

第三者を搭乗させる意図を秘して自己に対する 搭乗券の交付を受ける行為と詐欺罪

——最高裁平成二三年七月二九日第一小法廷決定、平成二〇年(あ)第七二〇号
詐欺被告事件、刑集六四卷五号八二九頁——

設 楽 裕 文
淵 脇 千 寿 保

事案の概要

一 本稿で検討する判例は、自己に対する搭乗券を第三者に渡して搭乗させる意図を秘し、航空会社の搭乗業務を担当する係員に対し、乗客として自己の氏名が記載さ

れた航空券を呈示して搭乗券の交付を請求し、その交付を受けた行為が、刑法二四六条一項の詐欺罪に当たる旨判断した、初めての最高裁決定（以下「本件決定」という）である。直接の実行行為は被告人以外の者がおこなっており、被告人は共謀共同正犯としての罪責を負う

ものとされた。

第一小法廷が認定した基本的な事実関係は、次のとおりである。

「被告人は、ア Aらと共謀の上、航空機によりカナダへの不法入国を企図している中国人のため、航空会社係員を欺いて、関西国際空港発バンクーバー行きの搭乗券を交付させようと企て、平成一八年六月七日、関西国際空港旅客ターミナルビル内のエア・カナダチェックインカウンターにおいて、Aが、エア・カナダ（以下「本件航空会社」という。）から業務委託を受けている会社の係員に対し、真実は、バンクーバー行きエア・カナダ三六便の搭乗券をカナダに不法入国しようとして関西国際空港のトラジット・エリア内で待機している中国人に交付し、同人を搭乗者として登録されているAとして航空機に搭乗させてカナダに不法入国させる意図であるのにその情を秘し、あたかもAが搭乗するかのよう装い、Aに対する航空券及び日本国旅券を呈示して、上記エア・カナダ三六便の搭乗券の交付を請求し、上記係員をしてその旨誤信させて、同係員からAに対する同便の搭乗券一枚の交付を受け、イ Bらと共謀の上、同年七

月一六日、上記チェックインカウンターにおいて、Bが、アと同様の意図及び態様により、Bに対する航空券及び日本国旅券を呈示して、バンクーバー行きエア・カナダ三六便の搭乗券の交付を請求し、Bに対する同便の搭乗券一枚の交付を受けた。」

本件決定は、このような基本的な事実関係を前提にして判断を示しているものの、背景となる事実関係、とりわけ被告人が果たした役割を明確に示してはいない。そこで、本件決定を（その射程距離を含めて）理解し、その判断の可否を論じる前提として、多少なりとも具体的に、被告人らの行為態様を、第一審判決（大阪地裁岸和田支判平成一九年一月二〇日刑集六四卷五号八五五頁）及び上告趣意における「本件の概要」（刑集六四卷五号八三二～八三三頁）によって、述べておくことにする。

それによれば、被告人らの具体的行為は、〈被告人は、金銭に窮し、中国人ブローカーから、カナダに不法入国しようとする中国人の便宜のために搭乗券を騙し取るところを持ちかけられて、これを承諾し、（I）高校時代の同級生を通じてAらを紹介してもらい、あらかじめAに

報酬を提供して、Aをして、旅行会社でカナダ便の航空券をA名義で購入させ、平成一八年六月七日午後二時頃、関西国際空港旅客ターミナルビル四階のエア・カナダチェックインカウンターにおいて、係員Vに対し、真実は、バンクーバー行きエア・カナダ三六便の搭乗券を、カナダに不法入国しようとして同空港のトランジット・エリア内で待機している中国人に交付し、同人を航空機に搭乗させてカナダに不法入国させる意図であるのに、その情を秘し、Aが搭乗するかのよう装って、前記航空券及び日本国旅券を呈示する方法で搭乗券一枚の交付を請求させて、その交付を受けさせ、さらに、被告人において、Aから同搭乗券を受領して、トランジット・エリア内で中国人ブローカーに手交し、(Ⅱ) B、Cらを協力させることにして、Bをして、航空券を予約させ、同年七月一六日午後一時三十分頃、前記チェックインカウンターにおいて、係員Wに対し、真実は、(Ⅰ)と同様の意図であるのに、その情を秘し、右航空券及び日本国旅券を呈示する方法で搭乗券一枚の交付を請求させて、その交付を受けさせ、被告人において、Cを通じて同搭乗券を受領して、中国人ブローカーに手交した」という

ものになる。主犯ないし「背後の大物」は「中国人ブローカー」らであると推定されるものの、第一審判決の「量刑事情」(刑集六四卷五号八五八頁)では、被告人は、「計画的で悪質な犯行」につき共犯者らに具体的指示をしており、「他の日本人共犯者らとの関係で、被告人は主犯格と目される」とされている。

二 第一審において、弁護人は、航空会社が航空運賃を受領している上、搭乗を予定していた中国人は実際には搭乗できなかったものであるから(前記上告趣意によれば、搭乗口で職員に偽造旅券であることを見抜かれたためのものである)、「財産上の損害」が発生していず、したがって「『欺く』行為」もなく、損害があつたとしても可罰的違法性が認められないなどの理由から、被告人は無罪である旨主張した。

これに対し、第一審判決は、次のように述べて、弁護人の主張を排斥した(刑集六四卷五号八五七頁)。

「しかしながら、関係各証拠によれば、本件における国際線の航空会社は、航空券上に記載されている者自身が搭乗することを前提として、搭乗券を発券しており、搭乗者が誰であるのか、その人格の同一性は、搭乗券を

発券するかどうかを判断するにあたって重要な要素として、いることが認められる。すなわち、同航空会社は、旅客機に搭乗しようとする者に対し、搭乗券を発券する際、旅券の呈示を求めて、その者が本人であることを確認し、その者自身が日本国を出国して目的地に向けて当該旅客機に搭乗するものとして、搭乗券を発券し交付しており、搭乗者とされている本人以外の別人が、搭乗券を譲り受け、これを使用して、旅客機に搭乗するということが分かれれば、搭乗券を発券しない。」「…」航空会社は、本人の同一性を要求している搭乗券について、真実搭乗する意思のない者に対して、運行の利益を受け得るための搭乗券を発券させられたものであり、航空会社に社会的に見て経済的価値のある損害が生じたものということができ、また、被告人には、航空会社が財産的処分行為をするための判断の基礎たる事実である真の搭乗者と航空券・旅券に記載されている者との同一性を偽り、これを誤信させた『欺く』行為があったものと認められる。」

宣告刑は、懲役一年六月（未決勾留日数三〇日算入）であり、三年間刑の執行が猶予された。それでも、被告人は、法令適用の誤り及び量刑不当を理由に控訴した。

三 第二審において、弁護人は、詐欺罪が成立するとして第一審判決は刑法二四六条一項の解釈を誤っているとし、これに関して、「搭乗券の引渡しを行うチェックイン手続は、航空運輸サービス契約とは無関係であり、航空会社には、これによって運行契約締結に伴う取引上の損失は起きないから、同手続固有の財産処分はなく、財産的侵害に向けた被告人の欺罔行為、その侵害に向けられた航空会社の錯誤、及び、会社財産に損害を与える処分行為は、いずれも存在しない」と主張した（刑集六四卷五号八五九～八六〇頁）。

これに対し、第二審判決（大阪高判平成二〇年三月一八日刑集六四卷五号八五九頁）は、次のように述べて、弁護人の主張を排斥し、控訴を棄却した（なお、弁護人は、ハイジャック回避や入管行政等の「社会的、国際的法益」の保護を個人の財産保護を目的とする詐欺罪に取り込むことは不当である旨の主張もしたもの、第二審判決は、搭乗券の適正な管理は「単に国家的社会的な関心事であるにとどまらず、航空会社にとって重大な財産的関心事」であって、「搭乗券を不正に取得しようとする行為に対して、財産罪による規制を要することも明らか

かである」として、この主張も排斥した。

「ア しかし、搭乗券は、航空券や乗客名簿に記載され、搭乗者として承認されている者との同一性を示し、それなくしては航空機に搭乗することができないもので、財産罪による保護に値する十分な社会的、経済的価値があることが明らかである上、上記の同一性がない者による搭乗券の使用、すなわち航空機への搭乗は、航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含み、航空会社に対する社会的信用の低下、業績の悪化に結び付くものであり、さらに、本件の事案では、航空会社は、自社の発券の不備によって搭乗券の使用者にカナダへの不法入国をさせてしまった場合、同国政府に最高額で三〇〇〇ドルを支払わなければならないことも認められ、航空会社にとって、搭乗券の不正使用を防ぐ財産的利益は極めて大きい。したがって、搭乗券が詐欺罪の客体としての財物性を満たすことはもとより、その適正な管理は、航空会社にとって重大な財産的関心事であって、搭乗券を交付するかどうかの判断上重要な事項を偽ってその交付を受けようとする行為が、財産的侵害に向けられたものであることは明白である。

