

Title	詐欺罪成否の判断枠組み： 最高裁判例はどのように理解されるべきか？
Sub Title	Fraud
Author	鈴木, 左斗志(Suzuki, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2019
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.43 (2019. 12) ,p.207- 268
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20191227-0207

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

詐欺罪成否の判断枠組み

——最高裁判例はどのように理解されるべきか？——

鈴木 左斗志

- 1 最高裁判例に示されているとされる成立範囲限定の「指向」
 - 1.1 最高裁平成 26 年 4 月 7 日決定
 - 1.2 調査官解説による理解
 - 1.2.1 最高裁平成 22 年 7 月 29 日決定と最高裁平成 26 年 3 月 28 日決定
 - 1.2.2 調査官解説によって看取された「指向」
 - 1.2.3 最高裁平成 26 年 4 月 7 日決定に示されたとされる「態度」
- 2 最高裁判例はどのように理解されるべきか
 - 2.1 理論的検討
 - 2.1.1 客観的外形的判断手法とは？
 - 2.1.1.1 現実的具体的因果関係
 - 2.1.1.2 当該事実の存否を確認する体制や運用がとられており、交付者が当該事実
に大きな関心を寄せていることが外部的にも明らかになっていること
 - 2.1.2 最高裁平成 22 年 7 月 29 日決定と最高裁平成 26 年 3 月 28 日決定は、理論的に
は、どのように理解されるべきか
 - 2.2 従来の判例との整合性
 - 2.2.1 公的証明書類に関する判例
 - 2.2.1.1 問題点
 - 2.2.1.2 調査官解説（最決平成 19 年 7 月 17 日）の検討
 - 2.2.1.2.1 最高裁平成 14 年 10 月 21 日決定の射程
 - 2.2.1.2.2 「公的証明書類に関する判例」で詐欺罪の成立が否定されている理由
 - 2.2.1.3 証明書類詐取における重要事項性
 - 2.2.2 大審院昭和 3 年 12 月 21 日決定と最高裁平成 13 年 7 月 19 日判決
 - 2.2.2.1 大審院昭和 3 年 12 月 21 日決定はどのように理解されるべきか
 - 2.2.2.2 最高裁平成 13 年 7 月 19 日判決について
 - 2.2.3 重要事項性と損害の関係
 - 2.3 最高裁平成 26 年 4 月 7 日決定はどのように理解されるべきか
 - 2.3.1 問題点
 - 2.3.2 大阪高裁平成 25 年 7 月 2 日判決
 - 2.3.3 最高裁平成 26 年 4 月 7 日決定の判断
- 3 補論：調査官解説（最決平成 19 年 7 月 17 日、最決平成 26 年 4 月 7 日）の詐欺罪に対
する理解について
- 4 結語 —— 詐欺罪成否の判断枠組み

1 最高裁判例に示されているとされる成立範囲限定の「指向」

1.1 最高裁平成 26 年 4 月 7 日決定

(1) 最高裁平成 26 年 4 月 7 日決定（刑集 68 卷 4 号 715 頁。「暴力団員である〔被告人〕が、自己が暴力団員でないことを表明、確約して〔、ゆうちょ銀行から口座開設手続等の委託を受けている郵便局局員に対して、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〕申込みを行〔い〕……、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」事案。以下では「平成 26 年 4 月決定」と引用する）は、「詐欺罪にいう人を欺く行為」を認めるにあたって、局員らに「表明、確約」された内容が「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」ことを理由にしている。

上記の「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」ことの認定にあたって、平成 26 年 4 月決定ではつぎのような事実関係が考慮されている。「政府は、平成 19 年 6 月、企業にとっては、社会的責任や企業防衛の観点から必要不可欠な要請であるなどとして『企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針』等を策定した。〔ゆうちょ〕銀行においては、従前より企業の社会的責任等の観点から行動憲章を定めて反社会的勢力との関係遮断に取り組んでいたところ、前記指針の策定を踏まえ、平成 22 年 4 月 1 日、貯金等共通規定等を改訂して、貯金は、預金者が暴力団員を含む反社会的勢力に該当しないなどの条件を満たす場合に限り、利用することができ、その条件を満たさない場合には、貯金の新規預入申込みを拒絶することとし、同年 5 月 6 日からは、申込者に対し、通常貯金等の新規申込み時に、暴力団員を含む反社会的勢力でないこと等の表明、確約を求めることとしていた。また、前記銀行では、利用者が反社会的勢力に属する疑いがあるときには、関係警察署等に照会、確認することとされていた。そして、本件当時利用されていた総合口座利用申込書には、……1 枚目の『おなまえ』欄の枠内に『私は、申込書 3 枚目裏面の内容（反社会的勢力でないことなど）を表明・確約した上、申込みます。』と記載があり、3 枚目裏面には、『反社会的勢力ではないことの表明・確

約について』との標題の下、自己が暴力団員等でないことなどを表明、確約し、これが虚偽であることなどが判明した場合には、貯金の取扱いが停止され、又は、全額払戻しされても異議を述べないことなどが記載されていた。さらに、被告人に應對した局員は、本件申込みの際、被告人に対し、前記申込書3枚目裏面の記述を指でなぞって示すなどの方法により、暴力団員等の反社会的勢力でないことを確認しており、その時点で、被告人が暴力団員だと分かっていたら、総合口座の開設や、総合口座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」。

(2) 平成26年4月決定の調査官解説（以下では「調査官解説（平成26年4月決定）」と指示することもある）によると、同決定による上記判断は、すでに最高裁平成22年7月29日決定（刑集64巻5号829頁。被告人は、「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……〔航空会社の搭乗業務担当〕係員らに対してその搭乗券の交付を請求〔し、〕……その交付を受けた」。以下では「平成22年決定」と引用する）と最高裁平成26年3月28日決定（刑集68巻3号646頁。「〔ゴルフ倶楽部〕入会の際に暴力団関係者の同伴、紹介をしない旨誓約していた……会員であるAが……、同伴者〔＝被告人〕が暴力団関係者であるのにこれを申告せずに施設利用を申し込〔み〕……、これによって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を利用した」。以下では「平成26年3月決定」と引用する）に表われていた重要事項性限定についての一定の「指向」¹⁾を踏まえたうえで、その方向への「態度をより明確にしつつある」²⁾ものであるという。

そこで以下では、まず、平成22年決定と平成26年3月決定の判断内容を確認したうえで(1.2.1)、平成26年4月決定の調査官解説を参照しつつ、上記で指摘されている「指向」の内容をあきらかにしたい(1.2.2)。そのうえで、平成26年4月決定がそれをどのように「より明確にしつつある」と解されるの

1) 『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成26年度』200頁〔駒田秀和〕。以下では同解説を「最判解刑（平26）〔駒田〕」と引用する。

2) 最判解刑（平26）209頁〔駒田〕。

かを確認したい（1.2.3）。

1.2 調査官解説による理解

1.2.1 最高裁平成22年7月29日決定と最高裁平成26年3月28日決定

(1) 平成22年決定と平成26年3月決定は、いずれも「詐欺罪にいう人を欺く行為」を認めるにあたって、係員らに「秘」された意図が「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」こと（平成22年決定）、従業員に「申告」されなかった内容が「従業員において施設利用の拒否の判断の基礎となる重要な事項である」こと（平成26年3月決定）を理由にしている。

上記の「交付・施設利用拒否の判断の基礎となる重要な事項である」ことの認定にあたって、両決定が考慮する事実関係は、

- ① 「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」こと（平成22年決定）、「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、ゴルフクラブとしての信用、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であって、ゴルフクラブの経営上の観点からとられている措置である」こと（平成26年3月決定）、
- ② 「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〔という〕……厳重な本人確認が行われていた」こと（平成22年決定）、「本件ゴルフクラブにおいては、ゴルフ場利用約款で

暴力団員の入場及び施設利用を禁止する旨規定し、入会審査に当たり……暴力団関係者を同伴、紹介しない旨誓約させるなどの方策を講じていたほか、長野県防犯協議会事務局から提供される他の加盟ゴルフ場による暴力団排除情報をデータベース化した上、予約時又は受付時に利用客の氏名がそのデータベースに登録されていないかを確認するなどして暴力団関係者の利用を未然に防いでいた」こと（平成26年3月決定）、

- ③「本件係員らは、上記〔=②〕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、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」こと（平成22年決定）、「本件においても、被告人が暴力団員であることが分かれば、その施設利用に応じることはなかった」こと（平成26年3月決定）

である。

(2) 1.1(1)で引用した平成26年4月決定の判断内容を上記①～③と対照させてみた場合、注目されるのは、①においては明示的に「経営上」の観点からの重要性が要求されているのに対して、平成26年4月決定ではこのような要求が明示されていないという点である。

しかし、このような明らかな違いがあるにもかかわらず、平成26年4月決定は、平成22年決定・平成26年3月決定に示されている「指向」の「延長線上にあると位置付けられ〔る〕」³⁾。調査官解説（平成26年4月決定）ではこのように理解されている。

上記のような理解は、平成22年決定・平成26年3月決定からどのような「指向」を読み取ることによって可能になったのだろうか。

1.2.2 調査官解説によって看取された「指向」

- (1) 調査官解説（平成26年4月決定）では、重要事項性の判断にあたって2

3) 最判解刑（平26）207頁〔駒田〕。

つの問題が区別されなければならないとされている。1つは「保護されるべき財産的処分の目的として含み得る範囲〔の〕問題」⁴⁾、もう1つは「そのような目的が重要と認め得るか否か、すなわち重要性の判断基準、方法の問題」⁵⁾である。

このうち「保護されるべき財産的処分の目的の範囲」については、とくに最高裁平成14年10月21日決定（刑集56巻8号670頁。「被告人は、……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」という事案について詐欺罪の成立を認めた。以下では「平成14年決定」と引用する）と最高裁平成19年7月17日決定（刑集61巻5号521頁。「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〔預金口座の開設等の〕申込みを行い〕……、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」という事案について詐欺罪の成立を認めた。以下では「平成19年決定」と引用する）に対する関係を考慮されたうえで、平成22年決定・平成26年3月決定の判示内容をつぎのように理解されている。「両決定とも、経営上の重要性を考慮要素に取り入れていることから、財産的処分によって直接的に財産的な損失が生じなくても経済的に評価して損害が生じた場合には重要事項性を認めていると思われる。他方、通帳詐欺に関する平成14年決定及び平成19年決定は、具体的な判断までは示していないものの、口座開設等申込者が名義人本人であるか否かや申込者自身が口座等を利用するか否かは、交付の判断の基礎となる重要な事項に当たることを前提としていると理解される。金融機関による本人確認等については、経営上の重要事項といい得る〔引用者注——このように主張している見解として、平成14年決定を担当された調査官が後に執筆された論文を参照するように指示されている。この論文については後掲注9）を参照〕のか、それとは異なり犯罪防止のための社会的、公的要請によるものと見るのか見解が分かれるところである。そのため、判例は、重要事項性の判断に当たり、保護すべき財産的処

4) 最判解刑（平26）194頁〔駒田〕。

5) 最判解刑（平26）195頁〔駒田〕。

分の目的の範囲について、経済的観点以外のものも明確に含めているとまでは断言できず、経済的観点から把握できるものを考慮していると理解することも可能と思われる⁶⁾。

一方、「重要性の判断基準、方法」についてはつぎのように述べられる。「平成22年決定と平成26年〔3月〕決定とでは、錯誤の対象となる事実の重要性が契約約款類に裏打ちされているか否かの点で相違はあるが、指摘した前提事実を見るに、①財産的処分をするに当たり、偽られた事実の存否を考慮する目的や理由に客観的な合理性があること、②当該事実の存否を確認する体制や運用がとられており、交付者が当該事実に大きな関心を寄せていることが外部的にも明らかになっていること、③当該事案においても、当該事実に関する錯誤がなければ財産的処分を行わなかったという現実的具体的因果関係があり、その目的が重要性を持っていたことなどを考慮して、重要事項性を肯定したものと理解される。このように偽られた事実が『重要』といえるかについては、客観的外形的判断手法をとることにより、一定の限定を指向しているように思われる⁷⁾。

(2) 以上に引用した解説によると、平成22年決定・平成26年3月決定の要求する「経営上」の重要性とは、「財産的処分によって直接的に財産的な損失が生じなくても」認められることを前提にしたうえで、「経済的に評価して損害が生じ」ることを要件とする趣旨である⁸⁾。しかし、かりにこのような限定

6) 最判解刑（平26）199頁以下〔駒田〕。

7) 最判解刑（平26）200頁〔駒田〕。

8) この点について、『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成26年度』173頁以下〔野原俊郎〕（以下では同解説を「最判解刑（平26）〔野原②〕」と引用する）では、「ゴルフ場が約款に暴力団排除条項を設けるなどして暴力団関係者の施設利用を拒絶する趣旨は、利用客の中に暴力団関係者が混在することにより、①一般利用客が畏怖、敬遠するなどし、経営の基盤である安全・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、②企業等による暴力団排除の機運が高まっている中、ゴルフ倶楽部としての信用・格付け等（会員資格の価値）が損なわれることを未然に防止する意図によるものであって、ゴルフ倶楽部の経営上の観点からとられている措置である」と述べられている。他方、『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成22年度』184頁〔増田啓祐〕では、「国際航空運送事業を営むための基盤」として、「航空機の運航に当たっては、事故による被害が甚大になりがちであ

を採用した場合、一方では、平成14年決定・平成19年決定の事案で重要事項性が否定されてしまうという可能性も、理論的には否定できないことになる。これに対して、このような可能性を排除できるほどに広く「経済的に評価し〔た〕損害」を認めることにすると、今度は反対に、「詐欺罪の成立を画する指標にはなりにくい」⁹⁾ という問題が生じる。

以上のような問題状況を踏まえると、平成14年決定・平成19年決定における詐欺罪成立を前提にしながら、なお実効性のある「一定の限定」¹⁰⁾ を施そうとする場合、それはむしろ「重要性の判断基準、方法」の方に重点を置くことにならざるをえない。このような観点から平成22年決定・平成26年3月決定に示された「重要性の判断基準、方法」をあらためて見直してみると、「客観的外形的判断手法をとること」¹¹⁾ によって重要性を認定していこうとする

ることや、ハイジャックの危険があること等から、高度の安全確保が要求されており、そのことは航空運送事業の根幹をなす要素であるところ、航空券に氏名が記載された者（航空会社が搭乗を承認した者）と実際の搭乗者との同一性を確保することは、そのような保安に資するものである。また、航空会社は、各国当局の許可や規制の下において国際航空運送事業を営み、……各国当局から、出入国管理に協力する義務が課せられており、その一環として、旅客が入国に必要な証明書類を所持していることを確認する義務を課せられ得る立場にある」ということを指摘される。そのうえで、つぎのように述べられている。「〔平成19年決定が〕総合口座取引規定等における譲渡禁止条項の存在を踏まえた判断をしているのに対し、本決定は、本件航空会社の国際運送約款に特に言及することなく、搭乗手続き等における本人確認の経営上の重要性やその根拠等を基に、搭乗者の同一性と搭乗券交付との関係について検討し、その同一性が『交付の判断の基礎となる重要な事項』に当たるとの結論を導いている点も注目される。この点については、事案の相違によるものと見ることもでき、また、上記『重要な事項』というためにその重要性が約款類に裏打ちされていることは必ずしも必要でないとの考え方をそこに看取することもできようが、なお、経済的実質等を踏まえた上で判断を示したものと見方もなし得るところかと思われる」（同解説187頁以下）。

- 9) 宮崎英一「詐欺罪の保護領域について——直近の判例を中心として——」刑法雑誌54巻2号（2015）334頁。なお、宮崎判事は平成14年決定の担当調査官であり、上記論文の中で、平成14年決定・平成19年決定の事案について「銀行口座を不正利用されないことや銀行の社会的信用維持という経済的利益」（同326頁）が認められると解されている。そしてこの主張が、前掲注6）に対応する引用の中で駒田調査官によって取り上げられている。
- 10) 前掲注7）に対応する引用を参照。

「指向」がそこには見て取れる¹²⁾。そして、このような判断手法を用いるための前提として「保護されるべき財産的処分の目的」が備えるべき条件は、「客観的な合理性がある」¹³⁾ということ で十分に充たされる。

1.2.3 最高裁平成 26 年 4 月 7 日決定に示されたとされる「態度」

(1) 平成 22 年決定・平成 26 年 3 月決定から以上のような「指向」を読み取られたうえで、それが平成 26 年 4 月決定によって「より明確に」されていることを解説されるにあたり、まず、平成 26 年 4 月決定が重要事項性を判断するにあたっての前提事実として指摘した内容が、つぎのように「要約」¹⁴⁾されている。「本件銀行にとって、口座開設等申込者が暴力団員であるか否かという事実は、①企業の社会的責任や企業防衛の観点から必要不可欠な要請であるとして策定された政府指針等を受け、当該事実の存否に基づいて口座開設等に応じるか否かを判断することには客観的な合理性があること、②本件銀行において、約款の改訂や申込時の対応方法など、当該事実の存否を確認する具体的な体制や運用がとられていたこと、③当該事案においても本件銀行担当者において当該事実に関する錯誤がなければ財産的処分を行わなかったと認められることから、通帳等の交付の判断の基礎となる重要な事項に当たるとしたものと解される。このような前提事実の抽出は、先に見た判例における重要事項性

