



〈研究〉ドイツにおける倒産犯罪

橋爪, 隆

(Citation)

神戸法學雑誌, 52(2):27-102

(Issue Date)

2002-09

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81004953>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81004953>



ドイツにおける倒産犯罪

橋 爪 隆

- 一 はじめに
- 二 現行法成立への経緯
 - 1 旧破産法における破産犯罪規定
 - 2 第一次経済犯罪対策法の成立
 - 3 新倒産法の成立
- 三 現行法の犯罪類型
 - 1 基本概念とその解釈論上の問題点
 - 2 各犯罪類型の概要
- 四 倒産犯罪の刑事実務とその問題点
 - 1 倒産犯罪捜査手続の概要
 - 2 倒産犯罪の現状
 - 3 倒産債務者の財産状態の調査
- 五 おわりに

一 はじめに

企業倒産の場面においては、債権者によって財産隠匿、商業帳簿の不正記載、非本旨弁済などの不法行為が行われる可能性が高いことは容易に想像し得るところである。これらの行為については、破産法三七四条以下(第四編)が罰則を規定している。しかしながら、わが国の刑事実務において、この規定が実際に適用されることはごく稀である。平成七年(一九九五)から一二年(一九九九)の五年間で、検察庁で終局処理された人員は合計で七七名(年平均一五・四名)にすぎないし、有罪判決をうけた者はわずか合計一名(年平均二・二名)である。この現状に鑑みると、わが国の破産犯罪処罰規定は、実効的に機能していないといわざるを得ない。

そもそもわが国の破産犯罪罰則は、立法当時のドイツ破産法の罰則規定にならって制定されたものであるといわれるが、当のドイツにおいては、同規定の実効性、さらに責任主義との調和が懸念され、一九七六年の第一次経済犯罪対策法(Das erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität)によって、破産法の罰則規定は大幅に書き改められた上、破産法の中から刑法典の第二章「倒産犯罪」(Insolvenzstrafen)中に移し替えられているのである(刑法第二八三条、二八三条d)。したがって、当時の改正作業における議論、そして、現在のドイツの倒産犯罪に関する解釈論は、わが国における倒産犯罪規定の「機能不全」の原因についての示唆を与えらるるとともに、将来の倒産法罰則の改正作業に際しても、何らかの指針となりうるものであろう。本稿においてはこのような問題関心のもと、まず現行のドイツ倒産犯罪処罰規定が制定されるに至った経緯、さらに現行規定の解釈とその問題点を概観することにした。

もともと、ある刑罰規定が実効的に機能しない原因が、常に実体法の側にあるわけではないであろう。すなわち、捜査機関がいかなる権限に基づき、どのようにして倒産犯罪を摘発しているかという刑事手続的な側面についても

目を向ける必要があると思われる。したがって、本稿においては、ドイツ刑法の実体規定の概観に続いて、捜査実務上の運用およびその問題点についても検討を加えることにしたい。

なお、倒産手続に関連する犯罪規定は（日本と同様、ドイツにおいても）刑法典上の倒産犯罪に限られるわけではない。法人の経営破綻に関連しては、株式会社法、有限会社法にも罰則規定が設けられており、実務上はむしろ後者のほうが重要な役割を果たす場面も見られる。また、当然のことであるが、会社の役員については、背任罪、横領罪、詐欺罪などの刑法上の財産犯罪が問題となるケースも多く見られる。もっとも、これらの犯罪に関する議論は具体的に問題となる場面で紹介するとどめ、本稿では基本的に、刑法典の倒産犯罪に関する問題点を中心に検討することにする。

註

(1) 法務総合研究所「平成一三年度版 犯罪白書」三三四頁、三三三六頁参照。

(2) 筆者は、二〇〇一年九月以降、法務省刑事局の委託に基づき、ドイツ連邦共和国においてドイツ倒産犯罪の調査研究に従事した。その際の現地調査においては、連邦司法省の経済犯罪部のほか、ベルリン、フランクフルト、デュッセルドルフ、ケルン、ザールブリュッケンの各地方検察庁の経済犯罪担当の検察官、ケルン、フランクフルト区裁判所の破産部の裁判官、デュッセルドルフ地方裁判所の刑事裁判官、ハイデルベルクの倒産法専門弁護士、クラウス・ティーデマン教授（フライブルク大学）にインタビューする機会をいただいた。本稿は、その現地調査の成果に基づく報告書の一部に、その後の筆者の問題関心に応じた加筆・修正を加えたものである。現地調査において貴重なコメントをいただいた諸氏、さらに調査研究に關していろいろとご配慮いただいた法務省刑事局刑事法副課の關係者各位に改めて心からのお礼を申し上げたい。

二 現行法成立への経緯

1 旧破産法における破産犯罪規定

まずはじめに、現行法が成立するに至った経緯を簡単に紹介したい。一八七一年に制定されたライヒ刑法典は、二八一条以下で破産犯罪に対する罰則を定めていたが、それは一八五一年に成立したプロイセン刑法典の規定を基本的に継承したものであった。もともと、一八七七年にライヒ破産法 (Konkursordnung) が成立したのを受けて、同処罰規定は、ライヒ刑法典の中から、破産法の中に移し替えられた。そして、一八九八年の破産法改正を経て、二二九条以下に罰則規定が整備されたのである。その特徴的な点を簡単に挙げると、以下の通りである。①プロイセン刑法典で明示された詐欺破産罪 (betrügerischer Bankrott) と単純破産罪 (einfacher Bankrott) との区別が維持されていた。両者の区別は行為類型にも見いだすことができるが、それに加え、詐欺破産罪においては「債権者を害する目的」が必要とされていた。②行為主体は商人等に限定されず、すべての債務者を含んでいた。さらに一八九八年の民法典の制定に伴い、株式会社の取締役会の構成員などの法人の機関も明文で可罰的な行為主体に取り込まれた (二四四条)。③破産犯罪での処罰は原則として、債務者がその「支払を停止し、またはその財産について破産手続を開始した」場合に限って可能であった。

このような旧破産法の罰則規定について、それを評価する学説も一部に見られたものの、大多数の学説はきわめて批判的であった。そこにおいては、破産罰則規定は刑法の責任主義の原則に調和しないのではないかという疑問とともに、現行の規定では当罰的な行為を確実に捕捉できないのではないかと懸念が投げかけられていたのである。すなわち旧破産法の処罰規定は既に見たように、基本的に、債務者が支払停止に陥った場合またはその財産について破産手続が開始された場合に限って行為者を処罰していたが、これらの事情は行為者の責任とは無関係な

外部的事情であり、いわゆる客観的処罰条件であると理解されていた。実際、この時期の判例によっても、破産犯罪行為と支払不能状態との因果連関、すなわち問責行為が債務者の破産状態を招致したという関係は、既に要求されていなかったのである。このように債務者の破産それ自体を行為者の責任とは無関係の外部的事情として把握すること自体は正当であるということができよう。なぜなら、親会社や取引先金融機関の経営破綻によって、債務者会社の経営責任とは無関係に連鎖倒産が起こりうることは、現在の資本主義社会では十分に考えられるからである。

もつともその一方で、旧破産法罰則で規定されている構成要件行為がそれ自体で既に当罰的な行為といえるかも疑わしいところであった。たとえば、債務者が(破産以前の段階、すなわち自由な財産処分が可能な段階において)過剰な出費をしたり、差額取引をしたり、賭博に興じること、さらにいえば財産を損壊・隠匿することも、いわば個人の自由に関する事柄であり、(経済的に非合理的な行為であるとしても)本来は不可罰な行為である。このような理解を前提とすると、旧法下においては、「本来ならば行為者の自由な領域に属する行為」と「行為者の責任とは無関係な外在的事象」がたまたま併存すると行為者は突然処罰されることになってしまい、いわば「0+0=1」という不可解な事態が生じるのではないか、という疑念が生じたのである。このような懸念をうけて、学説においては「いわば書かれざる構成要件要素として、実行行為が債権者の経済状態を悪化させたことを読み込もうとする解釈論も主張されたが、このような要件の証明の問題に加え、刑罰法規の明確性の原則に反するのではないか」という懸念から、法改正への動きを阻止するものにはなり得なかつた。かくして、学説の関心は、いかにして構成要件該当行為を「そもそも経済的に危険かつ当罰的な行為」に限定するかという点に向けられていったのである。

そして同時に、そのように限定された枠内において、いかにして機能的に処罰の実益をあげるかという、一見すると逆の方向の問題意識も同時に高まっていたのである。たとえば旧破産法が詐欺破産罪と単純破産罪の限界設定

として「債権者を書する目的」を要求していたことは、既に実益のない区別であると考えられていた。實際、旧法下の判例によつても、この目的を認めるためには行為者の確定的故意があれば十分とされてきたのである。

このような問題意識を受けて、立法作業段階においてはさまざまな方向付けからの問題解決の提案がなされており興味深い。たとえば一九七二年の刑法施行法の草案は、客観的処罰条件を維持した上で、新たな構成要件要素として、債権者の満足を具体的に危殆化したことを明文で要求しようとしていたが、これは立証の困難性が経済刑法の機動性を大幅に阻害することになることから受け入れられることはなかった。また、経済犯罪対策立法の鑑定人委員会においては、破産犯罪行為の債権者の財産に対する危険性の程度に応じて行為類型を二つに分類した上で、責任主義の観点から、危険性の低い行為類型についても十分な当罰性を確保するため、三つの方策が提案されていた。そこでは刑法施行法案同様に、債権者の満足の危殆化を構成要件要素として要求する方法のほか、構成要件該当行為が債務者の支払不能(またはそのおそれ)、債務超過状態で行われたことに加え、その業務遂行が一定の「他人の融資を受けた状態のもと」で遂行されることを構成要件的状况として要求する案が提案されていた。さらにティーデマンの提案として、危険性の低い行為類型については客観的処罰条件を要求しないかわりに、合理的な経済秩序に反する債務者の行為が、結果として債務者の支払停止や破産状態を招いたこと自体を処罰の根拠としようとするものがあつた。これは、(結果として)債権者の利益を侵害することになる(債務者の破産状態を法益侵害結果と捉え、それに対する結果犯として破産犯罪を規定しようとする試みであつた。もつとも結果として、立法者は客観的処罰条件を存続させた上で、いわゆる「危機的状况」という別の要件を追加する方法を選択したのである。

2 第一次経済犯罪対策法の成立

上述のような議論を背景として、一九七六年に第一次経済犯罪対策法が成立した。立法者の意図は次のように要

約することができよう。まず、いかなる状況で行われても法益侵害を招く一般的・抽象的危険性を孕んでいる行為類型と、本来は価値中立的であり、一定の状況でのみ経済的危険性を意味する行為類型とを明確に峻別する。前者の行為類型については、いかなる状況で行われてもその行為は当罰的であるのに対して、後者の行為類型については、「債務超過に陥った場合、または支払不能が差し迫った場合もしくは既に支払不能に陥った場合」、すなわち経済的な「危機的状況」で当該行為が行われた場合に限って、その行為は債権者の経済的利益を損ねる具体的危険のある行為と評価され、当罰性が認められるのである。これによって、平常時に行われた場合にはその不法性が必ずしもはつきりしない行為類型についても、それが「危機的状況」で行われたことを要求することで、その逃行自体に当罰的な法益侵害性を認めることができ、責任主義との調和がはかることが可能となったのである。そして、立法者は簿記義務違反罪（二八三条b）のみを前者の類型、すなわちいかなる状況においても抽象的な危険性を有する行為として区別した上で、後者の類型、すなわち「危機的状況」によって当罰性を獲得する類型を破産犯罪の原則的形態としたのである。さらに、後者の類型の中でも経済的に通常な行為との限界が不明確な行為類型については、旧破産法罰則においても見られた「通常の経済的要請に反するかたちで」という要件を広範な範囲で付け加えており、当罰的な行為を絞り込む努力がなされている。

このような立法者の意図からすれば、構成要件に該当する行為は既に十分に当罰的であり、あえて客観的処罰条件の成就を待つ必要はないはずであった。しかしながら、それにもかかわらず、行為者の支払停止、破産手続の開始等の客観的処罰条件は二八三条六項において維持され、かつ、すべての構成要件について準用された。つまり、危機的な経営状況にある債務者の（それ自体）当罰的な破産犯罪が行われたとしても、さらに客観的処罰条件の成就を待って、はじめて刑事司法の介入が可能となるわけである。この立法者の謙抑的な態度の背景には、①たとえ危機的状況にある企業とはいえ、再建の可能性は残されているわけであり、破産手続開始前に刑事手続が開始され

ることは、結果的に再建の可能性を摘み、企業の経営破綻をいっそう早めることになりかねないという懸念、②危機的状況下で破産犯罪が行われたとしても、その危機を乗り越えた場合には（Ⅱ客観的処罰条件が成就しなかった場合）当罰性が減少すると考えられること、さらに、③客観的処罰条件の存在によって、実行行為段階の「危機的状況」の証明も容易になるといふ考慮があつたとされている。

その一方で、処罰をより確実にするための方策も採用されている。まず、二八三条一項八号においては包括的な構成要件が設けられ、一号ないし七号に具体的に該当しない行為であつても処罰できるようになつてゐる。また、強制執行妨害罪（刑法二八八条）とは異なり、行為者には特段の目的が要求されないことになつた。これとともに、詐欺破産罪と単純破産罪の区別は放棄されている。さらに一定の行為類型については、過失犯処罰も導入された（二八三条四項五項）。これらはすべて立証の負担を軽減し、機動的な刑事訴追を可能とするものとされた。

さらに、この改正作業によつて、破産犯罪の罰則規定は、旧破産法の中から、刑法典の中に移し替えられた。これは、刑法上の構成要件として規定することによつてその不法内容の重大性を明らかに示し、破産犯罪に対する一般予防効果をより強化することを目的とするものであつた。

3 新倒産法の成立

一九七八年の専門家委員会の設置に始まる倒産法制の改革の試みは、一九九四年に公布された新倒産法（Insolvenzordnung）として実を結ぶことになる。同法は、従来の破産法と和議法、さらに旧東独地域に適用されていた包括的執行法を一元化するものであり、一九九九年一月一日からドイツ全域で施行されている。同法は、債権回収の手段として、倒産財団の換価・配当のほか、企業の存続・再生による債権回収の可能性を規定している（二条）。企業の再生による債権者の満足のためには、倒産処理計画（二一七条以下）が作成されることになる。また、倒産

財団を増大させ、債権者の満足がより大きくなるよう、さまざまな方策が講じられている。たとえば、倒産否認権の強化（二二九条以下）、倒産開始手続における債務者財産の保全処分の強化（二二条以下）、暫定的倒産管財人の制度の導入（二二条）、さらに倒産財団が散逸しないうちに倒産手続が開始されることを目的とした、手続開始要件の一部緩和（一六条以下）などである。そのほか、誠実な債務者について残債務の免責の可能性が初めて認められたり（二八六条以下）、消費者倒産手続等の簡易手続（三〇四条以下）が新しく導入されるなどの特徴が認められる。

この改正に伴って、刑法典の罰則規定についても若干の手直しを加えられた。しかしそれは、破産 (Konkurs) から倒産 (Insolvenz) などの文言の書き換えにとどまるものであり、実質的な内容の変更を含むものではなかった。今回の現地調査においても、少なくとも検察官、刑事裁判官の意識においては、倒産法改正は倒産犯罪処罰についての実質的変更をもたらすものではない、という意識が支配的であった。

もともと、理論的な観点からは、刑罰規定の実質的変更がなかったと断言することはできない。上記の改正点、とりわけ再生型の倒産が新たに認められたこと、手続開始要件の一部緩和、さらに支払不能状態（一七条二項）、支払不能のおそれ（一八条二項）に関する定義規定の改正により、倒産犯罪の処罰範囲についての変更を迫られるのではないかという指摘が、既に見られるところである。この問題は、現行法の「危機的状況」、客観的処罰条件、さらに主体の限定に関連して問題となってくるので、本章の関連する項目において、その都度触れることとしたい。

註

- (3) ドイツの立法史を紹介するものとして、山本雅昭「ドイツの有罪破産史に関する一考察」東北法学一八号（二〇〇〇）一五九頁以下、同一九号（二〇〇一）一頁以下がある。Vgl. auch Karl Neumeier, Historische und dogmatische

Darstellung des strafbaren Bankrotts unter besonders eingehender Untersuchung der Schuldfrage (1891) : Klaus Tiedemann, Insolvenz-Strafrecht, 2. Aufl., 1996, Vor §283 Rn. 32 ff.

