

詐欺罪管見

清水 晴生

第1節 詐欺罪における無意識的処分行為および窃盗罪と詐欺罪の区別

1 無意識的処分行為について

- (1) 意識的処分行為必要説に立つ判例と伝統的な窃盗と詐欺の区別との関係
- (2) 典型的詐欺と量的錯誤
- (3) 全的錯誤事例
- (4) 決済期到来による限定

2 窃盗罪と詐欺罪の区別基準

3 三角詐欺における窃盗罪と詐欺罪の区別

第2節 詐欺罪における実質的損害の判断基準

1 問題の所在

2 判例

3 検討

第3節 電子計算機使用詐欺罪における「虚偽」の意義

1 カードの不正利用

2 背任罪との関係（東京高裁平成5年6月29日判決高刑集46巻2号189頁）

第1節 詐欺罪における無意識的処分行為および窃盗罪と詐欺罪の区別

1 無意識的処分行為について

- (1) 意識的処分行為必要説に立つ判例と伝統的な窃盗と詐欺の区別との関係

最高裁昭和30年7月7日決定⁽¹⁾は、「刑法246条2項にいわゆる『財産上不法の利益を得』とは、同法236条2項のそれとはその趣を異にし、すべて相手方の意思によつて財産上不法の利益を得る場合をいうものである。従つて、詐欺罪で得た財産上不法の利益が、債務の支払を免れたことであるとするには、相手方たる債権者を欺罔して債務免除の意思表示をなさし

(1) 刑集9巻9号1856頁。また大審院明治43年10月7日判決刑録16輯1647頁も参照。

めることを要するものであつて、単に逃走して事実上支払をしなかつただけで足りるものではないと解すべきである」と述べて、飲食・宿泊後に自動車で帰宅する知人を見送ると欺いて被害者方の店先に出てそのまま逃走したことをもって代金支払を免れた詐欺罪の既遂と解したことは失当であるといわなければならないとした。意識的な処分行為(「債務免除の意思表示」)でなければならず、したがってそのような処分行為に向けられた(「債務免除の意思表示をなさしめる」)欺罔行為でなければならないと解したものである。

他方でこの最高裁昭和30年決定と比較したいのが、最高裁昭和26年12月14日判決⁽²⁾である。これは、「刑法246条1項に定むる財物の騙取とは犯人の施用した欺罔手段により、他人を錯誤に陥れ、財物を犯人自身またはその代人若くは第三者に交付せしむるか或はこれ等の者の自由支配内に置かしむることを謂う」と述べた上で、相手が被告人の欺罔手段に基づいて現金を被告人の自由に支配できる状態に置く意思で玄関上り口に置いたことをもって、被告人が虚言を弄して相手をして「その旨誤信させた結果同人をして任意に現金を被告人の事実上自由に支配させることができる状態に置かせた上でこれを自己の占有内に収めた事実であるから刑法246条1項に該る」とした原審の判断は大審院判決に相反するものではないとしたものである。

最高裁昭和30年決定が「すべて相手方の意思によつて」利得する場合をいうとし、「債務免除の意思表示をなさしめることを要する」としたのに対して、最高裁昭和26年判決は「相手が被告人の欺罔手段に基づいて現金を被告人の自由に支配できる状態に置く意思で玄関上り口に置いた」ことで足りるとしていた。たしかに前者と比べて後者では明確な処分意思の表示はないように見える。現金を被告人の自由に支配「する」状態や「すべき」状態に置いたわけではなく、支配「できる」状態に置いたにすぎな

(2) 刑集5巻13号2518頁。

いのである⁽³⁾。

意識的処分行為を要するかそれとも（具体的客体に対して）無意識的な処分行為で足りるかの問題は、詐欺罪が成立しうるかそれとも窃盗罪（ないし利益窃盗）が成立しうるかの分水嶺をめぐる問題であるといえる。

(3) 大審院昭和9年3月29日判決大刑集13巻335頁も、無意識的な処分行為を認めたとはいえるものである。これは、いわゆる逆転器を使って「其の都度計量器の指針を逆転せしめたる後其の情を秘し右会社等の検針員に示し該指針が真正なる消費量を指示するもの如く誤信せしめ其の料金の支払を免れ財産上不法の利益を得るに至りたる」所為について、「実際供給を受けたる電気数量の計算を欺罔し消費量に対する支払を免れたるものなるを以て電気窃盗にあらずして詐欺罪を構成すること勿論なり」と判示した。ここでも検針員は不正に免れた電気の消費量ないしその対価について具体的な認識を欠いている。

