

Title	〔刑法二〇〕土地所有者の氏名を冒用して起訴前の和解の申立をし内容虚偽の和解調書を作成させた場合と詐欺罪の成否(昭和四二年一月二日第一小法廷決定)
Sub Title	
Author	豊泉, 貫太郎(Toyoizumi, Kantarō) 刑法研究会( Keihō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1970
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.43, No.12 (1970. 12) ,p.56- 62
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19701215-0056">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19701215-0056</a>

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.

のそしりを免れないものと思われる。

(阪 莖 光 男)

## 〔刑法 二一〇〕 土地所有者の氏名を冒用して起訴前の和解の申立をし内容虚偽の和解調書を作成させた場合と詐欺罪の成否

私文書偽造同行使公正証書原本不実  
記載同行使詐欺被告事件  
最高裁昭和四二年(志)七八六号  
昭和四二・二・二二第一小法廷決定  
一審却 刑集二一巻一〇号一四五三頁  
東京地裁 二審 東京高裁

【参照条文】 刑法二四六条一項、一五七条一項

【事実】 被告人XはYら四名と共に謀して、都内の宅地四一八坪余の土地の所有者であるHの氏名を冒用して簡易裁判所に対し、Hが被告人Xに宅地を売り渡したので直ちにその所有権移転登記をする旨の内容虚偽の即決和解の申立をし、その旨の和解成立を装い、同裁判所の裁判官を欺きこれに関する同裁判所の和解調書により右宅地の所有権移転登記手続をして右宅地を騙取しようと、被告人Yを前記所有者Hになりすませ昭和三七年六月月中弁護士Kの面前でHになりすました被告人Yと被告人Xとが右宅地に関する取引上の口論をし、弁護士Kをして被告人Yであると信じさせ、昭和三七年六月下旬頃右弁護士Kを訴訟代理人とするH名義の訴訟委任状および日下部簡易裁判所を管轄裁判所とする管轄合意書を偽造し、同年

六月二五日弁護士Kと被告人Xが右簡易裁判所に出頭し、右弁護士Kを介して同裁判所裁判官Bに対し、申立人H相手方X間において「申立人は、相手方に売り渡した右宅地の代金中六〇〇万円の受領を認め、直ちにその所有権移転登記手続をする、相手方は昭和三七年七月七日限り残金八三〇万円を申立人代理人に持参して支払う」等の和解を申し立てる旨の即決和解申立書を提出し、裁判官B前で和解が調つたように装い誤信させ、右申立書の内容の同裁判所の和解調書を作成させ、同月三日東京法務局渋谷出張所に右和解調書の正本を添付してHから被告人Xへの所有権移転登記手続申請書を提出し、登記官吏をしてその旨登記をさせ、もつて右宅地を取得してこれを騙取したというものである。

第一審及び原審は右事実中宅地については日下部簡易裁判所裁判

官を欺罔、誤信させて騙取したとして詐欺罪の成立を認めた。(商第一審、原審を通じて登記官を欺罔した点まで詐欺罪としたかは判決文上よりも明らかでない。)

【上告趣意】 上告趣意の要旨は

- 一、所有権(者)の意思に基づかないで移転登記を受けたとしても、騙取にあたらぬ。
- 二、所有権移転登記それ自体は財物とはいえず詐欺罪は成立しない。

というのであった。

【判旨】「詐欺罪が成立するためには、被欺罔者が錯誤によつてならぬかの財産的処分行為をすることを要すると解すべきところ、本件で被欺罔者とされている目下部簡易裁判所の裁判官は、起訴前和解手続において出頭した当事者間に和解の合意が成立したものと認め、これを調書に記載せしめたに止まり、宅地の所有者に代つてこれを処分する旨の意思表示をしたものではない。この点裁判所を欺罔して勝訴判決をえ、これに基づいて相手方から財物を取得するいわゆる訴訟詐欺とは異なるものと解すべきである。また、本件宅地の所有権移転登記も、所有者の意思に基づかず、内容虚偽の前記和解調書によつて登記官吏を欺いた結果なされたものにすぎず、登記官吏には、不動産を処分する権限も地位もないのであるから、これらの被告人の行為によつて、被告人らが宅地を騙取したものであるといふことはできない。」

