

# 強制執行の本質と刑法九六条の二

大 下 英 希

## 目次

### 第一章 はじめに

### 第二章 強制執行の本質と強制執行制度

#### 第一節 強制執行制度の歴史的背景

##### (一) 復讐の制限と訴訟制度

##### (二) 民事訴訟制度

##### (三) 強制執行制度

##### (四) 国家による権力独占と国家の義務

#### 第二節 我が国の強制執行制度

##### (一) 民事執行法・民事保全法の成立

強制執行の本質と刑法九六条の二

(二) 民事執行法・民事保全法の改正

(三) 強制執行制度の概略と特徴

第三節 小括

第三章 刑法九六条二の考察

第一節 一九四一年刑法改正による刑法九六条の二の制定状況

第二節 刑法九六条の二をめぐる判例の展開

(一) 判例の展開

(二) 判例に対する評価

第三節 刑法九六条の二の保護法益をめぐる学説の展開と検討

(一) 学説状況

(二) 検討

第四節 九六条の二をめぐる個別論点の考察

第四章 おわりに

## 第一章 はじめに

刑法と他法域の関係については違法論の分野において見解が対立してきたが、有力な反対説<sup>(1)</sup>があるものの、刑法の他法域に対する従属性を原則的に支持する見解が多数を占めるようになってきている。しかし、そのことから他法域の解釈が現実的な犯罪の成否に関わる場合に、統一的な結論が得られるようになっていとは思われない。犯罪の成否に他法域の解釈をどの様に刑法学に取り込んでいくかは、未だ明確ではなく、その方法論についてさえ共通の見解が得られたとはいえないように思われる。

筆者はかつて、財産罪の保護法益を題材として、自救行為の禁止という観点から刑法の従属性を論じたことがある。<sup>(2)</sup>そこで得られた結論は、財産罪が私人の持つ権利を保護しているという本権説の前提に基本的な正しさがあるが、自救行為を禁止する法治国家においては、私人の権利を生のまま保護するのではなく、それがどの様に保護されており、どの様に実現されるかという点を含めて保護法益を論じるべきである、すなわち、刑法は実体的権利の存否を規律する民法だけではなく、権利の確定、実現手続を含めた民事法全体に従属するという結論を得た。また、その観点から民法と消費者法(特定商取引法)という民事法内部での異なった視点を題材に、具体的犯罪の成否においてその解釈が刑法学にどのように取り込まれるかについて若干の考察を試みた。<sup>(3)</sup>本稿もまた、刑法の民事法従属性と具体的帰結という筆者の問題関心の延長にあるものである。

本稿は、刑法と他法域の解釈が問題になる領域として、刑法九六条の二を取り上げる。本条は「強制執行を免れる目的で、財産を隠匿し、損壊し、若しくは仮装讓渡し、又は仮装の債務を負担した者は、二年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金に処

する」と規定する。<sup>(4)</sup> 本条は強制執行をその対象とする犯罪であるが、その罪質を論じるにあたって、強制執行とは何かについて論じざるを得ない。強制執行については刑法上、概念規定がないので、その内容については解釈に任されている。では、強制執行とは何であろうか。強制執行概念についてはその保護法益との関係から、その範囲に広狭があり得るが、さしあたり「国家権力による私人に対する義務の履行の強制」と定義することが可能であろう。

さて、刑法九六条の二については周知のように保護法益に関する対立が存在する。もっぱらあるいは第一義的に債権者の財産的利益を保護するという、財産犯としての理解（以下、財産犯説という）と、もっぱらあるいは第一義的に公務としての作用を保護するという、公務妨害罪としての理解（以下、公務妨害罪説という）である。しかし、両説についてはそれぞれに重大な疑問がある。

財産犯説をとる論者は、強制執行作用が私人の債権の実現にあることから、究極的には債権者の債権を保護することに主眼があると論じる。しかし、果たして強制執行は常に債権者の債権保護に奉仕するものであろうか。

確かに強制執行手続は債権者の債権に基づき、その満足のために行われる。しかし、そのことから強制執行が債権者の債権を保護しているという思考には若干の飛躍があるように思われる。なぜなら、現実的に考えてみれば、自らの手で権利を実現する自力執行力を持つ私人が存在しうる。彼らにとつて強制執行はむしろ迅速・确实・安価な権利実現を阻害する要因となる。<sup>(5)</sup> また、本来であれば満足させられるはずの権利は、後述のように手続上の制約によつて十全に満足されないことがある。このように考えると、債権者が自らの持つ債権を満足させるといふ観点からは、強制執行という煩瑣で确实な債権回収に結びつかない可能性のある手続は、むしろ債権者の財産的利益と対立する場面があるのではないだろうか。<sup>(6)</sup> それにもかかわらず、国家

は債権者に強制執行手続を「強制」するのである。自力執行力を持つ私人に対して、あえて煩瑣で確実性のない国家による手続を経させなければならぬ理由はどこにあるのだろうか。

他方で、自力執行力を持たない私人にとっては、債権の回収を国家が代行してくれるのであれば、その財産的利益に資するといえるのかも知れない。しかし、国家の強制執行が債権の完全な満足を保障する確実性はない。全くとれないかもしれない中である程度取れるのであればそれで満足するべきだ、という程度のものであれば、そのような不完全な制度を刑法が刑罰をもって保護する意味はどこにあるのだろうか。

財産犯説にとつてもう一つ問題だと思われるのは、その法定刑の低さである。本条が真に債権者の財産的利益の侵害を問題にするのであれば、法定刑の比較は財産犯ということになるが、本条の法定刑は器物損壊罪より低い。本条が、実際の侵害ではなく、その危険を問題にしているという解釈をとつたとしても、その法定刑の低さを合理的に説明するもののように思われない。<sup>(7)</sup>さらに、本条において真実譲渡が処罰されない理由も問題となる。本条においては、たとえ強制執行を免れる目的で、市場価格よりはるかに安価で譲渡、あるいは贈与しても処罰されない。<sup>(8)</sup>財産犯説の見地から見れば、これらの行為もともに処罰の対象となつてよいように思われるが、その点も問題となる。

以上の点から考えると、刑法九六条の二の保護法益を財産的利益に求める見解において、強制執行手続が（債権者、債務者双方にとつて）どういう意義を持つかについての検討が不可欠であるように思われる。

では公務妨害罪説に問題はないのであろうか。本条のこのような理解のめつとも大きな根拠とされるのがその条文上の位置である。本条のもととなつたとされる、改正刑法仮案四六二条は、権利の実現を妨害する罪中に規定されていたが、一九四一

年本条が刑法典中に規定される際、公務を妨害する罪の中に規定されることになった。このことから、本条が公務妨害罪であると解されているのである。公務を妨害する罪の基本となるのは公務執行妨害罪である。公務執行妨害罪は、「公務員が職務を執行するに当たり、これに対して暴行又は脅迫を加えた者は三年以下の懲役若しくは禁錮又は五〇万円以下の罰金に処する」と規定しているが、条文を比較して分かる通り、刑法九六条の二は刑法九五条と比較してかなり広い処罰範囲を持っている。解釈上、刑法九六条の二においては、強制執行が現実に行われる必要はないとされているが、なぜ刑法九六条の二において、そのような前段階の行為が処罰されるのであろうか。被疑者の逮捕といったような、司法作用にとつて極めて重要な公務であつても、逮捕手続の執行が行われる際にしか公務執行妨害罪は成立しない。被逮捕者が逮捕を免れるために逃走した場合でも公務執行妨害罪では処罰されないのである。にもかかわらず、刑法九六条の二は公務の現実的な執行が行われるはるか前の行為をも捕捉している。他の公務に比して、強制執行手続のみがこのような厚い保護に値する理由が必要となるはずである。

さらに、公務執行妨害罪において保護される公務は、公務員の抽象的権限に属しかつ具体的権限に属することが必要とされている。そのようなものであつて初めて公務はその妨害から保護されるのである。刑法九六条の二の成立にあつては、債権者が強制執行を申立てていることを必要とされないのであるから、強制執行という公務の具体的権限はおろか抽象的権限を危険にさらしたかどうかさえ確定的ではない。もちろん、強制執行は民事執行法上その規定を持つことから、執行官あるいは執行裁判所の抽象的権限に属すると考える余地はあるが、それは債権者がその権利を強制的に実現しようとする場合においてのみである。権利の実現においては任意履行という選択もある以上、実際に債務者がその手続に着手しない以上、債務者の行う行為ははまだ公務員の抽象的権限さえ妨害しているとはいえないのではなからうか。

刑法九六条の二の保護法益を公務妨害性に求める見解においても、なぜ強制執行手続が（国家の司法作用、強制作用の中で）特別に保護に値するのか、その本質からの検討が不可欠であるように思われる。

刑法九六条の二の保護法益をめぐる二つの学説についてはその理解と帰結について疑問がある。両説に対して指摘したように、本条の保護法益と保護範囲を考える上では、強制執行とは何か、という考察から始めることが必要である。その意味では、従来刑法九六条の二についてはあまりに学問的な深化がされてこなかったように思われる。<sup>9)</sup>

本稿は刑法の民事法従属性という観点から、強制執行がなぜ出てきたのか、どの様な性質と限界を持ち、それとの関連でなぜ保護されなければならないのか、という点を検討し、刑法九六条の二を考察しようとするものである。

先述のように、強制執行の意義や範囲については解釈に任されているが、少なくとも他法域においてどの様に理解されているかの考察抜きにその保護法益、保護範囲を決するのは、違法の統一性ないし従属性を真に実現したとはいえないと思われる。

そこから本稿では、まず次章において、強制執行の本質について考察を加えることにする。ここでは、強制執行がどの様に生まれどの様に発展したかを、筆者の関心から、また旧民事訴訟法の制定から続く我が国の民事執行制度に対する多大な影響から、ドイツを中心とした歴史過程を概観する。加えて我が国の民事訴訟制度を概観することにする。民事執行制度は世界的に共通であると同時に、各国で独自の展開を遂げてきたものである。我が国の現行制度について正確に理解することが、本罪の理解に資することは当然といえよう。

そこで得られた知見をもとに、第三章において刑法九六条の二の解釈を取り上げる。刑法九六条の二では、その保護法益、強制執行の範囲、前提となる債権の存在という三つの点が主要な論争点であるが本稿における強制執行の本質という観点から

は、まず保護法益論について考察を加えることが必要である。それをもとにその他の論点についても考察を加える。

最後に、本稿で詳細な検討をすることができないが、本条については国会に改正案が審議中である（二〇〇八年一月現在）。改正案については、その罪質を含めた大きな変更が行われているように思われるが、その点について本稿で得られた知見をもとに若干の考察を加える。紙幅の関係から改正案に関する総合的な検討は、別稿にて行うこととしたい。

## 第二章 強制執行の本質と強制執行制度

### 第一節 強制執行制度の歴史的背景

強制執行とは、国家による私人に対する義務の履行の強制を意味する。しかしこの強制については二つの意味があることに注意が必要である。一つは、債務者に対する義務の履行の強制という意味であり、一つは、債権者に対する手続の強制という意味である。つまり、強制執行制度は債権者に対し自力執行を禁止し、債務者に対し履行を強制する制度ということになる。とはいえ、国家は常に私人間の生活関係に干渉するわけではない。民事制度の基本が当事者の合意に基づく実体の形成にあるとすれば、当事者相互が満足していれば、それに国家が干渉する必要はない。当事者が合意の上で行っているならば、国家はそれが公序良俗に反するなどの事情がない限り、基本的には介入しないのである。しかし、当事者間で利益が衝突し紛争が起ると、その解決は私人から国家の手に委ねられることになる。では、このような制度はどのようなようにして形成されてきたのであろうか。筆者はかつて自救行為を論じた論稿の中で、自救行為の禁止の歴史をドイツを例に取り上げた。以下ではそこで



得られた知見をもとに強制執行制度が出現するまでを時代を追って観察することにする。<sup>(10)</sup>

## (一) 復讐の制限と訴訟制度

国家制度が出現する以前は、復讐を基本とする自力執行の時代であった。復讐には三つの意味がある。過去の侵害に対しては慰藉として、現在の侵害に対しては防衛として、将来の侵害に対しては予防としての意味である。集団に対する侵害を放置すれば、それはその集団の弱さを意味することになり、過酷な生存競争の中でその弱さは致命的なものとなる。それゆえ、復讐は無方式・無制限に行われ、時として侵害者あるいは被侵害者の属する集団のどちらかが滅亡するまで行われた。

単一の血族集団から、複数の血族集団が集合し国家の萌芽と呼ぶべきものが生まれてくると、集団のさらなる発展のために、外部に対しては徹底した復讐が求められ、内部においては絶え間ない復讐の連鎖を断ち切り復讐に対して適切な制限を加えることが求められるようになる。但し、この時点で復讐を禁じることは到底不可能であった。緩やかな人的結合に過ぎなかった国家においては復讐に代わる慰藉の方法がなかったのみならず、その手段を講じる力を持つ者がいなかったからである。また、当時は刑事事件と民事事件の明確な区別もなかった。集団の成員の生命・身体に対する侵害であろうと、権利の侵害であろうとそれは集団の名誉を傷つけるものであり、復讐の対象とされたからである。

王あるいは貴族といった集団内で力を持つものが出現するにつれて、復讐は徐々に個人から国家に委ねられるようになる。その契機となったのが和解である。全ての紛争がお互いの死滅にまで至るわけではなく、多くの争いは長老や力を持つ集団による仲裁により贖罪金が支払われることによって終了するようになった。もともと、この段階では贖罪金による解決は当事者の任意に任されており、復讐に至ることも多かつた。

国家が次第に強力となり、内部集団に対して権力を行使できるようになって和解が強制できるものになる。いまだ復讐を完全に禁止することはかなわなかったが、和解を強制することにより、そこで合意がなされればそれ以上の復讐は禁止された。しかし、贖罪金につき合意が形成されなければ自らの手による復讐が許されていたことから、当時の法典には紛争を和解へと至らせるための膨大な贖罪金リストが作られた。また、贖罪金の支払いは時にきわめて高額なものとなり、それまで国内で強力な自治集団として存在した血族集団の解体が進み、個の集合としての国家が形成されるようになった。

更に国家が権力を持つようになると、当事者間の紛争解決のために支払われていた贖罪金の性質が変わるようになった。すでにそれ以前から、贖罪金の一部は紛争解決のために国家を利用したという名目で徴収されていたが、贖罪金の全額が平和金として国家に納入され、平和金は国家の刑罰権行使としての意味を持つこととなった。

ここに至って、私人の紛争は、国家との関係においては刑事訴訟として、私人間においては民事訴訟として分離する契機が生まれたこととなる。

## (二) 民事訴訟制度

既に、刑事訴訟と民事訴訟の区別が不分明であった時代から訴訟自体は強制されるようになっていたが、当時の訴訟制度は未だ形式面からの制限に過ぎなかった。強力な自力執行力を持ち、その力を背景に自ら権利を実現することが可能であった社会において、未成熟で非力な国家が実体面を判断し、権利の存在及びその実現を否定することは、さらなる紛争を招き国内の争いを激化させる結果しか生まなかつたからである。当時の訴訟で行われたことは、宗教的観念を背景として要式を守らせるにとどまった。要式を違えることでその行為は神聖性を失い、それが故に実現することが許されない、といった形での制限

