

Trust Sixty Foundation

民法法・商事法・消費者保護法の 改正と経済刑法

トラス60研究叢書

平成22年7月

財団法人 トラス60

はしがき

本書は、研究会「企業活動と刑事法」（以下「本研究会」という。）の2006年4月から2009年7月までの研究に係る報告書である。

本研究会は、金融取引を中心とした企業活動に関する刑事法的な規制を広く検討することを、その目的としている。この観点から、「金融取引」の中心である銀行業、証券業等に伴う刑事法的規制とその違反が犯罪を構成しうる諸事例を中心的に検討しつつ、経済活動に伴う刑事規制のあり方を多角的に研究した。ただ、この数年間に経済刑法の基礎をなす法律には大きな変化が見られた。たとえば、会社法の制定、金融商品取引法の制定と改正、貸金業法、出資法の制定と改正、独占禁止法の改正などである。このため、この期の研究対象は、専ら、これらの新法や改正の内容を紹介し、かつ、解説する事が中心となっている。

具体的には、以下の分担に従い、研究会構成員からの報告がなされ、全員で討議がなされた。

- ・ 須藤 会社法関係（会社経営に関する犯罪）
- ・ 京藤 特定商取引に関する法律、割賦販売法（これらに関する犯罪）
- ・ 今井 金融商品取引法（その概要と、関連する犯罪）
- ・ 西田 独占禁止法（その改正の概要と、関連する犯罪）
- ・ 鎮目 執行妨害（関連する民事、刑事法の改正の趣旨と、犯罪の現状）
- ・ 佐伯 倒産法 倒産犯罪（関連する民事、刑事法の改正の趣旨と、犯罪の現状）

討議を経て、各担当者が報告原稿を改訂した後、新たな報告案として研究会に提出された。本書は、これら報告案を、現在の法制度に即した改訂を更に加えた後に、とりまとめたものである。

以上の経緯より、各報告は、経済刑法に関する現状を示すものとなっており、今後の研究の基礎となるべきものである。今後は、これらの基礎的な研究を出発点として、新たな企業活動における刑事法的コンプライアンスの在り方を検討する予定である。

研究会を代表して 西田典之

目次

はしがき	西田典之	i
会社経営に関する罪について	須藤純正	1
平成20年特定商取引法改正・割賦販売法改正と主要な新罰則	京藤哲久	31
金融商品取引法における課徴金制度と刑事罰：その概観	今井猛嘉	47
平成17年および平成21年における独占禁止法の改正について	西田典之	73
執行妨害対策をめぐる法制度の現状と展望	鎮目征樹	89
出資法・貸金業法—平成18年改正について—	鎮目征樹	127
倒産犯罪	佐伯仁志	155

「経済刑法」研究会メンバー

委員長

西田 典之（にしだ のりゆき） 学習院大学教授

委員

今井 猛嘉（いまい たけよし） 法政大学教授

京藤 哲久（きょうとう てつひさ） 明治学院大学教授

佐伯 仁志（さえき ひとし） 東京大学教授

鎮目 征樹（しずめ もとき） 学習院大学教授

島田聡一郎（しまだ そういちろう） 上智大学教授（2008年より在外研究）

須藤 純正（すどうすみまさ） 法政大学教授

橋爪 隆（はしづめ たかし） 東京大学教授（2009年5月より参加）

オブザーバー

堂園 昇平（どうぞの しょうへい） 住友信託銀行

（順不同、敬称略）

会社経営に関する罪について

須藤 純正

目 次

I 総説

- 1 会社法罰則の保護法益
- 2 両罰規定

II 特別背任罪（会社法960条）

- 1 保護法益について
- 2 特別背任と借受側の共犯の成否

III 仮装払込みの処罰

- 1 預合罪(会社法965条)
- 2 見せ金の規制について
- 3 裁判所・総会に対する不実申述・事実隠蔽の罪（会社法963条1～4項）

IV 会社財産を危うくする罪

- 1 自己株式取得罪（会社法963条5項1号）
- 2 違法配当罪（会社法963条5項2号）

V 総会屋等に対する利益供与罪

- 1 概要
- 2 会社法968条との相違点など
- 3 利益供与罪の保護法益

VI 株式振替制度と刑法犯

- 1 総説

I 総説

1 会社法罰則の保護法益

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

2 両罰規定

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

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

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

II 特別背任罪（会社法960条）

1 保護法益について

特別背任罪は刑法247条の特則である。背任罪の法益主体は、本人（個人的法益）であるが、特別背任罪の法益主体は何か。本人イコール会社とみても、抽象的な「会社の利益」を具体的に見る必要がある。4つの目標との関係をどう見るか。会社とは、利益の獲得をめざし、挙げた利益を構成員に分配しようとする営利を目的とする法人であるから、通常はこの目的のために出資した所有者たる株主集団（株主一般）の利益を指すと考えればよいであろう（ちなみに会社法の表現では、会社法314条で「株主の共同の利益」としている）。

2 特別背任と借受側の共犯の成否

（1）「財産上の損害を加えること」の故意の位置づけ

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

借受側において、相手方に財産上の損害を加えることについての未必的ないし高度の予見（予見可能性では足りない。）があり、ひいては債務履行意思の欠如が認められれば、侵害原理が契約自由の原則に優先し、借受側の契約締結権を保障する必要はないと考えられる。すなわち、権利濫用となって民事上も違法性を帯びるのであろう。

要するに、借受側のする履行意思のない契約締結の意思表示は心理留保（民93）であり、不正融資である場合には相手方（貸し手）にも悪意が認められるから消費貸借契約としても無効である。こうした場合は、一般に、共犯の成立を認めてよいのではなかろうか。

有力説は共犯の成立を限定する立場に立ち、通常の状態における相手方の働きかけは任務違背行為を一般に惹起する程度の危険性がないところ、融資の実現に積極的に加担した

場合には特別背任行為について共同加功したものと評価できるなどとして借受側の行為態様を問題とするが、法益侵害の結果と直接関係のない行為無価値を問題としているようにも思われる。この限定説の立場は共犯の一般論を超えて、背任罪の事務処理者と取引の相手方の利害が対立しているという規範的な事実を重視しているともいえるが、端的に債務履行意思のない融資を受ける行為は、行為態様いかにかわらず形式的に利害が対立する立場にある取引の相手方に保護すべき利益などないと考えるべきであり、こうした行為は権利濫用として正当行為（刑法35条）の成立が否定されよう。

むしろ限定する要素として、借受側の「返済の意思及び能力がないこと」の認識を要求すべきであろう。この犯罪構成要素は、共謀の内実とも言い難いし、構成要件的故意（財産上の損害を加えることの認識）からはみ出すと見れば、これを借受側に共謀共同正犯を成立させるために借受側に特に必要とされる主観的違法要素と解するのが相当であろう。これは事務処理者（貸し手側）の故意とは直接にはかかわりなく、借受側が自己の財産状態（返済の意思及び能力）についていかに認識していたかによって決せられよう。結局、「返済の意思及び能力がないこと」の認識と「財産上の損害を加えること」の認識とはオーバーラップする部分が多いとはいえ、後者を前者に置き換えて借受側の共犯の成否を考察することが重要であろう。前者は後者とはイコールではなくプラス a の要素と考えれば限定説の範疇に入るとも言えよう。前者の認識は貸し手側の内部事情の認識ではなく、貸し手側が認識していない事情を含む借受側の内部事情の認識ともいえよう。少なくとも借受側のリスク評価をより保守的に考慮すべき事務処理者の立場からは「財産上の損害を加えること」の認識が認められるケースであったとしても、リスクを伴う経営判断が常に違法とは評価されない借受側の立場からは「返済の意思及び能力がないこと」の認識が必ずしも認められないケースは少なくないのではなからうか。この見解によれば、現在有力な限定説が前提とする背任罪の共同正犯の成立範囲を一定の範囲に限定すべきであるという要請に十分こたえることができよう。

借受側の共犯の成立を否定するのが具体的に妥当なケースの多くは、リスクが高くても借受側に「返済の意思・能力がなかった」とは断じ難く、かつ、過失（予見可能性）はともかくとして、「財産上の損害を加えること」の故意も認められない事案といえよう。この点を共犯の成否の判断基準とすべきであろう。言い換えれば、借受側に「返済の意思・能力がなかった」場合には共犯が成立し、「返済の意思・能力がなかった」とは言い難い場合

には共犯が成立しないということになる。このような場合の借受側の行為は、取引の相手方（本人）に対し、事務処理者が財産上の損害の発生を認識せず、借受側の履行意思を信用して融資に応じた場合（このような場合は詐欺罪が成立する。）とまったく同様の法益侵害の結果を本人にもたらすものである。

なお、教唆犯と共同正犯の区別の問題として判例実務の立場を批判する立場からは、この場合は対向的地位に立つから共同正犯ではなく教唆犯と解すべきとの見解もあろう。

（２） 関連民事判例

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

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

Ⅲ 仮装払込みの処罰

1 預合罪（会社法965条）

預合とは、発起人が払込取扱銀行から借り入れた資金で株式の払込みをし、払込金は会

社の別段預金となるが、発起人が借入金を返済するまでこれを引き出さない旨を約束する行為である。払込金保管証明に基づいて設立登記が済むと預金を引き出して借入金の返済に充てることになる。

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

2 見せ金の規制について

(1) 総説

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

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

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

(2) 仮払込の効力（引受・払込担保責任規定の削除との関係）

ア 無効説の問題点

最判昭和38年12月6日民集17巻12号1633頁は、発起人総代Aが甲銀行から200万円を借り入れて株式払込金として払い込み、保管証明を得てM会社の設立登記をした後、これを甲銀行に返済したケースにおいて、M会社の債権者Xが、債権を保全するためM会社に代位してAらに対し払込担保責任を追及して未払込金200万円などの支払を求めた事案であ

るところ、払込の仮装を事実認定として認めず、Aらに対する損害賠償請求権の代位は認める余地があるも払込担保責任の代位を認めなかった2審判決を破棄して、払込は仮装であって無効であるとしてXの請求を認めたものである。

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

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

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

イ 打切り発行による設立許容との関係

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

そうすると最低資本金の撤廃（1円設立も可）及び打切り発行設立を認めた上で、なおかつ払込みを仮装するのは、定款（会社の原始自治規則）記載事項そのものも不実となり、まさに詐欺会社設立そのものではなからうか（登記事項の一部が不実であるというのとはわけが違う）。

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

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

（3） 公正証書原本不実記載罪の適用について

ア 総説

従来は設立時の登記事項である「発行済株式の総数」とは、株金の払込済みのものを指称すると解すべきである（最判昭41.10.11刑集20・8・817）との判例に従い、払込みが仮装である見せ金設立の場合は、この点について不実記載があるとして公正証書原本不実記載罪の成立を認めていた。

今回最低資本金規制が撤廃されて資本金0円も認められるところ、登記事項である「資本金の額」との関係で見ると、会社法は実際の払込・給付額の全額を資本金の額とすることを原則としつつ（法445Ⅰ）、払込・給付額の2分の1までの額を資本金に組み入れないこととし、資本準備金とすることが認められているのである（同Ⅱ・Ⅲ）。そうすると登記簿の公示として「発行済株式の総数」について最低限「資本金の額」以上の払込みがされていることになり、資本金の額に相当する財産が実際に会社に拠出されることをいう資本

充実の原則は会社法の下でも維持されているといえよう。例えば、「資本金の額5億円」、「発行済株式の総数1万株」という会社が成立すると、会社登記簿を見た者は、「この会社には1万株の株式につき実際の払込み等がされて資本金5億円に見合う財産が確保されている。」と信用することになる。

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

イ 不実とされる登記事項

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

他方、会社計算規則48条2項134号は新株発行無効判決等が確定した場合においても、資本金の金額が減少するものと解してはならないとするが、この規定に対しては、実体が無効とされた以上それを登記に反映するのは当然であるとして、立法論としての批判がある（稲葉「会社法の基本を問う」104頁）。この省令の解釈からすれば、資本金の額は不実ではないということになりそうであるが、そのように解すべきではなかろう。実体が無効であり、資本充実がない資本金額の設定であっても、それが剰余金規制の基準となることからこうした省令の定めが設けられたと解すべきであろう（その限度でのみ有効な規定であると解す）。その上で、この登記の目的は、その額に見合う財産が会社に拠出されたことを示すとともに、一般人は、登記簿を見て、資本金額についての資本充実があると信頼するのが通常であり、引受担保責任がなくなり後日、資本が補てんされる余地がなくなったのであるから、以上の諸点に照らしこれも不実と解すべきであろう。

なお、無効株式が流通した場合の対処はどうなるのであろうか。一般に善意取得は成立

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

ウ 既遂時期

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

（4） 業務上横領罪の成否

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

ただ、見せ金による仮装払込みの規制は、株主一般というよりむしろ会社債権者保護の

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

（5） 詐欺罪の成否

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

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

3 裁判所・総会に対する不実申述・事実隠蔽の罪

(会社法963条1～4項)

(1) 主体

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

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

(2) 想定される適用場面

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

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

立総会に報告する（法93 I・II）。

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

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

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

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

IV 会社財産を危うくする罪

1 自己株式取得罪（会社法963条5項1号）

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

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

手続規制として、自己株式の原始取得の禁止は会社法の随所で明定されている。新たに発行される株式について払込みを認識することができない上、原始取得を認める必要性もないからである。例えば、株主割当増資に当たり、会社が所有する自己株式には新株を割り当ててはならず（会社法202条2項括弧書）、これに違反する新株取得は本罪に当たる。また、会社は新株予約権を持っていてもこれを行行使することは禁止される（会社法280条6項）。

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

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

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

2 違法配当罪（会社法963条5項2号）

（1） 総説

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

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

(2) 「公正なる会計慣行」に係る違反と本罪の成否

ア 総説

ルール違反の反社会性が明確に認められる粉飾決算（架空売上げによる利益の水増し、費用の隠置除外など）の手口によるものについては「法令違反」の認定は比較的容易である。しかしながら例えば、税務会計の方式に従ってなされた会計処理である場合などにあっては、それが会社法上も当然に適法だとはいえないとしても、会社法上違法認定をすることは、本罪の成否とも関連して困難な問題が潜んでいる。

イ 会社法による会計規制

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

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

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

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

具体的な定めがない点については一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従うこととなるが、この公正なる会計慣行を集約した代表的なものが「企業会計原則」とされる。企業会計審議会から公表されるものであって、強制力を伴う法律ではない。これは公認会計士が公認会計士法及び金融商品取引法に基づいて財務諸表の監査をする場合に従わなけ

ればならない基準でもある。これは将来において、会社法、金融商品取引法、税法など企業会計に関係ある諸法令が制定改廃される場合においても尊重されなければならないものとされている。企業会計原則は1982年（昭和57年）の修正を最後に、その後の修正は行われていない。急激に変化する会計環境に柔軟に対応して修正することが次第に困難になったため、代わって、ピースミール（個別的）方式により個別の会計基準の設定が図られるようになってきている。

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

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

ウ 金融商品取引法による会計規制

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

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

会社法431条の前身である改正前商法32条2項は、昭和49年商法改正において、会計士監査を商法に導入するに当たり、その監査基準が証券取引法と商法とで一致しないと、一方で適法であることが他方で違法となるなどの不都合が生ずるため、監査基準の準拠となる商業帳簿に関する規定の解釈を両法の間で一致させる必要があることから、こうした包括的解釈規定が置かれたとされる。ここでは会計技術の進歩の迅速なことに法規が常に対応

していくことが困難であることから、商法が詳細網羅的な規定を設けることは適当ではなく、基本的な重要規定を設けておき、後は「公正なる会計慣行」により、これを解釈補充していくことが相当とされた。このため「会計基準」という用語ではなく「会計慣行」という文言を用いて、企業会計の技術・実務の発展に伴い、立法作用によらないで企業会計の基準を変更し得ることを容認したとされている。

エ 税法による会計規制

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

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

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

オ 罪刑法定主義（憲法31条）との関係

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

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

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

また、会社計算規則154条は、会計監査人は、「除外事項を付した限定付適正意見」（監査の対象となった計算関係書類が除外事項を除き一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に準拠して当該計算関係書類に係る期間の財産及び損益の状況をすべて重要な点におい

て適正に表示していると認められる旨並びに除外事項)を会計監査報告の中で述べることができる旨規定していることからすれば、ここでいう除外事項に入る程度の企業会計の慣行違反は本罪にいう「法令違反」を構成しないと解すべきであろう。

カ 「公正なる会計慣行」の変遷

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

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

(3) 特別背任罪との関係

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

特別背任罪の法益主体は、会社に出資した所有者たる株主集団（株主一般）と解されるところ、違法配当は債権者を害しても、株主一般を害してはいない（平等に剰余金の配当を受けることになる。）との理由で、一般には、特別背任の成立を否定するのがいいのでは

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

V 総会屋等に対する利益供与罪

1 概要

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

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

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

これにより、会社が返還請求をしない場合には、代わって株主が代表訴訟を提起するこ

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

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

利益供与罪は同条1項に掲げる者が、株主の権利の行使に関し、当該株式会社又はその子会社の計算において財産上の利益を供与したとき（1項）、及び総会屋等が情を知ってこの利益の供与を受け、又は第三者にこれを供与させたとき（2項）に成立する。法定刑は3年以下の懲役又は300万円以下の罰金である。

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

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

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

ない（会社法331条1項3号、335条1項）。

2 会社法968条との相違点など

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

この要件は、「請託の内容が不正のとき及び請託すること自体が不正であるときに限られる」と解される。具体的には、株主総会において、他の株主の正当な発言・議決を暴行・脅迫によって妨害するように請託を受けた場合や、経営陣が粉飾決算など違法内容の議案を可決しようとする場合や、経営陣に重大な経営上の失態があり、それに対する責任追及が不可避であるような状況において一般株主の発言を駆け引きによって抑え、経営陣に有利に総会を進行させるよう請託するケースが考えられる（東洋電機カラーテレビ事件—最決昭和44.10.16刑集23・10・1359参照）。

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

相違点は以下のとおり。

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

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

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

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

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

3 利益供与罪の保護法益

（1）立法当初の商法学者等の見解

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

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

総会屋に金を出す理由として、「ウルサイから金を払う。経済効率の問題として金を払う。もうひとつは会社の担当者が長期間その地位にはいない、自分の懐は痛まない。少々金を払って文字分の在任中を無事に済ませ、次のポストに昇進する（総務部長は取締役役に、

社長は会長に)。』と指摘された。要するに、株主から信託された金（株主から会社を預かっている。）という意識が薄い。

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

総会屋に理由のない金が払われるということは会社資金の浪費である。経営者が株主の批判・攻撃をおさえるために会社<株主>の金を使うことになると、単なる浪費ではなく、会社の資金を自己の個人的利益のために使うことに他ならない（前掲「利益供与の禁止」<竹内昭夫>108頁）。

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

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

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

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

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

月以下の懲役又は罰金であったことなどからしてもそれは無理な解釈であろう。

(3) 制定当初から現在に至るまでの本罪改正経過との関連

ア 平成2年商法改正

改正試案では、本罪の改正について同条に関する運用等との関連で、なお検討することとされ、その中に法定刑が軽すぎるという意見があった。この点については、本罪の趣旨が、会社財産の浪費を禁ずるという側面を有するものの財産犯的色彩に乏しく（特別背任罪とは構成要件が質的に異なる。）、その保護法益が会社運営の健全性の保持にあって、むしろ形式犯的色彩が強いことからすれば、法定刑を引き上げることに問題があるとされた。ここでは、総会屋に対する会社財産の供与が、特別背任罪に該当することもありうるものであり、その場合は重く処罰できるのは当然であることが前提とされ、いまして同条等の運用を見極めてから改正の要否を検討すべきこととされた。

イ 平成9年商法改正

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

なお高額利益供与事犯に特別背任罪を適用した起訴事例はないようである。

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

ウ 平成12年商法改正

従来「会社の計算」でする利益供与が禁止されていたが、平成12年改正により、子会社

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

この改正前の立法論としての消極見解としては、改正により同条が「会社財産の浪費を禁ずる」という側面が失われないかという懸念が指摘されていた。解釈論としても、「供与の損益が会社に帰属し、その負担になればよく、子会社を介した場合とか給与や手当てに上乘せした場合も、その趣旨が立証されれば会社の計算においてなされたことになる」(稲葉「改正会社法」190頁)としたり、後から親会社の子会社に対してその資金を填補する約束になっている場合は積極に解され、また、子会社からいったん親会社に資金が提供され、親会社はその資金を供与した場合は、子会社から親会社に贈与され、親会社が所有権を獲得した資金が供与されているとみなしうるとの見解があった(橋爪「金融業務と刑事法」216頁)。また、親会社(=株主)の指示により、その子会社(=会社)が親会社の株主たる総会屋(=第三者)に利益を供与した場合において、見方を変えれば、子会社にとって株主権の行使に関する供与と評価できることから、子会社の担当者が1項の供与罪、2項の親会社の担当者が第三者(総会屋)に利益を供与させた罪、総会屋が2項の罪の共同正犯に問えるから、あえて「子会社の計算」を加える必要はないという見解もあった(須藤「商法・有限会社法改正試案の罰則について(下)」金融法務事情1128号41頁)。

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

(4) 両罰規定で会社を処罰できるか。

ア 芝原見解

芝原は、「商法罰則は、その保護法益が会社財産であり、会社が被害者である犯罪類型が多いため、旧商法497条ノ2同497条ノ3を除き両罰規定を置いておらず、法人である会社を処罰できない。利益供与罪については、立法論として両罰規定の適用により会社を処罰

すべきかが問題となるが、その前提として本罪の保護法益についての検討が必要である。…本罪では会社は必ずしも被害者とは言えず、立法論としては、法人としての処罰が可能である」とする。

しかし、「会社経営の健全性を確保するとともに、会社財産の浪費を防止する」ことが制度趣旨（保護法益）であり、民事上の効果として、会社には代表訴訟により供与した利益について会社への返還請求権を有することからすれば、会社（株主）は被害者と見るほうが妥当であり、会社を処罰することは妥当ではなからう。

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

（５） 加重類型と保護法益

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

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

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

ちなみに本罪の当初の構造からすれば、申込・約束を除外して要求のみを加重処罰する理由を見つけるのは相当に困難である。そもそも当初2項の罪を設けるに際しても、総会

屋の株主権行使を背景とした「威迫」ないし圧力はある程度まで予定されていたはずである。

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

なお、脅迫・威迫による2項の罪（4項の罪）が成立する場合において、合わせて1項の供与罪が成立するのか（政策的には1項の罪に問わないことを念頭に置いているのか。しかし、少なくとも供与罪が成立する場合でなければ受供与罪は成立しないこととされていた。）、同罪に該当するとして会社の担当者に違法性阻却（緊急避難・過剰避難）の余地が認められるかが問題となろう。

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

VI 株式振替制度と刑法犯

1 総説

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

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

は発生しない。

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

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

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

平成20年特定商取引法改正・
割賦販売法改正と主要な新罰則

京 藤 哲 久

目 次

I 特定商取引法改正

1 法改正の概要

2 インターネット取引における電子メール広告の規制

II 割賦販売法改正

III クレジットカードの刑法による保護(割賦販売法49条の2)

平成20年の「特定商取引に関する法律及び割賦販売法の一部を改正する法律」⁽¹⁾による特定商取引法（以下、条文引用に際しては「特商法」）改正、割賦販売法（以下、条文引用に際しては「割販法」）改正の概要に触れたうえで、新たに導入された重要な刑罰法規である電子メール広告規制に関する罰則、クレジットカード番号等の漏洩等に関する罰則について検討を加える。

I 特定商取引法改正

1 法改正の概要

平成20年法改正前は、クーリング・オフの対象となる特定商取引（訪問販売、通信販売、電話勧誘販売）の対象を「指定商品」、「指定役務」に限定したうえで、政令でこれを個別に指定する方式を採用していた。そのため、規制する商品、役務を一々政令で指定する方法では、問題が発生してから対応する後追い行政になってしまうという問題のあることが指摘されていた。

そこで、法改正により、クーリング・オフの対象が拡大され、原則としてすべての「商品」、「役務」一般に及ぶこととした。そして、例外的に、他の法律により購入者等の利益を保護することができると認められる販売、役務の提供等を適用除外する仕組みに改められた（特商法26条 なお、割賦販売法も、改正によりほぼ同様の仕組みとなっている（割販法35条の3の60の適用除外の規定））。

また、平成20年法改正により、あらたに特商法3条の2を新設し、「訪問販売」についても、契約を締結しない旨の意思表示をした者に対する更なる契約勧誘を禁止している（「電話勧誘販売」については、既に特商法17条に同様の規制が設けられている）。さらに、あらたに特商法9条の2の新設により、「過量販売」（＝「通常必要とされる分量を著しく超える商品の売買契約等」）について、1年以内は、契約の申し込みの撤回、契約の解除ができることとした（7条で、訪問販売による過量販売の勧誘行為についても規制を加えている）。

2 インターネット取引における電子メール広告の規制

平成20年法改正の目玉の一つは、インターネット取引における電子メール広告規制の強化である。非対面販売が増えるに伴い、非対面販売における購入者等の利益を保護する必要性が増していることから、この点についての規制が強化されたものである。以下に主要な改正点をあげておこう。

2-1 通信販売については、販売業者が、申込みの撤回、契約の解除についての特約（返品可否、条件）について広告に表示していなかった場合には、購入者等は、8日間、送料は購入者が負担することになるが、契約の申込みの撤回、契約の解除ができる（特商法15条の2）。

2-2 また、通信販売電子メール広告の送信についての規制が強化された。すなわち、拒絶の意思を表示した相手方に再度の電子メール広告を送信することを禁止していた従来の「オプトアウト」方式の規制から、あらかじめ相手方からの請求または承諾がない場合には、電子メール広告を送信してはならないという「オプトイン」方式の規制に転換した。特商法12条の3は、販売業者又は役務提供事業者が、請求または承諾のない相手方に電子メール広告⁽²⁾を送信することを、原則として禁止している⁽³⁾。そして、規定の実効性を確保するため、販売業者等には、請求、承諾の記録の作成、保存が義務付けられ（特商法12条の3第3項）、また、電子メール広告には、相手方が提供を拒絶する意思表示をするのに必要な事項の表示を義務付け（特商法12条の3第4項）、万全を期している。

「連鎖販売取引」（特商法36条の3）、「業務提供誘引販売取引」⁽⁴⁾（特商法54条の3）についても、あらたに上記と同様の規制が行われることになった。

販売業者、役務提供事業者だけでなく、「通信販売電子メール広告受託事業者」（販売業者又は役務提供事業者から電子メール広告に必要な業務を一括受託している事業者）にも規制が及び、「通信販売電子メール広告受託事業者」に対しても、請求又は承諾のない電子メール広告を送信することを原則として禁止している（特商法12条の4、36条の4、54条の4）。

2-3 法改正により、上記2-2の規定に違反した場合、あらたに罰則が設けられた。

罰則の対象は、①請求や承諾をしていない者に電子メール広告を送信した場合（特商法72条1項4号）、②電子メール広告の提供を拒絶した者に電子メール広告を送信した場合

(特商法72条1項4号)、③請求や承諾の記録を作成・保存しなかった場合や虚偽の記録を作成・保存した場合(特商法72条1項5号「記録を作成せず、若しくは虚偽の記録を作成し、又は記録を保存しなかつた者」)である。

違反した者には100万円以下の罰金が科されている(特商法72条1項4、5号)。また、両罰規定があり、法人(販売業者、役務提供事業者、通信販売電子メール広告受託業者)に対しても各本条の罰金刑が科されている(特商法74条2号)。

また、上記の①②に違反して電子メール広告を送信した場合については加重処罰規定があり、その電子メール広告において、通信販売電子メール広告の提供を受けない旨の意思を表示するために必要な事項を表示しなかつたり(特商法12条の3第4項)、誇大広告(「著しく事実に相違する表示をし、又は実際のものよりも著しく優良であり、若しくは有利であると人を誤認させるような表示」(特商法12条))をしたときには、1年以下の懲役又は200万円以下の罰金が科されている(併科可)(特商法72条2項)。

2-4 なお「特定電子メールの送信の適正化等に関する法律」(以下では「特定電子メール送信適正化法」)も電子メールの送信を規制している。しかし、同法は、「一時に多数の者に対してされる特定電子メールの送信等による電子メールの送受信上の支障を防止する」(1条)ための規制であり、今回の特定商取引法改正により導入された消費者保護を目的とした電子メール広告規制とはその目的、趣旨を異にしており、法益も異なる。

特定電子メール送信適正化法には、請求または同意のない者、送信しないように通知した者に対する特定電子メールの送信の禁止、当該請求、同意についての記録保存義務(適正化法3条)、必要な事項の表示義務(適正化法4条)等、特定商取引法の電子メール広告規制と同様の規制が設けられているが、その違反には刑罰が科されていない点も異なる。

2-5 刑事法上の問題点

2-5-1 上記2-3の③の記録の作成保存義務と、加重処罰の根拠となっている必要な事項の表示義務は、一括受託事業者(「通信販売電子メール広告受託事業者」)が存在する場合には、一括受託事業者のみが負うものとなっており、販売業者や役務提供事業者に対しては義務付けていない(特商法12条の3第5項)。

記録保存義務に違反した場合

一括受託がなされている場合、記録の作成保存義務に違反したことで一括受託事業者が処罰されることは明文上明らかである。この場合、委託者である販売業者等（販売業者、役務提供事業者）が、受託会社が記録を作成保存していないことを未必的にせよ認識していた場合（知りながら放置していた場合）、委託者の刑事責任はどうか。

特商法12条の3第5項は、一括受託会社に記録の作成保存義務を課す場合には、販売業者等に記録の作成保存義務を課す必要はないことから設けられた規定であるが、これは、販売業者等が、別会社である受託会社の規定違反を認識していない通常の場合を想定して設けられた規定と解すべきであろう。記録の作成保存義務は、第一次的には、一括受託業者ではなく、販売業者等に課されている義務と解するのが適当であるから、特商法12条の3第5項違反の罰則の適用に際しては、販売業者等にも記録作成保存義務違反の罪の共犯が成立すると解することが妥当だろう（刑法65条1項）。一括ではなく、部分的に一部の委託を受けている場合には記録作成保存義務が販売業者等に存することから考えても（条文の解釈としてはこう解釈せざるをえない）、そう解するのが適切であろう。

表示義務に違反した場合

次に、一括受託がなされている場合、表示義務に違反したことで一括受託事業者が加重処罰されることは明文上明らかである。では、受託会社が表示義務に違反していることを委託者が未必的にせよ認識していた場合（知りながら放置していた場合）、委託者である販売業者等の刑事責任はどうか。記録の作成保存義務違反の場合には加重処罰規定がないが、他方、必要事項の表示義務違反の場合には加重処罰規定があることから、販売業者等には、重い表示義務違反を伴う場合の罪の共犯ではなく、軽い未承諾の電子メール広告送信の罪、電子メール広告の提供を拒否した者に対する電子メール広告送信の罪の範囲で犯罪が成立すると解することになるか。

記録の作成保存は、一括受託業者ではなく販売業者等が行うことは不可能ではない。他方、電子メール広告送信の際の必要事項の表示義務については、一括受託業者に委託した場合、電子メール広告を自らは送信しない販売業者等はこの義務を果たしようがないから、このように考えることにもそれなりの根拠があるだろう。しかし、必要な事項の表示義務違反による刑の加重は、違反行為の責任の重さに求められると解することは難しいだろう。

むしろ、必要な事項が消費者に表示されないという違反行為のもつ相手方に対する違法性の重さに求められるべきものであるから、委託者が、必要な事項が表示されないという違反行為を未必的にもせよ認識していた場合には、委託者には、重い表示義務違反を伴う場合の罪（特商法12条の3第4項）が成立すると解してよいだろう（刑法65条1項）。

3 その他、法改正で、違反事業者に対する罰則が強化され、不実の告知、重要事項不告知の場合には、2年以下の懲役または300万円以下の罰金（併科可）から3年以下の懲役または300万円以下の罰金（併科可）に引き上げられた（特商法70条）

II 割賦販売法改正

1 平成20年の「特定商取引に関する法律及び割賦販売法の一部を改正する法律」により割賦販売法が改正された。

2 概要

法改正により、割賦販売法は、その適用対象が拡大された⁽⁵⁾。また、法改正により、不適正与信の排除、悪質加盟店の排除のため、包括信用購入あっせん業者（包括クレジット業者）だけでなく個別信用購入あっせん業者（個別クレジット業者）をも登録制とし⁽⁶⁾、そして、この個別信用購入あっせん業者をも規制対象に含めて（割販法35条の3の23から35条の35）、以下のような調査義務等を課している。

訪問販売、電話勧誘販売等にかかる契約については、個別信用購入あっせん業者に対して、当該事業者が勧誘時に不実のことを告げる行為等の有無について調査義務を課し（割販法35条の3の5、同35条の3の6）、このような行為があった場合には、個別信用購入あっせん関係受領契約の締結を禁止している（35条の3の7）。

また、包括信用購入あっせん業者、個別信用購入あっせん業者に対して、指定信用情報機関を利用した支払可能見込額調査義務を課し（割販法35条の2、同35条の3の3）、また、過剰与信を防止するため、支払可能見込み額を越える場合のカード等の交付（包括信用購入あっせんの場合）、個別信用購入あっせん関係受領契約の締結（個別信用購入あっせんの場合）（割販法30条の2の2、同35条の3の4）を禁止している。

特定商取引法改正と同様に、過量販売についても規制されている。すなわち、過量販売の場合、申込者等は個別信用購入あっせん関係受領契約の申し込みの撤回、解除ができることになった（割販法35条の3の12 1年以内なら解除可能、既払金も返還）。

クーリング・オフ制度については、あらたに個別信用購入あっせんのクーリング・オフ制度が導入され、与信契約をクーリング・オフすると販売契約等も同時にクーリング・オフされることになっている（割販法35条の3の10、同35条の3の11）。

3 さらに、同改正は、第1条の目的規定を改正し、「購入者等が受けることのある損害の防止及びクレジットカード番号等の適切な管理に必要な措置を講ずること」を明示したうえで、クレジットカード番号等の保護を強化するため、クレジットカード番号等を扱う事業者クレジットカード番号等の適切な管理のために必要な措置をとることを求めるとともに（割販法35条の16、同35条の17）、従来からあった刑罰法規についてはその刑罰を引き上げ、また、あらたな刑罰法規を導入している（割販法49条から55条の3）。

インターネット取引のような非対面取引では、カード面に読み取り可能な状態で表示されている氏名、カード番号、有効期限が分かれば取引が可能である。そのため、クレジットカードの電磁的記録部分だけを保護するだけでは、十分な保護がはかれないこと。罰則による保護の範囲は別として、これを保護するための刑罰法規の導入自体に異論があるとは考えられない。

それでも、この刑罰法規を割賦販売法に置くことが適当であったかは問題で、実際の刑罰法規により保護される範囲は、後で見るように、非対面取引における消費者の保護に必要な範囲を越えて、かなり広範囲に及んでいる。また、この刑罰法規については刑事法的な観点からの十分な詰めが行われなかったのではないかという立法技術的な不備もあるように思われる。そこで、クレジットカードに関する刑罰法規については、割賦販売法の改正の一項目として検討するのではなく、Ⅲとして次の項で検討することとする。

4 法改正により、違反事業者に対する罰則が強化され、不実の告知、重要事項不告知の場合には、2年以下の懲役または50万円以下の罰金（併科可）から3年以下の懲役または300万円以下の罰金（併科可）に引き上げられた（割販法49条）。この改正は、特定商取引法の同様の改正と連動した改正である。

Ⅲ クレジットカードの刑法による保護（割賦販売法49条の2）

1 刑法の「支払い用カード電磁的記録に関する罪」は、クレジットカードを構成する電磁的記録の部分の取得、提供、保管行為を処罰している。犯罪となっているのは、クレジットカード等の支払用カード、預貯金の引き出し用カードの「不正作出」の用に供することを目的として行われる場合に限られている。すなわち、刑法163条の4の支払用カード電磁的記録不正作出準備罪は、不正作出供用目的での、クレジットカード等の支払用カードを構成する電磁的記録、預貯金の引き出し用のカードを構成する電磁的記録の情報の取得行為、情を知ってこれらの情報を提供する行為、また、不正作出供用目的での保管行為を処罰している。取得行為と提供行為については、その未遂も処罰されている（163条の5）。

このように、支払用カード電磁的記録不正作出準備罪は不正作出の準備段階の行為が処罰されているだけだから、不正作出にとって不可欠でないクレジットカード表面に記載されたカード番号、有効期限等の情報の取得、提供、保管行為は処罰の対象になっていない。

実際にも、クレジットカード表面に記載された情報の取得、提供、保管行為に、クレジットカードの不正作出供用目的が伴うことは多くはないであろう（不正作出の準備行為の典型であるスキミング行為にカード表面の情報の取得が伴わないのは、これらの情報の取得が不正作出にとって不可欠ではないからである）。