イ 次に、所論も自認するように、航空機を利用しようとする者が乗客名簿に搭乗者として記載されている者と一致していなければ、航空会社は、そのことだけで搭乗券の交付を拒み得るのであり、その実質的理由である上記アの諸点に照らしても、この人的一致の点は、搭乗券を交付するかどうかの判断に際して極めて重要な考慮事項であって、この人的一致を偽って搭乗券の交付を求める行為は、重要事実について航空会社の担当者を錯誤に陥れ、搭乗券の交付をするかどうかの判断を誤らせる行為であって、詐欺罪における欺罔行為に該当することに異論の余地がなく、この錯誤に基づいて搭乗券を交付することが、会社財産に損害を与える処分行為に該当することも、既に述べたところから明らかである。」

四 被告人が上告し、上告審において、弁護人らは、搭乗券は該当のフライトで限定されたサービスを受けるための事実上の証明書に留まるので、それ自体の財産的価値は乏しく、しかも対価は支払済みであって、搭乗券交付だけでは「詐欺罪に問うに値する財産的価値の定型性」を欠くなどの主張をした。本件決定は、弁護人の主張は刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらないとして

つ、本件各詐欺罪の成否について検討し、次の決定要旨にあるように述べて、上告を棄却した。

決定要旨

本件決定は、「原判決及びその是認する第一審判決の認定並びに記録」によつて認定した本件の事実関係として、前掲（事案の概要一）の基本的事実関係を掲記した後、次のように述べた。

「本件において、航空券及び搭乗券にはいずれも乗客の氏名が記載されているところ、本件係員らは、搭乗券の交付を請求する者に対して旅券と航空券の呈示を求め、旅券の氏名及び写真と航空券記載の乗客の氏名及び当該請求者の容ぼうとを対照して、当該請求者が当該乗客本人であることを確認した上で、搭乗券を交付することとされていた。このように嚴重な本人確認が行われていたのは、航空券に氏名が記載されている乗客以外の者の航空機への搭乗が航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含むものであったことや、本件航空会社がカナダ政府から同国への不法入国を防止するために搭乗券の発券を適切に行うことを義務付けられていたこと等

の点において、当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していたからであつて、本件係員らは、上記確認がでない場合には搭乗券を交付することはなかった。また、これと同様に、本件係員らは、搭乗券の交付を請求する者がこれを更に他の者に渡して当該乗客以外の者を搭乗させる意図を有していることが分かつていれば、その交付に応じることはなかった。」

「以上のような事実関係からすれば、搭乗券の交付を請求する者自身が航空機に搭乗するかどうかは、本件係員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、自己に対する搭乗券を他の者に渡してその者を搭乗させる意図であるのにこれを秘して本件係員らに対してその搭乗券の交付を請求する行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによりその交付を受けた行為が刑法二四六条一項の詐欺罪を構成することは明らかである。被告人の本件各行為が詐欺罪の共同正犯に当たるとした第一審判決を是認した原判決は正当である。」

研究

一 序

本件決定は、多くの判例評釈の^①ほか論文や概説書^②でも採り上げられている重要判例である。^④決定書の文面は、一見すると詐欺行為について判断したもののような様相を呈している。しかし、紙背に財産的損害についての判断があることは明らかである（他に、搭乗券が客体になっている^⑤ので、証明文書の財物性の問題が生じないわけではない）。本件において、弁護士は、第一審以来、主として、①航空券の取得に際し料金を支払っている等の理由により、財産的損害が発生していない、②したがって、財産的損害の発生に向けられた欺罔行為（欺く行為）もない、として、搭乗券の交付を受けた行為は詐欺罪に当たらない旨の主張をしている。これに対し、第一審判決は、航空券に記載されている者と搭乗者との同一性は搭乗券を発券するかどうかを判断するについて「重要な要素」であり、航空会社には「社会的に見て経済的価値のある損害」が生じたとして欺罔行為の存在を認め、第二審判決は、「航空機の運航の安全上重大な弊

害をもたらす危険性」や「航空会社に対する社会的信用の低下、業績の悪化（に結び付く可能性）」、カナダへ不法入国させてしまった場合にカナダ政府に「最高額で三〇〇〇ドル支払わなければならないこと」をあげ、「航空会社にとって、搭乗券の不正使用を防ぐ財産的利益は極めて大きい」として、搭乗券の適正な管理は、航空会社にとって「重大な財産的関心事」であり、本件の行為が「財産的侵害に向けられたものであることは明白である」とか、搭乗券交付が「会社財産に損害を与える処分行為に該当することも、既に述べたところから明らかである」とした。そして、本件決定は、航空券に氏名が記載されている者以外の者の搭乗が「航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含む」ことやカナダ政府から「不法入国を防止するために搭乗券の発券を適切に行うことを義務付けられていたこと」等から、航空券に記載されている者以外の者を搭乗させないことは「本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していた」などの事実関係を前提にして、搭乗券の交付を請求する者自身が搭乗するかどうかは「交付の判断の基礎となる重要な事項である」というべきである」ということ

を理由に、本件の行為が一項詐欺罪を構成するとしている。

これらの判決・決定に示された考えは、詐欺罪の実行行為についての〈通説的公式〉及び形式的個別財産説とは様相を異にする。すなわち、〈通説的公式〉によれば、^⑥（二項）詐欺罪は欺罔行為によって相手方を錯誤に陥らせて交付行為（処分行為）をさせ、財物の占有を移転させる（それによって、財物の占有ないし所持を害する）罪であるとされる。ここから、他人をだまして錯誤に陥らせ錯誤に基づく処分行為によって財物の占有を取得することが「人を欺いて財物を交付させ」ることの意味である^⑦とされ、「財物の喪失自体が損害と考えられる」^⑧。すなわち、財物交付により占有を喪うことが財産上の損害であるとする形式的個別財産説が導出される。このような考えによるなら、〈事実を告知すれば相手方は財物を交付しない場合に真実に反する事実を告知して相手方を錯誤に陥れ、よって財物を交付させた〉のであれば詐欺罪に当たるのであって、事案について判断する際にはこの点を検討すれば足り、本件についての判決・決定のように言葉を重ねる必要はないともいえる。もつとも、

通説的立場も、「社会的相当性」や「取引上の重要な事項に関するか否か」あるいは「相手方が財産的処分行為をなすための判断の基礎となる事実をいつわたか」といった基準によって欺罔行為を限定しようとはする^⑨。ただ、「航空運送事業の経営上〔の〕重要性」に言及していることからすれば、本件決定は（いわば徹底した）通説的立場とは異なる思考をしているものとも評価できるであろう^⑩。

さらに、判例の動向を顧みると、次章に述べるように、大審院時代から、〈通説的公式〉＋（理念型としての）形式的個別財産説によるなら詐欺罪の成立を肯定できそうな事案について、これを否定した判例が散見される。学説としても、これらの判例や詐欺罪を全体財産に対する罪として位置づけるドイツの学説を参考に、通説とは異なる見解が多数提唱されている。これらを踏まえた上で、本件決定について適切な評価をする必要がある。

二 本件決定以前（とくに平成一三年七月一九日判決以後）の判例

詐欺罪における「財産的損害」に関するわが国の判例には、大審院時代から、①これに言及しないもの、②

(理念型としての)^⑫ 形式的個別財産説的な考えによるといえるもの、^⑬ 財産的損害が欠けるとして詐欺罪の成立を否定しているものなどが見られる。判例がどのような統一的理論に依拠しているのかは、観察のタイムスパンを広げるほど不明確なものになっていくともいえる。^⑭

ただ、右の②の諸判例(いわゆる「配給詐欺」に関するもの)はともかくとして、(裁判所において実質的な処罰の必要性(可罰性)を認めえない場合には詐欺罪の成立が否定される傾向がある)ということは看取できる。平成に入って、そのような観点から詐欺罪の成立を否定した判例として注目を浴びたものは、最判平成一三年七月一九日刑集五五巻五号三七一頁(以下「汚泥処理偽装事件判決」という)である。汚泥処理偽装事件判決は、「被告人X及び同Yは、勤務先の建設会社が大阪府から請け負った府営住宅(建替え)新築くい工事の完成払金の支払を受けるためには同工事につき大阪府の係員の完成検査を受けて合格との判断の下に検査調書を作成してもらわなければならないかつたところ、同工事現場から排出された汚泥がすべて正規に処理されたかのように偽り、同係員をして同工事は適正に行われた旨の検査調書を作

成させて、大阪府出納室決算課支払係係員に工事完成払金として七二八八万円を同会社の口座に送金させた」という事案について、「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二四六条一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得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」とした。

この点は、調査官解説において、「本判決は、『社会通念上別個の支払に当たるとい得る程度の期間支払時期を早めたものである』かどうかという基準を導入することにより、通説の立場を採るときに一項詐欺の成立範囲が不当に広がることに歯止めをかけ、結論の妥当性を確保しようとしたものと解される^⑮」と評されている。