- (4) その際には、会社乱立時代(Grundfrage)における経験に基づき、処罰の強化が念頭におかれていた。
- (5) 日本語訳については、山本・前註(3)一九号二四頁以下を参照。
- (6) 両者の区別はわが国の現行法における詐欺破産罪(破産法三七四条)と懈怠破産罪(同三七五条)の区別とはほぼ一致するものである。「懈怠」という用語はあたかも過失的な行為と理解されかねないが、それが故意犯処罰規定であることは文言上自明である。沿革的に見ると、一七九四年のプロイセン普通法は、詐欺破産罪、悪意破産罪、過失破産罪、債権者偏匿罪のほか、軽率破産罪(unbesonnener Bankrott)という犯罪類型を設けており、この用語がわが国の「懈怠破産罪」の原形となった可能性があるように思われる。この軽率破産罪とは、他人の金融に基づく、債権者の許可なく行われた冒險的な経営の失敗を処罰するものであった。山本・前註(3)一八号一七〇頁以下を参照。
- (7) たとえば財産の隠匿・隠滅等、仮装債務の負担は詐欺破産罪に該当し、射替行為による債務負担、破産手続開始遅延目的でのダンピング的取引などは単純破産罪に該当する行為であった。その一方、商業帳簿作成義務の不履行、その改竄等は両者の構成要件に該當する行為であり、債権者加害目的の存否で区別されていた。
- (8) Vgl. Klaus Tiedemann, Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität? Gutachten für den 49. Deutschen Juristentag (1972) S. C 69.
- (9) Vgl. BGHSr. I, 186 (191).
- (10) Klaus Tiedemann, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftskriminalität I (1976) S.232.
- (11) Walter Stree, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, Jus 1965, S.465 (S.471). シェントレーはたとえわ「過大な金額の費消」(旧破産法二四〇条一項一号)は、債権者の満足を重大に危殆化する程度の額として解釈されるべきとす

- (12) Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität II (1976) S.73.
- (13) Vgl. Tiedemann (Anm. 3), Vor § 283 Rn. 38.
- (14) 『これぞ驚異的な取引』 Klaus Tiedemann, Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursrechts, ZRP 1973, S.129 ff. (S.133 f.); Tiedemann, (Anm. 3), Vor §283 Rn. 40-43.
- (15) BR-Drucks. 1/72 S.24. 債権者の満足を危殆化する場合としては、経済的危機を惹起する行為類型と、危機的状況への破産犯罪が念頭に置かれていた。Vgl. aa.O., S.245.
- (16) Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. III S.79, 81 ff.
- (17) Tiedemann, in: Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. III Anlage 3, S.14 f.; ferner, ders., Der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, ZStW Bd. 87 (1975) S.253 ff. (S.288 f.).
- (18) ティーデマンは、立法者のこの区別を不当なものであるとして批判する。彼の見解によれば、たとえば財産の構成要素を隠滅・隠匿する行為(二八三条一項一号)、信用取引で買付けた商品等を通常の経済的慣行に反して著しく廉価でダンピング販売する行為(同項三号)などは、いかなる状況で行われたとしても債権者の利益を侵害するおそれのあるものであり、危機的状況下で行われた場合でなくとも、既に十分な刑法上の当罰性が認められるのである。Tiedemann, (Anm. 14), S.134. さらにシュリュヒターによれば、財産構成要素の隠匿・隠滅等に加え、仮装債務の承認もその行為自体に抽象的危険性が認められるものであり、行為当時に危機的状況が認められる可能性が完全に阻却された場合(抽象的危険性すら認められない例外的な場合)を除き、危機的状況の存否にかかわらず重大な破産として処罰すべきである。Ellen Schlicher, Der Grenzberich zwischen Bankrottlisten und unternehmerischen Fehlent-

scheidungen (1977) S.135, S.149.

(19) 「通常のな経済的要請違反性」の要件については、これをいかなる基準で判断するのか、とりわけ冒險的取引や企業

業の経営判断との関連で興味深い問題があるが、本稿の問題設定を超えるものであり、本稿で触れることはできない。

この問題を包括的に取り扱ったモノグラフとして、Daniel-Marcus Krause, Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Er-

hohes Risiko (1995) がある。わが国でこの要件について検討を加えたものとして、山本雅昭「破産法罰則に関する

一考察(二)」法學(東北大学) 六五巻三号(二〇〇二) 九九頁以下(二二〇頁以下)を参照。

(20) Vgl. amtliche Begründung, in: BT-Drucks. 7/3441 S.33.; Tiedemann, (Anm. 3), Vor §283 Ru. 87.; Gunter Arzt/

Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil (2000) §16 Ru. 52. siehe ferner, Claudius Gaisler, Zur Verschärkung objektiver

Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip (1998) S.484 ff.

(21) この点については、ティードマン教授へのインタビューの結果が印象的である。教授の説明によれば、処罰範囲を

合理的に限定する作業と、その限定された領域において立証の負担を軽減しつつ、確実に処罰の実益をあげていく作

業は表裏一体であり、現代の刑事立法作業にとって不可欠な要素であるという。それに対して、「危機的状況」によ

る客観的構成要件の限定が存在しない一方で、過失犯処罰規定も欠けている日本法の規定は、彼によれば、きわめて

粗悪 (schlecht) なものであるという。もともと、どの範囲で過失犯処罰を導入するかは、倒産犯罪の処罰にとどまる

問題ではないから、他の罰則規定との調和を考慮することが必要であることは言うまでもない。

(22) 立法の経緯を紹介する邦語文献として、たとえばティーター・ライポルト(吉野正三郎・木川裕一郎訳)「ドイツ

倒産法の改正」東海法學一〇巻二号(一九九三)二五三頁以下、ハンス・ブリュッティング(吉野正三郎・安達栄司

訳)「ドイツ倒産法の改正」ジュリスト一〇七二号(一九九五)一三三頁以下などがある。また、現在のドイツ倒産

実務の概観を紹介したものとして、田代雅彦「ドイツ連邦共和国における倒産実務の研究」法曹時報五二巻(二〇〇

○) 一頁二頁以下、二頁二九頁以下、三頁一頁以下がある。

(23) この点について、ウーレンブルックは「倒産法改正はあたかも継母のように倒産刑法を扱った」と表現している。

Wilhelm Uhlenbrock, *Strafrechtliche Aspekte der Insolvenzrechtsreform 1994*, Wistra 1996, S.1 ff. (2).

三 現行法の犯罪類型

つづいて、刑法典二八三条以下の倒産犯罪の犯罪類型について、その構成要件の概要を説明したい。検討の順序としては、まず犯罪類型のカタログの全貌を簡単に概観しつつ、「主体」、「危機的状況」、「客観的処罰条件」、「主観的要件」といった各構成要件に共通の基本的な問題点を取り扱うこととして、その後で、個別の構成要件の行為類型について、ごく簡単なアウトラインを示したい。まずは条文の日本語訳を掲げる。

第二四章 倒産犯罪

第二八三条(破産) ①債務超過に陥った場合、または支払不能が差し迫った場合もしくは既に支払不能に陥った場合において、次の行為をした者は五年以下の自由刑または罰金刑に処する。

一、倒産手続が開始された場合には倒産財団に属すべき財産の構成要素を隠滅し、隠匿し、または通常の経済的要請に反するかたちで破壊し、損壊し、もしくは使用不能にすること。

二、通常の経済的要請に反するかたちで赤字取引、投機的取引もしくは商品や有価証券についての(先物取引による)差額取引を行い、または非経済的な支出、射倖行為もしくは賭博によって過大な出費もしくは債

務負担をなすこと。

三、信用取引によって商品または有価証券を買い入れ、それら自体または商品から製造した物を、その価値よりも著しく低い価額で、通常の経済的要請に反するかたちで譲渡し、またはその他の方法で処分すること。

四、第三者の権利を偽装し、または仮装された権利を承認すること。

五、法律上作成すべき商業帳簿を作成せず、または財産状況を概観するのを困難にするような記載をなし、もしくはそれを変更すること。

六、商人が商法上保管すべき商業帳簿またはその他の資料を、簿記義務者に課された保管期限が経過する前に隠滅し、隠匿し、破壊し、または損壊し、それによって財産状況を概観するのを困難にすること。

七、商法に違反して、

a. 財産状況を概観するのを困難にするように貸借対照表を作成し、または、

b. 貸借対照表または財産目録を指定された期限までに作成しないこと。

八、その他、通常の経済的要請に明らかに反するかたちで、財産要素を減少させ、または実際の取引状態を隠匿もしくは隠蔽すること。

②第一項に規定する行為によって、債務超過または支払不能状態を惹起した者も同様に処罰する。

③未遂は罰する。

④以下の者は二年以下の自由刑または罰金刑に処する。

一、第一項に規定する場合において、債務超過に陥っていること、または支払不能が差し迫り、もしくは既に支払不能に陥っていることを過失により認識しなかつた者、または

二、第二項に規定する場合において、債務超過または支払不能を軽率に惹起した者。

⑤以下の者は二年以下の自由刑または罰金刑に処する。

一、第一項二号、五号もしくは七号に規定する場合において過失的に行為して、かつ債務超過に陥っていること、または支払不能が差し迫り、もしくは既に支払不能に陥っていることを少なくとも過失により認識しなかつた者、または

二、第一項二号、五号もしくは七号に該当する行為で第二項に該当する場合において、過失的に行為して、債務超過または支払不能をすくなくとも軽率に惹起した者。

⑥行為者が支払を停止し、またはその財産について倒産手続が開始され、もしくは財困不足を理由にその開始の申立が棄却された場合に限って、その行為は可罰的である。

第二八三条 a (特に重大な破産) ①第二八三条第一項ないし第三項の特に重い事例については、破産の罪は六月以上二〇年以下の自由刑で処罰する。特に重い事例とは、通常、次のような場合である。

一、行為者が利得を動機として行為した場合

二、多数の者を、行為者に委託された財産的価値を喪失する危険または経済的困窮に、認識しつつ陥れた場合。

第二八三条 b (簿記義務違反) ①次の行為をした者は、二年以下の自由刑または罰金刑に処する。

一、法律上作成すべき商業帳簿を作成せず、または財産状況を概観するのを困難にするような記載をなし、もしくはそれを変更すること。

二、商法上、行為者が保管すべき商業帳簿またはその他の資料を、法律上定められている保管期限が経過す

る前に隠滅し、隠匿し、破壊し、または損壊し、それによって財産状況を概観するのを困難にすること。
三、商法に違反して、

a. 財産状況を概観するのを困難にするように貸借対照表を作成し、または、
b. 貸借対照表または財産目録を指定された期限までに作成しないこと。

②第一項第一号ないし第三号の場合において、過失的に行爲した者は、一年以下の自由刑または罰金刑に処する。

③第二八三条第六項を準用する。

第二八三条c (債権者偏頗行爲)

①支払不能状態に陥っていることを認識しつつ、債権者に対して、債権者がおよそ請求できず、またはそのような方法もしくはその時期には請求できないような担保または弁済を提供し、それによって右債権者を、他の債権者よりも意図的または認識的に優遇した者は、二年以下の自由刑または罰金刑に処する。

②未遂は罰する。

③第二八三条第六項を準用する。

第二八三条d (債務者庇護行爲)

①次の場合において、倒産手続が開始された場合には倒産財団に属すべき第三者の財産の構成要素を、その者の同意を得て、もしくははその者の利益になるように隠滅し、隠匿し、または通常の経済的要請に反するかたちで破壊し、損壊し、もしくはは使用不能にした者は、五年以下の自由刑または罰金刑に処する。

- 一、第三者に支払不能状態が差し迫っていることを認識している場合。
 - 二、右行為が第三者の支払停止後、倒産手続中もしくは倒産手続開始の決定手続中に行われた場合。
- ②未遂は罰する。
- ③特に重い事例については、その刑は六月以上一〇年以下の自由刑とする。特に重い事例とは、通常、次のような場合である。

一、行為者が利得を動機として行為した場合

二、多数の者を、第三者に委託された財産的価値を喪失する危険または経済的困窮に、認識しつつ陥れた場合。

④第三者が支払を停止し、またはその財産について倒産手続が開始され、もしくは財団不足を理由にその開始の申立が棄却された場合に限って、その行為は可罰的である。

1 基本概念とその解釈論上の問題点

既に示したように、ドイツにおける倒産犯罪規定は、①その行為自体が債権者の財産的満足に対する具体的な危険をはらんでおり、いかなる状況下で行われても当罰的な類型と、②本来は価値中立的な行為であり、債務者の財産状態が「危機的な状況」で行われた場合にはじめて、当罰性を帯びる行為の二類型に分類することができる。前者の犯罪類型が二八三条bの簿記義務違反罪であり、それ以外の犯罪類型が後者に分類される。さらに後者の類型については、対象となる行為の時点で危機的状況が認められなくても、その行為によって危機的状況を惹起した場合も、同様に処罰されている(二八三条二項)。そして、すべての犯罪類型について、債務者の支払停止、倒産手続の開始、もしくは財団不足を理由とするその開始申立の棄却のいずれかの成就が、いわゆる客観的処罰条件とし

て基本的に要求されている。後述するように、未遂犯処罰規定が広い範囲で認められること、一定の範囲で過失犯処罰が認められていることなども特筆すべき点といえよう。以下ではまず、重要な基本概念の意義をごく簡単に示すことにする。

(1) 主体

文言だけを眺めた場合、二八三条以下の犯罪類型には、特段、犯罪主体を限定するような文言は見あたらないが、条文の論理的な関係から、これらの犯罪規定は、二八三条d（債務者庇護罪）を除き、債務者を主体とする身分犯であると解されている。すなわち、①行為者は、自分自身が債務超過などの危機的状況に陥った状態で当該行為にすることが要求されているし、しかも、②二八三条六項が「行為者」について客観的処罰条件が実現することを要求しているため、これらの構成要件は事実上、債務者以外の者によっては実現し得ないわけである。後述するように、ドイツの倒産犯罪規定は企業の経営破綻の場合に適用されるのがほとんどであったが、その場合の債務者は会社であり、取締役や代表権のある社員ではないことになる。ただ、この場合は刑法一四一条一項が適用できる範囲で、「債務者」の身分が備わっていない取締役や社員についても、それらの身分を備えた者と同様に、倒産犯罪の規定を適用することが可能となるわけである。

もつとも、ドイツの有力な見解によれば、一四一条一項の適用によって問題が全面的に解決するわけではない。二八三条六項は明文で「行為者」（債務者）ではない）の支払停止、またはその財産について倒産手続が開始されることを処罰条件として規定している。たとえば有限会社の取締役が財産を隠匿した場合、その行為者は取締役個人であり、有限会社ではない。それゆえ、行為者本人（＝取締役）については処罰条件が充足しないことになる。しかも「行為者」と明文で示されているため、法人の犯罪能力を否定するドイツの通説の立場によれば、そもそも法

人を「行為者」概念に含ませることができず、その結果、たとえ一四一条一項を適用したとしても（同項は本人に備わっている要素の効果を代理人にも連带的に及ぼす旨規定するに過ぎないから）、およそ会社の役員を処罰できないという問題が生ずるわけである。このような前提のもと、学説においては、同項の「行為者」を「債務者」、「危機的状況にある客体」等と読み替えて、法人役員について処罰の可能性を認めようとする解釈論が提唱されている。もつとも、これに反対して、一四一条一項を文言通り適用すればこの問題は解決されるのであり、上のような文言の読み替えはそもそも不要であるとする見解も学説上主張されており、実際、ドイツの判例もこの点をさほど問題視していないようである。

なお、危機的状況にある会社の役員が会社財産の隠匿等の行為にでた場合、どの範囲で一四一条一項が適用され、役員が倒産犯罪で処罰されるかが問題となっている。この点について判例は、自己または第三者の経済的利益のために行為にでたか、それとも会社の利益のための行為であったかによって、同条の適用の限界を画している。すなわち役員が自己の利益をはかっていた場合には、一四一条が適用されない結果、倒産犯罪での処罰に必要な身分を欠くことになる。それゆえ行為者は倒産犯罪では処罰されず、他の構成要件要素を充足する限りで、横領罪（二四六条）ないし背任罪（二六六条）で処罰されるにすぎない（いわゆる利益公式 *Interessensformel*）。このように倒産犯罪での処罰を免れることによつて、会社の役員には、たとえ別罪で処罰されたとしても、取締役としての五年間の職業禁止（有限会社法六条二項、株式会社法七六条三項など）を免れる点でメリットがあることが指摘されている。もつとも学説においては、このような利益公式に基づく一四一条の解釈については批判が強い。すなわち、この公式に依拠する限り、たとえ会社財産に対する犯罪が成立したとしても、債権者の利益を侵害した行為の当罰性が十分に評価できないとされるのである。そして同公式に代えて、役員が当該行為に出ることが会社組織内部の業務権限に基づいてはじめて可能になった関係があれば、一四一条一項を適用することができるとする見解が

有力に主張されている。

さらに、一九九九年の新倒産法の施行によって、一般消費者が倒産犯罪の主体として処罰される可能性が大幅に拡大していくのではないかと懸念が最近表明されている。もちろん、従来の破産法においても、理論上は一般消費者も倒産債務者になる可能性があったが、債権者から見ても、財団不足による申立棄却が明白である消費者の破産については、破産手続で満足を受けうる可能性はきわめて低く、また、債務者としても旧法下では破産手続によって免責を受ける可能性はないのであるから、当事者双方において、破産手続を申し立てるメリットは全くなかったのである。換言すれば、旧法下の破産制度とは、現実には企業の経営破綻の場合に限って活用されていたのである。それゆえ、一般消費者債務者に対する債権回収としては、事実上個別執行のみが利用されている状況であり、その際に行爲者が財産を隠匿したとしても、それはせいぜい強制執行妨害罪（二八八条）の限度で処罰されるにとどまり、(客観的)処罰条件が成就する可能性がきわめて乏しい以上、倒産犯罪での処罰は事実上ほとんど問題にならなかつた。しかし現行法のもと、消費者倒産手続(倒産法三〇四条以下)が導入されたことにより、将来的には、一般消費者の支払不能の場合にも倒産手続が開始され、それに関連してなされた行爲が、倒産犯罪として処罰される可能性が増加することになるのである。実際に連邦通常裁判所は、最近の判例において、消費者倒産手続についても倒産犯罪での処罰の可能性があり、倒産犯罪が企業の経営破綻を前提とするものではないことを明言しているのである。

もつとも、後に見るように現行の倒産犯罪処罰規定は当罰的な行爲と日常的な行爲との限界付けとして、「通常の経済的要請に反するかたち」か否かをそのメルクマールとして部分的に採用しているが、このような要件は非商人である消費者の倒産について、必ずしも適当な限界付けとは言いがたい。それゆえ、学説においては消費者破産罪を特別に立法すべきであるという立法論がさかんに主張されているところである。そこでは、消費者破産罪を倒

