

# 現代取引社会における詐欺罪の罪質と処罰範囲

上 田 正 和

- 一 はじめに
- 二 詐欺罪をめぐる従来の議論
- 三 詐欺罪の成否に関する最近の最高裁判例
- 四 詐欺罪の罪質（保護法益）と要件
- 五 おわりに

## 一 はじめに

詐欺罪（詐欺利得罪を含む。）は、人を騙して財物（又は財産上の利益）を獲得する犯罪である。我が国の刑法は、詐欺罪の基本的な構成要件として刑法二四六条の極めて簡潔な条文を置いていたが、<sup>(1)</sup>実際には極めて多種多様な行為について詐欺罪の成否が議論されている。また、詐欺罪は、現代社会における多くの経済犯罪・企業犯罪の基本でもあり、<sup>(2)</sup>刑法の詐欺罪の解釈論が他の犯罪の成否に影響を与えることは少なくない。

詐欺罪については、その罪質ないし保護法益は財産に対する罪（財産犯）であると考えられてきた。一部の学

説は、詐欺罪について取引における信義誠実の原則という社会的法益に対する罪としての性格をも含めようとしているが、多くの支持を得ていない<sup>(3)</sup>。

ところが、最近の（この約一〇年間の）詐欺罪に関する判例、それも、若干ではあっても法解釈論を展開している最高裁判例を見ると、詐欺罪が財産犯であるという性格に照らすと、あるいは、財産的処分行為に向けられた欺罔行為（欺く行為）と錯誤と財産的損害という詐欺罪の諸要件に照らすと、詐欺罪の成立を認めることに問題がありそうなケースについても詐欺罪の成立が認められている<sup>(4)</sup>。そして、これらの最高裁判例が詐欺罪の成立を肯定するための理由として述べている内容は、財産犯としての詐欺罪というのとは異なった観点からの説明が行われているようでもある。これは、現代社会における詐欺罪の罪質ないし保護法益を理解するに当たって、従来とは異なる考え方や犯罪としての性格付けを示すものであると考えることが可能である<sup>(5)</sup>。

本稿は、このような詐欺罪に関する最近の最高裁判例の傾向を踏まえた上で、詐欺罪の罪質ないし保護法益について、現代社会の中における詐欺罪の機能という側面を踏まえながら、若干の検討を行おうというものである。その際には、実践学としての法学であることを踏まえて、抽象的な罪質ないし保護法益論にとどまらず、詐欺罪の処罰範囲や詐欺罪（としての処罰）という行為規範による健全な現代取引社会の実現という効果についても言及してみたい。現段階においては深く掘り下げた検討というには遠く及ばないが、現代取引社会における詐欺罪の罪質や処罰範囲を考えるに当たってのささやかな問題提起としての役割を果たすことができれば幸いである。

詐欺罪の罪質ないし保護法益論に関する私の考え（現時点での大まかな考え方の方向性ないし展望）の要点をあらかじめ簡単にまとめると、①詐欺罪が財産犯としての性格を有することは否定できないものの、それに止まらず、社会内における（広い意味での）財産的取引上の信義則に違反する罪（つまり、財産的取引上のルール違反）としての性格をも有していること、従って、②詐欺罪としての処罰範囲も、このような観点から画されるべきであ

ること、③詐欺罪を特徴付けているのは、欺罔行為（欺く行為）という「行為手段」の点にあり、詐欺罪の要件もこれに重点を置いて理解されるべきであり、財産的損害という「結果」の面から詐欺罪の成立を絞り込もうとすることは適切でないこと、④財産的取引上の信義則違反というルール違反の行為規範違反の面から詐欺罪の成立範囲を考えることによって、現代の健全な財産的取引社会の実現とそれによる国民の安全と幸福の実現という一般予防にもつながるという視点の重要性、というものである。以下において、これらについて述べていきたい。

## 二 詐欺罪をめぐる従来の議論

詐欺罪に関して、本稿で検討する問題点に関係する従来の議論を簡単に確認し整理を行っておきたい。ここでは（一）詐欺罪の保護法益、（二）詐欺罪における財産的損害の内容、（三）国家的法益と詐欺罪、について述べるが、これらは相互に関連性を有する議論でもある。

### （一）詐欺罪の保護法益

詐欺罪の保護法益が個人の財産であることは、現在ではほぼ確立した考え方である<sup>(8)</sup>。かつては、取引における信義誠実の原則（という社会的法益）を合わせて考えようとする見解が一部で主張されていたが、現在ではこのような考え方はほとんど主張されていない<sup>(9)</sup>。詐欺罪が信義誠実の原則に違反する行為であることは、とりわけ詐欺罪の行為手段である欺罔行為については当然にいえることであるが、一般的にはこれを直ちに詐欺罪の罪質ないし保護法益とすることまでは考えられていない。ここから、詐欺的手段による結婚（いわゆる結婚詐欺）は詐

欺罪に当たらないという(当然の)結論が導かれる。

もつとも、詐欺罪の保護法益が個人の財産であるとしても、これだけでは、他の財産犯である窃盗罪等との區別を十分に導くことはできない。被害者の生命や身体という財産以外の保護法益をも有する強盗罪を別にすれば、個人の財産というだけでは、窃盗罪、恐喝罪さらには横領罪との関係で、詐欺罪の保護法益としての独自性ないし特徴は少ない。

この点、窃盗罪における財産は、特定の財産を保有しているという財産の存在自体が問題となる「静的な財産」であるが、詐欺罪において問題となる財産は、(広い意味での)財産の交換ないし処分という「動的な財産」である<sup>(10)</sup>とされており、このような理解は正當なものである。そうであれば、さらに一歩進めて、財産の交換ないし処分という「動的な財産」を侵害するとはどのようなことであるのかをより直視すべきであろう。この点で、後に述べるが、私は、詐欺罪の保護法益について、個人の財産のみならず、財産的取引上の信義誠実の原則というルールに違反すること(による財産侵害である)と考えたいが、詐欺罪をこのように理解することによって、同一の財産であっても、「いかなる状態にある財産」に対して、「いかなる手段・方法によって侵害を行ったのか」、従って「その場合にいかなる財産犯が成立するのか」を適切に考えることができると思われる。そして、これによって、具体的なケースについて、詐欺罪の成否の判断や窃盗罪と詐欺罪の区別(住み分け)を適切に行うことができる<sup>(11)</sup>と考える。最高裁判例においても、最判昭和二五年七月四日刑集四卷七号一一六八頁は、欺罔行為によって統制物資を購入した事案において、「詐欺罪の如く他人の財産権の侵害を本質とする犯罪が、処罰されたのは単に被害者の財産権の保護のみにあるのではなく、かかる違法な手段による行為は社会の秩序をみだす危険があるからである。そして社会秩序をみだす点においては所謂闇取引のに行われた欺罔手段でも通常の取引の場合と何等異なるところはない。従って、闇取引として経済統制法規によって処罰される行為であるとして

も相手方を欺罔する方法即ち社会秩序をみだすような手段を以て相手方の占有する財物を交付せしめて財産権を侵害した以上被告人の行為が刑法の適用をまぬかるべき理由はない」と述べて、詐欺罪が財産権の侵害にとどまらないものであることを明らかにしている。<sup>(12)</sup>

## (二) 詐欺罪における財産的損害の内容

現行刑法は、詐欺罪の成立要件つまり構成要件要素として財産的損害を明示していないが、現在の一般的な見解は、詐欺罪が財産犯であることを根拠にして、詐欺罪が成立するためには財産的損害の発生が必要であるとし、それは個別財産であつて全体財産ではないとしている。<sup>(13)</sup>そして、現在は、この個別財産をどのように理解すれば詐欺罪の成立範囲を適正な範囲に限定できるのかが学説によって盛んに議論されている。<sup>(14)</sup>

従来の判例・多数説は、個別財産を形式的に理解し、財物の占有移転をもって財産的損害ありとしてきた（形式的個別財産犯）。この例として、最決昭和三四年九月二八日刑集一三卷一一号二九九三頁は、一般的に販売されている通常の電気あんま器にすぎないのに特別の効果を持つ医療機器であるとして相当対価で販売した行為について、「たとえ価格相当の商品を提供したとしても、事実を告知するときは相手方が金員を交付しないような場合において、ことさら商品の効能などにつき真実に反する誇大な事実を告知して相手方を誤信させ、金員の交付を受けた場合は、詐欺罪が成立する。」と述べている。また、自己名義のクレジットカードの不正使用について加盟店に対する一項詐欺罪の成立を認める一連の裁判例も、これと同様の立場で財産的損害を理解するものである。<sup>(15)</sup>

