

Title	〔商法五〇八〕公正なる会計慣行と取締役の責任(東京高裁平成一八年一二月二九日判決)
Sub Title	
Author	岡本, 智英子(Okamoto, Chieko) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2010
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.83, No.9 (2010. 9) ,p.57- 71
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20100928-0057">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20100928-0057</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.

# 判例研究

## 〔商法 五〇八〕 公正なる会計慣行と取締役の責任

東京高裁平成一八年一月二十九日判決  
平成一七(ホ)第三七六九号損害賠償請求控訴事件  
判例タイムズ二二七五号二四五頁

### 〔判示事項〕

従来の慣行の基となった基準の改定という形式で、しかも立法の形式によることなく金融行政の転換を託された新たな慣行が生み出され、その新しい会計慣行が従前の慣行と内容において抵触するようにみえる部分については、新たな慣行がその両立を明らかに許容している場合はともかくとして、これを明らかに許容していない（従前の慣行をその限度で廃止しようとする。）場合に、そうした新たな慣行が従前の慣行を廃止した会計慣行として承認され法規範性を取得するためには、その抵触する従前の慣行に従った会計処理を確定的に廃止し、暫定的限時的にも例外的な取扱いを許容しないことが一義的に明確であることが条

件の一つとして必要であるというべきである。

### 〔参照条文〕

平成一七年改正前商法三二条二項、二六六条一項一・五号、二九三条ノ五第三項  
平成一四年改正前商法二八五条ノ四第二項、二九〇条一項

### 〔事 実〕

X<sub>1</sub>は、長期信用銀行法（昭和二七年法律第一八七号）に基づいて設立された長期信用銀行であったが、平成一〇年一〇月二三日、「金融機能の再生のための緊急措置に関する法律」（平成一〇年法律第一三三号、以下「金融再生法」

という。)三六条一項に基づく特別公的管理の開始決定を受け、その後、株式会社新生銀行に商号変更された。X<sub>1</sub>の訴訟引受人X<sub>2</sub>は、預金保険機構の全額出資により設立され、預金保険機構からの委託等により破綻金融機関等からの貸付金債権等の買取り及びその管理・回収業務等を行う株式会社である。Y<sub>1</sub>からY<sub>8</sub>は、X<sub>1</sub>の取締役である。Y<sub>1</sub>は取締役会長、Y<sub>2</sub>は常務取締役、Y<sub>3</sub>は常務取締役、Y<sub>4</sub>は代表取締役頭取、Y<sub>5</sub>は取締役頭取、Y<sub>6</sub>は取締役副頭取、Y<sub>7</sub>は取締役(総合企画部長)、Y<sub>8</sub>は取締役(事業推進部長)である。

銀行における会計処理の業務は、法令により銀行経営の健全性及び適切性を確保するため、大蔵省の監督・規制下に置かれていたが、大蔵省は、このような法律上の規制に加えて、通達により、銀行の決算処理の業務を規制していた。平成九年三月期以前においては、銀行の貸出金の償却・引当に関する会計処理の実務としては、不良債権償却証明制度によって補充された改正前決算経理基準(以下「旧基準」という。)に基づき、もっぱら税法上無税償却・引当が可能な場合に償却・引当を行うことが一般化しており、有税による償却・引当については、銀行の自主的な判断に委ねられた結果、実際には有税償却・引当はほとんど行われておらず、銀行の関連ノンバンク向け貸出金に関する

る償却・引当の実務において、再建支援を前提とする限り、銀行の関連ノンバンク向け貸出金に対する償却・引当は行わないとされていた。

平成八年六月二日に成立した金融三法により、早期是正措置の導入が決定され、平成一〇年三月期から、銀行等の金融機関においては、自己査定基準を策定し、これに従って自己査定したうえで、その結果に基づき貸出金等の適正な償却・引当を行い、事後的に会計監査人による会計監査や大蔵省(その後金融監督庁、金融庁)による金融検査によって、自己査定基準の適正性、償却・引当の適正性等について検査がされることになり、そのために、平成九年三月五日に資産査定通達、同年三月二日に全銀協Q&A、同年四月一五日に四号実務指針、同年四月二日に九年事務連絡、同年七月一日に全銀協追加Q&A(以下これらを併せて「資産査定通達等」という。)が発出あるいは公表された。資産査定通達等により補充される改正後決算経理基準(以下「新基準」という。)が同年七月三一日に出されるに至った。

Y<sub>1</sub>らは、X<sub>1</sub>の取締役として、旧基準によりX<sub>1</sub>の自己査定基準を策定し、これに基づきX<sub>1</sub>の資産内容について自己査定をしたうえで平成一〇年三月期の貸出金等の償却・引当

