

拾得事例と詐欺罪

森 永 真 綱

はじめに

いわゆる特殊詐欺をめぐっては、次から次へと新たな手口が登場し、最近では封筒のすり替えを手段とする事案が流行のようである。このすり替え事例について、当初は詐欺罪で起訴される事案もみられたが、今日では窃盗罪を適用する運用が実務においてほぼ定着し、現在では、窃盗罪の実行の着手をどの時点でいかなる根拠から認めうるかが最大のテーマとなっている。

もっとも、最高裁の事案では、被害者宅に約200メートル近づいた時点で窃盗罪の実行の着手が認められ、さらに、下級審裁判例を見渡すと、架け子が被害者宅に電話をかけた時点で実行の着手を認めるものも現れるなど、これまでの窃盗罪の実行の着手論に照らすと、少なくとも現象的には処罰の大幅な早期化が図られるようになっている。こうした状況に批判的な目を向け、「詐欺未遂の検討をすべき」であるという声もある。たしかに、このすり替え事例は、警察庁のホームページなどにおいて「詐欺盗」とも呼ばれているように、実務では、窃盗ではあるけれども詐欺の要素も含んだものとして扱われ、特殊詐欺の一類系として位置付けられている。

論 説

先にも触れたとおり、このすり替え事例が登場した当初、検察官は詐欺罪で起訴していた。窃盗罪と詐欺罪の区別をめぐる主戦場となったのは、京都地裁と大阪地裁の令和元年判決である。いずれにおいても、詐欺未遂罪の成立が否定され、窃盗未遂罪の成立が肯定されたことで、窃盗罪で一本化する実務の流れができあがったといってもよい。しかしながら、文献を見渡す限り、現時点では、これら2つの判決が詐欺罪の成立を否定した点について本格的に検討したものはなく、むしろこの種の事例では窃盗罪のみが問題となることを当然の前提として、実行の着手論を中心に議論が展開されている近況にある。そこで、本稿では、これら2つの判決に焦点を当て、占有の弛緩の事例における詐欺罪と窃盗罪の成立可能性という各論的問題に焦点を当てて検討してみることにする。

これら2つの下級審裁判例における検察官の主張に共通しているのは、被害者を騙して物を捨てさせ、それを拾って持ち去るという事案を引き合いに出している点である。より具体的にいうと、以下のような事例である。

【事例】 Xは、Aが所有し占有する絵画を取得する目的から、Aに「その絵画は贋作で無価値だから捨てた方がよい」と騙して、絵画を捨てさせた。Aが立ち去った後、Xは絵画を持ち去った。

こうした事例を「拾得事例」と呼ぶことにしたい。この拾得事例は、戦前より今日に至るまで少なからぬ体系書・教科書で取り扱われている。ただ、こうした事案が実務上問題となったことはなく、あくまでも処分行為の理論的問題を論ずるための講壇事例であり、これまでは実務的意義は乏しかった。しかしながら、2つの裁判例の事案について、検察官が持ち出したことで、おそらくは、はじめて実務の舞台に登場することとなったのである。

この事例を民法の観点から分析した場合、Aが絵画を捨てた時点で、Aは所有権も占有権も失うことになる。したがって、この絵画を拾得
(甲南法学'24) 64-3・4-272 (360)

拾得事例と詐欺罪

する行為それ自体は、無主物の取得にすぎないことになる。それでも、何らかの財産犯の成立を肯定する見解は、理由はともかくとして、少なくとも被害者の所有の侵害を前提としていることになる。後に見る諸見解は、こうした民法的観点をどの程度考慮しているのか、必ずしもはっきりしないところがあることは、あらかじめ指摘しておきたい。

以下では、まず2つの裁判例について簡単に確認した上で、拾得事例をめぐる理論的問題について考察し、それを踏まえた上で、特殊詐欺の一類系ともいわれるすり替え事例について、詐欺罪と窃盗罪の成立可能性について検討することにした。

一 2つの裁判例

いずれの事案も警察官や金融庁の職員をよそおって、カードのすり替えの手口でキャッシュカードを取得しようとした事案である。ここでは、検察官が拾得事例を引き合いに出したことに對する裁判所の回答について確認することにした。

1. 2つの裁判例の判旨

a) 京都地裁令和元年5月7日判決 LEX/DB 25563868

「……本件は、端的に言えば被害者による財物の交付が一度もなく、欺いて被害者の注意を逸らし、その間に、財物の占有を取得する場合に当たるとみるのが自然であり、詐欺罪ではなく窃盗罪が成立するというべきである。」

「これに對して、検察官は、詐欺罪における交付の意義は法益保護の見地から目的論的に解釈されているとした上で、……人を欺いてその財物を放棄させ、これを拾得する行為についても詐欺罪の成立を認めるとする学説等を引き合いに、本件においても詐欺罪が成立する旨主張する。しかしながら、……被害者が……財物を放棄するという、積極的な交付

論 説

行為（処分行為）が認められる場合であるから、本件とは事案を異にするというべきであり、これらを引き合いに、本件においても被害者による本件被害カード入り封筒の交付が認められ、詐欺罪が成立する旨主張する検察官の立論は、採用できない。」

b) 大阪地裁令和元年10月10日判決 LEX/DB 25566238

「……被告人らは……、うその話を持ち掛け、それを誤信した兩名からキャッシュカードを入手しているが、ここで用いられているうそは、兩名に引き続きキャッシュカードを占有していると認識させることを前提として、隙を見てキャッシュカード入りの封筒をすり替える目的で、兩名の注意をごく短時間そらすためのものにすぎず、キャッシュカードの交付（処分行為）に向けられた欺罔行為ということではできない。」

