



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究（一）：公正なる会計慣行の認定手法：特に民事判決（東京地判平成一七年五月一九日判時一九〇〇号三頁）との対比から
Author(s)	得津, 晶; Tokutsu, Akira
Citation	北大法学論集, 61(2), 103-126
Issue Date	2010-07-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43656">https://hdl.handle.net/2115/43656</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-2_003.pdf



# 民事判例研究(一)

公正なる会計慣行の認定手法

―特に民事判決(東京地判平成一七年五月一九日判時一九〇〇号三頁)との対比から

得津 晶

平成一〇年三ヶ月期において大蔵省による資産査定通達等の定める基準が唯一の「公正なる会計慣行」であり、従来の税法基準

に従い関連ノンバンクへの貸出金については実際の取立不能にかかわらず償却・引当を行わないという会計処理は「公正なる

会計慣行」に従ったものとはいえず、有価証券報告書虚偽記載罪（証券取引法一九七条一号〔平一〇法一〇七号による改正前のもの。金融商品取引法一九七条一項一号に相当）及び違法配当罪（商法四八九条三号〔平一七法八七号改正前のもの。会社法九六三条五項二号に相当）が成立するとした事例

東京高判平成一七年六月二二日判時一九一二号一三五頁〔長銀粉飾決算事件控訴審判決〕

高等裁判所刑事裁判速報集（平一七）号一四六頁、最高裁判所刑事判例集六二巻七号二六四三頁

### 〔事案〕

本件は、A銀行（旧長銀）が、平成一〇年三月期に取立不能が見込まれる貸出金が合計三三三〇億円あったのに償却・引当をしなかったことに關し、①当期未処理損失を過少に圧縮して計上した貸借対照表、損益計算書、利益処分計算書を掲載した平成九年四月一日から平成一〇年三月三十一日までの事業年度の有価証券報告書を提出したことが、有価証券報告書虚偽記載として改正前証券取引法一九七条一号、二〇七条一項一号に違反し、②償却・引当をすれば株主への配当可能な剰余金は存在しなかったにもかかわらず株主に配当金合計七億六六六〇万円

の配当をしたことが、改正前商法四八九条三号に違反したとして起訴された。

本件でA銀行は、貸出金の取立不能額の償却・引当については、不良債権償却証明制度により行っていた。この不良債権償却証明制度とは、金融機関の不良債権の無税償却・引当について、国税庁との協議に基づいて金融証券調査官がⅣ分類「回収不可能又は無価値と判定される資産」及びこれに準ずるものとして証明した不良債権の金額のみ、法人税法上の損金算入を認めるものであり、税法基準に従って不良債権の償却・引当を行うものである。この不良債権償却制度の下では、関連ノンバンクへの貸出金について、関連ノンバンクに対して債権放棄などの支援を行った場合であれば、「支援」とは対象となる関連ノンバンクが破綻しないことを目的に行われることであるということを理由に、支援として放棄した分以外の貸出金については一切、償却・引当を認めないという扱いになり、本件A銀行もこの扱いにしたがって会計処理をしていた。

他方、平成七年ごろから大蔵省などを中心に日本の金融システム改革が進められ、金融機関経営の健全性確保のための早期是正措置制度の導入が進められていた。この中で、平成九年には、「資産査定通達」、「全銀協Q&A」、「四号実務指針」、「九

年事務連絡」などが相次いで出され、平成九年七月四日に不良債権償却証明制度は廃止され、貸出金の償却・引当を自己査定で行うこととされ、自己査定基準は回収不能や損失発生の見込みなどから償却、債権償却特別勘定、貸倒引当金を設けることを内容とする決算経理基準の改正がなされた。

これらの資産査定通達等および改正決算経理基準が示す基準によれば、支援先の関連ノンバンクへの貸出金にも実際の取立不能見込みに応じて償却・引当を行わなくてはならないことになるが、本件では、平成一〇年三月期決算において、従来の不良債権償却証明制度と同様、支援先の関連ノンバンクへの貸出金については引当・償却を行わなかったA銀行の会計処理が、当時の商法三二条二項の「公正なる会計慣行を斟酌」したといえるのか否かが争われた。

原審（東京地判平成一四年九月一〇日刑集六二巻七号二四六九頁）は、決算経理基準が公正なる会計慣行であり、資産査定通達等の指示する基準が決算経理基準を補充して公正なる会計慣行となるので、これに反して償却・引当を行わないことは許されないと判示し、A銀行の元取締役Yらを有罪とした。これに対して、Yらが控訴したのが本件である。

### 【判旨】控訴棄却

「資産査定通達」、「四号実務指針」、「九年事務連絡」（この三つを併せて「資産査定通達等」という）及び改正決算経理基準は、金融機関の健全性を確保する目的で平成一〇年四月一日から導入される早期是正措置制度を有効に機能させるために必要な金融機関の資産内容の査定方法や適正な償却・引当の方法を明らかにし、それにより資産内容の実態を正確かつ客観的に反映した財務諸表を作成することを目指して策定されたものといえる（『資産査定Q&A』及び『追加Q&A』（この二つを併せて『Q&A』という）も、同様の趣旨で作成されたものである）。しかも、『資産査定通達等』は、金融機関の監督官庁である大蔵省銀行局や金融検査部を中心に、日本公認会計士協会関係者、日本銀行関係者、金融機関の代表者等金融機関の会計処理や決算処理に関わっている関係者等が参加して検討した結果を公表した「中間とりまとめ」の考え方を基礎にし、その内容を明確にしたものである上、いずれも全国銀行協会連合会等を通じて金融機関にその内容が公表、送付され、周知徹底が図られてきたといえること、さらに、資産査定の方法として用いられた資産分類の概念等は、それまでの金融検査部による金融検査の時に使用されてきた資産分類の方法等が踏襲され、大きく

変わるものではないことなどに照らすと、『資産査定通達等』が示す資産査定の方法、償却・引当の方法等は、金融機関の貸出金等の償却・引当に関する合理的な基準であり、基準としても明確なものであると認めることができ、同様の趣旨・目的の下に発せられた『基本事項通達』の改正に伴う改正決算経理基準の内容を補充するものとみることができ。

もつとも、『資産査定通達』及び『九年事務連絡』は、金融検査官等宛てに発せられた検査の基準であり、また、『四号実務指針』は、会計監査法人等が監査をするに当たつての指針であるから、それ自体は法規範性を有するものでないし、これらが、それ自体として直ちに本件当時(平成一〇年三月期決算時)における『公正なる会計慣行』そのものであるということとはできず、これらは、当時の『公正なる会計慣行』が何なのかを推知するための有力な判断資料ともいべき性格のものと考えられる。しかるところ、金融検査官は、『資産査定通達』、『九年事務連絡』に従つて検査をするものであるし、また、会計監査法人は、『四号実務指針』に沿つて監査することになるのであり、これを受けて金融機関側でも、『資産査定Q&A』及び『追加Q&A』を作成して金融機関に周知を図っているのである。

