

# 現代社会と財産犯の保護法益

木村 光江

## 一 はじめに

財産犯の保護法益として、従来、主として論じられてきたのは、本権説・所持説の対立をめぐる問題であった。院生、助手時代の私の研究テーマは財産犯論、特に権利行使と財産犯であった。その中で、本権説・所持説も権利行使に関わる問題として扱い、所持説が妥当であること、しかし、二四二条が問題となる事例の中にも「権利行使型」といえるものが含まれており、その場合には正当行為として違法阻却が認められる余地があることを示した。<sup>(1)</sup>

もつとも、所持説を採用するとしても、それは二四二条の「他人の占有」の解釈論をめぐる対立に過ぎず、財産犯全体の保護法益がこれのみで論じられるわけではない。そして、本権説・所持説の対立で主として論じられてきた「窃盗犯人から、その被害者が盗品を取り戻す行為」についてみると、その中には、「所持自体に刑法上処罰に値する実質的な利益を認め得るか」という問題と、「違法な所持まで保護するのか」という問題とが含まれ、一応

分けて考えることができる。

前者の「刑罰をもって保護すべき財産的利益」の問題は、物物に限らず、二項犯罪や、横領罪についても問題となり、「財産犯として処罰すべき損害とは何か」という損害概念につながる<sup>(2)</sup>。また、後者の「違法な利益まで保護するのか」という問題は、禁制品などの不法な所持の保護や不法原因給付の問題、すなわち、刑法と民法等の関係につながる。そこで、本稿では、財産犯の保護法益を、どのような財産的利益まで含むと解すべきかと、不法な利益まで保護すべきかという二つの側面から見直す作業を試みたい。

前田先生は、「財産犯論の現代的課題」と題する論文において、「保護法益論の『具体化』が重要であるとされ、『この罪の保護法益はAでもあり、Bでもある』という余地があり得る。そして、實際上重要なのは、『刑罰をもって禁圧しなければならぬ、当該犯罪が予定する具体的不利益とは何か』を論ずることであるとされる<sup>(3)</sup>。

近年、詐欺罪で財産上の損害の有無が問題となる事案や、二項犯罪において「財産上の利益」としてどこまで保護すべきか<sup>(5)</sup>、あるいは横領罪における所有権侵害の意味に関する判例など、まさに「当該犯罪が予定する具体的不利益とは何か」が問われる判例が登場している。そこで、今回、前田先生のご退職記念号に執筆させていただくに当たり、院生時代に最初にご指導いただいた財産犯の保護法益論について、改めて検討することとしたい。

(1) 窃盗犯人からの被害者の取戻しの例は、まさに「権利行使型」に当たる。拙著『財産犯論の研究』(一九八八年) 四〇七頁。

(2) 拙稿「財産犯の保護法益」現代刑事法六卷九号(二〇〇四年) 一一〇頁。

(3) 前田雅英「財産犯論の現代的課題——『保護法益』の具体化」板倉宏博士古稀祝賀論文集編集委員会編『現代社会型犯罪

の諸問題」(二〇〇四年)二九三頁以下。

(4) 搭乗券に関する最決平成二二年七月二九日(刑集六四卷五号八二九頁)、自己名義の預金通帳の騙取に関する最決平成一九年七月一七日(刑集六一卷五号五二二頁)など。後述三一参照。

(5) ローンカードの利用権に関する東京高判平成一八年一月二二日(東高刑時報五七卷一一二号六九頁)など。後述三二参照。

(6) 不実の仮登記に関する最決平成二一年三月二六日(刑集六三卷三号二九一頁)など。後述四参照。

## 二二四二条における所持説の現代的意義

### 1 所持説の登場の背景

議論の前提として、判例の所持説が登場した時代背景について、改めて確認しておく。二四二条の「他人の占有」の解釈をめぐって、戦前は通説・判例ともに本権説が有力であったが、昭和三〇年代に入ると所持説のリーディング・ケースとされる最判昭和三四年八月二八日(刑集一三卷一〇号二九〇六頁)が登場し、「その所持者が法律上正当にこれを所持する権限を有するかどうかを問わず物の所持という事実上の状態それ自身が独立の法益として保護され」ることを認め<sup>(7)</sup>、所持説を採用するに至った。これは、ほぼ同様の事案について、「占有者力適法二其占有権ヲ以テ所有者ニ對抗シ得ル場合ニ限」って保護するという徹底した本権説を採用した戦前の無罪判例(大判大正七年九月二五日刑録二四輯一二一九頁)を明示的に変更したものであった<sup>(8)</sup>。これをもって、最高裁は本権説から所持説へと転換したと説明される<sup>(9)</sup>。

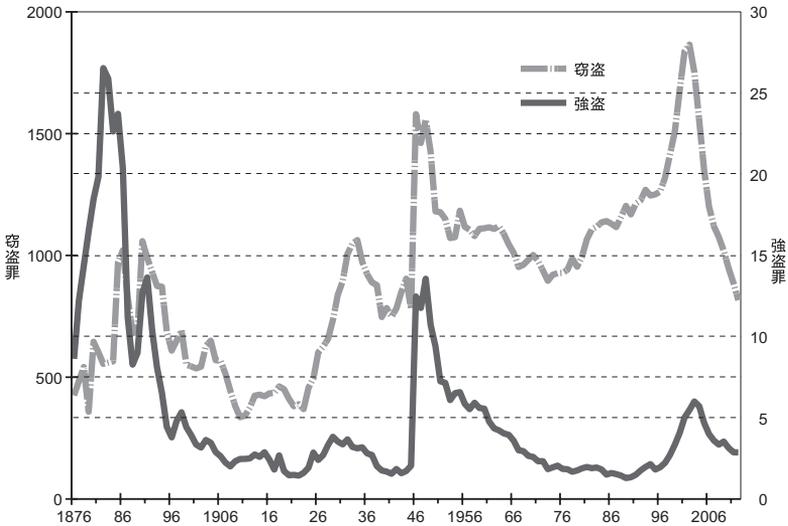
ただ、昭和三四年判決は、「所持という事実上の状態それ自身が独立の法益として保護される」とする先例とし

