

# 最近の詐欺罪判例と罪刑法定主義

——法的関係の相対性からする検証——

生 田 勝 義\*

## 目 次

- 1 問題の所在
- 2 最近の詐欺罪判例の立場
- 3 詐欺罪と財産的損害
- 4 詐欺罪と法的関係の相対性
- 5 おわりに

## 1 問題の所在

詐欺罪の成否を巡り、軽視できない最高裁判例の動きがある。

第1は、自己名義預金口座を開設するにあたりそれを他人に譲渡する目的であるのにそのことを秘したまま預金通帳を交付させた場合、その通帳に対する1項詐欺罪の成立を認めるものである。

第2は、国際線航空機への自己宛搭乗券を交付させるにあたり他人にそれを交付する目的であるのにそれを秘していた場合、1項詐欺罪になるというもの。

第3は、暴力団員が、その身分を明かさずに、ゴルフ場で対価を支払ってプレーした場合とか、自己名義の預金口座を開設し預金通帳等の交付を受けた場合とかに、前者では2項詐欺罪、後者では1項詐欺罪が成立しう

---

\* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

るとするものである。

いずれの判例も、詐欺罪が財産犯であるとの普通の理解からすると、理由が良くわからないものである。

現行法には騙す行為や偽る行為を犯罪にしているものがある。騙す行為や偽る行為一般が包括的に犯罪とされるのではなく、偽造罪や虚偽申請罪などといった形で、より個別的な類型に整序されて規定されている。これは罪刑法定主義による刑罰法規の明確性原則に照らせば当然の在り方だろう。

それに対し上述した最近の詐欺罪を巡る判例の動きは、個々の犯罪類型の持つ個別性を曖昧にし、刑罰法規の明確性を脅かすものというべきなのではないか。その意味でここでは罪刑法定主義が試練にさらされ、試されており、堤防に開けられたモグラの一穴として軽視できないように思われる。

違法の観念に6種あることを明らかにした規範論<sup>1)</sup>は様々な刑法解釈論の理論構造や性質を明らかにするうえで大いに役に立つ。その規範論からすると、個別的違法の形式的違法、つまり個別的形式的違法が罪刑法定主義からの要請である特定性・明確性原則に應えるものである。ところが最近の詐欺罪判例では、そのような個別的形式的違法が崩され無視されようとしている。すなわち、規範論から見ても、罪刑法定主義を支える論理構造が崩されようとしているということである。

ところで、個々の犯罪類型に個別性があるのは、特定の犯罪類型が他の犯罪との間に相対的な独自性を有するからである。この相対的独自性はその犯罪類型がどのような関係を規制するものかによって決まってくる。そのような関係には、法とそれが保護する利益との関係、そのような保護法益と行為者の関係、被害者や第三者と行為者の関係、などが考えられる。

たとえば殺人罪と詐欺罪との間にみられる個々の犯罪類型の相対的独自

---

1) 6種の違法の観念については、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）316頁注(3)参照のこと。

性は、生命と財産権といった保護法益の違いに基本的に規定されて生じるものである。

また、行為者が同じであっても保護法益が異なればそれぞれの保護法益ごとに法的関係ができることから、そこに法的関係の相対性が見られる。それゆえ、たとえば観念的競合の場合のように1人の1つの行為によって2つの犯罪が成立することもありうるわけである。

法的関係の相対的独自性が見られるのは刑法に限ったことではない。最近の最高裁判事判例にも被害者や第三者と行為者の関係の相対的独自性について論じたものとして興味深いものがある。JR 賠償請求訴訟に対する平成28年3月1日最高裁判決<sup>2)</sup>である。その判決には次のように書かれている。

「民法752条は、夫婦の同居、協力及び扶助の義務について規定しているが、これらは夫婦間において相互に相手方に対して負う義務であって、第三者との関係で夫婦の一方に何らかの作為義務を課するものではなく、しかも、同居の義務についてはその性質上履行を強制することが出来ないものであり、協力の義務についてはそれ自体抽象的なものである。また、扶助の義務はこれを相手方の生活を自分自身の生活として保障する義務であると解したとしても、そのことから直ちに第三者との関係で相手方を監督する義務を基礎づけることはできない。そうすると、同条の規定をもって同法714条1項にいう責任無能力者を監督する義務を定めたものということとはできず、他に夫婦の一方が相手方の法定の監督義務者であるとする実定法上の根拠は見当たらない。」（改行）「したがって、精神障害者と同居する配偶者であるからといって、その者が民法714条1項にいう『責任無能力者を監督する法定の監督義務を負う者』に当たるとすることはできない。」（下線は生田。）

上記の下線部分はまさに法的関係の相対的独自性を踏まえたものである。行為者が夫婦間においてその一方に対して負う扶助義務があるからといって、第三者との関係でその一方の者を監督する義務があるとは限らないことが明らかにされている。

法的関係の相対的独自性はこれまでそれとして自覚されることが少な

---

2) 民集70巻3号681頁。

かった。けれども実は、あたりまえの現象なのである。そして、それを自覚すれば、従来纏れていた問題も、実は簡単な問題に過ぎないことが分かるようになる。また、論理のすり替えも白日の下にさらされるようになる。

本稿は、法的関係の相対的独自性という視点<sup>3)</sup>から最近の詐欺罪をめぐる判例や学説を分析し、その問題性を明らかにしつつ、あるべき方向を探ろうとするものである。

## 2 最近の詐欺罪判例の立場

### (1) 第三者への譲渡意図を秘した自己名義預金口座開設事案判例について

自己名義の預金口座を開設することは合法であり、そのこと自体何ら非難されることではない。また、自己名義の預金口座を開設しそれを他人に使用させるとか、それを譲渡するとかすることによって、その他人がその預金口座を利用して金を預け入れたり払戻しを受けたりできるようにすることも、銀行に財産的な損害を与えるものでないばかりか、銀行にとっては顧客を増やすことができむしろ利益になるものというべきなのではないか。それにもかかわらず、他人名義での預金口座開設や預金口座の譲渡が個人財産に対する罪である詐欺罪に関係するものとされ、しかも第三者への譲渡意思を秘していたということを以て預金口座開設に伴い預金通帳の交付を受けたことが財物詐欺罪に問われる。つまり、内心を隠していたというだけで処罰される。しかも、財産罪である詐欺罪になってしまう。これは憲法19条の保障する「内心の自由」を侵害することではないか<sup>4)</sup>。そのような疑問に対しなされた最高裁判所の答えは最高裁平成19年7月17日

