

没収に代えて追徴すべき賄賂の算定基準時

大 谷 実

【参照】 刑法一九七条の五、一九条の二。

最高裁昭和四一年（あ）第一二五七号、収賄、加重収賄、有印虚偽公文書作成、同行使被告事件、同四三年九月二五日大法院判決。
・破棄自判、原審東京高裁。

判例タイムズ二二七号一七九頁以下。本判例については、谷口正孝氏の判例批評がある（判例タイムズ二二〇号）。

【事実の概要と争点】

横浜地方法務局の出張所長である被告人は、昭和三六年五月、不動産業者Aから、各種登記申請などにつき、好意ある措置を講じてもらう趣旨で宅地五六坪七合の贈与を受けて、これを収賄し、同年一二月、Aから土地地目変更申告をうけたさい、実際は農地である土地を宅地であるかのような内容虚偽の土地実地調査書九通を作成、行使し、さらにBから、昭和三七年一二月と同三八年三月の二回にわたり、登記申請などにつき優遇措置を受けた謝礼として、現金五万円ずつ、合計一〇万円の供与を受け、これを収賄した。ところが、被告人は、前記収賄した宅地を昭和三八年三月に情を知らない第三者（被告人の結婚した娘）に贈与した。そのため没収不能となり、第一審では、昭和三八年三月当時の鑑定価額（没収不能時の価額）一三八万九一五〇円および前記一〇万円を併せて、一四八万九一五〇円を追徴する旨の言渡しをした。なお、収賄時の鑑定価額は、八六万七一五〇円とされた。原審

没収に代えて追徴すべき賄賂の算定基準時

判決も、「没収すべきものが没収することができなくなってその価額を追徴する場合は、没収刑を定めた法意に照らし収賄時をもつて基準とすべきではなく、没収不能となった時点の価額を追徴すべきものと解する。」と判示し、一審判決と同様の金額を追徴する旨の言渡しをした。(その他の論点は省略)

弁護人上告。

【上告理由】 追徴は没収不能のとき若しそれが可能であるならば没収されたであろう不正利益の価額を追奪するものであるから、没収の補定(足?)的機能を荷うものである。然し追徴は独立の附加刑であつて没収の換刑処分ではないのである。没収を科することができない場合に追徴が科せられるのであるから両者の科刑権の発動は相交わることがないのである。追徴は独立の附加刑としての性質が考えられなければならない。追徴もまた刑であるから刑罰法規の基本原則に支配され当然行為時法の適用があるべきである。そこで法は行為時における不正利益の価額を予定したものと解しなければならないと思うのである。この見解は罪刑法定主義の精神や、刑法第六条の法意によって支持されると考える。また控訴審判決は、昭和四年一月八日大審院判決「賄賂の価額を追徴すべき場合にはその価額は賄賂の授受ありたる当時の価額に依るものと解する」を相当とするという趣旨に反するから破棄を免れない。(その他の論点は省略)

【判決理由】 「……収賄者は賄賂たる物を收受することによってその物のその当時の価額に相当する利益を得たものであり、その後の日時の経過等によるその物の価額の増減の如きは右收受とは別個の原因に基づくものにすぎないのであるから、没収に代えて追徴すべき金額はその物の授受当時の価額によるべきものと解するのが相当である。……しからば、原判決は右大審院判例と相反する判断をした違法があり、論旨は理由がある。

……被告人が原判決第一のとおり賄賂として收受した宅地は、昭和三八年三月二二日被告人から情を知らない村上文子に贈与され没収不能となつたこと、被告人が右宅地を收受した当時におけるその価額は八六万七五一〇円であつたことはいずれも原判決の認定するところであるから、これとその他の余の収賄金額一〇万円との合計九六万七一一五〇円を同法一九七条の五により被告人が

ら追徴する」こととする。

田中裁判官の反対意見

「……私は、没収及びこれに代わる追徴の性質にかんがみ、右の多数意見には賛成することができない。むしろ、原判決の判示するように、没収すべき物の没収が不能となったために、その価額を追徴すべき場合には、没収不能となった時点におけるその物の価額を追徴すべきもので、この点の原判決の判断は正当であり、本件上告は棄却すべきものと考ええる。その理由は、次のとおりである。

一、没収は、犯罪に関係のある物件の所有権を剝奪して国に帰属させることを目的とした附加刑であり、主刑に附加してこれを科することによって科刑の目的を全うしようとするものである。……特にこれを「附加刑」としているのは、主刑と異なり、多分に保安処分的性質をもつものであるからにほかならない。そして、追徴は、没収を科すべき場合であることを前提とし、本来、没収すべきものが法定の事由によって没収することができなくなった場合に、これに代えて補充的・代替的に科せられるべきものであることは、法文上、明らかである……。