そうすると、右宅地に関する詐欺罪の成立を認めた第一審および原審判決には判決に影響を及ぼすべき法令違反があるが、しかしな

がら右被告人らは他の犯行もあり、右宅地騙取の点を除いても量刑が不当とは認められないから原判決はいまだこれを破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められない。として、本件上告は棄却された。

判旨は疑問である。

一、判旨については本来なら前段の起訴前和解より論じなければならぬが、前者については大きな疑問を有するので先ず後者について研究する。本決定は登記官吏は不動産を処分する権限も地位もないのでXらの行為によつてXらが右宅地を騙取したとはいえないとしている(但し、原審が登記官への欺罔を詐欺罪の構成要件として考へていたのは前述のとおり不明である)。登記官を欺罔して虚偽の登記手続をさせた場合の詐欺罪の成否については、既に大審院判例が二件ある。その一つは偽造の土地売渡証書に基づいて所有権移転登記をさせた場合であり、他は登記官を欺罔して質権放棄を示して、質権消滅の登記をさせた場合であり、いずれも登記官吏には「不動産を処分する権限(能)、地位がない」ので詐欺罪は成立しないと判示しており(大判大六・一一・五録三三輯一三六頁)、本決定後も本決定に沿つた東京高裁の判決例もあり(東高裁昭四三・八・二一高判例の態度は確立していると考えられる。又学説上も同様に解する説が多い(注釈刑法(6)一九七頁、江家「各論」三一〇頁、木村「各論」一三三頁、刑法四八) 確かに被欺罔者と財産上の被害者とは同一人である必要はないが、詐欺罪の構成要件たる「財産的処分行為」より考えれば、被欺罔者は詐欺の目的となつた財物につき処分することのできる権限、地位を有することが必要であり(青柳通論「各論」五六頁) 登記官にその様な

権限がない以上(前掲大審院)詐欺罪は成立しないと解せざるを得ず、この点本決定は正当である。

二、次に起訴前の和解(民訴法三)に関してである。本決定は括弧書にして「この点裁判所を欺罔して勝訴判決をえ、これに基づいて相手方から財物を取得するいわゆる訴訟詐欺とは異なる」(傍点)としている。「起訴前の和解の場合には」という意味であろうか、それとも和解は「訴訟上の和解」(三参参照)を含めて訴訟詐欺とは別個のものであるとするか明確ではない。従来より判例、通説は訴訟詐欺を認めてきた。<sup>(註一)</sup>

そして少なくとも本件の場合には単に裁判官は和解が成立したものととして調書に記載したにすぎず、処分行為をしていないということであろう。この論理よりすれば、訴訟上の和解は勿論、請求の放棄、認諾も同様に解されなければならない。しかし今一步進めて考えれば、請求の認諾、放棄を調書に記載しなければならぬのは当事者がその内容で満足したため裁判官としては止むなく、その旨を調書に記載したにすぎない。請求それ自体について全く相手方が争わない場合には裁判官は詐欺罪における処分行為がないというが(この場合には相手当事者の処分行為としての処分行為か)旧法は認諾及び放棄判決を制度上としていた(旧民訴法二)もし認諾にせよ判決という形さえあれば処分行為ありとすることになるのであろうか。とすれば民事訴訟規定が判決によるか単に調書記載によるかにより左右されることとなる。又請求それ自体につき認諾した場合と請求原因事実全てを認めたとときは異なると思われるのであろうか。

しかしそのいずれの形態をとつたとしても、以上はいずれも確定判決(と同一)の効力を有し、民事実体法上同一の作用を有するのである。この様な訴訟による場合はその全てを通して別の点より考察されなければならないだろうが、それは民事判決の既判力との関係においてである(菊井II村松コメンタル民訴一六四頁は民訴法三三)同旨か。

