

詐欺罪と法的関係の相対性（序説）

生 田 勝 義*

目 次

はじめに

- 1 最近の詐欺罪判例について
 - 2 法的関係の相対性の諸類型と詐欺罪の成否
 - 3 詐欺罪における法的関係の特徴
 - 4 「国家的法益と詐欺罪」問題について
 - 5 公的な財産の給付と詐欺罪の成否
 - 6 補助金の不正受給罪と詐欺罪
- おわりに……さらに検討すべき基本課題

はじめに

現行法には騙す行為や偽る行為を犯罪にしているものがいくつもある。騙す行為や偽る行為一般が包括的に犯罪とされるのではなく、偽造罪や虚偽申請罪などといった形で、より個別な類型に整序されて規定されている。これは罪刑法定主義による刑罰法規の明確性原則に照らせば当然の在り方だろう。

それに対し最近の詐欺罪を巡る判例の動きは、個々の犯罪類型の持つ個別性（つまり規範論的には形式的個別違法¹⁾）を曖昧にし、刑罰法規の明確性を脅かすものというべきなのではないか。

* いくた・かつよし 立命館大学名誉教授

1) この違法の観念については、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）316頁注(3)参照のこと。

ところで、個々の犯罪類型に個別性があるのは、特定の犯罪類型が他の犯罪との間に相対的な独自性を有するからである。この相対的独自性はその犯罪類型がどのような関係を規制するものかによって決まってくる。そのような関係には、法とそれが保護する利益（保護法益）との関係、そのような保護法益と行為者との関係、被害者や第三者と行為者の関係、などが考えられる。

たとえば殺人罪と詐欺罪との間にみられる個々の犯罪類型の相対的独自性は、生命と財産権といった保護法益の違いに基本的に規定されて生じる。

また、行為者が同じであっても保護法益が異なればそれぞれの保護法益ごとに法的関係ができることから、そこに法的関係の相対性が見られる。それゆえ、たとえば観念的競合の場合のように1人の1つの行為によって2つの犯罪が成立することもありうるわけである。

法的関係の相対的独自性はこれまでそれとして自覚されることが少なかった。けれども実は、あたりまえの現象なのである。そして、それを自覚すれば、従来纏れていた問題も、実は簡単な問題に過ぎないことが分かるようになる。また、論理のすり替えも白日の下にさらされるようになる。

法的関係の相対的独自性という概念は一般的な法的関係という類の中における種を意味する。それに対し法的関係の相対性という概念は、たとえば違法宣言説のように、類としての一般的な法的関係の存在を認めず個別的法的関係だけを認める立場から使われることがある。この対立は規範論においては重大問題であるが、刑罰法規の明確性や罪刑法定主義との関係では問題にしくなくてもよいであろう。それゆえ、本稿ではそれら両者をあわせ包摂するものとして法的関係の相対性という概念を用いることにする。

前稿²⁾では、最近の詐欺罪判例やそれに追隨する一部の学説が罪刑法定

2) 生田勝義「最近の詐欺罪判例と罪刑法定主義 ——法的関係の相対性からする考察——」立命館法学第369・370号（2017年3月）1頁～29頁参照。

主義を棚上げする方向に向かっていることを法的関係の相対性という概念を用いて明らかにした。本稿は、それを受け、法的関係の相対性という概念に導かれて、まずは、他の財産犯や行政犯と詐欺罪との異同を整理し、詐欺罪成立要件の特徴を明らかにしようとするものである。「序説」とする理由はそこにある。

1 最近の詐欺罪判例について

(1) 最近の最高裁判例の特徴

最近の累次に及ぶ最高裁判例の特徴³⁾は次の暴力団員による自己名義銀行口座の開設による通帳等の交付事案に詐欺罪の成立を認めた最高裁平成26年4月7日決定(刑集68巻4号715頁)によりいっそう明瞭に示されるようになってきている。

1) その要旨

本最高裁決定では、「暴力団員を含む反社会的勢力であるかどうかは、本件局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、暴力団員である者が、自己が暴力団員でないことを表明、確約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当たり」という形で重要事項性を認定したうえで、確認措置を経てなされる行為(挙動による欺罔行為)は、「詐欺罪にいう欺く行為」に当たるとされている。

重要事項性は、政府からの「社会的責任や企業防衛の観点から必要不可欠な要請」および当該銀行における「企業の社会的責任等の観点から行動憲章」を定めた取り組みと確認措置の丁寧さから認定されている。さらに確認措置を経てなされる行為は「挙動による欺罔行為」に当たるというこ

3) これについては、生田・前掲論文「最近の詐欺罪判例と罪刑法定主義」で分析したので参照のこと。

とであろう。

2) その問題点

本決定では、それまでの最高裁判例に見られた「経営上の」観点や重要性という言葉でなく、企業の「社会的責任や企業防衛の観点」とか「企業の社会的責任等」とか、という表現に代わってきている。とくに後者では「社会的責任」が優先され他は「等」としてしか位置づけられていないことに注意しておかなければなるまい。財産的損害の要件はかすんでしまっている。

(2) 最近の判例の立場は何か

最近の最高裁判例は、詐欺罪としての可罰性をもたらす要素を「欺く行為」要件における「偽る対象」の「重要事項」性に求めているように見える。また、原審が頻りに言及する「財産的損害」に最高裁判例は言及しない⁴⁾。それでは、財産的損害不用説なのであろうか。

この点に関する判例解釈には諸説がありうることはすでに前稿⁵⁾にて述べたのだが、念のため再掲しておこう。

第1説が、上述した不用説。

第2説が、「欺く行為」該当性に加え「交付させた」とか「交付を受けた」ことを以て詐欺罪が成立するとされていることから、形式的個別財産喪失説として財産的損害を必要としていると解するもの。なお、2項詐欺については「施設利用契約を成立させ、Aと意を通じた被告人において施設利用をした行為が刑法246条2項の詐欺罪を構成する」とされている。

第3説は、「重要事項」性において経営上の観点とか経営上の重要性和

4) たとえば、自己名義搭乗券事案に対する最高裁平成22年7月29日決定（刑集64巻5号829頁）とその原審である大阪高裁平成20年3月18日判決（刑集64巻5号859頁）との違いを見よ。

5) 生田・前掲論文「最近の詐欺罪判例と罪刑法定主義」21頁。

いう内容で財産的損害が考慮されていると解するものである。

もっとも、その第2説に対しては、形式的個別財産喪失説が実質上財産的損害を要求していないのではないかという批判がそのまま当てはまる。第3説については、「経営上」の意味内容が財産罪にふさわしい財産的利益に特定されているのか、営業の自由などをも含む広がりを持っているのではないか。さらには上掲した最決平成26年4月7日のように「企業の社会的責任等」にまで広がるとなると、財産的損害とはかなり離れたものになってしまいかねないとかの問題がある。

そうすると、今日の最高裁判例の立場は、実質的な財産的損害を詐欺罪の成立要件・要素として無視してしまうことには組みしませんが、法的関係の相対性を無視することによってその内容を他の法的関係と溶融させてしまいかねない状況にあるものといわざるを得ないように思われる。

2 法的関係の相対性の諸類型と詐欺罪の成否

法的関係の相対性とはどのようなものか。それはいくつかの類型に整理できるのだが、とりあえず次の3つに整理しておく⁶⁾。

(1) 第1の類型

これは、従来の違法性の実質論からでも理論的に説明できたもので、個別法益間、個別規範間の違いによる法的関係の相対性とそれに対応する違法性の相対性である。

例としては、従来多くのものが挙げられてきている。窃盗と殺人との関係、戸別訪問と住居侵入との関係、無免許医業と傷害罪の関係などである。行政犯と刑法上の犯罪との関係は一般的にここに属するといつてよ

6) この3つの類型については、生田勝義「違法の質・相対性と法的関係の相対性(序説)——刑法理論の進化と発展のために——」立命館法学第352号(2014年3月)45頁～51頁参照。

い。

「国家的法益と詐欺罪の成否」という問題も基本的にはここに属する。詐欺罪と薬事法違反罪との相対性を認めたものに東京地判昭和37年11月29日⁷⁾があるものの、判例や学説には問題が多い。これについては後述する。