産犯罪の特別規定として設ける可能性と、強制執行妨害罪の特別類型とする可能性が提唱されている。

(2) 危機的状況

危機的状況は「債務超過」、「支払不能」、「支払不能のおそれ」から構成される。企業の経営破綻後の行為、さらに倒産手続進行中の行為も、その段階に「危機的状況」が継続している限り、構成要件に該当する行為となる。既に見たように新倒産法においては、債務者の再生に向けて、倒産処理計画を作成することが可能となった。したがって、債務者が右計画に基づいて活動している段階の行為も、その段階でなお危機的状況が存続している限りにおいて、倒産犯罪としての処罰が可能とされることになっている。

「債務超過」、「支払不能」、「支払不能のおそれ」の概念については、倒産法一七条ないし一九条が規定するところであるが、この点については、刑法上の概念規定が倒産法のそれに従属すべきか、争いのあるところである。学説においては、倒産法の概念規定への従属性を主張する見解も見られるが、刑法と倒産法との保護目的の相違、刑法の補充性の要請から、一定の範囲で刑法固有の判断を認め、これらの要件をより嚴格に判断する立場も有力に主張されている。

(a) 債務超過とは債務（貸方）が現有資産（借方）を上回る状態である。この判断に際しては、年度ごとの貸借対照表の記載を調査するだけでは不十分であり、現実の債務超過状態を証明する必要がある。債務の額を確定する上では、弁済時期が到来しているか否かにかかわらずに、現実のすべての債務が問題となるが、現有資産の算定に際しては、それらを換価した価値（Zerschlagungswerte）を基準にすべきか、それとも事業の継続を前提とした価値（Fortführungswerte）を斟酌すべきか、争いがあった（当然ながら、ほとんどの場合は後者の基準による算定のほうが高類になる）。この点について現行倒産法の一九条二項は「事業の継続が確実に見込まれる場合」に限って、事業の

継続を前提とした価値を考慮することができると規定しているが、刑法理論上はむしろ、「疑わしきは被告人の利益に」判断するという立場から、「継続が全くあり得ないわけではない」場合であれば、継続価値を前提に算定すべきという学説も主張されている⁴⁸。もつとも、これらの学説の対立は、少なくとも実務家の目から見れば、あまり実益があるものではない。というのは、債務超過の認定には常に不明確さが伴うため、いかなる判断基準を採用したとしても常に債務超過の結論に至る場合に限って、債務超過を認めようという立場が実務の傾向になっているからである⁴⁹。

(b) 「支払不能」とは、従来の通説・判例によれば、弁済期が到来しており、債権者が真剣に (emsthaft) 取り立てている金銭債務のうち、支払手段の欠如により、少なくともその本質的な部分について弁済することができない状況が継続することが見込まれる状態と定義されていた。しかしながら、現行倒産法の一七条一項においては、「本質的」「継続的」「真剣な催促」という要件が削除され、(債務者が倒産手続を利用して経営の再建を図る可能性を残すべく) 時期的に早い段階での倒産申立が可能となっている。

このような倒産法上における支払不能概念の変更を受けて、倒産刑法においても、支払不能状態、すなわち危機的状況が早い段階で認められやすくなり、その結果、倒産刑法の介入が早期化することになるといふ指摘が見られる⁵⁰。もつとも、倒産法においてもごくわずかな弁済不能状態は支払不能ではなく、支払の中断 (Zahlungssackung) にすぎないと考えられているし、さらに刑法の学説においては、倒産刑法上の支払不能概念は倒産法の規定に全面的に依存することなく、刑法独自の観点から判断することが許されるという見解が有力になっている⁵¹。それによれば、事前の予測判断に基づき、少なくとも一ヶ月、弁済できない状況が継続する見込みが必要である。また、ごく一部の債務の弁済不能では不十分であり、債務全額の一定の程度、一部の判例・学説によれば二五パーセント程度の未支払が必要と考えられている⁵²。また、現行法の解釈では、債権者からの真剣な取立があつたか否かは、それ自

体は重要ではないと解されているようであるが、債権者による黙示的な弁済猶予との区別という困難な問題も指摘されている。

(c) 「支払不能のおそれ」は客観的な事後予測判断であり、債務額およびその弁済期、現存の資産、融資の可能性などを総合的に判断して、上述の「支払不能」状態に至る高度の蓋然性が認められるか否かが判断される。新倒産法においては、「支払不能のおそれ」が認められる場合は債務者自身が倒産手続を申し立てることが可能になった（一八条二項）。しかし、これは同時に債務者自身の手によつて客観的処罰条件を実現してしまうことを意味するため、後述のような問題が生ずることになる。

(3) 客観的処罰条件

ドイツ刑法二八三条六項は「行為者が支払を停止し、またはその財産について倒産手続が開始され、もしくは財困不足を理由にその開始の申立が棄却された場合に限って、その行為は可罰的である」と規定しており、同項はすべての構成要件について準用されている。これは行為の違法性、行為者の有責性に還元できない外在的要素であり、いわゆる客観的処罰条件であると解するのが判例・通説の立場である。一般的な考え方によれば、客観的処罰条件が実現したか否かにかかわらず、対象となつている行為は既に当罰的なものであるが、政策的な理由に基づき、処罰条件が実現するまでは刑罰権の介入が抑制されているのである。つまり客観的処罰条件とは刑罰権の行使を積極的に根拠付けるものではなく、もっぱら刑罰権を制限する方向で機能することになる。そして倒産刑法に関しては、刑罰権の早期介入は企業の経営破綻をより促進してしまい、かえつて債権者の利益を損ねることになりかねないという考慮があつたことは既に見たとおりである。このように処罰条件がもつぱら政策的理由に依拠していると考える以上、この実現については行為者の故意・過失は必要ではないということになる。

このように客観的処罰条件が犯罪論の外在的要素であると解する以上、実行行為と客観的処罰条件実現との因果的連関も必要ではない。もつとも、通説・判例の立場によれば、因果的連関は必要ではないとしても、行為（ないしその当時の危機的状況）と客観的処罰条件実現との間に事実上の連関（*factualischer Zusammenhang*）は必要である。判例は個別の犯罪類型ごとに、この事実的連関の内容をカズイスティッシュに明らかにしている。まず、通常の倒産犯罪においては、実行行為当時と処罰条件実現時の債権者の同一性が認められればよい。もつとも、単に「債権者の入れ換え」がなされたような場合には、なお事実上の連関は否定されない。さらに、二八三条bの（危機的状況外での）簿記義務違反罪については、簿記義務違反の状態が倒産宣告の段階まで継続していることが必要である。このような判例・通説の立場は、実行行為当時の倒産の危険が、そのまま倒産手続の開始、支払停止などとして実現されていることを要求するものといえよう。このような、いわば危険のエスカレーションによって、実行行為が現実化した危険が社会的実体として明らかに示されるといってわけである。したがって、危機的状況下で倒産犯罪を犯したが、一旦、経営状態が回復し、その後、別の原因で再度経営が悪化して倒産に至ったような場合は、（一回目の）危機的状況と処罰条件実現との事実上の危険連関が欠けるため、倒産犯罪として処罰することはできない。もつとも、会社が倒産するまでは刑罰的介入を控えた方が得策であるという前述の理由にしたがう限り、それ自体当罰的な行為が行われた後、いかなる理由にせよ会社が倒産して処罰条件が実現したのであれば、刑罰権の介入を抑制する事情はもはや存在しないということも不可能ではない。このような前提のもと、実行行為と処罰条件の実現との間にはいかなる連関も必要ではないとする見解も最近主張されており、興味深い。この問題については客観的処罰条件の法的性質および倒産犯罪におけるその必要性、さらに倒産犯罪の法益侵害性の実体に遡った慎重な検討が必要となろう。

なお、倒産犯罪が処罰条件の実現に先立って行われる必要はない。たとえば倒産手続開始後の財産隠匿等の行為

も、倒産犯罪として処罰される。すなわち、倒産手続の終結（倒産法二五八条）までの債務者の違法行為は、倒産犯罪として処罰されることになる。

(a) 支払停止 (Zahlungsstillung) とは、行為の外形から判断して、行為者が弁済期限の到来した債務を継続的に弁済しない状態にある場合である。もちろんごく一時的な支払の中断では十分ではない。支払不能と異なり、債務者が支払意思を喪失した場合、あるいは支払能力がないと誤信して支払を中止した場合でも、支払停止にあたる^①と解されている。すなわち支払停止とは経済的な状態（規範的要素）ではなく、事実的な状態そのものである。わが国の發想では、客観的処罰条件とはその存否が形式的に明確に判断できるものであるのが一般であり、「支払停止」という、個別の事案に即した具体的判断を要するような要素はこのカテゴリーに馴染まない印象がある^②。しかし、ドイツの実務家においてはそのような疑問は見られず、右要件の存否は事実的な状態から客観的かつ明確に判断することができるという点が繰り返し強調されていた^③。また、会社の財産がおよそ残存していなかったり、大半の財産が（強制執行が事実上困難な）東欧やロシアに譲渡されており、債権者による倒産の申立がおよそ期待できない状況においては、検察庁は「支払停止」の存在を根拠に、刑事訴追を遂行しているようであり、ごく限られた場面とはいえ、この要件は実務的に必要なものと意識されているようであった。

(b) 「倒産手続の開始」は倒産裁判所の判断に従属して判断される。それゆえ、刑事裁判所は手続開始命令の有効性について審理する必要はない。また、とにかく一旦手続が開始されることが重要であるから、事後的に開始手続が無効であることが判明したり、手続が廃止された場合であっても、処罰条件が実現したことについてはかわりはない。

なお、既に危機的状況の要件のところでも見たように、新倒産法一八条一項は、債務者自身が申し立てる場合については、支払不能のおそれも手続の開始原因となる旨を規定している。これは、債権者の経営が完全に破綻する

前に倒産申立をさせ、倒産手続によってその者の経営の再建の可能性を図る趣旨であった。しかしながら、倒産犯罪に該当する行為者が支払不能のおそれがある段階で自ら倒産の申立をした場合、債務者は終局的な経営破綻に陥っていないにもかかわらず、あえて自分の手で客観的処罰条件を実現し、その結果、処罰の可能性を導くことになつてしまふ。これは、経営破綻までは刑罰権の介入を控えるという客観的処罰条件の趣旨に反するのみならず、処罰をおそれるあまり、債権者による早期の倒産申立を萎縮させることにもなりかねない。このような問題意識のもと、「支払不能のおそれ」の段階で債務者が自ら倒産申立をした場合を、客観的処罰条件の類型から除外しようとする立法論が最近活発に主張されている。もつとも、この点を度外視しても、新倒産法の施行によって、旧法下の破産手続と（従来は処罰条件を充足し得なかつた）和議法の和議手続が倒産手続に一体化されたわけであるから、処罰条件が充足される状況が増え、その結果、処罰範囲が拡大されることになつたことは否定することができないであらう。

(c) 倒産法二六条一項によれば、「倒産裁判所は、債務者の財産が手続費用を支払うのに十分ではないことが見込まれる場合は、倒産手続開始の申立を棄却する」。わが国のような同時破産廃止が存在しないドイツにあつては、倒産申立の実に八割以上が、財団不足を理由とする申立の棄却に至つてゐる。申立棄却に持ち込めば、債務者の財産状態に関して、倒産管財人が正確に把握できる機会も失われるため、多くの犯罪的債務者の目的は、財産の隠匿によつて、申立棄却に持ち込むことである。もちろん、この場合でも処罰条件は成就しているので倒産犯罪での刑事訴追は可能であるが、当の犯罪行為についての証拠収集が困難になるという問題が発生することになる。

(4) 主観的要件

一九七六年の改正以前は、既にみたように詐欺破産罪と単純破産罪の区別が維持されており、前者の構成要件に

においては「債権者の満足を妨げる目的」という主観的な目的が要求されていたが、この要件の立証はきわめて困難であり、機動的な刑事司法の妨げとなつていふ指摘が既になされていた。このような背景のもと、現行法では原則としていかなる目的も要求されておらず、これによつて詐欺破産罪、単純破産罪の区別も放棄されている。もつとも犯罪論の原則に従い、構成要件のすべての部分について故意が必要であるから、自らの実行行為の意味の認識に加え、「危機的状况」において当該行為を遂行している認識も必要ということになる。

もつとも、容易に想像できるように、実行行為の段階にさかのほつて、行為者が行為当時「危機的状况」が存在していたことを認識していたことを立証するのは必ずしも容易ではない。それゆえ、二八三条四項は「危機的状况」の存在を過失によつて認識しなかつた者、あるいは、右状況を軽率に惹起した者についても、軽い法定刑で処罰する旨を規定している。

さらにそれを越えて、二八三条五項、さらに二八三条b第二項は一定の行為類型について、実行行為自体が過失的に行われた場合についても、新たな構成要件を設けている。これらの過失構成要件は立証の負担の軽減をはかつて創設されたものである。なお、既に述べたように倒産手続の開始、支払停止などの客観的処罰条件は行為者の責任とは無関係の外在的事情であるから、その実現については故意も過失も必要ではないと解されている。

2 各犯罪類型の概要⁽⁶⁾

(1) 二八三条(破産)

倒産財団に属する財産を減少させる、あるいは減少させる可能性のある行為を処罰する規定である。ここでいう財産とは、強制執行が可能な財産すべてを含んでいる。一項が「危機的状况」のもとで財産減少行為が行われた場合を処罰し、二項が、未だ危機的状况が現実化する以前の段階で行われた財産減少行為が、結果として危機的状况

を招致した場合を処罰している。実行行為の遂行時期、危機的状況との因果連関の存否については相違点があるものの、それ以外の行為類型については、一項二項で共通である。さらに、未遂犯も処罰される(三項)。また、実行行為それ自体の認識はあるが、危機的状況の認識(ないし予見)が認められない場合(四項)、さらに、一定の行為類型については実行行為自体も過失的に遂行された場合(五項)についても、過失犯処罰規定が設けられている点も、既に述べたとおりである。また、同条六項が客観的処罰条件を規定している。以下では一項一号ないし八号の行為類型をごく簡単に概括する。

(a) 倒産財団に属する財産の隠滅・隠匿・破壊・損壊・使用不能化(一号)

「隠滅」(Beisichtigen)とは、債権者からの介入を免れたり、それを著しく困難にするすべての行為である。

事実行為のみならず、法律行為もこれに当たる。たとえば財産の物理的隠匿、加工、譲渡、質権の設定、債権の秘密裡での回収などがそれに当たりうる。法律行為については物権的行為である必要があるが、債権者の介入を困難にすればたりるのであるから、私法上有効である必要はない。実務的に重要な事例としては、正当化されない状況での譲渡担保の設定、事業財産や在庫品を他の場所へ運び出す行為、債権の仮装譲渡行為、賄賂の提供、不動産の譲渡、会社の口座から自己又は第三者の個人口座への送金ないし銀行預金の引出し等である。もつとも、上述の定義をそのままではめれば、経済的に相当な行為まで構成要件に該当することになり、(違法阻却の可能性があるとしても)妥当ではない。それゆえ、判例・通説は、文言上は破壊・損壊行為、使用不能化のみに関連している「通常の経済的要請に反するかたち」という要件が、隠滅等の行為についても同様に適用されると解釈している^④。その際には、行為者の債権者に対する善意などの主観的意図、また、当該行為によって等価値の反対給付が財団に流入しているかが重要な判断基準となる。さらに、本旨并済としての財産の処分、生活費としての処分についても本罪に該当しないと考えられている。

「隠匿」(Verheimlichen)とは、財産の存在またはその所屬を、債権者または倒産管財人に分からないようにする一切の行為である。最終的に財産を隠し通すことができたか否かは重要ではない。倒産法上、倒産債務者は倒産手続またはその開始手続において、倒産裁判所、倒産管財人または債権者等に手続上必要なすべての情報を提供する義務を負っているから(倒産法二〇条、二三条、九七条、一五三条など)、その際に虚偽の情報を提供する行為が本罪に該当しうることになる。さらに、右情報提供義務を履行しなかつた場合には、不真正不作為犯が成立することになる。実務上しばしば見られる事例としては、財産構成要素の占有・所有の否認、債権者の介入を阻止するような法律関係(たとえば第三者の取戻権)の主張、管財人に見過ごされて財産表に記載されなかつた債権を秘密裡に回収する行為などがある。

「破壊」(Zerstören)、「損壊」(Beschädigung)、「使用不能」(Unbrauchbarmachen)は実務的にあまり意義のない行為類型である。すなわち、この罪は債務者を身分とする身分犯であるが、債務者が自らの財産を自己の利をはかることなく(自己の利をはかつた場合は「隠滅」に該当するのがほとんどであろう)、他の動機から破壊・損壊することはごく稀であるからである。これらの行為類型は「隠滅」等とは異なり、財物のみが対象となっており、権利関係は客体たり得ない。また、すべての行為が構成要件に該当するわけではなく、その行為が「通常の経済的要請に反する」場合に限って、本号に当てはまる。この要件は、営業設備の修理や交換の場合の損壊行為を処罰範圍から除外する機能を有している。

