

## 判例研究

# 会社資金による仮装払込みと 電磁的公正証書原本不実記録罪

法学部准教授 岡田 好史

最高裁判所第一小法廷平成17年12月13日決定

(平成17年(あ)第204号, 電磁的公正証書原本不実記録, 同供用被告事件)

刑集59巻10号1938頁, 判例時報1919号176頁, 判例タイムズ1199号193頁

【参照条文】 刑法157条1項・158条1項

### 〔事実〕

本件決定において是認された, 第1審および第2審判決が認定した事実は, 次のようなものである。

[1] A銀行の役員であったXらは, 平成10年4月から銀行法26条に基づく早期是正措置制度が導入されることになったことから, それまでに自己資本比率を引き上げて早期是正措置の発動を回避するため, 各種方策を検討した結果, 資本の増強を図る必要性から, 第三者割当増資の方法で自己資本比率を向上させることとし, 第1回増資および第2回増資を行ったが, その際, 発行総株式数合計1億7150万株のうち合計5086万4000株については, 消費者金融業者およびその関連会社の協力の下に, 以下の方法で払込みが行われた。

(1) 第1回増資に際してB社は引受けた新株2250万株分の申込証拠金として90億円をA銀行に払い込んだが, その金員は, ①A銀行が, 消費者金融業者であるC社の関連会社のD社に42億円を融資し, D社はこの資金で同じ関連会社であるE社に対する40億円の債務を返済し, E社は, これによって得た40億円をB社に融資した, ②A銀行が, 消費者金融業者であるF社に対し50億円を融資し, 同社は, この資金で関連会社のG社に対する50億円の債務を返済し, その返済によって得た50億円をG社がB社に融資したことで得られたものである。

(2) 第2回増資に際してH社およびI社は, 引き受けた新株2836万4000株分の申

込証拠金の一部として合計99億2730万円をA銀行に払い込んだが、その金員は、① A銀行が、消費者金融業者J社ほか7社に融資し、J社らはこの資金でその関連会社に対する債務を返済するなどし、当該関連会社からB社またはK社に対し、A銀行から得た融資と同額の融資をし、②A銀行から融資を受けた消費者金融業者L社ほか2社は、直接B社に対し、それぞれA銀行から得た融資と同額の融資をし、③ B社は、これによって得た資金90億円のうち、H社に対し60億円、I社に対し29億3000万円をそれぞれ融資し、K社は、同じく得た10億円をI社に融資して得られたものである。

[2] 新株引受会社ないし融資の受皿会社となったB社、H社、I社およびK社は、A銀行の子会社ではないが、A銀行の経営について実権を握っていたA銀行取締役会長Y（1審相被告人で、執行猶予付き有罪判決確定済み）のファミリー企業であるなどA銀行の実質的支配下にあった会社であり、Xらから払込資金の調達、その後の債務の清算等につきA銀行において手当てするという申出があったこともあって、A銀行の新株引受けや融資の受皿会社となることに応じた。

上記B社ほか3社の財務状況を見ると、資産状況は必ずしも良好ではなく、利息の支払はできても元本の支払をできるだけ収益力はなく、上記申込証拠金の払込みのために融資を受けた資金の返済については、A銀行の経済的支援がなければできない状況にあり、A銀行の責任による返済資金の調達が予定されていた。

[3] A銀行は、上記(1)の各消費者金融業者またはその関連会社に対し各融資をするに際して、各消費者金融業者等がA銀行の依頼で融資したB社等から返済を受けない限り、各消費者金融業者等に対し貸金債権の返済を求めない旨の合意（「逆流スキームの合意」という）をした。

Xらは、「逆流スキームの合意」の有無や関連会社の財務状況などの事実関係を争い、A銀行からB社等への資金移動は、それぞれ有効な金銭消費貸借契約に基づくものであって名目的なものではなく、B社等の新株引受人はA銀行に対し現実に新株払込金を払い込んでいるから、仮装払込みではなく、有効なものであるから、犯罪は成立しないと主張して争った。

第一審の東京地裁（平成15年2月18日刑集59巻10号1957頁）は、「本件……払込みの経緯及び内容並びに被告人らの銀行員としての立場にも照らせば、いずれも、これが払込みの効力を有しないものであって、これに基づく変更登記の申請が内容虚偽のものであることを認識・認容していたものと認めることができる」とし、控訴審判決（東京高判平成16年12月3日刑集59巻10号2056頁）も、B社等による本件

