

論説

振り込め詐欺の法的構成・
既遂時期・未遂時期
—— かけ子の罪責を中心に ——
(1)

二本柳 誠

- I はじめに
- II 振り込め詐欺の法的構成（以上本号）
- III 振り込め詐欺の既遂時期
- IV 振り込め詐欺の未遂時期
- V 終わりに

I はじめに

振り込め詐欺⁽¹⁾が社会問題化して久しい。2014年の振り込め詐欺の被害額は、2013年より約117億円増加し、約375億円に上った⁽²⁾。振り込め詐欺を巡っては、その発展段階や、役割分担、事例類型等に応じて様々な犯罪の成否が問題となる⁽³⁾。例えば、振り込め詐欺の準備段階においては、通帳や携帯電話の不正取得行為について、詐欺罪の成否が問題となる⁽⁴⁾⁽⁵⁾。振り込め詐欺の実行段階においては、被害者に電話をかける行為について、被害者に対する詐欺罪の成否が問題となる（このような行為を担当する者は、俗に「かけ子」と呼ばれる）。振り込まれた金銭を口座から引き出す行為については、窓口を利用すれば銀行に対する詐欺罪の成否が、ATMを利用すれば銀行に対する窃盗罪の成否が問題となる（このような行為を担当する者は、俗に「出し子」と呼ばれる）⁽⁶⁾。金銭

(1) 振り込め詐欺を特集のテーマにする警察庁編『平成21年版警察白書』（2009年）2頁は、振り込め詐欺に関連する用語法を以下のように示している。

「振り込め詐欺（恐喝）とは、次の4種類の詐欺等の総称である。

・いわゆるオレオレ詐欺（恐喝）

親族を装うなどして電話をかけ、会社における横領金の補てん等の様々な名目で現金が至急必要であるかのように信じ込ませ、動転した被害者に指定した預貯金口座に現金を振り込ませるなどの手口による詐欺（又は恐喝）

・架空請求詐欺（恐喝）

架空の事実を口実に金品を請求する文書を送付して指定した預貯金口座に現金を振り込ませるなどの手口による詐欺（又は恐喝）

・融資保証金詐欺

融資を受けるための保証金の名目で指定した預貯金口座に現金を振り込ませるなどの手口による詐欺

・還付金等詐欺

社会保険事務所等を装い、医療費の還付等に必要の手続を装って現金自動預払機（ATM）を操作させて口座間送金により振り込ませる手口による電子計算機使用詐欺（平成18年6月に初めて認知された）

その特徴は、

・電話を利用して被害者をだますこと（又は脅すこと）

・虚偽の氏名、家族関係、身分又は所属を告げ、他人になりすますこと

である。」

近時は、「特殊詐欺」という用語も使われる。法務総合研究所編『平成26年版犯罪白書』（2014年）13頁によれば、「『特殊詐欺』は、被害者に電話をかけるなどして対面することなく欺もうし、指定した預貯金口座への振り込みその

を振り込ませずに直接手渡しで受け取る事例類型（このような受け取り行為を担当する者は、俗に「受け子」と呼ばれる）では、かけ子の共犯者たる受け子について、共同正犯と幫助犯の区別や⁽⁷⁾、承継的共犯の成否が問題となる。いわゆる還付金詐欺のように、被害者がおよそ入金の意味を持たずもっぱら金銭受領の意味でATMを操作させられる事例類型では、電子計算機使用詐欺罪の間接正犯の成否が問題となる⁽⁸⁾。

本稿は、以上のうち、かけ子の罪責に焦点を当てるものである。かけ子の罪責としては、まず、一項詐欺罪・二項詐欺罪のいずれを適用するかという法的構成が問題となり、次いで、一項詐欺罪であれば「財物」をいつ「交付させた」

といえるか、二項詐欺罪であれば「利益」をいつ「得」たといえるかという既遂時期が問題となる。これらの点については、（振り込め詐欺に限らず）預金口座を利用した金銭の詐取という事例類型について古くから議論の蓄積があるのに加え、振り込め詐欺が社会問題化している近年、議論の進展がみられるところである。法制度の面でも、振り込め詐欺対策のひとつとして平成19年に制定されたいわゆる「振り込め詐欺救済法」⁽⁹⁾の3条1項が、預金口座が犯罪に利用された疑いがあるときに、金融機関が取引停止等の措置を適切に講ずることを規定していることは、既遂時期に関する議論に若干の影響を与えるものと考えられる。そこで本稿ではまず

他の方法により、不特定多数の者から現金等をだまし取る犯罪（現金等を脅し取る恐喝も含む。）の総称である。

このうち、『振り込め詐欺』は、オレオレ詐欺、架空請求詐欺、融資保証金詐欺及び還付金等詐欺であり、『振り込め詐欺以外の特殊詐欺』は、金融商品等取引名目の詐欺、ギャンブル必勝情報提供名目の詐欺、異性との交際あっせん名目の詐欺等である。』。

- (2) 警察庁HP「平成26年の特殊詐欺認知・検挙状況等について」〈http://www.npa.go.jp/sousa/souni/hurikomesagi_toukei2014.pdf〉参照（2015年1月30日閲覧）。
- (3) 神元隆賢「振り込め詐欺を巡る刑法解釈上の諸問題」法政論叢46巻2号（2010年）43頁以下、松澤伸「振り込め詐欺を巡る諸問題」早稲田大学社会安全政策研究所紀要5号（2012年）3頁以下参照。井田良ほか『刑法事例演習教材〔第2版〕』（2014年）239頁以下、島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える〔第3版〕』（島田聡一郎執筆）（2014年）410頁以下も参照。
- (4) 最決平成19年7月17日刑集61巻5号521頁は、第三者に譲渡する意図を秘して通帳等を詐取した事案で、詐欺罪の成立を認めた。また、東京高判平成24年12月13日高刑集65巻2号21頁は、「第三者に無断譲渡する意図を秘して自己名義で携帯電話機の購入等を申し込む行為は、その行為自体が、交付される携帯電話機を自ら利用するように装うものとして、詐欺罪にいう人を欺く行為つまり欺罔行為に当たる。」と判示した。
- (5) 通帳や携帯電話の取得に際して積極的な欺罔行為が欠ける事案では、挙動による欺罔行為の認定（挙動による欺罔行為該当性）も問題となろう（暴力団員によるゴルフ場利用に関する最判平成26年3月28日刑集68巻3号582頁、最決平成26年3月28日刑集68巻3号646頁参照）。挙動による欺罔行為該当性と理論的には別の問題として、「交付の判断の基礎となる重要な事項」（最決平成22年7月29日刑集64巻5号829頁）に関する錯誤があったといえるかを検討する必要もあろう（暴力団員による通帳の詐取に関する最決平成26年4月7日刑集68巻4号715頁）。なお、判例において、挙動による欺罔行為該当性の判断に際しても、重要事項該当性の判断に際しても、①ルール（及びその趣旨）、②実効措置、③欺罔なければ交付なしという関係等の事情に言及されており、着目すべき事情には共通性を見出すことができる。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54巻2号（2015年）175頁以下参照。
- (6) 出し子に窃盗罪の成立を認めたものとして、東京高判平成17年12月15日東高刑時報56巻1～12号107頁、東京高判平成18年10月10日東高刑時報57巻1～12号53頁、名古屋高判平成24年7月5日高検速報平成24年207頁、東京高判平成25年9月4日判時2218号134頁等参照。
- (7) 東京高判平成23年11月25日高刑速平成23年176頁。
- (8) 岐阜地判平成24年4月12日公判物未登載等。警察庁編・前掲注（1）2頁も、還付金詐欺を電子計算機使用詐欺だとする。還付金詐欺においては被害者におよそ交付意思を認めることができないため、（無意識的の処分行為論を採用したとしても）詐欺罪を適用することは困難であることにつき、古川伸彦「刑法——振り込め詐欺から刑法入門」法教379号（2012年）17頁以下、橋爪隆「銀行預金をめぐる犯罪の成否について」刑ジャ31号（2012年）5頁注7参照。これに対して、神元・前掲注（3）359頁以下は、交付意思を不要として還付金詐欺に詐欺罪の成立を認める。

法的構成の問題を、次いで既遂時期の問題を検討する⁽¹⁰⁾。そして、既遂時期の議論を前提に、その具体的危険の発生によって画される未遂時期を論じることにはしたい。

なお、本稿では、預金口座を利用して金銭を喝取する事案（いわゆる「振り込め恐喝」）についても検討の対象とする。詐欺罪と恐喝罪は、いずれも交付罪に分類され、条文上一項と二項に分かれていることから、議論の共通性を認めることができるからである⁽¹¹⁾。

Ⅱ 振り込め詐欺の法的構成

1 問題の所在

振り込め詐欺の場合、犯人がその金額の預金払い戻し請求権を取得するといえる限度では二項詐欺罪が疑いなく成立するが、更に進んで一項詐欺罪も成立するかが問題となるとされる⁽¹²⁾。