しかし、その後、汚泥処理偽装事件判決に見られるような詐欺罪の成立範囲を限定する考えは最高裁判例においては鳴りをひそめ、かえって詐欺罪の成立範囲を拡張

するような判例が現れる。そのようなものとして、まず汚泥処理偽装事件判決の翌年に現れたのが、最決平成一四年一〇月二一日刑集五六卷八号六七〇頁（以下「他人名義の口座開設事件決定」という）である。他人名義の口座開設事件決定は、「被告人Xは、不正に入手したA名義の国民健康保険被保険者証を使用して同人名義の預金口座を開設し預金通帳を取得しようとの意図の下に、自己がAであるかのように装って同国民健康保険被保険者証や偽造した口座開設申込書などを銀行窓口係員Bに提出して、Bから貯蓄総合口座通帳一冊（時価三五〇円相当）の交付を受けた」という事案について、原判決が、他人名義による預金口座の開設は「詐欺罪の予想する利益の定型性を欠くと解するのが相当であり、その行為は金融秩序に関する規制のための法規に触れることはあり得るにしても詐欺罪には当たらないと解するのが相当である。そして、預金通帳は、「…」口座開設に伴い当然に交付される証明書類の書類にすぎないものであって、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、他人名義による口座開設が詐欺罪の予定する利益としての定型性を欠くと解され

る以上、それに伴う通帳の取得も、一項詐欺を構成しないといふべきである」としたのに対し、「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、刑法二四六条一項の財物に当たると解するのが相当である。そして、被告人は、上記のとおり、銀行窓口係員に対し、自己がA本人であるかのように装って預金口座の開設を申し込み、その旨誤信した同係員から貯蓄総合口座通帳一冊の交付を受けたのであるから、被告人に詐欺罪が成立することは明らかである」とした（ただし、通帳自体の価額が少額であることや有印私文書偽造罪、同行使罪については有罪とされていることなどを考慮すると、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められないとして、上告を棄却した）。

つぎに登場したのは、最決平成一五年三月一二日刑集五七卷三号三二二頁（以下「誤振込預金払戻請求事件決定」という）である。誤振込預金払戻請求事件決定は、

〔被告人Xは、自己名義の普通預金口座に誤振込みがあったことを知りながら、これを自己の借金の返済に充てようと考え、銀行窓口係員Aに対し預金の払戻しを請求して現金の交付を受け、これを取得した〕という事案について、誤振込みであってもXと振込先銀行との間に振込金相当額の普通預金契約が成立しXは銀行に対し普通預金債権を取得するとしつつ、銀行実務において、誤って振込依頼をした者からの申出があれば受取人の承諾を得て振込前の状態に戻す「組戻し」という手続きがとられたり、受取人から誤振込みの指摘があった場合には振込依頼人に対し振込みの過誤の有無に関する照会をおこなうなどの措置が講じられることを指摘し、「これらの措置は、普通預金規定、振込規定等の趣旨に沿った取扱いであり、安全な振込送金制度を維持するために有益なものである上、銀行が振込依頼人と受取人との紛争に巻き込まれないためにも必要なものということができる。また、振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生を防止するという観点から、社会的にも有益なものである。したがって、銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちに

その支払に應ずるか否かを決する上で重要な事柄であるといわなければならない」として、「信義則」あるいは「条理」から受取人に誤振込みがあった旨を銀行に告知すべき義務があることを認め、誤振込みがあることを知った受取人がその情を秘して預金の払戻しを請求することは「詐欺罪の欺罔行為に当たり、また、誤った振込みの有無に関する錯誤は同罪の錯誤に当たるといふべきであるから」詐欺罪が成立するとした。このような考えは、「安全な振込送金制度の維持」や「銀行が振込依頼人との紛争に巻き込まれないため」、「振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生防止」といったXと銀行との間の当該取引（払戻請求とこれに対する支払）とは直接関係のない事情を考慮して、「直ちにその支払に應ずるか否かを決する上で重要な事柄」について欺きないし錯誤があれば欺罔行為は認められ、財産的損害も認められる（安全な振込送金制度の維持や紛争に巻き込まれないといったことも財産的損害になる）とするに等しいものといえるであろう。

その後も財産的損害が問題になるようなケースで詐欺罪成立を肯定する最高裁判例は続々と現れた。最決平成

一六年二月九日刑集五八卷二号八九頁（以下「他人名義カード事件決定」という。名義人に成り済ましてクレジットカードを示し加盟店であるガソリンスタンドからガソリンの給油を受けたという事案についてのものである）、最決平成一六年七月七日刑集五八卷五号三〇九頁（相当対価を提供して根抵当権等の放棄を受けたという事案についてのもの）、最決平成一九年七月一〇日刑集六一卷五号四〇五頁（使途を限定されている前払金を自己名義の預金口座から払い出させたという事案についてのもの）がそれらに当たるとする。

これらの判例に続いて現れ、本件決定の「直近の先例」ともいふべき判例が最決平成一九年七月一七日刑集六一卷五号五二二頁（以下「自己名義の口座開設事件決定」という）である。事案にも類似したところがあり、本件決定と比較すべき先例であるので、ややくわしく検討することにする。

事案は、「被告人Xは、第三者に譲渡する預金通帳及びキャッシュカードを入手するため、①友人のYと意思を通じ、Yにおいて、五つの銀行支店の行員らに対し、真実は自己名義の預金口座開設後、同口座に係る自己名

義の預金通帳及びキャッシュカードを第三者に譲渡する意思であるのにこれを秘し、自己名義の普通預金口座の開設並びに同口座開設に伴う自己名義の預金通帳及びキャッシュカードの交付方を申し込み、前記行員らをして、Yが、各銀行の総合口座取引規定ないし普通預金規定等に従い、前記預金通帳等を第三者に譲渡することなく利用するものと誤信させ、各銀行の行員らから、それぞれ、Y名義の預金口座開設に伴う同名義の普通預金通帳一通及びキャッシュカード一枚の交付を受け、②Y及びZと意思を通じ、Zにおいて、前記①と同様に、銀行支店の行員に対し、自己名義の普通預金口座の開設等を申し込み、Z名義の預金口座開設に伴う同名義の普通預金通帳一通及びキャッシュカード一枚の交付を受けた。前記各銀行においては、いずれもY又はZによる各預金口座開設等の申込み当時、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ていたし、Y又はZに應對した各行員は、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
ることがわかれば、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
うものである。第三小法廷は、「以上のような事実関係
の下においては、銀行支店の行員に対し預金口座の開設
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、詐欺罪に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
刑法二四六条一項の詐欺罪を構成することは明らかであ
る」とした。

自己名義の口座開設事件決定は、他人名義の口座開設
事件決定にも増して、詐欺罪の成立範囲を財産犯として
の可罰性の乏しい領域まで拡大したものと評されるべき
であろう。これについての調査官解説は、他人名義の口
座開設事件決定は預金通帳の財物性及びその交付自体に
財産的損害の発生を認めたものと解されるところ、その
射程が自己名義の口座開設事件決定の事案にも及ぶこと

から、後者の決定においては預金通帳の財物性及び財産
的損害の発生については特段の言及をしなかったものであ
るとする⁽¹⁶⁾。のみならず、この調査官解説は、「また、実
質的にも、金融機関は、その公益性から、犯罪者によつ
て金融機関等が提供する預金の受入れサービスや決済シ
ステムが利用されてその信用が害されることを防止する
利益、すなわち自行の口座を不正の目的に利用されない
という利益を有しているといえるのであり、そのような
利益は、財産罪の観点からも保護に値する利益といえよ
う」とするほか、「なお、問題状況を同じくする設例と
して、未成年者が成人と詐って酒類やタバコ等を購入す
る行為は詐欺罪を構成するかというものがあり、学説上
これを詐欺罪に問擬すべきではない、というコンセンサ
スが形成されているようである。しかし、上記のような
コンセンサスは、それらに対する規制及びその運用やこ
れを取り巻く社会の意識が『おおらかな時代』には妥当
したものと思われるが、決して所与のものでも不動のも
のでもないのではなからうか」とする⁽¹⁷⁾。

自己名義の口座開設事件決定及びその調査官解説と汚
泥処理偽装事件判決及びその調査官解説とを比較すると、

（両判例の間には六年間の時間的隔たりしかないにもかかわらず）径庭があると認識せざるをえない。そして、自己名義の口座開設事件決定から三年を経て、類似した事案について下された決定こそ、本件決定である。

三 本件決定の判例法上の位置づけ

前述した、自己名義の口座開設事件決定についての調査官解説は、「問題状況が類似する事案についての最高裁判例」として本件決定にも触れ、「その判断構造は、本決定〔自己名義の口座開設事件決定〕と共通するものがある。また、相手方が財産的処分行為をなすための判断の基礎となる重要な事項につき事実を偽ることが『人を欺く』行為であるという理解を端的かつ明示的に示している点でも注目される」としている。¹⁸この記述からも明らかなように、本件決定は、自己名義の口座開設事件決定の延長にある、いわば「後継判例」と位置づけられるべきものである。

さらに評価を加えるなら、自己名義の口座開設事件決定が、預金口座開設による継続的な利益を行為者ないし預金通帳等を譲り受けた第三者に与える交付行為を銀行の係員にさせたという事案についてのものであつて、か