11) 前掲注 7) に対応する引用を参照。

12) 宮崎・前掲注 9) 334 頁ではつぎのように述べられている。「判例も、この部分〔＝本文 1.2.1(1)の①の部分〕で経済的見地を考慮しているとはいえるが、ただ、判例は、この点をかなり広く認めているように思われるので、〔上記の部分〕は詐欺罪の成立を画する指標にはなりにくいといえよう。これに対し、〔1.2.1(1)の②の部分〕は、被欺罔者にとってその点が交付の判断の基礎となる重要な事項であることを端的に示すものであり、かつ、客観的外形的な指標であるから、詐欺罪の成否を画する指標となり得る。〔最判平 26・3・28 刑集 68 卷 3 号 582 頁〕の最高裁判決〔＝ 2.1.1.2 で検討する「平成 26 年 3 月判決」〕が示すように、今後、類似の事案で詐欺罪の成否が問題になった場合には、この点が重要事項該当性の判断において重要な点になると思われる」。

13) 前掲注 7) に対応する引用を参照。

14) 最判解刑(平 26) 208 頁〔駒田〕。

の判断手法とほぼ同じであって、①は、目的、理由の客観的合理性、②は、銀行として交付者が当該事実に大きな関心を寄せていることを端的に示す客観的事実、③は、当該事案においても現実的具体的因果関係があり、その目的が重要性を持っていたことを示す事実と理解できる」¹⁵⁾。そのうえで、平成26年4月決定の趣旨がつぎのように解説されている。「本決定からは、平成22年決定や平成26年決定と同様に、先の3つの要素を考慮して重要事項性を判断していることから、重要性の判断基準、方法に関し、より客観的なものとする中で、詐欺罪の成立範囲を画しようとしていることがうかがわれるのではないかとと思われる。すなわち、①について、暴力団員であるか否かを考慮する理由や目的に関しては、社会的、公的要請など外部的事情が重視されており、②についても、客観的に定められた運用に重きが置かれているように思われる。このように本決定は、③と合わせて、①目的が（経済の見地からも）刑法上の保護に値する客観的な合理性があるものか、②目的達成のために実効性ある体制や運用がとられており、交付者が大きな関心を寄せていることが外部的にも明らかになっているか、③当該事案においても錯誤がなければ財産的処分をしなかったという現実的具体的因果関係があるかといった視点で客観的に重要事項性を判断する態度をより明確にしつつあるように思われる」¹⁶⁾。

(2) 以上の解説については、とくにつぎの3点（以下の(a)～(c)）が目される。

(a) まず、平成26年4月決定の趣旨を解説された部分（前掲注16）に対応する引用で、「暴力団員であるか否かを考慮する理由や目的に関しては、社会的、公的要請など外部的事情が重視されて〔いる〕」（圏点は引用者）と指摘されている点が問題になる。この「社会的、公的要請」という表現は、平成22年決定・平成26年3月決定について「保護されるべき財産的処分の目的の範囲」を検討された際に、「経済的観点以外のものも明確に含めている」ことを指示するために用いられていた表現と同一である¹⁷⁾。そのため、平成26年

15) 最判解刑（平26）208頁〔駒田〕。

16) 最判解刑（平26）209頁〔駒田〕。

4月決定についてつぎのように述べられていることとの整合性が問題にならざるをえないように思える。「本決定の解釈としては、従前の判例同様、両様あり得、保護される財産的処分の目的の範囲について、財産的要素を広く捉えていることは明らかであるが、経済的要素以外も明確に取り入れているか否かまでは断定できず、むしろ経済的要素から把握できるものを考慮していると理解することも可能と思われる」¹⁸⁾。

しかし、つぎの(b)での検討を前提にして考えると、上記の「社会的、公的要請」とは、あくまでもそれが銀行にとって「外部の事情」であることを表そうとされたものであり、「経済的要素（観点）以外」ということを表そうとして用いられたわけではないと考えられる。

(b) 平成26年4月決定ではつぎのような事実が認定されていた。「〔ゆうちょ〕銀行においては、従前より企業の社会的責任等の観点から行動憲章を定めて反社会的勢力との関係遮断に取り組んでいた」(1.1(1)第2段落参照)。これは、銀行自身がどのような「観点」から当該事項を重視していたのかを端的に示しているという点で、「保護されるべき財産的処分の目的の範囲」を判断するにあたっては重要な意味をもつ認定事実ではないかと思われる。ところが、調査官解説に示された前提事実の「要約」の①(前掲注15)に対応する引用を参照)では、上記の認定事実は取り上げられていない。このことは、すくなくとも調査官解説の立場から理解された平成26年4月決定の重点が、「保護されるべき財産的処分の目的の範囲」ではなく「重要性の判断基準、方法」の方にあるということの反映だと考えられる。

(c) さらに、平成26年4月決定の趣旨を解説された部分(前掲注16)に対応する引用)で「客観的に定められた運用に重きが置かれている」と指摘されている点も注目される。これは、前提事実の「要約」の②で「約款の改訂や申込時の対応方法など、当該事実の存否を確認する具体的な体制や運用がとられていたこと」とされている部分に対応するものである。そして、たしかに平

17) 前掲注6)に対応する引用を参照

18) 最判解刑(平26)209頁〔駒田〕。

成 26 年 4 月決定の事実認定は、当該事項に対して銀行がどのような「体制」で臨んでいたのかということよりも、「申込時の対応方法」のような「具体的な……運用」の詳細に認定の重点が置かれている（1.1(1)第 2 段落を参照）。

（3）以上のような調査官解説の理解を前提にすると、平成 26 年 4 月決定は、②銀行による当該事項の考慮が「刑法上の保護に値する」¹⁹⁾ か否かを判断するにあたって、合理的な「外部的事情」の存否を重視している点、また、⑥当該事項への銀行の関心の大きさの判断にあたって、「申込時の対応方法」のように「外部的にも明らかになっている」²⁰⁾ 事情にもとづく認定を重視している点で、「偽られた事実が『重要』といえるかについては、客観的外形的判断手法をとることにより、一定の限定を指向」²¹⁾ する「態度をより明確にしつつある」。

2 最高裁判例はどのように理解されるべきか

1.2 で取り上げた調査官解説（平成 26 年 4 月決定）の理解に対しては、いくつかの疑問がありうるように思われる。それを、以下では、理論的な問題点（2.1. 前掲注 16）に対応する引用中の②③の条件を主として取り上げる）と、従来の判例との整合性（2.2. 前掲注 16）に対応する引用中の①の条件を主として取り上げる）に分けて検討することにより、最高裁判例を理解するための手がかりを探りたい²²⁾。

19) 前掲注 16) に対応する引用を参照。

20) 前掲注 16) に対応する引用を参照。

21) 前掲注 7) に対応する引用を参照。

22) なお、学説の中には、さまざまな「概念」「理論」を《詐欺罪成立のためには必要不可欠だ》と主張し援用することで、そもそも平成 22 年決定・平成 26 年 3 月決定の結論に反対する見解もある。しかし、「虚偽事項が、社会においてその種の取引を成り立たせている基本的条件に関わる場合」（中森喜彦『刑法各論〔第 4 版〕〕〔2015〕137 頁注 68）についてまで、そのような「概念」「理論」を優先させて結論を導き出すことにどのような意味があるのかは、よくわからない。

2.1 理論的検討

2.1.1 客観的外形的判断手法とは？

(1) 調査官解説（平成 26 年 4 月決定）によれば、平成 22 年決定・平成 26 年 3 月決定は、

「①財産的処分をするに当たり、偽られた事実の存否を考慮する目的や理由に客観的な合理性があること、②当該事実の存否を確認する体制や運用がとられており、交付者が当該事実に関心や大きな関心を寄せていることが外部的にも明らかになっていること、③当該事案においても、当該事実に関する錯誤がなければ財産的処分を行わなかったという現実的具体的因果関係があり、その目的が重要性を持っていたことなどを考慮して、重要事項性を肯定したもの」²³⁾

と理解されていた。

問題になるのは、上記①～③はそれぞれどのような意味で重要事項性を基礎づけると解されているのか、という点である。①～③は、それぞれが、重要事項性を肯定するための必須の条件だと解されているのだろうか。

(2) このうち①については、それを必要条件と解されていることは明らかだと思われる。これに対して②③については、かりにそれを必要条件と解されているのだとすれば、必ずしも適切な結論へと至らないのではないかと思われる。

以下では、最初に条件③を検討する（2.1.1.1）。その後に条件②を取り上げることにしたい（2.1.1.2）。

2.1.1.1 現実的具体的因果関係

(1) 東京高裁平成 24 年 12 月 13 日判決（高刑集 65 卷 2 号 21 頁。以下では「東高平成 24 年判決」と引用する）は、「被告人兩名が、……携帯電話機販売店である株式会社 Y 新宿店（携帯音声通信事業者である Z 株式会社の代理店の立場にあることが関係証拠により認められる。）の店長 a（a 店長）に対し、本当は、あ

23) 前掲注 7) に対応する引用を参照。

らかじめ携帯音声通信事業者であるZ株式会社の承諾を得ないで、交付されるプリペイド式携帯電話機を第三者に譲渡する意図……であるのにこれを秘し、交付されるプリペイド式携帯電話機を自ら利用するように装って、自己を契約者とする（携帯音声）通信サービス契約……の締結及びプリペイド式携帯電話機の購入を申し込²⁴⁾んだものの、「a店長は、被告人兩名が第三者に無断譲渡する意図であることに薄々感づいていながら、たとえそうであったとしても構わないとの意思でプリペイド式携帯電話機を販売交付したのではないかとの合理的疑いを払拭できない²⁵⁾」という事案について、つぎのように判示して詐欺未遂罪の成立を認めている。「[上記のような合理的疑いを払拭できない]ことは、……詐欺既遂罪の成立を肯認できないということの意味するにとどまり、被告人兩名が欺罔行為をした事実を認定できるかどうかの判断を直ちに左右するものとはいえない。すなわち、……被告人兩名の行為により、携帯音声通信事業者あるいはその代理店の担当者が、正当な携帯電話機の購入等の申込みであると誤信する具体的危険性は十分にあったと認められ、その危険性すらなかったとみるのは、経験則等に照らして不合理といわざるを得ない²⁶⁾」。

東高平成24年判決の事案では、そもそも前記①②（2.1.1(1)参照）に対応する事実関係が重要事項性を基礎づけるに十分なものであったのかについて、議論の余地がありうる²⁷⁾。しかし、かりに前記①②に対応する条件は充足され

24) 高刑集 65 卷 2 号 23 頁。

25) 高刑集 65 卷 2 号 26 頁。

26) 高刑集 65 卷 2 号 26 頁。

27) この点について「原判決は、プリペイド式携帯電話機を契約者本人が利用すべきことは、契約上も法令上も当然の前提として要請されているとは到底いえない旨を説示して」（高刑集 65 卷 2 号 23 頁）詐欺罪の成立を否定している。これに対して東高平成 24 年判決は、「法律上の規制措置及びこれを受けての携帯音声通信事業者である Z 株式会社における取扱状況等」を検討したうえで、「携帯電話機を購入した契約者が、これを第三者に無断譲渡することなく自ら利用すべきことは、契約上も法令上も当然の前提として要請されているのであって、……このことは本件当時既に周知の事実となっていたものとみてよいといえる」と判断し、進んで原判決の論拠にも詳細に反論している（高刑集 65 卷 2 号 24 頁以下）。

ていたという仮定の下で考えた場合、判示されているように、前記③に対応する条件が充足されないことによって「直ちに」詐欺未遂罪の成立まで否定されてしまうような解釈を採用することは、適切ではないと思われる。

(2) 平成 22 年決定・平成 26 年 3 月決定が摘示する前記 1.2.1(1)③の事実関係は、それを単体としてみれば、

①「当該事案においても、当該事実に関する錯誤がなければ財産的処分を行わなかったという現実的具体的因果関係」²⁸⁾を裏づける事実

と理解することが直截であるように思われる。しかし平成 22 年決定・平成 26 年 3 月決定は、③の事実関係を、重要事項性を基礎づける事実関係として(も)摘示している。そうだとすると、重要事項性との関係で③の事実関係がもつ意味は、むしろ、

②航空会社・銀行によって実施されていた担当者等への指示・教育の程度を推認させる事実

として理解されるべきではないかと思われる。

上記②の理解を前提にして考えた場合、かりに 1.2.1(1)③の事実関係が認められなかったとしても、そのことから直ちに重要事項性が否定されることにはならないと思われる。なぜなら、〈航空会社・銀行によって実施されていた担当者等への指示・教育の程度〉は、1.2.1(1)②の事実関係とならんで、1.2.1(1)①で指摘されている事情が航空会社・銀行によって実際にも重視されていたことを裏づける間接事実の 1 つであるにとどまり、そのかぎり重要事項性の認定に影響を与えるにすぎない。そのうえで、1.2.1(1)③の事実関係は、上記②にあたる事実の 1 つにすぎないからである²⁹⁾。

28) 前掲注 23) に対応する引用を参照。

29) もっとも、理論構成としては、(ア) 1.2.1(1)③を詐欺既遂罪・未遂罪に共通して本文のように理解し、既遂罪成立のためにはさらに①の充足も必要になると説明するか、それとも、(イ) 詐欺既遂罪については、本文のような理解と①の両方の意味をもつものとして 1.2.1(1)③を要件としたうえで、詐欺未遂罪の場合についてのみ 1.2.1(1)③の意味が本文のような理解に限定されることになると説明するかは、いずれもありうると思われる(な

2.1.1.2 当該事実の存否を確認する体制や運用がとられており、交付者が当該事実 実に関心を受けていることが外部的にも明らかになっていること

(1)(a) 平成 26 年 3 月決定と同日に同じ第 2 小法廷によって言い渡された最高裁平成 26 年 3 月 28 日判決（刑集 68 卷 3 号 582 頁。以下では「平成 26 年 3 月判決」と引用する）の事案は、暴力団関係者である被告人がビジターとしてのゴルフ場施設利用を B 倶楽部・C クラブに申し込んだというものであった。第 2 小法廷はつぎのような事実関係を認定している。「B 倶楽部及び C クラブは、いずれもゴルフ場利用細則又は約款で暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨規定していたし、九州ゴルフ場連盟、宮崎県ゴルフ場防犯協会等に加盟した上、クラブハウス出入口に『暴力団関係者の立入りプレーはお断りします』などと記載された立看板を設置するなどして、暴力団関係者による施設利用を拒絶する意向を示していた。しかし、それ以上に利用客に対して暴力団関係者でないことを確認する措置は講じていなかった。また、本件各ゴルフ場と同様に暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨の立看板等を設置している周辺のゴルフ場において、暴力団関係者の施設利用を許可、黙認する例が多数あり、被告人らも同様の経験をしていたというのであって、本件当時、警察等の指導を受けて行われていた暴力団排除活動が徹底されていたわけではない³⁰⁾。そのうえで、つぎのような判断を示した。「上記の事実関係の下において、暴力団関係者であるビジター利用客が、暴力団関係者であることを申告せずに、一般の利用客と同様に、氏名を含む所定事項を偽りなく記入した『ビジター受付表』等をフロント係の従業員に提出して施設利用を申し込む行為自体は、申込者が当該ゴルフ場の施設を通常の方法で利用し、利用後に所定の料金を支払う旨の意思を

お、東高平成 24 年判決は、「被告人兩名の行為により、携帯音声通信事業者あるいはその代理店の担当者が、正当な携帯電話機の購入等の申込みであると誤信する具体的危険性は十分にあった」ことを根拠にして詐欺未遂罪の成立を認めている〔本文の(1)第 1 段落の引用を参照。ただし本件の場合、a 店長が「たとえそうであったとしても構わないとの意思」だったことが問題なのであるから、そもそも具体的危険性の認定として上記の内容が適切なのかについては疑問がある〕。しかし、重要事項性の充足が必要であることは、詐欺未遂罪の場合についても変わりはないと思われる）。

表すものではあるが、それ以上に申込者が当然に暴力団関係者でないことまでを表しているとは認められない。そうすると、本件における被告人及びDによる本件各ゴルフ場の各施設利用申込み行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為には当たらないというべきである」。

平成26年3月判決は、重要事項性について直接に判示しているわけではない。しかし、注目されるのは、平成26年3月判決の多数意見がつぎのような判断を示している点である。「Cクラブ〔＝「会員制のゴルフ場で、原則として、会員又はその同伴者、紹介者に限り、施設利用を認めていた」〕の施設利用についても、ビジター利用客である被告人による申込み行為自体が実行行為とされており、会員であるEの予約等の存在を前提としているが、この予約等に同伴者が暴力団関係者でないことの保証の趣旨を明確に読み取れるかは疑問もあり、また、被告人において、Eに働き掛けて予約等をさせたわけではなく、その他このような予約等がされている状況を積極的に利用したという事情は認められない。これをもって自己が暴力団関係者でないことの意味表示まで包含する挙動があったと評価することは困難である」³¹⁾。

