

平成24年（あ）第1749号

上 告 趣 意 書

被 告 人 佐 藤 真 言

上記被告人にかかる詐欺被告事件につき、上告趣意は以下のとおりである。

平成25年4月2日

弁 護 人 安 田 好 弘

同 河 井 匡 秀

同 西 田 理 英

最高裁判所 第一小法廷 御中

記

第1 緒論

- 1 第一審判決は、本件公訴事実のすべてについて有罪を認め、被告人に対し、懲役2年4ヶ月もの実刑判決を宣告し、原判決はこれを容認した。しかし、これは、誤りであり、無罪が宣告されるべきであり、仮にそうでないとしても、執行猶予に処せられるべきである。

すなわち、第一審判決およびこれを容認した原判決には、

- ① 詐欺罪の欺罔行為につき、正しくは「支払いの意思も能力もないのに、これがあるかのように装った」と解釈すべきところ、誤って「約定どおり返済する確実な当てがないのに、これがあるかのように装った」と解釈し、これを本件に適用して被告人を誤って有罪とした法令適用の誤りがあり、
- ② 事実認定につき、被告人には詐欺の故意がなく無罪であるにもかかわらず事実を誤認して誤って有罪とした法令適用の誤り、判例違反、事実誤認があり、
- ③ 正犯か幫助犯につき、判例に従って幫助犯とすべきところ、これに反して正犯と認定した法令適用の誤り、判例違反、事実誤認があり、
- ④ 量刑として執行猶予に処すべきであるのに、これを誤って不当に実刑の量刑をしたものであって、

いずれも判決に影響を及ぼすべき著しく正義に反する誤りを犯している。

よって、原判決は、直ちに破棄され、被告人に対し、無罪ないし執行猶予が宣告されるべきである。

以下に、各順に論述する。

2 本件事件は、事業者がその事業の維持・遂行の必要から、もっぱらそのために費消するために、信用保証協会の保証を得て金融機関から融資を受けたという銀行取引行為について、詐欺罪が成立するとされた事案である。

確かに、第一審及び原判決が認定するとおり、被告人らにおいて、粉飾した決算書を提出し、また景気対応緊急保証制度や東日本大震災復興緊急保証制度を冒用したという、欺罔行為は存在する。しかし、被告人はもとよりスカーラの代表取締役である伊藤幸治郎においてもまたエス・オーインクの代表取締役である朝倉享においても、いずれも約定どおりの返済の意思と見込みの下に借入れを申し込み、また借入した金員をその目的のとおり事業の維持・推進のために費消したものであって、何ら自己の利益を図ったものではない。すなわち、被告人らにおいて、金員を借入しこれを返済するという、銀行取引における根幹において何らの欺罔も行っておらず、また不法領得の意思もないのである。

そもそも、「実社会における経済取引は、一面、当事者の信頼関係を前提とし、いわゆる信義誠実の原則に従って行われるべきであるが、他面それが取引であるからには利潤追求の建前から多少の駆引ないし欺罔の行われることは避けられない。かような商取引における駆引ないし欺罔行為に対して厳格な道德律を適用してこれを違法として詐欺罪の成立を認めようとすることは、社会生活の実情に即しないものといわねばならない。（略）欺罔行為があったからといって、必ずしもすべての場合に詐欺罪が成立すると解することは早計である。刑法246条が単に『人を欺罔して財物を編取シアル者は10年以下の懲役に処する』と規定しているけれどもその欺罔行為は違法でなければならない。」（伊達秋雄・法学セミナー12号70頁・・・資料1）のである。

第一審及び原判決は、上記の視点を全く欠いているものであって、その前提からして誤りである。

第2 判決に影響を及ぼすべき法令違反（詐欺の構成要件解釈の誤り）

1 はじめに

第一審判決には、詐欺罪における欺罔行為の構成要件解釈を誤り、詐欺罪の成立を認めるべきでない行為に詐欺罪を適用している点で、「判決に影響を及ぼすべき法令の違反」（法411条1号）があった。しかるに、原判決は、これを看過し、同様の法令違反を犯した。原判決を破棄しなければ著しく正義に反することは明らかである。

2 第一審判決が認定し、原判決が是認した詐欺の欺罔行為

第一審判決は、本件各詐欺を構成する欺罔行為は、「融資を受ける金員を約定どおり返済する確実な当てがないのに、これがあるかのように装って融資を申請した行為」とであると判示する（なお、判示第2、1および2については、「区長の認定書が適正に取得されたものであることを装った」ことも欺罔行為とされているが、この点については。本項では論じない。）。

もともと、原判決は、罪となるべき事実において、被告人らが粉飾決算書を提出した行為や振り込みを偽装した行為等をも摘示しているが、これらは、第一審判決も「以前から（略）などしていたところ」（1頁22行～2頁5行、3頁14～20行、5頁8～11行）と判示しているとおおり、いずれも上記の本件各欺罔行為以前に行われていた行為、換言すれば被告人らにおいて本件事件の犯意が生ずる以前に行われた行為であるから、本件欺罔行為に該当しない。

3 銀行融資における欺罔行為

詐欺罪における欺罔行為とは、財産処分者が真実を知っていれば財産的処

分行為を行わないような重要な事実を偽ることをいうが、具体的にいかなる行為が欺罔行為になるかについては、行われた取引の種類・実情に応じて決められる。

本件は銀行融資である。銀行融資はそもそも返済の不確実性を前提としている。それは、貸し出しと返済との間に時間差があり、その間に経済状況の変動や不慮の出来事が発生することが当然に予想されることから当然である。そして、それ故に、貸し倒れのリスクに応じて利息を高額にしたり、担保や保証をつけさせたりするし、また、担保を提供したり保証をする側にあつては保証料等を徴収するのである。つまり、銀行融資は、融資を受ける側に「約定どおり返済する確実な当てがある」とまではいえなくとも、返済の意思と将来における返済が見込まれる財務状態があれば行われるのが通常である。もし、返済する確実な当てがなければ融資をしないというのであれば、ベンチャー企業だけでなく、一般の融資であっても、融資すること自体不可能といわざるを得ず、銀行融資の実情に明らかに反するばかりか、銀行の存在意義さえ問われかねない。

以上からすれば、「約定どおり返済する確実な当てがあるか」否かは、融資をするか否かを決定する重要な事実ではなく、本件において、「約定どおり返済する確実な当てがあるかのように装う」行為は、詐欺罪の欺罔行為に該当しないと解すべきである。むしろ、上述した社会における貸付の実情からすれば、返済の意思を欠く場合や返済を可能にする財務状況を欠く場合、すなわち、「返済する意思も能力もない」にもかかわらずこれがあると装った場合に詐欺罪を構成すると解釈すべきである。

4 判例

過去の裁判例をみるに、「約定どおりに返済する確実な当てがあるかのよ

うに装う」行為を欺罔行為として認定した判例はない。むしろ、以下に摘示するとおり、「返済する意思も能力もない」場合に詐欺罪を認めているのである。

(1) 長野地判平成10年10月26日・無罪事例集5集214頁（資料2）

会社の代表取締役である被告人が、被害者に対し、返済の意思も能力もないのにあるかのように装い、虚偽の事実を申し向けて金員の借用方を申し込み、同人を誤信させ、現金の交付を受け、もって、人を欺いて財物を交付させたとして起訴された事案において、被告人が本件各借入当時、未必的にせよ、返済が不可能になることを認識していたと認めることはできず、被告人は、A社の倒産ないし期限に返済できないことについて危惧を抱いてはいたが、それは未だ一般的な意味での債務不履行の可能性の認識内にとどまり、被告人に詐欺の故意があったと認めることはできないとし、無罪を言い渡している。

この事案は、金銭借入行為について詐欺罪の成否が争われた点で本件と事情を同一にするものである。そして、同事案は、被告人が経営する会社の倒産ないし期限に弁済できないことについて危惧を抱いてはいたが、それは未だ一般的な意味での債務不履行の可能性の認識内にとどまることを理由に、被告人に詐欺の故意が認められないとして犯罪成立を否定している。