なり将来的ないし抽象的なものであるとはいえ財産関係の実害を認めえないものではないのに対して、本件決定は、「航空機の運航の安全」とか「カナダ政府から同国への不法入国を防止するために搭乗券の発券を適切に行うことを義務付けられていたこと」等から航空券に氏名が記載されている乗客以外の者を搭乗させないことが「本件航空会社の航空運送事業の経営上の重要性」を有していることが詐欺罪として処罰する実質的理由となるとしているものと見られることから、より財産関係の実害を認めがたい事案について詐欺罪の成立を認めたものと考えられる。まさに、「本決定は、譲渡・売却目的の自己名義の預金口座開設に詐欺罪を認めた最三小決平一九・七・一七（刑集六一卷五号五二二頁）の延長上にあるが、譲渡後の財産犯罪（振り込め詐欺での口座利用）や銀行の信賴低下という財産的利益がかるうじて一九年決定を容認するとすれば、これを大きく超える。詐欺罪はセキュリティー保護の罪ではないと思われる」ということになる。¹⁹

これに対して、本件決定が原判決の述べた「航空会社に対する社会的信用の低下」や搭乗券発券の不備により

不法入国を許すと「最高額で三〇〇〇ドル支払わなければならないこと」に触れていないことから、「事業経営上の重要性」の「財産的要素は相当に抽象的である」としつつ、搭乗券には「所持人に対して有償の旅客運送および当該クラスの機内サービスを提供することにもその

主な機能があると解するのであれば有力説〔佐伯説〕からも本件で欺罔行為を肯定することは可能であろう」とする見解がある。²⁰また、「経営上の重要性」と表現したのは「経済的損害や経済的目的についての錯誤・その実現の失敗に直接的に対応したのではなく、むしろ、具体的な財産的支出を伴うような場合でなくても、それは異なる観点から財産交付の実質的法益侵害（財産的損害）性を基礎づけることができる場合があることを意味するものであると思われる」とし、会社事業の経営上の重大性を有する事項とは「社会との関係において、詐欺罪の被害者である（あるいは、被害者の帰属する）会社組織の存続・発展に重要な影響を及ぼすと認められる事項」を意味するのであって、「このような重要性を有する事項について偽ることがあつてはじめて欺く行為であるとしたもの」と考えると、詐欺罪の成立について著しい

拡張が指摘される最高裁判例であるが、本平成二二年決定は、少なくとも、拡張の傾向を無制約に是認するものではないという態度を示したものとして理解することができ、注目すべきものであるということができよう」とする見解もある。²¹

評するに、前者の見解については、（旅客運送及び機内サービスの提供は料金を支払って航空券を得たことにより受けられるものであるとも考えられるので）搭乗券にそのような機能があるといえるかやや疑問である上、〈そのような利益を受けられる機能は搭乗券の財物性ないし二項詐欺罪の問題として取り扱うべきではないか〉という疑問が生じる。いずれにしても、前者の見解は自己名義の口座開設事件決定と同一レベルのものと本件決定をとらえるものであろう。後者の見解については、〈会社組織の存続・発展に重要な影響を及ぼすと認められる事項を偽れば詐欺罪における「財産的損害性」を基礎づけられるものか〉という疑問が生じることを禁じえない。むしろ、このような点は射程距離の限定に用いるべきものではあるまいか（射程距離の問題については後述する）。やはり、本件決定は、自己名義の口座開設事

件決定に比して、詐欺罪の成立範囲を拡張したものと考
えるべきである。

四 本件決定と学説

1 財産的損害に関する日本の学説の状況

明治期から現在に至るまでを鳥瞰すれば、日本の「近
代刑法思想」は、フランス法の影響を受けた「旧刑法」
がドイツ法の影響の見られる「現行刑法」に移行した後、
ドイツ法の強い影響を受けつつ、独自の発展をしてきた
ものといえる。²² 詐欺罪についての理論・学説の発展もこ
のような流れの中にあるものと考えられる。

ドイツにおいては、詐欺罪における財産的損害の解釈
に関し財産概念が研究され、最初に現れた法律的財産概
念（juristischer Vermögensbegriff）に對置されるものと
して極端な経済的財産概念（extrem wirtschaftlicher
Vermögensbegriff）が唱えられ、これを修正した「法律
的—経済的」折衷論（“juristische-ökonomische”
Vermittlungslehre）が通説化するに至っている。²³ また、
一方的な給付をさせる詐欺においては、自己による財産
侵害の可罰性を社会的意味における目的の失敗によって
財産移転の価値を低下させたことに見出す考え（目的失

敗説）が採用されており、「社会的な目的失敗とは何か」
が議論されている。²⁴

これに対して、ドイツ刑法典の詐欺罪規定（二三六条
一項）とは異なり、「他人の財産を害した（das
Vermögen eines anderen dadurch beschädigt）」という文
言を持たず、窃盗罪に近い規定となった²⁵、日本の刑法
二四六条の解釈においては、当初、財産的損害不要説が
現れ、²⁶ これが後に形式的個別財産説に変容して現在の通
説的見解となっている。²⁷ とはいえ、ドイツ法と同様に財
産的損害を要件とする学説も明治期から有力であった。²⁸

さらに、近年は、財産的損害を実質的に考える立場が
台頭し、「全体財産に対する罪」説（林幹人の見解）、目
的失敗説の影響が見られる法益関係的錯誤説（佐伯仁志、
山口厚、伊藤渉などの見解）、実質的個別財産説（西田
典之、前田雅英、高橋則夫などの見解）が覇を競ってい
る（本章2「第二に、」以下参照）。これらの学説の支持
者から本件決定はどのように評価されるのであろうか。
これについては次項で述べることにする。

2 本件決定についての学説等からの評価

以下では本件決定—とくに、その詐欺罪の成立を認め

た結論が学説等からどのように評価されているかについて述べる。本件決定の結論は、通説的立場ないし形式的個別財産説からは支持され、実質説からは疑問とされるものと予想される。だが、各論者の考えは必ずしもそのように単純なものにはなっていない。

第一に、本件決定は通説的立場によつたものと理解する見解がある。判例時報等に掲載された本件決定の匿名解説は、「詐欺罪にいう『人を欺く』とは、人を錯誤に陥らせることであるが、これを、相手方が財産的処分行為をするための判断の基礎となるような重要な事実を偽ることであつて、その錯誤は財産的処分行為をするように動機付けるものであれば足り、法律行為の要素に関する錯誤であるか縁由の錯誤であるかを問わないと解するのが通説的見解と見られる（大判大^マ12・11・2刑集二・七四四、団藤重光編・注釈刑法(6)一九八〔福田平〕等）」として、本件決定は「前記通説的見解に依拠したものと解され」、本件決定が「当該乗客が航空機に搭乗するかどうか搭乗券交付の判断の基礎となる重要な事項に当たるとしたことに異論はないと思われる。〔…〕法益関係の錯誤論の立場からも、前記のような航空券記

載の乗客本人以外の者を航空機に搭乗させないことの航空運送事業上の重要性や、そのため、厳格な本人確認手続を経て搭乗券が交付されていた等にかんがみ、本件決定の結論を是認し得るのではないかと思われる」としている。⁽²⁹⁾ 本件決定の詐欺行為についての判断は、右匿名解説と同様に〈通説的公式〉＋（理念型としての）形式的個別財産説の立場に立つ者はもとより、⁽³⁰⁾ 錯誤について「規範的重要性」を求める立場や⁽³¹⁾ 法的・経済的財産説による立場、⁽³²⁾ あるいは、詐欺罪の保護法益に「個人の財産のほかには交付目的の達成、すなわち財産を保護するための公正な取引の確保」を加え、「相手方が真実を知れば財物の交付を行わなかったであろう」といえるような重要な事項について「交付者が自由な意思決定の意識を持つていたか、〔…〕そして行為者の設定していた取引目的が達成されたか」についての検討を要するとする立場⁽³³⁾ からも支持されている。

第二に、右の匿名解説が言及しているように、法益関係の錯誤説の立場に立ちつつ、本件決定の結論を支持する見解——正確には、「疑問である旨を明確には述べていない見解」がある。これらの論者が、他人名義の口座開

設事件決定や自己名義口座開設事件の決定（以下、これらの決定を「二決定」ということがある）を疑問視している場合、これら二決定に対する評価と本件決定に対する評価との整合性も問題になる。

まず、佐伯仁志は、二決定について詐欺罪成立を肯定することは疑問である旨述べているところ、³⁴本件決定については、「〔…〕航空機の運航の安全上の弊害は航空会社の経営に重大な被害を及ぼしうるものであり、航空会社に対する社会的信用低下が業績の悪化に結び付くおそれも、預金口座が犯罪に利用されることによる金融機関の業績の悪化と比べれば遥かに現実的であり、詐欺罪の成立を肯定することは、³⁵預金通帳の事例よりも容易であるように思われる」とする。

つぎに、伊藤渉は、他人名義の口座開設事件決定について詐欺罪成立を認めるのは妥当でない旨述べているところ、³⁶自己名義の口座開設事件決定については財産的利益の侵害があると評価する余地がある旨述べるとともに、本件に関して「〔…〕搭乗券は、航空運送の役務を受けるのに重要な書面であつて、旅券などのように単なる証明手段として交付されるものではないから、その移転自

