

利益供与罪に関する一考察

——商法497条の罪質解明とその適用範囲の明確化のために——

垣 口 克 彦

目 次

- はじめに
- I 利益供与罪新設の経緯
 - 1. 改正試案の提案
 - 2. 商法294条ノ2および497条の制定
 - 3. 利益供与禁止規定違反の私法上の効果と刑事責任
- II 商法497条の基本構造
 - 1. 商法497条の構成方法
 - 2. 利益供与罪の保護法益
- III 利益供与罪の解釈上の問題点
 - 1. 「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」の要件
 - 2. 「会社ノ計算ニ於テ」の要件
 - 3. 「財産上ノ利益」の要件
 - 4. 他罪との関係
- むすびにかえて

はじめに

先に、筆者は、1996（平成8）年に大手百貨店「高島屋」をめぐる総会屋への利益供与事件（商法497条違反事件）が摘発されたことを契機として、総会屋の取締りを狙いとする商法罰則（商法494条および497条）について、刑事法的な観点から若干の検討を加えた^{1a)}。しかし、そこでの検討は序論的考察にとどまり、利益供与罪（商法497条）の解釈上の問題点はこれを取り上げることができなかつた。そこで、本稿では、前稿において未検討であった解釈上の問題点を中心として、再度、利益供与罪に関する考察を試みることにしたい（また、利益供与罪の罪質を解明するための作業を継続する必要もあった）。

ところで、最近、総会屋に対する利益供与事件の摘発が相次いで行われている。1996（平成8）年の高島屋事件の摘発は前述のとおりであ

るが（その後、1997（平成9）年8月29日に大阪地裁は本件につき利益供与罪の成立を認め、高島屋側の被告人に対し有罪判決を言い渡している）、1997（平成9）年には、総合食品メーカー「味の素」、「野村」「大和」「日興」「山一」の4大証券と日本第2位の大手都市銀行「第一勧業銀行」、名門百貨店「松坂屋」、大手自動車メーカー「三菱自動車工業」の各利益供与事件が次から次へと発覚し、強制捜査へと発展した（また、その他の企業をめぐる利益供与事件の摘発も引き続き行われている）。

これらの中でも、とくに4大証券の場合には、いずれの証券会社についても、取締役等の会社関係者が、株主総会を平穩に乗り切るために、総会屋グループ代表の親族企業名義の証券取引で生じた損失の穴埋めとして、自己売買で得た利益を同企業名義の口座に付け替えるなどの基本的に同一の手法で、同代表らに利益を与えたとされており、ここでは「会社ぐるみ」どころか「業界総ぐるみ」の利益供与という構図が看取されるのである（ちなみに、4大証券から1人の総会屋にもたらされた不正な利益の総額は強制捜査の対象となった分だけでも5億3千万円を超えたとされている^{1b)}）。

これら一連の事件には当然のこととして世間の耳目が集まり、企業と総会屋の黒い関係が厳しく批判され、それと同時に「総会屋排除」の問題に対する人々の関心がいやが上にも高まっている。そして、そのような状況の下で、改めて総会屋排除・利益供与事件再発防止のための具体策を論議するという動きが出てきたのであり、1997（平成9）年11月28日に、総会屋行為

に対する罰則強化等を盛り込んだ改正商法が成立するに至った。しかし、この種の論議を行うに際しても、また罰則強化の商法改正に適正な評価を下すためにも、その場合に、解釈を通じた従前の商法罰則（商法497条）の罪質解明やその適用範囲の明確化が前提となることはいままでもない。そのために本稿が些かなりとも役立つことがあれば幸いである（平成9年改正商法による罰則強化の検討については他日を期することとしたい）。

I 利益供与罪新設の経緯

1. 改正試案の提案

株主の権利行使に関する利益供与罪（商法497条）は1981（昭和56）年の商法改正において新設された。周知のように、同罪新設の主たる狙いは、わが国の企業社会に重大な弊害をもたらす総会屋の排除を図ることにあつた。総会屋の取締りを狙いとする商法罰則上の犯罪としては、以前より商法494条の会社荒し等に関する贈収賄罪が存在し、当初の改正作業においては、この494条の罪に関する改正問題が検討され、同条の適用を困難にしている「不正ノ請託」という要件から「不正ノ」を削除する提案がなされた。ところが、このような方向での改正には理論上および適用上の難点が伴うことが明らかとなり、この提案は結局のところ採用されなかった¹⁰。そこで、その後の改正作業はもっぱら新たな罰則を制定する方向へと進むこととなった。

新罰則の制定という方策を打ち出したのは「株式会社の機関に関する改正試案」（法務省民事局参事官室昭和53年12月25日）であつた。すなわち、同改正試案は、まず「会社は、一部の株主に対し、株主の権利の行使に関して財産上の利益を供与してはならない」とする利益供与禁止規定を設けたうえで、つぎに、この禁止規定に違反した取締役・その職務代行者・会社の使用人と違反行為を勧誘・要求した者を処罰するための罰則を整備することを提案していた

（試案第一の二8 a, 三 c, d）。

2. 商法294条ノ2および497条の制定

上記改正試案における利益供与禁止規定は、株主の権利行使に関する財産上の利益供与が一部の株主に対して行われることを禁止することにより、株主間の不平等を防止するという考え方にもとづく規定であつた²⁰。ところが、このような規定の仕方では、会社が株主以外の者に将来自社株式を取得させない（「株づけ」をさせない）ために金銭を供与するような場合には、その禁止の対象とならない。そこで、このような事例についても禁止規定を適用できるようにすることを主たる理由として、「商法等の一部を改正する法律案要綱」（昭和56年1月26日法制審議会決定）では、「一部の株主に対し」という要件が「何人に対しても」に修正され（第一の六（一））、最終的に、改正商法（1981（昭和56）年6月3日成立、翌年10月1日施行）294条ノ2第1項の条文は「会社ハ何人ニ対シテモ株主ノ権利ノ行使ニ関シテ財産上ノ利益ヲ供与スルコトヲ得ズ」という文言となつた³⁰。

