

判例研究

仮装払込と取締役の引受担保責任

東京地判平成一八年五月二五日 判例時報一九四一号一五三頁

河原文敬

事実の概要

平成十年四月から、金融機関に対し業務改善計画の提出等を金融行政当局が命ずる早期是正制度が導入されることを受け、原告Xは(当時の東京相和銀行、現在は清算手続中でその営業は現在東京スター銀行に譲渡されている)、この早期是正措置命令を回避するために自己資本比率を増強すべきであると判断して、取締役会で、第三者割当増資(増資は二回実施し合計で七〇〇億円の増資であった)を決議した。被告Yはこの時点での、原告銀行の代表取締役である。ところが発行する多額の新株を引受ける者を確保することは容易ではなかった(その背景として、大手の銀行(さくら銀行等)から持合の解消の申出があり新株の引受先を見付けるのが容易ではなかったという事情がある)。

第一回の増資は、平成九年九月の取締役会で決定された。その内容は、発行株式数一億株(額面普通株式で券面額五〇円)、発行価額一株

四〇〇円(他の条件は略)とした。この第一回の増資で問題になったのは、九二五〇万株を引受け、三七〇億円の払込を行った株式引受人Aの払込である。なお、Aは、原告Xの実質的支配下(資金繰りや人事事項等の重要事項はXの決済が必要であった)にあった会社である。Aは平成十二年九月、破産宣告を受けた。

第二回の増資は、平成十年三月の取締役会で決定された。その内容は、発行株式数七一五〇万株(額面普通株式で券面額五〇円)、発行価額一株三五〇円(他の条件は略)とした。ここで問題となったのは、約一七一四万株引受け、約六〇億円を払込んだBと約一四〇七万株引受け、約四九億円を払込んだCの払込である。なお、Bは、前記のAと同様、原告Xの実質的支配下にある会社、Cは被告Yの親族が株主であるいわゆるファミリー企業である。

本件で問題となった各株式引受人A、B、Cは払込金を借入れによって賄ったが、払込の時点でそうした高額の借入金の元本はもちろん利息さえ支払うことができる財務状況ではなかった。A、B、Cが、どのように払込資金を調達したかをここで略説する。原告が、自己の資金を消費者金融業者に貸付けて、そこからXの関連会社(被告の親族が株主であるファミリー企業も含まれている)に融資させ、この関連会社が株式引受人となった。株式引受人である各会社は消費者金融関連会社に債務を負うが、その返済資金は原告が、株式引受人から株式を買い取る方法で資金を融資し、それを消費者金融業者に返済させる約束があった。そして、消費者金融業者側に対する返済がなされない限り、原告Xは消費者金融業者に対して債務の弁済を求めない旨の方針であった(結果的に、資産性のない貸付債権である)。

Xは本件増資の結果、自己資本比率が五・二九%にまで引き上げられたが、不良債権処理を行い三期連続の赤字決算となった。さらに平成十一年三月に増資を行ったが、やはり不良債権処理により赤字決算が続ぎ、その結果金融再生委員会は同年六月、原告Xを金融整理管財人の管理下に置いた。

原告は次のように主張した。上記の事情を総合的に考慮すれば、各払込みは原告の自己資金を株式払込金に充てるために原告主導の下で関連会社に移動させ、それを株式払込金として原告に還流させたものにほかならない。そうすると増資の前後において、原告の資産は何ら増加していないから、本件各払込みは資本充実の原則に抵触し、無効である。更に原告は消費者金融業者に貸付債権を有するが、消費者金融業者はそれ