もっとも、一項詐欺罪と二項詐欺罪の法定刑は同一であり、また、手続面ではいずれの処理でも大差ないとの指摘もあり⁽¹³⁾、法的構成を検討する意義は自明ではない。第一に、詐欺罪の適用に際して裁判所は一項か二項かを特定するのであるから、ここにおいて既に、その特定の論理である法的構成を論じる意義が見出されるのではないか。第二に、法的構成は既遂時期の理解に影響を及ぼしうる⁽¹⁴⁾。すなわち、二

項詐欺説からは形式的な預金残高の上昇を捉えて既遂とする理論の可能性が示唆されているが、一項詐欺説からはそのような形式的理解が主張されることはない（詳細はⅡ4（4）で検討する）。もっとも、そのような形式的理解を拒否すれば、一項詐欺説と二項詐欺説で違いは生じないことになる。第三に、振り込まれた金銭を、盗品等の罪における「盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」とみることができるのは、かけ子に一項詐欺罪を適用する場合に限られる⁽¹⁵⁾。実務上、出し子に盗品等運搬罪は適用されていないようであるから、その適用可能性を認めることがメリットであるのかどうかは検討を要するところであるが、少なくとも、一項か二項かによって大きな違いが出てくる点とはいえよう。

第四に、法的構成の議論は、かけ子が自らATMで引き出し行為を行ったような場合の罪数判断にも影響を及ぼすかもしれない。この点に関する従来の議論において、併合罪説によれば、かけ子の詐欺罪は個人を被害者とする一方、出し子の窃盗罪は銀行を被害者とするものであり、銀行についても独自に保護されるべき利益が存することから、詐欺罪と窃盗罪が成立し併合罪となるとされる⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾。これに対して、包括一罪説によれば、実質的な財産的被害を被ってい

(9) 犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律（平成19年法律第133号）。

(10) なお、ドイツ刑法典の詐欺罪（263条）と恐喝罪（253条）は、いずれも Vermögen（全体財産）を侵害する（beschädigen）罪とされる。そこでは一項・二項を区別していないため法的構成については議論を参照できず、客観的な占有取得が要求されていないため既遂時期の議論も参照が難しいと思われる。もっとも、ドイツでも振り込め詐欺は Enkeltrick（孫だまし）と呼ばれ社会問題化していると考えられる（神元・前掲注（3）44頁参照）。

(11) 犯罪白書や警察白書においても「振り込め詐欺（恐喝）」として同列に扱う表現がみられる（例えば、前掲注（1）の各文献の引用頁参照）。

(12) 坂田威一郎「振り込め詐欺の法的構成と既遂時期に関する実務上の若干の考察」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題〔第2巻 第2編 実践編〕』（2011年）88頁注14、原田國男「コンピュータ、クレジット・カード等を利用した犯罪」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系 第2巻 経済活動と刑罰』（1983年）246頁、藤木英雄『経済取引と犯罪』（1965年）26頁参照。

(13) 判例は古くから、一項・二項の適用の誤りは判決破棄の理由にならないとしている。大判明治44年5月23日刑録17輯747頁、大判大正11年7月4日刑集1巻381頁等参照。大判昭和9年12月3日刑集13巻1639頁、東京高判昭和41年4月22日高刑集19巻3号339頁も、明治44年判決を参照する。さらに、稲田伸夫「財物と財産上の利益」佐藤道夫編『刑事裁判実務大系 第8巻 財産的刑法犯』（1991年）295頁は、「どちらが適用されても情状にも影響はしないと思われる」とする。

(14) 坂田・前掲注（12）84頁注10参照。

(15) 松澤伸「演習」法教374号（2011年）167頁、同・前掲注（3）17頁。

るのは被害者個人であること、また、社会的・自然的にみれば振込みから引出しまでを含めて一連一体の事実とみることができることから、法益侵害の二重評価を避けるためにも、両者を(混合的)包括一罪と解すべきだとされる⁽¹⁸⁾。

このように、従来の議論では被害(者)や行為に着目されてきたといえるが、これらに加えて、法的構成の議論は、客体への着目を促す。すなわち、かけ子に一項詐欺罪を適用する場合、かけ子が詐欺罪で取得する客体も、出し子が窃盗罪で取得する客体も、いずれも「財物」であると考えられる。他方、二項詐欺罪を適用する場合、前者は「利益」であるのに対し後者は「財物」であることになる。そうすると、一項詐欺罪を適用する見解は、客体の同一性を認める点で包括一罪説と親和的であるのに対し、二項詐欺罪を適用する見解は、客体の異質性を認める点で併合罪説と親和的である、といえそうである⁽¹⁹⁾。

振り込め詐欺の法的構成を論じる意義を低く見積もる向きもあるが⁽²⁰⁾、以上の意味において、なおこれを論じる意義が存在すると考える。

2 学説の概観

例えば、甲がAを欺罔し、甲の支配する預金口座に現金を振り込ませた場合(以下、【現金振込事例】と呼ぶ。)や、甲がAを欺罔し、甲の支配する預金口座にAの預金を振り替えさせた場合(以下、【預金振替事例】と呼ぶ。)、現金振込・預金振替の時点で既遂となるのは、一項詐欺か、二項詐欺か。両事例において、現金振込・預金振替の時点で行為者甲が得るのは預金であって現金ではない点は、一項詐欺罪の適用を躊躇させる。また、【現金振込事例】において被害者Aが失うのが現金という財物である点は二項詐欺罪の適用を躊躇させ、【預金振替事例】において被害者Aが失うのが預金という利益である点は一項詐欺罪の適用を躊躇させる。

学説は、3説に大別できよう。第一は、【現金振込事例】・【預金振替事例】ともに一元的に一項詐欺罪を適用する見解(一項詐欺説)、第二は、【現金振込事例】・【預金振替事例】ともに、一元的に二項詐欺罪を適用する見解(二項詐欺説)、第三は、例えば、【現金振込事例】には一項詐欺罪を、【預金振替事例】には二項

-
- (16) 田辺泰弘「判批」警学59巻6号(2006年)223頁、橋爪隆「銀行取引をめぐる犯罪」山口厚編『経済刑法』(2012年)99頁注4、松田俊哉「振り込め詐欺の被害者に振り込ませた現金をATMで引き出すことの擬律について」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題〔第2巻 第2編 実践編〕』(2011年)61頁74-5頁参照。
- (17) 最決平成14年2月8日刑集56巻2号71頁は、消費者金融会社の係員を欺いてローンカードを交付させた上これを利用して同社の現金自動入出機から現金を引き出した場合には、同係員を欺いて同カードを交付させた点につき詐欺罪が成立し、同カードを利用して現金自動入出機から現金を引き出した点につき窃盗罪が成立し、両罪を併合罪としたことが参考になるであろう。
- (18) 綿引紳郎「判批」判タ170号(1965年)53頁は、「現金払込の時に騙取罪が成立するものとすれば、その後における約束手形の振出による払戻は、結局騙取した金員の事後処分にすぎないのであって、別罪を構成するものではないと解すべきであろう。」とする。中森喜彦「判批」判評422号(1994年)62頁は、「行為者による処分は犯罪成立後の事情(せいぜい包括一罪の問題)であるに過ぎない」とする。銀行の損害の形式的性格に言及するものとして、田山聡美「判批」刑ジャ41号(2014年)228頁、照沼亮介「預金口座内の金銭の法的性質——誤振込の事案を手掛かりとして——(4・完)」上法58巻2号(2014年)83頁参照。引き出しにまで至った事案で被害者に対する詐欺罪と銀行に対する窃盗罪の成立を認め併合罪として処理した裁判例を見つけることができなかったが、包括一罪説からはこのことを起訴裁量の帰結としてではなく、罪数論の帰結として把握できる。
- (19) なお、筆者自身は、後述するように二項詐欺説を妥当と考えるが、それでもなお包括一罪説を支持したい。このことは、客体や被害(者)の形式的異質性よりも、被害(者)の実質的同一性、行為の一連一体性、および法益侵害の二重評価の回避を重視することから説明できるのではないだろうか。
- (20) 高橋省吾『大コンメンタール刑法 第2版 第13巻』[大塚仁ほか編](2000年)78頁は、「いずれの法律構成でも差し支えない」とする。橋爪・前掲注(8)5頁は、「詐欺罪・恐喝罪については、1項犯罪か2項犯罪かを厳格に区別する実益が必ずしも大きくない」とする。

