

虚偽記載有価証券届出書提出罪等に関する 外部の者の刑事責任

小林 史治

一 はじめに

有価証券届出書や有価証券報告書等の法定開示書類に関する虚偽記載については、金融商品取引法（以下「金商法」という）上、罰則規定が設けられている（金商法197条1項1号等）。虚偽記載のある法定開示書類を提出した法人の代表者等が有罪判決を受けたものとしては、東京時計製造事件（東京地判昭和51年12月24日金判524号32頁）、山陽特殊製鋼事件（神戸地判昭和53年12月26日金判568号43頁）、不二サッシ工業事件（東京地判昭和57年2月25日刑月14巻1・2号194頁）、大光相互銀行事件（新潟地判昭和59年5月17日判時1123号3頁）、リッカー事件（東京地判昭和62年3月12日資料版/商事法務37号49頁）のほか、最近ではライブドア事件（最決平成23年4月25日LEX/DB25471531）等がある。虚偽記載のある有価証券届出書等を提出する罪は、後述のとおり、一般的に身分犯と理解されており、構成要件修正説から法人の代表者等がその身分を有するものとされている（なお、身分犯と理解すべきかについては後述する）。

他方、法人の外部にいる者についても、法人の代表者等との共同正犯（刑法60条）であるとして、虚偽記載の有価証券届出書等の提出に関して刑事責任を問われるケースがある。特に、監査人は、財務諸表について監査証明を行う立場にあることから（金商法193条の2第1項参照）、虚偽記載に関与して、刑事事件として立件されているものも散見される（本稿で主として取り上げる後掲最決平成22年5月31日及び後掲東京高判平成25年1月11日のほか、山陽特殊製鋼事件、東京地判平成19年3月23日LEX/DB28145167がある。また、監査人以外の外部の者に関するものとして、東京地判平成17年3月4日LEX/DB28105161）。しかし、法人の外にいる者の刑事責任に関しては、共同正犯と狭義の共犯との区別に関する点や、身分犯とする理解を中心に、なお検討すべき課題があるように思われる。

そこで、本稿では、虚偽記載のある法定開示書類を提出する罪に関し、法人の外部の者に関する裁判例について若干の検討を試みることにしたい。検討の対象としては、最近の裁判例で監査人に関して刑事責任が問題となった、最決平成22年5月31日判時2174号127頁（以下「平成22年最決」という）及び東京高判平成25年1月11日判例集未登載（平成24年（う）第488号、以下「平成25年東京高判」という）を取り上げる。

両者については、たしかに、平成22年最決に関する論稿¹が既にいくつか公表されている。他方、平成25年東京高判については比較的最近に下されたこともあり、これを取り上げた論稿は見当たらない。しかも、平成25年東京高判は、平成22年最決と比較すると、後述のとおり、必ずしも同一の枠組みで判断を加えているように思われない。そこで、本稿では、平成22年最決と比較しつつ平成25年東京高判を中心に検討を加える。

平成25年東京高判を検討する前提として、まず、事案の概要について概観した後、従前の裁判例を中心に、共同正犯について、本稿の目的に必要な範囲で検討することとする²。

- 1 平成22年最決に対する判例評釈・論稿として、弥永真生「監査人につき虚偽記載有価証券報告書提出罪などの共同正犯が成立するとされた事案」ジュリスト1405号130頁（2010）、阿部力也「虚偽記載半期報告書提出罪及び虚偽記載有価証券報告書提出罪について、当該会社と会計監査契約を締結していた監査法人に所属する公認会計士に会社代表取締役らとの各共同正犯の成立を認めた原判断が是認された事例」刑事法ジャーナル25号103頁（2010）、小野上真也「監査人である公認会計士につき、虚偽記載有価証券報告書提出罪等の共同正犯が認められた事例」法律時報83巻5号127頁（2011）、山口厚編著『経済刑法』（商事法務、2012）205頁以下〔橋爪隆〕、島田聡一郎「虚偽記載有価証券報告書提出罪と監査人の共同正犯性」別冊ジュリスト214号『金融商品取引法判例百選』198頁（2013）がある。
- 2 共同正犯の成否について、本稿では、虚偽記載のある有価証券届出書等の提出罪に関するものに限って論じることとし、刑法学上の共犯理論における深遠な議論については立ち入らず、必要な範囲で共同正犯と狭義の共犯の区別に関する裁判例や学説の考え方に触れるものとする。なお、本稿における共同正犯に関する議論は、裁判実務に詳しい大阪刑事実務研究会「事実認定の実証的研究」判例タイムズ254号14頁〔上野智〕（1971）、小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定—裁判例の総合的研究—（上）』（判例タイムズ社、1992）341頁以下〔石井一正＝片岡博〕、小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別—実務的観点から—」法曹時報51巻8号1頁（1999）、小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選（上）〔補訂版〕』（立花書房、2007）201頁以下〔村瀬均〕、212頁以下〔菊池則明〕に多くを負っており、また、大越義久『共犯論再考』（成文堂、1989）55頁以下、団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（創文社、1990）368頁以下、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002）93頁以下、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005）346頁以下、亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』（弘文堂、2005）56頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005）115頁以下、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2007）320頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣、2008）291頁以下、松宮孝明『刑法

二 事案の概要並びに第一審判決及び平成25年東京高判の判示事項

1 事案の概要

公認会計士である被告人は、株式会社P（以下「P」という）の新興市場への上場を目指していた同社代表取締役S（以下「S」という）を紹介され、平成14年6月ころから継続的に、Sや同社取締役I（以下「I」という）に対し、不渡り受取手形を未収入金として処理することや、売上げの前倒し、架空計上について架空の買掛案件を立てて相殺する処理などの提案をしていた。

被告人は、（1）平成17年6月期、Pの架空循環取引による売上高の水増しに関する助言、製造原価の付け替えの提案を行った。（2）平成18年6月期には、製造原価の付け替えに関する助言、手形の回収偽装の助言と処理、製造原価の付け替えなどを提案した。（3）平成19年6月期、被告人は一時期Pの監査から外れたが、被告人経営の会社がPとの間でコンサルティング契約を締結し、不正な会計処理に協力したり、Pの監査人となったT監査法人による中間監査に対して、粉飾発覚防止のための対策を助言するなどした。なお、その後、Pは被告人が立ち上げたD監査法人を監査人としている。（4）また、Pが公募増資の手続を進めるに当たって、被告人は、Sの求めに応じてコンフォートレター（監査人から引受事務幹事会社に対する書簡）を作成した。

加えて、被告人は、Pの平成17年6月期分及び平成18年6月期分についてR監査法人の代表社員兼業務執行社員として、また、平成19年6月期分についてD監査法人の指定社員業務執行社員として、独立監査法人の無限定適正意見を付した監査報告書を提出している。

Pは、①ジャスダック証券取引所上場に伴う株式の募集及び売出しを実施するに際し、平成17年6月期につき、売上高が31億976万3000円（真実は14億7668万9000円）、税引前当期純利益が1億9111万9000円（同6118万4000円の損失）と記載した損益計算書を掲載する有価証券届出書を、②上場後も、平成18年6月期、売上高が58億8561万8000円（同24億5071万6000円）、税引前当期純利益が6億9420万2000円（同2億4305万円の損失）と記載した損益計算書を掲載する有価証券報告書を、③

総論講義〔第4版〕』（成文堂、2009）249頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010）323頁以下、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻総論』（有斐閣、2010）782頁以下（島田聡一郎）、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣、2011）268頁以下、前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（東京大学出版会、2011）476頁以下を参照した。

平成19年6月期につき、売上高が97億400万円（同31億1848万8000円）、税引前当期純利益が12億2376万1000円（同7億3142万6000円の損失）と記載した損益計算書を掲載する有価証券報告書を、④Pの株式募集に際し、平成19年11月、当該平成19年6月期の有価証券報告書を参照すべき旨を記載した有価証券届出書をそれぞれ提出した。

被告人は、S及びIと共謀の上、前述の①～④の各有価証券届出書及び有価証券報告書につき、虚偽記載有価証券届出書等の提出罪の共同正犯であるとして、平成18年改正前証券取引法違反及び金商法違反の罪で起訴されたが、被告人は、第一審及び控訴審において、共謀が成立せず、無罪ないし幫助犯が成立するにとまると主張した（なお、被告人はあわせて別の業務上横領でも起訴されている）。

