

判例研究

刑事判例研究 2

譲渡・売却目的を秘した銀行口座開設に 詐欺罪の成立が認められた事例

(最三決平成 19・7・17 刑集61巻 5号521頁)

刑事判例研究会
松 宮 孝 明*

【事実の概要】

- (1) 被告人は、第三者に譲渡する預金通帳およびキャッシュカードを入手するため、友人のAに指示して、平成15年12月9日から平成16年1月7日までの間、前後5回にわたり、いずれも、Aにおいて、5つの銀行支店の行員らに対し、真実は、A名義の預金口座開設後、同口座に係る同人名義の預金通帳およ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、A名義の普通預金口座の開設並びに同口座開設に伴う同人名義の預金通帳およびキャッシュカードの交付方を申し込み、各銀行の行員らから、それぞれ、A名義の預金口座開設に伴う同人名義の普通預金通帳1通およびキャッシュカード1枚の交付を受けた。
- (2) 被告人は、AおよびBと意思を通じ、平成17年2月17日、Bにおいて、上記(1)と同様に、銀行支店の行員に対し、B名義の普通預金口座の開設等を申込み、B名義の預金口座開設に伴う同人名義の普通預金通帳1通およびキャッシュカード1枚の交付を受けた。
- (3) 上記各銀行においては、いずれもAまたはBによる各預金口座開設等

* まつみや・たかあき 立命館大学教授

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、質入れまたは利用させるなどすることを禁止していた。また、AまたはBに対応した各行員は、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、預金通帳およびキャッシュカードの交付に応じることはなかったと認定されている。

【決定要旨】

「以上のような事実関係の下においては、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246条1項の詐欺罪を構成することは明らかである。被告人の本件各行為が詐欺罪の共謀共同正犯に当たるとした第1審判決を是認した原判断に誤りはない。」

【研究】

1. 本決定の位置づけ

本決定は、銀行に普通預金口座の開設を申し込んだ本人と、この口座開設に関して共謀した被告人に、その預金口座および預金通帳・キャッシュカードを第三者に譲渡する意図であることを秘して口座開設を銀行員に申し込んで預金通帳およびキャッシュカードの交付を受けた場合には財物詐欺罪（刑法246条1項）の共謀共同正犯が成立するとした初めての最高裁判例である¹⁾。そこでの解釈論上の中心問題は、このような場合に、銀行

1) 下級審では、本件とほぼ同じ事案に関して、すでに東京高判平成16・11・16東高時報56巻1～12号100頁が、詐欺罪の成立を認めている。

側に、財産犯としての詐欺罪に当たるような財産上の損害が生じているか否か、生じているとすれば、それはどのようなものかにある²⁾。

2. 本件の経緯

本件の1, 2審では、被告人らはAおよびBの口座開設申込みに関する共謀の有無を争っていた。具体的には、被告人はAに対して預金通帳を売るように持ちかけたことはあるが、口座を新たに開設するように指示したことはなく、Bに関しては、Aから口座を売りたいがっている者がいると言われ、口利きを依頼されて買い取りを希望する人物を紹介しAと両者の間を取り次いだにすぎないとして、口座開設の共謀の事実を争った。しかし、これらの主張は、1, 2審で排斥されている。また、控訴審では量刑不当も主張されたが、これも排斥されている。

解釈論上の争点である詐欺罪の成否に関しては、弁護人から、第1審段階では、1 本件預金通帳は100円程度の預金の対価として交付されたものであって、預金通帳自体に客観的に可罰的な財産価値がない、2 預金通帳を譲渡する目的があるかどうかは、金融機関側にとって重要な錯誤を生じさせるものではなく、処罰に値する欺罔行為には当たらない、3 平成16年改正前および同改正後の本人確認法（改正後は「金融機関等による顧客等の本人確認等及び預金口座等の不正な利用の防止に関する法律」³⁾で

2) 同旨、林幹人・判例タイムズ1272号（2008年）62頁、木村光江・法曹時報60巻4号（2008年）1頁。なお、そのほか本決定の評釈類として筆者が接することができたものに、門田成人・法学セミナー634号（2007年）112頁、前田巖・ジュリスト1347号（2007年）63頁、山口厚・NBL 871号（2007年）8頁、森寿明・研修717号（2008年）15頁、松澤伸・判例セレクト別冊附録330号（2008年）34頁、長井圓・平成19年度重要判例解説（2008年）181頁、足立友子・刑事法ジャーナル11号（2008年）119頁がある。

3) その後、金融機関における本人確認は、「犯罪による収益の移転防止に関する法律（平成19年法律第22号）」（以下「犯罪収益移転防止法」という。）に引き継がれ、この「犯罪収益移転防止法」の施行により、従来、金融機関に本人確認を義務づけていた「金融機関等による顧客等の本人確認等及び預金口座等の不正な利用の防止に関する法律（平成14年法律第32号）」は廃止された。

は、いずれも、正当な理由がない預金通帳の売買行為のみが処罰の対象となっているのであり⁴⁾、他人に譲渡する目的を秘して口座を開設する行為、通帳等の交付を受ける行為については処罰規定が設けられておらず、それは、これらの行為を放任する趣旨であって、本件は詐欺罪に問擬されるべきではない、4 預金口座、通帳等の譲渡目的自体を処罰することは、思想良心の自由を侵害する、という主張がなされた。

