

論説

振込め詐欺を巡る諸問題

松 澤 伸

- 1 はじめに
- 2 振込め詐欺の手口
- 3 振込め詐欺の準備行為の刑事責任
- 4 「かけ子」の刑事責任
- 5 「出し子」の刑事責任
- 6 「受け子」の刑事責任
- 7 おわりに

1 はじめに

近年、振込め詐欺の被害が非常に増加している。下記は、警視庁のホームページで公開されている振込め詐欺の被害状況であるが、平成 21 年に劇的に減少したものの、最近また増加傾向にある。刑事政策・犯罪学の立場から、実際の被害者像を含めて、多くの実態調査がなされ、さまざまな対策が講じられているものの、その効果はまだ十分ではない。

ひるがえって、刑法学の立場から考察してみると、振込め詐欺は、以下のように定義できる。すなわち、振込め詐欺救済法（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）1 条によれば、「預金口座等への振込みを利用して行われた詐欺等の犯罪行為」ということになる。

そこで、この種の犯罪行為の刑事責任をどのように考えるかが問題となるが、振込め詐欺は、複数の者によって、役割分担され、計画的に行われる場合が多い。本稿では、これを、まず、準備段階および役割をわけて整理し、

それにしたがって、刑事責任を論じることとする。その場合、基本的には、刑法解釈論としての理論的検討が中心となるが、あわせて、詐欺罪の本質や民法と刑法との関係、刑法がどの程度まで社会に介入すべきか、すなわち、刑法の機能論などの論点とも関連させつつ、検討することとしたい。

振込め詐欺の被害状況

年	認知件数	被害額
平成 19 年	17,930 件	約 251 億 4,242 万円
平成 20 年	20,481 件	約 275 億 9,439 万円
平成 21 年	7,340 件	約 95 億 7,912 万円
平成 22 年	6,637 件	約 82 億 1,361 万円 事後ATM引出額～約 18 億 7,444 万円
平成 23 年	6,233 件	約 110 億 1,958 万円 事後ATM引出額～約 16 億 9,942 万円
平成 24 年 11 月末現在	5,595 件	約 132 億 9,157 万円 事後ATM引出額～約 6 億 640 万円

2 振込め詐欺の手口

振込め詐欺を巡る刑事責任を検討するにあたり、まず、その手口を整理することが必要である。すなわち、振込め詐欺を巡る犯罪行為は、その手口にしたがって、いくつかの段階・役割に分け、それぞれについて、刑事責任を

検討する必要があるのである。

第一に、振り込め詐欺の準備行為である。振り込め詐欺は、預金口座に金銭を振り込ませることを目的とするので、まず、口座の準備が必要になる。ここでの中心は、振込先となる預金通帳を取得する行為について、詐欺罪が成立するかどうか、という問題である。これについては、他人名義の場合・自己名義の場合の2つがあり、それぞれについて、議論がなされている。また、振り込め詐欺は、息子等の親族を騙って電話することによって敢行される場合が多い。そこで、足がつかないようにするため、そのためだけに、不正に携帯電話を取得することも多い。この場合の携帯電話の不正取得も、通帳の場合と同様の問題、すなわち、詐欺罪の成否の問題を提供する。さらに、通帳や携帯電話を取得する際、その申込みのため、承諾を得た他人名義による不正な申込書を作成する行為が行われる場合があるが、これについて、私文書偽造罪が成立しうるかが問題となる（なお、本人名義の場合は、作成者と名義人に不一致が生じないため、私文書偽造が成立することはない）。

第二に、振り込め詐欺を行うために、被害者に電話をかける行為について、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」と呼ばれるが、この「かけ子」の刑事責任について、詐欺罪の法律構成、すなわち、1項詐欺が成立するか、2項詐欺が成立するかが問題となるのである。

第三に、振込まれた金銭を口座から引き出す行為について、銀行に対する詐欺罪の成否（さらに場合によっては被害者に対する盗品等運搬罪の成否）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。いわゆる「出し子」の刑事責任の問題である。

第四に、最近多くみられるようになった形態であるが、金銭を振り込ませるのではなく、直接手渡しで受けとる、俗にいう「受け子」の刑事責任が問題となる。このような行為を担当する者については、詐欺罪の承継的共犯（共同正犯）の成否が考えられることになる。