詐欺罪を適用するなど、何らかの基準を用いて一項詐欺罪と二項詐欺罪を併用する見解（中間説）である。

一項詐欺説は、現金振込・預金振替の時点で、金銭という「財物」を「交付させた」とみる⁽²¹⁾。本説によれば、【現金振込事例】はもとより、現金が現実に移転していない【預金振替事例】においても一項詐欺罪を適用することになる⁽²²⁾。本説は、「預金口座に入金されればそれで手持ち現金の増加と考える、現代の銀行・金融実務に対する一般的な感覚や社会常識に最も近いものである」⁽²³⁾とされる。根拠としては、第一に、「金銭については、それが行為者の自由に処分することのできる状態に置かれれば、交付があったとみるべきである」⁽²⁴⁾という命題が掲げられることが多い。この「自由に処分することのできる状態」を、以下では「自由処分可能性」と呼びたい。第二に、自由処分可能性とは別に、「預金による金銭の占有」の議論が援用されることもある。両者を区別して論じる必要があるのかを含め、その詳細につい

ては後に検討するとして、本説に対しては、次のような批判が向けられている。「被害者からの金銭の授受がない場合に騙取罪の成立を認めるためには、被害者が銀行所有の不特定金銭について事実的支配を有しておりかつこれが被告人に移転したことを肯定せねばならない筈である。しかし、被害者が銀行である場合にはかかる支配を肯定することが可能としても、不特定物についてそもそも支配の移転があり得るかは疑問があり、被害者が預金者等銀行以外の者である場合には、これらを肯定するのはなおさら困難である。」⁽²⁵⁾この批判に対しては、近時、詐欺罪における占有の概念を拡張的に理解することで乗り越えようとする主張があり⁽²⁶⁾、検討を要する。

二項詐欺説は、現金振込・預金振替の時点では、預金債権という「利益」を「得」たとどまるとする⁽²⁷⁾。本説によれば、【預金振替事例】はもとより、現金が現実に移転する【現金振込事例】にも二項詐欺罪を適用することになる。本説に対しては、前述した現代の銀行・金融実

-
- (21) 井田良『刑法各論〔第2版〕』（2013年）129頁、伊藤渉「振り込め詐欺」法教296号（2005年）15頁、大谷實「キャッシュカードの不正使用と財産罪」『刑法解釈論集Ⅱ』（1990年）194頁〔初出・判タ550号（1985年）89頁〕、木村光江『演習刑法』（2003年）275頁、坂田・前掲注（12）85頁、佐藤拓磨「詐欺罪における占有」『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』（2014年）259頁、鋤本豊博「CDカードの不正使用と『預金の占有』（上）」白鷗14号（2000年）13頁、高橋（省）・前掲注（20）78頁、高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（2014年）303頁、原田・前掲注（12）247頁、福田平『注釈刑法（6）各則（4）』（団藤重光編）（1966年）230頁、松澤・前掲注（15）166頁、同・前掲注（3）13頁、水本和彦「振り込め詐欺・恐喝事犯における一考察」捜研644号（2005年）39頁等。さらに、本江威憲監修『民商事と交錯する経済犯罪Ⅱ』（1995年）309頁以下も参照（ただし、「金融機関の係員を欺罔して、当該金融機関の自己の口座に預金債権を得たとどまるケースの中には、二項詐欺で処理するのが相当と解される場合もあろうか」とする）。
- (22) 例えば、福田・前掲注（21）230頁は、現金の現実の移転が無かった事案（被告人が銀行員を欺罔して為替手形の割引を承諾させ、その金員を自己の当座預金口座に振り替えさせた行為に二項詐欺罪の成立を認めた大判大正14年3月20日刑集4巻184頁）について、一項詐欺罪の適用を主張する。
- (23) 坂田・前掲注（12）82頁。稲田・前掲注（13）300頁も参照。
- (24) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（1990年）616頁。
- (25) 的場純男「判批」研修458号（1986年）54頁参照。
- (26) 佐藤・前掲注（21）239頁以下。
- (27) 伊東研祐『刑法講義各論』（2011年）214-5頁、神元・前掲注（3）53頁以下、的場・前掲注（25）56-7頁、同「横領罪における占有の意義——不動産及び預金の占有を中心として——」芝原邦爾編『刑法の基本判例』（1988年）135頁、同「銀行預金を巡る犯罪」経営刑事法研究会編『事例解説 経営刑事法Ⅲ』（1988年）141-2頁、山中敬一「判批」法セ459号（1993年）117頁。山口厚『刑法各論 第2版』（2010年）296頁は、「どちらの解決〔＝一項詐欺構成・二項詐欺構成〕も可能であるものの、預金による金銭の占有は横領罪固有の占有概念に由来するものと解する限り、二項詐欺・恐喝の成立を肯定するにとどまることになろう」とする。なお、大塚仁『刑法各論 上巻

務に対する一般的な感覚や社会常識に反すると
か、一元的に二項詐欺と構成するのは技巧的に
すぎるとの批判が向けられているものの、論理
的には明快である⁽²⁸⁾。

他方、中間説は、何らかの基準を用いて一項
詐欺罪と二項詐欺罪を併用するものであり、3つ
のヴァリエーションを見出すことができる。第
一に、入金口座説は、入金された口座の種類に
よって場合を分け、それが当座預金口座である
ときは、入金額を直ちに小切手資金として処分
できるから一項詐欺の既遂であるが、普通預金
口座であるときは、いまだ銀行所有の不特定の
現金に対して排他的支配を取得したと認めがた
いから二項詐欺の既遂にとどまるとする見解で
ある⁽²⁹⁾。本説に対しては、ATMさらにはインター
ネット・バンキングによる操作が可能な現状
に照らせば、普通預金の処分可能性が著しく高
まっており、普通預金か当座預金かの区別はも
はや重要ではないとの指摘が可能であろう⁽³⁰⁾。

中間説の第二は、【現金振込事例】では一項
詐欺を、【預金振替事例】では二項詐欺を認め
る金銭移転説である⁽³¹⁾。本説は、【現金振込事

例】について、現金という「財物」を、犯人と
特別な関係を有する第三者である銀行に「交付
させた」として捉える⁽³²⁾。すなわち、情を知ら
ない銀行は犯人の「機械」ないし「道具」と
いえ、銀行への現金交付は犯人への現金交付と
同視するというのである⁽³³⁾。たしかに、「被
害者が何を失ったか（金銭か預金債権か）を基
準としていかなる犯罪が行われたのかを決する
のは、素朴な社会感情にも合致」⁽³⁴⁾する面が
ある。また、本説は（少なくとも従来の）判例
の傾向を説明できるものとされる（Ⅱ3参照）。
しかし、判例も一般に第三者領得構成を用いて
いるわけではないし⁽³⁵⁾、そもそも、【現金振込
事例】において振込の仕向銀行と被仕向銀行が
異なる場合には、現金の持ち込まれる仕向銀行
と犯人との間に上記の「特別な関係」を認めう
るかは疑問である⁽³⁶⁾。かといって、仕向銀行
と被仕向銀行が同じ場合に限って第三者領得構
成をする意義もまた、見出し難い。

中間説の第三は、犯人の意図によって一項か
二項かを区別する見解である⁽³⁷⁾。すなわち、
振り込め詐欺の犯人に現金を引き出す予定があ

〔改訂版〕（1984年）522頁は、「相手方を欺罔して、行為者名義の郵便振替貯金口座に金員を振り込ませること」
を二項詐欺の例として挙げており、二項詐欺説に分類されることがある（例えば、高橋（省）・前掲注（20）78
頁、坂田・前掲注（12）83頁参照）。

(28) 稲田・前掲注（13）301頁、坂田・前掲注（12）83頁、高橋（省）・前掲注（20）78頁参照。

(29) 藤木・前掲注（12）26-7頁。

(30) 的場・前掲注（25）56頁等参照。なお、大阪地判昭和59年12月21日判タ553号270頁は、入金口座説を明示的に
退けている。

(31) 中森・前掲注（18）61頁。石井徹哉「横領罪」曾根威彦＝松原芳博編著『重点課題 刑法各論』（2008年）158頁、
安田拓人「演習」法教316号（2007年）123頁も参照。

(32) 交付罪における物・財産上の利益の相手方には、犯人自身のみならず、第三者も含まれると考えられる。この
ことは、刑法246条2項（二項詐欺罪）および249条2項（二項恐喝罪）が財産上の利益について明文で規定してい
るが、物についても同様に解しうるからである。ただし、第三者が相手方である場合にも不法領得の意思が必要
であることから、犯人と無関係な第三者は除外され、特別な関係を有する第三者に限られる（山口・前掲注（27）
256頁、315頁参照）。交付罪の相手方に犯人のみならず特別な関係を有する第三者も含まれるとする理解は、学説
上広く支持されているように見受けられるとともに、判例の採用するところでもある（大判大正5年9月28日形録
22輯1467頁参照）。

