

詐欺罪における財産的損害

—交付の判断の基礎となる重要な事項に関する欺罔行為の事例を通して—

佐 瀬 恵 子

目 次

1. はじめに
2. 詐欺罪における財産的損害
 - (1) 詐欺罪における財産的損害について
 - (2) 詐欺罪における財産的損害が問題となった事例
 - ① 証明文書等の交付に関する事例
 - ② 預金通帳の交付に関する事例
 - ③ 搭乗券の交付に関する事例
3. 詐欺罪の実質的違法性と財産的損害
 - (1) 犯罪論体系からみた詐欺罪における財産的損害
 - (2) 詐欺罪の実質的違法性からみた「交付の判断の基礎となる重要な事項」に関する欺罔行為
4. むすびにかえて

1. はじめに

詐欺罪は、交付行為に向けた欺く行為により、相手方を錯誤に陥らせ、その錯誤に基づき交付行為をさせて財産を処分させる犯罪である。窃盗罪をはじめとしたその他の財産犯と比較をすると、詐欺罪は、被害者に「財産の交付に向けた虚偽の情報」が与えられたことにより、財産的処分がなされているという点にその本質があると解されている。また、詐欺罪は、背任罪とは異なり、その刑罰法規に「財産上の損害」という文言が含まれていないことから、「欺罔に基づいて錯誤が生じ、財物の交付がなされれば、その占有喪失自体が損害であり、相当対価による反対給付を被欺罔者が得たとしても損害の発生とは無関係」に成立するものであると解されるため、背任罪が全体財産に対する罪であるのに対し、詐欺罪は個別財産に対する罪であると説明がなされるのが通説的な見解（形式的個別財産説）であるとされていた¹⁾。しかし、形式的個別財産説は、欺罔に基づいて錯誤が生じ、その上で財物の交付がなされれば、たとえ相当対価の交換があったとしても、形式的な個別財産の移転をもって詐欺罪の成立を認めてしまうこととなり、不合理であるとの批判がな

されるようになった。これを受けて、現在の学説の多くは、「詐欺罪も財産犯である以上、財産犯としての実質的な損害が生じているか」を積極的に検討すべきであるとの見解（実質的個別財産説）が有力に主張されるようになった²⁾。そして、詐欺罪の成立の際には実質的な財産的損害が必要であるとの実質的個別財産説の立場からは、詐欺罪に該当する行為が実質的な財産的損害に向けた欺く行為であり、被欺罔者もそのような欺く行為によって錯誤に陥り財産を処分したのか否か、また、結果として実質的に財産的損害があったのか否か等の考慮をもとに詐欺罪の成否を検討する必要が生ずることとなった。加えて、このような「実質的考慮」の中にどのような事情を含めるかについても、検討がなされるようになった。

以上のような学説の状況に対し、近年の判例は、財産犯としての実質的な損害が生じていないような事例においても詐欺罪の成立を認める傾向が強いといえる。これには、例えば、『『不正利用の意図を秘して』預金通帳・カード等を取得した事例³⁾、『預金通帳などを『第三者に譲渡する意図を秘して』自己名義の口座開設を申込み、通帳等の交付を受けた事例⁴⁾、『欺罔行為を用いて簡易生命保険証書の交付を受けた事例⁵⁾、『欺罔行為を用いて健康保険被保険者証の交付を受けた事例⁶⁾、『『第三者を搭乗させる意図を秘して』航空会社関係係員から搭乗券の交付を受けた事例⁷⁾』等の最高裁判例が挙げられる。これらの判例は、財産を処分するための欺く行為の内容について、被害者に対し、特に「交付の判断の基礎となる重要な事項」について虚偽の情報が与えられていた場合には、結果的に実質的な財産的損害が生じていなかったとしても詐欺罪の成立を認めるものである。

また、上記の事例以外にも、近年、詐欺罪に関する多くの最高裁判例が現れているが、詐欺罪の成立について限定的な理解を示す判例もあるものの、処罰範囲を拡大しているように感じられる判例も少なくない。このような最高裁の判断に対しては、従来の詐欺罪よりも処罰範囲が拡大されているのか、また、拡大されているとしても、それは現状況において妥当であるのか、さらに、詐欺罪とその他の特別法である「詐欺隣接」罰則規定の「住み分け」をいかにすべきか等の問題が提起されている⁸⁾。

本稿では、詐欺罪の成立を認め、詐欺罪の処罰範囲の拡大がもたらされているとの批判の対象となっている最高裁判例の中から、特に「交付の判断の基礎となる重要な事項」につき欺罔行為を行った場合の詐欺罪の成否に関する事例を研究対象として、刑法246条の詐欺罪は厳格に適用されるべきなのか否か、また、厳格に適用されるべきであるならば、どのような実質的な事情を含めて判断すべきかについての考察を行っていくものとした。

2. 詐欺罪における財産的損害

(1) 詐欺罪における財産的損害について

ドイツ刑法では263条1項に詐欺罪の規定が置かれているが、その条文上、詐欺罪成立には「財産上の損害」の発生を必要とすることが明示されている⁹⁾。それに

対して、わが国の刑法では、刑法246条において、詐欺罪成立のために「人を欺いて財物を交付させた」あるいは「財産上不法の利益を得」ることを必要とすることが明示されているが、欺罔者の欺罔行為による財産移転の結果として、交付者に「財産上の損害」が生じる必要があるかまでは明示されていない。このため、通説的な見解では、詐欺罪は背任罪とは異なり個別財産に対する罪であるから、詐欺罪の成立には実質的な財産的損害の発生は積極的に必要とされるものではなく、欺罔行為に基づく財物や財産上の利益の移転がなされることで足りると解されている（形式的個別財産説）。つまり、行為者が財産の交付に向けて欺罔行為を行い、それによって相手方が錯誤に陥り、財産の交付をしているのであれば、そこに相当対価の支払いがあったとしても「欺罔に基づく財産の交付」の段階で詐欺罪が成立することとなる。このように解すると、「空腹の組員が『暴力団関係者の来店は一切お断り!』と張り紙をする店に入り、一般人を装って飲食物を注文しその代金を支払ったという場合」においても、「この店の店主が地域の暴力団追放運動の推進者」であり、「暴力団組員と知っていれば飲食物は提供しなかったであろう」というような場合において、たとえ「提供した飲食物に見合う代金が支払われていても」詐欺罪が成立することとなろう¹⁰⁾。

