

出資法解説

第1 総論

1 出資法とは

出資法とは、略称であり、正式名称は「出資の受入れ、預り金及び金利等の取り締まりに関する法律」です。昭和29年に制定されましたが、その後現在に至るまで何度も改正されています。最近では、平成18年12月13日、第165回国会において、「貸金業の規制等に関する法律等の一部を改正する法律」が成立し、その中で出資法も改正され、平成19年1月20日から段階的に施行されてきました¹。

出資法の立法趣旨は、次のとおり解されています。すなわち、出資法は、大衆が出資したり金銭を預けることに伴って被る損害を未然に防止するとともに、借り手の弱い立場を利用して暴利をむさぼる高利貸しや、金銭貸借の媒介に際して高額の手数料を取得することを禁止することによって大衆を保護し、他方では浮貸し等を禁止することによって金融機関の財産基盤ひいては預金者を保護していると解されています。これに対し、社会の信用制度や経済秩序の維持発展も一般大衆保護とならんで強調されることもあります。しかし、出資法全体としての保護法益は、第1次的には、一般大衆の財産であると解すべきです²。

2 出資法の主な内容

(1) 出資法は、次のような内容を定めています³。

- ・ 不特定多数の者に対する、元本を保証した出資の受入れの禁止
- ・ 特定金融機関以外の、業としての預り金を禁止（他の法律に特別の規定がある場合を除く）
- ・ 浮貸しの禁止
- ・ 金銭の貸借の媒介を行う者は、その金銭額の5%を超える手数料を受けることを禁止（紹介屋等の禁止）
- ・ 金融業者は年20%超、金融業者以外は年109.5%（うるう年は109.8%とし、1日あたり0.3%）超の金利の契約を禁止
- ・ 金利や元本の解釈、短期の貸付け期間や複利計算
- ・ 利息制限法と同様みなし利息
- ・ 罰則

¹ 出資法の改正の概要については、森寿明「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律の一部改正の概要」（金融法務事情 No.1804、21頁から27頁）がわかりやすい。

² 斉藤正和「出資法」（青林書院・1998）17頁

³ 出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律 [Wikipedia 参照](#)

- (2) 出資法は、次のような禁止及び制限に対する違反を内容とする犯罪類型から成り立っています。すなわち、第1類型として、出資金の受入れの制限（1条）及び預り金の禁止（2条）、第2類型として、「金融機関の役職員による浮貸し等の禁止（3条）、第3類型として、高金利の処罰（5条）及び金銭貸借の媒介手数料の制限（4条）に対する違反という3つの類型です⁴。

3 出資法の（実質的）意義

2で述べた内容からも明らかなおとおり、出資法は、いわゆる特別刑法です。また、出資法は、金融業者等の違法な経済活動から経済的弱者である一般国民を保護する趣旨で制定された法律であり、経済的弱者の保護、経済秩序の維持等を刑罰をもって図ることを目的とした経済取締法規です。したがって、出資法は、経済刑法の1つであるということが出来ます⁵。

第2 各論

1 出資金の受入れの制限

（出資金の受入の制限）

第1条 何人も、不特定且つ多数の者に対し、後日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。

（その他の罰則）

第8条 （1項、2項は省略）

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1項、第3条又は第4条1項若しくは第2項の違反をした者

二 いかなる名義をもつてするかと問わず、またいかなる方法をもつてするかを問わず、前号に掲げる禁止を免れる行為をした者

4 前項の規定中第1条及び第3項に係る部分は、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。

第9条 法人（法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めのあるものを含む。以下この項及び次項において同じ。）の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が法人又は人の業務又は財産に関して次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人に対して当該各号に定める罰金刑を、その人に対して各本条の罰金刑を科する。

⁴ 齊藤正和「出資法」（青林書院・1998） 17, 18頁

⁵ 齊藤正和「出資法」（青林書院・1998） 2, 3頁

- 一 第5条第1項若しくは第2項、第5条の2第1項、第5条の3又は前条第1項 3000万円以下の罰金刑
 - 二 第5条第3項又は前条第2項 1億円以下の罰金刑
 - 三 前条第3項（第3条に係る部分を除く。） 同項の罰金刑
- 2 前項の規定により第5条第1項から第3項まで、第5条の2第1項、第5条の3又は前条第1項若しくは第2項の違反行為につき法人又は人に罰金刑を科する場合における時効の期間は、これらの期間は、これらの規定の罪についての時効の期間による。
- 3 第一項の規定により法人でない社団又は財団を処罰する場合には、その代表者又は管理人がその訴訟行為につきその社団又は財団を代表するほか、法人を被告人とする場合の刑事訴訟に関する法律の規定を準用する。

(1) 出資法1条の立法趣旨

一般大衆が不測の財産的損害を被ることを早期に防止する目的で、あたかも出資金が返ってくるかのような誤解を招く誇大広告的方法による出資金の受入れを禁止するために設けられた規定と解されます⁶。本規定は、保全経済会事件を契機に定められたものです⁷。

(2) 出資法1条の構成要件

ア 行為者

本条は、「何人も」と定められており、行為の主体は限定されていません。したがって、貸金業者にかかわらず本条に該当します。また、出資法9条で両罰規定が定められています。

イ 出資金

出資金とは、一般に共同の事業のために拠出される金銭であって、その目的たる事業の成功を図るために用いられるものをいいます。

なお、2条では、預り金について定められていますが、預り金との根本的な差異は、前者は元本の返還が保障されないのに対して、後者はそれが保障される点にあります。もっとも、問題となる事案では、資金提供者は元本の返還及び利益配当を期待しつつ金銭を拠出し、それを受け入れる側

⁶ 齊藤正和「出資法」(青林書院・1998)46頁

⁷ 保全経済会事件とは、保全経済会が昭和24年10月から昭和28年10月にかけて全国的な規模で一般大衆から資金を調達し、その後、昭和28年に休業、倒産し、大量の被害者を生ぜしめた事件である。出資金の収集にあたって、一定期限後には出資金の元本を返還することは勿論高率の配当を行うことを約束した事案であった。当時詐欺罪で起訴され、有罪判決(東京地裁昭和35年3月29日判決、山口地裁昭和36年2月28日判決、大阪高裁昭和42年6月29日判決)無罪判決(大阪地裁昭和35年3月30日)と評価が分かれた。

も、元本の返還ないし利益の配当が確実であるかのような表現を用いて金銭を受け入れるのがほとんどです。そうすると、出資金なのか預り金なのか必ずしも判然としない場合が多くあります。もっとも、両者の区別は、刑罰の重さの面で差異はないので、実務では、2条で処理することが多いようです^{8 9}。

ウ 不特定且つ多数の者

出資金の受入れの相手方は、「不特定且つ多数の者」です。したがって、特定の者からの出資金の受入れ、不特定だが少数の者からの受入れは、本条違反の罪にはなりません¹⁰。

エ 出資の払い戻しの表示行為

(ア) 本条で禁止されている行為は、出資金の受入れに際して事業の成功、不成功を問わず、確定的に出資した元本又はそれを上回る利益配当を約束する行為です。出資金という本質と相容れない内容を示すことを禁止する趣旨です。すなわち、出資する側の判断を誤らせるような広告等の表現を用いて、出資金の受入れをしてはならないという内容の規制です。その意味で、この規定は、「誇大広告禁止の規定」と呼ばれることもあります¹¹。

(イ) 明示又は黙示の表示

⁸ 両者の区別基準については、次のような見解がある。第1の見解は、共同事業のための金銭の提供であるか、すなわち金銭提供者が共同事業を行っているか認められる事業形態をとっているかによって決せられ、その場合当該金銭提供者に共同事業への参加の意思が認められるかが判断の重要な要素となる、とするものである。第2の見解は、当事者の意思の合理的推測、事業の主体のいかん、その他諸般の事情を総合的に勘案して決するほかない、とするものである。第3の見解は、当事者がどのように認識していたか、特に資金提供者が自分の交付した金銭の正確についてどのように認識していたかに区別の基準を求め、表現の程度を問わず、条件が成就した場合に初めて元本等が返還される旨の合意が積極的に認められる場合は出資金であるけれども、それ以外の場合はすべて預り金と解してよい、とするものである。第4の見解は、契約形態のいかんにかかわらず、集金者に共同事業の意思があつて、その計画ないし実態が共同事業の性質を有する場合は出資金であり、共同事業の意思がなく、資金を思うがままに運用する場合は預り金と解するものである（以上の点につき齊藤正和「出資法」（青林書院・1998）50～52頁）

⁹ 出資金と預り金の共通点は多いものの、出資金はその私法上の性質において根本的に異なっている。すなわち、元本あるいは利益配当当事者の合意によって資金提供者に返還されるべき金銭の返還請求権がいつ発生するかとい点である。預り金にあつては、元本の返還請求権は契約時点の点ですでに発生しており、ただ、その履行期が一定期間の後に到来するにすぎない。これに対して、出資金にあつては、元本等が返還されるか否かは、事業の成否にかかつており、不成功の場合には返還請求権はそもそも発生しない。したがって、契約締結時点においては出資金にあつては、事業の成功を停止条件とした条件付返還請求権として存在するにすぎない（「利殖商法と出資法」 栗田哲男著111, 112頁）

¹⁰ 齊藤正和「出資法」（青林書院・1998）52頁

¹¹ 齊藤正和「出資法」（青林書院・1998）53頁

明示的になされても、暗黙のうちになされても本条に該当します。配当名義で実質的には出資金の払い戻しを約束しているような場合も該当します¹²。

(ウ) 出資の払い戻し

本条の「払いもどし」とは、民法上の組合員の脱退の際の持分の払い戻し(民法681条)や、匿名組合契約終了の際の返還(商法542条)、残余財産の分配や株式の消却もこれに含まれます。

(3) 既遂時期

本罪は、出資金を「受入れ」た時に既遂となります。未遂処罰はありません。したがって、不特定かつ多数の者に対し、出資金の全額以上の払い戻しがある旨を表示しただけでは本罪は成立しません。しかし、1人でも出資金を受け入れるに至れば、その時点で本罪は既遂となります。