(33) 中森・前掲注（18）62頁、綿引・前掲注（18）53頁参照。

(34) 的場・前掲注（25）56頁。

(35) ただし、第三者領得構成を（自由処分可能性とともに）示唆する裁判例もある。すなわち、浦和地判平成4年4
月24日判タ798号268頁は、「金員喝取を企てた犯人が相手方から自らの預金口座に振込入金を得る行為を金員喝取
の一態様として認めることを相当とする理由は、通常は、犯人が右入金を得ると同時に、何時でも自由に預金払
戻手続によって入金額相当の現金を自らの手にすることができるようになり、したがって、右入金を得ることが、

る場合には、引出しの時点ではじめて一項詐欺の既遂を肯定するのに対し、犯人に現金を引き出す予定がない場合（例えば自動引落とし等に利用する予定の場合）には、振込みの時点で二項詐欺の既遂を認めるべきであるとする。その根拠は、前者の場合には「犯人の引出し行為なくしては、犯罪全体が終了することはない」⁽³⁸⁾のに対し、後者の場合には引出し行為を待たずに犯人としてやるべきことは終了していること、また、自宅にある金庫に現金をしまうのと実質的に同様と評価できる場合に限りて預金による金銭の占有を認めるべきだとする見地から⁽³⁹⁾、前者の場合には振込みの時点では未だ現金が金庫に入ったのと同様とまではいえないのに対し⁽⁴⁰⁾、後者の場合には振込みの時点で既に現金が金庫に入ったも同然であることに求められているようにみえる⁽⁴¹⁾。もっとも、いずれにせよ、「犯人の内心の如何によって客体が変化するというのは不自然な感が否めず、支持し難い。」⁽⁴²⁾。

以上、中間説に対しては、既に十分な批判が加えられているように思われる。一項詐欺説および二項詐欺説については、判例の概観の後にさらなる検討を加えることにしたい。

3 判例の概観

1983年（昭和58年）の文献は、預金口座を利

用して金銭を詐取した事案につき、それまでの判例の傾向を次のように整理した。すなわち、「判例は、第三者が被害者であり、現実に金員の移動がある場合には、振込みの時点で騙取罪の既遂を認め、金融機関を相手方として預金債権をえたに止まる場合には利得罪を認める、といつてよいであろう。」と⁽⁴³⁾。まず、「第三者が被害者であり、現実に金員の移動がある場合」に一項詐欺罪の成立を認めたものとして、例えば、大判明治44年12月14日形録17輯2185頁⁽⁴⁴⁾、大判昭和2年3月15日刑集6巻89頁⁽⁴⁵⁾、東京高判昭和36年11月14日高刑集14巻8号570頁⁽⁴⁶⁾がある。このうち、大審院昭和2年判決は、原判決を破棄して、「……約二百三十名をして送料名義の下に各金二円九十八銭（合計約六百八十五円四十銭余）を被告人名義の郵便振替貯金口座に払込み之が登記を為さしめ以て騙取したるものなり」（圏点筆者）との事実を認定して、刑法旧246条1項（「人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ……」）の規定する「騙取」の事実（一項詐欺罪の事実）を認定し、その上で、「本件振替口座振替金中判示掲記の部分は悉く被告人の口座に登録せられ此の時に於て被告人の自由に処分し得べき状態に置かれたるものと認むるを妥当とするを以て判示被告人の行為は詐欺の既遂を以て論ずべきこと疑を容れず」⁽⁴⁷⁾と判示した。この判示は、金銭が「被告人の自由に

実質的には、相手方から現金の交付を直接受けることと異ならないことにある。」と判示した。

- (36) 神元隆賢「振り込め詐欺は1項詐欺か」三重中京大学地域社会研究所報21号（2009年）80頁、同・前掲注（3）54-5頁、佐藤・前掲注（21）252頁参照。
- (37) 青木陽介「預金による占有についての一考察」上法55巻3・4号（2012年）84頁以下。
- (38) 青木・前掲注（37）86頁。
- (39) 青木・前掲注（37）66-7頁、70頁参照。
- (40) 青木・前掲注（37）86-7頁参照。
- (41) 青木・前掲注（37）88-89頁参照。
- (42) 佐藤・前掲注（21）253頁。
- (43) 中森喜彦「2項犯罪における財産上不法の利益と処分行為」西原春夫ほか編『判例刑法研究 第6巻』（1983年）279頁。この整理を肯定的に紹介するものとして、例えば、高橋（省）・前掲注（20）78頁参照。ただし、この整理には（重複はないが）漏れがあり、例えば、金融機関が被害者であり現実に金員の移動がある場合については言及されていない。
- (44) 被告人の虚偽広告に欺罔された者が、債権の買入れを委託するため被告人の郵便振替貯金口座に現金を払い込んだ事案。
- (45) 被告人が、懸賞の賞品としてラジオ等を進呈するとの虚偽の広告を新聞に出し、欺罔されて懸賞に応募した者ら

処分し得べき状態に置かれた」こと、すなわち自由処分可能性に着目して登記時（記帳時）に既遂を認めた点で、既遂時期に関する重要な判断を示している。それと同時に、このことは、本判決が上記のように「騙取」の事実（一項詐欺罪に該当する事実）を認定していることと併せ考えると、振込まれた金銭が記帳されれば、犯人は当該金銭という「財物」の自由処分可能性を得たといえるという、一項詐欺罪の適用をも含意しているように思われる。次に、「金融機関を相手方として預金債権をえたに止まる場合」に二項詐欺罪を認めたものとして、大判大正14年3月20日刑集4巻184頁⁽⁴⁸⁾、大判昭和9年12月3日刑集13巻1639頁⁽⁴⁹⁾、大判昭和10年9月12日刑集14巻923頁⁽⁵⁰⁾、東京高判昭和28年2月23日東高判時報3巻2号79頁⁽⁵¹⁾、最判昭和32年1月31日刑集11巻1号346頁⁽⁵²⁾、東京高判昭和41年4月22日高判集19巻3号339頁⁽⁵³⁾がある。

以上のような1983年（昭和58年）までの判例

の傾向は、一項詐欺罪と二項詐欺罪の適用が併存する点において、いずれか一方のみの構成しか認めない一項詐欺説及び二項詐欺説からは説明困難である一方、金銭移転説からは説明が可能であろう（ただし、判例は、一項詐欺罪の成立を認める際に、犯人と銀行との間の特別な関係を認定しているわけではない）。その後、それまでの傾向に合致する裁判例がある一方（一項詐欺罪を認めた大阪地判昭和59年12月21日判タ553号270頁⁽⁵⁴⁾、二項詐欺罪を認めた東京高判昭和60年3月18日高判集38巻1号79頁⁽⁵⁵⁾）、傾向に合致しない裁判例も出現する。すなわち、仙台高判昭和60年12月17日公判物未登載⁽⁵⁶⁾の事案は、住宅金融公庫をして個人住宅建設資金借入名下に金員を振り込ませたというものであって、金融機関である住宅金融公庫を被害者とし、また、「金銭の現実の移転があったとは思われない事案である」⁽⁵⁷⁾。したがって、従来の傾向からすれば二項詐欺罪の成立が認められる

をして賞品の送料名下に郵便振替貯金口座に金銭を払い込ませ登記された事案。

- (46) 被告人が口座開設資金として100万円を当座預金口座に振り込ませた事案。
- (47) 旧字体は新字体に改め、濁点を付した。以下同様。なお、上記引用のうち、明白な誤植は修正した。
- (48) 銀行員を欺罔して為替手形の割引を承諾させ、その金員を自己の当座預金口座に振り替えさせたという事案。原判決が一項詐欺罪を適用したのに対し、大審院は、「現金の授受を為すことなく単に帳簿上の帳簿勘定に依り割引金額に相当する預金債権を被告人に於て取得し財産上不法の利益を得たるものに外ならざるが故に」二項詐欺罪が成立するとした。
- (49) 虚偽記入をした貨物引換証を真正な物のごとく装って銀行員を欺罔して荷為替を取組ませ、その割引金を自己の経営する会社の当座預金に振替させたという事案。原判決が一項詐欺罪を適用したのに対し、大審院は、二項詐欺罪を適用した。なお、一項詐欺罪と二項詐欺罪は、「同一罪質にして同一の罪あるを以て（明治四十四年（れ）第八五二号同年五月二十三日刑事連合部判決理由第二参照）右原審が第一項を適用したるが為に擬律を誤りたるものと為すべから〔ず〕」と判示した。
- (50) 被告人が訴訟手続等の委任を受け、その際に預かった認印を用いて偽造した約束手形を真正な物のごとく装って信用組合職員を欺罔し、手形割引金を被告人の同組合に対する預金口座に振り込ませた事案。
- (51) 被告人が銀行員を欺罔して、被告人が経営する会社名義の仮受金口座に手形割引金を入金させた事案。
- (52) 最高裁は、「本件のように、共謀の上供出米の検査に際し俵から刺とられたいわゆる『刺米』を恰かも生産者から売渡を委託された米であるかのように装い政府に対し売渡を申し込み、食糧検査官の検査を求め、同検査官はその旨誤信して支払証票を発行し、該証票に基き代金の支払を請求し、係員を誤信せしめた結果預金として口座に代金を振り込ませて財産上の利益を得た場合には、詐欺罪を構成すること論を俟たない。」と判示し、二項詐欺罪の成立を認めた。
- (53) 被告人が偽造小切手を金融機関（農協）の係員に交付し、被告人の当座預金口座に振替入金させたが、数日後、結局不渡りになった事案。本判決は、不渡りになったことを理由として、結論として二項詐欺罪の既遂を否定しているが、「この裁判例も、預金口座への振込入金を『財産上不法の利益』の取得の面で捉えているといえよう。」（高橋（省）・前掲注（20）77頁）。
- (54) 事案は、被告人が定期購読料等の架空請求書を企業等に送りつけて、被害者をして銀行普通預金口座に振込入

