

Title	Mt.Gox刑事事件の分析
Sub Title	A criminal analysis of the Mt.Gox case
Author	和田, 俊憲(Wada, Toshinori)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2019
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.42 (2019. 2) ,p.455- 482
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	伊東研祐教授・江口公典教授・中島弘雅教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20190222-0455">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20190222-0455</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# Mt.Gox 刑事事件の分析

和田 俊 憲

- I はじめに
- II Mt.Gox 事件の概要
- III 私電磁的記録不正作出罪および同供用罪
- IV 業務上横領罪および特別背任罪
- V おわりに

## I はじめに

2014年2月に起きた世界最大（当時）のビットコイン取引所 マウントゴックス Mt.Gox の破綻をきっかけとして、同取引所を設置・運営していた株式会社 MTGOX（以下、M社）の破産手続および同社の代表取締役に対する刑事手続が進められた。前者の破産手続は、のちに価格が高騰したビットコイン等の売却に伴い破産財団の帰属財産が増加したことにより、2018年6月、民事再生手続に移行して、2019年2月に再生計画案の提出が予定されているところである。また、後者の刑事手続については、2015年9月の公訴提起から3年以上を経て、2018年末に第一審の審理が終結し、本稿の脱稿・公刊の時点では判決宣告を残すのみとなっている。本稿は、このうち刑事事件について、被告人がM社の唯一の包括的業務執行権限者であり、また、実質的な100%株主でもあるというところに特に焦点をあて、これを分析しようとするものである。なお、本件に関する情報は、被告人の同意に基づき弁護人から提供を受けた。

本論に先立って、本刑事事件においては結局のところ主役ではないビットコ

インについて簡単にまとめておきたい。

ビットコインは、既存の暗号技術と巧妙なインセンティブ・システムを組み合わせることによって、中央集権的な発行・管理主体がなくても、新規の発行および取引当事者間での（確率論的に）一義的かつ終局的な直接の支配移転ならびにそれらによるシステムの永続的な維持を可能にした、分散型暗号通貨のひとつであり、運用開始以来、各種暗号通貨の中での支配的地位を維持しているものである。

ちょうど10年を超えたところであるビットコインの歴史は、社会的浸透の程度および取引市場における熱狂と鎮静のサイクルに着目すると、Mt.Goxの破綻までの約5年とそれ以降の約5年に二分できる。そのうち第1期は、2008年のビットコインの発明・発表（Satoshi Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>）に始まり、2009年の運用開始、2010年の実社会での初使用（ピザ2枚の購入代行に対して10,000BTCが支払われたといわれる）、2011年の日本法人M社の設立（なお、M社が譲り受ける前の2010年からMt.Gox取引所は存在した）、そして2013年のキプロス金融危機がきっかけだともいわれる暗号ギーク界の外部への浸透による取引量拡大と価格高騰を経て、2014年のMt.Gox取引所の破綻およびそれに伴う価格の沈静化に至る期間である。第2期は、その後、同年のEthereumのICOから始まるいわゆるアルトコイン（ビットコイン以外の暗号通貨・暗号資産）の隆盛に伴い、ビットコインを代表とする暗号通貨の世界が社会における裾野をさらに広げ、一般社会への投機的浸透により2017年を中心に暗号通貨全体のバブル市場が形成されたうえで、2018年においてそれが崩壊するまでの期間である。このようにみると、2019年は、第2期の終わりを迎えて、ようやく第1期を法的に総括しつつ、第3期を占うべき時期であるということが出来る。

法的総括とはいっても、わが国におけるM社の代表取締役に対する刑事事件に関する限り、それはビットコインのあり方を問うものとはなっていない。同事件は、私電磁的記録不正作出罪・同供用罪および業務上横領罪・特別背任罪を訴因とするが、Mt.Goxの破綻原因やビットコインの技術的問題あるいは

ビットコインに対する法的規制に関する問題などとは関係のない事実のみが審判対象とされているからである。

## II Mt.Gox 事件の概要

### 1. 事件の概要

2011年3月1日、米国人プログラマーであるJ.M.が設立・運営していたビットコイン取引所Mt.Goxを、株式会社TIBANNEが譲り受けた。Mt.Goxは、もとは、人気カードゲームMagic: The Gatheringのトレーディングカードのオンライン取引所であり、Magic: The Gathering Online eXchangeを略した命名である。一方、日本法人のTIBANNE社（以下、T社）は、本件被告人（1985年生まれ、親日家のフランス人プログラマー）が100%株主であり、唯一の取締役であった。

取引所の取引に参加するには、ビットコインまたは法定通貨を運営主体の指定口座（Mt.Gox社の管理するビットコインアドレス、または、Mt.Gox社名義の銀行預金口座）に送金する必要がある。利用客は、当該送金額の範囲内でビットコインと法定通貨の交換取引（ビットコインの購入・売却）を行うことができる。運営主体は、利用客間での売買成立を仲介する役となる。利用客間での売買時には、Mt.Gox取引システム上、各口座のビットコインおよび法定通貨の残高記録が書き換えられるだけで、現実のビットコインおよび通貨が移動するのは、原則として利用客が引出請求をした場合のみである。

2011年8月9日、Mt.Gox取引所を、M社が譲り受ける。日本法人のM社は、被告人が設立者であり唯一の取締役であった。その株式の88%をT社が、12%をJ.M.が保有しているが、議決権ベースではT社が100%株主である。

2013年4月、Mt.Gox取引所は、ビットコイン（時価総額約30億ドル（当時））の世界取引量の7割を扱うまでに成長した。取引所の運営会社は日本にあるが、利用のほとんどは海外からという状況であった。

2013年4月以降、米国内での銀行口座凍結などが影響し、Mt.Gox取引所で

は、取引の一時停止や金銭払戻しの一時停止などが行われるようになり、金銭払戻しの遅延も問題になる。

2014年2月7日、ビットコインの消失を受けてビットコイン払戻しの停止措置がとられる。消失の原因は、まだ明らかにはなっていない。

2014年2月28日、M社が民事再生法の適用を申請するが認められず、2014年4月24日、M社の破産手続開始が決定される。

2017年9月27日現在で、届出債権額約263兆円に対して、認められた債権額は約460億円。一方で、破産財団の資産は約40億円であり、それとは別に約20万BTCが発見される。

