

## 刑事判例研究

新規上場に先立ち株式を公開価格で取得できる利益が贈収賄罪の客体となるとされた事例

——殖産住宅等贈収賄事件——

(昭和五九年<sup>63</sup>第三四七号証券取引法違反贈収賄被告事件、昭和六三年七月十八日小法廷決定、上告棄却、刑集四二卷六号八六一頁)

今 上 益 雄

【事実】 一 Oは、大蔵省証券局証券監査官として、有価証券届出書、報告書の審査等の職務を担当していたが、昭和四十七年、殖産住宅相互株式会社がその新株を東京証券取引所に上場させるため、新株を発行して公募公開をするに当たり、大蔵省に對して有価証券届出書を提出する際、その審査を担当した。

同年九月初め頃、同社の財務部長代理であるKから、新株のうち一万株を発行価格（一株一、二五〇円）によって提供する旨の申出を受けた。

その際、Oは、右新株の割当が前記届出書の審査に対する謝礼の趣旨で提供するものであり、その株式は同年一〇月二日に予定されている上場後確実に値上りするものと見込まれていて、その値上りによる利得を得られるものであることを認識しながら、その申出を了承し、同年九月一八日頃、Kに対して一万株の代金として現金一、〇〇〇万円を交付するとともに、Kから不足分二五〇万円につき立替払いの承諾を得、よって一万株について株券交付日にその株主となるべき地位を取得したものである。ちなみに、この新株の上場始値は二、五八〇円であった（Oは、同様の事情のもとで、日本電気硝子株式会社からも、売出公開株式二万二、〇〇〇株を発行価格で取得している）。

二 Tは、東京証券取引所の上場部次長として、新株の上場申請についての審査事務等を担当していたが、殖産住宅が東京証券取引所に対し株式の新規上場の承認申請をした際に、Oと同様の認識を有しながら、その審査の謝礼として、同社関係者からその新株五、〇〇〇株の発行価格による割当を受け、その代金払込をし、株券交付日にその株主となるべき地位を取得したものである（Tもまた、Oと同様の事情のもとで、ミサワホーム株、ある（株式会社ほか五社から、公開株式を発行価格で取得した））。

三 右の事実関係に基づき、O・T両名が収賄罪、殖産住宅関係者等五名が贈賄罪で起訴され、第一審の東京地裁（東京地判昭和三六・三・一〇）は、Oにつき刑法一九七条一項により懲役二年六月、追徴一、六九三万円、Tにつき証券取引法二〇三条一項により懲役二年、執行猶予三年、追徴九八七万円、贈賄側全員につき、Oに対する者は刑法一九八条、Tに対する者は証券取引法二〇三条三項により、各懲役一年六月ないし八月、執行猶予二年ないし三年に処した。これに対して被告人全員が控訴したが、東京高裁（東京高判昭五九・一・一七）は、本件贈収賄罪の構造、賄賂の内容となる利益について第一審と異なる見解を採用したところから、第一審判決を破棄自判し、改めて被告人全員に有罪を言渡した（Oが懲役二年、追徴三一六万円、Tが懲役一年六月、執行猶予付、追徴二〇八万五千円、贈賄側は懲役三月ないし一〇月、いずれも執行猶予付）。

この控訴審判決に対し、Oおよび殖産住宅関係者一名を除き、他の被告人等が判例違反、法令違反、事実誤認等を理由に上告した。

【判旨】 本決定は、被告人等の上告論旨はいずれも刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらないとして上告を棄却したが、

「なお」として、次のように判示している。

「原判決の認定によれば、本件は、殖産住宅株式会社、日本電気硝子株式会社その他の株式会社が東京証券取引所等において新規に上場されるに先立ち、あらかじめその株式が公開された際、贈賄側の者が公開に係る株式を公開価格で提供する旨の申し出をし、収賄側の者がこれを了承してその代金を払い込むなどしたという事案であるが、右株式は、間近に予定されている上場時にはその価格が確実に公開価格を上回ると見込まれるものであり、これを公開価格で取得することは、これらの株式会社ないし当該上場事務に関与する証券会社と特別の関係にない一般人にとっては、極めて困難であつたものである。以上の事実関係のもとにおいては、右株式を公開価格で取得できる利益は、それ自体が贈収賄罪の客体になるものというべきであるから、これと同趣旨に出た原判決は、正当である」。

【研究】 一 本決定は、政官界を巻き込んで現在最大の政治疑獄となっているリクルート事件の審判に多大のインパクトを与えるものとして注目されるものである。

本件における被告人Oは、大蔵省証券取引所上場部次長であり、刑法上の収賄罪の主体となりうることに問題がない（刑法七条一項）。またTは、東京証券取引所上場部次長であり、証券取引法上の収賄罪は、主体が証券取引所の役職員である点を除き、その構成要件は刑法上のそれと同じであり（証券取引法三〇条一項）、賄賂の意義も、職務に関する違法な報酬としての利益と解される点では変わりはなく、本件の公開株式の提供は、OおよびTの本来の職務行為に関してなされたものと認められるので、収賄の要件としてのいわゆる職務関連性についても問題がないとみてよい。