各払込みは、「払込み分に応じた資産増加はなかったということになるから、資本充実の原則に反する仮装の払込みとして、その効力はないというべきである」などとして、商業登記簿の原本である電磁的記録に上記の増資の記録をさせた行為につき電磁的公正証書原本不実記録罪・同供用罪（刑法157条1項・158条1項）が成立するとした。

それに対し、Xらは、憲法違反、判例違反、事実誤認を理由に上告していた。

## 〔決定要旨〕

上告棄却。

「B社、H社及びI社が払い込んだ分だけA銀行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かのようであるが、その実質をみると、A銀行が、……各消費者金融業者またはその関連会社を通じて、B社等に対し間接的に融資したものであり、A銀行の資金が回り回ってB社等に移動しただけであって、本件各払込みは、A銀行の資金によりされたものにほかならない。しかも、本件各払込みに際し、A銀行は、各消費者金融業者等に対し貸金債権を有することになったとはいえ、その債権は、……B社等が各消費者金融業者等に返済しなければ、A銀行が各消費者金融業者等に返済を求められないものであり、かつ、B社等において各消費者金融業者等に対する債務を弁済する能力がなかったと認められるから、A銀行が取得した上記各貸金債権は、実質的な資産と評価することはできない。そうすると、本件各払込みは、いずれも株式の払込みとしての効力を有しないものといわざるを得ず、電磁的公正証書原本不実記録、同供用罪の成立を認めた原判断は正当である。」

## 〔研究〕

### I 仮装払込みをめぐる問題点

株式の仮装払込みに当たるものとしては、預合いや見せ金、本件のように株式引受人が会社から資金を借り受けて払込みをするといった会社資金による仮装払込みの類型があるとされている。<sup>(1)</sup>

預合いとは、一般に、発起人等が会社設立または新株発行に際し、株金払込みを仮装するために、払込取扱機関と通謀してその機関から金員を借り入れ、これを株式払込金として会社の預金に振り替え、その借入金を返済するまではその預金を引き出さないことを約することをいう。預合いの場合には、会社法上、預合罪（会社法965条（旧商法491条））として処罰する旨の規定を置いている。預合罪が成立す

るためには、発起人または取締役等と払込取扱機関の役職員とが通謀することを要件としているため、払込みは単なる帳簿上の操作にすぎないことになる。預合いによる仮装払込みは、商法に罰則規定が設けられたことによって姿を消したといわれている<sup>(4)</sup>。

見せ金は、預合いに代わる払込みの仮装手段として考え出されたものであり、一般に、発起人や新株引受人等が払込取扱機関以外の者から借財をし、これを払込みに充てて会社を設立又は新株発行し、その後直ちにこれを引き出して借入先に返済することによって行う場合をいう。発起人または取締役等と払込取扱機関の役職員との通謀がないことから、見せ金の場合には、預合罪は成立しないことになる。また、実際に資金が払い込まれており、金銭の移動がある点で預合いと異なる。

会社資金による払込みや見せ金の場合には、仮装払込み自体を処罰する規定がおかれていない。そこで、仮装払込みをした後の設立・変更登記の点を捉えて公正証書原本不実記載罪（以下、電磁的公正証書原本不実記録罪も含めて不実記載罪と略す）および同行使罪が成立するかが問題となる<sup>(5)</sup>。

## Ⅱ 見せ金による払込み仮装とその刑事法的対応

見せ金の場合には、実際に資金が払い込まれていることから、払込みを無効とすることはできないとする学説も見られた<sup>(6)</sup>。判例において見せ金が問題となった最初の事例は、大阪地判昭和27年10月2日<sup>(7)</sup>であるとされる。いわゆる「見せ金」による株式払込の効力については、商法に別段の規定がないことから、下級審判例も積極・消極両説にわかれていた<sup>(8)</sup>。しかし、発起人の一人である被上告人を主債務者とし、他の被上告人らを連帯保証人として銀行から貸付を受けた金員で株金払込を行い、設立後の会社が主債務者に払込金相当額を貸し付けて、主債務者がこれを弁済したという事例において、最判昭和38年12月6日<sup>(9)</sup>は、見せ金による払込みを無効とすることを明らかにした<sup>(10)</sup>。

見せ金が私法上無効だとしても、仮装払込み行為に対する刑事法的対応を如何にするかについては、株金の払込みが仮装のものであることを隠して設立または増資をした旨の登記申請をして商業登記簿にその旨の記載をさせることをして不実記載罪とする見解のほかにも、預合罪の規定を拡張ないし目的論的に解釈して対処すべきとする見解<sup>(11)</sup>や、私法上の効果として払込みが無効とされても、刑法上の行為概念はより事実的なものであるから、不実記載罪の成否は現実に払込みがあるか否かによって決定される余地もあると指摘する見解<sup>(12)</sup>、見せ金による払込みをその引き出

