

詐欺罪の罪数について

最決平成22年3月17日を素材として

松 宮 孝 明*

目 次

- 1 問題の所在
- 2 本件1, 2審判決の論理
- 3 本決定の論理
- 4 従来判例
- 5 先例の射程
- 6 包括一罪の意味ないし成立上一罪の基準
- 7 むすびにかえて

1 問題の所在

1 不特定かつ多数の被害者を相手に、真実は難病の子供たちへの支援活動に用いる意思がないのに、それがあるかのように装い、街頭で寄付を募って多額の金銭の寄付を受けた場合、これが詐欺罪の構成要件に該当する行為であるとすれば、一体、その罪はいくつ成立するのであろうか。詐欺罪が個人の財産に対する罪であることを念頭に置くなら、その罪は欺罔されて財産の寄付を行った個人ごとに成立し、成立した詐欺罪相互は併合罪の関係に立つと考えるべきことになる。というのも、罪数の基礎をなすのは、実現された構成要件の個数であり、そして、詐欺罪のような個人的法益に対する罪では、その構成要件は被害者個人ごとに実現されると考えるのが、今日の通説的な考え方だからである¹⁾。

* まつみや・たかあき 立命館大学教授

1) 団藤重光博士は、「一身専属的な法益については包括的評価は許されず、侵害された

2 もっとも、不特定かつ多数の通行人を相手に行われる街頭募金タイプの詐欺では、被害者ごとに詐取された被害金額は比較的少額であり、それについての被害感は小さく、また、募金者のすべてが虚偽の募金の趣旨を動機として募金したと断言することもできないので、個々の被害者ごとの被害額は少額であり、その個別的な心理的因果関係が立証しにくい。また、募金総額を被害額として断定することにも難点がある。ゆえに、このような街頭募金タイプの詐欺では、このような街頭募金活動全体を一個の詐欺行為と見て、募金総額を被害額とする詐欺の包括一罪という構成が、被害者ごとの被害額の小ささや欺罔から処分行為までの個別的な心理的因果関係の立証の困難、および被害総額の確定の困難さといった問題を解決してくれる切り札のように見えてくる。

現に、この種の街頭募金タイプの詐欺に関して、ここで検討の素材とする最高裁平成22年3月17日の決定²⁾や、その第1審である大阪地裁平成19年11月30日の判決、さらに、その控訴審である大阪高裁平成20年12月11日の判決³⁾は、詐欺罪の包括一罪という構成を採用し、被告人らが集めた募金総額を詐欺の被害額として認定している(以下、この3つの裁判例を、それぞれ、「本決定、本件1,2審判決」と呼ぶことにする)。

3 しかし、問題は、このような街頭募金詐欺の特殊性から、個人的法益に対する罪として被害者ごとに成立するとされてきた詐欺罪に関して、被害者ごとの詐欺罪の成立を否定し募金総額を被害額とする包括一罪という構成が、現行法の解釈論として許されるか否かにある。本稿は、このような問題を考察するものである。

法益の数だけの犯罪が成立する、というのが普通の考え方である。」と述べる。団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(1990年)439頁。もっとも、この場合に構成要件実現の個数が被害者の数によって決まるのは、詐欺罪の保護法益が個人法益であるためであるから、同じ結論は、かつての多数説である「法益標準説」によっても生じる。

2) 最決平成22・3・17裁時1504号6頁。

3) これら二つの判決の入手については、大阪弁護士会の笠松健一弁護士のご協力を得た。記して謝意を表す。

2 本件1, 2審判決の論理

1 本件1, 2審判決は、この問題について、以下のように述べて、募金によって得られた全額につき、詐欺罪の包括一罪が成立すると解する。すなわち、本件1審判決は、一方で、「一般に、罪数評価は、構成要件の主たる要素である犯意、行為、結果（法益侵害又はその危険）の個数を総合判断してこれを決すべきものと解されているが、本件の対象犯罪である詐欺罪について見れば、同罪は財産犯であって個人的法益に対する罪であるから、その法益侵害（又はその危険）の個数が罪数評価の基本とされるべきであることは当然である。」⁴⁾と述べて、「そのような観点からすると、行為者が複数の被害者に対し詐欺行為を行い、それぞれの被害者から現金を詐取したという場合には、各被害者ごとに1罪が成立し、ただその詐欺行為が1個の行為で行われた場合においてはこれを観念的競合として扱うというのが一般的な理解である」⁵⁾とする⁶⁾。

しかし、本判決は、他方では、問題は「そのような詐欺罪一般の罪数評価の論理が、本件のような街頭募金詐欺にも当然に妥当するといえるのかである。」として、(1)「街頭募金詐欺においては、詐欺行為が、特定の相手方ではなく、不特定多数の通行人に対し包括的かつ一方的に行われるのであって、詐欺一般のように、各被害者との個別的な対人的接触の上で行われる形態ではない」⁷⁾ことや、(2)「街頭募金詐欺においては、通常の場合、特定の募金趣旨を掲げた団体の活動として行われるため、詐欺行為自体も、立て看板・募金箱・チラシ・連呼等を用いたすこぶる類型的・定型

4) 1審判決15頁。

5) 1審判決15頁以下。

6) たとえば、町内会の回覧板に、募金袋とともに虚偽の募金趣旨を書いた趣意書を添付して回覧し、複数人から寄付金を集めたような場合には、自然的観察における欺罔行為は1個なので、これを詐欺罪の観念的競合と解することは可能である。