二、没収及び追徴の性質が右述のとおりであるとすれば、犯人が收受した賄賂の全部又は一部を没収することができない場合に、その没収に代えて補充的・代替的に科せられるべき追徴は、正に賄賂の目的物を没収することが不能となったときを基準として、その価額を科すべきものとするのが、収賄者をして賄賂による利益を保持させないことを目的として定められた法文の文理にそう解釈であるのみならず、追徴の補充的・代替的性質にも合する合理的な解釈であるといわなければならない。

収賄者の授受した賄賂の目的物は、日時の経過等によって、その価額の増減を生ずるのが通例であるが、仮りにその価額が増大する場合を考えると、収賄者がその増大した価額でその目的物を処分し、その結果として、その没収が不能となった場合に、目的物の授受等を基準としてその時の価額を追徴したのでは、収賄者に価額の増大した分だけの利益を不当に保有させる結果となり、追徴の叙上の趣旨に照らし、不当といわざるを得ず、また、仮りにその価額が減少する場合を考えると、その間、収賄者は何らか

の利益を受けることになるが、収賄者が目的物をそのまま保有していたとすれば、当然その状態における目的物が没収されることになるのであるから、その没収に代わる追徴が、その目的物の価額、すなわち、本来没収すべくして没収することができなくなった状態におけるその目的物の価額についてされることにしても、必ずしも不当とはいえない……。」

大隅裁判官の反対意見

「……刑法一九七条ノ五は、犯人の収又した賄賂の全部または一部を没収することができないときは、『その価額』を追徴すべきのとしているが、いわゆるその価額とは、裁判言渡の時ににおける賄賂の目的物の価額を意味するものと解するのが、最も理論的であると考ええる。けだし、収賄者が賄賂の目的物の保持を継続し、没収の言渡を受けたとすれば失ったであろう利得相当額を追徴するのが、前述した追徴制度の趣旨にそうゆえんであると認められるからである。……ただ、この見解によると、裁判言渡時の価額の裁判中に予測して決定することを要し、また一審が無罪で二審で破棄自判または破棄差戻をする場合に、その裁判言渡時を標準としてその価額を定むべきかの問題を生ずるなど、若干の技術的難点があるのを免れない。その点を考慮すれば、賄賂の目的物につき没収不能の事由を生じた時を標準として右の価額を定むべきものと解するのが、実際上は適當であるといえるであろう。いずれにしても、賄賂の授受があったときを標準として右の価額を定むべきものとする多数意見の見解には、にわかに賛成することができない……。」

【評釈】判旨の結論に賛成する。

一 本判例の論点は、要するに、没収不能の場合の、いわゆる追徴価額を、どの時点を基準にして算定すべきにある。ここでは、当面、刑法一九七条ノ五にかかわる問題であるが、その前提として、刑法一九条の没収の法的性格および同一九条ノ二の任意の追徴の性質を検討する必要がある。したがって収賄罪の追徴価額算定基準時を論ずるにあたっては、右一九条の没収と、収賄罪にいわゆる必要的没収の制度的異同を明らかにしなければならぬ。第二に

追徴制度の本質を明確にし、それに立脚したうえで、価額の算定基準時を導き出さなければならぬ。

近時、没収の対象が土地であるばあい、価格の暴騰が著しく、したがって、追徴価額の算定基準時をどの時点に置くかによって、現実には、重大な影響をもたらすことが推測される。もともと、目的物が一定期間（收受時から没収不能時ないし裁判時）有形的に存続し、その価額が変動するばあいは、たんに土地についてのみならず、株券のばあいなどにも生じうるわけである。

本判例は、たまたま土地が目的物となっているばあいであり、右基準時を收受時、いかえれば行為時に置いたものである。これにたいし、二裁判官の反対意見は、没収が不能となった時点にこれを求めた。多数意見は、従来の判例を踏襲したものとされるが、右に述べたように価額の一定期間中の変動を明確に意識したうえで展開しているものであり、その点、重大な意義を持つものと考えられる。とくに反対意見は、多数意見に真向から対立し、一方の理論的根拠を提供していると思われるので、それぞれの立場を対比して研究することは、学問的にも必要であり、この問題の方向を探ることは、今後の実務にとって意義あるものと考ええる。

二 没収は、現行法上犯罪を原因として物の所有権を原所有者から剝奪し国庫に帰属せしめる処分（最判昭三七・二・二八・刑集一六・二・七二）であり、附加刑として、犯人に対し主刑の言渡をするさい、これに附加して科す刑罰であり、財産刑の一種である。ところで、右に述べたように、現行法上、没収は形式的には刑罰であるが、実質的には保安処分であるとする見解が有力である（小野・刑法講義二四〇頁。草野・刑法要論一九六頁。団藤・刑法綱要（総）三九〇頁。井上・刑法学（総）二七六頁。大塚・刑法概説三四三頁。吉川・刑法総論三〇六頁。福田・刑法総論二五八頁。）。これにたいして「そもそも、法が刑法九条において没収を附加刑とする旨の明文をおいているにもかかわらず、これを目して単に形式的・名目的なものにすぎないとし、その実質を保安処分であるとみて、没収の言渡を保安処分の理念に従って運用すべきもので