を加えることしかできなかつたのである。したがって当時の訴訟の目的は個々の主張の真实性や事実ではなく、被告による法侵害に対する非難であり、証明の目的は非難に対する被告の名譽の回復であつた。また、証明は被告の宣誓（雪冤宣誓）によつて行われた。もつとも被告の宣誓は宣誓補助者によつて補充されたが、そこでも宣誓の目的は被告の宣誓が「純粹であり偽りでない」ということであつた。判決の目的は事實の存否ではなく、個々の事件にふさわしい宗教的に觀念された形式の決定であつた。その形式が守られることによつて証明が行われたとするのである。

このような訴訟制度から、訴訟の目的が実体的な事實の存否へと移つて行くにはなお時間が必要であつたが、国家權力が進展するにつれて、判決の内容が要式を決定する証拠判決から判決の履行を誓約すべき義務を被告に課すものへと変わり、ついに判決が直接義務の履行を命じ得るようになった。訴訟の内容についても、証明する権利ははまだ被告の側にあつたが、一定の場合には原告が被告の宣誓を阻止することが可能となつた。その後徐々にではあつたが、被告にあつた挙証権がますます原告に移り、また宣誓補助者も事實に対する宣誓が求められ、書証などが利用されるようになって、民事訴訟が事實の存否を判断する場として形成されるようになっていった。しかし、民事訴訟が完全に刑事訴訟から分離するためには、中世を待たなければならなかつた。

### (三) 強制執行制度

当事者間の合意によつて訴訟が開始されあるいは、少なくとも訴訟を前置することが強制される時代においては、国家の手による執行手続というのも存在し得なかつた。判決ははまだ被告に対する給付判決ではなく、ただ被告の履行約束を結果しただけであつたからである。したがつて判決による誓約の執行は訴訟には属さず、原告が裁判所の協力を得ないで自力で執行を

行つた。その後、裁判官に権利の満足のための差押を請願することができるようになり、自力執行には裁判官の許可を必要とするようになった。中世に入ると、請求権の執行のために必要な強制は、裁判官の公権の一属性であるという思想が支配的となり、私力による執行は完全ではなかったが禁止され、裁判上の強制執行だけが存在し、その差押えられた物件によって債権者はその権利を満足させることとなった。裁判官は自力執行の補助者や代理としてではなく、当事者の申し立てに基づいて、当事者双方に優越しその双方の利益を保護する公権によって強制執行を行うようになったのである。近世に入って自力執行は国家の司法作用に対する侵害として刑罰威嚇をもって禁止される行為となるが、その後自力執行を禁止する刑罰規定は徐々に減つていき、現在のドイツ刑法ではそのような条文は見あたらない。

民事訴訟制度、とりわけ執行手続が私人から裁判官の手に移るにつれて、債権者はそれまでになかった危険にさらされることとなった。すなわち、その時点では強制執行手続を進めることができないが、現に債権の実現が不可能ないし著しく困難になる危険である。そして、このような危険を除去するため、手続法が整つた中世後期には、将来の執行に先行して債務者に一定の財産の処分を禁止する保全制度が見られるようになった。保全制度についても当初は私人の手によつて行われていたが、中世後期には緊急の場合を除いて国家の手に委ねられることになった。

現行ドイツ民法二二九条は自救行為の規定とされているが、それは私人による権利の自力執行を意味しているのではなく、この緊急の場合において私人の手によつて行われる自力保全を意味している。<sup>(11)</sup>

民事保全制度が国家の手に委ねられるようになり、国家は刑事司法においては犯罪者の捜査から刑罰の執行まで、民事司法においては当事者の申し立てによる訴訟の開始から、権利の確定、実現手続、権利実現に対する危険除去としての保全制度ま

でを完全にその手に収め、国家による権力独占が完成したのである。

#### (四) 国家による権力独占と国家の義務

強制執行手続がどの様な制度発展を遂げてきたかを訴訟制度の誕生から見えてきたが、その過程は次のようにまとめられることができる。

そのすべてを「復讐」という概念に含めうることができる無制限・無方式の自救行為時代においては、自救行為は個人、あるいはその個人が属する集団の生存のためにきわめて重要な位置を占めており、その存続・発展において欠くことの出来ない要素であった。しかし、集団が大きくなるにつれ、その集団の外部に対する自救行為と内部における自救行為の評価とが異ならざるを得ない状況が生まれ、質的にも量的にも無制限であった自救行為をいかに制限していくことが国家の課題となった。

しかし、自らのことは自らで行うというそれまでに長い間保たれてきた観念を、非力で未成熟であった集団が制限するにあたっては、国家ないし首長、王が武力を背景とした物理的強制力を持つようになること、自らの信じるままに権利を実現することが可能であった個人にそれに代わるだけの権利の実現を担保する制度を構築することという二つの要素が求められた。そのため、国家は贖罪金制度を用意しようやく訴訟を強制するところまでに至ったのである。

また、刑事と民事の手続も、国家が国家刑罰として強制力を行使できる時代になり、平和のために刑罰を科すという刑事訴訟制度と、権利の確定と実現を主眼とする民事訴訟とに徐々に分化していった。

国家機関の執行によって権利者が満足を得るといふ制度が発展していくに従って民事執行手続における自力執行は刑罰威嚇

をもって禁止するという時代を経て、消滅への道をたどることになった。また、特に権利の実現を独占する過程、すなわち力の有無によつて権利の実現が左右されるという自救行為制度を、実体的権利の存否によつてその実現の有無を決めるという制度へと変化させるために長い時間がかかったということに注意しておく必要がある。

民事手続が国家によつて強制されるにいたつて、それまでにはなかつた権利実現に対する現にある危険という問題が生じるようになった。これについても国家はその物理的強制力を背景に緊急の場合を除いては自力保全を禁じるようになったことから、国家は訴訟制度に関する権力を独占することとなり、自救行為の禁止は完成したといえる。

しかし反面、国家は権力を独占しそれを維持するために次のような義務を負うこととなった。訴訟制度、執行制度、保全制度を常に改善し、権利の確定、実現がより容易に確実になされるようにする義務である。この義務を怠ることは、自力執行を禁ずる国家が、自らこれを放棄し権利の実現を再び個人の手に委ねることを意味している。と同時に国家による執行権の独占はその公権の一属性として、債権者の代理あるいは、債権者の自力執行の代行という役割を超えて、当事者間の利害の調整という役割を演じることとなったのである。

## 第二節 我が国の強制執行制度

国家は私人に自力執行を禁止する代わりに、制度拡充と当事者間の利害の調整という義務を果たすことが必要である。民事訴訟制度が整つた現代社会において、債権者に課せられる義務は権利の確定と実現<sup>(12)</sup>について国家制度を利用することである。債権者がその義務を果たしている以上、国家は債権者の権利を容易に満足させる義務を負う。その意味では民事訴訟制

度の拡充とは執行妨害をいかに抑制するかという点にある。では、我が国における現行の強制執行制度とはどのようなものであろうか。前節では、債権者の側の自力執行の禁止を中心に見てきたが、本節では債務者の側の執行妨害の抑制と民事制度の発展というを中心に見ていくことにする。もつとも、個々の制度紹介は刑法九六条の二の理解に必要な限りにとどめ、その主眼は民事執行制度が執行妨害に対していかに対応してきたかということを中心に取り上げていく。また、国家は私人を強制する権力を持つが、当事者間の利害を調整する義務も負うのであり、我が国の現行制度がその一見すると相反する要請にいかに応えようとしているのかも合わせて確認していく。

## (二) 民事執行法・民事保全法の成立<sup>13)</sup>

我が国の強制執行制度は、民事執行法、民事保全法を中心に機能しているが、立法当初からこのような姿であったわけではない。その沿革をみても、刑法などと同様に外国法の継受に始まる。まずポアソナードによるフランス法を中心とした草案が出されたが、法典編纂作業の中でドイツ法志向へと転換していった。その後テヒョーの民事訴訟法草案中の強制執行規定（一八八六年）を経て、一八九一年一月一日より施行された民事訴訟法は、当時最新の法典であったドイツ帝国民事訴訟法第八編に倣って、その第六編に強制執行の規定を置いた。また、保全手続についても同編中に規定されている。担保権の実行としての競売及び形式的競売については、一八九八年に競売法が成立することとなった。民事訴訟法については一九二六年に改正をみるが、その改正は第五編までの範囲にとどまり、執行制度については将来に留保された。強制執行制度については、民事訴訟法制定から九〇年にわたって、民事訴訟法と競売法という二本立ての時代が続くことになる。改正を求める動きは施行後しばらくから出発し、また執行の機能不全に対する非難も絶えなかつたが、その改正作業はすすまなかつた。一九五四年の

法務大臣の諮問を受け法制審議会に強制執行制度部会が設けられ、一九六六年の執行官法の制定を経て、一九七九年に民事執行法が制定された。しかし、保全処分については民事執行法制定後も民事訴訟法第六編に残され、手続は民事執行法第三章に規定されるといふ不統一が生じていた。民事保全手続については、民事訴訟法あるいは強制執行法に規定されるのが通常であるとされるが、我が国においては保全手続について一九八九年に単行法として民事保全法を制定し、それによって、保全・訴訟・執行に対応した民事保全法・民事訴訟法・民事執行法という三つの基本法が作られたことになった。

一九七九年の民事執行法の制定によって、私法上の請求権の強制的実現のための手続である強制執行と担保権実行の手続である競売手続が民事執行法に統合された。<sup>(17)</sup>二つの手続は、国家の有する強制力の発動である強制執行と、担保権に内在する換価権を基礎に行われる競売手続というように、その性質が異なるものと解され、規定上も異なった取り扱いが行われていたが、結局、両者は私法上の権利の強制的実現を目指すという点では目的を同じくするものとされ、同じ法のもとに統合されることになったのである。また、当時の執行状況は機能不全に陥っていると評されるほどのものであり、手続の近代化・合理化による機能回復のための制度が導入された。例えば、執行手続の遅延の原因とされた不服申立について執行抗告制度や執行異議制度を整えたり、配当要求制度の改善、現況調査権限の拡大など様々な改正が行われた。一方で、債権者の満足だけでなく債務者の生活保持のために差押禁止の範囲を合理化したり、強制管理における収益等の分与の制度が新設されている。執行妨害対策としては、当時横行していた、いわゆる競売屋対策のために期間入札制度が導入されたことが重要である。<sup>(19)</sup>

また、一九八九年に制定された民事保全法についても、およそ一〇〇年間同一の法を使っていたことから、その弊害を除去すべく様々な点で改正がなされた。もつとも大きなものとしては債権実現に対する危険性の除去という迅速性を要求される保



全処分のためのために、オール決定主義が採用されたことである。

## (二) 民事執行法・民事保全法の改正<sup>(20)</sup>

一九七九年には民事執行法が一九八九年には民事保全法が制定されたが、両法は現在にいたるまで改正が加えられている。これは、いわゆるバブル景気崩壊後の不良債権問題に対してより迅速で確実な権利実現が求められたからであり、頻発・激化する執行妨害への対応という側面が強い<sup>(21)</sup>。そこで主として問題とされた執行妨害は、担保権の実行を中心とした不動産競売に対する執行妨害であった。かつては刑法九六条の二の強制執行に競売法によって規定されていた抵当権の実行による競売は含まれないとするものもあつたが、現在では二つの手続とともに民事執行法に規定され、判例・学説上も担保権の実行手続を含まないとするものは皆無であるので、ここで取り上げることにする。

債権者・債務者間において任意に履行がなされず紛争を生じたことが端緒となる以上、強制執行手続と執行妨害は切り離せない関係にある。民事訴訟法が施行されてから程なくして執行妨害の問題が出てくるのも当然であつたといえよう。特に我が国においては、暴力団等による組織的な執行妨害が行われていることが特徴とされている<sup>(24)</sup>。また、執行妨害は債務者本人によって積極的に行われることもあるが、執行妨害を生業とする者達が資金繰りに窮した債務者に言葉巧みに近づき、場合によっては債務者を監禁あるいは軟禁して、当該物件を占拠するなどして収益をあげるといふ手法で行われていることも多い<sup>(25)</sup>。特に改正の契機となつた執行妨害は、刑法に抵触するような暴力的行為によって行われることもあるが、その多くは強制執行法制の中での抵抗を用いることが多く、執行妨害と実務・法改正は常にイタチごつこの関係にあるといえる。

執行妨害の古い類型として、いわゆる競売屋というものがある。これは、当時の競売が競り売りという売却方法を用いてい

たことから、競売屋が不動産競売場を埋め尽くし、参加者の入場を阻止したり、参加した者に買受申出をさせないという形で行われていた。競売において買受申出がなく期日が流れると、自動的に最低売却価額が低減されることになっており、これを繰り返して価格が下がったところで買受け、市場価格で売り抜けるという手法がとられていた。これに対して民事執行法とそれに伴う民事執行規則の制定によって、入札期間内に競売価格を入札させ、開札期日に開札するという期間入札制が導入された。期間入札を郵送によって行うことができるとされたことから、妨害者は誰が入札に参加しているかを知ることができなくなり、買受申出を妨害するという執行妨害は功を奏さなくなった。しかし、競売目的物件を占拠したり、登記を付けたりする行為はこれによって影響を受けず、競売屋は占有屋として姿を変えて生き残った。<sup>(26)</sup> 占有屋による初期の妨害の方法としては、物件に暴力団の看板を上げたり、組員に占拠させるなど、暴力団が物件を直接・間接に支配し第三者の入札を妨害していたが、警察の取締り等の強化によって姿を消した。<sup>(27)</sup>

その後、執行妨害は占有屋と呼ばれる者達による短期貸借権の濫用や滌除制度の悪用、抗告屋と呼ばれる者達による執行抗告や執行異議の乱発による執行手続の遅滞、停滞という手法が用いられ、粗暴的な執行妨害から知能的な執行妨害へと姿を変えた。かつての執行妨害が、物件自体を安価で競り落とし、市場価格で売却することで利益を得ていたのに対し、その後の執行妨害は立ち退き料名目の金員の受領や、執行を遅滞させることでその間の物件を第三者に賃貸し賃料収益を得るという形へと変化を遂げた。また、債務者本人による執行妨害とともに、債務者が姿をくらし第三者がその物件に介入することで不当な利益を上げるといふものも多々みられた。<sup>(28)</sup>

不動産価格が高騰していた時期においては、立ち退き料名目で法外な金額を支払ったとしても、なお不動産に残る利益から

債権を回収することも可能であったが、<sup>(29)</sup>いわゆるバブル景気が崩壊し、不動産価格が低迷する中でこの種の執行妨害が社会問題化し、また警察等の取り締まりの強化から暴力団等による一見して分かる執行妨害は姿を消し、その手口が強制執行法制の中で巧妙化したことよって法改正による抜本的な対策が求められるようになった。

まず、一九九六年には売却不動産の引渡命令を発しうる相手方の範囲を拡大・明確化し、売却のための保全処分や買受け人等のための保全処分の相手方の範囲の拡大、不動産担保権実行における競売開始決定前の保全処分を認めるなどの民事執行法の改正が行われ、一九九八年には手続を不当に遅延させることを目的とする執行抗告の原審却下や競売手続の改正が行われた。司法制度改革審議会の最終意見が二〇〇一年に出され、その中で民事執行制度の強化、すなわち民事執行の促進及び占有屋等による不動産執行妨害への対策が求められた。同意見にしたがって法制審議会に対して、担保・執行法制にかかる諮問第四九号及び、民事執行制度にかかる第六二号が出され、それぞれ二〇〇三年には担保・執行法の改正、二〇〇四年には民事訴訟法が改正されるなど、矢継ぎ早に改正が行われた。<sup>(30)</sup>

