄側の外国公務員等の属する国が同一である場合には国際的商取引関連性が否定されていたのである。これは、②のような事例は、OECD 条約が犯罪化を義務づけているところの国際商取引における不正の利益供与等には当たらない、との理解に基づくものであった。しかし、OECD 条約による犯罪化の要請を、このように縮小して解釈する国は他に存在しなかったために、平成 13 年改正により、(旧) 第 10 条の 2 第 3 項は削除されると共に、「国際的な商取引における (in the conduct of international business)」という条約上の要件が本罪の要件①にも取り込まれた。その結果、今日では、事例②においても、本罪が成立するものと解されている。

### 3) 営業上の不正の利益

次に、「営業上の利益」とは、不正競争防止法で用いられている概念であり、事業者が「営業<sup>26</sup>」を遂行していく際に得られる有形・無形の経済的価値その他の利益一般を意味す

---

24 以下の事例では、経済産業省「外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止」の記載を前提としつつ、若干の加筆がなされている。

25 「3 前項第一号から第三号まで及び第五号の外国が第一項に規定する利益の供与又はその申込み若しくは約束する者の主たる事務所（法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、当該利益の供与又はその申込み若しくは約束をする場合にあっては、その法人又は人の主たる事務所）が存する外国である場合には、同項の規定は適用しない。」

26 事業者の公正な競争を確保するという不正競争防止法の趣旨を踏まえると、「営業」とは、単に営利を直接に目的として行われる事業に限られず、広く経済収支上の計算に立って行われる事業一般

る。

本罪との関係で言えば、例えば、取引の獲得、工場建設や商品の輸出入等に係る許認可の獲得が、その典型例である。他方で、例えば、食糧の調達のための便宜は、これが商品等の販売目的のためではなく、自らが生活するために最低限必要なものである限り、「営業上の利益」には該当しないことが多いであろう。

次に、「不正の利益」とは、公序良俗又は信義則に反するような形で得られるような利益を意味する<sup>27</sup>。そこで、本来の行政的給付を促すために提供される利益、例えば、通関、検問、入国・滞在ビザの発給・延長申請等の迅速化、上下水道・電話の敷設の円滑化等のために提供される利益は、「不正の利益」に該当しない、と解されている<sup>28</sup>。この点については、いわゆる Facilitation Payments との関係で、検討すべき問題がある〔後記7) 参照〕。

#### 4) 外国公務員

本条でいう「外国」とは、日本以外の国を意味し、日本が国家として未承認の国も含まれる、と解されている<sup>29</sup>。未承認の国も「外国」だとされるのは、そのような「国」の公務員に対する不正な利益の提供によっても、本罪の保護法益が侵害される危険が生じると理解されているからであろう。

「外国公務員」の具体的な意義については、本法18条第2項第1号から第5号において、示されている。即ち、

- ① 外国の政府又は地方公共団体の公務に従事する者（第1号）
- ② 外国政府関係機関の事務に従事する者（第2号）
- ③ 外国の公的な企業の事務に従事する者等であって特に権益を付与された者（第3号<sup>30</sup>）

---

（病院経営等）を意味し（東京地判昭和37年11月28日判時323号26頁参照）、営利を直接の目的として行われる事業には限定されないことになる（経済産業省「外国公務員贈賄防止指針」（平成22年9月21日改訂版）13頁）。

27 経済産業省「外国公務員贈賄防止指針」（平成22年9月21日改訂版）13頁。

28 経済産業省「外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止」、同「外国公務員贈賄防止指針」（平成22年9月21日改訂版）15頁。

29 経済産業省「外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止」、同「外国公務員贈賄防止指針」（平成22年9月21日改訂版）17頁。

- ④ 国際機関の公務に従事する者（第4号）
- ⑤ 外国政府等から権限の委任を受けている者（第5号）

である。

以上の外国公務員の例示は、OECD 条約第1条4(a)を踏まえた具体化である。

5) 外国公務員等に対し、その職務に関する行為をさせ若しくはさせないこと等の目的

「外国公務員等に対し」とは、利益の申込み、約束、供与の相手方が、実質上外国公務員等であることを意味する<sup>31</sup>。「実質上」外国公務員等であれば良いと解されているのは、利益の供与等の相手方が、代理店（エージェント）その他の名称で（外形的・形式的には）外国公務員から独立して行動している第三者であっても、実質的には外国公務員のために行動している者であれば、なお、この要件を充たすものと解するためである。例えば、第三者が外国公務員の親族であり、当該外国公務員のために利益の收受先となっている場合や、第三者が外国公務員の道具として利益を收受している場合には、「外国公務員等に対し」の要件を充たすものと解することができよう<sup>32, 33</sup>。

「その職務に関する行為」にいう「(外国公務員の) 行為」とは、基本的には、当該外国公務員等の職務権限の範囲内にある行為（本来的な職務行為）である。しかし、この行為には、更に、職務と密接に関連する行為<sup>34</sup>も含まれる、と解されている<sup>35</sup>。これは、外国公務員贈賄罪の解釈においても、基本的に、刑法の収賄罪（刑法第197条）における判例・多数説<sup>36</sup>に依拠しようとするものである。外国公務員贈賄罪の保護法益は、国際的な商取

---

30 第3号では、同号に掲げる者に準ずる者として政令で定める者も、外国公務員に含まれるものとされている。その政令は「不正競争防止法第十八条第二項第三号の外国公務員等を政令で定める者を定める政令（平成13年政令第388号）」である。

31 経済産業省「外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止」

32 経済産業省「外国公務員贈賄防止指針」（平成22年9月21日改訂版）17頁。

33 第三者が外国公務員との間で本罪の実行に関して共謀を遂げている場合には、両者の間に共謀共同正犯が成立するので、この要件は、当然に充たされる。前出5-2(1)例(iii-i)参照。

34 慣習上当該公務員が行っている事務や、本来の職務の準備的行為等（経済産業省「外国公務員贈賄防止指針」（平成22年9月21日改訂版）16頁）。

35 経済産業省「外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止」、同「外国公務員贈賄防止指針」（平成22年9月21日改訂版）16頁。

引における公正な競争の確保であるが、この法益は、外国公務員が事実上影響力を行使しうる公務に対して不当な利益が提供される場合でも、危殆化されるであろう。そこで、外国公務員が事実上影響力を行使しうる公務を「(外国公務員の)職務に関する行為」と解すべきであり、同様の観点から刑法197条の「職務に関し」の要件を解釈する(上記)判例・多数説が、外国公務員贈賄罪においても考慮されることになるのである。

6) 外国公務員等に対し、その地位を利用して他の外国公務員等にその職務に関する行為をさせ若しくはさせないようにあっせんをさせること

「あっせん」とは、外国公務員(例えば、甲)が、その地位を利用して他の外国公務員(例えば、乙)に対して、その職務に関する行為をさせ若しくはさせないように働きかけることを言う<sup>37</sup>。この働きかけが、甲の職務権限外の行動であっても、甲がその地位を利用して乙に働きかけていれば、「あっせん」に該当するものと解されている。これは、条文の文言に沿った解釈であるが、刑法のあっせん収賄罪の解釈も前提とされているように思われる。

7) 金銭その他の利益

ここでいう「利益」の意義は、基本的には、「営業上の不正の利益」(上記3))にいう「利益」と同じであり、金銭や財物等の財産上の利益に止まらず、およそ人の需要・欲望を満足させるに足りるものを意味する。そこで、例えば、金融の利益、家屋・建物の無償貸与等、接待・供応、担保の提供・補償、異性間の情交、職務上の地位等の一切の有形、無形の利益がこれに含まれるものと解されている<sup>38</sup>。この解釈も、賄賂罪にいう「賄賂」の意義に関する解釈を前提とするものである。

外国公務員贈賄罪にいう「利益」の意義として、解釈上、検討を要するのは、いわゆる「手続の円滑化のための少額の支払い」("facilitation payments". FP)が「利益」に該当するか否かである。

---

36 西田典之「刑法各論(第6版)」(平成24年)495頁、山口厚「刑法各論(第2版)」(平成22年)617頁等。

37 経済産業省「外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止」

38 経済産業省「外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止」

OECD 条約の注釈 9 は、FP は、それが小額であれば (small facilitation payments)、同条約第 1 条第 1 項で規定された (禁圧されるべき) 「利益」に該当しないこと、こうした解釈は、そのような小額の金銭等の支払いが許認可権を有する公務員に対して提供されている国において採りうることを、認めている。

これを受けて、本罪の立案担当者も、当初は、本来の行政的給付を促すために提供される利益 (通関、検問、入国・滞在ビザの発給・延長申請等の迅速化、上下水道・電話の敷設の円滑化等のために提供される利益等) は「不正の利益」に該当しない、と解していた<sup>39</sup>。ここでは、提供される利益の大きさには言及がないが、上記注釈 9 を踏まえれば、小額の利益が提供される場合に限り、こうした解釈が妥当すると言うべきであろう。もっとも、「不正の利益」の大きさは、問題となった利益の提供先の行為との関係で、個別の事案においてしか検討できない事項である。

しかし近時、本罪の立案担当者において、ファシリテーション・ペイメントの取扱方針に変化があった。OECD 贈賄作業部会から、当初の理解は、不正競争防止法に明文規定のない例外を (FP として) 認めるもので適当でないことが指摘されたため、経済産業省は、平成 22 年 9 月に外国公務員贈賄防止指針を改訂したのである。そして、不正競争防止法は少額のファシリテーション・ペイメントに関する規定を置いておらず、少額のファシリテーション・ペイメントであるということを理由としては処罰を免れることはできず、個別具体の事案において「国際的な商取引に関して営業上の不正の利益を得るために」との要件を満たす場合には、外国公務員贈賄罪が成立し得ると明言するに至ったことである<sup>40</sup>。そこで、今後は、少額のファシリテーション・ペイメントにすぎないから適法であると主張することは、困難になることが予想される<sup>41</sup>。

## 8) (利益の) 供与、又は、申込み若しくは約束

「供与」とは、賄賂として金銭その他の利益を提供し、相手方である外国公務員等がこれを受け取ることをいう。

「申込み」とは、外国公務員等に対して、賄賂であることを認識しうるような状況のも

39 上記 3) 及び経済産業省「外国公務員等に対する不正の利益の供与等の禁止」

40 経済産業省「外国公務員贈賄防止指針 (平成 22 年 9 月 21 日改訂)」14 頁。

41 甲斐淑浩「不正競争防止法と近時の法執行状況」(NBL 956 号 (2011 年) 77 頁)。

とで金銭その他の利益の収受を促す行為である。この場合、相手方がこれに対応する行為をする必要はない。

「約束」とは、贈賄当事者間の金銭その他の利益の授受についての合意を意味する。競争相手との関係で特段の有利な取扱いを受けることを目的としない利益の供与等は、本罪の保護法益を危殆化しない限りにおいて、供与等には該当しないことになる<sup>42</sup>。

### 5-3 外国公務員贈賄罪に対する罰則（不正競争防止法第21、22条）

#### (1) 自然人行為者に対する罰則

第18条第1項の規定に違反して外国公務員等に対する不正の利益の供与等を行った者は、5年以下の懲役又は500万円以下の罰金に処せられる（併科可能。不正競争防止法第21条第2項第6号）。これは、自国公務員に対する贈賄罪（刑法第198条）の法定刑（3年以下の懲役又は250万円以下の罰金）より厳しいものである。それは、OECD条約の要請<sup>43</sup>を踏まえた上で、本罪には、より厳しい制裁が必要だと判断された結果であるように推察される。

#### (2) 法人に対する罰則

法人の代表者、代理人、使用人、その他の従業員等が当該法人の業務に関し違反行為をした場合には、当該違反行為者自身を処罰することに加えて、当該法人に対しても3億円以下の罰金刑が科される（不正競争防止法第22条）。これは、外国公務員贈賄罪につき法人に対する効果的で適切な（刑事的又は非刑事的）制裁を要請しているOECD条約第3条の2を踏まえた規定である。

### 5-4 外国公務員贈賄罪の適用状況

現在までのところ、外国公務員贈賄罪により訴追された事例は二つあり、同罪に基づく捜査がなされているものとして報道された事案が四つある。

---

42 もっとも、そのような保護法益の危殆化の有無は、個別具体的な状況を前提としなければ判断できない。

43 OECD条約第3条の1は、外国公務員贈賄罪に対する刑罰は、自国の公務員に対する贈賄に適用されるのと同等のものにするものとされている。



(1) 訴追された事例

i) フィリピン公務員に対する不正な利益の供与事案（九電工子会社贈賄事件）（平成19年3月）

日本の株式会社（九電工）のフィリピン現地子会社に出向していた日本人従業員が、フィリピン政府の高官に、請負契約を早期に締結させるために、ゴルフクラブセット等（約80万円相当）を供与したという事案。

被告人（元・日本人従業員2名）らは、福岡簡易裁判所において、本罪につき有罪とされ、（元副社長であった被告人に対しては）罰金50万円、（社員である被告人に対しては）罰金20万円が科されている<sup>44</sup>。なお、九電工自体は訴追されなかったが、それは、賄賂の負担や提供を主導したのは九電工のフィリピン現地子会社であったと判断されたためである。

この事案は、上記5-2(1)の(iii-i)の類型ではないかと思われる。

ii) ベトナム公務員に対する不正な利益の供与事案（PCI事件）

日本の株式会社（パシフィック・コンサルタンツ・インターナショナル。PCI）の東京本店に勤務する従業員であった被告人4名が、ベトナムにおける幹線道路建設事業に関するコンサルタント業務を受注したことへの謝礼の趣旨で、同事業を担当していたベトナム人幹部に対して、約60万米ドル及び約22万米ドルを供与したという事案。

被告人4名には、東京地方裁判所において、それぞれ、懲役2年6月、懲役2年、懲役1年6月、懲役1年8月（但し、いずれも執行猶予3年<sup>45</sup>）が科せられ、被告会社（法人としてのPCI）には罰金7000万円が科せられた<sup>46</sup>。

この事案は、上記5-2(1)(iii)の類型（但し、賄賂の提供者が日本本社の従業員である場合）に相当するのではないかと思われる。

---

44 福岡簡裁命平成19年3月16日判例誌未登載。日本経済新聞 2007年3月17日をも参照。

45 役員1名は、別件として詐欺事件があったことから公判を分離されて審理され、外国公務員贈賄罪と詐欺罪につき有罪とされ、懲役2年6月（執行猶予3年）に処せられている（東京地判平成21・3・24判例語未登載）。

46 東京地判平成21年1月29日判時2046号159頁。

## (2) 捜査中として報道された事例

### i) 三井物産モンゴル贈賄疑惑

三井物産が、モンゴルの政府高官に対して、同国への日本からの無償資金供与協力プロジェクト（モンゴルの村落にディーゼル発電設備を設置する事業）に際して、受注に便宜を図ってもらう趣旨で不正な資金供与（130万円の提供）を行ったという疑惑。本件は、2002年8月以降に、注目されるに至ったが、同年9月には、検察庁による立件が見送られた。その理由は、三井物産が提供した金銭は、上記事業受注後のクレームを穏便に処理してもらうためであり、本罪の「不正な利益を得る目的」に該当しない可能性がある等と判断されたことによるようである<sup>47</sup>。

### ii) マリンホース事件（ブリヂストン贈賄疑惑）

ブリヂストンが、マリンホース（原油の積み下ろしに際して使われるゴム製のホース）等の販売に際して、海外子会社を通じて、現地の仲介業者に支払う販売手数料名目で、約1億5000万円を過剰に支払い、これが、海外公務員に提供されたのではないかと、との疑惑。

本件は、2008年2月以降に、注目されるに至ったが、これに先立つ2007年5月には、マリンホースに関する国際的なカルテル疑惑が生じ、米司法省は、ブリヂストンの担当部長を逮捕していた。当該部長は、FCPA並びに反トラスト法違反の事実を認め、2年の拘禁刑と8万ドルの罰金刑に処せられている<sup>48</sup>。これに続いて、2011年9月15日、米司法省は、（法人たる）ブリヂストンが、マリンホースの販売をめぐる国際的な価格カルテル事件に関与したとして有罪を認め、2800万ドル（約21億円）の罰金を支払うことで合意したことを、発表した<sup>49</sup>。

### iii) 西松建設タイ贈賄疑惑

西松建設の副事業部長等の幹部が、裏金として管理していた会社の金員を、タイにおける公共事業（バンコクの運河改良工事）を落札するに際して、担当公務員等に提供したと

47 朝日新聞 2002年9月13日等。

48 Cf. The Japan Times, 12th of December, 2008.

49 共同通信 2011年9月16日等。

いう疑惑。

この件に関する事実関係を調査したバンコク都庁は、不正はなかったとの声明を出したが、タイ下院汚職防止委員会からは、不透明な資金の提供があった疑いがある旨の指摘をしている<sup>50</sup>。

#### iv) 住友商事疑惑

2011年11月27日、住友商事は、インドネシアから受注した鉄道事業をめぐって、同国の公務員（外国公務員）に贈賄した疑いがあり、警視庁が捜査していることが、報道された<sup>51</sup>。具体的には、2011年3月に、インドネシア運輸省の元鉄道局長が、中古の鉄道車両を日本からインドネシアに輸入するに当たり来日した際に、住友商事の現地社員が、日本において、ゴルフの接待を提供したが、これが賄賂の提供に当たるとして、外国公務員への賄賂を禁じた不正競争防止法に違反した疑いもたれている。

（今井猛嘉）

---

50 朝日新聞 2008年11月20日、同2009年1月16日等。

51 朝日新聞 2011年11月27日。

## IX 不正競争防止法における営業秘密侵害罪について

### 1 はじめに

不正競争防止法（以下、不競法と呼ぶ）21条1項において、いわゆる営業秘密侵害罪が規定されている。これらは、7つの構成要件に分けられており、かなり複雑である。

まず、すべての犯罪が目的犯とされており、「不正の利益を得る目的」または「その保有者に損害を加える目的」が必要とされている。その上で、行為者と営業秘密との関係に応じて構成要件が分けられている。

まず、刑法典の財産犯でいえば占有移転罪に近い類型として、詐欺、暴行、脅迫、管理侵害行為<sup>1</sup>によって営業秘密を取得する行為（21条1項1号）が、処罰されており、さらにそうして取得された営業秘密の不正使用、開示（21条1項2号）も処罰の対象とされている。

次いで、財産犯でいえば横領罪に近い類型として、営業秘密を一定の条件の下で使用する事が許されていた者による権限逸脱行為が処罰されている。具体的には、営業秘密を保有者から示された者が営業秘密の管理にかかる任務に背き、イ 営業秘密記録媒体等又は営業秘密が化体された物件を横領すること、ロ 営業秘密記録媒体等の記載、記録、または営業秘密等が化体された物件について、複製を作成することおよびハ営業秘密記録媒体等の記載、記録を消去すべきであったのに消去せず、かつ消去したかのように仮装すること、がそれである。これについても、そうした態様で取得された秘密の不正使用、開示が独立に処罰されている（21条1項4号）。

さらに、背任罪類似の行為として、営業秘密を保有者から示された役員、従業員が営業秘密の管理に係る任務に背いて、不正使用、開示した場合（21条1項5号）および、営業秘密を保有者から示された元役員、従業員が不正使用、開示した場合が処罰されている。ただし、後者については、「その在職中に、その営業秘密の管理に係る任務に背いてその営業秘密の使用若しくは開示について請託を受けて」いた場合に限られている（21条1項6号）。

---

1 財物の窃取、施設への侵入、不正アクセスその他保有者の管理を害する行為。

最後に、いわば盗品関与罪的な行為として、2号、3号にあたる開示によって営業秘密を取得して、その営業秘密を使用、開示した者が処罰の対象とされている（21条1項7号）。

もっとも、このような規定は、一度に成立したのではなく、紆余曲折を経て、現在の形に落ち着いたものである。まず、平成15年の不競法によって、わが国ではじめて、営業秘密侵害行為を処罰する規定が設けられた。そして、平成17年には、営業秘密侵害罪の処罰範囲の拡充、法人処罰規定・国外犯処罰規定の新設、法定刑の引き上げ等を内容とする改正不競法が成立し、その後、平成18年の法定刑の引き上げを経て、さらに平成21年には、構成要件が全面的に見直されている（平成21年度法律第30号）。後述のように、21年改正は、これまでの営業秘密侵害罪の性格に、変更を迫るものである。本稿では、これらの改正の背景、内容を紹介し、さらに、今後の課題について、若干の検討を加えることとした<sup>2</sup>。

## 2 平成15年改正の背景

2-1 まず、営業秘密侵害に、刑法の財産犯で対応することには限界があることを確認しておきたい。窃盗罪と横領罪は、客体が「他人の（財）物」に限定されている点がネックとなる。「物」の意義については議論があり、これを可動性と管理可能性を有するものと定義した古い判例（管理可能性説）<sup>3</sup>もあるが、学説では、財物概念の明確性、民法との整合性（民法85条）を重視する観点から、有体物に限定する見解（有体性説）が多数説となっている<sup>4</sup>。この有体性説からは、財産的情報は、財物には当たらない。また、管理可能性説からも、処罰範囲の明確化、財産上の利益（236条2項など参照）との区別の観点から、管

---

2 平成15年改正について詳しくは、飯田聡「不正競争防止法の一部を改正する法律」ジュリスト1251号23頁、経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法』（2003）等、平成17年改正について詳しくは、奈須野太「不正競争防止法の改正」時の法令1702号42頁、経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法』（2005）等、平成21年改正について詳しくは、中原裕彦「不正競争防止法を改正する法律の概要」NBL906号66頁、経済産業省知的財産政策室「法令解説・営業秘密の保護強化」時の法令1845号19頁、土肥一史「営業秘密侵害罪に関する不正競争防止法の改正について」ジュリスト1385号78頁等。

