論 説

詐欺罪の射程
－カードすり替え事例の評価－

小田　直樹

特殊詐欺の一種であるカードすり替え事例を扱った最高裁令和4年2月14日決定は、受け子が路上で捕まった場合にも窃盗未遂罪の着手を認めたが、詐欺未遂罪を扱った先例との均衡が問われるにせよ、理論構成の整合性に疑いが残る。「窃取」の「密接」評価を被害者宅に立ち入る前に前倒しする点は違和感があり、いわゆる進捗度説による評価の主観化には賛同し難い。窃盗/詐欺は「実行」の幅が異なるから、利得罪に及ぶ「射程」を前提として、詐欺罪の枠内で扱う方が穏当であったと思われる。<財産犯論の視座>からすれば、盗取/騙取の相違を確認して、伝統とされてきた「詐欺盗」の発想を克服し、「財産取引」の悪用を扱う詐欺罪の社会変化への対応力を高めるべきであり、刑法学は、「一次規範」の再編も視野に入れて、二次的な規範として「側面援助」の政策的な展開を検討する姿に脱皮していくべきであろう。

キーワード：特殊詐欺、進捗度説、詐欺盗、財産取引の自由、刑法の二次規範性

〔目次〕

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　判例と議論の動向－最決令和4年2月14日の評価－
　1　すり替え窃盗（詐欺盗）の着手論
　2　「実行」の個性と着手論・共犯論への影響
　3　違和感の背景・競合論～認定論のあり方
Ⅲ　歴史と政策：財物罪と利得罪・盗取と騙取
　1　現行法に至る経緯－2項詐欺の読み方－
　2　法益侵害と当罰性－財産処分～取引の自由－
　3　現代へのつなぎ方－刑法的な「財産」保護の政策論－
Ⅳ　おわりに－刑法学のあり方－

Ⅰ　はじめに

「特殊詐欺」と呼ばれる事件が数多く発生して、詐欺罪をめぐる様々な議論が展開されてきた[1)]。詐欺罪に固有の難しさ、即ち、通常の財産取引（～債務不履行）との境界を画

1)「〈特集〉特殊詐欺と最高裁判例」刑法雑誌61巻2号(2022)は、上嶌一高による趣旨説明に続き、未遂犯（杉本一敏）・包括的共謀（樋口亮介）・承継的共同正犯（豊田兼彦）・実務からの見方（増田啓祐）を扱っている（以下では、掲載されている論文は、著者名と該当頁のみで参照する）。

する当罰性評価の困難さに加え、錯誤や畏怖を利用した動機づけ犯罪である詐欺・恐喝の周辺に位置する事例、成年で心神耗弱ではないが、咄嗟の判断力が低下した被害者を選び、交渉力の不足や家族愛·先行被害に起因する困惑に付け込む、いわば「高齢者向けの準詐欺罪」に特別な立法措置もないまま、解釈だけで対応し続けている結果、「財産取引」に乗じる罪としての性質も曖昧になる。騙して奪う行為の評価が刑法学の理屈で細切れにされると、「財産取引」を規律する法規との関係も見えにくい。社会の変化に対応する一次規範を離れた刑法観、可罰性評価の独自性を楯にした刑事規制の孤立は、法秩序の整合性を疑わせるのではないか。謙抑的であることを狙って組み上げられた「理屈」が、相互の関係を顧慮しないまま、新しい事例判断への対処で一人歩きを始めると、もともと断片的であったルールが指針なく錯綜して、全体を見通した政策的な対応は遅れてしまう。その結果、更に事例対処の「理屈」が積み上げられて、刑法学は一部の専門家の秘儀と化す。

判例に現れた個々の事例判断・先例との関係の精緻な分析には感心することも多いのだが、この道を辿り続けることが将来に向けて正しい選択なのか。木を見て森を見ていない状態になっていないか。詐欺罪とはどのような犯罪であるべきなのだろうか。個人的な見解ではあるが、＜財産犯論の視座＞から眺めてきた者[2)]としては、行き先の見えない議論に違和感を抱いてしまう。刑法（当罰性・可罰性）の論じ方における発想のズレを自覚しつつも、本稿では、「カードすり替え」事例の扱い方を決着させるであろう判例(最高裁令和4年2月14日決定）に関する議論[3)]を入口にして、＜詐欺罪の捉え方＞を再び検討してみたい。当該判例における「違和感」を具体化し（Ⅱ）、詐欺罪の限界を幾つかの文脈から見直す（Ⅲ）と共に、今後の議論が進むべき方向を探ってみる（Ⅳ）ことにしたい。

Ⅱ　判例と議論の動向 －最決令和4年2月14日の評価－

1　すり替え窃盗（詐欺盗）の着手論

最高裁令和4年2月14日決定[4)]（以下では、**本決定**という）は、架け子による電話に続き、受け子が金融庁職員（や警察官）を装って訪問し、口座の不正利用を阻止するためにキャッシュカードを封筒に入れて保管する必要があると誤信させ、封緘の印鑑を取りに行かせる等、占有の弛緩を作出した上で、予めポイントカード等を入れておいた偽封筒とすり替えて取得する犯行計画の場合（「特殊詐欺の財物獲得の方法の形態の１つ」とされ[5)]、

2）拙稿「財産犯論の視座と詐欺罪の捉え方」広島法学26巻3号(2005)205頁。

3）「〈特集〉すり替え窃盗の実行の着手時期」刑ジャ73号(2022)は、丸橋昌太郎＝佐藤琢磨による論点整理に続いて、多数説の二本柳誠・有力説の冨川雅満・実務から江見健一が本決定を解析している（議論の対立軸は後述。以下では、掲載されている論文は、著者名と該当頁のみで参照する)。

4）刑集76巻2号101頁。評釈として、高橋直哉・法教501号(2022)102頁、前田雅英・捜研71巻6号(2022)39頁、松宮孝明・速報判例解説Watch31号(2022)187頁、稲垣悠一・専修ロー18号(2022)75頁、品田智史・法教515号(2023)87頁、塩見淳・重判解令和4年(2023)128頁などがあり（以下では「判批」を付けて参照する)、関連文献として、上記特集の他、樋口亮介「特殊詐欺のすり替え事案における窃盗未遂」警論75巻1号(2022)59頁、佐藤琢磨「すり替え事案における窃盗の実行の着手時期」研修890号(2022)3頁がある。なお、本件の１審で扱われた被告人の行為は、カード窃取７件（29枚)・預金引出の窃取65回・被害額2,134万円に及ぶのだが、争われたのは未遂に終わった最後の１件である。

5）江見30頁がそう記すように、「窃盗の実行の着手」を扱う論者がそれを「特殊詐欺」の実行形態だと違和感もなく述べている。素人には理解し難い言葉のネジレがある。

「詐欺盗」とも呼ばれた[6]）について、窃盗罪での扱いを前提とした上で、受け子が「被害者宅付近路上まで赴いた」時点で着手～未遂罪の成立を認めた。確かに、**最高裁平成30年3月22日判決**（以下では、**先例**という）[7]が類似の状態にあった受け子に詐欺未遂罪を認めており、同じ財産侵害の問題だから、罪名の違いで格差が生じるべきでないとの見方もある[8]。しかし、窃盗罪に関する従来の議論からすれば、本決定の判断は処罰時期がかなり前倒しされているように思われる[9]。

すなわち、**大判昭和9・10・19刑集13巻1473頁**が物色（のために近づく）行為を「窃盗行為に密接な行為」と捉えて着手を認め、**最決昭和40・3・9刑集19巻2号69頁**が店舗付住宅への侵入盗の事例で（電気器具類があった店舗内に侵入済みであったものの）現金を盗りたいからレジのある煙草売場の方へ行きかけた時点に「着手行為」を認めた原審判断を追認したことで、＜「窃取」という形式的な「実行」の直前行為に「密接性」があれば「着手行為」として一体的に把握して未遂犯を認める＞という判断を読み取れるが、倉庫や土蔵への侵入盗でない限り、侵入以前に着手は認めていなかった以上、受け子が路上にいる段階で窃盗罪の着手を認める早期化には、相応の理由づけが必要であろう。

確かに、強姦罪（不同意性交等罪）の着手を扱った**最決昭和45・7・28刑集24巻7号585頁**（以下では、**昭和45年決定**という）が、共犯者がダンプカーの運転席に女性を連れ込む段階で「強姦に至る客観的な危険性」を理由として「強姦行為の着手」を認めたことで、判例は「実行」の実質的把握に転じたとみて、「危殆化」を規準とする見方が多数になった。しかし、「強姦」が結果ならば、移動後の抑圧行為を残している（分断すれば、略取や監禁に留まる）暴行時に切迫性（具体的危険）を論じるのは用語法の精確さを欠き、「行為の着手」を確認する「危険性」が意味するのは「実行」への近さではないか[10]。そもそも、予備罪においても当罰性を支える（不能犯論に通じる）「危険性」は問われる[11]以上、予備と未遂の区別に関わる「着手」は、たとえ「危険性」という言葉を使うにしても、それとは別個の見方で決まる問題と捉えておくべきであろう。

そこで、クロロホルム事件に関する**最決平成16・3・22刑集58巻3号187頁**（以下では、**平成16年決定**という）が「密接」と「客観的な危険性」を並置した意味が問われる。形式的

6）例えば、前田「判批」42頁注(1)。それは、明治30年草案において、「第十四章 財産ニ対スル罪」の「第一節 賊盗ノ罪」の中で、窃盗罪に準ずるものとしての詐欺罪に与えられていた名称であった（もっとも、この段階で、「第四款 詐欺盗ノ罪」は利得罪にも及ぶものとなっていた。）。

7）刑集72巻1号82頁。この判決を扱った「〈特集〉詐欺罪における実行の着手」刑ジャ57号(2018)では、不能犯論と区別して着手を行為者計画から見た「進行度合い」で捉える佐藤（有力説：二元論・進捗度説）と、未遂犯の処罰根拠（現実的危険性）を「具体的危険」とみて着手論にも及ぼす二本柳（多数説：一元論・実質的客観説）が分析していた（多数説と有力説の対比は、樋口亮介「実行の着手」東大ローレビュー13号(2018)56頁及び同「詐欺罪における実行の着手時点」法セミ759号(2018)50頁に由来しており、佐藤琢磨『未遂犯と実行の着手』（慶大出版会，2016）が有力説の典型であった）。

8）佐藤・前掲（注4）10頁は、すり替え事例で判断が異なるのは「不均衡」だという。

9）塩見「判批」128頁は、時間的近接性か経過自動性による「密接性」を規準としつつ、被害者領域への介入・攻撃客体への働きかけを補助規準とする「直前行為説（修正形式説）」の立場から、欺罔による領域介入を考慮した近接性判断の前倒しと評価しており、「進捗度説」との理解の相違を示している。

10）二本柳12頁は、外部的事態（結果）としての危険（切迫性）を要求するが、昭和45年決定のそれは「自動性」で捉えられる段階だからこそ意味のある判断であろう。

11）安田拓人「特殊詐欺における実行の着手」法時92巻12号(2020)7頁、8頁。

な「実行」に密接な行為で着手を認める実質的な根拠が「客観的な危険性」にあることを、計画だけでなく、「客観的」に「行為」の属性として確認する趣旨だとも言われる[12)]が、着手判断に（罪刑法定主義に基づく）形式的な「密接性」と、（法益保護主義に基づく）実質的な「危険性」を併用する見解もある[13)]。しかし、「危険性」が密接性による前倒しを理由づけるかは明確でない[14)]。おそらく、直前行為に「密接性」があれば「着手行為」とみて、その始点が処罰の開始時期でよいのだが、処罰の合理性を担保するには、終点には（計画実現で）結果に到達しうる「危険性」を確認すべきなのであろう。両者を連続的で同質的な「行為」評価とみる一元論と、始点の問題と（実行未遂ならば行為後の「状態」評価にもなる）終点の問題を区別する二元論がある。この程度のズレを含んだ見方が「多数説」だと思われる。その際、始点の前倒しを許す根拠[15)]にこだわると、修正形式説も二元論に近い[16)]が、進捗度説との関係が問題である。「進捗度」は、「自動性」を獲得した・「山場」を超えたという効果（状態）に着目する点で、「行為」へのこだわりは少ないように見える。罰条の規定形式による制約は軽視され、「危険性」は計画の実現可能性と捉えられ、絶対不能でなければよいというに等しい[17)]。「実行」の始点を「計画」から見た段階で捉えるのは、「客観的」判断から逸脱しそうである。密接性は、実在の直前行為と（計画上の）形式的な「実行」の関係評価[18)]に止まるが、「現実的危険性」という言葉で「実行」に実質を求める客観主義ならば、その内実を無視してよいことにはならないであろう。