特に二〇〇三年改正においては、不当な占有の根拠とされ執行妨害の典型であった短期賃貸借制度が廃止され、保全処分の強化、競売不動産の内覧制度、間接強制の適用範囲の拡大、担保不動産収益執行の創設など重要な点について改正が行われている。<sup>(31)</sup>

このように強制執行法制においては、悪質な執行妨害に対して迅速な法改正によって対応しているといえる。<sup>(31)</sup>他方で強制執行法制の強化は、債務者の自由な財産処分を制限する度合いが強まるということから、差押禁止の範囲の拡大など、債務者に過度の不利益を与えないような制度上の配慮もみられる。しかしこの点についてはなお今後の課題であるとき

れている。<sup>(32)</sup>

### (三) 強制執行手続の概略と特徴

以上のような展開を経て現行民事執行法、民事保全法があるが、ここで後の参考とするために民事執行法、民事保全法の一連の手続についてその差異を意識しながら概略しておく。<sup>(33)</sup> もっとも、ここでの目的はあくまで刑法九六条の二の理解に必要な範囲での手続の概要であって、それに関連しないと思われる事項については省略していることをあらかじめお断りしておく。

民事執行法の規定する民事執行には、強制執行、担保権の実行、および形式競売の三種類がある（民事執行法一条。以下民執と略す）。先述のように、担保権の実行は民事執行法定時に一つの法に統合された。給付請求権を有する者が、国家権力による強制的な実現を求める手続を強制執行といい、担保権の実行とは債務の弁済が得られない場合に担保の目的物の換価代金から債権の優先弁済を受けることであり、物の換価ならびに留置権に基づく競売を定めたものが形式競売である。強制執行の実施は、執行文の付された債務名義の正本に基づいて行われる。債務名義とは民事執行法二二条に列挙された文書であって、確定判決や仮執行宣言つき支払い督促、執行証書などが含まれ、強制執行により実現されるべき請求権の存在及びその範囲を確定するものである。執行機関は強制執行の迅速・確実な実現を図るため、実体的権利の存否については判断せず、債務名義を前提に執行を行う。強制執行を行うには、債務名義のほかはその執行力が現存することが必要である。そのため、民事執行法は執行を申立てる前に執行機関とは別の機関（民執二六条一項）に執行力の現存を確認させる。執行力が現存することが確認されれば、債務名義に執行文が付与されることになる。債権者はこの執行力のある債務名義の正本を添付して、強制執行の申立を行う。その後、執行開始の要件が備わっているかを執行機関が調査し、備わっていれば強制執行が開始されることとな

る。

他方、担保権の実行に債務名義は不要である。担保権実行手続を迅速に進めるために、担保権の存在の蓋然性が比較的高いと判断できる状況がある場合に、担保権実行を開始できるものとしている。その状況については担保権の種類あるいは目的物の種類によって異なる。その後、執行障害が存在しなければ、担保権の実行が行われる。

金銭債権の強制的実現を図るものを金銭執行というが、その対象となる責任財産は一定の場合（差押禁止財産や扶養請求権など）を除いて債務者に帰属する総財産である。担保権の場合は、担保権の目的となつてゐる財産を換価してその代金から優先弁済を受けるのであるから、担保権の実行手続における責任財産は、担保権の目的となつてゐる財産となる。

金銭執行において債権者が競合した場合、民事執行法においては配当要求あるいは自ら金銭執行の申立を行うことにより、各債権者を配当において債権額に按分比例した平等の取り扱いをすることになるが、担保権者の場合は優先弁済権を有していることから、担保権の優先順位に従つて優先弁済を受けることになる。

強制執行としてあるいは担保権の実行として不動産競売の申立がなされ、競売開始決定がなされると当該不動産は差し押えられる。差し押えられた不動産について債務者は処分権を国家に取り上げられるが、通常の方法による使用・収益は妨げられない。抵当不動産に対しては第三取得者に濫除権の行使が認められていたが、濫除権の濫用による執行妨害対策のために廃止された。また、従来担保権が設定された後に設定された短期賃貸借は抵当権者に対抗できるものとされていたことから、短期賃貸借制度を濫用する執行妨害が起きたとされ、短期賃貸借保護制度も廃止された。<sup>34</sup>

競売開始決定がなされると執行裁判所は、執行官に不動産の現況調査を命じ（民執五七条）、評価人の評価によつて売却基

準価額を決定する（民執六〇条一項<sup>(35)</sup>）。不動産の買受けの申出は期間入札、期日入札、競り売りのいずれかの方法で行われるが（民執六四条二項）、先述のように競売屋等の排除のために期間入札が用いられることが多いようである。

任意の売買において無権限の占有者がいれば、その者に対して明渡し<sup>(36)</sup>の強制執行（民執一六八条、一六九条の二）をすることになり、その為には債務名義の取得のための訴訟を提起する必要があるが、競売不動産の買受人は執行裁判所により引渡命令という債務名義を発してもらい（民執八三条一項）、それに基づいて明渡し<sup>(36)</sup>の強制執行を行うことができる。また、買受人も一定の要件（民執七七条一項）の下で保全処分を行うことができるようになった（民執七七条、一八八条）。

金銭債権者はこのような強制競売のほかに、不動産から上がる法定果実や天然果実を受け取る不動産強制管理（民執四三条一項）や、担保不動産収益執行（民執一八八条）といった制度を利用して、弁済を受けることが可能である。強制管理や担保不動産収益執行においては、債務者を居住していた建物から退去させ第三者に賃貸することになるが、債務者又は不動産所有者がほかに居住すべき場所を得ることが出来ないことも多いことから、執行裁判所は、一定の要件の下で債務者または不動産所有者に建物使用の許可を与えることができる（民執九七条）、また、収益等についても一定の金銭については債務者または不動産所有者に分与させることができる（民執九八条）。

動産執行も強制執行の一つであるが、民事執行法一三一条に列挙された動産（最低限の生活に必要な物や教育を受ける権利の保護など）については差し押えられない。

また、債権その他の財産権に対しても金銭執行（債権執行）をすることができる。この場合も債務者の最低限度の生活を保障するために差押禁止債権が定められている。債権執行においては取立権を行使するか転付命令によって弁済を受けることに

なる。

その他、不動産または動産の引渡しといった、金銭債権以外の債権の強制的実現を図る強制執行を非金銭執行というが、これについても民事執行法に規定がある（民執一六八条以下）。

以上が、民事執行法に規定された手続の概要である。次に民事保全法にいう保全処分の流れを概観しておく。

民事保全手続にいう仮差押えとは、金銭執行の保全のためになされる手続であり、将来の金銭執行を保全するために、債務者の責任財産を仮に差し押えてその財産に対する債務者の処分権を奪うものである。債権者がいまだ債務名義を取得していないとき、あるいは弁済期が到来していないときは、債権者は金銭執行の申立をなしえないが、その間に債務者が財産を処分したり、滅失することで金銭執行をすることができなくなるおそれが生じる。このようなおそれがある場合には、さしあたり、債務者の財産を仮差押えして、財産の状態を維持しておく必要があるのである。

保全手続を行うためには、被保全権利の存在と保全の必要性が要件とされる。保全の必要性とは、仮差押えをしておかなくと、将来強制執行をすることができなくなるおそれがあること、または強制執行をするのに著しい困難を生ずるおそれがあることである（民事保全法二〇条一項、以下民保と略す）。

仮差押えをしようとする債権者は、その趣旨ならびに保全すべき権利及び保全の必要性を明らかにすることを要する。申立人は被保全権利の存在及び保全の必要性について疎明をする必要がある（民保一三条二項）。証明までは必要とされないが、裁判官に一応確からしいという程度の心証を抱かせる必要はある。また、仮差押え命令を発するとき、裁判所の判断による（民保一四条）が、申立人に担保を立てさせることが一般的である。これは、仮差押え執行により債務者に損害が生じた場合

の損害賠償請求権を担保するためのものである。また、債務者は仮差押解放金額を供託することにより、仮差押えの執行の停止、または仮差押えの執行の取消を得ることができる。仮差押え執行についても、強制執行手続とは異なった制度が用意されている（民保四七条以下）。金銭債権以外の権利を有している場合には、仮処分を申立てることができる（民保二二三条）。

以上が、民事執行、民事保全の手続の概略である。

ここでさらに、民事執行・民事保全法上の手続について触れておく。違法執行と不当執行の問題である。違法執行とは、手続上の瑕疵のある執行、すなわち手続的に違法な執行であり、不当執行とは、手続的には違法ではないが、実体的には不当な執行のことをいう。民事執行法は不当執行に対して請求異議の訴え（民執三五条）、第三者異議の訴え（民執三八条）を用意し、違法執行に対しては執行抗告（民執一〇条、一二条）、執行異議（民執二一条）という救済制度を用意している<sup>(37)</sup>。

この点に関しては、民事執行法・民事保全法上、様々な角度で議論があるようである。民事執行が債権者の権利の国家機関による実現であり、その方法が、国家権力による債務者の生活領域の強制的介入による以上、民事執行は適正でなければならぬ。つまり、民事執行においては、その正当性と適法性が制度上必要とされる。この保障がないならば市民の生活領域への不当あるいは違法な、国家による強制的介入により、市民の利益が損なわれる危険が常に生じることになる。これでは自力救済を禁じた意義が失われる。民事執行は、その正当性と適法性の制度的保障のもとでしか存在し得ない、といわれる<sup>(39)</sup>。執行制度が国家制度として機能するためには、執行の迅速性、経済性、簡易性を担保する工夫を必要とするが、迅速な権利実現が不当・違法執行の発生の危険を増大させることは否定できない。そこで、民事制度はこうした迅速執行の危険に対する担保を要請されることになる。そして、この一翼を担うのが執行救済制度である。迅速な執行により不当、違法な執行が生じて、



事後的にそれが是正、救済されるならば、迅速執行による瑕疵は治癒されるとするのである。<sup>(40)</sup> そのため、民事執行法は不当執行に対して請求異議の訴え、第三者異議の訴えを用意し、違法執行に対しては執行抗告、執行異議という救済制度を用意しているのである。この点に關しての議論の詳細には立ち入らないが、本稿との關係では、民事執行法・民事保全法学上、民事執行が本質的に債務者の生活領域への強制介入を伴うことから、債権者の迅速な権利実現とともに債務者の利益を調整する使命を持ち、その点について議論がなされているということが確認できたことだけで十分である。このように強制執行制度は債務者に対して不当あるいは違法な執行が行われる危険性を内在的に有している。

### 第三節 小括

本章においては、刑法九六条の二の罪質を考えるにあたって不可欠と思われる強制執行の本質についてその歴史的経緯と我が国における現行法制をみてきた。ここでは、強制執行の要保護性についていくつかの観点をみることできたのではないかとと思う。

まず従前からいわれてきたことであるが、強制執行制度が自力執行の禁止から生まれてきたということである。私人が自己の権利を自力によって実現するという古くからの觀念をいかに国家が代替していくかという過程が、そのまま刑事訴訟、民事訴訟の歴史であるということを確認することができた。また、強制執行制度の歴史は国家による権力独占の歴史の裏返しであるとも言えるだろう。国家が権力を独占したことによって、私力の行使が禁止され、なんらかの強制力を伴う行為については緊急の場合を除いて国家の助力を得なければならなくなった。

権力の独占過程では、古くは国家の威信と暴力的強制力を背景にその達成が図られたが、その権力独占を維持するためにも、国家には債権者の権利を容易かつ安全に満足させるといふ義務が課される。この義務を怠ることは、国家が私人に自力執行を禁じた根拠そのものを失わせることになるからである。また国家は債権者の代理としての債権実現の役割を演じるだけではない。債権者の権利の満足をはかる一方で、債務者の生活を保持しその財産権に過度の制限を加えないような配慮が求められるのである。これは私力による過酷な執行を制限するといふ観点からはもちろんのこと、国家がその強制力を公権として振るうことに根拠がある。

それは我が国の強制執行制度にもあてはまる。債権者・債務者間の権利に関する紛争に介入するといふ強制執行制度の本質から、その発展はそのまま執行妨害との戦いの歴史といえる。近時では、債務者本人のみならず、時には債務者を監禁あるいは軟禁して行われる職業的な執行妨害が問題とされ、またその手法も暴力を背景とした一見して分かるような暴力的執行妨害は影を潜め、強制執行法制の中で巧妙化する執行妨害の姿を見ることができた。それに対しては、実務上の努力のみならず、立法によって解決を図ろうとしていることが確認できたのではないかと思う。他方、執行妨害が巧妙化したということは、執行妨害者が見ると正当な権利あるいは手続を主張しているということでもある。このような形で行われる執行妨害に対しては、債権者の確実な権利保護という観点から、債務者が持つ権利をある程度制限することによって行わざるをえない。<sup>(41)</sup>しかし、その裏返しとして、強制執行法制の中で債務者の生活を保持するためにいかなる手当を用意する必要があるという視点が常に存在していることを忘れてはならない。

以上のような前提を踏まえた上で、刑法九六条の二についての考察に入る。刑法も国家がその刑罰権といふ公権を行使する

のであるから、単にその法益を保護するというだけではなく、当事者間の利益の調整という観点を念頭に置きながら考察を進めていきたい。

### 第三章 刑法九六条の二の考察

#### 第一節 一九四一年刑法改正による刑法九六条の二の制定状況

現行刑法九六条の二（以下本章では単に九六条の二と呼ぶ）は、一九四一年の刑法改正において刑法典中に規定された。もつとも既に改正刑法仮案は、その四六章に権利の行使を妨害する罪という章を設け、質物奪取罪、質物強取罪などと並んで四六二条に強制執行免脱罪の規定を設けていた。

#### 改正刑法仮案四六二条

「強制執行を免るる目的を以て財産を隠匿、損壊若は譲渡し又は虚偽の債務を負担し其の他債権者を害すべき行為を為したる者は三年以下の懲役又は千円以下の罰金に処す」

その後改正刑法仮案に基づく刑法の全面改正は行われなかったが、第七六回帝国議会において刑法の部分改正案が出され審議された。この刑法部分改正は広範に及んでいる。総論部分では、労役場留置の期間延長、没収規定の改正、各論部分では九

六条の二、九六条の三、第七章の二として安寧秩序に対する罪が新設された。また、失火罪、公正証書原本不実記載罪の刑が加重され、一九七条の収賄罪に第三者収賄、加重収賄、斡旋収賄の罪が追加された。

この改正に関する審議は多岐にわたっているが、<sup>(42)</sup>審議過程において、九六条の二に関連して行われた質疑について概観しておくことにする。

そもそもなぜこのような広範な改正が行われる必要があったのかについて政府委員は、「現行刑法は、先にも申し上げました通り施行後三十有余年を経過致しまして、その後の人心の趨勢、犯罪の情勢等に鑑みまして、殊に現時戦時下における社会の実情等に鑑みまして、是非改正を要する部分の改正を行い、以て治安を確保し、国防国家体制の完璧を期する必要があるとすので、一部改正の案を作りまして、ご審議を願うことに致したのであります」<sup>(43)</sup>と説明している。また、九六条の二に関して「民事の裁判が如何に適正に行われなくても、その執行が確保せられないならば、裁判は実質上その効果を挙げることを得ず、裁判の威信にも関するのみならず、正しい権利者の保護も完うせられないのであります。是は多年要望せられて居たとこの改正を実現致したのであります」<sup>(44)</sup>と述べている。