し行為まで含めて考え、会社財産となった資本金を引き出す行為を横領罪ないし背任罪として捕捉する余地を見出す見解がみられた。<sup>(13)</sup>

判例においては、下級審判例において不実記載罪の成立を否定するものもみられたが、最決昭和40年6月24日<sup>(14)</sup>において、会社不存在の場合<sup>(15)</sup>について、登記事項のすべてについて不実記載罪が成立すると判示した。本決定は、見せ金により株式の払込みを仮装したが、設立手続等がなされていない会社不存在の場合についての判断であり、設立無効の場合について論及したものではないが、会社設立の登記事項について判断すべきことを示唆する点において注目すべき判例であり、最高裁として始めてのものであった。

ついで、最判昭和41年10月11日<sup>(16)</sup>では、会社の設立または増資に際し、株券の払込みが仮装のものであるか否かにかかわらず、これを秘して、その株式引受人による払込が完了し、設立又は増資をした旨の登記申請をなし、商業登記簿の原本にその記載をなさしめたときは、旧商法188条2項5号（会社法911条3項9号）「発行済株式ノ総数」に関し公正証書不実記載罪が成立するとし、仮装の態様のいかんを問わず、払込が仮装である以上、同罪が成立することを肯定した。

休眠会社の登記名義を入手して払込を仮装した増資手続を企て、新株発行により資本金を増加することを決議した旨虚偽の事実を記載した取締役会議事録等を提出して内容虚偽の登記申請をするなどした事案（最判昭和47年1月18日刑集26巻1号1頁）においては、増資に際し株金の払込が見せ金によってなされた仮装のものであるにもかかわらず、その株式引受人による払込が完了し、増資をした旨の登記申請をし、商業登記簿の原本にその記載をさせたときは、旧商法188条2項5号の「発行済株式ノ総数」に関し、不実記載罪が成立するとした。昭和47年判決は、見せ金による仮装払込の事実が確定されている事案につき同罪の成立を肯定した点で、意義があるものと思われる。

このように、判例上、見せ金による払込みは無効とされ、株金の払込みが仮装のものであることを隠して設立または増資をした旨の登記申請をして商業登記簿にその旨の記載をさせる行為は、公正証書原本不実記載罪を構成するという判断は確立されたといつてよい。

なお、最決平成3年2月28日<sup>(17)</sup>も見せ金による仮装払込みの事案であるが、被払込人は払込人に対して一応債権を有し、あるいは自己名義の定期預金を有している点に特徴がある。この債権や定期預金が実質的に被払込み人の資産を形成するものであれば、見せ金による仮装払込みを禁じる根拠である資本充実の原則は害されてい

ないことになり、払込みを有効と解する余地も生じるが、払込人がいずれも債権を返済する能力がなく、定期預金にも質権が設定されて保険会社に債権を返済する能力もなく、いずれも名目的なものに過ぎなかったことから、平成3年決定においても、払込みの外形を整えた結果債権が残ったとしても、「実質的な資産であると評価することができない」として不実記載罪が成立すると判示している。平成3年決定は、私法上の効力と不実記載罪の成立との関係を明確にした点で意義が認められる。<sup>(18)</sup>

### Ⅲ 会社資金による仮装払込みと不実記載罪

本件は、会社資金により払込みがされた事案についてのおそらく最初の刑事判例であると思われる。下級審の民事判例としては、会社資金による払込みであることを知りながら払込み株金の保管証明をした銀行の責任などについて判示した東京高判昭和48年1月17日<sup>(19)</sup>がみられるのみである。東京高判昭和48年は、払込みが、増資会社自身の資金によってなされたときは、形式的な払込手続の履行があるにもかかわらず、会社資本は増資によってなんら実質的に増加しないのであるから、預合や見せ金の場合と同様、会社資金による払込みもかかる仮装払込みにほかならないとし、仮装払込みであるか否かは、払込みにより経済的、実質的に会社資本の充実があるか否かによって決められるべきものであるとしている。そして、形式上会社資金による払込みであつたとしても、それが単に形式上、手続上のものにすぎず、実質的に資本の充実をもたらしているときには、仮装の払込みとはいえないと解すべきであると判示した。