こうして、Mt.Gox事件の社会問題としてのポイントは、取引所の破綻により、世界中にいる多数の利用客が少なくともその時点で多額の財産的損害を被ったことである。

## 2. 刑事事件としての概要

これに対して、M社の代表取締役は、2015年8月1日、まず私電磁的記録不正作出・同供用で逮捕され、同21日、業務上横領で再逮捕、同年9月11日、私電磁的記録不正作出・同供用および業務上横領で起訴された。保釈されるのは、勾留期間がほぼ1年に達した2016年7月14日である。その後、私電磁的記録不正作出・同供用での追起訴と、業務上横領および特別背任の二重の予備的訴因追加がなされている。

最終的に36個の訴因が立つこととなった。

そのうち21個は、Mt.Gox取引システム内で、実際金銭の入金がないにもかかわらず、自己の管理するアカウントに入金があり残高が増加したという虚偽の情報の記録を繰り返し作出し供用したという同種の行為についての、私電磁的記録不正作出罪・同供用罪である。

残りの15個は、被告人がM社の銀行預金口座から自己または第三者の口座に向けて総額3億円以上を送金した5回の行為についての、主位的訴因としてのMt.Gox利用客に対する業務上横領罪、第1の予備的訴因としてのM社に

対する業務上横領罪、そして、第2の予備的訴因としてのM社に対する特別背任罪である。

### 3. オブリゲーション交換（債務交換）

被告人がMt.Gox取引システム内で自己の管理するアカウントの残高を書き換えたのは、会社延命目的でのオブリゲーション交換のためだったと、被告人は主張している。

#### (1) 前提

Mt.Gox取引所をT社がJ.M.から譲り受けた時点で、Mt.Gox取引システム上記録されている利用客のビットコイン総額および法定通貨総額よりも、現実にはT社が受け取ったビットコイン額および法定通貨額は少なかった（なお、当該事実をT社またはM社が利用客に告知したことはない）。それにもかかわらず、被告人が同取引所を譲り受けたのは、J.M.から次のような説明を受けたからであるという。

市場参加者が増えると、ビットコインや法定通貨がM社に送金され、交換取引が活発になると、交換が行われるたびに所定の率の手数料が利用客からM社に支払われることになるため、Mt.Gox取引システム上記録される利用客のビットコイン額および法定通貨額が減少し、利用客からのビットコインまたは法定通貨の引出請求が過大にならなければ、いずれは、システム上記録される利用客のビットコイン額および法定通貨額が、M社の実際に保有するビットコイン額および法定通貨額を下回ることが予想される。

そのような状態に達するまで、利用客のビットコインまたは法定通貨の引出請求に応じることができなくなる事態を避けるために被告人がJ.M.から教わって実行していたのが、オブリゲーション交換というオペレーションである。

#### (2) 内容

オブリゲーション交換とは、M社の利用客に対する支払債務の性質を、利

用客の意思に反しない限度で変更させる仕組み・作業である。

たとえば、取引システムの記録上、利用客全体の資産（すなわち M 社の利用客に対する債務）が  $100\text{BTC} + \$100$  であり、かつ、M 社の実際に保有する資産が  $50\text{BTC} + \$80$  であったとする。この時、利用客から  $30\text{BTC}$  の引出請求があり、当該請求を履行した場合、システムの記録上、利用客全体の資産（すなわち M 社の利用客に対する債務）は  $70\text{BTC} + \$100$  となり、Mt.Gox 社の実際に保有する資産は  $20\text{BTC} + \$80$  となる。この場合、さらにビットコインの引出請求があるとデフォルトに陥る（つまり、保有するビットコインが底を突く）危険性があるため、M 社は、システムの記録上利用客が保有するビットコイン額（M 社の利用客に対するビットコイン支払債務）を減らすことを企図する。その方法は次のとおりである。

① 被告人は、取引システム上に作成した「MagicalTux」という名義の作業用の口座について、口座残高が  $\$30$  増加した旨のデータ書込みをする（現実の金銭の入金はない）。これによって、「MagicalTux」はシステム内で  $\$30$  分の取引を行うことが可能になる。

② 被告人は、取引システム上で、「MagicalTux」名義で  $\$30$  分のビットコイン購入の申込みをする。

③ 取引システム上で、 $\$30$  分のビットコインを売却したい者との取引が成立する。

④ ここで、相場が仮に  $1\text{BTC} = \$1$  であったとすると、取引システム上、「MagicalTux」の口座残高は、 $\$30$  減り、 $30\text{BTC}$  増えることになる。そして、その  $30\text{BTC}$  が出金された旨のデータ書込みをする（現実のビットコインの出金はない）。

以上の結果、取引システムの記録上、利用客全体の資産は、 $40\text{BTC} + \$130$  となる。オブリゲーション交換前は、 $70\text{BTC} + \$100$  であった。つまり、M 社は、利用客全体に対して  $70\text{BTC} + \$100$  の支払債務を負っていたが、オブリ

ゲーシオン交換によって、40BTC + \$130 の支払債務を負う状態に変わった。すなわち、債務の内容が交換されているのである。そして、この交換は、利用客の意思に基づいてなされたものである（利用客は自由意思に基づいてビットコインの売却注文を出しているからである）。

### (3) 効果

オペレーション交換によってビットコイン債務の引出圧力が減少する結果、ビットコイン引出請求に応じられなくなる危険性が減少する。逆に、ドルの引出請求に応じられなくなる危険性は増大するが、被告人は、各時点において、相場のトレンドなどをみながらどちらのリスクが大きいかを判別し、適宜オペレーション交換を行い、M社の延命を図っていたというのである。

## Ⅲ 私電磁的記録不正作出罪および同供用罪

以上を前提に、本件における私電磁的記録不正作出罪・同供用罪の成否を検討する。電磁的記録不正作出罪・同供用罪は、文書であれば文書偽造罪・同行使罪にあたる行為について、文書偽造罪・同行使罪の構造を基礎としつつ、客体が電磁的記録に転換されることにより必要となる修正を加えて、昭和62年に立法されたものである。その観点に基づいて同罪の基本構造を理解すると、本件は事案の構造上、同罪が適用される余地のない類型にあたると思われる。また、より具体的に検討しても、被告人の本件行為は同罪の実行行為性を満たさず、かつ、被告人には同罪で要求される目的も認められないと考えられる。

### 1. 電磁的記録不正作出罪・同供用罪の基本構造

#### (1) 被告人とM社は同一視されるべきこと

本件の最大の特徴は、被告人がM社の唯一の取締役として、同社の包括的業務執行権限を有することである。

文書偽造罪においては、法人を含む他人の業務につき包括的業務執行権限を



有する者は、当該他人作成名義の文書について有形偽造をなしえないとするのが、判例の立場であると考えられる。判例は、Aの個人経営にかかるB銀行の支配人として営業の一切を担当していたXが、自己の取引に用いるため、B銀行名義で内容虚偽の為替取引報告書を作成したという事案で、私文書偽造罪の成立を否定している（大連判大正11年10月20日刑集1巻558頁）。