一元的に捉えるのならば、問われるのは、結果への到達可能性（現実性）の判断方法であり、それが着手判断にも繋がるものと理解することになる。結果無価値論の信仰告白にも見える表現方法で用語法にも混乱が伴うのだが、着手未遂も同等に処罰する現行法の下

12）古川伸彦「未遂罪における『客観的危険性』の意味」研修878号（2021）3頁によれば、「構成要件的行為……の直前の行為（密接な行為）があれば、そのまま計画どおりに事が運んでしまいかねない（客観的危険性）ので、そこから実行に着手したものと認めてよい」という考え方（6頁）である。安田・前掲（注11）9頁も、二元論に依拠しつつも、直前性と「自動性・確実性という意味での危険性」を表裏一体のものと捉えている（不能犯論とは異質な「危険性」が「密接性」と重なるものとして理解されている）。

13）丸橋＝佐藤6頁によれば、有力説と対立するのは「現実的危険あるいは具体的危険」に「密接性」を追加する立場であり、二本柳11頁は、両者を求める多数説の「危険性」に行為説と結果説の対立があるという。杉本310頁は〈既遂結果に至る「危険性」が許容限界を超えた〉ことを求める立場という。

14）古川・前掲（注12）4頁は、ドイツ刑法学における「主観的客観説」に通じるというが、実質的客観説の多数派が「客観的な危険性」に描く理解は質的に異なるものではないか。

15）おそらく、一元論には「行為の一体性」評価（「必然的共属性」ともいう）が前倒し可能性の限界となるのだが、二元論は、未遂犯に特有の事前判断、規範違反（法妥当状態の侵害）への早期対処の必要性（一般予防を要する行為の印象）を重視している。江見33頁は、「なぜ一体であれば実行の着手を認めてよいのか」と問うが、「危険性」という処罰要求の判断を押付けるだけならば、客観主義 ～「行為」評価を軽視する態度（古川・前掲論文（注12）を参照）の現れである。

16）塩見淳「実行の着手について（三·完）」法学論叢121巻6号（1987）12-13頁は、計画を考える主観的客観説の根拠を印象説に求めたが、不能犯論との関係は議論の余地がある（最新のものとして、塩見淳「実行の着手と不能犯の関係について」山口古稀（2023）241頁も参照）。

17）樋口・前掲（注4）64頁以下を参照。暗証番号を知らずにカードをATMで使う行為に「現実的」で「具体的」な危険を認めるのは無理があるという（佐藤·前掲（注4）11-12頁も同旨）。もっとも、佐藤は「修正された客観的危険説」に好意的であり（佐藤·前掲書（注7）82頁以下）、この文脈での「危険性」の理解が同じかは定かでない。

18）この入口を無視すると、未遂処罰が行為主義を逸脱してしまう。なお、二元論に依拠しつつ、進捗度説に慎重な見解として、東條明徳「不能犯論と実行の着手論」刑法雑誌61巻1号（2021）1頁以下は、形式的客観説の適用上（行為把握）の問題と読み直している。

で対象行為の終点に「具体的危険」を状態として要求することが必須だとは言えず、（不能犯論の文脈で通説的な）いわゆる具体的危険説とは、所為計画を資料に加えた事例の具体的事情に基づいて「到達可能性」を評価すること、すなわち、危険の「具体化（状態としての外界の変動）」という段階を求めるわけではなく、「行為」の抽象的危険を具体的事例に応じて判断する[19)]だけのことであろう。

それでも、「計画の危険性」自体を問題とするのではないこと（抽象的危険説との区別）、外界に現実化した「行為」を評価することこそが客観主義の要請である[20)]。「到達」という経過予測は、促進因子と抑制因子の相関関係で表現されるから、予測可能な抑制因子を減じる行為（自動性の獲得）は「危険性」を高めることになり、「密接性」と「危険性」の評価が連動しうる。平成16年決定が密接性の資料とした三つの事情（①必要不可欠性、②障害欠如=経過自動性、③時間的場所的近接性）は、①促進因子設定の側面・②抑制因子除去の側面を評価した上で、③一体評価の限界を確認するものと読むこともできる。そこで、①②は危険判断にも繋がるから、それらを「危険性」の指標とみなす意見も多い[21)]。しかし、③は（行為の相互関係を問う）「密接性」評価における「直前」把握の限度を確認するものであろう。攻撃客体への直接作用が障害除去に繋がる関係にあった（実はそれが致命的でありえた）事件で、敢えて指摘された「近接性」を結果への近さとして読むのは無理がある。むしろ「行為」の一体評価を本質とするのならば、③に基づく「直前」評価が土台となり、①を前提として②が認められる場合にこそ、その把握が緩和されて「密接性」評価という「前倒し」が合理化される構造であろう。

本件事例での「前倒し」を合理化する事情として、現にキャッシュカードを準備させることで「物色」を不要化する点が重視されている。警察官等を装い捜査協力に必要だと誤信させることは、①すり替え行為に必要不可欠であり、それに成功すれば、②被害者宅への立入も、確認～封入のための一時受領も、印鑑を取りに行かせることも（心理的障壁が機能しないため）障害なく進行しうるから[22)]、③架け子の欺罔行為から場所的時間的近

19）危険判断は具体的事例で実在した（事後に判明する）事情の確認から始まる（事前判断を支える行為者の「所為計画」はそのような事情の典型である）が、それだけで事後判断とは言わない。規準を「一般人の迷信」に委ねるのは論外で、手続上、科学的な一般人（鑑定人の説明を聞いた市民［裁判官］）を標準とした評価になることは当然である（この実情を超える観念論には意味が無い）。こうした理解を前提にすると、いわゆる「修正された客観的危険説」は、促進因子の存在（抑制因子の不存在）可能性という反実仮想を一般人規準に委ねる以上、具体的危険説の認定手続の表現でしかないと思われる。

20）とはいえ、行為者の誤解が＜一般人も誤解する＞という規準の下で判断基底になること（反実仮想）が具体的危険説の核心だと考える（西原説・中説）ので、一般人とは異なる、行為者の特別な認識は現実と合致している限りで考慮するという理解（井田説・佐藤説、この点に関する整理は佐藤・前掲書（注7）61-62頁を参照）には賛成できない。それは、「許された危険」との区別から、因果関係論に含まれる危険判断との混同（安田・前掲（注11）8-9頁を参照）ではないか。

21）そこで、二元的な把握の意味が曖昧になり、密接性 ～一体性を論じたのは、「早すぎた結果実現」における故意評価を基礎付けるためであったとも批評された。３つの事情は「計画」上の一体性を確認するためにあるとの主張こそが「進捗度説」の伏線になったであろう。

22）冨川25頁は、二元論から、嘘で「占有を弛緩させる」事例ならば、「心理的な意味での保護設備」への侵害が始まった時点に着目すべきであり、「物理的接近」は不要だという。江見34-35頁は、すり替え窃盗は「被害者が財物を特定した上で、それを受け子の面前まで移動させる」点に特色があるため、本件嘘が被害者の動機づけに十分ならば、占有移転に至る「危険性」を認められるという。伊藤栄二「すり替え型キャッシュカード窃盗事案における実行の着手」山口古稀（2023）311頁、323頁が「被害者を道具とする物色行為」判断に着目するのも同趣旨であろう。

接性があれば、着手を認めてよいという。その上で、架電行為から（被害者の心変わりなど、障害事情の介在が生じない程度に）短時間のうちに受け子が被害者宅付近に来たことで足りるとして、判例を支持する見解（**接近時説**）に対して、窃盗罪は財物の占有を直接的に侵す罪なので、（詐欺罪とは異なり）物理的障害の突破にこだわるべきであり、被害者宅に達していない段階では早すぎるという見解（**訪問時説**）が見られる。しかしながら、「接近」や「訪問」が「近接性」で意味をもつわけではなく、「切迫性」の緩和をどこまで認めるかを論じるだけならば、平成16年決定の文脈からは外れているであろう。

窃盗罪における「物色」は、客体の特定というよりは、被害者の財産管理に向かう行為[23)]として「窃取」の「直前」であった。形式説に徹すると、客体への接触が「窃取」の始点であり、タンスの引出を開ける行為を「直前」とする見方もありえたが、一方で、タンス自体を管理状態と見て、引出を開ける行為が「窃取」の始点でよいから、タンスに近づく行為が「直前」とされ、他方で、倉庫等への侵入盗ならば、施設が管理状態だから、その「解錠」が「直前」とされた。この程度の密度で考えられていた「直前行為」の捉え方から見て、「客体の特定」という論理で着手を侵入前に早めてよいかは疑わしい[24)]。

「近接性」が直前行為と実行行為の一体評価の限界を扱うだけのものならば、場所を問わず・並行しうる共犯者の架電行為との関係で「場所的･時間的」な制約を問う意味は乏しい。被害者宅への接近行為で「切迫性」を認めるのは、訪問～解錠という物理的障壁の突破を（警察等を盲目的に信じる）被害者の脆弱性だけで認めるに等しい点に論理の飛躍がある。そこに「直前行為」を見極める姿勢は読み取れず、限界を画する視座に歯止めがない（「危険性」という言葉で基準の緩和を合理化するレトリックしかない）。すなわち、偽封筒との「すり替え」でキャッシュカード入りの封筒を隠す行為が「窃取」だという、その時点に被害者の「交付意思」がないから詐欺ではないという者は、それで「窃取」の在処を決めている。ならば、封印を口実に被害者に印鑑を取りに行かせる欺罔こそが「直前行為」であり、それが被害者の視線という「物理的障壁」の突破（占有弛緩を招く）行為だから、「窃取」に密接な「着手」になると言うべきである。なのに、占有を弛緩させる欺罔～すり替えを一体視して「すり替えによる窃取」と呼び、つまり、「すり替え」という言葉をすり替える詐欺的な論法で、訪問行為を「直前」と捉える道を開き、更には、被害者が盲信しているから「解錠」も障害にならないとして、接近行為を「直前」と捉える道を開く。かくして、本決定の判断は、「窃取」評価の拡張を使った二重・三重の「前倒し」であり、直前行為説（修正形式説）の評価構造を捨てるに等しいものである。

もっとも、先行する「直前」評価の内実は、ここまで厳格なものではない。既にクロロホルム事件で、昏睡させる第一行為を車ごと水中に落とす第二行為の「直前」に位置するものと捉える感覚は、場所的･時間的な推移はあっても、車に乗せて運ぶという（被害者の状態は変わらない）一つの行為の介在に過ぎないとみる態度に基づいていたであろう[25)]。