(2) 東京高判昭和24年12月3日・高等裁判所刑事判例集2巻3号286頁（資料3）

一般普通の取引の形式で行われた被告人の行為について詐欺罪が成立するか単なる債務不履行にすぎないのかが争われた事案において、「詐欺罪であるか諸般の状況から被告人の所為が一般普通の取引に伴う正直さと公正さを具備するかによってこれを区別しなければならぬ。」と判示した上

で、「孰れも返還の意思ないにも拘わらず虚構の事実告げ因って相手方をしてその旨誤信せしめた上、貸借名義の下に判示物件を各判示相手方より交付せしめた」点を挙げて公訴事実の一部について犯罪の成立を認めて控訴を棄却している。

- (3) 福岡高判昭和27年3月20日・高等裁判所刑事判決特報19号72頁
(資料4)

事業不振により自己の信用状態が悪化しているのにその事実を告げず、セメントを掛買の方法で買い入れた行為について詐欺罪の成否が争われた事案において、第一審が詐欺罪を認めた犯罪事実においては、被告人の代金支払いの意思や能力についての認定を欠いていたところ、同事実関係においては告知義務が認められないし、また、「被告人に欺罔行為があったとして詐欺の刑責を負わしめるためには被告人が右事情を告知しなかったというだけでは未だ足りない。被告人に欺罔意思すなわち相手方の右事情を知らないその錯誤を利用し代金支払い意思或いは能力がないのに不拘右特別事情の不告知という不作為のあったことを要し、その旨判示しなければ詐欺の罪となるべき事実の示し方としては不十分である。」とし、刑事訴訟法378条4号該当性を認め、原判決を破棄している。この事案は、自己の信用状態が悪化している事実を相手方に告げないで財物の交付を受けたと言う点において、本件と事情を同じくするものである。

そして、同事案が欺罔の意思の内容として代金支払いの意思或いは能力がないことを要求していることからすると、同事案が詐欺罪の成立には代金支払いの意思或いは能力がないことが必要であるとしていることは明らかである。

- (4) 最決昭和33年9月1日・刑集12巻13号2833頁(資料5)

被告人両名が、共謀の上、3回にわたり、働く意思がなく、かつ金員返

済の意思も能力もないのにこれらがあるように装い、借金名下に被害者らから金員を詐取したという事案の上告審において、前借契約の民事的効力の如何を問わず、被告人の本件所為は刑事上詐欺罪を構成するものと解するを相当とするとして、詐欺罪の成立を認めた第1審判決を是認した原判決は相当であるとした事案であって、不法原因給付と詐欺罪の成否が問題とされたものであるが、借入行為についての詐欺罪の成否が争われた点において本件と事案を同じくする。ここでも金員返済の意思も能力もないのにあるかのように装うことが前借詐欺成立の要件とされている。

5 小括

以上のとおり、本件のような銀行融資における詐欺罪の欺罔行為とは、「返済する意思も能力もないにもかかわらず、これを装った」場合をいい、第一審判決が判示する「返済する確実な当てがあるかのように装った」行為は、詐欺罪の欺罔行為に該当しないと解すべきである。

第一審判示第1及び第2の3については、「返済する確実な当てがあるかのように装」った点のみが欺罔行為とされており、それのみでは欺罔行為にならない以上、他の要件を検討するまでもなく詐欺罪が成立しない（なお、第一審判示第2の1、2についても、後述するとおり被告人には融資申請資格を欠くとの故意が認められないから、詐欺罪が成立しない。）。

よって、原判決には、判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり、これを破棄しなければ著しく正義に反することも明らかである。

第3 原判決が被告人に詐欺の故意を認定した誤り

1 はじめに

本件において、被告人に詐欺の故意はなく、詐欺罪は成立しない。

被告人に詐欺罪の成立を認めた第一審判決、原判決には、判例違反、重大な法令解釈の誤り、重大な事実誤認がある。

2 被告人は実行行為を行っていないこと

(1) 第一審判決は、本件犯罪事実第1、第2の1、2について、

- ① 内容虚偽の決算報告書を提出するなどしていたところ
- ② 融資を受ける金員を約定どおり返済する確実な当てがないのに
- ③ 信用保証委託申込書等を提出するなどして融資を申請し
- ④ 保証協会に保証する旨決定させ
- ⑤ 金融機関に融資を実行することを承認させ、貸付金を振込入金させ
- ⑥ もって、財産上不法の利益を得るとともに財物を交付させた

と認定している。

また、本件犯罪事実第2の3について、

- ① 内容虚偽の決算報告書を提出するなどしていたところ、
- ② 融資を受ける金員を約定どおり返済する確実な当てがないのに
- ③ 金融機関に融資を実行することを承認させ、貸付金を振込入金させ
- ④ もって、財物を交付させた

と認定している。

控訴審判決も、被告人の控訴に対して、第一審判決の上記認定を是認して控訴を棄却している。

(2) しかし、以下のとおり、「内容虚偽の決算報告書を提出していたこと」は、

本件の実行行為とはならない。

- ① 第2において上述したように、「内容虚偽の決算報告書を提出していたこと」は、事情にすぎない。
- ② また、本件においては、いずれの犯罪事実においても、被告人は、「信用保証委託申込書等を提出するなどして融資を申請」した際に、「内容虚偽の決算報告書」を提出していない。
- ③ さらに、本件において、エス・オーインクは、平成22年12月に、「内容虚偽の決算報告書」を、三井住友銀行、八千代銀行等に提出していた（乙14）。

そして、エス・オーインクは、平成23年5月中旬、三井住友銀行から2000万円のプロパー、短期融資を受けている（乙15・6頁、乙55・7頁）。また、同月末に八千代銀行から1000万円の短期融資を受けている（乙14・5頁、乙55・5～6頁）。これ以外にも、エス・オーインクは、金融機関に「内容虚偽の決算報告書」を提出した後、以下の融資を受けている（朝倉陳述書・・・資料6）。

平成23年1月	三井住友銀行	3000万円
	商工中金	1300万円
	東日本銀行	1000万円
2月	商工中金	700万円
	りそな銀行	5659万1000円
	りそな銀行	3000万円
3月	八千代銀行	1300万円
	八千代銀行	500万円

しかし、これらの融資についてはいずれも起訴されていない。すなわち、「内容虚偽の決算報告書」を提出していたことは、詐欺の実行行為

にはならないことを示している。

- ④ くわえて、金融庁の金融検査マニュアル別冊〔中小企業融資編〕（資料7）では、

「中小・零細企業等の債務者区分については、その特性を踏まえて判断する必要があるが、その際の検証ポイントは、以下のとおりである。

また、次のような中小・零細企業等の特性にも留意する必要がある。

1) 中小・零細企業は総じて景気の影響を受けやすく、一時的な収益悪化により赤字に陥りやすい面があること。

2) 自己資本が大企業に比べて小さいため、一時的な要因により債務超過に陥りやすい面があること。

また、大企業と比較してリストラの余地等も小さく黒字化や債務超過解消までに時間がかかることが多いこと。

3) 中小・零細企業に対する融資形態の特徴の1つとして、設備資金等の長期資金を短期資金の借換えの形で融資しているケースがみられること。

以上のような中小・零細企業の経営・財務面の特性や中小・零細企業に特有の融資形態を踏まえ、赤字や債務超過が生じていることや、貸出条件の変更が行われているといった表面的な現象のみをもって、債務者区分を判断することは適当ではない。したがって、取引実績やキャッシュフローを重視して検証するとともに、貸出条件の変更の理由や資金の使途、性格を確認しつつ、債務者区分の判断を行う必要がある」とされている（同3頁）。

このように、決算書の内容は、融資の判断において本質的な問題ではないのである。

以上のとおり、「内容虚偽の決算報告書を提出していたこと」は、詐欺

罪の実行行為とは言い得ない。

また仮に、融資の際の告知義務が問題となるとしても、融資申し込みを行ったのは伊藤、朝倉であり、被告人は融資申し込みの際にはいなかったのであり、告知義務に違反する行為は行っていない。

