

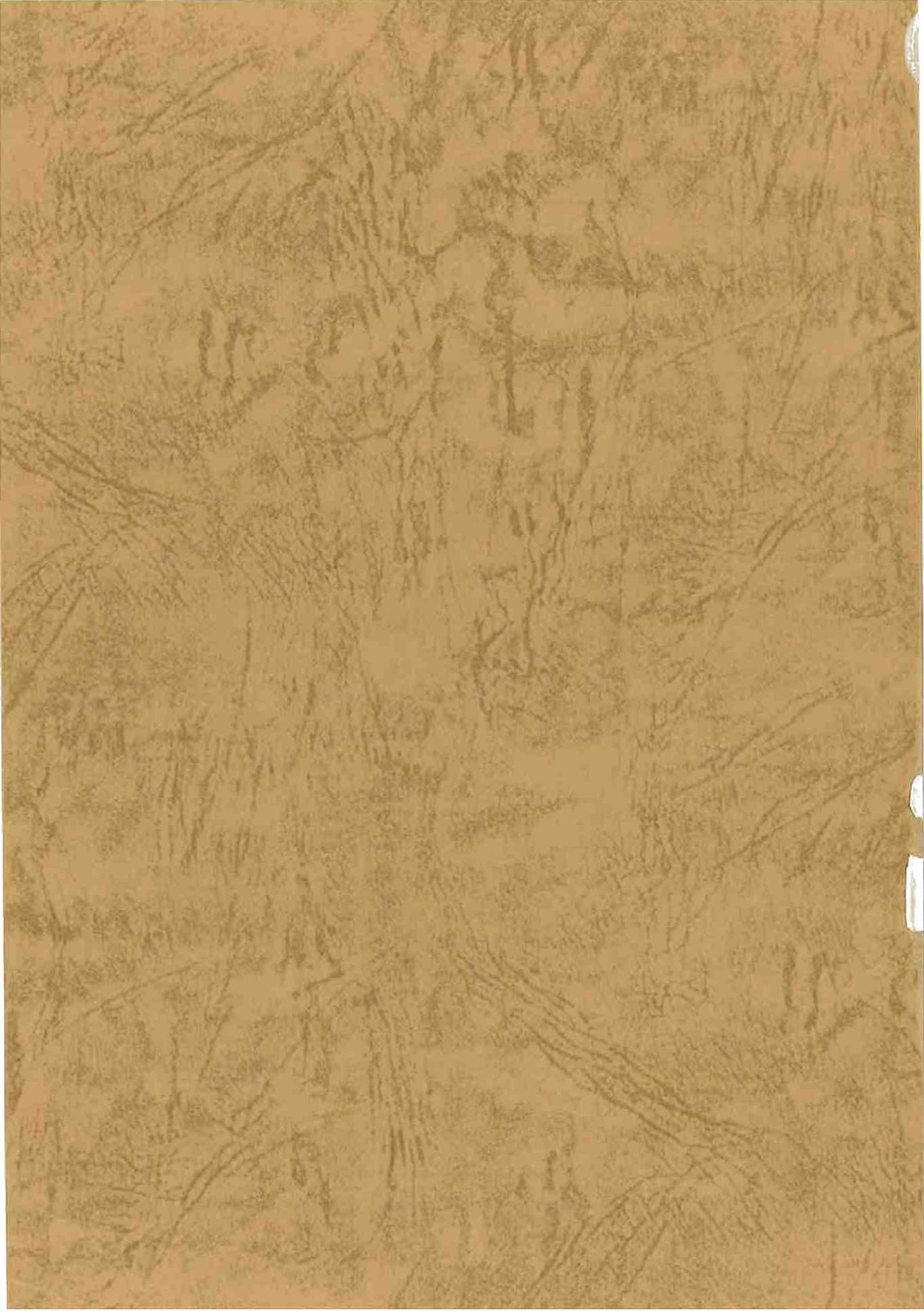
Trust Sixty Foundation

# 経済犯罪に関する諸問題

トラスト60研究叢書

平成11年11月

財団法人 トラスト60



## 目 次

経済活動と刑事法——独占禁止法と刑事罰……………	西田典之（1）
「刑法の場所的適用範囲」論再考……………	山口 厚（35）
出資法の諸問題……………	京藤哲久（49）
法人処罰……………	佐伯仁志（85）
商法上の刑事罰規定をめぐる近時の動向について……………	上寫一高（121）
競売妨害事件に関する最近の最高裁判例の検討……………	橋爪 隆（143）

## 金融業務と刑事法研究会 委員名簿

委員長	西田典之	東京大学法学部	教授*
委員	山口厚	東京大学法学部	教授*
	京藤哲久	明治学院大学法学部	教授*
	佐伯仁志	東京大学法学部	教授*
	上寫一高	神戸大学法学部	教授*
	橋爪隆	神戸大学法学部	助教授*
	今井猛嘉	法政大学法学部	助教授（在外研究中）
	濱田俊郎	弁護士	
	堂園昇平	住友信託銀行株式会社	法務部

[順不同：敬称略、\*本報告書執筆者]

經濟活動と刑事法  
——独占禁止法と刑事罰——

西 田 典 之

# 目 次

- I 独占禁止法における規制行為
- II 独占禁止法におけるサンクション
  - 1 排除措置
  - 2 課徴金
  - 3 損害賠償
  - 4 刑事罰
- III 独占禁止法の刑事罰と刑事手続
  - 1 刑事罰の内容
  - 2 両罰規定と三罰規定
  - 3 刑事手続の特殊性
- IV 独占禁止法における執行力の強化
  - 1 日米構造協議
  - 2 刑事罰の強化
  - 3 刑事罰運用の積極化
- V 不当な取引制限罰
  - 1 不当な取引制限罪の構成要件
  - 2 解釈上の諸問題

## I 独占禁止法における規制行為

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律は（昭和22年法律54号、以下独禁法と略称する。また、以下同法については原則として条文のみで引用する）、公正かつ自由な競争を促進することにより、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とするものである（1条）。すなわち、商品やサービス（役務）の価格が需要と供給のバランスによって決定されるという市場メカニズムが正常に機能する前提としての事業者相互の公正かつ自由な競争を維持するために、これを阻害するさまざまな行為を禁止または規制するもので、わが国の経済取引の基本法ともいえるべきものなのである。

右の目的を達成するため独禁法は、事業者による①私的独占（3条前段）、②不当な取引制限（3条後段）、③不公正な取引方法（19条）を禁止している（以上を独禁法の3本柱という）。

①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以てするかを問わず、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実質的に制限すること」（2条5項）をいい、具体的には、あるメーカーが自己の圧倒的な市場支配力を利用して原材料の供給者に圧力をかけ競争相手の事業者への原材料の供給を妨害することにより競争から排除するような場合がこれにあたる。

②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以てするかを問わず、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実質的に制限すること」（2条6項）をいい、具体的には、市場支配力の高い複数の事業者による価格カルテルや指名業者の入札談合による継続的な受注予定者や受注価格の調整などがこれにあたる。

③不公正な取引方法とは、独禁法が規定する6つの類型（他の事業者の差別的取扱、不当対価、顧客の不当誘引・強制、相手方の事業活動の不当拘束、取引上の地位の不当利用、

競争事業者に対する事業妨害)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、公正取引委員会が指定するものをいう」(2条9項)。本項にいう公正取引委員会の指定には、業種のいかんを問わず全ての事業者に適用される一般指定「不公正な取引方法」(昭和57年の公正取引委員会告示15号)と特定の業種の事業者(たとえば、デパート業、運送業)にのみ適用される特殊指定とがあるが、一般指定は16の行為類型を定めている。その典型的な例は、差別対価(指定3)、不当廉売(指定6)、欺瞞的顧客誘引(指定8)、不当な利益による顧客誘引(指定9)、抱き合わせ販売(指定10)、再販売価格の拘束(指定11)などである。さらに、指定8および9については、独禁法の特別法として、不当景品類及び不当表示防止法(昭和37年法律134号)がある。

## II 独占禁止法におけるサンクション

### 1 排除措置

#### (1) 排除措置命令

独禁法は第I節でさまざまな規制の違反行為に対し多様なサンクションを用意しているが、その全てに共通するものが、行政処分としての審決による排除措置命令である。排除措置命令とは、独禁法に違反する行為や違法状態を排除するために公正取引委員会が所定の手続を経て事業者に対して発する命令をいう。その内容は違反行為の内容に応じて異なりうるが、当該違反行為の差止め、営業の一部譲渡、協定の破棄、協定を破棄した旨の届出や取引先等への周知措置、団体の解散、報告書の提出、株式の処分、役員の前辞任、不公正な契約条項の削除などがこれにあたる(7条、8条の2、17条の2、20条)。

#### (2) 審決手続

公正取引委員会は、一般からの報告や自ら得た情報により独禁法に違反する事実があると思料するときは独禁法違反被疑事件として必要な審査(行政調査)を行う(45条)。このほかの調査の端緒としては、検事総長からの通知(74条)、中小企業庁長官からの報告(中小企業庁設置法3条7項)がある。その結果違反事実があると認められたとき、公正取引委員会は排除措置の勧告を行い(48条1項、2項)、相手方がこの勧告を応諾したときは審判手続を経ないで勧告と同内容の審決(勧告審決)によって事件は終了する。相手方が勧告を応諾しないとき、または、勧告が可能であっても「事件を審判手続に付するこ

とが公共の利益に適合するとみとめるときは」公正取引委員会は審判手続を開始することができる（49条1項）。審判手続を経た事件は同意審決（53条の3）または正式審決（54条、審判審決ともいう）によって終結する。勧告審決、同意審決、正式審決に不服がある場合には東京高等裁判所に対して審決の取消訴訟を提起することができる（77条、85条1号）。ただし、勧告審決、同意審決については、その性質上当然に、自ら争わないとした違反事実の存否や排除措置の適否を争うことはできないと解されている（石油価格協定事件、東京高判昭和50・9・29行集26巻9号1088頁）。

### （3）警告と注意

勧告による排除措置を行うに足りる違反行為の証拠が得られなかった場合でも、なお違反の疑いがあるとき、公正取引委員会は関係事業者に対して警告を行い、是正措置をとるように指導している。さらに、違反行為の存在を疑うに足りる証拠はないが、違反につながる恐れのある行為と判断された場合には、未然防止の観点から注意をおこなっている。これらの処分は、独禁法に根拠を有しない公正取引委員会による行政指導として理解されるが、事実上は一定の抑止力を有していると思われる。

なお、このほかに独禁法上の法的措置として勧告を伴わない課徴金納付命令（その内容については後述する）がある。これは、違反行為がなくなった日から勧告または審判手続が開始されることなく1年経過するともはや排除措置はなしえないが（7条2項）、課徴金納付命令は、違反行為の実行期間が終了した日から3年以内であればなお可能であるからである（7条の2第6項）。

### （4）その他の処分

さらに、これらの排除措置や課徴金の納付を命令したことの公表（43条）も事業者（企業）やその関係者が社会的に批判され、場合によっては企業活動にも影響を及ぼしうる点で一定の抑止力をもつサンクションたりうる。このような観点から、公正取引委員会は、平成2年10月以降、警告についても原則として公表することとしている。また、独禁法違反の審決を受けた企業や事業者団体の社長、会長について3年から5年間叙勲の対象からはずすという総理府賞勲局の措置も制裁的機能を有しているとのことである（伊従寛「独占禁止法違反行為に対する行政処分・課徴金と刑事罰」ジュリスト996号（1992年）82頁参照）。

## 2 課徴金

### (1) 課徴金制度の導入

課徴金制度（7条の2）は昭和52年の独禁法改正により新設されたものであり、カルテルによる不当な利得を徴収する行政上の措置である。この制度が新設された理由は、カルテルに対する抑止力を強化してカルテル禁止の実効性を担保する必要が認識されたことによる。すなわち、昭和40年代のオイルショックを契機とした物価高騰の時期には価格カルテルが横行したが、それまでの排除措置では、カルテル協定の破棄を命じる等競争回復のために必要な措置を命じうるのみで、カルテルによって既に得られた不当な利得は事業者の手元に残ることになるから、カルテルは結局「やり得」であって排除措置のみでは十分な抑止力を持ちえなかったことによるのである。

昭和52年以降、カルテルの摘発件数のみならず審決件数が激減しているという事実をみれば、(和田健夫「課徴金制度について」経済法学会年報8号(1987年)91頁以下参照)この課徴金制度がカルテルに対しそれなりの抑止効果をあげてきたことは間違いないといえよう。7条の2の規定する不当利得の算定方法が基準の明確性と実行の的確性のための擬制である以上、納付を命じられた課徴金額が違法なカルテルにより現実に得られた不当な利得と乖離することがあるとしても、改正前の単なる排除措置に比較すれば相当の金銭的負担であることは間違いないからである。その際、課徴金が税法上損金算入を認められていないこと(所得税法45条1項9号、法人税法38条2項7号)も課徴金による抑止力をより強化するするものである。

### (2) 課徴金制度の内容

課徴金制度の内容として、具体的には、事業者または事業者団体によって行われたカルテル、国際カルテルであって、「商品若しくは役務の対価に係るもの又は実質的に商品若しくは役務の供給量を制限することによりその対価に影響があるもの」については、カルテルの排除措置のほか課徴金の納付を命じることとされている(7条の2、8条の3)。ただし、カルテルの実行期間が終了した日から3年を経過したときは、課徴金の納付を命ずることはできないとされている(7条の2第6項)。この納付命令に不服の有る者は審判手続の開始を請求することができる(48条の2、49条2項)。この場合、当初の納付命令は効力を失い、あらためて審決をもって課徴金の納付を命じることとなる(54条の2)。

### (3) 課徴金の算定

課徴金の算定は、カルテルの実行期間の売上額に一定の比率を乗ずるという方法によって行われる。昭和52年の導入時点においては、この売上額に当時の平均的な売上高経常利益率と考えられた3パーセント（製造業については4パーセント、小売業については2パーセント、卸売業については1パーセント）を乗じた額のさらに2分の1と規定され、かつ、その額が20万円未満のときは納付を命ずることができないとされた。このような不当利得額の計算は、もちろん個々のカルテルにおける具体的な不当利得額と正確に一致するものではありえないが、カルテルによる利得を一応反映していると考えられたことと、課徴金の徴収が裁量を許さないものである以上、一定の形式的基準が必要とされたためである（公正取引委員会事務局官房企画課「独占禁止法改正の要点」公正取引320号（1977年）16頁）。しかし、その後の社会的・経済的状況の変化により、このような課徴金の算定方法は大幅に見直されることとなった。すなわち、平成3年の改正（法律42号）により、課徴金の額は、従来の上売額の3パーセントから、大企業については平均的な売上高営業利益率である6パーセント（小売業については2パーセント、卸売業については1パーセント）、中小企業については3パーセント（卸売業、小売業については1パーセント）へと引き上げられ、さらに旧法における2分の1という限定を廃止した。他方、カルテルの実行期間については従来無限定であったが、事業者の過剰な負担を限定する趣旨で終期から起算して3年を限度とすることにされた。反対に、これまで20万円であった裾きり額は50万円に引き上げられている。以上のような改正により、課徴金の額は原則として4倍になり、その抑止力は格段に強化されたといつてよいであろう。

このような改正の理由としては、①わが国の企業の体質が全体として強化されている状況を考慮すれば、現行の算定額では抑止力が低下していること、②日米構造問題協議の結果として国際的調和の観点から独禁法違反行為に対する抑止力の強化が要請されていること、③営業利益率のほうが企業活動の実体を直接に反映しており、さらに、カルテルの実態からは営業利益率を乗じた額から2分の1を差し引く必要はないことがあげられている（加藤秀樹「課徴金の引上げに係る独占禁止法の改正について」公正取引487号（1991年）15頁以下、「課徴金に関する独占禁止法改正問題懇談会報告書」公正取引委員会事務局編『独占禁止懇話会資料集Ⅶ』（1992年）8頁以下参照）。

#### （4） 課徴金の性格と二重処罰の禁止

カルテルに対して排除措置のほか刑事罰（法人につき1000万ドル以下、個人につき35万

ドル以下の罰金)と三倍額損害賠償しか認めないアメリカ、または、排除措置のほか100万マルク以下または超過売上額三倍に相当する額の過料 (Geldbusse) と損害賠償しか認めないドイツなどの法制 (正田彬編著・独占禁止法と国際比較 (1996年) 参照) と異なり、排除措置のほかには刑事罰 (89条以下)、無過失損害賠償 (25条) を認めつつ、さらに行政処分としての課徴金を認めるわが国の制度はかなり特異なものであり、それだけに、この制度の導入にあたっては刑事罰および無過失損害賠償との関係が問題となった。まず問題になるのは、課徴金を課したうに刑事罰をも科すことが憲法39条の禁止する二重処罰とされないかという点である。この点について公正取引委員会は課徴金が「違法なカルテルにより取得した経済上の利得を国庫に納付せしめる行政措置」であることを理由に二重処罰とされないという見解を示していた。平成3年の課徴金の引き上げに際しての前記懇談会報告も「カルテルによる経済的利得を国が徴収することにより違反行為者がそれをそのまま保持しえないようにすることによって、社会的公正を確保すると同時に、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保するための行政上の措置を定めた制度」と述べて、このような課徴金の理解・位置づけを維持している (前掲公正取引委員会事務局編『独占禁止懇話会資料集Ⅷ』8頁)。

たしかに、課徴金がカルテルによって事業者が得た違法な経済的利得を徴収し、カルテルの「やり得」を是正し、そのことを通じてカルテルを抑止しようとするものだとすれば、それは現状回復的措置であって懲罰的制裁ではないのであるから、二重処罰の禁止に触れるものではないということができよう (西田典之「独占禁止法における刑事罰の強化について」経済法学会年報13号 (1992年) 76頁参照)。この問題が実務上はじめて争われたのは後述する業務用ストレッチフィルム事件であるが、憲法39条の二重処罰の禁止に触れるとする弁護人の主張に対し、東京高裁も「独禁法による課徴金は、一定のカルテルによる経済的利得を国が徴収し、違反行為者がそれを保持しえないようにすることによって、社会的公正を確保するとともに、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保するために執られる行政上の措置であって、カルテルの反社会性ないし反道徳性に着目しこれに対する制裁として科される刑事罰とは、その趣旨、目的、手続等を異にするものであり、課徴金と刑事罰を併科することが、二重処罰を禁止する憲法39条に違反するものでないことは明らかである」と述べて合憲性を肯定している (東京高判平成5・5・21判時1474号31頁)。

このように課徴金の性格を国による不当利得の徴収と考えた場合、問題となるのはむしろ、後に述べるカルテルに係る損害賠償請求（25条もしくは民法709条）との関係である。経済法の通説は、損害賠償請求制度は私的な損害の回復を図る制度であるのに対して、課徴金制度は公益上の目的から行政処分としてカルテル参加者の得た不当利得を国が徴収するものであるから両者は趣旨、目的、手段を異にし、したがって、両制度が並置されることに問題はないとしている（正田彬「カルテルと課徴金制度」現代経済法講座2（1992年）187頁、前掲公正取引委員会事務局編『独占禁止懇話会資料集 VIII』11頁等参照）。もちろん、不当利得にあたとされる課徴金の算定方法がひとつの擬制である以上、カルテルによって消費者等が被る損害額と課徴金額とが完全に一致するものでないことはいうまでもない。しかし、課徴金という制度が事業者の不当な利得＝消費者等の損害を消費者等にかわって徴収するという性格をもっているとするれば、課徴金のほかに損害賠償請求をも認めることは、いわば部分的にせよ「二重取り」を認めることになって、少なくとも理論的には妥当でないように思われる。この点で、課徴金制度の導入に際して、衆議院商工委員会において「納付された課徴金については、消費者等に還元する方法について検討すること」という付帯決議がなされ（第80回国会衆議院商工委員会議録21号14頁参照）、また、学説でも、「公取委が被害者を代表して課徴金を取立て、申請のあるときは被害者に対してその金から救済を与えるような考え方をとることができないかどうか検討してみてもよいのではなかろうか」という指摘（松下満雄「課徴金と刑事罰」法時47巻2号（1977年）59頁、この考え方を指示するものとして、神山敏雄「独占禁止法におけるサンクション体系」岡山大学法学会雑誌40巻1号（1990年）54頁）のあったことが注目に値しよう。ただ、価格カルテルの被害者である個々の消費者がいちいち損害賠償請求訴訟を起こすことは現実には考えにくいから、そのかぎりでは課徴金制度を損害賠償制度と並置しておくことにも合理性が認められるように思われる。

このような問題点が現実化したのがシール談合事件である。これは、社会保険庁の発注にかかる目隠しシールの入札札においてA、B、C、D4社が談合したとして独禁法3条の不当な取引制限罪で起訴され有罪となった事件であるが（詳細は後述する）、東京高裁は4社を有罪とし、それぞれ400万円の罰金に処した（東京高判平成5・12・14判タ840号81頁、確定）。他方、国（社会保険庁）は、カルテル行為を理由に本件目隠しシールの納入契約は無効であるとして、Aに対して3億414万円余、Bに対して8億5474万円余、C

に対して3億6383万円余の不当利得返還請求訴訟を提起し、現在東京地裁に係属中である。このような状況において、公正取引委員会は、Aに対して4109万円、Bに対して9211万円、Cに対して3736万円の課徴金の納付を命令したが、A、B、Cはこれを不服として審判手続の開始を請求した。被審人の主張は多岐にわたるが、ここでの問題と関連した点に絞れば、本件のように被害者が1人（国）である場合に、国が民事訴訟で勝訴すれば、国はその損害を回復し、カルテルを行った事業者は実質的にカルテルによる不当な利得をすべて剥奪されることになるから、もはや不当利得の徴収としての課徴金を課すことはできないというものである。これに対して、公正取引委員会は審決において「課徴金制度と損害賠償又は不当利得返還とは、法律的に全く別の性質をもっており、固有の法律的な役割を担って、固有の要件の下で固有の法律的效果をもたらすから、課徴金納付を命ずる行政上の措置と損害賠償又は不当利得返還請求権とは完全に両立しうる」として課徴金の納付を命じたが（審決平成8・8・6判タ925号144頁）、「もっとも、課徴金支払の事実が国により請求された損害賠償又は不当利得返還の私法上の権利の範囲に何らかの影響を与えないのかどうかは、一つの法律問題である」としつつ、「少なくとも課徴金納付を命ずる審決以前の段階でこの問題は生じ得ない、というべきである」として判断を留保している。これに対して、被審人側は東京高裁に対し審決取消訴訟を提起したが、東京高裁も「独占禁止法が定める課徴金制度の仕組みに照らせば、被告（公正取引委員会をさす——筆者注）において、本件課徴金賦課の段階で、国の不当利得返還請求との間の調整を考慮した措置をとる余地がないことも明らかであるから、原告らの右主張は失当というべきである」として被審人側の請求を棄却している（東京高判平成9・6・6判タ951号128頁）。

この審決や判決が課徴金賦課と不当利得返還請求による国による「二重取り」を容認したものであるかは明白ではない。むしろ、両者の調整を問題として取り上げている点からすれば、この審決や判決もこの問題を無視してよいとしているわけではないように思われるのである。もちろん、課徴金賦課と不当利得返還請求とが別個の制度である以上、不当利得返還請求訴訟が課徴金賦課の段階で確定していないかぎり、これを考慮することはできないことは、この審決や判決の説示するとおりである。しかし、課徴金納付命令の審決が確定すれば、少なくとも不当利得返還請求訴訟においてはこの点が考慮されてしかるべきであろう。もしこの点が考慮されない場合には、反対に国（社会保険庁）に対して被審人側の既に支払い済の課徴金の分だけの不当利得返還請求を認めなければ憲法29条（財産

権の保障)に反することになるように思われる。

以上述べてきたことは、課徴金があくまでもカルテルによって得られた不当な利得を徴収する現状回復の措置であって、懲罰的制裁ではないというこれまでの通説的理解を前提としたものである。これに対して、近時では、課徴金が懲罰的制裁であることを正面から肯定し、そのうえで、憲法39条は、ある行為に同一の制裁規定を二重に適用することを禁止したものにとすぎず、異なる種類の制裁（たとえば、自由刑と罰金刑と没収、罰金刑と課徴金）を課することは、その総体が違反行為との均衡を失し憲法36条の「残虐な刑罰」に該当しないかぎり許されるとする見解も主張されている（佐伯仁志「二重処罰の禁止について」内藤謙先生古稀記念『刑事法学の現代的状況』（1994年）、これを支持するものとして、白石忠志・独禁法講義（1997年）135頁がある）。この見解によれば、右に述べたような問題は一切生じないことは明らかであろう。しかし、このような見解は、すでに確立している課徴金の性格の理解に反するものであるし、また、その主張の当否自体もお慎重な検討が必要であるように思われる。

### 3 損害賠償

独禁法は、「私的独占若しくは不当な取引制限をし、又は不公正な取引方法を用いた事業者は、被害者に対し、損害賠償の責に任ずる」（25条1項）と規定している。この責任は無過失損害賠償責任であり（25条2項）、それだけ事業者の責任を重くしたものと見てよい。したがって、本条は民法709条の特別規定であるから、別途同条に基づく損害賠償請求を妨げるものではない。

独禁法25条に基づく損害賠償請求は、公正取引委員会による排除措置を命ずる審決または課徴金の納付を命ずる審決が確定した後でなければ提起できないとされている（26条、審決前置主義）。この訴訟の第一番は東京高裁の専属管轄である（85条2号）。独禁法25条に基づく損害賠償請求訴訟が提起された場合、受訴裁判所は公正取引委員会に対し違反行為によって生じた損害の額について意見を求めなければならない（84条、求意見制度）。これも原告たる被害者の訴訟における負担を軽減するための制度である。このような特例にもかかわらず、独禁法25条訴訟は被害者の救済制度として実質的に機能しているとはいえない状況にある。平成9年までに提起された訴訟のうち係属中の1件を除けば、訴えの却下2件、請求棄却3件、訴えの取下げ1件、和解3件であり、原告勝訴は1件もないか

らである（内田耕作「独占禁止法制と消費者」岩波講座現代の法13『消費生活と法』（1997年）270頁参照）。このような現状に鑑み、公正取引委員会は、平成3年に求意見制度へのより積極的な対応として「独占禁止法第25条に基づく損害賠償請求訴訟における損害額の算定方法等について」を、また、被害者やその代理人である弁護士等からの資料提供の要求への積極的な対応として「独占禁止法違反行為に係る損害賠償請求訴訟に関する資料の提供等について」を公表している（前掲公正取引委員会事務局編『独占禁止懇話会資料集Ⅷ』62頁以下参照）。このような措置により今後独禁法25条に基づく損害賠償請求が活性化し、成果をあげる場合がでてくることが予想されるが、すでに述べたように、それがカルテルに係る事件である場合には、損害賠償請求制度と課徴金制度の整合性を再検討することが必要であるように思われる。

#### 4 刑事罰

独禁法のサンクションとしては、以上のほかに刑事罰があるが、その内容および手続については節をあらためて概観することにしよう。

### III 独占禁止法の刑事罰と刑事手続

#### 1 刑事罰の内容

独禁法は89条以下にさまざまな刑事罰規定を設けているが、これを法定刑を基準に類型化すると概略つぎのようになる。

(1) 89条、3年以下の懲役または500万円以下の罰金（ただし、92条により情状による併科が可能である）

①私的独占の罪（3条前段）、不当な取引制限罪（3条後段）

②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禁止（8条1項1号）  
違反罪

③これらの罪の未遂罪

なお、本条の罪における業務主たる法人や自然人および法人でない団体の法定刑は後述する両罰規定（95条）により1億円以下の罰金刑である。また、②の場合、裁判所は刑の言い渡しと同時に事業者団体の解散を宣告することができ、事業者団体はその宣告により

解散するものとされている（95条の4）。さらに、事業者に対しては、刑の言い渡しと同時に、判決確定後6か月以上3年以下の期間政府との契約の禁止を宣告することができる（100条1項2号）。しかし、これまでのところ、これらの制裁が適用された例はない。

(2) 90条、2年以下の懲役または300万円以下の罰金（ただし、92条により情状による併科が可能である）

①事業者または事業者団体による国際カルテルの罪（6条、8条1項2号）

②事業者団体による事業者数の制限等の罪（8条1項3号、4号）

③確定審決違反の罪

独禁法における禁止の3本柱の一つである不公正な取引方法の禁止（19条）違反は、それ自体として罰則をもたないが、排除措置（20条）を命ずる審決が確定したにもかかわらずこれに従わない場合は本条により処罰されることになる。本条の違反行為についても、89条の場合と同様に、刑の言い渡しと同時に事業者団体の解散の宣告、政府との契約の禁止の宣告が可能であるが、この制裁も適用された例はない。

(3) 91条、1年以下の懲役または200万円以下の罰金（ただし、92条により情状による併科が可能である）

本条の1号から6号までは、いずれも、すでに述べた市場支配力の集中を防止するための禁止や制限に違反した行為を処罰している（9条の2第1項、10条第1項前段、11条1項・2項、13条第1項、14条第1項前段、17条）。ただし、すでに述べたように、持株会社の禁止に関する九条は平成9年の改正により、原則的に純粋持株会社を許容し、例外的に規制するという内容に変化している。これに伴い、処罰の対象や罰条も91条の2第3号および第4号に移行している。

(4) 91条の2、200万円以下の罰金

本条1号から12号までは、各種届出義務違反等の罪を処罰するものである。

(5) 以上のほか、独禁法は、92条の2（虚偽の陳述・鑑定等の罪）、93条（公正取引委員会の職員の秘密保持義務違反罪等）、94条（検査妨害罪）、94条の2（調査のための処分違反罪）を規定している。

## 2 両罰規定と三罰規定

(1) 両罰規定

95条は、その1項、2項でつぎのように規定している。

①「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又は財産に関して、次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても、当該各号に定める罰金刑を科する。

1 第89条 1億円以下の罰金刑

2 第90条、第91条（第5号を除く）、第91条の2又は94条 各本条の罰金刑

②法人でない団体の代表者、管理人、代理人、使用人その他の従業者がその団体の業務又は財産に関して、次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その団体に対しても、当該各号に定める罰金刑を科する。

1 第89条 1億円以下の罰金刑

2 第90条、第91条第1号、第6号若しくは第7号（第1号又は第6号に係る部分に限る。）又は第91条の2第1号、第2号、第5号若しくは第9号 各本条の罰金刑」

独禁法89条は、事業者による3条違反行為、事業者団体による8条1項1号違反行為を「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。したがって、たとえば、自然人事業者が違法なカルテルを行えば本条により処罰されることになる。しかし、その従業者が違法なカルテルを行った場合には、この従業者には3条所定の「事業者」という身分が欠けるため、本条によっては処罰されえないことになる。その意味で3条の罪は身分犯なのである。さらに、法人事業者の場合には、法人自身については自然的な意味における犯罪行為というものは存在しえないから、そもそも本条は適用できないことになる。このことは、8条の規定する事業者団体が法人格のない団体である場合も同じである。このために、95条1項、2項は、自然人行為者（従業者）が「業務又は財産に関して」違反行為をした場合につき、「行為者を罰するほか」「その法人又は人に対しても」あるいは「その団体に対しても」、「当該各号に定める罰金刑を科する」という業務主処罰を認めた両罰規定を定めているのである。したがって、たとえば、95条1項は、①身分犯たる89条の構成要件を非身分者である従業者等にまで拡張した規定であり、②自然人事業者については、従業者等の違反行為についての業務主処罰を認めた規定であり、③法人事業者については、従業者等の違反行為についての業務主処罰を認めると同時に法人処罰を認めた規定、という三つの意義を有することになるわけである。この①の立場からは、自然人たる従業者は「行為者を罰するほか」という文言によってはじめて可罰的となるのであ

る（構成要件修正説、この趣旨の判例として、最決平成7・7・19刑集49巻7号813頁参照）。

このような両罰規定における自然人事業者の刑事責任の根拠を、判例は、違反行為者たる従業者の選任・監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽くさなかった過失に求めている（最判昭和32・11・27刑集11巻12号3113頁）。そして、法人事業者の刑事責任の根拠についても、判例は、前記昭和32年判決の「法意は、本件のように事業主が法人で、行為者が、その代表者でない、従業者である場合にも、当然推及されるべきである」として同様の考え方をとっているのである（最判昭和40・3・26刑集19巻2号83頁）。このような両罰規定による法人事業者の刑事責任の理解について、経済法学者からは「独占禁止法の立場からすれば、そもそも独占禁止法により禁止される行為は事業者そのものに向けられているのであり、また罰則規定も事業者に向けられているのであり、両罰規定がなければ事業者を処罰出来ないという考え方自体に疑問がある」との批判がむけられている（金子晃「刑事罰の強化」経済法学会年報13号（1992年）98頁、同旨のものとして、正田彬「独占禁止法の強化と公正取引委員会」ジュリスト1000号（1992年）100頁、座談会「独占禁止法の刑事罰強化をめぐる問題」公正取引508号（1993年）38頁以下および座談会「独占禁止法と刑事罰」ジュリスト1020号（1993年）10頁以下における経済法学者の発言参照）。それは、経済法的観点からは、法人事業者によって惹起された違法状態の排除が主たる関心であるため、誰がその違法状態を生ぜしめたかはあまり問題とならないのに対して、刑事法の観点からは、法人に犯罪能力を認めるとしても、法人それ自体の行為というものはありえず、結局は、法人を構成する個々の自然人の行為が犯罪行為を組成するものと考えざるをえないことによるのであろう。いずれにせよ、現行法の解釈としては両罰規定なしに法人事業者の刑事責任を問うことはできないのである。

## (2) 三罰規定

独禁法95条の2は、89条1項1号、90条1号、同条2号、91条（4号を除く）の違反があった場合に「その違反の計画を知り、その防止に必要な措置を講ぜず、又はその違反行為を知り、その是正に必要な措置を講じなかった当該法人の代表者に対しても、各本条の罰金刑を科する」旨を規定している。法人と違反行為者のはかに代表者まで処罰する規定であるため三罰規定と呼ばれるものである（95条の3も事業者団体の代表者についてほぼ同様のことを規定している）。

本条は、昭和52年の改正において刑事罰強化の一環として新設されたものであり、その趣旨は企業の最高責任者が違反行為の計画や実行を知らながら防止措置をとらない場合に、その監督責任を問うものと説明されている。しかし、本条がいかなる場合を想定しているのかは、かなり不明確であり、せいぜい代表者と違反行為者との明示、黙示の共謀関係が立証できない場合に、代表者をいわば不作為の片面的幫助として処罰するための特別規定とでも解するほかないであろう。それは、同条が、明文で故意を要求していることによる。もし、同条が、過失犯（監督過失）を処罰する趣旨だとしたら、「知り、または知り得べきとき」にまで処罰範囲を拡張すべきであったと思われる（本条は、その文言からは明らかに故意犯であるが、その実質を過失責任と解するものとして、小泉祐康「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」伊藤ほか編・注釈特別刑法第5巻（1986年）88頁参照）。

### 3 刑事手続の特殊性

#### (1) 専属告発と専属管轄

独禁法96条1項は「第89条から第91条までの罪は、公正取引委員会の告発を待って、これを論ずる」（専属告発）と規定しており、独禁法上の重要な罪については公正取引委員会の告発は訴訟条件とされている。この告発は検事総長に対して行うものとされ（73条1項）、これらの罪に係る訴訟は東京高裁の専属管轄とされている（85条3号）。告発を受けた事件は検事総長から東京高裁に対応する東京高検に移送され処理されるが、実際には東京地検その他の地検に捜査を担当することになる。この告発も起訴便宜主義を拘束するものでないが、不起訴処分にする場合には、検事総長は法務大臣を経由してその旨および理由を文書で内閣総理大臣に報告すべきものとされている（73条2項）。他方、公正取引委員会も検察審査会に審査の申立をすることはできない（検察審査会法30条但し書）。

このように専属告発の制度が認められているのは、独禁法違反事件の処理が国家的な経済情勢に与える影響等を考慮すれば、公正取引委員会の政策判断を尊重すべきであると考えられたためであろう。これに対して、東京高裁の専属管轄の方には必ずしも合理的な理由があるとは思われない。現実の問題となっているカルテル行為や談合行為が、必ずしも全国規模ではなく、むしろ一定の地域単位のものが多いこと、証拠の収集、被疑者・被告人の便宜という点を考慮すれば、少なくとも地域別に八高裁の専属管轄に分割するほうが

妥当だと思われる（岩村修二「独占禁止法の抑止力強化の動向について」判例タイムス737号（1990年）39頁参照）。

## （2） 告発権の性格

他方、独禁法73条1項は「公正取引委員会は、この法律の規定に違反する犯罪があると思料するときは検事総長に告発しなければならない」と規定している。この告発義務の性格については、文言どおり、これを義務的なものと解し、犯罪があると思料するときは必ず告発すべきものとする見解（板倉宏「公正取引委員会の告発義務の性格」ジュリスト735号（1981年）90頁、板倉宏・野崎節子「公正取引委員会の告発義務」日本法学60巻2号（1998年）1頁）もあるが、経済法の通説では、裁量的なものとして解されている（今村成和「公正取引委員会の告発義務について」ジュリスト733号（1981）100頁、同「公正取引委員会の告発義務再論」ジュリスト738号75頁、なお、この問題を含めて、刑事告発については、落合俊和・安達敏男「独禁法違反事件の刑事告発をめぐる諸問題」司法研修所論集88号（1992）1頁以下を参照）。独禁法が、不当な取引制限行為に対し様々なサンクションを用意しており、かつ、公正取引委員会が、その運用にあたる唯一の機関であることを考えれば、この告発義務は裁量的なものというべきであろう。独禁法の用意するサンクションのどれを使用するかは、まさしく当該違反行為の市場経済秩序、国民経済、消費者の利益に与える影響の程度を考慮した公正取引委員会の高度の政策判断に左右されるべきものだからである（京藤哲久「独占禁止法違反と刑事責任」経済法学会編・独占禁止法講座・（1989年）108頁以下参照、ただし、同123頁は、公正取引委員会が不当な取引制限罪にあたる刑罰的違法性があると考えたなら告発義務があるとするが、結局は同趣旨であると思われる）。その意味で、刑事告発は公正取引委員会の高度な政策判断に委ねられ、裁量的に運用されるものといえよう。

## IV 独占禁止法における執行力の強化

### 1 日米構造協議

日米構造協議は、日米両国間における貿易と国際収支の調整のうへで障壁となっている構造問題を解決することを目的に平成元年9月から5回にわたって開催されたものであるが、平成2年6月の最終報告書は、日本において外国企業の参入を妨げている排他的取引

慣行の是正のための措置として、独占禁止法違反行為への抑止力の強化が求められた。その具体的内容としては、①公正取引委員会における審査体制の強化、②勧告や課徴金納付命令等の法的措置の活用と公表、③課徴金の引き上げ、④刑事罰の強化と活用、⑤損害賠償制度の活用を挙げることができよう（日米構造協議の内容については、松下満雄「日米構造問題協議と経済制度調整」ジュリスト968号（1989年）15頁、公正取引委員会事務局・独占禁止懇話会資料集 XIV 流通取引の公正化と日米構造問題協議（1993年）参照）。

このうち②については、すでに述べたように平成2年10月以降は警告についても原則として公表することとされ、③については平成3年の改正で課徴金は原則4倍に引き上げられている。また、⑤について公正取引委員会は東京高裁の求意見や被害者や代理人からの資料請求に積極的に対応することを表明している。他方、①については平成8年の独占禁止法の改正（法律83号）、公正取引委員会事務局組織令の改正（政令175号）により、これまでの事務局が事務総局に、審査部が審査局に格上げされ、審査局のもとに特別審査部が設置されて大型・重要事件の審査体制の強化が図られている。

## 2 刑事罰の強化

右の1の④につき、公正取引委員会は、平成3年1月、独占禁止法に関する刑事罰研究会を設置した。その最終報告書は平成3年12月18日に公表されている（ジュリスト999号（1992年）143頁）。この報告書の内容は、独占禁止法89条の違反行為に関してのみ両罰規定である95条の事業者（事業者団体）に対する罰金刑の多額を500万円から数億円への引き上げを提案するものであった。その理由は以下のとおりである。

独占禁止法89条は、事業者による3条違反行為、事業者団体による8条1項1号違反行為を「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、旧95条1項は、「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又は財産に関して、第89条、第90条、第91条（第5号を除く）、第91条の2又は94条の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても、各本条の罰金刑を科する」という両罰規定を定めていた。旧95条の特徴は、従業者等に対する罰金刑の上限と事業者に対する罰金刑の上限とが連動している点に存する。すなわち、法人事業者の従業者が、89条の違反行為を行った場合、自然人たる従業者に対しては3年以下の懲役または500万円以下の罰金刑が科されるが、事業主たる法人は、この連動の結果、500

万円以下の罰金刑でしか処罰されなかったのである。95条によって従業者等に罰金刑が科される場合、500万円以下という罰金刑は、行為者が多くの場合企業の管理職であるとしてもなお相当の感銘力を有するといえよう。しかし、たとえば、資本金1億円、経常利益または営業利益が年間数十億円という事業者に対して、この罰金額が低きに失し、もはや現在の実情に合わないことは誰の目にも明らかである。事業者に対して罰金刑が真に感銘力、抑止力を有するためにはその多額を大幅に引き上げる必要がある。ただ、そのためには、95条における従業者等に対する罰金刑の上限と事業者に対する罰金刑の上限との運動を切り離すことが必要となる。なぜなら、この運動を維持したまま事業者に対する罰金刑を大幅に引き上げるとすれば、違反行為を行った従業者等も同一の法定刑の範囲内で処罰されることになるが、そのような刑罰はあまりにも苛酷なものとして合理性を失うからである。

では、このような運動の切り離しが可能であろうか。たしかに、両罰規定における業務主たる事業者の刑事責任の根拠が、自然人行為者に科される具体的刑罰の種類と量が、そのまま業務主によって代替されるものと理解する場合には、このような切り離しは不可能であろう。しかし、すでにみたように、判例によれば、両罰規定における業務主の責任の根拠は、違反行為者の選任・監督上の過失に求められている。このように、両罰規定における業務主の刑事責任の根拠が、違反行為者と異なるものとなれば、運動を認めるべき理論的合理性はなく、業務主と従業者等に対する罰金刑の上限は、それぞれに対して有効な抑止力、感銘力を有する程度に応じて別個独立に規定することが可能だといわねばならない。

以上のような報告書の見解は、平成3年12月2日の法制審議会刑事法部会においても了承された。これをうけて、平成4年12月に95条を現在のように改正する独禁法の一部改正（法律107号）が実現したのである。

### 3 刑事罰運用の積極化

#### (1) 専属告発活性化のための措置

以上みたように刑事罰が強化されても、専属告発に係る事件について公正取引委員会による積極的な告発がなされなければ、刑事罰の抑止力は効果を持ちえない。事実、この日米構造協議までの間に告発・起訴がなされたのは、昭和45年の確定審決違反である三愛土

地事件（東京高判昭和46・1・29刑特22巻18頁）と昭和49年の石油生産調整事件および石油カルテル事件（その詳細は後述する）のみであり、以来、15年以上公正取引委員会による告発はなされず、刑事罰は事実上サンクションとしての機能を停止していたといっても過言ではない。日米構造協議の最終報告において、刑事罰の積極活用が課題とされたのも、そのような現状に变革を迫るためであったといえよう。

専属告発を活性化するという右の方針に資するため、公正取引委員会事務局と法務省刑事局との間に、平成2年4月には独占禁止法違反に係る刑事罰の活用に関する連絡協議会が設置され、同法違反の告発を円滑に行うための協議が重ねられた。その結果として、平成3年1月10日には、告発事件にかかる具体的問題点について意見、情報を交換する場として、最高検察庁財政経済係検事と公正取引委員会の審査部長以下の担当官で構成される告発問題協議会の設置が公表された。

さらに、この間、公正取引委員会は、平成2年6月20日に、独占禁止法違反に対する刑事告発に関する公正取引委員会の方針（告発基準と呼ばれている）を発表した。その内容は、①一定の取引分野における競争を実質的に制限する価格カルテル、供給量制限カルテル、市場分割協定、入札談合、共同ボイコットその他の違反行為であって国民生活に広範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な事案 ②違反を反復して行っている事業者・業界、排除措置に従わない事業者等に係る違反行為のうち、公正取引委員会の行う行政処分によっては独占禁止法の目的が達成できないと考えられる事案について、公正取引委員会は、今後、積極的に刑事処罰を求めて告発を行う方針である、というものである。この告発基準の公表は、今後、公正取引委員会が、独禁法違反事件に対する抑止力として刑事罰を活用していく旨の決意表明であると同時に、石油カルテル以来告発が行われず、課徴金による制裁のみが科されていた事実に鑑み、法的安定性を尊重する観点から、告発の対象を、この基準発表以後の事案に限定する趣旨も含まれていたといえよう。ただし、この基準は、あくまでも公正取引委員会が今後積極的に告発の対象とするものを示したものであるから、この基準に該当しないからといって告発が無効になるとか、告発権の濫用とかが問題となることはないと思われよう。