利益供与禁止規定の実効性を担保するための罰則についても、禁止規定の上記修正に応じて、改正試案第一の三 c, d に必要な改定が加えられ、それぞれ改正商法497条1項「取締役、監査役又ハ株式会社ノ第258条第2項、第270条第1項若ハ第280条ノ職務代行者若ハ支配人其ノ他ノ使用人株主ノ権利ノ行使ニ関シ会社ノ計算ニ於テ財産上ノ利益ヲ人ニ供与シタルトキハ6月以下ノ懲役又ハ30万円以下ノ罰金ニ処ス」と同2項「情ヲ知りテ前項ノ利益ノ供与ヲ受ケ又ハ第三者ニ之ヲ供与セシメタル者亦前項ニ同ジ」となつた³⁰。

利益供与禁止規定（商法294条ノ2）とその実効性を担保するための罰則（同497条）の究極的な立法目的が総会屋の排除・根絶にあることはいままでもないが、このような目的を達成するための手段として、立法者は、会社が総会屋に財産上の利益を与えることを禁止し、総会屋の糧道を断つことによって、自然と総会屋が

消滅することを期待するという方策を選んだのである⁴⁾。そして、その際、これらの禁止・処罰の直接の理論的根拠は、改正試案におけるように株主平等原則の違反にではなく、(株主の権利行使に関する)会社資産の浪費(資本充実・維持原則の違反)に求められていることに注意を要する⁵⁾。

3. 利益供与禁止規定違反の私法上の効果と刑事責任

改正商法が利益供与禁止規定を設け、その実効性を担保するために罰則を置いたことは前述のとおりであるが、同法は禁止規定に違反する行為に対し常にただちに刑事制裁を行使しようとしているのではなく、その前段階の法的措置として、禁止規定違反の私法上の効果を定め、利益供与行為の抑止を図っている。

すなわち、改正商法によれば、294条ノ2第1項に違反して利益の供与がなされた場合には、供与を受けた者はその利益を会社に返還しなければならず、他方、会社は対価として受けたものがあれば、それを相手方に返還しなければならない(商法294条ノ2第3項)。この場合、会社の返還請求権を行使するのは代表取締役であるが、現実にはその行使は期待しがたいので、株主に代表訴訟を提起する権利が認められている。つまり、株主は、会社に対し、供与した利益の返還を求める訴えを提起することを請求することができ、会社が請求のあった日から30日以内に訴えを提起しないときは、株主は、自ら会社のために訴えを提起することができる(同294条ノ2第4項による267条から268条ノ3までの規定の準用)。

また、同法によれば、会社が294条ノ2第1項に違反して利益供与を行ったときは、取締役はその利益の価額を会社に対し弁済しなければならない(同266条1項2号)。利益の受領者の返還義務と取締役の弁済義務とは不真正連帯債務の関係に立つと解されている⁶⁾。

なお、改めて指摘するまでもなく、商法497条による刑事責任の追及は、民事規制措置と刑

事規制措置の両者を併せた利益供与禁止体系全体の中で「最後の手段」として位置づけられる。総会屋の排除・根絶が課題となる分野においても、ultima ratioの原則は貫かれるべきである。もっとも、他方で、すでに商法294条ノ2および497条の制定・施行当初から、「実際上の効果の面では、民事責任よりも違法な利益供与行為に対して刑罰を科する商法497条がはるかに大きな意味を有していることは明らかである⁷⁾」とする有力な商法学者の見解が表明されていたこともまた事実である。

II 商法497条の基本構造

1. 商法497条の構成方法

同様に総会屋の排除を狙いとする商法494条の罪と対比しながら、497条の罪について、その構成上の要点を分説するならば、つぎのとおりである⁸⁾(保護法益については後述する)。

第1に、494条は贈収賄罪の形式をとっているので、そこでは、利益を収受する側(総会屋側)の処罰が中心となっているが、これに対して、497条では、利益を供与する側(会社側)をまず処罰し(1項)、ついで供与を受ける側(総会屋側)を処罰する(2項)という順序となっている。すなわち、497条は、基本的な考え方として、会社側の利益供与行為に対して総会屋側が加担するという判断に立っており、494条とは出発点が異なっている。ここに494条との対比における発想の転換がみられる。

第2に、494条では、利益供与の主体は限定されていないが(非身分犯)、497条では、取締役、監査役、その職務代行者、使用人等、会社関係者に限られている(身分犯)。そして497条では、494条と異なり、利益供与が「会社ノ計算ニ於テ」なされることが要件となっている。したがって取締役等が個人の財産を供与することは処罰されない(494条では資金の負担者に限定はない)。

なお、これとは反対に、受供与者については、494条では株主等一定の者に限られているが

(身分犯)、497条では、そのような限定がない(非身分犯)。

第3に、494条では、利益供与の対象となる株主の権利が株主総会における発言または議決権の行使等、同条所定のものに限られているが、これに対して、497条では、株主の権利一般が問題とされ、対象となる株主の権利の範囲が広がっている。しかも、497条は「不正ノ請託」の存在を要件としないので、それを要件とする494条と比較して、その適用範囲は著しく拡大されている。

第4に、494条では、収賄罪(1項)と贈賄罪(2項)とが必要的共犯(対向犯)として構成されているが、497条では、そのような構成はなされていない。したがって497条の供与罪(1項)が成立するためには受供与罪(2項)の成立は必ずしも必要ではない。同条2項が「情ヲ知りテ」と規定したのは、この点を明確にしたものである。

第5に、494条では、未遂形態としての「申込」「要求」「約束」も処罰の対象となっているが、497条では、このような未遂形態は処罰されない⁸⁹⁾。ただし、その代わりに、497条は第三者に供与させる行為をも処罰の対象としている。