以上で整理した準備段階・役割分担に応じて、項を改めて、振り込め詐欺の刑事責任を考えていくことにしよう。

3 振込め詐欺の準備行為の刑事責任

1 詐欺罪の構造

振込め詐欺の処罰は、刑法においては、詐欺罪が中心を担っている。詐欺罪は、刑法 246 条に規定されているが、その成立には、①欺罔行為→②錯誤→③処分行為→④騙取、という独特の因果関係が必要である。

詐欺罪は、「交付罪」と呼ばれる犯罪である。「交付」が必要とされる点で、同じく占有を奪う犯罪である窃盗罪・強盗罪と異なる。窃盗罪・強盗罪は、人の物をとってしまう犯罪であるが、詐欺罪の場合は、人が自ら財物を渡す犯罪である。その点で、恐喝罪と仲間の犯罪類型であるということが出来る。

詐欺罪は、客体により、1 項詐欺と 2 項詐欺に分かれる。それぞれ、246 条 1 項と同条 2 項に分かれて規定されていることがその名称の由来である。1 項詐欺は財物、2 項詐欺は財産上の利益が客体になる。財物とは、他人の占有する他人の財物をいう。財産上の利益とは、財物以外のすべての利益である。ここには、積極的利益（たとえば、債権の取得、サービスの提供など）のほか、消極的利益（たとえば、支払うべき債務を免れるなど）も含まれる。

詐欺罪は、人に対してしか成立しない。①欺罔行為→②錯誤→③処分行為→④騙取、という因果関係が必要であるため、錯誤に陥らないものに対しては、詐欺罪は成立し得ないのである。つまり、機械に対する詐欺は成立せず、窃盗罪を構成するに過ぎない。例えば、拾ったキャッシュカードで他人の口座から金銭を引き出す行為は、窃盗罪ということになる。

処分行為により、被害者が財物または財産上の利益を喪失し、詐欺行為者が、それを自由に処分できる地位を獲得することで、詐欺罪は既遂となる。そして、詐欺罪は個別財産に対する罪であるから、被害者において、財産上の損害が発生していることが必要となる。

以下、以上のことを前提に、分析を進めることとする。

2 銀行預金通帳の不正取得

不正な預金通帳の取得については、第三者に転売する目的で自己名義の銀

行預金通帳を取得した行為に関する判決（最決平成 19 年 7 月 17 日刑集 61 卷 5 号 521 頁）が参考になる。これは、単純化していえば、甲が、第三者に転売する目的であることを秘して、A 銀行において自己名義の普通預金口座を開設し、預金通帳及びキャッシュカードを取得した、という事案である。以下、事件の概要と判旨を見てみよう。

<事件の概要>

被告人は、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、友人の A と意思を通じ、A において、5 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図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、上記行員らをして、A 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、上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、A 名義の預金口座開設に伴う同人名義の普通預金通帳 1 通及びキャッシュカード 1 枚の交付を受けた。

さらに被告人は、A 及び B と意思を通じ、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込み、B 名義の預金口座開設に伴う同人名義の普通預金通帳 1 通及びキャッシュカード 1 枚の交付を受けた。

<判旨>

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等を申し込むこと自体、申し込んだ本人がこれを自分自身で利用する意思であることを表しているというべきであるから、預金通帳及びキャッシュカードを第三者に譲渡する意図であるのにこれを秘して上記申込みを行う行為は、詐欺罪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 246 条 1 項の詐欺罪を構成することは明らかである。

さて、この判決はどのように評価できるであろうか。最高裁判所は、平成14年、他人の名義を語って預金通帳を取得した事件について、1項詐欺罪の成立を認める決定を出していた（最決平成14・10・21刑集56巻8号670頁。以下、平成14年決定という）。本判決は、この延長線上に位置づけられるものであり、預金通帳という文書の取得により、1項詐欺罪が成立するかが問題とされる。

平成14年決定は、評判が悪い。これを批判する見解は、他人名義であろうと、預金通帳を交付しただけでは、銀行にはなんらの損害も生じていない、という。預金通帳の交付により、預金通帳一綴りは失われているが、銀行は、預金の獲得により、それを上回る経済的利益を得る。銀行が関心を有するのは、預金を獲得できるかどうかであって、名義が誰かは関係ない。