註(一) 判例は従来より訴訟詐欺罪の成立を認めている(大判六一・二二一八・大判六一・七・四集一・一三八一、大判四四・一・六六、又学説上も二一・一九七九、大判昭一・二・二四、新聞三九八三・一六)又学説上もこれを肯定するのが通説である(団藤各論(全集)三三八頁、注釈刑法(福田)滝川各論一六一頁、大塚各論(上)四)尚前掲青柳博士は「訴訟詐欺は……詐欺と同価値である」とされており(傍点)又前掲注釈刑法で福田教授は「欺罔」「任意交付」につき「かなり問題であろう」(同書二二頁)とされておられる。

(二) この点につき団藤教授が前掲書三三八頁において次のように述べておられる。即ち、「第一に欺罔といえるかどうかである。形式的真実主義をとる民事訴訟法のもとでは裁判所は錯誤に陥つたかどうかを問わず当事者の主張に拘束されて一定の裁判をしなければならぬ。かような訴訟制度を利用するのは詐欺の手段といえないのではないか」という疑問、第二に被害者がやむをえず裁判に服従して財物を提供するのが「交付」といえるか、ことに強制執行が行われたばあい」とされている。前記(註一)において青柳博士が「同価値」とされ、又福田教授が「かなり問題がある」とされたのも全て民事訴訟の特異性故に詐欺罪だと断定し得なかつたのではないかと想像する。この団藤教授の疑問は非常に鋭い点をついているといつてよい。しかしそれなら更に一步進めて、右の交付は(それが任意か強制かは別として)「欺罔による交付」ではな

く「判決による交付」であると考えらるべきである。

(三) 民事法上の問題としても同様に既判力を有する判決による不法行為の成否が問題となつてゐる。この点に關して加藤「不法行為」(全集)九

九頁は再審によつて取り消されな限りは不法行為にはならないとし、

中田「確定判決に基づく強制執行と権利の濫用」(民事訴訟法の法理(中村吉

下特に四))は解釈論として、不当取得を認めることは困難であると説明さ

れ、伊東教授は「既判力は……その主目的は寧ろ等しく正義の実現にあ

るのであつて法的安定の要求と正義感情との相剋として捉へることは自

体が皮相的である。……他方制度は制度体系のなかでそれぞれ与えられた

使命を果すことを以て充分としなければならぬから……既判力ある裁

判により高度の正義を對置せざるは無効判決の理論が再審の制度だ

けであつて」(民事訴訟法研究(新))とされ一般に判決の不当取得を否定さ

れる(当取得の場合については教授は通説と異つた立場から判決の不当取得

する学説が多数説といへよう(否認説に立つものとは異なる)註六参照一五九頁

号二七頁以下、兼子増補「強制執行法」(勝原斎藤)判決の不当取得(判例評論二六

八〇)。尚近藤前掲書二八(一頁注)では「なおこの問題は一般的に「訴訟

詐欺」の問題として古くから議論されてゐることに關係ある」(傍点)