を返済する資産を有しないことまた返済の際には資金の逆流の合意があったことから、資産性を有しない債権であることを主張した。

これに対して被告は、資金逆流の合意はないこと、株式払込人には債務の返済能力がある旨を主張し、貸金債権の資産性を主張した。

本件の争点は、株式引受人の払込は仮装払込として無効であるか、と言う点である。無効であれば、取締役は引受担保責任を負うことになる。

判旨

本件は、会社資金（Xの資金）による払込が問題になっているが、いわゆる見せ金による払込（当初から真実の株式払込として会社資金を確保する意図なく、一時的借入金をもつて単に払込の外形を整え、新株発行後、直ちに上記払込金を払い戻してこれを借入先に返済することをいう）が実質的には払込があつたものとは解し得ず、無効というべきであるのと同様（判決では最判昭和三十八年二月六日民集一七卷一二号一六三三頁が参照されている）、会社の資金による払込についても、会社に現実に新たに利用できる資産を増加させるものでない場合には、上記の法の趣旨に照らして、払込は無効と言うべきである、と判示した。その上で、本件各払込により、その分だけ原告において資本が増加し、新たに利用できる資産が増加したよう見えるけれども、その実質を見ると、原告が、消費者金融業者や関連会社を通じて、A等に対して本件の払込資金を間接的に融資したものであり、原告の資金が回り回ってA等の株式引受人に移転しただけであつて、本件払込のうち約一八九億円は原告の資金によりされたものにはかならない、と説示し、こうした払込は無効であると判示した（ここでは刑事裁判である最決平成一七年二月一三日が参照されている）。

次に、原告が有する貸付債権に関しては、資金の逆流が認められた各消費者金融業（債務者）に返済能力がないことからすれば、実質的な資産と評価できない、と判断した。

従つて、被告は商法二八〇条ノ一三第一項に基づく引受担保責任の履行として約一八九億円を支払うべきであると判断した。

*参考として、最決平成一七年二月一三日（最判刑集五九卷一〇号一九三八頁 判例時報一九一九号一七六頁）

要旨：

このような事実関係の下では、株式引受人が払い込んだ分だけ原告において資本が増えて新たに利用できる資産が増加したようであるが、その実質を見ると、原告が消費者金融機関または関連会社を通じて間接的に融資したものであり、原告の資金が回り回って株式引受人に移動しただけであり、本件各払込は原告の資金によりなされたものに他ならない。しかも、原告である銀行は、消費者金融機関に対し貸金債権を有するといえ、その債権は株式引受人が消費者金融機関に返済しなければ、原告は消費者金融機関に返済を求めないものであり、かつ、株式引受人等は消費者金融機関へ弁済する能力がなかったと認められるから、原告が取得した各債権は、実質的な資産とは認められない。そうすると、本件払込みは株式の払込みとしての効力を有しないといわざるを得ず、電磁的公正証書原本本実記録、同供用罪の成立を認めた原判断（東京高裁）は正当である。

検討

本件は、会社法施行前の事案である。引用条文は会社法施行前の商法の条文であることをあらかじめ指摘しておく。

一 はじめに

本件は、民事裁判である。仮装払込による払込が無効とされ、取締役に対して引受担保責任が追及された事案である。すなわち、見せ金、会社資金による払込が無効と判断された一事例である。但し、判決の中でも言及されているように、本件判断は取締役に対する刑事裁判での最高裁判断が下敷きになっている。その意味で、会社資金による仮装払込を企

図した取締役（経営者）に対して、民事と刑事の両面から責任が追及された事案の一方の判決である。結果的には、民事・刑事の双方の責任が認定されている。

取締役の引受担保責任を追及する本件民事裁判は、東京相和銀行が破綻し同行が管財人の下に置かれた結果、実現した訴訟である。いわば会社ぐるみで払込みの仮装が企図されている場合、機関相互のチェック機能によつてそうした取締役の責任が実効的に追及される可能性は極めて少ないと予想される。²⁾ いわば「ガバナンスの不在」と言える状況であり、経営者の不正・不健全な行為に対して内部的にも外部的にも歯止めが効かない状況となる。破綻による経営者の交代によつていわばガバナンスの機能が復活したケースと言える。この経営者の交代は、強制的なものであつて、社外取締役の導入というような自発的な外部による監視機能の導入とは異なる場面ではあるが、外部者による経営に対するチェックが実効された一事例である。敷衍して言えば、見せ金等の仮装払込が無効とされ、発起人・取締役の引受・払込責任が追及されるのは、会社が倒産して当該会社から債権回収ができなくなった債権者が、仮装払込の事実を発見し発起人・取締役に担保責任を追及する場合が殆どである。³⁾