さらに、控訴審判決によれば、これらの主張を排斥した1審判決に対して弁護人は、控訴審段階において、(1) 預金通帳、キャッシュカードは可罰的な財産的価値がない上、(2) 譲渡目的を偽ることは欺罔行為に当たらないから、本件は詐欺罪に該当しない、また、(3) 刑法157条2項は公務員を介して虚偽文書を詐取する行為を処罰することとしているが、私的機関である銀行からの文書詐取行為は不可罰としており、このように刑法が不可罰とした本件行為を詐欺罪として処罰するのは罪刑法定主義に違反する、さらに、(4) 「金融機関等による顧客等の本人確認等及び預金口座等の不正

4) 今日、この罰則は、先の「犯罪収益移転防止法」26条に規定されている。その内容は、以下のものである。「 他人になりすまして特定事業者（第2条第2項第1号から第15号まで及び第32号に掲げる特定事業者に限る。以下この条において同じ。）との間における預貯金契約に係る役務の提供を受けること又はこれを第三者にさせることを目的として、当該預貯金契約に係る預貯金通帳、預貯金の引出用のカード、預貯金の引出し又は振込みに必要な情報その他特定事業者との間における預貯金契約に係る役務の提供を受けるために必要なものとして政令で定めるもの（以下「預貯金通帳等」という。）を譲り受け、その交付を受け、又はその提供を受けた者は、50万円以下の罰金に処する。通常の商取引又は金融取引として行われるものであることその他の正当な理由がないのに、有償で、預貯金通帳等を譲り受け、その交付を受け、又はその提供を受けた者も、同様とする。

相手方に前項前段の目的があることの情を知って、その者に預貯金通帳等を譲り渡し、交付し、又は提供した者も、同項と同様とする。通常の商取引又は金融取引として行われるものであることその他の正当な理由がないのに、有償で、預貯金通帳等を譲り渡し、交付し、又は提供した者も、同様とする。

業として前2項の罪に当たる行為をした者は、2年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

第1項又は第2項の罪に当たる行為をするよう、人を勧誘し、又は広告その他これに類似する方法により人を誘引した者も、第1項と同様とする。」

な利用の防止に関する法律」（以下「本人確認法」という。）によれば、本人による譲渡目的での新規預金通帳作成行為自体は処罰されず、有償の通帳譲渡行為が罰金刑に処せられるとされているだけであるから、本件は詐欺罪に問擬されるべきではなく、(5) 本人確認法により通帳売買が処罰されることとなったのは、本件事件後のことであり、これは詐欺罪の刑が軽く変更されたのであるから、刑法6条により軽い本人確認法の罰金刑で処断すべきである、(6) 正当な通帳取得と本件とでは通帳を譲渡する目的があるかどうかだけの違いであるから、本件を処罰するのは内心を処罰対象とするものであって、憲法19条に違反するのに、本件を詐欺罪に該当すると判断した原判決は、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令適用の誤りがあり、(7) (4)と同旨の弁護人の主張に対して、原判決は、詐欺罪と本人確認法の罰則の関係について説明をしていないから、原判決には理由不備の違法がある、という主張がなされている。

これらの主張に対し、第1審判決は、1の点については、最高裁第二小法廷平成14年10月21日決定（刑集56巻8号670頁。以下、「平成14年決定」と呼ぶ。）を引用し、預金通帳がそれ自体所有権の対象となるばかりか、これを利用して、預金の預け入れ、払い戻しを受けられるなどの財産的価値を有していることから、刑法246条1項の財物に当たると解されることは明らかであり、預金通帳の財物性を認めた上記平成14年決定が財物性を認める理由とするところは、預金通帳の名義が他人名義であるか否かにより異なるものでないことは明らかである上、上記のような預金通帳の財産的価値をみれば、これが可罰性を欠くほどに僅少であるとは到底認められないとした。次に、2の点については、金融機関は預金契約を締結するに当たり、口座および通帳等が名義人本人によって使用されることについて重大な関心を有しており、他人に譲渡する目的を秘して口座を開設し、通帳等の交付を申し込むことは重要な錯誤を生じさせる行為であって、詐欺罪における欺罔行為に当たるとは明らかであるとした。さらに、3の点については、改正前の本人確認法および改正後の本人確認法が口

座の開設行為自体を罰する規定を設けていないからといって、法が上記の行為自体を放任していると解することができないことは明らかであって、このような行為が詐欺罪における欺罔行為に当たると解することを妨げるものではないとし、最後に、4の点については、本件において処罰されるのは、預金口座、預金通帳等を譲渡する目的自体でないことは明白であり、思想良心の自由を侵害するものでないことは論をまたないとして、いずれも弁護人の主張を排斥している。

次に、控訴審判決は、(1)の預金通帳、キャッシュカードに財産的価値がないとはいえない点、(2)の他人に譲渡する目的を秘して口座を開設し、通帳等の交付を申し込むことが詐欺罪にいう欺罔行為に当たる点、(6)の本件事案が内心を処罰対象とするものでない点は原判決が適切に説示するとおりであり、(3)ないし(5)の刑法及び本人確認法に関する主張は、独自の見解であって採用できず、さらに、(7)については、原判決は、本人確認法が定める行為に該当しない行為であっても、詐欺罪の要件を充たす場合には詐欺罪が成立する旨説示しているから、原判決に所論のような理由不備はないとして、これも弁護人の主張をすべて排斥している。