他方、形式的個別財産説に対して、詐欺罪は財産犯である以上、たとえ欺罔行為による錯誤に基づく交付行為があったとしても、形式的な財産の占有移転だけで詐欺罪の成立を認めるべきではなく、実質的な財産上の損害という要件が必要であるとの見解が有力となっている（実質的個別財産説）。詐欺罪の成否に実質的な財産上の損害が必要であるとする学説の中には、詐欺罪を「個別財産に対する罪」と解するのではなく、背任罪と同様に「全体財産に対する罪」と解するべきであるとする説¹¹⁾、人を欺く行為において、相手方の錯誤が交付される財産と実質的に関係する錯誤（法益関係の錯誤）でなければならないとする説¹²⁾、財産上の損害の有無の判断の際には、相手方が当該取引において「獲得しようとしたもの」と「給付したもの」を比較して、「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かどうか」により決定するという説等が存在している¹³⁾。なお、判例の立場は、形式的個別財産説を前提とするものの、実質的な財産的損害がない場合は詐欺罪の成立を否定するものが散見されることから、「詐欺罪があくまでも財産犯である」ことを前提として、なんらかの財産上の損害の発生を必要とするとしつつも、財物や財産上の利益の交付自体を損害と解して、詐欺罪の成立を検討しているのではないと思われる。例えば、相当対価の給付がある場合の詐欺罪の成否に関する事案には、小売価格2,100円の電気あんま器を中風や小児麻痺に効果のある特殊治療器であるとして、あたかも高価な物であるかのように装って2,200円で売却した事案が挙げられるが、ここにおいて最高裁は、「たとえ相当価格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」と判示している¹⁴⁾。ここでは、「実質的な財産的損害」の発生は詐欺罪成立の積極的な要件と

されていないことが理解される¹⁵⁾。

また、判例が詐欺罪の成否について「実質的な財産的損害」の発生を積極的な要件としておらず、「形式的個別財産説」を採用していると解される判例として、「自己名義のクレジットカードの不正使用」に関する判例を挙げることができる。これまでの「自己名義のクレジットカードの不正使用」に関する下級審判例は、自己名義のクレジットカードの不正使用による商品購入の事案において、被告人には、加盟店を被欺罔者とし、加盟店から商品を詐取した「1項」詐欺罪が成立するとの判断を行っている¹⁶⁾。ここにおいて判例は、「若し利用客に代金を支払う意思や能力のないことを加盟店が知れば、クレジットカードによる取引を拒絶しなければならないこと（が）信義則上当然のこと」であるとして、行為者が「信販会社（カード会社）に対してその立替払金等を支払う意思も能力も全くなかったのに、クレジットカードを使用した以上、加盟店に対する関係で、右カードの使用（呈示）自体がこれがあるように仮装した欺罔行為と認めるのが相当であり、その情を知らない加盟店からの財物の交付を受け、若しくは財産上の利益を」得た段階で詐欺罪が成立するとしている¹⁷⁾。このことから判例は、「自己名義のクレジットカードの不正使用」において、加盟店が被欺罔者であり、被害者であるとして、財物交付の時点での「1項」詐欺罪の成立を認めるものと理解される。しかし、このような見解に対し、実質的な財産的損害がどこに生じているのかという問題を重視して考察すれば、加盟店と信販会社との契約によって、加盟店は信販会社より立替払いや保険等によって支払いを受けることが可能であることから、実質的な財産上の損害を被るのは加盟店ではなく信販会社であり、財物の占有が加盟店から行為者に移転することをもって1項詐欺罪とすることに問題があるとの指摘がなされている¹⁸⁾。

詐欺罪の通説的見解や判例の立場は、基本的に「形式的個別財産説」を前提としていると解されるが、しかし、「形式的個別財産説」を採用するとしても、単に形式的な財産の占有移転のみで詐欺罪を成立することを認めるのではなく、詐欺罪は侵害犯であり財産犯であるとの立場から、法益侵害結果として何らかの「財産的損害」の発生を必要として、具体的にどのような場合に「財産的損害」を認めるかについては検討すべき必要があると思われる。そこで、本稿では、詐欺罪における財産的損害が問題となった事案を通して、判例が詐欺罪の成立に実質的な財産的損害を求めているのか、また、求めている「財産的損害」の内容は何かについて検討を加えていくこととしたい。

（2）詐欺罪における財産的損害が問題となった事例

詐欺罪の財産的損害に関する判例検討を行うに当たり、判例の変遷を踏まえて、①証明文書等の交付に関する事例、②預金通帳の交付に関する事例、③搭乗券の交付に関する事例に大別し、検討を行っていき¹⁹⁾。そして、判例が、詐欺罪の成否に求めている実質的な財産的損害の内容が如何なるものであるかについて、また、行為者が交付行為に向けて欺罔行為を行うにあたり、「交付の判断の基準となる重要な事項」について欺くことが詐欺罪の成否に重要な要素をもたらした事例を

通して「交付の判断の基準となる重要な事項」の意義や詐欺罪の成否にもたらす影響について考察を加えていくものとする。

① 証明文書等の交付に関する事例

かつての大審院並びに最高裁の判例では、証明文書等の交付については、交付された物の財物性や財産上の利益が認められないことから、詐欺罪の成立が否定されていた²⁰⁾。例えば、建物所有証明書、印鑑証明書、旅券、運転免許証再交付において、判例は、たとえ欺罔行為によりそれらの物が交付されていたとしても、詐欺罪の成立を否定している。これは、それらの証明文書等が「資格や事実証明に関するものであり財産権と関係するものではないことが考慮された」ためである。

大審院の大正12年判決においては、「詐欺罪は財産権を侵害すべき行為を要素とするものなるが故に仮令人を欺罔して一定の意思表示を為さしむるも其の行為にして上叙の性質を有せざる場合に在りては同罪を構成するを得ざること勿論なり」と論じられており、欺罔行為を用いて各種証明書の交付を受ける場合は、各種証明書につき財物性、財産上の利益を認めることができないことを理由として、詐欺罪の成立を認めるべきではないとしている。また、最高裁の昭和27年判決においては、被告人が日本において兵役に服したことがない旨並びに選挙に投票したことがない旨の虚偽の内容を記載した証明書を、事情を知らない村役場係員をして作成させ、同証明書を使用して米国領事館から旅券を騙取しようとしたという事案につき、刑法157条2項の免状等不実記載罪を挙げ、「同条項の刑罰が1年以下の懲役又は300円以下の罰金に過ぎない点をも参酌すると免状、鑑札、旅券の下付を受ける行為のごときものは、刑法246条の詐欺罪に間擬すべきではなく、右刑法157条2項だけを適用すべきものと解するを相当とする」とし、免状、鑑札、旅券についての間接的な無形偽造を処罰する規定の中に、当然に内容虚偽の証明書の受交付という詐欺罪の類型が含まれていることを示した。この判例においては、さらに、虚偽の申立てによる免状、鑑札、旅券以外の証明書の詐取を詐欺罪で処罰することは、157条2項と246条との刑の均衡という観点からみて、原則的には許されないということが示されている²¹⁾。