体に財産的利益の侵害を見いだすことができないものではない。また、本件においては、〔…〕第三者を搭乗させない理由として航空機の運航に対する危険の防止及び目的地での不法入国の防止といったことを挙げているところ、たしかに搭乗する者による違法行為の防止というだけでは航空会社の財産的利益と直接結びつくものではないが、しかし、航空機の運航の危険ないし不法入国のおそれを回避するために航空会社に不測の経費が生じうることは否定できないのであるから、この意味において、第三者を搭乗させる意図を秘匿して搭乗券の交付を受ける行為は、なお財産的利益の侵害をもたらすものと評価することが許されるのではあるまいか」とする。³⁷

さいごに、山口厚は、二決定の結論を（最終的には）支持しているところ、³⁸そのような立場からは、本件決定は「ここでも、いわば本人確認の重要性を介して、詐欺罪にいう人を欺く行為、ひいては錯誤の要件の充足が認められているといえる」ということになる。³⁹

第三に、実質的個別財産説によりつつ、本件決定の結論を支持する見解がある。この論者は、二決定の結論を支持しているので、右の佐伯らの各見解に比べて、一貫

性」があるとはいえる。

西田典之は、二決定の結論を支持する山口らの見解を「目的不達成理論」と呼びつつ、『『目的』をどのようなものとして設定するかは、かなり不明確である。』「さらに、この見解によれば、これまで詐欺罪が否定されてきた成年者であると欺罔されて未成年者に有害図書を販売する行為や偽造された処方箋で要処方箋薬を定価で販売する行為などまでが詐欺罪にあたりうることになる」といえる（事実、長井・前掲一八二頁はこれを認める）。

「しかし、このような解釈は、詐欺罪を財産犯から国家的法益に対する罪、社会的法益に対する罪へと変容させるものとして妥当ではないと思われる〔…〕」とし、それでも、二決定の結論は「財産的損害の可能性」があることから妥当と解してよい旨述べる。そして、この理を本件決定に及ぼして、「控訴審判決と比較した場合、本判決が財産上の損害という要素を詐欺罪の要件から排除しようとしていることは明らかであるが、搭乗券および搭乗者の適切な管理が航空機の運航の安全上重要なことは明らかであり、その不適切な管理は、当該航空会社（マ）の業務に対する信頼を失わせ、ひいては航空会社運営（マ）の経

済的運営にも重大な影響をおよぼすものといえるから、本件において、財産上の損害の危険性・可能性を肯定することは十分に可能であったように思われる」とする。⁽⁴⁰⁾

前田雅英は、二決定の結論を支持しているところ、本件決定は、「形式的個別財産説的表現を用いている」ものの、当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが航空会社の運送事業の経営上重要性を有していたことを強調しており、「その背後には、航空による運輸の安全性の確保、すなわち、『航空券に氏名が記載されている乗客以外の者の航空機への搭乗が航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性』の除去という価値が重視されている。しかし、あくまでも『航空運送事業の経営上』の重要性が認定されているのである」とし、他人名義カード事件決定と比較した上、「航空券の場合も、その実質的理由に微妙な差異はあるものの、如何に本人の同意があろうと、その者が搭乗することを秘して航空券を購入することは、現在の制度を前提とする限り、詐欺罪を構成するといわざるを得ないのである」とする。⁽⁴²⁾

第四に、「全体財産に対する罪」説の立場からは本件決定の結論はどのように評価されるのであろうか。明確

ではないものの、結論が支持される可能性はかなりあるといつてよいようである。⁽⁴³⁾

林幹人は、二決定に関し、振り込め詐欺やマネーロンダリングなどの危険そのものは財産的損害とは解されないものの、そうした事態に対処するための銀行の経済的負担の危険や預金者を確認する事務処理の負担の危険を財産的損害の内容とすることは可能であるとする。⁽⁴⁴⁾ この理を本件決定に及ぼすなら、〈航空券ないし搭乗券に氏名が記載されている乗客以外の者が搭乗したり密入国を図るといった事態に対処するための経済的負担の危険、あるいは本人確認の事務処理の負担の危険を財産的損害と評価できるか〉という問題が生じてくることになる。そして、これらの「負担の危険」に重大性があると評価するなら、本件決定の結論を支持することになる可能性は高く、搭乗券の占有移転から直接生じたものとはいえない「損失」を財産的損害と評価しうる点で、「全体財産に対する罪」説から本件決定の結論を支持することには、実質的個別財産説によりつつ同様の判断をすることと比べて、整合性があるともいえる。

第五に、本件決定の結論を疑問視する見解がある。こ

の論者は詐欺罪の成立範囲を実質的な財産的損害の認められる範囲に限定しようとする思考を貫徹させているものと評価できる。

高橋則夫は、二決定の事案においては実質的損害は発生していないとしているところ、⁽⁴⁵⁾ 本件決定の判断についても「〔…〕実質的個別財産説によれば、本決定の『当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していたから』という点が、経済的にみて損害と評価し得るものかについて、なお疑問の余地がある」とする。⁽⁴⁶⁾

門田成人も、本件決定の「経営上重要性を有していた」という点に着目し、事故発生の場合の損害賠償等や外国への乗り入れ禁止、航空会社の社会的信用の失墜による財産的損失のような「間接的あるいは抽象的な財産的損害」をも詐欺罪が保護するというのであれば「〔…〕個別財産に対する犯罪に実質的財産損害を求めて限定解釈を図ることは形骸化し、逆に予備罪化への道を拓いたともいえ、テロ行為などの犯罪阻止による個々の犯罪類型の拡張の根拠づけを許すことにもなる」とする。⁽⁴⁷⁾

照沼亮介は、本件決定と原審判決とを比較し、「〔…〕

おそらく本決定は、搭乗券の占有喪失それ自体の意味を重視せず、また、実質的損害の内容としても、本人確認に失敗した場合に航空会社に生ずる具体的な金銭的損害の内容についてまで立ち入って判断する必要はなく、むしろ、安全面の問題や行先国との法的関係から生ずる『有形・無形の経済的損害』が重要であると解しているように思われる」ところ、これに対しては、——自己名義の口座開設事件決定では口座が開設された後に振り込め詐欺等に悪用される可能性やそこから生じる銀行の信頼低下の可能性などを根拠とすることでかろうじて詐欺罪の財産犯としての性格が保たれていたと解することができるとしても——「企業経営上の失敗に由来する長期的な損失のリスクを正面から詐欺罪の法益侵害結果として説明することはできない」という批判が考えられるとする。すなわち、本件では、取得された財物（搭乗券）と損害の実質との間に「『経済的価値』の実質的な同一性を認めることは困難」であり、（通帳の不正取得の場合とも異なつて）「〔…〕個々の搭乗券の不正取得によりダイレクトに航空会社の『経済的損害の可能性』が生じるとまではないがたいように思われる」というのである。また、

不法入国の支援やハイジャック等の危険を生じさせる行為は刑罰で禁止されるべき対象となるとしても「それを財産犯、しかも本来は搭乗券という紙片の占有侵害を対象とする一項詐欺罪によって捕捉することに対しては、どうしても躊躇を覚えざるを得ない」し、電子航空券（eチケット）を利用して同様のことをした場合との不均衡や詐欺罪を社会的法益に対する抽象的危険犯として運用することによる「他の処罰規定と併せた効果的な運用が阻害され、法体系全体としての機能不全を招来するおそれ」があること、何らかの政策目的から公的な規制の下に置かれた物については虚偽的な手段を用いて交付を受けさえすれば「その行為の実質を問わずすべて詐欺罪の処罰対象とされ得る」ということを今一度想起すべきであろう」といったことを指摘する⁴⁸。

同様の見解は他にもある。曾根威彦は、財物の交付者が本来の交付目的を達成しえなかったことや「将来のリスク」等を根拠に「財産上の損害を認めることには疑問が残る」とする⁴⁹。松宮孝明は、「〔…〕間接的な経済的損害の恐れは、顧客や各国政府の独立した意思決定に依拠するものであり、処分行為から直接に生じるものではない

く、詐欺罪の成立は疑わしい」とする。⁵⁰⁾

3 本件決定の射程距離について

本件決定の結論をどう評価するにせよ、本件決定が詐欺罪の成立範囲を拡張する流れの中にある判例である事実は覆うべくもない。そこから、本件決定のいわゆる「射程距離」の限定が問題にされることになる。

まず、本件決定は、外国行きのものであり搭乗手続きに関し決定文にあるような嚴重な本人確認がなされている航空便の搭乗券についての判断を示したものであつて、射程距離もこの範囲に限られるとの主張がある。⁵¹⁾ もっとも、国内航空便であつても本件決定と同様の判断をすることは可能であるとする見解もある。⁵²⁾

つぎに、本件決定が、「〔航空券に氏名が記載されている乗客以外の者の搭乗が〕航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含むものであつたこと」や「〔カナダ政府から〕不法入国を防止するために搭乗券の発券を適切に行うことを義務付けられていたこと」等の点から「航空会社の航空運送事業の経営上〔の〕重大性」が本人確認手続きに認められる場合に詐欺罪が成立するとしていることからすれば、射程距離は「本人確認