(4) 罪数

一連の同旨の宣伝によって、複数の者から出資金を受け入れた場合は、併合罪ではなく、包括一罪となります。なぜなら、出資金という概念が不特定多数の者からの受入れを予定している概念であり、一連の同旨の宣伝によるかぎり、同一の共同事業に関して受け入れられる出資金とみることができるからです¹³。

(5) 詐欺罪との関係

本条に該当する出資金の受入れが同時に詐欺罪を構成する場合には、詐欺罪のみが成立します(出資金8条4項)。

■ 出資契約が出資法に反する場合の私法上の効果

出資契約が出資法に違反している場合には、その私法上の効果はどのように解すべきでしょうか。

出資法の沿革、目的から判断して単なる取締り法規と見るべきではないことからすると、私法上の効力も否定しなければ出資法の目的を達成できません。したがって、出資契約が出資法に違反している場合には、その私法上の効力も公序良俗に反するものとして無効と解すべきです^{14 15}。

¹² 齊藤正和「出資法」(青林書院・1998)54頁

¹³ 齊藤正和「出資法」(青林書院・1998)56頁

¹⁴ 栗田哲男「利殖商法と出資法」(立教法学26)118, 119頁

¹⁵ なお、関連する下級審判決として、ネズミ講事件の民事裁判においてネズミ講に関する契約について出資法に違反するか否かを判断することなく、公序良俗に反して無効であるとしたも

そうすると、出資金の提供者は、受領者に対して交付した出資金の返還を不当利得として求めることができると考えられます。

以上述べた点は、2条違反の契約がされたときの私法上の効果も同様に解されるでしょう。

2 預り金の禁止

(預り金の禁止)

第2条 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

(その他の罰則)

第8条 (1項、2項は省略)

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1項、第3条又は第4条1項若しくは第2項の違反をした者

二 いかなる名義をもつてするかと問わず、またいかなる方法をもつてするかを問わず、前号に掲げる禁止を免れる行為をした者

4 前項の規定中第1条及び第3項に係る部分は、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。

第9条 法人(法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めのあるものを含む。以下この項及び次項において同じ。)の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が法人又は人の業務又は財産に関して次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人に対して当該各号に定める罰金刑を、その人に対して各本条の罰金刑を科する。

一 第5条第1項若しくは第2項、第5条の2第1項、第5条の3又は前条第1項3000万円以下の罰金刑

二 第5条第3項又は前条第2項 1億円以下の罰金刑

三 前条第3項(第3条に係る部分を除く。) 同項の罰金刑

のがある(長野地裁昭和52年3月30日)。

- 2 前項の規定により第5条第1項から第3項まで、第5条の2第1項、第5条の3又は前条第1項若しくは第2項の違反行為につき法人又は人に罰金刑を科する場合における時効の期間は、これらの期間は、これらの規定の罪についての時効の期間による。
- 3 第一項の規定により法人でない社団又は財団を処罰する場合には、その代表者又は管理人がその訴訟行為につきその社団又は財団を代表するほか、法人を被告人とする場合の刑事訴訟に関する法律の規定を準用する。

(1) 出資法2条の立法趣旨

本条も1条と同様、一般大衆の財産を保護することを第1次的目的とし、第2次的には社会の信用制度ないし経済秩序を維持することを目的として制定されたものと解されます。¹⁶

(2) 出資法2条の構成要件

ア 行為者

出資法2条1項は、「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。」と規定しています。すなわち、他の法律によって預り金をすることを認められている者以外は、「何人も」預り金をしてはならない、と規定しています¹⁷。

イ 「業として」の意義

反復継続の意思をもって預り金をすることをいいます（東京高判昭和35年11月21日参照）。必ずしも営利の目的があることは本罪の要件ではありません¹⁸。

ウ 「預り金」の意義

出資法2条2項で「前項の「預り金」とは、不特定且つ多数の者からの金銭の受入で、預金、貯金又は定期積金の受入及び、借入金その他何らの名義をもってするを問わず、これらと同様の経済的性質を有するものをいう。」と定義規定が定められていますが、以下より詳しく述べます。

(ア) 「不特定且つ多数の者」について

出資法の趣旨からしますと一般大衆を指し、個人的なつながりのないある程度以上複数の者をいいます。

¹⁶ 齊藤正和「出資法」（青林書院・1998）56頁

¹⁷ 最判昭和36年9月8日は、「出資法2条、11条（現行の8条）が他の法律に特別の規定のある者のみに業として預り金をすることを認め、それ以外の者に対してはこれを営むことを禁止していてもなんら憲法14条に違反するに違反するものではない」と判示している（刑集15巻8号1317頁以下）。

¹⁸ 齊藤正和「出資法」（青林書院・1998）56頁

一般大衆を相手方としていけば、その中にたまたま少数の親族等を含んでいても、これらの者を除外すべきではありません¹⁹。最大昭和36年4月26日は、「2条2項にいわゆる「不特定且つ多数の者」とは、一般大衆を指称するのであり、そして同条は所定の行為をしてはならない旨規定しているのであるから、たまたまその中に少数の親族を含んでいたからといって、あえてこれを除外すべきものではないと解するのが相当である」と判示しています²⁰。

なお、不特定多数の者から多数回にわたり、預り金を受け入れた場合は、包括一罪となります²¹。

(イ) 「前号に掲げるものと同様の経済的性質を有するもの」について

「前号」では、「預金、貯金又は定期積金の受入れ」が規定されています。「預金」とは、銀行における預金等一般の預金をいいます。「貯金」とは、郵便局、各種の協同組合等における貯金をいいます。「定期積金」とは、期限を定めて一定金額の給付をなすことを約し、定期又は一定の期間内において数回に金銭を受け入れることをいいます。

このようなことからすると、「前号に掲げるものと同様の経済的性質を有するもの」とは、元本の返還を約束する金銭の受入れで、価値ないし価額の保管をもって主として預け人の便宜のために行われるものをいいます。すなわち、(1)元本ないしそれ以上の金額が保障され、(2)金銭がそれを提供した者の利便のために保管されるものをいいます²²。

(ウ) 「社債、借入金その他何らの名義をもつてするを問わず」について

「社債」は、一般大衆から資金を募集する目的をもって、集団的かつ大量的に負担する債務であり、法的には借入金であって、「預り金」とはいえません。しかし、貸金業者が一面において社債発行による金銭の受入れをなし、他面において金銭の貸付け業を行うとき、実質的にみれば貸金業者が預り金をなし、その金銭を貸付けの資金として貸金業を営むのと異なることから、これを禁止する必要があります²³。

また、借入金は、「預り金」とは法的にも、経済的にも異なるものではありませんが、「借入金」を用いて実質的に「預り金」と異なる金銭の受入れが多く、これを禁止する必要があります。

¹⁹ 齊藤正和「出資法」(青林書院・1998)61頁

²⁰ さらに参考となる下級審判例として、広島高判昭和30年4月2日、福岡高判昭和37年7月11日、東京高判昭和55年9月11日がある。

²¹ 仙台高判昭和30年4月11日参照。

²² 齊藤正和「出資法」(青林書院・1998)63頁

²³ 齊藤正和「出資法」(青林書院・1998)72頁

なお、出資法は、2条2項で「社債、借入金その他何らの名義をもつてするかを問わず」と規定するばかりでなく、8条3項2号で「いかなる名義をもつてするかを問わず」と規定しています²⁴²⁵。

(3) 詐欺罪との関係

不特定多数の者から、詐欺的手段によって、業として預り金を受け入れると、それは刑法上の詐欺罪（刑法246条1項）に該当すると同時に出資法2条にも該当します。そこで、両者の関係をどのようにみるかが問題となり、学説上争いがあります。

第1の見解は、刑法の詐欺罪は、個人的法益としての財産を侵害する犯罪であるのに対し、出資法2条違反の罪は、社会的法益としての一般大衆の財産に対して抽象的危険をもたらす犯罪と解され、したがって、両罪は法益が異なるので、観念的競合の関係に立つと解します。

第2の見解は、出資法2条の保護法益が社会的法益であるといっても、その侵害は、終局的には個々人の財産を侵害する危険に還元できるから、詐欺的手段によって金員を受け取った場合、詐欺罪によって当該金員についての侵害及びその危険はすべて評価し尽くされると言うべきであって、両者は法条競合の関係に立ち、出資法2条違反の罪は詐欺罪によって吸収されると解しています²⁶²⁷。

²⁴ 今ひとつ適用関係が不明なところであるが、2条2項の文言で捕捉される範囲を考察するにつき、参考となる判例として最決昭和31年8月30日（出資金、融資金名義に関するもの）、名古屋高判昭和56年11月16日（借入金名義のもの）、東京高判昭和61年6月24日（利益分配金名義のもの）、東京高判昭和58年4月28日（マンションの買戻特約付売買代金名義のもの）、京都地判平成5年9月20日（株式投資の出資金名義のもの）、札幌地判昭和50年11月12日（ネズミ講入金名義のもの）、東京高判昭和30年7月14日（株主相互金融方式に基づく株金払込名義のもの）等がある。

²⁵ 預託金制ゴルフ会員権が出資法2条との関係で問題となり得る（斉藤正和「出資法」（青林書院・1998）68頁）。

²⁶ この点、斉藤正和「出資法」（青林書院・1998）75頁では、「思うに、出資法2条は、一般大衆の財産に対する抽象的危険を捕捉することにより、究極的には『個々人』の財産が『現実に侵害されること』を防止することを目的とした規定と解するので、現実に財産侵害が生じた場合には、それが詐欺罪によって評価される限り、出資法2条の適用は排除されるべき」とし、第2の見解を相当と解する。

²⁷ この点、木村光江教授は「出資法と消費者の保護—預かり金の禁止」（法学教室 No.240 17頁）で次のように指摘する。即ち、「出資法8条2項は、1条につき刑法上の詐欺罪が成立する場合には1条の適用を排除する旨規定する。これは1条の文言から詐欺罪との競合が想定されるからであろう。しかし、8条2項の適用のない2条が事実上1条違反の規制を担ってきた事実を前提とすると、2条についても詐欺罪が成立するときは2条は適用されないと解すべきであろう。」

