

旧長銀粉飾決算事件(最判平成20.7.18刑集六二卷七号二一〇一頁)の検討：「公正なる会計慣行」と罪刑法定主義について

SUDO, Sumimasa / 須藤, 純正

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

109

(号 / Number)

2

(開始ページ / Start Page)

49

(終了ページ / End Page)

74

(発行年 / Year)

2011-10-14

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00007672>

旧長銀粉飾決算事件（最判平成二〇年七月一八日刑集六二卷七号二〇二頁）の検討

—「公正なる会計慣行」と罪刑法定主義について—

須藤 純正

第一 事実の概要

一 争点

本件事件の争点は、平成一〇年一〇月に経営破たんした株式会社日本長期信用銀行（以下、「長銀」という。）の経営陣が行った平成一〇年三ヶ月決算の会計処理をめぐり、取立不能のおそれがある関連ノンバンク等に対する貸出金の資産評価につき、十分な償却または引当てをしなかったことにより、証券取引法上、重要な事項について虚偽の記載のある有価証券報告書を提出したことになるのかが問題となるとともに、商法上、実際には配当可能利益がないのに違法に配当をしたことになるのかが問題となった。そして、ここでの会計処理が平成一七年改正前商法三三二条二項に規定する「公正なる会計慣行」に反

していたか否かが争われた。

二 公訴事実の要旨

「Aは平成七年四月二八日から平成一〇年九月二八日まで長銀の代表取締役頭取であった者、Bは平成九年一〇月一日から平成一〇年八月二日まで長銀の副頭取であった者、Cは平成九年一〇月一日から平成一〇年三月三十一日まで長銀の副頭取であった者であるが、三名共謀のうえ、①長銀の業務に関し、平成一〇年三ヶ月の決算には五八四六億八四〇〇万円の当期未処理損失があったのに、取立不能のおそれあって取立不能と見込まれる貸出金合計三一三〇億六九〇〇万円の償却又は引当てしないことにより、これを過少の二七一六億一五〇〇万円に圧縮して計上した貸借対照表、損益計算書及び利益処分計算書を掲載するなどした右事業年度の有価証券報告書を提出し、②長銀の前記事業年度の決算には、五八四六億八四〇〇万円の当期

未処理損失があつて株主に配当すべき剰余金は皆無であつたのに、平成一〇年六月二五日の定時株主総会において、当期未処理損失二七・一六億一五〇〇万円を基に、任意積立金を取り崩し、一株三円の割合による総額七一億七八六万七四五五円の利益配当を行う旨の利益処分案を提出して可決承認させ、そのころ株主に、配当金合計七一億六六六〇万二三六〇円を支払った。」

三 審理経過

一審（東京地判平成一四年九月一〇日⁽¹⁾）は公訴事実どおりに認定して、Aを懲役三年執行猶予四年、B及びCを懲役二年執行猶予三年にそれぞれ処したのに対し、三名とも弁護士が控訴したところ、二審（東京高判平成一七年六月二二日⁽²⁾）はいずれも控訴棄却とし、三名とも弁護士が上告した。

第二 判旨

一 主文

破棄自判（三名とも無罪）

二 理由の要旨

1 認定された事実経過（なお、iv、vは一審認定事実を付加したもので、本件最判には記載がない。）

i 大蔵省は昭和五七年四月、銀行法施行に伴う「基本事項通達」を發出し、その中で普通銀行の会計処理の基準となるべき「決算経理基準」を定め、その後普通銀行は、当該経理基準のもとで、いわゆる税法基準に従つた経理処理を行い、長銀においても同様の会計処理を行っていた。この場合関連ノンバンク等に対する貸出金については、一般の扱いと異なり、金融支援を継続する限りは、償却・引当はほとんど行われていなかった。

ii 平成六年、七年における金融機関の経営破たんを契機として、金融制度調査会は、平成七年二月二二日、「金融システム安定化のための諸施策」を大蔵大臣に答申した。これらを受けて、平成八年六月二二日、いわゆる金融三法が成立公布され、銀行経営の健全性を確保するための金融行政当局による監督手法として、平成一〇年四月一日以降「早期是正措置制度」が導入されることとなった。

大蔵省大臣官房金融検査部長は、平成九年三月五日付けで、各財務局長などにあてて「資産査定通達」を發出し、その中で、金融機関の資産の自己査定は、金融機関が適正な償却・

引当を行うための準備作業として重要な役割を果たすこと、

早期是正措置制度が平成一〇年四月から導入されるが、導入までの間の金融検査においても、自己査定のための体制整備の進展状況等について把握するよう努めるべきこととされた。

これを受けて全銀協の融資業務専門委員会は、各銀行の自己査定の参考として、「資産査定Q&A」にまとめ、全国の金融機関に送付した。日本公認会計士協会は、資産査定通達を踏まえて「四号実務指針」を作成して公表し、これは平成九年四月一日以降開始する事業年度の監査から適用するものとされた。

iii 大蔵省銀行局長は、長銀の頭取にあてて、平成九年七月三十一日付で、通達を發出し、業務運営については一部の事項を除き改正された基本事項通達によるものとする旨を通達した。基本事項通達の改正においては、決算経理基準の中の「貸出金の償却」及び「貸倒引当金」の規定などが改正され（以下、改正された決算経理基準を「改正後の決算経理基準」という）、そこでは回収不能と判定される貸出金等については債権額から担保処分可能見込額及び保証による回収可能額を減算した残額を償却・引当すること、最終の回収に重大な懸念があり損失の発生が見込まれる貸出金等については債権額から担保処分可能見込額及び保証による回収可能額を減算した残額のうち必要額について引当すること、これら以外の貸出金等について、貸倒実績率に基づき算定した貸倒見込額

の引当をすることを定めていた。

長銀は、平成一〇年三月三〇日、「特定関連親密先自己査定運用細則」及び「関連ノンバンクにかかる自己査定運用規則」を確定させた。長銀は平成一〇年三ヶ月決算を右運用規則、運用規則に従って、資産査定したが、その自己査定は改正前の決算経理基準のもとの税法基準によれば、これを逸脱した違法なものとは直ちに認められない。しかし、改正後の決算経理基準の方向性からは逸脱する内容であった。

長銀はこの決算基本方針を平成一〇年三月三十一日の常務会で承認し、四月二十八日の取締役会で承認し、六月二十五日の定時株主総会で、議案として提出し、可決承認した。これに基づき長銀株主に七一億円余が支払われた。その後、有価証券報告書を大蔵省関東財務局長あてに提出した。

iv 平成一〇年六月五日発売の月刊「現代」が長銀の資金繰りの悪化、不良債権処理の難航を指摘した記事を掲載したことなどが契機となり長銀の株価が大幅に下落した。これに対し、長銀は住友信託銀行との合併構想を発表して、頭取、副頭取の辞任等を含む経営合理化案を発表し、市場の信認の回復に努めたが、その後も株価の下落、預金流出が続き、金融監督庁の検査の実施結果によれば、要追加償却・引当見込額が二七四七億円で、五二二四億円の資産超過の状態ではあるが、有価証券の含み損が一六八四億円あるというものとされた。

v 平成一〇年一〇月二三日、金融再生法が施行されると同時

に、長銀は同法六八条二項に基づき「その業務又は財産の状況に照らし預金等の払戻しを停止するおそれが生ずると認められる」旨の申出をし、内閣総理大臣が同法三六条一項に基づき、特別公的管理の開始を決定し、同時に、預金保険機構が長銀の株式を取得する旨の決定をした。その後、同年一月一日には旧経営陣に対する責任追及に関する内部調査委員会が設置され、その調査の結果、平成一年六月四日、A、B、Cら旧経営陣について商法違反、証券取引法違反の被疑事実で告訴がされた。

2 二審の有罪認定理由の要旨

資産査定通達等は、本件当時における「公正なる会計慣行」そのものではなく、これを推知するための有力な判断資料と考えられるところ、資産査定通達等の定める基準に基本的に従うことが「公正なる会計慣行」となっており、その定める基準から大きく逸脱する会計処理は、「公正なる会計慣行」に従ったものとはいえない。従前容認されていた税法基準による会計処理や、関連ノンバンク等についての段階的処理等を容認していた従来の会計処理はもはや「公正なる会計慣行」に従ったものではなくなった。

3 無罪理由の要旨

i 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、大枠の指針を示す定性的なもので、その具体的運用は必ずしも明確となっておらず、とりわけ、関連ノンバンク等に関する貸出金についての資産査定に関しては、具体性や定量性に乏しく、実際の資産査定が容易でないとも認められる。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関連ノンバンク等に対する貸出金についてまで同基準に従った資産査定を厳格に求めるものか否か自体も明確ではなかった。すなわち、資産査定通達についても、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まで資産内容の実態を客観的に反映させるといふ資産査定通達の趣旨を徹底させるものか否かが不明確であった。