(b) 投機的取引、非経済的支出(二号)
 同項二号は二つの選択肢からなる。すなわち、経済的要請に反する危険な取引を行う類型と、非経済的な支出をする類型である。

第一の類型はさらに三つの取引類型からなる。「赤字取引」(Verlustgeschäft)とは、はじめから財産減少の傾向

が明白であり、実際に損失が発生した取引のことをいい、取引の当初から、損失の高いリスクが予見できたものである。たとえば必要経費をカバーするだけの収益が上がる見込みのない取引を継続するような場合がこれに当たる。「投機的取引」(Spekulativesgeschäft)とは、きわめて大きいリスクのもと、偶然性に依存する大きな利益を追求する取引である。資金調達の可能性が明らかではない状況下での冒險的な取引、取引を有利にする見込みのない献金、賄賂の支払などがその例である。さらに「差額取引」(Differenzgeschäft)であるが、これはドイツ民法七六四条に定義されているように、商品や有価証券に関連する取引で、一定期間の経過後に、売値・買値の差額を取得することをその目的とする取引である。商品先物などのオプション取引、外国為替取引などが典型例である。証券取引法五〇条以下では一定の株式市場の先物取引を許容しているが、これが本罪の差額取引に当たらないかについては争いがある。

もっとも、これらの危険な取引はさらに、「通常の経済的要請に反している」必要がある。危機的状況を乗り越え、かつ被雇用者の雇用を維持するためには、一時的に損失が明らかでない取引を行う必要があるからである。それゆえこの要件の存否に関しては、損失覚悟の取引をすることについて合理的な理由があったか否かが重要である。

なお、同行為類型の既遂時期は契約締結時と考えられているので、その取引の結果は原則として可罰性に影響を及ぼさないが、学説においては、投機的取引・差額取引において成功を収めた場合には債権者の状態を悪化してはならないとして、可罰性を否定すべきだとする見解が有力である。

一方、第二の類型は非経済的な支出、射倖行為または賭博によって、過大な出費もしくは債務負担をなす行為である。「非経済的な支出」とは必要性、通常性を逸脱した、行為者の資産状況と釣り合わない出費である。たとえば見通しのない設備投資、ヨットや高級乗用車、高級別荘の購入などが典型例である。「射倖行為」「賭博」(民法七六二条)には、盲くじ、ロットなどのほか、ネズミ講への参加などが当たりうる。これらの行為によって、行為

者の財産状態を考慮して過大な出費がなされたことが必要であるが、現実には金員が出捐されなくても、債務負担をしただけでも同号に該当しうる。もっともその場合、債務は訴求力のあるものでなければならず、ギャンブルの借金のような自然債務の負担だけではなお不十分である。

(c) 商品・有価証券のダンピング的取引(三号)

信用取引で入手した財産を廉価で処分することは、倒産財団の減少を招くばかりではなく、商品等を提供した者(信用供与者)の財産的利益を大きく侵害する行為である。それゆえ、本号の行為は、「信用取引」と「ダンピング取引」の両者を構成要件要素とするものである。

まず、信用取引で商品または有価証券を取得することが必要である。商品にはすべての商取引の対象が含まれ、外国為替もこれに当たると解されている。有価証券とは権利義務の化体した証券を指し、抵当証券などの記名証券はこれに当たらない。また、「信用取引での入手」といえるためには、少なくとも債務の一部が現実に支払われていない段階において(支払期限の猶予を与えることもこれに含まれる)、商品等を自由に処分できる地位を事実上取得することが必要である。

それに引き続いて、それらの客体自身又は商品から製造した物を市場価値に比べて著しく廉価で処分する行為がなされることが必要である。原材料や部品等を入手した場合も考慮に入れ、「商品から製造した物」も客体に含まれている。ここでいう処分が有償での処分に限られるか、それとも無償譲渡も含まれるかが学説上争われているが、かりに無償譲渡は本号に該当しないととしても、それは一号の「隠滅」として処罰可能⁶⁶というべきであろう。さらに、このダンピング的処分は「通常の経済的要請に反する」ものでなければならぬ。具体的には通常のパートナーや競争相手との対抗上必要な安売りセール、さらに生鮮物が腐敗するおそれのある場合、商品価格の暴落のおそれがある場合の叩き売りも本号に該当しないと考えられている。

(d) 第三者の権利の偽装・仮装権利の承認（四号）

第三者の権利を偽装したり、仮装された権利を承認する行為は、物理的に倒産財団を構成する財産を危殆化するものではないが、仮装の債務負担等によって、眞の債権者が満足を受けることができる範囲を限縮する行為であり、債権者全体の利益を侵害するものである。

「第三者の権利の偽装」は、しばしば倒産管財人、債権者に対する虚偽の申立によって行われる。現実には存在する権利であっても、その範囲や金額を偽って申し立てる行為もこれに該当する。黙示の偽装行為、偽造した営業書類や帳簿を第三者の閲覧に供する行為によっても、偽装行為を認定することは可能である。一方、「第三者の仮装された権利を承認する行為」は債権者の単独行為ではなく、第三者との共同行為である。民事訴訟における承認のほか、いかなるかたちの承認でもこれに当たると解されている。

なお、仮装した権利に基づいて財産を処分した場合はもはや四号ではなく、一号が適用される。既に行われた財産の処分・隠匿等を仮装するために権利関係を偽装した場合も同様である。本罪は抽象的危険犯であるので、現実に倒産管財人や債権者が欺罔に陥ったか、倒産財団が減少したかは問題ではなく、その抽象的危険性が認められる限り、仮装行為が行われた時点で既遂に達する。

(e) 商業帳簿・貸借対照表関連犯罪（五号・七号）

五号ないし七号においては、商業帳簿、貸借対照表等の作成義務違反、不実記載等の類型が規定されている。これらの行為は直接的に倒産債務者の責任財産を減少させるものではないから、債権者の財産的満足を侵害する可能性も、他の行為類型に比べて低いようにも見える。しかしながら、立法者はこれらの行為類型を他の倒産犯罪同様、高い法定刑に見合った当罰性の高い行為と評価している。この点に関しては、商業帳簿等が、取引の安全等に関して重要な役割を果たしていることが指摘されている。すなわち、五号ないし七号の行為類型によって、商業帳簿等が

担っている機能、すなわち、①債務者自身に自分の資産状態を認識させることで、それに対応した経営を促し、同時に取引の相手方や債権者の財産を保護する機能、②取引相手、信用機関に相手方の資産状態を知りうる機会を与え、危険な取引を回避させ、その利益を保護する機能、③会社が倒産した場合に、倒産管財人が倒産債務者の財産状態を正確に把握するのを容易にし、債権者の財産的利益を最大限に満足させるような倒産手続を遂行させる機能などが損なわれることになるのである。とりわけ、これらの行為が債務者の危機的状況で行われる場合、それは上述の商業帳簿等の経済的機能を損なうばかりか、財産隠匿、ダンピング取引などの他の倒産犯罪の遂行を容易にし、その発覚を困難にするのである。このような配慮のもと、危機的状況での記帳義務違反等は、他の倒産犯罪同様の高い当罰性が認められているのである。

五号の構成要件は、商法の規定によって商業帳簿の作成が義務づけられている商人が、①まったく帳簿を作成しないか、②不十分な記載をなすか、③内容を（虚偽に）変更する行為によって充足される。後者の②③の類型についてはさらに、それによって、財産状態を概観するのが困難になることが必要である。このように本号の行為類型は（債務者かつ）商人を身分とする身分犯である。商人が税理士や支配人等にその作成を委託した場合には、刑法一四条一項三号によって、これらの者も同様の義務を負うことになる。

いかなる帳簿の作成が義務づけられているかは、商法上も厳密に規定されているわけではない（商法二三八条は一般的な原則を示すにすぎない）。一般に、資産状況と取引の記録を明らかにすればよいとされるが、その程度も会社の規模等によって異なってくる。一般には、商業登記簿、出納帳、貸借対照表、財産目録などが必要な帳簿と解されている（もともと、貸借対照表、財産目録は特別に七号で保護されているから、本号の客体には当たらないことになる）。電磁的記録によって作成された帳簿も本号の客体である（商法二三九条四項参照）。

一方、六号においては商業帳簿のほか、その添付資料も保護されている。これらは商法によって保管が義務づけ

られているが（商法二五七条）、その保管期限が経過する前に、これらの客体を隠滅・隠匿・破壊・損壊して、財産状況の概観を困難にすることが本号の構成要件該当行為である。行為者に簿記義務があるか否かはもはや重要ではないから、作成義務のない者が自発的に商業帳簿等を作成した場合であっても、本罪が成立することになる。

七号の構成要件は逆に、貸借対照表（ないし財産目録）を作成する義務のある商人債務者のみに向けられている。構成要件該当行為は、①貸借対照表に不十分な記載をなし、財産状態の概観を困難にする行為、および②貸借対照表または財産目録を（商法が会社の規模ごとに定めている）作成期限までに作成しない行為である。

(F) 一般的条項（八号）

二八三条一項一号ないし七号は倒産犯罪の行為類型を個別に列挙しているが、そのような規定形式の間隙を埋めるために、いわばバスケット条項として八号が設けられている。もともと、処罰範囲を限定しようとする考慮から、その行為は通常の経済的要請に「著しく」反する場合に限って可罰的である。同号の行為類型は、①財産要素を減少させる行為と、②取引状態を隠匿・隠蔽する行為に分類される。同号はその適用範囲の不明確さから、実務においてもほとんど適用されていないといわれるが、②の類型については、取引の場面において、自己の経営状態などを偽装したり、虚偽内容の説明をする行為は一号ないし七号の倒産犯罪には該当せず、なお本号を適用する実益があるとも説明されている。それに対して①の類型に該当する例としては、信用取引によらずに入手した商品等の著しいダンピング販売、取引相手の信用状態を調査せずに商品等を提供する行為などが想定されているが、財産要素の「隠滅」（一号）、非経済的支出（二号）が広い意味で解釈されていることから、実践的な意義の乏しい規定になっているという指摘が見られる。

(2) 重大な破産(二八三条a)

破産罪の重大なケースについては、その刑が加重されている。同条では特に重い破産の例として二つの事情(後者についてはさらに二つの下位事例がある)をあげているが、これはあくまでも例示列挙であり、他の事情に基づいて同条の成立を肯定することも可能である。また逆に、一号二号に該当する事情が認められたとしても、他の事情を理由として同条の適用を排除することも可能である。なお、本条は二八三条一項ないし三項の行為に限って、特に重い事例の加重処罰を規定しているから、二八三条そのものとは異なり、過失犯の類型は同条では処罰されないことになる(二八三条四項五項それぞれ自体で処罰される)。

(a) 「利得を動機として行為した場合」とは、単に自己の経済的利益を追求した場合ではなく、行為者の利得を得ようとする態様が社会的に不当であり、その意欲が不健全に異常に高い場合であると考えられている。たとえば行為者が彼の利益を追求するがあまり、債権者の被害や通常の経済的慣行をまったく顧みなかったような場合などである。

(b) 「多数の者を、行為者に委託された財産的価値を喪失する危険に陥れた場合」の典型例は、多数の者から金員を預かっている金融機関の経営破綻の場合である。さらに、多数の業者から所有権留保のもとで商品等を購入した債務者の倒産犯罪行為も、商品を交付した業者を右の危険に陥れるものになりうる。多数の者の利益のうち、そのごく一部の損失の危険性しか認められなかった場合は、本罪は成立しない。また、ことさらに「認識しつづ陥れた場合」と規定されていることから、この点については未必の故意では不十分であり、確定的故意が必要であると解されている。

(c) 「多数の者を経済的困窮に陥れる場合」とは、多数の者を、文化的・経済的に平均的な生活水準の維持が困難な状況に陥れる場合である。被害者としては、行為者に委託した財産から派生する収入(たとえば銀行からの利息

取入)で生活していた者のほか、債権回収ができないことで生活の困窮に陥る債権者、さらに経営破綻によって職場を失う従業員などが含まれると考えられている。もっとも、これら(b)、(c)の加重要件は、いわば倒産犯罪の付随的事情を考慮して刑を加重したものであって、倒産犯罪それ自体について特別の加重的要件を課しているわけではない点に注意が必要である。

(d) 一号二号に該当する事由が認められない場合であっても、理論上はそのほかの「特に重い事例」について同条を適用することは可能である。学説においては、債権者の被害状況がきわめて悲惨であるケース、営業開始以来の計画的倒産、あるいは大規模な倒産や連鎖倒産の危険など国民経済に与える被害が甚大であるような場合などが同条の「特に重い事例」に当たると解されているが、実務での実例はほとんど見あたらないようである。

(3) 簿記義務違反(二八三条b)

本条は唯一、危機的状況を前提としない犯罪類型であり、簿記義務の不履行が経済活動に及ぼす危険性を処罰根拠とした抽象的危険犯である。すなわち、商業帳簿等の正しい作成は経済活動の基本的な前提要件であるから、その義務を履行しないこと自体に、経済活動に失敗して支払不能等の危機的状态に陥り、ひいては債権者の経済的利益を損なう抽象的な危険性が認められるのである。

このようにドイツの倒産犯罪規定においては、危機的状況下にとどまらず、平常時においても既に商業帳簿等の作成義務の重要性が強調されている点は注目に値しよう。これに関して、以下の二点を補充的に付け加えておきたい。まず第一に、倒産犯罪から離れても、ドイツ商法は一部の商業帳簿等の虚偽記載、粉飾作成(Verschleierung)について罰則規定を置いている。すなわち商法三三一条一号によれば、物的会社の代表権のある機関や監査役会の構成員が、設立時の貸借対照表、年度決算書、営業報告書、中間決算書などに虚偽記入をしたか、粉飾的に作成し

たときは、行為者は三年以下の自由刑または罰金刑で処罰されることになっている。刑法二八三条bと比較すると、①主体が物的会社の取締役会等の構成員と、ごく一部の役員に限定されており、②その客体も設立時の貸借対照表、年度決算書など、一部の商業帳簿に限定されており、さらに③行為類型も虚偽記載、粉飾作成のみに限られている。その一方、④法定刑の上限は三年以下の自由刑と、刑法二八三条bよりも重い処罰が予定されている。わが国でこれに対応する規定としては商法四九八条一項一九号をあげることができるが、同条は刑事罰ではなく、百万円以下の過料を予定しているにすぎない。この点からも、ドイツにおいては、わが国に比べて商業帳簿等の機能が強調されていることを推察することができよう。さらに第二点として、これは私見にすぎないが、他の倒産犯罪と商業帳簿関連犯罪とは、次のような相違が認められるように思われる。すなわち、財産を不当に廉価で処分したり投機的取引にでることは、経済的に危険な行為であるとしても、同時に利益追求のための会社等の自由な経営判断の一部であり、社会的・経済的に一定の価値を有している場合も考えられる。したがって、これらの行為の処罰に当たっては、対立する反対利益を相互に考慮した上で、特別の要件を付加して、処罰範囲を限定する作業が必要になる。それに対して、商業帳簿の作成は商法で義務づけられているし、その義務の不履行を正当化するような反対利益の存在は基本的には認められないというべきであろう。このように商業帳簿関連犯罪においては、可罰性を制限する方向に働く考慮が乏しいため、危機的状況を離れ、二八三条bで処罰することも正当化できるのではないかと考えられるのである。

もっとも、同条三項は二八三条六項を準用しているから、本条の犯罪についても、倒産手続開始、支払停止等の客観的処罰条件の成立が必要となつている。この理由としては一般に、会社が経営危機に至らなかつたり、たとえ一旦危機に瀕したとしてもそれを乗り切つた場合には、処罰の必要性が大きく減退することが挙げられている。さらに、かりに同条違反を客観的処罰条件と切り離して処罰すると、商業帳簿の不作成はおそらく相当数の会

社で日常的に認められ得ると推測されるから、競争相手や従業員からの告発が相次ぎ、検察官は全ての事件について捜査手続を開始しなくては行けない(ドイツ刑法一六〇条一項参照)ことになりかねない。このような事態を避けるためにも、客観的処罰条件の実現を要求することには一応の理由があるとされている。なお、記帳義務違反行為と客観的処罰条件との間には「何らかの事実的なつながり」が要求されており、判例によれば、その不履行の状態が処罰条件実現の時点まで継続していれば足りるという点は、既に見たとおりである。

本条の行為類型は基本的に二八三条一項の五号ないし七号と共通である。ただし、二八三条一項六号においては「商法上、商人が保管すべき」商業帳簿等の隠匿等が問題となっており、行為者自身は商人である必要はないが、二八三条一項二号においては、「商法上、行為者が保管すべき」商業帳簿等と規定されていることから、同号においては行為者が商人である必要がある。また、上述のように、二八三条一項五号ないし七号と異なり、危機的状況以外での違反行為を捕捉するものであり、違反行為が危機的状況を招いた関係(二八三条一項参照)も必要ない。これは純粹に危機的状況以前の行為を把握するのみならず、危機的状況で行われた違反行為であっても、行為者が危機的状況を認識しておらず、しかもそれについての過失も証明できなかった場合の受け皿としても利用されている。

さらに本条においては故意犯(一項)のほか、過失犯も処罰されている(二項)。その典型例としては、商業帳簿の作成を税理士等に委託した会社の役員が、その選任・監督に関して注意義務を尽くしていなかった場合が考えられる。

(4) 債権者偏頗罪(二八三条c)

本条は非本旨弁済によって特定の債権者を優遇する行為を規定している。倒産財団に属すべき財産を散逸させた

点においては二八三条と同様であるが、それによって少なくとも一債権者の債権を満足させたわけであるから、債務者は（二八三条規定の行為のように）自己の財産への債権者の介入それ自体を排除したわけではなく、債権者間の平等を侵害し、それによって他の債権者の利益を間接的に損ねたにすぎない。このような考慮に基づき、本条においては二八三条と比較して低い法定刑が規定されている。さらに本罪においては、二八三条等と異なり、危機的状況の内容が「支払不能状態」のみに限定されている。行為類型は一債権者に対する担保または弁済の提供であるが、それによってその債権者を他の債権者よりも優遇する結果が発生していなければならぬ（結果犯）。この結果については確定的な認識又は意図が必要とされている。また、担保または弁済の提供は、債権者がおよそ請求できないか、そのような方法もしくはその時期には請求できないようなかたちでなされる必要がある。これらの文言は倒産法上の非本旨弁済に関する規定（二二二条）と全く同じであり、倒産法上のそれと同じ意味に解されている。それゆえ、判例・通説は一致して、本旨弁済は本罪ではおよそ処罰され得ないと考えている。倒産法上の倒産否認においては、本旨弁済であつてもその一部のものについては否認が可能であるから（倒産法一三〇条参照）、その結果、倒産否認と刑法上の債権者償還の射程範囲は異なってくることになる。