(b) 上記の「会員であるE」とCクラブの間では、本件（平成23年9月28日）以前に、つぎのような「経緯」があったことが第1審判決によって認定されている。「Eは、……同年1月に自らの予約によりCクラブを利用した際に、Dら暴力団員と共にプレーしていたことがCクラブに判明したため、Cクラブは、同年5月上旬に……Eによる利用予約を受け付けたものの、改めて総支配人から、同年1月のような暴力団員が利用するのであれば拒否する旨電話で告知し、……Eにおいて当該予約をキャンセルするという経緯等もあった」³²⁾。

Cクラブが予約段階ではこのような暴力団関係者排除措置を講じていたにもかかわらず、施設利用申込み受付けの段階においては「利用客に対して暴力団

30) 刑集 68 卷 3 号 585 頁。

31) 刑集 68 卷 3 号 586 頁。途中の括弧内に挿入した部分は同 585 頁からの引用。

32) 刑集 68 卷 3 号 632 頁参照。なお、Cクラブは「退職後の元警察官をコンプライアンス強化推進室の渉外担当責任者とし、……暴力団関係者による利用が疑われる場合には、財

関係者でないことを確認する措置は講じていなかった」³³⁾ 理由について、第2審判決はつぎのような判断を示している。「申込者記入の用紙に暴力団員であるか否かを確かめる欄を設けたり、口頭で質問したりすることは考えられるものの、そのような方法は、暴力団員でない申込者の名誉を傷つけ、ゴルフ施設の信用を落としかねないことや、暴力団員に対し、そのような質問や確認をすることによって、その場における粗暴な振る舞いや事後の仕返しを受けるおそれがあることなどから、そのような方法を実施することは困難であると認められる」³⁴⁾。

(c) かりに被告人が、上記のような「経緯」を知ったうえで、つぎのように考えていたとしたらと仮定³⁵⁾ してみよう。〈Cクラブは、一般利用客の安全・快適なプレー環境を確保して、利用客の減少やクラブの信用・格付け等の毀損を未然に防止するという経営上の観点³⁶⁾ から、予約の際に暴力団関係者であることが判明すれば利用を拒絶する方針であり、実際にEは、過去に暴力

団法人宮崎県暴力追放センターや警察署に照会するなどし、暴力団関係者と判明すれば、プレー中止の要請又は再来場の拒否を伝えたりし……ていた」（『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成26年度』134頁（注6）〔野原俊郎〕。以下では同解説を「最判解刑（平26）〔野原①〕」と引用する）。この点については刑集68巻3号631頁以下も参照。さらに、本件について第2審判決はつぎのような認定・判断を示している。「Cクラブのコンプライアンス担当者であるKは、……前に暴力団員と共にプレーをしていたことがあるEが現にプレーをしていることを知り、その同伴者の中に暴力団員がいるかもしれないと思い、同伴者の名前を調べるとともにゴルフコース上でプレーする様子を観察して暴力団員である被告人に気付いたが、離れた場所で視察したため断定することができず、慎重を期してプレーを止めずにクラブハウスでコースから帰ってくるのを待ち受け、そこで、被告人に間違いないと判断したものの、その動静をうかがっているうち、被告人が精算をしてすぐに自動車で立ち去ったことが認められる。これによると、上記Kがプレーを止めなかったことには理由があり、また、動静をうかがっているうちに被告人が立ち去ったことについては、その場所は他にも利用者がある場所であり、前記のとおりクラブハウス内での暴力団員との対応には不測の事態が発生するおそれも考えなければならず、被告人との対応が難しかったと考えられる。そうすると、上記Kの対応が、Cクラブにおける暴力団員の利用拒絶の方針が経営上重要な事項でなかったことの表れであるということとはできない」（刑集68巻3号640頁以下参照）。

33) 前掲注30) に対応する引用を参照。

団関係者を同伴しようとして拒絶され、予約をキャンセルせざるをえなくなったこともある。しかし今回は、まだ自分が暴力団関係者であることが発覚していないから（Eがその点を申告していないから）、予約を取消されずに申し込める。そして、当日の受付にまで至れば、かりにその場で発覚するようなことがあったとしても、Cクラブとしては暴力団関係者とのトラブルから生じる不測

34) 刑集 68 卷 3 号 639 頁以下参照。もっともこれに対しては、「銀行等での口座開設の際と同様に、『ビジター受付表』等に暴力団関係者でないことの誓約文言を印刷しておき、署名を求めるだけで容易に実現可能なことであるし、他の利用客に不快感等を与えるものでも、ゴルフ場の信用を落とすものでもない」（最判解刑（平 26）151 頁（注 20）〔野原①〕）とする反論もある。しかし、「銀行等」とゴルフ場では（すくなくとも当時の）経営環境がかなり異なるのではないかと考えられるため、同列に論じることには無理があるように思われる。第 2 審判決の判断は、この点に対する配慮にもとづいていると解される。以上については、鈴木左斗志『『経営上』の重要性は、詐欺罪成否の判断に対して意味を失うことになるのか？——最高裁平成 26 年 4 月 7 日決定（刑集 68 卷 4 号 715 頁）と調査官解説の理解——』研修 849 号（2019）21 頁以下の（注 20）（注 21）とそれに対応する本文での検討を参照。

第 2 審判決は、さらに、他のゴルフ場での対応についてつぎのような判断を示している。「L ゴルフ場……では、警察官からの通報を受けて暴力団員が利用の予約をしていることが判明し、ゴルフ施設側が予約を取り消す旨を連絡しようとしたが、予約者と連絡が取れなかったため、利用拒絶することができず、暴力団員に利用させたことがあったと認められる。前記のとおり、受付における利用拒絶は、同所における不測の事態が発生するおそれがある、ゴルフ施設側において拒絶することが困難な事情があり、そのため、同施設は、事前の予約取消しで対応しようとしたが果たせなかったことがうかがわれる」（刑集 68 卷 3 号 642 頁参照）。もっともこれに対しても、「受付で客が暴力団関係者だと判明しても、拒絶できずに施設利用を黙認しているというのが実態であることを自認するものとすらいえる」（最判解刑（平 26）151 頁（注 18）〔野原①〕）とする批判がある。しかし、この批判も必ずしも適切とは思われない点について鈴木・上掲研修 15 頁以下の検討を参照。

35) 本件の場合には、前掲注 32) に対応する引用のような「経緯」についてまで被告人が認識していたとは認定されていない（「E は、同月 25 日、仕事関係者を宮崎県に招いてゴルフに興じるため、自らが会員となっていた C クラブに電話を架け、同年 9 月 28 日の予約をした後、組合せ人数を調整するため、被告人らを誘った」〔刑集 68 卷 3 号 584 頁〕。第 1 審判決による前掲注 32) の認定も、E に対する関係に限定されている〔同 632 頁参照〕）。

36) この点については、1.2.1(1)①に引用した平成 26 年 3 月決定の認定を参照。

の事態や、それともなう経営上のダメージ等を恐れて、利用を拒絶することは困難だろう）。

かりに被告人が上記のような認識を事前にもっていたという場合であったとしても、平成26年3月判決がCクラブについて摘示しているつぎの事情、「利用客に対して暴力団関係者でないことを確認する措置は講じていなかった。また、……〔Cクラブ〕と同様に暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨の立看板等を設置している周辺のゴルフ場において、暴力団関係者の施設利用を許可、黙認する例が多数あり、被告人らも同様の経験をしていたというのであって、本件当時、警察等の指導を受けて行われていた暴力団排除活動が徹底されていたわけではない」³⁷⁾ という事情が認められる場合には、同判決の考え方を前提にする以上、「一般の利用客と同様に」なされた被告人による施設利用申込みは「暴力団関係者でないことまでを表しているとは認められない」と判断され、詐欺罪の成立が（未遂罪も含めて）否定されてしまうことにもなりかねないように思われる³⁸⁾。

平成26年3月判決の多数意見が、「自己が暴力団関係者でないことの意味表示まで包含する挙動があったと評価することは困難」という結論を導き出すにあたって、「被告人において、……予約等がされている状況を積極的に利用したという事情は認められない」（前掲注31）に対応する引用）という留保をあえて付しているのは、以上の点に配慮したためではないかと思われる（なお、前掲注35）を参照）。

(2) 平成26年3月判決の多数意見に示された判断内容を以上のように理解することが許されるとした場合、上記の留保の趣旨はつぎのように一般化されるのではないかと思われる。すなわち、かりに交付にあたって当該事項を確

37) 前掲注30)に対応する引用を参照。

38) 実際に最判解刑（平26）150頁〔野原①〕では、「真に暴力団排除を徹底しようとするならば、近時、銀行等で口座開設の際に実施しているように、受付時に利用客に暴力団関係者でないことを確認したり、誓約させたりするはずであるし、このような措置を講じることは決して難しいことではない」と述べられて、本文のような場合にも詐欺罪の成立を否定されるようである。この点については前掲注34)での検討も参照。

認する措置が講じられていなかったとしても、そのことから直ちに詐欺罪の成立が否定されると解すべきではない。なぜなら、そのような措置を講じていない理由が、当該事項を看過することにもなう損害（たとえば「利用客の減少……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」³⁹⁾）を経営判断として容認しているからというわけではなく、むしろ措置を講じることによって生じうる事態（たとえば前掲注 34）に対応する引用を参照）への懸念にもとづいているという場合に、そうした「状況を積極的に利用した」者までが詐欺罪処罰を免れてしまうことは適切とは言い難いからである（このような理解を前提にして考えた場合、前記(1)(c)第1段落のような被告人については、「拒絶することが困難な事情」⁴⁰⁾が緩和された状況下の行為〔たとえば、Cゴルフ場に赴く前の行為や、受付における拒絶の困難性を十分に緩和させていない不作為〕を対象にして「詐欺罪にいう人を欺く行為」を認定することにより、詐欺罪の成立を認めることができるのではないかと思われる。つまり、一般に、交付すべきか否かについての被害者の判断が制約を受ける状況に陥っている場合には、その制約の原因・程度等に応じて、より制約の緩やかな状況下の行為〔より制約の緩やかな時点の行為や、制約を十分に緩和させていない不作為を含めた行為〕について「詐欺罪にいう人を欺く行為」が認定されるべきこともありうると考えられる。そして、前記(1)(c)第1段落のような被告人については、施設利用申込み受け段階での利用拒絶を困難にしている理由〔本人自身が暴力団関係者であること〕から考えて、困難性が十分に緩和された状況下での申告が必要だと解される。このような理解によって、平成 26 年 3 月判決の多数意見の趣旨を補完できるのではないかと思われる。

以上のような考慮を推しすすめると、「当該事実の存否を確認する体制や運用がとられており、交付者が当該事実に関心や大きな関心を寄せていることが外部的にも明らかになっていること」（前掲注 23）に対応する引用の②）という条件についても、それを一律に重要事項性の必要条件と解すると、必ずしも適切な結論へと結びつかないことも起こりうるのではないかと思われる。

39) 1.2.1(1)①に引用した平成 26 年 3 月決定の認定を参照。

40) 前掲注 34) 第 2 段落に引用した第 2 審判決の説示を参照。

2.1.2 最高裁平成22年7月29日決定と最高裁平成26年3月28日決定は、理論的には、どのように理解されるべきか

(1) 2.1.1での検討を前提にして考えると、平成22年決定・平成26年3月決定は、重要事項性の要件として、

㊦「航空会社の航空運送事業の経営」「ゴルフ倶楽部の経営」の観点から、利益が「損なわれることを未然に防止する」⁴¹⁾ために必要であり、

㊧上記の利益侵害（損害）が、被害者による具体的な「経営上」の判断としても容認されていなかった

ということを要求する趣旨だと解される。

1.2.1(1)㊦の認定事実は上記㊦を裏づける事情であるのに対して、1.2.1(1)㊧㊨の認定事実は上記㊧を裏づける（主要な）間接事実として理解できるように思われる（2.1.1.1(2)と2.1.1.2(2)での検討を参照。それにとどまらず、上記㊦の判断にあたっても考慮されるのではないかと思われる。この点については、つぎの(2)第3段落の括弧書き注記を参照）。

(2) 以上のような理解を前提にして考えた場合、とくに1.2.1(1)㊨に対応する事実関係については、それを「外部的にも明らかになっている」⁴²⁾ものに限定しようとする調査官解説（平成26年4月決定）の志向にも、合理性がありえないわけではない。なぜなら、上記㊦の利益侵害（損害）について、その内容を「財産的処分によって直接的に財産的な損失が生じ[る]」⁴³⁾場合に限定せずに広く認める平成22年決定・平成26年3月決定のような考え方によると、そのような利益侵害を経営上どのように評価するか（上記㊧。他の経営上の考慮の方を優先させて、上記の損害については容認するのか否か。容認する場合、どのような範囲・程度・条件で容認するのか）は、個別の経営主体・経営環境によって判断の分かれる余地が大きくなる。そのため、適切に「詐欺罪の成立範囲を

41) 1.2.1(1)㊦に引用した平成26年3月決定の認定を参照。この点は、平成22年決定の場合も同様だと解される。

42) 前掲注7)に対応する引用を参照。

43) 前掲注6)に対応する引用を参照。

画〔する〕⁴⁴⁾ 必要から要請される、①そのような経営上の判断内容を知るための十分な手がかりが取引の相手方に与えられていること、及び、②容認できない取引を排除するための「実効性ある体制や運用がとられて〔いること〕⁴⁵⁾ といういずれの観点から考えても、1.2.1(1)②に対応する事実関係は「外部的にも明らかになっている」ものに限定して（、しかもそれを必要条件として）要求すべきだ。このように志向されることには根拠があるようにも思える。

しかし、このような解釈をつきつめると、かりに相手方が被害者による経営判断の内容を熟知したうえで取引関係に入ってきたとしても、「外部的にも明らかになっている」ような体制・運用が被害者によってとられていなかった以上は、その経営判断は詐欺罪による保護に値しないと評価されることになってしまうのではないかと思われる。とりわけ、そのような体制・運用を被害者がとれなかった原因が、まさにその相手方にこそあるという場合についてまで、詐欺罪の成立を否定することは適切とはいえないように思われる（2.1.1.2(1)(c)・(2)）。

以上のように考えてくると、上記②については、やはり前記①を裏づける（主要な）間接事実として位置づけることが適切なのではないかと思われる（それにとどまらず、前記⑦の判断にあたっても考慮されるように思われる点について、後掲注 115）第 2 段落、後掲注 148）の③を参照）。また、上記①の問題については、故意の事実認定において考慮する方が適切ではないかと考えられる。

(3)(a) 以上を前提にして、さらにつきのような場合を想定してみよう。すなわち、平成 26 年 3 月判決の被告人が前記の「経緯」（前掲注 32）に対応する本文を参照）を知っていたという仮定の下で、

C クラブが つぎ の よう に 考 え て い た 場 合 。 「 ゴ ル フ ク ラ ブ の 経 営 」 と い う 観 点 か ら だ け 判 断 す れ ば 、 暴 力 団 関 係 者 と 不 要 な ト ラ ブ ル を 起 こ さ ない 方 が 賢 明 だ 。 暴 力 団 関 係 者 の プ レ ー を 黙 認 す る こ と に と も な っ て 生 じ る か も し れ ない 利 用 客 の 減 少 や ク ラ ブ の 信 用 ・ 格 付 け 等 の 毀 損 と い っ た こ と は 容

44) 前掲注 16) に対応する引用を参照。

45) 前掲注 16) に対応する引用を参照。

認できる。しかし、「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」⁴⁶⁾にもとづく警察等の指導に何らかの対応を示さないわけにはいかないから、予約段階でのみ暴力団関係者排除措置を講じよう。

調査官解説（平成26年4月決定）の客観的外形的判断手法によれば、この事例のCクラブについては「社会的、公的要請など〔の〕外部的事情」⁴⁷⁾が存在し、それに従う方向に行動しているわけであるから、その目的には「客観的な合理性」⁴⁸⁾が認められるということになるのだろうか。

(b) 結論として上記の事例では重要事項性を否定するべきだと解する場合、その理由としては、Cクラブの態度に注目することも考えられる。つまり、「社会的、公的要請」に積極的には賛同していない、講じられた措置が徹底していない、自クラブの経済的利益に拘泥している等といったことを理由に、「刑法上の保護に値」⁴⁹⁾しないと評価する立場もありうると思われる。

しかし、上記の事例で詐欺罪の成立が否定されるのは、むしろ「ゴルフクラブの経営」の観点からは損害が認められない（あるいは、容認されている）からなのではないだろうか。

2.2 従来判例との整合性

判例の中には、欺きによる財物の交付が認められるにもかかわらず、「詐欺罪ハ財産権ヲ侵害スヘキ行爲ヲ要素トスルモノナルカ故ニ……其ノ行爲ニシテ上叙ノ性質ヲ有セサル場合ニ在リテハ同罪ヲ構成スルヲ得〔ス〕」⁵⁰⁾「相手方ハ