無銭飲食・宿泊において「支払の一時猶予」の処分行為をなさしめて「支払の免脱」を得た場合（東京高裁昭和33年7月7日判決東京高等裁判所（刑事）判決時報9巻7号179頁参照）も、同様に具体的客体についての具体的な意識的処分行為を欠いているともいえる。

比較的最近の判例では、たとえば東京地裁八王子支部平成3年8月28日判決判例タイムズ768号249頁は、被告人が「ちょっと試乗してみたい。」などと申し向けて試乗車を乗り逃げたケースで、主位的訴因であった常習累犯窃盗の成立を否定し、予備的訴因である詐欺罪の成立を認めた。東京高裁平成12年8月29日判決東京高等裁判所（刑事）判決時報51巻1-12号93頁は、被告人が「今若い集が外で待っているから、これを渡してくる。お金を今払うから、先に渡してくる。」といい置いて店外に出るのを、被害者である店員はすぐに戻り代金を払ってくれるものと思いつき、被告人が商品をもったまま店外に出ることを目の前で認識しながら何らとがめることもせず、被告人は店外に出た後、商品を携帯したまま用意であった自転車に乗って逃走したという事案について、「直ぐ戻って来て代金を支払う旨の被告人の嘘に騙されて、注文されたテレホンカード80枚を被告人に交付したものと認められる。したがって、被告人の行為は、詐欺罪に該当することが明らかである」とし、また被害者の証言の要点は「被告人の言葉に注意を逸らした際に、テレホンカードを盗まれたというのではなく、同人は、被告人が販売ケースの上のテレホンカードを手にとって店外に持ち出すのをその場で認識していたが、被告人がセカンドバッグを店内に残したままであることを見て取り、その際の被告人の右2（三）掲記の言葉を信じて、被告人の右の行動を了解・容認したというにある。すなわち、同人は、欺かれて、テレホンカードを被告人に交付したものである」と判示した。

| | 最高裁昭和30年7月7日決定 | 最高裁昭和26年12月14日判決 |
|----|--|---|
| 解釈 | 刑法246条2項にいわゆる「財産上不法の利益を得」とは、同法236条2項のそれとはその趣を異にし、すべて相手方の意思によつて財産上不法の利益を得る場合をいうものである。従つて、詐欺罪で得た財産上不法の利益が、債務の支払を免れたことであるとするには、相手方たる債権者を欺罔して債務免除の意思表示をなさしめることを要するものであつて、単に逃走して事実上支払をしなかつただけで足りるものではないと解すべきである | 刑法246条1項に定むる財物の騙取とは犯人の施用した欺罔手段により、他人を錯誤に陥れ、財物を犯人自身またはその代人若くは第三者に交付せしむるか或はこれ等の者の自由支配内に置かしむることを謂う |
| 結論 | 飲食・宿泊後に自動車で帰宅する知人を見送ると欺いて被害者方の店先に出てそのまま逃走したことをもつて代金支払を免れた詐欺罪の既遂と解したことは失当である | 相手が被告人の欺罔手段に基づいて現金を被告人の自由に支配できる状態に置く意思で玄関上り口に置いたことをもつて、被告人が虚言を弄して相手をして「その旨誤信させた結果同人をして任意に現金を被告人の事実上自由に支配させることができる状態に置かせた上でこれを自己の占有内に収めた事実であるから刑法246条1項に該る」とした原審の判断は大審院判決に相反するものではない |

(2) 典型的詐欺と量的錯誤

無意識的な処分行為で足りるとする見解⁽⁴⁾は、「ある財物の占有が被詐欺者の意思によって終極的に移転したといえる場合には、被詐欺者の認識が個々の財物の移転についてまで及んでいる必要はないとする立場」であ

(4) 西田典之『刑法各論 第四版』181頁以下。また2項詐欺につき、井田良「処分行為(交付行為)の意義」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』(ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ2)183頁も参照。

り、この見解によれば、『映画を見に行ってくる』とか『散歩に行ってくる』といって外出することを認めた場合、そこでは財産上の利益（代金債権の準占有）が被害者の意思に基づいて詐欺行為者に終局的に移転したといえるから処分行為を認めうるといえよう」とされる。そこでは一方で「映画を見てくる」や「散歩に行く」といった場合は終局的移転たる処分行為があるといえるが、他方、「店内のトイレに行く」「店先に見送りに行く」という場合には終局的移転たる処分行為があるとはいえないと区別されている。さらに、意識的処分行為説によるときは、都内にかけてといって国際電話をかけた場合も不処罰（利益窃盗）とせざるをえなくなり、また無銭飲食・宿泊での偽計による逃走の類型について債権の存在が認識されているとするのは理論的一貫性を欠くものだと批判し、キセル乗車での下車駅集札係も差額運賃の請求権の存在を認識していないから下車駅基準説をとる以上は無意識的処分行為説を前提にすべきとする。

