

刑事法による会社財産の保護

上田正和

| | | |
|-----|---------------------------------------|----|
| I | はじめに | 6 |
| II | 会社財産の保護に向けられた主な刑事規制の種類と相互関係 | 8 |
| III | 会社財産と会計処理に関する刑事判例 —— 長銀事件と日債銀事件 | 17 |
| IV | 会社財産の保護に向けられた刑事規制のあり方 | 26 |
| V | 金融機関における会社財産の保護 | 32 |
| VI | おわりに —— 今後の課題 | 35 |

1 はじめに

自由主義と資本主義が高度に進展した現在の我が国の経済社会においては、国民の日常生活や様々な活動は企業活動抜きには成り立ちえない。そして、個人による事業活動が抱えている多くの制約ないし限界を企業活動は可能にしてくれる。つまり、事業活動は、企業形態すなわち会社形態（主に株式会社形態）を採ることにより、多くの（莫大な）事業資金と労働力の結集が可能となり、事業活動に不可避の危険（リスク）に伴う損失の分散が図られる⁽¹⁾。そして、企業体による事業活動の継続性は一般的には保証されているので（自然人の死亡のように一定の時期に必ず訪れる断絶がない）、取引相手や消費者その他の数多くの多様なステークホルダーにとっては、安心して当該企業と利害関係を有することができるという期待が生じる。他方で、企業活動への投資は国民の経済活動そのものでもあり、経済社会や金融社会の活性化をもたらす。

このような企業活動を支える重要かつ根本的な要素として、その強固で安定的な財産的基盤の存在を否定することはできない。従って、企業の財産的基盤を危うくするような行為に対しては、経済社会の安定と維持という観点から一定の法的な規制が要請されることになり、その中には刑事法による規制も含まれてくる（刑事法による規制を直ちに除外する理由はない）。もっとも、企業活動に対する刑事規制については、刑事法専門家の中には消極的な見解が少なからず存在する⁽²⁾。

本稿では、企業活動の主体である会社（特に、今日の経済社会において圧倒的に重要性が高い株式会社）の財産の保護を刑事法によって実現していくことについて、私なりに、今後の展望を含めて若干の検討を行おうとするものである。そして、検討を行う際の視点として、企業の経済活動の基盤である会社財産を保護することについて、会社法や金融商品取引法等の（広義の）企業法がどのような立場を採っているのか（採るようになってきているのか）、そして、会社財産が刑事法によって保護されることに

(1) 商事法（会社法）における一般的な理解である。例えば、鈴木竹雄『新版 会社法〔全訂第5版〕』（1994年）1頁、神田秀樹『会社法〔第14版〕』（2012年）1頁、弥永真生「リーガルマインド会社法〔第13版〕」（2012年）1頁及び15頁。

(2) 企業活動や経済犯罪に対する刑事規制について検討を行ったものとして、田口守一他『刑法は企業活動に介入すべきか』（2010年）、神例康博「経済犯罪に対する規制・制裁のあり方」刑事法ジャーナル25号（2010年）2頁以下。

刑事規制について消極的な見解を示すものとして、曾根威彦・二本柳誠「企業犯罪と保護法益」甲斐克則『企業活動と刑事規制』（2008年）25頁以下、木曾裕「経済犯罪に対する規制・制裁の実際——企業コンプライアンスの現場から——」刑事法ジャーナル25号（2010年）9頁以下。

関して、経済社会の主人公である国民が寄せている期待と信頼の内容と程度はどのようなものであるのか、という問題意識を持ってみたい。

本稿は、会社財産の保護に向けられた刑事規制に関わる限られた何点かの問題点の素描程度の検討と考察に過ぎず、会社法や金融証券取引法⁽³⁾の観点からの分析も未だ不十分なものであろうが、内容としては、(1) 議論の前提ないし出発点として、会社財産の保護に関わる主な刑事規制の内容とその相互の関係を確認し⁽⁴⁾、(2) 会社財産とその評価に関する会計処理について、比較的最近の重要な最高裁判例2件についての若干の検討を行い、(3) 会社財産の保護に向けられた刑事規制のあり方と今後の展望について、多少の方向性の提起を行う、という順序で論じ進めることにしたい。そして、本稿を手始めにして、さらに検討を深めていきたいと考えている。

刑事法によって会社財産の保護を実現していくことに関する私の考え（現時点での大まかな考え方の方向性）の要点をあらかじめ簡単にまとめると、①会社財産の保護については、会社自身や株主や債権者のために必要な会社財産の現実的確保のみならず、市場ないし国民一般に向けられた会社財産に関する情報開示の要請が、今日では、刑事規制という観点からも（強く）求められること、②事後規制としての刑事手続が今後さらに積極的に活用され、裁判所の判断が次第に積み重ねられていくことによって、会社財産に関わる公権的な行為規範（行動ルール）が明確に示されるようになり、このことが社会公共の法益性を有する会社財産をめぐる会社犯罪（企業犯罪）に対する刑事規制の内容と限界を明らかにするためには有益であると思われること等である。これらの諸問題について、会社財産に関する最近の判例や論考を参考にしながら論じていきたい⁽⁵⁾。

(3) 証券取引法の改正という手続によって、平成18年に成立し、平成19年9月施行。金融商品取引法の目的は、「有価証券の発行及び金融商品等の取引等を公正にし、有価証券の流通を円滑にするほか、資本市場の機能の十全な発揮による金融商品等の公正な価格形成等を図り、もって国民経済の健全な発展及び投資者の保護に資すること」とされている（同法1条）。

(4) 会社財産の保護に関わる刑事処罰規定は数多く存在するが、会社法には、特別背任罪（960条）、会社財産を危うくする罪（虚偽申述罪、自己株式取得罪、違法配当罪、投機取引罪。いずれも963条）、預合いの罪（965条）がある。

なお、利益供与罪（970条）の保護法益については議論があるが、会社財産の利用（浪費）の防止による会社経営の公正性と健全性にあると考えられる。利益供与罪については、神例康博「利益供与罪（会社法違反）の保護法益と法人処罰の可否」岡山大学法学会雑誌58巻3号（2009年）1頁以下、久保田安彦「株主権行使に関する利益供与」に関する規律」法律時報84巻11号（2012年）32頁以下、松宮孝明「株主権行使に関する利益供与」に関する規律」法律時報84巻11号（2012年）38頁以下。

(5) 会社財産と刑事規制について会社法の視点からの分析を行うものとして、久保大作「会社法における開示規制・分配規制への刑事的制裁」法律時報84巻11号（2012年）8頁以下。刑事

II 会社財産の保護に向けられた主な刑事規制の類型と相互関係

1 会社財産の保護に向けられた主な刑事規制の類型

会社財産に危険（さらには侵害）を生じさせる犯罪行為を広くあげるとなると、いわゆる経済犯罪⁽⁶⁾といわれるものの中の少なくない部分が含まれてくる可能性があり、刑法典における財産犯の多くも該当する可能性があるが、ここでは、企業活動において一定の地位と権限を有する者による会社財産の侵害に向けられた行為について、これまで比較的多くの注目を浴びた事例が多い（とされてきた）犯罪類型を取り上げることにしたい。従って、本稿では、(1) 会社法における刑事規制として、①特別背任罪（会社法 960 条）、②会社財産を危うくする罪（会社法 963 条。特に、違法配当罪（同条 5 項 2 号））、(2) 金融商品取引法における虚偽記載有価証券報告書提出罪（金融商品取引法 197 条 1 項 1 号、207 条 1 項 1 号（両罰規定））について、内容の確認と若干の検討を行うことにするが、決して会社法における他の罰則規定（利益供与罪（970 条）その他の各種の犯罪）の重要性を否定するものではない。

(1) 特別背任罪（会社法 960 条）

特別背任罪（以下においては、株式会社の取締役等の特別背任罪（会社法 960 条 1 項）について述べる。）は、刑法典の背任罪（刑法 247 条）を加重した犯罪類型（不真正身分犯）であると一般的には考えられてきた。そして、特別背任罪の法定刑は昭和 13 年の制定当初に比べるとかなり重くなっている⁽⁷⁾。

本罪は、会社経営にあたって一定の権限ないし裁量権を有している取締役等の会社経営陣による様々な不祥事を取り締まるものとして活用され、いわゆるバブル経済崩壊後の会社財産に関わる会社経営陣の不祥事発覚をめぐって、著名な判例がいくつか出ており、解釈論上の議論も相当程度深められている⁽⁸⁾。

法の視点からの分析を行うものとして、神例康博「粉飾決算と犯罪」刑法雑誌 51 卷 1 号（2011 年）63 頁以下、神例康博「資本制度の変容と開示・剰余金分配の規律としての罰則規定——会社の財産を危うくする罪」法律時報 84 卷 11 号（2012 年）14 頁以下。

(6) 経済犯罪や企業犯罪といっても明確な定義や範囲があるわけではない。詐欺罪や業務上横領罪や文書偽造罪等の刑法犯、特別背任罪や違法配当罪等の会社法上の犯罪、証券取引をめぐる犯罪、脱税事件、インターネット犯罪、知的財産権侵害等、極めて広範囲に及ぶ。

(7) 最近の改正として、平成 9 年の改正により、「7 年以下の懲役若しくは 300 万円以下の罰金又はこれらの併科」から「10 年以下の懲役若しくは 1000 万円以下の罰金又はこれらの併科」へと変更された。

(8) （特別）背任罪をめぐる最近の判例における諸問題を検討したものとして、品田智史「最近

もっとも、特別背任罪の実行行為は「その任務に背く行為」であり、特別背任罪は会社財産の侵害という点に関していえば「結果的な」あるいは「間接的な」行為というべきものであり、この点で、次に述べる会社財産を危うくする罪（会社法 963 条）が会社財産に向けられた「直接の」行為としての性格を有しているのとは違いがあると思われる。

とはいえ、会社財産を「直接」侵害する行為であるのか、あるいは「結果的に」ないし「間接的に」侵害する行為であるのかを、演繹的・概念的に区別することの意義は大きくないと思われる。そして、実際に、会社の粉飾決算等をめぐって、特別背任罪の適用可能性は（具体的に立件されるかは別として）相当程度に広範囲なものとなっている。

(2) 会社財産を危うくする罪（会社法 963 条）

会社法 963 条は、会社財産を危うくする罪を規定しているが、本罪は抽象的危険犯として理解されている⁽⁹⁾。このうち 1 項から 4 項は、裁判所等に対して、会社財産に関する重要事項（出資の内容や価額等）について虚偽の申述や事実の隠ぺいを行う行為を刑事処罰の対象としている。本罪は、構成要件の明確性という点で若干の問題はあると思われるが、虚偽の申述や事実の隠ぺいは会社財産を危うくすることと密接不可分な行為である。そして、同条 5 項の中では、会社財産に対する直接の侵害行為を刑事処罰の対象とする違法配当罪（2 号）が重要である⁽¹⁰⁾。

いわゆる粉飾決算といわれるものは、会社の財務諸表（貸借対照表や損益計算書等）の数値を改ざんし、不当な会計処理によって架空の利益を計上したり費用を圧縮する等の行為を意味するが（不良債権の飛ばし等の複雑な手口を用いるケースもある）、

の裁判例に見る背任罪をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル 31 号（2012 年）23 頁以下。