貴族院における議論においては、反抗の意思をもってする真実譲渡がなぜ含まれないか、<sup>(45)</sup>「仮装譲渡又は仮装の債務を負担し」の仮装の意味について議論があったが、<sup>(46)</sup>政府委員は真実譲渡については、「(本条は) 刑法法規であって、そういうものまで刑罰をもって臨むのは如何なものかと思ふ」<sup>(47)</sup>と答え、仮装の意味については虚偽表示のことである旨答弁している。<sup>(48)</sup>

貴族院における議論はその程度で終わり、衆議院に回付された。衆議院でも上述と同様の趣旨説明が行われ、借地法改正委員会と併せて審議されることとなった。この委員会の中では、仲井間宗一委員より、債務負担後、いつでも本罪が成立しうる

のではないかという点についての懸念が表されたが、<sup>(49)</sup>政府委員からは「強制執行を免れる目的を以て」という要件を判断するにあたっては何か具体的な事情の発生が必要であろうが、その時期に關しては法文上何ら制限がないという説明がなされ、またその懸念については、本条文が実務家から要望されたことよつて立案したが、罰則を設けても、此の為に却つて正しいものが迷惑を蒙ることを防ぐために運用面で注意する旨の返答があつた。<sup>(50)</sup>

衆議院でもつとも詳細に本条についての質疑を行ったのが佐竹晴記委員であるが、損壞が規定されているにもかかわらず、贈与について規定がないのはなぜかという質問に対して、政府委員は「強制執行を免れる目的でやる場合は、仮装讓渡の場合が一番多いであろう、またそれが一番弊害であるというように考えたのであります。逆に申しますれば強制執行を免れる目的で真正なる讓渡行為を為すということは、絶対ないとは申し上げかねますが、こういう目的を持ってやる場合は多くは仮装讓渡であろう、こういう風に考えた次第であります」<sup>(51)</sup>と答えるにとどまつている。また、政府委員は、仮装の物権を負担した場合や、特定の債権者への不当な配当や優先弁済を受けさせるための偽装に關する質問については、全て本条に含まれ得ないとし、「もつとも弊害有りと考えられますものを、罰則でございませうから、明確に列挙した次第であり（中略）將來是の運用の状況を見まして、更にどうしても弊害が除かれないというような事態が仮に発生いたしましたならば、その時に適当に考慮致したいと考えます」と答え、本条があくまでも、当時弊害がもつとも大きなものを限定的に列挙したに過ぎないことを強調している。<sup>(52)</sup>

以上のような審議を経て、他の条文については若干の変更があつたものの、九六条の二については他に特に議論されることもなく貴衆兩院を通過し、九六条の二として制定されるに至つた。

このような次第で、九六条の二は制定されることとなったが、当時の改正に対する評価は以下のようなものである。

政府委員でもあった大竹武七郎は、一九四一年改正全体に対して、非常時局下における人心の動向、犯罪の趨勢その他内外の情勢とに鑑み、治安保持の国内体制を整備する為に、改正刑法仮案を基礎にして立案したと述べ、本改正が、全般を通じて公益保護の点に重点をおいていることは注目すべきであると述べ、また、九六条の二については正しい債権者の保護が十分ならず、延いては民事裁判の威信にも関するので、久しく学者実務家等の間で何等かの対策を講ずべきことが要望されていたと述べている。<sup>(54)</sup>

改正刑法仮案作成の委員であった泉二新熊は九六条の二を仮案のように財産犯の一種とするべきであると評している。なぜなら、二四二条、二五二条、二六二条が公務執行妨害にあたるにもかかわらず、財産犯罪中に規定していることから、九六条の二が突如として公務執行妨害罪に配置されたのは、現行法典上における犯罪類型配置の統一を乱したものであるといわざるを得ないからだ、<sup>(55)</sup>として

日沖憲郎は、九六条の二について民事裁判の執行を確保して正しい権利者の保護全くしようとする趣旨であると述べ、九六条の三と共に公務執行妨害罪のうちに入れたのは、一つには条文の配置の便を顧みたのであって、これらの罪の本質についてはそこにおのずから議論の余地があるのではあるまいかと評している。<sup>(56)</sup>

## 第二節 刑法九六条の二をめぐる判例の展開

### (一) 判例の展開

一九四一年の制定後、九六条の二についても判例の蓄積がある。学説における対立も、主として判例の動向に沿うように展開していったと思われるので、ここで主要な判例の展開につき時系列にそつて概観しておくことにする。

① 大判昭和一八年五月八日（大審院刑事判例集二二卷一三〇頁）<sup>(57)</sup>

本件事で問題となつたのは二点である。第一に、民事上権利のない者による仮処分とその執行に対する妨害によつて本罪が成立するかという点であり、第二に、第三者が債務者をして仮処分の執行を免れさせるために係争物を隠匿した場合に本罪が成立するかという点である。

【判旨】強制執行の保全方法として行われる仮処分の如きは常に争いある権利関係を対象とするものにして、当初より権利の帰属に付き当事者間に主張の一致を欠き紛議あることを建前と為すものなるが故に、仮処分に依りて強制執行を保全せんとする民事上の権利が真に存するや否やは当該仮処分又はその執行の効力に直接影響なく、民事上の権利なき者の申請に基づく仮処分又はその執行といえども、之が取り消しの為されざる限り其の法律上の効力は厳然として存在し、何人といえども之を尊重すべきは当然にして、之が妨害となるべき行為をなすを得ざるは勿論なるが故に、苟も斯かる仮処分の執行を免れる目的を以て係争物の隠匿其の他刑法九六条の二に列記の如き行為を為したるときは同法上の規定する強制執行妨害罪は直ちに成立すべく其の基本たる仮処分が後日権利なき者の申請に基づきたるものなること判明したればとて之が為右係争物の隠匿等の行為を正当なりと為すを得ざるなり。又該犯罪の主体たるべき者は普通債務者たるべき者が多かるべしと雖、常に必ずしも債務者

のみに限られるべきに非ずして、第三者が債務者をして執行を免れしめる為係争物の隠匿等前示法条掲記の行為を為したるときに於いても亦同犯罪は成立するものといわざるべからず。

② 最決昭和二十九年四月二十八日（刑集八卷四号五九六頁）<sup>(58)</sup>

本事案で問題となつたのは、国税徴収法にいうところの滞納処分である差押えが本条にいう「強制執行」にあたるかという点である。

【判旨】刑法九六条の二にいう「強制執行」とは、民事訴訟法による強制執行又は民事訴訟法を準用する強制執行を指称するもので、国税徴収法に基づく滞納処分たる差押はこれを含まないものと解すべきである。何となれば、刑法九六条の二の規定は民事訴訟法により裁判所の判決によって勝訴の判決を得た債権者も債務者その他の者の仮装行為その他の不正手段によりその判決の執行を徒勞に帰せしめられる弊があつたので、この弊を除き司法裁判の執行を完うし、裁判の効力を確保するため昭和一六年法律第六一号による刑法の一部改正の際に新たに制定せられたものであつて、主として民事訴訟法による強制執行の妨害を排除せんとする趣旨に出でたものであること、一方国税滞納に基づく滞納処分たる差押を妨ぐる行為については、既に明治三〇年法律第二二号国税徴収法三二条においてこれを禁止し処罰する規定を設けていて、右刑法改正に際し右滞納処分としての差押を妨害する行為を刑法において処罰する旨規定する必要はなかつたこと、しかも国税徴収法に基づく滞納処分については、差押その他の施行手続に關し、同法に詳細規定されていて、民事訴訟法の強制執行に關する規定を準用するものではないこと、その法定刑も刑法九六条の二には罰金の選択刑が存する外懲役刑については兩者相等しく何等軽重のないこと等に徴すれば、刑法九六条の二にいう「強制執行」とは主として民事訴訟法による強制執行を指し、国税徴収法による滞納処分た



る差押はこれを含まないと解するを相当とするからである。

③大阪高判昭和三二年一月一日（高裁刑事特報四卷二三号六三七頁）

本事案では、Aより仮処分申請があり、裁判官による仮処分決定がなされた後、被告人が弁護士二名に弁護士料を支払ったことが隠匿にあたるか、という点が問題とされた。

【判旨】刑法九六条の二にいう「財産の隠匿」とは、財産の発見を不能または困難にすることであり、「財産の仮装譲渡」とは、真実譲渡する意思がないにもかかわらず、相手方と通じて表面だけ譲渡の形成をとり財産の所有名義を変換することであつて、この点刑法改正仮案第四六二条が「・・・財産ヲ隠匿、損壞若ハ譲渡シ・・・」と規定し、仮装の有無を問わないのと異なり、真実譲渡する意思をもつて譲渡した場合には、たとえ強制執行を免れる目的からであり、債権者に不利益を来たしたとしても、右にいう隠匿または仮装の譲渡の何れにも該らないから、強制執行不正免脱罪を構成するものではない。

④最決昭和三五年四月二十八日（刑集一四卷六号八三六頁）<sup>(59)</sup>

支払手形決済に苦慮していた被告人が、約束手形について支払いをすることが出来ず、銀行より取引停止処分をとられたため、手形債権者から仮差押えを受ける危険の切迫した事態に立ち入ったことから、強制執行を免れる目的で、債務を仮装しそれに対して自己の取り扱ひ商品を代物弁済する旨の公正証書を作成したという事案で、原審が公正証書原本不実記載罪、同行使、強制執行妨害罪を成立させたことに對し、被告弁護人が、刑法九六条ノ二の罪が成立する為には債権者において具体的に仮差押の手続に多少なりとも乗りかかつていることを必要とする主張して上告した。

【判旨】刑法九六条ノ二の成立には、仮差押・仮処分その他の強制執行を免れる目的あることをもつて足り、その執行の全部

または一部の行われたことを要しない。

⑤ 最判昭和三五年六月二四日（刑集一四卷八号一一〇三頁）<sup>60</sup>

被告人は、義弟と共に被告として、Aより貸金一一〇万円の連帯保証債務に付き訴訟を提起され、訴状の送達を受けた。その後、被告人は妻と共に被告の上、強制執行を免れるために、被告人所有の土地・建物を長女に仮装譲渡した行為について、原審では、被告人のAに対する保証債務を「認められないことはない」として九六条ノ二の成立を認めた。上記債務については、原判決に先立つ民事判決において、いずれもAが敗訴し、被告人に上記保証債務が存在しないことが確定した。被告弁護人は、被告人はAに対して何らの債務を負担しているものではなく、従つてAの被告人に対する強制執行ということもあり得ないはずであるから、被告人が所有不動産を長女名義に書き換えたとところで、それは適法行為であつて仮装譲渡にあたらぬ、と主張して上告した。

【判旨】九六条の二の罪は、国家行為たる強制執行の適正に行われることを担保する趣意をもつてもうけられたものであることは疑のないところであるけれども、強制執行は要するに債権の実行の手段であつて、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。同条は「強制執行ヲ免ルル目的ヲ以テ」と規定しているのであるが、その目的たるや、単に犯人の主観的認識若しくは意図だけでは不十分で、客観的に、その目的実現の可能性の存することが必要であつて、同条の罪の成立するがためには現実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つて同条所定の行為を為すことを要するものと解すべきである。そして、いかなる場合に強制執行を受けるおそれありと認めるべきかは具体的な事案について個々に決するの外はないのであるが、本件のように、何らの執行名義も存在せず単に

債権者がその債権の履行請求の訴訟を提起したというだけの事実をもってはならず、かくのごとき場合に本条の罪の成立を肯定するためには、かならず、刑事訴訟の審理過程において、その基本たる債権の存在が肯定されなければならないものと解すべきである。従つて、右刑事訴訟の審理過程において、その基本たる債権の存在が否定されたときは、保護法益の存在を欠くものとして本条の罪の成立は否定されなければならない。

【池田裁判官の反対意見】改正刑法仮案においては、債権者の保護を主眼とする立場から、これを財産犯の一種として「権利ノ行使ヲ妨害スル罪」に関する章中に規定していたのであるが、刑法においては、昭和一六年法律六一号による一部改正の際、これを九六条の二として「公務ノ執行ヲ妨害スル罪」に関する章中に規定したのである。けだし、その趣旨とするところは、債権者の保護もさることながら、右の行為が民法の強制執行を免れることを目的として行われるものである点を重視したからであつて、すなわち、強制執行の機能を保護することを主眼として公務執行妨害罪の一種として規定したものに外ならない。従つて、構成要件的には、刑法九六条の二の規定する強制執行妨害罪にしても、改正刑法仮案四六二条の規定する権利行使妨害罪にしても、(中略)その間に差異がないけれども、保護法益の観点からみると、両罪とも債権者の債権と強制執行の機能との二つを保護法益としながらも、権利行使妨害罪においては債権者の債権の保護に、強制執行妨害罪においては公務たる強制執行の機能の保護に、それぞれ重点が指向されているのであるから、権利行使妨害罪については、多数意見のように「刑事訴訟の審理過程において債権の存在が否定されたときは、保護法益の存在を欠くものとして本罪の成立は否定されなければならない」と解釈することも、財産犯とみる限り全く許容できないことではなからうが、公務執行妨害罪とされている強制執行妨害罪については、このような解釈を容れる余地がない。というのは、刑法九六条の二の「強制執行」には、本条の趣旨に照

らし確定の終局判決又は仮執行の宣言を付した終局判決によってなされるものの外、仮差押、仮処分のように常に権利関係に争のあることを建前とする保全執行の如きも当然に含まれるものと解すべきだからであり、しかも、この解釈による以上、債権のないところにも、なお、強制執行の機能保護の法益は存在するものというべきだからである。されば、いやしくも強制執行を免れる目的をもってその対象となるべき財産の仮装譲渡その他刑法九六条の二列記の行為をしたときは、強制執行妨害罪は成立するものと解すべく、後日、民事本案訴訟において債権の存在しないことが確定判決によって当事者間に確定されても、また、刑事訴訟の審理過程において債権の存在が否定されても、これがためすでに成立している強制執行妨害罪に影響を及ぼすものとはいえない。ところで、強制執行妨害罪は、刑法九六条の二の文理面では、もとより行為の時期の如何を問わないものと解されるが、しかし、その行為のなされる客観的状态につき構成要件上必要とされるものがあるかどうかについて考えてみると、(中略) そのような行為は、少なくともその者が、保全執行等を含む強制執行を受けるおそれのある状態の下にあることを前提とするものというべきであり、かかる客観的な状態の下にあるに際して債権者を害すべき行為をしたときは、すなわち、本条の保護法益侵害の具体的危険性を生じたものとして可罰性を付与したものと解するを相当とする。

⑥福岡高判昭和四七年一月二四日(刑裁月報四卷一四頁)<sup>61</sup>

被告人はAと共同で振出した手形債務の残額二九〇万円の完済の請求を受け、自己所有の財産に対して強制執行が行われることになるのではないかと心配し、強制執行を免れる目的で、自己所有の不動産の重要部分を三人の子供に仮装譲渡するとともに、不動産の残りについても、弟から一八〇万円借金をしたことを仮装して抵当権を設定した。第一審で有罪判決を受けた被告人は、抵当権設定をした不動産については八〇〇余万円の価値を有していたと鑑定されているので、そこから被担保債権