3 大判明36・5・21刑録9輯874頁。

4 例えば、西田典之『刑法各論（第6版）』（2012）134頁。

理可能性を物理的なものに限り、情報は財物に含めない解釈が一般的である<sup>5,6</sup>。

このため、営業秘密の侵害が、これらの罪にあたるのは、紙やフロッピーディスクといった、有体物（あるいは物理的に管理可能な対象）である営業秘密を含んだ情報媒体を窃取する場合（窃盗罪）、情報媒体を委託関係に基づいて占有している者が、その媒体を領得する場合（横領罪）に限られ、それ以外の秘密取得、開示行為は処罰することができない。例えば、自らが保管している機密資料を自己のカメラで撮影する行為、その内容をメモする行為などは処罰できなかったのである。

他方、背任罪は、客体に限定はないが、主体が「他人のためその事務を処理する者」と限定されている点で、限界がある。この要件は、単なる債務不履行を超えた高度の信任関係違反を要求する趣旨と理解されている。このため、いわゆる産業スパイなどの、営業秘密保有主体と契約関係にない者はもちろん、その保有者に雇用されてはいても、単に、従業員として就業規則上の秘密保持義務を負うにとどまる者は、主体から除外されてしまうのである<sup>7</sup>。

このように、刑法典による営業秘密の保護には限界がある。他方、科学技術の発達や産業の複雑化・高度化に伴い、無形的な営業秘密の重要性は、次第に高まり、刑法典による保護の限界が、深刻に受け止められるようになった。特に、昭和30年代後半ごろから、いわゆる産業スパイの問題がクローズアップされ、この点に関する立法の必要が説かれる。そのような試みの中で最も重要なのは、改正刑法草案の、企業秘密漏示罪である。

**2-2 改正刑法草案** 昭和49年に公表された改正刑法草案は、その318条において、次のように規定していた。「企業の役員又は従業者が、正当な理由がないのに、その企業の生産方法その他の技術に関する秘密を第三者に漏らしたときは、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。これらの地位にあった者が、その企業の生産方法その他の技術に関

5 例えば、団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』（1990）548頁。

6 また、営業秘密が財産上の利益に当たるか否かについては議論があるが（肯定説として、林幹人「刑法における情報の保護」西田典之他編『刑法の争点（第3版）』（2000）158頁）、1項犯罪と同様の利益移転性が認められないことから、これを否定する見解が通説である。肯定説を採用したとしても、窃盗の行為、横領的行為については、処罰することができないため、立法の必要性は否定され得ない。

7 神戸地判昭56・3・27判時1012号35頁。

する秘密を守るべき法律上の義務に違反して、これを第三者に漏らしたときも同じである」。

しかし、改正刑法草案に対しては、弁護士会や学界等から、全般的に強い批判が向けられ、同案は、結局日の目を見ていない。

この318条に対しても、いくつかの批判が向けられていた。まず、①財産的価値ある秘密を保護することは、公開を前提としてはじめて保護を与える特許制度と矛盾する、という原理的な批判があった。さらに、より実際的な問題点として、②公害情報などの、企業内部における違法な情報を外部に告発することを妨げ、消費者の不利益に働く、③後段において、退職者が広く処罰されていることは、転職の自由に対する侵害である、といった点も指摘された<sup>8</sup>。これらの批判のうち、②と③については、後述のように、現在の立法においても一定の配慮がなされている。

**2-3 営業秘密の刑事法的保護に結びつく3つの流れ** しかし、その後、産業のさらなる高度化にともなって、無形情報の財産的価値は一層高まり、また、情報が電子データ化されることが一般化し、媒体の取得によらない営業秘密不正取得行為が、より容易になった（例えば、会社のパソコンにある営業秘密を無断で自己所有のフロッピーディスク等にダウンロードして、持ち出す行為）。そうした状況の下、昭和60年代から平成初期にかけて、現在の立法に結びつく、3つの大きな変化が見られた。

まず第1は、刑法学界における問題意識の高まりである。改正刑法草案が公表された後も、下級審において、財物の領得を伴う営業秘密侵害を窃盗罪、横領罪とする裁判例がいくつか登場した<sup>9</sup>。しかし、こうした事例のうち、財物をごく短時間持ち出し、コピーして返却する場合については、本当に「財物」の領得があるのか、実は、財産的情報の領得を問題としているのではないか<sup>10</sup>、という批判があった。さらに、仮に、こうした一時持ちだし行為は、辛うじて処罰できたとしても、媒体を全く持ち出さない事案はどうしても不可

---

8 例えば、平野龍一・平場安治『刑法改正の研究(2)』(1973)376頁(西原春夫)、吉川経夫「秘密を侵す罪」法時47巻5号235頁。

9 例えば、東京地判昭59・6・28刑月16巻5=6号476頁(窃盗罪)、東京地判昭60・2・13刑月17巻1=2号22頁(業務上横領罪)。

10 林陽一「財産的情報の刑法的保護～解釈論の見地から」(後掲刑法雑誌30巻1号)17頁。

罰とせざるを得ない。そうなるごとき短時間の持ちだしの有無が、処罰の可否を決することになるが、それは実質的に見れば理由がない区別であろう。こうした問題提起を受けて、学界においても立法論が再燃する。

もっとも、こうした動きが直ちに立法に結びついたわけではない。昭和 62 年には、電磁的記録の保護に関する刑法改正がなされ、財産的情報の保護も検討されたが、この時点では、処罰の対象とすべき行為や侵害行為の態様が、なお不明確なことを理由に、導入は見送られた<sup>11</sup>。

翌 63 年には、刑法学会において、この問題についての総合的検討が行われた<sup>12</sup>。そこでは、財物は、奪われれば被害者の下から完全に失われるが、情報の場合は、行為者がある情報を取得しても、被害者がそれを完全に失うわけではない（情報の非移転性）という視点が指摘され、それをふまえた立法論が展開された。後述のように、この視点は、平成 15 年、17 年の不競法改正にも活かされていたが、21 年改正では、大幅に後退している。

第 2 の変化は、平成 2 年の不競法の改正により、営業秘密の定義規定が設けられ、その侵害を理由とした損害賠償、差止が明文で認められたことである。この時点では、刑事罰の導入は時期尚早として見送られたものの、「営業秘密」が、実定法上の概念として、①秘密として管理されていること、②事業活動にとって重要な技術上、営業上の情報であること、③非公知であることの 3 要件からなるとされ（現不競法 2 条 6 項）、その後の民事判例等を通じ、その内容がより具体化されていったことは、15 年以降の、改正の礎となるものであった。

第 3 の変化は、諸外国の立法動向である。当時、諸外国においては営業秘密侵害に対する刑事罰の導入・整備が相次いだ。具体的には、1986 年に（西）ドイツ<sup>13</sup>、92 年にフランス<sup>14</sup>において、従来からの営業秘密漏示行為の処罰範囲を拡充する立法がなされ、さらに、96 年には、アメリカ合衆国連邦法において、広範な処罰範囲を持つ経済スパイ法が制定さ

---

11 このころ立法の必要性を説いた文献として、例えば、山口厚「企業秘密の保護」ジュリスト 852 号 47 頁、佐久間修『刑法における無形的財産の保護』（1991）、中山信弘「情報の不正入手と刑事罰」自由と正義 35 巻 10 号 8 頁など。

12 その概要は、刑法雑誌 30 巻 1 号 1 頁以下（芝原邦爾、西田典之、林陽一、山口厚）参照。

13 不正競争防止法 17 条 1 項、2 項、3 項。さらに電子的通信、データフローの探知に関する刑法 202 条 a。

14 1992 年改正刑法 L 312-1、改正労働法 L 152-7。



れた<sup>15</sup>。97年の改正中国刑法でも、営業秘密侵害罪が明文で規定されている<sup>16</sup>。このような状況の下、産業スパイ等が、営業秘密侵害罪が存在しない日本における財産的情報、営業秘密をねらい打ちにするのではないかと、との不安が抱かれるようになっていた。

### 3 平成15年改正

**3-1 内容** 以上のような背景をふまえ、平成15年の不競法改正によって、営業秘密侵害罪が設けられた（不競法旧14条1項3号ないし6号）。その保護法益は、営業秘密の財産的価値および公正な競争秩序である。そして、後者の観点から、全ての行為類型について、不正競争の目的が要求されていた。具体的な構成要件は以下の通りであり、法定刑はいずれも、3年以下の懲役又は300万円以下の罰金であった。

まず、旧14条1項3号<sup>17</sup>においては、詐欺等行為（欺く行為、暴行、脅迫）、管理侵害行為（媒体窃取、施設侵入、不正アクセス、その他の保有者の管理を害する行為）により取得した営業秘密を、不正な競争の目的で使用、開示する行為が処罰されていた。これは、産業スパイなどの外部からの秘密侵害の他、内部者であっても、当該営業秘密にアクセスする権限がない者（例えば、開発部に属さず、新製品開発情報にアクセス権限のない従業員が、その情報を取得して開示する場合）にも適用がある。窃盗罪、詐欺罪などの、占有侵害罪に近い類型だが、それらの罪とは異なり、「取得」時ではなく、使用、開示時に、はじめて成立するとされていたのである。i) 前述した情報の非移転性から、情報の不正取得時には、未だ実質的被害が生じず、使用、開示されてはじめて、営業秘密の独占的利用が実際に害されること、ii) 秘密取得時に犯罪の成立を認めると、無形的情報の「取得」という概念が必ずしも明らかでないため、処罰範囲がやや不明確になるから、営業秘密を保護する初めての立法では慎重な姿勢を取るべきであること、がその理由であった。しかし、後述のように、21年改正によって、この点は大幅に改められ、一定範囲で処罰時期が繰り上げられている。

もっとも、単に情報を取得したにとどまらず、それを化体した媒体を取得したり、新た

---

15 18. USC . 1831~1839.

16 刑法219条

17 現在、これに対応するのは、21条1項2号である。

な複製媒体を作り出した場合は、取得の有無をより明確に判別できる（例えば、前述したダウンロードの事例）。また、そのような正確な情報が取得された場合には、その後、使用、開示がなされ、被害が生じる危険が典型的に高く、その被害も甚大となりやすい。そこで、旧14条1項4号は、前号の用に供する目的（使用・開示目的）で、詐欺等行為、管理権侵害行為によって媒体取得または媒体の複製を作成し、営業秘密を取得する行為を処罰していた<sup>18</sup>。

以上のような占有侵害罪的類型の犯罪に対し、いわば横領・背任型の行為を処罰するのが、旧14条1項5号、旧14条1項6号であった。まず、6号は、背任類似の行為ともいうべき場合であり、営業秘密を保有者から示された役員又は従業者が、不正な競争の目的で、営業秘密の管理にかかる任務に背き、秘密を使用・開示する行為を処罰していた<sup>19</sup>。これは、前述した改正刑法草案317条に類似した規定だが、退職者が処罰対象から除かれている点で、より限定的な内容であった（なお、5号が成立すれば、6号は成立しないと理解されていた）。もっとも、退職者については、17年改正によって一定範囲で処罰されるようになっている。

他方、5号は、横領に準じる行為である。すなわち、営業秘密を保有者から示された者が、不正な競争の目的で、詐欺等行為、管理権侵害行為、記録媒体等の管理にかかる任務に背く行為によって、書面・記録媒体を領得、または、複製を作成し、秘密を使用、開示する行為を処罰していた<sup>20</sup>。例えば、会社の研究開発部に属し、新製品情報に接していた従業員が、複製・持ち出し禁止の機密データを、自己のUSBメモリにダウンロードして、持ち去り、ライバル企業に売り渡した場合がこれに当たる。6号と異なり、使用・開示時の義務違反は要求されていないから、退職後、使用、開示行為を行った場合も含まれる。

**3-2 15年改正時の特色** 以上のように、営業秘密侵害に対する罰則は、民事の営業秘密保護規定の罰則という形ではなく、独立した条文の形で規定されている。民事の営業秘密保護規定は、重過失の類型も含むが、生命、身体等の保護法益が関係しない分野で、過失犯処罰を認めるのは妥当でないため、それとは異なる要件を設ける必要があったからで

---

18 現在、これに対応するのは、21条1項1号であるが、後述のように大幅な修正が加えられている。

19 現在、これに対応するのは、21条1項5号である。

20 現在、これに対応するのは、21条1項4号であるが、後述のように処罰範囲は拡張されている。

ある。

そして、この時点での処罰範囲は、相当に限定的なものとなっていた。i) 客体である営業秘密の概念が、これまでの民事法の解釈を通じて、ある程度明確になったとはいえ、それでも「財物」概念ほどは明確でないので、行為類型による処罰範囲の限定が必要であったこと、ii) この立法が、わが国においてはじめて、営業秘密侵害を処罰するものであり、まずは、慎重で謙抑的な処罰範囲とする必要があったこと、がその理由である。

なお、保護の対象である秘密の概念を、改正刑法草案のように技術情報に限定する案や、民事上の管理性よりも限定的な管理性を要求する案もあったが、前者は、技術情報以外の営業秘密の重要性に鑑みると妥当でないことを理由に、後者は、民事の秘密管理性の概念自体かなり限定的なものであり、むしろ、営業秘密の性質とその管理の実状に照らし、これを緩和せよとの意見すらあることにも鑑みると、さらに限定することは好ましくないことを理由に、否定された。

この改正の特色を、さらに3点指摘しておきたい。第1に、前述した、改正刑法草案に対する批判がふまえられて、構成要件が限定されている点が重要である。まず、内部告発、報道の自由については、「秘密」、「不正競争の目的」、によって限定がなされている。つまり、秘密には、前述のように社会的経済的有用性が必要なので、欠陥製品情報、入札についての事前の情報などは、これに当たらないと解される。また、不正な競争の目的とは、自己を含む特定の競業者を競争上の優位に立たせる目的をいうが、内部告発等の行為は、この目的を欠くとされていたのである。

もっとも、後述のように、後者については、それによって当罰的と考えられる場合が外れてしまうため、21年改正によって改められている（ただし、内部告発等は、依然、本罪に当たらないと解釈されている）。

退職者の職業選択の自由についても、かなりの配慮がなされていた。具体的には、背任的な性格を持つ6号では、退職者が処罰されていなかったのである。もっとも、5号は、媒体・複製の不法領得を伴う点で、財産領得罪的な性格が強く、当罰性が高いため、退職後の使用、開示行為も処罰されている。

これに対し、改正刑法草案に対する批判のうち、特許制度との整合性の点は、現在では、考慮する必要はないと思われる。なぜなら、特許権の要件を満たし得ない、営業上のノウハウや顧客情報等の重要性が高まり、平成2年の不競法改正で、その要保護性が正面から

認められた現在では、営業秘密は、特許とは別個の、独自の要保護性がある知的財産権と位置づけられているからである<sup>21</sup>。

第2の特色は、親告罪（不競法21条3項、旧14条2項）とされている点である。営業秘密侵害罪の成否を判断するためには、営業秘密該当性を審理、判断しなければならないが、これを公開の法廷で行うことは、場合によっては、秘密保持者にとってかえって不都合なこともあるから、訴追するか否かの判断が、秘密保持者の意思に委ねられたのである<sup>22</sup>。もっとも、後述のように、親告罪とするだけでは不十分であり、訴訟法上のさらなる手当が必要であり、後述のように、平成23年にそのような改正がなされている。

第3の特色は、刑法その他罰則の適用を妨げないとされている点である（不競法21条7項、旧14条3項）。つまり、これらの規定は、従来の財産犯の解釈を変更するものではなく、これらの罪に該当した場合でも、同時に、窃盗罪、横領罪等に該当する場合には、その成立は否定されないのである。なお、立案担当者によれば、本罪には、競争秩序の侵害という面があり、純粋な財産権侵害のみでは捉えられない性格を有しているので、1個の行為で本罪と刑法犯とを同時に実現した場合には、観念的競合となるとされていた<sup>23</sup>。

## 4 平成17年改正

### 4-1 背景

前述したように、15年改正では、処罰範囲はかなり控えめなものとされていた。このため、改正直後から、処罰の間隙が生じているという指摘がなされていた。例えば、外国企業Bが、日本企業Aに勤める従業員Xを、営業秘密取得目的で引き抜き、Xが退職後、国外にあるB本社において、Aの営業秘密を使用していた場合を考えてみたい。

こうした場合の中には、Xの行為が、旧14条1項5号に該当する場合もあり得る。しかし、同罪の実行行為である使用行為は、国外で行われている。そして、15年改正の段階では、営業秘密侵害罪に国外犯処罰規定が存在しなかった。このため、5号を実際に適用する

---

21 島田聡一郎「不正競争防止法における営業秘密侵害罪の意義、機能、課題」Law and Technology No. 30, 17頁。

22 飯田・前掲論文26頁。

23 飯田・前掲論文26頁。

余地はなかったのである。

しかも、国外犯処罰規定を設けただけでは、問題は解決しない。というのは、前述したように旧5号の処罰範囲は、媒体物、複製の領得を伴う場合に限られるが、こうした事案の中には、そうした行為が認められない場合も少なくない。そのような場合、旧6号では、退職者の行為は処罰されていないため、Xを処罰できなかったのである。

また、当時は、このような場合、引き抜きに関わったB側の人物Yは、Xの共犯として処罰される余地があったにすぎず、事前の共謀等が証明できない場合には、不可罰となる可能性があった。しかし、刑法において、盗品関与罪が処罰されていることからわかるように、こうした利欲性の強い犯罪においては、事後的に関与した者を処罰することが、犯罪抑止の観点から、合理的だと思われる。

さらに、こうした行為は、B社の会社ぐるみで行われることも少なくない。それ故、Yのみならず、B社をも処罰することが実態にかなう。しかし、平成15年改正の段階では、Bを処罰する根拠となる両罰規定は存在しなかったのである。

最後に、制裁の面からも、3年以下の懲役又は300万円以下の罰金という法定刑では、軽すぎ、十分な抑止力とならないのではないかと、という指摘もあった。

## 4.2 改正法の内容

(1) 概要 以上の点をふまえ、17年改正においては、①二次的関与者、退職者を処罰する新たな犯罪が規定され、②国外犯処罰規定、③法人処罰のための両罰規定が設けられ、さらに、④自然人に対する法定刑が5年以下懲役または500万円以下の罰金（併科あり）に引き上げられた。④は、当時の特許法、著作権法等の他の知的財産権保護法における犯罪の法定刑とバランスをとったものであった。もっとも、法定刑は、その後平成18年改正で、さらに引き上げられ、現在では10年以下の懲役または1000万円以下の罰金あるいはその併科とされている。以下では、①～③について、もう少し詳しく説明する。

(2) 二次的関与者処罰 まず、旧21条1項9号<sup>24</sup>は、不正の競争の目的で、4号又は6号から8号までの罪に当たる開示によって営業秘密を取得して、その営業秘密を使用、開示する行為を処罰している。従来、このような行為は、不正使用・開示の共犯といえる限

---

24 現在では、21条1項7号。

度で処罰されることとなっていたが、今回の改正で、それ自体が独立した犯罪類型とされたのである。この改正によって、こうした行為にさらに間接的に関与する者（例えば、先の例で、Yを幫助したZ）が、本罪の共犯として処罰されることも、明確になった。

(3) 退職者処罰 他方、旧21条8号においては<sup>25</sup>、営業秘密を保有者から示された、保有者の役員、従業者であった者が、不正の競争の目的で、営業秘密を、退職後使用、開示する行為の一部が処罰されるに至った。具体的には、在職中に、営業秘密の管理に係る任務に背いて、その営業秘密の開示の申込みをし、又はその営業秘密の使用若しくは開示について請託を受けていた場合でなければならない。

これは、改正刑法草案317条とは異なり、単なる退職者処罰ではなく、在職中に開示申し込み又は請託があり、それに基づいて退職後に使用、開示をした場合のみを対象とするものである。このような場合には、在職中に、任務違反的行為が存在している点で、違法性が高く、また、退職時に秘密保持契約が締結される可能性もほとんどないため、民事的対応が困難であり、刑事法的介入の必要性が高いともいえる。17年改正が、この類型に限定したのは、以上の理由に基づく。

しかし、このような事前の申出、請託の立証は、必ずしも容易ではない。それ故、先の例におけるXのような退職者をこの規定で処罰できるのは、ごく例外的な場合に限られてしまう。そこで、こうした要件は不要とし、退職者の秘密保持契約上の義務違反それ自体を正面から処罰する観点から、営業秘密の管理にかかる「契約上の義務に違反」して、使用開示した場合を処罰する考え方もあり得たが、採用されなかった。このような秘密保持契約の締結が未だ一般化しておらず、またその民事的有効性の基準、範囲についても議論がある現状では、まずは、秘密保持契約を締結する慣行の定着と、その内容の明確化を図るべきであり、その前に、刑事罰を科すことは、処罰範囲が必ずしも明確とならず、雇用の流動化の妨げとなる虞もあるため、現状では、望ましくない、というのがその理由である。

なお、刑罰との関係はひとまずおいたとしても、こうした契約慣行が定着することは、紛争をあらかじめ回避する観点から、それ自体として合理性がある。このため、その後、平成17年10月12日に、営業秘密管理指針が改訂され、退職後の秘密保持契約のあり方に

---

25 現在では、21条1項6号。

ついでに記述が盛り込まれた。

(4) 法人処罰 前述したように、営業秘密侵害罪は、事業活動の一環として、いわば組織ぐるみで行われることが少なくない。そこで、他の経済事犯と同様、従業員、役員がこれらの犯罪を行った場合に、法人に、その者に対する選任、監督上の過失が認められる場合には、行為者の他、法人にも罰金刑を科す、いわゆる両罰規定が設けられた(22条)。

ただし、全ての犯罪類型が、両罰規定の対象とされているわけではない。まず、通常、行為者が所属する法人が被害者となる類型は、対象から除かれている。被害者である法人を処罰することは背理だからである。