46) 1.1(1)第2段落に引用した平成26年4月決定と前掲注15)に対応する引用の①を参照。

47) 前掲注16)に対応する引用を参照。

48) 前掲注16)に対応する引用を参照。

49) 前掲注16)に対応する引用を参照。

50) 大判大12・7・14刑集2巻654頁（「被告ニ於テ其ノ實父名義ノ印鑑證明願等ヲ偽造シテ村役場ニ提出行使シ同吏員ヲ欺キテ村長名義ノ印鑑證明書1通」の交付を受けたという事案）。なお、同判決は、大判大3・6・11刑録20輯1171頁（「他人ノ名義ヲ冒シ署名ヲ偽造シ其印章ヲ不正ニ使用シテ建物所有證明願書ヲ偽造シ之ヲ村役場ニ提出シ村長名義ノ證明文詞ヲ之ニ附記セシメ眞ニ其者ニ於テ下付ヲ受ケタルカ如ク装ヒ書面ヲ受取」った事

毫モ財産上不正ノ損害ヲ被リタル事實ナク又被告人ニ於テ之ニ因リ特ニ不法ノ利益ヲ享受シタルモノト謂フヲ得〔ス〕⁵¹⁾ という理由から、詐欺罪の成立を否定するものがある（注意を要するのは、前者の判例が「財産権ヲ侵害スヘキ行為」と述べているのに対して、後者の判例は「財産上不正ノ損害ヲ被リタル事實ナク」と述べている点である。この点については 2.2.3 を参照）。

しかし、1.2.3 で取り上げた調査官解説（平成 26 年 4 月決定）の理解によれば、平成 26 年 4 月決定が「明確にしつつある」という「客観的に重要事項性を判断する態度」においては、当該事項を考慮する目的に「客観的な合理性がある」か否かが問題なのであり、その合理性が「経済的〔な〕評価」⁵²⁾ にもとづくものか否かということは、すくなくとも「詐欺罪の成立範囲を画〔する〕」⁵³⁾ ための判断との関係では意味をもたないことになる。そのため、上記のような判例をどのように理解するのかが問題にならざるをえないと思われる。

以下では、まず「公的証明書類に関する判例」⁵⁴⁾ を検討し（2.2.1）、つぎに大審院昭和 3 年 12 月 21 日決定（刑集 7 卷 772 頁。以下では「大審院昭和 3 年決定」と引用する）について考えてみたい（2.2.2）。

2.2.1 公的証明書類に関する判例

2.2.1.1 問題点

2.1.2(1)㊦の理解を前提にして考えた場合、「公務所の担当係員を欺いて内容虚偽の建物所有証明書、印鑑証明書、旅券の交付を受ける行為につき、いずれ

案。この判例については後掲注 55) に対応する引用を参照)の趣旨について、「〔相手方〕ニ於テ財産上ノ侵害ヲ受ケ又犯人ニ於テ財産上ノ利益ヲ受クヘキモノニ非サルカ故ニ詐欺罪ヲ構成セスト……宣言シタルモノ」(圏点は引用者)と解している(大判大 12・7・14 の判決理由の詳細については後掲注 67)を参照)。

51) 大決昭 3・12・21 刑集 7 卷 776 頁。この判例については 2.2.2 で検討する。

52) 最判解刑(平 26) 199 頁〔駒田〕。

53) 前掲注 16) に対応する引用を参照。

54) 『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成 19 年度』329 頁(注 13)〔前田巖〕。以下では、同解説を「最判解刑(平 19)〔前田〕」と引用する。

も詐欺罪を構成しないとする判例（大判大正3年6月11日・刑録20輯1171頁、大判大正12年7月14日・刑集2巻650頁及び……最一小判昭和27年12月25日〔・刑集6巻12号1387頁〕）を援用し、預金通帳が証明書類似の書類であるとして、その不正取得が詐欺罪を構成しないとする主張⁵⁵⁾に対しては、これらの判例の事案では「経営上」の利益に対する侵害が問題になっていないことを理由にして反論できるように思われる（その具体的な内容については2.2.1.2.2(3)を参照）。

ところが調査官解説（平成26年4月決定）の理解による場合、上記の建物所有証明書・印鑑証明書・旅券についての判例の事案では、①内容虚偽の証明書類を交付しないという目的には「客観的な合理性」があり、②目的達成のためにとられている確認手続きは「外部的にも明らかになって」おり、③公務所の担当係員は錯誤がなければ交付しなかったという「現実的具体的因果関係」も認められる（以上について、前掲注16）に対応する引用を参照）。そのため、上記の「主張」が援用する整合性の問題に反論することは困難ではないかとも思える。

この点について調査官解説（平成26年4月決定）は、おそらく、「〔上記の〕主張……は、平成14年判例により実務上は克服された議論といってよい」⁵⁶⁾とされる平成19年決定の調査官解説（以下では「調査官解説（平成19年決定）」と指示することもある）の見解に依拠されているのではないかと思われる⁵⁷⁾。

55) 最判解刑（平19）319頁〔前田〕。

56) 最判解刑（平19）319頁〔前田〕。

57) 最判解刑（平26）207頁〔駒田〕では、「平成14年決定が、預金債権債務関係の発生・帰属を左右しないとか、証明書類似の書類の不正取得にすぎないなどとして実質的損害が発生していないという解釈を否定し、通帳の財物性及び欺罔によるその交付自体に財産的損害の発生を認めたものと解され、平成19年決定もこれを前提としていると解されることから、同じ通帳詐欺の事案である本件においても財産的損害の問題としては改めて説示する必要がないと判断したものと見ることができよう」と述べられる際に、最判解刑（平19）318頁〔前田〕が根拠として援用されている（なお、同所で同じく援用されている平成14年決定の調査官解説については後掲注66）を参照）。なお、駒田調査官の見解と前田調査官の見解の関係については、さらに3での検討を参照。

そこで以下では、調査官解説（平成 26 年 4 月決定）の理解が上記の諸判例とどのように整合するのかを探るために、調査官解説（平成 19 年決定）の見解を検討することにした。

2.2.1.2 調査官解説（最決平成 19 年 7 月 17 日）の検討

平成 19 年決定の上告趣意では、最高裁昭和 27 年 12 月 25 日判決（刑集 6 巻 12 号 1387 頁。虚偽の証明書を出して旅券の下付を受けようとした事案について、詐欺罪〔未遂〕の成立が否定された。以下では「昭和 27 年判決」と引用する）に対する判例違反が主張されていた。これに対して平成 19 年決定は、「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〔い〕」とだけ述べて却けている⁵⁸⁾。

平成 19 年決定の調査官解説では、まず、①平成 14 年決定の射程を検討されたうえで、上告趣意のように昭和 27 年判決を援用して「預金通帳が証明書類似の書類であるとして、その不正取得が詐欺罪を構成しないとする主張は、平成 14 年判例により実務上は克服された議論」⁵⁹⁾であるとされる。そのうえで、②「念のため付言する」⁶⁰⁾として、「公的証明書類に関する判例」で詐欺罪の成立が否定されてきた理由についての解釈を展開されている。

そこで以下では、平成 14 年決定の射程の理解（2.2.1.2.1）、「公的証明書類に関する判例」で詐欺罪の成立が否定されてきた理由の解釈（2.2.1.2.2）に分けて、調査官解説（平成 19 年決定）の見解を検討することにした。

2.2.1.2.1 最高裁平成 14 年 10 月 21 日決定の射程

(1) 平成 14 年決定の第 2 審判決は、詐欺罪不成立の理由をつぎのように述べていた。「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

58) 平成 22 年決定の上告趣意にも同じ判例違反の主張があり、同じ理由によって却けられている。

59) 最判解刑（平 19）319 頁〔前田〕。

60) 最判解刑（平 19）329 頁（注 13）〔前田〕。

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〔。〕……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、……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」⁶¹⁾。

これに対して、平成14年決定はつぎのように述べて詐欺罪の成立を認めている。「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」。

この平成14年決定の射程について、調査官解説（平成19年決定）ではつぎのように述べられている。「平成14年判例は、預金通帳の財物性及び欺罔によるその交付自体に財産的損害の発生を認めたものと解される。そして、『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（財物に当たる）』という説示をしているのは、預金債権債務の発生・帰属を左右しないとか、証明書類似の書類の不正取得にすぎないなどとして実質的な財産的損害が認められない、とするような同判例の原判決の示した解釈を否定する趣旨と解される」⁶²⁾。

(2) 上記の調査官解説（平成19年決定）の理解については、つぎの点が問題

61) 刑集56巻8号687頁参照。

62) 最判解刑（平19）318頁以下〔前田〕。

になると思われる。

第1に、平成14年決定が直接的に否定しているのは、第2審判決の判断中の「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」という部分である。そしてこの部分の判断は、第2審判決のそれ以外の部分の判断の前提になっているから（前掲注61）に対応する引用を参照）、その否定によって第2審判決は詐欺罪不成立という結論を支えることができなくなる。そうだとすると、かりに平成14年決定が第2審判決の他の部分の判断をも否定していると解することが可能であったとしても、原則としては、それは傍論にとどまることになると思われる。

第2に、平成14年決定の『「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（財物に当たる）」という説示⁶³⁾』について、それがかりに第2審判決の判断中の「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」という部分までを否定するものであり、しかもそれは、上記第1の否定とは独立に、第2審判決の結論を否定するためには必要なものであったとしても、そのことから直ちに「平成14年判例は、預金通帳……の交付自体に財産的損害の発生を認めた⁶⁴⁾」という帰結を導き出すことはできないと思われる。なぜなら、平成14年決定によって不要と判断されたと解するのは、第2審判決で詐欺罪不成立の理由とされた「実質的な財産的損害⁶⁵⁾」にとどまるのであり、およそ「実質的な財産的損害」は一切不要という一般論にまで踏み込んだ判断が平成14年決定によって示されたわけではないからである⁶⁶⁾。

63) 前掲注62)に対応する引用を参照。

64) 前掲注62)に対応する引用を参照。

65) 前掲注62)に対応する引用を参照。

66) なお、平成14年決定の担当調査官は、「被害者は、欺かれなければ交付しなかったであ

そして、2.2.1.1 に示した本稿の問題意識との関係でいえば、一般論として「預金通帳……の交付自体に財産的損害の発生を認め〔る〕」ところまで踏み込めるのは、すくなくとも「公的証明書類に関する判例」との整合性を「実質的な財産的損害」を援用することなく理論的に説明できる場合に限られるのではないかと思われる。

2.2.1.2.2 「公的証明書類に関する判例」で詐欺罪の成立が否定されている理由

(1) 「念のために付言すると、これらの公的証明書類に関する判例は、これら証明書類が財物性を有しないとか、それ自体に財産的価値がないとしたものではなく、専ら作成権限者に対する欺罔により内容虚偽の証書等の交付を受ける行為が公の証明・免許の付与等の適正を害することに帰着する場合には、その書類の受交付も含めて免状等不实記載罪で評価し尽くされるから、もはや証書類の受交付についてのみ財産的法益の侵害を本旨とする詐欺罪の成立を認めることはできないことを示したにとどまると解される。この点、大判大正12年7月14日⁶⁷⁾が、自前の証明願の用紙を持参し、役所で『右のとおり相違

ろう財物（欺かれなければ移転しなかつたであろう財産権）を欺かれて交付（移転）した結果、その財物ないし財産権に対して有する利益を喪失したのであって、そこに財産的な損害が認められる」（『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成14年度』246頁〔宮崎英一〕。以下では同解説を「最判解刑（平14）〔宮崎〕」と引用する）と述べられていたものの、その後にかかれた論文では、平成14年決定・平成19年決定の事案について「銀行口座を不正利用されないことや銀行の社会的信用維持という経済的利益」（宮崎・前掲注9）326頁）が認められると解されている。

67) 刑集2巻650頁（前掲注50）で引用した判例。原審は詐欺罪の成立を認めたが、大審院は原判決を破棄するにあたりつぎのように判示した。「詐欺罪ハ財産權ヲ侵害スヘキ行為ヲ要素トスルモノナルカ故ニ假令人ヲ欺罔シテ一定ノ意思表示ヲ爲サシムルモ其ノ行為ニシテ上叙ノ性質ヲ有セサル場合ニ在リテハ同罪ヲ構成スルヲ得サルコト勿論ナリ本院判例（大正3年（れ）第1324號判決参照）ニ於テ他人ノ署名ヲ偽造シ建物所有證明願ヲ偽造シ之ヲ村役場ニ提出シ村長名義ノ證明文句ヲ記載セシメ真正ノ名義人ニ於テ下附ヲ受クルカ如ク装ヒテ之ヲ受取ルモ村又ハ村長ニ於テ財産上ノ損害ヲ受ケ又犯人ニ於テ財産上ノ利益ヲ受クヘキモノニ非サルカ故ニ詐欺罪ヲ構成セスト爲スハ右趣旨ヲ宣示シタルモノニ外ナラス而シテ原判決ハ被告ニ於テ其ノ實父名義ノ印鑑證明願等ヲ偽造シテ村役場ニ提出

ないことを証明する』旨の認証を受ける場合と、役所が自らの用紙を用いて証明書を発行する場合とは、刑法上同じに扱われるべきであるという趣旨の説示をしている〔引用者注——前掲注67〕を参照〕ところが参考になる。そして、公的機関の『証明書類似の書類』の不正取得について、近時の最高裁判例は、簡易生命保険証書の詐取（最二小決平成12年3月27日・刑集54巻3号402頁）、国民健康保険被保険者証の詐取（最一小決平成18年8月21日・判タ1227号184頁）について、いずれも詐欺罪の成立を認めているところである。また、民間の生命保険証書についても、生命保険会社を欺罔してこれを詐取する行為が詐欺罪に当たることが古くから判例として確立している。以上によれば、免状等不実記載罪に当たる場合、及びこれとの均衡上、欺罔行為により取得した私人の証明文書が単なる事実証明の趣旨にとどまる場合（すなわち、自前の証明申請用紙に認証権者の認証文言を記入してもらって証明の用に供する場面と同視できる場合）には、詐欺罪の成立は否定されるべきであろうが、それにとどまらない社会生活上の価値ないし効用を有する文書の場合には、当該文書自体の財物性が肯定される以上、詐欺罪の成立を認めるのが筋である〔る〕⁶⁸⁾。

(2)(a) たしかに、「公の証明・免許の付与等の適正」に対する侵害の有無という観点だけから考えれば、証明文書作成の方式が「自前の証明願の用紙を持参し、役所で『右のとおり相違ないことを証明する』旨の認証を受ける」という方式か、「役所が自らの用紙を用いて証明書を発行する」という方式かに

行使シ同吏員ヲ欺キテ村長名義ノ印鑑証明書1通ヲ騙取シタリト云フニ在リテ此ノ場合ニ於テハ印鑑証明ノ文句ヲ右印鑑証明願書ニ附記セシメタルニ非スシテ役場所有ノ用紙ニ記載セシメタルモノナリトスルモ斯ル場合ニ於ケル問題ハ其ノ用紙ニ係ルモノニ非スシテ證明其ノモノノ眞否ニ關スルモノナルカ故ニ證明文詞ヲ證明願書ニ附記シタルト役場備付ノ用紙ニ記載シタルトニ因リ性質ヲ異ニスルモノト認ムヘキニ非ス」。

68) 最判解刑（平19）329頁（注13）〔前田〕。なお、最判解刑（平14）245頁〔宮崎〕では、すでにつきのように述べられていた。「公務所の担当係員を欺いて村長名義の建物所有証明書、印鑑証明書、旅券等の交付を受ける行為……が詐欺罪を構成しないのは、旅券等が財物性を有さないからではなく、旅券等の交付を受ける行為が公の証明・免許の付与等の適正を害するものであって、財産的法益の侵害を本旨とするものではないからである」（ただし、宮崎判事の見解については前掲注66）を参照）。

よって、刑法上の評価に違いは生じないといえるだろう。そのため、問われている法益侵害の内容について「専ら……公の証明・免許の付与等の適正を害することに帰着する」という結論がすでに出ている局面を想定すると、証明文書の用紙が被害者所有であることを理由にして異なる評価を下すことには根拠がないといえそうである。

しかし問題は、「専ら……公の証明・免許の付与等の適正を害することに帰着する」か否かの判断は、どのような基準にもとづいてなされるのかという点にある。反対に言えば、「帰着」が否定されて詐欺罪の成立が認められるのは、どのような場合か。

この点について調査官解説（平成19年決定）では、「単なる事実証明の趣旨……にとどまらない社会生活上の価値ないし効用を有する文書」か否かという基準が提示されていた。しかし、結論から述べれば、このような基準によって預金通帳と建物所有証明書・印鑑証明書・旅券の違いを理由づけることには、無理があるように思われる。