そして、このような商法494条と497条の比較は、後者の罪が総会屋の活動の抑止のために効果的に機能しうることを示している⁹⁰⁾。とくに、上記の第3と第4で指摘したことは、497条の適用範囲の十分な拡がり、その結果としての同条の有効な機能の可能性(実効性の確保)を意味するものである。また、第5で言及した第三者供与罪の新設は、総会屋が自ら供与を受けずに第三者に供与させた場合をも処罰の対象とするための立法措置であり、これによって総会屋のグループ化にも適切に対処しうると考えられる。

これに対して、第2で述べた主体の限定に関する点は497条の機能を低減させる要因となるように思われるが、社会的な実態としては、総会屋に供与される利益のほとんどが会社から出

捐されていると推定されるので、実際の適用の段階では、主体を限定しない場合との間にそれほどの違いはないであろうと思われる。なお、第1で触れた出発点における発想の転換については、このこと自体が新罰則の適用範囲に直接的に影響を及ぼすことはないが、会社側の供与者こそが会社に対する第一の加害者であると大胆に規定したことが会社側の利益供与行為の抑止という一般予防効果を高めるものと期待される。

要するに、昭和56年改正商法は、立法技術を駆使して、総会屋の排除という一大目標を達成するために、新罰則(商法497条)をかなり広範な適用範囲をもち有効な機能を果たしうるものとして構成したといえよう。このようにして、以前は商法494条の会社荒し等に関する贈収賄罪の周辺にありながら処罰の対象とはなりえなかった不当行為がかなりの程度まとまって新たに可罰性のある違法な行為となり、それとともに罰則適用の困難性が大幅に解消されることとなった。なお、この点に関連して、立案当局者は、罰則の前提となる利益供与禁止規定(商法294条ノ2)について、実際の総会屋の活動のすべての形態(したがって会社側の供与行為のすべての形態)がその対象となるように、法文を起草したと明言している¹⁰⁾。

2. 利益供与罪の保護法益

494条の罪が株主等の権利行使の公正を保護法益とするのに対し、497条の罪は「会社運営の健全性」を保護法益とする。立案関係者もこのように解していたし¹¹⁾、現在、こういう解釈が通説となっている¹²⁾。すなわち、代表的な学説は、この点について、「本条(497条=筆者注)の保護法益は、株主の権利行使に関する会社資産の費消を防止して会社運営の健全性を確保することにある。494条が株主等の権利行使の公正確保を保護法益とするのと異なる¹³⁾」としている。

ところが、最近になって、商法罰則に造詣の深い論者が、通説は497条の罪質を会社財産の

不正支出の罪（すなわち財産犯の一種）と捉える立場に近いが、総会屋の活動を抑止するという同条の立法目的を直視すれば、このような捉え方には困難が伴うのであり、同条の場合にも、494条と同様に、「株主の権利行使の公正」が第一次的な保護法益であることを認めざるをえない、とする注目すべき見解を示すこととなった。そして、この論者によれば、497条は、商法罰則の中で、493条や494条と同じく、取締役等の職務や株主の権利行使等の公正を保護することを目的とするグループに属することとなる¹⁴⁾。

上記の見解が指摘するように、通説には、——必ずしも明白ではないが、——494条との保護法益の相違を際立たせようとするあまり、497条の罪質として「会社資産の費消」の要素を強調しすぎて、その分だけ相対的に「株主の権利行使に関する」という要素を軽視するようにみえる傾向があるのかもしれない。そうであるとすれば、その点を批判した上記論者の見解には一部妥当なところが含まれているように思われる。しかしながら、通説に批判的な論者が497条の保護法益を494条のそれと同様のものと解するのは疑問である。なぜならば、一般的に利益供与行為を禁止した294条ノ2の立法趣旨が（株主の権利行使に関する）会社資産の浪費の防止にあるかぎり¹⁵⁾、同条の実効性を確保するための刑事制裁規定として位置づけられる497条の保護法益についても、それから会社資産の費消の要素を取り除くことは望ましくないからである。

294条ノ2とのつながりで497条を捉えるならば、利益供与罪の実質的処罰根拠は、①株主の権利行使に影響を与える目的で、②会社資産を費消する点に認められ、この点を考慮すると、同罪の保護法益としては、さしあたり、このような処罰根拠に対応して、①「株主の権利行使の公正」と②「会社財産使用の健全性」¹⁶⁾という2つの中間項が設定される。そして、これらの2つの中間項を統合する究極的な保護法益が「(株主総会の運営を含む)会社運営の健全性」

であると考えられる。したがって、商法罰則を486条や489条のような会社財産を保護法益とするものと、493条や494条のような取締役等の職務や株主の権利行使等の公正を保護法益とするものの2つに分類するとしても、497条の利益供与罪はどちらか一方の類型に含まれるのではなく、第三の類型に属するものと解する以外にはないであろう。ちなみに、このような罪質の独自性ないし特異性のために、同罪は、実際上の機能の面では、一方で486条の特別背任罪を補充し、他方で494条の会社荒し等に関する贈収賄罪を補完するという複合的な役割を演じることにもなる。

なお、改めて指摘するまでもなく、上記の私見は、497条の罪質をいわゆる財産犯の一種として捉える立場とは基本的に異なる。したがって、497条の罪が成立するためには、当該利益供与行為が、株主の権利行使の公正を危殆化するとともに会社財産使用の健全性を損なう危険をも招来すると一般的に認められるものでなければならぬが（このような場合に、株主総会の運営を含む会社運営の健全性に対する危険が生じたものと判断されることとなる）、必ずしも会社に財産上の損害が生じたことを要するものではない。497条の保護法益をこのように解することから導き出される解釈論上の帰結については後述する¹⁷⁾。

Ⅲ 利益供与罪の解釈上の問題点

1. 「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」の要件

(1) 利益供与罪が成立するためには、利益の供与が株主の権利の行使に関してなされることが必要である。株主権の種類に制限はなく、いわゆる自益権ないし共益権に属するものすべてが含まれるが、実際上は、株主総会における発言権、質問権、議決権等の行使・不行使が問題となる。現在までに商法497条違反で立件された多くの事件では、「株主総会において株主権を行使するに際し、議事の円滑な進行に協力すること等に対する謝礼¹⁸⁾」または「株主と