これに対して、弁護人は、次のように述べて、最高裁に上告した。すなわち、第1の1。「本人による正当な通帳取得」と比べて「本人が譲渡する目的での通帳取得」により金融機関には財産損害の差異は生じていないことと、1、2判決とも「振り込み詐欺」被害の一般予防の必要性を処罰理由に挙げるが、本件は「振り込み詐欺」の実行に至る遙か以前の行為であって「振り込み詐欺」による現実的具体的危険も発生していないことを理由として、本件処罰は「譲渡目的」という内心の思想処罰であると述べ、思想・良心の自由を保障する憲法19条違反を、第1の2．刑法157条2項の免状等不実記載罪の法定刑は1年以下の懲役または20万円以下の罰金であり、私的機関である金融機関からの文書詐取行為の可罰性はそれよりも低いので詐欺罪の適用は排除されるべきであることや、平成16年改正後の本人確認法では預金通帳の売買行為が50万円以下の罰金に処されているこ

とから詐欺罪の適用は排除されるべきであり⁵⁾、かつ、譲渡目的での通帳取得はその前提行為であって不処罰とされるべきこと、それは、不正取得した通帳の有償譲受けが改正本人確認法16条の2第1項、第2項によって50万円以下の罰金にしか処されず、刑法256条2項の盗品等の罪が成立しないことから窺えることなどから、本件に詐欺罪の成立を認めるのは罪刑法定主義違反であるとして憲法31条違反を主張し⁶⁾、同時に、第2として、旅券の不正取得に詐欺罪を認めなかった最高裁昭和27年12月25日判決⁷⁾に違反すると主張するとともに、これは、単に「証明の利益」しかない証明文書であっても財物とは言いえるが、当該文書の申請者・名宛人がその交付を受ける限りにおいて「錯誤」が否定されて、詐欺罪は成立しないことを意味するので、預金通帳やキャッシュカードという証明文書が名宛人自身に交付されている本件では「錯誤」が否定されるべきであると主張したのである⁸⁾。さらに、単なる法令違反の主張ではあるが、被告人らに「積極的欺罔行為」⁹⁾がなく、銀行側に「法益関係の錯誤」がないこと

5) いわゆる「住み分け」と呼ばれる考え方である。上告趣意書では、とくに、山口厚『新判例から見た刑法』（2006年）217頁が引用されている。もっとも、山口厚『新判例から見た刑法 [第2版]』（2008年）235頁は、本人確認法の罰則は銀行から交付を受けた預金通帳等についての処罰規定であり、銀行から預金通帳等を不正に取得する行為を捕捉するものではないと解される」と述べて、「住み分け」論を放棄している。

6) 弁護人は、上告趣意では、平成16年改正の「本人確認法」ですら通帳等の有償譲渡しか処罰せず、銀行から通帳の交付を受ける行為はその前段階に当たるので、不処罰であるべきだと主張している。この点につき、一部には、森寿明「判解」研修717号（2008年）25頁のように、改正本人確認法16条の2第1項前段の罪が金融機関から預金通帳等を譲り受けた場合にも成立しようとの解釈を主張しているという誤解があるが、そうではない。

7) その主たる理由は、刑法157条2項の免状等不实記載罪が、その性質上、不实記載された免状等の下付を受ける行為をも当然に包含し、しかも、その法定刑が1年以下の懲役または 当時 300円以下の罰金にすぎない点にあった。

8) この考え方は、山口・前掲『新判例から見た刑法』215頁にある見解である。これは、山口・前掲『新判例から見た刑法 [第2版]』232頁では、「当該文書の申請者・名宛人が、手数料を納付した上、その交付を受ける限りにおいて、『錯誤』が否定されて」という記述に変更されている（傍点筆者）。

9) 本稿では、刑法246条1項にいう「欺いて」を、従来の慣行に従い、「欺罔行為」と表記する。

が主張されている。すなわち、預金者には、そもそも、口座開設時に通帳等の使用目的を銀行側に告げる義務はなく、また、銀行側は預金者に通帳等を交付すれば、その取引の目的は達成されるのであり、「通帳を他人に譲渡させないこと」は、銀行側が通帳交付によって達成しようとした目的ではないというのである。

3. 詐欺罪に関する本決定の論理

弁護人のこのような主張に対して、本決定は、まず、「判例違反をいう点は、事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でなく、その余は、憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない。」と判示する。その上で、詐欺罪の成否について検討した上で、「以上のような事実関係の下においては、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246条1項の詐欺罪を構成することは明らかである。」と述べたのである。

ここに用いられている論理は、「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」は、もともと「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」ものなので、「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」自体が、挙動による欺罔行為に当たり¹⁰⁾、これによって預金通帳およびキャッシュカードの交付を受けたことは、刑法246条1項に