- (3) 「融資を受ける金員を約定どおり返済する確実な当てがないのに」融資を申請したこと、融資の申請に際して経営緊急支援、震災緊急保証を利用したことが詐欺の実行行為となるとしても、被告人はいずれもこれを行っていない。

ア スカーラは、本件犯罪事実第1の融資について、中小企業信用保険法に基づく経営緊急を利用している。

経営緊急支援融資では、市区町村の認定を受ける必要があるところ、認定申請に必要となる最近3ヶ月と前年同期の残高試算表は、伊藤がA税理士に依頼して作成している。

被告人が行ったことは、伊藤から受け取った残高試算表の数字を認定申請書に転記しただけである。

平成22年5月25日に、被告人は伊藤と一緒に中央区役所に行ったが、単に同行しただけで、実際の申請手続は伊藤が行っている。

さらに、認定書の受け取りは伊藤が行い、その後の三菱東京UFJ銀行への書類提出、契約手続等は全て伊藤が行っている(乙9・2～5頁)。

イ エス・オーインクは、本件犯罪事実第2の融資について、震災緊急保証制度を利用している。

震災緊急保証制度では、渋谷区の認定を受ける必要があるところ、申請書の作成、提出は朝倉が行っている。添付資料の作成(偽造)も、朝倉が自分の判断で行っている。認定書の受け取りも朝倉が行っている。

被告人が行ったことは、朝倉と一緒に「業況説明」を作成しただけで

ある。

「業況説明」の保証協会への提出、金融機関（三井住友銀行、りそな銀行、東日本銀行）への融資申込、契約手続等は全て朝倉が行っている（乙17、18、58、59、61）。

- (4) 以上のとおり、本件の実行行為はいずれも伊藤、朝倉が行ったものであり、被告人が行ったものではない。

3 被告人の認識

(1) スカーラについて

上記のとおり、融資の実行を受ける際の残高試算表の数字は、伊藤がA税理士に依頼して作成したものであり、被告人は関与していない（乙9・2～4頁）。被告人は、3000万円の融資を確実に返済できる当てがないか否かについて、具体的に判断しようがない状態であった。

また、被告人としては、スカーラの会社規模からしても、3000万円という融資金は返済できるものと考えていた（一審被告人質問15頁）。

伊藤自身も返済が可能であると考えていた（伊藤被告人質問14～15頁、34～35頁）。

(2) エス・オーインクについて

上記のとおり、震災緊急保証制度の記載は、朝倉が作成したもので、被告人は関与していない（乙15、乙17、乙58、乙59）。

被告人は、エス・オーインクは震災緊急保証制度が適用されるものと信じていた（一審被告人質問29～31頁、朝倉陳述書）。また、被告人は、エス・オーインクの会社規模、経営状況等からしても、融資金（震災保証制度の適用分2000万円、真水分は東日本銀行の459万円、835万円）を返済できるものと信じていた（一審被告人質問33頁、38～39

頁、40～41頁、49頁）。

朝倉自身も返済が可能であると考えていた(朝倉被告人質問1～10頁、朝倉陳述書)。

(3) エス・オーインクの返済能力

公認会計士B作成の「株式会社エス・オーインク(SOI)の借入返済見込み」(資料8)によれば、「SOIは、2009年10月期以降の在庫処分、在庫処分のための低廉販売の実施、不採算部門であったRICOレディス事業部の撤退、利益率が12パーセントと低いOEMへの撤退、人件費削減、本社移転による賃料削減、広告宣伝費の削減、外注契約料金の見直しとデザイン等の内製化による外注費の削減等を実施してきており、そのまま事業を続けていけば、2012年10月期以降にその効果が十分損益及びキャッシュフローに反映され、2011年10月期末の長期借入残高は当初の約定通り十分返済できたものと考えられる」とされている(8頁)。これは、専門家である公認会計士が、エス・オーインクの粉飾前決算等を分析して作成したものであり、十分に信用できるものである。

このように、エス・オーインクは、事業存続、債務弁済のための努力が真摯に続けられており、客観的にも融資金を返済することが十分に可能であった。このことは、上記の被告人、朝倉の認識の正しさを裏付けている。

4 詐欺の故意についての判例

(1) 大阪地裁昭和35年3月30日判決(資料9)

相互投資金庫代表取締役等による投資名下の詐欺事件について、以下のよう
に判示して、無罪を言い渡している。

「前述したように、三和相互投資金庫においては、被告人兩名らがその
設立当初において企図していたところとはおよそ異り、受入れにかかる投

資金を再投資して初期の利潤をあげることができず、元利金の支払はすべて新規受入投資金に依存していた実情にある。しかるに、被告人兩名は、かような事実を知りながら、自から直接にか又部下職員を通じて間接に、前記のような広告、宣伝活動をなして投資金を受入れていたわけである。従って、被告人兩名において、虚偽乃至誇大な事実を広告などする手段により、投資金を受入れようとする意図のあったことを否定することはできない。しかしながら、詐欺罪は、いわゆる領得罪であるから、かような意図即ち手段の虚偽性について認識があれば足りるわけではなくそのような手段により財物を騙取する即ち不法に領得するとの意図がなければならぬ。しかして本件にあっては、被告人兩名が三和相互投資金庫の設立を計画した当初より、今後受入れるであろう投資金を着服するなどして、自己らの用途に供しようとした意図を有したと認められないことはすでに述べたところであるが、その後においても、そのような意図を持っていたとは認められないのである。このことは、被告人兩名が受入れにかかる投資金をほとんど私用に供していないとの一事をもってしても明白である。そこで、本件について、被告人兩名に詐欺罪の犯意があるか否かは、被告人兩名において、受入れにかかる投資金が返済不能に立至ること或はその可能性のあることを認識しながら、敢てそのことを意に介さずに投資金の受入れをなしたか否かが問題となると思われるのである。

そこでそのような意味における犯意があったか否かについて考えてみるのに、まず、この点についても、設立当初においてそのような犯意のなかったことはすでに述べたとおりである。しかるに、その後の段階においては、当初において意図していた程の再投資利潤をあげているわけでもなく元利の支払は新規受入れにかかる投資金で賄っている状態であったことは前記のとおりであり、被告人兩名共そのような事実を知っていたわけで

あるから、或は右のような意味での犯意があったのではないかとの疑が生ずるのであるが、果してそれがどの段階から生じたと見るべきかは問題であろうと思われる。そこで、当裁判所としては、前記認定の諸事実を総合判断した結果、保全経済会が休業宣言をなした昭和二八年十月二十四日を一応の基準とし、それ以前の段階においては、新規投資受入が多額にのぼり、その上十分なる利潤をあげるための努力が重ねており、それら事業経営も未だ初期の段階でその成果について充分の検討が加えられていたわけではなく、その運営の不健全ないし杜撰はいずれも被告人両名が意識して殊更になしていたのではなく、両名の専門的知識の欠除、経営無能力に基くものであると認められるので、そのことのゆえに、被告人両名において投資元利金が支払不能になることを予見し、且つそれを意に介せず事業の運営に当たっていたとみるにはいささかの疑問があることなどの諸点に基き、犯意がないものと認め、それ以後の段階においては、類似機関の休業により新規受入投資額が減少し、被告人両名共自己の事業について再認識をなし、やがて同様の運命に陥るであろうことを充分予測しえたことと認められるので、この時期以後に更に積極的に宣伝活動をなして投資金を募集した分についてのみかような事情の存在を認めることにしたわけである、しかして、その時期以後の欺罔手段と認められるべき各種宣伝活動の内容は、前記のとおりすでに詐欺罪にいわゆる欺罔行為と云えるか否か疑問があるばかりでなく当時四億数千万円にも及ぶ未払投資受入金を抱え、今後多数投資者よりの元利金の支払要求をうけることが予想された被告人両名の立場としては、今直ちにそのような宣伝活動を中止し、元利の支払を不能にするよりも、そのような時期の一日も遅からんことを希求するのは、正に人情自然の赴くところと考えられ、その際前記のような元利金の返済不能に立至ることを予見しながら、あえて投資金の募集を継続し

