



競争入札妨害罪における「公正を害すべき行為」の 意義 : 最近の最高裁判例の検討を契機として

橋爪, 隆

(Citation)

神戸法學雑誌, 49(4):39-82

(Issue Date)

2000-03

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81004930>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81004930>



競売入札妨害罪における「公正を害すべき行為」の意義

——最近の最高裁判例の検討を契機として——

橋 爪 隆

目次

- 一 はじめに
- 二 競売入札妨害罪の保護法益
 - 1 公務侵害説・競争侵害説・施行者等利益侵害説
 - 2 手続的公正・実体的公正
 - 三 担保権の実行のための不動産競売手続
 - 四 賃貸借契約の仮装と競売入札妨害罪（最決平成一〇年七月四日刑集五一卷五号三四三頁）
 - 1 事案および判旨
 - 2 競争原理侵害性の実質的内容
 - 3 危険性判断

4 濫用的短期貸借と偽計競売入札妨害罪

五 開札後の妨害行為と競売入札妨害罪（最決平成一〇年一月四日刑集五二卷八号五四二頁）

1 事案および判旨

2 「競争」の終了時期

3 危険性判断

一 はじめに

刑法九六条の三第一項は競売入札妨害罪について、「偽計又は威力を用いて、公の競売又は入札の公正を害すべき行為をした者は、二年以下の懲役又は二百五十万円以下の罰金に処する」と規定している。この構成要件のうち、「偽計又は威力」の意義については、業務妨害罪（刑法二三三条、二三四条）が同一の文言を用いており、そこにおける解釈をそのまま援用しても差し支えないと一般に考えられていることから、特別な問題は比較的少ないのかもしれない。しかしながら、同罪の構成要件は偽計または威力の行使に加えて、その行為が「競売又は入札の公正を害すべき行為」であることを重ねて要求している。このように本罪の構成要件が「偽計又は威力」と書き分けて「公正を害すべき行為」を規定している以上、この「公正を害すべき行為」の意義についても、偽計や威力の概念とは明確に峻別した解釈を施す必要があるはずである。

しかしながら、これまでの実務において競売入札妨害罪が適用される場面があまり多くはなかったこともあり、「公正を害すべき行為」の意義をめぐる裁判例・学説の集積は必ずしも十分ではなかった。それゆえ、いかなる具体的状況において、偽計や威力を用いた行為が「公正を害すべき行為」と評価されるかについて、明確な基準が示されているとは言い難いように思われる。もちろん「公正」という概念自体が幅のあるものであり、多様な行為類

型を含みうるものであろうから、この要件を一義的に定義づけることはおよそ困難であるかもしれない³。しかしながら、この「公正を害すべき行為」という要件が本罪の法益侵害性の中核をなすと考えられている以上、本罪の処罰範囲を明確に限界づけるためには、この要件の意義について、一定限度の解釈の指針を提供することが必要である。具体的には、競売や入札の「公正」とは、どのような状態が保たれていることを示す概念なのか、さらに、どのような事態が生じれば、それを「害すべき」行為が行われた、すなわち侵害される危険性が生じたと評価しうるのか、これらの点について一定の判断の枠組みを提示する必要があるように思われる。

おりしもバブル経済崩壊後、不良債権処理に関連した執行妨害事件の類発、およびそれに対する取り締まり方針の強化に伴って、競売入札妨害罪による検挙事件は急速に増加する傾向にあるといわれており、本罪を検討する必要性は一層高まっているといえよう。そして、このような趨勢のもと、最高裁判所は本罪の適用に関して、注目すべき二つの決定を下した。最決平成一〇年七月四日（刑集五二巻五号三四三頁）⁴と最決平成一〇年一月四日（刑集五二巻八号五四二頁）⁵である。これらの決定はともに事例判例であり、本罪の構成要件解釈についての一般論を展開したものではないが、ともに本罪の成立範囲を検討するに際して、格好の素材を提供するものといえよう。そこで本稿においては、この二つの最高裁判例をその題材としつつ、競売入札妨害罪における「公正を害すべき行為」の意義について考えてみることにしたい。

本稿における検討の順序としては、まず前提的考察として、競売入札妨害罪の保護法益論について検討を加える。競売入札妨害罪の法益侵害の中核が「公正を害すべき行為」である以上、同罪の保護法益に関する議論が、この要件を解釈する上で一定の指針となりうるからである（二）。そして、本論として、二つの最高裁判例を素材としつつ、「公正を害すべき行為」の意義について、若干の検討を加えることにするが、それに先だって、検討の便宜のため、これらの判例で問題とされた、担保権の実行のための不動産競売手続の概要を示すことにしたい（三）。

そして、本論的考察に移るが(四、五)、ここにおいては、最高裁決定の事実関係と判旨を紹介し、まず判例それ自体について考察を加えるが、それに引き続いて、判例の事案を素材としつつ、そこから派生しうる問題点について検討を加えることにしたい。

(1) たとえば内田文昭『刑法各論(第三版)』(一九九六)六三三頁、西田典之『刑法各論』(一九九九)四一四頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第六卷(第二版)』(一九九九)二〇五頁、二〇六頁(河上和雄・久木元伸執筆)などを参照。

(2) たとえば大塚ほか編・前註(一)(河上・久木元)二〇七頁は、「公正を害すべき行為とは、公の競売又は入札が公正に行われていることに対し、客観的に疑問を懐かせる行為ないしその公正に正当でない影響を与える行為をいふ」とするが、具体的にいかなる行為がそれに該当するのかは、必ずしも明らかにされてはいなかった。

(3) なお、この点に関して、中森教授は「自由競争による公正な価格形成を妨害する行為のすべてを含みうるから、構成要件が明確でない嫌いがある」と指摘されている。中森喜彦『刑法各論(第二版)』(一九九六)三〇六頁参照。

(4) 判例時報一三九九号(一九九二)一四四頁の記事によると、「裁判所は、このように暴力団員等による執行妨害事例が増加している事態は適切な競売手続を図る上で憂慮すべき問題であるとし、告発を含めて厳正に対処する方針である」とのことであり、また、検察庁、警察庁も、暴力団の民事介入暴力取締りの一貫(ママ)として厳しく取り締まる方針である」とのことである。また、既に青柳博士は「動産、不動産競売の現状は本罪の構成要件にあたる場合が相当に多いと思われる」と指摘されていた。青柳文雄『刑法通論Ⅱ各論』(一九六三)九一頁参照。

(5) 最高裁判所事務総局編『司法統計年報(刑事編)』によると、競売入札妨害罪による地方裁判所の終局処理人員は昭和四〇年から昭和四九年までの一〇年間で年平均一五・七名、同様に昭和五〇年から昭和五九年までの一〇年間で

平均八・一名、昭和六〇年から平成六年までの一〇年間で平均一〇・〇名であった（平成四年までは談合罪による処理人員も含まれている）。しかしながら、平成七年以降は、平成七年が二六名、平成八年が三一一名、平成九年が六一名、平成一〇年が五八名である。この数値からも、最近における検挙事件数の急速な増加をうかがい知ることができよう。

(6) 本決定に関する解説・評釈としては、三好幹夫・ジュリスト一一四三号（一九九八）一〇四頁以下、同・法曹時報五一巻七号（一九九九）一九九頁以下、吉田正喜・研修六〇六号（一九九八）二九頁以下、塩見淳・法学教室二二二号（一九九九）一二三頁以下、上高・高・判例セレクト⁹⁸（法学教室三三二号別冊）（一九九九）三五頁、曲田統・法学新報一〇五巻一〇一一号（一九九九）二七九頁以下、清水真・判例評論四八五号（一九九九）五二頁以下、日高義博・平成一〇年度重要判例解説（一九九九）一五八頁以下、京藤哲久・金融法務事情一五五六号（一九九九）七三頁以下、山本輝之・最新判例ハンドブック（受験新報一九九九年二月号別冊）三八頁以下がある。