組織犯罪対策立法による銀行口座不正利用処罰と口座通帳詐欺罪の成否、あるいは暴力団対策立法による規制違反と詐欺罪の成否、という最近の問題も、基本的にはこの第1類型に属するものであり、本来は両者に法的関係の相対性があるとして扱われなくてはならないものである。これはいわゆる「住み分け論」として論じられてきたものでもある。それらについても前稿⁸⁾にて論じたところである。

(2) 第2の類型

これは、問題となる法主体間の関係につき、法主体A対法主体Bと法主体C対法主体Dとでは法主体間の関係の異なることは明らかだが、そのA対BとA対Cとの間、あるいはA対Bの関係に対するCの関係なども異なるのであって、そこにも法的関係の相対性、違法性の相対性の問題が出てくるということである。

典型例としては、不動産の二重売買があげられる。二重売買の問題では、最初の所有者Xと第1買主Aとの関係においてXはAに対する横領罪。Xと悪意ではあるが背信的ではない第2買主で所有権移転登記を済ませたBとの関係においてXとB間の取引は民法上有効であり、BはXのAに対する横領罪の共犯にもならない。そこには2つの法的関係があり、そ

7) 判例タイムズ140号117頁。医師名義の証明書を偽造・変造し医師の処方箋がないと購入できないスベエル注射液を薬局店主をして交付させた事案に対し、「所犯は薬事行政上の規制をくぐったに止まり何ら個人的財産上の法益を侵害するものでないから詐欺の罪に当たらない。」とした。

8) 生田・前掲論文「最近の詐欺罪判例と罪刑法定主義」参照。「住み分け論」については、とりわけ同論文・24頁～27頁参照のこと。

れらに相対性があるからXが横領罪になってもBには共犯も成立しないというわけである。

また、自己名義の銀行預金口座を開設しその通帳やカードを交付させたことをもって詐欺罪に問えるかという問題では、交付された通帳やカードが第三者との関係では窃盗や詐欺などの客体たる「財物」にあたるといえども、交付段階での交付申請者と「銀行との関係」において詐欺罪の「財物」ないし「財産的損害」といえるのかという論点もこの類型にあたる。預金通帳にはそれを利用して預金を引き下ろしたり預けたりできる価値があるのだからそのような価値を騙取することは詐欺罪になるとする見解⁹⁾もある。けれども、交付させた預金通帳の利用価値は交付を受けた者に生じるのであって、その価値に見合う財産的損害が交付者たる銀行に生じるとは限らない。詐欺罪を利欲犯であるとする見解においても一番目に可罰根拠となるのは利欲動機の反規範性ではなく客観的な行為の他害性でなければなるまい。そのような他害性のないところに動機の悪さでもって処罰するのでは心情刑法との批判を受けざるをえないであろう。そのような意味において、最高裁平成14年10月21日決定の原審判決である福岡高裁平成13年6月25日判決(刑集56巻8号686頁)の次のような判示は正鵠を得ているというべきである。すなわち、「預金通帳は、口座の開設を証明するとともに、その後の利用状況を記録し、預入や払戻をする際に使用されるものとして、口座開設に伴い当然に交付される証明書類似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」(下線は、生田。)と。ここには問題となる法主体間

9) たとえば、最決平成14年10月21日刑集56巻8号670頁は、「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、……銀行から交付される場合であっても、刑法246条1項の財物に当たる」としたうえで、欺いて「通帳1冊の交付を受けたのであるから、……詐欺罪が成立する」と述べた。さらに、健康保険証を交付させた事案に関する福岡高判平成6年6月29日高裁判事裁判速報集(平6年)号162頁も参照のこと。

の相対性が丁寧に捕捉されている。そして、そのことにより、問題となる事案の構造に正確に対応することができるにいたっているのである。

さらに、誤振込と財産犯の成否もこの類型に関係する。誤振込と財産犯の成否にかかわって、民事判例である最高裁平成8年4月26日判決（民集50巻5号1267頁）による誤振込有効説と刑事判例である最高裁平成15年3月12日決定（刑集57巻3号322頁）による誤振込金銭引出行為財産犯説とには一見すると矛盾する法的評価が見られる。

しかし、その点については、民事判例の事案が、誤振込の直接の利害関係者間の関係にとどまるものでなく、誤振込を受けた者の債権者による差押えを有効とするかが問題となったものであったことが決定的だったというべきである。すなわち、誤振込の直接の利害関係者間の関係とその外にいる善意者との関係には法的関係の相対性がみられるのであるから、後者については善意者の信頼保護を根拠として振込および差押えを有効とする。また直接の利害関係者間にも仕向け・被仕向け銀行と誤振込当事者との関係と誤振込当事者の関係とは区別でき相対性が認められるので、それぞれにふさわしい処理を加えることができる。詳しくは別項に譲らざるをえないが、法的関係の相対性論によればすくなくとも纏れた糸はほどけるということである。

(3) 第3の類型

これは、個別法益・規範レベルにおいても、また法主体A対法主体Bという個別法主体レベルにおいても、それらのレベルでの法的関係は同じであるといえるのだが、個別法益・規範を超えた、あるいはそれらの基礎にあるもっと大きい社会関係が異なることにより法的関係が相対的になり、違法性も相対的になるものである。

この例として、民法上の不法行為と刑法上の犯罪や行政法違反行為と刑法上の犯罪（たとえば、無免許運転と無免許運転罪）との関係などがあげられる。

3 詐欺罪における法的関係の特徴

最近問題になった暴力団員に関する詐欺罪判例は主として第一類型に属する問題に関係するものである。

なるほど法益のとらえ方（たとえば、一般的な経営上の利益や間接的で遠い財産的損害）によっては、いずれにおいても財産的損害があったといわれれば、完全に否定することは難しい。

しかし、当該財産保護の法的関係まで取り上げれば、それら一般的な経営上の利益等の損失のおそれをもって詐欺罪の財産的損害に当たるとするのは、法的関係の相対性、つまり個別的な形式的違法を無視するものであることが明らかになる。

(1) 詐欺罪の保護する法的関係

詐欺罪の保護する法的関係を特定する必要がある¹⁰⁾。詐欺罪の保護法益が財産権だとされるだけであると、詐欺罪が統制経済法違反や窃盗罪などと異なった法的関係を持つ犯罪であることが無視されることになってしまう。

そのような事態は古くからあった。国家統制経済法違反につき例えば、最高裁昭和24年11月17日判決（刑集3巻11号1808頁）によると、「『家庭用主食購入通帳』は、一個人の所有権の客体となるべき有体物であるから、刑法にいわゆる財物にあたるものといわなければならない。従って、該通帳が」配給物資騙取の「道具であるに過ぎなかつたとしても、詐欺罪の成立を妨げる理由はない。」と。また、最高裁昭和25年6月1日判決（刑集4巻6号909頁）は、「硝子特配」を約束する書面は、「配給を受くべき財産上の利益を期待し得べき書面であり、従って経済的価値なしといえないばかり

10) この課題を「財産関係の相対性」として解明しようとしているのが、林幹人『刑法各論 [第2版]』第2刷（東京大学出版会、2010年）157頁～159頁、および225頁。

でなく、少くとも所有権の目的となることを得べき物であること明らかであるといわなければならない。従って、たとえその約束書それ自体が所論のように硝子板の受配の権利を附与するものでないとしても財物でないとはいえない。」と。

それらにおいては、書面が、所有権の客体であるとか、財産上の利益を期待し得べきものであるとか、により「財物」とされ、それだけで国家的法益保護の面は無視され、詐欺罪の成立が認められるに至ってしまっている。法的関係の相対性は無視されているのである。

窃盗罪など他の財産犯との関係についてはどうか。保護法益を財産権とするだけではそれらの間の違いは明らかにならない。従来、その違いは窃取とか欺罔とかといった行為態様の違いに求められることが多かった。けれども、それらの行為態様がなぜに当該犯罪の不法を根拠づけるのかという問題に答えるにはそれらの行為態様が侵害・危険にする客体の問題に行き着かざるをえない。「行為無価値は結果無価値の先取りであるにすぎない」のである。それではどうすべきか。

まず保護法益の中身で区別することが考えられる。そこで、詐欺罪は、個々の取引の公正を確保するためのもの¹¹⁾といわれる。それは、個々の財産（経済）取引行為における財産の安全を確保するためのものといってもよい。それに対し、窃盗や損壊の罪では所有財産に対する他者による一方的な攻撃・侵害から保護するためのものであることから静止的な財産状態での保護である。それとの対比でいうと、詐欺罪は取引という動的な財産状態での保護であるといえることができる。