たとの事情が認められたとしても、それを犯意と評価するにはなお幾分の疑問が存するのである」

(2) 東京地裁昭和47年6月17日判決（資料10）

経営状態の悪化した不動産会社の買戻条件付き土地売買契約をめぐる詐欺事件、いわゆる明治不動産関係事件について、社長および経理担当重役に対して、以下のように判示して、無罪を言い渡している。

「本件のように一個の事業（企業）の遂行過程で行われた経済上の取引について、その債務の不履行が事前に予測された結果であるとしてその事業経営者の詐欺罪の成否が問題となる場合、その取引の際経営不振の状態にあって場合によっては倒産もありうると予見してただけで、直ちに詐欺の未必的故意があるとする事は、いわば発生した結果によって犯罪の成否を決定するにも等しく、また現実の経済社会の実情にも合致しない。すなわち、企業経営者としては例えば資金繰りが窮迫し、一步誤れば倒産という事態に至っても、企業の存続のための努力を続けようとするべき程度、その事業に必要な取引行為を続けざるをえず、そしてその取引にあたって倒産の見込みのあることを取引の相手方に告げることは自ら信用を低下させて事態を悪くすることになるから、あえてこれを秘匿して取引に臨むというのが一般であり、これがすべて理論上は詐欺罪に問擬されるということになれば、いったん経営不振となって倒産のおそれの生じた企業はほとんどすべてその企業存続のための努力を放棄せざるをえなくなるおそれがある。従って、右のような場合には、企業経営者らが倒産による債務不履行の可能性を認識していても、なおそのような事態を避けられる見込みが相当程度あると信じ、かつ誠実に契約履行のための努力をする意思のあるときは、いまだこの点について欺罔の意思はないものといわなければならない。そしてその意味で、本件の場合も、被告人両名が前記(二)

認定のとおり昭和四〇年四月の決定的な業績低下が生じるまではなお東京明治の立ち直りに希望を持ち、買戻条件を履行する意図のもとに特契約を締結させたと窺える以上は、詐欺罪の成立に必要な故意が未必的にもないと認めざるを得ないのである」

(3) 長野地裁飯田支部平成10年10月26日判決（資料2）

会社の代表取締役である被告人が、返済の意思も能力もないのにあるかのように装い、虚偽の事実を申し向けて金員の借用を申込、現金の交付を受けたとして起訴された事案について、以下のように判示して、無罪を言い渡している。

「本件各借入の当時、未必的にせよ、被告人が各返済期までに（有）A建設が倒産するなどして、返済が不可能になることを認識していたと認めることはできない。被告人は、右倒産ないし期限に返済できないことについて危惧を抱いてはいたが、それは未だ一般的な意味での債務不履行の可能性の認識の限度内にとどまる。また、被告人が、返済期に返済しない意思を有していたと認めることもできず、本件各借入について、被告人に詐欺の故意があったと認めることはできない」

(4) 判例の分析

以上の各判例をさらに分析、検討すると、以下のようにいうことができる。

ア 上記大阪地裁判決は、

- ① 詐欺罪は領得罪であるから、手段の虚偽性について認識があれば足りるわけではなく、そのような手段により財物を騙取するという不法に領得するとの意図がなければならない
- ② 新規投資受入が多額にのぼり、十分な利潤をあげるための努力が重ねられているような場合には、投資元利金が支払不能になることを予見し、それを意に介せず事業の運営に当たっていたとみるには疑問がある

- ③ 類似機関の休業により新規受入投資額が減少し、自己の事業もやがて同様の運命に陥り、元利金の返済不能に至ることを予見したとしても、そのような時期の一日も遅からんことを希求することを犯意と評価するには疑問が存する

として故意を否定している。

イ 上記東京地裁判決は、

- ① 事業（企業）の経済上の取引について、経営不振の状態の場合によっては倒産もありうると予見していただけて、直ちに詐欺の未必的故意があるとすることはできない
- ② 企業経営者らが倒産による債務不履行の可能性を認識していても、なおそのような事態を避けられる見込みが相当程度あると信じ、かつ誠実に契約履行のための努力をする意思のあるときは、欺罔の意思はない

として故意を否定している。

ウ 上記長野地裁飯田支部判決は、

- ① 被告人は、右倒産ないし期限に返済できないことについて危惧を抱いてはいたが、それは未だ一般的な意味での債務不履行の可能性の認識の限度内にとどまる
- ② 被告人が、返済期に返済しない意思を有していたと認めることもできず、本件各借入について、被告人に詐欺の故意があったと認めることはできない

として故意を否定している。

エ このように、上記各判例は、

- ① 倒産や債務不履行の危険性を認識していたとしても、直ちに詐欺の故意があるとはいえない
- ② 誠実に事業継続、債務弁済のための経営努力を続け、倒産や債務不履

行を避けられると信じていた場合には、故意や不法領得の意思が欠け、詐欺罪は成立しない
としているのである。

このような場合には、企業経営や融資の実情等に照らしても詐欺罪が成立すると解すべきではなく、上記各判例の判示は正当である。

そもそも融資の返済については、絶対確実ということはありません、不確実性が伴うのであり、返済について相当の可能性があれば十分のはずである。そして、事業存続、債務返済のために真摯に努力しているのであれば、上記各判例に照らしても、詐欺の故意、不法領得の意思を欠くものというべきである。

5 小括

以上のとおり、被告人は詐欺の実行行為自体を行っておらず、詐欺の故意は認められない。すなわち、被告人は、スカーラ、エス・オーインクのいずれについても、事業存続のため、コンサルタントとしての立場から、伊藤、朝倉に対して助言等を行ってきた。

また、被告人は、スカーラは中小企業信用保険法に基づく経営緊急の要件に該当するものと認識していたし、エス・オーインクは震災緊急保証制度の要件に該当するものと認識していた。

さらに、被告人は、スカーラ、エス・オーインクの融資金はいずれも返済できるものと認識していた。特に、エス・オーインクについては、客観的にも返済能力が十分にあったと認められるのである。

くわえて、特にエス・オーインクについては、事業存続、債務返済のために真摯な努力が続けられており、被告人もこのために助言、協力等を行ってきたことは上述のとおりである。

したがって、被告人に詐欺罪の成立を認めた第一審判決、これを是認した原判決には、判例違反、判決に影響を及ぼすべき重大な法令違反、重大な事実誤認がある。

第4 原判決が被告人に共謀共同正犯を認定した誤り

1 はじめに

本件において、被告人に詐欺罪の共犯が成立するとしても、共謀共同正犯が成立することはなく、幫助犯に止まるものである。

以下において、幫助についての近時の判例、学説を分析した上で、被告人は本件の実行行為を行っていないこと、本件の具体的な事実関係について検討し、本件において被告人には共謀共同正犯は成立せず、幫助犯が成立するにすぎないことを明らかにする。

2 近時の判例

- (1) 東京高裁平成13年1月17日判決（東京高等裁判所判決時報刑事52巻1～12号1頁・・・資料11）

パチンコ店から集金を終えて出てきた金融機関の従業員を襲撃して現金等を強取した強盗事件において、

- ① 被告人の情報提供の態様は、主犯からの電話に応答して、同人の質問に答えるという受動的なものであり、個々の電話は断片的な情報を告げたものであること
- ② 被告人は、主犯らの具体的な計画や準備をほとんど知らず、主犯の犯意の強さについて確たる認識もなかったこと
- ③ 被告人が、主犯に対する恐怖心から、同人の質問に答えたという面も否定できないこと
- ④ 被告人が主犯から200万円を受け取った際、分け前等の趣旨があることを理解していたが、分け前をもらえることが被告人が情報を提供した動機となっていたとは認められない