また、旧8号(現6号)も両罰規定の対象でない。これは、転職者を受け入れた企業が、転職者が営業秘密の不正使用をしていることに気づかずに放置していた場合に、企業を処罰することを避けるためである。そのような場合に、受け入れ企業が処罰されるのでは、企業の中途採用を萎縮させ、雇用の流動化を害することになりかねないという考慮に基づく。

こうして、両罰規定は、旧4号、5号、9号(現、1号、2号、7号)について認められることとなった(法定刑は、当時は、いずれも1億5000万円以下の罰金。現在では3億円以下の罰金)。前二者についても、行為者が所属する法人が被害者の場合も想定できるが、そのような場合には、被害者は処罰されない、という一般原理に従って、法人処罰はなされないと解されている。なお、旧9号(現7号)については、転職者の採用時に、法人の従業員が、営業秘密の侵害を唆し、それを受領した場合などには、法人が処罰される余地がある。しかし、この場合に法人が処罰されるのは、あくまで内部の従業員に対する監督義務を怠ったことが根拠であり、転職の自由とは無関係である。

さらに、22条3項において、公訴時効期間が罰金刑のそれではなく、10年以下の懲役刑に対応した期間(刑訴250条5号により5年)とされている。

しかし、以上のような限定がなされていても、法人処罰には、代表者の故意が要求されていないこともあって、企業としては、なお、いつ処罰されるかわからないという不安を抱くかもしれない。そこで、営業秘密管理指針に「コンプライアンス基準」が設けられた。これは、従来の判例における免責基準等をふまえ、営業秘密の管理についてどの程度の管理をすべきかを、具体例に則して示したガイドラインである。その性質上、裁判所の過失認定に対する法的拘束力こそ持つものではないが、企業に対する一定の指針となろう。

(5) 国外犯処罰 平成17年改正前には、この点についての明文の規定は存在しなかった。このため、刑法8条により、刑法の適用範囲については、属地主義の原則（刑法1条）が適用されていた。属地主義の原則とは、犯罪が行われた場所（犯罪地）が国内である場合に、日本（刑）法が適用される、という原則である。この犯罪地の意義について、判例・通説は、行為、結果といった犯罪構成要件要素の一部が日本国内で生じた場合をいうとする考え方（いわゆる遍在説）を採用している<sup>26</sup>。この見解に従うと、例えば、「使用、開示」を実行行為とする旧9号（現、7号）の罪は、不正取得行為が日本国内で行われた場合であっても、使用、開示が国外で行われた場合には、日本法の適用がないことになる<sup>27</sup>。

しかし、このような結論は、先の例のような国際的な営業秘密侵害を助長し、わが国の企業の国際競争力を低下させる虞がある。そこで、何らかの形で国外犯を処罰する規定が必要と考えられた。刑法典の国外犯処罰のあり方としては、i) 全て者の国外犯を処罰する（2条）、ii) 国民の国外犯を処罰する（3条）、iii) 国民が被害者となった国外犯を処罰する（3条の2）といった方法がある。しかし、i) は、内乱罪、通貨偽造罪など、極めて重要な国家的利益を保護する場合に限って認められるものであり、この罪の性格にそぐわない。他方、ii) では、外国人の行為には適用がないこととなり、妥当でない。そこで、基本的には、iii) に近い方向性がとられることになった。具体的には、詐欺等行為若しくは管理侵害行為があった時又は保有者から示された時に、日本国内において管理されていた営業秘密については、日本国外において罪が犯された場合でも、これらの規定が適用されることとなっている（21条4項）。

---

26 大塚仁他『大コンメンタール刑法（1）（第2版）』78頁（古田佑紀他）。

27 17年改正の時点では、旧4号が問題視されていた。しかし、現在の1号は不正取得自体を実行行為としているので、この点では問題は生じない。また、当時は、厳密に言えば、場所的適用範囲の問題ではないが、それと関連する問題として、国外犯処罰規定がない状況の下では、旧5号の不正取得行為における使用、開示目的を、国内で使用、開示する目的と解釈する余地があり、そのように解するときには、国外で使用、開示する目的での不正取得は、やはり処罰されないこととなりかねなかった。しかし、現在では、この点も解決している。



## 5 平成 21 年改正

**5-1 改正の背景** しかし、このような改正にもかかわらず、法網を免れるような事件が起きた。まず、①ある企業の従業員が秘密管理されていた図画データを貸与パソコンに大量にダウンロードした上、無断で繰り返し自宅に持ち帰っていたが、それ以上の情報使用や送信等が確認できなかった事案が、不起訴処分とされている<sup>28</sup>。また、②元在日外国通商代表部員が、ある企業の従業員から、秘密管理された通信用部品を不正に入手した事案でも、本罪では立件されていない<sup>29</sup>。

①、②はそれぞれ、21 年改正前の本罪の実行行為、目的が限定的であったことに由来するものである。すなわち、①が本罪で立件できなかったのは、営業秘密の使用、開示が立証できず、また取得は使用・開示目的で行われなければ処罰されないが、その点も立証できなかったからである。また、②についても、外国政府等を利する目的であれば、競争を前提とした「不正競争の目的」が満たされていないと考えられる。

また、加害目的で営業秘密をホームページ上に掲載する行為も、多くの企業によって問題視されていた<sup>30</sup>。

**5-2 目的の改正** このような状況において、平成 21 年改正においては、まず、従来、「不正競争の目的」とされていたのが、背任罪にならって「不正の利益を得る目的で又はその保有者に損害を加える目的で」と改正されている。平成 15 年段階で問題とされていた内部告発、報道等の正当な行為が、目的要件によって否定されることが、必ずしも明らかでない条文となったが<sup>31</sup>、いずれにせよ、そのような行為は正当業務行為として処罰される

---

28 デンソー事件。行為者は、中国人であり 2007 年 3 月 16 日にパソコンの横領容疑で逮捕されたが、不起訴処分とされている。

29 ニコン事件。2006 年 8 月 10 日警視庁公安部は、「ニコン」の元研究員とロシア軍参謀本部情報総局（GRU）所属とみられる在日ロシア通商代表部の部員を窃盗容疑で書類送検した。

30 中原・前掲論文 68 頁。

31 「不正に利益を得る目的」は否定されるであろうが、違法行為の内部告発によって会社等に損害を加える目的が認められる場合は考えられないではない。もっとも、中原・前掲論文 68 頁は、社会公共の利益の増進、労働者の正当な権利保護のためにする行為は、図利加害目的を欠くとする。また、

ことはない。また、営業秘密を業務の能率的処理のみのために、管理規定に反し自宅を持ち帰る行為も<sup>32</sup>、こうした目的を欠く（任務違背を否定する余地もある）。

もし営業秘密侵害罪を、背任罪と基本的に同質な財産侵害罪と理解するのであれば、主観的要件をこのように規定することも十分合理的であろう。逆に言えば、従来、競争秩序が本罪の副次的法益であると理解されてきたが、目的要件の変更に伴って、そのような性格は希薄化したといわざるを得ないように思われる<sup>33</sup>。

**5-3 実行行為の早期化** さらに、先に見たような使用・開示の有無や秘密取得時の使用開示目的が立証できない場合に備え、構成要件該当行為が拡張された。すなわち、不正使用、不正開示の目的がない、営業秘密の不正取得行為がそれ自体として処罰されるに至ったのである<sup>34</sup>。確かに、「不正使用、不正開示」は、秘密保有者のコントロールが及ばないところで行われることから、不正使用に関与した者や不正開示を受けた相手方が積極的に保有者にその旨を告知し、捜査に協力するなどの事情がない限り、立証は困難であろう。この改正は、そうした場合に生じうる処罰の間隙を埋める点で、重要な意味がある。

また、横領的な類型である「営業秘密を保有者から示された者」についても、処罰時期が早められている。旧法では、こうした者については、使用・開示を待って処罰されていた。しかし、営業秘密を保有者から示された者についても、不正使用・開示の立証が困難なこと、そもそも、こうした者が任務に背いて記憶媒体を横領し、あるいは営業秘密を複製等するのは、それ自体当罰的なこと、に鑑みると、こうした段階まで処罰を待つ必要性には乏しい。

こうした事情に鑑み、現行法では、「営業秘密の領得」ともいうべき行為が正面から処罰されるに至っている。具体的には、「営業秘密を保有者から示された者」が、図利加害目的

---

土肥一史「営業秘密侵害罪に関する不正競争防止法の改正について」ジュリスト1385号81頁は、「告発者の正義感は「保有者に損害を加える目的にあたらぬ」とする。こうした場合を処罰範囲から外そうとすること自体は妥当だが、正義感があっても保有者に損害を加える目的が認められることはあり得ないではない。

32 職務規律上の問題は別論である（土肥・前掲論文84頁）。

33 西田典之『刑法各論（第6版）』（2012）134頁も、目的の修正によって本罪が「財産犯的な色彩を強く持つようになった」と指摘する。

34 21条1項1号。

をもって、営業秘密の管理に関する任務に背いて、以下に述べる態様で領得した者が処罰対象とされている（21条1項3号）。その態様とは、①営業秘密記録媒体等<sup>35</sup>又は営業秘密が化体された物件<sup>36</sup>の横領、②営業秘密記録媒体等の記載若しくは記録について、又は営業秘密が化体された物件についてその複製を作成すること、③営業秘密記録媒体等の記載又は記録であって消去すべきものを消去せず、かつ当該記載又は記録を消去したように仮装すること、である（以上21条1項3号イないしハ）。③は一種の真正不作為犯として規定されている。例えば、営業秘密を保有する者の従業員が、業務上の必要性から、営業秘密の複製を許されていたところ、雇用関係が終了し、複製を消去する義務が生じたにもかかわらず、消去しない場合などが想定されている。このような場合には、①、②には当たらないが、営業秘密侵害の観点からは同等の当罰性があると考えられているのである。

**5-4 営業秘密管理指針** こうした法改正をふまえ、さらに、営業秘密管理指針が改定された<sup>37</sup>。そこでは、処罰範囲明確化の観点から、営業秘密不正取得に当たる具体例、図利加害目的が認められる具体例が示され、他方、営業秘密として保護を受けるための、あるいはそれを越えてより合理性ある秘密管理方法のあり方、中小企業をはじめとした、これから秘密管理体制を構築しようとするユーザーの視点にたった参照ツールなどが示されている。

## 6 平成23年改正

**6-1 訴訟法における配慮の必要性** 前述のように本罪は平成15年に導入された時点から親告罪とされていたが、いったん告訴がなされ、それに基づいて起訴されれば、刑事裁判では、公開の法廷で審理されるため、営業秘密の内容が明らかにされてしまいかねないという問題が生じた。この点は、平成17年、21年改正に際しても議論されたが、結局、憲法82条、37条1項に照らし、慎重な態度決定が必要であるという理由により、取り入れら

---

35 営業秘密が記載され、又は記憶された文書・図画又は記録媒体をいうとされている（法21条1項3号）。

36 金型、試作品などをいう。

37 詳しくは、石原徹弥・佐藤力哉「営業秘密管理指針改定版公表にあたって」NBL929号4頁。

れなかった。

しかし、完全な非公開ではなくとも、営業秘密の手続的保護について、一定の配慮を行うことは可能である。そうした観点から、平成 23 年に訴訟法的観点からの改正がなされている<sup>38</sup>。

すなわち裁判所は、同罪にかかる事件を取り扱う際に、被害者、その法定代理人、これらの者から委託を受けた弁護士から、当該事件にかかる営業秘密を構成する情報の一部または全部を公開の法廷で明らかにしたくない旨の申出があるときには、被告人または弁護人の意見を聴き、相当と認めるときは、当該事項を公開の法廷で明らかにしない旨の決定（秘匿決定）をすることができる（不競法 23 条 1 項。なお、同 2 項により、その申し出はあらかじめ検察官にしなければならず、検察官は意見を付して裁判所に通知するものとされている）。

こうした秘匿決定がなされた場合、大別して 3 つの手法で、営業秘密の保護が図られる。まず第 1 に、呼称等を限定する手法が用いられうる。より具体的には、起訴状の朗読（不競法 24 条）および証拠書類の朗読（不競法 28 条）は、営業秘密構成情報特定事項を明らかにしない方法で行うこと、および検察官・弁護人の意見を聴き、営業秘密構成情報特定事項にかかる呼称その他の表現を定めることができる（不競法 23 条 4 項）。

第 2 の手法は、尋問等の制限である。具体的には、尋問等が営業秘密構成情報特定事項にわたるときは、裁判所は、その尋問等が犯罪の証明に重大な支障を生ずるおそれがある場合や被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがある場合を除き、尋問等を制限することができる（不競法 25 条 1 項。検察官あるいは弁護人が、これに従わなかった場合には、刑訴 295 条 2 項が適用される（不競法 25 条 2 項参照）。また、こうした事態が想定される場合には、要領記載書面提出命令等により、裁判所が事前に事態を把握したうえで①②でみた呼称等の決定をすることも可能である。

第 3 に、公判期日外の証人尋問等（不競法 26 条）が考えられる。これは、尋問等の制限が実効性の観点から困難である場合や、故障等の決定や尋問等の制限の下で、十分な尋問等ができない場合などに対処するための制度である。これらの決定は公判前整理手続、期日間整理手続において行うことができる（不競法 27 条）。

---

38 詳しくは、中原裕彦「不正競争防止法の一部を改正する法律の概要」ジュリスト 1432 号 4 頁。

なお、証拠開示に当たり検察官または弁護人は、営業秘密についての秘匿要請をできることも定められている（不競法 30 条）。

（島田聡一郎）

## X その他の改正と刑事罰

### 1 高金利の規制をめぐる近時の動向

#### 1-1 はじめに

戦後のわが国において、サラ金問題、商工ローン問題、そして、ヤミ金融問題など、貸金業・高金利がもたらす負の側面は、深刻な社会問題の一つとして繰り返し取り上げられてきた。そして、これに対し、わが国の法制度が、高金利による貸付けを抑制し、また、貸金業者の業務を主務官庁による指導監督権限に服せしめるなど、様々な法的規制を試みてきたことは周知の通りである<sup>1</sup>。

わが国において貸金業高金利に対する法的規制を担うのは、俗に「貸金三法」とも呼ばれている利息制限法・出資の受入れ、預り金及び金利の取締りに関する法律（出資法）・貸金業法旧称・貸金業の規制等に関する法律（貸金業法）である。前二者は、貸付金利に上限を設定して高金利を規制する役割を担い<sup>2</sup>、後二者は、貸金業を営む者に対し、開業規制（登録制）、貸し付けや取り立て等についての行為規制等を加え、その業務の適性化を図るという任務を果たすことが期待されている。

このような高金利・貸金業に対する法的規制の基本的な枠組みは、後述するように、昭和58（1983）年の貸金業規制法の制定および出資法の一部改正（いわゆる「サラ金二法」）によって完成したものである。その後、平成12（2000）年のいわゆる商工ローン問題、平成16（2004）年のヤミ金融問題等、その時々<sup>3</sup>の社会的問題に対応して、幾度か法改正がなされてきたものの、その基本的な枠組みは維持されてきたとあってよいであろう。

しかしながら、最近、深刻化する多重債務者問題の解決が叫ばれる中で、これまでの貸金業・金利規制のあり方を抜本的に変革する改正がなされた。それが、平成18（2006）年

---

1 金銭消費貸借契約における利息の定めは、本来は当事者の自由委ねるべきものであるが、経済的に弱い立場にある借り手の状況に乗じた不当な高金利での貸付けがなされるおそれがあり、これを一定範囲で法的に規制する必要性があることについては、ほぼ共通の理解があるといつてよいだろう。

2 両法による高金利の法的規制は、法所定の上限金利を超える部分を「無効」とする利息制限法による民事上の規制と、法所定の上限金利を超える利息の契約・利息の受領等に刑罰を科す、出資法による刑事法上の規制の2つである。

12月13日に成立し、同20日に交付された「貸金業の規制等に関する法律等の一部を改正する法律」（平成18年法律第115号）である。

この改正によって、貸金業規制法・利息制限法・出資法の改正がなされているが（貸金業規制法の名称は、「貸金業法」と改められた）、本章においては、今後の金利規制・貸金業規制のあり方を検討する前提として、今回の法改正の背景、経緯、内容、および意義を確認することにしたい。

なお、平成18年改正法の施行時期は、新しいシステムに対応するために相応の準備期間を要すること等から、4つの時期に分けての段階的なものとなっていたが（各施行の時期については後述）、2010年6月18日をもって、完全施行に至っている。

## 1-2 改正に至る背景・経緯

### (1) 総説

平成18年改正における重要な改正点は、それまでの金利規制のあり方を大きく変えたことである。今回の改正がなされる前の金利規制に関する法制度は、昭和29（1954）年の現行利息制限法と出資法の成立により、その基本的な枠組みが形作られ、昭和58年（1983）年の貸金業規制法の制定（および出資法の一部改正）によって完成したものであった。以下では、まず、今回の改正の背景にあるわが国の高金利規制に関連する法制度の基本的な枠組みがどのように成立したのかを確認し<sup>3</sup>、その上で、今回に改正に至った経緯をみることにする。

### (2) わが国における金利規制の基本的枠組の形成過程

最初に、わが国の金利規制の基本的な枠組みを形成した昭和29年の現行利息制限法と出資法の基本的な内容を確認しておきたい。利息制限法は、金銭消費貸借に際しての利息契約が法定の上限利率<sup>4</sup>により計算した金額を超えるとき、その超過部分につき無効と定める。他方、出資法は、違反に対して刑罰を科する金利の上限（刑罰金利、立法当初は年

---

3 わが国における高金利規制の枠組みの歴史的変遷については、鎮目征樹「高金利の刑事的規制」クレジット研究第36号（2006）236頁以下を参照。

4 上限利率は元本の額によって異なり、①10万円未満の場合は年20%以下、②10万円以上100万円未満の場合は年18%以下、③100万円以上の場合は15%以下と定められていた。

109.5%<sup>5)</sup>を定めている（出資5条2項）。すなわち、民法上有効とされる金利の上限を定めるのが利息制限法であり、違反（高金利の契約・受領等）に対して刑罰を科すことによって高金利を規制するのが出資法である。その意味で両者の役割は異なっている。そして、この点に関して、特徴的であり、かつ、その後に生じた様々な問題議論の源になったのは、利息制限法上の上限金利よりも出資法上の刑罰金利の方が高く定められていたということであった。このことによって、民法上は無効であるが、刑罰が科されることはない範囲の金利（グレーゾーン金利と呼ばれる）が生じたのである。また、利息制限法の上限を超えたグレーゾーン金利については、同法により「その超過部分につき無効とする」（同法1条1項）と定められているが、他方で同時に「債務者は日超過部分を任意に支払ったときは、同項の規定にかかわらず、その返還を請求することができない」（同法1条2項）と定められていた。すなわち、民法上の制限を上回る金利の受領を一定の条件の下で法的に承認するルールが存在することになったわけである。それゆえに、貸金業者は、より大きな利益を生むグレーゾーン金利の範囲内で貸付けを行い、債務者が「任意に」制限超過利息を支払うことを期待した。しかしながら、債務者が法律上無効であると知りつつ「任意に」制限超過利息を支払うというのは、あり得ることとはいえ、必ずしも普通のことではない。それゆえ、グレーゾーンの存在が後に生ずる様々な問題議論の源となったのである。特に、サラ金と呼ばれる貸金業者から、最高年109.5%という高い金利で返済能力を超えた融資を受けた借り手が経済的に破綻し、かつ、返済が滞った際にきわめて過酷な取り立てがなされるケースなどが多くみられたことから、この問題は社会問題として認知されるようになり、法廷において争われ、また、立法による対応がなされることとなった。

まず、昭和30年代末～40年代には、債務者による制限超過利息の「任意の」支払いの範囲に関連して、いくつかの重要な判例が現れた。まず、債務者が、利息制限法所定の制限をこえる金銭消費貸借上の利息を任意に支払ったときは、右制限をこえる部分は民法491条により残存元本に充当されるものと解するとした大法廷判決（最大判昭和39年11月18日民集18巻9号1868頁）が示され、それを前提に、さらに、制限超過利息を元本に充当した場合に計算上生ずる過払い金について、利息制限法1条2項の規定にもかかわらず、不当利得返還請求を認めるとしたもう一つの大法廷判決が現れた（最大判昭和43年11月

---

5 後述するように、それは徐々に引き下げられていったのであるが、立法当初はかなりの高金利が刑事法上も許容されていたということである。



13日民集22巻12号2526頁)。この昭和43年判決は、上記昭和39年の判例を前提にすれば、元本債権の存在しないところに利息が発生する余地はなく、計算上元本が完済となった後に支払われた金額は、債務が存在しないのにその弁済として支払われたものに外ならないとしている。さらに、債務者が制限超過利息を、元本と一括して、支払った場合についても、充当の方法に関して特段の指定がされないかぎり、利息制限法所定の制限を超えた利息はこれを元本に充当するとして、やはり、不当利得返還請求を認めたのである（最判昭和44年11月25日民集23巻11号2135頁）。これらの判例の展開により、利息制限法1条2項の適用範囲は著しく制約されることとなった<sup>6</sup>。

そして、昭和50年代に入ると、深刻化したサラ金問題を契機として、先に述べた貸金業規制法の制定および出資法の一部改正（サラ金2法）がなされ、平成18年改正の前提となる金利体系が確立された。

まず、貸金業規制法は、貸金業の登録制（開業規制）、さらに、過剰な貸付けの禁止、貸付け条件等の提示の義務付け、契約時の書面交付の義務付け、弁済時の受取証書の義務付け、悪質な取り立て行為の禁止等、貸金業者の行為をコントロールする様々な規制を導入した。

他方、改正された出資法は、貸金業者が業として貸付を行う場合の刑罰金利を上述の年109.5%から、段階的に年40.004%へ引き下げることにしたが、これと利息制限法の上限金利（10～20%）との間にはなお開きがあり、グレーゾーンは存続した。