動的ということから、取引における目的不達成を以て財産法益の侵害とする見解、あるいはその目的不達成の財物交付ないし利益処分が財産法益侵害であるとする見解が可能となる。

11) すでに林幹人『刑法各論』（東京大学出版会、1999年）237頁は「詐欺罪は、公正な取引を確保することによって、財産を保護しようとするもの」としていた。同・前掲書〔第2版〕235頁、249頁～250頁も参照のこと。

けれども、これらの見解は、不達成の目的が財産に関するものに限定されなければ、形式的個別財産喪失説と同じ問題（たとえば、未成年者が成人を装って有害図書を購入することまでを詐欺罪に問うてしまう。）を抱えることになる。

また、そこでは、被害者の側の目的達成の有無が捕捉されるだけで、取引における両当事者の関係がどのようなものであり、その関係が財産との関係でどのようなものであったのかを捕捉することはできていない。

取引犯罪である詐欺罪においては欺く行為の主体と錯誤により処分する行為の主体という複数の行為主体（保護客体としての法益主体とは区別される行為の主体であることに注意すること。）が構成要件として必要とされている。詐欺罪が個人的法益に対する罪とされていることからすると、両主体は対等・平等で原則として自由な意思に基づき行為する主体でなければならない。すなわち、詐欺罪は、対等・平等で自由な意思に基づき行為すべき主体間における財産取引の安全を保護するものなのである。この点は、後述する「国家的法益と詐欺罪の成否」という論点に関して重要となる。

さらに、詐欺罪は個人的法益である財産に対する罪である。それに対し、一般的な取引システムの公正とか金融システムやクレジットカード・システムの安全などは社会的法益であり、それは詐欺罪が関係する財産法の課題ではなく、経済法などの課題である。ところがこの点においても、最近では、目的不達成の「目的」を財産に関するものに限らないとか、財産的損害の「社会的意味」が変化しているとかして、両者の違いを無視する見解が主張され始めている¹²⁾。

(2) 背任罪に対する詐欺罪の独自性

この独自性も法的関係の相対性から出て来る。全体財産に対する罪であるといわれる背任罪は典型的には、他人から包括的な事務処理権限を委託

12) この問題への批判は、生田・前掲論文「最近の詐欺罪判例と罪刑法定主義」24頁以下参照。

された者がその権限を濫用してその者に損害を与えるという法的関係を捕捉し、一連の関連する取引における事務処理行為にかかわって財産の安全を保護するものである。すなわち、「損をして得をする」といった一連の関連する取引行為を許容するものなのである。それに対し、詐欺罪は当事者に事務委託関係のない当該一個の取引行為による財産の安全を保護するものである。それゆえ、相当の対価がある場合は詐欺罪として対処するに値する財産的損害はないのだとすることも、詐欺罪の守備範囲と背任罪の守備範囲とは異なり法的関係が異なるのであるから、両罪を区別するうえで何ら問題はない。この見解を以て背任罪と同じ全体財産侵害説だと批判する見解も多い。けれども、財産犯における財産概念につき、法律的財産説や経済的財産説などの対立があるところ、基本的に経済的財産説に立ち、個々の取引における財産の安全が経済的に見て害されないのであれば、詐欺罪の成立を否定することに何ら問題はない¹³⁾。

また、詐欺罪は財産移転罪としての性質をもつとして、そこから個別財産に対する罪とされている。けれども、財物移転と損害とにおいて素材同一性ないし直接性の判断で対価の有無をあわせ考慮することを排除する論理的必然性はない。

4 「国家的法益と詐欺罪」問題について

詐欺罪は個人的法益である財産権に対する犯罪であるが、国家にも財産権が認められているのであるから、その財産権に対する詐欺罪も認められるのではないか。さらに言えば、国家的法益とともに財産権が保護法益になっている場合であっても、詐欺罪が成立しうるとしてよいのでないか。

この問題については、国家的法益に対する詐欺罪は認められないとする見解と、国家の財産についても認めてよいとする見解が対立してきた。

13) この点を明らかにしているのが、林・前掲書『刑法各論』149頁～153頁。

前者の見解は、たとえば次のように言う。すなわち「本来の国家的法益に向けられた詐欺的・恐喝的行為は、詐欺罪・恐喝罪の定型性を欠くもの¹⁴⁾」であると。

後者の見解は、たとえば次のように言う。「国家、地方公共団体も財産権の主体たりうる以上、詐欺罪の成立を認める¹⁵⁾」と。けれども、これだけでは、国家的法益との関係について説明することにはならない。そこで、「国に財産的損害を与えることが、同時に国家的法益の侵害としての側面を有するからといって、詐欺罪が否定される理由はない¹⁶⁾」との表現が出て来る。この言回しは、最高裁昭和51年4月1日決定(刑集30巻3号425頁)のそれと一見すると似ているようにも思われる。けれども、最高裁は「欺罔行為によつて国家的法益を侵害する場合でも、それが同時に、詐欺罪の保護法益である財産権を侵害するものである以上、当該行政刑罰法規が特別法として詐欺罪の適用を排除する趣旨のものと認められない限り、詐欺罪の成立を認めることは、大審院時代から確立された判例であり、当裁判所もその見解をうけついで今日に至っている」(下線は、生田。)と述べていたのである。この最高裁決定の先例としての射程を明らかにするうえで、下線部分が付け加わっていることに注意しておく必要がある。

また、「同時に国家的法益の侵害としての側面を有する」という表現については、「側面」でなく国家的法益そのものが侵害されているというべき場合はどうなるのかという問題¹⁷⁾もある。

いずれにせよ、この論点については、一般的に妥当する規範がいまだ未確立であり、個別事案の丁寧な検討を始めとして、理論的にもさらなる解

14) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』(創文社、1990年)607頁、同・改訂版(増補)昭和63年5月587頁。

15) 西田典之『刑法各論第二版』(弘文堂、平成14年)184頁。

16) 佐伯仁志「補助金の不正受給と詐欺罪の関係について」研修第700号(平成18年10月)71頁。

17) 団藤重光・前掲書『綱要各論改訂版(増補)』588頁が、これを上記最決昭和51年の問題点として指摘していた。

明が必要であるといえよう。

（1）税法上の犯罪と詐欺罪の異同

国家的法益と詐欺罪の関係を考えるうえで、まず最初に解明しておく必要のあるのが脱税との関係であろう。

1）脱税の基本的性格

脱税は課税庁を欺いて税を免れることである。ところで、国民が納税しなければ、人々の自由や権利を守るために社会を作りその管理機構として作った国家を維持できない。主権者である国民は国家を維持するために不可欠な税金を納める義務を負う。納税義務を怠ること、つまり納税の不作為は社会の存続を危うくする。ところが納税義務は納税という作為を強制されるものであることから、人々の自由という人権を制限・制約するものである。そこで、納税義務を人々に課すには少なくとも国民代表議会の定める法律によらなければならない（憲法30条）。その上で、「偽りその他不正の行為」によって税を「免れた」り、その「還付を受けた」場合は、社会侵害行為の一種として脱税犯とされることになる（たとえば、所得税法238条¹⁸⁾参照）。前者が逋脱罪、後者が受還付罪といわれる。もっとも、脱税は基本的には不作為犯にとどまるから、それが脱税犯になるには課税庁へ働き掛ける行為が必要であり（この意味では、作為による不作為犯。）、単なる税の不申告は脱税犯とされるべきではない（秩序犯とされるにすぎない）。脱税が基本的には納税義務を怠るという不作為犯にとどまることに照らすと、自由を基礎にする法のあり方としては当然であろう。今日、脱税厳罰化の中でこの本来のあり方が崩されようとしているのは問題であるが、

18) 同条第1項には逋脱罪・受還付罪の基本的な構成要件が見られる。すなわち、「偽りその他不正の行為により、第百二十条第一項第三号（確定所得申告に係る所得税額）に規定する所得税の額…につき所得税を免れ、又は第百四十二条第二項（純損失の繰戻しによる還付）…の規定による所得税の還付を受けた者は、十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」