## (2) 刑事告発の活発化

右にみたような刑事告発に向けての準備が整った後、公正取引委員会は刑事告発を再開した。その最初の事例が業務用ストレッチフィルム価格カルテル事件に関する平成3年11

月の告発である。それは、石油カルテル事件以来、実に17年ぶりの告発再開であった。その後、平成5年2月には、社会保険庁の発注に係る目隠しシールに関する入札談合事件、平成7年3月には、日本下水道事業団の発注に係る電気設備工事に関する入札談合事件、平成9年2月には、東京都の発注に係る水道メーターに関する入札談合事件について告発がなされ、いずれも起訴されて東京高裁において有罪判決がだされている。以下では、石油カルテル事件を含め、各事件の概要と問題点を概観しておくことにしよう。

#### ①石油カルテル事件

本件は、いわゆる石油危機に際して、全国の80数パーセントのシェアを占める石油元売り会社12社と役員14名が、昭和48年中に5回にわたって石油製品の値上げ幅および値上げの実施時期について協定したとして、89条1項1号（3条違反）、95条1項により告発・起訴されたものである。東京高裁は全被告会社を罰金150万円ないし250万円に、被告人らを懲役4月ないし10月（いずれも2年間執行猶予）に処した（東京高判昭和55・9・26高刑33巻5号511頁）。被告会社11社と被告人13名が上告したが、最高裁は、2社、1被告人について無罪としたほかは原判決を維持した（最判昭和59・2・24刑集38巻4号1287頁）。

本判決では、専属告発に係る犯罪について二審制を定めた規定の合憲性、不当な取引制限罪の既遂時期、独禁法2条6項にいう「公共の利益に反して」の意義などの重要な解釈問題についての判断が示されているが、最大の争点であった行政指導への協力と違法阻却については、①石油業法に根拠を持たない行政指導であっても、「緊急事態に対処するため」の必要性、方法の相当性、独禁法の究極目的に反しないことという3要件を満たす場合には違法とはいえない。②したがって、本件で通産省の行った石油製品価格に関するガイドライン行政指導は適法であり、これに協力し値上げの上限についての業界の希望に関する合意をするにとどまるかぎりは不当な取引制限にはあたらない。③しかし、本件における協定は、通産省の了承を前提として、了承された限度一杯までの価格引き上げを合意したものであるから不当な取引制限にあたるという判断が示されている。

なお、事業者団体である石油連盟およびその会長ら2名が、構成事業者に対して原油処理量を割り当てることにより生産調整をおこなったという生産調整事件についても、89条1項2号（8条1項1号違反）、95条2項で告発、起訴がなされたが、東京高裁は、生産調整の違法性は認めつつ、昭和37年の石油業法施工以来昭和41年度まで通産省またはその指示を受けた石油連盟による生産調整が公然と行われてきており、この間公正取引委員会

が注意、警告、調査等の措置を採らなかったことに鑑みれば、被告人らが自己の行為につき違法性が阻却されると誤信したことには相当の理由があり独禁法違反の故意が欠けるとして無罪とし、この判決が確定している（東京高判昭和55・9・26高刑33巻5号359頁）。

## ②業務用ストレッチフィルム事件

本件は、全国の約98パーセントのシェアを占める業務用ストレッチフィルムの化学メーカー8社および各社の営業担当責任者15名が、採算の悪化をくいとめるため2回にわたり違法な価格値上げカルテルを締結した事実につき、（平成4年改正前の）89条1項1号（3条違反）、95条1項により告発・起訴されたものである。東京高裁は、2回のカルテルにつき併合罪の成立を認め被告会社を800万円から600万円の罰金、営業担当責任者を懲役1年から6月（いずれも2年間執行猶予）に処した（東京高判平成5・5・21判時1474号31頁、確定）。なお、平成4年3月には、8社に対し総額4億4978万円の課徴金納付命令が出され、各社はこれに応じている。

被告人側は、①課徴金のほかに刑事罰を科することは憲法39条の二重処罰の禁止に反する、②本件告発はすでに述べた告発基準に該当せず告発権の濫用として無効であるから本件公訴も棄却さるべきである、③本件値上げ協定は、各メーカーの最低限の利潤を確保するために必要なものであったから、公共の利益に反するものでなく、したがって、独禁法の構成要件に該当しないか、または違法性もしくは期待可能性を欠くと主張したが、東京高裁は、いずれも理由がないとして退けている。

## ③シール談合事件

本件は、入札談合が初めて独禁法違反で処罰されたものである。社会保険庁の発注に係る平成4年度の目隠しシールは、当時の官公庁によるシール発注の約85パーセント、全国のシール市場の約45パーセントを占めるものであったが、その指名競争入札において、大手印刷会社A B C Dは談合により落札業者をA B Cのいずれかとし、その仕事は落札業者からDに発注することとし、その場合の発注・受注価格を調整することにより4社間の利益を均等にすることを合意したことが不当な取引制限罪にあたるとして（平成4年改正前の）89条1項1号（3条違反）、95条1項により告発・起訴されたものである。もっとも、Dは指名業者ではなく、別の指名業者Eから入札に関する全権をまかされていた会社である。このためDは、A B Cと競争関係にたないDについては2条6項にいう「一定の取引分野」が成立せず、また、3条にいう「事業者」にもあたらないと主張した

が、東京高裁は、いずれも退けて4社をそれぞれ罰金400万円に処した（東京高判平成5・12・14判タ840号81頁、確定）。

なお、本件告発・起訴に先立ち本件談合を実際に行った4社の営業責任者10名については、刑法96条の3の談合罪により東京地検から東京地裁に起訴されており、いずれも有罪の判決がなされている（東京地判平成6・3・7判タ874号291頁ほか）。本件告発の端緒は、この談合罪についての第一回公判以後に法務省から公正取引委員会に対してなされた独禁法45条に基づく報告である。このため、本件では、実行行為者と業務主である法人とが別々の審級・罪名で審理されるという異例の事態を生じることとなった。また、すでにみたように、平成5年12月には社会保険庁から右の4社に対して約15億円の不当利得返還請求訴訟が提起され東京地裁に係属中である。他方、公正取引委員会はABC3社に対して総額1億7057万円の課徴金の納付を命じたが、3社が争ったため正式審決による課徴金納付命令がだされた。3社は、これを不服として東京高裁に取消訴訟を提起したが、東京高裁は請求を棄却した。3社は、さらに上告したが、最高裁は棄却している（最判平成10・10・13判時1662号83頁）。

#### ④下水道電気工事談合事件

本件は、指名業者である大手重電メーカー9社の営業担当責任者17名が、平成5年度に日本下水道事業団が指名競争入札の方法により新規に発注する電気設備工事について、平成5年3月10日ころ、発注された工事件名、予算金額等を基に一定の比率に従って各社に配分し受注することとして配分比率、配分手続等について合意し、さらに、同年6月15日、下水道事業団の工務部次長Aから教示をうけた具体的な工事件名、予算金額等を基に、さきに定めた配分比率、配分手続等に従い、新規の電気工事を9社に配分して受注予定会社を決定するとともに、その予定会社が受注できるような価格で入札することを合意したこと（本件ではドラフト会議と呼ばれていた）が不当な取引制限罪にあたるとして、89条1項1号（3条違反）、95条1項1号により告発・起訴されたものである。なお、本件では、下水道事業団のAも同罪の幫助犯として告発・起訴された。東京高裁は有罪を認め、被告9社を6000万円ないし4000万円の罰金、被告人のうち営業担当責任者17名を懲役10月、Aを懲役8月（いずれも2年間執行猶予）に処した（東京高判平成8・5・31判タ912号139頁、確定）。なお、右9社には総額10億3636万円の課徴金納付が命令され各社はこれに応じている。

被告人側は、本件における受注調整のための基本ルール（本件では運用手順と呼ばれていた）はすでに平成2年3月ころに成立しているから、その時点で不当な取引制限罪は既遂に達しており（したがって、公訴時効が成立する）、その後の本件受注調整は合意の内容を実施するにすぎないものであって不可罰的事後行為であると主張したが、東京高裁は、本件では基本ルールが毎年度末に見直し、改訂されているから、受注調整による取引制限も各年度ごとに独立して行われたと解すべきであり、本件では、平成5年3月10日ころのルールの改訂に始まり、同年6月15日のドラフト会議における受注予定会社の決定に至るまでの一連の被告人らの行為が実行行為であり、これにより犯罪は既遂になったと認められるとして、この主張を退けた。また、新規発注物件のみでは「一定の取引分野」に当たらないとの主張に対しては、新規物件の規模が全国的であり、予算金額も巨額であることを考え併せれば新規物件のみをもって「一定の取引分野」と認めるのが相当であると退けている。

#### ⑤水道メーター事件

本件は、東京都の指名業者である水道メーター販売会社25社の営業担当責任者34名が、平成6年4月、同年度からの指名競争入札方式の導入に合わせて、各社の従来の受注実績を基に算出した比率を基準として平成6年度において各社が受注することを合意するとともに、これを実施するため幹事社が入札の都度各社に受注予定者と入札予定価格を連絡して、そのとおりに受注できるよう各社が入札を行うことを合意したこと、平成7年4月にも、平成6年度に定めた比率を基にして同様の合意をしたこと、平成8年4月にも、平成7年度に定めた比率を基にして同様の合意をしたことが不当な取引制限罪にあたるとして、89条1項1号（3条違反）、95条1項1号により告発・起訴されたものである。東京高裁は3回の合意を併合罪とし、被告25社を500万円ないし900万円の罰金、被告人ら34名を懲役6月（いずれも2年間執行猶予）に処した（東京高判平成9・12・24判タ959号140頁、一部確定）。なお、24社には総額3億8656万円の課徴金納付が命令されたほか、東京都は平成10年4月、損害賠償請求訴訟を東京高裁に提起している（NBL640号（1998年）81頁参照）。

被告人側は、①平成6年度の合意により不当な取引制限罪は既遂に達し、その後はその効果が持続したにすぎないから、平成7年度、平成8年度の合意は不可罰的事後行為である、②仮に各年度ごとに罪が成立するとしても、それらは併合罪ではなく包括一罪であ

る、③本件公訴事実は、基本ルールの談合にとどまっているが、基本ルールだけでは相互拘束性が十分ではないから本件については89条2項の未遂罪が成立するにすぎない、④本件談合は中小企業者を保護するためのものであり違法性を阻却すると主張した。これに対して、東京高裁は、独禁法2条6項が事業活動の相互拘束行為とその遂行行為を共に不当な取引制限罪の実行行為としていること、7条の2第1項により課徴金の算定の基礎が原則として違法なカルテルの実行期間とされていることから、本罪は「相互拘束行為等が行われて競争が実質的に制限されることにより既遂となるが、その時点では終了せず、競争が実質的に制限されているという行為の結果が消滅するまでは継続して成立し、その間にさらに当初の相互拘束行為等を遂行、維持又は強化するために相互拘束行為等が行われたときは、その罪の実行行為の一部となるものと解するのが相当である。」「また、別の相互拘束行為等が行われた場合において、新たな罪が成立するか、なお従来罪が継続しているかは、その行為によって競争を実質的に制限する新たな事態が生じたか、それとも、従前の行為によって生じている競争を実質的に制限する効果を維持するなどの効果を持つにとどまるかにより判断するのが相当である」との一般論を展開したうえで、①については、本罪は継続犯であるから、平成6年度の合意により本罪が既遂に達し、平成7年度、平成8年度の合意はその効果を維持するにすぎないものであったとしても、3箇年度の合意が継続犯として一罪を構成するにとどまり、平成7年度、平成8年度の合意が不可罰的事後行為となるものではない、②平成7年度、平成8年度の合意は、いずれも、新たに競争を制限する結果を生じさせるものであり、別個の罪として併合罪となると解すべきである、③本件の各談合は、受注調整の方法を具体的に決定したものであって、その後は入札の際にこれを実施に移せば足りたのであるから、各談合により競争が実質的に制限されたものと認められ、既遂罪が成立する、④本件談合による入札価格は東京都の予定価格に近いものである点で、すでに国民の経済的利益に反する危険を内包し、これに優越する立場を主張しうるものでないから違法性を阻却しないとして、いずれも退けている。

以上の判例の概観を基礎としつつ、次節では、独禁法上最も重要な犯罪類型である不当な取引制限罪（3条、89条1項、95条1項1号、同2項1号）の解釈上の問題点を検討することにしよう。

## V 不当な取引制限罪

### 1 不当な取引制限罪の構成要件

独禁法2条6項によれば、不当な取引制限罪の構成要件は、「事業者が、(契約、協定その他何らの名義を以てするかを問わず、)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実質的に制限すること」である。

本罪が問題となる典型例は、価格カルテルや入札談合である。前者が本罪に該当することは明らかであるが、後者もそれが受注予定者のみでなく落札価格の協定まで含む場合は、同じく価格カルテルといってよい。しかし、単に受注予定者の調整にとどまる場合(このような場合はほとんどありえないが)には、同項にはこれを示す適切な例示がないため例示の最後に挙げられている「等」に含まれると解すべきであろう(志田至朗「入札談合事件に対する最近の公正取引委員会の取組み」公正取引521号(1994年)10頁、小木曾国隆「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(独占禁止法)」平野ほか編注解特別刑法補完(3)IV(1996年)62頁)。以下では、この二つの違反類型を中心に本罪の構成要件を概観することにしたい。

#### (1) 共同行為

「共同して」とは、複数の事業者(実際にはその従業者)が、価格の値上げ幅や値上げ時期について合意したり、受注予定者や落札価格の決定方法の基本ルールについて合意することをいう。行政処分に関する審決・判決によれば、このような合意があったというためには「単に行為の結果が外形上一致した事実があるだけでは、未だ十分ではなく、進んで、行為者間に何らかの意思の連絡が存することを必要とする」が、「或る者が他の者の行動を予測し、これと歩調をそろえる意志で同一行動に出たような場合には、これらの者の間に、右にいう意思の連絡があるものと認めるに足りるものと解する」(合板入札談合事件審決昭和24・8・30審決集1巻62頁)とか「一方の対価引上げを他方が単に認識・認容するのみでは足りないが、事業者間相互で拘束し合うことを明示して合意することまでは必要でなく、相互に他の事業者の対価の引上げを行為を認識して、暗黙のうちに認容す

ることで足りると解するのが相当である」(東芝ケミカル事件東京高裁判決平成7・9・25 審決集42巻393頁)として、合意は明示のものに限られず、黙示の合意も含まれるとされている。

## (2) 相互拘束行為・共同遂行行為

「相互にその事業活動を拘束し」とは、(1)に述べた合意の形成行為をいうとするのが判例である。すなわち、前掲石油カルテル最高裁判決によれば、価格値上げの協定が締結された場合「かかる協定を締結したときは、各被告会社の事業活動がこれにより事実上相互に拘束される結果となることは明らかであるから、右協定は、独禁法2条6項にいう『相互にその事業活動を拘束し』の要件を充足し同項及び同法3条所定の『不当な取引制限』行為にあたりと解すべきであり、その実効性を担保するための制裁等の定めがなかったことなどの所論指摘の事情は、右結論を左右するものではない」とされているのである。

問題は、右の共同行為=相互拘束行為という本罪の実行行為のほかに「又は遂行すること」という部分すなわち相互拘束行為に基づく共同遂行行為をも本罪の実行行為として理解すべきかである。たとえば、値上げの合意に基づく値上げの実施行為や受注調整談合の基本ルールに基づく具体的な個別調整行為(割り付けとも呼ばれる)などがその例である。経済法の支配的見解は、共同遂行が相互拘束に基づかねばならない以上、共同遂行には独自の意義はなく、「拘束の意味を補完し、把握の対象を遺漏なからしめるために加えられた従属的な概念である」と解している(今村成和・独占禁止法(新版)(1978年)78頁)。これに対して、少数説ではあるが、事業活動の相互拘束としての合意が成立していれば、「それにもとづく価格引上げ、その維持という実行行為は、合意によって形成された共同の認識にもとづいて、『一定価格による』販売活動を『共同遂行していることになる』とする見解も有力である(正田彬・全訂独占禁止法・(1980年)235頁)。

たしかに、これまでの公正取引委員会の実務においては基本ルールの合意のみを排除措置の対象にしてきている。さらに、前掲石油カルテル最高裁判決のように相互拘束の合意の形成によって既に本罪が既遂に達すると解するのであれば(この点については後述参照)、それ以後の遂行行為を独自の実行行為として把握する実益はないようにも思われる。しかし、2条6項の定義規定において、不当な取引制限が相互拘束行為とこれに基づく遂行行為と規定されている以上、この文言を軽視することは不当であるというべきであろう。さらに、本罪を状態犯と継続犯のいずれと解するかと密接に絡む問題であるが、遂行

行為をも本罪の実行行為と捉えれば、①その継続犯性を基礎づける可能性もあること、②既遂時期を合意形成時ではなく共同遂行時にずらす解釈も可能となること、③入札談合の基本ルールの合意自体は状態犯説をとることにより公訴時効が成立している場合や基本ルールの合意については日時、場所、関与者等についての立証ができないときでも、そのルールの内容が明確であり、かつ、そのルールに基づいて個別調整行為が行われていることが立証できる場合には、当該個別調整行為についてはなお本罪による訴追や処罰が可能となること、などの諸点を考慮すれば、共同遂行行為を相互拘束行為とは別個独立の実行行為として理解すべきであると思われる（結論的にこの立場をとるものとして、芝原邦爾「不当な取引制限（独禁法違反）の罪（2）」法学教室168号（1994年）120頁、西田・前掲経済法学会年報13号85頁、小木曾・前掲書59頁、前掲水道メーター事件東京高裁判決がある。また、前掲シール談合事件東京高裁判決も同様の理解に立つものと思われる）。

### (3) 反公益性の要件

「公共の利益に反して」の意義については、①訓示的宣言説、②違法阻却事由説、③違法要件説の3説が対立し、これに応じて、公共の利益の意味内容も、(イ)自由競争を基盤とする経済秩序そのものと解する立場、(ロ)独禁法一条に規定する一般消費者の利益の確保及び国民経済の民主的で健全な発達と解する立場、(ハ)生産者・消費者の利益を含む国民経済全体の利益と解する立場の3説に分かれること、そして、経済法の分野では①および(イ)が通説であることは周知のとおりである（横田直和「石油カルテル判決における『公共の利益』の検討」公正取引367号（1981年）36頁参照）。この対立の核心は、要するに、独禁法の適用除外規定である同法24条の3（不況カルテル）、24条の4（合理化カルテル）以外の公正取引委員会の認可を受けないカルテルであっても、一定の場合に、公共の利益に反しないという理由で同法3条違反とならない余地を認めうるかにある。

すでにみた石油価格カルテル事件東京高裁判決はこの余地を認めたが、具体的な判断としては「本件のような共同行為までするのでなければ被告会社らの企業維持ができず、……ひいてわが国における石油製品の安定的かつ低廉な供給確保に著しい支障を生ずるような事情あったことは証拠上これを認めることができず」として反公益性を肯定した。そして、すでにみた最高裁判決も次のように述べて、適用除外を受けていない一定のカルテルも3条違反にあたらないとする余地を認めた。いわく、「同法2条6項にいう『公共の利益に反して』とは、原則としては同法の直接の保護法益である自由競争経済秩序に反す

ることを指すが、現に行われた行為が形式的に右に該当する場合であっても、右法益と当該行為によって守られる利益とを比較衡量して、『一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する』という同法の究極の目的（同法1条参照）に実質的に反しないと認められる例外的な場合を右規定にいう『不当な取引制限』行為から除外する趣旨と解すべきであり、これと同旨の原判断は、正当として是認することができる。」と。この最高裁判決によって、実務上、訓示規定説は明確に否定されたといえる。しかし、その射程範囲はさほど大きくないと思われる。なぜなら、カルテル行為が「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する」という独禁法の究極の目的に反しないと認められるような場合は、国家経済の規模における緊急事態以外には考えられないからである。したがって、最高裁によって認められた構成要件の限定（あるいは違法阻却）も、不況カルテルの要件を充たしてはいるが、緊急の必要性から公正取引委員会の認可を受ける余裕がない場合か、これに準ずるごく例外的な場合に限られると解すべきであろう（芝原邦爾「独占禁止法違反の罪（2）」法律時報58巻7号（1986年）93頁）。

#### （4）一定の取引分野

「一定の取引分野」とは、事業者間の競争が成立する場すなわち市場を意味し、その範囲は、①取引対象である商品や役務、②取引の行われている区域、③取引の相手方、④取引の段階によって画定されると解されている（今村・前掲書59頁、植木邦之編・最新独占禁止法の実務（1990年）58頁）。もっとも、前掲シール談合事件東京高裁判決は、取引段階を判断資料とすることに疑問を呈し「取引の対象・地域・態様等に応じて、違反者のした共同行為が対象としている取引及びそれに影響を受ける範囲を検討し、その競争が実質的に制限される範囲を画定して一定の取引分野を決定するのが相当である」としている。

問題となるのは、競争が成立しうる場である以上、いかなる小規模の細分化された市場についても「一定の取引分野」が成立しうるのかである。具体的には、基本ルールのない（または基本ルールの存在を立証できない）1回限りの個別入札談合が問題となる。この点、経済法の学説でも、個別談合について一定の取引分野の成立を認める見解（舟田正之「談合入札」法学教室19号（1982年）90頁、正田・前掲現代経済法講座2 122頁、泉水文雄「日本下水道事業団発注電気設備工事談合事件」公正取引553号（1996年）42頁）とこれを否定し基本合意に基づくか、少なくとも調整行為を行うことが慣行化している談合に

限って一定の取引分野の成立を認める見解（金子晃「談合入札と独占禁止法（下）」NB L252号（1982年）34頁、実方謙二・独占禁止法（新版）（1992年）188頁）とが対立している。

経済法の観点からは、いずれの見解も成立しうるであろうが、刑事法の観点からは、否定説が妥当であるように思われる。なぜなら、指名競争入札の場合は談合参加者による市場占有率が100パーセントであるため常に本罪が成立し、3年以下の懲役または500万円以下（95条1項1号の場合は1億円以下）の罰金で処罰されることになるが、それでは刑法96条の3第2項が公の入札についての談合罪をより軽い法定刑（2年以下の懲役または250万円以下の罰金）で処罰していることの趣旨が没却されることになるからである（小木曾・前掲書65頁、神山敏雄・日本の経済犯罪（1996年）26頁）。独禁法1条が規定する「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」という同法の究極目的からみても、不当な取引制限罪における「一定の取引分野」とは、一定規模の地域的な広がり、時間的な継続性、取引規模の大きさを必要とし、個別的な物件に関する一回限りの入札談合は原則としてこれにあたらないと解するのが妥当なように思われる。判例も、昭和28年改正前の独禁法4条1項1号に関するものであるが、神戸市発注の工事について刑法の談合罪で処罰された事案につき独禁法の規定が適用されるべきであるとの上告趣意に対し、「所論の独占禁止法の条文は一定の取引分野における競争に対する共同行為を取り締ろうとしたものであって本件のように所定の目的の下に各特定の取引について談合するものに適用されるべきものではない」と解していた（最判昭和32年12月13日刑集11巻13号3207頁参照。これに対して、芝原・前掲法学教室168号123頁は、この判示は傍論であり、また、本件は神戸市の発注に係る12件の工事に関する談合であるから、一定の取引分野を構成することも可能であるとして本件の先例としての価値は必ずしも大きくないとする）。それは、昭和28年改正前の独禁法4条2項が「前項の規定は、一定の取引分野における競争に対する当該共同行為の影響が問題とする程度に至らないものである場合には、これを適用しない」としていた趣旨を考慮したものであろう。そして、このような考慮は現在もなお維持されるべきであるように思われる。

公正取引委員会による入札談合の摘発においても、個別の入札談合ではなく一定の範囲の入札について受注調整の基本合意に基づいて継続的に行われる談合が対象とされてきたといってよいであろう（郷原信郎「独占禁止法の刑事罰適用をめぐる諸問題」公正取引

510号（1993年）27頁）。もっとも、審決のなかには、すでに述べた合板入札談合事件（審決昭和24・8・30）や弘前大学B重油入札談合事件（審決昭和59・8・20審決集31巻22頁）のように特定の取引先に対する一回限りの入札談合について不当な取引制限としたものもあるが、両者ともその取引規模、市場に対して与える影響が極めて大きな事件である（小木曾・前掲書64頁、神山・前掲書18頁参照）。また、すでに概観した入札談合についての刑事事件の事案もそのすべてが基本合意に基づく継続的な入札談合である。もっとも、下水道事業団事件においては、平成5年度の新規発注物件についての談合のみが犯罪事実とされているが、これも平成2年以後の継続的談合の一部であり、かつ、その規模が全国的であり、予算金額も巨大であることを考慮すれば一定の取引分野を肯定することに問題はない事案であったといえよう。

以上の検討によれば、基本ルールに基づかない一回限りの入札談合は刑法の談合罪を構成することはあっても、原則として独禁法における不当な取引制限罪にはあたらないと解すべきであると思われる。

#### (5) 競争の実質的制限

判例によれば、「競争を実質的に制限すること」とは、共同行為により「競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者団体がその意思で、ある程度自由に……市場を支配することができる状態をもたらすこと」をいう（東宝・新東宝事件東京高判昭和28・12・7審決集5巻118頁）。この市場支配力は結局カルテル参加者の市場占拠率によって判断されることになる。指名競争入札における談合の場合は市場占拠率がほぼ100パーセントであるから問題はないが、価格値上げカルテルのような場合には、カルテル参加者の市場占拠率が相当な大きさを持つことが要求されよう。もっとも、市場占拠率が比較的低い場合でも、カルテル参加事業者が有力な事業者であって、他の事業者の追従が予想されるような事情があれば共同行為の効果が市場全体に及ぶことから競争の実質的制限が認められる場合もあるとされている（郷原信郎「独占禁止法違反の立証に関する検討（中）公正取引497号（1992年）47頁）。

## 2 解釈上の諸問題

最後に、不当な取引制限罪の解釈におけるその他の問題点を検討することにしよう。

### (1) 既遂時期

本罪の既遂時期について、前掲石油カルテル事件最高裁判決は「事業者が他の事業者と共同して対価を協議・決定する等相互にその事業活動を拘束すべき合意をした場合において、右合意により、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争が実質的に制限されたものと認められるときは、独禁法89条1項1号の罪は直ちに既遂に達し、右決定された内容が各事業者によって実施に移されることや決定された実施時期が現実に到来することなどは、同罪の成立に必要でないとして合意時説の立場をとっており、この立場は業務用ストレッチフィルム事件東京高裁判決においても踏襲されている。そして、この立場を入札談合にも適用すれば、受注調整の基本合意の成立によって本罪は既遂に達することになろう。事実、シール談合事件や水道メーター事件の東京高裁判決はそのような見解を示している。

これに対しては、二つの立場から批判が提起されている。その第一は、本罪の保護法益を一般消費者の経済的利益と解する立場（神山・前掲書10頁、林幹人・現代の経済犯罪（1989年）50頁）あるいは競争制度の機能と解する立場（京藤・前掲論文116頁）から、協定の実施時以降でなければ既遂を認めるべきでないとする見解である。その第二は、値上げカルテルの場合でも、共同行為の参加者の市場占拠率は低いが他の事業者に影響を及ぼし、やがて時間の経過とともに有効競争を阻害するに至るような場合には合意時よりも後に既遂時期を認めるべきであり（川越憲治・独占禁止法〈全訂版〉（1995年）148頁、芝原・前掲法学教室168号120頁）、また、入札談合の場合も基本合意が「指名業者間の話し合いにより受注予定者を決定し、それ以外の業者は受注予定者の受注に協力すること」というような一般的・抽象的なものである場合には、基本合意自体では「相互拘束」といえず個別調整をまって初めて競争の実質的制限の結果をもたらす場合には、基本合意に基づく個別調整によって本罪は既遂に達するとする見解（芝原・前掲法学教室168号121頁）である。

第一の批判は、その前提である保護法益論の妥当性は別論として、最高裁判決のように自由競争経済秩序をもって本罪の保護法益とするかぎりは妥当しえないものである。これに対して、第二の批判は妥当であると思われる。なぜなら、最高裁判決自身「右合意により、……一定の取引分野における競争が実質的に制限されたものと認められるときは」既遂に達するとしているのであるから、本罪を抽象的危険犯と解するものではなく、合意のもつ競争制限的效果が十分でないときは、合意の成立をもって直ちに既遂に達するとはい

えないからである。前掲水道メーター事件東京高裁判決も合意時説をとるが、そこでは基本合意において決定された受注調整の方法が具体的であり、その後は入札の際にこれを実施に移せば足りたことを理由としており、実質的には同様の見解に立つものといえよう。

## (2) 罪質

本罪が状態犯か継続犯かの区別もその解釈にとって重要な意義を持つとあってよい。状態犯とは法益侵害の発生により犯罪は終了するが、法益侵害の状態が続くものをいい窃盗罪がその例とされている。継続犯とは法益侵害が継続している間は犯罪も継続して成立しているものをいい監禁罪がその例である。この区別は、共犯の成否に関係するほか、公訴時効、新法の適用の有無との関係でも重要性を持つ。

では、状態犯と継続犯の区別の理論的基準はどこに求められるべきであろうか。学説では、法益侵害の程度が侵害の開始時と同等に続いている場合を継続犯とし、監禁罪における自由の拘束の継続は拘束の開始と同じほどに苦痛であるから継続犯であるが、窃盗罪の場合は占有の奪取に比べると、その後その物を使用できないという状態は侵害性が少ないので状態犯であるとする見解も有力である（平野龍一・刑法総論・（1972年）132頁、この見地から本罪を継続犯と解する見解として、神山敏雄「最高裁の石油カルテル刑事事件判決の検討」経済法学会年報6号（1985年）45頁がある）。しかし、窃盗罪の場合、財物の奪取時とその後とで、その物を使用できないという法益侵害の程度が異なるとはいえないように思われる。そうだとすれば、この基準はそれほど明確なものではない。監禁罪が継続犯であるのは、やはり、構成要件に該当する実行行為が継続して行われているからと解すべきであろう（林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学24巻3・4号1頁以下、町野朔・刑法総論講義案・（第2版）（1995年）148頁、佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号（1994年）17頁）。

このような基準からみた場合、価格値上げカルテルのような類型は、その継続犯性を認めることも可能であるように思われる。なぜなら、すでに述べたように、カルテルの締結という相互拘束行為のみでなく、その遂行行為にも実行行為性を認めうるという本稿の立場からは、値上げを実施に移す行為も本罪に該当する実行行為であり、さらにこの値上げされた価格での販売活動を日々継続することも本罪の構成要件に該当するといえるからである。このような理解を前提とすれば、販売を継続している間犯罪は継続して成立していることになるから、公訴時効は進行しないし、この間にその事実を知るに至ったが中止さ

せなかった会社の上司も本罪の共犯たりうることになる。ただ、この理解の問題点は、犯罪の終了時が必ずしも明確でない点にあるが、原則として値上げカルテルが破棄される時点までは継続犯と解することができる。

これに対して、入札談合のような類型について継続犯性を認めることには問題があるように思われる。基本合意に基づく個別調整行為を別個独立の実行行為と解するとしても、その実行行為が日々継続しているとは言い難いからである。水道メーター事件東京高裁判決は、相互拘束行為により競争が実質的に制限されているという結果が消滅するまでは本罪が継続して成立するという立場をとっているが、それは、法益侵害の状態が継続しているにすぎないともいいうるのであって、すでに述べた構成要件に該当する実行行為の継続をもって継続犯の基準とする立場からは理論的に正当化することが困難であるように思われる。このように入札談合については、その継続犯性を否定しても、基本合意に基づく個別調整行為に実行行為性を認めるならば、犯罪関与者の範囲は狭くなるかもしれないが、公訴時効により告発・起訴ができなくなるという事態は生じないといってよいであろう。

# 「刑法の場所的適用範囲」論再考

山 口 厚

# 目 次

- I 問題の所在
- II [国内犯] の判断基準としての「遍在説」
  - a 遍在説
  - b 新たな学説の展開と問題点
- III 罰則の「場所的適用範囲」
- IV 補論：結果発生地の意味

## I 問題の所在

近年におけるインターネットの著しい普及は、国境を越えた情報流通を極めて容易にした。それに伴い、情報の授受により実行される犯罪も国境を越えて容易に行われるようになってきている。たとえば、わいせつな画像データは、インターネットを介して（外国のサーバー等にアクセスした上で）容易にダウンロードしうるから、パソコンのディスプレイ上でわいせつ画像を簡単に見ることができる。こうして、国境を越えて遂行される不法行為（これを、本稿では「越境犯罪」と呼ぶことがある）に対して、わが国の刑法を適用しうるかが、これまでに比してより一層問題とならざるをえないのである。しかも、情報の規制は国によってその基準が異なるために、ある国で犯罪とされている行為が他の国ではそうでないという事態が生じ、問題をより一層複雑にしている(1)。

現在わが国では、インターネットに接続したサーバーにわいせつ画像データを記憶・蔵置させ、インターネット利用者にアクセスさせる行為がとくに問題となっている。そうした事案については、下級審裁判例において、わいせつ図画公然陳列罪の成立が肯定されているが、ここでは、外国のサーバーにわいせつ画像データを日本国内からアップロードし、日本国内のインターネット利用者にアクセスさせる行為についてもわが国の刑法の適用があるかが問題となるのである。この点に関し、山形地判平成10年3月20日（公刊物未登載）は、わが国の刑法の適用を肯定し、わいせつ図画公然陳列罪の成立を肯定していたが、大阪地判平成11年2月23日（公刊物未登載）は、より詳しく、その理由を次のように判示している。|本件においては、被告人は、日本国から日本国外のサーバーコンピューターのディスプレイ内にわいせつな画像データを記憶・蔵置し、インターネットを介して右データをして日本におけるネットワークと連結させ、直ちに日本国内から再生閲覧できる状況に置いたのみならず、これを宣伝し、被告人が設営していた会員制度により、具体的に日本国内において不特定多数人が容易に右データを再生閲覧できるよう取り計らっていたのであるから、被告人は、日本国内に向けて日本国外に設置されたわいせつ図画を公然陳列したものということができる。|「また、わいせつ図画の陳列行為は閲覧可能状態になった時点で既遂に達しうるものの、閲覧可能状態になった後も犯罪は継続しているのであって、結局、被告人は、その会員制度を運営して現実に日本国内において不特定多数人にわ

いせつ凶画を再生閲覧させるに至っているのであるから、この点においても、本件においては、刑法175条前段が定める陳列行為があったものと認めて差し支えがない。」「刑法1条1項にいう『日本国内において罪を犯した』場合とは、犯罪構成事実の全部が日本国内で実現した場合に限られず、その一部が日本国内で実現した場合も含むと解される。」「本件においては、日本国内において、わいせつな画像データのアップロード行為、すなわち、わいせつ凶画の設置行為について実行の着手があり、また、右画像を不特定多数人に閲覧させるための会員設営行為も日本国内からなされ、現実に日本国内において不特定多数人が右データを再生閲覧しているのであるから、犯罪構成事実の重要部分が日本国内において実現しており、刑法1条1項に規定する国内犯に該当するといえることができる。」(2)

ここでは、ある行為が国内犯であるか否かを定める「犯罪地」の画定基準に関する通説的見解、すなわち構成要件該当事実の一部が日本国内において発生していれば、それは刑法1条1項に規定する国内犯であり、わが国の刑法の適用があるとする考え方（「遍在説」）が採用ないし前提とされているといえることができる。

こうした見解を適用することで問題はすべて解決されるのか、そうした理解はむしろさまざまな問題を生じさせるのではないか、もしそうであるならば一体どのような解決を与えることがよいのか、というのが本稿において検討しようとする課題である(3)。

## II 「国内犯」の判断基準としての「遍在説」

### a 遍在説

すでに触れたように、わが国の通説的見解は、構成要件該当事実の一部が国内で行われれば、国内犯であり、わが国の刑法を適用して処罰することが可能である、とする立場を採用している(4)。この見解は、「犯罪地」は構成要件該当事実のいずれにおいても存在するという意味で「遍在説」と呼ばれることがあり、本稿においてもこの名称を採用することとする。

この遍在説は、行為地、中間的結果発生地、結果発生地のいずれかが国内に存在すれば、国内犯であり、わが国の刑法の適用が可能となるという意味で、刑法の適用を確保するという見地からすると便宜な見解であり、また理論的には、構成要件概念の一般的受容と共に幅広い支持を受けるようになってきたといえることができる。しかし、この見解に

は、その適用上問題があることも指摘されてきた。それは、この見解を共犯の事例に適用した場合の帰結、とくに国外においては不可罰とされている、国外で行われた正犯行為に対する国内での共犯行為に遍在説を適用した場合の帰結の妥当性である。つまり、共犯の構成要件該当事実は、正犯による構成要件実現に対する関与、すなわち「共犯行為+正犯行為+正犯結果」からなるところ、遍在説によれば、共犯構成要件該当事実の一部である共犯行為が国内で行われていれば、それは国内犯である。たとえ正犯自体は国外犯で、しかも正犯の犯罪地法には処罰規定がなく、また国外犯処罰規定もないために、正犯自体が全く不可罰であるとしても、共犯は国内犯であり、処罰可能とされることになるのであるが、それが妥当かが問題とされている。たとえば、海外の公営賭博に参加するためのツアーの斡旋が賭博幫助として可罰的かが問題とされているが<sup>(5)</sup>、そこではその可罰性を肯定することには結論として疑問が呈されているのである。しかし、遍在説を前提としながら、可罰性を否定する根拠は必ずしも明らかではない<sup>(6)</sup>。そのほか、関連して、外国で（適法に）販売されている宝くじの購入の取り次ぎ行為の富くじ発売取次・授受としての可罰性なども問題とされている<sup>(7)</sup>。

実は、そもそも、遍在説の形式的適用に問題があることは明らかである。たとえば、アメリカへ出かけていく友人に「アメリカでは自動車は道路の右側部分を通行しなくてはならない」と親切に注意喚起をし、そのために、その友人は、アメリカで間違えることなく、道路の右側部分を通行したという場合に、親切な助言者をわが国の道路交通法違反（通行区分の違反）の教唆・幫助で処罰するなどということがナンセンスであることはいうまでもない。ここにおいて、遍在説には解決されなくてはならない問題点が存在することが明白である。

## b 新たな学説の展開と問題点

共犯事例に対する遍在説の適用、とくに国外で不可罰とされている正犯行為に対する国内での共犯行為が国内犯として処罰されることになるという結論に対しては、すでに、可罰的でない正犯行為に対する共犯の可罰性を肯定する点において共犯従属性と矛盾するのではないかという疑問が出されてきた。しかし、遍在説においては、内国刑法の評価として国外の正犯行為について構成要件該当性・違法性が肯定しうれば、それに対する共犯の成立は可能であり、実際に正犯が可罰的か否かは問題とならないことからすれば、共犯を

国内犯として可罰的とする帰結と共犯従属性との間に矛盾があるわけではない。あくまでも、問題は遍在説自体にあるのである(8)。

こうした状況において、従来当然視されてきた遍在説の妥当性自体を問題視して、根本的に再検討しようとする注目すべき試みが行われている。その見解は、国内犯か国外犯かを定める基準となる「犯罪地」の決定という問題は、何を国内刑法によって処罰すべきかという問題であり、何らかの価値判断を伴わずに解決することはできない性格のものであるという認識から出発する。現に、犯罪地の決定基準に関する「行為説」は、行為者は責任を根拠に処罰されるから責任を認めうる行為地が犯罪地であるとし、「結果説」は、刑法の任務は法益保護にあるから守られるべき法益の侵害結果発生地が犯罪地であるとする立場に立つものである。しかし、これに対して、構成要件該当事実の一部でも発生した場所が犯罪地であるとする「遍在説」にはそうした価値判断ないし主張が認められない。その見解にはさしたる「理論的根拠」がなく、またそれは妥当な結論を保障しうるものでもない。こう遍在説を批判して、この見解は、刑法の任務を法益保護する立場から「結果説」が採られるべきだとするのである(9)。

この見解は、刑法の任務という見地から、問題を根本的に再検討しようとする、理論的に徹底したものであり、注目される。しかし、犯罪は、構成要件該当事実全体によって成立するのであり、行為だけが犯罪ではなく、また結果だけが犯罪であるわけではない。この意味で、犯罪は行為から構成要件的结果発生にいたる場所的・時間的広がりをもって犯されるのである。こうした認識に立つと、構成要件該当事実の中から「犯罪地」の決定基準を一元的に選び出そうとすることは、決して論理必然的なことではないし、またそうしなければならない「理論的根拠」も明らかではない。むしろ、こうした認識を前提にすれば、犯罪を構成する構成要件該当事実全体が国内で発生した場合が国内犯であると解するか、「構成要件要素の同価値性」により、その一部でも発生すれば国内犯であると解するかが問題となるのである。前者の立場によれば、各国がそうした(この立場からは妥当な)態度を採れば、越境犯罪はいずれの国内犯でもないことになってしまい、實際上不都合である。そこで、現実的な処罰の必要上、後者の立場を採り、構成要件該当事実の一部でも国内で発生すれば国内犯であるとする遍在説が主張されることになるのである。こうして、遍在説は確かに便宜的な考え方であるともいいうるが、決して何らの根拠ないし合理性を欠く見解ではなく、それ自体としては十分に維持しうるものだと思われる。

これに対し、犯罪地の決定に際し、刑法の任務を考慮した一元的基準を採用して、たとえば先に示した見解が採用するように、刑法の任務を法益保護とする理解から「結果説」に立つ場合には、国内で行為（単独犯の「実行行為」または共犯行為）を行い、構成要件的结果（単独犯の構成要件的结果または正犯行為・結果）が国外で発生したときには国内犯ではなく国外犯となる。したがって、これを不可罰にすべきでないとすれば国外犯処罰規定を置くべきことになるのである。たしかに「国民の国外犯」を定める刑法3条にはかなり広範な規定が置かれているが、そこから漏れるものは存在するし、刑法2条が規定する「すべての者の国外犯」の範囲は相当限定されている。結論の不都合性を回避するためには、このあたりの規定の手直しが立法論的に必要になろう。たとえば、この見解によれば、外国での外国人による殺人を国内で幫助した者は不可罰となる。結果説を採用して、あとは結果発生地国への犯罪人引き渡しの問題として処理すればすむのかどうか、この点に関する再検討が要請されると思われるのである。こうして、右のような見解は、立法論としては十分に支持しうるものであると思われるが、やはりそれは立法論として、国外犯処罰規定に関する提案と併せて主張されるべきものであり、従来通説の見解をあまりにドラスティックに変更するもので、解釈論としては適当でないように思われる。

こうした解釈論的な妥当性を考慮してか、結果説が基本的には正しいとしながらも、国外犯の処罰に正当な理由がある場合には、結果が国外で発生した場合においても、国内で行われた行為に日本の刑法を適用して処罰することも認められるべきであり、刑法1条はこの趣旨に理解されるべきであるという注目すべき見解が主張されている。この見解は、国外で結果を発生させた行為が国内で行われたときであっても、国外犯の処罰を肯定すべき理由（ここでは、代理処罰の要請と国家自己保護の要請が考えられている）がないときには国内犯として処罰することはできないという注目すべき帰結をそこから導いているのである<sup>(10)</sup>。こうした解釈は、確かに、国外の行為地法によれば不可罰である行為に対する国内で行われた共犯を、国家自己保護の要請が働かない場合には、代理処罰の要請が存在しないとして、不可罰とすることを可能とする点において注目される内容を備えている。しかし、こうした見解を刑法1条の解釈として採用しうるかは別問題である。そもそも、そこには国内犯と国外犯の観念の区別を相対化する考え方が含まれているが、現行刑法は国内犯と国外犯の観念を区別しており、国家自己保護の要請は、国内犯処罰という形ではなく、刑法2条という国外犯処罰規定を置くことによって処理されているし、代理処

罰の要請から導かれる行為地法による可罰性の要件についても、国外犯処罰の要件としてならともかく、国内犯としながらそうした要件を課するのは国内犯という概念自体に矛盾するのではないかとも思われる。同じ国内犯なのに、すべてが国内で発生した場合と、結果が国外で発生した場合とで、処罰の要件に差を設けることはできないであろう。また、こうした差を否定する場合には、外国で処罰されていない行為は国内ではおよそ処罰できないことにもなりかねない。つまり、右の主張は、立法論としてはともかく、解釈論としては採用しがたいと思われるのである。

### III 罰則の「場所的適用範囲」

こうして、立法論としてはともかく、解釈論としては、遍在説を採用し、適用上の不都合を回避するために、それに限定を加えるという方策を採ることが望ましいように思われる。

遍在説を前提とし、あくまでも内国刑法の適用だけが問題であるとしても、当該の刑罰法規の適用範囲が立法目的上国内に限定される場合には、国外で行われた行為について、そもそも構成要件該当性が認められず、それに対する国内からの共犯の成立は否定される。行政取締罰則は、日本国内の事項を規律するために制定された行政法規の実効性を担保するためのものだから、こうした観点から、その適用範囲は日本国内に限定され、国外での行為に適用されることはないと考えられる。先に示した、アメリカの交通法規にしたがった自動車運転をするように日本国内で助言する行為について、道路交通法違反の教唆・幫助が成立しないのはこの理由によるのである<sup>(11)</sup>。