---

3) このような法的関係の相対性の意義を論じたものとして、生田勝義「違法の質・相対性と法的関係の相対性(序説)——刑法理論の進化と発展のために——」立命館法学352号(2014年3月)29頁～58頁参照。

4) この点は、最決平成19年7月17日の原審において弁護人が指摘していたことでもある。

決定<sup>5)</sup>において示されることとなった。この判例の立場はその原審の立場と比較することで明確になるとと思われるので、まず原審判決を見ておこう。

### 〔1〕 東京高裁平成18年10月11判決<sup>6)</sup>の立場

「所論は、(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、(4) さらに、「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」（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<sup>7)</sup>、(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、というのである。

しかしながら、(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<sup>8)</sup>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ない。<sup>9)</sup>さらに、(7)

---

5) 刑集61巻5号521頁。

6) 刑集61巻5号555頁。

7) この下線部は「住み分け」論である。

8) 通帳の財産的価値を肯定。

9) 「住み分け」論の否定。しかし、実質的な理由なし。

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。」(下線は生田。)と。

## [2] 最高裁平成19年7月17日決定の検討

この最決平成19年は、行為当時、銀行がその規定等によって預金契約に関する一切の権利等を第三者に譲渡等することを禁止しており、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応じることはなかった、という事実だけを指摘する。そして、そのような事実があれば、「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」として「挙動による欺罔」論に立ちつつ、その行為を以て「詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず」とし、「交付を受けた行為が刑法246条1項の詐欺罪を構成する」(下線は生田。)とした。

そのような最決平成19年の特徴は、第1に、東京高裁でのその原審や弁護人上告趣意において当時の金融機関本人確認法と詐欺罪の異同・関係如何が重要論点となっていたにもかかわらず、その問題に正面切って答えることなく、その論点を無視していることにある。第2の特徴は、詐欺罪が財産罪であることから必要とされるはずの財産的損害の存否に言及することなく、「分かっておれば、交付しなかった」という形式的な論理関係と挙動による欺罔行為があったというだけで詐欺罪の成立を認めているところにある。総じて、結論として示された規範につき実質的な説明がなされていないということである。

原審東京高裁判決が弁護人主張として示す(3)と(4)は、本稿が課題とする「法的関係の相対性」に関するものである。その東京高裁判決は「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ない」と結論

を示すだけで、その理由を明らかにしていない。「独自の見解」とされるが、詐欺罪と本人確認法との「住み分け」を主張する見解は当時も有力に展開されていた<sup>10)</sup>。「住み分け」論を認めるかは罪刑法定主義にかかわる重要論点であるにもかかわらず最高裁は理由も示さずこの論点を無視した。この論点は刑事裁判においても引き続き論究されるべき課題として残されているとあってよい。その「住み分け」論を補強することもできる規範論が「法的関係の相対性」論なのである。

### 〔3〕最高裁平成14年10月21日決定<sup>11)</sup>と調査官解説の立場

ところで、上述した最決平成19年の前史として無視できないのが、不正に入手した他人名義の健康保険証を使用して銀行の行員を欺きその他人名義の貯蓄総合口座通帳を交付させた事案に対する最決平成14年10月21日とその調査官解説<sup>12)</sup>である。ここでもその意味を明らかにするために原審判決の立場と比較しておこう。

最決平成14年の原審福岡高裁判決<sup>13)</sup>は、次のように述べていた。

「確かに、預金口座が開設されることにより、当該口座の名義人としては、銀行が提供する預金の受入れ、保管、振込送金等の銀行業務に伴う利便を利用できる地位を取得するから、一見財産上の利益を得たものと解してよいようにも見える。しかし、単なる他人名義の口座開設が、従来詐欺罪を構成するものとは考えられてこなかったのは、そのことによって銀行は何ら損害を被らず、預金獲得による利益の方が利便の提供という負担より通常上回り、その方が銀行としては利益になるという事情によるものであったと解される。その事実を踏まえ考察すると、最近これが許されなくなったのは、他人ないし架空名義の口座が脱税や不正

---

10) 「住み分け」論の代表的論考である佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』（岩波書店、2006年）95頁以下は、すでに2006年（平成18年）5月には公刊されていた。また、同様の見解を示した山口厚『新判例から見た判法』（有斐閣）の初版は2006年10月刊である。

11) 刑集56巻8号670頁。

12) 宮崎英一「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成14年度）』（法曹会、平成17年）245頁以下参照。

13) 福岡高判平成13年6月25日刑集56巻8号686頁。

取引等に利用されることから、その防止のための規制が必要になり、いわば国家的な見地からの規制が加えられたことにより、他人ないし架空名義の口座が禁止されるに至ったと考えられるのであって、この点を除けば、従来と事情は全く変わっておらず、例え他人ないし架空人名義で口座を開設されたとしても、銀行としては、当該口座を利用する預金者との間で取引約款に従った債権債務を取得するにすぎず、このような口座の開設により直ちに財産的な損害を生じるといった関係にはないが、これを許した場合、監督官庁から業務に関する不利益処分を受けたり、脱税や不正な取引等を助長しているとのそしりを受けるのを避けるために、法規に従い証明書の提示等を要求しているものと理解される。したがって、他人名義による預金口座開設の利益は、それにとどまる限り、従来と同様に、詐欺罪の予想する利益の定型性を欠くと解するのが相当であり、その行為は金融秩序に関する規制のための法規に触れることはあり得るにしても、詐欺罪には当たらないと解するのが相当である。

そして、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。」(下線は生田。)

それに対し最決平成14年は、次のとおりの見解を示した。

「しかし、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246条1項の財物に当たると解するのが相当である。そして、被告人は、上記のとおり、銀行窓口係員に対し、自己がA本人であるかのように装って預金口座の開設を申込み、その旨誤信した同係員から貯蓄総合口座通帳1冊の交付を受けたのであるから、被告人に詐欺罪が成立することは明らかである。そうすると、詐欺罪の成立を否定した原判決には、刑法246条1項の解釈適用を誤った違法があるというべきである。」(下線は生田。)