あると解することは、保安処分制度のない現行法の下においては、特別の理由がある場合でなければならぬ」(伊達・刑法講座)とする主張がある。刑法一九条のもとにおける任意的没収の中には、刑罰的なものと保安処分的なものが含まれているというのである(同頁、藤木・注釈刑法)。第三者没収を認める現行法のばあい、没収が全面的に刑罰的色彩を持つと解するのには無理がある。しかし、犯罪行為により得た物、これらの物の対価として得た物の没収は、犯罪による利得を犯人に保持させないという意味で、保安的・予防的色彩を認めることができるが(藤木・前出)、実質は、犯罪行為に對する非難としての財産刑であるとみるのが合理的であるように思われる(ここで、犯罪による利得を保持させないこととが保安処分的色彩を持つという見解は、

本判例の少数意見にも見られるが、そのばあいの保安処分内容自体定かでない)。

刑法一九七条ノ五の没収が必要的没収であり、したがって、同一九条の特例であることに異論はなからう(木村・刑法各論二九六頁)。そうして本条の趣旨は、要するに「収賄者に不法の利益を保有させない」(内藤・注釈刑法四三二頁)ことにある。

この没収を保安処分と見るのが通説のようであるが、むしろ、收受行為それ自体に對する非難が強いために、法は必要的没収として、財産的不利益を義務づけていると見るべきではなからうか。その意味で、フランス刑法一七七条が賄賂額の二倍の罰金刑を科すとしているのと同旨と解すべきであり、刑罰的色彩が濃いと考えるべきであろう(この点について明確にふれたものとして竹田「費消した賄賂金額の返還と追徴」(法と経済)八巻四号一二五頁。いわく「附加刑たる性質即ち保安処分的性質と、民事責任的性質とを本質とし、それを根拠として認められたものであることは、我が刑法に於ける没収の性質、及第一九七条第二項が収賄者に對してのみ必要的没収追徴を規定していることに徴し明白である」と。なお、竹田教授は、刑罰的作用を重視して認められたものであるならば、その必要性は収賄犯人に限るべきでないと思われる。しかし、これは、論理が逆であると思われる)。

三 没収が不能なばあい、犯人に犯罪による利得を保持させないという趣旨を徹底させるため追徴制度が設けられた。その意味で追徴は没収の換刑処分的意義を持つが刑罰そのものではない。しかし現実には罰金と異なるところは

なく、とくに没収のばあいは物の使用価値が剝奪されるのに対し、追徴は、それに相当する金額を強制的に納付せしめるのであるから罰金とほとんど性格を同じくするといえよう（藤木・前出（一五七頁））。まして、必要的追徴を認める収賄罪のばあい、刑罰と何ら異なるところがなからう。このように、追徴の性格を實質的にとらえ、刑罰としての罰金とほぼ同一のものと考えれば、その価額は、自ずと行為時を基準として決定されなければならないという結論になる。本判例は、没収・追徴の法的性格について語っているわけではないが（もつとも判例上、追徴の性質にかんしては、制裁的、刑罰的性質が重視されるところという観点は確立しているといえよう。最判・昭三九・七・一日判決、刑集一八卷六号二九〇頁）、收受行為それ自体によって得た利得に限定して追徴を認める趣旨に立脚したのであるから、いわゆる保安処分説に従ったものではなからう。これに対して反対意見は、いずれも没収が保安処分であることを前提にして、没収不能時を追徴価額の算定基準時としている。そこで、没収の法的性格と追徴価額の算定基準時が、いかにかわっているかを見ることにしよう。

四 追徴価額の算定基準に関して、従来ほぼ三つの学説が対立している。

(1) 收受時説 多数説はこの立場をとる（小野・刑法各論五九頁、木村・刑法各論二九七頁、斎藤（全）・刑法各論改訂（各）一三六頁、内藤・注釈刑法（四）四三三頁、版三〇頁、団藤・刑法綱要（各）一三六頁、内藤・注釈刑法（四）四三三頁）。この説の支持者の多くは、没収を保安処分的色彩をもつものとしてとらえる。しかし、収賄者に不正の利益を得させないとする保安処分的な角度から見れば、收受後価額が増加したばあいにも必要的追徴を認めるべきではなからうか。もつとも、増加部分は、一九条ノ二により別に没収・追徴を認めればよいとしているので、実際上の不合理は避けられる。