その後、会社の代表取締役会社名義の文書の作成につき有形偽造を認めた判例も出ているが、共同代表の事案について判断したものである。すなわち、A社に2人いる共同代表取締役のうち一方のXが、他方のBに無断でA社名義の文書を作成したという事案で、私文書偽造罪が肯定されているが、Xには単独でA社を代表する権限はないことが理由とされている（最決昭和42年11月28日刑集21巻9号1277頁）。したがって、少なくとも、他人の業務についての包括的業務執行権限者が1人しか存しない場合には、その者は当該他人名義の文書について有形偽造をなしえないとする立場を、判例は維持していると解される。

そして、そのような包括的業務執行権限が認められる限り、もっぱら自己図利目的で文書を作成した場合であっても、有形偽造は肯定し得ないとされている点が注目される。すなわち、大審院判例は、当初、他人から文書の作成権限を与えられた者であっても、もっぱら自己図利目的・第三者図利目的で文書を作成した場合は有形偽造になるという理解を示していたが（大判明治42年12月13日刑録15輯1770頁）、前記・大連判大正11年10月20日はこれを否定し、外形上、業務として行われていれば、自己図利目的であっても有形偽造にはなり得ないという立場に転換している。さらに、同判例は、内容虚偽の文書を作成した事案でもあり、また、第三者に対する詐欺の目的で文書を作成した事案でもある。

つまり、判例においては、唯一の包括的業務執行権限者であるということ自体で有形偽造は否定されるものとされており、それは犯罪目的や自己図利目的、内容虚偽文書といった事情では覆すことができないほど決定的である。そして、犯罪目的や内容虚偽といった事情は通常、作成名義人の意思に反するものであ

ると解されるから、作成名義人の意思に反するという事情もまた、包括的業務執行権限者の文書作成権限に対する制約とはなり得ないことを示している。

ところで、判例によれば、有形偽造とは、文書の作成名義人以外の者が、権限なしに、その名義の文書を作成することであり（最判昭和51年5月6日刑集30巻4号591頁）、また、文書の名義人と作成者との間の人格の同一性を偽ることとも定義される（最判昭和59年2月17日刑集38巻3号336頁）。

一般にこの2つの定義は同義であるとされている。すなわち、㊦文書の名義人と作成者の人格的同一性を偽れば、それは無権限の作成であり、逆に、㊧無権限の文書作成であれば、名義人と作成者の人格的同一性が認められない。裏返していえば、㊨人（法人を含む）は誰でも自己名義の文書を作成する権限を有しているということであり、逆に、㊩ある文書の作成権限を有すると認められる者は、文書偽造罪との関係では、当該文書の作成名義人と人格的に同一であるものとされるのである。

以上から、他人の業務につきただひとり包括的業務執行権限を有する者は、当該他人が作成権限を有する文書を作成することとの関係では、当該他人と人格的に同一であるものとして扱われる。

客体が電磁的記録の場合も、これと異なる判断をすべき理由はない。すなわち、他人の業務につきただひとり包括的業務執行権限を有する者は、当該他人が作出権限を有する電磁的記録を作出することとの関係では、当該他人と人格的に同一であるものとして扱われるべきである。

したがって、本件で被告人とM社とは、文書偽造罪および電磁的記録不正作出罪の領域においては、人格的に同一であるものとして扱われるべきことになる。

## (2) M社が作出権限者であり、かつ、供用対象者であること

本件のもうひとつの特徴は、本件電磁的記録がいわゆる〈備付け型電磁的記録〉であることである。電磁的記録は、各種カードやチケットの磁気ストライプ部分のような〈携帯型〉のものと、銀行の預金残高ファイルのような〈備付

け型）のものに分けられるところ、本件の電磁的記録は後者にあたる。

携帯型電磁的記録を客体とする電磁的記録不正作出罪・同供用罪の場合に記録の作出権限者と供用の対象者とが別人になりうるのとは異なり、備付け型電磁的記録を客体とする場合には、電磁的記録の作出権限者と電磁的記録の供用の対象者とは、つねに同一人である。備付け型の場合は必ず、電磁的記録が供用される電算機システムの設置・運営主体が、当該システム内に電磁的記録が作出されることについても権限を有していると考えられるからである。

本件の電磁的記録についても、M社がその作出権限者であると同時に、供用の対象者でもある。

### （3）本件では「他人」が存在しないこと

以上を併せ考えると、本件では「他人」が存在しなくなる。

通常の文書偽造罪・同行使罪は、行為者Xが、Aを作成名義人とする文書を作成し、これを第三者Bに対して行使するという形態をとる。ここには、〈行為者X〉、〈作成名義人A〉および〈行使対象者B〉という3つの人格が登場する。

これに対して、行為者Xが作成名義人Aから文書作成権限を与えられたり、あるいは、作成名義人A自身が行為する場合には、XとAが同一の人格として扱われるから、現れる人格は〈X = A〉および〈B〉の2つにまとめられる。

一方、電磁的記録不正作出罪・同供用罪も、行為者Xが、Aを作出権限者とする電磁的記録を作出し、これを電算機システムの設置・運用主体Bに対して供用するという形態をとる。ここでも、〈行為者X〉、〈作出権限者A〉および〈供用対象者B〉という3つの人格が観念できる。

ただし、備付け型電磁的記録については、作出権限者Aと供用対象者Bが人格的に同一であるから、現れる人格は、〈X〉および〈A = B〉の2つにまとめられる。

本件は、人格を同一化する上記の2つの特徴をともに兼ね備えているところ

に、事案構造上の特徴がある。本件では、被告人がM社の包括的業務執行権限者であることによって〈X = A〉となり、かつ、電磁的記録が備付け型であることによって〈A = B〉となるから、結局、〈X = A = B〉となる。つまり、本件では、電磁的記録不正作出罪・同供用罪との関係では、人格的に同一として扱われるべき〈被告人 = M社〉という1つの人格しか登場しないのであり、それ以外の「他人」が存在しない。

電磁的記録不正作出罪・同供用罪は、条文文言から明らかなように「他人」の存在を前提とするものである。本件のような類型の事案には同罪の基本構造が認められないから、被告人の行為には、実行行為性や目的の有無を検討するまでもなく、同罪が成立する余地はないと思われる。本件と同様の構造を有する事案について同罪の成立が認められた例は、同罪が立法されてから今日まで、存在しない。