23）杉本316頁は「被害者の領域」を侵す形で財物に接近するものと捉える。

24）当初から被害者宅の特定の場所にある・特定の物を盗む計画ならば、住居侵入時に着手を認めてもよいのだろうか。客体特定の有無が「直前」評価を変えるとは思えない。

25）事件は、共謀者の呼出～臨場の時間を挟んでいたが、それでも「場所的時間的近接性」は認められた。だから、事前の「計画における近接性」でしかないとも言われる。

昭和45年判決から生じた「危険性」による前倒しの正当化は、行為客体への作用としての連続性があれば、場所移動・時間経過が介在しても一連のものと評価する見方であり、平成16年決定もそれを前提としている。先例も本決定も、架け子の欺罔行為の作用が訪問後の受け子の面談まで連鎖することを「一連」のものと評価するのであろう。

しかし、それならば、全体像を捉えて、騙しによる奪取としての理解を貫くべきではないか。架け子による架電行為の開始で着手を認める見解（**架電時説**）は、その点では素直な対応なのだが、それを窃盗罪の下で扱うことに疑いがある。窃盗と詐欺では「実行」の在処が異なり、偽封筒との「すり替え」という最終段階の行為を独自の評価対象として切り出すか否かに応じて「直前」評価も異なるからである。すなわち、架け子による欺罔は、詐欺罪ならば「実行」でも、窃盗罪では「実行」ではない。「着手」を形式的な「実行」から切り離す前提理解がないと、両者の「前倒し」は同視できないと言うべきである。

ところが、進捗度説は、その違いを無視して結論を合理化してしまう。計画という思考の現実化可能性を確認した上で、その進展を追い掛けるだけであり、罪名の違いで判断を縛る発想が見られない。つまり、進捗度説は、「実行」に伴う制約は不能犯論で扱うものと割り切って、「実行の着手」ではなく、行為者が「実行」として想定した行為に進める(もう障害はない・山場は超えた）と考える段階を「着手」と名付ける主観説ではないか[26]。端的に言えば、自分の銀行口座が荒らされていると聞けば、それだけで困惑してしまう高齢者（脆弱な被害者）を選んだ上での行為なのだから、「警察」を装いさえすれば自動性を確保でき、最初の架電行為だけでも十分だ…という主張を排斥できるかは不明である。脆弱な被害者を保護するために、犯行を路上で阻止することが望まれる。だから、未遂を認めるべきだと言うだけならば、刑法解釈の「実質化」が、法益から見た限定ではなく、法益保護のための政策選択に、個別事例に対応する実務の合理化に傾き過ぎている。政策選択の当否を検討する姿勢は必要だとしても、その歯止めとなるのが刑法という法律であったはずである。罰条（の文言）に向き合う姿勢が軽すぎるのではないか。

２ 「実行」の個性と着手論・共犯論への影響

詐欺罪の「実行」は欺罔行為に始まるが、**先例**の段階で、その着手を認めるに当たり、「交付要求」そのものに及んでいなくてもよいとされた。警察を名乗り、前日の詐欺被害を指摘して、口座の預金を下ろしておくように指示すると共に、被害金を取り戻すために協力を求める嘘（１回目の電話）に続いて、再び警察を名乗り、これから被害者宅へ出向く旨を告知する嘘（２回目の電話）の段階で、「被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘」があり、誤信させることが「間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高める」から、「交付を求める文言を述べていないとしても、詐欺罪の実行の着手があった」と述べていた。「直接つながる」という言葉が「密接性」に対応し、「交付してしまう危険性」が「客観的な危険性」に対応するのならば、微妙な表現の違いに何を読み取るかが問題である。

26）たとえ「結果を基点に」していても、「計画上」の話であり、「障害」や「山場」も被害者側の対応の想定次第なので、現実化した「行為」から切り離された「想定」の、一般人の見方（社会的意味）に依拠する客観性に止まり、抽象的危険説（計画の危険性評価）に相応する感覚だと思われる。

一方で、（単純結果犯の窃盗罪と異なり）手段に限定のある犯罪では、手段行為の開始を求める形式説によるべきだという主張もある[27]。確かに、最終結果から見れば、手段行為で着手を認めることが既に「前倒し」なので、「密接性」を重ねて論じることを疑う余地がある。結果への距離感の違いが「密接性」を避ける理由かも知れない。昭和45年決定が「密接性」ではなく「危険性」を使った理由も強姦罪が手段限定型犯罪だったからだと言えそうである。とはいえ、「始点」評価を扱う際に「最終結果」への近さが決め手になるのか、そもそも詐欺罪の「結果」をどこに見出すかが先決問題である。

他方で、昭和45年決定や平成16年判決における手段行為（抵抗抑圧過程）と比べれば、「欺罔」という手段行為は、被害者の心理過程への働きかけであり、その経過の自動性は物理的・一般的な評価ではない。高齢者だから・既に一度は騙された被害者だからこその自動性なので、「客観的」という表現を避けたのかも知れない。しかし、先例の「危険性」は「求め」と「交付」の対応関係に着目する説示であり、着手評価の「前倒し」を前提としつつ、「到達可能性」を確認するものとは言い難い。平成16年決定とはかなり異なる構造であり、この「危険性」の位置づけは独自のものとして検討すべきであろう。

元来、「密接性」が「行為の一体性」の問題ならば、手段行為でも「一体性」は問われうるはずである。「欺罔」の終点が「交付要求」だとしても、その始点を「架電」に認める余地はあり、警察を名乗った段階に「欺罔」の開始を認める見方にも至りうる[28]。先例が「一連の嘘」を評価の対象としつつ、訪問を告げる段階を捉えたことは、このような形式論から見れば、「着手」を遅らせているようにも見える。加えて、先例は受け子の訪問が「間もなく」であったことも指摘していた。その含意も踏まえて「危険性」の内容を読み取ると共に、それが窃盗罪にも及ぶ話かを考えるべきであろう。

杉本一敏は、（無銭飲食事例とは異なり）特殊詐欺での「欺罔」は、嘘の積み重ね（束行為）で交付を動機付けるストーリーを作るので、財物交付に結びつく内容（交付判断の基礎となる重要事項）に及んだか否かが問題になるという[29]。先例も、上記の「直接性」・「危険性」の前に、交付判断の「前提となるよう予定された事項に係る重要なもの」という表現で「嘘」の性質（重要事項性）に注目していた。未だ交付要求に届いていないから「判断の基礎となる」とは言わず、「前提となるよう予定された」と表現したのだろう。事実としての「嘘」は警察詐称から始まるが、＜捜査協力のための財物交付＞というストーリーの構築を始めないと、「欺罔」の開始に値しないという各論的な制約（交付要求に繋がる意味での必要性）が「密接性」とは異なる判断形式の理由でありうる。「訪問」と「交付要求」をなす受け子の「行為」を合理化する性質が「直接性」で捉えられ、

27）松宮孝明「実行の着手、とりわけ『形式的客観説』について」高橋古稀上巻（2023）579頁を参照。「密接性」基準は、単純結果犯を念頭に置いたものだという。

28）松宮・前掲（注27）586-587頁は、「密接性」は「必然的共属性」に由来するという。フランクにおける犯罪形態の区別への賛否と、「欺罔」でも「共属性」を問い、警察詐称の段階にそれを認めるかが考え方の分岐点となる。先例における山口裁判官の補足意見の場合は、交付要求を「実行」と見て、それ以前の嘘は「前倒し」と捉えるため、以下の話は「密接性」の評価問題となる。

29）杉本一敏「行為の構造から見た『実行の着手』時期（2）」68号（2021）105頁以下は、「積み重ね型」犯罪の評価構造（「最後の一突き型」犯罪との相違）を扱う。松宮の区別とは異なり、計画的犯行の場合に伴う特殊性や、「取引」に乗じる詐欺罪の個性に着目するように見える。

「間もなく」その行為に移行するから、被害者は疑う暇もないまま「求め」に対応する蓋然性が高いという意味で「危険性」が確認された。「交付」を結果発生を意味する言葉として捉えれば「到達可能性」の評価とみることもできるのだが、「客観的な危険性」が着手行為から行為者の後行行為としての「実行」を経る（に「至る」）過程を考慮していたこととの対比では、被害者側の対応との関係評価を安易に同視すべきでないであろう。

問われたのは、直前行為と「実行」の一体性ではなく、「嘘」という手段行為の連鎖の中で「欺罔」を画する「一体性」の評価である。だから、「密接性」ではなく、「嘘」相互の関係における「交付要求」への「つながり」の意味で「直接性」と表現された。また、「欺罔」という「実行」自体が継続中なので、現実の直前行為から「実行」を経た到達可能性を扱う「客観的な危険性」とは異なり、現実の「終点」から「実行」の継続を含めた「危険性」が問われている。つまり、１回目の電話の「嘘」は、２回目の電話の「嘘」が支える、時間的に近接した（「間もなく」の）受け子の「訪問」において、被害者による「解錠」を経て「交付要求」に至る「自動性」をもたらすと共に、その段階で「交付判断の基礎」となり「交付」をもたらす「危険性」も備えていると評価されたのである[30)]。

杉本は、物色行為と対比しつつ、「欺罔」による「被害者の領域」への侵入を問題とし、詐欺罪は「虚偽の情報を与え、錯誤に陥らせて交付要求への抵抗力を失わせる」点に独自性があるから、その段階に決定的な「ライン」を認めるべきだという。被害者の心理過程への影響を問う「進捗度」の規準が独自のものとなりうることを示すものと理解できる[31)]。しかし、「錯誤」という抵抗力阻害の心理過程を経ることが詐欺罪の本質なので、欺罔という「行為」の（客体の脆弱さに基づく）評価ならば、先例が扱った「危険性」は詐欺罪に固有のものであろう[32)]。そのような規準が（占有弛緩をもたらす手段として欺罔が使われるとはいえ）どこまで窃盗罪にスライドできるかは疑ってみるべきだと思われる。

詐欺罪は、取引を装って財物の交付を受ける行為なので、（異論もあるが）受交付も一つの「実行」と評価でき、欺罔から受交付に至る過程が一体で捉えられる。受け子が正犯となるのは実行行為者だからであり、一体的な評価だからこそ、欺罔後に加わった受け子も承継的に共同とされる。加えて、被害者が錯誤から脱して「騙されたふり作戦」が始

30）杉本317頁以下は、「進捗度説」が判例の説明には有用との認識の下で、先例が示した①重要事項性・②直接性＝交付要求への自動性・③交付に至る危険性のうち、欺罔の開始に着目すると①②が本質であり、③は必要条件ではないという（二元論の帰結なのだろうか）。対して、冨川23頁は、①を各論的制約とみて、②③の両者を進捗度の問題と捉えている（そして、本決定にも、その評価の波及を認める。）。

31）杉本316頁。これも「進捗度」の表現ならば、中間行為のない段階に達する（佐藤）、障害の排除で経過に自動性が得られる（冨川）、「山場」を超える（樋口）、等々の表現と並び立つことになる。安田拓人「すり替え窃盗における実行の着手」山口古稀（2023）295頁は、二元論を採る点で進捗度説を支持し（301頁）、すり替え事例に応用すれば、「電話での嘘により、相手方の占有を弛緩させて、その弛緩した占有を奪うだけになっている」事案だから（305頁）、「住居を訪れ、応対してもらうことは……電話でアポをとっていれば……障害としては残らない」との評価（307頁）で本決定を支持している。杉本の捉え方を更に進めて、被害者の心理面における「弛緩」を招く嘘の「開始」で足りると考えるようである。

32）東條・前掲（注18）14頁は「現に到達した部分だけでも十分な嘘と言えるか」を扱う判断だという。形式説に好意的な立場から、詐欺罪の個性を踏まえて検討する趣旨の表現だが、「十分な」と指摘する部分が判旨の「危険性」という言葉に対応しているだろう。上嶌一高「特殊詐欺と実行の着手」山口古稀（2023）271頁は、先例の判断規準について、①「密接性」よりも緩やかな自動性で着手を認める可能性がある点と、②「危険性」が着手を画する意味をもっていない点を指摘する（282-283頁）。平成16年決定との対比で、詐欺罪という罪名に伴う判断の特殊化を捉えるものだといえる。