2 第一審判決（さいたま地判平成24年1月30日 LEX/DB25480377）

第一審判決においては、共同正犯の成否について、平成17年6月期及び平成18年6月期、平成19年6月期及び平成19年11月の公募増資の3つに分けて検討している。

平成17年6月期（前述①）及び平成18年6月期（前述②）については「被告人は、…そもそもの粉飾についてSから具体的な相談を受け、S及びIらとの前述のようなやりとりの中で助言・了承を与えていたものであるから、粉飾決算を行う前提たる不正な経理処理を行うことについて同人らとの意思疎通があったことが認められる。…被告人においては、計算書類の虚偽記載を是正できる立場にあったにもかかわらず、監査報告書に無限定適正意見を付しているのであり、被告人は、前述のような粉飾に関する助言・了承行為と相俟って、虚偽の有価証券届出書・報告書の提出という犯罪実現のために極めて重要な役割を果たしたと評価できる。…被告人においては、…株式の信用取引による損失補填のための資金繰りに窮していたことなどから、粉飾指南の見返りとして多額の監査報酬等を前倒しで受け取りたいなどという強い金銭欲が存在しており、その結果、被告人はSらに対して粉飾指南を実行している。…被告人においても固有の利益を有しているという観点からは、Sらの行為を自己の手段として犯罪を行ったというべきであり、まさに自己の犯罪として虚偽記載のある有価証券届出書及び有価証券報告書の提出に加担しているものと評価すべきものである」とし、被告人が「重要な役割を果たした」点に言及しつつ、他方で、「被告人においても固有の利益を有しているという観点からは、…自己の

犯罪として虚偽記載のある有価証券届出書及び有価証券報告書の提出に加担している」ものとして、共謀関係があったと認定した。平成19年6月期（前述③）については「…被告人においては、会計監査に携わる地位を失った後も、Pとコンサルタント契約を結んで継続的に粉飾指南を行い続けている。また、被告人は、前述のとおりこれまでのPの数か年にわたる粉飾に自ら関与することによりその実態を熟知していたものであり、これらの粉飾を〔一時的にPの会計監査人を務めた〕T監査法人から隠蔽するためにあえてD監査法人に監査法人が変更された経緯がある。被告人は、その後も、Sから、利益が足りない旨相談を持ち掛けられ、利益を水増しするために原価を仕掛品に振り替えることを了承するなどして利益水増しをさせつつ、他方で、監査経験の少ない会計士を監査主任にして監査させ、粉飾が発覚しないようにするなどして、巧みに粉飾指南と無限定適正監査意見とを両立させてSらと一体となって虚偽の有価証券報告書を提出している。以上に加えて、新たにインサイダー情報等の見返りが被告人に与えられている」として、共謀が認められるとした。平成19年11月の公募増資（前述④）については「被告人は、公募増資を行うに当たって、…虚偽記載があることを取って指摘せずにコンフォートレター等の作成を行った。加えて、被告人は、平成19年6月期の有価証券報告書に係る訂正報告書についてもD監査法人として無限定適正意見を表明した監査報告書を作成した上、有価証券届出書の作成自体にも関与しており、自身においても、平成19年6月期の期末監査を行っていた同年7月頃から既に同年12月に公募増資を実施する話が持ち上がっており、コンフォートレターなどの提出を求められていたことから、平成19年6月期の粉飾された決算が公募増資時に提出する有価証券届出書にも反映されることは分かっていた旨述べている」として、共謀が形成されたとした。

これら虚偽記載有価証券届出書提出罪等の共同正犯については、法令の適用において、いずれも刑法65条1項が掲げられている。

3 平成25年東京高判

被告人は事実誤認や量刑不当等を理由に控訴したものの、平成25年東京高判は控訴を棄却した。

虚偽記載有価証券届出書提出罪等の事実誤認に関して、平成25年東京高判は、「被告人は、Pの会計処理に関して、平成14年6月期から平成19年6月期までの毎期に

において、S から、利益の水増しなど不正を行わなければ実現できない会計処理について相談を受けたり、あるいは、その不正な会計処理の隠蔽について相談を受けたりするたびに、S や I に種々の助言をし、時には自らもその処理を行うなどして協力してきたと認められるから、…虚偽の内容が記載され、また、これが添付される有価証券届出書あるいは有価証券報告書も内容虚偽のものとなることを熟知していたことが明らかである。そうすると、被告人は、その罪責が問われている平成17年6月期以降、P の会計監査人である監査法人の代表社員として、そのような財務諸表に無限定適正意見を表明する監査報告書を作成し、あるいは、P において作成する有価証券届出書の記載内容を確認してその作成に協力することなどにより、継続的に S 及び I と意思を相通じ、S らが、重要な事項について虚偽の記載のある有価証券届出書あるいは有価証券報告書を、関東財務局長に提出することに加担したとすることができる」、「進んで、被告人が S らの粉飾に加担した動機について、検討する。これにつき、被告人は、捜査段階で、自分の顧客に上場企業が1社もなかったため、P を上場させて顧客にしたい、さらに、これを自分の実績として顧客を増やしたいと思った、平成18年11月頃には、不正を見抜かれない方法を教えた見返りに、P と [その提携先である] 株式会社 Z との業務資本提携に関するインサイダー情報をもらうことができた、さらに、公募増資の際には、それまでも S から多額の資金援助を受けていたが、S を儲けさせれば、より多額の資金を援助してくれるだろうと思った、などと供述している」、「以上によれば、被告人は、平成17年6月期から平成19年6月期までの各期において、P が、虚偽記載のある有価証券届出書あるいは有価証券報告書を関東財務局長に提出するに当たって、S 及び I と意思を相通じ、P の会計監査人である監査法人の代表社員として重要な役割を果たしたといえる上、その動機は、自己の実績を高めて顧客を増やし、また、S から利益の供与を受けるというものであったと認められる。そうすると、被告人は、原判示第1の1ないし4の [虚偽記載有価証券届出書提出罪等の] 各犯行について、自己の犯罪として主体的に関与したとすることができるから、共謀共同正犯の成立が認められる。これに対し、所論は、被告人の関与は手段の教示にとどまり、虚偽の有価証券報告書等の提出という最終の実行行為には関与していないし、P を実質的に支配した関係にもなく、本件により通常の利益を越えて特別の利益を得てもいないから、せいぜい幫助犯にとどまる、というが、これまで検討したところによれば、所論を採用できない」としており、第一審同様、被告人の役割が重要であることを指

摘する一方、「自己の犯罪として主体的に関与したといえることができるから、共謀共同正犯の成立が認められる」としている。

三 問題の所在

1 平成25年東京高判及び第一審の立場

平成25年東京高判では、粉飾に関する助言や提案など、被告人が重要な役割を果たしており、その動機が、実績を高めて顧客を増やすことや、共犯者から利益供与を受けるといふものであったことを認定した上、被告人は「自己の犯罪として主体的に関与した」として、共謀共同正犯の成立が認められるとする。また、第一審判決も、被告人に固有の利益があったという観点から、Sらの行為を自己の手段として犯罪を行ったとして、「自己の犯罪として虚偽記載のある有価証券届出書及び有価証券報告書の提出に加担している」などとする。

この点、平成25年東京高判や第一審判決が用いた「自己の犯罪」という表現は、「他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行った」とする、いわゆる練馬事件（最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁）に由来するものと考えられ³、後述のとおり、最近の裁判例でも同様の表現が用いられることがある。

また、平成25年東京高判においては、「進んで、被告人がSらの粉飾に加担した動機について、検討する」と断った上で、「自分の顧客に上場企業が1社もなかったため、Pを上場させて顧客にしたい、さらに、これを自分の実績として顧客を増やしたいと思った」ことなど、被告人の主観的な要素を認定している。そして、「…重要な役割を果たしたといえる上、その動機は、自己の実績を高めて顧客を増やし、また、Sから利益の供与を受けるといふものであったと認められる」とし、重要な役割と動機を列挙した上で、「自己の犯罪として主体的に関与したといえることができる」とした。