そこで、本件における問題点は、第一に、新規上場の公開株式の割当を受け、これを引受け公開価格を払込んで株

式を取得することが賄賂の内容としての利益を得たといえるか否か、いえるとすればその利益の実体は何か、第二に、本決定ではなんらの判示をしていないが、本件におけるような無形の利益を刑法一九七条ノ五後段（または証券法二〇三条二項後段）により追徴することができるか、できるとすればその利益額の算定をどのようにするかにあると考えられるので、以下これらについて考察することとしたい。

## 二 第一の問題点である。

(1) 先ず、被告人は、本件公開株式の取得によって、職務に関する不法な報酬としての利益を得たといえるか。もしそれが取得者にとってなんらの利益も生じないとすれば、賄賂を收受したことにはならないからである。事実、被告弁護側は、客観的に最も適正かつ妥当な価格である公開価格を払込んで公開株式を取得してもなんら財産上の利益は生ぜず、贈収賄罪の成立する余地はないと主張した。これについて、本件においては、第一審、控訴審および上告審のすべてが、公開株式を公開価格で取得したことをもって利益を得たものとした。ただし、利益があると判断するための前提として、検察側の主張を全面的に採り入れ、本決定は、①本件公開株式は上場時にその価格が確実に公開価格を上回ると見込まれていたこと、かつ②同株式は一般人にとって入手が極めて困難であったことを認定している。確かに、①については、第一審および控訴審判決が認めているように、公開価格は、当該株式の発行会社から委託されてその上場を取り扱う幹事証券会社が、大蔵省の了承を得ても決定するが、その価格算出に当たっては、当該発行会社と業務内容の類似するいくつかの会社の株式における市場価格を基準として、それによって定められた価格をさらに一割ほど下回る価格に決定するのが通例であったこと、当時は日本経済の高度成長期にあって株式市況全体

が好況で一般に株価が上昇傾向にあり、かつ公開株式は上場が承認された事実から、その企業の財務内容、業績の優秀性が保証され、将来性も高いとみなされ、昭和四五年から同四八年六月にかけて、本件公開株式を含めて新規上場の公開株式については、その上場始値が公開価格より相当程度上回るといふ客観的状況が存在したものといえよう。また、②についても、第一審判決が指摘するように、値上りが確実に予測される新規公開株式は、入手希望者が極めて多い半面、公開株式が相対的に少ないため、取扱証券会社は営業政策上の観点から、顧客の確保、拡張等の手段として利用する等の目的から、特定の関係者にかぎって販売しており、一般人が公開株式を取得することは事実上不可能であったという事実が認められよう。(右事情が、例外的な場合ではないことは、三菱自動車工業の訴。その意味で、弁護側の本件公開株式が上場後確実に値上りするとはいえないし、その株式を希望する一般常人はだれでも入手可能であった旨の反論は、実情を無視した建前論に終始したものであって、妥当であるとは思われない。右に見た二つの事実を前提とするかぎり、本件公開株式を公開価格で取得することは、その者にとって利益があるといつてよい。)

(2)次の問題は、こうした利益の実体である。この点については、第一審と控訴審の見解との間に顕著な違いがみられる。これが、控訴審において第一審判決を破棄自判して、量刑として主刑追徴ともに、第一審より軽減された理由となっている。第一審判決は「本件公開株式の上場始値と公開価格との差額に相当する利益」を贈収賄罪の客体とみた。そして、贈収賄の実行行為を右差益を現実に授受する行為であるとし、この賄賂の授受行為は、公開株式の「割当、引受、払込行為によって完了するから、後日上場始値が公開価格と同額か、あるいはこれを下回るといった不測の事態が生じたときには、実行行為後における結果不発生<sup>(未遂)</sup>の一場合として取扱えば足りることになる<sup>(未遂罪処罰規定たることあるは)</sup>」