当該の構成要件が内国の法益のみを保護するものか、外国の法益をも保護するものかを問題とする見解も、全く同様の見地に立ち、右のことを犯罪論上の概念で説明するものに他ならない。刑法175条後段のわいせつ物の販売目的所持罪に関し、日本国外で販売する目的である場合は含まれないとした判例<sup>(12)</sup>は、刑法175条は「わが国における健全な性風俗を維持するため」のもので、外国の性風俗は保護法益には含まれないと解釈したものである。したがって、国外でのわいせつ物販売行為を日本国内から教唆・幫助した場合、日本国内から外国にわいせつ物を販売した場合のいずれについても、可罰性は否定されることになる。ここでは、あくまでも、当該の具体的な構成要件の解釈により、保護法益が

内国法益に限られるか否かが検討されなければならない。その際には、人の生命・身体といった世界共通に保護価値が承認されている個人的法益の場合とは異なり、社会的法益を保護する犯罪、国家的法益を保護する犯罪についてはとくに慎重な検討が必要である。

すなわち、どこで人が殺されても、日本刑法の評価として、殺人は殺人であるが、77条の内乱罪の規定が保護するのは日本国の法益に限られようし、81条、82条の外患誘致罪、外患援助罪においては、「日本国に対して武力を行使させた」ことが要件とされているから、保護の対象となるのは日本国の法益に限定されることは条文上も明らかである。また、収賄罪等の「公務員」を構成要件要素とする犯罪においても、それを定義する刑法7条1項にいう「国又は地方公共団体」は日本のそれを指し、「法令」は日本のそれを意味することは当然のことと思われるから、保護されるのは日本の法益に限られることになるのである。こうして「国内犯」の概念自体の操作・限定としてではなく、構成要件の適用範囲の限定として、越境犯罪についての可罰性の限定は可能であると思われる。「国内犯」の解釈により解決を図るのが一般的なアプローチであるとするれば、構成要件の適用範囲を問題とするのは個別的なアプローチであるといえる。

さらに問題となるのは、国により規制が異なる社会的法益に対する罪の保護範囲である。こうした社会的法益に対する罪においては、当該の社会との結びつき、社会における評価が重要な意味を有するから、適用される刑罰法規は制定されている国にその適用範囲が限定され、その社会の法益に保護範囲が限られると理解することにはかなりの理由があると思われる。また、かならずしもそうはいえないとしても、当該国家・社会において許容されている行為については、内国刑法により保護される法益の侵害自体が、当該の行為地においては事実上発生しないと考えることも不可能ではない。わいせつに関する罪などにおいては、かりにその保護範囲は国外に及ぶと考えたとしても、当該地域の社会通念により、(内国刑法が問題としている当該地域における)法益侵害が発生しないと考えることもできよう。こうしたことは、窃盗罪の規定は、国外の法益をも保護するものと考えても、私有財産制が全く存在しない国家・社会では、所有権という制度が存在しないから法益侵害が発生しようがなく、構成要件該当性が認められないのと同じであり、実は社会的法益に対する罪に限られたことではないのである。

さらに、構成要件によっては、その処罰範囲が法令等による許容等の規範的要素により限定されており、そして一般的に規定されたその限定要件の具体的内容はさまざまに充足

しうるものである場合には、国外の行為地において許容されているという事情が、国内において許容されている場合と同様に、構成要件該当性を失わせる考えることができると思われる（つまり、国内にせよ、国外にせよ、「公的に許容されていること」が構成要件該当性を失わせ、あるいは違法性を阻却する場合である）。現実の問題となった、賭博罪、富くじ罪などについては、こうして国外で公認された形で行われる限り、構成要件の範囲外であるとして可罰性を否定することが可能である。すなわち、これらの犯罪においては、構成要件に一応該当しうる行為であっても、「許容されること」により構成要件の範囲から除外されているが、外国において一定の要件の下に許容されていることも、日本国内における法令等による許容と同様、その除外事由に当たり、国外の行為地で許可を得て行われるものである限り<sup>(13)</sup>、当該行為は構成要件に該当しないとして、可罰性を否定することができるのである。

こうして、構成要件の適用範囲を考える場合に、関連して、故意の問題に触れておくことにしたい。現在の一般的な見解は、刑法の場所的適用範囲に関する規定は、構成要件の内容をなすものでないから、故意の要件としての認識対象に含まれないと考えている。ここには、若干区別されるべき問題がある。刑法の場所的適用範囲に関する規定が認識される必要がないことは、故意の理解として厳格故意説を採り、しかも法規違反の認識を要求するという、刑法38条3項と相容れず採用しえない見解を採るのでもない限り当然のことである。問題は、結果発生地などの刑法の場所的適用範囲を基礎づける「構成要件該当事実」が、故意の認識対象である「重要な構成要件該当事実」として、その認識が要求されるか、である。結論からいうと、これは必要であると思われる。なぜならば、それは構成要件の範囲にかかわる事実であり、したがって当然故意の認識対象となるからである。構成要件の適用範囲外の実事の認識しかない場合には、立法者が処罰の対象外に置いた事実の認識しか行為者にはないのだから、罪刑法定主義の要請の主観面への反映として、故意は否認され、故意犯の成立は否定されなければならないのである。

以上の検討結果をまとめると、以下のようになる。越境犯罪に対する刑法の国内犯としての適用を考える場合には、国内で行われ、国外で結果が発生する離隔犯の場合と国外で行われる正犯に対する国内での共犯とは問題が同じである。前者においては、構成要件的结果が、後者においては正犯構成要件該当事実が、それぞれ離隔犯・共犯の罪責を基礎づけるものであり、それが国外で発生しているからである。これらに対する国内犯としての

内国刑法の適用の有無は、構成要件の適用範囲の問題として、遍在説の適用以前に解決されなければならない。その場合には、まず、①当該構成要件が国内の法益のみを保護し、外国の法益は保護しない場合には、外国で結果が発生し、正犯構成要件が実現するよう見えても、構成要件該当性は認められない。また、②当該構成要件が外国の法益を保護する場合であっても、当該結果発生地、正犯構成要件実現地の事情により、法益侵害が発生しない場合があり、そのときにはやはり構成要件該当性が認められない。この中には、侵害の対象となる利益自体が存在しない場合と、存在する利益が当該行為によっては侵害されない場合とがあろう。最後に、③構成要件の範囲を画する規範的要件が行為地の事情により充足されることが予定されている場合には、それにより、構成要件該当性が否定されることがある。こうして、遍在説の適用以前に、妥当でない内国刑法の適用は排除され、具体的に不当な帰結は回避しうるのである。

#### IV 補論：結果発生地の意義

通説的な遍在説を採るか、最近主張されている結果説を採るかにかかわらず、国内においてわが国の法益の侵害結果が発生する場合には国内犯であり、わが国の刑法の適用が可能である。問題は、外形的な行為自体は国外でのみ行われているが、なおわが国の法益に対する侵害・危険結果が国内で発生したとどういうかにある。

本稿の最後に、冒頭に掲げた外国のサーバーにわいせつ画像データをアップロードし、日本国内からアクセスさせる事例を素材として、若干の検討を行っておくこととしたい。問題は、こうした態様でのわいせつ画像データの蔵置がわいせつ凶画公然陳列罪になりうるとして<sup>(14)</sup>、「公然陳列」の結果が日本国内で発生しているかである。わいせつ凶画公然陳列罪の保護法益はわが国国内におけるものに限定されるから、公然陳列行為が国内で行われたというだけでは、国内犯に当たるとすることはできないからである。すなわち、もっぱら国外のインターネット利用者に再生閲覧させるだけであれば、わいせつ画像データのアップロード行為が国内で行われたとしても、それに対してはわいせつ凶画公然陳列罪の適用はないのである。

一つの見解は、公然陳列を再生閲覧と理解するものである。この場合には、日本国内からサーバーにアクセスして、わいせつ画像データを再生閲覧した段階で陳列が成立するこ

とになり、それはまさに日本国内で発生していることになる。しかし、通常は、陳列の内容としてもそこまでが要求されることはないのである。たとえば、わいせつ映画を上演する場合に、観客が全員最初から最後まで寝入っていて誰も映画を見ていなくとも、公然陳列となると解さざるをえないからである。そこで、現実に再生可能な段階（サーバーにアクセスしてわいせつ画像データをダウンロードし、画像を再生しうる段階）<sup>(15)</sup>あるいはダウンロード可能な段階で、具体的な再生閲覧可能な状態が設定されたとして公然陳列を肯定することが考えられることになる。前者であれば、まさしくその状態は日本国内で生じているし、後者であっても、日本からアクセス可能であれば、再生閲覧可能な状態は日本国内で生じているといえよう。こうした解釈は十分に可能であると思われる。なお、これは、国内で「公然陳列」という構成要件の結果が生じていることを国内犯であるとする根拠とするものであり、その点で、公務員が国外で収賄した場合に、「収賄」という構成要件の結果が国外で生じているために、公務の公正さに対する実質的侵害が国内で生じているといえるにもかかわらず、それが国外犯とされることと矛盾<sup>(16)</sup>するものではないのである。

[注]

- (1) 山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリスト1117号(1997年)75頁以下参照。
- (2) 同様に、外国のサーバーにわいせつ画像データを記憶・蔵置させ、日本国内からアクセスさせた事案についてわいせつ凶画公然陳列罪の成立を肯定したものとして、大阪地判平成11年3月19日公刊物未登載、東京地判平成11年3月29日公刊物未登載がある。これらの裁判例については、関西大学の園田寿教授のホームページ (<http://w3.scan.or.jp/sonoda/>) で見ることができる。
- (3) 本稿のテーマについては、関連して、ドイツ法に言及したものとして、山口厚「越境犯罪に対する刑法の適用」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』(1998年)409頁以下がある。
- (4) 小野清一郎『犯罪の時及び所』(1923年)96頁、団藤重光『刑法綱要総論』[第3版](1990年)87頁注(6)、平野龍一『刑法総論II』(1975年)739頁、森下忠「国際刑法」日本刑法学会編『刑法講座 1 犯罪一般と刑罰』(1963年)79頁、大谷實『刑法講義総論』[第4版補訂版](1996年)86頁、芝原邦爾「国際犯罪と刑法」中山研一ほか編『現代刑法講座 第5巻 現代社会と犯罪』(1982年)322頁など多数。
- (5) 松浦恂「外国における犯罪と刑法の適用」法律のひろば32巻11号(1979年)38頁以下参照。
- (6) 違法性阻却を肯定することにより、可罰性を否定しようとするものとして、古田佑紀「国外犯と共犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第1巻 基礎理論・刑罰論』(1992年)86頁、浦田啓一「インターネットを利用したわいせつ画像の提供につき、わいせつ凶画公然陳列罪の成立を認めた事例」警察公論51巻11号(1996年)126頁など。浦田・同上は、具体的事情によっては、違法性が肯定されることを承認するが、どのような場合にそれが認められるかは、違法性阻却の根拠が不明である限り明らかにならない。
- (7) 亀山継夫「国外犯 外国の宝くじ」判例タイムズ443号(1981年)40頁以下参照。
- (8) この事情については、山口・前掲注(3)414頁以下参照。
- (9) 辰井聡子「犯罪地の決定について」上智法学論集41巻2号(1997年)69頁以下、3号(1998年)245頁以下参照。
- (10) 町野朔『刑法総論講義案I』[第2版](1995年)97頁以下(修正された普遍主義)。
- (11) こうした結論は、結果説を採用した場合と同じである。見方を変えれば、結果説は一般的に罰則の適用領域を国内に限定するものであるといえる。
- (12) 最判昭和52年12月22日刑集31巻7号1176頁。わいせつ物犯罪の国際性という見地から、こうした「限定解釈」に反対するものとして、亀山継夫「外国で販売する目的でのわいせつ物所持」研修355号(1978年)72頁以下。
- (13) 国内から行為する場合は、別論である。
- (14) 山口厚「情報通信ネットワークと刑法」『岩波講座現代の法 6 現代社会と刑事法』(1998年)106頁以下参照。
- (15) 山中敬一「インターネットとわいせつ罪」高橋和之・松井茂記編『インターネットと法』(1999年)82、85頁は、ディスプレイ上で表示された場合に「陳列」を肯定する。
- (16) 西田典之『刑法各論』(1999年)373頁参照。

[※追記 校正の段階で、堀内捷三「国際協調主義と刑法の適用」研修614号（1999年）3頁以下に接した。]

# 出資法の諸問題

京 藤 哲 久

# 目 次

- I はじめに
- II 出資法・預り金の規制
  - (1) 出資金の規制について
  - (2) 預り金の規制について
  - (3) 出資金と預り金の違い
  - (4) 出資金、預り金と借入金
  - (5) 出資法2条の law in action
- III 浮貸し等の規制
  - (1) 浮貸し等の罪の成立要件
  - (2) 社会的機能の変化
  - (3) 立法目的及び規制根拠
  - (4) 判例
  - (5) 浮貸し等の罪の再検討

## I はじめに

規制緩和を基調とする金融ビッグバンが進行するなかで、今日、金融制度の見直しが急ピッチで進んでいる。そのなかで、「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律」(以下、出資法)もまた、見直しを求められている。出資法の規制対象は、大別して、三つある。すなわち、出資金・預り金に対する規制、浮貸し等に対する規制、及び、高金利の規制である。既に、「金融業務と刑事法」(有斐閣)において、三番目の高金利の規制について検討を加えたので、ここでは、一番目の出資金・預り金の規制と二番目の浮貸し等の規制について検討を加えたい。

出資金・預り金に対する規制は、他に有効な規制手段がないこともあり、規制のしすぎである、統制的であるという批判を受けることがあるとしても、悪徳商法による現実の被害を未然に防止することに役立っている。従って、立法論的には、金融ビッグバンと調和するように出資金・預り金に対する規制を緩和しながら、かつ、出資法が担ってきた悪徳商法の未然防止という役割が失われることがないという、いささかアクロバットのな制度改革が求められている。

浮貸し等に対する規制もまた、サイドビジネスの禁止という直感的にはわかりやすい表現により、その処罰根拠のあいまいさが隠されているが、今日、企業の資金調達手段が多様化し、直接金融(市場型間接金融)による資金調達が比重を増ってきているという金融像の変化のなかで、再検討を迫られている。

## II 出資金・預り金の規制

出資法の出資金規制(1条)、預り金規制(2条)は、より大きな制度の一部である。

出資法の出資金規制のほうは、出資を求めるに際しての誇大広告を規制しているという意味で、一部、証券規制の補完的な役割を果たしている(証券取引法170、171条)。それだけでなく、出資法の出資金規制は、詐欺罪の補完的な規定としての役割をも果たしている。出資法8条2項は、詐欺罪と競合する場合を念頭に置いた規定である。

また、出資法2条の預り金規制のほうは、銀行法を補完する役割を果たしている。銀行

法の無免許営業の罪は営利目的を有しない（立証できない）場合には成立しない。しかし、この場合でも、「営業」でなく「業」を対象としている出資法の預り金禁止の罪は成立する。

出資法2条の預り金規制は、文言上は、その適用範囲が広範であり、その広範さのゆえに、今日、種々の問題を抱えている。例えば、会員制のクラブなどには入会時に保証金等の名目で金銭の預託を受け、一定期間経過後あるいは退会時に預託された金銭を返還するという仕組みをもつものがある。これなどは、出資法2条に関する今日の判例の解釈に従うなら、これが「不特定多数の者」から「業」として「預り金」をすることにあたりうるが(1)、しかし、これらに出資法2条が適用されているわけではない。すなわち、預り金にあたると考えられる場合であっても、そのすべてが出資法2条違反として問題になっているわけではなく、出資法の文言と出資法の実際の適用（law in action）との間にはかなり大きなずれが認められる。

経済環境が大きく変化している今日でも、出資法1、2条、とくに2条が適用される事案は少なくない。近年の、オレンジ共済事件、KKC（経済革命倶楽部）事件、和牛預託商法事件の処理に見られるように、出資金の名目であれ、預り金の名目であれ、甘い宣伝文句で金銭を受け入れておいて、受け入れた金銭が返還できそうにないため広い範囲で大きな被害の発生が予想されると、最終的には詐欺罪による立件が念頭におかれている場合でも、まず、出資法違反の容疑で捜査が行われる。事案の性格に応じて、出資法違反で起訴されることもあるし、詐欺罪で起訴されることもある。このように、出資法1、2条は不正金融事犯から一般の人々の財産を保護する規定として、今日も一定の役割を果たしている。

出資法違反の実態に目を向けるなら、出資法制定当時は、資金不足を背景にして、株主相互金融などの出資法違反行為が多かったが、今日では、資金が多すぎて、その反面、経済は低成長を強いられていることから、有利な運用先が見つからないという事情を背景にして、高利回りを餌とした出資法違反事件が多くなっている。また、恒常的な資金余剰が基調にありながら経済は低成長で、人々は、どうしても、老後の生活に不安を抱かざるをえない。そのため、人々は、否が応でも自己の資産をいかに増やすかということにかなり切実な関心をよせざるをえなくなっている。それゆえに、有利な資産の運用といううまい話は、まるで磁石のように加害者と被害者を吸い寄せ、被害が拡大し、深刻化している。

近年、出資法は、広範囲の経済行為を規制しているだけに、経済活動を不当に規制しているのではないかという疑問が、とりわけ、規制緩和という観点から、出されるようになってきている<sup>(2)</sup>。その主張にはそれなりの根拠があるだろうが、しかし同時に、今後は、これまで被害に遭っていなかった者が、規制が緩められることにより、被害にあう危険が増大することも否定できない。従来、出資法が不必要な部分にまで規制を及ぼし過ぎてきたとするなら、経済活動の透明性を要求される今後は、出資法の規制対象は規制の必要なものに十分に絞り込まれる必要があるが、しかし同時に、庶民、消費者の被害を防止するという点で、出資法の規制対象は、十分に拡大される必要があるだろう<sup>(3)</sup>。

### (1) 出資金の規制について

出資法1条は、出資金の受入れについて、次のように規定している。

「何人も、不特定且つ多数の者に対し、後日出資の払いもどしとして出資金の全額若しくはこれをこえる金額に相当する金銭を支払うべき旨を明示し、又は暗黙のうちに示して、出資金の受入をしてはならない。」

この規定により、出資金が必ず戻る等の誇大広告的な方法を用いて出資金を受け入れることが禁止され、更に、8条1項2号で、この脱法行為も禁止され、出資法は、これらに違反した者を、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処している（8条1項）。さらに、9条には両罰規定があり、法人等には、本条の罰金刑が科される。また、刑法に正条ある場合にはこの規定が適用されないこととなっているから、詐欺罪にあたる場合には、詐欺罪が適用され、1条の罪及び8条1項2号の罪の適用が排除される（8条2項）。

出資という行為は、株主になるのであれ、組合、匿名組合をつくるのであれ、その他の方法によるのであれ、日常的に行われている経済活動であって、これを広く（刑）法的規制の対象とすることは経済活動をいたずらに萎縮させることになるから、適当でない。現行法が、出資を募ることを問題としているのではなく、出資の際の誇大広告的方法による出資金の受入れという限られた行為を問題としているのは、当然のことである。また、不特定且つ多数の者に対して、出資金の全額若しくはこれを越える金銭を支払うことを明示して又は暗黙のうちに示して受け入れることは、出資の性格上ありえないことを保証するものである<sup>(4)</sup>。従って、これを規制しても出資行為を不当に制約するということにはならないだろう。出資行為には、本来、出資した部分が必ず戻ってくるという元本保証のよ

うなものはいないから、出資の性質をよく承知しているはずの者がこのような文句に釣られて出資するということはいないのが原則であるだろう。よほど例外的な場合でなければ、元本保証があるという欺罔行為により「元本保証」のある「出資」であるという錯誤に陥ったとはいえないであろうから、むしろ、1条にあたる事案では詐欺罪が成立しないのが原則である。この意味で、出資法1条の規定はかなりパターンリスティックな規定であり、同様の規定は、証券取引法170、171条（罰則は200条7号で、6月以下の懲役、若しくは50万円以下の罰金、又は、その併科）にも置かれている<sup>(5)</sup>。

ところで、実務は、この1条の規定をあまり活用してこなかった。すなわち、実務は、元本保証をした金銭の受入れ行為を元本保証をした出資勧誘行為として1条違反で処理してきたのではなく、むしろ元本保証をした金銭の受入れ行為は預り金にあたるとして2条違反で処理してきた<sup>(6)</sup>。そして、このような運用は学説によっても肯定的に評価されている<sup>(7)</sup>。このような解釈には問題がないわけではないが、判例は、基本的には、元本保証をしていたか否かという点で出資金と預り金とを区別してきたのである<sup>(8)</sup>。元本保証をすれば預り金であるという判例のような解釈をとれば、元本保証をする出資の募集を禁止している1条が適用されなくなるのは、自明のことで、その通りの結果になっている。出資法は、1条については詐欺罪と競合することが多いので8条2項のような規定をおき、1条と詐欺罪と択一的な関係にあるものとして扱っているが、2条については、(業として預り金を行うような経済行為は、本来、免許等を通じての国の監督に服すべき性格の行為であるという考え方から)、銀行法を補充する性格をもつ取締規定という面のあることを重視して8条2項のような規定をおいていない。それにもかかわらず、2条にあたる事案について詐欺罪が認められることが多いのはこのような運用と関係している。

このような判例の解釈にはそれなりの理由があるし、現在のところ（出資法1、2条の改正が行われるのでない限り）、この判例の基準を改めなければならない積極的、消極的理由は存しないように思われる。

出資金規制について立法論的に見直す場合には、もう少し踏み込んで、詐欺罪の成立を認めることはむづかしいものの、出資法1条よりはより詐欺罪に近い行為をも規制対象に含めることは検討に値するだろう。例えば、事業がhigh riskであるのにこれをlow riskであると装って出資に際して出資者のリスク判断を誤らせる行為（出資の判断は総合的なものなので、詐欺罪の構成要件にあたることを証明することがむづかしい）や、場合によ

っては、出資者の投資リスクの判断過程を支配して誤った判断へと導く行為（事実に虚偽が含まれていないと詐欺罪は成立しないのが伝統的な考え方である）を規制対象に含めることも考えられるだろう。詐欺行為の防止のため（事実を偽っている場合）、また、投資市場における自己責任の原則を徹底するため（判断を支配した場合）、このような行為を規制することが重要になっていると思われる。

## （２）預り金の規制について

出資法２条は、預り金について、次のように規定している<sup>(9)</sup>。

１項は、「業として預り金をするにつき他の法律に特別の規定のある者を除く外、何人も業として預り金をしてはならない」と規定し、法律に特別の定めのある場合を除いて預り金をすることを一般的に禁止している。そして、２項で、この「預り金」について、「不特定且つ多数の者からの金銭の受入れであって、次に掲げるものをいう」として、「一 預金、貯金又は定期積金の受入れ」「二 社債、借入金その他何らの名義をもつてするを問わず、前号に掲げるものと同様の経済的性質を有するもの」と定義している。（３項は、1999年に削除された。）

この２条の規定により、法律に特別の定めのある銀行等をのぞき、何人も業として預り金をすることが一切禁止され、更に、８条１項２号で、この脱法行為も禁止され、出資法は、これらに違反した者を、３年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処している（８条１項）。さらに、９条には両罰規定があり、法人等には、本条の罰金刑が科される。

１条の場合と異なり、刑法に正条ある場合についての規定である８条２項は適用されない。ここからは、２条と詐欺罪とは観念的競合と解するべきであるのかもしれないが、１条にあたるような事案が実際には２条により処理されているという運用の現実を考えると、なお、疑問がある。

出資法２条の立法趣旨はどこにあるのだろうか。

この点について、リーディングケースである昭和36年４月26日の最高裁大法廷判決は、次のように述べている。

「預金の受入等の受信業務は、それが一般大衆を目的とするときは、その一般大衆から財貨を受託することになるのであるから極めて公共的色彩が強く、したがって、その契約

の履行には確乎たる保障がなければならぬとともに、その業務がひとたび破綻をきたすようなことがあれば、与信者たる一般大衆に不測の損害を及ぼすばかりでなく、ひいてはこれら大衆と取引関係に立つ者にまでつぎつぎに被害を拡大して、社会の信用制度と経済秩序を攪乱するおそれがあり、これを自由に放任することは、預金等を為さんとする一般大衆の地位を保護し、社会の信用制度と経済制度の維持と発展を図る上に適当でないので、既に銀行法等他の法律によつて、免許ないし認可を受けた金融機関等にのみ行わせ、それ以外の者がこれを営むことを禁止している」のである(10)。

すなわち、判例は、2条による預り金の禁止の趣旨を、一般大衆に不測の損害を与えるおそれがある点と、社会の信用制度と経済秩序を攪乱するおそれのある点との二点に求められている。これは、預り金の規制が、一方において、詐欺罪と重なりあって個人の財産を保護するものとして機能し、他方において、銀行法の補完的な規定として機能していることと、対応している。今後、金融業務の規制緩和がすすむなかで銀行法制が見直され、預り金の禁止規定の後者の機能の見直し（緩和）が必要になることもあるだろうが、しかし、このことは、預り金の禁止規定の前者の機能の見直し（緩和）につながるものではない。むしろ、金融制度の規制緩和のもとでは、行政による監督により反射的に保護される結果となっていた人々の資産が経済犯罪の被害に遭う危険も大きくなるだけに、刑罰法規による保護がいっそう必要になるだろう。

### (3) 出資金と預り金の違い

出資金と預り金とを、その性格に即して両者を区別するなら、出資においては自己責任の原則が要求されるのだから、両者は、自ら責任を引き受ける意思であったか否かという資金提供者の意思により区別されるものであろう(11)。出資に際しては、金銭の提供が当該事業に自分も加わる意思でなされるというのが建前であるからこそ、利益も損失も自らに帰属することを受入れるべきことになるのである。それゆえ金銭の提供者は、資金が増えるという結果だけでなく、資金の増え方、すなわち、事業内容にも関心を抱くことにもなる。出資金と預り金のこのような運用上の区別は、銀行のあり方や投資のあり方を考える際には重要な相違点であろう。

しかし、このことは、はじめから金銭をだまし取る目的で行われる詐欺やその周辺的行為による犯罪行為から金銭の提供者を保護する際には、加害者にとっても被害者にとって

も大きな意味をもつわけではない。それに、出資法が着目しているのは金銭の受入れ時点であり、その時点では、金銭の受け入れ行為であるという点で両者には共通性がある。また、出資行為については厳しい自己責任の原則が課されるものであるとしても、出資の意味をよく理解できないような人については、たとえ出資をした場合であっても自己責任を要求することが酷で不適當な場合のあることを完全には否定できない。そのような人々を対象とした勧誘は、仮にそれがかなり明確に出資の性質をもつ経済行為であるとしても、個別的には、適合性の原則の違反<sup>(12)</sup>や詐欺罪等が問題となり、一般的には（不特定かつ多数の者に対して行えば）、被害者が預り金と出資金の違いを十分に理解していないことをも考慮して、これを、より一般的な規制を行っている預り金規制により規制することも可能であろう。元本保証の有無に注目して区別する判例の見解はこうした点を重視して、預り金規制により広範に規制して行くこととしたものであり、そこには正しいものが含まれていると思われる。

出資金とは、事業を営むための資本として、金銭その他の財産・信用又は労務を法人又は組合に出捐する際の資金をいい、その事業の成否により、利益が分配されたり、責任を負う点で、預り金と異なっている<sup>(13)</sup>。

出資法1条は、出資行為をいたずらに制約することのないように、明らかに出資行為の基本的性格と両立しないような勧誘方法のみを禁止しているだけで、出資行為に伴う詐欺的行為の規制をほとんど断念している。既述のように、判例が2条の預り金規制により出資行為に伴う詐欺的行為の規制を行うことになっているのは、そのためである。

他方、預り金とは、①不特定且つ多数の者からの金銭の受入であって、次の（1）（2）のいずれかのものを意味する。すなわち、（1）預金、貯金又は定期積金の受入れ、または、（2）社債、借入金その他何らの名義をもってするを問わず、「預金、貯金又は定期積金の受入れ」と同様の経済的性質を有するものである（2条2項）。典型的なものは、消費寄託契約である。

消費寄託契約でなければ預り金にあたらないというわけではない。もっとも、預り金を消費寄託契約の一種と考えると、出資法の射程を限定する見解が主張されている<sup>(14)</sup>。なるほど、消費寄託契約は預り金にあたることまでは正しいだろうが、しかし、逆は必

ずしも真ならずであって、消費寄託契約でない預り金も考えられる。出資法2条2項が例示する定期積金の法律的性質は消費寄託契約ではないから、預り金には消費寄託契約でないものが含まれていることは、あきらかである。消費寄託契約は預り金にあたるが、預り金は消費寄託契約とは限らないと思われる。

形式的に考えても、預金等と同様の「経済的性質」を有する預り金の解釈は、「経済的性質」の具備のいかんにより決まるものであって、「法律的性質」によりきまるものではないであろう。実質的に考えても、消費寄託契約でなければ、あるいは（消費寄託契約だから）返済期の定めがなければ、預り金として規制できなくなるという結論は、適当でないと思われる。

預り金にあたるためには、預金等と同様の経済的性質を有するものであることが必要であるが、この意味を明らかにするためには、預金、貯金、定期積金がいかなる性格のものであるかを明らかにしておく必要がある。

預金とは、銀行を受寄者とする金銭消費寄託で、銀行が預金者から金銭を受け取ることにより成立する要物契約であり、また、貯金とは、預金の一種であり（従って、郵便局を受寄者とする金銭消費貸借）、一般大衆の小額の貯蓄を目的とすることから、貯金額に上限が設けられている（郵便貯金法10条）。また、定期積金とは、期限を定めて一定金額の給付（給付金）を行うことを約して、定期または一定の期間内に数回にわたり受け入れる金銭（掛金）である。掛金と給付金とは別個のもので、法律的には、元本の返還を約束したものではないが（従って、定期積金には元本・利息という観念がない）、実質的には、給付金は掛金の合計にその利息を加えたものになっており、その経済的性質は預金と同様である。

また、預金、貯金、定期積金という名称を用いていないとしても、預金、貯金、定期積金と「同様の経済的性質を有するもの」は、預り金にあたる。「借入金その他何らの名義をもつてするを問わ」ないことから、預り金か否かはその実質に従って判断されねばならない。これにあたるか否かが問題になるものとして、無尽の掛金と、特約付きの金銭信託がある。

無尽の掛金とは、一定の期間を定め、その中途又は満了の時ににおいて一定の金額の給付をすることを約して行う当該期間内における掛金の受入れである。その法律的性質は、給付時期が不確定であることを除けば定期積金と同じであるが、経済的には、元本の返還を

約束することもなく、給付額も元本に利息相当額を加えたものとは限らない点で異なるものとされている。旧貸金業取締法ではこれも預り金の一種として禁止されていたが、旧相互銀行法が無免許で掛金を受け入れる行為を禁止し、違反者を処罰していたので（現在は銀行法の定期積金「等」にあたり、みなし銀行業（3条）として、銀行法4条違反として処罰される（61条）、出資法で規制しなくともその規定でカバーできること、また他方、「営業」として行うのではなくたんに「業」として行うだけの無尽の掛金の受入れまで禁止すると、従来庶民の間で行われてきた無尽講まで禁止されることになり、それは適当でないと考えられたため、出資法による規制の対象外とされた<sup>(15)</sup>。その背景には、業として行われる無尽が社会的に受け入れられており、当罰性がないという判断がある。判例のなかには、無尽契約には返済期の定めがないことを重視して預り金にあたらぬとするものがあるが<sup>(16)</sup>、元本保証にあたるものがないという経済的性質を理由として預り金でないこととすることでよいと思われる。

特約付きの金銭信託はどうであろうか。信託はその損益が受益者に帰属するのが原則であるが、運用方法を特定しない金銭信託は、元本に損失を来した場合、又はあらかじめ一定した利益を得なかった場合、これを補填する特約を付すことが可能である。こうした特約がついている金銭信託の場合には、その性格は預金に類似することになり、経済的性質は預り金になると考えられており、法律に特別の定めがなければ、2条違反になる<sup>(17)</sup>。

これらの預金、貯金、定期積金、及び、これらと同様の性質を有するものは、出資法2条により、銀行法に基く普通銀行及び特別法によって認められた金融機関以外には認められず、それ以外の者が業として行う預金等の受入れは出資法2条に違反することとなる。出資法2条は、この意味では、銀行法等を補完するものとしての意義を有しているのである。

#### （4）出資金、預り金と借入金

出資金や預り金であれば出資法1、2条のどちらかの適用対象になるが、このいずれにもあたらないのが借入金である。預り金と借入金の区別は可能であるが、しかし、両者は排他的概念ではなく、交叉する概念として理解することが適当であろう<sup>(18)</sup>。

借入金は、貸し付けた金額と同額またはそれ以上の金額が戻ってくる性格のものである

から、借入金との区別が問題になるのは、このような性格において共通性が認められる預り金である。そして、名目上は借入金であるが実質的には預り金であるなら2条により規制されることは、法文上、明らかである。

預り金と借入金は、その運用方法の相違により区別されてきた。すなわち、金銭を受け入れた場合、提供者の便宜のために保管しておくことが主目的である場合には預り金であり、受入れ先の行っている事業の用途に振り向けることが主目的である場合には、借入金である。この意味で、借入金は、経済的には、出資金と似通った部分がある。事業に失敗すれば、出資金であれ、借入金であれ（借入金なら、法律上はその者に対する債権は残るが）、提供した金銭は事実上戻らない。従って、出資金や借入金を提供する場合には、金銭の提供者は、その事業の成功の見通しに対する判断を自らの責任で行う必要がある。

一般的に説明するなら、借入金は金銭の消費貸借にあたり、元本相当分を返還する点では金銭消費寄託に類似するとしても、金銭を借主の便宜に供するのが主目的である点で金銭消費寄託と異なっており、その結果、借入金は、利息が高い反面、元本の返還の確実性が預り金に比べ低くそれをカバーするため、担保をとることが考慮される（預金者は預金に際して銀行から担保をとることを考えないだろう）。また、消費寄託は、預け主の便宜のために行われるもので、そのため、安全な保管が第一義的なもので、運用は二義的になる。これに対して、消費貸借は、借主の便宜のために行われるものである。この相違を反映して、原則的には、返還時期の定めのない場合に、消費寄託の場合にはいつでも返還請求できるが（民法666条但書）、消費貸借の場合には相当の猶予期間をおくといった違いがでてくる（民法591条1項）（19）。

預り金と借入金を、経済的性質に即して実質的に区別するなら、前者は銀行などの金融機関を通じて事業に資金を提供する間接金融であり、後者は出資という形式をとらずに、事業に資金を提供する直接金融であるという性質の違いに求めることになる。両者とも、元本以上のものを返還することを保障しているのであるが、しかし、両者は、返還されないことがないように誰に融資するかの判断を銀行などの金融機関がおこなうかあるいは自ら行うかで違ってくる。預り金と違って、借入金の場合には、自らがリスクを引き受けることになる（収益の差は、その違いによると考えることもできる）。すなわち、両者の違いは、提供した金銭の運用の経済的リスクを、提供した者が引き受けるか（借入金）、提供された者が引き受けるか（預り金）にある。

このような意味での借入金であっても、出資法との関係では、なお、預り金として扱うことが適当な場合もあるだろう。例えば、取引形態の類型として、ディスクロージャーが不十分で（自己責任の前提の欠如）、事業内容について一般の人に納得できるような合理的な説明をしないまま、提供した金銭以上の返還が約束されることを強調して金銭を提供させている場合、あるいは、取引相手の類型として、事業リスクの判断に向かないタイプの人に金銭を提供させている場合（適合性の原則の欠如）がそうである。いわば金銭の提供者に預り金と誤認させて金銭を借り入れているときには、金銭の提供者には、リスクの判断の機会とリスクを引き受ける意思が認められないのであって、その経済的性質が明らかに借入金と考えるしかない場合であっても、これを預り金と考慮して、出資法2条の規制を及ぼすことが適当であろう。

#### （5） 出資法2条の law in action

出資法2条の規制対象は文言上はかなり広範である。しかし、実際には、その文言にあたる行為のすべてが2条で規制されているわけではない。

最初に、出資法2条（判例は、出資法1条にあたと考えられる行為も、2条により規制してきた）の二つの機能に即して、出資法2条の law in action を見てみよう。

金融システム維持の機能とのかかわりでは、不特定且つ「多数」の者から金銭を受入れることにより、銀行を中心とした金融システム（預金者の保護、マクロ的な金融政策、決済システムの維持）を阻害する可能性を有する場合（金融の公的な枠組みを破壊するものといってよい）、これを規制する必要がある。この場合には、預けた者のなかに「親戚」のような特定の者が含まれているとしても、犯罪の成否とは関係がないだろう<sup>(20)</sup>。また、金銭以外の物の受入れという形式による場合は、この機能とのかかわりでは、それが脱法行為をするために仮装したものでない限りは考慮する必要がなく<sup>(21)</sup>、純粹の金融活動について犯罪の成立を認めれば足りる。事例として、最大判昭36・4・26の事案<sup>(22)</sup>、毛利金融事件（仙台高判昭61・12・16）<sup>(23)</sup>、保全経済会事件<sup>(24)</sup>、株主相互金融<sup>(25)</sup>などを挙げることができよう。

この場合の法益は社会的法益であるから、金銭を預け入れた者にも法益侵害性を認めうるが、受入れ先を規制することで解決可能であるし、金銭を預け入れた者は、問題が生じた場合の潜在的被害者でもあるから、共犯としても処罰されないと考えるべきであろう。

次に、詐欺罪の周辺の行為の規制の機能とのかかわりでは、詐欺罪で規制できる段階まで待っていると被害が拡大し、また、被害は発生しているのに詐欺罪の構成要件を充足しないため詐欺罪で規制できないことも考えられるから、預り金規制の規定を用いて介入が行われている。従って、この機能とのかかわりでは、不特定且つ多数という要件は被害者の範囲が無限に広がる可能性がなくても充足すると考えることができる（倫蔵の宮事件（最判昭36・9・8）<sup>(26)</sup>、佐賀県退職公務員組合事件（福岡高判昭37・7・11）<sup>(27)</sup>）。被害の拡大が確認できる程度に至れば、この規定を用いて介入する必要もあるだろう。この場合、元本を保障するという形式的な側面に着目して、構成要件の厳格な詐欺罪の前段階の行為や周辺の行為を規制するものといってもよいだろう。

二番目に、行為の類型に着目して、詐欺的行為の規制に係る出資法2条の law in action を見てみよう。

出資法が及んでいるのは、現実には、次のような類型の事案であるだろう。

第一は、当該システムの破綻があきらかであるにもかかわらず、あるいは新規の資金の提供者がなければ破綻するにもかかわらず、そうした経済行為の非合理性を判断できない人々を対象にした顕著な経営破綻型の類型である。

倫蔵の宮事件<sup>(28)</sup>、会主導型のねずみ講事件（事実の欺罔がないから、詐欺罪が成立しない）<sup>(29)</sup>などがこれにあたる。

もっとも、この類型に属する事案の場合、ぎりぎりのところでは、例外的に、本当に納得した特定の者については、本人の自己決定を尊重して、犯罪の成立を否定することが適当な場合も考えられないわけではない（そのような場合であっても消費者保護の観点からの社会的要請があると、無限連鎖講防止法のような法律が必要となる）。

第二は、当該システムは経営的に破綻する構造を有している組織的かつ詐欺的な経営破綻型の類型である。

近年問題となった経済革命倶楽部（KKC）の事案<sup>(30)</sup>などがこれにあたる。また、破綻する構造とはいえないので預り金にあたらず出資法2条の適用が否定されたものとして、観音竹商法の事案<sup>(31)</sup>がある。

この類型に属する事案で刑罰による規制が必要なのは、経営的に成功する合理性が明白に欠ける場合であろう。無限連鎖講は禁止されているのに、マルチ商法はそれ自体としては禁止されていないことを念頭におくなら、現在のところは、経営的に成り立つ以上は、

その利益分配の社会的公正さについて社会的非難を浴びる余地があったとしても、これを刑罰で規制することは適当でないだろう。

第三は、当該システムは破綻しないで成立するが、資金提供者には容易にはアクセスできない事実を隠すなどして、当該システムを濫用して金銭を受け入れている詐欺罪型の類型である。

マン経事件（東京高判昭58・4・28）<sup>(32)</sup>、佐賀県退職公務員組合事件、和牛預託商法事件<sup>(33)</sup>、茨城カントリークラブ事件<sup>(34)</sup>などがこれにあたる。

この類型に属する事案の場合、刑罰により規制されるのは、事実が隠されている場合であり、それに限るのが適当であろう。

この類型に属する行為は、多くの場合、適法な行為である。農村で村おこしで行っているような通常の預託システムによる和牛の飼育や、ゴルフクラブ会員権の場合には、典型的にはこれにあたるが、金融システム維持の機能が損なわれることになるようなものでない限り、原則的には、許容されている適法な取引だろう。被害があるということでこれに属する類型の行為を規制すると、規制の範囲が格段に広くなり、預り金の禁止規定はそれこそ経済統制型の規定として働くことになる。そのような運用は今日の経済制度と合致しなくなるだろう。この類型の事案は、原則的には規制できない性格のものであって、詐欺罪と重なる場合にだけ、出資法違反で問題とすることが正当化できるものである。実際、和牛預託商法事件にも見られたように、この類型の事案において、出資法2条違反の罪の成立を認めるためには不要であるにもかかわらず、預託した和牛の品質、数量が契約通りであるか等の偽られた事実の存在が重視されているが、それは、この類型にあたるもののなかから、詐欺罪にあたるものを絞り込むための手続きなのである。

第一、第二の類型は、従来は、詐欺罪の成立が認められない事案であり（第一の場合は、詐欺罪の要件を満たさないため、第二の場合は、詐欺罪の要件は満たされるが証明に困難が伴うため）、消費者保護の視点を入れ、パターンリスティックな観点から、早期に介入して被害が大きくなるように、規制がなされているものといっていよう。

これに対して、第三の類型は、経済活動としては日常的に行われるもののなかで、たまたま犯罪が行われたとでもいふべき性質のものであり、それゆえ、そのような商法のすべてが規制されるべきであるということにはならないだろう。

### III 浮貸し等の規制

#### (1) 浮貸し等の罪の成立要件

出資法3条は、「金融機関（銀行、信託会社、保険会社、信用金庫、信用金庫連合会、労働金庫、労働金庫連合会、農林中央金庫、商工組合中央金庫並びに信用協同組合及び農業協同組合、水産業協同組合その他の貯金の受入れを行う組合をいう。）の役員、職員その他の従業者は、その地位を利用し、自己又は当該金融機関以外の第三者の利益を図るため、金銭の貸付、金銭の貸借<sup>(35)</sup>の媒介又は債務の保証をしてはならない」と規定して、いわゆる浮貸し等を禁止し、更に、同法8条1項2号は、その脱法行為をも禁止し、これらに違反した者を3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金、又はその併科に処している（8条1項）。

この浮貸し等の罪の成立要件は、I金融機関の役職員が、II「地位を利用」して、III図利目的で、IV①金銭の貸付、②金銭の貸借の媒介、③債務の保証をすることの四つである。

具体的に、どのような行為が浮貸し等の罪にあたるのか。

出資法3条は、「金銭の貸付」、「金銭の貸借の媒介」、「債務の保証」の三つの行為類型をあげている。例えば、金融機関に借財を申し込んできた者に対して、金融機関の役職員が、顧客から預かった資金や自己資金を、自己の計算で、第三者に貸し付ける行為（金銭の貸付）、金融機関の役職員が、金融機関に預金するために訪れた者に対して、他にもっと有利な貸付け先があると勧誘して、その貸付を媒介する行為（金銭の貸借の媒介）、金融機関の役職員が、自己個人として債務を保証するにもかかわらず、何々支店長等の肩書きを記載して保証することで、あたかも当該金融機関が債務を保証するようなまぎらわしい体裁を作出する行為（債務の保証）などの行為であって、これらが、「地位を利用」して、図利目的で行なわれているなら、浮貸し等の罪にあたることになる<sup>(36)</sup>。

#### (2) 社会的機能の変化

浮貸し等の罪は、「貸金業等の取締に関する法律」15条1項<sup>(37)</sup>を受け継いだもので、浮貸し等の行為が禁止されるにいたった背景として、敗戦まもない頃の「インフレと民間

資金欠乏の状況下で、少しでも有利な運用をしたいという者と、多少高利でも融資を受けたいという者が巷にあふれていたため、一部の金融機関の役職員がその間に介在し、副業的に利を図ろうとした。これを放置すれば、横領や背任の犯罪を招きやすく、また客・取引先とトラブルを生じ、金融機関の信用を損じやすい」(38)というような事情が指摘されている。その後、このような経済環境は、大きく変貌している。今日では、低成長経済下、個人金融資産が1200兆円にもものぼる資金過剰を背景とした低金利のもとで、その資産をどのように運用して行くのかが大きな課題となっている。このような経済環境の変貌を背景に、浮貸し等の罪の現象形態、社会的意味は大きく変化してきているように思われる。