の処理を行い、その結果に基づいて、平成一〇年三月期において、七一億七二三万六三九二円を株主に配当し（以下「本件決算配当」という。）及び平成九年九月期において七一億七五六万六三四八円を株主に配当した（以下「本件中間配当」という。）。

X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>は、平成一〇年三月期においては、銀行等の金融機関における貸出金の償却・引当処理の基準として、新基準が商法三二条二項の「公正なる会計慣行」（なお、以下、商法の規定中片仮名で表示された部分をひらがなで表示する。）となっており、しかもこれが唯一の「公正なる会計慣行」であったとすうえで、Y<sub>1</sub>らが関与して作成されたX<sub>1</sub>の自己査定基準における償却・引当基準が上記のとおり唯一の「公正なる会計慣行」に違反しており、配当可能利益が存しないにもかかわらず配当がなされたもので本件決算配当は違法であること、また、本件中間配当についても、平成一〇年三月期において配当可能利益がない状態が生ずるおそれが客観的に存在していたにもかかわらず配当を行ったもので違法であると主張し、X<sub>1</sub>が実施した本件決算配当及び本件中間配当に関し、これに賛成したY<sub>1</sub>らに対し、本件決算配当について平成一七年改正前商法二六六条一項一号（Y<sub>6</sub>については同法二六六条一項五号）に基づく

損害賠償責任、本件中間配当について同法二六六条一項一号に基づく損害賠償責任を求めた。

これに対し、Y<sub>1</sub>らは、Y<sub>1</sub>らが関与して作成されたX<sub>1</sub>の自己査定基準は、資産査定通達等の趣旨に反するものではないと主張するとともに、旧基準が、平成一〇年三月期以前から、銀行の貸出金の償却・引当の基準についての「公正なる会計慣行」であり、平成一〇年三月期においても旧基準が「公正なる会計慣行」として存続していたと主張した。

原審（東京地判平成一七年五月一九日 判例タイムズ一八三号一二九頁）は、まず、平成一七年改正前商法三二条二項の意義・内容をどのように解釈すべきかについて判示し、次に、既に公正なる会計慣行が存在する場合にその内容を変更する新たな会計慣行が唯一の「公正なる会計慣行」とされるためには五つの要件を満たす必要があると判示した上で、平成一〇年三月期以前の銀行等金融機関の不良債権の償却・引当に関する基準として、旧基準は「公正なる会計慣行」であったと評価できるといふべきであると示し、新基準は、一応手続的には適正であり、内容的にも一応の合理性を認めることができるというべきであるが、銀行の貸出金の償却・引当に関する唯一の基準として拘束性を有することの周知徹底が関係者に対し図られていたと認

めることはできないというべきであり、Y<sub>1</sub>らが関与して平成一〇年三学期に実施したX<sub>1</sub>の自己査定基準に基づく貸出金の償却・引当の処理については、実施に至った経緯に照らす限りは、Y<sub>1</sub>らにおいて、意図的に違法な会計処理をしようとしたとは認められないし、その内容を客観的に検討すると新基準の趣旨に反した処理がなされたとみる余地もあるが、償却・引当の処理の実態をみる限り、当時の「公正なる会計慣行」であった旧基準の許容の範囲内のものであったというべきであり、平成一〇年三学期において、X<sub>1</sub>には本件決算配当及び本件中間配当を実施するに足る配当利益が存したというべきであると判示し、請求を棄却した。これに対して、X<sub>2</sub>は、平成一〇年三学期における公正なる会計慣行は新基準のみであり、平成一〇年三学期において旧基準が公正なる会計慣行であったとしても、X<sub>1</sub>がこれに反した償却・引当をしており、法令上の配当可能利益がなかったとして、控訴した。

〔判旨〕 控訴棄却

「特定の会計処理方法が会計慣行となるには、原則として、それが広く会計上の習わしとして相当の期間繰り返して行われることが必要であると解すべきである。」

もつとも、商法三二条二項が、商業帳簿の作成に当たり会計慣行の斟酌を命じることによって、そのよるべき基準を立法のみによって律するのではなく、企業会計の技術・実務の発展に法が適時に対応することを容認している趣旨に照らせば、ある会計基準の指示する特定の会計処理方法が、その基準時点とされる時点以後、ある業種の商人の実務において広く反復継続して実施されることがほぼ確実であると認められるときには、例外的に、その会計処理方法が同条項にいう「会計慣行」に該当する場合はあると解される。」

