

破産手続に関わった司法書士の共犯責任**【文献種別】** 決定／最高裁判所第一小法廷**【裁判年月日】** 平成29年6月7日**【事件番号】** 平成29年(あ)第388号**【事件名】** 破産法違反被告事件**【裁判結果】** 棄却**【参照法令】** 破産法268条1項、40条1項1号・3号、刑法60条、65条1項**【掲載誌】** 判例集未登載

LEX/DB 文献番号 25546821

事実の概要

本件第一審¹⁾の認定した事実は、以下の通りである。すなわち、(1)平成23年11月21日徳島地方裁判所により破産手続開始の決定を受けて同年12月16日に同決定が確定した破産者A及び有限会社Bから破産手続全般につき委任を受けた司法書士である被告人Xは、A及びその妻Cが、平成22年11月24日から同23年3月28日までの間に、前後11回にわたり、A名義の普通預金口座から現金合計549万円を払い戻した上、C名義の普通預金口座等に、上記払戻しに係る現金合計525万円を預け入れ、債務者であるAの財産を隠匿した際、これに先立つ同22年10月18日にCと面談し、同人に対し、その情を知らずながら財産隠匿する方法を教えるなどし、上記犯行を容易にするとともに、(2)A及びCと共謀の上、平成24年2月21日頃、破産管財人Dから、破産手続開始申立ての際にB名義の普通預金口座を破産手続開始申立書添付の預貯金目録に記載しなかった理由等について書面で説明を求められ、同月29日頃、B名義の上記口座から引き出した現金は借金の返済等に充てて費消済みである旨の虚偽の事実を記載した報告書をファックス送信してDに受領させ、破産に関し虚偽の説明をした。

第一審は、上記(1)につき、詐欺破産罪の幫助犯(破産法265条1項1号、刑法62条1項)の成立を、(2)につき、説明拒絶及び虚偽説明罪の共同正犯(破産法268条1項、40条1項、60条)の成立を認めた。これに対し、X側が控訴したとこ

ろ、第二審²⁾は、上記(1)について事実誤認を認め、被告人を無罪とした。また、上記(2)については、「概ね正当」として事実誤認の主張を退けた上で、職権により理由不備を指摘して第一審判決を破棄し、後述のように判決した。

まず、(1)については、①A名義の口座からC名義の口座へ預金を移し替えるという財産隠匿方法が、破産手続について知識を有しない者にとっても容易に思いつくものである一方、Xから助言を受けた直後、A及びBの預金の流出先となった預金口座を開設するなどしたCの行動は、CがXから受けたとされる助言を超えるものであることから、Cは、「Xの説明と助言を契機に、独自に財産の隠匿を企てて本件の財産隠匿方法を考え出したとの見方もできる」こと、②XがCに助言したとされる時点では、Xは、AやBの資産や負債の状況をほとんど把握しておらず、また、XとCらとの間に特別な人的関係や報酬の約束もないため、「法律専門職にあるXが自己の信用失墜の危険を冒してまで破産者の財産隠匿に加担する動機は相当に希薄」であること、③Xが作成に関わったBの破産手続開始申立書及びAの破産免責申立書添付の各預貯金目録に、平成23年3月までBの取引に係る入出金に用いられ、上記C名義の口座への入金にも使用されたBの口座が記載されていなかったとしても、この点をもって、「本件面談時に遡って財産隠匿の犯意を推認する強い根拠とはなしえない」こと、④Xが、A及びBの破産申立てを受任し、債権者に債権整理開始通知を行った後、A及びBの預金債権を受働債権とする

本件相殺通知書を受領したことによって、Cから通帳の提出がなされていない銀行口座の存在を認識しながら預貯金目録に記載していなかったとしても、本件面談の段階において、必ずしもXにAの預金を隠匿させる意図があったとはいえないこと、⑤「AやBのいずれが破産するにしても、破産管財人や司法書士のための費用、そして当面の生活費が必要になるが、債権者である銀行の口座に預金があると、司法書士が債務整理の通知を出した時点で預金が凍結されて引き出しができなくなる、それを回避するために、債権者以外の銀行の口座を1つは作っておく必要がある。そこに生活費や破産申し立てのための費用を入れておく必要がある」とのXの助言自体は、「将来、破産申し立てをすとなった場合、その準備として銀行等に債務整理開始通知を発すると、預金口座が凍結されて出金できなくなるので、それを回避して破産管財人の費用や生活費を捻出するために、債権者ではない金融機関に口座を開設して現金を預けておくという内容に止まるものであり、それ自体は、債務者の財産の発見を格別困難にするものではないし、この助言をした時点において、開設した口座を破産申し立てに際し預貯金目録から除外して秘匿する意思が……あったともいえない」こと等を理由に、Xが幫助行為を行い、その故意もあったとは認められないとした。