10) 無銭飲食につき、飲食の注文等に挙動による欺罔を認めた裁判例として、大判大正9・5・8刑録26輯348頁、取り込み詐欺につき、商品の注文に挙動による詐欺を認めた裁判例として、最決昭和43・6・6刑集22巻6号434頁がある。

いう「財物を交付させた」に当たるので、詐欺罪が成立するというのである。

4．財産損害の存否

では、本件行為によって銀行側に財産損害は生じたのであろうか。これは、弁護人が上告趣意の第1の1で憲法19条違反の内心処罰という言葉で示唆していた問題である。これは、たとえば未成年者が成人であると偽ってタバコを買い代金を支払った場合に、多くの学説が詐欺罪の成立を否定していた¹¹⁾ことを想起すれば、理解しやすいものと思われる。というのも、タバコの事例の場合、本決定の論理に形式的に従うなら、未成年者喫煙禁止法によって未成年者に喫煙が禁止されており、同法4条によって販売業者にも購入者の年齢確認が求められ、未成年者自らがタバコを吸うことを知りつつタバコを販売すれば同法5条によって50万円以下の罰金に処せられるからである。したがって、この場合、「タバコ販売店にタバコの購入を申し込むこと」自体、当然に、「申し込んだ者が成人である」ことを表しているというべきであるから、「未成年でありながらタバコを自ら吸う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、これによりタバコの交付を受けた行為が刑法246条1項の詐欺罪を構成することは明らか」となるはずだからである。つまり、受交付者が何らかの点で嘘をつき（「欺罔」）、その嘘がばればば相手方は当該財物を交付しなかったであろうにもかかわらず騙されて（「錯誤」）当該財物を交付した（「財物交付」）ので詐欺罪が成立するとい

11) たとえば、山口厚『刑法各論[補訂版]』（2005年）263頁。酒購入事例について同旨、林・前掲64頁、成人向け書籍について同旨、木村・前掲2頁、前田雅英『刑法各論講義[第4犯]』（2007年）287頁（いわゆる「実質的個別財産説」）。この場合に詐欺罪の成立を認める見解は、未成年者喫煙禁止法によって追求される未成年者に対する喫煙の害の防止という公衆衛生上の法益の侵害をもって、財産犯である詐欺罪の成立を根拠づけるという矛盾を犯すことになる。しかし、この事例では、代金を受け取っていたタバコ販売店は、未成年者に対して財産損害を根拠とする損害賠償請求権を持っていないはずである。

う単純な論理では、詐欺罪の成立を十分に説明したことにはならないのである¹²⁾。同じことは、弁護人が上告趣意で引用した旅券の不正取得に関する最高裁昭和27年12月25日判決や自分が医師であると詐称して診断し医薬を販売した事案につき詐欺罪を否定した大審院昭和3年12月21日判決(刑集7巻772頁)に基づいて主張することもできる¹³⁾。

それにもかかわらず、タバコの事例では詐欺罪にならないことが妥当というのであれば、本決定の論理は結論も含めて妥当でないか、あるいは、結論は妥当だけれども論理に舌足らずなものが残っているというべきかのいずれかということになる。

ゆえに、預金通帳等の財物性は、本件の中心論点ではない。通帳もキャッシュカードも、窃盗罪の客体たる財物に当たすることに疑いはないが、その点では、タバコの事例におけるタバコも、そして不正取得の客体となる旅券もそうなのである¹⁴⁾。

12) 事実、金融機関が預金口座や通帳等の譲渡を禁止する理由は、もともと、大量の取引を行う金融機関にとって、自由に預金債権が譲渡されると新預金者を確認する事務処理が負担であること、譲渡人に対する貸出債権がある場合の債権保全に支障を来すことにあったが、については、相殺適状後に預金債権が譲渡されても相殺が認められるとする判例・実務が固まっていることから、譲渡禁止の必要性を支える実質的な理由ではなくなっているとのことである。前田巖・前掲64頁参照。つまり、譲渡禁止は、もはや、金融機関側の事務処理の便宜のためのものでしかなくなっていたのである。林・前掲65頁は、このような事務処理の負担を金融機関側の財産損害と考えるが、それは賃貸不動産の譲渡に対抗要件を備えた賃借人が払うべき負担と同じようなものであり、かつ、それを理由に賃貸物件の譲渡予定を秘していた賃貸人を賃借人が詐欺で訴えるべきものではないのであるから、詐欺罪の成立を論証するためには、別に、金融機関側の財産上の損害を論証する必要がある。

13) 不正な申請によって日本国の旅券の交付を受けた者は、旅券法23条1項1号に当たることにはなるが、別途詐欺罪は成立しない。ちなみに、旅券法23条1項の法定刑は5年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金またはこれらの併科である。なお、先の昭和27年判決の事案は、アメリカ合衆国の旅券に関するものであり、詐欺罪が否定されて無罪となったものである。

14) ゆえに、原判決等が参照する最決平成14・10・21刑集56巻8号670頁が預金通帳の財物性を認めたことは、本件の中心論点の結論を左右するものではない。現に、本決定は、この平成14年決定を引用していない。また、この決定が詐欺罪の成立を認めた部分は、後