「従来の慣行の基となつた基準の改定という形式で、しかも立法の形式によることなく金融行政の転換を託された新たな慣行が生み出され、その新しい会計慣行が従前の慣行と内容において抵触するようにみえる部分については、新たな慣行がその両立を明らかに許容している場合はともかくとして、これを明らかに許容していない（従前の慣行をその限度で廃止しようとする。）場合に、そうした新たな慣行が従前の慣行を廃止した会計慣行として承認され法規範性を取得するためには、その抵触する従前の慣行に従った会計処理を確定的に廃止し、暫定的限時的にも例外的な取扱いを許容しないことが一義的に明確であることが

条件の一つとして必要であるというべきである。そして、そうした新たな慣行に基づく会計処理を行うに当たり、本来基準として整備されるべき内容が不明確であるとか、関係者に対する不意打ちとなることがないようにするための必要な手当に欠けているとか、さらには関係者に対する周知徹底を欠いているなどの事情がある場合には、そのような新たな慣行は、法規範性という点で未だ未熟ないし不完全というべきで、従前の慣行を直ちに廃止し得るほどのものには至っておらず、むしろ暫時新たな基準が実務における実践を通じて慣行としての成熟と定着を成し遂げていくことが期待されているものと受けとめ対処すべきであることが相当である。結局、従前の慣行に従った会計処理を廃止し例外的な取扱いを許容しないことが一義的に明確であるとは認め難いものといわなければならない。

したがって、そうした一義的明確性に欠けるものは、なお商法三二条二項が斟酌すべきものと定める法規範性を帯有した会計慣行としての成熟性に欠けるものであり、換言すれば、従前の慣行を廃止した結果である唯一の会計慣行には未だ成り得ていないものと解するのが相当というべきである。」

〔平成一〇年三月期における銀行の貸出金の償却・引当

に関しては、平成九年三月期において「公正なる会計慣行」であったと認められる旧基準はなお「公正なる会計慣行」としてとどまり法規範性を有していたと認めるのが相当である。〕

「新基準は、従来の基準である旧基準を大幅に変更するものであったとはいえ、その中核となる改正後決算経理基準は、旧基準で指示される会計処理を許容せず、その廃止を一義的で明確に指示するというものではなく、また、改正後決算経理基準を補充するものとされる資産査定通達等はいずれもガイドライン及びその解説の域を出るものではなかったものというべきである。そして、平成一〇年三月期においては、新基準自体が基準として備えるべき内容に不明確な点があり、実際に銀行の自己査定結果と当局の査定結果との間には大幅な乖離を生じたのであるが、当局側もそうした事態を十分に予想しており、この時期をトライアル期間として受けとめ、検査及びこれを通して議論を重ねる中でいずれ実務が新基準の示すガイドラインに収れんしていくことを期待していた。しかも、新基準の実施に当たっては、早くから導入の必要性が指摘され実務界からも要望されていた税効果会計の導入がされないままに新基準が見切り発車となるというセーフティネット整備面の重大

な不備があり、また、新基準自体の周知策の点もこれが一応講じられたとはいえず、銀行実務の関係者や会計監査に当たる公認会計士らにおいても、新基準の内容の不明確な部分とりわけ新基準が一義的明確に税法基準を否定していると解釈できない以上は、よるべき基準として従前から繰り返し行われてきた税法基準に従った会計処理に強い親和性を示し、これに従った会計処理も新基準が否定するものではないと受けとめていたなど、新基準の内容の周知徹底は十分とはいえなかったのである。

したがって、新基準の内容上の不明確な点とあいまち、平成一〇年三月期当時の新基準の指し示す会計処理の内容、当時整備されていた制度の状態、関係者の実際の認識と実際に行われた会計処理の内容に照らすと、新基準が適用された平成一〇年三月期は、旧基準から新基準への定着を図るための試行期あるいは移行期ととらえるのが当時の実務の実状と関係者の認識に最も適合しているものと解される。そうしてみると、平成一〇年三月期においては、新基準は、それまで実務において繰り返し行われていた「公正なる会計慣行」である旧基準に基づく会計処理を一義的明確に廃止するものであったとは認めることはできない。」

「以上の検討によれば、新基準は、平成一〇年三月期当

時、「公正なる会計慣行」であったと認めることはできるが、従前から繰り返し行われていた公正なる会計慣行である旧基準を一義的明確に廃止するものとは認められないから、唯一の「公正なる会計慣行」であったとはいえず、本件の損害賠償責任の成否に係る違法性を決する法規範とはなり得ない。

