HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	仮装譲渡と強制執行妨害罪
Author(s)	杉山, 晃章
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 9, 101-126
Issue Date	2003-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22339
Type	departmental bulletin paper
File Information	9_P101-126.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

仮装譲渡と強制執行妨害罪

杉山晃章（すぎやま てるあき）

目　次

第1章　序論 …… 102
第2章　判例の概観 …… 103
　第1節　譲渡意思 …… 103
　第2節　最高裁判例の客観的側面 …… 105
　第3節　下級審裁判例の客観的側面 …… 107
　第4節　概観の結果 …… 111
第3章　仮装譲渡の意義 …… 111
　第1節　本章の目的 …… 111
　第2節　弁済類型 …… 111
　第3節　売買類型 …… 112
　第4節　贈与類型 …… 112
　第5節　検討の結果 …… 114
第4章　仮装譲渡の処罰根拠 …… 114
　第1節　本章の目的 …… 114
　第2節　債権者の債権回収手段 …… 115
　第3節　仮装譲渡と詐害行為取消権の関係 …… 116
　第4節　仮装譲渡と通謀虚偽表示の関係 …… 117
　第5節　仮装譲渡の処罰根拠 …… 118
　第6節　仮装譲渡の処罰範囲 …… 120
第5章　結語 …… 121

第1章　序　　論

強制執行妨害罪が，昭和16年(1941年)の刑法改正で追加された規定であることは周知の事実である。具体的には，96条の2において「強制執行を免れる目的で，財産を隠匿し，損壊し，若しくは仮装譲渡し，又は仮装の債務を負担した者は，2年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する」と規定し，その犯罪行為を明らかにしている。但し，改正される前の昭和15年改正仮案第7章「権利ノ行使ヲ妨害スル罪」462条では，「強制執行ヲ免ルル目的ヲ以テ財産ヲ隠匿損壊若クハ譲渡シ又ハ虚偽ノ債務ヲ負担シ，ソノ債権者ヲ害スヘキ行為ヲナシタルモノハ二年以下ノ懲役又ハ千円以下ノ罰金ニ処ス」とされていた。現行の強制執行妨害罪と比較すると，条文本文から処罰される行為が「仮装」譲渡に限定されていなかったこと，章の題名及び本文内容から債権者の権利を保護法益とすること，を改正仮案から読みとることができる。したがって，反対解釈をするならば現行規定では，「仮装」譲渡のみを処罰することになる。

そして，「仮装」譲渡について当時の政府委員は，強制執行をされるくらいなら人にあげた方がよい，として財産を譲渡した場合の犯罪成立について，「此ノ条文ヲ作リマス時ニハ只今御説例ノヤウナ極メテ稀ナ例ガナイトハ断言出来ナイト云フコトヲ考ヘテ見タノデアリマスケレドモ，現在最モ弊害トナツテ居リマスノハ強制執行ヲ免ルル目的デ仮装譲渡スルト云フヤウナコトデアリマスノデ，ソレヲ狙ツテ規定シタ訳デアリマス，実際問題トシテハ仮装譲渡ノ場合ガ一番多ク且ツ一番弊害ヲナシテ居ルモノト考ヘテ居リマス」と答弁し[1]，明言はしていないものの，少なくとも譲渡意思のない譲渡を強制執行妨害罪における仮装譲渡で処罰することを考えている。譲渡する意思の有無で仮装譲渡の処罰を決するのが，当時の立法者意思といえるであろう。

また，仮装譲渡について学説の多くは，当時の立法者意思を踏まえてか，「真実譲渡する意思がないのに相手方と通じて表面上財産名義を変えること」であるとし，判例も仮装譲渡につき同様に捉えている[2]と考えるのが一般的であるようである。

しかし，譲渡する意思の有無を仮装譲渡成立における分水嶺とするならば，譲渡する意思がある場合，債権者は詐害行為取消権（民法424条）で財産を取り戻すことができるが[3]，譲渡する意思がない場合は，通謀虚偽表示（民法94条）で譲渡自体を無効として財産を取り戻すことになる[4]。このとき詐害行為取消権は，詐害性及び詐害意思が成立に必要（民法424条1項）なので，場合によってはこの要件を満たさず，詐害行為取消権が行使不可能ということもありえる。他方，通謀虚偽表示は相手方との通謀，虚偽の意思表示，虚偽の意思表示に基づく外観，が成立に必要（民法94条2項）だが，たいていの場合仮装譲渡が成立するときは通謀虚偽表示は成立する[5]。このような観点からは，処罰されることはない譲渡する意思のある譲渡行為の方が，処罰されることになる譲渡する意思のない譲渡行為より，債権者が害される程度が高く，処罰する必要性が高いように思える。

また，強制執行を免れようとする者が，すべて譲渡する意思を持たずに譲渡行為をするとはいいきれない[6]のに，これまで強制執行を免れようとする者の意思内容を深く追究することなく，簡便に考えすぎたきらいもある。強制執行を免れようとしたのだから譲渡意思がないのだろうという，先に結論ありきという判断があるようにも思える。

以上のように，譲渡する意思の有無で仮装譲渡を判断するならば，多くの問題を孕んでいる。そこで，何故「仮装」譲渡のみを処罰するのか，条文上不明確な仮装譲渡の定義，譲渡行為態様における処罰基準などにつき判例がいかに考えてきたか，本当に学説一般が評価するように，仮装譲渡を「真実譲渡する意思がないのに相手方と通じて表面上財産名義を変えること」と判例が捉えているのか，強制執行妨害罪における仮装譲渡を扱った判例を考察するとともに，考察結果からあるべ

き仮装譲渡の姿を検討してみたい。これが本稿の目的である。

第2章　判例の概観

第1節　譲渡意思

強制執行妨害罪における仮装譲渡が初めて最高裁で扱われたのは，公刊物で知る限り最高裁昭和29年4月28日決定（刑集8巻4号596頁）である。この決定は，所得税の滞納について強硬な納付方督促を受けた被告人が，有体動産の差押処分次いで公売処分のあることを予期してその執行を免れるため一切の有体動産を元の妻および長男に仮装譲渡したという事案である。下級審が当該譲渡を仮装譲渡と認定したのに対し，最高裁もこの結論自体は維持しているようである。

当該最高裁決定では，仮装譲渡を譲渡意思に着目して判断したのかは明らかではない。この点，第1審を受けて原審が「物件中女物衣料品を除くその余の物件は被告人の所有でありこれを免れる目的で仮装譲渡した事実を認めることはできるが右女物衣料品を仮装譲渡したとの事実はこれを認めることができないのみならず他にこれを認めるに足る証拠もない」(7) として仮装譲渡の一部を否定したことについて，原審は仮装譲渡物が仮装譲渡者の物件であることを仮装譲渡成立における要件としているように読むこともできる。

しかし，本来強制執行は対象を債務者の財産に限るものの，迅速な執行の実現及び執行妨害の防止のため，必ずしもその目的物が債務者の財産に属することを執行機関は詳細に審査することをしないし，また法律自体もこれをなすことを要求していない。外観的に容易にかつ比較的確実に債務者の所有ないし権利と判断する事実があれば，執行はなしうるとされているのである(8)。だとすれば，仮装譲渡物が仮装譲渡者の物件であることが必要と解することはできず，またそのような原審の判断を最高裁が黙示にせよ是認したとみることもできない。他方，当否は別として当該判示部分は強制執行妨害罪の保護法益との関係で，仮装譲渡物が仮装譲渡者の物件であることが必要とすることを明らかにしたようにも思える。よって，いずれにしろ仮装譲渡の判断構造について下級審も明らかにはしていないことになる。

但し，当該最高裁決定は結局のところ，本件仮装譲渡行為につき刑法96条の2ではなく国税徴収法32条を適用するので，厳密な意味では強制執行妨害罪の仮装譲渡事例とは呼べない。当該最高裁決定の中で，仮装譲渡の判断構造について全く窺い知ることができないのは，以上のように最終的に国税徴収法32条を適用したことが深く関わっているものと思われる(9)。

最高裁判所も含め，現在に至るまで仮装譲渡の「仮装性」が正面から争われた最初で最後の唯一の事例，かつ現在に至るまで強制執行妨害罪における仮装譲渡の成立を唯一否定した事例が，大阪高裁昭和32年12月18日判決（高等裁判所刑事裁判特報4巻23号637頁）である。この裁判例により，仮装譲渡の「仮装性」について譲渡意思説が以後裁判例で定着したといえるであろう。具体的事案について詳細は不明であるが，被告人が，2名の弁護士に弁護料として，強制執行の対象となる財団の公金から5万円ずつ計10万円を支払った，というものである。原審は仮装譲渡に当たらず強制執行妨害罪が成立しないとし，大阪高等裁判所も同様に判断し強制執行妨害罪不成立とした。

当該高裁判決において，「『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式をとり財産の所有名義を変えること」と述べ，仮装譲渡につき初めて定義をしている。そして，「刑法96条の2にいう『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，「刑法改正仮案第462条が『……財産ヲ隠匿，損壊若クハ譲渡シ……』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持っ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譲渡のいず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」として，譲渡意思のある

真実譲渡は強制執行妨害罪の対象とはならないことを示したのである[10]。

この判示によれば，譲渡意思のある真実譲渡が強制執行妨害罪の対象とはならない根拠を，①刑法改正仮案462条が文言で仮装の有無を問わず譲渡を処罰することに対して，現行刑法(96条の2)の文言は「仮装譲渡」であり，譲渡のうち仮装譲渡に該当するもののみを処罰する趣旨であること，②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式をとり財産の所有名義を変えることであり，譲渡意思のある真実譲渡は仮装譲渡に当たらないこと，③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，①の趣旨から隠匿が譲渡を含むものではなく，真実譲渡は譲渡の一種である以上隠匿には当たらないこと[11]，というように窺えるであろう。

しかし，譲渡のうち仮装譲渡に該当するもののみを処罰する趣旨であったとしても，仮装譲渡を譲渡意思に重きをおいて定義する必然性はない。たとえば，安田拓人は当該高裁判決について，「適正と認められる範囲の報酬が支払を受けた弁護士側に最終的に帰属した事情」[12]があり，それは「社会的に相当な行為でありうる」[13]とする。このような考え方は，当否を別としても，仮装譲渡を譲渡意思ではなく，目的物の帰属結果あるいは目的物の実質的支配を基本として考えられている。このように考えても，譲渡意思のある真実譲渡は排除可能であり[14]，何故仮装譲渡を譲渡意思に重点をおいて定義するかは，当該高裁判決より明らかにはされていない。

もっとも，当該高裁判決が譲渡意思に重点をおいて定義した背景として，そもそも一般債務者が強制執行を免れようと，知人や親戚に頼みこんで譲渡意思がないのに財産の名義だけ移すという状況が強制執行妨害罪制定当時多かったこと[15]，及び民法上債務者の財産が譲渡行為により逸出したときは，債務者の譲渡時における譲渡意思の有無で通謀虚偽表示(民法96条)と詐害行為取消権(民法424条)を債権回収手段として使い分けられる，ということがあるように思われる。譲渡意思の有無により債権回収手段が異なり，通謀虚偽表示の効果が無効（民法94条1項）であることと詐害行為取消権の効果が取消（民法424条1項）であることを比較して，無効の方が違法性が高くかつ譲渡行為に基づく法律関係が維持に値しないという思考によれば，譲渡意思のない譲渡行為を処罰すべきということになろう。

これらの背景があったとしても，仮装譲渡につき譲渡意思に基づく考え方が必ずしも正当化されるわけではない。あくまで条文では「仮装譲渡」と規定されている以上，文言から「譲渡」に関して「仮装」することが「仮装譲渡」と解釈するのが素直であり，「譲渡意思」に関して「仮装」することに限定する必然性はない[16]。

また，譲渡意思のない仮装譲渡も財産の発見を不能または困難にすることはありえ，実際にも譲渡意思のない仮装譲渡は隠匿の1種と考えられている[17]。だとすれば，譲渡意思のある真実譲渡の行為態様が譲渡であっても，譲渡意思のない仮装譲渡と同様隠匿の1種と考えることもできるのである。譲渡意思のある真実譲渡が隠匿に含めることができるか，隠匿との関係について当該高裁判決では具体的に述べられていない。