このように、「自己の犯罪」について論じる平成25年東京高判やその原審である第一審判決は、後述する、「自己の犯罪を行う意思か、他人の犯罪に加担する意思かによって共同正犯と従犯を区別する」⁴主観説的な考え方に立脚して判断したと

3 小林=香城・前掲（注2）343頁〔石井=片岡〕参照。

4 小林=植村・前掲（注2）219頁〔菊池〕。また、小林=香城・前掲（注2）343頁〔石井=片岡〕、小林・前掲（注2）6頁～8頁、西田・前掲（注2）348頁、亀井・前掲（注2）61頁参照。なお、主観説や実質的客観説等は、共謀共同正犯と狭義の共犯との区別に関す

評価することもできそうである。

2 主観説と外部の者の刑事責任

しかし、監査人のような法人の外にいる者の刑事責任については、必ずしも主観説的な考え方から適切に評価し得るケースばかりではないと思われる。すなわち、虚偽記載のある有価証券届出書等の提出罪（以下、罰条が金商法197条1項1号であるものを総称して「本罪」という）において、法人の外にいる者が関与した場合、外部の者が「自己の犯罪」を行ったとして共同正犯を認定することについては少なからず疑問の余地があるように思われる。主観説立場による場合、前述のとおり自己の犯罪を行う意思か、他人の犯罪に加担する意思かによって共同正犯と狭義の共犯とを区別することとなるが、本件のような粉飾決算を例にとった場合、上場の維持や、自己の失策の隠ぺい、株価の維持・上昇といった動機や目的から、上場会社の役職員が粉飾に手を染め、これに対し、監査人が監査証明を付す中で加担するということも多いのではないであろうか。その場合、法人の外にいる者の行為について、「自己の犯罪」を行ったか否かで共同正犯と狭義の共犯とを区別することが適切かは疑義を挟む余地がありそうである。もし、平成25年東京高判が主観説的立場にあるとすれば、主観説に対する批判⁵が当てはまるのと同時に、監査人の役割・立場からして、果たして妥当な理論構成であったといえるかは疑問の余地がある。

さらに、後述する通説的な理解によれば、本罪は身分犯と理解されており、平成25年東京高判やその第一審判決でも同様の理解であると思われるが、非身分者と理解される監査人が「自己の犯罪」として身分犯に関与するとの理解には、違和感があるように思われる。身分犯の意義につき、直接単独正犯として身分を有しない者は法益侵害ができないといった理解⁶や、犯人の行為によって違法性を構成すべき犯罪行為であるとする理解⁷などからすれば、非身分者が身分犯において「自己の

る基準として論じられることが多いが、実行共同正犯も含めての共同正犯と狭義の共犯との区別の基準に関する議論と考えられ（西田・前掲（注2）350頁参照）、「実行行為を行う従犯」を認める場合（亀井・前掲（注2）114頁以下参照）、この点が顕著となるように思われる。

5 主観説に対する批判については、西田・前掲（注2）353頁～354頁、白木豊「正犯概念と共謀共同正犯（1）」上智法学論集32巻1号87頁、103頁～105頁（1989）、照沼・前掲（注2）140頁以下、亀井・前掲（注2）189頁～190頁等参照。

6 西田・前掲（注2）405頁。

7 西田ほか・前掲（注2）964頁〔小林憲太郎〕。

犯罪」を行い法益侵害を実現する、という理論構成が適切であるかは必ずしも判然としない。非身分者による身分者を媒介とした間接正犯を否定する判例・多数説⁸と、非身分者の共同正犯との関係をどう整理するかにはよるが、判例などのように非身分者による間接正犯を否定するのであれば、共同正犯では非身分者が「自己の犯罪」を実現するということが観念できることについて、説得的な理由が必要と思われる⁹。

そこで、平成25年東京高判が共同正犯と狭義の共犯とをどのような考え方に基づいて区別しているのかを明らかにするため、平成22年最決を含めた従前の裁判例を中心に、共同正犯の議論を概観し、その上で、本罪における外部の者の刑事責任についての検討を試みたい。当該高判が共謀共同正犯の成立を認めているため、共同正犯と狭義の共犯との区別に関し、共謀共同正犯の議論について確認することを検討の端緒としたい。

四 裁判例における共同正犯の議論について

1 共謀共同正犯¹⁰について

共謀共同正犯に関しては、前述の練馬事件判決が指導的な判例とされているところ、当該判決は「共謀共同正犯が成立するためには、2人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなけれ

8 西田ほか・前掲（注2）800頁～801頁〔島田〕参照。

9 刑法65条1項の「共犯」に共同正犯を含むかで争いがあるところ（例えば、否定するものとして、団藤・前掲（注2）420頁、肯定するものとして、西田・前掲（注2）410頁があり、判例は肯定説である（西田ほか・前掲（注2）965頁〔小林〕参照）、否定説では非身分者の共同正犯自体が否定されるが、肯定説を採るとしても、共同正犯が成立するには身分者の関与が前提とされる（島田・前掲（注2）266頁参照）。ところで、主観説的立場によると、非身分者は単独では「自己の犯罪」を行うことができないが、身分者の関与を得た途端に「自己の犯罪」を実現することができることとなり、このような理論構成には不自然さがあるように思われる。この点、最高裁が特別背任の事案（最決平成20年5月19日刑集62巻6号1623頁）において、非身分者につき、「自己の犯罪」やそれに類した表現を用いず、「共同加功したものと評価することができる」としていることが参考になりそうである。また、後掲（注37）参照。

10 共謀共同正犯については、前掲（注2）の各文献のほか、白木・前掲（注5）87頁、同「正犯概念と共謀共同正犯（2・完）」上智法学論集34巻1号103頁（1991）、西田典之「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集（上）』（有斐閣、1990）361頁、松宮孝明「共犯論」ジュリスト1348号55頁、57頁以下（2008）参照。

ばならない。…直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない」として、当該事案にはかかる「謀議」が認められるとした。しかし、ここでの「謀議」が何を指すのかは必ずしも明らかではないと指摘されている¹¹。

この点、共謀者の意思や具体的な役割を通じて、「謀議」の成立を肯定できる場合を示した判例と評価¹²されるのが最判昭和57年7月16日刑集36巻6号695頁である。当該判決では、具体的な事実（大麻密輸入を計画したAからその実行担当者の依頼を受け、執行猶予中の身であることを理由にこれを断ったものの、大麻を入手したいという動機から、知人Bに対し事情を明かして協力を求め、自己の身代りとしてAに引き合わせるとともに、密輸入した大麻の一部をもらい受ける約束のもとにその資金の一部（20万円）をAに提供した）を挙げて被告人の責任を認めており、従前共謀共同正犯に対して否定的であった団藤重光裁判官¹³も意見を付しつつ法廷意見に与している。

ただ、検察官の主張する訴因が全て共謀共同正犯として判断されてきたわけではない。実行行為に関与しない者について、裁判所は、共謀共同正犯に該当するか狭義の共犯¹⁴とするかで判断を分けてきた。

この共謀共同正犯と狭義の共犯との区別については、学説上、(a) 以前の通説であった形式的実行共同正犯論（形式的客観説）¹⁵、(b) 共謀共同正犯を認めた判例に

11 小林=香城・前掲（注2）344頁〔石井=片岡〕、小林=植村・前掲（注2）214頁〔菊池〕。

12 小林=香城・前掲（注2）344頁〔石井=片岡〕、小林=植村・前掲（注2）214頁〔菊池〕。

13 団藤・前掲（注2）396頁～401頁（特に401頁注（29））参照。

14 共謀共同正犯の成否が問題となる事案でその成立が否定される場合、実際の裁判実務においては、幫助犯（または無罪）と認定されているものが多いようである（小林=香城・前掲（注2）389頁〔石井=片岡〕、小林・前掲（注2）16頁参照）。ただし、共同正犯か教唆犯かが問題となった事例もある（名古屋高判昭和24年11月25日判特6号79頁、福岡高判昭和25年9月29日判タ13号69頁、福岡高宮崎支判昭和26年11月14日判特19号167頁、名古屋高判昭和28年12月7日高刑6巻13号1866号（上告審最終昭和29年9月30日刑集8巻9号1565頁）、東京地判昭和33年6月3日一審刑集1巻6号859頁、東京高判昭和34年2月26日高刑12巻3号219頁、仙台高判昭和59年12月6日高検速報5号556頁（昭和60年）、仙台高秋田支判昭和60年5月14日高検速報2号371頁（昭和60年）、最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁）。この点、小林・前掲（注2）16頁、亀井・前掲（注2）184頁～185頁参照。