たしかに「もっとも典型的な類型⁽⁵⁾」でさえ無意識的処分行為を考慮しなければならないだろう。なぜならまさに多くの場合で、部分と全体、量、程度、差額といった点において、齟齬、錯誤が欺罔行為により生じるものといえるからである⁽⁶⁾。

また、意識的処分行為を要するかそれとも無意識的処分行為で足りるかという問題は、個々の事例において詐欺罪と窃盗罪のいずれが該当すると考えるべきかという区別の基準の問題であるところ、上記見解では、無意識的処分行為説に立った場合もこれを補完する要素として「終局的移転たる処分行為があったか否か」という判断が付加されていた。しかし具体的にどのような場合に、あるいは具体的にどのような要素が認められるときに終局的移転たる処分行為があったといえるのか、あるいはなかった（「占

(5) 西田・上掲書182頁。

(6) 齋野彦弥「キセル乗車」芝原邦爾・西田典之・山口厚編『刑法判例百選II各論〔第五版〕』（別冊ジュリスト167号）99頁参照。

有の弛緩⁽⁷⁾」にすぎない)といえるのかのはっきりとした基準は示されていない。こういう場合がこうであると具体例が挙げられているだけである。終局的移転があったか占有の弛緩にすぎないかは結論の先取りともいえる。逆にいえば、部分と全体、量、程度、差額といった点における齟齬・錯誤が「典型的」であるということは、終局的移転ではない単なる「占有の弛緩」もまた実は詐欺の典型であるともいいうる(ちょっと試乗する場合など)。たとえば荷物を根こそぎ持ち去ろうとの意図で留守番をしてやると申し偽って鍵を預かりまんまと荷物を運び出した場合、被害者は「だまされた!」と叫ぶかもしれないし、「盗まれた!」と叫ぶかもしれない。どのような場合が終局的移転がある場合でありあるいは占有の弛緩があるにすぎない場合なのかということが、個々の事例で詐欺罪と窃盗罪のいずれが該当するかの判断にとり重要な分水嶺となるのであるから、その区別の基準が明らかにされる必要がある。

| 無意識的処分行為説 | |
|--|---|
| 主張・論拠 | 批判 |
| <ul style="list-style-type: none"> ・「もっとも典型的な類型」でさえ無意識的処分行為を考慮しなければならない ・キセル乗車などまさに多くの場合で、部分と全体、量、程度、差額といった点において、齟齬、錯誤が欺罔行為により生じといえる | <ul style="list-style-type: none"> ・具体的にどのような要素がある場合に終局的移転たる処分行為があったといえるかまたなかった(占有の弛緩にすぎない)かのはっきりした基準が示されていない ・終局的移転があったか占有の弛緩にすぎないかは結論の先取りともいえる ・単なる占有の弛緩も、実は詐欺の典型的な類型ともいえる(試乗事例) |

(7) 平野龍一「詐欺罪における交付行為(一)」月刊法学教室8号79頁は、「AはXと一緒に汽車で旅行中、甲駅で、停車時間は長いと言ってだましてXを一時下車させ、その間に汽車は発車した。Aは次の駅でXの荷物を持って下車し逃走した」という場合について、占有は弛緩されただけだとしているが、「戻るまで荷物を見てあげる」といった場合には交付を認めるとすれば、これらを区別すべきかは疑問である。

（3）全的錯誤事例

ところで、無意識的処分行為説は、部分的あるいは概括的処分行為（処分意思）で足りるとする見解ないし処分意思要件の緩和を認める見解⁽⁸⁾とは若干異なりうる。処分対象の存在を全く認識していないと考えられるような場合も想定しうるからである。次のような事例が紹介されている⁽⁹⁾。「火事でAの家が焼けたが、保険がかけてあったので、Aは保険会社Xから保険金を受領した。その後、焼けあとから、焼けたと思って保険金を受けとった物品が焼けずに残っていたのを見つけた。しかしAは、Xにこのことを黙っていた」。この場合Xは保険金の返還請求権があること自体を意識していなかったとされている。釣銭詐欺や「債務を負担する文書を他の内容の文書だとだましてXに署名させた場合⁽¹⁰⁾」も同様のケースといえよう。このような事例で詐欺を認める場合には、部分的な処分意思や処分意思の緩和という説明では足りないと思われる。