そのことによって詐欺罪に対する独自性がより強まりつつあるともいえる。

2) 通脱罪等と詐欺罪の異同

他方、刑法によると、人を欺いて財物を交付させる(刑法246条1項)とか、財産上不正の利益を得る(同条2項)とかすれば詐欺罪になる。脱税犯は大きく通脱罪と受還付罪とに分けられるが、通脱罪は2項詐欺、受還付罪は1項詐欺と重なるのではないかという問題が出て来る。

税法上の通脱罪等と詐欺罪との関係については、詐欺罪が一般法で通脱罪等が特別法、つまり詐欺罪と通脱罪等は特別関係にあると解するのが通説であるとされている。租税債権と財産上の利益に見る類似性。それらや財物という行為客体における類似性。「偽り」や「欺いて」という行為態様の類似性。それらの類似性が特別関係説を支えているといつてよい。

それでは、保護法益はどのようなのであろうか。詐欺罪の保護法益は個人的法益としての財産的法益であるとされる。それに対し、通脱罪等のそれについては、戦前の天皇主権国家、賦課課税制度から、戦後の国民主権国家、申告納税制度への変遷をどう評価するかという問題とも絡めながら、国家の課税権、申告納税制度、国家の租税債権、など様々な見解が主張されている。けれども、国家的・公共的法益であることは否定できないであろう。

ところで、租税債権は債権という言葉においては民法上の債権と同じであり、権利の内容においても財産的給付の請求権であることにおいて同じである。財産的給付の請求権という面だけをとらえれば、民法上の債権と国の租税債権とは重なり合う。そのような請求権を保護法益だとすれば、保護法益で重なるということになる。

しかしながら、両者が問題とされる法的関係を捉えると、それらには大きな違いがあるのではないか。民法と刑法の違いは、生命や財産といった単なる保護法益の違いによってではなく、それらの規律する法的関係の違い(個人対個人か、個人対国家社会か)によって説明される。他人を傷害す

ると、民法では不法行為、刑法では傷害罪とされる。この違いを身体の安全という保護法益だけで説明することはできまい。租税債権と民法上の債権の違いも、それらの本質である法的関係において説明されなければなるまい。後者は、対等平等な人格間の自由な意思により、つまり当事者の任意の関係において生じる権利である。それに対し、前者は、国が定めた法律に従い国が一方的に納税義務の内容と義務者を決定し、具体的に納税義務者とされた者の自由な意思によることなく強制（間接強制を含む。）的に税を負担させるという権力的関係において生じる権利である。

このような権力的関係は申告納税制度においてもみられるところである。この点につき山口地裁昭和57年10月7日判決（税務訴訟資料128号13頁。なお、この判示を認めた広島高判昭和59年10月17日税務訴訟資料140号110頁）による次のような判示が参考になる。すなわち、「申告納税制度のもとにおいては、納税者は単に自分で任意に所得金額や税額を申告書に記載して申告し、その税額を納付してしまえばよいというものではなく、税法に定めるところに従い正しい所得金額や税額を申告しなければならないし、税務署から求められれば、納税者はその所得金額の計算の基となる経済取引の実態を最もよく知っている者として、その申告の内容が正しいことを説明しなければならない立場にあるというべく、一方、税務署は国民からの信託により税法に従って適正公平な課税を実現する使命を有し、そのための手段として、所得税法二三四条一項は、税務職員が所得税の調査に必要なとき同項各号に掲げる者に対し、質問検査をなし得る旨規定しているのである」と。

この質問検査は、任意の課税調査としてなされるものであっても罰則により担保され、それゆえ間接的に強制されている。また、犯則調査では強制調査まで可能とされているのである。

そこに見られる法的関係の違いは、民法と刑法を別個の法体系として位置づけるのと同じように、民法上の債権と租税債権とを質的に違うものと位置づけることになる。詐欺罪は、個人的法益としての個人財産を保護す

る犯罪であり、前述したように対等平等な人格間の任意の関係における取引の公正ないし安全を保護する。それに対し、逋脱罪等は、法律の定める国による一方的な意思が納税義務者に強制される権力的な関係における租税債権を保護する。このような権力性は、人権尊重の国民主権国家になっても国家であるかぎり残らざるをえないものであろう。このようにして、詐欺罪と逋脱罪等は犯罪として質的に異なるものというべきなのである。それゆえにまた、脱税に詐欺罪は成立しないというべきなのである。両者は一般法と特別法の関係でなく法的関係の違いに対応してどちらかしか成立しないという意味での択一関係(排他関係)にあるというべきであろう。

なお、逋脱罪等では、単に国家に財産的な損失を生じさせたというにとどまらず、社会・国家の公共事務を支えるために国民に課される公共義務の懈怠とか、国家の課税権・租税債権に対する侵害とかが加わっている。それにもかかわらず長らく詐欺罪よりも法定刑が軽いとされてきた。それは、自然犯というより行政犯であることによると解するのが一般であろう。しかしそれにとどまらず、逋脱犯等の基本的な性質が不作為犯であることに加え、国民に対し国家が強制力を背景に一方的に課することのできるのが税であるということに見られる法的関係の権力的な特性が考慮されたというべきであろう。その権力的であることは関係当事者間での力の差を生み出す制度的装置およびその装置により権力意思の円滑な貫徹を図るための仕組みの存在を伴っている。それに加え、国家刑罰権力は極めて強大であるからその発動は抑制的でなければならない。それらが相まって脱税犯規制における謙抑主義が基礎づけられる。脱税犯が詐欺罪より軽いとされていた基礎にはそのような謙抑主義があったということである。

3) 従来の見解との関係

国家作用の権力性に脱税が詐欺罪にならない理由をもとめる見解は以前から存在した。

たとえば次のごとき見解¹⁹⁾がある。すなわち、「行為者が免れるのは物の価額・所得などに応じた抽象的な納付義務であり、額の定められた具体的な義務ではないこと²⁰⁾、国は公法上の債権として強制徴収権を持っていることなどが考えられよう」と。この見解は、詐欺罪になるかどうかを諸事情の総合判断で決めるというものであろうが、そのなかで国家的法益については国に強制徴収権があるかどうかを核となる要素とされている点は注目に値しよう。もっとも、それがどういう意味で核となるのかは明らかにされていない。強制徴収権により国家的法益が実現できるから詐欺罪による保護を必要としないという趣旨なのか、あるいはそのような徴収権が認められていることが当該法的関係の国家権力性の大きさを徴表するという趣旨なのか。そのどちらも、財産犯である詐欺罪にはならないとする実質的な理由にはなりうるように思われる。

また、「公権力の行使」に随伴する財産処分に詐欺罪は成立しないとする見解も興味深い。すなわち、「詐欺罪は、……資本主義的市場取引における不正な財産取得を処罰するための犯罪類型であり、権力行使の場における行為はその射程の外にあるというべきである。それゆえ、処分の本質が公権力の行使にあり、それが財産的処分行為を随伴しているにすぎない場合には、詐欺罪は成立しない²¹⁾」と。

それらの見解は、いまだ明示的に法的関係の違いとして問題を捉えているわけではない。しかし、財産処分に関して強制徴収権があるとか公権力の行使に随伴するものとかの位置づけは、徴収する行為主体と徴収される主体との関係、公権力を行使する主体と行使される主体との関係を予定するものといえるのではなかろうか。この意味において、それらは法的関係論の先駆けであるといえるように思われる。

19) 中森喜彦「国家的法益と詐欺罪の成否」刑法判例百選Ⅱ各論（第2版）（有斐閣，昭和59年4月）91頁。

20) ここに言われる納付義務についての抽象的か具体的かによる区別については疑問があるが、ここでは立ち入らない。

21) 平川宗信『刑法各論』（有斐閣，1995年）366頁。

(2) 詐欺罪に異質な「国家的な権力関係」とは

以上、脱税と詐欺罪を比較検討することによって、国家的な権力関係にある場合は詐欺罪にならないという規範が明らかになった。それでは、どのような権力関係までが詐欺罪に異質たりうるのであろうか。

河川の土石採取料を偽って一部免れた事案に対する岡山地裁昭和44年3月5日判決（刑裁月報1巻3号237頁）の判示が詐欺罪との区別基準につき重要な視点を提供している。長くなるが、貴重なのでその内容をまとめておこう。