#### 〔4〕 それらの検討

最決平成14年は、預金通帳そのものの「財物」性だけを取り出し、その「価額」の「少額」性を認めながら、本人であることを装って行員を誤信させ財物を交付させたということで詐欺罪の成立を認めている。まさに最決平成14年は、その原審が問題にした法的関係の相対性に目を向けることなく、問題を財物性の有無に矮小化しているというべきであろう。

その原審の福岡高判平成13年は、「預金通帳は預金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ず、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」としていた。まさに「銀行との関係」という法的関係においては独立して財産的価値を問題すべきものとはいえないという形で、法的関係の相対性を明らかにしていたのである。それに対し最決平成14年は、「銀行から交付される場合であっても」刑法246条1項の財物に当たると解する。その理由は、「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、そ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」ことに求められている。これに対しては、預金者は預金の出捐者を言うのだから被告人が預金通帳の交付を受けることは「預金契約上、彼の当然の権利であった<sup>14)</sup>」との批判がなされている。加えていえば、「そ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」つまりそのような使用価値もあるから、「所有権の対象」というにとどまらず第三者による財産罪の客体にもなりうるのである。けれども、交付された者が有するそのような使用価値に直接対応する財産的損害を銀行が被るわけではない。銀行に自己名義の通帳を交付させるという関係においてそれが詐欺罪に当たるかということと、銀行から交付された預金通帳を第三者が盗むという関係においてそれが窃盗罪の財物に当たるということとは、法的関係という点においては別の問題である。交付された預金通帳が第三者との関

---

14) 松宮孝明『「調査官解説」論刑法』市川正人・大久保史郎・斎藤浩・渡辺千原編著『日本の最高裁判所』（日本評論社、2015年）284頁。

係で窃盗罪により保護される財物になるからといって、口座開設に伴い通帳を交付する銀行との関係において当然に詐欺罪の財物ないし財産的損害の対象になるわけではない。最高裁平成14年決定やその調査官解説はその当然のことを無視してしまったといわざるを得ない。

「口座の開設等、預金を受け入れる段階では、預金者の個性が問題にならない」といわれてきたことに対し、平成14年決定についての調査官解説は次のように述べる。「従前から、銀行の公共性の見地から」不正の目的に利用することがはっきり分かっておれば口座開設等を拒絶すべきだといわれてきた。その後、麻薬特例法に伴いマネー・ローンダリング行為が処罰対象とされるとともに金融機関は本人確認を徹底することが求められるに至った。口座開設しようとする者が名義人本人であるか否かは銀行にとっても「重要な事柄」になる。本人確認の強化等は、「金融機関等及び金融システムに対する信頼を確保しようとする目的も有しており、必ずしも国家的な見地からだけの規制ではない。もともと、銀行は、……その公共性から自行の口座を不正の目的に利用されないという利益を有していたのであり、この利益は、刑法上保護に値する利益と言えよう。」<sup>15)</sup>と。財産的損害については、欺かれなければ交付しなかったのに交付した財物に対して有していた利益を喪失したこととし、それを通説・判例であるとしている<sup>16)</sup>。形式的個別財産喪失説といえよう。そこには、組織犯罪対策上の必要からくる社会的要請・規制に応えることが銀行の公共性や銀行への信頼などを媒介にして銀行にとっても「重要な事柄」であり、しかも「利益」にもなるのだという論理が展開されている。これと同様の論理が「経営上の観点」とか「判断の基礎となる重要な事項」などとして、また、「分かっていたらその交付に応じることはなかった」などという言い回しで、その後の最高裁判例の立場にも影響を与えることになる。しかしながら、後述するように、その「重要な事柄」とか「利益」なるものが、ま

---

15) 以上は、宮崎・前掲「判解」248頁参照。

16) 宮崎・前掲「判解」245頁～246頁参照。

た、形式的個別財産喪失説なるものが、財産罪である詐欺罪にふさわしいものであるかという点では、大きな問題を残すことになったというべきであらう。

## (2) 自己名義搭乗券事案判例の立場について

### [1] 最高裁判平成22年7月29日決定<sup>17)</sup>の要旨

「このように嚴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。

2 以上のような事実関係からすれば、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はかならず、これによりそ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。」（下線は生田。）

### [2] その特徴

搭乗券事件最決平成22年は、「嚴重な本人確認が行われていた」ことから「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」という評価を導き、さらにそれ故にその搭乗させないことが「交付の判断の基礎となる重要な事項」と

---

17) 刑集64巻5号829頁。

なるにもかかわらず、それを偽り「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」とする要件論を打ち出した。

その原審である大阪高裁平成20年3月18日判決<sup>18)</sup>は、「不正使用を防ぐ財産的利益は極めて大きい」、「重大な財産的関心事」とか「会社財産に損害を与える処分行為」として財産的損害に言及していたのに、最高裁は「経営上重要性」という形で財産関係性を薄めてしまっている。また、原審は「搭乗券の適正な管理が、単に国家的社会的な関心事であるにとどまらず、航空会社にとって重大な財産的関心事である」として法的関係の相対性による詐欺罪成立否定論を排斥しているのに、最高裁はここでもそれに論及することはせず、「欺く行為」に当たるかだけを論じている。

ところで、国内線の航空券や搭乗券については他人名義のそれらによる搭乗が半ば公然と行われているという。「LCC 航空券 転売横行 各社禁止でもネット出品次々」との見出しの記事が朝日新聞に掲載された(2014年6月12日夕刊大阪本社3版10面参照)。ネットにも同様のニュースが載った。LCCの格安航空券はキャンセルしても払戻しを受けられないのが原則だ。そこでネットオークションにかけられ、超破格値段で競り落とされる。禁止された替え玉搭乗になることから、いざという場合にも航空会社に権利主張できないというリスクがあるにもかかわらず、利用者が後を絶たない。航空法には転売を禁止する規定がないが、航空各社は購入した航空券の転売を約款で禁止している。けれども、このような替え玉搭乗が詐欺罪で立件されたという話は聞かない。