以上のように，本高裁判決は依然問題点は残されているものの，強制執行妨害罪における仮装譲渡に関し，仮装譲渡とはなんたるか，仮装譲渡の「仮装性」についてはじめて定義をし，譲渡意思に着目をしたうえで，譲渡意思のある真実譲渡は強制執行妨害罪の対象とはならないことを明言した初めての判決として意義を有すると思われる。特に，この当該高裁判決がでた時点では，最高裁，下級審とも強制執行妨害罪の仮装譲渡について判断構造を明らかにはしていなかったので[18]，その先例性は後の最高裁，下級審にも強く影響を与えたといえよう[19]。なお，このような譲渡意思を中心に仮装譲渡を考える思考を，以下では「譲渡意思説」と呼ぶことにする。

この後，昭和30年代に入って強制執行妨害罪における仮装譲渡事例を扱う最高裁判例が続々と登

場し，仮装譲渡に関する最高裁の立場を観察するうえで非常に有益なものとなる。

まず，最高裁昭和35年4月28日決定（刑集14巻6号836頁）において，消極的にせよ最高裁が初めて強制執行妨害罪における仮装譲渡の判断構造を示している。具体的事案は，被告人は皮革類の販売加工を目的とするX株式会社の代表取締役であったが，債権者達から仮差押を受ける危険の切迫した事態に立ち至ったので，当時Xの債権者Zに対する弁済期の到来していた債務総額は約20万円相当に過ぎなかったに拘わらず，直ちに支払を要する皮革類仕入代金債務が約120万円相当であるかのように装い，その履行に代えてX所有の皮革類をZに譲渡し，同時にXがZより右皮革類全部を現状のまま無償無期限の寄託を受けてその引渡を了したこととする旨を合意して，X所有の財産を仮装譲渡したというものである。下級審は仮装譲渡による強制執行妨害罪を適用し，最高裁もまたこの結論を支持して被告人の上告を棄却している。

当該最高裁決定では，仮装譲渡を譲渡意思に着目して判断したのかは明白ではない。この点，当該最高裁決定の基となる第1審の理由中で「弁済期の到来していた債務総額は金194228円に過ぎなかったに拘わらず，……金1188372円あるかのように装い，且つ真意でないに拘わらず，……（皮革類をZに）譲渡し」[20]た行為を仮装譲渡と認めているので，この判示により初めて譲渡意思説によって仮装譲渡を判断したように思われる。もっとも，何事に関し「真意でない」のかは，文脈から必ずしも明らかではない。

しかし，「真意でない」の直前に「且つ」という言葉で債務負担の記述と譲渡の記述を区切っていることから，譲渡に関する「真意」と解するべきであろう。そして，原審はもちろんのこと最高裁判所も，この法律構成につき明確に否定していないので，是認しているものと考えることができる。最高裁がこのような結論に至ったのは，大阪高裁昭和32年判決を先例として念頭に置いていたからではないかと思われる。

以上のように，本最高裁決定は第1審の判示を通じて，最高裁判所が強制執行妨害罪における仮装譲渡に関し，譲渡意思説を判断の基礎にしていると推察される初めての判例として意義を有すると思われる[21]。

第2節　最高裁判例の客観的側面

しかし，最高裁昭和35年6月24日判決（刑集14巻8号1103頁）によって，以上のように推察してきた最高裁の判断構造に疑問が投げかけられることになる。具体的事案として，第一事実は，被告人がAより貸金約100万円相当の連帯保証債務について訴訟を提起され，当該訴状が送達されて被告人がこれを受領したものであるところ，妻Bと共謀のうえ，被告人所有にかかる宅地及び建物を長女名義Kに移した，というものであり，第二事実は，前記保証債務について，A対被告人の前記保証債務履行請求訴訟が提起され，その訴訟は第1審（昭和31年4月16日判決），第2審（昭和32年12月27日判決）ともにAが敗訴し，右保証債務の存在しないことが確認され，当該連帯保証は，被告人の妻が被告人の承諾を得ることなく被告人の実印を賃借証書に押捺してしたものであって，被告人の関知したものではないことを，第一事実の第1審判決（昭和30年6月30日）後第一事実の原審判決（昭和31年4月18日）前に当該保証債務履行請求訴訟第1審は明らかにしており，第一事実の原審判決後に前記債務履行請求訴訟第2審も明らかにしていた，というものが複雑に絡み合うのである。下級審は当該譲渡を仮装譲渡と認定し，最高裁もこの結論自体は支持しているようである。

当該最高裁判決では，仮装譲渡を譲渡意思に着目して判断したのかは明白ではない。また，上記最高裁35年4月判決と異なり，下級審においても仮装譲渡を譲渡意思に着目して判断したのかは明白ではないのである。「右不動産をK名義に仮装譲渡したものである」（第1審）[22]，「その不動産を仮に長女K名義にしたものである」（原審）[23]など，仮装譲渡に当たるかを検討するまでもなく事実認

定しているのである。

もっとも,「その不動産を仮に長女K名義にしたものである」という判示部分から，譲渡意思に着目というより名義を移転したという外観面，客観面に着目しているとも思える。もちろん，ただ名義を移転したというだけで仮装譲渡を認定したのであれば，それがなにを「仮装」したのか判示では説明不足となるものの，純粋に譲渡意思説によって仮装譲渡を認定したとは考えにくい。譲渡意思説を前提としているか不明であるが，権利移転という客観的なものをなんらかの判断要素にしているものと思われる。

但し，当該最高裁判決は結局のところ，強制執行妨害罪の保護対象となる強制執行において，その基礎となる債権の存否に関し「右事実の認定に関し原判決に事実誤認があ」[24]るとして，原審に破棄，差戻している。したがって，最高裁判所の判断構造が全く窺い知ることができず，またこれまでとは異なる仮装譲渡の判断を行ったようにも読める原審に対して何も反応を示さないのは，以上のような事実認定に関し原審に破棄，差戻ししたことが深く影響しているものと思われる[25]。

更に，最高裁昭和39年3月31日決定（刑集18巻3号115頁）では，一層譲渡意思説にたって純粋に判断しているとは考えにくくなる。具体的事案は，いくつかの複雑な事実が絡み合っているが，仮装譲渡に関係するものに限定すれば，被告人Aは司法書士であったところ，被告人Bが営業不振のため，債権者より強制執行を受けるおそれが生じるや，Bと第三者C間に，BのCに対する債務契約を設定したことにし，B・C間において，BのCに対するこの債務に基づく代物弁済を内容とする和解を成立せしめ，これにより家財道具を譲渡し，またBの第三者Eに対する債権を第三者Dに譲渡していないのに譲渡した旨の通知書を作成したうえ，内容証明郵便をもってEに債権譲渡の右通知書を郵送し，もってBのEに対する債権譲渡した，というものである。下級審は仮装譲渡による強制執行妨害罪を適用し，最高裁もまたこの結論を支持して被告人の上告を棄却している。

当該最高裁決定では，仮装譲渡を譲渡意思に着目して判断したのかは明らかではない。また下級審においても仮装譲渡を譲渡意思に着目して判断したのかは明白ではないのである。すなわち,「被告人BがCより50万円の債務を負担していないのにかかわらず，架空債務に基づき，その代物弁済として（Bの家財道具をCに移転した旨の）和解を成立せしめ……財産を仮装譲渡し」[26]たと判示するが，この判示もまた昭和35年6月判決と同様に，譲渡意思に着目しているというより譲渡の基礎となった債務が虚偽であるという外観，客観面に着目して仮装譲渡か否か判断しているといえそうである。

もっとも，譲渡の基礎となった債務が虚偽であったことを示すことにより，譲渡自体が理由の存しないものであるという譲渡意思の不存在（=「仮装性」）を間接的に根拠づけているとも評価できる[27]。けれども，債務が虚偽であったことにより譲渡自体が理由のないものであったことを推認し，更に譲渡自体が理由のないものであったことにより譲渡意思の不存在を推認しようとするのは，かなり迂遠な論理構造となる。むしろ，譲渡意思に配慮しつつも外観，客観面にも着目した幅広い判断を行っていると考えるべきではないだろうか。

以上のように，当該最高裁決定は下級審の判示を通じて，最高裁判所が強制執行妨害罪における仮装譲渡に関し，譲渡意思に一定の配慮をしつつも，客観的な要素も重要な判断材料にしていると推察される判例として意義を有すると思われる[28]。

強制執行妨害罪の仮装譲渡を扱った4件の最高裁判所判例を検討してきた。最高裁判決は，昭和39年判決以後公刊物に出されていないので，ここで最高裁判所の判断構造の変遷を簡潔にまとめることにする。最高裁判所は当初仮装譲渡を譲渡意思説に立ち，譲渡者の意思に重点をおいて考えていたようであるが，徐々に徐々に意思に還元しきれないような客観的事情などを判断要素に取り込みつつある。純粋に譲渡意思のみを基礎に,「仮装

性」を判断してはいないようである。このような最高裁判所における判例の変遷を前提に，以後下級裁判所が強制執行妨害罪における仮装譲渡について，いかなる判断をしているのかを以下で検討していくことにする。

第3節　下級審裁判例の客観的側面

最後の最高裁判決から年月が経ってから，仮装譲渡につき純粋に譲渡意思のみで判断しているとはいいにくい高裁判決が登場する。福岡高裁昭和47年1月24日判決（刑事裁判月報4巻1号4頁）の具体的事案は，被告人は，Nに対しIの債務の支払いを保証したが，Iの支払いは滞っていった。被告人は保証債務を履行しなければ法律上の手続きで取り立てる旨の請求をうけたが，Iは当時，その所有と思われる家屋，製材工場等の不動産は全部同人の家族員の所有名義になっていて，同人の所有名義のものは何もなかったこと，また，被告人はNから何回となく手形金支払いの方の請求を受けていたし，自己においてもその請求をIに取り次いだこともあったので，同人からの手形金取り立てはきわめて困難であることを察知していた。被告人は，Iの財産状態からすると自己所有の財産に対し強制執行を受けるかも知れないものと不安に思い，家屋，宅地，山林等の不動産を，長男，次男，三男の共有名義に，贈与による所有権移転登記手続きを経了した，というものである。原審が当該譲渡を仮装譲渡による強制執行妨害罪に当たるとしたことにつき，福岡高等裁判所も同様に判断し強制執行妨害罪を認めたものである。

当該高裁判決は，「真実自己所有名義の不動産を息子たちに贈与する意思はなかったのにこれを贈与したことに仮装」[29]したとして，強制執行妨害罪における仮装譲渡を認定している。この判示を見る限りでは，譲渡意思に着目して仮装譲渡を考えているように思われる。

しかし，この判示の直前で，「被告人は本件当時47歳の一応健康体（病気といえば同年5月に盲腸を手術した程度）であり，息子達は後記の通りまだ20歳ないし13歳であって，いずれも独立して生計を営み得る年頃でなく，被告人自身父の死後3，4カ月を経て相続登記をしていることなどから，特に被告人に生前に贈与すべき理由はな」[30]いと判示している。この判示を先述判示と併せて考えると，譲渡意思説を前提にしつつ客観的要素をも加味して仮装譲渡を判断していると評価できる。だとすれば，最高裁昭和35年6月判決，最高裁39年判決と同様の判断構造を採用していると思われ，前記大阪高裁判決の後出された2つの最高裁判決に強く影響されていると考えられる。

この点，安田拓人は「『仮装譲渡』は，『強制執行を免れる目的』という主観的構成要件要素とは別個・独立に規定されている，客観的構成要件要素であるから，譲渡が仮装のものであるかどうかの判断は，目的を認定するための判断とは別個・独立に，行為の客観的性質によって行われるべき」であり，「譲渡すべき合理的理由の存否は，まさに妨害目的にかかわるものであって，そうした理由がなくても，真実譲渡である場合はありうる」と判例を非難し，当該高裁判決で「譲渡の仮装性が認められたのは，当該財産に対する実質的支配がなお被告人に残っていると言えたから」[31]とする。譲渡の仮装性につき客観的に判断すべきとする姿勢は，賛意に値するし，譲渡すべき合理的理由がなくても真実譲渡である場合はありえる，とする考えも共感するものがある。

しかし，譲渡すべき合理的理由がなくても真実譲渡である場合はありえるのと同様に，譲渡すべき合理的理由がなく仮装譲渡である場合もありえるのである。仮装譲渡の多くの場合は，後者の場合であろう。それでも，当該高裁判決が譲渡すべき理由がなく仮装譲渡を認めたのは，心証あるいは事実認定の問題といわざるをえないであろう。