特別背任罪については、実行行為である任務違背行為といえるのが大きな問題となるが、（特別）背任罪の任務違背行為に関する最近の論考として、島田聡一郎「背任罪における任務違背行為」『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題 第 1 巻』（2011 年）237 頁以下。川崎友巳「背任罪と合理的な経営判断」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012 年）413 頁以下。金融機関と特別背任罪については、高山佳奈子「金融機関経営者の刑事責任 —— 特別背任罪を中心に —— 」金融法務事情 1911 号（2010 年）16 頁以下。

また、（特別）背任罪においては取引相手についての共犯の成否が判例上も問題とされているが、この問題に関する最近の論考として、上嶋一高「背任罪の広義の共犯」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012 年）381 頁以下。

(9) 落合誠一編『会社法コンメンタル 21 —— 雑則 (3)・罰則』（2011 年）101 頁（佐伯仁志執筆）。

(10) 違法配当罪が問われた事件の例として、本文で紹介する長銀事件の他に、三田工業事件（大阪地判平成 11 年 11 月 8 日公刊物未搭載）、山一証券事件（東京地判平成 12 年 3 月 28 日判時 1730 号 162 頁）等がある。

これは、5項2号（違法配当罪）の「法令又は定款の規定に違反して」という要件を充たすので、これによって「剰余金の配当をした」ことにより違法配当罪が成立する⁽¹¹⁾。粉飾決算ないし違法配当行為は、会社経営者が対外的に会社の財務状況を良好に見せかけることによって企業価値や株価を維持ないし上昇させようという思惑で行われるが、往々にして、会社経営の失敗や会社の私物化により生じた会社の損失を隠ぺいしようとして行われる。従って、違法配当罪は、次に述べる虚偽記載有価証券報告書提出罪（金融商品取引法197条1項1号。207条1項1号）と合わせて行われることが少なくない。これについては、後に述べる長銀事件が最近の代表的な例である。

違法配当罪は、剰余金の配当に関して、実体面（配当可能な剰余金の存在）と手続面（株主総会決議等の重要な手続要件）のいずれか一方について所定の要件を充たさないことによって成立する。

違法配当行為は、正当でない形で会社財産を会社外に流出させるものであるから、会社財産に対する正に直接的な侵害行為である。株式会社においては、会社財産が外部に流出することは、会社（そして、会社所有者である株主）だけでなく、会社財産を唯一の担保とする会社債権者（会社の取引先）等にとって致命的なことである（株主は間接有限責任を負うのみである。会社法104条）。従って、違法配当罪が成立するためには、図利加害目的は不要である（特別背任罪と違法配当罪の関係については、後述する）。

また、違法配当罪の保護法益をどのように（さらに深く）理解するのかは、違法配当罪をめぐる解釈論上の問題点や限界を明らかにする際の手掛かりとなる。例えば、利益を過少に計上して会社内に秘密準備金を留保することによって低率の剰余金の配当を行うという「逆粉飾」が「法令又は定款の規定に違反して」配当を行うことに当たるとの問題である⁽¹²⁾。

違法配当罪の保護法益は、会社財産が正当でない形で会社外へ流出することによって、一体何が侵害される（危うくなる）のか、ということによって考えられるべき問題である。この点で、株式会社における会社財産の確保のための資本制度ないし資本原則（資本の充実と維持、資本の不変、資本確定の各原則）が強調されていたかつての株式会社法制と異なり、平成17年制定の会社法の下では、資本制度ないし資本原則

(11) 違法配当罪が既遂となる時期は、株主総会（又は取締役会）の決議の時点であり、実際に配当がなされることは必要でないと考えられている。前掲（9）108頁（佐伯仁志執筆）。

(12) 逆粉飾については、違法配当罪の成立を認めない見解が強い。芝原邦爾『経済刑法研究上』（2005年）145頁及び225頁、前掲（9）107頁（佐伯仁志執筆）、山口厚編著『経済刑法』（2012年）29頁（古川伸彦執筆）。

はほぼその機能を失い⁽¹³⁾、会社財産の確保のための軸足を会社の財務状況や会社財産についての対外的な情報開示に移していることが、違法配当罪の罪質ないし保護法益の理解にも影響を及ぼすことになる。

このような観点からすれば、逆粉飾についても違法配当罪の成立を肯定することができるように思われる。逆粉飾は、それまでに行われた（あるいは、将来行われる可能性がある）粉飾決算を帳消しにしようという意図で行われうること、会社の公共性ないし公的存在（公器）としての性格、会社犯罪の社会的法益性等がこのような結論を導くであろう。そして、さらにいえば、会社法における会社財産の保護の重点が資本制度から情報開示へと移っているという流れは、会社法 963 条 1 項から 4 項の罪（虚偽の申述や事実の隠ぺい罪）について、引受けのない幽霊株の発生を防止するということにとどまらない重要性を改めて認識させることになるであろう⁽¹⁴⁾。

(3) 金融商品取引法における虚偽記載有価証券報告書提出罪（金融商品取引法 197 条 1 項 1 号、207 条 1 項 1 号（両罰規定））

金融商品取引法は、証券取引法（昭和 23 年制定）の改正という形で平成 18 年に成立し、平成 19 年 9 月から施行された。金融商品取引法は、企業の資金調達と国民の投資活動が行われる資本市場が適正に機能するための各種のルールを規定する法律であるが（同法 1 条参照）、違反行為に対しては数多くの刑事処罰規定を置いている（同法 197 条以下）。有名なものとしてインサイダー取引規制があるが（166 条、167 条。罰則規定は 197 条の 2 第 13 号）、会社財産に関する犯罪としては、有価証券報告書を提出する義務を負う上場企業等（24 条 1 項）についての継続開示規制違反行為としての虚偽記載有価証券報告書提出罪（197 条 1 項 1 号、207 条 1 項 1 号（両罰規定））がある⁽¹⁵⁾。この罪は、先に述べた違法配当罪と合わせて行われることが少なくない。

(13) 資本金は、株式会社の財産を維持するための基準となる一定の計算上の金額（従って、日々変動する現実の会社財産とは異なる金額）を意味するが、会社法においては、資本金額に相当する財産が現実に出されなければならないという資本充実の原則は放棄され、むしろ、拠出された財産の額に応じて資本金の額が決定されるという制度が採用されている（会社法 445 条）。また、最低資本金の規定も廃止されている。つまり、会社財産の減少自体を防止するための直接の手段は、会社法上は予定されていない。会社法における資本制度については、弥永真生「会社法と資本制度」商事法務 1775 号（2006 年）48 頁以下。

(14) 前掲 (9) 101 頁（佐伯仁志執筆）は、立法論的に、これらの罪を総会や裁判所に対する情報侵害罪（手続侵害罪）として位置付けて会社財産を危うくする罪とは別個に規定する、という方向性を述べている。

(15) 刑事処罰（会社に対しても、両罰規定により 7 億円以下の罰金刑）や行政処分である課徴金の納付命令、そして上場廃止の対象ともなり、当該会社（企業グループ）は致命的なダメージを受けることになる。

虚偽記載有価証券報告書提出罪は、金融商品取引法が目指すところの企業内容についての適切な情報開示（同法1条参照）という点からも窺われるように、「有価証券市場の適正かつ健全な運営システム」を裏切る行為であり、「市場に参加する投資家に対する犯罪」としての性格を有しており、会社財産自体に対して直接向けられる犯罪行為ではない。もっとも、今日の会社財産に関する法規制は、会社法が資本制度による「会社の現実の財産の確保」から「会社財産に関する情報開示」に軸足を移したことに現れているように、会社財産に関する正確な情報を適切かつ迅速な方法で市場ないし投資家に提供するところに重点がある。個々の取引主体の自律性と自己責任を重んじる今日の高度に進展した自由主義経済社会における経済取引の活発化は、国民に対して適切で十分な情報提供が行われることを前提にした国民各自のリスク判断（自己管理と自己責任）に基づいている。また、会社による資金調達手段が、銀行借入れという間接金融よりも証券市場による直接金融へと比重が移りつつあることも、虚偽記載有価証券報告書提出罪の重要性を裏付ける。

このような意味で、刑事規制である虚偽記載有価証券報告書提出罪の重要性は今後さらに増すであろうが、刑事処罰という点で問題となるのが、構成要件の明確性という罪刑法定主義からの要請である。有価証券報告書（又はその訂正報告書）に「重要な事項につき虚偽の記載のあるものを提出した」という構成要件的行為が解釈の余地を残している。「重要な事項」とは何を基準に判断するのか、「虚偽の記載のあるもの」とはどの程度の虚偽の記載を必要とするのか、という問題である⁽¹⁶⁾。

これについては、企業の情報開示として具体的に求められる内容や程度は時代や社会状況によって変化するので、抽象的に概念的な法解釈を行ってもその意義は大きくない。現実の刑事実務としては、相当程度の悪質性を有する行為が実際には立件され起訴されることになろうが、実際に発生した具体的な事件について、裁判所（司法）の判断を仰ぐケースが増えることによって（つまり、捜査対象とされ、さらには検察官により起訴される事件が増えることによって）、裁判所の判断が積み重ねられていくことによるしか、構成要件の解釈、従って有効な行為基準を示すための効果的な方策はないであろう。そして、裁判所による司法判断によって情報開示に関する公権的なルールが示されることによって、会社財産の状況を明らかにする有価証券報告書に関する情報開示の現実的な実効性がもたらされることになるであろう。

(16) 「重要な事項」とは、抽象的には、「投資家の投資判断に影響を与えるような基本的事項」といえるが（神例・前掲（5）「粉飾決算と犯罪」70頁、山口・前掲（12）206頁（橋爪隆執筆）、その具体化（基準ないしガイドラインの明確化）という課題は依然として残っている。

2 会社財産に対する主な刑事規制の相互関係

1 で見た刑事規制は、1つの経済的な事象（事件ないし出来事）において同時に合わせて問題になる（いずれの犯罪も成立する。）ことが考えられるので、それらの相互関係について若干の検討を行いたい。

(1) 特別背任罪と会社財産を危うくする罪（特に、違法配当罪）の関係

特別背任罪と会社財産を危うくする罪の関係については、従来は、会社財産を危うくする罪は特別背任罪の補充規定であり、特別背任罪が成立するときには会社財産を危うくする罪は成立しないと考えられてきた⁽¹⁷⁾。もっとも、このような考え方をさらに詳しく見ると、(i) 会社財産を危うくする罪は特別背任罪の補充規定であるから、特別背任罪が成立する場合には会社財産を危うくする罪は成立しないとする見解⁽¹⁸⁾、(ii) 会社財産を危うくする罪は特別背任罪に吸収される法条競合であるとする見解⁽¹⁹⁾、(iii) 犯罪の成立の問題ではなく、特別背任罪を適用する場合には同時に会社財産を危うくする罪を適用することはできないとする見解（検察官は、特別背任罪が成立する可能性がある場合であっても、立証の容易さ等の諸般の事情を考慮して会社財産を危うくする罪で起訴することができるとする見解）⁽²⁰⁾、が主張されている。

会社財産を危うくする罪の代表例である違法配当罪を例にして、この問題について考えてみたいが、私は、特別背任罪と違法配当罪のそれぞれの構成要件を充たす場合には両罪とも成立し、両罪は観念的競合になる（社会的見解上1個のものとの評価を受ける。）と考えたい。結論的には、法定刑が重い特別背任罪の刑（10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又はこれらの併科。これに対して、違法配当罪等の会社財産を危うくする罪の法定刑は、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はこれらの併科。）によって処断されるという点で、従来の理解と変わりはないが、犯罪としてはいずれも独立して成立するという点が異なっている。