「支払い用カード電磁的記録に関する罪」の犯罪類型は、偽造罪周辺の犯罪としての位置付けられており、その本体は、クレジットカード等の不正作出を防止するための犯罪類型である。そのため、その準備段階の行為を犯罪化するにも、（広く、「不正使用」目的のための情報の取得、提供、保管行為を処罰することはできず）「不正作出」供用目的を有する情報の取得、提供、保管行為を処罰することにならざるをえない。そうであるなら、不正作出供用目的のない情報の取得、提供、保管行為は、電磁的記録であろうとなかろうと、「支払い用カード電磁的記録に関する罪」のなかには位置づけることのできないものであろう。

2 改正により、クレジットカードの券面の情報の提供、盗用等の行為が犯罪化された

が、これを犯罪化するなら、不正作出目的のない、不正使用目的でのクレジットカードを構成する電磁的記録の取得、提供、保管も犯罪化の対象とすべきではなかったかについても、もう少し慎重に検討されるべきではなかっただろうか。

3 割販法54条の両罰規定は、49条の2を意識的に外している⁽⁷⁾。しかし、49条の2だけで、法人である「クレジットカード等購入あつせん業者、立替払取次業者若しくはクレジットカード番号等保有業者」を処罰できるのかは疑問である。

1項には理解の困難な部分があり、この点は立法の過誤と思われる。

49条の2第1項はつぎのように規定している。「クレジットカード等購入あつせん業者、立替払取次業者若しくはクレジットカード番号等保有業者又はこれらの役員若しくは職員若しくはこれらの職にあつた者が、その業務に関して知り得たクレジットカード番号等を自己若しくは第三者の不正な利益を図る目的で、提供し、又は盗用したときは、三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。」

1項の行為主体は、文言上は、①クレジットカード等購入あつせん業者、②—1立替払取次業者②—2クレジットカード番号等保有業者、③—1これらの役員若しくは職員、③—2これらの職にあつた者である（①、②—1②—2により、イシューワー・アクワイアラー・加盟店・委託先が対象となっており、これらの役職員、元役職員が含まれるから、この1項の適用範囲はかなり広範囲である）。

③—1、③—2の部分は、通常の刑罰法規として適用が可能である。割販法49条の2の場合、役職員、役職員であった者による取得、盗用する行為については、特に業者に課されている義務に違反することが前提となっていないから、両罰規定がなくとも、役職員、役職員であった者を処罰することは可能である⁽⁸⁾。従って、役職員、役職員であった者を処罰するのに法規範上の障害はない。

他方、法人である①と②—1②—2については、49条の2所定の行為は自然人の行為を前提としているから、法人については、そのままでは適用できない。法人自体は、「その業務に関して知り得たクレジットカード番号等を自己若しくは第三者の不正な利益を図る目的で、提供し、又は盗用」のしようがない。このような場合、自然人の行為があることを前提として、両罰規定により法人を罰することとするのが刑罰法規に関する通常の立法技術である。ところが、割賦販売法の改正では、49条の2を54条の両罰規定の対象から意識

的に外している。これらの業者の一部については自然人であると想定される場合があると仮定しても、自然人業者のみを処罰し、法人業者を処罰の対象から除く理由はどこにもないだろう。

自然人のみを処罰する趣旨で、1項の「又はこれら」の文言を削り忘れたとしたなら、全体としては整合性のある規定になる。また、49条の2の行為主体を「クレジットカード等購入あつせん業者、立替払取次業者若しくはクレジットカード番号等保有業者」「の役員若しくは職員若しくはこれらの職にあつた者」とし、さらに事業者をも処罰する趣旨であるなら、54条で、49条の2第1項を対象に含めるべきであっただろう。

4 割販法49条の2の罪(123項)の侵害客体は情報であり、媒体の侵害は不要である。提供、盗用の対象である「クレジットカード番号等」とは、「クレジットカード等購入あつせん業者が、その業務上利用者に付与する第二条第三項第一号の番号、記号その他の符号」(割販法35条の16)と定義されている。

提供、盗用の対象となる「番号、記号その他の符号」は純然たる情報であるから、第1項により、「情報」の提供行為、盗用行為が犯罪化されていることになる(すなわち、ここでは、情報が記載・記録されている「媒体」自体の移転は犯罪成立の要件ではない)。従って、この犯罪は、正面から情報を侵害客体とした犯罪であって(この点は、2項、3項の罪についてもあてはまる)、自己図利目的、第三者図利目的を要求して利欲犯的性質をもたせているにもかかわらず、伝統的な財産犯の延長線上の犯罪としては理解できない性質の犯罪であろう。立法に際して個人情報保護法との関係が意識されていたことも(クレジットカード番号等が氏名等の個人情報と結びついている場合には個人情報保護法の保護の対象になるが、クレジットカード番号等単体の場合には保護の対象から外れる。クレジットカード番号等単体でも保護の必要性があることから、割賦販売法に規定されることになった)、この点を裏付けるであろう。

自己図利目的、第三者図利目的でのクレジットカード番号等の情報の提供、盗用に可罰性を認めるなら、これをクレジットカード等購入あつせん業者、立替払取次業者、クレジットカード番号等保有業者の役職員、元役職員に限定して、身分犯として規定したことが適当であるかも問題になるだろう。

クレジットカード番号等の情報は、誰が提供、盗用した場合であっても、法益は侵害さ

れている。そうすると、上記の業者、その役職員等が情報に接しやすく、侵害の危険性がより高いという意味で、クレジットカード番号等の情報が提供、盗用される可能性の高い者に絞って、これらを犯罪主体としたということになる。その限定は、刑法の秘密漏泄罪の主体が限定されているのと同様の趣旨のものと同様と理解してよいだろう。

1項（クレジットカード番号等図利目的提供・盗用罪）は、身分犯として構成されているが、他方で、一件のクレジットカード番号等の提供行為、盗用行為であっても可罰性を認めている。しかし、行為主体に対する義務付けが犯罪の成否にとって決定的な意味をもつものでないなら（実際、2項の取得罪、3項の保管罪については、行為主体の限定はない）、大量のクレジットカード番号等の取得、盗用に絞って、あるいは業として行われる場合に絞って犯罪化することもありえたであろう。

情報を侵害対象とする犯罪の必要性はあるだろうが、その処罰範囲の限定は難しいことを考えると、一件のクレジットカード番号等の取得行為、盗用行為にとどまるものについての可罰性は否定し、このような場合には、これを用いて行われることになる財産犯を想定して、財産犯の規定により対処するにとどめるということでもよかったのではないだろうか（この点は、2項、3項にもあてはまる問題である）。

5 割取法49条の2第2項は、一定の方法によるクレジットカード番号等の取得行為を処罰している。2項の場合、1項と異なり、自己図利目的や第三者図利目的は不要である。

2項（クレジットカード番号等不正取得罪）は、次の三つの不正な方法によるクレジットカード番号の取得を犯罪としている。

第一に、人を欺いてクレジットカード番号等を提供させた行為が犯罪とされている。提供させることで犯罪となるのだから、自己に提供させる場合だけでなく、第三者に提供させる場合も、2項にあたることになるだろう。1項同様、一件のクレジットカード番号等の詐取も対象に含まれている。「欺いて」の解釈にも左右されるが、かなり広範囲の情報取得行為が処罰されることになっており、この規定は、詐欺罪の予備段階の行為を処罰するものとして機能することになるだろう。

第二に、「クレジットカード番号等が記載され、又は記録された人の管理に係る書面又は記録媒体の記載又は記録について、その承諾を得ずにその複製を作成すること」によりクレジットカード番号等を取得したことが犯罪となっている（2項1号）。

人の管理に係る「書面または記録媒体」の「記載又は記録」の当該管理者の承諾を得ない複製作成行為の結果として、そこに含まれる情報（「クレジットカード番号等」）を取得することが犯罪である。

記載・記録のある書面・記録媒体から当該の記載・記録を複製する行為には、かなり広い範囲のものを含みうる。すなわち、一件のクレジットカード番号等の記載のある書面の無承諾の複製も含まれており、行為主体の限定もない。

承諾を与えるのは、クレジットカードの名義人ではなく、これらのクレジットカード番号等の記載、記録を管理している者であるから、その承諾がある（黙示の承諾でも承諾にあたるだろう）と認めうる場合（業務の必要上複製を作成したような場合）には、2項1号には該らないということになる。これにより、その処罰範囲は限定されていると解することもできる。しかし、消費者保護の観点から、クレジットカード番号等の管理は企業においても厳格にならざるをえない傾向がある。当該企業内で業務処理の必要性からクレジットカード番号等を知る必要がある場合でも容易に複製を認めない体制が取られるなら、管理者の承諾がないという場合は増えることになるだろう。

第三に、他人のID・パスワードを用いてなりすましたり、セキュリティホールを攻撃して侵入する等の不正アクセス行為（不正アクセス禁止法3条に規定する不正アクセス行為）によりクレジットカード番号等を取得したことが犯罪となっている（2項2号）。

すでにクレジットカード番号等の情報自体の取得を犯罪化しているのであるから、これを前提とするなら、不正アクセス行為による情報の取得の可罰性については、特段の問題は生じないだろう。

不正アクセス禁止法違反の罪との罪数関係はどうなるか。不正アクセス禁止法違反の罪の法益とクレジットカード番号等取得罪の法益とは異なるとはいえ、2項2号には不正アクセス行為禁止法の行為の一部が構成要件にそのまま取り込まれているのだから、法条競合の関係にあると考えて、2項2号の罪のみが成立し、別に不正アクセス禁止法8条1号の罪（3条1項違反）は成立しないと考えてよいだろう。

6 割販法49条の2第3項は、①有償によりクレジットカード番号等を提供する行為（クレジットカード番号等有償提供罪）、②有償提供されたクレジットカード番号等の提供を受ける行為（クレジットカード番号等受提供罪）を犯罪としている。また、③有償提供

目的でクレジットカード番号等を保管する行為（クレジットカード番号等有償提供目的保管罪）を犯罪としている。①②③のいずれについても、正当な理由がある場合は処罰対象から除かれている。

①の有償で提供する行為と②の提供を受ける行為とは対向犯の関係にある必要的共犯の問題であるが、両者の間に刑罰の差はない。②の提供を受ける行為にも犯罪が成立することが明文で明確にされており、明文がある以上、これに該当することになるから、任意的共犯の規定である共同正犯、教唆犯、幫助犯の規定の適用はない。他方、提供した者、提供を受けた者以外の外部の者が、提供行為、受提供行為に関与した場合には、任意的共犯の規定の適用があるが、どちらの側の共犯となるかは事案次第であり、規定の解釈により決まる問題ではないだろう。

クレジットカード番号等を提供した者が有償で提供していない場合にはどうなるか。提供した者が1項所定の業者の役職員、元役職員であって、1項に該当する場合には、提供を受けた者を1項の罪の共犯として処罰できるだろうか。3項は、有償提供の場合に、提供した者と必要的共犯の関係に立つ提供を受けた者についても犯罪が成立することを明文で規定していることに照らすと、このような規定を欠く1項の罪の対向犯的な関係に立つ提供を受けた者については不可罰と解すべきことになるだろう。もっとも、この場合でも、提供を受けた者が有償提供目的を有していた場合には、③の保管罪が成立しうる。

保管罪については、有償提供目的のある場合のみが犯罪とされている。上述のように、クレジットカード番号等が無償で提供されていた場合（自己図利目的、第三者図利目的が認められるのは、クレジットカード番号等の対価として金員を受領する場合に限らないから、ありえない想定というわけではない）、提供を受けた者は原則として不可罰であるが、保管罪があるので、この者が他に有償で他に提供する目的を有していた場合には保管罪として処罰できることになる。

7 割取法49条の2第4項は、前三項の規定は、刑法その他の罰則の適用を妨げないこととしているが、どのような場合が想定されているのであろうか。

媒体の侵害も伴う場合には、財産犯である詐欺罪、横領罪も別途成立することがある。また、支払用カードの不正作出目的がある場合には、支払用カード電磁的記録不正作出準備罪も別途成立することがある。

[注]

- (1) 同改正はかなり抜本的な改正であるが、経済産業省のホームページに改正に関する説明要旨等の諸文書が掲載されている。その他、「クレジット取引の適正化 ――割賦販売法の改正――」経済産業課（横内律子）「調査と情報」611号（2008）でも概要が解説されている。
- (2) 携帯電話の「ショートメールサービス（SMS）」を利用した広告もあらたに規制の対象に含まれている（特商法12条の3第1項→省令11条の2で、「電話番号を送受信のために用いて電磁的記録を相手方の使用に係る携帯して使用する通信端末機器に送信して提供する方法」を含めている）。
- (3) ①契約内容、契約履行に関する通知に附随してなされる電子メール広告、②消費者の請求、承諾を得て発信する電子メールの一部に含まれる電子メール広告、③「通常通信販売電子メール広告の提供を受ける者の利益を損なうおそれがないと認められる場合として経済産業省令で定める場合」にあたるメールマガジン、フリーメールサービス等に附随する電子メール等については、この禁止規定の適用が除外されている。
- (4) 業務提供誘引販売取引とは、物品の販売、役務の提供、これらのあっせんで、業務提供利益が得られると相手方を誘引して、その者と特定負担を伴う取引をするもの（いわゆる内職商法・モニター商法がその代表例）
- (5) 法改正により、「割賦購入あっせん」は、「包括信用購入あっせん」と「個別信用購入あっせん」に分けられ、従来の「2ヶ月以上かつ3回払い以上」の分割払いクレジット契約に加えて、あらたに「2ヶ月以上後の1回払い、2回払い」も対象に含めた（翌月1回払いについては、従来通り、規制対象外となっている（割賦販売法第2条）。1回払いでも規制の対象となっており、目的規定もこれに沿って変更され、同法は、消費者信用に関わる規制を広く取り込んできているので、「割賦」販売法という名称が適切であるかは、検討を要するだろう。クレジットカードの券面に記載された情報についての業者に対する規制にとどまらない、一般的規制が割賦販売法に存在することは、一般の人には、すぐには理解できないだろう。
- (6) 登録制導入には次のような背景がある。クレジット取引についての苦情相談の約七割から八割は、個別信用購入あっせん（一件ごとにクレジット契約を結ぶもの）に集中している。また、訪問販売等の悪質商法に関する苦情相談の四割に個別クレジットが利用されている（平成20・5・21衆議院経済産業委員会議事録）。
- (7) 「特定商取引に関する法律及び割賦販売法の一部を改正する法律」3条で、割販法54条第1項の「第49条から前条まで」という規定を、わざわざ「第49条又は第50条から前条まで」に改めている。
- (8) 業法は、通常、事業者が義務が課されており、義務違反に刑罰が科されるという構造をもっている。この場合、事業者の役職員に義務が課されているわけではないから、自然人である役職員を処罰することを根拠付けるためにも両罰規定が必要になる（名宛人限定型）。割販法49条の2は、このような事業者に対する義務付けを前提とした刑罰法規ではないから、この問題は生じない。少し検討を要するのは、名宛人限定型の規定で役職員であった者を処罰する場合である。義務付けが前提となっている両罰規定において役職員であった者をも処罰の対象とするためには、事業者に対する義務を役職員であった者に及ぼして処罰することを正当化する理論的な根拠が示される必要があろう。

金融商品取引法における
課徴金制度と刑事罰：その概観

今 井 猛 嘉

目 次

- 1 はじめに
- 2 課徴金制度
 - (1) 総説
 - (2) 開示規制違反に対する課徴金
 - (3) 不公正取引に対する課徴金
 - (4) 課徴金賦科手続に係る改正
- 3 刑事罰
 - (1) 総説
 - (2) 有価証券届出書の虚偽記載

1 はじめに

金融商品取引法は、従前の証券取引法⁽¹⁾を前提としつつ、「金融商品」の「取引」に関する秩序を規定した基本法であり、その予定する秩序の侵害に対しては、一定の制裁が予定されている。具体的には、所定の規定に違反した者に対する、課徴金ないし刑罰の賦科が規定されている。違反者に対する損害賠償の請求も、広義では制裁措置であるが、本稿では、課徴金と刑事罰について、(その中でも、近時、注目されている重要な類型について)概観を試みることにする。

2 課徴金制度

(1) 総説

平成16年12月1日に施行された「証券取引法等の一部を改正する法律」(平成16年法律第97号)により、法定開示書類の虚偽記載と並んでインサイダー取引を含む不公正取引に関しても課徴金制度が導入された。そして、平成20年12月12日に施行された「金融商品取引法等の一部を改正する法律」(平成20年法律第65号⁽²⁾)により、課徴金制度は、一層、強化された⁽³⁾。

具体的には、金融商品取引法の諸規定違反を抑止するに十分なだけの金額となるべく、課徴金額が引き上げられるとともに、課徴金の対象となる違反行為も拡大された。また、課徴金の加算・減算制度が創設されるなど、注目に値する改正がなされている。

以下では、現在の金融商品取引法⁽⁴⁾に規定された課徴金制度について、概観する。

(2) 開示規制違反に対する課徴金

(i) 発行開示書類の不提出・虚偽記載に対する課徴金

従前は、(a)発行開示書類に虚偽記載があった場合には、募集・売出し総額の1% (株券

等の場合には2%)の課徴金が課せられていた。1%や2%という数値は、発行者が、虚偽の記載がなされた発行開示書類を用いて有利な条件で証券を発行したことにより得た利得を基準として、導かれたものであり、不正利得のはく奪が課徴金の目的と解されてきたのである。運用例⁽⁵⁾を見ると、例えば、平成19年1月の日興コーディアルグループ事件(有価証券報告書虚偽記載事件)では、虚偽の記載がなされた発行開示書類を参照書類として500億円の社債の公募がなされたため、500億円の1%に相当する5億円の課徴金の納付が命じられている。

改正法は、(i)との関係で、課徴金の対象となる違反と、課徴金の額を見直した。その結果、(b)発行開示書類の不提出にも課徴金が課せられるとともに、課徴金額は、募集・売出し総額の2.25%(株券等⁽⁶⁾の場合には4.5%)に引き上げられた(法172条1項1号)。

また、改正法は、新株予約権証券等の募集・売出しに関しては、(a)新株予約権証券等の発行開示書類の虚偽記載に加えて、(b)発行開示書類の不提出にも課徴金を課すものとした。その課徴金額は、新株予約権証券の発行価額、売出価額に加えて、新株予約権証券の行使に際して払い込むべき金額も算入されたものとされている(法172条、172条の2)。

(ii) 継続開示書類に係る課徴金

(ii-1) 総説

平成16年に、証取法に課徴金制度が導入された際には、継続開示違反は課徴金の対象とはされていなかった。

しかしその後、西武鉄道事件(平成16年10月)等において、継続開示に関する不適切な事例が相次いで発覚し、継続開示の正確性が、改めて要請されるに至った。そこで、平成17年改正により、継続開示における虚偽記載も課徴金の対象とされた。改正法(平成20年改正)は、これを受けて、その課徴金の金額と対象違反行為の範囲を拡大している。

(ii-2) 継続開示書類の不提出に対する課徴金

改正法は、有価証券報告書の不提出の場合には、有価証券報告書の作成費用相当額として、監査報酬額を基準に算定された額を課徴金として課するものとした(法172条の3第1項⁽⁷⁾)。四半期・半期報告書の不提出の場合には、これらの2分の1の額の課徴金が課せられる(法172条の3第2項)。

また、改正法は、臨時報告書の不提出も課徴金の対象としている（法172条の4第3項、更に課徴金府令1条の5）。

（ii－iii） 継続開示書類の虚偽記載に対する課徴金

改正法は、有価証券報告書の虚偽記載に対する課徴金の額を引き上げ、時価総額の10万分の6又は600万円の、いずれか高い額を賦科するものとした（法172条の4第1項）。

四半期、半期ないし臨時報告書の虚偽記載に対しては、これらの2分の1の額（時価総額の10万分の3又は300万円の、いずれか高い額）の課徴金が課せられる（法172条の4第2項）。

（ii－iv） 課徴金と罰金との調整規定

継続開示書類の虚偽記載に対する課徴金については、発行開示違反の場合とは異なり、罰金との調整規定が置かれている（法185条の7第14項、185条の8第6項）。これは、継続開示書類の虚偽記載に対する課徴金には、法規定に違反することで得た不正な利益のはく奪という性格を越える制裁的要素があることに鑑み、規定されたものと理解されている⁽⁸⁾。

（iii） 公開買付制度における開示規制違反に対する課徴金

改正法は、買付者が公開買付けに係る開示規制に違反した場合を、新たに課徴金の対象とした（法172条の5、172条の6）。即ち、

- ① 公開買付開始公告を実施しないで買付け等を行った場合には、買付総額の25%の額（法172の5）
- ② 公開買付届出書等の不提出・虚偽記載があった場合には、買付け等を行った株券等の時価合計額の25%の額（法172条の6）

が、課徴金として賦課される。

この改正は、企業の合併・買収事案が増大し、公開買付制度における開示の適正性がより基本的かつ重要な要請となったことに対応したものである。

(iv) 大量保有報告書類の不提出・虚偽記載に対する課徴金

改正法は、また、株券等の大量保有の状況に関する開示規制違反として、大量保有報告書・変更報告書の不提出・虚偽記載を、新たに課徴金の対象とした（法172条の7、172条の8）。ここでは、対象株券等の発行者の時価総額の10万分の1の額が課徴金額となる。

(3) 不公正取引に対する課徴金

(i) 総説

改正法は、不公正取引に対する課徴金について、以下の変更を加えている。

第一に、従来から課徴金の対象であった不公正取引（風説の流布・偽計取引、現実売買による相場操縦、インサイダー取引）との関係では、課徴金の額を引き上げた。

第二に、新たに、仮装・馴合売買等、違法な安定操作取引を、課徴金の対象となる違反行為とした。

第三に、課徴金が課される対象者を拡張した。即ち、違反者が、自己と経済的に同一性があると認められる他人の計算において違反行為を行った場合には、違反者が自己の計算において違反行為を行ったものとみなして課徴金額を算出することとした。具体的には、違反者と密接な関係にある者、又は違反者と特殊な関係を有する者にまで、課徴金が課されることになった（法173条5-7項、174条5-7項、175条10-11項等）。

第四に、改正法は、金融商品取引業者または登録金融機関が、その顧客の計算において違反行為を行った場合において、手数料、報酬等に相当する額の課徴金を賦課することとした（法173条1項4号、174条1項4号、175条1項3号・2項3号等）。これは、このような場合に、金融商品取引業者または登録金融機関が得た不正な利益としての手数料等をはく奪することにより、不公正取引の防止を図るためである。

以下では、これら改正の主要なポイントを踏まえつつ、不公正取引の個別の種類毎に、課徴金の賦課方法を確認する。

(ii) 風説の流布・偽計（法173条）

従前、風説の流布・偽計をした者に対する課徴金の額は、違反行為後1カ月以内の売買等で確定した損益であった。

改正後は、課徴金の額は、（【違反行為後1カ月間の最高値】－【違反行為終了時までの買付け等の価格】）×【保有株数】とされている。

（iii） 仮装・馴合売買（法174条）

従前、仮装・馴合売買をした者に対して、課徴金は予定されていなかった。

改正法は、これらの行為をした者にも課徴金を課するものとした。その額は、（法173条の場合と同様に）（【違反行為後1カ月間の最高値】－【違反行為終了時までの買付け等の価格】）×【保有株数】である。

（iv） 相場操縦（法174条の2）

従来は、相場操縦のうち、変動操作のみが課徴金の対象であった。それは、違反者が変動操作によって得た利得相当額を算定しやすいと考えられたためである。そして当時の課徴金の額は、【違反行為期間中の売買損益】＋【違反行為後1カ月以内の売買等で確定した損益】であった。

これに対して、改正法は、仮装取引、馴合取引、安定操作も課徴金の対象に加えた（法174—174条の3）。これは、課徴金の趣旨を、違反行為による不正な利得をなく奪させることに止めず、違反抑止のための制裁として、より広い範囲で活用するための措置だと理解することも可能である。課徴金の額は、【違反行為期間中の売買損益】＋（【違反行為後1カ月間の最高値】－【違反行為終了時までの買付け等の価格】）×【保有株数】とされたところである。

（v） 違法な安定操作取引（法174条の3）

従前、違法な安定操作取引をした者に対しては、課徴金は予定されていなかった。

改正法は、この違反者に対しても課徴金を課するものとした。その額は、【違反行為に係る売買損益】＋（【違反行為期間中の平均価格】－【違反行為後1ヶ月間の平均価格】）×【保有株数】である。

（vi） インサイダー取引（法175条）

従前、インサイダー取引をした者に対する課徴金は、（【重要事実公表日翌日の終値】－

【購入価格】) × 【購入株数】であった。

これに対して、改正法は、(【重要事実公表後2週間以内の最高値】 - 【購入価格】) × 【購入株数】を、課徴金の額とした。これは、インサイダー取引をした者が保有するに至った不正な利益のはく奪を、従前よりも、貫徹させるための措置である。

(4) 課徴金賦科手続に係る改正

改正法は、課徴金賦科手続についても、重要な変更を加えている。

(i) 課徴金の減算制度

第一に、改正法は、課徴金の減算制度を導入した。これは、法所定の規定に違反した者が、当局による調査の着手前に違反を当局へ申告した場合に、課徴金額を半額にする制度である(法185条の7第12項)。継続的・反復的に行われる可能性が高い違反行為は、その早期発見に強い公益性が認められることから、設けられた制度である。

課徴金の対象である違反行為であって、減算制度の対象となるものは、次のとおりである。

- ・ 発行開示書類・継続開示書類の虚偽記載等(法172条の2第1項・4項、172条の4第1項・2項)
- ・ 特定証券等情報・発行者等情報の虚偽等(法172条の10第1項、172条の11第1項)
- ・ 大量保有・変更報告書の不提出(法172条の7)
- ・ 上場会社等による自己株の取得に際するインサイダー取引(法175条9項)

減算を求める違反者は、その旨を、証券取引等監視委員会に申告する(令38条8項1号)。具体的な申告は、課徴金府令に規定されている(課徴金府令61条の7)。

(ii) 課徴金の加算制度

改正法は、課徴金の加算制度も導入した。これは、課徴金の対象となる違反行為をした者が、過去5年以内に課徴金納付命令を受けたことがある場合に、課徴金の額を5割増加させるものである(法185条の7第13項)。

この制度の下では、違反者の違反歴を理由として課徴金額が増額される。ここでは、課

徴金の対象となる違反行為自体によって得た不正な利益のはく奪を越えて、金銭的制裁を課すことが企図されていると言えよう。

(iii) 第I回審判期日前における資料の開示

審判官は、行政審判を主催し、審判手続きを経た上で課徴金納付命令決定案を作成し、これを金融庁長官に提出する。この審判の第一回期日前において、当局が認定した事実に係る証拠の開示が可能かについては、従前はこれを規定した条文は存在しなかった。これでは、審判手続の公平さ、課徴金賦課手続に対する信頼を十分に確保することはできない。

そこで、(改正法ではなく)課徴金府令が改正され、第一回審判期日前において違反事実を証する資料の開示が可能となった(課徴金府令30条4項)。具体的には、被審人または代理人からの申立てがあった場合には、正当な理由があるときを除き、審判官は、第一回審判期日前に、被審人等に違反事実を証する資料の全部または一部の閲覧・謄写をさせることを指定職員に求めることができる。この事前開示プロセスは、その手続的中立性・公正性を維持する観点から、審判官が主宰する準備手続の中で行われるものとされている。

3 刑事罰

(1) 総説

法(「金融商品取引法」)は、金融商品市場の秩序を維持し、市場関係者の利益を保護するために、所定の秩序違反をした者に対して、刑事罰を科しうるものとしている。刑事罰の程度と、対象行為(犯罪類型)は、課徴金の金額並びに対象行為と同様に、拡大されてきている。

以下では、法が規定する犯罪のうち、主要な類型について概観する。

(2) 有価証券届出書の虚偽記載

(i) 総説

有価証券届出書の提出者（有価証券の発行者等）が、重要な事項につき虚偽記載のある有価証券報告書等を提出すると、10年以下の懲役又は1000万円以下の罰金が科せられる（併科可能。法197条1項1号）。法人の財産又は業務に関し虚偽の記載がある報告書等が提出されれば、法人にも7億円以下の罰金が科せられる（法207条。両罰規定）。これらの規定の法定刑は、虚偽記載の悪質性を再確認させた事案（西武鉄道事件、カネボウ事件等）への反省を受けて、引き上げられたところである。

近時、本罪（虚偽記載罪）の成否が争われた事案として注目を集めたのは、旧長銀事件とライブドア事件である。以下では、これら事件の経過等を概観する。

(ii) 旧長銀事件

(ii-1) 裁判の経過

本件は、被告人ら⁽⁹⁾が、長銀の有価証券報告書に虚偽の記載をしたのが争われた事案である。被告人らは、長銀の平成9-10年の事業年度決算（平成10年3月期決算）に関して、5846億8400万円の当期末処理損失があったのに、取立不能のおそれがあり取立不能と見込まれる貸出金合計3130億6900万円の償却又は引当てをしないことで、上記当期末処理損失を、実際よりも少ない2716億1500万円に圧縮して計上された貸借対照表、損益計算書および利益処分計算書を作成し、これらが掲載された平成9年度の有価証券報告書を、平成10年6月に大蔵省財務局長に提出した。この行為が、重要な事項につき虚偽記載のある有価証券報告書の提出に当たるとして、旧証券取引法198条5項による起訴がなされたのである⁽¹⁰⁾。

第一、二審判決は、同罪の成立を認めたが、最高裁は、次のように述べて第二審判決を破棄・自判し、被告人全員を無罪とした⁽¹¹⁾。「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、特に関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関しては、新たな基準として直ちに適用するには、明確性に乏しかったと認められる上、本件当時、関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関し、従来のいわゆる税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことも必ずしも

明確であったとはいえ、過渡的な状況にあったといえ、そのような状況のもとでは、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によって関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定を行うことをもって、これが資産査定通達等の示す方向性から逸脱するものであったとしても、直ちに違法であったということとはできない。そうすると、長銀の本件決算処理は「公正ナル会計慣行」に反する違法なものとはいえないから、本件有価証券報告書の提出及び配当につき、被告人らに対し、虚偽記載有価証券報告書提出罪及び違法配当罪の成立を認めた第一審判決及びこれを是認した原判決は、事実を誤認して法令の解釈適用を誤ったものであって、破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。」

(ii—ii) 本判決の意義

本判決は、商法32条2項の「公正ナル会計慣行」の意義についての、最初の最高裁判決であり、次のような意義を有するものである⁽¹²⁾。

第一に、本判決は、資産査定通達⁽¹³⁾等が「公正ナル会計慣行」に該当しうることを認めた。

第二に、本判決は、被告人の行為の時点では、上記資産査定通達が唯一の「公正ナル会計慣行」であったとは認めなかった。即ち、ある会計処理基準が「公正ナル会計慣行」と認められるためには、(a) その適用範囲が明確であることが必要だとした。そして、(b) この要件を充たした会計処理基準が「唯一の」「公正ナル会計慣行」と認められるためには、当該会計処理基準が他の基準を排斥することが明確でなければならない、と判示した。

こうして、本判決は、上記資産査定通達等が「従来のいわゆる税法基準を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことも必ずしも明確であったとはいえ」なかったとして、従来の基準に従って作成された本件有価証券報告書の記載が虚偽であったとは言えない、と判断したのである。この解釈の前提として、本判決は、従来の基準が、他の大手銀行において、当時も広く使われていたという事実をも指摘している⁽¹⁴⁾。ここで示された解釈は、新たな会計基準が従来の会計基準を排斥する旨、明示的に宣言していない他の事案でも、妥当するものであろう。

(iii) ライブドア事件

(iii-1) 裁判の経過

この事件における、虚偽記載罪に係る公訴事実は、以下のとおりである⁽¹⁵⁾。即ち、ライブドアの元社長である被告人（堀江）は、ライブドアの平成16年9月期決算において、3億1278万円余の経常損失が生じていたにもかかわらず、売上計上の認められないライブドア株式の売却益や、ロイヤル信販とキューズ・ネットに対する架空売上が売上高に含めるなどして経常利益を50億3421万円余と記載した虚偽の連結損益計算書を掲載した有価証券報告書を平成16年12月27日に関東財務局長に提出した、というものである。

第一審判決⁽¹⁶⁾は、次のように述べて、有価証券報告書虚偽記載罪の成立を認めた⁽¹⁷⁾。虚偽記載罪は、有価証券報告書等の提出書類の「重要な事項につき虚偽の記載のある」場合に成立するが、「重要な事項」とは「投資者の投資判断に影響を与えるような基本的な事項」、換言すれば「その事項について真実の記載がなされれば、平均的投資家の投資判断が変わるような事項」である⁽¹⁸⁾。本件投資事業組合は、子会社による親会社株式処理についての会計処理を潜脱するために組成されたものであり、これら組合によるライブドア株式の売却は、実質的にはライブドアファイナンスがライブドア株式を売却したものであり、会計処理上も、ライブドアファイナンスが売却したものとみるべきであるから、これを、ライブドアの連結損益計算書に、売上として計上することは許されず、本件計算書の記載は虚偽である、と⁽¹⁹⁾。

第一審判決に対して控訴がなされたが、第二審判決は、次のように述べて、第一審判決を支持し、控訴を棄却した⁽²⁰⁾。

控訴審において被告人は、①ライブドア株式の売却に絡み組成された投資事業組合（チャレンジャー1号等）は、売却益をライブドアの連結決算上で売上計上するという会計処理を潜脱する目的、脱法の目的で組成された組合ではないこと、②TDnetの公表内容や有価証券報告書の内容は真実であり、仮に虚偽があったとしても元社長には故意や共謀した事実はないことなどにより、第一審判決の事実誤認を主張した。また、③量刑不当も主張していた。

第二審判決は、①については、公判前整理手続で確認された間接事実として一審が整理した事項を概観し、四つの投資事業組合が、ライブドア株式を売却して益出ししていることが発覚しないよう、株式や資金の流れを隠蔽する等の目的で組成されたと認定した第一

審判決を、是認した。②についても、元社長は、ライブドア株式売却益の計上スキームや、会計監査の関係で投資事業組合を介在させていること、投資事業組合がライブドア株式を売却して売却益を還流させるための存在で、投資事業組合本来の目的とは別の目的で組成されたこと、平成16年9月期の連結経常利益にライブドア株式売却益が含まれていることなどを認識していたとの第一審判決の事実認定を是認した。そして、被告人（元社長）には、これら架空売上の計上について、取締役から報告を受けていたとして、虚偽記載罪の故意があったものと認定している。

（iii—ii） 虚偽性を判断する視点

本件の被告人の行為に有価証券報告書虚偽記載罪が成立するか否かを検討するには、次の二つの観点のいずれを重視すべきかと関係していると思われる。それは、

A：本件当時（平成15年12月）の「連結財務諸表原則」等の適用対象は株式会社であり、これが、投資事業組合にも適用できるかは、不明であった（したがって、VLMA1号によるライブドア株式の取引に係る会計処理について、明確な会計基準は存在しなかった）という事情

B：本件当時の商法32条2項は「公正ナル会計慣行」を「斟酌スベ」きものと規定しており、この規定により、企業会計原則の一般原則（真实性の原則、資本取引と損益取引との区別）に従った会計処理が要請される⁽²¹⁾ところ、本件では、株式売却益は、実質的には子会社による親会社株式の売却であって資本取引であるから、当該売却益をライブドアの連結売上に計上することは許されない会計処理であったという事情（ないし理解）、である。

Bの事情（ないし理解）を重視すれば、虚偽性が肯定されることになろう。被告人が行った取引の実態は、子会社による親会社株式の売却であったが、これは、連結評価が否定されるべき資本取引だったからである。

第一審判決（及び、これを支持する第二審判決）は、実質論として、Bの事情（ないし理解）を重視するものと思われる。第一審判決は「本件犯行は、資本勘定とすべきものを損益勘定にしたという単に会計処理の是非のみが問題となる事案ではなく、前判示のとおり、会計処理を潜脱して、自己株式売却益を売上利益計上し、虚偽の業績を公表して多数の投

資者を欺いた悪質な犯行である。」と判示しているところである⁽²²⁾⁽²³⁾。

他方で、Aの事情を重視すれば、虚偽性を否定する余地が高まる。平成18年9月8日に、企業会計基準委員会は、実務対応報告第20号を公表した。これにより、漸く、投資事業組合にも会計基準が適用できるようになったが、本件被告人の行為はそれ以前のものであり、会計基準の適用は受けないものであった。そこで、旧長銀事件最高裁判決を踏まえると、有価証券報告書虚偽記載罪の成立には疑問も残るところである⁽²⁴⁾。

(3) インサイダー取引の禁止

(i) 総説

インサイダー取引には、内部情報に関するインサイダー取引（法166条）と、外部情報に関するそれ（法167条）とがある。法は、いずれをも禁止しており、禁止違反者には、（前述した）課徴金が課せられるとともに（法175条）、刑事罰も科せられうる。

内部情報に関するインサイダー取引は、①重要事実を知った、②会社関係者、又は③情報受領者が、④当該事実が公表される前に、⑤関係証券の売買を行うことである（法166条）。外部情報に関するインサイダー取引の要件も、基本的には同じであり、主体の②が、公開買付者等関係者に変わるだけである（法167条）。