15 共同正犯の基準として、構成要件該当行為の一部分担を必要とする見解（福田・前掲（注2）276頁。また、団藤・前掲（注2）390頁、西田・前掲（注10）363頁、370頁～371頁、亀井・前掲（注2）57頁参照）。

理論的基礎を提供したと評価される共同意思主体説¹⁶のほか、(c) 現在有力とされる、実行概念を規範的、実質的に理解することで共謀共同正犯を正当化すると同時に限定し、犯罪の実現に果たした役割の重要性によって共同正犯の成否を判断する実質的実行共同正犯論（実質的客観説）¹⁷とがあるところ¹⁸、裁判実務上は、学説と違い、基本的に「自己の犯罪を行う意思か、他人の犯罪に加担する意思かによって共同正犯と従犯を区別する」¹⁹主観説を採用してきたとされる²⁰。

ただし、主観説によるとしても、共同正犯の認定については、①共謀者と実行行為者との関係、②犯行の動機、③共犯者との意思疎通行為、④実行行為以外の行為に加担している場合、具体的加担行為ないし役割の内容、⑤犯行前後の徴憑的行為のほか、⑥犯罪の性質や内容などその他の状況も考慮して総合的に判断される²¹。主観説という名称は付されているが、裁判実務上は「極めて主観的なテーマを客観的事実（状況証拠）の積み重ねによって証明」²²することが求められていると考え

16 共犯という現象を共同意思主体という社会的・心理的存在の活動と把握し、共同意思主体を構成した各個人の行為を全体としての共同意思主体の活動として捉える見解（草野一郎『刑法要論』（有斐閣、1956）118頁。また、団藤・前掲（注2）397頁、西田・前掲（注2）347頁、亀井・前掲（注2）58頁参照）。ただし、共同意思主体説は、共謀共同正犯を根拠づけるものではあるものの（西田ほか・前掲（注2）824頁〔島田〕参照）、狭義の共犯との区別の基準としてどれほど有用であるかは判然としないが、役割の重要性をその区別の基準としているようである（白木・前掲（注5）128頁参照）。

17 実質的客観説を細分すると、「因果的区別モデル」と「役割分担モデル」に分類できるとされる（亀井・前掲（注2）94頁以下）。また、実質的客観説は、主観的要素を全く排除するもの（西田・前掲（注10）383頁）と許容するもの（前田・前掲（注2）478頁、492頁）にも分けられそうである（ただし、主観的要素を考慮する考えは主観説の一種ということもできるとする指摘がある（西田ほか・前掲（注2）827頁〔島田〕））。

18 ここでは、亀井・前掲（注2）56頁以下の区分にしたがった。学説の分類と裁判例については、小林・前掲（注2）2頁以下、西田・前掲（注10）370頁以下、照沼・前掲（注2）115頁以下、西田ほか・前掲（注2）823頁以下〔島田〕参照。

19 小林=植村・前掲（注2）219頁〔菊池〕。このことは、狭義の共犯の認定手法からもうかがい知ることができるように思われる。すなわち、最判昭和24年10月1日刑集3巻10号1629頁は「従犯は他人の犯罪に加功する意思をもって、有形、無形の方法によりこれを幫助」するものとし、最近の最高裁決定（最決平成25年4月15日裁時1578号19頁）もこれを踏襲する。

20 小林・前掲（注2）14頁～15頁、小林=植村・前掲（注2）219頁〔菊池〕、西田・前掲（注2）351頁以下、同・前掲（注10）378頁、白木・前掲（注5）102頁、西田ほか・前掲（注2）821頁～822頁〔島田〕。ただし、亀井・前掲（注2）128頁参照。

21 大阪刑事実務研究会・前掲（注2）17頁〔上野〕、小林=香城・前掲（注2）348頁～349頁〔石井=片岡〕、小林=植村・前掲（注2）219頁～220頁〔菊池〕。学説でも、このような立場が有力であるとの指摘がある（亀井・前掲（注2）185頁～186頁。また、西田・前掲（注2）348頁～351頁、白木・前掲（注5）101頁～102頁、照沼・前掲（注2）118頁～120頁参照）。

22 小林=香城・前掲（注2）388頁〔石井=片岡〕。

られる。

なお、このような要素を考慮する意味が、実体法上の要件なのか、認定資料であるかについては別途検討が必要である²³。そして、「自己の犯罪を行う意思」といった主観的要素のための認定資料と考えるのであれば、客観的事実によって主観的なテーマを証明するものであり、また、客観的事実を認定しつつも共同正犯の成否が「自己の犯罪を行う意思」に大きく依拠するのであれば、なお主観説であるとの評価になると思われる。

2 最近の共同正犯と幫助犯をめぐる裁判例

裁判実務上、共同正犯か幫助犯であるかが争われた事例は相当数あるものと考えられ²⁴、いわゆる実行行為者との対等型共謀²⁵につき、ここ10年間の高裁判例だけでも、次のようなものがある。

まず、原審と違い共同正犯を否定したものとして、東京高判平成15年1月23日東高刑時報54巻1号1頁（建造物侵入・窃盗等の事案で、被告人が主として運転手役として関与した4つの事案のうち、第1及び第2の事案では、自らも実行役らの行為を利用して建造物侵入・窃盗の犯罪を実現する意思を有していたと認めることはできないとし、幫助としたもの。以下「高判①」という）、仙台高判平成15年7月8日判時1847号154頁（保険金殺人の事案で、詐欺について、ある被告人につき、保険金に対して積極的な関心もなく、金額としても他の共犯者に比べて格段に低いもので、正犯意思をもって詐欺の共謀をしていたとまで認められず、幫助としたもの。以下「高判②」という）、福岡高判平成19年1月10日2007WLJPCA01108002（窃盗の見張りの事案で、現場に来たときには既に共犯者が窃盗を行うことを計画しており、他の共犯者と一緒に見張りをしたが必要不可欠なものでもなく、また、被告人が自己の犯罪意思を実現しようとして本件に関与したとは認められず、報酬を期待することができる関係になかったとして幫助としたもの。以下「高判③」という）、東京高判平成20年6月19日高検速報3380号97頁（非現住物等放火・保険金詐欺の事

23 亀井・前掲（注2）184頁～190頁参照。

24 小林＝香城・前掲（注2）342頁、388頁〔石井＝片岡〕参照。

25 共謀共同正犯における対等型共謀とは「犯罪遂行の役割を分担した場合に成立する類型」（小林＝植村・前掲（注2）213頁〔菊池〕）であり、これとは別に支配型と呼ばれるものがある（小林＝植村・前掲（注2）201頁以下〔村瀬〕参照）。また、亀井・前掲（注2）111頁参照。

案で、役割が重要ではなかったこと、報酬もなく犯行動機が共犯者との関係の維持であると認められ、犯行を自らの犯罪として、共犯者らとの間で共同意思の下に一体となって犯行に及んだとすることはできないとして幫助としたもの。以下「高判④」という）、広島高判平成21年4月30日高検速報4号212頁（平成21年）（殺人の事案で、本件殺人を容易にするため、被害者に服用させる睡眠薬入りのカプセルを準備して共犯者に渡した行為は準備行為に過ぎず、自己の犯罪を行う意思ではなく、共犯者の犯行を幫助する意思であったにすぎないと解する余地があるとして幫助としたもの。以下「高判⑤」という）、東京高判平成22年12月8日東高刑時報61巻314頁（窃盗の事案で、被告人は、他の共犯者から共同正犯者としての扱いを受けず、見張りに甘んじたというのが実体であり、被告人が自己の犯罪として遂行したとはいえず幫助としたもの。以下「高判⑥」という）がある。