したがって、新基準が当時の唯一の「公正なる会計慣行」であることを前提に、 $X_1$ がこれに反する会計処理をした上で本件決算配当及び本件中間配当を実施したことについては違法性を欠くものであるから、これらに関与した $Y_1$ らに対して損害賠償を求める $X_2$ の主位的請求は、その余の点について判断するまでもなく理由がないというべきである。」

その後、上告されたが、最高裁において、上告理由(原審判決の理由不備・食違いの主張)は認められないとして、上告棄却の決定が下された(最高裁平成二〇年七月一八日決定(平成一九年(オ)第四一〇号、平成一九年(イ)第四六二号)。

## 〔研究〕

結論反対、理由付け反対

一 X<sub>1</sub>が実施した平成一〇年三月期の本件決算配当及び平成九年九月期の本件中間配当について、平成一〇年三月月に貸出金の償却・引当に関する決算処理が、平成一四年改正前商法二八五条ノ四第二項に違反しており、実際には配当可能利益が存しないにもかかわらず行われたとして、これらの配当の実施に賛成したY<sub>1</sub>らに対し、同法二九〇条一項違反もしくは平成一七年改正前商法二九三条ノ五第三項違反を理由として、平成一七年改正前商法二六六条一項一号に基づく損害賠償責任が問われた事案である。

本件で問題となる株式会社における金銭債権の償却・引当の基準については、平成一四年改正前商法二八五条ノ四第二項は、「金銭債権に付取立不能の虞あるときは取立つること能はざる見込額を控除することを要す」と規定しているが、取立不能のおそれがあるときとはどのような場合なのか、見込額についてどのような基準により判断されるべきかについては、平成一七年改正前商法三二条二項の「公正なる会計慣行」を斟酌して決めることとなる。本件における平成一〇年三月期において、新基準が唯一の「公正なる会計慣行」であるのかどうか問題となるが、そ

もそも、旧基準は「公正なる会計慣行」であったかどうかも問題となる。「公正なる会計慣行」に該当しない会計処理が行われた場合には、法令違反に基づく取締役等の責任の問題となり、「公正なる会計慣行」とは何か問題とならざると得ない。

二 平成一七年改正前商法三二条二項について、学説においては、次のように論じられてきた。

「公正なる」は、商業帳簿作成の目的に照らして公正なもの、つまり、平成一七年改正前商法三二条一項の「営業上の財産及損益の状況を明かにする」という目的に照らして公正であるか否かということである（味村治「商法改正案要綱案」について）企業会計二二巻四号（一九七〇年）八六頁、矢沢惇『商法改正の諸問題』（商事法務研究会、一九七〇年）一六頁、龍田節『新版注釈会社法⑧』（有斐閣、一九八七年）四頁、弥永真生『会計基準の設定と「公正ナル会計慣行」』判例時報一九一―号（二〇〇六年）二六頁。

「慣行」は、民法九二条の「事実たる慣習」の「慣習」と区別する必要はないとする説（矢沢・前掲一七頁）、慣行は慣習と異なり事実の繰り返し慣習よりも少なくないし、またそれが行われる場所的範囲も狭くて差し支えない

いのみならず、すでに實際上慣行として実施されていないものでも、近く実行される見込みが確実であるならば十分であるとする説(田中誠二「全訂商法総則詳論」(勁草書房、一九七六年)三二二頁)、確立した会計慣行のみを慣習として認めればよく、まだ実施されていないけれども、近く実行される見込みが確実な会計基準については、その会計基準が公正なものと認められる場合に、平成一七年改正前商法三二条二項を類推適用しても構わないとする説(服部栄三「商法総則(第三版)」(青林書院、一九七八年)三五三頁)がある。

「斟酌する」とは、問題となつてゐる事情、条件などを酌み上げて判断することであり、商法三二条二項における「斟酌する」は、公正な会計慣行がある場合、特別な事情がない限り、必ずそれによつて解釈しなければならぬものということになる(「法律学用語辞典(第三版)」七七三頁(有斐閣、二〇〇六年)。昭和四九年新設の際の立法担当官の説明によると、「斟酌は、基づく、ではないから法規の解釈について用うべき素材を慣行に限定するものではなく、判例、学説、条理などとともに会計慣行を解釈の素材としてとりあげることの意味する。新規の公正な合理的な償却方法が案出され、その新規の方法によつて償却する

ことがより合理的であると判断される場合にはその方法によることもできる。斟酌にはそのような解釈のための素材の選択が許される意味をも含んでいる。」とする(田邊明「商法の一部を改正する法律案要綱案について」商事法務五一七号(一九七〇年)三頁)。