べき事案であるところ、本件第一審青森地八戸支判昭和60年8月20日公刊物未登載が二項詐欺罪の成立を認めたのに対し、仙台高裁は、「普通預金口座に金員を振込ませて、これを自由に処分すべき状態におかれたときには、金銭の交付があったものと同視し得る」として、一項詐欺罪の成立を認めたのである。本判決は、一項詐欺説と親和的な裁判例といえるが、公式の判例集に登載されておらずどの程度の重みがあるのか不明であることからすると、平成に入るまでは、上記の整理が概ね妥当していたとみることができるのではないかな。

平成以降、預金口座を利用して金銭を詐取した事案につき二項詐欺罪の成立が認められた裁判例が見当たらない一方、一項詐欺（恐喝）罪の成立を認めた裁判例が集積されている。浦和地判平成4年4月24日判時1437号151頁⁽⁵⁸⁾、宮崎地判平成13年2月26日公刊物未登載⁽⁵⁹⁾は、「第三者が被害者であり、現実に金員の移動がある場合」であり、これらに一項詐欺（恐喝）罪が適用されたことは、従来の傾向に合致するとい

え、金銭移転説または一項詐欺説から説明が可能であろう。

これに対して、従来の傾向に必ずしも合致しないものも公刊物に登場する。すなわち、金融機関を相手方とするにもかかわらず一項詐欺罪を適用する東京高判平成9年10月16日東高刑時報48巻1～12号70頁⁽⁶⁰⁾、大阪高判平成12年8月24日判時1736号130頁⁽⁶¹⁾、最決平成15年12月9日刑集57巻11号1088頁⁽⁶²⁾である。

この最高裁平成15年決定は、最高裁によるものであるから、判例の背後に一項詐欺説があることを強く示唆するのであろうか。同決定（及び前掲大判昭和2年3月15日刑集6巻89頁）の参照を指示しつつ、「振り込め詐欺の犯人が被害者をだまして、指定口座に振込を行わせた場合、現実には現金が移転したわけではないが、被害者の振込によって、犯人グループは事実上、当該口座から現金を自由に引き出すことが可能になるため、振込の段階で一項詐欺罪の既遂を認めるのが一般的な理解である。」とする見解もある⁽⁶³⁾。しかし、本件では一項か二項かが争

金させたというものである。検察側は、おそらく入金口座説に依拠しつつ、当座預金口座ではなく普通預金口座が用いられたことを理由に二項詐欺の成立を主張したようである。これに対して大阪地裁は、「当座預金と普通預金とでは、各口座に振込入金となれば即時犯人において預金を引出せる点においては何らの径庭も存せず、結局両者においては犯人の自由な支配に属するかどうかにつき何等の差異も存しない」として、入金口座説を明示的に否定しつつ、一項詐欺の成立を認めた。

- (55) 被告人が商業信用状及び船積書類の記載と異なる中古の建設機械を船積しながら、その情を秘して銀行係員に対し商業信用状付荷為替手形の買取又は取立を依頼し、銀行係員をして商業信用状及び船積書類の記載と一致する建設機械が船積されたものと誤信させ、右買取代金等名下に振替入金させた事案で、二項詐欺罪が適用された。
- (56) 的場・前掲注(25) 49頁以下に紹介がある。
- (57) 的場・前掲注(25) 52頁。
- (58) 被告人が脅迫文書を送付して被害者に現金を振り込ませた事案で、一項恐喝罪が適用された。
- (59) 鎌田隆志「判批」研修636号(2001年)3頁以下に紹介がある。被告人がインターネットの個人売買の掲示板を利用して、自動車部品売却を装って売買代金名下に普通預金口座に振込送金を受けた事案で、一項詐欺罪が適用された。なお、本件の事案が現金振込であったのか、それとも預金振替であったのかは、必ずしも判然としないが、鎌田・同9頁は、「本件で被害者は振込により送金しているところ、裁判所は一項詐欺を適用していることから、この判断は上記の一項詐欺説又は金銭移転説によるものといえよう。」とする。
- (60) 被告人が、盗んだキャッシュカードの名義人になりすまして消費者金融から融資金を騙取しようとして、当該キャッシュカードに係る普通貯金口座に現金を振り込ませた事案で、一項詐欺罪が適用された。金融機関を相手方としているが、現実に現金の移動がある点で、そもそも従来の整理になじみにくい事案ともいえる。
- (61) 被告人が貯金者のふりをして電話をし、県信用漁業協同組合連合の職員を欺いて、他人の貯金からの払戻金合計二九万円の振込を受けたという事案で、一項詐欺罪の成立を認めている。ただし、銀行係員に対して電話で依頼して振込入金させたという、少なくとも内規に違反する特殊な事案である。
- (62) 釜焚きという儀式的料金名下に空クレジットにより金銭を支払わせた事案。この最高裁平成15年決定を、振り

われた形跡は伺われず、判例が古くから一項・二項の適用の誤りは判決破棄の理由にならないとしていることを併せ考えれば⁽⁶⁴⁾、一項か二項かについては争点でなかったから判断が示されなかっただけであり⁽⁶⁵⁾、本来であれば二項を適用すべきであったとみることもできるのではないだろうか。同決定後に出された東京地判平成15年12月12日公刊物未登載⁽⁶⁶⁾、大阪高判平成16年12月21日判タ1183号333頁⁽⁶⁷⁾は、「第三者が被害者であり、現実に金員の移動がある場合」に、一項詐欺罪が適用されており、これらは、一項詐欺説のみならず、金銭移転説からも説明が可能である。そうすると、判例の背後に一項詐欺説があるか否かは、依然として不明であるというべきではなからうか。少なくとも、判例が一項詐欺説で固まっていると評価することには抵抗がある。

4 検討

上述したように、一項詐欺罪の根拠としては、第一に自由処分可能性が、第二に「預金による金銭の占有」が挙げられるところ、両者の意義・関係をさらに検討する必要がある。判例は、前掲大判昭和2年3月15日刑集6巻89頁以来、自由処分可能性に明示的に言及する一方、「預金

による金銭の占有」という構成は必ずしも明示していないように思われる。学説上、一項詐欺説の論者は、ほぼ例外なく自由処分可能性に言及する一方、「預金による金銭の占有」の議論を援用するかどうかについては、見解が分かれているようにみえる。

援用に肯定的な論者は、「預金債権は原因行為の瑕疵を引き継がないから、預金に対する占有を取得したというべきであり、普通預金口座に振り込まれた場合にも自由に処分しうる状態になったといえるのではないか。」⁽⁶⁸⁾とする。これは、預金による占有を根拠として、自由処分可能性を認めているようにみえる⁽⁶⁹⁾。

これに対して、「昭和62年刑法一部改正により、従来の確な処罰が困難とされていた人の欺罔を伴わない預金の不正な振替が、電子計算機使用詐欺罪（刑法246条の2）として処罰の対象とされたことに伴い、預金による占有を、横領罪の場合を越えて一般的に認める方向での解釈努力が不要となつた」⁽⁷⁰⁾と指摘する論者は、一項詐欺説を採用しつつも、預金による占有の議論を援用することには慎重であるようにみえる。このような立場の妥当性を検証するために、自由処分可能性と「預金による金銭の占有」とを分けて論じる必要があると考える。

込め詐欺を検討する文脈で一項詐欺罪の成立を認めた判例として挙げるのは、例えば、青木・前掲注(37)77頁注48、佐藤・前掲注(21)247頁、橋爪隆「銀行預金の引き出しと財産犯の成否」研修735号(2009年)17頁注3。

(63) 橋爪・前掲注(62)3頁。

(64) 前掲注(13)参照。

(65) 本件調査官解説(多和田隆史「判解」最判解刑事事篇平成15年度605頁)でも、なぜ二項でなく一項が適用されたのかについての明示的な言及はない。

(66) LEX/DB28095341参照。被告人が適当な番号に電話をかけ、電話に出た相手の息子や孫等に成りすました上、交通事故の示談金等の融通名下に現金を振込送金させた事案で一項詐欺罪が適用された。神元・前掲注(3)46頁、同・前掲注(36)65頁は、本判決を引用しつつ、「近年は、格別の根拠を示さずに1項詐欺罪の成立を認めた判例が増えつつある」と指摘する。

