

# 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

## 山田泰弘

### 1 企画の趣旨

会社法制にあっては、その時々の経済状況の激変に伴い、不正な企業運営が明るみに出たことに対応して、明治44年改正、昭和13、25、49、56年改正そして平成9年改正にあって、効果的な規制手段として罰則規定群が整備された<sup>1)</sup>。これらの会社法罰則規定群は、現時点までに抜本的な改革はなされず<sup>2)</sup>、「取り残された」ままとされている。

会社法罰則規定群の検証が本格的に実行されないうため、会社法制の秩序の在り方に関する会社法分野における議論と、会社法罰則の運用に関する刑事法学・刑事行政に関する議論とにおいて調和のとれた展開がなされているとは限らず、両者の対話が必要となる。既に、刑事法学者の側からはボールを投げられた<sup>3)</sup>。この企画は、その問題意識を受け取り、逆に会社法学者の側から、会社法秩序を巡っての環境変化を踏まえた上でボールを投げ、対話を通して会社法秩序における刑事法規によるエンフォースメントの意義を考察するものである。

会社法秩序を巡る環境変化として、次の3点を挙げる事ができる。

第一は、規制方法の変化である。情報技術・会計処理技術の進展を受けて、従来、会社法秩序が

らは抑止されるべきと考えられていた行為につき規制方法が変容し、実行を許容しつつ弊害が生じないように規制をするといった体制が採用された。自己株式取得規制がその例として挙げられる。しかし、出資規制のように、規制手法の変化により適正な規律ができるはずが、規制できていないと理解される面<sup>4)</sup>もある。

第二は、社会が変容し、規制対象・規制の保護法益の変化である。たとえば、株主権行使に関する利益供与を巡っては、規制対象である総会屋がそもそも減少する一方で、経営者の不当な支配権維持に対する規制の役割を果たそうとし、社会状況の変化が、規制が想定した保護法益を変化させる可能性を有する。

第三は、会社の経営者の活動の規律の重層化である。会社経営者の規律を巡っては、ハード・ロー、ソフト・ローを用いて、重層的な規制を行うことが意識されるようになった。さらに、会社の取締役につき内部統制体制の整備・運用が義務づけられるようになり、民事制裁機能（責任追及訴訟の提起、金商法上の損害賠償、消費者訴訟）、行政の課徴金制度についても、一定の機能促進がなされるようになった。

他方で、会社法秩序の環境変化とは別に、刑事行政でも会社法罰則に対する取り扱いに変化があるとも考えられる。会社法側の視点からは、会社法秩序を維持する効果的な規制手段の一つと認識

されるが、捜査当局の消極性があることから、それが威嚇効果以上に実質的な規制手段として有効であったかは即断できないとされた<sup>5)</sup>。たとえば、経済犯罪については、捜査する側にも、実行行為者を超えて経営トップを起訴することに消極的な事情があり、経営者に対するモニタリングとして刑事法の役割にこれ以上期待すべきではない、とも指摘されていた<sup>6)</sup>。しかし近時は、東京地検特捜部の捜査の対象が、経済事件に焦点を定める傾向があると指摘され<sup>7)</sup>、耳目を集めた企業不祥事については積極的に刑事事件とされる方向性も見られる。

### 2 各テーマの問題意識

刑事行政における経済犯罪への対応に積極性が見られる一方で、会社法秩序を取り巻く環境変化が生じている。本特集で掲載される以下の論考は、会社法秩序を巡る三つの変化、すなわち、(1)規制手法の変化、(2)規制対象・保護法益の変化、(3)規制の重層化において、刑事法規による会社法規範のエンフォースメントに期待する役割に変化はあるかを、会社法学者と刑法学者との対話を通して検証するものである。以下では、三つの変化を示して、問題を投げかけ、会社法学と刑事法学との対話のための土俵を設定しよう。