その上で、グレーゾーンでの貸付けについて、これをどのような場合に許容するかについてのルールが明文化された。それが、貸金業者が貸金業規制法所定のルールを遵守していることを条件に、債務者による制限超過利息の弁済を「有効な利息の弁済」とみなす、いわゆる「みなし弁済」規定（貸金業規制法43条1項）である。

グレーゾーン金利の扱いについては、不当利得としての返還請求を制限する利息制限法の1条2項が存在していたが、判例理論（前出、最大判昭和39年11月18日、最大判昭和43年11月13日、最判昭和44年11月25日）により、その効力は大幅に減殺されていた。制限超過利息が原則として元本に充当され計算上の過払い金の返還請求が認められるとなれば、貸金業者としては常に債務者からの不当利得返還請求権の行使という法的リスクを

---

6 判例により事実上空文化されたとの理解が一般的である。

抱えることになるのである。

これに対して、新たに制定された貸金業規制法は、たとえ、債務者が支払った金銭が、利息制限法1条1項の制限を超過する場合であっても、①債務者が「利息として」「任意に」支払った場合であり、かつ、②貸金業者の側が、貸金業規制法により交付を義務付けられた契約書面・受取証書を交付しているときは、③「有効な利息の債務の弁済とみなす」と定める新たな規定を設けた。

こうして、民法上は無効であるが、刑罰を科されることがないグレーゾーン金利を債務者が利息として「任意に」支払った場合には、債権者が旧貸金業規制法の定める書面交付義務を遵守している限りにおいて、これを有効な利息の弁済とみなすというルールが確立された。その限りで、昭和40年代に展開された一連の判例は排除されることになる。

これは、判例理論によって危機に瀕していたはずのグレーゾーンでの貸付けについて、債務者が「利息として」これを「任意に」支払った場合には、貸金業者側の手続的ルールの遵守を条件として、これを法的に承認するという意義を有していた。貸金業者にとっては、手続上の遵守事項に従うことによって法的リスクから解放されるという意味で有利な法改正であったが、グレーゾーン金利の承認は、あくまで「みなし弁済」にすぎず、いくつかの点でやや中途半端なものであったように思われる。

問題は以下の点に集約される。それは、グレーゾーンを「有効な債務の弁済」とみなすことが、上述の①②という2つの条件と関連づけられていたことである。

第1に、貸金業規制法は、みなし弁済の要件として、債務者が制限超過利息を「利息として」「任意に」支払ったことを要求していた(①)が、債務者が民法上支払う理由のない利息を「利息として」「任意に」支払うというのは、必ずしも普通のことではなく(借り手の知識不足による場合等が典型であろう)、また、その意味も解釈上の争点となりうるものであった。それゆえ、貸金業規制法の制定によっても貸金業者が債務者による過払い金の返還請求という法的リスクから解放されたというわけではなかった。

第2に、貸金業規制法は、グレーゾーン金利に対する承認を、貸金業者による契約書面・受取証書の交付という手続上のルールの遵守に係らしめていた(②)。契約書面・受取証書の交付を徹底させることは、契約内容や弁済の有無等に関する将来の紛争を防止するという積極的な意義を有し、また、借り手の保護に資するものであり、それ自体としては合理的なものである。しかし、書面を交付すべき時期や記載内容については、法文に詳細な定

めがなされており、要件①との関連で債務者に制限超過利息を「利息として」「任意に」支払ってもらいたい貸金業者にとっては、その遵守を徹底すること自体にかなりの負担を伴うものであったといえる。この点もまた、やはり、貸金業者にとって、潜在的な法的リスクの一つであったといえよう。

後述するように、やがてグレーゾーンでの貸し付けが抱えるこれらの問題が顕在化していき、平成18年改正に至る問題状況となっていくことになるのである。

### (3) 多重債務者問題—改正の直接的背景

今回の法改正の背景にあり、法改正の引き金となった社会的事象として重要なのが近年、その深刻さがマスメディア等によりたびたび報じられていた多重債務者問題である。この問題が意識されるようになったのは、いわゆるヤミ金融（ヤミ金）問題が深刻化した背景事情として多重債務者の増加があると指摘されるようになったためである。

平成15（2003）年には、社会問題化したヤミ金融業者（ヤミ金）の跋扈に対処するため、「貸金業規制法及び出資法の一部改正法」（いわゆるヤミ金融対策法）が成立・施行され、貸金業規制法における資金業の登録要件の厳格化、取り立て・広告等の行為規制の強化、出資法違反の罰則の強化（高金利受領罪要求罪（出資5条3項）の新設等）等がなされている。しかしながら、出資法の上限を遥かに上回る異常な超高金利での貸付けを行い、脅迫等の違法な手段を用いた取り立てを行うヤミ金による被害が深刻化した背景には、彼らが、200万人とも言われる多重債務者——本人の返済能力を超えた借入れを多数のサラ金・消費者金融業者等の貸金業者から行っている（ゆえに、消費者金融から貸付けを受けることができず、厳しい取り立てを免れるために違法なヤミ金に頼らざるをえない）者を、その主たる標的としていたという事情があると指摘されていた。そして、そのような数多くの多重債務者が生じた背景として、消費者金融等の貸金業者による、刑罰金利（当時、年29.2%）に近い高金利での貸付けや、借り手の返済能力を度外視した過剰な貸付けがあるとの指摘がしばしばなされていたのである。

こうして、ヤミ金融のターゲットとされる多重債務者問題を招いたわが国の金利規制のあり方に対して、立法を含めた何らかの手当てをすべきであるとの機運が高まっていった。

#### (4) 改正に至る経緯

以上のような状況下において特に議論の対象となったのは、利息制限法によって、民事法上は無効とされるものの、出資法による刑罰金利を下回るがために刑罰を科されることはない、上述の「グレーゾーン金利」の扱いである。

平成15年のヤミ金融対策法においては、刑罰金利の上限については、特に立法的な手当がなされることはなかったが、上記のような問題意識を背景として、同改正法には、施行後三年を目途として、貸金業制度のあり方や出資法上の上限金利（刑罰金利）について必要な見直しを行うものとする旨の改正附則が置かれていた。

これを受けて、貸金業の監督官庁である金融庁は、平成17（2005）年3月より、総務企画局長の私的懇談会として、「貸金業制度に関する懇談会」を定期開催し、多重債務防止等の観点から、金利規制のあり方について立法を含めた検討を行ったが、平成18（2006）年4月、ついに、同懇談会はグレーゾーン金利の撤廃にまで踏み込んだ提言をする、「座長としての中間整理」を取りまとめた。

これを踏まえ、当時の与党（自由民主党・公明党）において貸金業制度に関する検討がなされ、同年7月、利息制限法の上限を超えたグレーゾーン金利の支払を「みなし弁済」によって認める制度の撤廃（グレーゾーン金利の廃止）を求める「貸金業制度の改革に関する基本的な考え方」が取りまとめられ、これについて、金融庁・法務省等が実務上の実現可能性等について検討を行い、同年9月には、検討結果が与党に提示された。

これを受けて、与党においてさらなる議論が行われ、平成18年9月には、貸金業規制法におけるみなし弁済の廃止と、出資法の上限金利を20%にまで引き下げることを求める「貸金業法の抜本改正」が基本的に了承された。これを踏まえ、金融庁・法務省による法案策定作業が進められ、内閣提出法案として<sup>7</sup>、「貸金業の規制等に関する法律等の一部を改正する法律案」が、同年10月に閣議決定され、国会に提出された。そして、同法案は、12月13日の参議院本会議で成立、同月20日に成立した。

---

7 従来、貸金業規制法は議員立法で改正されてきた。

### 1-3 平成 18 年改正法の概要

#### (1) 金利規制についての改正点—金利体系の抜本の変更

改正法の内容は多岐にわたるが、其中でまず重要なのは、グレーゾーン金利の撤廃をはじめとする、金利体系の抜本的な改正である。

#### (ア) 前提①—平成 18 年改正前の金利体系の概要

平成 18 年改正がなされる以前のわが国における基本的な金利規制の枠組みは、上で述べたように昭和 29 年になされた利息制限法と出資法による二元的な金利規制の導入を経て、昭和 58 年になされた貸金規制法の制定および出資法の一部改正（いわゆるサラ金二法）によって確立されたものである。

現在の金利体系を確立したサラ金二法においては、貸金業者が業として貸付けを行う場合の刑罰金利は、年 40.004% にまで段階的に引き下げるとされ、他方、利息制限法における上限金利は、10～20% であったから、実際、両者にはかなりの開きがあったといえる。その後、出資法 5 条 2 項の上限金利は、商工ローン問題に端を発する平成 12 年出資法改正により、29.2% まで引き下げられたが、それでもなお刑罰金利と私法上の上限金利の間には、少なくとも 10% 近くの差異が存在していたことになる。

このような状況下において、上において述べた貸金業規制法における、みなし弁済規定の問題点が顕在化していくことになった。

#### (イ) 前提②—判例による「みなし弁済」の要件の厳格解釈

貸金業規制法は、みなし弁済の要件として、債務者が制限超過利息を「利息として」「任意」に支払ったことを要求する。それゆえ貸金業者としてはこの「任意の」支払いを債務者になさしめるために、そうせざるをえないような状況を作出する必要に迫られた。具体的には、契約時に「元金または利息の支払いが遅滞したら、元利金を一時に支払う」との条項（いわゆる期限の利益喪失特約）を付する等の手段が用いられたわけである。

しかしながら、上述のような、債務者が制限超過手利息を自ら支払わなかった場合に不利益をちらつかせることによって、これを事実上支払わざるをえない状況に追い込むという形での弁済が、そもそも「任意」の弁済といえるのかという根本的な疑問も沸いてくることになる。

この点に関して非常にインパクトのある形で問題を提起したのは、最高裁によるみなし弁済をめぐる判例の展開である。

近年、消費者金融等の貸金業者に対して、債務者による過払い金返還請求訴訟が提起されるケースが激増しているのは周知のとおりである。その際、債務者は、自己が債権者に対して支払った金員は、貸金業規制法 43 条 1 項の「有効な利息の債務の弁済」ではない、との主張を行うわけであるが、近年の判例は貸金業規制法 43 条 1 項が定める「みなし弁済」の要件を厳格に解し、債務者にとって非常に有利な判断を示すという傾向が顕著になっていった。

最 2 小判平成 18 年 1 月 13 日民集 60 卷 1 号 1 頁は、期限の利益喪失特約について、債務者はこれによって事実上超過利息の支払いを強制されることになるから、特段の事情がない限り、期限の利益喪失特約の下での制限超過部分の支払いは、債務者が自由な意思によって支払ったものとはいえないとして「任意性」を否定し、みなし弁済を認めないとする判断を示した。その後、他の小法廷もこれにならう判断を示したため（最 1 小判平成 18 年 1 月 19 日裁判集民事 219 号 31 頁、最 3 小判平成 18 年 1 月 24 日判時 1926 号 23 頁）、貸金業者は、これによって、債務者によって「任意に」制限超過利息の弁済を受ける手段を非常に大きく制約されることとなった。

また、契約書面・受取証書等の交付書面要件についても、判例は極めて厳格な解釈を展開し、みなし弁済を否定する判断が次々に示された（最判平成 16 年 2 月 20 日民集 58 卷 2 号 380 頁、最判平成 17 年 12 月 15 日民集 59 卷 1 号 2899 頁）。

これら近年の判例は、貸金業規制法が認めていたグレーゾーン金利の「みなし弁済」を、解釈によって事実上空文化するに等しいものと評することもできる。

このような最高裁による一連の判例の展開については、「何よりもそこには悪質な貸金業者が引き起こした社会問題（いわゆるヤミ金問題）に対応しようとする姿勢が認められる」<sup>8</sup>との指摘もなされているところであり、昭和 58 年のサラ金 2 法以来の金利体系を抜本的に変革しようという動きにも少なからぬ影響を及ぼしたものと推測できる。

---

8 大村敦志「判批」金法 1716 号（2004）74 頁。

(ウ) 平成 18 年改正による変更点

① みなし弁済制度の廃止（上限金利の見直し）

平成 18 年改正法においては、昭和 58 年以來の金利体系に次のような抜本の変更がなされた。まず、出資法 5 条 2 項の業として行う高金利罪の刑罰金利が、年 29.2%から年 20%へと引き下げられた。他方、利息制限法の上限金利は維持されたため、元本が 10 万円未満の場合、それは年 20%であるから、この部分については、利息制限法と出資法の上限金利が一致することになった。他方、元本が 10 万円以上 100 万円未満の場合の上限金利年 18%、100 万円以上の場合には年 15%であるから、この範囲においては改正前と同じく出資法と利息制限法の上限金利は一致しない。それゆえ、利息制限法の上限を超えるものの刑罰の対象にならない金利は残存することになるが、これについては、貸金業法における「みなし弁済」制度が廃止され、かつ、民事法上無効だけでなく、貸金業法によって、利息制限法の上限金利を超える利息の契約受領等が禁止され（貸金業法 12 条の 8 第 1 項、4 項）、違反すると行政処分の対象になるため（貸金業法 24 条の 6 の 3、4）、貸金業者が利息制限法の上限を超える利息の契約・受領をすることはできなくなった（なお、利息制限法 1 条項の規定も削除されている）。すなわち、今回の改正により、グレーゾーン金利は撤廃されるということである。

② 金利の概念の見直し

金利の規制に関わる改正点のうち、グレーゾーンの廃止と関連して重要なものの一つは、法定の上限金利の超過の有無を判断する際に重要となる金利の概念の見直しである。

金銭の貸付けにおいては、貸し手が、利息以外にも、例えば手数料の名目などで借り手から金銭を受け取った場合に、これをどのように扱うか一名目の如何に関わらず利息の徴収とみなすか否か―が問題となる。改正前の利息制限法および出資法は、いずれもこれに関するルールを定めていたが、両者の内容は一致していなかった。

すなわち、平成 18 年改正前の利息制限法では、「契約の締結及び債務の弁済の費用」については、みなし利息から除外すると定めていたが（第 3 条）、出資法においてはこのような除外規定はなく、「金銭の貸付けを行う者がその貸付けに関し受ける金銭は、礼金、割引料、手数料、調査料その他何らの名義をもってするを問わず、利息とみなすこととしていたのである（5 条 7 項）。

改正前の出資法における、例外を一切認めない厳格な「みなし利息」の定めは、悪質な

債権者が謝礼金・手数料等の名目で金銭を受領し、それによって高金利規制の趣旨を潜脱する行為を排除するために儲けられたと説明されている<sup>9</sup>。また、許される金利の上限も利息制限法のそれよりも高い。ゆえに、これと利息制限法との利息概念の不一致について、合理的な説明をすることも不可能ではなかったといえよう。

しかし、平成18年改正においては、上述のグレーゾーン金利の廃止に伴い、業として行う高金利罪における金利の上限が年利20%まで引き下げられ、これによって、出資法の上限金利と利息制限法の上限金利の水準が一致することとなった。みなし金利についての規定の不一致により両者がずれることになれば、グレーゾーンを廃止し、私法上の金利と刑罰金利を一致させるという改正の意義が損なわれることにもなるし<sup>10</sup>、上限金利が同じであれば、出資法は金利の上限が高い（逸脱はきわめて悪質である）という理由でみなし利息の違いを説明することも難しい。

そこで、改正法は、利息制限法および出資法ともに、一定の場合にみなし利息の例外を認め、両者の水準を一致させることにした。すなわち、両法は、みなし利息の例外として、①契約の締結又は債務の弁済の費用のうち、公租公課の支払に充てられるべきもの、貸付けの相手方が利用する現金自動支払機（ATM）等の利用料、等（平成18年改正後の利息制限法6条2項、出資法5条の4第1号）、②いわゆるローンカードの再発行に係る手数料その他借り手の要請により貸付けを行う者が行う事務の費用として政令で定めるもの（平成18年改正後の利息制限法6条1項、出資法5条の4第2号）を定め、これらについては利息とは別に徴収・受領することを認めるに至った。

### ③ 高保証料の罪の新設

平成18年改正においては、保証料に関する改正もなされている。改正前の出資法の下では、保証料について、借り手が保証業者に対して保証料を支払った場合であっても、貸金業者がこれを代理受領した場合には、「金銭の貸付けを行う者がその貸付けに関し受ける金銭」（改正前の出資法6条）であって、みなし利息に該当するとの見解が実務的に採用され、これは金融庁の事務ガイドライン（「第3分冊金融会社関係事務」）にも明記されるに至っ

9 斎藤正和『出資法[改訂版]』（2000）201頁。

10 利息制限法では上限金利の範囲に収まるが、出資法が定める厳格なみなし利息概念によって利率を算定した場合に、高金利罪が成立するという場合が想定されることになる。民事法上正当とされる権利の行使に刑罰を科すのは、刑法の任務に鑑みて問題があるといわざるを得ないであろう。



ていた<sup>11</sup>。

しかしながら、今回の改正においては、上述のように、利息制限法と出資法に共通する「みなし利息」の概念が定められており、ここに保証料は含まれていない。

そこで、平成18年改正法は、業として行われる貸付けに係る保証について、当該保証契約の保証料と保証の原因となる金銭の貸付けの利息の合計が20%を超過する場合には、当該超過部分は無効とされ、当該保証契約を結び、保証料の受領・要求を行った保証業者には刑罰が科される旨を定めた（改正利息制限法8条、改正出資法5条の2）<sup>12</sup>。その法定刑は、5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金、又はこれらの併科である。

なお、上述のように高保証料の罪の構成要件該当性判断においては、その前提として常に保証料と利息の合算が必要となるが、主債務貸付け利息が変動利率である場合や、根保証契約の場合に、一体どのようにして利息と併せて年20%という保証料の上限を定めるかが問題となる。そこで、改正出資法は、これらの場合についての保証料と利息の計算方法についての特則を定めている（改正出資法5条の2第2項・第3項）。

なお、貸付けを行う者が、保証料の契約後に当該貸付けの利息を増額する行為についても、保証料と合算して年20%を超える場合にこれを処罰対象とする旨の規定が置かれている（改正出資法第5条の3）。

#### ④ 日賦貸金業者および電話担保金融の特例の廃止

平成18年改正前の出資法において、例外的に業として金銭の貸付けを行う場合の上限を上回る年54.75%を上限とする高金利が認められていた「日賦貸金業者」<sup>13</sup>について、そ

11 平成18年9月の事務ガイドライン一部改正による。

12 その趣旨については、立案担当者により、「業として保証を行う者の保証については、本来貸手が負うべき借手信用リスクの一部を、保証会社に転嫁している者と考えられることから、今回の改正では貸付利息と借手が保証会社に支払う保証料を合算して上限利息を超えた場合には、超過部分については、原則として、保証料を無効とし、保証業者に刑事罰を科すこととしている」との説明がなされている（高橋洋明「貸金業の規制等に関する法律等の一部を改正する法律」ジュリ1329号（2007）62頁）。

13 貸付の相手方が従業員5人以下の飲食店等小規模なものであること、返済期間が100日以上であること、返済期間の半分以上を集金により取り立てるものであること、という要件をすべて満たすものは日賦貸金業者とされ、特例が認められていた。今回の改正では、日賦貸金業者について、多くの潜脱が報告されていることや、借手負担軽減という今回の改正の趣旨に鑑み、この特例を廃止することとしたとの説明がなされている（前出・高橋洋明ジュリ1329号63頁）。

の特例が廃止されている<sup>14</sup>。

また、同じく、電話加入権に質権を設定する貸付け（電話担保金融）についても改正前の出資法において54.75の例外が認められていたが、この特例も今回の改正によって廃止されている<sup>15</sup>。

#### ⑤ 業として行う著しい高金利罪の新設（ヤミ金融対策の強化）

高金利の法的規制に関わる改正点として、最後に、業として行う著しい高金利罪（超高金利罪）の新設を挙げておく。出資法に設けられたこの罪は、金銭の貸付けを行う者が業として金銭の貸付けを行う場合において、年109.5パーセントを超える割合による利息の契約をしたとき（出資法5条3項前段）、および、その貸付けに関し、上記を超える割合による利息を受領し、又はその支払を要求したとき（同後段）は、10年以下の懲役若しくは3000万円以下の罰金又はこれを併科すると定めている<sup>16</sup>。

この規定は、出資法がすでに定めていた高金利の罪のうち、特に著しい高金利のものについて刑を加重するものであるが、その立法趣旨については、「ヤミ金融に対する罰則の強化」であるとの説明がなされている<sup>17</sup>。

---

14 その趣旨について、立案担当者の解説は、「日賦貸金業者について多くの潜脱事例が報告されていることや、借り手の金利負担の軽減を目的に金利を引き下げることが多重債務者問題解決の重要な柱とする今回の改正の趣旨にかんがみ、これを廃止することにしたとの説明を加えている（前出・高橋洋明ジュリ1329号63頁）。

15 その趣旨について、立案担当者の解説は、「設置負担金が大幅に引き下げられ、既に電話加入権に担保を設定する価値がないものとなっている中で、借り手の金利負担の軽減を目的に金利を引き下げることが多重債務問題解決の重要な柱とする今回の改正の趣旨にかんがみ」これを廃止したとしている（前出・高橋洋明ジュリ1329号63頁）。

16 なお、同規定には、脱法行為の処罰規定（出資法8条の2）および両罰規定（出資法9条1項2号）が設けられている。前者は、「何らの名義をもってするを問わず、また、いかなる方法をもってするを問わず、第五条第三項の規定に係る禁止を免れる行為をした者は、十年以下の懲役若しくは三千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」と規定するものである。このような包括的な脱法行為処罰の規定が立法政策として妥当なものかについては議論の余地があるが、本稿においては考察の対象外とする。