国内線と国際線でなぜ違いが出てくるのか。考えられるのは、本人確認が厳格に行われているかどうかの違いであろう。国内線では、搭乗時に本人確認を厳格には行っていない。それに対し、国際線の場合、搭乗口でパスポートと搭乗券の氏名が一致するか確認している。

その異なった扱いの理由はどこにあるのか。テロ対策の必要性やその不

---

18) 刑集64巻5号859頁。

足による信用低下の恐れであれば両者に質的な違いはない。密出国をチェックするための確認であると思われる。そうであるならば、他人に渡すつもりで自己宛の搭乗券を交付させる行為は、航空会社に財産的損害を与えるからではなく、密出国を防止するために詐欺罪による規制の対象とされていることになる。残るは、カナダ政府への最高3000ドル支払い問題だが、これは搭乗券の財産的価値と直接の関係はない。

### (3) 暴力団員ゴルフ場利用事案判例の立場について

#### 〔1〕 2つの最高裁判例

暴力団員がその身分を秘してゴルフ場を利用したという事案についての最高裁判例には、詐欺罪の成立を否定したもの（宮崎事件最高裁第二小法廷平成25年（あ）第3号平成26年3月28日判決<sup>19)</sup>）と詐欺罪の成立を認めたもの（長野事件最高裁第二小法廷平成25年（あ）第725号平成26年3月28日決定<sup>20)</sup>）がある。

宮崎事件ではその第一審判決からそもそも挙動による欺罔行為があったのが問題とされていた。その最高裁判決は、欺罔対象の重要事項性の問題に立ち入るまでもなく、「挙動による欺罔行為」そのものがなかったとして詐欺罪不成立としたものである。不作為による欺罔とするには作為義務が必要であるところ、この最判は本件被告人には作為義務はないとの前提に立つものといえよう。詐欺罪の成立を認めた長野事件最高裁決定は、「誓約していた本件ゴルフ倶楽部の会員であるAが同伴者の施設利用を申し込むこと自体、その同伴者が暴力団関係者でないことを保証する旨の意思を表している」として挙動による欺罔行為を認め、その「上」として、加えて「利用客が暴力団関係者かどうかは、本件ゴルフ倶楽部の従業員において施設利用の「許否の判断の基礎となる重要な事項」であるとして「詐欺罪にいう人を欺く行為」にほかならないとする。

---

19) 刑集68巻3号582頁。

20) 刑集68巻3号646頁。

挙動による欺罔行為があったかどうか、また、判断の基礎となる重要事項であったか、の判定において「暴力団員でないことを確認する措置」(確認措置ないし確認手続き)がどの程度とられていたかが重要な基準になっていると言える。

## [2] その問題点

「ゴルフ場が暴力団関係者の施設利用を拒絶するのは、利用客の中に暴力団関係者が混在することにより、一般利用客が畏怖するなどして安全、快適なプレー環境が確保できなくなり、利用客の減少につながることや、ゴルフ倶楽部としての信用、格付け等が損なわれることを未然に防止する意図によるもの」とされ、その意図を保護するために詐欺罪が利用されている。

暴力団員によるゴルフ場利用を詐欺罪で処罰するのは、それによる一般の抑止効果でもって暴力団を排除し、因って以て一般的な市民生活の安全と平穏を図るためであるといわざるをえまい<sup>21)</sup>。市民生活の安全という社会的法益を保護するために、それを危うくする行為をしかねない暴力団員を予防的に排除する。そのために刑罰を用いるということである。しかし、暴力団という結社自体や結社に参加することを禁止し処罰することは、憲法21条の保障する結社の自由との関係で行なわれていない。また、暴力団員が暴力団員であることを隠してゴルフ場を利用する行為も暴力団排除条例等で犯罪とされているわけではない。暴力団排除の法的関係と詐欺罪のそれとの間には法的関係の相対性がある。それにもかかわらず、財産犯たる詐欺罪によって処罰される。この点では、罪刑法定主義を無視する機能的治安立法といわざるを得ないであろう<sup>22)</sup>。

---

21) たとえば、長野県暴力団排除条例1条には「社会全体で暴力団の排除を推進し、もって県民の安全で平穏な生活の確保及び社会経済活動の健全な発展に寄与することを目的とする。」とある。

22) この点を詳論するものとして、松宮孝明「詐欺罪と機能的治安法——ゴルフ場事件および近年の諸判例を手掛かりにして——」浅田和茂他編『自由と安全の刑事法学』(法律ノ

長野事件最高裁決定は、そのことを覆い隠すために、「経営上の観点」（おそらく経営上の不利益のおそれと言いたいのであろう。）を持ち出している。しかし、そこには、第1に、遠く危害、遠く隔たった危害でしかないものを持ち出し、第2に、財産そのものでなく、「経営」という、むしろ「業務妨害罪の業務」に当たるとでもいうべきものを持ち出している。けれども、遠く隔たった業務への妨害の恐れだけで業務妨害罪の成立を認めることもできないのではなからうか。

もっとも、「経営上の観点」は欺罔や錯誤の重大性にかかわるものとして位置づけられており、それが財産的損害という要件にかかわるものとはされていない。けれども、宮崎事件最判の裁判官小貫芳信の反対意見に見られるように、「欺く行為は、偽る対象（以降『重要事項』という。）と偽る行為との二つの要素からなり」とされるのであれば、重要事項は「偽る対象」として詐欺罪成立要件における重要な中心的要素になる。詐欺罪が財産罪であることからすると、その重要な中心的要素となる対象は財産に直接関係するものでなければなるまい。そうすると、「判断の基礎となる重要事項」は「欺く行為」の一要素とされているが、実質的には財産的損害にも関係するものでなければならぬというべきであろう。

#### (4) 暴力団員による自己名義銀行口座の開設による通帳等の交付事案

この事案に詐欺罪の成立を認めた最高裁平成26年4月7日決定<sup>23)</sup>がある。

##### [1] その要旨

「以上のような事実関係の下においては、総合口座の開設並びにこれに伴う総合口座通帳及びキャッシュカードの交付を申し込む者が暴力団員を含む反社会的勢力であるかどうかは、本件局員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要事項であるというべきであるから、暴力団員である者が、自己が暴力団員でない