企業会計原則その他の会計基準との関係については、当然に「公正なる会計慣行」であるとの解釈ではなく、企業会計原則は、商法計算規定の目的に適合する範囲で「公正なる会計慣行」と認められるとされてきたが(矢沢惇「商法改正要綱における商法と企業会計原則―包括規定を中心として―」産業経理三〇巻六号(一九七〇年)七八頁)、企業会計原則は「公正なる会計慣行」にあたり、企業会計審議会の公表する会計基準が唯一の「公正なる会計慣行」であると考えられるべき場合がある、あるいは、そのように(強く)推定されるとする見解がきわめて有力になっている(弥永真生「会計基準の設定と「公正なる会計慣行」判例時報一九一一号(二〇〇六年)二六頁)とされる。

税法基準との関係については、商法・商法施行規則または公表されている企業会計の基準がカバーしていない領域においては、実務上、いわゆる税法基準によつて会計処理が行われることが多いといわれているが、税法の目的と商

法の目的とは異なるのであって、税法は、企業の財産及び損益の状況を正確に判断することを必ずしも目的とはしてはいないのであるから、税法基準が「公正なる会計慣行」であるか否かは、個別的に検討を加える必要がある（弥永・前掲三二頁）。

判例においては、本件と同様に、基準の変更は行われた時、どちらが「公正なる会計慣行」となるのかについて、争われたものとして、①東京地判平成一七年五月一九日（本件第一審）、②本件、③東京地判平成一四年九月一〇日（本件の刑事事件、判例集不登載）、④東京高判平成一七年六月二一日（③の控訴審 判例時報一九二二号一三五頁）、⑤最判平成二〇年七月一八日（④の上告審 判例時報二〇一九号一〇頁）、⑥大阪地判平成一九年四月一三日（判例時報一九九四号九四号）、⑦京都地判平成一五年九月二四日（日債銀の民事事件 判例時報一八六三号一一九頁）、⑧大阪高判平成一六年五月二五日（⑦の控訴審 判例時報一八六三号一一五頁）、⑨東京地判平成一六年五月二八日（日債銀の刑事事件、判例集不登載）、⑩東京高判平成一九年三月一四日（⑩の控訴審。判例集不登載）、⑪最判平成二二年二月七日（⑪の上告審、金融法務事情一八九一号四三頁）がある。③④⑨⑩では、新基準が唯一の公正なる

会計慣行となるとしたが、①②⑤⑥⑦⑧⑪は、新基準は唯一の公正なる会計慣行にはなっておらず、旧基準もまた「公正なる会計慣行」であるとした。いわゆる税法基準による会計処理が「公正なる会計慣行」にあたるどうか、問題となった判例として、⑫大阪地判平成一五年一〇月一五日（金融・商事判例一一七八号一九頁）、⑬大阪地判平成一八年二月三日（判例時報一九三九号一四九頁）、⑭大阪地判平成一七年九月二二日（判例タイムズ二二〇五号二二二頁）があるが、いずれも、いわゆる税法基準による会計処理であっても、平成一七年改正前商法三二条二項の「公正なる会計慣行」にあたるとする。

判例においては、「公正なる会計慣行」について判示したものは、「公正な会計慣行に合致する会計基準は、一般的に複数存在することもあり得る」（⑧判決）、「少なくとも証券取引法の適用がある株式会社においては、企業会計原則に違反しない会計処理をしている以上、特段の事情がない限り、「公正なる会計慣行」に違反していないものと解するのが相当である」（⑫判決）の二つである。「公正なる」「会計慣行」「斟酌する」について、どう解釈するかについて明示した判例は本件第一審である①が初めてであり、本判例においても引き継いでいるが、その明示に基づき、

旧基準、新基準について検討しているわけではない。

第一審では、「公正なる」といえるか否かは、営業上の財産及び損益の状況を明らかにするという目的に照らして、当該会計処理の基準が、社会通念上、合理的なものであるといえるかどうかによって決せられるといふべきであるとする。旧基準は、不良債権償却証明制度の運用において、銀行の経営の健全性及び適切性を維持するため、大蔵省の指導・監督権限に基づき、銀行の資産内容の健全性と決算業務の適切性を図る見地から、無税償却・引当が可能な貸出金すなわちⅣ分類と査定された貸出金の償却・引当を義務づけていたものであるので、当時において、「公正なる会計慣行」であったと評価できるといふべきであるとするが、銀行が関連ノンバンクの再建を図ることは関連ノンバンクの破綻を防ぐだけでなく、ひいては金融システム全体の破綻を回避することに資することになるので、再建期間中における銀行の関連ノンバンク向け貸出金に対する償却・引当をしないという会計慣行もまた、「公正なる会計慣行」であったと評価できるとし、営業上の財産及び損益の状況を明らかにするという目的に照らしては検討されておらず、社会通念上、合理的なものであるといえるかどうかの観点に重点を置いている。本判例では、第一審と同様