(7) 本決定に関する解説・評釈としては、飯田喜信・ジュリスト一一五一号（一九九九）一二一頁以下、三浦守・警察学論集五二巻五号（一九九九）二〇〇頁以下、奥村正雄・法学教室三二六号（一九九九）一三〇頁以下、飯島泰・研修六一四号（一九九九）一三頁以下、甲斐克則・現代刑事法七号（一九九九）六二頁以下、上高・高・判例セレクト⁹⁹（法学教室三三四号別冊）（二〇〇〇）三五頁がある。

二 競売入札妨害罪の保護法益

1 公務侵害説・競争侵害説・施行者等利益侵害説

競売入札妨害罪の保護法益は一般に、公の競売または入札の公正であると考えられている。それでは、ここでいう「公正」とはいかなる内容を含むのであろうか。本罪の保護法益について既に詳細な分析を加えられた京藤教授

によると、本罪の保護法益の理解の仕方には、大きく分類して三つの見解が考えられるという。それは、①本罪を「公務」としての競売・入札を保護するものとして理解する見解（公務侵害説）、②自由な価格形成を担保するための「競争制度」としての競売・入札を保護するものと解する見解（競争侵害説）、③競売・入札制度を利用する施行者等の具体的な財産的利益を保護法益とする見解（施行者等利益侵害説）の三説である。本罪が保護すべき「公正」の意義についても、これらの見解のいずれを採用するかによって、結論が分かれてくることになるであろう。たとえば公務侵害説によれば、ここでいう「公正」とは「公務の執行として手続が適正・円滑に進行されていること」を意味するであろう。また、競争侵害説からは「参加者に平等で自由な競争による価格形成のメカニズムが機能していること」が重要視されるであろうし、施行者等利益侵害説からは「施行者等が不利益を被らない状況」が「公正」という概念の実体として理解されることになるはずである。

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

この点について、裁判例の立場も必ずしも一様ではない。たとえば最判昭和四一年九月一六日（刑集二〇巻七号

七九〇頁）は「本罪は、公務の執行を妨害する罪の一つであつて、公の入札が公正に行われることを保護しようとするものである」と判示し、公務侵害説に立脚しているようにみえる。しかしながら、右判決は本罪が成立するためには、入札に付すべき旨の決定が適法なものであることが必要であることを導くために、保護法益論を展開しているにすぎない。そして、競争侵害説、施行者等利益侵害説からも同様の帰結を導くことは可能であるように思われる。たとえば競争侵害説からも、個別具体的な手続における競争状態の要保護性を問題にすれば、このような要件を導くことができるであろうし、また施行者等利益侵害説からも、具体的な手続が開始されなければ施行者等の経済的利益が侵害される可能性が認められないとも解しうるからである。

そして実際、施行者等利益侵害説に立脚しているような判示も存在する。たとえば高松地裁九亀支判昭和三六年二月二一日（下刑集三卷一一一一号一二五八頁）は本罪の保護法益について、「単に國家または公共団体が施行する競売または入札なる「公務」のみではなくして、國家または公共団体が何人からも不当な影響を受けることなく自由に競売または入札を行うことによつて受ける「経済的利益」をも含むものである」と判示している。これにおいては競売・入札の施行者の経済的利益が重視されている。また広島高判昭和五八年一月一日（刑裁月報一五卷一一一一号一一四五頁）においては、本罪の成立を認める実質的根拠として、「（特定の）者に対して他の入札予定者に比して極めて有利な地位を与える」とことと、「本件土地が高く売れないなどの実害が発生する虞れがあること」が指摘されており、施行者等の利益侵害のおそれに加え、競争原理の実質的侵害を重要視している点で注目されるのである。このような裁判例をみると、公務侵害説的な理解が支配的になつてゐるとは、必ずしも断じ得ないように思われる。

それではどの見解を支持すべきであろうか。競売入札妨害罪はいかなる競売入札手続についても保護を認めていなければならない、あくまでも「公の」競売・入札に限定して、その公正を害すべき行為の処罰を認めている。公務

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

この点について、施行者等利益侵害説は、妨害行為によって落札価格が下落するおそれに着目しつつ、法益侵害性の実体を示そうとしたものとして注目に値する。国または公共団体が実施する入札において、落札価格が下落すれば、それは国民の税金が不当に費消される危険をはらむことになる。税金の利用については、厳格な公平が要請されると考えられる以上、その限りではこの立場は正当なものを含んでいるようにも思われる。しかしながら、たとえば担保権の実行として競売が行われる場合、競売価格が下落するとしても、それによって損失を受けるのは債権者、債務者たる私人であつて、国家・公共団体の財政は被害を受けないといわざるを得ない。とすれば、施行者等利益侵害説の立場は、国家等の利益の損失に加え、債権者・債務者という一人の利益の侵害についても、それらを本来保護すべき財産犯としての保護の範囲を超えて、より手厚く保護することを前提とした見解と評価することができよう。しかしながら、なぜそのような手厚い保護が必要なのか、その点についての十分な根拠は乏しいように思われる。この点において、施行者等利益侵害説の説明には、なお不満が残るのである。

競売入札制度が利用されているのは、入札参加者が自由な意思決定のもと、自らの条件を提示しあう前提が充足

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

2 手続的公正・実体的公正

それでは、この「競争原理の実質的侵害」とはいかなる場面で認められるであろうか。この点に関して、競売入札手続における競争原理の侵害とは、手続的側面からの侵害と実体的側面からの侵害とに分類できるといふ説明がなされている。すなわち、個々人が自由な意思形成に基づいて、入札に参加し、入札価格を提示するためには、施行者が入札参加者に平等な参加の機会を保障しなくてはならない。たとえば特定の者を有利に取り扱うとか、特定の者以外が競争に参加できないという事柄が発生すれば、もはや自由競争はその前提を欠くものとなってしまふ。

このような事態を競争原理の手続的側面の侵害と評価することができる。これに対して、手続それ自体には影響を及ぼさないが、入札に参加するか否か、あるいはいかなる金額で入札するかについての参加者の意思形成過程に影響を及ぼす行為類型も考えられる。いわば訴訟詐欺的な類型であり、権利関係の実体的側面について競争の公正を阻害するものである。

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

もともと、両者の区別が全く無意味というわけではない。競争という以上、他の参加者を出し抜くために、一定の駆け引きをすることは必然的にそれに随伴するものであると思われる。とすれば、通常の競争手続に随伴するような手段によって他の参加者の意思形成に働きかけたとしても、それだけでは競争原理は実質的に危殆化されない

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

刑法九六条の三は第一項で競売入札妨害罪を規定するとともに、第二項で不正談合罪を規定している。条文の構造にかんがみれば、第二項の不正談合罪も（そののみを保護する犯罪か否かは異論があるとしても）競争原理を保護する犯罪として把握するのが素直な理解であろう。そして、談合行為とは、事前の協定によつて相互の意思形成に影響を及ぼしあうものであるから、まさしく前述の実体的側面に影響を及ぼす類型を予定しているのである。ここにおいては、事前の協定によつて、相互に拘束しあつて共同意思を形成し、お互いの意思形成を支配しあう関係が存在している。そして、本来は個別に自由な意思形成を行うべき参加者が、他の参加者の意思形成を支配・拘束することにより、自由競争の前提条件を没却せしめる点に、談合罪の競争原理侵害性が顕在化していると考えられる。このような談合罪の罪質の理解を前提としつつ、その発想を一項の競売入札妨害罪についても援用することが

許されるのであれば、同罪が予定する実体的側面からの競争原理侵害性についても、その限定の契機が生じうることになる。すなわち、競売手続において他の買受希望者等の意思形成過程に強い影響を与え、その結果、意思決定を一定の決断へと人為的に誘引する行為についてはじめて、実質的な競争原理侵害性が認められると理解することができよう。もちろん、談合罪と競売入札妨害罪ではその行為態様に相違がある以上、つねに他の参加者の意思形成を支配・拘束する状態までは要求できないかもしれないが、競争原理を侵害したと評価するためには、相手方の意思形成を一定の方向へと強く誘引する性格が認められることが必要であるように思われる。逆に言えば、競売入札手続に関連して偽計・威力が用いられたとしても、それだけでは競争原理の侵害を認めることはできない。その客観的行為態様を綿密に検討しつつ、そこに相手方の意思形成を強く誘引する要素があるか否かを精査する必要があるのではないだろうか。