等の事情により、共謀共同正犯ではなく、幫助犯の成立を認めた。

- (2) 東京高裁平成15年1月23日判決（東京高等裁判所判決時報刑事54巻1～12号1頁・・・資料12）

運転手役として関与した建造物侵入、窃盗等の事案において、

- ①被告人が車の運転をして犯行グループと行動を共にした2度目の機会に行われているところ、主犯や犯行グループの関係者から犯行グループの行っている店舗荒らし、金庫盗のやり方や運転手役としての仕事の内容、心得等について、どの程度の説明を受けたのか全く不明であること
- ②初運転の際は犯行グループの行動等を観察できたとしても、犯行グループの金庫盗のやり方、被告人の仕事の内容、金庫盗の実行行為との関係における重要性等をどの程度に認識できたか不明であること
- ③被告人において犯行グループの実態（職業的、営業的に金庫盗を繰り返している集団であり、その上がりで生活し、運転手役への報酬もその上がりから出されている等）に対する認識をどの程度有するに至っていたか不明であること
- ④運転手役の2回の依頼が単発的なものか、今後継続的になされるものか等について犯行グループの関係者が被告人に説明したのか不明であること

等の事情により、共謀共同正犯ではなく、幫助犯の成立を認めた。

- (3) 大阪地裁平成20年3月24日判決（抄本・・・資料13）

いわゆる上乘せリース（サプライヤーとユーザーが通謀してリース対象物件の価格を水増しする行為）について詐欺が成立するとしたが、被告人の1名について、

- ①主犯と被告人は、いずれも取締役であったが、関連会社等において、上司・部下等の上命下服の関係にはなかったこと

- ②被告人は銀行で特に発言せず、その後銀行との接触はなかったこと
- ③被告人は、主犯から内容虚偽の11億円の見積書等を作成するように協力を求められた部下が相談してきたのに対し、「昔そういう計画があったかもしれないから、協力してあげて」等と言ったが、その後、主犯が5億円と6億円の見積書を作り直すように求めた際は特に関与しておらず、売買契約書を作成して欲しいとの主犯の依頼に対し、部下にこれができるか確認し、できる旨主犯に伝えたに止まっており、犯行への関与の形態は、上記のような程度の表現で協力を指示するという間接的なものであること
- ④本件で被告人の得た利益は、主犯からの返済を受けるというもので、単なる分け前とは異なる上、主犯に対する貸付と返済を繰り返しており、本件当時被告人自身が経済的に窮乏していたとの事情はうかがえないことに照らせば、被告人が主犯を焚きつけて本件犯行を行わせたとは認定できず、主犯が、自己の債務返済の一環として、被告人への返済原資には本件融資金を流用し、被告人はこれを知りつつ返済を受けたという関係に止まるともみられること
- ⑤主犯が、被告人に対し、返済以上の分け前を約束していたとは認定できないこと
- ⑥本件について、事前の謀議があったとは認められず、明示的な意思疎通は認定できないこと

等の事情により、共謀共同正犯ではなく、幫助犯の成立を認めた。

(4) 東京高裁平成20年4月23日判決（資料14）

強制執行妨害事件について、

- ①本件各強制執行妨害行為は、C社の利益のため、C社が当事者として関与する形式で行われ、C社の最終的な意思決定者である代表者が最終的

に実行を決断し、C従業員の賛同の上、実行していること

②被告人は、手段を教示しているが、対象物件の選択はC側であり、被告人は実行行為自体には関与していないこと

③被告人は、あくまでC社の依頼を受け、弁護士として強制執行への対応策を助言指導する立場にすぎず、Cあるいは代表取締役を実質的に支配していたものではなく、従業員等とは自ずから利害状況や立場も異なっていること

④助言による直接的な利益を得たとまでも認めがたいこと

等の事情により、共謀共同正犯ではなく、幫助犯の成立を認めた。

なお、上告審においても、上記高裁判決が是認、維持されている（最高裁平成23年12月6日決定・・・資料15）。

(5) 東京高裁平成20年6月19日判決（高等裁判所刑事裁判速報集平成20年97頁・・・資料16）

保険金目的による非現住建造物等放火、詐欺事件において、

①アリバイ工作に協力することになった発端は、主犯から、埼玉の姉に用事があるから付き合ってくれ等と言われ、自動車に同乗したにすぎず、アリバイ作りのためではないかという認識程度で一緒に行動するに至ったものであること

②被告人が主犯のアリバイについて供述するまでの協力をするに至っておらず、アリバイ工作への協力もそれほど重要なものとはいえないこと

③保険会社の鑑定人らとの話も、主犯から一緒に来るように言われ、突然話を振られ、嘘を言うようになったものであること

④しかもその嘘は、結局のところ保険金額の査定には反映されておらず、客観的には重要な言動ではなかったとも考えられること

⑤放火が実行された後、共犯者らにねぎらいの言葉を掛け、朝食の世話を

焼く等被告人が積極的に行動している点もあるが、それらを含め、被告人の関与行為全てについてみても、被告人が共犯者に放火するよう促し、同人が放火する決意をするのに寄与したこと以外には格別重要な役割を果たしたと認められるものではないこと

- ⑥被告人は、会社の名目上の取締役にすぎず、その資金繰りに特段の利害関係がなく、また主犯から日頃飲食代を出してもらう関係にあったものの、報酬を含め特段の利益を受ける事情はうかがわれず、せいぜい親しく交際していた主犯の利益を図り、その意図を実現させて、今後も主犯との良好な関係を保持したいとの思いがあつてのことと推察されること

等の事情により、共謀共同正犯ではなく、幫助犯の成立を認めた。

- (6) 東京高裁平成22年12月8日判決（東京高等裁判所判決時報刑事61巻1～12号314頁・・・資料17）

侵入窃盗の事案において、

- ①動機について報復のおそれを根拠とすることには疑問があり、被告人は暴力団関係者であるが、それ故直ちに直接的な上下関係にない共犯者に従わなければならないことにはならないこと
- ②分け前について被告人から求めている形跡は窺えないこと
- ③携帯電話を通話状態にしたこと、精神的に支えたことは、見張り行為に当然付随するものにすぎないこと
- ④主犯と落ち合った際も被害店舗に向かう移動中の車中においても、主犯らから被告人に対する本件侵入窃盗の計画や、被告人の役割、その分け前等について説明や指示がなされた形跡が全くないこと
- ⑤共犯者との間で相互の携帯電話を通話状態にすること以外は、具体的な犯行計画や逃走経路等の説明も、見張りをすべき場所等に関する指示も

なく、実行行為に当たっても被告人は全く関与していないこと

⑥犯行後の逃走も、被告人はその後の指示をきちんと受けていなかったことから一人はぐれ、主犯に迎えに来てもらっていること

⑦分け前についても、他の共犯者が被告人に相談したりしたことはなく、被告人からもこれを要求するような行動は一切なく、かえって、共犯者から最初に受け取った腕時計も主犯の指示で返却していること

⑧販売価格が1億3600万円を超える窃取品からの被告人の利得がわずか30万円にすぎなかったこと

等の事情により、共謀共同正犯ではなく、幫助犯の成立を認めた。

3 学説

- (1) 小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別—実務的観点から—」（法曹時報51巻8号・・・資料18）

上記文献においては、「財産犯においては、事後に利益の分配を受けたこと、あらかじめ分配を受けることになっていたことは、正犯者であることの重要な資料である」「自己の犯罪とはいえない事情として・・・被告人が犯罪の結果について直接の利害関係を持っておらず、特に財産犯において不当利得の分配を受ける意思を持っていなかった場合」「自己の犯罪か他人の犯罪かを区別する要因として、・・・財産犯の場合には利得の分配」等とする各学説が紹介され、「自己の犯罪か、他人の犯罪かを判断するに当たって考慮すべき事情は、以上の各論稿にほとんど網羅されているといつてよい、すなわち、犯行の際行った行為の内容、他の行為者との共謀の有無ないしその経過・態様のほか、他の行為者との主従等の関係、犯行の動機、犯行に対する積極性の有無、犯罪の結果に対する利害関係の有無ないしその程度、犯罪の準備及び犯行後の犯跡隠蔽・利得分配等におい