また，当該高裁判決は被告人の子供の年齢から合理的理由の有無を導いているが，長男の年齢が20歳であることに鑑みれば，当該財産に対する実質的支配がなお被告人に残っているというのは，困難であろう。なぜなら，民法上満20歳で成年となり，成年は行為能力が完全に認められ（民法3条），実質的に父母の親権（民法818条1項）から

解放されるからである。成年であれば，いくら独立して生計を営んでいなくても，自己名義の不動産を第三者に移転させることは可能である。このように移転されるかもしれない危険を負っている者が，当該財産を実質的に支配しているとはいえないであろう。特に，長男は独立して生計を営んでいないなら，当該財産の権利証などはいつでも持ち出せるし，当該財産の実質的支配は長男にあるということができるものと思われる。

但し，当該高裁判決は最高裁に上告され，最高裁昭和48年6月26日判決において破棄差戻しされている。当該最高裁判決が公刊物未登載なので，破棄差し戻された理由は明らかにされていないが，もともと当該高裁判決は，残余財産がある場合の強制執行妨害罪の可否について激しく争っている事例[32]だったので，おそらく残余財産の事実認定につき何か不備があったのではないだろうか。差戻し後の福岡高等裁判所では，仮装譲渡については詳しく論じられてはおらず，残余財産がある場合の強制執行妨害罪の可否について詳細に論じられている。

差戻し後の福岡高裁昭和49年6月24日判決（高検速報1194号）では，譲渡意思の有無を問わず仮装譲渡を認めている。但し，「自己所有の財産の重要部分を仮装譲渡」，あるいは「被告人は重要な財産を仮装譲渡」したと判示している点は，若干検討の余地があるものと思われる。この部分を素直に読むならば，仮装譲渡の判断要素に譲渡目的物の価値あるいは譲渡者の所有物全体に占める価値割合のようなものを，組み込んで考えているのではないかとも思われるからである。

もっとも，当該差戻し判決は，結論としては残余財産があっても強制執行妨害罪の成立には影響しないこととするので，残余財産と譲渡物を価値的に対比させ，逸出した財産の価値を強調する意味で「重要」という言葉を使ったとも考えられる。しかし，判例理論によれば，残余財産がいくらあっても強制執行妨害罪の成立には影響しないのであるから，逸出財産の価値を強調したからといって強制執行妨害罪の成否には無関係のはずである。むしろ，仮装譲渡の認定につき，福岡高裁昭和47年判決が判断した要素に，更に「価値」という要素を加えたと見ることができるであろう。

以上のように，当該高裁判決は最高裁判所の判断構造と同様に譲渡意思に着目をしつつも，外観，客観的側面を判断材料に取り込み仮装譲渡を考えている下級審裁判例として意義を有すると思われる。

更に，東京高裁昭和55年7月17日判決（東京高等裁判所刑事判決時報31巻7号92頁）では，譲渡意思説からは距離を置いた判断を示しているようである。具体的事案は詳細が不明であるが，被告人が，第三者との間で金銭債務を負担し，貨物自動車を対象とする譲渡担保契約を締結して，その旨の公正証書を作成させ，これを備え付けさせた行為が強制執行妨害罪における仮装譲渡に当たるか，というもののようである。原審は当該行為を仮装譲渡による強制執行妨害罪と認定し，東京高等裁判所も第1審と同じように仮装譲渡による強制執行妨害罪を認めたものである。

当該高裁判決では，「行為としての仮装譲渡は財産の譲渡が行われていないのに，その譲渡が行われたかのごとくに財産の名義を変更すること」[33]と，仮装譲渡につき定義している。この定義は，「譲渡意思がないのに」あるいは「真実譲渡する意思がないのに」など，譲渡に関する主観的なものが全く含まれていない。よって，これまでの譲渡意思を前提とした仮装譲渡の考え方だけではなく，譲渡意思を判断の基礎としつつ客観的な要素も判断材料とする考え方ですら，採用しているものとは評価できないであろう。

むしろ，この定義は「財産の譲渡が行われていないのに，その譲渡が行われたかのごとくに財産の名義を変更」されているという，あたかも目的物に関して権利が移転したかのような外観，客観的側面を，仮装性を判断するうえでの基礎にしていると思われる。この定義は譲渡意思については読みとることができないが，仮装性を判断する要素から譲渡意思を排斥しているとまでは，断定できないであろう。財産の譲渡が行われたか否かは，

依然として譲渡意思があったか否かが重要な手がかりとなるからである。仮装譲渡を判断する前提が逆転し，権利が移転したかのような外観，客観的側面を基礎としつつ譲渡意思も判断材料として含みうる，ということを明らかにしたのではないだろうか。

以上のように，当該高裁判決は，初めて譲渡意思ではなく権利の移転状況等外観，客観に着目して仮装譲渡を判断した事案として評価できるであろう。

そして，最近では強制執行妨害罪における仮装譲渡を譲渡意思に着目して考えるだけでは，うまく対処できない事例が発生しつつある。いわゆる末野興産事件，大阪地裁平成11年10月27日判決(判例タイムズ1041号79頁)がそれである。具体的事案はひじょうに入り組んでいるが，本稿との関係でいえば，Aは末野興産株式会社の代表取締役社長で末野興産グループの総帥，Bは末野興産の代表取締役副社長，Cは末野興産グループのコメダコーポレーションの代表取締役，Dは末野興産の取締役である。末野興産は，金融機関や旧住専のノンバンクから融資を受け，潤沢な資金で賃貸ビルを購入し，あるいは更地を購入して賃貸ビルを建設するなどして，事業規模は拡大の一途をたどっていたが，借入残高は合計6000億円もの巨額にのぼっていた。その後，不動産価格が下落するとともに，賃料収入などが減少し，不動産不況の様相を呈するようになったことから，Aは，多額の定期預金などを保有しながら，資金繰りがつかないなどとして，支払いをほとんどせず，そのうち金融機関の抱える膨大な不良債権が表面化し，平成7年8月には，旧住専から末野興産への多額の貸し付けが不良債権化しているとの報道がなされるようになった。Aら4名は，共謀の上，「見せ金」の方法によって株式発行価額の振り込みを仮装するなどして株式会社設立登記をしようと企て，平成5年1月から平成7年11月にかけて，コメダコーポレーションをはじめとする18の会社について，それぞれ法務局の登記官に対し虚偽の申立てをなし，同登記官をして同所備え付けの公正証書である商業登記簿の原本に不実の記載をさせ，即時これを同所に備え付けさせてこれを行使した。設立された会社の中には，不動産の仮装譲渡の譲受人とするために設立した実体のない南地所や，末野興産が実質的に買い戻す不動産の所有名義を得させるためだけの会社も含まれている。末野興産は，平成3年11月ころからは，元本の返済のみならず，利息の支払いすら怠るようになり，平成3年から6年までの間に，32回にわたり，その不動産，賃料債権，預金債権等に対し，差押命令，仮差押決定，強制競売開始決定等に基づき強制執行を受け，平成7年1月から同年10月までに，13回にわたり，同様にその不動産等に対し強制執行を受けるなどし，今後も同様の事態が予測されるに至った。被告人A，B，Cは，共謀の上，末野興産が所有する土地，建物，並びに賃料債権に対する強制執行を免れるため，同土地及び建物を南地所に譲渡し，不動産登記簿の原本に，同土地及び建物について南地所が所有権を取得するとともに，末野興産系列下の福岡ビルコーポレーションが南地所に対する債権者として極度額6億円の根抵当権を設定した旨の不実の記載をさせてこれを備え付け行使することにより，財産を譲渡するとともに債務も負担した。被告人らは，同様の手口で，合計9件の土地，建物を譲渡するとともに，債務を負担した，というものである。この事案につき，大阪地方裁判所は仮装譲渡による強制執行妨害罪を認める判断をした。

当該地裁判決は，本件事案につき「被告人……の行為が刑法96条の2所定の『仮装譲渡』……に該当するのは明白である」(34)とするので，仮装譲渡による強制執行妨害罪をいかなる判断をもって認定したのかは，判示より明らかではない。但し，本件事案において，譲渡意思のみにより仮装譲渡を認定し強制執行妨害罪を認めるのは困難であろう。なぜなら，末野興産が譲渡した相手は「いずれも『見せ金』を使って設立登記されるなどしたもので……いずれも実体のない会社である」(35)ので，被告人達には譲渡意思があったと考えることができるのである。末野興産がダミー会社として

設立し実体がないのだから，末野興産が実質上ダミー会社の意思決定権を有し，ダミー会社を支配していたのなら，そのままダミー会社の名義に目的不動産を移しておく方が強制執行を免れるという点では安全である。実体がない会社である以上，名義をだれかに濫用されるおそれが少なく，家族名義にしておくよりもかなり安全であるといえよう。強制執行を妨害しようとするならば，むしろこのような安全な場所に名義を移しておきたい，と思うはずであり，知り合いに「一時的」に（譲渡意思なく）預けるのとは異なるケースではないだろうか。末野興産のダミー会社が譲受人であるからこそ，譲渡意思はもって売買契約を結んだと見る方が自然であろう。譲渡意思に仮装譲渡の意義を求める実質的根拠が，単に強制執行を免れようとする行為者に譲渡意思を持っていない者が多いというだけでは，強制執行を免れようとする者の意思の多様性を説明することはできない。ここに，仮装譲渡を譲渡意思に基づいて考える思考に限界があるのである。

この譲渡意思の問題につき，安田拓人の論文によれば，末野興産は譲受人であるダミー会社を実質的に支配しているのだから，譲渡物に対する実質的支配をなお失っていないので仮装譲渡を認めることになろう[36]。しかし，譲受人が譲渡人と関連する実体ある会社（ここでは「関連会社」と呼ぶことにする）と，いわゆる関連はあるが実体はない会社（ここでは「ダミー会社」と呼ぶことにする）で，仮装譲渡による強制執行妨害罪の成否を区別することになるのだろうか。また，安田論文が提案する「実質的支配」は，その意味内容を詳細に明らかにしていない。関連会社の株式を多数支配していればよいのか，社長や取締役が関連会社の役職を兼任するなどしていればよいのか，関連会社の経営者と通謀又はそれに類似する意思疎通があればいいのか，関連会社やダミー会社との様々な関係がありえる。安田論文では，「実質的支配」の判断基準が不明である。おそらく「個別具体的」となろうが，恣意性を拭い去ることはできない。

もっとも，実質的支配があろうがなかろうが，債権者が当該譲渡で害されることに変わらない。特に，譲渡人と譲受人に実質的支配関係がない場合は，譲渡した不動産が転々譲渡される危険性が高く，この危険が実現してしまうと通謀虚偽表示における第三者の善意性(94条2項)，あるいは詐害行為取消権における詐害意思（民法424条1項但書）の要件が要求され，場合によってはこれらの要件により目的物の取り戻しができない場合が生じる。だとすれば，むしろ譲渡人と譲受人に実質的支配関係がない場合の方がある場合と比較して，債権者が害される程度は高いということがいえるであろう。このような場合を不処罰とせざるをえない安田説は，妥当ではないと考える。

また当該地裁判決は，仮装譲渡による強制執行妨害罪9件のうち，たとえば末野興産から末野興産系株式会社ドリームに不動産を譲渡した件につき，ドリームは，「平成9年ころラブホテルを開店させ，ドリーム名義でこのホテルを経営するなどし，独自に事業活動をしていたことは否定できない」[37]とし，「末野興産グループ会社の経営実態をみるに，末野興産以外の会社は，……ドリーム……を除くと，……いわば，末野興産の不動産管理または資金運用という目的のために存在していたといえ，……幽霊会社の様相を呈するに至っている」[38]と認定しながらも，前記のごとく仮装譲渡による強制執行妨害罪を認めるのは問題ないとしている。少なくとも，当該地裁判決は，安田拓人のように仮装譲渡を実質的支配を判断要素に組込んでいるとはいえないであろう。

但し，当該地裁判決は，複数の仮装譲渡による強制執行妨害罪について罪数評価に関連し，「仮装譲渡などとされる主な行為が，権利の移転などがないのにこれがあるかのような不実の登記をなすこと等にあ」[39]るとする点に，注意しなければならない。この判示からは，仮装譲渡について権利の移転，不実の登記など権利の外観，あるいは客観的行為を中心に考えており，譲渡意思についてはそれほど重きを置いて考えてはいなこいとが読みとれそうである。前記のように，本件事案につ