(17) 前掲(9) 98頁（島田聡一郎執筆）、同101頁（佐伯仁志執筆）、神山敏雄他編『新経済法入門』（2008年）162頁（松宮孝明執筆）、山口・前掲(12) 30頁（古川伸彦執筆）。

これに対する異論として、塩見淳「特集 キーワードで学ぶ刑事法の新論点 7 不良債権」法学教室 228号（1999年）32頁は、違法配当罪を特別背任罪の単なる補充規定とする一般の理解には疑問があるとして、違法配当罪について、「会社債権者との関係では会社財産の侵害、株主との関係では資産状況の虚偽報告に不法の実質が存在する固有の犯罪類型と捉えるべき」として、「不良債権隠しから生じた違法配当には、取締役の「目的」如何にかかわらず、専ら違法配当罪が適用される」とする。

(18) 上柳克郎他編『新版 注釈会社法（13）』（1990年）575頁（芝原邦爾執筆）。

(19) 新谷勝『会社・役員のみ民事・刑事責任とコンプライアンス法務』（2011年）96頁。

(20) 前掲(9) 101頁（佐伯仁志執筆）。

これまで、特別背任罪は刑法の背任罪（刑法 247 条）の加重類型であり特別規定であると理解されてきた。そして、刑法の背任罪については、本人との信任関係に違反することを内容とする財産犯であるという理解が一般的である（背信説）⁽²¹⁾。このような理解を前提にしたとしても、本人である株式会社に対する背信性を中核とする財産犯である特別背任罪と会社財産を危うくする罪は、罪質ないし保護法益は同一ではないと考えられる。違法配当行為を初めとする会社財産を危うくする行為について、「自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社に損害を加える目的」が加わることによって、会社財産を危うくする罪から（本人である）株式会社との間の信任関係に違反する財産犯である特別背任罪に転化するという説明は、果たして合理的なものといえるであろうか。また、法定刑が大幅に重くなる（懲役刑の長期と罰金刑の上限が2倍になる。）ことを十分に説明することができるのであろうか⁽²²⁾。

そして、実践的には、特別背任罪における「自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社に損害を加える目的」の要件については、最決平成 10 年 11 月 25 日刑集 52 卷 8 号 570 頁〔平和相互銀行事件〕において、「被告人及び A らには、本件融資に際し、太平洋クラブが募集していたレジャークラブ会員権の預り保証金の償還資金を同社に確保させることにより、ひいては、太平洋クラブと密接な関係にある平和相互銀行の利益を図るという動機があったにしても、右資金の確保のために平和相互銀行にとって極めて問題が大きい本件融資を行わなければならないという必要性、緊急性は認められないこと等にも照らすと、前記……のとおり、それは融資の決定的な動機ではなく、本件融資は、主として右のように太平洋クラブ、広洋及びサン・グリーンの利益を図る目的をもって行われたということが出来る。そうすると、被告人及び A らには、本件融資につき特別背任罪におけるいわゆる図利目的があったというに妨げなく」との法解釈を行っている。さらに、最決平成 17 年 10 月 7 日刑集 59 卷 8 号 779 頁〔イトマン事件〕においては、「被告人が本件融資を実行した動機は、イトマンの利益よりも自己や B の利益を図ることにあったと認められ、また、イトマンに損害を加えることの認識、認容も認められるのであるから、被告人には特別背任罪における図利

(21) 大判大正 3 年 6 月 20 日刑録 20 輯 1313 頁（帳簿に虚偽の事実を記載）。背信説によると、法的代理権が授与されていない者の行為についても背任行為となる。そして、背任行為は法律行為でなく事実行為であってもよい。

(22) 神例・前掲 (5)「資本制度の変容と開示・剰余金分配の規律としての罰則規定——会社の財産を危うくする罪」19 頁は、「会社法 963 条所定の行為を株式会社制度に対する会社債権者の信頼を害する行為と捉えるならば、本罪を会社財産を保護法益とする特別背任罪の補充類型とすることには疑問が生じる。」とする。さらに、塩見・前掲 (17)。

目的はもとより加害目的をも認めることができる。」との法解釈が行われている。これらに代表される最近の判例は、当該の任務違背行為が本人のためにする意思（本人図利目的）で行われたものではないということ（裏側から）問題にしようとする消極的動機説⁽²³⁾に基づいていると理解することが可能である。そして、「自己若しくは第三者の利益」については、非財産的利益も含まれると考えられている。従って、「自己若しくは第三者の利益を図り又は株式会社に損害を加える目的」の有無については、客観的事情から相当程度の判断が可能であるとはいえ、これまでの判例・実務を見ると、極めて微妙で判断が困難な問題であることは避けられず、法適用の実践的な面から見ると、かかる目的の有無によって特別背任罪と会社財産を危うくする罪のいずれが成立するのかを区別することは適切とは思われない。

さらに付け加えれば、会社法の特別背任罪は刑法の背任罪が加重された特別規定である（つまり、特別背任罪は株式会社を被害者とする財産犯である。）という理解についても、疑問を感じざるをえない。特別背任罪が取締役等の株式会社に対する裏切り行為つまり任務違背行為を直接の要件としていることは否定できないが、株式会社が今日の高度に進展した自由主義・資本主義経済体制の下で果たしている重要な役割に照らせば、株式会社は、株主だけでなく、取引先や消費者をも含む多くのステークホルダーのために適正な活動を行うことが期待されている。この現代社会における公器ともいべき株式会社の運営を担う取締役等が会社に対する関係での善管注意義務（会社法 330 条・民法 644 条）や忠実義務（会社法 355 条）に違反することは、会社に対するだけでなく社会公共に対する裏切り行為としての面を有していることは否定できず、その意味で、特別背任罪は、単に本人である株式会社を被害者とする財産犯としての性格にとどまるものでなく、むしろ、健全な企業活動が行われることによって自由主義・資本主義経済が適正かつ活発に機能するという点で、「適正かつ健全な資本主義経済システム」という社会的法益に対する罪としての性格をも有していると考えられる⁽²⁴⁾。これにより、刑法の背任罪との法定刑の差を説明することもできるであら

(23) 西田典之『刑法各論〔第6版〕』（2012年）259頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』327頁。

(24) 伊東研祐「会社法罰則と背任罪（刑法 247 条）解釈の視座」刑事法ジャーナル 17 号（2009 年）50 頁は、会社法罰則について、「会社財産や取締役等の職務の公正・株主権の行使の公正等を行って客体として捉え、それらの保護を通じて確保される一層大きな社会経済的な利益、資本主義市場経済の持続及び健全な展開・発展状況、その為の円滑な経済活動秩序（の維持）というものを法益として捉えることも合理的であるように思われる。」とするが、私も同じ問題意識に基づいている。さらに、上田正和「対向的取引と特別背任罪の共犯」大宮ローレビュー 3 号（2007 年）20 頁。

その一方で、伊東研祐「会社経営の規律の重層化と刑事罰の規律の意義——特別背任罪と図利目的なき経営判断の刑事責任」法律時報 84 卷 11 号（2012 年）57 頁は、「図利加害目的のある個人

う。

このように考えると、会社法 963 条の会社財産を危うくする罪については、先に述べたように、今日的には、本人である会社の財産を確保するというだけでなく、社会公共に対する情報開示機能という面を合わせて考える必要があるものの、「適正かつ健全な資本主義経済システム」を守ろうとする特別背任罪との間には小さくない違いがあるといえる。そして、会社財産を危うくする罪は特別背任罪の補充規定であるとする従来の理解は、今後重要性を増すであろう会社財産を危うくする罪を特別背任罪の中に埋没させてしまうことにもなりかねないであろう。

(2) 会社財産を危うくする罪（特に、違法配当罪）と虚偽記載有価証券報告書提出罪の関係

架空の利益を計上する等して粉飾決算を行い剰余金の違法配当を行う違法配当罪は、有価証券報告書の虚偽記載と一体的に行われることが多い。むしろ、有価証券報告書に虚偽の記載がなされていない粉飾決算は現実には殆ど考えられないともいえる。従って、粉飾決算においては、違法配当罪と虚偽記載有価証券報告書提出罪の両方が（実体法上）成立することは少なくない（実際に両方とも起訴されるかは別問題である）。後に述べる長銀事件においては、両罪の成立が問題とされている。

そして、違法配当罪と虚偽記載有価証券報告書提出罪は、前者が会社財産に対する本来的かつ直接的な侵害行為を刑事処罰の対象としているのに対して、後者は「有価証券市場の適正かつ健全な運営システム」を裏切る行為であり、「市場に参加する投資家に対する犯罪」としての性格を有している。後者は、会社財産に直接あるいは間接的に向けられた犯罪ではなく、両者は罪質ないし保護法益が異なるので、いずれか一方のみが成立するという関係にはなく、両方の罪が成立すると考えられる。そして、両者は一個の行為（社会的見解上 1 個のものとの評価を受ける。）とまではいえないので、観念的競合ではなく、併合罪の関係に立つと考えられる。長銀事件の第 1 審判決（東京地判平成 14 年 9 月 10 日）も併合罪として扱っている（他に併合罪としたものとして、静岡地判平成 11 年 3 月 31 日資料版商事法務 187 号 216 頁〔ヤオハンジャパン粉飾決算事件〕）。観念的競合であるのか併合罪であるのかは、刑事手続上、訴因の変更の可否等において違いが生じることになる。いわゆる公訴事実の単一性の問題である。

(3) 特別背任罪と虚偽記載有価証券報告書提出罪の関係

特別背任罪と虚偽記載有価証券報告書提出罪の関係は、特別背任罪の性格や、特別

的法益に対する行為は、基本的に背任罪（刑 247 条）の適用に委ねることが妥当であろう。」とする。

背任罪と会社財産を危うくする罪の関係(1)を参照)等を踏まえて考えることになる。

特別背任罪は、株式会社を被害者とする財産犯としての性格を有するにとどまるものでなく、健全な企業活動が行われることによって自由主義・資本主義経済が適正かつ活発に機能するという「適正かつ健全な資本主義経済システム」という社会的法益に対する罪としての性格をも有していると考えられる。これに対して、虚偽記載有価証券報告書提出罪は、「有価証券市場の適正かつ健全な運営システム」を裏切るような行為であり、「市場に参加する投資家に対する犯罪」としての性格を有しており、両者の罪には罪質ないし保護法益に違いがある。

そして、特別背任罪の実行行為である「任務に背く行為」は、一回の行為や短期間内における行為によって直ちに判断できるとは限らず、ある程度の時間の幅の中での実質的な判断を必要とする場合が少なくない。従って、虚偽の記載を行った有価証券報告書を提出する行為と社会的見解上1個のものとの評価を行うことは難しく、特別背任罪と虚偽記載有価証券報告書提出罪は併合罪になると考えられる。

III 会社財産と会計処理に関する刑事判例——長銀事件と日債銀事件

次に、これまでに述べた会社財産の保護に関する犯罪の成否が実際に問題となった最近の重要判例である長銀事件と日債銀事件の最高裁判事判決を見ることによって、会社財産に関する刑事規制の実情を検証しておきたい。両事件において共通して問題とされたのは、平成10年3月期決算において行われた会計処理、具体的には貸出金という金銭債権の評価(特に、取り立て不能見込み額の評価)が適正なものであったのか、という点である。