## 2. 電磁的記録不正作出罪・同供用罪の構成要件該当性

被告人の行為をより具体的に検討しても、それが同罪の構成要件に該当することはないように思われる。

### (1) 電磁的記録不正作出罪の実行行為

電磁的記録不正作出罪・同供用罪は、文書であれば文書偽造罪・同行使罪にあたる行為について、客体が電磁的記録に転換されることから必要となる修正を加えて立法されたものであり、基本的には文書偽造罪・同行使罪とパラレルに解釈されるべきである。

その観点から一般に、同罪の実行行為である「不正作出」には、有形偽造に対応する〈無権限類型の不正作出〉と、無形偽造に対応する〈虚偽類型の不正作出〉とがあると解されている。「不正作出」という用語は、「偽造」（有形偽造）と「虚偽文書作成」（無形偽造）とを合わせたもののみに対応する用語として立法されたものであり、それを超える範囲をも指す趣旨ではない。学説においては、私電磁的記録と公電磁的記録とで、〈無権限類型の不正作出〉と〈虚

偽類型の不正作出）の両方を処罰対象とすべきか、あるいは、前者のみに処罰対象を限定すべきかを巡る争いがあるものの、それらを超える範囲の行為をも「不正作出」に含めるべきだとする見解は存在しないと思われる。

そこで、以下では、被告人の本件行為が〈無権限類型の不正作出〉には該当しないことを確認し、そして、最大限処罰範囲を広げて、私電磁的記録についても〈虚偽類型の不正作出〉が処罰されうるという前提をとったうえで、被告人の本件行為を検討する。

## （2）無権限類型の不正作出

前述のとおり、判例においては、他人の業務につき唯一の包括的業務執行権限者であるということ自体で、当該他人作成名義の文書についての有形偽造は否定されるとされており、当該作成行為が作成名義人の意思に反するという事情があったとしても、それが外形上業務としてなされている以上は、包括的業務執行権限者の文書作成権限に対する制約とはなり得ないと解されている。

文書の作成権限を電磁的記録の場合に引きなおすと、当該電算機システム内に電磁的記録を作出する権限の問題となる。つまり、他人の業務の唯一の包括的業務執行権限者は、そうであること自体により、当該他人が設置・運営する電算機システム内に電磁的記録を作出する権限を有し、その作出権限は、作出行為が外形上業務として行われる限り、当該設置・運営主体の意思に反することによっても制限されない。

本件では、被告人はM社の唯一の取締役であり、被告人による本件電磁的記録作出行為は、外形上M社の業務として行われていることは明らかである。したがって、被告人は当該電磁的記録につき作出権限を有しているから、当該作出行為は、〈無権限類型の不正作出〉には該当しないと考えられる。

## （3）虚偽類型の不正作出

次に、被告人の本件電磁的記録作出行為が〈虚偽類型の不正作出〉に該当するかを検討する。ここでは、電磁的記録の虚偽性がどこに認められるかが問題

となり、虚偽とは、客観的事実と記録された情報とが齟齬を来した状態であるから、本件電磁的記録の作出・供用過程について、客観的な事実関係を整理するところから始めたい。

(i) オブリゲーション交換の理念型

本件において被告人が私電磁的記録不正作出罪および同供用罪に問われている記録の作出・供用行為は、アカウント名義人による M 社への現実の入金がなされていない点が問題視されている。そこで、検討の基準点として、現実の入金を伴うオブリゲーション交換を〈理念型〉として指定したい。これは、次の①～⑨のような一連のオペレーションの集合になる。なお、金額は一例にすぎず、また、手数料は無視している。

- ① 被告人が M 社の銀行預金口座に 1 万米ドルを送金する。
- ② M 社の Mt.Gox 取引市場システム内で入金管理テーブルの MagicalTux 名義のカラムに、1 万米ドルが入金された事実が記録される。
- ③ M 社の Mt.Gox 取引市場システム内でアカウント残高履歴管理テーブルの MagicalTux 名義のカラムに、1 万米ドル分のアカウント残高の増加が記録される。
- ④ M 社の Mt.Gox 取引市場で、すでに利用客 A により出されているビットコイン売却の指値注文に対応するビットコイン購入の注文を被告人が出し、10BTC を 1 万米ドルで購入する。
- ⑤ M 社の Mt.Gox 取引市場システム内で、アカウント残高履歴管理テーブルの MagicalTux 名義のカラムにおいて、1 万米ドル分の残高の減少および 10BTC 分の残高の増加が記録される。また、同テーブルの利用客 A 名義のカラムにおいて、10BTC 分の残高の減少および 1 万米ドル分の残高の増加が記録される。
- ⑥ 被告人が M 社に 10BTC の出金依頼を出し、M 社が被告人の管理するビットコイン・アドレスに 10BTC を送る。

⑦ M社のMt.Gox取引市場システム内で、アカウント残高履歴管理テーブルのMagicalTux名義のカラムにおいて10BTC分のアカウント残高の減少が記録される。

⑧ M社のMt.Gox取引市場システム内で、出金管理テーブルにおいて、10BTCが出金された事実が記録される。

⑨ 被告人がMt.Gox取引市場の外でM社に10BTCを1万米ドルで売却する。すなわち、被告人がM社に10BTCを送り、M社が被告人に1万米ドルを送金する。

以上のオペレーションを通じて、各関係者間で権利関係は次のように変動する。

（ $\alpha$ ）被告人とM社の間では、被告人が1万米ドルを送り（①）、M社が1万米ドルを送る（⑨）ので、金銭についてはプラスマイナス・ゼロである。また、ビットコインについても、M社が10BTCを送り（⑥）、被告人が10BTCを送る（⑨）ので、プラスマイナス・ゼロである。

（ $\beta$ ）M社と利用客Aの間では、利用客Aのアカウントにおいて、10BTC分の残高が減少し（⑤）、1万米ドル分の残高が増加する（⑤）ので、M社の利用客Aに対する10BTCの返還債務が1万米ドルの返還債務に変わる。

オペレーション交換のオペレーション交換たる所以は、上記（ $\beta$ ）のようにM社の利用客Aに対する債務の内容が変換される点にある。また、上記（ $\alpha$ ）の点に現れているように、オペレーションの最後に行われる被告人のM社に対するビットコインの売却は、オペレーションの初めになされた被告人による金銭の入金分を巻き戻すものである。