インサイダー取引をした者は、5年以下の懲役又は500万円以下の罰金で処罰される（併科可能。法197条の2）。法人の財産又は業務に関してインサイダー取引がなされた場合には、当該法人に5億円以下の罰金が科せられる（法207条）⁽²⁵⁾。

なお、罰金と課徴金の双方が課される（科される）こともありうるが、没収・追徴がなされたときには、その額を差し引いて課徴金の額を決めるものとされている（185条の7、185条の8）。

(ii) インサイダー取引罪の成立要件

(ii-1) 重要事実

法（166条第2項）が重要事実として（同項各号で）規定しているのは、①決定事実（同項第1号）、②発生事実（同項第2号）、③決算変動（同項第3号）、④包括条項（同項第4号）、⑤子会社の重要事実（同項第5号）である。

以下では、その意義について解釈論上の争いがある「重要事実」につき、議論の状況を概観する。

①決定事実（同項第1号、5号）

1) 決定事実とは、上場会社の業務執行決定機関が一定の事項を行うことについての決定をしたこと等をいう。その意義が争われたのが、日本織物加工株事件である。

2) 日本織物加工株事件

最高裁⁽²⁶⁾は、(判示1)証取法166条2項1号(金商法166条2項1号に相当)にいう「業務執行を決定する機関」は、商法所定の決定権限のある機関に限られず、実質的に会社の意思決定と同視されるような意思決定を行うことのできる機関であれば足りるとし、各取締役から実質的な決定権限を付与されていた代表取締役は業務執行機関に当たること、(判示2)証取法166条2項1号にいう「株式の発行」を行うことについての「決定」をしたとは、(判示1)にいう機関において、株式の発行それ自体や株式の発行に向けた作業等を会社の業務として行うことを決定したことをいうのであり、右決定をしたというためには当該機関において株式の発行の実現を意図して行ったことを要するが、当該株式の発行が確実に実行されるとの予測が成り立つことは要しないことを、それぞれ判示した。

(判示1)は、社長であれば常に業務執行機関だとするものではなく、本件事案の特徴に即した判断であろう⁽²⁷⁾。このように理解するならば、判示1は妥当なものであろう⁽²⁸⁾。インサイダー取引罪は、証券取引市場では公平な情報供給を前提とした価格形成がなされることを信用し、取引に関与する関係者の利益を保護するものであり⁽²⁹⁾、そうした信用を害するおそれを生ぜしめる者は、(会社法上の)業務執行決定機関と評価されないにせよ、インサイダー取引罪との関係では、業務執行決定機関と評価すべきだからである。従って、例えば、経営会議、取締役会等の議決を経ることなく、自己の一存で経営判断を繰り返しているワンマン社長は、判示1の趣旨から、業務執行決定機関に該当しうと思われる。

他方で、(判示2)には、学説上、批判も根強い。この判示を文字通りに理解すれば、実現する可能性が乏しい決定をした場合でも決定事実の存在が肯定されるが、実現する可能性が乏しい決定が、その後、現に実現され、市場参加者の予測を害する事態が生じることは、十分には予測されえないからである。この意味において、市場にとって重要性を欠く

行為をもインサイダー取引罪の対象とすれば、本法の趣旨に反するであろう⁽³⁰⁾。もっとも、最高裁は、(前述したように)法166条2項1号や167条2項にいう「決定をしたというためには右機関において株式の発行の実現を意図して行ったことを要する」として、決定の意義に一定の(主観的)限定をも掛けている。この限定が、株式発行が相当程度に見込まれるという客観的状況を前提にした上で、その(行為者における)認識面を表現したものであれば、(判示2)によって決定事実の解釈が広がるおそれは、小さくなる。しかし、(判示2)では、実現可能な客観的状況の認識としての「意図」ではなく、単なる行為者の「予測」が問題にされていたと解することも、可能である。

このように、(判示2)の意義については、(a)決定事項の実現可能性という客観的側面だけを指しているのか、(b)決定者が前提とした客観的事情と、その主観的認識の双方を踏まえた評価を意味しているのか、判断が分かれるところである。

3) 村上ファンド事件

この点の理解にとって重要な意義を有するのが、外部情報に関するインサイダー取引罪の成否が争われた村上ファンド事件⁽³¹⁾での裁判所の判断である。

その第一審判決⁽³²⁾は、ライブドアの「業務執行を決定する機関⁽³³⁾」がニッポン放送株式の大量取得の方針を「決定」したのは何時か、という争点に関して、法167条2項にいう「決定」の対象をニッポン放送株式の5%以上の買集めとした上で、「同法167条2項にいう「公開買付け等を行うことについての決定」をするに当たり、当該公開買付け等が確実に実行されるとの予測が成り立つことは要しないと解するのが相当である。すなわち、実現可能性が全くない場合は除かれるが、あれば足り、その高低は問題とならないと解される。」として村上被告人に懲役2年の実刑判決を言い渡した。これは、判示部分を文字通りに理解する限りは、上記(a)の観点から決定事項の実現可能性が存在すれば足りると解したものだ、と言えるであろう⁽³⁴⁾。

これに対して、同事件の控訴審判決⁽³⁵⁾は、第一審判決を破棄し、被告人に懲役2年、執行猶予3年とする判決を言い渡した。東京高裁は、公開買付け等を行おうとする者が行った当該「決定」が「証券取引法167条2項の「決定」に該当するか否かを判断するには、「証券市場の公正性と健全性に対する信頼を確保するというインサイダー取引規制の理念に沿って、当該「決定」が、投資者の投資判断に影響を及ぼし得る程度のものであるか否か

を（中略）総合的に検討して個別具体的に判断すべきである」との観点を、先ず示した。その上で、この観点に基づき、決定に係る内容（公開買付け等、本件でいえば、大量株券買集め行為）が確実に行われるという予測が成り立つことまでは要しないが、その決定にはそれ相応の実現可能性が必要であると解される。その場合、まず、内部的に（主観的に）、実質的に会社の意思決定と同視されるような意思決定のできる機関において、それ相応の根拠を持って実現可能性があるものと判断している必要がある。（中略）「決定」に該当するか否かの判断に当たっては、投資者の投資判断に影響を及ぼすものであるか否かという点が重要な判断要素となるのであるから、第三者の目から見ても（客観的にも）、実現可能性があるといえるか否かについても検討しなければならない。すなわち、主観的にも客観的にも、それ相応の根拠を持ってその実現可能性があるといえて初めて、証券取引法167条2項の「決定」に該当する」との判断を示した。これは、「決定に係る事実の実現可能性が全くない場合は除かれるが、あれば足り、その高低は問題とはならない」とした一審判決の立場を否定したものだと言えよう⁽³⁶⁾。

以上のように、第二審判決は、日本織物加工株事件最高裁判決の（判示2）に係る(a)の観点ではなく、(b)の観点（決定に係る事項の客観的実現可能性と、その主観的認識の双方から「決定」の有無を判断する立場）から、決定事項が実現する相当程度の可能性を要求したのだと整理することができる。第一審判決が示した、不適切な定式化⁽³⁷⁾が排斥されている点をも含め、第二審判決の立場が望ましいように思われる⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾。

村上被告は、控訴審判決に対して直ちに上告しており、最高裁が日本織物加工株事件の趣旨をも踏まえて如何なる判断を示すかが、注目されるところである⁽⁴⁰⁾。

②決算変動（同項第3号、7号）

決算情報に関する（事実上、唯一の）裁判例であるマクロス事件に関する東京地裁判決⁽⁴¹⁾は、次のように判示している。即ち、決算予想値の算出主体である「会社」は「各会社の業務運営の実態に即して判断すべきである」が、本件では、マクロス社の売上高等の予想値の公表数値はその直前に取締役会に諮られて承認されているから、「修正公表されるべき新たな予想値の算出主体も取締役会である」とした。その上で、決算予想値の「算出」がなされたか否かの判断に関しては、「取締役会が算出主体である場合においては、…取締役会において予想値の修正公表が避けられない事態に立ち至っていることについての

報告がなされてそれが承認されたことをもって、同号にいう数値の「算出」がなされたものと解するのが相当」だと判示している⁽⁴²⁾。

この事案では、「会社」ないし内部情報としての会社の重要事実を決定する機関の意義が、個々の会社の実情に即して具体的に認定されているが、こうした手法は日本織物加工株事件判決とも相容れるものである。また、決算情報の「算出」即ち重要事実の決定時期については、決算予想値の修正公表がほぼ確実に予想される時期だとされており、日本織物加工株事件最高裁判決の（判示2）に係る(a)の解釈とは異なる立場が採られていると言えよう。寧ろ、その（b）の解釈に近い発想が採用されているように思われる。

③相場操縦の禁止

（i） 規定の概要

法159条は、相場操縦として、以下の類型を規定している。即ち、1）仮装取引（1項1—3号）、2）馴合取引（1項4—8号）、3）変動操作（現実取引による相場操縦・2項1号）、4）表示による相場操縦（2項23号）、5）安定操作（2項4号）である。

相場操縦をした者には、10年以下の懲役又は1000万円以下の罰金が科せられる（併科可能）（法197条）。法人には、7億円以下の罰金が科せられる（法207条）。

（ii） 変動操作

変動操作の成否に関するリーディングケースは、協同飼料事件に係る最高裁決定である⁽⁴³⁾。そこでは、有価証券の大量の売買注文を出すなど、相場を変動させるべき手段が執られること（変動取引の存在）に加えて、こうして形成された相場の状況が自然の需給関係による結果であると投資家をして誤認させ、有価証券の売買に誘い込む目的（誘因目的）が行為者になれば、変動操作は成立しない、との判断が示されている。

（iii） 仮装取引、馴合取引

仮装取引（法159条1項3号に該当する行為）と馴合取引（法159条1項8号に該当する行為）の意義が、旧証取法の下で問題となったのが、大阪証券取引所（大証）事件である⁽⁴⁴⁾。

そこでは、大証の副理事長等の職にあった被告人が、共犯者らと共謀し、大証が開設する有価証券市場に上場されている株券オプションに関して、多数回にわたり有価証券オプ

ション取引を行ったこと等が、仮装取引ないし馴合取引に該当しないかが争われた。具体的には、被告人は、実質的には大証が出資するダミー会社や証券会社を設立した上で、これらの会社を通じて、(a)いわゆる自己両建て取引⁽⁴⁵⁾や(b)その他の個別株オプション取引⁽⁴⁶⁾を行い、これらの取引で発生した売建玉及び買建玉を反対取引によって解消していた。(b)が、客観的・外形的に馴合取引に該当することには、争いがなかった。主たる争点は、(a)が仮装取引（法159条1項3号）に該当するか（争点1）、そうだとして、それが「取引が繁盛に行われていると誤解させる等これらの取引の状況に関し他人に誤解を生じさせる目的⁽⁴⁷⁾」でなされたと言えるのか（争点2-1）、また、(b)が繁盛等目的でなされたと言えるのか（争点2-2）、ということであった。

第一審判決⁽⁴⁸⁾は、(争点1)につき、株券オプション取引では、売建玉と買建玉が発生する（それ以前にはなかったオプションという権利が新たに発生する）以上、既に存在する株式について見掛けだけの売買をする現物株の仮装売買⁽⁴⁹⁾とは様相を異にするとして、その仮装取引性を否定した。また(争点2)については、被告人には価格操作の目的はなく、出来高を操作する目的しかなかったが、法159条1項柱書所定の繁盛等目的は、同条制定の沿革等からして、明文の規定にはないものの、価格操作（相場操縦）の目的と解すべきだとし、結論として、被告人を無罪としたのである。

これに対して、第二審判決⁽⁵⁰⁾は、原審を破棄し被告人を有罪とした。(争点1)については、「このような取引は、現物株の売りと買いを同時に行う場合同様、原則的にはこれを認める必要性に乏しく経済的合理性を欠くといわねばならない上、出来高という市場に関する重要な情報につき偽装を加えるものであるから、これを禁じることに差し支えはなく、むしろ必要性があるといえる。証券取引法159条1項1ないし3号の立法趣旨及び改正の沿革も上記判断にそうものである。」として、仮装取引性を肯定した。(争点2)については、被告人には「株券オプションの価格を操作する目的ではなく、その出来高を操作する目的しか有していなかったというのであるが、そうであっても出来高は重要な市場情報であって、実際の需要に基づかない架空の取引で活発な取引が行われていると他人に誤解させることによる弊害は十分に認められる。(中略)明文の規定がないにもかかわらず、価格操作の目的がなければ繁盛等目的の要件を充たさないと解すべき理由は存しない。」として、第一審判決の解釈を否定した。

上告を受けた最高裁は、その理由付けは十分には示さなかったが、第二審判決を概ね是

認し、次のように判示した⁽⁵¹⁾。即ち、(争点1)については、自己両建ての有価証券オプション取引も「オプションの付与又は取得を目的としない仮装の有価証券オプション取引」に当たると解すべきであり、同取引の結果として売建玉と買建玉が発生し、これらが後に別々に処分され得ることは、この解釈に影響を及ぼさない、と判示した。また(争点2)については、被告人が、大証の株券オプション市場全体の出来高を引き上げる意図であったとしても、現実に行われた取引は、特定の銘柄の出来高の操作に他ならず、それら取引との関係では被告人に繁盛等目的が肯定されるのであって、特定の銘柄についての価格操作ないし相場操縦の目的を伴わない場合でも仮装取引罪は成立する、と判示している。

(争点1)については、上場株券オプション取引が取引所有価証券市場で行われる場合には、仕組み上、通常、権利の付与、取得のない取引を恣意的に行う余地はなく、被告人も大証の定めた方法に沿って本件株券オプション取引をしたのだから、本件では、権利の付与、取得はなされていた、との理解が、実務家から示されている⁽⁵²⁾。学説上も、有力説は、株券オプション取引は正当であるとして、第一審判決を支持していた⁽⁵³⁾。しかし、第二審判決が示した解釈が、(その理由付けを含め)、実体を踏まえた妥当な解釈だと思われる⁽⁵⁴⁾。

(争点2)について、第一審判決は、協同飼料事件決定と同様に、仮装取引罪の成立にも誘引目的を要求したが、第二審判決はこの考えを否定した。そこで、第二審判決には、協同飼料事件決定との関係で判例違反があるとして上告がなされたが、最高裁は、協同飼料事件決定は大証事件とは事案を異にするとして、上告を棄却している。確かに、前者(協同飼料事件決定)では現物株の取引がなされ、後者(大証事件)では株券オプション取引がなされているから、証券取引の態様に着目して事案の相違を説明することは、不可能ではない⁽⁵⁵⁾。しかし、仮装取引罪に誘引目的を要求すべきでない根拠は、第二審判決が指摘するように、それが明文で要求されていないという形式的理由と、価格変動を直接伴わない仮装・馴合取引であっても出来高を操作することで市場における有価証券の流動性について一般投資家に誤解を与えることができるという実質的理由⁽⁵⁶⁾に求められるべきであろう。

④風説の流布、偽計取引(法197条1項7号、158条)

(i) 偽計、風説の意義

「偽計」とは、「他人(有価証券取引に参加する者)に錯誤を生じさせる詐欺的ないし不

公正な策略、手段」であり、「風説」とは、「合理的根拠を欠いた事実」であると解されている⁽⁵⁷⁾。この解釈では、公表された事実について、その虚偽性を認定できない場合でも、当該公表行為に合理的根拠がなければ、「風説の流布」罪の成立を肯定しうることになる。そこで、まずは、公表された事実の虚偽性を検討することが必要となる。

(ii) ライブドア事件

近時、本罪の成否、特に「偽計」の意義が争われたのは、前述のライブドア事件においてである⁽⁵⁸⁾。

即ち、ライブドアの元社長である被告人（堀江）は、財務責任者の取締役（村上）らと共謀して、ライブドア子会社のVCJ⁽⁵⁹⁾に関し、VCJ株式の株価の維持上昇を図るため、マネーライフ社⁽⁶⁰⁾との株式交換（これを通じた買収）を、平成16年10月25日及び11月9日にTDnetで公表した（事実①-1）。また、被告人は、平成16年11月12日には、平成16年12月期第3四半期の業績状況について、TDnetで公表した（事実①-2）。被告人は、ライブドアファイナンスが取得するライブドアマーケティング（=VCJ）株を高値で売却することを意図して、この公表を行ったものである。以上の行為が、株式交換に関する虚偽の事実の公表であり、偽計取引罪（ないし風説の流布罪）が成立しないかが問題となった。

偽計取引罪が成立するためには、i) 虚偽の事実の公表が、ii) 「取引のため」あるいは「相場の変動を図る目的をもつて」なされていなければならない。

i) の点につき、第一審判決⁽⁶¹⁾は、「上記公表に係る株式交換比率1対1は、マネーライフ社の企業価値を公表されたDCF法によって適正に算出し、その結果を踏まえて決定した比率ではないのであるから、同社の企業価値が客観的に4億円と評価し得るものであるか否かにかかわらず、虚偽であるといわざるを得ない⁽⁶²⁾」、あるいは、「VCJのキューズ・ネットに対する1億0500万円の売上げは架空売上げであるから、VCJの同年12月期第3四半期の業績状況に関する上記公表は虚偽ということとなる⁽⁶³⁾。」として、虚偽性を認めた。

ii) の点につき、第一審判決は、被告人には、ライブドアマーケティング（=VCJ）の「株価の維持上昇を図るためという動機・目的」があったと認定している⁽⁶⁴⁾。

第二審判決⁽⁶⁵⁾も、こうした第一審判決の認定を是認している。

(iii) 偽計（公表に係る事実の虚偽性）の判断基準

第一審判決の認定は自然なものであり、本件では偽計取引罪が成立すると思われる。

もっとも、有価証券報告書等虚偽記載罪の場合と同様の問題を指摘する余地が、ないわけではない。即ち、株式交換をしようとする企業の価値の算出方法として、複数のものが存在し、そのどれを選択するかは、当時の会計基準に従えば、経営判断の範囲内（裁量の範囲内）の処理であるならば、「公正な商慣行、会計慣行」に反しておらず、算出された株式交換比率も虚偽とは言えなくなるであろう。

[注]

- (1) 以下では、これを「証取法」と略称する。
- (2) 以下では、これを「改正法」と略称する。
- (3) 改正法を受けて、「金融商品取引法施行令」（以下では、これを「令」という）及び「金融商品取引法第6章の2の規定による課徴金に関する内閣府令」（以下では、これを「課徴金府令」という）も制定されている。
- (4) 以下では、「改正法」による改正後の金融商品取引法を「法」と略称する。
- (5) 具体的な状況については、「金融商品取引法における課徴金事例集」（証券取引等監視委員会）等を参照。
- (6) 「株券等」の範囲は、政令で定められる（法172条第1項1号を受けた令33条の5）。
- (7) 監査報酬額の具体的な内容は、課徴金府令1条（監査証明を受ける対価として公認会計士等に支払うべき金銭）、同1条の2（監査を受けるべき直前事業年度がない場合に準ずる場合には、400万円）が規定している。
- (8) 黒沼悦郎「金融商品取引法入門（第3版）」（2009年）87頁等。
- (9) 日本長期信用銀行（長銀）の代表取締役頭取、同代表取締役副頭取、同代表取締役副頭取。
- (10) 被告人らは、違法配当罪（旧商法489条3項違反）でも起訴されていた（適正な償却・引当てをすれば、旧長銀には剰余金が皆無であったのに、任意積立金を取り崩して利益配当をする趣旨の利益処分案を定時株主総会に提出して可決承認させ、これに基づき、株主に対し違法な配当をした、との理由による）。同罪の成否を巡る議論も、有価証券報告書の記載が虚偽であったか否かに依存するところ、後述する最高裁判決は、有価証券報告書虚偽記載罪の成立を否定し、違法配当罪も成立しないものと判断した。
- (11) 最判平成20年7月18日刑集62巻7号2101頁。
- (12) 岸田雅雄「旧長銀事件最高裁判決の検討」商事法務1845号28頁以下をも参照。
- (13) 旧大蔵省大臣官房金融検査部長の発出に係るもの。
- (14) 「多くの銀行では、（中略）改正後の決算経理基準によるべきものとは認識しておらず、現に（中略）大手行18行のうち14行は、長銀と同様、（中略）引当金を計上しておらず、（中略）当時において、（中略）改正後の決算経理基準は、その解釈、適用に相当の幅が生じるものであったといわざるを得ない」としている。
- (15) 本件の被告人は偽計・風説の流布罪（旧証取法197条1項7号、158条）でも起訴されたが、その点については、後述する。
- (16) 東京地判平成19年3月16日判時2002号31頁。
- (17) 法人であるライブドア、ライブドアマーケティングは、同法207条1項1号の両罰規定により訴追され、有罪とされている。
- (18) 判時2002号104頁。
- (19) 判時2002号61頁、77頁。
- (20) 東京高判平成20年7月25日。これに対しては、上告がなされている。

- (21) 会社法431条は「一般に公正妥当と認められる会計慣行に従うものとする」と、同614条は「持分会社の会計は、一般に公正妥当と認められる会計慣行に従うものとする」としており、会計慣行への考慮が、より強く要請されるに至っている。
- (22) 判時2002号105頁。
- (23) なお、第一審判決は「会計処理を僭脱する目的」を、ライブドア、同ファイナンスが投資事業組合を複雑に介在させたという外形的事実から認定したかにも読める。しかし、複雑ではあっても、投資事業組合を活用した正常な経済活動はありうる以上、そうした認定手法は（仮に、これが採られていたとしたならば）妥当でない。
- (24) 旧長銀事件では、旧大蔵省の発出に係る資産査定通達等が、従前の会計基準を排斥するほどの拘束力を有するか否かが問題となった。ライブドア事件では、新たな基準が古い基準を排斥したかは問題となっておらず、事案を異にするとも言えるが、公正な会計慣行の存否、その拘束力、これに反した行為の実質的違法性如何が問題となった点では、類似の事案である。
- (25) インサイダーが得た利得相当額又は回避した損失相当額は課徴金の対象となり、納付が命ぜられる（198条の2）。
- (26) 最判平成11年6月10日刑集53巻5号95頁。
- (27) 最高裁は、原審が「社長が各親会社の了解を得て決定した場合には、他の取締役から異論が出ることなく、会社としての意思決定とみなされる実態にあった」との事実認定を引用した上で、「社長は、日本織物加工の代表取締役として、第三者割当増資を実施するための新株発行について商法所定の決定権限のある取締役会を構成する各取締役から実質的な決定を行う権限を付与されていたものと認められる」ことを理由として、当該社長は「業務執行を決定する機関」に該当すると認定している。
- (28) 河本一郎他「決算情報に関するインサイダー取引規制の考察（下）」商事法務1859号（2009年）21頁をも参照。
- (29) 黒沼「金融商品取引法入門（第3版）」133頁をも参照。
- (30) 黒沼「金融商品取引法入門（第3版）」135頁、同「インサイダー取引規制における重要事実の定義の問題点」商事法務1687号（2004年）42頁以下をも参照。
- (31) 投資ファンドの主権者である被告人・村上が、ライブドアによるニッポン放送株の株式買い集めの決定を知って、ニッポン放送株式の取引をしたとして、訴追された事案。
- (32) 東京地判平成19年7月19日。
- (33) 同判決は、同機関は、ライブドアの（当時の）CEOであった堀江とCFOであった村上の二名によって構成されるものと判示した。これは、日本織物加工株事件最高裁判決の趣旨が、法167条2項にも適用されることを明示した、初の裁判例である（太田洋「村上ファンド事件東京地裁判決の意義と実務への影響」商法No1830（2008年）22頁）。
- (34) 日本織物加工株事件最高裁判決は、法166条2項1号の（株式の発行についての）「決定」につき、上述のような判断を示していた。村上ファンド事件第一審判決は、それと同様の解釈が、法167条2項の「決定」にも妥当することを認めた上で、更に、行為の実現可能性の程度は相当に低いもので

足りるとまで判断したのである。もっとも、同判決も「堀江及び村上は、9月15日、ライブドアが、平成17年3月まで行うニッポン放送株の5%以上の大量買集めにつき、その実現を意図して、ライブドアの業務として、調査・準備・交渉等の諸作業を行う旨決定し、その実現可能性は高かった」ことを認定している（後注39をも参照）。

(35) 東京高判平成21年2月3日。

(36) そもそも、日本織物加工株事件最高裁判決も、日本織物加工（その社長）の主導によるM&A取引と日本織物加工による第三者割当増資の検討が深められ、これが相当に具体化した時点（その実現可能性が相当に高まっていた時点）で、「決定」があったことを認定したに過ぎない。この意味において、第二審判決は、日本織物加工株事件最高裁判決の趣旨を正しく解釈した上で、当該事案に適用したと評価することができよう（前注34、並びに木目田裕＝山田将之「村上ファンド事件控訴審判決の検討―「決定」の解釈を中心に―」商法No1864（2009年）10頁をも参照）。

(37) 第一審判決は「このように解したとしても、処罰範囲が広がり過ぎることにはならない。なぜなら、前記のとおり、実現を意図してそれに向けた作業等を会社の業務として行うなど、ある程度具体的内容を持っていなければ「決定」といえないのであるから、実現可能性が限りなく低いものは「決定」の段階にまで到達し難いのである。」とも判示していた。そうすると、第一審判決が、決定に係る事実の「実現可能性〔は〕あれば足り、その高低は問題とならない」と判示したのは、事案の解決にとって不必要な一般論の提示であり、適切さを欠いていたと評価しうるのであろう（同旨、木目田＝山田・前掲「村上ファンド事件控訴審判決の検討―「決定」の解釈を中心に―」11頁）。

(38) 河本一郎他「決算情報に関するインサイダー取引規制の考察（下）」商事法務1859号22頁、木目田＝山田・前掲「村上ファンド事件控訴審判決の検討―「決定」の解釈を中心に―」12頁。

(39) なお、一般論の提示方法を除けば、第二審判決も、「決定」の対象行為、並びに「決定」の時期については、第一審判決と同様の認定をしているところである。即ち、第二審判決は、堀江元ライブドア社長および村上元取締役が「業務を決定する機関」に該当し、「決定」は、リーマン・ブラザーズへのMSCB発行による資金調達の話が出ていない時点、即ち「堀江及び村上が、ライブドアの担当者が村上ファンド側と上記の2月8日の会議を設定しようとしたことにつき承を与えた時点」においてであるとされた。そして両名が平成16年11月8日に村上被告に大量取得の方針を伝えた時点で、投資家の投資判断に影響を及ぼし得る程度に十分達した「決定の伝達」がなされた、と認定しているところである（前注34をも参照）。

(40) 木目田＝山田・前掲「村上ファンド事件控訴審判決の検討―「決定」の解釈を中心に―」12頁は、本件控訴審判決には、日本織物加工株事件最高裁判決の一般論が一人歩きすることによる実務に対する呪縛を解く意義がある、とする。この認識は、基本的には妥当なものであろう。

(41) 東京地判平成4年9月25日判時1438号151頁。

(42) 東京地裁は、結論として、被告人に対して平成4年改正前証取法190条の2第2項第3号を適用することを否定し、同条同項第4号のバスケット条項の適用を認めて、被告人を有罪とした。

(43) 最決平成6年7月20日刑集48巻5号201頁。

(44) 相場操縦を禁止する規定は、旧証取法と法（金融商品取引法）とで基本的に差異はないから、大

証事件の解釈は、法（金商法）の解釈にも妥当することになろう。

- (45) 特定の銘柄の株券オプションを一定数量付与すると同時に、同一銘柄の株券オプションを同数量取得する取引。
- (46) あらかじめ上記ダミー会社及び上記証券会社の各発注担当者が通謀し、同証券会社を介した上記ダミー会社の委託注文の発注と同時に、同証券会社の自己勘定による注文がその相手方となるように、同一銘柄の株券オプションについて同価格の発注を行うこと。
- (47) 以下では、これを「繁盛等目的」と略称する。
- (48) 大阪地判平成17年2月17日判タ1185号150頁。
- (49) これは、「仮装取引」に該当すると解されてきた。
- (50) 大阪高判平成18年10月6日判例時報1959号167頁。
- (51) 最決平成19年7月12日刑集61巻5号456頁。
- (52) 大武泰南・本件（第一審判決）判批・金融・商事判例1220号（2005年）63頁（第一審判決を支持）。
- (53) 河本一郎＝大武泰南『証券取引法読本〔第6版〕』318頁（有斐閣・2004年）は、本件事案を引いた上で、「同一銘柄、同一数量のオプションが同時に買い建てられ、売り建てられてもそのこと自体は、なんら仮装ではない。正当なオプション取引である。」と解している。
- (54) 学説でも、神崎克郎＝志谷匡史＝川口恭弘『証券取引法』949頁注5（青林書院・2006年）は、一審判決を批判し、「両建取引は市場における価格変動リスクを取らない取引であり、実質的にはオプションの付与または取得を目的としない仮装の取引と解すべきである。」との主張も有力である。こちらが、有価証券オプション取引の実態の理解として、より説得的であろう（黒沼悦郎・本件（最高裁決定）判批（金融・商事判例No.1295・2008年）4頁以下をも参照）。
- (55) 松田俊哉・本件（最高裁決定）判解・ジュリスト1350号（2008年）81頁は、このように説明する。
- (56) 芳賀良・本件（最高裁決定）判批・平成19年度重要判例解説（ジュリスト1354号）125頁、黒沼悦郎・本件判批（金融・商事判例No.1295）6頁以下をも参照。
- (57) これが、通説的見解であろう。
- (58) これも、旧証取法の規定違反が問われた事案であるが、そこでの解釈は、金融商品取引法の下でも妥当するものである。
- (59) バリュートリックジャパン。旧・ライブドアマーケティング、現・メディアイノベーション。
- (60) その100%株主はVLMA2号であり、実質的にはライブドアファイナンスである。ライブドアファイナンスの100%株主はLDである。
- (61) 東京地判平成19年3月16日判時2002号31頁。
- (62) 判時2002号86頁、更に101頁。
- (63) 判時2002号88頁。
- (64) 判時2002号100頁。
- (65) 東京高判平成20年7月25日。

平成17年および平成21年における
独占禁止法の改正について

西 田 典 之

目 次

I 平成17年改正

- 1 序論 平成17年改正までの経緯
- 2 平成17年改正前の禁止行為と制裁
- 3 平成17年改正の具体的内容

II 平成17年改正法の運用状況と影響

III 平成21年度改正の内容

- 1 平成21年改正法の成立
- 2 課徴金制度の改正
- 3 不当な取引制限等の罪に係る懲役刑の引き上げ
- 4 審判制度の見直し

I 平成17年改正

1 序論 平成17年改正までの経緯

独占禁止法における執行力強化のため、平成17年（2006年）に独禁法は大幅に改正された（施行は平成18年1月から）。しかし、それ以前に、幾つかの執行力強化のための改正または新規立法がなされている。

（1） 独禁法の改正

すなわち、まず、平成4年の独禁法改正においては、法人処罰（独禁法95条1項1号）の法定刑が、従来の1億円から5億円に引き上げられている。

（2） 官製談合防止法の制定

また、平成13年には、いわゆる官製談合防止法（入札談合等関与行為の排除及と防止に関する法律）が議員立法により成立、翌平成14年1月から施行された。官製談合防止法は、「入札談合等」を、国等が入札等により行う売買、貸借、請負その他の契約の締結に関し、当該入札に参加しようとする事業者が他の事業者と共同して落札者・落札価格を決定し、または事業者団体が当該入札に参加しようとする事業者に当該行為を行わせること等により、独禁法第3条（私的独占・不当な取引制限）または第8条第1項第1号（事業者団体による一定の取引分野における競争の実質的制限）の規定に違反する行為をいうと定義した。そして、事業者または事業者団体に入札談合等を行わせること、契約の相手方となるべき者をあらかじめ指名すること、その他、特定の者を契約の相手方となるべき者として希望する旨の意向をあらかじめ教示または示唆すること、入札または契約に関する秘密情報を、特定の者に対して教示または示唆することなどを「入札談合等関与行為」とする。

入札談合等関与行為は、発注者である国などの利益を害する。公務員がこうした行為をするのは、選挙の支援確保、予算消化、天下り先確保などを目的とするもので、官側からその摘発・防止を図る動機が少ない。そこで、公正取引委員会が、各省各庁の長等に対し、

当該入札談合等関与行為を排除するために必要な善措置を講ずべきことを求めることができるとされた。各省各庁の長等は、これを受けて、当該入札談合等関与行為による国等の損害の有無、当該入札談合等関与行為を行った職員の賠償責任の有無および国等に対する賠償額についても必要な調査を行わなければならないこと、当該入札談合等関与行為を行った職員が故意または重大な過失により国等に損害を与えたと認めるときは、当該職員に対し、速やかにその賠償を求めなければならないこと、入札談合等関与行為を行った職員に対して懲戒処分をすることができるか否かについて必要な調査を行わなければならないこととした。

本法は、さらに、平成18年に議員立法により改正され、同法8条は「職員が、その所属する国等が入札等により行う売買、貸借、請負その他の契約の締結に関し、その職務に反し、事業者その他の者に談合を唆すこと、事業者その他の者に予定価格その他の入札等に関する秘密を教示すること、またはその他の方法により、当該入札等の公正を害すべき行為を行ったときは、5年以下の懲役または250万円以下の罰金に処する」旨を規定した。これに伴い法律名も「入札談合等関与行為の排除及と防止並びに職員による入札等の公正を害すべき行為の処罰に関する法律」と改められた。この改正以前でも、たとえば、官側の職員が入札予定価格を事前に指名事業者に漏洩する等の行為は、刑法96条の3「競売妨害罪（偽計入札妨害）」（法定刑は、2年以下の懲役又は250万円以下の罰金）の共犯として処罰することは可能であったが、本改正により、この種の行為が独立した犯罪類型とされ、かつ、その法定刑が加重されることとなった。

2 平成17年改正前の禁止行為と制裁

以下では、平成17年改正前の独禁法における禁止行為とこれに対する制裁について述べておくこととする。なお、以下の違反行為については、明確な違反とまでは認められない場合の公正取引委員会による事実上の処分としての警告・注意、さらに、処分内容の公表（43条）、無過失損害賠償（25条）などがある。

①私的独占（3条前段）

独禁法2条5項によれば、私的独占とは「事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもってするかを問わず、他の事業者の事業活動を

排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を制限することをいう」と定義され、排除型私的独占、支配型私的独占とに分けられている。独禁法3条は、「事業者は、私的独占又は不当な取引制限をしてはならない」という禁止規定を置き、その違反に対しての制裁は、同法7条の規定する行政処分としての排除措置命令と同法89条、95条の規定する刑事罰であった。なお、89条1項1号は「第3条の規定に違反して私的独占又は不当な取引制限をした者」を3年以下の懲役又は500万円以下の罰金に処すると規定しているが、「した者」には法人を含まないため、95条1項1号は罰金額の連動を切り離し、法人に対しては5億円以下の罰金に処する旨の法人重課を規定している。

②不当な取引制限（3条後段）

独禁法2条6項によれば、不当な取引制限とは「事業者が、契約、協定その他何らの名義をもってするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を制限することをいう」と定義されている。具体的には、価格引き上げカルテルや入札談合などがある。これに対する制裁は、私的独占の場合と異なり排除措置命令、刑事罰の他に課徴金納付命令により課徴金が課せられるところにある。独禁法7条の2によれば、課徴金は、違反行為に係る対象商品売上高に一定の算定率を掛けて計算されるが、平成17年改正前の算定率は、大企業で6%等と定められていた。なお、この他、違約金の支払い（契約額の10%など）、発注者による不当利得や損害賠償の請求、国や地方公共団体からの公共工事発注における指名停止処分なども制裁の一種であるといっていよい。

③不公正な取引方法（19条）

独禁法2条9項によれば、不公正な取引方法とは、2条9項の1号から6号までに該当する行為であって、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会（以下、公取という）が指定するものをいう。さらに、それを具体化した不公正な取引方法につき昭和57年の公正取引委員会告示①号から⑩号がある。これを一般指定という。

（ア）一般指定の内容

（a）公取による告示のうち独禁法2条9項1号（差別的取り扱いの禁止）関係

これは、一般指定①共同の取引拒絶、②その他の取引拒絶、③差別対価、④取引条件等

の差別取り扱い、⑤事業者団体における差別的取り扱い等の不公正な方法で、一定の事業者を取引関係から排除しようとする行為類型である。

(b) 公取による告示のうち独禁法2条9項2号（不当対価の禁止）関係

これは、経済的に強い立場にある事業者が、いわゆる略奪的価格設定を行うことにより他の競争する事業者との間で不当廉売を行うことにより他の事業者を排除しようとする類型である。一般指定の⑥不当廉売、⑦不当高価購入のほか③の差別対価も含まれると解すべきであろう。

(c) 公取による告示のうち独禁法2条9項3号（不当顧客誘引の禁止）関係

一般指定の⑧ぎまんの顧客誘引、⑨不当な利益による顧客誘引、⑩抱き合わせ販売が2条9項3号を具体化したものである。⑧は不当表示を禁止するものであるが、実際には、景表法（不当景品類及び不当表示防止法）による不当表示規制や、場合によって、不正競争防止法における不当表示の禁止のほうが優先適用されている。