まっていても、「一体」としての未遂評価が維持できれば、不能犯とはならない。これらの判断を示した**最決平成29・12・11刑集71巻10号535頁**（以下では、**平成29年決定**という）は、進捗度説に依拠して、「犯罪計画に沿って犯罪実現に向かって事態を進捗させていること（犯罪実現意思の継続）が未遂の継続を基礎づける」からこそ、可能となる判断だとの評価もある[33)]。確かに、結果への到達可能性を「客観的」に求めるならば、「作戦」をめぐる危険判断を示すことが望まれるが、進捗度説ならば、架け子の行為過程で計画の実現可能性が確認されていればよく、被害者の心理的障壁を除く～交付判断の動機付けに繋がる先行行為（欺罔）だけで「着手」も認められる。結局、先行行為を自らの行為として評価される、受け子における「承継」の構造こそが根本的な問題になる。

因果的共犯論は、承継的共同に否定的だが、先行行為の効果に乗じて最終結果（財物の占有移転）に因果を及ぼすことで、重要な役割を果たしていればよいとの理解もあった。受け子は、（指示役を通じた）架け子との共謀の下、受交付という一部実行のために被害者宅に接近しつつあった。そこに危険性（未遂結果への因果性）を認めれば、詐欺未遂罪を理由づけられる。しかし、平成29年決定は、そのような判断を示していない[34)]。むしろ、受け子の罪責に決め手となるのは、共同正犯の構造理解である。共同正犯における意思連絡を、背後者からの因果性の問題ではなく、背後者と実行者の関係形成の問題と捉える。承継的共犯は、因果性の遡及ではなく、「共同」に値する「関係形成」はどの時点まで可能かという問題であり、複数行為で成り立つ犯罪の場合、最終結果に寄与しうる「実行」が可能ならば、正犯に値する「関係形成」もなお可能だという。すると、（事後的な包括評価は別として）元来、個々の結果毎に評価される傷害罪[35)]と、強盗罪のような結合犯で「承継」評価が異なるのは当然である。そして、詐欺罪は「受交付」も実行と考える以上、後者の類型にあたるから、判断の理由づけを共同正犯論に求めることができる。

詐欺罪の構造から、欺罔～受交付が一体で扱われる実行ならば、受け子は、先行行為の「承継」というよりは、途中参加でも、「実行」を補完して完了させる共同実行者である。当人の行為からの因果性を求める因果的共犯論と、共犯行為を一体評価する共同正犯論[36)]にはズレがある。判例が維持している犯罪共同説の捉え方は後者に依拠するので、その説示は因果的共犯論には馴染まない。平成29年決定が「危険性」を問題としないのも、詐欺罪の共同実行の危険性を問うに過ぎず、行為者が（当初から予定された）「共同実行」の一部を担うこと（関係形成）さえ確認できれば、個別行為との因果性を評価する必要はないと見るからであろう。そして、「共謀」という意思連絡で「関係形成」を確認できるといえば、受け子が現場にいる必要もないが、当人の「行為」を求めるのならば、（先行行為時に寄与がない以上）被害者宅に赴く行為や少なくとも現場での待機行為の認定が望ま

33）豊田345頁。深町晋也「判批」論究ジュリ36号（2021）233頁。

34）先例では、「騙されたふり作戦」があったか否かの認定さえもない。「失敗の経緯を認定せずとも着手判断は可能」とするのは二元論であろう（東條・前掲（注18）4頁を参照）。

35）最決平成24・11・6刑集66巻11号1281頁により、傷害罪の承継的共同は否定されたとの理解が多数であろう（同時傷害特例での対応が可能だからこその話である）。

36）樋口326頁以下が示す「共同正犯固有の構造を問題にする立場」であり、豊田350頁の「実行共同正犯構成」が一例である。伊藤嘉亮「特殊詐欺における承継的共同正犯と共謀の射程」法時91巻11号（2019）67頁によれば、その本質は全体行為の形成にある。

れることになる。しかし、詐欺罪における理解が本決定の支えになるのだろうか。

加えて、「共同」に見合う「関係形成」は本当にあるのだろうか。特殊詐欺の組織内における行為者の地位や収益を見ると、行為動機（犯行利益の享受）を重視して「正犯意思」にこだわってきた判例の傾向からすれば、末端の受け子は従犯に留めるべき場合も多いのではないか。承継的共同は否定して幇助だけを認める見解もある中で、特殊詐欺を扱う判例が直ちに共同正犯を認める点は、かなり形式的である。背後者を捕縛できていない場合、正犯が不明なままの従犯処罰を避けるために、行為者の個性を度外視した「正犯」への格上げが生じる。数人一罪でみる犯罪共同説の「共同」評価は、「一罪」の構成部分を現に担う者を正犯から外せない。その意味での形式性を基本とし、更に処罰を拡張すべき場合にこそ「共謀共同」が問われる。だから、実行共同と共謀共同で（支配型と対等型でも）求めるものが異なるという見方[37]も理解できるが、そこから「意思連絡の一員」であれば足りるとは言えず、「一体扱いを基礎付ける」だけの寄与を求めるべきである。

受交付は「実行」の一部をなす行為だが、宅配Boxを利用した受取りなどは、配達人と会うわけでもなく、Boxからの取出しと回収役への引渡しという、業者の中立的な行為の延長上で（背後者の隠れ蓑になる）機械的な行為を請け負うに過ぎない[38]。それだけで正犯性を認めるとすれば、立場の対等性を前提とする共犯間で「共同実行」の分担として見張りを担当した場合のように、共謀共同正犯の構成に馴染む程度の「共謀」と役割認識に関する「故意」が必要となる。その存否に応じた対応の個別化を探るべきであろう。

暴力団絡みの銃刀法違反や薬物犯罪で問題とされた「共謀」の希薄化は、その前提に組織構造の精密化・高度化が認定されることで、その当罰性が確認される関係にあった[39]。ところが、特殊詐欺における組織の高度化は、背後者への責任追及を遮断するための情報統制にあって、末端をいつでも切り捨てられる柔軟な構造化である。だから、組織構造の理解（犯罪計画の全体像、行為者における認識）をベースに、希薄にみえる「共謀」の重さを色付けることは困難である。架け子にせよ・受け子にせよ、背後者が作ったマニュアルに従って演技する仕事であり、闇バイトの報酬を手にする限度の正犯意思しかなく、巨額な収益から「欺罔」や「受交付」の実行者として相応の分け前を受けるような意思ではない。だから、＜意思連絡の当事者に正犯意思がなければ（共同正犯の）共謀もない＞という「共謀共同」の理解ならば、既に「共謀」の認定も疑わしいことになる。

受け子の故意と共謀を扱った三つの判例（**最判平成30･12･11刑集72巻６号672頁**、**最判平成30･12･14刑集72巻６号737頁**及び**最判令和元･9･27刑集73巻４号47頁**）は、送付型の事件で、「空室利用」「自宅利用」「不在票抜取」という手法の違いが「故意と共謀」にどう

37）樋口328頁は、60条は個別行為からの因果性の不要化をもたらす規定であり、代わりに、「実行行為者を支配・指示していたこと」「一体扱いを基礎付ける意思連絡の一員であったこと」「共同実行行為に参加したこと」のどれかを確認すべきことになる、という。

38）後掲する**最判令和元･9･27**の「不在票抜取」はそれ自体が当罰的な行為だが、**最判平成30･12･14**のような「自宅利用」で宅配Boxを使用していたら、「なりすまし」もない媒介者に正犯評価は難しいのではないか。「回収役」の場合には、既遂後の関与でしかなく、盗品罪でしか処罰できないのではなかろうか。

39）スワット事件に関する最決平成15･5･1刑集57巻5号507頁の共謀認定は、自らスワットを担当していた経験に基づく組織活動に対する「確定的認識」と、警護という犯行（拳銃所持）の利益を享受する組長の立場から、その共同性を認定する筋書きであった。

影響するかが問われた事例判断であった。新たな手法が次々と編み出される中で、未知の手法では犯罪の可能性すら認識できないとも主張されたが、結局は「なりすましという欺罔的要素の認識」があれば＜詐欺罪の可能性を含む犯罪事実の認識を推認させる＞という判断が積み重ねられた[40]。欺罔～錯誤の具体的な内容が現れていない場合でも、他人を装うことは「詐欺」という犯罪の評価に連動しうることが示されている。つまり、受け子という役割にある者を「共同」の「正犯」として扱う態度は、「受交付」をも「実行」と捉えて「一体評価」を合理化する詐欺罪の個性に基づく判断を積み重ねてきたものであり、何らかの形で「なりすまし」の要素が含まれている点に着目した評価であったと理解すべきである。だとすれば、「すり替え」事例もその文脈で理解すべきではないか。

「なりすまし」の要素、特に権力の担い手である警察官等を装う（官名詐称の）行動が詐欺に繋がる可能性は、はるか昔から想定されていた。だからこそ、「すり替え」事例も「特殊詐欺」で扱うことに違和感がないのだろう。社会意識が自然に詐欺をイメージする事実ならば、その可能性認識も推認しやすいが、それを外すと「故意」の認定も疑われる。確かに、別の罪名になっても、意味認識のズレを「あてはめの錯誤」といい、抽象的事実の錯誤でも「法定的符合」で対処しうるが、それが好ましいことなのだろうか。詐欺罪の射程が狭すぎると、故意や共犯関係の理解にも影響することを考えるべきではないか。

３　違和感の背景・競合論～認定論のあり方

判例上、既に決着したかに見える、すり替え事例を窃盗罪で扱う見方に対して、本稿は敢えて疑問を提起している[41]。その問題意識を具体化すれば、次の通りである。

１）窃盗／詐欺を「被害者の意思に基づく占有移転」の有無で区別する見解が圧倒的だが、両者の択一関係は貫徹されるのか。仮に「窃取」と「受交付」が択一的でも、詐欺は「欺罔～受交付」の全体を捉えるから、評価対象行為にズレがある[42]のではないか。

⇒分断評価と統合評価は、「計画的犯行」の扱いも含む、認定論（行為把握と罰条選択の相関関係に基づく、競合処理～法律構成上の選択）の問題であり、詐欺罪には＜窃盗罪に対して代替案を提示しうる犯罪類型＞としての射程[43]があるのではないか。

２）両者の択一性は、法益を同一とみて、財物奪取（占有侵害）の枠内で評価することに基づくが、詐欺罪の法益は「占有」だけなのだろうか。利得罪にも及ぶ詐欺罪の本質は、「欺罔」による「処分」の誘発にあって、それ自体の法益侵害性も考慮すべきではないか。

⇒「法益侵害」を事態評価の視座で語る結果無価値論の影響で、財産犯論の視座が過度に事実化されたが、本来、窃盗／詐欺の保護対象は、所有者の支配／処分の権能であり、「欺罔」では「取引自由」の侵害を（中間結果として）評価すべきではないか。

40）増田362頁以下は、３つの判決を「事例判例」と位置づけ、「間接事実から詐欺の故意を直接推認したのか」が問われるといい、「なりすまし」がもつ意味を指摘する（注5）。

41）「決着」前の詐欺罪説として、例えば、山本修・研修844号(2018)93頁があり、今なお疑いを残すものとして、森永真綱「占有の弛緩と窃盗罪の実行の着手？」甲南法学64巻1=2号(2023)73頁がある。

42）窃盗と詐欺の関係について、「交付行為」の評価に着目した論考として、荒木泰貴「詐欺罪における交付行為の再検討」法時92巻12号(2020)49頁がある。

43）いわゆる「一連行為」論を認定論に位置づけて、分断評価/統合評価における代替案を検討する見方について、拙稿「規範論と一連行為」高橋古稀上巻(2022)137頁を参照。