「これに対し、検察官は、人を欺いてその財物を放棄させ、これを拾得する拾得型の詐欺の場合、被害者は、犯人に財物を直接交付するとの認識はなく、自己の支配下から当該財物を引き離すまでの認識しか有していないのに詐欺罪の成立を認める点で、処分意思の内容が緩和されており、また、欺罔、錯誤、処分行為による物の移転という因果の流れについても、財物を放棄する行為が直接的に占有移転につながるものではないのに、社会通念に従って規範的に因果関係を認定しているとし、かかる拾得型の詐欺は、錯誤に陥った被害者が財物と離隔する点で、本件と共通した構造を有するから、本件においても、被害者が錯誤に陥ったことに基づく処分行為があると主張する。しかしながら、錯誤により財物に対する占有を完全に放棄する拾得型詐欺の事案と、本件のように被害者が財物に対する占有を継続する意思を持ち続けており、短時間財物に対する注意がそらされたにすぎない事案とを同視することはできないのであって、検察官の主張は採用できない。」

2. 判決の整理

京都地裁は、拾得事例について「積極的な交付行為（処分行為）が認められる場合であるから、本件とは事案を異にする」と述べていることから、拾得事例については詐欺罪の成立可能性を肯定していることができる。これに対して、大阪地裁は、「錯誤により財物に対する占有を完全に放棄する拾得型詐欺の事案と……同視することはできない」と述べるにとどまり、京都地裁ほどはクリアではない。「拾得型詐欺の事案」という用語を用いているが、それだけで詐欺罪の成立を認めていることの論拠とはならない。もっとも、仮に大阪地裁が拾得事例について窃盗罪が成立するという立場をとっているのであれば、本件と事案が違ふとまではいわず、いずれにせよ窃盗罪が成立する事案であるという表現に変わっていた可能性もあり、その限度で、明言はできないが、拾得事例の場合に詐欺罪が成立するという立場をとっているか、少なくとも好意的であるとは解釈できる。

このように、2つの裁判例において、拾得事例について詐欺罪の成立を認める、あるいはそれに好意的な立場がとられたことは大変興味深い。繰り返しになるが、京都地裁は、この事例について「積極的な交付行為（処分行為）が認められる」と明言していることから、①行為者側への占有移転行為および占有移転意思がなくとも、占有離脱の意思をもって財物を占有離脱状態に置けば、処分行為の要件は満たされる、②行為者による物の拾得行為が介在しても、処分行為や法的因果関係（客観的帰属連関）の要件は影響を受けない、③その限度で、処分意思や処分行為の要件は緩和しうる、ということをも認めたことになる。

二 学説の状況

上記の2つの裁判例は、検察官が比較の対象とした拾得事例について詐欺罪が成立しうるという結論を述べた、あるいは示唆したにとどまり、

論 説

その理論的根拠や限界は明らかではない。そこで、以下では、拾得事例をめぐる学説状況についてみていくことにしたい。この教室設例は、今日に至るまで、少なからぬ教科書・体系書において検討の対象とされているが、日本の文献を見渡す限り、最初に取り扱ったのは、宮本英脩の『刑法要綱』のようである。⁽⁶⁾そこで、まず、宮本英脩が創唱した窃盗罪説についてみていくことにしたい。

1. 窃盗罪説

宮本英脩は、以下のように窃盗罪説を主張した。

「財物を騙取するとは、汎く相手方の瑕疵ある同意に基づいて財物を領得することをいふ。本罪についていへば、領得が相手方の錯誤による処分的意思を理由として行はれることである。故に人を欺罔しても、単にこれによつて相手方の注意を他に転せしめて、その隙を窺つて財物を盗取するが如き場合、又は相手方を欺罔して財物を放棄せしめた後に再びその場所に至ってこれを拾得するが如き場合は、領得が被欺罔者の同意によつて行はれるのでないから、騙取といふことは出来ない。これ等の場合は何れも窃盗罪である。斯やうに解するのは、詐欺罪の本質をもつて専ら領得に関して相手方の同意を濫用することに存すると見るからである。」⁽⁷⁾

宮本説の特徴は、「瑕疵ある同意に基づいて財物を領得すること」が「騙取」である、つまり、被害者側から財物の占有が離れることだけでなく、行為者側に財物の占有が移転することにまで同意していなければ、処分行為が行われたとはいえないとしている点にある。

宮本説については以下のような問題点が挙げられよう。まず、詐欺罪の不成立がただちに窃盗罪の成立を根拠づけるわけでもないため、窃盗罪の成立について、固有の積極的な論証が必要であるはずだが、そうした積極的な根拠づけは全くなされていない。一般的な議論によれば、窃
(甲南法学'24) 64-3・4-276 (364)

拾得事例と詐欺罪

盗罪は、被害者の意思に反した占有移転を本質とする犯罪である。窃盗罪における占有侵害は、物理的に行為者の手によって行われることがほとんどであるが、被害者の錯誤を利用する間接正犯の形態で、被害者の手によって行われることもありうる。しかし、拾得事例のように、被害者が放棄の対象物を認識し、あくまでもその価値について錯誤している場合、瑕疵ある意思に基づいてなされていると捉えるのが素直であり、基本的には詐欺罪が成立するというべきであろう。占有移転という事象は、大きく分けると、被害者の占有喪失と行為者の占有取得の2つの局面によって構成されているところ、拾得事例においては、後者については被害者の意思に反しているかもしれないが、前者については瑕疵ある意思に基づいているのである。⁽⁸⁾

さらに、前田雅英がいうように、無価値であると騙して物の交付を受ける場合と対比するとわかりやすい。⁽⁹⁾この場合、窃盗罪の間接正犯ではなく、詐欺罪の成立を認めるのが一般的な理解ではないだろうか。そうだとすると、拾得事例では、占有移転の一部を肯定する占有放棄は瑕疵ある意思に基づいて行われているのであり、窃盗罪の間接正犯とする前提を欠くというべきである。