手続きに航空会社の航空運送事業の経営上の重大性が認められる場合」に限定されるということになる。⁵³⁾ただ、その内容に不明確なものがあることも指摘されている。

さいごに、「財産移転と同時になされる意思侵害により詐欺罪を基礎づけるものとされないためには、欺罔・錯誤の対象である目的が具体的給付に内在している必要がある」ことから、「〔…〕本件で欺罔行為の構成要素とされるべきは、単に他人を搭乗させる意思を秘したことではなく、他人を搭乗させるために当該搭乗券を当該航空会社に対して不法に行使する意思を秘したことであり、本決定はそのような事案であることを前提としたものである（〔ABの〕搭乗券をトランジット・エリア内に持ち込むために利用された被告人自身の搭乗券については、詐欺罪は成立しないと解される）」とする見解がある。⁵⁴⁾

この見解のように考えるなら、〈航空機内で（例えば、他の乗客の財布を窃取するといった）犯罪をおこなう意図を秘して自己が搭乗する意思で搭乗券の交付を受けても詐欺罪は成立しない〉ということになる（ただ、そのように考えると、〈本件決定の事案のように第三者が密入国するために搭乗する場合は詐欺罪が成立するのに、

航空券に氏名が記載されている者自身が殺人等のまさしくテロ行為をする目的で搭乗する場合であれば詐欺罪は成立しないことになるのか」という疑問が生じないではない。さらに考察を加えると、本件決定の事案のA Bのように、自分自身の氏名が航空券に記載されている者は、単独で自分自身以外の者を当該搭乗券によって搭乗させること（そのようにして当該搭乗券を当該航空会社に対して不法に行使用すること）は不可能であるから、本件決定に示された法理によつて搭乗券についての一項詐欺罪の成立が認められるのは、被告人のような共犯者を介するなりして第三者が不法に当該搭乗券を用いて不法に搭乗することが事前に予定されている場合に限られると解することもできよう（搭乗券を取得した後で不法に搭乗する第三者を探して搭乗券を売り付ける意図で自己に対する搭乗券の交付を請求する場合は、理論的には「不法に搭乗券を行使する意思」があるといえなくもないものの、客観的な行為としては通常の搭乗券交付請求と変わりがないので、詐欺罪は成立しないと解すべきであろう）。こうした観点から、本件決定が（自己名義の口座開設事件決定と同様に）共謀共同正犯の成立する事

案についてのものであることには、組織犯罪としての可罰性とは異なる意味が賦与されているものと思う。⁵⁵⁾

五 結語にかえて―本件決定についての私見

以下では結語にかえて本件決定について筆者らの評価するところを述べることにする。結論から述べるなら、本件決定が詐欺罪の成立を認めていることは疑問であるといわなければならない。そのように思う理由は、高橋門田、照沼らの述べるところ（研究四2「第五に、」以下）とほぼ同様である。あえて若干補足するなら、次のようなものになる。

まず、搭乗券発券業務の実態にみると、本件決定の事案において係員に取引上重要な事実についての錯誤が生じているとは思えない。筆者（淵脇）が二〇一三年三月一日及び同月一四日に東京国際空港ほかで調査したところによれば、国内線の搭乗手続きはほぼ全て自動チェックイン機によつてなされるようになっており、JAL、ANAなどの国際線においてさえ自動チェックイン機によるものが係員によるものを上回っていた。さらに、「搭乗券を他人に譲渡することは許されない」といったインフォメーションが空港内で周知徹底されてい

るといったこともなく、係員に「親族のパスポートと搭乗券を持つている者がチェックイン手続きを代行することとはできるか」と尋ねてみたところ可能であるとの回答が返ってきた。これらの調査結果からすると、係員は航空券に氏名が記載された者と搭乗券の交付申請をする者との同一性については大した関心を持っていないものと同認められる。搭乗券の交付を受けた者がそれを第三者に譲渡するか否かについてはまして関心がないであろう。そのような実態にかんがみると、搭乗券を第三者に譲渡する意図を秘してなす搭乗券交付請求によつて係員が取引上重要な事実について錯誤に陥れられることになるものか、そもそも疑問であるといえる。

つぎに、仮に「それでも第三者に譲渡するとわかつていれば係員が搭乗券を交付することはないから『交付の判断の基礎となる重要な事項』に錯誤を生じさせたといえる」という（錯誤と交付行為との間に事実的な因果関係さえあれば足りるとする）主張を受け容れたとしても、正規の航空運賃が支払われている以上、実質的に財産的損害が生じていないことは否定できないであろう。航空会社ないし係員は、搭乗券を交付したことによつて直接

的にはなんら損害を被っていないのである。詐欺罪は財産犯であり、しかも侵害犯であつて危険犯でも挙動犯でもないのであるから、相手方に財産的な被害が生じていないにもかかわらず詐欺罪の成立を認めるのは無理である（実務上も、詐欺罪の成否が問題になつている公判廷で「被害者」を証人として尋問してみたら――員面調書作成時とは異なり――、被害を受けたとの証言が得られないということがあつた。そのような場合に裁判所が詐欺罪の成立を認めることは通常は⁵⁶ない）。派遣医であるかのように偽装して売薬を売りつけた事案についての大決昭和三年十二月二日刑集七卷七七二頁や汚泥処理偽装事件判決は、このような観点から、行為態様からすれば可罰性を否定しえないケースにおいて詐欺罪の成立を否定する判断を下したものであるといつてよい。

もっとも、「航空機の運航の安全上の重大な弊害をもたらす危険」や「不法入国防止のため搭乗券発券を適切に行うことを義務づけられていたこと」が財産的損害を基礎づけるというのであれば別であるけれど、（通常、密入国を図る者は平穩な渡航を希望するであろうから）密入国を図る者を搭乗させることによつて運航の安全上

重大な弊害がもたらされるものか疑問である上、ハイジャックなどのテロ対策はセキュリティチェック等によりおこなうべきものであり、不法入国の防止も（搭乗手続きの際の本人確認によつてではなく）入国管理によつてなされるべきものである。また、このような事態に対処するために航空会社は何らかの経済的負担が生じうるとしても、それを、一項詐欺罪を窃盗罪と同様に個別財産に対する罪であるとする立場（形式的個別財産説はもとより実質的個別財産説、法益関係の錯誤説もこのようなスタンスをとる）が財産的損害として評価する、⁵⁷というのは整合性を欠くようにも思う。

要するに、財産的損害の観点からすると、本件決定の事案で詐欺罪成立を認めることは、未成年者事例、あるいは強盗目的での包丁購入事例（強盗に使う目的を秘して刃物店で包丁を買うという事例）において詐欺罪の成立を認めるのと同様であるといえる。これらの事例において、買主が未成年者であること（あるいは包丁を強盗に使う意図があること）を売主が知れば成人用品や包丁を交付することはないであろう。しかし、交付してしまつたとしても、売主は通常の売買と同様に正規の代金

を取得しているのであるから、そこに財産的損害を見出すことはできないことになる。⁵⁸ 本件決定の事案でも、財産的損害を見出しえないことは同様であり、詐欺罪を純粹に意思の自由や社会秩序を保護する罪とでも考えるのならともかく、従来の考えによるなら詐欺罪成立を否定することになるはずである。

本稿に示したように、近時の判例が詐欺罪の成立範囲を著しく拡張する傾向を見せ、学説もかなりの者がこれを支持しているかに見えることは重大な問題であろう。⁵⁹ 犯罪の成立範囲を適正な範囲に限定し人権保障にも資する理論が構築される必要があることはいうまでもない。しかし、本稿の性格と紙幅からして、これは別稿で論ずるよりない。ただひとつ指摘することが許されるなら、法益関係の錯誤説など近時の学説には二四六条の文言や詐欺罪が個別財産に対する罪であることを重視して財産的損害の内容を形骸化する傾向が見られるのに対して、従来の通説的見解にあつても、詐欺罪に個別財産に対する罪と全体財産に対する罪の両者が含まれ、しかも、全体財産の概念については経済的財産概念が支持されていたということ、そして、福田説などは、欺罔行為につい

て絞りをかけるほか、〈財物の所持喪失＝財産的損害〉とは考えないものであつて、理念型としての形式的個別財産説とはいえないものであることを忘れてはならないであろう。もとより、これは、詐欺罪を全体財産に対する罪であると解するのが妥当であることを直ちに意味するものではない。通説的見解においても、詐欺罪の成立範囲を合理的に限定する努力はなされてきたのであり、これを無にしてはならないという趣旨である。

(1) 本件決定の評釈として、次のようなものがある。門田成人「詐欺罪の限定解釈におけるループホール」法学セミナー六七〇号一三九頁(二〇一〇年)、後藤有己「判例評釈 最一小決平二一・七・二九」警察公論六五卷一一号一〇六頁以下(二〇一〇年)、伊藤渉「詐欺罪における詐欺行為の意義」『判例セレクト二〇一〇「I」』(法学教室三六五号別冊)三六頁(二〇一一年)、照沼亮介「第三者を搭乗させる意図を秘して国際航空運送に係る航空会社関係係員から自己に対する搭乗券の交付を受ける行為が詐欺罪に当たるとされた事例」刑事法ジャーナル二七号八七頁以下(二〇一一年)、和田雅樹「第三者を搭乗させる意図を秘して国際航空運送に係る航空会社関係係員から自己に対する搭乗券の交付を受ける行為が詐欺罪に当たるとされた事例」刑事法ジャーナル二七号八七頁以下(二〇一一年)——これは、解説判例の