しての発言・質問を差し控えたこと等に対する謝礼¹⁹⁾の趣旨で利益の供与がなされたという事実が認定されている²⁰⁾。

(2) 当該会社の株式を取得しようとしている総会屋に対し、株づけ(株を買って名義を書き換えること)をしないという条件で金銭等を与えることも、「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」に含まれる。なぜならば、この場合には、その者が将来取得すべき株主権の行使に関し利益供与がなされたと考えることができるからである²¹⁾。判例も、この点について積極に解している²²⁾。ちなみに、株式の取得それ自体は株主の権利の行使とはいえない。

(3) 通説的見解は、「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」の要件が供与者の主観において「動機」として存在すれば足り、利益の供与によって株主権の行使に影響が及ぶ客観的な可能性や蓋然性の存在は不要であるとし、たとえば、受供与者が株主でないのに供与者がこれを株主であると誤信した場合や、株主でない総会屋甲に金銭を与え、株主である乙に働きかけて乙が株主総会で有利な発言をするように依頼するという事例において、客観的には甲が乙に影響力を及ぼしうる立場にないにもかかわらず、供与者がこれを誤信した場合にも、利益供与罪が成立する、としている²³⁾。

しかしながら、客観的に株主の権利の行使とまったく無関係な場合にまで犯罪の成立を認めるのは明らかに行きすぎであろう²⁴⁾。前述のように、利益供与罪は「株主の権利行使の公正」と「会社財産使用の健全性」を中間的な保護法益とし、これらの両者を統合するものとしての「(株主総会の運営を含む)会社運営の健全性」を究極的な保護法益としている。したがって、このような保護法益の構造を前提とするかぎり、「株主の権利行使の公正」に対する抽象的な危険も生じないような場合には犯罪の成立を否定すべきである。「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」の要件に関する解釈論としては、利益の供与によって実際に株主権の行使に影響が及ぶある程度の客観的な可能性や蓋然性の存在を要求する

立場が妥当である²⁵⁾。

(4) その他に、会社による従業員持株会への奨励金の支出が株主の権利行使に関する利益供与になるのではないか、という問題がある。そして、この問題に関しては、学説上、意見の対立があり、実際には会社の人事部長等が従業員持株会の理事長に就任しており、会員たる従業員の議決権は理事長を介して実質的に会社経営陣が支配しているのであるから、奨励金の支出は株主の権利行使に関する利益供与であり、294条ノ2および497条に当たると解する、少数ではあるが有力な見解が表明されている²⁶⁾。しかし、ここでの主要な論点については、従業員持株制度には安定株主工作に利用される側面があるとしても、当該制度の主たる目的があくまでも従業員の財産形成や会社との共同体意識の高揚にあるかぎり、この種の奨励金は株主権の行使とは基本的に関係がないとするのがむしろ妥当であろう。それゆえに、多数説に従って、従業員持株会への奨励金の支出は294条ノ2および497条には該当しないと解すべきである²⁷⁾。

2. 「会社ノ計算ニ於テ」の要件

(1) 商法497条の罪が成立するためには、利益の供与が「会社ノ計算ニ於テ」なされることが必要である。「会社ノ計算ニ於テ」とは、総会屋に対する利益供与に会社財産が用いられ、その結果が会社に経済上帰属することをいう²⁸⁾。前述のように、商法497条の利益供与罪の実質的処罰根拠が(株主の権利行使に影響を与える目的での)会社財産の消費ないし不健全使用に求められることから、このような要件が同罪に付け加えられたのである。したがって、497条の罪は、494条の罪とは異なり、役職員等の会社関係者がいわゆるポケットマネーを出した場合、すなわち自己の計算において利益を供与した場合には、不成立となる。

しかし、実質的に会社財産が使用され、実際上その結果が会社に帰属すれば、名義のいかんを問わず、これは「会社ノ計算ニ於テ」の要件に当たる。たとえば、役職員等の会社関係者に

よる金員の支払が後から会社財産によって補填されることとなっている場合や、あらかじめ給与とか手当に上乘せして支給されている場合には、このような事実関係が認定されれば、利益供与罪は成立することとなる²⁹⁾。

なお、櫻護謨事件では、社長や他の役員が総会屋に供与する金員を一時立て替え、後日会社側が空出張等により裏金を作り出して当該役員に返還することが企てられたが、本件について、東京地裁判決は、社長らは櫻護謨から返還をもとめる意思を持たずに個人の負担でいわゆるポケットマネーを出したのではなく、本来同会社が負担すべき金員を一時的に立て替えたものにすぎないのであるから、本件金員の支払はまさに同会社にその損益が帰属するといわなければならないと判示し、利益供与罪の成立を認めている³⁰⁾。

(2) 利益供与の資金が子会社から支出された場合、これが親会社の計算における供与といえるか、という問題がある。もっとも、資金が子会社から支出されたとしても、後から親会社が子会社に対してそれを補填する仕組みになっている場合(親会社が子会社をトンネルとして利益供与をする場合)には、前述の役員等々の会社関係者による立替払の事例と同様に考え、親会社の計算における供与を認めることができる。また、パルコ事件におけるように、親会社の役員等が総会屋に供与する資金を捻出する方法として、100パーセント子会社に裏金を作らせ、これを親会社が貰うけてプールして使うこととしていた場合にも、これを親会社の計算による支出と認定することができる。この点について、パルコ事件に関する東京地裁判決は、子会社によって捻出・提供された資金は実質的に親会社パルコに帰属していたものと認定し、親会社パルコの計算における利益供与を是認している³¹⁾。

したがって、ここでの論点は、別法人である100パーセント出資の子会社が後からの親会社による補填の取決めもなく、かつ直接に親会社のために資金を支出した場合にも、親会社の計