を欠くため、申込、要求、約束に当格別、供与、收受として犯罪不成立」という。これは、公開価格は、上場前における取引のため暫定的に決定されるにすぎないもので、上場により証券取引市場において確定される取引価格こそが本来の価格であり、本来の価格は上場始値がこれに該当し、その後における株価の変動は、その時々における諸要因を反映して消長をみせるにすぎないとの認識に基づくものである。（福田平「新規上場に先立ち株式を公開価格で取得できる利益が」判例評論三六二号五五頁）この見解にしたがえば、殖産住宅の場合については、利益は一株当たり一、三三〇円ということになる。これに対し、控訴審判決は、上場後の変動する取引価格のうち、上場始値だけを特別重要視し、それが本来の取引価格であるべき理由はないとして、これを否定し、賄賂としての内容の利益を「株券の交付ないし株式受渡期日にその株主となるべき地位」であると解し、その地位は右株式の上場直後の値上りにより、その上昇した価格と発行価格との差額を取得しうる期待的利益を含んだものであるとした。そして、本件の賄賂授受行為も第一審判決同様、公開株式の割当、引受、払込であると解しながら、この授受行為によって贈収賄の犯行は既遂に達するものであるとし、賄賂の額は、上場始値という結果論によることなく、賄賂を授受した時点において予測された期待的利益の額によるべきであるとしたうえ、その額を数学的に算出することは相当に困難であるが、殖産住宅についていえば、堅いところで一株当たり二五〇円であるとした。もっとも、控訴審判決は、「その株式を上場直後の上昇した価格によって処分することにより発行価格との差額を取得し得る期待的利益」と述べていることから、それは、あたかも、上場後に株式を売却処分する意図もないときには、その期待的利益を生ぜず、賄賂罪は成立しないこととなるのではないかとの疑問も出よう。

しかし、控訴審判決の趣旨とするところは、公開株式の割当、引受、代金払込のときに、上場直後に株式を処分す

れば取得できるような株主としての地位を利益と考えたものにほかならず、実質的には、本決定の「右株式を公開価格で取得できる地位」と同様のものと解することができる。（福田平・前掲五五頁、同旨吉川経夫「遺産住宅等」昭和三十六年度重要判例解説一五六頁） いずれにせよ、第一審判決の見解は、賄賂の範囲が明確であり、追徴の算定が容易であるという利点はあがあるが、上場株式の価格は市場において極度の変動性をもつものであり、上場始値だけを重要視することには問題がある。また、控訴審判決と本決定が実質的に等しいものであるとするならば、本決定のように、端的に、「右株式を公開価格で取得できる利益」を賄賂の内容である利益であると解するのが妥当であろう。そして、このような理解は、従来の判例の延長線上にあり、格別目新しい判断をしたものとはいえない。なぜなら、大審院以来の判例は、賄賂の内容である利益は、有形・無形であるかを問わず、いやくも人の需要・欲望を満たすに足りる一切の利益を包含するものとし（大判明治四三・二二・一、九四九頁等）、その利益は、必ずしも確定的もしくは永続的内容をもつことを必要とせず、その実現が将来の不定の条件によって左右されるかも知れない場合にも、実現の可能性が予想されれば、賄賂となりうるものとしているからである。（大判大正九・二二・一〇、九四九頁等）

### 三 次に、第二の追徴の問題に移ろう。

(1) 第一審判決は、賄賂の内容としての利益を上場始値と公開価格との差額と解するところから、その差額を算出し、〇から刑法一九七条ノ五後段により一、六九三万円を、Tから、証券取引法二〇三条二項後段により九八七万五千円を追徴した。

これに対し、控訴審判決は、利益を株式交付日に公開株式の株主となるべき地位であり、その地位は当該株式の上

場直後の値上りにより、その上昇した価格と公開価格との差額を取得し得る期待的利益を含むと解した。その結果、この期待的利益の額を数学的に明確にすることは困難であるとしながら、公開価格による代金払込（賄賂の授受）の時点において予測されていた上場直後の取引価格をさまざまな資料を根拠に認定し、これと公開価格との差額により金額を算出し、〇から三一六万円、Tから二〇八万五千円を追徴した。右にみたとおり、その利益額の算出について、とりわけ控訴審判決は腐心しているが、第一審および控訴審判決ともに、刑法一九七条ノ五後段の「其全部又ハ一部ヲ没収スルコト能ハサルトキハ其価額ヲ追徴ス」との規定（Tに対する証取法二〇三）の適用については、格別積極的な理由付けをしているわけではない。これは、判例が、「没収スルコト能ハサルトキ」には、その物の性質上はじめから没収することができない場合をも含んでいると解している（大判大正四・六・二二）ため、本件のような無形的利益も追徴の対象となりうることを当然の前提としているものと理解できないわけではない。しかし、判例には、無形的利益について、一九七条ノ五後段の適用を排除したものも存在するのである。すなわち、公務員がその職務に関して金員の貸与を受けた事案において、金融上の無形的利益が賄賂となるのであって、その金員じたいが收受した賄賂ではないから、一九七条ノ五後段の適用はなく、その金員は、一九条一項三号の「犯罪行為ニ因リ得タル物」として任意的没収の対象となり、その没収が不能のときは一九条ノ二による価額の追徴ができるとした（最決昭和三三・六・二二刑集二二巻二四二頁）。