他方、共同正犯を肯定したものとしては、福岡高判平成17年4月7日高検速報1450号332頁（保険金目的で被告人の夫を殺害したという事案で、被告人も夫を殺害して共済金を受け取るという共犯者の意図を十分認識し、これに同意した上で共済加入手続を行っており、共犯者の企図した殺害行為を自己の手段として犯罪を行ったという意味で、客観的にも主観的にも実行担当者との刑責に差異はないとされたもの。以下「高判⑦」という）、東京高判平成19年8月8日高検速報3355号296頁（監禁、殺人、死体損壊については、積極的な加担意欲もなく、実行行為も担っておらず役割も限定的であり、幫助犯が成立するに過ぎない一方、死体遺棄については、遺棄場所の選定という重要な役割を担い、また、他の共犯者が検挙されることを避けることに重大な関心があり、加担動機も強いと推認できるため共同正犯を認めたもの。以下「高判⑧」という）、東京高判平成19年12月7日判時1991号30頁（入札談合と背任の事案で、日本道路公団の理事である被告人が受注者側からの受注割振りを了承するなど重要かつ必要不可欠の行為を行っており、また、再就職先の確保という自己の利益を図ることなどから、自己の犯罪行為として行ったとして入札談合の共謀共同正犯を認め、また、工事を分割発注して財産上の損害を与えたことにつき、受注者側からの分割発注の陳情を受けて、高速道路建設第一課長に対し分割発注の指示を出したとして背任の共同正犯となったもの。以下「高判⑨」という）、高松高判平成20年7月14日高検速報452号339頁（窃盗の事案で、共犯者が自動車の運転もできず犯行場所の地理感覚もなく、被告人が報酬目的で連日自動車を運転するなどして必要不可欠な行為を行っていたことから、主体的に関与し、

積極的に各行為に及んだもので、自分の犯罪として加担していたとして共同正犯を認めたもの。以下「高判⑩」という)がある。

また、最高裁の対等型で経済事犯のものに目を向けると²⁶、銀行の融資に係る頭取らの特別背任につき、融資先の実質的経営者に共同正犯が認められるかが問われた最高裁決定（最決平成20年5月19日刑集62巻6号1623頁）²⁷では、「単に本件融資の申込みをしたにとどまらず、本件融資の前提となる再生スキームを〔頭取である〕Dらに提案し、〔造成工事を受注した〕G社との債権譲渡の交渉を進めさせ、不動産鑑定士にいわば指し値で本件ゴルフ場の担保価値を大幅に水増しする不動産鑑定評価書を作らせ、本件ゴルフ場の譲渡先となるCを新たに設立した上、Dらと融資の条件について協議するなど、本件融資の実現に積極的に加担したものである。このような事実からすれば、被告人はDらの特別背任行為について共同加功したものと評価することができる」とされている。

ここで取り上げた高裁判例は、高判⑥のような事案はあるものの、裁判所の判断は、例えば、高判②のように「…自らも他の共犯者らと一体となって保険金を詐取しようとの正犯意思をもって、詐欺の共謀をしていたとまでは認めることはでき〔ない〕」として共同正犯の成立を否定するなど、「正犯意思」といった主観的要素を重視するものがある。また、ここでの高裁判例では、平成25年東京高判や第一審判決と同様、「自己の犯罪」に類似した表現を用いるものがある（高判③「自己の犯罪意思を実現しようとして本件に関与したとは認められない」、高判④「本件各犯行を自らの犯罪としてした…と断定するにはなお躊躇せざるを得ない」、高判⑤「自己の犯罪を行う意思ではなく」、高判⑥「自己の犯罪として、共謀を遂げ、共同正犯者として、本件侵入窃盗に及んだとは認めることはできない」、高判⑦「自己の手段として犯罪を行ったという意味で、実行担当者とその刑責に差異はないと評価することができる」、高判⑨「再就職先の確保という自分達の利益を図るため

26 最高裁のもので黙示の共謀共同正犯を認めた最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁（いわゆるスワット事件）があるが、当該事案は支配型共謀（小林＝植村・前掲（注2）201頁以下〔村瀬〕）である。また支配型共謀の高裁判例として、大阪高判平成18年12月27日高検速報2号263頁（平成19年）がある。

27 当該最決の判例評釈として、橋爪隆「不正融資の借り手側の刑事責任について—最一決平成20・5・19〕NBL888号13頁（2008）、西田典之「銀行による不正融資の融資先の実質的経営者が特別背任罪の共同正犯とされた事例（最一小決平20.5.19）」金融法務事情1847号10頁（2008）、青柳勤「時の判例」ジュリスト1390号138頁（2009）、島田聡一郎「不良貸付における借手側の刑事責任—石川銀行事件—」金融・商事判例1411号50頁（2013）がある。

に、…まさに自らの犯行として本件独占禁止法違反行為を行ったということができるのである」、「自分達の利益を図るために、極めて重要かつ必要不可欠な役割を果たしているのであるから…自己の犯罪行為として行った者として、身分なき共謀共同正犯の責任を負う」、高判⑩「自分の犯罪として加担した」がある）。このような表現は、高判⑤の「自己の犯罪を行う意思」に代表されるように、裁判例において主観説を採用していると評価されるゆえんといえるもののように思われる²⁸。

他方で、被告人の役割の重要性が結論に対して一定の影響を及ぼしていると評価し得るものもあり、その傾向の強いものとして、高判⑥のほか、同③、同⑦、同⑨、同⑩、前掲最決平成20年²⁹が挙げられるのではないであろうか³⁰。

3 平成22年最決

平成22年最決の事例では、粉飾決算に関与した公認会計士について、共同正犯が認められたものである。すなわち、「被告人は、公認会計士であり、当時、前記監査法人において、その代表社員の一人であるとともに、[監査の対象会社である] Aに係る監査責任者の地位にもあったが、原判決の認定及び記録によれば、被告人は、仕手筋からA株を買い取ることにについて[Aの当時の代表取締役である] Bから相談を受けていたところ、BがAから借り受けた60億円をA株200万株の買取り資金に充てたこと、Bには60億円を現実に調達する能力がなく、本件パーソナルチェックが無価値のものであること、前記消費寄託契約がAから[Aの知人Cが経営する株式会社である] Dに60億円を預託した形を仮装するものにすぎないこと、[Cが経営する株式会社である] E[社の] 株式は、Bの資金を用いて一株25万円で買収されたものであって、本件パーソナルチェックを対価として買収されたもので

28 西田・前掲（注10）378頁参照。ただし、「自己の犯罪」といった文言を用いているとしても、必ずしも主観説的立場にあるとまではいえず、裁判例ごとにどのような認定をしているかを検証する必要がある。

29 ただし、西田・前掲（注27）14頁～20頁によれば、背任については、私法上の有効性を考慮して、非身分者である融資先の共同正犯は一般の共謀共同正犯とは違って厳格に成立要件を解すべきことが検討されるとされ、前掲最決平成20年等の背任罪に関する判例は一般の共同正犯には必ずしも当てはまらない可能性があることに留意する必要がある。また、橋爪・前掲（注27）13頁参照。

30 また、本文では掲げていないが、小林＝植松・前掲（注2）223頁〔菊池〕は、行為の重要性・不可欠性が重視されたものとして、判例集未登載の高裁判例（東京高判平成17年6月29日）を紹介する。なお、主観説と役割の重要性との関係については、小林＝植村・前掲（注2）220頁〔菊池〕参照。

はないこと等を認識していたほか、A から出金された上記60億円に関する会計処理等について、B らに対して助言や了承を与えてきたものであって、虚偽記載を是正できる立場にあったのに、自己の認識を監査意見に反映させることなく、本件半期報告書の中間財務諸表及び本件有価証券報告書の財務諸表にそれぞれ有用意見及び適正意見を付すなどしたというのである。このような事実関係からすれば、被告人は、…虚偽記載のある本件半期報告書及び本件有価証券報告書をB が提出することを認識するとともに、このことについてB 及びC と共謀したとして、被告人に虚偽記載半期報告書提出罪及び虚偽記載有価証券報告書提出罪の各共同正犯が成立するとした原判断は正当である」とし、虚偽記載を是正できる立場にあったにもかかわらず、虚偽記載についての、①認識があったこと、②助言や了承を与えたこと、③財務諸表に有用意見や適正意見を付したことを理由として、共同正犯を認めた。