(d) 公取による告示のうち独禁法2条9項4号（拘束条件付き取引の禁止）関係

この類型に当たるのは、一般指定の⑪排他条件付き取引、⑫再販売価格の拘束、⑬拘束条件付き取引である。

(e) 公取による告示のうち独禁法2条9項5号（取引上の地位の不当利用の禁止）関係

2条9項5号を具体化するものが、一般指定の⑭優越的地位の濫用である。具体的には、取引上の優越的地位を利用して、不当な値引きを要求する行為、無償で労働者の派遣を要求する行為、不必要な商品の抱き合わせ購入を要求する行為、その他、下請け業者いじめといわれる行為が、これに当たる。その特別法として、下請法（下請け代金支払遅延等防止法）がある。

(f) 公取による告示のうち独禁法2条9項6号（競争者の取引妨害の禁止）関係

一般指定⑮が、これに当たる。説明省略

(g) 公取による告示のうち独禁法2条9項6号（競争者の取引妨害の禁止）関係

一般指定⑯が、これに当たる。説明省略

(イ) 不公正な取引方法に対する制裁

不公正な取引方法に対する制裁は、行政処分としての排除措置命令、および、この排除命令が確定した場合に、さらに命令違反の行為があった場合は、確定排除命令違反の罪(90条)で処罰される。法定刑は、法人および自然人の場合とも、2年以下の懲役または300

万円以下の罰金であったが、平成17年改正で法人重課が取り入れられ、法人についての両罰規定95条1項2号で法人には3億円以下の罰金を科しうることとなった。さらに、平成21年改正により不公正な取引方法のうち一定の類型が課徴金の対象とされることとなった。

3 平成17年改正の具体的内容⁽¹⁾

(1) 独禁法における執行力の強化

①課徴金の引き上げ

課徴金の算定率が、大企業につき6%→10%に引き上げられる等の改正が行われた。また、違反行為を早期に（2年未満）やめた場合は20%を減額し、繰り返し違反行為を行った場合（過去10年間）は50%加算することとされた。これにより、課徴金の性格も単なる不当利得の剥奪から行政制裁的な処分へと変化したといえよう。この他に、自治体等との契約上の違約金（10%）、不当利得の返還請求、指名停止処分などがあることは従前どおりである。また、確定排除命令違反の罪についても法人重課が導入され（95条1項2号）、法人罰金が300万円以下から3億円以下となった。

②課徴金納付命令対象範囲の見直し

不当な取引制限のうち（イ）シェアカルテル、取引先制限カルテルが課徴金の対象であることを明確化するとともに、（ロ）購入カルテル、および、支配型の私的独占（たとえば、パラマウントベット事件など）を新たに課徴金の対象とすることとした。

③除斥期間の延長

排除措置命令の除斥期間は、これまで1年であったが、課徴金納付命令ができる期間が3年であることと合わせて、違反行為がなくなってから特に必要があると認めるときは3年間に延長された。

④課徴金減免制度（leniency program）の導入

違反行為を自己申告した企業の課徴金の減額・免除措置が導入された。すなわち、立入検査前の1番目の申請者については課徴金を全額免除、2番目は50%減額、3番目および立入検査後の申請者は30%減額する、ただし、対象事業者数は合計3社に限定することとされた。この制度の導入により、違反行為の摘発が容易になるだけでなく、違反行為自体が減少することが期待されている。なお、カルテルや談合に参加した企業のうちで、自主

申告した企業以外については、なお公正取引委員会による告発によって刑事手続が開始されることがあり、その場合は、告訴不可分の原則により自主申告した企業にもなお刑事訴追の可能性は残るが、国会における法務省刑事局長の答弁において、検察においても公正取引委員会の減免措置を尊重する旨が表示されている⁽²⁾。

⑤罰金との調整

刑事罰としての罰金が科せられる場合に当該罰金額の半分の課徴金から減額するものとされた（7条の2第14項・15項および51条）。これは、二重処罰の問題を考慮した政策的妥協の産物といえよう。

（2） 犯則調査権限の導入

平成17年改正では、公正取引委員会に犯則事件（独禁法89条～91条）についての犯則調査権限が付与された（同法101条～118条）。その具体的内容として、公取の職員は、犯則事件の調査において必要があるときは、裁判官が予め発する許可状により事件関係人の営業所等に臨検・捜索又は差押えを行うことができることとなった（102条）。ただし、同法47条4項が、公取の行政調査権について「犯罪捜査のために認められるものと解釈してはならない」と規定していることから、犯則調査については専門の犯則審査部が行政審査部とは分離独立のものとして新設された（公正取引委員会の犯則事件の調査に関する規則2条）。

（3） 行政審判手続の改正

（ア） 勧告制度の廃止と事後審判制の採用

平成17年改正前においては、違反行為の排除措置命令という行政処分が行われる前に、まず排除措置の勧告し、これに同意すれば勧告審決、不同意の場合は事後審判を経て（途中での同意審決を除き）審判審決により行政処分としての排除措置命令が確定するという事前審判制度がとられ、この命令処分に不服がある場合には東京高裁に取消訴訟を提起することができることとされていた。これに対して、17年改正では事後審判制度（不服申立制度）が採用され、まず事業者に対して排除措置の内容が事前通知されたうえで、これに対する事業者側からの意見申述・証拠提出の機会が与えられたうえで、執行力を有する排除措置命令が出され、これに不服があれば東京高裁に取消訴訟を提起すべきものとされた。

その結果、排除措置命令により行政処分は行われたことになる。このため、取消訴訟確定前においても指名停止処分の対象ともなりうることとなった。

(イ) 課徴金納付命令の位置づけ

平成17年改正前においては、排除措置命令について審判が開始された場合には、課徴金納付命令は審判手続が終了しなければ課すことができなかった。さらに、この納付命令についても審判で争うことが可能であり、その場合、納付命令は一旦効力を失い、審判手続を経て審判審決で改めて課徴金納付命令を出すこととされていた。これに対して、改正後は、排除措置命令と同時期に課徴金納付命令を出すことも可能とされた。さらに、事業者が応諾せず審判手続に移行しても、納付期限以降については一定の延滞金（公定歩合＋4％）を徴収することができることになった（70条の9）。これにより課徴金の負担を先送りすることによる事業者側のメリットが無くなったといえる。

(4) 刑事手続の改正

公正取引委員会による専属告発（96条、73条）の制度は残されたが、東京高裁の専属管轄制度は廃止され、各地方裁判所に起訴できることとなった。ただし、行政訴訟については、東京高裁の専属管轄制度を維持した。これに対して、経団連等からは、一部を除いて審判制度を廃止し、排除措置命令については直接裁判所に行政訴訟を提訴できるようにするべきとの見解もある。この点は、後述する平成21年改正以後の最大の問題点となるであろう。

II 平成17年改正法の運用状況と影響

(1) リニエンシー制度の運用

公正取引委員会の年次報告によれば、課徴金減免制度の具体的な申請状況は、施行日の平成18年1月4日から同年の3月末までに26件、平成18年度は79件、平成19年度は74件であり、施行後累計で179件の申請があった。その第1号が旧首都高速道路公団の発注に係るトンネル換気設備工事にかかる入札談合であり、三菱重工が全額免除、石川島播磨重工と川崎重工が30%の減額であった。このように、課徴金減免措置制度は、事業者のコンプラ

イアンス体制のなかで重要視され、入札談合やカルテルの摘発にかなりの効果を持っていると評価することができよう⁽³⁾。

(2) 不服審査型審判制度の影響

平成17年改正後の審査手続きは、それ以前のものが、審査開始-審判開始-確定-課徴金納付命令-審判-確定という手続により、平均1年7ヶ月かかっていたものが、改正法の適用後は、平均8～9ヶ月と短縮された。また、審判事件数も、改正前は平成15年度末から平成17年度末までは130件ないし140件と高水準で推移してきたが、その後減少に転じ、平成20年度7月28日現在では56件となっている。これは、不服審査型の手続が、それまでの審判引き延ばしや指名停止逃れを抑止する効果を持つためとも考えられ、課徴金減免制度と相まって審査促進の効果をあげているものといえよう⁽⁴⁾。

Ⅲ 平成21年度改正の内容

1 平成21年改正法の成立

平成21年6月10日、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律（平成21年法律第51号5）が公布された。平成21年改正法は、公布の日から起算して1年を超えない範囲内において政令で定める日（一部の改正項目については、公布の日から起算して1月を経過した日）から施行するものとされている。

平成21年改正法によってなされた改正の内容は、以下のとおりである⁽⁵⁾。

2 課徴金制度の改正

①排除型私的独占に対する課徴金の導入

第一に、排除型私的独占に対する課徴金が導入された。

平成17年改正法は、支配型私的独占の一部を課徴金の対象としたが、排除型私的独占をも課徴金の対象とすべきか否かは、検討課題として残された。

この課題は、独禁法基本問題懇談会において検討された。そして、排除型私的独占で

あって、不当な取引制限や支配型私的独占と同様の競争制限的効果を有するものは課徴金の対象とすべきであるとの結論を得た。この方向性に基づき、平成21年改正法は、排除型私的独占（であって、供給に係るもの）を課徴金の対象としたのである。

排除型私的独占に対する課徴金の算定率は、6%である。即ち、違反行為に係る売上高等に6%を乗じた額が課徴金額となる⁽⁶⁾。

課徴金の算定期間は、違反行為の始期から終期までであるが、終期から遡って最長3年間までとされている。

なお、排除型私的独占として、違反行為とされる種類の認定は、事業者にとって困難であるとの指摘もあることから、公正取引委員会は、排除型私的独占の要件を明確化するために、平成21年改正法施行までにガイドラインを作成することとしている⁽⁷⁾。

②一部の不公正な取引方法に対する課徴金の導入

平成17年改正法の審議に際して、不公正な取引方法も課徴金の対象とすべきか否かについても検討すべきことが、国会で指摘された⁽⁸⁾。

そこで、この問題も独禁法基本問題懇談会において検討され、不公正な取引方法を、私的独占の予防的な規制とされる行為類型とその他の行為類型に分けて対応を考えるべきではないか、との方向性が示された。

この指摘を受けて、平成21年改正法は、平成17年改正法下の独禁法⁽⁹⁾ 2条9項に基づく「不公正な取引方法」の告示（「一般指定」）で挙げられている不公正な取引方法の内の5類型（共同の取引拒絶⁽¹⁰⁾、差別対価⁽¹¹⁾、不当廉売⁽¹²⁾、再販売価格の拘束⁽¹³⁾、優越的地位の濫用⁽¹⁴⁾）に限り、課徴金の対象とすることにした⁽¹⁵⁾。これは、一般指定で規定されている不公正な取引方法の中で、私的独占の予防規制として位置づけられていないもの（優越的地位の濫用）や、私的独占の予防規制として位置づけられるもののその違法性を明確にするもの（共同の取引拒絶、差別対価、不当廉売、再販売価格の拘束）に限り、新たに課徴金の対象としようとするものである。

課徴金の算定率は、優越的地位の濫用については、1%であり⁽¹⁶⁾、それ以外の4類型については、3%（製造業等との関係）、2%（小売業との関係）、1%（卸売業との関係）とされている⁽¹⁷⁾。

③主導的役割を果たした事業者に対する課徴金の割り増し

カルテル・入札談合等の不当な取引制限行為では、主導的役割を果たす者が存在することにより、当該行為の実行、継続が容易になるものと推測されている。そこで、そうした者の（違反）行為をより効果的に抑止するために、平成21年改正法は、これらの者に対する課徴金の算定率を通常の5割増しとすることにした（法7条の2第8項）。また、平成21年改正法は、他の事業者に対して違反行為をするように強要したり、違反行為を止めることを妨害した事業者には、課徴金の減免を認めないものとした（法7条の2第17項3号）。これは、そうした行為が、違反行為に対する主導的役割として典型的に想定できるものであることを踏まえた対応である。

④課徴金減免制度の拡充

（平成17年改正法による）旧法下では、課徴金減免の対象となる者は、公取委による違反行為調査の開始前と開始後とで合わせて最大3社であった。これに対して、平成21年改正法は、この数を5社（但し、調査開始後は3社）に拡大した（法7条の2第1112項）。これは、公取委による調査開始前に、公取委の下により多くの情報を提供させるための改正である。

また、平成21年改正法は、同一企業グループ内の複数の事業者による共同申請を認めることとした（法7条の2第13項⁽¹⁸⁾）。違反事業者からの公取委への申請は、違反事実の解明に資する情報を公取委に効率的に提供させるためであるが、同一企業グループ内の事業者の申請からは、実質的には同一の情報しか得られない可能性が高いことなどを考慮し、この制度が採用されたのである。

⑤事業を承継した事業者に対する排除措置命令・課徴金納付命令

平成21年改正法は、違反行為をした事業者のみならず、合併等によって違反行為に係る事業を承継した事業者に対しても排除措置を命令することができる旨を、明文化した（法7条2項）。また、合併以外の方法で違反行為に係る事業部門を承継した事業者が、所定の要件を充たす場合には、当該事業者に対して課徴金納付を命令することができる旨も、明文化した（法7条の2第25項）。いずれの改正も、違反行為をした事業者が合併等を理由として排除措置命令ないし課徴金納付命令を僥脱しようとするのを防止するためである⁽¹⁹⁾。

⑥除斥期間の延長

平成21年改正法は、独禁法違反の行為が無くなってから排除措置命令・課徴金納付命令を発することができるまでの期間（「除斥期間」）の上限を、それまでの3年間から5年間に延長した（法7条2項、7条の2第27項、20条の7）。これは、3年を超えた除斥期間の設定が国際的な潮流であること⁽²⁰⁾を踏まえ、そうした動向に合わせるための改正である⁽²¹⁾。

3 不当な取引制限等の罪に係る懲役刑の引き上げ

平成21年改正法は、不当な取引制限等の罪に係る懲役刑の上限を、従前の3年から5年に引き上げた（法89条1項）。これは、我が国における他の経済犯罪に対する懲役刑の上限には、より高いものが存在するに至っている状況⁽²²⁾、並びに諸外国の競争法においても、拘禁刑の上限がより高いものであることを踏まえた改正である。

この改正により、独禁法違反として起訴された自然人との関係では、従前と比較して、執行猶予が認められにくくなる事態が想定される。執行猶予は、被告人に対して3年以下の懲役もしくは禁錮または50万円以下の罰金が言い渡される場合にしか認められないが（刑法25条）、改正法により、被告人には、3年を超えた懲役刑の言い渡しが可能となるからである。これにより、自然人に対する独禁法上の罰則が持つ抑止力ないし威嚇力は、実質的に相当強化されたと言いうことができよう⁽²³⁾⁽²⁴⁾。

4 審判制度の見直し

平成21年改正法附則20条1項は、政府が審判制度の全面的見直しを平成21年度中に行い、その結果に基づいて所要の措置を講ずべきことを規定している。また、平成21年改正法に係る附帯決議では、この「検討の結果として、現行の審判制度を現状のまま存続することや、平成17年改正以前の事前審判制度へ戻すことのないよう、審判制度の抜本的な制度変更を行うこと」とされている⁽²⁵⁾。こうして、近い将来において、審判制度には抜本的な変更が加えられるものと思われる。現在の段階では、経済法学者のグループからは平成17年改正前の事前審判制の復活が、日本弁護士連合会および経済同友会の意見書においては事

前審判制と直接的地裁提訴の選択制が、経団連および経済産業省からは一部審判と一部地裁提訴との振り分け制が主張されている⁽²⁶⁾。このなかでは、不当な取引制限と不公正な取引方法については地裁への取消訴訟の提訴、私的独占と企業結合については事前審判制へ移行させる立場が一番有力だとされている⁽²⁷⁾。

[注]

- (1) 平成17年改正の内容については、諏訪園貞明・改正独禁法（2005年、東洋経済新報社）、ジュリスト1294号『特集・独占禁止法改正』、岩成博夫「平成17年改正独占禁止法について」刑事法ジャーナル4号39頁以下。
- (2) 前注（1）岩成44頁脚注（12）参照。
- (3) 根岸哲「課徴金減免制度とカルテル規制」公正取引696号2頁以下参照。
- (4) 根岸哲「平成17年独禁法改正法1年の評価」公正取引677号2頁以下、鈴木満「改正独禁法施行による企業行動の変化とその要因」公正取引677号10頁以下参照。
- (5) 以下の説明は、藤井宣明「平成21年改正独占禁止法の解説」商事法務1870号（2009年）4頁以下並びに公取委の発表に係る諸資料を踏まえたものである。
- (6) この算定率は、小売業との関係では2%、卸売業との関係では1%である。
- (7) 2009年6月19日から8月19日までの間、ガイドライン案に関するパブリック・コメントが募集されているところである。
- (8) 衆議院経済産業委員会及び参議院経済産業委員会の附帯決議による。
- (9) 以下ではこれを「旧法」と呼ぶ。
- (10) 一般指定第1号
- (11) 一般指定第3号
- (12) 一般指定第6号
- (13) 一般指定第12号
- (14) 一般指定第14号
- (15) 共同の取引拒絶は法2条9項1号、差別対価は同2号、不当廉売は同3号、再販売価格の拘束は同4号、優越的地位の濫用は同5号に規定されることになった。
- (16) 法20条の6（継続してなされた優越的地位の濫用だけが、課徴金の対象となる）。濫用行為を受けた事業者と違反行為者との間の取引額に、この率を乗じて、課徴金を算定する。
- (17) これら四類型との関係では、違反行為に係る売上額等に、これらの率を乗じて、課徴金を算定する。
- (18) 同一企業グループ内の事業者であって、共同申請をした者には、同一の順位が与えられる。
- (19) （平成17年改正法による）旧法下では、旧法7条の2第24項の規定を除いては、この種の僭脱防止規定は存在しなかった。
- (20) アメリカ合衆国では5年間が、またEUでは、調査開始までは5年間、措置の発令までは最長で10年間の除斥期間が認められている。
- (21) 平成21年改正法により、新たに課徴金の対象とされる排除型私的独占と不公正な取引方法についても、それらに対する課徴金納付命令の除斥期間は5年とされる。
- (22) 例えば、金商法の下では、一定の犯罪に対しては10年以下の懲役刑を科すことが可能である。
- (23) 名古屋市地下鉄入札談合事件に関する名古屋地判平成19年10月15日（判タ1284号341頁）では、被告人に対して懲役3年、執行猶予5年の判決が下された（確定）。旧法の下での自由刑の最長期間が

宣告されたということは、独禁法違反に対する社会的非難が、今日、極めて厳しいものへと変質してきていることを伺わせるものである。平成21年改正法は、こうした動向にも配慮したものだと言えよう。

- (24) なお、懲役刑の上限が5年とされたことに伴い、公訴時効も、従前の3年から5年とされることになる（法人に対する罰金刑に係る公訴時効についても、同様である。法95条4項参照）。
- (25) 衆議院経済産業委員会及び参議院経済産業委員会の附帯決議による。
- (26) 松下満雄「公正取引委員会審判制度改革の方向」NBL898号14頁以下参照。
- (27) 村上政博「2008年改正法案を中心とする独禁法の最新動向」ビジネス法務2008年6月号38頁以下参照。

執行妨害対策をめぐる法制度の現状と展望

鎮 目 征 樹

目次

目次

I はじめに

II 民法・民事執行法の改正をめぐる動向

- 1 民事執行法制定以前の不動産競売制度とその問題点
- 2 民事執行法の制定
- 3 1996（平成8）年・1998（平成10）年民事執行法改正
- 4 2003（平成15）年・改正担保執行法制
- 5 2003年改正以降の改正点
- 6 改正後の制度運用と執行妨害の実態
- 7 最近の法改正をめぐる動き——民間競売制度導入の是非をめぐる

III 刑法の改正をめぐる動向

- 1 総説
- 2 封印破棄等罪
- 3 強制執行妨害罪（96条の2）
- 4 競売等妨害罪（96条の3第1項）
- 5 加重封印等破棄罪（改正案96条の5）
- 6 改正案の特色

IV 今後の展望

I はじめに

債権や抵当権をはじめとする担保物権等の私法上の権利は、最終的に債務者の一般財産や担保物件を、所有者の意思とはかかわりなく国家の手により強制的に換価し弁済に充てる形で実現される。これが強制執行や担保権の実行としての競売等の民事執行である。しかしながら、周知の通り暴力団等の反社会的勢力がこれらの手続に介入し、一般人の競売参加を阻み、あるいは手続の進行を困難にする等の妨害を行う現象（いわゆる執行妨害）が我が国においては、古くから存在していた。

これに対処し、執行手続の円滑な遂行を保護するため、刑法は、1941（昭和16）年強制執行妨害罪（96条の2）ならびに競売等妨害罪（96条の3）を新たに設けている。また、民事執行制度についても、1979（昭和54）年の民事執行法典（昭和五十四年三月三十日法律第四号）⁽¹⁾の制定に際し、妨害を排除するために一定の配慮が施されている。さらに、その後幾度かにわたり、同法典の改正と運用の改善が行われてきた。

しかし、それにもかかわらず、執行妨害の態様は巧妙化していき、1990年代には社会問題化するに至り、2003（平成15）年には、民法および民事執行法の抜本的な改正がなされている⁽²⁾。他方、民事執行制度の刑罰的保護の強化も主張され、現在、上記両罪の改正が提案されている。

本稿は、上記の経緯について、まず、2003年に行われた民法・民事執行法の改正とその後の動向（Ⅱ）を概観する。さらに、刑法における封印等破毀罪・強制執行妨害罪・競売等妨害罪の改正をめぐる動きの概要を確認した上で（Ⅲ）、執行妨害排除のための法制度の今後について若干の検討を加えるものである（Ⅳ）。

Ⅱ 民法・民事執行法の改正をめぐる動向

1 民事執行法制定以前の不動産競売制度とその問題点

1979（昭和54）年に民事執行法が制定される以前の、旧民事執行法および競売法の下

不動産競売制度においては、差し押さえられた目的財産を売却する方法として、「競り売り」が原則として用いられていた（旧民訴法旧702条）。競り売りとは、多数人に口頭で買受けの申出をすることを促し、彼らに競争させ、最も高い価額で買受けを申し出た者に売却するという方法である。このような方法が用いられたのは、それが、不動産を最も公正でかつ高く売却できる方法であると考えられたからにほかならない。しかしながら、このような競り売りによる売却の場合、買受希望者は、期日に裁判所内の競売場に会さねばならず、それゆえに、安価な競落を目論む競売屋（反社会的勢力からなる）による一般買受希望者に対する威迫等の様々な妨害行為がなされるケースが目立った（問題①）⁽³⁾。このような妨害によって落札価格は低迷し、手続は長期化するなど、わが国の不動産競売は機能不全ともいえる状況に陥っていた。

また、不動産の現況を把握し公開する制度が不十分であり、買受希望者が現れにくいという問題点も指摘されていた（問題②）。執行抗告を濫用することも容易であり（問題③）、さらに、差し押さえられた不動産に対する物理的な損壊行為や、更地への建物の増築などの価格減少行為が執行妨害の手段として用いられることが少なくなかったにもかかわらず、債権者による権利行使を実効あるものとし、目的不動産の買受人の地位を安定化するための保全処分も未整備であった（問題④）。

2 民事執行法の制定

（1）執行妨害への対処

1979（昭和54）年に制定された民事執行法典は、上記のような諸問題に対処するための諸制度を新たに設け、執行妨害の排除を試みた。

まず、上記問題①への対応として、目的不動産の売却の方法の弾力化が図られた。すなわち旧法と同様に売却方法として「入札又は競り売り」（民執64条2項）を掲げつつも、入札の方法として、買受希望者が期日に競売場に会することを必要としない「期間入札」（民執規34条）の制度⁽⁴⁾を用いることを可能にした⁽⁵⁾。この改正により、わが国の不動産競売においては競売屋による不正の温床となりやすい競り売りではなく、もっぱら「期間入札」の方法がとられるようになった⁽⁶⁾。

また、上記問題②への対応として、いわゆる3点セット（現況調査報告書・評価書・物

件明細書)の作成・公表の義務付けがなされた。すなわち、充実した目的不動産の情報を公開することによって広く買受希望者を募るべく、執行官の権限を強化した現況調査の制度が導入され(民執57条)、不動産の権利関係・事実関係の正確な把握を可能にするとともに、不当な廉売を防止するために、不動産の適正な評価を行うことを目的とする評価制度の充実が図られ(民執58条)⁽⁷⁾、さらに、買受人が引き受けることになる担保権や用益権等の不動産の権利関係を明らかにした物件明細書の作成備え置きが義務づけられた(民執62条)。

さらに、上記問題③への対応として、執行裁判所の裁判に対する不服申立としての執行抗告(民執10条)ができる場合を限定し⁽⁸⁾、これによって、抗告の乱発による手続の遅延を防止し、執行手続の迅速化を図った。

最後に、上記問題④への対応として、一方で、債権者による権利行使の実効性を確保するため、売却のための保全処分制度を新設し、差押債権者が価値減損行為等の執行妨害に対処できるようにした。他方で、買受人の地位を安定・強化すべく、簡易な決定手続により不動産引渡しの債務名義を買受人が取得することを可能にし、不動産の占有取得を容易にする不動産引渡命令を導入し、また、買受人のための保全処分制度を新設し(民執77条)、買受人が価値減損行為等の執行妨害に対処できるようにした。

(2) 制定後の状況

以上のような民事執行法の制定によって、競売場を舞台とする競売屋による執行妨害は消滅していった⁽⁹⁾。しかしながら、これに代わって、上記問題②への対応としてなされた買い受け希望者に対する情報提供プロセスを悪用し、買い受け希望者の減少・価格の低下を図る占有型の執行妨害(占有屋)が出現することになった。「情報提供プロセスの悪用」は、抵当物件である土地や建物を不法に、あるいは賃借権等の法的権限の存在を主張して占拠するという形態でなされる。占有屋の存在が現況調査報告書に記載・公表され、買受希望者の目に触れることになれば、彼らはトラブルの発生を嫌い、入札には参加しない。これによって占有屋は、安価に物件を取得し転売することによって利益を上げ、あるいは、不当な立退料を要求するわけである⁽¹⁰⁾。

民事執行法は妨害排除の手段として売却のための保全処分・買受人のための保全処分を導入したが、これらはその相手方として債務者以外の第三者を対象外としていたため、こ

のような占有型執行妨害への対抗手段としては限界があった⁽¹¹⁾。また、買受人のための不動産引渡命令の制度については、債務者との関係上権原なく物件を占有している者に命令の対象が限定されていた。それゆえに、占有屋は賃貸借のような適法な占有権原を創出・仮装することにより、買受希望者に対するディスインセンティブを与えることができたのである。

このような状況下においても、執行実務は、適法な占有権原として主張されることの多かった短期賃貸借⁽¹²⁾（平成15年改正前の民法395条）について、執行妨害目的に基づく濫用的なものは、権原により占有する者に当たらないとして不動産引渡命令を発令する等の実務的な対処を行った⁽¹³⁾。しかしながら占有屋を徹底的に排除するには至らなかったとされている。

3 1996（平成8）年・1998（平成10）年民事執行法改正

（1） 総説

民事執行法は、1996（平成8）年・1998（平成10）年の2回にわたり改正され、これにより、執行妨害対策の強化が図られた。以下では、その改正の主要な点につき、その内容を確認する。

（2） 1996（平成8年）年改正における主要な改正点

1996年改正における重要な改正点は、占有型執行妨害に対処するための保全処分の強化である⁽¹⁴⁾。2（1）で述べたように、民事執行法が導入した売却のための保全処分（民執55条）と買受人による保全処分（民執77条）は、法文上、その相手方を債務者または所有者（担保権実行の場合）に限定しており、占有屋など反社会的勢力からなる第三者による占有に対しては、必ずしも実効的な手段とはいえなかった⁽¹⁵⁾。そこで、平成8年改正法は、保全処分をより実効性のあるものとすべく、売却のための保全処分および買受人のための保全処分の相手方の範囲を「債務者又は不動産の占有者」とし、明文上、債務者・所有者以外の第三者にまで拡張したのである。

また、買受人への不動産引渡命令（民執83条）の対象について、従前の規定は、債務者との関係で適法な占有権限を有する者をその対象外としていたが、改正法はたとえ、占有

者に債務者に対抗できる占有権原があったとしても、それが買受人に対抗できないものである限りは、引渡命令の対象となるとした。これにより、引渡命令の実効性が強化され、実際にも申立て件数が増加している。

ただし、短期賃貸借契約は、債権者のみならず買受人に対しても対抗しうる占有権原であったため、これをこれが濫用された場合（濫用的短期賃貸借）をどうするかという点については立法的な解決にまでは至らなかった。

また、不動産競売開始決定前の保全処分（民執187条の2）も新設され、これにより競売開始決定前であっても妨害行為への対処が可能になった。

（3） 1998年改正における主要な改正点

1998年の改正においては、執行手続を遅延する目的で濫用されることの多かった執行抗告について、これを原審限りで却下できる事由として、「執行抗告が民事執行の手続を不当に遅延させることを目的としてなされたものであるとき」を付加し（民執10条5項4号）、これによって手続のさらなる迅速化が図られた。また、買受申出をした差押え債権者のための保全処分の制度（民執68条の2）⁽¹⁶⁾が新設されている⁽¹⁷⁾。さらに、現況調査に際しての執行官の権限および不動産の評価に除しての評価人の権限の強化がなされた。

（4） その後の動向

以上のような民事執行法の改正と実務的な運用の強化に加え、警察による競売等妨害罪（刑96条の3）による積極的な検挙がなされた結果、露骨な態様の占有型執行妨害は減少していった。しかしながら、これに代わって、たとえば、一見普通の一家や日本語のわからない外国人に占有させる等の外形的には妨害的意図が判然としない態様、あるいは、占有者を次々に入れ替える等、民事執行法上の保全処分の相手方を定めにくい態様（占有不明状況作出型）の執行妨害が増加するようになったとされている⁽¹⁸⁾。

4 2003（平成15）年・改正担保執行法制

（1） 改正に至る経緯

3（4）に述べたように、数度にわたる法改正を経てもなお、反社会的勢力による執行妨

害はその態様をより巧妙なものに変化させることによって存続した。他方、バブル崩壊後の不況において不良債権問題が深刻化する中、不良債権の回収を進めるため、抵当権実行に対する妨害を排除し、不動産の競売を促進し、明渡しを簡易・迅速化する社会的要請・機運が高まっていった⁽¹⁹⁾。

2001（平成13）年5月29日、法務大臣の諮問を受けた法制審議会は、担保・執行法制部会を設置し、その答申を受けて、2003（平成15）年3月14日、執行妨害対策の徹底をその主たる目的の一つとする、「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律案」が、第156回国会に提出された。同法案は、2003年7月26日に可決・成立し、同年公布された。

2003年改正においては、以下にみるように、民法における抵当権その他の担保物件の規定に関わる担保法制および民事執行法における不動産競売その他の民事執行手続に関わる執行法制の両面から、重要な改正がなされている⁽²⁰⁾。以下では、執行妨害排除に関わる点につき、その概要を確認しておく。

（２） 担保法制（民法）に関する主な改正点

まずは、抵当権を中心とする担保法制の改正点について概観する。

① 滌除制度の見直し（抵当権消滅請求制度の新設）

2003（平成15年）改正前の民法旧378条以下に置かれていた滌除制度は、抵当不動産の第三取得者の請求によって、抵当権を消滅させることを認めるものであり、その要件は、(ア)第三取者が抵当権者に対して指定金額を提示し、(イ)抵当権者の承諾を得る、というものであった。

しかしながら、旧法下におけるこの制度は、抵当権者に対して、抵当権を実行する前に予め抵当不動産の第三取得者（滌除権者）にその旨を通知する義務を課した上で（抵当権実行通知義務、民旧381条および旧387条）、抵当権者が滌除申出人からの提示金額を不服として滌除の申出を拒絶する場合には、提示金額の1割増し以上の額での競売を請求せねばならず（増価競売、民旧384条2項）、さらに、この増加金額での買受人が出現しないときには、抵当権者自ら増価金額で当該不動産を買い受けなければならないという重い義務（増価買受義務）を課していた。また、抵当権者が増価競売を請求する際には、増価金額を保証金として提供することも義務付けられていた。

このような滌除を拒絶する場合に抵当権者に生ずる負担の大きさは、これを嫌う抵当権者の心理につけ込む形で、反社会的勢力による執行妨害の手段として利用される場合があったと指摘されている。たとえば、抵当不動産の所有者と共謀し、不動産の第三取得者となって所有権移転登記を経由し、抵当権者に対して滌除権行使をちらつかせ、抵当権者から所有権移転登記の抹消と引き替えに金銭の支払いを要求するなどの態様で妨害がなされたようである。

改正法は、滌除制度の名称を、「抵当権消滅請求制度」に変更するとともに、その内容の合理化を図ることとし、抵当権者にとって重い負担となっていた抵当権実行通知義務および増価競売制度を廃止した。

② 土地と建物の一括競売

抵当権は、目的不動産の附加一体物に及ぶが、土地に設定された抵当権の効力は、土地上の建物には及ばない（民370条）。もっとも、土地に対して抵当権が設定された後に、当該土地上に建物が築造されることはよくあることである。この場合に、当該土地上の建物に抵当権が及ばないのであれば、抵当権の実行による競売で買受人となった者は、土地所有権に基づく妨害排除請求として建物収去土地明渡訴訟を提起しなければならなくなりそうであるが、その負担ゆえに予想される買受希望者の減少・入札価格の低下を考慮に入れると、このような制度は合理的とはいえない。

そこで、改正前の民法旧389条は、その場合、土地と建物を一括して競売にかけることを認めていた。これによって、建物について優先弁済権がなくとも、売却価額を高く保つことが可能となると考えられたのである。

しかし、この土地建物の一括競売は、あくまで「抵当権設定者が建物を築造した」場合であることが要件とされており、抵当権設定者以外の第三者により築造された建物についてはこれを認めていなかった。それゆえ、土地の買受人は、原則に立ち返り、土地買受後に建物収去土地明渡請求をする必要があるわけであるが、この負担が買受希望者の限定・売却価額の低下を招くことがあった。また、買受希望者の減少を狙い、バラック、さらにガレージや倉庫などを土地の余剩敷地に建てるなど、いわゆる「件外建物」が、執行妨害の手段とされることもあった。

そこで、改正法は、建物築造者が誰であるのかを問わず、抵当権設定者以外の者が当該建物を築造した場合であっても、一括競売権を行使することができるようこれを改めてい

る⁽²¹⁾。

③ 短期賃貸借制度の廃止（明渡猶予期間の新設）

民法旧395条に置かれていた短期賃貸借制度は、周知の通り、不動産の売却に際し抵当権設定後に設定された賃貸借契約を保護するとともに、保護の対象となる賃借権を短期のものに限定することによって、賃借人の地位と抵当権者の利益とのバランスをとるという合理的な目的に基づく制度であった。しかしながら、たとえば、暴力団のフロント企業関係者に占有させる・賃金を支払って無関係の第三者に物件を占有させる・事情を知らない第三者に占有させる等して買受人を減少させ売却価額を引き下げるといった態様の占有型執行妨害に際し、短期賃貸借が適法な占有権原の裏付けとして援用され、執行妨害の手段として悪用された（濫用的短期賃貸借）。

これに対して、執行実務においては、実体のない専ら執行妨害目的でなされた短期賃貸借の登記を抵当権実行時に抹消するという対策がとられ、上述のように、1996（平成8）年の民事訴訟法改正は、保全処分の相手方を「不動産の占有者」にまで拡張している。さらに、判例は、抵当権に基づく妨害排除請求を認める判例変更を行った（最大判平成11年11月24日民集53巻8号1899頁）。

これらの努力により、濫用的短期賃貸借の問題はかなりの程度改善されていたようであるが⁽²²⁾、2003（平成15）年の改正においては、問題が多かった短期賃貸借の制度が、ついに廃止されるに至った。そして、抵当不動産の賃借人の地位保護については、短期賃貸借に代えて、明渡猶予期間の制度（民法新395条）が新設された。これは、抵当不動産の賃借人が、競売による売却の時から6ヶ月間は買受人に対して建物を明け渡さなくてよいとする制度であり、短期賃貸借のように買受人に対抗しうる適法な占有権原を認めるものではない。この改正によって、短期賃貸借制度を悪用した占有型の執行妨害は、姿を消すことになったわけである。

（3） 執行法制（民事執行法）に関する主な改正点

次に、民事執行法における主要な改正点を概観する。

① 保全処分の強化

2（1）で述べたように、1979（昭和54年）に制定された民事執行法は、売却のための保全処分（民執55条）の規定を設け、債務者らによる価格減少行為に対し、執行裁判所が、

差押債権者の申出によって買受人らによる代金納付までの間、保全処分（価格減少行為の禁止、執行官による保管、占有移転禁止等）を命ずることができるとする対抗手段を用意したわけである。

この保全処分は、平成8年、10年になされた民事執行法の改正（3参照）によって、その相手方が不動産の占有者にまで拡張され、また、買受けの申出をした差押え債権者のための保全処分（民執68条の2）が新設されるなど強化され、妨害的占有を排除するための手段として活用された。