このような考え方に対しては、財産の占有移転のみで足りるとすれば実質的には損害不要になってしまうとして、最近の多くの学説は、個別財産の損害を実質的に理解することによって財産犯である詐欺罪の成立範囲を限

定しようとする（実質的個別財産説<sup>(16)</sup>）。そして、実質的な財産上の損害について、財産取引において獲得しようとして失敗したものが経済的に評価して損害といえるのかともされている<sup>(17)</sup>。また、有力な考え方は、詐欺罪における錯誤は法益関係の錯誤であるとして、財産処分において「客観化可能で具体的給付に内在し、かつ経済的に重要な目的」に錯誤がある場合には法益関係の錯誤があり詐欺罪が成立するとしている<sup>(18)</sup>。判例においても、詐欺罪における損害を実質的に理解することによって詐欺罪の成立範囲に限定を設けようという考え方は、最判平成一三年七月一九日刑集五五卷五三七一頁が、内容虚偽の汚泥処理券を提出することによって請負代金を本来の支払時期よりも早く受領した行為について、「請負人が本来受領する権利を有する請負代金を欺罔手段を用いて不当に早く受領した場合には、その代金全額について刑法二四六条一項の詐欺罪が成立することがあるが、本来受領する権利を有する請負代金を不当に早く受領したことをもって詐欺罪が成立する」というためには、欺罔手段を用いなかった場合に得られたであろう請負代金の支払とは社会通念上別個の支払に当たるといい得る程度の期間支払時期を早めたものであることを要すると解するのが相当である。」と述べている点にも現れている。

もともと、財産的損害の実質化というだけでは損害の有無に関する基準は十分には示されておらず、財産取引において獲得しようとして失敗したものを経済的に評価して損害といえるのかについても、財産的取引目的には様々な要素や拡がりが考えられる以上、限定としての機能は脆弱である<sup>(19)</sup>。法益関係の錯誤論を援用するとしても、法益概念自体が曖昧性を有しており拡がりを持ちうるものであるという一般の問題点を抱えている上、財産処分において「客観化可能で具体的給付に内在し、かつ経済的に重要な目的」というのも判断基準としては明確ではない。

この問題に関する私の考えは後に述べるが、我が国の刑法の法文（構成要件）において明示されていない財産的損害というものに重点を置いて詐欺罪の成立範囲を限定しようとすることにそもそも問題があると考えてい

る。そして、詐欺罪は財産犯であるので財産的損害の発生は詐欺罪の要件として必要であるとしても、被害品の占有が被害者側から行為者側に移転したのは、行為手段としての欺罔行為によって惹き起こされたものである。社会内における（広い意味での）財産的取引上の信義則に違反するような一定の行為手段（欺罔行為）によって導かれたところの占有移転が正に詐欺罪における財産的損害なのである。従って、詐欺罪の特徴は、欺罔行為（及びその結果としての錯誤）にあるというべきであり、詐欺罪の成立範囲を画するに当たっては、具体的財産的取引の中で行われた欺罔行為性の有無と程度という観点から考えられるべきことになる。

### （三）国家的法益と詐欺罪

国家や地方公共団体という国家的な利益に向けられた詐欺行為が詐欺罪を成立させるかについては見解が分かっているが、従来の多数説は、国家的法益の侵害が同時に国家や地方公共団体の財産を侵害するものである以上は詐欺罪が成立する<sup>(20)</sup>と考えてきた。判例においては、詐欺罪の成立が認められたものとして、簡易生命保険証書、健康保険証書等があり、反対に成立が否定されたものとして、脱税、旅券、印鑑証明書等がある<sup>(21)</sup>。

国家的法益に対する詐欺的行為については、これまでの判例が一貫した論理によって詐欺罪の成否を考えてきたとはいえないのが実情である。国家や地方公共団体の財産を侵害するものである以上は財産犯が成立するという比較的良好に行われている保護法益論からの説明についていえば、国家や地方公共団体がある特定の財産を保有していること自体が国家的法益であるともいえるのであり、現在の保護法益論の流動性にも照らすと、詐欺罪の成否に関する基準としては脆弱であろう。

私は、ここでも、詐欺行為によって（結果として）何を侵害した（しようとした）のかという視点だけでなく、相手方（被害者）との財産的取引（ないし取引類似）の場面における財産的取引上の信義則違反の有無を、行為時

における客観的な側面から判断することによって解決するという方向性を採るべきであると考ええる。これまでの判例は、旅券や印鑑証明書の取得について詐欺罪の成立を否定してきたが、最近の判例の傾向に照らすと、これらを対象にする詐欺行為については、現在では詐欺罪の成立が認められる可能性もあり、それは正当な判断であると考えている。もっとも、国家による強制的な徴収を逃れようとする脱税については、取引的要素を認めることはできないので、詐欺罪の成立は否定されると考える。

### 三 詐欺罪の成否に関する最近の最高裁判例

詐欺罪の成否が問題とされ学説から多くの評釈が行われている最近の重要な最高裁判例は少なくないが、本稿との関係で主なものをいくつか取り上げて若干の検討を行うことにする。これらの判例の分析・検討によって、現代社会における詐欺罪の実際の姿を窺い知ることができる。<sup>(22)</sup> 判例を取り上げるに当たっては、(一)金融機関に対する詐欺罪の成否が問題とされたケース、(二)経済的には客観的な財産的マイナスが生じていないケース、(三)その他のケース、に分けて検討を行う。

#### (一) 金融機関に対するケース

今日の社会において財産として圧倒的に重要なものは金銭である。そして金銭を違法ないし不当な手段によって手に入れようとするとき、行為の相手方の主要な例として考えられるのは銀行等の金融機関である。そこで、金融機関に対する詐欺罪の成否が問題とされたケースを最初に取り上げる。

##### (1) 誤振込金の引出し

最決平成一五年三月一二日刑集五七卷三号三二二頁は、自己名義の銀行預金口座に誤って振込みがなされたことを知った上で、そのことを銀行に告げることなく銀行窓口において自己の預金口座から誤振込金を引き出した行為について、誤振込金に対する預金債権の存在を認めつつも、詐欺罪の成立を認めた。<sup>(23)</sup><sup>(24)</sup>

本決定は、詐欺罪の成立を肯定した理由として、「受取人の立場から見れば、受取人においても、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には、銀行に上記の措置を講じさせるため、誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。社会生活上の条理からしても、誤った振込みについては、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとすべき実質的な権利はないのであるから、上記の告知義務があることは当然というべきである。」と述べている。

本決定は、欺罔行為として、受取人の銀行に対する告知義務違反を問題としているが、その根拠として、銀行預金取引における信義則や社会生活上の条理ということをあげている。受取人は民法上は正当な預金債権者であるにもかかわらず、誤振込金であることを告知しなかったことが刑法上は欺罔行為と評価される（不真正不作为犯となる。）<sup>(25)</sup>のは、本決定においても述べられているように、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っているという点にある。日頃から預金の出入れ等により継続的な取引関係に立っている当事者間においては、相手方が自分に対して有している取引上の（当然ともいえる重要な）期待を裏切ることが、取引関係の高度化・複雑化・大量化の中においては、従前にも増して強く禁止されるべき行為である。そして、裁判所によって示される法的根拠（理屈付け）は、最終的には財産的取引当事者間における信義則や条理ということ以上には出てこないであろう。そして、この財産的取引上の信義則や条理というものは、一義的なものではなく、取引を取り巻くそれぞれの時代や社会状況等によって大きく変動するものである。いずれにせよ、本決定におい

ては、欺罔行為の存在についての説明が中心となっているが、それにはもっともな理由があると思われる。

(2) 自己の銀行預金の引出し

最決平成一九年七月一〇日刑集六一卷五号四〇五頁は、建設業者が自己名義の銀行預金口座に振り込まれた前払金を本来の用途以外の運転資金に充てる目的で引き出した行為について、銀行に対する詐欺罪の成立を認めた。<sup>(26)</sup>