（4）決済期到来による限定

また無銭飲食・宿泊やキセル乗車などのケースについては、履行期・決済期の到来を前提とすることで、無意識的な場合を意識的処分行為と見る（意識的処分行為に近づける）解釈も考えられる⁽¹¹⁾。しかしやはり、全的錯誤事例のようなケースの処理までをカバーしうる立論とはいえないだろう。

2 窃盗罪と詐欺罪の区別基準

判例は意識的処分行為必要説に立つ。これはつまり、窃盗罪と詐欺罪と

(8) 井田・上掲183頁。

(9) 平野龍一「詐欺罪における交付行為（二）」月刊法学教室9号65頁。

(10) 同上65頁。

(11) 最高裁昭和30年4月8日判決刑集9巻4号827頁、また内田文昭「詐欺罪における処分行為 — 被欺罔者の意思にもとづく『占有移転』と『利益移転』 —」芝原邦爾編『刑法の基本判例』147頁も参照。

の区別について意識的処分行為を基準とする立場だといえる。他方で、占有が弛緩されたにすぎないか(平野)、あるいは終局的移転があったか(西田)を基準とすべきとする、無意識的処分行為で足りることを前提とした主張もなされていた。

ここまで見てきたところによれば、確かに無意識的処分行為で足りるとすべき場合があると考えられる。だとすればそのとき、窃盗罪と詐欺罪とはどのような基準によりその成否が区別されるべきであろうか。

占有を弛緩させたにすぎないかあるいは終局的移転があったかという基準は、実は結論を先取りしているにすぎず、妥当な判断基準として機能しえないように思われる。占有を弛緩させるというのは占有を取得する場合にも最初の一部分としてあるから、いわばすべての場合において占有を弛緩させたといえる。それにとどまったかどうかの判断基準が明らかにされることが必要であろう。

占有を弛緩させたとどまりなお終局的移転はなかったというための基準として、当該具体的状況において逃走を要したかということが基準として考えられるように思われる。逃走とはいえない単なる通過や素通りといった逃走を要しなかった場合(その後走り去った場合を含む)には、逃走によるところの意思に反した占有侵害は見出されず、無意識的処分行為により占有・利益移転がおこなわれたということができ、詐欺罪の成立が認められる。無銭飲食・宿泊やキセル乗車で逃走を要しなかったケースなどもこれにあたる。決済時期到来の有無⁽¹²⁾はこの判断の中の一部としてとらえることができよう。

3 三角詐欺における窃盗罪と詐欺罪の区別

以上のような議論のほかにも、窃盗罪と詐欺罪の区別が問題になりうる

(12) 内田・上掲147頁参照。

場合がある。次のような興味深い諸事例が紹介されている⁽¹³⁾。

- ① 甲はAのお手伝いである乙に対して、「Aから洋服をクリーニングに出すように頼まれた」とうそをいって、乙からAの洋服を受け取り立ち去った。
- ② クリーニング店を経営する甲は昨日Aのところへ届けた洋服を取り返して転売しようと考え、自分の店の店員乙に対して、「Aのところの洋服を頼まれているから取りに行ってくれ」とうそをいい、乙はたいてい留守で鍵もいつもかけられていないAの家に行き頼まれた洋服を取って来た。
- ③ 甲はAに車を貸してくれと頼んだが断られたので、Aの住んでいる寮に行き家主の乙にAから許可を得たとうそをいい、乙がAの部屋からもってきた鍵を受け取り車を乗り去った（ドイツ判例は窃盗にしたとされている）。
- ④ 甲は車の所有者Aの承認があるといふ乙が経営する貸ガレージの監視員丙から鍵を受け取り、車を乗り去った（ドイツ判例は詐欺にしたとされている）。

①は乙に処分権限がなければ乙の行為を利用した窃盗となろう。②も同様に考えられるから乙を利用した間接正犯であろう。③の乙にも④の丙にも同様に処分権限は認められないから同じく窃盗と解すべきように思われる。

第2節 詐欺罪における実質的損害の判断基準

1 問題の所在

偽造した登録商標のラベルを貼って効き目に差のない薬を売る行為⁽¹⁴⁾

(13) 平野・上掲「(二)」66～67頁の諸事例に手を加えた。平野は①④を詐欺、②③を窃盗（②は間接正犯）とする。

(14) 大審院昭和8年2月15日判決大刑集12巻126頁（タカジアスターゼ事件）。

や、2100円程度の電気あんま器について「たとえ価格相当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」⁽¹⁵⁾に、はたして詐欺罪は成立しうるか。