この一方で、判例は、米穀通帳、輸出証明書、国民健康保険証、簡易生命保険証書の不正受交付については証明文書等の交付であるといっても詐欺罪の成立を認めている²²⁾。これらの客体も、前述の証明文書と変わりがないようにみえるが、例えば、国民健康保険証、簡易生命保険証書の不正取得に関する事例において判例は、保険証書というものが、保険契約の存在を証明する文書であることから、そこに「証明の利益」が存在しているだけでなく、さらに、「保険契約に基づいて保険給付を受ける地位の存在が証明されており、単なる『証明の利益』を超えた、それ以上の財産的利益を認めることができる」と解しており、このため、保険証書の交付により「財産的価値ある保険給付を受けうる地位を与えるべきではない者に与えられた」ことをもって、実質的な財産的損害の発生を肯定することが可能となると解している²³⁾。

証明文書等の交付に関する詐欺罪の成否についての判例につき、詐欺罪の成立、不成立を認めた両者の判例を参照したが、証明文書等の交付に関し詐欺罪が否定された判例においては、証明文書自体が財産権を侵害する要素のない、財産権を侵害する客体ではないことが理由となっているのに対し、詐欺罪が肯定された証明文書等は、それ自体が経済的価値の低い証明文書等であったとしても、単に事実証明だけの作用をもつものではなく、何らかの財産的損害を与える可能性ある、社会生活上重要な経済的価値を包含するものである証明文書等である点が強調されたことにより詐欺罪の成立が肯定されたものであるといえる²⁴⁾。

② 預金通帳の交付に関する事例

証明文書等の交付につき詐欺罪の財産的損害の発生を認め、詐欺罪を成立させることが可能かという問題と関連して、行為者の欺罔行為により銀行から預金通帳の交付がなされた場合につき、財産的損害の発生を認め、詐欺罪を成立させることができるかについても議論の余地がある。預金通帳の交付と詐欺罪が問題になった事案につき、近年、最高裁判所が判断を示しているため、ここで簡単に紹介したい。

一つは、不正に入手した他人名義の健康保険証を利用して、銀行窓口係員に対し、自己が他人本人であるかのように装って預金口座の開設を申し込み、その旨誤信した同係員から貯蓄総合口座通帳1冊の交付を受けた事案における、最高裁判所平成14年10月21日の決定である。この事案では、原審にあたる福岡高裁平成13年6月25日の判決が「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ころ、他人名義による預金口座開設の利益は詐欺罪の予定する利益の定型性を欠くから、それに伴う預金通帳の取得も刑法246条1項の詐欺罪を構成しない」として詐欺罪の成立を否定したのに対して²⁵⁾、最高裁は「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246条1項の財物に当たると解するのが相当である」として詐欺罪の成立を肯定している²⁶⁾。原判決が、たとえ他人名義の口座開設であったとしても、「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有利になる」という事情から、「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」等と述べて、預金通帳を単なる「証明書類の書類」と解したのに対して²⁷⁾、最高裁は、預金通帳を単なる証明書類の書類にとどまらず、それを使用した預金の預入れ・払戻し等の財産的価値を有するものであるとの理由から、預金通帳の交付によって財産的損害が認められるため、詐欺罪を成立させて問題ないとの見解を示している²⁸⁾。

なお、最高裁は、他人名義の口座開設による預金通帳の交付だけではなく、第三

者に譲渡する意図を秘しての自己名義の口座開設に伴う預金通帳の交付と詐欺罪の事案についても判断を行っている。最高裁平成19年7月17日の判決では、銀行の行員に対して、自己名義の預金口座開設後、同口座に係る自己名義の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、自己名義の普通預金口座の開設並びに同口座開設に伴う自己名義の預金通帳及びキャッシュカードの交付を申し込み、銀行行員らをして、被告人が各銀行の総合口座取引規定ないし普通預金規定等に従い、上記預金通帳等を第三者に譲渡することなく利用するものと誤信させ、被告人名義の預金口座開設に伴う同人名義の普通預金通帳1通及びキャッシュカード1枚の交付をさせた事案につき、銀行は「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どすることを禁止」しており、また被告人に対応した各銀行員は、「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応じることはなかった」という事実を前提として、「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」旨判示している²⁹⁾。この最高裁判例に対しては、欺罔行為によって銀行員から預金通帳の交付があったことをもって、ただちに「財産上の損害」が発生したとする形式的個別財産説に近づくものであり、刑法246条1項の成立範囲を拡大するものであるとの批判的な見解もみられるが、最高裁は預金通帳の占有が移転したことをもって「財産的損害」の発生を認めたものではなく、預金通帳に内在する経済的価値の検討を行ったり、銀行における従来の目的を踏まえた財産的損害の検討を行ったりして、「財産的損害」の発生を判断したものであろうと思われる。

「マネーロンダリング等の不正行為の防止」や、近年急増の一途をたどる振り込め詐欺等の防止」の観点から、平成16年に「金融機関など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（金融機関本人確認法）」の改正がなされ、本人確認義務に違反した場合にとどまらず、通帳等の不正取得・売買等も同法16条の2第1項、第2項において処罰の対象とされていること等を踏まえれば³⁰⁾、「今日においては、金融機関にとって本人確認・名義人のみの使用という事実の確認を抜きにしては預金者獲得という経済的目的を追求することが困難である」と考えられるため、詐欺罪成立において必要な実質的な財産的損害を認める上で、「通帳・カードの交付それ自体よりも、不正利用の防止こそが非常に重要になっている」と解される。これを踏まえて、預金通帳の「名義人本人のみの使用」や「不正利用の防止」という被欺罔者である金融機関にとって「交付の判断の基礎と

なる重要な事項」を偽ることによって、金融機関の取引目的が達成されないことにより、財産的損害の発生を認める学説が存在する³¹⁾。これに対し、「名義人本人のみの使用」や「不正利用の防止」のようないわゆる被欺罔者である金融機関の「重大な関心事」を偽ることによって財産上の損害を認めてしまうと、実際上は広く財産上の損害が認められることとなり、さらに、1項詐欺罪として説明することが困難であるとの批判がなされている³²⁾。また、預金通帳の交付とそれに付随する実際上の財産的損害を検討した場合において、「被告人自身が預入金を出資していることからしても、本人が預金契約を結んでいることに何ら変わりはなく、そもそも通帳・カードの交付の意義が低下してきているというのであれば、ひるがえってまたは詐欺罪の客体としての経済的価値を有しているとはいえず、さらに、銀行は通帳やカードを交付しても預金契約を結ぶことにより手数料等の収入を得るので、結局経済的目的は達成できている」ため実質的な財産的損害を認めることが困難であると解されることから³³⁾、上記判例のような場合においては、あえて預金通帳の交付において財産的損害が発生する根拠を捻出して詐欺罪を肯定すべきではなく、むしろ前述したような金融機関本人確認法16条の2第1項・第2項や、犯罪による収益の移転防止に関する法律（犯罪収益移転防止法）26条第1項・第2項³⁴⁾といった特別法の成立を認めるべきであるという「詐欺罪とその周辺の特別法との住み分け論」が主張されている³⁵⁾。