て、禁制品に関する最判昭和二四年二月一五日（刑集三卷二号一七五頁）及び最判昭和二五年四月一日（刑集四卷四号五二八頁）を引用しており、「所持自体を保護する」としたのは、二四二条に関する判例が最初ではなかったことに注意する必要がある。

昭和二四年二月一五日判決は、いわゆる隠匿物資である元軍用アルコールを、隠匿物資の摘発に来訪した警察官であるとの虚偽の事実を申し向けて交付させた詐欺罪の事案に関するものであり、昭和二五年四月一日判決は、被害者が不法に所持する連合国占領軍物資（タバコ、食料品、化粧品等）を、連合国が摘発に来ると脅して喝取した恐喝罪に関するものであった。昭和二四年二月一五日判決は、「財物取罪の規定は……社会的法的秩序を維持する必要からして、物の所持という事実上の状態それ自体が独立の法益として保護せられみだりに不正の手段によって、これを侵すことを許さぬとする趣意である。」とした。

いわゆる禁制品の所持については、戦前から財産犯の

図1 窃盗罪・強盗罪 — 犯罪率の変化



客体として保護の対象となると解されており、学説上も異論はない。よって、敢えて、「社会秩序の維持の必要から」という文言を用いて説明する必要もなかったはずである。それにもかかわらず、「社会秩序の維持」を根拠として挙げたのには、次のような理由があったと考えられる。

図1は明治九年から平成二四年までの窃盜罪・強盜罪の犯罪率の変化を示したものである。この中で、犯罪率の高さが際立っているのが、明治末期、第二次世界大戦直後、そして二〇〇〇年前後である。特に治安の悪化という意味で重要なのが強盜罪の犯罪率であるが、昭和二四年（一九四九年）は犯罪率が急激に増加した時期であり、治安の悪化に伴う社会秩序の維持の必要性が、特に重視された時期であったといえる。この時期に「社会秩序の維持の必要姓」を根拠として所持説を採用することは極めて自然であり、説得力のある理由付けだったのである。

## 2 所持説と権利行使

では、治安が安定し、「社会秩序の維持」を強調する必要がない時代には、所持説を採用する必要はないのだろうか。この問題に対する判例の答えが、最決平成元年七月七日（刑集四三巻七号六〇七頁）である。<sup>13)</sup>これは、いわゆる自動車金融業者が、出資法による利息の制限を免れるため、自動車を所有する融資相手方（借主）に対し、当該自動車の時価の二分の一ないし一〇分の一の融資金額を支払って、買戻約款付自動車売買契約書に署名捺印させ、契約後も自動車を保管・使用していた借主らが、返済期限に相当する買戻期限に遅れた場合、無断で自動車を引き揚げ、転売する等した行為が、窃盜罪に問われたものである。

最高裁は、「自動車は借主の事実上の支配内にあったことが明らかであるから、かりに被告人にその所有権があったとしても、被告人の引揚行為は、刑法二四二条にいう他人の占有に属する物を窃取したものと」いえるとし

た。その上で、「その行為は、社会通念上借主に受忍を求める限度を超えた違法なものというわけではない。」としており、違法阻却の余地があることも同時に認めている。すなわち、「他人の占有」の構成要件解釈としては所持説を採用し、行為者の権利行使の有無について違法阻却判断を行うとするのである。

本決定の最高裁判例解説によれば、昭和三四年判決で所持説が明らかとなったことから、事実上の占有が保護されることを前提に、なお、所有者が窃盗犯人から取り戻すような行為を処罰しないという結論を導くためには、「被害者の占有」の構成要件解釈のみで処理するよりは、違法阻却判断を採用する方法が妥当であり、平成元年決定はこの判断方法を採用したものであるとされている。<sup>15)</sup>

たしかに、いかなる範囲で「被害者の占有」を保護するかは、その時代により判断基準が異なる。戦前の本権説が、戦後直後に所持説へと変更されたのも、犯罪率の急激な増加への対処が迫られたという実践的な要請があったからである。ただ、少なくとも現時点で、昭和二〇年代において採られたような「社会秩序の維持」そのものを財産犯として保護すると強調する必要はないであろう。<sup>16)</sup> そうだとすれば、所持説から本権説に、再び戻るという選択肢もあるはずである。ただ、現在、禁制品の所持や盗品の所持を念頭におけば、「本権のある所持のみを保護する」という結論を採用することは困難である。実際には、私法上の利益も考慮要素の一つとしつつ、<sup>17)</sup> より実質的に保護に値する財産的利益は何かを判断せざるを得ない。

そして、私法上の利益も考慮要素としつつ、より具体的・実質的な判断を行うためには、「被害者の占有」の性質のみを手がかりに構成要件解釈により判断するよりは、違法阻却判断による方が妥当性を有するというのが平成元年決定の結論であった。