もちろん、このような概念規定がなお不明確なものであることは否めない。また、本罪は「公正」が現実に侵害されたことまでは要求しておらず、「公正を害すべき行為」が行われることを要求している。したがって、右のような意味における競争原理が現実に侵害されることは必要ではなく、それが侵害される危険性が発生していれば十分なのである。それゆえ、本罪の処罰範囲を明確化するためには、競争原理の内実をより明らかにする必要があるとともに、処罰するために必要な危険性の程度についての価値判断を下さなくてはならない。以下では、最高裁の判例二件の事案を検討することにより、これらの点について若干の考察を加えてみたい。まずは、検討の便宜のため、これらの裁判例で問題となった担保権の実行のための不動産の競売手続の概略を示すことにする。

(8)

京藤哲久「競争と刑法——競売入札妨害罪を素材として——」『法と政治の現代的課題——明治学院大学法学部二十周年記念論文集』(一九八七)三三三頁以下。なお、京藤教授の分析は同条二項の談合罪の保護法益論も射程に入れられ

- たものであるが、本稿においては一項の競売入札妨害罪に限定して、検討を加えることにしたい。
- (9) この点につき、京藤・前註(8)三七六頁は「判例の考え方は、どちらかというところ、この施行者等利益侵害説に近しいと思われる」と指摘している。
- (10) この旨を明示するものとして、坂本武志「最高裁判所判例解説刑事篇昭和四一年度」(一九六七)一六四頁参照。さらに、大塚編・前註(一)〔河上―久木元〕一九九頁を参照。
- (11) この点を判示する裁判例として、たとえば東京高判昭和三六年五月四日(東京高裁判事判決特報二二卷五号五九頁)、東京高判昭和五六年六月一六日(判例タイムズ四五九号一五一頁)がある。
- (12) もっとも、京藤・前註(8)三七五頁は、競争侵害説の立場からは、競売・入札手続の適法性は「法益とのかかわりでは必然的な帰結ではない」と指摘する。
- (13) 京藤・前註(8)三七六―三七七頁参照。
- (14) なお、京都地判昭和五八年八月一日(刑裁月報一五卷七―八号三八七頁)は「競売等の主体が国家または公共団体である関係上、特にその公正を保持することが要請されるため、その公正を害する危険のある行為を取締る」必要があることを指摘し、「一私人たる入札者が自由に入札を行うることに基づく経済的利益」は反射的效果にすぎないと判示している。本判決はたしかに公務侵害説に親和的なのかもしれない。しかしながら、本判決は保護法益が「競売入札の公正」であることを指摘しつつ、その要保護性が公の競売入札のほうがより高いことを述べるにとどまっている。それゆえ「公正」の意義の理解のしかたによれば、他の立場からの合理化も可能であるようにも思われる。また、施行者等利益侵害説の「施行者等」を入札における国または公共団体、競売における債権者、債務者に限定して考へるのであれば、この立場からも入札参加者の不利益は重要視されないことになろう。
- (15) たとえば健康保険法に基づく健康保険組合が実施する入札は、それが公務と評価できないことから、「公の入札」

に該当しないとされている。東京高判昭和三六年三月三十一日（高刑集一四卷二号七七頁）参照。

- (16) 平川宗信「刑法各論」(一九九五)五二八頁が、公務侵害説は「保護法益の実質を説明しえない」と指摘する点、また、京藤・前註(8)三七二頁が「公務の実質的内容をなす一定の利益の侵害と関連づけることができはじめて、刑法の利用が正当化される」と述べるのも同趣旨であろう。

- (17) なお、自力執行力の付与されていない公務など、威力・偽計に対しても保護する必要のある公務は業務に含まれ、それらについては業務妨害罪の保護の対象にもなりうると解した場合(たとえば西田・前註(1)一一七頁以下、山口厚「問題探究刑法各論」(一九九九)二七〇頁以下を参照)、偽計・威力によって公の競売入札を妨害した場合、論理的には業務妨害罪の成立可能性を排除し得ないことになる。この点について、大塚編・前註(1)〔河上―久木元〕二二三頁は、競売入札妨害罪が業務妨害罪の特別罪であるという見地から、業務妨害罪の適用を排除すべきと主張するが、法定刑の上限を比較すると業務妨害罪のほうが高いため、特別法という説明だけで十分な根拠となりうるのか、なお疑問が残る。この点については、さらに後註(30)を参照されたい。

- (18) 阿曾のものとして、平川・前註(16)五二八頁参照。また、西田・前註(1)が本罪の保護法益として、「公の競売または入札が参加者の公正かつ自由な競争において行われることにより、債権者や競売・入札施行者の利益が確保される」という公の競売・入札制度の機能」と理解している点、また、大谷實「刑法各論の重要問題(新版)」(一九九一)四五九頁が「本罪は、経済競争の公正さを担保するための犯罪」と述べるのも同趣旨であろう。

- (19) 三好・前註(6)〔法曹時報〕一九九頁以下参照。

- (20) たとえば小学校の改装工事について、敷札価格に最も近い入札者を落札者とすべき競争入札において、敷札価格の決定に関与していた被告人が、特定の入札者のみに右敷札額を内報した事例(最決昭和三十七年二月九日刑集一六卷二号五四頁)。

(21) たとえば指名競争入札において、自己の経営する会社がこれを落札するため、他の指名業者に対し、自社を落札者とする談合を持ちかけ、これに応じなかった会社の代表取締役に対し、右談合に応じるように脅迫した事例(最決昭和五八年五月九日刑集三七巻四号四〇一頁)。

(22) たとえば福岡地判平成二年二月二日(判例時報一三三九号一四三三頁)、岡山地判平成二年四月二五日(判例時報一三三九号一四三三頁)、松山地判平成三年一〇月三日(金融法務事情一三三九号三七頁)。

(23) たとえば京藤・前註(8)三七四頁は、競争侵害説の立場からは、競争入札妨害罪と不正談合罪の法益を「統一的に理解できる」と指摘している。

(24) なお、相場操縦罪(証券取引法一五九条二項一号後段)においては、「有価証券の売買取引等を誘引する目的」(誘引目的)をもって、「当該有価証券等の相場を変動させるべき」連の有価証券の売買取引等(変動取引)をするところが処罰されているが、同罪の解釈論においても、主観的側面である「誘引目的」を限定的に理解する立場に對して、逆に、客観的行為態様である「変動取引」の意義を限定的に解釈される試みが示されている。この点については、芝原邦爾「相場操縦罪における「誘引目的」」松尾浩也ほか編『刑事法学の現代的状況・内藤謙先生古稀祝賀』(一九九四)三三三頁以下、同「協同飼料相場操縦事件最高裁決定」ジュリスト一〇六三三号(一九九五)六二二頁以下を参照。

三 担保権の実行のための不動産競売手続

担保権の実行のための不動産競売の手続は、民事執行法一八八条によって、不動産の強制競売の手続を準用するかたちで規定されている。不動産の競売開始の開始は、担保権者が法定の手続開始文書(民事執行法一八一I、本節の以下の記述において条文のみを示す場合は民事執行法を指すものとする)を提出し、競売を申し立てることによって始められる。執行裁判所は申立てを連法と認める場合には競売開始決定を行い、その開始決定において、債

権者のために不動産を差し押さえる旨を宣言する（一八八、四五Ⅰ。なお、以下の引用では一八八条の引用は省略する）。競売開始決定は、債務者に送達しなければならない（四五Ⅱ）。裁判所書記官は、直ちに当該不動産に関する差押えの登記を嘱託しなければならない（四八Ⅰ）。開始決定が債務者に送達された段階、差押えの登記がなされた段階、いずれかの早い段階で差押えの効力が生ずる（四六Ⅰ）。その後、裁判所は配当要求の終期を定めるほか（四九Ⅰ）、債務者または不動産の占有者が「不動産の価格を著しく減少する行為又はそのおそれがある行為」（価格減少行為等）をした場合には、売却のための保全処分を行うことができる（五五）。