5. 通帳等の交付そのものを財産損害とみる見解

そこで、この中心論点に関する学説の評価を検討してみよう。まず、本決定を担当した最高裁判所調査官である前田巖氏は、原判決等が参照する平成14年決定を引用して、預金通帳交付による銀行側の財産損害性を論証できたと考えているようである¹⁵⁾。しかしながら、タバコ事例や旅券事例を考えれば、問題はそれほど単純でないことがわかる。しかも、平成14年決定は、結論としては、検察官の上告を棄却して、詐欺罪の成立を否定した原判決¹⁶⁾を確定させているのである。ゆえに、詐欺罪の成立を認めた判示部分は、「上告棄却」という結論を左右せず「傍論」にとどまる¹⁷⁾。

理論的に考えても、この事件で口座を開設し預金債権者となったのは被告人本人であるから、預金債権者である被告人がそうであることを証明す

述するように、「傍論」である。というも、この決定は、結論として検察官の上告を棄却することで、詐欺罪の成立を否定した原判決を確定させているからである。

- 15) 前田・前掲63頁は、「預金通帳の財物性ないし財産損害性を超えては上記平成14年判例の射程が及ばず」と述べて、未解決の問題は「本人確認法」と詐欺罪との「住み分け」問題と本名を用いての口座開設申し込みが欺罔行為に当たるか否かという問題にすぎないと考えている。
- 16) 福岡高判平成13・6・22 刑集56巻8号686頁。そこでは、「預金通帳は、口座の開設を証明するとともに、その後の利用状況を記録し、預入や払戻をする際に使用されるものとして、口座開設に伴い当然に交付される証明書類似の書類にすぎないものであって、銀行との関係においては独立して財産的価値を問題にすべきものとはいえないところ、他人名義による口座開設が詐欺罪の予定する利益としての定型性を欠くと解される以上、それに伴う通帳の取得も、1項詐欺を構成しないというべきである。」と判示されている。それは、決して、通帳が「財物」でないと述べているのではなく、単に、銀行との関係においては独立して財産的価値を問題にすべきものではないと述べるにとどまる。
- 17) もちろん、判示部分が最高裁判所の「学説」ないし「判例理論」として、後の裁判例に事実上の影響を与えることはありうる。なお、「判例」の意味に関しては、中野次雄編『判例とその読み方（三訂版）』（2009年）29頁以下が、「その上告事件……の法律上の論点に対してなされた判断でなければならず」、かつ、「論点が真の論点であるためには、もしその点についての原裁判所の判断が間違っているということになれば必然的に原裁判が破棄されまたは取り消されるような、結論に直結しこれを左右する問題点でなければならぬ。」と述べている。これによれば、原判決を破棄しなかった平成14年決定の詐欺罪に関する判示部分は、やはり「傍論」である。さらに、松宮孝明『『判例』について』浅田和茂ほか編『転換期の刑事法学』（1999年）673頁も参照されたい。

る預金通帳を銀行から交付されることは、預金契約に伴う銀行側の当然の義務履行であって、その受交付自体を咎められる筋合いのものではないものと思われる¹⁸⁾。したがって、平成14年決定を先例とする論証は、形式的にも実質的にも、失当である¹⁹⁾。

6. 客体がそれ自体として重要な経済的価値を持つか否かに着目する見解

次に、法務省刑事局付検事である森寿明氏は、とくに刑法157条2項の免状等不実記載罪との関係を検討し、本罪は、その規定の位置からみて偽造罪の一類型であることが明らかであり、その保護法益は免状等の記載の真実性に対する公共の信用にあると思料されるから、「それ自体としては財産的価値の乏しい純然たる証明書類の公文書の交付を受けた場合はともかく、国民健康保険証のように、それ自体としても社会生活上重要な経済的価値を有する書面の交付を受けた場合についてまで、別途、財産犯としての詐欺罪が成立することを否定する趣旨を含むものではない²⁰⁾」と述べるとともに、「本件で問題となった預金通帳等は、前記平成14年の最高裁判例が判示したとおり、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のであるから、財産犯規定による保護にも値することは明らか²¹⁾」であるとする。この論理は、おそらく、次の見解と同様に、不正取得された証明書類自体の経済的価値というよりも、その証明書類が証明するものが経済的な価値のある権利や利益であるということを、区別の基準とするものであろう。というのも、旅券の発給手数料からみて、旅券のほうが預金通帳よりもそれ自体として財産的

18) この点につき、松宮孝明「判批」法学セミナー579号(2003年)107頁も参照されたい。

19) 木村・前掲26頁は、銀行側の実質的な財産損害を要求しながら、結局は、現在の銀行実務が通帳等の譲渡を禁止していたという付随的事情に関する錯誤が重大だとして、それが財産損害に当たるか否かを検討せずに、詐欺罪の成立を認めている。

20) 森・前掲22頁。

21) 森・前掲23頁。

価値が乏しいとはいえないように思われるからである。

しかし、この論理によっても、未成年者が年齢を偽ってタバコを買ったような「財物」それ自体の交付を受けた事例では、「タバコはそれ自体としては財産的価値の乏しいものである。」という論理によらない限り、詐欺罪の成立を否定することはできない。もちろん、それを理由に、タバコ事例に財産犯である詐欺罪を適用するのは、やはり妥当でない。