---

↘文化社、2014年）361頁以下参照。

23) 刑集68巻4号715頁。

ことを表明、確約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当たり、これにより総合口座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。」(下線は生田。)

本最高裁決定では、「暴力団員を含む反社会的勢力であるかどうかは、本件局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、暴力団員である者が、自己が暴力団員でないことを表明、確約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当たり」という形で、重要事項性を認定したうえで確認措置を経てなされる行為(挙動による欺罔行為)は、「詐欺罪にいう欺く行為」に当たるとされている。

重要事項性は、政府からの「社会的責任や企業防衛の観点から必要不可欠な要請」および当該銀行における「企業の社会的責任等の観点から行動憲章」を定めた取り組みと確認措置の丁寧さから認定されている。さらに確認措置を経てなされる行為は「挙動による欺罔行為」に当たるということであろう。

## [2] その問題点

本決定では、それまでの最高裁判例に見られた「経営上の」観点や重要性という言葉でなく、企業の「社会的責任や企業防衛の観点」とか「企業の社会的責任等」とか、という表現に代わってきている。とくに後者では「社会的責任」が優先され他は「等」としてしか位置づけられていないことに注意しておかなければなるまい。財産的損害の要件はかすんでしまっている。

なお、同原審の大阪高判平成24年9月7日<sup>24)</sup>は、「郵便局員から確認を求められた上で、暴力団員であることを敢えて秘匿する態度によって、暴力団員でないかのように装い、口座開設の申込みをしたといわざるを得ないから、上記の本件行為が詐欺罪にいう欺罔行為に当たるとは明らかで

---

24) 刑集68巻4号726頁。

ある。」として、挙動による欺罔行為があったから詐欺罪にいう欺罔行為に当たると考えているように見える。けれども同時に、「ゆうちょ銀行においては、被告人が暴力団員であると分かっていたら、口座開設に絶対に応じなかった旨、被告人の対応をした郵便局員も供述しているものであり、仮に口座の不正利用を目的としていなくても、郵便局員を騙して口座を開設し通帳等を詐取した以上、可罰性は認められる。」とされる。「絶対に応じなかった」ことで「判断の基礎となる重要な事項」であったことが示されているともいえようが、不正利用目的という暴力団排除の正統化根拠がなくとも、暴力団員であるという人的属性を偽るだけで財産犯である詐欺罪の可罰性まで認めてしまう<sup>25)</sup>。これは、「口座を不正の目的に利用されないという利益」を根拠にする、前述した最決平成14年についての宮崎調査官解説をも超え出した見解である。暴力団排除という社会的目的のために財産犯である詐欺罪を利用する。ここでは、罪刑法定主義を無視する機能的治安立法という性質がより強まっているように思われる。

### 3 詐欺罪と財産的損害

#### (1) 犯罪体系における詐欺罪の特徴との関係

詐欺罪は、刑法典における体系的な位置からして、財産に対する領得罪であり、侵害犯であると解すべきであろう。（ドイツ刑法263条とは異なり）条文に財産的損害が明記されていないことを理由にそれが構成要件要素であることを否定する見解（最近の最高裁判例もこれか）もあるが、体系的解釈からすると妥当でない。窃盗罪や強盗罪などにしても、「窃取した」とか「強取した」と規定されているだけであって、それにより「財産的損

---

25) 同判決は加えて、「原判決も言うように、……金融機関が種々の損害を蒙る可能性が否定できない。」と損害の可能性にも言及する。けれどもその原判決は、「預貯金口座の性質上、……容易に他の目的に転用できること」などを挙げるものだった。これだと一般人が口座開設する場合にも当てはまってしまふほど拡散された低い可能性である。しかも、その「種々の損害」は「社会的非難を受けるおそれ」などと内容的にも拡散されている。

害を加えた」ことまで明記されているわけではない。それでも、それらの犯罪で財産的損害が不要だとは解されない。欺罔行為を要素とする犯罪類型がいくつかある中、他のそれらと詐欺罪の違いは財産的損害が要素とされている点にあるとの解釈。この方が、詐欺罪の形式的違法の個別性を示すことができるので、罪刑法定主義の明確性原則からしても、適切であるというべきであろう。

## (2) 財産的損害をめぐる諸見解

詐欺罪の成立には財産的損害が必要だとしても、その損害の内容をどうするかという問題については見解が分かれている。

それは、「財産的損害は単なる財物の交付につきるか」という問題として争われてきた。また、「相当の対価を得た場合と財産上の損害」という論点としても論じられてきた。

財産的損害の問題に入る前提として、そこにいる財産とは何かが問題とされた。個別財産に対する罪か全体財産に対する罪かという論争である。これについては、全体財産説も有力少数説<sup>26)</sup>としてあるが、通説・判例は個別財産説であるとされている。この問題については後に改めて論じた

### 1) 形式的個別財産喪失説

個別財産（の利用可能性）の喪失自体が財産的損害であるとする見解である。「騙されなければ財物を交付しなかった」場合、その交付そのものが損害とされ、詐欺罪となる。

しかし、この基準によれば、(価値的)評価を欺罔の内容・対象から除

---

26) 林幹人『刑法各論』（東京大学出版会、1999年）149頁～153頁、特に150頁および152頁注\*\*\*参照。ただし、この見解は経済的財産説を基礎としそれを展開してのものであることに注意する必要がある。同・『刑法各論 [第2版]』第2刷（2010年）143頁も参照のこと。

き、これを事実に限るとしても、たとえば、書店主に年齢（という事実）を偽り相当の代金を支払って成人向け雑誌を購入した未成年者までもが、詐欺罪になってしまう。未成年者の健全育成という目的・価値と財産的財益とは質の違いがあるのに前者の目的達成に欺罔や錯誤があったというだけで後者に関する詐欺罪の成立を認めることにはやはり問題がある。法的関係の相対性を無視するものといわざるをえない。

ところで、判例は形式的個別財産喪失説に立っているとの理解がかつては通説であるといわれるほどであった。果たしてそうなのであろうか。

判例は形式的個別的財産喪失説に立っているとする見解が引き合いに出す判例に最決昭和34年9月28日<sup>27)</sup>がある。しかしそれは、「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」としたものである。交換価値だけでなく使用価値の損害も財産的損害に当たるといえる。それを形式的個別財産喪失説というのは疑問である。