本件においては、仮装性の判断に当たって、東京高判昭和48年および最決平成3年と同様に資本充実の原則が実質的に充足されているかどうかという観点を重視し、実質的に会社資金による払込みがされたことに加えて、資本充実の原則に照らして、会社が得た債権が実質的に資産と評価できないと認められる場合には、会社資金による仮装払込みは、見せ金と同様に私法上無効と解し、不実記載罪が成立すると解した。

1996（平成8）年の「金融機関等の経営の健全性確保のための関係法律の整備に関する法律」の成立に基づく銀行法の一部改正に伴い、1998（平成10）年から銀行法26条に基づく早期是正措置制度が導入されることが決定された。本件の場合には、この早期是正措置制度の導入を受けて、A銀行では、自己資本比率基準を割り込んでいたことから、早期是正措置の発動によって信用不安が生じることをおそれ、短期間のうちに自己資本比率を引き上げて早期是正措置の発動を回避しようとして、

帳尻合わせのために増資がなされたものである。本決定が資本充実の原則が実質的に充足されているかどうかという観点から、会社資金による払込み仮装の場合も、見せ金による仮装の場合にも不実記載罪が成立するとした判断は正当である。

#### Ⅳ おわりに

見せ金や会社資金による仮装払込み行為を包括しうよう法改正<sup>(20)</sup>をすべきではないかという見解<sup>(21)</sup>がみられる。しかし、刑法の目的は、法益保護にある。法益を侵害するか、あるいは危殆化する行態だけが社会侵害的なものであり、そのみが犯罪化することを許されているのである。個別具体的なアプローチを捨て、包括的な構成要件の創設による処罰化に向かうべきではないと考える<sup>(22)</sup>。

2005（平成17）年に制定された会社法においては、資本充実の原則を大幅に緩和しているとされる。株式の払込みについては、資本充実の原則が充足されているか否かの観点もあることから、この点については今後の判例の動向を注視する必要があるだろう。

#### 【注】

- (1) 加美和照『新訂会社法 [第9版]』勁草書房（2007年）124頁、弥永真生『リーガルマインド会社法 [第11版]』有斐閣（2007年）309頁、渡辺咲子「新株の引受人が会社から第三者を通じて間接的に融資を受けた資金によってした新株の払込みが無効であるとして、商業登記簿の原本である電磁的記録に増資の記録をさせた行為について電磁的公正証書原本不実記録罪の成立が認められた事例」判例評論576号（判例時報1950号）（2007年）206頁等。それに対し、会社資金による払込みも見せ金に含めるのは、北川弘治「株金の払込みがいわゆる見せ金による仮装のものであるにかかわらず増資の登記をした場合と公正証書原本不実記載罪の成否」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和47年度』法曹会（1974年）9頁、今井猛嘉「預合・見せ金」西田典之編『金融業務と刑事法』有斐閣（1997年）54頁、江頭憲次郎『株式会社法 [第2版]』有斐閣（2008年）675頁等。
- (2) 最決昭和35年6月21日刑集14巻8号981頁、最決昭和36年3月28日刑集15巻3号590頁。
- (3) 最判昭和42年12月14日刑集21巻10号1369頁においては、「形式的に帳簿上の操作をすることによって容易に払込の仮装が行われうることにかんがみると、払込が実質的になされたか否かについてはきわめて慎重に審理することを要」するとして、増資にあたり、株式引受人の会社に対する債権が真実に存在し、かつこれを弁済する資力が会社にある場合には、会社が株式払込取扱銀行から金融を受けて株式引受人に対する債務を弁済し株式引受人が右弁済金を引受株式の払込金に充当するという払込方法がとられたとしても、預合罪および応預合罪にあたらな
- (4) 前田庸『会社法入門 [第11版補訂版]』有斐閣（2008年）64頁等。
- (5) 預合罪と不実記載罪の関係としては、預合罪成立後の虚偽の登記申請につき不実記載罪が成立（東京高判昭和29年5月25日高刑特報40号119頁）し、両罪は併合罪となる（東京高判昭