つづいて、執行裁判所は買受人に不測の損害を与えることのないよう、執行官に対して不動産の形状、占有関係その他の現況について調査を命じる（五七Ⅰ）。執行官には強制力の裏付けを持った（一九六②を参照）対象不動産への立入権、質問権、文書提示請求権が認められており（五七Ⅱ）、現況調査報告書を作成し、それを執行裁判所に提出する（民事執行規則一七三Ⅰが準用する同規則二九ⅠⅡ。以下では一七三条一項の引用は省略する。また、民事執行規則は「規則」として引用する）。

一方、執行裁判所は評価人を選任し、不動産の評価を命ずる（五八Ⅰ）。評価人は不動産の評価額などを記載した評価書を作成し、これを執行裁判所に提出しなければならない（規則三〇ⅠⅡ）。執行裁判所はこれらに基づき、最低売却価格を決定した上（六〇Ⅰ）、不動産の表示、不動産をめぐる売却条件を記載した物件明細書を作成する（六一）。この過程においては、執行裁判所自身が必要と認めるときには、債務者、占有者、その他の参考人に対して審尋を行うことができる（五）。このようにして作成された物件明細書、現況調査報告書、評価書のことを、一般に「三点セット」と呼んでいる。

かくして執行裁判所は売却の日時および場所を定めて売却実施命令を発し、執行官に売却を実施させるが、売却実施日の一週間前までに、一般の閲覧に供すべく、上述の三点セットの写しを執行裁判所に備え置かなくてはなら

ない(六二)、六四一、規則三一)。売却方法には入札と競り売りがあり、執行裁判所が定めた方法によって行われる(六四)。入札には、入札期日に直ちに開札をする期日入札と、入札期間を定め、その期間に入札をさせ、開札期日に開札を行う期間入札がある。執行裁判所が期間入札の方法をとる場合には、入札期間(一週間以上二月以内の範囲内)、開札期日(入札期間満了後一週間以内)、売却決定期日(原則として開札期日後一週間以内)を定める(規則四六)。以下では、期間入札について述べることにする。

不動産の買受けの申し出をしようとする者は、執行裁判所が定める額(原則として最低売却価格の一〇分の二である。規則三九一Ⅱ)および方法(規則四〇参照)によって保証を提供しなくてはならない(六六)。債務者自身は買受けの申出をすることができない(六八)。

開札が終わったとき、執行官は最高価買受申出人を定め、その氏名等および入札価額を告げ、かつ、次順位買受けの申出(六七)をすることができる入札人がいる場合には、次順位買受けの申し出を催告する(規則四一Ⅲ)。その後、執行裁判所は売却決定期日を開き、売却の許可または不許可を言い渡さなくてはならない(六九)。その際、利害関係を有する者は売却決定期日において意見を陳述することができる(七〇)。最高価買受申出人が不動産を買受ける資格または能力を有しない場合、競売手続に重大な誤りがある場合には売却不許可決定が下される(七一)、それ以外の場合には売却許可決定が下されることになり、その決定は確定によって効力が生ずる(七四V)。

売却許可決定の確定によって、最高価買受申出人は買受人の地位を取得する。そして買受人は、執行裁判所の定める期限までに(規則五六Ⅰによれば売却許可決定から一月以内である)その代金を執行裁判所に納付しなくてはならない(七八Ⅰ)。代金納付によって買受人は不動産を取得するが(七九)、代金を納付しない場合には、売却許可決定はその効力を失うことになる。この場合、買受人は提供した保証の返還を請求することができない(八〇Ⅰ)。

さらに、買受人となりながら代金を納付しなかった者は、その後の当該不動産の競売手続において、売却許可決定を受けることができなくなる(七一④ロ)。買受人の代金不納付の場合、次順位買受申出人がいる場合には、その者について売却許可・不許可の決定を下すことになる(八〇II)。

それでは、最高裁の二つの判例を素材とした検討に移ることにしたい。

(25) さらに、入札または競り売りを実施したが適法な買受申出がなかった場合について、補充的な売却方法として特別売却命令が認められている(規則五一)。

四 賃貸借契約の仮装と競売入札妨害罪(最決平成一〇年七月四日刑集五二巻五号三四三頁)

1 事案および判旨

(1) 事案

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

その後、徳島地裁が本件物件について入札期間を定め、期間入札の方法による売却実施命令を発したのに対して、

被告人XはAの代理人として、「本件競売事件の目的物件については、添付の契約書のとおり、既に他に賃貸している点の調査をしたい」旨の上申書を作成し、右契約書二通の写しとともに、これを郵送提出した。これを受けて、徳島地裁は再度、現況調査を行わせるため、前記売却実施命令を取り消したうえ、右賃貸契約書の記載内容について、X、Bらを書面により審尋した。

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

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

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

(2) 判旨

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

2 競争原理侵害性の実質的内容

競売入札妨害罪の成立を認めるためには、被告人の本件行為が競売・入札の「公正を害すべき」ものでなければならぬ。この点に關し、最高裁は特に理由を示すことなく本罪の成立を認めているが、原審は「被告人の本件行為は、入札希望者を減少させ、本件競売手続も遅延させ、競売価格も低下させる事態を招来するおそれのあるものであることは明らかである」ことを根拠として、本件行為が「競売の公正を害すべき行為」に該当する旨を判断している。すなわち「公正を害すべき行為」か否かの判断要素として、①入札希望者の減少、②競売手続の遅延、③競売価格の低下という事態を招くおそれを考慮したわけである。

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

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

「正」はおよそ侵害され得ないのである。

このように理解すると、原審が指摘した事実のうち、②競売手続の遅延それ自体は、競争原理の実質的侵害とは評価できないように思われる。保護法益論において、公務侵害説的な理解に立脚し、本罪の公務執行妨害罪の罪質を強調するのであれば、円滑かつ迅速な手続を阻害する行為全般について本罪の成立を認めることが可能かもしれない。しかしながら、競売入札手続が遅延することは全ての入札参加者に共通の事態であるから、そのことだけを理由として、ただちに競争原理が侵害されると評価することはできないように思われる。たとえば買受希望者が資金繰りをつけるために競売手続を遅延させるような場合は、たしかに手続の遅延によって競争原理の侵害がもたらされているのかもしれないが、このような事態が手続の遅延につねに随伴するわけではない。手続の遅延によつて、当事者間の不公平が現実化しうるおそれが認められる場合にはじめて、それは競争原理の侵害を意味するように思われる。もちろん競売手続を円滑に遂行する利益がおよそ保護されないわけではないであろう。しかしながら、そのような利益はむしろ、公務執行妨害罪や業務妨害罪で捕捉されるべき問題であるように思われる。

このように競争原理の侵害の存否に着目すると、③競売価格の下落も、つねにその実質的侵害として評価されるわけではないであろう。債権者・債務者個人の利益侵害という観点からは競売価格の下落は問題視されるであろうが、それが必然的に入札参加者間における公平な競争の阻害を意味するものではない。たとえば債権者が、抵当目的物の価値を減少させる行為に出た場合、その行為によつて競売価格の下落が招来されるであろうが、(強制執行妨害罪など別罪の成立は別論として)それだけを根拠に本罪の成立を肯定すべきではない。入札参加者が抵当目的物の価値の下落を客観的に判断し、それに見合う入札価格を提示した結果として、競売価格が決定されるのであれば、当事者間の競争の公平は、なお維持されていると評価しうるからである。すなわち、競売価格の下落という事態も、あくまでも競争制度の公平の実質的侵害を経由して、もたらされなくてはならないと考えるべきである。た