算における供与が認められるか、という問題に収斂されることとなる。そして、この場合にも、実質的・経済的にみれば親会社の計算における利益供与を認めると解する余地がまったくないとはいえないであろう³²⁾。しかしながら、とくに罰則の適用に当たっては、この点につき慎重な判断が求められるのであって、100パーセント子会社であっても、親会社とは別個独立の法人格を有するものであるかぎり、少なくとも商法497条という罰則の解釈上は、親会社の計算における供与を否定するのが妥当である³³⁾。その際、処罰の間隙が生じるというのであれば、立法上の対応が必要であろう。

(3) その他に、新規発行の転換社債の「親引け」を利用して利益供与を行った場合に利益供与罪が成立するか、という問題をめぐって議論がなされている(ただし、この問題は実際に裁判で争われたものではない³⁴⁾)。「親引け」とは、転換社債の発行会社が、引受証券会社に対し、ある一定の限度内で、優先的に転換社債の購入ができる者を指名できる慣行をいう。このような親引けをしてもらっただけでは、総会屋の側としては、転換社債を購入できる資格を与えられたにすぎず、一見総会屋には何の利益も生じていないかのようにもみえる。しかし、経済界の実情をみると、転換社債はかなり厳しい審査を経て発行されるものであることから、これを購入すれば、利息もしくは転換後の配当金を取得できるのがほぼ確実であるほか、キャピタルゲインの獲得も期待できる。したがって、転換社債の親引けを利用して利益供与を行った場合、これが「財産上ノ利益」の供与となりうることは、殖産住宅等贈賄事件の最高裁決定³⁵⁾において示された判断に照らして明らかであるといえよう³⁶⁾。

それゆえに、ここでの主要な問題点は、親引けを利用した利益供与の場合に、「会社ノ計算ニ於テ」の要件が充たされているか、という点にある。なぜならば、転換社債を購入する際に総会屋は相応の代価を払い込むことを要し、会社には財産上の損失が生じていないからであ

る。そして、この点に関しては、「会社ノ計算ニ於テ」とは「対価の支払が会社の負担となり損益が会社に帰属することをいう」としたうえで、しかも、この要件を充たすためには、会社資産の減少を要すると限定的に解し、総会屋が如何に利益を得ても、会社財産に減少がなければ利益供与罪は成立しない、とする見解が有力に唱えられている³⁷⁾。

しかしながら、利益供与罪の実質的処罰根拠の1つの要素となっているのは、会社資産の費消を典型例とする「会社資産の不健全な使用」であって、それが認められるためには、必ずしも常に会社資産の減少（会社財産の損害）を必要とするものではない。したがって、株主権の行使に影響を及ぼす趣旨で、つまり経営者支配のために会社の資産が使用されたかぎり、親引けを利用した利益供与の場合にも、「会社ノ計算ニ於テ」の要件は充たされているものと解すべきである³⁸⁾。

3. 「財産上ノ利益」の要件

(1) 利益供与罪が成立するためには、「財産上ノ利益」が供与されることが必要である。「財産上ノ利益」とは、経済上の価額を有する利益をいい、金銭・物品の供与、貸与、債務の免除、信用の供与等がこれに当たるが、情欲の満足や単なる地位の供与は除外される。したがって、それは贈収賄罪における「賄賂」の概念よりは狭い概念である³⁹⁾。

(2) この要件に関しては、たとえば株主総会における不利益な発言を封じるために、総会屋が経営する建設会社に建設工事を請け負わせるような場合にも、利益供与罪が成立するか、という問題がある。このような場合でも、建設工事に対して支払われる対価が通常の契約と比較して極端に高額なケースについては、「財産上ノ利益」の供与が認められるのは当然であって、ここに特段の問題はない。ところが、このような事例の場合に、総会屋関連の建設業者に経済的に合理的な（正当な）対価をもって工事を請け負わせるケースでも、「財産上ノ利益」

の供与に当たるとする説があり⁴⁰⁾、このような見解が商法学者の間ではむしろ有力であるようにも思われる。

しかしながら、対価が正当に対等している場合にまで、「財産上ノ利益」の供与の存在を肯定し、利益供与罪の成立を認めるのは疑問である。そこまで商法497条の適用を及ぼし、刑法の介入を認めることは望ましくないといわざるをえない⁴¹⁾（経済的にみて対価の均衡する場合であっても、総会屋関連業者とは契約を交わすべきではないとする考え方があっても、それは企業倫理の問題であろう）。商法497条の解釈としては、このような場合には、「財産上ノ利益」の供与の存在を否定すべきである⁴²⁾。ただし、対価としては正当なものであっても、総会屋から要求されて、たとえば不要不急な工事を請け負わせたような場合は、「財産上ノ利益」を供与した場合に当たるものとしなければならない⁴³⁾。

要するに、対価が相当であり、かつ当該取引が会社にとって有益ないし合理的な場合（会社にとって公正な取引の場合）には、そのような取引についてまで可罰的違法性の存在を認める合理的な理由はないといわざるをえないのである⁴⁴⁾。理論構成としては、このような場合も、「財産上ノ利益」の供与に当たると解したうえで、会社にとって公正な取引であることを違法性阻却事由として位置づけて犯罪の成立を否定することも考えられるが⁴⁵⁾、むしろ当初から利益供与罪の構成要件該当性を欠くものと解するのが妥当であろう。

4. 他罪との関係

(1) 取締役等が商法497条1項の利益供与罪に当たる行為をなし、その行為が同時に486条1項の特別背任罪をも構成する場合は考えられる。このような場合について、利益供与罪は特別背任罪との関係では補充関係に立つから、後者が成立するときには、もっぱら、そのみが成立すると解する説がある⁴⁶⁾。しかし、前述のように、利益供与罪の場合には、その実質的処

