

〔論文〕

## 出資法における経済犯罪

——続・刑法からみた企業法務(1)——

佐久間 修

名古屋学院大学法学部

### 要 旨

拙著『刑法からみた企業法務』の続編として、経済犯罪に関する諸問題の中から、まずは出資法の罰則を紹介する。当初、出資法は、詐欺的商法である保全経済会事件を契機として、街金(まちきん)やヤミ金などの金融業者を規制する目的で制定された。しかし、出資法には、出資金の受入れ制限(同法1条)から始まり、預り金の禁止(同法2条)、金融機関の役職員による浮貸しの禁止(同法3条)、媒介手数料の制限(同法4条)、そして、高金利の処罰(同法5条)が並んでおり、単に「銀行まがい」取引や「現物まがい」商法を規制する消費者保護法というにとどまらない。むしろ、違法な利殖方法を規制することで、健全な経済秩序を維持するとともに、当該金融機関への信頼を維持することで、預金者となる一般国民の財産保護を図ったものといえよう。

キーワード：出資金の制限、預り金の禁止、浮貸しの禁止、高金利・高保証料罪

## Prevention of Fraud Investment Act in Japan

——A study on economic crime (1)——

Osamu SAKUMA

Faculty of Law  
Nagoya Gakuin University

## 第1節 違法な資金流通と消費者保護

### 1 出資法・銀行法・貸金業法など

資金の流通にかかる法規制として、「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律（昭和58年法律第33号＝出資法）」のほか、「銀行法（昭和56年法律第59号）」や「貸金業法（昭和58年法律第32号）」などがある。例えば、最初の出資法では、広い意味の出資金や預り金が規制されるとともに、法外な金利や高額な媒介手数料を処罰することで、債務者になるであろう一般国民を保護する。他方、業法としての銀行法は、無免許営業や「浮貸し」を禁止しており、貸金業法は、違法営業の街金やサラ金による無法な取立てなどを処罰する。さらに、「保険業法（平成7年法律第105号）」も、資金の流通にかかわっており、いわゆる麻薬特例法や組織的犯罪処罰法、犯罪収益移転禁止法などは、マネーロンダリングを取り締まる法律である（その詳細については、別の機会に取り上げる予定である）。

さて、預貯金の受入れなどの受信業務については、出資法による厳しい制限がある。特に預り金は、法律が認めた場合を除いて一律に禁止されている<sup>1)</sup>。また、銀行法は、受信業務と与信業務をする銀行業を免許制としており、与信業務だけの貸金業者に対しては、貸金業法による登録制と各種の行為規制をおこなっている。かつて厳格な為替管理が存在した時代には、いわゆる外為法（現・外国為替及び外国貿易法）が、国境をまたぐ資金流通を規制していたが（その詳細については、別の機会に取り上げる予定である）、現在では、上述した法律が中心となっている<sup>2)</sup>。

#### 資金流通をめぐる法律の性格

出資法（一般法）	銀行法（業法）	貸金業法（業法）	保険業法（業法）
出資金・預かり金の規制	免許制	登録制	登録制
+脱法的行為の取締り	開業規制	行為規制	行為規制

### 2 金融緩和と一億投資家時代

近年、金融緩和で生じた余剰資金が多様な事業活動に投資されるなど、金融機関と借手の力関係は大きく変化した。また、国民の資産運用で投資（投機）の機会が拡大したことで、預り金として拠出される場合も多くなった。そうした中で、個人所得の減少や少子高齢化に対する不安感につけ込んで、元本保証や高利回りをうたった利殖詐欺が増えている。具体的には、和牛オーナー商法やジャパソライフ事件のような、大規模な詐欺事例がみられる。

しかし、旧出資法である「出資の受入、預り金及び金利等の取締りに関する法律（昭和29年法律第195号）」が制定された時代と異なり、各種の投資行動が日常化した現在、最終的に財産的損害をこうむった者を、ただちに被害者と位置づけるのは妥当でない。その意味で、出資法による出資金や預り金の規制についても、今後は新たな役割が期待されるであろう。また、受信業務にあたる資金の受入れを、一般法である出資法で規制することに対しては、経済活動を不当に圧迫するという批判もあった。

以下、特別刑法に分類される出資法の罰則を紹介するが、銀行法、貸金業法および保険業法については、不法な資金流通に対する犯罪収益移転禁止法と併せて、別の機会に検討することにした。

## 第2節 出資法による規制

### 1 出資法制定の経緯

出資法の正式名称は、「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律」である。その前身となった旧出資法は、いわゆる保全経済会事件（詐欺的商法の一種）を契機として制定された。旧法の立法目的は、もっぱら街金（まちきん）やヤミ金などの金融業者を規制することであった。その意味で、出資法には、後述する銀行法や貸金業法を補完する役割があるといえよう。また、出資金のやり取りを制限するだけでなく、預り金を一律に禁止したり、金融業者による浮貸し（後述）や高金利の要求・受領なども処罰している。

そもそも、出資法は、通常法律と異なり、第1条に立法目的を明記しておらず、いきなり出資金の制限から始まる。その点から、本法律を、「銀行まがい」取引や「現物まがい」商法を規制する消費者保護法として位置づける見解もある<sup>3)</sup>。しかし、出資法の中には、浮貸しの罪や高金利罪の規定もあり、これらは消費者保護というだけでは説明できない。実務上も、違法な利殖方法を規制することで、健全な経済秩序を維持するものとされる<sup>4)</sup>。

#### 保全経済会事件

匿名組合として設立された利殖組織であるHは、「1万円を出資すれば5年後には200万円に！」というキャッチフレーズで、中小企業や一般大衆から多額の出資金を募った。最終的には、約15万人から約45億円の資金を集めたが、顧客らに約束した高金利の配当を支払うために新たな出資者を募るという自転車操業のあげくに破綻した。しかし、裁判では、その経営が極端に悪化して出資金の返還さえ不可能となった時点以降の取引行為についてのみ、詐欺罪の成立が認められた（東京地判昭和35・3・29公刊物未登載）

→ 事件当時の旧貸金業取締法（昭和24年制定）は、貸金業者に限って預り金を禁止したにすぎず、それ以外の業者については、同種の行為を規制する法律がなかった。そこで、旧出資法が制定されるに至ったのである。

### 2 出資法上の罰則の保護法益

出資法1条は、出資された金額以上の返還を約束して、不特定多数の者から出資金を受け取ることを禁止する。また、同法2条は、およそ業として預り金を受け入れる行為を処罰している。そもそも、出資という行為それ自体は、自由な経済活動の一環として、むやみに制限するべきでない。例えば、個人間の金銭消費貸借を全面的に禁止することはできないし、一律に預り金を禁止することで、経済活動を不当に圧迫しているという批判もある。

しかし、金融システムが国民の信用を基盤とする以上、出資法の役割としては、消費者保護と並ん

で、悪徳事業者の排除という側面も無視できない。また、浮貸しの罪では、銀行の役職員がその地位を利用することで、その社会的信用に乗じたことが問題となる。さらに、出資法違反では、「不特定且つ多数の者に対し（同法1条）」または「不特定かつ多数の者から（同法2条2項）」の要件があるように、社会全体に一定規模の影響を及ぼすものが処罰対象となっている。すなわち、出資法の役割は、出資者または顧客である一般国民からみて不測の損害を防止するほか、広く経済取引を混乱させる違法な資金流通を禁止して、金融秩序の安全を図ることである<sup>5)</sup>。

### 3 罰則の概要——出資金と預り金

出資法の規制対象は3つに分類されている。①出資金の受入れ制限（同法1条）と預り金の禁止（同法2条）、②金融機関の役職員による浮貸しの禁止（同法3条）、③媒介手数料の制限（同法4条）と高金利の処罰（同法5条）である。①から順にみてゆこう。

まず、出資法1条は、いわゆるファンドや投資組合などが、出資した金額以上のものを返還すると約束して、出資金を受け入れる行為を禁止する。しかも、同法8条3項2号は、同法1条の脱法的行為も規定しており、これらの禁止規定に違反した場合、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はその併科で処罰される（同法8条3項1号・2号。その両罰規定として、9条1項3号）。これに対して、出資法2条では、「他の法律に特別の規定のある」場合を除いて、何人であっても、業として預り金をすることが禁止される。そして、これに違反した場合も、同じく3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はその併科となる（同法8条3項1号）。その脱法的行為も処罰される（同法8条1項2号。その両罰規定として、9条1項3号）。