■ 和牛預託商法と出資法

和牛預託商法とは、和牛の飼育事業に出資を募った上で、約束した配当を行わないという詐欺商法の1つですが、これも出資法に抵触する可能性があります。たとえば名古屋地判昭和60年2月27日は、子牛を販売し一定期間会社の委託牧場で飼育した後、売値の2割増しの金額で買い戻すことを条件に子牛の売買代金として金銭を受け入れた行為につき、出資法2条違反としました。このようなことが平成8年ころ頻発したため、「特定商品等の預託等取引契約に関する法律」が改正され、「ほ乳類又は鳥類に属する動物であつて、人が飼育するもの」も規制の対象に含まれることになりました。

■ 出資法とその他の特別法の関係

出資法は、あくまで預金類似の金員の受入を処罰の対象としており、「現物の売買」の形態をとる場合には適用が困難な場合が多いです。これは、出資法と2重契約の問題とも言われています。典型的な例は、売り主が売買目的物を売渡す契約を締結し、その同一の目的物について買い主が売り主に対して再度これを売渡す契約を締結するときがあげられます。この場合、最初の買い主が支払う買受代金と後に買い主が受領する売却代金との関係が問題です。すなわち、買受代金が売却代金より小額るときには、買受代金を元本とし、売却代金のうち買受代金に相当する部分について元本の返還、売却代金を上回る部分については利潤とみることも可能です。このようなことから、出資法を僭脱するような現物まがい商法等が生まれてきます。「特定商品等の預託等取引契約に関する法律」、「有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律」、「無限連鎖講の防止に関する法律」等はすべて出資法を僭脱する商法に対して規制されたものといっても過言ではありません。

そして、出資法とこれらの法律は、抽象的には消費者の財産保護を保護法益とする点で共通するので、両者は、法条競合の関係に立つこともあると考えられます²⁸。

■ 電子マネーと出資法2条

近時、電子マネーが急激に普及してきましたが、電子マネーを発行する場合、たとえば、A社が1万円分のお金をBあらかじめとると、A社はBから1万円を預かるということになりますが、これは出資法2条にいう「預り金」に該当し、同条違反にならないか議論されていました。

まず、A社がBに返すということを約束して1万円を預ければ、「預り金」

²⁸ 以上につき、栗田哲男「利殖商法と出資法」(立教法学26)115, 116頁及び木村光江「出資法と消費者の保護—預り金の禁止」法学教室No.240 17頁を参照した。

に該当し、出資法違反になります。逆に言えばA社はBと「払い戻し」はしないとの取り決めがあれば、「預り金」には該当しないことになります。要するに使い切り型であれば問題ありません。

なお、金融庁は、事務ガイドラインで以下の4つの要件を全て該当する場合、出資法2条の「預り金」に該当するとしています²⁹。

- ①不特定かつ多数の者が相手であること
- ②金銭の受け入れであること
- ③元本の返還が約されていること
- ④主として預け主の便宜のために金銭の価額を保管することを目的とするものであること

以上述べたとおり、電子マネーの換金・返金のサービスが行われる場合には、出資法2条に抵触する可能性があります。このような趣旨から、資金決済法20条2項で、前払式支払手段について払戻しが原則禁止されています³⁰。

3 浮貸し等の禁止

(浮貸し等の禁止)

第3条 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。

(その他の罰則)

第8条 （1項、2項は省略）

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1項、第3条又は第4条1項若しくは第2項の違反をした者
- 二 いかなる名義をもつてするかと問わず、またいかなる方法をもつてするかを問わず、前号に掲げる禁止を免れる行為をした者

²⁹ 経済産業省報告書「4.4 オンライン・コンテンツの電子マネーによる商取引に関する制度的課題について」参照

³⁰ 杉浦宣彦「前払式支払手段をめぐる法制度の現状と今後の課題」（ジュリストNo. 1391, 26頁）参照

4 前項の規定中第1条及び第3項に係る部分は、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。

第9条 法人（法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めのあるものを含む。以下この項及び次項において同じ。）の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が法人又は人の業務又は財産に関して次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人に対して当該各号に定める罰金刑を、その人に対して各本条の罰金刑を科する。

一 第5条第1項若しくは第2項、第5条の2第1項、第5条の3又は前条第1項3000万円以下の罰金刑

二 第5条第3項又は前条第2項 1億円以下の罰金刑

三 前条第3項（第3条に係る部分を除く。） 同項の罰金刑

2 前項の規定により第5条第1項から第3項まで、第5条の2第1項、第5条の3又は前条第1項若しくは第2項の違反行為につき法人又は人に罰金刑を科する場合における時効の期間は、これらの期間は、これらの規定の罪についての時効の期間による。

3 第一項の規定により法人でない社団又は財団を処罰する場合においては、その代表者又は管理人がその訴訟行為につきその社団又は財団を代表するほか、法人を被告人とする場合の刑事訴訟に関する法律の規定を準用する。

(1) 「浮貸し」の意義

「浮貸し」とは、金融機関の役職員が、自己又は当該金融機関以外の第三者の利益を図る意図の下に、その金融機関の役職員であるという自己の地位を利用し、その金融機関の業務としてではなく、自己の内緒仕事として、金銭の貸付け、手形の割引、金銭貸借の媒介または債務の保証をする等、金員の貸付けとみなされる行為を行うことを意味します。一言でいえば、金融機関の役職員がその地位を利用して行うところのサイドビジネスであって、金銭の貸付け、債務の保証等の金融取引行為です³¹。

(2) 出資法3条の立法趣旨

本条は、旧貸金業取締法15条1項を受け継いだ規定であり、これと同趣旨であると言われています。すなわち、その目的は、「金融機関の信用を失墜し、ひいては一般預金者等に迷惑を蒙らしめる虞のあるような行為を取り締まることにある」とされています。

ただし、立法制定当時と同様の趣旨が現在においてもなお妥当か議論はあるところ です³²。

³¹ 齊藤正和「出資法」（青林書院・1998）78，79頁

³² この点、齊藤正和「出資法」（青林書院・1998）82頁では、「規制緩和が進行し、預金

また、金融機関の役職員等がその地位を利用してサイドビジネスを行った場合、どのような意味で金融機関の信用を失墜させるのか、という問題について、本罪の処罰根拠をどこに求めるかによって異なる見解があることが指摘されています³³。この点につき、従来からの考え方は、「浮貸し等が禁止される理由は、一般人をしてあたかも当該金融機関がこれを行っているような誤解を生ぜしめたために、当該金融機関の信用を失墜させるばかりでなく、ひいては、一般預金者大衆に不測の損害を被らしめるおそれがあることから、これを禁止することとした」等と説明されていました。これに対し、第2の説として、「単に、サイドビジネスを行ったというだけでは金融機関の信用失墜につながるわけではないが、一般人がそうした取引の当事者となったが故に損害を被るということになると、より現実的に金融機関の信用失墜の発生を観念することができると思われる。そこで、本罪で問題とされる金融機関の信用失墜とは、サイドビジネスに係る取引における、金融の利益の供与者が被る損害あるいは損害の危険を基礎として規定すべきである」として、「本罪は、金融の利益が供与される過程への金融機関の役職員の関与により金融の利益の供与者が不利益を受ける危険性を回避することによって、金融機関の信用失墜を防止するものである」と解する説もあります³⁴。

(3) 出資法3条の構成要件

ア 行為主体

行為主体は、「金融機関の役員、職員その他の従業者」です。

金融機関の内容については、本条に列挙されている「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、商工組合中央金庫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」に限られます。したがって、いわゆる貸金業者は、本条の適用対象にはなりません。

また、「役員」及び「職員」は、金融機関の「従業者」の例示です。そして、「従業者」とは、契約等に基づき当該金融機関の業務を行う者をいいま

者の自己責任が論じられるようになってきた現状に鑑みると、金融機関の役職員の行う単なるサイドビジネス（したがって、銀行の業務として行うのではない行為）が、不特定多数の『預金者一般』にまで被害が及び危険を招来するような性質を具備することがはたして可能であろうか。…そうしたことから、本条に規定された行為を行うことが、いかなる意味で銀行の信用を失墜させ、ひいては不特定多数の預金者一般に不測の損害を被らせる危険を生じさせることになるかといえるのかが、改めて問われなければならぬ時期に来ている」と述べている。

³³ 本罪の処罰根拠をどこに求めるかという問題は、本罪の立法趣旨をいかに解するか、さらに本条の要件の1つである「地位利用」の解釈にも影響する（斉藤正和「出資法」（青林書院・1998）83頁）。

³⁴ 斉藤正和「出資法」（青林書院・1998）83頁

す³⁵。したがって、本罪は、「金融機関の従業者」としての地位を有する者についてのみ成立する真正身分犯です。両罰規定は適用されません（出資法9条1項3号参照）。

イ 禁止される行為

(ア) 金銭の貸付

「金銭の貸付」とは、金銭消費貸借契約を締結して一方当事者となり、その相手方に対し、右契約に基づいて金銭を交付する行為をいいます。たとえば、当該金融機関に金銭の貸付けを求めて来た者に対し、自己の金銭を貸付いたり、顧客の了承を得た上、当該金融機関に融資を断られた顧客に対し、高利で貸付ける場合がこれにあたります。

なお、出資法7条は、「手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によつてする金銭の交付又は授受」を「金銭の貸付」とみなしています。

(イ) 金銭の貸借の媒介

「金銭の貸借の媒介」とは、貸主と借主との間に介在して、金銭消費貸借契約の成立に尽力する行為をいうと一般的に理解されています³⁶。たとえば、当該金融機関に融資を求めた顧客に対し、他の貸主を紹介して、手数料を取得する場合等が「金銭の貸借の媒介」がこれにあたります。