このような理念型としてのオペレーション交換は何ら虚偽性を有しないから、これが電磁的記録不正作出罪・同供用罪を構成しないことは明らかであろう。

## (ii) 本件のオペレーション交換の位置づけ

本件のオペレーション交換は、上記の理念型に照らすと、これを一部省略して実施されたものと位置づけられる。

すなわち、まず、現実の金銭の送金 (①) および入金管理テーブルへのその記録 (②) が省略される。

実際のオペレーションは、アカウント残高履歴管理テーブルのカラムへの金銭残高増加の記録 (③) から始まり、現実の取引 (④) およびその記録 (⑤) を経て、アカウント残高履歴管理テーブルでのビットコイン残高減少の記録 (⑦) で終了する。

そして、現実のビットコインの出金 (⑥) および出金管理テーブルへのその記録 (⑧) は省略される。さらに、巻戻しのための市場外でのビットコインの売買 (⑨) も行われない。

ここで、入金・出金管理テーブルへの記録 (②および⑧) が省略されるのは、それに対応した現実の入金・出金 (①および⑥) がなされないことと対応している。また、最後に巻戻しのビットコイン売買 (⑨) がなされないことも、そもそも最初に被告人による現実の金銭入金 (①) がなされていないことと対応している。

つまり、利用客に対する M 社の債務内容を変換することだけを目的とするオペレーション交換について、理念型のそれと本件のそれとで異なるのは、M 社と被告人の間に権利関係の変動を生じさせないようにするための具体的方法である。理念型ではオペレーションの最後に市場外でのビットコインの売買により権利関係を調整するのに対して、本件では M 社と被告人の間で最初から現実の金銭やビットコインの移動を一切行わないことで権利変動が回避されている。

以上に照らして、本件電磁的記録が内容虚偽といえるかを検討する。素朴に考えれば、本来許されるべき理念型としてのオペレーション交換が本件のようなオペレーション上の省略を伴ったときに、それだけを理由として電磁的記録が虚偽性を帯びることになるとは考えられないが、以下、より具体的に分



析・検討したい。

（iii）事実証明に関する証拠としての構成

本件における電磁的記録を、現実の入金がないにもかかわらずこれがあったとする事実証明に関する電磁的記録だと構成すると、これは前に挙げた理念型のオペレーション①～⑨のうち②の記録作出・供用行為にあたる。しかし、前述のとおり、本件で実際に行われたオペレーション交換の特徴は、オペレーション①および②を省略して③の記録作出・供用行為から実際のオペレーションを始める点にある。つまり、②は理念型としてのオペレーション交換にのみ認められるオペレーションであり、本件で実際には被告人が省略した行為であって、これがそのままでは犯罪を構成しないことは明らかである。

そこで、上記③のオペレーションを対象として、これを事実証明に関する電磁的記録とする場合を考えよう。この場合は、「MagicalTux 名義のアカウントの管理者である被告人が、Mt.Gox 取引市場において〇〇万米ドル分の取引が事実上可能になる地位を与えられた事実がないにもかかわらず、同人が当該金額分の取引が事実上可能になる地位を与えられたとする事実証明に関する内容虚偽の電磁的記録を作出し、かつ、供用した行為」を対象とすることになる。

しかし、本件では、上記③のオペレーションにより MagicalTux 名義のアカウントに電磁的記録がなされること自体によって、アカウント管理者である被告人は事実上、当該金額分の取引が可能になるから、上記の訴因の記載のうち「MagicalTux 名義のアカウントの管理者である被告人が、Mt.Gox 取引市場において〇〇万米ドル分の取引が事実上可能になる地位を与えられた事実がない」という前提部分が認定できない。すなわち、上記のように性質づけられた本件電磁的記録は、記録されること自体によって事実を創設するという〈事実創設的機能〉を有する記録となるところに特徴があり、この種の記録は、原理的に内容虚偽にはなり得ない。これは、仮に当該電磁的記録の作出が M 社の業務外で行われていたり、被告人がもっぱら自己図利目的で行為していたり、あるいは、本件オペレーションが何らかの犯罪を構成すると仮定したとしても、変

わらない。アカウント管理者である被告人が事実上、取引可能な状態を提供されたこと自体は真実であって、その電磁的記録は内容真実である。

なお、本件電磁的記録を、上のように実体レベルでの事実関係の証拠として構成するほかに、後述のように、そのような事実関係が存することを証明する、と記録の作出権限者が意思表示したことの証拠として構成する方法もありうるが、結論は変わらない。

したがって、本件電磁的記録を内容虚偽とするためには、少なくとも、それが権利・義務に関する電磁的記録であるとして訴因を構成しなければならないと思われる。

#### (iv) 権利・義務に関する意思表示の証拠としての構成

本件電磁的記録を権利・義務に関する電磁的記録とするとしても、さらに場合分けが必要である。偽造の罪において文書や電磁的記録は証拠・証明手段として保護されると解されているが、その直接の証明対象がどのレベルの事柄であるかについて2通りに分けることができ、そのいずれであるかによって刑法上の扱いが異なるからである。

説明のために、事実証明に関する文書の例を挙げよう。たとえば、私立大学Aの学長Xが、Bの学生証を発行する場合、その学生証は、〈BがA大学の学生である〉という実体レベルの事実の証拠になるという考え方がありうる。これに対して、私文書偽造罪で保護される学生証の証明機能は、〈「BがA大学の学生であることを証明する。」と学長Xが意思表示した〉という意思表示に関する事実についての直接証拠としての機能である。学説上、「文書は、名義人のなした意思・観念の表示の証拠として保護されている」とされるのは、このような意味である。したがって、上の学生証の例で、かりにBがA大学の学生ではなかったとしても、〈学長Xが、「BがA大学の学生であることを証明する。」と意思表示した〉という事実自体は真実であるから、その学生証は虚偽文書とはならない。これが、私文書について無形偽造の処罰規定が置かれない理論的根拠でもありと思われる（なお、刑法160条・161条の虚偽診断書等

作成罪・同行使罪は、客体が「公務所に提出すべき」ものに限定されているところにあらわれているように、文書の真正性を保護するというよりも、文書を用いた公務妨害を処罰する特別の規定であると解される）。

これは権利・義務に関する文書でも同様であり、たとえば、公序良俗違反や錯誤により無効となる契約に係る契約書を作成しても、それを内容虚偽の文書とはいわない。実体レベルの権利・義務関係を基準とすれば、法的に有効な権利・義務関係が両当事者間には存在しないから内容虚偽の文書といえるが、当事者が意思表示をして契約を締結したということ自体は真実であり、私文書偽造罪で保護される文書の証拠機能は、作成名義人が意思表示したことについてのそれだからである。