このように考えると、本件の場合も、詐欺罪の成立は否定されそうである。他人に預金通帳を売却すること自体は、マネー・ロンダリング等を防止するために制定された、いわゆる犯罪収益移転防止法（犯罪による収益の移転防止に関する法律）により許されていないのであるが、それは犯罪収益移転防止法が保護するマネー・ロンダリング等の防止という利益の侵害があるからであって、詐欺罪が保護する銀行の利益の侵害が生じているわけではない、と。果たしてそうであろうか。

寄付金詐欺と呼ばれる詐欺の形態がある。大震災の被害者を助けるためと偽って寄付を募り、それを自己の遊興費に用いたような場合である。この場合、寄付した者には反対給付がない。寄付を求めた者が、その金をどう使おうと、一見、寄付した者にはなんら財産的損害は生じていないように見える。しかし、これが詐欺罪でないことはできない。寄付金詐欺が詐欺罪を構成するのは、やはり、寄付した者の利益が侵害されているからである。それは、寄付した者の目的（大震災の被害者を助ける）が達成されていないからだと言い換えることもできる。

詐欺罪は、背任罪とは異なり、個別財産に対する罪であるから、その財産的損害は、財物の喪失という事態そのものを指すと解されやすいが、それでは不正確である。より正確には、交付行為者における目的が達成されえない状況であるにもかかわらず財物の占有を喪失することだといわなければならない

ない。そうでなければ、たとえば、医師であると偽って薬品を処方したが、適切な薬品であり価額も相当であったという事例も、詐欺罪とされてしまう。しかし、この場合は、金銭を支払った者の目的は達成されているのだから、利益も侵害されておらず、詐欺罪は成立しない（大決昭和3・12・21刑集7巻772頁）。以上のように、目的の不達成という要素は、財物の占有の喪失という事態を財産的損害と評価するために不可欠なものである。

では、本件において、銀行の目的は達成されているか。銀行の目的を、単に預金を獲得することと考えることもできるであろう。そうすると、通帳が売却され、他人が用いた場合であっても、銀行には損害は生じていないと解されることになる。

確かに、従来の社会情勢の下では、そのように考える理由があった。しかし、本人確認法の制定後、銀行に対しては、公共機関として、口座を犯罪等に利用させないという信頼が寄せられており、それが破られれば、当該銀行に対する取引者の信頼は失われる時代となっている。銀行自身も、自己名義の通帳等を他人に譲渡して使用させることは、認めないはずである（なお、銀行がこうした姿勢をとることについては、テロ資金送金の防止やマネー・ロンダリングの防止のために制定された「犯罪収益移転防止法」という法律上の根拠もある）。ここでは、口座を不正利用されないという目的が達成されなかったことにより、通帳等の占有の喪失という事態が、財産的損害と評価され、詐欺罪が成立することになる。

意思を秘していたという形式的な理由のみで詐欺罪を認めるのには問題があるが、銀行に固有の財産的利益の侵害の有無を、目的の達成という観点から検討したうえで、詐欺罪の成否を判断するというプロセスを踏むことによって、本判決の結論は支持しうるものとなる。以上により、振り込め詐欺の準備行為である不正な預金通帳の取得は、それ自体、詐欺罪を構成すると評価できる。

なお、同様の問題は、不正な携帯電話の取得の場合にも生じうるが、携帯電話については、同様に、携帯電話不正利用防止法が存在し、同じ理屈が妥当する。すなわち、同法に基づき、携帯電話会社に対して携帯電話を不正利用させないという信頼が寄せられること、また、携帯電話会社自体が有する

携帯電話を不正利用されないという目的が破られたことにより、詐欺罪の成立を認めることが可能であると思われる。

3 不正取得目的での申込書の作成

さらに、現時点では判例上あらわれていないが、銀行預金通帳を不正目的取得するため、申込書を作成して行使する行為について、私文書偽造・同行使罪（159条）の成立を考える余地があろう。

私文書偽造罪は、有形偽造を処罰するものである。そして、有形偽造とは「作成者と名義人の同一性を偽ること」と定義される。したがって、名義人本人が自己名義で文書を作成した場合には、私文書偽造罪は成立しないし、また、作成者が他人の名義を勝手に利用して文書を作成した場合は、私文書偽造罪が成立する。