③ 搭乗券の交付に関する事例

最後に、搭乗券の交付と詐欺罪に関する最高裁判例を紹介したい。外国行きの自己に対する搭乗券を、不法入国を企図している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、航空会社の搭乗業務を担当する係員に対し乗客として自己の氏名が記載された航空券を呈示して搭乗券の交付を請求し、その交付を受けたという事案である。

本件事案は、一審より事実関係については争いがなかったものの、弁護人は、航空会社が搭乗券交付にかかる航空運賃を受領していることをもって財産上の損害が発生していないこと、また、搭乗手続によって航空会社に向けた被告人の欺罔行為が存在しないことなどを主張して、詐欺罪の成立を争っていた。これに対し、一審判決並びに原判決は、「航空機を利用しようとする者と乗客名簿に搭乗者として記載されている者との人的一致を偽って搭乗券の交付を求める行為は、重要事実について航空会社の担当者を錯誤に陥れ、この錯誤に基づいて搭乗券を交付することは会社財産に損害を与える処分行為に該当する」等と判示した³⁶⁾。特に原審においては、会社財産に実質的な損害を与えることの内容として、「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み航空会社に対する社会的信用の低下、業績の悪化に結びつく」こと、また、本件航空会社が自社の搭乗券によって、不法入国をさせてしまった場合には、外国政府に「最高額で3,000ドルを支払わなければならないこと」等が指摘された³⁷⁾。以上のような理由から、一審並びに原審が詐欺罪の成立を認めたため、被告人側より上告がなされた。これに対し最高裁は、「航空会社

の係員らは、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」といった嚴重な本人確認を行っているのだが、これは、「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、本件航空会社が外国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」ということが前提となっているとし、故に、航空会社の係員らは、「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」く、また、「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るならば、その交付に応じることはなかった」との事実関係においては、「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、詐欺罪と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246条1項の詐欺罪を構成することは明らか」である旨判示した³⁸⁾。

大審院判例によれば、詐欺罪における「人を欺く行為（欺罔行為）」は、「相手方が財産的処分行為をするための判断の基礎となる重要な事実を偽ることであって、その錯誤は財産的処分行為をするように動機付けるものであれば足り、法律行為の要素に関する錯誤であると縁由の錯誤であるとを問わない」と解しており、これが学説においても通説的見解であるとされている³⁹⁾。本決定においても、詐欺罪という「人を欺く行為」は、被欺罔者において「交付の判断の基礎となる重要な事項」を偽ることである旨を明示していることから、上記の通説的見解に依拠したものといえる。そして、本決定はそのような通説的見解に従って、「航空会社にとって航空券記載の乗客本人以外の者を航空機に搭乗させないことが、航空機の保安確保や不法入国防止のための義務履行の観点から、航空運送事業の経営上重要であったのみならず、航空会社は、搭乗手続きに際して上記のような嚴重な本人確認手続きを行い、その確認がとれない者に対しては搭乗券交付を拒絶することにより、当該乗客以外の者を航空機に搭乗させない態度を明らかにしていたのであるから、当該乗客が航空機に搭乗するかどうか、搭乗券交付の判断の基礎となる重要な事項にあたる」と判断したものであると解される⁴⁰⁾。しかし、本決定の原審が航空会社の社会的信用であったり、不正入国があった際の具体的な違約金であったりを挙げて実質的な財産的損害を明らかにしようと努めたのに対し、本決定は航空機運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性や契約上の義務の存在を基礎としつつ抽象的な「経営上の重要性」を論じている点につき、本決定の内容は、「企業経営上の失敗に由来する長期的な損失のリスクを正面から詐欺罪の法益侵害結果」とするようなものであり、なおかつ、そのような法益侵害結果を説明することは困難であるとの批判が

なされている⁴¹⁾。また、「不法入国の支援やハイジャック等の危険を生じさせる行為は違法であり、刑罰で禁圧すべき行為」であるとはいえども、そのような価値を財産的価値として搭乗券に付与し、欺罔行為によって「搭乗券という紙片の占有侵害を対象とする1項詐欺罪によって補足」すべきではないとの批判も存在する⁴²⁾。現に、本決定においては航空会社から搭乗券の交付を直接受けているからこそ、1項詐欺罪の成立を認めることができたものであるが、ペーパーレス化が進行した現代においては、もはや「搭乗券の交付」という手続は観念的なものに過ぎないため、「eチケットで搭乗手続を完了し、その後第三者にデータの登録された携帯電話を持たせて、第三者が搭乗口の機器にデータを読み取らせ、搭乗券の交付を受けて航空機に搭乗するような場合には、欺罔行為が欠けるために詐欺罪で補足」できず、「財産的損害」の内容が全く同じであるとしても詐欺罪の処罰範囲から除外されることとなってしまう不合理であるとの主張がなされている。さらに、現在の詐欺罪に関する最高裁判例の傾向は、「財産犯である詐欺罪と社会的・国家的法益に対する罪（あるいは行政手続違反等）とが別途成立し得る」場合において、「そもそも詐欺罪の方が実質的に社会的法益に対する抽象的危険犯として運用されてしまうのであれば、他の処罰規定と併せた効果的な運用が阻害され、法体系全体としての機能不全を招来するおそれがある」との指摘がなされている⁴³⁾。

3. 詐欺罪の実質的違法性と財産的損害

(1) 犯罪論体系からみた詐欺罪における財産的損害

詐欺罪の財産的損害に関する事例につき、いくつか検討を行ってきたが、詐欺罪の財産的損害についての一般的な見解が「形式的個別財産説」であると解されているものの、判例は、単に財物や財産上の利益が移転されたことをもって詐欺罪の成立を認めているわけではなく、詐欺罪が財産犯であることから、実質的にもなんらかの財産上の損害を認めた上で詐欺罪の成立を肯定しようとする傾向にあるといえる。その際に判例が、実質的な財産的損害の内容につき、客体そのものの財産的価値だけではなく、それに付随する財産的価値や、被欺罔者が財産を交付する際に前提としている重要な事項を偽ることをもって、財産的損害を認めていることから、客体に内在する財産的価値以上の何らかの価値を付加してしまっているとの批判が加えられている。特に、近年の最高裁判例に対しては、詐欺罪の処罰範囲を拡大する傾向にあるから、財産的損害の内容を明らかにすべきであるとか、詐欺罪とその他の特別法である「詐欺隣接」罰則規定の「住み分け」を明確にすべきであるといった批判が多くなされている。しかし、判例の立場は、詐欺罪の成立を肯定する余地を残しながら、詐欺罪として処罰されるべき妥当な範囲の確保に努めようとするものであり、妥当な見解を示すものであると思われる。判例は、詐欺罪自体がその手口や実態が多様化する犯罪であることを前提として、当初から詐欺罪の構成要件を多様化する詐欺行為をも含んで類型化されている構成要件であると解しているのではないだろうか。例えば、詐欺に隣接する罰則規定や特別法の存在がない場