#### 出資法8条（その他の罰則）

1 …省略…

3 次の各号のいずれかに該当する者は、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。

一 第1条、第2条第1項、第3条又は第4条第1項若しくは第2項の規定に違反した者

二 いかなる名義をもつてするかを問わず、また、いかなる方法をもつてするかを問わず、前号に掲げる規定に係る禁止を免れる行為をした者 …以下省略…

当初、出資法は、投資詐欺などの取締りが主要な立法目的とされたが、ここでいう出資金と預り金の違いは何であろうか。まず、出資金の場合には、事業の成功・失敗により常に投資した全額が戻るわけではなく、元本を保証することはありえない。すなわち、出資金にあっては、元本を失うリスクを含めて、出資者の自己責任が原則となる。そのことからして、出資者は、当該資金の運用方法や事業内容にも関心をもつため、これを裏切るような勧誘方法が認められた場合にのみ、刑罰をもって禁止することになる。

これに対して、預り金の場合には、資金提供者が相手方を信頼して財産を委ねることもあり、通常であれば元本の返還が予定されている。また、預ける側の信頼に依拠した受信業務であるため、資金提供者は、その事業内容に関心をもたないことが多い。その意味で、業としての預り金を放置すると

き、一般公衆に不測の損害を及ぼすことで、広く経済秩序を混乱させる恐れが生じる。特に出資金と預り金の違いが分からない一般人は、この種の欺瞞的取引から保護されねばならない。そうした事情から、過去の投資詐欺事件では、出資法1条を適用することなく、むしろ、同法2条が適用されてきた<sup>6)</sup>。

### 第3節 出資金に関する制限

#### 1 出資法1条の構成要件

出資法1条は、(a) 行為の主体を限定することなく（「何人も」）、(b) 出資金の全額またはそれを超える金銭を支払うことを約束して、(c) 出資金を受け入れてはならないとする。もっとも、(d) 「不特定且つ多数の者に対」する場合に限られるため、特定の間から出資金を受け入れたり、ごく少数の者から受け入れる場合は、本罪にあたらぬ。ここでいう「出資金」とは、共同の事業のために拠出される金銭であって、その目的となる事業の成功や失敗によって元本の返還や利益配当が可能となるため、当該事業が成功すれば出資金を上回る金額が払い戻されるのに対して、失敗したときには払戻がない点で、元本保証のないことが前提である。

#### 出資法1条（出資金の受入の制限）

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

こうした出資金の性格からして、元本の返還を約束したり、出資金以上の払戻しがあると称して勧誘するなど、出資金の性質と相反する金銭の受入れが禁止されたわけである。しかし、およそ出資行為を一律に禁止したわけでない。いわゆる誇大広告的方法で出資を募った場合に限り、広く一般大衆に不測の損害を与えるおそれがあるため、犯罪として処罰されることになる<sup>7)</sup>。その意味で、本罪は、一般大衆の財産に対する抽象的危険犯であるとともに、社会の信用制度と経済秩序の維持を保護法益とする。なお、本罪については、両罰規定がある（同法9条1項3号）。

#### 2 違法な出資金の受入（れ）とは何か

こうした出資金には、多種多様なものが含まれるが、銀行預金や金銭信託、物品の割賦販売における分割金や、旅行のための積立金などは除かれる。他方、出資金を上回る返還や配当があると告げることは、それが明示的なものであるか、または暗黙の方法によるかは問われない。例えば、パンフレット等に具体的な金額を表示しなくても、過去の実績として出資金の全額以上が払い戻されたことを記載すれば足りる。ただし、有利確実であるとか、有望であるという将来の見通しを示しただけでは、本罪にあたらぬ。

最後に、「出資金の受入」れとして、上述した方法で現に資金を拠出させたことが必要である。出資金の全額以上の払戻しを約束して、そうした内容の出資契約を締結しただけでは、せいぜい未遂犯

にとどまるため、本罪（既遂犯）としては処罰されないのである<sup>8)</sup>。他方、不特定多数の人間を勧誘した上で、その中の1人が拠出した金銭を受け入れた事実があればよい<sup>9)</sup>。また、犯人らが出資者から拠出された金銭の一部を受け取っただけでも、本罪は既遂となる。

### 3 出資法違反と詐欺罪の関係

出資法1条の違反であっても、十分な取引知識がない人間を標的にするとき、出資金の意味が分からない被害者を「欺いた」といえる場合がある。そこでは、刑法典の詐欺罪（刑法246条）が成立するため、上述した保全経済会事件や豊田商事事件にあっては、最終的に詐欺罪が適用された。その意味で、出資法1条には、詐欺罪の規定を補完する機能がある。ただし、出資法1条に違反した場合にも、「刑法（…省略…）に正条がある場合」、つまり詐欺罪にあたるならば、出資法の罰則（同法8条3項）を適用できない（同法8条4項）。

通常、現に出資する際「後日出資金の全額若しくはこれを超える金額を払い戻す」旨の約束があったと立証するのは難しい。そのせいか、過去の事件で出資法1条を適用した例は、ほとんどみられない。大多数の詐欺的商法では、元本保証をうたった金銭の受入れを「預り金」とみて、出資法2条に違反すると解してきたのである<sup>10)</sup>。同じく、出資金に近い借入金についても、同法2条が適用される結果として、ほとんど同法1条は使われてこなかった<sup>11)</sup>。

#### 出資法8条（その他の罰則）

1 …省略…

4 前項の規定中第1条及び第3条に係る部分は、刑法（明治40年法律第45号）に正条がある場合には、適用しない。

### 4 偽りの表示と欺く行為

なるほど、被害者が出資の趣旨を誤解していた場合、見かけ上は出資金であるとしても、実質的には預り金とみるべき場合もあろう。しかし、犯人が元本保証をしたことで、ただちに預り金となるわけではない<sup>12)</sup>。また、出資の際に元本保証をすることは、その経済的性質からみてありえないとして、いまだ詐欺罪でいう「人を欺く」にあたらぬという指摘さえある<sup>13)</sup>。かりに不確実な条件に基づいて全額以上の払戻しを約束したとしても、犯人に出資金を共同事業に用いる意思や能力があったならば、それだけで詐欺罪となるわけではない。

他方、犯人に全額以上を払い戻す意思や能力がないにもかかわらず、これがあるかのように装ったならば、出資法1条に違反すると同時に、詐欺罪が成立する<sup>14)</sup>。この場合には、同法8条4項によって、詐欺罪の規定だけが適用されることになる。そのほか、同法1条には、出資に関する誇大広告を禁止する側面もあり、この限度では、金融商品取引法の罰則を補完する。しかし、金融商品取引法は、金融市場を媒介にした資金の流れをコントロールするものであって、むしろ、市場に対する投資家の信頼が低下した結果、企業の資金調達ができないという間接的被害を防止するものである。これに対して、出資法では、不当な取引方法による直接的被害を問題にすることで、個々の資金の流れを規制している。

## 第4節 預り金の禁止

### 1 出資法2条の構成要件

出資法2条1項は、「(a) 業として預り金をするにつき、他の法律に特別の規定のある者を除く外、(b) 何人も、(c) 業として預かり金をしてはならない」と規定する（なお、筆者が読点などを追加した）。また、その脱法的行為も含めて（同法8条3項2号）、これに違反した場合には、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はその併科で処罰される（同法8条3項1号）。その両罰規定もある（同法9条1項3号）。

まず、犯行の主体は「何人も」となっており、何ら限定されていない。つぎに、「業として預り金をするにつき、他の法律に特別の規定のある者」とは、銀行法、信用金庫法、農業協同組合法、労働金庫法などにより、いわゆる受信業務を許可された銀行や信用金庫などを指している。また、「預り金」とは、「不特定かつ多数の者からの金銭の受入れであって、同法2条2項1号と2条2項2号が掲げるものとされる。具体的には、預貯金または定期積金の受入れであり（1号）、社債や借入金として受け入れる場合など、いかなる名義であるかを問わない。すなわち、上述した預貯金などと同様の経済的性質のものであればよいとされる（2号）。