ただし、平成元年決定も、所持説を採用しつつ、結論として本権説と所持説との中間的な結論が妥当であること

は否定していない。同最高裁判例解説は、平穩説、一応理由のある占有説、所持説（違法阻却説）の全てが、処罰の限界に関してはほぼ同様の結論を採用していることが重要だと指摘する。<sup>(18)</sup> すなわち、いかなる場合が「保護に値する財産的利益」といえるかの結論こそが重要なのである。

平成元年決定の事案では、契約の実質が自動車を保保とする金員の貸付であって、出資法五条一項（高金利の処罰）に違反するものであり、所有権が被告人側に移転しているか否かにつき法律上紛争の余地を十分に残している上、仮に契約自体が有効だとしても、現実の引揚の際に買戻権が喪失していたかは疑問であるとされる。<sup>(19)</sup> そのような事情を考慮すれば、従前通り自動車を保管・使用していたという被害者らの占有は、十分に保護に値する利益を有していたと考えるべきであろう。所持説を採用するからといって、私法上の占有の根拠を無視するわけではない。それらが保護すべき利益の有無の判断要素に含まれることは当然である。重要なのは、その判断には構成要件解釈よりも違法阻却判断の方が相応しいということである。<sup>(20)</sup>

(7) 法令上禁止されているにもかかわらず自己の所有する国鉄年金証書を担保に差し入れた者が、債権者のもとから欺罔によりこれを取り戻したという事案であった。

(8) そして、ほぼ同時期に譲渡担保に供されたトラックが、債務者の倒産後に管財人の下に占有されていたところ、これを債権者が窃取した事案についても、最高裁は窃盗罪の成立を認めた（最判昭和三五年四月二六日刑集一四卷六号七四八頁）。同判決は、「本件自動車の所有権が仮に被告人にあったとしても、……他人の事実上の支配内にある本件自動車を無断で運び去った被告人の行為」は窃盗罪に当たるとした。

(9) 拙著・前掲注（一）七一頁参照。

(10) 拙著・同右四九〇頁参照。ただし、明治期には、「禁制品は保護の必要はない」とする無罪判例も出されていたことに注意する必要がある（同書・七三頁）。

(11) 拙著・同右四六六頁以下参照。我が国に限らず、アメリカの一九七〇年代、ドイツの一九三〇年代の判例の処罰化傾向

も、財産犯の多発化（及びそれに帰因する有罪判決の急増）との間に、極めて密接な結びつきがある。

(12) 同時期に、親族相盗に関し、親族関係は占有者との間に必要とする判例が登場したのは偶然とはいえないであろう。中山教授は、本判決の事案との関係では、最高裁が二四四条を占有者との関係の規定であるとして述べる必要はなかったはずであるとし、このような判示がなされた原因を「窃盗罪の保護法益をめぐる本権説から所持説への転換傾向と無関係ではないであろう」とされる。中山研一・判例評論四三〇号（判時一五〇六号）（一九九四年）七二頁。拙稿「親族相盗例の人的適用範囲」法学会雑誌三六卷一号（一九九五年）二八三頁参照。

(13) 拙稿「自動車金融により所有権を取得した者による自動車引揚行為と窃盗罪」判例評論三七五号（判時一三四〇号）（一九九〇年）六三頁以下参照。

(14) 具体的な違法法阻却判断として、①借主が持つ事実上の所持の内容（借主が契約後も自動車を保管・使用することが前提とされていたこと）、②被告人の持つ権利利益の内容（借主が買戻権を行使しない場合には、自動車の所有権を被告人が取得し、任意に処分し得る立場にあったこと）、③被告人の行為態様（借主への説明とは異なり、返済期限に遅れれば直後に、合鍵等を用いて無断で引き揚げたこと）などが考慮されるべきであるとされる。香城敏磨・最高裁判例解説（刑事篇）平成元年二二一―二二三頁参照。

(15) 香城・同右二七頁。

(16) 「社会秩序の維持」を処罰根拠とするのでは、全く処罰の歯止めがかからないという批判もある。島田聡一郎「いわゆる『刑法上の所有権』について」現代刑事法六卷六号（二〇〇四年）一八頁以下参照。

(17) 民法上の利益といっても学説により主張が様々であり、一定の考慮要素でしかあり得ないとする見解として、島田・前掲注（16）二二頁以下参照。もともと島田教授は、民法と対立することは許されないとし、民法上に利益のある場合に限りて保護すべきであるとする。

(18) 香城・前掲注（14）二二三頁。窃盗犯人からの取り戻しにつき、犯人宅前の路上から奪っても違法性が阻却されて窃盗には当たらないが、犯人宅に忍び込んで奪い返せば違法阻却は認められないとする。おそらく多くの「平穩占有説」も同様の結論を採るものと思われる。

(19) 本件控訴審判決（大阪高判昭和五九年七月三日集四三卷七号六三一頁）参照。

(20) なお、構成要件解釈にこだわるべきだとする主張として、島田聡一郎「財産犯の保護法益」法学教室二八九号（二〇〇四年）一〇五頁参照。

### 三 詐欺罪における処罰の変化

#### 1 詐欺罪における「財産的損害」の意味

本権説・所持説は、狭くは二四二条の「他人の占有」の解釈をめぐる対立であったが、前述のように、その中には、「財産上の利益として何を保護すべきか」（事実上の所持を財産的な利益として保護するのか）の問題と、法的に適法な所持のみを保護するのか（民法と刑法の関係）の問題とが含まれている。前者の、財産上の利益としてどこまで保護すべきかに関連して、特に検討を要するのが、詐欺罪における財産的損害と、いわゆる二項犯罪に関する「財産上の利益」の意義である（民法との関係については、主として不法原因給付の問題として、五で論ずることとする）。