金融機関が借財を申し入れてきた者に対して他の金融機関（他金）に斡旋をすることは通常の業務に含まれるとあってよいであろう(39)。しかし、その他金による融資を可能にするために、当該金融機関から他金に金銭を貸付け、そこで貸し付けられた金銭に相当する額をその者に提供させる迂回融資の手法がとられる場合はどうか。そこでは、他金とその者との間の金銭の貸借が媒介されているのであって、金融機関の役職員としての地位を利用して、他金に融資するように強く働きかけているような場合には、その部分は浮貸し等の罪にあたる可能性がある(40)。当該金融機関としてその者にダイレクトに融資をできない事情がその者の信用度や事業内容の性格に関係している場合には、巡り巡って焦げ付いたり、あらたな犯罪に結びつく可能性がある。それだけでなく、いろいろな意味で金融機関に対する預金者の不信を招くといえる行為だから、サイドビジネスという枠を越えているようにみえるとはいえ、このような行為を規制することは浮貸し等の罪の本来の規制目的に即しているように思われる。今日、こうした迂回融資のような行為を意識的に（あくまでも自己行為性の認められる犯罪という制約の下でのことではあるが）浮貸し等の罪の規制対象として考慮に入れる必要が出てきているのではないだろうか。そういえるとするなら、これは、資金過剰時代における浮貸し等の罪の社会的機能の変化のあらわれということもできるであろう（後述の判例④、注(40)に掲げておいた住友銀行青葉台支店事件の不起訴になった部分の行為）。

住友銀行青葉台支店事件が象徴的に示すように、浮貸しは、現象的には、金融システムに寄生するピンハネ的性格の行為という域にとどまらず、仕手戦の資金を調達すべく金融

機関の役職員が仕手筋と組んで浮貸しにいたるといふ、迂回融資のような手法も絡んでくる大胆で組織的な性格の行為へと変貌してきている(41)。しかも、浮貸しにより調達された資金は、以前に比べはるかにハイリスクなものの投資に向かうようになっている(事業内容が正常である限り、資金欠乏時代に比べれば、融資を受ける可能性は客観的には大きくなっているのであって、浮貸しのような行為を通じた融資を求めるのは、内容的になにかしら問題をかかえた事業であることが多いといえるだろう)。それだけに、破綻して、トラブルを生じる可能性も高くなっており、その被害規模も大きくなっているといっていよう。

### (3) 立法目的及び規制根拠

浮貸し等の罪は、金融機関の役職員によるサイドビジネスを規制することを目的としており、浮貸し等が「金融機関の信用を失墜し、ひいては一般預金者等に迷惑を蒙らしめる虞がある」(42)ことを処罰根拠としている。

東京地判平成6年10月17日の住友銀行青葉台支店事件第一審判決も、本罪の「趣旨は、金融機関の役職員がその地位を利用してサイドビジネスとして融資の媒介等を行うときには、その業務が健全・公正に運営されるべき公共性を有する金融機関に対する信頼が損なわれ、ひいては預貯金者一般に損害を生じることになりかねないので、刑罰をもってこれを禁止したものである」としており、更に、「銀行に対する公共性の要請は今なお維持されるべきであり」、「公共性を有する金融機関に対する社会的信頼を損なう役職員によるサイドビジネスを刑罰をもって禁止する出資法3条の規定は、その立法当時とは金融状況が大きく変化した今日においても、十分に妥当性を有するというべきである」と述べている(43)。

たしかに、金融により利益をあげることで営業が成り立つ金融機関において、借財のため金融機関を訪ねた者が金融機関の役員等から金銭を借り受けること等を認めることは適当ではないから、金融機関の役職員個人による浮貸し等の行為が禁止されることには合理的理由がある。

金銭の貸付についていうと、第一に、浮貸しのような行為は、金融機関に勤める者に課される忠実義務に反しているだろうし、また、一般に競業避止義務が禁止されるのに似た利益の侵害が認められるであろう。第二に、金銭の貸付に際しての利息が金融機関から借財した場合よりも高いなら、結局、当該金融機関の信用を害することになるであろうし、

高利で貸し付けているわけではないとしても、後述の判例①のような事案の場合には、金融機関に経済的損害が発生することであろう。第三に、金融機関の役職員にこのような方法での蓄財の手段を認めるなら、役職員は、その地位にあることにより、一定期間、一定額の金銭を融通できる可能性があらうから、業務上横領罪や背任罪のような財産犯が行われやすくなることは否定できない。金融機関、(高利の場合には)融資を受けた者にも、なんらかの損害が発生する可能性があるといえる。

金銭の貸借の媒介についていうと、第一に、金融機関として融資することなく融資を媒介したような場合、さらに媒介したことについて報酬等を得ているような場合には、金融機関に対する忠実義務に反するだろうし、第二に、金融機関の役職員の肩書を信じて融資を決断したが、融資した資金が回収できなくなった場合、金融機関と融資者との間にトラブルが生じることは避けられないであろう。更に、迂回融資の場合には、金融機関に損害が発生する可能性もある。第三に、媒介された融資の金利が高い場合には、融資を受けた者も、不満をもつこともありうる(俗に、金銭の貸し借りに際しては、「借りるときには仏の顔、返すときには鬼の顔」といわれる)。金融機関、融資をした者、(高利の場合には)融資を受けた者にも、なんらかの損害が発生する可能性があるといえる。

債務の保証についていうと、第一に、金融機関が債務を保証していると誤解させて融資を受けさせているのであるから、融資した者が経済的損害を蒙る可能性がある。このような詐欺的行為は金融機関に対する信頼を害するといっていよう。第二に、債務の保証が個人的になされたとしても、結局のところ、民事上は、金融機関がそれを負担することになる場合が考えられ(後述の判例⑤)、金融機関に経済的損害が発生しうる。金融機関、融資をした者になんらかの損害が発生する可能性があるのである。

それにしても、このように金融環境が大きく変化してきている状況を前にしてみると、今日、浮貸し等の罪の規制対象が、一面において、ややあいまいで、広範に過ぎ(本罪が金銭の貸借の媒介一般を広く禁止するものと解するなら、金融機関の正当な業務にすら萎縮効果を与えかねないだろうから、そういわざるをえないだろう(44))、他面において、狭すぎる(銀行と貸付等の面では機能が重なるノンバンクの役職員については成立しない(45))のは否めないであろうし、それゆえに、立法論的な検討も必要になっているだろう。

#### (4) 判例

判例は、具体的にどのような行為に犯罪の成立を認めているのであろうか。

##### a 金銭の貸付の例

金銭の貸付の例として、①札幌高判昭30・9・13高刑集8・6・891は、信用金庫の支所長が自ら同金庫から資金を借り受け（地位利用）、これを資金として知人の経営していた会社に貸し付けた行為を浮貸し等の罪にあたるとしている。当該会社財政が危うく金融機関から貸付けを得ることができないので、金融機関の役職員が自ら借り受けて当該会社に貸し付けた場合、それが焦げ付くなら、結局、当の役職員によほどの資産でもないかぎり、回収困難になるのであるから、このような行為を規制することには十分な理由があるといつてよいだろう。また、②最三決昭45・11・10刑集24・12・1535は、信用組合の理事長である被告人が、自分が関係している会社が組合から貸付限度超過を理由に手形割引を拒否されたため、自己所有の金銭をもって会社のために手形割引による金銭の貸付を行おうと考え、信用組合の職員に、信用調査、割引料の計算、手形金の取立等の諸事務をさせて（地位利用）、手形割引をした事案で、浮貸し等の罪の成立を認めている。この事案は背任などの犯罪も絡んでいる事件であるものの、自己所有の金銭を用いて金銭を貸し付けている限りでは、金融機関に経済的損害が生じることはないであろうが、それでも、金融機関に対する預金者の疑惑を招いて金融機関の信用を失墜させることがあることから、浮貸し等の罪の成立を認めたものである(46)。

##### b 金銭の貸借の媒介の例

金銭の貸借の媒介の例として、③東京高判平8・10・11判時1574・25（原審東京地判平6・10・17判時1574・33 いわゆる住友銀行青葉台支店事件）は、住友銀行青葉台支店の支店長、後に大塚支店の支店長であったAが、株の買占め等を行っていた甲の実質的経営者であるBから融資の斡旋を頼まれ、支店の顧客数名に対して甲に金銭を貸し付けるよう勧誘し、更にBに紹介する等して、1件あたり金利年7パーセントから20パーセントあるいは6ヶ月20パーセントの高い利息で、50億円から10億円の金銭の貸借の媒介をして、浮貸し等の罪の成立が認められた事案がある（青葉台支店の後任支店長B他1名も起訴されている（前任支店長Aは一、二審とも有罪で、平成11年7月7日に最高裁でも有罪が確定した、後任支店長Bは一審無罪、二審有罪(47)、他1名は一審無罪で確定)）。また、④仙

台高判昭28・4・10高刑集6・3・319は、Aから融資を依頼された常陽銀行平支店の貸付係主任Bが、銀行から甲に対し金銭を貸し付け、その金銭をAに融資するように働きかけて、金銭の貸借の媒介をしたという事案であるが、甲に対する金銭の貸付は銀行の計算と責任で行われていることを理由に、浮貸しの罪の成立を認めた原判決を破棄して、浮貸し等の罪の成立を否定した。もっとも、この事案については、甲とAとの間の金銭の貸借の媒介が浮貸し等の罪に該るか否かが問題であって、銀行と甲との間の金銭の貸付が金融機関の業務として行われたか否かは関係がないという批判がなされており、このような事案についても浮貸し等の罪の成立を認めるべきであるという考え方のほうが有力であるといっただろう(48)。換言すると、浮貸し等の罪の金銭の貸借の媒介には、迂回融資を規制するという役割も期待されている。

#### c 債務の保証の例

債務の保証の例として、⑤高松高判昭28・2・26高刑集6・4・355の事案は、四国銀行の支店長が、手形の支払い保証は本店において頭取のみが行い支店等で行ってはならないという内規があるのを承知しながら、銀行が債務の保証をしたように装いながら、債務の保証をしたもので、銀行が商法38条、42条により、善意の第三者に対して責任を負うことがあるとしても、また、銀行がこれを追認したとしても、浮貸し等の罪が成立するとした。

#### (5) 浮貸し等の罪の再検討

第一に、浮貸し等の罪は、金融機関の役職員による個人的な犯罪であるとされる。

出資法9条は両罰規定であるが、出資法3条はここから除かれており、浮貸し等の罪について、金融機関自身が処罰されるということは予定されていない。それは、浮貸し等の行為が金融機関の役職員の個人的行為であるから金融機関が刑事責任を問われることにはならないと考えられていたからである(49)。ここから、浮貸し等の罪は金融機関の役職員による「サイドビジネス」を禁止するものという性格付けがなされるのである。しかし、こうした比喻は、ややミスリーディングであるといえるかもしれない。むしろ、浮貸し等の罪は、金融機関の役職員による個人的な犯罪であるが、金融機関の役職員であることにより得られる機会を利用して行われる犯罪(opportunity crime)というべきもので、そ

の犯罪規模は、金融機関の役職員の権限と信用を背景にして行われるものであるだけに、かなり大規模に、組織的な規模ですら行われることがあるし、また、その部署の複数の役職員が共同して行うような態様も考えられる。

第二に、浮貸し等の罪は、財産犯的性格の犯罪としての性格をも有しているとされる。

浮貸し等の罪は、金融機関の社会的信用を害することを考えて、個人としての金銭の貸付けをすること、個人として金銭の貸借の媒介をすること、個人として債務の保証をすることを禁止している。とりわけ、金融機関に財産的損害を発生させることのないような、金融機関の役職員が自己の手持の資金を個人的に貸し付けるような行為までをも禁止しているのであるから、これを財産犯ないし財産犯の周辺的行為とだけ考えることは適当ではないだろう。しかしながら、浮貸し等の罪が財産犯的性格をも有していることは否定できない。金融機関の役職員のサイド「ビジネス」という表現には、これが財産犯的性格を有する行為であることがよくあらわれている。占有し管理する他人の金銭が手元にあるという動機において誘惑的な環境下で、自己の利益を得る目的で行われる犯罪行為に財産犯的性格が備わっていないと考えることのほうが不自然であろう。

浮貸し等をした者の行為が、刑法典の（業務上）横領罪、背任罪にあたる場合には、出資法3条は適用されない（出資法8条2項「第三条に係る部分は、刑法…に正条がある場合には、適用しない。」）。業務上横領罪（10年以下の懲役）、背任罪（5年以下の懲役又は50万円以下の罰金）が成立する場合に、浮貸し等の罪の適用が排除されるのは(50)、浮貸し等の罪が、本人を被害者とする、いわば、内部関係における本人に対する財産犯という性格を有している業務上横領罪、背任罪と同種の財産犯の行為という性格を有していると考えられているからであるだろう。

金融機関の役職員が、金融機関に属する金銭あるいは預金者から預かった金銭を不法に領得して他に貸し付ける場合には、業務上横領罪が成立する。この場合、業務上横領罪と浮貸し等の罪のどちらの構成要件も充足するが、業務上横領罪のみが成立する。また、背任罪が成立するのは例外的な場合であろうが、金融機関の役職員が支店長等の肩書を用いて個人として債務保証をしたような場合（判例⑤参照）、民事上（商法38、42条等）、その法律効果が金融機関に掃属することがあり得、その結果、本人たる金融機関に「財産上の損害」を加えたなら、背任罪が成立する可能性がある(51)。この場合、背任罪と浮貸し等の罪のどちらの構成要件をも充足することになるが、背任罪のみが成立する。

8条2項のような規定が設けられ、また、浮貸し等の罪には両罰規定の適用がないのも、出資法が浮貸し等の罪の財産犯的性格を考慮しているからである。

以上に見たように、浮貸し等の罪が財産犯的性格をも有していることは一般に承認されているといえるが、もう一步、踏み込んで、浮貸し行為が、権限外の行為としてなされるものであるのか、権限内の行為としてなされるものであるのかについて、更に検討する余地があるのではないだろうか。

以下、この点について試論を展開してみたい。

浮貸し等の行為は、本来、金融機関の役職員が自己の行為（サイドビジネス）として行うものであるから、その行為の性格は、権限内の行為であってその権限を濫用したものではなく、むしろ、権限外の行為として行われる犯罪と捉えるべきものであるだろう。なるほど、地位利用という要件には、背任罪に見られるような権限濫用的要素が含まれているが、それはあくまでも権限外の行為である浮貸し等を行うために必要な前提的要素でしかなく（横領罪にもこのような意味での地位利用的要素、あるいは受託者としての立場が前提として存在している）、本体である浮貸し等の行為自体は金融機関の業務の外にある権限外の行為である。そして、図利目的の要件は、当該行為が金融機関の業務の外にあることを明らかにするための要件と解すべきではないだろうか。換言すると、図利目的は、背任罪の図利加害目的のように権限濫用行為のうちから当罰的行為を絞り込むための要件ではなく、権限外の行為のうちから当罰的行為を絞り込むための要件ではないだろうか。このように考えるなら、「サイドビジネス」「自己の行為」として行われるものであるという本罪の基本的な性格付けから考えるなら、浮貸し等の罪は権限外の行為としての性格をもつ犯罪であるというべきであるだろう(52)。

ところが、浮貸し等の罪については、従来、背任罪に準じて、権限内の行為としての性格を有するものという解釈が展開されてきた。そのため、背任罪が図利加害目的が規定されているのに、浮貸し等の罪は図利目的のみが規定されていることが見過ごされてきた。その結果として、浮貸し等の罪における図利目的についても、自己の利益に金融機関内の地位を維持するというような保身的利益が含まれるか、そして、本人の利益と自己又は第三者の利益とが併存する場合には、その主従により図利目的の有無が決まる、という背任罪における図利加害目的と同様の解釈が展開されてきた。学説、判例とも、この枠組みの

なかで、浮貸し等の罪の解釈を展開してきたのである。

このような通説的な枠組みでは、当該行為の「自己行為」性を図利目的によって説明できないので、どうしても、これを地位利用という要件により説明することにならざるをえない。その結果、地位利用の要件は、学説上、両立しえない二重の機能を背負わされることになっている。すなわち、地位利用という要件は、一面において、当該行為が金融機関の業務たりうる行為であることを判定するために利用され、そして、他面において、当該行為が、金融機関の業務には含まれない行為（「本人の行為」ではなく、「自己の行為」）であることを判定するために利用されている。これは、解釈論としては、はなはだ落ち着きが悪い。そればかりではなく、このような解釈の結果、浮貸し等の罪の成否が、実質的に、図利目的という行為者の目的・動機という主観的側面により大きく左右されることになる結果を招いてしまっているように思われる。背任罪の図利加害目的の解釈が安定しているなら、それはそれで一つの解決法であるかもしれないが、背任罪の図利加害目的の解釈は、今のところ、判例、学説とも、決して、そのような安定的な状況にあるとはいえない(53)。

そうであるなら、むしろ、私見のように、本罪を権限外の行為（自己の行為）として行われる犯罪と把握したうえで、その趣旨を徹底させ、地位利用要件により、当該行為が金融機関の業務たりうる行為であることを判定し、図利目的要件は、金融機関の役職員による当該行為が自己の行為であることを明らかにする要件として扱うことのほうが適当と思われる。すなわち、浮貸し等の罪の自己の行為という性格は、地位利用の要件によってではなく、図利目的の要件によって備わるのである。換言すると、図利目的で行う金銭の貸付、金銭の貸借の媒介、債務の保証は、とりもなおさず、金融機関の役職員の自己の行為と考えるしかない性格の行為なのであり、本罪で禁止されているのはこのような自己の行為なのである。このような枠組みで問題を整理するほうが、より安定した解釈の基礎を提供すると思われる。

こうした見地に立って、背任罪と本罪との関係について整理し直すなら、自己又は第三者の利益を図る目的だけでなく、本人である金融機関の利益を図る目的でも行われる金銭の貸付、金銭の貸借の媒介、債務の保証の場合、背任罪にいう図利加害目的の有無により、背任罪が成立することはあるが、しかし、これは、浮貸し等の罪の射程の外にあると考えるべきことになる。浮貸し等の罪は、当該行為が、形式的には、金融機関の業務とし

て行われうる性格の行為（地位利用）ではあるが、しかし、実質的にみて、金融機関の業務として行われるはずのない性格の行為（図利目的）について成立するものなのであって、そもそも目的の併存、主従ということの問題とする余地のない場合である。従って、図利目的での金銭の貸借、図利目的での金銭の貸借の媒介、図利目的での債務の保証にあたるか否かは、自己の行為、金融機関の権限の外にある行為として、行為者の内心の動機の詳細にまで立ち入ることなく、客観的に判断できる性格のものなのである。このような場合にのみ、浮貸し等の罪が成立すると解することにより、本人たる金融機関の利益を図る目的で行われるような他金斡旋は、浮貸し等の罪の射程の外にあるということになるのではないだろうか。逆にいうと、本人のための行為であるという性格を客観的に有している限り（主観的に本人のためと置いていたというだけで、本人の利益を図る目的が認められるわけではないが）、すなわち、目的が併存しており、その主従を問題とせざるをえないような場合には、当該行為について背任罪が成立する可能性はあるが、しかし、浮貸し等の罪が成立することはないと解すべきなのである。

浮貸し等の罪が、近年、あらためて論じられるきっかけになったのは、住友銀行青葉台支店事件である。この事件に即して、裁判所が、地位利用、図利目的の二要件についてどのように扱っているのかを見ておこう。

地位利用要件についてみると、第一審判決は、地位利用の要件を、「(1) 金融機関の役員であるが故に有する有利な立場を利用し、(2) 金融機関の業務の執行としてではなく、自己の行為（サイドビジネス）として融資の媒介等を行うことを意味する」ものと理解した。そして、この地位利用にあたるか否かを判断するには、①融資の媒介が銀行の業務に含まれること、②支店長には融資の媒介を行う権限が認められていること、③銀行のためにする意思でその権限を行使したといえるのではないことの三点が満たされる必要があると考えた（41頁）。具体的には、①については、出資法3条は、「金銭の貸借の媒介が銀行の業務に当たるとの前提に立った上で、一定の要件を満たす場合にこれを規制しようとしたものと理解することができる」としたうえで、「融資の媒介は、銀行法10条2項柱書の付随業務に含まれ、抽象的に銀行の業務に含まれると解するのが相当である」とし（42頁）、②については、「銀行の支店長は、商法上の商人（商法37条、38条）に該当するから、支店の営業に関する一切の権限を有しており、融資の媒介が銀行の業務に当たる以

上、銀行の支店長が営業に関して行った融資の媒介が、民商法上その権限の範囲内にあることは、明らかである。もっとも、融資の媒介について支店長の権限を制約する内規があれば、これに反する融資の媒介は銀行の業務から外れることになるが、……そのような内規があったとは認められない」として、これを肯定し（42頁）、③については、「融資の媒介は、貸付や保証のような法律行為とは異なり、事実行為であって、通常、銀行の帳簿を通すとか、銀行内部の稟議を経るといような手続きは行われていないので、これが銀行の業務としてなされたか否かは、右のような手続きの有無によって決することができず、専ら当該役職員が銀行のためにする意思でこれを行ったか否かということによって判断すべき」であるとしたうえで、本件融資媒介が業務性を疑うべき行為であれば、銀行のためにする意思でなしたとは認められないと判断してもよいことから、本件融資媒介の業務性を検討し、最終的に業務性を否定して、更に、被告人の動機・目的をも考慮して、地位利用の要件を満たすとしている。

これに対して、第二審判決は、地位利用の要件について、「原判決は、地位利用の要件を判断するについて、当該役職員が銀行のためにする意思でその権限を行使したかどうかという基準を設定した上、融資の媒介が事実行為であることから、この判断に当たり、融資の媒介に及んだ動機・目的をも考慮に入れているが、岡利目的との関係からしても、地位利用の判断にこのような主観的要素を持ち込むことには疑問があるというべきであり、相当ではないと考えられる」として、第一審の判断枠組みを批判している（法律時報1574・27頁）。

第二審判決がいうように、地位利用の要件にあたることを客観的に認定できるなら、それが望ましいということはあるだろう。金融機関として金銭を貸し付けることができる地位にある者が、その地位にあることを利用して、かわりに自己の金銭を貸し付ける場合、金融機関として債務の保証をすることのできる地位のある者が、その地位にあることを利用して、かわりに個人として債務を保証する場合には、当該役職員としてなしうる行為を、金融機関本人の計算ではなく自己自身の計算で行うのであるから、地位利用の要件の認定にあたってとくに困難はないだろう。この場合、当該の行為の法的効果の帰属先が異なるにもかかわらず、金銭の貸付け、債務の保証が効を奏しえたのは、当該役職員が地位を利用したためであろうから、これに着眼して、地位利用の要件にあたるか否かを判断することには不都合はないだろう。

しかし、金銭の貸借の媒介の場合には、第一審判決の問題意識には汲むべきものがあるように思われる。第二審判決のように、融資の媒介が銀行の業務に含まれていること、役員にその権限があることを満たすなら、(それ以上の客観的要件の充足を問題とすることなくして)地位「利用」の要件を満たすと考えることは適当であろうか。たしかに、図利目的と重なる主観的要素を地位利用の判断に際して考慮することは適当ではないという限りで、第二審判決は正しい判断を含んでいると考えてよいだろうが、そうであるなら、一歩進んで、第二審判決は、金銭の貸借の媒介について、地位「利用」に当たるか否かを分かつところの客観的基準をも示すべきであっただろう。第二審判決にあっては、結論だけが示され、基準が示されていない。むしろ、第一審判決の難点は、地位「利用」要件を、銀行の業務としての融資の媒介と自己の行為(サイドビジネス)としての融資の媒介とを区別するという観点から扱った点に無理があったように思われる。

金銭の貸借の媒介がなぜ禁止されているのかという根本の理由に立ち返って考えるなら、結局、金銭の貸借の媒介により、融資した側の資金の回収が困難になり、損害を被らせる危険性があり、場合によっては、金融機関が法的責任を問われる可能性もあり、また、金融の専門家とみなされている金融機関の役職員の紹介であることを信頼して融資したのに損害を被ったということになれば、当該金融機関の社会的信用が失墜する危険性もあるという点にあるだろう。そうなら、金融機関の役職員が有する金融の専門家としての社会的信用を濫用して、第一次的な潜在的被害者である融資者に客観的に高いリスクを負わせるような性格の媒介が、金銭の貸借の媒介における地位「利用」にあたるということが適当ではないだろうか。そのような場合、たとえそのようなリスクが現実化しなかったとしても浮貸し等の罪にあたるべきであるだろう。そうであるなら、金銭の貸借の媒介にあっては、融資しようとする者に対して、金融機関の役職員としての権限があることに伴う金融の専門家としての信頼が利用されたこと(専門家の判断だから信用して融資したという関係があること)が、地位利用にあたるためのもう一つの要件であるといっ

てよい。  
結局、地位利用にあたるか否かを判断するには、①融資の媒介が業務に含まれること、②当人に融資の媒介を行う権限が認められていること、③融資の媒介にあたって金融の専門家としての信頼が意味を有したことの三つが満たされるならよいということになるだろう。

融資側が金融機関以外の者の場合には、金融機関の役職員の言質はその判断を大きく左右するから、たんに融資を媒介する行為があるだけで地位利用にあたると考えてよい。融資者に仕手筋を紹介したことが浮貸しの罪の地位利用にあたると考えてよいのはそのためなのである。これに対して、融資者が金融機関である場合には、その金融機関は、自己責任で融資の是非を判断すべきもので、金融の専門家としての信頼に特別の意味を認めるべきではないから、他に融資を決断させるような働きかけ（紹介プラスアルファの要素）が認められない限り、これだけでは地位利用にはあたらないと考えるべきであろう。

次に、凶利目的について見てみよう。

住友銀行青葉台支店事件第一審判決は、凶利目的について、「金融機関の役職員が、自ら利益を得ること又は当該金融機関以外の第三者が利益を得ることを単に認識・認容しているだけでは足りず、これに加えて、自ら利益を得、又は当該金融機関以外の第三者に利益を得させることを動機・目的とすることが必要であると解するのが相当である。」「そして、自己又は第三者の利益を図る目的と当該金融機関の利益を図る目的が併存している場合には、両目的の主従により、本罪の凶利目的の要件の充足の有無を決するべきであり、融資の媒介が主として自己又は第三者の利益を図る目的で行われたのであれば、その際に当該金融機関の利益を図る目的が随伴していても、本罪の凶利目的の要件は充足されると解するのが相当である」と述べて（45頁）、被告人Aについては凶利目的の存在を肯定し、被告人Bについては、自らの地位の保全、向上は会社の利益のために行われたことによって生じる反射的利益であって自利目的にはあたらないと解したうえで、凶利目的の存在を否定した（53頁）。

これに対して、第二審判決は、凶利目的を「認識・認容にとどまらず」「目的・動機」を意味すると解する第一審判決の枠組みに従いながら、被告人Aについては、本件各融資の媒介が、「仕手株情報を得るという目的」、及び、そのために「仕手筋の利益を図るという目的」、また、「将来、仕手筋から謝礼を得る期待」が、主たる動機・目的となつて行われたもので、「仮に、銀行の収益をも図る目的も併存したとしても、それは副次的な目的であら」として、原判決の判断を支持している（28頁）。また、被告人Bについては、凶利目的の存在を否定した第一審判決と異なり、本件各融資の媒介の主たる動機・目的が、「将来の昇進を含む、自らの支店長としての地位の保全（保身）にあったこと」、仮に、「支店

の大口顧客の支店離れを防ぐ意図があったとしても、……それは従たるものであったというべきである（さらに付言すれば、本件のような融資の媒介をしていては、これが発覚した際には、銀行の社会的信用を失墜させることになり、経済的にも銀行に損害をもたらすことになりかねないものであり、「銀行のため」といいうるものであるかは極めて疑問であるというべきである）」として、「このような身分上の利益も図利目的の対象となる利益である」として、図利目的の存在を肯定した（31頁）。

すなわち、第一審判決も第二審判決も、図利目的の要件が、行為が主として金融機関の利益を図る目的である場合を処罰範囲から除く役割を有することを認めつつ（図利目的は、「認識・認容」ではなく「動機・目的」である、利益併存の場合には主従により決める）、第一審判決は、自己の利益を図る目的を限定的に解することで図利目的による処罰範囲の限定を試みたが、他方、第二審判決は、社内での保身も自己の利益を図る目的であり、また、浮貸し等の行為は金融機関の社会的信用を損なうものだからそもそも「銀行のため」とすらいえないであろうという理解にたって、図利目的による処罰範囲の限定の可能性を実質的に排除している。

しかし、既に述べたように、権限外の行為としての性格をもつ犯罪である浮貸し等の罪の図利目的を、背任罪の図利加害目的の解釈に準じて理解すること自体が適当ではなかったと思われる。図利目的は、金銭の貸借、金銭の貸借の媒介、債務の保証の「自己行為性」にかかわる要件と考えることが適当であっただろう。

図利目的での金銭の貸付、図利目的での債務の保証の場合には、その法的効果の帰属が異なることから、自己行為性が明らかで、判断に迷うことはあまりないだろう。これに対して、図利目的での金銭の貸借の媒介の場合には、法的効果の帰属が違うということはおこりえないから、法的効果の帰属の違いを自己行為性のメルクマールとすることはできない。そこで、この場合には、どのような場合に自己行為性が満たされるかを別に考える必要がある。

この点について、自己又は第三者の利益を図るための金銭の貸借の媒介とは、銀行の業務としては行われるはずのない性格の行為をいうのであるから、具体的には、①自己に本人たる金融機関以外から報酬や地位を得るために金銭の貸借の媒介をすること、あるいは、②本人たる金融機関の利益にならない、専ら媒介された者の利益だけを図るために金銭の貸借の媒介をすること（その動機は、多くの場合、媒介された者から何らかの利益を

得ることを期待することにあるだろう)を意味すると解することはできないだろうか。

すなわち、①②のように、実質的に、当該金融機関の業務として行われるはずのない金銭の貸借の媒介が、図利目的での金銭の貸借の媒介、すなわち、自己の行為が行われたものとして、浮貸し等の罪にあたりと考えることができるだろう。

第一審判決は、金融機関の利益を図ることが主目的である場合、地位利用にあたらぬとして浮貸し等の罪が成立しないと考えているが、客観的に見て、金融機関の利益を図る目的での行為と認められる場合には、図利目的の金銭の貸借の媒介にはそもそもあたらないと考えることが適当ではないだろうか。すなわち、ここにいう自己行為にはあたらないから浮貸し等の罪が成立しないと解すべきでなのである(目的の主従により背任罪が成立する可能性のあること別論である)。(報道によると、最高裁第三小法廷は、平成11年7月7日に、被告人の上告を棄却し、被告人の行為を、「自己の計算と責任で行った違法な仲介行為に該当する」と判示した。同決定が公刊された時点で、機会を見て論評したい。)

浮貸し等の罪は、それを文言通りに解釈するなら処罰範囲が広範になりすぎることから、本罪については、今日、その処罰範囲をどのようにして明確化し、かつ、限定して行くのかは切実な課題である。そのような試みとして、多少、私見を述べてみた。

[注]

- (1) 鶴田六郎「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締等に関する法律2条1項、2項にいう「預り金」にあたることとされた事例」『捜査研究』33巻4号26頁(1984年)、41頁注15、なお、小田部胤明「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律と判例の解説」(1996年)70、157頁以下は、2条を適用すべきものと考えているようである。
- (2) 出資法2条3項の改正は、そのような文脈で問題となり、1999年の「金融業者の貸付業務のための社債の発行等に関する法律」の施行に伴い削除された(同法附則2条)。「ノンバンクに関する懇談会報告書」(平成9年5月16日)4参照。
- (3) 前掲注(2)「ノンバンク懇談会報告書」5。
- (4) 特定、または、少数の人に対して保証することは経済的にはありうるだろう。それは、別の観点から規制されることがある。すなわち、証券会社の損失補填行為は、そうした例であるが、これは、出資者を不平等に扱うことが市場に対する国民の信頼を失わせて証券市場を通じての資金供給機能を損なうことを考慮して、犯罪化された(証券取引法50条の3、199、200、200条の2)。しかし、犯罪化の論理は、出資法1条とは異なっている。
- (5) 証取法170、171条に相当する部分は、出資法定制に際して証券取引法の一部改正が行なわれ、同時に新設されたものである(小田部・前掲注(1)57頁)。
- (6) 鶴田・前掲注(1)37頁以下、芝原邦爾「出資法と大衆の資産形成」『法律時報』58巻10号95頁(1986年)。元本の保証がないとして預り金にあたるかどうか問題となっているのが豊田商事事件の純金ファミリー契約である。判例の判断はわかれており、元本の保証がないから預り金にあたらなかった大阪地判平5・10・6(判タ837号58頁、153頁 原告控訴)と、出資法2条に該当する違法不当な契約であるとした仙台高判昭62・5・27(判タ657号141頁)、秋田地判昭60・6・27(判時1166号148頁)がある。ねずみ講型の事案でも、預り金にあたることとされた判例で、この観点からやや問題のある事案もある(共栄住宅事件、日新不動産事件 拙稿「ねずみ講と刑事規制——事案に即した検討——」『法学研究』63号245頁(1997年)、259、261頁)参照。
- (7) 芝原・前掲注(6)95頁。
- (8) 鶴田・前掲注(1)は、判例が預り金か否かを元本保証に求めていると解することに疑問を呈しており、預け主の便宜になされたか否かをも重視した判例として札幌地判昭50・11・12、那覇地判昭54・11・16を挙げている(41頁注14)。それでも、少なくとも、マン経事件以後の判例の見解は、本文に述べたものといっていよう。
- (9) 「金融業者の貸付業務のための社債の発行等に関する法律」(1999年)の附則2条により本文のように改正された。
- (10) 刑集15巻4号732頁、735頁。
- (11) 上垣猛「判例刑法研究8 特別刑法の罪」50頁。
- (12) 「座談会 証券会社の投資勧誘と自己責任原則」『民商法雑誌』113巻4号477頁(1996年)、529頁以下。
- (13) 稲葉一次「出資金と預り金 3」『捜査研究』34巻9号69頁(1985年)。

- (14) 片岡聡『民・商事をめぐる犯罪200問』（1986年）199頁、本江威憲『民商事と交錯する経済犯罪II』（1996年）393頁。
- (15) 津田実「出資の受入、預り金及び金利等の取締等に関する法律」『法曹時報』6巻7号22頁（1954年）30頁。
- (16) 無尽契約に基く掛金の受入れは預り金にあたらぬとして、その根拠として、元本の返済を約束するものではなく、また給付の時期が当初より確定していないため、預貯金・定期積金とその性質を異にする点を挙げて（神戸地判昭35・10・5 判タ112号69頁）。
- (17) 稲葉一次「出資金と預り金5」『捜査研究』34巻11号50頁（1985年）55頁、津田・前掲注（6）29頁。
- (18) 拙稿「ねずみ講に対する刑事規制——その歴史と現状」『中山研一先生古稀祝賀論文集 第二巻』（1997年）179頁、192頁以下で、同様の見解を述べたが、本稿では、これを出資法に則して検討し直した。
- (19) 鶴田・前掲注（1）34頁。
- (20) 最大判昭36・4・26刑集15・4・732
- (21) 仮装した預り金の事案として東高判判昭58・4・28判時1094号145頁（マン経事件）。いわゆるマン経事件では、代金として代金相当の持ち分を客に買戻特約付きで売買し、会社は転貸承諾のもとに3年間貸借し、その期間、月1.2から1.4パーセント割合の近因を賃料として支払う。実際には、1物件に100個以上の仮登記をつけたりしており、物件価格の数倍もの金銭を受け入れていた（判例評釈として、鶴田・前掲注（1））。
- (22) 事案は、福島県郡山市で、被告人が、443回にわたり、134名から合計2290万円弱を、月利3分から3割の割合で預かり、また、もう一人の被告人とともに、298回にわたり、113名から2100万円強を月利3分から1割の割合で預かったもので、事件そのものには特徴的な点はないが、最高裁が出資法の趣旨について判断を示している点で重要な判例である。
- (23) 東北地方一円で貸金業を営む毛利金融が、昭和54年から56年にかけて、一般大衆から借入金の名義で220億円の金銭を受け入れていた事件。借入金は、半年もの、一年もの、出し入れ自由なものなどの種別に分けられ、その約定期間に応じて一定の利率の支払いが約束されており、債権者に対して預金まがいの「金員借用証書」や預金通帳に類似した「借入金契約通帳」が交付されていた。判決は、親戚が含まれていてもこれを含めて一般大衆から預かり金をしたものとして、有罪とした。
- (24) 昭和27、28年頃に、匿名組合の法形式を利用した「保全経済会」という団体が全国規模で有利な利殖方法等と宣伝して、一般大衆から零細な資金を集めた事件。新規入会者の入会金（出資金）を旧会員に対する利益配当にあてており、入会者の現象により昭和28年に破綻。出資法制定の契機となった事件で、昭和29年に、主宰者は、詐欺罪で検挙された。
- (25) 千葉地判昭27・10・31判タ41号77頁、東高判判昭29・9・2高刑集7・7・1162等。
- (26) 宗教法人「大主教」の業務遂行のための資金を集めるために、その内部組織として偷蔵の宮と称する組織をつくり、昭和29年から30年にかけて信徒及びそれ以外の者から普通・定期積立貯金の名

義で預り金をしたとされた事件。主犯は実刑だが、詐欺罪の故意の立証がむづかしかつたようで、預り金禁止規定違反として処罰された。

- (27) 下刑集4・7-8・627、判時313・26。佐賀県の退職公務員を対象として加入脱退が自由な佐賀県退職公務員連盟を組織した者が、その会員に利殖の途を与える目的でミシンの製造・販売等を行う株式会社を設立し、この株式会社が借入金を行うとの名義のもとに、同連盟の会員等から金銭の受入れを行った事案で、被害者は、退職公務員等の高齢者である。
- (28) 注(26)参照。
- (29) おずみ講に際して、中途退会の場合にも、一部についてその返還を保証している場合にこれを預り金としたものである。支出額の全額が返還されることがなくとも、一部について返還を保証している限り、出資法が適用されている。(朝日相互経済互助会事件(拙稿・前掲注(6)254頁(中途退会の場合も保証))、北日本相互経済互助会事件(同255頁(一部の返還を保証))、もっとも、共栄住宅互助会事件(同259頁)、東洋相互経済互助会事件(同260頁)は検討を要するだろう。
- (30) 主宰者等が1997年2月、3月に詐欺罪で起訴された。起訴事実に盛り込まれたほかにも、被害者は1万人を超え、実質的な被害総額は270億円余に達するといわれている(朝日新聞1997年3月17日)。
- (31) 観音竹商法による売買は預り金にはあたらないとされた(和歌山地判平5・3・31判時1330号103頁)。観音竹商法の場合、観音竹の所有者は特定されていて、重複した売買はなく、また、結果的に破綻しているが、観音竹の数に偽りもなかった。破綻の原因は、観音竹の購入価格と市場価格がかけ離れていることにあるが、商品が趣味的な性格も場合には、詐欺罪等による規制もむづかしい。
- (32) 注(21)参照。
- (33) 「はるな共済牧場」等の和牛預託商法が出資法違反で起訴された(1997年7月11日)。「はるな共済牧場」についてみると、これに対する起訴状によれば、「はるな共済牧場」は、法律で定められた金融機関ではないのに、元本保証や年利5.0%などの高配当をうたい、1995年8月から1997年4月までの間、和牛への預託金名目で、1都7県の主婦ら88人から計約1億2000万円を集めたとされている。そして、「はるな共済牧場」が集めた預託金は約2億3000万円に上ることが分かっており、うち一億数千万円が坂井被告のキャンブルなどの遊興費、妻の経営する会社の負債返済などに充てられたとみられる(共同通信ニュース1997年7月11日)。
- (34) 東京地判平54・4・28(民事)判時1420号57頁。同種の事案として最近のものには、東名小山カントリークラブ事件(東京地判平8・2・7(民事)判時1581号71頁)がある。
- (35) 3条の規定の適用については、「手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によつてする金銭の交付又は授受」は、金銭の貸付又は金銭の貸借とみなされている(出資法7条)。出資法3条の前身である「貸金業等の取締り等に関する法律」15条2項は、金融機関の役職員が小切手の過振りであることを知りながら応じる行為を金銭の貸付とみなして浮貸し等の罪により規制していたが、この規定に相当する部分には出資法には存在しない。しかし、こうした小切手の過振りに応じる行為が禁止の対象からはずされることになったのではなく、右の出資法7条の規定により規制でき

- るため、15条2項の規定を受け継ぐ必要がないと考えられたためである（津田実「出資の受人、預り金及び金利等の取締等に関する法律」『法曹時報』6巻7号767頁（1954年）778頁）。
- (36) 津田・前掲注(35)777-8頁
- (37) 「貸金業等の取締に関する法律」15条1項「金融機関の役員、職員、その他の従業者は、その地位を利用し、自己又は当該金融機関以外の第三者の利益を図るため、金銭の貸付（第2条第2項に規定する金銭の交付を含む。）、金銭の貸借の媒介又は債務の保証をしてはならない。」
- (38) 小田部胤明『出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律と判例の解説』（1996年）75頁。立法の経緯は、岩原紳作「浮貸しの罪の要件（上）（中）（下）」（『金融法務事情』1429号6頁、1431号11頁、1432号22頁（1995年））1429号9頁以下でも簡潔に整理されている。
- (39) 菅原抱治「浮貸し等の禁止と金銭貸借の媒介」『金融法務事情』1270号4頁（1990年）6頁。
- (40) 住友銀行青葉台支店事件判決（判例時報1574号25頁（第二審）、33頁（第一審））の起訴事実のなかの、ノンバンクから融資を受けさせ、それにより借り受けた金員を貸し付けさせる態様の融資や（判例時報1574号36-38頁）、浮貸し等の罪が否定された仙台高判昭28・4・10（高裁判集6・3・319）における、銀行から金融機関ではない私人に金銭を貸付けて実現させたAに対する迂回融資や（学説上は、この判決の構成、結論に対して批判的なものが多い）、住友銀行青葉台支店事件における、起訴の対象から除かれているノンバンクに働きかけて実現させたBに対する融資（判時1574号35頁）などは、この点についての検討材料であるといえよう。もちろん、金融機関には、金融の専門家として融資について自己責任が働くであろうから、ただちに、浮貸しの罪が成立することになるというわけではない。
- (41) この事件は、仕手筋の有名な人物と大手都市銀行、関連ノンバンクが関与して引き起こされた事件であり、バブル期の金融界の暗部を映し出す典型的な事件として新聞等でも詳しく取り上げられた金融犯罪事件である。住友銀行青葉台支店の前任支店長Aと後任支店長Bが、支店の顧客から仕手筋への巨額な融資の媒介をしたとして出資法3条の浮貸し等の罪で起訴された事件で、第一審ではA有罪、B無罪とされ、第二審ではABとも有罪となった（上告中）。（なお、ABとともに、銀行の役員等ではない経営コンサルタントと称する甲も起訴されたが、第一審で、甲は借主側の一員であり、借主側の者については浮貸し等の罪の共犯は成立しないという理由で無罪となり、そのまま確定している。）
- (42) 津田・前掲注(35)777頁
- (43) 判例時報1574号40、41頁
- (44) 菅原・前掲注(39)6頁
- (45) 岩原・前掲注(38)1429号10頁。
- (46) 岩原・前掲注(38)は、この事案に浮貸し等の罪の成立を認める結論に反対している（1431号16頁注13）。
- (47) Bは上告中に死亡した。
- (48) 山口裕之「出資法三条（浮貸し等の禁止）違反の罪」『金融法務事情』1275号17頁（1991年）22頁注14、芝原邦爾「浮貸し等（出資法三条違反）の罪」『法学教室』170号（1994年）51頁、上馬一

高「浮貸し等の罪」西田典之編『金融業務と刑事法』（1997年）117頁

- (49) 津田前掲注(35)44頁。山口・前掲注(48)27頁注35は、その趣旨を「両罰規定が適用されるのは、あくまで従業者が当該違反行為を本人の業務の遂行として行った場合に限られ……、同法3条違反の罪は、金融機関の従業者が当該行為を当該金融機関の業務の遂行として行った場合には成立しないから、同条違反については、そもそも両罰規定は適用の余地がないことになる」と解している。
- (50) なお、当然のことであるが、行為に際して、刑法典の文書偽造罪等に当たるような行為があっても、その行為は、出資法3条違反行為に付随する行為であって、出資法3条違反行為そのものではないから、出資法3条の罪の適用がなくなるわけではない。また、商法486条の特別背任罪（7年以下の懲役又は300万円以下の罰金、又は、その併科（商法492条））は、厳密に言えば、「刑法の正条」にはあたらないが、商法の特別背任罪は、刑法の背任罪よりもより大きな非難に値するために刑が加重された刑法の背任罪の特別法であって（特別背任罪の規定がなかったとすれば背任罪が成立することになるのだから）、特別背任罪にあたる場合には、「刑法に正条」があるものと解して、出資法3条の適用はないと考えてよいだろう。もちろん、行為態様によっては、出資法3条と背任あるいは業務上横領罪とのどちらかにしかあたらない場合もある。