また、請負人が請負代金を本来の支払時期より前に受領した場合にその代金全額につき詐欺罪が成立するためには社会通念上別個の支払いに当たるといえる程度の期間、支払時期を早めたものであることを要するとした最判平成13年7月19日<sup>28)</sup>は実質的個別財産の喪失を要するとしたものといふべきであらう<sup>29)</sup>。

それら以外にも、形式的個別財産喪失説に立ったのではないかといわれる裁判例も、事案を具体的にみると実は実質的な損害が生じていたと指摘する見解<sup>30)</sup>もある。

## 2) 実質的個別財産喪失説

そこで、個別財産に実質的な損害の生じたことが必要だとする見解が登

---

27) 刑集13卷11号2993頁。

28) 刑集55卷5号371頁。

29) この最判平成13年に関する調査官解説である朝山芳史「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成13年度）』（法曹会，平成16年）136頁～137頁を参照のこと。

30) 松宮・前掲論文281頁～282頁参照。

場する。実質的個別財産喪失説である。もっとも、その財産的損害の内容や判断規準については諸説ある。「経済的に評価して損害と云うるか」、「被害者の錯誤が財産と実質的な関係があるか」。また、保護法益を「財産取引の自由」、「財産的処分の自由」としてその自由の侵害をもって損害とするものもある。もっとも、この自由侵害説だと、形式的個別財産喪失説と同様に、実際には財物の交付そのものを損害としてしまうおそれがある。そのため、処分自由の侵害にあらたな財産的限定要素を加えないかぎり、説としての独自性をなくしてしまうことになる。

今日、学説において有力になっているのが、法益関係の錯誤説を基礎にした財産処分目的の不達成を以て損害とする見解である。詐欺罪は、交換手段・目的達成手段としての財産を保護するものであり、意図した財産交換の失敗、交付目的の不達成が法益侵害の内実をなすとする。このような見解には、その法益侵害を以て詐欺罪要件のひとつとしての「財産的損害」だとするものと、財産的損害要件でなく欺罔行為や錯誤ないし処分行為の重大性にかかわる要素として考慮するという見解がある。その対立は、詐欺罪成立要件の体系的整序にかかわるものであり、純粹理論的には重要だが、実際には財産的損害不発生を以て詐欺罪の成立を否定することでは共通する。しかしながら、そこに言われる「目的」を財産的利益に直接関係するものに限定しないと形式的個別財産喪失説や財産処分等の自由説と同様に財産的損害とは無縁のものにまで詐欺罪を拡散してしまうおそれがある。

### 3) 最近の判例の立場は何か

最近の最高裁判例は、詐欺罪としての可罰性をもたらす要素を「欺く行為」要件における「偽る対象」の「重要事項」性に求めているように見える。また、原審が頻りに言及する「財産的損害」に最高裁判例は言及しない。それでは、財産的損害不用説なのであろうか。

判例の立場がいかなるものかについての解釈には諸説がありうる。

第1説が、上述した不用説。

第2説が、「欺く行為」該当性に加え「交付させた」とか「交付を受けた」ことを以て詐欺罪が成立するとされていることから、形式的個別財産喪失説として財産的損害を必要としていると解するもの。なお、2項詐欺については「施設利用契約を成立させ、Aと意を通じた被告人において施設利用をした行為が刑法246条2項の詐欺罪を構成する」とされている。

第3説は、「重要事項」性において経営上の観点とか経営上の重要性という内容で財産的損害が考慮されていると解するものである。

その第2説に対しては、形式的個別財産喪失説が実質上財産的損害を要求していないのではないかという批判がそのまま当てはまる。第3説は、「経営上」の意味内容が財産罪にふさわしい財産的利益に特定されているのか、営業の自由などをも含む広がりを持ってしまっているのではないのか。さらには最決平成26年4月7日のように「企業の社会的責任等」にまで広がるとなると、財産的損害とはかなり離れたものになってしまいかねない。

そうすると、今日の最高裁判例の立場は、実質的な財産的損害を詐欺罪の成立要件・要素として否定してしまうことには組みしませんが、法的関係の相対性を無視することによってその内容を他の法的関係と溶融させてしまいかねない状況にあるものといわざるを得ないように思われる。

## 4 詐欺罪と法的関係の相対性

### (1) 法的関係の相対性の諸類型

法的関係の相対性はどのようなものか。それはいくつかの類型に整理できるのだが、とりあえず次の3つに整理しておこう<sup>31)</sup>。

第1の類型は、従来の違法性の実質論からでも理論的に説明できたもの

---

31) この3つの類型については、生田・前掲論文45頁～51頁参照。

で、個別法益間、個別規範間の違いによる法的関係の相対性とそれに対応する違法性の相対性である。

例としては、従来多くのものが挙げられてきている。窃盗と殺人との関係、戸別訪問と住居侵入との関係、無免許医業と傷害罪の関係などである。行政犯と刑法上の犯罪との関係は一般的にここに属するといつてよい。詐欺罪と薬事法違反罪との相対性を認めたものに東京地判昭和37年11月29日<sup>32)</sup>がある。

組織犯罪対策立法による銀行口座不正利用処罰と口座通帳交付についての詐欺罪の成否、あるいは暴力団対策立法による規制違反と詐欺罪の成否、という最近の問題も、基本的にはこの第1類型に属するものであり、本来は両者に法的関係の相対性があるとして扱われなくてはならないものである。

第2の類型は、問題となる法主体間の関係につき、法主体A対法主体Bと法主体C対法主体Dとでは法主体間の関係の異なることは明らかだが、そのA対BとA対Cとの間、あるいはA対Bの関係に対するCの関係なども異なるのであって、そこにも法的関係の相対性、違法性の相対性の問題が出てくるということである。

典型例としては、不動産の二重売買があげられる。さらに、誤振込と財産犯の成否もこの類型に関係する。

なお、自己名義の銀行預金口座を開設しその通帳やカードを交付させたことをもって詐欺罪に問えるかという問題では、交付された通帳やカードが第三者との関係では窃盗や詐欺などの客体たる「財物」にあたるといえても、交付段階での「銀行との関係」において詐欺罪の「財物」ないし「財産的損害」といえるのかという論点もこの類型にあたる。