7) 1審判決16頁。

的なものであって、各募金活動員ごとの個人的な詐欺行為は原則的には予定されておらず……、募金者の側からすれば、特定の募金活動員の活動に対してではなく、当該団体の標榜する募金趣旨に賛同するか否かで処分行為に出る出ないの意思決定を行う、しかも、その意思決定は 多くの場合、処分する金額が比較的少額であることもあって 路上で即断される程度の画一的かつ単純なものである⁸⁾ こと、(3)「募金一般の場合とは異なり、街頭募金の場合、募金者は路上で募金箱に比較的少額の貨幣を入れれば、そのまま名前も明かさないうまま立ち去ってしまうのが通例であり、その意味では、各募金者は匿名性が極めて強く、これを募金主宰者の側から見れば没個人的な存在であって、それゆえにこそ、各募金は、一旦募金箱の中に投入されてしまうと即時に他の募金者のそれと混和してしまって特定不可能なものになってしまう⁹⁾ こと、(4)「以上のような(1)~(3)の特徴を有するがゆえに、個別の被害額に着目する限りは、多くの場合比較的少額であって、少なくとも各募金者にとってはこれを抛出することに特段痛痒を感じない程度の金額であるものの、街頭募金詐欺は、不特定ではあるが極めて多数の者を被害者とする詐欺形態であるがゆえに、これを総体としてみれば、社会通念上到底看過できないような巨額の被害が生じがちである¹⁰⁾ ことを挙げて、「上記(3)(4)のような街頭募金詐欺の特徴に照らすと、各募金者ごとに個々の被害を取り上げてその法的評価を論ずることは、その被害金額の小ささや被害者の匿名性の観点からして、明らかに事の実態にそぐわない解釈であるといわざるを得ず、ことに(4)の特徴などに鑑みるときは、むしろ、同一の募金趣旨の下で行われた一連の街頭募金詐欺について総体として法益侵害を考える方が、はるかに自然な解釈であるといえよう。」¹¹⁾ と述べる。

8) 1 審判決16頁。

9) 1 審判決16頁。

10) 1 審判決16頁。

11) 1 審判決17頁。

さらに、1審判決は、「詐欺行為の個数という観点に立っても、前記(1)(2)のような街頭募金詐欺の特徴に照らすと、詐欺行為についても、その包括性・一般性に着目するならば、各募金者ごと各募金活動員ごとにこれを観念することは、やはり事の実態にそぐわないといわざるを得ず……、前同様に同一の募金趣旨の下に行われた一連の街頭募金活動を募金者ごとに切り分けて、あるいは、時間的・場所的に分割して法的評価を行うのではなく、いわば総体としての詐欺行為の個数を考えるのがその実態に沿う解釈である」¹²⁾と述べるとともに、「犯意の同一性という観点からしても、一連の難病児募金詐欺が、これを指揮する被告人の難病児募金活動開始時の意思決定に基づき、その後一貫して変わることのない継続的な意思の下になされていることは、募金活動の態様から極めて明らかであるから、この点でも、同一の難病児募金趣旨の下に行われた一連の街頭募金詐欺を総体として包括評価することが妥当である」¹³⁾と解している。

2 そしてまた、この点は、本件2審判決も認めるところである。すなわち、2審判決は、まず、行為者側の事情である犯意、欺罔行為の態様等の観点では、「偽装募金の主宰者である犯人の包括的、継続的な犯意に基づき、一定の期間（本件では約2ヵ月間）において、動員した多数の募金活動員を、広範囲の地域（本件では関西一円）の多数の駅前ないし繁華街に配置し、特定の募金趣旨（本件では難病児支援）を散らし等に掲げ、募金を勧誘する発言を連呼するなどして個別の欺罔行為を繰り返すものであり、組織的団体の一体性や、時や場所や募金活動員の個性を問わない画一性が認められ、原判決も指摘するとおり、ある日の募金活動に心を動かされて別の日にその団体の募金箱に募金をしたり、ある場所の募金活動に心を動かされて別の場所でその団体の募金箱に募金することもあることを念頭に置けば、時と場所と募金活動員を限定した個別の欺罔行為に着目するよりは、一定の範囲の時と場所と人員において行われる集団としての活動

12) 1審判決17頁。

13) 1審判決17頁以下。

にこそ欺罔行為の核心があり、これを包括的に評価する余地が多分にあるものといえる。」と述べ、次いで、被害者側の事情である被害法益およびその被害態様の観点からは、「被害者は、不特定かつ多数の通行人等で、没個性的な存在であり、犯人側の集団としての詐欺行為の多くが時間的場所的人員的に大規模になればなるほど、その数が極めて多くなり、被害総額も膨大になる一方、個別の被害額は、その被害者がその場で決断する僅少な額であって、それほど痛みを伴わず、また、被害者は、集団としての募金活動に欺罔されるのであって、個別の募金活動員との接触はごく短時間で格別人間関係や信頼関係の形成を伴わず、互いに名前等も明らかにしない匿名性を保ちながら、金額の告知もしないで募金箱の中に現金を投入し、その現金は直ちに他の現金と混和して被害品としての個性を失ってしまうという特徴を有する」¹⁴⁾ことを挙げ、これを総合的に評価して、「本件のような街頭募金詐欺については、通常詐欺とは異なり、原判決のように包括一罪と解することも理論上及び社会通念上決して許されないものではない」¹⁵⁾いと述べるのである。

3 本決定の論理

1 さらに、最高裁の本決定は、次のように述べて、本件1,2審判決の結論を肯定している。すなわち、^(a) 本件犯行は、「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ふ態様のものであり」、かつ、^(b) 「被告人の1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」、加えて、^(c) 「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

14) 2審判決24頁以下。

15) 2審判決25頁。

ずに立ち去ってしまうのが通例であり」、(d)「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」ので、「以上のような本件街頭募金詐欺の特徴にかんがみると、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」、「その罪となるべき事実は、募金に応じた多数人を被害者とした上、被告人の行った募金の方法、その方法により募金を行った期間、場所及びこれにより得た総金額を摘示することをもってその特定に欠けるところはないというべきである。」と。

これを分析するなら、(a)は、同一内容の定型的な欺罔行為が不特定かつ多数人に対して行われているということであり、(b)は、行為が一個の意思・企図によって行われた継続的なものであるということであり、(c)は、個々の被害者の被害金額が僅かで、かつ没個性性・匿名性が高いということであり、そして、(d)は、被害金員が他の被害者の被害金員とすぐ混和するという事実を述べたものである。