7. 証明書類の内容が財産的利益であるか否かに着目する見解

学者の評釈としては、弁護人が引用したように、かつては「本人確認法」との「住み分け」を主張していた山口厚教授が、改説をして、次のように述べていることが注目される。まず、旅券などに関する免状等不実記載罪との関係について、旅券は、基本的には証明文書としての意義があるにとどまるものであり、この点において、財産的価値がある文書と区別することができるとするのである。そこでたとえば、簡易生命保険証書²²⁾や国民健康保険者証²³⁾については、「証書の交付によって保険給付を受け得る地位という一種の財産的利益が、与えるべきでない者に事実上与えられているのであるから、実質的にみて、詐欺罪の成立を肯定することについて問題は少ない」²⁴⁾とし、「本決定は、預金通帳等について、預金契約にかかるサービスを受けられる点において財産的価値があるとしていることが注目される。」²⁵⁾と述べるのである²⁶⁾。もっとも、続いて山口教授は、

22) 簡易生命保険証書を客体とする財物詐欺罪を認めたものに、最決平成 12・3・27 刑集54 卷3号402頁がある。

23) 国民健康保険者証を客体とする財物詐欺罪を認めたものに、最決平成 18・8・21 判タ 1227号184頁がある。

24) 山口・前掲 NBL 871号（2007年）12頁。

25) 山口・前掲12頁。

26) もっとも、山口教授は、これに加えて、旅券の不正取得が詐欺罪とならないのは、「それ自体に（正規の）財産的価値がない旅券が申請者自身に交付されているのだから、詐欺罪の成立に必要な錯誤がない」、つまり、「旅券は与えるべき者に与えているのだから錯誤はない」ともいう。山口・前掲13頁。

「實際上重要なのは、預金通帳やキャッシュカードがマネーロンダリング等の不正行為に利用されることへの配慮、すなわち不正行為の禁圧という観点からみたサービス利用の価値」²⁷⁾であり、「こうしたことから他人名義での口座開設の場合ばかりではなく、自己名義での口座開設の場合であっても、預金通帳等の不正取得が詐欺罪で処罰されることになった」²⁸⁾と述べている。

この見解の前半部分は、注目に値する。すなわち、そこでは、不正に取得した証明書類が証明しているのは財産的価値のあるもの、ないし「財産権」だということである。しかも、この「財産権」は、これらの証明書類交付の原因となった契約によって、不正取得者に与えられたものである。ゆえに、欺罔行為によって「一種の財産的利益が、与えるべきでない者に与えられている」のであり、その裏面として、交付者は、「負うべきでない財産的な負担」を負うことになる。これが、この種の証明書類詐取事例における交付者の「財産損害」であると考えることができよう。重要なことは、この種の証明書類では、財産犯である詐欺罪の成否を決するのは、「財物」としての証明書類ではなく、それが証明する「財産的利益」にあるということである²⁹⁾。

しかし、このように考えた場合、ひとつ厄介な問題がある。というのも、たとえば生命保険証書の場合、「保険給付を受け得る地位という一種の財産的利益」は、保険証書が交付される前から、契約者に与えられているということである。あるいは、有価証券と異なり、この種の証明書類では、証書がなくても、他の方法で権利を証明すれば、保険給付は受けられる。したがって、「保険給付を受け得る地位という一種の財産的利益」に着目するのであれば、保険契約が締結されれば、詐欺罪は、財物である保険証

27) 山口・前掲13頁。

28) 山口・前掲13頁。

29) 松宮孝明「証拠証券の受交付と詐欺罪」立命館法学286号(2003年)232頁参照。もちろん、財物としての保険証書が詐取されている以上、罪名は財物詐欺罪でも差し支えない。

書が交付される前に、すでに利益詐欺（246条2項）として既遂に達していると考えべきことになる。そして、同じことは、預金通帳の交付にも当てはまる。とりわけ外国の銀行のように、そもそも預金通帳を交付しないところでは、詐欺罪の成否は通帳の交付に左右されるわけにはゆかないであろう。

もうひとつ厄介な問題は、本件のように預金契約者本人に通帳等が交付される場合、この考え方だと、通帳等を第三者に譲渡する目的がなくても、交付者である銀行に財産損害が生じることになってしまうという矛盾である。というのも、生命保険証書を例に取れば、「保険給付を受け得る地位という一種の財産的利益」が利得であり、これを与えたことに伴う負担が交付者側の財産損害であるなら、それは、預金契約者に通帳等を第三者に譲渡する目的がなくても生じることになるはずだからである。この矛盾を、「譲渡目的がないように装う欺罔がなければ通帳等を交付しなかったのに騙されて交付した」ことに求めるなら、答えは堂々巡りになる。なぜなら、この論理では、未成年者の年齢詐称によるタバコ購入事例をも詐欺罪とすることになってしまうからである。したがって、ここでは、交付者が証明書類の交付によって得るべきものを得られたか、それとも、交付に伴って思わぬ財産損害を被ったかを検討しなければならない。