金銭債権の評価について、(旧)商法は、「金銭債権ニ付テハ其ノ債権金額ヲ附スルコトヲ要ス」とした上で(平成11年改正前の商法285条の4第1項本文)、「金銭債権ニ付取立不能ノ虞アルトキハ取立ツルコト能ハザル見込額ヲ控除スルコトヲ要ス」(同条2項)と規定していたが(現在は、法務省令である会社計算規則5条4項に規定されている)、その具体的な算定基準が示されていなかったため、商法総則の規定である「商業帳簿ノ作成ニ関スル規定ノ解釈ニ付テハ公正ナル会計慣行ヲ斟酌スベシ」(平成17年改正前商法32条2項。現在の会社法431条(さらに614条)に相当する。)によって判断するところとなり、長銀と日債銀がそれぞれ平成10年3月期決算を行った当時の「公正ナル会計慣行」が何であったのか、そして、両銀行が行った会計処理(貸出金の査定)が「公正ナル会計慣行」に違反するものであったのかが、刑事処罰の観

点から問題となったのである⁽²⁵⁾。

1 長銀事件について

(1) 長銀事件は、株式会社日本長期信用銀行の代表取締役頭取であった者1名と同副頭取であった者2名の合計3名について、①平成10年3月期決算において、5846億8400万円の当期末処理損失があったにもかかわらず、取り立て不能と見込まれる関連ノンバンクに対する貸出金3130億6900万円の償却又は引当てを行わず、当期末処理損失を過少の2716億1500万円に圧縮して計上した貸借対照表や損益計算書等を掲載する等した虚偽の記載のある有価証券報告書を提出し、②①のように圧縮計上した未処理損失2716億1500万円を基に、任意積立金を取り崩すことによって、定時株主総会での可決承認を経て、71億6660万円の利益配当を行った、という事件である。上記①について虚偽記載有価証券報告書提出罪、②について違法配当罪の成否が問題とされた。

第1審判決（東京地判平成14年9月10日）及び控訴審判決（東京高判平成17年6月21日）はいずれも両罪の成立を認めたが、最高裁判決（最判平成20年7月18日刑集62巻7号2101頁）は、弁護人の上告は適法な上告理由に当たらないとしつつ、職権で調査を行い、控訴審判決を破棄自判して無罪判決を言い渡した⁽²⁶⁾。最高裁は次のように述べている⁽²⁷⁾。

(25) 長銀事件と日債銀事件の両事件について検討を行い金融実務との関係を論じるものとして、西崎哲郎他「(座談会)長銀・日債銀取締役 証券取引法違反事件の考察」金融法務事情1891号(2010年)10頁以下。品田智史「経済活動における刑事規制——北國銀行事件・長銀事件・日債銀事件最高裁判決」法律時報82巻9号(2010年)29頁は、長銀事件と日債銀事件は、会計基準の過渡期における特殊な事案であったとして、罪刑法定主義の明確性の原則から、「公正ナル会計慣行」についての最高裁の解釈に賛成する。

神例・前掲(5)「粉飾決算と犯罪」67頁は、「公正な会計慣行」といえるためには、会計基準の内容としての「明確」性が問題になるとした上で、特に問題となるのは「唯一」性と「慣行」性であるとの分析を行っている。

(26) 整理回収機構等からの被告人らに対する民事の損害賠償請求訴訟においては、第1審、控訴審、そして最高裁判決（最判平成20年7月18日（刑事判決と同日で同一法廷））のいずれにおいても、請求棄却判決となっている。

(27) 長銀事件の最高裁判決に対する判例評釈の例として、野村稔「株式会社日本長期信用銀行の平成10年3月期に係る有価証券報告書の提出及び配当に関する決算処理につき、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方よったことが違法とはいえないとして、同銀行の頭取らに対する虚偽記載有価証券報告書提出罪及び違法配当罪の成立が否定された事例」判例時報2045号(2009年)168頁以下、岸田雅雄「旧株式会社日本長期信用銀行の平成10年3月期に係る有価証券報告書の提出及び配当に関する決算処理につき、これまで「公正ナル慣行」として行われていた税法基準の考え方よったことが違法とはいえないとされた事例」私法判例

「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、特に関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関しては、新たな基準として直ちに適用するには、明確性に乏しかったと認められる上、本件当時、関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関し、従来のいわゆる税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことも必ずしも明確であったとはいえず、過渡的な状況にあったといえ、そのような状況のもとでは、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によって関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定を行うことをもって、これが資産査定通達等の示す方向性から逸脱するものであったとしても、直ちに違法であったということはできない。

そうすると、長銀の本件決算処理は「公正ナル会計慣行」に反する違法なものとはいえないから、本件有価証券報告書の提出及び配当につき、被告人らに対し、虚偽記載有価証券報告書提出罪及び違法配当罪の成立を認めた第1審判決及びこれを是認した原判決は、事実を誤認して法令の解釈適用を誤ったものであって、破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。

よって、刑訴法411条1号、3号により原判決及び第1審判決を破棄し、同法413条ただし書、414条、404条、336条により被告人3名に対しいずれも無罪の言渡しをすることとし、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。」

(2) 最高裁は、第1審判決と控訴審判決が「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準」が当時の唯一の公正な慣行であるとしたのに対して⁽²⁸⁾、従前の「税法基準による改正前の決算経理基準」に従う会計処理は「公正ナル会計慣行」に反する違法なものではないとしたのである。

本件において長銀が依拠した従前の決算経理基準（税法基準）によれば、損金算入限度額を超えてまで貸出金の償却や引当を行う必要はなく、いわゆる母体行主義に基づき、関連ノンバンクに対する貸出金については、母体行が金融支援を継続する限りは貸出金の償却や引当を行わなくてもよいとされていた。これに対して、当時次々と生じた金融機関の破綻を受けて、平成10年4月から（平成10年3月期決算も対象）銀行経営の健全性のための「早期是正措置制度」（銀行法26条1項）が導入され、貸出金は回収可能性に応じて分類され、適正に償却と引当を行うべきことになったが、

リマークス39号70頁以下。なお、長銀事件裁判の具体的な経過と内容を実際の裁判資料に基づいて明らかにするものとして、更田善彦他『長銀最高裁無罪事件読本』（2011年）。

(28) 第1審は、東京地判平成14年9月10日公刊物未搭載。控訴審は、東京高判平成17年6月21日判時1912号135頁。

その基準とされたのが「資産査定通達やその他の事務連絡」であった。この資産査定通達等によって補充される新しい（改正後の）決算経理基準こそが長銀が従うべき「公正ナル会計慣行」であるのが本事件では問われたが⁽²⁹⁾、最高裁はこれを否定したのである。

この問題については、「公正ナル会計慣行」という商事法の概念（基準）が刑事処罰の基準として議論されたということを考える必要がある。本件では、虚偽記載有価証券報告書提出罪（証券取引法（現在の金融商品取引法）違反）と違法配当罪（商法（現在の会社法）違反）の両罪の刑事責任が問題となったが、前者については、正確には、企業会計審議会が公表する「企業会計原則」が「一般に公正妥当と認められる企業会計基準」として適用されるとされており、これと商法が規定する「公正ナル会計慣行」との関係が問題となりうる⁽³⁰⁾。そして、「公正ナル会計慣行」という商事法の概念（基準）については、「公正」と「慣行」の中身がそれぞれ問題となり、さらには両者いずれについても罪刑法定主義における規定の明確性が問題となる。これらに関して、最高裁は、「公正ナル会計慣行」は複数のものが併存しうる（「税法基準による改正前の決算経理基準」と「資産査定通達等による改正後の決算経理基準」は併存しうる。）ことを認めつつ、刑事制裁を加えるほどには「改正後の決算経理基準」は明確ではないので、行為者を刑事法上規制するには値しない、という考え方を示したものと理解することができる⁽³¹⁾。

これらについて、現時点での私の考えを簡単に述べてみたい。まず、金融商品取引法における「一般に公正妥当と認められる企業会計基準」と会社法 431 条における「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」（平成 17 年改正前の商法 32 条 2 項の「公正ナル会計慣行」を引き継いだもの）は、それぞれの法律の目的と規定内容が全く同一でない以上、完全に重なり合うことはないと考えられる。既に述べたように、会社法による会社財産保護の重点が、資本制度（資本原則）による現実の会社財産の確保

(29) 通達は、監督行政庁が監督権に基づいて下級の行政機関に対して法令の解釈や裁量判断の指針等を示すものであって（国家行政組織法 14 条 2 項）、行政組織内部における命令であり、国民に向けられたものではない。そのため、通達が法規範である「公正ナル会計慣行」に当たりうるのか、という問題が生じる。

(30) 志谷匡史「商事法から見た会社・証券犯罪」刑法雑誌 51 卷 1 号（2011 年）111 頁は、会社法の研究者の立場から、「監査基準の一致は、会計基準の一致を含蓄する。」とした上で、「企業会計審議会が作成・公表する「企業会計原則」を初めとする会計基準は、会社法 431 条の「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」に当たると一応考えてよかろう。」とする。

(31) 野村・前掲（27）169 頁は、最高裁は、結局、改正前決算経理基準と改正後決算経理基準の「両者が公正なる会計慣行であったと認定」したとする。

という点から会社の財務状況や会社財産についての情報開示に移っているといえるので、企業の資金調達と国民の投資活動が行われる資本市場が適正かつ健全に機能するための各種のルールを内容とする金融商品取引法との違いは以前よりは相対的に小さくなっている（長銀事件当時は、現在に比べると、両者の間には相対的には一定程度の違いがあったといえることができるであろう）。ただ、様々な業種・業態・規模の株式会社全てに対して適用される会社法と、金融商品取引法の適用を受けない株式会社が少なくない（同法の適用を受ける上場企業等は、我が国に存在し活動する会社の数からいえば圧倒的に少数である。）という点を指摘せざるをえない。

もっとも、刑事制裁を受けるか否かの分かれ目（基準）という点では、金融商品取引法と会社法のそれぞれにおける「公正な会計慣行」には大きな違いはない（ほぼ同一水準で機能する）と考えてもよいのではなかろうか。刑事規制を内容とする犯罪構成要件は、当該行為に対して強い否定的価値判断を示すことによって国民の行動を規制する機能を有する（規制的機能）⁽³²⁾。ここでの問題は「公正な会計慣行」ということが国民の行為を「刑罰法規によって規制する規範」としてどのように機能するのか（機能すべきなのか）、ということである。とすれば、具体的な行為が「公正な会計慣行」に明白に違反したような場合に限って、（単なる会社法や金融商品取引法違反ではなく）刑事制裁に値するという意味での「公正な会計慣行違反」と評価されるべきものとなる。長銀事件（そして、次に述べる日債銀事件）のように、貸出金中の回収不可能な不良債権の金額をどのように評価すべきかについていえば、会社の経営状況や財務状況は日々無数の不確定要因を抱えており、貸出先の状況も千差万別で刻一刻変化することから、算定評価は本来的に極めて困難な作業であり、さらに、会計基準の多様化と変動が激しい一方で迅速な情報開示が求められる昨今の会社を取り巻く状況下では、会社が自らの財務状況と会社財産を把握して対外的に示すに当たって、あってはならないような重大な操作を行ったような場合に初めて刑事制裁を発動するに値するだけの「公正な会計慣行違反」ということになるであろう。つまり、会社の財務状況と会社財産を把握し評価し公表するに当たって、会社の経営陣が最低限遵守しなければならない行動ルールに違反した場合に限って、刑事制裁の対象となりうると思われるべきであろう。この場合、「公正な会計慣行」は1つでなければならないという唯一性は、刑事処罰の観点からは、必然的な要件にはならないと考えられる。長銀事件