#### 出資法2条（預り金の禁止）

- 1 業として預り金をするにつき他の法律に特別の規定のある者を除く外、何人も業として預り金をしてはならない。
- 2 前項の「預り金」とは、不特定かつ多数の者からの金銭の受入れであつて、次に掲げるものをいう。
  - 一 預金、貯金又は定期積金の受入れ
  - 二 社債、借入金その他いかなる名義をもつてするかを問わず、前号に掲げるものと同様の経済的性質を有するもの

さて、「不特定かつ多数の者からの」金銭の受入れとは、一般大衆を顧客として資金を集めることであり、かりにその一部が犯人の親族や友人などであっても、ここでいう「預り金」から除外されるわけではない（最大判昭和36・4・26刑集15巻4号732頁，最判昭和36・9・8刑集15巻8号1317頁<sup>15)</sup>。例えば、新たに募集した株主に対する場合や（旧貸金業取締法に関して、東京高判昭和30・7・14高刑集8巻5号686頁）、某年度に某大学を卒業した者という程度の限定方法では、不特定かつ多数人を対象としたことになる。ただし、会員制クラブの保証金のように、一定期間経過後に預託された金銭を返還するような場合は含まない。また、社債の発行であつて、ノンバンクの資金調達に該当するのは、特別法によって許容される（平成11年法律32号の「金融業者の貸付業務のための社債の発行等に関する法律（ノンバンク社債法）」参照）。

#### 佐賀県退職公務員連盟事件

S県退職公務員連盟は、同県在住の退職公務員や扶助料受給者によって組織されており、その加

入や脱退は自由であり、その会員が固定されておらず、犯人Xらとの間にも個人的なつながりはなかった。Xは、同会員らの利殖方法として、自らが設立したSK株式会社の借入金名義で同会員らから利息を約束して金銭を受け入れた。

- たとえ一定の団体または集団に所属する者に限定した場合にも、これに所属する者が相当な多数であって、親族や知人という特殊な個人的つながりもない以上、いまだ特定されておらず、出資法でいう不特定かつ多数の者にあたる（福岡高判昭和37・7・11下刑集4巻7＝8号627頁）。

## 2 預り金の定義

出資法2条は、業として不特定かつ多数の者から預り金を集める行為を一律に禁止する。ここでいう預り金の経済的性質は、①元本ないしそれ以上の金額が保証されること、②主に資金提供者の利便のために保管されることである（仙台高判昭和34・11・12高刑集15巻4号741頁〔最大判昭和36・4・26の原審判決である〕、札幌地判昭和50・11・12刑月7巻11＝12号957頁<sup>16)</sup>。民法上、預り金は消費寄託契約（民法666条）にあたり、社債や借入金は消費貸借契約（民法587条以下）といえるが、出資法では、その名目が何であるかを問わないので、法文が掲げる預貯金などと同性質のものであれば、同法2条の預り金に含まれる<sup>17)</sup>。

なるほど、同法2条2項2号の「借入金」は、元本保証を伴う点で預り金と同じであるが、主に資金を受け入れる側の利便を目的としている。また、借入金の場合、当該事業にかかるリスクを資金提供者が負担する点では、むしろ出資金と類似するが、元本保証があるため、出資法1条の出資金にあらず、結局、同法2条2項の預り金に含まれる。これに対して、実質的にも（出資金に近い）借入金であれば、通常は何らかの担保が付されるなど、明らかに預貯金と異なる経済的性質を有するため、同法2条の「預り金」からは除外される<sup>18)</sup>。

### マンション経営（マン経）事件

N住宅総合センターは、マンションの共同経営を名目にした投資を募ることで、一般大衆から多額の金銭を受入れた。しかし、その実態は、所有権（共有持ち分）の譲渡ではなく、主として顧客が提供した金銭相当額を一定期間後に返還するとともに、その金額に対して一定割合の金銭を支払うことを約束した金銭の受入れ契約であった。

- 本件契約は、マンションの建設や分譲マンションの購入を直接的な内容とするものでなく、顧客の多数は、利殖目的で資金を提供したにすぎない。したがって、出資法2条2項にいう不特定かつ多数の者からの金銭の受入れであり、預貯金などと同様の経済的性質を有するものである（東京高判昭和58・4・28刑月15巻4～6号287頁）。

そのほか、不特定多数の顧客を勧誘して多額の資金を集めた例が少なくない。かりに利益分配金という名目であっても、元本に利息を付して満期に返還することを約束し、不特定かつ多数の者から金銭を受け入れたならば、出資法でいう預り金にあたりとされた（東京高判昭和61・6・24東高判時報37巻6



＝7号46頁)。なお、「業として」の意味は、反復・継続の意思をもって預り金を受け入れることであり、営利の目的は必要とされない<sup>19)</sup>。また、出資法2条は、後述するように、無免許で受信業務を営んだ者を処罰する銀行法の規定を補完する側面もある（銀行法4条・61条）。

### 3 預り金規制と他の法律の関係

当初、旧出資法を制定した理由は、消費者を保護するためであった。しかし、不特定多数人を対象とした預金の受入れ（受信業務）は、その金融機関が返還義務を履行しなかったとき、一般大衆に不測の損害を生じさせる点で、きわめて公共的色彩が強いものといえよう。しかも、当該金融機関に対する信用が失われるだけでなく、広く経済秩序が損なわれるおそれもある<sup>20)</sup>。かような見地から「業としての預り金」を禁止した以上、特に許認可を得た事業者でない限り、一律に預り金の受入れが処罰されることになる（最大判昭和36・4・26刑集15巻4号732頁）。

なお、出資法1条の違反については、「刑法に（詐欺罪等の）正条がある場合」、出資法の罰則を適用しないとされるが（同法8条4項）、出資法2条の違反については、何らの定めがない。したがって、かりに詐欺罪が成立する場合であっても、出資法の罰則を適用できる<sup>21)</sup>。そもそも、預り金の規制は、銀行法の無免許営業罪を補完する点で詐欺罪を超えており、その限度では、出資法2条違反と詐欺罪が観念的競合の関係になる<sup>22)</sup>。

ただし、当初から元本や利息を支払う意思がなく、それがあつたように装って不特定多数人から金銭を受領したときは、単なる詐欺であつて「預り金の受入れ」とはいえない<sup>23)</sup>。かりに見かけ上は元本保証を約束した預り金であつて、出資法2条1項にあつたようにみえても、むしろ詐欺罪だけが成立するのである<sup>24)</sup>。

### 4 詐欺的商法と出資法違反

近年、和牛預託商法のように、高利回りをうたつて多額の金銭を騙し取つたあげくに、経営破綻するケースが少なくない。かつて旧出資法の立法理由となつた保全経済会事件のほかにも、オレンジ共済事件や経済革命倶楽部（KKC）事件などがあるところ（それらの検討は、別の機会に譲りたい）、こうした詐欺的商法の場合、まず出資法違反として摘発した後、最終的に詐欺罪で起訴することが多い。例えば、黒毛和牛のオーナー募集を名目として金銭をだまし取る意図で、実際には配当金の支払いはもちろん、元本の返済さえ不確実であるにもかかわらず、確実に儲かる旨を記載したパンフレット等を配布したり<sup>25)</sup>、被害者に宣伝した和牛の品質・数量さえ偽りであつた場合には、（組織的）詐欺罪にあつた可能性がある（組織的犯罪処罰法3条1項13号）。その意味で、出資法の罰則は、一般大衆を詐欺的商法から守るための、第1の防波堤になりうるであろう<sup>26)</sup>。

これに反して、例えば村興しの目的で、一般大衆から資金を集めて牧畜業を営むような場合まで、一律に禁止されるわけではない。たとえ事業の見通しがあいまいであつても、預り金を募集して受け入れることは、当然に「欺く」行為とならないからである。しかし、不特定多数人から預り金を受け入れた事業者が、およそ元本の返済や配当の支払いが不可能であるにもかかわらず、なお真実を隠して資金を募つた場合には、刑法典上の詐欺罪にあつた（刑法246条）。この場合には、時間的な前後