て果たした役割等であり、またそれらの事情の総合的な考慮が必要である」とされている（17～20頁）。

また、「ア実行行為の分担ないしその内容等の観点」「イ共謀の経過、内容等の観点」「ウ他の行為者との人的関係の観点」「エ犯罪の動機ないし結果との関わり合いの観点」が検討され、「以上アないしエに掲げた事情は、それだけでも乙を常にあるいはおおむね正犯とするものであり、またそれらが重複して存在する場合も多く、かつその場合乙についての正犯性はいっそう強まると思われる。他方、乙についてこれらの事情がいずれも認められない場合、例えば、甲の実行行為の際乙の行った行為が実行行為の一部又はそれにつき必要かつ密接な行為でない上、甲と乙との間に明確な謀議が行われた形跡は認められず、かつ甲と乙との間において支配・被支配関係はなく、犯行の動機ないし犯罪の利得面でも積極的要素がないというようなときは、他に考慮すべき事情もないとはいえないであろうが（犯罪の準備段階及び犯行後の行動等）、一般的に共同正犯とする積極的事情に欠ける以上、幫助犯とされることが多いのではないかと思われる」とされている（34～35頁）。

そして、具体的には、幫助犯とされた事例として、「被告人は、不動産競売の対象となった建物に関し競売の買受人に対抗できる内容虚偽の賃貸借契約の記載をした書面等の作成に関与はしているが、右書面等の作成名義人の記名や押印を補充した上これらを執行官に提出する競売入札妨害行為は甲が行っており、甲はこれを行う時期や具体的方法などについては被告人に相談しておらず、さらに、被告人は右書面等の作成について報酬や謝礼を受け取ることも予定していなく、甲の依頼に応じたのは、従前から取引関係にあった甲と今後も良好な関係を維持することに主たる目的があった事案に関する東京高判平九・一二・一八東高刑時報四八・一一

一二・八九」を挙げ、「正当と思われる」と評している（35～36頁）。

- (2) 石井一正・片岡博「共謀共同正犯」（刑事事実認定（上）－裁判例の総合的研究341頁以下・・・資料19）

上記文献においては、「共謀共同正犯の成否が問題とされた裁判例中の説示を分類してみると、概ね、1)被告人（共謀者）と実行行為者の関係、2)被告人の犯行の動機、3)被告人と実行行為者間の意思疎通行為、4)被告人が行った具体的加担行為ないし役割、5)犯行の周辺に認められる徴憑的行為などの点にわたり、これに犯罪の性質（罪種）・内容なども考慮して総合的に判断されているように思われる」とされている（348～349頁）。

そして、「被告人の犯行の動機」については、「以上によりその傾向をみると、上級審により判断の変更があったものも含め、幫助犯と認定された各裁判例は、④の例を初めとして、②にみられるように、事前の分け前分配約束がなく、被告人が犯行の結果得られる利益に関する認識が明確でないまま犯行に関与しているか、③④⑤にみられるように、分配金が犯行による利益分配としては（実行行為者に比して）極めて低額にとどまったと認定されたものであることが目をひく。いずれの場合でも、経済的利益を目的とする犯罪（代表的には領得罪であろうが、勿論これに限らない。）においては実行行為者のそれと対比した分配利益の大小、被告人の利益分配に対する期待度（切実さ）の大小が、その量的大小に応じ、動機として犯行への積極的意思の大小に反映し、更に「自己の犯罪」を行っているという意識（＝共謀）の存在を推認させ、幫助犯との判別に寄与しているといえよう」（358頁）、「犯行の結果得られる経済的利益が一応肯定される場合、被告人が享受する利益の大小（量）及びこれと実行行為者が得る右利益との比較、被告人がこれに期待する切実さなどは共謀共同正犯の

成否に影響する」（367頁）とされている。

また、「犯行前後の徴憑行為」についても、「⑨（窃盗）は、窃取後被告人に対し分け前を与えなかった事実を指摘し、⑳（毒物及び劇物取締法違反等—トルエンの販売）や㉔（詐欺等）は、販売による利益や騙取金員の配分を受けていないことが共謀共同正犯の認定につき消極的事実になるとした」「これら犯行前後の徴憑行為は取り上げた裁判例に関するかぎり、共謀共同正犯の成否の認定に関し、場面に応じてその評価が分かれている。しかし、そのうちでも財産犯等犯行による利得が生ずる犯罪の場合には、分け前の分配がないことは、共謀共同正犯の成立を否定する場合にはかなり重視されている因子のように思われる」とされている（386～387頁）。

4 判例、学説の分析

以上のように、判例や学説は、いずれも共謀共同正犯と幫助犯の分水嶺として、①主犯者との関係、②客観的、具体的な関与の程度、態様等のほか、特に財産犯においては、③利益の分配の有無、程度等を重視していることが明らかである。

①については、主犯者との関係が、主従、支配・被支配の関係でないことは、共謀共同正犯の成立に消極的に作用する。

②については、実行行為を行っていないこと、関与が主導的、積極的でないことは、共謀共同正犯の成立に消極的に作用する。

③については、特に財産犯については、利益の分配を受けていないことは極めて重要であり、共謀共同正犯の成立について、大きく消極的に作用している。

5 本件の基本的な構造

- (1) 本件は、中小企業であるスカーラ、エス・オーインクが金融機関から融資を受けたことが詐欺として立件されている事案である。

被告人は、スカーラ、エス・オーインクとの間でコンサルタント契約を締結しているコンサルタントにすぎない。スカーラ、エス・オーインクが金融機関から融資を受けることは、借主であるスカーラ、エス・オーインクの事務であって、コンサルタントである被告人が主体的に関わるものではない。

コンサルタントが金融機関からの融資に主体的に関わり、主犯として問擬されるのであれば、スカーラ、エス・オーインクに対する実質的な行為支配、利益分配がなければならない。しかし、本件については、被告人が行ったことは、伊藤、朝倉に対する助言にすぎず、実質的な行為支配等は存在しない。また、金融機関からの融資は全てスカーラ、エス・オーインクのために用いられ、費消されているのであり、被告人は利益の分配も受けていない。

したがって、本件は、根本的に、被告人が主犯として問擬される事案ではないのである。

- (2) また、上記第3において詳述したように、本件において被告人は実行行為を行っていない。

すなわち、「内容虚偽の決算報告書を提出していたこと」は、詐欺罪の実行行為とは言い得ない。また、融資の申請に際して、スカーラは経営緊急支援を利用し、エス・オーインクは震災緊急保証を利用しているが、被告人はいずれもこれを行っていない。

さらに、スカーラ、エス・オーインクのいずれについても、金融機関への書類提出、融資申請、契約手続等は、全て伊藤、朝倉が行っているので

あり、被告人はこれを行っておらず、その場にもいなかった。

以上のとおり、本件の実行行為はいずれも伊藤、朝倉が行ったものであり、被告人が行ったものではない。

6 本件の具体的な事実関係

- (1) 第一審判決は「いずれの犯行も、会社経営者である伊藤や朝倉の判断によって敢行されたものであるが、被告人の知識・経験がなければなし得なかったもので、被告人は欠くことのできない重要な役割を果たした」と判示し、原判決も「本件各犯行はいずれも、元銀行員であった被告人の銀行の融資業務等に関する知識及び経験がなければ実現が困難であったもので、被告人は、本件各犯行を遂行する上で欠くことのできない重要な役割を果たしている」と判示している。

しかし、「内容虚偽の決算報告書を提出していたこと」は、詐欺罪の実行行為とは言い得ず、被告人が実行行為を行っていないことは上述のとおりである。

また、本件の関係証拠をさらに子細に検討すると、本件については、以下の事実が認められる。

(2) スカーラについて

- ① スカーラは、伊藤、A税理士により、平成15年1月期から粉飾決算を行っていた（甲13・5頁、乙28・1～2頁）。
- ② 平成17年1月期からの粉飾に被告人は関与したが、伊藤が主導していた（乙4・1～3頁、乙6・3頁）。
- ③ スカーラの丸紅、ヤマダ電機名義の振込は、伊藤が行っていたことで、被告人は関与していない（乙10・2頁、乙35、乙39・2頁）。
- ④ Gとの資金のキャッチボールも、伊藤が行っていたことで、被告人は