問題は、名義人の承諾があった場合である。この場合、作成者と名義人の同一性が偽られているといえるだろうか。学説の中には、作成者を、物理的な事実として文書を作成した者と解する見解もあるが（事実説）、通説は、文書に意思を表示させた者と解している（意思説）。したがって、名義人の承諾を得て文書を作成した場合、例えば、社長秘書が社長の命を受けて社長名義の文書を作成したような場合は、作成者と名義人は一致するため、私文書偽造罪は成立しない。

しかし、問題はその先にある。名義人の承諾がある場合においても、ある特定の種類の私文書——たとえば交通反則切符や替え玉入試答案等——について、私文書偽造罪の成立を肯定する一連の判例・裁判例があり、困難な問題を提供している。この場合、なぜ特定の種類の文書について、作成者が承諾をしているにもかかわらず、有形偽造とされるのであろうか。

通説である意思説を貫徹すれば、文書に本人の意思が表示されているのだから、有形偽造の成立は認められないとするのが論理的であって、このような結論を説明するのは困難である。したがって、端的に、これらの判例は不当であり、無罪とすべきであるとする説も有力である。

しかし、学説には、意思説を採用しつつ、有形偽造を認めるものも少なくない。その根拠としては、①法令上許されないものであるとか、②特定の文

書では自署性が要求される といった理由が示されている。これらに対しては、①については、違法目的での文書作成であっても作成権限はなくなるならないという批判、②については、代筆も許されなくなる、といった批判があり、さらに根本的には、のちに述べるような、保護法益論からの疑問がある。

また、③一定の場所的状況で作成することが予定されている文書であるという事情を考慮して、たとえば、交通反則切符や替え玉受験答案の名義人(たとえば、「甲」と記載してあったとしよう)について、それぞれ、名義人である「警官に違反者とされた者」や「実際に受験した者」(「警官に違反者とされた甲」、「実際に受験した甲」と、作成者(「単なる甲」)が一致しないとして、私文書偽造罪の成立を認める見解もある。この見解は、一種の架空名義人(「警官に違反者とされた甲」、「実際に受験した甲」と作成者(「単なる甲」)との間に不一致が生じているから有形偽造になるとするのであるが、「警察官に違反者とされた」とか、「実際に受験した」といった事情が、どの程度まで考慮されるか不明であるし、仮に考慮される事情が無制限になれば、文書の内容についてまで考慮されるに至り、すべての無形偽造が有形偽造とされる恐れもある(たとえば、弁護士でない甲が、甲は弁護士であるという文書を作った場合、「単なる甲」と「弁護士甲」との間に不一致が生じるから私文書偽造罪になるともいいうる。しかし、これは不当である)。

特に、銀行の預金通帳を取得しようとするような場合、名義人の承諾があれば、銀行としては、名義人に対して責任追及が可能であるから、文書偽造罪の保護法益は害されていないようにも思える。

しかし、本件のような場合に、私文書偽造罪が成立しないというのは、不都合であり、振り込め詐欺の規制を考へても、やはりその成立を肯定する結論が導かれるべきであるように思われる。

そこで、私文書偽造罪の成立を認める理論構成として考えられるものとして、ひとつは、すでに紹介した判例による根拠付けを援用する考え方があろう。すなわち、法令上許されないものであるとか、特定の文書では自署性が要求されるといった理由を用いて問題を考察することである。これによれば、私文書偽造罪の成立は肯定できる。しかし、これには、すでに検討したような理論的な難点があり、そのままの形では採用できない。

そこで、文書偽造罪の保護法益に立ち返って考えてみたい。私は、信用の内容を問題とする分析方法により、この問題を検討しようと考えている。この分析では、信用の内容を確定することが重要になる。文書偽造罪は公共の信用を保護法益とするのだから、まず、それを確定しなければならない。そこで、ここでいう信用の内容を考えてみよう。すなわち、銀行は、預金口座開設申込書にどんな信頼を寄せているのであろうか。