き当該地裁判決は，仮装譲渡による強制執行妨害罪を問題なく認めているが，その背後にはこのような権利の外観，客観的行為の側面を中心とした判断構造があったのではないかと思われる。

第4節　概観の結果

以上，仮装譲渡による強制執行妨害罪が扱われた数少ない判例をおおまかに概観してきた。その結果，次のことがいえるであろう。当初，下級審も最高裁も仮装譲渡につき，譲渡意思の有無に着目して判断していたようである。ところが，最高裁では譲渡意思を中心とする考え方から徐々に徐々に距離を置きはじめ，むしろ権利の外観や，移転状況といった客観的側面を重視するようになっていった。そして，下級審もこのような最高裁における判断構造の変化を敏感に感じ取り，同様に譲渡意思を全面に出さない，より客観的な判断を志向しているもの，ということである[40]。

したがって，これまで多くの見解は仮装譲渡につき，判例が「真実譲渡する意思がないのに相手方と通じて表面上財産名義を変えること」(譲渡意思説）と考えており，それが妥当であるとしているようであるが[41]，むしろ判例は譲渡意思説から少し距離をとっており，譲渡意思説の定義における後半部分（「表面上財産名義を変えること」）に，重点をおいているのではないかと解するのである。

第3章　仮装譲渡の意義

第1節　本章の目的

以上考察してきたように，判例は強制執行妨害罪における仮装譲渡につき，譲渡意思を判断要素の中心としているというより，現在は権利の外観や権利の移転状況といった客観的側面から判断する傾向にあることがわかった。もっとも，判例の傾向である客観的側面がいったい何であるのかは，判決原文を見ても一見明らかだとは言い難いものである。そこで以下では，このような判例のよってたつ客観的傾向が，具体的にどんな状況なのか，判例ごとに共通して説明することができるのか，判例の具体的状況を個別に検討してみたい。もし仮に，判例にいう客観的状況を，共通して説明することができるならば，それこそが「仮装譲渡」にいう「仮装」状況といえるのである。「仮装」状況を説明することができれば，そこで初めて仮装譲渡とは何か，判例の新しい傾向に沿った仮装譲渡の定義をすることが許されよう。

そして，本稿で問題にしている強制執行妨害罪における仮装譲渡は，仮装「譲渡」であるから，譲渡行為に限定されているされていることに異論はないであろう。一般に，譲渡とは目的物の所有権を移転させるあらゆる行為を意味する。一口に譲渡行為といっても，様々な種類が挙げられるが，代表的なものとして，売買(民法555条)，贈与(民法549条)，弁済（代物弁済を含む，民法482条）がある。判例も当然これらに分類することができるので，以下では便宜上これらの分類ごとに検討することにする。

第2節　弁済類型

まず，弁済（以下代物弁済も含む）に関する判例について検討する。前記のごとく，仮装譲渡による強制執行妨害罪で譲渡行為が弁済類型だった判例は，最高裁昭和35年4月決定，最高裁昭和39年決定，大阪高裁昭和32年判決，の計3件がある。

弁済による譲渡が行われた判例では，たとえば「弁済期の到来していた債務総額は金194288円に過ぎなかったに拘わらず，直ちに支払いを要する皮革類仕入代金債務が合計金1188372円あるかのように装い，……その履行に代えて……仮装譲渡をし」[42]，「50万円の債務を負担していないのにかかわらず……その代物弁済として……仮装譲渡し」[43]という客観的状況がそれぞれの判例にある[44]。これらの状況に共通していることは，円満な債権回収が困難な状況であるといえるだろう[45]。

実際の債務総額が約20万円に過ぎなかったにもかかわらず，100万円多い約120万円の債務を負っているかのように装い，債務者の財産を不当

に多く弁済として逸出させることは，外観として債務に相応する真実の代物弁済をされている[46]以上，外観にしたがった債権回収手段を債権者が講じるならば，現実の状況が伴っていないので，円満な債権回収が困難となってしまう。また，実際には債務を負ってはいないのにもかかわらず，50万円の債務を負っているかのように装い，債務者の財産を不当に弁済として逸出させることは，外観として債務に相応する真実の代物弁済をされている[47]以上，外観にしたがった債権回収手段を債権者が講じるならば，現実の状況が伴っていないので，円満な債権回収が困難になってしまう。よって，弁済に関する判例類型は，円満な債権回収が困難な状況であることを仮装している点では共通性を有し，この仮装により，債権者の強制執行手続きを利用した迅速かつ円満な債権回収を阻害する危険が生ずるのである。

第3節　売買類型

次に売買に関する判例を検討する。前記のごとく，仮装譲渡による強制執行妨害罪で譲渡行為が売買類型だった判例は，大阪地裁平成11年判決の計1件である。

売買による譲渡が行われた判例では，たとえば「末野興産の債権者に対し借入金の一部弁済をすること等により，右登記を抹消させるに際し，実際は，末野興産の保有資金を右一部弁済に充てるにもかかわらず，同土地及び建物を末野興産とは無関係の第三者に売り渡し，その代金をもって一部弁済に充てるように装い……財産を仮装譲渡する」[48]，という客観的状況が判例にある。

実際には財産を移転していないのに[49]，末野興産と無関係な第三者に財産を移転したかのように装い，債務者の財産を不当に売買することは，外観として無関係な第三者との売買がなされている以上，外観にしたがった債権回収手段を債権者が講じるならば，現実の状況が伴っていないので，円満な債権回収が困難になってしまう。よって，売買に関する判例類型は，円満な債権回収が困難な状況であることを仮装している点では弁済に関する判例類型と共通性を有し，この仮装により，債権者の強制執行手続きを利用した迅速かつ円満な債権回収を阻害する危険が生ずるのである。

第4節　贈与類型

最後に，贈与について考えることにする。前記のごとく，仮装譲渡による強制執行妨害罪で譲渡行為が贈与類型だった判例は，最高裁昭和29年決定，最高裁昭和35年6月判決，福岡高裁昭和47年判決，福岡高裁昭和49年判決，の計4件である。

贈与による譲渡が行われた判例では，たとえば福岡高裁昭和47年判決は「真実自己所有名義の不動産を息子たちに贈与する意思はなかったのにこれを贈与したことに仮装」[50]したとし，さらに「被告人は本件当時47歳の一応健康体（病気といえば同年5月に盲腸を手術した程度）であり，息子達は後記の通りまだ20歳ないし13歳であって，いずれも独立して生計を営み得る年頃でなく，被告人自身父の死後3，4カ月を経て相続登記をしていることなどから，特に被告人に生前に贈与すべき理由はな」[51]いという客観的状況が判例にはある。福岡高裁昭和49年判決は，この差戻し審なので，この福岡高裁昭和47年判決の事実認定を明確に否定していない以上，この事実を前提にしていると考えても差し支えないであろう。よって，福岡高裁昭和49年判決は福岡高裁昭和47年判決と同様の客観的状況があることになる。

実際に被告人が息子達に贈与するべき理由はないのにもかかわらず，理由がある真実の贈与であるかのように装い，債務者の財産を不当に贈与として逸出させるのは，外観として真実の譲渡がなされている[52]以上，外観にしたがった債権回収手段を債権者が講じたならば，現実の状況が伴っていないので，円満な債権回収が困難になってしまう。

他方，前記のごとく最高裁昭和29年決定，最高裁昭和35年6月判決は，当時の考え方からいって，譲渡意思説的な考え方を前提にしていたであろうから[53]，客観的側面を重視する傾向の判例とは比較検討した上で共通点を導き出すのは難し

い。しかし，それぞれの判例には，たとえば「被告人所有の商品家財道具其の他木炭並び原木を除く一切の有体動産を……仮装に譲渡した」[54]，あるいは「右不動産を……（娘）名義に仮装譲渡した」[55]，という判示部分がある。

ここから察するに，実際に被告人が妻や長男に贈与するべき理由はないのにもかかわらず，理由がある真実の贈与であるかのように装い，債務者の財産を不当に贈与として逸出させるのは，外観として真実の譲渡がなされている[56]以上，外観にしたがった債権回収手段を債権者が講じるならば，現実の状況が伴っていないので，円満な債権回収が困難になってしまう。また，実際に被告人が娘に贈与するべき理由はないのにもかかわらず，理由がある真実の贈与であるかのように装い，債務者の財産を不当に贈与として逸出させるのは，外観として真実の譲渡がなされている[57]以上，外観にしたがった債権回収手段を債権者が講じるならば，現実の状況が伴っていないので，円満な債権回収が困難になってしまう。したがって，贈与類型における判例の中で譲渡意思を中心に考えていると思われるものも，客観的側面を重視していると思われるものも，同じ傾向にあることが判明した。よって，贈与に関する判例類型は，円満な債権回収が困難な状況であることを仮装している点では弁済，及び売買に関する判例類型と共通性を有し，この仮装により，債権者の強制執行手続きを利用した迅速かつ円満な債権回収を阻害する危険が生ずるのである。

但し，これまで譲渡行為類型ごとに検討してきた判例の他に，譲渡担保を設定する行為が強制執行妨害罪に当たるとする判例[58]があることに注意しなければならない。本来譲渡担保は，その名が示すように担保物権の一種なので，所有権を相手に移転させる譲渡行為とは異なるもののはずである。

しかし，譲渡担保権者は譲渡担保権設定者の一般債権者がなす強制執行に対し，排除を求めることができるとするのが判例である。最高裁昭和56年12月17日判決（民集35巻9号1328頁）によれば，AはXに対し，プラスチック製品の加工賃及び原料代として980万5084円の債務を負担し，右支払いを担保するためにA所有の中空成型器2基について，譲渡担保契約を締結した。ところがAは，債務履行を怠り残債務を遅滞したため，Xは，本件物件を差し押さえた。その後Xは，本件物件をA方から搬出したうえ，B会社との間で，本件物件につき譲渡担保契約を締結した。Yが，Aに対する公正証書の執行力ある正本に基づき，本件物件につき照査手続きをしたため，Xは，Yの照査に対し，本件物件は原譲渡担保契約によりXが所有権を取得したものであると主張して第三者異議の訴えを提起したという事実に対し，「譲渡担保権者は，特段の事情がないかぎり，譲渡担保権者たる地位に基づいて目的物件に対し譲渡担保権設定者の一般債権者がした強制執行の排除を求めることができるものと解すべきところ，譲渡担保権者がその目的物件につき自己の債権者のために更に譲渡担保権を設定した後においても，右譲渡担保権者は，自己の有する担保権自体を失うものではなく，自己の債務を弁済してこれを取り戻し，これから自己の債権の満足を得る等担保権の実行について固有の利益を有しているから，前記の強制執行に対し譲渡担保権者たる地位に基づいてその排除を求める権利も依然としてこれを保有しているものと解するのが相当である」[59]，と判断をしているのである。

本判決からは，具体的理論構成を明らかにできないが，そもそも譲渡担保は所有権移転を本質とするので，その目的物は譲渡担保権設定者の一般財産から既に流出してしまっており，譲渡担保権設定者の一般債権者はかかっていけない[60]，ということを読みとることができると考える。したがって，本判決を基にすれば，担保権であっても所有権移転をその本質とする[61]以上，譲渡担保は譲渡行為の一種として整理できることになる。よって，譲渡担保も弁済，売買や贈与と同じように考えることができるので，円満な債権回収が困難な状況であることを仮装している点では弁済，及び売買に関する判例類型と共通性を有すること

になり[62]，この仮装により，債権者の強制執行手続きを利用した迅速かつ円満な債権回収を阻害する危険が生ずるのである。

第5節　検討の結果

以上，譲渡行為の類型ごとに検討した結果，すべての判例は円満な債権回収が困難な状況であることを仮装している点で共通していることが明らかとなった。すなわち，先述したように最近の傾向として，強制執行妨害罪における仮装譲渡を判断する際に，判例は譲渡意思の有無という主観的なものからより客観的なものへと判断材料を変化させてきたようであるが，このような傾向こそ，「円満な債権回収が困難な状況」を装っているか否かについて，判断材料として組み入れることなのである。