たとえば、本来ならば入札を希望したであろう者が入札を見送らざるを得なかつたり、あるいは、本来入札したい価格よりも低い価格で入札するような意思決定に誘引ないし強制された結果として、落札価格が下落した場合に限つて、競争原理は実質的に侵害されたと評価できるのである。このような理解は、①入札希望者の減少という事態についても同様に妥当であろう。たとえば（正常型）短期貸借を設定するなど、抵当目的物の価値が客観的に下落した場合、最低売却価額との兼ね合いで、入札希望者が減少することも不自然なことではない。そして、このような客観的な価値の減少はまさしく買受希望者全員に共通の事態である。このような場合、買受希望者は状況を正確に認識しつつ、それに基づいて入札を断念しているのであるから、これ自体は競争原理を侵害するものとはいえないであろう。競争原理を保護法益と理解するのであれば、あくまでも、①入札希望者の減少、③競売価格の下落という事態も、当事者間の公平な競争を阻害したり、その意思形成を不当に歪曲するかたちで現実化されなくてはならない。

3 危険性判断

本件被告人の行為のように、日付を遅及させて、実体の全く伴わない虚偽の貸借契約書を作成した上で、それがあたかも真正な貸借であるかのように偽って、裁判所に上申書を提出する行為が「偽計」に該当することはおそらく疑いなくであろう。それゆえ、競売入札妨害罪が成立するかどうかは、本件行為に競争原理侵害性が認められるかに依存してことになる。本件被告人の行為は虚偽の貸借契約書の提出行為によって、他の入札希望者の意思決定に介入しようとしたものであるから、既に述べた競争原理の実体的側面にかかわる事件であるということができる。それゆえ、既に述べたように、他の買受希望者の意思形成過程を一定の方向へ人為的に誘引するものか否かという観点から検討が進められることになる。

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

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

この点に関して、上野教授は「裁判所が物件明細書に、虚偽の主張そのままであるにせよ、主張が虚偽であることを見破つたためその旨であるにせよ、記載することが確実であるのならば、そのような競争原理を害する危険性の故に、公正を害すべき行為であると解されることにならう」(傍点筆者)と指摘されている。上野教授が指摘されるとおり、上申書の提出行為により、短期賃貸借を主張する者の存在が確実に物件明細書に記載されるのであれば、上申書提出行為には物件明細書の記載を変更させる効果までが事実上備わっていると、提出行為それ自体について、実質的危険の惹起を肯定することが可能とならう。ただ問題は、はたしていかなる意味で「記載するこ

とが確實」と評価できるかである。執行裁判所が被告人の虚偽の主張を見破れず、貸借契約が真実のものであると誤認した場合には、その権利関係は物件明細書に記載されることになるであろうが、逆に、執行裁判所が執行官の現況調査を信頼しつつ、短期貸借が虚偽であると判断した場合には、その旨を物件明細書に記載する義務までは法律上要請されていない（民事執行法六二条参照）。もちろん、買受希望者の切実な関心に応えるためには、法定事項以外の記載も有用適切であろうから、後者の場合にもそれが記載される可能性が十分あり得ることは否定できないが、それが直ちに「記載することが確實」とまで評価できるかについては、なお疑問が残るように思われる。このような点を考慮しつつ、より高度の危険性を要求する立場を徹底すれば、物件明細書ないし現況調査報告書の記載内容が現実に修正されなければ可罰的な危険性が発生しないとして、その点までが認定されていない本件事案については、本罪の成立を否定するという帰結も考えられる。この立場にしたがえば、物件明細書や現況調査報告書の記載内容が現実に修正された場合にも、本罪の既遂時期は記載事項の修正段階ということになるであろう。

この問題は、「公正を害すべき行為」と評価するために、「公正」、すなわち競争原理が侵害される危険性がどの程度必要かという問題に帰着しよう。本罪を抽象的危険犯と解する立場から、本罪の成立のためには構成要件所定の行為があれば十分であり、具体的な危険の存否の認定は要しないとする理解もありえるかもしれないが、そもそも「公正を害すべき行為」に該当するかを判断するためには、それが可罰的な危険性を発生せしめる行為か否かの認定が不可欠なのであるから、いずれにせよ、個別具体的な行為を判断対象としつつ、それが惹起した危険性の程度に応じて、可罰性の限界を画する作業が必要となるはずである。それゆえ、危険性判断に関する有力説に依拠するのであれば、①いかなる事態が現実化すれば、結果（『競争原理の侵害』が発生しえたか、②そのような事態が現実化する可能性はどの程度ありえたか、という観点から危険性の程度を判断しつつ、一定の政策判断のもと、本罪の成立に必要な危険性を検討するという過程を経ることになると思われる。もともと、この判断において注意

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

4 濫用的短期貸借と偽計競売入札妨害罪

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

(1) 濫用的短期貸借と可罰性の限界

短期貸借は、抵当権設定登記後に登記したものであつても、抵当権者、さらにその後不動産を取得した者に對しても対抗できる（民法三九五条本文）が、その濫用の弊害は以前から指摘されているところであり、それを主張する者の存在によって、入札希望者が減少したり、競売価格が下落するおそれがあるといわれている。濫用的な

短期貸借について、それが「抵当権者二損害ヲ及ホストキ」(同条但書)には抵当権者はそれを解除することができるが、民事訴訟を提起して解除を請求することは、時間的に迂遠であり、その実効性についてもなお十分とはいえないという指摘が見られる。それでは短期貸借の濫用について、競売入札妨害罪を適用することは可能であろうか。

この問題を検討するためには、濫用的短期貸借を主張することが「公正を害すべき行為」といえるか、すなわち競争原理を侵害するものかという点から検討しなくてはならないであろう。そして、本来ならば抵当目的物の価値を下げるものが出来ないものが、価値を下げるような外観を呈することで、買受希望者の意思形成を不当に歪曲し、一定の意思形成(入札断念、入札価格の低下)へと誘引する一方、濫用的貸借人と特別な関係にあるような者だけが、そのような影響を受けずに意思決定できるとすれば、この点に、競争原理の実体的侵害を見いだすことができよう。そして実際に、濫用的貸借は正常型貸借を仮装したものであるとして、三九五条但書に該当する契約を設定する行為について、偽計競売入札妨害罪の成立を認めようとする見解が主張されているのである。

しかしながら結論からいえば、三九五条但書により解除可能か否かによって、可罰性の限界を画そうとする見解には疑問がある。そもそも同条但書は「抵当権者に損害を及ぼすか」という、もっぱら債権者の利益の観点からの規定であるが、既に述べたように、債権者の利益を侵害することが必然的に競争原理の侵害を意味するわけではない。⁴⁴競争原理侵害性は、同条但書の解釈と別の観点から判断されるべきであろう。

また、解除可能な貸借すべてに刑罰を科することは、刑法の謙抑性の観点から見ても疑問である。最近の民事の最高裁判例は「抵当権者二損害ヲ及ホストキ」の解釈について、「原則として、抵当権者からの解除請求訴訟の事実審口頭弁論終結時において、抵当不動産の競売による売却価額が同条本文の短期貸借の存在により下落し、これに伴い抵当権者が履行遅滞の状態にある被担保債権の弁済として受ける配当等の額が減少するときはいうので

あって、右貸借の内容が賃料低廉、賃料前払、敷金高額等の事由により通常よりも買受人に不利益なものである場合又は抵当権者が物上代位により賃料を被担保債権の弁済に充てることができない場合に限るものではないといふべきである」と判示している。この判決の当否についてここで判断することはできないが、この判決の趣旨に従えば、解除可能な短期貸借の範囲が非常拡大すると考えられる。このような判例理論を前提にすれば、一定の濫用的短期貸借が可罰的であるとしても、それは三九五条但書に該当するものの全てではあり得ない。それは刑罰によるコントロールとしては、明らかに行き過ぎであろう。本罪の保護法益との関係においても、このような競争原理の実体的側面からの侵害については、可罰的な行為の範囲を限定する必要があることは既に述べたとおりである。

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

このような考慮を前提とすると、解除可能な短期貸借がすべて偽計競売入札妨害罪の射程範囲であるという結論は採用しがたいように思われる。ここにおいては、処罰範囲をより合理的に限定づける作業が必要となってくる