本決定は、詐欺罪の成立を肯定した理由として、「被告人は、A建設被告人名義の前払金専用口座に入金された金員について、前払金としての用途に適正に使用し、それ以外の用途に使用しないことを羽曳野市及び保証事業会社との間でそれぞれ約しており、B銀行藤井寺支店との関係においても同口座の預金を自由に払い出すことはできず、あらかじめ提出した『前払金使途内訳明細書』と払出請求時に提出する『前払金払出依頼書』の内容が符合する場合に限り、その限度で払出しを受けられるにすぎないのであるから、同口座に入金された金員は、同口座から被告人に払い出されることによって、初めて被告人の固有財産に帰属することになる関係にある……。すなわち、上記前払金専用口座に入金されている金員は、いまだ被告人において自己の財産として自由に処分できるものではない。一方、B銀行藤井寺支店も、保証事業会社との間で、前払金専用口座に入金された金員の支払に当たって、被告人の払出請求の内容を審査し、使途が契約内容に適合する場合に限って払出しに応じることが約しており、同口座の預金が予定された使途に従って使用されるように管理する義務を負っている。そうすると、被告人らにおいて、A建設の運転資金に充てる意図であるのに、その意図を秘して虚偽の払出請求をし、同支店の係員をして、下請業者に対する前払金の支払と誤信させて同口座から前記C土木名義の口座に四〇〇万円を振入金させたことは、同支店の上記預金に対する管理を侵害して払出しに係る金員を領得したものであり、詐欺罪に該当するものというべきである。」と述べている。

本決定においては、工事の請負人である被告人は、銀行との間において、自己名義の銀行預金口座に前払金と

して振り込まれた金員であったとしても、前払金を本来予定された使途目的以外には引き出すことができないものであったことが重要な事情として指摘されている。(1)の誤振込みのケースと同様に、自己の銀行預金口座に振り込まれているとはいえ、実質的にはそれを引き出すことが許されない場合であった。つまり、請負人は、自己名義の預金口座からの引出しに当たって、前払金に関わる関係者との関係において、客観的に正当な引出しであることを金融機関に対して正しく伝えた上で正当な引出しを行うことが求められていたのであり、それが本件における前払金の適正な引出しに関する重要なルール（行為規範）であったのである。自己名義の預金口座からの正当な出金であることを装うことによって実質的には許されない金員の引出しを行うことが銀行（や保証事業会社）に対する財産的取引上の信義則に違反していることはいうまでもない。

(3) 第三者に譲渡する意図を隠して預金通帳等を受領

最決平成一九年七月一七日刑集六一巻五号五二二頁は、預金通帳とキャッシュカードを他人に譲渡する意図を隠して自己名義の銀行預金口座を開設して、これによって自己名義の預金通帳とキャッシュカードの交付を受け<sup>(27)</sup>た行為について、詐欺罪の成立を認めた。

本決定は、詐欺罪の成立を肯定した理由として、「各銀行においては、いずれもA又はBによる各預金口座開設等の申込み当時、契約者に対して、総合口座取引規定ないし普通預金規定、キャッシュカード規定等により、預金契約に関する一切の権利、通帳、キャッシュカードを名義人以外の第三者に譲渡、質入れ又は利用させるな<sup>(28)</sup>どすることを禁止していた。また、A又はBに應對した各行員は、第三者に譲渡する目的で預金口座の開設や預金通帳、キャッシュカードの交付を申し込んでいることが分かれば、預金口座の開設や、預金通帳及びキャッシュカードの交付に應じることはなかった。……銀行支店の行員に対し預金口座の開設等を申し込むこと自体、申し込んだ本人がこれを自分自身で利用する意思であることを表しているというべきであるから、預金通帳及び

キャッシュカードを第三者に譲渡する意図であるのにこれを秘して上記申込みを行う行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これにより預金通帳及びキャッシュカードの交付を受けた行為が刑法二四六条一項の詐欺罪を構成することは明らかである。」と述べている。

本決定においては、預金通帳やキャッシュカードが財物であることに重点が置かれているわけではない。<sup>(28)</sup> 窃盗罪においては財物の存在それ自体が保護の対象となるので（静的な財産）、財物といえるのかが決定的に重要であるが、詐欺罪の成否についてはそれだけではない。詐欺罪において問題となる財産は、財産の交換ないし処分という財産的取引の中で考える必要がある（動的な財産）。本件は、銀行に対して預金通帳やキャッシュカードの占有喪失という被害を生じさせたという点にポイントがあるのではなく、預金者として銀行と（頻繁に）取引行為を行うことが予定されている「財産的取引主体（名義人）」の同一性について偽ったというものである。

銀行取引を初めとする現在の金融社会においては、銀行口座を利用する各種の不正行為（マネー・ロンダリングのような複雑かつ巧妙な不正行為に限らず、振り込め詐欺のように一般人が容易に巻き込まれる不正行為を含む）への対応が急務とされている。そのためには、銀行取引、とりわけ取引開始時における「取引主体（名義人）の同一性」は銀行（さらには、その背後にいて日常的に銀行を利用する極めて多くの国民や企業）にとって重大な関心事である。この点、「金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律」（通称「本人確認法」）や、同法を引き継いだ「犯罪による収益の移転防止に関する法律」は預貯金通帳の利用の適正を害する行為を広く処罰しているが、これとは別に財産犯である詐欺罪の成立を認めることができるのかが問題となる。

銀行の預金口座の開設を受けようとする者（銀行取引を行おうとする者）としては、銀行口座を日常的に利用し銀行取引が適正になされていることへの強い期待を有している銀行の背後にいる多くの国民の利益をも考えて、銀行口座を適正に利用することが財産的取引当事者としては厳しく要請されており、このことが銀行との関係に

における重要な財産的取引上の信義則といえるのである。銀行との財産的取引の際に、特にその開始時点において、「財産的取引主体（名義人）」の同一性を偽ることは、現代の社会生活上必要不可欠な金融取引システムに対する裏切り行為であり、いうまでもなく信義則に違反するものである。

(4) (1)～(3)判例から窺われること

銀行等の金融機関に対する詐欺罪の成立が認められるということは、金融機関に対して向けられた行為者の外形的表示（不作為を含む。）が詐欺罪における（財産的処分行為に向けられた）欺罔行為に当たるということである。実質的な権利がないにもかかわらずそのことを秘して自己の銀行預金口座から引出しを行おうとすること、適正な使途に充てることを装って自己名義の銀行預金口座から引出しを行おうとすること、銀行預金口座開設後の実質的な預金口座利用者名義を偽ること等は、銀行（金融機関）に対していかなる意味を有するものといえるのであろうか。

欺罔行為を向けられた金融機関の側からすれば、そのような行為は金融機関を利用するに当たったの財産的取引上の最低限のルールに大きく違反するものである。(1)判例は、信義則や社会生活上の条理を上げているが、そのような一般条項の具体的な内容は時代や社会や財産的取引内容によって変化するものであって、不変かつ固定的なものではありえない。そして、(3)判例が、「契約者に対して、総合口座取引規定ないし普通預金規定、キャッシュカード規定等により、預金契約に関する一切の権利、通帳、キャッシュカードを名義人以外の第三者に譲渡、質入れ又は利用させるなどを禁止していた」という点をあげているのは、財産的取引の一方当事者である銀行の側にとって、取引上最低限遵守してほしいルールを明示するものである。また、(3)判例においては、従来から理解されてきた財産的損害という要素が希薄化していることは否定できない。この点で、詐欺罪の財産犯としての性格や財産的損害を厳格に求める立場からは、(3)判例に対する批判がなされることになる。<sup>(29)</sup>

## (二) 経済的には客観的な財産的マイナスが生じていないケース

### (1) 他人名義のクレジットカードの利用

最決平成一六年二月九日刑集五八卷二号八九頁は、クレジットカードの名義人からカード利用の許可を得ておりカード利用代金の決済が名義人によってなされるという事情があったとしても、クレジットカードの名義人本人を装ってガソリンの給油を受けた行為について、詐欺罪の成立を認めた。<sup>(30)</sup>

本決定は、詐欺罪の成立を肯定した理由として、「本件クレジットカードの会員規約上、クレジットカードは、会員である名義人のみが利用でき、他人に同カードを譲渡、貸与、質入れ等することが禁じられている。また、加盟店規約上、加盟店は、クレジットカードの利用者が会員本人であることを善良な管理者の注意義務をもって確認することなどが定められている。……被告人は、本件クレジットカードの名義人本人に成り済まし、同カードの正当な利用権限がないのにこれがあるように装い、その旨従業員を誤信させてガソリンの交付を受けたことが認められるから、被告人の行為は詐欺罪を構成する。仮に、被告人が、本件クレジットカードの名義人から同カードの使用を許されており、かつ、自らの使用に係る同カードの利用代金が会員規約に従い名義人において決済されるものと誤信していたという事情があったとしても、本件詐欺罪の成立は左右されない。」と述べている。

本決定においては、クレジットカードが会員である名義人本人のみが利用できること、そして、クレジットカードの譲与や貸与等が禁止されていることが指摘されている。名義人からクレジットカードの利用が許されており名義人によって利用代金の決済が行われる場合には、他人によるクレジットカードの利用によって現実的には財産的損害が発生することはない。経済的な損害は生じていないのである。<sup>(31)</sup> それにもかかわらず、最高裁は詐欺罪の成立を認めたのである。そこでは、クレジットカードによる信用取引システムが、信用（支払能力等）を確認の上で正規にクレジットカードの発行を受けた名義人本人のみによる利用が予定された取引システムであるとい