関与していない（乙 3 3、乙 3 6・3 頁、乙 3 9・1 頁）。

⑤ 平成 2 0 年 1 月期の決算に際して、被告人は伊藤にリスクを提案したが、伊藤は拒否した（甲 1 3・7 頁、乙 6・2 頁、乙 1 1・1～2 頁）

⑥ 平成 2 2 年 1 月期の粉飾は、その内容について、伊藤が A 税理士と相談して決めたものであり、被告人は具体的な方法について関与していない（甲 1 4・1～9 頁、乙 7・2 頁、乙 3 7・3～6 頁）。

⑦ 経営緊急の残高試算表は、伊藤が A 税理士に依頼して作成している。被告人は残高試算表の数字を認定申請書に転記しただけである（乙 9・2～4 頁）。

⑧ 認定書の受け取り、三菱東京 U F J 銀行への書類提出、契約手続等は全て伊藤が行っている（乙 9・3～5 頁、乙 4 0・5 頁）。

⑨ 3 0 0 0 万円の金額の融資を受けることも、資金繰りから伊藤が決めた（乙 4 0・2～3 頁）。

⑩ 融資を受けた 3 0 0 0 万円は、すべてスカーラの資金繰りに使われた（乙 4 1）。

⑪ 被告人は報酬等を全く受け取っていない。月額 1 5 万円のコンサルタント報酬は、被告人が勤務する D に対するものである。なお、9 月 2 4 日の 1 0 5 万円は、リスクジュール交渉という契約外の労務に対する対価（スポットフィー）であり、また同様に D に対するものである（乙 1 1）。

⑫ なお、スカーラの会社整理は、別のコンサルタントである F が伊藤に全面的に協力している。F は月額 3 0 万円の報酬を受け取っており、住所も貸している（乙 4 2、4 3）。

(3) エス・オーインクについて

① エス・オーインクは、朝倉、税理士事務員 E によって、平成 1 9 年 1 0 月期から粉飾決算を行っていた（甲 3 1・3 頁、乙 5 2・3～4 頁）。

- ②平成21年10月期の粉飾決算は、被告人は関与したが、朝倉が独自の判断で架空売上を計上している（甲31・3～4頁、乙53・7頁）。
- ③平成22年10月期の粉飾決算は、被告人は関与したが、Eが作成した素の決算報告書をベースに、朝倉、E、被告人が相談して行い、朝倉がEに指示している（甲31・6頁、乙13・1～9頁、乙54・1頁）。
- ④平成22年10月期の粉飾は、朝倉がEに400万円の架空売上の追加計上を依頼し、Eが「消費税のかからない海外売上の方がいい」と助言して行われた（乙54・10～11頁）。
- ⑤資金繰りに必要に金員の予測は朝倉が行った（乙55・2～3頁）。
- ⑥震災緊急保証制度の申請について、渋谷区への相談、申請書の作成、提出、添付資料の作成（偽造）、認定書の受領等は全て朝倉が行っている（乙58、乙59）。被告人は形式的な理由書の書き方を助言しただけである（乙15、乙17）。
- ⑦その後の「業況説明」の保証協会への提出、金融機関（三井住友銀行、りそな銀行、東日本銀行）への融資申込、契約手続等は全て朝倉が行っている。被告人は、朝倉と相談して「業況説明」を作成しただけである（乙17、乙18、乙58、乙59、乙61）。
- ⑧2000万円の保証枠の割り振りは、エス・オーインクの経営に鑑み、朝倉の判断で行われた（乙19・4～5頁、乙61・8頁）
- ⑨融資を受けた金員は、全てエス・オーインクの資金繰りに使われた（乙62）。
- ⑩被告人は報酬等を全く受け取っていない。月額30万円のコンサルタント報酬は、被告人が勤務するDに対するものである（乙2・7頁、乙12・2頁、乙51・9頁、乙62）。
- ⑪被告人は、朝倉に対して、人員削減、事務所移転等のリストラによる経

営改善、リスクによる返済を提案していた（朝倉陳述書・・・資料6）。

7 小括

以上の事実によれば、スカーラ、エス・オーインクのいずれについても、

- ① 被告人は、コンサルタントとして伊藤、朝倉に助言していたものにすぎない
- ② 被告人は粉飾決算について関与したが、スカーラについては伊藤、A税理士が主導して行われ、エス・オーインクについては朝倉、税理士事務所職員Eが主導して行われ、被告人は助言したものにすぎない
- ③ 被告人は、伊藤、朝倉に対して、リストラ等による経営改善、リスクによる返済を提案しており、粉飾決算の中止を進言していた
- ④ 本件の実行行為はスカーラが融資を受けた際の経営緊急の認定申請及びこれに基づく融資申込、エス・オーインクが融資を受けた際の震災保証認定及びこれに基づく融資申込であるが、いずれももっぱら伊藤、朝倉によって行われたものであり、被告人は直接関与していない
- ⑤ スカーラ、エス・オーインクが受けた融資金は、全てスカーラ、エス・オーインクのために用いられ、費消されており、被告人は報酬や分け前を全く受け取っていない

ことが明らかである。

第一審判決、原判決の判示を前提として、本件において詐欺罪が成立するとしても、このような事実関係においては、上記判例、学説に照らしても、被告人が、伊藤、朝倉との間で、詐欺を行うため、共同意思の下に一体となって互いの他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする共謀を遂げたということは到底言い得ないというべきである。

したがって、詐欺罪が成立するとしても、被告人に伊藤、朝倉との共謀共

同正犯が成立することはなく、幫助犯に止まるものである。

被告人に詐欺罪の共謀共同正犯を認定した第一審判決、原判決には、判例違反、判決に影響を及ぼすべき重大な法令違反、重大な事実誤認がある。

第5 原判決の著しい量刑不当

1 はじめに

第一審判決、原判決は、被告人に対して懲役2年4月の実刑を宣告した。しかし、第一審判決、原判決は、①中小企業の粉飾の実態、②被告人の日常業務の内容、③震災保証制度の内容と運用の実態等について、理解を欠いているものである。第一審判決、原判決の量刑は重すぎて甚だしく不当であり、これを破棄しなければ著しく正義に反する。

2 わが国における中小企業の粉飾の実態

平成24年版中小企業白書によれば、我が国の企業数は420万1264社である（産業別規模別事業所・企業数・・・資料20）。他方、国税庁が公表している「税務統計から見た法人企業の実態」（資料21）の平成22年版を見ると、法人数は258万6882社であり、うち利益計上法人は70万2553社（27.2%）、欠損法人は187万7801社（72.8%）となっている。

現在の金融機関の中小企業に対する融資は、上述のように、金融庁が「中小・零細企業の経営・財務面の特性や中小・零細企業に特有の融資形態を踏まえ、赤字や債務超過が生じていることや、貸出条件の変更が行われているといった表面的な現象のみをもって、債務者区分を判断することは適当ではない。したがって、取引実績やキャッシュフローを重視して検証するとともに、貸出条件の変更の理由や資金の使途、性格を確認しつつ、債務者区分の判断を行う必要がある」と指導しているが、赤字企業に対する融資は消極的となるという傾向が指摘されている。

そのため、実際には極めて多くの中小企業において、金融機関から容易に

融資を受けられるように粉飾決算が行われていることが実情であり、その割合は、上記国税庁の統計によれば7割近いと考えられるのであり、8～9割とも言われている（石塚健司「四〇〇万企業が哭いている」（以下、「石塚単行本」という。・・・資料22）81～89頁）。

本件においても、被告人が関与する以前から、スカーラはA税理士、エス・オーインクは税理士事務員Eによって粉飾決算が行われていたことは、この実態を表しているといえる。

このような粉飾決算、融資の申込を全て本件のように詐欺であると立件し、取り締まれば、ほとんどの中小企業は倒産し、日本経済自体が崩壊してしまうことは明らかである。

そのため、悪質な粉飾で、倒産や不良債権化等により実質的な被害が発生し、被害額も多額で私腹を肥やしたような場合でなければ、取り締まりは行わないということが社会的なコンセンサスに合致するというべきである。