したがって，仮装譲渡にいう「仮装」とは，円満な債権回収が困難な状況を装うこと，を意味すると思われる。そして，仮装譲渡とは，「円満な債権回収が困難な状況を装い，債務に照らして不適正な価値を移転すること」と定義することができるであろう。強制執行妨害罪における仮装譲渡の判例は，公表されているものが少なく，判例を分析するに当たり不十分な点は否めないが，これまで公にされている仮装譲渡の判例を網羅的に検討すること自体意義があると思われ，またこれから判例の展開に，特に最高裁の判例の展開に期待したい。

第4章　仮装譲渡の処罰根拠

第1節　本章の目的

本稿による判例の分析，検討の結果，仮装譲渡とは，「円満な債権回収が困難な状況を装い，債務に照らして不適正な価値を移転すること」を意味し，このような行為が行われた場合，強執行妨害罪の処罰対象になることが明らかとなった。もっとも，仮装譲渡行為により強制執行が妨害され又はその危険が生じたとしても，債権者の究極の目的は円満な債権回収にあるので，債権者は民事上何らかの債権回収手段を講じてくることになる。民事上の手段で何とか債権回収が可能であるならば，強制執行妨害罪としてわざわざ処罰する必要性は薄い。他方，判例によれば，強制執行妨害罪は危険犯であるとされる。先述した最高裁昭和35年4月28日判決は，「刑法96条の2の犯罪の成立には，仮差押え，仮処分その他の強制執行を免れる目的あるを以て足り，その執行の全部又は一部の行われたことを要するものではないことはいうまでもない」[63]と判示し，実際に強制執行が妨害されることは要件として不要とする。この判例の考えに沿うならば，民事上債権回収の手段があったとしても，強制執行妨害罪の成否には影響しないとも思われる。この点，仮装譲渡を「円満な債権回収が困難な状況を装い，債務に照らして不適正な価値を移転すること」と定義できるとしても，定義から仮装譲渡の処罰根拠を，はっきりと明らかにすることはできない。

また，これまで述べてきたように，仮装譲渡を判例のいう客観的傾向に沿って考えたとしても，譲渡意思に着目して仮装譲渡を考えたとしても，仮装譲渡であっても真実譲渡であっても，譲渡がされたこと自体で強制執行を妨害或いは債権者の債権回収を妨害し又はその危険が発生していることに違いはない。仮装譲渡として処罰されるのは，譲渡したこと自体に基づくのではないといえる。もっとも，仮装譲渡を譲渡意思に着目して考える場合，本文第1章序論で指摘したように，仮装譲渡と真実譲渡では後の債権者がとりえる債権回収手段に違いが生じることになる。もし，この違いが処罰根拠に影響するとするならば，仮装譲渡を「円満な債権回収が困難な状況を装い，債務に照らして不適正な価値を移転すること」と定義するとき，いかなる民事上の債権回収手段を債権者はとることになるのだろうか。

そこで，強制執行妨害罪における仮装譲渡が何故処罰されるのかについては，仮装譲渡が成立する場合，具体的にいかなる民事上の債権回収手段が適用されるのかを，詳細に検討してみる必要がある。以下本章では，仮装譲渡が成立するとき，

いかなる民事上の手段をとりえるか具体的事例を基に検討し，仮装譲渡と民事上とりえる手段との関係において，強制執行妨害罪における仮装譲渡の処罰根拠を探っていきたい。そして，仮装譲渡の処罰根拠，仮装譲渡と民事上の債権回収手段との適用関係，仮装譲渡の定義が明らかとなった結果，いかなる行為が処罰され又は処罰されないか，仮装譲渡の処罰範囲を考えてみたい。

第2節　債権者の債権回収手段

仮装譲渡と詐害行為取消権（民法424条）の関係を考えるにあたって，便宜上具体的な事例に即して考えていきたい。債務者Yは，債権者Xに対する50万円の債務を負っていたが，唯一の財産である預金50万円を支払ってしまうと財産がなくなってしまうことから，騒ぎが収まったころを見計らって返還してもらうのを条件に，友人Zに贈与したという形で預かってもらった場合の，典型的な仮装譲渡と詐害行為取消権の関係について以下考えていくことにする。

Xが債務名義に基づき，Yの唯一の財産である預金50万円を差押え（強制執行）しようとした場合，外観としては，YからZに真正に50万円が贈与したこととなる。本来強制執行は対象を債務者の財産に限るものの，迅速な執行の実現及び執行妨害の防止のため，例外として，外観的に容易にかつ確実に債務者の所有ないし権利と判断できれば執行をなしうる(64)。もっとも，本事例のような場合，外観からしてZに所有権が移っていることが明白なので，50万円に強制執行をかけることはできない。この時点で，本事例における譲渡行為は，50万円に対する強制執行を現実に妨害したことになる(65)。

それでは，債権者Xはいかなる手段を用いて円満な債権回収を図るのか。外観として，XからZに真正に50万円が贈与したことになっている以上，有効な贈与を取り消し，逸出した財産を取り戻す詐害行為取消権を行使することになると思われる。詐害行為取消権は，裁判所において行使しなければならないので(民法424条1項本文)，Yが訴訟を提起し，詐害行為取消権を主張した場合，Y，Z側がすんなり50万円を支払ってくれれば，円満な債権回収ができ問題はない。

しかし，通常Y，Z側が詐害行為取消権につき争ったときは，外観はYからZに真正に50万円が贈与したことになっていたとしても，実質はY所有の50万円をZに預かってもらっているに過ぎないのだから，詐害行為取消権は否定されることになる。なぜなら，かかる贈与行為は行為に対応する効果を発生させる意思（効果意思）がない以上，通謀虚偽表示により無効（民法94条1項）こそなれど，有効な行為を前提に債務者の責任財産の保全を目的とする詐害行為取消権の対象とはならないからである。無効な行為を取り消すというのは，理論上考えられないのである。大審院明治41年6月20日判決（民録14輯759頁）によれば，詳細は不明であるが，BがAとの契約により抵当権設定登記抹消の手続きをなすべき義務を負担しながら，Aの債権を害するためCに抵当権を譲渡したという事案において，「其廃罷訴権(66)ハ債務者ノ為シタル法律行為ノ取消ヲ訴求スル権利ニシテ債務者カ債権者ヲ害スルコトヲ知リテ法律行為ヲ為シタル場合ニ於テ発生スルモ法律行為カ仮装ニシテ真ニ成立セサル場合ニ於テ発生スヘキニ非サルコト多言ヲ俟タサル」(67)とし，虚偽の意思表示によって債権者が害された場合でも，詐害行為取消権の対象とはならないとするのが判例である(68)。

詐害行為取消権が認められない以上，民事上円満な債権回収を図るには，外観はYからZに真正に50万円を贈与したことになっていたとしても，Y所有の50万円をZに預かってもらっているに過ぎないという実質に即して，Xは改めて通謀虚偽表示を使いY，Z間の贈与を無効にするという手段をとるほかない。詐害行為取消権とは違い，通謀虚偽表示は外観と実質が不一致であることを本質とし，また行為者と相手方との通謀，虚偽の意思表示，虚偽の意思表示に基づく外観という通謀虚偽表示成立要件を，本事案が満たしていることに問題はない。したがって，本事案では詐害行

為取消権を行使し債権回収にかかるには困難であり，通謀虚偽表示を主張することで，円満な債権回収を実現することができる。

但し，通謀虚偽表示を主張すれば，必ず円満な債権回収が実現できるというわけではない。本事案の外観からいって，詐害行為取消権を債権者Xが主張するのが自然な流れであり，主張を通謀虚偽表示に代えるのは，Xの立場からすれば大きな負担になる。実際上，大審院大正10年3月24日判決（民録27輯657頁）では，具体的事実関係は不明であるが，「債務者ノ為シタル法律行為カ債権者ニ損害ヲ与ヘタル事実ハ債権者ニ於テ之ヲ立証スルノ責任アルコトハ民法第424条ノ解釈上明カ」[69]として，詐害行為取消権成立要件の1つである「詐害性」の事実につき，債権者に証明責任があるとするのが判例である。また，大審院明治37年12月9日判決（民録10輯1578頁）によれば，具体的事実関係は不明であるが，「民法424条ニ債権者ハ債務者カ其債権者ヲ害スルコトヲ知リテナシタル行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得トアリテ債務者ノ悪意即チ債権者ヲ害スルコトヲ知リテ為シタル行為ナルコトヲ証明スルトキハ債権者ニ於テ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得セシメタルニヨリ法律ハ此場合ニ当リ債務者ノ行為ヲ以テ其相手方即チ受益者又ハ転得者ニ於テモ其情ヲ知リタルモノト一応ハ推定ヲ為シ得可キモノト認メタルモノナルコト法文上自カラ明ラカナリ」[70]として，詐害行為取消権成立要件の1つである「詐害意思」の事実についても，債権者に証明責任があるとするのが判例である。さらに，通謀虚偽表示における当事者の証明責任について，法律効果の存在を主張する者が，その効果の発生を定める適用法規の要件事実について証明責任を負うという考え（法律要件分類説）[71]に基づき，通謀虚偽表示の効果を主張する当事者に証明責任があるとするのが通説である[72]。

このように，債権者Xが円満な債権回収を図ろうと民事的手段を用いるとき，ほとんどの場合証明責任は債権者Xにある。債権者取消権が不発に終わったからといって，通謀虚偽表示へ簡単に債権回収手段を変更できるわけではない。証明責任が債権者Xにある以上，変更後の通謀虚偽表示についても，債権者Xが証明しなければならない。詐害行為取消権の成立要件である「詐害性」と「詐害意思」は，通謀虚偽表示の成立要件である行為者と相手方との通謀，虚偽の意思表示，虚偽の意思表示に基づく外観とは，明らかに異なるのである。たとえば，大審院明治36年11月27日判決（民録9輯1320頁）では，具体的事実関係は不明であるが，「詐害行為取消ノ訴ニ於テ債務者ノ為シタル行為ニ因リ利益ヲ受ケタル者カ民法第424条ノ規定ノ適用ヲ受クルニハ債権者ヲ害スルノ意思ヲ有スルコトヲ必要トセス唯タ受益者カ債務者ノ行為ノ債権者ヲ害スル事実ヲ知ルヲ以テ足レリトス然ルニ原判旨ニ依レハ此場合ニ受益者ハ債務者ト共謀シ且ツ債権者ヲ害スル意思ヲ要スルモノト判示シタルハ民法第424条ノ解釈ヲ誤リタル違法アルモノニシテ原判決ハ此点ニ於テ破棄ヲ免カレサルモノトス」[73]として，受益者については，債務者の行為が債権者を害することを知っているということが詐害意思であり，行為者と相手方の通謀は詐害行為取消権の成立に必要ないものとするのが判例である。しかし，他方通謀虚偽表示はその名からも明らかなように，行為者と相手方の通謀を成立要件とする（民法94条1項）[74]。また，通謀虚偽表示は詐害行為取消権と異なり，共同担保保全を制度趣旨とはしていないので，詐害性を要件とはせず，虚偽の意思表示，虚偽の意思表示に基づく外観という独自の要件を証明する必要がある。

第3節　仮装譲渡と詐害行為取消権の関係

そして，以上の強制執行妨害罪における仮装譲渡成立から債権回収までの流れを考慮すれば，仮装譲渡と詐害行為取消権の関係は，仮装譲渡が成立するときには詐害行為取消権が成立しないように思える。しかし，仮装譲渡を「円満な債権回収が困難な状況を装い，債務に照らして不適正な価値を移転すること」と考えるのならば，仮装譲渡が成立しかつ詐害行為取消権が行使可能なこともありえるのである。すなわち，仮装譲渡の「仮装」

とは，円満な債権回収が困難な状況を仮装することなので，詐害行為取消権が行使可能な外観を作出し債権回収を阻害する危険が発生する場合，又は詐害行為取消権ができない外観を作出し債権回収を直接阻害する危険が発生する場合という，大きく分けて2つの類型があるのである。

1つ目の類型である詐害行為取消権が行使可能な外観を作出する場合とは，実際には譲渡としていないのに理由などを付けて譲渡したかのように装うなど[75]，仮装譲渡の典型的な事例である。第三者の所有物であるかのような外観は，先述したように債権者の債権回収を頻雑化させ，また債権回収自体を断念させる危険もある。