四号実務指針は、債務者区分、資産分類、引当金算定の関係が必ずしも明確でないなど、定性的な内容を示すにとどまり、資産査定に当たって定量的な償却・引当の基準として機能し得るものとなっていなかった。

加えて、資産査定通達等が目指す決算処理のために必要な措置と考えられていた税効果会計（企業会計上の資産又は負債の金額と課税所得計算上の資産又は負債の金額との間に差異がある場合において、当該差異に係る法人税等の金額を適切に期間配分することにより、法人税等を控除する前の当期利益の金額と法人税等の金額を合理的に対応させることを目的とする会計処理）が導入されていなかった本件当時は、改正後の決算経理基準に従って有税による貸出金の償却・引当

をすると、その償却・引当額につき当期利益が減少し、自己資本比率の低下に直結して市場の信頼を失い、銀行経営が危殆に瀕する可能性が多分にあった。

平成一〇年三月初期の長銀以外の各銀行の会計処理を見ても、大手一八行のうち一四行は長銀と同様の処理をしていた。

ii 本件当時は、従来の税法基準の考え方による処理を排除して厳格に改正後の決算経理基準に従うべきことが必ずしも明確であったとは言えず、過渡的な状況にあった。こうした状況の下では、これまで「公正なる会計慣行」として行われてき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が示す方向性から逸脱するものであったとしても、直ちに違法とは言えない。

iii 長銀の本件決算処理は、「公正なる会計慣行」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、虚偽有価証券報告書提出罪及び違法配当罪の成立を認めたと一審判決、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る。

第三 検討

一 会計規制の構造

1 会社法による会計規制

日本の企業会計制度は、会社法、金融商品取引法（証券取引法）、税法の三つを基盤とすると同時にそれぞれにおいて「公正（妥当）」な「会計慣行」（又は「会計基準」、「会計処理の基準」）の尊重が規定されている。また、会社については確定決算主義（法人税を算定する際に決算時の企業会計利益計算を基盤に置く仕組み）が採られていることにより、企業会計利益を計算する際に税法の要素が多分に入り込む結果をもたらしている。

会社法には剰余金払戻規制が存在し、この額を適正に算出することが重要な法目的となる。なお、会社債権者の利益だけを考えれば、資産の過少評価は安全性を高めるものとして許容されそうだが、他面、帳簿に現れない含み資産の存在は取締役の経営責任を不明確にするという弊害もあるからそうともいえない⁽⁵⁾。したがって、剰余金分配の規制とともに株主と会社債権者への情報提供もここでの会計規制の目的となる⁽⁶⁾。

現行法でみると会社法四三一条は、「株式会社の会計は、一

般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従うものとする」と規定する。従来商法は、三二条二項で、「商業帳簿の作成に關する規定の解釈については公正なる会計慣行を斟酌すべき」旨を規定し、「公正なる会計慣行」が会計処理の内容を規律する商法及び法務省令の規定を補充するという構造を有していた。従来商法は会計処理の内容に關して、法律が規律するという方針を放棄してはいなかったが、平成一四年商法改正で基本的に会計処理の内容を法律が規律するという方針は断念され、会社法はその法制を前提に立法されている。会社法四三一条が「慣行」という語を用い、「基準」という語を採用しないのは、いわゆる会計基準が直ちにこの規定を通じて法規性をもつと解されることを避けるためとされる⁽⁸⁾。

「公正妥当」は規範判断であり、後述のとおり、金融商品取引法(以下、「金商法」という。)による規制にあつてはいわゆる会計基準が法規性を持つとは異なり、裁判所が会社法目的に照らして「公正妥当性」(会社の財政の状況を正しく示しているものかどうか)を判断することになる。「会計慣行」は事実判断であるところ、その意義については、一九八〇年代ごろまでの通説は一般的に広く会計上のならわしとして相当の期間繰り返し行われているものをいうと解してきたが、一九九〇年代後半には、企業会計審議会が公表した企業会計の基準の適用が証券取引法上強制される時点からは、事実の繰り返しがなくとも、その企業会計の基準が指示する会計処理方法は、商法

上も、公正な「会計慣行」に当たると解するのが多数説になつたと見られる⁽⁹⁾。

平成一七年改正前商法三二条二項にいう「公正なる会計慣行」が何を指すかについては、従来、企業会計の実務の中に慣習として発達したものの中から、一般に公正妥当と認められたところを要約したものであるところの「企業会計原則」がこれに当たるとされてきた⁽¹⁰⁾。企業会計原則は企業会計審議会から公表されるものであつて、強制力を伴う法律ではない。これは公認会計士が公認会計士法及び金融商品取引法に基づいて財務諸表の監査をする場合に従わなければならない基準でもある⁽¹¹⁾。企業会計原則は昭和五七年の修正を最後に、その後の修正は行われていない。急激に変化する会計環境に柔軟に対応して修正することが次第に困難になつたため、代わつて、ピースミール(個別的)方式により個別の会計基準の設定が図られるようになって⁽¹²⁾いる。企業会計原則と個別会計基準との関係は、いわば一般法と特別法とされる。異なる内容の場合は、企業会計原則の基準が個別会計に委譲されたときで、企業会計原則の該当基準は削除されたときと解することになる⁽¹⁴⁾。

「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」とは、主として企業会計審議会が定めた企業会計原則その他の会計基準を意味するが、これに限られるわけではないと解されている⁽¹⁵⁾。なお平成一三年七月には、会計基準の設定等を目的とする民間団体として財団法人財務会計基準機構が設立され、企業会計基準

委員会が設置され、それ以来、会計基準は、この企業会計基準委員会が設定されてきている。ここで設定された会計基準も「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」に含まれると解すると、いわば民間機関が法規範の定立を行ったと同じことになり、これが刑事責任の成否にもかかわることから罪刑法定主義との関係が論点となる。¹⁶⁾

2 金融商品取引法による会計規制

上場会社などが内閣総理大臣に提出する有価証券報告書や、募集・売出しのとき投資家に交付する目論見書などには、經理の状況を記載するが、主な情報は貸借対照表などの財務諸表である。ここでの法目的は開示規制にあり、継続開示について見ると、流通市場において有価証券を取引する投資者に対して、投資判断に必要な情報、すなわち上場会社の収益力を明らかにするような経営成績と財務状態を開示することにある。¹⁷⁾

金商法一九三条は、この法律の規定により提出される貸借対照表、損益計算書その他の財務計算に関する書類は、内閣総理大臣が一般に公正妥当であると認められるところに従って内閣府令で定める用語、様式及び作成方法により、これを作成しなければならぬとし、この委任に基づき内閣府令である財務諸表等規則が規定され、その一条一項は、「この規則において定めのない事項については、一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に従う」旨を定めている。

ただ、金商法と財務諸表等規則は、会計表示の基準は定めているものの、会計処理の内容は何ら定めていないから、この点は、「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」に従って作成され、公認会計士又は監査法人による監査証明を受けることになる(金商法一九三条の二)。財務諸表等規則一条二項は、企業会計審議会により公表された企業会計の基準(企業会計原則を含む。)がこの基準に該当することを認め、これにより会計基準が法規性を有することとした。¹⁸⁾

ここでの法目的である会社の開示は企業グループ情報に重点が移り、会計面でも連結が原則、単体はむしろ例外となり、財務諸表等規則・中間財務諸表等規則とは別に、連結財務諸表規則・中間連結財務諸表規則が制定されている。¹⁹⁾

ところで会社法四三一条の前身である改正前商法三二条二項は、昭和四十九年商法改正において、会計士監査を商法に導入するに当たり、その監査基準が証券取引法(以下、「証取法」という。)と商法とで一致しないと、一方で適法であることが他方で違法となるなどの不都合が生ずるために新設された。会計処理の内容についての規律は、会計技術の進歩の迅速なことから法規が常に対応していくことが困難であることから、商法が詳細網羅的な規定を設けることは適当ではなく、基本的な重要規定を設けておき、後は「公正なる会計慣行」により、これを解釈補充していくことが相当とされた。²⁰⁾

3 税法による会計規制

税務会計は、企業の所得に対して課税する場合のその課税所得を算出するための会計であり、企業の財務諸表に現れた利益を税法の要請によって修正・加工して課税所得を計算する⁽²⁾。会社の課税所得の算出については、法人税法、同法施行令、同法施行規則及び通達等が事細かに定めている。そうした中で法人税法二二条四項は、「…当該事業年度の収益の額及び前項各号に掲げる額は、一般に公正妥当と認められる会計処理の基準に従って計算されるものとする」と規定している。