2 さらに、この決定に対しては、二人の最高裁判事の補足意見が付されている。

まず、弁護士出身の須藤正彦裁判官の補足意見は、次のようなものである。すなわち、「詐欺罪において、複数の被害者がある場合には、各別の瑕疵ある意思が介在するから、一般的にはこれを包括評価するのは困難であり、個々の特定した被害者ごとに錯誤に基づき財物の交付又は財産上の利益の移転がなされたことが証明されなければならない、個々の特定した被害者ごとに被告人に反証の機会が与えられなければならないのである」が、「犯意・欺もう行為の単一性、継続性、組織的統合性、時や場所の接着性、被害者の集団性、没個性性、匿名性などの著しい特徴が認められる本件街頭募金詐欺においては、包括評価が可能であり、かつ、相当であると考えられる。」しかし、「被告人が領得した金員の額が詐欺による被害金額であるというためには、その金員は欺もう行為による被害者の錯誤に基づき交付されたものでなければならず、本件の場合も、原判決が認定した約2480

万円が被害金額であるというためには、その全額が、寄付者が被告人の欺もう行為によって錯誤に陥り、そのことによって交付した金員でなければならぬ。」そうすると、「不特定多数であるにせよ、個々の寄付者それぞれに錯誤による金員の交付の事実が合理的な疑いを差し挟まない程度に証明された場合にのみ、その交付された金員の額が被害金額として認定されるというべきである。」ゆえに、「本件のように包括一罪と認められる場合であっても、被害金額については可能な限り特定した被害者ごとに、錯誤によって交付された金員の額が具体的に証明されるべきであって、それによって他の被害者の寄付も錯誤によってなされたとの事実上の推定を行う合理性が確保されるというべきである。」したがって、「例えば、一定程度の被害者を特定して捜査することがさして困難を伴うことなく可能であるのに、全く供述を得ていないか、又はそれが不自然に少ないという場合は、被告人が領得した金員が錯誤によって交付されたものであるとの事実の証明が不十分であるとして、被害金額として認定され得ないこともあり得ると思われる。」と。

つまり、犯意や行為の単一性、継続性等や被害者の没個性・匿名性等の著しい特徴が認められる本件街頭募金詐欺においては、包括評価が可能であり、かつ、相当であるが、それでも被害金額については可能な限り特定した被害者ごとに、錯誤によって交付された金員の額が具体的に証明されるべきであって、それによって他の被害者の寄付も錯誤によってなされたとの事実上の推定を行う合理性が確保されるというのである。

3 次に、民事裁判官出身の千葉勝美裁判官の補足意見は、次のようなものである。すなわち、「一般に、包括一罪として扱うためには、犯意が単一で継続していること、被害法益が一個ないし同一であること、犯行態様が類似していること、犯行日時・場所が近接していること等が必要であるとされることが多く、「これを基に、多数人に対し欺もう行為を行ったという詐欺罪について考えると、通常の犯行態様を念頭に置く限り、複数の被害者ごとに法益侵害があり、被害法益が一個とはいえないので、こ

れを包括一罪として扱うことはできない」ことになるが、「被害法益が一個であること等は、包括一罪として扱うための『要件』とまで考えるべきではなく、あくまでも、包括一罪としてとらえることができるか否かを判断するための重要な考慮要素と考えるべきであり、これらのどれか一つでも欠ける場合は、それだけで包括一罪としての評価が不可能であるとまで言い切る必要はな」く、「本件のように、通常の詐欺罪とは異なる犯行態様で欺もう行為がされた場合は、原点に立ち返って、全体として一つの犯罪と評価して良いかどうかを、具体的に見ていく必要がある。」

「詐欺罪の保護法益は、個人の財産権であって、それは被害者ごとに存在するものであり、本件においてもその点は変わら」ず¹⁶⁾、「法廷意見は、被害法益は被害者個人ごとに存在することを前提としているものであり、その点では、現行刑法の詐欺罪の従来概念の一部変更するようなものではない。」

「これを前提に考えた場合、本件街頭募金詐欺の犯行態様、特に、その被害者の被害法益に着目してみると、被害者は、自分が寄付した金額について、明確な認識を有しなかったり（例えば、ポケットに在った小銭をそのまま金額を確認せず募金箱に投入したケースなどが考えられる。）、あるいは、認識を有していても、街頭で通りすがりの際の行為であるから、寄付の金額自体に重きを置いておらず、その金額を早期に忘却してしまうこと等があることが容易に推察されるところであ」り、そして、「募金箱に投入された寄付金は、瞬時に他と混和し、特定できなくなるのであ」って、このように、「本件においては、被害者及び被害法益は特定性が希薄であるという特殊性を有しているのであって、これらを無理に特定して別々な

16) その際、さらに、「集团的・包括的な財産権のような法益概念を想定し、その法益侵害があったという考え方は、そのような特殊な被害法益を新たに創設するものであり、これは、立法論としてはあり得なくはないが（もっとも、そのような法益概念は、その内容・外延が不明確であり、立法論としても慎重な検討が求められるところである。）、現行刑法の詐欺罪における被害法益概念とは異なるものといわなければならない。」とも述べられている。

ものとして扱うべきではない。」

「欺もう行為が不特定多数の者に対して行われる詐欺は、本件のような街頭募金詐欺以外にも存在するところであり、虚偽の情報を広く流して不特定多数から多額の出資を募り、一定の金員を詐取するなどがその例である。しかしながら、このような犯罪は、欺もう行為が不特定多数に対してされたとしても、被害者は、通常は、その出資金額（多くの場合、多額に及ぶものであろう。）を認識しており、その点で、被害者を一人一人特定してとらえ、一つ一つの犯罪の成立を認めて全体を併合罪として処理することが可能であるし、そうすべきものである。」

他方、「本件は、前述したように、被害者ないし被害法益の特殊性があり、それを被害者単位に犯罪が成立していると評価して併合罪として処理するのは適当でないと思われる。」そして、「実際上も、被害者及び被害金額を特定することは、多くの場合不可能であり、例外的に特定できたケースに限ってしか犯罪の成立を認めないという考え方は、街頭募金詐欺の上記の特殊性を無視するものであり、採り得ないところである。」と。