またある一面では、金融機関破綻処理の一つのケースである。金融機関の破綻は経済的にも社会的にも大きな影響を及ぼす。その破綻の責任者に対する責任追及が社会的にも肯定される状況下での一事案に位置づけられる。さらに、株式の引受先を見付けることが困難になり仮装払込を企図した切っ掛けは、東京相和銀行の株主であつたさくら銀行等三銀行から株式持分の解消の申出があり、そこから放出される株式の引受先を探すのに苦慮していた点が、本件事件の背景として指摘されている。自己資本比率の上昇という経済政策上の要請と持分の解消という経済的变化の板挟みの中で、経営者が窮余の策として仮装払込を企図した、と私は判断する。こうした仮装払込は経営者の行為として推奨されるこ

とは許されないが、殺人や放火のようなそれ自体が悪とされる行為とは異質の行為であると、考える。この点は刑事罰の適用に際して考慮されるべきではないか。

本稿では、事件の経済的背景を視野に入れて判決を検討する。併せて、経営者の不正に対する規制のあり方に付言する。

二 会社資金による払込の効力

株式の仮装は、資本充実の必要から嚴重な規制を受ける。相殺の禁止(商二〇〇条二項(会一〇六条))、払込金取扱銀行の払込金保管証明書発行と返還に付いての制限をもつて会社に対抗できない(商一八九条二項(会六四条))とするのはその規制の例である。こうした規制にもかかわらず、払込の仮装が行われることがあり得る。すなわち会社設立時と新株発行の際には、預合、見せ金そしてその中間形態が、会社設立後の新株発行時には、上記の方法に加えて、会社資金による仮装払込がそれに該当する。払込の形式があつても、会社資金として使われる可能性がないなら、それは払込の仮装と判断される。本件は、会社資金を融資することによる仮装払込である。ここではまずそれ以外の三つの仮装払込を粗述する。^④

預合とは、発起人・取締役が払込取扱銀行と通謀してその銀行から金員を借入れ、それを株式払込金として会社の預金に振替え、借入金を返済するまではその預金を引き出さない約束をする。株式の払込は銀行の帳簿上の操作によって

行われるだけで、はじめから会社資金として使用されない約束であるから、有効な払込であるとは言えない。預合では、「通謀」があり、実質的に会社財産が形成されていない。そして預合では、通謀して仮装払込を行ったことを理由に刑事罰（預合罪、応預合罪 商四九一条（会九六五条））、の対象になる。

見せ金とは、発起人・取締役が払込取扱銀行以外の第三者から資金を借入れて払込を行う。そして設立登記や増資の登記を済ませ、その後直ちにこの資金を引き出し、借入先に返還する場合を指す。払込資金を自己資金ではなく他者からの借入金で工面することは、それ自体は問題ではないが、払込みの形式を整える意図でこのような払い込みを行うことは無効な払込みとなる。

中間形態とは、発起人・払込人が第三者ではなく取扱銀行から借入れて、これを払込金として会社設立あるいは増資した後、直ちにこれを引き出して借入の返済に充てる方法である。払込取扱銀行から借入れる点で預合に類似し、払込を行い直ちにその資金を引き出し借入の返済に充てる点で見せ金に類似する。この方法は見せ金の一形態と扱われることもある。

次に、これら三形態の他に会社資金を自社の役員や関連会社等の名義的な株式引受人に融資して、形式的にはそうした者が払込人になるが実質的には会社資金によって払込みが行われる場合がある。会社資金の融資を受けた者に対して会社が返還の請求を実質的に行わない状況では、仮装の払込みになる。これが、会社資金による仮装払込である。この場合、会社資金の融資を受けた者に対して、会社はそれに相当する金銭の返還請求権なる債権を有するが、その債権が実質的に資産性を有しないなら払込の仮装である。融資を受けた者に借入れに対応する返済能力がない場合、債務の履行について免除あるいは実質的に免除に相当する合意や了解事項が認められる場合はその資産性は否定され、払込の仮