ここで企業会計原則と税法との調整は何度も試みられたが、目的が違ふ以上、一致を見ないのは当然ともいえる⁽²⁾。すなわち、同条の「公正妥当」は、税法の目的論的見地から判断されることもありえよう。もっとも税務会計は税務会計プロパーの問題は別としてそれ以外の事項についてはできるだけ企業会計と一致すべきであるとされている⁽²⁾。

二 法令の適用について

1 虚偽有価証券報告書提出罪

以上を踏まえて、本事例についての虚偽有価証券報告書提出罪の成否を検討するが、近時の会計制度の変遷が著しいことにかんがみ、これからは現行法令ではなく、本件行為時である平

成一〇年三月当時に効力を有していた法令を基に検討を加えることとし、その際の適用法令につき、いちいち旧法とか改正前という標記をしないで論ずることとする。

一審が本罪の成立を認めて適用した証取法一九七条一号は、同法二四条一項一号が、「証券取引所に上場されている有価証券の発行会社である会社は、事業年度ごとに当該会社の經理の状況その他事業の内容に関する重要な事項その他の公益又は投資者保護のため必要かつ適当なものとして大蔵省令で定める事項を記載した有価証券報告書を大蔵大臣に提出しなければならない」旨を規定していることを受けて、「同法二四条一項の規定による有価証券報告書であつて、重要な事項につき虚偽の記載のあるものを提出した者は、五年以下の懲役若しくは五〇〇万円以下の罰金に処する」旨を規定していた。ただこの罰条の主体は「会社」であるため、本件被告人らを本罪で処罰するには、「法人の代表者又は法人の代理人、使用人その他の従業者がその法人の業務又は財産に関し、一九七条の違反行為をしたときは、その行為者を罰する」旨をも規定する証取法二〇七条一項の両罰規定も適用すべきことになる。

本罪の構成要件該当性を考察する上では、何が虚偽記載に当たるかが問題となるところ、証取法一九三条は、「この法律の規定により提出される貸借対照表、損益計算書その他の財務計算に関する書類は、大蔵大臣が一般に公正妥当であると認められるところに従つて大蔵省令で定める用語、様式及び作成方法

により、これを作成しなければならぬ」とし、大蔵省令である財務諸表規則一条一項が、「財務諸表の用語、様式及び作成方法は同規則の定めるところによるが、定めのない事項については、一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に従うものとする」としていた。

ここで一番判決は、「証取法及び財務諸表規則は、有価証券報告書に掲載すべき財務諸表の会計表示の基準については定めているものの、会計処理の基準については何ら触れていないことなどからして、財務諸表の会計処理の基準については、これに関する商法の規定が適用されると解される」旨を判示した上で、金銭債権につき取立不能のおそれがあるときは取り立てることができない見込額を控除することを要する旨を規定する商法二八五条の四第二項が適用され、その算定について前述の商法三二条二項の規定に従うことになるとするが、賛成しえない。

私見によれば、当時の証取法は会計処理の内容を法律で規律するという方針を採用していなかったのであり、ここで問題となった取立不能のおそれがある関連ノンバンク等に対する貸出金の資産評価については、証取法一九三条の委任を受けた財務諸表規則一条一項により、端的に「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」に従ったものと認められるか否かで、証取法違反ないし虚偽有価証券報告書提出罪の成否を判断すべきものと考えられる。

財務諸表規則二条は、銀行等について、特に法令の定めがあ

る場合、この規則に準じて制定された財務諸表準則がある場合はその法令・準則の定めによるとした上で、長銀を含む長期信用銀行については、長期信用銀行法施行規則一七条が、長期信用銀行法一七条で準用される銀行法一九条一項に基づき提出する貸借対照表及び損益計算書の様式を定めているが、これは会計処理の内容を定めたものではないので、本件で問題となった長銀の資産評価についても、「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」に従ったものと認められるか否かで判断すればよいであろう。

先に述べたとおり、商法三二条二項の制定経緯は、会計処理の内容の規律については、会計技術の進歩の迅速なことに法規が常に対応していくことが困難であることから、商法が詳細網羅的な規定を設けることは適当ではなく、基本的な重要規定を設けておき、後は「公正なる会計慣行」により、これを解釈補充していくことが相当とされたからであり、この規定は、商法の会計処理の内容を規律する法令の解釈を補充するものとして存在するのである。一番判決のように、証取法による会計規制についても商法三二条二項が適用されるとするのは、「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」の適用関係をいたずらに迂遠かつあいまいなものにするだけであり、商法三二条二項の制定経緯に照らした場合には、本末転倒な解釈ということにならう。

2 違法配当罪

商法四八九条三号は、「商法四八六条一項に掲げる者が法令又は定款の規定に違反して利益の配当等をしたときは、五年以下の懲役又は五〇〇万円以下の罰金に処する」旨を規定している。当時利益配当の手続は、定時株主総会で利益配当の議案を承認することにより、株主に配当金支払請求権が発生し、株主の株主名簿上の住所等で支払うこととされており（商法二八一条四号、二八三条一項）、利益配当の意思決定権限は会社の機関である株主総会にあった。本罪の主体は利益配当に係る意思決定機関ではなく、執行機関たる事実行為者を意味することになる。⁽²⁶⁾

次に、商法二九〇条一項は、「利益の配当は貸借対照表上の純資産額から資本の額、資本準備金及び利益準備金の合計額、その期に積み立てることを要する利益準備金の額等を控除した額を限度として行うことができる」旨を規定しているところ、この貸借対照表上の純資産額、資本の額等については、商法二八四条以下の規定に従って評価されることとなり、本件で問題となっている長銀の貸出金の評価については商法二八五条ノ四によるべきことになる。

すなわち商法二八五条ノ四第二項は、「金銭債権につき取立不能のおそれがあるときは取り立てることができない見込額を控除することを要する」旨を規定しているところ、被告人らが

この規定に違反した（控除すべき取立不能見込額を控除しなかった）ことにより配当限度額を超えて配当をしたと評価できるかどうか問題となるのである。

3 「公正なる会計慣行」の斟酌について

商法三三条二項は、商法二八五条ノ四第二項を解釈するに当たり、その解釈を探索するための手がかりとして「公正なる会計慣行」を斟酌すべきこととしている。「公正なる会計慣行」とは、主として大蔵大臣の諮問機関である企業会計審議会が定めた「企業会計原則」その他の会計基準を意味する。⁽²⁷⁾

企業会計原則は、第一の1で、「企業会計は、企業の財政状態及び経営成績に関して、真実な報告を提供するものでなければならぬ」とし、真実性の原則を定めている。また、第一の4で、「企業会計は、財務諸表によって、利害関係者に対し必要な会計事実を明瞭に表示し、企業の状況に関する判断を誤らせないようにしなければならない」とし、明瞭性の原則を定めている。計算書類規則二条一項は、この二つの原則を明文で規定していた。

更に、企業会計原則第一の5は、「企業会計は、その処理の原則及び手続を每期継続して適用し、みだりにこれを変更してはならない」とし、継続性の原則を定めているところ、商法に直接これを認める明文規定はなくとも、現実に会計処理の変更がしばしば粉飾あるいは逆粉飾のためになされることなどに鑑

みても、継続性の原則の適用があると解されていた。⁽²⁸⁾

4 本件最判の法令の解釈・適用

本件最判は犯罪の成立を結論において否定したところ、違法配当罪等の成否を決するのに「改正後の決算経理基準」が唯一の「公正なる会計慣行」であったかどうかという問題設定をしまつていて、改正後の決算経理基準が「公正なる会計慣行」に当たること自体を否定しているのか、あるいは、これに当たるとして唯一の公正なる会計慣行であることを否定しているのかが分かりにくい判示となっている。

このような判断は政策上、理論上、実務上の観点から問題があるとの指摘がある。⁽³⁰⁾例えば、政策的な観点から一定の目的を達成するために、または一定の弊害を是正するために従来の会計処理基準を変更して新たに会計処理基準が設定された場合には、従来の会計処理基準が、変更後においても「公正なる会計慣行」として認められて、それに従うことが求められる⁽³¹⁾ことは、原則的にありえないのではないかとするのである。

また、本件最判は、「公正なる」の要件について独自の検討はしておらず、「公正なる会計慣行」に該当するか否かを一体として行っている⁽³²⁾と評価し得る点からも分かりにくいものとなっている。