罰根拠の1つである会社資産の費消に対応する中間的保護法益も「会社財産使用の健全性」であって、会社財産そのものではないのであるから、これら両罪の保護法益が重なることはなく、それゆえに、両罪が補充関係に立つとするのは疑問である（実際上の機能の面では、利益供与罪が特別背任罪を補完するという役割を演じることがある。しかし、これは罪数とは別個の問題である）。上記の場合、両罪の関係は観念的競合となる⁴⁷⁾。

(2) 取締役等の会社関係者の利益供与罪を構成する行為が、「不正ノ請託」を伴い、494条2項の会社荒し等に関する贈賄罪にも該当する場合がある。このような場合の罪数について、497条の保護法益を494条のそれと同様に「株主の権利行使の公正」と解する論者は、494条2項の罪のみが成立するとしている⁴⁸⁾。しかし、497条の保護法益に関する、このような見解が妥当でないことは前述のとおりである。これら両罪は保護法益を異にし、上記の場合、両罪がともに成立して観念的競合の関係に立つと解すべきである⁴⁹⁾。

(3) 総会屋が、株主の権利の行使に関して、恐喝的手段を用いて会社の金員の供与を受けた場合、その恐喝的手段が取締役等の会社関係者を畏怖させる程度に達したときは、一般的には会社関係者に対する恐喝罪のみが成立し、会社関係者の金員の供与行為は利益供与罪には当たらない。しかし、会社関係者に不完全であっても株主の権利行使に関して利益供与を決定する自由が残されているかぎり、会社関係者については利益供与罪が、総会屋については恐喝罪と受供与罪（497条2項）が成立する。そして、この場合、恐喝罪と受供与罪は観念的競合となる⁵⁰⁾。

むすびにかえて

本稿では、前稿から引き続き利益供与罪の罪質解明を進めるための検討作業を行い、それとともに同罪をめぐる解釈上の問題点について分

析・検討を加えてきた。

そして、その結果として、商法497条は、「刑罰法規の厳格解釈」の原則を旨としてこれを解釈しても、なおかなり幅広い適用範囲をもち、それゆえに本来は利益供与行為の抑止のために効果的に機能しうる罰則であることが明らかとなった。また実際に、これまでに発覚した利益供与事件はいずれも立法者が予測した利益供与の典型例に近いケースであり、解釈論上それほどの困難もなく商法497条の適用範囲に含まれるものであった。したがって、総会屋に対する利益供与行為に商法497条を適用するに際して、看過しえないほどの「処罰の間隙」が生ずるような事態はあまり考えられない（すなわち、事件が発覚すれば、おおむね利益供与行為の処罰は可能である）。それゆえに、当初は、商法497条には、同条がその前提となっている利益供与禁止規定（商法294条ノ2）と相俟って総会屋の排除という一大目標を達成するための有効な手段となることが期待されたのである。

ところが、商法497条の制定・施行後しばらく鳴りを潜めていた総会屋がその活動を再開し、1984（昭和59）年の伊勢丹事件を発端にして、それ以降も、ほぼ毎年のように利益供与事件の摘発が繰り返された。しかも発覚したのは「氷山の一角」にすぎないといわれている。したがって、商法497条の制定を含む昭和56年改正商法により総会屋を根絶するという所期の目的は必ずしも達成されてはいないといわざるをえない。

さて、この種の罰則は確実な刑事訴追により抑止的效果をもつといえるが、利益供与罪にはその罪質から潜在化する傾向が強く認められ、供与者および受供与者の「確実な」検挙処罰は必ずしも容易なことではない。利益供与の取締りにおける実務上の問題点の1つがここにあるといえよう。もっとも、「はじめに」で言及した最近における検察・警察当局の非常に積極的な刑事摘発が商法497条の一般予防効果のある程度まで回復させることとなるのかもしれない。

いずれにしても（罰則強化に係る改正商法が成立するに至ったが⁵¹⁾、商法罰則の力だけでは総会屋の完全排除・根絶は困難であろう。ここでも、総会屋の排除のためには最終的に企業倫理の確立こそが必要であることを再度指摘することをもって、本稿のむすびにかえることとしたい⁵²⁾。