しかも、『資産査定通達』は平成九年三月に、『九年事務連絡』、『四

号実務指針』は同年四月に発せられたり、公表されたりしているのであって、平成一〇年三月の決算時までには約一年あつて周知の間も確保されているといえる上、本件当時、金融機関においては、従来に比してより透明性の高い明確な資産査定等による会計処理が求められるに至つていたことに照らしても、『資産査定通達等』に定める基準から大きく逸脱するような自己査定基準の作成やこれによる自己査定はもはや許されない事態に至つていることは、金融機関の共通の認識になつていたと認められるのである。したがつて、『資産査定通達等』の定める基準に基本的に従うことが『公正なる会計慣行』となつていたといふべきであり、その反面、『資産査定通達等』の趣旨に反し、その定める基準から大きく逸脱する会計処理は、もはや『公正なる会計慣行』に従つたものとはいえず(補足すると、自己査定制度の趣旨・性格からして、『資産査定通達等』の定める基準に少しでも反していれば、違法となるわけではなく、同基準に反していたとしても、その程度が大きく逸脱するに至らない会計処理については、直ちに違法となるものではない。それ故、最も厳しい基準で自己査定した金融機関以外の金融機関の会計処理がすべて違法であるということには全くならない)、従前『公正なる会計慣行』として容認されていた税法基準(貸付金

のうち、法人税基本通達九一六―四等の要件を満たす額については貸倒償却・引当をする義務があるとするもの)による会計処理や、関連ノンバンク等についての段階的処理等を容認していた従来<sup>1)</sup>の会計処理：・はもはや『公正なる会計慣行』に従ったものではなくなった、言い換えると、『資産査定通達等』の示す基準に基本的に従うことが唯一の『公正なる会計慣行』であり、この二つの基準の併存はあり得ないというべきである。そして、このように判断しても、新基準への改正は適正になさられていること、新基準の内容は銀行の資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も合理的なものであること、基準としても明確なものといえること、平成一〇年三月期の決算から適用されることが周知されていること、会計慣行の変更に伴う企業会計の継続性の観点からみて問題がないわけではないが(特に平成一〇年三月期においてはいわゆる税法上の手当てがされておらず、翌平成一一年三月期決算においていわゆる税効果会計の前倒し適用が認められて手当てがなされた)、周知期間が『資産査定通達等』の発出等から約一年(決算経理基準の改正通知からでも約八か月)あり、それだけの期間があれば金融機関としても、対策を講じることができると思われることなどに照らして、金融機関に過酷な結果を招来するとはいえ

ないと考えられる。原判決の説示中には、以上の判断と異なるかのような部分もないわけではないが、『資産査定通達等』の趣旨に反し、その定める基準から大きく逸脱するような会計処理はもはや許されず、『資産査定通達等』の定める基準に基本的に従うことが『公正なる会計慣行』となっていたとする点においては同旨であるから、この点は判決に影響を及ぼさない。」

### 【評釈】判旨疑問

#### 一．本判決の意義

本判決は、旧長銀が平成一〇年三月に行った関連ノンバンクへの貸出金について破綻・貸倒に備えて償却・引当をしなかったことが有価証券報告書虚偽記載による証券取引法違反及びそれに伴う違法配当に関する取締役の民事および刑事の責任が追及された事件の刑事控訴審である。本件については、新聞報道等で周知の通り、一審・控訴審まで刑事では責任を肯定して有罪(①東京地判平成一四年九月一〇日刑集六二卷七号二四六九頁、<sup>1)</sup>本件)、民事は責任を否定(②東京地判平成一七年五月一九日判時一九〇〇号三頁、<sup>2)</sup>③東京高判平成一八年

一月二九日判タ一二七五号二四五頁<sup>(3)</sup>と結論の分かれた「ねじれ判決」であったところ、最高裁では、本件刑事事件の上告審（④最判平成二〇年七月一八日六二巻七号二一〇一頁<sup>(4)</sup>）が破棄自判して、責任を否定し無罪としたことで、上告棄却となった民事（⑤最決平成二〇年七月一八日未公判）と結論が統一されることとなった。旧長銀については他に旧長銀の取締役・監査法人に対する証券訴訟（証券取引法二四条ノ五第五項、二二条、二二条一項一号）も提起された（⑥大阪地判平成一九年四月一三日判時一九九四号九四頁〔請求棄却〕）。

また、本件同様に、貸出金の評価（償却・引当の要否）について銀行取締役に対する有価証券報告書虚偽記載の民事・刑事責任が問題となったものとして日債銀事件が存在する。日債銀事件でも高裁までは刑事が有罪（⑦東京地判平成一六年五月二八日LEX/DB28105091<sup>(5)</sup>、⑧東京高判平成一九年三月一日高等裁判所刑事裁判速報集（平一九）一四九頁）、民事では責任否定（⑨京都地判平成一五年九月二四日判時一八六三号一八九頁、⑩大阪高判平成一六年五月二五日判時一八六三号一一五頁<sup>(6)</sup>）と「ねじれ判決」であったが、刑事最高裁（⑪最判平成二二年一月二七日金法一八九一四三頁<sup>(7)</sup>）が公正なる会計慣行の判断について本件刑事上告審判決（④判決）と同様の一

般論を採用し、破棄差戻した<sup>(8)</sup>。

上告審の既になされた下級審判決の意義を考えると、作業にどれほど意味を認めるかは考え方が分かれるところではあるが、さしあたり、評釈の対象の画定として本判決の意義をまとめると、「A銀行（旧長銀）が関連ノンバンク等（関連ノンバンクの子会社も含めているため『等』と表現する）への貸出金の引当・償却、を税法基準によって支援として債務免除した部分を除いて一切、行わない会計処理は、公正なる会計慣行に反する」と判示した点であろう。この点を分解すると以下の三点に分けられる。

まず、第一に、大蔵省の資産査定通達等に定める基準に基本的に従うことが「公正なる会計慣行」となっていたと判示した。この第一の点は、若干の考察の余地はありうるが、ほぼ民事判決でも認められ、異論のないものと思われる。

第二に、第一の点を超えて「資産査定通達等」の定める基準が唯一の「公正なる会計慣行」であると判示した点が本判決の特徴として挙げられる。「資産査定通達等」から大きく逸脱する会計処理は「公正なる会計慣行」に従ったものとはいえないとした点である。