装と認定される結果になる。

これら四形態の仮装払込は、払い込まれた資金が会社資金として利用できない点、会社財産を形成していない点で実質的には共通するが、法形式的にみれば相違する。商法は預合について規定を置いているが、他の形態については直接には規定を置いていないので、その有効・無効は解釈の問題になっている。

本件は前述の「見せ金」の事例ではなく、会社資金の融資による仮装払込であるが、判旨が説示するよう見せ金による仮装払込について判決の延長上に位置づけられる。

見せ金による払込については、有効であるとする見解も存在するが、多数説・判例は無効であるとする。それについて略説する。

有効説^⑥によると、個々の行為即ち払込取扱銀行以外の第三者からの借入行為、払込行為、その資金を引出して返済する行為、こうした行為それぞれは個々に有効な行為であり、一応現実に払込がなされている。そして、実質的に払込の仮装であってもそれは発起人・取締役の主観的意図の問題であって、主観的意図を持ち込んで払込の効力を判断することは妥当でないから、法律上は有効な払込であると、説く。

無効説^⑦は、見せ金はその行為を全体として考察すべきで、個々の行為は相互に無関係で偶発的ではなく、当初から計画された払込仮装のための一環をなしているから、資本充実を図る法の趣旨に反して無効である、と説く。

判例は、本判決が引用する昭和三八年判決が判示するように、「当初から真実の株式の払込として会社資金を確保する意図なく、一時的の借入金で以て単に払込の外形を整え、株式会社設立の手續後直ちに右払込金を払い戻してこれを借入先に返済する場合は、右会社の営業資金はなんら確保されたことにはならないのであって、かかる払込は、

単に外見上株式払込の形式こそ備えてはいるが、実質的には到底払込があつたものとは解し得ず、払込としての効力を有しないものといわなければならない」と述べ、無効説の立場に立っている。その上で、「会社成立後前記借入金返済するまでの期間の長短、右払込金が会社資金として運用された事実の有無、或は右借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響の有無等」を踏まえて、払込の仮装を意図していたかを判断すべきであると、説示している。この判決は「アイデン事件（会社資金を迂回融資して払込の仮装を行った事案。公正証書原本不実記載罪が認定された）」⁸⁾でも踏襲され、判例の立場では無効説が確立していると言える。

払込、借入金の返済等、個々の行為を単独に見たならそれ自体は問題はないが、一連の行為全体として見ると払込の仮装である。そしてそれは会社財産の形成・増加に資することのない資金である。仮装払込の意図を具体的にどのような基準（要素）で認定するかについて、具体的にいくつかの点（会社成立後借入金の期間の長短、会社資金としての運用の有無等）が指摘されている。これは第一義的には主観的意図についての検討ではあるが、その意味するのは払込金が会社財産を形成したものであるか、言い換えれば資本充実の原則に則つたものであるか否かの分析である。払込の仮装性を判断する際に、仮装の主観的意図に重きを置くかそれとも結果としての資本充実を損う点に重きを置くか、では立証すべき要素に差異が見られるのかもしれないが、株式会社では会社財産が唯一の責任財産である以上、払込が会社財産を形成しているか、会社が有する債権が実質的に資産性を有するか、この点が一義的に判断されるべきである。⁹⁾

払込の仮装を企図した動機・背景、会社財産を形成しているか否かという点から、本件を見て見る。金融庁の指摘により、増資すべき状況に迫られていた背景があり、その上多額の株式の引受人を見つけることが不可能であり、会社財産を迂回融資して株式引受人を形式的に作り出すことが、被告取締役を中心とするグループ数人により意図された。そ