(ウ) 債務の保証

「債務の保証」とは、主債務者のために、債権者との間で保証契約を締結し、保証債務を負担する行為をいいます。たとえば、金融機関の従業者が、債務保証する権限がないにもかかわらず、あたかも当該金融機関が債務保証するかのようになり、個人として債務保証をして保証料を取得する場合等がこれにあたります。

ウ 地位の利用

浮貸しの罪が成立するためには、行為者が金融機関の役職員としての「地位を利用し」て、これを行う必要があります。したがって、金融機関の従業者が金銭の貸付け、金銭の貸借の媒介又は債務の保証のいずれかの行為を行っても、それが金融機関の従業者でることとまったく無関係になされた場合には、本条違反の罪は成立しません。

なお、「地位の利用」とは、一般に「金融機関の役職員なるがゆえに特に便宜且つ有利な立場を利用し、当該金融機関の業務の遂行³⁷としてではなく、自己の行為として自己の計算においてすること」と解されています³⁸。

³⁵ 齊藤正和「出資法」（青林書院・1998）92頁

³⁶ なお、齊藤正和「出資法」（青林書院・1998）94頁では、「尽力する」だけで足りるのかという点については、疑問の余地があるとし、貸主及び借主の間に金銭消費貸借契約が成立した時点で、「金銭の貸借の媒介」による浮貸しの罪が既遂になるべきと主張する。これは、同罪の処罰根拠等をどのように解するのかと関わる問題である。

³⁷ 業務執行か否かが問題となった判例として、高松高判昭和28年2月16日（高刑集6巻4

エ 図利目的

本罪が成立するための主観的要件として、故意のほかに、「自己又は当該金融機関以外の第3者の利益を図るため」という図利目的が要求されています。図利目的にいう利益の典型的な例としては、金銭の貸付けの場合であれば、利息であるし、金銭貸借の媒介、債務の保証の場合であれば、媒介手数料あるいは保証料の名目で受ける金銭です。

自己又は第3者の利益を図る目的と当該金融機関の利益を図る目的とが併存している場合には、両目的の主従により、本罪における図利目的の要件が充足されたか否かを決するべきです。禁止される行為が主として自己又は第3者の利益を図る目的で行われたのであれば、その際に当該金融機関の利益を図る目的が随伴していても、本罪の図利目的の要件は充足されると考えられます³⁹。

(4) 共犯の成否

本罪について、金融機関の役職員からみて、「金銭の貸付」の場合の他方当事者である借主、「金銭の貸借の媒介」の場合の当該金銭消費貸借の両当事者である貸主及び借主、「債務の保証」の場合の保証契約の他方の当事者である債権者には、構成要件上、これらの者の関与行為は当然予想されるにもかかわらず（必要的共犯）、これを処罰する規定がありません。したがって、法は、これらの者を処罰することを予定していないものと解され、原則として、これらの者を共同正犯、教唆犯、幫助犯として処罰できないと考えべきです⁴⁰。

号355頁）、仙台高判昭和28年4月10日（高刑集6巻3号19頁）、東京高判昭和29年5月31日（高検速報411号事件）、東京地判平成6年10月17日（判タ902号220頁）、東京高判平成8年5月13日（判時1574号25頁）等がある。

³⁸ もっとも、「地位の利用」の意義に関しては、本罪の保護法益をいかに解するかに関連して、次のような見解がある。第1の見解は、地位利用とは、金融機関の従業者が、金融機関の従業者であるがゆえに有している事情、とりわけ便宜かつ有利な立場を利用し、当該金融機関の業務の遂行としてではなく、「しかも当該金融機関の業務の遂行と紛らわしいような仕方」で自己の行為として自己の責任と計算において金銭の貸付け等の行為に及ぶこととする見解である。第2の見解は、金融機関の従業者が、金融機関の従業者であるがゆえに有している特に便宜かつ有利な立場を利用し、当該金融機関の業務の遂行としてではなく、自己の行為として自己の責任と計算において金銭の貸付け等の行為に及ぶこととする。第3の見解は、単に①機会利用、②情報利用、③役務利用が存在するだけでは足りず、金融機関の役職員が金融機関の信用、それに基づく金融機関の役職員の信用を利用し、金融の利益の供与者が取引について有する信用を高める行為であると認められる場合にのみ、金融機関の役職員であるが故の有利な立場、すなわち地位の利用が存在し、本罪が成立しうるとする見解である。（以上につき、齊藤正和「出資法」（青林書院・1998）96～98頁。なお、齊藤正和氏は第2の見解を妥当と述べる。）

³⁹ 齊藤正和「出資法」（青林書院・1998）113頁

⁴⁰ 東京地判平成6年10月17日も、「本罪が成立する場合には、融資を受けることを欲する

(5) 他罪との関係

出資法8条4項により，出資法3条違反の罪が成立する場合であっても，たとえば，業務上横領罪（刑法253条），背任罪（刑法247条），詐欺罪（刑法246条）が成立する場合は，刑法の規定が優先的に適用され，出資法3条は適用されません。出資法3条に違反し，業務上横領罪も成立する場合として，たとえば金融機関の役職員が，預金として受け入れた金銭を当該金融機関の勘定を通さないで流用し，他に高利で貸し付ける場合があげられます。また，出資法3条に違反し，背任罪が成立する場合として，銀行の支店長が，権限もないのに，あたかも当該銀行が保証したように装い，第3者のために債務保証をし，民事上当該銀行にその効果が帰属する場合があげられます⁴¹。

4 金銭貸借等の媒介手数料の制限

(金銭貸借等の媒介手数料の制限)

第4条 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（保証の対価として主たる債務者が保証人に支払う金銭をいう。以下同じ。）の金額の100分の5に相当する金額（当該保証の期間が1年未満であるものについては，当該保証料の金額に，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。

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。

(その他の罰則)

第8条 （1項，2項及び4項は省略）

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

者が融資の媒介を依頼することが当然に予想されるにもかかわらず，右の行為を処罰する規定を欠いていることからすると，これを本罪の教唆あるいは幫助として処罰することも，原則として法の予定しないところと解される」と判示する。

⁴¹ 芝原邦爾「浮貸し等（出資法3条違反）の罪」（法学教室 No.170 50，51頁）

以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

一 第1条、第2条1項、第3条又は第4条1項若しくは第2項の違反をした者

二 いかなる名義をもつてするかと問わず、またいかなる方法をもつてするかを問わず、前号に掲げる禁止を免れる行為をした者

第9条 法人（法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めのあるものを含む。以下この項及び次項において同じ。）の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が法人又は人の業務又は財産に関して次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人に対して当該各号に定める罰金刑を、その人に対して各本条の罰金刑を科する。

一 第5条第1項若しくは第2項、第5条の2第1項、第5条の3又は前条第1項3000万円以下の罰金刑

二 第5条第3項又は前条第2項 1億円以下の罰金刑

三 前条第3項（第3条に係る部分を除く。） 同項の罰金刑

(1) 出資法4条の立法趣旨

出資法4条1項は、金銭貸借に関し、貸主と借主との間に介在して媒介する者が、不相当に高額な手数料を取得することによって、金銭貸借の利益の実態が不当に減少する結果となってしまうことから生じる弊害を防止するために制定されたものです。

なお、出資法4条2項は、改正出資法により新たに規定されました（旧出資法4条2項は、現行出資法4条3項に繰り下げられました。）。これは、「連帯保証人斡旋手数料」名目で、保証人の媒介の名目で手数料を取るという脱法行為が登場したことに対応するためです⁴²。

また、改正出資法4条1項は、貸借の期間が1年未満のときは、日割計算を行うこととしました。これは、旧出資法4条では、単に貸付金額の100分の5を超える手数料につき、その契約・受領行為を処罰していたところ、これでは、貸出後、頻繁に切替えを行うことにより、容易に脱法行為が出来たため、脱法行為を明文の規定で防ぐためです⁴³。

(2) 出資法4条1項の構成要件

⁴² 日本弁護士連合会 「Q&A 改正貸金業法・出資法・利息制限法解説」 171頁、森寿明「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律の一部改正の概要」（金融法務事情 No.1804, 23, 24頁）参照

⁴³ 日本弁護士連合会 「Q&A 改正貸金業法・出資法・利息制限法解説」 171頁、森寿明「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律の一部改正の概要」（金融法務事情 No.1804, 23, 24頁）参照

ア 「金銭貸借」の意義

「金銭貸借」とは、金銭消費貸借契約のことです。

なお、出資法7条により、「手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によつてする金銭の交付又は授受」は、金銭の貸借とみなされます。

イ 「媒介」の意義

「媒介」とは、貸主と借主の間に介在して貸借関係を成立せしめたるためになす仲立、斡旋その他の加工、幫助の行為ですが、この媒介行為は、貸主・借主双方に直接働きかけ、金銭貸借関係成立の全過程または過程の大部分にわたって介入する行為のみならず、その一環部分のみに実質的に介入、加工し、これにより結局終局的に金銭貸借関係の成立を容易ならしめる行為を含むと解されます⁴⁴。名古屋高裁金沢支判昭和55年5月20日も、「同法4条1項にいう『金銭の貸借の媒介を行う者』とは貸主と借主の間に介在して貸借関係を成立せしめたるため仲立、斡旋その他の加工、幫助行為を行う者であつて、右の媒介行為は必ずしも貸主、借主の双方に自ら直接、または自己と利害を共通にする一心同体的立場にある者を介して働きかけ、金銭貸借関係成立の全過程または過程の大部分にわたって介入する者のみならず、その一環部分のみに実質的に介入、加工し、これにより結局終局的に金銭貸借関係の成立を容易ならしめる行為をする者をも含むと解するのが相当である。」と判示しています。

また、本条は、単に「金銭の貸借の媒介を行う者」とは、業として行うと否とを問わず単に金銭の貸借の媒介を行う者と解すべきであり⁴⁵、「業として」媒介を行うか否かは問われません。

ウ 媒介に係る貸借の金額

本条において媒介手数料率を計算する基礎となる金額は、その媒介によって成立した貸借の名目額であつて、たとえ利息天引貸付をしていたとしても、利息天引後の実際の交付額を基準として計算すべきではないと解されます。なぜなら、5条の4第2項において、4条の規定についても適用されるとされていないこと、また、利息と媒介手数料とは法的性質が全く異なるからです⁴⁶。