- 和30年4月12日高刑8巻3号272頁，札幌高判昭和30年8月16日高刑8巻5号734頁，仙台高判昭和45年5月12日高刑23巻3号411頁等参照)。
- (6) 鴻常夫「見せ金による株式会社設立の法律関係」『商法研究ノートⅠ』日本評論社(1965年)92頁，同「株式払込取扱銀行の責任」『会社法の諸問題Ⅰ』有斐閣(1988年)115頁等。
- (7) 下民3巻10号1366頁(積極)。
- (8) 東京地判昭和32年8月30日下民8巻1613頁(積極)，東京地判昭和31年6月12日高民9巻350頁(消極)，東京地判昭和32年9月6日下民8巻1658頁(消極)等。
- (9) 民集17巻12号1633頁。
- (10) 見せ金一般について無効であるとの立場をとったものとされる(千葉裕「いわゆる見せ金による株式払込の効力」『最高裁判所判例解説民事篇昭和38年度』法曹会(1966年)391頁)。
- (11) 河合信太郎『商法罰則の研究 株式会社役職員の刑事責任〔新訂増補版〕』財政経済弘報社(1964年)319頁以下および同『経理不正と法律上の責任』同文館出版(1966年)119頁以下および260頁以下参照。なお，東京地判昭和29年1月14日高刑8巻3号295頁参照。
- (12) 船田三雄「会社が不存在であるにもかかわらずその設立登記をした場合と公正証書原本不実記載罪」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和40年度』法曹会(1966年)103頁。
- (13) 大隈健一「見せ金による会社の設立」同・鈴木竹雄編『商法演習Ⅰ会社』有斐閣(1960年)41頁，内田文昭『『資本充実の原則』違反——預合・見せ金を中心として——』経営法学ジャーナル10号(1966年)30頁。
- (14) ①熊本地判昭和31年4月9日判例時報80号26頁(見せ金は，真実の株式の払込みではないが，預合の場合と異り，現金が株式払込金として指定の株金取扱銀行に現実に払い込まれ，銀行は何等その情を知らずに株式払込金として預託を受けているのであるから，払込みは有効であるとした)，②東京地判昭和33年12月19日刑集20巻8号842頁・東京高判昭和38年11月13日刑集20巻8号860頁(商業登記簿に記載すべき事項は少なくとも法令により記載すべきものと定められた事項であることを要するものと解すべきとし，昭和23年の商法の一部改正以後は，株式会社の設立または増資の登記事項について，「各株に付払込みたる株金額」については登記事項から削除されているから，株金の払込みが仮装のものであることを秘して株式会社の設立または増資の登記申請をしたとしても，不実記載罪は成立しないとした)。
- (15) 刑集19巻4号369頁。
- (16) 刑集20巻8号817頁(前掲注(3)②事件上告審)。
- (17) 刑集45巻2号77頁。
- (18) 芝原邦爾「アイデン架空増資事件の最高裁決定」商事法務1250号(1991年)5頁，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」平成3年度重要判例解説〔ジュリスト臨時増刊1002号〕(1992年)158頁，佐々木史朗・信太秀一「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」判例タイムズ826号(1993年)79頁，今井猛嘉「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」ジュリスト1110号(1997年)174頁，青竹正一「見せ金による増資と公正証書原本不実記載罪」『閉鎖会社紛争の新展開』信山社(2001年)347頁等。
- (19) 判例時報690号21頁，判例タイムズ289号136頁。
- (20) 1986(昭和61)年に法務省から公表された「商法・有限会社法改正試案」においては，仮装による株式払込み行為をひろく処罰する旨提案していた。板倉宏「商法・有限会社法改正試案にみる罰則規定」法律のひろば39巻9号(1986年)27頁，北沢正啓『会社法改正試案解説』

税務経理協会（1986年）29頁等参照。

- (21) 不実記載罪の法定刑は大規模な経済犯罪にそぐわない等として検討の余地があるとするものに、渡辺・前掲注（1）209頁、さらに見せ金に関与した者を直接処罰する規定の制定が必要になるとするものとして青竹・前掲注（18）350頁等。内田・前掲注（13）論文もその必要性もすくなくはないとする。
- (22) 宮沢博士は、「見せ金」のような場合には、「罪となるべき見せ金」をはたして明確に構成要件化しうるか疑問であるとする（宮沢浩一「『見せ金』をめぐる法律上の諸問題（Ⅱ）」判例タイムズ218号（1968年）11頁）。

#### 【本件に関する他の評釈】

栗山徳子「東京相和銀行仮払込事件に関する諸問題」商事法研究41号（2006年）13頁

山田耕司「新株の引受人が会社から第三者を通じて間接的に融資を受けた資金によってした新株の払込みが無効であるとして商業登記簿の原本である電磁的記録に増資の記録をさせた行為につき電磁的公正証書原本不実記録罪の成立が認められた事例」ジュリスト1327号（2007年）136頁

原口信夫「会社資金による新株の払込みと電磁的公正証書原本不実記録罪の成否」速報判例解説 刑法 No.14（文献番号 z18817009-00-070140067）（2007年）<<http://www.tkcllex.ne.jp/commentary/pdf/2007-7-20.pdf>>（2008年8月28日確認）