(b) たしかに預金通帳は、「これを利用して預金の預入れ、払戻しを受けられる」といった「社会生活上の価値ないし効用」を有する。しかし、その「預金の預入れ、払戻しを受けられる」という権利ないし地位は、預金契約の当事者であるという事実こそ根拠がある。預金通帳を利用することによって「預金の預入れ、払戻しを受けられる」のは、預金通帳が、届出印・暗証番号等と相まって、預金契約の当事者であるという事実を証明する文書であることにもとづいている。「預金の預入れ、払戻しを受けられる」という権利ないし地位を基礎づけているのは、あくまでも預金契約の当事者であるという事実である。

上記のような理解を前提にすると、たとえば印鑑証明書についても、つぎのように考えられるのではないかと思われる。すなわち、印鑑証明書は、それを利用して、たとえば不動産の所有権移転登記を申請（不動産登記令16条2項）することができる（ので、不動産の売却手続を進めることができる）といった「社会生活上の価値ないし効用」を有する。印鑑証明書にこのような「社会生

活上の価値ないし効用」が認められているのは、印鑑証明書が、届け出られた（登録された）印鑑であることを証明する文書であり、そのことによって〈その印鑑が押印された文書〉に表示された意思が本人の意思であることを証明する文書であることによる。所有権移転登記の申請を根拠づけるのは、あくまでも、それが本人の意思によってなされているということである。印鑑証明書は、このことを証明する文書として、上記の「社会生活上の価値ないし効用」を認められている。

以上のように対照させて考えてみると、一方で預金通帳の場合にも、その「社会生活上の価値ないし効用」とされるものは、証明対象である事実によって根拠づけられる範囲にとどまっている。他方で印鑑証明書の場合、種々の手続の要件とされていることで、さまざまな社会生活上の効用に結びつけられている。このような両文書を区別するための基準として、「単なる事実証明の趣旨……にとどまらない社会生活上の価値ないし効用を有する文書」であるか否かという基準は、必ずしも有効に機能しないのではなからうか。

(3) 結局、預金通帳と建物所有証明書・印鑑証明書・旅券を区別して、後者の受交付について詐欺罪の成立を否定するためには、その行為が「財産権ヲ侵害スヘキ……性質ヲ有セサル」⁶⁹⁾（圏点は引用者）ものであるという点に理由を求めざるをえないのではないかと思われる。つまり、前者では「銀行口座を不正利用されないことや銀行の社会的信用維持という経済的利益」⁷⁰⁾——〈金融機関としての経営〉を成り立たせている基本的条件に関わる利益——に対する侵害が認められるのに対して、後者ではこのような意味での利益侵害を被害者に認めることができない。この点に区別の根拠を求めて、それが詐欺罪の成否に反映されるように成立要件を構成せざるをえないように思われる。

69) 前掲注 50) に対応する引用を参照。さらに、同注で引用した大判大 12・7・14 による大判大 3・6・11 の趣旨の解釈について、引用者が圏点を付した部分も参照。

70) 宮崎・前掲注 9) 326 頁。

2.2.1.3 証明書類詐取における重要事項性

上記の機能を担うものとして、2.1.2(1)㊦については、その内容を単なる「客観的な合理性」に置き換えることはできないと思われる⁷¹⁾。つまり、建物所有証明書・印鑑証明書・旅券については、上記のような利益が「損なわれることを未然に防止する」必要が被害者に生じるわけではないので、重要事項性を認めることができない。このような解釈を採用せざるをえないのではないかと思われる。

2.2.2 大審院昭和3年12月21日決定と最高裁平成13年7月19日判決

2.2.2.1 大審院昭和3年12月21日決定はどのように理解されるべきか

(1)(a) 大審院昭和3年決定は、「被告人ハ醫師ノ免許ヲ有セサルニ拘ラス……製劑所ノ派遣醫ナル旨詐稱シ……〔被害者〕ヲ診察ノ上……疾病アリト診断シ……該疾病ニ特效アル賣藥ヲ所持スル旨申向ケ……定價ノ賣藥ヲ買取ラシメテ其ノ代金ノ交付ヲ受ケ又ハ受ケントシタリシ事實」⁷²⁾ について、つぎのような判断を示した。「被告人カ醫術ニ關スル智識ヲ有シ患者ヲ診断シテ之ニ適應スル賣藥ヲ所定ノ代價ニテ買取ラシメ又ハ眞ニ醫療ヲ爲ス意圖ノ下ニ之ヲ行フニ於テハ縱令被告人ニ於テ醫師ナリト詐稱シ相手方ヲシテ醫師ナリト誤信セシメタルニ因リ之ヲ買取ラシメタル事實ナリトスルモ直ニ以テ詐欺罪ヲ構成スルモノナリト爲スヲ得ス何者若シ敍上ノ事實ナルニ於テハ判示賣藥ノ買取リニ因リ相手方ハ毫モ財産上不正ノ損害ヲ被リタル事實ナク又被告人ニ於テ之ニ因リ特ニ不法ノ利益ヲ享受シタルモノト謂フヲ得サレハナリ」⁷³⁾。

(b) 調査官解説（平成26年4月決定）では、最高裁昭和34年9月28日決定（刑集13卷11号2993頁。以下では「昭和34年決定」と引用する）の参照を指示されて、「判例は、価格相当の商品を提供したとしても、その商品の効能等について真実に反する誇大な事実を告知して代金名下に金員の交付を受けた場

71) 2.2.1.1 第2段落を参照。

72) 刑集7卷776頁。

73) 刑集7卷776頁。

合には詐欺罪が成立するとしており、形式的個別財産説〔＝「欺く行為によって錯誤に陥り個別の財産を失ったこと自体が財産的損害に当たるとする」立場〕に立つと見る向きが多い⁷⁴⁾と述べられ、大審院昭和3年決定には言及されていない（なお、関係する判例として最高裁平成13年7月19日判決〔刑集55巻5号371頁〕の参照も指示されているが、この判例については2.2.2.2で検討する）。

しかし昭和34年決定は、指摘されているように「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⁷⁵⁾」について詐欺罪の成立を認めた判例であり、2.2.1.2.1で検討した平成14年決定の場合と同じく、およそ「実質的な財産的損害」は不要という一般論にまで踏み込んでいるわけではなく、「欺く行為によって錯誤に陥り個別の財産を失ったこと自体が財産的損害に当たる」⁷⁶⁾という判断を示したわけでもない。

(2) 一方、調査官解説の中には、大審院昭和3年決定についてつぎのように述べる見解もある。「相手方は行為者に医師の資格があると信じたからこそ薬を買ったとまではいえず、詐欺罪の要件としての欺罔や錯誤がなく、したがって損害もないとする余地のある事案ではないかと思われる⁷⁷⁾」。また、欺く行為についての「通説」として引用⁷⁸⁾される見解は、つぎのように解している。「医術の知識をもつてはいるが医師の免許をもたない被告人が、某製剤所の派遣医と詐称して、患者を診断し、これに適応する売薬を所定の代価で買い取ら

74) 最判解刑（平26）197頁〔駒田〕。途中の括弧内に挿入した部分は同192頁からの引用。

75) 刑集13巻11号2994頁。第2審判決の認定によると、「被告人は農村民の電気器具に対する知識の乏しいのと、中風、小児麻痺等により困惑している農村家庭の窮状に乘じ、前記商品の特効につき誇大に亘る宣伝的言辞を弄している」（同3033頁参照）。

76) 前掲注74)に対応する引用中の括弧内に挿入した部分。

77) 『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成16年度』257頁（注4）〔藤井敏明〕。

78) 最判解刑（平26）198頁（注22）〔駒田〕、最判解刑（平19）320頁（注14）（注15）〔前田〕、最判解刑（平26）169頁（注5）〔野原②〕で「通説」として引用されている唯一の見解であり、いずれの解説もこの「通説」に依拠している（ただし、最判解刑（平19）320頁（注15）〔前田〕の「通説」の理解には問題があると思われる。この点については3(2)(b)・(c)での検討を参照）。

せたという事案につき、それだけでは詐欺罪を構成するものではないとする判例……は、財産上の損害がないことを理由に詐欺罪の成立を否定し……しているが、わたくしには、むしろ、被告人の行為は、取引上重要な事項について具体的事実をいつわつたものといえないから欺罔にあたら〔ない〕……というところに、……詐欺罪が否定され……た理由があるようにおもわれる⁷⁹⁾。

たしかに大審院昭和3年決定の被害者の立場からすると、重要なのは、処方される薬が疾病に適合するか否かであり、その前提として、適切な診断・処方のための能力を被告人が実際に備えているか否かが重要であるにすぎないとも考えられる。そうだとすると、形式的な医師資格の有無は「取引上重要な事項」⁸⁰⁾ではなく、「詐欺罪の要件としての欺罔や錯誤がな〔い〕」⁸¹⁾と言えそうにも思える。しかし、交付すべきか否かの判断を迫られている時点の被害者の立場からみると、医師資格という指標に頼ることなくしては、上記のような事情について評価することは困難だと思われる。その意味で、医師資格詐称が被害者による交付の判断に重大な影響を及ぼしていることは否定できないと思われる⁸²⁾。

さらにいえば、かりに大審院昭和3年決定の事案で、被告人によって被害者に売り渡された薬が、被告人の案に相違して、被害者の疾病には適合しないものであったとしたら、と想定してみよう。そのような場合であったとしても、上記の見解によれば、被告人の故意としては「取引上重要な事項について具体的事実をいつわつたものといえないから」「詐欺罪の要件としての欺罔や錯誤

79) 団藤重光編『注釈刑法(6)』(1966)192頁以下〔福田平〕。

80) 前掲注79)に対応する引用を参照。

81) 前掲注77)に対応する引用を参照。

82) 大審院昭和3年決定の具体的事案はつぎのような内容であった。「被告人ハAト共謀シAハ案内役トナリ……〔被害者〕ニ對シ……診察ヲ受クル希望ナキヤト申入レ同人カ之ヲ希望スルヤ醫師ハ後ヨリ來ルト告ケAハ被告人ヲ招致シタル處被告人ハ醫師ノ免許ナキニ拘ラス醫師ナルカ如ク装ヒ〔被害者〕ノ依頼ニヨリ同人ノ娘ノ目ト爪トヲ檢シテ診察ヲ爲シ……診断シ……研究所ノ藥ヲ服用セハ全治スヘキ旨申向ケ〔被害者〕ヲシテ被告人ヲ相當信用アル醫師ナルカ如ク誤信セシメ……〔藥〕ヲ買受ケシメ其ノ代金名義ノ下ニ合計金四圓ヲ交付セシメ〔タ〕」(刑集7卷773頁以下。原判決による判示第1の事実)。

がな〔い〕と認識している点に変わりはない以上、詐欺罪の成立は（未遂罪も含めて）否定されざるをえないように思われる。しかし大審院は、そのような結論までを認めるつもりだったのだろうか。

(3) 以上の検討を前提にして考えた場合、大審院昭和3年決定の事案で医師資格の重要事項性を否定することは困難だと思われる。それにもかかわらず詐欺罪不成立という結論が支持されるべきだとすれば、その理由は、「財産上不正ノ損害ヲ被リタル事實ナ〔シ〕」（大審院昭和3年決定）という点に求めざるをえないように思われる。

もっとも、その場合の損害は、「罪」（38条1項本文）の内容を構成するわけではなく、その不存在が例外的に詐欺罪の成立を阻却する事由として位置づけられるべきだと考えられる。つまり、被害者による交付の判断の時点で問題になる重要事項性とは異なって、上記の損害は事後的客観的な評価としてのみ問われるものであり、重要事項性で考慮されていた利益に対する侵害が実際には生じていないと立証できた場合に限って、例外的に詐欺罪の成立を阻却する事由となるにすぎないと解される⁸³⁾。

2.2.2.2 最高裁平成13年7月19日判決について

(1) 調査官解説（平成26年4月決定）では、財産的損害についての判例の立場を解説される際に、前掲の昭和34年決定（2.2.2.1(1)(b)参照）とならんで最

83) 本文のような理解を前提にして考えた場合、問題として残るのは、大審院昭和3年決定の事案で未遂罪成立の余地はありえないのか、という点である。この点については、①重要事項性で考慮されていた利益に対する侵害が実際には生じていないと立証できた場合には、未遂罪の成立も含めて阻却されるという考え方もありうるかもしれない。しかし、②未遂罪の成立が阻却されるためには、事後的客観的な評価として（被告人の医学的知識・経験の程度、被害者の疾病・症状、被告人の意図等を考慮した場合に）、不適合な薬が交付されていたかもしれないという危険性が認められないことを立証しなければならないと解する余地もあると思われる。大審院昭和3年決定が、詐欺未遂罪の成立も問題になっていた事案（原判決判示第2の事実）について、「眞ニ醫療ヲ爲ス意圖ノ下ニ之ヲ行フニ於テハ」（前掲注73）に対応する引用を参照）と述べているのは、上記②の考え方を前提にしている趣旨だと解することも不可能ではないのではなかろうか。

高裁平成13年7月19日判決（刑集55巻5号371頁。以下では「平成13年判決」と引用する）の参照が指示されている。しかし、この「近時の判例」⁸⁴⁾の趣旨をどのように理解するべきかについては、慎重な姿勢が示されている。

たしかに平成13年判決は、その趣旨をどのように理解するべきかについて解釈の余地が大きいと思われる。しかし、2.2.2.1での検討を踏まえて考えると、平成13年判決と大審院昭和3年決定の間に、共通する判断の枠組みを見出すことも不可能ではないように思われる。

(2) 平成13年判決は、「内容虚偽の〔建設業汚泥排水〕処理券を提出した被告人兩名の行為が工事完成払金の支払時期を不当に早めたものとして、詐欺罪の成立を認めている……第1審判決の当否」⁸⁵⁾について、つぎのような判断を示した。「被告人兩名が正規に処理された汚泥の量約45立方メートル分についてのみ処理券を提出したとすれば、大阪府の汚泥処理の予想量を大幅に下回っているため、汚泥の不法投棄を行ったのではないかという疑念が生じ、これに関する調査が行われる結果、本件工事の完成検査が実際より遅れ、そのため、工事完成払金の支払時期が遅れた可能性は否定できないところである。しかし、記録によれば、本件請負契約の目的物であるくい打ち工事は、瑕疵なく完成したものと認められるところ、同契約によれば、発注者である大阪府は、請負人であるN建設から工事完成の通知を受けた日から14日以内に工事完成検査を完了しなければならないとされ、工事完成検査に合格後、大阪府は、書面による代金請求がされた日から40日以内に請負代金を支払わなければならないとされている。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246条1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

84) 最判解刑（平26）197頁〔駒田〕。

85) 刑集55巻5号376頁。

当である。これを本件についてみると、第1審判決は、被告人両名が内容虚偽の処理券を提出したことにより、これを提出しなかった場合と比較して、工事完成払金の支払時期をどの程度早めたかを認定していないから、詐欺罪の成立を認める場合の判示として不十分であるといわざるを得ない。また、被告人両名の行為が工事完成払金の支払時期をどれだけ早めたかは、記録上、必ずしも明らかでない⁸⁶⁾。

平成13年判決の調査官解説（以下では「調査官解説（平成13年判決）」と指示することもある）では、上記判断の趣旨について、つぎのような理解が示されている。「第1審判決は、損害を形式的にとらえた結果、たとえ1日支払時期を早めただけでも、本来支払を受けられない時期に弁済を受けたとして、その全額について1項詐欺の成立を認めることになると思われる。しかし、このような考え方は形式的に過ぎ、注文者にとって実質的に損害が生じていないような場合にまで1項詐欺の成立を認めることになるので、妥当でないといえよう。……本判決は、『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』かどうかという基準を導入することにより、……〔「被害者が個々の財物を詐取されたこと自体が損害……とする」〕立場を採るときに1項詐欺の成立範囲が不当に広がることに歯止めをかけ、結論の妥当性を確保しようとしたものと解される。……本判決のいう『社会通念上別個の支払』という概念がどういう場合をいうのか一律にいうことは、極めて困難である。この点は、請負契約の種類、内容、支払方法等により様々であると思われるが、基本的には経済的な視点が重視されるべきであろう。本件において、その損害の実質は、注文主の『期限の利益』の侵害にあるといえるから、請負人がどれだけの『期限の利益』を得たかという点も、重要な判断要素に含まれるといえよう⁸⁷⁾。

86) 刑集55巻5号376頁以下。

87) 『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成13年度』136頁以下〔朝山芳史〕。途中の括弧内に挿入した部分は同135頁からの引用。なお、以下では同解説を「最判解刑（平13）〔朝山〕」と引用する。

しかし、このような調査官解説（平成13年判決）の理解は、問題を単純化しすぎてるように思われる⁸⁸⁾。

(3)(a) まず注目されるのは、前記の判断に先立って、最高裁がつぎのように説示している点である。「本件請負契約の施工方法の細目を定めた現場説明事項第11項には、『くい工事にて発生する汚泥は、すべて関係法令に基づき、場外搬出処分とする』旨定められているところ、汚泥が工事現場に残存している状態では、くい打ち工事が完成したということではできないから、汚泥を場外搬出することは、請負契約上の義務に当たるが、場外搬出した汚泥の処分を関係法令に従って行ったか否かということは、業者としての公法上の義務に係るものであって、請負代金の支払請求権とは対価関係に立つものでない⁸⁹⁾」。この説示を前提にしたうえで、最高裁は前記のように「記録によれば、本件請負契約の目的物であるくい打ち工事は、瑕疵なく完成したものと認められる」と認定し、その結果、本件で交付されたのは「請負人が本来受領する権利を有する請負代金」だったと解している。つまり最高裁の判断によれば、本件工事完成検査の合否は汚泥不法投棄の有無によって左右されず、しかも工事自体は瑕疵なく完成しているので、本件請負代金は「本来」支払われてしかるべきものだった。