エ 手数料の契約をし又は手数料を受領する行為

⁴⁴ この点、商法543条等で使用されている「媒介」とは、「他人間の法律行為の締結に尽力する事実行為」と解されており、契約の両当事者に対して契約成立に向けて働きかけることがその本質をなすとされている。しかし、本条の立法趣旨からすると、商法543条等の「媒介」と同義に解するべきでない（斉藤正和「出資法」（青林書院・1998）125、126頁）。

⁴⁵ 最判昭和34年3月13日（刑集13巻3号310頁）

⁴⁶ 斉藤正和「出資法」（青林書院・1998）127頁

1項では手数料とだけ定められていますが、同条3項により、その受け取る金銭が当該金銭貸借の媒介に関するものと認められるかぎり、反証を許さずにすべて媒介手数料とみなされます。

なお、手数料の契約と受領の関係については、学説上争いがあります⁴⁷。

■ 「100分の5に相当する金額」を超えないこと

出資法4条1項では手数料が、「その媒介に係る賃借の金額の100分の5に相当する金額」を超えてはいけなると規定しています。手数料を負担する者が複数いる場合や、媒介者が複数いる場合、この「100分の5に相当する金額」について以下のように考えることができます。

手数料を負担する者が複数いる場合、例えば、手数料を借主だけでなく貸主も負担する場合、媒介者が双方から5%の手数料を受領することは4条1項に違反しません。借主から受領する手数料が5%を超えなければよいからです。

逆に、媒介者が複数いる場合は、借主保護の観点から、借主が1個の金銭貸借で負担すべき手数料の上限を定めたものと解すべしです。つまり、複数の媒介者が借主から受領した手数料の総額が5%を超えた場合は本罪が成立することになります。

通常、複数の媒介者がいる場合は、共同して媒介していることが多いので、この結論に問題はありませぬ。

しかし、各媒介者が独立して媒介に当たり、相互にその存在すら知らない場合でも、常に、処罰対象とするのは、各媒介者に酷なように思います。

そこで、本条は故意犯ですから、故意があったかどうか、すなわち、自己が手数料の契約・受領することにより、総額5%を超える認識・認容をしながら、あえて契約又は受領したかどうかで処罰を限定すべきです。また、故意の有無の判断は、本罪が契約罪と受領罪が独立して定められていることから、契約時と受領時の各段階で判断することになります。例えば、ある媒介者が、他の媒介者の存在を知らずに、5%以内の手数料の契約をした場合（故意がないので契約罪は成立しませぬ）、受領時に、他の媒介者が契約または受領した手数料と合わせて総額が5%を超えることを認識・認容していれば、受領罪が成立します。

⁴⁷ 第1の見解は、「手数料の契約をし」とは、手数料の授受に関する契約を締結することをいい、「手数料を受領し」とは、手数料に関する契約なくして手数料を受領する場合をいうものであるとする。第2の見解は、「手数料を受領し」とは文字通り契約の有無を問わず、手数料を受領する場合をいうと解する。この点、第1の見解では、制限をこえる手数料の契約をした後、その契約に従って手数料を受領した場合には契約罪のみが成立し、受領は不可罰的事後行為と解することになるが、そのように解すると、媒介手数料の受領と契約とが相当離れていて、契約については公訴時効が成立している場合に公訴提起できなくなる不都合が生じるため。第2の見解が相当と思われる。なお、第2の見解にたつと、契約をして受領した場合には契約罪と受領罪の両罪が成立し、両罪は包括一罪の関係にたつと解される（以上につき、斉藤正和「出資法」（青林書院・1998）134頁参照）。

なお、同条2項の保証の媒介手数料についても、同条1項と同じことが言えます⁴⁸

(3) 物価統制令との関係

出資法6条により、媒介手数料及び利息については、物価統制令の規定は適用されません。

■ 出資法4条に反する手数料を契約した場合の私法上の効果

本条の制限をこえる手数料の契約をした場合、その超過した手数料の分についての契約は無効であり、これをこえて手数料を受領した場合には、超過分については、不当利得として返還を要するものと解されます⁴⁹。ただし、その手数料があまりにも高額である場合、媒介契約自体が無効となることも考えられます。この場合、支払った手数料につき、不当利得として返還することができるでしょう。

5 高金利の処罰

(高金利の処罰)

第5条 金銭の貸付けを行う者が、年109・5パーセント（2月29日を含む1年については年109・8パーセントとし、1日当たりについては0・3パーセントとする。）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。その貸付けに関し、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。

3 前2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（2月29日を含む1年につ

⁴⁸ 以上につき、斉藤正和「出資法」（青林書院・1998）128頁～132頁、真島信英「改正出資法に関する一考察—保証料に関連する部分を中心として—」（亜細亜法学44巻2号96頁～102頁、117頁～122頁）参照

⁴⁹ 斉藤正和「出資法」（青林書院・1998）135頁

いては年109・8パーセントとし、1日当たりについては0・3パーセントとする。)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。その貸付けに関し、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。

(その他の罰則)

第8条 (3項, 4項は省略)

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、第5条第1項若しくは第2項、第5条の2第1項又は第5条の3の規定に係る禁止を免れる行為をした者は、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。

2 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、第5条第3項の規定に係る禁止を免れる行為をした者は、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。

第9条 (三号は省略)

法人(法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めのあるものを含む。以下この項及び次項において同じ。)の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が法人又は人の業務又は財産に関して次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人に対して当該各号に定める罰金刑を、その人に対して各本条の罰金刑を科する。

一 第5条第1項若しくは第2項、第5条の2第1項、第5条の3又は前条第1項 3000万円以下の罰金刑

二 第5条第3項又は前条第2項 1億円以下の罰金刑

(1) 立法趣旨

ア いわゆる街の金融機関ないし利殖機関の好ましくない営業活動によって被害を受ける利用者が激増し、このような被害が生じることに伴ってもたらされる弊害は社会的にも重大であることから定められました。また、貸金業法法等改正により、5条が改正され、さらに、5条の2から5条の4がこのたび新設されることになりました。いわば金利体系の適正化がなされたといえます。

イ 5条3項で、貸付けの上限金利の取り下げによって、ヤミ金融が跋扈するのではないかと危惧されたため、ヤミ金融対策をさらに強化するため、業として行われる年利109・5%を超える超高金利での貸付けという行為類型に対する罰則(超高金利罪)が新設されました⁵⁰。

出資法の上限金利違反の罰則に関する改正内容は次の表のとおりです。

50 日本弁護士連合会「Q&A 改正貸金業法・出資法・利息制限法解説」157頁

	業として金銭の貸付を行う場合		業として金銭の貸付を行う場合	
	年29.2%をから年109.5%の利息の契約, 受領, 要求をしたとき	109.5%を超える利息の契約, 受領, 要求をしたとき		
改正前	罰則なし	5年以下の懲役 もしくは1000万円以下の罰金, またはこれを併科	5年以下の懲役 もしくは1000万円以下の罰金, またはこれを併科	5年以下の懲役 もしくは1000万円以下の罰金, またはこれを併科
改正後	罰則なし	5年以下の懲役 もしくは1000万円以下の罰金, またはこれを併科	5年以下の懲役 もしくは1000万円以下の罰金, またはこれを併科	10年以下の懲役 もしくは3000万円以下の罰金, またはこれを併科

ウ また、借り主が貸金業者から金銭を借り受ける際、貸金業者の要求により、別会社である保証業者と保障委託契約を締結させられ、利息とは別に「保証料」を支払わせられることがあります。そこで、改正出資法5条の2, 3は、営業的な貸金の業として行う保証につき、利息と合算して20%を超える割合となる保証料の契約・受領・支払い要求行為を処罰することにしました。

(2) 出資法5条1項の構成要件

ア 行為主体-「金銭の貸付けを行う者」の意義

昭和58年の出資法改正により、新たに5条2項が加わり、同項の行為主体が「前項の規定にかかわらず、金銭の貸付けを行う場合において」と規定されたのに伴い、第1項は、むしろ、金銭の貸付けを行う一般私人を対象とする規定となったものと解されます⁵¹。

本条の立法趣旨は、債務者の保護にあること、金銭の消費貸借契約においては、債権者・債務者の両当事者が予想されるにもかかわらず債務者を罰する規定がないことからする、債務者は処罰の対象にはなりません⁵²。

なお、「金銭の貸付け」とは、金銭消費貸借契約をいいますが、本条の適用についても、7条により「手形の割引、売渡担保その他これらに類する方法によつてする金銭の交付又は授受」は、金銭の貸付けとみなされます。

イ 「年109.5パーセントを超える割合による利息」の意義

⁵¹ 齊藤正和「出資法」(青林書院・1998) 151頁

⁵² 齊藤正和「出資法」(青林書院・1998) 151頁

1項は、高金利を理由とする処罰を受けない利息の限度を年109.5パーセント、1日当たり0.3パーセントと定めています。「利息」とは、元本使用の対価、すなわち元本債権から生ずる収入所得であって、元本と債権の存続期間とに比例して一定の利率に応じて支払われる金銭その他の代替物をいいます。利息及び保証料の計算方法については、5条の4に規定されています。⁵³

ウ 予定賠償額

1項は、債務不履行について予定される賠償額も、利息に含まれるものとして定めています。そもそも、民法420条1項では、「当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。」と規定されており、当事者は、公序良俗に反しない限り、自由に予定賠償額の契約を締結することができます。しかし、たとえば、形式的に貸付期間を短縮し、賠償額名義で実質的に利息の制限を免れようとする行為がなされることも予想され、これでは、債務者の保護に欠けるため、5条1項、2項で規制されています。⁵⁴

エ 「契約をし」及び「受領した」の意義

「契約をし」とは、金銭の貸借に関する利息の授受について契約を締結することをいい、現実には利息を受け取ることをいいます。高金利契約罪と同受領罪との関係については、見解が分かれています⁵⁵