とされている。これに対し小野木「確定判決の不当取得」(訴訟上の

五頁)において「所謂適法行為に基く違法性を原因とする無過失損害賠償

の責任と解するならば……その違法性の根拠として公序良俗違反に求

めること」(により不法行為の成立が認められる。(同書九五))として肯

定され、又鈴木俊光教授は「確定判決の効力は維持されるがこれとは別

に不法行為として損害賠償を請求することを否定するものではない」

(兼子小山編民訴)として肯定されている。しかし右の様に安易に「公序

良俗」と断定し得るものがあるか、単にそれが個人の正義感情を満足す

るだけのものであつた場合に、既判力によつて与えられた法的安定性及

びそれにより実現せんとする正義を安易に否定すべきではないと考え

る。そして、既判力の効力を否定するにはそれ自体明確な形で現われて

こなければならず又鈴木説のように別個に考えられぬからこそ従来よ

り議論が絶えないのである。この点については既判力の本質論とも關係

を持つ。

この様に民事法上の問題として既判力の法的安定性ないし正義実現

と、違法判断との問題が旧来より論じられていたにも拘らず刑法上何ら

問題とならなかつたこと自体私は却つて奇異に感じる。これは従前よ

りの分野意識によるのではないかと考える。この分野意識を分析してみ

ると刑事裁判も民事裁判同様当事者間に効力をもつに過ぎないが、その規

律的な機能は前者において特に重要視されていたということを指摘でき

る。刑事補償法が戦後の改正によつて従来の危険責任論から損害賠償

(法律義務説論)に変わった場合にも、そのためには再審又は非常上告に

よる原判決の破棄が必要とされているのもその一つの現われであらう。

判例は戦後肯定説(否定説両説が対立していたが(最近では肯定説の下

級審判決が多い、数伊丹支部判昭四三・六一・三〇判時五四八・七二、神戸地

なつて不法行為が成立するとの最高裁判決がでた(集三二一八・一四〇七)。

今後右判決に対する学説の動きに注目したい。

三、民事訴訟法第三五六条の和解も又同法二〇三条により確定判決

と同一の効力を有するとされており、右は既判力を有するものと解

せられる。この点民訴法上の問題である。和解に既判力があるか否

か学説上争いがあり、又最高裁も既判力ありとしながらも(最判昭三

三〇民集一〇一三・二四二、最判昭三三・三・五民集)

二〇一三・一三五、但しこれを否定する少数意見あり)その内容については所謂

制限的効力説(大判昭七・四・二五、民集一一五二八・一六六、大)

最近下級審の中には既判力を全く否定する考え方もある(大阪地判昭三

集八・一三五)。(註四)

！本件は刑法研究であるので、この点についての詳論は避

けるが、既判力の根拠を裁判所の公権的判断に限るとする説(三ヵ月民訴法(全集)四四三頁、鈴木忠)「非訟事件の裁判及び訴訟上の和解の既判力」非訟事件の裁判の既判力一三五頁以下、特に一七四頁、岩松民事裁判における判断の限界(司法研修所)よりは否定されるであらう。しかし何故に裁判所の公権的判断があれば既判力が生じるとされるのであろうか。

単なる公権的解決で足りるとすれば非訟事件における公権的解決と訴訟事件における公権的解決との差異はなくなるであらう。しかし非訟事件につき既判力を認めることは出来ない。訴訟事件の場合、それが(司)法的解決であるからだとしても何故に(司)法的解決とされれば既判力が生じるのかの説明がなされていない。考えるに訴訟手続により、裁判所が司法的のみ解決するが故に既判力を生じさせるのは、本来その法律関係(権利帰属)に関し無関係な第三者の判断に従えとするには、少なくともその判断が両当事者のいずれの利益とも関係なく又それ自体他の目的(例えば国家の行政的政策)にも拘束されず単に法的に解決したということにより、初めて両当事者をして正しいものと納得させ、従わしめる根拠を有するからだといふべきである。この様に既判力の本質は両当事者の納得(勿論納得するには、それだけの制度的(二)が正しいものだとする。担保を必要とするが)がその根拠といわなければならぬ。とすれば正に両当事者の納得によつて新たな法律関係を形成し、それとともに裁判所の公権的認証を得たものに既判力を有するのは当然のことであり、これを否定するのは「裁判官が判断しなかつた」という裁判官自身の職業的、自己満足的考え方ないしはその様な職権主義的訴訟観に共鳴する学者の説明である(この考え方は、して現実に和解には根拠が伴うことが多いということから既判力を否定乃至制限的に解釈しようとするのであろう。しかし判決によつても全く瑕疵がないとはいえない。例えは訴訟

要件欠如を看過してなした本裁判決も充考えられるし、又現実にもあるであらう。ただ和解の方が割合として多いというだけである。この様な判決にも既判力を認め、和解につき既判力を否定するのは自分達裁判官が判断しなかつた(尚石川教授が「訴訟上の和解の効からである」という事につぎるのはない、だらうか。力)前掲書一〇九頁以下)において、既判力の本質を正しさの担保と紛争解決の要求(同書一四四頁参照)とさながら訴訟上の和解の場合には裁判所の確認行為が正しさの担保とはならないとして既判力を否定しておられる。確かに裁判所の確認行為自体が正しさの担保とはならないとした点は賛成であるが、何故に正しさの担保を要するかという事の考え方の相違から説が分れてくる(と考へ)。