両罪の関係については、なお、次の論文を参照 山口・前掲注(48)27頁注33、芝原・前掲注(48)52頁。

- (51) 山口・前掲注(48)27頁注33
- (52) 「横領行為の戦後派とも云うべきものに「浮貸」がある。この浮貸なるものは公金横領の一変形である。費消横領、入質横領などと並べて名前をつければこれは、貸付横領とでもいうことになる」（植松正『刑法教室 2 各論』（改訂版 1960年）425頁）
- (53) 前田雅英「背任罪と図利加害目的——「主として本人のため」」『判例時報』1541号21頁（1995年）、上寫一高「背任罪における図利加害目的」『神戸法学雑誌』45巻4号735頁（1996年）

# 法人処罰

佐伯仁志

# 目 次

- I 序論
- II 法人の行為と責任
  - 1 法人の犯罪能力
  - 2 法人処罰論
  - 3 法人の責任
- III 法人処罰と求償
- IV 経済犯罪における法人処罰
  - 1 経済犯罪における重罰化の進展
  - 2 個別の分野における重罰化
  - 3 重罰化の要因
  - 4 わが国への示唆
- V まとめ

## I 序論

(1) 企業の違法行為の抑止にとって、法人処罰が重要な意義を有していることはいうまでもないが、法人処罰については理論的・政策的に未解決の問題が多い。また、企業の違法行為の抑止にとって近時重要な役割を果たすようになってきた制度として株主代表訴訟による取締役の損害賠償責任の追及があるが、企業が違法行為の結果刑事裁判で有罪となり科された罰金について取締役に求償を認めるべきかどうかについて、法人処罰の理論的根拠と関連して検討が必要である。本稿では、法人処罰に関する総論的検討として、第1に、法人の刑事責任に関する理論的解明を試みるとともに、第2に、法人の刑事責任の理論的根拠との関連で、企業が支払った罰金の取締役に対する求償の問題を検討し、最後に、各論的検討として、経済犯罪の分野における法人処罰の問題について、法人処罰が最も盛んであるアメリカにおける事例を検討することにしたい。

(2) 法人の犯罪能力については、以前は否定説が通説とされていたが<sup>(1)</sup>、現在では肯定説が通説とあってよい<sup>(2)</sup>。判例も、昭和40年3月26日最高裁第二小法廷判決（刑集19巻2号83頁）において、法人事業主処罰に関して、旧判例の無過失責任説から過失推定説に転換したことから、必ずしも明確ではないが、肯定説に立つものと理解することができる<sup>(3)</sup>。

法人の犯罪能力をめぐる議論は、これが法人処罰規定を多数有する現行法の解釈論である限り（違憲というのであれば）、肯定説がとられなければならないであろう。否定説は、法人処罰規定を法人の受刑能力を定めたものと解するのであるが<sup>(4)</sup>、犯罪能力のないものに受刑能力を認めることはできないからである。したがって、問題は、犯罪能力が認められるかどうかではなく、刑事政策的に法人処罰が必要なかどうか、必要だとすればどのような理論構成で認めるのか、という点にある。

現在の通説は、法人の刑事責任に関する理論構成として、法人の機関である自然人の行為・意思を法人の行為・意思と解したうえで、法人は、従業員の違法行為については監督責任を負い、機関である自然人の行為については行為責任を負う、と解している<sup>(5)</sup>。その理論的帰結として、従業員の違法行為については、法人は、その選任・監督に過失がな

ければ刑事責任を免れることができるが、機関である自然人の行為については常に刑事責任を免れることができない、と解されている(6)。最近では、法人が行為責任を負う範囲については、機関の行為から業務について重要な決定権を与えられた高級管理職の行為へ拡大しようとする見解が増えてきている(7)。

通説の理論構成は、法人が従業員の行為について絶対責任を負うことになる無過失責任説に比べれば、責任主義の観点から評価すべきものであることは疑いない。しかし、通説が、自説を代位責任・転嫁責任と無縁の責任主義を貫徹した見解である、と考えているとすれば、それは誤解であろう。通説においても、機関である自然人と法人は別の人格であるにもかかわらず、法人が機関である自然人の行為について絶対責任を負うことになっているからである。このような疑問に対して、通説の論者は、機関の行為が法人の行為であるから代位責任・転嫁責任ではない、と答えるのであろうが、機関の行為の法人への帰属という法律構成は、対外的な取引関係を前提とした民事上の原則であって、これをそのまま刑法にあてはめてよいかは疑問がある。

通説の問題点は、法人処罰の刑事政策的根拠との理論的整合性にもある。通説が、法人処罰の根拠として挙げるのは、一般に、法人処罰による犯罪抑止の必要性であるが、その際に想定されている犯罪抑止のメカニズムは必ずしも明確ではない。もしそこで想定されている犯罪抑止モデルが、特定の自然人(代表者であれ従業員であれ)に対する抑止であるとすれば、なぜその者を処罰するだけでは充分でないのかが問われなければならない。また、法人の意思決定過程を通じた抑止であるとするならば、そのような抑止モデルと代表者の行為の転嫁責任という理論構成とが整合的なものかどうか問われなければならない。

(3) 通説がなお代位責任・転嫁責任の発想にとどまっているのに対して、これを克服し、法人自体の責任を構築しようとする試みもなされている。会社自体の義務違反や過失を認める藤木博士の見解(8)や、板倉教授の企業組織体責任論(9)である。特に、企業組織体責任論は、犯罪一般に妥当する理論として構想され、末端の従業員の行為でも、客観的業務関連性が認められ、組織体活動の一環として行われている限り、法人の行為と見る点で注目される。

しかし、これらの見解に対しては、法人に絶対責任を課すものであり責任主義に反する、という批判が強い(10)。藤木博士も板倉教授も法人に客観的注意義務違反があること

を要求するのであるから、従業員の違反行為があれば常に会社に刑事責任が問われるという意味での絶対責任が法人に科されているわけではない。通説の論者は、自らの理論構成が自然人の責任を法人に転嫁するというものであることから、企業組織体責任論においても、末端の従業員の行為を法人の行為とすることがそのまま法人に刑事責任を負わせることになると考えているのではないかと疑われないでもない。

もっとも、藤木博士及び板倉教授が、自説のメリットとして、具体的な行為者を特定しなくとも法人を処罰できる点を強調されることが、実質的には絶対責任を科しているのではないかという疑念を生じさせていることも確かである。従業員による違反行為があった場合に、法人にどのような落ち度があり、その落ち度と違反行為の間に法的因果関係を認めることができるのかどうかは、誰がどのような態様で違反行為を行ったかが特定できなければ、通常は判断できないはずである。そのような判断を抜きにして認められる客観的注意義務違反とは、結局のところ、違反行為が発生すれば常に認められる結果責任に他ならないのではないかという疑いは強い。このことは、藤木・板倉説が、薬害事件や公害事件を契機に主張された政策的色彩の強いものであったことも一つの原因であろう。しかし、このような藤木・板倉説の欠点は、法人固有の刑事責任を構築しようとする方向性の妥当性を否定するものではない<sup>(11)</sup>。必要なことは責任主義と調和する形で法人固有の刑事責任を構築することなのである。

(4) 法人処罰の理論的・刑事政策的問題を考える上できわめて興味深い判決が、最近出されている。日本航空電子工業株式会社の株主が、会社の元代表取締役社長、元専務取締役及び元取締役に対して、会社が日本と米国で有罪判決を受けて納付した罰金額と行政制裁金額及び棚卸資産廃棄損の損害を会社に対して支払うよう求めた、株主代表訴訟に関する、日本航空電子工業代表訴訟第一審判決（東京地判平成8・6・20判時1572号27頁）である。

事案は以下のようなものである。日本航空電子工業は、①昭和59年3月から昭和61年9月にかけて、関税法・外為法に違反し、最終仕向地がイランであることを認識しながら、F4ジェット戦闘機用加速度計及びジャイロスコープ等を許可なく輸出し、②昭和61年1月から平成元年4月にかけて、同じく関税法・外為法に違反し、最終仕向地がイランであることを認識しながら、サイドワインダーミサイルの部品ローレロンを許可なく輸出し

た。被告丙川は、航機事業部長次長、同部長代行として（昭和61年6月に取締役就任）、①及び②の取引が不正取引であることを認識しながら、取引の責任者としてこれを支持・承認した。被告乙山は、昭和61年6月に常務取締役航機事業部長に就任し、同年11月に不正輸出の事実を知ったが、即時に取引を中止することは会社の経営上影響がきわめて大きいことを懸念し、既契約分について処理し、新規の契約はしないよう指示するにとどまった。被告甲野は、昭和61年6月に代表取締役副社長に、昭和62年6月に代表取締役社長に就任したが、社長就任後の昭和62年9月に乙山、丙川等から不正輸出の事実について報告を受け、ローレロンについては契約済みの取引の継続を承諾し、加速度計・ジャイロ스코ープについては新規受注を中止させることにした。

日本航空電子工業は、①の取引について、アメリカ合衆国連邦地方裁判所に、武器輸出管理法・国際武器取引規制違反の罪で訴追され、司法取引の結果、有罪答弁を行って罰金1000万ドル及び特別課徴金2000万ドル（司法省）、制裁金500万ドル（国務省）、和解金420万ドル（邦貨換算額合計24億8030万円）をそれぞれ支払った。また右司法取引に基づき、国務省及び商務省から輸出禁止等の行政処分を受けた。日本航空電子工業及び被告らは、わが国でも、②の事実について、関税法・外為法違反で起訴され、平成4年4月、東京地方裁判所は、起訴された公訴事実すべてを認めて、日本航空電子工業に対し罰金500万円、被告らに対し懲役2年・執行猶予3年の有罪判決を言い渡し、判決は確定した（①の事実については時効成立を理由に訴追がなされなかったようである）。また、通産省は、日本航空電子工業に対し、外為法53条に基づき輸出禁止処分を行い、防衛庁は、当分の間契約を差し控え、新規事業については原則として同社を参加させない旨を通達した。

裁判所は、被告丙川については、①②双方について取締役の善管注意義務違反・忠実義務違反を認め、被告甲野及び被告乙山については、②についてのみ善管注意義務違反・忠実義務違反を認め、被告甲野及び乙山に対しては丙川と連帯して4140万円を日本電子工業に支払うように命じ、丙川に対しては12億4752万円を支払うように命じた。

本判決は、巨額の損害賠償が取締役に命じられた点で社会の注目を集めたが、本稿にとっては、会社が支払った罰金額の取締役に対する求償が認められていることが重要である。このような求償が認められるのであれば、法人処罰は実質的には間接的な行為者処罰に転化することになるのであるから、そもそもなぜ法人を処罰するのか、という点にさかのぼってその是非を検討する必要があるだろう。

## II 法人の行為と責任

### 1 法人の犯罪能力

(1) 法人の犯罪能力否定説の主たる論拠は、①法人は自然人のような意思も行為も持たないから犯罪を行うことは不可能である、②刑法上の責任は倫理的な非難可能性であるから、倫理的主体でない法人に対して倫理的責任非難はできない、という二点にある<sup>(12)</sup>。①は、否定説がおよそ法人の行為能力を否定するのでない以上（否定説も民事法上・行政法上の行為能力は認める）、②から導かれたものであって、結局のところ、否定説の主たる論拠は②の点にあることになる。

たしかに、刑法は、単に苦痛・不利益を与えることによって人の行動をコントロールしようとするのではなく、刑罰を科すことを通じた社会倫理的な非難の伝達によって人の行動をコントロールしようとするものである。したがって、一般の人々が法人は単なる法的フィクションに過ぎず、その機関及び従業員と別個独立に社会倫理的な非難の対象とするなどナンセンスである、と考えているのであれば、たとえ法人処罰が犯罪抑止のために有効であったとしても、これを認めるべきではないであろう。そのような刑罰の使用は、社会的非難の伝達による行動のコントロールという、刑法の最も重要な性格を失わせてしまう恐れがあるからである。

従来の肯定説が、刑法の非難は法的・社会的非難であるから、法人の刑事責任を認めることは可能である、と言うことによって、刑法を単に不利益の賦課による行動のコントロールとしてのみとらえているとすれば、刑罰を税金や損害賠償と同視するものであって妥当ではない。また、肯定説の言うところの法的・社会的非難が、社会で現実に行われている倫理的な非難と無関係に任意に定めることができるものであるとすれば、そのような意味での法的非難とは、処罰すべきであるという価値判断を言い換えたものにすぎず、やはり妥当ではない。刑法の責任非難は、あくまで社会倫理的な非難を基礎にしたものであるべきである<sup>(13)</sup>。

しかし、以上のように刑法の社会倫理的な性格を認めることは、否定説が妥当だということの意味しない。わが国の社会において、社会的実態としての法人企業体が、その構成員と独立の存在として社会倫理的な非難の対象となっていることは明らかであり、そのような

法人に刑事責任を認めることは可能だからである(14)。社会的実態としての法人企業体は、その機関及び従業員を通じて意思を形成することができるのであり、刑法による法的非難に反応してその行動を変更することも可能である。そうだとすれば、社会的実態としての企業体の法的形式である法人に対して刑罰を科すことも可能だといわなければならない。なお、企業体とその所有者である法人とは明確に区別しなければならない、という指摘があるが(15)、このような区別は、私法上のものであって、刑法の観点からは、企業体と法人を同視することがむしろ法の目的に合致しているのではないかと考えられる。法人処罰によって刑罰のスティグマが加わるのも企業体である。

以上のように、法人の犯罪能力を認めることは可能だと考えられるが、注意が必要なのは、その基礎にある法人に対する社会倫理的な非難は、特定の個人の行為を超えた社会的実態としての法人企業とその集団的意思決定に対するものであって、特定の個人の意思決定に対するものではない、ということである(16)。そうだとすれば、非難の対象である法人の責任も、そのような実態を反映したものであるべきであって、それが法人の機関であれ特定の個人の責任をそのまま法人の責任とする通説の理論構成には疑問がある。

(2) 法人の行為について、肯定説は、その機関の意思・行為が法人の意思・行為である、としてきた。しかし、最近では、代表者の行為のみを法人に帰属させるというのは、対外的取引関係を前提とした民事上の原則であり、刑法上の考慮とは無縁のものであるとして、業務につき重要な決定権を与えられた高級職員の行為も法人の行為とする見解が有力になってきている(17)。その背景には、事業部制や工場単位の独立採算制のもとで、工場長等の中間管理職に大幅な裁量権限が与えられ、法人の機関自身は基本的な方針を定めるのみで、個々の事業内容について直接の指揮監督を行っていないものが、特に大企業において少なくない、という事情がある(18)。さらに、従業員のすべてについて、一定の要件のもとでその違反行為に基づいて法人の行為責任を認める説も主張されている。例えば、その従業者の行為が、(a) 法人の業務として行われ、(b) 法人のためにする意思があり、(c) 法人の機関からの指揮・監督のもとで行われた場合に、法人の行為とする説がある(19)。

上に挙げた説は、誰の行為を法人の行為とするかについて見解が分かれているのであるが、いったん特定の自然人の行為を法人の行為とすると、その自然人の責任がそのまま法

人の責任とされることは、どの説も当然の前提としている。法人の行為責任を高級職員に拡張しようとする有力説の背後には、大企業において末端の従業員に対する代表者の監督過失を問うことは実際には無過失責任を問うことに等しいので、より現場に近く具体的な予見可能性と結果回避可能性を有する者の過失を問題にしようとする考慮も働いている。皮肉なことに、この責任主義の希薄化を避けようとするそれ自体としてみれば正当な試みは、法人の刑事責任についてみれば、法人が絶対責任を負う範囲の拡大という責任主義に反する結果をもたらすことになっているのである。法人の行為責任の範囲の拡大が、法人が絶対責任を負う範囲の拡大を意味するのであればその拡大に抵抗が強いのは当然のことである。

おそらく、これらの学説の背後には、伝統的な代位責任・転嫁責任の発想から抜け出していないという事情のほかに、自然人の責任と法人の責任は同じものでなければならないという考えがあるのではないかと思われる。自然人と全く同じ故意・過失・責任能力等を持ちうるのは、当然のことながら自然人に限られるから、法人の責任も特定の自然人について判断せざるをえなくなるのである。しかし、法人という自然人とは異なる主体について刑事責任を認める以上、法人の責任は自然人と全く同じでなくともよい、と考えるのが自然である<sup>(20)</sup>。例えば、法人に刑事未成年の規定の適用があると考える方がおかしいのではないだろうか。

法人の行為の問題が、刑法の観点から、どのような場合に法人の行為を認めることができるか、という法人の行為概念の問題だとすれば、有力説がいうように、代表者の行為のみを法人の行為とする対外的取引関係を前提とした民事上の原則に拘束される理由はない。法人の意思を直接実現する地位にある者の行為にまで、法人の行為を広げることは可能であろう。このような地位にあるかどうかは、役職名や代表権の有無といった形式的基準によって決すべきではなく、支店長、工場長、事業部長などの中間管理職であっても、それが法人の意思を直接実現する地位にあるときは、その者の行為を法人の行為とすることは可能であろう<sup>(21)</sup>。

しかし、法人の意思を直接実現する地位にある者の業務に関連する行為をもって法人自体の行為としてよい、ということは、その者の責任をそのまま法人の責任としてよい、ということではない。法人の意思を直接実現する地位にある者の行為であったとしても、常に法人の意思を実現するものとは限らないからである。このことは、例えば、代表者によ

る背任行為を考えれば明らかであろう。このような行為も、法人の意思を実現する行為であるとすれば、代表者の背任行為は法人の自損行為という奇妙なことになってしまう。

従来の学説の背後には、一人の人間が法人の意思決定を行う垂直的な意思決定モデルがあるように思われるが、このような意思決定モデルは、組織体である法人の意思決定過程には、必ずしもあてはまらないように思われる。例えば、通説は、機関の意思を法人の意思とするが、法人の機関は一人の自然人に限られるわけではない。株式会社でいえば、代表取締役だけでなく、株主総会も、取締役会も、監査役も機関である。代表取締役に限ってみても、ある程度以上の規模の会社では、複数の代表取締役がおかれているのが通例である。そして、これら機関相互の意思に齟齬が生じることは十分にあり得る。その場合、通説の論者はどのように考えるのであろうか。例えば、株主総会が特に定めた内部的制約に反して代表取締役が行った場合、取締役会の方針に反して代表取締役が行った場合、代表取締役間の取決めに反して一人の代表取締役が行った場合など、代表取締役の意思は常に会社の意思なのであろうか。もちろん、これらの場合に、会社は民事上の責任を負うかもしれない。しかし、刑事責任の判断においても、これらの場合に会社に無条件で刑事責任を負わせる必要があるかは疑問があるように思われる(22)。

## 2 法人処罰論

(1) 特定の自然人の責任を法人の責任とすることは、法人処罰の刑事政策的基礎とも整合的でないと思われる。犯罪能力肯定説を実質的に支えているのが、法人処罰による犯罪抑止の必要性という刑事政策的考慮であることは異論がないであろう。このような法人処罰による犯罪抑止のメカニズムは、大きく分けて、特定の個人の行動をコントロールすることで犯罪を抑止しようとする個人抑止モデルと、法人の意思決定過程に働きかけて組織の行動をコントロールしようとする組織抑止モデルとが考えられる。通説の論者が、どちらのモデルを想定しているのかは、必ずしも明らかではないが、多くの論者は、暗黙のうちに後者のモデルを考えているのではないであろうか。特定の個人の行為をコントロールすることだけが目的であれば、その個人を処罰すればよく、わざわざ法人を処罰する必要はないからである。

この点、西田教授は、個人抑止モデルを、「違反行為を行うのは自然人であるが、それは法人の利益を目的とするのであるから、個人に対する刑罰の動機付けの力は弱いといわ

ざるをえない。忠誠心の対象である法人自体が不利益をうけ、社会的名誉を低下させるといふ事実こそが、その法人に対する自然人の行動をコントロールするうえで最も効果的といふべきであろう」と説明される<sup>(23)</sup>。

このような理由付けが成り立つためには、行為者が自分の利益よりも法人の利益を重視していることが前提になるが、そのような前提がどこまで妥当するかについては疑問がある。たしかに、わが国の企業社会は、経営者及び従業員と会社の一体感が強いことが特徴とされてきた。その意味では、個人抑止モデルがうまく当てはまるように思われるかもしれない。しかし、会社とその経営者及び従業員の利益が一体化していることは、逆に言えば、会社の利益のためというのには常に自分の利益のためであることをも意味している。会社のために自分を犠牲にしているように見える場合であっても、それは短期的に見た場合であって、長期的に見れば当該個人の利益になっている（少なくとも事前の計算では利益になると考えていた）場合がほとんどであろう。したがって、わが国の会社員が、一般的にあって、自分に明白に不利益な違法行為を会社のためであればあえて行うかについては、多分に疑問があるように思われる。

さらに、個人抑止モデルには、責任主義上の問題があることも無視できない。特定の個人の抑止のために法人処罰が有効であると仮定したとしても、行為者を抑止するために第三者を処罰するという連座制は近代刑法の責任主義と調和しない。行為者が子供のために犯罪を犯している場合には、行為者とともに子供も処罰することが犯罪抑止の観点からは有効であろうが、そのような連座処罰が許されないことは明らかである。法人だからといって連座処罰が許されるわけではないであろう。

(2) 自然人の他に法人を独立に処罰する刑事政策的必要があるとすれば、それはやはり、特定の個人の行為のコントロールを通じた犯罪抑止ではなく、法人の組織としての意思決定過程に対する働きかけを通じた犯罪抑止が、特定の個人の行為のコントロールを通じた犯罪抑止に加えて必要だから、という点にあると思われる。

法人処罰が個人抑止モデルではなく組織抑止モデルに依拠すべきことは、特別予防の問題を考えるとより一層明らかになる。法人処罰においても、一般予防だけでなく特別予防の効果が期待されていると思われるが、犯罪行為を行った者が企業を退職すれば、個人抑止モデルからは特別予防の必要はなくなってしまうであろう。会社の犯罪が発覚した後、

会社に対する有罪判決が下る前に、責任者が会社を退職することはよくあることであると思われるが、そのような場合にも、会社を処罰することによる特別予防の必要性を否定するものはないであろう。それは、そこでの犯罪抑止が個人抑止モデルではなく組織抑止モデルに依拠しているからなのである(24)。

法人の機関と法人の双方を処罰することについては、二重処罰で不当だ、という批判が法人の犯罪能力否定説からなされてきた。これに対して、肯定説からは、機関の行為は自分自身の行為としての側面と法人の行為としての側面とを合わせもっているので、機関と法人を同時に処罰しても二重処罰にはあたらない、という反論がなされてきた。たしかに、法人と機関は別個の主体として処罰されているので、厳密な意味での二重処罰とならないことは明らかである(25)。しかし、法人の責任が代位責任・転嫁責任である限りにおいては、法人が行為者の責任を代位し、あるいは行為者の責任が法人に転嫁されてしまえば、行為者の責任は残っていないと考えるのが自然であって、なお行為者の責任を問うのは不当であるという批判として考えれば、それなりに説得的である(26)。また、処罰される主体が名目上異なっても、法人処罰による抑止の対象が自然人処罰による抑止の対象と同一であれば、実質的には、「二重処罰」であるといわざるをえないであろう。否定説の批判は、機関としての自然人の処罰と法人の処罰は、抑止の対象も責任の内容も異なる別個のものである、と初めて、実質的にも回避できるものなのである。

### 3 法人の責任

(1) それでは、法人固有の責任についてどのように考えるべきであろうか。この問題に関するもっとも包括的な検討を行っているフィス教授は、法人固有の責任(corporate fault)を求める従来の見解を、(a) 組織のために行動する人間(管理者)の犯意を法人の犯意とする「管理的犯意」(managerial mens rea)、(b) 組織内の様々な個人の意思を寄せ集めて法人の犯意とする「集積的犯意」(comoposite mens rea)、(c) 明示黙示の政策に基づいて法人の責任を認める「戦略的犯意」(strategic mens rea)に分類した上で、次のように批判している(27)。「管理的犯意」は、本来の意味での法人固有の責任ではなく、代位責任のバリエーションにすぎない。「集積的犯意」も、法人の非難可能性と直接の関連を有していない。これに対して、「戦略的犯意」は、本来の意味での法人固有の責任ではあるが、法人が明示的な政策によって犯罪を承認することはまず考えられないの

で、証明が著しく困難である。

フィス教授自身は、法人固有の責任として、犯罪行為時の責任ではなく、犯罪行為の発生に対応して満足のいく予防的・改善的措置をとらない「対応的責任」(reactive corporate fault) を問題にしようとする。その主たる論拠は、量刑においてこのような「対応的責任」が考慮されていることと、企業犯罪に対する公衆の非難は犯罪行為それ自体よりも行為後の対応に向けられていることである(28)。フィス教授の見解は、これを、法人処罰は、過去の行為に対する刑罰として科すよりも、将来の予防措置を義務づけてその不履行に対して科す方が有効である、という立法論的提案として捉えれば、刑事政策的に充分検討に値する(29)。しかし、犯罪論の問題としては、行為後の事情を犯罪成立要件としての責任にとりいれることは困難が大きいし、また、その必要もないのではないかと思われる。予防的措置をとっていないという責任は、犯罪発生前にも考えられるからである。予防措置が実効性のあるものであるかどうかは、違反行為が生じた後の対応によってテストされる面があることは否定できないが、理論的には、このような事後の対応は、あくまで予防措置の実効性を証明する事実として捉えるべきであろう。

このような、違反行為を防止するための措置を適切に講じていたことを法人の刑事責任を阻却する抗弁事由とする見解は、模範刑法典が高級管理職員が監督責任を適切な努力(due diligence)をもって尽くしたことを抗弁事由とすることを提案(30)して以来、有力に主張されており(31)、最近では、より具体的に、違反行為の防止及び発見のための有効なコンプライアンス・プログラム(compliance program)の存在を抗弁とする見解(32)も、主張されている。これらの主張が、アメリカ合衆国の立法及び判例において一般的に取り入れられているとはいえないようであるが(33)、法人固有の責任を認める一つの有力な方法を示しているように思われる。

その後、フィス教授のいう「戦略的犯意」に分類できる試みがいくつかなされている。例えば、法人の責任を、(a) 法律に違反する実務慣行または政策が法人の管理者によって採用されていたか、(b) 法人の実務慣行や政策から法律違反が予測可能であったか、(c) 違反行為後に法人によって行為が承認されたか、いずれかの場合に限定して認めようとする見解(34)や、犯罪を奨励する法人の「エートス」(ethos) または「性格」(personality) が認められる場合に、法人の責任を認めようとする見解(35)などである。しかし、これらの見解は、法人固有の責任を探求しようとする方向性において妥当であるが、実際

の事件に適用できるほど明確な基準ではない、という批判<sup>(36)</sup>を免れ得ないであろう。

法人固有の責任を構築しようとする試みは、わが国でも行われている。藤木・板倉説は、その先駆的なものと評価することができるが、両説は、法人処罰の主張に急なあまり、法人の責任を十分に検討したものではなかった。これに対して、近時、法人固有の責任の構築に取り組まれているのが、吉岡教授である。吉岡教授は、企業の責任要件を、社会的存在としての組織のありよう、その具体的な決定や活動に着目することで、自然人の場合の責任要件と実質的に同視しうるものを考えるべき、とされる。その具体的検討は「なお将来の課題である」とされながらも、故意・過失の要件は、「それぞれの構成要件に該当する犯罪内容をもつ具体的行為が、組織の通常のプロセス・決定機構によって、関連情報を考慮しつつ決定されあるいは実行されたことをもって」、「違法性の意識の不存在については、組織内における決定過程や犯罪的活動の遂行過程における法的規範情報の欠落として」、「期待可能性の欠如は、決定環境における非通常的事態の存在として」とらえられる、とされる<sup>(37)</sup>。以上のような吉岡教授の見解は、法人固有の責任を考えようとする点で妥当なものであると思われるが、法人の故意・過失の要件など、なお明確でない点も残っているように思われる。

(2) 法人固有の責任を考える場合、まず、法人の行為となるべき行為を行う自然人に犯罪成立に必要な故意・過失が認められることが必要であると思われる。法人も結局のところは、自然人を通じて行為するのであって、自然人行為者に故意・過失がなければ、違法行為を法人に主観的に帰属させることができないからである。企業組織体責任論のように、法人に客観的落ち度が認められれば、自然人行為者を特定する必要はない、と解するのは、結果的に、どの段階においても犯罪成立に必要な故意・過失が認められないのに、法人処罰を認めることになり、妥当ではないであろう。

しかし、法人固有の責任を認めるためには、自然人行為者に故意・過失が認められるだけでは不十分である。さらに、当該自然人行為者が行為に出たことに関して、法人自体を当該自然人行為者とは独立に非難できなければならない。そのためには、法人として、当該違反行為に出ないことができたのに、行為に出たことを非難できる必要があろう。

自然人の場合、行為に出ようと意欲する主体と、これに対する反対動機を形成し行為に出ることを思いとどまるべき主体は、当然のことながら同一である。これに対して、法人

の場合は、行為者の行為を内部で監視し思いとどませる機序は、当該行為者の内面だけでなく、法人の組織的な犯罪防止措置にも見いだすことができる。法人の場合には、自然人の人格が組織化されているといえることができるのである。

平場教授は、正当にも、法人そのものの責任を認める方向に進まなければならない、とされながら、そのためには、違法・有責の行為という体系を破らなければならない、とされる(38)。しかし、法人固有の責任を認めた場合に、行為の主体と行為者の行動をコントロールする責任主体が分裂するよう見えるのは、自然人レベルでみた場合のことであって、法人レベルでみれば、違法・有責の行為という体系を破ることにはならないと思われる。

両罰規定における法人の監督義務の内容については、違反行為を防止するための管理統制組織を完備する義務と、この組織が有効に機能するように監督する義務とである、と解する見解が有力であり(39)、法人の責任の根拠は、このような組織制度的措置を尽くしていなかったことに求めることができるように思われる。しかし、このような措置を講ずる責任は、特定の自然人の責任というよりは、組織全体の集合的な責任と見た方が実態に即しているように思われる(40)。

法人固有の責任を認める立場からの解釈論上の帰結は、代表者の行為であっても、法人はその監督上の注意義務をつくしたことをもって免責されるべきである、というものである。機関と従業員を峻別する考え方は、法人の対外的な取引関係において意味のあるものであって、会社法がそのような考え方にのみ基礎をおいているわけではない。むしろ逆に、現代会社法理論は、会社経営者を会社の所有者であり本人(principal)である株主の代理人(agent)と見るエージェンシー・セオリー(agency theory)に依拠しており、いかにして経営者を監視・監督するかというコーポレート・ガバナンスの問題が会社法の中心課題となっているのである(41)。つまり、機関と従業員が峻別されるのは対外的取引関係においてであって、対内的にはどちらも企業の所有者である株主のために働くエージェントであって法人組織による監督が必要であることに変わりがないのである。そうであれば、代表者の行為であっても、なお法人組織による監督を問題にする余地を認める理論構成の方がコーポレート・ガバナンスを重視する会社法理論と整合的であるように思われる(42)。

もちろん、代表者、その他の中枢幹部が犯罪行為に関与していることは、違反行為の防

止のための組織制度的措置が充分でなかったことを強く推測させる事実であることは確かであり、実際上の結論としては、通説も本稿の立場もあまり違いはないかもしれない。しかし、例えば、株式会社において、違反行為を防止するための組織制度的措置がとられていたにもかかわらず、代表取締役の一人が、取締役会や他の代表取締役の意思に反して、独断で違反行為を行ったような場合には、会社の免責が認められる場合もあり得ると思われる<sup>(43)</sup>。代表者の行為について法人の監督義務を認めると、監督義務者は行為者たる代表者自身ということになるから妥当でない、という批判は<sup>(44)</sup>、法人の機関を一人と仮定した場合にのみ当てはまる批判である。本稿の立場からも、実質的には個人企業と変わりが無いような法人の場合には、代表者の責任がそのまま法人の責任と解することになる。小規模会社の問題については、後でもう一度触れることにしたい。

(3) 理論的には、以上のような法人の組織制度的措置の問題は、法人の過失として理解するよりは、責任阻却事由として理解すべきであると思われる。犯罪防止のための相当な組織制度的措置をとっていたにもかかわらず、犯罪行為が行われた場合には、法人にとっての他行為可能性あるいは行為の制御可能性がなかったものとして責任が阻却される、と解するのである。このような組織制度的措置義務は、特定の違反行為の具体的予見可能性を要件としない点で、伝統的な過失概念を緩めるものであることが指摘されているが<sup>(45)</sup>、その点でもこれを過失責任と構成するよりも、責任阻却事由として構成する方が望ましいように思われる。

法人の刑事責任に関して、通説は、これを行為責任と監督責任に分けるが、本稿の立場からは、法人の刑事責任はすべて行為責任であるとともに、機関の行為についても犯罪防止のための組織制度的措置が責任阻却事由となり得るという意味で、すべて監督責任なのである。

このような見解は、アメリカ合衆国で主張されている相当な注意 (due diligence) の抗弁やコンプライアンス・プログラム (compliance program) の抗弁と、犯罪防止措置の存在を犯罪阻却事由とする点で類似している。しかし、これらの見解が、一般に、法人の政策決定者が違反行為を行った場合には免責を認めない<sup>(46)</sup>、のに対して、本稿は、このような場合にもなお免責の可能性を認めようとする点で異なっている。

両罰規定の監督上の責任については、被告人の側に判例・通説の過失推定説と、検察官

に証明責任があるとする純過失説が対立しているが(47)、これを責任阻却事由と解することで、検察官の側で積極的に立証する必要がないことを説明できるように思われる。しかし、被告人の側で組織制度的措置を尽くしていたことを主張した場合には、最終的な挙証責任は原則通り検察官が負うべきであろう。

違反行為の防止のための組織制度的措置義務を尽くしていた場合には、法人の責任が阻却される、と解する場合には、どの程度の義務の履行が必要かが重要な問題となってくる。この問題に対する答えは、法人の規模、業種、過去の違反歴等によって一律に答えることはできないであろうが、あまりに高度の義務を課すことには疑問がある。犯罪行為の抑止は、一次的には、行為者の処罰によるべきであって、法人処罰による犯罪抑止は、法人による監視・監督を通じた二次的なものにすぎない。直接行為者が犯罪を行わないためには自ら行為に出なければよいだけなのに対して、法人が直接行為者の犯罪を防止するためには、防止措置をとるためのコストが必要となる。法人はいかなるコストをかけてもその機関及び従業員による犯罪を防止しなければならない、とはいえないであろう(48)。この意味で、法人の機関や従業員を処罰することと法人を処罰することとの間には、大きな違いがあるのである。

法人の責任を本稿のように組織的なものと解する場合には、法人の責任は自然人における責任とは異なったものということになる。したがって、両罰規定は、本条が故意犯である罪についても過失犯処罰を認めるという意味で、刑法38条1項の「特別の規定」に当たるだけでなく、法人固有の責任を認めるという意味で、刑法8条にいう「特別の規定」にも当たると解すべきことになろう。従来、現行刑法典の「人」に法人が含まれるかという点が議論されてきたが、両罰規定を刑法八条の特別規定と解する立場からは、現行刑法典の「人」に法人を含めて解釈することはできても、刑法総則の責任要件との関係で法人を処罰することはできないことになる。

また、法人の責任を自然人の責任と異なったものと解する立場からは、両罰規定の解釈においても、自然人業務主と法人業務主の責任を同一に解する必要がないことを意味する。自然人業務主の責任は、これを従業員の行為に対する監督過失として考えることが最も適切であると思われる。

(4) 本稿の見解と企業組織体責任論は、法人固有の刑事責任を考えようとする点で共

通点を有しているが、企業組織体責任論と本稿の見解には異なる点が多い。まず第一に、企業組織体責任論が法人処罰を広く認めていこうとする政策的意図を有しているのに対して、本稿にはそのような意図はない。むしろ、本稿の立場は、通説よりも法人処罰の限定につながる可能性が高いと思われる。

第二に、行為者を特定しなくとも法人処罰を認めようとする企業組織体責任論の主張も本稿とは無関係である。法人固有の責任を認める立場からも、法人は自然人を通じて行為するのであるから、法人の責任を認定するためには、通常は、行為者と行為の態様を特定することが必要である(49)。もっとも、例外的には、右手で殴ったのか左手で殴ったのかを認定しなくとも罪となるべき事実を認定することができるように、直接行為者の特定が法人の行為と責任を認定する上で必要のない場合があるかもしれない。これは択一的証明の問題であって、もし訴訟法上このような認定が認められるのであれば、通説の立場からも同じ結論になるはずである。

第三に、企業組織体責任論は、法人の刑事責任を確定した後に、これを個人に分配する、という主張を含んでいたが、このような法人責任の個人責任への還元は、団体責任を認めることにつながる恐れがあり妥当ではないであろう。本稿が法人固有の責任を認めようとしたのは、個人責任の原則を法人についても貫徹しようとしたためであって、これを個人に還元する意図は全くない。また、本稿は、過失についての危惧感説を前提にするものでもない。

(5) 法人処罰を考える上では、わが国に小規模の株式会社が多数存在することも考慮する必要がある。法人固有の責任を考える本稿の立場からも、社会的実態として個人企業と変わりのない会社においては、代表者の責任がそのまま法人の責任になるといってよい。単なる推測ではあるが、両罰規定が無過失責任的に運用されている、という法務省関係者による指摘は(50)、両罰規定が主として実質的には個人企業に等しいような法人に対して適用されているからではないであろうか。また、より規模の大きな企業については、訴追される事例が、上層部が一体となって犯罪行為に関与したいわゆる「会社ぐるみ」の事例に主として限定されているのではないかと考えられる。さらに、わが国の企業においては、伝統的に「『社員は悪を為さず』という前提に立ち、信頼をベースとした組織や管理体制が形成され」てきたため(51)、免責事由として主張できるだけのチェック・シ

システムが多くの場合存在しているということも十分考えられる。いずれの場合にも、理論的には免責の可能性があっても、現実の訴訟で免責事由の存在が主張されることは稀になる。今後、法人処罰の実態について、法人の規模、行為者の地位等、より詳細な実証研究がなされることが望まれる。

実態として個人企業に等しい法人においては、代表者の責任がそのまま法人の責任になる、とはいっても、このように法人に独立の社会的実態がない場合（その最も極端な事例は一人株式会社である）には、代表者の犯罪行為について、代表者とともに会社を処罰する必要は通常はないであろう。このような会社は、地域社会で活動していることが多いであろうから、スティグマの点でも、社長の処罰はそのまま会社の処罰として働くであろうし、会社名に社長の名前が冠されているような場合はなおさらである。これに対して、従業員が違反行為を行った場合には、自然人事業主であれば両罰規定の適用があるのに、税法上の理由等から「法人成り」していれば、刑事上の責任を問われない、というのは公平ではない。したがって、法人の実態がない場合には、法人格否認の法理によって、代表者を自然人業務主として処罰するのでないならば、法人を業務主として処罰する必要があるように思われる。

もう一つ法人処罰が必要な場合として考えられるのは、主たる財産が会社に帰属している場合、及び、犯罪利益が会社に帰属している場合である。社長の個人財産が会社に帰属しているような場合、社長に罰金を科すよりも会社に罰金を科した方が適切な場合があるかもしれない。没収に関しては、法人を処罰しなくとも第三者没収を科すことは可能であるが、法人を処罰して法人に対して没収を科す方が簡単であることは確かである。また、追徴に関しては、第三者追徴に関する手続規定が立法されていないので、法人を処罰しなければ法人に第三者追徴を科すことは困難である。判例は、代表者が訴追されている場合には、会社に対して追徴を行っても適正手続に違反することはない、としているが<sup>(52)</sup>、代表者が訴追されていない場合には第三者追徴を行うことができないし、訴追されている場合であっても、代表者と法人の間に利益相反が生じる可能性があるため、手続を整備して法人に独立の弁解の機会を与えることが適切であろう。さらに、将来的には、法人・自然人を通じた利益剥奪制度を設けることを検討すべきであろう<sup>(53)</sup>。

### III 法人処罰と求償

(1) 法人処罰による犯罪抑止のモデルについては、すでに検討したが、アメリカ合衆国では、全く別の視点から個人抑止モデルを説明する見解が見られる。法人の内部で実際の行為者を特定することが困難な場合には、法人をいわば身代わりとして処罰すれば、今度は法人が違反行為者を国に代わって「処罰」するであろうから、法人を処罰することで間接的に犯罪を抑止することができる、とする見解である<sup>(54)</sup>。そして、法人内の違反行為者を特定することは国よりも法人の方が容易であるからこの方が効率的だといっているのである。会社が支払った罰金を違反行為者に対して請求することは、このような見解からは、まさに法人による違反行為者の代理「処罰」ということになる。もちろん、違反行為が経営陣の暗黙の支持の下で行われたような場合には、会社が違反行為者に対して損害賠償を請求することは稀であろう。経営陣自体が違反行為に関与していた場合にはなおさらである。しかし、このような場合に備えて、会社法には株主代表訴訟が用意されている。日本航空電子工業事件はまさにこのような場合である。わが国では会社に科された罰金を損害として違反行為者に請求したのは初めてではないかと思われるが、アメリカではこのような株主代表訴訟が稀ではないようである<sup>(55)</sup>。

(2) アメリカにおいて、罰金が損害賠償の対象となるかどうかについて明示的に論じた判決として、*Wilshire Oil Company of Tex v. Riffe* <sup>(56)</sup>がある。事案は、会社が元雇用者に対して元雇用者が行った独禁法違反行為によって会社が罰金刑を受けて支払った罰金額及び民事制裁金額の求償を求めた、というものである。第10巡回区連邦控訴裁判所は、罰金額及び民事制裁金額の求償が認められるとの法律判断を示した。本件の第一審裁判所が、会社による罰金額の求償を認めることは、公共政策に反し、独禁法の目的を阻害する、と判示したのに対して、控訴裁判所は、公共政策をクリーンハンドの原則として理解した上で、会社の刑事責任は、まったく代位的な (vicarious) のものであるから、求償を認めることができる、としたのである<sup>(57)</sup>。

アメリカにおいては、行為者と共同して代位責任 (vicarious liability) を負担し実際に賠償を支払った者は、行為者に対して求償することができる、というのが民事上の求償

権に関する原則とされている(58)。そして、連邦刑法における会社の刑事責任は、一般に、その従業員が会社の業務として会社のためにした行為について無過失責任を負う代位責任である、とされている(59)。第10控訴裁判所は、この二つの命題を結びつけて、法人は支払った罰金額を違反行為者に求償できると判断したのである。

しかし、この判決の論理は説得的ではないと思われる。なぜなら、民事上の代位責任と刑事上の法人の代位責任とは全く異なったものだからである。民事上の代位責任は、本来責任を負担するのは行為者であるが、被害者の救済を考えて行為者と連帯して代位責任を負わせるというものであって、行為者と代位責任者の責任はあくまで択一的なもの(連帯債務)である。これに対して、法人の刑事責任が代位責任であるというのは、法人に刑事政策的考慮から、他人の行為について絶対責任が課されていることを意味するものであって、法人と行為者に対してはともに刑罰が執行可能である。このように両者は同じ代位責任であっても全く異なったものであって、民事上の求償権に関する原則をそのまま法人の刑事責任に持ち込むことはできない(60)。罰金額の求償で問題となっているのは、民事上の求償権に関する原則ではなく、罰金額の求償を認めることが、刑罰の一身専属性や独禁法の執行力強化という法人処罰の目的を阻害しないか、という刑事政策的な判断なのである。

この点について、法人処罰を行為者処罰のための間接的手段としてとらえる見解は、求償を認めることこそ刑事政策的に望ましいと答えるであろう。しかし、この見解は、それ自体の刑事政策的妥当性はおくとしても、理論的にアメリカの法人処罰制度と整合していない点で妥当でない。すなわち、この見解に基づいて法人処罰を考えるとすると、法人処罰と行為者処罰は(少なくとも執行面では)択一的でなければならない。また、法人に対する罰金は行為者に転嫁されることを予想した実質的には行為者に対する罰金なのであるから、その罰金額は行為者の責任に応じて設定されなければならない。しかし、アメリカの法人処罰は、行為者処罰と両立するものであるし、その罰金額は法人の資力を考慮して自然人行為者に対する罰金額よりもはるかに高いレベルに設定されている。法人処罰と行為者処罰がともに行われている場合に、法人に対する刑罰の行為者への転嫁を認めれば、行為者は実質的には同じ行為について二度処罰されるだけでなく、法人の資力を考慮して高額に設定された刑罰をも科されることになってしまう。このような責任主義に反する疑いの強い「二重処罰」を立法者が意図していたとはとても思われぬ(61)。