最高裁の判断を以上のように理解することが許されるとした場合、「汚泥の不法投棄を行ったのではないか」という疑念が生じ、これに関する調査が行われる結果、本件工事の完成検査が実際より遅れ、そのため、工事完成払金の支払時期が遅れた可能性」（前掲注86）に対応する引用を参照）などといったことは、「本来」考慮されるべきではない。このように解されることになるはずではな

88) 以後のいくつかの調査官解説で平成13年判決が引用・参照される際に、その趣旨を説明するものとして調査官解説（平成13年判決）が引用・参照されることは殆どないように思われる。このことは、調査官解説（平成13年判決）による理解が平成13年判決の趣旨を必ずしも正解したものではないと受け取られていることを示唆しているのではないだろうか。この点との関係で、後掲注98）とそれに対応する本文を参照。さらに後掲注102）も参照。

89) 刑集55巻5号375頁。

いだろうか。いいかえれば、汚泥の不法投棄の有無は、本件工事完成検査にあたっての重要事項性を否定されることになるのではないと思われる。

ところが最高裁は、前記のように、「第1審判決は、被告人両名が内容虚偽の処理券を提出したことにより、これを提出しなかった場合と比較して、工事完成払金の支払時期をどの程度早めたかを認定していないから、詐欺罪の成立を認める場合の判示として不十分である」と判示している。つまり最高裁は、本件においても、「工事完成払金の支払時期をどの程度早めたか」によっては、詐欺罪成立の余地がありうることを認めているのである。

このような最高裁による判断の趣旨は、どのように理解したらよいのだろうか。

(b) 上記の最高裁の判断は、第1審判決によるつぎのような説示を前提にしているものと解される。「完成検査の基準そのものは、本件工事が契約書や設計図書に定める規格どおりに完成しているか否かであっても、工事の過程に不正の疑いがあれば、そのことからさらに進んでいわゆる手抜き工事など工事の結果に疑いもたれるに至ることは当然であり、その意味で産業廃棄物の処理が適正に行われているか否かもまた、完成検査の基準そのものではなくても、その判断のために調査確認すべきものであるということができ、このように解することは検査の実態に沿うものであるといえる」⁹⁰⁾。このような理解を前提にしたうえで、第1審判決は、「仮に被告人らの欺罔行為がなく、本件工事の過程で処理した汚泥が45立方メートルである旨申告した場合、右数量と前述した大阪府の汚泥積算量(約522立方メートル)との間の著しい差異等に照らし、汚泥の不法投棄やいわゆる手抜き工事の有無に関する大阪府の検査員らの調査には、相当程度の期間を要するものと思われることからすると、被告人らの欺罔行為は工事完成払金を受け取れる時期を不当に早めたといえる」⁹¹⁾と判断している。

もっともこのような判断に対しては、「弁護人の主張」として、「施工報告書

90) 刑集 55 卷 5 号 504 頁参照。

91) 刑集 55 卷 5 号 507 頁参照

などを用いて説明すれば、時日を経ず容易にこうした疑念が解消できる」⁹²⁾とする反論が提起されていた。しかし第1審判決は、この肝心の問題に正面から応えることなく、「容易にこうした疑念を解消できる……〔というの〕であるならば、そもそも本件のような不正行為を行う必要はないものといえる」⁹³⁾とだけ述べて、上記の「弁護人の主張」を却けている。

(4) 以上の検討を前提にして考えると、平成13年判決の趣旨は、つぎのように解されうるのではないかと思われる。すなわち、本件における内容虚偽の処理券提出は、それがなければ手抜き工事の疑いが生じたと解され、しかもその疑いを解消するためにはより入念な調査・検査が必要になったと解されうるかぎり、本件工事完成検査における重要事項についての「欺」(246条1項)きとなりうる。しかし、かりに上記のような疑いが生じたとしても、それが「施工報告書などを用いて説明すれば、時日を経ず容易に……解消できる」⁹⁴⁾程度のものにすぎない場合には、詐欺罪の成立を認めるべきではない。ところが第1審判決は、この点についての弁護人による根拠をともなった問題提起⁹⁵⁾にもかかわらず、必要となる調査・検査の内容・程度についての具体的判断を示していないために、「詐欺罪の成立を認める場合の判示として不十分

92) 引用したのは、第1審判決によって摘示されている「弁護人の主張」(刑集55巻5号507頁参照)。なお、弁護人の上告趣意ではつぎのように主張されている。「工事が瑕疵なく完成しているかどうかは、工事完成後に請負者立会いのもとに行われる工事完成検査の際の現地調査のみによって判断できるものではない。杭は地中に埋められているのであり、その一部を掘って見るにしても、杭の上部までであって杭の全部を掘り起こすことはもちろん不可能である。したがって、杭が瑕疵なく完成しているかどうかは、施工中常時行われる杭孔の規模に関するエコー検査、建て込まれる鉄筋籠(その材料の鉄筋)の形状性質の検査、使用される安定液の性能検査、掘削された杭孔の見分等の諸検査によるのみ確認されるのである。そして、本件杭打ち工事において、これらの諸検査が正しく行われ、その結果が正確に記録されていることは、施工報告書(原審弁18号)によって明らかであり、その正確性については全く疑いを持たれていないのである」(刑集55巻5号382頁)。

93) 刑集55巻5号507頁参照。

94) 前掲注92)に対応する引用を参照。

95) 上告趣意で主張されている内容については前掲注92)を参照。

であるといわざるを得ない」⁹⁶⁾。

平成13年判決の趣旨を以上のように理解することが許されるとした場合、「本件において、その損害の実質は、注文主の『期限の利益』の侵害にある」⁹⁷⁾と単純に解することはできないと思われる。侵害されたのは、〈請負代金未払いの（ために、請負人の積極的な協力が期待できる）状態で実施される「検査」により、目的物の品質が信頼に値するものであることを確認できる利益〉だと考えられる。最高裁が「期間」を問題にしているのは、必要となる上記「検査」の内容・程度が、それに要する時日にもっともわかりやすく反映される（ことが多い）からにすぎないと解されうるように思われる。「社会通念上別個の支払に当たるといい得る」という表現を最高裁があえて用いたのは、表面的な「『期限の利益』の侵害」という現象にとらわれることなく、その背後にある実質的な利益侵害の有無を的確に把握して判断すべきことを示唆しているのではないかと推察される^{98) 99)}。

96) 前掲注86)に対応する引用を参照。

97) 前掲注87)に対応する引用を参照。

98) この点との関係で、『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成15年度』133頁以下〔宮崎英一〕に示されているつぎの見解が参照されるべきだと思われる。「〔平成13年判決〕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判示した。本件〔＝最決平15・3・12刑集57巻3号322頁〕では、欺罔行為を用いて支払を早めた期間だけに着目すれば、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とはいえないであろう。しかし、誤振込みに係る事案については、当初から預金債権の成否が関係者間で明らかになっているわけではなく、被仕向銀行の調査、照会等の結果を待って、その成否が明らかになるのである。そして、被仕向銀行の調査、照会等の結果、預金債権の成立が否定される可能性がある以上、調査、照会等の手続を経た上での預金の払戻しと、それを経ない預金の払戻しとは、質的に全く異なるものであるといえる。そうすると、誤振込みに係る預金の払戻しであることを秘して行われた預金払戻請求に基づく払戻しと、これを告知した上で行われた預金の払戻しとは、社会通念上別個の払戻しに当たるといえる」。

もっとも、最決平15・3・12における詐欺罪の成否については、さらに検討を要すると思われる。

99) なお、弁護人の控訴趣意では、すでにつぎのように主張されていた。「工事完成払金全額に対する1項詐欺が成立するためには、本来の履行期における支払とは全く別個の支払

(5) 以上のように理解された「社会通念上別個の支払に当たるといい得る」か否かの判断は、2.2.2.1(3)第2段落で検討した「損害」と同じ性格のもの（その下位類型）として理解できるように思われる。すなわち、本件における内容虚偽の処理券提出は、〈請負代金未払いの（ために、請負人の積極的な協力が期待できる）状態で実施される「検査」により、目的物の品質が信頼に値するものであることを確認できる利益〉に対する侵害の危険を生じさせたと解されうるかぎり、本件工事完成検査における重要事項と認められる。しかし、事後の客観的評価として、上記の利益に対する侵害が実際には生じていない（重要事項性判断の時点では認められた侵害の危険が、実際には実現していない）と立証¹⁰⁰⁾できた場合には、「社会通念上別個の支払に当たる」とまではいえないので、例外的に詐欺罪の成立が否定される^{101) 102)}。

2.2.3 重要事項性と損害の関係

(1) 2.2の冒頭に引用した2つの判例が詐欺罪の成立を否定するために援用している、「詐欺罪ハ財産權ヲ侵害スヘキ行爲ヲ要素トスルモノナルカ故ニ……其ノ行爲ニシテ上叙ノ性質ヲ有セサル場合ニ在リテハ同罪ヲ構成スルヲ得〔ス〕」¹⁰³⁾「相手方ハ毫モ財産上不正ノ損害ヲ被リタル事實ナク又被告人ニ於テ之ニ因リ特ニ不法ノ利益ヲ享受シタルモノト謂フヲ得〔ス〕」¹⁰⁴⁾という理由は、一見すると同趣旨のことを述べているようにも思える。しかし、ここまでの検

と評価し得る程度にまで本来の履行期を早めたものとみとめられなければならない」（第2審判決によって引用されている弁護人の控訴趣意〔圏点は筆者〕。刑集55巻5号509頁参照）。

100) この点については前掲注92)に引用した弁護人の上告趣意を参照。

101) なお、差戻し後の控訴審判決（大阪高判平14・10・8裁判所HP裁判例情報）は、理由不備により第1審判決を破棄するとともに、「検察官は、差戻し後の当審公判において、上告審裁判所が当裁判所に審理を尽くすことを求めた『被告人両名が内容虚偽の処理券を提出したことにより、これを提出しなかった場合と比較して、工事完成金の支払時期をどの程度早めたか』について、訴因変更の請求や追加立証をしない旨釈明し、また、前記公訴事実のままでは、上告審判決が説示するとおり、罪とならない」ことを理由に、被告人両名に無罪を言い渡している。

討によれば、それぞれの判例で考慮されている内容には実質的な違いがあると思われる（前者の判例が「財産権ヲ侵害スベキ行爲」と述べているのに対して、後者の判例は「財産上不正ノ損害ヲ被リタル事實ナク」と述べているのは、考慮されている内容の実質的な違いを反映していると解される）。

(2) 前者の判例では、内容虚偽の印鑑証明書を交付させられたとしても、被害者には 2.2.1.2.2(3)で検討したような利益に対する侵害の危険が生じるわけではなく、その意味で重要事項性が否定されたものと理解できる(2.2.1.3)。これに対して後者の大審院昭和3年決定の場合には、医師資格について重要事項性を否定することはできないと思われる。なぜなら、購入する薬が疾病に適合するものであるか否かを交付の時点で被害者が判断するにあたっては、医師資格という指標に頼らざるをえず、しかも医師資格の有無によって上記の点を被害者が判断することについては、客観的な合理性も認められるからである(2.2.2.1(2)第2段落。この点については、さらに後掲注148)とそれに対応する本文も参照)。

大審院昭和3年決定で詐欺罪の成立が否定されたのは、むしろ事後的客観的に判断して、重要事項性で考慮されていた利益に対する侵害が認められないことに理由があったのではないと思われる。すなわち、交付の時点で医師資格の有無という「事項」を基準にして被害者の立場から判断した場合には認められた利益侵害の危険性が、事後的客観的に判断すると実現していない。このこ

102) なお、最判解刑(平13)145頁(注22)[朝山]では、「本件において詐欺未遂罪が成立するかは、1個の問題であり、被告人の行為が欺罔行為に当たると評価し得るにかかっていると解される。本判決は、この点について明示的判断を示していないが、詐欺未遂罪が成立する可能性を否定しておらず、差戻審の判断に委ねるとみるべきであろう」と述べられている。しかし、前掲注87)に対応する引用のような理解を前提にされる以上、本件における被告人の行為が「欺罔行為に当たる」ことは当然の前提にならざるをえないと思われる。これに対して、本稿の理解を前提にした場合の未遂罪の成否については前掲注83)の②を参照(その判断にあたっては、前掲注92)に引用した上告趣意における弁護人の主張をどのように評価するかが問われることになると思われる)。

103) 前掲注50)。

104) 前掲注51)。

とを根拠にして「損害」が否定されたものと解される（2.2.2.1(3)第2段落）。

2.3 最高裁平成26年4月7日決定はどのように理解されるべきか

2.3.1 問題点

(1) 1.2.1(1)①で平成22年決定・平成26年3月決定によって「経営上」の事情として認定されているのは、「航空会社の航空運送事業の経営」（平成22年決定）「ゴルフ倶楽部の経営」（平成26年3月決定）という個別の事業内容・事業環境を直接の根拠として、そこから導き出された事情である。これに対して、平成26年4月決定によって1.2.1(1)①に対応するものとして摘示されているのは、「政府は、平成19年6月、企業にとっては、社会的責任や企業防衛の観点から必要不可欠な要請であるなどとして『企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針』等を策定した」（1.1(1)第2段落を参照）という事情である¹⁰⁵⁾。つまり、個別の事業内容・事業環境に内在する要請というよりも、より一般的な「社会的、公的要請」¹⁰⁶⁾から導き出されたものである。

もっとも、かりに「社会的、公的要請」を根拠にする事情であったとしても、それが具体的に被害者に対してどのような影響を与えるのかを判断するにあたっては、「経営上」の観点（〈金融機関としての経営〉の観点。2.1.2(1)⑦を参照）を除外することはできないと思われる。また、被害者自身の判断として、それをどのように経営に反映させるべきか（それをどのような観点から経営に取り入れるのか、その他の経営上の考慮とのバランスをどのようにとるべきか等。2.1.2(1)④を参照）も、やはり「経営上」の観点からなされるものだと思われる。その意味で、平成26年4月決定で最高裁が「経営上」という言葉をあえて用いな

105) なお、最高裁は、「〔ゆうちょ〕銀行においては、従前より企業の社会的責任等の観点から行動憲章を定めて反社会的勢力との関係遮断に取り組んでいた」という点も摘示している。しかし、問題の経営判断（「貯金は、預金者が暴力団員を含む反社会的勢力に該当しないなどの条件を満たす場合に限り、利用することができ、その条件を満たさない場合には、貯金の新規預入申込みを拒絶する」）の契機となったのは、政府による指針等の策定である。

106) 最判解刑（平26）209頁〔駒田〕。

かった趣旨は、1.2.1(1)①に対応する内容の根拠が上記のように平成22年決定・平成26年3月決定とは異なっているということ意識したからにすぎず、事案として問われている核心部分が「経営上」の問題であることは当然の前提にされているものと解される。

以上のような整理を前提にして考えた場合、1.2.1(1)②③に対応する事実関係が認定されており(1.2.3(1)参照)、しかも「従前より企業の社会的責任等の観点から行動憲章を定めて反社会的勢力との関係遮断に取り組んでいた」(1.1(1)第2段落参照)と認定されている¹⁰⁷⁾平成26年4月決定の被害者が、上記の「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」(以下では「政府指針」とする)等からの逸脱によって生じうる不利益を「経営上」容認していなかったこと(2.1.2(1)④)はあきらかだと思われる。

問題は、上記の不利益のうちで、詐欺罪の成立を基礎づけうるのは、〈金融機関としての経営〉を成り立たせている基本的条件に関わるものに限定されるのか(2.1.2(1)⑦)、という点である。

(2) この点について調査官解説(平成26年4月決定)では、「企業の社会的責任や企業防衛の観点から必要不可欠な要請であるとして策定された政府指針等を受け、当該事実〔＝「口座開設等申込者が暴力団員である……という事実」〕の存否に基づいて口座開設等に応じるか否かを判断することには客観的な合理性がある」¹⁰⁸⁾ということから直接に重要事項性が肯定されたと解されており、その「合理性」が「経済的〔な〕評価」＝〈金融機関としての経営〉の観点¹⁰⁹⁾にもとづくものか否かということは、すくなくとも「詐欺罪の成立範囲を画〔する〕」¹¹⁰⁾ための判断との関係では意味をもたないと理解されていた(この

107) この点との関係で2.1.2(3)を参照。

108) 前掲注15)に対応する引用を参照。

109) 平成22年決定・平成26年4月決定が「航空会社の航空運送事業の経営」「ゴルフ倶楽部の経営」の観点を取り入れていることについて、前掲注6)に対応する引用では「経済的に評価して損害が生じた場合には重要事項性を認め……」趣旨だと解されていた。この点については2.1.2(2)での検討を参照。