う点が大きく考慮されている。クレジットカードの名義人本人による利用であるということが詐欺罪における財産的な損害と結び付くのかという問題があるが、ここでは、クレジットカード取引における財産的取引上のルールの遵守ということが決定的な事情として重視されている。このようなルールの遵守を強調することは、昨今におけるクレジットカードの不正使用による被害の増大という社会状況が背景になっている。<sup>(32)</sup> いずれにしても、経済的には損害が発生していないにもかかわらず、(財産犯である)詐欺罪の成立が認められており、財産的損害の要件は有名無実化している。

(2) 相当の対価による根抵当権の放棄

最決平成一六年七月七日刑集五八巻五号三〇九頁は、担保に供した不動産を全くの第三者に売却すると偽って、債権者である株式会社住宅金融債権管理機構(以下、「住管機構」という。)が相当と認めた対価を同社に支払って根抵当権を放棄させた行為について、二項詐欺罪の成立を認めた。<sup>(33)</sup>

本決定は、二項詐欺罪の成立を肯定した理由として、「本件各根抵当権等を放棄する対価としてA社から住管機構に支払われた金員が本件各不動産の時価評価などに基づき住管機構において相当と認めた金額であり、かつ、これで債務の一部弁済を受けて本件各根抵当権等を放棄すること自体については住管機構に錯誤がなかったとしても、被告人に欺かれて本件各不動産が第三者に正規に売却されるものと誤信しなければ、住管機構が本件各根抵当権等の放棄に応ずることはなかったというべきである。被告人は、以上を認識した上で、真実は自己が実質的に支配するダミー会社への売却であることなどを秘し、住管機構の担当者を欺いて本件各不動産を第三者に売却するものと誤信させ、住管機構をして本件各根抵当権等を放棄させてその抹消登記を了したものであるから、刑法二四六条二項の詐欺罪が成立するというべきである。」と述べている。

本決定においては、債権者である住管機構に対して根抵当権放棄の対価として住管機構自身が了承した金額が

支払われており、経済的には財産的損害が認められないにもかかわらず、担保物件である不動産が誰に売却されるのかということを重視して、この点を偽った行為について欺罔行為（と錯誤）を肯定したのである。

担保物である不動産が誰に売却されるのかに関する債権者の錯誤は詐欺罪の法益である財産に関わるものではなく、これを偽っただけで経済的な損害が生じていない行為であっても、詐欺罪が成立するとしたのである。本決定においては「〇〇〇に担保物を売却する。」という点を偽る行為であることに重点が置かれているが、本件では、公的資金の投入によって不良債権の最大限の回収を行い債務者に利益を残さないことが目指されており、担保物である不動産を売却するに当たって、一体誰に売却するのかということは重要な事情であった。<sup>(34)</sup> これをも財産的損害（の一類型）として説明することも可能ではあるが、むしろ、債権者である住管機構との間の債務弁済と根抵当権放棄という財産的取引行為の場における取引上の信義則に関わるものということができるであろう。

### (3) 航空機搭乗券の不正な受領

最決平成二二年七月二九日刑集六四卷五号八二九頁は、不法入国を企てている他人に渡す意図を隠して航空機搭乗券の交付を受けた行為について、詐欺罪の成立を認めた。<sup>(35)</sup>

本決定は、詐欺罪の成立を肯定した理由として、「本件において、航空券及び搭乗券にはいずれも乗客の氏名が記載されているところ、本件係員らは、搭乗券の交付を請求する者に対して旅券と航空券の呈示を求め、旅券の氏名及び写真と航空券記載の乗客の氏名及び当該請求者の容ぼうとを対照して、当該請求者が当該乗客本人であることを確認した上で、搭乗券を交付することとされていた。このように厳重な本人確認が行われていたのは、航空券に氏名が記載されている乗客以外の者の航空機への搭乗が航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含むものであったことや、本件航空会社がカナダ政府から同国への不法入国を防止するために搭乗券の発

券を適切に行うことを義務付けられていたこと等の点において、当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していたからであって、本件係員らは、上記確認ができない場合には搭乗券を交付することはなかった。また、これと同様に、本件係員らは、搭乗券の交付を請求する者がこれを更に他の者に渡して当該乗客以外の者を搭乗させる意図を有していることが分かっていたら、その交付に応じることはなかった。……搭乗券の交付を請求する者自身が航空機に搭乗するかどうかは、本件係員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、自己に対する搭乗券を他の者に渡してその者を搭乗させる意図であるのにこれを秘して本件係員らに対してその搭乗券の交付を請求する行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによりその交付を受けた行為が刑法二四六条一項の詐欺罪を構成することは明らかである。」と述べている。

本決定は、「本件係員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから」として、欺罔行為や錯誤の対象について、財産的損害との間の単なる事実的な因果関係の存在では足りず、重要性という程度（量）を内容とする評価基準（規範）を示した点が注目されるが、損害の中味が問題となる。

本決定は、上記(一)(3)判例と同一線上に位置付けることができるが、現実の財産的な損害という点よりも、国際線航空機への搭乗者についての嚴重な本人確認手続とその必要性を偽ったという点に重点が置かれているといつてよい。国際線航空機に所定の手続を経た正規の乗客本人以外の者が搭乗していないということは、航空機の運行さらには国際社会における安全性（安定性）にとって重要な利益であり、従って、当該航空会社の航空運送事業の経営上も重要であることは否定できないが、財産犯である詐欺罪の成立を認めることによってその保護を図ろうというのである。

本決定においては、一体何を財産的損害と理解すればよいのであろうか。本決定があげているのは、「（別人

の) 航空機への搭乗が航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性」であり「航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していた」等の事情であるが、これらは財産を実質的財産ととらえるとしても本来の財産とは依然として相当程度の距離があることを否定できない。詐欺罪の要件として財産的損害を重視するのであれば、本決定に賛成することは困難といえるであろう。<sup>(36)</sup>

正規の乗客本人が航空機搭乗券の交付を受け、正規の乗客本人が航空機に搭乗することは、財産的な利益やその損害というものではなく、航空機の運航の安全に関わるものであり、むしろ、搭乗券の交付を受ける者が航空会社との関係において遵守すべき信義則ないしルールに関わるもので、そこに(広い意味での)財産的取引としての側面を見い出すことができるか否かの問題であるとはいえないであろうか。

(4) (1) (3) 判例から窺われること

詐欺罪は財産犯であるとされ、構成要件上は明示されていないものの財産的損害の発生が詐欺罪成立のためには必要であるとされてきた。

ところが、(1)判例においては、クレジットカード利用代金が名義人本人によって支払われる場合には、経済的・実質的には財産的損害は発生していない。クレジットカードの名義人本人による利用でなければ商品を販売することはなかったという形式的な財産的損害の発生を認める余地はあるが、財産的損害の内容をそこまで希薄化してまで財産犯としての実質を維持する必要があるか。 (2)判例においても、債務者から債権者である住信機構に対して、根抵当権を放棄するに当たって虚偽の前提事情を提示したということで、債権者と債務者間における当該の債権放棄という一種の財産的取引場面における相手方当事者に対する誠実ないし真摯な対応という信義則に違反した点に実質がある。 (3)判例に至っては、詐欺罪成立の理由として、財産ないし経済的損害とは相当程度の距離のある事情があげられている。

(1) (3)判例においては、財産の移動の原因について財産的損害とは関係の薄い（あるいは、相当程度の距離がある）虚偽の事実を示したという点に実質があり、これが詐欺罪成立の事実上の根拠とされている。これを財産的損害ないし財産犯として一元的に説明しようとすることは非常に困難であると思われる。

### (三) その他の最近のケース

#### (1) 電子マネーの利用権の取得

本来の（人間相手の）詐欺罪に関するものではないが、最決平成一八年二月一四日刑集六〇巻二号一六五頁は、他人のクレジットカードの名義人氏名や番号等を無断でインターネットを介して電子計算機に入力送信することによって、メール情報受送信サービス利用のための決済手段として利用される電子マネーの購入を申し込み、電子マネー販売等の事務処理に使用される電子計算機に接続されているハードディスクにクレジットカード名義人が電子マネーを購入したとする電磁的記録を作り、電子マネーの利用権を取得した行為について、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた。<sup>(37)</sup>