まず、「土石採取料の法的性質を明らかに」するとして、土石採取料につき沿革的考察と現行河川法32条1項の解釈が示される。昭和33年12月に改正される前の旧河川法には河川の土石を採取する場合についての明文規定はなかった。土石採取料については42条2項の「……河川ヨリ生スル収入ハ府県ニ帰ス」という規定により、使用料、占有料以外にも河川より生ずる収入があることが予定されてはいたもののその収入の根拠たる規定を河川法上欠いていた。

そのため土石採取料徴収の法的根拠を私法上の法律行為に求めざるをえず、結局河川の土石は旧河川法19条の許可によつて河川から分離されるとともに、同法42条2項の規定によつて府県の財産となりこれを府県が私人に払下げる契約をすることによつて生ずる債権であると解していた。しかしながらこの解釈は、非常に技巧的、便宜的であり、かつ理論的にも問題があった。ところが社会、経済情勢の進展にともない河川の土石の需要が著しく増大し盗堀を取締るに適切な規定もなかつたところから、ついに昭和33年12月、17条ノ2として「河川ノ区域内ニ於テ土石ヲ採取セムトスル者ハ地方行政庁ノ許可ヲ受クベシ」という規定を新設し、旧河川法42条1項に「土石採取料」なる文言を加入し、土石採取自体を許可に係らしめると共に土石採取料も強制徴収できることとした。さらに昭和39年7月に旧河川法の全面改正が行われた。

この現行河川法25条において、土石採取は河川管理者（都道府県知事）の許可を必要とし、同法32条1項により土石採取料を徴収することが出来るとともに、同条2項により土石採取料の額の基準及びその徴収に関して必要な事項を政令で定め、徴収した金銭は都道府県の収入となり、同法74条により納付しない者には強制徴収することができると定められるに至った。

そのような規定から河川敷地の土石は河川管理者の管理行為の一つたる同法25条の許可を受けることによつて公物に対する制限が解除せられ、許可に付せられた条件に反しないかぎり許可をうけた採取者の私権の目的となりうる状態となり許可をうけた採取者は、河川利用の範囲内に於て河川法の定める義務、例えば同法32条1項の土石採取料の納付義務や同法78条の報告の提出義務や立入検査の受忍義務など、を負うに至ると解すべきである。

そうすると土石採取料は都道府県知事が採取者に課す公法上の金銭納付義務であつて、私法上の契約から生ずる給付義務ではないというべきである。

このことは土石採取料が私法上の契約から生ずる債権とは異なる数々の性質例えば公法上の債権に特有の自力執行力を有することや適法性の推定を受けることなどの点から見ても、又、土石採取料納入後は理由の如何を問わず返還しない、土石採取料の給付義務不履行の場合にも私法上の解除、原状回復損害賠償によらないなどの私法上の契約であれば通常有する性質を有しないことから見ても首肯しうるものである。

すなわち土石採取料は講学上「下命」なる行政行為によつて生ずる公法上の債権であると解され、報償の観念を入れる点で租税とは異なるにしても、この意味においては租税と同一の性質を有するものというべきである、と。

法益論も展開されている。本件土石採取料乃至徴収権は公法上の債

権乃至公法上の地位より生ずる権利であつて……個人的法益の範疇に入らない純然たる国家的法益の範疇に入るべきものと考えざるをえない。そうすると被告人の所為は、詐欺罪において観念されている法益とは質的に異なる法益を侵害したにすぎず、本件に詐欺罪を適用することは法益の意義もしくは機能を無視することとなると言ふべきである、と。

以上では、私法上の関係か公法上の権力的関係かが詐欺罪になるかの区別基準とされ、報告義務や立入検査の受忍義務、強制徴収権・公法上の債権に特有の自力執行力を有することや適法性の推定を受けること(公定力)などが公法上の権力関係であることを判断するための要素とされている。

この岡山地裁昭和44年判決では全体として、法律による行政や法治国家の原則に忠実な法適用が示されている。個々の犯罪類型の特徴、つまり類型的個別性を様々な角度から丁寧に解明しつつ法適用を行う。法治国家の刑事司法にふさわしい在り方といえよう。

ところで、行政庁の「処分」や「公権力の行使」という概念が行政事件訴訟法や国家賠償法、行政手続法などにおいて使用されていることから、その権力性のメルクマールをどうするかという問題が、それらによる救済可能性をいかにして広げるかという問題意識に立って検討されてきた。

行政庁の行為についてそのような特別な法的措置が必要とされるのは「公権力の行使」という概念が示すように、その行為が合法的権力によって担保されるからである。もっとも、対等平等の任意の関係を特質とする民事関係と質を異にする権力関係とは何か。伝統的な行政行為論にあった自力執行力まで必要なのか。この点についてはかなり前から、実定法に現れた権力行為性の要素として当該法的関係における意思決定の公権力による一方向性やその決定に付与される公定性を挙げるにとどめる見解²²⁾もあった。

22) 原田尚彦「行政行為の『権力性』について」立教法学11号(1969年2月)207頁～222頁参照

最近では、行政庁の行為について「処分性の拡大」により行政事件訴訟での救済を拡大しようとする動きが判例でも学説でも見られる²³⁾。

判例の動きは次のとおり。ごみ焼場設置条例無効確認等請求事件に対する最高裁昭和39年10月29日判決（民集18巻8号1809頁）では、行政庁の処分が「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」とされ、その行為に公定力が認められるものでなければならぬとしていた。それに対し、勧告取り消し等請求事件に対する最高裁平成17年7月15日判決（民集59巻6号1661頁）になると、行政指導であってもその事実上の効果によっては「処分その他公権力の行使」にあたりうるとするにいたる。

そのような動きは、権力性を事実上の強制性において捉えようとするものであるといえよう。このように薄められ拡大された権力性を公法上の権力的法的関係として詐欺罪の成否にかかわらせるかという問題は今後の検討課題にしたい。

(3) 公的な「証明文書」の不正取得と詐欺罪

1) 旅券や印鑑証明書の発行・交付

旅券や印鑑証明書が財物であり、それを窃取すれば窃盗罪に当たることに争いはない。それにもかかわらず、欺いて旅券や印鑑証明書を発行・交付させても詐欺罪に当たらないとするのが通説、判例²⁴⁾である。それはなぜか。

財産の侵害がないからとされることがあるが、むしろ、騙し取る場である法的関係が公権力による認証関係であり、財産の取引関係を対象とする

23) この状況については、高木英行「処分性拡大論に関する一考察——形式的行政処分論と相対的行政処分論を中心に——」東洋法学56巻3号（2013年3月）1頁～55頁参照。

24) 虚偽申請による旅券の取得（最判昭和27年12月25日刑集6巻12号1387頁）。これによると刑法157条2項免許状等不正取得罪のみ成立。印鑑証明書願書を偽造して村役場に提出し村長名義の印鑑証明書を交付させた場合、財産権を侵害すべき行為にあらざるを以て詐欺罪を構成せず（大判大正12年7月14日大審院刑事判例集2巻650頁）。

詐欺罪とは別だからというべきである。

2) その他の公的証明文書の発行・交付について

公的な証明文書の不正取得については、旅券、三食者外食券、家庭用主食購入通帳、簡易生命保険証書などについての判例を分析して、「当該文書が何らかの経済的給付を受ける地位の証明に関する場合には詐欺罪の成立が認められ、それ以外の事実証明に関する文書である場合には否定されていると解することができる。」とする見解²⁵⁾がある。これは文書による証明対象の性質により区別するものである。対象の性質による相対性を認めるものといってよい。さらにいえば、旅券や印鑑証明は公的な認証関係という法的関係の独自性もある。経済的給付を受ける地位の証明に関する文書であっても、公的年金の証書のようにその給付が公権力の行使としてなされるものであれば詐欺罪の対象にはならないというべきであろう。民事上の契約とか私法上の売買契約の性質を有するにすぎない行政庁の証明文書の発効・交付行為については財産犯としての詐欺罪が成立しうる。たとえば、かつての簡易生命保険証書。