平成一五年以降、最高裁は、詐欺罪の成立にかなり積極的な態度を示している。他人名義の預金通帳の入手に関する最決平成一四年一〇月二一日（刑集五六卷八号六七〇頁）、他人名義のクレジットカード利用に関する最決平成一六年二月九日（刑集五八卷二号八九頁）、任意売却に関する最決平成一六年七月七日（刑集五八卷五号三〇九頁）は、学説にも衝撃を与えた。これらは、従来の基準から見ても、「損害」が認められるかが微妙な事案だからである。

その後さらに、自己名義の預金通帳に関する最決平成一九年七月一七日（刑集六一卷五号五二二頁）、平成二六年四月七日（刑集六八卷四号七一五頁）、自己の預金口座に振り込まれた金員の引き出しに関する最決平成一九年七月一〇日（刑集六一卷五号四〇五頁）、搭乗券に関する最決平成二二年七月二九日（刑集六四卷五号八二九頁）

と、これまでとは異なつた類型の詐欺事犯に関する判例が立て続けに出されている。これらの判例では、たしかに通帳や搭乗券といった「財物」を交付させてはいるが、処罰に値する財産上の損害が認められるかについては、批判もある<sup>(21)</sup>。

一般に、詐欺罪は個別財産に対する罪であるとされ、当該財物あるいは財産上の利益が失われることが損害であるとされる<sup>(22)</sup>。判例は、「被害者が真実を認識すれば当該財物を交付しなかつたであろう」という関係さえあれば損害を認めるとする「形式的個別財産説」だとされるが、これに対しては批判が強く<sup>(23)</sup>、「実質的個別財産説」を採用すべきだとされるのである<sup>(24)</sup>。

実質的個別財産説とは、「被害者の錯誤が財産と実質的に関係のない場合」には、損害が認められないとする見解である<sup>(25)</sup>。もつとも、預金通帳は「さまざまな犯罪に悪用され、その目的で売買される口座」もあるという実態を踏まえて、通帳の交付が財産的損害に当たるとする<sup>(26)</sup>。また、搭乗券の事案についても、第三者の搭乗は「航空会社の国際航空運送事業に支障を与え得るものであり、経済的損害と評価できる」からこそ、財産上の損害があるとの指摘もある<sup>(27)</sup>。

たしかに、このような財物の交付の背後に存在する「経済的利益」を損害とすることも可能ではある。しかし、そもそも我が国の詐欺罪の構成要件では「損害」要件は求められていない。窃盗罪や強盗罪で「損害」が論じられないのと同様に、詐欺罪でも財物ないし利益の移転は必要であつても、それとは別個の「損害」を論ずる必要は、本来はないはずである<sup>(28)</sup>。それでもなお損害が必要であるとされてきた理由は、「個別財産の喪失」という極めて希薄な内容ではあるものの、損害を要求することにより、実質的には「処罰に値する財産的利益」の有無を判断しようとしたことにあると考えられる<sup>(29)</sup>。

しかし、処罰の限界を「損害」の有無で画せんとすることは、我が国の条文を前提とする限り、かなり困難であるといわざるを得ない。それに対し判例は、損害の有無ではなく、「欺く行為」の有無で処罰の限界を画してきた。欺く行為の有無につき、「事実を告知するときは相手方が金員を交付しないような場合」に当たるか否かにより、詐欺罪の成否を判断してきたのである。もつとも、「本当のことを知ったら処分しない場合」の全てを処罰してきただけではない。特に最近の判例は、「本当のこと」の内容について、「重要な事項」に関する偽りという基準を用いて、より具体的な縛りをかけるようになってきている。

例えば搭乗券の騙取に関する前掲・最決平成二二年七月二九日は、搭乗券を交付させる行為が詐欺罪に該当する理由として、「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（傍点筆者）」として、「欺く行為」に当たるとする。

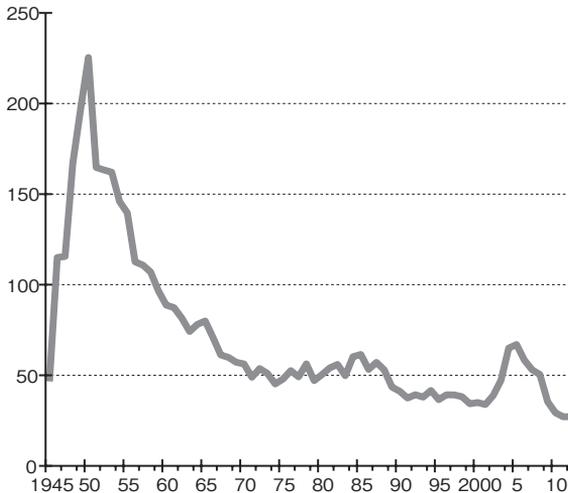
「交付の判断の基礎となる重要な事項」についての偽りの有無を判断基準とする考え方は、住宅金融債権管理機構の根抵当権に関する最決平成一六年七月七日（刑集五八巻五号三〇九頁）<sup>(31)</sup> や、自己名義の預金通帳に関する前掲・最決平成一九年七月一七日<sup>(32)</sup> においても、既に見られたものであった。<sup>(33)</sup> 最決平成一九年七月一七日においては、本件当時の本件各銀行が、「契約者に対して、総合口座取引規定ないし普通預金規定、キャッシュカード規定等により、預金契約に関する一切の権利、通帳、キャッシュカードを名義人以外の第三者に譲渡、質入れ又は利用させるなどすることを禁止していた。」ことが重視されている。さらに、暴力団員であることを秘して預金口座を開設し、預金通帳等入手する行為が詐欺罪に当たるとされた最高裁判例（最決平成二六年四月七日刑集六八巻四号七一五頁）<sup>(34)</sup> においても、預金者が反社会勢力であるか否かが、重要な事項に当たるとされている。