額一八〇万円を弁済しても、なお手形債務二九〇万円の強制執行を担保することができる残余財産があったのであるから、被告人の本件行為は債権者の強制執行を妨害したことにほならない、と主張して控訴した。

【判旨】強制執行免脱罪は公務執行妨害罪の一種として、国家行為である強制執行手続が適正に行われることを担保する趣意で、しかも究極的には債権者の債権の保護を図ることをその主眼として規定されていることに鑑みれば、強制執行を免れる目的をもつて同条所定の行為を行えば直ちに犯罪が成立し、所論のように、実際に、これを免れたことを要しないものと解すべきである。ただし、このように解しなければ後述のようにその所期する国家の強制執行手続の適正な行使は担保されないと同時に債権者の債権は保護されないことになるからである。(中略)右抵当物件が前記のとおり、仮装債権額を引き去り控除したうえ、なお執行債権額を担保するに足りる残余財産があつたかも知れなかつたことが判明した場合において、所論のように、強制執行を免れたことにならないとして本罪を構成しないものとすれば、(中略)結局、本罪の成否は、被告人の行為後長年月を経過した後の執行終了をまつて、債権者が執行債権の満足を得たか否かを見届けてしか論じ得ないことになつて妥当でなく、またそれでは、債権者は常に悪らつた債務者等のため詐害行為取消権等の行使による長年月にわたる民事訴訟と多大の費用の支出を余儀なくされるおそれがあり、他面において、国家の強制執行機能は常に錯雑化した民事関係のため、長期間にわたり、その機能を停止し、あるいは、その適正な行使を阻まれた状態に陥るおそれがあるのかかわらず、行為者に対して本罪の刑責を問うことができなことになるのである。かくては同条の所期する国家の強制執行の適正な行使の担保ならびに正当な債権者の債権保護は遂に完うすることができず、ひいて、本罪の存在理由それ自体が全く没却せしめられる結果となるのである。

## (二) 判例に対する評価

以上のように判例は展開してきたが、九六条の二の解釈問題は判例によって主導された面が強いことが分かる。その中でも特に保護法益に関連するものとしては、①、②、⑤の判例が重要である。③、④、⑥については、強制執行の範囲、真実譲渡、及び免脱の意義が問題とされているのであつて直接保護法益論とはかかわらないので、後の学説の検討に合わせて考察を加える。

②は本罪でいう強制執行に国税徴収法でいうところの滞納処分が含まれるかが争われた事案である。本罪が債務者に対する執行手続という公務を保護するというものであれば、民事訴訟法上(当時)の強制執行でも国税徴収法上の滞納処分でもその性質は変わらないはずであり、現に後述のように当時の通説的見解<sup>(62)</sup>はこれを含むものとしていた。しかし、最高裁は強制執行に滞納処分は含まれないとした。その主たる理由は、本条の制定趣旨が主として民事訴訟法による強制執行の妨害を排除すためのものであつたこと、滞納処分妨害罪が本条制定以前から存在したこと、しかも国税徴収法に基づく滞納処分については差押その他の施行手続に同じ同法に詳細規定されていて、民事訴訟法の強制執行に関する規定を準用するものではないこと、を挙げている。本決定は学説の大勢には反していたが、本件に関する評釈をみると判旨に賛成のものが多し。その理由は、九六条の二は司法の威信にかかわる問題であるが滞納処分は通脱犯に対する罰則であり別の事柄を規定していると考えべきである<sup>(63)</sup>と、国税徴収法が「滞納処分を受けた」ことを処罰条件としているのは税の取立を直接の目的としたもので、国民の道義維持や税の徴収という国の作用そのものを保護したものではないからであり、税が現実に取り立てられればよいからであるとする。また、滞納処分妨害罪においては税を免れる不正行為が行われても、国が税の取立てのため滞納処分としての差押えを実

施しなければ不正行為者は処罰されないことから、九六条の二とは性質が異なるという<sup>(64)</sup>。他方で、本決定が滞納処分が民事訴訟法の強制執行の規定を準用するものでないことを理由の一つとしてあげていることについて、執行手続に旧民事訴訟法や民事執行法を準用する体裁をとるか別途の条文として規律するかは技術的問題に過ぎないのであって、実質的に民事執行法等所定の執行手続と同様の性質を持つ執行手続は本条にいう強制執行にあたるものと解すべきであり、本判決が判例としての意義を有するかに疑問があるという評価がある<sup>(65)</sup>。ただし、本決定は国税徴収法と民事訴訟法上の強制執行の性質の違いにまで踏み込んで判断を下したわけではなく、形式的な差異をとらえてその成立を否定したものとみることができ、そのことからその後の学説においても、滞納処分も本条のいう強制執行に含まれるが国税徴収法に特別の規定があるのでこちらで処理すべきであるという見解が主張される余地を残したことに注意が必要である。先の指摘にあるように、本罪が何を保護しているのかを画することなく、形式的に旧民事訴訟法、民事執行法を準用するかどうかによって、本罪の適用範囲を画するのは妥当な見解のように思われない。滞納処分と強制執行がどの様な性質を持ち、九六条の二の保護範囲の対象とどの様な関係にあるのかという視点が決定的であるように思われる。

保護法益の問題が本格的に議論の俎上に載せられたのが⑤である。すでに①においては、権利に争いがあることを常とする保全処分について、たとえば実的権利が存在しなかったとしても、九六条の二の対象となる判示されていたが、最高裁は結果的には存在しなかった債務に対する免脱行為に対する九六条の二の成立について、同条の保護法益が債権者の債権保護にあることを正面から認め、その成立には少なくとも客観的に強制執行を受けるおそれがあることが必要であるとした。さらに、その客観的な強制執行のおそれの存在には、訴訟が提起されたという事実ではならず、刑事裁判でその債権の存在が肯定されな

ければならないと判示したのである。本判決に対しては、池田裁判官の詳細な反対意見がついている。それによると、本条の保護法益は強制執行の機能を保護するものであって、権利関係に争いがある場合にも仮差押・仮処分が行えるのであるから、債権の存否は強制執行の機能という観点からは無関係であるとする。また、客観的状态につき構成要件上必要とされるものがあるかどうかについては、少なくとも保全執行等を含む強制執行を受けるおそれのある状態の下にあればよいのである。

本判決について書かれた評釈をみると賛否が分かれている。判旨に賛成するものとしては、本条の成立を考える場合には一般的に債権の存在を要すると考えた方がよりその趣旨に合致するとする。<sup>(66)</sup>なぜなら、反対意見が保全処分が権利関係に争いのあることを前提しており、それが本条の対象となとしても、執行名義（保全名義）の発布の時には疎明資料に基づいて債権の存在が認定されるのであって、債権の存在がないのに執行名義（保全命令）が発布されて強制執行が行われることは考えられないからである。<sup>(67)</sup>判旨に反対するものとしては、本判決の射程は判旨の構造からみて執行名義が存在しない場合に限定されており、執行名義が存在する場合には九六条の二の成立を認めるとする評価が一般的であり、そこから本条の保護法益を債権者の権利とする見解においても執行名義さえあれば債務の存否を問わないのであるから不徹底であると批判するのである。<sup>(68)</sup>また、権利の不存在を理由とする債務者の保護手続は強制執行関係法令の中で設けられているところであり、それを超えて適法に進行される強制執行の進行を不当な実力手段により阻止しようとすることを容認すべき理由はないとする評価もある。<sup>(69)</sup>

本判決は執行名義がない場合に、いかなる条件が整えば九六条の二が成立するかという問題であるが、執行名義がある場合を考えてみると、確かに実体的に権利が存在しなくても、執行名義さえあれば、強制執行は進行していく。ではその場合債務



者はいかなる抵抗も許されず、強制執行に服さなければならぬのだろうか。前章で触れたように、実体的権利が存在しないで行われる強制執行のことを不当執行というが、民事執行法上、不当執行に対して請求異議などの救済手段が用意されている。手続法上、そのような救済手段を申し立てることができるのであれば、その執行に対する妨害行為を処罰してもよいのである。またして本事案においては執行名義自体が存在しない。強制執行がある意味で債務者の財産処分を自由を奪うものである以上、その制限は合理的範囲内に止められるべきである。結局この問題も強制執行の意義、国家による権力独占の意義をいかに解するかという局面であることが分かる。

ここでは以上のような問題提起にとどめ、次節では本罪の保護法益論を中心とした学説の検討に入っていくことにする。

### 第三節 刑法九六条の二の保護法益をめぐる学説の展開と検討

#### (一) 学説状況

九六条の二について、学説は主に三つの点で対立している。第一に、本罪が九六条の中に制定されたことから、本罪の保護法益をどの様に捉えるべきかという点であり、第二に、本罪のいう強制執行には何が含まれるかという点であり、第三に、本罪が成立するにあたって債権の存在は必要か、という三点である。更にこれらに付随して、強制執行に切迫性の要件を付加する必要があるか、本条にいう仮装譲渡に真実譲渡は含まれないか、といった点が争われている。後述のように、保護法益論と個別の論点について論理的な関係にはないとする見解もあるが、多くの論者が両者を関連づけて具体的な帰結を得ていることから、ここではまず九六条の二の保護法益について学説状況を概観し考察を加える。

本罪の保護法益については、すでに述べたように、もっぱらあるいは第一義的に債権者の財産的利益を保護するという説（財産犯説）<sup>(70)</sup>と、もっぱらあるいは第一義的に公務としての作用を保護するという説（公務妨害罪説）<sup>(71)</sup>とがある。さらに近時、公務の作用ないし機能という点に着目し、保護法益論と個々の論点に論理的関係はないとする見解がみられることが注目される。

財産犯説をとる論者は、強制執行が債権実現の手段であることや、本条の沿革が権利の行使を妨害する罪（改正刑法仮案四六二条）にあることから、本罪の保護法益が「債権者の債権の保護」<sup>(72)</sup>にあるといった見解が取られている。また、本条が公務を妨害する罪に規定されていることに配慮しつつ、「債権者」の権利保全のために行われる限りでの『国家』の強制執行作用を法益と考え、『強制執行』を限定することは十分可能なのである<sup>(74)</sup>としたり、「形式的には国家の作用としての強制執行の適正を担保することを主眼としつつ、併せて実質的にはその基本となる債権の保護をはかる趣旨」<sup>(75)</sup>であるとの説明もみえる。

公務妨害罪説をとる論者は、改正刑法仮案が権利の行使を妨害する罪の中に規定していたにもかかわらず、本条制定時には公務を妨害する罪に規定されたことから、その罪質に変化があったとする見解が多い。そこから本罪の保護法益を「国家の強制執行の機能」<sup>(76)</sup>や「公務としての強制執行作用」<sup>(77)</sup>と解するのである。もつとも、財産犯説と公務妨害罪説の対立がもつとも先鋭的に現れるのは、本罪にいう「強制執行」がいかなる範囲の手続を含むのかという点、具体的には滞納処分を含むのか、という対立であることから、両説の文言の些細な違いにあまり意味がない。

このように、公務を妨害する罪に規定されていることから、公務としての強制執行作用に着目しそこから強制的な公務であれば本罪の保護の範囲に含まれるとするのが公務妨害罪説であるが、その中でも西田典之はやや異った説明をする。西田によ

ると「強制執行制度は、社会の安定を図るために私人による自力救済・自力執行を禁止する代わりに、国家が私人の権利の実現を保障するものであるから、その適切かつ円滑な運用は、やはり公共の福祉に係る国家的法益としての側面を持つというべきである」とするが、強制執行の私人の権利の実現という目的から、「この見地からは、国税徴収法による滞納処分は本罪の強制執行に含まれない」とするのである。

## (二) 検討

さて、では我々はいかなる見解をとるべきであろうか。すでに第一章において両説に対する疑問を呈しておいたが、結論を先取りしていえば、筆者は九六条の二について、財産犯説はその理解が狭すぎ、公務妨害罪説はその理解が広すぎると考えている。強制執行妨害の本質からいえば、両説の中間に取るべき見解がある。

財産犯説の問題は、強制執行を債権者の権利保護のためだけにあるかのように解するところにある。繰り返しになるが、たとえ、債権者が円滑かつ容易に、さらに安価に自己の債権を実現できる機会があったとしても、現行法制上債権者は自己の力で債権を実現することは許されない。その意味で、債権者も強制執行手続を取ることを「強制」されているのである。そうだとすると、強制執行が常に債権者の権利保護のために役立つわけではないことが分かるだろう。強制執行手続は債権者の権利を超えた「何か」をも保護しているのである。

ではそれは何か。第二章で検討した通り、国家が権力を独占し強制執行制度を用いるようになるまでには、力の有無によって権利の実現が左右されるという自救行為を、法の下平等あるいは法の支配を背景とする実体的権利の存否によってその実現の有無を決めるという制度へと変化させる長い歴史があったことを想起すべきである。また、国家の権力独占の過程で、国

家は単なる債権者の代理人としての立場から、当事者間の利害を調整するという役割を担うことになったことにも注意が必要である。つまり本罪は、究極的には国家による自救行為の禁止という観点から理解されるべきである。ここでいう自救行為とは債権者による自力執行の禁止を意味しているのではなく、私人間の紛争を實力によつて解決することを禁じているということである。自救行為の禁止は、債権者に対しては、紛争ある権利の実現について強制執行手続によることを強制するという形であらわれ、債務者に対しては、紛争ある権利の実現を實力によつて阻止することを禁じるという形であらわれている。それが強制執行制度の根本的な意義である。そのことから、強制執行手続は、単に私権の保護を十全に行うという作用だけでなく、当事者間の利害を調整し、その適正な実現を目的とするという意味で、国家が行う公務としての要保護性を有していると解すべきである。

しかし、保護法益を公務性に求めたとしても、国家の行う強制徴収手続が一般に保護されているという、多くの公務妨害罪説がとる帰結には至らない。そのように解することは、自救行為の禁止という民事訴訟制度・強制執行制度発展の長い歴史と意義を忘れ、国家が権力を独占しているという状態を保護するという見解にいたるからである。強制執行手続は、本来当事者間で解決すべき紛争状態に対して、国家が公権をもつて介入するという手続である。あくまでも基本は債権者・債務者間の紛争解決なのであつて、国家が自ら持つ権利を私人に対して強制することはその出自を異にする。前者では国家は私人間の紛争の仲裁者であり、後者では紛争の当事者である。手続上も、前者において国家は当事者の申立をもつて初めて行為を行い、後者において国家は自らの意思で行為に及ぶ。言い換えれば、前者は私人の自力執行の禁止のあらわれであつて、後者は国家の自力執行のあらわれなのである。このような性質の違いを踏まえ、さらに九六条の二の立法趣旨から考えても、国家の行う

強制手続が一般に九六条の二によって保護されるとする見解を取ることとはできない。強制執行手続は私人の紛争に介入し、私権を強制的に実現するという手続である限りで公務として保護されるのである。