なお、旧刑法(明治15年施行)の詐欺罪は、第三章「財産に対する罪」の第五節「詐欺取財の罪及び受寄財物に関する罪」のなかに第390条「人を欺罔し又は恐喝して財物若くは証書類を騙取したる者は詐欺取財の罪と為し」とする。ボアソナードの刑法改正案(明治18年)ではその証書が「財産譲渡の証、義務の証、義務の釈放の証を記載したる証書類を自己に交付せしめたる者」と具体化されている。明治22年までのボアソナード等による旧刑法見直しではその内容が維持される。当時の旧刑法に関する教科書でも証書は財産的利益に関するものと限定して解され、むしろ財産的利益を対象とする現行法2項と同じ内容のものと解されていた²⁶⁾といえ

25) 星周一郎「詐欺罪の機能と損害概念」研修738号平成21年12月号6頁。

26) たとえば、磯部四郎『改正増補刑法〔明治13年〕講義下巻第二分冊』(日本立法資料全集別巻141, 信山社出版, 平成11年)1112頁～1113頁参照。

る。たんなる証明文書は含まれていなかった。

5 公的な財産的給付と詐欺罪の成否

(1) 給付金

生活保護法85条²⁷⁾や国民年金法111条など、「強制加入」制度をとる社会保障法上の不正受給罪の規定では通例、「ただし、刑法に正条があるときは、刑法による。」とある。このただし書き規定により、重大な不正受給事犯には刑法246条の詐欺罪が適用されている。法解釈論としては、このただし書きにより刑法上の詐欺罪が適用されるのか、それともこの行政刑罰法規により準用されることになっているのかという問題がある。しかし、結果として重罰化されているということに変わりはない。

立法論としては、生活保護法や国民年金法では公権力への報告、公権力による質問、調査、検査などが規定され、それらの規定を担保するための罰則規定も設けられていることから、行政法的規制を活用することで「詐欺罪」の適用を回避していくことが望まれよう。

(2) 統制物資の不正受給

1) 法律にただし書き規定のある場合

食料緊急措置令10条本文には「配給に関し、不実の申告を為し、其の不正の手段に依り主要食糧の配給を受け、……たる者は5年以下の懲役又は5万円以下の罰金に処す」と但書「其の刑法に正条あるものは刑法に依る」とあった。架空人物を同居人として登載を受けた配給通帳を提出して白米等の過分な配給を受けた事案に詐欺罪を認めた最高裁昭和23年7月15

27) この第85条は「不実の申請その他不正な手段により保護を受け、又は他人をして受けさせた者は、三年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する。ただし、刑法（明治四十年法律第四十五号）に正条があるときは、刑法による。」とある。国民年金法111条にも同様の規定があり、法定刑も同じである。

日判決(刑集2巻8号902頁)は次のように判示した。すなわち、「被告人の所為が刑法第二四六条第一項の詐欺罪を構成するものであることは多言を要せずして明らかである。……論旨は本件被告人の所為は詐欺罪を構成せず食糧緊急措置令第一〇条本文を以て律すべきものであるというのである。しかし被告人の本件所為が刑法第二四六条第一項の詐欺罪を構成するものであることは、前説示の通りであつて、たとえ一面右措置令第一〇条本文所定の場合にも該当するとしても、同条の末尾には「其ノ刑法ニ正条アルモノハ刑法ニ依ル」と明規されているのであるから、原審が前示刑法詐欺罪の規定を適用し所断したのは正当」と。

これは、ただし書き規定が問題の検討を棚上げしてすますことを許す一例であるといえよう。

2) 法律に(処罰)規定のない場合

未墾地を開墾利用して自己の営農に役立てる意思がないのに県知事を欺罔して未墾地の農地法による売渡処分をさせた事案に対する最高裁昭和51年4月1日決定(刑集30巻3号425頁)は、「国家的法益と詐欺罪」論点のリーディング・ケースとして紹介されることが多い。それゆえ、少し詳しく見ておこう。

「原審の確定した事実は、ひつきよう、国がその所有する本件未墾地を農地法六一条以下の規定により売渡処分をする旨を公示したところ、被告人両名は、原審相被告人Mと共謀し、右Mが国の定める増反者等選定の基準適格者であることを奇貨として、同人において、農地法所定の趣旨に従つてみずから右土地を保有し、これを開墾利用して自己の営農に役立てる意思がなく、売渡しを受けたうえは被告人Iにその所有権を取得させ、同人の隠居所敷地に供する意図であるのに、この事情を秘匿し、売渡事務をつかさどる県知事にあて、所定の買受予約申込書等の必要書類を順次提出してその売渡しを求め、同知事を欺罔して右Mが売渡処分名下に本件国有地の所有権を取得した、とい

うのであって、これによれば、被告人らの行為は刑法二四六条一項に該当し、詐欺罪が成立するものといわなければならない。被告人らの本件行為が、農業政策という国家的法益の侵害に向けられた側面を有するとしても（農地法にはかかる行為を処罰する規定はない。）、その故をもつて当然に、刑法詐欺罪の成立が排除されるものではない。欺罔行為によつて国家的法益を侵害する場合でも、それが同時に、詐欺罪の保護法益である財産権を侵害するものである以上、当該行政刑罰法規が特別法として詐欺罪の適用を排除する趣旨のもの認められない限り、詐欺罪の成立を認めることは、大審院時代から確立された判例であり、当裁判所もその見解をうけついで今日に至っているのである……。また、行政刑罰法規のなかには、刑法に正条あるものは刑法による旨の規定をおくものもあるが、そのような規定がない場合であっても、刑法犯成立の有無は、その行為の犯罪構成要件該当性を刑法独自の観点から判定すれば足りるのである。』

裁判官団藤重光の反対意見「およそこのような行為は、もっぱら農地法の想定する農地政策に背反するという点で違法性を有するにすぎない。……もし立法者が本件行為のような種類のことを処罰する必要を認めたならば、農地法にしかるべき罰則を設けておくべきであった」。(下線は、生田。)

ところで、この未墾地に勝手に住宅を建築した場合はどうか。国有地に対する不動産侵奪罪が成立することになる。そこには国と建築者の間に権力的な関係は認められない。対等平等な法主体間の関係であり民法上の法的関係や刑法上の財産犯が成立しうる。権力的な関係に入ることなくその外側から財産侵害をする場合は詐欺罪になり得るのである²⁸⁾。

28) 大判大正2年5月27日（大審院刑事判決録19輯631頁）「何ら原料品の輸入なく従って輸入税を納付したることなきにかかわらず、あたかも輸入税を納付し輸入したるものとく装い因つてその私辰名義の下に金員を騙取し又は騙取せんとしたる行為は関稅定率法第9条の適用なく純然たる詐欺罪を構成する」参照。国有財産への窃取や強盗の場合と同様なのである。

本件では、被告人の行為につき「(農地法にはかかる行為を処罰する規定はない。)」とされている。法定受託事務の行政処分ではあるが国家的な権力関係の弱い²⁹⁾、民法上の取引に近い状態にあったといえるのであろうか。本件につき、国家が私人と同じように取引関係の一方の当事者となっている「取引関係」であったという理由で本最高裁決定の結論を支持しうるとの見解³⁰⁾もある。しかし、未墾地の対価を支払っているのであるから財産的損害がなく詐欺罪にはならないともいえる。もっとも、農地として増反させるための売渡であったことから未墾地の農地としての活用という土地の財産的使用価値について欺罔と錯誤があったということができればその使用価値の財産的損害があったとも言えようか。民法の適用のある法的関係であるとするなら、要素の錯誤による売却の無効あるいは詐欺による取消しや損害賠償の請求で救済できる事案であった。

なお、農業目的での国有農地等の処分については農地法の改正があり、その法的関係に変化があった。平成21年12月15日以降は、私法上の契約行為として、地方農政局長が「農業目的の売払い」として処分するとのことである。

6 補助金の不正受給罪と詐欺罪

補助金等適正化法29条は「偽りその他不正の手段により補助金等の交付を受け、又は間接補助金等の交付若しくは融通を受けた者は、五年以下の懲役若しくは百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。2 前項の場合において、情を知つて交付又は融通をした者も、また同項と同様とす

29) この点については、本件弁護士池田治、同松永満好の上告趣意「未墾地の払い下げについては、払い下げ完了後国が当該土地について、成功検査及び場合によっては買戻しをなし、或いは処分の制限を課する等のことができる旨の諸規定を置き、農地法自身事前の意思より事後の意思を重要視し、事後調査をもつて農地法の目的を達するに十分であるとし、特に刑法犯で処罰することまでは予想していないと解される」が参考になろう。