この平成22年最決に対しては、監査における「二重責任の原則」（作成者の責任と監査人の責任を区別するもので、財務諸表の作成に関する責任は作成者が負い、監査人の責任は、監査責任にとどまるとい原則）から共同正犯の成立に若干の疑問を示しつつも、原審（東京高判平成19年7月11日LEX/DB28135452）の事実認定のように、「虚偽記載を認識しながら、適正意見を表明したにとどまらず、隠ぺいのための会計処理に協力し、監査に耐える旨の事実上の保証を与えるなどしたほか、隠ぺいのためのスキーム構築に際して助言を与えたという」当該公認会計士の役割が積極的かつ重要なものであるとして、共同正犯を肯定する見解がある³¹。また、監査人である公認会計士の「専門家の立場」からの助言・了承により、心理的因果性や重要な役割を認める見解もある³²。さらに、虚偽記載を黙認するような場合であっても、本罪における監査人の役割は重大であるとして共同正犯を認め得る場合があるとする見解もある³³。

五 本罪の検討

1 各裁判例から見る平成25年東京高判の評価について

以上のとおり、ここで掲げた高裁判例の具体的な事例においては、役割の重要

31 弥永・前掲（注1）131頁。

32 小野上・前掲（注1）130頁、阿部・前掲（注1）111頁。

33 山口・前掲（注1）210頁〔橋爪〕、島田・前掲（注1）199頁。

性を重視していると考えられそうなものもあり³⁴、必ずしも純粹に主観的な要素のみによって共同正犯と狭義の共犯を区別するものではなく、学説でいうところの実質的客観説と理解することが可能なものも含まれていそうである³⁵。しかし、結論として認定されている事実や評価からすれば、裁判所の考え方に対する理解として、役割の重要性や寄与といった要素が「正犯意思」といった主観的要素の認定資料として考慮されていると考えられ、裁判実務においては、なお主観説と評価されるべきものが多いと思われる。

このような一連の高裁裁判例にかんがみれば、平成25年東京高判やその第一審判決が、役割の重要性に言及しつつも、「自己の犯罪として主体的に関与したということが出来る」などとするのは、共同正犯か否かについて「自己の犯罪」であるかをメルクマールとして、主観説のような立場から共同正犯か否かを判断したと理解するのが適切のように思われる。また、平成25年東京高判の事案における被告人の役割は、不正会計処理の隠蔽に対する助言等にとどまらず、時には自らその処理を行うものであって、平成22年最決が指摘した公認会計士と同等以上の役割の重要性があったと評価し得るものである。それにもかかわらず、平成25年東京高判は、さらに加えて動機に触れているもので、主観的要素に依拠していることを示すものと考えられる。

しかし、本罪につき、法人の外部の者に対する評価方法として、主観説的立場によることが適切であるかは、前述のとおり疑問がある。平成25年東京高判は、「進んで」として被告人の動機を認定した上、「…重要な役割を果たしたといえる上、その動機は、自己の実績を高めて顧客を増やし、また、Sから利益の供与を受けるというものであったと認められる。そうすると、被告人は、…自己の犯罪として主体的に関与したということが出来る」としているが、動機の点を指摘することなく「重要な役割を果たした」ことだけでは、「自己の犯罪として主体的に関与した」と評価することはできず、動機も踏まえて初めて共同正犯と評価していると考えられる。ところが、法人の外部の者の本罪に関与する動機は、内部の者のそれと比べて

34 近時の学説で役割の重要性を重視するものとして、島田・前掲（注2）98頁、臼木・前掲（注5）104頁、井田・前掲（注2）358頁、363頁、西田・前掲（注10）383頁、松宮・前掲（注2）275頁、亀井・前掲（注2）94頁、山口・前掲（注1）210頁〔橋爪〕等。ただし、その理論構成は同一ではない（西田ほか・前掲（注2）826頁～832頁〔島田〕参照）。
35 亀井・前掲（注2）64頁、66頁、128頁、133頁参照。また、小林・前掲（注2）6頁～7頁、照沼・前掲（注2）118頁参照。

自ずと違いがあるように思われ、果たして、外部の者と内部の者と同じように「自己の犯罪として主体的に関与した」と評価することができるのかは判然としない。そうであれば、動機のような主観的要素を重視して「自己の犯罪」であるか否かを区別するアプローチによった場合、本罪の外部関与者の評価が適切に行われるかは疑問の余地があるように思われる³⁶。

2 平成22年最決について

これに対し、平成22年最決では、原審よりも明示した事実が少ないという点はあるものの、虚偽記載を是正できる立場にあったにもかかわらず、虚偽記載についての、①認識があったこと、②助言や了承を与えたこと、③財務諸表に有用意見や適正意見を付したことを認定するによって共同正犯の成立を認めている（なお、第一審（東京地判平成18年3月24日2006WLJPCA03240011）の認定事実によれば、当該公認会計士は、事後、謝礼として現金を受け取っているようであるが、当該最決ではかかる事実にも触れていない）。

そうであるとすれば、平成22年最決が、当該公認会計士の動機といった主観的要素に触れることなく、（意図的であるかは必ずしも明らかではないが）「自己の犯罪」ないしこれに類似した文言を用いなかったことは、主観說的立場を採用することに消極的な姿勢を示したともいえそうである³⁷。そして、前述の当該最決に対する各見解を敷衍すれば、当該公認会計士の役割の重要性が重視されていることが伺える。

平成25年東京高判には前述のとおり疑義があると思われる。それでは、同高判と違う態度を採る場合にどう理解すべきか、平成22年最決を踏まえ、以下、本罪が構成的身分犯であるか否かについても含めて若干の考察を試みたい。

36 ただし、裁判実務が動機を考慮する理由として、大阪刑事実務研究会・前掲（注2）18頁～19頁〔上野〕、小林＝香城・前掲（注2）354頁、367頁〔石井＝片岡〕参照。

37 なお、例えば特別背任に関して、前掲最決平成20年が「…本件融資の実現に積極的に加担したものである。このような事実からすれば、被告人はDらの特別背任行為について共同加功したものと評価することができる」とした点について、「積極的な加担」を、「積極的な意思」と捉えるのではなく、「…事実を積み重ねることによって積極的加担行為を行ったかどうかをまず判断すべきであると考えられる」（青柳・前掲（注27）139頁）と客観的な事実と捉えるのであれば、平成22年最決と同様に主観說的立場に消極であるということもできそうである。

3 本罪の解釈

(1) 構成的身分犯を前提とする解釈について

平成22年最決が示唆する1つの考え方としては、実質的客観説に基づいて監査人の果たした役割の重要性から共同正犯を認定することが考えられ、学説上からも肯定し得るものと思われる³⁸。

そして、この考え方によった場合、本罪が構成的身分犯³⁹であるとの理解を前提とすると、法人外の者については身分がないと解するのが一般的である。すなわち、金商法上、本来の有価証券報告書等の提出義務者は、上場会社である法人であるところ⁴⁰、法人の役職員が身分を有することになるのは、構成要件修正説により、両罰規定によって代表者、従業者及び代理人にまで身分者が拡張されるからである（最決昭和34年6月4日刑集13巻6号851頁、最決昭和55年10月31日刑集34巻5号367頁）⁴¹。このような理解を前提とすれば、監査人等の法人の外にいる者には身分がないとする理解が一般的であるように思われ⁴²、「公認会計士は狭義の提出者ではない」⁴³ため身分を欠くが、その果たした役割の重要性によって共同正犯か否かの評価を決め、刑法65条1項を適用して共同正犯の成立を認めることとなる。

なお、（例えばコンサルタントのような）他の法人外の者と違い、監査人については固有の論点がある。すなわち、監査人は、法定開示書類に監査証明を付す役割があるため、単に虚偽記載を知って黙認するような場合にまで、重要な役割を果たしたとして共同正犯の責任を問われるかが問題となる⁴⁴。この点、監査証明が不可

38 弥永・前掲（注1）131頁、阿部・前掲（注1）111頁、小野上・前掲（注1）130頁、山口・前掲（注1）209頁〔橋爪〕参照。

39 前掲（注1）の各論稿（ただし、島田・前掲（注1）198頁を除く）のほか、平野龍一ほか編『注釈特別刑法 補巻（2）』（青林書院、1996）64頁〔土持敏裕＝榊原一夫〕、野村稔「粉飾決算と刑事責任—旧日本長期信用銀行粉飾決算事件第一審判決によせて—」早稲田法学78巻3号209頁、217頁（2003）、芝原邦爾『経済刑法研究 下』（有斐閣、2005）624頁、金融庁総務企画局「第14回金融審議会公認会計士制度部会」（平成18年12月18日）議事録13頁～14頁〔池田唯一発言〕、神田秀樹ほか編著『金融商品取引法コンメンタール4—不公正取引規制・課徴金・罰則』（商事法務、2011）573頁〔黒沼悦郎〕。