はずである。この点、民法の学説において、濫用的貸借の中でも、もっぱら抵当権を妨害するために設定されるものであり、その公序良俗違反性が甚だしいものは、公序良俗違反または虚偽表示として、その契約がそもそも無効であると解されている。そして、競売入札妨害罪の限界付けについても、このように私法上も契約が無効とされるような逸脱性の高いものに限って、可罰性を肯定するべきではないだろうか。この場合には、競争原理の侵害性も著しいと考えられるし、また、無効な契約をあたかも実体が伴った有効な契約のように仮装する行為態様については、「偽計」という行為類型にも馴染みやすいように思われるからである。

もちろん、無効と解される契約を主張する行為が、すべて競売入札妨害罪でカバーされるわけではないであろう。競争原理を阻害する危険性の低い、換言すれば買受希望者の意思形成を大きく歪曲するものではないものについては、そもそも「公正を害すべき行為」に該当しないと考えるべきである。それゆえ、競売手続を妨害するための貸借ではなく、たとえば抵当権者自らが抵当権を保全するために設定する、いわゆる併用貸借については、そもそも本罪の構成要件の射程外であると解すべきである。これは売却によって当然に消滅すると理解されており、買受希望者にとつても、常に入札を躊躇する方向に機能するとは限らないからである。

(2) 契約行為の可罰性

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

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

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

しかしながら、犯罪の成立のためには競売開始決定が必要であるからといって、時間的に先行する段階の行為について、論理必然的に競売入札妨害罪が成立しないことにはならないように思われる。たとえば間もなく出生する

である乳児を殺害しようと思ひ、母親が毒物を混入したミルクを準備した場合、その後生まれてきた乳児が自ら哺乳瓶を吸つて毒入りミルクを飲んで死亡したのであれば、母親が殺人罪に問われることについては異論がないであらう。実行行為段階で侵害客体が現在していなくても、その後現実化した客体に対して当該行為の効果が及んでいれば、十分に可罰性を肯定できるのである。これを虚偽の賃貸借設定行為に即して考えてみると、内容虚偽の賃貸借契約を締結し、それを登記したのが競売開始決定前であつたとしても、その後、競売手続が開始された場合には、右契約行為には競売手続の公正を害する危険という効果が認められることになる。それであれば、事前に契約を締結する行為も、相当な因果連関を経て、競売入札の公正侵害の危険惹起という結果を招来するものである以上、これを「公正を害すべき行為」から排除する理由は乏しいように思われる。

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

なお、競売開始以前に虚偽の賃貸借契約を仮装する行為については、偽計競売入札妨害罪のほか、強制執行妨害罪の成否も問題となり得よう。もつとも、強制執行妨害罪の保護法益は、強制執行制度それ自体のほか、債権者個人の債権の実現という利益にも求められるのが一般であり、競争それ自体を保護していると解される競売入札妨害

罪とは異なった角度から個別に検討を加えなくてはならないであろう。具体的には、①担保権の実行のための競売手続が「強制執行」に該当するか、②競売価格を下落させたり、自己（またはその関係者）が競売しようとする目的が「強制執行を免れる目的」に該当するのか、③いかなる濫用的貸借借の設定が「仮装の債務を負担」する行為に該当するかなどの問題について、改めて検討を加える必要が残るであろう。その意味で、この問題はもはや本稿の射程範囲を超えるものであるので、別の機会に改めて検討を加えることにしたい。

(26) 三好・前註(6) (法書時報) 一九九頁以下を参照。

(27) 既にこの点を指摘するものとして、上掲・前註(6) 三五頁を参照。

(28) もっとも、公務侵害説から出發した場合、手続的公正を侵害することなく、訴訟詐欺的な手法によって権利の実体的側面を侵害する行為については、本罪の成立が否定されることになるように思われる。この点について、京藤・前註(6) 七六頁を参照。

(29) もちろん、競売手続の遅延によって競争原理が歪曲されて、入札希望者が減少したり、あるいは不当に入札価格が下落するような状況が考えられるであろうが、その場合においては、はじめから入札希望者の減少、競売価格の低下という事態を招来するおそれがあったか否かを判断すればたりのであり、これらの前段階にすぎない手続の遅延をことさらに強調する必然性は乏しい。

(30) 競売入札妨害罪が「競売又は入札の公正を害すべき行為」を要求しているのに対して、業務妨害罪においては「業務を妨害した」ことが要求されている。両罪は危険犯であると理解されているから、公正が侵害されるおそれも、また業務活動自体も妨害されるおそれも、ともに認められる場合が多いであろうが、「公正」という概念を競争原理という観点から限定的に理解する本稿の立場によれば、これらの一方のみが侵害される場合も考えられ、両罪の棲み分

けを図る余地も残されているようにも思われる。もともと、その具体的な適用や罪数関係については、なお慎重な検討を要しよう。

- (31) これらの指摘は、原審の列挙した事実が、競争原理の侵害から必然的に惹起されることではなく、むしろ(正常型、濫用型を含めて)短期貸借という、債権者や買受人には不都合ではあるが、とりあえず法が容認し、万人にとつて共通な事象から由来するものにすぎないのではないかという疑問を前提とするものである。たとえば建造物の壁を損壊する行為のように、客観的にその価値が下落する行為がなされた場合、入札参加者にはその目的物の価格を正当に判断できるチャンスが残されているのであるから、(損壊行為自体が別罪を構成するとしても)意思形成過程への不当な介入とは評価すべきではないように思われる。一方、不動産への不法占拠、暴力団の関与の誇示などの事例は、買受希望者の意思形成に不当に介入するものとして、競売入札妨害罪が成立しうると考えられる。この両者の事例の相違であるが、後者の事例においては、利用価値の不可逆的な下落を伴うことなく、入札参加者をして、本来備わべき客観的な利用価値よりも低い価格での入札へ誘引するものであり、また(現実に競争に参加しているか否かはともかくとして)事情を熟知していたり、あるいは特別な手段を有している者にとつては、その状態を度外視して入札し、さらにその状態を原状に回復することが容易であるという事情が認められる。その意味で、後者の事例については、当事者間の競争の不正が現実化しうると評価できると思われる。

- (32) 鳥取地裁米子支判令平成四年七月三日(判例タイムズ七九二号二三三頁)、東京地判令平成五年二月二〇日(金融法務事情一三七九号三八頁)参照。それ以外の公刊物未登載の裁判例も含め、高木新一郎編『執行妨害対策の実務』(新版)(一九九七)九二頁以下〔大沢晃執筆〕を参照。

- (33) 三好・前註(6)(法曹時報)二〇〇頁参照。

- (34) この点について、前田雅英「競売入札妨害罪と公用文書毀棄罪」警察学論集五二巻四号(一九九九)一七八頁は、

「一部の者のみが貸貸借の虚偽性を認識し得て物件の真の価値を把握しているのだとすれば、入札予定価格の内報を得ているのと同様、著しい不正が生じることにもなる」と指摘している。

- (35) この点に関し、曲田・前註(6)二八五頁以下を参照。なお曲田講師は、従来の下級審裁判例の事案と本件の被告人の行為態様は「形式的にはかわるところはない」と指摘されているが、本罪が具体的危険犯であれ、抽象的危険犯であれ、行為の遂行によって競争原理侵害の危険性が惹起されたか否かを実質的に検討せざるを得ない以上、行為態様の形式的な共通性は重要ではないであろう。

- (36) 上野・前註(6)三五頁。さらに前田雅英『刑法各論講義(第三版)』(一九九九)四五〇頁を参照。

- (37) 中野貞一郎『民事執行法(第二版)』(一九九四)三八七頁参照。

- (38) このような方向の主張として、山本輝之・前註(6)三九頁を参照。

- (39) このように考えた場合、実行行為の遂行時期と既遂時期とが時間的に離隔してくることになるが、この問題については、後註(57)に対応する後掲本文を参照されたい。

- (40) 山口厚『危険犯の研究』(一九八二)一六四頁以下、同『問題探究 刑法総論』(一九九八)二二七頁参照。

- (41) この点に関して、京藤・前註(6)七五頁以下は、「競売の公正を害する危険性が発生する危険性(「危険性の危険性」)をもって、直ちに競売の公正を害する可能性のある行為であるとしてよいということになるわけではない」と指摘する。