註(四) 訴訟上の和解ないし起訴前の和解につき、その性質論とからんで既判力の有無が問題となつてゐる。和解の性質論については、私法行為説、両性説、併存説、訴訟行為説、私法行為並びに裁判所の確認行為説等分れてゐる。詳細は中村(空)「裁判上の和解」民訴講座三巻八一頁以下、鈴木忠「訴訟上の和解」実務講座民訴篇第三巻九九頁以下、石川「訴訟上の和解の法的性質」訴訟上の和解の研究三頁以下等参照。

四、この様に起訴前の和解に既判力があるとすれば両当事者間において正にその様に行動せよとの法が定立されているのであり、右具体法より実はその行為が正に民事法上適法な行為とされるのである。

註(五) 既判力の本質については、今日学会には通説がないといわれる程多数の説が存在している。右既判力の本質論が異なることにより結果が異なることとなるであらう。既判力の本質については、三ヶ月「民訴法」(全集)一三二頁以下、伊東「既判力について」前掲書二二五頁以下、住吉「争点効」の本質について(一)、(二)民商法六一巻二号、五号等参照。私は次のように考へる。既判力とは判決による紛争解決機能を有するものである。民事訴訟とは実体法上の紛争を解決せんとすることを目的としているのである。それ故実体法上の紛争と訴の提起による訴訟上の請求とが何らかの命脈を持つと同様、判決(既判力)もまた実体法上の解決の機能を持たなければ右紛争と判決とは何らの対応関係もなく、実

は民事訴訟の目的は何ら完うし得ないのである。それ故右既判力の効力を如何なる説明でなされるにせよ、その実体法上の効力を否定するような考え方(それが拘束説であるか新一事、即ち訴訟法上の効力のみを問題とする考え方)は不当である。ここでは具体的法規範説、権利実在説、新実体法説のいずれをとるか別として、右の説(即ち実体法的効力を有する説)に従つて説明する。

五、既判力がA、B間に生じるとしたら、AはBに對しある物を引渡すべき義務が実体法上定立せられたのであり、そのことが正に民法上Aの法的義務として存在するのである(権利実在説によれば、そのみの権利を有するにすぎず、判決により正にその様な権利が存在したと明確にされるのである。それ故、それまでの権利は単に仮象にすぎないのである。これをもつて刑法上「他人の財物」とするのは不当である。詳細は兼子体系三五頁、同著「実体法と訴訟法」一四〇頁以下参照)。刑法上の財産罪については、誰が本権者かというその根拠は民事実体法によらなければならぬのは当然である(金銭の所有権については刑法上争いがあるし、また詐欺に因る意思表示、強迫による意思表示として取り消される前においても詐欺罪恐喝罪の成立があることまで否定するわけではない)。そして正に民事実体法上において、AはBに物を引き渡すべき義務が生じているのである。これは決して「騙取」でもなければ「欺罔」によるものでもなく正に「法」によるものである(尚所有権に基づく引渡請求が判決により認められたとしても既判力が生じるのは、引渡請求権のみであるとするのが今日の民事上の通説であるが、私個人としては疑問がある。所有権に基づく引渡請求権がA、B間に実体法の世界で存立し得るのは実はA、B間においては、その所有権自体につき確定されているのではないだろうか。これは今日問題となつている「争点効」の理論のような訴訟

法上の問題ではなく、実体法上無色な請求権の存在はその存在が許されず、あくまでその基礎たる実体権の効果としてのみ存立を許すからである。それはあくまで実体法上の世界に判決が投影された当然の結果である。それ故に私見によれば本件の場合正にその「他人の」の該当すらなくなるのである。六、以上の様に考察してくると訴訟詐欺といわれるものの内既判力を有する判決又は同一の効力を有するものについては詐欺罪の成立を全て否定されるべきである(ここで問題となるのは既判力を有するか否かであり、その他の効力、例えば執行力の有無は関係なく、又執行上の問題等も全そこの問題からははずしてかまわない)。そして一旦既判力をもつて実体法上確定されたのである以上、これを否定するためには実体法上右「法」が無効であるとする明確な、しかも前判決を否定するに足る制度機関による判断作用を要するのであり、それまでは当然「法」としての効力を有し他の機関及び個人が容易にこれを否定すべき事柄ではないと考える。