合でも詐欺罪として処罰を可能とすべきであり、また、財産の占有移転以上の甚大な法益侵害の危険性がある場合において、詐欺に隣接する罰則規定や特別法の法定刑が詐欺罪の法定刑よりも軽いのであれば、結果的妥当性から詐欺に隣接する罰則規定や特別法で罰すべきではないと解しているように思われる。

以上の判例の立場を踏まえ詐欺罪の構成要件を検討すると、詐欺罪は基本的に形式的個別財産に対する罪であるとして、財物や財産上の利益が行為者に移転されたことをもって財産上の損害と解すべきように思われる。つまり、詐欺罪の構成要件は、行為者が財物や財産上の利益を詐取するために欺罔行為を行い、相手を錯誤に陥れて、財物や財産上の利益を移転させたことで財産上の損害が生じた場合をいうと解すべきである。しかし、形式的個別財産説を前提とすると、相当対価の支払があった場合や、客体に財産的価値が全くない場合でも、行為者が財産を詐取するために欺罔行為を行い、被欺罔者を錯誤に陥れて財産を交付させていれば、その行為は詐欺罪の構成要件に該当することとなり妥当でないとの批判を免れられない。詐欺罪も財産犯である以上、詐欺罪として刑罰を科すためには、実質的にも財産的損害を生じた場合に限るべきだとの主張は軽視すべきではないであろう。以上のことから、詐欺罪の構成要件は形式的な個別財産に対する罪であるとの立場を採用するといっても、詐欺罪の成立において実質的な財産的損害の発生がまったく必要とされないわけではない。詐欺罪の構成要件が「形式的個別財産説」に基づき財産の移転自体が財産上の損害とした上で罪となるべき行為を類型化しているといっても、それだけで実質的な違法性の検討までもが終了しているわけではなく、違法論の段階でなお実質的な財産的損害の存在を検討し、実質的な財産的損害が生じていないのであれば、可罰的違法性がないとして違法性を阻却すべき余地が残されているものであると解する。つまり、各罪の構成要件は「違法有責類型」として限定された行為が類型化されているものではなく、立法者が罪となるべき行為を類型化した形式的な観念形象である「法定行為類型」に過ぎないという立場から、詐欺罪の構成要件はあくまでも一般人が認識しうる「財物や財産上の利益を詐取するために人に欺罔行為を行い、錯誤に陥れて財物や財産上の利益を移転させる」一切の行為を類型化したものであり、そこには軽微な財産権の侵害の場合や実質的な財産的損害のない場合までも類型化した構成要件であると解するものである。構成要件を「法定行為類型」であると解すると、なお実質的な違法性、責任の有無につき判断を加える必要が生じるため、違法論の段階においては実質的違法性、可罰的違法性の存在につき検討することが求められる⁴⁴⁾。これを詐欺罪に当てはめると、例えば、相当対価が支払われていたとしても、行為者の欺罔行為による錯誤に基づき財産が移転されていれば詐欺罪の構成要件に該当することとなる。しかし、この段階では当該行為は法定された行為類型に該当したに過ぎないため、詐欺罪の成立を認めて処罰をなすためには、当該行為が実質的に可罰的違法性を有する行為かの検討を行い、実質的違法性、有責性を備えてはじめて詐欺罪の成立を認めることができることとなる。なお、ここにおいて、詐欺罪の可罰的違法性の判断には、実質的な財産上の損害の有無が大きく影響を与えるものであると解される⁴⁵⁾。ただし、詐欺罪と

しての実質的違法性、可罰的違法性を検討する際に、詐欺罪の実質的違法性の内容を「社会的相当性を逸脱した法益侵害」であるとの前提に立つと、裁判官の裁量によって可罰的違法性の判断が大きく変化する危険性が危惧される。このため、裁判官の裁量が、詐欺罪の実質的違法性、可罰的違法性の判断に強い影響をもたらさないよう、実質的違法性を基礎づける「社会的相当性を逸脱した法益侵害」の内容を明確化する必要があるだろう。ここで、改めて詐欺罪の財産的損害に関連する最高裁判例の内容を考察し、詐欺罪の実質的違法性、可罰的違法性を認めるための基準を明らかにしていきたい。

(2) 詐欺罪の実質的違法性からみた「交付の判断の基礎となる重要な事項」に関する欺罔行為

詐欺罪が形式的個別財産に対する罪であるとしても、財物や財産上の利益の移転の段階は、あくまでも構成要件に該当した形式的な違法を有するに過ぎない段階であるため、詐欺罪の成立には、詐欺罪の実質的違法性・可罰的違法性を有していなければならないことは前述のとおりである。それでは、詐欺罪の実質的違法性・可罰的違法性を検討する上で重要な判断要素は何かが問題となる。違法性の実質を「社会的相当性を逸脱した法益侵害」と解する見地から、詐欺罪が財産犯であることを踏まえると、詐欺罪の実質的違法性、可罰的違法性の内容は、「社会的相当性を逸脱した実質的な財産的損害」を発生させることと解することが可能となる。ここで、詐欺罪における財産的損害に関する最高裁判例の内容を踏まえながら、詐欺罪の実質的違法性に影響をもたらす「実質的な財産的損害」の意義について検討を行ってまいりたい。

証明文書等の交付に関する事例において、かつての判例は、各種証明書につき財物性、財産上の利益を認めることができないことを理由として詐欺罪の成立を否定している⁴⁶⁾。これは、人を欺いて証明書の交付を受けたとしても詐欺罪の構成要件に該当する行為であるといえるが、証明書には紙片としての価値や「証明の利益」以上の財産的価値を有しないため、実質的違法性を検討すると、詐欺罪として罰すべき違法性に欠けるとの判断から詐欺罪の成立が否定されたと解することが可能である。しかしながら、たとえ欺罔行為による証明文書の交付であったとしても、証明文書に「証明の利益」が存在しているだけではなく、さらに、「証明の利益」を超えた、それ以上の財産的価値を認めることができる場合には可罰的違法性を有し、詐欺罪として処罰することが可能となると解すべきである。