(32) 刑事法規範の規制的機能を重視（強調）する程度は、犯罪論における主観面の位置付けや違法性に関する理解の仕方によって影響されるが、経済犯罪の主体、とりわけ会社財産とその評価が問題となるような場面においては、規制的機能を強調してよいと考えられる。

においても、最高裁判決は、従前の決算経理基準（税法基準）が唯一の「公正な会計慣行」と述べているわけではない。

とはいえ、会社の経営陣が最低限遵守すべき行動ルールを明確に提示することは極めて困難な作業である。そこで、刑事上遵守すべき行動ルールが具体的に示されて会社経営陣にとっての行為規範として有効に機能するためには、会社が行う経済活動についても、公権的な司法判断が積み重ねられることが必要であると考えられる。企業の経済活動に対して公権力とりわけ刑事法が広汎な関わり（刑事処罰の積極化）を有することに対しては、否定的な見解が少なくなく⁽³³⁾、それは企業側にとってはそれなりの理由があることとも思われるが、そのことは、裁判所に持ち込まれた企業活動に関わる法律問題に対して、司法府である裁判所が事後的に厳格な司法手続の中で法律の解釈と適用を行うこと（検察官の起訴を受けて、裁判所が法律上の判断を行うこと）を否定することにはつながらない。このような理解は、経済活動に関わる犯罪構成要件が不明確な文言となっていることが少なくなく、例えば、虚偽記載有価証券報告書の構成要件（197条1項1号）は「重要な事項につき虚偽の記載のあるものを提出した」となっているが、この規定が法規範性を十分に発揮するためには、その内容（法文の意味）が裁判所によって明確に補充される必要があることと軌を一にしている。

2 日債銀事件について

(1) 日債銀事件は、株式会社日本債券信用銀行の代表取締役会長であった者1名と同頭取であった者1名と同副頭取であった者1名の合計3名について、平成10月3月期決算において、2205億700万円の当期末処理損失があったにもかかわらず、取り立て不能と見込まれる独立系ノンバンク2社と不良資産の受皿会社に対する貸出金1592億3300万円の償却又は引当てを行わず、当期末処理損失を過少の612億7400万円に圧縮して計上した貸借対照表や損益計算書等を掲載する等した虚偽の記載のある有価証券報告書を提出した、という事件であり、虚偽記載有価証券報告書提出罪の成否が問題となった。長銀事件と異なり、虚偽記載有価証券報告書提出罪の成立のみが問われた事件である。

第1審判決（東京地判平成16年5月28日）及び控訴審判決（東京高判平成19年3月14日）はいずれも同罪の成立を認めたが、最高裁判決（最判平成21年12月7日刑集63巻11号2165頁）は、弁護人の上告は適法な上告理由に当たらないとしつつ、職

(33) 前掲(2)の曾根・二本柳「企業犯罪と保護法益」、木曾「経済犯罪に対する規制・制裁の実際——企業コンプライアンスの現場から——」。

権で調査を行い、控訴審判決を破棄して東京高等裁判所に差し戻した。最高裁は次のように述べている⁽³⁴⁾（なお、差戻後の東京高等裁判所は、原判決を破棄して無罪判決を言い渡した⁽³⁵⁾）。

「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、特に支援先等に対する貸出金の査定に関しては、幅のある解釈の余地があり、新たな基準として直ちに適用するには、明確性に乏しかったと認められる上、本件当時、従来の税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことも必ずしも明確であったとはいえず、過渡的な状況にあったといえ、そのような状況のもとでは、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によって支援先等に対する貸出金についての資産査定を行うことも許容されるものといえる。

そうすると、本件当時、資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準に従うことが唯一の公正なる会計慣行であったとし、税法基準の考え方に基づく会計処理を排斥し、資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準の定める基準に従って日債銀の貸出金の評価をし、平成10年3月期決算において日債銀に2205億700万円の当期末処理損失があったとした原判決は、その点において事実を誤認して法令の解釈適用を誤ったものであって、破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。

ところで、税法基準による貸出金の評価は、債務者区分という概念を介在させることなく個別に4分類かどうかを判断するものといえるが、合理的な再建計画や追加的な支援の予定があるような支援先等については「事業好転の見通しが無い」とすることは原則として適当でないとする処理を前提に、貸出先が上記のような支援先等に当たる場合には、原則としてこれらに対する貸出金等を回収不能と評価せず、償却・引当をしないという考え方に基づくものといえ、これからすれば、母体行主義の下において原則として支援が求められる関連ノンバンクなど、上記のような貸出先に当たる

(34) 日債銀事件の最高裁判決に対する判例評釈の例として、須藤純正「旧日債銀の平成10年3月期の決算処理における支援先等に対する貸出金の査定に関して、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によることも許容されるとし、これを否定して虚偽記載有価証券報告書提出罪の成立を認めた原判決が破棄された事例」刑事法ジャーナル23号（2010年）109頁以下、渡部晃「旧日債銀「粉飾決算」事件最高裁判事判決をめぐって〔上〕〔中〕〔下〕」商事法務1894号（2010年）4頁以下、同1895号（2010年）13頁以下、同1896号（2010年）48頁以下。

(35) 東京高判平成23年8月30日判時2134号127頁。同判決に対する判例評釈の例として、鈴木優典「税法基準による有価証券報告書の適法性——旧日債銀事件差戻し後控訴審判決——」刑事法ジャーナル34号（2012年）130頁以下。

取引先については「事業好転の見通しが無い」とはいえず、これに対する貸出金につき償却・引当をしなくても直ちに違法とまではいえないことになる。しかしながら、本件貸出先は上記のような関連ノンバンクではなく、原則として支援が求められる貸出先ということとはできない。また、原判決によれば、前記……記載のとおり、A及びBについては、日債銀において現に支援している状況にあるとはいえず、平成9年には各社及び日債銀を含む主力関係金融機関においていずれも整理せざるを得ないことが共通の認識となつてはいたものの、平成10年3月期における多額の償却・引当を避けようとする日債銀の意向から特別清算申立て予定の公表が延期されるなどしたというのであり、C等13社及びD等5社については、不良資産の受皿会社であつて、独立企業としての実態はなく、再建計画や支援の機関決定はあるにしても、償却回避のための形ばかりのものであつたり、主たる目的が監査法人向けのものであるなど、支援意思や再建計画が真意かどうか疑念を抱かせるものであつたというのである。これらの原判決が認定した本件決算処理の経緯等によると、上記の貸出先が前記の税法基準の考え方により「事業好転の見通しが無い」とすることが適当でない取引先に当たると直ちにいうことには疑問があるところ、原判決は、あくまで資産査定通達等によって補充された改正後の決算経理基準が唯一の基準であるとして債務者区分を行い、貸出金を査定しているものであつて、従来採られていた税法基準の考え方に従つて適切に評価した場合に、これらの貸出先が「事業好転の見通しが無い」とすることが適当でない取引先に当たるかどうか、これらに対する本件貸出金が回収不能又は無価値と評価すべきものかどうかについては必ずしも明らかとはいえず、その点について、その当時行われていた貸出金の評価や他の大手銀行における処理の状況をも踏まえて、更に審理、判断する必要がある。

よつて、刑法第411条1号、3号、413条本文により原判決を破棄し、更に審理を尽くさせるため、本件を原裁判所に差し戻すこととし、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。】

(2) 最高裁は、第1審判決と控訴審判決が「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準」が当時の唯一の公正な慣行であるとした上で、本件の独立系ノンバンク等に対する貸出金について、償却や引当が義務的となる実質破綻先であると査定したのに対して、従前の「税法基準による改正前の決算経理基準」を排除して「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準」に従うべきことは明確であつたとはいえず、従来の税法基準による貸出金の査定も許容されるとしたのである。その上で、従来の税法基準によって査定した場合に、本件貸出先が「事業好転の見通

しがない」といえるのか、これらに対する本件貸出金が回収不能又は無価値と評価すべきものかどうかについて、さらに審理・判断する必要があるとしたのである。

先に述べた長銀事件とは、従来の税法基準に依拠することが「公正ナル会計慣行」を充たすという点では共通しているが、最高裁は、貸出先が「母体行主義の下での関連ノンバンク」であったのか（長銀事件）、支援が原則として求められるとはいえない「独立系ノンバンク等」であったのか（本件日債銀事件）、という違いから、さらに審理を必要とするとして、無罪判決ではなく、破棄差戻しにしたものと考えられる。もっとも、日債銀事件当時と異なり、現在では、伝統的に行われていた母体行主義という考え方がなくなり、また、会社にとってのメインバンクの位置付けや機能も大きく変わってきているので、最高裁や差戻後の東京高等裁判所において示された考え方が今日でもそのまま妥当するわけではないであろう。

「公正ナル会計慣行」（平成17年改正前の商法32条2項）と刑事処罰との関係については、既に長銀事件のところ（1を参照）で述べたので、それ以外の点について、問題となりうる点について簡単に述べてみたい。

本件では、商法（現在は会社法）の違法配当罪は問われておらず、証券取引法（現在は金融商品取引法）の虚偽記載有価証券報告書提出罪の成否が問われたのみである。とすれば、虚偽記載有価証券報告書提出罪の構成要件該当性が問題となるにとどまり、「重要な事項につき虚偽の記載のあるものを提出した」に該当するか否かを検討すれば足りるはずである。ところが、日債銀事件においては、改正前商法32条2項の「公正ナル会計慣行」の理解が大きな争点とされ、最高裁判決もこれについての判断に重点を置いている⁽³⁶⁾。

金融商品取引法（証券取引法）における会社財産（会計）に対する法規制の目的と商法（会社法）による会社財産（会計）に対する法規制の目的は、既に述べたように同一ではないが、一般法である商法（会社法）における「公正な会計慣行」が、有価証券市場が適正に機能するための各種のルールを規定して「有価証券市場や投資家に対する裏切り行為」に対する刑事処罰を設けている特別法である金融商品取引法（証券取引法）においても、刑事制裁発動の判断基準として意味を持つとしたのである。現在では会社法における法規制の重点が、現実の会社財産の確保から、会社の財務状

(36) 須藤・前掲(34)115頁は、「罪刑法定主義の見地等からすれば、本罪（虚偽記載有価証券報告書提出罪）の成否を決する上で商法32条2項を用いる理由はないであろう。法体系からすれば、証取法とその委任を受けた大蔵省令である財務諸表規則を適用して本罪の成否を決するべきであろう。」とする。

況や会社財産についての情報開示に移っているとはいえ、平成10年3月期決算を行う時点においてもそのような状況にあったといえるのか、という点を指摘することができるであろう。

そして、最高裁が正に指摘しているように、母体行としての支援が予定されていない関連ノンバンク等に対する貸出金の取立不能額ないし回収可能性、分かりやすくいえば「貸したお金が返済される可能性はどの程度か」が正面から問題となる場面であるので、これは正に事実判断ないし事実認定の問題であり、証拠によって認定されたところの事実に大きく反するような（重要な虚偽の）記載があて行われたのか、ということを経典的に問題にすればよいと考えられるが、刑事処罰という点からこの判断を行うことは、実際には非常に困難な問題である。これについても、司法（裁判所）による判断の積み重ねが期待される場所である。

IV 会社財産の保護に向けられた刑事規制のあり方

これまでに述べてきたことを踏まえて、今日の経済社会・企業社会において、会社財産の侵害に向けられた行為に対して、刑事規制（刑事処罰）がどのように行われるべきか、そして、刑事司法としてはどのように取り組むべきか、について、未だ漠然として整理されていない段階であるが、私が現在考えていることを若干述べてみたい⁽³⁷⁾。