(2) 没収不能時説 植松教授によって代表されよう。同教授は、追徴は純粹に刑罰的性格を持つということを前提にして、「追徴は本来没収すべき物を没収することができなくなったときに行なうものであるから、没収不能の状態を作った者から、現実に取得した利益を追徴すべきである」（刑法概論一三二九頁、同・刑法概論二六（七頁、同旨、福田・刑法各論六六頁））としている。この見解

は、要するに、追徴が不正の利益を犯人に帰させないとする精神にもとづく以上、犯人が現実に取得した利益を剝奪することを目標とすべきであるという点を根拠としている(内藤・注釈刑法(4)四三三頁)。しかし、追徴を刑罰的色彩の濃厚なものとしてとらえるかぎり、偶然的要因による価額の増減について考慮することは、刑法の行為刑原則に反するものと思われる。

(3) 裁判時説 藤木教授によって代表される。同教授は、刑法一九条ノ二の追徴につき、それが罰金と同一性質のものであることを前提としながらも、「追徴が犯罪による利益の剝奪のための没収の趣旨を貫徹することを目的とするものだという点からすれば、犯人がその物の保持を継続し、没収の言渡を受けたとすれば、失ったであろう利得相当額を追徴するのが本旨に副うものと考えられるから、裁判言渡の価額によるべきであろう」(藤木・注釈刑法(1)一五九頁、岡田庄・刑法各論一六五頁)とされる。この見解についても(2)説と同様の批判が向けうると同時に、大隅裁判官の反対意見中にも見られるとおり、追徴当時の価額を、事実審のどの時点で決定するか問題とならう。

判例上リーディング・ケースとなったのは、上告理由でも引用されている大審院昭和四年一月八日判決であり「賄賂の授受ニ依リ収賄者ハ利益ヲ享受スルヲ以テ賄賂ノ価額ヲ追徴スヘキ場合ニハ其ノ価額ハ賄賂ノ授受アリタル当時ノ価格ニ依ルモノト解スルヲ相当トス」(大・刑集八卷六〇一頁)と判示している。なお藤木教授は、「収賄罪に関する賄賂の追徴については、没収不能時を標準とするのが判例である」として、大審院判例昭一九年九月二九日判決を掲げているのであるが、適当でない(藤木・前出(一五九頁))。多数意見にも現われているように、この判例は、賄賂として現金が授受された事案に関するものであり、いったん收受した賄賂と同額の金銭を返還した場合の追徴方法に関する判決だからである。

本判例は、前記昭和四年一月八日判決の趣旨を踏襲したものといえよう。これにたいし、少数意見は、没収の保

安処分的色彩を強調しつつ、追徴価額の算定基準時を没収不能時に置いたのであった。この結論は、学説上の論理的帰結と異なっている点、今後、検討の余地を残している。

五 没収ないし追徴の法的性格と追徴価額の算定基準時の決定とは、従来の学説・判例上、かならずしも論理的に一貫しているわけではない。しかし、収賄罪における没収が「犯人に不正な利益を保持させない」という趣旨であるとしても、それがただちに保安処分的色彩を持つものとして、刑罰に適用される諸原理を排除するものと考えるのは適当でない。また、ここで用いられる保安処分の内容は、けっきょく、一般予防の問題として理解されるべきものである。したがって、収賄罪における没収・追徴について、行為時法の適用を排除する必要はないものと考ええる。

もともと、没収不能説が説得力を持つのは、行為時の価額より著しく増加するばあい、その利得を犯人に残しておくことは適当でなく、他方、目的物を使用したために価額が減少しても、没収それ自体は、目的物に対してなされることに対応して考えられているからである。これが反対意見の理論的根拠でもあった。この点、収賄時説の観点からは、追徴の刑罰的性質を重視し、かりに価額が増加した場合においても、それが、犯人の収賄行為それ自体によって取得されたものでないかぎり、不正な利益と考えられるべきではないということになる。さらに、価額減少後の目的物の没収との関連については、没収の目的物が存在するのに没収を執行しなかったのは、国家の責任であり、その間にえた利益については、国家は追求しないという趣旨にあるものと考ええる。けっきょく、追徴は、犯人が目的物を没収不能にしたということに対する責任をも追求するばあいに、刑罰的色彩に富んだものとなる。

もつとも価額が没収不能の時点で高騰し、そのため収賄時の価額を算定基準としたのでは、現実に不合理を生ずるばあいもありうる。このばあいは、前記、団藤・内藤説のように、一九条ノ二の適用がありうると考える。しかし、

没収に代えて追徴すべき賄賂の算定基準時

没収に代えて追徴すべき賄賂の算定基準時

一一六（一一六）

本件のように、たんに贈与したにすぎず、金銭的利益を得ていないような事例においては、一九条ノ二の適用はないと考える。多数意見に賛成する理由である。