以上のことから、詐欺罪の実質的違法性を認めるためには、まず、客体自体の財産的価値が検討されるべきであるが、例えば、交付される客体自体が経済的価値の低い物や利益であったとしても、その客体を通して何らかの財産的損害を与える可能性のある、社会生活上重要な経済的価値を包含するものである場合には、詐欺罪の実質的違法性、可罰的違法性を認めることが可能となる。なお、ここでの客体を通した何らかの財産的損害の有無や客体に社会生活上重要な経済的価値が存在しているかにつき、如何なる基準で判断なされるべきかであるが、これについては、預

金通帳の交付に関する事例並びに搭乗券の交付に関する事例の判例を参考として検討を行ってみたい⁴⁷⁾。預金通帳の交付に関する判例に対しては、預金通帳自体の財産的価値だけでなく、預金通帳を用いて預金の預入れ・払戻し等預金口座を利用できるという「利益」が存在しているものの、実質的にみれば、「被告人自身が預入金を出資していることからしても、本人が預金契約を結んでいることに何ら変わりはなく、そもそも通帳・カードの交付の意義が低下してきているというのであれば、ひるがえってものは詐欺罪の客体としての経済的価値を有しているとはいえず、さらに、銀行は通帳やカードを交付しても預金契約を結ぶことにより手数料等の収入を得るので、結局経済的目的は達成できている」ため、実質的な財産的損害が存在しないのではないかと批判がなされている⁴⁸⁾。しかし、詐欺罪の実質的違法性の内容を「社会的相当性を逸脱した法益侵害」と解するならば、それは単なる「財産権の侵害という財産的損害」のみで判断されるものではなく、「社会的に不相当な財産的損害」であるかによって判断されるものである。このため、実質的にみると、預金通帳が客体として微々たる経済的価値を有しているに過ぎないとか、占有移転以上の経済的価値を有しているとはいえない場合であっても、社会的に不相当な形で、預金通帳の占有を移転させ、預金通帳に内在する利益を利用しようとしている場合においては、なお実質的違法性を認めることが可能であると思われる。「社会的相当性を逸脱した財産的損害」を検討する上で重要なことは、客体自体や客体に内在する実質的な財産的価値の有無だけではなく、行為者が客体の財産的価値と関連する「交付の判断の基礎となる重要な事項」につき欺罔行為をなし、それが社会的相当性を逸脱するものか否かが影響をもたらすものであらうと思われる。預金通帳の交付の判例においては、被欺罔者である金融機関にとって、預金通帳の「交付の判断となる重要な事項」は、「本人確認」であり、「本人が自己の預金口座を利用すること」であると解されている。これは、マネーロンダリング等の不正行為の防止や、近年急増の一途をたどる振り込め詐欺等の防止の観点から、今日においては、金融機関にとって本人確認や名義人のみの使用という事実の確認が、預金通帳を通じて預金口座を利用する利益並びに預金通帳の占有移転という財産的価値にとって重要な事項といえるからである。このため、被欺罔者が財物や財産上の利益を交付する際に重要と考えている事項につき、それを積極的に欺くことによって、財物の占有や財産上の利益を移転し、かつ、財物や財産上の利益に内在する経済的価値を利用するがごときは、たとえ財物や財産上の利益の占有移転及びそれに内在する経済的価値が軽微な財産的価値であったとしても、社会的に不相当な欺罔行為に基づく財産的損害であると解することが可能であるため、詐欺罪の実質的違法性を認めて、詐欺罪の成立を肯定することが可能であるように思われる。その際に、被欺罔者から交付された客体が財物であるならば、1項詐欺罪を肯定すべきであらう。

さらに、このような見解に対しては、詐欺罪は財産犯であるから、財産犯として処罰するためには実質的な財産的損害の発生が必要であり、そうでないのであれば、本人確認義務違反や通帳等の不正取得・売買等を処罰する金融機関本人確認

法や、犯罪収益移転防止法といった特別法の成立を認めるべきであり、詐欺罪と詐欺隣接罰則規定との住み分けを明確にすべきだとの主張があるが⁴⁹⁾、本人確認義務違反や通帳などの不正取得・売買等が行われた場合には、それら特別法が成立するのは当然のこと、さらに、詐欺罪の構成要件該当性も認められるべきであろうと思われる。その上で、詐欺罪の実質的違法性の判断を行い、被欺罔者である金融機関の「交付の判断の基礎となる重要な事項」である「本人確認・名義人本人のみの使用という事実の確認」を積極的に欺いて、預金通帳の交付をさせたような場合には「社会的相当性を逸脱した実質的な財産的損害」が存在していると解されるため、詐欺罪の成立を肯定すべきであろう。

以上のような見解は搭乗券の交付に関する判例に対しても同様に採用しうる。搭乗券の交付に関する事案においての一審・原審の判断では、航空券の交付について、相当対価の支払がなされていたとしても、不正入国のために第三者に譲渡することを秘して搭乗券の交付を受けるがごときは、「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み航空会社に対する社会的信用の低下、業績の悪化に結びつく」こと、また、本件航空会社が自社の搭乗券によって、不法入国をさせてしまった場合には、外国政府に「最高額で3,000ドルを支払わなければならないこと」を理由として実質的な財産的損害の発生が認められたが⁵⁰⁾、最高裁では、航空会社にとって航空券記載の乗客本人以外の者を航空機に搭乗させないことが、航空機の保安確保や不法入国防止のための義務履行の観点から、航空運送事業の「経営上重要」であることを前提として、当該乗客が航空機に搭乗するかどうか、搭乗券交付の判断の基礎となる重要な事項にあたると判示された⁵¹⁾。このことを踏まえると、搭乗券の交付に関する事案は、航空機の保安確保や不法入国防止のための義務履行という規範を遵守するために重要な「搭乗する本人に搭乗券を交付する」という「交付の判断の基準となる重要な事項」を積極的に欺いて、搭乗券の占有を移転し、そこに付随する財産的価値を利用するものであり、その行為は社会的相当性を逸脱した財産的損害の発生を肯定することが可能であるため、詐欺罪の実質的違法性が認められたものと解することが可能であろう。そうであるならば、一審・原審は詐欺罪の実質的違法性の存在を強調するために、搭乗券に付随する財産的価値につき具体的に示そうと努めたものであり、最高裁は航空運送事業の「経営上重要」である「交付の判断の基準となる重要な事項」を欺いた社会的な不相当性を重視して、搭乗券の占有が移転させたことが詐欺罪の実質的違法性を有するとの判断をなしたものであると考察される。

なお、最高裁平成22年決定に対して、「不法入国の支援やハイジャック等の危険を生じさせる行為は違法であり、刑罰で禁圧すべき行為」であるとはいえども、そのような価値を財産的価値として搭乗券に付与し、欺罔行為によって「搭乗券という紙片の占有侵害を対象とする1項詐欺罪によって補足」すべきではないとの批判が存在するが⁵²⁾、詐欺罪の構成要件は、財物や財産上の利益を取得するために人を欺いて錯誤に陥らせ、財物や財産上の利益を移転させることであるから、搭乗券の交付のために航空会社係員を欺いて搭乗券を交付させていれば、その段階で1項詐