2つ目の類型である詐害行為取消権ができない外観を作出する場合とは，実際には他の債権者を害する意思を持って弁済しているのに，債権者から弁済を強く要求された結果法律上当然弁済すべき債務をやむなく弁済したかのように装う，などの場合である[76]。例外的に詐害行為取消権が行使できないかのような外観は，債権者の債権回収を複雑化させ，また債権回収自体を断念させる危険がある点で，1つ目の類型と同様に，債権者の債権を回収困難な危険にさらすのである。最高裁昭和33年9月26日判決（民集12巻13号3022頁）では，Mが債務合計約2000万円を負い，これに反し資産はわずか800万円にすぎなかったので，Mの債権者Aは，Mに強く支払いを要求したうえ，売掛代金から一部弁済を得たことにつき，他の債権者が詐害行為取消権を行使してきたという事案について，「債権者が，弁済期の到来した債務の弁済を求めることは，債権者の当然の権利行使であって，他に債権者あるの故でその権利行使を阻害されるいわれはない。また債務者も債務の本旨に従い履行を為すべき義務を負うものであるから，他に債権者あるの故で，弁済を拒絶することのできないのもいうをまたない。そして債権者平等分配の原則は破産宣告をまって始めて生ずるものであるから，債務超過の状況にあって一債権者に弁済することが他の債権者共同担保を減少する場合においても，右弁済は原則として詐害行為とならず，唯，債務者が一債権者と通謀し，ほかの債権者を害する意思をもって弁済したような場合にのみ詐害行為となるにすぎないと解するのを相当とする（大正6年6月7日大審院判決，民録932頁参照）」[77]と判示しており，特定の債権者に強く請求されたので他の債権者を害する意思なくやむをえず弁済した場合，例外として詐害行為取消権の対象であっても行使できないとするのが判例である。

このように，債権者に強く請求されてやむなく弁済した場合の他にも，有用な物の購入資金とされかつその物が現存するとき[78]など原則詐害行為取消権の対象となるが，例外的に詐害行為取消権が行使できない場合がある。このような形で，円満な債権回収が困難な状況を仮装することも，理論的にはありえるのである。

強制執行妨害罪における仮装譲渡と詐害行為取消権の関係について，2つに類型化して考察してきた。考察により判明したことは，仮装譲渡が成立する場合でも詐害行為取消権を行使できる場合がありえる。但し，詐害行為取消権を行使できない場合は当然として，詐害行為取消権が行使できる場合でも，円満な債権回収を図るにはひじょうに困難が伴う，ということである。そして，仮装譲渡が成立する場合に，詐害行為取消権ではうまく債権回収が図れないのに，詐害行為取消権を行使してしまう危険がある，或いは詐害行為取消権自体をあきらめてしまう危険があるという点で，仮装譲渡と詐害行為取消権には，密接な関係があるといえよう。

第4節　仮装譲渡と通謀虚偽表示の関係

次に，仮装譲渡と通謀虚偽表示の関係について検討する。先述したように仮装譲渡を，「円満な債権回収が困難な状況を装い，債務に照らして不適正な価値を移転すること」と考え，また仮装譲渡成立から債権回収までの流れを考慮すると，仮装譲渡が成立するならば必ず通謀虚偽表示が成立しそうにも思える。なぜなら，円満な債権回収が困難な状況を装うということは，仮装譲渡が成立す

るすべての場合に，虚偽の意思表示・効果意思の不存在が考えられるからである。これまで本稿では，判例の変遷を概観したところ，譲渡意思を中心にした仮装譲渡の思考を，権利の外観すなわち円満な債権回収が困難な外観を中心とした思考に改めるべきという指摘をした。もっとも，本稿の指摘は，外観通りの法律効果を期待しないという「効果意思の不存在な状況」を言い換えたに過ぎないようにも見えるのである。

しかし，先述したように強制執行妨害罪における仮装譲渡と詐害行為取消権の関係では，2つの類型がある。この2つの類型のうち，2つ目の類型すなわち詐害行為取消権の行使対象となるけれど例外的に行使できない場合，たとえば，債権者に強く請求されてやむなく弁済したなどの場合は，「効果意思の不存在な状況」とはいえないのである。なぜなら，このとき存在する仮装の外観は，法律効果を生ぜしめる動機についてであり，法律効果自体に関する外観ではないからである。2つ目の類型の場合は，詐害行為取消権の対象となっている[79]点で，通謀虚偽表示の対象とはならないことからも，「効果意思の不存在な状況」とはいえないのは明らかであろう。したがって，仮装譲渡が成立するならば必ず通謀虚偽表示が成立するとはいえない。

また，通謀虚偽表示が成立するならば必ず仮装譲渡が成立するともいうことはできない。なぜなら，通謀虚偽表示では行為者と相手方との通謀，虚偽の意思表示，虚偽の意思表示に基づく外観という成立要件をみたせば，行為態様は譲渡行為に限らないので，たとえば賃貸借契約(民法601条)などの契約や抵当権（民法369条1項）などの担保権設定[80]なども通謀虚偽表示の行為態様になりえる。他方，仮装譲渡は行為態様が譲渡行為に限られるのである。

もっとも，仮装譲渡が成立し通謀虚偽表示による無効も立証に成功した場合でも，譲渡目的物の返還を譲受人又は転得者に請求できるのか問題がある。譲渡行為が，強制執行妨害罪における仮装譲渡という犯罪に該当するので，譲渡目的物が不法原因給付物（民法708条）となり，返還を求めることができないのではないかとも思われる。しかし，最高裁昭和41年7月28日判決(民集20巻6号1265頁）によれば，強制執行を免れるためAB間で通謀虚偽表示による無効の売買がなされた後，Bの債権者が通謀虚偽表示による無効を主張し譲渡目的物の返還を求めた事案で，「刑法は強制執行を免れる目的をもって財産を仮装譲渡する者を処罰するが（刑法96条の2），このような目的のために財産を仮装譲渡したという一事によって，その行為がすべて当然に，民法708条にいう不法原因給付に該当するとしてその給付したものの返還を請求しえなくなるのではない（最高裁判所昭和33年(オ)第183号同37年6月12日第三小法廷判決，民集16巻7号1305頁参照)」[81]と判示し，判例上通謀虚偽表示による無効行為でも，その無効行為の譲渡目的物は不法原因給付物には当たらない余地があることを明らかにしている。したがって，仮装譲渡が成立し通謀虚偽表示による無効も立証に成功した場合，譲渡目的物は不法原因給付物に当たらず，譲渡目的物の返還を譲受人又は転得者に請求できることになる。

よって，強制執行妨害罪における仮装譲渡と通謀虚偽表示の関係をまとめるならば，仮装譲渡と通謀虚偽表示は両者が成否を同じくするような不可欠な関係とまではいえないが，仮装譲渡された譲渡目的物を取り戻す有力な手段の1つという点で，両者は密接な関係にあるといえよう。

第5節　仮装譲渡の処罰根拠

これまで仮装譲渡成立から債権回収の流れを検討してきたように，原則債権回収手段として詐害行為取消権を行使しても実効的とはいえず，民事上債権回収手段の要件について債権者Xに証明責任があり，詐害行為取消権と通謀虚偽表示は要件効果が異なるという点において，実質的に債権者Xには大きな負担になりえることがわかった。さらには，要件が異なるので訴訟準備，証拠収集などの出足が遅れるなどし，場合によっては，円満な債権回収に失敗する危険性もはらんでいるとい

える。このように，債務者が単純に強制執行対象物を譲渡するよりも，本事案や強制執行妨害罪における仮装譲渡に該当する行為，すなわち円満な債権回収を困難な状況を装って強制執行対象物を譲渡する方が，債権者の債権回収という観点からは，悪質でありかつ債権者の債権を回収困難な危険にさらす違法性の高い行為だと思われる。強制執行妨害罪における仮装譲渡を,「円満な債権回収が困難な状況を装い，債務に照らして不適正な価値を移転すること」と定義するなら，まさにこの点に，仮装譲渡の処罰根拠を求めることができるのではないかと考えられる

強制執行妨害罪は，その名の通り強制執行を妨害する必要があるが，単純に強制執行を妨害しただけでは処罰されることはない。たとえば，債務者が一部の債権者に唯一の財産である不動産を代物弁済する(他の例と比較するため事例アとする)のは,強制執行が間近に差し迫っているときには，強制執行を妨害する危険が生じているが，これまでの多くの学説はこれを「真実譲渡」だとして処罰の対象外とする[82]。他方，本稿のように仮装譲渡を考ても，円満な債権回収が困難な状況自体が外観として存在しないので,「真実譲渡」として不処罰となる。もっとも，この場合には，債権者は自己の責任において詐害行為取消権を行使して，円満な債権回収を目指すことになろう。

他方，債務者が強制執行を免れるため，後に返還してもらうことを約して，知人に不動産を贈与したことにする（他の例と比較するため事例イとする）のは，先の事例アと同様に，強制執行を妨害する危険が生じている点，及び強制執行妨害罪における仮装譲渡として処罰する点について，これまでの学説と本稿の考え方について争いはない。しかし，事例アと事例イは同じように強制執行を妨害する危険が生じているのに，何故処罰の結論に違いが生じるのか。それは，事例アと事例イの間に，強制執行を妨害する危険を生じさせる状況に違いがあるからではないかと考えられるのである。すなわち，事例アは，たとえ強制執行が妨害されたとしても，民事上詐害行為取消権で円満な債権回収を実現することができる。他方，事例イは，先述したように「円満な債権回収が困難な状況を装」っている点で,強制執行を妨害する危険を生じさせているにとどまらず，債権者の債権回収の手続きを積極的に混乱させ，迅速，円満な債権回収を阻害する危険をも生じさせているのである[83]。強制執行妨害罪における仮装譲渡は，譲渡行為により強制執行という国の司法作用を妨害し，以て債権者の強制執行を利用した債権回収を阻害する危険だけではなく，その後の債権者がとるであろう債権回収の手段をも阻害する危険を内在した行為だから罰するのである。将来現実化するおそれのある危険が内在しているからこそ，対象となっている強制執行の要保護性が高まり，対象となる強制執行を妨害する危険性が可罰的なものにまで高まる，ということができるであろう[84]。

但し，民事上の債権回収手段から，以上のような強制執行妨害罪の処罰根拠を導き出すには，まだ若干の議論の余地がある。いかなる故に，民事上の視点から直接刑事上の問題について結論を導きだせるのか，というものである。たとえば，覚醒剤などの禁制品に関する売買は，公序良俗に反し無効（民法 90 条）であり，無効に基づく返還請求は不法原因給付（民法 708 条）に当たるので認められない。他方，覚醒剤の売買代金を暴行脅迫で免れた場合は，強盗利得罪（236 条 2 項）が成立するのが判例である(最高裁昭和 61 年 11 月 18 日判決刑集 40 巻 7 号 523 頁)。民法上保護されない財産上の利益であっても，刑法上独自に保護することもありえるのである。強制執行妨害における仮装譲渡の処罰根拠は，民事上の視点からなぜ基礎づけられるのであろうか。

それは，現実問題として，抵当権侵害や強制執行妨害といった債権者の債権回収を阻害する状況が多発していることから説明がつく。最近最高裁がこれまでの判断を改め，抵当権者に抵当不動産の不法占拠者に対する明渡請求権を容認した（最高裁平成 11 年 11 月 24 日判決民集 53 巻 8 号 1899 頁）ように，現実の債権侵害は深刻な状況に

なってきており，債権者の債権を保護する必要性が強まってきている。このような要請が，抵当権侵害について最高裁の判例変更を促し，更には債権侵害に対する刑事制裁の強化を求めてきているのである。実際に債権侵害が発生する要因は，民法上の債権回収手段の不備又は欠点があるからなので，債権回収手段の手続きから，債権侵害の一態様である強制執行妨害罪における仮装譲渡を根拠づけるのは，現在の要請に適うものであろう。

第6節　仮装譲渡の処罰範囲

以上強制執行妨害罪における仮装譲渡を,「円満な債権回収が困難な状況を装い，債務に照らして不適正な価値を移転すること」と定義し，強制執行妨害罪における仮装譲渡と民事上とりえる手段との関係，すなわち詐害行為取消権，通謀虚偽表示双方との関係から仮装譲渡の処罰根拠を論じてきた中で，仮装譲渡の処罰範囲が明らかになりつつあるので，ここで簡単に整理してみたい。