3）「財物」をカードだけで捉えることは正しいのか。カード入りの封筒を財物と捉えたらどうか。贋作と差し替える計画で鑑定を装い物を預かる古物商は、詐欺にならないか。一時委託が「交付」に値しなくても、返還免脱で詐欺に問えるのではないか[44]。

⇒一時委託は「交付」が欠けて、詐欺でないから窃盗だというのは考え方の順序が逆ではないか。第三者の道具化と異なり、「取引」の装いがあれば窃盗とは言い難く、１項詐欺が疑問でも２項詐欺で構成する余地もあるのだから、窃盗罪を拡張する[45]よりは、詐欺罪の拡張を検討する方がよいのではないか。

4）本件は「欺罔」継続中の段階である。最終局面で「窃取」に至る可能性はまだ計画でしかない。全体評価で「欺罔～受交付」となりうる場合に、分断評価で「窃取」とする可能性があっても、その前段部分を分断評価で縛る必要があるのだろうか。

⇒計画の処罰ならば最終局面を考慮した構成もありうるが、現実化した未遂行為の扱いで窃盗罪を選ぶのは別問題ではないか。架け子の「欺罔」との一体性が当罰性を支える[46]以上、財産処分を促す側面[47]を重視して、先例の延長上で検討すべきではないか。

「最終局面」からの考察は、本来は結果を重視する者が「計画内の結果」に目を向けて、「行為」の客観的な評価を離れて「森を見ていない」状態に陥るからではないか。行為者の「計画」を占有侵害を偏重する態度で解析し、「計画の危険性」をみる「進捗度説」という新たな主観説に依拠するからこそ、窃盗未遂罪に至るのではないか。本決定の選択は、総論的には、「一連行為」論を使いこなせない思考の固さと、各論的には、詐欺罪の理解の狭さに由来していると思われる。1)犯罪類型の幅、2)法益保護の幅に加え、3)利得罪に及ぶ罪質の幅を前提として、4)未遂罪の扱い（法律構成）には代替案を考えてよいのではないか。以下では、このような意味で、詐欺罪の「射程」を検討してみたい。

Ⅱ　歴史と政策：財物罪と利得罪・盗取と騙取

１　現行法に至る経緯 －２項詐欺の読み方－

旧刑法（1880年）390条は「人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若クハ証書類ヲ騙取シタル者」を「詐欺取財」の罪としていた。ボワソナードの影響下にあった明治23（1890）年草案が手段行為の具体的類型化を進めつつ、広く「不正の利益を得た者」の処罰に及んでいた[48]のに対して、明治30（1897）年草案は、欺罔の具体的類型化は採用せず、「動産ヲ

44）最決昭和61・11・18刑集440巻7号523頁が窃盗／詐欺の区別を明示しなかったように、両罪の択一性は決して一義的ではなく、対象行為の切り取り方で変わりうるであろう。

45）ATMでの引出が窃盗となるのは、機械は騙されないからであり、延長上で、店内で完結する不正遊技もメダルの窃取で処罰された（**最決平成21・6・29刑集63巻5号461頁**）。しかし、機械を使う「取引」の全体を詐欺罪で検討する余地もあったのではないか。

46）分断評価に徹する場合、架け子の「欺罔」は「実行」ではなく、その正犯性は「共謀」評価に依存すると共に、受け子には不能犯を否定する評価が改めて求められると考えるべきであろう。

47）実は、カードだけでは現金を得る可能性は低く、封筒の中に暗証番号を記した紙片を入れさせることに重要な意味がある。預金を引き出しうる地位（口座利用権）を考えると、「すり替え」事例には、その提示～相当期間の権利放棄を了承させる意味が伴っている。

48）その372条は「自己又ハ他人ヲ利スルノ意ヲ以テ虚偽ノ事ヲ構造シ又ハ真実ノ事ヲ変更、隠蔽シ其他詐欺ノ方略ヲ用ヒテ人ヲ錯誤ニ陥レ以テ不正ノ利益ヲ得タル者」であった。

騙取」する財物罪(308条）と利得罪（309条）を書き分けつつ「詐欺盗ヲ以テ論ス」と表現していた。それが現行法に繋がったため、この過程の評価に議論がある。すなわち、明治40（1907）年改正案が、盗取罪とは章を区別して詐欺罪・恐喝罪を規定し、247条１項「人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者」と２項「前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者」を設けた経緯は、憲法制定（1889年）や法典論争を経た民法改正（1896-1898年）を間に挟んでおり、法典継受の源がフランス法からドイツ法へ変わった影響も想定される[49)]のだが、詐欺罪の場合は、我が国の伝統からの制約も大きかったとされる。ドイツの場合、ローマ法に由来する偽罪（と欺罔罪）から詐欺罪が独立したのは、1851年のプロイセン刑法からであり、それ以降、所有権侵害たる窃盗罪とは明確に区別して、財産的損害で詐欺罪が個別化されている。ところが、日本では当初から窃盗罪に準じる財産犯と捉えつつ、「財産的損害」を規定していないので、窃盗罪とは異質な欺罔犯罪としての性質を認めながら、財物奪取で財産侵害を捉えていた伝統（詐欺盗）の延長上で、その射程が論じられてきた。

窃盗罪に準じる扱いは、個別財産に対する罪として理解すること・移転をもって被害を語ること・奪取後の領得（利用･処分～効用享受）を不法領得意思で考慮することに繋がっているが、民法が「盗品（と遺失物）」の扱いを独自に規定する（193条）ことに対応し、盗取と騙取（と占有離脱物横領）を単純に同視すべきではないし、財物罪の扱いがそのまま利得罪に及ぶわけでもないだろう。例えば、利欲目的～領得意思は、財物の支配奪取がその利用価値･交換価値の取得に連動する関係を捉えつつ、権利者を阻害しない一時使用や毀棄との区別を確認する趣旨で要求される。財物罪に固有の要素と見るならば、利得罪には無縁な話である。２項が扱う「利益」は、財物支配に依存しないで物の効用を扱う人々の関係を認めることが入口になるが、「欺罔」で物権的な「関係」を創り出す行為は領得に通じ、領得意思は故意の問題となる。もちろん、２項犯罪の現実はそれを超え、「利益」は対人の請求権、債権の世界に広がる。現行法に移行する段階で、財産をめぐる関係（取引）[50)]が「物」の世界に留まらないことを認めたので、詐欺罪は盗取罪を超える属性を与えられ、（ドイツでは）財産的損害を幅広く判断することになった。「取引」があれば、「奪取」の前後に引渡請求・返還請求という形で「関係」を認められ[51)]、２項犯罪を問う余地もある。たとえ１項未遂の段階に２項既遂を認める解釈は疑うべきだとしても、

49）足立友子『詐欺罪の保護法益論』（弘文堂，2018）37頁以下は、「欺罔」による「財産侵害」という両義性が維持された点を重視するが、佐竹宏章『詐欺罪と財産損害』（成文堂，2020）57頁以下は、利得罪の追加には、（ボワソナード改正案よりは）対象を「物体ノミ」で捉える見方は「狭隘ニ失スル」と述べたルードルフの意見を受け、ドイツ刑法263条1項の影響があったと読んで（67-68頁）、本質を「財産損害」の裏側で「不法ノ利益」の評価に求めている（70頁以下）。歴史認識としては、山内竜太「詐欺罪と窃盗罪における法益侵害の基本構造」法学政治学論究121号(2019)1頁，9-11頁が手堅いが、問題は社会変化の考慮にある。立法時と現代を対比することなく、現在に対応する解釈ができるのだろうか。

50）私見は、財をめぐる人間関係の変動を包括する言葉として「取引」という表現を使う。そこで、法益として想定する「財産取引の自由」は、関係形成に関わる自由であり、人々が交渉する構造の中に（民事法的な規律を織り込みながら）見出すべきものである。

51）民法193条が「盗品（と遺失物）」を特別に扱うのは、「取引」外の支配喪失者には救済の術がないからであり、「取引」があれば「関係」の中での救済が図られる。相手が見えるか否かで「関係」は大きく相違する。「なりすまし」が重要なのもこの文脈においてであろう。

そのような「射程」を直視した議論ができているだろうか[52]。

旧刑法390条で「証書類」が財物と並置されていたことが明治40年改正案の「利益」保護に繋がったとみる理解[53]が有力である。証書騙取を並べて規定する意味は、証書自体の財物性は疑う見方を前提として、詐欺・恐喝で証書を作成·交付させる行為の扱いにあり、実態は証書が示す権利の取得にあるから、(証書での具体化を条件とする)利得罪であったとされる[54]。それ故、詐欺罪の射程が財物奪取を超えることは前提として、そこに「利得」評価の制約が読み取られる。証書「作成」は権利関係を定める(様式化された)処分に対応し、詐欺罪は処分行為を経由する罪として理解される。それが2項に一般化されたと見ると、その本質は「関係」の変動をもたらす「処分行為」の動機づけにあり、「交付」はその後の引渡~財物罪での「損害」の捉え方を示すものといえる。対して、「利益」は「関係」形成の「処分」で足りるから、「交付」過程は不要ではないか(だからこそ、2項は第三者の利得でもよいのだろう)。

ところが、「詐欺盗」にこだわる見方は、2項に(証書交付に見合う)具体的な「利益」の「交付(~移転)」の必要性を唱えてきた。その制約の当否、社会変化との関係が問題である。すなわち、現行法が旧刑法の詐欺を限定した訳ではない以上、一面で、証書騙取が(実体は債権侵害でも)財物罪で扱われうることになり[55]、他面で、債権関係も(証書化される程度の財物支配と同等の具体性があれば)広く「利益」で保護されることになった。キャッシュカードを巡る交渉は、「口座利用権」の「証書」という文脈で1項・2項の両者に関わり、すり替え事例には、カードの占有移転に関する評価と利得の評価が並行しうる。証書騙取に関する議論は、偽造罪(特に157条の不実記載罪)との「棲み分け」から、旅券や運転免許証の発給段階では詐欺罪を否定するが、財産権の化体が認められる証書ならば、広く詐欺罪を肯定する方向に傾いてきた[56]。証書作成の段階に2項詐欺の可能性があっても、証書交付を以て1項詐欺で扱う解釈が採られており、その影響下で、「処分」に伴う「関係」形成だけで詐欺罪を認めることに強い抵抗が示されてきた。今やその反動で、事後処理の可能性を残す「関係」を免れる「なりすまし」のような「欺罔」の下で作成された「証書」の移転ならば、追求不能が生じるから、現下の「損害」が疑わしいとしても、幅広く処罰する方向に転じてきたのではないかと思われる[57]。

---

52) 佐竹・前掲書(注49)76頁以下は、財物罪/利得罪の関係性を再考して、「詐欺罪の中核である利得詐欺罪の射程を正面から検討すべき」だという(77頁)。その問題意識は正当だと考える。

53) 中森喜彦「二項犯罪小論-その由来を中心に」法学論叢94巻5=6号(1974)215頁。

54) 中森・前掲217-218頁。2項強盗も証書作成を「強請」する行為(23年案365条)から始まっており、それが34年案で「利益」保護に拡張されたのであった(222-223頁)。

55) 実は、既に旧刑法の時代から、判例はその解釈を採っていた(中森・前掲217頁)のだから、新たに証書を「作成」させる行為の扱いこそが専ら2項の問題となるであろう。

56) 最判昭和27·12·25刑集6巻12号1387頁:旅券で否定、最決平成12·3·27刑集54巻3号402頁:簡易生命保険証で肯定。特に議論があるのは、預金通帳に関する最決平成14·10·21刑集56巻8号670頁(他人名義)·最決平成19·7·17刑集61巻5号521頁(譲渡目的)·最決平成26·4·7刑集68巻4号715頁(暴力団員)が経済的には口座開設の利益を受けるに過ぎない銀行との関係で肯定したことの当否である。「口座利用権」では継続的に財産取引を支える「関係」の形成を考えるべきである。