しかしながら、このような保全処分の積極的活用に加え警察当局による競売等妨害罪（刑96条の3）の適用強化もあって、占有型執行妨害の態様は、従来のような露骨なものから、例えば、言葉の通じない外国人に占有させるなど、妨害意図が判然としないものや、占有者を次々に入れ替えその特定を困難にするもの等へと変容を遂げていった。

このようないわゆる占有不明状況作出型の妨害態様の場合、そもそも、それが価格減少行為に該当するののはっきりせず、また、占有者を入れ替える方法の場合、保全処分の相手方を定めにくいという意味で、保全処分を用いた妨害排除に困難を生ずる。

そこで、2003年の改正法は、第1に、従来、その対象となる行為を「著しい」価格減少行為に限定していた民事執行法上の保全処分を、単純に価格減少行為があれば発令可能であるように改め（民執55条1項）た⁽²³⁾。これは保全処分を妨害の意図が判然としない巧妙な執行妨害にも適用可能なものとし、これにより、保全処分の積極的な申立てを利用者に促すことを狙ったものである。

また、第2に、民事執行法が命令できる保全処分の種類の一つとして規定する執行官保管命令（改正前の民執55条項）の発令要件も緩和された。執行官保管命令は、当該不動産の占有を奪うものであり、占有者に与えるダメージは大きい。それゆえ、改正前の規定は価格減少行為の禁止命令等の他の保全処分に違反した場合か価格減少行為の禁止命令では不動産の価格の著しい減少を防止することができないと認めるべき場合に、発令を制限していた。改正法は、執行官保管命令を直ちに発令できるように改め、価格減少行為に違反した者が次から次へと入れ替わってしまうタイプの執行妨害にも適用可能なものにした（民執55条1項2号）。

さらに、第3に、相手方を特定しないで発する保全処分（民執55条の2）も新設された⁽²⁴⁾。これにより、保全処分の発令時に占有者を特定しなくても、執行時（執行官が占有

を解く際)に特定すればよいという意味で要件の緩和がなされた。これも、次々に占有者を入れ替えるタイプの執行妨害が行われている場合に現在の占有者を特定することが困難であり、かつ、特定しても執行に至るまでに占有者が入れ替わるような自体がありうることを考慮したものである。ただし、民事執行法上の保全処分のその後の運用状況をみると、相手方を特定しないでする保全処分はあまり利用されていないとのデータがあるようである⁽²⁵⁾。

そして、第4に、買受人への引渡命令の申立てとの関係で、当事者恒定効(民執83条の2)を有する新しい占有移転禁止の保全処分(民執55条1項3号・77条1項3号)が導入された。改正前の規定においては「売却のための保全処分」及び「買受人のための保全処分」について、占有移転の禁止を内容とする保全処分を命ずる場合、処分の効果はあくまで申立人とその相手方との関係にしか及ばなかった。そのため、買受人は、保全処分の執行後に占有移転禁止処分の効果が及ばない占有者が入ってくる場合、自らのリスクで引渡命令の申立てをしなければならなかった。これに対し、改正法は、占有移転禁止命令の執行がなされ、その後、買受人の申立てにより引渡命令が発せられたときは、買受人は、この引渡命令に基づいて、占有移転禁止の保全処分がなされたことを知って不動産を占有した者や、善意の占有承継人に対しても、引渡命令の執行力を及ぼすことが可能とした(民執83条の2第1項)。これも、占有者を入れ替えて行う執行妨害への対応の一環である。

② 競売不動産の内覧制度の新設

通常不動産の売買においては、買受希望者に予め不動産の内部を見せる機会(内覧)を設け、物件を見てから購入するかどうかを決めるのが通常であるが、2003年改正前の不動産競売においては、買受希望者が競売不動産の内部を見ることが認められていなかった。それゆえ、このことが不動産の売却を困難にし、売却価額の低迷をもたらしているとの批判が指摘されていた。

そこで、2003年の改正においては買受希望者に対する情報提供のあり方として、通常不動産取引において行われている方法を不動産執行にも導入すべく、競売不動産の内覧制度が新設された。この内覧は、差押債権者の申立てがあるときに買受希望者を競売不動産に立ち入らせて見学させる手続を執行官が実施するものであるが、内覧を実施する執行官は、その際、占有者の意思に反しても、自ら不動産に立ち入り、内覧参加者を不動産に立ち入らせることができるとされている(民執64条の2第5項)。そして、占有者が正当な理由

なく立入りを拒否・妨害した場合には、30万円以下の罰金に処す旨の罰則が置かれ、その実効性が担保されている⁽²⁶⁾（民執205条の2）。

しかしながら、この内覧制度については、買受希望者が一堂に会するため、買受希望者に対する威圧や談合が行われるおそれが当初より指摘されている⁽²⁷⁾。

なお、その後の運用状況を見ると、この制度はほとんど利用されていないというのが実態のようである⁽²⁸⁾。

③ 不動産明渡執行の強化

不動産の明渡しのため強制執行（民執168条）についても、不動産の占有者を次々に入れ替える態様の執行妨害に対処する必要性が指摘されており、改正法においては、(ア)相手方を特定しない占有移転禁止の仮処分・承継執行文の付与（民保25条の2、民執27条3項）、(イ)明渡しの催告制度の法定（民執168条の2）、(ウ)執行官への調査権限の付与（民執168条2項）および陳述拒否・文書提示拒否等に対する罰則の新設（民執205条1項3号）、(エ)目的外不動産の売却についての要件・手続の整備（民執168条5項）等がなされたている。

④ 民事執行法上の罰則の強化

2003年改正法においては、執行妨害対策の一環として、民事執行法上の罰則の強化もなされている。改正法は、公示書等損壊罪（民執204条）、陳述等拒絶罪（民執205条1項）を新設した。また、過料に処すべき場合の規定も整備されている（民執206条）。

以下では、これら新設された罰則規定の概要を確認する。

(ア) 公示書等損壊罪

本罪は、不動産に関する各種の保全処分（売却のための保全処分、買受けの申出をした差押債権者のための保全処分、等）や明渡し催告に際して、執行官が公示のために施した公示書その他の標識（刑法第96条に規定する封印及び差押えの表示を除く。）を損壊した場合に成立する（法定刑は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金）。

ただし、各種の保全処分に関していえば、あらゆる保全処分の公示書が本罪による保護の対象とされているわけではない。各種保全処分において命令できる保全処分の種類としては、①価格減少行為の禁止または一定の行為の命令（民執55条1項1号等）、②執行官保管命令（同2号等）、③占有移転禁止・公示保全処分（同3号等）の3つが存在するが、本罪において保護の対象となる公示書等は、「第一号に係

る部分に限る。」と規定され、当該価格減少行為をする者に対し、価格減少行為の禁止または一定の行為の命令を内容とする保全処分（①）の公示に限定されている。要するに、執行官保管命令（②）や占有移転禁止の公示（③）はその対象となっていないわけである。

その理由に関して、②・③の保全処分については、刑法96条（封印等破棄罪）が適用されるからであるとの説明がなされる。封印等破棄罪における「差押え」については、公務員がその職務上保全すべき物を自己の占有に移す強制処分をいう（大判大正11・5・6刑集1巻261頁）とされており、執行官保管命令（②）はこれに該当するというのが一般的な理解である。しかし、占有移転禁止の保全処分③については、占有者に当該不動産の使用を許す形態の命令が認められている（民執55条1項3号口等）。これと封印等破棄罪における「差押え」および「封印」との関係をどのように理解するかについては議論の余地があるだろう。

なお、公示保全処分とは、不動産の所在場所に当該保全処分の内容を公示書等により、執行官に公示させることを内容とする保全処分であり、その方法は、滅失または破損しにくい方法により標識を掲示してなされなければならないとされている（民執規27条の2）。そこで、本罪にいう「損壊」に該当するのは、例えば、マンションの壁に貼られた公示書を破棄し、あるいは剥離するような行為がその典型であろうが、刑法上の封印等破棄罪と比較すると、その構成要件該当行為は、限定されている。すなわち、「損壊し、又はその他の方法で無効にした」（刑96条）の如き、包括的な規定がなされていない。この点につき生ずる疑問は、刑法上の器物損壊罪（刑261条）が存在するにもかかわらず本罪を新たに設ける実益である。本罪と器物損壊罪は、いずれもその構成要件該当行為を「損壊」としており、261条にいう「他人の物」には、本罪にいう公示書その他の標識も含まれるものと思われる。懲役刑の上限が器物損壊罪より軽く、罰金の上限がより重い本罪を設けた意義についてはなお検討の余地がある。

なお、Ⅲ2（2）において述べる封印等破毀罪の改正案は、保護対象を「表示」そのものに限定せず、「その他の方法により、表示に係る命令または処分を無効にする」行為をも処罰対象とし、これにより表示が消失した後に、対象財産の差押えによって実現すべき効果を減殺する行為を広く処罰対象とすることを提案している。

そこで、民事執行法上の公示書損壊罪においても、「公示」の効果、すなわち、価格減少行為の禁止を処罰対象とする立法も考えられるところであるが、このような執行妨害目的での価格減少行為は、刑法改正案において新たにこれを処罰対象とする規定を新設することが提案されており（改正案96条の2第2項）、仮に封印破棄罪の改正と併せて本罪のあり方を再考するとすれば、この点も問題となろう。

(イ) **陳述等拒絶罪**

本罪は、売却基準価額の決定に際して、執行裁判所の審尋期日に正当な理由なく出頭せず、あるいは陳述拒否・虚偽陳述を行った場合（1項1号）、現況調査や明渡執行を行う執行官の質問・文書提出要求に対して、正当な理由無く陳述・文書提示を拒み、虚偽の陳述や虚偽記載文書の提出をした場合（1項2号）に成立する（法定刑は6月以下の懲役又は50万円以下の罰金）。さらに、内覧の際の執行官による立入りを妨げる行為についても、罰則が新設された（2項、法定刑は30万円以下の罰金）。

(ウ) **過料に処すべき場合**

2003年改正法は、執行債権者が、強制執行の対象となる債務者の財産を特定することを容易にするために、債務者にその財産の開示を命ずる財産開示手続（民執196以下）を導入した。これとの関係で、開示手続の強制力を制裁によって担保するために過料に処すべき場合が新たに規定された。すなわち、改正法の下で、30万円以下の過料に処する旨定められているのは、開示義務者が、正当な理由なく、執行裁判所の呼出しを受けた財産開示期日に出頭せず、又は当該財産開示期日において宣誓を拒んだとき（民執206条1項1号）、財産開示期日において宣誓した開示義務者が、正当な理由なく法所定の陳述すべき事項について陳述をせず、又は虚偽の陳述をしたとき（同1項2号）である。他方、開始手続の濫用により債務者のプライバシーが害されることを防止するという配慮から、財産開示事件に関する情報の目的外利用が禁じられ（民執202条）、これに違反して、同条の情報を同条に規定する目的以外の目的のために利用し、又は提供した場合についても過料に処す旨が定められている（民執206条2項）。

5 2003年改正以降の改正点

(1) 民事執行法2004（平成16）年改正：最低売却価額制度の見直し

改正前の民事執行法においては、競売の際、評価人が行った評価に基づき執行裁判所が最低売却価額を定め、これを下回る価額での買受け申出を認めていなかった（旧民執60条）。最低売却価額の制度は、不当な廉価での売却を認めないことによって、執行妨害による目的不動産の安価での競落を抑制するという重要な機能をもつ。しかし、売却を実施しても買受の申出がなかった場合、執行裁判所は、評価書の記載を参考にして、最低売却価額を変更することができることとされており（民執規旧51条の2）、実際、この変更された売却価額で落札に至るケースも多い。それゆえ、むしろ最初から売却価額を弾力化した方が、執行費用の負担も少なく、不動産執行がより効率化されるのではないかとの批判（最低売却価額制度廃止論）もあった。

この点は、2003年改正の際も、法制審議会で議論されたが、その当時は廃止反対論が強く、議論は先送りとなっていた。しかし、2004年改正においては、最低売却価額制度に代わり、これをより弾力化した、「売却基準価額」の制度が新設された⁽²⁹⁾。これは、従前と同じように評価額から「売却基準価額」を決定するものの、さらに、この「売却基準価額」を基に「買受可能価額」を定め、入札にあたっては、この「買受可能価額」以上の価額の入札を求めるものである。「買受可能価額」は、「売却基準価額」を2割下回る価額とされているため、これまでの「最低売却価額」より2割低い価額で入札に参加できることが可能になった。

(2) 不動産登記法2005（平成17）年改正：予告登記制度の廃止

改正前の不動産登記法において存在した予告登記とは、登記原因の無効又は取消しによる登記の抹消又は回復の訴えの提起があった場合において、新たに取引に入ろうとする第三者を保護するため、裁判所の嘱託によりなされる登記である。すなわち、第三者が当該不動産をめぐる紛争の存在を知らないままこれを買ってしまい損害を被ることのないよう裁判所が注意を喚起するための制度であった。しかしながら、当然、予告登記がなされている不動産には買い手が現れなくなるため、不動産の所有者と第三者が馴れ合いの訴訟をすることによって裁判所に予告登記の嘱託をなさしめる等の形で執行妨害をなす事案が現

れていたようである。

2005年に改正された不動産登記法では、批判の多いこの制度を廃止している⁽³⁰⁾。

6 改正後の制度運用と執行妨害の実態

(1) 制度運用の実態

幾たびの改正を経た結果、現在では、不動産執行における競売物件売却率は大きく上昇し、処理期間も短縮たようである。景気変動など社会経済情勢の変化も影響していることは否定できないであろうが、たとえば、改正後の東京地裁における不動産執行事件の売却率をみると、平成16年が86.9%、17年が93.6%、18年が96.7%、19年が97.7%となっており、きわめて高い水準が維持されている⁽³¹⁾。他方、売却を経て配当完結に至る処理期間についても、以前と比較して短縮されており、特別の事情のない限りは、概ね、申立てから6ないし8ヶ月程度の期間で売却に付すことができ、初回の期間入札において売却できれば、申立てから10ヶ月ないし1年程度の期間で配当完結にまで至っているとの指摘がなされている⁽³²⁾。執行妨害も減少しているとの指摘もあり、我が国における不動産執行は、機能不全に陥っていた往事と比べ、順調に処理されていると評価することができるだろう。

(2) 執行妨害の実態

他方で、減少はしたものの、反社会的勢力が関与するタイプの執行妨害はなお残存しているようである。執行妨害の態持として目につくのは、従来の占有屋のように単純に競売を妨害するのではなく、競売等妨害罪などに該当しない程度の態様で、反社会的勢力が競争相手を排除し、下落させた売却価額での競落を目論むタイプの執行妨害である。たとえば、物件建物に黒塗りの乗用車で乗りつけ暴力団の関与を暗に示唆するなど、競売に暴力団等が関与していると匂わせる等の行為により、一般参加者の参加を事実上排除して、事実上反社会的勢力しか入札しない状況を作り出し、実勢よりも下落した価格で自ら落札し、転売による差額利益を得る等の態様が存在することが指摘されている⁽³³⁾。また、留置権を利用した執行妨害態様がなど問題として残されているとの指摘もある⁽³⁴⁾。

このような態様の執行妨害に対してどのように対処するべきかという問題は、今後の実務上・立法上の課題としてなお残るといえよう。ただし、以前のような反社会的勢力跳梁

跋扈という状況はもはやなくなったということは確かなようである。

7 最近の法改正をめぐる動き－民間競売制度導入の是非をめぐる

(1) 背景事情

最後に、執行法制をめぐる最近の立法動向である、「民間競売制度」導入の是非をめぐる議論を概観する。

2004（平成16）年12月、内閣府に設置された規制改革・民間開放推進会議は、その第一次答申において、現在の不動産競売制度は、「競売手続は、実体法上の権利の実現のための必須の執行手続の1つであり、我が国では、専ら裁判所によって実施されているが、米国では、裁判所による司法制度に加え、民間競売制度が広く定着し、司法競売に比して安価で迅速な手続きであると評価されている。したがって、我が国においても、米国その他の諸外国における民間競売制度についての調査及び我が国の競売制度の改善策として取り入れるべき点がないかについての検討に着手すべきである。」との提言を行った。

そして、翌2005（平成17）年3月25日、当時の小泉内閣は、「我が国においても、米国その他の諸外国における民間競売制度についての調査及び我が国の競売制度の改善策として取り入れるべき点がないかについての検討に着手する。」とする「規制改革・民間開放推進3か年計画（改定）」を閣議決定している。

(2) 法務省民事局・競売制度研究会における検討

これを受けて、法務省民事局は、2005年（平成17）年12月7日、「競売制度研究会」を発足させ、同研究会において、諸外国の競売制度を調査するとともに、不動産の担保権の実行手続の分野において、我が国の競売制度の改善策として取り入れるべき点がないか等についての検討を開始した。同研究会においては、まず、我が国の不動産競売制度の現状を確認するとともに、アメリカ、イギリス、フランス及びドイツにおける不動産担保権の実行としての競売制度についての調査が行われ、さらに、我が国の競売制度の改善策案について実務家等に対するヒアリングを実施するとともに議論がなされ、我が国の競売制度の改善策として取り入れるべき点がないか、取り入れるべき点があるとするればどのような内容が考えられるかについて、関係機関との緊密な連携の下に検討がなされた。

その結果、2008（平成20）年3月、私的実行をすることができる旨の特約をした抵当権について、抵当権者は、その実行方法として、現行の裁判所による競売と、非司法競売（民間競売）とを選択して利用することができる点で共通するが、非司法競売の制度内容については異なる4つの制度案を、その報告書において提示した。

もっとも、同研究会において比較的支持する意見が多かったのは、「現在の司法競売制度は、権利実現手続として精緻かつ適正なものであり、法実現のための国家制度として高く評価することができる。所要期間、売却率、売却価額の面においても、バブル崩壊後の一時期に見られたような混乱は、法改正を含む諸種の改善努力の成果によりすでに克服されており、今後の経済情勢の変動等を考慮に入れても、再び繰り返されることは想定しにくい。」ゆえに「現段階において我が国に非司法競売手続を導入すべき立法事実は決して高くない」と前置きした上で、抵当権実行としての不動産競売よりも、さらに簡素な担保不動産換価手続があればよいと思われる事例があるとすれば、それは、抵当権者の納得できる適正金額による購入希望者がおり、所有者がそれに同意しているにもかかわらず、後順位抵当権者の不合理な抵抗によって任意売却が実現させられずに競売申立に至るいわゆる「任意売却崩れ」のケースであり、これについては現行制度よりもさらに簡易な換価手続を置くことが考えられるとして、このようなケースを念頭に抵当権の簡易実行手続を提案する案であった。

（3） 与党・司法制度調査会における検討

民間競売の導入については、当時の与党であった自由民主党の司法制度調査会「明るい競売プロジェクトチーム」においても検討がなされていたが、2008（平成20）年5月、同プロジェクトチームは、競売に至る前の不動産の任意売却で、関係者全員の合意がなくても抵当権を抹消できる制度を創設することで一致した。これは、不動産所有者の合意を得て先順位の抵当権者が裁判所に抵当権の抹消請求をすれば、一定期間内に後順位の抵当権者が売却先を見つけるか、競売を実施しなければ抵当権を抹消できるとする制度の導入を目指すものである。

2009年（平成21）年2月18日、同党司法制度調査会において、「不動産の任意売却を促進するための担保権等の消滅に関する法律案」（不動産売却促進法案）が示され、全会一致で、立法手続を進めるべしとの結論に至っている。

(4) 民間競売制度をめぐる動向についてのまとめ

規制改革推進会議が念頭においていた「民間競売」の制度は、裁判所が関与しない不動産オークションによる売却を認める、現行法で要求されている3点セットを簡略化し手続のより迅速化を図る等、よりドラスティックな変革の可能性を考えていたようであるが、これに対しては、これまでの法改正・実務上の運用改善によって沈静化した執行妨害に、新たな温床を与えることにならないかという懸念も諸方面から示されていた⁽³⁵⁾。

しかし、法務省民事局の競売制度研究会を経て、当時の与党プロジェクトチームが策定した法案は、それよりもきわめて限定的であり「民間競売」を認めるというほどのものではなくなっていた。現状としては、現在の民事執行制度を大きく変更するような「民間競売」導入論は鎮静化しているという⁽³⁶⁾。

Ⅲ 刑法の改正をめぐる動向

1 総説

担保・執行法制が大きく変革する中、民事執行制度の刑法的保護の強化も要請され、刑法上の封印等破棄罪、強制執行妨害罪および競売妨害罪の改正が提案されていた⁽³⁷⁾。この改正案は数度にわたり国会に提出されたものの可決成立することはなく、近時の政治状況の大きな変化もあって、その行方は現在のところ若干不透明な状況にあるが、これまでの議論の確認の意味で、その内容を概観しておきたい。

2 封印等破棄罪

(1) 総説

封印等破棄罪は、公務員が施した封印若しくは差押えの表示を損壊し、又はその他の方法で無効にした場合に成立する。法定刑は2年以下の懲役または20万円以下の罰金である。

本罪の保護法益は、封印又は差押えの表示により示された公務員による命令・処分作用・効力である。ただし、現行法は、これらを阻害するあらゆる行為を処罰の対象とする

わけではなく、「表示」に対する加害の限度で処罰を肯定している点に特色がある。

(2) 客体

① 現行法

本罪の客体は、「公務員が施した封印若しくは差押えの表示」である。

「封印」とは、主として動産につき、現状の変更を禁止する処分として、権限ある公務員により、その外部に施された封緘等の物的設備をいう。通常は押印されたものであり、民事執行法が定める手続のうち、動産の差押において、執行官に保管させるのではなく債務者、債権者または第三者に保管させる場合（民執123条3号）は、差押物について封印その他の方法で差押えの表示をすると定められているから、これに該当することになる。

「差押え」とは、公務員が、その職務上保全すべき物を自己の占有に移す強制処分をいう（大判大正11・5・6刑集1・261）。たとえば、民事執行法に基づく債務者の占有する動産の差押え（民執123条1項）は「執行官その動産を占有して行う」とされているから、本罪にいう「差押え」に該当する。

4(3)④(ア)において述べたように民事執行法上の保全処分（民執55条1項等）の1つである執行官保管命令（同2号）は、その名称はともかくとして、「執行官に不動産の保管をさせること」を内容とする処分であるから、やはり「差押え」に該当する⁽³⁸⁾。他方、民事執行法による不動産の差押えは、裁判所による差押宣言（民執45条1項）によるのであって、「債務者が通常の用法に従つて不動産を使用し、又は収益することを妨げない」（民執46条2項）とされ占有の移転を伴わないから、本罪にいう「差押え」には該当しない⁽³⁹⁾。民事執行法上の保全処分の一つである占有移転禁止命令（民執55条1項3号）は、執行官に保全処分の内容を不動産の所在地に公示させる方法によりなされる場合（公示保全処分）、その評議を損壊等する行為につき本罪の成否が問題となる。価格減少行為をした占有者に対し、裁判所が占有移転を禁止しつつも当該不動産の使用を許す場合（民執55条1項3号ロ）については、占有の移転を伴わないがゆえに、やはり「差押え」には該当しないと解すべきであろう。

差押えの「表示」とは、貼り札、立て札のように、差押えによって公務員の取得した占有を明白にするために施された表示であって、封印以外のものをいうと解されている。

② 改正案の内容

改正案においては、法定刑が引き上げられるとともに⁽⁴⁰⁾、本罪の客体が、「封印若しくは差押えの表示」から、「表示に係る命令若しくは処分」に拡張されている（改正案96条）。命令とは、裁判所によるものをいい、処分とは、執行官その他の公務員によるものをいう⁽⁴¹⁾。現行法においては、あくまで「表示」の存在が要求されているが、それが何者かによって剥離・損壊された後に、執行妨害を目論む者が、命令または処分がなお有効であることを知りつつ、差押え物件を搬出したりする行為が存在する。改正案は、執行妨害対策強化のために、このような行為をも処罰対象とする趣旨である。

(3) 行為

本罪の行為は、封印若しくは差押えの表示（改正案においては、その表示に係る命令・処分）を損壊し、又はその他の方法で無効にすることである。現行法は、行為時の表示の存在を必須の要件とするが、改正案においては、表示が第3者によって損壊された後であっても、本罪の成立が可能となる。

損壊・その他の方法による無効化には、対象財産の保全など、封印・差押えによって実現すべき効果を減殺する行為が広く含まれる。たとえば、差押物件自体を搬出・売却する行為（大判昭和12・5・28刑集16・811）、封印のある桶から濁り酒を漏出させる行為（大判明治44・7・10刑録17・1409）、執行官の占有に移り立入禁止の表示札があるにもかかわらず土地に入って耕作する行為（大判昭和7・2・18刑集11・42）、仮処分の執行により執行官の占有に移った家屋に入居する行為（最決昭和42・12・19刑集21・10・1407）などがこれに該当する。

3 強制執行妨害罪（96条の2）

(1) 総説

強制執行妨害罪は、強制執行を免れる目的で、財産を隠匿し、損壊し、若しくは仮装譲渡し、又は仮装の債務を負担した場合に成立する。法定刑は、2年以下の懲役又は50万円以下の罰金である。本罪は、「強制執行を免れる目的」で所定の行為に出た場合に成立する。その保護法益をめぐっては、①国家の作用としての強制執行の機能とともに、あわせて債

権者の債権の実現という利益であるとする有力説⁽⁴²⁾と、②もっぱら債権者の債権の実現という利益であるとする多数説⁽⁴³⁾とが対立する。

①説が、国家的法益としての公務が保護法益であると解するのに対し、②説は、本罪を個人の財産的利益を保護する罪として理解する。この議論は、「強制執行」の意義、債務名義が存在しない場合にも本罪が成立するかといった問題の解決に実益を有するとされる。もっとも、近時、この対立が、これらの問題の帰趨を必然的に左右するものではないとの指摘がなされていることにも注意を要しよう⁽⁴⁴⁾。

(2) 「強制執行」の意義

民事執行法における「強制執行」(民執1条)は、私法上の請求権の強制的実現を目的として国家の執行機関(=執行裁判所)が採る手続を指称し、「民事執行」の一つとされるが、本罪における「強制執行」の意義は、これよりも広い。すなわち、判例・学説上、それは、民事執行法による強制執行又は同法を準用する強制執行をいうとされている(最決昭和29・4・28刑集8巻4号596頁)。したがって、民事保全法上の保全執行(仮差押え・仮処分など)も本罪にいう「強制執行」に該当し(大判昭和18・5・8刑集22巻130頁)、抵当権などの担保権の実行として競売⁽⁴⁵⁾も、またしかりである。

議論があるのが、国税徴収法に基づく滞納処分たる差押(税徴47条)をはじめとする、行政庁が私人に対して有する公法上の金銭債権を自ら強制的に実現する手続(強制徴収)が「強制執行」に含まれるかである。強制徴収は、裁判所ではなく行政機関を主体とする点で、民事執行と性格を異にするが、判例・多数説は、これは、「強制執行」には含まれず、その妨害は本罪に当たらないと解している(前出・最決昭和29・4・28)。

その根拠としては、本罪の保護法益を私人の債権の実現に見いだす理解(上記②説)が示される⁽⁴⁶⁾。しかし、なぜ私人の債権実現が本罪により特に保護され、国家によるそれがそうでないのかは、必ずしも明らかではない。

他方で、本罪の保護法益を公務と解すれば(上記①説)、強制徴収が「強制執行」に含まれるという結論が導かれるわけでもない⁽⁴⁷⁾。それでもなお、公務作用の中で、「強制執行」として、本罪により手厚く保護される手続は、一体何であるのかを問題にする余地は残るのである。「強制執行」が高い要保護性を有する実質的理由を明らかにしてはじめて、これに強制徴収が含まれるか否かを判断することが可能になるといえよう。

①説によりつつ、強制執行作用のもつ高い要保護性を、私人の財産権たる債権の強制的実現に奉仕する公務作用であるという点に見いだすことは不可能ではないし、②説によりつつ、私人の債権のみが本罪により保護されると解することも不可能ではないであろう。しかし、いずれの立場によるにしろ、債権の実現もしくはそれを内容とする公務作用の要保護性の点で、国家と私人のそれを区別する決定的な根拠を見いだすことは困難であるように思われる。両者の要保護性は財産的権利の強制的実現という点において等しい。よって、本罪の客体として強制徴収が論理的に排除されていると解することは困難である。

以上のように考えると、滞納処分たる差押えを妨害する行為は、論理的に本罪の対象から排除されるわけではなく、1941（昭和16）年に強制執行妨害罪が制定される以前から、国税徴収法に罰則が置かれていたため、単に、本罪の適用を肯定する余地が事実上無かったにすぎないと考えられる。

これに対して、改正案96条の2は、（4）で述べるように処罰対象となる行為を拡張するものであるが、それには、国税徴収法上の罰則では処罰の対象とされていない行為が含まれる⁽⁴⁸⁾。したがって、改正案についての解釈論としては、滞納処分もまた強制執行に含まれると解すべきである⁽⁴⁹⁾。

（3） 強制執行を免れる目的

本罪は、所定の行為を、「強制執行を免れる目的」で行った場合に成立する。この意義については、学説上、議論がある。

① 本罪の主体との関連

有力な見解は、本罪において、「免れる」（「免れさせる」ではない）目的が要求されることから、主体を債務者に限定すべきであるとし、共犯関係にない第三者は本罪の主体たりえないと解する⁽⁵⁰⁾が、債務者のみならず第三者も主体たりうるとするのが判例（前掲大判昭和18・5・8）・通説である。

改正案96条の2は、文言を、「強制執行を妨害する目的」と改め、第三者も単独正犯として本罪の主体たりうことを明確にした。これは、権限を主張して不動産を占有するタイプの執行妨害において、債務者自身は既に所在不明となっており妨害工作への関与が認められないという事案が多発する現状を考慮したものである⁽⁵¹⁾。

もっとも、このような第三者による占有型執行妨害に対しては、担保・執行法の改正が

大きな成果を上げている事はⅡにおいて述べた通りである。

② 目的要件の客観化

判例は、「強制執行を免れる目的」を、単なる「犯人の主観的認識若しくは意図」と解してはいない。すなわち、本罪が成立するためには、客観的な目的実現の可能性、すなわち、「現実に強制執行を受けるおそれのある客観的な状態の下において、強制執行を免れる目的をもって同条所定の行為を為すことを要する」としている（最判昭和35・6・24刑集14巻8号1103頁）。すなわち、強制執行が切迫しているという客観的状況が、いわば「書かれざる構成要件的状况」として要求されていることになる。これによれば、将来強制執行を受けることを予想して予め財産を隠匿するような場合であっても、かかる客観的状況がない限り、本罪は成立しないことになる。

客観的には十分な返済能力が認められるにもかかわらず、債務者が根拠のない不安感に基づいて財産の一部を隠匿したにすぎないような場合においては、免脱目的があっても、債権の実現が阻害される危険はほとんどない。よって、判例のような解釈は、合理性を有する。保護法益を公務と解する見解による場合、かかる客観的状況があってはじめて、強制執行作用を妨害する危険を肯定するということであろう。

本罪の改正案は、本罪の客体たる財産に、「強制執行を受け、若しくは受けるべき」という属性を加えている（改正案96条の2）が、これは現行法下での確立した解釈を明確化する趣旨であり、仮に法改正が実現したとしても処罰範囲に変容をもたらすものではない。

ただし、いかなるときに「強制執行が切迫している客観的状況」を肯定できるかは問題として残る。特に、債務者に一応の支払能力を認めることができる場合については慎重な検討を要しよう⁽⁵²⁾。

③ 債権の存否の判断基準

若干問題となるのは、「強制執行が行われるおそれ」を肯定するために、行為時に債権が現実に存在したことまでもが必要かという点である。判例（前出・最判昭和35・6・24）は、これを肯定しており、裁判時に債権の存在が否定された場合には、本罪の成立を否定する。そして、これを支持する学説⁽⁵³⁾も有力である。しかし、①権利関係について争いのあることを常態とする保全執行（仮差押え・仮処分）も「強制執行」に含まれること、および、②債権が存在しなくても、強制執行の機能を保護する必要があることを根拠として、行為時に債権の存在する可能性があれば足りるとする見解⁽⁵⁴⁾が多数説である。

本罪の保護法益を、公務としての強制執行作用に求める場合、基本となる債権の存否は、保護の客体の存否と関わる。債権の存否に争いがある段階でも、強制執行作用に一定の要保護性があることは否定できないであろう。

(4) 行為

① 現行法

本罪の行為は、財産の隠匿、損壊、仮装譲渡、および仮装の債務負担である。「隠匿」とは、強制執行の対象である財産の発見を不能又は困難にすることをいう。物理的な隠匿のほか、財産の所有関係を不明にするような場合も含む（最決昭和39・3・31刑集18巻3号115頁）。「損壊」とは、物理的損壊のほか、財産の価値を滅失・減少させる一切の行為を含む。そして、「仮装譲渡」とは、真実財産を譲渡する意思がない⁽⁵⁵⁾のに、第三者と通謀して、形式上財産が第三者の所有になっている如く装うことをいう。真実譲渡する意思が存する場合には、たとえ強制執行を免れる目的があっても、仮装譲渡や隠匿にはならない（大阪高判昭和32・12・18裁特4巻23号637頁）⁽⁵⁶⁾。そして、「仮装の債務負担」とは、真実は債務の負担がないのに、債務の負担があるかのように装うことである⁽⁵⁷⁾。これは、裏を返せば、債権が設定されているかのように装うことであり、強制執行を受けるおそれのある不動産に第三者と通じて架空の抵当権を設定すること（福岡高判昭和47・1・24刑月4巻1号4頁）や、占有屋と通じて虚偽の賃借権の主張によって不動産を占有させるような場合も含む⁽⁵⁸⁾。

② 改正案の内容

現行法における本罪の構成要件該当行為は改正案においても基本的に維持されている（改正案96条の2第1号）。ただし、「仮装譲渡し、又は仮装の債務を負担した」という現行法は、主体を債務者に限定し、共犯関係にない第三者を排除する趣旨であるかのように読め、とりわけ債務者と共犯関係ない占有屋が物件を占有するような執行妨害事案に対する上で困難がある。そこで、改正案は、これを「その譲渡を仮装し」「債務の負担を仮装する」と改め、第三者を主体としても違和感の無いものとしている。

他方で、改正案96条の2においては、現行法は存在しなかった行為類型が新たに加わった。それが、第2号および第3号が規定する行為類型である（以下、それぞれ「2号類型」「3号類型」と略す）。

まず、2号類型は、1号と同じ客体について、「その現状を改変して、価格を減損し、又は強制執行の費用を増大させる行為」をした場合に成立する。本罪は、たとえば、建物に無用の増改築をし、不動産に大量の廃棄物を搬入するなど、強制執行の目的財産の物的状況に改変を加え、それによって目的財産の価値を減少させ、あるいは原状回復に多大な費用を要するため、強制執行を費用倒れにしてしまう行為を処罰の対象とするものである⁽⁵⁹⁾。

次に、3号類型は、「金銭執行を受けるべき財産」を客体とし、これに「無償その他の不利益な条件で」「譲渡をし、又は権利の設定をする」行為である。これは、金銭債権の強制執行において、強制執行が開始される前⁽⁶⁰⁾に、その引き当てとなる財産を、法律行為により減少させてしまう行為を処罰するものである⁽⁶¹⁾。2号類型と、この点において異なる。

現行法の大きな特色は、法律行為による財産処分の場合、処罰対象となる行為を「仮装」の場合に限定しているところであったが、3号類型は、限定的ではあるが「真実」の場合を処罰することを可能にする。

問題となるのは、「不利益な条件」の意義である。立案担当者は、この意義を、一定程度のものに限定されるとの見解を示している。すなわち、不利益な条件とは、引当財産の減少をもたらすと考えられる、無償に準じるような著しく低廉な価格、および相当な価格であるが履行方法が著しく不利益（たとえば支払期間を50年にするような場合）である場合をいう⁽⁶²⁾。不利益な条件での「権利の設定」の意義も問題となるが、たとえば、地代年1万円で50年間の地上権を設定するような場合がこれに当たる⁽⁶³⁾。

さらに、強制執行を妨害する行為として、改正案は、新たな類型の行為を処罰対象とする罪（改正案96条の3）を新設している。改正案96条の3は、強制執行を妨害する行為のうち、執行官や債権者等、人に対して向けられた行為によるものを処罰対象としている。

すなわち、「偽計又は威力」を手段として、「立入り、占有者の確認その他の強制執行の行為を妨害した」場合（1項）、および、「強制執行の申立てをさせず又はその申立てを取り下げさせる目的」で、「申立権者又はその代理人に対して暴行又は脅迫を加えた」場合（2項）である。

1項は、強制執行の実施現場における執行行為の進行を保護する趣旨であり、強制執行の行為とは、例えば、民事執行法等の規定に基づく執行官の行為（民執57条、民執64条の2、等）などが想定されている。執行妨害事案においては、物件の近くで猛犬を放し飼いにする行為や、占有者を次々に入れ替える行為など、偽計・威力を手段とする執行官の行