仮装譲渡と詐害行為取消権の関係を論じたとき，詐害行為取消権行使の観点から，仮装譲渡を2つの類型に分けることができるのは既に述べた。2類型とは，詐害行為取消権自体が不可能な場合と，詐害行為取消権の行使対象となるけれど例外的に行使できない場合，のことである。但し，仮装譲渡を「円満な債権回収が困難な状況を装い，債務に照らして不適正な価値を移転すること」と考えるなら，詐害行為取消権自体が不可能な場合とは，更に理論上2つの場合に分けることができると解する。すなわち，譲渡行為における価値の帰属を装うこと,典型的には返還を約した譲渡と，譲渡行為における価値自体を装うこと，典型的には本来履行すべき債務の範囲を装って債務以上の履行をすること(85)，債務者が本来弁済すべき債務は100万円なのに，100万円弁済したように装って500万円弁済する場合など，がありえるのである。

よって，仮装譲渡を「円満な債権回収が困難な状況を装い，債務に照らして不適正な価値を移転すること」と定義するならば，返還を約した譲渡に代表されるように譲渡行為における価値の帰属を装い実際には詐害行為取消権が不可能なのに詐害行為取消権が行使可能な外観を作出し債権回収を阻害する危険を発生させる行為，本来履行すべき債務を装って債務以上の履行をすることに代表されるような譲渡行為における価値自体を装い実際には詐害行為取消権が不可能なのに詐害行為取消権が行使可能な外観を作出し債権回収を阻害する危険を発生させる行為，債権者に強く請求されてやむなく弁済したかのように装い財産を逸出する場合に代表されるような実際に詐害行為取消権が可能なのに詐害行為取消権の行使対象となるけれど例外的に行使できない外観を作出し債権回収を直接阻害する危険を発生させる行為，の3つの行為態様を仮装譲渡は処罰範囲とすることになる。

これまで，多くの学説が支持してきた譲渡意思を中心にした仮装譲渡の考え方と比較検討してみるならば，譲渡する意思を持って財産を代物弁済したという場合，私見も譲渡意思を中心に考えても不処罰となる。私見によれば，なんら仮装がない以上仮装譲渡は成立しない。譲渡意思がないにもかかわらず財産を知人に贈与した場合も，私見・譲渡意思を中心に考えても仮装譲渡が成立する。私見によれば，債権回収を困難な状況の仮装，すなわち本来行使ができないはずの詐害行為取消権を行使してしまう危険を生じせしめている点で,譲渡による強制執行妨害が成立するのである。他方，私見によれば債権者に強く請求されてやむなく弁済したかのように装い財産を逸出した場合は，仮装譲渡が成立する。なぜなら，譲渡意思はあるものの，詐害行為取消権が行使できないかのような外観があるので，債権者の債権回収が複雑化又は債権回収自体をあきらめてしまう危険を生じせしめているからである。この場合に，仮装譲渡が成立する譲渡意思中心の考え方と，結論に違いが出るのである(86)。もっとも，仮装譲渡は債権回収が困難な状況を装うことを本質とするので，仮装の内容が債権回収に影響しない場合は，仮装譲渡が成立することはない。たとえば，いやいや

不動産を贈与する意思を持って贈与したが，進んで贈与したかのように装った場合，あるいは贈与する意思を持って高価な財物を贈与したが，見栄を張ってその財物が不要になったかのように仮装した場合などは処罰されないのである。また，100万円を贈与する意思を持って贈与したが500万円を贈与したように見栄を張って仮装した場合は，債権者は外観通り500万円につき詐害行為取消権を行使しても，裁判所は実質の100万円の範囲で詐害行為取消権を行使できるよう縮小認定する[87]ので，債権者が害されることはない。このように，債権者が債権回収の手段を行使したとき，外観と実質に齟齬があっても，一部認容など債権者が円満な債権回収が可能であれば仮装譲渡は成立しないのである。

第5章　結　　語

本稿では，強制執行妨害罪における仮装譲渡を，判例が譲渡意思を中心に考える思考方法から権利の移転や外観といったより客観的側面を中心に考える思考方法に変化してきていることを明らかにし，その結果，仮装譲渡を「円満な債権回収が困難な状況を装い，債務に照らして不適正な価値を移転すること」と定義すべきことを指摘した。そして，この定義に基づけば仮装譲渡の処罰根拠は，強制執行を妨害する危険を生じさせているにとどまらず，債権者の債権回収の手続きを積極的に混乱させ，迅速，円満な債権回収を阻害する危険をも生じさせている点にあり，このような危険から，仮装譲渡と詐害行為取消権，通謀虚偽表示は密接な関係にあることが判明した。また，処罰根拠や民事上の債権回収手段との関係から，仮装譲渡には詐害行為取消権が不可能なのに詐害行為取消権が行使可能な外観を作出し債権回収を阻害する危険を発生させる行為と，実際に詐害行為取消権が可能なのに詐害行為取消権の行使対象となるけれど例外的に行使できない外観を作出し債権回収を阻害する危険を発生させる行為，大きく見ていけば2つの行為類型があることが明らかとなった。

強制執行妨害罪において，平成8年以降の最近5年間は検察庁新規受理人員が30人台から40人台とそれ以前の8年間よりかなり高い数字を示し[88]，最近の傾向として強制執行妨害罪が以前より増加傾向にあることは否定できないであろう。今後増大が予想される強制執行妨害罪の判例の蓄積が待たれると同時に，これまでの形式的な議論から一歩踏み込んだ研究が期待されるところである。

本稿も，強制執行妨害罪における仮装譲渡と考えられる譲渡行為について，理論的に更なる検討の余地が多分にある。仮装譲渡と隠匿など他の強制執行妨害罪の行為態様との関係，強制執行妨害罪の成立に必要な「強制執行を受けるおそれのある客観的状況」の類型化，残余財産がある場合の強制執行妨害罪の成否，強制執行妨害罪と詐欺などの他罪との関係，強制執行妨害罪と民事執行法などの関係，強制執行妨害罪と破産法の関係，など強制執行妨害罪に関連してまだまだ考えなければならない点が多い。以上の点を含めて，更なる学問的探求を別稿に譲ることにしたい。

後注

(1) 「刑法の一部改正の解説(七)」警察研究61巻1号（1990年）64頁。

(2) たとえば，大塚仁『刑法概説各論』（有斐閣，改訂版，1987年）559頁，林幹人『刑法各論』（東京大学出版会，1999年）475頁，などがある。

(3) 藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂，1976年）31頁，西田典之『刑法各論』（弘文堂，1999年）408頁。本稿では，仮装譲渡と詐害行為取消権の関係につき第4章第3節で詳細に扱う。

(4) 柏木千秋『刑法各論』（有斐閣，1960年）89頁，山川一陽「通謀虚偽表示と犯罪（その2）ー公正証書原本不実記載罪と強制執行免脱の罪」捜査研究48巻10号（1999年）60頁。本稿では，仮装譲渡と通謀虚偽表示の関係につき第4章第4節で詳細に扱う。

(5) 仮装譲渡を譲渡意思の有無で判断するならば，譲渡意思がない場合多くは何らかの形で相

手方と通謀していることが多い。また，最高裁昭和45年9月22日判決（民集24巻10号1424頁）によれば，厳格に相手方との通謀がなくても類推適用する余地を認めている。この判例は，後掲（注74）で詳しく紹介する。

(6) 本当に信頼できる相手ならば，返還の約束などしないであろう。約束などしなくても，都合のいいときに返してくれるはずだからである。

(7) 刑集8巻4号606頁以下。

(8) たとえば，鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法(1)』[鈴木忠一]（第一法規出版，1984年）657頁，山木戸克己『民事執行・保全法講義』（有斐閣，補訂2版，1999年）102頁，などがある。

(9) 本決定の評釈として以下のものがある。岩田誠『最高裁判所判例解説刑事編昭和29年度』76頁は刑法96条の2にいう「強制執行」に，国税徴収法に基づく滞納処分たる差押えは含まないとする。賀集唱「刑法96条の2の『強制執行』と国税徴収法に基づく滞納処分たる差押え」刑事判例評釈集16巻（有斐閣，1966年）122頁も刑法96条の2にいう「強制執行」に，国税徴収法に基づく滞納処分たる差押えは含まないとする。これらの評釈は，強制執行妨害罪と国税徴収法の関係を中心に論じている。

(10) 高等裁判所刑事裁判特報4巻23号643頁。

(11) 本文の記述③同旨として，堀江一夫『最高裁判所判例解説刑事編昭和39年度』36頁がある。この判例解説は，当該高裁判決の後に書かれているので，当該高裁判決を強く意識したものといえる。

(12) 安田拓人「仮装譲渡による強制執行妨害」産大法学34巻3号（2000年）379頁。

(13) 安田・前掲論文（注12）376頁。

(14) 譲渡意思の内容の設定，又は実質的支配の捉え方によっては，譲渡意思のない事情と実質的支配が存在する事情を一致させることも可能であろう。

(15) 安田・前掲論文（注12）375頁，前掲（注1）同頁によれば，当時の大竹武七郎政府委員が帝国議会で，「強制執行ヲ免ルル目的デ真正ナル譲渡行為ヲ為スト云フコトハ絶対ナイトハ申上ゲ兼ネマスガ，斯フ云フ目的ヲ以テヤル場合ハ多クハ仮装譲渡デアラウ」と説明しているのも，同趣旨であろう。

(16) 大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法第6巻［第73条〜第107条］』[河上和雄＝久木元伸]（青林書院，第2版，1999年）193頁は，譲渡を仮装することが必要だとする。しかし，その実質は譲渡意思を仮装することに他ならない。

(17) たとえば，團藤重光編『注釈刑法(2)各則(1)』[大塚仁]（有斐閣，1965年）87頁，平川宗信『刑法各論』（有斐閣，1995年）527頁，などがある。

(18) 最高裁昭和29年4月28日決定（刑集8巻4号596頁）については本文第2章第1節参照。

(19) 直後に，最高裁昭和35年4月28日決定（刑集14巻6号836頁）が，最高裁で初めて仮装譲渡を譲渡意思説を是認したと思える判断を下したのも，当該高裁判決に依るところが大きいであろう。

(20) 刑集14巻6号841頁以下。

(21) 本決定の評釈として，川添万夫『最高裁判所判例解説刑事編昭和35年度』173頁は強制執行妨害罪が成立するには，行為の際既に強制執行手続きが開始されていることを要しないことを述べている。この評釈は，強制執行妨害罪が成立するには，強制執行に着手していることを要するか否かについて中心に論じている。

(22) 刑集14巻8号1130頁。

(23) 前掲（注22）同頁。

(24) 前掲（注22）1106頁。

(25) 本判決の評釈として以下のものがある。寺尾正二『最高裁判所判例解説刑事編昭和35年度』230頁は債権の存否は強制執行妨害罪に影響を与えないとする。吉川義春「判批」法学論叢69巻3号（1961年）101頁は強制執行妨害罪が債権と公務双方を保護法益とし，執行名義の有無で強制執行を受けるおそれに差異が生じるとする。高信雅人「判批」法学新法（中央大学）69巻9号（1962年）58頁も同様に執行名義の有無

が，強制執行を受けるおそれの蓋然性に影響を及ぼすことを指摘する。古屋亀鶴「強制執行免脱罪と基本債権の存在」研修359号（1978年）113頁は強制執行は債権者保護の制度だから，本罪成立には基本たる債権が必要だとする。小暮得雄「強制執行免脱罪と債務名義の存在」平野龍一＝松尾浩也＝芝原邦爾編『刑法判例百選II各論』（有斐閣，第3版，1992年）228頁は保護法益を国家作用の保護に重点をおき，債務名義の有無が強制執行妨害罪を受けるおそれに影響することを認める。泉健子「強制執行妨害罪と債務名義の存在」松尾浩也＝芝原邦爾＝西田典之編『刑法判例百選II各論』（有斐閣，第4版，1997年）224頁は保護法益を強制執行の機能保護と捉えつつ，債権者の債権保護という観点から構成要件にしぼりをかけていると考える。これらの評釈は，強制執行妨害罪の保護法益又は強制執行をうけるおそれを中心に論じている。