(2)については、その公訴事実に係る破産法268条1項は、同法40条1項各号所定の者を身分とする身分犯であるところ、検察官は、被告人が破産法40条1項2号にいう「破産者の代理人」に当たり、同法268条1項の身分を有する共同正犯であるとして起訴し、その後、Xは、「破産者の代理人」には当たらないという第一審裁判所の見解を受けて、罰条に65条1項を加える旨の訴因及び罰条の変更をした結果、(2)の公訴事実は、破産法268条1項の身分のない被告人が、破産者(破産法40条1項1号)及び破産者が法人である場合の清算人(同項3号)であるAに加功した事実に変更されたことや、(2)の事実は、破産管財人につき、A及びBの各破産手続のいずれに係る虚偽説明を対象としているのか判然とせず、第一審も、A及びBの両者の破産手続との関係で虚偽説明を行った事実を摘示した趣旨と解されることから、破産者Bの破産手続との関係にお

いて、Xが法人の清算人である共同正犯者に加功したことが示されていない第一審判決を破棄し、「被告人は、それぞれ平成23年11月21日徳島地方裁判所により破産手続開始の決定(同年12月16日確定)を受けた破産者A及び破産有限会社Bから破産手続全般につき委任を受けた司法書士であるが、Bの清算人でもあるA及びその妻であるCと共謀の上、平成24年2月21日頃、A及びBの破産管財人であるDから、上記各破産手続開始申立ての際にG銀行N支店に開設されたB名義の普通預金口座を各申立書添付の預金口座目録に記載しなかった理由等について書面で説明を求められた際、同月29日頃、真実は、同口座から引き出した現金はJ銀行K支店に開設された前記C名義の預金口座に預け入れていたにもかかわらず、これを秘して、B名義の上記口座から引き出した現金は借金の返済等に充てて費消済みである旨の虚偽の事実を記載した同日付の報告書を、……ファクシミリ送信して上記破産管財人に受領させ、もって、破産管財人の請求があったときに破産に関し虚偽の説明をした」と判決した。

以上に対し、Xが上告した。

決定の要旨

本決定は、上告趣意は、憲法違反をいう点も含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であって、上告理由に当たらないとして、上告を棄却した。

判例の解説

一 問題の所在

本件の事案では、破産法265条1項の詐欺破産罪の幫助犯の成否及び同法268条1項の説明・検査の拒絶等罪の共同正犯の成否が問題となり得る。本決定は、後者についてのみ成立を認めた第二審を是認するものであるが、以下では、双方について言及する。

二 幫助犯の成立要件

幫助犯(刑法62条1項)は、「正犯を幫助した者」をいう(刑法62条1項)。幫助とは、正犯に援助を与えることにより、その構成要件該当行為を促

進し、さらには構成要件該当事実の惹起を促進することを意味する。そのため、幫助犯が成立するためには、幫助行為→正犯による実行行為の促進→構成要件該当事実惹起の促進という因果関係が必要である。

ここで、幫助の因果性には、物理的因果性のみならず、心理的因果性も含まれる。ゆえに、既に犯行を決意している者に助言や激励を行うことによってその「決意を強化」し、犯罪の実行を容易にしたといえるような場合にも、幫助犯の成立は肯定され得る（大判昭7・6・14刑集11巻797頁、東京高判平2・2・21判タ733号232頁³⁾）。そのため、幫助行為がなくても正犯行為がなかったといえない場合であっても、促進的な因果性が認められればよく、幫助犯の成立に幫助行為と既遂結果との間の条件関係は要されない（大判大2・7・9刑録19輯771頁、前掲東京高判平2・2・21）。