戦後では、団藤重光は、「人がはじめもっていた占有を侵害して、交付の形でなく、事実上支配を得たわけであるから、窃盗罪とみるのが、おそらく正当であろう。」と述べて、窃盗罪説を主張しているが、宮本説を発展させてものとはいえず、むしろ、詐欺でないから窃盗であるという消極的な論法にとどまっているように映る。⁽¹⁰⁾窃盗罪説は、今日では少数有力説にとどまっている。⁽¹¹⁾

2. 占有離脱物横領罪説

これは、滝川幸辰によって創唱された見解である。

「騙取は、相手方の意志に基づいて……財物を領得することである。

論 説

意志に基づいて領得するという事は、相手方が任意に交付するという意味である。……交付するという事実のない場合、例えば……相手方を欺罔して財物を放棄させた後、これを拾う場合は、支配離脱物の横領罪である。⁽¹²⁾」

滝川説は、意思に基づく処分行為を厳格に要求する一貫した立場ではある。しかし、行為者の犯行計画や客観的な行為事象に照らせば、欺いて財物を放棄させる行為から財物取得までを一連の行為として考えず、⁽¹³⁾ 分断的に捉えることには疑問がある。その一方で、本説は所有権侵害を前提としていることになるが、財物の取得行為だけを切り取るならば無主物の領得のはずであり、主張内容は一貫しているとはいえない。

松宮孝明は、「損害と利得には『素材同一性 (Stoffgleichheit)』という関係が必要である」という観点から、「利得と損害は同一の処分行為から直接に生じたものでなければならず—その意味で、処分行為と損害との間には「直接性」が必要である—かつ、その利得は被侵害財産の負担となるものでなければならない」とする。以上を踏まえた上で、「被害者の財産損害と行為者ないし第三者の利得は、同一の処分行為に基づくものでなければならない。したがって、人を欺罔して財物を放棄させ、その後これを拾得する場合は、それが所有権の放棄を意味しない限りで、詐欺罪ではなく、遺失物横領罪……が成立するだけである」⁽¹⁴⁾ とする。

しかしながら、行為者の拾得行為が介在すれば、利得や損害が同一の処分行為から直接発生していないことを理由に、詐欺罪の成立を否定することには疑問がある。後にも述べるように、因果関係論をめぐって今日では広く承認されているように、行為者の故意行為が介在したからといって当初の行為と結果との間の法的因果関係 (客観的帰属連関) が否定されるわけではない。それと同様に考えれば、被害者の財物放棄と行為者への占有移転との間に行為者の拾得行為が介在したとしても、直ち

(甲南法学'24) 64-3・4-278 (366)

に詐欺罪の成立は否定されないと考えるべきである。また、被害者が財物の所有および占有を放棄した場合（被害者に所有権が残っている場合にはなおさら⁽¹⁵⁾）、被害者の損害と行為者の利得との間には対応関係が認められることから、素材同一性は否定されるべきではないと思われる⁽¹⁶⁾。

3. 詐欺罪説

詐欺罪の成立を肯定する見解がかねてより通説である。この見解は、牧野英一によって創唱され、戦後には、平場安治によって受け継がれ、徐々に支持者を増やし、今日では通説となっている⁽¹⁷⁾。もっとも、より詳しくみると、結論は共有しているが理論構成は様々である。まず、牧野英一の見解からみていくことにする。

a) 違法な要素が介在しないことに着目する見解

窃盗罪説をとる宮本英脩を引用し、牧野英一は、訴訟詐欺について論じる文脈で、拾得事例についても言及している。

「…詐欺罪の要件として財物の任意交付を必要とするの見解は狭きに過く。広く、財物の所持の移転か、其の移転そのものとして違法ならざることを以て足るものと解すへきに非ざるか。換言すれば、詐欺罪か財物の任意の交付に因りて成立するものとせらるるは、寧ろ其の任意の交付なるか故に、それ自体としては違法ならざるの点に其の要点を求むべきなるへし。故に、又、例へば、甲を欺罔して財物を放棄せしめ之を拾得したりといふか如き場合に於て、其の行為は交付を受くるものに非ざるも、財物の放棄拾得はそれ自体として違法のものに非ざるか故に、其の関係を利用したる点に付、詐欺罪の成立を認むべきなるへし⁽¹⁸⁾」。

牧野説の特徴は、処分行為を必ずしも詐欺罪の一般的な要件としていない点である。むしろ、牧野は、より広く、財物の移転における因果経過に違法な要素が介在しないことが一般的な要件であるとしている。あ

くまでも、被害者の処分行為の存在はそれを裏づける要素にすぎない。

こうした牧野の見解は、意図されたものかはわからないが、理論的には、違法な故意行為が介入した場合に正犯性や因果関係を否定する（古い）遡及禁止論の主張と類似している。ただし、牧野は、あてはめにおいて、「財物の放棄拾得はそれ自体として違法のものに非ざる」、つまり、被害者の財物放棄および行為者の拾得行為は違法でないとしている。先にも見たとおり、民法的観点を強調しつつ拾得行為のみを切り出して、所有権放棄された物を拾う行為は違法ではないと言いたいのであろう。もっとも、こうした分断的な見方は妥当ではなく、むしろ、行為者の犯行計画に照らし、あるいは全体事象を規範的に観察し、欺罔行為から拾得行為までを一連の違法な行為と捉えるのが自然であろう。