関係があるため、出資法2条違反と詐欺罪は併合罪の関係となる<sup>27)</sup>。

そのほか、電子マネーなどの決済手段については、それが前払式支払手段にあたる場合、自由に払い戻すことはできない（「資金決済に関する法律（平成21年法律第59号）」20条）。そうである以上、法律が定めた条件を充たさないまま、積極的に払戻しをおこなう場合には、出資法違反となる可能性もある。ただし、例外的に払い戻すことを想定しただけで、上述した前払い金が預り金に転じるわけではない<sup>28)</sup>。

## 第5節 浮貸しの禁止

### 1 出資法3条の構成要件

出資法3条は、金融機関の役職員や従業者による浮貸しを禁止している。出資法上の「浮貸し」とは、(a) 金融機関の役職員らが、(b) その地位を利用して、(c) 自己または当該金融機関以外の第三者の利益を図るために、(d) 金銭の貸付け、金銭貸借の媒介、債務の保証をおこなうものである（同法3条）。浮貸しの禁止に違反した場合、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はこれらの併科で処罰される（同法8条3項1号）。なお、浮貸しの場合、その舞台となった金融機関は、むしろ被害者にあたるので、両罰規定は置かれていない。

まず、犯行の主体となるのは、銀行、信託会社、保険会社などの「役員、職員その他の従業者」である。つぎに、「金銭の貸付け、金銭の貸借の媒介又は債務の保証」では、「いかなる名義をもってするか」、また、「いかなる方法をもってするか」を問わない。しかも、「前号に掲げる規定に係る禁止を免れる行為」をすれば足りる（同法8条3項2号）。したがって、本罪において争点となるのは、どのような場合に「その地位を利用し」といえるか、また、「自己又は当該金融機関以外の第三者の利益を図るため」とは何かである（自己又は第三者図利目的）。

#### 出資法3条（浮貸し等の禁止）

金融機関（銀行、信託会社、保険会社、信用金庫、信用金庫連合会、労働金庫、労働金庫連合会、農林中央金庫、株式会社商工組合中央金庫、株式会社日本政策投資銀行並びに信用協同組合及び農業協同組合、水産業協同組合その他の貯金の受入れを行う組合をいう。）の役員、職員その他の従業者は、その地位を利用し、自己又は当該金融機関以外の第三者の利益を図るため、金銭の貸付け、金銭の貸借の媒介又は債務の保証をしてはならない。

#### 同法8条

1 …省略…

3 次の各号のいずれかに該当する者は、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。

一 第1条、第2条第1項、第3条又は第4条第1項若しくは第2項の規定に違反した者

二 いかなる名義をもってするかを問わず、また、いかなる方法をもってするかを問わず、前号に掲げる規定に係る禁止を免れる行為をした者 …省略…

## 2 「その地位を利用し（た）」とは何か

さて、「その地位を利用し（た）」とは、①金融機関の役職員という肩書きを利用して、または、それに伴う有利な立場に乗じて、②当該金融機関の業務の遂行ではなく、もっぱら自己の計算でおこなう場合をいう。例えば、「金銭の貸付け」として、当該金融機関に融資を求めた者に対し、自らが所有する金銭を貸し付けたり、当該金融機関に預金を申し出た者に有利な運用を約束して、その金銭を他の融資希望者に貸し付ける場合である。また、「金銭の貸借の媒介（融資の媒介）」とは、貸主と借主の間に介在して融資を助けたり、融資を求めてきた顧客に対して、他の貸し手を紹介して手数料などを受け取る行為である。そして、「債務の保証」とは、当該金融機関の役職員として他の金融機関などに対して保証契約をすることをいう。

金銭貸借の媒介にあたる例として、信用金庫の会員Aが融資を申し込んだ際、同金庫の支店長Xが、別人から借り受けてやると称して、Xの知人であるBに融資方を依頼し、Bの手持金や同金庫がBに貸し付けた金銭を受け取った後、これをAに貸与した事件があった。なるほど、XがBから資金を借り受けること自体は、支店長の地位を利用したわけでないが、AとBは、Xが同金庫の役職員であることを信頼して金銭のやりとりをしており、本罪が成立するとされた（旧貸金業取締法に関して、札幌高判昭和30・9・13高刑集8巻6号891頁）。

### 住友銀行青葉台支店事件

S銀行の青葉台支店長Yは、他の支店長Zと共謀の上、同支店の顧客Cらがノンバンクなどから借り入れた金銭を「仕手筋」の人間が支配する会社に融資させようとして、Cらを勧誘して11回にわたり総額200億円に上る金銭消費貸借契約を成立させた。裁判では、そもそも融資の媒介がS銀行の業務といえるかが争点になった。

→ 裁判所は、融資の媒介であっても銀行法10条2項の付随業務にあたるとした上で、Yは銀行支店長の地位を利用したと認められること、銀行の公共的性格に照らして、本件のように、およそ銀行業務としては是認されない取引は、特段の事情がない限り、当該役職員が銀行のためにする意思とはいえないとした（東京地判平成6・10・17判タ902号220頁）。

## 3 当該行為の客観的性格と主観的目的

上述した住友銀行青葉台支店事件の控訴審では、支店長の地位利用をめぐる、銀行のためにする意思という主観的要素に依拠するべきでないとして、本件の融資の媒介が、銀行のもつ公共的性格からみて許容されないものである以上、少なくとも出資法の関係では、およそ銀行の業務にあたらぬと述べて、本罪の成立を認めた（東京高判平成8・5・13判時1574号25頁）。

また、上告審である最高裁決定も、社会的に許容されない本件取引は、「当該金融機関の信用を失墜させ、ひいては一般預金者大衆に不慮の損害を被らせるおそれがあるため、これを取り締まろうとする」出資法3条の立法趣旨からして許されないという。また、同条の「金銭の貸付け、金銭の貸借の媒介又は債務の保証は、金融機関の役職員等が、その業務の遂行としてではなく、自己の責任と計算において行うものであ」ることから、本件融資の媒介は、出資法3条が禁止する行為にあたるとし

た（最決平成11・7・6刑集53巻6号495頁）。なお、Y支店長には、仕手筋の情報を得たり、将来謝礼を得る目的のほか（自己図利目的）、仕手筋側の利益を図るといふ第三者図利目的もあった以上、銀行の収益を図る目的が併存していても、それらは副次的なものにすぎないとされた。

#### 4 「地位を利用し」た債務保証など

債務保証にあっても、銀行支店長が自らの地位を利用して、本店の頭取だけが行いうる債務保証を銀行としておこなうように装った場合、たとえ銀行が善意の第三者に対して責任を負担するとしても、本罪が成立するとした（旧貸金業法に関して、高松高判昭和28・2・16高刑集6巻4号355頁）。この事例では、被害銀行の内規によれば支店長に債務保証の権限がなかったため、そもそも当該銀行の業務として行う意思が欠けていた。その意味でも、もっぱら自己または第三者の利益を図るために債務保証をしたものとされた。

なお、過去の判例では、地位利用の要件が広く解されてきた。例えば、貸付資金を調達する際に役職員の立場を利用したり（旧貸金業取締法に関して、札幌高判昭和30・9・13高刑集8巻6号891頁）、信用組合の組合長が、自らが代表取締役を務める会社（組合員）のために、同社が持ち込んだ手形を自己資金で割引いたり、同組合の職員をして手形の信用調査などをさせた場合も、金融機関の役員だけができる便宜供与であり、組合長の地位を利用したものと認定された（旧出資法に関して、東京高判昭和43・9・9高刑集24巻12号1581頁。その上告審は、最決昭和45・11・10刑集24巻12号1535頁である）。

#### 5 浮貸し罪の処罰根拠と適用範囲

しかし、一部の学説は、こうした判例の見解を広すぎると批判してきた。例えば、相手方が役職員の地位を信頼して取引に応じた結果として、不測の損害をこうむる恐れが生じた場合に限定しようとする<sup>29)</sup>。言い換えれば、単にサイドビジネスというだけでは足りず、金融機関の役職員が関与したため相手方が取引判断を誤るなどして、実際に損害が発生する具体的危険を問題にするのである<sup>30)</sup>。すなわち、貸付け行為であれば、金融機関に対する横領や背任に相当する場合、債務保証であれば、金融機関の保証と思わせる詐欺にあたる場合、融資の媒介であれば、役職員としての影響力や信用力を不当に行使した場合に限って本罪の成立を認めようとする<sup>31)</sup>。