の上、株式引受人に対して、貸付けた資金の返済を請求しないのであるから(判決の言う「資産性のない債権」、会社財産はこの増資によって増加してはいない。従って、多数説・判例の立場からすれば、本件の払込を無効する判断は当然の結論である。よって、被告は引受担保責任(商二八〇条ノ一三)を負わなくてはならない。

*平成一八年五月施行の「会社法」では、ここで問題になった商法二八〇条ノ一三に相当する規定は存在せず、取締役の引受担保責任制度は設けられていない。会社法では、募集株式の引受人が払込期日までに出資の履行をしなければ、当該株式は法律上当然に失権する(会社法二〇八条五項)。従って、失権した株式について、取締役が引受担保責任を負わせる実益があるので、引受担保責任の廃止については立法論上問題である旨の指摘がある。但し、本件のようなケースでは、取締役は会社法四二九条(職務執行について悪意・重過失による第三者責任)の責任を負う可能性がある。

三 払込の仮装と刑事罰

既述のように預金は無効な払込であり刑事罰の対象になる。しかし、見せ金の場合は、その仮装払込行為がそれ自体に刑事罰が科せられてはいない、同様に会社資金を利用した仮装払込行為がそれ自体も刑事罰の対象ではない(この点につ

いて、預合、見せ金共に仮装払込という内容は同一であり、方法を異にするものに過ぎず、同一の罪名あるいは法体系で裁かれるべきである、とする提言がある¹²⁾。とは言え、見せ金による払込は経済的な実質から見れば、預合と同様の効果を持つのであるから、払込みとしては私法上無効であるというのが多数説、判例の立場であり、本判決もそれを確認している。そして、無効な払込によつて増資を行いその旨を商業登記したので、公正証書原本不実記載罪（本件では電磁的公正証書原本不実記録罪であるが、ここでは公正証書等原本不実記載罪の罪名で表記する）の対象になるというのが確定した流れである（最決昭和四〇年六月二四日刑集一九卷四号四六九頁、最判昭和四一年一〇月一日刑集二〇卷八号八一七頁、最判昭和四七年一月一八日刑集二六卷一号一頁、最決平成三年二月二八日（アイデン事件））。基本的には、本件もそうした枠組みの中に入る一つの事例である。

払込の瑕疵があつても取締役が払込担保責任を履行して瑕疵が治癒される可能性が高ければ、刑事罰を科すことは不要である。刑事法の観点からも、刑事罰の「謙抑性」が指摘されている¹³⁾。取締役が払込担保責任を含む資本充実責任を果たせないことが確定したときに、刑事罰の成否が問題になる。

公正証書原本不実記載罪は、社会的法益に関する罪に位置づけられ、文書に対する公共の信用を保護するための罪である。この罪が成立するためには、不実の登記の行為が良く、真実と異なる登記を信頼して取引を行いその結果として損害が生じた点は問われない。抽象的危険犯とされている。そして、その処罰対象の行為とは、不実の登記に積極的に加功した場合であり、不実の登記が不作為で存在している場合には処罰の対象にはならないのはなからうか（例えば、取締役が交代したにもかかわらず、失念して変更登記がされていないような場合は登記義務者であつても処罰されないのではあろう）。

公正証書原本不実記載罪が成立するには、故意の認定つまり申立の事実が虚偽であることの認識が必要である、とされる。仮装払込による新株の効力の判断がこれに係わってくる。当該新株は、商法二八〇条ノ一三により、取締役が共同で引受けたものと看做されて発行された新株は有効である。そしてそれを理由に、商業登記に際し虚偽の事実の申立ではないとの抗弁も一定の場合には成り立ち得る、旨の指摘もある。仮装払込によつて発行され新株の有効性と払込自体が無効であることは、局面を異にする問題であり、公正証書原本不実記載罪の成立に関しては払込の無効が問題となる。公正証書原本不実記載罪の成立については、払込が無効である点がポイントであり株式について共同の引受があることは本罪の成立を左右する要素ではない。すなわち、仮装払込の部分は払込がなかったわけであるから、その部分を除いたのが真の発行済株式総数(株金の払込済みのもの)であり、仮装払込部分をも含めて発行済株式総数として登記することは公正証書原本不実記載罪に当た¹⁵⁾る。