航空機の搭乗に際して厳格な本人確認が求められる理由は、不法入国の防止やテロ対策である。特に、二〇〇一

年九月一日のアメリカ同時多発テロ事件以降、国際的に  
 入国管理が非常に厳格に行われるようになったという背景  
 は見落とすことができない<sup>(32)</sup>。また、銀行預金口座開設に関  
 して本人確認が厳格に行われる理由も、被害額が年間五〇  
 〇億円（次頁・図3参照）といわれる特殊詐欺の防止<sup>(33)</sup>やマ  
 ネー・ロングリング対策<sup>(34)</sup>が極めて重要だと認識されるよう  
 になったからであり、さらに暴力団員を含む反社会勢力と  
 の取引が禁じられているのも、暴力団対策が徹底されるよ  
 うになったことが背景となっている<sup>(35)</sup>。

ただし、注意すべきなのは、これらの詐欺罪を認める判  
 例が、入管規制・テロ対策、あるいは犯罪収益移転防止法  
 や暴力団排除の必要性のみから犯罪の成立を認めているわ  
 けではないという事実である。搭乗券に関しては、入管規  
 制と同時に、航空会社としての利益も重視されている。す  
 なわち「当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが  
 航空運送事業の経営上重要性を有していた」ことを問題と  
 している。また、自己名義の通帳に関しても、第三者への  
 「譲渡等の禁止は、預金契約本体の要素ではないとしても、

図2 詐欺罪・犯罪率の変化（戦後）

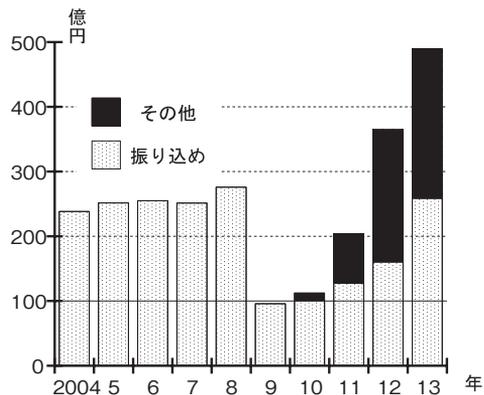


付随的とはいえ、明示的に契約の内容とされている義務であり、銀行にとつてそれが遵守される必要ないし利益がある事柄<sup>③</sup>であるとされる。いずれも、単なる「秩序維持」ではなく、実質的経済的損害が認められることも処罰の重要な根拠となっているのである<sup>④</sup>。

もつとも、そのような一定の利益を重視すべきだとしても、それを「詐欺罪の損害」とみなすべきかは別の問題である。たしかに、これは前述の実質的個別財産説に親近性を持つ考え方といえよう。しかし、これらの航空運航の安全、金融機関における本人確認の重要性、また暴力団員を含む反社会勢力との契約の禁止は、本来、それ自体として「財産的」な意味を持つものではないはずである。それにもかかわらず、詐欺罪の成立にまつて決定的な意味を持つといえるのはなぜか。それは、当該取引における重要な事項が、「財産的に意味のある事項」とは限らないからである。「財産的処分（財物・利益の移転）」と「財産的処分行為の基礎となる重要な事項」とは、分けて考えることが可能である。当該取引において重要な事項に関する錯誤と、財物・利益の移転との因果関係が認められれば足り、「重要な事項」自体が、必ずしも「財産的意味」を持つ必要はない。財物・利益の移転があれば財産的侵害は認められるからである。

昭和二〇年代から三〇年代にかけては、まさに治安の維持が最大の関心事であり、詐欺罪においても社会秩序の維持が当罰性の有力な根拠となった（前頁・図2参照）。昭和三四年の所持説の判例も、詐欺罪に関するものであ

図3 特殊詐欺（被害額）



った。それに対し、現代は、当時のような極端な社会秩序の維持が求められる状況にあるとはいえない。しかし、それに変わる重要な問題として、テロ対策、マナー・ロンダリング対策が求められるようになってきているのである。

いわば、昭和二〇年代から三〇年代にかけて当罰性に大きな影響を与えた犯罪発生状況に代わるものとして、現代では、テロ対策、犯罪収益防止、暴力団対策等が社会の重大な関心事となっている。たしかに、テロ対策や犯罪収益の防止、さらに暴力団対策が重要であるならば、それぞれの犯罪対策立法（出入国管理法、犯罪収益移転防止法、暴力団排除条例など）により対策が執られることが最も重要であることは疑いない。しかし、それに伴って、財産的被害（搭乗券の喪失、預金通帳の喪失など）があれば、それは財産犯で処罰する必要があるのである。