57) この文脈で議論になるのが、ローンカードに関する最決平成14·2·8刑集16巻2号71頁や搭乗券に関する最決平成22·7·29刑集64巻5号829頁である。相手の個性にこだわる取引か否かが問題である。

旧刑法における詐欺利得罪に見合う類型は、証書騙取の事例だけではなかった。392条が「物件ヲ販売シ又ハ交換スルニ当リ其物質ヲ変シ若クハ分量ヲ偽テ人ニ交付シタル者」を、また、395条が委託を受けたる金額物件を費消する横領罪の規定に、「騙取拐帯其他詐欺ノ所為アル者」を詐欺取財として扱うことを定めていた。前者は「有体物の取得を伴わない債務免脱」に、後者は「欺罔により受寄物の返還義務を免れる場合」に詐欺取財を拡張するものであったとされる[58)]。「すり替え」事例は、「封筒」の中身のすり替えと見れば「物質ヲ変シ」て交付するに等しく、「封筒」と「偽封筒」を別の財物と捉えれば、「偽封筒」の交付という「欺罔」で「受寄物の返還義務を免れる」行為であり、そこに詐欺罪の類型性を認めてよかったのではないか。「封筒」を作らせ～口座利用を数日間放棄させた上で～「偽封筒」の交付で「封筒」の返還請求を免れる２項の（～無意識の「処分」をさせて「封筒」を屋外に持ち出す１項の）詐欺罪で評価することも可能だと捉えた上で、現実化した手段行為を評価すべきであったのではないか。「すり替え」を懐に収める行為としてのみ読み取り，確認のために一時預けさせる～偽物を渡す行為を切り離して評価するのは，認定における視野狭窄と批評すべき態度ではないか。

２　法益侵害と当罰性　－財産処分～取引の自由－

詐欺罪の射程が「財産上の利益」にまで及ぶこと、補充類型としての利益詐欺の使われ方こそが限界を画することを理解すべき[59)]ところ、多数説は、あくまでも窃盗罪に準じる把握（詐欺盗の発想）を前提とし、その制約（移転）を利得罪に及ぼす途を探っている。例えば、被害者に債権を譲渡させる事例の延長上に、「新規取得型」も＜行為者が得る債権と被害者が負担する債務とが表裏一体＞ならば利益支配の「移転」を認められるとし、更に、債務免脱・一時猶予～サービス（役務提供）にも「移転」を論じる[60)]。刑法が扱う「財産上の利益」には移転性が必要だと述べた上で、本来は「移転」と言えぬものに価値構造の類似性で扱いを及ぼす類推であり、その論旨の入口と議論の進め方には疑問がある。物の支配を偏重した伝統、「移転」へのこだわりは捨てて、「表裏」の対応を「自由処分」による当事者（表裏）間の「関係」の変動として捉え直すべきではないか[61)]。

「詐欺盗」の核心には、詐欺罪を（被害者利用による）窃盗罪の間接正犯と捉える見方がある。取引のストーリーは、奪取の手段でしかなく、反対給付（交換関係）の錯誤で自己加害の認識を欠いて、道具化された被害者が「処分」に及ぶので、「錯誤」を誘発する

58）中森・前掲218-219頁。更に二重売買・二重抵当に関わる393条があった。先行取引の相手方との関係は別として、後行取引の相手方との関係で詐欺罪が問われうるからである。

59）佐竹・前掲書（注49）157頁以下の「利得」評価の検討は「射程」の見極めに有益だが、一般則は「財産的損害」を求めていても、多くの特別構成要件（抽象的危険犯）を追加することで対応するドイツ（足立・前掲書（注49）186頁は経済的視点で限界を決め難いことの表れだという）の「損害」論を参照するには相応の加工が必要であろう（佐竹・217頁以下は、法的な「関係性」評価への差替えに等しい）。

60）田山聡美「財産的利益の意義に関する議論の整理」刑ジャ49号（2016）15頁，19-22頁。情報は「移転性」が欠けるから、刑法で直接に保護することはできないという。

61）足立・前掲書84頁以下が示すように、議論の「入口」で私見と近いものとして、酒井安行「詐欺罪における財産的損害」刑法の争点（第３版）（2000）183頁、長井圓「証書詐欺の成立要件と人格的財産概念」板倉古稀・現代社会型犯罪の諸問題（2004）316頁を参照。

「欺罔」に因果の支配性（正犯性）が認められるという。当事者を支配－服従の関係で捉えるわけだが、本来は対等な立場で「取引」に臨む当事者間に（情報格差を中心とする）齟齬が生じる場合が問題なのであり、そのような理解では視野が狭すぎるであろう。詐欺罪における被害者の処分意思は無効だから、「意思に反する占有移転」を処罰することは窃盗と詐欺で変わりは無いという[62)]が、同じく「意思に反する」と言っても、窃盗罪は取引意思がない場合／詐欺罪は取引意思がある場合であり、結果論（事後評価たる無効）で語るべきではない[63)]。刑法の役割は、予防作用で、「取引」を促進し「取引の自由」を支えることにあり、「取引」の有無で対応を分けるのが盗取／騙取だと思うからである。

また、被害者の道具化（「交付」による被害）を強調して「受交付」を行為として捉えない（行為者の支配は及んでいないという）見方[64)]に流れることにも疑問がある。「受交付」が対面交渉の中で起きる場合、単に「交付」の相手となる機械的行為ではなく、「欺罔」がもたらす「錯誤」状態を維持する、つまり、虚構のストーリーを崩さない振舞いが求められる過程であり、共犯の場合は、その（なりすましの）役割が極めて重要でありうる。特殊詐欺の「受け子」が正犯となるのは、「積み上げ型」と呼ばれる構造で、ストーリーを完結させる「実行」を引き継ぐ役割だからである。従って、「欺罔～受交付」の一体性を前提とする（承継的）共同正犯として基礎付けるためにも、「受交付」の行為性を確認すべきであり、本決定も平成29年決定の延長上で対応すべきであったと考える。

「詐欺盗」に縛られた歴史は克服すべきではないか。所有権保護と（偽罪派生の）財産保護で区別するドイツ法の影響は間接的だとしても、盗取と騙取を別の章に置いたことで、取引を無視する支配（現状）の侵害[65)]と取引（現状変更処分）の悪用による侵害は区別されてよい以上、財物罪を偏重して、詐欺（交付）が疑わしいから窃盗（窃盗の詐欺化）というのではなく、意思に反するかが疑わしい交渉（関係）がある取引過程の犯行は詐欺罪で対応すべきである。社会の進歩は取引の多様化・複雑化になるから、その変化には詐欺罪の拡張か、取引構造に応じた立法で対応すべきである。証書騙取のように財物罪に通じる場合は１項との均衡が問われるが、機械化・情報化が進む社会では、それこそが不均衡にみえることもある。「取引」内の行為である「欺罔」の議論[66)]を深めると共に、「取引」の規律を巡る社会変化への刑法的な対応（政策）の在り方を考えるべきである。

「欺罔犯罪」という罪質の再確認を主張する足立友子は、財産概念の周辺部分（人との

62）山内・前掲（注49）20頁がそうであり、長井・前掲（注61）340頁は、だから、窃盗罪との対比における詐欺罪の独自性は「間接正犯」の点に尽きるという。

63）拙稿（注2）217頁以下は、民法上の詐欺=取消（旧96条）と錯誤＝無効（旧95条）の相違を刑法がどのように受け止めるべきかを考えたが、平成29年の改正で、民法95条は〈「要素の錯誤」による無効〉という扱いを廃止した。刑法学の今日的な課題は、民法の変化をどのように受け止めるか、それを歪めない形でどこまで介入すべきかを考えることである。

64）足立・前掲書61頁以下は、「被害者利用の間接正犯」との関係を検討して、「保護法益」の相違を読み取るのだが、欺罔で害される「主観的（取引）目的不達成」と、被害者による交付で現れる「財産的損失」とを区別し、後者に行為者の支配は及んでいないと捉えている。

65）強盗利得罪は、「処分行為」に馴染まないが、「取引」を逸脱した財産関係の強制（意に反すると捉えられる「処分」の抑圧）であり、「利益」「移転」の法律構成の問題ではないと思われる。

66）事前評価では、虚偽の災厄を告知して処分させる形式と捉えられる（安全を対価とする「取引」である）点において、脅迫が「欺罔」と並置された結果として、恐喝罪は詐欺罪に準じるものとされる。

関係性）に関わる「財産的処分の自由」に固有の法益性を認めて、「錯誤」を中間結果とする欺罔行為に「財産侵害」を要求する（交付から生じる「財産的損失」とは区別する）ことで、詐欺罪の限界を画することを目指している[67)]。欺罔に求められる「重要事項性」に「処分」決定への影響評価を認め、「取引の場」に伴う制約として個別事例毎の当事者間の共通認識を確認する[68)]方向には賛同したい。佐竹宏章も「自由主義的・人的財産概念」を土台にしながら、行為者側の「利得」と被害者側の「喪失」の対応という「関係」を評価対象としつつ、財産「利得」の「不法性」を判断すべきだという[69)]。「当事者間の法的関係性」を基礎付ける事実を基にして、「公平な判断者」から正当化し得るかを問うという視座は、「損害」論から入りながらも、「交渉」の俯瞰的な評価に帰着する点が興味深い[70)]。行為者と被害者を単純な主体-客体の関係で捉える見方（それに帰着する法益侵害説）の固さを乗り越えること（関係性の評価）が求められているのではないか。

私見は「財産取引の自由」と表現して、個人保護だけでは語り尽くせない、財産の取引（交渉）の環境ともいうべき「市場」の制度的な文脈の読み方こそが（当罰性評価の）基準となることを想定した。被害者の「処分」がどのような評価（対価関係〜取引目的）に基づくものであったかを確認することが前提だが、一般予防に繋がる・二次規範として社会（公序）を形成する刑法に重要なのは、それを「取引」として追認するか、「取引」ルールからの逸脱を放置しておけるかであろう。議論の土台になるのは、動的な取引秩序における、無限界に近い「財産」の個別化であり、その中での「人格（個性）」の扱い方である[71)]。足立は、ドイツにおける議論の紹介として、法律的財産概念〜主観的損害説、経済的財産概念〜客観的損害説及び法律的経済的財産概念〜客観的個別的損害説の結びつき[72)]を示した上で、（着眼点の相違を指摘しつつ）人的財産概念や機能的財産概念が目的不達成説に結びつくと整理する[73)]。「取引」における個人の主観的評価（愛情価値）への配慮は詐欺罪の「射程」に影響する核心問題であろう。「個人」保護だから重視すべきこ

67）足立・前掲書（注49）149頁以下。

68）「取引」は当事者の「主観的価値」の一致でよいことを前提とし、種別毎に「情報の圧縮」の余地も認めつつ、取引目的の保護範囲は「互いの共通認識であった範囲に限定される」という（足立・前掲書151頁）。だから欺罔概念は、「当事者間で……共通の認識であった、財産処分の意思決定において重要な要素」に関する虚偽情報告知に限定されるという（同155頁）。

69） 佐竹・前掲書（注49）217頁以下。

70）人格的財産論は、個性の保護・損害評価の主観化に繋がるはずだが、利得の「不法性」という相関関係に依存する評価の故に、「取引」を外からみる視座に至ったのではないか。

71）この現実に真正面から取り組んだのは、長井・前掲（注61）論文だが、それが形式的損害論（その後、同「詐欺罪における形式的個別財産説の理論的構造」法学新報121巻11=12号(2015)359頁がある。）という形での刑法の関わり方を決定づけるとは思えない。