為への妨害が存在することがこれまで指摘されていた。改正案は、かかる実態を踏まえ、これらの行為を新たに処罰対象として捕捉する意義を有する。

4 競売等妨害罪（96条の3第1項）

（1）総説

本罪は、「偽計又は威力を用いて、公の競売又は入札の公正を害すべき行為をした」場合に成立する。法定刑は、2年以下の懲役又は250万円以下の罰金である。

改正案は、これを「偽計又は威力を用いて、強制執行において行われ、又は行われるべき売却の公正を害すべき行為」（改正案96条の4）と、「偽計又は威力を用いて、公の競売又は入札で契約を締結するためのものの公正を害すべき行為」（改正案96条の6第1項）という2つの類型に分けるとともに、法定刑の上限を3年以下まで引き上げ、罰金刑の併科を認めている。

判例上、現行法にいう「公の競売又は入札」は、「公の機関すなわち国又はこれに準ずる団体の実施する競売又は入札を指す」（東京高判昭和36・3・31高刑集14巻2号77頁）とされ、強制執行において行われる競売又は入札のみならず、公共工事や公有物の売渡し等に関する競売又は入札も含まれる。改正案は、両者を分離するとともに、前者について成立要件に若干の修正を施している。

現行法における本罪の保護法益は、公の競売・入札の公正⁽⁶⁴⁾であり、これを侵害する危険を惹起する行為が処罰の対象となっている。

議論があるのは、「公正」の具体的な意味である。通説は、本罪を公務妨害罪の一種として理解し（公務侵害説）、保護法益を、公務としての競売・入札の公正で円滑な執行であるとする。しかし、通説に対して、「公の競売・入札」が、公務一般の中で特にによってさらに手厚く保護される理由を示すことができない⁽⁶⁵⁾と批判を向け、保護法益の実体を、競売手続において競争参加者による自由かつ公正な競争が行われることによって落札価格が形成されるという競売の機能（価格形成メカニズム）と解する有力説（競争侵害説）も主張される。

もっとも、近時の公務侵害説は、「公の競売・入札」の要保護性の説明について全く空虚であるわけではなく、本罪の保護法益を、「公の競売又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⁽⁶⁶⁾等と解しており、競争侵害説も、本罪が「公の」競売・入札を保護することはやはり当然の前提にしている。

競争侵害説を、公務を保護することを論理的に排斥する見解ではなく、その実質的内容を限定する見解として理解することが可能であるならば、両説の対立はそれほど決定的なものではないといえよう⁽⁶⁷⁾。

(2) 「競売又は入札」の意義

本罪の客体・保護法益は、「公の競売又は入札の公正」である。この点につき、まず、「競売又は入札」の意義が問題となる。通説よれば、「競売」とは、売主が、多数の者に口頭で買受けの申出をすることを促し、最高価額の申出人に承諾を与えて売買すること（競り売り）をいい、「入札」とは、競争契約の場合に、競争に参加する多数の者の中、もっとも有利な内容を表示した者を相手方として契約を締結するために、各自に文書によって契約の内容を表示させることをいう⁽⁶⁸⁾。

しかしながら、2において述べたように、現在の民事執行法は、売却方法として買受希望者が期日に競売場に会することを必要としない「期間入札」（民執規34条）の制度を原則的な売却方法としている。さらに、民事執行法は、不動産の適正な価額としての「売却基準価額」で換価の適性を図ることとし、競り売り・入札という方法にこだわらず、これに代わる「他の方法による売却」（特別売却）の実施を命ずることができるとしている（民執規51条）。

問題は、その実施・運用の方法が裁判所の裁量に委ねられている「特別売却」が、「公の競売又は入札」に当たるかである。これを認めた下級審判例（札幌高判平成13・9・25高刑集54巻2号128頁）も存在するが、上記の通説的理解からは疑問の余地もある。もっとも、本罪にいう「競売」は、具体的な「売却方法」を指すのではなく、強制執行や担保権実行のための売却手続全体としての、広義の「競売」を意味しており、売却方法の一つにすぎない「特別売却」も、当然本罪にいう「競売」に含まれるとする見解⁽⁶⁹⁾が主張されている。ただし、本罪保護法益である「公正」の内容を自由競争による価格形成メカニズムとして理解したときに、このような解釈をとることができるかについては疑問が残る。

改正案96条の4（強制執行関係売却妨害）は、公契約関係競売・入札（改正案96条の6

第1項)を、本罪から完全に切り離すとともに、客体を、「強制執行において行われ、又は行われるべき売却の公正」に改めている。これは、本罪における公務作用の特に高度な要保護性の根拠が、広義の強制執行手続固有の性質にあることを明確に示したものと理解できよう。強制執行は、権利の実効性を確保する上で欠くことのできない意味を有しており、それゆえに高い要保護性を有する重要な公務であるということである。これによれば、特別売却や、国税徴収法にいう公売も当然「売却」に包含されるということになる⁽⁷⁰⁾。

(3) 行為

本罪の行為は、偽計・威力を用いた、公の競売又は入札の公正を害すべき行為である。「害すべき」行為であれば足り、現実には売却の公正が害される必要はない。

現行法の下では、公の競売又は入札の公正を害すべき行為の意義が活発に論じられている。特に、競争侵害説の立場からは、①不動産競売の目的物件に、競売開始以前から短期賃貸借契約が締結されていた旨の内容虚偽の契約書を裁判所に提出する行為について、手続を遅延させたことを理由に本罪の成立を認めることができるか（遅延させただけでただちに競争侵害を認めることはできないのではないか）、②買受申出人が決定した後でもなお本罪の成立がありうるか（競争状態は持続しているといえるのか）等が問題とされている（これらが問題となった判例として、最決平成10・7・14刑集52巻5号343頁、最決平成10・11・4刑集52巻8号542頁が重要である）。

改正案の下でも、権利の実効性確保という強制執行の目的が、可罰的な程度に危殆化されるのはどのような場合かが問題となるだろう⁽⁷¹⁾。

改正案は、客体の記述を、「強制執行において行われ、又は行われるべき売却の公正」（傍点筆者）と改めている。これは、競売開始決定前の妨害行為にまで処罰範囲を拡張する趣旨である。

現行法においては、行為時に、「競売又は入札」が開始されていることが必要かであるかが論じられ、判例（最判昭和41・9・16刑集20巻7号790頁）は、（公共契約のための入札に関する事案においてではあるが）競売・入札と行為の同時存在を要求し、通説も、競売開始決定を本罪成立の要件と解している。しかし、執行妨害の実態をみると、債権者が競売の申立てに踏み切るという情報を事前に入手した反社会的勢力が、他の入札参加希望者を排除することを目的として、妨害行為に出るケースがみられたようである。判例・通説

による理解を前提にすれば、かかる行為を処罰することは難しい。

改正案96条の4が加えた変更はこのような実態を踏まえたものである。なお、その上で検討を要するのは、競売開始決定以前のどの段階にまで遡って行為を処罰することができるかである。本罪が抽象的危険犯であるとしても「行われるべき」売却である以上、少なくとも、売却が行われるであろうという客観的状況の存在が必要と解すべきであろう⁽⁷²⁾。

5 加重封印等破棄罪（改正案96条の5）

改正案においては、96条から96条の4までの罪が、「報酬を得、又は得させる目的で」行われた場合を加重処罰する規定が新設されている（法定刑は、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はその併科）。本罪は、立退料要求する占有屋のような職業的な強制執行妨害者による行為をとくに重く罰しようというものである。

6 改正案の特色

封印等破棄罪・強制執行妨害罪・競売妨害罪について提案されている改正案には、現行法の下で争いのあった争点に立法的な決着を付ける目的での提案も含まれている。たとえば、強制執行関係売却妨害罪（改正案96条の4）が「売却」という文言を採用し、特別売却を保護対象とすることを明確化したのはその一例である。

しかし、改正案の主眼とするところが、わが国の社会における執行妨害の実態を考慮した上でのその対策の強化にあることはやはり明白である。

たとえば、封印等破棄罪においては、封印・差押えの表示が剥離・損壊された後に物件を搬出する妨害事案が存在するという実態を考慮した改正が提案されているし（改正案96条）、強制執行妨害罪については、その行為客体を「強制執行を受け、若しくは受けるべき財産」と記述する提案（改正案96条の2）がなされている。また、競売等妨害罪の保護客体を「強制執行において行われ、又は行われるべき売却の公正」と記述する提案（改正案96条の4）もなされているが、これらは、いずれも手続の開始前に様々な妨害行為がなされてきた実態を考慮したものである。「金銭執行を受けるべき財産」の無償・不利益条件での譲渡又はこれに対する権利の設定を処罰する規定の新設（改正案96条の2第3号）も、

同様に、より早い段階でなされる執行妨害を捕捉する意図に基づいているといえるだろう。

また、IIにおいて概観したように、民事執行に関わる法制度については、顕著に見られた反社会的勢力からなる占有屋による執行妨害態様が顕著に対処するために幾度かの法改正がなされてきた。同様に、強制執行妨害罪の改正案においても、債務者以外の第三者が本罪の主体たりうることを明文化する提案がなされており（改正案96条の2）、さらにその上で、現行法も処罰対象としていた財産の損壊、隠匿、仮装譲渡、債務負担の仮装に加え、強制執行の対象となる財産の現状改変による価格の減損行為および執行費用を増大させる行為（改正案96条の2第2号）が新たに処罰対象とされている。すなわち、改正案によれば、占有屋のような第三者により、これらの妨害行為がなされる場合が、債務者と意思連絡の有無と関係なく、明確に処罰の対象とされることになるわけである。

さらに、強制執行現場における執行官の行為の保護の強化（改正案96条の3第1項）、および、強制執行の申立権者・代理人の保護の強化（改正案96条の3第2項）は、暴力団のような反社会的勢力が関与する暴力的・威迫的な妨害態様の存在を念頭においたものであろう。「報酬を得、又は得させる目的」でなされる封印等破棄・強制執行妨害・競売妨害を重罰化する提案（改正案96条の5）も、組織的な反社会的勢力が執行妨害に関与していたかつての実態を念頭に置いたものといえる。

IV 今後の展望

刑法典における封印等破棄罪・強制執行妨害罪・競売妨害罪の改正案においては、占有屋を典型とする反社会的勢力の関与という社会の実態を念頭においた提案がなされている。

まず、強制執行妨害罪の主体を共犯関係にない第三者にまで拡張することについては、同罪の保護法益が公務としての強制執行作用であることに鑑みると、単独正犯としての主体を債務者に限定する理由が乏しいといえ、合理性はあるものと思われる。

他方、手続開始前になされる妨害態様の捕捉、対象財産の価格減損行為の処罰範囲の拡大、執行官の行為の保護強化・申立権者・代理人の保護強化、および加重封印等破棄罪の新設についても、反社会的勢力により執行妨害の存在を前提とすれば、理解しうる提案であるといえよう。

しかしながら、Ⅱにおいて見たように、占有屋による執行妨害は、度重なる執行法制の改正と執行実務における努力により、その態様を露骨なものから一見それとは分からぬようなものへと変容させて行かざるをえなくなり、ついには、2003年の担保・執行法制の大改正により、ほぼ消滅しつつあるといってもよい状況にある。最近の競売不動産の売却率はきわめて高い。刑法の改正案が処罰規定の新設を提案している第三者による価格減損行為などは、民事執行法上の保全処分の充実などにより、すでに克服されたとも考えられるのである。

むろん執行妨害態様の歴史的変遷は、わが国の反社会的勢力が法制度側の措置に対し、その都度妨害態様を変容させ、より巧妙なものへと進化させてきたという事実を教えられる。ゆえに、油断が禁物であるというのは言うまでもないことである。しかし、改正案が当初の国会提出からかなりの時間を経てしまったということもあるため、現在の民事執行制度の運用状況を踏まえた上で、新たな刑事立法が必要か、必要であるとすればその内容はどのようなものであるべきかを再考することもまた必要なのではないと思われる。

[注]

- (1) 旧民事訴訟法第6編（明治23年制定）と競売法（明治31年制定）を統合し、強制執行手続の手続と担保権実行の手続の双方について全面改正を行ったものである。
- (2) 本改正の経緯・内容については、道垣内弘人ほか『新しい担保・執行制度 補訂版』（2004）が詳しい。
- (3) 山本和彦「執行妨害と民事執行法」『トラスト60研究叢書 債権回収への刑事法的対応』（2002）17頁、西岡清一郎＝畑一郎＝上田正俊編 東京地方裁判所民事執行センター実務研究会著『民事執行の実務——不動産執行編（下）』（2003）2頁。
- (4) 期間入札の方法は、入札書を入れた封筒を執行官に直接又は書留郵便で執行官に送付するというものである（民執規47条）。
- (5) さらに、民事執行法は、入札又は競り売りのほか、最高裁規則で定める方法によっても売却することができることとし（法64条2項）、執行裁判所が、まず入札か競り売りの方法で売却を実施してみ、買受けの申出がなかったときには、これに代えて、他の方法による売却（特別売却）の実施を命ずることができるとしている（民執規51条）。
- (6) 前掲・注（3）西岡ほか編2頁。
- (7) 執行裁判所は、評価人を専任し、不動産の評価を命じなければならないとした。
- (8) 「民事執行の手続に関する裁判に対しては、特別の定めがある場合に限り、執行抗告をすることができる」（民執10条1項）とした。これに違反するなどの不適法な執行抗告は、原審で却下できることとなった。
- (9) 西田典之「競売妨害罪の成立要件」研修642号3頁、西田典之『刑法各論〔第4版補正版〕』（2009）404頁。
- (10) 占有方執行妨害の諸類型については、松下淳一＝山野目章夫＝古賀政治＝志賀剛一「座談会 執行妨害をめぐる諸問題——新担保・執行法の成果と今後の課題」N B L 766号29頁以下、古賀政治「債権回収手続における占有を手段とする強制執行妨害——占有妨害を中心とする強制執行手続に対する妨害の現状と対策」警察学論集53巻4号79頁以下、等が詳しい。
- (11) もっとも第三者を相手方とする保全処分がおおよそ不可能だったというわけではなく、東京地裁の執行部を中心に、第三者の執行妨害行為に対しても保全処分を活用する実務運用が広がっていた。しかしながら、その要件について実務上見解の一致があったわけではなく他の裁判所の運用や上級審の判断は分かれていたようである（上原敏夫＝長谷部由希子＝山本和彦『民事執行法・保全法〔第2版〕』（2006）117頁）。第三者を相手方とする保全処分と肯定した裁判別として、債務者または物件の所有者の関与のもとに、執行妨害目的をもって価格減少行為をする者は、債務者又は所有者の「占有補助者」であるとして、保全処分の相手方となるうるとした裁判側（東京地決平3・8・7判タ783号268頁、東京地決平4・5・6判タ794号257頁）、さらに「占有補助者を自称する者ないしは占有侵奪者」を保全処分の相手方となるうるとした裁判側（東京高決平4・12・28判タ804号282頁）などがある。
- (12) 不動産に抵当権が設定・登記された後に所有者からこれを賃借した者を保護するための制度であ

る。しかし、実際には不動産を利用する意志がなく、賃借権の登記や仮登記を経由した上で第三者に占有させるなどの形式を整え、もっぱら強制執行を妨害する目的で賃借権を主張する者が多く現れた。これは「濫用的短期賃貸借」と呼ばれる。濫用的賃貸借の諸類型については、小川英明「短期賃貸借の濫用とその諸形態（上）・（下）」NBL143号6頁、144号20頁参照。なお、後述するように、短期賃貸借は、現行法では廃止されている。

- (13) 綿引万里子「『競売屋』・『占有屋』退治は成功したか」ジュリ927号64頁。
- (14) 1996年改正の経緯・内容の詳細については、萩本修「民事執行法の一部を改正する法律について」ジュリ1096号15頁以下、山本智子「民事執行法の改正について——売却のための保全処分を中心として」銀行法務21 524号4頁以下等を参照。
- (15) 前出注(11)参照。なお、いわゆる抵当権に基づく妨害排除請求権の行使を、判例が否定した（最二小判平成3年3月22日民集45巻3号268頁）という当時の状況も、売却のための保全処分の強化の必要性を大きくしたと指摘されている。なお、周知のように、この判例は、最大判平成11年11月24日民集53巻8号1899頁により変更されている。
- (16) 売却を実施させても買受けの申出がなかった場合に、債務者又は不動産の占有者が不動産の売却を困難にする行為をし、又はその行為をするおそれがあるときに、差押債権者の申立てにより保全処分がなされる。次回売却での差押え債権者による買受けの保証を前提に、55条の保全処分よりも緩やかな要件で占有を排除するものである。
- (17) 1998年改正の経緯・内容の詳細については、法務省民事局参事官室「競売手続の円滑化及び根抵当権の元本確定手続の臨時措置に関する法整備の概要について」ジュリ1147号86頁等を参照。
- (18) 松下ほか、前掲注(10)では、6畳一間のワンルームマンションに、7～8人の日本語を話すことができない外国人が寝泊まりをしているような事例が紹介されている。
- (19) 改正の背景・経緯については、前掲注(2)道垣内ほか『新しい担保・執行制度 [補訂版]』が詳しい。
- (20) 2003（平成15年）改正の全体の概要について、立案担当者が解説を加えたものとして、谷口園恵ほか「担保物件及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律について」銀行法務21 624号4頁以下がある。
- (21) ただし、抵当権者の同意によって対抗力を有する賃借権の存在など、建物所有者が抵当地について抵当権者に対抗しうる占有権原を有する場合には一括競売をすることはできない。
- (22) 前掲注(2)道垣内ほか『新しい担保・執行制度 [補訂版]』52頁。
- (23) ただし、規則において、軽微な価額減少行為は除くとしている。
- (24) その発動の要件は、「相手方を特定することを困難とする特別の事情」の存在である。
- (25) 飯塚宏「東京地裁執行部における民事執行センター開庁前後の執行事件の動向と新しい執行制度の運用状況及びその分析」判タ1233号60頁。
- (26) ただし、占有者が強く立入りに抵抗する場合、執行官が威力を用いたり、警察上の援助を求めたりすることまでは認められていない。
- (27) 前掲注(2)道垣内ほか128頁。

- (28) 飯塚前掲注(25) 63頁以下参照。内覧制度の利用が低調な理由についても、分析がなされている。
- (29) 本改正については、小野瀬厚「民事関係手続の改善のための民事訴訟法等の一部改正」ジュリ285号22頁参照。
- (30) 清水響「不動産登記法」1274号55頁参照。
- (31) 原克也「東京地裁民事第21部(民事執行センター)における現状と課題」事業再生と債権管理122号5頁。
- (32) 前掲・注(31) 原克也5頁。
- (33) 金融関連法問題研究会「競売から反社会的勢力の排除について」預金保険研究9号15頁以下。
- (34) 鎌田薫ほか「平成15年担保法・執行法改正の検証(3)」ジュリ1327号67頁以下。
- (35) 山田庸男「不動産競売 再び暴力団の介入許すのか」朝日新聞2008年2月19日。
- (36) その後、政権交代により大きく状況が変化したことは周知の通りである。
- (37) 「犯罪の国際化及び組織化並びに情報処理の高度化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」。本改正案の詳細については、西田・前掲注(9) 各論473頁以下および拙稿「執行妨害罪」法学教室305号57頁以下を参照。
- (38) 買受人のための保全処分(民執77条1項)、買受けの申出をした差押債権者のための保全処分(民執68条の2)、および、不動産競売における開始決定前の保全処分(民執187条)においても、同様に執行官保管命令が認められている。これらもやはり本罪における「差押え」である。
- (39) 観念的な権利である金銭債権に対する差押え(民執143条)も、裁判所の差押命令によるから、やはり本罪における差押えではない。
- (40) 現行法の法定が、偽計業務妨害罪(233条)のそれよりも低く、両者の間に一種の不均衡が存在することから、これを是正する趣旨である。
- (41) 西田典之・前掲注(9) 各論473頁。
- (42) 団藤重光『刑法綱要各論(第3版)』(1990)64頁、大塚仁『刑法概説(各論)[第3版増補版]』(2005)578頁、西田前掲注(9) 各論393頁。
- (43) 平野『刑法概説』(1977)281頁、中森喜彦『刑法各論[第2版]』(1996)304頁。
- (44) 山口厚『刑法各論』547頁。
- (45) 民事執行法上の強制執行に関する多くの規定が準用される。
- (46) 前田雅英『刑法各論講義[第4版]』(2007)447頁等。
- (47) 実際、(1)(ii)①説を支持する見解によっても、滞納処分は本罪の「強制執行」には含まれないとの結論が支持されている(西田前掲注(9) 各論393頁)。
- (48) 西田前掲注(9) 各論465頁。
- (49) 西田前掲注(9) 各論463頁、山口前掲注(44) 548頁。
- (50) 中森前掲注(43) 305頁。
- (51) 占有屋による執行妨害においては、最終的に強制執行を免れることを目的せず、手続を遅延させ、不動産を使用収益することを目的とするものが少なくない。「免れる」を「妨害する」に改めることは、かかる態様の妨害をも、新たに処罰対象とする意味もある。

- (52) いわゆる住専における借手責任が問題となった末野興産事件（大阪地判平成11・10・27判タ1041号79頁）参照。本件につき、上嶋一高・法教240号20頁以下。
- (53) 平野前掲注（43）281頁。
- (54) 団藤前掲注（42）64頁、西田前掲注（9）各論395頁。
- (55) したがって、所有権は移転しないことになる。
- (56) なお、仮装譲渡と真実譲渡の区別は、それ自体困難な問題となる。この点につき、安田拓人「仮装譲渡による強制執行妨害」産大法学34巻3号372頁以下を参照。
- (57) これは、要するに、仮装の債権者に配当要求をさせ、配当金を債務者に環流させることなどにより、強制執行を免れる行為である。
- (58) 仮装の債務負担が問題となるその他の場合については、前掲注（37）鎮目61頁以下も参照。
- (59) 西田前掲注（9）466頁、山口前掲注（44）551頁。
- (60) 強制執行開始前の処分限定されるのは、強制執行開始後の法律行為による処分に対しては、対抗可能であり、引き当て財産の減少を招かないためである。
- (61) 西田前掲注（9）466頁。
- (62) 西田前掲注（9）466頁。
- (63) 西田前掲注（9）466頁。
- (64) 改正案においては、それぞれ、強制執行において行われ、又は行われるべき売却の公正（改正案96条の4）、公の競売又は入札で契約を締結するためのものの公正（改正案96条の6）である。
- (65) 橋爪・神戸法学49巻4号46頁、京藤・明治学院大学法学部20周年記念論文集372頁。
- (66) 西田・前掲注（9）396頁。
- (67) ただし、競売・入札という公務に、一般の公務よりも高い要保護性が認められる根拠を、価格競争メカニズムのみに求めた場合、「参加者による公正・自由な競争」が、後述する「特別売却」のような参加者による自由な競争がない手続が保護の範囲外に置かれるという問題が生ずるかもしれない。
- (68) 大塚前掲注（42）581頁。
- (69) 西田・研修642号9頁。
- (70) 西田前掲注（9）467頁。
- (71) そこでは、権利の実現のための公務である強制執行手続に本質的な要素とは何か問題となるであろう。よって、現行法の下で展開されている保護法益論も、依然として有益性を持ち続けるものと思われる。
- (72) 具体的には、例えば、債務者が事実上の倒産状態に陥り、近い将来債権者が競売の申立てに踏み切ることが予想されるような状況であってはじめて「行われるべき売却」の存在を肯定しようということになる。

出資法・貸金業法
—平成18年改正について—

鎮 目 征 樹

目 次

はじめに

I 金利規制についての改正点

1 改正に至る背景・経緯

2 改正法の内容

II 貸金業者の業務規制についての改正点

1 改正に至る背景・経緯

2 開業規制・行為規制の強化

3 過剰貸付けの抑制

III 施行時期

IV おわりに——平成18年改正についての若干のコメント

はじめに

戦後のわが国において、サラ金問題、商工ローン問題、そして、ヤミ金融問題など、貸金業・高金利がもたらす負の側面は、深刻な社会問題の一つとして繰り返し取り上げられてきた。そして、これに対し、わが国の法制度が、高金利による貸付けを抑制し、また、貸金業者の業務を主務官庁による指導監督権限に服せしめるなど、様々な法的規制を試みしてきたことは周知の通りである⁽¹⁾。

わが国において貸金業・高金利に対する法的規制を担うのは、俗に「貸金三法」とも呼ばれている利息制限法・出資の受入れ、預り金及び金利の取締りに関する法律（出資法）・貸金業法旧称・貸金業の規制等に関する法律（貸金業法）である。前二者は、貸付金利に上限を設定して高金利を規制する役割を担い⁽²⁾、後一者は、貸金業を営む者に対し、開業規制（登録制）、貸し付けや取り立て等についての行為規制等を加え、その業務の適性化を図るという任務を果たすことが期待されている。

このような高金利・貸金業に対する法的規制の基本的な枠組みは、後述するように、昭和58（1983）年の貸金業規制法の制定および出資法の一部改正（いわゆる「サラ金二法」）によって完成したものである。その後、平成12（2000）年のいわゆる商工ローン問題、平成16（2004）年のヤミ金融問題等、その時々⁽³⁾の社会的問題に対応して、幾度か法改正がなされてきたものの、その基本的な枠組みは維持されてきたといつてよいであろう。

しかしながら、最近、深刻化する多重債務者問題の解決が叫ばれる中で、これまでの貸金業・金利規制のあり方を抜本的に変革する改正がなされた。それが、平成18（2006）年12月13日に成立し、同20日に交付された「貸金業の規制等に関する法律等の一部を改正する法律」（平成18年法律第115号）である。これによって、貸金業規制法・利息制限法・出資法の改正がなされているが（貸金業規制法の名称は、「貸金業法」と改められた）、本稿においては、今後の金利規制・貸金業規制のあり方を検討する前提として、今回の法改正の背景、経緯、内容、および意義を確認することにしたい。

なお、平成18年改正法の施行時期は、新しいシステムに対応するために相応の準備期間を要すること等から、4つの時期に分けての段階的なものとなっている（施行の状況については後述Ⅲを参照。平成21年9月現在改正法の全てが現行法となっているわけではな

い)。

I 金利規制についての改正点

1 改正に至る背景・経緯

(1) 総説

平成18年改正における重要な改正点は、それまでの金利規制のあり方を大きく変えたことである。今回の改正がなされる前の金利規制に関する法制度は、昭和29（1954）年の現行利息制限法と出資法の成立により、その基本的な枠組みが形作られ、昭和58年（1983）年の貸金業規制法の制定（および出資法の一部改正）によって完成したものであった。

以下では、まず、今回の改正の背景にあるわが国の金利規制に関連する法制度の基本的な枠組みがどのように成立したのかを確認し⁽³⁾、その上で、今回に改正に至った経緯をみることにする。

(2) わが国における金利規制の基本的枠組みの形成過程

最初に、わが国の金利規制の基本的な枠組みを形成した昭和29年の現行利息制限法と出資法の基本的な内容を確認しておきたい。利息制限法は、金銭消費貸借に際しての利息契約が法定の上限利率⁽⁴⁾により計算した金額を超えるとき、その超過部分につき無効と定める。他方、出資法は、違反に対して刑罰を科する金利の上限（刑罰金利、立法当初は年109.5%⁽⁵⁾）を定めている（出資5条2項）。すなわち、民法上有効とされる金利の上限を定めるのが利息制限法であり、違反（高金利の契約・受領等）に対して刑罰を科すことによって高金利を規制するのが出資法である。その意味で両者の役割は異なっている。そして、この点に関して、特徴的であり、かつ、その後生じた様々な問題・議論の源になったのは、利息制限法上の上限金利よりも出資法上の刑罰金利の方が高く定められていたということであった。このことによって、民法上は無効であるが、刑罰が科されることはない範囲の金利（グレーゾーン金利と呼ばれる）が生じたのである。

また、利息制限法の上限を超えたグレーゾーン金利については、同法により「その超過

部分につき無効とする」(同法1条1項)と定められているが、他方で同時に「債務者は…超過部分を任意に支払ったときは、同項の規定にかかわらず、その返還を請求することができない」(同法1条2項)と定められていた。すなわち、民法上の制限を上回る金利の受領を一定の条件の下で法的に承認するルールが存在することになったわけである。それゆえに、貸金業者は、より大きな利益を生むグレーゾーン金利の範囲内で貸付けを行い、債務者が「任意に」制限超過利息を支払うことを期待した。しかしながら、債務者が法律上無効であると知りつつ「任意に」制限超過利息を支払うというのは、あり得ることとはいえ、必ずしも普通のことではない。それゆえ、グレーゾーンの存在が後に生ずる様々な問題・議論の源となったのである。特に、サラ金と呼ばれる貸金業者から、最高年109.5%という高い金利で返済能力を超えた融資を受けた借り手が経済的に破綻し、かつ、返済が滞った際にきわめて過酷な取り立てがなされるケースなどが多くみられたことから、この問題は社会問題として認知されるようになり、法廷において争われ、また、立法による対応がなされることとなった。

まず、昭和30年代末～40年代には、債務者による制限超過利息の「任意の」支払いの範囲に関連して、いくつかの重要な判例が現れた。まず、債務者が、利息制限法所定の制限をこえる金銭消費貸借上の利息を任意に支払ったときは、右制限をこえる部分は民法491条により残存元本に充当されるものと解するとした大法廷判決(最大判昭和39年11月18日民集18巻9号1868頁)が示され、それを前提に、さらに、制限超過利息を元本に充当した場合に計算上生ずる過払い金について、利息制限法1条2項の規定にもかかわらず、不当利得返還請求を認めるとしたもう一つの大法廷判決が現れた(最大判昭和43年11月13日民集22巻12号2526頁)。この昭和43年判決は、上記昭和39年の判例を前提にすれば、元本債権の存在しないところに利息が発生する余地はなく、計算上元本が完済となった後に支払われた金額は、債務が存在しないのにその弁済として支払われたものに外ならないとしている。さらに、債務者が制限超過利息を、元本と一括で支払った場合についても、充当の方法に関して特段の指定がされないかぎり、利息制限法所定の制限を超えた利息はこれを元本に充当するとして、やはり、不当利得返還請求を認めたのである(最判昭和44年11月25日民集23巻11号2135頁)。これらの判例の展開により、利息制限法1条2項の適用範囲は著しく制約されることとなった⁽⁶⁾。

そして、昭和50年代に入ると、深刻化したサラ金問題を契機として、先に述べた貸金業

規制法の制定および出資法の一部改正（サラ金2法）がなされ、平成18年改正の前提となる金利体系が確立された。

まず、貸金業規制法は、貸金業の登録制（開業規制）、さらに、過剰な貸付けの禁止、貸付け条件等の提示の義務付け、契約時の書面交付の義務付け、弁済時の受取証書の義務付け、悪質な取り立て行為の禁止等、貸金業者の行為をコントロールする様々な規制を導入した。

他方、改正された出資法は、貸金業者が業として貸付を行う場合の刑罰金利を上述の年109.5%から、段階的に年40.004%へ引き下げることとしたが、これと利息制限法の上限金利（10～20%）との間にはなお開きがあり、グレーゾーンは存続した。

その上で、グレーゾーンでの貸付けについて、これをどのような場合に許容するかについてのルールが明文化された。それが、貸金業者が貸金業規制法所定のルールを遵守していることを条件に、債務者による制限超過利息の弁済を「有効な利息の弁済」とみなす、いわゆる「みなし弁済」規定（貸金業規制法43条1項）である。

グレーゾーン金利の扱いについては、不当利得としての返還請求を制限する利息制限法の1条2項が存在していたが、判例理論（前出、最大判昭和39年11月18日、最大判昭和43年11月13日、最判昭和44年11月25日）により、その効力は大幅に減殺されていた。制限超過利息が原則として元本に充当され計算上の過払い金の返還請求が認められるとなれば、貸金業者としては常に債務者からの不当利得返還請求権の行使という法的リスクを抱えることになるのである。

これに対して、新たに制定された貸金業規制法は、たとえ、債務者が支払った金銭が、利息制限法1条1項の制限を超過する場合であっても、①債務者が「利息として」「任意に」支払った場合であり、かつ、②貸金業者の側が、貸金業規制法により交付を義務付けられた契約書面・受取証書を交付しているときは、③「有効な利息の債務の弁済とみなす」と定める新たな規定を設けた。

こうして、民法上は無効であるが、刑罰を科されることがないグレーゾーン金利を債務者が利息として「任意に」支払った場合には、債権者が旧貸金業規制法の定める書面交付義務を遵守している限りにおいて、これを有効な利息の弁済とみなすというルールが確立された。その限りで、昭和40年代に展開された一連の判例は排除されることになる。

これは、判例理論によって危機に瀕していたはずのグレーゾーンでの貸付けについて、

債務者が「利息として」これを「任意に」支払った場合には、貸金業者側の手続的ルール
の遵守を条件として、これを法的に承認するという意義を有している。貸金業者にとつて
は、手続上の遵守事項に従うことによって法的リスクから解放されるという意味で有利な
法改正であったが、グレーゾーン金利の承認は、あくまで「みなし弁済」にすぎず、いく
つかの点でやや中途半端なものであったように思われる。問題は以下の点に集約される。
それは、グレーゾーンを「有効な債務の弁済」とみなすことが、上述の①②という2つの
条件と関連づけられていたことである。

第1に、貸金業規制法は、みなし弁済の要件として、債務者が制限超過利息を「利息と
して」「任意に」支払ったことを要求していた(①)が、債務者が民法上支払う理由のない
利息を「利息として」「任意に」支払うというのは、必ずしも普通のことでなく(借り手
の知識不足による場合等が典型であろう)、また、その意味も解釈上の争点となりうるもの
であった。それゆえ、貸金業規制法の制定によっても貸金業者が債務者による過払い金の
返還請求という法的リスクから解放されたというわけではなかった。

第2に、貸金業規制法は、グレーゾーン金利に対する承認を、貸金業者による契約書面・
受取証書の交付という手続上のルールの遵守に係らしめた(②)。契約書面・受取証書の交
付を徹底させることは、契約内容や弁済の有無等に関する将来の紛争を防止するという積
極的な意義を有し、また、借り手の保護に資するものであり、それ自体としては合理的な
ものである。しかし、書面を交付すべき時期や記載内容については、法文に詳細な定めが
なされており、要件①との関連で債務者に制限超過利息を「利息として」「任意に」支払っ
てもらいたい貸金業者にとっては、その遵守を徹底すること自体にかなりの負担を伴うも
のであったといえる。やはり、潜在的な法的リスクの一つであったいえよう。

後述するように、やがてグレーゾーンでの貸し付けが抱えるこれらの問題が顕在化して
いき、平成18年改正に至る問題状況となっていくことになるのである。

(3) 多重債務者問題

今回の法改正の背景にあり、法改正の引き金となった社会的事象として重要なのが近年、
その深刻さがマスメディア等によりたびたび報じられていた多重債務者問題である。

この問題が意識されるようになったのは、いわゆるヤミ金融(ヤミ金)問題が深刻化し
た背景事情として多重債務者の増加があると指摘されていたからである。

平成15（2003）年には、社会問題化したヤミ金融業者（ヤミ金）の跋扈に対処するため、「貸金業規制法及び出資法の一部改正法」（いわゆるヤミ金融対策法）が成立・施行され、貸金業規制法における資金業の登録要件の厳格化、取り立て・広告等の行為規制の強化、出資法違反の罰則の強化（高金利受領罪・要求罪（出資5条3項）の新設等）等がなされている。しかしながら、出資法の上限を遙かに上回る異常な超高金利での貸付けを行い、脅迫等の違法な手段を用いた取り立てを行うヤミ金による被害が深刻化した背景には、彼らが、200万人とも言われる多重債務者——本人の返済能力を超えた借入金を多数のサラ金・消費者金融業者等の貸金業者から行っている（ゆえに、消費者金融から貸付けを受けることができず、厳しい取り立てを免れるために違法なヤミ金に頼らざるをえない）者を、その主たる標的としていたという事情があると指摘されていた。そして、そのような数多くの多重債務者が生じた背景として、消費者金融等の貸金業者による、刑罰金利（当時、年29.2%）に近い高金利での貸付けや、借り手の返済能力を度外視した過剰な貸付けがあるとの指摘がしばしばなされていたのである。

こうして、ヤミ金融のターゲットとされる多重債務者問題を招いたわが国の金利規制のあり方に対して、立法を含めた何らかの手当てをすべきであるとの機運が高まっていった。

（4） 改正の経緯

以上のような状況下において特に議論の対象となったのは、利息制限法によって、民事法上は無効とされるものの、出資法による刑罰金利を下回るがために刑罰を科されることはない、上述の「グレーゾーン金利」の扱いである。

平成15年のヤミ金融対策法においては、刑罰金利の上限については、特に立法的な手当てがなされることはなかったが、上記のような問題意識を背景として、同改正法には、施行後三年を目途として、貸金業制度のあり方や出資法上の上限金利（刑罰金利）について必要な見直しを行うものとする旨の改正附則が置かれていた。

これを受けて、貸金業の監督官庁である金融庁は、平成17（2005）年3月より、総務企画局長の私的懇談会として、「貸金業制度に関する懇談会」を定期開催し、多重債務防止等の観点から、金利規制のあり方について立法を含めた検討を行ったが、平成18（2006）年4月、ついに、同懇談会はグレーゾーン金利の撤廃にまで踏み込んだ提言をする、「座長としての中間整理」を取りまとめた。