詐欺罪が、その時代に社会が求める何らかの秩序維持の側面も同時に有していることは、当罰性判断において重要な要素として考慮すべきである。暴力団員の口座開設に関する前掲・最決平成二六年四月七日は、①平成一九年六月に政府が「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」を策定したこと、②本件銀行においても、政府の指針を踏まえ、平成二二年四月に貯金等共通規定等を改訂し、暴力団員等でないことを条件に新規預金申込みを認めることとしたことなどを重視している。このような判断は、「暴力団と契約したことにより、当該銀行の社会的評価が低下し、それにより経営状態が悪化することが財産上の損害となる」ことを理由に詐欺罪の成立を認めたものではない。損害はあくまでも処分された財物・利益そのものと考えるべきである。ただし、その処分がなされた理由が、当該事案が発生した社会状況において、当該取引において重要な事項に関わる場合には、それが欺く行為に当たることとなる。そしてその「重要な事項」は、財産的利益に関わるものには限らないのである。

## 2 財産上の利益の拡大

### (1) 財産上の利益としての「地位」

以上の財産的損害の問題に加え、詐欺罪に関しては、「財産上の利益」の範囲についても動きがある。暴力団組員の身分を秘してアパートを借りる行為や、ゴルフ場でプレーする行為について、二項詐欺罪に当たるとする判例が登場しているからである。

従来、二項犯罪の数が少なかった原因は、それが問題となる事件が少なかったこと以外にも、財物の移転があれば、利益はそれに化体するものとして評価し、できる限り一項として処理する傾向が強かったこと<sup>(42)</sup>や、「二項犯罪は謙抑的に解すべきである」という、いわば不文律のようなものがあつたことにあるように思われる<sup>(43)</sup>。

では、近年の財産上の利益に関する判例、裁判例は、これまで「財産上の利益」とは認められなかった類型の事案について、財産上の利益概念を変更して処罰を拡大しようとするものなのだろうか。財産上の利益をどこまで処罰するかに関して注目すべきなのが、①地位を財産上の利益とする裁判例の登場と、②二四六条の二の適用の拡大である。

まず、「地位」に関して早い時期に登場した判決として、携帯電話の契約に当たり「電話回線を使用する契約上の地位」という財産上の利益<sup>(44)</sup>を問題とした高松地判平成九年一〇月三〇日（公刊物未登載）がある。

その後、東京高判平成平成一八年一月二二日（東高刑時報五七卷一〇二二号六九頁）が、ローンカードの利用権の取得について二項詐欺罪の成立を認めた。他人になりすましてカードを取得し（カードに対する窃盗罪成立）、その後、改めて審査を受けてそのカードを利用可能な状態にした事案について、東京高裁は、「限度額の範囲で何回でも繰り返し金銭を借り入れることができる地位」を得たとして、これが財産上の利益に当たるとした。これら

の裁判例は、財物に化体した利益は「財物」に含まれるものとして評価するという従来の考え方とは一線を画す判断であるように思われる<sup>(45)</sup>。

さらに、そもそも財物に化体することが困難な「地位」についても、財産上の利益に当たるとする判例が登場する。高額の家賃の住宅に居住させるために勤務先や年収を偽って、「賃借権と家賃等債務の保証を受ける地位」を得たとした大阪地判平成二六年三月四日（裁判所ウェブサイト<sup>(46)</sup>）や、暴力団員が他人になりすまして市営住宅に居住した行為について、市営住宅を「低額の使用料で使用できる地位」を不正に取得したとした福岡地裁小倉支判平成二六年八月二八日（裁判所ウェブサイト<sup>(47)</sup>）である。一定の条件（年収や身分）がなければ取得できない利益について、その身分を偽って入手することは、「サービスを得た」とするよりは、「その身分のない者でなければ享受できない地位を得た」として評価する方が、実態に即した判断であるといえる。

財産上の利益はできる限り財物に化体して評価すべきである、あるいは、財産上の利益はできる限り謙抑的に認めるべきであるという従来の考え方は、少なくとも一部において崩れつつある<sup>(48)</sup>。たしかに「地位」というと、あらゆる利益が含まれるおそれもある。しかし、暴力団員でない偽った福岡地裁小倉支判平成二六年八月二八日などに典型的に現れているが、「財産的処分の基礎となる重要な事項」が社会情勢に伴い変化・拡大するに伴い、財産上の利益として保護すべき領域も拡大しつつある。それは前述の財物の保護の拡大と変わらないのである。

## (2) 二四六条の二に関する事案の増加

利益に関するもう一つの拡大要因が、二四六条の二の適用判例の増加である。特に、電子マネーの不正取得に関する最決平成一八年二月一四日（刑集六〇巻二号一六五頁）及び、キセル乗車について二四六条の二の適用を認め

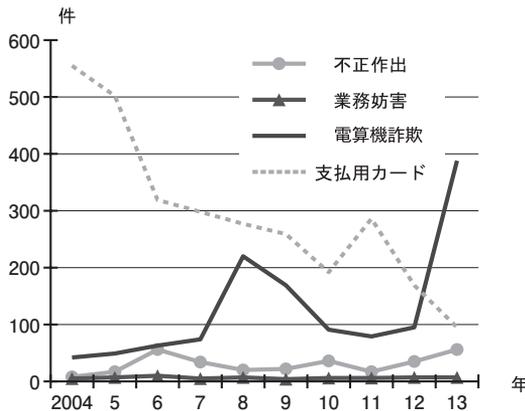
た東京地判平成二四年六月二五日（判タ一三八四号三六三頁）が重要である。

二四六条の二の典型例は、コンピュータに虚偽の情報を与えて自己の銀行預金口座の残高を増加させるような行為であるが、近年は、「虚偽の情報」について、より広く解する考え方が示されている。前掲・最決平成一八年二月一四日は、窃取したクレジットカードの名義人に成りすまし、当該カードの番号等の情報を送信して電子マネーの利用権を取得する行為を二四六条の二に該当するとした。ここでいう「虚偽の情報」とは、「名義人本人が電子マネーの購入を申し込んだとする虚偽の情報」であって、カード番号等の電子情報ではなく、「誰が申し込んだか」という「人」に関する情報である。