預金口座開設申込書は、ひとまずは、口座開設を求める「権利義務に関する文書」である。しかし、同時に、「事実証明に関する文書」でもあると解しうる。すなわち、申し込み窓口に来ている者が本人であることを証明している文書でもあるとしたうえで、その点に関して、私文書偽造罪が成立する余地がありうるかと解することが可能であろう。

すなわち、銀行において預金口座を開設するような場合、口座開設申込書に対する銀行の信用の内容は、申込書において看取される名義人が正当な目的での口座開設・使用する者であるということである（ここでは、さきにも述べた、犯罪収益移転防止法における銀行の信用が重要である）。そうだとすれば、この場合には、たとえ名義人の承諾があったとしても、窓口に来た者が名義人本人でないことを隠蔽していれば、銀行の有する文書に対する信頼は裏切られる。こうして、私文書偽造罪の成立が認めることが可能となろう。

このことは、携帯電話開設申込書にも妥当すると考えられる。これは、ここでも、先に述べたのと同様の構成が妥当するからである。

4 「かけ子」の刑事責任

振り込め詐欺の実行犯は、被害者に電話をかけて欺罔し、錯誤に陥らせ、口座に金銭を振り込ませる。こうした「振り込め詐欺」の実行犯は、「かけ子」と呼ばれる。この「かけ子」の行為が詐欺罪に当たることは間違いないが、1項詐欺と2項詐欺のどちらにあたるのであろうか。

1項詐欺と2項詐欺の違いは、客体が物か（246条1項）財産上の利益か（同条2項）という点にある。1項詐欺ととらえる見解は、口座に入金されれば口座名義人はその金銭を自由に処分できるのだから財物たる金銭の交付

があったことになる」と論じ、2項詐欺ととらえる見解は、口座に入金されてもそれだけでは預金債権という財産上の利益を取得したというに過ぎないと論じる。

1項詐欺説には、口座に入金されても預金を払い戻すまでは金銭を自由に処分できるわけではないという批判が向けられる。しかし、ATM機やインターネット・バンキング等が普及している現在においては、金銭が口座に振込まれば、これを即時に自在に処分できる。むしろ、2項詐欺説における預金債権の獲得という理屈は、理屈としては明快であるとしても、感覚的には、不自然である。たとえば、通信販売における決済を考えれば、振込みが終了した段階で、自分は金銭を支払い、店は金銭を取得した、と感じるのが自然であろう。そうであるとすれば、預金の状態で存在する金銭が「物」にあたるのかという難点があるものの、1項詐欺説は十分に説得力があるといえよう。最近の実務も、1項詐欺による処理が多いとされる。

なお、この問題は、預金による占有を認めるかどうかという議論と関係しているようにも見える。預金による占有を認めれば、占有移転が生じていることから1項詐欺となるが、これが認められなければ、財産上の利益の移転として2項詐欺となる、という見方である。学説では、預金による占有という考え方を一般的には否定し、横領罪の場合に限定して認めるという見解が有力であり、振り込め詐欺についても2項詐欺となるとする見解が多いことから、この問題をリンクさせて考え、預金による占有を否定するならば振り込め詐欺は2項詐欺として構成すべきだという主張もある。この主張は一見説得力があるが、1項詐欺の構造を仔細にみると、理由がないように思われる。すなわち、1項詐欺は、被欺罔者が財物を喪失して欺罔行為者がそれを自由に処分できる状態に至ったことにより完成するのであり、移転先である欺罔行為者の占有下に入るか否かとは関係はない。これを敷衍して時系列的に説明すると、財物の交付から占有移転に至るには、①被欺罔者が財物を喪失した状態、②詐欺行為者がその財物を自由に処分できるようになった状態、③占有下に入った状態の3段階がある、ということである。通常は、②の状態と③の状態は重なることが多く、従来は、この違いが必ずしも意識されてこなかったが、預金の場合には②と③のずれが鮮明にあらわれる。こうして、

預金による占有を否定しつつ、それでも1項詐欺の成立が認められることについて、理論上の支障はないものと思われる。

以上のように、「かけ子」には、1項詐欺罪が成立すると考えられる。

5 「出し子」の刑事責任

振込め詐欺は、金銭が口座に振込まれた段階で、既遂に到達する。すなわち、詐欺既遂罪が成立し、それ以降に新たに関与した者については、詐欺罪を問うことはできない。

しかし、現実には、実行犯に頼まれ、銀行のATMにおいて、振込まれた金銭を引き出す者が存在する。この者を、「出し子」という。実行犯が、足がつかないようにすることを目的として、配下の者に行わせることが多い。