遡及禁止論の発想は、後にみるように、山口厚の見解にもみられるものであり、その意味では、牧野説が部分的に継承されているとはいいうる。しかしながら、牧野のロジック全体を継承する論者は今日ではみられず、むしろ、次にみる平場安治の見解が今日の通説の基本的発想になっているように思われる。

b) 処分の自由に着目する見解

処分行為の問題について詳細な考察を加えた論文の中で、平場安治は、牧野英一とは異なるアプローチから、詐欺罪説を展開している。

「私も肯定説に賛成する。けだし、窃盗罪が単純な領得罪に比し刑が加重されているのは、それが他人の所持を犯すという点にあり、同じく詐欺罪が刑を加重されているのは欺罔によって他人の財産処分の自由を侵すという点にある。」拾得事例の場合「……なんら他人の所持を犯すものではなく、しかも欺罔によつて他人の財産処分の自由を犯すという実質を具えているのであるから、当然詐欺罪の成立を認むべきものと考え⁽¹⁹⁾る。」

拾得事例と詐欺罪

平場は、牧野とは異なり、論文の全体を通して、処分行為が詐欺罪の要件であることを明確に打ち出しながら、本事例については、①他人の所持、すなわち占有を侵すものではないから窃盗罪は成立せず、②他人の財産処分の自由を侵す実質を備えていることを理由に詐欺罪が成立するとしている。

より分析的にみれば、①については、窃盗罪説の問題点として、すでに前の箇所指摘したことを含意したものといえよう。すなわち、拾得事例の場合、被害者の占有喪失と行為者の占有取得という被害者の意思に反した占有移転の2つの構成要素のうち、前者については瑕疵ある意思に基づいていることから、窃盗罪の間接正犯が成立する前提を欠くということである。次に、②については、「財産処分の自由を侵す実質」という含蓄ある表現を用いているところに妙がある。ここで重要なことは、平場が、被害者の占有放棄をもって、財物に対する占有が行為者側に移るのだとはいっていない点である。わざわざ「財産処分の自由を侵す実質」という表現を用いていることからしても、いったん占有離脱した財物を行為者が拾得することではじめて占有を取得することを前提にしているのであろう。そして以上を前提に推察すると、「財産処分の自由を侵す実質」を見いだす手がかりとなるのが、行為者の犯行計画と行為事象全体である。すなわち、それらに照らせば、被害者に財物を放棄させることで、その後に財物取得の障害となる事情はなく、被害者を騙して財物放棄をさせることが犯罪全体の主要部分なのであり、この主要部分である財物放棄を瑕疵ある意思に基づいて行わせているのであるから、「財産処分の自由を侵す実質」があるということができるとあり、詐欺罪が成立するのである。⁽²⁰⁾

以上でみたように、平場説は、処分行為は詐欺罪の成立要件であることを唱えながら、占有移転までの間に行行為者の違法行為が介入していても、また、被害者に占有移転の認識がなくとも、処分行為の要件は満た

され、詐欺罪は成立するとしており、処分行為の要件を実質的な観点からいくぶん弾力的に運用している点に特徴がある。

c) 直接的な占有移転を重視する見解

山口厚は、「被欺罔者の放棄により占有を取得したと解しうる場合（たとえば、第三者にはわからない場所に投棄させ、後にそれを回収するような場合）に限り詐欺罪の成立が肯定される」という限定的な見解を主張している。⁽²¹⁾

こうした限定的な見解の根拠は、山口の詐欺罪の構想からすると、直接性（Unmittelbarkeit）の要件であるということが出来る。直接性とは、財物が被害者から行為者に直接的に移転しなければならないとする要件である。この要件は占有の弛緩の事例でよく話題となる。例えば、虚言を弄して被害者の注意を逸らして財物を持ち去るという事例で、詐欺罪ではなく窃盗罪が成立するのは、行為者による持ち去り行為が介在しており、虚言と財物の占有移転との間に直接性がないからである、といった形で適用される。このように行為者の違法な行為が介在する場合には、直接性が欠如するというのである。こうした構想から、拾得事例の場合、いったん占有離脱すれば行為者の占有離脱物の領得という違法な行為が介在し直接性が欠けるから、詐欺罪は成立しないと結論づけているのであろう。

この説の問題として、いったん完全に占有離脱させてから行為者が拾得した場合どうなるのか、という点が挙げられる。仮に、犯罪は成立しないのだとすると、その結論には大きな疑問がある。また、窃盗罪が成立するのだとすると、窃盗罪説に向けた批判がそのままあてはまる。

また、行為者の違法行為が介在すると詐欺罪が成立しないことの理論的根拠は明らかではない。山口は、かつて（古い）遡及禁止論によりこうした発想を裏づけていたが、故意の違法行為が介入したからといって、⁽²²⁾
(甲南法学'24) 64-3・4-282 (370)

そのことのみを理由に、法的因果関係（客観的帰属連関）が遮断されたり、正犯性が否定されることはないことは、今日では広く共有されていると見てよい。

さらに、処分意思の内容について、どのように考えているのかも明らかではない。「被欺罔者の放棄により占有を取得したと解しうる場合」に限定することで、客観的には直接性の要件を満たしうるのかもしれないが、いずれにせよ被害者は、占有離脱の認識はあるが、行為者による占有取得の認識はない。山口は、一般論として、処分行為の要素として処分意思を要求し、その意思内容はある程度の緩和は認めるとしても、占有離脱の認識が必要であることを真正面から認めていないように映る。拾得事例で詐欺罪の成立を肯定することで、暗黙のうちに、占有離脱の認識でもよいことを認めたことになるが、そうだとすると、なぜ客観面において、占有離脱行為をも処分行為に含めないのか明らかでない。