ここでは本件の倉科弁護人の上告趣意にもあるとおり、⁽³²⁾従来から一般に行われてきた会計処理の方法（税法基準）が、本件

行為時において、「改正後の決算経理基準」の存在という状況

の変化によって「公正なる会計慣行」であったものがそうでなくなっていたのかを基本の争点として判断すべきであったと思われる。その場合に本罪の成立を認めるには、従来からの税法基準が、①規範判断として「公正性」を喪失したこと又は②事実判断として「慣行性」を喪失したことの立証を要することに⁽³³⁾なる。「公正性」の判断は、会社の財産及び損益の状況を明らかにするという商法の目的に照らして判断すべきであり、⁽³⁴⁾「早期是正措置」とか「不良債権の早期処理」というような行政による一時的な政策課題を実現するための要請のみによって、「公正」であるかどうかは左右されることにはならないであろう。⁽³⁵⁾

三 「改正後の決算経理基準」の位置づけ

1 憲法判断の回避

本件最判がいう「改正後の決算経理基準」とは、大蔵省銀行局長が長銀の頭取にあてて平成九年七月三十一日付で発出した通達を意味している。本件最判に対する素朴な疑問として、この通達は銀行法に基づく行政上の措置であって、従来からの商法学者らの見解からすれば、行政通達は一般に「公正なる会計慣行」たる会計原則ないし会計基準ではない（行政通達が「公正妥当と認められる企業会計の基準」そのものであるという見

解は見たことがない。)ということが挙げられる。(36) 行政通達によって、従来商法ないし証取法上適法とされてきた会計処理の内容が実質的に変更され、ひいては関係者の民事上及び刑事上の責任が問われることにつながるなどということが学説上議論されてきたのであろうか。私見では、わが国に罪刑法定主義という大原則が存在する以上、そのような途方もないことは起こりえないものと考えていたのである。

したがって、弁護人倉科直文が上告趣意書で、「原判決には『公正なる会計慣行』として確立している会計基準を、通達による改正の方法で排除することを容認した点で、憲法三一条の違反がある」と主張したのは正論である。本件最判は、「弁護人倉科直文ほかの上告趣意は、憲法違反、判例違反をいう点を含め、実質は事実誤認、単なる法令違反の主張」であって上告理由に当たらない旨を判示する。お決まりの例文であるが、本件に関しては説得力に欠けよう。

結論として破棄無罪とするのであれば、理由として通達に会計慣行の「公正性」を剝奪するほどの強制力は認めるべきではないとして、原判決に憲法三一条違反を認めてもよかったと思えるし、そのほうがよっぽど国民にとって分かりやすい説得力のある判例になったのではなからうか。少なくとも、通達の発出主体たる大蔵省銀行局長が商法三二条二項にいう「公正なる会計慣行」の創造主体に当たるか否かにつき判断すべきであった。この点について憲法判断をしないまま、法令解釈と事実認

定を進めている有様は、五里霧中の中でペダンティック (Pedantic) に結論を導いているようで通常人にとっては極めて難解な論旨展開となっている。(38) 罪刑法定主義は、国民が規範解釈をできる限り平易に行えるものとするべく、あまりに難解な規範解釈を拒否する原理でもあるのではなからうか。

本件最判は、「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」として明確性を要求しているが、これが主な無罪理由であれば、むしろ明確性の原則に違反することを理由に原判決の憲法三一条違反(罪刑法定主義の違反)を認めてもよかったのではなからうか。この点は国民の予測可能性を奪うことになり、国民の行動を委縮させることが問題とされるが、同時に罪刑法定主義の派生原理としての法律主義も忘れてはならないであろう。したがって、最高裁は憲法適合性の観点から、通達が法規範の創造主体たりうるかについても判断すべきであった。

無罪理由として憲法違反を論ずる補足意見が皆無であるというのは、上告した弁護人としても不満ではなからうか。

2 罪刑法定主義違反の主張に対する二審の判断について

二審は、弁護人の「従来の会計基準を否定して新しい会計基準に従わなければならないことが、法律により根拠づけられて

いること、あるいは企業会計審議会による企業会計原則の変更によるべきこと、あるいはこれに準ずるオーソリティーによる公表や周知徹底が必要であるのに、本件の場合、そのような手順が何らとられていない」という主張に対し、「公正なる会計慣行」は、その性質上、法律ないしこれに準ずる形式によって定めることは困難であることに照らすと、そのような形式で定められなければならないものではなく、要は、金融機関に身を置く通常人を基準として、『公正なる会計慣行』が何なのかを理解でき、処罰される行為とそうでない行為が区別できれば足りるものと解される」とし、本件につき虚偽有価証券報告書提出罪及び違法配当罪の成立を認めても、罪刑法定主義に違反するとまではいえない」旨を判示するが、賛成しえない。

ここでは、①新たな基準の策定の手続が適正であること、②その内容も明確であること、③金融関係者に周知徹底されていたことなどを理由として、罪刑法定主義に違反しないとしているが、この二審の事実認定に誤認がないかどうかはさておいても、従来からの税法基準が規範判断として「公正性」を喪失したことに對して、会社の財産及び損益の状況を明らかにするという商法の目的に照らして判断している形跡がない点から理由不備と思われるほか、⁽⁴⁰⁾ 通達に会計慣行の「公正性」を剝奪する(罰則を改正するに等しい)ほどの強制力を与えてよいのかについて何らの説明もなされていないからである。

私見では、「公正なる会計慣行」となり得る会計基準の開

発・公表主体は無限定であってはならないと考える。罪刑法定主義からすれば、法律の委任はみだりに一般的、包括的なものであってはならないであろう。商法三二条二項の立法当初は、「公正なる会計慣行」は企業会計審議会が定めた企業会計原則を意味していたものであって、会計基準の開発・公表主体は決して無限定なものではなかったのである。⁽⁴¹⁾

したがって、弁護人の「従来の会計基準を否定して新しい会計基準に従わなければならないことが、法律により根拠づけられていること、あるいは企業会計審議会による企業会計原則の変更によるべきこと、あるいはこれに準ずるオーソリティーによる公表や周知徹底が必要であるのに、本件の場合、そのような手順が何らとられていない」という指摘は、的を得ている。

仮に、行政上の監督権行使措置が、結果として優良な会計慣行として成熟化することが期待されていたとしても、それが「会計」基準となり、会計「慣行」となるためには、それなりの手続過程(例えば、企業会計審議会に諮り会計処理の新基準を制定する)が必要であり、これを欠いている場合には、デュープロセスに反し、当然に罪刑法定主義に反する刑罰規範の変更ということになるのではないか。

この通達がバブル崩壊の後始末という意味合いをもち、不良債権の早期処理という一時的な行政目的から発出されているとすれば、なおさら商法二八五条ノ四の解釈の変更まで迫るものであると解することには違和感がある。

銀行法体系から発出された通達違反は、一般には銀行法違反としての制裁によるべきものであろう。⁽⁴²⁾

3 「公正なる会計慣行」(枠組み)と通達の関係

ところで、従来からの税法基準による長銀などの会計処理は国税庁通達による「公正なる会計慣行」の創造ではなかったのが一応問題となる。しかし、この点については、通達発出の以前から存在している企業会計原則その他の会計基準が「公正なる会計慣行」を形成しており、その枠組みの範囲内で各種の税務当局からの解釈通達が発せられてみるとみることができであろう。仮に、その枠組みからはみ出す部分があるとすれば、それは税法の観点とは別に商法の観点からは「公正」であると評価されないことを意味し、商法三二条二項により斟酌することとは要求されないのである。

本件で問題となる「改正後の決算経理基準」という通達も、従来から存在している「公正なる会計慣行」を形成している企業会計原則その他の会計基準の枠組みの範囲内で発出される限りでは問題ないが(罰則適用上、従来からの扱いが変更を強いられるわけではない)、その枠組みを超えて「公正なる会計慣行」そのものの変更を迫ることになれば、通達としての本来の効力を超えてしまい、罪刑法定主義に反する疑いが濃厚となる⁽⁴³⁾。

すなわち、通達は上級行政機関が、その所管行政の統一の解

釈・執行を図るために、指揮命令権に基づいて所管の諸機関に對し法令の解釈や運用方針を示達するものである(国家行政組織法一四條二項)。銀行法二四條一項、二五條一項、二六條等は、大蔵大臣が銀行に對して監督権限を有することを規定しており、この監督権限に基づいて平成九年三月五日付で大蔵省大臣官房金融検査部長が、資産査定通達を發出し、同年七月三一日付で大蔵省銀行局長は、長銀の頭取に對し改正された基本事項通達を發出したものである。

銀行法には追求すべき目的として、①信用秩序の維持、②預金者の保護、③金融の円滑があるとされる(銀行法一條)が、上記通達は、大蔵省銀行局の所管法である銀行法(長期信号銀行法を含む。)の解釈及び運用方針を示達するものにすぎず、それが直ちに商法二八五條ノ四の解釈の変更まで迫るものではないのではなからうか。そもそも大蔵省銀行局長らには、商法や証取法の解釈変更を迫るほどにまで銀行の会計処理の内容について変更できる権限があるとは思えない。⁽⁴⁴⁾