これを踏まえ、当時の与党（自由民主党・公明党）において貸金業制度に関する検討がなされ、同年7月、利息制限法の上限を超えたグレーゾーン金利の支払を「みなし弁済」によって認める制度の撤廃（グレーゾーン金利の廃止）を求める「貸金業制度の改革に関する基本的な考え方」が取りまとめられ、これについて、金融庁・法務省等が実務上の実現可能性等について検討を行い、同年9月には、検討結果が与党に提示された。

これを受けて、与党においてさらなる議論が行われ、平成18年9月には、貸金業規制法におけるみなし弁済の廃止と、出資法の上限金利を20%にまで引き下げを求める「貸金業法の抜本改正」が基本的に了承された。これを踏まえ、金融庁・法務省による法案策定作業が進められ、内閣提出法案として⁽⁷⁾、「貸金業の規制等に関する法律等の一部を改正する法律案」が、同年10月に閣議決定され、国会に提出された。そして、同法案は、12月13日の参議院本会議で成立、同月20日に成立した。

2 改正法の内容

以下では、改正法の内容を具体的に見ていくことにする。

(1) 金利体系の抜本の変更

改正法の内容は多岐にわたるが、その中でまず重要なのは、グレーゾーン金利の撤廃をはじめとする、金利体系の抜本的な改正である。

① 平成18年改正前の金利体系の概要

平成18年改正がなされる以前のわが国における基本的な金利規制の枠組みは、1(2)で述べたように昭和29年になされた利息制限法と出資法による二元的な金利規制の導入を経て、昭和58年になされた貸金規制法の制定および出資法の一部改正（いわゆるサラ金二法）によって確立されたものである。

現在の金利体系を確立したサラ金二法においては、貸金業者が業として貸付けを行う場合の刑罰金利は、年40.004%にまで段階的に引き下げるとされ、他方、利息制限法における上限金利は、10～20%⁽⁸⁾であったから、実際、両者にはかなりの差異があったといえる。その後、出資法5条2項の上限金利は、商工ローン問題に端を発する平成12年出資法改正により、29.2%まで引き下げられたが、それでもなお刑罰金利と私法上の上限金利の間に

は、少なくとも10%近くの差異が存在していたことになる。

このような状況下において、1(2)において述べた貸金業規制法における、みなし弁済規定の問題点が顕在化していくことになった。

② 判例による「みなし弁済」の要件の厳格解釈

貸金業規制法は、みなし弁済の要件として、債務者が制限超過利息を「利息として」「任意」に支払ったことを要求する。それゆえ貸金業者としてはこの「任意の」支払いを債務者になさしめるために、そうせざるをえないような状況を作成する必要に迫られた。具体的には、契約時に「元金または利息の支払いが遅滞したら、元利金を一時に支払う」との条項（いわゆる期限の利益喪失特約）を付する等の手段が用いられたわけである。

しかしながら、上述のような、債務者が制限超過利息を自ら支払わなかった場合に不利益をちらつかせることによって、これを事実上支払わざるをえない状況に追い込むという形での弁済が、そもそも「任意」の弁済といえるのかという根本的な疑問も沸いてくることになる。

この点に関して非常にインパクトのある形で問題を提起したのは、最高裁によるみなし弁済をめぐる判例の展開である。

近年、消費者金融等の貸金業者に対して、債務者による過払い金返還請求訴訟が提起されるケースが激増しているのは周知のとおりである。その際、債務者は、自己が債権者に対して支払った金員は、貸金業規制法43条1項の「有効な利息の債務の弁済」ではない、との主張を行うわけであるが、近年の判例は、貸金業規制法43条1項が定める「みなし弁済」の要件を厳格に解し、債務者にとって非常に有利な判断を示すという傾向が顕著になっていった。

最2小判平成18年1月13日民集60巻1号1頁は、期限の利益喪失特約について、債務者はこれによって事実上超過利息の支払いを強制されることになるから、特段の事情がない限り、期限の利益喪失特約の下での制限超過部分の支払いは、債務者が自由な意思によって支払ったものとはいえないとして「任意性」を否定し、みなし弁済を認めないとする判断を示した。その後、他の小法廷もこれにならう判断を示したため（最1小判平成18年1月19日裁判集民事219号31頁、最3小判平成18年1月24日判時1926号23頁）、貸金業者は、これによって、債務者によって「任意に」制限超過利息の弁済を受ける手段を非常に大きく制約されることとなった。

また、契約書面・受取証書等の交付書面要件についても、判例は極めて厳格な解釈を展開し、みなし弁済を否定する判断が次々に示された（最判平成16年2月20日民集58巻2号380頁、最判平成17年12月15日民集59巻1号2899頁）。

これら近年の判例は、貸金業規制法が認めていたグレーゾーン金利の「みなし弁済」を、解釈によって事実上空文化するに等しいものと評することもできる。

このような最高裁による一連の判例の展開については、「何よりもそこには悪質な貸金業者が引き起こした社会問題（いわゆるヤミ金問題）」に対応しようとする姿勢が認められる⁽⁸⁾との指摘もなされているところであり、昭和58年のサラ金2法以来の金利体系を抜本的に変革しようという動きにも大きな影響を及ぼしたものと推測できる。

③ 平成18年改正による変更点

1) みなし弁済制度の廃止（上限金利の見直し）

平成18年改正法においては、昭和58年以來の金利体系に次のような抜本の変更がなされた。まず、出資法5条2項の業として行う高金利罪の刑罰金利が、年29.2%から年20%へと引き下げられた。他方、利息制限法の上限金利は維持されたため、元本が10万円未満の場合、それは年20%であるから、この部分については、利息制限法と出資法の上限金利が一致することになった。他方、元本が10万円以上100万円未満の場合の上限金利年18%、100万円以上の場合には年15%であるから、この範囲においては改正前と同じく出資法と利息制限法の上限金利は一致しない。それゆえ、利息制限法の上限は超えるものの刑罰の対象にならない金利は残存することになるが、これについては、貸金業法における「みなし弁済」制度が廃止され、かつ、民事法上無効だけでなく、貸金業法によって、利息制限法の上限金利を超える利息の契約・受領等が禁止され（貸金業法12条の8第1項、4項）、違反すると行政処分の対象になるため（貸金業法24条の6の3、4）、貸金業者が利息制限法の上限を超える利息の契約・受領をすることはできなくなった（なお、利息制限法1条項の規定も削除されている）。すなわち、今回の改正により、グレーゾーン金利は撤廃されるということである。

2) 金利の概念の見直し

金利の規制に関わる改正点のうち、グレーゾーンの廃止と関連して重要なものの一つは、法定の上限金利の超過の有無を判断する際に重要となる金利の概念の

見直しである。

金銭の貸付けにおいては、貸し手が、利息以外にも、例えば手数料の名目などで借り手から金銭を受け取った場合に、これをどのように扱うか——名目の如何に関わらず利息の徴収とみなすか否か——が問題となる。改正前の利息制限法および出資法は、いずれもこれに関するルールを定めていたが、両者の内容は一致していなかった。

すなわち、平成18年改正前の利息制限法では、「契約の締結及び債務の弁済の費用」については、みなし利息から除外すると定めていたが（第3条）、出資法においてはこのような除外規定はなく、「金銭の貸付けを行う者がその貸付けに関し受ける金銭は、礼金、割引料、手数料、調査料その他何らの名義をもってするを問わず、利息とみなすこととしていたのである（5条7項）。

改正前の出資法における、例外を一切認めない厳格な「みなし利息」の定めは、悪質な債権者が謝礼金・手数料等の名目で金銭を受領し、それによって高金利規制の趣旨を潜脱する行為を排除するために儲けられたと説明されている⁽⁹⁾。また、許される金利の上限も利息制限法のそれよりも高い。ゆえに、これと利息制限法との利息概念の不一致について、合理的な説明をすることも不可能ではなかったといえよう。

しかし、平成18年改正においては、上述のグレーゾーン金利の廃止に伴い、業として行う高金利罪における金利の上限が年利20%まで引き下げられ、これによって、出資法の上限金利と利息制限法の上限金利の水準が一致することとなった。みなし金利についての規定の不一致により両者がずれることになれば、グレーゾーンを廃止し、私法上の金利と刑罰金利を一致させるという改正の意義が損なわれることにもなるし⁽¹⁰⁾、上限金利が同じであれば、出資法は金利の上限が高い（逸脱はきわめて悪質である）という理由でみなし利息の違いを説明することも難しい。

そこで、改正法は、利息制限法および出資法ともに、一定の場合にみなし利息の例外を認め、両者の水準を一致させることにした。すなわち、両法は、みなし利息の例外として、①契約の締結又は債務の弁済の費用のうち、公租公課の支払に充てられるべきもの、貸付けの相手方が利用する現金自動支払機（ATM）等

の利用料、等（平成18年改正後の利息制限法6条2項、出資法5条の4第1号）、
②いわゆるローンカードの再発行に係る手数料その他借り手の要請により貸付け
を行う者が行う事務の費用として政令で定めるもの（平成18年改正後の利息制限
法6条1項、出資法5条の4第2号）を定め、これらについては利息とは別に徴
収・受領することを認めるに至った。

3) 高保証料の罪の新設

平成18年改正においては、保証料に関する改正もなされている。改正前の出資
法の下では、保証料について、借り手が保証業者に対して保証料を支払った場合
であっても、貸金業者がこれを代理受領した場合には、「金銭の貸付けを行う者が
その貸付けに関し受ける金銭」（改正前の出資法6条）であって、みなし利息に該
当するとの見解が実務的に採用され、これは金融庁の事務ガイドライン（「第3分
冊 金融会社関係事務」）にも明記されるに至っていた⁽¹¹⁾。

しかしながら、今回の改正においては、上述2)のように、利息制限法と出資
法に共通する「みなし利息」の概念が定められており、ここに保証料は含まれて
いない。

そこで、平成18年改正法は、業として行われる貸付けに係る保証について、当
該保証契約の保証料と保証の原因となる金銭の貸付けの利息の合計が20%を超過
する場合には、当該超過部分は無効とされ、当該保証契約を結び、保証料の受領・
要求を行った保証業者には刑罰が科される旨を定めた（改正利息制限法8条、改
正出資法5条の2）⁽¹²⁾。その法定刑は、5年以下の懲役若しくは1000万円以下の
罰金、又はこれらの併科である。

なお、上述のように高保証料の罪の構成要件該当性判断においては、その前提
として常に保証料と利息の合算が必要となるが、主債務貸付け利息が変動利率で
ある場合や、根保証契約の場合に、一体どのようにして利息と併せて年20%とい
う保証料の上限を定めるかが問題となる。そこで、改正出資法は、これらの場合
についての保証料と利息の計算方法についての特則を定めている（改正出資法5
条の2第2項・第3項）。

なお、貸付けを行う者が、保証料の契約後に当該貸付けの利息を増額する行為
についても、保証料と合算して年20%を超える場合にこれを処罰対象とする旨の

規定が置かれている（改正出資法第5条の3）。

4) 日賦貸金業者および電話担保金融の特例の廃止

平成18年改正前の出資法において、例外的に業として金銭の貸付けを行う場合の上限を上回る年54.75%を上限とする高金利が認められていた「日賦貸金業者」⁽¹³⁾ について、その特例が廃止されている⁽¹⁴⁾。

また、同じく、電話加入権に質権を設定する貸付け（電話担保金融）についても改正前の出資法において54.75%の例外が認められていたが、この特例も今回の改正によって廃止されている⁽¹⁵⁾。

5) 業として行う著しい高金利罪の新設（ヤミ金融対策の強化）

高金利の法的規制に関わる改正点として、最後に、業として行う著しい高金利罪（超高金利罪）の新設を挙げておく。出資法に設けられたこの罪は、金銭の貸付けを行う者が業として金銭の貸付けを行う場合において、年109.5パーセントを超える割合による利息の契約をしたとき（出資法5条3項前段）、および、その貸付けに関し、上記を超える割合による利息を受領し、又はその支払を要求したとき（同後段）は、10年以下の懲役若しくは3000万円以下の罰金又はこれを併科すると定めている⁽¹⁶⁾。

この規定は、出資法がすでに定めていた高金利の罪のうち、特に著しい高金利のものについて刑を加重するものであるが、その立法趣旨については、「ヤミ金融に対する罰則の強化」であるとの説明がなされている⁽¹⁷⁾。

II 貸金業者の業務規制についての改正点

1 改正に至る背景・経緯

以上のような金利体系の変更に加え、18年改正法においては、貸金業法の改正により、貸金業に対する規制の強化がなされている。その背景・経緯については、既に金利体系の改正に関して言及しているので、ここで特に述べることはない。

以下では、その概要を、開業規制・行為規制の強化と、過剰貸付けの抑制へ向けた取り

組みに分けて見ておくことにする。

2 開業規制・行為規制の強化

(1) はじめに

多重債務者問題が深刻化する中、貸金業者が金銭を貸し付ける際に借り手への説明が不十分であること、強引な取り立て行為を免れようと借り手が返済のためにさらに別の貸金業者から借入れを行う状況などが問題視されていた。

平成18年改正法は、以上のような問題状況を改善するという意味において貸金業者の業務を適性化すべく、いくつかの改正を行っている。

(2) 貸金業への参入条件の厳格化

まず、貸金業への参入条件の厳格化がなされた。

第1に、改正前の貸金業規制法では、法人500万円、個人300万円が財産的基礎の基準額であったが、改正貸金業法では、「貸金業者の最低純資産額」を、施行後、5000万円にまで段階的に引き上げていくことを定めている（改正貸金業法6条）。

第2点は、改正前の貸金業規制法においても要求されていた営業所又は事業所ごとの貸金業取扱主任者の選任・研修制度のさらなる強化である。すなわち、改正法は、貸金業務取扱主任者制度に資格試験制度を導入し、貸金業者がこれに合格した者を営業所または事業所ごとに配置することを求めている（同12条の3）。

なお、ヤミ金融対策の強化の一環として、貸金業の無登録営業罪の罰則の引き上げがなされている（改正貸金業法11条1項、47条2号）。従来、その法定刑は懲役5年、罰金については1千万円であったが、今回の改正により、この上限は、懲役10年、罰金は3千万円にまで引き上げられた。同様に、不正手段による登録（同3条1項、47条1号）、名義貸し（同12条、47条3号）等についても罰則の法定刑が引き上げられている。

(3) 貸金業協会（業界の自主規制団体）の機能強化

さらに、業界の自主規制団体である貸金業協会の機能強化がなされた。改正前においては、都道府県ごとに、この貸金業協会が置かれていたが、改正貸金業法においては、これ

を全国統一の認可法人として位置づけ、都道府県毎にその支部を置くかたちになった（貸金業法26条2項、34条1項）。

貸金業協会は、各業者に対する調査・監督権限を付与され、規制を守らない業者に対しては、過怠金の徴収を行うことなどが認められている。

この改正法を受けて、平成19年には、「日本貸金業協会」が認可を受け、設立されている。なお、貸金業協会への加入は、改正前は完全な任意加入であり、加入率も5割程度に止まっていたが、改正法は、強制加入でこそないものの、非加入業者は自主規制ルールと同等の社内規則の制定を義務付けられ、かつ、その遵守状況について金融庁による直接の監督を受けなければならないとの定めが置かれている。

（４） 行為規制の強化

改正法においては、貸金業者に対する行為規制の強化が多岐にわたりなされた。以下では、その中で重要なものを、罰則に関する改正事項を中心にピックアップしておきたい。

① 勧誘・広告の際の規制強化

貸金業規制法は、今回の改正以前より、借主の利益保護を図るために貸金業者の行為に様々な形で規制を加え、その中でも重要なものには違反に対する刑事罰を定めていた。

改正前より刑事罰が定められていたものとしては、利率、返済の方式、返済期間・回数等の重要事項を営業所の顧客の見やすい場所に掲示する義務に違反した場合（貸金業規制法14条1項、49条）、TVコマーシャル等を用いた貸付条件の広告やダイレクトメール等で貸付契約を勧誘する際の規制（貸付条件等法定事項の表示・説明義務）に違反した場合（同15条1項、49条）がある。さらに、利用者を誤認させ、安易な利用を誘発するような不当な広告・勧誘（いわゆる虚偽・誇大広告等）の禁止に違反した場合（貸金業規制法16条1項、同48条）も刑事罰の対象となる。具体的には、利率その他の貸付けの条件についての著しく事実に相違する表示・説明、実際のものよりも著しく有利であると誤認させるような表示・説明が禁止されている。

平成18年の改正貸金業法は、新たに、貸金業者が業務に関し、①資金需要者等に対し、虚偽のことを告げ、又は貸付けの契約の内容のうち重要な事項を告げない行為、②資金需要者等に対し、不確実な事項について断定的判断を提供し、又は確実であると誤認させる

おそれのあることを告げる行為、③保証人となろうとする者に対し、主たる債務者が弁済することが確実であると誤解させるおそれのあることを告げる行為を禁止行為として新たに列挙し（改正貸金業法12条の6）、これらのうち、①に違反して「虚偽のことを告げた」場合を刑事罰の対象とする旨を定めている（同法48条1項1号の2資金需要者等に対する虚偽告知罪の新設）。なお、「資金需要者等」とは、資金需要者である顧客、保証人となろうとする者、債務者、保証人のことである（同2条）。①のうち貸付の契約内容における重要事項の不告知（不作為）が処罰の対象とされていないのは、契約書面の提示等が義務付けられ、そこで、書面の不交付、法定事項の不記載、虚偽記載等が刑事罰の対象となる行為として類型化されているためである。

改正貸金業法は、安易な利用を助長し、多重債務を誘発しかねない貸金業者の行為に対する規制を強化しているが、上述のように、今回の改正では、顧客やこれから保証人となろうとする者、さらに、債務者、保証人という広範な対象（資金需要者等）に対し、虚偽を告知する行為を広く処罰の対象とする規定が設けられており、その意義は小さくない。貸金業者が業務に関して資金需要者等に対して虚偽を告知する行為は、資金需要者等の判断を誤らせ、その利益を害する危険が大きいゆえに、当罰的な行為類型であると理解されているといえよう。

②契約・貸付・返済時の規制強化

改正前の貸金業規制法は、借り手の保護と紛争の事前防止のために、貸付契約について、契約時に契約書面を交付すること、弁済時に受取証書を交付することを貸金業者に義務付け、契約書面・受取証書の不交付、法定事項の不記載・虚偽の記載に対し刑事罰を科す旨を定めていた（貸金業規制法17条1項、18条1項、49条）。同様の見地から、貸金業者における帳簿の備え付けの懈怠、法定事項の不記載・虚偽記載（貸金業規制法19条、49条）も処罰の対象とされていた。

以上の罰則は今回の改正貸金業法においても維持されたが、さらに、借り手の保護を徹底するための規定がいくつか新設された。

まず、契約書面については、顧客が契約に先立って十分に借入条件を理解した上で借入れの判断を行うことができるようにするため、従来の契約書面に加え、貸金業者が契約に先立って、顧客に対して契約内容を説明する書面を交付することを義務付けることにした

(貸金業法16条の2。ただし、施行時期は段階的施行の第4段階)。この事前書面についても、契約書面と同様に、不交付・法定事項の不記載・虚偽記載を処罰する罰則が新設された(同48条)。

保証人についても、債務者と同様、改正前の貸金業規制法は、保証人になろうとする者について事前に契約内容を書面で交付することを義務付け(貸金業規制法17条2項)、また、保証契約締結時には貸付契約・保証契約双方の契約書面を保証人に交付するよう義務付けていた(貸金業規制法17条3項・4項)。

これらの保証人保護についての規定は、債務の内容を正確に認識せずに保証人となっているという実態を踏まえ、商工ローン問題を契機とする平成11年の改正で導入されたものであるが、今回の改正では、さらに主債務者と同内容の債務を負い、催告および検索の抗弁権がない連帯保証人が、このことを十分に理解していない場合が多いという問題状況を踏まえ、連帯保証人に交付すべき事前説明書面および契約書面に、連帯保証人には催告の抗弁権および検索の抗弁権がないこと及びその趣旨等を記載することを義務付け(貸金業法16条の2貸金業法17条3項)、違反(不交付・法定事項の不記載・虚偽記載)に対して罰則を科すこととした(同48条、法定刑は一年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又は併科)。

さらに、改正貸金業法では、貸金業者が契約の相手方等の死亡を保険事故とする保険契約を締結する場合に、貸金業者に対し、契約内容を説明する書面を交付することを新たに義務付けるとともに(貸金業法16条の3)、借り手の自殺を保険事故とする契約の締結を禁止(貸金業法12条の7)し、いずれの規定に対する違反についても刑事罰を科している(同48条。法定刑は一年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又は併科)。生命保険契約が返済に窮した借り手の自殺を誘発しているのではないかとの批判を考慮したものであろう。

以上のように、改正貸金業法においては、広告・勧誘時、貸付時、返済時それぞれについて借り手および保証人への情報提供がより徹底され、それが罰則を以て担保されていることがわかる。

なお、借り手保護の徹底とは若干異なる趣旨の改正事項であるが、改正法においては、予め定められた条件に従った返済が行われることを条件に一定の融資額の範囲内で何度も借入を認める極度方式基本契約(リボルビング契約)について、その定義規定を置いた上(貸金業法2条7項)、この方式の基本契約を締結する際、および契約に先立って(第4

段階施行より)には、その契約内容を明らかにする書面を交付することを義務付け(貸金業法17条2項、16条の2)、違反について罰則を科すことを定めた(同48条)。

通常の貸付契約において交付を要求される17条1項の書面では、「貸付けの金額」と「返済期間及び返済回数」が必要的記載事項となっていたが、極度方式基本契約では、これらに代わり、極度額および内閣府令の定める事項(返済期間・回数・期日・金額が変動する極度方式基本契約の性格など)を記載すればよいとした。従来の17条1項の契約書面では、リボルビング契約の場合に、「貸付けの金額」や「返済期間及び返済回数」などを正確に記すことが不可能であったが、今回の改正はリボルビング契約の性格に適合した契約書面の交付を可能にしたものである。さらに、リボルビング契約については、相手方の同意を条件に、一定期間における貸付け及び弁済その他の取引の状況を記載した書面(いわゆるマンスリー・ステートメント)を交付することで契約書面・受取証書に代替することを認めた(17条6項、18条3項)。これも、リボルビング契約の場合に通常の貸付契約において要求されるものと同内容の契約書面・受取証書を交付することの困難に配慮した改正である。

③公正証書に係る規制強化

かつて、貸金業者が貸付けに際し、将来の強制執行に備え、債務不履行があった場合には直ちに強制執行を受けるべきこと記載した公正証書を作成するために、債務者から代理人・委任事項を空白にした白紙委任状を予め取得するケースがあったため、改正前の貸金業規制法は、貸金業を営む者が上記のような公正証書の作成を公証人に囑託することについての委任状を債務者や保証人から取得する場合については、貸付の金額・利率等の事項が記載されていない委任状を取得してはならないと定め、違反に対して刑事罰を設けていた(貸金業規制法20条、49条4号)。

しかしながら、その後も公正証書による強制執行をめぐる紛争が生ずるケースが目立ったようであり、平成18年改正は、上記のような公正証書の作成を大幅に制限することとした。すなわち、改正法は、「債務者等が貸付けの契約に基づく債務の不履行の場合に直ちに強制執行に服する旨の陳述が記載された公正証書」を「特定公正証書」と名付け(貸金業法20条1項)、その作成にかかる囑託委任状を債務者等から取得することを禁止し(同20条2項)、あるいは、債務者等が自ら代理人に委任する場合であっても、代理人の選任に

貸金業者が関与することを禁止する（20条3項）等の規定を置いた。そして、これらの規定に違反した場合は刑事罰の対象とされた（48条。法定刑は一年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又は併科）。

改正法による特定公正証書作成に係る囑託委任状の取得制限は、貸金業者による取得を禁止し、債務者等が自ら代理人に委任するケースについても貸金業者の関与を排除するなどかなり徹底されており、立法当局の強い姿勢がうかがわれる。

④取立時の規制強化

今回の改正では、旧貸金業規制法にも規定されていた取立規制の強化がなされた。

改正貸金業法21条1項は、債権取立ての委託を受けた者は、「貸付けの契約に基づく債権の取立てをするに当たって、人を威迫し、又は次に掲げる言動その他の人の私生活若しくは業務の平穩を害するような言動をしてはならない。」と規定し、その上で、深夜・早朝など社会通念上不相当と認められる時間帯に正当な理由なくなされる電話・FAX送信・居宅訪問、債務者の勤務先など居宅意外の場所への正当な理由のない電話・FAX送信・訪問等具体的な取立行為の類型を列挙している。違反に対しては、登録業者に対する行政処分とともに、違反者への刑事罰（2年以下の懲役または300万円以下の罰金ないしその併科。両罰規定あり。）が規定されている。

旧貸金業規制法にも同様の規定が置かれていたが、今回の改正では禁止の対象となる取立行為の類型として、新たに、債務者等から弁済等の時期について申出を受けている場合において、正当な理由がなく、日中、債務者の居宅に対して電話・訪問等の取立を行う行為、また、債務者等の居宅又は勤務先を訪問した場合において、債務者等から当該場所から退去すべき旨の意思を示されたにもかかわらず、当該場所から退去しないこと、禁止されている取立行為を行う旨を告げることが追加された。

（5）業務改善命令の導入

平成18年改正法においては、貸金業法による規制に違反した業者に対する行政処分として、登録取消しや業務停止に加え、より機動的に対処可能な業務改善命令を導入している（改正貸金業法24条の6の3）。

3 過剰貸付けの抑制

(1) はじめに

改正貸金業法においては、一般に、多くの多重債務者を生んだ原因の一つと考えられている借り手の返済能力を超えた過剰貸付について、これを抑制するための制度が新たに整備されている⁽¹⁸⁾。

これらの規制は、上述の貸金業者の行為規制の強化として挙げたものと若干性質を異にし、返済能力を超えた貸付を借り手の意思とは無関係に抑止するというパターンリズム的性格を有するものである。その是非について異論はあろうが多重債務者対策という今回の改正法の趣旨を強く反映したものといえよう。よって、以下で別個に検討する。

(2) 指定信用情報機関制度の新設

改正貸金業法においては、過剰貸付け抑止の前提として貸金業者が借り手の返済能力を判断する上で重要となる借り手の総借入れ残高を把握することを可能にするために、すべての貸付情報が登録され、貸金業者が貸付を行う際にこれを利用可能にする指定信用情報機関制度が創設された。

改正前においては、一部の貸金業者が任意にいくつかの個人信用情報機関に加盟していたものの⁽¹⁹⁾、機関相互で信用情報のやり取りがなされることはなく、また、信用情報機関に加入していない業者も多く、借り手の返済能力を把握するための手段としては不十分であった。

改正貸金業法は、一定の要件を満たし、内閣総理大臣の指定を受けた信用情報機関を「指定信用情報機関」し、当局の監督下に置くとともに、相互の情報提供を義務づけることとした。

(3) 総量規制の導入

改正法は、上述の「指定信用情報機関」が保有する信用情報を利用した総量規制を導入した。

これは、信用情報によって確認した総借入れ残高の合計が一定額（1社50万円または他社と合わせて100万円）を超える場合には、源泉徴収票その他の提出を義務付け、年収等を基

準として、その3分の1を超える貸付けを原則として禁止するというものである⁽²⁰⁾（貸金業法13条の2）。これにより、借り手が自ら返済能力を超えた借入れを繰り返し、多重債務者へと転がり落ちていってしまうことを防止することが期待されている。

年収の3分の1を超える過剰貸付契約それ自体については刑事罰は定められていない（行政処分の対象となる）。しかし、貸金業者は契約に際して、指定信用情報機関の保有する信用情報を利用した返済能力調査を義務付けられ（貸金業法13条）、これに違反した場合（返済能力の調査をせずに契約をした場合）には、行政処分の対象となるとともに、刑事罰が科される（貸金業法48条1項1号の4、49条3号の2）。

Ⅲ 施行時期

以上が平成18年改正法の概要であるが、今回の改正法は大規模かつ多岐にわたり、相当な準備期間を要することから、その施行時期は、以下の表のとおり、段階的なものとなっている。

公布日：平成18年12月20日	
第1段階（公布日から1月経過後） ※平成19年1月20日施行	<ul style="list-style-type: none"> ・ 超高金利罪の新設 ・ 無登録営業の罰則引き上げ
第2段階（公布日から1年内） ※平成19年12月19日施行	<ul style="list-style-type: none"> ・ 取立規制の強化 ・ 業務改善命令の導入 ・ 新貸金業協会の設立
第3段階（第2段階施行日から1年半以内） ※平成21年6月18日施行	<ul style="list-style-type: none"> ・ 貸金業務取扱主任者の試験開始 ・ 指定信用情報機関制度 ・ 貸金業者の財産的基礎の引き上げ（2000万円以上）
第4段階（第2段階施行日から2年半以内） ※ <u>未施行</u> （期限は平成22年6月19日）	<ul style="list-style-type: none"> ・ みなし弁済廃止 ・ 出資法の上限金利の引き下げ ・ みなし利息概念の改正 ・ 利息制限法の上限金利算定の際の保証料の合算 ・ 総量規制の導入 ・ 貸金業者の財産的基礎の引き上げ

(5000万円以上に)

- ・事前書面交付義務の導入
- ・日賦貸金業者・電話担保金融の特例廃止

このように、現在、第3段階までが順調に施行されている。もっとも、今回の法改正の根幹をなすグレーゾーンの廃止や総量規制の導入はいまだ未施行であり、現行法となっているわけではない。

なお、今回の改正法の附則には、「この法律の施行後2年6月以内に過剰貸付けに係る規定等や出資法及び利息制限法の規定を円滑に実施するために講ずべき施策の必要性について検討を加え、その検討の結果に応じて所要の見直しを行う」と定める見直し規定が置かれている。要は、本体施行から完全施行に至る途中での見直しを求める規定が置かれているわけであるが、最近、これに関連して、金融副大臣が、改正貸金業法について来年6月の完全施行を延期することも含め、見直し議論を始めることを明らかにしたとの報道がなされている⁽²¹⁾。苦境に陥っている貸金業者の要求や厳しい経済情勢を反映したものとも推測されるが、金融庁が予定している第4段階の施行期限である2010年6月までにすんなりと平成18年改正法が完全施行に至るかどうかが、やや微妙な情勢になってきたようである。今後の動きを注視する必要があるだろう。

追記：2010年4月20日、改正貸金業法の最終施行日を6月18日とする政令が閣議決定された。

IV おわりに——平成18年改正についての若干のコメント

1. 以上が、出資法・貸金業法の18年改正の概要である。最後に、今回の改正をどのように評価すべきかについて、若干のコメントをしておきたい。
2. 今回の改正を高金利の法的コントロールのあり方という視点で見たとき、最も大きな意味を有しているのは、戦後、約50年間存続していたグレーゾーン金利がついに撤廃されることであろう。

現在の金利規制の枠組みは、昭和50年代のサラ金問題の渦中で生まれたものであるが、

それは、昭和29年以来的の出資法・利息制限法以来のグレーゾーン金利の問題を引き継いだものである。民事上の上限金利と刑罰金利と間にある程度の格差があることそれ自体は、直ちに不当であるというわけではなく、むしろ、刑法の謙抑性という建て前から考えれば、一応の合理性を有すると言うことも可能である。

しかし、わが国の金利体系は、出資法上の刑罰金利と利息制限法の上限金利のずれを、貸金業規制法による「みなし弁済」という仕組みによって調整しようとした点に、基本的な問題点を抱えていた。既に述べたように、「みなし弁済」は、貸金業者による書面交付義務の履行という前提条件の下で、債務者が制限超過利息を「利息として」「任意に」支払ったという要件を充足する限りにおいてこれを法的に承認するという不安定な制度である。潜在的な過払い金返還請求のリスクにさらされた貸金業者は、何とかして任意弁済の要件を満たす形で利息の支払いをさせようと試みる。そのことは、結果的に、貸金業者をして、借り手が自己の債務状況について必ずしも十分に理解していない状態へ誘導するという手段⁽²²⁾、あるいは、期限の利益喪失特約等のサンクションによって制限超過利息の支払いを事実上強制する手段などを選択させることになっていたように思われる。そして、このような手段は最高裁の判例理論によって、最終的にはその正当性を否定されている。

以上のような「みなし弁済」制度の問題点を踏まえると、やはり、立法論としては、貸金業規制法43条1項には重大な欠陥があったといえ、その点においては今回の法改正は妥当なものであったと評価できる。債務者からとれる利息とそうでない利息をはっきりさせることは、貸金業者にとっても、過払い金返還請求のリスクからの解放を意味し、ビジネスモデルの安定化および健全化につながるものと思われる。

その上で、合理的な金利の体系をいかに実現するべきかが課題となる。まず、出資法上の刑罰金利と利息制限法における民事上の上限金利の差異を維持することは、それ自体全く不合理というわけではない。刑罰の謙抑性という観点からすれば、私法上は無効であるが、刑罰が課されるわけではないグレーゾーンを残し、貸金業者がこの範囲で貸付けを行った場合には業務停止等の行政制裁で対処するという方向性もありえたものと思われる。

しかし、平成18年の改正法は、出資法上の上限金利を引き下げ、私法上の上限金利との差異を出来る限り小さくする方向で（部分的には両者を完全に一致させる形で）問題

の解決を図り、かつ、貸金業法によるみなし弁済を撤廃した。「みなし弁済」による解決の問題点を考慮すると、その撤廃は基本的に支持することができるが、刑罰金利の上限は、「みなし弁済」に起因するグレーゾーンの問題とは一応別の問題であり、刑罰金利の上限引き下げには、「適正・妥当な上限金利の水準をいかにして決定すべきか」という観点から検討すれば足りたようにも思われる。

いかなる金利水準が、わが国の社会において適切・妥当かという問題は、極めて重要であるものの、困難な問いである。平成18年改正法は、改正前の29.2%から20%へと上限金利を引き下げる方向での決断を示した。それについては、論者の立場により、不当な高金利を規制するという理由からの支持もあろうし⁽²⁴⁾、29.2%からさらに刑罰金利を引き下げるは、貸し倒れのリスクの高い顧客層への貸付けを不可能にし、ヤミ金融にこれらの顧客が流れると事態を招くとの批判もあろう。理論的な見地から説得力のある答えを導くことができないのであれば、あるいは実証的な研究なども必要な時期に来ているのかもしれない。

3. 開業規制・行為規制については、今回の改正で、保証人に加え、借り手に対しても、契約時の契約書面に加え、事前に契約内容を説明する書面を交付する義務を法定し、その違反に対して刑事罰を設け、あるいは、借り手や保証人に対して業務に関し虚偽を告知する行為を一般的に刑事罰の対象とするなど、資金需要者等に対してできる限り正確で分かりやすい情報を提供し、その判断を誤らせないようにしようという意図に基づく改正がなされていることが注目される。

不十分な情報により貸付けを受けてしまい多重債務に陥る者を出来る限り減らそうという改正の趣旨からすると、資金需要者等に対してあえて意図的に不正確な情報を提供したり、あるいは提供すべき情報を提供しなかったりする貸金業者の行為は、直接的ではないにせよ債務者の財産状況に対する危険を招来する行為であり、その当罰性を説明することは可能であろう。これらの改正点は合理性を有するものと思われる。

もっとも、今回の改正では同じく多重債務者発生防止という立法政策の下、総量規制が導入され、これに関連して刑事罰が導入されたことは改正の趣旨を考えれば十分理解しうるものの、理論的には若干の検討を要する点であろう。総借入残高が年収の3分の1を超える過剰貸付契約それ自体を罰する規定は設けられず、処罰の対象になったのは借

り手の返済能力の調査をせずに契約をする行為であるが、いずれにしろ、借り手が自らの総借入額を認識し、かつ、事前書面等で新たな貸付けの内容について十分に認識しつつ契約締結に及んだとしても、貸金業者の担当者は処罰の対象となるのであり、過剰なパターナリズムではいかとの疑問も湧いてくるところである。

しかし、今回刑事罰が設けられたのは、返済能力の調査を怠ったまま貸付を行う行為であり、過剰貸付契約それ自体が処罰の対象となっているわけではない（たとえ結果的に過剰貸付でなかったとしても本罪は成立する）。つまり、具体的な借り手の保護のためではなく、そもそも返済能力の調査がなされないまま貸付契約がなされてしまうと総量規制という多重債務者問題の解決を図るための制度自体が骨抜きにされてしまうがゆえに本罪は設けられているのであり、そのように保護の対象を考えることができるのであれば罰則制定を正当化することも可能であるように思われる。

なお、いずれにせよ、今回の改正における貸金業への参入条件の厳格化や過剰貸付の抑制のための総量規制の導入により、今後、中・小規模の貸金業者を中心に貸金業者の淘汰が進み、融資を受けることができない資金需要者が出てくることは避けられないであろう。今後は、資金需要者の動向に注意を払いつつ、いかに彼らがヤミ金融に流れていくことを防止するかという点を慎重に考えていく必要がある。

[注]