具体的に「およそ請求できない場合」とは、法律行為が取り消しうる場合、請求権に訴求権がない場合、債務者に何らかの抗弁事由がある場合などである。また、「そのような方法では請求できない」場合の例としては、金銭債権の弁済に代えて、その債権者のより有利になるかたちで、代物弁済や新たな担保を提供したりするような場合である。さらに「その時期には請求できない」場合として、弁済期が到来していない債権や条件付債権について弁済する場合が考えられる。

なお、優遇された債権者が同罪の共犯になるかが問題となるが、通説・判例によれば、債権者が状況を知って弁済を受けただけであれば、その者は同罪の共犯としては処罰されないが（いわゆる必要共犯）、債権者がもつぱ

らいニシアティブを取つたり、積極的に働きかけるなど、通常の程度を逸脱した関与があつた場合は、教唆または幫助として処罰されることになる。

(5) 債務者庇護罪 (二八三条d)

本罪は債務者以外の外部の者が、二八三条一項一号に規定している行為と同様の行為をなした場合を処罰するものである。それゆえ本条にいう「第三者」とは倒産債務者のことである。もつとも危機的状況の要件については二八三条とはやや異なり、債務者に支払不能が差し迫っている場合、債務者の支払停止後または倒産手続中もしくは倒産手続開始の決定手続中の行為が問題とされている。同一項で未逮捕が処罰されており、さらに三項で特に重い事例について加重処罰が規定されている。また、二八三条六項とは文言を異にするが、四項は債務者を基準として、支払停止・倒産手続開始などの客観的処罰条件を規定している。

本罪の行為類型は二八三条一項一号と同様、債務者の財産要素の隠滅、隠匿、破壊、損壊、使用不能化であるが、その行為が債務者以外の外部者によつて、債務者の同意のもと、もしくは、その利益のためになされる必要がある。債務者の利益のためにする場合とは、債権者の犠牲のもと、債務者にその財産を維持させようとするなど、行為者が債務者に財産的利益をもたらそうとして行為する場合である。実務上、本罪による刑事訴追はあまり多くないが、その理由として、倒産犯罪捜査においては檢察官は債務者の違法行為に集中して捜査を進めるから、第三者の犯罪が発覚するのは偶然にすぎないということが指摘されている。さらに、債務者本人が経済活動の再起を図るためには自らを庇護してくれた者に依存しようとしているから、債務者からの証拠提供も期待できず、その結果、同罪での刑事訴追はいっそう困難になつていようである。

本罪に債務者本人が加功した場合、通説・判例によれば債務者は必要的共犯として不可罰になるわけではない。

なぜならば、債務者の利益のために第三者の行為も処罰されていることから明らかのように、本罪は債務者の加功を必然的な前提としたものではないからである。もつとも、本罪の共犯として債務者が加功した場合、その者は同時に二八三条の正犯である場合がほとんどであろうから、結局、二八三条の正犯として処罰されることになる。同様に、外部者が本罪を犯した場合、同時に二八三条一項一号の共犯となりうる場合が考えられるが、この場合には二八三条dの正犯が優先して成立すると解されている。⁵⁵⁾

註

(24) 既にドイツの破産犯罪の規定を概観し、わが国の罰則規定との比較を試みたものとして、小林憲太郎「日独の倒産犯罪の比較——実質的倒産犯罪を中心に——」千葉大学法学論集一五巻三号(二〇〇一)二二三頁以下がある。

(25) ドイツ刑法一四条一項は以下のように規定している。

第一四条(第三者のための行為) ①行為者が、

一、法人の代表権ある機関またはそのような機関の構成員として

二、人的会社の代表権のある社員として、または

三、第三者の法定代理人として行為した場合、

特別な個人的性質、関係または事情(特別な個人的要素)が可罰性を基礎づける規定は、それらの要素が代理人に存在しなくても本人に存在する場合について、代理人についてもこれを適用する。

(26) ティーデマンによれば、二八三条六項は「行為者」ではなく、「債務者」と規定すべきであり、同項は明らかな立法の過誤であるとする。Vgl. Klaus Tiedemann, Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursrechts, NJW 1977 S.777 ff. (S.780); ders., (Anm. 3) Vor § 283 Rn. 63.

- (27) Vgl. Raimund Weyand, *Insolvenzdelikte*, 5. Aufl., (2001) S.34.
- (28) Andreas Hoyer, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Aufl. (2002), §283 Rn. 97.
- (29) Vgl. Walter Stree/Günter Heine, in: *Schubke-Schubder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl. (2001) §283 Rn. 59 a; Weyand (Anm. 27), S.33.
- (30) さらに判例によれば、会社の利益と自己の利益を同時に図ったと評価される場合には、倒産犯罪と財産犯との観念的競合が成立しうる (Vgl. BGHSt. 30, 127)°。
- (31) 条文の該当箇所は次の通りである。
- 株式会社法 第七六条 ③ (前略) 刑法二八三条ないし二八三条 d の行為を理由として有罪判決を受けた者は、その判決の確定から五年間の間、取締役会の構成員となることができない。行為者が官庁の命令により、施設に監置されていた期間は、これを算入しない。
- 有限会社法 第六条 ② (前略) 刑法二八三条ないし二八三条 d の行為を理由として有罪判決を受けた者は、その判決の確定から五年間の間、取締役となることができない。行為者が官庁の命令により、施設に監置されていた期間は、これを算入しない。
- (32) Vgl. Tietemann (Anm. 3) vor §283 Rn. 81 ff.; Hoyer (Anm. 28) §283 Rn. 104 ff.
- (33) Vgl. Klaus Moosmeyer, *Einfluß der Insolvenzordnung 1999 auf das Insolvenzstrafrecht* (1997) S.63 ff.; Dietmar Penzlin, *Strafrechtliche Auswirkungen der Insolvenzordnung* (2000) S.199 ff.; Peter M. Röhm, *Zur Abhängigkeit der Insolvenzstrafrechts von der Insolvenzordnung* (2002) S.259 f.
- (34) 倒産件数のうち、自然人の倒産が占める割合はせいぜい全体の二〇パーセント前後にすぎない (一九九六年一〇・八パーセント、九七年一〇・一パーセント、九八年一〇・五パーセント)。vgl. Röhm (Anm. 33) S.253.

(35) 今回聞き取り調査をした検察官も、そのほとんどが倒産犯罪の処罰は企業の経営破綻の場合に限られており、一般私人が主体となった倒産犯罪を捜査したことはまったく記憶にない、あるいは、二〇年間以上の経歴でごく数件に過ぎないと回答していた。なお、ザールブリュッケンのヴァイヤント検事からは、強制執行妨害罪での訴追の可能性に關しても、同罪の「債権者の満足を妨げる目的」という構成要件要素の立証が困難であり、実務ではほとんど適用されていなくともコメントがあった。siehe *ferner*, Moosmayer (Ann. 33) S.61; *Röhm* (Ann. 33) S.274f.

(36) BGH *Wistra* 2001, 306.

(37) *Röhm* (Ann. 33) S.287.

(38) *Moosmayer* (Ann. 33) S.113, 115ff.; *Penzlin* (Ann. 33) S.210.

(39) 倒産法の関連する条文の日本語訳は以下の通りである。

第一七条（支払不能） ① 一般的な（倒産手続の）開始原因は支払不能である。

② 債務者が、期限の到来した支払義務を履行できない状況にあるとき、その者は支払不能である。支払不能は原則として、債務者が支払を停止したときに認めることができる。

第一八条（支払不能のおそれ） ① 債務者が倒産手続の開始を申し立てたときは、支払不能のおそれも開始原因となる。

② 債務者が、現存の支払義務を履行期到来時に履行できないことが見込まれる状況にあるとき、その者には支払不能のおそれが迫っている。

③ 法人または法人格を有しない会社において、倒産申立が代表機関の全構成員、無限責任社員全員または清算人全員によつて提起されたのではない場合、第一項は申立人が法人または会社の代表権限を有するときに限つて適用される。

第一九条(債務超過) ①法人の場合には、債務超過も開始原因となる。

②債務者の財産が現存する債務を弁済するに足りない場合は、債務超過状態が存在する。ただし、営業の継続が諸般の事情からきわめて確実に見込まれる場合には、債務者の財産の評価に際して、営業の継続を判断の基礎とすることができるとされる。

③法人格を有しない会社において自然人の無限責任社員が存しない場合は、第一項第二項の規定を準用する。ただし、自然人の無限責任社員が存する他の会社が、その会社の無限責任社員である場合はその限りではない。

(40) vgl. Hoyer (Anm. 28) §283 Rn. 10.; Röhm (Anm. 33) S.84 ff.

(41) vgl. Tiedemann (Anm. 3) vor §283 Rn. 129.; Moosmayer (Anm. 33) S.143 ff.

(42) vgl. Tiedemann (Anm. 3) vor §283 Rn. 155.

(43) 多くの検査官からこのような趣旨の発言があった。すなわち、すべての考えられる判断方法を試してみて、どれを採用しても債務超過に至る場合に限って、はじめて債務超過を認定しているという。それゆえ債務超過の要件は、その認定の煩雑さから実務では数減されており、「支払不能状態」のほうが立証容易であり、実務上利用しやすい要件であるという指摘が多々聞かれた。

(44) Vgl. Röhm (Anm. 33) S.121.

(45) s. m. v. a. S. 52; vgl. Stree/Heine (Anm. 29) §283 Rn. 52.

(46) Vgl. BGH ZIP 1995, 929 (931), m. w. v. a. S. 52; 検査実務家からは、より確実な立証を担保するため、二ヶ月から三ヶ月の支払不能の見込みを要求しているという指摘があった。

(47) Vgl. Weyand (Anm. 27) S.59.

(48) Vgl. Thienbrack (Anm. 23) S.5.

- (47) statt vieler, Atz/Weber (Anm. 20) §16 Rn. 53; Snee/Heine (Anm. 29) §283 Rn. 59; Hoyer (Anm. 28) §283 Rn. 11.
- (48) z. B., Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 3. Aufl. (1997) §23 Rn. 27 ff.
- (49) BGHSt. I, 186 (191).
- (50) BGH MDR 1981, 454.
- (51) BGHSt. 28, 231 (232).
- (52) Tiedemann (Anm. 3) vor §283 Rn. 95; Geisler (Anm. 20) S.484 ff.
- (53) vgl. Geisler (Anm. 20) S.499 ff.
- (54) 小林・前註(二四)二二八頁参照。
- (55) 支払停止と支払中断の区別は原則として、支払を履行できない状態が三週間以上継続しているか否かによって判断することができ、決して不明確な概念ではないという説明が検察官、民事裁判官サイドからあった。
- (56) Vgl. Moosmayer (Anm. 33) S.191 ff.; Kühn (Anm. 33) S.228 ff.
- (57) デュッセルドルフ地検の検察官のコメントである。また、ベルリン地検の検察官からは、大半の事件は倒産申立棄却に持ち込まれるため倒産管財人の有している知識は必ずしも十分ではなく、さほど証拠価値はないという指摘があった。
- (58) 犯罪類型の概要の紹介に際しては、引用の煩雑を避けるため、文献・判例の引用は必要最小限度に控えさせていた。なお、判例・学説の詳細については、Tiedemann (Anm. 3); Weyand (Anm. 27); Hoyer (Anm. 28); Snee/Heine (Anm. 29)を参照された。
- (59) Vgl. Weyand (Anm. 27) S.78.
- (60) もっともティードマンはこのような解釈に反対している。ティードマンによれば、「隠滅」という文言は、債権者

を不利益に扱う行為に限定されるべきであり、債権者の不利益を目的とした財産変更行為のみが本号に該当する。通説によれば、(反経済的な)「隠滅」に該当するか否かにおいては、等価値の反対給付が財団に流入しているか否かが絶対的な基準となる。それに対して、ティーデマンはむしろ、債権者を不利益に扱うような主観的目的が認められるかを重要視しようとしている。たとえば等価値の反対給付を得ているような場合であっても、その反対給付を自己固利目的で流用しようと考えている場合は、ティーデマンの解釈によれば「隠滅」に当たることになる(もともと、譲渡の段階では隠滅には当たらないと解してゐるようであるが)。Vgl. Tiedemann (Anm. 3) §283 Rn. 28.

(63) さらに開始手続以前の段階の行為も、一定の限度で「隠滅」に当たりうると考えられているようであり、たとえば支払不能状態の債務者に対して特定財産の個別執行が迫っており、その際に裁判所執行官に不実の申立をした事案について、この行為も「隠滅」に当たるとした古いライヒ裁判所の判例がある (RGSt. 64, 138)。

(65) Vgl. Tiedemann (Anm. 3) §283 Rn. 59.

(66) Vgl. Weyand (Anm. 27) S.89.

(68) Vgl. Weyand (Anm. 27) S.110.

(67) Vgl. Stree/Heide (Anm. 29) §283 Rn. 49.

(68) Vgl. Tiedemann (Anm. 3) §283 Rn. 155.

(69) 商業帳簿等の作成義務違反の刑事実務においては、被告人はしばしば自己の防衛の機会に、商業帳簿等を作成する(あるいは税理士等に委託する)ための資金が欠けていた旨を主張するという。このような抗弁がほとんど認められざるに付、Vgl. Rudolf Müller/Heinz-Bernd Wabnitz/Thomas Janovsky, Wirtschaftskriminalistik, 4. Aufl. (1997) S.169.

(R) Vgl. Tiedemann (Anm. 3) §283 b Rn. 2.

- (71) Vgl. Weyand (Ann. 27) S.127f.
- (72) 最近この点について疑問を呈し、立法論としてはあるが、本旨弁済による債権者偏頗も処罰すべきと主張するものとして Hanke Thilo, Die Gläubigerbegünstigung im System des Insolvenzrechts (2001) S.167 ff. 以下が国の破産法罰則の解釈において、危機的状況における偏頗弁済としての本旨弁済に關し、きわめて限られた範囲であるが、偏頗破産罪の成立の可能性を示唆するものとして、山本雅昭・前註(一九)一四二頁。
- (73) この問題について検討を加えた最近のわが国の文献として、曲田統「債権者庇護罪における必要的関与について」中央大学法学新報一〇八巻七〇八号(二〇〇二)七九頁以下を参照。
- (74) Vgl. Weyand (Ann. 27) S.140.
- (75) Z.B. Hoyer (Ann. 28) §283 d Rn. 10f.

四 倒産犯罪の刑事実務とその問題点

本章では、現地調査の結果を中心としつつ、倒産犯罪に関する刑事実務の現状およびその問題点を概観したい。後述するように、ドイツにおいては日本と比較すると遥かに多くの倒産関連犯罪が立件され、処罰されている。それゆえ本章においては、まず、どのようなかたちで倒産犯罪に対する捜査が進められているのか、倒産犯罪捜査手続の概要を示すことにする。それに続いて、現実にドイツでどのような倒産犯罪が頻繁に行われているか、またいかなる社会現象が問題視されているかについて、日本との比較を念頭におきつつ簡単な紹介を試みたい。最後に、円滑な倒産手続を保護するために刑事罰がどのように介入すべきかという問題意識のもと、倒産債務者の財産状態

を調査する手段、またその実効性を担保するための民事法上、刑事法上の規定の内容について検討を加えることにする。

1 倒産犯罪捜査手続の概要

(1) 捜査体制

ドイツには倒産犯罪を専門に捜査、訴追する特別の機関が存在するわけではなく、また、経済犯罪固有の捜査手続規定が特別に規定されているわけでもない。捜査・訴追手続については刑事訴訟法が適用され、また、検察庁が犯罪捜査・刑事訴追の権限を有している点は他の犯罪捜査とかわりはない。もともと、経済犯罪対策を重視する立場から、ほとんどの地方検察庁には経済犯罪専門部が設置されている。たとえばドイツでももともと大規模なベルリン地検を例にすると、経済犯罪部は五〇人強の検察官で組織されており、全体で六つの課から成り立っている。

そのうち、二つの課が会社犯罪・倒産犯罪の捜査を取り扱う部門であり、もう一つの課は汚職犯罪を扱うほか、倒産関連犯罪の処理も担当している。また、これらの経済担当部には検察官のほか、経済専門担当官(Wirtschaftsprüfer)が置かれている。ベルリン地検の場合、経済部全体で一五名程度配属されているということであった。彼らは会計学、経営学等の専門教育を受けたものであり、商業帳簿等を調査するとき、その専門的知識に基づき重要な役割を果たしている。

公訴提起についても特別の規則や制度が存在するわけではなく、刑事訴訟法、裁判所構成法の規則に従って、刑事裁判所に公訴が提起されることになる。終局判決として四年を超える自由刑が見込まれる場合は地方裁判所、それ以下の自由刑または罰金刑が見込まれる場合には区裁判所が管轄を有する(裁判所構成法二四条一項二号、七四一条一項)。破産罪(刑法二八三条)の法定刑はそもそも五年以下の自由刑であり、実務上、法定刑の上限いっぱい