に平成九年三月期においては旧基準が公正なる会計慣行であるとし、さらに、金融政策ないし行政の方針転換に基づく制度自体の改廃が当然に従前の慣行の公正性及び慣行性を否定するものではないとする。新基準については、第一審・本判例においても、公正性について検討していないに等しいが公正性はあるとし、新基準の内容の周知徹底が十分とはいえないのであれば慣行性がないと言えるが慣行性があるとし、公正なる会計慣行ではあるが、唯一の公正なる会計慣行とはいえないとする。

第一審では、民法九二条における「事実たる慣習」と同義と解すべきとし、一般的に広く会計上のならわしとして相当の時間繰り返して行われている企業会計の処理に関する具体的な基準あるいは処理方法をいうと解すべきとし、当該会計慣行が特定の業種に属する企業において広く行われ、しかも、相当の時間繰り返して行われているという事実があつてはじめて、当該会計慣行が「公正なる会計慣行」となるとする。本判例では、原則として、会計処理方法が広く会計上の習わしとして相当の期間繰り返して行われていることを要するものといふべきであつて、単にその内容が実務に即応して合理的であるという一事をもって直ちにそれが「会計慣行」になり得るといふものではないが、

既に「公正なる会計慣行」が存在する場合にあってはその内容を変更する新たな企業会計の基準が直ちに会計慣行となり得る例外的な場合もあると解すべきであるとする。

三 平成一四年改正前商法二八五条ノ四第二項は、昭和三七年改正法において新設されたが、取立不能の虞があるときは、昭和三七年改正前においても取立不能の見込額を減額しなければならぬものと解釈されており、昭和三七年改正商法においては、これを明確にしたとされ、取立が不能になったときは、減額又は計上しないのは当然であるが、この減額をするには合理性がなければならぬのである（上田明信「商法の一部を改正する法律の解説」法曹時報一四巻五号（一九六二年）一九頁）。取立不能のおそれとは、債務者の財産状態、担保の有無、担保物の価値、保証人の資力などについての判断によるものであり、もちろん、その判断は必ずしも法律上の手続によることを必要とせず、企業の合理的な経営活動の範囲内において、取立てることができないと認められる場合もふくみ、また、取立不能の見込額は、個々の債権について判定することもできるが、企業の有する金銭債権全部について、または特定の種類の金銭債権について、過去の実績や景気の傾向なども勘案して、取立不能の見込額を推定することもできるのである

（高松和男「金銭債権の評価」企業会計一四巻四号（一九六二年）七三頁）。取立不能の見込額と税法の貸倒準備金等の額とは、必ずしも一致するとは限らず、本条二項は、会社において取立不能の見込額を合理的に見積もるのであり、税法は、一定の限度を定めそれ以下としているからである（上田明信「商法の一部を改正する法律の解説（五）」財政経済弘報九四一号（一九六二年）三頁）。本条二項が、取立不能見込額の減額を認めたのは、金銭債権の実質的価値すなわち、資産の現在価値を決定するためである（蓮井良憲『新版注釈会社法（8）』（有斐閣、一九八七年）一六六頁）。

その後、平成一七年改正前商法三二条二項が、昭和四九年商法改正において、株式会社監査制度の改正に伴い、証券取引法と商法の監査基準が一致することを明らかにすることを主な目的として新設された（田邊明「商法の一部を改正する法律案要綱案について」商事法務五一七号（一九七〇年）二頁）ので、平成一四年改正前商法二八五条ノ四第二項を解釈する上で、平成一七年改正前商法三二条二項における公正なる会計慣行を斟酌することとなったのである。