8. 名義人自身に通帳等を利用させるという目的の不達成に着目する見解

ここでは、近年、交付者ないし処分行為者による目的の不達成という判断基準が注目されている。そこで、足立友子講師は、「目的実現」「財産交換」の失敗を法益侵害と考える立場³⁰⁾から、「預金通帳等を交付後も名義人自身に利用させることが金融機関の目的」と解するならば、譲渡目的を秘した預金契約者に通帳等を交付する行為の目的は不達成となり、詐欺罪の成立が肯定されると述べる。その上で、銀行側が普通預金規定等

30) この考え方については、山口教授も筆者も賛成である。山口厚『問題探究刑法各論』（1999年）169頁参照。

により預金口座・通帳等の譲渡を禁止しており、それは被告人も共通認識となっていたことから、譲渡目的の有無は財産処分意思決定にとって重要であり、それを偽ることは、詐欺罪の保護法益の一側面として取り入れるべき「財産処分の自由」を害するもので「欺罔」に当たると解する³¹⁾。

もっとも、この考え方でも、タバコ事例を詐欺罪から排除することはできない。というのも、購入者が成人であることは、タバコ売買において法が年齢確認を要求する今日では、タバコ売買当事者の共通認識となっており、それゆえ、この考え方では、年齢を偽ることはタバコ販売店の「財産処分の自由」を害するものとなるからである。ここでは、「未成年者にタバコを吸わせないこと」もまた、その内容は公衆衛生上のものであるにもかかわらず、タバコ販売店にとって財産犯たる詐欺罪の成否を左右する重要な目的となってしまう。

この矛盾は、この見解が交付者ないし処分行為者の取引目的に、財産犯としての詐欺罪にふさわしい客観的な絞りをかけなかったことに由来する。そうではなくて、我々は、譲渡目的ないし「振り込め詐欺」等の不正使用目的を秘して預金口座を開設される銀行側に、「財産権行使にふさわしい取引目的」の不達成ないし財産損害が生じていないか否かを検討しなければならない。

9. 相当対価の提供と詐欺罪

このような銀行側の財産損害という見地から、タバコや旅券の事例と本件とを分けるものとして、第1に、相当対価の提供の有無が考えられる。年齢を偽ったり申請者の属性を偽ったりした場合でも、代金や手数料は払われているので、相手方に実質的な財産損害は生じていないが、本件では、通帳交付に対して銀行側に対価が払われていないので、その違いが結論を分けると考えるのである。

31) 足立・前掲123頁参照。

しかし、このような考え方に対しては、一方で、市場での交換価値相当の対価が支払われても、購入者の購入目的を達成することができない商品であるときには詐欺罪の成立が認められるし³²⁾、他方で、預金通帳とキャッシュカードの交付は預金口座開設契約に基づく銀行側の当然の義務であって、それ以上に対価関係を問題にすべきものではないという批判が可能である。

10. 口座不正利用に伴う信頼低下に着目する見解

反対に、松澤伸准教授は、寄付金詐欺を例に、詐欺罪の成否にとって重要なのは、反対給付ではなく、交付行為者における目的が達成されえない状況であるにもかかわらず財物の占有を喪失することであると解した上で、本人確認法の制定後、銀行に対しては、公共機関として、口座を犯罪等に利用させないという信頼が寄せられており、それが破られれば、当該銀行に対する取引者の信頼は失われる時代となっていると述べて、「ここでは、口座を不正利用されないという目的が達成されなかったことにより、通帳等の占有の喪失という事態が、財産的損害と評価され、詐欺罪が成立することになる。」³³⁾と述べる。

この見解にも、通帳等が交付されないタイプの銀行口座開設を考えれば明らかなように、財産損害は通帳等の喪失と直結してはいないという批判が可能であるが、それにもかかわらず、口座が犯罪等に利用されることで当該銀行に対する信頼が失われる時代となったという認識が、注目に値する。つまり、この見解は、厳密には、通帳等の占有喪失ではなく、当該銀行の取引に対する公衆の信頼が害されることによる、銀行側の有形・無形の経済的損害に着目する道を開いているとみてもよいであろう。したがっ

32) 市価2100円のバイブレーターを中風や小児まひに効果があるかのように偽って2200円で売却した事例に関して詐欺罪の成立を認めた最決昭和34・9・28刑集13巻11号2993頁が、その代表例である。この場合は、取引客体の「交換価値」でなく、その取引の動機となる客体の「使用価値」に関して錯誤があったと言えよう。

33) 松澤・前掲34頁。

て、譲渡目的を秘した契約者に騙されて銀行が預金口座を開設することが、公衆の信頼低下による銀行側の経済的損害に直接結びつくのであれば、ここに詐欺罪の成立を認めることが可能となるであろう。

11. 処分行為と利得・損害の直接性

もっとも、この構成にとって厄介なのは、詐欺罪における処分行為と利得・損害の直接性という要請である。たとえば、子供を騙してテレビゲームを取り上げてくれたら高額報酬を出すという約束に応じて、子供に嘘をついてテレビゲームを交付させた家庭教師は、欺罔らしき行為によって間接的には利益を得ているが、これは騙された者による財産的処分行為の裏返しとしての利得ではない。ゆえに、この場合には、処分行為と利得との間の直接性がなく、同時に、利得と損害との間の「素材同一性」(Stoffgleichheit)もないので、詐欺罪は成立しないのである³⁴⁾。そこで、前述のような構成で銀行側に何らかの経済的損害を認める場合、そこに、ここにいう直接性ないし素材同一性が認められるか否かが問題となる。