罪に当たるとされた事例」研修七五二号一七頁以下(二〇一一年)、和田俊憲「国際線搭乗手続において他人を搭乗させる意思を秘してなされた自己の搭乗券の交付請求と詐欺罪」ジュリスト一四二〇号(平成二二年度重要判例解説)二一二頁以下(二〇一一年)、吉田雅之「自己に対する国際線の航空機の搭乗券を他人に渡してその者を搭乗させる意図であるのに、これを秘して航空会社の搭乗業務を担当する係員から搭乗券の交付を受ける行為が、詐欺罪に当たるとされた事例」捜査研究七一八号八〇頁以下(二〇一一年)、丸山嘉代「他の者を搭乗させる意図を秘し、航空会社の搭乗業務を担当する係員に外国行きの自己に対する搭乗券の交付を請求してその交付を受けた行為が詐欺罪に当たるとされた事例」警察学論集六四卷七号一六七頁以下(二〇一一年)、菅沼真也子「第三者を搭乗させる意図を秘して国際航空運送に係る航空会社関係係員から自己に対する搭乗券の交付を受ける行為が詐欺罪に当たるとされた事例」法学新報一一八卷一・二号六八五頁以下(二〇一一年)。

(2) 本件決定に言及した論考としては、前田巖「預金通帳等を第三者に譲渡する意図を秘して銀行の行員に自己名義の預金口座の開設等を申し込み預金通帳等の交付を受ける行為は、刑法二四六条一項の詐欺罪に当たるか」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成一九年度)』三三六(三三七頁(法曹会、二〇一一年))——これは、解説判例の

後の「問題状況が類似する事案についての最高裁判例」として本件決定に触れたものである―のほかに、前田雅英「詐欺罪の保護法益と罪数について」警察学論集六三卷一―号一四四頁以下（二〇一〇年）、佐伯仁志「詐欺罪（1）」法学教室三七二号一〇六頁以下（二〇一一年）、上寫一高「最近の裁判例に見る詐欺罪をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル三一―号一二頁以下（二〇一二年）、渡辺靖明「詐欺罪における実質的個別財産説の錯綜」横浜国際経済法学二〇卷三号一二一頁以下（二〇一二年）がある。

（3） 本件決定に触れた概説書としては、次のようなものがある。高橋則夫『刑法各論』三二六頁（成文堂、二〇一一年）、前田雅英『刑法講義各論』一二六、三二五頁（東京大学出版会、第五版、二〇一一年）、西田典之『刑法各論』二一〇頁以下（弘文堂、第六版、二〇一二年）、佐久間修『刑法各論』二二七頁（成文堂、第二版、二〇一二年）、曾根威彦『刑法各論』一四五頁（弘文堂、第五版、二〇一二年）、松宮孝明『刑法各論講義』二五九―二六〇頁（成文堂、第三版、二〇一二年）、井田良『刑法各論 新・論点講義シリーズ2』一二八―一二九頁（弘文堂、第二版、二〇一三年）。

（4） 概説書以外の書籍（判例解説等）で本件決定に触れたものとしては、前田雅英『最新重要判例250〔刑法〕』二〇八頁（弘文堂、第八版、二〇一一年）―なお、同書の第九版（二〇一三年）では一九〇頁に掲載、林幹人

『判例刑法』二九八頁（東京大学出版会、二〇一一年）、山口厚『基本判例に学ぶ刑法各論』一四七頁（成文堂、二〇一一年）、成瀬幸典ほか編『判例プラクティス刑法Ⅱ各論』二四八頁〔安田拓人〕（信山社、二〇一二年）、設楽裕文編『法学刑法5判例インデックス一〇〇〇（コンメンタール）』三九〇頁〔坂井愛〕（信山社、二〇一二年）、西田典之ほか『判例刑法各論』二六七―二六八頁（有斐閣、第六版、二〇一三年）などがある。

（5） この問題については、設楽裕文Ⅱ坂井愛「刑法の解釈と自由の保障」法学紀要（日本大学法学部）四九卷一三三―一三七頁（二〇〇八年）参照。

（6） 「通説的公式」について、設楽裕文編『法学刑法2各論』六七頁〔坂井愛〕（信山社、二〇一〇年）参照。なお、菊池京子「詐欺罪における相当対価が提供された場合の財産上の損害の有無について（上）―「処分行為の自由」をめぐる問題（2）―」東海法学六号一三六―一三七頁（二九九一年）参照。

（7） 大塚仁『刑法概説（各論）』二四四、二五一頁（有斐閣、第三版増補版、二〇〇五年）。

（8） 団藤重光『刑法綱要各論』六一九頁（創文社、第三版、一九九九年）。もっとも、団藤や福田平らは、〈財物の喪失によってその財物に対する使用・収益・処分といった「所有権その他の本権の事実的機能」が害されるところに損害がある〉とするので、厳密な意味で（実質

的に財産的損害を不要とするのと同様の結論に達する）理念型としての形式的個別財産説ではない（福田平「詐欺罪の問題点」日本刑法学会『刑法講座 第六卷』八四頁〔有斐閣、一九六四年〕参照）。

（9） 団藤・前掲注（8）六一三頁、大塚・前掲注（7）二四六頁、団藤重光編『注釈刑法（6） 各則（4）』一七五頁〔福田平〕（有斐閣、一九六六年）参照。なお、林幹人は、『刑法の現代的課題』一七〇頁（有斐閣、一九九一年）において、「取引上重要な事実」を「被害者の取引目的の対象となつている事実」と解するほか、近時は、通説的公式より「有効でより適切な公式」として、「被害者に隠された事実が重要な財産的利益に関わるものか」というものを提唱している（林・前掲注（4）二九八頁参照）。

（10） 上寫・前掲注（2）二二頁は、「〔…〕経営上の重要性」という表現は、詐欺罪の要件として、実質的個別財産説が経済的評価による損害を必要とし、法益関係的錯誤説が、経済的目的についての錯誤、あるいは、その実現の失敗を問題とすることを意識したものということができるように思われる」とする。

（11） 例えば、大判明治四三年五月一七日刑録一六輯八七九頁（汽船二隻に抵当権を設定して借財名下に金員を騙取したという事案についてのもの）、大判大正二年一月二五日刑録一九輯一二九頁（他の者の出捐額等を偽って竹林を売り渡し代金を騙取したという事案につ

いてのもの）、大判大正一二年一月二一日刑集二巻八二三頁（定期預金証書により資力を偽って土地建物等を騙取したという事案についてのもの）など。

（12） 大判昭和一七年四月七日新聞四七七五号五頁（偽造割当証明書により銑鉄を購入したという配給詐欺の事案についてのもの）、最大判昭和三年六月九日刑集二巻七号六五三頁（偽造特配指令書により酒類を購入したという配給詐欺の事案についてのもの）など。もっとも、通説を支持する者の中にも配給詐欺における詐欺罪の成立については否定的な見解が見られる——議論の状況について、福田・前掲注（9）一六八―一七〇頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一三巻（第二四六条）第二六四条』一四―一五頁〔高橋省吾〕（青林書院、第二版、二〇〇〇年）など参照。

（13） 諸文献においてしばしば引用されるのは、大決昭和三年一月二一日刑集七巻七七二頁（派遣医を装って診察し売薬を売り付けたという事案についてのもの）である。他に、大判明治四二年四月二九日刑録一五輯五二四頁（登記簿上不動産の所有名義を有する者が当該不動産を善意の第三者に売り代金を取得したという事案についてのもの）、大判大正七年五月二三日新聞一四二三号二六頁（担保として十分な価値のある偽の軸物を本物と称して担保に供し借財したという事案に関するもの）などもある。

- (14) 谷口正孝Ⅱ中平健吉「詐欺罪の成立と財産上の損害(一)判例の概観」法曹時報六卷三号八八頁(一九五四年)は、明治期から昭和二〇年代までの判例の分析結果に基づいて、判例は、一項詐欺については「法律上の損害」を、二項詐欺については経済的損害を、要求している旨述べる。これに対し、平場安治Ⅱ尾中俊彦「詐欺罪における欺罔と騙取」平場安治ほか『総合判例研究叢書刑法15』一一四頁(有斐閣、一九六一年)は、昭和一七年頃までの判例を分析し、損害面からの判例の統一的説明はむずかしいとしている。
- (15) 朝山芳史「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場合と刑法二四六条一項の詐欺罪の成否」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成一三年度)』一二七頁(法曹会、二〇〇四年)参照。
- (16) 前田巖・前掲注(2)三二八～三二九頁参照。
- (17) 前田巖・前掲注(2)三三一～三三二頁参照。このような「未成年者事例」について詐欺罪成立を否定することとを疑問視(あるいは相対化)するものとして、長井圓「第三者に譲渡する意図を秘した自己名義の預金通帳の受交付と『人を欺く』の意義」ジュリスト一三五四号(平成一九年度重要判例解説)一八二頁(二〇〇八年)、木村光江「詐欺罪における損害概念と処罰範囲の変化」法曹時報六〇巻四号二四頁(二〇〇八年)などがある。
- (18) 前田巖・前掲注(2)三三六～三三七頁参照。