平成一七年改正前商法三二条二項は、昭和二六年から商

法に規定するかどうかが議論され、昭和三七年商法改正時において、「会計処理は、公正妥当な会計慣行に従わなければならない旨の規定を設けると、この規定は強行法規となり、公正妥当な会計慣行に従わなければならない旨の規定となり、民事的には有効・無効、損害賠償などの法律効果が結びつき、刑事的には罰則が結びつくことになる」「原則規定と個々の規定の関係について疑義が生ずる。原則規定と個々の強行規定を改廃するという解釈がなされるおそれがあり、そうではないとしても、原則規定は個々の規定に違反しない限り効力を有する趣旨の規定を設けても、個々の規定を骨抜きにする可能性がある」という反対論があり、商法に規定のない事項及び、商法の規定の解釈は条理に従うこととし、現段階においては一応、原則規定を設けないこととなり（上田明信「味村治」株式会社計算の内容に関する商法会計要綱法務省民事局試案に付いて（一）企業会計一二巻一二号（一九六〇年）一二二頁）、昭和三五年八月二七日に公表された「株式会社計算の内容に関する商法改正要綱法務省民事局試案」において盛り込まれなかったものである。

商法の計算規定は大まかなものであってよいのであって、流動的で絶えず変化している会計慣行を、それぞれの状況

に応じて解釈できる法規定が望ましいことはたしかであるが、反面、これは法的安定性を損なう可能性を持つと同時に、法に反した場合に加えられるサンクションとのバランスという面で難しい問題を提起することとなるのである（島原宏明「企業会計法の展開と論理」（税務経理協会、二〇〇三年）五〇頁）。まさに、本件において生じている問題である。Y<sub>1</sub>が行った会計処理が「公正なる会計慣行」に反するものであれば、損害賠償責任が生じ、有罪となるのである。また、平成一四年改正前商法二八五条ノ四第二項に反していたとしても、平成一七年改正前商法三二条二項に反してはいないとされた場合、原則規定が個々の規定を骨抜きにすることになるのである。

平成一〇年三月期においては、平成一四年改正前商法二八五条ノ四第二項があるのである。金銭債権につき回収可能であると見込まれる額のみを計上することができるとする趣旨に照らしてまず検討すべきである。そして、いわゆる税法上許容されていた会計処理方法は、平成一四年改正前商法二八五条ノ四第二項の趣旨と必ずしも合致していなかったのではないかと検討すべきである（弥永真生「長銀刑事事件最高裁判決の意義と今後の影響」経理情報一一九二号（二〇〇八年）二八頁では、長銀刑事事件の最高裁判

決は、そのようなことを問うことを要しないという前提によつていと解するのが最も自然であるとされる。)

「公正なる会計慣行」についての意義・内容について、「公正なる」「会計慣行」を分けて検討し、公正どうかは、商法上・会社法上の目的に照らして、検討しなければならず、基準時点とされる時点以後、ある業種の商人の実務において広く反復継続して実施されることがほぼ確実であると認められる場合は、会計慣行にあたりと考える。慣行性が強い場合には、公正性がある程度弱くても公正妥当な会計慣行と認められるとす説(久保大作「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従う」ことの意味)会社法の争点(有斐閣、二〇〇九年)一七六頁)、「公正なる会計慣行」の内容を理解する上では、「公正」性と「会計慣行」とを独立して評価することはできず、二つの要素が相まって(時には公正性が強い要素となり、ときに慣行性の要素が強く認められる)ある会計実務なり会計基準なりが「公正な会計慣行」と評価されると理解すべきであるとす説(片木晴彦「公正な会計慣行と取締役の責任…日本長期信用銀行事件の考察」広島法科大学院論集第三号(二〇〇七年)一九四頁)があるが、公正性と慣行性は独立に評価し、たとえ慣行性があつたとしても、公正性がない場合

は、それは、「公正な会計慣行」とはいえないと考える。

四 以上のように、「公正なる会計慣行」を理解した上で、本件を検討する。

本判決は、第一審と同様に、「公正なる会計慣行」とは何かを明示しているが、旧基準と新基準について、公正性と慣行性の検討を行っていない。裁判所の公正性の内容審査能力には疑問がある(得津晶「本件第一審評釈」ジュリスト一三六九号(二〇〇八年)一一七頁)。旧基準は、貸出金の償却・引当を税法基準によることとし、税法基準の限度額まで貸倒償却及び貸倒引当金の計上を義務づけるものであり、銀行が関連ノンバンクに対する支援を継続する限り、関連ノンバンクに対する貸出金の償却・引当は不要とされていたのである。平成一四年改正前商法二八五条ノ五第二項は、取立不能のおそれがあるときの判断基準について、ある程度の主観的判断が入ることも差し支えないが、客観性のあることが要請されているのである(蓮井・前掲・一六四頁)。取立控除額に関する明瞭な基準が存しないなかで、税法基準である旧基準が事実上会計処理の基準として慣行性があつたといえるが、税法上の目的と商法上の目的は異なるのであり、商法における公正性はなかつたと評価できるので、公正な会計慣行ではなかつたと考える。