門田成人教授は、この点について、次のように述べる。すなわち、「まさに出捐した本人がその名義で預金口座を開設する場合に、実際には口座開設後になされる譲渡等の不正行為を開設申込み時の犯行企図によって前

34) 詐欺罪における「処分行為と利得・損害の直接性」および「利得と損害の素材同一性」に関しては、松宮孝明「詐欺罪における不法領得の意思について」立命館法学292号(2004年)304頁を参照されたい。それは、「利得と損害は同一の処分行為に基づくものでなければならず、かつ、その利得は被侵害財産の負担となるものでなければならない」ということを意味するものである。誤解のないように付言すれば、それは、損害と利得との内容上の同一性を意味するものではない。この点につき、山口厚『刑法各論[補訂版]』(2005)262頁は、「素材同一性」を「詐欺罪の財産移転罪の性格から、交付され喪失したものと取得したものと同一性が必要となる」と説明する。しかし、債権者を欺罔して債権を放棄させた場合、放棄された債権が利得者に移転したわけではない。そうではなくて、この概念は、そもそも同一の処分行為によって一方に損害が生じ、その裏返しとして他方に利得が生じることを意味するだけである。その意味で、「直接性」と「素材同一性」は、同じ意味である。なお、林幹人『刑法各論[第2版]』(2007年)253頁以下も参照されたい。

倒して、経済的利益の侵害を認めることも、とりえず本人確認されたにもかかわらず目的不達成をいうことも、金融機関等本人確認法で預金通帳等の不正売買等の処罰規定が新設されたことに鑑みれば、困難なのではなからうか。」³⁵⁾と。この指摘の中にある「実際には口座開設後になされる譲渡等の不正行為を開設申込み時の犯行企図によって前倒して、経済的利益の侵害を認めること」が、果たして理論的に可能なのか否かが問題となる。言い換えれば、銀行側の信頼低下による経済的損害は、口座開設という処分行為から直接に生じるのではなく、当該口座が不正利用者に譲渡され、かつ、この不正利用が始まって初めて生じるのではないかと、そしてまた、預金契約者が口座開設という銀行の処分行為によって得た利益は、自己名義の口座を得たという点に尽きるので、口座の不正利用による銀行側の損害とは「素材同一性」の関係にないのではないかと問題なのである。

12. 損害評価の前倒し

これは、言い換えれば、譲渡によって不正利用される可能性の高い口座が開設されたときに、それが当該口座のある銀行への公衆の信頼に悪影響を与え、ひいては、それが当該銀行の財産的ないし経済的損害に結びつくリスクを、口座開設段階ですでに損害と解してよいかという問題である。そのような損害評価の前倒しという視点で見ると、この問題は不良債権の取得がすでに損害と解されてよいかという問題を想起させることに気づかれる。

周知のように、不良債権の取得に関しては、背任罪に関する判例が、すでに不良債権を本人に取得させた段階で、その事務処理者による「財産上の損害」の発生を認めていることが重要である³⁶⁾。そこで、不正利用が予想される他人に口座および通帳等を譲渡する目的を秘した人物に預金口座

35) 門田・前掲112頁。

36) 信用保証協会による債務保証について最決昭和58・5・24刑集37巻4号437頁、手形について最決平成8・2・6刑集50巻2号129頁など。

を開設することが、すでに、不良債権取得と同じ程度に具体的な「財産上の損害」と考えられるか否かが、まず、問題となる。

しかし、この点については、現実に判例で認められた不良債権取得の事案は、債務者の支払不能が確實視されるケースばかりであったことから、本件のような口座開設に伴う銀行側の抽象的な経済的リスクとこれを同視することは困難であると思われる。ゆえに、不良債権取得に関する判例の延長上で、それと同程度の「財産上の損害」を認めることは無理である。

もっとも、本決定は、本来、詐欺罪における「損害」はそれほど具体的なものを要するものではないと解釈したものと解する余地は残る。つまり、テロ資金供与やマネーロンダリング、「振り込め詐欺」等による銀行口座の不正利用がしだいに問題視されるようになってきた現代において、このような不正利用目的での口座開設は銀行ないし金融機関側にも信頼低下を通じた財産的損害をもたらすのであり、それは、もはや詐欺罪で捕捉してよい時代となったという認識が、本決定の背後にあると解するのである。そして、おそらく、詐欺罪を財産犯として繋ぎ止めておくためには、本決定をこのように理解しておくことが必要かつ妥当なのではないかと思われる。また、そうでなければ、詐欺罪は、テロ犯罪、組織犯罪、「振り込め詐欺」等の一般的な予備罪と化してしまうであろう。それは、何としても回避すべき結論であるように思われる³⁷⁾。

37) とりわけ、「振り込め詐欺」の場合は、そのための預金口座売買が詐欺罪の予備罪的性格を持ち、さらに、その予備段階である口座開設行為が詐欺罪として処罰されるという意味で、実質的には「予備の予備」を本命の罪名で処罰するという逆転現象が生じてしまうのである。その意味で、口座開設を詐欺罪で処罰することは、処罰の実質的な前倒し・早期化である。