本決定は、電子計算機使用詐欺罪の成立を肯定した理由として、「被告人は、本件クレジットカードの名義人による電子マネーの購入の申込みがないにもかかわらず、本件電子計算機に同カードに係る番号等を入力送信して名義人本人が電子マネーの購入を申し込んだとする虚偽の情報を与え、名義人本人がこれを購入したとする財産権の得喪に係る不実の電磁的記録を作り、電子マネーの利用権を取得して財産上不法の利益を得たものといふべきであるから、被告人につき、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた原判断は正当である。」としているが、電子計算機使用詐欺罪の要件である「虚偽の情報」について、「財産権の得喪若しくは変更に関わる情報を広く含む」という解釈を示したのである。

本決定の原審判決（大阪高判平成一七年六月一六日）も電子計算機使用詐欺罪の成立を認めているが、「実際の利用者である被告人が、電子マネーの購入に当たり、自分名義のクレジットカードではなく、他人であるC名義のクレジットカードを冒用して、同カード記載の名義人名等の情報をBあてに入力、送信することは、『実際の利用者』と『カード名義人』の人格の不一致を生じさせることとなり、明らかに本来のシステムが予定していない『虚偽の情報』を与える行為と認めることができる。したがって、たとえ所論のように、被告人が入力、送信した情報がC名義のクレジットカード上に記載された情報そのものであっても、被告人の当該行為は、本件Bを介した事務処理においては、『虚偽の情報』を与える行為に該当するというべきである。」と述べている点が注目される。ここでは、他人名義のクレジットカードの冒用という行為は本来のシステムが予定していないところであること、つまり、クレジットカードによる信用取引システムというものは、正規にクレジットカードの発行を受けた名義人本人のみによる利用が予定された取引システムであるという点が大きく考慮されている。<sup>(38)</sup> クレジットカードの名義人本人による利用であるということ自体が直ちに詐欺罪における財産的な損害と結び付けてよいのかに関しては疑問の余地があり、ここでは、クレジットカード取引における取引上のルール遵守ということが決定的な事情として重視されているが、これは(二)(1)判例と同様である。

## (2) 不特定多数者に対する街頭募金詐欺

最決平成二二年三月一七日刑集六四卷二号一一一頁は、不特定多数の者を被害者とする街頭募金詐欺について、一体的に評価して包括一罪になるとした。詐欺罪は個人の財産に対する犯罪であるとすれば、被害者が複数であれば法益主体が同一でない以上は複数の詐欺罪が成立するはずであるが、本決定は、包括的な評価を行うことを認めたのである。<sup>(39)</sup>

本決定は、包括一罪としての評価を行った理由として、「本件においては、個々の被害者、被害額は特定でき

ないものの、現に募金に応じた者が多数存在し、それらの者との関係で詐欺罪が成立していることは明らかである。弁護人は、募金に応じた者の動機は様々であり、錯誤に陥っていない者もいる旨主張するが、正当な募金活動であることを前提として実際にこれに応じるきっかけとなった事情をいうにすぎず、被告人の真意を知っていれば募金に応じることはなかったものと推認されるのであり、募金に応じた者が被告人の欺もう行為により錯誤に陥って寄付をしたことに変わりはないというべきである。この犯行は、偽装の募金活動を主宰する被告人が、約二か月間にわたり、アルバイトとして雇用した事情を知らない多数の募金活動員を関西一円の通行人の多い場所に配置し、募金の趣旨を立看板で掲示させるとともに、募金箱を持たせて寄付を勧誘する発言を連呼させ、これに応じた通行人から現金をだまし取ったというものであって、個々の被害者ごとに区別して個別に欺もう行為を行うものではなく、不特定多数の通行人一般に対し、一括して、適宜の日、場所において、連日のように、同一内容の定型的な働き掛けを行って寄付を募るという態様のものであり、かつ、被告人の一個の意思、企図に基づき継続して行われた活動であったと認められる。加えて、このような街頭募金においては、これに応じる被害者は、比較的少額の現金を募金箱に投入すると、そのまま名前も告げずに立ち去ってしまうのが通例であり、募金箱に投入された現金は直ちに他の被害者が投入したものと混和して特定性を失うものであって、個々に区別して受領するものではない。」として、本件の街頭募金詐欺行為の特徴を述べた上で、「これを一体のものと評価して包括一罪と解した原判断は是認できる。」との判断を行ったのである。

詐欺罪の保護法益は個人の財産であり、被害者に財産的損害が生じることが詐欺罪の成立要件とされてきた。そうであれば、理論的には財産的損害を受けた被害者それぞれに対して詐欺罪が成立することになり（立証上の問題は別途生じうる）、併合罪又は（一個の行為といえれば）観念的競合となるはずである。ところが、最高裁は弁護人が主張したこのような考え方を採らず、本件における街頭募金の形で行われた詐欺行為の手段方法・態様

に着目することによって一罪性を認めたのである。

本決定が示唆するように、犯罪捜査や訴因（罪となるべき事実）の特定や立証上の困難性という事情はあろうが、実体法上は、詐欺罪の成否を考える重点を、個々の被害者の財産という法益の侵害つまり結果ではなく、詐欺行為者の欺罔行為という行為部分に置いたものと理解することが可能である。このことは、詐欺罪の罪質や処罰範囲を考えるに当たって重要なポイントとなる。（広い意味での）財産的取引の具体的な場面において、相手方との関係で、○○○○○という行為には出るべきではない（財産的取引上の信義則に違反する）、という行為手段の面、つまり行為規範に重点を置くことは、詐欺罪の理解において、いかなるルールに従って（広い意味での財産の交換ないし処分という）財産的取引行為を行うべきであるのかを提示することでもある。

#### 四 詐欺罪の罪質（保護法益）と要件

##### （一）詐欺罪の特徴

詐欺罪は財産犯であり、その中でも、財産的価値を手に入れる領得罪である。そして、同じく領得罪の代表例である窃盗罪との違いは、財産的価値（窃盗罪においては「財物」に限られている。）を獲得するに当たっての行為手段において、被害者（の意思）に対して働き掛けを行い、それを（意思に瑕疵があるものの）受け入れた被害者から財産的価値の交付を受ける、という相互性の存在にある。そこでは一定の財産的価値が自然人の（瑕疵があるとはいえ）意思によって移動しており、そこに見られるのは（広い意味での）具体的な財産的取引行為である。この財産的取引行為による財産的価値の移動が正に詐欺罪の前提であり特徴でもある。刑罰法規による規制は断片性を有しており、個人の財産を侵害するあらゆる行為が財産犯として処罰の対象とされているわけではない。

正当な財産的取引を装って相手方を誤信させて実質的には正当とはいえない財産的価値の（意思による）移動つまり財産的取引を惹起する点に詐欺罪の特徴がある。

見方を変えれば、詐欺罪においては、財産的価値が刑法による保護の対象とされているといっても、財産の存在自体という「静的な財産」ではなく、財産的取引ないし財産の移動という「動的な財産」の実質的な保護が刑法上は予定されている。<sup>(40)</sup>

## (二) 詐欺罪の罪質（保護法益）

このように、詐欺罪の特質が財産的取引ないし財産移動の実質的な正当性にあるとすれば、詐欺罪の罪質ないし保護法益について、単に個人の財産であるということだけでは、誤りではないものの、詐欺罪の罪質の理解としては不十分であり当を得たものとはいえない難いと思われる。むしろ、財産的取引ないし財産移動の実質的な正当性を損なう行為であるところに詐欺罪の基本的な罪質つまり保護法益を見出すべきではなからうか。そして、最近の詐欺罪に関する最高裁判例もそのような点を考慮しているものと考えられる。

もっとも、保護法益論自体が、現在の（そして今後の）刑事法の議論においてどの程度の有用性がある絶対的・普遍的な議論であるのか、つまり、刑事処罰の範囲を画するために保護法益論が必要不可欠の議論であるのかについては、疑問なしとしない。<sup>(41)</sup> 保護法益論から演繹的に刑事処罰の範囲（限界）を導くことは必ずしも適切ではない。刑事処罰の範囲、つまり刑事処罰の発動によって守られるべき利益は、社会状況を背景にした国民意識抜きには考えられず、抽象的な保護法益論だけから具体的な処罰の範囲（限界）を導き出すことは困難である。また、保護法益は決して固定的で不変のものではなく、科学技術の進歩や社会状況の変化に伴う副作用として、新たな行為手段によって惹き起こされる好ましくない行為や結果に対する国民意識に支えられながら、刑罰法規

によって保護されるべき新たな保護法益が登場してくる。つまり、保護法益は、行為手段によって新たに生まれてくるものでもある。経済犯罪や環境犯罪やハイテク犯罪とされる行為形態や最近の多くの特別刑罰法規の立法<sup>(42)</sup>がその例である。さらにいえば、保護法益論を実質化することによって、保護法益は国民に向けられた行為規範(行動ルール)の形成と提示としての機能を有することになるが、この行為規範(行動ルール)の分厚い積み重ねや大きな束によって安全な社会が形成される<sup>(43)</sup>ことができる。