もっとも、「他者の犯行を促進・助長する事態は社会に広くみられるのであり、その者に故意があればすべて幫助として処罰すること」は疑問とされ⁴⁾、学説では、日常取引行為や業務行為等につき幫助犯の成否が問題となったケースに関し、その成立を一定の範囲に画する基準が模索されている⁵⁾。判例は、①賭博に使われることを知りながら、業として賭博開帳者に軍鶏を販売した行為に、賭博開帳図利罪の幫助を（大判昭7・9・26刑集11巻1367頁）、②広告代理店経営者がホテル等の専用チラシを販売し、新聞紙上に広告を掲載させた場合や、③印刷業者がホテルの宣伝用小冊子を作製したケースにおいて、売春周旋目的誘引罪（売春防止法6条2項3号）の幫助、売春周旋罪（売春防止法6条1項）の幫助を（大阪高判昭61・10・21判タ630号230頁、東京高判平2・12・10判タ752号246頁）それぞれ認めており、基本的には、「正犯の犯行を容易にした」と評価できれば、日常取引行為であっても、幫助犯の成立を肯定する傾向にある。しかし、その一方で、①軽油取引税の特別徴収義務者であるにもかかわらず納税義務を欠く販売業者から安値で軽油を購入した買主に地方税納付罪の幫助の成立を認めなかったもの（熊本地判平6・3・15判時1514号169頁）や⁶⁾、②ファイル共有ソフトを公開、提供する行為につき、著作権を侵害する「具体的な……利用状況」が認められれば幫助犯の成立が認められる

として、幫助行為の性質に着目しつつ、例外的とはいえない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高いことを幫助者が認識・認容していたとまではいえないとして、幫助犯の成立を否定したもの（最決平23・12・19刑集65巻9号1380頁）もある。

本件では、第二審において、司法書士であるXが、破産申立てに関する相談に来たCに対し、「債権者以外の銀行の口座を1つは作っておく必要がある」等の助言をした行為がCによる財産隠匿行為の幫助には当たらない理由として、正犯者Cの行動がXによる助言内容を超えるものであり、Cは、「Xの説明と助言を契機に、独自に財産の隠匿を企てて本件の財産隠匿方法を考え出したとの見方もできる」ことが挙げられているが、その意味することころは、必ずしも明確ではない。たしかに、Xが助言した時点では、いまだCの犯行計画が明らかではないため、Xの助言によって「Cの犯行が促進された」とはいえないものの、Xの助言を「契機」にCの犯行が企てられたとすると、教唆犯の成立を肯定する余地が生ずるようにも思われる。しかし、本件では、Xの助言が、司法書士が相談者に対し業務として与える範囲を逸脱するものではない点に着目することにより、当該助言によりたまたま正犯者Cが犯行を思いついたとしても、あくまで「独自に」計画したものであって、Xの行為は、司法書士という立場でなされた助言という意味に尽き、犯行促進という意味を持つものではないと評価されたものとも考えられる。いずれにせよ、本件では、故意の有無のみを幫助犯の成立を否定する理由とはせず、幫助行為自体の性質ないし正犯行為との関係が考慮された。

三 説明拒絶・虚偽説明罪（破産法268条）の主体

Xが破産管財人に対し、破産に関する虚偽の説明をした行為には、第一審から一貫して、説明拒絶・虚偽説明罪の共同正犯の成立が認められている。ここで、破産法268条は、破産手続の適正かつ公平な実施の確保を目的とし、平成16年改正により拡張及び強化された破産者等の説明義務（同法40条、96条、230条、平成18年に244条の6が追加）の違反に対する刑事罰と、同改正で新設された破産管理人・保全管理人の物件検査権等に

対する拒否罪等の刑事罰を定めている⁷⁾。本件において成立が認められた説明拒絶・虚偽説明罪は、同法40条、96条、244条の6の各条に基づく説明義務を負う者を主体とし、それらの者が各条に基づく説明義務に違反して「説明を拒み、または虚偽の説明をした」行為を、処罰の対象とする⁸⁾。