このように権利の種類によって九六条の二の限界を画そうとする見解に対して、「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。また、この見解を突き詰めると、独自の強制徴収手続が設けられているか否かにかかわらず、国家が保有する債権の実現は、本罪によって保護を受けないところまで行き着かざるを得ないだろう。しかし、国家が私人に対して保有する通常の民事上の債権までも本罪の保護対象から外す見解は主張されていないし、妥当でもないと思われる<sup>(79)</sup>」という反論がある。しかし、本稿の述べる見解をとったとしても、国家が通常の民事債権の債権者（民事紛争の当事者）たり得ることは明らかであって、その場合にまで本罪が不成立になるわけではない。すでに述べたように、権利の名義人が問題なのではなく権利の質が問題なのである。

もつとも、公務妨害罪説からは、もともと本罪が権利の行使を妨害する罪であったものが公務を妨害する罪に規定されたことの意味という、公務妨害罪説のもつとも大きな根拠からくる反論がありうる。それに対しては、一九四一年改正全体をみる必要があるのではなからうか。そもそも、一九四一年改正は立法者の説明にある通り、すでに前年には改正刑法仮案が出された刑法の全面的改正の気運が高まっていた中で、時局の緊迫化から最小限の改正に止めたと解すべきであろう。特に改正の主眼は安寧秩序の罪および収賄罪の加重規定を刑法典中に規定するという、国防国家体制の強化にあったということに注意が必要である。本改正は旧憲法下における極めて国家主義的な基盤<sup>(80)</sup>によっているのである。そこで実務的な立法要請の高かった本罪を、そのような基盤から九六条の二に規定したに過ぎないと解すべきであるように思われる。九六条の二に規定されたことを

もって保護法益を規定するのではなく、今一度本条の位置を問い直すことが必要ではなからうか。<sup>(81)</sup>

念のために付言するが、改正刑法仮案と異なり本条に真実譲渡が含まれないことから、本条を公務妨害罪と解すべきだとする見解がありうるが、立法者は本条に真実譲渡が含まれないとしたのではなく、まずもつとも弊害が多いとされている仮譲渡に限ったただけだと説明していることに注意が必要である。そのように考えてくると、単なる条文上の位置や行為類型だけをもって本罪の保護範囲を決めるのは相当ではない。

結局、九六条の二は、私人の自力執行を禁じたがゆえに担保される私権の実現手続と当事者の利害調整という公務を保護していると考えるのが相当である。強制執行手続は、単に私権の保護として、あるいは国家の強制手続一般として保護されるのではなく、民法上保護される権利の適正な実現と関係者の利害の調整という公務として保護されているのである。

#### 第四節 刑法九六条の二をめぐる個別論点の考察

以上のように九六条の二の保護法益を私権の実現と当事者の利害調整をはかる公務の保護に求めた場合、これまで争われてきた個別の論点においてどの様な帰結に至るのであろうか。

第一に、強制執行の範囲であるが、公務妨害罪説からは特に限定されることはないが、その問題点については先述の通りである。他方、財産犯説からは民事執行法に規定あるいは準用されることを理由としてその範囲を画する見解がある。しかし正当にも指摘されているように、いかなる手続を用いて権利を実現していくかは、行政法上・民事法上の技術的な問題に過ぎない場合があり、単に形式によって分けることには問題がある。重要なのはそこで満足される権利の質なのである。現在の議論

において強制執行の範囲に民事執行法上の強制執行、担保権の実現、保全処分が含まれることについては争いが無い。しかし、これはそれぞれの手続が強制執行法に規定されている、あるいは準用されているからなのではなく、それが私権の実現を目的としているからなのである。

本稿の結論から来る具体的な帰結としては、民事執行法上の強制執行が含まれるのは当然である。また、保全処分についても、国家が債権者に強制執行手続を強制することによって生じる危険性の除去という観点から生まれた制度であるから、本罪の保護の範囲に含まれる。かつて、担保権の実行手続が競売法上に規定されているがゆえに含まれないとする見解もあったが、担保権の実行が強制執行と異なる性質を持つとしても、私権を強制的に実現する手続という意味では共通していることから民事執行法に規定されることとなったという制定過程を考えてみても、含まれると解すべきである。しかし、国税徴収法の滞納処分からくる私人への強制は、国家が自力執行力をもって自由に行使できるということから、私法上の権利とは異なった性質を有するものと解すべきであるように思われる。<sup>(82)</sup>この点から、滞納処分のみならず罰金や反則金の徴収手続まで本罪に含める見解についてはなおのこと疑問がある。

第二に、債権の存在が必要であるかについてであるが、確定手続と執行手続を分け、執行手続においてはその実体的権利の存否を原則的に問わないという我が国の強制執行制度からは、執行文を付与された債務名義、あるいは担保権の存在の蓋然性があれば、強制執行の現実的可能性を認め、形式的には本罪が成立すると解すべきであろう。<sup>(83)</sup>そのような前提条件がない場合に、債権の存在が問題となる。財産犯説からはその存在か可能性かについては見解が分かれているが、必要とされることは一致している。公務妨害罪説においては、もっぱら公務を保護するという見解からは債権の存在は不要であるとされ、副次的に

債権者の利益をも保護されるとする見解からは、債権の存在の可能性が必要とされる。しかし、本稿のように解すると、この問題を債権の存在の要否あるいは存在の可能性の程度だけから議論している前提自体に問題がある。

この点に関しては、まず本罪の成立に強制執行手続の切迫性を要件として要求するかという点がかかわる。<sup>(84)</sup> 強制執行手続は債権者の利益に奉仕するものであるが、逆にいうと債務者の財産処分<sup>(85)</sup>の自由の制限という要素をもっている。再三にわたり述べたように、強制執行手続を行う国家は、権利を容易かつ円滑に実現するという義務とともに、当事者間の利害を調整するという義務を負う。確かに明文上、九六条の二は時間的制限を有さず、これをそのまま解すれば、債務者は債権・債務関係に入った時から九六条の二の刑罰威嚇のもとにおかれることになる。しかし、債権者が強制執行手続に入るか、あくまで任意履行を求めるかについては、当事者間で決定されることであり、債務があるということだけで刑罰威嚇にさらされることは債務者に過度の負担を強いることとなる。他方、実際に執行名義に基づいた強制執行、あるいは担保実行手続の開始を待っていたのでは遅きに失するという懸念は十分理解できる。その意味で本罪の成立に手続の現実的な開始までを求めることに問題はあつたが、少なくとも強制執行手続が行われる現実的・客観的可能性が発生してはじめて債務者の行為を規制する合理的根拠を見いだすことができよう。それでは、その客観的可能性を認めるにあつてどの様な要素が必要であろうか。

前章でみたとおり民事保全処分は、債権者に強制執行制度の利用を強制することから生じる債権実現の現にある危険性の除去という、強制執行手続とは異なる根拠をもつた別個の手続である。<sup>(86)</sup> そのため、保全処分を行うには、債権の存在と同時に債権の実現が現実的に危険にさらされていること（必要性）の疎明が必要である。この点からは本罪の成否にあつて債権の存在（の可能性）だけが決定的ではないことが分かる。保全手続が行われる現実的・客観的可能性とは、単に債権の存在（の可



能性)があることだけではなく、必要性要件の存在(の可能性)をも必要とするのである。さらに、民事執行法は強制執行、担保実行、保全執行それぞれについて異なる要件を用意している以上、九六条の二の成立にあたっては、個別的に考察することが必要であろう。<sup>(86)</sup>

本罪の成否においては、当事者の置かれた状況から、どの様な手続を行いうるかという点とその手続に応じた要件の存在可能性によって決されるべきである。<sup>(87)</sup>

最後に本罪に関して真実譲渡を含めることができるかという問題も議論されているが、条文上は仮装の譲渡あるいは仮装の債務を負担することに限定されている以上、真実譲渡を含めることは罪刑法定主義の見地から問題である。しかし、私権の實現としての公務の保護という本稿が得た結論からは、立法論として真実譲渡を含めることも可能であろう。ただし、ここでいう公務が、私権の適正な實現と関係者の利害の調整という二つの意義を持つことから、債権・債務関係において債務者にどれくらいの負担を強いることが合理的なのか、債務者の財産処分に対する制限が正当なものといえるかについて、民事法の見解を十分に参考としながら慎重に検討を加えるべきである。

## 第四章 おわりに

本稿では刑法九六条の二について強制執行の本質という観点から検討を加えてきた。そこで得られた結論は以下の通りである。

1. 強制執行制度を含めた民事手続の発展は、自救行為の禁止の歴史であったこと。
2. 自救行為の禁止は、債権者に対しては、自力執行を禁止、訴訟制度を利用することを強制するという形であらわれ、債務者に対しては、争いのある権利実現の妨害を自力であることを禁じるという形であらわれること。
3. 国家はそのような自救行為を禁止することによって、権利の保全、確定、実現をより迅速・安全・確実に行えるように制度を拡充する義務を負い、同時に、場合によっては債権者の権利を制限してでも当事者の利害を調整するという義務を負うということ。
4. そのような強制執行制度を保護する刑法九六条二の保護法益は、債権者の権利の保護という意味だけでは狭すぎ、国家の持つ強制力の保護という意味では広すぎる。強制執行の保護とは、債権者の権利の実現とともに当事者の利害を調整するという公務の保護と解することが妥当であるということ。
5. 具体的帰結として、強制執行の範囲をその実現される権利の質から判断すること、債権の存在については、当事者の

状況に応じて行われうる手続の客観的・現実的可能性を、債権の存在だけではなく、その他の要件の存在を含めて判断されるべきこと。

刑法九六条の二を強制執行の本質から考察することによって得られたこれらの結論から、今まであまり深化していると思われなかった刑法九六条の二の議論における、基本的な方向性を示せたのではないかと思う。また、強制執行手続を民法全体の中に位置づけ、そこから刑法上の解釈に組み込むという筆者の主張する民法從属的な手法は、そこから得られた具体的な帰結の妥当性からも、考慮に値すると思われる。刑法が民事法上の諸問題をその解釈に取り込むべき分野については、これまで経済刑法など特定の分野に限られてきた。刑民両法の発展の中で、今後さらなる検討を要することになる。本稿の結論を踏まえ、さらに考察を深めていきたい。

刑法は、今日ますますその役割を期待されるようになり、立法の活性化の中で、その範囲を広げつつある。しかし、刑法が期待された役割を果たすためには、他法域の解釈を十分に参考としながら、刑罰適用の正当性と妥当性についてより慎重に検討を加えることが必要である。

最後になるが、すでに述べたように刑法九六条全体について包括的な改正案が現在上程中である。本稿で得られた結論の範囲内で若干の検討を加えておく。

改正案の中で特に刑法九六条の二については次のような改正案が出ている。<sup>(88)</sup>

## 刑法九六条の二改正案

強制執行を妨害する目的で、次の各号のいずれかに該当する行為をした者は、三年以下の懲役若しくは二百五十万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。情を知つて、第三号に規定する譲渡又は権利の設定の相手方となつた者も、同様とする。

一 強制執行を受け、若しくは受けるべき財産を隠匿し、損壊し、若しくはその譲渡を仮装し、又は債務の負担を仮装する行為

二 強制執行を受け、又は受けるべき財産について、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

三 金銭執行を受けるべき財産について、無償その他の不利益な条件で、譲渡をし、又は権利の設定をする行為

改正案の大きな特徴は、現行法が「強制執行を免れる目的で」としているところを「強制執行を妨害する目的で」と変更した点、そのことによつて学説上対立のあつた本罪の主体が明文上債務者以外に広がつたという点、行為類型を増やした点、一定の場合には真実譲渡をも処罰することにした点などが挙げられる。

このような法案のもととなつた法制審議会での議論を理解するためには、そもそも本改正案がどのような背景で出てきたのかについての理解が必要である。すでに第二章でみたように、いわゆるバブル景気崩壊後の不良債権の社会問題化の中で、執行妨害が頻発・激化していた。これは、単なる債務者による執行妨害ではなく、とりわけ暴力団等の組織力を背景にしたものが問題とされた。このような事情を背景に、一九九三年には「暴力団による不当な行為の防止等に関する法律の一部を改正する

法律」が施行され、暴力団による競売等妨害行為（第九条第一二号）が制定され、競売物件に対する支配の誇示や占拠、明渡し料等の要求行為が規制されることになった。<sup>(89)</sup>しかしその後、暴力団であることをことさらに誇示し行われる暴力的な執行妨害は影を潜め、抵当物件を第三者に対して次々と転貸を繰り返し占有状況を不明確なものにしたり、執行異議や執行抗告など、一見すると手続上正当とされるような手法を用いて、執行を遅滞、停滞させ、その間の賃料収入を得るなどの知能犯的な執行妨害が行われるようになった。<sup>(90)</sup>その中で、司法制度改革審議会が権利の実効性を確保するという見地から、占有屋等による不動産執行妨害への対策等を取るべきこと、という提言を行い、執行妨害を排除し、より確実な権利の実現を目指して、民事執行法、民事執行法を中心とする一連の法改正が行われたことはすでにみた通りである。

そのような一連の強制執行制度の改正の中で、二〇〇二年九月に法務大臣から法制審議会に対して諮問五九号が行われ、強制執行妨害に関する罪の改正について審議されることになった。諮問により、強制執行手続にかかる様々な事案を想定した幅広い改正案が出されたが、法制審議会刑事法（強制執行妨害罪等処罰関係）部会は、四回の会議を経て若干の変更を加えた答申を出した。答申をもとに二〇〇四年第一五九回国会に「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」が提出されたが、周知のように共謀罪規定をめぐる国会での審議が決着をみず、二〇〇五年第一六三回国会に再提出されたが、現在（二〇〇八年一月現在）も継続審議中である。

以上の経過を見るに、本条の改正案は、暴力団等による組織的な執行妨害対策であることは明らかである。それは改正案が組織犯罪対策にかかる刑法改正中に含まれていることからわかる。本改正の立法動機が、近時の執行妨害が債務者とは関わりのない第三者が、時には債務者の利益を侵害して、不当に収益を得ている現状に対してなんらかの対策を打つべきだとする

ことは十分理解できる。しかし、ここで問われるべきは、行為類型ならびに行為者の拡張が、保護されるべき正当な権利の侵害にならないといえるかどうかである。執行妨害が巧妙化しているというのは、執行妨害が一見すると正当な権利に基づいているかのような外観を備えているということである。そうすると、このような類型の執行妨害を幅広く規制することは一面で正当な権利の主張の妨げになるおそれがある。先に見たように民事法分野においても、執行妨害に対する改正が一段落ついた中で、今一度、債権者の保護と同時に債務者の保護について考えるべきではないかという意見が散見されている。また、執行妨害事案はその当事者の反価値性を一概に決することが出来ないものである。<sup>(92)</sup> 刑法の改正においても、また先に述べた強制執行の本質に照らしても、債権者・債務者ともに正当な者の権利を損ねることがないような慎重な施策が望まれる。

改正案において、本条特殊の問題に触れておくとするれば、主観要件の変更が重大な結果をもたらさうように思われる。少なくとも現行法では強制執行を「免れる」目的が必要であった。逆にいえば、そのような目的なく行う財産処分についてはなお債務者の権利として保護され得たということである。しかし、主観要件が強制執行を「妨害」する目的とすると、例えば、債務者の行為が執行を免れるために行ったわけではないが、結果的に執行が遅滞するなどの状況についての認識がありさえすれば処罰することができるということになる可能性がある。さらに行為の時期的制約が文言上ない状態でこのような行為まで本条がカバーすることになると、債務者にとって債権債務関係が形成された瞬間から、つねに本条による刑罰威嚇に置かれることになるのである。これではあまりに債務者に過度の負担を負わせているといえないだろうか。<sup>(93)</sup> さらに、法制審議会の議論において、事務当局者は一貫して本条の保護の中に滞納処分が含まれるとしている。しかし、この点に関して、特に競売等入札妨害罪の改正との関係が問題となる。<sup>(94)</sup> 本改正の全体については、本稿で得た限りの結論では対処し得ない論点を多数含んで