(67) 偽造された権利証等を行使するなどして不動産の所有者本人に成りすました上で、同不動産を担保とする融資を申し込み、被害者をして、あらかじめ不動産所有者名義(他人名義)で開設しておいた銀行口座に現金を振込送金させた事案で、一項詐欺罪が適用された。

(68) 原田・前掲注(12)247頁。この指摘は、預金による占有を横領罪のみならず詐欺罪についても認めることを根拠とする一項詐欺説であると評価できようか。

(69) 神元・前掲注(36)46頁72頁以下も、一項詐欺説の背景に、「預金による金銭の占有」の理論があるとみている。稲田・前掲注(13)301頁は、「預金債権を取得したにすぎないものを財物の取得とするためには、どうしても預金債権についての占有を認めざるをえ」ないとする。

そこで以下では、自由処分可能性および「預金による金銭の占有」が、それぞれ、一項詐欺説を十分に基礎付けうるものであるか否かを検討することにする。それに先立って、検討の際に鍵となる占有概念を、必要な限度で整理しておくことにしたい。

(1) 占有概念に関する前提的検討

ア 横領罪における「預金による金銭の占有」

まず、横領罪の構成要件（行為状況）としての占有を巡る、「預金による金銭の占有」の是非・法的性格・要件について簡単に触れておこう⁽⁷¹⁾。預金が債権にすぎないこと等を理由として「預金による金銭の占有」を否定する見解もある⁽⁷²⁾。たしかに、銀行の各支店は預金総額に対応する現金を保管しているわけではないが、預金者は通例、預金をいつでも確実に引き出すことができるから、預金を支配する者は、現金を現実に支配している者と実質的に同視する余地がある。そして、預金が引き出された事案⁽⁷³⁾のみならず、預金が振り替えられた事案をも（背任罪ではなく）横領罪で捕捉するため

に、横領罪との関係では「預金による金銭の占有」を認める判例・通説が妥当であると考え

る。横領罪における「占有」は、事実的支配のみならず法(律)的支配をも含むと解されるが⁽⁷⁴⁾、それは、横領罪においては濫用のおそれのある支配力が問題となるからである⁽⁷⁵⁾。そして、「預金による金銭の占有」の法的性格は、特定の日本銀行券の占有ではないことからして事実的支配とみるのは困難であって、法的支配とみるのが自然であろう⁽⁷⁶⁾。

そうすると、「預金による占有は法律的支配、すなわち他の者の介入を完全に排除して、自由に権利行使をなし得る状態を前提に認められているのであるから、銀行に対抗可能な払戻権限を有していることが、預金による占有を肯定する不可欠の前提をなしている」⁽⁷⁷⁾といえる。つまり、「預金による金銭の占有」の要件としては、預金に対する事実上の処分可能性では足りず、正当な払戻権限まで要求すべきであろう⁽⁷⁸⁾。このことは、預金通帳と登録印鑑を窃取した犯人が預金の払戻しを行った場合に、預金者に対

(70) 坂田・前掲注(12) 79頁注4。人の欺罔を伴わない預金の不正な振替は、人の欺罔を伴わないがゆえに詐欺罪の適用は困難であり、また、仮に窃盗罪を適用しようとするならば、窃盗罪において「預金による金銭の占有」を認めることを要した。

(71) 「預金による金銭の占有」について、青木・前掲注(37) 59頁以下、上嶋一高「預金による占有」西田典之ほか編『刑法の争点』(2007年)、久禮田益喜「横領罪」『刑法演習各論』(1977年) 138頁以下、佐伯仁志＝道垣内弘人『刑法と民法の対話』(2001年) 26頁以下、照沼亮介「預金口座内の金銭の法的性質——誤振込の事案を手掛かりとして——」(3) 上法58巻1号(2014年) 43頁以下、橋爪・前掲注(62) 3頁以下、同・前掲注(19) 97頁以下、的場・前掲注(27)『刑法の基本判例』132頁以下、山口厚『新判例から見た刑法〔第3版〕』(2015年) 304頁以下等参照。

(72) 鈴木左斗志「電子計算機使用詐欺罪（刑法246条の2）の諸問題」学習院37巻1号（2001年）224頁以下、松宮孝明『刑法各論講義〔第3版〕』(2012年) 272頁等。

(73) 大判大正元年10月8日形録18輯1231頁は、村長が村の基本財産である金銭を銀行に預け入れ、それを引き出した事案で、次のように述べて預金による占有を肯定している。「刑法に所謂占有ありと認むるには物を現実に支配するの事実あれば則ち足るものとす……〔被告人は村長として〕其保管する同村基本財産たる判示金員換言すれば現に被告の支配内に存せる右公金を判示銀行に預け入れたる事実ありと雖も右事實は被告の前示公金の保管者たる地位に変動を生ぜしむるものにあらざれば従て被告の右公金に対する支配関係に毫も消長あることなく即ち該公金は其預入後と雖も依然被告の支配内に存せしものなるを以て右金員は刑法第二百五十三條に所謂自己の占有する他人の物に該当するものとす」。

(74) 大判大正4年4月9日刑録21輯457頁は「刑法第二百五十二條及び同法第二百五十三條に所謂占有とは必ずしも物の握持の意義のみに解すべきに非ず事実上及び法律上物に対する支配力を有する状態を汎稱する」と判示した。

(75) 団藤・前掲注(24) 635頁、宮本英脩『刑法大綱』(1935年) 383頁参照。

(76) 橋爪・前掲注(62) 4頁、同・前掲注(19) 98頁、吉本徹也『大コンメンタール刑法 第2版 第13巻』〔大塚仁ほか

する窃盗罪に加えて、銀行に対する詐欺罪が成立すること⁽⁷⁹⁾と整合する。

イ 詐欺罪における占有

委託物横領罪における「濫用のおそれ」という根拠は、詐欺罪を含む奪取罪には妥当しない。そこで、奪取罪における占有は、法的支配を含まず、基本的には事実的支配に限るべきであろう⁽⁸⁰⁾。

ただし、例外的に不動産の騙取については「財物に対する事実上の支配のみならず、法律上の支配（登記上の所有名義……処分の可能性）の移転をもって足りるとされることもある」⁽⁸¹⁾。すなわち、古くから判例は、不動産の登記名義の移転により一項詐欺罪が成立することを認めているが⁽⁸²⁾、このことは、不動産がその名の通り動かない物であって場所的に移転しない物であるため、占有の移転を観念するには法的な意味での支配の移転に着目する必要性が高いことから支持できる⁽⁸³⁾。これに対して、現金を含む動産については事実的な意味での支配の移転を想定できるから、あえて法的支配の移転という構成を用いる必要性は乏しいのではなから

うか。

以上のように、一定限度では、詐欺罪の占有として法的支配が認められてきたことは確かであるが、そうだからといって、この理を不動産以外の局面にまで拡張することには抵抗がある。

ところで、奪取罪における占有としては、剥奪対象としての占有と、取得対象としての占有が観念できる。例えば、振り込め詐欺の事案において、犯人自身が取得するのは預金の占有である。そして、被害者が剥奪されるのは、【現金振込事例】では現金の占有であるのに対し、【預金振替事例】では預金の占有である。

ここで、占有侵害を認めるために、占有剥奪のみならず、占有取得まで必要かが争われている。この点、窃盗罪の保護法益を被害者側における財物に対する支配の程度（＝利用可能性）と捉え、奪取罪の成立には利用可能性侵害で足り、占有取得までは不要であるとする見解もある⁽⁸⁴⁾。しかし、「窃取」「強取」「交付させた〔旧規定では「騙取」〕」という文言は占有取得を含むと解され、領得（Zueignung）は剥奪（Enteignung）と取得（Aneignung）からなる

か編〕（2000年）339頁。

(77) 橋爪・前掲注（62）4-5頁。

(78) 山口・前掲注（27）295頁、同・前掲注（71）304-5頁も参照。「預金による金銭の占有」の法的性格が、事実的（sachlich）支配ではなく法的（rechtlich）支配であるならば、その要件としては、事実上の（sachlich）処分可能性では足りず、正当な（rechtlich）権限が必要である、といえようか。

(79) 最判昭和25年2月24日刑集4巻2号255頁等。

(80) 奪取罪に関しては事実的支配を問題にする見解として、的場・前掲注（27）『刑法の基本判例』132頁以下、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（2012年）234頁以下等参照。