また、自動改札のキセル乗車について本罪の成立を認めた前掲・東京地判平成二四年六月二五日は、同条後段の「虚偽の電磁的記録」に関し、キセル乗車のために用いた乗車券、回数券自体に印磁された情報に不正な改変がなされていなくとも「虚偽の電磁的記録」に当たるとした。<sup>(49)</sup>

前述のように、二四六条に関する「欺く行為」が、社会的要請

図4 コンピュータ関連犯罪（検挙件数）



から拡大している（経済的な事項だけではなく、それ以外の重要な事項についても拡大している）ことと、二四六条の二の「虚偽」について新しい動きが見られることは無関係ではない。

二四六条の二の適用判例の数は必ずしも多くはないが、その数は増加傾向にある（図4の「電算機詐欺（電算機使用詐欺罪）」参照<sup>(50)</sup>）。いわゆる還付金詐欺で被害者にATMを操作させ、被告人らが管理する口座の残高を増加させる行為や、高速道路のETCの不正利用により通行料金の支払いを免れる行為も、虚偽の情報を与えたものとして本罪に当たるとされている<sup>(52)</sup>のである。コンピュータによる事務処理の範囲が拡大すればするほど、財物はもちろん、二四六条二項の財産上の利益でも補足できない事例が多数生ずる可能性がある。しかも、このような領域は、被害が甚大で当罰性の高い事案が多いと考えられ、二四六条の二を適切に適用することの意義は大きい。

- (21) 佐伯仁志「刑法各論の考え方・楽しみ方／詐欺罪（1）」法学教室三七二号（二〇一一年）一一四頁参照。
- (22) 大谷實『刑法講義各論（新版第二版）』（二〇〇七年）二五七頁。
- (23) 例えば、未成年者には売る意思のない書店店主に対し、「成人である」と偽って、相当の代金を支払って本を購入する行為や、「暴力団員お断り」の掲示のある店で、暴力団員がそのことを隠して、相当の代金を支払って商品を購入するような場合にまで詐欺罪の適用を認めてしまうことになるからである。前田雅英『刑法各論講義（第四版）』（二〇〇七年）二八七頁参照。
- (24) 西田典之『刑法各論（第六版）』（二〇一二年）二〇三頁、前田雅英『刑法各論講義（第五版）』（二〇一一年）三五〇―三五二頁、佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」『理論刑法学の最前線Ⅱ』（二〇〇六年）一〇四頁参照。
- (25) 前田・前掲注（24）三五〇頁参照。
- (26) 前田・同右三五〇頁参照。
- (27) 増田啓祐・最高裁判例解説（刑事篇）平成二二年（平成二二年七月二九日決定解説）一九〇頁参照。
- (28) 足立友子「『財産的損害』概念の日本における位置づけ」川端博他編『理論刑法学の探究6』（二〇一三年）一五九頁参照。

照。

- (29) 拙稿「『財産上の利益』の意義について」法曹時報六七卷二号(二〇一五年)七頁参照。
- (30) 最決昭和三四年九月二八日(刑集二三卷一―号二九九三頁)。価格相当の金額で電気あんま器を販売し、客に代金を交付させた行為について、一項詐欺罪の成立を認めた。
- (31) 相当の対価を支払って住宅金融債権管理機構の根抵当権の登記を抹消させた行為が二項詐欺罪に当たるとしたものの。本決定の調査官解説は、「住管機構」とっては、……本件各不動産の任意売却が実際に第三者にされるものであることが、極めて重要な動機であった」としていた。藤井敏明・最高裁判例解説(刑事篇)平成一七年二五三頁。
- (32) 第三者に譲渡する意図を秘して自己名義の口座開設を申し込み預金通帳等の交付を受けた事案。本決定に関する調査官解説においても、「口座開設・通帳交付の諾否の判断の基礎となるような重要な事実を偽る行為」であるからこそ、欺く行為が認められるとされている。前田巖・最高裁判例解説(刑事篇)平成一九年三三三頁。
- (33) 拙稿・前掲注(29)一頁以下。
- (34) 同決定は、「総合口座の開設並びにこれに伴う総合口座通帳及びキャッシュカードの交付を申し込む者が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」ことが、「欺く行為」の判断に当たって重要であるとす。また、暴力団のゴルフ場利用に関する二項詐欺が争われた一連の判例でも、「重要な事項」について欺く行為があったといえるか否か、すなわち「重要な事項とは何か」が主たる争点となっている。拙稿・同右九頁参照。
- (35) 井樋三枝子「9・11同時多発テロ事件以降の米国におけるテロリズム対策」外国の立法二二八号(二〇〇六年)二四頁以下参照。
- (36) 特殊詐欺の発生状況について、拙稿・前掲注(29)二六頁参照。
- (37) 「金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律」(平成一四年)と、その改正法である「犯罪による収益の移転防止に関する法律」(平成一九年)について、拙稿「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(二〇〇八)一一頁以下参照。
- (38) 前田雅英「詐欺罪の欺く行為と『重要な事実』」捜査研究七五九号(二〇一四年)三三三頁。
- (39) 前田巖・前掲注(32)三三三頁。
- (40) 前田雅英『刑事法最新判例分析』(二〇一四年)一九七頁参照。
- (41) 二項犯罪の判例数が少ないことにつき、拙稿・前掲注(29)二頁参照。