詐欺罪が個別財産に対する罪であるとしても、相当の対価を得たような場合⁽¹⁶⁾にまであるいはそのすべての場合において、詐欺罪の成立を肯定することははたして妥当か。

またはそもそも財産的損害がないかのように見える場合の詐欺罪の成否についても議論がある。第三者への譲渡目的で銀行で自己名義の預金通帳やキャッシュカードの交付を受ける行為などが問題となる⁽¹⁷⁾。

2 判例

(1) 大審院昭和8年2月15日判決は、偽造した登録商標のラベルを貼って効き目に差のない薬を売った行為について、その会社のその商品でなければ買わなかったという事情があれば当然詐欺が成立するとした。また、最高裁昭和34年9月28日決定は、2100円程度のごく普通の電気あんま器を相応の価格で、しかし入手困難で実は高価であると申し偽り売ったという場合について、上記のとおり「たとえ価格相当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した。

(15) 最高裁昭和34年9月28日決定刑集13巻11号2994頁(ドル・バイブレーター事件)。

(16) 最高裁平成16年7月7日決定刑集58巻5号309頁(誤信させた根拠当権者に相当の対価を支払い、根拠当権を放棄させた事例)。

(17) 最高裁平成14年10月21日決定刑集56巻8号670頁、最高裁平成19年7月17日決定刑集61巻5号521頁。その他、最高裁平成13年7月19日判決刑集55巻5号371頁(請負人が欺罔手段を用いて請負代金を本来の支払時期より前に受領した事例)。

いずれも個別的財産に対する侵害を、相当物の対価的交付があるにもかかわらず認めたとはいえる。

誤信させた根抵当権者（住管機構）に相当の対価を支払って根抵当権を放棄させたという事案において、最高裁平成16年7月7日決定も同様の判断をおこなった。すなわち「本件各根抵当権等を放棄する対価としてA社から住管機構に支払われた金員が本件各不動産の時価評価などに基づき住管機構において相当と認められた金額であり、かつ、これで債務の一部弁済を受けて本件各根抵当権等を放棄すること自体については住管機構に錯誤がなかったとしても、被告人に欺かれて本件各不動産が第三者に正規に売却されるものと誤信しなければ、住管機構が本件各根抵当権等の放棄に応ずることはなかったというべき」場合には、住管機構をして本件各根抵当権等を放棄させてその抹消登記を了したことについて刑法246条2項の詐欺罪が成立するとした。

（2）ただし、請負契約の目的物であるくい打ち工事が瑕疵なく完成したのち、請負人が欺罔手段を用いて請負代金を本来の支払時期よりも早く受領したという事案において、最高裁平成13年7月19日判決は次のように判示した。

「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える程度の期間支払時期を早めたものであることを要すると解するのが相当である。これを本件についてみると、第1審判決は、被告人兩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。

したがって、被告人両名に詐欺罪の成立を認めた第1審判決の判断も、是認し難いものである」。

このような判断は、個別的財産に対する侵害を、相当物の対価的交付があるにもかかわらず認めている上掲の諸判例とは一線を画すものである。

(3) 他方でまた、原判決が「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似の書類にすぎず、銀行との関係においては独立して財産的価値を問題にすべきものとはいえないところ、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、最高裁平成14年10月21日決定は次のように述べた。

「しかし、預金通帳は、それ自体として所有権の対象となり得るものであるにとどまらず、これを利用して預金の預入れ、払戻しを受けられるなどの財産的な価値を有するものと認められるから、他人名義で預金口座を開設し、それに伴って銀行から交付される場合であっても、刑法246条1項の財物に当たると解するのが相当である」。

また同様に最高裁平成19年7月17日決定も、銀行が「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」、また「応対した各行員は、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

いう事実関係の下では、「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、詐欺罪と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」とした。

これらの事案についてはそもそも財産権侵害という結果、財産的損害があるといえるか自体が問題になりうるといえよう。

3 検討

(1) 以上のとおり判例はおおむね、相当対価の給付があった場合であってもあるいは財産的損害がほとんどないように見えるような場合であっても、被害者・交付者が情を知っていればあるいは錯誤がなければ交付しなかったといえる場合には詐欺罪の成立を認めている。

しかし、「現在では、たとえば、未成年者が成年者と偽って酒を購入した場合には詐欺罪は成立しないということは、ほとんどの学説が認めている。その理由としては、実質的には、酒という『個別財産』に対して、代金という『相当対価』が提供されたということのほかは考えられない」⁽¹⁸⁾