四 公正妥当な会計基準ないし会計慣行の変更と罪刑法定主義

1 虚偽有価証券報告書提出罪の成否

本件について一、二審判決のように虚偽有価証券報告書提出罪の成立を認めるとした場合、同罪の成否を判断する上で商法

二八五条ノ四第二項の適用は認めらるべきではないと解する立場に立つと、「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」という法規範性を有しない会計基準の変更によって、⁽⁴⁵⁾虚偽有価証券報告書提出罪の成立が認められるかという問題が生ずる。

この点については、財務諸表規則一条一項の条文解釈が変更になり、従前は同項の「公正妥当」と認められる企業会計の基準」に合致していた会計処理の内容がこの基準に合致しなくなったものと考えれば、法規範である同規則一条一項に違反するものとしてこれを処罰することは罪刑法定主義に反するものではないとも言えよう（判例変更と同様に考える）。しかし、実質的に見て法律の委任によらない罰則の変更に当たるとはなにかという疑いは残る。⁽⁴⁶⁾ここでは、①それなりに権威のある機関による会計基準の変更であることと②旧基準が「公正性」を喪失したことに對する規範判断をきちんと言うことにより、初めてデュープロセスの要請を満たし得るのではなからうか。なお、商法三二条二項の適用はないと解する立場に立つと、会計慣行の存在についての事実認定は要しないこととならう。

2 違法配当罪の成否

本件について違法配当罪の成立を認めるとした場合には、商法三二条二項の「公正なる会計慣行」を介して、新基準が「公正なる会計慣行」に該当し得るとすれば、商法との関連でその法規範性を認める余地はある。⁽⁴⁸⁾

この点については、商法二八五条ノ四第二項の条文解釈が変更になり、従前は商法三二条二項の「公正なる会計慣行」に合致していたことにより商法二八五条ノ四第二項に適合していた会計処理の内容が、「公正なる会計慣行」に合致しなくなったために商法二八五条ノ四第二項に適合しなくなったものと考えれば、法規範である商法二八五条ノ五第二項に違反するものとしてこれを処罰することは罪刑法定主義に反するものではないとも言えよう。

ここでも、証取法違反罪の成否を考慮する場合と同様に、①それなりに権威のある機関による会計基準の変更であることと②旧基準が「公正性」を喪失したことに對する規範判断をきちんと言うことにより、デュープロセスの要請を満たし得ることとならう。⁽⁴⁹⁾商法違反を認めるには商法三二条二項の文理解釈として、会計慣行の存在についての事実認定も必要とされる。⁽⁵⁰⁾

五 民事と刑事での「ねじれ判決」の評価

1 総説

本件での被告人らは、長銀が平成一〇年三月に行った関連ノンバンクへの貸出金について破たん・貸倒に備えて償却・引当をしなかったことについて、民事事件としても取締役の違法配当責任を追及されたところ、一審で被告らの損害賠償責任が否定され（原告敗訴）、⁽⁵¹⁾原告からの控訴に対し二審判決は控訴棄

却とし、控訴人からの上告に対し最高裁は本件上告審判決と同じ日(52)に上告棄却の決定を言い渡した。(53)

本件最判の原審と上記民事事件は、審理が同時期に併行して行われ、争点も証拠も基本的には同じであった。裁判所は個々独立である上、民事と刑事では要証事実が必ずしも同じではないため比較は難しいが、基本のところでも単純に言い切ってしまう、違法配当の責任について刑事では故意責任が問われ(過失責任では足りない)、民事では過失責任が問われることとなる。刑事事件では検察官に立証責任があり、民事事件でも基本的に原告に立証責任があるところ、証明の程度について民事事件では証拠の優越で足りるのに対し、刑事事件では合理的な疑いを超えた証明が要求されている。

そうすると刑事責任を認めることの方が民事責任を肯定するよりも相当にハードルが高いはずであるのに、刑事下級審と民事判決で「ねじれた判断」が示されたことは大変興味深い。(54)

民事判決は法令違背(違法性)を否定したのに対し、刑事下級審は違法性を肯定した上、被告人らには違法性の錯誤があっても故意に欠けるところはないとした。(55)

2 検察官の起訴と罪刑法定主義

本件捜査から起訴に至る経緯としては、長銀の破たん責任、国民負担発生の責任者として経営者を処罰しなければならぬといういわゆる「国策捜査」の事情があったかもしれない。し

かし、裁判所はもとより検察官も、本来破たん金融機関の経営者の責任を追及するに急なあまり、後視的観点から判断を誤るということはあるであらう。すなわち、法益保護の機能のみではなく、犯罪者を含めた国民を国家の恣意的な刑罰権の行使から保護するために罪刑法定主義の原則が保障されているのである。

罪刑法定主義の派生原理の一つに、類推解釈の禁止がある。すなわち、「類推解釈の禁止」という意識をもつこと自体が裁判官に対する心理的プレッシャーとして刑罰法規を限定的に解釈させる機能を有しているとされる。(56) その観点からみると本件起訴については、検察官が法益保護機能を重視するあまり、法令の目的論的解釈(類推解釈)を是としているのではないかという点が気に掛るところである。

本件最判がいう「改正後の決算経理基準」は大蔵省銀行局長通達であり、それが商法三二条二項にいう「公正なる会計慣行」に当たるといふ解釈を採る(従前からの税法基準の扱いは「公正なる会計慣行」ではなくったと解釈する。)のは、「早期是正措置制度」という政策目的(大蔵省銀行局所管)を実現するために、その目的から商法三二条二項を解釈するという思考回路を採っているのではなからうか。

しかし、刑事司法は行政目的達成のために運用されるべきではなからう。(57) その意味での国策捜査は、検察官がそれにのめり込むと、検察庁法四条にいう「裁判所に法の正当な適用を請求

する」という職務権限を逸脱するおそれがある。

3 類推解釈禁止原則の沿革

戦前も罪刑法定主義の派生原則として、類推解釈の禁止は通説であったとされるが、牧野英一博士は、「犯罪事実の前提たるべき法律関係の内容が慣習又は条理によって定まるときは、その慣習又は条理は間接に刑罰法規の内容をなす」とされ、刑法においても類推解釈は許されるとした。⁽⁵⁹⁾ なお、大正年間以降は類推解釈をめぐる学説はこれを許容する見解がむしろ優勢となつていき、日本が戦時体制に突き進む中で、類推解釈の禁止を明確に主張したのはごく少数になり、戦前から類推解釈許容を主張してきた学者の多くは従来の見解を維持したとされる。⁽⁶⁰⁾

類推許容説は現在でもなお有力であり、判例がどのような態度を採っているかは問題である。⁽⁶¹⁾ 最高裁が罪刑法定主義を憲法上の根拠を有する原則とみているからといって、「類推解釈は罪刑法定主義に反する」と明言した判例はないようである。ちなみに戦前の昭和期には類推許容説が学説上優勢であったことから、この時期に下された大審院判決はこうした学説状況に影響を受けたと思われる。⁽⁶²⁾

4 検察運営と類推解釈

検察機構は戦前から戦後にかけて中央集権的な統一組織として温存されたとされるが、こうした状況から推察するに、あえ

て仮説を言わせてもらえば、検察官同一体の原則（検察庁法七（一〇条参照）の下で検察官は、現在でも一般に類推解釈を許容した検察運営を行っているのではなからうか。確かに、法益保護機能だけを考えれば目的論的解釈は正当化され、解釈の余地は大幅に拡大されよう。しかし、自由保障機能にも併せて配慮すべきは当然と思われる。

本件のように長銀の破たん責任、国民負担発生の責任者として経営者を処罰しなければならぬという国民の怒りの声が高まるような社会情勢の下で、仮に、検察庁の上司が一線の現場検察官に法律解釈を検討させたとして、積極解釈が部内で高く評価されるとすれば、法益保護の見地（国民の処罰感情に配慮。）に立って目的論的解釈により適用可能な罰則を見出すことはさほど難しいことではない。

これでは経済刑法の目的が統制経済法秩序を維持し発展させることにあるとされた戦前と変わりがなくなってしまう。⁽⁶³⁾ これに対しては裁判所のチェック機能が働くかが問題となろう。

5 検察官の優位性とその将来

民事事件では当事者双方の主張・立証を公平に見て判断していると一般に考えられることとの対比で、あえて「ねじれ裁判」の原因を探るべく、再び仮説を提示すれば、わが国の刑事裁判では検察官が主役であり、起訴事件の九九・九％が有罪であるという実績を背景に、検察官の主張・立証に裁判所が相当