- (19) 門田・前掲注(1)一三九頁。
- (20) 和田俊憲・前掲注(1)二一二頁参照。
- (21) 上寫・前掲注(2)二二頁参照。
- (22) 明治期に西欧刑法思想が日本にどのように流入し変容したかについては、淵脇千寿保「明治期における刑法上の因果関係理論の導入」法学研究年報(日本大学大学院法学研究科)一二三頁以下(二〇一三年)を参照。
- (23) Peter Cramer/Walter Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, S. 2348f.
- (24) Cramer/Perron, a.a.O. (Anm.23), S. 2353. なお、目的失敗説は、一方的な給付をさせる詐欺の事案について詐欺罪としての可罰性を認めるために創出された考えであり(vgl. BGHSt 19,45, BGH NJW1995,539)、日本の一部の学説のように、これを反対給付の存在する事案に用いてよいのか、については疑問がある(結果として、反対給付は考慮されず理念型としての形式的個別財産説と同様の結論に至る危惧がある)。
- (25) 小野清一郎『新訂刑法講義 各論』二五〇～二五一頁(有斐閣、第一四版、一九五五年)参照。
- (26) 牧野英一『重訂日本刑法 下巻』三八五頁(有斐閣、第六一版、一九三八年)、木村亀二『刑法各論』一三八頁(日本評論社、一九三八年)参照。
- (27) 団藤・前掲注(8)六一九頁、大塚・前掲注(7)二五五頁、福田・前掲注(9)二三四頁参照。

(28) 瀧川幸辰「詐欺罪に関する若干の問題」(一九三六年) 団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集 第四卷』四七九～四八一頁(世界思想社、一九八一年)、大場茂馬『刑法各論 上巻』八一五頁以下(巖松堂書店、第六版、一九一三年)、宮本英脩『刑法大綱』三七〇頁(弘文堂書房、第三版、一九三五年) 参照。

(29) 判例時報二一〇一号一六一頁、判例タイムズ一三三六号五六頁、法律時報八三卷三号一三四頁。

(30) 渡辺・前掲注(2)一三七頁は、本件決定の「この事案では、被告人側は、代金支払済みの航空券と引き換えに、航空会社側から搭乗券の交付を受けていた、とされる。それゆえ、搭乗券の喪失を超える経済的損失は、航空会社側には直接的にはおよそ生じていなかった。それにもかかわらず、⑥決定〔本件決定〕においても、上記のように条件関係の公式に言及したうえ、詐欺罪の成立が認められている点に留意すべきである」とする。なお、和田雅樹・前掲注(1)二二頁は、搭乗券は財産的価値を有するものであり「搭乗券という財物の交付によって航空会社に財産上の損害が発生したことも明らかである」とする。

(31) 和田俊憲・前掲注(1)二二二頁は、詐欺行為と結果との間に「条件関係を中核とする事実的つながり」だけではなく「規範的な限定」が加えられた因果関係を認めるためには錯誤の対象は「交付の判断の基礎となる事項」

すなわち「交付の可否を事実上左右する事項」というだけではなく、「交付判断において規範的に重要性が認められる事項」でなければならず、本件決定で摘示された事実関係もこの枠組みに合わせて位置づけることができるとする。

(32) 佐久間・前掲注(3)二一七頁は、「なるほど、直接にはテロ対策に起因するとしても、航空機の安全な運行に資する搭乗者確認のシステムがある以上、こうした移動の利益を表章する搭乗券が詐取されており、法益関係的錯誤説からも、航空券記載の乗客以外の者を航空運送事業上の重要性や、厳格な本人確認手続により搭乗券が交付される点にかんがみれば、本決定の結論も是認できるであろう」とする。

(33) 菅沼・前掲注(1)六九六～六九八頁参照。

(34) 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』一〇九～一一三頁(岩波書店、二〇〇六年)、同・前掲注(2)一一二～一一三頁参照。

(35) 佐伯・前掲注(2)一一四頁参照。

(36) 伊藤渉「他人名義での預金口座開設による預金通帳の取得と詐欺罪の成否」ジュリスト一二七七号一四一～一四二頁(二〇〇四年) 参照。

(37) 伊藤・前掲注(1)三六頁参照。

(38) 山口厚『新判例から見た刑法』二二三～二三五頁(有斐閣、第二版、二〇〇八年) 参照。なお、同書の初版

の二一七頁(二〇〇六年)では、他人名義の口座開設事件決定は「住み分け」の見地から「現在においては」支持できない旨述べていた。

(39) 山口・前掲注(4)一四七頁。

(40) 西田・前掲注(3)二〇八―二一一頁参照。

(41) 前田・前掲注(3)三五〇頁参照。

(42) 前田・前掲注(2)一五〇―一五一頁参照。なお、

同・前掲注(4)第八版二〇八頁(第九版一九〇頁)参照。

(43) 林・前掲注(4)二九八頁は、欺罔行為に関して本件決定を掲げるに止めている。

(44) 林・前掲注(4)二九九―三〇〇頁参照。

(45) 高橋・前掲注(3)三二四―三二五頁参照。

(46) 高橋・前掲注(3)三二六頁参照。

(47) 門田・前掲注(1)一三九頁参照。

(48) 照沼・前掲注(1)九四―九七頁参照。

(49) 曾根・前掲注(3)一四五頁参照。

(50) 松宮・前掲注(3)二五九―二六〇頁参照。

(51) 前掲注(29)の匿名解説のほか後藤・前掲注(1)一一一頁、吉田・前掲注(1)八四頁参照。

(52) 菅沼・前掲注(1)六九八―六九九頁。また、和田俊憲・前掲注(1)二二三頁は、本件決定が本人確認の法的根拠となる出入国管理法五六条の二をあげていないことから「国内線の搭乗手続も条件を満たせば本件と同様の処理をするものと解される」とする。

(53) 吉田・前掲注(1)八四―八五頁参照。

(54) 和田俊憲・前掲注(1)二二三頁参照。

(55) 自己名義の口座開設事件決定に関し、足立友子「譲渡の意図を秘して銀行で自己名義の預金口座を開設し預金通帳等の交付を受ける行為と詐欺罪の成否」刑事法ジャーナル一一号一二四頁(二〇〇八年)は、本人確認法一六条の二との関係から「本決定の射程は、共謀共同正犯の成立が認められるほどに行業者間の行為の結びつきが密接である場合にのみ及ぶと考えるのが相当であろう」としている。こうした考えは本文で述べたような理由によっても基礎づけうるであろう。

(56) クレジットカードの不正使用のケースについて諸学説が加盟店ではなくカード会社を被害者とする構成に腐心する実質的理由は、カード会社から立替払を受けられる加盟店の経営者には実際上被害がないからである(ちなみに、クレジットカードの不正使用が詐欺罪に問われたケースで、弁護人が加盟店に示談交渉に行くと、加盟店の関係者から「うちは損害を被っていませんから示談するならカード会社の方に行ったらどうですか」といわれることがある)。

(57) 「全体財産に対する罪」説から、提供された利益をも考慮する実質的個別財産説は全体財産説と同じであるとの批判がなされている(林幹人『刑法各論』一四四頁〔東京大学出版会、第二版、二〇〇七年〕参照)。

(58) 通説的見解や法益関係的錯誤説は、欺罔行為ないし錯誤の要件を規範的に絞ることによって未成年者事例等において詐欺罪成立を否定する結論に至ろうとするようである。しかし、未成年者事例等の問題は（交付行為と因果関係のある錯誤を生じさせた場合でもなお財産的損害が欠けるとして詐欺罪成立を否定すべき場合があるのではないか）というところにあり、欺罔行為ないし錯誤のレベルで解決を図るアプローチにはそもそも無理があるといえるであろう。

(59) 何故、詐欺罪の規定がこのように拡張されて適用されるようになったのかについては、社会の変化や裁判官ら法曹（あるいは警察官ら）の意識など、多方面から考察する必要があるといえる。特殊な構成要件を設けて詐欺罪の成立範囲を拡張しようとするドイツの法制度と包括的抽象的な条文の解釈論でまかなおうとする日本の法制度との差異も否定できないであろう（vgl. *Klaus Geppert*, *Rechtsdogmatische und rechtspolitische Überlegungen zum strafrechtlichen Betrug im Allgemeinen und zu betrugrechtlichen Sonderatbeständen im Speziellen*, in: Philip Kunig/Makoto Nagata (Hrsg.), *Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog*, *Japanisches Recht* 44, S. 273ff. (2006), クラウス・ゲッペルト「杉山之沢」「詐欺罪について——解釈論と政策論の側面からの考察——」永田誠＝フィリップ・クーニヒ編集代表『ベルリン

自由大学・日本大学共同シンポジウム 法律学的対話におけるドイツと日本』三一三頁以下〔信山社、二〇〇六年〕参照。

(60) 福田・前掲注(9)二三三―二三四頁参照。あえていえば、同二三三頁に掲げられている牧野説あたりが理念型としての形式的個別財産説に近いものといえよう。