注

- 1a) 垣口克彦「総会屋の排除と商法罰則——その序論的考察——」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『中山研一先生古稀祝賀論文集第2巻経済と刑法』（平成9年）227頁以下。
- 1b) 『朝日新聞』1997（平成9）年9月26日参照。なお、野村証券事件の詳細については、奥村宏『総会屋スキャンダル——野村証券事件の構図——』（岩波ブックレットNO.436）（平成9年）参照。
- 1c) この点については、垣口・前掲注1a) 235頁参照。
 - 2) 竹内昭夫『改正会社法解説』（昭和56年）225頁。
 - 3a) 元木伸『改正商法逐条解説』（昭和56年）206頁。
 - 3b) その後、平成9年の商法罰則改正により、商法497条1項および2項の法定刑が「3年以下ノ懲役又ハ300万円以下ノ罰金」へと引き上げられた。
- 4) 河本一郎「株主の権利行使に関する利益供与の禁止（その1）」法学セミナー349号118頁参照。
- 5) 竹内・前掲注2) 226頁参照。
- 6) 違反の私法上の効果を含む利益供与禁止の体系については、河本・前掲注4) 116頁以下参照。
- 7) 河本一郎「株主の権利行使に関する利益供与の禁止（その3）」法学セミナー352号111頁。また、この論文の同じ頁に、「いわゆる総会屋に対する財産上の利益供与の禁止が、改正商法施行後大いに効果を挙げたのは、……違反者の民事責任よりも、刑事責任を定めた商法497条に負うところが大きい」とする指摘もみられる。
- 8a) 商法494条と497条の対比については、芝原邦爾「経済刑法研究Ⅱ② 総会屋に対する利益供与の処罰・2」法律時報61巻6号111頁、同「経済刑法ノート② 総会屋に対する利益供与罪」法学教室164号84頁、神崎武法「罰則規定の適用について」商事法務研究会編『利益供与の禁止——株主総会正常化への方策——』（昭和57年）157頁、佐々木史朗「商法（罰則）」平野龍一ほか編『注解特別刑法第4巻経済編〔第2版〕』（平成3年）110頁以下、伊藤榮樹「商法」伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第5巻経済法編Ⅰ』（昭和61年）226頁参照。
- 8b) ただし、その後、平成9年の商法罰則改正により、利益供与要求罪が新設された。
 - 9) この点については、神崎・前掲注8a) 162頁以下参照。
 - 10) 元木・前掲注3a) 17頁。
 - 11) 稲葉威雄『改正会社法』（昭和52年）189頁。
 - 12) 後掲注13)のほか、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（13）』（平成2年）〔谷川久執筆〕614頁、神崎・前掲注8a) 157頁、167頁、佐々木・前掲注8a) 110頁、伊藤・前掲注8a) 226頁等。
 - 13) 竹内昭夫「株主の権利行使に関する利益供与」『会社法の理論Ⅱ』（昭和59年）67頁。
 - 14) 芝原邦爾「商法罰則の保護法益——利益供与罪の罪質解明のために——」福田平・大塚仁博士古稀祝賀『刑事法学の総合的検討（上）』（平成5年）432頁以下、同「経済刑法研究Ⅱ③ 総会屋に対する利益供与の処罰・3」法律時報61巻7号112頁以下、同・前掲注8a)（法教）84頁以下。橋爪隆「総会屋に対する利益供与罪」西田典之編『金融業務と刑事法』（平成9年）210頁以下、同「利益供与」法学教室201号3頁も同旨。
 - 15) 竹内・前掲注13) 59頁は、294条ノ2について、本条の直接の立法目的は「株主の権利行使の公正の確保、財産上の利益供与によるその歪曲の防止にあるわけではなく、会社資産の浪費の防止にある」としているし、稲葉・前掲注11) 183頁は、「294条ノ2は、会社の資産の不適切な使用を抑制する趣旨の規定であるから、『会社ノ計算』の節の最後におかれている」としている。
 - 16) 実質的処罰根拠としての「会社資産の費消」という要素は、「会社資産の不健全な使用」、すなわち「会社財産使用の健全性に対する危険」を意味するのであって、それが認められるために、会社財産の損害の発生を要するものではない。なお、河本・前掲注4) 119頁は、商法294条ノ2および497条の両条文は「会社資産の浪費あるいは不健全な使用方法の代表的な場合を禁止したものである」としている。
 - 17) なお、497条の保護法益を「株主総会運営の健全性」と解する見解もある（元木・前掲注3a) 249頁）。この見解は、会社そのものの運営の健全性ではなく、限定的に株主総会の運営の健全性を問題とするが、そのために、「会社資産の費消（会社財産の不健全使用）」の要素との関わりが不明確であり、その点において疑問である。また、294条ノ2および497条について、「この規定の保護法益は、株主総会の運営を含む正常なる会社の運営と、会社財産の不当な支出の防止の双方にあると考える。そのいずれかの一方のみではない」とする見解もあり（東京弁護士会会社法部編『利益供与ガイドライン』（昭和58年）12頁）、この見解には、本稿の

- 立場と一脈相通ずるものが含まれている。しかし、そこには、2つの保護法益を統合する究極的な保護法益が示されていない。
- 18) 伊勢丹事件（東京簡裁昭59・6・15略式命令）、住友海上火災保険事件（東京地判昭62・7・7 商事法務1117・43）等。
- 19) ノリタケ事件（名古屋地判昭62・1・28商事法務1103・43）等。
- 20) 芝原・前掲注8a）（法教）86頁、橋爪・前掲注14）（『金融業務と刑事法』）212-213頁参照。
- 21) 芝原・前掲注8a）（法教）86-87頁、橋爪・前掲注14）（『金融業務と刑事法』）213頁参照。さらに、佐々木・前掲注8a）112頁、伊藤・前掲注8a）229-230頁等参照。
- 22) 大阪地判昭60・2・12判タ553・268（大阪変圧器事件）。
- 23) 神崎・前掲注8a）171頁以下、佐々木・前掲注8a）113頁、伊藤・前掲注8a）229頁、上柳ほか・前掲注12）[谷川] 618頁。また、その他に、深山健男「総会屋をめぐる犯罪」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第2巻経済活動と刑罰』（昭和58年）376頁、津田賛平「総会屋と改正会社法の罰則」ジュリスト769号35頁等参照。
- 24) 中森喜彦「利益供与罪の新設」判例タイムズ471号3頁。平澤修「商法497条の罪（株主の権利行使に関し財産上の利益を供与する罪）に関する一考察」中村眞澄教授・金澤理教授還暦記念論文集第1巻『現代企業法の諸相』（平成2年）260-261頁も同旨。
- 25) なお、橋爪・前掲注14）（『金融業務と刑事法』）214頁、芝原・前掲注8a）（法教）87頁参照。
- 26) 田中誠二「利益供与禁止規定の厳格化およびこの規定と従業員持株制度」商事法務1071号6頁以下、中村一彦「金融商事判例研究」金融・商事判例725号50-51頁。
- 27) 河本一郎「従業員持株会への奨励金と利益供与」商事法務1088号4頁以下、同「株主の権利行使に関する利益供与の禁止（その2）」法学セミナー351号108頁、佐々木史朗「株主に対する利益供与罪について」名経法学創刊号68頁以下、平澤・前掲注24）273頁以下、橋爪・前掲注14）（『金融業務と刑事法』）214-215頁等参照。
- なお、熊谷組従業員持株会事件に関する福井地判昭60・3・29金商720・40も従業員持株制度における補助は294条ノ2の禁止に違反しないとしている。
- 28) 芝原・前掲注8a）（法教）85頁参照。
- 29) 神崎・前掲注8a）176頁、佐々木・前掲注8a）114頁、橋爪・前掲注14）（『金融業務と刑事法』）215頁等参照。
- 30) 東京地判昭62・2・23商事法務1104・46。
- 31) 東京地判昭63・12・23資料版商事法務59・29。この点については、芝原・前掲注8a）（法教）87-88頁、橋爪・前掲注14）（『金融業務と刑事法』）216頁参照。なお、小西六事件（福岡地判昭62・5・11商事法務1111・45）においては、総会屋に対する金員を捻出するため、子会社に資金を出させて、それを総会屋に支払い、後日、本社から子会社へ代金等を支払うときに、水増しして穴埋めするという方法がとられていた（深山健男「利益供与罪取締りの実情と今後の課題」ジュリスト888号28頁参照）。
- 32) 上柳克郎ほか「（座談会）利益供与禁止規定のあり方をめぐって」商事法務1090号16頁以下〔川又良也発言〕参照。
- 33) 佐々木・前掲注27）70頁、橋爪・前掲注14）（『金融業務と刑事法』）216-217頁、芝原・前掲注8a）（法教）88頁、田中・前掲注26）3-4頁参照。
- 34) なお、リクルート事件を契機に大蔵省証券局長通達により、公募株等の親引けが禁止され、現在では親引け問題は実際上解消したといわれている（佐々木・前掲注27）72頁参照）。
- 35) 最決昭63・7・18刑集42・6・861。
- 36) この点については、川合昌幸「転換社債の『親引け』の依頼と利益供与罪」経営刑事法研究会編『事例解説経営刑事法Ⅲ』（昭和63年）173-174頁、平澤・前掲注24）276-277頁、深山・前掲注31）28頁以下、佐々木・前掲注27）71頁参照。
- 37) 佐々木・前掲注8a）114頁、同・前掲注27）71頁。
- 38) なお、芝原・前掲注8a）（法教）88頁、橋爪・前掲注14）（『金融業務と刑事法』）217頁参照。さらに、川合・前掲注36）174-175頁、深山・前掲注31）30頁、稲葉威雄「利益供与禁止規定の在り方と運用」ジュリスト888号23頁参照。
- 39) 神崎・前掲注8a）177頁、佐々木・前掲注8a）114頁、伊藤・前掲注8a）204-205頁等参照。
- 40) 竹内・前掲注13）58頁、元木・前掲注3a）250頁。なお、河本・前掲注27）（法七）110頁参照。
- 41) 中森・前掲注24）3頁参照。
- 42) 芝原・前掲注8a）（法教）88頁、伊藤・前掲注8a）230頁、上柳ほか・前掲注12）[谷川] 620頁等参照。
- 43) 佐々木・前掲注27）73頁参照。
- 44) 森本滋「違法な利益供与の範囲」監査役167号7頁参照。
- 45) 橋爪・前掲注14）（『金融業務と刑事法』）218頁は、会社側にとって利益が著しく大きい契約の場合は、例外的に正当行為としての違法性阻却の余地を認