に重きを置き、偏見とまではいわないまでも、検察官の主張に比べて弁護人の主張は軽く見られているというハンデを負わされているということがないであろうか。

本件最判の上告趣意書と刑事下級審の判決書とを読み比べてみると、その感を強くする。⁽⁶⁵⁾ 検察官の歯止めのない類推解釈に対し、裁判所も目的論的解釈に理解を示してチェックを働かせないとすれば問題であろう。⁽⁶⁶⁾ 裁判所は、戦前とは異なり、国の経済政策の実現を目的として刑事裁判権を行使することなど許されないはずである。⁽⁶⁷⁾

いづれにしても、本件刑事下級審の判断の基は、検察官の判断であるからこうした経済犯罪に取り組む検察官の責任は重大であると言わざるを得ない。検察当局が経済犯罪に目を向ける時代が到来したと言われるが、⁽⁶⁸⁾ 経済犯罪に対する検察の起訴のあり方について、国民から危惧の念を抱かれているのも事実である。⁽⁶⁹⁾

(1) 最高裁判事判例集（以下、単に「刑集」という。）六二巻七号二四六九頁以下。

(2) 刑集六二巻七号二四三三頁以下。

(3) 不良債権等を調整した実質的な自己資本比率が一定水準を下回った金融機関に対し、監督当局が適時、適切な是正指導を発動する措置。平成八年の金融機関健全性確保法による銀行法改正を契機とし、平成一〇年四月から導入された。自己資本比

率に基づき、早期に経営改善指導を行うことで、金融機関経営の健全性確保と経営破たん未然防止を図る。是正措置は四段階に分かれ、海外に拠点を有する金融機関は自己資本比率が八%未満、国内のみで営業を行っている金融機関は自己資本比率が四%未満の場合は経営改善計画の提出及び実行の命令が出される。以下、自己資本比率が低下するにつれて、自己資本充実計画の提出・実行、配当・役員賞与の禁止・抑制等の措置、あるいは大幅な業務縮小や業務停止命令が出される。平成八年二月、大蔵省銀行局長の研究会である「早期是正措置に関する検討会」が中間とりまとめを報告している。

(4) 稲葉威雄『会社法の解明』（中央経済社、二〇一〇）四八三頁。

(5) 龍田節『会社法大要』（有斐閣二〇〇七）三三三頁。西崎哲郎・野村修也・松尾直彦・森公高「座談会」長銀・日債銀取締役証券取引法違反事件の考察」金融法務事情一八九号三二頁（森公高発言）は、引き当てすぎも、配当可能利益を食っていることになり、そこでも経営責任が出てくるとする。

(6) 神田秀樹『会社法八版』（弘文堂、二〇〇六）二二七頁。もっとも、計算書類に虚偽記載した場合の会社法上の制裁は過料にとどまり（会社法九七六条七号）、刑事罰は設けられていない。

(7) 証券取引法会計と商法会計との調整は可能な限りなされるべきであるから、可能な限り、証券取引法上要求される会計処理を商法上も認めることが望ましいとされ、このような観点から、株式会社計算との関連で資産の評価規定、引当金、繰延

資産に関する規定である商法二八五条ノ二から二八七条ノ二を削除し、法務省令に委任することとされた。

(8) 稲葉・前掲四九二頁。

(9) 稲葉・前掲四九四頁。

(10) 弥永真生「会計基準の設定と『公正ナル会計慣行』」判例時報一九一一年二六頁。

(11) 会社法は四三二条は、「株式会社の会計は、一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従うものとする」と規定ぶりを改めたが、「従うものとする」とされたことからは、これまでよりも、一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に依拠することが要求されると解するのが自然であるようでもあるが、現段階では、平成一七年改正前商法からの実質的な変更はないものと解されている(弥永・前掲三四頁)。

(12) 金融商品取引法一九三条の二、財務諸表等の監査証明に関する内閣府令。

(13) 小林秀行『詳解企業会計基準』(ダイヤモンド社、二〇〇七)一五頁。

(14) 小林・前掲一七頁。

(15) 神田・前掲二二八頁。

(16) 久保大作「商法上の会計規範の決定に関する一考察(一)」法学協会雑誌二二四卷二二二頁二六三頁参照。

(17) 川村正幸編『金融商品取引法』(中央経済社、二〇〇八)一一七頁。

(18) 平成一〇年一月二四日改正により新設された。それ以前は、証券取引法上も企業会計審議会が公表した会計基準に法規

範性は認知されていなかった。

(19) 龍田・前掲三五五頁。

(20) 服部栄三/星川長七編「別冊法学セミナー・基本法コメントール・商法I改訂版」(日本評論社、一九七五)五〇頁(実方謙二)。

(21) 武田昌輔『新版税務会計通論』(森山書店、一九八〇)一頁。

(22) 龍田・前掲三五六頁。法人税法二二条四項にいう「公正妥当と認められる会計処理の基準」の解釈が問題となり、いわゆる脱税経費の損金算入が否定された裁判例として、最決平成六年九月一六日刑集四八卷六号三五七頁がある。

(23) 武田・前掲三六頁。

(24) 刑集六二卷七号二四七八頁。

(25) その後の平成一四年改正商法は、証取法上要求される会計処理を商法上も認めることが望ましいとされ、このような観点から、株式会社計算との関連で資産の評価規定である商法二八五条ノ四を削除している。これからしても、証取法上要求される会計処理に商法二八五条ノ四を適用するという本事件一審判決の解釈は、本末転倒な発想であることが見てとれる。西崎ほか・前掲(注5)座談会一五頁(松尾直彦発言)も、証取法違反事件の裁判の争点が、証取法上の概念である「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」ではなく、商法上の概念である「公正なる会計慣行」が論点となったことに違和感があるとする。同座談会一七頁(野村修也発言)も同様に、「公正なる会計慣行」の解釈として、商法会計を基本に据えるのが当然

であるかのように述べるのは、違和感があるとす。

(26) 証取法一九七条違反の罪とは異なり、違法配当罪の主体は、「会社」ではないから、商法四九九条(会社法九七二条も同様の規定)の適用はない。

(27) 鈴木竹雄『新版会社法』(弘文堂、一九七四)一六九頁。神田・前掲二八頁。

(28) 上柳克郎ほか編集『新版注釈会社法』(8)(有斐閣、一九八七)三六頁(酒巻俊雄)。

(29) 西崎ほか・前掲(注5)座談会一八頁参照。

(30) 韓敬新「会計処理基準の変更と『公正なる会計慣行』

(2)」早稲田大学大学院法研論集一二二号三三一頁。

(31) 韓・前掲三二八頁。

(32) 刑集六二巻七号二二二八頁。

(33) 従来から行われてきた税法基準による会計処理が、会計慣行であっても公正妥当ではないという判断があり得るとすれば前提が崩れてしまうが、その場合は故意の存在が問題とされよう。本件ではこの点は争点とはされていないのでこれ以上言及しない。

(34) ここでの会計処理(税法基準)を税法の見地から目的論的に解釈すれば、これが公正妥当であることは明らかである(法人税法二条四項)。本件最判は「公正性」の要件について独自に検討はしていないところ、「公正性」の点を重視せずに、「旧来の会計慣行を排除することが明確になっていれば、相当の時間を要さずとも、当該基準が『会計慣行』と認める余地がある」とする見解が見られる(津田尊弘「旧株式会社日本長期

信用銀行の平成一〇年三月期に係る決算処理につき、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に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」研修七三三三号二八頁)が、賛成し難い。ここでは会計慣行の成熟性が問題となっているが、まずその公正妥当性に依存すると考えるべきであろう(稲葉・前掲四九四頁)。「公正性」を喪失してはいないのであれば、「慣行性」を喪失したことのみで、違法な会計処理を認めることに合理性はなかる。

(35) 弥永・前掲(注10)二六頁。刑集六七巻七号二二二九頁。

(36) 本事件の一審判決後に刊行された弥永真生『コンメンタール会社計算規則・商法施行規則』(商事法務、二〇〇七)八九頁は、いわゆる規制産業について、監督官庁が定めた会計の準則なども「企業会計の基準」であるが、通達が直ちに「企業会計の基準」に当たるかどうかについては検討を要するとしている。同じく神田・前掲二二八頁は、「企業会計の慣行」とは、主として企業会計審会が定めた企業会計原則その他の会計基準を意味するが、これに限られるわけではないとするが、通達が含まれるかについては全く論じられていない。渡部晃「旧長銀『違法配当』事件最高裁判決・最高裁決定をめぐって(中)」(金融法務事情一八五八号)二九頁は、「法律の下位にある政省令さえ、その罰則は制限されているのであるから、単なる『通達』を根拠に刑罰を課することができないことは一般論としては、当然であろう」とする。