(18) 林幹人「刑法各論 [第2版]」144頁。さらに、同143頁は「提供された物が、それ自体としては、被害者の経済的目的を満足させるものであったときは、たとえ、真実を告げれば交付しなかったであろう場合であっても、刑法上の損害を否定すべきである。ドル・バイプレイター事件の場合損害を認めるべきなのは、金銭という個別財産をそれ自体として、形式的に、保護するべきだからではなく、提供されたドル・バイプレイターが、被害者にとって、提供した金銭に見合うだけの財産的(経済的)価値をもってはいなかったからである。このように、財産的損害の有無は、被害者が提供した財産だけでなく、被害者に提供された財産、そして、被害者の主観も考慮した上で、判断するという立場を『全体財産に対する罪』説、あるいは、経済的財産説というのである。この意味では、いわゆる個別財産に対する罪と解するよりは、このような見解が妥当だと思われる」という。

のであって、つまりそのような場合には詐欺罪の被害結果、法益侵害は生じていないものと解される。少なくとも、わかっていたら交付しなかった場合のすべてで詐欺を成立させるべきでないことは、上掲最高裁平成13年判決からも明らかであるし、それが判例の理解でもあるということになるろう。

相当対価との差引評価も詐欺罪における被害発生・法益侵害の判断上考慮に入れる立場を全体財産説あるいは実質的個別財産説と呼ぶことも許されよう⁽¹⁹⁾。

(2) 以上のような考慮を前提とし、さらに上掲のそもそも財産権侵害、財産的損害結果があるといえるか自体が問題になりうるケースの処理も合わせて考慮しようとするならば、畢竟、ここで取り上げたような具体的事実関係を実質的に評価しうる一般的判断基準とは次のようなものとなる。すなわち、当該損害が被害者の主観においても(相当の対価を得ているなどして)軽微⁽²⁰⁾であると客観的に評価しうるかどうか。

実質的損害はすなわち実質的違法性にほかならないから、相当の対価が問題となる場合を相対的軽微の事案だと考えれば、他方でパスポートの詐欺など国家・公共的法益に対する詐欺罪の成否の問題は絶対的軽微の事案だと見ることもできよう。未成年者の年齢詐称によるタバコ購入事例や

(19) 酒井安行「詐欺罪における財産的損害」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』(ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ2) 190頁(「両説は、明らかに接近する」)参照。

西田・上掲書190頁も、「被害者が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うものかどうか」の判断をすべきとして、同様に被害者の主観も加味し、また経済的(差引的)評価をなすべきと説く。

またここで法益関係の錯誤がないかぎり詐欺罪は成立しないとするアプローチも考えられるが、法益関係の錯誤概念自体の射程ないし内実が不分明なままである場合には、必ずしも妥当な判断基準を示しうるとは思われない。

(20) 葛原力三「国家的法益と詐欺罪の成否」芝原邦爾・西田典之・山口厚編『刑法判例百選Ⅱ各論[第五版]』(別冊ジュリスト167号) 89頁参照。

カード詐欺における加盟店については前者にあたるといえる。預金通帳カード詐欺の事例は後者に含まれよう。

第3節 電子計算機使用詐欺罪における「虚偽」の意義

1 カードの不正使用

(1) 本罪の構成要件は、コンピューターに虚偽の情報もしくは不正な指令を与えることでの不実電磁的記録作出（口座残高の水増しや課金データの消去等）によって（前段）か、または虚偽電磁的記録供用（偽造プリペイドカードの利用等）によって（後段）、財産上不法の利益を得るにある。

（キャッシュカードやクレジットカードとは異なり）財産権の得喪・変更自体についての記録を内蔵するプリペイドカードやICカードを「偽造」して利用し財産上の利益を得れば、刑法246条の2後段の虚偽電磁的記録供用利得罪が成立しうる。

(2) 他方、拾得・窃取など「不正」に取得した他人のプリペイドカード・ICカードを利用して不実電磁的記録作出なしに⁽²¹⁾財産上の利益を得た行為（拾ったsuicaでの列車利用、盗んだテレホンカードでの公衆電話利用等。ただし結果として電磁的記録は作出される⁽²²⁾）については、同様に後段の虚偽電磁的記録供用利得罪が成立しうるかが問題とされている⁽²³⁾（財物を得た場合は窃盗罪成立）。

(21) 作出した場合でさえ、虚偽の情報とも不正な指令ともいえない（それ自体に手は加わっていない）として、前段の罪の成立まで否定する立場もありうる。西田・上掲書199頁参照。

(22) 西田・上掲書199頁参照。

(23) 橋爪隆「電子計算機使用詐欺罪」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』（ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ2）194頁以下参照。これに対して、委託されたキャッシュカードでの不正送金については、本罪新設は違法実体に変化をもたらさないから、従来どおり横領の成立で足り本罪適用を排すべきである。反対、橋爪・上掲194頁以下参照。