17 前出・高橋洋明ジュリ63頁。

## (2) 貸金業者の業務規制についての改正点

### (ア) 開業規制・行為規制の強化

多重債務者問題が深刻化する中、貸金業者が金銭を貸し付ける際に借り手への説明が不十分であること、強引な取り立て行為を免れようと借り手が返済のためにさらに別の貸金業者から借入れを行う状況などが問題視されていた。

平成18年改正法は、以上のような問題状況を改善するという意味において貸金業者の業務を適性化すべく、いくつかの改正を行っている。

#### ① 貸金業への参入条件の厳格化

まず、貸金業への参入条件の厳格化がなされた。

第1に、改正前の貸金業規制1法では、法人500万円、個人300万円が財産的基礎の基準額であったが、改正貸金業法では、「貸金業者の最低純資産額」を、施行後、5000万円にまで段階的に引き上げていくことを定めている（改正貸金業法6条）。

第2点は、改正前の貸金業規制法においても要求されていた営業所又は事業所ごとの貸金業取扱主任者の選任研修制度のさらなる強化である。すなわち、改正法は、貸金業務取扱主任者制度に資格試験制度を導入し、貸金業者がこれに合格した者を営業所または事業所ごとに配置することを求めている（同12条の3）。

なお、ヤミ金融対策の強化の一環として、貸金業の無登録営業界の罰則の引き上げがなされている（改正貸金業法11条1項、47条2号）。従来、その法定刑は懲役5年、罰金については1千万円であったが、今回の改正により、この上限は、懲役10年、罰金は3千万円にまで引き上げられた。同様に、不正手段による登録（同3条1項、47条1号）、名義貸し（同12条、47条3号）等についても罰則の法定刑が引き上げられている。

#### ② 貸金業協会（業界の自主規制団体）の機能強化

さらに、業界の自主規制団体である貸金業協会の機能強化がなされた。改正前においては、都道府県ごとに、この貸金業協会が置かれていたが、改正貸金業法においては、これを全国統一の認可法人として位置づけ、都道府県毎にその支部を置くかたちになった（貸金業法26条2項、34条1項）。

貸金業協会は、各業者に対する調査・監督権限を付与され、規制を守らない業者に対しては、過怠金の徴収を行うことなどが認められている。

この改正法を受けて、平成19年には、「日本貸金業協会」が認可を受け、設立されてい

る。なお、貸金業協会への加入は、改正前は完全な任意加入であり、加入率も5割程度に止まっていたが、改正法は、強制加入でこそないものの、非加入業者は自主規制ルールと同等の社内規則の制定を義務付けられ、かつ、その遵守状況について金融庁による直接の監督を受けなければならないとの定めが置かれている。

### ③ 行為規制の強化

改正法においては、貸金業者に対する行為規制の強化が多岐にわたりなされた。以下では、その中で特に重要なものを、罰則に関する改正事項を中心にピックアップしておきたい。

#### (a) 勧誘・広告の際の規制強化

貸金業規制法は、今回の改正以前より、借主の利益保護を図るために貸金業者の行為に様々な形で規制を加え、その中でも重要なものには違反に対する刑事罰を定めていた。

改正前より刑事罰が定められていたものとしては、利率、返済の方式、返済期間・回数等の重要事項を営業所の顧客の見やすい場所に掲示する義務に違反した場合（貸金業規制法14条1項、49条）、TVコマーシャル等を用いた貸付条件の広告やダイレクトメール等で貸付契約を勧誘する際の規制（貸付条件等法定事項の表示・説明義務）に違反した場合（同15条1項、49条）がある。さらに、利用者を誤認させ、安易な利用を誘発するような不平等な広告・勧誘（いわゆる虚偽・誇大広告等）の禁止に違反した場合（貸金業規制法16条1項、同48条）も刑事罰の対象となる。具体的には、利率その他の貸付けの条件についての著しく事実に相違する表示・説明、実際のものよりも著しく有利であると誤認させるような表示・説明が禁止されている。

平成18年の改正貸金業法は、新たに、貸金業者が業務に関し、①資金需要者等に対し、虚偽のことを告げ、又は貸付けの契約の内容のうち重要な事項を告げない行為、②資金需要者等に対し、不確実な事項について断定的判断を提供し、又は確実であると誤認させるおそれのあることを告げる行為、③保証人となろうとする者に対し、主たる債務者が弁済することが確実であると誤解させるおそれのあることを告げる行為を禁止行為として新たに列挙し（改正貸金業法12条の6）、これらのうち、①に違反して「虚偽のことを告げた」場合を刑事罰の対象とする旨を定めている（同法48条1項1号の2、資金需要者等に対する虚偽告知罪の新設）。なお、「資金需要者等」とは、資金需要者である顧客、保証人とな

ろうとする者、債務者、保証人のことである（同2条）。①のうち貸付の契約内容における重要事項の不告知（不作為）が処罰の対象とされていないのは、契約書面の提示等が義務付けられ、そこで、書面の不交付、法定事項の不記載、虚偽記載等が刑事罰の対象となる行為として類型化されているためである。

改正貸金業法は、安易な利用を助長し、多重債務を誘発しかねない貸金業者の行為に対する規制を強化しているが、上述のように、今回の改正では、顧客やこれから保証人となろうとする者、さらに、債務者、保証人という広範な対象（資金需要者等）に対し、虚偽を告知する行為を広く処罰の対象とする規定が設けられており、その意義は小さくない。貸金業者が業務に関して資金需要者等に対して虚偽を告知する行為は、資金需要者等の判断を誤らせ、その利益を害する危険が大きいゆえに、当罰的な行為類型であると理解されているといえよう。

#### (b) 契約・貸付・返済時の規制強化

改正前の貸金業規制法は、借り手の保護と紛争の事前防止のために、貸付契約について、契約時に契約書面を交付すること、弁済時に受取証書を交付することを貸金業者に義務付け、契約書面・受取証書の不交付、法定事項の不記載・虚偽の記載に対し刑事罰を科す旨を定めていた（貸金業規制法17条1項、18条1項、49条）。同様の見地から、貸金業者における帳簿の備え付けの概怠、法定事項の不記載・虚偽記載（貸金業規制法19条、49条）も処罰の対象とされていた。

以上の罰則は今回の改正貸金業法においても維持されたが、さらに、借り手の保護を徹底するための規定がいくつか新設された。

まず、契約書面については、顧客が契約に先立って十分に借入条件を理解した上で借入れの判断を行うことができるようにするため、従来の契約書面に加え、貸金業者が契約に先立って、顧客に対して契約内容を説明する書面を交付することを義務付けることにした（貸金業法16条の2。ただし、施行時期は段階的施行の第4段階）。この事前書面についても、契約書面と同様に、不交付・法定事項の不記載・虚偽記載を処罰する罰則が新設された（同48条）。

保証人についても、債務者と同様、改正前の貸金業規制法は、保証人になろうとする者について事前に契約内容を書面で交付することを義務付け（貸金業規制法17条2項）、ま

た、保証契約締結時には貸付契約・保証契約双方の契約書面を保証人に交付するよう義務付けていた（貸金業規制法 17 条 3 項・4 項）。

これらの保証人保護についての規定は、債務の内容を正確に認識せずに保証人となっているという実態を踏まえ、商工ローン問題を契機とする平成 11 年の改正で導入されたものであるが、今回の改正では、さらに主債務者と同内容の債務を負い、催告および検索の抗弁権がない連帯保証人が、このことを十分に理解していない場合が多いという問題状況を踏まえ、連帯保証人に交付すべき事前説明書面および契約書面に、連帯保証人には催告の抗弁権および検索の抗弁権がないこと及びその趣旨等を記載することを義務付け（貸金業法 16 条の 2 貸金業法 17 条 3 項）、違反（不交付・法定事項の不記載・虚偽記載）に対して罰則を科すこととした（同 48 条、法定刑は一年以下の懲役若しくは 300 万円以下の罰金又は併科）。

さらに、改正貸金業法では、貸金業者が契約の相手方等の死亡を保険事故とする保険契約を締結する場合に、貸金業者に対し、契約内容を説明する書面を交付することを新たに義務付けるとともに（貸金業法 16 条の 3）、借り手の自殺を保険事故とする契約の締結を禁止（貸金業法 12 条の 7）し、いずれの規定に対する違反についても刑事罰を科している（同 48 条。法定刑は一年以下の懲役若しくは 300 万円以下の罰金又は併科）。生命保険契約が返済に窮した借り手の自殺を誘発しているのではないかとの批判を考慮したものであろう。

以上のように、改正貸金業法においては、広告勧誘時、貸付時、返済時それぞれについて借り手および、保証人への情報提供がより徹底され、それが罰則を以て担保されていることがわかる。

なお、借り手保護の徹底とは若干異なる趣旨の改正事項であるが、改正法においては、予め定められた条件に従った返済が行われることを条件に一定の融資額の範囲内で何度も借入れを認める極度方式基本契約（リボルビング契約）について、その定義規定を置いた上（貸金業法 2 条 7 項）、この方式の基本契約を締結する際に、および、契約に先立って、その契約内容を明らかにする書面を交付することを義務付け（事前書面交付義務、貸金業法 17 条 2 項、16 条の 2）、違反について罰則を科すことを定めた（同 48 条）。

通常の貸付契約において交付を要求される 17 条 1 項の書面では、「貸付けの金額」と「返済期間及び返済回数」が必要的記載事項となっていたが、極度方式基本契約では、これ

らに代わり、極度額および内閣府令の定める事項（返済期間・回数・期日・金額が変動しうる極度方式基本契約の性格など）を記載すればよいとした。従来の17条1項の契約書面では、リボルピング契約の場合に、「貸付けの金額」や「返済期間及び返済回数」などを正確に記すことが不可能であったが、今回の改正はリボルピング契約の性格に適合した契約書面の交付を可能にしたものである。さらに、リボルピング契約については、相手方の同意を条件に、一定期間における貸付け及び弁済その他の取引の状況を記載した書面（いわゆるマンスリー・ステートメント）を交付することで契約書面・受取証書に代替することを認めた（17条6項、18条3項）。これも、リボルピング契約の場合に通常の貸付契約において要求されるものと同内容の契約書面受取証書を交付することの困難に配慮した改正である。

#### (c) 公正証書の係る規制強化

かつて、貸金業者が貸付けに際し、将来の強制執行に備え、債務不履行があった場合には直ちに強制執行を受けるべきこと記載した公正証書を作成するために、債務者から代理人・委任事項を空白にした白紙委任状を予め取得するケースがあったため、改正前の貸金業規制法は、貸金業を営む者が上記のような公正証書の作成を公証人に囑託することについての委任状を債務者や保証人から取得する場合については、貸付の金額利率等の事項が記載されていない委任状を取得してはならないと定め、違反に対して刑事罰を設けていた（貸金業規制法20条、49条4号）。

しかしながら、その後も公正証書による強制執行をめぐる紛争が生ずるケースが目立ったようであり、平成18年改正は、上記のような公正証書の作成を大幅に制限することとした。すなわち、改正法は、「債務者等が貸付けの契約に基づく債務の不履行の場合に直ちに強制執行に服する旨の陳述が記載された公正証書」を「特定公正証書」と名付け（貸金業法20条1項）、その作成にかかる囑託委任状を債務者等から取得することを禁止し（同20条2項）、あるいは、債務者等が自ら代理人に委任する場合であっても、代理人の選任に貸金業者が関与することを禁止する（20条3項）等の規定を置いた。そして、これらの規定に違反した場合は刑事罰の対象とされた（48条。法定刑は一年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又は併科）。

改正法による特定公正証書作成に係る囑託委任状の取得制限は、貸金業者による取得を

禁止し、債務者等が自ら代理人に委任するケースについても貸金業者の関与を排除するなどかなり徹底されており、立案当局の強い姿勢がうかがわれる。

#### (d) 取立時の規制強化

今回の改正では、旧貸金業規制法にも規定されていた取立規制の強化がなされた。

改正貸金業法 21 条 1 項は、債権取立ての委託を受けた者は、「貸付けの契約に基づく債権の取立てをするに当たって、人を威迫し、又は次に掲げる言動その他の人の私生活若しくは業務の平穩を害するような言動をしてはならない。」と規定し、その上で、深夜・早朝など社会通念上不相当と認められる時間帯に正当な理由なくなされる電話 FAX 送信・居宅訪問、債務者の勤務先など、居宅以外の場所への正当な理由のない電話・FAX 送信・訪問等具体的な取立行為の類型を列挙している。違反に対しては、登録業者に対する行政処分とともに、違反者への刑事罰（2 年以下の懲役または 300 万円以下の罰金ないしその併科。両罰規定あり）が規定されている。

旧貸金業規制法にも同様の規定が置かれていたが、今回の改正では禁止の対象となる取立行為の類型として、新たに、債務者等から弁済等の時期について申出を受けている場合において、正当な理由がなく、日中、債務者の居宅に対して電話・訪問等の取立を行う行為、また、債務者等の居宅又は勤務先を訪問した場合において、債務者等から当該場所から退去すべき旨の意思を示されたにもかかわらず、当該場所から退去しないこと、禁止されている取立行為を行う旨を告げることが追加された。

#### ④ 業務改善命令の導入

平成 18 年改正法においては、貸金業法による規制に違反した業者に対する行政処分として、登録取消しや業務停止に加え、より機動的に対処可能な業務改善命令を導入している（改正貸金業法 24 条の 6 の 3）。

#### (イ) 過剰貸付けの抑制

改正貸金業法においては、一般に、多くの多重債務者を生んだ原因の一つと考えられている借り手の返済能力を超えた過剰貸付について、これを抑制するための制度が新た整備

---

18 現行法も顧客の返済能力を超えると認められる貸付契約を締結してはならないと定めていたが違反に対する制裁はなく、訓示的な規定にとどまっていた。



されている<sup>18</sup>。

これらの規制は、上述の貸金業者の行為規制の強化として挙げたものと若干性質を異にし、返済能力を超えた貸付を借り手の意思とは無関係に抑止するというパターンリズム的性格を有するものである。その是非について異論はあろうが多重債務者対策という今回の改正法の趣旨を強く反映したものといえよう。

#### ① 指定信用情報機関制度の新設

改正貸金業法においては、過剰貸付け抑止の前提として貸金業者が借り手の返済能力を判断する上で重要となる借り手の総借入れ残高を把握することを可能にするために、すべての貸付情報が登録され、貸金業者が貸付を行う際にこれを利用可能にする指定信用情報機関制度が創設された。

改正前においては、一部の貸金業者が任意にいくつかの個人信用情報機関に加盟していたものの<sup>19</sup>、機関相互で信用情報のやり取りがなされることはなく、また、信用情報機関に加入していない業者も多く、借り手の返済能力を把握するための手段としては不十分であった。

改正貸金業法は、一定の要件を満たし、内閣総理大臣の指定を受けた信用情報機関を「指定信用情報機関」し、当局の監督下に置くとともに、相互の情報提供を義務づけることとした。

#### ② 総量規制の導入

改正法は、上述の「指定信用情報機関」が保有する信用情報を利用した総量規制を導入した。これは、信用情報によって確認した総借入れ残高の合計が一定額（1社50万円または他社と合わせて100万円）を超える場合には、源泉徴収票その他の提出を義務付け、年収等を基準として、その3分の1を超える貸付けを原則として禁止するというものである<sup>20</sup>（貸金業法13条の2）。これにより、借り手が自ら返済能力を超えた借入れを繰り返し、多重債務者へと転がり落ちていってしまうことを防止することが期待されている。

年収の3分の1を超える過剰貸付契約それ自体については刑事罰は定められていない

---

19 消費者金融を中心とする全国信用情報センター連合会（全情連）、クレジット・信販系の会社が加盟するCIC、業種横断型のCCBなどがあつた。

20 ただし、改正貸金業法は、13条の2第2項において、住宅ローンなど、総量規制1の対象とならない例外を認めている。

(行政処分の対象となる)。しかし、貸金業者は契約に際して、指定信用情報機関の保有する信用情報を利用した返済能力調査を義務付けられ（貸金業法 13 条）、これに違反した場合（返済能力の調査をせずに契約をした場合）には、行政処分の対象となるとともに、刑事罰が科される（貸金業法 48 条 1 項 1 号の 4、49 条 3 号の 2）。

### (3) 施行時期

以上が平成 18 年改正法の概要であるが、今回の改正法は大規模かつ多岐にわたり、相当な準備期間を要することから、その施行時期は、以下の表のとおり、段階的なものとされていた。

公布日：平成 18 年 12 月 20 日	
第 1 段階（公布日から 1 月経過後） ※平成 19 年 1 月 20 日施行	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 超高金利罪の新設</li> <li>・ 無登録営業の罰則引き上げ</li> </ul>
第 2 段階（公布日から 1 年内） ※平成 19 年 12 月 19 日施行	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 取立規制の強化</li> <li>・ 業務改善命令の導入</li> <li>・ 新貸金業協会の設立</li> </ul>
第 3 段階（第 2 段階施行日から 1 年半以内） ※平成 21 年 6 月 18 日施行	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 貸金業務取扱主任者の試験開始</li> <li>・ 指定信用情報機関制度</li> <li>・ 貸金業者の財産的基礎の引き上げ（2000 万円以上）</li> </ul>
第 4 段階（第 2 段階施行日から 2 年半以内） ※平成 22 年 6 月 18 日施行	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ みなし弁済廃止</li> <li>・ 出資法の上限金利の引き下げ</li> <li>・ みなし利息概念の改正</li> <li>・ 利息制限法の上限金利算定の際の保証料の合算</li> <li>・ 総量規制の導入</li> <li>・ 貸金業者の財産的基礎の引き上げ（5000 万円以上に）</li> <li>・ 事前書面交付義務の導入</li> <li>・ 日賦貸金業者・電話担保金融の特例廃止</li> </ul>

このように、今回の法改正の根幹をなすグレーゾーンの廃止や総量規制の導入は最後の第 4 段階に位置づけられていた。

苦境に陥っている貸金業者の要求や、厳しい経済情勢によって資金繰りが厳しい中小企業が増えていることもあって、第 4 段階施行については、その延期や、見直しを求める意見が見られるようになっていた。

改正法の附則には、「この法律の施行後 2 年 6 月以内に過剰貸付けに係る規定等や出資法及び利息制限法の規定を円滑に実施するために講ずべき施策の必要性について検討を加

え、その検討の結果に応じて所要の見直しを行う」と定める見直し規定が置かれており、金融庁は、この定めによる検討を行うために、平成21年11月13日、関係省庁である金融庁、消費者庁の副大臣、大臣政務官及び法務省の大臣政務官から構成される「貸金業制度に関するプロジェクトチーム」を設置した。そこでの検討内容としては、貸金業の利用者の実態（利用者の全体像、多重債務者の状況等）、貸金業者の実態（経営状況、過払い金返還請求の実情等）、諸外国の貸金業の実態、改正貸金業法を円滑に実施するために講ずべき施策の必要性の有無、その他が挙げられていた。

プロジェクトチームの下に設置された事務局会議は、平成21年11月30日から、平成22年2月18日まで、13回にわたり会合を開き、業界団体、地方自治体、関連省庁、学者、弁護士、ジャーナリスト等、幅広い関係者からのヒアリングを行った<sup>21</sup>。

事務局会議のヒアリングの結果等を踏まえ、プロジェクトチームは検討を行い、平成22年4月2日、「改正貸金業法の完全施行について」<sup>22</sup>を発表した。ここでは、①多重債務問題の解決を目的とした改正貸金業法については、法に定められた期限である本年6月18日までに完全施行することが総合的観点から適切であるとの判断が示され、同時に、②改正貸金業法の円滑な施行を図るため、借り手等の実情を踏まえ、10の柱からなる方策（「借りての目線に立った10の方策」）<sup>23</sup>を重層的に推進していくことが必要であるとの認識が示されていた。

これを受けて、平成22年4月20日、改正貸金業法が、6月18日に完全施行（第4段階施行）されることが閣議決定され、同年同日、同法は完全施行され、現行法となっている。

---

21 各回の概要および資料については、金融庁のホームページ <http://www.fsa.go.jp/policy/kashikin/shiryoushu.html> を参照。

22 <http://www.fsa.go.jp/policy/kashikin/pt.pdf> を参照。

23 次の10点からなる。①総量規制に抵触している者の借入残高を段階的に減らしていくための借換えの促進、②個人事業者が提出する事業計画等の記載事項の簡素化、③個人事業者の安定的な「事業所得」を総量規制の「年収」として算入、④総量規制の「適用除外」と「例外」の分類の再検討、⑤貸金業者の事務手続きの円滑化を図るための措置の検討、⑥健全な消費者金融市場の形成、⑦多重債務者等の生活再建・事業再生のための多様なセーフティネットの充実・強化、⑧多重債務者に対するカウンセリング・相談の更なる改善・強化、⑨ヤミ金融の取締りの強化、⑩改正貸金業法等の広報活動。

#### (4) 完全施行後の状況

以上のように、完全施行された貸金業法であるが、その後、与野党から、早くも再改正の動きが出てきている。その論拠として挙げられているのは、中小事業者の資金繰りが悪化しているという指摘や、借入れ困難者がヤミ金融に流れているという指摘<sup>24</sup>のようである。

2012年5月、当時の野党、自民党の小口金融市場に関する小委員会は、上限金利を年30%へと引き上げ、また、返済困難者へのカウンセリングを強化しつつ総量規制を撤廃するという貸金業法・利息制限法の改正案を取りまとめ、当時の与党、民主党の改正貸金業法検討部会も、同年7月に、中小零細企業向け示していた。