西田典之は、「放棄させた後ただちに拾得しうる場合には詐欺罪の成立を認めてよい」とする。⁽²³⁾「ただちに」が、どの程度の幅を持った概念なのか明らかではないが、直接性の要件を念頭に置いた山口説と同様の発想があるものと推察される。そうであるならば、山口説への批判が同様にあてはまることになる。また、西田の「被欺罔者の瑕疵ある意思に基づいて財物の占有が終局的に移転したことが必要である」⁽²⁴⁾という主張とどのように整合するのか、必ずしも明らかではない。

d) その他の見解

小野清一郎は、「騙取とは相手方をして錯誤により財物を交付させ、それを領得することをいうのであるが、これは厳格な意味に於て「交付」というべき場合の外、なお交付に準ずべき場合を含む」ことを理由に、詐欺罪説を唱えている。⁽²⁵⁾理論的基礎づけはなされていないが、処分行為の要件を弾力的に捉えていこうとする姿勢は看取することができる。

論 説

大塚仁は、体系書の中で、「被害者の錯誤にもとづく財物の放棄という財産処分の結果、行為者がその財物の占有を取得するのであるから、交付があったとみることができよう」とする。⁽²⁶⁾「結果」という微妙な表現をどのように理解するかで、その内容は変わりうるが、被害者による放棄によって財物はいったん占有離脱し、拾得行為によって行為者が占有取得するという意味ならば、平場説と同旨ということになる。これに対して、放棄によってただちに行為者が占有を取得するという意味であれば、捨てさせる場所も様ではないから、常にそのようにいえるか疑問であるし、せいぜい、そうした関係が認められる場合にのみ詐欺罪が成立するという限定的な立場だということになる。

曾根威彦は、「放棄させることによって行為者が自由に処分できる事実上の支配下に財物が移転したのであるから、財物の放棄も錯誤に基づく財産的処分行為と認められ〔る〕」とする。「事実上の支配下」という表現は、曖昧であるが、被害者の財物放棄が犯罪全体の主要部分であることの言い換えであるならば平場説と同旨であるといえる。その一方で、これが占有移転を意味するのであれば、捨てる場所も様々であるから、常にそのようにいえるかは疑問であるし、放棄によって直ちに行為者への占有移転が認められる場合に限り詐欺罪が成立するという限定的な立場だということになる。⁽²⁷⁾

三 検討

1. 拾得事例について

すでに上記の検討の中で方向性を示した通り、この事例については詐欺罪の成立を認める見解が妥当である。窃盗罪説については、例えば、財物の価値について欺いた場合、被害者の占有喪失は瑕疵ある意思に基づいており、一般的な見解によれば、基本的には窃盗罪の間接正犯ではなく詐欺罪が成立する場面であること、財物の価値について欺いて交付
(甲南法学'24) 64-3・4-284 (372)

拾得事例と詐欺罪

を受けた場合は詐欺罪が成立することとの均衡に照らせば、支持することはできない。また、占有離脱物横領罪説については、潔くわかりやすい立場ではあるが、行為者が計画的に欺罔行為によって占有喪失させたという不法を適切に評価していないのは不当であり、また、占有離脱物横領罪の法定刑があまりにも軽い点で刑事政策的観点からも妥当でない。

もっとも、詐欺罪説を支持するといっても、すでに見たようにバリエーションに富んでいることから、論拠や射程について明確にしなければならない。まず、直接性の要件は厳格に適用される必要はなく、欺罔行為による財物の占有喪失から行為者による占有所得までの間に、行為者の違法な故意行為（「占有離脱物」の領得）が介入してもよい。すでに示唆したように、一般的な見解によれば、行為者の故意行為が介入したとしても、従前の行為（ここでは欺罔行為）によって創出された危険の実現は直ちには否定されない。たとえば、いわゆる熊撃ち事例については、法的因果関係（客観的帰属連関）はただちに否定されないという見解が、今日ではかなり有力である。この事例では、業務上過失行為のあとに故意による殺害行為が介入しているが、そもそも過失行為と故意行為の不法の重大性と行為態様は大きく異なり、しかも、第2行為の方がはるかに重いにもかかわらず、第1行為も死亡結果に実現しているという解釈がとられているのである。これと同じように考えれば、詐欺罪の場合にも、行為者の故意による違法行為が介入したとしても、一連一体の行為として、詐欺罪の成立を認めてよいと思われる。

このような構想からは、一部の見解に見られるように、被害者の占有離脱行為それ自体によって行為者側に占有移転する場合に限定されないし、ただちに行為者が占有取得できる場合に限る必要はない。すでに述べたとおり、このような場合に限定すると、かかる条件を満たさない場合に犯罪不成立であるという結論をとれば、その妥当性に疑問があるし、窃盗罪が成立するという結論をとった場合には、窃盗罪説に対して先に

示した批判が当てはまる。被害者の占有離脱行為と行為者の占有取得との間に一定の場所的・時間的間隔があり、かつ、行為者の故意による違法な行為を介していても、法的因果関係（客観的帰属連関）が肯定される限り、詐欺罪は成立しうるのである。

2. すり替え事例との対比

大阪地裁は、すり替え事例について、「本件のように被害者が財物に対する占有を継続する意思を持ち続けており、短時間財物に対する注意がそらされたにすぎない事案とを同視することはできない」と述べて、拾得事例とすり替え事例は同種の事例であるとする検察官の主張を排斥した。たしかに、拾得事例の場合には占有喪失の意思が被害者にあるのに対して、すり替え事例は被害者は占有を継続する意思を有しているという点で異なるのは事実である。しかしながら、このような線引きをすることについての根拠は何ら示されていない。処分行為や処分意思を厳格に捉えるならば、行為者側に占有移転する認識まで要求するのが筋であり、拾得事例では占有離脱物横領罪説をとるのが一貫した態度のはずである。ところが、いみじくも検察官が述べるように、裁判所は処分意思の内容の緩和を示唆しているのである。