(3) 以上の点は、わが国についても同様であって、仮にわが国の現行法による法人処罰を代位責任に基づくものと解したとしても、立法者が行為者とともに法人も処罰するという立法政策を選択している以上、法人の罰金の行為者への転嫁は認められるべきではない。罰金の転嫁を認めることは、刑罰の一身専属性に実質的に反することでもある。違反行為者が会社の罰金を任意に肩代わりすることを禁止することはできないが、裁判所が、肩代わりを命令することで、法人を自然人行為者と別個に処罰するという立法政策を阻害すべきではないと思われる<sup>(62)</sup>。また、わが国でも、独禁法、証券取引法等の領域で、両罰規定の罰金額が、従来の自然人の罰金額と法人の罰金額の連動方式から法人の資力を考慮した法人重科に変更されたことによって、法人自体を自然人と別個に処罰することが立法者の意図であることがより明確になったといえる<sup>(63)</sup>。

以上のように、法人に対する罰金の違反行為者への転嫁を認めることは、法人の刑事責任を代位責任に基づくものと考えたとしても妥当ではないのであるが、法人の刑事責任を法人固有の責任に基づくものと考えた場合には、これを認める余地は全くない<sup>(64)</sup>。自らの責任に対して科された刑罰を他人に転嫁することが許されるはずはないからである。罰金刑を科された犯罪者が支払った罰金の損害賠償を共犯者に対して求める、などということが認められてよいはずがない。

以上から、本稿のように法人の刑事責任を固有の責任と考えた場合にはもちろん、代位責任と考えた場合にも、法人に科された罰金を取締役等の自然人に転嫁することは妥当ではないことが明らかになったと思われる。理論的には、法人に科された罰金は、国が法人処罰という特定の目的を持って意図的に科したものであるから、取締役の善管注意義務違反と罰金の支払いとの間には、法的因果関係が否定される、と説明することができよう。罰金額の求償を認めた日本航空電子工業代表訴訟第一審判決は、その結論において妥当でないだけでなく、罰金の特殊性に関する考慮が全く見られない点でも、今後の先例としての十分な価値を有していないと思われる。

(4) なお、付言すれば、罰金は時に犯罪収益の剥奪をその一つの目的として設けられている場合がある（違反行為の目的物の価格に罰金額をスライドさせる外為法69条の6はその一例であると考えられる）。この場合に、罰金の転嫁を認めることは、法人に違法な利益の保持を認めることになって明らかに不当であろう。法人処罰の一つの根拠として、

法人は犯罪によって利益を得ているので（必ずしも経済的利益に限定されないが）、刑罰を科すことによってバランスをとらなければならない、ということが挙げられているが、犯罪利益が法人に残っている場合は、まさに法人に罰金・没収等の刑罰を科す必要のある場合である。同様の意味で、独禁法違反を理由に会社に課された課徴金を取締役に転嫁することも認められるべきではないと思われる。これに対して、大橋教授は、「刑事罰や被害者からの損害賠償請求がほとんど機能していない現在の日本の状況下では、株主代表訴訟によって取締役への制裁を強化することの方が、公正かつ自由な競争を促進するという独占禁止法全体の目的（独禁1）に適うと考えられる」として、課徴金は商法266条1項という損害に含まれる、とされている<sup>(65)</sup>。しかし、独占禁止法上の目的を達成するための制度にはそれぞれ固有の目的があるのであるから、独占禁止法の刑罰が従来機能不全であったからといって、違法利益の剥奪を通じた制裁という課徴金の制度目的を無視して、違法利益の帰属していない者への制裁にこれを転用するのは不当であろう。もし取締役に対する制裁を高める必要があるのであれば、取締役に対する刑罰を強化するのが筋であり、実際にも、そのような可能性がないとはいえないことは、近時の独占禁止法の運用が示しているように思われる。

## IV 経済犯罪における法人処罰

### 1 経済犯罪における重罰化の進展

わが国の経済犯罪の分野における法人処罰は、独禁法、証券取引法、銀行法等の犯罪に対する法人罰金の大幅な引き上げに伴って重要性を増してきている。ここでは、以前から、法人に対する罰金の賦課が重要な役割を果たしているアメリカの経済犯罪を検討することによって、わが国の経済犯罪における法人処罰の将来をさぐることにしたい。その際には、法人処罰と企業の取締役等の個人の処罰は重要な関連性を有しているので、両者を併せてみていくことにする。

アメリカの経済犯罪の分野では、1970年代以降、重罰化の進展が著しく、このことは、いくつかの象徴的事件の報道を通じてわが国でも良く知られている。ウォールストリートを舞台とするインサイダー取引事件では、主犯格の被告人に対して、10年の拘禁刑（その後、政府への協力を理由に3年に減刑された）と民刑事あわせて1000億円を超える罰金が

科され、会社に対しても民刑事あわせて6億5千万ドルにのぼる罰金が科されている。また、大和銀行がニューヨーク支店を舞台にした事件で科された罰金は3億4千万ドルにのぼっている。最近のアメリカでは、会社の重役・従業員に実刑が科され、企業に巨額の罰金が科されることは、決して稀ではないのである。

## 2 個別の分野における重罰化

(1) 独禁法 独禁法違反に対する刑罰は、1955年に罰金額が5千ドルから5万ドルに引き上げられているが、これは物価の上昇に罰金額を合わせたものであって、重罰化が始まるのは、1974年の改正以降とってよい。

1974年の改正では、シャーマン法1条違反の罪が、軽罪から重罪に変更され、刑罰の上限がそれまでの1年の拘禁刑と5万ドルの罰金から、5年の拘禁刑と10万ドルの罰金に引き上げられた。また、それまでは、自然人に対する罰金額上限と法人に対するそれとが同じであったのが、同年の改正で、法人に対する罰金額上限を100万ドルに引き上げるいわゆる法人重科が行われた。

その後、1984年の量刑改革法によって連邦犯罪一般について、被告人が犯罪によって得た利益あるいは犯罪によって与えた損害の2倍額を罰金額の上限とする規定が設けられた。独禁法違反による利益・損害が膨大な額にのぼりうることを考えれば、重要な改正といえるであろう。

さらに、1990年には、罰金額の上限が自然人に対して35万ドルに引き上げられ、法人に対しては一気に1000万ドルにまで引き上げられている。

以上は、法律の規定の上での重罰化の進展であるが、実際の法執行の面でも、独禁法の分野における重罰化の進展はめざましいものがある。この点では、1987年に施行された連邦量刑ガイドライン (United States Sentencing Guidelines) の役割が特に注目される。

量刑ガイドラインは、リハビリテーション思想に基づく不定期刑から応報刑や抑止刑の思想に基づく定期刑への転換をもたらした点で重要であるが、経済犯罪 (ホワイトカラー犯罪) の分野では、これらの犯罪に対して実際に科される刑の加重をもたらした点でも重要である。すなわち、量刑委員会は、ガイドラインの作成に当たって、従来の連邦地裁における量刑の実態を調査し、調査で明らかになった量刑相場に基づいてガイドラインの量刑を定めることを基本方針としていたにもかかわらず、ホワイトカラー犯罪の分野につい

ては、従来の量刑相場よりもかなり重い量刑になるようにガイドラインを作成したのである(66)。

量刑委員会の調査によると、独禁法違反に対するガイドライン施行前の被告人の実刑率が39%、平均刑期が45日であったのが、ガイドラインでは原則としてすべての被告人に6月以上の実刑が科されることになっている(67)。罰金についても、74年から80年にかけての法人に対する罰金額の平均が、違反の対象となった取引額の約1.4%であったのに対して、ガイドラインは、取引額の15%以上と定めているので、大幅な引き上げとなっている(68)。実際にも、ガイドライン施行前の法人に対する罰金平均額が16万ドルであったのに対して、施行後の罰金平均額は、92年が50万ドル、97年には120万ドルにのぼっている(69)。

特に、近年は、国際的な独禁法違反事件が数多く摘発され、アメリカで活動する多国籍企業に対して巨額の罰金が科されている(そのほとんどは司法取引によるものである)。その結果、95年8月までは、独禁法違反に対する法人罰金の最高額が1000万ドルであったのが、96年の10月には1億ドルの罰金が科されるに至っている(70)。注目されるのは、一連の事件において、企業の重役も訴追されているが、多くの場合は、司法取引によって、罰金(15万ドルから20万ドル)の支払いだけで実刑は受けていないことある。その意味では、ガイドラインによる実刑の原則化は、検察官にとって司法取引の強力な材料となることで、法人に対する罰金額の高騰を招いているのではないかと推測される。

(3) 証券取引法 証券取引法の中心的な犯罪である証券詐欺(securities fraud)の分野では、特にインサイダー取引について、刑罰の大幅な引き上げが行われている。インサイダー取引に対する刑罰は、1984年のインサイダー取引制裁法(The Insider Trading Sanction Act of 1984)で罰金額が1万ドルから10万ドルに引き上げられた後、86年のウォールストリート・スキャンダル、87年の株価暴落などを契機として、88年のインサイダー取引証券詐欺執行法(The Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988)で拘禁刑の最高が5年から10年、罰金刑の上限が自然人について100万ドル、法人について250万ドルに引き上げられた。さらに、証券詐欺に対する重罰化の進展において見逃すことができないのは、刑事罰だけでなく、民事罰も強化されていることである。1984年法は、インサイダー取引を行った者に対して、取引によって得た利益またはこれによって回避した損害の3倍額以下の民事罰金(civil penalty)を賦課することを裁判所に請求

する権限を SEC に与え、1988年法は、民事罰金をインサイダー取引を行った者の監督者 (controlling person) に対しても科すことができるようにして、執行力を強化している。さらに、1990年の証券執行救済法 (The Securities Enforcement Remedies Act of 1990) は、民事罰金の対象をインサイダー取引以外の証券詐欺に広げると共に、SEC に自ら民事罰金を賦課する権限を与えている<sup>(71)</sup>。

(4) 銀行法 銀行法違反の分野では、1984年に新設された銀行詐欺罪 (bank fraud) (18 U.S.C. §1344. 詐欺罪といっても、わが国では窃盗罪、横領罪、背任罪等に当たるような行為も含んでいる) は、当初、5年以下の拘禁刑若しくは1万ドル以下の罰金またはその併科という比較的穏当な法定刑であったのが、貯蓄貸付組合 (S&L) スキャンダルを契機として、89年に一気に20年以下の拘禁刑・100万ドル以下の罰金に引き上げられ、拘禁刑の長期は翌年さらに30年に引き上げられた。民事罰金の規定も設けられ、1違反につき100万ドル以下、継続的違反については1日につき100万ドル以下で総額500万ドル以下、または、違反による利益・損害がこれらの額を上回る場合はその額を上限とする民事罰を裁判所が科すことができることになっている (12 U.S.C. §1833a (b) (1) (2))。

(5) 政府調達詐欺 (procurement fraud) 政府調達における水増し請求は、近時、わが国でも問題となっているが、アメリカでは、国防省を舞台とする大規模な不正請求事件を契機として、88年に100万ドル以上の額の調達に関する詐欺を10年以下の拘禁刑若しくは100万ドル以下の罰金またはその併科で処罰する規定が新設された (18 U.S.C. §1031)。罰金額に関しては、詐欺による損害か利益が50万ドルを上回る場合、または、重大な身体傷害の危険を意図的若しくは無謀に生じさせた場合は、500万ドルが上限となり、さらに、複数の行為が起訴された場合は、1千万ドルまたは利益額か損害額のいずれが多い方が上限となると規定されている。

### 3 重罰化の要因

アメリカの経済犯罪の分野における重罰化の進展の要因のうち重要なものとして、3つの要因を挙げることができる。

(1) 経済構造の変化 まず、第1は、経済構造の変化に伴って、経済犯罪の侵害性あるいは利得性が飛躍的に大きくなったことを挙げることができる。その典型例は、インサイダー取引である。インサイダー取引は、昔から行われてきたものであろう。しかし、80年代の証券市場は、①規制緩和によって市場規模が急速に拡大したこと、②企業合併や企業買収の流行によって対象企業の株価が大きく変動することが増えたこと、③オプション取引の増大によって比較的少額の手持ち資金で巨額の利益を得ることが可能になったこと等の要因によって、インサイダー取引による利益が、それまでとは比較にならないほど巨額なものとなる可能性を秘めたものとなった。このような巨額の利益が見込まれる違法取引を有効に抑止するためには、刑罰もそれに見合った重いものでなければならない、と考えるのは自然なことであろう。経済構造の変化は、規制緩和が一つの要因となったS&L業界の崩壊という形で、銀行詐欺の分野にも大きな影響を与え、市場経済の国際化は、独禁法違反の分野に大きな影響を与えている。

経済構造の変化という外在的要因の存在は国民の側の内在的要因の重要性を否定するものでももちろんないが、仮に、アメリカ国民の刑罰に対する見方がこの20年間に不変であったとしても、経済犯罪の分野では、経済構造の変化に伴って重罰化の進展が見られたかも知れない。

(2) 抑止刑論の影響 第2は、リハビリテーション思想の衰退が、経済犯罪の分野では、特に抑止刑の重視につながり、企業の経営者に対する実刑が科されることが珍しくなくなり、企業に対する罰金額が飛躍的に増大することにつながったことである。この点では、80年代以降、アメリカで「法と経済学」が盛んになったことも無視することができない。経済犯罪の分野では、合理的計算に基づく犯罪という経済人モデルが受け入れられやすいことから、法と経済学に基づく抑止刑論が有力になり、量刑ガイドラインにも大きな影響を与えたように思われる<sup>(72)</sup>。特に、法人に対する罰金については、量刑ガイドラインは、犯罪から得られる利益と犯罪が発覚し罰金（+民事罰金および損害賠償）を科される確率を基礎にして、抑止に最適な罰金額を求める立場に立っているといてもよい。

(3) 組織犯罪対策立法の波及 第3に、70年代から80年代にかけて行われた組織犯罪対策立法が経済犯罪の重罰化に与えた影響を無視することができない。具体的には、

RICO法が規定する犯罪（18 U.S.C. §1961 et seq.）とマネーロンダリング罪（18 U.S.C. §1956; §1957）である。どちらも組織犯罪対策として立法されたものであるが、法律の規定は組織犯罪に限定されていないために、詐欺等の通常の経済犯罪に対しても広く適用されてきた。その結果、本来組織犯罪を念頭に立法された厳しい刑罰が通常の経済犯罪にも適用されることになったのである。

例えば、RICO法では、団体の活動として2つ以上の基礎犯罪をパターンとして行った被告人に対して、その者が団体に対して有する権益を、それが犯罪で得た利益かどうかを問わずすべて没収することができることになっている。このいわゆる団体没収（enterprise forfeiture）は、犯罪組織のメンバーに適用される場合には比較的問題が少ないかも知れないが、会社をRICO法上の団体として会社経営者に適用される場合には苛酷な刑罰となる。会社犯罪によって得た利益は僅かであっても、経営者が会社に有する利益がすべて没収されてしまうかもしれないからである。

マネーロンダリング罪についても、同罪が組織犯罪（特に薬物犯罪）対策として立法されたにもかかわらず、その対象となる財産は組織犯罪・薬物犯罪から得た利益に限定されておらず、その行為態様も犯罪利益の隠匿・仮装だけでなく、違法行為の実行を促進する目的での犯罪利益の使用も含んでいる。しかも、犯罪利益の使用自体が利益の基礎となった犯罪を「促進する」ものである、という解釈が裁判所によってなされたため、通常の経済犯罪によって得た利益を自分の名義で使用したような場合にも、20年以下の懲役・50万ドル以下の罰金または対象となった財産の2倍以下の罰金及び対象財産の没収という重い刑罰が科されることとなった。その結果、経済犯罪自体に対する刑罰よりも、その犯罪によって得た利益の使用に対する刑罰の方がはるかに重いという事態が生じることになったのである。さすがに、量刑委員会も、このような異常な事態に対しては、「ガイドラインを制定する際に、組織犯罪の運営に不可欠なマネーロンダリングに適用されることを予測していたが、制定当時におよそ予測しなかったような行為にまで適用されている」と評して、ガイドラインの改正を議会の提案した<sup>(73)</sup>。しかし、議会は、量刑委員会の改正の提案を拒否している<sup>(74)</sup>。

#### 4 わが国への示唆

経済犯罪の領域で、経済構造の変化に伴って重罰化が進展するという現象は、アメリカと若干のタイムラグを伴いながらも同様の経済変化を経験しているわが国でも、刑罰の絶対的な重さははるかに軽いものではあるが、見いだすことができる。独禁法の領域では、刑事告発の積極化が公正取引委員会によって打ち出され、実際にも、刑事訴追がなされるようになった。法人に対する罰金額も、法人重科によって1億円にまで引き上げられている。証券取引法の領域では、インサイダー取引や損失補填が処罰されるようになり、法人に対する刑罰は5億円にまで引き上げられた。経済犯罪の分野における重罰化の主要因が経済構造の変化にあるとすれば、平均気温は世界各地で異なっても温暖化傾向は世界的に見られるように、刑罰の絶対的の重さは各国で異なっても重罰化傾向は先進諸国で広く見られるのではないかと推測されるが、この点の検証は今後の課題である。

次に、組織犯罪対策立法の経済犯罪への波及は、わが国でもすでに、利益供与罪の新設等に見られないわけではない。また、国会で継続審議となっている組織的犯罪対策立法が成立すれば、同法案は、その対象を暴力団等の組織犯罪に限定していないので、アメリカほどではないにしても、同様の問題が生じる可能性はあるように思われる。

以上に対して、現在までのところ、アメリカとわが国との最も大きな違いは、経済犯罪の分野で、アメリカのように抑止刑理論に正面から依拠した立法や量刑がわが国では行われていないことにある。法人に対する罰金額は、わが国の基準では飛躍的に引き上げられてきているとはいえ、予想される犯罪の利益と犯罪発覚の可能性を勘案すれば、多くの経済犯罪にとっては取るに足りない額であろう。犯罪利益の剝奪についても、独禁法の課徴金を除けば、民事制裁は存在していないし、刑事没収もほとんど機能していない。株主代表訴訟は近時やっとなわが国でも活性化してきたが、アメリカのような懲罰的損害賠償の制度は存在していない。自然人に対する量刑も、なお特別予防的配慮が強く、独禁法違反や証券取引法違反で、会社の重役に実刑判決が科されることはまずない。今後も、このような傾向が続くのかどうかについては予断を許さない。

## V まとめ

本稿の結論を簡単にまとめれば次のようになる。法人の行為と法人の責任は別個に判断されるべきであり、法人固有の責任を認めるためには、自然人行為者に犯罪成立に必要な故意・過失が認められることの他に、法人が組織全体として犯罪防止のための有効なシステムを欠いていたことが必要である。犯罪防止のための組織制度的措置を尽くしていたにもかかわらず、法人企業を構成する自然人によって犯罪が行われた場合には、法人はそのような行為に出ない可能性がなかったものとして、責任が阻却される。

法人の刑事責任が法人固有の責任に基づくものと解した場合はもちろん、これを代位責任に基づくものと解した場合にも、法人に対する刑罰の自然人への転嫁を認めるべきではない。このことは、株主代表訴訟の抑止効果を評価しないというわけではなく、法人及び自然人の処罰による違反行為の抑止と株主代表訴訟による違反行為の抑止は、それぞれ役割分担が必要である、といているにすぎない。

法人固有の責任の問題は、「法人刑法理論における最も暗黒のブラックホールであった」といわれている<sup>(75)</sup>。本稿もまたこのブラックホールに落ち込み一筋の光も見いだすことのできないものであるかどうかは、読者の判断を待つほかない。

法人処罰の将来においては、特に経済犯罪の分野において、アメリカの例から伺えるように、経済構造の変化に伴って、法人処罰の重要性がさらに高まっていくのではないかと予測される。それだけに、法人処罰の理論的基礎をより明確なものとしていくことが実務的にも重要であろう<sup>(76)</sup>。

[注]

- (1) 福田平『行政刑法(新版)』(1977年)101頁参照。否定説として、泉二新熊『日本刑法論総論』281頁(41版・1929年)、宮本英脩『刑法大綱』54頁(1935年)、牧野英一『重訂日本刑法上巻』101頁(1937年)、瀧川幸辰『犯罪論序説(改訂版)』20頁(1947年)、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』118頁以下(1974年)、団藤重光『刑法綱要総論』(3版・1990年)126頁、福田・前掲111頁以下。さらに、法人処罰に懐疑的な見解として、浅田和茂・浅田ほか『刑法総論』158頁以下、168頁(1993年)、松宮孝明『刑法総論講義』54頁以下(1997年)など参照。
- (2) 学説の状況について、伊東研祐「法人の刑事責任」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開・総論Ⅱ』108頁以下(1990年)参照。肯定説として、草野豹一郎「法人の処罰に関する一考察」刑法雑誌1巻2号256頁以下、八木岸『業務主処罰規定の研究』90頁以下(1955年)、金澤文雄「法人の刑事責任・両罰規定」『総合判例研究叢書・刑法(17)』19頁(1962年)、香城敏彦『行政罰則と経営者の責任』13頁(1971年)、平野龍一『刑法総論Ⅰ』115頁(1972年)、佐伯千仞『三訂刑法講義(総論)』129頁以下(1977年)、木村亀二・阿部純二増補『刑法総論(増補版)』151頁以下(1978年)、内藤謙『刑法講義総論(上)』204頁以下(1983年)、西田典之「団体と刑事罰」『岩波講座基本法学2』270頁以下(1983年)、宇津呂英雄「法人処罰のあり方」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系1』207頁(1984年)、内田文昭『改訂刑法Ⅰ(総論)』98頁以下(1986年)、垣口克彦「法人処罰の問題性」阪南論集22巻3号3頁(1987年)、中野次雄『刑法総論概要 第2版』24頁(1988年)、町野朔『刑法総論(講義案)Ⅰ』118頁(1990年)、野村稔『刑法総論』(1990年)89頁、大越義久『刑法総論』65頁(1991年)、浅田和茂他『刑法総論』(山中敬一)(1993年)56頁以下、西原春夫『刑法総論・改訂版上巻』91頁(1993年)、曾根成彦『刑法総論[新版]』64頁(1993年)、板倉宏『刑法総論』98頁以下(1994年)、京藤哲久「法人の刑事責任一序論的考察一」松尾浩也・芝原邦爾編『内藤謙先生古稀祝賀』96頁以下(1994年)、前田雅英「刑法総論講義(第2版)」144頁(1994年)、川端博『刑法総論講義』125頁(1995年)、斉藤信治『刑法総論』60頁(改訂版・1995年)、大谷實『刑法講義総論(第4版補正版)』133頁(1996年)、神山敏雄『日本の経済犯罪』279頁(1997年)、佐久間修『刑法講義(総論)』37頁(1997年)など参照。なお、行政刑法に限って犯罪能力を認める見解として、大塚仁『刑法概説(総論)第3版』134頁(1997年)。
- (3) 伊東・前掲注(2)119頁、西田・前掲注(2)275頁参照。判例の変遷については、金澤・前掲注(2)及び田中利幸「企業体の刑事責任」西原春夫ほか編『判例刑法研究(1)』175頁以下(1980年)参照。
- (4) 植松正『刑法概論Ⅰ総論』(再訂版・1974年)、福田・前掲注(1)111頁。
- (5) 「監督責任」といっても、法人自身の過失責任が問題となっているのであるから、これを間接行為責任、「行為責任」を直接行為責任と称することも考えられる。浅田和茂「両罰規定における罰金額連動の切り離しについて」自由と正義45巻1号39頁(1994年)。
- (6) 学説の状況について、松原久利「現行の法人処罰のあり方とその理論上の問題」同志社法学216号100頁以下(1990年)参照。
- (7) 鈴木義男「両罰規定による法人の刑事責任」研修211号65頁(1966年)、中森喜彦「法人の刑事責

- 任」Law School 51号37頁（1982年）、伊東・前掲注(2)129頁、宇津路・前掲注(2)210頁、大谷實「法人処罰の在り方(2・完)」同志社法学42巻3号5頁以下（1991年）、西田・前掲注(2)280頁など。
- (8) 藤木英雄『刑法講義総論』109頁（1975年）、同「法人の犯罪、法人の処分行為」『平場遼磨(上)』49頁以下（1977年）。
- (9) 板倉・前掲注(2)、板倉宏『企業犯罪の理論と現実』26頁以下（1975年）参照。さらに、沼野輝彦「両罰規定の解釈」日本法学55巻1号87頁以下（1989年）参照。
- (10) 例えば、三井誠「法人処罰における法人の行為と過失」刑法雑誌23巻1=2号145頁以下（1979年）、西田・前掲注(2)278頁以下、町野・前掲注(2)、など参照。
- (11) 藤木・板倉説の結論が、むしろ企業組織体責任論の理論的前提と相反するものであることについて、京藤・前掲注(2)100頁、103頁参照。
- (12) 否定説・肯定説の論拠については、八木・前掲注(2)90頁以下、中森・前掲注(7)34頁以下など参照。
- (13) したがって、京藤教授が、刑罰による犯罪防止メカニズムを、倫理的非難による行動のコントロールと苦痛の賦課による行動のコントロールに分けて、前者は法人処罰否定説に後者は肯定説につながるかとされるのは（京藤・前掲注(2)96頁以下）、賛成できない。たしかに法人自身は倫理的非難に反応する内面を有していないが、経済的制裁を苦痛に感じる内面も有していないのであるから、いずれにしても同じことである。
- (14) その意味で、法人処罰の可否は、法人を名誉侵害罪の客体として認めてよいかどうかという問題と共通の問題だといえる。どちらも法人がそれ自体として社会倫理的評価の対象となっているかどうかという問題だからである。
- (15) 中野次雄「業務主処罰についての覚書」早稲田法学54巻1・2号102頁（1978年）参照。
- (16) 例えば、宇津路・前掲注(2)207頁は、「法人は、その機関活動により法人としての高次の意思を形成し、法人を構成するすべての従業員は法人の統率下にダイナミックに活動し、そこには、明らかに、各構成員を超える社会的実体がある」「刑法が前提とする精神的・倫理的非難可能性は、機関による集団的な意思形成及びこれに基づく活動に対して加えうる」する。垣口・前掲注(2)3頁も、「社会倫理的な非難を機関による団体的な意思形成とこれに基づく法人の行為に対して加えることができる」とする。
- (17) 注(7)文献参照。
- (18) 芝原邦爾「不法収益の剥奪と法人処罰の強化」法時63巻12号104頁。
- (19) 藤永幸治「法人処罰に関する立法上の諸問題」刑法雑誌23巻1=2号134頁以下、宇津路・前掲注(2)210頁、飯田英男「法人処罰に関する立法上の問題点」ジュリ672号83頁（1978年）。
- (20) 藤木英雄『公害犯罪』155頁（1975年）は、「個人の犯罪だけを念頭において考えられてきた刑罰やそのための理論が、そのまま特段の困難なしに法人の処罰に当てはまるということがありえないとしても、当然である」とする。
- (21) 大谷・前掲注(7)5-6頁。

- (22) 青木紀博「アメリカにおける「法人責任」論の試み」産大法学30巻3=4号1頁以下(1997年)は、正当にも、中枢機関や上級管理職員が法人の意思・政策に反して行為する場合を想定しえないのが問われなければならない、と指摘している。また、大谷・前掲注(7)8頁も、「法人の代表者等の監督不行届は、特別の事情のない限り法人の意思に基づく行為といてよい」として、「特別の事情があれば」免責の余地を認めるようである。
- (23) 西田・前掲注(2)272頁。
- (24) 経営方針の改善、内部的懲戒規律の確立、手続的改善措置などによって改善更生を図ることが、法人の犯罪を防止するうえで最も実際的かつ有効であり、法人処罰の目的として意識されるのは、法人に対して「同じ犯罪を再度犯さず、また再犯をしないように組織的に必要な改善策を講ぜよ」ということである、ことを指摘するものとして、Fisse, *Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions*, 56 S.CAL.L.REV. 1141, 1160 (1983) 参照。同論文の詳しい紹介として、原田明夫「法人と刑事責任」判タ520号37頁以下、527号64頁以下、534号62頁以下(1984年)がある。
- (25) 西田・前掲注(2)271頁参照。なお、筆者は、同じ行為を2度処罰すること自体は憲法に反するものではない、と考えている。拙稿「二重処罰の禁止について」松尾浩也・芝原邦爾編『内藤謙先生古稀祝賀』299頁以下(1994年)参照。しかし、2度処罰することが責任主義や罪刑均衡原則に反しないか、政策的に妥当であるか、という検討は当然必要である。
- (26) 西原・前掲注(2)93頁は、立法論的には、法人処罰と自然人処罰は相互排他的なものとすべきである、とする。また、浅田・前掲注(5)40頁も、自然人の行為と法人の行為を同一視するところに処罰根拠が認められているのであるから、その行為に関するかぎりでは法主体は同一と解するのが自然である、としている。さらに、吉岡一男「企業の犯罪と責任」法学論叢140巻5=6号101頁も、実質的には責任主義に反する2重処罰ではないかという疑念が残る、とする。
- (27) Fisse, *supra* note (24), at 1183-92. アメリカの最近の学説の紹介として、青木・前掲注(22)9頁以下参照。さらに、より一般的に、アメリカ合衆国の法人処罰に関する最近の研究として、佐藤雅美「英米における法人処罰の法理(1)(2・完)」阪大法学143号62頁以下(1987年)、147号103頁以下(1988年)、川崎友巳「企業犯罪論の現状と展望(1)(2・完)」同志社法学47巻4号257頁(1995年)、47巻5号297頁(1996年)など参照。
- (28) *Id* at 1195-1201.
- (29) フィス教授は、「対応的責任」の実際の適用としては、裁判所侮辱や行政上の措置命令違反として適用することを考えているようである。*Id* at 1203-04. See also, Johan Braithwaite, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*, 80 MICH.L.REV. 1468 (1982).
- (30) MODEL PENAL CODE §2.07 (1962).
- (31) See, e.g., Development in the Law - Corporate Crime: Regulating Corporate Behavior Through Criminal Sanctions, 92 HARV.L.REV. 1227, 1257-58 (1979) ; Michael E. Tigar, *It Does the Crime But Not the Time: Corporate Criminal Liability in Federal Law*, 17 AM.J. CRIM.L. 211, 234 (1990).

- (32) See, Charles J. Walsh & Alissa Pyrich, Corporate Compliance Programs As a Defense to Criminal Liability, 47 RUGERS L.REV. 605 (1995). See, also, Kevin B. Huff, The Role of Corporate Compliance Programs in Determining Corporate Criminal Liability, 96 COLUM.L. REV. 1252, 1282 (1996) [抗弁ではなく、従業員の行為を会社に帰属させるかどうかの判断の1要素とするのがよい、とする]。このような動きには、合衆国量刑ガイドラインが組織体の量刑に関してコンプライアンス・プログラムの存在を減刑事由として規定した (Federal Sentencing Guidelines §8A.1.2) ことが大きな影響を与えている。Jennifer Moore, Corporate Culpability Under the Federal Sentencing Guidelines, 34 ARIZ.L.REV. 743 (1992)、川崎・前掲注(27)47巻5号298頁以下、青木・前掲注(22)5頁以下参照。
- (33) See, Brichkey, Rethinking Corporate Liability Under the Model Penal Code, 19 RUTGERS L. J. 593 (1988); GRUNER, CORPORATE CRIME AND SENTENCING, 336 (1994) [連邦判例は、結論として免責を認めないけれども、理論的には、相当な注意の抗弁を認めている、とする]。
- (34) Ann Foerschler, Comment, Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate Misconduct, 78 CAL. L.REV. 1287 (1990). See also, William S. Laufer, Corporate Bodies and Guilty Minds, 43 EMORY L.J.647 (1994).
- (35) H. Bucy, Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability, 75 MINN. L.REV. 1095 (1991).
- (36) GRUNER, supra note (33), at 102.
- (37) 吉岡・前掲注(26)102頁以下。
- (38) 平場安治「責任の概念要素と刑事責任論の根底」岡藤重光博士古稀祝賀論文集第2巻60頁以下(1984年)。
- (39) 香城・前掲注(2)128頁以下、西田・前掲注(2)267頁、伊東研祐「両罰規定における業務主処罰」【行政判例百選Ⅰ】229頁(第2版・1987年)参照。
- (40) 田中・前掲注(3)205頁は、「大規模の法人企業では、必ずしも代表者によって違反防止の措置が講じられている必要はなく、システムとして違反防止機構が作用していれば足りるところに行きつく」と指摘する。さらに、伊東・前掲注(2)126頁参照。
- (41) 六戸善一「経営者に対するモニター制度」伊丹敬之ほか編『日本の企業システム第1巻』211頁以下(1993年)参照。
- (42) ポズナー教授は、会社経営者が会社に忠実だと仮定すると、会社を処罰しなければ、株主は犯罪を犯すことを躊躇しない経営者を雇おうとするだろうし、経営者が自分のために犯罪を犯すと仮定しても、会社という道具を提供しそれを使って犯罪を犯させているのであるから、経営者をより注意深く選任し監督するよう株主にインセンティブを与えるために、法人を処罰すべきである、とする。RICHARD A.POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, 464 (5th ed.1998)
- (43) コフィー教授は、上級管理者の関与は、会社の犯罪防止のための努力が見せかけのものであることを示唆する、とする。John Coffee, Jr., Does "Unlawful" Mean "Criminal"? Reflections On the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law, 71 B.U.L.REV. 193, 230 (1991)。しかし、

- このような推定は、あくまで事実上のものであって、反証を許さないものではないであろう。See, Stephen A. Saltzburg, *The Control of Criminal Conduct in Organizations*, 71 B.N U.L.REV. 421, 437 (1991).
- (44) 宇津呂・前掲注(2)209頁。
- (45) 西田・前掲注(2)267頁、伊東・前掲注(2)125頁以下。
- (46) 模範刑法典は、高級職員の行為については免責を認めていない (MODEL PENAL CODE §2.07 (1962)。See, also, Walsh & Pyrich, *supra* note (32), at 689.
- (47) 学説の状況については、伊東・前掲注(2)124頁参照。
- (48) See, Coffee, *supra* note (43), at 228.
- (49) 伊東・前掲注(2)131頁参照。
- (50) 飯田・前掲注(19)82頁、藤永・前掲注(19)137頁など参照。
- (51) 中川英彦「企業の不祥事と経営者の意識改革」商事法務1470号5頁(1997年)。
- (52) 最大判昭和40・4・28刑集19巻3号300頁。事案は、京都市農業協同組合太秦支部の支部長であった被告人が、その職務に関し賄賂を取受し、その一部を組合支部に供与させた、というものである。最高裁は、被告人を執行猶予つき懲役刑に処するとともに、組合支部に追徴を言い渡した一審判決を維持した原判決を、被告人が「公判手続を通じ本件犯罪事実につき実質上弁解、防禦の機会を与えられていたことは記録上明かであるから、同組合支部も、結局これに対する本件追徴につき実質上弁解、防禦の機会が与えられていたものと認められる」と判示して、是認した。
- (53) 西田・前掲注(2)281頁。
- (54) See, Daniel R. Fischel & Alan Sykes, *Corporate Crime*, 25 J.L.STUD. 319, 321-22 (1996); Coffee, *supra* note (43), at 228.
- (55) See, Mark A. Cohen, *Corporate Crime and Punishment: An Update on Sentencing Practice in the Federal Courts, 1988-1990*, 71 B.U.L.REV. 247, 269 (1991).
- (56) 409 F.2d 1277 (1969).
- (57) *Id* at 1283.
- (58) See, 21 Am. Jur 2d §30.
- (59) 前掲注(27)邦語文献参照。
- (60) 異なった文脈においてであるが、この点を指摘するものとして、Daniel R. Fischel & Alan Sykes, *Corporate Crime*, 25 J.L.STUD. 319, 335 (1996) 参照。
- (61) コフィー教授は、会社に対して通常科される罰金はしばしばばかげたほど低いので、現行の法制度の下での実際的な抑止は、会社より個人に標的を定めることによるのみ可能であり、罰金を会社から上級管理者に転嫁する株主代表訴訟はそのような目的のための1つの手段である、とする。John C. Coffee, Jr., *Litigation and Corporate Governance: An Essay on Steering Between Scylla and Charybdis*, 52 GEO.WASH.L.REV. 789, 803-04 (1984).しかし、法人に対する罰金が低すぎるなら罰金額を引き上げるべきであるし、抑止の対象を会社より個人にも求めるべきであるなら端的に個人を処罰すべきである。実際にも、法人に対する罰金が低すぎるというのは現在のアメリカで

- は当てはまらなくなっている。シャーマン法は法人に対する刑罰を1千万ドルに引き上げているし(15 U.S.C.1)、アラスカ沖での油流出事故についてエクソンに対して科された罰金額は1億2500万ドルにのぼっている。See, Richard S. Gruner, Just Punishment and Adequate Deterrence for Organizational Misconduct: Scaling Economic Penalties under The New Corporate Sentencing Guidelines, 66 S.CAL.L.REV. 225, 285 (1992).
- (62) 同旨、上村達男「日本航空電子工業代表訴訟判決の法的検討(下)」商事法務1434号13頁(1996年)。さらに、濱田俊郎「経済刑法違反事件の諸問題—独禁法違反事件を中心として」『司法研修所論集・創立50周年記念特集号第3巻』(1997年)461頁以下参照。これに対して、賠償請求を認める見解として、大橋敏道「独占禁止法違反行為と株主代表訴訟」福岡大学法学論叢42巻1号32頁(1997年)参照。
- (63) 両罰規定における法人重課の問題については、岩橋義明「両罰規定における罰金額の切離しについて—法人等処罰に関する法制審議会刑事法部会了承事項」商事法務1270号2頁以下(1991年)、角田正紀「両罰規定の制度見直し—いわゆる法人重課の問題を中心に」NBL490号19頁以下(1992年)、芝原・前掲注(18)など参照。法人重課は、代位責任の立場からも説明できなくはないが、法人固有の責任を認める立場とより整合的であろう。西田・前掲注(2)281頁参照。
- (64) See, Richard I. Werder, Jr., A Critical Assessment Of Intracorporate Loss Shifting After Prosecutions Based On Corporate Wrongdoings, 18 DEL.CORP.L. 35, 43-44 (1993).
- (65) 大橋・前掲注(62)79頁。同様の見解として、白石忠志『独禁法講義』135頁(1997年)。
- (66) See, Judy L. Whalley, Crime and Punishment—Criminal Antitrust Enforcement in the 1990S, 59 ANTITRUST.L.J 151, 159 (1990).
- (67) U.S. Sentencing Guidelines, Commentary to §2.R1.1 (1989).
- (68) See, Cohen & Scheffman, The Antitrust Sentencing Guidelines: Is the Punishment Worth the Costs, 27 AM.CRIM.L.REV. 331, 335 (1989).
- (69) Antitrust Violations, 35 AM.CRIM.L.REV 491 (1998).
- (70) 一連の違反事件については Department of Justice, Antitrust Division のプレスリリース (<http://www.usdoj.gov/atr/public/pressreleases/press.htm>) を参照。
- (71) 一連の改正については、宇賀克也「SECによる法執行の改革」ジュリ990号38頁以下(1991年)参照。
- (72) See, U.S. Sentencing Guidelines, Commentary to §2.R1.1 (1998).
- (73) United States Sentencing Commission, Report to the Congress: Sentencing Policy for Money Laundering Offenses, including Comments on Department of Justice Report, 6-7 (1997).
- (74) 議会の対応については、日米法学会のシンポジウムの場において、ビール教授から御指摘を受けたものである。
- (75) Fisse, supra note(24) at 1183.
- (76) なお、本稿は、すでに『松尾古稀祝賀論文集上巻』及び『アメリカ法』1998-2号に掲載した論文を一部修正のうえまとめたものである。

商法上の刑事罰規定をめぐる  
近時の動向について

上 寫 一 高

# 目 次

- I はじめに
- II 平成9年の商法等の改正
  - (1) 利益供与罪
  - (2) 懲役刑の引上げがなされた構成要件
  - (3) 罰金刑のみの引上げがなされた構成要件
  - (4) 商法改正に対応する金融関係法律の罰則強化
- III 近時の最高裁判例
  - (1) 最高裁平成8年2月6日決定（刑集50巻2号129頁）
  - (2) 最高裁平成10年11月25日決定（刑集52巻8号570頁）

## I はじめに

商法は、2編7章に罰則を設けており、486条以下に刑事罰規定が存在する。これらの規定の重要性の故に、特別背任罪（486、488条）、会社財産を危うくする罪（489条）、預合いの罪（491条）、株主の権利の行使に関する利益供与及び受供与の罪（497条）を中心として、本研究会においても考察の対象とした<sup>(1)</sup>。ただ、その後も事態は進行し、重要な判例も出され、平成9（1997）年には、野村、大和、日興、山一の旧4大証券会社及び第一勧業銀行による利益供与・損失補填等の事件が摘発される<sup>(2)</sup>等した。政府は、同年9月5日、「いわゆる総会屋対策要綱」を関係閣僚会議で申し合わせ、総会屋等を排除するため、経済界の協力を得ながら、政府を挙げて対策を実施していくことをうたった<sup>(3)</sup>。そして、その平成9年の第141回国会において、「商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律」（平成9年法律第107号）が成立し、同年12月3日に公布され、同月23日から施行された。この商法等の改正は、最近の相次ぐ事件の摘発により、会社運営の健全性を著しく害するいわゆる総会屋の活動が、跡を絶っていないばかりでなく、我が国経済の中核にまで深く浸透しつつあるという事態が明らかになり、罰則の抑止力が十分でないのではないかという点が強く認識されるに至ったことなどの状況にかんがみ、総会屋の根絶を図るとともに、株式会社の運営の健全性を確保するため、総会屋及び取締役等の不正行為に対する罰則を強化・整備したのである<sup>(4)</sup><sup>(5)</sup>。

そこで、本稿では、まず、その改正法について検討し、次に、新たな最高裁判例を概観することによって、商法上の刑事罰規定をめぐる近時の動向を示すこととしたい。

## II 平成9年の商法等の改正

今回の改正においては、利益供与要求罪及び威迫を伴う利益受供与罪・利益供与要求罪という構成要件の新設並びに既存の構成要件にかかる法定刑の引上げがなされた<sup>(6)</sup>。後者には、実質的な抑止力の強化を目途とする、懲役刑の引上げがなされた場合と、それ以外に経済事情の変動や刑法の罪の罰金刑との均衡等を考慮した罰金刑の引上げがなされるにとどまった場合がある。刑法の罰金刑は、経済情勢等を考慮して、昭和24（1949）年、

昭和47（1972）年にそれぞれ引き上げられており、商法上の罰金刑の多額も、これを参考にして、昭和25（1950）年と昭和56（1981）年に引き上げられ、さらに、その後、平成3（1991）年に刑法の罰金刑の多額が引き上げられたが、商法に関しては罰金刑の多額が引き上げられないままであったので、今回の改正では、懲役刑が改められなかったものでも、原則として2.5倍程度の引上げが行われたのである<sup>(7)</sup>。

## （1）利益供与罪

今回の改正の主眼である総会屋対策として抑止力を発揮することがもっとも期待されるのは、商法497条（以下、商法は条文数のみで記す）の利益供与罪である。

### （i）利益供与罪・受供与罪の法定刑の引上げ

利益供与罪及び利益受供与罪の法定刑が、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（497条1項・2項）。総会屋対策のための罰則強化として、まず、これらの罪の懲役刑の長期を引き上げることが検討され<sup>(8)</sup>、事案の悪質化・重大化に伴い、刑罰が軽きに失することが認識され、これらの罪の抑止力を高めるために、懲役刑・罰金刑ともに、現在の刑罰体系中の均衡を失しない範囲内で最大限の引上げが考慮された。「不正ノ請託」を要件とし、一段重い罪と位置づけられてきた会社荒し等に関する贈収賄罪（494条）、さらにそれより重い罪と位置づけられてきた取締役等の汚職の罪（493条）や刑法上の単純収賄罪（刑法197条）との均衡を考慮し、前2者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年が限度であるため、それより軽い利益供与罪及び利益受供与罪の懲役刑の長期は3年が相当であるとされた。罰金刑については、経済情勢の変動、刑法の罪の罰金刑との均衡に加えて懲役刑の長期の引上げを考慮して、改められた<sup>(9)</sup>。

### （ii）利益供与要求罪の新設

497条3項は、「株主ノ権利ノ行使ニ関シ会社ノ計算ニ於テ第一項ノ利益ヲ自己又ハ第三者ニ供与スルコトヲ同項ニ掲グル者ニ要求シタル者亦同項ニ同ジ」と規定する。この利益供与要求罪の新設の趣旨は、総会屋が利益供与を要求する行為をそれ自体独立して処罰することとして、総会屋に対する制裁を強化するとともに、これにより、会社関係者が総会屋から不当な要求を受けた段階において、これを捜査当局に届け出て処罰を求めることを

可能とし、総会屋の犯罪行為の早期、かつ、効果的な摘発を図ることにあるとされている<sup>(10)</sup>。この規定の有効性については、会社が総会屋との間にすでに関係を有している場合には、過去にあった利益供与行為が明るみに出ることをおそれて、新たな要求を告訴するのは実際には困難であるとしても、そうではなく、総会屋が新たな利益を得ようとして新たな企業を開拓していくことは難しくなったと指摘されている<sup>(11)</sup>。