(26) 刑集18巻3号120頁。

(27) 安田・前掲論文（注12）では，「債務を仮装・水増ししたことと，譲渡が仮装のものであることは，同じではな」く，「譲渡が仮装のものであったという根拠にはならない」とするが，客観的事情に基づき譲渡意思の有無を考えること，すなわち譲渡意思説に立脚しつつ客観的判断を行うこともできるのは明らかである。

(28) 本決定の評釈として以下のものがある。堀江・前掲論文（注11）34頁は競売手続きを仮装しても隠匿に該当することを認めている。内田文昭「刑法96条の2にいわゆる財産の隠匿にあたるとされた事例」刑事判例評釈集26巻（有斐閣，1970年）46頁は強制執行をうけるおそれの具体化を，隠匿行為との関係で論じている。これらの評釈は，強制執行妨害罪における隠匿行為又は強制執行をうけるおそれについて中心に論じている。

(29) 刑事裁判月報4巻1号8頁。

(30) 前掲（注29）同頁。

(31) 安田・前掲論文（注12）380～381頁。

(32) 前掲（注29）12頁以下参照。

(33) 東京高等裁判所刑事判決時報31巻7号92頁以下。

(34) 判例タイムズ1041号116頁。

(35) 前掲（注34）同頁。

(36) 安田・前掲論文（注12）382頁参照。

(37) 前掲（注34）101頁。

(38) 前掲（注34）105頁。

(39) 前掲（注34）135頁。

(40) 本文第1章序論で述べたように，立法者意思としては譲渡意思のない譲渡を「仮装譲渡」で処罰するようであるが，日沖憲郎「刑法の一部改正について」法律時報13巻5号（1941年）12頁によれば，刑法改正提案理由として三宅司法次官が，「又現下内外の情勢から見て刑法の全部改正案を今議会に提出することは出来なかったのでありますが，現行刑法は先にも申上げました通り施行後三十有余年経過致しまして，其の後の人心の趨勢，犯罪の情勢などに鑑みまして，殊に現時戦時下における社会の実情等に鑑みまして，是非共改正を要する部分の改正を行ひ，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ります」と，貴族院特別委員会で説明している。この三宅司法次官の説明から，日沖憲郎は当時の刑法改正を，「結局現下の時局に顧みて是非とも改正を必要とすると考へられた最小限に止まった」ものと評価している。ここからは，早急に処罰する必要がある行為を刑法に規律しただけで，立法者は譲渡意思のある譲渡を処罰しないと必ずしも考えているわけではない，ということを読みとることもできよう。

(41) この点，意識的にか無意識的にか，譲渡意思に着目しないで仮装譲渡を考えているかのように見受けられる者も若干いる。たとえば，香川達夫『刑法講義各論』（成文堂，第三版，1998年）52頁は仮装譲渡を，「真実譲渡が行われていないのに，表面上譲渡の形式をとって財産の所有名義を変えること」とする。福田平『全訂刑法各論』（有斐閣，第3版，1998年）20頁は仮装譲渡を，「真実の譲渡がないのに，表面譲渡が行われたようによそおって財産の名義を変更する

こと」と考える。浅田和茂＝斉藤豊治＝佐久間修＝松宮孝明＝山中敬一『刑法各論』[斉藤豊治]（青林書院，補正版，2000年）348頁は仮装譲渡を，「相手方と通じて，表面だけ譲渡の行われたように装うこと」とする。曽根威彦『刑法各論』（弘文堂，第三版，2001年）289頁は仮装譲渡を，「相手方と通じて表面だけ譲渡の行われたように装うこと」と定義する。もっともこれらの定義は，いわゆる表面上譲渡が行われたように装うことが，いかなる基準で判断されるのか明らかではない。

(42) 前掲（注20）841頁。

(43) 前掲（注26）120頁。

(44) 大阪高裁昭和32年判決では，残念ながら仮装譲渡時における客観的状況は判文からは不明である。譲渡意思を中心に仮装譲渡を考えているので，客観的側面に十分配慮しておらず，他の判例と比較検討することは困難である。

(45) 「円満な債権回収が困難な状況」については，本文第4章第3節で詳しく説明する。

(46) 仮装した債務に対して，前掲（注20）841頁によれば，「牛ヌメ革455枚，豚ヌメ革47枚，牛染革150枚，豚染革200枚，馬ヌメ革35枚」を債務者は譲渡しており，前掲（注20）839頁上告趣意によれば，この代物弁済につき真実の取引を主張しているので，本来負っている債務の弁済としては多すぎるが，仮装した債務相応の価値移転があったと思われる。

(47) 仮装した債務に対して，前掲（注26）120頁によれば，「家財道具衣類等107点」を債務者は譲渡しており，譲渡対象物の性質上，形式的な移転にすぎないと考えられる。

(48) 前掲（注34）91頁。

(49) 本文第2章第3節で述べたように，当該事例では譲渡意思があったものと考えられる。しかし，売却代金が生じていない以上，売却はされていないものと思われる。

(50) 前掲（注29）8頁。

(51) 前掲（注50）同頁。

(52) 前掲（注29）5頁控訴趣意によれば，この贈与につき真実の贈与を主張しているので，外観として真実の贈与がなされたかのような状況が存在したのであろう。

(53) 当時の判決原文を読むと明らかなように，客観的状況についてはほとんど述べられていない。

(54) 前掲（注7）605頁，但し前掲（注7）606頁によれば，原審判断で譲渡目的物のうち女物衣料品は除かれた。

(55) 前掲（注22）1130頁。

(56) 前掲（注7）602頁上告趣意によれば，この贈与につき離婚による財産分与（民法768条），特有財産（民法762条1項）又は共有財産（民法762条2項）を主張している。もっとも，特有財産又は共有財産の場合は譲受人にも権利があるので，そもそも仮装譲渡の対象とはなり難く，外観として真実の譲渡又はそれに類似する状況が存在したのであろう。

(57) 前掲（注22）1113頁上告趣意によれば，一人娘に婿養子を迎えるための準備の一環として不動産を分与したと主張しているので，外観として真実の譲渡が行われたかのような状況が存在したのであろう。

(58) 本文第2章第3節東京高裁昭和55年7月17日判決参照。

(59) 民集35巻9号1329頁以下。

(60) たとえば，遠藤賢治『最高裁判所判例解説民事編昭和56年度』830頁同旨。

(61) 本判決は，譲渡担保物を再譲渡担保にいれたというやや複雑な事案であるが，純粋に譲渡担保物と譲渡担保設定者の一般債権者の関係につき，最高裁昭和58年2月24日判決（判例時報1078号76頁）において，本判決と同旨の判示をしている。

(62) 唯一の譲渡担保事例である本文第2章第3節の東京高裁昭和55年判決は，客観的事情の詳細が必ずしも明らかではないので，他の判例と比較検討することはできない。

(63) 前掲（注20）837頁。

(64) たとえば，鈴木・前掲論文（注8）657頁，山

木戸・前掲論文（注８）102頁，などがある。

(65) 本事例の贈与行為が行われた時点で，このような強制執行が間近に迫っていたならば，強制執行が実際に着手されていなくても，強制執行を妨害する危険が生じたということができる。

(66) 廃罷訴権とは，詐害行為取消権のことを指す。

(67) 民録14輯763頁。

(68) 判例とは異なり，学説上本事案のような場合，共同担保の保全に役立つならば94条でも424条でも，原告はそのいずれかの要件を主張立証することにより，両者が選択的に適用されるべきというのが通説である。たとえば，我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店，1964年）177頁，於保不二雄『債権総論』（有斐閣，新版，1972年）182頁，川井健『民法概論１民法総則』（有斐閣，第２版，2000年）195頁，などがある。

(69) 民録27輯660頁。

(70) 民録10輯1582頁。

(71) たとえば，兼子一『民事法研究第３巻』（酒井書店，1969年）136頁，中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『民事訴訟法講義』［青山善充］（有斐閣，補訂版，2000年）302頁，などがある。

(72) たとえば，三ヶ月章『民事訴訟法』（弘文堂，第３版，1992年）450頁，谷口知平＝福永有利編『注釈民事訴訟法(6)証拠(1)』［福永有利］（有斐閣，1995年）53頁，などがある。

(73) 民録９輯1325頁。

(74) 最高裁昭和45年９月22日判決（民集24巻10号1424頁）では，Ａの不動産の登記をＢが勝手にＢ名義に移したのを知りながら，Ａは登記の抹消を四年余に渡って放置し，その間，Ａの債務を担保するためにＢ名義のままその不動産に抵当権を設定したことがあるという場合に，Ｂからの善意の譲受人ＣとＡとの所有権関係が争いになった事案で，「不実の所有権移転登記の経由が所有者の不知の間に他人の専断によってされた場合でも，所有者が右不実の登記がされていることを知りながら，これを存続せしめることを明示又は黙示に承認していたときは，右94条２項を類推適用」する旨述べている。原則94条が成立するには通謀が必要だが，本判例の示すように，例外的に要件を拡張するということもありえる。但し，拡張するときに，通謀を超えて詐害意思まで要求するものではない。

(75) たとえば，本文第２章第１節，２節，３節で紹介した最高裁昭和35年４月決定，最高裁昭和35年６月判決，最高裁昭和39年決定，福岡高裁昭和47年，49年判決，東京高裁昭和55年判決，大阪地裁平成11年判決などがある。

(76) このような事例は，今のところ公式な判例集には登場していないが，理論的には十分ありえると考える。

(77) 民集12巻13号3023頁。

(78) たとえば，東京地裁平成３年４月16日判決（判例時報1404号88頁）などがある。

(79) 本文第４章第３節最高裁昭和33年９月26日判決参照。

(80) 譲渡担保が例外的にここに含まれないのは，本文第３章第４節で述べたとおりである。

(81) 民集20巻６号1267頁。

(82) たとえば，中森喜彦『刑法各論』（有斐閣，第２版，1996年）305頁，前田雅英『刑法各論講義』（東京大学出版会，第３版，1999年）448頁，などがある。

(83) 飯原一乗「虚偽の行為・無効の行為」飯原一乗編『詐害行為の取消・否認の実務』（新日本法規出版，1998年）292頁によれば，実務上は譲渡行為が無効であることを主張して債権者代位権（民法423条）による通謀虚偽表示無効を求め，譲渡行為が有効であるとする反論に対して，有効であるならば詐害行為として取消目的物の返還を求める，という形式がとられることが多いとする。もっとも，真正な譲渡行為が為されているかのような外観が存在するので，たとえ通謀虚偽表示と詐害行為取消権双方を裁判で主張したとしても，債権者の債権回収を困難にさせる危険が生じている点に影響はないと思われる。

(84) これまで，返還を約した譲渡を例に説明したが，本文より私見で最終的に仮装譲渡が成立す

ると思われる他の譲渡行為でも同様の説明がつく。債権者に強く請求されてやむなく弁済した場合なども，詐害行為取消権が使えない外観が存在するので，債権者は詐害行為取消権行使に躊躇し，場合によっては債権回収をあきらめてしまう危険がある。そのような意味で，その後の債権者がとるであろう債権回収の手段をも阻害する危険を内在しているといえる。また，第4章第6節で仮装譲渡の行為類型とする本来履行すべき債務の範囲を装って債務以上の履行をする場合なども，債務に適った弁済をした外観があるので，行使が不可能な詐害行為取消権を手段として用いてしまう危険がある。そのような意味で，その後の債権者がとるであろう債権回収の手段をも阻害する危険を内在しているといえる。

(85) このような事例は，今のところ公式な判例集には登場していないが，理論的には十分ありえると考える。

(86) また，債務者が本来弁済すべき債務は100万円なのに，100万円弁済したように装って500万円弁済する場合は，私見では譲渡行為の価値自体を装う行為類型として仮装譲渡を成立させる。他方，譲渡意思を中心に仮装譲渡を考える場合は，100万円を譲渡する意思はないとして仮装譲渡を成立させるものと思われる。

(87) たとえば，石川明＝小島武司編『新民事訴訟法』[吉野正三郎]（青林書院，補訂版，1997年）132頁，松本博之＝上野泰男『民事訴訟法』[松本博之]（弘文堂，第2版，2001年）379頁，などがある。

(88) 「犯罪白書平成12年度版 ── 経済犯罪の現状と対策 ──」（法務総合研究所，2000年）333頁，「犯罪白書平成13年度版 ── 増加する犯罪と犯罪者 ──」（法務総合研究所，2001年）22頁，参照。

（すぎやま　てるあき　札幌簡易裁判所）