仮に、かけ子と出し子と事前の意思の連絡があれば、出し子は詐欺罪の共犯、共謀共同正犯ということになる。問題は、そうした事情がない場合である。具体的には、銀行の占有する現金を対象とした窃盗罪（235条）の成否が問題となる。

最初に検討しなければならないのは、預金債権の扱いである。預金債権が無効であれば、窃盗罪が成立することには問題はない。しかし、民法上は、預金債権が有効に成立しているとされるため、この点をどう考えるかが問題となるのである。

ここでは、いわゆる誤振込み事件判決＝平成15年決定を参考に考えていきたい。最決平成15・3・12刑集57巻3号322頁（以下、平成15年決定という）は、最判平成8・4・26民集50巻5号1267頁の民事判決を前提に、誤振込みを原因とする入金の場合でも預金債権は有効に成立するが、銀行には組戻し等の措置をとる方法があったのだから、受取人は誤振込みがあったことについて信義則上告知義務があり、告知義務に違反した不作為の詐欺罪が成立すると判示した。

まず、ここでは、単なる告知義務違反をもって詐欺罪の成立が認められているのではないことに注意する必要がある。さもなければ、告知義務違反の存在しないATM窃盗罪は、一切成立しえないことになろう。ここでの本質

の問題は、告知義務違反ではなく、銀行の占有に要保護性が認められるかどうかであり、平成 15 年決定も、そのような観点から理解すべきである。すなわち、誤振込みが生じた銀行においては、誤振込みをした振込依頼人からの申出があれば、受取人の預金口座への入金処理が完了している場合であっても、受取人の承諾を得て振込み依頼前の状態に戻す組戻しという措置をとることができるが、ここに受取人に対抗しうる銀行の利益があり、したがって、銀行の占有には要保護性があるといえる、と（さらに進んで、このような銀行の利益を理由に占有の要保護性を認めてもよいかどうかは一個の問題であり、後述の如く異論もある）。こうした理由から平成 15 年決定は、詐欺罪の成立を肯定しており、その論理を推し進めれば、占有に要保護性があるのであれば、ATM で引き出す場合には、窃盗罪が成立することになる。

この理は、最近の民事判決（最判平成 20・10・10 民集 62 卷 9 号 2361 頁）においても確認されている。同民事判決は、預金債権自体は成立する場合であっても、払戻しを受けることが、「詐欺罪等の犯行の一環を成す場合であるなど、これを認めることが著しく正義に反するような特段の事情があるときは、権利の濫用に当たる」という趣旨を述べているが、これを刑法の視点に引きなおせば、このような「特段の事情がある」場合に払戻しを受けることが民法上は権利の濫用にあたるどころ、例示されているように、その中には払戻しを受けることが「詐欺罪等の犯行の一環を成す場合」が含まれるのであって、「詐欺罪等の犯行の一環を成す場合」とは、権利濫用にあたる中で、銀行の占有に要保護性がある場合だと理解されることになる。要するに、権利の濫用にあたるからといって、払戻しが直ちに犯罪を構成するわけではないが、銀行の占有に保護されるべき利益があれば、詐欺罪・窃盗罪等の成立する余地がある、と解すべきことになるのである。

これに対し、同民事判決を参考にしつつ、民事における権利濫用と刑事責任を連結させ、出し子の引出しが権利濫用である場合には刑事責任を問うとする見解もある。この見解は、権利濫用にならない場合も、被害者保護のための措置を講ずる必要性・切迫性などの観点から個別の事案に応じて刑事責任を判断している。これは、従来有力であった誤振込みされた金銭の引出しの可罰性を権利濫用で説明する見解とも整合し、支持者の拡大も見込まれる。

しかし、民事における権利濫用と刑事責任は、別のレベルの問題ではなかろうか。確かに、権利の濫用は、民事上違法であり、原状回復義務や不法行為責任も生じる。しかし、詐欺罪や窃盗罪は刑法上保護すべき占有の侵害があってはじめて生じるのであって、むしろ、銀行の占有にいかなる利益があるのかが決定的な事情であろう。