72）（法的）権利の保護ならば、愛情価値も保護されるから損害の主観的把握に繋がるが、価格に現れる（交換）価値の保護ならば、損益計算の客観的把握に繋がるという関係があるのだが、罪質が異なる以上、盗取罪は前者から・騙取罪は後者から考えてよいのではないか。

73）足立・前掲書（注49）110頁以下は、人的財産概念＝法共同体が経済交換の独立の客体とみなすものへの支配力に基づく経済的能力（114頁）や機能的財産概念＝法的に割当てられた譲渡可能な財に関わる処分権限（116頁）の延長上で「財産的処分の自由」に法益性を認める（140頁以下）。注目すべきは、「法共同体」の関わり・「法的」な「割当て」という制度の影響である。

とは理解する[74]が、当事者の共通認識を条件として考慮するのは、決して例外則ではなく、既に取引（契約）社会における一般則であろう。「処分の自由」が個人に属する法益でも、自己決定（個性の発現）という無限定な利益に帰するから、刑法の保護範囲（「侵害」評価）は、社会が承認する限度に依存せざるを得ない。「財産」が侵害態様に依存する法益であることを前提とし、その「被害」は時代毎の制度的な文脈の中でこそ、刑法的に「侵害」として評価されるのだと考える。

すなわち、財産は本来は「自律の手段」という価値で保護の対象となるが、「取引」は自律主体の相互交渉である。当事者間の「対価関係」設定は、個性ある主観的な指標のせめぎ合い（衝突）になり、法は両者を調整する視座から作用するに過ぎない。当初、静的な秩序観（権利・義務の帰属、有効・無効の二者択一で考える形式主義）を建前に据えた（ドイツ的な）民法の下で、刑法理論は、完全には従属しない（秩序維持は「権利」保護だけでは語れない）として相対的な独立性（日本固有の法、経済的財産説～所持説という事実化）を唱えてきた。しかし、民法秩序自体がより動的なものであり、今や、その実態に合わせるための根本的な改正もあった。「取引」の外を扱う盗取罪が事実化で「帰属」保護を徹底するとしても、「取引」の内にある騙取罪が同様の思考でよいかが問題である。端的に言えば、民法はどちらの当事者の「個性（自律の行使）」を尊重すべきかを問うのだが、刑法が扱うべきは、「取引」を外から見て、当事者相互に「人格」を尊重する態度があったか否かであろう。財産は個人法益であり、個別の取引主体の意向が保護されるとの主張は理解するが、敢えて、それは民法の話であり、刑法学の立つ地平は異なるのではないかと聞いてみたい。私見が「財産取引の自由」で考えるのは、市場経済の中に身をおく（だから環境に制約される）自律主体たる個人であり、無制約な「処分権」の行使者ではない。当事者の双方を「人格」として評価する視座からの分析が必要であり、そのような土台を確保して個別の「取引」における「交渉」を評価すべきであろう[75]。

３　現代へのつなぎ方 －刑法的な「財産」保護の政策論－

詐欺罪の「射程」が利得罪に及ぶことは、旧刑法からの移行で現れていた。「近代法における債権の優越的地位」は既に戦前から常識である。なのに、刑法学は、（債務不履行との境界に悩んで）債権法の世界に切り込む議論を避け、（詐欺盗という発想で）静的な物権（帰属）秩序の枠内に留まり続けるかのようであり、社会変化に対応するために苦しい解釈を積み上げる判例の言葉を「どこまで受け容れるか」という感覚で検討してきたように見える。法益侵害を因果論上に位置づける視座が「感覚」の表現方法とされる場合は、民法の規律が変わっても「因果論上」に変化はないから刑法学の限界判断は変わらないという対応になりやすい。財産取引が多様化・複雑化する中で、本権説から所持説への移行

74）足立・前掲書85-86頁が示す私見への評価は、99頁が示す〈「信頼に基づく取引社会」といった形での社会的な取引システムの保護〉に変質するとの批判に繋がるのだろう。私見は、むしろ、それでよい（刑法の役割～可罰性の限界はそのように決まる）と考えている。

75）それ故、被害者側の「重過失」が（「重要事項性」の認定を超えて）「欺罔」評価に影響しうると考えていた（拙稿（注2）226-227頁）。この文脈での扱いに繋がりうるものとして、冨川正満「詐欺罪における欺罔行為と被害者の確認措置」刑法雑誌61巻1号(2021)36頁を参照。

（法的財産説の拘束からの解放）で「因果論上」の描き方を改めること、人を介していないから（機械の悪用・機械利用権の濫用ならば）「窃取」だと述べることで、静的秩序保護の延命を図ってきたのだが、動的な（取引）秩序に正面から向き合わない（問題を先送りする）態度は既に許容限界を超えている。だからこそ、政策的対応の必要性に敏感な研究者が議論の組換えを唱えるに至る。判例が求める構造化であることを免罪符にして、政策論を突き詰めた主張は、当罰性の理由を（新派のように）主観面に求めることが多い[76)]。詐欺罪は、外形上は「取引」として成り立ちうるストーリーの構築が、被害者には認識し難い例外性や特殊性を含ませる悪意に発している場合にこそ当罰的になるので、行為者の主観面（計画性）が問題になることは避け難い（民事と刑事の境界は「悪意」でしかないと捉える可能性もある）。未遂犯の扱い方では、その上に「進捗度説」という理論構成が積み重ねられた。その主張が目指す選択は現代への政策的対応として必要かも知れないが、それが理論として望ましい筋道（限界の設定）を示したかには疑いが残る。

刑法学は、統一性を志向する総論的な枠組（体系）の中に、多様性を反映する各論的な枠組（類型）を（構成要件論という形で）組み込んで、個性のある犯罪を分析するのだが、具体的な事情の位置づけが構成要件論に収まるかは不明であり、その思考方法の固さは、自由保障に資する反面で、事件に向き合う姿勢の制約ともなった。定型説の克服を唱えた法益侵害説という実質化は、（法規よりも）具体的な事実に向き合う姿勢と（形よりも）法の目的を土台に据える姿勢の両者で、「制約」を打破する方向を示したのだが、事実に返る実質化と目的を追う実質化という二面性は、新たな現象への対応では、事実自体（の近さの範囲）に留まる保守的な意見と目的の変化に応じた一歩を踏み出す革新的な意見に二極化しうる。このような混迷の中で弱体化しつつあるのは、形式説でも実質説でも、共通の基盤としていた客観主義というスタンスの取り方である。

詐欺罪の評価に必要な主観（対価関係評価の個性）と未遂犯の評価に必要な主観（所為計画と状況認識の具体性）は、決して同じものではないのだが、いずれにせよ、伝統的な客観性を超えた判断を合理化する契機となる。特殊詐欺の場合、嘘の「積み上げ」の土台となる「計画」が束行為の一体評価を理由づける構造なので、その「着手」を「計画」から評価するのも自然である。各論の要請と総論の要請がかみ合う関係だから、その判断に合理性が認められ易い。ところが、総論が扱う「着手」論は各論の相違を超えて統一的な扱いを考慮させる。まして、窃盗既遂と評価する事例群と一体的に処理する裁判で、未遂事例だけ異なる罪名を立てることなどはありえない。結果として、窃盗未遂の評価が大きく変わる状況が現れた。（切迫性要求は別として）変幻自在な「危険性」という言葉で犯罪の個性を飛び超えた「着手」論の前倒しを合理化する論法の怪しさは、二元論を支持する十分な理由になる。しかし、だから進捗度説に至るべきかは別問題であろう。少なくとも、総論的に「進捗度」評価に客観性を保障する筋道を探るべきであり、その入口は各論（類型）的な制約の再評価にあるだろう。そこで、詐欺罪という犯罪がもつ「射程」こそが先に扱われた問題事例の判断を合理化したのならば、「射程」がもつ影響を確認し、一先ず、窃盗罪の判断に安易に投影することは疑うべきであろう。

76）論者にとっての「客観」は「法益侵害」という因果的事実なので、それを超える事情を論旨に組み込むには、主観的事情への注目を合理化する解釈が必要となるからである。

詐欺罪を財産犯として捉えることを前提として、その侵害性を画する「財産」と、既遂評価を決定づける「財産的損害」の捉え方が論じられてきた。しかし、私見は、以前から、「物」に縛られた「財」の理解では足りず、処分による「喪失」を幅広く許す取引社会である限り、占有移転のような事実で「損害」を認める発想には無理があると見て、伝統を超える「視座」を求めた。未だに「損害」評価の限界（経済的損失）画定にこだわる傾向が強い理論状況は、社会の停滞が反映している。「損害」評価の変遷に社会変化を読み取る（個別事例毎の可罰性の阻却を留保する）見方[77]や法益関係的錯誤説の各論的展開として交換関係・取引目的で「財産」概念を拡張しつつ「限界」を画する見方[78]に、共感できる部分もあったが、なお刑法的な思考方法の固さを感じていた。「喪失」を「損害」にさせる「処分」の失敗が行為者の「欺罔」による「取引」の無効に基づくものであったか否か、そのような意味で、「錯誤」の重大性こそが問題である。それでも、「法益関係」による限界づけが結局は「財産」の理解に帰するのならば、理由づけの構成に相違があるだけで、「限界」自体をどこから導くか、新たな展望は見出し難い。それ故、「財産」に人格的・機能的な意味を読み込み「関係」評価に視座を移す見方、それに応じて「法益」の捉え方を修正する見方に注目したい。加えて、個別的財産説・移転（喪失～取得の表裏関係）による形式的損害説での解決は変わらないという理解に留まるのではなく、この間の「社会変化」を当罰性評価の変化（の必要性）として受け止めるべきであろろう。

たとえ見込違いがあっても、当事者双方が同じストーリーを信じていれば、（「被害」に救済を用意しながら）それを「取引」の枠内で許すのが民法秩序である。「見込違い」で損をした側は相手に道具化されていた意識をもつかも知れないが、それが双方に同等に起こりうるリスクである限り、刑法の対象とするには値しない。そのような「取引自由」の幅を認めつつ、当事者の描くストーリーに重大な齟齬があり[79]、それが一方当事者の悪意をもって組み上げた虚構に基づくものであった場合にこそ刑法は介入する。だとすれば、詐欺罪の射程を画するには、結果論になる「損害」ではなく、「欺罔～処分」の過程における当事者双方の関わり方、「欺罔」の程度・「錯誤」の性質に拠るべきであろう。

私見によれば、詐欺罪の本質は＜意図的に「無効」な取引を創り出す者に対する予防＞にある[80]ので、現に処罰される事例で被害者の意思が事後的に「無効」と評価されることに問題は感じない。公序良俗違反による無効を阻止すべきことが、錯誤に起因する無効を

77）木村光江「詐欺罪における損害概念と処罰範囲の変化」曹時60巻4号（2008）1頁は、当時の状況で「社会変化」が詐欺罪の処罰範囲を拡大させることを的確に指摘していた。例えば、クレジットカードが普及したことで（9頁）、金融機関の本人確認が強く要請されたことで（11頁）、詐欺罪の処罰が拡大したとの指摘は実直な評価だと思われた。

78）橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」植村立朗判事退官記念・刑事法学の諸問題 第1巻（立花書房，2011）175頁。もっとも、足立説に対する「財産的処分の自由」を「財」がもつ「処分可能性」の価値と捉え、同様な法益（の侵害）は窃盗罪でも認められると述べる批評（178頁）は筋違いであろう。足立説は侵害態様の中に独自の法益侵害性を認めるのである。

79）その際、給付と対価（目的）を対比した、法益関係的錯誤説が主張する〈被害者側における齟齬〉や足立説が「欺罔」評価に含ませる〈行為者側における齟齬〉ではなく、当事者の描くストーリーの対比による「（重要事項をめぐる）齟齬」が客観的に（社会的意味で）「重大」であってこそ、だから、（民事の対応では足りない）「取引（関係性）」の無効こそが当罰性を決めるのであろう。