こうしたことから、仮装払込がなされたなら、資本充実の原則を前提にして払込期日を基準に判断すれば、公正証書原本不実記載罪の成立がほぼ肯定される、と言¹⁶⁾える。

本件では、銀行が破綻した状況と仮装払込の金額が高額であることを勘案すれば、払込担保責任が履行される状況にはない。加えて、銀行を破綻に導いた役員に対して責任を明確にするという意味でも民事刑事両面の責任を追及することは、破綻の処理を遂行する管財人の当然の任務である。

ただし、こうした場合の刑事責任について、公正証書原本不実記載罪が成立するという判例の傾向を基本的には肯定できるが、違和感がある。

不実の登記の存在は、取引上のリスク要因であり、禁止されるべきことである。従つて不実の事項を申請し、登記を

した者には刑罰の対象になる。そうではあるが、不実登記は、そのことで直ちに取引上の損害を与えることはない。資本や発行済み株式総数について不実登記があつても、取引の相手方は現実（現状）の資産状況を調査する、抵当権を設定する等の手段で取引上のリスクを回避・軽減できる。また、資本や発行済み株式総数について真実の登記がされていても、それは会社資産の現状を表すものとは言えない。別の場面ではあるが、真実の登記があつても、その事項を知らずに登記と異なる外観を信じて取引を為した者は商法上保護される。商法・会社法はこうした外観規定を明文している（会一三条・二五四条、現行商法二四四条等）。登記事項は、取引条件を交渉する際の資料の一つであるが、唯一の資料ではない。こうしたことを理由に、不実登記を企図した者を免責すべきであると主張するものではない。不実の登記申請がその「不実性」の故に公正証書原本不実記載罪になるのは、登記事項の誤りに重点があるのではなく、不正の意図・目的で誤った事項を登記した点に重点があるのではないか。そう考えるなら、虚偽の申立をして登記を行ったとしても不正の意図が希薄であるなら、従来判例の傾向からして犯罪は成立するとしても、何らかの形で刑を軽減（免除）することが適切であるように考える。

不実な意図の判断について、本件刑事裁判での最高裁の判断は正当であろう。ただ、相互保有関係が解消・縮小される経済状況の中で、自己資本を確保するため新株の引受先を探すのに苦慮していたいわば窮余の状況で、取締役は乾坤一擲の判断を行ったのである。その点は量刑の判断の際に考慮すべきである（本判では考慮しているであろうが）。同じように公正証書原本不実記載罪が成立した「末野興産事件」¹⁷では見せ金により一八社の不実登記が為されたケースであるが、それに比べれば不正の程度は小さいと判断できる。本件刑事裁判では、懲役刑が下されたが各被告人とも執行猶予が付いている。この点を含めて、異論はない。

経営者は会社が苦境の際には、取引先の信用や従業員の雇用の確保等を法律や定款の遵守よりも優先させることができると想像できる。そのことは最適な判断ではなく、民事上の責任を免除することではなく、また犯罪の成立を否定するものではないが、犯罪性は低いと判断する。道徳的、倫理的清廉さ以外にも、商取引の持つ多面性(清濁併せ呑むような判断に迫られることがある)を考慮して、取引上の犯罪・量刑を検討するのが適当ではないか、と考える。

四 結びに代えて、罰則のあり方について

本件判断は、民事・刑事裁判共に従来の判例、通説に沿っている。結論的にも妥当である。賠償額が高額ではあるが、他の取締役が和解により年収の一、二年分程度の賠償を行っているのでそれに準じた対応が予想される。

企業犯罪に対する制裁として、行為者に対する刑罰(行為者と企業の双方を罰する両罰規定も含む)、民事上の損害賠償と違法行為により獲得した利得の剥奪がある。取引上の違法行為に対する制裁としては被害者に対する賠償と違法行為によって得た利益の剥奪に重点が置かれるべきである、と考える。この点について、刑罰制度に関する、「刑罰制度の廃止と損害賠償一元化論」¹⁸⁾は示唆的である。