他方、金融庁が設置した改正貸金業法フォローアップチームが2011年6月27日に実施したヒアリングにおいては、「2006年4月の段階で、5社以上の借入れを行っている多重債務者が230万人いるということが衝撃だったが、現在では、23年4月の段階で67万人と、圧倒的に多重債務者は減っている」、「自己破産の申し立ても、ヤミ金が一番跋扈した平成15年当時は24万人に達していたが、現在は12万人であり、このまま落ち着けば10万人を切るのではないか」、「総量規制を導入するとヤミ金が跋扈するのではないか、と言われていたが、ヤミ金が跋扈していたのは平成14～15年であり、ヤミ金融対策法が出来た15年7月をピークに、法律の制定に加えて様々な対策を行ったことにより、ヤミ金被害は圧倒的に減ってきている」等、ヤミ金融の増加という指摘を疑問視する見解が示されている<sup>25</sup>

その後、政権交代もあり、改正貸金業法見直しの動きは一旦白紙に戻ったようであるが、今後、上限金利の引上げや、総量規制の見直しへ向けた動きが出てくる可能性は高いように思われる。その動向を、注意深く見守る必要があるだろう。

---

24 法改正後、正期の貸金業者から借入困難となった資金需要者がヤミ金融市場に流入している実情を実証データにより説明することを試みた論稿として、堂下浩「ヤミ金融の被害についての簡潔な報告—全ての人間は、自分とやり方がちがえば、これを野蛮という—」早稲田大学クレジットビジネス研究所 Working Paper 2012年3月 (<http://www.waseda.jp/prj-ircfs/workingpaper.html> よりダウンロード可能)。同論文によれば、2008年5月～11月、ヤミ金融の推定被害者数は46万人から58万人に漸増したとされている。

25 <http://www.fsa.go.jp/policy/kashikin/followup/gaiyou/20110627.html> 参照。

## 1-5 おわりに

平成18年の改正を高金利の法的コントロールのあり方という視点で見たとき、最も大きな意味を有しているのは、戦後、約50年間存続していたグレーゾーン金利がついに撤廃されたことであろう。

平成18年改正前の金利規制の枠組みは、昭和50年代のサラ金問題の渦中で生まれたものであるが、それは、昭和29年以来の出資法・利息制限法以来のグレーゾーン金利の問題を引き継いだものであった。民事上の上限金利と刑罰金利と間にある程度の格差があることそれ自体は、直ちに不当であるというわけではなく、むしろ、刑法の謙抑性という建て前から考えれば、一応の合理性を有するということも可能である。

しかし、改正前のわが国の金利体系は、出資法上の刑罰金利と利息制限法の上限金利のずれを、貸金業規制法による「みなし弁済」という仕組みによって調整しようとした点に、基本的な問題を抱えていたといえることができる。既に述べたように、「みなし弁済」は、貸金業者による書面交付義務の履行という前提条件の下で、債務者が制限超過利息を「利息として」「任意に」支払ったという要件を充足する限りにおいてこれを法的に承認するという不安定な制度である。滞在的な過払い金返還請求のリスクにさらされる貸金業者は、何とかして任意弁済の要件を満たす形で利息の支払いをさせようと試みる。そのことは、結果的に、貸金業者をして、借り手が自己の債務状況について十分に理解していない状態へあえて誘導するという手段<sup>26</sup>、あるいは、期限の利益喪失特約等のサンクションによって制限超過利息の支払いを事実上強制する手段などを選択させることになっていったように思われる。そして、このような手段は最高裁の判例理論によって、最終的にはその正当性を否定されている。

以上のような「みなし弁済」制度の問題点を踏まえると、やはり、立法論としては、貸金業規制法43条1項には重大な欠陥があったといえ、その点においては今回の法改正は妥当なものであったと評価できる。債務者からとれる利息とそうでない利息をはっきりさせることは、貸金業者にとっても、過払い金返還請求のリスクからの解放を意味し、ビジネスモデルの安定化および健全化につながるものといえよう。

その上で、合理的な金利の体系をいかに実現するべきかが課題となる。まず、出資法上

---

26 それは、貸金業規制法が、厳格な書面交付義務を課した意義を考えると相当に疑問がある。

の刑罰金利と利息制限法における民事上の上限金利の差異を維持することは、それ自体全く不合理というわけではない。刑罰の謙抑性という観点からすれば、私法上は無効であるが、刑罰が認められるわけではないグレーゾーンを残し、貸金業者がこの範囲で貸付けを行った場合には業務停止等の行政制裁で対処するという方向性もありえたものと思われる。

しかし、平成18年の改正法は、出資法上の上限金利を引き下げ、私法上の上限金利との差異を出来る限り小さくする方向で（部分的には両者を完全に一致させる形で）問題の解決を図り、かつ、貸金業法によるみなし弁済を撤廃した。「みなし弁済」による解決の問題点を考慮すると、その撤廃は基本的に支持することができるが、刑罰金利の上限は、「みなし弁済」に起因するグレーゾーンの問題とは一応別の問題であり、刑罰金利の上限引き下げには、「適正・妥当な上限金利の水準をいかにして決定すべきか」という観点から検討すれば足りたようにも思われる。

いかなる金利水準が、わが国の社会において適切・妥当かという問題は、極めて重要であるものの、困難な問いである。平成18年改正法は、改正前の29.2%から20%へと上限金利を引き下げる方向での決断を示した。それについては、論者の立場により、不当な高金利を規制するという理由からの支持もあろうし<sup>27</sup>、29.2%からさらに刑罰金利を引き下げるは、貸し倒れのリスクの高い顧客層への貸付けを不可能にし、ヤミ金融にこれらの顧客が流れると事態を招くとの批判もあろう。実際、改正貸金業法の完全施行後、わずか2年で上限金利の再引き上げへ向けた議論が出始めている。大変困難な問題であるが、理論的な見地から説得力のある答えを導くことができないのであれば、実証的な研究が必要である。

開業規制・行為規制については、今回の改正で、保証人に加え、借り手に対しても、契約時の契約書面に加え、事前に契約内容を説明する書面を交付する義務を法定し、その違反に対して刑事罰を設け、あるいは、借り手や保証人に対して業務に関し虚偽を告知する行為を一般的に刑事罰の対象とするなど、資金需要者等に対してできる限り正確で分かりやすい情報を提供し、その判断を誤らせないようにしようという意図に基づく改正がなさ

---

27 私見としては、基本的には消費者がその収入の中で返済しうる程度の金利を上限にすべきであり、最初から相当な割合の顧客が貸し倒れになることを当然見越した高い金利での貸付けをビジネスモデルは健全なものとはいえないと考えるが、ある意味で非常にパターンリスティックともいえる規制を刑罰によって実現することを果たして正当化しうるかは困難な問いであり、議論の必要がある。

れていることが注目される。

不十分な情報により貸付けを受けてしまい多重債務に陥る者を出来る限り減らそうという改正の趣旨からすると、資金需要者等に対してあえて意図的に不正確な情報を提供したり、あるいは提供すべき情報を提供しなかったりする貸金業者の行為は、直接的ではないにせよ債務者の財産状況に対する危険を惹起する行為であり、その当罰性を説明することは可能であろう。これらの改正点は合理性を有するものと思われる。

もっとも、今回の改正では、同じく多重債務者発生防止という立法政策の下、総量規制が導入され、これに関連して刑事罰が導入されたことは改正の趣旨を考えれば十分理解しうるものの、理論的には若干の検討を要する点であろう。総借入残高が年収の3分の1を超える過剰貸付契約それ自体を罰する規定は設けられず、処罰の対象になったのは借り手の返済能力の調査をせずに契約をする行為であるが、いずれにしろ、借り手が自らの総借入額を認識し、かつ、事前書面等で新たな貸付けの内容について十分に認識しつつ契約締結に及んだとしても、貸金業者の担当者は処罰の対象となるのであり、過剰なパターンリズムではいかとの疑問・批判も湧いてくるところである。

しかし、今回の改正で刑事罰が設けられたのは、返済能力の調査を怠ったまま貸付を行う行為であり、過剰貸付契約それ自体が処罰の対象となっているわけではない（たとえ結果的に過剰貸付でなかったとしても本罪は成立する）。つまり、具体的な借り手の保護のためではなく、そもそも返済能力の調査がなされないまま貸付契約がなされてしまうと総量規制という多重債務者問題の解決を図るための制度自体が骨抜きにされてしまうがゆえに本罪は設けられているのであり、そのように保護の対象を考えることができるのであれば罰則制定を正当化することも可能であるように恩われる。

なお、いずれにせよ、今回の改正における貸金業への参入条件の厳格化や過剰貸付の抑制のための総量規制の導入により、今後、中・小規模の貸金業者を中心に貸金業者の淘汰が進み、融資を受けることができない資金需要者が出てくることは避けられない。今後は、資金需要者の動向に注意を払いつつ、いかに彼らがヤミ金融に流れていくことを防止するかという点を慎重に考えていく必要がある<sup>28</sup>。

---

28 金融庁が設置した「貸金業制度に関するプロジェクトチーム」の報告（「改正貸金業法の完全施行について」）では、以下のような方策を関係者が連携を図りながら推進することにより、改正貸金業法の完全施行に併せ、ヤミ金融対策の一層の強化を図る、としていた。

- ① ヤミ金融に対する迅速な警告・取締りにつなげるため、各地方公共団体の多重債務者対策本部（又は同協議会）等の場も活用し、関係者（財務局・地方公共団体・弁護士会・司法書士会等の相談窓口）と都道府県警察との連携を進め、最近のヤミ金融の動向、手口など、ヤミ金融の情報の共有化を図る。
- ② 警察・金融庁等の関係機関が連携し、インターネットに掲載されたヤミ金融業者の違法な広告の削除を検討する（本年夏以降を目途に実施する方向で検討）。
- ③ ヤミ金融に係る対策として、以下の取組みを更に積極的に実施する。
  - 警察・金融庁（財務局）から金融機関に対する「口座凍結」の要請等
  - 警察・金融庁（財務局）が違法な貸付け等に対して直接「電話警告」を実施
  - 警察から不正利用防止法に基づき携帯電話を利用できないようにする「携帯電話契約者確認要求」を実施
  - 警察官向けの「ヤミ金融事犯相談対応マニュアル」の更なる周知徹底
- ④ 改正貸金業法の完全施行の前後半年間を目処に、「ヤミ金融取締り強化期間」を設定する。
- ⑤ 監督当局における、悪質登録業者に対する監督当局の処分の徹底、警察への積極的な情報提供を行う。
- ⑥ 警察・消費者庁・金融庁等の関係機関が連携し、最近のヤミ金融の手口等について、消費者への適切な注意喚起を行う。
- ⑦ 今後、金融庁が新規に作成する相談マニュアルに、最近のヤミ金融の手口、対処方法について記載する。

以上のようなヤミ金融の取締り強化に向けた諸施策は、法施行後実施に移されたようであるが、最近、消費者金融からの融資を受けることができなくなった資金需要者を相手とする「クレジットカードショッピング枠現金化」という手口で高金利の貸し付けを行う業者も現れ、問題となっている（平成22年11月24日消費者庁「ストップ！クレジットカード現金化」キャンペーンの実施について、消費者庁ウェブサイト <http://www.caa.go.jp/credit/> 参照）。

これは、クレジットカードのショッピング枠を悪用し、「キャッシュバック方式」（資金需要者が、現金化業者のインターネット上のホームページ等を通じて、クレジットカードのショッピング枠（たとえば50万円）の現金化、ショッピング枠（50万円）に相当する価格が付けられた実質的にほとんど価値のない商品（たとえば玩具の指輪）の購入を申し込み、商品購入の「キャッシュバック」という名目で資金需要者から消費者の銀行口座への入金（たとえば、30万円）を行い、後日、クレジットカード会社から50万円分の請求がなされるというもの）、「買取屋方式」（資金需要者は、現金化業者が販売する商品を、クレジットカードを使用して購入し（たとえば50万円で購入）、購入後に、同じ業者が当該商品を買取る（たとえば30万円で）という名目で融資を行い、後日、クレジットカード会社からの請求（50万円）が行われるというもの）という方法で、実質的な融資を行うという手口である。

このような手口のうち、キャッシュバック方式については、以下のような新聞記事にみられるように、すでに、出資法違反（高金利の罪）による検挙がなされ始めているようである。



- 「カード現金化」で男逮捕 警視庁、出資法違反容疑で初摘発（2011年8月5日 日本経済新聞）  
「クレジットカードのショッピング枠を現金化する方法で事実上のヤミ金融を営んだとして、警視庁生活経済課は5日、東京都台東区の貴金属販売会社「インフィニティ」の元代表で飲食店経営、橋本幸治容疑者（41）＝板橋区仲宿＝を出資法違反（高金利、脱法行為）の疑いで逮捕した。カードの現金化業者を同法違反で逮捕するのは全国初。  
同課によると、橋本容疑者は「逮捕されるとは思わなかった」などと容疑を否認している。現金化を巡っては、多重債務者らが事実上、高金利で金を借りているとして問題化。ただ、通常の商取引を偽装しているため摘発が進んでいなかった。  
橋本容疑者は融資を求める客に1個30～120円のおもちゃのネックレスなどを宅配方式でクレジットカードを使って数千円～百数十万円の高額で購入させた上、カード会社から入金される代金の一部を差し引き、残りの金を客にキャッシュバックする方式で、カードのショッピング枠を現金化していた。  
同課は、顧客がカードで購入した商品の中身について送られてくるまで知らなかったことや、取引金額が商品価値と比べて極端に高額なことなどから、売買は形式的な取引と認定。さらに、業者側はカード会社側から確実に入金される仕組みで、「実態としては差し引いた代金の一部を利息とする貸金業に当たる」と判断した。  
逮捕容疑は2010年3月上旬から11年1月中旬ごろまでの間、千葉県浦安市の男性会社員（49）ら4人にクレジットカードでプラスチック製のネックレスなど360円相当の商品を約415万円で購入させた上、カード会社から入金される代金のうち約346万円を4人にキャッシュバックし、差額約69万円を実質的な利息として受け取った疑い。利息は法定の10.96～22.95倍に当たるといふ。  
橋本容疑者は06年7月から11年3月までの間、全国の顧客約750人に同様の手口で金を貸し付け、約8000万円の利益を得たとみられる。」
- カード現金化：業者に有罪判決―地裁立川支部／東京（2011年11月26日毎日新聞地方版）  
「現金が欲しい客にクレジットカードで商品を買わせ、購入代金の一部を返金する「カード現金化」で違法な高金利の貸し付けをしたとして、出資法違反罪などに問われた板橋区の飲食店経営、橋本幸治被告（42）に地裁立川支部は25日、懲役3年、執行猶予5年、罰金2000万円（求刑・懲役4年、罰金2100万円）の判決を言い渡した。深見玲子裁判官は判決理由で「高金利を承知で借金せざるを得ない経済的弱者を、さらなる困難に陥れた悪質な犯行」と指摘。一方で「一定の反省はしている」とした。判決によると橋本被告は昨年3月～今年1月、現金化を申し込んだ客4人に、ネックレスなどの商品をカードで購入させ、代金の一部を「キャッシュバック金」として返金。カードの決済代行会社からの立て替え払いを自分の銀行口座で受け取り、差額の計約70万円を違法な利息として得た。他にも無登録で貸金業を営むなどした。」
- 法定利息の30～70倍！「カード現金化」10人逮捕 高金利融資容疑（2012年7月19日産経新聞）

「クレジットカードで商品を買わせ、購入代金の一部を返金する「カード現金化」と呼ばれる手法で高金利融資をしたなどとして、警視庁生活経済課が出資法違反（高金利など）の疑いで、東京都港区の現金化業者の元代表、福場秀樹容疑者（33）ら10人を逮捕していたことが18日、捜査関係者への取材で分かった。

逮捕容疑は、カード決済システムを悪用し昨年秋から数カ月間で法定利息（年利20%）の30～70倍で現金を貸し付け、違法利息を受け取ったなどとしている。

捜査関係者によると、福場容疑者らはインターネット上で複数のサイトを運営して集客。ほぼ無価値なゴルフボールや雑貨などを数十万円程度で購入させ、キャッシュバックと称して実質的に現金を融資していた。その際、「手数料」と称して法外な利子を差し引いていた。同課は、組織的に活動しており、これまでに計数億円を貸し付けていたとみて調べている。

福場容疑者は今年1月、個人所得約1億900万円を申告せず、約3300万円を脱税したとして、東京地検に所得税法違反の疑いで逮捕され、有罪判決を受けていた。同課は、カード現金化事業で得た収入とみて調べている。」

- 「カード現金化」摘発追いつかず 主婦等破綻に追いこまれる例も（2012年7月19日産経新聞）

「カード現金化業者は昨年8月、警視庁が「ヤミ金業者」と認定し取り締まりに乗り出したが、摘発は追いつかず、今も多くの業者が営業を続けている。多額の借金を負った主婦ら多重債務者が、その場しのぎの返済のために利用するケースも多く、最終的に「破綻」に追い込まれる例は後を絶たない。

カード現金化の広告は繁華街やインターネット上にあふれ、カードさえあれば誰でも気軽に利用できる。東京・池袋の繁華街では「クレジットカード現金化」と大きな赤い文字の看板を背負ったサンドイッチマンが、通行人に声をかけていた。

担保や質草なしで数十万円単位の現金を簡単に手にすることができるため多重債務者には一見、魅力的に映る。しかし、結局、借金は予想外に膨らむことになる。一方で業者側はカード会社を通じ「貸し金」を回収できるため、貸し倒れのリスクがない。捜査関係者によると、カード会社も最終的には保険でリスクをカバーしているケースが多いという。

捜査関係者は「借りた側にも貸した側にもローリスク、ハイリターンのように見えるが、実は高利で借金が膨らみ、借りたほうに一方的に不利な仕組み。だからどれほど摘発しても業者が次々と現れる」と話す。

警察庁などは、業者の広告についてサイト管理者に削除要請などもしており、摘発は今後強化されることが予想される」

「カード現金化」業者の氾濫は、改正貸金業法の制定にあたり懸念されたこと、すなわち、総量規制により消費者金融からの融資を受けることが困難になった資金需要者をターゲットとしたヤミ金融等の違法な融資が増加するのではないかという恐れが、現実のものとなったことを示す一例である。

カード現金化については、商品購入と実質的な高金利の融資との線引きをどのように行うか等の問題があり、徹底した取締りを困難にしている一因である。

いずれにしろ、融資困難者を狙った新たな高金利ビジネスが今後も登場する可能性はあり、これらをいかに効果的に取り締まっていくかは喫緊の課題となっている。

(鎮目征樹)

## 2 平成 20 年特定商取引法改正・割賦販売法改正と主要な新罰則

### 2-1 特商法に関連する犯罪

2-1-1 「特定商取引に関する法律」(特商法)は、一定の取引方法が消費者被害を招きやすいことを背景に制定されたもので、同法所定の取引方法(訪問販売・通信販売・電話勧誘販売(2章)、連鎖販売取引(3章)、特定継続的役務提供(4章)、業務提供誘引販売取引(5章))について詳細な規制を加えている(平成24年改正で、押し買いを規制するため、あらたに、訪問購入(5章の2)が規制の対象に加わり、他の特定商取引と同様の規制がなされている。)

特商法は、以前は「訪問販売等に関する法律」(訪問販売法)と呼ばれていたが、規制対象となる取引方法が次第に拡大してきたことから、平成12年に、規制対象にふさわしく名称も変更されたものである。

また、以前はクーリング・オフの対象となる特定商取引(訪問販売、通信販売、電話勧誘販売)について、その対象を「指定商品」、「指定役務」に限定し、政令で指定する方式を採用していたことから、問題が発生してから対応するという後追い行政になってしまうという問題のあることが指摘されていた。そこで、平成20年には、クーリング・オフの対象を拡大し、同法は、原則として、すべての「商品」、「役務」一般に及ぶものとしたうえで(権利については、政令で指定されたものに限っている)、例外的に、他の法律により購入者等の利益を保護できると認められる販売、役務の提供等を同法の適用除外とする仕組みに改められている(特商法26条)<sup>1</sup>。

---

1 特商法の対象は、商品、役務、政令で指定された権利である。従って、通貨のような商品にあたらないものについて、訪問販売、通信販売、電話勧誘販売の方法で行ったとしても、特商法は適用できないことから、市場に出回らず、換金の難しい国の通貨(イラク通貨、リビア通貨等)を高値で売りつけられたという消費者被害が多発している(1998年(平成10年)の「外国為替及び外国貿易法」(外為法)改正により、外国為替業務に着目した規制が撤廃され、銀行以外の者でも自由に外貨の売買を業務として行うことが可能となっている。)。また、外国為替取引で差金決済をするような取引なら金商法の対象だが、現物の通貨の売買は同法の規制対象ではない。

もっとも、当該通貨の価値について知識のない者に対して価値があるかのように装って売りつけた場合、その際に購入したら高く買い受ける等の働きかけをして購入させるグループも関与している

2-1-2 特商法の罰則について整理するなら、特商法は以下のような行為に罰則を科している。

(1) 訪問販売、電話勧誘販売、連鎖販売取引、特定継続的役務取引、業務提供誘引販売取引といった特定の販売方法を採用する場合、勧誘に際して、契約の申込みの撤回、解除を妨げるため、一定の重要事項について、不実のことを告げたり、故意に事実を告知しないこと、さらに、人を威迫困惑させることといった違法性の強い行為を禁じ、その違反を罰している（同法70条）。

(1-2) また、訪問販売、連鎖販売取引、業務提供誘引販売取引については、意図を秘して、一定の場所での誘引等の行為をすることを禁じており、その違反を罰している（同法70条の3）。

(2) さらに、同法70条の2は業務停止命令に違反する行為を罰している。

命令を出す前提として、例えば、「訪問販売」については、販売業者、役務提供事業者が、同法3条（氏名等の明示）、3条の2第2項（契約を締結しない旨の意思を表示した者に対する勧誘の禁止）、4条（書面の交付）、5条（書面の交付）、6条（重要事項についての不実の告知、威迫等）の規定違反、7条各号に掲げる行為（主務大臣による具体的指示）をしていることが（8条1項）、「通信販売」については、販売業者、役務提供事業者が、11条（商品等に関する重要事項の広告）、12条（誇大広告の禁止）、12条の3（承諾をしていない者