オ 5条1項違反の罪が反復累行された場合の罪数

この点について、最判53年7月7日は、「法5条1項は、金銭の貸付を行う者が所定の割合を超える利息の契約をし又はこれを超える利息を受領する行為を処罰する規定であるところ、その立法趣旨はいわゆる高金利を取り締まって健全な金融秩序の保持に資するところであり、業として行うことが要件とされていないなど右罰則がその性質上同種行為の無制約的な反復累行を予定しているとは考えられない。したがって、法5条1項違反の罪が反復累行された場合には、特段の事情のない限り、個々の契約又は受領ごとに一罪が成立し、併合罪として処理すべきである。」と判示しています。

(3) 出資法5条2項の構成要件

ア 行為主体

⁵³ 齊藤正和「出資法」(青林書院・1998)152頁

⁵⁴ 齊藤正和「出資法」(青林書院・1998)153頁

⁵⁵ 第1の見解は、本項に定める限度を超えた利息の契約をし、さらに、これを受領した場合は、契約罪のみが成立し、受領罪は成立しないと解する見解である。これに対し、第2の見解は、契約を経て受領した場合でも、契約罪とともに受領罪も成立し、両罪は包括一罪となると介している(齊藤正和「出資法」(青林書院・1998)156、157頁)。

本条第2項は、「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」について、20パーセントを利率の最高限度としています。「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」とは、貸金業者による金銭の貸付けをいいます。貸金業者は、貸金業法で登録された者に限りません。無登録の者が「業として」高金利で貸付け行為を行う場合の方が悪質であり、規制の必要性も処罰価値もはるかに高いからです⁵⁶。

イ 実行行為

本項において禁止される行為は、年20パーセントを超える割合による利息の契約または受領です。「利息」、「契約」及び「受領」の意義は、5条1項と同じです。

ウ グレーゾーン金利の廃止と刑罰金利の上限引き下げ（貸金業法、利息制限法との関係）

我が国の多くの多重債務者を生じさせた原因がいわゆるグレーゾーン金利でした。そこで、借主の金利負担の軽減をはかるため、貸金業規制法43条の「みなし弁済」制度が廃止され、それと同時に業として貸付けを行う場合の高金利の罪となる出資法5条2項の上限金利が年20パーセントに引き下げられました。

グレーゾーン金利の廃止とともに、貸金業者は、みなし利息を含む利息が利息制限法1条に規定する金額を超えることが禁止されることになりました

（改正貸金業法12条の8第1項）。そのため、利息制限法の上限金利（15%～20%）を超えて貸金業者が金利の貸付けを行った場合は、利息が民事上無効となり、行政処分の対象となります。出資法の上限金利に違反すれば、行政処分と刑事処分の両方の対象となります⁵⁷。この点を表に示すと下記のようになります。

	貸付 10 万円まで	10 万円～100 万円	100 万円以上
金利 109.5% 以上	超高金利罪（出資法 5 条 3 項）		
金利 20%以上	高金利罪（出資法 5 条）		
	利息制限法内	行政処分対象	行政処分対象
金利 18%以上		利息制限法内	利息制限法内
金利 15%以上			

⁵⁶ 齊藤正和「出資法」（青林書院・1998）162頁

⁵⁷ 日本弁護士連合会「Q&A 改正貸金業法・出資法・利息制限法解説」161, 162頁参照

エ 日賦貸金業者等の特例金利の廃止

これまで、出資法では、日賦貸金業者では、特例として年54.57%までの金利が認められていました（旧出資法附則8～11頁）。このような特例が認められていた趣旨は、一定の社会的需要があったからと考えられています。すなわち、零細ながら自分の店や事務所などで日銭を稼ぐような自営業者の資金需要に応えるため、稼いだ日銭で支払うことのできる小額を、ある程度の長期の分割で、原則として毎日集金にきてもらって返済するという貸金業の一業態を認め、反面、集金コストを考慮して高金利を認めたものと解されます。

しかし、銀行口座や交通機関が発達した現代社会では、集金という方法は不合理であって、また、本来貸付けてはならない生活困窮者に貸付ける結果、過酷・違法な取り立ての温床となっています。

そこで、改正出資法では、このような特例金利は廃止されました（平成22年6月18日より施行）。

同様に、電話担保金融の特例金利も廃止されました。これは、電話加入権が財産的価値をなくしつつある金日、電話担保金融の特例金利を認める社会的・経済的需要が極めて低くなったからです。

ただし、質屋の特例金利（109.5% 質屋営業法36条）の廃止は、見送られました⁵⁸。

■ 出資法5条2項の脱法行為（レンタル時計商法）

今回の改正では、質屋営業法の特例金利（年109.5%）の廃止は見送られました。ところが、平成21年警察白書によれば、質屋の特例金利を悪用したレンタル時計商法による被害事例が報告されています。

レンタル時計商法とは、レンタル業者が高級ブランドの腕時計を貸付けるとともに、入質することを暗に教示して、質屋で借入れをさせ、高額なレンタル料を徴収する悪質商法です。これにより、債務者は、質屋の金利と高額なレンタル料を負担することになります。

レンタル料は貸金ではありませんので、利息制限法の適用はありません。質屋が特例金利を守っている場合、レンタル業者と質屋を個別に見る限り、たとえ、高額なレンタル料を徴収していても出資法5条2項の高金利罪の処罰の対象になりません。

仮に、レンタル業者と質屋が共謀していることが立証できれば、質屋の金利と

⁵⁸ 以上につき、日本弁護士連合会「Q&A 改正貸金業法・出資法・利息制限法解説」181, 182頁, 森寿明「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律の一部改正の概要」（金融法務事情 No.1804, 27頁）参照

高額なレンタル料は、出資法5条2項の脱法行為とみることができますが、共謀の立証が難しいことも予想されます。

このように、質屋の特例金利に目を付けて高価品などを媒介とする脱法行為が横行する危険性は否定できないのかもしれませんが⁵⁹。

■ 出資法5条2項所定の行為が反復累行された場合の罪数

数名の従業員を使って、登録を受けずに貸金業を営んでいた被告人が、多重債務者等に融資を持ちかけて小額の融資を繰り返すなどして高利を取得し、その返済に係る元金及び利息を架空人名義の預金口座に振り込ませて架空人が取得したように偽装したという事案で、最高裁は、「出資法5条2項所定の行為は、反復累行されても、特段の事情のない限り、個々の契約又は受領ごとに一罪が成立し、併合罪となる。」と判示しました（最高裁平成17年8月1日第一小法廷決定）。

出資法5条1項所定の行為が反復累行された場合には、特段の事情のない限り、個々の契約又は受領ごとに一罪が成立しますが（22頁参照）、5条2項の規定は、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の制限利率を同条1項の場合よりも低く定めたものにすぎないことが主な理由です。

■ 出資法5条2項と貸金業法47条2号（11条1項違反）違反の罪数関係

また、上記最高裁において、貸金業法47条2号、11条1項に違反して無登録で貸金業を営む行為と出資法5条2項違反の行為は、併合罪の関係にあると判示しました。それぞれは、異なる機会に行われるものと考えられるから妥当と思われる。

■ さらに、上記最高裁において出資法5条2項違反行為と組織的な犯罪の処罰及び規制等に関する法律10条1項の「犯罪収益等の取得につき偽装する行為」も、併合罪の関係にあると判示しました⁶⁰。

⁵⁹ 以上につき、真島信英「改正出資法に関する一考察—第5条の高金利の処罰を中心として—」（亜細亜法学第44巻第1号230頁～233頁）参照

⁶⁰ 以上につき、藤井敏明執筆「ジュリストNo.1311」（188～191頁）参照

(4) 出資法 5 条 3 項の構成要件

行為主体，実行行為は，出資法 5 条 2 項で既に述べたとおりです（22，23 頁）。年 109.5% を超える割合の利息の場合，相当に重い法定刑をもって臨むことになりました。

■ 出資法 5 条違反の貸付け行為における私法上の効果

出資法 5 条は刑罰を定める規定ですが，出資法 5 条に違反した貸付の場合，金銭消費貸借の私法上の効果はどうなるのでしょうか。以下に，各法律や裁判例を参照して私法上の効果を整理します。

1 貸金業法，利息制限法，出資法が定める上限金利

平成 22 年年 6 月 18 日に貸金業法，利息制限法，出資法の改正が完全施行され，以下の通り利息が規制されることになりました。上記三法は相互に関係しつつ，制限利息を超える金銭消費貸借の法的効力についても一部規定しています。改正により，貸金業法・出資法における上限金利が下がりました。

まずは，上記三法が定める金利を見ていきましょう。

規制法	利率	条文・対象等
利息制限法上の上限金利		対象：金銭消費貸借一般
元本 10 万円未満	年 20%	利息制限法 1 条 1 号
元本 10 万円以上 100 万円未満	年 18%	利息制限法 1 条 2 号
元本 100 万円以上	年 15%	利息制限法 1 条 3 号
貸金業法上の上限金利	利息制限法と同じ	貸金業法 12 条の 8 対象：金銭の貸付を業として行う者で，登録を受けた者（2 条 2 項）
出資法上の規制金利 (刑罰対象となる金利)	年 20%	出資法 5 条 2 項 対象：業として金銭の貸付を行う場合。 (業として行う場合以外は，109.5% を超える場合に刑罰対象。5 条 1 項) さらに重い刑罰対象となる利息は，下記 2 参照

利息制限法は，貸付をする者が業としてそれを行うか否かに関わらず利息を制限する私法で，当事者間の法的関係を規律します。よって，私法上，利息制限法を超える利息（以下「超過利息」といいます。）は，無効です。

一方，貸金業法は貸金業者を取り締まる法律ですので，貸金業者が貸金業法 12 条の 8 に違反して利息制限法を超える利息の契約をした場合，行政処分の対象となり，さらに，貸金業者が 20% 以上の利息の契約をした場合には，刑罰を定