第三に、当時のA銀行の関連ノンバンク等への債権の評価基

準を「資産査定通達等」に反しているとした点である。

そのほか、刑事法にかかわる論点として、罪刑法定主義の問題、さらに明示はされていないが違法性の意識可能性に関する論点もあるが、紙幅と評釈者の能力の限界を理由とする無秩序な問題意識の拡散を防止するため、大幅に省略する。

## 二. 同様の事案の裁判例について

本件刑事判決(本件、①④判決)は、平成九年度有価証券報告書に掲載されている平成一〇年度三月の貸借対照表、損益計算書等において関連ノンバンクへの貸出金の評価が問題となつた事案である。本件と同様、長銀の関連ノンバンクへの貸出金の評価が問題になつた民事事件(②③判決、⑤決定)は平成一〇年三月期の決算配当のほかに平成九年九月の中間配当も問題となつた事案で、違法配当(平成一七年改正前商法二九〇条一項、中間配当二九三条ノ五第三項)として取締役に平成一七年改正前商法二六六条一項一号の責任を追及した事件である。他方、証券訴訟(⑥判決)については平成九年九月の中間配当のみが問題となっており、平成九年三月の貸借対照表等における関連ノンバンクへの貸出金の評価が問題となつている。この

ように、対象時期が微妙に異なるものの、刑事上告審(④判決)と全民事判決(②③⑤⑥)が取締役の(民事又は刑事)責任を否定したのは、本件の貸出金の評価について公正なる会計慣行違反はないと判断し、他方、本件及び原審は本件の評価が平成一〇年三月における公正なる会計慣行に反すると判断しており、この点の評価が食い違うことが結論の違いの理由となつている。

他方、株主が証券取引法二四条ノ二に基づく責任を求めた日債銀民事事件では、問題となつたのは平成一〇年三月期における貸出金の評価(償却・引当の要否)である点は本件はじめ長銀民事事件と同様であるが、貸出先が関連ノンバンクではないとされている点<sup>10</sup>で本件と異なり、また、別途、ヘッジ目的でオプション取引(フット・オプション)をして当該フット・オプションを資産計上している場合のヘッジ対象となる保有株式の評価を時価より高い簿価で計上することが公正なる会計慣行に反するか否かという論点も取り扱っている点も本件と異なる。そして、責任を否定した民事判決(⑨⑩判決)は公正なる会計慣行違反はないとしたのに対し、責任を肯定した刑事一審・控訴審判決(⑦⑧判決)は貸出金の評価の点について公正なる会計慣行違反を認めた。差戻した刑事上告審(⑪判決)は従前の税法

基準を採用したとしても違反の余地があるとしてその判断を留保しているが、従前の税法基準を公正なる会計慣行に反しないとしている。他にも、同じ会計ルールが問題になったものとして、なみはや銀行の監査法人に対する責任追及の事件（<sup>12</sup>東京地判平成一八年九月二七日資料版商事法務二七五号二四一頁）があるところ、公正なる会計慣行違反を否定して責任を否定した。

このようにみると、長銀に限らず一連の裁判例において、貸出金の評価（償却・引当の要否）において償却・引当を行わないという処理が公正なる会計慣行に反するか否かが結論を分けるポイントであることが分かる。そこで、本評釈では、本判決が、公正なる会計慣行に反すると判断した手法が、他の一連の裁判例との関係でどのような特色があるのかに焦点を合わせることにする。

### 三、公正なる会計慣行の認定手法

#### （一）本判決の特徴

本判決は、資産査定通達等の定める基準を唯一の公正なる会計慣行と認めた点に特徴がある。この判断の根拠として、資産

査定通達等の基準から大きく逸脱することが「もはや許されない事態に至っていることは、金融機関の共通の認識になっていた」（判時一三九頁三段）ことのみを挙げているように読める。だが、公正なる会計慣行と認められるためには、一般に、「公正」であることと、「慣行」であることの両方が求められ、金融機関の認識のみでは慣行性に対する応答にしかなくなってしまったところ、金融機関が守らなくてはならないと思っていたという認識のみで「公正なる会計慣行」と認める判断には疑問が残る。<sup>12</sup>

ただし、本件および先の紹介した一連の銀行の貸倒引当金の事案を離れ、公正なる会計慣行と認めた従来の裁判例の中で、公正なる会計慣行を「公正性」および「慣行性」に分けて論じる裁判例は評者の探した範囲では存在しない。だが、従来、公正なる会計慣行が問題になったのは、多くの場合が「企業会計原則」であり、企業会計原則が公正なる会計慣行に「原則として」該当するという結論は、公正なる会計慣行の条文が導入された立法当時から議論が蓄積されていた帰結であったため、「公正性」や「慣行性」に分けて議論する必要がなかっただけではなからうか。評釈の中にも、本判決に対して、正面から公正なる会計慣行の一般論を論じるべきであったと指摘するものがあ

る(弥永・前掲注(1) 文献二七頁)。

(二) 原審との対比

本判決は、以上のような公正なる会計慣行性の判断の最後に「原判決の説示中には、以上の判断と異なるかのような部分もないわけではないが」と判示しており、原審(①判決)の判示とは微妙な差異の存在がうかがわれる。

原審は大蔵省通達の中にある「決算経理基準」を「公正なる会計慣行」に当たると判断した。この根拠は、当時の銀行法が、大蔵大臣に銀行への監督権限を有することを規定していた(と(銀行法二四一条一項、二五一条一項、二六条)から、大蔵大臣が銀行への監督権限に基づき通達の中で銀行の決算の基準となるべき決算経理基準を定め、この決算経理基準に長銀その他の金融機関が従っていたこと、および、日本公認会計士協会の銀行監査特別委員会も決算経理基準を商法三二条二項という公正なる会計慣行に合致しているものとして取り扱ったことを挙げている。

このように原審は、大蔵省通達の決算経理基準が公正なる会計慣行であることを前提とした上で、資産査定通達等による基準が、その成立プロセス等から合理性を判断して決算経理基準

を補充するものであるという論理構成によって、公正なる会計慣行となるとした。原審には、本判決と比較して、決算経理基準一般が公正なる会計慣行に該当するという大きな枠組みによる議論を採用している点に相違が見られる。そして、その前提として銀行法という通常の会社とは異なる会社法・商法の特別法としての金融法的な考察が含まれているように読める。

このように金融法的な考慮が銀行など金融機関の計算書類のような商法的規制・会社法的規制にも読み込まれるという立場 (Jonathan R. Macey and Maureen O'Hara. *The Corporate Governance of Banks*, FRBNY Economic Policy Review April 2003, 93, 97, 102.) は、融資の際の取締役の責任について、銀行など金融機関の取締役はシステムミック・リスク防止の観点から、安全性の高い経営に裁量が狭まるという解釈<sup>13)</sup>(岩原紳作「金融機関取締役の注意義務」落合還暦・商事法への展望「二〇〇六年・商事法務」二二一頁)と同方向に捉えることができる。