この見解は、リバタリアン¹⁹⁾の立場に立っている。それに拠ると、法制度を私法原理中心に構築し、垂直方向での公的規制によるのではなく、私人間の水平方向における秩序形成を促進する装置として法を捉えて、国家の刑罰権の行使という垂直方向での秩序維持を損害賠償という水平方向での秩序維持に還元しようとする主張する。そして、私有財産権

や市場を個人の自由の砦と捉えてそれらを侵害する国家権力の行使をできる限り縮小しようとする。それを踏まえて、サンクションのあり方について、損害賠償一元化を主張する。法が実現すべき正義とは、応報的正義（刑罰を悪意や罪の重さという負の功績に応じて配分すべき、とする考え）ではなく、矯正的正義であるとする。即ち、自己所有権・私有財産権は人々の基本的権利であり、それを侵害された場合に賠償を求めるとも基本的権利である。権利侵害に対する賠償や救済を要請するこの矯正的正義こそが、法が実現すべき正義であり、損害賠償一元化論はこの矯正的正義に資するものである、と説く。いわば、民事責任と刑事責任との峻別を克服し犯罪被害者を法制度の中心において、彼らの損害回復を基本的権利として基礎付ける理論である。

この見解が殺人や贈収賄等を含めたすべての犯罪類型に適合するどうかについては、小生は確定的な判断ができないが、少なくとも取引上の犯罪については比較的適合する見解であると考えられる。勿論、この見解は法哲学的、立法論的内容の主張であり、直ちに解釈上の指針にはならないが、現存する法制度を前提にしてこの理論を修正した形で適応することになる。取引上の違法行為に対する刑事罰は制度上存在し、不法行為による損害賠償に一元化されてはいない現状を前提にしなければならない。そうした前提での私見になるが、取引上の違法行為・犯罪に対する制裁には、損害賠償と利得の剥奪が有効であり、罰金刑はともかく懲役刑は制裁として必ずしも有効とは思われない。罰金は刑罰であって、カルテル行為に対して科せられる課徴金とは性質を異にするが、結果として見れば利得の剥奪と経済的な効果は同一である。これに対して、自由刑である懲役刑は、民事上の損害賠償の履行を妨げる結果になる可能性が高い。本件では、執行猶予が付いているので、被告人は何らかの経済活動が可能でありその利益で損害賠償が履行されることが予想される（二〇〇%履行されるとは断定できないが）。その意味では、不完全ではあるにせよ損害の回復が実現される。

企業犯罪に対して刑罰の厳格化を提唱する見解の当否については立法論上の観点から検討されることになるが、本件に適用された公正証書原本不実記載罪は、ある種行為者に対する倫理的非難の希薄な行為（「行政犯」に該当する行為）に対して科せられる罪である。そうした行為に対する実際の刑罰の適用については、罰金あるいは「過料」のような罰則で十分ではなからうか。この点に関して、経済犯罪を犯した者に実刑を科すことは通常は過酷に過ぎ、執行猶予付自由刑が刑罰として必ずしも十分でないとするれば、罰金刑をより積極的に活用すべきとする、刑法学者の見解に与する。²⁰