このような意味で、私は、詐欺罪についての保護法益論を大上段に構えるつもりはないが、詐欺罪の罪質について一定の方向性を示しておくことは、詐欺罪の成否に関する解釈論において有益であると思われるので、若干の検討を行いたい。

詐欺罪に当たる行為は「財産的取引の中における」「財産の移動が実質的に正当でない行為」であることは疑いを容れないであろうが、それを惹起する欺罔行為こそが詐欺罪の出発点であり中核であり、従って罪質ないし保護法益を考えるに当たってのポイントになるであろう<sup>(44)</sup>。そして、このように理解される詐欺罪の基本的な罪質に基づいて、実践的な法適用に関わる詐欺罪の(解釈論上の)諸要件、従って処罰範囲ないし処罰の限界を導くことになる。そこで、この①「財産的取引の中における」②「実質的に正当でない財産の移動」という二つの要素についてさらに検討を行う。

①「財産的取引の中における」とは、民事法の世界における財産的取引というように厳格に考えるものではない。詐欺罪の成否が問題になる場面においては、行為者が対価ないし対価性のある利益を示してそれと引換えに被害者から何らかの財産的利益の交付を受けるという関係にある。このような関係が認められれば、「財産的取引の中における」という要素を満たすといつてよい。「財産的取引ないし財産的取引類似の場面における」と表現することもできる。重要なことはその中味であるが、財産的取引の種類や内容や質は、時代や社会状況によつ

て大きく異なる。現在の日本社会は、自由主義経済体制の下、個人の自由で活発な財産的取引が大いに期待されている。そして、科学技術の著しい進歩や通信手段の高度化によって実現されている莫大な分量の情報の流通と人々の移動の増加を背景とする財産的取引の著しい増大と多様化により、「財産的取引の中における」という場面は莫大に増えている。つまり、詐欺罪の成否を論じうる射程は、現代社会においては格段に増加しかつ多様化しているのである。例えば、金融機関に預金口座を開設することやそれに伴い預金通帳やキャッシュカードの交付を受けることも、当然ながらこの意味での財産的取引に含めることができる。

②「実質的に正当でない財産の移動」という要素も、様々な拡がりないし可変性を含むものである。何が実質的に見て正当でないのかは理論のみで説明できるものではない。「具体的な財産の移動」が、その時代・その社会状況・当該の財産的取引において実質的に正当と評価できるか否かということである。民法上は一定の権利性に基づいた一応は理由のある財産の移動や財産的評価であったとしても、実質的に見ればそのような財産の移動は否定されるべき場合は少なくない<sup>(45)</sup>。この「実質的に正当でない」という判断を行う手掛かりとなるものは、取引当事者の属性と相互関係、取引内容（財産の移動の内容）、そしてそれらに対する社会一般の評価である。

個人による財産的取引が自由に認められている社会においては、各人が様々な利害得失等を考えた上で主観的に一定の意図ないし目的の下、特定の誰かと特定の財産的取引行為を行う。そこでは、仮に財産的価値の交換自体には客観的な等価性が備わっていない場合であっても、当該取引以外の事情や思惑の下に、主観面も含めた評価として一定の取引上の等価性が備わっていれば、当該の取引当事者にとって、それは実質的に正当な財産の移動であるといつてよい。この取引上の等価性という財産的取引のバランスを失わせるような財産の移動が「実質的に正当でない財産の移動」である。

このような「財産的取引の中における」「実質的に正当でない財産の移動」というものが詐欺罪の基本的な要

素であるので、それを導き出すような欺罔行為こそが詐欺罪の実行行為として詐欺罪の罪質（保護法益）を理解するに当たつての中核的要素となり、そのような行為による財産の移動を導かないような行為規範を立てることが、健全な財産的取引社会の実現とそれによる国民の安全と幸福の実現という面でも重要となる。これに関連して、窃盗罪との比較において、詐欺罪においては欺罔行為の開始によつて実行の着手が認められ、（未遂犯の）処罰が前倒しされているという指摘がなされているが、<sup>(46)</sup> 正当な指摘であると考ええる。

### （三）詐欺罪の成立要件としての欺罔行為と錯誤

このように、詐欺罪の要件としての、欺罔行為 ↓ 錯誤 ↓ 財産的処分行為 ↓ 財物（財産上の利益）の移転 ↓ 財産的損害の発生、の中では、実質的に正当でない財産の移動の原因状態である錯誤、そして特にそれを惹き起こす欺罔行為が決定的に重要な要素と位置付けられることになる。従来、一般的に詐欺罪は財産犯であるとされてきたが、財産的損害の発生は詐欺罪の構成要件の中に明示されているわけではない。詐欺罪の中核的要素として欺罔行為を位置付けることの裏返しとして、財産的損害という要件は相対的に軽くなり、欺罔行為によつて惹起された正当でない財産の移動がなされた「結果」であるともいえるのである。

欺罔行為は錯誤をもたらし、錯誤状態下で財産的処分行為が行われるが、有力な見解は、法益関係的錯誤論を適用して、詐欺罪の保護法益に關係する錯誤に向けられた欺罔行為でなければならぬとした上で、財産処分の「客観化可能で具体的給付に内在し、かつ経済的に重要な目的」に錯誤がある場合には法益関係的錯誤があり詐欺罪の成立が認められるが、付随的事情について錯誤があつても詐欺罪は成立しないとして、未成年者であることを偽つて成人向けの本を購入する場合には詐欺罪の成立を認めないという一般的に承認されている結論の説明を行おうとしている。<sup>(47)</sup> もっとも、法益関係的錯誤が問題とする「法益関係的」の範囲自体が実は明確なものでは

なく、経済的に重要な事項であるのかそうでない（単なる）付随的事情であるのかの区別は明確ではない。<sup>(48)</sup> 法益関係の錯誤論者間においても詐欺罪の成否について一致した明確な基準が立てられているわけではない。<sup>(49)</sup> また、判例は、法益関係の錯誤論には否定的な立場を示してきたといつてよい。<sup>(50)</sup>

詐欺罪で保護される財産は、窃盗罪における財産、つまり財産の存在それ自体という静的な財産状態でなく、財産的取引行為の中における財産という「動的な財産」である。財産を財産的取引行為の中で動的に把握する場合には、その財産的取引が行われる社会状況、取引当事者の属性、取引内容等を具体的に考える必要がある。さらにいえば、財産的取引の中には、金融機関との取引のように、取引当事者間だけでなく他の第三者や社会公共に広く影響を生じさせるような取引行為も存在する。

これらの検討によると、法益関係の錯誤論やこれと類似した財産交換における取引目的不達成によって詐欺罪の成立範囲（財産的損害の有無）を画そうとする考え方は、詐欺罪の成否を判断する基準としては不十分といえるであろう。そして、「財産的取引の中における」「実質的に正当でない財産の移動」を導く欺罔行為といえるか否かについては、実質的な観点から見て財産的取引における信義則に違反する行為であるか否かを、個別具体的な事案ごとに検討していかざるをえないと思われる。その際には、当該具体的行為に対する刑法的評価を通して、健全な財産的取引行為に向けての行為規範ないし財産的取引におけるルールの提示という視点が考慮されるべきである。それが財産的取引に関わる国民の安全と幸福の実現にもつながることになる。

従って、これまでの判例においては、印鑑証明書の不正取得について詐欺罪の成立が否定され（大判大正二二年七月一四日刑集二卷六五〇頁）、旅券の不正取得についても詐欺罪の成立が否定されているが（大判昭和九年二月一〇日刑集一三卷一六九九頁）、それらの不正取得行為について、その当時は財産的取引上の信義則に違反する行為であるとの評価を受けなかったというにすぎず、その判断が今日においても変わることなく維持されるとは

限らない。国家的法益に向けられた詐欺的行為についても、「財産的取引における」「実質的に正当でない財産の移動」を導く欺罔行為といえるか否か、つまり財産的取引上の信義則に違反する行為であるのかを、将来の行為に対する規制ないし行為規範という面をも考慮しながら個別具体的に検討していくことになる。

## 五 おわりに

詐欺罪については、従来から、欺罔行為や財産的処分行為（特に、処分意思）等の諸要件をめぐって多くの議論がなされてきたが、最近では、財産的損害やそれと関連付けた欺罔行為の解釈をめぐる議論が盛んであり、詐欺罪の成否に関わる数多くの注目判例が出されている。このことは、詐欺罪の構成要件の解釈や成立範囲が理論的にも実務的にも一義的でないことを示すものである。