めることも可能である、としている。

- 46) 佐々木・前掲注8a) 116頁, 伊藤・前掲注8a) 231頁。
- 47) 芝原・前掲注8a) (法教) 87頁, 上柳ほか・前掲注12) [谷川] 622頁, 深山・前掲注23) 377頁, 津田・前掲注23) 36頁等参照。
- 48) 芝原・前掲注8a) (法教) 87頁。
- 49) 神崎・前掲注8a) 184頁, 佐々木・前掲注8a) 116頁, 伊藤・前掲注8a) 232頁, 上柳ほか・前掲注12) [谷川] 622頁等参照。
- 50) 深山・前掲注23) 377頁, 津田・前掲注23) 36頁, 上柳ほか・前掲注12) [谷川] 622頁参照。なお, この場合における恐喝罪と受供与罪との関係については, 恐喝罪のみが成立し, 497条2項適用の余地はないとする見解もあるが(佐々木・前掲注8a) 116頁, 伊藤・前掲注8a) 233頁), 疑問である。
- 51) 1997(平成9)年11月28日に, 罰則強化に係る商法等改正法案が参議院本会議で可決され, 成立した。今回の改正は, 一連の総会屋事件に関連して「罰則が軽く抑止効果が働かない」という批判が上がったことから, 法務省がこれに着手したものである。

そして, 利益供与罪に関しては, つぎのような内容の改正がなされた。すなわち, 第1に, 利益供与罪・受供与罪の法定刑を, 現行の「6月以下の懲役又は30万円以下の罰金」から「3年以下の懲役又は300万円以下の罰金」へと引き上げ, 第2に, 利益供与要求罪(3年以下の懲役または300万円以下の罰金)と, 威迫を伴う利益受供与罪・要求罪(5年以下の懲役または500万円以下の罰金)

を新設し, 第3に, 利益受供与罪, 利益供与要求罪, 威迫を伴う利益受供与罪・要求罪については, 情状により懲役刑と罰金刑を併科することができるものとする, という内容である。この点については, 『朝日新聞』1997(平成9)年11月28日夕刊, 『日本経済新聞』1997(平成9)年11月28日夕刊参照。なお, (商事法務)編集部「商法等の罰則規定に関する改正法案等の国会提出——総会屋・取締役等の不正行為等に対する罰則の強化——」商事法務1472号2頁以下参照。

- 52) 総会屋対策の商法改正案(注51)に記した改正法案)を可決した1997(平成9)年11月7日の衆議院法務委員会において, 参考人として招かれた評論家の佐高信氏が「罰則を強化するというが, ハエ(総会屋)を培養している発生源(企業)こそが問題である」という趣旨の企業批判を展開したと報じられている(『朝日新聞』1997(平成9)年11月8日参照)。これは総会屋問題の核心をついた発言であるといえよう。

【後記】

罰則強化に係る平成9年改正商法が成立した日(11月28日)に, これを確認し, すでにほとんど完成していた原稿に必要最小限の加筆・訂正を施したうえで脱稿としたことをお断りしておきたい。先にも記したが, 上記改正商法による「罰則強化」の検討については他日を期したい。

(1997年12月4日受理)