しかし、金融機関との関係で不当な利益を得た場合に限定するならば、犯人が単純に自己所有の金銭を貸し付けた場合が除外されてしまう。また、貸し手優位という事情がなくなった現在、背任罪や横領罪、さらに詐欺罪に相当する地位利用も考えにくい。なるほど、浮貸し罪によって、金融機関の財産基盤およびその預金者（の財産的利益）が守られるという側面もあるが<sup>32)</sup>、出資法3条では、横領・背任・詐欺と異なり、特に金融機関や顧客の財産的損害が要件となっていない。むしろ、当該金融機関の社会的信用を維持することで「顧客の利益一般を保護すること」が立法目的とされるため、行為それ自体につき不当な利益があったことは、必要条件にならないのである<sup>33)</sup>。

## 6 自己又は第三者の利益を図る目的

最後に、浮貸しの罪では、「自己又は当該金融機関以外の第三者の利益を図る」目的が必要となる。自らが貸し付けた金銭の利息を収受したり、媒介手数料を受け取る場合に加えて、友人や知り合いの便宜を図る目的であってもよい。また、金融機関の資金を不正に流用する必要はないので、役職員が個人的に調達した金銭であってもよい（最判昭和45・11・10刑集24巻12号1535頁）。媒介によって受け取った金銭の名目も、礼金や調査料など、いかなる名義であるかを問わない（いわゆる「みなし手数料」である）。これに対して、金融機関の業績を向上させたり、顧客離れを防ぐなどの目的があった場合は、本罪とならない。

自己（または第三者）図利の目的は、背任罪の図利（加害）目的と似ている。したがって、財産上の利益に限られず、自己の地位を向上・保全する目的であってもよい<sup>34)</sup>。さらに、インサイダー情報を得たり、有利な条件で転職する目的も含まれる。ただし、自己または第三者の利益になることを認識・認容しただけは足りず、かつ、主たる動機・目的が、金融機関以外の者の利益を図る場合でなければならない。自己（第三者）図利の目的と金融機関の利益を図る目的が併存するときは、いずれが主たる目的であったかで決まることになる<sup>35)</sup>。

## 7 横領罪・背任罪・詐欺罪との関係

出資法8条4項は、同法3条の罪について、「刑法（…省略…）に正条がある場合には、適用しない」とする。浮貸しの罪は、金融機関の役職員らが自分の地位を利用して所定の行為をすればよいが、同時に業務上横領罪や背任罪にあたる場合、刑法典の規定だけが適用される。例えば、業務上占有する金融機関の資金を違法に流用した場合は、業務上横領罪となり<sup>36)</sup>、預金者から受領した金銭を、勝手に貸し付けた場合も同様である。しかし、浮貸しが業務の遂行でないときは、任務違背とはいえないため、背任罪が成立することはない。これに対して、自らの肩書きを利用して債務保証をする場合には、背任罪や詐欺罪にあたる可能性もある<sup>37)</sup>。

なお、浮貸しの罪は身分犯であるが、こうした身分がない者も、積極的に役職員らの犯行に加担すれば、共同正犯として処罰される（刑法65条1項）。ただし、金銭を貸し付けた相手方や貸借媒介における貸主と借主、さらに債務保証の相手方については、たとえ役職員らに働きかけた事実があっても、明文の処罰規定がみられない以上、教唆犯や従犯として処罰されることはない（東京地判平成6・10・17判タ902号220頁）<sup>38)</sup>。

## 8 浮貸し罪の保護法益は何か

かようにして、浮貸しの罪は、当該金融機関の信用を失墜させるものであり、預金者を含む一般大衆に不慮の損害を生じさせる点に着目した抽象的危険犯である。また、犯行の主体は、金融機関の役職員その他の従業員に限られており、身分犯の一種であることを重視するならば、結局は、役職員のサイドビジネスを禁止することで、金融機関の信用を保護するものといえよう（最決平成11・7・6刑集53巻6号495頁）<sup>39)</sup>。

しかし、こうした浮貸し罪は、経済構造の変化と金融の自由化により処罰すべき根拠が乏しくなっ

た。本章の冒頭でも述べたように、資金調達的手段が多様化した現在、どこまで浮貸しを規制するべきかが問われるのである<sup>40)</sup>。また、融資の媒介は、実際の金銭貸付けや債務保証などの法律行為と異なり、単なる事実的行為にすぎない以上、私人間の媒介まで一律に禁止するべきかは疑問であり、出資法3条の禁止対象をより具体化することが望ましいとする意見も根強い<sup>41)</sup>。

## 第6節 高金利に対する規制

### 1 媒介手数料の制限、高金利・高保証料の禁止

出資法では、金銭貸借等の媒介手数料を制限するとともに（同法4条）、高金利の契約・受領・要求や（同法5条）、高保証料の契約・受領・要求（同法5条の2）を処罰している。不当に高い利息や保証料による金銭の貸付けが、債務者を著しく圧迫することから、刑罰をもって高金利（刑罰金利）と高保証料を禁止する一方、こうした規制を免れる脱法的行為も処罰している。すでに紹介した浮貸しの罪では、当該金融機関の信用が保護法益であったが、これらの高金利罪や高保証料罪では、金銭貸付けにおける弱者（顧客または消費者）の保護が図られる。

旧出資法や旧貸金業法の高金利規制では、当初、ヤミ金業者の取締りが中心であった。しかし、法外な高金利や手数料を要求する行為は、ヤミ金業者による貸付けに限られない。むしろ、消費者保護や弱者救済という要素だけでなく、この種の暴利行為に対する社会的非難が強いことも考慮して、数度の法改正により罰則が強化されてきた<sup>42)</sup>。現在の出資法では、貸金業者に限定することなく、ヤミ金業者を含む一般人に向けた高金利規制となっている。

### 2 高金利罪の構成要件

まず、高金利罪からみておこう。出資法5条では、①一般人による金銭の貸付けと、②貸金業者による「業としての貸付け」を区別している。まず、金銭の貸付けとは、金銭消費貸借契約のことであるが（民法588条により準消費貸借も含まれる。）、①出資法5条1項では、（業者でない）一般人が貸し付ける場合、「年109・5パーセント（…省略…）を超える割合による利息（…省略…）の契約をした」か、これを超える割合の「利息を受領し」たり、「その支払を要求した」とき、5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又はその併科となる。

他方、②出資法5条2項は、「業として金銭の貸付けを行う場合」において、「年20パーセントを超える割合による利息の契約をした」か、これを超える割合の「利息を受領し」たり、「その支払を要求した」とき、同じく5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又はその併科とする。いわゆるヤミ金業者も含めて、反復継続の意思をもって金銭を貸し付ける場合（「業として」）、一般人による貸付け（年109・5パーセント）よりも低い刑罰金利（年20パーセント）が定められている。「業として」となっているが、正規の貸金業法に限られないし、営利の目的も必要でない<sup>43)</sup>。

③さらに悪質なケースとして、「業として金銭の貸付けを行う場合」であって、「年109・5パーセント（…省略…）を超える割合による利息の契約をした」り、これを超える割合の「利息を受領し」たり、「その支払を要求した」とき、10年以下の懲役若しくは3000万円以下の罰金又はその併科と

する加重類型がある（同法5条3項）。なお、高金利の「契約をした」とは、利息の授受にかかる契約を締結したときであり、「利息を受領し」とは、事前にその契約を締結したか否かを問わず、現に利息を受け取る行為をいう<sup>44)</sup>。

#### 出資法5条（高金利の処罰）

- 1 金銭の貸付けを行う者が、年109・5パーセント（…省略…）を超える割合による利息（債務の不履行について予定される賠償額を含む。以下同じ。）の契約をしたときは、5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。当該割合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者も、同様とする。
- 2 前項の規定にかかわらず、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20パーセントを超える割合による利息の契約をしたときは、5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。…省略…
- 3 前二項の規定にかかわらず、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（…省略…）を超える割合による利息の契約をしたときは、10年以下の懲役若しくは3000万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。…省略…