欺罪の構成要件に該当させるべきである。そして、さらに、当該行為が詐欺罪の実質的違法性を有しているか否かは、搭乗券の占有移転だけでなく、搭乗券を通して生じる財産的損害、そして、航空会社において、経営上重要である「当該乗客が航空機に搭乗するかどうか」といった搭乗券の「交付の判断の基礎となる重要な事項」を積極的に欺いているという行為の社会的相当性を総合して判断がなされるべきであろう。

以上のような見解を採用することに対しては、詐欺罪が社会的法益に対する抽象的危険犯として運用されているのではないかとの指摘をうけるものであるかもしれない⁵³⁾。しかし、そもそも詐欺罪の構成要件は「人を欺いて財物や財産上の利益を交付させること」であり、実質的な財産的損害の発生を明示するものではないのであるから、形式的に財物や財産上の利益が移転していれば構成要件に該当するものである。その上で、詐欺罪の実質的違法性を検討し、可罰的違法性に欠ける場合であれば詐欺罪の成立が否定されると解すべきであるから、そこに、客体に付随する財産的損害が発生するのみならず、経営上の重要性や経済的価値と関連して、あたかも社会的法益に対する抽象的危険を生じさせてしまうような「交付の判断の基礎となる重要な事項」を欺く行為があれば、その欺罔行為の社会的相当性を総合して詐欺罪の実質的違法性が認められるため、詐欺罪の成立が肯定されると解すべきであろう。

4. むすびにかえて

以上、本稿では、詐欺罪における実質的な財産的損害に関する事例、特に被欺罔者において「交付の判断の基礎となる重要な事項」を欺いて財物の交付がなされた事例を中心に、詐欺罪の財産的損害の内容につき検討を進めてきたが、前述のとおり、詐欺罪の構成要件は形式的個別財産説に基づき、「財物や財産上の利益の詐取のために人を欺いて錯誤に陥らせ、その錯誤によって財物や財産上の利益を移転させる」ことを内容とするものと解し、客体である財物や財産上の利益それ自体が経済的価値の低いものであったとしても、詐欺罪の構成要件該当性を否定するものではないと解することが妥当であるように思われる。そして、詐欺罪の実質的な財産的損害の有無は詐欺罪の実質的違法性の判断に影響をもたらすものであるとし、詐欺罪の実質的違法性の有無を検討する際の基準には、「社会的相当性を逸脱した実質的な財産的損害」があったかどうかを用いて詐欺罪の成否を判断すべきであろう。そして、詐欺罪の実質的違法性を検討する際には、実質的な財産的損害のみを基準として用いるのではなく、「社会的相当性を逸脱した」行為であるかどうかとも判断の基準となることから、「搭乗券の交付に関する事例」である最高裁平成22年決定で論じられたような、客体に付随する財産的価値に関連した「交付の判断の基礎となる重要な事項」を欺く行為の社会的相当性が、実質的違法性の判断を行う際において重要な基準として用いられるべきであるように思われる。このような考え方は、多様な変化を見せる詐欺行為の態様にも柔軟に対応することのできる、詐

欺罪における財産的損害に関する実質的な解釈の一つとして採用することが可能であろう。

なお、本稿では「キャッシュカードの不正使用」、「誤振込みによる受取人の預金払戻し」等、銀行預金をめぐる財産犯の事案については検討を詳細に行うことができなかったため、今後の研究の課題としておきたい。

注

- 1) 詐欺罪は財産犯である以上、なんらかの財産上の損害の発生を必要としつつも、財物や財産上の利益の交付（処分）自体が損害であると解されるのが一般的な見解であるといえる。これにつき、団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（1990年）616～619頁・626頁、福田平『全訂刑法各論〔第3版増補〕』（2002年）250頁、大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版〕増補版』（2005年）255頁参照。なお、詐欺罪における財産的損害に関する学説につき、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」刑事裁判例批評（171）刑事法ジャーナル27号（2011年）89頁参照。
- 2) 西田典之『刑法各論〔第6版〕』（2012年）203頁以下、山口厚『問題追及 刑法各論』（1999年）161頁、山口厚『刑法各論』（2010年）267頁、照沼前掲注1 89～90頁参照。
- 3) 最決平成14・10・21刑集56・8・670。
- 4) 最決平成19・7・17刑集61・5・521。
- 5) 最決平成12・3・27刑集54・3・402。
- 6) 最決平成18・8・21裁判集刑289・505。
- 7) 最決平成22・7・29刑集64・5・829。
- 8) 上寫一高「最近の裁判例に見る詐欺罪をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル31号（2012年）12頁、佐伯仁志「詐欺罪（1）」法学教室372号（2011年）115頁。
- 9) §263 (1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
刑法263条「①違法な財産上の利益を得、又は第三者に得させる目的で、虚偽の事実を真実に見せかけ、又は真実を歪曲若しくは隠滅することを通じて、錯誤を生じさせ、又は維持をさせ、これを通じて他人の財産に損害を生じさせた者は5年以下の自由刑又は罰金に処する。」
なお、条文訳については、照沼亮介「ドイツにおける詐欺罪の現況」刑事法ジャーナル31号（2012年）30頁を参考とした。
- 10) この例につき、内田浩「詐欺罪における財産的損害」法学教室359号（2010年）34頁参照。なお、近年、「暴力団構成員の入場等を禁止しているゴルフ倶楽部の従業員に対し、暴力団構成員ではないと誤信させて施設を利用した」という事案につき、2項詐欺罪の成立を認めた判例がある。名古屋地判平24・3・29LLI/DB 判例秘書登載参照。