詐欺罪の様々な事例解決を見渡すと、処分意思の緩和はいっそう明瞭となる。このことは、特に2項詐欺の議論において顕著である。たとえば、キセル乗車の事例で下車駅基準説を採用する場合、そもそも駅員には乗り越し運賃の認識がなく、利益移転の認識は全くないにもかかわらず、詐欺罪の成立を認めている。宿泊代金の支払いを免れる事例でも、債務免除の意思表示がなくとも2項詐欺罪が成立するというのが今日では一般的であるが、事実上の支払の免脱は、現実には、行為者が戻って支払をしないことによって生じるのである。そもそも、旅館の主人に外出に応じさせた時点で2項詐欺は既遂に達するという見解は、既遂時点（甲南法学'24）64-3-4-286（374）

拾得事例と詐欺罪

を操作して処分行為をめぐる本質的問題が表面化しないようにしているだけであるとすらいいうる。

さらに、XがAから借金をしていたが、Aが死亡したため、葬式で呼ばれた際に、こっそり戸棚からX A間の借用証書を持ち出して破棄し、唯一の相続人であるBに借金の存在を隠して請求を免れたという事例を考えてみる。この場合、私用文書毀棄罪だけでなく、何らかの領得罪を肯定するならば2項詐欺罪の成立を肯定せざるをえないと思われる。これは、ドイツの文献で、不作為による無意識の処分行為の事例として挙げられるものであるが、Xが偽造した領収書を示してBを騙した場合との均衡を考えると、詐欺罪の成立を、にわかには否定できないであろう。

3. 最判昭和26年12月14日刑集5巻13号2518頁について

令和元年の地裁判決では、いずれにおいても、「被告人が虚言を弄して被害者を誤信させ、被害者が風呂敷に包んだ現金を玄関の上り口に置いた後、被告人だけを玄関に残して便所に赴いた際に、被告人がその現金を持ち逃げした」という事案につき詐欺罪の成立を否定しなかった最高裁昭和26年判決との整合性も争点となった。この点、京都地裁は「原判決の事実認定の当否は格別、原判決が大審院判例と相反する判断をしたとの論旨は理由がないとして上告を棄却したもので、原判決の事実認定を是認したものではない」、大阪地裁は「原審の事実認定の当否については判断を留保しつつ、その事実を前提として判断がなされたもの」であるとして、検察官の主張を斥けている。

たしかに、この事案の詳細はつまびらかではなく、この種の事案について詐欺罪の成立を認めた判例として確立したものではないことはたしかであろう。したがって、令和元年の両判決は判例違反を犯したものではない。もっとも、この最高裁昭和26年判決の事案において詐欺罪の成立が肯定されたことについては、従来、有力な論者によって好意的に受

論 説

け止められてきたことも確かなことである。その理由は判然としないところもあるが、ひとついえることは、処分行為は詐欺罪の要件とあることを認めつつも、弾力的な運用を認めていたということである。それがいつ頃からか、占有の弛緩の事例について詐欺罪の成立可能性を一律に排除する見解が有力化し、この最高裁判決の受け止め方がかなり変容してきたといえよう。しかし、こうした理解が、詐欺罪の他の事例（既出の2項詐欺の事例など）をめぐる解決と整合性がとれているか、また、すり替え事例について妥当な結論を提供しているかについて、一考の余地はあろうかと思われる。むしろ、従前のように、処分行為という要件を、ある程度は弾力的に運用する道もあるのではないだろうか。

むすび

すでに見たように、平場安治は、処分行為に関する論文の中で、「他人の財産処分の自由を犯すという実質」という観点から、拾得事例では詐欺罪が成立するとした。こうした説示は、因果的、物理的な観点よりはむしろ、詐欺罪の本質という規範的な観点から実質的に詐欺罪の成立範囲を画すべきだという構想を説くものだといえる。処分行為が詐欺罪の成立要件であるという見解は、ドイツにおいて19世紀に萌芽し、日本に輸入された。その後、ドイツでも日本でも、処分行為が詐欺罪の要件であるという見解が判例・通説の地位を占めるようになって久しい。しかしながら、この処分行為という要件は、詐欺罪の輪郭を示すものではあるものの、その中身については未解明な部分が多く、これまで試行錯誤を続けてきたといえよう。

処分行為の要件は、すり替え事例のような占有の弛緩の事例では最前線に出てくるが、特に2項詐欺の事例では姿が見えなくなることすらある。詐欺罪の議論の全体を見渡したとき、物の占有の弛緩の事例に限って、処分行為の要件に多くの役割を与えすぎているようにも映る。また、(甲南法学'24) 64-3・4-288 (376)

拾得事例と詐欺罪

占有の弛緩というカテゴリーには、多くの異なる事例がひとまとめにされているきらいがある。例えば、「UFO だ!」とあって振り向かせた隙に、被害者がテーブル上に置いていた財布をポケットに入れるという教室設例と、すり替え事例は同じなのであろうか。すり替え事例の場合には、嚴重に管理されるべきキャッシュカードや暗証番号を玄関といういつでも持ち去ることが可能な場所に持ってこさせており、しかも短時間とはいえ、完全に視認できない別の部屋に行かせている。この場合には、欺く行為による占有の弛緩の度合いがきわめて大きく、行為者の奪取による最終的な占有移転行為の寄与度はささいなものである。このような場合には、拾得事例と同様、被害者の財産処分⁽²⁹⁾の自由を害したものとして、詐欺罪の成立を肯定してもよいと思われる。