30) 林幹人・前掲書『刑法各論』250頁、同〔第2版〕249頁参照。

る。」と規定する³¹⁾。

本法による罪は実務によると詐欺罪に対しては特別規定にあり、欺いて補助金を交付などさせる行為には法定刑の軽い補助金等適正化法の罰則が適用されるとされてきた（特別規定説，特別関係説）。それに対し重大事案には詐欺罪を適用しそうでない事案に補助金等適正化法の罰則を適用するという少数反対説（補充規定説，補充関係説）があった。

ところが最近，有力な反対学説³²⁾が登場したこともあってか，捜査実務では詐欺罪で立件する動きが目につくようになってきている。

その反対理論をリードしたと思われる佐伯説を検討しておこう。

(1) 有力な反対学説の内容

佐伯説は、「まず，議論の前提として，国を欺罔して補助金を不正に受け取る行為が詐欺罪になりうることを確認しておきたい」とする。その基本的理由は、「国に財産的損害を与えることが，同時に国家的法益の侵害としての側面を有するからといって，詐欺罪が否定される理由はない」とするところにある。加えて，特別法の不正受給罪が「刑法に正条あるときは，刑法による」と規定していることは，不正受給行為にも刑法の詐欺罪が成立しうることを前提にしたものといえるということを挙げる。（以上，佐伯・研修論文71頁～72頁）。

以上の前提に立って佐伯説は，不正受交付罪と詐欺罪の関係について，両方成立しうる場合は不正受交付罪だけが優先して適用されるとする特別

31) 「偽り」「交付を受け」には，相手が錯誤に陥ることなく交付した場合も含まれる。その相手は29条2項で処罰される。「申請に不実があるということを偶々当該国等の機関において知った場合も『偽り』に該当する。」勝尾鎌三「補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律概説」法律のひろば第8巻第11号（昭和30年11月）35頁参照。

32) 佐伯・前掲論文「補助金の不正受給と詐欺罪の関係について」71頁～86頁，星周一郎「不正受給罪と詐欺罪——補助金・給付金等の不正取得に関する処罰規定の意義——」都法52-2（平成24年1月）197頁～234頁および同「詐欺罪と『詐欺隣接罰則』の罪数関係」都法53-2（平成25年1月）111頁～150頁。そこでは法条競合の択一関係説（佐伯）とか観念的競合類似の包括一罪の関係にあるとする説（星）が唱えられている。

規定説が通説だが、それには次のような適用上の問題があるとする。

第1に、補助金等適正化法の対象とならない地方公共団体の補助金を不正に受給した場合、詐欺罪の適用が実務上認められていることから、国の補助金を不正に受給した場合の方が軽く処罰され、しかも、不正受交付罪には未遂処罰規定がないため既遂にならないと処罰されないのに地方公共団体では未遂も処罰できることになり、不均衡が生じてしまっているとする。(同73頁)。

第2に、交付された補助金が余ったのに返還しなかった場合、それを処罰する規定が補助金等適正化法にないことが立法の穴だとして刑法上の詐欺罪に問うべきとする。(同74頁)。

その上で、通説の論拠として、不正受交付罪が設けられたのは、①「もらい得」意識に対し不正受給の反社会性を明確にする必要、②罰金刑を規定し、団体をも処罰できるようにすること、③ただし書きとして「刑法に正条あるときは、刑法による」との規定がないことなどを挙げ、いずれも説得的でないとする。(同74頁~75頁)。そして、その③については、そのような「ただし書き」規定がなくても軽犯罪法1条31号が業務妨害罪、鉄道営業法29条1号(無賃乗車)罪が詐欺罪のそれぞれ補充規定と解されていると批判する。(同76頁)。

(2) それに対する批判的検討

1) 「議論の前提」について

まず、形式的な問題から検討しよう。他の行政刑罰法規に「刑法に正条あるときは、刑法による」というただし書き規定があることを根拠にしてその規定がない場合にも詐欺罪が適用されるものと解すことには、刑法解釈上基本的な問題がある。なぜなら、それがよりいっそうの重罰化をもたらすものであることから被告人に不利な類推解釈として罪刑法定主義に反するものというべきだからである。また、そのただし書き規定についてはむしろ、詐欺罪規定の財産的利益の詐取という点における形式要件の特徴

を行政法においても準用しその刑で処断するとしているものと解すべきであろう。つまり、詐欺罪そのものでなく、行政法による変容を受けた詐欺の罪なのである。

次は、実質的な問題、すなわち、「国に財産的損害を与えることが、同時に国家的法益の侵害としての側面を有するからといって、詐欺罪が否定される理由はない」との命題が正しいのかという問題である。この問題に答えるには、国による補助金の法的性質とそのメルクマールを解明する必要がある。節を改めて後述したい。

2) バランス論について

特別規定説に対する批判として、地方公共団体の補助金との不均衡が挙げられている。しかし、これが問題なのであっても、その解決を、不正受給罪の解釈による厳罰化によってではなく、刑罰よりももっと不正防止効果のある新たな行政的措置などを提起することによって図ることもできるはずである。「制裁法」の研究や「立法の活性化」はそのためにこそなされるべきなのではないか。

また、交付された補助金が余ったのに返還しなかった場合、それを処罰する規定が補助金等適正化法にないことが立法の穴だとして刑法上の詐欺罪に問うという点も問題である。立法当時、立案にかかわった者においては、その穴を埋める必要はないと考えられていた³³⁾。刑罰法規の断片性が刑法の特徴のひとつとされるのに、佐伯説は民法と同じように法の無欠缺性を要求する見解となっているのではないか。刑罰はウルティマ・ラチオであり、他の法的制裁や措置により違法行為を防止できるのであればそれらに拠るべきである。また、行政的措置の方が刑罰によるよりも違反防止効果の大きいことも多い³⁴⁾。

33) 安原美穂「いわゆる補助金適正化法について」法曹時報第7巻第10号（昭和30年10月）22頁～23頁参照。

34) 生田・前掲論文「違法の質・相対性と法的関係の相対性（序説）」30頁参照。

(3) 国による補助金の法的性質とそのメルクマール

1) その法的性質

補助金等の法的性質を検討しておく必要がある。民法上の取引関係か、行政法上の給付関係か。財産的利益の移転が存在するというだけで両者を本質的に同じだということはできない。

特別規定説も適正化法が制定される前は詐欺罪が適用されたとするものであった³⁵⁾。もともと詐欺罪に当たりうるものを適正化法は立法過程において議会等で出された補助金等の特性についての指摘に応じて不正防止のための規制を用意しつつ法定刑もより軽いものにするものとしたというわけである。そうであるならば補助金等の特性に対応させた特別規定を優先適用するのは当然であろう。

しかし、補助金等の特性を考慮するのであればむしろ、適正化法違反罪と刑法上の詐欺罪は別個の犯罪であり択一関係(排他関係)にあるものと解すべきである。詐欺罪は個人的法益に対する犯罪なのに対し、適正化法違反罪は「国家的法益」に対する犯罪だからである。

もっとも、国家的法益というだけでは誤解を生じかねないともいえる。国家的法益という概念が法益という言葉に引きずられて財産という概念に抽象化され特化されることによってその財産に関係する法的関係がいかなるものかに無関心になってしまうからである。財産が動くとか欺くという行為態様が両者にあるからといって両者の法的関係が異なっていることを無視することはできない。

補助金等適正化法の立案にかかわった者がかつて「補助金等の中央地方財政に占める地位」につき次のように述べていた。「現行制度としては、地方税、地方交付税、譲与税、補助金等の方法があるが、このうち、前三者は原則として特定の事務または事業についての紐つきの財源ではなく、一般的な財源……であるが、補助金等は、特定の事務または事業を地方公

35) 安原美穂・前掲論文18頁~19頁。

共同体に行わせる一方、これに対し全部または一部の財源を与えるという意味で、紐つきの財源である。このような関係から、補助金等は、国が地方に対し国の施策を行わせるための財政的統制手段であるといえることができる。³⁶⁾」