- 11) 林幹人「詐欺罪における財産上の損害」現代刑事法 4 巻12号 (2002年) 50頁以下参照。
- 12) 前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕』(2011年) 350頁以下、山口前掲注 2 169頁以下、268頁以下参照。なお、法益関係の錯誤について、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報 1 号 (1985年) 116頁以下参照。
- 13) 伊藤渉「詐欺罪における財産的損害 (2)」警研63巻28頁以下、曾根威彦『刑法各論〔第4版〕』(2008年) 140頁以下、高橋則夫『刑法各論』(2011年) 319頁以下、西田前掲注 2 203頁以下参照。
- 14) 最決昭和34・9・28刑集13・11・2993参照。
- 15) 一方で、大審院の判例では、自分が医者であると詐称して薬を相当価格で販売した事案において、「財産上不正の損害」を詐欺罪成立の要件とするものがある。大決昭和3・12・21刑集7・772。
- 16) クレジットカードの不正使用と詐欺罪については、拙稿「詐欺罪に関する考察」創価法学42巻1・2合併号 (2012年) 241頁以降において論じている。
- 17) 福岡高判昭和56・9・21刑月13・8 = 9・529・530参照。
- 18) 西田前掲注 2 202~203頁参照。
- 19) 「交付の判断の基礎となる重要な事項」につき、近年の最高裁判例を3種に分類し検討を加えているものに、上掲前掲注 8 16頁以下参照。
- 20) 大判大正3・6・11刑録20・1171、大判大正12・7・14刑集2・650、最判昭和27・12・25刑集6・12・1387、高松地判昭和38・9・16下刑集5・9 = 10・867等。
- 21) 最高裁昭和27年判決につき、西田前掲注 2 206頁参照。
- 22) 最判昭和24・11・17刑集3・11・1808、大阪高判昭和42・11・29判時518・83、大阪高判昭和59・5・23高刑集37・2・328、前掲注 6 最決平成18・8・21裁判集刑289・505、前掲注 5 最決平成12・3・27刑集54・3・402。
- 23) 山口厚『新判例からみた刑法第2版』(2008年) 232~233頁。
- 24) 西田前掲注 2 206頁。
- 25) 福岡高判平成13・6・25刑集56・8・686。
- 26) 前掲注 3 最決平成14・10・21刑集56・8・670。
- 27) 前掲注 25 福岡高判平成13・6・25刑集56・8・686。
- 28) 前掲注 3 最決平成14・10・21刑集56・8・670。
- 29) 前掲注 4 最決平成19・7・17刑集61・5・521。
- 30) 「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」

16条の2「①他人になりすまして金融機関等との間における預貯金契約（預金又は貯金の受入れを内容とする契約をいう。以下同じ。）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金融機関等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、五十万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。」

「②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。」

「③業として前二項の罪に当たる行為をした者は、二年以下の懲役若しくは三百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」

「④第一項又は第二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、第一項と同様とする。」

- 31) 松澤伸「批判」判例セレクト(2007年)34頁、星周一郎「詐欺罪の機能と損害概念」研修738号(2010年)9頁以下。
- 32) 照沼前掲注1 91頁参照。
- 33) 松原芳博「批判」法学教室274号(2003年)138頁以下、林幹人「詐欺罪の新動向」法曹時報57巻3号(2005年)15頁以下参照。
- 34) 「犯罪による収益の移転防止に関する法律」

26条「①他人になりすまして特定事業者(第二条第二項第一号から第十五号まで及び第三十二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(以下この条において「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、一年以下の懲役若しくは百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。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。」

「②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。」

「③業として前二項の罪に当たる行為をした者は、三年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」

「④第一項又は第二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、第一項と同様とする。」

- 35) 山口前掲注23 233~235頁。足立友子「批判」刑事法ジャーナル11号(2008年)123頁以下参照。
- 36) 大阪地判平成19・11・20刑集64・5・855、大阪高判平成20・3・18刑集64・5・859。

- 37) 前掲注36 大阪高判平成20・3・18刑集64・5・859。
- 38) 前掲注7 最決平成22・7・29刑集64・5・829。
- 39) 大判大正12・11・2刑集2・744、団藤重光『注釈刑法(6)』198頁以降参照。
- 40) 最高裁判例紹介法律時報83巻3号133～134頁参照。
- 41) 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670号(2010年)139頁参照。この中で、最高裁平成22年決定に対し、「本決定は、譲渡・売却目的での自己名義の預金口座開設に詐欺罪を認めた最決平成19・7・17刑集61・5・521の延長上にあるが、譲渡後の財産犯罪(振込め詐欺での口座利用)や銀行の信頼低下という財産的利益がかるうじて平成19年決定を容認するとすれば、これを大きく超える」ものとして、「詐欺罪はセキュリティ保護の罪ではない」との批判を加えている。
- 42) 照沼前掲注1 95頁参照。
- 43) 照沼前掲注1 96頁参照。
- 44) 川崎一夫『刑法総論(犯罪論)』(2009年)46頁以下参照。川崎博士は、構成要件を「法定行為類型」として、構成要件をただちに「犯罪類型」ないしは「犯罪定型」と解しているものではないと解している。また、構成要件は立法者が罪となるべき行為を「犯罪類型」ないしは「犯罪定型」として類型化したという意味では「犯罪類型」ないし「犯罪定型」といってもよいが、犯罪論体系の中に位置付けられ、類型的判断に必要とされる観念形象という意味での構成要件の理解としては、違法・責任と区別する意味において単に「法定行為類型」と解すべきであると指摘されている。構成要件を「法定行為類型」と解する立場に立つと、人の活動が法定行為類型に当てはまることを構成要件該当性というが、構成要件該当性の判断は単なる形式的な類型的判断にしかすぎず、その類型的判断は実質的な判断を完全に排除するものではないけれども、違法判断や責任判断とは異なるものであると論じている。つまり、行為者の行為が構成要件に該当した段階では、いまだ「立法論上における類型的判断」を行ったに過ぎないため、それをそのまま犯罪論体系における構成要件の理解にまでもちこむことができないことから、なお、違法判断、責任判断の検討が求められると論じている。
- 45) 拙稿前掲注16 257頁参照。ここにおいて、自己あるいは他人名義のクレジットカードの不正使用の場合においても、財産の詐取のために人を欺いて財産を交付させていれば、その段階で詐欺罪の構成要件に該当するものであるが、その際に、例えば名義人による使用・代金支払いについての承諾があること、加盟店やカード会社が名義人以外の者によるカード利用を事実上許容していること、名義人が代金支払いの決済をしていたこと等の事情がある場合は詐欺罪の実質的違法性である可罰的違法性に欠けるため詐欺罪の成立が認められない旨論じている。
- 46) 前掲注20 大判大正3・6・11刑録20・1171、大判大正12・7・14刑集2・650、最判昭和27・12・25刑集6・12・1387、高松地判昭和38・9・16下刑集5・9・10・867等の判例を参照。
- 47) 前掲注3 最決平成14・10・21刑集刑集56・8・670並びに前掲注4 最決平成19・7・17刑集61・5・521の判例を参照。
- 48) 松原前掲注33 138頁以下、林前掲注33 15頁以下参照。

- 49) 山口前掲注23 233～235頁、並びに、足立前掲注35 123頁以下参照。
- 50) 前掲注36 大阪地判平成19・11・20刑集64・5・855、大阪高判平成20・3・18刑集64・5・859参照。
- 51) 前掲注7 最決平成22・7・29刑集64・5・829。
- 52) 照沼前掲注1 95頁参照。
- 53) 照沼前掲注1 96頁参照。