- (42) 短期貸借の濫用の実体については、以下の文献などを参照した。小川英明「東京地裁の競売事件にみる短期貸借の濫用とその諸形態」NBL一四三三号(一九七七)六頁以下、同一四四号(一九七七)二〇頁以下、鎌田義勝「競売手続における短期貸借の取扱い」判例タイムズ四六五号(一九八二)二二頁以下、富越和厚「民事執行実務における短期貸借の実情」NBL二六三三号(一九八二)八頁以下、同一二六五号(一九八二)六六頁以下、同一二六八号(一

九八二)二四頁以下、内田實「抵当権と短期貸借」星野英一編「民法講座第三卷」(一九八四)一九三頁以下、富越和厚「短期貸借(抵当権の侵害、妨害排除請求)をめぐる諸問題」『貞家最高裁判事退官記念論文集・民法法と裁判(上)』(一九九五)二二七頁以下、升田純「短期貸借をめぐる諸問題と最近の裁判例」金融法務事情一四五四号(一九九六)二〇頁以下、吉田光碩「執行妨害をめぐる金融実務上の諸問題」金融法務事情一四五四号(一九九六)三五頁以下、石橋俊一「不動産に対する執行妨害の現状」警察学論集五一卷二二号(一九九七)一〇四頁以下。

(43) 曲田・前註(6)二八八頁以下、清水・前註(6)五五頁を参照。

(44) この点に関して、京藤・前註(6)七六頁を参照。

(45) 最判平成八年九月一三日(民集五〇卷八号三三七四頁)。調査官解説として、野山宏「最高裁判所判例解説民事部平成八年度(下)」(一九九九)七三三頁以下がある。

(46) 判例の立場に反対して、契約内容の詐害性や不当性を要求する見解として、たとえば道垣内弘人「担保物権法」(一九九〇)一四〇頁以下、高木多喜男「担保物権法〔新版〕」(一九九三)一七九頁以下、近江幸治「担保物権法〔新版補正版〕」(一九九八)一七八頁以下、片山直也・判例評論四六〇号(一九九七)三九頁以下を参照。なお、磯村保教授は本判決の立場について、「理論的に正当化することは必ずしも容易ではない」とされつつ、「最高裁は制度のあるべき姿よりは、制度の現実を直視することを選択したといえる」と評価される。磯村保・金融法務事情一四九二号(一九九七)四七頁参照。

(47) 高木多喜男教授は、本判決を前提とした場合、「解除から免れうる短期貸借は、現実には、殆ど考えられず、いわゆる正常型短期貸借であっても、三九五条の恩恵を受けることはなくなつたといつてよい」と指摘される。高木多喜男・法学教室二〇〇号(一九九七)一三九頁参照。

(48) 曲田・前註(6)二八九頁参照。

- (49) たとえば高木・前註(46)一七五頁、野山・前註(45)七五三頁以下、小川・NB L一四四号(前註(42))二二頁を参照。この趣旨の裁判例として、札幌高決昭和五八年三月一七日(判例タイムズ五〇〇号一七〇頁)、東京高決昭和六〇年四月一六日(判例時報一一五四号九一頁)、東京高決昭和六二年二月一〇日(金融法務事情一一八四号四七頁)、大阪高決平成元年三月六日(判例タイムズ七〇九号二六七頁)などがある。
- (50) なお京藤教授は、「本罪の成立を認めてよいのは、短期貸借に藉口して、抵当権と短期貸借との調整を図った民法三九五条の制度趣旨に反しているといえる場合であろう」と指摘される。京藤・前註(6)七六頁参照。
- (51) なお曲田・前註(6)二九〇頁は、本罪を抽象的危険犯と捉える立場に立った場合には、併用貸借の設定についても構成要件該当性を認めることができる(場合によっては正当行為による違法性阻却の余地を認める)。
- (52) たとえば中野・前註(37)三六五頁、高木・前註(46)一七四頁を参照。
- (53) なお、後順位債権者が使用収益、転貸によって債権を回収するために設定する貸借(用益回収型)や、短期貸借の取得によって代物弁済を得ようとするもの(仮登記担保型)についても貸借契約は無効と考えられているが、これらの契約の刑法的処理も問題となりうる。本文中述べた併用貸借と同様の観点から可罰性を否定すべきとも思われるが、なお検討を要する。もっとも、現実には、これらのタイプの貸借は抵当権の実行を妨害する目的のものと区別が付きにくく、むしろ両者の目的を併有しているのが通常であるようである。小川・NB L一四四号(前註(42))二二頁、齋越・NB L二六三号(前註(42))一三頁以下を参照。
- (54) 塩見淳「不良債権」法学教室二二八号(一九九九)三三頁。
- (55) 最判昭和四一年九月一六日(刑集二〇巻七号七九〇頁)、大塚ほか編・前註(1)〔河上「久木元」二〇二頁などを参照。なお三好・前註(6)〔法曹時報〕二〇六頁は、「競売開始決定の要否という論点も含めて……今後の判例の展開をまたなければならぬであろう」とする。

(56) 山口・前註(40)(危険犯の研究)一六七頁参照。

(57) 結論として同趣旨のものとして、曲田・前註(6)二八九頁参照。もつとも、曲田講師は既遂時期ではなく、実行の着手時期を問題とされているようである。

(58) 本罪のような行為犯についても、法益侵害結果の発生が不要であるわけではない。一般的な事例においては、行為の遂行自体に端的に法益侵害・危険が認められるのである。平野龍一「刑法総論I」(一九七二)一一八頁以下、内藤謙「刑法講義総論(上)」(一九八三)二二〇頁以下、町野朔「刑法総論講義案I(第二版)」(一九九五)一四三頁を参照。

(59) 平野龍一「刑法概説」(一九七七)二八一頁、藤木英雄「刑法講義各論」(一九七六)三〇頁、中森・前註(3)三〇四頁などを参照。最判昭和三五六年六月二四日(刑集一四卷八号一〇三頁)も「強制執行は要するに債権の実行のための手段であつて、同条は究極するところ債権者の債権保護をその主眼とする規定であると解すべきである」と判示している。なお西田・前註(1)四〇九頁は、強制執行妨害罪は債権者の利益とあわせて、国家作用としての強制執行の機能を保護する規定とする。

(60) これを肯定する裁判例として、東京地判平成五年一〇月四日(金融法務事情一三八一号三八頁)参照。さらに、尾崎道明「刑事判例研究」警察学論集五一巻二号(一九九八)二〇二頁以下、大塚ほか編・前註(1)(河上・久木元)一八七頁以下をあわせて参照。

(61) 強制執行妨害罪の成立を肯定する見解として、塩見・前註(54)三三三頁がある。

五 開札後の妨害行為と競売入札妨害罪(最決平成一〇年一月四日刑集五二巻八号五四二頁)

1 専業および判旨

(一) 事案

被告人Xは右翼団体政治結社の支部長の地位にあったものであるが、以前から親しかった女性Tから、債務の処理とともに、Tの店舗兼居宅およびその敷地（以下、本件物件という）の管理・処分委託を受け、所有権移転の仮登記を経た上、本件物件を事実上支配していたところ、青森地裁は、本件物件について不動産競売開始決定を下し、最低売却価額を一四五六万五〇〇円とする売却実施命令を発した。これに対して被告人Xは、妻名義で最低売却価額と同額で入札したが、開札期日にS不動産が一四六六万円で本件物件を落札したことを知ると、競売により自己の管理占有を喪失することを阻止するため、同日午後、S不動産に赴き、社長の妻Xに対して、「あんたのところまで落とした物件は絶対やれない物件だから、うちの方によこしてくれ」、「この物件から手を引いてくれ」、「これをうちの方によこさない」と、ことが面倒になる。ただじゃおかない。また来る」などと申し向けた。そして、さらにその夜、被告人Xと共謀の上、その甥である被告人Yが右翼団体構成員数名を連れてS不動産の事務所に赴き、「なんで競売を落としたんだ」、「手を引いてくれ、バックにどこかの組がついているのか」などと申し向けた。