1 会社財産を法によって保護することの意味

刑事法による規制も法による規制であるので、最初に、会社財産を法によって守ることの意味を確認しておく必要がある。基本となるのは、商事法（会社法）による法規制の知見である。

会社（株式会社）の財産が危険に晒されることなく（侵害されることなく）守られることの意味は一体何であろうか。

会社は、「営利」「社団」「法人」として存在し活動することが予定されている人為的

(37) 神例・前掲(5)「粉飾決算と犯罪」72頁は、会社財産を会社法罰則をもって保護することについて、誰との関係で保護するかという問題（保護の射程の問題）と、なぜ刑法とは別に特別に保護するかという問題（保護の意義の問題）があるとの整理を行っている。そして、「会社関係者の債権回収の可能性を保護するという観点からは、罰則規定のあり方としても、開示規制の強化に焦点を合わせていくべきように思われる。」とする。さらに、神例・前掲(5)「資本制度の変容と開示・剰余金分配の規律としての罰則規定——会社の財産を危うくする罪」15頁。

な法人格（法主体）であるから、本来的に（その性質上当然に）取引主体として数多くの（無数の）取引活動を行う（そして、利益を獲得し社員（株主）に分配する）ことが予定されており、とりわけ、自然人による個人事業としては行えないような大規模な、そして一定の危険（リスク）を伴う事業活動が永続的に行われることを可能にする。会社法における株式会社設立のための一連の厳格な手続も、このような観点から設けられたものである⁽³⁸⁾。取引先や個々の国民は、当該取引主体（活動主体）が個人（自然人）でなく会社であることによって安心して取引を行い利害関係を有することが可能となる。そして、この安心を支える大きな要素は、合理的な経済人にとっては、究極的には債権回収の確実性である。これらの積み重ねによって、会社（株式会社）は今日の経済社会において欠くことができない存在となっている。

そして、会社が強固で安定的な財産的基盤を有していることは、会社がその事業活動（製造や販売やサービス提供等）を行うに当たって必要不可欠の前提であり、その中でも、現金や預金という流動資産の重要性は高い。会社が事業活動を行い数多くの取引相手を見つけて取引活動を行うためには、取引相手（会社にとっては債権者）（の候補者）から見て、その会社が債務の履行を現実に果たしてくれる会社であること、つまり債権回収についての不安がないという意味での経済的信用を供与できる会社であることが必要であるが、この観点から、株式会社の財産の確保の手段として、これまでは資本という計算上の金額に関する制度（資本原則）が厳格に採用されてきた。

もともと、現在の会社法（平成17年制定）においては、従来の資本原則はもはや風前の灯となっている。かつては、資本金額に見合う会社財産を充実・維持するために厳格な法規制が行われていたが（特に、株式会社を取引主体として経済社会に新たに登場させるというスタート段階である設立時における厳格な法規制が特徴的であった。）、現在の会社法は、募集株式の打切り発行が認められている（208条5項）等、現実に会社に拠出された財産の額によって資本金額が法定されるようになっており（会社法445条）、最低資本金制度は廃止されるに至っている⁽³⁹⁾。そして、資本制度は、配当計算を阻止するための事由としての役割を果たすに過ぎなくなっている。これによって、いわゆる1円企業（さらには0円企業）の設立すら可能となり、実際にも、

(38) 株式会社においては、株主は間接有限責任を負うに過ぎないので（会社法104条）、設立段階における出資が厳格に行われる必要がある。会社法34条、36条3項、63条1項・3項。

(39) 旧商法168条の4（平成2年改正法）は、株式会社について1000万円の最低資本金制度を設けていた。会社法458条は、これに代わる制度として、株式会社の純資産額が300万円を下回る場合には剰余金の配当を行うことができないとしたが、実質的には300万円の最低資本金制度が存続したものと理解することができる。

現実の会社財産自体（目に見える客観的な財産の存在）は非常に乏しいものの、様々な人々が新規に起業することによって多種多様な活動を行うベンチャー企業（インターネットビジネスや各種のソフトビジネス等）が登場し、現実の経済社会において一定の重要な役割を果たすところとなっている。

このような状況の下では、そのような会社と取引を行おうとする機会や場面は否応なしに増えてくるが、新たに取引関係に入ろうとする者は、自己の判断と責任の下、債権回収の可能性や今後の成長可能性等を含む様々なリスクとリターンを判断を行った上で、取引を行い、同時に必要な債権保全措置を講じることになる⁽⁴⁰⁾。そして、このためには、潜在的取引相手たる当該会社についての重要な情報が正確かつ十分に世の中（取引社会）に示されていること、つまり当該会社に関する情報開示が適切に行われていることが必要な前提となってくる⁽⁴¹⁾。特に、経済情勢が右肩上がりの状況にはない現在においては、資本制度ないし資本原則による会社財産の保護よりも、（損失状況をも含む）十分な情報開示による債権者保護の要請が実際にも高いといえよう。

このように、現在の会社法が株式会社に対する法規制として採用している立場と、それが現実の経済社会においても有している大きな意味を考えると、会社財産を法によって保護する意味ないし目的は、会社が保有する現実の財産を守るということだけでなく、会社の財務状況と保有する財産に関する情報を正確かつ迅速に経済社会・取引社会に開示するという点にあることになる。

2 刑事制裁によって会社財産を保護することの必要性和正当性

それでは、以上のような意味で理解される会社財産の保護を、最も強烈な法的効果を伴う刑事制裁（刑事処罰による威嚇）によって実現していくことの必要性和正当性を認めることはできるのであろうか。不適切で過剰な法規制となっていないのかを検証する必要がある。

会社財産の侵害に向けられた行為は、それぞれの会社が所有する個別財産（例えば、

(40) 弥永・前掲 (13) 52 頁は、「会社法の下では、債権者は会社の計算書類等を用いて意思決定し、自衛すべきであるという発想がとられているとも考えられる。」とする一方で、会社法の諸規定によると「会社法が適切な開示を通じて会社債権者を保護する立場を徹底しているかどうかもあるまい。」とする。

(41) 前掲 (9) のしおり「対談 会社法における罰則規定」5 頁の高崎秀雄発言によると、「資本金が債権者を保護する機能を本当に持っているのか、資本で保護しようというのではなしに、それよりは情報のディスクロージャーによって、この企業とは関わろうか関わらないか、ディスクロージャーした相手方にそれを判断させる、相手にされない企業は、0 円資本だろうが 1 億円資本だろうがつぶれる」とされている。

現金や製品や車両等)を窃取するというような個別財産について成立する財産犯を別にすれば、今日の経済社会にとっては不可欠な取引主体たる会社(株式会社)が有している会社財産全般(総体としての会社財産)を、経済的行為によって侵害しようとするものである。そして、このような行為に出ることが実際に可能なのは、通常は、総体としての会社財産に対して一定の権限を有する者か、合法的に会社財産に関わることができる立場にある者である。加えて、これらの侵害行為は、一見したところ合法的な行為を装って行われるため、違法な行為であることが直ちには判明しにくいという特徴を有している。そして、このような経済犯罪を刑事制裁によって規制しようとするに関しては、実践的な観点から企業の経済活動に対してマイナス効果をもたらすという主張や⁽⁴²⁾、経済犯罪に対する刑事制裁の積極化は法益論の観点から疑問である等の消極的な見解が根強く存在する⁽⁴³⁾。

しかしながら、現在の我が国が目指している社会やそこにおける行為規制のあり方は、事前規制を少なくする一方で、自由の名の下に適正な秩序を乱す行為に対しては、司法による事後規制を適切に行っていくとする法化社会である。そして、企業が現実を果たしている役割が非常に大きい現在の経済社会においては、企業活動やそれに関わる行為に不正が見られた場合には、それは無数の国民つまり社会全体に対する不正行為としての評価を受ける(あるいは、少なくともその可能性がある)ことは免れない⁽⁴⁴⁾。企業経営に不適切な点がある場合には、その内容と程度によっては、それは単に当該会社や株主にとっての問題にとどまらず、不適切な企業経営の下に行われる経済活動・企業活動は、社会ないし国民全体にとって大きなマイナス効果をもたらすことになるので、それに対する実効性のある対応が求められることは否定できない⁽⁴⁵⁾。

(42) 木曾・前掲(2)9頁以下は、企業不祥事への対策としては、企業犯罪に対する刑罰の厳格化の効果は大きくないとし、それに代わるものとして、裁判所の監督の下、企業自身による調査と原因究明、そして再発防止を行うという制裁手段(民事再生的監視委員会制度)を提案する。

(43) 曾根・二本柳・前掲(2)。

(44) もっとも、これに関連して、松井秀征「会社経営の規律の重層化と刑事罰の規律の意義 ― 特別背任罪と図利目的なき経営判断の刑事責任」法律時報84巻11号(平成24年)49頁は、特別背任罪について、「図利加害目的と主観的要件によって刑事上の制裁の発動が限界づけられる仕組みは、その発動基準が比較的明確であり、取締役におけるリスク負担に対する萎縮効果は小さいといってもよさそうである。」とする。

(45) 久保・前掲(5)9頁は、財務内容の開示と罰則について、民事的制裁のみでは被害者が出費や時間のコストにより請求を断念することにより「やり得」が生じてしまう可能性があり、刑事的制裁を加えることによって当該行為の期待利得を下げ、問題行動を抑止しようすることを述べ、同12頁は、会社財産の分配規制と罰則について、刑事的な制裁により分配規制をより実効的ならしめることを述べている。会社法の側からの刑事的制裁に対するこのような現実的な要請を無視することはできないであろう。

そして、実際に、企業が商品等についての偽装事件や欠陥製品事故を起こしたことにより、単に個々の被害者に健康被害等の損害を生じさせたというにとどまらず、社会に対して多大な危険ないし影響を生じさせたというケースは、昨今、残念ながら少なくない件数が発生している⁽⁴⁶⁾。また、科学技術の進歩や社会のハイテク化により、単独ないし極少数の者による秘密裏に（他の者が気付くことなく）なされる行為によって、回復が不可能ないし著しく困難な重大結果を招く事態の発生可能性が現実を高まっていることは、否定できない事実である⁽⁴⁷⁾。

となると、現代社会における様々な経済活動やそれを支えている会社が適正な経営を行い活動することは、極めて重大な社会公共の利益というべきであり、従来の刑事法の発想からすれば保護法益の拡大（創設）ないし緩和という面はあるものの、事後的に一定の強度の効果を有する刑事制裁の発動がただ控え目であればよいとは思われない。商事法（会社法）は、会社が現に置かれている社会状況や経済状況の変化を受けることによって、内容面における変化を（刑事法に比べると）数多く経験しているが、商事法（会社法）の立場からは、会社の活動の適正を維持するための効果的な規制手段としての刑事規制を認識し期待することになる⁽⁴⁸⁾。

つまり、もっぱら刑事法の側において、伝統的な刑事処罰消極論に固執し続け、自由競争秩序等の普遍的法益を警戒し、法益論の立法批判的機能を強調するだけでは、

(46) 食品に関する偽装事件として社会的な注目を浴びた例として、雪印乳業食中毒事件、不二家期限切れ材料使用事件、ミートホープ食肉偽装事件等があり、製品欠陥事故の例として、三菱自動車事件、パロマガス湯沸器事件等がある。これらを含む多種多様の企業不祥事について、実務的な視点からケース・スタディとして原因分析と予防策をまとめたものとして、愛知県弁護士会研修センター運営委員会法律研究部コンプライアンスチーム編『弁護士が分析する企業不祥事の原因と対応策』（2012年）が興味深い。