(37) 刑集六二巻七号二二二二頁。本件最判に対しては、その結

論に賛成する見解は多い(渡部晃「旧長銀『違法配当』事件最高裁判決・最高裁決定をめぐって(上)」金融法務事情一八五七号三三頁、津田・前掲三一頁、岸田雅雄「旧長銀事件最高裁判決の検討」商事法務一八四五号二七頁など)。しかし、弁護人の憲法三一条違反(罪刑法定主義違反)の主張に対する判断を斥けたことに対する論議はさほど起こっていないようである。

(38) 岸田・前掲(注37)二八頁は、「本判决は、通達も公正会計行となり得ることを明らかにした」とする。これに対しては、西崎はか・前掲(注5)座談会一七頁(松尾直彦発言)は、同岸田論文について、「ここまで明確に捉えることができるのか疑問がある」とする。西崎はか・前掲(注5)座談会一八頁(野村修也発言)は、この見解の相違について、「判決文自体が不明確である以上、致し方がない」とする。結局、国民一般にとっては言わずもがな、専門家にとっても分かりにくい判決文ということである。被告人Bの弁護人國廣正ほかの上告趣意は、「会計基準の『継続性の原則』を否定して新しい別の会計基準を定立することは、ある種の『革命的行為』であるから、それは適正な手続を経て、国民の意思に基づくものでなければ正当性を持ち得ない」とする(刑集六一二巻七号二二五二頁)。

(39) 刑集六一二巻七号二六五八頁。野村稔はこの二審判断を支持する。野村稔「長銀粉飾決算事件控訴審判決の検討」(研修六九五号七頁)。同「株式会社日本長期信用銀行の平成一〇年三ヶ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によって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」(判例時報二〇四五号一七一頁)。

(40) 二審は、「資産査定通達等及び改正決算経理基準は、金融機関の健全性を確保する目的で平成一〇年四月一日から導入される早期是正措置制度を有効に機能させるために必要な金融機関の資産内容の査定方法や適正な償却・引当の方法を明らかにし、資産査定通達等に定める基準から大きく逸脱するような自己査定基準の作成やこれによる自己査定はもはや許されない状態に至っていた。税法基準による会計処理や、関連ノンバンク等についての段階的処理等を容認していた従来の会計処理はもはや「公正なる会計慣行」に従ったものではなくった」旨を判示する(刑集六七巻七号二六五〇頁〜二六五一頁)。しかしながら、商法(会社法)の解釈において、経済政策という目的を前面に出すことは不当であるし、早期是正措置制度の推進という政策目的に味方をし、公平かつ簡便に租税収入を確保する政策目的には味方をしないという優先順位を付ける合理性は見出し難い。前掲・弥永(注10)三三三頁は、「営業上の財産および損益の状況を正しく示すという観点から、ある会計処理方法(会計慣行)が公正であるか否かは判断されるのであり、決算経理基準が変更されたとか、不良債権償却制度が廃止されたということは、商法の解釈にとって決定的な意味は持たないと考えられる」として、「公正性」の喪失に係る本件の一審、二審判決の判断を批判する。ちなみに長銀民事事件の控訴審判決は、新基準が旧基準を廃止して唯一の「公正なる会計慣行」に当たるとの要件の一つとして、「公正性の要件」を真っ先に挙げ

て、「当該銀行の利害関係人らに対し、営業上の財産及び損益の状況を明らかにするという目的に照らし、社会通念上、合理的なものであること」を要するとする（東京高判平成一八年一月二九日判タ二二七五号二五二頁）。

(41) 当時、早期是正措置の作業部会の座長を務めていた西崎哲郎も、「早期是正措置に伴う資産査定通達に公正な会計慣行として法的な拘束力を持たせることは、当時全く予想していなかった」、「税効果会計が導入されていない段階での強制適用は無理というのが一般的な理解であった」という（西崎ほか・前掲（注5）座談会二〇頁（西崎哲郎発言））。

(42) 銀行法六三条一号は、同法一九条の規定による業務報告書に虚偽の記載をして提出した者を、同条一号の三は、二一条一項の規定に違反して虚偽の記載をした説明書類を公衆の縦覧に供した者を、同条一号の二は、二〇条の規定による公告をしなければならぬ書類に虚偽の記載をして公告をした者を、それぞれ一年以下の懲役又は三〇〇万円以下の罰金に処する旨を規定する。銀行法六四条は法人処罰規定である。会計書類の虚偽記載に対する銀行法の罰則の法定刑は、金商法（証取法）より低く、会社法（過料の制裁にとどまる。九七六条七号）より高い。

(43) この論点を現在でみると、通達にすぎない金融検査マニュアル自体に法規範性を認めるべきかという問題になる。西崎ほか・前掲（注5）座談会二九頁（森公高発言）は、「金融検査マニュアルは、…大枠である企業会計、金融商品会計基準や税効果会計等の枠の中で行われていると考えられている」とし、座談

会三〇頁（松尾直彦発言）も、「金融検査マニュアルは企業会計の基準の枠内で作られており、金融検査マニュアルで金融商品会計基準に反することを定めるといふことはしないということだと思ふ」とする。

(44) 神田・前掲二二八頁は、近年では、商法（会社法）、証取法、税法の目的の違いにかんがみて、むしろこれら三つの会計は必要な範囲で分離する傾向があるとしている。そうすると、商法と銀行法の法目的の違いにかんがみても、銀行行政における法令の運用方針の変更は、直ちにそれまで「公正」とされてきた商法の会計処理について、継続性の原則を放棄してまで従来からの扱いを変更しなければならない合理的理由は見出しがたいように思われる。商法三二条二項に規定する「公正な会計慣行」の「公正」は規範判断であるところ、これは銀行法の立場を離れて商法の立場から目的論的に判断するのが相当であろう。

(45) 弥永・前掲（注36）九七頁。

(46) 銀行経営者の「資産査定通達」の受け止め方について、鈴木恒男『巨大銀行の消滅』二一四頁参照。他方で、企業会計原則注解一八は、引当金について、「将来の特定の費用又は損失であって、その発生が当期以前の事象に起因し、発生の可能性が高く、かつ、その金額を合理的に見積もることができる場合は、当期の負担に属する金額を当期の費用又は損失として引当金に繰り入れ、当該引当金の残高を貸借対象法の負債の部又は資産の部に記載するものとする」旨を規定するから、引当金について来期以降に繰り入れる扱いを想定していることになる。

(47) 前述のとおり、「通達」による会計基準の開発・公表は認めるべきではないと考える。なお現行法レベルで考えた場合は、平成一〇年一月二四日改正により、財務諸表等規則一条二項は、証取法に基づく企業会計との関係で、「企業会計審議会により公表された企業会計の基準は、前項に規定する一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に該当するものとする」旨を定めるに至り、企業会計審議会により公表された企業会計の基準に法規範性が付与された。さらにその後の改正により付加された財務諸表等規則一条三項は、「企業会計の基準についての調査研究及び作成を業として行う団体であつて次に掲げる要件のすべてを満たすものが作成及び公表を行つた企業会計の基準のうち、公正かつ適正な手続の下に作成及び公表が行われたものと認められ、一般に公正妥当な企業会計の基準として認められることが見込まれるものとして金融庁長官が定めるものは、第一項に規定する一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に該当するものとする」として、要件として、①利害関係を有する者から独立した民間の団体であること、②特定の者に偏ることなく多数の者から継続的に資金の提供を受けていること、③高い専門的見地から企業会計の基準を作成する能力を有する者による合議制の機関(次号及び第五号において「基準委員会」という。)を設けていること、④基準委員会が公正かつ誠実に業務を行うものであること、⑤基準委員会が会社等(会社、指定法人、組合その他これらに準ずる事業体(外国におけるこれらに相当するものを含む。))をいう。以下、同じ。))を取り巻く経営環境及び会社等の実務の変化への的確な対応並びに国際

旧長銀粉飾決算事件(最判平成二〇年七月一八日刑集六二卷七号二〇一頁)の検討(須藤)