(81) 的場・前掲注（27）『経営刑事法』142頁。

(82) 大判大正11年12月15日刑集1巻763頁の事案は、被告人らが山林立木の騙取を企て、Aほか6名をそれぞれ欺罔してその所有する山林立木の売買契約を締結せしめたが、A所有の山林立木を伐採したほかは、伐採前に犯意を見破られ解約の申し込みを受けたというものである。原判決が売買契約の締結によって山林立木を騙取したとして6件の詐欺すべてについて既遂罪の成立を認めたのに対し、大審院は、次の理由からこれを破棄した。すなわち、不動産を客体とする1項詐欺の既遂罪を肯定するには、所有権移転の意思表示では足りず、現実の占有移転又は登記名義の移転まで必要であるが、本件ではこれを欠く、というのである。そして、現実の占有移転までは要せず、登記名義の移転により占有移転が認められる理由としては、それにより不動産は「自由に之を処分し得べき状態に置かれた」といえること（自由処分可能性）が指摘されている。

(83) 山口・前掲注（27）246頁は、「移動しないという不動産の特性から、不動産については（所有権）登記名義による法律的支配があれば不動産に対する占有を肯定することができ、（所有権）登記名義の取得によりその処分可能性を取得したといえるから、むしろ事実的支配よりも登記名義を取得することが決定的だと考えることができ」るとする。

のであり、占有取得を不要とすべきではないと考える⁽⁸⁵⁾。

(2)「預金による金銭の占有」による一項詐欺罪適用の基礎付け

仮に一項詐欺説が正しいとすれば、そこから逆算して、詐欺罪における占有概念は、「預金による金銭の占有」を含むような観念化された概念であるはずである⁽⁸⁶⁾。より具体的にいえば、【現金振込事例】に一項詐欺罪を適用するには、取得対象としての占有を法的支配にまで拡張する必要があるが、他方で、【預金振替事例】に一項詐欺罪を適用するには、取得対象としての占有のみならず剥奪対象としての占有も法的支配にまで拡張する必要があるように思われる。それでは、そのような拡張を認めるべきであろうか。

まず、取得対象としての占有の拡張を示唆する見解がある。すなわち、「窃盗罪を含めた奪取罪における『占有の取得』の要件は、横領罪の行為状況としての『占有』と同様の領得の前提となる客観的状況を類型化したものと考えられる。したがって、奪取罪における取得の対象としての占有は、剥奪の対象としての占有とは

異なり、『法律上の占有』を含むと解する余地があるかもしれない。いわゆる振り込め詐欺・恐喝において被害者が犯人名義の銀行口座に現金を振り込んだ時点で詐欺罪の既遂を認めるとすれば、奪取罪における取得の対象には『預金による占有』が含まれることになる。」(圈点原文)⁽⁸⁷⁾。この見解は、【現金振込事例】に一項詐欺罪を適用する場面を念頭に置いており、その意味で、一項詐欺説を部分的に基礎付けるとともに、金銭移転説を補強するものといえよう。ただし、【預金振替事例】に一項詐欺罪を適用する理由は提供されておらず、また、金銭移転説は第三者領得構成という説明で足り、さらなる補強は要しないように思われる。

次に、剥奪対象としての占有の拡張を、窃盗罪と詐欺罪の行為態様および犯罪構造の違いから説明できるとする見解がある。すなわち、「被欺罔者の処分行為を介して財物の占有が移転するという一項詐欺罪の構造を踏まえれば、被欺罔者が事実的支配を有するものだけではなく、法的に処分可能なものについてまで侵害対象としての占有の範囲を拡張すべき」⁽⁸⁸⁾であって、このような考え方は、古い判例⁽⁸⁹⁾の中にも見出せるというのである。この見解は、

(84) 鈴木左斗志「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第4版〕』(1997年)65頁、同「刑法における『占有』概念の再構成」学習院34巻2号(1999年)136頁、土井和重「窃盗罪の既遂時期——セルフサービス式商店での窃盗に関するドイツの議論を手がかりとして——」明大院30号(2009年)117頁参照。なお、松澤・前掲注(3)134頁は、詐欺罪の既遂の成立を認めるために占有移転までは不要であり、被欺罔行為者が財物を自由に処分できる状態の発生で足りるとの見地からは、「預金による金銭の占有」を否定したとしても一項詐欺説を採用できると指摘する。

(85) 内田幸隆「財産犯における可罰性の根拠」刑法50巻2号(2011年)176-7頁は、領得罪の可罰性を「利用可能性」に基づく損害のみならず「価値性」に基づく損害にも見出すべきであるとし、その上で、「『価値性』に基づく損害を判断するに際しては、財物に対する従前の所持・保管状態を変更して、当該財物を行為者の支配下に移すことが前提要件となる」という見地から、占有取得の必要性を説明する。同「財産罪における可罰性の核心——その変遷と限界について」法時81巻6号(2009年)61頁も参照。深町晋也「窃盗罪」法教290号(2004年)69頁は、占有の取得を権利者の追及可能性の侵害を基礎付けるものとする。松原芳博「窃盗罪・その1」法セ694号(2012年)13頁は、領得の前提となる客観的状況を類型化したものとして、占有取得を要求する。照沼・前掲注(71)49頁注28も参照。

(86) 詐欺罪における占有概念の観念化を指摘するものとして、石井・前掲注(31)158頁、佐伯仁志「詐欺罪の理論構造」山口厚ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』(2006年)132-3頁、橋爪・前掲注(19)99頁参照。

(87) 松原・前掲注(85)113頁。

(88) 佐藤・前掲注(21)255頁。

(89) 大判明治36年6月1日刑録9輯930頁は、「詐欺取財罪と盗罪とは齊しく之れ他人の物を不正に取得する罪なりと雖

【預金振替事例】に一項詐欺罪を適用する場合を念頭に置いており、その意味で、一項詐欺説を部分的に基礎付けるものといえよう。もっとも、論者は、「侵害対象としての『占有』の問題の方がより重要だと考える」⁽⁹⁰⁾として、取得対象としての占有の拡張の論理を必ずしも明らかにしていないが、一項詐欺説を十分に基礎付けるためには、その論理も等しく「重要」ではなかろうか。

取得対象にせよ、剥奪対象にせよ、詐欺罪における占有を拡張しようとする見解に対しては、既に述べたように不動産の詐取の場合を除いて詐欺罪における占有を法律上の支配にまで拡張すべきではないとの批判が可能であろう。また、「預金による金銭の占有」を横領罪との関係で承認したとしても、それは横領罪固有の概念であって、詐欺罪では用いるべきではないように思われる⁽⁹¹⁾。

詐欺罪（さらには奪取罪）において「預金による金銭の占有」を承認した場合の不都合も予想される場所である。まず、振り込み詐欺のような場合、犯人に預金の正当な払戻権限を認めることは困難であろう。ここから逆算すると、「預金による金銭の占有」は、（横領罪においても）正当な払戻権限を要件とできないことになってしまうのではなかろうか。また、詐欺罪で「預金による金銭の占有」を肯定した場合、誤振込み金の払戻しには窃盗罪や詐欺罪の成立を肯定することは困難になるのではないか⁽⁹²⁾。さらに、出し子に窃盗罪や詐欺罪を認めてよいかの再検討も迫られるだろう。というのも、かけ子が預金という財物の占有を得たのであれ

ば、共犯である出し子は、共謀の及ぶ限度では当該財物の占有を侵害しえないようにも思われるからである。

以上から、「預金による金銭の占有」による一項詐欺罪適用の基礎付けは、これをすべきでないと考ええる。判例が「預金による金銭の占有」構成を明示的に採用しないのは、以上のような不都合を意識してのことかもしれない。

（3）「自由処分可能性」による一項詐欺罪適用の基礎付け

一項詐欺説の論者の多くは、「金銭については、それが行為者の自由に処分することのできる状態に置かれれば、交付があったとみるべきである」⁽⁹³⁾という命題を承認する。すなわち、現金が振り込まれる【現金振込事例】においてのみならず、預金が振り替えられるにすぎない【預金振替事例】においても、入金記帳されて行為者がそれを事実上容易に引き出せる限度で、金銭という「財物」が行為者の自由に処分できる状態に置かれたといえ、さらに、「交付させた」とみることができて既遂に達する、というのであろう。この説明が「預金による金銭の占有」という説明を介在させずに可能であるとすれば、一項詐欺説の論者の一部⁽⁹⁴⁾が「預金による金銭の占有」の援用を自覚的に拒むこと自体は、援用による上記不都合に照らして十分に頷ける。

たしかに、一項詐欺・二項詐欺を問わず、客体の自由処分可能性がなければ、詐欺罪が既遂に達したといえないであろう。犯人が金銭の振込・振替を受ければ、金銭的価値を自由に処分

も一は承諾を得て取得し一は承諾を得ずして取得するものなるを以て盗犯の目的は現実には物に所在を移転し自己の占有に移すにあらざれば之を達する能はず従て其目的物は必ずや移転し得べきものたらざる可からず然れども詐欺取財犯の目的は現実に物の所在を移転することなくして之を達し得ることにあるが故に其目的物は必ずしも移転し得可きものたることを要するものにあらざ」とする。