---

場合、詐欺罪、組織的詐欺罪が成立しうるから、この問題は、捜査機関の側のマンパワー不足で立件に困難が伴うことによるものだろう。

消費者安全法を財産的被害の場合にも拡張する改正により、対処されたが（平成2年改正）、同法の補充法的な性質を前提とすると、同法で対処することが適切かについては疑問がないわけではない。無限連鎖講防止法では、その対象を「金銭」としていたことから、これを免れるため、国債を用いた無限連鎖講が行われ、その後、「金品（財産権を表彰する証券又は証書を含む。）」にあらためることで、この穴を塞いだ。同様に、特商法の対象に通貨を含む改正で対処することのほうがよほどわかりやすいだろう。日本で強制通用力をもっていない通貨については、商品と通貨との経済的性質の差は重要でなく、日本では、日本以外の国で強制通用力もちうる特殊な商品として扱うことができるはずである（通貨である以上、為替取引の対象として金商法のデリバティブ取引の対象たりうるが、このような性質をもつからといって特商法の商品性を排除することにつながるわけではないだろう）。法律の管轄官庁の垣根を取り払えば可能で、消費者庁はそのために設置されたものだったのではないかという疑問を拭いえない。

に対する電子メール広告の提供の禁止)、13条(承諾等の通知)の規定違反、14条各号にかかげる行為(主務大臣による具体的指示)をしていることが(15条1項)前提となっている(電話勧誘販売、連鎖販売取引、特定継続的役務提供、業務提供誘引販売についても、同様の規定ぶりとなっている)。

このような行為が認められる場合で、「訪問販売に係る取引の公正及び購入者若しくは役務の提供を受ける者の利益が著しく害されるおそれがあると認めるとき、又は販売業者若しくは役務提供事業者が同条の規定による指示に従わないとき」に業務停止命令を出すことになっている。

例えば、同法3条の2に違反して契約を締結しない旨の意思表示をした者に対して勧誘がなされても(再勧誘)、それだけで罰則が科されているのではなく、これを根拠に同法8条1項による命令が出され、この命令に違反した場合にはじめて罰則が科されることになっている。実質は、業務停止命令の実効性を担保するための行政罰則であり、再勧誘行為そのものは、違法な行為ではあるが、それ自体が当罰的行為と理解されているわけではない。

上記の(1)にあたるような行為は通常の商取引でも禁止されるものであるが((1-2)は、詐欺行為の周辺類型と位置づけうるであろうから、規制には合理性が認められる)、他方、(2)にあたる行為は、本来は私的自治に委ねられている事柄であって、このような行為が、間接的ながら罰則により強制されているという点に、消費者保護の視点が強くあらわれている。

これらの違反行為については、同法74条に両罰規定があり、法人または人について、各本条の罰金刑が科されている。

両罰規定で法人に対して最も重い刑罰が科されているのは、同法70条の2の業務停止命令に違反した場合(2年以下の懲役、300万円以下の罰金(併科可))であり、法人には3億円以下の罰金が科されている。同法中、70条の2は最も重い犯罪として位置づけられてはならず、行為者に対する刑罰として最も重い犯罪とされているのは70条の罪(3年以下の懲役、300万円以下の罰金(併科可))である。業者に対する重い罰則により、取引に際して、一定の方法の採用することを強く促す結果となっている。本条の規定の目的と両罰規定による事業主処罰、法人処罰の目的が異なることがあることを示す一例といってもよいだろう。

2-1-3 また、インターネット取引における電子メール広告も同法で規制されているが、非対面販売が増えるに伴い、非対面販売における購入者等の利益を保護する必要性が増していることから、平成20年には規制が強化されている。

同法は、あらかじめ相手方からの請求または承諾がない場合には、電子メール広告を送信してはならないという「オプトイン」方式の規制を採用している（平成20年改正）。これを前提として、同法12条の3は、販売業者又は役務提供事業者が、請求または承諾のない相手方に電子メール広告を送信することを原則として禁止し、その実効性を確保するため、販売業者等に、請求、承諾の記録の作成、保存を義務付け（同法12条の3第3項）、また、電子メール広告には、相手方が提供を拒絶する意思表示をするのに必要な事項の表示が義務付けている（同法12条の3第4項）。「連鎖販売取引」（同法36条の3）、「業務提供誘引販売取引」（同法54条の3）にも、同様の規制がある。さらに、販売業者、役務提供事業者だけでなく、「通信販売電子メール広告受託事業者」（販売業者又は役務提供事業者から電子メール広告に必要な業務を一括受託している事業者）にも規制を及ぼし、「通信販売電子メール広告受託事業者」に対しても、請求又は承諾のない電子メール広告を送信することを原則として禁止している（同法12条の4、36条の4、54条の4）。

上記の規定には、次のような罰則が設けられている。

罰則の対象は、①請求や承諾をしていない者に電子メール広告を送信した場合（同法72条1項4号）、②電子メール広告の提供を拒絶した者に電子メール広告を送信した場合（同法72条1項4号）、③請求や承諾の記録を作成・保存しなかった場合や虚偽の記録を作成・保存した場合（同法72条1項5号）である（ただし、一括受託事業者（「通信販売電子メール広告受託事業者」）が存在する場合には、一括受託事業者のみに義務を課し、販売業者や役務提供事業者には対する義務付けはない（同法12条の3第5項））。

違反者には100万円以下の罰金が科されている（同法72条1項4、5号）。また、両罰規定があり、法人（販売業者、役務提供事業者、通信販売電子メール広告受託業者）に対しても各本条の罰金刑が科されている（同法74条2号）。

誇大広告等、上記の①②に違反して電子メール広告を送信した場合については加重処罰規定がある（同法12条の3第4項、12条、72条2項）。

なお「特定電子メールの送信の適正化等に関する法律」も電子メールの送信を規制しているが、同法は、「一時に多数の者に対してされる特定電子メールの送信等による電子

メールの送受信上の支障を防止する」(1条)ための規制で、消費者保護を目的とした特商法の電子メール広告規制とはその目的、趣旨を異にしており、法益も異なる。同法にも、請求または同意のない者、送信しないように通知した者に対する特定電子メールの送信の禁止、当該請求、同意についての記録保存義務(同法3条)、必要な事項の表示義務(同法4条)等、特商法の電子メール広告規制と同様の規制が設けられているが、その違反には刑罰が科されていない。

2-1-4 特商法違反で起訴されている事件は多くはなく、しかも、どれも特商法6条に違反して相手に不実のことを告げたという事案である(虚偽の事実を告げて工事請負契約を締結し工事代金を詐取したという詐欺がらみの事案であって、詐欺罪も認められている)。刑法による介入がなされるのは、実際には詐欺罪や恐喝罪にあたるような場合で、同法が規制する取引はマスコミ等で「詐欺的商法」の例として取り上げられることは多いが、詐欺罪や恐喝罪が問題になった事案で、同法の罰則もあわせ適用されるということはほとんどないというのが実態であるだろう。

その理由はどこにあるか。行政による規制にはマンパワー上の限界があるということもあるだろうし、また、同法の適用が問題となる事案では、消費者に商品、権利、役務が見える形で一応は提供されているし(詐欺や恐喝を意図しているなら、こうした形態での犯行は、元手もかかり、証拠も残りやすいので、避けられることが多いだろう)、財産犯は故意犯であることから故意の証明が必要であるが、商品等が提供され、消費者も少なくとも該当箇所を形のうえでは納得したうえで購入している以上、その証明も簡単ではないという事情もあるだろう。

このように、現在のところ、特商法は、刑罰法規としてはあまり活用されていないように思われる。この現実を踏まえると、同法は、立証の難しい詐欺罪の立件を視野においた入口的な犯罪として使われているか、あるいは、民事法的規制、行政法的規制の実効性を担保する役割を果たしているということであろう。

## 2-2 割賦販売法に関連する犯罪

割賦販売法は、割賦販売等の、消費者に信用を与えて商品、権利、役務を購入させる販売信用形態での取引を規制しており、信用取引の普及した今日、欠かせない役割を果たしている。



度重なる法改正で、「割賦販売法」という名は体を表さなくなっている。「割賦」というが、1回払いの場合であっても同法の規制対象となることがあるし、また、同法が対象としているのは割賦販売にとどまらない。さらに、同法は、クレジットカード情報の保護も行っている。信用の供与は一回限りの商品等の売買に際しても利用されるようになっていくという消費者取引態様の大きな変化を受けて、販売に伴う信用の供与全般の規制に大きな重点がおかれるようになっていく結果である。その結果、同法は、今日、割賦販売等の販売信用にかかる消費者保護法、クレジットカード情報等の情報保護法と呼んでもよいような内容の法律となっている。

2-2-1 同法は、「割賦販売等に係る取引の公正の確保、購入者等が受けることのある損害の防止」と「クレジットカード番号等の適切な管理に必要な措置」（同法1条）を講じているが、同法は、多重債務防止、消費者保護強化の観点から、平成20年改正で、大幅な規制強化がはかられた。

同法は、現在では、自社が信用を与える割賦販売（個別、包括）、金融機関が信用を与えるローン提携販売（包括）、クレジット会社が信用を与える信用購入あっせん（個別、包括）を規制対象とし、従来あった（自社割賦、包括型ローン提携販売を除いて）指定商品、指定役務制も撤廃され、同法の適用範囲は従来より拡張されている。また、翌月一回払い以外の支払方法であれば、ボーナス1回払いのような1回払いでも規制の対象となっている。

同法が、不適正与信の排除、悪質加盟店の排除のため、あらたに個別信用購入あっせん業者（個別クレジット業者）をも対象に含めることになったのは、クレジット取引についての苦情相談の約七割から八割が個別信用購入あっせんに集中していたためである。

消費者保護の観点から、「特定商取引に関する法律」が規制する訪問販売契約、電話勧誘販売契約、特定連鎖販売個人契約（いわゆる「マルチ、マルチまがい商法」）、特定継続的役務提供等契約（エステ、外国語教室など）、業務提供誘因販売個人契約（内職商法、モニター商法など）といった一定の取引については、個別信用購入あっせん業者に諸々の調査義務を課している（割賦販売法35条の3の5）。調査の結果、特商法、消費者契約法に違反する、重要事項の不実告知、断定的判断の提供、重要事項・不利益事実の故意の不告知、威迫・困惑といった不適切な勧誘が認められた場合には、クレジット契約を締結することが禁止されている（同法35条の3の7）。

さらに、多重債務防止の観点から、包括信用購入あっせん業者、個別信用購入あっせん

業者に対して、消費者の包括支払可能見込額、個別支払可能見込額の調査も義務づけ（同法30条の2、35条の3の3）、一定の基準に従って算定された金額を超える場合にはカード等の交付等の禁止、クレジット契約の締結を禁止している（同法30条の2の2、35条の3の4）。消費者の支払能力に関する情報が入手できるのであるから、その目的外使用を禁止するとともに、その情報の管理を義務づけ（同法35条の3の59）、その違反には罰則を科している。（同法50条2、3号）

平成20年改正ではクーリング・オフ制度の強化もはかられ、以前は、特定商取引法によってクーリング・オフできる場合でもクレジットについては支払停止の抗弁を主張できるだけであったが、現在では、個別クレジット契約自体もクーリング・オフできるようになっている。消費者が個別クレジット業者に対して個別クレジット契約をクーリング・オフすると、本体である、販売業者との販売契約のほうも基本的にクーリング・オフされたものとして取り扱われることになっている。

同法の罰則規定では、業法であることから、参入規制については、無許可、無登録で業を営んだ者や名義貸し行為を直接罰する規定はあるが（同法49条）、それ以外の行為規制については、記録保存義務違反などについて罰則が課されているはいるが（同法53条4号）、消費者との取引態様の一つ一つに直接、事細かに干渉するのではなく、行政的なサンクションを介した間接的な規制にとどまっており（「・・・の規定による命令に違反した」）、刑法の役割は限られている。

ただし、行為規制以外の罰則として、個人情報の管理については、多重債務防止の観点から消費者の支払能力の調査が行われる過程で消費者の個人情報がやりとりされるため、その不正利用、漏出を防止するため、罰則が設けられている（同法50条）。また、業として、「カード等を譲り受け、又は資金の融通に関してカード等の提供を受け」ることを一般的に禁止して、その違反行為を罰している（同法37条、51条の3）。個人情報の保護、クレジットカードの不正使用の防止の観点から、こうした行為を処罰することには合理性がある。

2-2-2 同法は、平成20年改正で、「クレジットカード番号等の適切な管理に必要な措置」のため、クレジットカード番号等の保護を強化し、クレジットカード番号等を扱う事業者にクレジットカード番号等の適切な管理のために必要な措置をとることを求めるとともに（同法35条の16、35条の17）、罰則を設けた（同法49条の2）。同法49条の2はク

レジットカード情報を保護する犯罪類型として注目に値する。

クレジットカード番号等が氏名等の個人情報と結びついている場合には個人情報保護法の保護の対象になるが、クレジットカード番号等単体の場合には保護の対象から外れてしまうが、クレジットカード番号等単体でも保護の必要性があることから、個人情報保護法ではなく、割賦販売法に規定されることになったものである。

インターネット取引のような非対面取引では、カード面に読み取り可能な状態で表示されている氏名、カード番号、有効期限がわかれば、取引が可能である。そのため、(刑法の「支払い用カード電磁的記録に関する罪」による)クレジットカードの電磁的記録部分だけを保護するだけでは十分な保護がはかれないことから、導入されたもので、クレジットカードの券面の情報の提供、盗用等の行為を犯罪化している。

提供、盗用の対象である「クレジットカード番号等」は、「クレジットカード等購入あつせん業者が、その業務上利用者に付与する・・・の番号、記号その他の符号」(同法 35 条の 16)と定義されていることから、同法 49 条の 2 の罪(1、2、3 項)の侵害客体は情報であり、媒体の侵害(移転)は不要である。

提供、盗用の対象となる「番号、記号その他の符号」は純然たる情報であるから、第 1 項により、「情報」の提供行為、盗用行為が犯罪化されていることになる(すなわち、ここでは、情報が記載・記録されている「媒体」自体の移転は犯罪成立の要件ではない)。従って、この犯罪は、正面から情報を侵害客体とした犯罪であって(この点は、2 項、3 項の罪についてもあてはまる)、自己図利目的、第三者図利目的を要求して利欲犯的性質をもたせているにもかかわらず、伝統的な財産犯の延長線上の犯罪としては理解できない性質の犯罪である。

自己図利目的、第三者図利目的でのクレジットカード番号等の情報の提供、盗用に可罰性を認めるなら、クレジットカード番号等の情報は、誰が提供、盗用した場合であっても、法益は侵害されているのだから、これをクレジットカード等購入あつせん業者、立替払取次業者、クレジットカード番号等保有業者の役職員、元役職員に限定して、身分犯として規定したことが適当であるかが問題になるだろう。1 項は、上記の業者、その役職員等が情報に接しやすく、侵害の危険性がより高いという意味で、クレジットカード番号等の情報が提供、盗用される可能性の高い者に絞って、これらを犯罪主体としたもので、その限定の趣旨は、刑法の秘密漏泄罪の主体が限定されているのと同様の趣旨のものと理解してよ

いだろう。

1項（クレジットカード番号等図利目的提供・盗用罪）は身分犯として構成されているが、その結果、規定上は、一件のクレジットカード番号等の提供行為、盗用行為であっても可罰性を認めることになっている。

2項は、一定の不正な方法によるクレジットカード番号等の取得行為を処罰している。1項と異なり、自己図利目的や第三者図利目的は不要である。3項は、クレジットカード番号等有償提供罪、クレジットカード番号等受提供罪、クレジットカード番号等有償提供目的保管罪を犯罪としている。いずれも、正当な理由がある場合は処罰対象から除いている。フィッシング詐欺によるクレジットカード情報の不正入手行為などは、2項にあたることになる。4項では、前3項の規定は、刑法その他の罰則の適用を妨げないとされているが、媒体の侵害も伴う場合には、財産犯である詐欺罪、横領罪も別途成立することがあること、支払用カードの不正作出目的がある場合には、支払用カード電磁的記録不正作出準備罪も別途成立することがあることが考慮されたためだろう。

個人の信用情報の保護は、販売信用に関する法律である割賦販売法中に規定されることには合理性があるが、個人の信用状態と切り離されたクレジットカード上の情報の保護は、その客体自体が経済的価値のあるものとして刑法による保護の対象となっているのだから、刑法典の財産犯規定中に規定するという考え方も検討に値する。

（京藤哲久）

### 3 先物取引に関する犯罪

**3-1** 先物取引は、商品先物取引と金融商品先物取引とに分けられるが、今日、前者は商品先物取引法（商先法）が、後者は金融商品取引法（金商法）が規制している（後者については既述→Ⅲ参照。そこでも触れたが、平成24年金商法改正でコメ等を除く商品先物取引が金融商品取引所で扱われるようになり、総合的な取引所の実現に向かって制度改革が進んでおり、多くの商品先物取引に金商法の規制手法、金融庁の監督が及ぶようになっている。すでに両法の法制度のすりあわせがかなり進んでいるので、この流れに対する大きな制度上の障害は大きいものではないだろう。)

商品先物取引に対する法的規制は、国際化、情報化が進んだ今日、国内商品取引所（東京工業品取引所、東京穀物使用品取引所等）の取引、外国商品取引所の取引、店頭商品デリバティブ取引の三者を規制対象とする必要があるが、商先法2条15項は、商品市場における取引、外国商品市場取引、店頭商品デリバティブ取引（「商品市場及び外国商品市場によらないで行われる……取引」（商先法2条14項）を「商品デリバティブ取引」と定義し、これをカバーしている<sup>1</sup>。

従来、商品先物取引に対する日本の法的規制は消費者被害の防止という観点からは大きな欠陥があり消費者被害の温床となっていた。平成21年に成立し、平成23年に完全施行された商先法は、消費者保護の観点からみても、著しく整備が進み、改善された。

商品先物取引で生じる消費者被害の多くは、不当勧誘、仕切回避、無断売買、一任売買、過当売買など、商先法や金商法に規制されている行為規制の不備、実効性の欠如に由来するものであるが、商先法、金商法の不招請の勧誘や再勧誘の規制のような新設規定は、こうした行為を規制するために導入されたものである。平成18年の金商法の成立に伴い、規制の横断化をはかるため旧商品取引所法下で整備され、これが商先法にも引き継がれた。

**3-2** 商先法以前の状況についてみると、旧商品取引所法は国内取引所の管理及び取引への仲介業務の規制を、旧「海外商品市場における商品先物取引の受託等に関する法律」

---

1 デリバティブ取引の定義については、金商法20条20項も同様の規定をしている。

(以下、海先法)は海外商品取引所への仲介業務の規制を主眼としていたため、結果として、商品取引所外の店頭商品先物市場の大部分が法の規制が及ばない状態であった。

①国内取引所を規制するものとして「商品取引所法」があり、同法は、取引所集中原則を採用したうえで、参入規制として許可制を採用し、行為規制を設けており、これはそれなりに機能していた。

他方、②-1 海外商品先物取引(海外の商品取引所において上場されている商品等の先物取引)については、昭和58年施の海先法において規制されるようになったが、参入規制はなく、行為規制も不実告知の禁止や書面交付義務等の若干の行為規制が設けられているだけで、行為規制としては不十分であったため消費者被害が頻発していた。

さらに、②-2 海先法の規制の及ばない海外商品先物オプション取引、ロコ・ロンドンまがい取引<sup>2</sup>等については規制がない状態で悪徳商法の温床となっていた。ようやく平成19年の「特定商取引に関する法律」の政令改正により指定役務に追加されることで、規制が及ぶようになった。

**3-3 商先法は、「店頭商品デリバティブ取引」が資産運用の観点から一定の効用を有していることを認めたくえて(大規模業者のみを相手とする「特定店頭商品デリバティブ業者」については消費者保護の観点は不要であることから、これを例外扱いして、届出制ですませ、行為規制も緩い)、3-2で触れたような、ばらばらでちぐはぐな法的規制を解消するため、横断的な規制をすることで、(金商法のプロアマ規制による規制の柔構造化の手法を取り入れつつ)これらに統一的な規制が及ぶ仕組みを導入した。**

同法による業法規制としては、商品先物取引業者を許可制(さらに、取引員の数が少ないことから、一般の事業者が商品取引所にアクセスしやすくするために、商品先物取引業仲

---

2 ロコ・ロンドン取引とは、通常、事業者間の相対で行われるロンドン渡しの金の現物取引の総称であり、取引所において行われる取引ではないため、商品先物取引法の外国商品市場取引(「外国商品市場において行われる取引であつて、商品市場における取引に類似するもの」(同法2条13項))に該当しない。

ロコ・ロンドンまがい取引とは、ロコ・ロンドンへの取次ぎと称して勧誘するが、実際には取次ぎ等を行わず、差金決済で行う金取引を意味するが、より一般的に、一般投資家を勧誘して、証拠金を差し入れ商品の売買を差金決済で行う取引外取引を意味するものとして用いられている。(産業構造審議会商品取引所分科会報告書(平成21年2月23日)P7)

介業制度を設けて、これを登録制として、規制を加えている)とし(無許可営業、名板貸についての罰則は、同法 357 条 3 号以下)、また、その業務内容は、国内・国外の先物取引の受託、委託の代理・取次ぎ・媒介、店頭取引、その代理・取次・仲介としたうえで、業者に対して、次のような行為規制をしている。