### 3 脱法的行為の禁止（その1）

高金利罪では、刑罰利率を数値で示すなど、明快な構成要件になっているが、その抜け道として、異なる名目や別の計算方法を用いて、実質的な高金利を強いる場合がある。そこで、出資法7条では、こうした脱法的行為を防ぐため、形式的な金銭の貸付け（金銭消費貸借）に限らず、手形の割引や売渡担保などの方法によって、実質的な貸付けや金銭貸借をすることも、ここでいう「金銭の貸付け等」にあたるとした（みなし貸付け）。

また、出資法8条1項・2項では、「いかなる名義」であるか、「いかなる方法」であるかにかかわらず、「第5条第1項若しくは第2項…（省略）…の規定に係る禁止を免れる行為をした」り、「第5条第3項の規定に係る禁止を免れる行為をした場合」には、それぞれ、5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又はその併科としたり、10年以下の懲役若しくは3000万円以下の罰金又はその併科で処罰する。いずれの場合にも、高金利の契約をしただけで足り、実際に超過利息を受領しなくても、犯罪が成立する<sup>45)</sup>。

さらに、同法5条は、括弧書きで、「債務の不履行について予定される賠償額（予定賠償額）」も利息に含めている。予定賠償額は本来の利息とは異なるが、高金利罪の適用を免れる目的で、貸付期間を短縮しつつ損害賠償の名目で、実質的に刑罰利息の上限を超えようとする例も少なくない。同様にして、債務不履行に対する制裁金である違約金も、予定賠償額の制約を免れる脱法的行為にあたる場合には、同じく処罰される。他方、利息制限法は、違約金も賠償額の予定とみているが（利息制限法4条2項）、出資法には同種の規定がないので、脱法的行為といえる場合を除いて、ここでいう利息に含めない見解もある<sup>46)</sup>。また、債務不履行が生じた後で本法の上限を超える割合の支払いがあったときは、もはや貸付けにともなう金銭の授受でないため、同法5条1項は適用されない<sup>47)</sup>。

### 出資法5条1項の罪数

金融業を営むXは、Yら複数の顧客に対して100日間の期間で貸し付ける際、1日あたり0.33パーセントの割合で利息契約を締結した上で即時にこれを受領した。原審（福岡高裁宮崎支判昭和52・6・24）は、営業行為として複数の利息を受領しており、包括一罪にあたるとした。

→ 上告審は、営業として反覆累行されたことが当該行為の悪質性を著しく増大させる場合、営業行為であることを理由として包括一罪とみるべきでないとした。すなわち、旧出資法5条1項に違反する複数の利息受領行為は、特段の事情のない限り、個々の契約または受領ごとに1罪が成立して、その全体が併合罪になるとした（最判昭和53・7・7刑集32巻5号1011頁）。

上記最高裁によれば、出資法5条1項の立法目的は、いわゆる高金利を禁止して健全な金融秩序を保持することであり、業として行うことが必要条件ではない。したがって、同種の行為を反覆累行することが当然に予定されているとはいいがたい。学説の多数も、同法5条2項が業として行う場合であるのに対し、同条1項はそれ以外の場合を想定することから、併合罪とする最高裁の解釈に賛成している<sup>48)</sup>。他方、出資法5条2項違反については、その後、包括一罪を認めた高裁判例がある（福岡高判平成11・6・1判時1687号154頁）。

### 4 高保証料罪の構成要件

つぎに、貸し主が刑罰利率に近い高金利を設定する一方、貸し主の関係者を保証人として、借り主に保証料を負担させる方法で、実質的な刑罰金利を課す場合が考えられる。そこで、業として貸付けを行う場合、その保証を業とする者が当該保証の前提になった貸付けの利息と合算して、貸付金額の年20パーセントを超える「保証料の契約をした」り、そうした割合を超える「保証料を受領」または「その支払を要求した」とき、5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又はその併科となる（出資法5条の2第1項）。

また、高保証料の罪では、貸付けの利息が変動利率であったり、根保証にあたる場合に関する特則もある（同法5条の2第2項・第3項）。さらに、金銭の貸付けに際して、保証契約を締結した後で利息を追加した場合にも、保証料と合算して年20パーセントを超えるときは、同じく5年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又はその併科となる（同法5条の3）。なお、出資法5条の2第1項と5条の3については、その脱法的行為を禁止する規定があり（8条1項）、これらを含めて両罰規定がある（同法9条1項1号）。同法5条3項とその脱法的行為についても、両罰規定がある（同法9条1項2号）。

### 5 脱法的行為の禁止（その2）

出資法8条1項から3項では、「いかなる名義をもつてするかを問わず」また「いかなる方法をもつてするかを問わず」、同法が定めた「禁止を免れる行為をした者」が処罰される。すでに紹介した同法5条の3は、上述した高保証料の罪とも関連して、保証料がある場合の特則を定めているが、さらに同法5条の4では、利息を天引きしたり、礼金、手数料、調査料など、他の名目で違法な利息を受



領する行為も禁止している。

つぎに、いわゆる「みなし利息」の規定として、出資法5条の4第2項は、同法5条から5条の3までを適用する際、「利息を天引きする方法による金銭の貸付けにあつては、その交付額を元本額として利息の計算をする」という。また、「礼金、手数料、調査料その他いかなる名義をもつてするかを問わず」、「金銭の貸付けを行う者がその貸付けに関し受ける金銭」である以上、元本以外の金銭を受領または要求するとき、特に同法が掲げるものを除いて、すべてが利息とみなされる（同法5条の4第4項）。他方、契約締結または債務弁済の費用である公租公課の支払いや強制執行の費用などは、「みなし利息」から除外される。こうした「みなし利息」に関するルールは、貸付けにともなう保証料にも妥当する（同法5条の4第5項）。

#### 実質的な利息の天引き

Xは、旧出資法5条1項の適用を免れる目的で、いったんは貸付元本の全額を相手方のAに交付したものの、その場において、ただちに貸付元本の中から貸付全額の全期間に対する約定利息のほか、印紙代、公正証書作成費用等を受領した後、その残額を相手方に交付した。

→ Xの行為は、形式的には利息の前払いを擬装して、出資法5条1項の計算方法を潜脱するものであって、その高金利規制を免れようとする脱法的行為にはかならない。したがって、実質的には、同法5条3項の利息の天引きにあたり、同法5条1項の109.5パーセントを超えているとされた（広島高判昭和36・2・13高刑集14巻1号18頁）。

## 6 高金利罪と高保証料罪の性質

高金利罪は、当該契約を締結しただけで成立し、現に利息を受領しなくても犯罪となる。その意味で、債務者が不当な高金利を負担させられる危険があればよい。そもそも、当事者間の合意にもとづく金銭のやりとりは、それ自体が違法となるわけではなく、本罪は、一定の状況下で高金利を強要される点に着目した危険犯といえよう。そこから、利息天引きによる高金利罪の成立時期は、現に違法な利息を支払う時点まで待つ必要はなく、「利息受領によって実害が生じた場合はもちろん、その具体的危険を伴うにすぎない契約の段階においても、これを処罰の対象にすることにより高金利取締りの実効を期する」のである（旧出資法に関するものとして、福岡高判昭和53・6・27刑月10巻6号～8号1041頁）。

かようにして、高金利罪・高保証料罪では、個々の貸し主と借り主の力関係を考慮した社会的弱者の保護が主眼とされてきた。近年の金融緩和により資金の供給が緩やかになったとはいえ、ヤミ金に頼るしかない債務者の窮状に付け込んだ暴利行為がある以上、不当な高金利を取り締まることが、出資法5条以下の立法目的である<sup>49)</sup>。こうした経済的な弱者保護の見地からは、たとえ債務者が進んで違法な高金利・高保証料を約束した場合にも、共犯（教唆犯または従犯）として処罰されることはない<sup>50)</sup>。