の量刑が見込まれる場合はむしろ稀なので、現実には区裁判所が第一審裁判所として倒産犯罪を取り扱うことが多い。もつとも、背任罪、詐欺罪、社会保険料不支払罪などの他罪が競合し、重い量刑が見込まれる場合には、地方裁判所が第一審として事件を取り扱うこともあるという。また、刑法上の倒産犯罪が問題となる事件を地方裁判所が第一審裁判所として、あるいは控訴裁判所として審理する場合には、地方裁判所に設けられた経済犯罪部がその事件を重点的に取り扱うことになっている(裁判所構成法七四c条一項五号)。さらに軽罪については、正式な起訴ではなくて、略式命令手続で事件を処理することもできる(刑事訴訟法四〇七条以下)。実務においては、倒産犯罪の処理として、略式命令がかなり多用されているようである。

(2) 捜査手続の推移

倒産犯罪の捜査の端緒として最も重要な役割を果たしているのは、倒産裁判所からの倒産手続開始などの通知である。すなわち「民事事件の通知に関する命令」(Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen: MiZi)によれば、執行裁判所、倒産裁判所としての区裁判所は、①倒産手続が開始された場合、②財団不足を理由として倒産手続開始の申立が棄却された場合、さらに手続が株式会社、株式合資会社、有限会社、合名会社、合資会社または組合に関するものであるときには、③「宣誓に代わる保証」(民事訴訟法八〇七条)のための期日の取り決めがあったこと、さらに④上記の保証がなされた場合には、その旨を遅滞なく管轄の検察庁に通知する義務を負うのである。この命令は、一九九八年六月から施行されている「司法通知に関する法律」(Justizmitteilungsgesetz: JuMitG)に発展的に解消しているが、少なくともこの場面における通知制度に関しては、従前の運用からの本質的な変更はない。

この命令に基づき、倒産手続の開始またはその申立の棄却が通知された場合、現在の実務においては、当該倒産手続のすべての関連書類および添付資料が、原則として倒産裁判所から検察庁に送付されている。後述するように

債務者は倒産開始手続において情報開示義務を負い、犯罪行為の嫌疑を含む事実についても情報を提供する義務を負うが、これらの事実を削除した上で検察庁に送付するような配慮はまったくなされていないようである。この点について、フランクフルト区裁判所の民事裁判官から次のような説明があった。犯罪の嫌疑を含む事実は、債務者の同意がなければ刑事手続で利用することはできない（倒産法九七条一項三文参照）。それゆえ全ての書類を送付しても債務者が直ちに不利になることはないし、また、刑事手続で利用できるか否かの判断は倒産裁判所の関与する事柄ではなく、検察庁または刑事裁判所が判断することである（なお、この点についてはさらに後述（3）（1）を参照されたい）。

さらに一部の地方検察庁では、倒産管財人に対してアンケートを送付して、管財人が担当した会社の経営状態はどうであったか、その倒産手続に何らかの犯罪の嫌疑が含まれていたかを調査する慣行があったようである。もっとも、このようなアンケートは全国的規模で全部の州で行われているわけではない。実務家からの指摘によると、①債務者との信頼関係を築こうとする倒産管財人と、倒産債務者の処罰を目的とする刑事訴訟追機関とは利害関係が相反する場面が多いので、管財人が積極的に犯罪の嫌疑を回答することは考えにくい、②大半の倒産手続は財団不足による申立棄却に終わってしまうので、そのような場合には倒産管財人の知り得た事実もごくわずかであり、アンケートを行っても空振りに終わることが多いといった理由のもと、既に大半の州では実施されていないようである。もちろん、倒産管財人から刑事告発がなされるケースもあるが、それはむしろ、刑事告訴を強制の圧力として用い、債務者の協力を促すための方便であり、現実に告発することは必ずしも多くないようである。実際、倒産管財人は一人であり、犯罪の嫌疑を発見しても、刑事告発をなす義務は認められていない。もちろんその他、債権回収が困難になった債権者や、かつての共同経営者、従業員などから、なかば怨恨混じりで刑事告発がなされることもあるという。

これら倒産裁判所、倒産管財人等から獲得した情報、資料は、まず経済犯罪部の経済専門担当官によって調査され、その記載事項や情報の中に、犯罪の嫌疑を基礎づけうる事実が含まれているかどうかを検討する。この段階はまだ捜査準備手続に過ぎないが、その結果、犯罪の嫌疑の存在が明らかになった場合は本格的に捜査手続が開始され、必要がある場合は、原則として裁判官の命令状に基づき、再度、被疑者の事務所や店舗において捜索・差押がなされる。その際には経済専門担当官も同行する。彼らは強制捜査それ自体については何ら権限を有しないが、何を差押えすべきかについて、専門家としての見地から、意見を述べることもある。

さらに被告人の財産状況を立証するためには、被告人が依頼していた公認会計士、税理士、監査人などの証言が必要になる場合があるが、これらの者は秘密侵害罪（刑法二〇三条）で処罰されるおそれがあるため、業務上の秘密については証言を拒絶することができる（刑訴法五三条一項三号）。もともと、秘密の主体、すなわち依頼人である被告人本人の許可があれば、この業務上の守秘義務から免れさせ、逆に証人として証言を強制することができる（同条二項参照）。判例・通説によれば債務者が法人である場合は、会社の取締役の許可によって、その義務を免れさせることが可能である。このような理解を前提とすると、倒産手続が開始され、財産の処分権限が倒産債務者から倒産管財人に移行した場合は、それに伴って、守秘義務を免れさせる主体も債務者から管財人に移行するように考えることもできる。民事訴訟ではこのような発想のもと、倒産管財人による（公認会計士などの）守秘義務の免除が認められているものの、刑事手続においてはまた上級審の確定した判例が存在せず、なお下級審レベルで意見の対立が続いている。実務上も、（倒産管財人の同意がある場合といえども）これらの者の証言を強制することは容易ではないようである。さらに、税務署に照会して債務者の資産状態や納税状態を調べようとする場合も、税務署職員の守秘義務の關係で、まったく同じ問題が生ずることになる。もともと、税務署との關係については特別な規定があり、かりに倒産管財人による守秘義務の免除が認められなかったとしても、租税刑事手続、

租税秩序違反手続から得られた情報であり、それが租税犯罪以外の犯罪の刑事訴追に資する情報である場合（租税法三〇条四項四 a 号）には、税務署による情報の提供が許されている。もつとも、現実の運用においては、同規定が税務署の情報提供義務までを明文で規定するものではないことから、税務署から積極的に情報が提供される場合はほとんどないようである。

2 倒産犯罪の現状

(1) 概観

それでは、現実にドイツにどのような倒産関連犯罪が行われているのか。まず、倒産関連犯罪での認知件数、有罪人員数についての統計を紹介したい（表1、表2を参照）。

これらの統計から明らかのように、わが国と比較するとはるかに多くの倒産関連犯罪が捜査機関に認知され、処罰されている。ドイツにおいてはわが国と異なり、起訴法定主義が原則として妥当している（刑事訴訟法一五二条二項）ことを差し引いても、大きな相違である。これに関しては、罰則規定において過失犯の一部も処罰し、さらに特定の目的を要求しないなど実体法上で主観面の立証の負担を軽減していることも理由の一つとして挙げる事ができるだろうが、筆者の印象では、既に見たような倒産裁判所と検察庁との協調関係、すなわち倒産手続開始等が検察庁に通知され、さらに関連資料がすべて検察庁に送付されるという実務上の運用が最大の理由であるように感じられた。この手続に基づいて、検察庁は比較的容易に倒産犯罪の嫌疑を発見し、捜査手続を開始することができるのではないだろうか。

実務上、もつとも頻繁に適用されている犯罪類型は、有限会社法、商法、株式会社法上の倒産申立遅延の罪である。この犯罪類型は商業帳簿等を閲覧すれば比較的容易に発見することができるため、事実上、その他の倒産犯罪

の捜査の端緒を開くものとして重要である。また、債務超過、支払不能に陥った会社が倒産を申し立てず、そのまま漫然と経営を続けていけば、取引の相手方に不測の損害を与えることも多くなるであろうし、また、会社自身の財産状態がさらに悪化し、結果的に会社債権者の財産的満足をより小さくすることは容易に想像できることである。このような立法目的に鑑みれば、これらの犯罪類型は手続違反罪にとどまらず、債権者等の財産に対する危険性を孕むものであり、独自の違法性を有するものといえよう。

さらに、刑法典の犯罪類型としては、簿記義務違反罪が頻繁に適用されている。もともと、統計上簿記義務違反罪として把握されているのは二八三b条の類型、すなわち危機的状況が認められない段階の簿記義務違反だけである点に注意を要する。危機的状況以前の不履行状態が危機的状況現出まで継続している場合が多いと考えられること、さらにそのような場合には二八三条一項五号ないし七号が優先して適用され、二八三b条の罪はもはや独立に成立しないことを考慮すると、統計上は現れてはいないものの、破産罪（二八三条）の中でも、一項五号ないし七号の商業帳簿等関連犯罪がその多数を占めているであろう。

表1：倒産関連犯罪の認知件数

年度	1996	1997	1998	1999	2000
①破産罪（刑283）	2127	2525	2770	2723	2954
②重大な破産（刑283a）	36	30	60	27	24
③簿記義務違反罪（刑283b）	776	1139	1197	1369	1587
④債権者偏頗罪（刑283c）	140	164	208	209	243
⑤債務者庇護罪（刑283d）	32	35	44	43	53
⑥刑法典の倒産犯罪（①～⑤の合計）	3111	3893	4279	4371	4861
⑦有限会社法の倒産申立遅延（有84）	3843	4887	5734	5856	6203
⑧商法上の倒産申立遅延（商130b）	108	120	139	137	158

Quelle: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik 1996-2000

うことが推測される(全くの推測であるが、少なくとも二八三条の件数よりも多いのではないだろうか)。実際、インタビューした実務家も、破産罪の中心は右犯罪類型であることを認めていた。このことは他の犯罪類型に比べて、比較的立証が容易であることもあるが、それに加えて、企業の経営破綻前後には類繁に簿記義務違反行為がなされることにも由来する。なぜ同違反行為が類発するのか、文献上二つの理由が指摘されている。まず第一に、経営困難に陥った会社が経費を節減するために、決算書類の作成を税理士に依頼することを控えるようになる。さらに他の倒産犯罪を隠蔽するために、意図的に商業帳簿を作成しなかったり、虚偽内容を記載することも考えられる。たとえば信用取引で購入した商品やその売り上げを貸借対照表に記入しなかったり、商品の隠滅を容易にするために財産目録を作成しないようなことがあるという。

一方、それ以外の倒産犯罪規定については、日本と比較すれば多く適用されているものの、実務家の感覚としては、それほど類繁に適用されているわけでも、また「使いやすい構成要件」でもないようである。その理由として、多くの実務家が行方者の主観面の認定、とりわけ危機的状況の認識の証明が困難であ

表2：倒産関連犯罪による有罪人員数（刑法典の犯罪のみ）

年度	1996	1997	1998	1999	2000
①破産罪（刑283）	509	673	832	817	783
②重大な破産（刑283a）	0	6	9	16	10
③簿記義務違反罪（刑283b）	256	275	326	306	300
④債権者偏頗罪（刑283c）	8	8	9	6	7
⑤債務者庇護罪（刑283d）	5	7	3	2	5
⑥刑法典の倒産犯罪の合計	778	969	1179	1147	1105

Quelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Rechtspflege Reihe 3, Strafverfolgung 1996-2000

*略式命令による有罪人員数も含む。

*1回の裁判で同時に複数の罪名について有罪判決を受けた者については、もっとも重い法定刑の罪についての有罪人員としてのみ集計されている。

ることを指摘していた。さらに、倒産手続との関連で問題となるその他の犯罪類型としては、背任罪、横領罪などの財産犯のほか、脱税の罪（租税法三七〇条）、社会保険料の不納付（刑法二六六条^a）などである。また、刑法上の倒産犯罪のほとんどは会社等の経営破綻に関連して問題となっており、自然人消費者が倒産した場合の倒産犯罪というのは実務的にはきわめて稀であり、どの検察官に聞いても、そのようなケースを取り扱ったことはない（あるいはほんの数件に過ぎない）ということであった。

(2) 違法行為の特徴

それでは、倒産関連犯罪は現実にドイツでどのような態様で行われているのであろうか。わが国同様、ドイツにおいても、倒産手続開始後にあらかじめ準備した合鍵を用いたり、封印を破棄したりして、倒産管財人が管理している財産を持ち出したり、隠匿したりする事件が起こっている。しかし、これらの事件はいわばプリミティブな犯罪であり、刑事法的対応も容易であるため、実務家はあまり問題視していないようである。多くの検察官によって深刻な問題だと指摘されたのは、むしろ倒産手続が開始される前から、経営破綻を見越してあらかじめ別名義の会社を設立し、会社財産をそのダミー会社に移転させて、新会社での再起を準備する類型である。倒産に藉口して債務を整理しようとする、いわゆる計画倒産（*geplante Insolvenz*）もその類型の一つである。

デュッセルドルフ地検経済犯罪部の検察官の言を借りれば、犯罪的債務者の究極の目的は、事前に財産を隠匿・隠蔽して、財団不足による倒産手続開始の申立の棄却に持ち込むことにある。申立が棄却されればそれ以上手続が進行せず、事前の違法行為や隠れ資産が明るみにでる可能性も減少し、債務者の経済的再出発も容易になるからである。そして、経営危機にある会社の再建に協力する再生人（*Sanierer*）の中には、実際には債務者にそのような違法行為を勧め、財産隠しやダミー会社設立に暗躍する者も少なくないようである。彼らの中には善意の債務者を

欺いて、その財産を自ら領得し、会社を倒産に追い込む者もいるということである。最近では会社主義やその財産名義を事前に数回にわたって変更して、その権利関係を錯綜させたり、さらには外国（とりわけロシアや東欧）にダミー会社を設立して、強制執行による債権者の介入を事実上きわめて困難にし、債権者に倒産手続の申立を断念させるようなケースが増加しているという指摘もあった。もちろん、これらの犯罪については、倒産犯罪、背任罪、商法上の資本維持義務違反罪で処罰することが可能であるが、立証の困難性ゆえ、問題視されているところである。

それに加えて、現実の実務で比較的多く見られるのは、会社が経営破綻に陥るやいなや、所有権留保で商品等を納入していた納入業者や譲渡担保権者が、実力で対象物件を持ち去る行為である。さらに混乱に便乗して、会社の従業員が工場の備品や商品などを勝手に持っていったり、全くの第三者がトラックで乗りつけて、倉庫の在庫品を根こそぎ持つていくような違法行為も行われているという。倒産法専門弁護士の話によると、少なくとも倒産開始手続が開始された後は、暫定的倒産管財人が現場を監視して、そのような違法行為を阻止することが可能であるが、それ以前の段階では現実の対応は困難であり、その意味でも、倒産手続の早期の申立が望まれるということであった。

もっとも、わが国で問題となっているような不動産の不法占拠のようなケースはごく稀であり、保全処分の執行を困難ならしめるために不動産の名義を転々と譲渡するような事態も見られないということであった。なぜそのような現象がドイツでは見られないのか尋ねてみたが、明確な回答を得ることができなかった。何人かの実務家からは、①ドイツのほうが民事手続が迅速に進むので、その過程で不動産が転々と譲渡されることが比較的困難なのではないか、②倒産管財人と警察との連携が比較的スムーズにいており、かりに債務者の家屋に不法に占有する者や、その土地にテナントを張るような者が現れたような場合は、管財人にはただちに警察と連絡を取り、即刻そのような不法占有を排除するであろうから、そのような妨害が成功するとは思われないといった指摘があったが、必

すしも明確なものではなかった。誤解を恐れずに個人的な印象を述べれば、ドイツの実務家からすれば、そもそも、なぜ日本でそのような現象が起きるのか、なぜ占有屋が不法占拠によって利益を得ることができるのか自体がよく理解できないようであった。⁽⁸⁾筆者個人としては、この点は日独の法律制度の相違に由来するというよりも、何か別の、社会的ないし経済的な原因に由来しているような印象を持ったところである。これらの概観からも明らかのように、実務家がこの問題を語る時、常に動産に関する隠匿、奪取などが重要な問題として意識されており、不動産についての妨害事例はそもそもあまり想定されていないようであった。さらに、実務家の説明によれば、暴力団・マフィアなどの組織犯罪が関与するケースも一般的ではないということであった。⁽⁹⁾

なお、執行の現場で、倒産管財人や裁判所執行官に対して債務者による物理的抵抗がなされたり、暴行・脅迫が加えられるケースもほとんど起こらないようである。また、そのような行為をカバーする特別の処罰規定も存在しない。これについては、上述のように大抵の財産隠匿行為は事前に完了しているから、執行の段階であえて抵抗する必然性がないからだという指摘があった。

さらに、倒産管財人によって行われる犯罪としては、債務者に対する強要罪、横領罪、背任罪などが考えられるが、実務上頻発しているわけでもなければ、理論上特別の考慮を要するわけでもない。もともと倒産管財人の関心は倒産財団の増大にあるのであり、倒産犯罪の訴追にあるわけではない。したがって倒産会社の役職員の横領、背任行為を発見した場合であっても、多くの倒産管財人は被害の弁済を促し、その見込みがある場合には刑事告訴を控えるという。実際、管財人に刑事告訴の義務が課されているわけでもない。しかしこのような場合に、捜査機関からの具体的な質問に対して管財人が真実を秘して捜査を妨げたときは、管財人自身が刑罰妨害罪(刑法二五八条)で訴追されるおそれがあるという。⁽¹⁰⁾