そこで、銀行の占有に利益のある場合をどの限度で認めるべきかが重要な問題となる。これについて、私は、銀行の利益が「形式」的に「法律のレベル」で規定されていることを判断基準とすべきだと考えている。振り込み詐欺については、引き出される金銭が、「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」、いわゆる「振り込み詐欺救済法」の「振込利用犯罪行為」の被害金に該当する場合、銀行に利益があると考えられる。同法によれば、振り込み詐欺が原因で振り込まれた金銭については、銀行が被害者に対して被害回復を行う義務を負うことになるが、その反面において、銀行の占有が保護されなければならない。いわば、銀行の占有が、同法の要請により、刑法が出勤して保護すべきレベルにまで至っていると考えられるのである。

なお、前述の誤振込み事件決定では、組戻しという銀行の利益が存在するとされている。しかし、この場合の銀行の利益が保護に値すべきものであるのかどうかは、きわめて微妙である。一応、組戻しに関わる各種の手續が定められていることで、「形式」はぎりぎり満たせているようにも思われるが、それは、「法律のレベル」ではない。振り込み詐欺の場合には、「振り込み詐欺救済法」の要請により刑法の出勤が根拠づけられるが、組戻しを定める銀行預金規定では、刑法の出勤を要請するには不十分に思われる。更なる検討が必要ではあるが、平成 15 年決定については、銀行の利益が刑法の保護を与えるには不十分であるという理由から、無罪とする方が妥当だったように思われる。

なお、出し子が銀行窓口で金銭の支払いを受けた場合は、上記の理論を前提に、1 項詐欺罪が、また、他人の銀行口座に振替送金した場合は、電子計算機使用詐欺罪が成立すると考えられる。

もうひとつ補足しておくとして、出し子の行為が、被害者との関係で、盗品等

運搬罪（256条2項）とならないか問題となりうる。この点については、従来、ほとんど議論されていないが、甲の行為が1項詐欺と構成されるならば、被害金銭は「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」であり、盗品等運搬罪の故意がある限り、その成立を否定する理由はない。振り込め詐欺の構成について、1項詐欺と2項詐欺は法定刑において違いはなく、いずれの処理でも大きな差支えはないといわれることもあるが、ここでは、大きな違いが生じうる。

6 「受け子」の刑事責任

最近の振り込め詐欺事件では、いわゆる「受け子」を利用する割合が増えている（35パーセント程度が受け子の利用であるともいわれている）。これは、すでに述べたような事情から、銀行口座を開設することが難しくなっていること、さらに、銀行ATMに防犯カメラが設置されていることから、これを利用して足がつく可能性が高くなっていることが原因と思われる。

この場合、銀行口座を利用するのは違い、受け子が金銭を受け取るまでは、詐欺罪は既遂に至っていない。したがって、受け子については、詐欺罪の共犯（共同正犯）の成立の可能性が検討される。いわゆる承継的共犯の議論である。

犯罪共同説を徹底した場合（完全犯罪共同説）や、共同意思主体説による場合、承継的共同正犯の成立が肯定されやすい。完全犯罪共同説は、罪名の完全な一致を要求するため、後行者についても、先行者と同一の罪名で処罰する。かけ子の欺罔行為によって被害者は錯誤に陥り、最終的に金銭を交付していることから、かけ子には詐欺罪の共同正犯が成立することはもちろんとして、これに意思を通じて加担した受け子についても、同じ罪名、すなわち詐欺罪の共同正犯が成立するとされるのである。また、共同意思主体説は、共犯現象を共同意思主体による犯行と考えることから、途中から共同意思主体に加わった受け子についても、共同意思主体が負う詐欺罪の共同正犯の罪責が問われることになる。

しかし、このような見解は、受け子が自ら影響力を及ぼしていない行為につ

いて責任を問うことを認めるため、責任主義に反する、ないしは連帯責任を認めるものとして批判されることになる。

純粹に、受け子の行為だけを見ると、詐欺罪の実行行為の一部を担当しているとはいえ、欺罔行為は行っていない。結局、占有離脱物横領罪が成立するのみなのではないかとも思われる。