#### (1) 規制手法の変化——資本制度の変容

会社法秩序における規制手法の変化として、「資本制度の変容」を取り上げる。資本制度を巡っては、会社法制定にあって、会社債権者保護のための規制として機能しうかが問題視され、資本制度が資本三原則を基礎として編成されていた時とは異なり、現時点では、資本制度は、会社法上は配当計算上の阻止数としてのみ機能することとなり、会社の資本金に相当する財産を会社に確保させるという機能は現行の会社制度には存在しない。このような規制手法の変化は、大きく二つの側面、(a)会社財産が株主に流出することの規制の在り方と、(b)株主が出資として会社に財産を拠

出することの確保に関する規制の在り方とで問題となる。

#### (a) 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

資本制度の変容により、剰余金分配規制（会社法461条）に違反する自己株式取得、配当の支払であっても、有効であるとの理解も強く主張されている。会社からの財産流出においては、たとえば、手続違背しかない自己株式取得のように、投資家や会社債権者が必ずしも害されず、株主間の平等性が問題となるにすぎないものもある。刑事罰の対象は、違法配当、不正な自己株式取得である（会社法963条5項1号2号）がその全てが刑事罰によるエンフォースを要求する規律といえるであろうか。

資本制度を巡る制度変容に呼応して、会社財産を危うくするかという指標よりは、資本のもつ情報伝達機能、計算書類の真実性の確保の方を重視して体系を整理しなおし、投資家・会社債権者の保護という観点からは、計算書類の虚偽記載を過料の対象とする（会社法976条7号）のではなく、刑事罰の対象とすることも主張される<sup>8)</sup>。

他方、刑事罰によるコントロールをすることも、計算書類作成の基礎となる公正妥当な会計慣行にも幅があり（最判平成20年7月18日刑集62巻7号2101頁）、殺人、傷害、窃盗などの伝統的な犯罪を念頭に置いた刑事手続で適正なエンフォースが働くかは疑問であり、開示のありかたそのものにつき刑罰の対象とするべきではないとも主張される<sup>9)</sup>。さらに、会社計算規定と金商法の計算規定の役割の違いから、金商法に関しては開示に焦点を当てるが、むしろ会社法規定のエンフォースのあり方として、株主への分配に焦点を当てることにも合理性があるとも指摘される<sup>10)</sup>。

資本制度の役割が、会社に現実の財産を確保させる点から情報開示の基礎を提供することにシフトする中で、会社財産を危うくする罪がどのような会社法秩序をエンフォースするのが、まさに問われている。

1) このほか、平成16年改正で電子公告制度が採用された際に、電子公告調査業務停止命令違反の罪、電子公告調査機関の罪等が新設された。

2) 会社法制定時の実質改正としては、①設立時においても株式の打ち切り発行がなされたため、規制対象行為が消滅した、株式払込責任免除罪の廃止、②特別背任罪等に関する国外犯規定の新設、③利益供与罪（会社法970条）に関する自首減免の規定に留まり、規制枠組みに大きな変化はない（相澤哲『一問一答 新・会社法 [改訂版]』（商事法務、2009）262頁）。

3) 上嵐一高ほか「特集・会社・証券犯罪の現状と課題」刑法雑誌51巻1号（2011）59頁。

4) 法制審議会会社法制部会「会社法制の見直しに関する要綱案」第一部企業統治のあり方 第三 資金調達場面における企業統治の在り方 2 仮装払込みによる募集株式の発行等。

5) 河上和雄「経営者支配の弊害と刑事制裁」商事法務1364号（1994）27～28頁。

6) 河上和雄・前掲注5）27～28頁は、実行行為者ではない単なる共謀共同正犯者である企業トップの刑事責任を追及するために、実行行為者を厳しく取り調べても、無理をして自白をさせても経営トップは無罪になる可能性があるし、執行猶予が確定で、証拠上も不利となる割には、場合によっては企業の存続基盤を揺るがせかねず、費用対効果が悪い、と指摘する。

7) 郷原信郎『検察の正義』（筑摩新書、2009）75頁以下。

8) 高崎秀雄=佐伯仁志「会社法における罰則規定」落合誠一編『会社法コンメンタール②』（商事法務、2011）しおり5～6頁。

9) 神原康博「粉飾決算と犯罪」刑法雑誌51巻1号（2011）72～73頁。

10) 志谷匡史「商事法から見た会社・証券犯罪」刑法雑誌51巻1号（2011）114頁。