利益供与要求罪の法定刑は、利益供与罪・受供与罪のそれと同じである。それは、総会屋側から積極的に利益供与を求める行為は、利益の供与・受供与を招来する危険性が極めて高い悪質な行為であって、これを抑止する必要性が高いからだとされる<sup>(12)</sup>。

このような利益供与要求罪は、利益受供与罪が既遂形態であるとする、未遂形態であるということができる<sup>(13)</sup>。贈収賄罪として位置づけられる494条の罪、493条の罪や、刑法の贈収賄罪においては、現実の利益の收受、供与のほかに、要求、申込、約束行為を処罰しているが、これまで、497条は、後の3者を処罰の対象としていなかった。それがどのような理由に基づくのかは明らかでないが、利益の供与、受供与とも6月以下の懲役又は30万円以下の罰金で処罰されるにすぎず、刑が軽いものであった<sup>(14)</sup>ことから、その他の贈収賄罪の類型と異なり、未遂形態まで処罰する必要がないと考えられたのかもしれない。そして、今回の改正は、受供与側による要求罪のみを新たに創設し、供与側による申込罪、また約束罪は設けられなかった。それについては、「会社側の申込行為や双方の約束行為を処罰の対象にしたとしても、要求段階で総会屋の摘発を可能とすること以上に、事案の早期摘発や会社と総会屋との癒着関係の排除に資するところは少ない上、約束罪を設ければ、約束をした会社関係者が捜査当局への通報を避けようとするおそれもあることから」、申込罪、約束罪を設ける必要はないと考えられたということである<sup>(15)</sup>。

申込罪、約束罪を設けなかった理由として掲げられていることは、一応肯認する。確かに、申込行為を処罰することとしても、会社側による申込の段階で、供与される総会屋がそのことを捜査当局に届け出る可能性は少ないであろうことに鑑みると、事案の早期摘発に資するところは少ないとも思われる。また、約束罪を設けても、会社側とすれば単に約束をしなければよだけのことであるとも言うが、現実には総会屋から要求されれば少なくとも約束はしてしまうことになりがちである、その一方で現実に利益を供与するに至るまでには、会社側にも冷静に供与するか否かを検討する時間・余裕があるはずであり、したがって、約束に供与と同様の価値を認めて約束をも処罰するという立場を取るのには妥

当でない」と反論することができるかもしれない。さらに、会社側が要求を受けた場面において、特に威迫を受けたような場合には、(利益供与の約束について不明確な表現を用いることから) 会社の役職員が約束をしたか否かの認定が微妙で不安定なものとなるおそれがあることも考えられる。

しかしながら、そうだとでも申込行為だけは処罰の対象とすべきであると思われる。もっとも、例えば、申込がなされたときに利益の受供与に至る可能性が、要求が行われたときに利益の受供与に至る可能性よりも典型的に小さいと認められるのであれば、要求罪のみが設けられた理由も理解しうる。保護法益が侵害される危険性に相違があるからである。しかし、おそらく実態は逆で、要求をしても現実に供与されるかわからないが、会社側から総会屋に申し込みをすれば供与が受けられない可能性は少ないのではなかろうか。供与の意思を有し、自ら供与を申し込む行為には、少なくとも要求行為と同程度の供与の実現可能性が認められよう。ただ、約束行為は処罰の対象としなくてもよいという立場を取ると、要求行為、申込行為の処罰根拠は、利益の供与・受供与を招来する危険性の高さに求められるだけでなく、さらに、その利益供与・受供与を積極的に実現しようとする点に求められることになる。立案当局者の解説は、(会社側による行為は処罰せず、) 受供与側にある者の行為は処罰する理由として、受供与側にある総会屋の犯罪行為の早期の、かつ効果的な摘発の必要性を掲げているが、どうして総会屋の犯罪行為の早期の、かつ効果的な摘発は必要なのに、会社の役職員の犯罪行為の早期摘発は必要でないのかが問われなければならない<sup>(16)</sup>。もし理由があるとすれば、受供与側は総会屋であり、(解説自身認めるようにその定義は困難ではあるが) その存在自体が社会にとって有害であり、排除されるべきものであるということであろう。そもそも、今回の立法の主眼が総会屋対策であることは、そのような考え方の基礎となりうるということもできなくはない。しかし、利益要求罪の主体として「総会屋」が規定されているわけではなく、「総会屋」の行為であることを理由として行為の可罰性を基礎づけることはできないであろう。総会屋による要求行為、会社の役職員による申込行為の双方とも処罰の対象とするのが公平であろう<sup>(17)</sup>。今回の改正のような態度は、494条の他に497条が昭和56年に新設されたことの趣旨——これ自体は今回の改正によっても否定されたわけではない<sup>(18)</sup>——、すなわち、1項に供与行為を処罰の対象として定め、まず「金をだすことが問題」であるとした発想の転換に合致しないように思われる<sup>(19)</sup>。

### (iii) 威迫を伴う利益受供与罪・利益供与要求罪の新設

497条4項に、威迫を伴う利益受供与罪・利益供与要求罪が新たに設けられた。それは、「前二項ノ罪ヲ犯シタル者其ノ実行ニ付第一項ニ掲グル者ニ対シ威迫ノ行為アリタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ五百万円以下ノ罰金ニ処ス」と規定する。すなわち、利益受供与罪若しくは利益供与要求罪を犯した者が、その実行に付き会社の役職員に対し、威迫の行為をした場合には、利益受供与罪・利益供与要求罪に比して加重処罰される。このような場合には、もはや、総会屋と会社との持ちつ持たれつの癒着といった関係とは到底言い難く、総会屋の側に特に悪質性が認められるので、加重処罰することになったとされている。この刑の加重により、公訴時効期間が3年から5年に延長された。会社の役職員を脅迫して畏怖させ、これによって財産上の利益を得たような場合は、恐喝罪（刑法249条）により処罰することが可能であるが、総会屋の行為態様がこれに至らない場合や、その立証が困難な場合も想定されるのであり、このような場合にも、総会屋に対して厳正に対処することが可能となった<sup>(20)</sup>。「威迫」とは、「人に不安又は困惑の念を抱かせるに足りる行為」であり、「人に畏怖の念を抱かせるに足りる行為」である「脅迫」よりは一段低い概念であるとされている<sup>(21)</sup>。

では、総会屋が威迫を用いて利益供与を受けた場合、利益を供与した会社の役職員に利益供与罪が成立するのか。この点については、294条の2及び497条は、利益供与をまず会社に対して禁止し、これとともに、当該利益供与を受けた者を処罰するという構造をとっており、このように考えると、会社の役職員は、威迫により不安や困惑の念を生じさせられた程度で、安易に会社の計算による利益供与を行ってはならない義務を負っており、むしろ安易な対応こそが会社といわゆる総会屋との癒着を断ち切れない原因となっているとみるべきでもあるので、このような場合であっても、会社役職員の利益供与行為は、497条1項の構成要件に該当するといわなければならないと説明されている<sup>(22)</sup>。

次に、総会屋が恐喝して利益供与を受けた場合に、恐喝を受けた会社の役職員による利益供与が利益供与罪となるのであろうか。旧法下において、すでに、それを肯定する説が存在し<sup>(23)</sup>、また、今回の立法関係者の説明においても、「威迫や脅迫を受けて」利益供与をした場合でも処罰の対象となることについては、改正前の497条の下でも同じであったのであるから、特に、会社側の責任が加重されたわけではないとされ、同じ結論が肯定されている。もっとも、威迫や脅迫を受けて利益供与に及んだ場合には、威迫等がない場

合と比較して犯情が軽く、有利な情状として考慮される余地があるとはされる(24)。

これと同様の問題は、刑法上の賄賂罪に関しても議論される。公務員が恐喝して賄賂を受取した場合、一方の恐喝の相手方について、判例は、「贈賄罪における賄賂の供与等の行為には、必ずしも完全な自由意思を要するものではなく、不完全ながらも、いやしくも贈賄すべきか否かを決定する自由が保有されておれば足りるものと解するのが相当である」とし、贈賄罪の成立を認めた(25)。多数説もこの結論に従う(26)が、相手方は恐喝の被害者であり(27)、なお意思決定の自由が残されているとはいえ、喝取されること＝贈賄を禁止することは不合理であるから(28)、贈賄罪の成立は否定されるべきであるとする学説も有力である。このような考え方によれば、恐喝されて利益供与を行った場合に利益供与罪は成立しないことになろう(29)。

#### (iv) 罰金併科規定の新設

497条5項は、利益受供与罪、利益供与要求罪及び威迫を伴う利益受供与罪・利益供与要求罪について、その情状により、懲役刑と罰金刑を併科することができる旨を新たに規定した。一般に、罰金併科規定は、犯罪類型として経済的利益の取得が目的とされることが多いものについて、経済的制裁を併せて加え、犯罪行為が経済的に引き合わないものであることを感銘させ、こうした側面から犯罪の反対動機を形成することが適当と認められる場合に設けられるものであるが、利益供与罪・利益受供与罪が新設された昭和56年当時と異なり、罰金併科を可能としてこれを抑止する必要性が認められたとされる(30)。

## (2) 懲役刑の引上げがなされた構成要件

### (i) 会社荒し等に関する贈賄罪(494条)

この494条の罪は、同じく総会屋対策を目的とするものであるが、不正の請託を要件とすることから、497条の利益供与罪・利益受供与罪よりも一段と重いものであると考えられてきた。また、これまでとは異なり、今日の総会屋問題の深刻さにかんがみると、総会屋が不正の請託を受けて財産上の利益を受取る行為やそのような利益を供与する行為は、会社経営を大きく歪曲させるものであり、会社の取締役等が不正の請託を受けて財産上の利益を受取る493条1項の行為に匹敵する悪質性・可罰性を有すると評価しうるに至ったと考えられたことから、494条の法定刑は、493条1項の収賄者についてのそれと並ぶ、5

年以下の懲役又は500万円以下の罰金に引き上げられた<sup>(31)</sup>。これで、後述の493条の罪と刑法上の贈収賄罪は、取賄側を重く処罰する一方、総会屋対策に資すべきものである494条と497条の罪は、基本的に利益を供与する側と收受（受供与）する側とを同一の刑で処罰するという立場がとられたことになる。金を出すほうも悪いということが、497条のみならず、494条の罪においても確認されたとも言えよう。今回の改正で、本罪の公訴時効期間は5年に延長された。

## （ii）取締役等の特別背任罪（486条）

取締役等の特別背任罪の法定刑は、7年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又は併科から10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又は併科（486条、492条）に改められた。その理由としては、①会社の取締役等が専ら個人的な不祥事を隠蔽するために会社の金を使って総会屋に利益を供与した場合など、利益供与行為が特別背任罪に該当したり、利益を受けた総会屋が特別背任罪の共犯に該当する場合があることが典型的に予想されるので、総会屋対策の一貫として罰則強化を図る必要があること、②懲役刑の長期は、昭和13（1938）年当時の7年のままであり、近年においては、会社関係者の被害や社会的影響が非常に大きい、悪質かつ大型化した特別背任事件が続発しており、それに対する強い違法評価に相応の適正な科刑を実現することが必要であること、③背任罪（刑法247条）と本罪の各懲役刑の関係は、横領罪（刑法252条）と業務上横領罪（刑法253条、10年以下の懲役）のそれとの均衡を失っており、経済社会の発展により背任型の犯罪が多くなり、それが及ぼす被害や影響の大きさ等をもみても、背任が横領より軽いとはいえなくなっていることが挙げられている<sup>(32)</sup>。これにより、本罪の公訴時効期間は5年から7年に延長された。

この法定刑の引上げは、横領と背任の関係に影響を与える<sup>(33)</sup>。これまでは、背任罪の主体の要件をみたす者が、（業務上）自己の占有する他人の物を横領した場合、あるいは、特別背任罪の主体の要件をみたす者が、業務上自己の占有する他人の物を横領した場合、委託物横領罪（刑法252条・253条）だけが成立すると解するのが判例で、通説の考え方も、委託物横領罪と背任罪あるいは業務上横領罪と特別背任罪は法条競合の関係に立つとして、この結論を認めてきた<sup>(34)</sup>。この理解は、被害者は実質的に1つの法益しか侵害されておらず、委託物横領罪の方が背任罪より、また、業務上横領罪の方が取締役等の特別背

任罪よりも刑が重いことに基づいている<sup>(35)</sup>のだとすれば、今回の刑の引上げによって、商法486条の特別背任罪の方が業務上横領罪よりも刑の上限が高くなったため、これまでの理解は改められることになる<sup>(36)</sup>。ただしその一方で、刑の下限は依然罰金刑を規定しない委託物横領罪の方が高いため、これまでと同じように単純に、特別背任罪の要件が充足されれば特別背任罪だけが成立すると理解しうるかも問題となる。

業務上他人の物を占有する者が、すべて商法486条所定の取締役等の主体に該当するわけではなく、委託物横領罪（刑法252条・253条）の構成要件にあたる場合、常に特別背任罪の構成要件にあたるわけではないから、委託物横領罪と特別背任罪とは特別法と一般法の関係にあるとは言えず、法条競合の交差関係（ないしは択一関係）にある。そして、法定刑の上限の重い特別背任罪が優位法で、委託物横領罪が劣位法であると解するとき<sup>(37)</sup>にも、①両罪の成立は認められ、劣位法の下限よりも軽い刑を科することはできないとし、法条競合であるとはいえ、実質的に観念的競合同様の処理を肯定する見解<sup>(38)</sup>、②劣位法は排除されてはいるが、その法定刑により優位法の法定刑を修正することは可能であるとする見解<sup>(39)</sup>、③排除された劣位法による優位法の法定刑の修正は認められないとする見解<sup>(40)</sup>の別にしたがって、両罪の関係が理解されることになろう<sup>(41)</sup>。

### (iii) 取締役等の汚職の罪（493条）

493条では、これまでは収賄、贈賄共について、3年以下の懲役又は100万円以下の罰金という法定刑であったが、今回の改正は、収賄罪を贈賄罪より重くすることとされ、収賄罪（同1項）については懲役刑も引き上げられ、5年以下の懲役又は500万円以下の罰金に、贈賄罪（同2項）については罰金刑のみが引き上げられ、3年以下の懲役又は300万円以下の罰金に改められた。それは、取締役等の職務の公正を保持するという趣旨のものである点で共通する機能を有する494条、497条の法定刑の引上げとの均衡を図る必要があったこと、493条の罪は、刑法上の公務員の贈収賄罪に準ずるものと位置づけられているが、単純収賄罪（刑法197条）の法定刑が昭和55（1980）年の改正で3年以下の懲役から5年以下の懲役に引き上げられた際にも、本罪の懲役刑の引上げは行われておらず、一方、会社による経済的活動が大規模となり、会社役員等の社会的な責任も著しく増大していると考えられるので、刑法の贈収賄罪との均衡を図り、また、会社役員等の汚職行為を抑止し、その職務の公正を保持することが必要であることが理由とされている<sup>(42)</sup>。

また、株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律28条及び29条に、いわゆる大会社の会計監査人の汚職の罪が規定されているが、収賄罪（28条1項・2項）、贈賄罪（29条）について、それぞれ商法493条1項と同様の改正がなされた。

### （3） 罰金刑のみの引上げがなされた構成要件

#### （i） 社債権者集会代表者等の特別背任罪

本罪の法定刑は、5年以下の懲役若しくは200万円以下の罰金又は併科から5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又は併科に改められた（487条、492条）。

#### （ii） 会社財産を危うくする罪

（i）の罪におけるのと同様の改正がなされた（489条、492条）。

#### （iii） 不実文書行使罪

（i）の罪におけるのと同様の改正がなされた（490条、492条）。

#### （iv） 預合いの罪

（i）の罪におけるのと同様の改正がなされた（491条、492条）。

#### （v） 株式の超過発行の罪

本罪の法定刑は、5年以下の懲役又は200万円以下の罰金から5年以下の懲役又は500万円以下の罰金に改められた（492条の2）。

#### （vi） 株式払込責任免脱の罪

本罪の法定刑は、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金から1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に改められた（496条）。

### （4） 商法改正に対応する金融関係法律の罰則強化

上述の商法等の改正に対応して、保険業法、証券取引法において、商法の趣旨にならって罰則が設けられているものについて、同様の法定刑の引上げや構成要件の新設等が、「罰則の整備のための金融関係法律の一部を改正する法律」（平成9年法律第117号。平成9年12月10日公布、同月30日施行）によって行われた。

### III 近時の最高裁判例

刑集に登載された近時の最高裁判例をみると、商法罰則のうち特別背任罪に関係するものが2つある(43)。以下では、この2つの判例について若干の検討を加える。もっとも、(1)は、刑法上の背任罪に関するものであるが、特別背任罪においても共通に要件とされている財産上の損害の解釈が問題とされたものである。

#### (1) 最高裁平成8年2月6日決定(刑集50巻2号129頁)

背任罪の要件である財産上の損害の有無は、本人の財産状態を全体として評価することによって判断される。例えば、証券会社から顧客からの依頼より一桁多い数の架空の買い注文を出させ、この注文に合わせて自己らが保有している株式の売り注文を出して、指し値通りで、会社に買い付ける意思のない株式の代金の支払い義務を負担させた場合、その金額と会社の取得した株式の実際の株価との差額が財産上の損害となるとされた(44)。そして、学説上、ある財産が減少しても、反対に同価値の他の財産が増加すれば、財産上の損害はないものと理解されてきた(45)が、この点はどのように判断されるべきかが具体的に問題となったのが、本最高裁決定にかかる事案である。

被告人が代表者をしていた株式会社が、銀行との間で当座貸越契約を締結して融資を受けるうち、貸越額が信用供与の限度額及び差し入れていた担保の総評価額をはるかに超え、約束手形を振り出しても自らこれを決済する能力を欠く状態になっていたのに、被告人は、銀行支店長と共謀の上、銀行に同社振出しの約束手形に手形保証をさせたというものであるが、保証と引換えに、額面金額と同額の資金が同社名義の同銀行当座預金口座に入金され、同銀行に対する当座貸越債務の弁済に充てられている事実がどのように評価されるべきか。第1審判決は、「右入金の手形決済資金の担保として差し入れられたものであるか否かは問題ではな」く、「手形保証と同時にいわばこれと引換えに手形券面額と同額の現金が銀行に入金されれば、銀行において、爾後これをどのように処理するかにかかわらず、負担した債務と同額の利益を引換えに得ているのであるから、銀行に経済的な損害は生じない」として、背任罪の成立を否定したのに対し、第2審判決は、入金は「保証手形の支払を担保するための資金提供とは認められず」、「手形保証に対応する反対給付、

すなわち手形保証に見合う経済的利益と評価することはでき」ないとし、異なる結論を導いた。

本最高裁決定は、「右入金、被告人と右支店長との間の事前の合意に基づき、一時的に右貸越残高を減少させ、同社に債務の弁済能力があることを示す外観を作り出して、同銀行をして引き続き当座勘定取引を継続させ、更に同社への融資を行わせることなどを目的として行われたものであり、現に、被告人は、右支店長を通じ、当座貸越しの方法で引き続き同社に対し多額の融資を行わせて」おり、「右のような事実関係の下においては、右入金により当該手形の保証に見合う経済的利益が同銀行に確定的に帰属したものである」ということはできず、手形保証債務の負担は財産上の損害に当たると判示した。これまでの学説上の理解を前提とした上で、本件で財産上の損害を肯定するにあたり、「保証に見合う経済的利益」という第2審判決と同じ表現を用いつつも、それが確定的に帰属したか否かをも問題とした点において、利益について債務の担保としての拘束を要求せず、損害と利益の対応関係は、第1審判決の理解と同様、緩やかなもので足りると解したものと思われる(46)。

第2審判決には、入金は既存債務の弁済にすぎず、銀行にとってはその金銭の受領に伴い、法的には会社に対する債権も消滅するのであり、銀行は手形保証に見合う利益を得ていないという評価が存在しているのかもしれない。しかし、すでに限度額をはるかに超える貸越しがあり、回収の見込みが薄いという状況のなかで、手形の保証によって会社による入金すなわち既存債務の弁済が可能になった、経済的にみれば、銀行は価値のきわめて低い債権の喪失と引換えにその債権額を獲得しえたのであるから、銀行には現実の入金と債権の価値の差の経済的利益が生じたのである。それが、手形保証によって保証債務の履行を強いられる危険性、すなわち経済的損害と同価値である、換言すれば、手形保証によって、銀行にとっては、当座貸越しに基づく債権の回収可能性から保証債務の履行の危険性、その履行によって生じる会社への求償権の実現可能性へと利益関係が変化しているが、その間に経済的価値の変化がないとみることができれば、第1審判決のように財産上の損害の発生を否定することが可能となろう。

しかし、最高裁は、そうした経済的利益の確定的帰属を否定する(47)ことによって、財産上の損害の発生を肯定したが、将来の融資行為の計画を理由にそれを認めることは、実質的には、背任の予備を背任として処罰することに等しいという批判がなされている(48)。

最高裁の判断は、単に融資行為が計画されている段階においては、背任未遂罪にすらならないというこれまでの理解には実質的に相応せず、処罰範囲の拡張をもたらすと言えよう。かつて、大審院昭和9年12月10日判決（刑集13巻1692頁）は、被告人がその金銭債務に対して会社取締役として行った連帯保証は、会社に対しては無効で損害を与えるものではなく、被告人がさらに会社財産でその保証債務の履行をしたとすれば格別、いまだ背任罪を構成するものではないとしたが、学説では、無効な債務であっても、取締役が履行する可能性がないわけではなく、そのかぎりにおいて、判例のかつて述べた「実害発生の危険」が存在するのではないかという疑問が残るとの指摘があった<sup>(49)</sup>。判示の内容は必ずしも明らかではないが、取締役が後に債務を履行する意思や可能性があるだけでは背任罪を認めるには足りないとしたのだとすれば、この判決とも齟齬をきたすのではないかと思われる。

もっとも本決定には、後に融資を行わせるという目的だけでなく、現に多額の融資を行わせたという事実が挙げられており、実質的にはこの事実が重視されたとみることもできよう。ただ、この融資自体が財産上の損害を発生させたというのであれば、手形保証債務を負担したことが財産上の損害に当たるとする判示に反することになるし、新たな融資が行われたことが入金による経済的利益の確定的帰属を否定する事情となるというのであれば、少なくともその融資自体及びそれと入金の関係についての詳しい事実関係が明らかにされている必要があろう<sup>(50)</sup>。

## （2）最高裁平成10年11月25日決定（刑集52巻8号570頁）

（ア）平和相互銀行の監査役で顧問弁護士であり、経営全般について強い発言力を持っていた被告人が同銀行の代表取締役らと共謀して、同銀行と密接な関係にあるAクラブにおけるレジャークラブ会員権預り保証金の償還資金の捻出の必要から考えられた同社の遊休資産である土地の売却にあたり、物的担保としては時価60億円の当該土地しかなく、同銀行の融資事務取扱要領等に違反し、融資金の回収が困難であるのに、その買受先であるB及びCに、その購入資金、開発資金、利払い資金として88億円を貸し付けたという事案について、本決定は、以下のように述べ、被告人らに特別背任罪における第三者図利目的を肯定した。

「一 ……」

6 前記のような本件融資の経緯等に照らすと、融資業務を統括しあるいは担当する甲、乙、丙（以下「甲ら」という。）が本件融資を実行するに当たっては、Aクラブに会員権預り保証金償還資金を確保させて、前記償還問題の解決を図り、ひいては平和相互銀行の利益を図るといふ動機もあったと認められなくはない。しかしながら、甲らが前記4のような本件融資の問題点を知りながらあえて融資に踏み切ったのは、白らの職責を十分果たさずに責任を回避し、主体的な判断をしないで、被告人が持ってきた案件であり、被告人が融資してもいいと言っているからそれを支えとして融資を実行するという、極めて安易かつ無責任な経営姿勢によるということができ、Aクラブの償還問題の解決のため、ひいては平和相互銀行のためという動機は、本件融資の決定的な動機ではなかった。被告人についても、前記のような本件融資の問題性にもかかわらず、あえてその実行に積極的意向を表明してこれに関与したのは、本件が被告人の手掛けてきた案件であり、売却先を捜すに当たり間に入ってもらっていた知人との関係もあって、今更引き下がるわけにいかないという事情があったことによるものであり、Aクラブの償還問題の解決のためという動機があったとしても、この段階ではそれは潜在的なものにとどまっていた。

二 以上の事実関係によれば、被告人及び甲らは、本件融資が、Aクラブに対し、遊休資産化していた土地を売却してその代金を直ちに入手できるようにするなどの利益を与えるとともに、B及びCに対し、大幅な担保不足であるのに多額の融資を受けられるという利益を与えることになることを認識しつつ、あえて右融資を行うこととしたことが明らかである。そして、被告人及び甲らには、本件融資に際し、Aクラブが募集していたレジャークラブ会員権の預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互銀行の利益を図るといふ動機があったにしても、右資金の確保のために平和相互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、前記一6のとおり、それは融資の決定的な動機ではなく、本件融資は、主として右のようにAクラブ、B及びCの利益を図る目的をもって行われたといふことができる。そうすると、被告人及び甲らには、本件融資につき特別背任罪におけるいわゆる図利目的があったというに妨げなく、被告人につき甲らとの共謀による同罪の成立が認められるといふべきであるから、これと同旨の原判断は正当である」。

(イ) 商法486条の特別背任罪は図利加害目的を要件としている。この要件は、文言は異なるが、刑法247条の一般の背任罪においても存在し、両者は同趣旨であると解されている。その図利加害目的の意義・内容をめぐっては、学説上、①図利加害の点についての認識あるいは認識・認容で足りるとする見解、②図利加害の動機が必要であるとする見解(積極的動機説)、さらにすすんで、③図利加害の点についての確定的認識を必要とする見解(確定的認識説)、④図利加害の意欲を必要とする見解(意欲説)等に加えて、近年は、⑤図利加害目的を本人の利益を図る目的がないことを裏から示す要件であるとみる見解等も有力に主張されている。この⑤説は、「図利加害の目的も本人図利の目的も存しない場合又は二つの目的に主従の関係がない場合については、……任務違背により本人に損害を加えることを正当視する理由がないのであるから、図利加害の動機がなくても、その認識がある限り、背任罪の成立を肯定するのが相当である」とし、「図利加害目的は、図利加害の動機があること又は図利加害の認識しかないが本人図利の動機がないことを意味する」と解する(消極的動機説)<sup>(51)</sup>。

判例は、このような問題に対して明確な態度を示してこなかった。ただ、判例は、背任罪は目的を特定しているので、本人の利益を図る目的のときには背任罪は成立しない<sup>(52)</sup>が、主として自己又は第三者の利益を図る目的がある以上、従として本人の利益を図る目的があったとしても成立する<sup>(53)</sup>としている。そして、このように目的に主従を観念していることは、目的を認識ではなく、動機と理解していることを意味すると指摘されていた<sup>(54)</sup>。現に、目的を動機と表現する下級審裁判例もある<sup>(55)</sup>。

最高裁昭和63年11月21日決定(刑集42巻9号1251頁)は、「特別背任罪における図利加害目的を肯定するためには、図利加害の点につき、必ずしも所論がいう意欲ないし積極的認容までは要しないものと解するのが相当である」と述べるにとどまり、先の④意欲説を否定した<sup>(56)</sup>のであるが、それ以上の点は明らかではない。その後の下級審裁判例には、⑤説と同様の考え方にしたがうとみられるもの<sup>(57)</sup>や、本最高裁決定の原判決も含めて、この昭和63年決定と同様に述べるもの<sup>(58)</sup>がある。

(ウ) 本決定は、主として第三者の利益を図る目的であれば、背任罪は成立するという従来からの判断枠組みを維持した上で、その判断方法を事案に則して示したもので、特に、その際、「動機」が問題となることを明示した初めての最高裁判例であると思われる。

もともと、未だ明らかでない点も残っている。

前記昭和63年決定が、第三者図利・本人加害目的の存在を認めた事案について、その点について行為者が「熟知し」ていたと述べているのに対し、本決定は、第三者図利目的の存在を認めた事案について、第三者に利益を与えることを「認識しつつ、あえて」本件融資を行ったと述べているにすぎない(59)。昭和63年決定では、先の③確定的認識説に立つと解する余地があったのに対し、本決定は、③説に立つことを否定することを明らかにしたようにも読める。

また、原判決が、甲らにおける本件融資の主たる「動機」は、きわめて安易かつ無責任な経営姿勢から導かれるAクラブやB及びCといった第三者の利益を図ることであったことを明示していることと比較すれば、当該第三者に対し利益を与えることを「認識しつつ、あえて」右融資を行ったとだけ述べている本決定には、本件で第三者に利益を与えることの認識はあっても、動機とまでは言えないという評価が存在しているようにも思われる。それは以下のような点にも現れている。本決定において、第三者図利目的の存在を認める根拠とされているのは、平和相互銀行のためという動機が決定的ではなかったということであり、そのことは、被告人が本件融資に関与したのは本件が被告人の手掛けてきた案件だからである等、甲らが融資に踏み切ったのは被告人が融資してもいいと言ったからである等の事実によって基礎づけられ、直接に当該第三者図利動機に関係する事実は掲げられていないのである。加えて、そもそも原判決は、先に述べたように、Aクラブ等の利益を図る動機があったと説明しているものの、それについて、甲らにおいて、「本件融資によりAクラブやB等の利益を図ることになることについての認識が当時あったことは明らかであり、現に融資をしている以上、その認容があったことも明らかである。したがって、甲らにAクラブやB等といった第三者の利益を図ることの動機、目的は十分認めることができるというべきである」と述べるにとどまり、第三者に利益を与えることの認識があれば直ちに動機が肯定されるという考え方を示しており、実質的には、認識を問題にしたにすぎないとも解しうる。そこで、単に、第三者の利益となることを認識しているにすぎず、第三者の利益を図る動機がなくても、第三者図利目的が存在することを、本決定が肯定したのだとすれば、先の見解のうちの⑤消極的動機説と同様の考え方に立つものと解することができる。さらに、本決定は、「端的に言えば、第三者の利益に関する認識と認容があり、他方、本人の利益を図る動機があったとしてもそれが決定的な動機でない

本件の場合、結局第三者の利益を図る目的が主目的であるとして、第三者図利目的の存在を肯認できるという趣旨を説示するものと理解できる」と評されている(60)が、本決定は、本人の利益を図る動機があっても背任罪となることを認めるのだとすれば、背任罪が成立する範囲は⑤説より拡張することになる。

その一方、本決定は、本人図利が「決定的な」動機ではなかったと述べていることは、他に何らかの動機が存在していることを前提としていると解することもできよう。そして、結論的に、本件融資は、「主として」AクラブやB等の利益を図る目的をもって行われたと判示しているが、先に触れたように、目的の主従を問題としていることはやはり動機の主従を問題としていることになるのだとすると、本件では、AクラブやB等の利益を図る動機と、本人たる平和相互銀行の利益を図る動機が存在するが、前者の動機が主たるものであったことを認めていることになり、②積極的動機説に依拠していると理解しうる余地も生じる。

このようにして、本決定においても、最高裁が、図利加害目的の存否をどのような論理に基づいて判断するのかは必ずしも明らかにされていないように思われる(61)。こうした判例のような立場では、任務違背行為の動機の如何を問題とするとしても、そもそもどのような意味において、本人の利益を図る動機があるときには背任罪の成立が否定されるべきであるのかは明らかではない。背任罪の他の要件との関係でそう解することの妥当性を検討する必要があるだろう。その上で図利加害目的が規定されていることの意義を問わなければならないものと思われる(62)。

〔注〕

- (1) 西田典之(編)『金融業務と刑事法』(1997年)47頁以下、128頁以下、186頁以下、206頁以下参照。
- (2) 公刊された裁判例は、供与した側の山一証券に係るものとして、東京地判平成10・7・17判時1654・148、日興証券に係るものとして、東京地判平成10・9・21判時1655・184、大和証券に係るものとして、東京地判平成10・10・15判タ1000・340、第一勧業銀行に係るものとして、東京地判平成10・10・19判時1663・150、供与を受けた総会屋に係るものとして、東京地判平成11・4・21判時1680・142、判タ1003・328。
- (3) そこでは、所管官庁による経済界への要請、警察による支援、取締りの徹底、銀行、証券会社に対するより実効性のある厳正な検査等の確保、いわゆる総会屋対策に関する法改正の実現、業界団体、企業における取組状況の把握、その他の、7項目が掲げられている。森内彰「『いわゆる総会屋対策のための関係閣僚会議』に係る経緯と警察の取組について(上)、(下)」警察学論集51巻2号(1998年)132頁以下、同3号(同年)142頁以下等参照。
- (4) 久木元伸=森本和明「企業犯罪と刑事罰——商法・証券取引法を中心とした平成九年法改正について」ジュリスト1129号(1998年)41頁等。
- (5) もっとも、罰則を強化するだけでは総会屋の根絶などは図れず、経営トップを含む会社幹部の意識改革がなされることが必要であると指摘されている(商法・金融罰則研究会(編著)『新しい商法・金融罰則Q&A・総会屋対策と公正・透明な市場構築のための平成9年改正』(1998年)10頁以下)。
- (6) 詳細については、久木元伸「商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律の解説〔上〕、〔下〕」商事法務1479号(1998年)90頁以下、1480号(同年)6頁以下、久木元=森本=前掲注(4)41頁以下、関一穂「商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律について」民事月報53巻1号(1998年)23頁以下、同「『商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律』の概要」金融法務事情1504号(1998年)18頁以下、北島孝久「商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の改正の概要等について」警察学論集51巻2号(1998年)146頁以下、中井龍司「いわゆる総会屋対策としての商法等の改正について」法律のひろば51巻3号(1998年)38頁以下、河内宏臣「商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律について——新設された罰則を中心として——」JICPAジャーナル513号(1998年)46頁以下、商法・金融罰則研究会(編著)・前掲注(5)1頁以下、また、榎本峰夫「改正利益供与に関する諸問題」『平成10年度秋季弁護士研修講座』(1999年)127頁以下等参照。
- (7) 商法・金融罰則研究会(編著)・前掲注(5)23頁。
- (8) 商法・金融罰則研究会(編著)・前掲注(5)50頁。
- (9) 商法・金融罰則研究会(編著)・前掲注(5)30頁。
- (10) 商法・金融罰則研究会(編著)・前掲注(5)31頁。
- (11) 京藤哲久=芝原邦爾=竹花豊=三浦守「〔座談会〕企業の違法行動とその対応」ジュリスト1129号

- (1998年) 9頁における京藤、竹花発言。
- (12) 商法・金融罰則研究会(編著)・前掲注(5)34頁。
- (13) 京藤=芝原=竹花=三浦・前掲注(11)8頁における三浦発言、新谷勝「利益供与禁止規定違反と取締役の責任」法律時報70巻1号(1998年)65頁。
- (14) 衆参両院法務委員会議録(抄)「国会における質疑」商事法務研究会(編)『利益供与の禁止・株主総会正常化への方策』(1982年)286頁参照。
- (15) 商法・金融罰則研究会(編著)・前掲注(5)33頁。
- (16) 上の新設の趣旨の中に、現実の受供与の予防が含まれていない。もしこう記すと、なぜ会社の役員職員の犯罪行為は早期摘発しなくてよいかを説明しなくてはならなくなるであろう。
- (17) 新谷・前掲注(13)65頁参照。
- (18) 後に述べる、総会屋が威迫を用いて利益供与を受ける際にも、会社側に利益供与罪が成立することを肯定する理由づけとして持ち出されているのである。
- (19) 京藤=芝原=竹花=三浦・前掲注(11)8頁における芝原発言、また、稲葉威雄「新しい株主総会への期待」商事法務研究会(編)・前掲注(14)97頁、神崎武法「罰則規定の適用について」商事法務研究会(編)・前掲注(14)158、162頁、芝原「総会屋に対する利益供与の処罰・2」法律時報61巻6号(1989年)111頁等参照。なお、昭和53(1978)年の「株式会社の機関に関する改正試案」では、利益供与をした取締役等を処罰するほかに、利益供与を勧誘し、又は要求した者を処罰することが提案されていた(二8a、三cd。稲葉=元木伸「株主総会——罰則・決議の瑕疵」商事法務829号(1979年)10頁参照)。
- (20) 商法・金融罰則研究会(編著)・前掲注(5)42頁。
- (21) 商法・金融罰則研究会(編著)・前掲注(5)43頁。
- (22) 商法・金融罰則研究会(編著)・前掲注(5)46頁。もっとも、本文において記したように、本罪の趣旨として、「もはや、総会屋と会社との持ちつ持たれつの癒着といった関係とは到底言い難く、総会屋の側に特に悪質性が認められるので」、加重処罰することになったと説明されることと平仄が合うのか、疑問がないではない。
- (23) 伊藤榮樹・同ほか(編)『注釈特別刑法第五巻』(1986年)233頁、谷川久・上柳克郎ほか(編)『新版注釈会社法(13)』(1990年)622頁。
- (24) 商法・金融罰則研究会(編著)・前掲注(5)46頁以下。
- (25) 最決昭和39・12・8刑集18・10・952。
- (26) 大塚仁『刑法概説(各論)(第三版)』(1996年)615頁、内田文昭『刑法各論(第三版)』(1996年)339頁、大谷實『刑法講義各論第四版補訂版』(1995年)596頁等。
- (27) 前田雅英『刑法各論講義(第2版)』(1995年)548、554頁、中森喜彦『刑法各論(第2版)』(1996年)340頁。
- (28) 西田『刑法各論』(1999年)212、474頁。
- (29) もっとも、一般には商法上の利益供与罪は刑法上の賄賂罪より軽いものとみることができであろうが、今回の改正により、狭義の利益供与罪(497条1項)の法定刑は、3年以下の懲役又は300

万円以下の罰金となったのに対し、贈賄罪（刑法198条）の法定刑は3年以下の懲役又は250万円以下の罰金であり、直ちに贈賄罪についての議論を利益供与罪に移しうるわけではないとも言うる。

- (30) 商法・金融罰則研究会（編著）・前掲注（5）48頁、久木元=森本・前掲注（4）46頁。
- (31) 商法・金融罰則研究会（編著）・前掲注（5）50頁。
- (32) 商法・金融罰則研究会（編著）・前掲注（5）54頁以下。
- (33) 京藤=芝原=竹花=三浦・前掲注（11）13頁における京藤発言。
- (34) 伊藤・前掲注（23）144頁、芝原・上柳ほか（編）・前掲注（23）571頁参照。
- (35) 林幹人「横領と背任」『財産犯の保護法益』（1984年）245頁以下。
- (36) 上高=高「背任罪——財産上の損害及び図利加害目的について」法学教室215号（1998年）25頁。
- (37) もっとも、齊野彦弥・野村稔（編）『刑法各論』（1998年）229頁参照。
- (38) 林「罪数論」『刑法の基礎理論』（1995年）224頁以下。
- (39) 町野朔「法条競合論」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』（1990年）433頁。
- (40) 山火正則「法条競合の諸問題（二）」神奈川法学7巻2号（1972年）44頁。
- (41) もっとも、「新しい権限濫用説」などと言われる見解に従い、物については背任罪の本質として「権限濫用」だけが背任となりうると理解する場合（内田・前掲注（26）345、347頁）には、物についての権限逸脱の場合は横領罪のみの成立が認められることになるう。
- (42) 商法・金融罰則研究会（編著）・前掲注（5）57頁以下。
- (43) 刑集登載以外の最高裁判例としては、最決平成9・10・28裁判集刑272・93、判時1617・145がある。すでに本研究会で検討の対象とされた、以前のものについては、上高「不良貸付と特別背任罪」西田（編）・前掲注（1）128頁以下参照。
- (44) 東京地判平成4・7・23判時1472・160。
- (45) 岡本勝「判批」ジュリスト1113号平成八年度重要判例解説（1997年）154頁参照。金庫理事長名義の銀行宛小切手、約束手形を振り出し、銀行から金員を借り入れた事例に関する仙台高判昭和29・10・4裁特1・7・305について、井上正治=羽田野忠文『判例にあらわれた財産犯の理論』（1964年）225頁以下、内藤謙・団藤重光（編）『注釈刑法（6）』（1966年）305頁参照。
- (46) 岡本・前掲注（45）154頁。今崎幸彦「判批」ジュリスト1105号（1996年）125頁、同「判批」法曹時報50巻11号（1998年）265頁以下参照。
- (47) 反対、林「判批」ジュリスト1119号（1997年）149頁。
- (48) 佐伯仁志「判批」金融法務事情1460号（1996年）81頁。
- (49) 内藤・前掲注（45）303頁。
- (50) 上高・前掲注（36）26頁以下。本決定については、さらに、渡邊一弘「判批」研修580号（1996年）13頁以下、木村光江「判批」法学教室193号（1996年）158頁以下、同「判批」法学教室198号別冊付録判例セレクト'96（1997年）39頁、同「判批」判例時報1591号（1997年）232頁（判例評論458号70頁）以下、関哲夫「判批」判例タイムズ927号（1997年）56頁以下、秋葉悦子「財産上の損害（2）」松尾浩也ほか（編）『刑法判例百選II各論（第四版）』（1997年）124頁以下、半谷恭一「判

- 批]法の支配107号(1997年)118頁以下、佐々木正輝「判批」警察学論集50巻12号(1997年)182頁以下、前田「判批」『最新重要判例250刑法一九九八年度版』(1998年)196頁、川崎友巳「判批」同志社法学50巻1号(1998年)474頁以下、西田「背任罪における財産上の損害について」研修607号(1999年)13頁以下、加藤敏貞「背任罪における『財産上の損害』の意義」研修607号(1999年)115頁以下、雨宮啓「千形保証と背任罪について」銀行法務21・563号(1999年)68頁以下等参照。
- (51) 香城敏麿「背任罪——各要件の意義と関係——」芝原(編)『刑法の基本判例』(1988年)159頁。同旨、永井敏雄「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和六十三年度』(1991年)462頁、西田・前掲注(28)242頁等。以上のような学説の検討について、上掲「背任罪における図利加害目的」「背任罪理解の再構成」(1997年)255頁以下、262頁以下参照。
- (52) 大判大正3・10・16刑録20・1867。
- (53) 大判昭和7・9・12刑集11・1317、最決昭和35・8・12刑集14・10・1360等。
- (54) 香城・前掲注(51)159頁。
- (55) 東京高判昭和30・12・18高刑集9・8・1188、神戸地判昭和34・5・6下刑集1・5・1178等。
- (56) 永井・前掲注(51)459頁。
- (57) 大阪地判平成6・1・28判タ841・283。
- (58) 大阪地判平成6・2・25判タ861・282。大阪高判平成8・3・8判時1590・149も参照。
- (59) なお、木口信之「判批」ジュリスト1156号(1999年)140頁は、「事案の内容としては、被告人らの認識は確定的なものであったとかがえるが、本決定は、この点についても明示的には触れていない」とする。
- (60) 木口・前掲注(59)140頁。
- (61) 上掲「判批」金融法務事情1556号(1999年)78頁以下。本決定については、他に、木村「判批」ジュリスト1157号平成一〇年度重要判例解説(1999年)154頁以下、佐久間修「判批」法学教室226号(1999年)132頁以下、前田「背任罪」警察学論集52巻2号(1999年)184頁以下等参照。
- (62) 私見の詳細については、上掲・前掲注(51)267頁以下参照。

競売妨害事件に関する  
最近の最高裁判例の検討

橋 爪 隆

# 目 次

- I はじめに
- II 競売等妨害罪の成立要件
  - (1) 保護法益
  - (2) 行為態様
- III 不動産競売手続の概要
- IV 偽計競売妨害罪の事例——最決平成10年7月4日（刑集52巻5号343頁）
  - (1) 事実
  - (2) 判旨
  - (3) 検討
- V 威力競売妨害罪の事例——最決平成10年11月4日（刑集52巻8号542頁）
  - (1) 事実
  - (2) 判旨
  - (3) 検討

## I はじめに

刑法96条の3第1項は、「偽計又は威力を用いて、公の競売又は入札の公正を害すべき行為をした者は、2年以下の懲役又は250万円以下の罰金に処する」と規定している。いわゆる競売等妨害罪である。従来、同項の適用場面は必ずしも多くはなかったこともあり、本罪についての議論は必ずしも活発ではなかったように思われる。ところがバブル経済崩壊後、不良債権処理等に関する執行妨害事件の増加、かつ、それに対する取り締まり方針の強化<sup>(1)</sup>に伴い、その検挙事件が急速に増加する傾向にある<sup>(2)</sup>。おりしも、最高裁判所は同罪の適用に関して、注目すべき二つの決定を下している。これらの決定はともに事例判決であり、本罪の成立要件について一般論を展開したものではないが、ともに本罪の成立範囲を検討するに際して、重要な意義を有するよう思われる。そこで本稿では、この二つの最高裁判例について若干の検討を加えることによって、競売等妨害罪の成立範囲について考えてみることにしたい。

本稿における検討の順序としては、まず前提的考察として、競売等妨害罪の保護法益論、およびその犯罪構成要件要素についての従来の議論を概観することにする(II)。その後、検討の便宜上、不動産競売手続の概要について簡単に論及したうえで(III)、二つの最高裁判例についての検討に移ることにしたい。