(90) 佐藤・前掲注(21) 262頁注37。

(91) 坂田・前掲注(12) 79頁、西田・前掲注(80) 236頁、橋爪・前掲注(62) 5頁等参照。さらに、的場・前掲注(27)『刑法の基本判例』135頁も参照。

(92) 稲田・前掲注(13) 303頁、坂田・前掲注(12) 83頁参照。この帰結は、少なくとも誤振込みに関する最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁には反するが、そのことが不都合か否かは、更なる実質的な検討を要する。

(93) 団藤・前掲注(24) 616頁。

する可能性を獲得したとして「利益」を「得」と認めうるが、しかし、そこで「財物」の「交付」を認めてしまうのは、論理に飛躍があるのではないか（この飛躍を埋めるために、少なからぬ論者が、自由処分可能性に加えて「預金による金銭の占有」を援用して一項詐欺説を基礎付けようとしたのかもしれない）。上記命題は、一項詐欺説の結論を言い換えたにすぎず、一項詐欺説を基礎付けうるかは疑わしい。

結局、一項詐欺説を基礎付けることは困難であるように思われる。困難を冒して一項詐欺説を主張したとして、あまり実益がないことも想起すべきである（Ⅱ 1 参照）。

（4）二項詐欺説に対する批判の検討

従来、二項詐欺説は理論的には問題がないと評価されてきたようにも見える⁽⁹⁵⁾。しかし、二項詐欺説も、いくつかの点で釈明を要するように思われる。

第一に、金融実務の常識に反するとか、技巧的に過ぎるという批判がある。常識違反の点は厳密には反論しにくい反面、決定的な批判とは思われない。また、技巧的に過ぎるのはむしろ、上記のような困難を冒して主張される一項詐欺説の方ではないだろうか（とりわけ、「預金による金銭の占有」こそ技巧的であろう）。

第二に、素材の同一性に関する釈明が必要かもしれない。「詐欺罪の財産移転罪の性格から、交付され喪失したものと取得したものと同一性が必要となる」⁽⁹⁶⁾とされるところ、【現金振込事例】においては、被害者が失うのは現金で

あるのに対し、犯人が得るのは預金であるから、素材の同一性が認められないのではないかが問題となりうるのである。このことは、二項詐欺説のみならず、一項詐欺説からも問題となろう。他方で、金銭移転説は、素材の同一性に最も配慮する見解といえる。

仮に「利得と損害の素材の同一性を不要と解すると、1項犯罪と2項犯罪の区別は利得における財物性の有無で形式的に判断すれば足りるとしても、何らかの意味で利得と損害の関連が認められる限り、広く詐欺罪の成立が肯定されることになりかねない。」⁽⁹⁷⁾との指摘がある。また、被害者が失ったのが現金である【現金振込事例】で二項詐欺を認めるのは、被害者に生じた法益侵害を軽視しているとの批判も想定できる⁽⁹⁸⁾。しかし、例えば、被害者が50万円の現金を振り込んだ場合、50万円分の権利を行使する利益を失ったとみる余地があろう。そうであれば、素材の同一性の問題は回避できるのではないだろうか。

他方で、「債権者を欺罔して債権を放棄させた場合、放棄された債権が利得者に移転したわけではない。そうではなくて、この概念〔＝素材の同一性〕は、そもそも同一の処分行為によって一方に損害が生じ、その裏返しとして他方に利得が生じることを意味するだけである。」⁽⁹⁹⁾との指摘もある。そうであれば、この文脈ではそもそも素材の同一性の問題は生じないことになるだろう。

第三に、一項詐欺説によれば未遂にとどまるべき事案が、二項詐欺説によれば既遂になって

(94) 坂田・前掲注(12) 79頁注4。

(95) 前掲注12参照。

(96) 山口・前掲注(27) 266頁。

(97) 和田俊憲「判批」ジュリ1303号(2005年) 170頁。

(98) 山口厚「財産上の利益について」植村立郎判事退官記念論文集『現代刑事法の諸問題〔第1巻 第1編 理論編・少年法編〕』（2011年）131頁は、二項強盗罪に関する論考においてではあるが、次のように指摘する。「利得罪にせよ1項犯罪である取財罪にせよ、犯人による不法な取得・利得だけを問題として犯罪の成否を認めるのは、……すでに過去のものとして捨て去られたはずの純然たる倫理主義的理解にほかならない」のであって、「犯罪の成立に法益侵害・危険の惹起を必要とする現在の刑法理論の常識的理解に照らせば、……被害者にいかなる被害（法益侵害）が生じたのかが検討されなければならない」。

(99) 松宮孝明「判批」立命323号(2009年) 252頁注34。同「詐欺罪における不法領得の意思について」立命292号

しまう点で、処罰拡張的であるという批判がありうる。すなわち、払戻しができない体勢の整った状況で入金させた恐喝の事案に関する評釈において、「本件を二項恐喝の事案と解すると、処分行為があれば既遂となるから、入金時に預金払戻請求権を取得したとして既遂を認める余地がある」と指摘されている⁽¹⁰⁰⁾。また、出金禁止措置が採られた銀行預金口座に入金させた詐欺の事案に関する評釈において、「本件においては、被害者が被告人指定の口座に振込送金し、当該口座の預金残高が増えたのであるから、被告人が少なくとも財産上の利益を得たことは間違いない。」⁽¹⁰¹⁾とするのも、形式的な残高増加自体をもって二項詐欺の既遂を認めることを想定していると思われる。既遂時期に関する議論の詳細は後述Ⅲに譲るが、直前で述べたように(Ⅱ4(3))、一項詐欺・二項詐欺を問わず、客体の自由処分可能性がなければ、詐欺罪が既遂に達したといえないので、入金はできたが出金はできないような場合、形式的には預金払戻請求権を取得したといえるとしても、預金の自由処分可能性を獲得したとはいえず、二項詐欺説からも既遂を認めえない。そうすると、二項詐欺説が処罰拡張的であるという批判は当たらないことになるう⁽¹⁰²⁾。

なお、振り込め詐欺の事案は、犯人が現金という「財物」の詐取を目的とする限度で、振込

の時点では現金の引渡請求権を取得したにとどまるようにもみえる。一般に、「財物の詐取を目的として人を欺く行為を行い、被害者に財物交付の約束をさせた場合、……引渡請求権の取得に独自の価値・意義があるような例外的場合を除き、1項詐欺の未遂の成立を肯定するにとどめることが妥当である」⁽¹⁰³⁾と解される。これを振り込め詐欺の事案についてみると、預金債権の獲得は、その自由処分可能性が認められる限度で、「引渡請求権の取得に独自の価値・意義があるような例外的場合」に当たるといえ、二項詐欺の既遂を認めてよいように思われる⁽¹⁰⁴⁾⁽¹⁰⁵⁾。

(5) 小括

ここでは、一項詐欺説を批判的に検討するとともに、二項詐欺説の擁護を試みた。「預金による金銭の占有」による一項詐欺罪適用の基礎付けは、詐欺罪における占有を事実的支配に限定する見地からは困難であるし、見逃せない不都合を生じさせられると思われる。自由処分可能性による一項詐欺罪適用の基礎付けも、結論の言い換えにすぎないのではないか。そもそも、困難を冒して一項詐欺説を認める実益があまりない。二項詐欺説に対する批判には反論が可能であって、結局、二項詐欺説が妥当である。

(未完)

(2004年) 312頁、林幹人『刑法各論〔第2版〕』(2007年) 253頁以下も参照。

(100) 奥村正雄「判批」セレクト'93・39頁。

(101) 鎌田・前掲注(59) 14頁。同11頁も参照。

(102) 中森・前掲注(18) 63頁も、「同罪〔＝二項恐喝罪〕においても、利益の移転・取得を認めるためには、行為者がその利益の処分可能性を得たことが当然の前提とされるべきであ[る]」とする。

(103) 山口・前掲注(27) 248頁。中森喜彦『刑法各論〔第3版〕』(2011年) 149頁、西田・前掲注(80) 177頁等参照。

(104) 中森・前掲注(18) 63頁参照。

(105) なお、東京高判平成21年11月16日判タ1337号280頁は、キャッシュカードを窃取した犯人が、被害者に暴行、脅迫を加え、その反抗を抑圧して、被害者から当該口座の暗証番号を聞き出した事案で、「預貯金の払戻しを受けうる地位」の獲得を根拠として財産上の利益の獲得を肯定した。同判決は、二項犯罪に要求される実質面に関する判断が示されている点で二項詐欺説の見地からも注目すべき内容を含んでいるが、同判決で問題となった犯罪類型は強盗罪であり、また、事案としても暗証番号を聞き出しただけであって振込・振替が行われたわけではないから、振り込め詐欺とは、少なくとも事案がかなり異なる。