いることから、さらに本罪と九六条に規定されたほかの罪との関係を明らかにした上で、改めて包括的な検討を加えていきたい。

以上、刑法九六条二については、今まであまり議論の深化がなかった分野であり、さらに民事手続を含めた民事法全体の構造をどの様に捉えるか、それを刑事法にどう生かしていくかという、刑法と他法域の問題が問われる分野について、検討を加えてきた。残された課題をもとに、今後さらに考察を深めていきたい。

- (1) 違法相対性論の代表的な論者として前田雅英を挙げることができる。
- (2) 拙稿「自救行為について」(二)〜(三・完) 法学雑誌五二巻一号〜三号(二〇〇五年、二〇〇六年)、特に「自救行為について」(三・完) 法学雑誌五二巻三号五一五頁以下。
- (3) 拙稿「特定商取引法五九条の刑法上の問題」西南学院大学法学論集三九巻四号(二〇〇七年) 四九頁以下。
- (4) 本条をなんと呼称するかについては様々な見解がある。古くは「強制執行免脱罪」、「強制執行不正免脱罪」、「強制執行通脱罪」等と呼ばれていたが、近時は「強制執行妨害罪」と呼ばれることが多い。しかし、大谷実著『新版刑法各論の重要問題』(立花書房一九九〇年)四五七頁が指摘するように、本条に規定される行為の内容から見て「妨害」と呼称することには問題がある。そこで本稿においては、やや煩瑣ではあるが、引用を除いては特定の呼称を使用せず単に刑法九六条の二と呼ぶことにする。
- (5) このような観点から、特に商品の自力引揚げについて、債権者に自力執行力を付与しようという動きが民事法上ある。例えば、高橋一修「自力救済」『岩波講座基本法学八 紛争』(岩波書店 一九八五年) 六三頁以下、特に八三頁以下。佐藤鉄男「緊急時の権利実現方法としての物の引揚げ」中野貞一郎ほか編『民事手続法学の革新(下巻)』(有斐閣 一九九一年) 三四七頁以下、佐伯仁志『道垣内弘人著『刑法と民法の対話』(有斐閣 二〇〇一年) 一四六頁以下など。なお、田中英夫『竹内昭夫著『法の実現における私人の役割』(東京大学出版会 一九八七年) 一一一頁以下。
- (6) 特に、執行手続には時間的な負担がかかり、かつその時間的な猶予が執行妨害を招き、不当な収益の篡奪が行われていることについては後述。
- (7) このような法定刑の比較から本罪の性質を公務妨害性に求める見解として、渡邊卓也「強制執行妨害罪の罪質とその立法動向」清和研究論集一三号七九頁以下。なお、渡邊論文は本罪に関係すると思われる文献について網羅的に紹介しているものであり、本罪の考察にあたって非常に参考となる。
- (8) なお真実譲渡が処罰の対象外にある理由を、本条が列挙する四つの行為の行為反価値性に求める見解として、安田拓人「仮装譲渡による強制執行妨害」産大法学三四巻三号(二〇〇〇年) 三七六頁以下、一方、仮装譲渡を詐害行為取消権及び通謀虚偽表示との関係から理解しようとするものとして、杉山晃章「仮装譲渡と虚勢執行妨害罪」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル九号(二〇〇二年) 一〇二頁以下、特に一一四頁以下。また、真実譲渡の問題を含めた本罪の改正案が現在上程中であるが、その点については後述。
- (9) なお、刑法九六条の二を強制執行の実質との関係から考察を加えたものとして藤木英雄「強制執行妨害罪の罪質について」三ヶ月章編『裁判





- (15) 徳田和幸「比較法的にみた日本民事保全法」ジュリスト九六九号(一九九〇年)一五九頁。
- (16) 民事保全法の制定過程については、中野・前掲注(13)三二七頁以下、山崎潮「民事保全法制定の経緯と概要」ジュリスト九六九号(一九九〇年)二頁以下。なお、民事保全法全体について、竹下守夫ほか「研究会民事保全法の基本構造」ジュリスト九六九号(一九九〇年)二頁以下。
- (17) 一九七九年の民事執行法成立以前の問題点については、小室直人「執行制度の問題点」『岩波講座現代法5』(岩波出版 一九六五年)一五五頁以下が詳しい。
- (18) 当時の動産執行のおよそ八割が配当率二五パーセント以下というほどのものであったとされる。竹下・前掲注(13)五頁、なお司法統計年報昭和五三年一、民事・行政編第一七六表及び第一九三表。
- (19) 民事執行法制定以前の執行妨害については、大澤晃ほか「執行妨害とその対策(総論)」不動産鑑定二〇〇三年六月号四一頁以下、同「執行妨害とその対策(各論I)」不動産鑑定二〇〇三年七月号二五頁以下、なお伊坂重昭「強制執行を妨害する犯罪」手形研究四二号(一九六一年)三九頁以下も参照。
- (20) 以下に続く民事執行法、民事保全法等の改正はまさに執行妨害対策としての改正であるといつてよい。民事執行法改正にいたる契機となった執行妨害については以下に挙げるように研究者というよりは法曹実務家によって書かれたものが多い。これらを読むと、様々な手段を用いて行われる執行妨害に対して、実務家が法の枠内で苦心し、創意工夫している様を見て取ることができる。
- 本節執筆にあたっては、松下淳一ほか「座談会執行妨害をめぐる諸問題」NBL七六六号(二〇〇三年)二八頁以下、木村圭二郎ほか「占有利用型執行妨害に関する法改正の視点について」判例タイムズ一〇六九号(二〇〇一年)五一頁以下、今井和男「執行妨害」日本弁護士連合会編「現代法律実務の諸問題平成一〇年版」(第一法規出版 一九九九年)三一七頁以下、占有妨害対策研究会編「占有妨害排除の理論と実務(新訂増補版)」(民事法研究会 一九九九年)二頁以下及び一〇頁以下、石橋俊一「不動産に対する執行妨害の現状」警察学論集五一巻一二号(一九九八年)一〇四頁以下、民事執行保全処分研究会編「執行妨害対策の実務(新版)」(金融財政事情研究会 一九九七年)一三二頁以下の諸事例、東京弁護士会弁護士研修委員会編「民事執行妨害と弁護士業務」(商事法務研究会 一九九七年)、古賀政治「執行妨害の実情と執行法の改正」ジュリスト一〇六九号(二〇〇一年)四四頁以下、同「最近の執行妨害と民事対策」警察学論集五〇巻一十一号(一九九七年)九三頁以下、同「執行妨害の現状と法的対策」自由と正義四八巻七号(一九九七年)、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(一九九六年)三五頁以下、同「抵当権制度をめぐる金融実務上の諸問題」金融法務事情一三三六号(一九九二年)三六頁以下、升田純

「短期貸借をめぐる諸問題と実務」(金融法務事情一三三六号(一九九二年)一四頁以下、などを参考とした。

(21) 民事執行法二〇〇三年改正以前における、不動産競売に対する執行妨害の一連の流れを詳細に説明するものとして、西垣剛「不動産競売における執行妨害の実体と引渡命令」自由と正義三八卷一三三号(一九八七年)八六頁以下。これによると、悪質な金融業者、占有屋、整理屋、暴力団関係者、それらと関係する不動産屋、建設業者などが巧妙に役割を分担しながら、執行妨害を行っている様子がわかる。

(22) 民事訴訟にかかるものであるが横浜地判昭和三四年六月一八日判例タイムズ九一七五頁。

(23) 東京地判一九九三年一〇月四日金融法務事情一三八一三二八頁は、担保権の実行に対する妨害についても本罪の成立を認めた。

(24) この点につき、篠崎芳明「任専・ノンバンク処理と金融機関の保全・回収実務」林則清ほか著『どう排除する執行妨害』(きんざい 一九九六年)一三頁以下はいわゆるパブル時代に地上げ屋として利益を上げていた者達が、借地権や借家権が地上げに對抗できるものであることを学び、その知識を利用して、不動産不況下において今度は逆に執行を妨害する側に回るようになったと指摘する。

(25) この点からは、現行刑法九六条の二の改正案において行為者を債務者に限定するような文言から、広く執行妨害にかかわる者を対象とするような文言に変えようとする動きは理解できる。

(26) 高木新一郎「不動産に対する執行妨害の実情と対策」民事執行保全処分研究会編・前掲注(20)三頁以下。

(27) 特に、一九九二年の暴力団対策法施行によって、暴力団がその名の行おう執行妨害はほとんど影を潜め、フロント企業と呼ばれる直接暴力団の名を用いない者達による執行妨害が増えたとされる。今井・前掲注(20)三三四頁以下、同「執行妨害の実体と排除策」林ほか・前掲注

(24) 三二頁以下、

(28) 松下ほか・前掲注(20)二九頁以下(古賀発言)は民事執行法二〇〇三年改正当時の執行妨害を、その目的から立退料取得型、利用収益收受型、転売差益收受型の三つに、その手口から占有不明状況作出型、強制執行費用増加型、件外物件利用型、損壊型の四つに分類することができる。同三〇頁以下は、とりわけ執行手続を遅延させることによりその間物件を転貸、利用することで収益を上げる利用収益收受型が多いとする。

(29) 篠崎・前掲注(24)一三頁。

(30) 二〇〇三年、二〇〇四年改正については、前掲注(13)、(16)の各文献のほかに、中島弘雅「権利実現の実効性確保と民事手続法の改正」ジュリスト一三二七号(二〇〇六年)一七四頁以下、谷口園恵ほか著「改正担保・執行法の解説」(商事法務 二〇〇四年)、松村和徳「検証・担保法・民事執行法の改正①」⑥「銀行法務21・六二九号」④四〇号、道垣内弘人ほか著「新しい担保・執行制度」(有斐閣 二〇〇三年)など

を参考にした。

- (31) なお執行妨害排除のための刑事手続の利用という観点から刑法九六条の二について論じられることも多い。例えば、北秀昭「望月真」執行妨害への對抗手段としての刑事手続等 (一) 銀行法務21 五九九号 (二〇〇二年) 七六頁以下、同「執行妨害への對抗手段としての刑事手続等 (二) 銀行法務21 六〇〇号 (二〇〇二年) 九四頁以下、谷直樹「執行妨害等に対する刑事責任の追及」金融法務事情一四九五号 (一九九七年) 六九頁以下、大澤晃「民事執行妨害行為の刑事責任」金融法務事情一二九七号 (一九九四年) 一〇頁以下、小野寺信幸「強制執行の刑法的保護」金融法務事情一三三六号 (一九九二年) 四五頁以下、谷直樹「執行妨害等に対する刑事責任の追及」金融法務事情一四九五号 (一九九七年) 六九頁以下など。なお、民事執行法の改正と刑法改正案についての実務家の意見として、松下ほか・前掲注(20) 四三頁以下 (古賀政治、山野目章夫発言) 参照。
- (32) 青山善充「民事執行法改正の回顧と今後の展望」司法研修所論集一一四号 (二〇〇五年) 五五頁。
- (33) この部分に関しては、主として生熊長幸著「わかりやすい民事執行法・民事保全法」(成文堂 二〇〇六年) によっているが、その他に、中野・前掲注(13) 四九頁以下、同二七五頁以下、同三三二頁以下、和田吉弘著「基礎からわかる民事執行法・民事保全法」(弘文堂 二〇〇六年)、佐藤歳二著「実務保全・執行法講義 (債権法編)」(民事法研究会 二〇〇六年) などを参考とした。
- (34) なお、生熊・前掲注(33) 一〇七頁は、短期貸借制度を廃止したとしても、差押不動産を占有することによる競売妨害はなくならないという。いずれにせよ差押不動産を占有できれば、買受申出人の買受意欲を減退させ、買受申出価額を低下させるといふ目的を達成できるからであるとす。なお、松下ほか・前掲注(20) 三三頁(志賀発言)も、短期貸借権の廃止が執行妨害の減少につながるかについては懐疑的であるとす。
- (35) 改正前では、最低売却価額を決定しそれ以下の価額では競売できなかったが、売却基準価額を導入し、その八割の額以上であれば、買受けることができるようになった。また、内覧制度が導入され、買受希望者は競売不動産の内部をみるようになったが、生熊・前掲注(33) 一三〇頁は債務者のプライバシーの問題について懸念を示している。
- (36) この他に、競売開始前の不当な占有者に対する執行妨害対策として、債務者または不動産の占有者が価額減少行為をするときは差押債権者が保全処分を行うことができるようになった。また、転売を繰り返すことにより占有関係を不明確にする執行妨害に対しても、相手方を特定しないでする保全処分を行うことができる。
- (37) 生熊・前掲注(33) 二〇頁以下、三一頁以下、七四頁以下参照。

(38) この点に関しては、松村和徳著『民事執行救済制度論』(成文堂 一九九八年) 一頁以下、及び二九五頁以下が詳しい。さらに、中野・前掲注(13) 九三頁以下、竹下・前掲注(13) 二二二頁以下、山本和彦「強制執行手続における債権者の保護と債務者の保護」伊藤真ほか編『権利実現過程の基本構造』(有斐閣 二〇〇二年) 二九六頁以下。不当な民事保全の性質については、本間靖規「不当な民事保全と損害賠償」中野貞一郎ほか編『民事保全講座第一巻』(法律文化社 一九九六年) 五一八頁以下。なお、民事執行法二〇〇三年改正における執行抗告制度について、松村和徳「不動産担保権の実行における実体執行抗告」銀行法務21 六二九号(二〇〇四年) 一八頁以下。

(39) 松村・前掲注(38) 書一頁以下。

(40) 松村・前掲注(38) 書三頁。

(41) そのような制度の代表的なものとして、二〇〇三年改正において導入されたのが財産開示制度(民事執行法一九六条〜二〇三条)である。従来は、債権者が債務者の財産から執行の目的物を特定する必要があったが、債務者の財産を開示させることによって、実現の実効性を上げようとする制度である。債務者には自己の財産について陳述義務が課せられるが、先述の内覧制度とともに、債務者のプライバシー権を制限するものであることは明らかであろう。

(42) 審議の中で特に時間を割いて争われたのは、安寧に対する罪を刑法典に定めることの意義と、斡旋収賄罪の罪質についてであった。

(43) 第七六回帝国議会刑法改正中法律案議事速記録(司法省 一九四一年) 一二頁。なお、内容に変更を加えない程度で、旧仮名遣いを改め、適宜句読点を入れている。以下同じ。