110) 前掲注16)に対応する引用を参照。

点については、さらに3(3)での検討を参照)。

しかし、このような理解によると、「口座の利用が個人の日常生活に必要な範囲内である等、反社会的勢力を不当に利するものでないと合理的に判断される場合」¹¹¹⁾は、どのように取り扱われることになるのだろうか。

(a) 上記の場合について、調査官解説（平成26年4月決定）では、「実際には、全国銀行協会の約款参考例や本件銀行の貯金等共通規定は、暴力団員等からの口座開設を一律拒絶するものとなっている。このような口座開設を一律拒絶する暴力団排除条項の有効性については、①暴力団排除条項は、政府指針の要請もあって合理性を欠くとはいえず、契約自由の原則の範囲内であること、②犯罪への悪用排除という目的に合理性があり、生活口座か否かを逐一確認することは困難であるから一律拒絶という手段にも相当性が認められ、口座がな

111) 金融庁は、平成19年12月18日に「主要行等向けの総合的な監督指針」の一部改正(案)を公表した。引用部分は、この一部改正(案)についての「コメントの概要及びコメントに対する考え方(反社会的勢力による被害の防止関連)」(平成20年3月26日公表)の番号30・31に対応する「金融庁の考え方」から抜粋した。同所では、本文に引用したような場合について「一律に排除を求める趣旨ではありません」とされている(ただし、「口座開設の場合には、金融機関において、開設後属性等に応じた適切なモニタリングを行い、反社会的勢力を不当に利するものであることが判明した時点で、速やかに疑わしい取引の届出等の対応を行うとともに関係解消に向けた措置を講じる必要があり、そのための態勢整備を行うことが重要と考えております」[同所])。

もっとも、平成24年7月23日開催の座談会(「銀行取引からの暴力団排除の取組み～警察、金融検査、銀行実務の各視点から～」銀行法務21[2012年10月号]5頁以下)における金融庁検査局総務課検査指導官(当時)の発言によると、「口座名義人が現役暴力団員であれば、よほど特段の事情がない限り、生活口座であっても排除が基本であると考えており、検査ではそういう目線で検証しています。よくそのパブコメを引き合いに出されて、生活口座は排除しなくてもかまわないような理解をされている金融機関もありますが、それは本当に代替性がない、ないしはきわめて限定的な場面でしか許容されないという目線で、監督局であれ検査局であれ見えています」(同9頁)。さらにこの点について、「口座名義人が現役暴力団員であれば生活口座でも原則排除という金融庁の方針は、その口座がいずれ組織犯罪に利用されるかもしれない蓋然性が高いという理由ですか」と問いかけられたのに対して、「そういうことだと思います。共生者に比べても現役暴力団員についてはそうした蓋然性は高いと言えます」(同10頁)と答えている。この点との関係で、後掲注116)とそれに対応する本文を参照。

くても社会生活を送ることは可能であって不利益も大きいとはいえず、ガス、水道事業のような承諾義務も銀行法上ないことなどから、暴力団員等の反社会的勢力に属するものからの口座開設を拒否できると説明されている（鈴木仁史＝山崎勇人「金融機関の取引約款への暴力団排除条項の導入」金法1849号（2008年）14頁等参照）」¹¹²⁾ という理解が示されている。

また、より具体的な詐欺罪の成否について、本件の第1審判決ではつぎのように説示されている（ただし、この説示の直接の対象は前掲注111)に対応する引用のような場合ではない。後掲注126)に対応する引用を参照。「預貯金口座の性質上、……容易に他の目的に転用できること、いったん口座開設した後の転用の把握や解約が必ずしも容易ではないと考えられること、したがって、当初の契約目的によって口座開設を許すと実効的な反社会的勢力との関係遮断ができないこと、そのため金融機関自体が社会的非難を受けるおそれも高いことなどの事情に照らせば、金融機関が反社会的勢力該当者との契約を一切拒んでいることにも合理的な理由がある。したがって、そのような金融機関に対して反社会的勢力ではないと偽って口座開設を申し込むことに可罰性があることは明らかである」¹¹³⁾。これを受けて、第2審判決はつぎのように説示している。「原判決もいうように、当初は犯罪に利用する目的がなくとも、その後不正利用されるおそれがあり、金融機関が種々の損害を蒙る可能性が否定できない。口座開設の目的自体の反社会性の有無、程度は、量刑上考慮されるべき事情にとどまるというべきである」¹¹⁴⁾。

(b) たしかに、口座開設・通帳等交付の可否を判断する時点の被害者の立場からみると、指摘されているように、口座開設の目的にかかわらず、暴力団員であるか否かだけを指標にせざるをえない事情があることは否定できないと思われる¹¹⁵⁾。

112) 最判解刑（平26）204頁以下（注37）〔駒田〕。

113) 刑集68巻4号725頁参照。

114) 刑集68巻4号728頁参照。

115) この点に関係して、つぎのように主張する見解もある。「金融機関が騙されて暴力団員

しかし問題は、事後的客観的に判断して当該口座が「社会生活を送る上で不可欠な代替性のない生活口座」¹¹⁶⁾であり、かつ不正利用の可能性もなかったと認定できた場合についてまで（しかも当該口座はすでに解約されていたとしても¹¹⁷⁾）、一切の例外なく詐欺罪の成立は認められるべきなのか、という点である。

(c) この点について、調査官解説（平成26年4月決定）の理解（前掲(2)第1段落・(2)(a)第1段落）によれば、「被告人の行為は、詐欺罪の構成要件に該当する上、実質的な違法性がある」¹¹⁸⁾と解されることになると思われる。

これに対して、本件の第1審・第2審判決に示された前記の考え方によれば、

と取引をしたり、口座が悪用されても、それだけで信用が低下することはないと思われる。信用が低下するのは、反社会的勢力と癒着している場合であって、騙された場合ではない（そもそも、「詐欺」の被害者を非難することによって、詐欺罪の被害を基礎づけるというのは、倒錯した議論であろう）（佐伯仁志「詐欺罪（1）」法学教室372号115頁）。しかしこれに対しては、関係解消の困難性のほか、つぎのようなリスクが指摘されている。「想定事例となるが、被害者とされている金融機関は口座開設の申込者等が暴力団員であると認識していても、その申込みを拒否していなかったのであり、被告人による口座開設申込みについても、そもそも錯誤が生じていなかったなどと主張されて詐欺罪の成否が争われることもあり得る。一見、荒唐無稽な主張とも思えるが、当該金融機関が暴力団員による口座開設申込みの拒絶実績を全く有していない場合や被告人による口座開設申込みに近接した日時で他の暴力団員に口座開設を許していた実例を被告人側に把握されたような場合であれば、このような争われ方をすることも十分想定できるところである。……〔この〕想定事例において、万が一にも被告人側の主張が通るようなことがあれば、当該金融機関のレピュテーションは大きく毀損される」（荒井隆男「反社会的勢力による口座開設詐欺事件と銀行実務における留意点」銀行法務21〔2014年7月号〕46頁）。この指摘の趣旨は、立証にともなうリスクとして一般化したうえで、暴力団員による口座の不正利用（あるいは、不正利用の可能性のある口座を暴力団員に開設・維持させていたこと）が発覚した場合には、金融機関に対する詐欺罪の成否が争われる局面に限らず、それ以外の局面（金融機関自身の責任が問われる局面も含む）でも問題になりうるのではないだろうか。

もともと、上記のようなリスクを負担させられることまでを含めて保護対象にする（利益侵害の内容を構成する）べきか否かは、問題になっている被害（レピュテーションの毀損等）をどのように評価するかにかかっていると思われる。そして、その評価にあたっては、当該被害を防止するために被害者によってどのような「実効性ある体制や運用がとられて〔いる〕」（前掲注16）に対応する引用を参照）かも（被害の重大性・回復困難性等を推認させる事情として）考慮されることになるのではないかとと思われる。

「金融機関自体が社会的非難を受けるおそれ」¹¹⁹⁾「金融機関が種々の損害を蒙る可能性」¹²⁰⁾とされている内容をどのように理解して位置づけるかによって、詐欺罪の成立を否定する余地もありうるように思われる¹²¹⁾¹²²⁾。

-
- 116) 福岡高判平 28・10・4 金融法務事情 2052 号 95 頁（暴力団排除条項にもとづいて預金契約を解約された暴力団組員が、解約の無効を主張して、預金契約が存在することの確認を求めた事案。福岡高裁は、解約を有効とした原判決を支持し、控訴を棄却した〔最決平 29・7・11 [公刊物未登載] によって上告も棄却されている〕。その判断の中で、解約が「信義則違反ないし権利の濫用」にあたらないことの理由として、本件各口座には本文で引用したような事情が認められないと説示している）。原審である福岡地判平 28・3・4 金融法務事情 2038 号 94 頁は、その具体例として「子供の学校関係費用の引落口座」（同 102 頁）を指摘する。この点に関係して、前掲注 111) 第 2 段落の座談会では銀行関係者から、「代替手段がないものの代表例に学費等の納入に利用する預金口座振替制度があります。現金の納付を学校の方針として認めない限り、やむを得ないと考えています」（前掲注 111) 銀法 9 頁）との発言がある。また、警察庁刑事局組織犯罪対策部暴力団排除対策官（当時）の発言として、「『生活口座』の定義は不明確ですが、たとえば明らかに子供の給食費や PTA 会費の引落しに利用されている口座で、組織の活動との関連性が認められない、あるいは不当要求その他の被害が発生したり、暴力団組織の維持・拡大につながる兆候や危険が現時点では認められない状況であれば、問題発生後直ちに解除できる体制が整備され、かつ口座の使用状況のモニタリングを十分に実施するという条件の下で、取引の開始や継続をするという判断はありうると思いますし、暴排条例が規制する利益供与にも該当しないと思います」（同 10 頁）。
- 117) なお、「子供の学校関係費用の引落口座など……でも、子供が卒業・転校するなどして口座の利用が必要なくなった場合、速やかに解約できる態勢整備が求められる」（鈴木仁史「反社対応に関する注目すべき最近の 2 つの最高裁決定」金融法務事情 2071 号〔2017 年〕6 頁以下）とされている。この点については森原憲司「生活口座の取扱いとリスク管理」銀行法務 21〔2015 年 9 月号〕8 頁も参照。
- 118) 最判解刑（平 26）210 頁（注 51）〔駒田〕。
- 119) 前掲注 113) に対応する引用を参照。
- 120) 前掲注 114) に対応する引用を参照。
- 121) なお、第 1 審判決は、前掲注 113) に対応する引用を「弁護人の主張に対する判断及び量刑の理由」という項目の中で説示している。また第 2 審判決による前掲注 114) に対応する引用も、同じような位置づけでの説示にとどまっている。これは、両判決の説示が、いずれも、弁護人による「可罰的違法性がない」という主張（刑集 68 卷 4 号 724 頁、727 頁参照）に応えたものであることによる。
- 122) なお、最判解刑（平 26）210 頁（注 51）〔駒田〕では、「被告人の行為が詐欺罪に当たるか否かについては、1、2 審判決において、可罰的違法性の問題として検討されている」

2.3.2 大阪高裁平成 25 年 7 月 2 日判決

(1) 大阪高裁平成 25 年 7 月 2 日判決（高刑集 66 卷 3 号 8 頁。暴力団員である被告人が、A 信用金庫 B 支店において預金口座名義変更・預金口座開設を申し込む際に、「反社会的勢力ではないことの表明・確約」に同意する旨の文書を表明・確約印欄に押印したうえで提出していたという事案。以下では「大阪高平成 25 年判決」と引用する）は、「係員らをして、被告人が暴力団員ではないと誤信させ、同係員から、……普通預金通帳……の交付を受け〔た〕」と認定して詐欺罪の成立を認めた原判決を是認するにあたり、つぎのような判断を示している。「本件信用金庫が、本件取引拒絶規定を設けて、預金者が反社会的勢力に属するか否かの審査を厳重に行っていたのは、政府指針の策定や金融庁の指導を契機として、先に指摘した〔引用者注 —— 「政府指針が策定され、金融庁監督指針が改正された背景には、暴力団等の反社会的勢力が、近年、組織実態を隠蔽する動きを強め、活動形態においても不透明化を進展させて、企業活動を仮装するなどした経済活動を通じて資金獲得活動を巧妙化させているという事情があり、それに伴い、……企業が破綻し、あるいは金融機関がその社会的信用を失墜させた事件等が生じていることは公知の事実である〕反社会的勢力の活動状況やその介入による金融機関等の被害状況等に鑑みて、金融機関としての社会的・経済的信用を確保して、自らの存立基盤を固める必要性が高まったことによるのであり、反社会的勢力との取引を拒絶することは、本件信用金庫にとって経営上重要性のある事項であったといえる」¹²³⁾。

上記の判断では、「政府指針の策定や金融庁の指導」から直接的に重要事項性を認定するのではなく、そのような「社会的、公的要請」による策定・指導が生じる背景にあった事情を被害者について具体化して示したうえで、「金融

と述べられている。しかし前注で指摘したように、両判決の説示は、いずれも弁護人の主張に応えたものであるにすぎない。両判決自身が、「金融機関自体が社会的非難を受ける」「金融機関が種々の損害を蒙る」ということを、「可罰的違法性の問題」としてしか取り上げる余地のないものと理解していることを示しているわけではないと思われる。

123) 高刑集 66 卷 3 号 11 頁（途中に「引用者注」として挿入した部分は同 9 頁）。

機関としての社会的・経済的信用を確保して、……存立基盤を固める必要性」との関係で「経営上重要性」が認められることを理由に、重要事項性が認定されている。

(2) 上記の大阪高平成 25 年判決を前提にして考えると、事後的客観的に判断して「社会生活を送る上で不可欠な代替性のない生活口座」¹²⁴⁾であり、かつ不正利用の可能性もなかったと認定できた場合については、「金融機関としての社会的・経済的信用」に対する侵害が認められないと解されうるかぎりでは「損害」(2.2.3 を参照)を否定する余地も(さまざまに想定されうる事情・状況によっては)ありうるのではないだろうか。

2.3.3 最高裁平成 26 年 4 月 7 日決定の判断

平成 26 年 4 月決定は、たしかに、政府指針等の策定を摘示するにとどまっておき、その策定の背景にあった事情に立ち入ったり、さらにはそれを被害者について具体化して示したりはしていない。しかし同決定の事案では、一方で、被害者が政府指針等からの逸脱によって生じる不利益を経営上容認していなかったことは明らかである(2.3.1(1)第 3 段落参照)とともに、他方では、逸脱によって生じる不利益の中に大阪高平成 25 年判決が指摘するような内容が含まれることも当然だと考えられる¹²⁵⁾。そうだとすると、最高裁としては、平成 26 年 4 月決定の事案の解決という点からすれば、政府指針等の策定を摘示するだけでも十分だと考えたのではないか。このように推測することも、まったく不合理とまではいえないように思われる。すくなくとも平成 26 年 4 月決定は、その判示内容によって、2.3.2(2)のような可能性を一切排除してしまうことまでを意図してはいなかったものと解される(なお、第 1 審判決の認定によると、「本件口座は、被告が母親から被告人名義の保険金を受領するために母

124) 前掲注 116)。

125) 「金融機関としての社会的・経済的信用を確保して、……存立基盤を固める必要性」という内容を導き出すための前提となる事情について、大阪高平成 25 年判決は「公知の事実」(刑集 66 卷 3 号 9 頁)であるとしている。前掲注 123) に対応する引用を参照。

親の依頼に応じて開設したものであり、犯罪に利用する予定はなく、直ちに直接犯罪に関連するものではない¹²⁶⁾とされている。しかし、「本件口座の開設目的については、被告人の供述しか証拠がない¹²⁷⁾」という事情、さらに、「被告人によれば、本件で取得した通帳等は引越しの際に紛失したということである¹²⁸⁾」という事情を考慮すると、本件における上記の口座開設目的をどのように評価すべきかを検討するまでもなく、「金融機関としての社会的・経済的信用」に対する侵害がないとは立証できないことがあきらかな事案だったと解される〔なお、前掲注115)も参照〕。

3 補論：調査官解説（最決平成19年7月17日、最決平成26年4月7日）の詐欺罪に対する理解について

(1) **2.2.1.2** で検討した調査官解説（平成19年決定）に含まれる疑問点は、つきつめれば、同解説による詐欺罪の理解に基礎的な問題があり、その問題から派生して生じている疑問点であるように思われる。しかも、同解説によるこのような詐欺罪の理解は、**2.2.1** で検討した問題に限らず、調査官解説（平成26年4月決定）に基本的な影響を与えているように思われる。

そこで、最高裁判例をどのように理解すべきかを探るとい本稿の目的からは外れるものの、調査官解説（平成19年決定）の詐欺罪に対する基本的理解を検討し、また、その調査官解説（平成26年4月決定）への影響を確認することで、ここまでの考察を補足しておきたい。