そして、昭和三十六年の最高裁決定の解釈として、一九七条ノ五後段による追徴は、収賄者または贈賄者をして不法な利益を保持しまたは回復せしめざることを目的とする（大判大正一一・四二二刑集一巻二九六頁。もともと、多くの学説は、本条の立法趣旨は収賄者に不法な利益を保有させない趣旨として、即ち重光「刑法綱要各論」(新版)一四九頁、大塚仁「刑法概説各論」(改訂版)六二三頁、中山研一「刑法各論」五六四頁等）から、追徴金額は賄賂の価格をいささかでも超過してはならないと同時に、前



者が後者をいささかも下回ることも許されず、いやしくも一九七条ノ五後段による追徴の言い渡しをする以上は、徹底的に賄賂の算定をしなければならず、金融上の利益のような無形的利益は、その価額すなわち追徴金額を算定することは、絶対とていいいほど不可能であり、一九七条ノ五後段によって追徴することはできないとする見解もあるのである。（栗田正「金員の貸与を受け賄賂を収受した場合とそ。の金額の追徴」最高裁判例解説一六四―一六五頁） もしこの解釈が正しいとすれば、本件一審判決に依拠する場合は

別として、本件控訴審判決のいう「期待的利益」、本決定にいう「当該株式を公開価格で取得できる利益」の価額を算定することは、金融上の利益を算定することよりも一層困難であるから、一九七条ノ五後段（証取法二〇三）による追徴を言い渡した控訴審判決およびこの判断を是認した本決定は、妥当性を欠くことにならざるをえない。また、右の解釈にしたがわないとしても、無形的利益の追徴に対する判例の整合性が問われなければならないことになるう。

(2)しかし、右の解釈には疑問がある。かりに一九七条ノ五の規定の趣旨が判例のとおりであったとしても、そのことから直ちに追徴額が収受した賄賂の額を算術的に計算して、いささかも上回ることも、また、下回ることもできないと結論づけることには無理があると考えられるからである。例えば、判例は、饗応の場合でも、饗応者側のための費用を除いて、収賄者に要した費用部分だけを追徴することとしている（大判大正四・三・一三三）が、これも厳密に解するとすれば、交換価値の明白な物品の収受と異なり、その費用のみによっては評価しきれない付加価値をとまうのである。追徴額の算定ができない性質のものといわなければならない。（経済上の価値がなく金銭に見積ることができないために追徴のできない場合として素人との情交があげられ、半面に芸妓の接待は、その物の性質上はじめから没収。） その意味で、一九七条ノ五の規定に基づく追徴額の算定は、客観的合理性・相当性があれば足りると思われるのである。確かに、控訴審判決や本決定のように「期待的

利益」をもって賄賂の内容をなす利益と解するときは、その利益額の算定は著しく困難である。が、決してそれが不可能ではないことは、現に控訴審判決が追徴額を認定しているとおりである。本件の場合は、公開価格を支払って株券を取得した事案である（ただし、〇については二五〇万円について金銭）。とすれば、上場直後の公開市場でその株式を取得しようとするれば支払わなければならない取引価格を可能なかぎりの諸資料に基づいて算出し、それと公開価格との差額を利益額とし、これに客観的合理性・相当性があると認められるのであれば、一九七条ノ五後段によって追徴すること、なら本条の規定の趣旨に反するものとは考えられない（同旨福田・前掲五六頁）。そして、このように解してこそ、本件控訴審判決およびこれを是認した本決定が、無形的利益に対する追徴について一九七条ノ五後段（証取法二〇三）の規定に基づく点について、ことさらに論及する必要のないことが理解されうるのであり、昭和三十六年の最高裁決定との間に格別乖離のないことが説明できるのではなからうか。ただし、本件の場合と異なり、合理性・相当性のある取引額が算定できないときは、一九七条ノ五後段による追徴のできないことはもとよりのことである。この場合には、右最高裁決定の趣旨にたちかえて、「総則の没収規定により収賄者が取得した株券を『犯罪行為により得た物』（一九九条二）として没収するか、株式が売却済であれば『その対価として得た物』（同条項四号）の価額を追徴（一九九条二）することが可能』というべきであろう（芝原邦衛「贈賄住宅等贈収賄事件最。いずれにせよ、本決定の射程は、賄賂の客体は従来の判例の延長にとどまり、その内容をなす利益額の算定についてはなんらの判示をしておらず、追徴との関係で、極めて重要な課題を残したものとえよう。と同時に、本件は昭和四十六年の起訴以来一六年ぶりに全員有罪という形で決着をみたことにおいて、密室犯罪の典型といわれるこの種の事案にともなうさまざまな事情があるにせよ、訴訟の早期解決という観点から

も、問題のあることは疑いがない。