## II 競売等妨害罪の成立要件

### (1) 保護法益

競売等妨害罪の保護法益は、国またはこれに準ずる公共団体が実施する「公の競売・入札の公正」であると一般に考えられている。しかしながら、その具体的な内容については十分な検討がなされているわけではない。とりわけここでいう「公正」とはいかなる内容を指すのかについては、なお不透明さが払拭し得ないのである<sup>(3)</sup>。この点について既に詳細な分析を加えられた京藤教授によると<sup>(4)</sup>、本罪の保護法益の理解の仕方には、大きく分類して三つの見解が考えられるという。それは、①本罪を「公務」としての競売・入札を保護するものとして理解する見解(公務侵害説)、②自由な価格形成を担保するため

の「競争制度」としての競売・入札を保護するものと解する見解（競争侵害説）、③競売・入札制度を利用する施行者等の具体的な財産的利益を保護法益とする見解（施行者等利益侵害説）の三説である。このような保護法益の内実についての理解の相違が、本罪にいう「公正を害すべき行為」の解釈論にも反映してくることになる(5)。たとえば公務侵害説によれば、公務としての競売・入札手続が開始されてから終了するまでに、その適正な手続の流れに何らかの不正な影響を及ぼそうとする一切の行為は本罪に該当することになるが、逆に手続的側面に何ら介入せず、実体的権利の側面のみに影響を及ぼす行為については、本罪が成立しないということになろう。一方、競争侵害説からは、競争制度による価格形成のメカニズムを重視し、この過程に不当な影響を及ぼしうる行為が本罪に該当することになろう。また、施行者等利益侵害説の立場からは、競売・入札の実施者等（たとえば公共団体、債権者）の経済的利益を侵害するおそれがあるか否かで、本罪の成立の限界が画されることになろう(6)。

競売等妨害罪が公務執行妨害罪と分けて規定されていることにかんがみると、単に競売・入札制度の公務的側面のみに着目して本罪を理解するべきではないであろう。また、施行者等利益侵害説の立場からは、本罪を財産犯の周辺領域の一つにすぎないと理解することになるが、その立場からは、なぜ競売・入札の実施者に限って手厚い保護が予定されているのか、その点についての合理的な説明が不十分ということになるのではなかろうか。そのような意味で、競争侵害説が主張するように、自由な価格形成のメカニズムとしての競売・入札の制度それ自体を保護しているという理解がもっともすぐれているように思われる(7)。

もっとも、このように競争制度の公正それ自体を保護法益と解したとしても、問題はそれで解決するわけではない。競争に参加し、そこで勝ち抜くためには、一定程度の駆け引きをしたり、他の参加者を「出し抜く」ことが重要になってくるであろう。また、個々人の経済力や情報量、あるいは判断能力が共通ではない以上、競争参加者の前提条件が常に平等になっているわけでもない。このように考えると、たとえば対象物件を入手するために術策を弄すること全てを「不公正」と評価するわけにはいかないであろう。それゆえ、いかなる場合に競争制度の公正が侵害されるのか、その判断は必ずしも明確ではないのである。少なくとも、競争に通常付随するような「駆け引き」や「術策」については本罪の成立を認めるべきではなく、それを逸脱した行為類型に限って可罰性を認めるべきである

ように思われる。また、本罪は「偽計」、「威力」を手段として規定した上で、それによって「公正を害すべき行為」が行われた場合にはじめて可罰性を肯定しているのであるから、その検討に際しては、競争原理侵害性と「偽計」「威力」といった手段の不当性とを峻別することが必要になってくるであろう。

## (2) 行為態様

本罪の行為態様は「偽計」または「威力」を用いた「公正を害すべき行為」である。偽計・威力の意義については、業務妨害罪（233条、234条）における偽計・威力と同義に解してよいとされている。したがって、偽計については「人を欺罔し、または人の不知、錯誤を利用すること」(8)を指すということになるが、これに対しては、陰險な手段や人を困惑させる手段も含まれるとする少数説が対立することになる(9)。いずれにせよ、詐欺罪における欺罔行為よりも広い概念である。一方の「威力」については「人の自由意思を制圧するに足る勢力の使用をいう」(10)と解されている。

なお、業務妨害罪については、その罪質を業務活動の自由に対する罪と捉える立場から、偽計・威力は業務活動者の意思に対する働きかけではなければならず、対物的加害行為のように業務活動者以外に対する働きかけは含まれないという主張がなされているが(11)、競売等妨害罪についてはこのような主張は見あたらないようである。本罪を施行者等関係者の意思活動を保護するものではなく、競争制度それ自体の公正を保護する犯罪として理解する立場からは、このような限定を施す必然性はないということになろう。

一方、「公正を害すべき行為」の意義については、既に述べたように「競争原理による価格形成のメカニズム」を歪曲されるおそれがある行為か、という観点から判断すべきであるように思われる。本罪は抽象的危険犯と理解されているため(12)、その危険性が認められればたり、現実に価格形成メカニズムが不公正にゆがめられた結果が発生する必要はない。もっとも、本罪の可罰的違法性として、どの程度の危険性を要求するかによって、処罰範囲が大きく異なってくることになる。たとえば「価格形成に影響を及ぼす可能性が皆無ではなかった」程度の危険性であっても、「公正を害すべき行為」に当たるとすると、処罰範囲の限定は実際上きわめて困難になろう。この点については、最高裁判例の検討において、あらためて考えてみることにしたい。

### III 不動産競売手続の概要

続いて、以下の記述の便宜のために、現在の民事執行法における（担保権の実行のための）不動産競売手続について概略することにした。もちろん競売入札妨害罪が予定しているのは不動産競売手続だけではないが<sup>(13)</sup>、最高裁の事案がともに不動産競売手続に関するものであったのみにとどまらず、近時の不良債権処理妨害との関連でも、不動産の競売がもっとも問題になるように思われるからである。

担保権の実行のための不動産競売の手続は、民事執行法188条によって、不動産の強制競売の手続を準用するかたちで規定されている。不動産の競売開始の開始は、担保権者が法定の手続開始文書（法181 I）を提出し、競売を申し立てることによって始められる。執行裁判所は申立てを適法と認める場合には競売開始決定を行い、その開始決定において、債権者のために不動産を差し押さえる旨を宣言する（法188、45 I）。競売開始決定は、債務者に送達しなければならない（法188、45 II）。裁判所書記官は、直ちに当該不動産に関する差押えの登記を嘱託しなければならない（法188、48 I）。開始決定が債務者に送達された段階、差押えの登記がなされた段階、いずれかの早い段階で差押えの効力が生ずる（法188、46 I）。その後、裁判所は配当要求の終期を定めるほか（法188、49 I）、債務者または不動産の占有者が「不動産の価格を著しく減少する行為又はそのおそれがある行為」（価格減少行為等）をした場合には、売却のための保全処分を行うことができる（法188、55）。

つづいて、執行裁判所は買受人に不測の損害を与えることのないよう、執行官に対して不動産の形状、占有関係その他の現況について調査を命じる（法188、57 I）。執行官には強制力の裏付けを持った（法196②を参照）対象不動産への立入権、質問権、文書提示請求権が認められており（法188、57 II）、現況調査報告書を作成し、それを執行裁判所に提出する（民事執行規則173 I が準用する規則29 I II）。

他方、執行裁判所は評価人を選任し、不動産の評価を命ずる（法188、58 I）。評価人は不動産の評価額などを記載した評価書を作成し、これを執行裁判所に提出しなければならない（規則173 I、30 I II）。執行裁判所はこれらに基づき、最低売却価格を決定した上（法188、60 I）、不動産の表示、不動産をめぐる売却条件を記載した物件明細書を作成す

る（法188、62）。この過程においては、執行裁判所自身が必要と認めるときには、債務者、占有者、その他の参考人に対して審尋を行うことができる（法5）。このようにして作成された物件明細書、現況調査報告書、評価書のことを一般に「三点セット」と呼んでいる。

かくして執行裁判所は売却の日時および場所を定めて売却実施命令を発し、執行官に売却を実施させるが、売却実施日の一週間前までに、一般の閲覧に供すべく、上述の三点セットの写しを執行裁判所に備え置かななくてはならない（法188、62、64 I、規則173 I、31）。売却方法には入札と競り売りがあり、執行裁判所の定めた方法によって行われる（法188、64）<sup>(14)</sup>。入札には、入札期日に直ちに開札をする期日入札と、入札期間を定め、その期間に入札をさせ、開札期日に開札を行う期間入札がある。執行裁判所が期間入札の方法をとる場合には、入札期間（1週間以上1月以内の範囲内）、開札期日（入札期間満了後1週間以内）、売却決定期日（原則として開札期日後1週間以内）を定める（規則173 I、46、以下では、期間入札について概略することにする）。

不動産の買受けの申し出をしようとする者は、執行裁判所が定める額（原則として最低売却価格の10分の2である。規則39 I II）および方法（規則40参照）によって保証を提供しなくてはならない（法188、66）。債務者自身は買受けの申出をすることができない（法188、68）。

開札が終わったとき、執行官は最高価買受申出人を定め、その氏名等および入札価額を告げ、かつ、次順位買受けの申出（法67）をすることができる入札人がある場合には、次順位買受けの申し出を催告する（規則173 I、41 III）。その後、執行裁判所は売却決定期日を開き、売却の許可または不許可を言い渡さなくてはならない（法188、69）。その際、利害関係を有する者は売却決定期日において意見を陳述することができる（法188、70）。最高価買受申出人が不動産を買い受ける資格または能力を有しない場合、競売手続に重大な誤りがある場合には売却不許可決定が下されるが（法188、71）、それ以外の場合には売却許可決定が下されることになり、その決定は確定によって効力が生ずる（法188、74 V）。

売却許可決定の確定によって、最高価買受申出人は買受人の地位を取得する。そして、買受人は、執行裁判所の定める期限までに（規則56 Iによれば売却許可決定から1月以内である）その代金を執行裁判所に納付しなくてはならない（法188、78 I）。代金納付によって買受人は不動産を取得するが（法188、79）、代金を納付しない場合には、売却許可決

定はその効力を失うことになる。この場合、買受人は提供した保証の返還を請求することができない（法188、80Ⅰ）。さらに、買受人となりながら代金を納付しなかった者は、その後の当該不動産の競売手続において、売却許可決定を受けることができなくなる（法188、71④ロ）。買受人の代金不納付の場合、次順位買受申出人がいる場合には、その者について売却許可・不許可の決定を下すことになる（法188、80Ⅱ）。

それでは、最高裁の二つの判例についての検討に移ることにしたい。

## IV 偽計競売妨害罪の事例

——最決平成10年7月4日（刑集52巻5号343頁）

### （1）事実

Aは金融機関から多額の融資を受けていたが、その返済に窮するようになっていたところ、その債権者であり、A所有の土地・建物二件についての根抵当権者であるYの根抵当権の実行として競売開始決定がなされ、当該土地・建物が差押えされた。AはB、Cらと相談し、競売開始以前より本件土地・建物を短期賃貸借の期間の限度でそれぞれB、Cに賃貸していたことにして、最低売却価格を引き下げて自己が競落するか、あるいは競売を取り下げさせてYとの任意売買に持ち込むことについての共謀を遂げた。弁護士であった被告人Xはこの共謀の現場に同席しており、意見を求められたのに対して、賃貸借契約の締結日を遡及させることは違法だとの見解を示したものの、それ以上の異論をとらなく、Aの顧問弁護士に就任した。そして、B、Cによって本件土地・建物に関する虚偽の賃貸借契約書が作成された。

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

第一審は被告人XとA、B、Cらとの共謀を認め、執行裁判所に対して上申書等を

提出した行為を「罪となるべき事実」に掲げ、偽計競売妨害罪の成立を認めた。

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

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

## (2) 判旨

「被告人は……徳島地方裁判所が不動産競売の開始決定をしたAら所有の土地建物について、その売却の公正な実施を阻止しようとして、同裁判所に対し、賃貸借契約が存在しないのにあるように装い、右土地建物は既に他に賃貸されているので取調べを要求する旨の上申書とともに、……競売開始決定より前に短期賃貸借が締結されていた旨の内容虚偽の各賃貸借契約書写しを提出したというのであるから、被告人に刑法九六条の三第一項所定の偽計による競売入札妨害罪が成立することは明らかであり、これと同旨の原判決の判断は、正当である。」

## (3) 検討

### 1. 「公正を害すべき行為」の意義

偽計競売等妨害罪の成立を認めるためには、被告人の本件行為が競売・入札の「公正を害すべき」ものでなければならない。この点に関し、最高裁は特に理由を示すことなく、競売等妨害罪の成立を認めているが、この点について原審は、「被告人の本件行為は、入札希望者を減少させ、本件競売手続も遅延させ、競売価格も低下させる事態を招来するおそれのあるものであることは明らかである」として、本件行為は「競売の公正を害すべき行為」に当たると判断している。すなわち、①入札希望者の減少、②競売手続の遅延、③競売価格の低下という事態を招来するおそれがあることを理由として、本件行為を「公正を害すべき行為」と評価したわけである。もっとも、原審は①～③の要素を並列的に列挙するのみであり、これらのうち、どの事実をもっとも重要視しているのかは必ずしも明らかではない。しかしながら、上記①～③はそれぞれ別個の事実であり、(もちろん密接な

関連性を有しようが) それらの一つのみが独立して発生する事態も考え得るのである。このような問題意識のもと、いかなる事態を招来するおそれがあれば「公正を害すべき行為」と評価しうるのか、本決定を素材として若干の検討を試みたい。

既に述べたように、競売等妨害罪の保護法益を、自由な価格形成を担保するための「競争制度」としての競売・入札制度の公正と解する立場からは、「公正を害すべき行為」とは、「競争原理による価格形成のメカニズム」を不当に歪曲するおそれのある行為として理解されることになる(このことを、競争原理の侵害と呼んでもよいであろう)(15)。そして、競争原理というものの内実を競売・入札制度に引きつけて考えてみると、その本質は、不特定多数の者が、自発的に競争に参加し、競争の場において施行者から差別的待遇を受けることなく、自由な意思決定に基づいて自己の条件を提示し、それを前提として公正な価格が形成されるという点にあるということができよう。それゆえ、このような価格形成のプロセスを不当にゆがめる行為が本罪に該当すると評価できるように思われる。

このように解すると、原審が指摘した事実のうち、②競売手続の遅延それ自体は、競争原理を歪曲するものとは評価できないようにも思われる(16)。競売等妨害罪の公務執行妨害罪的な性質を強調すれば、円滑かつ迅速な手続を阻害する行為について本罪の成立を認めることが可能かもしれないが(17)、競争原理の歪曲という観点からみると、手続の遅延は全ての入札希望者に共通の事態であるから、それ自体を競争原理の歪曲と評価することは困難であろう(18)。

それでは、①入札希望者の減少、③競売価格の下落という事態はどのように考えるべきであろうか。この点については、さらに手続的側面と実体的側面とに分類することが可能であろう(19)。すなわち、個々人が自由な意思形成に基づいて、入札に参加し、さらに入札価格を設定するためには、施行者が入札参加者に共通で平等な参加の機会を保障しなくてはならない。たとえば特定の者を有利に取り扱うとか(20)、特定の者以外が競争に参加できないという事態(21)が発生すれば、もはや自由競争はその前提を欠くものとなってしまふ。このような事態を競争原理の手続的側面の侵害と評価することができる。それに対して、手続それ自体には影響を及ぼさないが、入札に参加するか否か、あるいはいかなる金額で入札するかについての入札参加者の意思形成過程に不当な影響を及ぼす行為類型も考えられる。いわば訴訟詐欺的な類型であり、権利の実体面について公正な競争を阻害するものである(もっとも、手続的側面と実体的側面とは截然と区別できるものではないよ

うにも思われる。たとえば暴力団関係者が、買受希望者に入札を断念させる目的、あるいは自らが低額で競落する目的で、対象物件には暴力団が関係していることを喧伝する事例<sup>(22)</sup>などは、手続的側面と実体的側面の両者に関わってくるようにも思われる)。そして本件の被告人の行為によって上記①③の事態が招来されたとしても、それは手続的公正に関係するものではなく、実体的側面に関係する内容であるということが出来る。それゆえ、本罪の保護法益を競争原理の手続的公正に限定する立場からは、本件について競売等妨害罪の成立は否定されることになるであろう。しかしながら、このように保護法益を手続的公正に限定する必然性は乏しいように思われる。既に述べたように手続的公正、実体的公正の限界は必ずしも明確ではないし、また、実体的権利の側面からも、競争原理を実質的に阻害し、自由な価格形成を妨害することは十分考えられるからである。もっとも、既に述べたように、競争というからには、多少の駆け引きや術策はつきものであるから、これらを全て競売等妨害罪で捕捉するわけにはいかないであろう。とすれば、権利の実体的側面に影響を与える行為は（たとえ威力、偽計を用いた行為であっても）全てが本罪に該当するわけではなく、その中でも逸脱性の高いものを処罰すれば十分ではないかとも思われる。その基準を明確に定めることは困難であるが、実質的に競争原理を大きく歪曲するおそれがあるかという観点から、ケース・バイ・ケースで判断する以外に方法はないのではなかろうか<sup>(23)</sup>。

それでは、本件被告人の行為をどのように評価すべきであろうか。従来の下級審裁判例においては、競売開始決定後、虚偽の賃貸借契約を締結し、それを仮登記し、現況調査担当の執行官に対し、賃借権に基づいて占有している旨の虚偽の事実を申し立てた事例について、競売妨害罪の成立が認められている<sup>(24)</sup>。本判決もその延長線上に理解することができるのかもしれない。虚偽の短期賃貸借を主張する者が存在することが公表されること自体によって、入札希望者をためらわせ、入札を断念させるおそれが認められるのであり<sup>(25)</sup>、競争原理が実質的に損なわれていると評価することも可能であろう。もっとも、本件においては、被告人は虚偽の賃貸借契約書の写しと上申書を提出したにとどまっており、これまでの下級審のように、執行官をして虚偽の権利関係を現況調査報告書に記載させたものではない。あくまでも実質的競争原理の侵害の危険性は、虚偽の賃貸借の記載が一般公衆の目に触れうる段階ではじめて現実化するものであると考えられるため、上申書等の提出行為のみで、競争原理の実質的侵害の危険性惹起として十分なもののなのかが問題として残

ることになろう<sup>(26)</sup>。

この点に関して、上野教授は「裁判所が物件明細書に、虚偽の主張そのままであるにせよ、主張が虚偽であることを見破ったためその旨であるにせよ、記載することが確実であるのならば、そのような競争原理を害する危険性の故に、公正を害すべき行為であると解されることになろう<sup>(27)</sup>」と指摘されている。上申書の提出行為により、短期貸借を主張する者が存在していることが物件明細書に記載されることが確実である場合には、その記載までを上申書提出行為の効果にふくめ、危険の惹起を肯定されるわけである。もっとも、執行裁判所が執行官の現況調査を信頼し、短期貸借が虚偽であると判断した場合には、その旨を物件明細書に記載する義務までは存在しないから（民事執行法62条参照）、「記載することが確実」とまでは評価できないようにも思われる。もちろん、「記載される可能性」の存在は否定できないから、抽象的危険犯である本罪の成立を肯定するためには、この程度の危険性の惹起であつてもたりるとする立場も十分に説得的であろう。ただ、処罰範囲の限定を目指し、より高度の危険性を要求する立場に立てば、上申書等の提出行為によって、物件明細書ないし現況調査報告書の記載内容が変更、追加された段階ではじめて可罰的な危険性が発生したと評価して、その段階ではじめて本罪を肯定するという構成にも一考の余地があるようにも思われる。

## 2. 濫用的短期貸借と競売妨害罪の成否

本件は、競売開始決定後、売却実施命令発布以前において、全く実体が伴わない虚偽の短期貸借を、しかも締結日を競売開始決定以前に遡及させて締結したものであった。それでは、競売開始決定以前からあらかじめそれに備え、競売を妨害する目的で短期貸借（いわゆる濫用的短期貸借）を締結するような行為は本罪に該当するであろうか。

濫用的短期貸借の弊害は以前から指摘されているところであり<sup>(28)</sup>、それを主張する者の存在自体によって、入札希望者が減少したり、競売価格が下落するおそれがあるといわれている。このように考えると、濫用的短期貸借を締結する行為も本罪に該当するという解釈論にも一理あるのかもしれない<sup>(29)</sup>。しかしながら、濫用的短期貸借といつてもその形態はさまざまであり<sup>(30)</sup>、それら全てを競売等妨害罪で捕捉するのは、刑罰による過剰なコントロールに至るおそれがあるように思われる。とりわけ、既に述べたように、権利の実体的側面に影響を及ぼす行為については、個々人の才覚による自由競争の実

体に配慮しつつ処罰範囲を限定すべきであると考えられるから、処罰範囲の限界設定は慎重を期すべきであろう。たとえば抵当権者自らが自己の抵当権を保全するために設定した短期貸借についてまで本罪の成立を認めるというのは(31)、刑法の謙抑性の見地からみても、疑問の余地がある。

また、濫用的短期貸借を競売妨害罪で処罰することを積極的に主張する論者は、処罰の対象となる濫用的短期貸借として、民法395条但書で解除可能な短期貸借を念頭に置かれているようであるが(32)、最近の民事の最高裁判例は395条但書の「抵当権者ニ損害ヲ及ホストキ」について、「原則として、抵当権者からの解除請求訴訟の事実審口頭弁論終結時において、抵当不動産の競売による売却価額が同条本文の短期貸借の存在により下落し、これに伴い抵当権者が履行遅滞の状態にある被担保債権の弁済として受ける配当等の額が減少するときをいうのであって、右貸借の内容が賃料低廉、賃料前払、敷金高額等の事由により通常よりも買受人に不利益なものである場合又は抵当権者が物上代位により賃料を被担保債権の弁済に充てることができない場合に限るものではないというべきである。けだし、短期貸借の存在により抵当権者が被担保債権の弁済として受ける配当等の額が減少する場合には、右貸借の内容が通常よりも買受人に不利益であるか否かを問わず、原則としてこれを解除すべきものとするのが民法三九五条の趣旨であると考えられ」と判示している(33)。これによれば、短期貸借は解除可能なものがむしろ原則的となり、いわゆる正常型短期貸借であっても但書により解除されうる場合があることが指摘されている(34)。このような判例理論を前提にすれば、かりに濫用的短期貸借を可罰的とするとしても、その処罰範囲の限界設定を民法395条但書に依存させるべきではない。

濫用的貸借の中でも、もっぱら抵当権を妨害するために設定されるものであり、その公序良俗違反性が甚だしいものは、民法90条違反または通謀虚偽表示として、その契約がそもそも無効であると解されている(35)。それゆえ、この場合の賃借人ないし転借人は単なる不法占拠者と同じである。とすれば、このような場合に限って、偽計競売妨害罪の成立を認めるという結論も可能ではないだろうか(36)。「偽計」という構成要件の文言のニュアンスに鑑みると、一応有効な契約が伴っているような場合はそれに該当しないようにも思われるからである(37)。もちろんこれは一試論の域を出ないものにすぎないから、さらに慎重な検討が必要となろうが、それは今後の課題としたい(38)(39)。

## V 威力競売妨害罪の事例

——最決平成10年11月4日（刑集52巻8号542頁）

### (1) 事実

被告人Xは右翼団体政治結社の支部長の地位にあったものであるが、昭和57年12月頃に、以前から親しかった女性Tから、債務の処理とともに、Tの店舗兼居宅およびその敷地（以下、本件物件という）の管理・処分の委託を受け、所有権移転の仮登記を経た上、本件物件を事実上支配していた。

青森地方裁判所は昭和59年4月11日、本件物件について不動産競売開始決定をし、平成3年1月7日、入札期間を同月22日から29日まで、開札期日を2月4日午前10時、売却定期日を同12日午前10時、最低売却価額を1456万5000円とする売却実施命令をし、その旨を公告した。これに対して被告人Xは、妻名義で最低売却価額と同額の1456万5000円の入札したが、開札期日にS不動産が1466万円で本件物件を落札したことを知ると、競売により自己の管理占有を喪失することを阻止するため、同日午後、S不動産に赴き、社長の妻Kに対して、「あんたのところでも落とした物件は絶対やれない物件だから、うちの方によこしてくれ」、「この物件から手を引いてくれ」、「これをうちの方によこさないと、ことが面倒になる。ただじゃおかない。また来る」などと申し向けた。

さらにその夜、被告人Xと共謀の上、その甥である被告人Yが右翼団体構成員数名を連れてS不動産の事務所に赴き、「なんで競売を落としたんだ」「手を引いてくれ、バックにどこかの組がついているのか」などと申し向けた。

第一審の青森地判は、被告人らの発言の趣旨は、本件物件の買受けの申し込みにとどまるのではなく、落札の辞退を要求する趣旨であると認定しつつ、「競売物件を落札した者に対して、たとえ落札後であっても代金納付もなされていない開札の当日に、他の入札者ないしその関係者が……競売物件から手を引くよう威圧的に要求する行為……が公の競売の公正を害し得るものであることは明らかであるから、本件において、被告人らの真意が買受けの申出にあったとしても、本件において、被告人らに競売入札妨害罪が成立するのを妨げる事情となるものではない」と判示し、X・Yについて威力競売妨害罪の成立を肯定した。もっとも、被告人らの意図について、第一審は「罪となるべき事実」において

「S社をして右落札を辞退させ又は本件物件を自己に譲渡させようと企て」と判示しており、被告人らの意図が落札の辞退にあったと確定的に認定したわけではなかった。

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

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

## （２） 判旨

「不動産の競売における入札により最高価買受申出人となった者に対し、威力を用いてその入札に基づく不動産の取得を断念するよう要求したときは、刑法（平成三年法律第三一号による改正前のもの）九六条ノ三第一項の競売入札妨害罪が成立すると解するのが相当であるから、これと同旨の原判決の判断は正当である。」

## （３） 検討

### １．開札後の妨害行為と競売入札妨害罪の成否

不動産競売手続における開札が終了し、最高価買受申出人が決定した段階においては、競売手続における売却方法としての「競り売り」「入札」（民事執行法64II参照）は終了しているといつてよい。それゆえ競売入札妨害罪が保護する対象の「公の競売又は入札」を右の意味における「競り売り」「入札」に限定して理解するのであれば、これら売却方法が正常に終了した後の行為については、もはや同罪の成立の余地がなくなることになる。一方、競売・入札手続は開札によってもなお終了していないと理解するのであれば、開札以後の行為についても、手続の「公正を害すべき行為」が観念できるから、同罪が成立する可能性が残ることになる。この点について、最高裁判所は、開札終了後、最高価買

受申出人に対する威迫的言動について本罪の成立を肯定し、後者の立場を採用することを明らかにしたわけである。すでに下級審裁判例においては、このような開札終了後の妨害行為について競売入札妨害罪の成立を認めたものがあるが<sup>(40)</sup>、最高裁判所の判例としては、本決定がはじめてのものである。

繰り返して述べてきたように、競売等妨害罪の保護法益は競争制度としての競売・入札の公正であると考えられる。それゆえ競売・入札手続において、自由で公正な価格形成のメカニズムが不正に歪められるおそれが認められるときに限って、本罪が成立しうることになろう。このように考えると、開札によって最高価買受申出人が決定されれば当該手続における価格形成過程も一旦完了するのであるから、本罪は開札以前の売却手続のみを保護の対象としており、それ以降の妨害行為はその保護射程ではないという解釈にも一理あるようにもみえる。しかし、最高価買受申出人が決定しても、売却不許可決定が下されれば、最高価買受申出人は不動産を買い受けることができないし、さらに売却許可決定が確定して、最高価買受申出人が買受人の地位を取得したとしても、その者が代金を納付しない場合には不動産を取得することができず、売却許可決定もその効力を失うことになるのである。そして、これらの場合には再売却のために再度入札の手続がとられるから、新たな手続で改めて売却価格が決定されることになる。とすれば、一旦開札によって決定された売却価格もお終局的なものではなく、買受人が代金を納付して不動産の所有権が移転するまでは、流動的なものにすぎないともいえるのである。

このように考えると、開札によって最高価買受申出人が決定されても、買受人が代金を納付するまでは、なお入札参加者による実質的競争は継続していると評価することもできよう<sup>(41)</sup>。そうなると、開札以後の妨害行為であっても、なお競売入札妨害罪を構成する可能性が認められることになる。

そして、本件被告人の行為のように、最高価買受申出人ないし買受人の意思に働きかけ、その者に代金納付を断念させるおそれが認められる行為は、「競売又は入札の公正を害すべき行為」として、競売等妨害罪に該当しうると思われる。買受人が代金を納付しなかった場合、買受人は当該不動産を取得できなくなるだけでなく、当該不動産の再売却手続への参加を禁止されるという制裁を受ける（民事執行法71④参照）。したがって再売却手続においては、買受人であった者を競争から排除することにより、特定の者に有利な価格形成がなされるおそれが認められよう。この点に実質的競争原理の侵害のおそれが

顕在化していると考えべきであろう(42)。

## 2. 転売要求行為における危険性判断

右のような理解を前提とすれば、最高価買受申出人に対して、代金納付を断念して落札を辞退するよう威迫的言動を示す行為は威力競売等妨害罪に該当することになる。一方、買受人が代金を納付した後は、競売・入札制度における実質的競争は終了していることになるから(脅迫罪、恐喝罪等の他罪を構成しうることは別論として)競売等妨害罪は成立しないことになる。それでは、買受人に対して、代金納付以前の段階において、落札した不動産を自己に転売させるように威迫する行為は本罪を構成するのであろうか。原審の仙台高裁は「最高価買受申出人もしくは買受人をして落札を辞退させ又はその物件を自己に譲渡させる意図」の場合に同罪が成立すると判断しており、この場合にも本罪が成立すると理解しているように見える。一方、最高裁は「その入札に基づく不動産の取得を断念するよう要求したときは」(傍点筆者)という表現を用いており(必ずしもその趣旨は明確ではないが)落札それ自体を辞退させるよう威迫した場合に限定した判断を下しており、代金納付以前に転売を要求する行為類型については、とくに判断を示していないようにも思われる。

競売等妨害罪は行為者が特定の目的を有することを要求するものではないから、被告人がいかなる目的で威迫したのかは直接的には犯罪の成否に影響を及ぼさない。問題となるのは、その行為が実質的競争原理の侵害のおそれをはらむのか、本件に即していえば、買受人であった者を排除して再売却手がなされる可能性があるのか、すなわち最高価買受申出人ないし買受人が代金の納付を断念するおそれが認められるか否かである。もちろん被告人が買受人に対して不当に廉価な価格での転売を要求した場合については、買受人は代金を納付することでいっそう損害をこうむることになるから、代金納付を断念するおそれが大きいことはいうまでもない。問題は、要求した転売価格が落札価格と同程度か、それよりも若干高額な場合である。

買受人が代金を納付しなかった場合、買受人は買受申出保証金の返還請求権を喪失することになるから(民事執行法80 I)、そのことにより経済的不利益を受けることになる。一方、被告人の威迫に応じ、相当価格での転売に応じた場合には、買受人には経済的な損失は発生しないことになるから、経済的に合理的な行動を前提とする限り、この場合に

は、買受人が代金の納付を断念する可能性は存在しないようにも思われる。しかしながら、代金を納付して転売に応じるか、それとも代金を納付せずに落札を辞退するかは、買受人の自由な意思決定に任せられている。常に経済的に合理的な決断をしなくてはならないわけでない。とすれば、転売に応ずることさらに当該不動産と関わり合いになることを煩雑と考え、たとえ買受申出保証金を放棄してでも代金を納付しないことを選択する可能性もあり得るのではないだろうか。

もちろん、このような可能性は、被告人が直接的に代金不納付を要求する場合に比べて、相当程度に低いものかもしれない。しかしながら、競売等妨害罪は抽象的危険犯と考えられているから、この程度の危険性でも処罰を根拠づけうると理解することも、必ずしも不可能ではないであろう。そして、このような前提に立つ限りにおいて、代金納付以前に自己への転売を要求して威迫する行為についても、本罪の客観的要件が充足されることになるのである。なお、本罪の故意を肯定するためには、威迫行為の「意味の認識」として、買受人が代金を納付しないおそれがあることについての危険性の認識が要求されることになろうが、ごく低い危険性であっても客観的要件の充足を認めるのであれば、それに対応する認識も希薄なものでたりることになるから、事実上問題にはならないであろう。もっとも、このように危険性の程度を引き下げて本罪の成立を認めてよいのかについては、その波及効果を見極めつつ、なお慎重に検討すべき課題であるように思われる<sup>(43)</sup>。

[注]

- (1) 判例時報1399号144頁の記事によると、「裁判所は、このように暴力団員等による執行妨害事例が増加している事態は適切な競売手続を図る上で憂慮すべき問題であるとし、告発を含めて厳正に対処する方針であるとのことであり、また、検察庁、警察庁も、暴力団の民事介入暴力取締りの一貫(原文ママ)として厳しく取り締まる方針である」とのことである。
- (2) 平成9年中の競売入札妨害罪での第一審事件終局処理人員は61名である。最高裁判所事務総局編『平成9年司法統計年報2 刑事編』(1998年)参照。
- (3) なお、中森喜彦『刑法各論(第二版)』(1996年)306頁は、「自由競争による公正な価格形成を妨害する行為のすべてを含みうるから、構成要件が明確でない嫌いがある」と指摘している。
- (4) 京藤哲久「競争と刑法——競売入札妨害罪を素材として——」『法と政治の現代的課題・明治学院大学法学部二十周年記念論文集』(1987年)353頁以下。
- (5) 本罪が抽象的危険犯であることから、その相違点は相当程度に滅殺されることになるであろうが、保護法益の理解のしかたによれば、およそ抽象的危険性すら発生しない場面も想定しうるのである。
- (6) たとえば高松地裁丸亀支判昭和36年12月22日(下刑集3巻11号1258頁)は、威力競売妨害罪の保護法益について「単に国家または公共団体が施行する競売または入札なる「公務」のみではなくして、国家または公共団体が何人からも不当な影響を受けることなく自由に競売または入札を行うことによって受ける「経済的利益」をも含むものであると解するのが相当である」と判示している。
- (7) たとえば西田典之『刑法各論』(1999年)412頁は、本罪の保護法益を「公の競売または入札が参加者の公正かつ自由な競争によって行われることにより、債権者や競売・入札施行者の利益が確保されるという公の競売・入札制度の機能」と理解している。さらに岡藤重光編『注釈刑法(3)』(1965年)89頁以下(大塚仁執筆)、平川宗信『刑法各論』(1995年)528頁などを参照。
- (8) 通説的見解である。たとえば前田雅英『刑法各論講義(第二版)』(1995年)154頁、大谷實『刑法講義各論(第四版補正版)』(1996年)135頁、中森・前掲注(3)71頁、西田・前掲注(7)118頁などを参照。
- (9) 東京高判昭和48年8月7日(高刑集26巻3号322頁)、宮本英脩『刑法大綱』(1936年)411頁、藤木英雄『刑法講義各論』(1976年)250頁などを参照。
- (10) 最判昭和28年1月30日(刑集7巻1号128頁)。
- (11) 平野龍一『刑法概説』(1977年)188頁参照。なお、山口厚「偽計業務妨害罪の成否」刑法判例百選Ⅰ総論〔第四版〕48頁以下もあわせて参照。
- (12) たとえば西田・前掲注(7)415頁、大谷・前掲注(8)538頁を参照。
- (13) 詳細については、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第四巻』(1990年)197頁以下〔河上和雄執筆〕を参照。
- (14) さらに補充的な売却方法として、入札または競り売りを実施したが適法な買受申出がなかった場合について、特別売却命令が認められている(規則51)。

- (15) 本決定の調査を担当された三好幹夫調査官が、競売入札の基本理念として「競争原理」を強調されるのも、これと同趣旨と思われる。三好・法曹時報51巻7号（1999年）199頁以下を参照。
- (16) 既にこの点を指摘するものとして、上瀧一高・判例セレクト'98（法学教室222号別冊）（1999年）35頁参照。
- (17) もっとも、このように解した場合、本罪の成立範囲は権利の実体的側面ではなく、手続的公正を侵害した場合に限られることになるように思われる。
- (18) もちろん、手続の大幅な遅延によって、入札希望者が減少したり、あるいは不当に入札価格が下落するような状況が全く考えられないわけではないが、その場合にははじめから入札希望者の減少、競売価格の低下という事態を招来するおそれがあったか否かを判断すればたりるのである。手続の遅延はこれらの事態のさらに前段階の状況の一つにすぎないのではなからうか。
- (19) 三好・前掲注(15)199頁以下参照。
- (20) たとえば小学校の改装工事について、敷札価格に最も近い入札者を落札者とすべき競争入札において、敷札の決定に関与していた被告人が、特定の入札者のみに右敷札額を内報した事例（最決昭和37年2月9日刑集16巻2号54頁）。なお、最近の新聞報道によると、大阪府立高校の体育館改装工事からみ、大阪府議が幹部職員から予定価格の概数を聞き出し、それを建設会社に漏示したとして、大阪府議、建設会社社長が逮捕されている（平成11年7月23日読売新聞朝刊）。
- (21) たとえば指名競争入札において、自己の経営する会社がこれを落札するため、他の指名業者に対し、自社を落札者とする談合を持ちかけ、これに応じなかった会社の代表取締役に対し、右談合に応じるように脅迫した事例（最決昭和58年5月9日刑集37巻4号401頁）。
- (22) たとえば福岡地判平成2年2月21日判例時報1339号143頁、岡山地判平成2年4月25日判例時報1339号143頁、松山地判平成3年10月23日金融法務事情1329号37頁。
- (23) たとえば、行為者の駆け引きの影響によって、他の入札希望者の多くが入札を見合わせたであろう場合、また、その影響によって落札価格が大幅に変動した可能性が高い場合などに限って本罪を肯定するのも一つの可能性かもしれない。もっとも本罪は抽象的危険犯であるから、限定的な基準を設けたとしても、その実効性は大幅に減殺されることになる。
- (24) 鳥取地裁米子支判平成4年7月3日判例タイムズ792号232頁、東京地判平成5年12月20日金融法務事情1379号38頁参照。それ以外の公刊物未登載の裁判例も含め、高木新二郎編『執行妨害対策の実務〔新版〕』（1997年）92頁以下〔大沢晃執筆〕を参照。
- (25) 三好・前掲注(15)200頁参照。
- (26) この点に関し、曲田統・法学新報105巻10・11号285頁以下を参照。なお、曲田講師は、従来の下級審裁判例の事案と本件の被告人の行為態様は「形式的にはかわるところはない」と指摘されているが、本罪の成否において重要なのは、行為段階において、競争原理侵害の実質的危険性が惹き起されたか否かにつきるように思われる。
- (27) 上瀧・前掲注(16)35頁。
- (28) 短期貸借およびその濫用の実体としては、たとえば以下の文献を参照されたい。内田貴「抵当権と短期貸借」星野英一編『民法講座第三巻 物権（2）』（1984年）175頁以下、一宮なほみ

- 「抵当権の短期貸借の解除請求と明渡請求（上）」判例タイムズ691号（1989年）20頁以下、升田純「短期貸借をめぐる諸問題と最近の裁判例」金融法務事情1454号（1996年）20頁以下、吉田光碩「執行妨害をめぐる金融実務上の諸問題」金融法務事情1454号（1996年）35頁以下、石橋俊一「不動産に対する執行妨害の現状」警察学論集51巻12号（1997年）104頁以下。
- (29) このような方向の主張として、清水真・判例評論485号（1999年）55頁、曲田・前掲注(26)288頁以下を参照。
- (30) 一般にその類型としては、抵当権妨害型（競売手続において自ら不当に安く買い受けて転売利益をむさぼるか、買受人から立退料等の支払を受けることを目的とするもの）のほか、用益回収型（後順位の債権者が債権を回収するために設定するもの）、担保権保護型（抵当権者自らが第三者の後順位の短期貸借を予防するために設定するもの）があるといわれている。
- (31) 曲田・前掲注(26)290頁は、担保価値の確保を目的とする短期貸借についても処罰の余地を認める（もっとも、正当行為としての違法性阻却の可能性をも示唆する）。
- (32) 曲田・前掲注(26)288頁、清水・前掲注(29)55頁参照。
- (33) 最判平成8年9月13日（民集50巻8号2374頁）。
- (34) 高木多喜男・法学教室200号（1997年）138頁以下、野山宏『最高裁判所判例解説民事篇平成8年度（下）』（1999年）751頁以下などを参照。
- (35) たとえば高木多喜男『担保物権法〔新版〕』（1993年）175頁。この趣旨の裁判例として、札幌高決昭和58年3月17日（判例タイムズ500号170頁）、東京高決昭和60年4月16日（判例時報1154号91頁）、東京高決昭和62年2月10日（金融法務事情1184号47頁）、大阪高決平成元年3月10日（判例タイムズ709号267頁）などがある。
- (36) なお、塩見淳「不良債権」法学教室228号（1999年）33頁は、競売開始決定以前の短期貸借設定行為に競売妨害罪の適用を肯定するのは困難であり、同罪が成立するためには「競売手続開始決定後、現況調査に来た執行官に（仮装）貸借権の存在を告知するなど、新たな行為が加わらねばならないであろう」とする。たしかに、競売・入札手続が開始されない段階において、それに対する公正侵害を觀念するのは困難であろう。しかしながら、競売・入札手続決定後に公正を害すべき「結果」が発生すればたり、その因果連関の起点となるべき「行為」はそれ以前になされていてもよいと解するのであれば、詐害的貸借契約行為それ自体について（既遂時期を競売・入札開始決定の段階としつつ）本罪の成立を肯定することも可能でないだろうか。曲田・前掲注(26)289頁も結論において同旨と思われる。
- (37) さらに、内容虚偽の賃借権設定仮登記の申請を行い、登記官をして登記簿の原本に不実記載をさせ、これを法務局に備え付けさせる行為について、公正証書原本不実記載罪、同行使罪が成立することになる。
- (38) 実体のない短期貸借設定行為が仮装債務負担行為として強制執行免脱罪（刑法96の2）に該当するのにかついても、今後の検討が必要であろう。これを肯定するものとして、既に塩見・前掲注(36)33頁がある。
- (39) 本決定の評釈としては、前掲の三好・前掲注(15)、上尾・前掲注(16)、曲田・前掲注(26)、清水・

前掲注(29)のほか、以下の評釈がある。三好幹夫・ジュリスト1143号(1998年)104頁、吉田正喜・研修606号(1998年)29頁以下、塩見淳・法学教室221号(1999年)122頁以下、日高義博・平成10年度重要判例解説(1999年)158頁以下。

- (40) 広島地判平成9年5月9日(暴力団員が買受人を威迫して、代金の納付を断念させた事件について威力競売妨害罪を肯定した)、那覇地判平成7年2月20日(最高価買受申出人を排除するため、執行裁判所に虚偽の建物賃貸借契約書等を提出して売却不許可決定を求めるとともに、最高価買受申出人に対して「むずかしい人がかかっているんだよ。仕返しがあるかもしれないよ」などと申し向けた事例について、偽計競売妨害罪を肯定)、高松地判平成10年4月27日(売却許可決定後、買受人の代金納付前に、架空の賃貸借契約等の存在を理由として執行抗告を行った事例について偽計競売妨害罪を肯定)。これらはいずれも公刊物未登載のものであるが、事案の概略についてはそれぞれ飯田喜信・ジュリスト1151号(1999年)121頁(広島地判)、高木編・前掲注(24)96頁(那覇地判)、西田・前掲注(7)414頁以下(高松地判)に紹介されている。なお、旧競売法の実務上の運用においては、一度提出した入札書の変更・取消は認められていなかったが、入札直後に入札者の代理人を威迫して、入札の取り下げを申し出させた事案について、京都地判昭和58年8月1日(刑裁月報15巻7=8号387頁)は「一般人をして問題の入札の公正に疑いを抱かしめるであろうことは多言を要せず、法律上も最高価入札人に対して不当な圧力をかけ、競落代金の支払を断念させ再競売に持ち込む余地も残っている」として威力競売妨害罪の成立を認めている。
- (41) 飯田・前掲注(40)121頁参照。
- (42) たしかに再売却手続を招来することで競売手続が遅延することになるが、このこと自体が競争原理の侵害とは評価できないことは既に述べたとおりである。
- (43) 本決定の評釈としては、飯田・前掲注(40)のほか、三浦守・警察学論集52巻5号(1999年)200頁以下、奥村正雄・法学教室226号(1999年)130頁、飯島泰・研修614号(1999年)13頁以下がある。

[※追記 校正の段階で、最決平成10年7月14日に関する判例評釈として、京藤哲久・金融法務事情1556号(1999年)73頁以下に接した。なお、本研究の成果をさらに敷衍したものを、後日、神戸法学雑誌に公表したいと考えている。]

(禁無断転載)

〔非売品〕

平成11年11月15日印刷

平成11年11月15日発行

経済犯罪に関する諸問題

報 告 書

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都港区新橋 1-18-1

航空会館 3階

Tel. 03-3501-7141 (代表)

印刷：(株) ディグ