「虚偽の電磁的記録」であるかどうかについて、電磁的記録そのものが真実に反して作成されたか(つまり手が加えられたか)を基準とする立場(客観的基準説または客観説と呼ぶ)によれば、偽造したわけでもない残高情報についてはそれ自体を虚偽の記録とはいえないと解することになり⁽²⁴⁾、したがって不実電磁的記録作出があれば前段の罪が成立しうが、そうでない限り後段の罪が成立する余地はないことになる⁽²⁵⁾(他人のID番号とパスワードをそのまま使った場合も同様)。

他方、関係者の主観を基準とする立場(主観的基準説または主観説)には、本来の所有者の意思に照らして判断する見解(所有者意思基準説)⁽²⁶⁾と、不正利用者に対応する処分行為者の意思に照らして判断する見解(処分行為者意思基準説)⁽²⁷⁾とがある。

(3) 思うに、所有者意思基準説によれば、不正に取得したことをもって虚偽とすることになり、「不実の電磁的記録の作出」という前段の欺罔的行為に比べ、その欺罔的行為の確定性ないし不法の程度の点で緩きに失する虞がある⁽²⁸⁾。

また処分行為者意思基準説によるときにも、「不正に取得したとわかっ

(24) 林幹人「電子計算機使用詐欺罪の新動向」NBL837号31頁では、立案担当者が虚偽にあたらないと考えた代表的な例だとして紹介されている。西田・上掲書199頁では、他人のID番号とパスワードを無断使用する場合について、「契約者のID番号とパスワードによる利用である以上、それは契約者による利用であって、『虚偽の情報』を与えたものとはいえないとする見解も有力」だとされている。

(25) 西田・上掲書199頁は、「拾得したテレホンカードでの公衆電話を利用するような行為が問題となるが、この場合は、利用の結果カードの磁気情報部分(残度数)が変化するとしても、それは利用の結果であって、『不実の電磁的記録』の作出自体を財産的利得とみることはできないから、本罪にはあたらない」としている。

(26) 鈴木左斗志「電子計算機使用詐欺罪(刑法条の)の諸問題」学習院大学法学会雑誌37巻1号209頁以下(特に214頁以下)、山口厚『刑法各論[補訂版]』270頁以下参照。ただし山口・同272頁は他人のIDとパスワードを使った場合については、アカウント(課金記録)が存在しない場合には本罪成立を肯定することは困難としている。

(27) 橋爪・上掲194頁参照。

ていれば利益を提供しなかった」から虚偽だということにもなりかねず、所有者意思基準説と同様に不正取得をもって虚偽としうる余地を残す点でやはり問題があろう。また虚偽の情報が与えられるのが人ではなく電子計算機であることを解釈上看過すべきではないように思われる。これを人に置き換えて理解しようとするときには、本条にいう「虚偽」の語義を不当に弛緩させ、「虚偽」という文言について類推に近い解釈を許すことになるのではなかろうか。

| | 内容 | 問題点 |
|------------|---------------------------|--|
| 客観的基準説 | 記録自体が真正か（加工されていないか）を基準とする | 不正取得した真正情報の供用には本罪が成立しない |
| 所有者意思基準説 | 本来の所有者の意思を基準とする | 不正取得をもって虚偽とすることになり、不実記録作出という前段行為に比し虚偽性として劣る |
| 処分行為者意思基準説 | 不正利用者に対応する処分行為者の意思を基準とする | 不正取得と知ってれば利益提供しなかったから虚偽となりかねず、「虚偽の情報」の語義に反する |

（４）私見によれば「虚偽」の意味は次のように把握されるべきである。すなわち、通常の詐欺罪における欺罔行為が処分行為（交付）に向けられたものと理解されることとパラレルにとらえるときには、本罪にいう虚偽とは事務処理に向けられたものと理解することができる。虚偽の情報による不実の電磁的記録の作出や虚偽の電磁的記録の供用により錯誤的な状況が事務処理システムに生じることでの利得というのが本罪の構造である。

とりわけオンラインでのサービスの有償提供といった事務処理システム

（28）林・上掲32頁もこの点について、「このような見解は、通常の詐欺罪において『欺罔行為』について一定の限界を認めようとする現在の判例・通説ともバランスを欠くように思われる」としている。

においては、正当な権利者・登録者によるサービス利用ということが課金・請求のための必須の前提であろう。そしてまたサービスの提供と課金のシステムとは通常一体のものとして、連動した一つのシステムとして機能していると解することができる。

したがって、こうしたサービスについてIDやパスワードを入力して利用する場合においては、まさに正当な登録者についての利用データ、課金ファイルの生成が事務処理上非常に重要な意味を有するといえる。