(2)(a) 「未成年者が成人と詐って酒類やタバコ等を購入する行為は詐欺罪を構成するか〔。〕……学説上これを詐欺罪に問擬すべきではない、というコンセンサスが形成されているようである。しかし、上記のようなコンセンサスは、

126) 刑集68巻4号725頁参照。なお、「証拠上、本件口座が不正利用されたことをうかがわせる利用履歴はなかった」（最判解刑（平26）189頁（注2）〔駒田〕）。

127) 最判解刑（平26）189頁（注2）〔駒田〕（「1審判決は、これに基づいて認定したと理解され、その後の原判決及び本決定も1審判決の認定を前提にしている」）。

128) 最判解刑（平26）189頁（注2）〔駒田〕。

それらに対する規制及びその運用やこれを取り巻く社会の意識が『おおらかな時代』には妥当したものと思われるが、決して所与のものでも不動のものでもないのではなかろうか。……〔上記〕の設例についても、現今の法規制や社会情勢を踏まえ、成人のみに対する販売を重視し、励行しているという販売者が決して珍しくない中で、そのような販売者に対して敢行されたのであれば、上記行為について詐欺罪の成立は妨げられないという解釈をするのがむしろ自然であるように思われる¹²⁹⁾。

調査官解説（平成19年決定）において表明された上記の主張は、詐欺罪に対するつぎのような基本的理解にもとづいている。「そもそも、相手を錯誤に陥れない限り、自己がねらう相手保有の財貨を獲得することができない行為者が、あえて社会的に正当視されないような欺罔行為に及んで意図的に相手を錯誤に陥れ、自己の財貨獲得の目的を達しようとする事との関係で、刑法上保護されるべきものが、どうして経済的損得……の側面に限定されなければならないか、財産の処分における自律的決定……に及ぶべきではないのか¹³⁰⁾（圏点は原文）。

129) 最判解刑（平19）332頁（注17）〔前田〕。

130) 最判解刑（平19）330頁（注15）〔前田〕。なお、この引用部分は、「法益関係の錯誤説」という学説に向けられた批判の中で述べられたものである（この学説が支持しえない点については、本稿も見解を同じくする）。しかし、ここで取り上げて検討するのは、引用部分に示されている詐欺罪に対する基本的理解についてである（なお、法益関係の錯誤説の支持者によれば、法益関係の錯誤説とは、「被害者が欺罔行為によって錯誤に陥り、自己の法益を処分した場合であっても、法益関係の錯誤が認められない場合は、その法益処分は有効であって、違法な法益侵害を認めることはできない」という総論の一般理論を詐欺罪にも適用するもの）〔佐伯・前掲注115）法学教室107頁〕であり、「考え方の枠組みを提示しているだけで（筆者は、それが学説の本来の役割であると考えているが）、結論は、何を詐欺罪の法益関係的錯誤ととらえるかによって変わってくる」〔佐伯・前掲注115）法学教室108頁〕とされている。しかし、その「一般理論」「考え方の枠組み」としての妥当性そのものに問題があると思われる。この点について、鈴木左斗志「欺きによる殺人罪成否の判断——法益関係の錯誤説とは何だったのか?」『西田典之先生献呈論文集』〔2017〕91頁以下、同「逮捕・監禁罪の保護法益について——最高裁昭和33年3月19日決定（刑集12巻4号636頁）はどのように理解されるべきか?——」慶應法学42号〔2019〕211頁以下を参照）。

(b) 上記のような詐欺罪についての基本的理解は、正しく「通説・判例」に立脚したものである。調査官解説（平成19年決定）ではこのように理解されている。「一般に、刑法246条にいう『人を欺く』とは、人を錯誤に陥らせることであり、相手方が財産的処分行為をなすための判断の基礎となるような事実を偽ること、すなわち、相手方がその点に錯誤がなければ財産的処分行為をしなかったであろうような重要な事実を偽ることであると解されている。そして、通説・判例は、その場合の錯誤は、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〔る〕……としている」¹³¹⁾。

しかし、そこで「通説」として唯一引用されている文献にあたってみると、つぎのように述べられている。「医術の知識をもつてはいるが医師の免許をもたない被告人が、某製剤所の派遣医と詐称して、患者を診断し、これに適應する売薬を所定の代価で買い取らせたという事案につき、それだけでは詐欺罪を構成するものではないとする判例（大決昭3・12・21集7・772。なお、広島高松江支判昭25・6・2判特9・100は、同様の事案につき、詐欺罪の成立を否定している）……は、財産上の損害がないことを理由に詐欺罪の成立を否定し……しているが、わたくしには、むしろ、被告人の行為は、取引上重要な事項について具体的事実をいつわつたものといえないから欺罔にあたら〔ない〕……というところに、……詐欺罪が否定され……た理由があるようにおもわれる」¹³²⁾。これによれば、「通説」とされている見解は、そもそも前掲注130)131)に対応する引用のような考え方を採用していないと思われる。つまり、「相手を錯誤に陥れない限り、自己がねらう相手保有の財貨を獲得することができない行為者が、あえて社会的に正当視されないような欺罔行為に及んで意図的に相手を錯誤に陥れ、自己の財貨獲得の目的を達しようとする」場合であったとしても、「刑法上保護されるべきものが、……財産の処分における自律的決定……に及ぶべきではない」ことがありうると「通説」は認めている。

131) 最判解刑（平19）320頁〔前田〕。

132) 前掲注79)注釈182頁以下〔福田〕。なお、『大コンメンタール刑法〔第3版〕第13巻』（2018）123頁〔高橋省吾〕も同旨。

(c) 以上のような齟齬が生じた根本的な原因は、「相手方が財産的処分行為をなすための判断の基礎となるような事実」¹³³⁾と「重要な事実」¹³⁴⁾「重要な……事実」¹³⁵⁾の関係をどのように理解するべきかについての考え方の違いにあると思われる。すなわち、一方で調査官解説（平成19年決定）では、「刑法246条にいう『人を欺く』とは、人を錯誤に陥らせることであり、相手方が財産的処分行為をなすための判断の基礎となるような事実を偽ること、すなわち、相手方がその点に錯誤がなければ財産的処分行為をしなかったであろうような重要な事実を偽ること」であるとされ、「その場合の錯誤は、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〔る〕」と「通説」を理解されている¹³⁶⁾。ところがその「通説」の方は、「詐欺罪の実行行為としての欺罔は、……相手方が財産的処分行為をなすための判断の基礎となるような事実をいつわるものであることを要する」¹³⁷⁾が、「〔大審院昭和3年決定の〕被告人の行為は、取引上重要な事項について具体的事実をいつわつたものといえないから欺罔にあたら〔ない〕」¹³⁸⁾と解している。つまり、調査官解説（平成19年決定）による「重要な事実」とは、「相手方がその点に錯誤がなければ財産的処分行為をしなかった」ということから直截に基礎づけられるものである（「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〔る〕」＝十分条件）。これに対して「通説」の場合には、「相手方が財産的処分行為をなすための判断の基礎となるような事実をいつわるものであること」は「詐欺罪の実行行為としての欺罔」の必要条件にすぎず¹³⁹⁾、それとは独立に「取引上重要な事項について具体的事実をいつわつた」という条件も充足されて、はじめて

133) 最判解刑（平19）320頁〔前田〕、前掲注79）注釈175頁〔福田〕。

134) 最判解刑（平19）320頁〔前田〕。

135) 前掲注79）注釈183頁〔福田〕。なお、原文は「取引上重要な事項について具体的事実」であるが、前注に対応する引用の表現に合わせるための省略を施した。

136) 引用部分については、前掲注131）に対応する引用を参照。

137) 前掲注79）注釈175頁〔福田〕。

138) 前掲注132）に対応する引用を参照。

139) 前掲注137）に対応する引用を参照。

「欺罔」と認められる。

以上のように調査官解説（平成19年決定）は、「財産的処分行為をなすための判断の基礎となるような事実」と「重要な事実」の関係を、「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〔る〕」という観点から一元的に理解する。このような理解を採用することが可能になったのは、「通説」とは異なって、大審院昭和3年決定¹⁴⁰⁾の評価・位置づけの問題に正面から取り組むことを回避されたからだと思われる¹⁴¹⁾。

(d) 以上の検討を前提にしたうえで、あらためて(a)の冒頭に引用した設例（以下では「未成年者事例」と引用する）をふりかえってみよう。

調査官解説（平成19年決定）では、未成年者事例についての詐欺罪の成立は「おおらかな時代」と「現今」で区別されると解されているようである。しかし、かりに「おおらかな時代」であったとしても、その中でなお「成人のみに対する販売を重視し、励行しているという販売者」がいたとすれば、そのような販売者の「財産の処分における自律的決定」を刑法上保護しない理由はないはずだ。こういうことにならざるをえないのではなからうか。

もしも「おおらかな時代」についてまで詐欺罪の成立を認めるのは行き過ぎだと考えられているのだとした場合、前記のような一元的理解の採用を前提にされながら、なお詐欺罪不成立という結論を導き出すことは、いかにして可能なのだろうか。

(3)(a) 以上を踏まえると、平成22年決定が、「重要な事項」に「経営上」¹⁴²⁾の観点から判断された重要性という意味を認める方向を明確にし(1.2.1(1)①を

140) 前掲注132)に対応する引用を参照。なお、同決定に対する本稿の理解(2.2.2.1、2.2.3を参照)から考えても、調査官解説(平成19年決定)の見解は支持できない。

141) もちろん調査官解説は、該当の最高裁判例を解説することが目的であるから、必要に応じてその検討対象を取捨選択されるということはあると思われる。しかし、一方で、あえて前掲注129)の設例まで持ち出されて前掲注130)のような一般論に踏み込んだ議論を展開されながら、他方で、その議論の焦点である大審院昭和3年決定の評価・位置づけの問題についてはこれを回避されるという態度をとられることは、バランスに欠けているのではないだろうか。

参照)、調査官解説(平成19年決定)のような考え方を却けたのは、当然であったと思われる¹⁴³⁾。

(b) これに対して調査官解説(平成26年4月決定)では、あえて未成年者事例を再び取り上げられたうえで、つぎのように述べられている。「属性を偽ったという点で、未成年者が成人と偽って、酒類やタバコ等を購入する行為も類似している。学説は、このような事案において詐欺罪の成立を認めることに否定的であるが、法規制や社会情勢の変化を踏まえば詐欺罪の成立は妨げられないという見解もある。しかし、このような事案において詐欺罪が成立するか否かは、当該事案の事実関係の下、前記①ないし③〔引用者注——前掲注16)に対応する引用中の①～③〕の観点から個別具体的に判断されるべきものと思われる」¹⁴⁴⁾。

結局、調査官解説(平成26年4月決定)の見解は、「取引上」(「通説」)「経営上」(平成22年決定・平成26年3月決定)といった観点によって詐欺罪の成立範囲を実質的に限界づける判例(及び「通説」)の考え方とは距離を置きつつ、「おおらかな時代」と「現今」での未成年者事例の取り扱いの違いを基礎づけようとする試みであり、その意味で調査官解説(平成19年決定)の考え方を再生・継承することを目的にされたものと理解できるかもしれない。しかし、④そのために導入された「客観的外形的判断手法」は必ずしも有効に機能しないように思われる(2.1を参照)とともに、⑤財産的損害がないことを理由に詐欺罪の成立を否定している判例をどのように理解して位置づけるのかは、依然として未解決のまま残されているように思われる(2.2を参照)。何より、⑥平成26年4月決定は、上記のような試みによらなければ説明できないというわけではないように思われる(2.3.1(1)、2.3.3を参照)。

142) これは、「取引上」(前掲注79)注釈183頁〔福田〕。前掲注132)に対応する引用を参照)という用語を、企業を対象とした事案に適合するように変更したものであるのかもしれない。

143) もっとも、最判解刑(平19)337頁(注31)〔前田〕では、平成22年決定を肯定的に評されている。

144) 最判解刑(平26)210頁(注50)〔駒田〕。

（４）このように考えてくると、判例が積み重ねてきた成立範囲限定のための実質的な考慮を、「客観的外形的判断手法」¹⁴⁵⁾によって置き換えてしまうという大胆な提案が（敢えて）平成26年4月決定の調査官解説においてなされなければならない理由がどこにあったのかは、よくわからない。

4 結語 —— 詐欺罪成否の判断枠組み

（１）本稿で取り上げた判例では、詐欺罪の成立が、重要事項性と損害という2つの観点から実質的に限界づけられていた¹⁴⁶⁾。

このうち重要事項性では、交付の判断の時点における被害者の立場を基準にした限定が問題になる。これに対して損害では、事後的客観的判断として、処罰に値する利益侵害が認められないと立証された場合に、例外的に詐欺罪の成立が否定される。それぞれの内容をこのように理解し分けることで、前者では被害者の自律的判断に配慮しつつ、それにともなって生じうる処罰範囲の過度の拡大を後者によって制限する。判例に示されている実質的な考慮の内容は、以上のような枠組みによって理解できるのではないだろうか。

かりに以上のような理解を前提にして考えた場合、2つの要件の内容はそれぞれ具体的にどのように解されることになり、また、どのような問題が課題として残されているか。最後に、この点を指摘して稿を閉じたい。

（２）重要事項性が認められるためには、被害者が上記の利益侵害を容認していないことが条件になる（2.1.2(1)④。当該侵害の阻止・回避を目的にしている必要はないと解される）。そのうえで、ある「事項」について重要事項性が認められるためには、〈その「事項」を交付の判断の基礎にすることが、上記の利益侵害の危険性低下（＝「未然に防止する」¹⁴⁷⁾ こと）に対して、客観的な合理性

145) 前掲注7) に対応する引用を参照。

146) なお、2.1.1.2で取り上げた平成26年3月判決については、別稿においてあらためて検討することを予定している。

を有している〉必要があると解される(2.1.2(1)㉞)。もっとも、この場合の「低下」「合理性」の判断にあたっては、さまざまな事情が考慮されざるをえないと思われるため、その内容を一義的に示すことは困難である¹⁴⁸⁾。

(3) 損害は、「罪」(38条1項本文)の内容を構成するわけではなく、その不在の立証が例外的に詐欺罪の成立を阻却する事由として位置づけられるべきだと解される¹⁴⁹⁾。

損害で取り上げられるべき利益侵害は、処罰に値するものでなければならない。その内容は、事案ごとに具体的事情を考慮したうえで判断せざるをえないと思われるが、一般的な指針としては、①判例で考慮されている「財産上」の内容(2.2.2.1での検討を参照)が具体化されており、②判例が「経営上」という言葉で指示している内容(1.2.1(1)①。さらに2.3での検討を参照)をも含むうるという意味で、「社会においてその種の取引を成り立たせている基本的条件に関わる場合」¹⁵⁰⁾という理解が支持されうるのではないかとと思われる。

もっとも、かりに上記のような利益侵害の存在を否定することができなかったとしても、その「侵害」と「事項」の間に、現実の事実関係に即して、どのような内容・程度の連関が認められるかを問題にして、詐欺罪の成立をさらに

147) 1.2.1(1)①に引用した平成26年3月決定の認定を参照。

148) 考慮される必要があるような事情を思いつくままにあげると、①問題になっている利益の重要性・性質(侵害からの回復の難度等)、②被害者の置かれた状況(他者を信頼せざるをえない事情[知識・経験等、事情・状況[及び、その変化]の把握の困難性、継続的取引関係であること[関係解消の困難性も含めて]等]の存在、判断を迫られている程度、その他の[利用可能な]指標がありうるか等)。また、③被害者によってとられている「当該[事項]……の存否を確認する体制や運用」(前掲注7)に対応する引用を参照)も考慮されうるのではないかとと思われる。

149) かりに本文のような理解を前提にして考えると、判例の立場を「形式的個別財産説 vs. 実質的個別財産説」という対立軸の中に位置づけて理解しようとする発想は、再検討の余地があることになるのではないだろうか。

150) 前掲注22)中森・各論137頁注68)。ただしこの基準は、原文では、「欺罔行為(欺く行為)」を限定するためにのみ用いられており、損害についてはそもそも独立の要件として認められていない(同134頁参照)。

制限することが適切と考えられる場合もありうるかもしれない¹⁵¹⁾。*

151) 大審院昭和3年決定の事実関係を変更して、売り渡された薬が被害者の疾病に適合しないものであったという事例状況を想定してみよう。その事例で、たとえば〈かりに医師資格を有する者によって診断・処方されていたとしても、疾病の内容や被害者の症状等の諸事情から判断すると、やはり同じ薬が売り渡されていたという可能性〉を、「事項」と「侵害」の連関の1つとして考えることができるであろう。そして、このような内容の連関を考慮し、その可能性の程度に応じて、詐欺罪の成立を制限する余地を認めることも（さまざまに想定されうる事情・状況によっては）ありえなくはないと思われる（これが支持できる見解か否かは別にして）。

より一般化していえば、連関を考慮して処罰範囲を限定することの必要性（、及び考慮されるべき連関の内容）は、「事項」として認められるものの内容に相応することになるのではないかと思われる。

* 本稿を、謹んで原田國男先生に献呈申し上げます。多くの貴重な御教示を賜りましたことに、深く感謝申し上げます。