つまり、権利・義務に関する文書には、④実体レベルにおける権利・義務関係の証拠としての機能と、⑤作成・作出権限者が権利・義務に関する意思表示をしたことの証拠としての機能とがありうるが、私文書については、⑥意思表示の証拠としての機能が保護対象とされており、私電磁的記録についてもそれは同様であると解される。

本件の電磁的記録を権利・義務に関するものとしたうえで、上記のうち意思表示の証拠としての機能を問題にすると、すなわち、上記③のオペレーションによる電磁的記録を意思表示の証拠として捉えたとすると、訴因は、「M社がMagicalTux名義のアカウントの管理者である被告人に対して、Mt.Gox取引市場における〇〇万米ドル分の取引権限を与えるという意思表示をしていないにもかかわらず、そのような取引権限を与えるという意思表示がなされたとする権利・義務に関する虚偽の電磁的記録を作出し、かつ、供用した行為」を対象とするものとなる。

しかし、M社が当該アカウントの管理者である被告人に対して、取締役である被告人が代理して、一定金額分の取引権限を与えるという意思表示をしたこと自体は真実であるから、上記の訴因の記載のうち「M社がMagicalTux名義のアカウントの管理者である被告人に対して、Mt.Gox取引市場における〇〇万米ドル分の取引権限を与えるという意思表示をしていない」という前提部

分の事実が認定できないことになる。

(v) 実体レベルにおける権利・義務関係の証拠としての構成

そうすると、本件で〈虚偽類型の不正作出〉を肯定するためには、電磁的記録の証拠機能として、実体レベルにおける権利・義務関係の証拠としての機能を問題として、「MagicalTux 名義のアカウントの管理者である被告人が、Mt.Gox 取引市場における〇〇万米ドル分の法的に有効な取引権を取得していないにもかかわらず、同人が当該金額分の法的に有効な取引権を取得したとする権利・義務に関する内容虚偽の電磁的記録を作出し、かつ、供用した行為」を対象として訴因を構成する必要があることになる。

しかし、文書や電磁的記録の証拠機能のうち、このような実体レベルでの法的に有効な権利・義務関係の直接証拠としての機能が、刑法上保護対象になっていると認められるのは、公文書・公電磁的記録の領域、とりわけ「登記簿、戸籍簿その他の権利若しくは義務に関する公正証書の原本」および「権利若しくは義務に関する公正証書の原本として用いられる電磁的記録」(刑法 157 条 1 項。私法的権利関係の場合)ならびに「免状、鑑札又は旅券」(同条 2 項。公法的権利関係の場合)に限られる。

前述のように、権利・義務に関する私文書・私電磁的記録は作成名義人・作出権限者の意思表示の証拠としてしか保護されないのに対して、権利・義務に関する公正証書の原本・公電磁的記録が実体レベルの権利・義務関係の直接の証拠としてあつく保護されるのは何故か。それは、実体レベルの権利・義務関係と必ず合致した文書・電磁的記録が作成・作出されるように、専門の公務所やその専門の部署において組織的に厳格なチェック体制がとられるなど、内容的真実性を担保するための法的体制・法制度が十分に整えられているからであると考えられる。そのような類型の公文書・公電磁的記録とは異なり、私文書・私電磁的記録については同様の前提がとりえないことは、権利・義務に関する私文書について虚偽文書作成が条文上例外なく処罰対象から外されていることや、私電磁的記録についてもこれまで〈虚偽類型の不正作出〉の処罰例が

まったくみられない点にもあらわれている。

本件電磁的記録は、公電磁的記録でないことはもちろん、免許制にすら服していない—私企業内の顧客管理に関する記録にすぎない。これが、登記簿や戸籍簿といった権利・義務に関する公正証書の原本やそれとして用いられる公電磁的記録に匹敵するような、実体レベルにおける権利・義務関係の直接的な証拠としての機能を有し、かつ、その証拠機能が刑法上の保護対象になっている記録であるとは、到底考えられない。つまり、本件電磁的記録を実体レベルにおける権利・義務関係の証拠として構成し、本件被告人の行為を〈虚偽類型の不正作出〉とすることはできない、と思われる。

(vi) まとめ

以上から、被告人の本件行為は、当該電磁的記録が事実証明に関するものであると考えたとしても、また、権利・義務に関するものであると考えたとしても、いずれにせよ〈虚偽類型の不正作出〉には該当しないと解される。

(4) 他人の事務処理を誤らせる目的が認められないこと

電磁的記録不正作出罪・同供用罪における「他人の事務処理を誤らせる目的」の要件は、他人が管理するデータを不正に窃取して記録する行為を同罪の処罰範囲から除外するために設けられたものである。データの不正窃取はそれ自体として当罰性のある行為であり、他人の管理するデータを無権限で自己の手に記録する行為は、形式上、〈無権限類型〉の不正作出に該当する。しかし、その電磁的記録が内容真実であれば、それが誰かに対して供用されてもそこから直接実害は生じないから、記録が供用された先で生じうる実害を問題とする電磁的記録不正作出罪の性質には合致しないものである。そこで、そのような行為は同罪の処罰範囲からは外し、特別法で対応すべきものとされている。したがって、「他人の事務処理を誤らせる目的」は、内容虚偽の電磁的記録の場合にのみ充足される要件であると解される。

本件では、前述のとおり「他人」が存在しないことに加えて、本件の電磁的

記録は内容真実であるから、被告人には「他人の事務処理を誤らせる目的」が認められないと思われる。

### 3. 結 論

被告人の本件行為は、電磁的記録不正作出罪・同供用罪の基本構造に合致せず、また、同罪の構成要件要素もことごとく満たさないから、被告人には同罪が成立する余地はないと考える。

## IV 業務上横領罪および特別背任罪

### 1. 利用客に対する業務上横領罪

主位的訴因においては、被告人は、M社の売上から得た費消可能な額を超えて、手をつけてはならない利用客からの預託金を横領したものとされている。

利用客がM社の銀行預金口座に送金する場合に、これをビットコイン購入に用途を限定した金銭の預託とみるのであれば、金銭所有権は利用客に留保されていることになるのに対して、Mt.Gox取引市場におけるビットコイン取引権限の購入とみるのであれば、金銭所有権はM社に移転することになる。

Mt.Gox取引システムにおいては、利用客による入金と出金以外の取引は、原則としてシステム内の帳簿で残高が管理されるだけで、現実の金銭やビットコインは動かないところが特徴的である。このことを考えると、利用客は、Mt.Gox取引市場におけるビットコイン取引権限を購入しているとみる方が自然であると思われる。