3 倒産債務者の財産状態の調査

最後に、ドイツ法において倒産債務者の財産状態を調査する方法、さらにその実効性を担保するための制度について簡単に見ていきたい。まずは関連すると思われる倒産法上の規定の日本語訳を挙げる。

第二〇条（開始手続における情報提供義務） 申立が適法な場合、債務者は倒産裁判所に対して、申立に関する裁判にとって必要なすべての情報を提供する義務を負う。第九七条、第九八条、第一〇一条第一項第一文第二文、同条第二項はこれを準用する。

第二二条（保全処分命令） ①倒産裁判所は、申立に関する決定までの間に債務者の財産状態が債権者の不利益に変更されることを防止するために、必要と思われるすべての措置を講じなくてはならない。

②裁判所はとりわけ、以下の処分を命ずることができる。

一、暫定的倒産管財人の任命。この者については、第八条三項、第五六条、第五八条ないし第六六条を準用する。

二、債務者に対する一般的処分禁止命令、または債務者の処分が暫定的倒産管財人の同意のある場合のみ有効である旨の命令。

三、不動産が対象となっていない場合に限る、債務者に対する強制執行の禁止の命令、または執行停止の仮処分の命令。

四、暫定的な郵便制限。第九九条、第一〇一条第一項第一文を準用する。

③他の処分ですufficientではないときは、裁判所は債務者を強制的に勾引し、審尋の後、勾留することができる。債

務者が自然人でないときは、法人の組織上の代表者を同様に扱う。勾留の命令については、第九八条第三項を準用する。

第二二条（暫定的倒産管財人の法的地位） ①暫定的倒産管財人が選任され、債務者に対して一般的処分禁止命令が命じられたとき、債務者の財産に関する管理処分権限は暫定的倒産管財人に承継される。その場合、暫定的倒産管財人は以下の義務を負う。

一、債務者の財産の保全および保管

二、債務者の財産の著しい減少を回避するため、債務者によって行われていた事業を倒産手続の開始に関する決定まで継続すること。ただし、裁判所が事業の閉鎖に同意しない場合に限る。

三、債務者の財産が手続費用を支払うに足るか否かの調査。裁判所は暫定的倒産管財人に対して、鑑定人として開始原因の存否、債務者の事業の継続の見込みに関して調査することを追加的に委託することができる。

②債務者に対する一般的処分禁止命令が発せられることなく暫定的倒産管財人が選任された場合は、裁判所は暫定的倒産管財人の義務を定める。その義務は第一項第二文の範囲を超えることができない。

③暫定的倒産管財人は債務者の事業所に立ち入り、調査を行う権限を有する。債務者は暫定的破産管財人に対して、帳簿および営業上の書類を閲覧させなくてはならない。また債務者はすべての必要な情報を提供しなくてはならない。第九七条、第九八条、第一〇一条第一項第二文、および同条第二項はこれを準用する。

第九七条（債務者の情報提供および協力義務） ①債務者は倒産裁判所、倒産管財人、債権者委員会および裁判所の命令があるときは債権者集会に対して、手続に関連するすべての事情について情報を提供する義務を負

う。債務者は、犯罪行為または秩序違反行為による訴追を招くおそれのある事情についても明らかにしなくてはならない。ただし、第一文に基づく義務にしたがって債務者が提供した情報は、債務者、または刑事訴訟法第五十二条第一項に掲げられた債務者の親族に対する刑事手続または秩序違反法に基づく手続においては、債務者の同意がある場合でなければ利用することができない。

②債務者は、管財人の職務の遂行に協力しなくてはならない。

③債務者は裁判所の命令があるときは、情報提供義務、協力義務を履行するために、いつでも要請に応じられる準備をしていなくてはならない。債務者は、これらの義務の履行に違背するいかなる行為もしてはならない。

第九八条（債務者の義務の確保） ①真実に合致した陳述を引き出すために必要と思われる場合は、倒産裁判所は債務者に対して、要求された情報について良心に従って知る限り正確かつ完全に提供した旨を、宣誓に代えて調書の上で保証することを命じる。民事訴訟法第四七八条ないし第四八〇条、第四八三条を準用する。

②裁判所は以下の場合について、債務者を強制的に勾引し、審尋の後、勾留することができる。

一、債務者が情報提供、宣誓に代わる保証、もしくは倒産管財人の職務遂行の際の協力を拒むとき。

二、債務者が情報提供および協力義務を逃れようとするとき。とりわけ逃走のための準備をするとき。

三、情報提供および協力義務の履行に違背する債務者の行為を防止するため、とりわけ倒産財団の保全のために、この処分が必要なとき。

③勾留の命令については、民事訴訟法第九〇四条ないし第九一〇条、第九一三条を準用する。勾留の命令のための要件がもはや存在しない場合は、勾留命令は職権によって直ちに取り消さなくてはならない。勾留の命令および勾留命令の要件欠落に基づきその取消を求める申立の棄却に対しては、即時抗告が許される。

第九九条（郵便制限） ①債権者にとって不利益となる債務者の法律行為を発見し、または阻止するためには必

要と思われる限りにおいて、倒産裁判所は倒産管財人の申立または職権に基づき、理由を付した決定によって、債務者への全部または一部の郵便物を倒産管財人に送達すべき旨を命じる。この命令は、当該事件の特段の事情からみて命令の目的を損ねるおそれのない限り、債務者に対する審尋の後に発するものとする。事前に債務者に対する審尋が行われなるときは、決定において特別にその理由を付し、かつ、事後的に遅滞なく審尋を行わなくてはならない。

②倒産管財人は、倒産管財人に送達された郵便物を開封することができる。その内容が倒産財団に関連しない郵便物については、遅滞なく債務者に対して送付しなくてはならない。債務者はそれ以外の郵便物についても、これを閲覧することができる。

③郵便制限の命令に対しては、債務者は即時抗告をすることができる。命令の要件が欠けた場合は、裁判所は管財人に対する審尋の後、命令を取消さなくてはならない。

(1) 債務者の倒産手続における義務

債務者は倒産手続において、倒産裁判所、倒産管財人、債権者委員会および裁判所の命令があるときは債権者集会に対して、当該手続に関連するすべての事情について情報を提供する義務を負う（情報提供義務）。また、債務者は倒産管財人の職務の遂行に協力する義務を負い、これらの義務を履行するために、常に応じられる態勢になくなくてはならない（倒産法九七条一項ないし三項）。さらに、債務者が自然人ではないときは、債務者の代表機関・監督機関の構成員、あるいは代表権を有する無限責任社員も同様の義務を負う（二〇一条一項）。また、債務者の被

用者および以前の被用者も同様に、情報を提供する義務を負うが、この義務を強制処分によつて強制することはできない（同条二項）。それ以外の第三者、たとえば債務者の親族、税理士等に関しては特別な規定がなく、民事訴訟の一般的規則に従い、裁判所で証人として尋問することができるにすぎない。この第三者がたとえば税理士、弁護士、銀行役員などであり、職務上の守秘義務を有する場合（民事訴訟法三八三条一項六号）債務者は自らの情報提供および協力義務に基づき、その守秘義務から免れさせることが義務づけられる（同三八五条二項参照）。

さらに、これらの債務者等の包括的な情報提供・協力義務は、倒産手続の適法な申立がなされた後の開始手続段階においても、裁判所に対して（二〇条）、また、暫定的倒産管財人に対して（二二条三項）認められている。これらの義務は包括的なものであるが、自ら積極的に情報を開示する義務ではなく、あくまでも裁判所等の要請に対して回答・協力するかたちの消極的な義務である。もともと民事裁判官の話では、とりわけ債務者自身が倒産を申し立てている場合は事実上、自ら積極的・主体的に説明するのが一般的であるようである。また、開始手続段階で裁判所・（暫定的）倒産管財人は必要な情報のほとんどを収集しているのが普通であるから、開始決定後の倒産手続中に裁判所・倒産管財人から情報を提供する旨の要請がなされることはごく稀である。

債務者のこれらの義務の履行を奨励するための手段としては、①宣誓に代わる保証、②民事勾留などの方法がある。まず、裁判所が真実に合致した債務者の陳述を引き出すために必要と考える場合は、債務者に対して、要求された情報について良心に従つて知る限り正確かつ完全に情報提供した旨を、宣誓に代えて調書の上で保証することを命じることができる（九八条一項。二〇条で開始手続にも準用されている）。この保証の真実性は刑事罰で担保されており、虚偽であるにもかかわらず保証を行った者は、三年以下の自由刑または罰金刑によつて処罰される（刑法一五六条）。

さらに、債務者が情報提供あるいは宣誓に代わる保証を拒んだり、これらの義務を免れて逃亡しようとするよう

な場合は、裁判所は債務者を強制的に勾引し、審尋の後、勾留することができる（民事勾留。倒産法九八条二項）。裁判所執行官によって執行される民事上の処分であり、刑罰や刑事上の処分ではない。これは開始手続について二〇条で準用されているほか、二二条三項によつて、債務者による財産状況の不利な変更を防止するためにも命ずることができる。この勾留期間は六ヶ月を超えることができない（民事訴訟法九一三条）。それゆえ、この措置を講じてもおお債務者が情報提供に協力しない場合には、もはやこれ以上の追加的なサンクションは存在しない。もつとも、この民事勾留が実務上執行されることはきわめて稀である。むしろこの制度は、実際に運用することよりも、この可能性があることを債務者にほのめかし、債務者を威嚇してその協力を促す点に実務的な意義があるといわれている。また、ごく例外的な事態にこの民事勾留を執行する場合も、民事裁判官の経験によれば、ほとんどの債務者は数日で態度を改め、協力するようであり、債務者が六ヶ月を超えて黙秘し通すような事態は単に理論的な可能性にすぎない。

なお、倒産法九七条一項二文によれば、債務者は倒産手続において、「犯罪行為または秩序違反行為による訴訟を招くおそれのある事情についても明らかにしなくてはならない」。これは二〇条で開始手続にも準用されている。すなわち、債務者が自己の財産を隠滅、隠匿したような場合であっても、その旨の情報を提供する義務を負っているわけである。さもないと、それに引き続いて「宣誓に代わる保証」が命じられた場合、債務者は虚偽保証罪（刑法一五六条）で処罰されてしまうことになる。しかしながら、これでは憲法上保証された自己負罪拒否特権（基本法二条一項参照）が骨抜きにされてしまう。それゆえ、同項第三文は「債務者が提供した情報は、債務者または刑事訴訟法第五二条第一項に掲げられた債務者の親族に対する刑事手続または秩序違反法に基づく手続においては、債務者の同意がある場合でなければ使用（verwenden）することができない」旨を明文で規定している。「使用」に対応する文言について、あえて「verwenden」（その物自体を有効に利用するという意味を持つ）ではなく、「verweh-

④(役立てる、使用するといったニュアンスを持つ)を用いたことから、この規定は、情報提供それ自体を同意なく証拠として使用してはならないという点にとどまらず、それを直接の契機として発見された他の証拠についても、債務者の情報提供がなくても別の証拠手段からそれが獲得できたであろうことが認められない限り、証拠として採用できないという趣旨を含んだものと理解されている。したがって、倒産管財人の鑑定書を刑事事件の証拠にする場合も、その記載内容がもつばら債務者の(右情報提供義務に基づく)情報提供に由来しているかどうかを精査する必要がある。

もつとも、この証拠使用禁止は情報提供義務に関連するだけであって、協力義務(九七条二項)に関連づけられていない。それゆえ、債務者が管財人に対する協力義務を尽くすに当たって、たとえば営業書類、商業帳簿、業務上の日誌などを提供し、その記載内容に犯罪の嫌疑を根拠づけるものがあつたとしても、それについて証拠利用禁止は及んでこないことになる。同様に、倒産手続の記録(の原本またはコピー)が倒産裁判所から検察庁に送付された際に、その記録の中に倒産管財人の立入調査権限によってはじめて発見された事実が含まれており、検察官がそれを端緒に捜査を開始し、さらにそれを刑事手続の証拠として使用したとしても、それが上述の情報提供義務に關する証拠禁止に直接抵触しない限り、何の問題も生じないと考えられている。それは、倒産管財人の調査権限には裁判所の任命状によつて、司法のコントロールが及んでいると解されているからである。

(2) 暫定的倒産管財人による財産の保全

倒産手続の開始により、倒産財団に属する財産の管理・処分権限は、債務者から倒産管財人に移転する(八〇条)。その権限には特段の限定がないので、倒産管財人はすべての必要な手段を講じて、倒産財団に属する財産の減少を防止することができる。もちろん、倒産管財人は法執行機関ではないので、特別の「高権」を有するわけではない。それゆえ、債務者や第三者の実力による抵抗などがあつた場合には、裁判所執行官や警察と連絡を取り、その援助

を仰ぎながら抵抗を排除することになる。

一方、倒産開始手続中においては、倒産裁判所は債権者に不利益となる債務者の財産状況の変更を防止するため、必要と思われる全ての措置を講じることができる(二二条一項)。一般的な措置としては、①暫定的郵便制限の命令(二二条二項四号、九九条)、②債務者の営業所、事務所などの封印、③債務者の営業上の記録の差押、④債務者に対する、処分権の制限または一般的な処分禁止の命令(二二条二項二号)、⑤債務者に対する居住地の制限の命令(九七条三項、二〇条)などである。

さらに倒産裁判所は暫定的倒産管財人(Vormünder Insolvenzverwalter)を任命することができる(二二条二項一號)。規定上は「必要と思われる」場合に任命されることになっているが、実務上は財産保全の必要性から任命されるケースがほとんどである。この制度は新倒産法によって初めて導入された制度である。旧破産法下においても開始手続中の財産保全に関しては、裁判所は仮差押人(Sachwalter)を任命することが実務上認められていたが、新倒産法はその制度を明文で規定し、債務者の財産に対する保全・保管権限を明確に規定している。

暫定的倒産管財人は、債務者の事務所に立ち入り、そこで調査を行う権限を有する(二二条三項一文)。暫定的倒産管財人に任命する旨の裁判所の命令状は、その限りで執行名義として機能することになる。さらに暫定的倒産管財人は、債務者の営業上の書類や商業帳簿などを閲覧することができる(同項二文)。これらは全ての暫定的倒産管財人に認められた共通の権限であるが、現行法上はさらに「強い暫定的破産管財人」と「弱い暫定的破産管財人」の区別が設けられている。すなわち前者は債務者に一般的処分禁止命令が命ぜられる場合であり、暫定的破産管財人は債務者の財産の保全・管理に関する包括的な権限を取得する(同条一項)。一方、後者の「弱い暫定的破産管財人」とは債務者の処分が全面的に禁止される場合ではなく、その処分が暫定的倒産管財人の同意がある場合に限って有効とされる場合の管財人を指し、実務上はむしろ後者のほうが一般的であるという。この「弱い暫定的

「倒産管財人」の権限は、裁判所が發布する任命状の中で具体的に規定される。財産の保全のためにその権限を超え
る処分が必要となった場合は、暫定的倒産管財人は改めて裁判所に新たな任命状の發布を要請する必要がある。

註

(76) 法定刑の下限が一年未満の自由刑か、罰金刑の選択肢がある犯罪をいう(刑法二二条二項)。したがって、全ての
倒産犯罪は軽罪である。さらに窃盗罪、横領罪、詐欺罪、背任罪などの財産犯罪も軽罪に分類される。

(77) 略式命令においては実刑を科すことはできず、基本的には罰金刑が宣告されている。もちろん、略式命令に不服が
ある被告人は、略式命令の送達から二週間以内に異議を申し立てて正式な公判を請求することができるが、そのよう
なケースはきわめて稀であるようである。

(78) ドイツでは比較的大きな規模の事件についても、略式命令が利用されているような印象を持った。これが一般的
例かどうか定かではないが、ベルリン地検での取材時に略式命令書のコピーをいただいた事件を簡単に紹介したい。
被告人は有限会社社の取締役として、平常時における簿記義務違反罪(二八三条b)、危機的状況下における簿記義務
違反(二八三条一項五号)、有限会社法上の倒産申立義務違反罪(有限会社法八四条一項二号)、一万五千マルク(日
本円で九〇万円程度)の社会保険料の不支払(刑法二六六条a)、背任罪(二六六条)の各犯罪の併合罪で起訴され
ている。略式命令書によれば、罰金刑の総日数は一八〇日数であり、被告人の一日あたりの日額は一〇〇マルクと算
定された結果、総額一万八千マルク(二一〇万円程度)の罰金が科せられている。さらに証拠手段として、経済専門
担当官の鑑定などのほか、ベルリン・シャルロットテンブルク区裁判所の倒産手続の記録が挙げられている。

(79) 強制執行手続において執行名義を有する債権者が、債務者財産に関する情報を取得できるようにするための制度で
ある。倒産執行が功を奏しなかった場合に、債務者に財産目録を提出させ、その目録が正確で完全なものであること

を宣誓に代えて調書上に保証させることができる。この手続が行われると、債務者の氏名等は裁判所が管理している「債務者表」(いわばブラックリスト)に記録され、事実上与信を受けることがきわめて困難になる。また虚偽内容を保証した場合について、刑事罰の担保がある(刑法一五六条。三年以下の自由刑または罰金刑)。これがなされたことが検察庁に通知された場合、それ以前の段階で動産執行が奏功しなかつたわけであるから、債務者会社が既に支払不能状態に陥っている可能性が高く、倒産申立遅延罪(株式会社法九二条二項、有限会社法六四条一項など)の嫌疑を裏付ける重要な捜査の端緒となりうる。

(80) Vgl. Weyand (Anm. 27) S.144.