つまり、詐欺罪の保護法益は個人の財産権であり、それは被害者ごとに存在するが、被害法益の一個性は、罪数を定めるための「重要な考慮要素」にすぎず、しかも、本件のような街頭募金詐欺は「被害者及び被害法益は特定性が希薄である」という特殊性を有しているので、「原点に立ち返って」、不特定・多数人に対する出資詐欺の場合が併合罪とされるのと異なり、被害者単位に犯罪が成立していると評価して併合罪として処理するのは適当でなく、実際上も、被害者及び被害金額を特定することは、多くの場合不可能であり、例外的に特定できたケースに限ってしか犯罪の成立を認めないという考え方は、街頭募金詐欺の上記の特殊性を無視するものである、ということである。これは、法定意見の挙げる理由のうち、(a)(b)は出資詐欺にも見られる特徴なので、それと異なる(c)の「被害者の没個性・匿名性」と(d)の「被害金員の混和性」を包括一罪処理の理由として強調したものと考えられる。

4 従来の判例

1 従来の判例の中には、まさに本件のような街頭募金の形態での不特定かつ多数の相手方を対象とする詐欺罪に関して、正面から罪数につき判示した先例は見あたらない。しかし、不特定かつ多数の被害者を対象とする利殖等を装った出資詐欺の事例に関しては、本件の弁護士が上告趣意等で主張し千葉勝美裁判官の補足意見が意識しているように、「財經事件」に関する名古屋高裁昭和34年4月22日の判決¹⁷⁾や「投資ジャーナル事件」に関する東京高裁昭和63年11月17日の判決¹⁸⁾が、包括一罪構成を否定している。さらに、出資詐欺に似た事案に関して、被害法益が被害者個々独立であることを指摘して、犯意が継続していても 刑法旧55条の 連続犯ではなく併合罪であるとし、原判決を破棄した大審院の明治44年10月26日判決もある¹⁹⁾。

すなわち、名古屋高裁昭和34年4月22日の判決は、1947（昭和22）年に削除された刑法旧55条に、科刑上一罪としての「連続犯」規定があった当時であれば、この事件は当然「連続犯」として処断されるべき案件であるが、この規定が削除された現在では、併合罪として処断すべきか包括一罪として処断すべきか「理論的解釈はきわめて困難なところ」²⁰⁾としつつ、連続犯的数個の犯罪を包括一罪として処断すべき最少限度の要件として、「(一) 犯意が同一であるかまたは連続すること、(二) 行為が同一犯罪の特別構成要件を一回ごと充足すること、(三) 被害法益が同一性または単一性を有することの三つが必要である」と述べて、「本件詐欺罪は、犯意の継続性、行為の前記構成要件充足性は認められるが、全犯罪事実について被害

17) 名古屋高判昭和 34・4・22 高刑集12巻 6号565頁。

18) 東京高判昭和 63・11・17 判時1295号43頁。

19) 大判明治 44・10・26 刑録17輯1769頁。

20) 高刑集12巻 6号615頁。

法益の同一性または単一性を認めることはできないから(財産的被害法益でその数は多数であるが、同一被害者に対する数個の行為に限り被害法益の同一性ありとしてこれを包括一罪と認むべきである。)本件を包括一罪として処断することは許されないものといわなければならない。²¹⁾と判示し、包括一罪を認定した原判決に対する検察官の控訴を認めて、これを破棄したのである。

次に、東京高裁昭和63年11月17日判決は、多数の被害者に対する類似した投資を装った詐欺に関して、「罪数は、原則として行為が犯罪構成要件を充足するごとに一個と解すべきであるところ、具体的場合において、犯罪構成要件を数回充足する行為を包括して一罪と評価するのを相当とすることもあるが、詐欺罪のような個人の財産を保護法益とする罪にあっては、共同の財産を対象としたような場合を除き、被害者の数と、構成要件を充足する行為及び結果が社会通念上同一と目されるか否かを基準にして決するのが相当であって、この観点からすると、原判決のした罪数区分に誤りとすべきところは見当たらない。なるほど、被告人らの本件各犯行は、投資ジャーナルグループに属する被告人らが資金集めのため相協力しつつ、同グループの営業行為として継続的に実行したものと認められるが、このような状況を考慮に入れても、本件の全犯行を包括して一罪と評価するのは相当ではない。」と判示している。

2 二つの裁判例や大審院判例に共通するのは、詐欺罪は個人的法益に対する罪であり、そして、この罪の被害法益の同一性ないし単一性は被害者が同一であるか否かに拠り、かつ、詐欺罪の構成要件は1個の法益侵害ごとに1回充足されるがゆえに、被害者が複数である場合は、詐欺罪は包括一罪にはならない、という罪数判断である。しかも、このような出資詐欺では、本件のような街頭募金詐欺と同じく、^(a)同一内容の定型的な欺罔行為が不特定かつ多数人に対して行われ、かつ、^(b)

21) 高刑集12巻6号616頁。

行為が一個の意思・企図によって行われた継続的なものであるという特徴がある。

5 先例の射程

1 これらの先例をみると、本件のように不特定かつ多数の被害者に対する詐欺罪が問題となる場合には、本件1,2審判決や本決定とは異なり、これを包括一罪とするのではなくて、詐欺の被害者ごとに一罪が成立し、行為が自然的にみて一個の場合は観念的競合、そうでなければ併合罪とするのが従来の判例であったように思われる。その意味で、本件1,2審判決は、従来の判例と異なり、それゆえ、刑訴法405条3号にいう「判例違反」があるように見える。それにもかかわらず、本決定は本件1,2審判決の結論を追認するのであるから、これは、その限りで、従来の高裁レベルの判例を変更したもののようにも思われる。

2 もっとも、これに対しては、本件1,2審判決はすでに以下のような反論を用意している。すなわち、1審判決は、これらの「各判決の事案は、被害者が多数に上る点ということでは本件と共通しているものの、いずれの事案においても、各被害者は特定されており、侵害された法益ごとの個性が認められる上、詐欺行為も各被害者の個性に応じて個別に行われていて類型性が認められないなど、行為・結果の両面からして包括一罪と評価すべき余地がないから、本件とは明らかに事案が異なるというべきである。」²²⁾と述べ、また、2審判決は、「諸論が挙げる上記二つの高裁判例は、その内容を見ると、原判決も説示するとおり、本件のような街頭募金詐欺とは事案を異にすることが明らか」²³⁾であると述べている。つまり、