このように見ると、控訴審である本判決は金融機関の認識のみを根拠に公正なる会計慣行と認定されたかのようにも読めるが、「これらの通達や事務連絡は、金融機関の監督官庁が、その検査等に当たったっての要点について一定の枠組みを定めたもの

であるから、その検査等を受ける金融機関の側にも、これに沿った対応が求められるのは当然のことである」と判示している点（判時一四一頁一段目）に、原審を引き継ぎ、金融機関の特殊性を認めたものと読み込むこともできよう。そして、現在の感覚からすればやや雑ではあるが、健全性確保やシステミック・リスクの防止の観点まで降りて具体的に検討するのではなく、大蔵省の通達に従うということだけで金融法的考慮を満たしたと評価するのであれば、<sup>16)</sup>このような金融法的考慮によって「当然」と判示した前掲判文より、公正性の要件も満たしたと判断したと読むことができよう。

日債銀の刑事一審判決（⑦判決）においても、金融機関の特殊性、監視・監督の必要性から、通達等に反することは公正なる会計慣行違反と判示されており、単に慣行でありさえすればよいというのではなく、金融法的特殊考慮をもって公正性の要件の充足を判断したと読むことができる点で本件及び原審と共通する。

### （三）民事事件判決との対比

以上のような刑事判決に対して、民事判決は、公正なる会計慣行を否定したが、その際の判断枠組みは、刑事事件とは異なる。

まず、民事事件においては、公正なる会計慣行の一般論を提示している点が刑事事件との大きな相違である。「公正」とは会社の「財産及び損益の状況を明らかにすること」と明言し、慣行については「民法九二条における『事実たる慣習』と同義に解すべき」とし、<sup>17)</sup>「斟酌」については、「特段の事情がない限り、それに従わなければならない」と解釈した。

民事事件では、従来の税法基準が少なくとも以前は公正なる会計慣行であったという判断を前提にして、既に通達等に基づいた会計処理が公正なる会計慣行となっている場合に、その根拠となっていた通達の内容の変更がなされると、どのような場合に新しい通達の基準が公正なる会計慣行となるのか、という問題の立て方をしている。

厳密に言えば、一審判決（②判決）は、従来の公正なる会計慣行の根拠となっていた通達の変更・改正によって新基準が公正なる会計慣行となるかどうか、という問いの立て方をしているようにも読める。だが、従来の裁判例に拠れば、公正なる会計慣行というものは複数併存しうるとされているため（⑨判決、最判平成五年一月二九日民集四七卷九号五二七八頁）、新基準が公正なる会計慣行であることを示したからといって旧基準が公正なる会計慣行でないことを示すことにはならない。

そこで、控訴審判決（③判決）は、このあたりのことにも配慮して、従来の公正なる会計慣行の根拠となっていた通達の内容の変更によって、新基準が「唯一の」公正なる会計慣行になる場合というように、原審よりも「唯一性」を強調した。

このように問題把握をした上で、一審、控訴審ともに、新基準が公正なる会計慣行になる場合、ないし、唯一の公正なる会計慣行になる場合を要件に立てている。

一審（②判決）は、①内容の公正、②企業会計の継続性の確保の観点から支障が生ずるような場合の手当て、③改正手続の適正、④新たに法規により企業会計の基準が定められた場合と同程度に一義的で明確であること、⑤規範として拘束性があることとの周知徹底、の五つを要件にしている。

他方、控訴審判決（③判決）は、①「公正性の要件」として、「当該銀行の利害関係人らに対し、営業上の財産および損益の状況を明らかにするという目的に照らし、社会通念上合理的なものであること」、②「慣行性の要件」として、「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こと」、③「慣行性の要件を兼ねた唯一性の要件」として「抵触する従前の慣行に従った会計処理を廃止し、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」、「基準として整備されるべき内容が明確であること」、「基準の変更に伴い関係者に対する不意打ちとなる場合には必要な手当てがなされること」、「関係者に対する周知徹底が図られていること」の三要件を立てた。そして、一義的に明確であることや周知徹底性の点から、要件の充足を否定した。

#### （四）刑事下級審と民事の違い

このように、刑事下級審判決と民事判決を比較すると、①問題把握の違い、②公正なる会計慣行の一般論の有無、③唯一性への無頓着（ただし民事一審も）、④当時の金融機関の認識、の四点で違いが見られる。

問題把握の方法が違うという点は、先述の通り、資産査定通達等が公正なる会計慣行と言えるか、という問題枠組みの刑事事件に対して、民事では、通達の内容の変更によって公正なる会計慣行も変更されたか、という問題の立て方であるという違いがある。

このような問題把握の違いが生じた理由としては、さしあたり以下の四つが考えられる。まず、①民事と刑事の事案の相違として、刑事では平成一〇年三月の決算配当のみが問題となっ

ているので平成一〇年三月の公正なる会計慣行を問題にすればよかつた。他方、長銀民事事件は平成一〇年三月の決算配当のほかに平成九年九月の中間配当も問題になっていたため、平成九年九月時点での公正なる会計慣行と平成一〇年三月時点の公正なる会計慣行の二つが問題になった。しかも、平成九年九月時点では従来の税法基準でも公正なる会計慣行を満たすのがほぼ明らかなのに対して、平成一〇年三月時点では刑事下級審が公正なる会計慣行ではないと判示しているように意見が分かれる。よって、この平成九年九月から平成一〇年三月までの時間経過によつてどのように公正なる会計慣行が変わつたのかという形で問題把握を行いやすかつたということもできる。この意味では、単に事案との関係で判断しやすい形で問題を切り出したというに過ぎず、理論的に重要な差異ではない。

だが、それ以上に、刑事と民事の問題把握を分けたのは、②公正なる会計慣行というものは複数存在しうるという点への配慮の程度のように思われる。本判決も、公正なる会計慣行が複数存在しうること認める判示は一部なされているものの、新基準が唯一の公正なる会計慣行であることを認める根拠は明示されていない。他方、民事事件では、とりわけ控訴審判決では、公正なる会計慣行が唯一決まる場合というものをかなり限定し

て読み込んでいる。

さらに、③刑事、とくに原審は、大蔵省通達による規範形成を、企業会計原則のような、一種の立法委任のように捉えている点も問題把握の仕方に影響を与えているように思われる。原審では、決算経理基準を一般論として公正なる会計慣行としてしまうことで、ある種の白地委任を認めているとも読める。