める出資法5条の違反となります（刑罰の内容については下記2参照）。

超過利息は上記のとおり無効となりますが、金銭消費貸借自体が無効となるわけではありませんから、制限利息内の利息や元本については、当然には無効となりません。

金銭消費貸借自体が無効となると当事者間の関係はどうなるのか、また、どのような場合に金銭消費貸借自体が無効となるのかについては、下記2で刑罰の対象となる行為を整理した後、下記3・4で記載します。

2 刑罰の対象となる利息

本稿でみてきたとおり、制限利息を超える利息契約をした場合の罰則は、出資法が定めています。

刑罰対象となる行為 (①行為者②利息)	刑罰の内容	条文等
①金銭の貸付を行う者 ②年109.5%を超える利息	5年以下の懲役若しくは 1000万円以下の罰金 又はこれを併科	出資法5条1項
①業として金銭の貸付を行う 者が業として行う場合 ②年20%を超える利息	5年以下の懲役若しくは 1000万円以下の罰金 又はこれを併科	出資法5条2項
①業として金銭の貸付を行う 者が業として行う場合 ②年109.5%を超える利息	10年以下の懲役若しく は3000万円以下の罰 金又はこれを併科	出資法5条3項 超高金利罪

3 金銭消費貸借が無効の場合の精算関係

金銭消費貸借自体が無効の場合、金銭消費貸借をした業者と消費者との間でやり取りされた金銭は、どのように精算されるのでしょうか。

(1) 当事者間の関係

金銭消費貸借が無効な場合、貸主と借主の関係は以下のとおりになります（その法的根拠は下記(2)に記載）。

①借主が返済を開始していない場合

借主は、借主に対して返済する必要がなく、また、最初に交付された金員を貸主に返還する必要はありません。

②借主が既に一部又は全部につき返済している場合

借主が貸主に対して返済した金銭は、全て貸主に対して返還請求することができます。このとき、貸主は、契約当初借主に交付した金銭相当額を控除することができません。

(2) 金銭消費貸借が無効な場合の精算関係の法的根拠（公序良俗違反）

ア. 最高裁は、年利数百～数千%のヤミ金融の事案で、同金銭消費貸借は公序良俗違反で私法上無効であり、かつ同貸付は不法原因給付（民法708条本文）に該当することを前提にした判断を示しました（前掲判決）。民法708条は、不法な原因（一般に、公序良俗違反の場合だとされています。）のために給付をした者が、その給付したものの返還を請求することができないと定めた条文です。同条但書きは、その不法原因が受益者（本件の場合貸付を受けた消費者）のみに存在するときは同条本文は適用されない、つまり返還請求できる、と規定しています。

最高裁の前記判断によると、金銭消費貸借が公序良俗に反する無効なものと同様に評価できる場合、貸主は、借主から返済された元利金全体について不当利得に基づく返還義務を負う（不法原因給付にあたるとしても民法708条但書きが適用されると考えられます。）とともに、借主に交付した貸付元本については、民法708条本文の適用により不当利得に基づく返還請求が否定されると考えられます（判例タイムズ1298号72頁、東京高裁平成14年10月3日判決・判例タイムズ1127号152頁等参照）。

イ. つまり、金銭消費貸借自体が公序良俗に反して無効の場合、消費者は、貸金業者に対して既に支払った元利金全体につき返還請求ができ、受け取った元本については、返還しなくてよいということになります。

ウ. なお、前記最高裁の事例では、貸金業者が、貸付を受けた部分について借り主が受けた利益が損益相殺の対象となるとして、借り主からの不法行為に基づく損害賠償請求に対し、既に支払った金銭を差し引くことを主張しました（前記最高裁判決の直接的な争点）。これに対し、最高裁は、「反倫理的行為に該当する不法行為の被害者が受けた利益については、不法原因給付として加害者から不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも民法708条の趣旨に反するものとして許されない」旨判示しました。よって、消費者からの不法行為に基づく損害賠償請求において、貸金業者が既に消費者に支払った金銭を差し引くよう求めることはできません。

(3) 貸金業法42条1項と公序良俗違反の関係

公序良俗違反により無効な場合には、上記(1)に述べたとおり民法708条が適用され、貸金業者は既に消費者に交付した金銭の返還請求ができないという効果が生まれます。

前記のとおり、貸金業法42条1項は、109.5%を超える利息の金銭消費貸借自体を無効と明記しており、同項にあたる場合は公序良俗違反にあたる应考虑すべきです。よって、同項違反の契約の場合、消費者は、既に貸

金業者に対して既に支払った元利金全体につき返還請求ができ、受け取った元本については、返還しなくてよいということになります。

4 金銭消費貸借が無効となる場合

(1) 109.5%を超える利息を付した金銭消費貸借

業として金銭の貸付を行う者が、業として貸付を行う場合に年109.5%を超える利息の契約をしたときには、最高10年の懲役という重い刑罰が課される（出資法5条3項）のみならず、金銭消費貸借自体が無効となります（貸金業法42条1項）。

貸金業法の改正法が施行されるまでは、金銭消費貸借自体の無効を明記する法律はなく、特に高い利息の契約について、公序良俗違反という一般条項（民法90条「公の秩序又は善良な風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。」）に基づき無効となるかが議論され、裁判上でも争われてきました。改正法において、超高金利といわれる109.5%の利息の契約行為の悪質性や弊害に鑑み、金銭消費貸借自体を無効と明記したことから、改正法施行がなされた現在では、109.5%以上の利息の契約は、制限内利息や元本部分を含め、全体が無効となります。

(2) 109.5%以内の利息を付した金銭消費貸借契約

ア. 109.5%以内の利息の契約について、金銭消費貸借契約自体を無効とする法律上の規定はありません。しかし、著しく高い利息の契約は、公序良俗違反（民法90条）により無効となる場合があります。貸金業法42条1項が新設・施行されるまでの間、貸金を業として行う者による著しく高い利息の契約が公序良俗（民法90条）に反し無効であるかが争われてきました。

イ. 著しく高い利息の契約が、暴利行為として公序良俗違反にあたるか否かは、一般に、利息の高さ、貸付を受ける者の窮状や無知に乗じたか否か等の事情を勘案して判断されます。利息が高いほど暴利性が高く公序良俗違反により無効となる可能性も高まりますが、利息がどの程度高ければ、金銭消費貸借全体が無効となるのか、その明確な基準はありません。

ウ. 最高裁判所が高金利の貸付の公序良俗違反を直接判断した例はありませんが、最高裁判所は、年利数百～数千%のヤミ金融の事案で、同金銭消費貸借は、公序良俗違反で私法上無効であり、かつ同貸付は不法原因給付（民法708条本文）にも該当することを前提にした判断を示しました（最高裁平成20年6月10日判決・判例タイムズ1273号130頁）。裁判例上、無効とされた例の多くは、百数十%・数百%・数千%など、109.5%を超える利息の契約でした（東京地裁平成17年9月27日判決・判例時報1932号99頁：年利140.4%、名古屋地裁平成21年10月23日判決・判例タイムズ1333号10頁：年利240%）。

エ. 改正法が施行された今後は、どの程度の年利の利息契約が金銭消費貸借自

体の無効を導くのか、注目されます。上記ウで述べたとおり、今までのところ109.5%以内の利息の金銭消費貸借については無効とされた例は少ない状況ですが、貸金業法等の改正で年利20%以上の利息契約について重い刑罰が科されることになったという社会的背景や、当該契約個別の事情から、20%以上109.5%以内の利息の貸付契約についても、無効とされる可能性はあります。なお、年利84・49%の貸付につき金銭消費貸借全体を無効とした下級審判例があり（大阪高裁平成20年7月10日判決・兵庫県弁護士会消費者問題判例集）、注目されます。

6 高保証料の処罰

（高保証料の処罰）

- 第5条の2** 金銭の貸付け（金銭の貸付けを行う者が業として行うものに限る。以下この条及び次条において同じ。）の保証（業として行うものに限る。以下この条及び次条において同じ。）を行う者が、当該保証に係る貸付けの利息と合算して当該貸付けの金額の金20パーセントを超える割合となる保証料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となる保証料を受領し、又はその支払を要求した者も、同様とする。
- 2** 前項の保証に係る貸付けの利息が利息の契約時以後変動し得る利率（次条第2項において「変動利率」という。）をもつて定められる場合における前項の規定の適用については、次の各号に掲げる場合に依り、当該各号に定める割合を貸付けの利息の割合とみなす。
- 一 当該保証に際し、当該貸付けの債権者と保証人の合意により利息制限法（昭和29年法律第100号）第8条第2項第1号に規定する特約上限利率（以下この条及び次条において「特約上限利率」という。）の定めをし、かつ、債権者又は保証人が主たる債務者に当該定めを通知した場合 当該特約上限利率
 - 二 前号に掲げる場合以外の場合 年10パーセント
- 3** 第1項の保証が、元本極度額（保証人が履行の責任を負うべき主たる債務の元本の上限の額をいう。以下この項及び次条第3項において同じ。）及び元本確定期日（主たる債務の元本の確定すべき期日（確定日に限る。）をいう。以下この項及び次条第3項において同じ。）の定めがある根保証（一定の範囲に属する不特定の債務を主たる債務とする保証をいう。以下この項及び次条第3項において同じ。）であつて、その主たる債務者が個人（保証の業務に関して行政機関の監督を受ける者として政令で定める者が保証人である場合に限る。）又は法人であ

る場合(債権者が法令の規定により業として貸付けを行うことができない者である場合及び利息制限法第8条第5項に規定する場合を除く。)における第1項の規定の適用については、次の各号に掲げる場合に応じ、当該各号に定める割合を貸付けの利息の割合とみなす。この場合においては、元本極度額を貸付けの金額と、元本確定期日を返済期日としてその計算をするものとする。

一 当該根保証に際し、当該貸付けの債権者と保証人の合意により特約上限利率の定めをし、かつ、債権者又は保証人が主たる債務者に当該定めを通知した場合 当該特約上限利率

二 前号に掲げる場合以外の場合 年10パーセント

4 金銭の貸付けに保証を行う他の保証人がある場合における前3項の規定の適用については、第1項中「貸付けの利息」とあるのは、「貸付けの利息及び他の保証人が契約し、又は受領した保証料」とする。