本件は、出資詐欺等に関する先の判例とは事案を異にしており、そしてそれは、1審判決によると、本件では行為・結果の両面において本

22) 1審判決19頁。

23) 2審判決25頁。

件では個別性がないが先の判例の事案では個別性がある、という点に求められている。

この点では、本決定も基本的に同じ考え方であろうと思われる。というのも、そこでもまた、欺罔行為につき、(a)同一内容の定型的な欺罔行為が不特定かつ多数人に対して行われているということと、(b)行為が一個の意思・企図によって行われた継続的なものであるということを描き指しており、かつ、被害結果に関しては、(c)個々の被害者の被害金額が僅かで、かつ没個性・匿名性が高く、(d)被害金員が他の被害者の被害金員とすぐに混和するという特徴を描き指しているからである。

もっとも、それでも、須藤正彦裁判官の補足意見は、「不特定多数であるにせよ、個々の寄付者それぞれに錯誤による金員の交付の事実が合理的な疑いを差し挟まない程度に証明された場合にのみ、その交付された金員の額が被害金額として認定されるというべきである。」ことを強調して、詐欺罪の証明が粗雑にならないための歯止めを提案していることに注意が必要である。

また、千葉勝美裁判官の補足意見は、上記の(a)(b)の特徴は出資詐欺でも認められることから、これとの差異を明らかにするために、むしろ(c)(d)の点を強調し、これによって、先の判例との事案の相違を説明しようとしている。

しかし、「いずれの事案においても、各被害者は特定されており、侵害された法益ごとの個性が認められる上、詐欺行為も各被害者の個性に応じて個別に行われていて類型性が認められないなど、行為・結果の両面からして包括一罪と評価すべき余地がないから、本件とは明らかに事案が異なる」という1審判決の記述が何を意味するかはさておき、先の判例は、詐欺の具体的犯行態様の如何に関わらず、「詐欺罪のような個人の財産を保護法益とする罪にあっては、共同の財産を対象としたような場合を除き、被害者の数と、構成要件を充足する行為及び結果が社会通念上同一と目されるか否かを基準にして決するのが相当」などと述べて、詐欺罪一般につ

いて、被害者ごとに別個の詐欺罪が成立すると解していたはずである。そしてこの点は、千葉裁判官の本決定に対する補足意見の中でも、「詐欺罪において、複数の被害者がある場合には、各別の瑕疵ある意思が介在するから、一般的にはこれを包括評価するのは困難であり、個々の特定した被害者ごとに錯誤に基づき財物の交付又は財産上の利益の移転がなされたことが証明されなければならず、個々の特定した被害者ごとに被告人に反証の機会が与えられなければならないのである」と述べられていたところでもある。したがって、まず、本件1,2審判決や本決定のように、同じ刑法246条の詐欺罪の中で詐欺行為の類型に応じて異なった罪数判断をしてよいということ自体が、妥当といえるかどうかを検討する必要がある。

3 この点については、次のような見解があることに注意が必要である。たとえば、松尾浩也博士は、「(刑法)405条の上告理由となるかという観点から検討する場合は、OD²⁴⁾であっても、結論を導く過程に組み込まれている法的判断、および最高裁がとくに『判例』として示した法的判断は、その論点について上告の機会を与えるのがよいから、ともにRD²⁵⁾に準じて取り扱うべきだと思われる。」²⁶⁾と述べるし、平野龍一博士も、わが国では法と重要な事実とを媒介する「中間的命題」が判例だとされているとする²⁷⁾。これらの見解に従うと、「詐欺罪のような個人の財産を保護法益とする罪にあっては、共同の財産を対象としたような場合を除き、被害者の数と、構成要件を充足する行為及び結果が社会通念上同一と目されるか否かを基準にして決するのが相当」という先の判例の立てた中間命題に反して複数の詐欺被害者が存在する本件で詐欺罪の包括一罪を認めた本件1,2審判決および本決定は、すでにそのことによって「判例違反」を犯しており、本来であれば判例変更の手続きを要するはずであったと言え

24) 「傍論」(obiter dictum)のことである。

25) 「主論」ないし「判例」(ratio decidendi)のことである。

26) 松尾浩也『刑事訴訟法下[新版補正第二版]』(1999年)249頁。

27) 平野龍一『刑法の基礎』(1966年)240頁以下。

なくもない。

もっとも、このような見解に対しては、「ここにいう判例とは、具体的事件において裁判所が示した結論的判断で、その判断が当該事件をこえて同種類型の事案に妥当するものをいう。結論の前提となる一般的法律論や当該結論と対比して展開された理由は傍論であって、判例（主論）とはいえない。」²⁸⁾とする田宮裕博士の見解や、「判例とは、無限に多様な具体的事実の中から、重要な事実を選び出して類型化し、これに対して示された法律判断である。その前提として述べられた法律的な理由づけは判例ではない。」²⁹⁾とする平野博士の本来の見解のほうが正当であり、かつ、わが国の現実の「判例」の理解としても妥当であろうと思われる。というのも、たとえば、最高裁はかつて、刑法244条の「親族間の犯罪に関する特例」について、「本条は、窃盗罪の直接被害者たる財物の占有者と犯人との関係についての規定であって、その所有者と犯人との関係についての規定ではない。」と述べたことがあった³⁰⁾。その後、最高裁は、244条1項が適用されるためには、「同項所定の親族関係は、窃盗犯人と財物の占有者との間のみならず、所有者との間にも存することを要する。」と判断した³¹⁾。これは、最高裁が、244条を適用するためには窃盗犯人と占有者との間にさえ親族関係があればよいとする立場から、所有者との間にも親族関係があることを要するとする立場に考え方を変えたことを意味するので、先の「判例とは中間命題である」という見解によるなら、最高裁による「判例変更」に当たることになる。しかし、最高裁はそのために、大法廷を開いて判例変更の手続きをとったわけではないことに注意が必要である。