このような結論は、いわゆる因果的共犯論によって裏付けられる。因果的共犯論は、あくまで甲が自ら影響力を及ぼしている行為についてのみ責任を負わせるという考え方に基づくが、これを徹底し、承継的共同正犯を一切否定するという結論に至りうる。すなわち、因果的共犯論によれば、共犯が一部の実行しか分担していないにもかかわらず全部の責任を負うのは、他の共犯者に因果的な影響力を及ぼしているからであって、そのような因果的な影響力が及んでいない行為から発生した結果については、責任を負う必要はない、と解される。そして、因果性は、時間を逆行することはないのであるから、受け子が因果性をもって影響力を及ぼすことが出来るのは、あくまで、受け子が加わった後の共犯行為に限られる。そうすると、受け子は、かけ子が行った欺罔行為・さらに被害者が陥った錯誤について責任を追うことはない。すなわち、承継的共同正犯は否定され、受け子には詐欺罪は認められず、せいぜい占有離脱物横領罪が認められるに過ぎないことになるのである。

行為無価値論に立つにしても結果無価値論に立つにしても、法益侵害（またはその危険）を惹き起こしていない限り、犯罪が成立すると解すべきではない（行為無価値論に立つにしても、結果無価値の存在が既遂犯としての処罰の必要条件である）。そうだとすれば、因果的共犯論にもとづく承継的共同正犯否定説には、極めて説得力がある。

しかし、このような結論は不都合であろう。受け子については、詐欺罪を肯定するのが妥当であると思われる。このような価値判断から、中間説が主張されている。強盗罪などの結合犯、あるいは、詐欺罪などの結合犯に似た類型の犯罪の場合や、結果的加重犯の場合、たとえば、先行者が暴行を加え、後行者は財物奪取の段階から加わった場合、あるいは、先行者が欺罔行為を行い、被害者が錯誤に陥った後に、後行者が加わって財物を騙し取った場合などにおいては、後行者は、先行者の行為を積極的に利用しているのであっ

て、そのような場合にまで承継的共同正犯を否定するのは、結論として妥当ではないと考えるのである。

結論としては、この中間説が正当と思われるが、この見解の問題点は、承継的共同正犯が認められる基準が明らかでないというところにある。これについては、構成要件の一部に介入し犯罪を実現したとき、あるいは、行為の特質上、先行者の行為の一部を前提とした上で自らの行為を行ったときといった基準が提唱されており、参考となろう。

いずれにせよ、振り込め詐欺の受け子場合には、上記のいずれの基準によっても、詐欺罪の成立を肯定すべきであろう。

7 おわりに

以上、振り込め詐欺を巡る諸問題について検討してきたが、いずれも様々な理論的問題を包含しており、その検討もまだ不十分な点が多い。特に、出し子や受け子が、かけ子が詐欺行為を行った後になって初めて参加するケースが多く、また、振り込め詐欺とは知らなかったという弁解をする場合が非常に多いため、その故意の立証を含めて、実務上、困難な問題が生じているという指摘もある。これらの問題については、解釈論による解決は若干困難な面もある。立法による解決も考えていく必要があるかもしれない。今後、さらに検討を深める必要があろう。

【注】

本稿は、2013年1月26日に行われたWIPSS定例研究会における報告内容に、加筆・修正を加えたものである。本稿の内容は、下記【参考文献一覧】に掲げる既発表の拙稿を、換骨奪胎して構成したものであるため、表現・内容ともに、これらと重なる部分が多い。本稿では、報告内容を再構成するという観点から、引用文献を省略したが、これについては、下記拙稿に掲げてあるものをご参照いただければ幸いである。

【参考文献一覧】

- ・拙稿「判批」月刊法学教室 330号別冊付録「判例セレクト 2007」（有斐閣、2007

年) 34 頁

- ・拙稿「判批」刑事法ジャーナル 11 号 (成文堂, 2008 年) 99 頁
- ・拙稿「承継的共同正犯」佐久間修ほか著『Law Practice 刑法』(商事法務, 2009 年)

81 頁

- ・拙稿「演習」月刊法学教室 (有斐閣, 2011 年) 374 号 166 頁
- ・拙稿「消費者保護と刑法」甲斐克則編『現代社会と刑法を考える』(法律文化社, 2012 年) 135 頁