本稿は、このような状況を踏まえながら、詐欺罪の保護法益は個人の財産であって財産的取引における信義則違反というものは含まれないという従来の一般的な考え方に若干の疑問を感じ、また、刑法上も詐欺罪の構成要件の中に財産的損害が明示されていないことをも踏まえながら、①詐欺罪が財産犯としての性格を有することを否定しないものの、それにとどまらず、社会内における（広い意味での）財産的取引上の信義則に違反する罪（つまり、財産的取引上のルール違反）としての性格をも有していることを、最近のいくつかの最高裁判例を見ながら検討してきた。そして、②詐欺罪としての処罰範囲も、このような観点から画されるべきであること、③詐欺罪を特徴付けているのは、欺罔行為（欺く行為）という「行為手段」の点にあり、詐欺罪の要件もこれに重点を置いて理解されるべきであり、財産的損害の発生という「結果」の面から詐欺罪の成立を絞り込もうとすることは適切でないこと、さらには、④財産的取引上の信義則違反というルール違反の行為規範違反の面から詐欺罪

の成立範囲を考えることによって、健全な財産的取引社会の実現とそれによる国民の安全と幸福の実現という一般予防にもつながるといふ視点をも考えてみた。

特に、最近の最高裁判例は、正面から信義則違反を問題にしていなくとも、事実上・実質的には当該の財産的取引における信義則に違反するか否かという観点から詐欺罪の成否の判断を行っているものと理解することができ、理論的にも、「動的な財産」を問題とする詐欺罪の罪質ないし保護法益として、財産的取引上の信義則を考へることは可能であろう。動的な財産状態つまり財産交換の場面における財産的取引上の信義則という罪質は、詐欺罪が財産犯であるという性格をも含むものともいえるが、従来は、詐欺罪はもっぱら財産犯としての性格付けが行われてきた。

今後の実践的な課題としては、詐欺罪の成立範囲に関わる財産的取引上の信義則に違反するか否かについて、個別の事案についての適切な判断を積み重ねていくことによって、詐欺罪の処罰範囲を適正なものとし、今後の財産的取引が適切に行われるような行為基準（行為規範）を提示していくことが求められることになる。<sup>(51)</sup> 本稿における検討は理論的な検証等の点で甚だ不十分なものであろうが、今後さらに研究を深めていきたいと考えている。

(1) 特別なものとして、刑法典の電子計算機使用詐欺罪（二四六条の二）と準詐欺罪（二四八条）、組織犯罪処罰法三条一項九号の組織的詐欺罪等がある。

(2) 大型の経済事犯の多くは最終的には詐欺罪の適用を受けることが少なくなく、詐欺事件は経済刑法の主要な領域であるとされている。神山敏雄他編『新経済刑法入門』（二〇〇八年）一六頁。また、経済活動や企業活動に伴う違法行為には、詐欺的要素が含まれていることが少なくない。インサイダー取引や不正競争防止法違反や脱税等がその例である。

- (3) 詐欺罪の保護法益として社会的法益を含めようとするものとして、長島敦『刑法における実存と法解釈』(一九八六年) 一一七頁以下。佐久間修『刑法各論』(二〇〇六年) 一九七頁(注2) は、「(欺罔) 行為自体の反社会性を考慮して詐欺罪の成否を決するべきであろう。」とする。他に、詐欺罪における消費者保護の面を指摘するものとして、藤木英雄『刑法講義各論』(一九七六年) 三二八頁以下。
- (4) 詐欺罪に関する最近の最高裁判例について検討を行ったものの例として、木村光江「詐欺罪における損害概念と処罰範囲の変化」法曹時報六〇巻四号(二〇〇八年) 一頁以下、上寫一高「詐欺罪の課題と最近の最高裁判例」刑事法ジャーナル一三号(二〇〇八年) 六一頁以下、星周一郎「詐欺罪の機能と損害概念」研修七三八号(二〇〇九年) 三頁以下。
- (5) 木村・前掲(4) は、詐欺罪に関する最近の判例の分析と検討を通して、消費者保護の強化、騙す側の行為の悪質性の高さ、一般人により見抜けない欺罔行為の高度化を上げて、詐欺罪の処罰範囲は拡大せざるをえないことを指摘する。
- (6) 橋爪隆「詐欺罪(上)」法学教室二九三号(二〇〇五年) 七三頁は、詐欺罪の成否の検討においては欺罔行為の存在が決定的な役割を果たしているとする。
- (7) 佐久間・前掲(3) 二〇六頁は、行為無価値論の立場から、欺罔行為の態様も含めた取引秩序を考慮しつつ可罰的詐欺の範囲を決定している。
- (8) 大谷實『刑法講義各論(新版第三版)』(二〇〇九年) 二四八頁、山口厚『刑法各論(第二版)』(二〇一〇年) 二四四頁等。
- (9) 長島・前掲(3)。詐欺罪がもっぱら財産犯としての性格を有することについて疑問を示す最近のものとして、佐久間・前掲(3)。また、林幹人『刑法各論(第二版)』(二〇〇七年) 二三五頁は、「詐欺罪は、公正な取引を確保することによって、財産を保護しようとするものである。」としている。
- (10) 松宮孝明『刑法各論講義(第二版)』(二〇〇八年) 五頁。内田浩「詐欺罪における財産的損害」法学教室三五九号(二〇一〇年) 三五頁。
- (11) 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(二〇〇二年) 一七〇頁は、詐欺罪は、財産交換の失敗を独自の法益侵

害とすることによって処罰範囲を拡げる犯罪であるとしている。

(12) 他の裁判例として、名古屋高判昭和三〇年二月一三日判時六九号二六頁、東京地判昭和六二年九月八日判時一二六九号三頁〔投資ジャーナル事件〕、大阪地判平成元年三月二九日判時一三三二号三頁〔豊田商事事件〕。

(13) 大谷・前掲(8) 二六一頁、西田典之『刑法各論(第五版)』(二〇一〇年) 一九八頁、前田雅英『刑法講義各論(第四版)』(二〇〇七年) 一九一頁等、通説は詐欺罪は個別財産に対する罪であるとする。これに対して、詐欺罪を全体財産に対する罪と考えるものとして、林・前掲(9) 一四三頁。

なお、橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」植村立郎判事退官記念論文集第一卷(二〇一一年) 一八一頁は、法益関係の錯誤論によって詐欺罪の成立範囲を限定することができ、財産上の損害は不要であるとする。

(14) 山口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』(二〇〇六年) 一〇一頁以下(佐伯仁志執筆)、酒井安行「詐欺罪における財産的損害」『刑法の争点』(二〇〇七年) 一九〇頁以下、内田・前掲(10) 三四頁以下。

(15) 名古屋高判昭和五九年七月三日判時一二二九号一五五頁、東京高判昭和五九年一月一九日判タ五四四号二一五頁等。

(16) 前田・前掲(13) 二八七頁、山口・前掲(8) 二六七頁等。

(17) 西田・前掲(13) 一九九頁以下。

(18) 山口他・前掲(14) 一〇九頁(佐伯仁志執筆)。さらに、橋爪・前掲(13) 一八七頁。

(19) 内田・前掲(10) 三六頁は、被害者が獲得しようとして失敗したものを経済的に評価して損害といえるのかは、被害者の主観的な期待・迷惑を資料として判断するものであるので、詐欺罪を全体財産に対する罪と理解する考え方の違いは大きくないとしている。

(20) 大谷・前掲(8) 二四八頁、西田・前掲(13) 一八四頁、前田・前掲(13) 二九一頁等。反対の見解として、団藤重光『刑法綱要各論(第三版)』(一九九〇年) 六〇七頁。

(21) 判例によって詐欺罪の成立が肯定されたものの例として、最決平成一二年三月二七日刑集五四卷三三四〇二頁〔簡易生命保険証書〕、東京地判昭和六二年一月二〇日判時一二七四号一六〇頁〔健康保険証書〕。否定されたものの例として、大判明治四四年五月二五日刑録一七輯九五九頁〔脱税〕、最判昭和二七年二月二五日刑集六卷一二号