実は、前者の昭和24年判決の事案は、窃盗犯人と所有者との間には親

28) 田宮 裕 『刑事訴訟法 [新版]』(1996年)492頁。

29) 平野龍一 『刑事訴訟法』(1958年)327頁。

30) 最判昭和24・5・21 刑集3巻6号858頁。

31) 最決平成6・7・19 刑集48巻5号190頁。

族関係がある可能性があったが、占有者との間にはそれがなかったというものであった。最高裁の先の判断は、所有権者との間に親族関係があれば244条を適用すべきだとする上告を斥けるためのものだったのである。ところで、この上告を斥けるためには、244条の適用には最低限、窃盗犯人と占有者との間に親族関係が必要であると述べれば足りる。言い換えれば、所有権者との間にも親族関係が必要か否かは未解決にしておいてよかったのである。「所有権者と犯人との関係についての規定ではない。」という判断は、その意味で、この事案の結論にとってよけいな「傍論」である。これに対し、後者の平成6年決定の事案は、犯人と占有者との間には親族関係があったが、所有権者との間にはこの関係がなかったというものであった。ここでは、「犯人と所有権者との間にも親族関係が必要か」という問題の解答が、結論にとって不可欠であった。このようにみれば、平成6年の決定は、最高裁の「判例」が出ていなかった問題についての判断を示しただけであって³²⁾、決して従来の「判例」を変更したものではないということが明らかになる。

ゆえに、「判例違反」であるか否かは、実務では、その結論に至る「中間命題」によって判断されているのではなく、「類型化された重要な事実に対する類型化された法的結論」によって判断されていることが明らかになる。そしてまた、それが、事案の適切な解決を目指す裁判では、基準とされてよいのである。というも、同じ結論に至るのに、その中間の理論構成が異なることによって原判決が破棄されるというのは、実践知（jurisprudence）としての法学にはなじまないからである³³⁾。ゆえに、本

32) これに対して、大審院には、すでに平成6年決定と同趣旨の裁判例が存在する。大判昭和12・4・8刑集16巻485頁参照。

33) 以上のような「判例」の理解に関して、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ない。」と述べている。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

件1,2審判決の「中間命題」が先例と異なるという一事をもって、「判例違反」という結論を出すべきではなく、それらの事案が「類型化された重要な事実」(以下、「重要な事実」と略記する。)において異なり、ゆえに異なった「類型化された法的結論」に至るべきか否かという観点で、その「判例違反」の有無を検討すべきである。

4 それでは、本件につき、1,2審判決や本決定がというような事案の相違が先例との間に認められるのかどうかを、具体的に検討してみよう。「事案を異にする」という判断は、言うまでもなく、些細な事実の相違を意味するものではない。そうでないと、たとえば「事件の被告人が違うから事案を異にする」という、まったく意味のない理由で、先例から逸脱した裁判を許すことになってしまうからである。

そこで、「重要な事実」において相違が認められるか否かの判断基準が問題となる。これについては、現在のところ、さほど統一した見解が普及しているようには見えないが、さしあたり、「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ない。」³⁴⁾とする中野次雄元判事の見解を手がかりにしてみたいと思う。

加えて、罪数において結論の相違をもたらすような論点であるから、それは、包括一罪か併合罪かで結論の相違をもたらすもの、すなわち、たとえば併合罪加重の要否や一事不再理効の範囲、公訴時効の起算点、「かすがい作用」の有無等の法効果において結論の相違をもたらすようなものでなければならないと思われる。

5 この点では、本件のような街頭募金詐欺の事例と、上記の先例のような利殖ないし出資詐欺の事例とで、「重要な事実」における相違は見出

参照されたい。

34) 中野編・前掲29頁以下。

されない。すなわち、本件1審判決の挙げる4つの理由のうち、「街頭募金詐欺においては、詐欺行為が、特定の相手方ではなく、不特定多数の通行人に対し包括的かつ一方的に行われるのであって、詐欺一般のように、各被害者との個別的な対人的接触の上で行われる形態ではない」ことは、大衆に広く投資を訴える「財經事件」や「投資ジャーナル事件」でも対人的接触のない宣伝・広告に騙された被害者も予想されうるし、街頭募金であっても一時的には募金者と運動員との間の個別的接触がありうるのであるから、それ自体として街頭募金詐欺を他の詐欺の手口と区別して特別扱いする根拠になりうるかどうか疑わしいが、仮にそれを度外視するとしても、それは悪質な誇大宣伝・虚偽広告の特別な類型であることを示すのみであって、本件のような街頭募金詐欺について、併合罪加重の要否や一事不再理効の範囲、公訴時効の起算点、「かすがい作用」の有無等の法効果において結論の相違をもたらすべきような「重要な事実」の相違であるとは思われない。すなわち、街頭募金詐欺であるから併合罪加重は不要であるとか、後に別の募金被害者が現れても一事不再理効が及ぶとか、募金活動が終了するまで、被害者全員について詐欺罪の公訴時効が進行しないとか、募金活動の手段として幾人かの被害者に対して偽造文書が行使された場合に、包括一罪となる詐欺罪の「かすがい作用」によって併合罪加重ができなくなるといった結論の相違をもたらすべき「重要事実」の相違ではないのである。

同様に、「街頭募金詐欺においては、……詐欺行為自体も、立て看板・募金箱・チラシ・連呼等を用いたすこぶる典型的・定型的なものであって、各募金活動員ごとの個性的な詐欺行為は原則的には予定されておらず……、募金者の側からすれば、特定の募金活動員の活動に対してではなく、当該団体の標榜する募金趣旨に賛同するか否かで処分行為に出る出ないの意思決定を行う、しかも、その意思決定は多くの場合、処分する金額が比較的少額であることもあって路上で即断される程度の画一的かつ単純なものである」ことも、金額が少ないからといって包

括一罪が根拠づけられるわけではないし、被害者が被害金額を忘れている場合が多いから併合罪加重は不要であるということにもならない。さらに、欺罔行為が定型的なものである点では、先例の扱った出資詐欺の事例にも共通であるから、これも包括一罪処理を根拠づけるものではない。

たしかに、このような被害者の不特定・多数性と欺罔行為の定型性、画一性という特徴は、最高裁の本決定でも、^(a) 本件犯行は、「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った態様のものであり」という記述の中で示されているところである。しかし、千葉裁判官の補足意見では、「欺もう行為が不特定多数の者に対して行われる詐欺は、本件のような街頭募金詐欺以外にも存在するところである」として、この点では出資詐欺との相違が出てこないことが意識されていることが重視されるべきである。