他方、たとえ利用者についての登録制度等がとられている場合であっても、容易に貸与等が可能でありまたそのことが当然想定されているICカードやプリペイドカードの利用については、その場でキャッシュレスでの即時決済ということがシステム上重要なことであって、(通常不正利用につき事務処理側が求償に応ずべき場合というのもあまり考えられないように思われるが仮にそれがありうるとしても)事務処理する側が通常その所持者の同一性、所持の正当性に重大な関心をもっているものとは考えがたいように思われる。

畢竟、当該事務処理システムを具体的かつ類型的に把握して、利用者・行為者の同一性が重要であるかどうかを基準に虚偽の意味をとらえるべきである⁽²⁹⁾。

(5) したがってまた、たとえば他人の家の電話や他人の携帯電話を勝手

(29) 大山弘「電子マネー利用権の不正取得と電子計算機使用詐欺罪の成否 — 最一小決平18・2・14 刑集60巻2号165頁(肯定) —」神戸学院法学36巻2号470頁も、「問題とすべきは、『当該電子計算機によるシステムにおいて予定されている事務処理の目的に照らす』際にどのような事項・事実が考慮されるべきかという点である。クレジットカードシステムにおいては、クレジットカードの名義人と使用者は一致していることが、その予定されている事務処理の目的にとって重要な事項であり、この点を考慮せずにその虚偽性を判断することはできないであろう」というが、同趣旨であろう。また林・上掲33頁が詐欺罪の欺罔行為一般について、その内容を「取引上重要な事実」について偽り、相手が騙されて交付する「相当程度危険な」行為」ととらえているのも、共通するあるいは近い理解といえるのではなからうか。

に使った場合については、通常は無論契約者かまたは契約者から許諾を得た者が使用するとはいえ、必ずしもシステム上誰が電話を使用するかということは（誰が電話代を支払うべき契約名義人であるかということと比べて）それほど重要であるとは思われないから（それはシステムの側からすれば契約者と使用者との間の問題であろう）、本罪は成立しないものと考えられる。

2 背任罪との関係（東京高裁平成5年6月29日判決高刑集46巻2号189頁）

虚偽かどうかを当該事務処理システムの具体的な性質・性格を前提として判断するというのは、通常の詐欺罪において処分行為に向けられた欺罔行為でなければならないというのと揆を一にするものと思われる。

本罪という虚偽の意義について判示したリーディングケースである東京高裁平成5年6月29日判決は次のように述べている。「刑法二四六条の二の『虚偽ノ情報』とは、電子計算機を使用する当該事務処理システムにおいて予定されている事務処理の目的に照らし、その内容が真実に反する情報をいうものであり、本件のような金融実務における入金、振込入金（送金）に即していえば、入金等に関する『虚偽ノ情報』とは、入金等の入力処理の原因となる経済的・資金的実体を伴わないか、あるいはそれに符合しない情報をいうものと解するのが相当である」、一般に「不良貸付の事例の場合においては、電子計算機に入力された入金情報は、民事法上有効な貸付という経済的・資金的実体を伴い、これに符合しているので、虚偽の情報とはいえず、電子計算機使用詐欺罪は成立しないが（右のような実体を作成した行為につき背任罪の成否が問題になる。）、本件においては、前記2のとおり、被告人は自己の個人的債務の支払に窮し、その支払のため、勝手に、支店備付けの電信振込依頼書用紙等に受取人、金額等所要事項を記載しあるいは部下に命じて記載させ、支店係員をして振込入金等の

電子計算機処理をさせたものであって、被告人が係員に指示して電子計算機に入力させた振込入金等に関する情報は、いずれも現実にこれに見合う現金の受入れ等がなく、全く経済的・資金的実体を伴わないものであることが明らかであるから、『虚偽ノ情報』に当たり電子計算機使用詐欺罪が成立する」⁽³⁰⁾。

ここでも、単に不良貸付であることだけではせいぜい背任の成否が問題とされうるにすぎない。当該事務処理にとって重要なことは、本件入金処理が本人たる金融機関のために信任の範囲内において実体をともなう取引の形でおこなわれたかどうかである。本判例は、具体的な事務処理のシステムや状況を前提とした上で、当該振込入金等が個人的な思惑から勝手になされた「全く経済的・資金的実体を伴わないもの」であるときには、もはやその任務違背の程度もはなはだしい不正な入金処理は、実体に全く符合しないという意味において本罪の「虚偽」にあたると認定している。

(本学法学部・法科大学院准教授)

(30) 高刑集46巻2号200頁。