---

32) 判例タイムズ140号117頁。医師名義の証明書を偽造・変造し医師の処方箋がないと購入できないスパエル注射薬を薬局店主をして交付させた事案に対し、「所犯は薬事行政上の規制をくぐったに止まり何ら個人的財産上の法益を侵害するものでないから詐欺の罪に当たらない。」とした。

第3の類型は、個別法益・規範レベルにおいても、また法主体A対法主体Bという個別法主体レベルにおいても、それらのレベルでの法的関係は同じであるといえるのだが、個別法益・規範を超えた、あるいはそれらの基礎にあるもっと大きい社会関係が異なることにより法的関係が相対的になり、違法性も相対的になるものである。

この例として、民法上の不法行為と刑法上の犯罪との関係などがあげられる。

## (2) 法的関係の相対性と詐欺罪の成否

冒頭にあげた3つのグループの詐欺罪判例は主として第一類型に属する問題に関係するものである。

法益のとらえ方（たとえば、一般的な経営上の利益や間接的で遠い財産的損害）によっては、いずれにおいても財産的損害があったといわれれば、完全に否定することは難しい。

しかし、当該財産保護の法的関係まで取り上げれば、それらがすべて法的関係の相対性、つまり個別的な形式的違法を無視するものであることが明らかになる。

詐欺罪の保護する法的関係を特定する必要がある<sup>33)</sup>。詐欺罪は、個々の取引の公正を確保するためのもの<sup>34)</sup>といわれる。それは、個々の財産（経済）取引行為の安全を確保するためのものといってもよい。それに対し、一般的な取引システムの公正とか金融システムやクレジットカード・システムの安全などは社会的法益であり、それは詐欺罪が関係する財産法の課題ではなく、経済法などの課題である。

背任罪に対する詐欺罪の独自性も法的関係の相対性から出てくる。全体

---

33) この課題を「財産関係の相対性」として解明しようとしているのが、林・前掲書〔第2版〕157頁～159頁、および225頁。優れた見解である。私見は別稿にて詳論したい。

34) 林・前掲書〔第2版〕235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」とする。さらに、同・249頁～250頁参照。

財産に対する罪であるといわれる背任罪は典型的には、他人から包括的な事務処理権限を委託された者がそれを濫用してその者に損害を与えることを捕捉し、一連の関連する取引における事務行為にかかわって財産の安全を保護するものである。すなわち、「損をして得をする」といった一連の関連する取引行為を許容するものなのである。それに対し、詐欺罪は当該一個の取引行為による財産の安全を保護するものである。それゆえ、相当の対価がある場合は刑罰を以て対処するに値する財産的損害はないとしても、何ら背任罪の守備範囲と重なることにはならない。この見解を以て背任罪と同じ全体財産侵害説だと批判する見解も多い。けれども、財産犯における財産概念につき、法律的財産説や経済的財産説などの対立があるところ、経済的財産説に立ち、個々の取引における財産の安全が経済的に見て害されないのであれば、詐欺罪の成立を否定することに何ら問題は無い<sup>35)</sup>。

旅券や印鑑証明書の発行は、財産(経済)取引ではないから、詐欺罪の対象ではない。これらが財物であることは争えない。それにもかかわらず、詐欺罪に当たらないとされるのは財産権の侵害がないからとされることがある。むしろ、騙し取る場である法的関係が公的な認証関係であり、財産の取引関係を対象とする詐欺罪とは別だからというべきである。

### (3) いわゆる「住み分け」論について

金融機関本人確認法は、預金口座の第三者譲渡や他人名義での口座開設を禁止しその違反を刑罰の対象にした。それらの目的があるのにそのことを秘して口座を開設し預金口座通帳やキャッシュカードの交付を受ける行為を詐欺罪にという動きに対し、両者の立法趣旨の違い、保護法益の違いを指摘して詐欺罪と本人確認法上の罰則との住み分けが主張された。「顧客の身元確認が厳格に求められるようになったのは、マネー・ローンダリ

---

35) この点を明らかにしているのが、林・前掲書初版149頁～153頁。

ング規制や他人名義の預金口座を利用した犯罪防止の観点からである。そのような観点が重要であることはいうまでもないが、それは、「詐欺罪とは別個の法益侵害というべき<sup>36)</sup>」とされる。

それに対する批判には次のようなものがある。「金融機関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から、上記最高裁判例は、金融機関本人確認法の罰則と相まって、不正使用目的での預金通帳等の不正利用行為をよりいっそう強力に禁圧するものとなっているといえよう。<sup>37)</sup>」と。

この批判は、法的関係の相対性を踏まえたもののように見えるかもしれない。けれども、預金通帳等の取得が「不正」になるとされるのは金融機関本人確認法による禁止が存在するからである。預金通帳等の取得が、本人確認法の国家的・社会的保護法益を根拠にして「不正」とされ、しかもその「不正」を根拠にして詐欺罪の財産的法益侵害にあたるするのであれば、「捕捉するものではない」どころか捕捉し根拠づけるものだといわざるをえまい。そこにおける法益侵害なるものの実体は個人的法益としての財産とは別物になっている。すなわち、本人確認法による処罰根拠を詐欺罪に持ち込んでいるにすぎないのである。本人確認法でも詐欺罪でも処罰できるとされるのだが、それは両者にある法的関係の相対性を溶融させ詐欺罪に本人確認法による規制を先取りしてしまうものだというべきであろう。事前的な予防的規制に詐欺罪を使う。機能的治安立法といわれる所以である。

また、法益関係的錯誤説を基礎にするとされる目的不達成錯誤論でも、その「目的」の内容が財産的利益に関係するものに限定されない限り、同様の問題を抱えざるを得なくなる。たとえば次の見解<sup>38)</sup>があげられる。す