40 阿部・前掲（注1）111頁。

41 山口・前掲（注1）341頁〔樋口亮介〕。また、芝原邦爾『経済刑法研究 上』（有斐閣、2005）90頁参照。なお、発行者の役職員を身分なき共犯であるとする見解もあるが（神田ほか・前掲注（39）573頁〔黒沼〕）、構成要件修正説から役職員は身分者であるとするのが判例・通説と思われる。

42 弥永・前掲（注1）131頁、阿部・前掲（注1）111頁、山口・前掲（注1）209頁〔橋爪〕、野村・前掲（注39）218頁。

43 小野上・前掲（注1）128頁。

44 山口・前掲（注1）210頁〔橋爪〕、島田・前掲（注1）199頁参照。

欠であることを強調すると⁴⁵、黙認して監査証明を行う場合でも、（意思疎通があることなど他の要件の充足が前提であるもの）役割が重要であるとして共同正犯が成立してしまうことにもなりかねないが、その結果はやや酷なものといえるかもしれない。平成22年最決が認定するように、少なくとも「助言や了承」といった積極的・明示的な行為が必要のように思われる。

（２）非身分犯と解釈する可能性について

以上のとおり、一般的に本罪は構成的身分犯と解されているが、これとは別に、本罪が身分犯ではないと考えることも可能であり、平成22年最決はかかる解釈を否定していないものと理解する余地もあるように思われる^{46,47}。

本罪は条文上、「提出した者」を罰するのであって（金商法197条1項1号）、必ずしも身分犯の典型的な規定とはなっていない。むしろ、所得税法の検査を妨げる罪に関する最高裁判例（最判昭和45年12月18日刑集24巻13号1773頁）からすれば、文言上、本罪の規定は非身分犯と解釈の方が素直である⁴⁸。

ただ、文理解釈のみに頼ることなく、刑法の謙抑性等の観点から、法が敢えて身

45 山口・前掲（注1）210頁〔橋爪〕、島田・前掲（注1）199頁は、共同正犯の成否に関し、監査証明が不可欠であることを挙げている。しかし、例えば、インサイダー取引規制における情報受領者の違反行為（金商法166条3項、167条3項）の場合、情報伝達者の情報伝達行為は必要不可欠なものであるが、全ての情報伝達者に共同正犯が成立することはないと考えられる（金融審議会インサイダー取引規制に関するワーキング・グループ「近年の違反事案及び金融・企業実務を踏まえたインサイダー取引規制をめぐる制度整備について」（平成24年12月25日）1頁参照。また、横浜地判平成25年2月28日 LEX/DB25445402参照）。

46 島田・前掲（注1）199頁。ただし、下級審で身分犯であるとしたものを、上告審において非身分犯であるとする理解に基づき上告棄却の決定を下すことができるのかは、刑事訴訟法上別途検討すべきものと思われる。なお、身分犯に関しては、前掲（注2）の各論稿のほか、西田典之『〔新版〕共犯と身分』（成文堂、2003）167頁以下、島田聡一郎「政治資金規正法旧25条1項の収支報告書虚偽記入罪が非身分犯とされた事例」法学教室248号90頁（2001）、高崎秀雄「政治資金収支報告書虚偽記入罪の身分犯性」ジュリスト1230号121頁（2002）、山口雅高「政治資金規正法（平成6年法律第4号による改正前のもの）25条1項が定める同法12条1項の報告書に虚偽の記入をする罪と身分犯」法曹時報55巻3号325頁（2003）、西田ほか・前掲（注2）951頁以下〔小林〕参照。

47 なお、共同正犯と狭義の共犯の区別と、身分犯と理解するか非身分犯とするかは、必ずしも連動するものではない。また、本罪を非身分犯であると理解しても、平成25年東京高判のように、主観的立場を採用することへの疑義を完全に払拭することはできないように思われる。

48 本罪は、「〔金商法〕第5条…の規定による届出書類…又は第24条第1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」とあるが、前掲最判昭和45年12月18日に照らせば、「…条の規定による…を…した者」と定める類型は、文言上非身分犯と考えられる（山口・前掲（注46）336頁～337頁参照）。主体が明文で限定されている罪は、「公務員が…」、「他人のためその事務を処理するものが…」といったもので、単に「…した者」は明示的な身分犯とはいえない（島田・前掲（注46）90頁）。

分犯としたと解する余地もあるため⁴⁹、次にこの点を検討する。

有価証券届出書や有価証券報告書のような法定開示書類の作成については、提出義務者である法人内部のみで完結することはなく、外部の者の関与も必要と考えられる。有価証券届出書等の虚偽記載等に関する民事責任が問われたアーバンコーポレーション事件の地裁判決（東京地判平成24年6月22日金判1397号30頁）では、外部の者である転換社債型新株予約権付社債の割当先が虚偽記載等に強く関与したことが認定されている。そうすると、実態に即せば、本罪を身分犯としてその主体を法人（及びその役員）に限定する必要性がどこまであるかは疑問の余地があるといえよう。

また、公開買付届出書や大量保有報告書の虚偽記載も刑事罰の対象となっているところ（金商法197条1項3号、197条の2第6号）、公開買付届出書については、その主体は公開買付者であるとする見解⁵⁰があるものの、公開買付者の定義は公開買付開始公告を行った者（金商法27条の3第2項参照）をいうとされていることから⁵¹、身分犯と解したところで実質的には何らの限定もないと考えられる⁵²。さらに、（刑事事件としての立件はなかったものの）テラメント事件⁵³を見れば明らかなどおり、虚偽記載のある大量保有報告書を提出することができる者に限定はない⁵⁴。

49 高崎・前掲（注46）123頁参照。

50 平野ほか・前掲（注39）72頁〔土持＝榊原〕。

51 平野ほか・前掲（注39）72頁〔土持＝榊原〕。

52 なお、平野ほか・前掲（注39）70頁〔土持＝榊原〕は、公開買付けにかかる公告又は公表に当たっての虚偽表示の罪（現金商法197条1項2号）の主体を「公開買付者（27条の2第1項に規定する公開買付開始公告を行った者をいう（同条2項））」とするが、公開買付けに際してかかる公告を行おうとする者、すなわちこれから「公開買付者」になろうとするものも虚偽表示の罪の主体となり得ることからすれば、このように主体を限定する身分犯との理解は適切でないと思われる。また、インサイダー取引規制違反における課徴金納付命令の事例を見ると、形式的な公開買付開始公告を行う公開買付者と実質的な公開買付者が一致していない例も見受けられる（平成19事務年度（判）第7号金融商品取引法違反審判事件及び平成20事務年度（判）第13号金融商品取引法違反審判事件並びにこれらに対する平成21年証券取引等監視委員会「金融商品取引法における課徴金事例集」事例30及び事例33参照）。

53 東京証券取引所市場第一部に上場する会社の株式を過半数取得したとする内容の大量保有報告書が提出された事件で、保有割合そのものが虚偽であったとされる。平成20年1月26日付日本経済新聞朝刊3頁等参照。

54 平野ほか・前掲（注39）141頁〔土持＝榊原〕は、虚偽記載のある大量保有報告書を提出する罪の主体として、「27条の23第1項の規定による大量保有報告書…の虚偽記載の罪の主体は、大量保有者である。」とする。しかし、テラメント事件からも明らかなどおり、保有割合そのものを偽って記載して提出することは何人かを問わず可能であることから、非身分犯との理解が適切と思われる。