## 7 金銭貸借等の媒介手数料の制限

出資法4条1項は、何人であっても金銭貸借の媒介において、当該貸借金額の100分の5に相当する金額を超える手数料契約を結んだり、これを超える手数料を受領してはならないとする。この規定に違反した場合、3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はその併科で処罰される（同法8条3項1号）。また、同法4条2項は、何人であっても金銭貸借の保証を媒介するにあたり、当該保証料の100分の5に相当する金額を超える手数料の契約をしたり、これを超える手数料を受領してはならず、これに違反した場合にも、同じく3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はその併科で処罰される（同法8条3項1号）。

さらに、これらの脱法的行為として、同法4条3項は、「金銭の貸借又はその保証の媒介を行う者がその媒介に関し受ける金銭は、礼金、調査料その他いかなる名義をもつてするかを問わず、手数料とみなして前2項の規定を適用する」と明記しており、同法8条3項2号は、「いかなる名義をもつてするかを問わず、また、いかなる方法をもつてするかを問わず、前号に掲げる規定に係る禁止を免れる行為をした者」も処罰される。なお、同法4条1項・2項の罪については、両罰規定がある（同法9条1項3号）。

### 出資法4条（金銭貸借等の媒介手数料の制限）

- 1 金銭の貸借の媒介を行う者は、その媒介に係る貸借の金額の100分の5に相当する金額（当該貸借の期間が1年未満であるものについては、当該貸借の金額に、その期間の日数に応じ、年5パーセントの割合を乗じて計算した金額）を超える手数料の契約をし、又はこれを超える手数料を受領してはならない。
- 2 金銭の貸借の保証の媒介を行う者は、その媒介に係る保証の保証料（…省略…）の金額の100分の5に相当する金額（…省略…）を超える手数料の契約をし、又はこれを超える手数料を受領してはならない。
- 3 金銭の貸借又はその保証の媒介を行う者がその媒介に関し受ける金銭は、礼金、調査料その他いかなる名義をもつてするかを問わず、手数料とみなして前2項の規定を適用する。

## 8 媒介手数料を制限する理由

こうした媒介手数料の制限は、金銭貸借を媒介する者が不当に高額な手数料を取得することで、債務者側の利益が著しく減少するのを防止するためである<sup>51)</sup>。犯行の主体は、金銭貸借の媒介を行う者であるが、業として媒介することは必要でない（最判昭和34・3・13刑集13巻3号310頁）。つぎに、（金銭貸借の）媒介とは、貸主と借主の間で金銭貸借の仲介やあっせんなどをする行為であって、貸主と借主の双方に直接に働きかけて金銭貸借の全過程に関与する場合だけでなく、その一部分に介入して最終的に金銭貸借の成立を容易にする場合も含まれる（名古屋高金沢支判昭和55・5・20刑月12巻4＝5号365頁<sup>52)</sup>）。なお、「手数料の契約をし（た）」とは、手数料の授受に関する契約を締結することであり、「手数料を受領し（た）」とは、事前に契約を締結したかどうかを問わず、現に高額な手数料を受け取った場合である<sup>53)</sup>。

つぎに、法文では貸付け金額の100分の5という比率になっているが、この計算の基礎となる金額は、高金利罪（出資法5条1項2項）における利息天引きの規定（同法5条4項）が存在しない以上、かりに利息を天引する場合にも、媒介によって成立した金銭貸借の名目額とされる<sup>54)</sup>。また、貸主と借主が別々に媒介手数料を負担するときは、各人から100分の5までの手数料を受け取り可能なため、最終的に100分の5の上限を超えることもある。

これに対して、一件の金銭貸付けに際して数人の媒介者が介在するとき、各々の媒介者が100分の5未満の手料を取得することで、その総額が出資法の上限を超える場合には、媒介を受けた債務者側に不当な負担を強いることになる。その意味で、すべての媒介者が受け取る手数料を合算して100分の5を超えてはならない。しかも、その媒介により受け取る金銭の名目が礼金、調査料その他いかなるものであるかを問わない（同法8条3項2号）。そもそも、調査料などの諸費用は、本来、媒介手数料に含まれるべきものであって、こうした脱法的行為が禁じられるのは当然である（最決昭和57・12・21刑集36巻12号1037頁）。

## 9 保護法益としての抽象的危険

高金利罪・高保証料罪や媒介手数料の制限があるとはいえ、当事者相互の了解に基づく取引である以上、ただちに刑法典の財産犯にはあたらない。むしろ、借り手の弱い立場につけ込む行為として、もっぱら弱者保護を目的とした金融秩序を維持するための規定といえよう<sup>55)</sup>。だからこそ、高金利罪では、実際に利息を受領した場合にとどまらず、すでに契約締結時に成立し、支払い要求だけでも処罰されるのである。こうした規制によって、一般大衆がこうむるであろう財産的損害の抽象的危険を取り除く仕組みになっている<sup>56)</sup>。

これに対して、同じく経済的弱者保護の見地からであるが、当該金融機関に対する信頼保護や金融秩序の維持を通じて、預金者である顧客の資産保護を図ったのが、浮貸しの罪である<sup>57)</sup>。より抽象的な危険性が問題となるため、一部の学説が具体的な損害に直結する場合とみるのは<sup>58)</sup>、その保護法益に反した解釈であって、すでに金融機関の役職員という地位を悪用した事実が認められれば、一般公衆の利益にとって危険が生じているといえよう<sup>59)</sup>。

## 10 物価統制令との関係

なお、高金利罪や高保証料罪が成立する場合には、物価統制令9条ノ2（不当高価契約等の禁止）は適用されない（出資法6条）。金銭貸借の媒介手数料についても、同様である。出資法5条の高金利罪は、弱者保護の見地から設けられたが、業として金銭の貸付けを行う場合、旧出資法の刑罰金利（年利29.2%）と利息制限法の上限（年利20%～15%）の間で「いわゆるグレーゾーン金利」の問題が生じた。そこで、こうした処罰の間隙を埋めるために「通常は、こうした金利では契約をしない」以上、むしろ「被害者の自由意思を支配した」とみて、物価統制令違反で処罰しようとする見解もないではない<sup>60)</sup>。しかし、平成18年の法改正で出資法の刑罰金利も、年利20%まで引き下げられた現在（同法5条2項参照）、利息制限法との差を埋めるための弥縫策は無用になったといえよう。

### 出資法6条（物価統制令との関係）

金銭の貸付けについての利息及び保証料並びに金銭の貸借及び保証の媒介についての手数料に関しては、物価統制令（昭和21年勅令第118号）第9条ノ2（不当高価契約等の禁止）の規定は、適用しない。

### 物価統制令（昭和21年勅令第118号）9条ノ2

価格等ハ不当ニ高価ナル額ヲ以テ之ヲ契約シ、支払ヒ又ハ受領スルコトヲ得ズ

### 同令10条

何人ト雖モ暴利ト為ルベキ価格等ヲ得ベキ契約ヲ為シ又ハ暴利ト為ルベキ価格等ヲ受領スルコトヲ得ズ

### 同令34条

第9条ノ2又ハ第10条ノ規定ニ違反シタル者ハ10年以下ノ懲役又ハ500万円以下ノ罰金ニ処ス

ただし、出資法5条に違反しない場合は、なお物価統制令を適用する余地がある。すなわち、上述した高金利罪や高保証料罪では、現に利息や保証料を受領しなくても、すでに契約締結時から処罰されるため、むしろ被害者に対する強要という要素が重視されてきた<sup>61)</sup>。他方、物価統制令では、「物価ノ安定ヲ確保シ以テ社会経済秩序ヲ維持シ国民生活ノ安定ヲ図ル」という立法目的からして（同令1条）、不当高価契約や暴利行為それ自体が禁止の対象となるため、取引関係者の一方だけでなく、その相手方も共犯として処罰することが可能となるからである<sup>62)</sup>。