(81) ケルン区裁判所の破産部のフアレンダー裁判官の説明によると、財団不足を理由とした開始申立棄却の場合は裁判所のほうから自動的に、それ以外の場合には検察庁の要求に基づいて、全ての資料が送付されているということである。

(82) 調査した範囲では、ザールブリュッケン地検で実施されているだけであった。

(83) 倒産管財人が企業の再建を試みようとする場合には、有能な取締役等をそのまま経営の任に当たらせようとすることが多いから、その者の刑事訴追を可及的に回避すべく、捜査機関と利害が対立する場面が多いという指摘もあった。もっとも、ヴァイヤントは両者の間には、原則的に一定の協調関係が生まれると説明している。Weyand (Anm. 27) S.150.

(84) 税務署は本来の租税徴収(Beschleunigungsverfahren)のほか、脱税関連の秩序違反行為を取り締まる手続(Strafbehördliche Verfahren)から租税刑事手続(Strafverfahren)を遂行することができる。本文で示したように、たとえば脱税犯の犯罪調査手続において倒産犯罪の嫌疑が明らかになったような場合には、訴追機関や裁判所への情報の提供が認められることになる。これらの手続においては納税義務者に対して黙秘権の告知がなされていることを考慮したも

G. J. Meier. Vgl. Müller/Wachnitzer/Janovsky (Ann. 69) S. 321 f.

- (85) Vgl. Weizand (Ann. 27) S. 155. とりわけ倒産手続が財団不足を理由に棄却された場合には倒産管財人は債務者の処分権限を引き継ぐこともできず、税務署の守務義務を免除することもできないので、情報の入手が困難になるようである。

- (86) もっとも、ドイツにおける一般的な評価は、刑事捜査機関は倒産手続段階での犯罪行為を確実に把握できておらず、なお多くの犯罪を見逃し、相当数の暗数を産み出しているといった批判的なものである。Vgl. Trede mann (Ann. 3) Vor § 283 Rn. 24. この点に関してはさらに、クラウス・ティードマン（西原春夫・宮澤浩一監訳）『経済犯罪と経済刑法』（一九八八）三〇八頁以下（大塚裕史訳）もあわせて参照。

- (87) 関連する規定は次の通りである。

*有限会社法

第六四条 ①会社が支払不能に陥った場合、取締役は責めに帰すべき遅滞なく、支払不能に陥ってから遅くとも三週面以内に、倒産手続の開始を申し立てる義務を負う。会社が債務超過に陥った場合も同様とする（後略）。

第八四条 ①以下の者は、三年以下の自由刑または罰金刑に処する（一号は省略）。

一、取締役として六四条一項に違反し、もしくは清算人として七一条四項に違反して、支払不能または債務超過の場合に倒産手続の開始を申し立てなかった者。

②行為者が過失による場合、その刑は一年以下の自由刑または罰金刑とする。

*商法

第一三〇条 a ①自然人の社員の存在しない会社が支払不能に陥った場合または債務超過が生じた場合、倒産手続の

開始を申し立てなくてはならない。ただし、他の合名会社または合資会社が合名会社の社員に含まれる場合はこの限りではない。手続開始を申し立てる義務がある者は、会社を代表する権限のある社員の代表機関または清算人である。その申立は、實めに帰すべき遅滞なく、会社が支払不能または債務超過に陥ってから遅くとも三週間以内になされなければならない。(後略)

第一三〇条 b ①一三〇 a 条一項または四項に違反し、代表機関または清算人として、会社の支払不能または債務超過の際に倒産手続の開始を申し立てなかつた者は、三年以下の自由刑または罰金刑に処する。

②行為者が過失による場合、その刑は一年以下の自由刑または罰金刑とする。

*株式会社法

第九二条 ②会社が支払不能に陥つた場合、取締役会の構成員は責めに帰すべき遅滞なく、支払不能に陥ってから遅くとも三週間以内に、倒産手続の開始を申し立てる義務を負う。会社が債務超過に陥つた場合も同様とする。

第四〇一条 ①以下の者は、三年以下の自由刑または罰金刑に処する(一号略)。

一、取締役会の構成員として九二条二項に違反し、または清算人として二六八条二項第一文に違反して、支払不能または債務超過の場合に倒産手続の開始を申し立てなかつた者。

②行為者が過失による場合、その刑は一年以下の自由刑または罰金刑とする。

(88) Vgl. Teedemann (Ann. 3) §283 b Rn. 18.

(88) Vgl. Weyand (Ann. 27) S.93 f.

(89) さらにティーターマン・前註(八六)三二〇頁を参照。Stebbe-Kemper, Teedemann (Ann. 12) S.75.

(91) 犯罪的な再生人は「会社煙葬人」(Unterbreiter)とも呼ばれている。地方新聞の広告欄を見ると、本来の健全な

会社再生人と並んで、彼らの営業広告が多数並んでいるという。

(92) たとえばドイツで不法占拠の例が見られない理由として、倒産手続開始後、倒産管財人は債務者の処分を禁止することができる、不動産の譲渡は移転登記を要する必要があるなど、わが国でも当然の前提をことさらに理由として挙げた実務家が多かったのがその証拠といえようか。

(93) もっとも、組織犯罪が倒産事件に介入して利益をむさぼっているという文献上の指摘として、vgl. Müller/Wahrnitz Janovsky (Anm. 69) S.144.

(94) Vgl. Raimund Weyand, Strafrechtliche Risiken in Insolvenzverfahren für Verwalter und Berater, ZInsO 2000, S.413 ff. (S.420).

(95) ケルン区裁判所のファレンダー裁判官の話によると、開始手続では半数程度の事件で債務者に対する情報提供の要請が行われているが、開始決定後の倒産手続では全体の一パーセント程度に過ぎないという。

(96) 旧破産法一〇〇条に関しても、同様な問題が発生していた。これについて、連邦憲法裁判所は、自己負罪の可能性がある事実についての情報提供を義務づけることは認められるとしても、それは原則として刑事訴訟で証拠として使用できない旨 (Verwendungsverbot) を判示した (BVerfGE 56, 41, 50 ff.)。この判決を受けて、新倒産法では九七条一項の第三文が規定されたのである。

(97) ドイツ刑事訴訟法の法文においても、この“*beraten*”と“*verwenden*”は意識的に使い分けられているようである。例えば証拠禁止に関連する条文において、八一条c三項、一〇〇条d二項、一〇八条二項、一三六条a三項は“*beraten*”を、九八条b三項、一〇〇条b五項、一〇〇条d五項、一〇〇条f一項二項は“*verwenden*”を用いている。

(98) Vgl. Hans Richter, Auskunfts- und Mitteilungspflichten nach §820, 97 Abs. 1 ff. InsO, Wispra 2000, S.1 ff. (S.3). 尤らにその趣旨の裁判例を「*LG Stuttgart Wispra 2000, 439*」を参照せよ。

- (98) Vgl. Folker Bittmann/Carolin Rudolph, Das Verwertungsverbot gemäß §97 Abs. 1 Satz 3 InsO, Wisura 2001, S.81 ff. (S.85).
- (99) Vgl. Richter (Anm. 96) S.3, 4. これに対して、ピットマン・ルドルフは憲法上の要請から、少なくともその証拠それ自体の使用を禁止すべきと主張する。Bittmann/Rudolph (Anm. 97) S.83.
- (100) もっとも、このような実力による抵抗はきわめて稀であることは前述の通りである。それゆえ、倒産管財人の権限が不十分であるという意見はほとんどないようである。筆者が実務家の話から受けた印象では、何かあればいつでも警察に電話をすればよい、その場合には確実に警察の援助が得られるという発想が前提にあるようであった。
- (101) 郵便制限は、債務者による財産減少行為を明らかにしたり、あるいは、それを防止するために必要がある限りで命じることができる。実務家の印象では、全体の三分の一程度の事件で郵便制限が命令されているということであるが、命令の発布を原則としている裁判所もあれば、逆にきわめて慎重に必要性を審査している裁判所もあり、その運用は裁判所によって様々であるということであった。なお連邦憲法裁判所は、旧破産法における郵便制限について、その手続が基本法一〇条一項の通信の秘密を侵害するものではない旨を判示している。その後、制定された現行倒産法では、基本権の保護に配慮しつつ、①原則として事前の審尋を要求する、②郵便制限の必要性については管財人が立証責任を負うなどの点から、旧法よりもより手厚く通信の自由を保護しているといわれている。詳細は石川明「ドイツ倒産法と破産者の郵便制限」判例タイムズ九七九号（一九九八）六〇頁以下を参照。
- (102) ドイツ基本法一三二条一項は住居の不可侵を規定し、同二項でいわゆる裁判官の令状留保を規定する。すなわち「(住居の) 捜索は裁判官、または危険が迫っている場合は法律が規定するその他の機関による命令に基づき、かつ、そこで明示された形式で執行しなくてはならない」のである。それゆえ、この規定との関係でいえば、裁判所による(暫定的) 倒産管財人としての任命状は、同時に住居の捜索令状としての機能を果たすことになる。

(四)

参考までに、ハイデルベルクの倒産法の専門弁護士から謄本をいただいた、ある倒産事件に関する暫定的倒産管財人の任命状の内容を以下に紹介したい。本件の暫定的倒産管財人には、以下の権限が付与されている。

・債務者（有限会社）の財産に関する処分は、暫定的破産管財人の同意がある場合に限り有効である（いわゆる弱い暫定的破産管財人の任命）。

・債務者の債務者（第三債務者）に対しては、債務者への直接の弁済を禁じる。暫定的倒産管財人には、銀行預金およびその他の債権を回収し、また未回収の売掛金を受領する権限を与える。第三債務者に対しては、この命令を考慮した上でのみ履行できる旨の催告をなす。

・裁判所は暫定的倒産管財人に、第三債務者に対する送達の実施を委託する。

・暫定的倒産管財人は、債務者の事業所または隣室を含む営業上の施設に立ち入り、そこで調査をする権限を有する。債務者は暫定的倒産管財人に、商業帳簿その他の営業上の書類を閲覧させ、要求がある場合には手続開始の決定まで、それを提出しなくてはならない。債務者は暫定的倒産管財人に対して、将来の倒産財団を保全するためまたは債務者の財産状態を明らかにするために必要なすべての情報を提供しなくてはならない。これらの義務の不履行の場合には、裁判所は債務者またはその組織上の代表者に対して、宣誓に代わる保証または強制的な勾引または勾留を命ずることができる。

・裁判所は暫定的倒産管財人に、鑑定人として、債務者の法人格に依じた倒産開始原因が存在するか、また債務者の事業の継続可能性についてどのような見通しが存在するかについての調査を委託する。さらに管財人は、債務者の財産が手続費用を支払うにたりるか否かを調査しなくてはならない。

・裁判所は暫定的倒産管財人に対して、鑑定人として、裁判所のさらなる保全処分が必要か否かを調査することを委託する。

五 おわりに

1 ドイツの倒産犯罪規定の特徴は、わが国の破産法罰則とは異なり、原則として「危機的状況」のもとで実行行為が行われるか、または実行行為によって右状況を惹起することが明文で要求されていることである。これは処罰範囲を明確にし、当罰的な行為類型を効果的に限定するという意味で、有益な試みであるように思われる。もつとも既に見たように、ドイツの規定においては、①時間的に先行する段階で行われているが、支払不能などの経営の危機を招く犯罪類型と、②危機的状況下で行われる犯罪類型、さらに③いかなる段階で行われても可罰的な類型の三類型が併存しているのである。立法論においては、はたしてこれらの三類型を併存させる規定が妥当なのか、また、仮に併存を認めるとしたとき、具体的にどのような行為類型をそれぞれの類型に分類するのか、慎重な検討が必要となると思われる。

また、ドイツの現行法は①③の類型の間に差を設けることなく、全ての行為類型について倒産手続開始、支払停止または財団不足を理由とする開始申立の棄却のいずれかが実現されることを要求している。これが行為の違法性、行為者の責任とは直接関連を有しない客観的処罰条件と解されており、外在的な政策的理由から処罰範囲を制限する趣旨のものであることは既に見たとおりであるが、立法論として、このような処罰条件を存置することが妥当であるのか。これについては、(a)そもそも犯罪論体系において、違法性、責任に還元できない客観的処罰条件というものを存置することが妥当なのか、さらに(b)倒産以前の段階でそれ自体当罰的な行為が行われているにもかかわらず、さらに政策的な理由から処罰範囲を限定することが合理的なのか、また、(c)かりに合理的とした場合、どのような要件を処罰条件として課するのが妥当なのか、という点に関する検討が必要となろう。さらに(d)実行行為と客観的処罰条件の実現との間に何らかの関連性が必要なのかについても検討を要しよう。このよ

うに、この問題は犯罪論の全般にかかわる問題であり、本稿の射程範囲を超えるものであるので別稿で改めて再考を期したい。^(註) また、上述の①、③の三類型に関して、その一部に限って客観的処罰条件を要求するという可能性も考え得る旨を付言しておく。

さらにドイツの規定の特徴的な点は、構成要件要素の一部または全部に関する過失犯規定を広く設けている点である。これはティーアマンによれば、現代のヨーロッパ経済犯罪規定の不可欠の要素ということであり、多くの実務家も強調していたように、立証の負担を軽減し、処罰の実益をあげるためには有効な方策であるのかもしれない。しかし、この問題については、わが国のほかの刑罰法規における過失犯規定との均衡を考慮に入れた検討が必要であり、立証の負担の軽減（これがきわめて重要な考慮要素であることは否定できないが）だけをことさらに強調するわけにはいかないように思われる。

なお、破産罪（刑法二八三条）の法定刑は五年以下の自由刑または罰金刑であり、二年以下の自由刑または罰金を規定する強制執行妨害罪（刑法二八八条）に比べて著しく重い。この点についてドイツでは、前者が包括執行、後者が個別執行という相違もあるが、それに加えて、破産罪は主として会社の経営破綻の場合に適用されており、連鎖倒産、会社倒産による失業者の増大など、国民経済に与える悪影響がきわめて大きい点が強調されているのである。実際、倒産犯罪の保護法益としては、債権者の個人的利益を超えて、信用経済（Kreditwirtschaft）の機能それ自体という超個人的法益を挙げる見解が有力になってきているのである。^(註) それに対して、強制執行妨害罪は個人の小規模な個別執行について適用されており、このような被害規模の相違が法定刑の相違を違和感なく説明しているであろう。しかし、破産罪が適用されるのは企業の倒産の場合ばかりではない。一般消費者の支払不能の場合にも破産罪での処罰の可能性があることは、最近の連邦最高裁判所の判例も認めているところである。^(註) とすれば、行為主体や被害規模の相違に直接に委換することなく、はたして法定刑の相違を合理的に説明できるのか、なお問題が

残るようにも思われ、将来の立法においても、慎重な検討が必要にならう。

実体法に関連して最後に、今回の調査で実務家から何回も指摘があつた点を紹介したい。現地調査においてはわが国の破産法罰則の内容を紹介したのであるが、その際多くのドイツの実務家が驚いた点は、わが国の罰金刑の金額の低さであつた。これに関しては、日本人の収入水準がドイツよりもはるかに低いのかといった誤解を招いたり、さらにはこのような罰金はお笑いぐさ (Scherz) だというコメントまであつた。周知のように日数罰金制の導入の賛否については、裁判所がいかにして被告人の日額を算定するのか、その算定が適正になされるのかという議論があるが、少なくともドイツの実務家の感覚としては、日数罰金制はきわめて適切に運用されており、運用上の疑義は存在しないようであつた。もちろんこの問題は倒産犯罪に限つたものではなく、わが国の財産刑制度全般についての見地から、なお慎重な検討が必要な問題である。

2 一方、ドイツの倒産犯罪捜査手続においては、倒産裁判所から全ての関連書類が検察庁に送付され、その書類を経済担当部のスタッフが精査して、犯罪の端緒を発見するという点がきわめて特徴的である。わが国の破産法一四四条も裁判所が破産を宣告した場合、その旨を検察官に通知すべき旨を規定しているが、(少なくとも筆者が知る限り) この規定が有効に運用され、倒産犯罪が検挙されているわけではないようである。その意味で、民事の倒産手続にいかにか検察官が関与するべきか、逆に、刑事の倒産犯罪捜査にいかにか倒産裁判所が協力するべきかを考える上で、ドイツの実務の現状は格好の資料となるように思われる。

もつとも、倒産債務者は倒産手続において包括的な情報提供義務、協力義務を負っている。また、倒産管財人も包括的な調査権限が与えられているから、たとえ情報提供に関して自己負罪拒否特権に関する配慮がなされているとはいえ、倒産手続によって倒産債務者に不利益な情報が強制的に集められていくことは容易に想像がつく。これ

らの情報を全面的に捜査機関が引き継ぐことが、わが国の刑事手続上何ら問題がないといえるのかは、若干の疑問を感じるところであるが、本稿の性格上、本稿においては問題提起にとどめるほかはない。もともと民事裁判所と捜査機関の協力という観点は倒産犯罪に限った話ではないので、たとえば財産犯罪において民事の権利関係が問題となる場合についても、このような問題関心のもと、実体法と手続法とに横断した観点からの分析が将来、有益になるように思われる。

註

- (105) ティーデマンによれば、倒産刑法に限らず、客観的処罰条件という要件を放棄していく方向が現在の立法的展開および刑法解釈論のトレンドであるという。vgl. Tiedemann (Anm. 14) S.130.
- (106) わが国におけるこの問題についての包括的な研究として既に松原芳博「犯罪概念と可罰性」(一九九七)がある。破産法罰則に関しては、特に二八五頁以下を参照。
- (107) 通説といってもよいであろう。stutt v. ieler, Tiedemann (Anm. 3) vor §283 Rn. 55 ff.
- (108) 前註(三二八)およびそれに対応する本文を参照。