(その他の罰則)

第8条 (2項ないし4項は省略)

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、第5条第1項若しくは第2項、第5条の2第1項又は第5条の3の規定に係る禁止を免れる行為をした者は、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。

第9条 (二、三号は省略)

法人(法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めのあるものを含む。以下この項及び次項において同じ。)の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が法人又は人の業務又は財産に関して次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人に対して当該各号に定める罰金刑を、その人に対して各本条の罰金刑を科する。

一 第5条第1項若しくは第2項、第5条の2第1項、第5条の3又は前条第1項 3000万円以下の罰金刑

(1) 5条の2第1項の立法趣旨

改正出資法では、高保証料の罪について新設しました。

これは、近年出資法の刑罰金利ぎりぎりの金利を徴収しながら、他方で借主に貸主の関係者を保証人とする契約を結ばせ、保証料を徴収するなどして、保証料名目により高金利規制を潜脱する事例がみられたため、利息制限法において金銭貸借の保証料に上限規制を課すこととしており、その実効性を担保する目的で、定められました。

要するに、出資法の高保証料の罪は、主たる債務の利息と、その保証料を合算したときに、それが年20パーセントを超える割合となる場合には、保証人を罰することにしたのです⁶¹。

なお、本条の規制の対象となるのは、保証が業として行われる場合に限りです。また、契約をした場合にとどまらず、保証料を受領し、またはその支払を要求した場合も該当します。

(2) 5条の2第2, 3項の立法趣旨

また、上記規制の導入に伴い、保証料の計算方式の特則として、利息制限法改正と同様、種債務の利息が利息の契約時以後変動し得る利率（以下「変動利率」といいます。）をもって定められる場合や、根保証の場合に関する特則が設けられました⁶²。

7 保証料がある場合の高金利の処罰

(保証料がある場合の高金利の処罰)

第5条の3 金銭の貸付けを行う者が、当該貸付けに係る保証料の契約の後に当該貸付けの利息を増加する場合において、その保証料と合算して年20パーセントを超える割合となる利息(年20パーセントを超える割合のものを除く。)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。その貸付けに関し、当該割合を超える割合となる利息を受領し、又はその支払を要求した者も、同様とする。

2 金銭の貸付けを行う者が、保証があり、かつ、変動利率をもつて利息が定められる貸付けを行う場合において、次の各号に掲げる場合に応じ、当該各号に定める割合を超える割合による利息(年20パーセントを超える割合のものを除く。)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。その貸付けに関し、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。

一 当該保証に際し、当該貸付けの債権者と保証人の合意により特約上限利率の定めをし、かつ、債権者又は保証人が主たる債務者に当該定めを通知した場合 当該特約上限利率

二 前号に掲げる場合以外の場合 年10パーセント

⁶¹ 森寿明「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律の一部改正の概要」(金融法務事情 No.1804 25頁)参照

⁶² 森寿明「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律の一部改正の概要」(金融法務事情 No.1804 25頁)参照

3 金銭の貸付けを行う者が、根保証（元本極度額及び元本確定期日の定めのあるものに限る。）のある金銭の貸付けを行う場合において、次の各号に掲げる場合に依り、当該各号に定める割合を超える割合による利息（年20パーセントを超える割合のものを除く。）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。その貸付けに関し、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。

一 当該根保証に際し、当該貸付けの債権者と保証人の合意により特約上限利率の定めをし、かつ、債権者又は保証人が主たる債務者に当該定めを通知した場合 当該特約上限利率

二 前号に掲げる場合以外の場合 年10パーセント

（その他の罰則）

第8条（2項ないし4項は省略）

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、第5条第1項若しくは第2項、第5条の2第1項又は第5条の3の規定に係る禁止を免れる行為をした者は、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。

第9条（二、三号は省略）

法人（法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めのあるものを含む。以下この項及び次項において同じ。）の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が法人又は人の業務又は財産に関して次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、その行為者を罰するほか、その法人に対して当該各号に定める罰金刑を、その人に対して各本条の罰金刑を科する。

一 第5条第1項若しくは第2項、第5条の2第1項、第5条の3又は前条第1項 3000万円以下の罰金刑

(1) 出資法5条の3第1項の立法趣旨

改正出資法で新設されました。

当初は主債務の金利と保証料が年20パーセント以下となるように契約しておきながら、事後的に債権者が主債務の金利を上げることによって、高金利（5条）及び保証料規制（5条の2）を潜脱することが可能になります。これに対処するため、金銭の貸付を行う者が、当該貸付にかかる保証料の契約の後に当該貸付の利息を増加させる場合において、刑罰をもって規制したのです⁶³。契約をした場合のみならず、当該利息を超える割合となる利息を受領し、又はその支払を要求した者も含まれます。

⁶³ 森寿明「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律の一部改正の概要」（金融法務事情 No.1804 26頁）参照

(2) 出資法 5 条の 3 第 2 項の立法趣旨

これも、改正出資法で新設されました。

5 条の 2 第 2 項 1 号に該当する場合、すなわち、債権者が特約上限利率を超える割合の金利の契約、受領又は要求をしたとき、債権者も処罰されることとなります。また、5 条の 2 第 2 項 2 号に該当する場合、すなわち、特約上限利率の定めがないか、あっても債務者に通知していない場合には、主債務の利息の割合を年 10 パーセントとみなされ、この場合において、債権者が年 10 パーセントを超える割合の契約、受領又は要求をしたとき、債権者も処罰されることとなります⁶⁴。

(3) 出資法 5 条の 3 第 3 項の立法趣旨

これも、改正出資法で新設されたものです。趣旨は 5 条の 2 第 2 項と全く同じで、本項は、根保証の場合の規定です。

5 条の 2 第 3 項 1 号に該当する場合、すなわち、債権者が特約上限利率を超える割合の金利の契約、受領又は要求をしたとき、債権者も処罰されることとなります。また、5 条の 2 第 3 項 2 号に該当する場合、すなわち、特約上限利率の定めがないか、あっても債務者に通知していない場合には、主債務の利息の割合を年 10 パーセントとみなされ、この場合において、債権者が年 10 パーセントを超える割合の契約、受領又は要求をしたとき、債権者も処罰されることとなります⁶⁵。

8 利息及び保証料の計算方法

(利息及び保証料の計算方法)

第 5 条の 4 前 3 条の規定の適用については、貸付け又は保証の期間が 15 日未満であるときは、これを 15 日として利息又は保証料の計算をするものとする。

2 前 3 条の規定の適用については、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ものとする。

3 前 3 条の規定の適用については、1 年分に満たない利息を元本に組み入れる契約がある場合においては、元利金のうち当初の元本を超える金額を利息と

⁶⁴ 森寿明「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律の一部改正の概要」(金融法務事情 No.1804 25頁)参照

⁶⁵ 森寿明「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律の一部改正の概要」(金融法務事情 No.1804 25頁)参照

みなす。

4 前3条の規定の適用については、金銭の貸付けを行う者がその貸付けに関し受ける金銭は、次に掲げるものを除き、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、利息とみなす。貸し付けられた金銭について支払を受領し、又は要求する者が、その受領又は要求に関し受ける元本以外の金銭についても、同様とする。

一 契約の締結又は債務の弁済の費用であつて、次に掲げるもの

イ 公租公課の支払に充てられるべきもの

ロ 強制執行の費用、担保権の実行としての競売の手続の費用その他公の機関が行う手続に関してその機関に支払うべきもの

ハ 貸付けの相手方が貸付けに係る金銭の受領又は弁済のために利用する現金自動支払機その他の機械の利用料（政令で定める額の範囲内のものに限る。）

二 金銭の貸付け及び弁済に用いるために交付されたカードの再発行に係る手数料その他の貸付けの相手方の要請により貸付けを行う者が行う事務の費用として政令で定めるもの

5 前項の規定は、保証を行う者がその保証に関し受ける金銭及び保証料の支払を受領し、又は要求する者がその受領又は要求に関し受ける金銭について準用する。この場合において、同項中「前3条」とあるのは「前2条」と、「利息」とあるのは「保証料」と読み替える。

(1) みなし利息の範囲の見直し⁶⁶

従前の利息制限法のみなし利息規定（旧利息制限法3条）と、出資法のみなし利息規定（旧出資法5条7項）には、その内容に差がありました。すなわち、利息制限法は、契約の締結及び債務の弁済の費用はみなし利息の例外としていたのに対して、出資法は、そのような例外を設けず、債権者が貸付に関し受ける金銭は、全て利息とみなすこととしていました。

もともと、出資法の改正により、出資法の刑罰金利と利息制限法の上限金利が部分的に一致することとなり、みなし利息を従前のままにしておくと、利息制限法上は超過しない有効な貸付が、出資法上は刑罰金利を超過し、処罰可能となる事態が生じ得ます。

そこで、改正出資法は、利息制限法における利息の範囲を調整しました。

具体的には、改正出資法は、以下の点でみなし利息に含めないことにしました（5条の4第4項）

⁶⁶ 森寿明「出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律の一部改正の概要」（金融法務事情 No.1804 26, 27頁）参照

- (2) 契約の締結または債務の弁済の費用であって、次に掲げるもの
- ① 公租公課の支払に充てられるべきもの(1号イ ex. 印紙税, 登録免許税)
 - ② 強制執行の費用, 担保権の実行としての競売の手続きの費用その他公の機関が行う手続に関してその機関に支払うべきもの(1号ロ ex. 強制執行費用)
 - ③ 貸付けの相手方が貸付けに係る金銭の受領又は弁済のために利用する現金自動支払機その他の機械の利用料(政令で定める額の範囲内のものに限る。)(1号ハ ex. A T M手数料)
- (3) また、金銭の貸付け及び弁済に用いるために交付されたカードの再発行に係る手数料その他の貸付けの相手方の要請により貸付けを行う者が行う事務の費用として政令で定めるものもみなし利息に含まれません(同2号 ex. ローンカード紛失に伴う再発行手数料)。