- (1) 評釈として、渡辺咲子・判例評論五七六号二七頁（判例時報一九五〇号二〇五頁）、山田耕司・ジュリスト一三三七号一三六頁がある。
 - (2) 参照、前田庸『会社法入門 第九版』（有斐閣 二〇〇三年）四一頁。
 - (3) 河野玄逸（司会）「座談会 アイデン・架空増資事件判決をめぐって（上）」商事法務一一〇八号一〇頁（河本一郎発言）参照。
 - (4) 仮装払込の形態については、加美和照『新訂会社法 第八版補訂版』（勁草書房 二〇〇五年）八八頁以下を参照した。
 - (5) 預金については、払込を仮装するために払込取扱銀行の担当者と通謀してなされる行為であることが学説上も確立している。この見解の他に、①発起人・取締役が払込取扱銀行から借入れをし、これを株式払込金として会社の預金に振替、かつその借入金返済するまでは会社の預金を引き出さない旨を約束することをいう、と捉える説、②発起人・取締役が払込を仮装する一切の行為と捉える説、がある。これら学説の紹介検討として、差し当たり高橋則夫「預金の罪（四九一条）・齋藤正和「商法四九一条のいわゆる預金の意義」佐々木史郎他編『判例経済刑法体系 第一巻商法罰則・証券取引法』（二〇〇三年 日本評論社）、一八九頁以下参照。
- ②の見解に立つなら、見せ金、会社資金による払込の仮装も預金の罪に該当する可能性が高いと思われる。
- (6) 代表的見解として、鴻常夫「株式払込をめぐるからくりと法の規制」同著『会社法の諸問題Ⅰ』（有斐閣 一九八八年）所収（初出、法学教室（第二期）一号）。
 - (7) 代表的見解として、大隅健一郎・今井宏『会社法論 上巻（第三版）』（有斐閣 一九九一年）二三六頁、加美前掲註（4）書九〇頁、野村修也「見せ金による株式払込」会社判例百選（第六版）。
 - (8) 最決平成三年二月二八日 刑集四五巻二号七七頁、判例時報一三七九頁一四三頁。

- (9) 上柳克郎「見せ金と資本充実の原則」金融法務事情八八号二二頁、山田耕司・前掲註(1)論文二三八頁参照。
- (10) 相澤哲編『新・会社法の解説』(別冊商事法務二九五号)五九頁(相澤哲・豊田祐子執筆)。
- (11) 江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣 二〇〇六年)六七頁。
- (12) 丸尾寛道「新株の払込みを仮装のものとして公正証書原本不実記載罪が認められた事例」(判例研究)中京大学大学院生法学研究論集一四号、五三頁。丸尾によると、保護法益として資本充実義務という点で、預金・見せ金の行為の処罰は共通するものである。確かにその点の指摘は魅力ある見解だが、預金の場合は「通謀性」を重視し刑事罰の対象になつているのに対し、見せ金では「通謀性」が無いあるいは希薄である点は考慮されるべきである。なお、同じ預金でも、設立の場合と新株発行の場合とでは罪の軽重に差があるべき、との指摘は有益である。
- (13) 岡野光雄「新株の払込みを仮装のものとして公正証書原本不実記載罪が認められた事例」ジュリスト一〇〇二号(平成三年度重要判例解説)一五七頁。
- (14) 橋本裕蔵「新株の払込みを仮装のものとして公正証書原本不実記載罪の成立が認められた事例」法学新報九八巻七・八号二四七頁。この点について、橋本は理論的可能性を詳説しているのであり、橋本が検討した事案でその抗弁が認められたのではない。
- (15) 前掲註(3)論文での、芝原邦爾発言、一四頁。
- (16) 橋本・前掲註(14)論文二五一頁参照。
- (17) 大阪地判平成一一年一〇月二七日 判例タイムズ一〇四一七号七九頁。
- (18) 橋本祐子「刑罰制度の廃止と損害賠償一元化論」法社会学六五号(サンクシヨンの法社会学)、同「リバタリアニズムの法理論」法哲学年報二〇〇四年(リバタリアニズムと法理論)を参照。
- (19) リバタリアンの思想については、森村進「自由はどこまで可能か」(講談社現代新書 二〇〇一年)〔同書の三章に刑事罰廃止論についてのバーネットの見解の紹介がある〕、森村進編著『リバタリアニズム読本』(勁草書房 二〇〇五年)参照。初学者にとっても平易な文献として、笠井潔『国家民営化論』(光文社 一九九五年〔現在絶版〕)。リバタリアンは一致して国家の刑罰権を否定しているのではなく、国家による刑罰権の独占に批判的である。
- (20) 佐伯仁志「規制緩和と刑事法」ジュリスト一二二八号四四頁参照。