---

36) 佐伯・前掲論文113頁。

37) 山口厚『新判例から見た刑法第2版』（有斐閣、2008年）235頁。

38) 山口『新判例から見た刑法第3版』（有斐閣、2015年）295頁～297頁参照。

なわち、最近の判例に見られる「判断の基礎となる重要な事項」論は「欺く対象による詐欺罪処罰の限定」であり、それが詐欺罪要件の錯誤を限定する法益関係の錯誤論と親和的な手法であるといえらるしつづ、その重要事項かの判断は、「交付によって達成すべき目的は何かという判断と表裏一体の関係にある」として評価するものである。けれども、そこにいわれる「目的」が財産に係るものに限られないのであれば、企業の「社会的責任」を果たすという目的などまで含むことにならう。それにもかかわらず、「実質的な法益侵害性は欺く対象の重要性を通じて間接的に考慮される」といえるのだろうか。そこでいう「法益」はその「目的」に引きずられて非財産的なものへと拡散されてしまう。それでは結局のところ、詐欺罪が財産罪の装いを取りつつ機能的治安立法として活用されることに道を開いてしまうといわざるをえまい。

次のような批判もある。「犯罪収益移転防止法の保護法益は、金融事犯の防止や預金口座・預金通帳等の他の犯罪への悪用の防止であって、社会的法益である。これに対して、他人になりすましたり、譲渡意図を秘して預金通帳の交付をうける行為を詐欺罪で処罰する根拠は、銀行に財産的損害の発生が認められること、すなわち個人法益の侵害なのである。犯罪収益移転法の存在は、詐欺罪の成否という観点からは、財産的損害の発生という個人法益の侵害を基礎づけるものでしかない以上、それぞれの犯罪が別個に成立すると解すべきである。<sup>39)</sup>」この部分だけ見れば、法的関係の相対性を認めるかのように読めるかもしれない。

しかし問題は、「他人になりすましたり、譲渡意図を秘して」交付を受けるだけで銀行に財産的損害が生じるとする点である。この前提となっているのが、「『口座を不正利用されない』という……目的の達成が、金融機関自身や金融システムの健全性、それらに対する信頼の確保にとって重要な意味を持つことを考えれば、……このような文脈における預金通帳の占

---

39) 星周一郎「詐欺罪の機能と侵害概念」研修738号(平成21年12月号)9頁。

有の損失をもって、財産的損害の発生を認めることができよう。」（同上8頁）との評価である。金融システムの健全性やそれへの信頼の確保は社会的法益なのではないか。また、通帳交付の「社会的意味」の変化にあわせてその財産的損害が認められるとされる。「交付・処分される財物や財産上の利益それ自体に含まれる『経済的利益』のみならず、それを交付・処分することの社会的意味なども考慮して、被処分者の被る『経済的損害』の存否を実質的に判断する必要がある」というわけである。（同上6頁）。その「社会的意味」は「金融システムの健全性やそれへの信頼の確保」という社会的法益にまで広がることが認められている。そのような見解はやはり、社会法益への対応を詐欺罪で行なうものというべきである。

ところで、「住み分け」論とそれに対する上記諸批判との間には詐欺罪の罪質についての理解の違いが見られる。住み分け論の基礎には次のような理解がある。「被害者が有効に法益を処分している場合には、財産犯の成立を認めることができない。（詐欺の場合に）有効な法益処分が認められなくなるのは、その錯誤が当該犯罪の保護法益に関連するものである場合、すなわち法益関係的錯誤である場合である。」そこから、「『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』の達成に錯誤がなければ、付随的事情について錯誤があったとしても、詐欺罪の成立を認めるべきではないであろう。」という規範<sup>40)</sup>が出てきている。つまり、当該犯罪の保護法益による「目的」の限定がなされている。そうであって初めて、詐欺罪の相対的独自性が確保されるのである。

自ら担当した類似事件への取組の反省として「本人確認法と詐欺罪の関係について、正面から争い裁判所の判断を仰ぐべきではなかったか……。『住み分け』説は、依然としてその正当性を有していると思われる。」と述懐するもの<sup>41)</sup>がある。住み分け論の規範論的進化に期待したい。

---

40) 以上、佐伯・前掲論文95頁～109頁参照。

41) 上田國廣「通帳等の第三者への譲渡」季刊刑事弁護83号（2015.7.20）61頁～62頁参照。

## 5 おわりに

今日の詐欺罪を巡る最高裁判例の動向は、前述した「6種の違法の観念」による規範論からすると、個別的形式的違法を一般的事実的違法により掘り崩そうとするものといってよい。個別的形式的違法が罪刑法定主義の規範論的帰結であることからすると、そのような判例の動向は罪刑法定主義を掘り崩そうとするものであるといわざるをえない。

末川博は戦前、「違法の段階と種別」(1938年)という画期的な論文<sup>42)</sup>を著した。この論文は、ナチスの具体的秩序思想と並んで優勢になりつつあった形式的違法に対する実質的違法の優位論や一般条項への逃避傾向を批判し、それへの対抗理論を示そうとしたものである。これは刑法においては罪刑法定主義の重要性を規範論的に根拠づけるものであったといえよう<sup>43)</sup>。現在が当時と時代状況の形態的な現象面で類似した様相を示しつつあることに鑑みると、改めて検討に値する。

個別的形式的違法は個々の犯罪類型にある法的関係の相対的独自性の現れである。そのような相対的独自性を解明することは、罪刑法定主義を個々の犯罪類型の要件論に投影し活かすことであるにほかならない。逆に言えば、その解明を怠るとか回避するとかは罪刑法定主義を形骸化するものなのである。

「刑事立法の活性化」という名のもとに国家の刑罰権力が異常なまでに増強されつつある現在、自由と民主主義にとり罪刑法定主義は以前にもまして重要になっている。刑法総論では罪刑法定主義を刑法の基本原則だとしながら、肝心の刑法各論ではそれを時々の刑事政策や治安政策に合わせて骨抜きにしてしまう。そういうことは刑法理論の放棄ではないか。また

---

42) この論文は、『牧野教授還暦祝賀法理論集』(昭和13年)に掲載され、後に末川博『権利侵害と権利濫用』(岩波書店・1970年)559-572頁に収録。

43) この点については、生田・前掲論文37頁～39頁参照。

政策領導型の刑事司法は法治国家の司法とはいえないのではないか。罪刑法定主義をイチジクの葉っぱにしてはならない。詐欺罪を巡る議論はその試金石のひとつなのである。