同法は、消費者保護の観点から、アマのためには、情報格差の是正、公正な取引の確保のため、適合性の原則(商先法 215 条)をはじめとする厳しい行為規制(同法 212 条以下、240 条の 12 以下)を、プロのためには(同法 220 条の 4)、緩やかな行為規制を課している(プロについては、受託財産の分離保管、損失補てんの禁止はあるが、他方、広告、再勧誘、不招請勧誘の規制はなく、説明義務、書面等の交付義務等がはずされている)。そして、同法は、金商法同様、プロのアマ化、アマのプロ化を一定の範囲で認めている。すなわち、商品先物取引業者等は当然のプロでアマ化はできないし、一般個人(下記の特異な個人以外)は当然のアマでプロ化できないが、他方、プロとされる特定当業者、特定委託者として省令で定める法人はアマ化でき、また、アマとされる特定委託者・特定当業者以外の法人や知識経験財産を有する個人はプロ化できる。

こうした行為規制のうち、損失補てんについては同法 358 条の 2 で処罰され、両罰規定があるが(同法 371 条 2 号法人の場合は 3 億円以下の罰金)、これを除けば、基本的に改善命令等の違反を処罰する間接罰であり(同法 360 条)、金商法と同じ仕組みである。

**3-4** 一般委託者、消費者側に課される一般的な行為規制は、虚偽の風説等の禁止、相場操縦の禁止などは、金商法と同様、処罰されているが(同法 356 条 1、2 号)、同法に特徴的な規制として、原資産の受渡可能供給量が有限であること等を考慮して、現物を利用した相場操縦行為の禁止、すなわち、商品市場における相場を変動させる目的で商品市場外で売買等をするを禁ずる規定がある(同法 116 条 6 号)。これにより得られた財産等については必要的没収、追徴の規定があり(同法 356 条の 2)、両罰規定がある(同法 371 条 1 号 法人に対しては 5 億円以下の罰金)。

(京藤哲久)

## 4 国際取引に関する罪～関税法、外為法、銀行法

### 4-1 総説

国際取引には、①物品の移動を伴うものと、②資金・決済手段の移動のみのものがある。前者については、関税法および外為法上の、後者については、外国為替および外国貿易法（以下、外為法と呼ぶ）および銀行法上の犯罪の成否が問題とされることがある<sup>1</sup>。さらに、③情報の提供についても、外為法上の規制がある。後述のように、関税法、外為法、いずれも複合的な性格を持つ。

### 4-2 関税法における犯罪

#### 4-2-1 総説

関税法は、関税の確定・納付・徴収について定めた税法であるが、同時に貨物の輸出入についての税関処理の適正を保護する法律、いわゆる有害物品輸出入の水際阻止のための法律という性格も有する。刑事事件となるのは、後者とりわけ薬物の密輸事犯が多い<sup>2</sup>。140条で、税関長または税関職員の専属告発が定められている。なお、罰金相当事案については、138条に通告処分が定められており、これが履行されて刑事事件とならない場合も少なくない（ただし、懲役相当事案、無資力の場合は直ちに告発される）。

#### 4-2-2 輸出入禁制品の輸出入等（108条の4（輸出等）、109条（輸入等））

法定刑は基本的に10年以下の懲役もしくは3000万円以下の罰金であり、併科も可能である（ただし、69条の11・7～10号については、罰金上限1000万円）。未遂減軽が適用されない点、および予備罪が5年以下の懲役もしくは3000万円以下の罰金（7～10号につい

---

1 銀行法違反（地下銀行）については、必ずしも国際取引に関するものでなくとも成立しうるが、実際上の必要性が高いのが国外送金であるためか、知りうる限り、適用例は、国外送金の事案のみである。後掲最決平13・3・12のほか、横浜地判平15・12・25判タ1177号348頁（中華人民共和国）、名古屋地判平16・7・6公刊物未登載（アラブ首長国連邦）、仙台高判平23・6・21公刊物未登載（大韓民国）。

2 例えば、財務省HPで公開されている平成23年の全国の税関における関税法違反の取り締まり状況を参照（年度をさかのぼっても大きな変化はない）[http://www.mof.go.jp/customs\\_tariff/trade/safe\\_society/mitsuyu/cy2011/index.htm](http://www.mof.go.jp/customs_tariff/trade/safe_society/mitsuyu/cy2011/index.htm)



ては500万円以下) またはその併科として、刑法典の予備罪に比して、重く処罰されている点に、特色がある<sup>3</sup>。なお、109条の2では、輸入目的以外で本邦に到着した物を外国貨物を置く場所の制限に違反して保税地域においた場合も同様に処罰されている。

既遂時期は、通関手続を経ない場合には陸揚げ時点(最決昭和33・10・6刑集12・14・3221(ただし無許可輸入罪))、通関手続を経た場合には通関線突破時とされている。

なお、これらの禁制品の多くについては、輸入等が個別の取締法(例えば、覚せい剤取締法)で処罰されている。判例は、覚せい剤が禁制品でなかったころ、覚せい剤を、保税地域を経由して輸入しようとした事案で、無許可輸入罪と覚せい剤輸入罪とは、既遂時期が異なるものの「一連の動態は、法的評価をはなれ構成要件的観点を捨象した自然的観察のもとにおいては、社会的見解上一個の覚せい剤輸入行為と評価すべき」として観念的競合となるとしており(最判昭和58・9・27刑集37・7・1110)、このことは禁制品輸入罪についても妥当すると思われる。

#### 4-2-3 関税遁脱罪

禁制品輸入罪と並んで重く処罰されているのが、110条の関税遁脱罪である(現行の法定刑(10年以下の懲役もしくは1000万円以下の罰金(関税、払戻額の10倍まで上げられる)またはこれを併科)は、平成22年改正による<sup>4</sup>)。納税義務者のみならず、通関業者も処罰の対象となっている点、未遂減軽が適用されず、予備の法定刑も高いことが特徴である。

#### 4-2-4 無許可輸出入罪、虚偽申告罪

輸出入許可を受けるべき貨物について、許可を受けずに輸出入した場合には、5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金またはこれを併科(111条)する。検査に際し、偽った申告、証明をし、または偽った証明書を提出して輸出入した場合も同様である。現在では、許可が得られている以上、無許可ではない(公定力)としても、同等の当罰性があると考

---

3 平成19年改正以前は、既遂・未遂・予備の法定刑がいずれも同じ(5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金またはその併科)で処罰されるという特色ある規定であったが、平成19年、平成22年の改正によって未遂、既遂の法定刑が引き上げられた結果、現在のようになっている。

4 この際、所得税法などの法定刑も引き上げられている。

えられている<sup>5</sup>。

未遂減輕適用されない点、予備罪がかなり重い（3年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金、またはその併科）のも、禁制品輸入罪と類似している。無許可輸出入については、116条で重過失処罰がある（ただし、罰金刑のみ）。なお、輸入申告は原則当該貨物が保税地域到着後に、保税地域管轄の税関長に対してなすのが原則だが（67条の2第2項）、あらかじめ承認を受けた者等について、例外が認められている。また、輸出申告も原則として貨物保税地域搬入後に保税地域管轄の税関長に対してなすのが、通常（67条の2）だが、平成23年改正によって、輸出円滑化（保税地域搬入後許可までの時間が短くなる）のため、一定の条件の下、保税地域搬入前に、貨物所在地または輸出予定地の税関長あてに申告可能とされている（67条の3以下。特定輸出者、特定委託輸出者、認定製造業者が可能である）。

70条で輸出入に、他法令上の許可、承認その他の処分が必要な場合には、税関で許可、承認等を得ていることの証明がなければ、輸出入許可されないとされている、後述する外為法は、その一種である。

#### 4-2-5 関税贓物罪

禁制品輸出入罪、109条の2の罪および関税連脱罪によって得られた物に、ついて「情を知つてこれを運搬し、保管し、有償若しくは無償で取得し、又は処分の媒介若しくはあつせんをした者」が本罪に当たる（112条）。法定刑は、5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金またはその併科である。刑法典のそれと異なり懲役と罰金の必要的併科ではない。また、無許可輸入罪によって得られた物についても、同3項で、法定刑は軽いものの、処罰の対象となっている（3年以下の懲役もしくは300万円以下または併科）。刑法典の盗品等関与罪については、善意取得された後には盗品性が失われるとされているが（大判大9・5・23刑録23輯57頁）、本罪については、「通関及び徴税に関する秩序の保持を図るため……各犯罪を助長しあるいは庇護する行為を処罰しようとするものであるから、右各犯罪

---

5 平成19年改正以前は、法定刑が無許可輸入罪よりも軽かった（無許可上限懲役3年、虚偽申告上限懲役1年）。このため、その限界が争われ、最決昭和45・10・22刑集24巻11号1516頁は、被告人の虚偽の申告に基づく許可があった事案で、関税法の無許可輸入罪の成立を否定し、虚偽申告罪のみを認めた。

に係る貨物は、たとえその情を知らない者により取得されることがあつたとしても、なお」本罪の客体となるとされている（最決昭60・4・9刑集39巻3号166頁。なお、同決定では、本犯者の公訴時効が完成していても、本罪が成立するとされてもいる）。逋脱罪についても本罪が認められる以上、本罪は物に対する追求権を保護するものではないから、判例の解釈を支持することができよう。

最近の本罪の適用例として、いわゆる差額関税を免れた輸入豚肉であることを知りながら、これを有償で取得した食肉加工会社に対し、本罪が適用され、求刑を上回る罰金刑が科された事例（求刑1000万円、罰金額3000万円）がある（東京地判平成17・12・22判タ1225号318頁）。

#### 4-2-6 その他の犯罪

そのほか、112条の2は関税が免除される製造用原料の用途外使用を、113条は外国貿易船等を不開港に出入させた船長、機長（なお本罪は平成19年改正、22年改正で急激に法定刑が重くなり、現在では3年以下の懲役または300万円以下の罰金とされている）を処罰している。他に、113条の2では特例申告書不提出、114条では船長・機長による届出義務違反等、114条の2では届出義務違反、税関長処分の執行妨害等、115条では船長、機長による届出義務違反等、115条の3では輸出入差止申立における専門委員による秘密漏示がそれぞれ処罰されている。

#### 4-2-7 特別規定

117条では、禁制品輸出入罪、無許可輸出入罪等について法人処罰が認められている（なお、公訴時効期間は罰金刑のそれではなく、本条の法定刑のそれである）。118条では、必要的没収が定められている。また、119条以下の犯則調査権限は、従来、(旧)所得税法等の規定と同様であったが、平成19年改正で鑑定嘱託（132条の2）が追加されている。禁制品、あるいは輸入に許可を要するものであるか否かは、しばしば鑑定を経ないと判断できないからである。

### 4-3 外国為替及び外国貿易法（外為法）

#### 4-3-1 立法趣旨

外為法も、関税法と同様、複合的な目的を有する。同法1条においては、「外国為替、外国貿易その他の対外取引が自由に行われることを基本とし、対外取引に対し必要最小限の管理又は調整を行うことにより、対外取引の正常な発展並びに我が国又は国際社会の平和及び安全の維持を期し、もつて国際収支の均衡及び通貨の安定を図るとともに我が国経済の健全な発展に寄与することを目的とする」とされているが、それらは大別して、①平和・安全を害しうる物・情報の提供規制、②為替取引等への規制に分けることができる。さらに、②も、②-1 平和安全等に係る為替取引等への規制（すなわち、目的は①に近い）、②-2 収支均衡、通貨の安定の観点からの為替取引の規制に分けることができる。

昭和24年の同法制定当時と比べ、②-2は次第に緩やかになり、平成10年改正において、原則として許可制から報告制とされるに至った。他方、①および②-1は近時、厳格になっている。

#### 4-3-2 特定技術提供への規制

##### (1) 規制対象

まず、技術情報提供についての規制については、次のように定められている。「国際的な平和及び持輸出入の維持となると認められるものとして政令で定める特定の種類の貨物の設計、製造若しくは使用に係る技術」（武器、軍事目的で利用転用されるおそれがある技術）については、国外への提供が（原則として）禁止される。

なお、この点に関し、平成21年改正以前は、技術提供の相手方が「非居住者」である場合に限られていたが、直接は居住者を相手方としても、外国に向けて技術提供すること、技術提供のために外国に技術を持ち出す場合も経済産業大臣の許可が必要（25条1項）とされるに至っている。

##### (2) 「政令で定めるところにより」

ここにいう政令とは、「輸出貿易管理令」であり、次のような規制がなされている。まず、①リスト規制該当貨物・技術、すなわち、武器や、大量破壊兵器の開発などに用いられるおそれが高いものについては、用途や需要者に関係なく、全地域について経済産業大臣の

許可が必要である。次に、②大量破壊兵器キャッチオール（補完）規制がある。これは、リスト規制に該当しないが、相手先の用途、需要者の情報などから見て大量破壊兵器に利用されるおそれがある場合であり、経済産業大臣から許可申請すべき旨の通知があれば、許可が必要である。ただし、そうしたおそれが典型的に低いと評価されている国（いわゆるホワイト国）の場合は除く。さらに、③通常兵器補完規制がある。これはリスト規制に該当しないが、物や技術が通常兵器に利用されるおそれがあり、（原則）国連武器禁輸国地域向け（アフガニスタン、コンゴ、北朝鮮など）のものである。ここでも経済産業大臣からの通知が必要とされる。

#### 4-3-4 違反

無許可の技術取引、仲介取引、貨物輸出については、7年以下の懲役もしくは700万円以下の罰金またはその併科（ただし、目的物の価格の5倍が700万円を超える場合には、罰金刑は700万円を越えられる（69条1項）。さらに、核兵器等の関連技術の場合には、10年以下の懲役もしくは1000万円以下（もしくは価額5倍以下）の罰金またはその併科（69条の6第2項）である。

他方、無許可の技術書面、記録媒体輸出、国外送信については法定刑が若干軽く5年以下の懲役もしくは500万円以下（もしくは価額の5倍）の罰金またはその併科とされている。

不正手段による許可取得については、3年以下の懲役もしくは100万円（もしくは価額の3倍）以下の罰金またはその併科とされている（70条1項）

さらに、ここでは行政処分も制裁的意味を持つ、すなわち25条1項違反が認められた場合、25条の2、48条違反が認められた場合には、53条に基づき、経済産業大臣は、3年以内の期間を限り、一切の輸出、技術提供または仲介貿易取引を禁ずることができる。

そして、その違反については、70条1項19号、31号で3年以下の懲役もしくは100万円（もしくは価額の3倍）以下の罰金またはその併科が認められている。

#### 4-3-5 輸出者等遵守基準

平成22年改正後の外為法輸出者等遵守基準を定める省令1条1項、2項は次のように定めている。大まかに言えばそれは、継続的に輸出や技術提供を行う輸出者等が遵守すべき

事項を経済産業大臣が定め、当該事項に従って輸出や技術提供を行うことを輸出者等に求める仕組である。

(1) 該非判定責任者を定める

(2) 法令順守の指導等

さらに、特定重要貨物等（大量破壊兵器などへの転用可能性あり）を扱う業者（大学など研究機関は多くの場合こちらであり、9項目にわたる遵守事項が定められている。

そして、その違反は、6月以下の懲役または50万円以下の罰金とされている（71条10号）。

#### 4-4 支払い、資本取引等への規制

この点については、平成10年改正によって原則として、事後報告制とされているが、以下に見るように、一定の場合には、なお許可制とされている。

具体的には、財務大臣の許可が必要な場合（違反すれば70条違反として、3年以下の懲役もしくは100万円以下（もしくは価額の3倍以下）の罰金またはその併科とされている。未遂犯処罰あり）として、以下のような場合があげられている。すなわち、(1)テロリスト等への支払、資本取引（16条）、国際平和の安全を害するような者への支払（居住者若しくは非居住者による本邦から外国へ向けた支払又は居住者による非居住者との間の支払であって次に掲げるものに対しするもの及びこれらのものによる本邦から外国へ向けた支払）または資本取引が禁止されている（なお17条、18条では銀行等は、許可を得ていることと、本人であることを確認する義務があるとされている）、(2)共同で設立した以下の事業を行う外国の組合その他の団体に対し事業活動資金を支払おうとする場合（「漁業」、「皮革または皮革製品の製造業」、「武器の製造業」、「武器製造関連設備の製造業」および「麻薬等の製造業」）が、それである。なお、(3)「国際収支の均衡」にかかる役務取引については、16条2項、21条2項が規定しており、その違反については70条で罰則があるが、最近は適用例が見られない。

#### 4-5 報告制（55条以下）

以下の場合には許可制ではなく報告制とされている。(1)居住者と非居住者との間の対外取引に関する報告（以下、「取引に関する報告」という）、(2)居住者と非居住者との間の支

払等や日本と外国との間の支払等に関する報告（以下、「支払等に関する報告」という）、(3)上記以外の個別取引や業務に関する報告（以下、「個別の業務等に関する報告」という）がそれである。それぞれに定められた報告書の提出が必要である。

なお、報告は原則として個別的行われなければならないが、包括的な報告でも足りる場合や、報告不要な場合もある（なお、違反への罰則は、71条で6月以下の懲役または50万円以下の罰金とされている）。

#### 4-6 その他

72条に、69条の6から71条までについて法人処罰規定がある（公訴時効については、各本条の法定刑に従う）。また71条の2に本人特定事項を偽る罪が規定されている。

## 5 銀行法違反（いわゆる地下銀行）<sup>6</sup>

### 5-1 総説

銀行法違反の中でも、法定刑が最も重い犯罪の1つとして、無免許で銀行業を営む罪（4条1項、61条1号（3年以下または300万円以下併科（両罰規定あり））がある。銀行業の定義は2条2項で、次に掲げる行為のいずれかを行う営業をいうとされている。つまり、「一 預金又は定期積金の受入れと資金の貸付け又は手形の割引とを併せ行うこと。二 為替取引を行うこと」である。このような定義からすれば、理論的には、本罪の成立は国際的な取引に限られないが、前述のように、最近摘発された事件は、いずれも海外送金にかかるものである。これは、正規の銀行では本人確認が厳しくなっているため、不法入国者等による海外送金の需要が多いためとされている<sup>7</sup>。また、資金洗浄に使われることもある<sup>8</sup>。

---

6 銀行法違反事件としては、他に、検査忌避事件（東京地判平成17・4・25未登載、東京地判平成13・3・8未登載など）も、わずかながら適用事例がある。

7 平木正洋・最判解（（刑）・平成13年）52頁。

8 前掲注1に掲げた名古屋地判はそのような事案であった（ただし、被告人について資金洗浄罪の故意が否定されている）。

## 5-2 保護法益

この無免許で銀行業を営む罪の保護法益については、一般に、銀行を免許制としたことの実効性確保、すなわち銀行の「信用秩序の維持と預金者等の保護を図るため、銀行経営の基盤を十全にする必要があること、銀行の経営が公共性に反しないようにその人的構成についてあらかじめチェックする必要があること、銀行の設立が国全体ないし営業地域の経済・金融の効率的運営を図るうえで適当なものであるかどうかを審査する必要があること」とされている。

そして、為替取引（＝隔地者間で直接現金を輸送せずに資金を移動する仕組み）のみであっても銀行業にあたる理由としては、①顧客と為替取引すると当然に信用関係、信頼関係が発生するから、預金や貸付と同様、顧客を保護する必要性が高いこと、②隔地者間の資金授受の媒介という為替取引の機能は経済上重要であること、③銀行の下になった江戸時代の両替商が為替取引も行っていたため、明治期から対象とされていたという沿革が指摘されている<sup>9</sup>。

## 5-3 最高裁判例

比較的最近、最高裁は、本罪について次のような判断を示している（最決平成13・3・12刑集55巻2号97頁）。

「被告人株式会社Aの代表取締役である被告人Xは、被告会社の業務に関し、本邦内にある送金依頼人らから、大韓国内にある受取人らへの送金の依頼を受け、送金資金として本邦通貨を受領した上、直接現金を大韓国内に輸送せずに、同国在住の共犯者Yに対し、ファクシミリで送金依頼人の氏名、送金受任額、送金先銀行口座等を連絡して支払方を指図し、同国内の被告会社に帰属する銀行口座の資金を用いて送金依頼人の指定する受取人名義の銀行口座等に送金受任額相当額を同国通貨で入金させたというのである。銀行法2条2項2号は、それを行う営業が銀行業に当たる行為の一つとして「為替取引を行うこと」を掲げているところ、同号にいう「為替取引を行うこと」とは、顧客から、隔地者間で直接現金を輸送せずに資金を移動する仕組みを利用して資金を移動することを内容とする依頼を受けて、これを引受けること、又はこれを引き受けて遂行することをいうと解

<sup>9</sup> 以上、平木・前掲解説46頁。



するのが相当である。したがって、被告人 X の上記各行為が同号にいう「為替取引を行うこと」に当たるとして被告人両名に無免許銀行業の罪の成立を認めた原判決の判断は、正当である。」

弁護側は、被告人が日本の正規銀行から韓国に、さらに韓国の正規銀行に依頼して受取人への送金をしてもらっていただけで、送金手続代行にすぎないと主張したが、これが否定されている。この事案では、個別顧客の送金が特定すらされておらず、原審がいうように、取引は、被告人らの経済的信用によって行われており、正規手続は、介在させていただけであるから、正当な結論であろう。

本決定を前提としたとしても、①本罪が既遂となるのが、契約時か、送金資金授受時か、②為替取引という実行行為が、どの範囲まで及ぶと解すべきか（対顧客取引のみか、銀行間取引、受取人に対する支払いも含むか）<sup>10</sup>は、なお残された問題である。

（島田聡一郎）

---

10 平木・前掲解説 50 頁は、対顧客取引のみで既遂となるが、それらの行為も実行行為の一部となるとする。



(禁無断転載)

[非売品]

平成26年3月31日印刷

平成26年3月31日発行

**民商事法の改正と経済刑法の動向**

発行 ©公益財団法人 トラスト60

東京都中央区八重洲2-3-1

Tel. 03-3286-8480 (代表)

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

印刷：(株) デイグ