(47) 井田良『変革の時代における理論刑法学』（2007年）19頁は、「社会は、巨大化・複雑化し、科学化・高度技術化（ハイテク化）の進行により、個人個人にとって、この社会は巨大なブラックボックスと化し、およそ主体的コントロールの不可能な存在となった。人々の生活は脆弱な技術的手段の集合体に大幅に依存しており、同時に、個人の行動の持つ損害惹起のポテンシャルが飛躍的に増大した。次の瞬間に何が起こるか予想もつかない未知の領域に人々が足を踏み入れる場面が頻繁に生じ、また、それ自体として些細な逸脱行動が甚大な被害を生じさせ得る領域が数多く出現するに至った。このような社会構造の変化が早期における刑法的介入を要求しており、そこに一定の理由があることも否定できないところであろう。」とする。私もこのような考え方を支持したい。

さらに、リスク社会と刑事規制のあり方に関する最近の論考で本稿との関係でも参考になるものとして、島田聡一郎「危険・リスク社会論と犯罪理論」刑事法ジャーナル33号（2012年）4頁以下、謝煒偉「抽象的危険犯の現代的課題」刑事法ジャーナル33号（2012号）30頁以下。

(48) 山田泰弘「序論——会社法秩序の変容とその規律手段としての刑事法の役割」法律時報84巻11号（2012年）4頁。

経済社会・企業社会である現代社会の中における個々の国民の生活を守ることはできない。刑事法の役割放棄にもつながりうる。従って、刑事制裁の守備範囲をただ限定すればよいというのではなく、刑事処罰の間口（適用範囲）を狭める（閉ざす）ことなく適度の守備範囲（刑事規制が登場する可能性）を維持しつつ、重大な結果を（故意に）招くような行為については、適正かつ迅速な刑事手続が進められ、裁判所による公権的な司法判断が社会に対して明確に示されることによって、経済活動ないし企業活動に関わる会社の取締役等の経営陣が遵守すべき公的な法的行為規範が積み重ねられ、それによって、自由で秩序のある活力ある経済社会・企業社会を実現することができる、と考えることは誤っていないであろう⁽⁴⁹⁾。

従って、私は、会社財産の侵害に向けられた行為に関しても、裁判所による司法判断を恐れることなく、むしろ司法判断が積み重ねられていくことが、今後は一層重要になると考えている。それは、単に刑事処罰の積極化や重罰化だけを求めるものではない。法解釈と法適用の実践において、経済犯罪に関する犯罪構成要件は文言があいまいなものがあるが、既に述べた虚偽記載有価証券報告書提出罪における「重要な事項につき虚偽の記載のあるもの」の解釈や、長銀事件や日債銀事件において主たる問題とされた「公正な会計慣行」の理解、そして、例えば、インサイダー取引における「業務等に関する重要事実」等についての司法による解釈基準が明確に示されこれが積み重ねられることによって、自由で健全で活力のある経済社会・企業活動が真に実現されるものと考えられる⁽⁵⁰⁾。

加えていえば、我が国が導入を検討しているといわれる IFRS（国際財務報告基準）は今後の企業会計実務上の重要なテーマとなるが、IFRS においては、細則主義ではなく原則主義が採用されているので、この点からも、なお一層、裁判所による「公正なる会計慣行」その他の経済犯罪に関わる要件の解釈が示されることが求められることになるであろう⁽⁵¹⁾。

(49) 量刑に関するものであるが、東京高判平成 20 年 7 月 25 日判時 2030 号 127 頁〔ライブドア事件控訴審判決〕は、粉飾決算金額に照らすと重い刑（懲役 2 年 6 月の実刑）が言い渡されているが（最決平成 23 年 4 月 25 日により上告棄却）、行為の社会的な影響を重視したことを理由としており、量刑判断を通して行為規範を示したものと見える。同判決の評釈として、高山佳奈子「ライブドア事件控訴審判決」判例時報 2048 号（2009 年）169 頁以下。

(50) 伊東研祐・山田泰弘「総論的分析——会社法学と刑事法学とのクロスオーバー」法律時報 84 卷 11 号（2012 年）59 頁は、「執行を担保すべき規範の明確化が会社法学・刑事法学に期待され、刑事制裁を発動させる仕組みをコントロールすることへの努力が必要となる。」とする。

(51) 加藤伸樹「『公正なる会計慣行』の意義——長銀粉飾決算刑事事件」別冊 金融・商事判例『企業不祥事判例にみる役員の責任』（2012 年）193 頁は、「原則主義の考え方は……結果を重視す

以上に述べた私見と方向性が異なるものではないが、会社債権者の債権総額に対応する交換可能な会社財産の維持は資本によっては実現されていないとした上で、「株式会社制度に対する会社債権者の信頼保護という点に、財源規制の意義と会社財産を危うくする罪の処罰根拠が認められる」とする見解が主張されている⁽⁵²⁾。ただ、(株式会社という)制度に対する信頼という理解では、法の解釈適用に際してあいまいさを残しており、また、「会社債権者のみ」の信頼に限られるわけではなく、より広範囲の利害関係者(ステークホルダー)に関する問題というべきであろう。インターネット等の情報網が高度に進展した現代社会では、それまでは取引関係その他の関係を全く有していなかった新たな取引主体と取引関係に入り利害関係を持つに至ることが増えることが予想される。そして、商法(会社法)における資本制度については、設立時の資本充実が強調されてきたことから窺われるように、株式会社を取引社会に新規に登場させるスタート時点において財産的基盤が十分備わっていない取引主体を取引社会に登場させることの問題性に重点を置いてきたと考えられるので、会社債権者の債権総額に対応する交換可能な会社財産の維持が資本によっては実現されていないという点にとらわれる必要はないと思われる。

V 金融機関における会社財産の保護

1 これまで、会社財産の保護と刑事規制について、会社の業態や業種について特に区別することなく述べてきたが、会社の中でもとりわけ他と異なって(区別して)考えることが求められるものとして、銀行(金融機関)がある(もっとも、既に取り上げた長銀事件と日債銀事件は、いずれも銀行についての事案であった)。銀行は、社会の中から幅広く預金(金銭)を集め、それを企業等に融資することを業務の主な内容としており、主な収入源は利息と手数料であるという点で、他の一般企業とは大きな違いがある。今日、会社による資金調達重点が、銀行借入れという間接金融から証券市場(ここでは証券会社が大きな役割を演じる。)による直接金融へ移りつつあるとはいえ、経済社会や国民生活において銀行が果たしている役割は、依然として重要である。

る考え方に結び付きやすいと思われる。そのため、IFRSが適用される場合、裁判所における公正なる会計慣行の捉え方が結果を重視する考え方にシフトする可能性も十分考えられる。」とする。
(52) 神例・前掲(5)「資本制度の変容と開示・剰余金分配の規律としての罰則規定——会社の財産を危うくする罪」18頁。

銀行（金融機関）と他の一般企業の違いが刑事処罰の考え方の面で現れた最近の判例として、銀行の代表取締役についての経営判断の原則の適用可能性と特別背任罪の成否が問題となった最決平成21年11月9日刑集63巻9号117頁〔北海道拓殖銀行事件〕がある。最高裁は、銀行の取締役の行為と任務違背行為の関係について、次のように述べている⁽⁵³⁾。

「銀行の取締役が負うべき注意義務については、一般の株式会社取締役と同様に、受任者の善管注意義務（民法644条）及び忠実義務（平成17年法律第87号による改正前の商法254条の3、会社法355条）を基本としつつも、いわゆる経営判断の原則が適用される余地がある。しかし、銀行業が広く預金者から資金を集め、これを原資として企業等に融資することを本質とする免許事業であること、銀行の取締役は金融取引の専門家であり、その知識経験を活用して融資業務を行うことが期待されていること、万一銀行経営が破たんし、あるいは危機にひんした場合には預金者及び融資先を始めとして社会一般に広範かつ深刻な混乱を生じさせること等を考慮すれば、融資業務に際して要求される銀行の取締役の注意義務の程度は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準のものであると解され、所論がいう経営判断の原則が適用される余地はそれだけ限定的なものにとどまるといわざるをえない。

したがって、銀行の取締役は、融資業務の実施に当たっては、元利金の回収不能という事態が生じないよう、債権保全のため、融資先の経営状況、資産状態等を調査し、その安全性を確認して貸付を決定し、原則として確実な担保を徴求する等、相応の措置をとるべき義務を有している。例外的に、実質倒産状態にある企業に対する支援策として無担保又は不十分な担保で追加融資をして再建又は整理を目指すこと等がありうるにしても、これが適法とされるためには客観性を持った再建・整理計画とこれを確実に実行する銀行本体の強い経営体質を必要とするなど、その融資判断が合理性のあるものでなければならず、手続的には銀行内部での明確な計画の策定とその正式な承認を欠かせない。」

2 最高裁は、①銀行の取締役についても、他の株式会社の取締役と同様に、経営判断の原則が適用されうることを認めた。この点で、控訴審がより厳格な「経済性の原

(53) 北海道拓殖銀行事件の最高裁決定に対する判例評釈の例として、品田智史「銀行の代表取締役頭取による不良貸付が特別背任罪における任務違背として認められた事例——北海道拓殖銀行事件最高裁決定——」刑事法ジャーナル22号（2010年）114頁以下、木崎峻輔「特別背任と経営判断の原則（拓銀特別背任事件）」高橋則夫他編『判例特別刑法』（2012年）153頁以下。

則（特に安全性）」によるべきという考え方を示した⁽⁵⁴⁾のとは違いがある。その上で、最高裁は、②銀行業の特徴を示しながら、銀行の取締役に要求される注意義務の程度は高い水準のものであり、経営判断の原則が適用される余地は限定される、としたのである。

経営判断の原則の内容や適用に関する理解については、比較法（アメリカ法）を含めた議論が商事法分野で行われているが⁽⁵⁵⁾、本件で最高裁が述べている内容は、会社法に関する従来の我が国の民事裁判例において一般的に採られてきた考え方と異なるものではない。そして、経営判断の原則の適用範囲やその具体的な現れ方に相対性を認めることについては、刑事法上は異論は少ないと思われる。株式会社の業種や業態、取引内容や利益の内容等の諸事情によって、会社から委任を受けて経営に当たる取締役等に認められる経営の自由度ないし裁量の範囲（許容される危険（リスク）の範囲と程度）は、当然ながら異なる。そして、その際には、今日の経済社会において会社が果たしている役割と期待という観点から、当該会社の公共性の内容と程度、現実には果たしている役割と機能等を考える必要がある。

これらの点で、銀行業は、他の業種のように、創造性や独創性や新奇性によって独自の商品やサービスを国民や取引社会に広くアピールしながら提供し、それに対する

(54) 札幌高判平成18年8月31日判タ1229号116頁は、「銀行の公共性は、もともと預金者保護や信用秩序の維持を中核としている上、拓銀の貸出業務取扱規程に、貸出業務が信用秩序及び国民経済に対して広く深い関係を持ち、多彩な影響を与えることから、経済性の原則を堅持しながら公共的使命の達成に努めなければならないとあるように、経済性の原則、中でも、その中心である安全性を無視することは絶対に許されないものであって、公共性の名の下に回収の見込みのない融資が許されることにはならないのであり、また、融資の打ち切りによって当該取引先が倒産し、それまでの貸付金が回収できず、あるいは、その従業員が失職し、さらには、当該取引先の取引企業等にも影響を及ぼすことは避けられないところ、それを理由に回収見込みのない融資をしても通常は破たんを先延ばしするに過ぎないから、結局は、上記のとおり、破たん先企業への融資が許されるのは、その融資による新たな損害発生を防止するに足る措置を講じ、近い将来における破たん先企業の再建が十分に見込まれ、その結果、より多くの貸付金の回収が可能となる場合に限られるべきである。そして、本件融資の際、Aグループの再建が十分に見込まれるような状況になかったことは明らかであり」と述べており、経営判断の原則の適用について消極的（否定的）な姿勢を示している。