ある利用客AがM社に金銭を送金して、それがMt.Gox取引システムでAのアカウントに反映すれば、被告人がいくらその金銭を費消しようが、Aはビットコインの取引ができるのであり、それは物品の購入を委託して預けた代金を費消されるような場合とは、そもそも事案の構造が異なる。もしそれでも被告人に利用客に対する横領を認めるとすると、それは特定の利用客に対するものではなく、その時点で金銭残高のある利用客の全体、あるいは、抽象化さ

れた〈利用客〉、に対する横領であろう。

その法的性質はとても興味深いが、本稿では検討できない。

## 2. M社に対する業務上横領罪

一般に、包括的な業務執行権限を有する取締役が業務として行う財産処分については、会社に対する業務上横領罪は成立しない。当該財産について委託の趣旨を決定するのは会社であり、（株主総会が判断すべき量・質でない限り）具体的には業務執行権限を有する取締役自身が委託の趣旨を決めるのであって、取締役の業務執行行為が委託の趣旨に反することは原則としてあり得ないからである。したがって、包括的な業務執行権限を有する取締役に業務上横領罪が成立しうるのは、当該財産処分が業務外で行われる場合に限られ、財産処分が業務の執行として行われる限りは、その不適切さが任務違背を構成する場合に特別背任罪が問われうるのみであると解される。

取締役の業務執行として行われるのであれば、自己図利目的があっても結論は変わらない。自己図利目的と不法領得の意思とは別概念であり、横領行為を基礎づけるのは後者だからである。

たとえば、取締役が、自身に対する違法な報酬の支払いを決定・実行する事案は、今日では一般に、横領罪ではなく背任罪として扱われている。ここでは、自己図利目的は明らかに認められるが、横領行為は肯定されない。横領とは、終局的に自己の利益を図る行為ではなく、自己の占有下においたまま他人の物を自己の物とする行為である。取締役に対する報酬の支払いは、会社の行為としてなされるものであるから、取締役が自己の占有する会社の金銭を、会社内部で自己の占有下においている段階ではそれを自己の物とすることなく、会社の物として自己宛てに送金するのであり、そこに横領行為を認めることはできない。たしかに最終的には自己が取得するのであるから、そこには自己図利目的が認められうるものの、その点をとらえるのは背任罪であって横領罪ではない。

なお、古い判例には、財産処分の一般的権限があっても「自己ノ爲メニ」行

為する場合は業務上横領罪を構成するとしたものがある（大判大正6年12月20日刑録23輯1541頁）。しかし、この判決は、自己図利目的であることを超えて、会社の業務外で金銭を費消した事案に関するものであるから、「自己ノ爲メニ」とは自己図利目的のことではなく業務外であることを指すと解されるのに加えて、これはそもそも業務上横領罪で起訴された事案ではなく、業務上横領罪に関する記載は文書偽造罪についての判示の中で触れられているだけで、傍論にすぎない。そして、これが今日では一般論として維持されてもいないことは、上述のとおりである。

取引により会社の金銭が移動する事例における横領罪と背任罪の区別を、①会社本人の名義・計算によるか、②行為者の自己の名義・計算によるかに着目して判断するのは、広く指摘されているように、①会社本人の名義・計算による場合は、会社の金銭が行為者の占有下で行為者の物とされることなく、会社から直接取引の相手方に移動しており、行為者が金銭を自己の占有下で自己の物とする局面が存しないのに対して、②行為者の自己の名義・計算による場合は、送金の段階では金銭が行為者から取引の相手方に移動していると評価され、それゆえ、その移動に先立って、行為者が会社の金銭を自己の占有下において一旦自己の物にしたことが認められ、その点に横領行為性が肯定されるからである。

したがって、金銭の送金先が自己名義の銀行預金口座であるか否かは、自己図利目的の有無にかかわることはあっても横領行為性には影響せず、送金行為が会社の業務として行われているか、それとも、業務外で行われているのみが決定的であると思われる。横領行為とは、不法領得の意思を発現・実現する行為であるが、それは単なる自己図利目的の行為を意味せず、客観的に不法領得といえる行為を目的としている必要があり、客観的な不法領得行為とは、自己の占有する他人の物を、自己の占有下においたまま自己の物とする行為である。自己の占有する他人の物を、他人の物のまま送金する行為は、仮に送金先が自己であっても、横領行為を構成し得ない。

本件についてみると、以下の諸点を勘案すれば、本件の各送金行為はM社



の業務として行われていると評価するのが自然であると思われる。

送金はすべてM社名義の銀行預金口座から行われている。被告人に送金され貸付として処理された金銭のうち、M社の通常業務のための物品等を購入するのに充てられた部分は、明らかにM社の業務としての使用目的が認められる。被告人への貸付の残りの部分および第三者への貸付として交付されている部分についても、M社を貸主とする取引であり、貸金債権はM社が取得しており、M社に経済的効果が帰属する業務内の送金であるということが出来る。

判例上、貸付行為について業務上横領罪が認められているのは、正規の貸付手続を踏まず帳簿にも記載せずに貸し付けた場合（広島高岡山支判昭和28年6月25日高刑集6巻12号1631頁）や、信用組合の支店長が組合員への架空貸付でプールした金銭を高利で員外貸付した場合（最判昭和33年10月10日刑集12巻14号3246頁）のような事案である。

本件では、貸付はすべて帳簿に正しく記載され、税務上もそのように処理されているというのであり、しかも、顧問会計士の指示に従ってそのようにしたというのであるから、実体を伴わない貸付であるということはおよそできないであろう。もしこの行為に業務上横領罪が成立することを認めるとすると、会計の専門家たる公認会計士にも横領罪の共犯や犯人隠避罪が成立することを認めることを意味するが、それは受け入れがたい結論である。顧問会計士の指示に従った帳簿への記載という事実は、本件行為をM社の業務内の行為として評価し、業務上横領罪を否定するのに、決定的であると思われる。

なお、貸付にかかる金銭についての被告人による弁済意思の有無は、理論的にみて結論に影響しないであろう。弁済意思の不存在は、自己図利目的を基礎づけることはあっても、それによって横領行為が認められることにはならない。というのも、会社が弁済請求できるのであれば、客観的に会社の金銭として貸し付けられたということであり、それは被告人が会社の金銭を自己の物としたうえで送金したのではないことを意味するからである。会社が弁済請求したときに、被告人がいついかなる範囲でそれに応じる意思であるかという事情は、貸付行為が横領行為にあたらぬという結論を変えることは理論的にあり得な