- (1) 金銭消費貸借契約における利息の定めは、本来は当事者の自由に委ねるべきものであるが、経済的に弱い立場にある借り手の状況に乗じた歯止めのない高金利での貸付けがなされるおそれがあり、市場原理に完全に委ねることはできず、これを一定範囲で法的に規制する必要があることについては、比較的多数の支持があるといつてよいだろう。
- (2) 両法による高金利の法的規制は、法所定の上限金利を超える部分を「無効」とする利息制限法による民事上の規制と、法所定の上限金利を超える利息の契約・利息の受領等に刑罰を科す、出資法による刑事法上の規制の2つである。
- (3) わが国における高金利規制の枠組みの歴史的変遷については、鎮目征樹「高金利の刑事的規制」クレジット研究第36号（2006）236頁以下を参照。
- (4) 上限利率は元本の額によって異なり、①10万円未満の場合は年20%以下、②10万円以上100万円未満の場合は年18%以下、③100万円以上の場合は15%以下と定められていた。
- (5) 後述するように、それは徐々に引き下げられていったのであるが、立法当初はかなりの高金利が刑事法上も許容されていたということである。
- (6) 判例により事実上空文化されたとの理解が一般的である。
- (7) 従来、貸金業規制法は議員立法で改正されてきた。
- (8) 大村敦志「判批」金法1716号（2004）74頁
- (9) 齊藤正和『出資法【改訂版】』（2000）201頁。
- (10) 利息制限法では上限金利の範囲に収まるが、出資法が定める厳格なみなし利息概念によって利率を算定した場合に、高金利罪が成立するという場合が想定されることになる。民事法上正当とされる権利の行使に刑罰を科すのは、刑法の任務に鑑みて問題があるといわざるを得ないであろう。
- (11) 平成18年9月の事務ガイドライン一部改正による。
- (12) その趣旨については、立案担当者により、「業として保証を行う者の保証については、本来貸手が負うべき借り手の信用リスクの一部を、保証会社に転嫁している者と考えられることから、今回の改正では貸付利息と借り手が保証会社に支払う保証料を合算して上限利息を超えた場合には、超過部分については、原則として、保証料を無効とし、保証業者に刑事罰を科すこととしている」との説明がなされている（高橋洋明「貸金業の規制等に関する法律等の一部を改正する法律」ジュリ1329号（2007）62頁）。
- (13) 貸付の相手方が従業員5人以下の飲食店等小規模なものであること、返済期間が100日以上であること、返済期間の半分以上を集金により取り立てるものであること、という要件をすべて満たすものは日賦貸金業者とされ、特例が認められていた。今回の改正では、日賦貸金業者について、多くの潜脱が報告されていることや、借り手の負担軽減という今回の改正の趣旨に鑑み、この特例を廃止することとしたとの説明がなされている（前出・高橋洋明ジュリ1329号63頁）。
- (14) その趣旨について、立案担当者の解説は、「日賦貸金業者について多くの潜脱事例が報告されていることや、借り手の金利負担の軽減を目的に金利を引き下げることを多重債務者問題解決の重要な柱とする今回の改正の趣旨にかんかみ」これを廃止することにしたとの説明を加えている（前出・

高橋洋明ジュリ1329号63頁)。

- (15) その趣旨について、立案担当者の解説は、「設置負担金が大幅に引き下げられ、既に電話加入権に担保を設定する価値がないものとなっている中で、借り手の金利負担の軽減を目的に金利を引き下げることを多重債務問題解決の重要な柱とする今回の改正の趣旨にかんがみ」これを廃止したとしている（前出・高橋洋明ジュリ1329号63頁）。
- (16) なお、同規定には、脱法行為の処罰規定（出資法8条の2）および両罰規定（出資法9条1項2号）が設けられている。前者は、「何らの名義をもつてするを問わず、また、いかなる方法をもつてするを問わず、第五条第三項の規定に係る禁止を免れる行為をした者は、十年以下の懲役若しくは三千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」と規定するものである。このような包括的な脱法行為の規定が立法政策として妥当なものかについては議論の余地があるが本稿においては考察の対象外とする。
- (17) 前出・高橋洋明ジュリ63頁。
- (18) 現行法も顧客の返済能力を超えると認められる貸付契約を締結してはならないと定めていたが造反に対する制裁はなく、訓示的な規定にとどまっていた。
- (19) 消費者金融を中心とする全国信用情報センター連合会（全情連）、クレジット・信販系の会社が加盟するCIC、業種横断型のCCBなどがあった。
- (20) ただし、改正貸金業法は、13条の2第2項において、住宅ローンなど、総量規制の対象とならない例外を認めている。
- (21) 「改正貸金業法「施行延期も」大塚金融副大臣」朝日新聞2009年11月4日。
- (22) それは、貸金業規制法が、厳格な書面交付義務を課した意義を考えると相当に疑問がある。
- (23) 私見としては、基本的には消費者がその収入の中で返済しうる程度の金利を上限にすべきであり、最初から相当な割合の顧客が貸し倒れになることを当然見越した高い金利での貸付けをビジネスモデルは健全なものとはいえないと考えるが、ある意味で非常にパターンリスティックともいえる規制を刑罰によって実現することを果たして正当化しうるかは困難な問いであり、議論の必要がある。

倒産犯罪

佐伯仁志

目次

- I はじめに
- II 客観的処罰条件
- III 個別の犯罪
 - 1 詐欺倒産犯罪
 - 2 特定の債権者に対する担保の供与等の罪
 - 3 破産管財人等の特別背任罪
 - 4 情報収集を阻害する罪
 - 5 破産管財人等に対する職務妨害の罪
 - 6 汚職の罪
 - 7 破産者等の保護規定
 - 8 国外処罰規定の整備
 - 9 両罰規定
- IV 倒産犯罪の運用
- V おわりに

I はじめに

平成16年の新破産法の制定に伴い破産犯罪の全面改正が行われた。以下では、新しい倒産犯罪について、法改正後の動向を含めて、概観することにした⁽¹⁾。

まず、改正の経緯を見てみたい。平成8年に倒産法の全面改正を行うために法制審議会倒産法部会が開始されたが、改正については、できるところから随時行うこととされ、各法律の罰則規定については、当面必要な改正だけを行い、その抜本的改正は、最終的な破産法の改正の際に行うものとされた。そこで、平成11年の民事再生法の制定、平成12年の外国倒産処理手続承認援助法の制定、平成14年の新会社更生法の制定、と各法の制定が行われたが、罰則については基本的に従来そのままとされた⁽²⁾。そして、平成16年破産法の制定にともない破産法を含めた各法（金融機関等の更生手続に関する特例等に関する法律も含め）の罰則規定の全面見直しが行われたのである⁽³⁾。これによって、倒産犯罪は大きく変わるようになった。

倒産犯罪の主要な改正点は、次のようなものである。

第1に、詐欺破産罪と過怠破産罪の区別が廃止され整理された。

第2に、これと関連して、倒産犯罪の中の破産犯罪と更生（再生）犯罪の違いがなくなった。破産法より後に制定された会社更生法には過怠破産罪に該当する罪が規定されておらず、民事再生法もこれにならっていたので、破産犯罪と更生(再生)犯罪にズレがあったが、今回の改正でズレがなくなったのである。

第3に、財産犯的な性格を有する実質的犯罪と倒産処理手続の適正を侵害する手続的犯罪が整理され、帳簿の隠匿・虚偽記載等の罪が手続的犯罪に移された（破産法270条、民事再生法259条、会社更生法270条）。

第4に、破産法の情報開示制度が強化されたことにともない、これを担保する罰則規定が設けられた（破産法269条・271条）。

第5に、管財人等の職務の重要性にかんがみ、一方で、管財人等の特別背任罪（破産法267条、民事再生法257条、会社更生法268条）や加重収賄罪が新設され（破産法273条2項・4項、民事再生法261条2項・4項、会社更生法272条2項・4項）、他方で、管財人等の職務の妨害罪が新設された（破産法272条、民事再生法260条、会社更生法271条、外国倒産承

認援助法66条)。

第6に、刑罰に関して、罰金刑が大幅に拡充された。すなわち、これまで法定刑に罰金刑がなかった罪に新たに罰金刑が設けられて⁽⁴⁾、すべての倒産犯罪に罰金刑が規定されるとともに、罰金刑の多額が引き上げられ⁽⁵⁾、懲役刑と罰金刑の併科が可能になった。

第7に、両罰規定が新たに導入された(破産法277条、民事再生法265条、会社更生法275条、外国倒産承認援助法71条)。

第8に、国外犯処罰規定が整備された(破産法276条、民事再生法264条、会社更生法274条、外国倒産承認援助法70条)。

第9に、旧破産法の裁判所書記官が閉鎖した帳簿を隠匿等する罪(旧375条5号)は、帳簿閉鎖制度が廃止され、監守居住制限違反罪(旧377条)は、監守居住制限が廃止された。また、居住制限違反罪(旧377条)は、制度自体は維持されたが、罰則は廃止された。

以上のような倒産犯罪の大幅な改正が行われた一方で、倒産手続の開始(旧破産法では破産宣告の確定)を客観的処罰条件とするという倒産犯罪の基本構造には変更が加えられなかった。そこでまずこの点について検討することにしたい。

II 客観的処罰条件

破産法等の見直しに関する要綱案(第3次案)は、破産宣告の確定という客観的処罰条件を不要として、債務者に危機的状況が発生した後において、債権者を害する目的で、債務者の財産を隠匿・損壊等する行為を処罰することとしていた。

その理由としては、第1に、「破産宣告の確定を処罰条件とするのは、破産手続が唯一の倒産処理手続であり、かつ、破産手続が破産者に対する懲罰的な意味を強く有していた時代の名残であるといわざるを得ず、再建型の手続を含む多種の倒産処理手続が予定され、倒産処理手続が全体として債務者の更生を重要な理念とするようになってきている現在の法制にはそぐわないものとなっている⁽⁶⁾」こと、第2に、「詐欺破産罪等に該当する行為がされた後、法的な倒産処理手続が開始されるか、私的整理等によって清算がされるかといった点は、当該行為とは無関係である場合が多いにもかかわらず、これによって処罰の当否が異なることになるのは相当でないとの指摘がかねてからされて(いる)」ことが挙げられ

た⁽⁷⁾。

部会の審議においては、破産犯罪の本質を債務者が債務を免れて更生する制度の悪用を処罰する点に求める観点から、客観的処罰条件の維持を主張する見解も主張されたが、この見解は、倒産犯罪の本質に関する独自の見解に基づいており支持することはできない。客観的処罰条件も破産宣告の確定を処罰条件としているだけで免責を受けることを処罰条件としているわけではないからである。

審議の過程では、客観的処罰条件に替えて危機的状況にあることを要件とすることに対して、不明確で罪刑法定主義に反するおそれがあるとの批判があった。たしかに、危機的状況という要件はより明確化することが望ましいかもしれないが、この要件は、裁判所によって現に用いられているものである。すなわち、最高裁判例（最判昭和35・6・24刑集14巻8号1103頁）は、強制執行妨害罪（刑法96条の2）について、現実に強制執行を受けるおそれのある客観的な状態の下で行為がなされることを要すると解しており、詐欺破産罪に関する最高裁判例は存在しないが、下級審裁判例（東京地判平成8・10・29判時1597号153頁）によって、詐欺破産罪の場合についても、同様に解されている。このように、明文のない場合に危機的状況を要求して限定解釈することが罪刑法定主義に違反しないのであれば、そのような要件を明文で規定することが罪刑法定主義に違反するというのは奇妙であろう。

以上のように、理論的には要綱案に十分な理由があったと思われるが、客観的処罰条件を除外することによって処罰範囲が広がることへの警戒感が委員(特に弁護士委員)に強く、結局この案は採用されなかった。

仮に破産回避の努力にインセンティブを与えるという理由が詐欺破産罪に当てはまることを認めたとしても、客観的処罰条件は民事再生法の詐欺再生罪や会社更生法の詐欺更生罪などにも付されており、これらの再生手続においては、手続を回避するインセンティブを行為者に与えるということはあまり意味をなさないので、その説明はより困難である⁽⁸⁾。したがって、詐欺破産罪については客観的処罰条件を維持するが、詐欺再生(更生)犯罪については客観的処罰条件を除外するという選択肢もあったと思われるが、このような第3の選択肢が部会の審議で検討されることはなかった。

改正後の学説の評価においても、客観的処罰条件は廃止すべきだったとする意見が多いように思われる⁽⁹⁾。今後の検討課題であろう。

Ⅲ 個別の犯罪

以下では、個々の倒産犯罪を概観する。

1 詐欺倒産犯罪

(1) 詐欺破産罪（破産法265条1項）

新しい詐欺破産罪は、旧破産法のように主体を債務者、準債務者、第3者に分けることをやめて、一般的に規定した。

主観的要件としては、旧破産法の図利加害目的が加害目的だけに改められた。債務者の経済活動には図利目的が常に存在するので、それだけでは限定要素となりえないためである。なお、加害目的は、単なる主観的要素ではなく、本条の行為が客観的に総債権者の利益を害するおそれのある状況で行われること（およびその認識）を要すると解されている。

1号は、「債務者の財産を隠匿し、又は損壊する行為」を処罰している。旧破産法374条1号は、隠匿・損壊と不利益処分を規定していたが、事実的な侵害行為と法的な侵害行為を区別して、不利益処分は別個に4号に規定した。

2号は、「債務者の財産の譲渡又は債務の負担を仮装する行為」を処罰している。旧破産法では、仮装の財産譲渡が明文で規定されていなかったため、解釈によって1号の「隠匿」に当たるものとされていたのを、明文で仮装の債務負担と同様に処罰されることを明らかにしたものである。

3号は、「債務者の財産の現状を改変して、その価格を減損する行為」を処罰している。債権者に損害を与える点では1号の「損壊」と実質的に同様であるが、「損壊」にあたるということが難しいような行為を捕捉しようとするものである。例えば、更地に建物を建てる、建物に意味のない増改築を施す、土地に廃棄物を置くなどの行為が考えられている。

4号は、「債務者の財産を債権者の不利益に処分し、又は債権者に不利益な債務を債務者が負担する行為」を処罰している。不利益な債務負担行為は、旧破産法では、過怠破産罪の1つとして規定されていたものであるが（旧375条2号前段）、債権者に損害を与える点では不利益処分と同様であることから、一緒に規定することとされた。判例（最大判昭

和45・7・1刑集24卷7号399頁)は、「(旧)破産法374条1号にいう、債権者が破産財団に属する財産を『債権者ノ不利益ニ処分スルコト』とは、同号の列举する『隠匿』、『毀棄』との権衡上からも、たとえば法外の廉売、贈与等のように、『隠匿』、『毀棄』にも比すべき債権者全体に絶対的な不利益を及ぼす行為をいう」と判示していた。新法が不利益処分と隠匿・毀棄を別個に規定したことは、不利益処分の内容の実質的変更を意図したものではないので、この判例の意義は、新法の下でも変わらないと解される。

4号については、情を知って行為の相手方となった者も同様に処罰する旨の規定が置かれている。

過怠破産罪に規定されていた犯罪類型のうちで、浪費・賭博その他の射倖行為によって著しく財産を減少させ、または過大な債務を負担する行為については、これらの行為を刑罰の対象とすることの合理性・必要性に疑問があったことから、刑罰の対象から除外された。また、破産宣告を遅延させる目的で、著しく不利益な条件で債務を負担する行為、および、信用取引によって商品を買入れ著しく不利益な条件でこれを処分する行為については、265条1項4号の不利益処分等に該当する限りで処罰することとして、別個の犯罪類型としては規定されなかった。

また、旧破産法の詐欺破産罪には商業帳簿の不作成(旧374条3号)や帳簿閉鎖後の隠匿等(同4号)が含まれていたが、これらの行為は手続的犯罪として整理された。これらの行為を行った結果、財産の所在が不明になり、「隠匿」に該当すると解されるような場合は、詐欺破産罪が成立しうる。

(2) 破産法256条2項の罪

265条2項は、「債務者について破産手続開始の決定がされ、又は保全管理命令が発せられたことを認識しながら、債権者を害する目的で、破産管財人の承諾その他の正当な理由がなく、その債務者の財産を取得し、又は第三者に取得させた者」を第1項と同様に処罰している。破産手続開始の決定がされ、または、保全管理命令が発せられると、債務者の財産は、法的には破産管財人または保全管理人の管理下に入るが、破産管財人等が現実に占有を取得する前に、破産管財人等の承諾を得ないで、第三者が債務者の承諾を得て自己の占有に移したり、あるいは、第三者に取得させると、窃盗罪等で処罰することはできないので、処罰の隙間を埋めるために新設されたものである。本罪に該当する行為が同時に

窃盗罪等の罪にも該当する場合は、両罪の関係は観念的競合と解される。

なお、外国倒産承認援助法69条は、債務者・承認管財人等による日本国内にある財産の処分または国外への持ち出し等について裁判所の許可を得なければならないとする裁判所の命令に違反して、債務者・承認管財人等が財産を無許可で処分したり、国外へ持ち出したりする行為を処罰している。

(3) 詐欺再生罪・詐欺更生罪

詐欺再生罪（民事再生法255条）と詐欺更生罪（会社更生法266条）も、詐欺破産罪にあわせた変更が加えられた。会社更生法および民事再生法には、過怠破産罪に対応する規定が存在していなかったため、不利益な債務の負担行為については、処罰範囲が拡張されたことになる。

2 特定の債権者に対する担保の供与等の罪

破産法266条は、債務者が、他の債権者を害する目的で、「担保の供与又は債務の消滅に関する行為であって債務者の義務に属せず又はその方法若しくは時期が債務者の義務に属しないものを（する）」ことを、破産手続開始決定の確定を条件として、処罰している。旧破産法の過怠破産罪の一部（旧375条3号）を規定したものである。「或る債権者に特別の利益を与える目的」から「他の債権者を害する目的」に変わり、「破産の原因たる事実あることを知るに拘わらず」という文言がなくなったが、実質的な変更はないと考えられる。

同様の犯罪は、民事再生法256条、会社更生法267条にも規定されたので、過怠破産罪に対応する規定のなかった両方については、処罰が拡張されたことになる。

なお、債務者の偏波弁済が旧破産法374条1号の不利益処分に当たるかについて、大審院判例は積極説の立場をとっていたが（大判昭和10・3・13刑集14巻223頁）、最高裁は消極説の立場に変わり（最判昭和44・7・1刑集24巻7号399頁）、学説でも消極説が通説となっていた。新法の制定過程においては、この問題を意識しながら、特定の債権者に対する担保供与等の罪を特別に規定して、義務のない場合に限って処罰の対象としたことから、詐欺破産罪の解釈について積極説を採用することは困難になったものと考えられる。

3 破産管財人等の特別背任罪

破産法267条は、破産管財人等について、刑法の背任罪の特別規定を設けるものである。会社の整理・清算手続に関しては、以前から旧商法486条2項に清算人等の特別背任罪が規定されており、会社の整理・清算手続と倒産手続を区別する理由は乏しいことから、破産管財人等についても特別背任罪が規定されることになった。民事再生法に監督委員等の特別背任罪（257条）が、会社更生法に管財人等の特別背任罪（268条）が規定されている。

4 情報収集を阻害する罪

破産法では、財産状況を把握するために説明義務等が強化され、これに対応して、これらの義務を担保するための罰則の刑罰が大幅に強化されている。

第1に、旧破産法では、破産者等の破産債権者等に対する説明義務違反の罪が1年以下の懲役又は5万円以下の罰金で処罰されていた（旧382条）だけであったのが、説明義務違反とともに検査拒絶も処罰されるようになり、法定刑も3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金、またはその併科に引き上げられた（268条）。検査拒絶罪は、すでに会社更生法、民事再生法に規定があったので、これにあわせたものである。

第2に、破産法で、重要財産の開示制度が設けられたことに伴い、重要財産開示拒絶等の罪が設けられた。すなわち、破産法269条は、「破産者が第41条の規定による書面の提出を拒み、又は虚偽の書面を裁判所に提出したときは、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」と規定している。

第3に、審尋における説明拒絶等の罪が新設された（破産法270条）。説明義務等は、管財手続が開始されたことを前提としており、いわゆる同時廃止事件については適用がないため、破産申立の際の債務者審尋における虚偽陳述等についても罰則を設けることにしたものである。

第4に、破産法270条は、業務及び財産の状況に関する物件の隠滅等の罪として、「債務者の業務及び財産（相続財産の破産にあつては、相続財産に属する財産）の状況に関する帳簿、書類その他の物件」の隠滅・偽造・変造を処罰している。旧破産法では、客体が商業帳簿に限定されていたが、「商業帳簿や閉鎖帳簿以外の資料であっても、破産者の財産

や取引の状況を把握する上では、商業帳簿等と同様の重要性を有するものが少なくなく、これらを隠滅する行為が、破産管財人の適正な職務執行を妨害するものであるという意味では、商業帳簿等と区別する必要はない」ことを考慮して、客体を「債務者の業務及び財産の状況に関する帳簿、書類その他の物件」に拡張した。

旧破産法においては、商業帳簿の不作成・不正記入・毀棄・隠匿等が、財産の隠匿等と並んで、詐欺破産罪・過怠破産罪の1類型とされていた。しかし、詐欺破産罪が実体的犯罪であるのに対して、商業帳簿の不作成等は、財産の隠匿のために行われることが多いとはいえ、それ自体は手続的犯罪であり、その性質を異にしていた。そこで、破産法では、これを詐欺破産罪から分離して手続的犯罪であることを明確にした。その結果、法定刑が旧法よりも軽いものとなっている。

商業帳簿の作成は、商法上の義務であるが、その義務違反に対する刑事罰則はなく（旧商法498条1項19号は100万円以下の過料を定めていたが平成17年改正で削除された）、実際上もあまり履行されていないといわれている。このような商業帳簿の作成義務違反が、破産宣告が確定すると途端に過怠破産罪や詐欺破産罪として重い刑罰が科されることには、その合理性に疑問があったように思われる。今回の立法にあたって、単なる帳簿等の不作成・不記入が処罰範囲から除かれたことは、その意味で、妥当な立法であったと思われる。新法の下でも、帳簿等の一部分を意図的に記入しない行為が、帳簿の「偽造」に当たると解される余地はなお残されている。

なお、本条についても、客観的処罰条件が維持されているが、同じ情報収集阻害罪である説明義務違反等については、このような条件が付されていないことを考えると、本条については客観的処罰条件を付さないことも充分考えられたように思われる。

本罪と同様の規定は、民事再生法259条、会社更生法270条にも設けられている。

なお、以上のような情報提供義務に違反する罪については、憲法が保障する自己負罪拒否特権との関係が問題になる。学説では、一般に、処罰を受けるおそれのある事項に関する開示・陳述を強要されないと解されている⁽¹⁰⁾。これに対して、判例は、他の分野の同様の規定を一貫して合憲と判断している⁽¹¹⁾、倒産法の規定についても「合理的制約」として合憲と判断するのではないかと思われる⁽¹²⁾。

5 破産管財人等に対する職務妨害の罪

破産法272条は、偽計又は威力を用いて、破産管財人等の職務を妨害した者を、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金、またはその併科で、処罰している。破産管財人等の職務執行の保護を強化するために設けられた刑法の業務妨害罪の加重規定である。今回の立法では、破産管財人等の職務執行の重要性にかんがみ、その適正な執行を保護するために、一方で、特別背任罪の新設や流職罪の強化が行われ、他方で、職務妨害罪が設けられた。本罪と同様の規定は、民事再生法260条、会社更生法271条、外国倒産承認援助法66条にも規定されている。

6 汚職の罪

破産法273条は破産管財人等の収賄の罪、274条は贈賄の罪を定める。旧破産法との違いは、他の規定との関係で収賄罪の主体が変わったこと、罰金刑が強化されたこと、不正の請託を受けた場合の加重規定が設けられたこと、自首減免規定が削除されたこと、などである。自首減免規定については、旧破産法以降に制定された、民事再生法、会社更生法には設けられていなかったもので、これにそろえたものである。

なお、債権者集会の議決に関する収賄罪については、旧破産法では破産管財人と同様に単純収賄が処罰されていたが、債権者等は破産管財人のように職務上の特別の義務を負っているわけではないので、これと同様に処罰することについては疑問の余地があった。そこで、今回の立法にあたっては、会社法の取締役等の汚職の罪と同様に、不正の請託があった場合に限って処罰することとされた（破産273⑤）。

同様の規定は、民事再生法261条・262条、会社更生法272条・273条、外国倒産承認援助法67条・68条にも規定されている。

7 破産者等の保護規定

破産法275条は、破産者等に対する面会強請等の罪として、「破産者（個人である破産者に限り、相続財産の破産にあつては、相続人。以下この条において同じ。）又はその親族そ

の他の者に破産債権（免責手続の終了後であっても、免責されたものに限る。以下この条において同じ。）を弁済させ、又は破産債権につき破産者の親族その他の者に保証をさせる目的で、破産者又はその親族その他の者に対し、面会を強請し、又は強談威迫の行為をした者は、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」と規定している。破産債権者等が、威迫等の不正な手段を用いて破産手続中に配当以外の方法による弁済を要求する行為は、実力をもって債権者間の平等を害しようとする行為であり、また、破産者の再建を妨げていることから、新たに設けられた犯罪類型である。このような行為は、破産者本人だけでなく、親族等の関係者に対してもされる事例が多く見られることから、破産者以外の関係者に対する行為についても処罰の対象とすることとしている。さらに、免責決定確定後にこのような行為がされることが、破産者の経済的再建の妨げになっていることから、免責を受けた債権者について、このような行為をした場合も同様に処罰することとしている。なお、民事再生法の同様の規定（263条）は、個人である再生債務者に限っており、会社更生法には同種の規定が設けられなかった。

8 国外犯処罰規定の整備

破産法276条に国外犯規定が置かれている。すでに、2000年に行われた国際倒産法制の整備の際に、外国倒産処理手続の承認援助に関する法律に収賄罪及び贈賄罪の国外犯処罰規定が置かれるとともに、同様の規定が破産法、会社更生法、民事再生法、金融機関等の更生手続の特例等に関する法律にも置かれた。

同条第1項は、詐欺破産罪（265条）、特定の債権者に対する担保の供与等の罪（266条）、業務及び財産の状況に関する物件の隠滅等の罪（270条）、破産管財人等に対する職務妨害の罪（272条）及び贈賄罪（274条）については、「刑法2条の例に従う」、と規定して、すべての者の国外犯を処罰することとした。

同条第2項は、破産管財人等の特別背任罪（267条）及び破産管財人等の収賄罪（273条。ただし5項を除く）については、「刑法4条の例に従う」、と規定して、公務員の国外犯と同様に、これらの身分を有する者の国外犯を処罰することとした。

同条3項は、債権者集会の議決権行使に関する収賄罪（273条5項）について、「日本国外において同項の罪を犯した者にも適用する」と規定している。

国外犯処罰規定は、民事再生法264条、会社更生法274条、外国倒産承認援助法70条にも規定されている。

9 両罰規定

法人が破産管財人になることが認められた（74条2項）こととも関連して、破産法に初めて両罰規定が設けられた（277条）。

詐欺破産罪（265条）、特定の債権者に対する担保の供与等の罪（266条）、説明及び検査の拒絶等の罪（268条。1項を除く）、重要財産開示拒絶等の罪（269条）、業務及び財産の状況に関する物件の隠滅等の罪（270条）、審尋における説明拒絶等の罪（271条）、破産管財人等に対する職務妨害の罪（272条）、贈賄罪（274条）、破産者等に対する面会強請等の罪（275条）について、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、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。

特別法とはいえ、詐欺破産罪という実質的には刑法犯である犯罪について法人処罰規定が設けられたことは、重要な意義を有している。

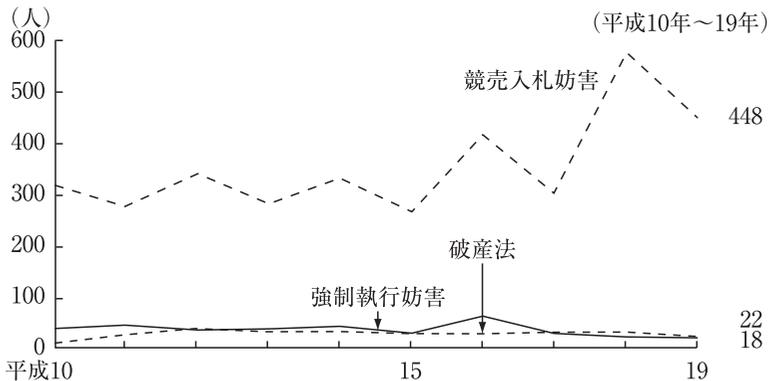
両罰規定について注目されるのは、特別背任罪と収賄罪が除かれていることである。破産管財人が法人である場合に、法人の従業員等が、当該法人の利益のために、背任行為や収賄行為を行った場合に、法人を処罰することは可能であると思われる。通常の背任罪では、本人である当該法人が被害者となることが多いが、倒産法の特別背任罪では、実質的な被害者として当該法人ではなく破産債権者等が考えられるので、事情が異なる。もっとも、通常の両罰規定では、法人の利益のために行うことが明示の要件とはなっていないので、両罰規定の対象とすることが難しかったかもしれない。この点は、今後、法人処罰のあり方を考える際の検討課題といえよう。

両罰規定は、民事再生法265条、会社更生法275条、外国倒産承認援助法71条にも規定されている。

IV 倒産犯罪の運用

『平成20年度犯罪白書』によれば、倒産犯罪（および関連する犯罪）の推移は、以下のようになっている。

1-3-2-10図 強制執行妨害・競売入札妨害・破産法違反の検察庁新規受理人員の推移



- 注 1 検察統計年報による。
 2 「競売入札妨害」は、談合を含む。
 3 「破産法」は、平成16年12月以前は、同年法律第75号による廃止前の破産法（大正11年法律第71号）である。

1-3-2-11表 強制執行妨害・競売入札妨害・破産法違反の起訴・不起訴人員

(平成15年～19年)

年次	強制執行妨害			競売入札妨害			破産法		
	起訴	不起訴	起訴率	起訴	不起訴	起訴率	起訴	不起訴	起訴率
15年	16	17	48.5	128	71	64.3	6	24	20.0
16	15	46	24.6	178	314	36.2	2	18	10.0
17	5	31	13.9	158	168	48.5	11	22	33.3
18	2	16	11.1	293	225	56.6	12	26	31.6
19	2	14	12.5	198	319	38.3	1	19	5.0

- 注 1 検察統計年報による。
 2 「競売入札妨害」は、談合を含む。
 3 「破産法」は、平成16年12月以前は、同年法律第75号による廃止前の破産法（大正11年法律第71号）である。

倒産犯罪の運用面での動向は、当然のことながら、社会の経済状況の変化に影響を受ける。近時の増減はそのような観点から説明できる範囲のものであろう。したがって、法改正によって運用面に大きな変化がもたらされたとは言えないようである。

新法施行後の裁判例としては次のものがある。東京高裁平成20年4月15日判決は、再生手続開始の決定を受けたA社代表取締役の被告人が、執行役員副社長の原審相被告人Dと共謀の上、同社の債権者を害し、被告人、D、Dが代表取締役を務めるB社および被告人が

代表取締役を務めるC社の利益を図る目的で、その任務に背き、Aにおいて統合型業務管理システムを購入する必要があるにもかかわらず、著しく水増しした価格でBに対して上記システムを発注し、平成18年5月から6月にかけて、B名義の銀行口座に合計6300万円を振り込ませたという詐欺再生および特別背任の事件について、第1審判決が懲役2年4月の実刑を言い渡し、被告人側が量刑不当で控訴したという事案について、「再生手続の不奏功が本件犯行に起因するものとは言い難いこと、被告人が事実を認めて反省していること、被告人が1500万円を破産管財人に弁償し、さらに500万円の弁償を約束していたこと、Dらが破産管財人に合計4300万円を弁償したこと、原審において、妻が被告人のために証言したこと、被告人に交通前科を除けば前科のないことなど、被告人のために酌むべき諸事情を考慮しても、原判決の量刑は、原判決言渡しの時点では重過ぎて不当であるとはいえない。」「しかしながら、・・・原判決後、被告人は、上記の追加弁償額を増額し、1000万円を支払うことを約して破産管財人との示談を成立させ、本件の保釈保証金に関する弁護人に対する預託金返還請求権のうち同額を破産管財人に譲渡し、確定日付をもって譲渡に異議を留めない承諾もされたこと、Dが破産管財人との間でさらに200万円を支払う旨の示談を成立させたことが認められる。前記の情状に加え、このような原判決後に生じた情状を併せ考慮すると、刑の執行を猶予すべき情状があるとまではいえないものの、現時点においては、原判決の量刑は若干重過ぎることになったというべきであり、刑期を減じるのが相当である。」として、被告人に懲役1年10月を宣告している。

1件だけで確定的なことは言えないが、倒産法改正による罰則の強化が、量刑に影響している可能性もなくはないと思われ、今後の裁判例が注目される。

V おわりに

新しい倒産犯罪は、倒産法の罰則として画期的な意義を有しているだけでなく、他の分野の刑事立法との関係でも重要な意義を有している。例えば、詐欺破産罪等に1000万円以下の罰金という高額な罰金刑が規定され、懲役刑と併科可能とされたことは、将来的に、刑法典の財産犯の刑罰を見直す際に参照されるべきものといえる。また、両罰規定が広い範囲で導入されたことも、将来の刑法典の改正の際に参照されるべきものであろう。

しかし、倒産犯罪の運用の面においては、改正によって劇的な変化が生じたとは言えないようである。

[注]

- (1) 筆者は、すでに、この問題について、「国際倒産関係犯罪」金融・商事判例増刊『国際倒産法制の新展開』1112号165頁（2001年）、「更生手続と犯罪」判タ臨時増刊1132号『新会社更生法の理論と実務』38頁（2003年）、「倒産犯罪」ジュリ1273号96頁（2004年）、「刑事罰に関する規定の整備」伊藤眞ほか編『新会社更生法の基本構造と平成16年改正』239頁（2005年）、「破産手続と犯罪」山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』36頁(2008年)を発表している。本稿は、これらを基にしながら、その後の動きを補ったものである。
- (2) もっとも、外国倒産法制の整備の際に新設された、債務者の財産の処分または国外への持出し等について裁判所の許可を得なければならないものとされている場合において、債務者等がこれに違反する行為を処罰する規定（外国倒産処理手続の承認援助に関する法律68条）は、裁判所の命令を刑罰で担保するという、わが国では異例の制度であり、今後の法制度の在り方を考える上で注目に値する。
- (3) 倒産犯罪の改革については、「特集・倒産犯罪の現状と課題」現刑50号5頁以下（2003年）、特に、立法課題について、神山敏雄・高崎秀雄・川端博「鼎談・倒産犯罪の意義と問題点」同5頁以下、および、佐藤弘規「倒産犯罪をめぐる立法課題」同55頁以下を参照。
- (4) 例えば、詐欺破産罪（破産法374条）、詐欺再生罪（民事再生法255条）、詐欺更生罪（会社更生法266条）に、10年以下の懲役に加えて、新たに1000万円以下の罰金またはその併科が規定された。
- (5) 例えば、説明義務違反罪の罰金多額は5万円から300万円に引き上げられ（破産法268条1項）、贈収賄罪の罰金多額は50万円から300万円（加重贈収賄罪では500万円）に引き上げられた（破産法273条・274条、民事再生法261条・262条、会社更生法272条・273条、外国倒産承認援助法67条・68条）。
- (6) 伊藤栄樹・小野慶二・莊子邦雄編『注釈特別刑法第5巻』675頁（1986年）〔亀山継夫〕。同様の指摘として、加藤正治『破産法研究第6巻』513頁（1927年）、霧島甲一「債務の弁済および代物弁済は破産法第374条1号にいう財産の不利益処分にあたるか」ジュリ464号80頁（1970年）、谷口安平「倒産と犯罪」研修316号9頁（1974年）など参照。
- (7) 法制審議会倒産法部会第30回会議事務局説明参照。
- (8) 早期に再生手続を申し立てさせるためには、債務者自ら再生手続を申し立てれば処罰しないという立法政策さえあり得る。
- (9) 村瀬均「詐欺破産罪と客観的処罰条件」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（上）』22頁（2006年）、伊藤眞ほか編『新破産法の基本構造と実務』〔伊藤眞、山本和彦発言〕（2007年）参照。
- (10) なお、酒井良介「倒産犯罪をめぐる実務上の問題点」現代刑事法5巻6号65頁（2003年）は、隠匿された財産の内容・所在、財産処分の経緯などの説明義務を負うが、故意・目的などの存在は供述を強要されないとする。
- (11) 最近のものとして、医師法の異状死体の届出義務に関する最判平成16・4・13刑集58巻4号247頁参照。
- (12) 倒産法が、破産者等の憲法上の権利である通信の秘密を制限していることも（破産法81条、民事

再生法73条、会社更生法75条)、このような推測を補強する。

(禁無断転載)

〔非売品〕

平成22年7月31日印刷

平成22年7月31日発行

民事法・商事法・消費者

保護法の改正と経済刑法

発行 ©財団法人 トラスト60

東京都中央区八重洲2-3-1

Tel. 03-3286-8480 (代表)

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

印刷：(株) デイグ