3 被告人の日常業務の内容

被告人は中小企業のコンサルタントであり、その業務は以下のように、極めて多岐にわたっている（朝倉陳述書・・・資料6）。

- ① 取引先との交渉
- ② 人事（採用、配点、削減）に関するアドバイス
- ③ 経費の削減（役員報酬その他販管費の削減）
- ④ 事務所・店舗の移転・整理、これにともなう雑事等の交渉
- ⑤ 資金繰りの指導、資金繰表等の作成と資金繰りの調整
- ⑥ 金融機関との交渉・書類等の作成
- ⑦ 販売戦略・販売手法の指導
- ⑧ 役員会等への参加、提言・指導等

⑨ 役所（社保庁、税務署等）との交渉

⑩ 代表者に対する精神的サポート

被告人が、スカーラ、エス・オーインクの粉飾決算に関与、協力したことは、スカーラ、エス・オーインクが経営を継続していくために上記のコンサルタント業務を行っていく中で、やむにやまれず行ったものである。

また、被告人は漫然と粉飾決算に関与、協力したのではなく、上述のように、伊藤、朝倉に対して、人員削減、事務所移転等のリストラによる経営改善、リスクによる返済を提案しており、粉飾決算の中止も提言していた（甲13・7頁、乙6・2頁、乙11・1～2頁、朝倉陳述書・・・資料6）。

4 震災保証制度の実情

特に本件において問題とされた震災保証制度の実情についても、検討する必要がある。

震災保証制度は3段階の手続となっており、①会社所在地の市区町村の窓口にて認定申請書等を提出して、審査を受ける、②市区町村から認定書の交付を受け、これと信用保証委託申込書、信用保証委託契約書等の申込書類一式を金融機関に提出して融資を申し込む。そして銀行が保証協会に、書類一式を送付する。③保証金額が決定したら、保証書が保証協会から金融機関に送付され、金融機関が所定の審査をしたうえで、融資が実行される。この市区町村及び保証協会の審査は、実際には非常に緩いものである。

震災保証制度については、金融機関としては、保証協会の保証が付いているため貸し倒れのリスクがない融資であり、積極的にこれを利用した融資のセールスを展開していた。

本件において、エス・オーインクに対しても、メーンバンクである三井住友銀行は積極的なセールスを行っていた（一審被告人質問53頁、55頁、

朝倉被告人質問 11～12頁、乙15の2頁、乙18の3～4頁、乙57の3～4頁)。

このように、震災保証制度自体が、非常に緩い審査のもと、金融機関に貸し倒れのリスクが生じることなく、中小企業を援助するための政策の一つとして制定されたものである。

そのため、現実には、震災保証制度が適用されるものか問題がある案件についてまで、金融機関はセールスを行い、実際に適用されているのである(石塚単行本149～156頁、233～234頁・・・資料22)。

5 被告人は従属的、幫助的役割であること

上述したように、

- ① 被告人は、コンサルタントとして伊藤、朝倉に助言していたものにすぎない
- ② 被告人は粉飾決算について関与したが、スカーラについては伊藤、A税理士が主導して行われ、エス・オーインクについては朝倉、税理士事務所職員Eが主導して行われ、被告人は助言したものにすぎない
- ③ 被告人は、伊藤、朝倉に対して、リストラ等による経営改善、リスクによる返済を提案しており、粉飾決算の中止を進言していた
- ④ 本件の実行行為は、スカーラが融資を受けた際の経営緊急の認定申請及びこれに基づく融資申込、エス・オーインクが融資を受けた際の震災保障認定及びこれに基づく融資申込であると考えられるが、いずれももっぱら伊藤、朝倉によって行われたものであり、被告人は直接関与していない
- ⑤ スカーラ、エス・オーインクが受けた融資金は、全てスカーラ、エス・オーインクのために用いられ、費消されており、被告人は報酬や分け前を全く受け取っていない

ことは明らかである。

本件犯行の主犯は伊藤、朝倉であり、被告人の本件犯行への関与は極めて限定的なものにすぎず、幫助的役割にすぎない。また、被告人は本件犯行による直接的な利益を全く受け取っていない。

なお、主犯である朝倉は、控訴審で減刑され、懲役2年となっている。

6 一般情状

- ① 被告人は本件を真摯に反省している。
- ② 被告人に前科前歴はない。
- ③ 被告人は、控訴審において300万円の贖罪寄附を行っている。
- ④ 被告人は勤務先を解雇され、職を失う等、社会的制裁を受けている。
- ⑤ 今後、被告人の妻が、被告人を監督することを誓っている。

7 本件捜査の異常性

本来、粉飾決算による不正融資を詐欺として立件する場合、会社が倒産したり、不良債権となったりしてから捜査対象となるはずである。

本件においては、スカーラ、エス・オーインクはいずれも継続的に運営されており、債務の返済も行っていた。特に、エス・オーインクについては、上述のように、約定に基づいた返済ができる見込みが十分にあった。平成23年9月下旬以降、エス・オーインクには多額の入金の予定もあった。

それにもかかわらず、東京地検特捜部は、あえてエス・オーインクに入金がある直前の同月15日に朝倉を逮捕し、債務の返済を不可能ならしめたのである。

このように、本件の被害が発生したのは、東京地検特捜部が本件を立件し、強制捜査を行ったことによるのであり、強制捜査が行われなければ、本件の

被害が発生することもなかったのである。

なお、本件を担当した東京地検特捜部「特殊・直告第2班」は、同年10月1日に廃止されたものであるが、廃止直前に、本件を恣意的に狙い撃ちした疑いが濃厚である（石塚単行本136～143頁、212頁、229～239頁・・・資料22）。

8 小括

以上の事情によれば、被告人に対して懲役2年4月の実刑を宣告した第一審判決、これを是認した原判決の量刑は重すぎて甚だしく不当であり、これを破棄しなければ著しく正義に反する。

第6 結語

以上述べたとおり、被告人らにおいて、本件融資に際して、融資を得た資金を事業の維持・促進に使用し、努力してこれを返済するという意思にいささかの偽りはなく、また返済することにつき十分な見込みがあったのである。確かに、被告人らは、粉飾した決算書を提出し、また一部には不正に取得した認定書を提出する等、決して公正とは言えない行為を行っており（もっとも被告人にあっては上述のとおり、認定書が不正取得であることを知らされていない）、決して容認されるべきものではないが、決して刑事事件として処罰されるべきものではなく、もっぱら民事事件として処理されるべきものであったのである。また、仮に刑事事件として処罰されるべきであったとしても、支払い不能等、現実金融機関に損害が発生した場合に限って刑事的に処罰することも許容されるものであったのである。

本件は、広く巷間に国策捜査と指摘されているとおり、震災融資等の冒用による不適切な融資を防止するために、検察特捜部が見せしめとしてあえて立件したものであって、捜査権のみならず公訴権の濫用と言うべきものであって、被告人らはその犠牲者である。特捜検察の介入さえなければ、スカーラもエス・オーインクもともに返済を行っていたのであり、また被告人の指導の下に、粉飾決算をやめていたのである（以上、被告人「粉飾」…資料23、被告人陳述書…資料24）。

確かに、第一審及び原審では、弁護人の方針により、上記の点は看過され指摘されず、もっぱら情状弁護が展開された。しかし、その誤った弁護方針の不利益は、決して被告人に負わされるべきではない。

刑事司法は、法律に則って公正かつ公平に、そして厳正に行使されなければならない。そこに、いささかなりとも取り締まり等の行政目的からする刑事司法の利用があってはならない。なぜなら、その犠牲になった者にとって

は、それが全てであるからである。震災融資制度の冒用の防止は、審査の厳格化によってこそ初めて可能となるものであって、決して、刑事処罰の利用という威嚇によって防止できるものではない。特捜部の考えは安直にして誤りである。

弁護人は、裁判所が、特捜検察の刑事司法の不正利用をただすとともに、法律を公正・公平にして厳正に適用し、原判決を破棄し、被告人に無罪を宣告すること、仮にそうでないとしても、執行猶予に処することを求める。

以上