(55) アメリカにおいて判例法として形成された「経営判断の原則（business judgment rule）」は、取締役が、その権限内において経営に関する決定を行った場合に、その決定に合理的な根拠があり、会社の利益になると信じて判断した場合には、裁判所はその決定の妥当性については審査しない（決定手続の合理性のみを審査する）、というものであり、裁判所が取締役の決定内容の合理性を実質的に審査するという我が国の経営判断の原則とは異なっているとされる。近藤光男「経営判断の原則」『ジュリスト増刊 会社法の争点』（2009年）156頁以下、弥永・前掲（1）207頁。我が国の裁判例を分析・検討したものと、近藤光男編『判例法理 経営判断原則』（2012年）。

国民ないし市場の反応を受けてさらに商品開発を行い利益を増やしていく、という要素を備えていない。銀行の本来の業務は、自由主義経済を動かし活発化させるための血液ともいえる金銭を世の中に提供することによって、経済社会を根底から支えるというものであり、公共性が非常に高い。銀行は、金融という経済社会における極めて重要な基盤を提供するものであり、一般の会社や個人事業者等の経済活動はその上に成り立っているのである。となると、経済社会に循環する血液である金銭を提供する銀行については、業務を行うに当たって、経営陣に許容されるリスクの範囲と程度は非常に小さく、経営には安全性と安定性が強く求められるといえよう。つまり、銀行にはその財務内容の安全性と確実性と健全性が最高度に強く求められるので、経営の自由度や取締役等の裁量の範囲は小さくならざるをえないのである。従って、他の業種や業態のように自由競争に委ねることは適切でなく（自由競争とはリスクを伴うものである。）、独自性は経済社会や国民生活にとって、むしろ有害ともなりうる。このような観点から、銀行業については、参入規制を初めとして、様々な規制が法令等によって実際に行われてきた⁽⁵⁶⁾。

従って、銀行業については、本稿のテーマとの関係では、会社財産が強固で安定性を備えながら守られる必要性が高いといえ、そこにいうところの会社財産については、現実の会社財産の確保ということが依然として相当の重みをもって要請されると考えられる。その意味で、他の一般企業と異なり、会社の財務状況と会社財産についての適切な情報開示という観点からの会社財産の確保という要請を過度に強調することは適切ではないと考える。

VI おわりに——今後の課題

刑事法による会社財産の保護というテーマについて、最近の代表的な最高裁判例を踏まえながら、限られた何点かの問題点にとどまるものの、私が現段階において考えていることを述べてきたが、今後登場してくるであろう新たな判例や実務の動向を含めて、さらに深めた検討は今後の課題としていきたい。

バブル経済崩壊後の後始末、その過程における企業経営陣の各種の不正行為の発覚は、過度の利益追求に走ったがゆえに行われた不適切な経済活動の実態を社会に対して示すところとなり、それらに対する刑事処罰が問題とされた事件が次々と登場し、

(56) もっとも、金融業界における金融ビッグバン（1996年から実施された金融制度改革）によって大幅な規制緩和策が採られ、銀行業務の実施に関する自由度は高まっている。

経済活動に対する刑事規制のあり方というテーマが、経済犯罪（経済刑法）として脚光を浴びるようになった。そして、技術革新や社会における各種インフラの整備と発展等もあり、経済犯罪（経済刑法）として議論される領域は広範囲に及ぶようになっている⁽⁵⁷⁾。その中では、法益論や刑事制裁の意味という基礎的・理論的な研究も深められている⁽⁵⁸⁾。

本稿では、刑事法（刑事規制）によって会社財産を保護することの意味という観点から、経済活動と刑事規制についての若干の検討を試みたが、そもそも会社財産とは何であるのか、法によって会社財産を守るという時に、何をどのようにして守るのか、という議論が前提とならざるをえない。そして、私人間の民事的（商事）な法的規律や行政上の措置にとどまらず、国家による刑事規制（刑事処罰）を行うことについては、その意味と効果についての十分な検証が必要である。

会社財産を守ることに關しては、平成17年制定の会社法によって、従来の資本制度（資本原則）による保護から大きく舵が切れ、現在では、会社の財務状況と会社財産についての適切な情報開示という視点が重要になっている。また、会社法による法規制と金融商品取引法による法規制の関係という困難な問題が残されている⁽⁵⁹⁾。会社

(57) 企業犯罪・経済犯罪の分野に関する本格的な研究書として、芝原邦爾『経済刑法研究 上・下』（2005年）。この分野における諸問題を網羅的に取り上げて解説を行った最近の文献として、神山敏雄他編『新経済刑法入門』（2008年）、山口・前掲（12）。さらに、野村稔『経済刑法の論点』（2002年）。経済刑法分野の判例を網羅的に収録したものと、芝原邦爾他『ケースブック経済刑法〔第3版〕』（2010年）。経済刑法の歴史と展望と課題をまとめたものとして、島田聡一郎「経済刑法」ジュリスト1348号（2008年）94頁以下、川崎友巳「経済刑法」法律時報81巻6号（2009年）74頁以下。

(58) 保護法益に関する基礎的な研究成果の例として、伊東研祐『法益概念史研究』（1984年）、甲斐克則「刑事立法と法益概念の機能」法律時報75巻2号（2003年）7頁以下、高橋則夫「刑法的保護の早期化と刑法の限界」法律時報75巻2号（2003年）15頁以下、曾根成彦「現代刑法と法益論の変容」『阿部純二先生古稀祝賀論文集 刑事法学の現代的課題』（2004年）43頁以下。

経済刑法における保護法益について検討を行ったものの例として、京藤哲久「経済刑法の構成要件とその合目的的解釈」刑法雑誌30巻1号（1989年）90頁以下。

保護法益に関する最近の論考の例として、嘉門優「法益論の現代的展開——法益論と犯罪構造——」國學院法学44巻4号（2007年）97頁以下、松宮孝明「法益論の意義と限界を論ずる意味——問題提起に代えて——」刑法雑誌47巻1号（2007年）1頁以下、嘉門優「法益論の現代的意義」刑法雑誌47巻1号（2007年）36頁以下、嘉門優「法益論の現代的意義」（刑法雑誌50巻2号（2011年）1頁以下。保護法益論から刑事処罰の積極化を試みようとするものとして、上田正和「保護法益論（Rechtsgutstheorie）の行方と展望」大宮ローレビュー8号（2011年）5頁以下。

(59) 志谷・前掲（30）114頁は、会社法と金融商品取引法の研究者の立場から、「会社法会計と金商法会計との調整が方向性としては可能な限り前者を後者に一致させるものであるとしても、両者の目的は異なる。金商法会計の目的は、投資者保護のために、その合理的な投資判断に必要な重要な情報を的確に提供することにある。……これに対して会社法計算規制の目的は、株主有限責任の制度的担保としてやはり会社債権者保護にある（会社法458条参照。）」とする。

法は全ての会社に適用されるが、金融商品取引法は有価証券報告書の提出が求められる上場企業等の全体からいえば限られた一部の会社に適用されるに過ぎない。この点で、例えば、金融商品取引法の適用対象とならない会社についての「公正なる会計慣行」とは何を意味するのか⁽⁶⁰⁾、そして、そこでは刑事法の解釈ないし刑事処罰の限界付けをどのように行えばよいのか、という問題がある。

会社法や金融商品取引法等の会社や企業活動に関する法律の中には、刑事処罰規定は実は相当数置かれている。ただ、経済活動に対する刑事規制という問題の性質上、具体的に立件され、起訴され、裁判所の判断が示される事件は、最近は増えつつあるとはいえ、依然として限られているとあってよい。もっとも、今日の経済社会において欠くことができない重要な存在である会社が適正に運営され活動することは、社会公共ないし国民の生活にとっては重要な利益である。刑事制裁とその他の様々な制裁（法的なものそうでないもの両者を含む。）との関係という問題や、経済行為に対する刑事制裁の謙抑性ということが語られるが、著しく不適切な行為に対して事後的に刑事司法によって明確な法的判断が行われ、社会に対して公権的な法解釈が示されることは、経済活動に関わる者に対して予測可能性を与えるものであり、企業活動やそれに携わる行為者に行動基準の明確な手掛かりを示すことにもなり、リスクの予測と回避につながると考えられる。本稿で述べたように、違法配当罪や虚偽記載有価証券報告書提出罪等の構成要件の中味は決して明確に理解できるものではない。そして、特別背任罪の構成要件についても、現に議論され争いがある解釈論上の問題点は数多く存在する。このような状況下において、刑事司法が果たすべき役割は決して小さくないはずである。今後、規制緩和と経済活動のグローバル化が一層進み、個々の国民がさらに多種多様の経済行為に積極的に関わることを考えれば、尚更であろう。そして、今後、商事法（会社法）と刑事法の双方の共同研究がさらに積極的かつ広範囲にわたって進められることが、大いに期待される⁽⁶¹⁾。

最後になるが、本稿で検討を行うことができなかった問題点と検討課題は数多く残されており、その例として、①粉飾決算に関して犯罪が成立するときの共犯（特に、共謀共同正犯としての認定と限界）⁽⁶²⁾、②行政機関に向けられた（法律ではない）通達

(60) この問題について検討を行ったものとして、弥永真生「ビックカメラ事件決定が提起した問題点」商事法務 1908号（2010年）4頁以下。

(61) 会社法罰則をめぐる諸問題について、会社法学及び刑事法学の両方の観点からの共同研究を行った「特集「取り残された」会社法罰則の検証」法律時報 84巻 11号（2012年）4頁以下に掲載された論考は、いずれも興味深く、今後の検討に向けた新たな示唆を提供するものである。

(62) 最決平成 22年 5月 31日裁判集刑 300号 191頁に関する小野上真也「監査意見の表明と虚

によって「公正な会計慣行」という刑事処罰の限界に関わる要件が影響を受けることの是非、③経済犯罪に対して自由刑（懲役刑）を科すことの意味（犯罪コストに組み入れやすい財産刑との違いや財産刑との併科が問題となる。）、④刑事制裁と課徴金制度の関係（これも、犯罪コストとの関係が問題となる。）やその他の各種制裁との関係等があるが⁽⁶³⁾、これらはいずれも大きな実務上・理論上の検討課題である。

偽記載有価証券報告書提出罪等の共同正犯の成否」前掲（53）『判例特別刑法』200頁以下。

(63) 企業犯罪に対する刑事制裁について検討を行ったものとして、芝原・前掲（57）『経済刑法研究上』67頁以下、佐伯仁志『制裁論』（2009年）257頁以下。さらに、前掲（2）に記載の文献。

松井・前掲（44）50頁は、「刑事上の制裁を発動されるべきかどうかがいまいな事案において、そのための手続が容易に発動されうるということは、抑止が利きすぎて萎縮効果が生じる危険もある。刑事上の制裁を発動するための手続について、近時の運用を見ると、このような手続のコストと抑止の効果を踏まえた費用便益計算を前提として再検討する余地はあるのではあるまいか。」とする。