- (1) 例えば、架け子が警察官を装って、被害者に対して「クレジットカードが不正に利用されるおそれがある。捜査に必要だから、訪問する警察官にキャッシュカードを渡してほしい。」などと虚言を弄して信じ込ませた上、受け子が被害者宅に赴き、架け子の嘘に沿って、被害者が用意したキャッシュカードを（暗証番号を記したメモ紙もあわせて）封筒に入れさせて玄関に置かせた後、印鑑などが必要であると申し向けて被害者を別の部屋などに行かせ、その隙にあらかじめ用意した別のカード入りの封筒とすり替えるというものである。
- (2) 最決令和4年2月14日刑集76巻2号101頁。この判例については、拙稿「占有の弛緩と窃盗罪の実行の着手？」甲南法学64巻1＝2号73頁において、詐欺罪の成立可能性について検討した。
- (3) 本稿で検討の対象となる大阪地裁令和元年10月10日判決 LEX/DB 25566238は、窃盗罪の実行の着手時期について、「架け子による欺罔行為が行われた時点で既に被告人によるすり替え行為が行われる客観的な危険性が飛躍的に高まったと認められるから、その時点において窃盗罪の実行の着手があったものと解するのが相当である」と判示した（ただし、玄関から12m余りの路上で待機し、いつでも被害者宅を訪問できる状況に至っていたことが認定された事案ではあった）。
- (4) このような指摘をするのは、塩見淳「キャッシュカード入りの封筒と偽封筒とをすり替えて同カードを窃取する計画と窃盗罪の実行の着手」臨増ジュリスト1583号128頁〔令和4年度重要判例解説〕（2023年）。

論 説

- (5) 日高義博『刑法総論（第2版）』400頁注14（2022年）。
- (6) ドイツの古い文献（Ludwig Ebermeyer/ Julius Eichelbaum/ Adolf Lobe/ Werner Rosenberg, Das Reichs-Strafgesetzbuch, 1920, Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1931）および近年の教科書を参照したが、拾得事例を扱うものは見られなかった。また、ドイツの大学に所属する2名の教授に尋ねたが、こうした教室設例を見たことはないとのことであった。宮本英脩のオリジナルの可能性が高いようである。
- (7) 宮本英脩著／鈴木茂嗣編『宮本英脩著作集第3巻・刑法要綱』368頁（1984年）。
- (8) この点を指摘するものとして、平野龍一「刑法各論の諸問題10」法学セミナー212号49頁（1973年）がある。「窃盗罪が成立するためには、占有の喪失が意思に反して行われる必要がある」とする。
- (9) 前田雅英『刑法各論（第7版）』249頁（2020年）。
- (10) 団藤重光『刑法要綱各論（第3版）』616頁注13（1990年）。
- (11) 本説をとる比較的新しい文献として、林幹人『刑法各論（第2版）』237頁（「このようにおよそ取引関係の外に放棄させるような場合に交付の意思・行為を認めることには疑問がある。被害者の行為を利用する窃盗罪の間接正犯の成立を認めるべきであろう」）、山中敬一『刑法各論（第3版）』366頁（2015年）。
- (12) 滝川幸辰『刑法各論』158頁以下（1938年）。
- (13) 正当にも、林幹人・各論（前掲注11）237頁は、「被害者の占有が失われたのは、被告人に騙されたことによるのだから、占有離脱物横領罪とする……のは妥当でない」とする。
- (14) 松宮孝明『刑法各論講義（第5版）』257頁以下（2018年）。
- (15) たとえば不法投棄の場合に、元の所有者の所有権が残っているという事例は考えられよう。
- (16) もっとも、たとえば資源ごみのように、被害者の財物の放棄によって、その財物の所有と占有が別の者に移転する場合に、素材同一性が維持されるか一考の余地はあろう。なぜなら、損害の客体は元の被害者が所有・占有する財物であるのに対し、利得した客体は第三者が所有・占有する財物であるところ、これらは法的にみて別個の保護客体であるともみうるからである。
- (17) 以下の本文および注で引用する文献以外に、詐欺罪説を主張するものとして、木村亀二『刑法各論』131頁（1957年）、柏木千秋『刑法各論』468頁（1965年）、香川達夫『新版刑法講義各論』（1979年）316頁以下（「訴訟詐欺の肯定は交付行為概念の拡張化をもたらす。そこから欺罔して財物を放棄させこれを取得する行為もまた騙取となしうる」）、福田平『刑法各論（全訂第3版増補）』255頁（2002

拾得事例と詐欺罪

- 年) (「交付は、かならずしも直接の手交にかぎると解する必要はないから、このばあいにも、相手方の財産的処分行為を介して財物の占有を取得したのとして、詐欺罪の成立を認めることができよう」、前田・各論(前掲注9) 249頁、高橋則夫『刑法各論(第4版)』332頁(2022年)など。
- (18) 牧野英一『重訂日本刑法各論』382頁以下(1938年)。
- (19) 平場安治『詐欺罪における被欺罔者の処分行為』法学論叢60巻1=2号77頁以下(1954年)。
- (20) 平野龍一『刑法概説』214頁(1977年)は、「交付とは占有を離脱させることをいうものであって、特定人に取得させることまで含むものではない」とする。中義勝『刑法各論』162頁注12は、「相手方が財物を放棄した時点で、欺罔者にはその地点の認識があるから、そのときに所持が相手方から自己に移ったものと解すべきである。もっとも、その場所が人通りのはげしい町角などであるときは、物に対する排他的な事実的支配を認めることができなから、その財物は占有離脱物である。私は、騙取とは財産的処分意思にもとづく支配の獲得であり、交付はそのもっとも典型的な例に過ぎないと解する」として、詐欺罪説を支持している。この記述を総括すると、客体を占有離脱させる意思も「財産的処分意思」にあたることを認め、いったん占有離脱した物を取得する行為についても詐欺罪の成立を肯定していることから、平場説に親和的な見解であるといつてよいだろう。さらに、財物の放棄は処分行為に当たると結論のみ述べるものとして、宮内裕『新訂刑法各論講義』117頁(1952年) (「放棄は処分行為とみることができる」、江家義男『刑法各論』263頁注3(1956年) (「所有者は錯誤によって財物を放棄するという処分行為をした」、同旨佐伯千仞『刑法各論』156頁以下(1962年) (「なお相手方の処分意思に基づいてなされたものとして騙取といえるであろう」、川端博『刑法各論講義』295頁(2007年) (「被害者の錯誤に基づく財物の放棄という財産的処分行為の結果として、行為者がその財物の占有を取得したのである」、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第13巻(第3版)』82頁(2018年) [高橋省吾] (「相手方の財物の放棄という錯誤に基づく財産的処分行為が存在し、その結果行為者がその財物の占有を取得したのである」)。
- (21) 山口厚『刑法各論(第2版)』255頁(2010年)。なお、伊東研祐『刑法各論』194頁(2011年)は、直接性の要件について、「欺罔により被欺罔者に一旦財物を放棄させ、その後相手方が機を見て回収・取得するような場合にも、放棄させる場所が他人には分らず、相手方が排他的な支配を実質的に継承したとい得るときには、同要件は充足されることになる」とし、直接性の要件との関連性を明示している。なお、伊東は、同頁の注38において、「要件が満たされない場合は、遺失物横領罪……もしくは器物損壊罪……、場合によっては、窃盗罪