これに対して、民事では、見方によつては通達の内容の変更によつて公正なる会計慣行が変更されたか否かという意味で立法委任（白地委任）<sup>16)</sup>を前提としているようにも読めるが、単に通達の内容の変更をそのまま会計慣行の変更と認定するのはなく、そのための要件を課すことで、要件の中で、公正なる会計慣行であること、唯一の公正なる会計慣行であることの判断がなされていることが確認しやすくなっている。

このような問題把握の差異をどのように評価するか。まず、刑事の原審に見られるような、決算経理基準一般を公正なる会計慣行と見た上で、資産査定通達などが決算経理基準に補充されるか否かという形で問題を把握していくことは、本来論じべき個別具体的な基準の公正なる会計慣行該当性の問題を直接に論じずに、間接に論じることになり迂遠と評価できる。他方、民事のように、通達内容の変更が公正なる会計慣行へ与え

る影響という形で検討する必要は必ずしもなく、平成一〇年三月当時の公正なる会計慣行違反か否かを直接論じることができれば、それに越したことはない。この意味で、民事の問題把握にも迂遠などころがある。

このように刑事・民事どちらもが迂遠である理由は、本件は、通達とは異なる会計処理をしている事案で、それが公正なる会計慣行違反か否かを論じているのだから、公正なる会計慣行は複数存在するという従来<sup>19)</sup>の裁判例・学説の立場を前提にするならば、通達が公正なる会計慣行であるといつても、通達以外の会計処理が公正なる会計慣行になるかどうかには、直接影響しないにもかかわらず、刑事下級審・民事判決ともに、通達と公正なる会計慣行との関係という形で問題把握をしていることによる。このような長銀の事案に対して、日債銀の民事一審判決（⑨判決）が、公正なる会計慣行違反を否定する際に、「原告の主張する会計基準が、唯一絶対のものであることを認めるに足る証拠はな<sup>20)</sup>い」という簡単な理由のみ判示して済ませた点は非常に参考になる。公正なる会計慣行違反の証明責任は責任追及側（株主、検察官）にあるのだから、追及側がある会計基準を公正なる会計慣行と主張するだけでは証明責任を果たしていないとして、責任を否定するのも、裁判官の適切な訴訟運

営がなされるのであれば、肯定されて良いと思われる。<sup>19)</sup>

そして問題把握方法の違いは、公正なる会計慣行が複数存在することへの配慮の程度の差異にもつながる。刑事下級審では、一審・高裁ともあつさり<sup>20)</sup>と唯一性を認めてしまったのに対して、民事では、とりわけ控訴審では、唯一といえるための要件として一義的明確性を課すなど、相当の配慮が見られる。民事判決にもやや迂遠な点は見られるものの、唯一の公正なる会計慣行と認定するための reasoning<sup>20)</sup>として、一義的明確性を要求することで、本件で問題になっているのは「公正なる会計慣行に該当する基準は何か」ではなく「当該会計基準が公正なる会計慣行に合致するの<sup>20)</sup>か否か」であるという問題点が明白になっている限りでは、民事判決の理論構成を支持しうる。

以上のような、法律論の違いのほかに、民事と刑事下級審では、金融機関が新基準を遵守すべきと認識していたかどうかの事実認定に違いが見られる。刑事では、Yらの自白があることも相まって、金融機関一般が新基準を遵守しなくてはならないと認識していたことを認定しているが、民事事件では、自白の任意性を否定するかのよう<sup>20)</sup>な判示までして、金融機関の認識を否定している。この事実認定の違いは、税効果会計制度の導入の遅れと並べて、民事判決が一義的明確性や周知徹底性といっ

要件充足を否定する根拠としてあげたものであり、他方、刑事下級審判決では、金融機関が認識していることが公正なる会計慣行性を肯定する論拠のようになっていて、刑事下級審と民事の結論の違いの理由には、法律論のほかに、この事実認定の違いによるところも大きいと思われる。

#### (五) 刑事上告審との対比

このような刑事下級審と民事判決の差異を経て出されたのが刑事上告審判決(④①判決)である。本件上告審は、本件会計処理を公正なる会計慣行に反しないと結論を採用した。その根拠として「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、金融機関がその判断において的確な資産査定を行うべきことが強調されたこともあって、・・・大枠の指針を示す定性的なもので、その具体的適用は必ずしも明確となっておらず、取り分け、別途九年事務連絡が発出されたことなどからもうかがえるように、いわゆる母体行主義を背景として、一般取引先とは異なる会計処理が認められていた関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関しては、具体性や定量性に乏しく、実際の資産査定が容易ではないと認められる上、資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準が関

連ノンバンク等に対する貸出金についてまで同基準に従った資産査定を厳格に求めるものであるか否か自体も明確ではなかったことが認められる」として、明確性が欠ける点を強調している。このように、明確性がない場合は「公正なる会計慣行」として法的拘束力を持つことを否定した(岸田・前掲注(4)商事法務一八四五号二九頁<sup>21)</sup>)。

刑事上告審は、厳格に償却・引当を要求する新基準が当時の「公正なる会計慣行」ではないという形で解決した。民事判決や刑事下級審判決が、新基準が公正なる会計慣行であることを前提として、旧基準(税法基準)で会計処理をすることも「公正なる会計慣行」に反してないかどうかという形で(迂遠な)問題把握をしてきたのとは異なる。刑事上告審の法律構成は当時の公正なる会計慣行を検討することのみで直接に問題を解決している。だが、この一般論を過度に抽象化すると、平成一〇年三月当時に厳格に関連ノンバンク向け貸出金の償却・引当を行った場合には「公正なる会計慣行」に反することになるといふや疑問の残る結論になりかねない<sup>22)</sup>。このような過度の抽象化を行うべきでないとすると、刑事上告審の提示した厳格な新基準が「公正なる会計慣行」ではないという命題は、当時の「公正なる会計慣行」は、厳格な償却・引当まで義務付けていると

解釈するものではないということにすぎず、論拠として明確性に欠けることを強調している点からも、償却・引当の可否については幅をもったものと判断したと解するべきである。