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

件物件を自己に譲渡させようとして」と判示しており、被告人らの意図が落札の辞退を強要する点にあったと確定的に認定しているわけではない。

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

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

(2) 判旨

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

2 「競争」の終了時期

不動産競売手続における開札が終了し、最高価買受申出人が決定した段階においては、競売手続における売却方法としての「競り売り」「入札」（民事執行法六四條二項参照）は終了しているといつてよい。それゆえ競売入札妨

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

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

妨害行為についても、なお競売入札妨害罪の成立を認める余地が残されていることになる。

それでは、本件被告人の行為のように、最高価買受申出人ないし買受人の意思に働きかけ、その者に代金納付を断念させようとする行為は、「競売又は入札の公正を書すべき行為」に該当するのであるか。本稿の問題関心からは、このような行為に競争原理を侵害するおそれが認められるかが問題とされることになる。具体的には、最高買受申出人ないし買受人が代金の納付を断念せざるを得ず、再売却手続に至ることについて、いかなる意味での競争原理の危殆化が認められるかが問題となろう。

競争原理の前提要件として、買受希望者が、入札に参加するか否か、さらに、いかなる金額で入札するかを自由な意思形成に基づいて決定できる状態を保護しなくてはならないことは既に述べたとおりである。そして、この理は買受人が代金を納付することで当該不動産を取得しようとする点についても妥当するべきであらう。もちろん、買受人は買受保証金の返還を断念することで、代金を納付せずに不動産の取得を断念することも可能であるが、その判断は買受人の自由な意思形成によってなされるべきである。このような意思形成に不当に介入し、結果的に不動産の取得を断念させる行為は、明らかに競争原理の侵害と評価されるべきである。とりわけ、買受人が代金を納付しなかった場合、買受人は当該不動産を取得できなくなるだけでなく、当該不動産の再売却手続への参加を禁止されるといふ制裁を受ける（民事執行法七一条四号口参照）ことを想起すれば、なおさらのことである。買受人であった者は、当該手続において不動産を取得できなかったのみならず、再売却手続においてはそもそも競争から排除されてしまうのである。このように再売却手続において、買受人であった者を競争から排除することで、結果的に特定の者に有利な価格形成がなされるおそれが現実化しうる点にも、競争原理の侵害のおそれが顕在化しているように思われる。

3 危険性判断

右のように本決定を支持する立場からは、最高価買受申出人ないし買受人に対して、代金納付を断念して落札を辞退するよう威迫的言動を示す行為は競売入札妨害罪に該当することになる。偽計を用いる場合も全く同様と考えることができよう。一方、買受人が代金を納付した後は、競売・入札制度における実質的競争は終了していることになるから（脅迫罪等の別罪を構成する可能性はあるが）もはや競売入札妨害罪は成立しないことになる。それは、最高価買受申出人ないし買受人に対して、代金納付以前の段階において、落札した不動産を自己に譲渡・転売させるように威迫する行為は本罪を構成するのであろうか。行為者には買受人に代金納付を断念させる意図はないが、買受人が代金を納付して不動産を取得した後にそれを自己に譲渡させようと考え、買受人の代金納付以前の段階で、前もってその旨を要求するような場合である。原審の仙台高裁は「最高価買受申出人もしくは買受人をして落札を辞退させ又はその物件を自己に譲渡させる意図」の場合に同罪が成立すると判断しており、この場合にも本罪が成立すると理解しているように読むこともできよう。第一審が「被告人らの真意が買受けの申出にあつたとしても」本罪が成立すると判示している点も、既に見た通りである。一方、最高裁は「その入札に基づく不動産の取得を断念するよう要求したときは」（傍点筆者）という表現を用いており、落札それ自体を辞退させるよう威迫した場合に限定した判断を下しているように理解する余地もあるが、必ずしもその趣旨は明らかではない。

競売入札妨害罪は行為者が特定の目的を有することを要求するものではないから、被告人がいかなる目的で威迫したのかは直接的には犯罪の成否に影響を及ぼさない。その限りにおいて、第一審、原審の判示は適切であろう。本罪の成否との関連で問題となるのは、その行為に実質的競争原理の侵害のおそれが認められるか、本件事業に即していえば、最高価買受申出人ないし買受人が（その真意に反して）代金の納付を断念するおそれが認められるか否かである。もちろん被告人が買受人に対して不当に廉価な価格での転売や無償譲渡を要求した場合については、

買受人は代金を納付することによって、その損害をこうむることになるから、代金納付を断念するおそれ大きいことはいうまでもない。問題は、被告人が提示した転売価格が落札価格と同程度か、それよりも高額な場合である。

買受人が代金を納付しなかった場合、買受人は買受申出保証金の返還請求権を喪失することになるから（民事執行法八〇条一項）、そのことにより経済的不利益を受けることになる。一方、被告人の要求に応じ、相当価格での転売に応じた場合には、買受人には経済的な損失は発生しないことになるから、経済的に合理的な行動を前提とする限り、この場合には、買受人が代金の納付を断念する可能性は乏しいようになるから、経済的に合理的な行動を前提とする限り、この場合には、買受人が代金を納付せず、落札を辞退するかは、買受人の自由な意思決定に任せられている。常に経済合理的な判断がなされるわけではない。買受人が、転売に応ずることで当該不動産とさらに関わり合いになることを煩雑と考えて、たとえ買受申出保証金を放棄してでも代金を納付しないことを選択する可能性もあり得るのではないだろうか。

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

なお、このような理解によって本罪の客観的要件の充足を肯定したとしても、本罪の故意を肯定するためには、自己の行為の「意味の認識」として、買受人が代金を納付しないおそれがあることについての認識が要求されるこ

とになる。もつとも、相当に低い危険性であっても客観的要件の充足を認めるのであれば、それに対応する認識も希薄なものでたりにることになるから、實際上、故意が認められない場合はほとんど考えられないように思われる。

- (62) 広島地判平成九年五月九日(暴力団員が買受人を威迫して、代金の納付を断念させた事件について威力競売妨害罪を肯定)、那覇地判平成七年二月二〇日(最高価買受申出人を排除するため、執行裁判所に虚偽の建物賃貸借契約書等を提出して売却不許可決定を求めるとともに、最高価買受申出人に対して「むずかしい人がかかわっているんだよ。仕返しがあるかもしれないよ」などと申し向けた事例について、偽計競売妨害罪を肯定)、高松地判平成一〇年四月二七日(売却許可決定後、買受人の代金納付前に、架空の賃貸借契約等の存在を理由として執行抗告を行った事例について偽計競売妨害罪を肯定)。これらはいずれも公刊物未登載であるが、事案の概略についてはそれぞれ飯田・前註(7)一二二頁(広島地判)、高木編・前註(32)九六頁(那覇地判)、西田・前註(1)四一四頁以下(高松地判)に紹介されている。なお、旧競売法の実務上の運用においては、一度提出した入札書の変更・取消は認められていなかったが、入札直後に入札者の代理人を威迫して、入札の取り下げを申し出させた事案について、京都地判昭和五八年八月一日(刑裁月報一五卷七七八号三八七頁)は「一般人をして問題の入札の公正に疑いを抱かしめるであろうことは多言を要せず、法律上も最高価入札人に対して不当な圧力をかけ、競落代金の支払を断念させ再競売に持ち込む余地も残っている」として威力競売妨害罪の成立を認めている。

(63) 飯田・前註(7)一二二頁を参照。

(64) 三浦・前註(7)二〇七頁以下を参照。

(65) この点に関連して、上篇・前註(7)三五頁を参照。

(66) たしかに再売却手続を招来することで競売手続が遅延することになるが、このこと自体は競争原理の侵害とは評価

できないことは既に述べたとおりである。

(67) 本決定の判断の射程範囲に関する検討として、飯田・前註(7)一二二頁を参照。

* 本稿を執筆するにあたっては、「金融犯罪研究会」(研究代表者・西田典之東京大学教授)における議論、および御出席の先生方の御指摘からきわめて有益な示唆を受けた。さらに民法法に関連する諸問題を検討するに際しては、神戸大学大学院法学研究科の民法法専攻の諸先生方から貴重なアドバイスを頂戴した。ご教示を賜った先生方に心より御礼を申し上げます。