## 注

- 1) こうした出資法による預り金の禁止は、契約自由の原則を侵害しており、憲法29条に違反するほか、出資法2条の構成要件が不明確であるため、憲法31条にも違反するという主張があった。しかし、いずれの主張も、最大判昭和36・4・26刑集15巻4号732頁および最判昭和44・3・28裁判集刑170号897頁によって斥けられている。
- 2) なお、河上和雄・ビジネス刑法入門（1997）14頁は、出資法などが適用できない場合にのみ、外為法が適用されるという。
- 3) 木村光江「出資法の保護法益」齊藤豊治ほか編・神山敏雄先生古稀祝賀論文集第二巻（2006）150頁、同「出資法と消費者の保護」法教240号（2009）19頁。
- 4) 安西・特別刑法〔6〕（1986）84頁。また、高金利罪の保護法益については、最判昭和53・7・7刑集32巻5号1011頁など参照。
- 5) 安西・前掲特別刑法〔6〕84頁。さらに、芝原邦爾・経済刑法研究（上）（2005）22頁は、第一の保護法益は、社会の信用制度と経済秩序であり、第二の保護法益は、一般大衆の財産とされる。
- 6) 芝原・前掲経済刑法研究（上）385、416頁は、出資法1条違反と2条違反の関係が微妙であることから、大衆からの資金集めに対しては、むしろ、2条を適用することになったといわれる。同旨、京藤久「出資法の諸問題」経済犯罪に関する諸問題（トラスト60報告書・1999）54頁など。
- 7) 齋藤正和・出資法（1998）46頁、芝原・前掲経済刑法研究（上）386頁、安富潔・特別刑法入門（2015）171

## 出資法における経済犯罪

頁など。

- 8) 安富・前掲特別刑法入門175頁。
- 9) 安西・前掲特別刑法〔6〕85頁。
- 10) 芝原・前掲経済刑法研究（上）416頁など。
- 11) 京藤哲久「出資法の預り金・出資金規制について」西原春夫先生古稀祝賀論文集第三卷（1998）358～359頁。
- 12) 鶴田六郎「出資の受入，預り金及び金利等の取締等に関する法律2条1項，2項にいう『預り金』にあたる時とされた事例」捜査研究33巻4号（1984）32頁以下。
- 13) 京藤・前掲西原古稀祝賀第三巻347頁，安富・前掲特別刑法入門173頁。
- 14) 安富・前掲特別刑法入門176頁
- 15) 芝原・前掲経済刑法研究（上）387頁，安富・前掲特別刑法入門179頁。
- 16) 芝原・前掲経済刑法研究（上）388頁，安西・前掲特別刑法〔6〕86頁，木村・前掲法教240号16～17頁。しかし，齋藤・前掲出資法50～52頁は，もっぱら集金者の主観により区別されるという。
- 17) 芝原・前掲経済刑法研究（上）389頁，安富・前掲特別刑法入門180頁。
- 18) 芝原・前掲経済刑法研究（上）388～389頁。
- 19) 安富・前掲特別刑法入門178頁。
- 20) 齋藤・前掲出資法47頁，安西・前掲特別刑法〔6〕86頁，安富・前掲特別刑法入門177頁。
- 21) これに疑問を提起するのは，神山敏雄・〔新版〕日本の経済犯罪（2001）145～146頁，齋藤・前掲出資法75頁である。
- 22) 野村稔・経済刑法の論点（2002）145頁。
- 23) 安富・前掲特別刑法入門182頁。
- 24) ただし，安富・前掲特別刑法入門182頁は，両罪の保護法益が異なる以上，観念的競合になるといわれる。他方，神山敏雄「出資法上の犯罪」犯罪と刑罰8号（1991）29～30頁は，両罪の法条競合とする。
- 25) 浦和地判平成10・3・26 ケーブック経済刑法〔第3版・2010〕202頁参照。
- 26) 京藤・前掲経済犯罪に関する諸問題52頁。
- 27) 芝原・前掲経済刑法研究（上）23頁，京都地判平成5・9・20判タ832号226頁。
- 28) 安富・前掲特別刑法入門181頁。
- 29) 芝原・前掲経済刑法研究（上）398～399頁，423頁，吉田淳一「出資の受入，預り金及び金利等の取締等に関する法律の概要」捜査研究17巻10号（1968）47頁など。
- 30) 上嶋一高「浮貸し等の罪」西田典之編・金融業務と刑事法（1997）125～126頁。しかし，上嶋・前掲書127頁では，金融機関の信用失墜を防止することにも言及している。
- 31) 佐伯仁志「銀行支店長による融資の媒介と出資法三条」金融法務事情1588号（2000）79頁。
- 32) 芝原・前掲経済刑法研究（上）423頁，安富・前掲特別刑法入門170頁。
- 33) 池田修・最高裁判所判例解説平成11年版（2002）119頁，木村・前掲神山古稀祝賀第二巻147頁。
- 34) 芝原・前掲経済刑法研究（上）393頁，山口裕之「出資法三条（浮貸し等の禁止）違反の罪」金融法務事情1275号（1991）24頁。
- 35) 芝原・前掲経済刑法研究（上）393頁，山口裕之・前掲金融法務事情1275号24頁。
- 36) 野村・前掲経済刑法の論点148頁。
- 37) 芝原・前掲経済刑法研究（上）399頁，齋藤・前掲出資法116頁。反対，野村・前掲経済刑法の論点148頁。
- 38) 芝原・前掲経済刑法研究（上）394頁，上嶋・前掲金融業務と刑事法127頁。
- 39) なお，芝原・前掲経済刑法研究（上）419，423頁参照。
- 40) 西田典之「出資法三条に違反する金銭貸借の媒介の成立要件」金融法務事情1577号（2000）7頁，橋爪隆「銀

行取引をめぐる犯罪」山口厚編・経済刑法（2012）141頁も同趣旨であろうか。

- 41) 西田・前掲金融法務事情1577号11頁。
- 42) その経緯については、齋藤・前掲出資法5頁以下を参照されたい。
- 43) 安富・前掲特別刑法入門188頁。
- 44) 芝原・前掲経済刑法研究（上）402頁、齋藤・前掲出資法157頁。
- 45) 安西・前掲特別刑法〔6〕93頁。
- 46) 安西・前掲特別刑法〔6〕93頁。
- 47) 齋藤・前掲出資法155～156頁。
- 48) 芝原邦爾「出資法をめぐる法解釈上の諸問題」刑事法学の課題と展望（香川達夫博士古稀祝賀・1996）375頁、齋藤・前掲出資法158頁。
- 49) 京藤哲久「金利の法的規制」前掲金融業務と刑事法104頁参照。
- 50) 野村・前掲経済刑法の論点151頁、佐藤健「出資法（高金利）」判タ1431号（2017）84頁など。
- 51) 齋藤・前掲出資法123頁、126頁。
- 52) 齋藤・前掲出資法126頁。
- 53) 小川新二「いわゆる出資法における媒介手数料の制限に関する若干の問題点について」研修564号（1995）107頁、齋藤・前掲出資法134頁。
- 54) 小川・前掲研修564号109頁、齋藤・前掲出資法127頁。
- 55) 神山敏雄・新版・日本の経済犯罪（2001）160～161頁。
- 56) 木村・前掲神山古稀祝賀第二巻150頁。
- 57) 木村・前掲神山古稀祝賀第二巻151頁。
- 58) 上嶋・前掲金融業務と刑事法122頁以下。また、齋藤・前掲出資法83頁以下は、取引の当事者（金融の利益の「供与」者とも表現されるが、むしろ利益を「受ける」側のことであろう）が不測の損害を被る危険を重視されるが、金融機関の信用失墜を予防する趣旨も強調されている。
- 59) 木村・前掲神山古稀祝賀第二巻151頁。また、岩原紳作「浮貸しの罪の要件（上）」金融法務事情1429号（1995）10～11頁参照。
- 60) 京藤・前掲金融業務と刑事法104頁以下。
- 61) なお、物価統制令の暴利罪については、京藤・前掲金融業務と刑事法98頁以下、106頁以下を参照されたい。
- 62) また、京藤・前掲金融業務と刑事法110頁は、「今日のような市場経済が中心の社会においては、物価統制令10条の暴利罪は個人的暴利罪型の暴利罪として理解しない限り、処罰の合理性、正当性を確保しえない」とされるが、果たしてそうであろうか。たとえ市場経済であっても、一般市民の窮迫状況につけ込む輩は存在するのであって、現にオイルショック時代の買占め横行に対抗する特別立法がなされたくらいである。その意味で、物価統制令それ自体を「統制経済的手法を用いるがゆえに必要な犯罪類型（同117頁）」と決めつけるべきではない。