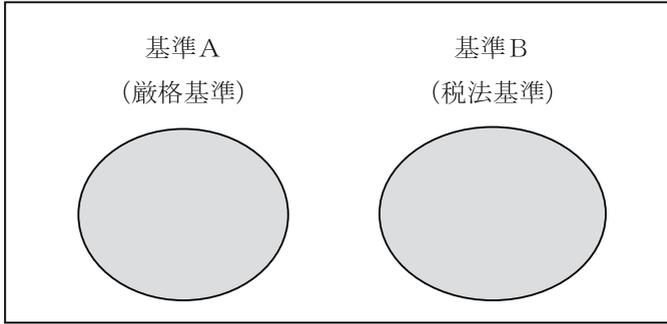
このような上告審の判断枠組は、従前の民事・刑事下級審判決と判断枠組が異なる。従前の民事・刑事下級審判決は「貸出金に厳格に償却・引当を義務付ける新基準」（「基準A」とする）と「税法基準として関連ノンバンク（または支援先）には貸出金に償却・引当をしない旧基準」（「基準B」とする）の二つの基準のうち「公正なる会計慣行」と認められるのはどれか、基準Aのみなのか、基準Bも含むのかという形で議論を進め、民事判決は基準Aのほか基準Bも含むと判断し、刑事は基準Aだけと判断して結論が分かれたのである。対して、上告審は、基準Aとの比較として「貸出金に償却・引当を義務付けるかどうかは解釈・適用に相当の幅が生じており一定の裁量に任せられている」という基準Aを考え、この基準AとA'と比較して、基準A'を採用したのである。<sup>24)</sup>

また、上告審においては、本判決と微妙に事実認定が異なっている点にも留意が必要である。本判決は、「『資産査定通達等』に定める基準から大きく逸脱するような自己査定基準の作成やこれによる自己査定はもはや許されない事態に

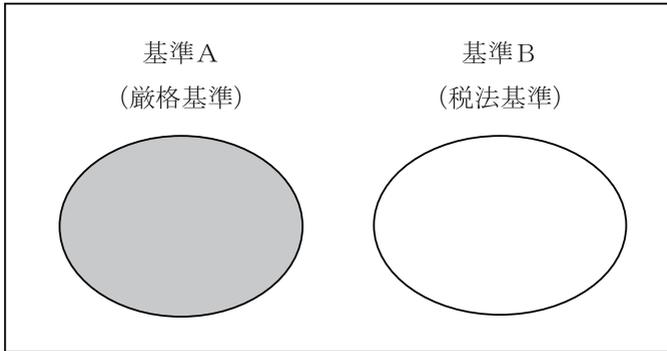
至っていることは、金融機関の共通の認識になっていた」とするのに対し、上告審では「平成一〇年三ヶ月期の決算に関して、多くの銀行では、少なくとも関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関して、厳格に資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準によるべきものとは認識しておらず、現に長銀以外の同期の各銀行の会計処理の状況をみても、大手行一八行のうち一四行は、長銀と同様、関連ノンバンク等に対する将来の支援予定額については、引当金を計上しておらず、これを引当金として計上した銀行は四行に過ぎなかった」と判示した。この上告審の事実認定は民事判決と共通するものであり、本判決その他刑事下級審の事実認定とは異なる。上告審判決の判文からすれば、形式上、明確性に欠けるという点と金融機関の認識の問題とは分けて書いており、その上で、前者の判断の理由は主に資産査定通達の文言等のみに求めており、明確性に欠ける点のみで上告審判決の結論を導けるとすれば、金融機関の認識は傍論とも整理でき、取り立てて問題にするべきことでないのかもしれないが、実質論としては、資産査定通達等の金融機関の認識が、通達自体が明確でないとの判断の背後に入り込んでいる可能性は否定できない。

仮に、この点での事実認定に齟齬がないと理解するのであ

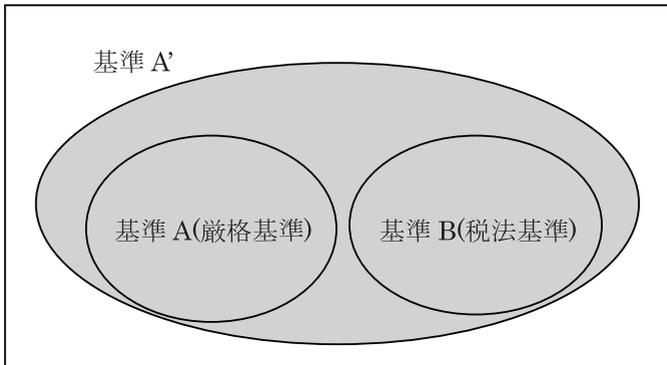
民事判決 (②③⑨⑩判決)



刑事下級審判決 (本判決、①⑦⑧判決)



刑事上告審判決 (④判決)



れば、本判決が、当時の「金融機関の共通の認識」となっていることは「資産査定通達等」に定める基準から大きく逸脱する」ことが許されないということであり、他方、上告審判決も「資産査定通達等に定める基準」から大きく逸脱することが許されないのが共通の認識というレベルでは判断は一致しており、「多くの銀行」が「認識して」いなかったものは、資産査定通達等に定める内容を「厳格に」適用した基準、すなわち「厳格基準」にすぎないということになる。つまり、上告審判決では、遵守するのが共通認識となっている「資産査定通達等に定める基準」の内容の解釈が本判決と異なるのであり、その内容は、関連ノンバンクにまで厳格に適用するものではないと判断したと読むことになろう。<sup>26</sup>

（六）見落とされた事実

なお、本件で引当金・償却の必要性の認識まであったかどうかは別にして、実体的に不良債権である債権が大量にあることを知りながらも配当を実施した理由について、裁判所は必ずしも断定してはいないところ、スイス銀行を引受人とする増資の計画を実施する目的があったようである（判時一九一二号一五五頁二段目等）。長銀は、バーゼル規制の自己資本比率八%

を維持するためには、スイス銀行に新株発行をする必要があり、スイス銀行に新株発行を引き受けてもらうためには、配当を続ける必要があったことから、配当の実施にこだわったものと推察される。そして、違法か否かはともかく、配当を実施するために不良債権処理を行ったものと推察されている。この事情はある種の故意の利益操作に近い意図を強くうかがわせるものであるが、刑事・民事の一連の判決において強調されていない。有罪であるためこの事情への言及がそもそも不要であった刑事下級審は別にして、責任を否定した民事事件においては、新株発行の株価を維持するために配当が可能になるように計算処理をすることが認められるのか否か、また、継続性の原則という問題は検討してもよかつたのではないかと思われる（得津・前掲注（2）判批一一七頁）。

四．若干の論点

最後に、刑事法の論点として二点ほど注目される点があるため簡単に言及する。まず、本件のような違法性の認識可能性と会社法での取締役の違法配当責任の任務懈怠責任化・過失責任化（会社法四六二条二項）の関係についてである。本件の刑事

下級審と刑事上告審、民事判決は、事実認定と法律解釈論の両方が異なるため比較が難しいが、刑事下級審においては、Yらは決算経理基準ないし資産査定通達等に反するという認識があるという認定はなされたものの、決算経理基準違反・資産査定通知等違反が公正なる会計慣行違反・商法違反になるという認識まではなかった。ここでは、違法性の認識可能性の問題となり、単に違法性の認識がないだけでは犯罪の成立は阻却されな  
いということになる。