本件において、司法書士Xは、当初、同法40条1項2号の「破産者の代理人」であり、同法268条1項の説明義務者に当たるとして起訴されていたが、第一審裁判所の指摘により、「破産者の代理人」には当たらないとして訴因が変更されている。破産手続の適正かつ公平な実施の確保という同条の趣旨から考えると、「本条の『代理人』は、『破産者等の財産等に関する情報』を実質的に有する点に重点があると考えるのが相当」であり、「私法上の代理人と同様、一定の事務を本人のために行う権限を与えられ、本人に代わってその事務を処理する者」はこれに当たるとも解される。もっとも、司法書士が基本的に140万円以下の少額訴訟しか代理できないことからすると、ほとんどの場合、司法書士は破産手続の代理人となることができない⁹⁾。

他方、X自身を説明義務者とはせずに、説明義務者であるAとの共謀に基づき、説明義務のない者が説明拒絶ないし虚偽説明をしたとする場合、たとえ説明義務者との共謀に基づくものであっても、説明義務のない者による虚偽の説明に本罪の成立を認めることはできない。非身分者が刑法65条1項を介して真正身分犯の共謀共同正犯になれるとしても、身分者自身が身分犯を実現した(本件では「虚偽説明をした」)のでなければ、そもそも犯罪の成立自体がないからである¹⁰⁾。

そこで、Xの共犯責任を問うために、説明義務者であるAが、Xを通じて、説明拒絶ないし虚偽説明をしたと解するなら格別、先に示した第二審の判示からすると、およそ義務のない者による行為であっても、共謀さえ認められれば、本来は課されていない義務の違反を内容とする犯罪が直ちに成立するとの誤解を招きかねない。

前述の通り、破産法268条に関しては、近年、改正等を通じて刑事罰上の説明義務者の範囲が拡大されつつある。同条では、構成要件要素である説明義務者の定義に外延が明確とはいえない文言が用いられているため、慎重な解釈が求められる

のはもちろんであるが、身分犯と共犯に関する刑法65条1項の適否に関しても、十分な検討が必要と考える。

●—注

- 1) 徳島地判平28・3・24LEX/DB25545236。
- 2) 高松高判平29・2・7LEX/DB25545029。
- 3) 本件に関し、林幹人『刑法判例百選I総論〔第7版〕』(有斐閣、2014年)174頁は、実行正犯の意図を強化したことを理由に幫助犯の成立を認め得るのは、幫助者の追従行為が行われなかったならば、実行正犯は犯行を思いとどまった可能性があるからと考えるべきとする。
- 4) 塩見淳『刑法判例百選I総論〔第7版〕』(有斐閣、2014年)176頁。
- 5) 松生光正「中立的行為による幫助(1)(2・完)」姫路27=28合併号(1999年)203頁以下、31=32合併号(2001年)237頁以下、山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」関法56巻1号(2006年)34頁以下、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版〕』(成文堂、2017年)81頁、293頁、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(成文堂、2009年)150頁以下、高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』(成文堂、2016年)486頁以下。
- 6) 本件では、軽油取引税不納付の手助けになることを知りながら軽油を安く買う行為を、「こうした被告人の行為は、結局のところ、売買の当事者たる地位を超えるものではな」く、正犯の犯行の実現は「被告人が自己の利益を追求する目的のもとに取引活動をしたことの結果に過ぎない」とされた。
- 7) 伊藤眞=岡正晶=原原睦夫=林道晴=松下淳一=森宏司『条解破産法〔第2版〕』(弘文堂、2014年)1814頁以下。
- 8) 平成16年改正前に比べ、主体である説明義務者の範囲が同法40条、96条、230条によって広げられるとともに、同条2項において、その「代表者、代理人、使用人その他の従業者」の処罰が定められ、さらに、同項に両罰規定(同法277条)が適用される等、処罰対象及び範囲が拡張されている。
- 9) 前掲注7)330頁以下、裁判所法第33条第1項第1号、司法書士法第3条第1項第6号から第8号及び司法書士法第29条第1項第2号、最判平28・6・27LEX/DB25448021参照。
- 10) 松宮・前掲注5)308頁、同「現代刑法の理論と実務(1)」法セ2018年4月号掲載予定、平山幹子「情報受領者によるインサイダー取引と共犯の成立範囲」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集(上巻)』(成文堂、2016年)891頁以下。