6 さらに、「街頭募金の場合、募金者は路上で募金箱に比較的少額の貨幣を入れれば、そのまま名前も明かさずそのまま立ち去ってしまうのが通例であり、その意味では、各募金者は匿名性が極めて強く、これを募金主宰者の側から見れば没個性的な存在であって、それゆえにこそ、各募金は、一旦募金箱の中に投入されてしまうと即時に他の募金者のそれと混和してしまつて特定不可能なものとなってしまう」ことも、被害者の匿名性が何を意味するものであるのか明らかでないという疑問は別にして、仮にこれが募金運動員との接触の少なさを意味するのであれば、先に述べたように、それは大衆に対する出資詐欺の宣伝・広告段階にも見られることであって、詐欺罪の罪数処理を変更する理由にはならないと思われる。募金が他の募金者のそれと混和してしまうのは、振り込まれた金員が入金口座の残高に混入してしまう近年の「振り込め詐欺」の場合でも同じであつて、詐欺罪の包括一罪処理を根拠づけるものではない。また、「混和」と

いう用語が、個々の被害者にとって被害金額が僅少であるために個別の被害額が特定できなくなるという意味であるなら、それは個別の被害金額が明らかな限りで詐欺罪を立証すればよいだけであって、やはり、包括一罪の根拠とはならない。

この点は、最高裁の本決定でも、(c)「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」、(d)「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」と述べられているところではある。しかし、これも結局、本件1、2審判決の述べるところを超えるものではない。また、この点では、「本件においては、被害者及び被害法益は特定性が希薄であるという特殊性を有している」とする千葉裁判官の補足意見も、説得力を有するものではない。

さらに、「以上のような(1)～(3)の特徴を有するがゆえに、個別の被害額に着目する限りは、多くの場合比較的少額であって、少なくとも各募金者にとってはこれを拠出することに特段痛痒を感じない程度の金額であるものの、街頭募金詐欺は、不特定ではあるが極めて多数の者を被害者とする詐欺形態であるがゆえに、これを総体としてみれば、社会通念上到底看過できないような巨額の被害が生じがちである」ことは、一方で、街頭募金詐欺が個々の被害者にとっては軽微な犯罪であるために、被害者の被害感が小さく、そのため犯罪の立証に関して多数の被害者の協力を要する反面、その協力を得にくいことを指摘すると同時に³⁵⁾、他方で、街頭募金詐欺は、総体としては、社会全体にとっては巨額の被害を生じるものである点で特

35) つまり、本件1審判決ばかりでなく弁護人も指摘しているように、本件のような街頭募金詐欺では、被害者として名乗り出た人物が極めて僅かであるために、個々の被害者ごとの被害額が特定困難であり、かつ、問題の深刻さに応じた被害額の立証ができないことが問題であって、ゆえに、個々の被害者が欺罔されて錯誤に陥り、金銭の寄付という処分行為を行ったことを個別的に立証せずに被告人を有罪とすることを許容する根拠として、詐欺罪の包括一罪処理が用いられていることを意味する。

別な対応を必要とする行為類型であることを論証するものである。しかしこれは、むしろ、街頭募金詐欺が個々の被害を捉える詐欺罪にはふさわしくないことを明らかにするものでしかなく、詐欺罪の罪数処理を変えるべき「重要な事実」の相違ではない。

むしろ、そのような有罪判決は、詐欺罪の構成要件要素である「欺罔 錯誤 処分行為 財産損害」という心理的因果関係の厳密な立証を不要とする不当なものである。言い換えれば、本件1審判決は、刑法246条にいう詐欺罪の構成要件該当性が証明されていない行為について、それを詐欺罪とする根拠として、先の(1)から(4)までの事情を列挙しているにすぎないのである。それは、街頭募金詐欺を処罰するにはそうする方が便宜であるという理由でしかない。ゆえに、それは、現行法の解釈論ではなくて、街頭募金詐欺罪という不特定かつ多数の被害者を対象とする集合的な詐欺危険犯を立法すべしとする立法論にすぎないのである。

付言すれば、本件2審判決が挙げる募金活動の集団性や画一性、募金者の匿名性や募金の動機には募金したのとは異なる日時、場所での宣伝活動が影響した可能性があるという意味での募金動機の複合性も、基本的には1審の判断を踏襲したものであって、包括一罪処理を根拠づけるものではない。利殖ないし出資詐欺の場合でも、セールストークは集団的画一的であり、かつ、被害者の動機には契約時とは異なる日時、場所での宣伝・広告の影響がありうるからである。

7 以上の検討からみて、本件の事案と上記の判例の事案との間には、異なった罪数処理を正当化するような「重要な事実」の相違は認められない。ゆえに、本件1,2審判決および本決定は、上述の大審院判決を含む判例が示した罪数処理に関する「判例」と矛盾しており、ゆえに、本件では、刑訴法405条3号に該当する上告理由が存在することになる。ゆえに、本決定は、本件上告を理由なしとして棄却するのではなく、詐欺罪の罪数処理の在り方に重大な影響を与える事案として、慎重な検討をするべきであり、仮に包括一罪処理が妥当であるという結論に達したとしても、それに

については大審院および高裁レベルの判例をその限りで変更する旨を おそらく「判決」という形式で 明示する必要があったものと思われる³⁶⁾。

6 包括一罪の意味ないし成立上一罪の基準

1 もっとも、本件では、「判例変更」を要するという結論は、あくまで手続的な問題を指摘するものにすぎず、実体刑法の解釈として、どのような解釈が妥当であったかは、これだけでは決まらない。したがって、以下では、「判例違反」問題を超えて、より実質的な検討を試みる。

まず、個人的法益に対する罪に関して、犯行態様が類型的・没個性的で、被害結果についても、その個別性はあまり重要でなくても、包括一罪という処理が適当でないケースを挙げてみよう。たとえば、刑法199条の殺人罪では、たとえば群衆の中に爆弾を投げ込む事案や航空機を高層ビルに衝突させる事案を含めて、どのような無差別大量殺人であっても、その罪は被害者ごとに成立するものと解されている。これらのケースでは、行為が類型的であるどころか自然的にみれば1個であり、かつ、結果も画一的と考えてよいにもかかわらず複数の罪が成立するのであり、行為の自然的1個性は、はせいぜい、観念的競合という科刑上の処理で初めて、一罪として扱われる根拠となるにすぎないのである。このような場合には、殺害方法が個別的でなく、かつ、殺害結果も同時的かつ大量で遺体の見分けすらつかない場合であっても、これら大量の殺人罪を包括一罪として処理することはない。