反面、民事において刑事のような公正なる会計慣行解釈が採用された場合、会社法による過失責任化・任務懈怠責任化との関係で、刑事では責任の否定を直接には導けない違法性の錯誤が、会社法の任務懈怠の存否の場面では否定する方向に働く可能性もある。会社法の取締役の任務懈怠責任は、刑法の違法性と責任のように二分論が採用されている保障はなく（潮見佳男「民法からみた取締役の義務と責任」商事法務一七四〇号三八頁）、仮に二分論を採用したとしても、任務懈怠責任の中での責任概念が刑法の責任概念のように主観的要素に特化した概念とは限らない。この違いによって、本件がそうであるか否かともかくとして、今後、刑事では責任を肯定し、民事では責任を否定するという「ねじれ判決」が発生することはありうる。<sup>27)</sup>

また、本件のような公正なる会計慣行違反が刑事責任と結びつく場面では罪刑法定主義についても論点となっている。罪刑法定主義には、国民の予測可能性の問題と、何が刑罰の対象なのかは民主的決定の下で決すべきという法律主義の問題という異なる問題が含まれていると指摘されている（佐伯仁志「罪刑法定主義」法学教室一八四号（二〇〇四年）五二頁）。本判決は、国民の予測可能性のみを問題にしているようだが、そもそも「公正なる会計慣行」という条文を用いた時点で民主主義・法律主義の要請はクリアしていると見るべきなのかどうかは今なお検討すべき問題である（久保大作「商法上の会計規範の決定に関する一考察（一）」法学協会雑誌一二四卷一二号二六三一頁、原田大樹・自主規制の公法学的研究（二〇〇七年・有斐閣）二五三頁）。

※本件の先行評釈として野村稔・研修六九五号三頁、河津博・銀法六五九号五一七頁（銀法六七二号一〇一頁）、論文として弥永真生・判時一九一―号二五頁、片木晴彦・広島法科大学院論集三号一七七頁がある。

〔本稿は平成二二年度科学研究費若手研究（B）（課題番号・



(同・銀行法務二増刊六四四号一〇六頁)、出口正義・判例評論五五五号判時一八八五号二一〇頁)、岸田雅雄・ジュリスト一二九一号(平成一六年度重判)一〇八頁、齋藤毅・判タ一二八四号(平成二六年度主要民事判例解説)一五八頁、片木晴彦・会社法判例百選(別冊ジュリスト一八〇号)一七〇頁、久保大作・法学新報一一五巻五二六号三三三頁がある。

(7) 評釈として、弥永真生・ジュリスト一三九五号八二頁、渡部晃・商事法務一八九四号四頁、一八九五号一三頁、一八九六号四八頁がある。関連してニュース一八八六号五五頁、スクランブル・商事法務一八九九号六六頁、大森・前掲注(4)文献、西崎ほか・前掲注(4)座談会参照。

(8) ただし、本件では関連ノンバンクへの貸出金の評価が問題となっていたのに対し、日債銀事件では、独立系ノンバンクないし不良債権受皿会社への貸出が問題となっており、税法基準を適用した場合に償却・引当が不要となる「支援先」に該当するか否かについて問題があることから差戻した。なお、日債銀の破棄差戻判断に反対し、無罪とすべきであったとするものとして渡部・前掲注(4)商事一八九六号五三頁。

(9) 民事第一審判決(②判決)は、通達等の平成一〇年三月当時における解釈として、新基準が公正なる会計慣行ではないと認定した判示とも評価し得る(得津・前掲注

(2) 判批一一七頁)。

(10) 刑事上告審(①判決)の評価に従った。ただし、日債銀事件において問題となった貸出金の融資先は日債銀もしくは関連ノンバンクの不良資産の受皿会社等も含まれており、貸出業務を行っていることが認定されていないため「関連ノンバンク」とは評価できないのかもしれないが、関連ノンバンクとどこまで別異に考えてよいかは議論の余地がある。前注(8)も参照。

(11) 評釈として満井美江・早稲田法学八四巻二号二八三頁がある。

(12) さらに言えば、守らなくてはならないという認識のみで「慣行」と認めてしまつてよいかという問題もある。慣行性として、「事実たる慣習」(民法九二条)と同様、繰り返し行われることまで要求する見解(矢沢惇・商法改正の諸問題「一九七〇年・商事法務研究会」一七頁、矢沢惇「商法改正要綱における商法と企業会計原則」産業経理三〇巻六号「一九七一年」七六頁、味村治ほか・改正商法及び監査特例法等の解説「一九七七年・法曹会」一一九頁、大隅健一郎・商法総則新版「一九七八年・有斐閣」二二九頁、矢沢惇・企業会計法講義改訂版「一九七三年・有斐閣」一一頁など)・裁判例(②判決)も存在する。(13) ほかにも預金保険の存在によって debr holder による規律付けが機能しないということも理由に挙げられ

20. See, Jonathan R. Macey, *The Political Science of Regulating Bank Risk*, 49 OHIO ST. L. J. 1277, esp. in 1280, (1989). 近時は、決済システム機能を果たす制度のうち銀行にのみシステミックリスクの問題を強調することはおかしきとする見解も有力である。See, Daniel R. Fischel, Andrew M. Rosenfield, and Robert S. Stilman, *The Regulation of Banks and Bank Holding Companies*, 73 VA. L. REV. 301, esp. in 310 (1987). ただし、そのような見解に立ったとしても、預金の預入業務と貸付業務とを兼業する銀行業の特質（銀行法二条二項一号）から、銀行は、通常、一覽払の流動性預金債務と弁済期が固定される貸付債権を保有することになり、大きな流動性のミスマッチが発生することから預金保険を正当化でき、さらには、銀行に対して法規制により健全性確保を求めていくことを正当化できるとされている。銀行業は資産と負債の流動性比率に大きな差があるため、流動性預金者（債権者）は、他の債権者が支払いを求めないのであれば銀行業務が継続され支払を即座に求めない方が利息等を得ることができ合理的である場合であっても、他の債権者が支払いを求めるならば流動性不足により支払不能に陥るので仮に銀行業を継続させて利息を受け取ったほうが利益になるとしても自らも支払を求めにくいほうが合理的となり、しかもこのようなことを全債権者が考