そうであるならば、これら公開買付届出書や大量保有報告書の虚偽記載は身分犯ではないと考えるのが適切のように思われる。

その上で、有価証券報告書は、たしかに上場会社等が提出を義務付けられているものの、当該義務と実行行為とを分けて考えることができるのであれば⁵⁵、「何人が右〔政治資金規正法12条1項に基づいて提出する〕報告書に虚偽の記入をしても、…目的が没却されることに変わりはない」（最決平成12年11月27日刑集54巻9号874頁）との考えを本罪に敷衍することもできると考えられる。本罪の違法性が、提出行為というより、虚偽記載そのものにあるとすれば⁵⁶、政治資金規正法に基づく報告書と大きな違いはないものと思われる。また、金商法上、虚偽記載と不記載（記載すべき重要な事項の記載が欠けていること）のうち、両者とも課徴金納付命令の対象とされる一方、刑事罰の対象が前者のみであることからすれば、虚偽記載が問題となる本罪については提出義務や記載義務と一線を画すことにも合理的な理由があるといえそうである⁵⁷。

このような理解に対しては、本罪の実行行為を「作成から最後の到達までの過程」⁵⁸と広く解することは、本罪を身分犯として制限的に解釈することとのバランスの上で成り立ちうるものであり、非身分犯とすることはそのバランスを崩すものであるとの批判もあり得る。しかし、そもそも、身分概念については、最高裁（最判昭和27年9月19日刑集6巻8号1083頁等）において広く解されるなど、拡張ないし軟化してきたとされており⁵⁹、身分犯として制限することにどれほどの価値を置くかは別途検討が必要であると思われる。また、そもそも上場会社の役員にその身分があるといっても、開示用電子情報処理組織（EDINET）を使用して電子開示手続を直接行った者のみならず、提出される虚偽記載のある有価証券届出書等を了承したり、作成に携わったりした役員が実行行為者に含まれるのは当然のことと

55 山口・前掲（注46）337頁は、「…行政機関等に提出すべき報告文書の不提出罪、不記載罪、虚偽記入罪のうち、不提出罪、不記載罪は、その性質上、当該文書の提出義務、記載義務の存在を前提としなければ成り立たないものであるが、虚偽記入罪は、これらの文書の性質、役割等に照らし、虚偽記入を禁止する規定を待つまでもなく、当然違法と考えられるから、記載義務の存在が前提になると解する必要はないと考えられる」とする。

56 山口・前掲（注46）337頁参照。

57 前掲（注55）参照。また、身分犯をいわゆる義務犯論のように考えるのであれば別段、判例も義務犯論を採用していないと考えられているため（島田・前掲（注46）90頁～91頁）、義務の有無と身分犯か否かとは、一線を画すことができるように思われる。

58 平野ほか・前掲（注39）68頁〔土持＝榊原〕参照。

59 大越・前掲（注2）206頁参照。

思われ、構成的身分犯と解しても、その身分者はさほど限定的ではないと思われる。そうであるならば、非身分犯と解した上で、実質的客観説を基調として、その果たした役割に応じ、共同正犯か狭義の共犯であるかを区別するという理解もあり得るように思われる。

そして、山陽特殊製鋼事件（前掲神戸地判昭和53年12月26日）では、虚偽記載有価証券届出書提出罪（昭和46年改正前証券取引法200条1号⁶⁰）及び虚偽記載有価証券報告書提出罪（同法205条2号の2⁶¹）について、公認会計士として監査証明に従事していた被告人Uに対する法令の適用で、刑法65条1項を挙げておらず、古くは身分犯として理解されていなかったと推測できる。すなわち、同じ判決の中において、別の被告人Hについては、違法配当及び特別背任に関して同項を挙げていることから、裁判所は、虚偽記載の各提出罪について、同項の適用が不要な非身分犯と理解していたと考えられる。

六 むすびに代えて

本稿は、虚偽記載のある有価証券届出書等を提出する罪につき、平成25年東京高判と平成22年最決とを主たる題材として、提出者である法人の外部の者が関与した場合の刑責について考察を試みようとしたものである。

法人外の者が関与した場合の本罪の共同正犯と狭義の共犯の区別について、（特に下級審）裁判例が採用するとされている主観説によることは、疑問の余地があるものと思われる。そのため、主観説的立場に消極的な態度をとるとすれば、平成22年最決を踏まえて、実質的客観説によることが考えられるが、その場合、本罪が身分犯であると解するか否かで解釈は2つに分かれる。

このうち、本罪が構成的身分犯であるとの理解は、下級審の裁判実務において定

60 「第5条の規定による届出書若しくは添附書類（第27条において準用する場合を含む。）又は第7条、第9条第1項若しくは第10条第1項の規定による訂正届出書（第27条において準用する場合を含む。）に虚偽の記載をしてこれを提出した者」と規定されていた。

61 「第24条第1項若しくは第2項若しくは第118条の規定による報告書若しくは訂正報告書若しくは第24条第1項若しくは第3項の規定による報告書若しくは訂正報告書の写を提出せず、又は虚偽の記載をした報告書、訂正報告書若しくはこれらの写を提出した者」と規定されていた。構成的身分犯と解される不提出罪と同じ号に規定されており、解釈として不提出罪と同じく身分犯とすべきとすることもあり得たが（高崎・前掲（注46）124頁参照）、裁判所は刑法65条1項を挙げることなく、本文で述べたとおり、虚偽記載に係る罪を非身分犯であると理解していたと考えられる。

着しつつあるようにも思われ（平成25年東京高判やその第一審のほか、前掲東京地判平成19年3月23日参照）、学説や金融庁金融審議会公認会計士制度部会における事務局説明においても同様の理解がなされており、かかる理解を覆すのは容易ではない。しかし、山陽特殊製鋼事件判決では必ずしもそのように解されておらず、また、最高裁の判断はまだ示されていないと考える余地がある⁶²。身分犯であるか否かは、平成22年最決や平成25年東京高判の事例において、結論を左右するものではない。しかし、なお、以下のような観点からすると、非身分犯であると解釈する余地を残しておくことの利点がある。

第1に、身分犯と解した場合、非身分者が情を知らない身分者を介して虚偽記載のある法定開示書類を提出した場合には、虚偽の認識を欠く身分者にも、提出させた非身分者にも本罪が成立しないこととなり不都合である⁶³。例えば、法人を外部から実質的に支配する者⁶⁴が監査人と共謀したような場合、何も知らない代表者等が虚偽記載を知らずに提出したとき、本罪が否定されることとなる。また、身分者の範囲から、外部の者のみならず、内部の者であっても重要な役職についていない者をも排除する考え⁶⁵によった場合、代表者以外の者が自己の失策の隠ぺいその他の理由で虚偽記載を主導し、代表者等の上層部を欺いて承認させても同様となる。第2に、金商法207条1項との関係では、身分犯を前提とすると、法人外の自然人（例えば、公認会計士）が所属する法人等（この例では監査法人）は刑事責任を問われないこととなる⁶⁶。しかし、非身分犯と理解した場合、当該法人にも両罰規定の適用が可能となるように思われる。

他方で、平成24年金商法改正（平成24年9月12日法律第86号）により、虚偽記載に対する特定関与者は課徴金納付命令の対象となった（同改正後金商法172条の12）。当該特定関与者の身分について特段の制限はない一方、特定関与行為⁶⁷は刑

62 島田・前掲（注1）199頁参照。

63 山口・前掲（注46）339頁、島田・前掲（注1）199頁参照。

64 ただし、最決昭和58年3月11日刑集37巻2号54頁によれば、「その他の従業者」には当該法人の代表者ではない実質的な経営者も含まれるため、実質的に支配する者を身分者と理解する余地はある。

65 野村・前掲（注39）218頁。

66 金融庁総務企画局・前掲（注39）14頁〔池田発言〕。

67 当該規定における「特定関与行為」とは、「…開示書類提出者等が虚偽開示書類等を提出し、提供し若しくは公表することを容易にすべき行為であつて次の各号のいずれかに該当するもの又は開示書類提出者等が虚偽開示書類等を提出し、提供し若しくは公表することを唆す行為をいう」（平成24年改正後金商法172条の12第2項）とされている。

法における教唆・幫助に相当するものように考えられる。

当該改正は本罪についての従来の解釈に直ちに影響を及ぼすものとは思われない。しかし、かかる改正に関する議論も踏まえ、本罪の共犯について検討を加えることは有益であると考えられ、この点については今後の検討課題とする。

（筑波大学大学院博士後期課程（ビジネス科学研究科企業科学専攻））