2 そこで、財産犯である詐欺罪の場合には、殺人罪の場合と異なり、個人的法益に対する罪であるにもかかわらず、事案によっては複数の被害者が存在しても包括一罪で処理することが許され、あるいは適切であると

36) もっとも、先の判例は最高裁レベルの判例ではないので、裁判所法10条3号にいう大法院での判例変更手続きは不要である。

解される場合があるであろうか。

ここで、個人的法益に対する罪の場合には、被害者が異なれば必ず複数の罪が成立するというルールが支配していると断言するなら、それは誤りであろう。というのも、同じく個人的法益に対する罪であるにもかかわらず、盗犯防止法2条の常習特殊窃盗罪および3条の常習累犯窃盗罪のような常習犯では、複数の被害者に対する窃盗等の罪について一罪の成立が予定されているからである³⁷⁾。したがって、個人的法益に対する罪に関しても、その罪数は、侵害された個人的法益の数を常に絶対的な基準とするものではない³⁸⁾。同じことは、たとえば、架空の話であるが常習累犯殺人罪というものが立法された場合や、公共危険犯である刑法146条の水道毒物混入致死罪にも当てはまる。これらの罪では、生命という法益が一身専属的で包括することができないものであるとしても、多数の死者が出た場合には一罪で処理されることになるう。

しかし、常習犯は「集合犯」という特殊なカテゴリーに属する罪であって、その解釈を「集合犯」でない罪に一般化することはできないし、基本犯が公共危険犯であるときの致死罪は、もともと大量殺人に対応して作られたものと解される。したがって、罪数評価の基準は、単なる法益侵害の数ではなくて、やはりその構成要件がどのように作られているか、どのような事態をどのように処理するものとされているかにあるものと解すべきである。その意味で、やはり、罪数評価の基準は、ひとつの構成要件でどこまで処理できるかという「外部的な包括性」³⁹⁾を含んだ意味での、構成

37) したがって、団藤・前掲『刑法綱要総論[第3版]』439頁が「一身専属的な法益については包括の評価は許されず、侵害された法益の数だけの犯罪が成立する」と断言するのは、厳密には、不正確である。しかし、団藤博士も「集合犯」概念を認められているので、この言葉は、「集合犯」を例外とする趣旨であろう。団藤・前掲440頁参照。

38) 同じことは、個人的法益に対する営業犯にも妥当する。医師法17条の無免許医業の罪が一般には、社会的法益に対する罪と解されているが、仮に患者個人の法益を害するものであるとしても、この罪は、複数の患者に対して無免許医業がなされても、一罪で処理されるものである。

39) この用語の意味については、団藤・前掲『刑法綱要総論[第3版]』437頁に従う。

要件充足の数を基準とするべきであろう。そしてまた、「包括一罪」を認めるべきか否かの基準も、その例外ではないのである⁴⁰⁾。

そのような観点で本件1, 2審判決および本決定を その補足意見を含めて 検討するなら、そこに展開されている理由は、上述のように、すべて、現行法における詐欺罪の解釈としての包括一罪での処理を支持するものではなく、むしろ、街頭募金詐欺罪という不特定かつ多数の被害者を対象とする集会的な詐欺危険犯を立法すべき根拠にすぎない。

3 そこで、問題は、本件1, 2審判決および本決定の論理を別にして、刑法246条の詐欺罪を、ここにいうような「不特定かつ多数の被害者を対象とする集会的な詐欺危険犯」として解釈適用することが、立法権をもたない裁判所に許されるか、ということである。しかし、その答えは火を見るよりも明らかである。裁判所にはそのような立法権はないのであり、したがって、そのような「解釈の名を借りた立法」も許されない。それは、憲法31条で保障された罪刑法定主義の違反であるばかりでなく、「国会は、国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である。」とする憲法41条にも違反し、憲法の基本原理である「三権分立」をも犯すものである。

7 むすびにかえて

1 ゆえに、本件1, 2審判決を是認した本決定は、単に刑訴法405条3号にいう「判例違反」を無視して判決による判例変更手続きをとっていないばかりでなく、罪数処理に関する立法論に介入することによって、憲法31条ばかりか憲法41条にも違反するものといわなければならない。したがって、最高裁としては、このような重大な誤りを犯している原判決を破棄し、事件を原裁判所に差し戻して、従来判例の処理に従った詐欺罪の立証と罪数処理を行わせるべきであったように思われる。

40) 「包括一罪」の研究書として最も有益なのは、虫明 満『包括一罪の研究』（1992年）である。

2 それにもかかわらず、本決定は、このような重大な問題を看過して、本件の上告を棄却した。しかも、それは、刑法246条の詐欺罪一般に当てはまる判断ではなく、さしあたって本件類似の街頭募金詐欺に限られた事例判断でしかない。

とりわけ、「実際上も、被害者及び被害金額を特定することは、多くの場合不可能である」という千葉裁判官の補足意見が端的に示しているように、本件のような包括一罪処理は、結局のところ、本件のような個別の被害の捜査と立証が煩雑な街頭募金詐欺を対象とする捜査と立証の便宜のための処理でしかないことは明らかである。したがって、そのような便宜のために、法益侵害の数を基準として構成要件充足の数と罪数を決めてゆくという詐欺罪における罪数処理の「原点」を歪曲するのは妥当ではないと言わなければならない。

したがって、仮に、最高裁が、このような判断を今後も維持するとすれば、そのときは、その「包括一罪処理」という判断の射程をめぐってさらなる法的不安定状態が続くものと思われる。下手をすれば、同じような街頭募金詐欺の事例であっても、被害者が多数名乗り出て個々の被害金額も明らかになった場合には併合罪処理で、そうでない場合は立証を容易にし被害金額を大きくするために包括一罪処理をするという、罪数判断が捜査の便宜によって左右される本末転倒した事態が生じかねないのである。

しかし、そのような法的不安定が続くことは、わが国の司法にとって決して喜ばしいことではない。ゆえに、最高裁は、判例変更手続きによって本決定の判断を変更し、すみやかに、このような事態の收拾を図るべきであるように思われる。