七、尚本問の前提として本件は所謂氏名冒用訴訟であるが、この場合の当事者は誰かにつき、当事者の確定の問題がある。通説によれば表示説により被冒用者Hとなるであろう(兼子体系一〇六頁、中務「当事者確定」(註解民事訴訟)の確定、講座I七三頁以下、斎藤編「注釋民事訴訟」の点異説もある。私は今のところ表示説に従つて本件を研究したが、この場合被冒用者Hは再審の訴を提起して右和解の効力を否定することとならう(民事訴訟二〇)。

註(六) 伊東「訴訟当事者の概念と確定」(中田遼磨記念論文集「民事訴訟」によれば、訴訟当事者の確定は「訴訟上与えられた微表のかぎりであり、かつその一切を斟酌して、解決を与えることが最も適切と認められる実体法上

の紛争主体を捉える。(同書七)とし(尚この説は石川教授により)、この説によれば氏名冒用の場合には訴訟当事者となるのは冒用者であつて被冒用者ではないとされる(同書七)。本説に対する疑問は省略するが本件の場合の様に冒用事実が分からなければ被冒用者に既判力が及ぶこととなるであろう。そして右既判力を排除する方法として再審の訴によらなければならぬとする(その理論構成)表示説と差異はなくなるであろう(四頁)。(同書七)。

以上、刑法上殆んど論じられていなかつた点からの考察をしてみた。勿論本研究会においても反対意見(この場合には処分)もあつた。この考え方の基盤には刑事裁判の営む規律的機能が民事裁判のものより大きく、従つて民事裁判の既判力の除去と無関係に、そしてまた期間の経過等によりその除去が不可能の場合にも刑事裁判はその法的機能を放棄してはならないという考慮があり、ただこのような民事裁判、刑事裁判の間の衝突をできる限り避けるために、処分行為欠如という制限を設けようとするかにかがわれる。しかし訴訟詐欺についての裁判は直ちには期待できないのであえて大胆な試論を述べさせていただいた。(昭四五・五・二九日稿)

〈追記〉 本研究脱稿後本件に類似した判決が出たので紹介する。

昭和四五年三月二六日第一小法廷判決(判時五九〇)(号三頁以下)

被告人Aは債権者甲乙兩名のためにそれぞれ自己所有の家屋に抵当権を設定していたところ、Aはこの債務を完済したので、甲が一番抵当に昇進し抵当権を実行して家屋を所有、占有した。そこでAとその妻(被告人)Bはその奪回を企て乙らと共に謀

してすでに失効している乙との和解調書正本(これは裁判上の和解)を利用して、執行文の付与を受け、乙の名で執行吏に強制執行を依頼して、被告人夫婦が右家屋に泊りこみ自己の所有、占有であるかのように装い、そのように執行官を誤信させて右家屋の占有をAより乙へ移転する強制執行をさせたという事件であり、前記裁判は「本件で被欺罔者とされている裁判所書記官補および執行吏は何ら甲の財産である本件家屋を処分しうる権能も地位もなかつたのであり、また同人にかわつて財産的処分行為をしたわけでもない(もつとも記録によれば右行為は不動産侵奪にあたることが考えられる)」として詐欺罪の成立を否定した。本件においては和解によりA、乙間に三百万円の債務の存在確認、抵当権の設定、代物弁済予約およびこれらの登記、仮登記を内容とし、右債務が完済されて右和解調書が失効した場合であり、既判力の問題ではないので私の立場から認認できる。(私の問題とするのは、本件なら和解の内容たる債務存在確認、抵当権設定そのものについてである。本文六参照)

(豊泉 貴太郎)