一三八七頁〔旅券〕、大判大正一二年七月一四日刑集二卷六五〇頁〔印鑑証明書〕。

(22) 前掲(4)の文献。銀行業務に関する最高裁判例を紹介しコメントを行ったものとして、山口厚「最近の刑法判例を追う」NBL八七一号(二〇〇七年)八頁以下。

(23) 誤振込金の受取人に対する債権者が預金債権を差し押さえたのに対して振込依頼人が第三者異議の訴えを提起した事案についての民事判例の最判平成八年四月二六日民集五〇巻五号一二六七頁。もともと、最判平成二〇年一〇月一〇日民集六二巻九号二三六一頁は、「受取人の普通預金口座への振込みを依頼した振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在しない場合において、受取人が当該振込みに係る預金の払戻しを請求することについては、払戻しを受けることが当該振込みに係る金員を不正に取得するための行為であって、詐欺罪等の犯行の一環を成す場合であるなど、これを認めることが著しく正義に反するような特段の事情があるときは、権利の濫用に当たるとしても、受取人が振込依頼人に対して不当利得返還義務を負担しているというだけでは、権利の濫用に当たるということはできないものというべきである。」と述べており、受取人の引出しについて権利濫用の法理の適用の可能性を示している。

(24) 本決定に対する評釈の例として、高橋則夫「誤振込み」刑法判例百選Ⅱ各論(第六版)(二〇〇八年)一〇〇頁以下、及びそこに掲載されている文献。

(25) 判例において不作為が欺罔行為に当たる(告知義務違反)とされたものの例として、既往症を隠して生命保険契約を締結する行為(大判昭和七年二月一九日刑集一一巻八五頁)、準禁治産者(現在は、被保佐人)であることを隠して借金をする行為(大判大正七年七月一七日刑録二四輯九三九頁)、抵当権が設定されていることを隠して土地を売却する行為(大判昭和四年三月七日刑集八巻一〇七頁)。

(26) 本決定に対する評釈の例として、橋本正博「使途を限定して預金口座に振り込まれた前払金を使途を偽って払い出し別口座に入金させた行為に詐欺罪の成立を肯定した事例」ジュリスト平成一九年度重要判例解説(二〇〇八年)一七九頁以下、及びそこに掲載されている文献。さらに、上田正和「公共工事の前払金として自己の銀行預金口座に振り込まれた金員を引き下ろす行為が詐欺罪に当たるとされた事例」刑事法ジャーナル一一号(二〇〇八年)一一二頁以下。

(27) 本決定に対する評釈の例として、長井圓「第三者に譲渡する意図を秘した自己名義の預金通帳の受交付と『人を欺く』の意義」ジュリスト平成一九年度重要判例解説(二〇〇八年)一八一頁以下、及びそこに掲載されている文献。さらに、足立友子「譲渡の意図を秘して銀行で自己名義の預金口座を開設し預金通帳等の交付を受ける行為と詐欺罪の成否」刑事法ジャーナル一一号(二〇〇八年)一九頁以下。

(28) 不正に入手した他人の国民健康保険被保険者証を用いてその他人に成り済まして同人名義の銀行預金口座を開設して預金通帳の交付を受けた行為について詐欺罪の成立を肯定した最判昭和二十七年二月二十五日刑集六卷一二号一三八七頁は、「預金通帳は、それ自体として所有権の対象となり得るものであるにとどまらず、これを利用して預金の預入れ、払戻しを受けられるなどの財産的な価値を有するものと認められるから、他人名義で預金口座を開設し、それに伴って銀行から交付される場合であっても、刑法二四六条一項の財物に当たると解するのが相当である。」としている。

(29) (3)判例に批判的なものとして、上寫・前掲(4)七〇頁。また、足立・前掲(27)一二三頁は、本件の事実関係の下での事例判断であることを指摘する。

(30) 本決定に対する評釈の例として、荒川雅行「クレジットカードの不正使用」刑法判例百選Ⅱ各論(第六版)(二〇〇八年)一〇六頁以下、及びそこに掲載されている文献。

(31) 自己名義のクレジットカードの不正使用(代金支払いの意思・能力のない自己名義のクレジットカードの使用)のケースについて加盟店に対する一項詐欺罪の成立を認める従来の裁判例と多数説に対して向けられる批判と同様である。

(32) 木村・前掲(4)九頁。

(33) 本決定に対する評釈の例として、松宮孝明「相当の対価で根抵当権を放棄させる行為と詐欺罪の成否」ジュリスト平成一六年度重要判例解説(二〇〇五年)一六七頁以下、及びそこに掲載されている文献。

(34) 公的機関である住管機構の特殊性を指摘するものとして、松宮・前掲(33)一六八頁、木村・前掲(4)四頁。

(35) 本決定に対する評釈の例として、和田俊憲「国際線搭乗手続において他人を搭乗させる意思を秘してなされた自己の搭乗券の交付請求と詐欺罪」ジュリスト平成二二年度重要判例解説(二〇一一年)二二二頁以下、及びそこに掲

載されている文献。さらに、照沼亮介「第三者を搭乗させる意図を秘して国際航空運送に係る航空会社関係係員から自己に対する搭乗券の交付を受ける行為が詐欺罪に当たるとされた事例」刑事法ジャーナル二七号(二〇一一年)八七頁以下、和田雅樹「第三者を搭乗させる意図を秘して国際航空運送に係る航空会社関係係員から自己に対する搭乗券の交付を受ける行為が詐欺罪に当たるとされた事例」研修七五二号(二〇一一年)一七頁。

(36) 門田成人「詐欺罪の限定解釈におけるループホール」法学セミナー六七〇号(二〇一〇年)一三九頁。

(37) 本決定に対する評釈の例として、鈴木佐斗志「電子マネーの取得(電子計算機使用詐欺)」刑法判例百選Ⅱ各論(第六版)(二〇〇八年)一一六頁以下、及びそこに掲載されている文献。

(38) 電子計算機使用詐欺罪について、システム(制度)そのものを保護の対象にすることに批判的な見解として、鈴木・前掲(37)一一七頁。

(39) 本決定に対する評釈の例として、渡辺咲子「街頭募金詐欺について包括一罪とされた事例」ジュリスト平成二二年度重要判例解説(二〇一一年)二〇六頁以下、及びそこに掲載されている文献。さらに、家令和典「時の判例」ジュリスト一四二二二号(二〇一一年)一二八頁以下。

(40) 前掲(10)の文献。足立友子「詐欺罪における欺罔行為について(五・完)——詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成——」名古屋大学法政論集二二五号(二〇〇六年)四一〇頁以下は、詐欺罪の保護法益として財産的処分の自由を取り入れて、財産的処分の自由の侵害の有無を詐欺罪の成否の判断基準としている。

(41) 上田正和「保護法益論(Rechtsgutstheorie)の行方と展望」大宮ローレビュー七号(二〇一一年)五頁以下。なお、保護法益論に関する最近の論考の例として、嘉門優「法益論の現代的展開——法益論と犯罪構造——」國學院法学四四卷四号(二〇〇七年)九七頁以下。松宮孝明「法益論の意義と限界を論ずる意味——問題提起に代えて——」刑法雑誌四七卷一号(二〇〇七年)一頁以下、嘉門優「法益論の現代的意義」刑法雑誌四七卷一号(二〇〇七年)三六頁以下。さらに、日本刑法学会第八八回大会(二〇一〇年)研究報告の嘉門優「法益論の現代的意義」(刑法雑誌五〇卷二号(二〇一一年)一頁以下所収)。

(42) 最近の新たな特別刑罰法規の例として、臓器移植法(一九九七年)、組織的犯罪処罰法(一九九九年)、不正アクセス禁止法(一九九九年)、児童買春・児童ポルノ処罰法(一九九九年)、クローン技術等規制法(二〇〇〇年)、あつ

- せん利得処罰法（二〇〇〇年）、ストーカー規制法（二〇〇〇年）、配偶者暴力防止法等（二〇〇一年）。
- (43) 上田・前掲(41) 二五頁以下。
- (44) 橋爪・前掲(6)。
- (45) 誤振込金に対する受取人の預金債権の成立（最判平成八年四月二六日民集五〇卷五号一二六七頁（前掲(23)））がその例である。さらに広くは、財産法分野における民事法解釈と刑事法解釈の関係の問題である。刑法と民法の交錯に関する文献の例として、佐伯仁志・道垣内弘人『刑法と民法の対話』（二〇〇一年）。
- (46) 橋爪隆・前掲(6)。
- (47) 山口他・前掲(14) 一〇九頁（佐伯仁志執筆）。
- (48) 木村・前掲(4) 二二頁、法益関係の錯誤論によって詐欺罪の解釈論を行うことに批判的なものとして、山口他・前掲(14) 一四二頁以下（井田良執筆）。
- (49) 山口他・前掲(14) 一三七頁（山口厚執筆）、星・前掲(4) 五頁。
- (50) 最判昭和三十三年一月二二日刑集一二卷一五号三五一九頁（偽装心中事件）。
- (51) 法益関係の錯誤論を前提としつつも、ほぼ同様の方向性を示すものとして、橋爪・前掲(13) 一七五頁以下。