80）拙稿（注2）221頁以下を参照。

阻止すべきことを排除するわけでもないから、「取引」と呼べる実態があれば、禁制品の取引内で詐欺罪が成立しても問題はない。「取引意思」の被害者[81)]が偽りのストーリーで動機づけられて、真意に反する「処分行為」に及んでいれば、（公共政策上の法規制が並行していても）詐欺罪での対処を認める可能性はある。しかし、被害者は「公共政策」に従う意思であったと認定すれば、当該取引は、「公共政策」に反するから真意に反すると表現することで、詐欺罪が「取引」に関わる「公共政策」を強行する規定として幅広く使われることにもなりうる。だからこそ、「財産犯」として射程を画する必要があり、「財産的損害」や「財産関係的（交換関係・給付目的の）錯誤」という観点からの限定論が展開されてきた。そのような議論の成果を「取引」に絡めて整理する必要があるだろう。

まず、「取引意思」が関わるのに窃盗罪にされる事例、例えば、体感器を使った不正遊戯に窃盗罪を認めた**最決平成21年6月29日**（注45）の判断を追認するかが問題である。私見は、窃盗罪の拡張（詐欺化）を前提にして「機械が相手だから窃盗」とする方針を疑い、機械を媒介として向き合う当事者間の「取引」を評価する余地はあると考える。遊戯ルールに違反する行為が被害者の「意思に反する」ことは確かでも、「取引意思」の違背と見て詐欺賭博の文脈で捉えればよいのではないか。景品交換時の不作為欺罔（～無意識処分）を問うのでは遅すぎるのならば、遊戯を認めさせたことに２項詐欺を検討するか、不正遊技を扱う詐欺（偽計業務妨害）の特別類型を設けるべきであろう。かくして、窃盗罪の拡張～適用に逃げ込む態度は、立法措置も含む対応を遅らせるから、社会変化に的確に対処するには、「取引」上の犯罪を区別する視座に立つことから始めるべきだと考える。

「証書類」の扱いが論点になることは、「詐欺盗」という伝統の受け止め方における曖昧さから了解しうる。当初は、公的な証書の発布段階は公文書の偽造罪・免状等虚偽作成罪で対応できるから、財産犯としての詐欺罪を使う必要は無い（詐欺罪を国家保護に使うべきでない）という「棲み分け」の発想があった。ところが、国家が（権力主体だけでなく）福祉行政の担い手として「取引」に参加するようになり、「公証」過程が同時に財産的給付の意味も伴う状況下で、「証書」の性質に応じて詐欺罪の並立を認めるか否かが問われるに至った。その延長上で、公共性ある金融機関における「証書」の交付にも詐欺罪を認める判断が出てきたが、証書作成が財産関係の形成に係わる「処分」ならば、2項詐欺を認める可能性は当初からあったので、そこに異論が生じるのは、歴史の理解、社会変化に対応する「射程」理解の相違に基づくものであろう。

偽造罪は名義冒用（なりすまし）の予防になるから、文書作成（証明機能付与）がその評価で足りるのならば、「棲み分け」で詐欺罪の「射程」を制約すべきだが、「証明」の対象が財産関係（の変動）ならば、虚偽作成と２項詐欺が重なる。公文書は公証の重要性で無形偽造も処罰されるから、それとの「棲み分け」ならば、虚偽作成による詐欺の場合、私文書では肯定され、公文書では否定される不均衡が生じる。そこで、「公証」に特化し

81）行為者のストーリーを曲解した被害者の夢物語が直ちに保護される訳ではない以上、被害者の主観も「取引意思」として適性をもつ範囲で認定される（それが無理なら行為の可罰性は否定される）であろう。それでも、「欺罔」は交渉の文脈で客観的に判定されるが、「錯誤」は被害者の主観の中で判定される点で相違する。葛原力三「財産的損害のない詐欺罪」山中古稀下巻(2017)207頁は、「欺かれなければ」公式／「重要事項」公式の対比を欺罔／錯誤に対応させて客観的／主観的な判定の併用を唱えており、「財産的損害」を重視する点で私見とは全く異なるが、具体的な事例に対応する指針として注目に値する。

た文書でのみ不成立／「財産関係」を伴う文書は常に重畳的に適用可能という扱いが望まれるのだが、私文書の無形偽造を処罰しない趣旨が当事者間の民事的対応で足りるという判断ならば、虚偽作成に刑事罰のないことが直ちに詐欺罪での対応を理由づけるとは言い難い。「民事的対応で足りる」のは「関係」があれば事後の追求が可能だからである。だとすれば、個別の「損害」評価よりも、「関係」形成の失敗（～民事的対応の不能）をもたらす「なりすまし」の有無に着目して成否を分ける見方が選択肢の一つだと思われる。また、福祉行政主体としての「国家」が「取引」に係わる場面では、その「目的」が法で明示されており、公的目的の違背が取引目的の逸脱に結び付き易く、経済的観点を超えた詐欺罪を認めている印象をもたらす[82]。公的機関にとっての「重要事項性」は「経済的観点」を超える部分にあるので、＜財産犯だから「損害」を経済的観点で制約すべきだ＞という主張からは離れて、財産の人格的性質・個性の尊重を強調するほどに、公共政策的な意味における詐欺罪の使い方が現れることになる。結果として、詐欺罪の「射程」は狭くも広くもなる可能性を含み、線引の指針は単純に決まらないのが現代社会である。一次規範に現れる「当事者」の公法的な文脈における関わり方を踏まえ、個性ある「取引」を支える役割で刑法の対応を考えること、制度作りの法を意識した政策的な検討が不可避だと考えるべきである。だからこそ、「財産取引」として捉えることの当否が決め手になる。

「取引」の全てを個人に委ねるのならば、例えば、（高額の代金を払える）暴力団員に限定したゴルフ場があってもよく、そこに一般客が身分を偽って入ってきたら詐欺罪で処罰するかが問題となる[83]。形式的な損害論ならば、それも処罰すべきだが、そのような対応は非常識だというのならば、「市場」の形成に関わる制約ルールがあることを考えるべきである。それが「財産取引」の現実ならば、刑法に期待されるのは、正に「制約」という境界を支える役割ではないか。刑法学が法益保護を唱える場合、通例＜作法を強制する法ではない＞というのだが、財産犯の場合、「財産」自体が法的な規律の下で構造化されることから、＜取引の作法を強制する＞ことこそが刑法の役割でありうるように思われる。盗取罪は、その原点が静的な帰属秩序の維持だから、現状変更を疑う態度から始めればよいが、その他の財産犯はもはやそのような世界の話ではない。「取引」が多様化・複雑化すれば、それだけ「偽り」を上乗せする可能性が広がり、限界となる「作法」を幾度も確認しなければならない。「取引」なしでは生きていけない社会で個人の生存と安全を保護するには、「社会」自体の安全性を高める対応をとるしかない。だから、たとえ日本の伝統が「詐欺盗」にあったとしても、社会変化に応じた詐欺罪の変容を認め、盗取罪とは異なる地平で政策を選択し続けることが望まれる。取引形態の特性に応じた「欺罔罪」を追加するのでない限り、社会変化に応じた対応は、一次規範での規制の強化と、それを取引行為の下絵に取り込んだ危険判断（の拡張）による詐欺（未遂）罪の適用になるであろう。

82）最決昭和51・4・1刑集30巻3号425頁は農地法が示す「目的」が考慮された事例である。

83）立場を隠した暴力団員のゴルフ場利用について、最判平成26・3・28刑集68巻3号582頁（宮崎事件＝否定例）及び最決平成26・3・28刑集68巻3号646頁（長野事件=肯定例）は、詐欺罪の判断が分かれた点で注目された。「暴力団排除」の姿勢（確認措置）を徹底していたか否かが相違をもたらしたように読める。それを「取引」条件として設定することの可否が先決問題であり、条件設定の当事者間での共通理解の有無が認定上の決め手になる。

Ⅳ　おわりに　－刑法学のあり方－

刑法学は、一方では、所有権に含まれる主観的価値の保護を「財産」の法的把握で認めつつ、他方では、「財産」自体の限界が変わり続ける事態には、（本権説から所持説への転換がそうであるように）その経済的把握を唱えることで対応の幅を拡げてきた。学説が法的経済的財産説を唱える場合は、経済的把握を法的要保護性で制約する感覚を示すことが多いのだが、現実は「財産」概念の法的拡張（主観化）と経済的拡張（事実化）の競合であり、刑法学の対応が「財産犯」の限界画定に成功しているとは思えない。

多数説は、「詐欺盗」の発想で、１項詐欺の結果を窃盗に準じる「占有移転」に認める。着手を結果との距離で捉えるのならば、先例と本決定の平仄を合わせた判断を支持するだろう。接近段階の「受け子」の扱いは、「すり替え」事例か否かで変わぬことが望ましい。「着手」を否定する結論は支持し難いから、有罪としうる理論構成を認めるべきだ…という政策判断が暗黙の了解事項ではないか。しかし、罪名の違い～「行為」評価にこだわる者は、窃盗と詐欺の「着手」判断を同一に扱うことを疑う。実は、先例の判断は「欺罔～受交付」を一体とする（実行）共同正犯の構成でこそ支持しうるものであった。その文脈を超えて、詐欺未遂も認められる段階だから窃盗未遂も認めると言うのは、窃盗に準じて考えると述べてきたバランス感覚を自ら裏切る物言いが疑わしい。路上で捕まえても窃盗未遂を認められると述べることと、「すり替え」事例でも詐欺を認められると述べることを対比すると、私には後者の方が正しい感覚のように思われる。被害者の「心理的障壁」への作用を強調して「着手」を理由づけるのならば、それは、「欺罔」評価が同等でよいからであり、詐欺罪の「実行の着手」を認める判断で扱うべきではなかったか。

そもそも、詐欺罪には「欺罔犯罪」としての属性があり、同じ「方法」での利得も処罰対象となるから、「財物」絡みの被害が欠けても、「欺罔」による「利益」の侵害として評価する余地がある。すなわち、１項詐欺が無理だから窃盗を検討するというのは（占有移転～「交付」評価を偏重し、盗取と騙取の守備範囲を曖昧にする）選択肢でしかなく、その前後に全体評価に基づく利得罪という選択肢もある。「取引」世界が多様化・複雑化しても「詐欺盗」の伝統を守り続けた結果、財物罪の拡張解釈（窃盗罪の詐欺化）に慣れ過ぎて、利得罪の「射程」を捉える議論が深化しなかった。財産取引の電子化が進んで、１項詐欺と２項詐欺の関係は既に曖昧になっている。明示的な補充関係の制約で目立たないが、コンピュータ詐欺が問われうる事実は格段に増えた。なのに、相変わらず、窃盗（未遂）罪の拡張で対応する態度にはどこかで歯止めをかけるべきであろう。さもないと、法益保護主義（因果論的な結果主義）の固い思考が現代社会への対応の遅れをもたらすことになる。もちろん、二次規範であってよい刑法が社会を変えるように作用することを望むわけではないが、「伝統」に固執するガラパゴス的な感覚では社会が停滞してしまう。財産取引は国際的な土俵に広がるから、場当たり的な特別法の規律に委ねるのではなく、刑法典自体の中で基本的な枠組みを再構築すべきである。（民法改正も前提とした）一次規範の変遷を受け止めて、社会におけるその定着を側面から援助するような対応こそが望ましいはずである。現状を変えるためのヒントを求めて法制史を掘り起こす研究にも意味はあるが、そこで描かれた社会構造が現代に至る過程でどのように変化したかを追跡しなければ、現在に応じた「客観的解釈」にはならない。むしろ、刑法学が未来に向けた選択を探すのならば、財産犯の領域では、社会変化に応じた詐欺罪（と背任罪）の変容を具体的に捉えて、「欺罔犯罪」を再編するような対応の路を探るべきであろう。