的取れん(企業会計の基準について国際的に共通化を図ることをいう。)の観点から継続して検討を加えるものであることの五つを掲げている。これを受けて、金融庁告示(平成二一年一月二一日告示第七〇号)は、財務諸表等規則一条三項に規定する金融庁長官が定める企業会計の基準は、公益財団法人財務会計基準機構が設置した企業会計基準委員会において作成が行われた企業会計の基準であつて、平成二三年三月三一日までに企業会計基準委員会の名において公表が行われた別表に掲げるものとし、平成二一年一月二一日から適用するものとする。ちなみに、米国では従来から企業会計規範の制定権限はSEC(連邦証券取引委員会)が有している(一九三四年証券取引所法一三条(b)項)が、実際にはFASB(財務会計基準機構)等が作成する企業会計基準がGAAP(一般に認められた会計基準)として認められてきた。この点につき、サーベンス・オクスレー法では、証券取引所法一三条(b)項を改正して、民間の企業会計基準設定主体の発する企業会計基準の法的効力を明らかにするとともに、「その設定主体は、民間の機関であつて、かつ、一定の要件を満たすものでなければならず、その要件を満たす設定主体によって設定された会計基準は、SECによって一般に公正妥当と認められた会計基準と認められる」(同法一〇八条)としている。わが国も、この米国方式に倣つたといえようか。したがって現行法レベルでみると、財務諸表等規則一条二項及び三項の反対解釈により、本件のような「通達」は同規則一条一項に規定する「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」には該当しないと解すべきこととなる

う。ちなみに、「改正後の決算経理基準」は、平成一〇年六月八日の廃止通達（蔵銀第一四四三号）によって廃止されている。

(48) もっとも会計基準によって強行規定が改廃されることについてさえも商法上反対意見が強い（『酒巻』・前掲三三頁）。最新状況では、会計基準の法規規範性を考える場合、金融庁告示で、例えば企業会計基準委員会が新しい会計基準を作成した時に、告示で指定しただけで直ちに法規規範性を認めることができるかという論点がある（西崎ほか・前掲（注5）座談会二五頁—松尾直彦発言）。こうした財務諸表等規則の改正については、「罰則などの適用を画するものである以上、このような財務諸表等規則一条一項の白紙委任がはたして可能なかについては疑問が残らないではない」という見解も示されている（弥永・前掲（注36）九七頁）。

(49) 韓・前掲三三一頁は、「変更後の会計処理基準が変更と同時に『公正なる会計慣行』として認められることが最も望ましいであろう。また、そのためには、当該会計処理基準の設定（変更）がなされる場面において、どのような法的な要素を取り入れて、法的なコンセンサスをどのように形成するかが最も重要な課題であるといえよう。」とする。

(50) 現行法レベルで考えた場合には、その要否について問題がある。会社計算規則三条は、「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準その他の企業会計の慣行をしん酌しなければならぬ」旨を規定しているから、「企業会計の基準」であれば当然に「企業会計の慣行」であると評価しているとも解されるからである（弥永・前掲（注36）九〇頁）。ちなみに久保・前掲

一一四頁は、これまで会計慣行として行われていなかった税効果会計が、会計基準として定立されることによって直ちに「公正な会計慣行」として商法上も適法に計上可能となるという理解は、「慣行として行われていない会計処理についても、会計基準が制定されるならば商法（会社法）上の会計処理として認められる」という考え方があるように思われ、従来の「企業会計原則（そしてその他の会計基準）」は「一般に公正妥当と認められた会計慣行の要約」であるがゆえに「公正なる会計慣行」である」という理解から、「会計基準は、会計基準であるがゆえに（ア・プリオリに）『公正なる会計慣行』とされるという理解に移行してはなからうか、との見解を示している。なお、「公正な会計慣行」は、会計基準より広い概念であって、会計基準のように成文化されていることは必要ではなく、慣行であるかどうかは事実の問題であるとする見解がある（冨木駿一「旧長銀事件最高裁判決の意義」商事法務一八四一号六六頁）が、賛成しえない。

(51) 東京地判平成一七年五月一九日判時一九〇〇号三頁。

(52) 東京高判平成一八年一月二九日判タ一二七五号二四五頁。

(53) 最決平成二〇年七月一八日（公刊物未登載）。

(54) 刑集六二巻七号二三一頁。

(55) 刑集六二巻七号二七〇〇頁。

(56) 西田典之ほか編『注釈刑法第一巻』（有斐閣、二〇一〇）一九頁（西田典之）。

(57) 検察庁法四条は、「検察官は、刑事について、公訴を行い、裁判所に法の正当な適用を請求し、…公益の代表者として他の

法令がその権限に属させた事務を行う」旨を規定し、国家の政策目的（例えば、金融政策）の実現が検察官の職務とは規定していない。検察官の現実の意識はともかくとして、警察法一条に規定がある「公共の安全と秩序の維持」さえも、法令上、検察官の職務とは規定されていない。

(58) 牧野英一『重訂日本刑法上巻』（有斐閣、一九三七）六五頁。

(59) 牧野・前掲六七頁。

(60) 萩原滋『罪刑法定主義と刑法解釈』二四頁～二五頁。

(61) 最決平成九年七月一〇日刑集五一巻六号五三三頁参照。弁護人の「原判決は不当な類推解釈であり憲法三一条に違反する」という主張は上告理由に当たらないとして、採用されていない。

(62) 萩原・前掲二五頁。

(63) 定塚道雄『日本経済刑法概論』（日本評論社、一九四三）二二頁。

(64) 法務省法務総合研究所編『平成二二年版犯罪白書』四九頁。

(65) 例えば二審は、「監査法人による監査においては、長銀側が提供するラインシート等の資料を中心に調査等が行われていたにすぎないことからすると、たとえ監査において適正意見が出されたからといって、平成一〇年三学期の不良債権処理における償却・引当が十分であったと思っていたなどは考えられない」旨を判示して、故意を認定する（刑集六二巻七号二六九九頁）。しかし、一般には粉飾決算は、粉飾の事実をそれらの専門家に対して隠蔽できる方法を探らなければ、「粉飾」行為

が実現できないことはいうまでもなく、監査法人や金融当局に対して損失の存在を隠蔽したり、架空の利益を計上しそれを事実のように見せかけるといった方法が採られるのである（國廣正弁護人の上告趣意、刑集六二巻七号二二九八頁）。本件のように商法三二条二項の解釈が直接問題となるような粉飾決算事件は従来処罰されてきていない。すなわち本件は手口として従来からの裁判例に現れる社会通念が想定する典型的な粉飾決算とは異質なもの（いわゆる初物）であるにもかかわらず、本件刑事下級審には、会計専門家の意見にも謙虚に耳を傾けて慎重に判断する姿勢に欠けていたようにも思われる。証拠の証明力は裁判官の自由な判断に委ねる（刑訴法三二八条）とはいえ、裁判官の恣意的な判断を許すものではなく、その判断は論理則や経験則に照らして合理的なものでなければならぬはずである。

(66) 萩原・前掲二五頁は、「現在の通説は法律の目的論的解釈及び拡張解釈を許容しており、これと類推解釈とがどのように区別されるのかについては一致を見ていない」とするが、本事件のような社会状況の中で世論に迎合した国家刑罰権の恣意的な発動を阻止するためには、この区別を探求することは重要であろう。

(67) わが国の刑事裁判官には、裁判権行使に当たり、本音の部分で、「日本の治安を裁判所が守る」といった意識があるかもしれない。仮にそうであるとするれば、戦前の裁判官がならん戦争責任を問われずに温存され、旧憲法的意識を根強く残したまま戦後裁判所の担い手となり、司法官僚制が維持されたこととも無関係ではなからう（新藤宗幸『司法官僚』（岩波新書、二

〇〇九)等参照。

(68) 村山治『市場檢察』(文藝春秋、二〇〇八)三三五頁によれば、元検事総長の松尾邦弘は最初の年頭訓示で「これからの檢察は経済ルール違反の摘発に力を入れる。」と述べたという。

(69) 西崎ほか・前掲(注5)座談会(西崎哲郎発言)は、「日本では、裁判批判が非常に弱い…これには、檢察とマスコミの癒着も考えられます。…東京地裁の刑事第一審判決、東京高裁の刑事第二審判決は檢察の主張のとおりです。マスコミ、法律家による裁判批判が、日本では非常に遅れているのではないかとする。同座談会三四頁(野村修也発言)は、「日本の檢察官というのは、経済犯罪に対してはきわめて素人だと思いません…経済犯罪は、非日常的な刑法犯とは異なり、適法と不適法が連続した世界の中で起こります。…檢察当局や裁判官に、果たして金融機関の自己査定のある方を裁くだけの十分な力量が備わっていたのかどうか、疑問がないわけではありません。」とする。佐藤優『テロリズムの罠 左巻』(角川ONEテーマ21、二〇〇九)一一〇頁。

※ 本件最判の評釈として、これまで注記で紹介したもののほか、弥永真生『「税法基準」と「公正ナル会計慣行」』ジュリスト一三七一号四六頁、岸田雅雄「旧株式会社日本長期信用銀行の平成一〇年三二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によったことが違法とはいえないとされた事例」(私法判例リマークス三九号七〇頁)、島田邦雄「石川智史」木村和也「栗原さやか」福谷賢典「有価証券報告書

の提出およ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によったことが違法とはいえないとされた事例」(商事法務一八五五号五一頁)などがある。