「国の施策を行わせるための財政的統制手段」という点は、国による補助金等一般に当てはまることであろう。

自助、共助、公助が区別される。自助や共助における財産のやり取りは私人間の取引として詐欺罪の対象となろう。しかし、公助は国民間の所得再配分を徴税権を持つ国家が公権力の行使として行うものである。国の補助金や交付金は本来一律の基準で配分されてもしかるべき地方交付税とか団体運営交付金を国の政策誘導を可能にするために補助金としている。国立大学法人に対する運営費交付金と国による各種の補助金、助成金の関係にも同様のことが言える。金のやり取りがあるが、それは国の統治政策実現のためのものであり、その適正実施を担保するに必要な、公権力関係だからこそ可能な様々な措置が用意されている。

2) 公権力関係のメルクマール

たとえば、交付決定過程での偽りや不正行為に対しては、補助金等適正化法29条により、「偽りその他不正の手段により補助金等の交付を受け、又は間接補助金等の交付若しくは融通を受けた者は、五年以下の懲役若しくは百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」として刑罰による直接規制を用意し、しかも同条2項では「前項の場合において、情を知つて交付又は融通をした者も、また同項と同様とする。」として交付・融通側とのなれ合いがある場合（詐欺罪では捕捉できないような場合）をも処罰の対象にしている。

交付後もその補助金の使い方についての公法的規制が用意されている。

36) 小熊孝次「水増し補助金の申請を防止——補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律案の概要——」時の法令 No. 148（昭和29年9月）3頁。

たとえば、「交付された補助金の目的外使用の禁止」(補助金等適正化法11条)、各省各庁の長による「補助事業等の遂行等の命令」(同13条1項)、その命令違反の場合の「補助事業等の遂行の一時停止命令」(同条2項)、また、各省各庁の長は、「補助事業者等若しくは間接補助事業者等に対して報告をさせ、又は当該職員にその事務所、事業場等に立ち入り、帳簿書類その他の物件を検査させ、若しくは関係者に質問させることができる。」(同23条1項)。そして、それらの措置の最終担保物として刑罰規定が用意されている(11条違反には30条、13条及び23条への違反には31条)。

以上に見られる法構造からすると、国による補助金は詐欺罪の拠って立つ対等平等な人格間の自由な意思による任意の関係においてではなく、法律によって規律されたものとはいえ国側の一方向の意思が行政権力や刑罰権力を利用しながら貫徹できる関係になっているといえる。この意味で補助金は権力的関係における財産の交付なのであり、それゆえ詐欺罪には当たらず、補助金等適正化法による規制に委ねられているものというべきなのである。また、そのことにより、補助金等適正化法違反罪と詐欺罪との関係は、軽犯罪法1条31号と業務妨害罪との関係や鉄道営業法上の無賃乗車罪と詐欺罪との関係とは質的に違うものであることが分かるであろう。

上記したように地方公共団体の補助金については詐欺罪の適用があることとの均衡を問題にする見解がある。しかし、詐欺罪の適用があるのはその補助金交付が民事法的な関係とされているからであり、その不正受給を防ぐ強固な法的措置が法定されていないからである。地方公共団体の補助金が「国の施策を行わせるための財政的統制手段」と同様の公権力的性質のものとするべきなのであれば、補助金等適正化法と同様の立法に待つのが筋であろう。そして、そのような位置づけにふさわしい実体を持たせるためには、返還命令だけでなく事業等遂行命令、事業遂行一時停止、立ち入り検査等を可能にし、またそれらへの違反に対し何らかの制裁を用意することも必要であろう。

（4）最高裁判例はどうか

最後に、判例として国による未墾地売渡事件最高裁昭和51年4月1日決定（刑集30巻3号425頁）を持ち出すことができるか。

それは有償での売渡事案であり、また、対応する特別の罰則規定がなかった場合のものであるから対応する罰則規定のある補助金の場合とは事案を異にする。しかも、その決定自身、「当該行政刑罰法規が特別法として詐欺罪の適用を排除する趣旨のものと認められない限り、詐欺罪の成立を認める」としているにすぎない。補助金等適正化法を特別規定とするのが立法者意思であり実務運用もそうしてきた。また解釈論としても「詐欺罪の適用を排除する趣旨のもの」とするのが妥当なのである。いずれにせよ、上記最決昭和51年は補助金についての先例にはならない。

佐伯説は、最高裁判例として最高裁昭和41年2月3日決定（判例時報438号6頁）を指摘する。「この判決は、『検察官は立証の有無難易等の点を考慮し或は訴因を前者とし或はこれを後者の罪として起訴することあるべく、本件については後者の起訴をしたまでである（る）』と述べることによって、補助金適正化法施行後も、被告人らの行為を詐欺罪として起訴することが可能であったと解していることが明らかである³⁷⁾」というわけである。

しかし、その決定の事案は、国家補助金の詐欺を共謀した後、適正化法が実施され、その下で他の共謀参加者が共謀内容を実行した場合、実行した者だけでなく共謀のみの参加者にも適正化法の不正受給罪の刑責を認めうるか、刑罰不遡及の原則や罪刑法定主義に反しないか、というものであった。つまり、刑罰不遡及原則との関係で特別規定だけでは対処できずその基礎となった一般法をも援用せざるをえないものだったのである。刑罰不遡及原則との関係を問題にする必要のない通常の場合とは事案を異にするというべきであり、先例とはならない。

37) 佐伯・前掲論文78頁。

おわりに……さらに検討すべき基本課題

今日、補助金の不正受給に詐欺罪を適用する動きが強まっている。補助金等適正化法上の不正受給罪が詐欺罪に対し補充関係に立つとする見解は、詐欺罪の法定刑の方が重いことを重視する。厳罰化が必要というわけである。その基礎には、厳罰化依存症候群とでもいうべき意識状況があるが、さらに公権的な関係には刑罰による保護価値が大きいとの思想があるようにも見える。ここには、個人の自由や権利のために社会や国家が作られたという個人主義的思想よりも、社会があってこそその個人だという共同体主義的思想への傾斜が見られるというべきであろう。また、「社会国家」についても個人主義か共同体主義かといった2つの観点からの異なった見方があることから、社会国家というだけで個人よりも公権的關係の保護に重きを置くということにはならないことに注意する必要がある。

現行刑法典は、刑罰法規の基本法とでもいうべきものである。そこでは、国家的法益に対する罪が個人的法益ないしその集まりである公衆の法益に対する罪に較べより重い法定刑で保護されているとは言えない場合の多いことに留意する必要がある。公務執行妨害罪（3年以下の懲役）と業務妨害罪（3年以下の懲役）とは法定刑の上限において同じである。職務強要罪と強要罪においてもしかり。証拠偽造罪（2年以下の懲役）は偽計業務妨害罪よりも軽い。その理由は、近代刑法の考え方、個人主義や立憲主義の考え方が明治時代の外国法継受のなかで日本の変容を蒙りながらも取り込まれたことにあるというべきだろう。たとえば、現行刑法の公務の執行を妨害する罪に旧刑法にあった罵官吏罪が規定されなかったのは、官吏批判の自由を保障せよとする自由民権運動側からの抵抗・批判³⁸⁾があったからだという事実。また、内乱罪に名誉拘禁として禁錮刑が法定されているこ

38) 例えば、宮城浩藏『刑法講義〔四版〕第二巻』（明治法律學校、明治20年）154頁~163頁参照（日本立法資料全集別巻80（信山社出版、平成10年）所収）。

とからは、強大な国家権力ゆえの寛容さが見て取れる。

ドイツ刑法典上の補助金詐欺罪は虚偽申請行為だけで既遂となるものだが、日本の補助金等適正化法では偽り其他不正の手段により補助金の交付を受けたことで犯罪成立。未遂処罰規定はない。ここにも日本刑罰法規の謙抑性が見てとれる。

もっとも、最近では、全体としての厳罰化傾向の中で、脱税事犯への法定刑が引き上げられ、それらが必ずしも個人的法益に対する罪の刑に較べ軽いとはいえない状況も現れるにいたっている。それが国家社会の法構造として正しいのかという疑問がある。さらに、刑の軽さを理由の一つとして公法的関係の事案に詐欺罪を認めることは、法的関係の違いを無視する法適用・法解釈であり、法治国家の刑事司法としても問題であるといわざるをえない。

今日、詐欺罪をめぐる議論は国家や法のあり方をどうするかという大きな問題と密接に関係している。そのことを自覚しての詐欺罪研究が望まれる。