(44) 司法省・前掲注(43) 一二頁。

(45) 司法省・前掲注(43) 四三頁。

(46) 司法省・前掲注(43) 七六頁。

(47) 司法省・前掲注(43) 四四頁。

(48) 司法省・前掲注(43) 七七頁。

(49) 司法省・前掲注(43) 一九〇頁。

(50) 司法省・前掲注(43) 一九一頁。

(51) 司法省・前掲注(43) 一九六頁。

(52) 司法省・前掲注(43) 一九六頁以下。この部分は仮案四六二条が、真実譲渡のみならず、ひろく債権者を害することをその対象としていたの

に比して九六条の二の範囲が狭くなっていることの理由でもある。

- (53) 大竹武七郎「刑法の改正について」法曹会雑誌一九卷五号(一九四一年)二頁、なお同著「刑法改正要義」(松華堂、一九四一年)四八頁に  
おいては、「本条の保護法益は」民事裁判の執行を確保し、その実質的適正を期し以てその威信を保持すること及正しい権利を保護するという  
ことであ」り、本法においては前者に重点があるとす。

- (54) 大竹・前掲注(53)四頁、同・前掲注(53)書五〇頁では「債務者が強制執行を免るる目的を以て自分の家族その他の近親者のみを以て合名  
会社その他の会社を作り、財産をその会社名義に書き換えること、売買を仮装して名義書換をなす行為」が往々にして行われていた、と述べる。  
(55) 泉二新熊「刑法中改正規定の暫見」法曹会雑誌一九卷九号(一九四一年)四頁。なお、泉二と同じく仮家の委員であった牧野英一は、立法論  
としては改正刑法仮案二〇条(偽計・威力による公務妨害罪)と二二一条(偽計・威力による裁判の執行妨害)を提出すべきではなかったか  
とする。牧野英一「刑法中改正法律」警察研究二卷四号(一九四一年)一頁以下、一三頁。

- (56) 日沖憲郎「刑法の一部改正について」法曹時報一三卷五号(一九四一年)一三頁。  
(57) 本件の評釈として、澤井種雄「刑事判例評釈集六卷」(有斐閣、一九五〇年)六七頁以下。なお、以下全ての判例につき高崎秀雄「強制執行  
妨害」川端博ほか編「判例コンメンタール第二卷」(立花書房、二〇〇六年)三四頁以下。

- (58) 本件の評釈として、賀集唱「刑事判例評釈集第一六卷」(有斐閣、一九六一年)一一三頁以下、岩田誠「最高裁判所判例解説刑事事編昭和二九  
年度」(有斐閣、一九六八年)七六頁以下。

- (59) 本件の評釈として、川添万夫「最高裁判所判例解説刑事事編昭和三五年度」(有斐閣、一九六九年)一七三頁以下、上田望美「強制執行不正免  
脱罪の成否と執行の着手の要否」佐々木史郎編「判例経済刑法大系第三卷」(日本評論社、二〇〇〇年)三一頁以下。

- (60) 本件の評釈として、吉川義春「一、刑法九六条ノ二の「強制執行ヲ免ルル目的ヲ以テ」の意義 二、執行名義の存在しない場合に同条の罪が  
成立する為に基本債権の存在することが必要か」法学論叢六九卷三号(一九六一年)一〇一頁以下、高信雅人「一、刑法九六条ノ二の「強制執  
行ヲ免ルル目的ヲ以テ」の意義 二、執行名義の存在しない場合に同条の罪が成立する為に基本債権の存在することが必要か」法学新報六九卷  
九号(一九六二年)五八頁以下、古屋鶴龜「強制執行免脱罪と基本債権の存在」研修三五九号一三頁以下、寺尾正二「最高裁判所判例解説刑  
事編昭和三五年度」(有斐閣、一九六九年)一三三頁以下、小暮得雄「刑法判例百選Ⅱ(第二版)」(一九八四年)二二八頁以下、泉健子「強制  
執行免脱罪と債務名義の存在」刑法判例百選Ⅱ(第四版)(一九九七年)二二四頁以下、上田・前掲注(59)三二七頁以下、神例康博「強制  
執行妨害罪と債務名義の存在」刑法判例百選Ⅱ(第五版)(二〇〇三年)一三三頁以下。

- (61) 本件の評釈として、鈴木義男「強制執行免脱罪における免脱行為の意義」研修二九一号七九頁以下。
- (62) 当時の見解として、滝川幸辰著『増補版 刑法各論』（世界思想社 一九六八年、なお同書初版は一九五二年）二六九頁、伊達秋雄「公務執行妨害罪」日本刑法学会編『刑事法講座四卷』（有斐閣 一九五二年）六八五頁、井上正治著『刑法各論』（法律文化社 一九五二年）二五〇頁、小野清一郎著『新訂刑法講義各論』（有斐閣 一九四九年）二四頁以下、などが本罪に滞納処分が含まれるとする。
- (63) 賀集・前掲注(58) 一一四頁。
- (64) 岩田・前掲注(58) 七九頁。
- (65) 高崎・前掲注(57) 三一頁。
- (66) 高信・前掲注(60) 六四頁、古屋・前掲注(60) 一一四頁。
- (67) 高信・前掲注(60) 六五頁。
- (68) 神例・前掲注(60) 二三三頁、小暮・前掲注(60) 二二九頁、吉川・前掲注(60) 一一〇頁、なお、同一一五頁においては、いわゆる切迫性要件との関係では判旨に賛成するという。寺尾・前掲(60) 一三五頁以下も多数意見と反対意見の対立を切迫性要件の解釈の差であるとする。なお、泉・前掲注(60) 一二五頁。
- (69) 高崎・前掲注(58) 三二頁。
- (70) 林幹人著『刑法各論(第二版)』（東京大学出版会 二〇〇七年）四七九頁、前田雅英著『刑法各論講義第四版』（東京大学出版会 二〇〇七年）五二二頁、大谷実著『刑法講義各論(新装第二版)』（成文堂 二〇〇七年）五五三頁、曾根威彦著『刑法各論(第三版補正三版)』（弘文堂 二〇〇六年）三〇二頁、中山研一著『概説刑法(第四版)』（成文堂 二〇〇五年）二八四頁、岡野光雄著『刑法要説各論(第四版)』（成文堂 二〇〇三年）三二八頁、斎藤信治著『刑法各論(第二版)』（有斐閣 二〇〇三年）三二七頁、中森喜彦『刑法各論(第二版)』（有斐閣 二〇〇五年）三〇四頁、三原憲三著『刑法各論第三版』（成文堂 二〇〇〇年）四二頁、内田文昭著『刑法各論(第三版)』（青林書院 一九九六年）六二九頁、平川宗信著『刑法各論』（有斐閣 一九九五年）五二六頁、平野龍二著『刑法概説』（東京大学出版会 一九七七年）二八一頁、藤木英雄著『刑法講義各論』（弘文堂 一九七六年）三〇頁、伊達秋雄「公務執行妨害罪」『刑事法講座第四卷』（有斐閣 一九五二年）、泉二新熊『刑法大要(第四版)』（有斐閣 一九四三年）三九二頁など。なお渡邊・前掲注(7) 所掲の文献も参照のこと。
- (71) 公務妨害罪説については、もっぱら公務の作用ないし機能を保護する説と債権者の利益も合わせて保護するが公務の保護に重点が置かれるとする説がある。具体的な帰結、特に債権の存在の可能性との論理的関連が必ずしもあるわけではないが、便宜上分けて紹介する。前者に属する

ものとして、山口厚著『刑法各論〔補訂版〕』（有斐閣 二〇〇五年）五四七頁、佐久間修著『刑法各論』（成文堂 二〇〇六年）三七七頁、河上和雄・久木元伸「強制執行妨害」大塚ほか編『大コンメンタール刑法（第二版）第二卷』（青林書院 一九九九年）一八四頁、福田平著『全訂刑法各論（第三版増補）』（有斐閣 二〇〇二年）二二頁、団藤重光著『刑法綱要各論（第三版）』（創文社 一九九〇年）六四頁、中義勝著『刑法各論』（有斐閣 一九七五年）二七六頁、牧野英一著『刑法各論上巻』（有斐閣 一九六九年）四四頁、江家義男著『増補刑法各論』（青林書院新社 一九六三年）二七頁、宮内裕著『新訂・刑法各論講義』（有信堂 一九六二年）三〇五頁、熊倉武著『日本刑法各論』（法律文化社 一九六一年）七五八頁、後者に属するものとして、川端博著『刑法各論講義』（成文堂 二〇〇七年）五八二頁、西田典之著『刑法各論（第四版）』（弘文堂 二〇〇七年）四〇一頁、同「執行妨害の意義」西田ほか編『刑法の争点（第三版）』（二〇〇〇年）二四二頁、斎藤信宰著『新版刑法講義（各論）』（成文堂 二〇〇七年）五三七頁、山中敬一著『刑法各論Ⅱ』（成文堂 二〇〇四年）七三五頁、堀内捷三著『刑法各論』（有斐閣 二〇〇三年）三〇四頁、大塚仁著『刑法概説（各論）（第三版増補版）』（有斐閣 二〇〇三年）五七八頁、香川達夫著『刑法講義（各論）第三版』（成文堂 一九九六年）五〇頁、中野次男「強制執行妨害」小野ほか著『ポケット刑法第三版』（有斐閣 一九八〇年）二四一頁、大竹・前掲注（53）書四八頁など。なお渡邊・前掲注（7）所掲の文献も参照。

(72) 鎮目征樹「執行妨害罪」法学教室三〇五号（二〇〇六年）五八頁。論者はその一例として、西田・前掲注（71）が公務妨害罪説をとりながら強制執行の中に滞納処分を含まないという見解をとっていることを挙げるが、西田・四七七頁には、改正案が通過した場合には、特に理由を変えすることなく強制処分の中に滞納処分を含むという見解に改説していることに注意が必要である。なお、山口・前掲注（71）五四七頁。

(73) 大谷・前掲注（70）五五三頁など

(74) 内田・前掲注（70）六二九頁。

(75) 三原・前掲注（70）四一頁。

(76) 団藤・前掲注（71）六四頁など。

(77) 山口・前掲注（71）五四七頁など。

(78) 西田・前掲注（71）書四〇一頁。なお、前述の通り、改正案にあわせてこの見解は動揺している。

(79) 鎮目・前掲注（71）五九頁。

(80) 一九四一年改正に関する議会での議論をみてわかるとおり、その中心は安寧秩序に関する罪及び収賄罪の加重類型に関する改正に集中している。



(81) なお、この点に関し中山研一『刑法各論』(成文堂 一九八四年) 五一四頁、及び平場安治ほか編『刑法改正の研究各則二』一七六頁(中山執筆分)。

(82) ただし、民事法の議論において、強制執行手続と滞納処分との性質の違いを強調することよりも、両者を統合的に理解する方向が望ましいとする見解もある。三ヶ月章「強制執行と滞納処分の統一的理解」同著『民事訴訟法研究第二巻』(有斐閣 一九六二年) 九二頁以下。なお、前掲注(58) 所掲の評釈も参照。

(83) ただし、第二章で述べたように、民事法上、実体的な権利あるいは執行の条件が存在せずに行われる強制執行は不当執行と呼ばれる。実体的権利に基づかない不当執行に対する妨害は債務者の自衛行為という側面もあることから、さらに慎重な検討が必要である。

(84) 切迫性要件については、ドイツ刑法二八八条の強制執行妨害罪の規定が参考となる。ドイツ刑法二八八条はその文言中に「強制執行が差し迫っている状態」という切迫性要件をもっている。もともとドイツ刑法二八八条は不法の私利の章中に規定され、質物の奪取罪などとともに規定されていることから、財産犯としての性格が明確である。この点については、Shonke/Shöder, 27. Aufl. 2006, §288 (Eser/Hain) 参照。なお、小林憲太郎「ドイツの強制執行妨害罪」『債権回収への刑事法的対応』(トラスト60 二〇〇二年) 三三三頁以下。

(85) 保全処分の決定にあたって申立人に担保を要求する実務的慣行も、実体的権利が存在しない可能性を念頭に債務者保護を図るといふ、保全処分の特異性のあらわれとみることが可能である。

(86) 第二章で見たように、強制執行を開始するためには、執行文が付された債務名義が必要であるし、担保権実行手続においては、担保権の存在の蓋然性が高いと解される状況と執行障害の不存在が必要である。実体的に権利があっても、これらの要件がなければ、強制執行手続は進行しない。ということは、債権(担保権)の存在とともに、これらの要件の存在(の可能性)があってはじめて、強制執行手続は現実的な可能性を有するのである。財産犯説をとる論者が債権の存在(の可能性)で足りるとするのは論理的には一貫しているが、債権が存在したとしても、他の要件が存在しない場合には強制執行手続を進めることができない。その場合、債権者は債権を強制的に実現する根拠を有しないのであるから、その状況下で行われた債務者の行為を処罰することは、刑罰適用の正当性を有しないことになるように思われる。

(87) なお、当事者紛争の時間的展開にしたがって、債権の実在の必要性について別異の解釈を取るべきだとする見解として、藤木・前掲注(9) 八七七頁以下。本稿の趣旨と必ずしも一致するわけではないが、その検討方法は参考となる。

(88) なお、近時の教科書で改正案に触れているものとして、松宮孝明著『刑法各論講義(補訂版)』(成文堂 二〇〇六年) 四三五頁以下、斉藤信治・前掲注(70) 三三〇頁以下、堀内・前掲注(70) 三〇七頁以下、川端・前掲注(71) 五八九頁以下、佐久間・前掲注(71) 三七八頁、西

田・前掲注(71)四八〇頁以下、山口・前掲注(71)五五一頁以下、山中・前掲注(71)七四五頁以下、などがある。

(89) 暴対法改正については「特集」暴対法改正と金融実務への影響」金融法務事情二三八号(一九九三年)六頁以下参照。

(90) 改正暴対法施行後の警察の取り組みについては、近藤善弘「伊藤英実」暴力団等に係る債権回収妨害事案の取締りについて」警察学論集五一巻二二号(一九九八年)二七頁以下。

(91) 法制審議会に対する諮問並びに刑事司法部会での議論については法務省ホームページ(<http://www.moj.go.jp/>)審議会情報を参照(平成一九年一月二五日確認)。以下の議論については同・審議会等情報中、刑事法(強制執行妨害罪等関係)部会議事録第一回(第四回を参照。すでに多くの論者が指摘しているように、法制審議会の議事録については、発言者の氏名が記載されて居らず、また頁数が記載されていない関係から、引用に困難を伴う。しかし、少なくとも発言者中事務当局者の発言についてはほぼ特定することが可能であり、以下の叙述は主として事務当局者の発言をもとにしている。

(92) 時には、不当な債権に基づく強制執行があり得ることを想起すべきである。また、当事者間に紛争が生じている場合にはお互いに言い分があるのであって、両者の主張の当否はまず民事訴訟による慎重な認定を要すべきであろう。また、民事法の改正によってカバーし得ない執行妨害があり得ることも理解できるが、不当・不正な執行妨害と正当な行為の区別は民事法および民事実務による解決が必要なものであって、刑事法が包括的・網羅的に処罰範囲を決することは不可能である。にもかかわらず改正案のような包括的な規定を設けることは、債務者に対する過度の萎縮効果を生むことになることが懸念される。

(93) 刑事司法部会第二回議事録においては、この主観的目的について、今までの判例の積み重ねを継承するという意図で議論されているようである。九六条の二から切迫性要件を切り離すという趣旨で主観要件を外すというレベルまで議論されているを考えれば、なお主観要件が本罪の成立を限定する機能を持っていることは否定できない。そうであっても「免れる目的」と「妨害する目的」では全く意味が異なってくることに注意が必要であろう。

(94) 刑事司法部会第二回議事録における事務当局の説明も、九六条の二にとどまらず全体の関係でということが強調されている。