いわゆる「新基準」として示されたのは、平成一〇年三月初期に行われていた、税法上の損金算入が認められる限度でのみ貸付金について償却・引当を行うという実務慣行が、同決算期以降は公正性を有しなくなるというこの一点である(片木・前掲・一九四頁)という指摘があるが、平成一〇年三月初期においても、公正性はなかったのである。会計慣行に過ぎなかつたのである。新基準は、貸出先の実体に応じて有税による償却・引当の実施を定め、銀行の関連ノンバンクの資産の実体に即して償却・引当を実施すべきものとするものである。まさに、平成一四年改正前商法二八五条ノ五第二項の趣旨どおりであり、公正性もあり、新基準が平成一〇年三月初期以降、銀行の実務において広く反復継続して実施されることがほぼ確実であると認められるのであるから、慣行性もあるといえ、平成一〇年三月初期において、新基準が公正な会計慣行と考える。X<sub>1</sub>を含む主要一九行は、平成一〇年三月初期の有価証券報告書には、貸倒引当金の計上基準として、新基準である改正決算経理基準と四号実務指針の内容を明記していることは、旧基準の慣行性が失われたことをうかがわせる(船繁夫「本件第一審・刑事第一審評釈」税経新法五四三号(二〇〇七年)四九頁)。

よって、Y<sub>1</sub>らは、平成一〇年三月初期において、貸出金の償却・引当処理の基準として、新基準ではなく旧基準により行つたことにより、商法三二条二項の公正なる会計慣行に違反し、二七四七億円の償却引当不足が生じ、配当可能利益が存しないにもかかわらず配当がなされたもので、本件決算配当、本件中間配当について商法二六六条第一項第一号に基づく損害賠償責任を負わなければならない。Y<sub>1</sub>らは、平成一〇年三月初期のX<sub>1</sub>の不良債権の処理に関しては、新基準を厳格に適用した場合には、自己資本比率を八パーセント以上に維持することが困難になり、X<sub>1</sub>の今後の経営面で深刻な問題が生じ得る可能性があつたことは認識していたというべきであると第一審・本判決において、認定されている。

五 会社法においては、「株式会社の会計は、一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従うものとする」と規定されている(会社法四三一条)。「商業帳簿の作成に関する規定の解釈に付ては」は「株式会社会社の会計」に、「公正なる会計慣行」は「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」に、「斟酌すべし」は「従う」に表現が変更されている。立法官の説明によると、「現行法の下でも、商法に規定にあるものに限らず、商法に規定がない事項につい

ても（あるいは、規定がない事項こそ）会計慣行を斟酌しなければならぬという意味に解釈されていたところであるので、実質的には変わるところはないと考えられる。」とする（別冊商事法務二九五号（商事法務、二〇〇六年）一二二頁）。平成一七年改正前商法三二条二項においては、「公正なる」「会計慣行」「斟酌すべし」とそれぞれの文言について、学説においても判例においても解釈が行われてきたが、会社法四三一条においては、「一般に」「公正妥当」「企業会計の慣行」「従う」のそれぞれの文言について、解釈する余地はほとんどなく、「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」とは何かが問題となるにすぎないのではないだろうか。「一般に」という文言が入ったことにより、また、四三一条が先頭に来たために、公正性は会社法の目的理念によって判断されるという解釈が遠のく可能性はある。「斟酌」は新規の公正な合理的な償却方法が案出され、その新規の方法によって償却することがより合理的であると判断される場合にはその方法によることもでき、斟酌にはそのような解釈のための素材の選択が許される意味をも含んでいる。」という解釈は「従う」では出来ないであろうから、素材の選択の幅が狭くなる可能性があるばかりではなく、会社法第五章第二節以下の個々の計算規定

との関係においても個々の計算規定を骨抜きにする可能性がある。

商法（会社法）の計算規定というものは、決して企業会計の唯一のあり方を定めるべきものではなくて、株主及び債権者の利益を保護するためのワク組を定めるべきものであり（倉澤康一郎『会社法改正の論理』（成文堂、一九九四年）二九六頁）、企業経営の一環としての会計処理についてはかなり選択の幅を認めておき、一方において、違法な処理に対する経営者の責任を強化することの方が、法律の機能により即した規制のあり方であると（倉澤・前掲二九八頁）と考えるが、会社法においては、会計処理についての選択の幅が狭まる可能性があり、株式会社の役員等はその職務を行うについて注意を怠らなかつたことを証明して違法配当の責任を免れることができる（会社法四六二条二項）。法律の機能に即した規制のあり方とは逆の方向に進んでいると考える。

岡本 智英子