いと解される。

### 3. M社に対する特別背任罪

#### (1) 財産上の損害の限定

本件各送金のうち、M社の本来的業務のために使用された部分は、M社がそれに対応した業務上の利益を取得するから、背任罪にいう財産上の損害にあたらぬ。

また、本件各送金のうち、被告人等に対する貸付として処理された部分については、M社は反対債権を取得し、当該債権は、経済的見地から判断して無価値であるとはいえないから、その全額が財産上の損害にあたるとはいえないことは明らかであろう。債権の経済的価値は、借主に弁済意思がある場合はもちろん、仮にそれがなくても、強制執行による客観的な回収可能性が認められれば、肯定されうるものである。

#### (2) 被害者の意思への合致による結果無価値の否定

仮に、本件貸付につき十分な回収可能性が認められないなどと評価されることにより、本件送金額の一部分につき財産上の損害が認められたとしても、本件各送金行為は被害者であるM社の意思に合致することにより、財産犯としての法益侵害が否定されると解される。

まず、一般に、株式会社の取締役によってなされる特定の行為に対して、それを承認する旨の株主総会決議が現実存する場合、当該決議に基づいて実行される取締役の行為には、会社を被害者とする刑法典上の財産犯は理論的に成立し得ないであろう。外形上、結果が生じていても、被害者の同意により法益侵害性が否定されるからである。ここでは、当該会社が取締役会設置会社であることにより株主総会の決議事項が限定されているかどうかは結論に影響しないと思われる。事実として株主総会決議により会社の意思が表示されていれば十分だからであり、また、ここで想定されているのは取締役の行為を制限するのではなく承認する決議であって、所有と経営の分離という観点から株主総会

の権能を制約することが求められるべき場面ではないからである。

ところで、被害者の同意によって法益侵害性が否定されることの究極的な根拠は、同意が表示されたことにはなく、当該結果が被害者の価値秩序（価値体系・価値観）に合致することに求められると解される。被害者の価値秩序への合致にこそ意味があることは、被害者の同意があっても、被害者が真実を知っていれば同意しなかったであろう場合に同意の効果が否定されるところにも表れている。そうすると、被害者の現実の同意が存しない場合であっても、仮に被害者が判断を求められていれば同意していたであろうといえるときには、被害者の現実の同意がある場合と同様に、被害者の価値秩序への合致を根拠として法益侵害性が否定されるというべきである。

本件では、被告人がすべての株式を有する T 社が、M 社の株式の 88% を、議決権ベースでは 100% を有しているものであり、被告人による各送金行為について判断を求められれば、M 社の株主総会は、それらを承認する旨の決議をしていたものと認められる。したがって、本件各送金行為は、法人としての M 社の価値秩序に合致したものであり、そこには特別背任罪のみならず業務上横領罪を含む財産犯としての法益侵害性が認められないと思われる。

### （3）被害者の意思に対する外在的な制約または介入

M 社の 12% の株式を有する少数株主が、仮に反対の意思を有していたとしても、上記の結論を覆すことはできない。自然人の場合でも、ある結果を忌避する気持ちを併存させつつも、結局のところ当該結果を受け入れるという判断をするのであれば、被害者の同意が認められるのと同様、法人においても、仮に反対する株主が存するとしても、結論として当該行為を承認する旨の決議がなされるのであれば、そのことのみに基づいて法益侵害性は否定されるものと解される。

会社債権者など会社の財産状態に利害関係を有する他人の利益を考慮して会社の意思を〈合理的〉に推認し、株主総会の決議とは異なる意思を会社の意思とすることも考えられるが、妥当でない。会社債権者などの利益は、会社を被

害者とする刑法典上の財産犯ではなく、会社法や破産法といった特別法の罰則が保護対象とするのが、わが国の国法上の体系的な棲み分けだからである。もしそのような会社以外の者の利益を、会社の意思決定機関の判断を離れた〈合理的意思〉などというものによって考慮することを通じて、財産犯の成立を認めるとすると、取締役の行為を承認した株主にも横領罪や背任罪の共犯が成立することになるが、そのような結論が受け入れ可能であるとは思われない。逆に、会社以外の者の利益を害する行為には、会社法罰則や破産法罰則を適用すれば、それを放任することなく適切な処罰が確保できるのであり、その処罰範囲からも外れる行為については民事法でのみ対応すべきであろう。

したがって、本件でも、利用客らから受け入れた金銭の使用に対しては利用客らの利益等を考慮して反対するのがM社の意思であるなどとして、財産犯の成立を認めることは、妥当でないと思われる。

あくまで会社を被害者として位置づけるとき、被害者の意思に合致する行為は理論的に財産犯を構成し得ないが、これに対する唯一の例外としてありうるのは、パターンリズムに基づく例外的な介入である。自然人の場合には、生命の侵害またはその重大な危殆化について、被害者の同意の効果が制約されている。法人にはもちろん生物学的な生命は認められないから、上記と同じような制約を直ちに肯定することはできないが、法人も自己決定の主体であり、破産・解散すればもはや自己決定ができなくなる点で、法人の破産を自然人の死亡と同列に扱うことが仮にできるとすれば、法人についても、破産または破産に至る高度の危険性が認められるような財産放棄については、被害者の同意を制約することが、まったく考えられないわけではない。

しかし、そのように考えたとしても、本件の各送金行為は、その金額および目的に照らせば、M社を破産に導くような量・質のものであるとは認められない。したがって、パターンリズムの観点から本件各送金行為に財産犯を認めることもできないというべきである。

#### 4. 結 論

以上から、被告人による本件各送金行為には、利用客らに対する業務上横領罪も、M社に対する業務上横領罪または特別背任罪も、いずれも成立しないと考える。

#### V おわりに

本件では、少々大げさにいえば、刑法の任務が法益の保護に尽きると解するかどうかが問われていると思われる。本件の最大の特徴は、被告人がM社の唯一の包括的業務執行権限者であり、かつ、実質的な100%株主でもあるというところにあって、そうだとすると、M社の利用客を被害者として構成する業務上横領罪の主位的訴因を除き、各犯罪類型で意思を問題とすべき関係者として現れるのは、被告人のみとなるはずだからである。

本稿は、問題点の指摘にとどまる部分も少なくなく、検討が不十分である（独立生存可能な段階に達していないおそれがある）ので、近年、詐欺罪や建造物侵入罪をめぐって生じている、法益非関係的事情の考慮による処罰範囲拡張の流れをも強く意識しながら、第一審判決が出された後に改めて考察したい。