えれば、本来は継続したほうが預金者にとって利益となるような銀行であっても預金者が支払いを求め銀行業が停止するといういわば囚人のジレンマ状況に陥っている。このような囚人のジレンマ状況を回避するために預金保険制度が正当化される。そして、先述の通り、預金保険があるため、預金者は銀行の経営の健全性確保のためにモニタリングをするインセンティブに欠けることから、かわりに、預金保険の保険者である国家が、債権者が適切なモニタリングをすればつけたであろう銀行の財務状況の健全性を確保するためのコベナントの内容を、銀行規制として課していくことが正当化される (Macey, *supra*, 1280; Fischel et al. *supra* 307. ほんの点も反対)。

(14) 銀行における計算書類等の適切な情報開示を重視する Jonathan R. Macey and Maureen O'Hara, *The Corporate Governance of Banks*, FRBNY Economic Policy Review April 2003, 93. は、適切な情報開示が懈怠によりなされなかった場合に取締役への個人責任を課すべきとするが (id. 103)、他方、一般論としての銀行取締役の注意義務については近時の裁判例 (*Antherton v. FDIC*, 519 U.S. 213 (1997)) の動向も受けて、高度化するのではなく広範になるとしている。

(15) もし仮に銀行の通常の事業会社と比較した場合の特殊性であるシステミック・リスク防止の観点や健全性確保

の観点という具体的レベルにまで降りて検討するならば、むしろ、保有債券の貸倒可能性は早く認識すべきということになり、本件や日債銀事件のように貸倒リスクの認識を遅らせた処理をする場面では、通常事業会社社に比して、責任を厳格化すべきということになりかねない(得津・前掲注(2) 判批一一六頁)。

(16) 本件の問題となっている平成一〇年当時の状況ではこのような評価もあながち不当とはいえないのであろう。

(17) ただし、慣行性については反対説のほうが有力である。前注(12)に掲げられた文献及び弥永・前掲注(1)文献二八頁など参照。

(18) 「公正なる会計慣行」概念を通じて白地委任となることに反対する見解として矢沢惇「商法改正要綱における商法と企業会計原則」産業経理三〇巻六号(一九七一年)七五頁、服部栄三「会計の慣行と法律」企業会計二三巻二号(一九七一年)四一五頁、弥永・前掲注(1)文献三五頁注(27)などがある。

(19) この点に関連して、久保・前掲注(6)判批三三八頁以下は、公正なる会計慣行の問題は立証責任を認めることのできる事実問題ではなく、従来の事実たる慣習(民法九二条)と同様、法律問題として厳格な意味での主張・立証責任を課すべきではないという方向性を示唆する。ただし、久保判批が法律問題とする意図は厳格な証明を

要求すべきではなく「自由な立証で足りる」という点にあり(久保・前掲注(6)判批三三九頁)、争点形成責任まで否定するものではあるまい。本件並びに一連の訴訟では、貸出金の償却・引当に関する会計処理が公正なる会計慣行に反しているか否かが問題であって、本件会計処理とは異なる会計基準が公正なる会計慣行であることを主張するだけでは争点形成責任すら果たせていない。

(20) もちろん「公正なる会計慣行に該当する基準は何か」という問いに、該当する会計基準は複数あると回答するのであれば問題はない。だが、このような問いのたて方をすると、当時、最も望ましくない普及していた会計基準は何かという形で認定を進め、一つの基準のみを求めめる思考方式に陥りがちな点を指摘したものである。

(21) 岸田・前掲注(4)商事法務一八四五号の記述について、西崎ほか前掲注(4)座談会二八頁(野村修也発言)は、「岸田先生はいかなる基準であつても『公正なる会計慣行』になり得るのだということを前提に、問題は『唯一性』に収斂してくるのだ」と評しているが、岸田・前掲注(4)商事法務一八四五号の整理は、三〇頁で唯一性の問題を立てるのは別に二九頁において適用範囲の明確性が「公正なる会計慣行」となるための要件であることとを論じていることからすれば、野村修也の説く「まず考

えなければならぬのは「公正なる会計慣行」になり得ない基準があるのかどうかを議論しなければならぬと思います。その上で、具体的な基準が「公正なる会計慣行」になり得ることを前提に、それが「公正なる会計慣行」であると認定できたとしても、はたしてそれが唯一の「公正なる会計慣行」だったのかどうかの問題とな（西崎ほか・前掲注（4）座談会一七頁〔野村修也発言〕）という「二段構え」での問題把握と共通している。岸田・前掲注（4）早法二二頁以下も一）明確性の要件と二）唯一性の要件とを区分している。

なお、明確性の問題を唯一性の要件の中で読みこむという野村の分析に近いのは、むしろ渡部・前掲注（4）金法一八五八号三〇頁、渡部・前掲注（7）商事一八九五号一六頁である。

（22）西崎ほか・前掲注（4）座談会二〇頁（西崎哲郎発言）。そのほか前注（9）参照。

（23）このように民事判決の枠組みを捉えた上で、基準Aが曖昧であることをもって基準Aと並んで基準B（税法基準）が「公正なる会計慣行」となる理由にはならないことを指摘するものとして片木・前掲注（1）文献一九五頁がある。反対からいえば、刑事上告審判決は、公正なる会計慣行に関して民事判決と同一の結論を取るに際し、既になされていた片木の批判に承接するべく、新基

準の内容としてAもBも包摂する緩やかな基準（A'）が「公正なる会計慣行」であるという枠組みを示したものと思われる。

（24）本文の様に考えると、明確性の要件は、「公正なる会計慣行」として求められる基準の内容が異なるものであるのか、当該基準の内容として厳格な基準が求められているのかという問題となる。明確であれば、「公正なる会計慣行」の内容として厳格な基準がその内容たりうるが、明確でなければ、「公正なる会計慣行」の内容として厳格な基準となることはありえず、裁量（幅）のある基準、すなわち緩やかな基準が内容となるということである。岸田・前掲注（4）商事法務一八四五号二九頁、岸田・前掲注（4）早法二二頁以下、西崎ほか・前掲注（4）座談会一七頁〔野村修也発言〕の明確性の位置づけも実質的には同じものであると解する。前注（21）も参照。

（25）ただし、民事事件（民事訴訟法三二一条一項）と異なり、刑事事件では上告審が原審の事実認定に完全に拘束されるわけではないので（刑事訴訟法四一条四号参照。最判昭和二八年一月二七日刑集七卷一〇号二二〇三頁、最大判昭和三四年八月一〇日刑集一三卷九号一四一九頁等）、事実認定に齟齬があるか否かを殊更強調する必要はないのかもしれない。

(26) 民事一審判決(②判決)の判断も通達等を解釈したにすぎないと整理できることについて得津・前掲注(2)判批一一七頁参照。そのほか前注(24)参照。

(27) ただし、このような違いによって「ねじれ判決」が発生しかねないことが規範的に望ましくないとはいえるかどうかは別問題である。