論 説

- ……の成否が問題になりえよう」とする。
- (22) 山口厚「詐欺罪における交付行為」法教教室288号83頁以下、特に85頁（注24も）（2004年）。
- (23) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論（第7版）』211頁（2018年）。同旨大谷實『刑法各論講義（新版第5版）』279頁（2019年）、橋本正博『刑法各論』250頁（2017年）。
- (24) 西田・各論（前掲注22）211頁以下。
- (25) 小野清一郎『新訂刑法講義各論』256頁（1949年）。同旨夏目文雄『刑法提要〔各論〕下』239頁（1961年）、井上正治『刑法学〔各則〕』128頁（1963年）、井上正治・江藤孝『全訂刑法学〔各則〕』144頁（1979年）、岡野光雄『刑法要説各論（第5版）』158頁（2009年）（「厳密な意味では、放棄を交付とみるのは困難であるが、これに準じて考えてよいであろう」）。
- (26) 大塚仁『刑法概説（各論）（第3版増補版）』252頁（2005年）。
- (27) 曾根威彦『刑法各論（第5版）』148頁（2012年）。
- (28) 大谷・各論（前掲注23）279頁、前田・各論（前掲注9）233頁（「最判昭26・12・14の事案は、被害者が自らその場を離れたことにより占有を取得したといえるので、詐欺とすべきである。それに対して、キャッシュカード詐欺盗……は、『カードがなお占有支配内にある』と考えており、占有喪失の認容が欠ける」、大谷實編『判例講義刑法Ⅱ各論（第2版）』60頁〔十河太朗〕など）。
- (29) 「占有の弛緩」や「処分行為」の意義・射程については、さらなる今後の検討課題である。現時点での構想のあらましを述べておくと、アプローチとしては、「占有」、「弛緩」、「処分行為」という概念は、事實的・自然主義的ではなく、規範的・社会的に理解されるべきものである。したがって、行為者が被害者を騙して、財物に接近したり、それを持ち去りやすくしたというだけで、「占有の弛緩」や「処分行為」が認められるべきではない。また、「占有の弛緩」といえるためには、法的に重要な程度にまで占有が緩んだといえなければならず、ささいな占有状態の変更は「弛緩」とはいえない。具体的にいえば、屋外で携帯電話を短時間被害者の目の前で使うことに応じさせるような場合（BGH NSZ 2016, 727）、さらには、覚せい剤をホテルの別の部屋に持ち出すことに応じさせる場合（最決昭和61年11月18日刑集40巻7号523頁）には、占有の弛緩および処分行為が認められ、詐欺罪が成立することになる（いずれの事例においても、被害者の占有が完全に失われたとまではいえず、せいぜい共同の占有状態が継続しているとみるべきであろう）。これに対して、ガス会社の従業員を装って居住者に家に入ることを承諾させる事例（Gasmann-Fall: Frank, StGB（前掲注6）, S. 587）のように、私的な閉鎖的領域内に入ることに応じさせる場合、こうした空間にお

拾得事例と詐欺罪

る財物に対する占有は、規範的・社会的に考察すれば、原則として一義的に被害者に帰属しているものであり、単に家に入ることに応じさせただけでは、占有の弛緩の程度は重要なものではなく、さらなる物色行為を要する状態が作出されたに過ぎないことから、「占有の弛緩」を生じさせたとはいえない（騙して家人を外出させて空き巣に入る場合も同様に占有の弛緩を生じさせたとはいえない）。もっとも、これは、財物の性質およびその保管状況によって変化しうる。たとえば金品や貴重品など、私的な閉鎖的領域内で特に厳重に管理されている物をあえて行為者の眼前に置かせるような場合には、占有の弛緩を肯定しうる。さらに、それを置かせる場所、被害者がいったん視認できない場所に離れたかどうかという事情も、重要な要素である（すり替え事例では、玄関といういつでも物を持ち去りやすい場所で、被害者がいったん玄関から離れている）。加えて、行為者と被害者の関係も重要な一要素であるといえる。すり替え事例では、キャッシュカードと暗証番号の取扱いについて、来訪した金融機関の職員、警察官を装った行為者の指示にしたがうことに応じさせているのであり、いわば財物の処理について一定の依存関係（つまり財物の処理を委ねたことに準じた関係）を生じさせたともいえるので、占有の弛緩、処分行為の成立を認めることがいっそう容易になる事案ではないかと思われる。