- (42) 実質的には財産上の利益が侵害されていると思われる場合でも、それに伴って「財物」が奪われれば、「財物」を客体とした一項として立件されることが多い。前述の搭乗券の判例でも、搭乗券に対する一項詐欺罪に当たるとしたが、事実上「航空機に搭乗する利益」が、搭乗券という「財物」として評価されていると考へうる。拙稿・同右二頁参照。
- (43) 財産上の利益とは、財物以外のすべての財産上の利益を指し、積極的財産の増加だけでなく、消極的財産の減少（債務の減額等）も含み、一時的利益でもよいとされる（前田雅英編集代表『条解刑法（第三版）』（二〇一三年）七七二頁）ため、処罰範囲が拡大するおそれがある。そこで、「財産上の利益を取得する」という犯罪は、無限定であるため、学説は、その成立範囲の限定に努力してきたのである。中森喜彦『二項犯罪』中山研一他編『現代刑法講座（第四卷）』（一九八二年）三一〇頁参照。
- (44) 勝丸充啓・警察学論集五一巻三号（一九九八年）二〇八頁参照。他人名義の住民票等を用いて販売店従業員を欺き、携帯電話契約を締結して電話機を交付させた行為につき、携帯電話という「財物」に対する一項詐欺の他、特定の電話番号を使って電話通信業者が管理する電話回線を使用する契約上の地位という財産上の利益を得た二項詐欺も成立するとした（包括して二四六条一罪が成立するとする）。
- (45) たしかに、平成一八年の事案については、「財物の占有とは区別された独自の意義がある」とすることも可能である（山口厚『財産上の利益について』『植村立郎判事退官記念論文集（第一巻）』（二〇一一年）一三五―一三六頁参照）。しかし、そもそも窃盗罪とは異なり二項のある詐欺について、利益を財物に化体させる必要があつたのかは再考の余地がある（拙稿・前掲注（29）一六頁参照）。
- (46) Aの知人と共謀の上、収入の少ないAを、一定の所得要件があり、かつ家賃等の保証委託をする必要のある物件に入居させるために、自己の経営する会社の源泉徴収票を不正に作成することにより、Aがその会社の従業員であり、一、〇〇〇万円の年収があるように装わせて、当該物件に関する賃貸借契約及び賃貸借保証委託契約を締結させ、入居させた行為について、「共謀の上、家賃等債務の保証を受ける地位及び本件物件の賃借権」を得たとしたものである。債務保証については従来から「財産上の利益」とされているから、敢えて「地位」とせずに「債務保証の利益を得た」と表現すれば足りるようにもみえる。しかし、本件で問題となった「家賃債務保証」は、賃貸借契約の期間中に借主が滞納した家賃等を一定範囲で立て替える制度であり、家族に連帯保証人を依頼することが困難な場合に利用される（家賃保証事業者協議会のHP参照 <http://www.jpnh.jp/hoshou/>）。そこで、勤務先や年収を偽ることににより「保証制度を申し込むことのできる地位（連帯保証を依頼することのできる立場）」を得たとするのが実態に合っていると見えよう。
- (47) 本事案で敢えて「地位」という文言が用いられているのは、市職員らに対し、入居するのが暴力団員でない者で、しかも

収入の少ない者であると偽って、「低額の使用料で使用することを許可する決定をさせたこと」が利益であるとされているため、単純に民間アパートの賃借権の利益を得たものとは異なる事案であった。

- (48) 強盗罪において、銀行のキャッシュカードの窃取後、被害者を脅迫して暗証番号を聞き出す行為も、「預貯金の払い戻しを受け得る地位」という財産上の利益を得たされる(東京高判平成二年一月十六日判時二一〇三号一五八頁)。カードを奪って、暗証番号を聞き出し、それによりATMから現金を引き出す行為は、カードに対する窃盗罪と、ATMの現金に対する窃盗罪として評価されると考えられてきた。しかし、容易に預金を引き出し得る地位を得たことで二項強盗の成立を認めることにより、財物に対する未遂段階を利益についての既遂として処罰することが可能となる。拙稿・前掲注(29)一七頁参照。

- (49) 本判決の結論は、控訴審判決(東京高判平成二四年一〇月三〇日公判物未登載)、最高裁(最決平成二五年二月二日・公判物未登載。武藤雅光・捜査研究七四七号(二〇一三年)一三頁参照)でも維持されている。

- (50) 図4の「不正作出」は電磁的記録不正作出・毀棄等、「業務妨害」は電子計算機損壊等業務妨害罪、「電算機詐欺」は電子計算機使用詐欺罪を指し、「支払用カード」は支払用カード電磁的記録に関する一六三条の二、一六三条の三、一六四条の四の各犯罪の合計である(警察庁統計による)。

- (51) 警察庁『平成二五年警察白書』八六頁参照。還付金詐欺については、二四六条の二で検挙されている。

- (52) 条解刑法・前掲注(43)七七七頁。

## 四 横領罪の保護法益

### 1 保護すべき利益の実質

横領罪においても、どのような侵害を「横領」とするか(どのような利益まで保護するか)という問題と、違法な財産を保護すべきかという問題がある(後者については、次章五で検討する)。

第一の、横領罪としてどのような利益まで保護すべきかに関して、近年、重要な二つの判例が登場した。一つが、自己の占有する他人の不動産に抵当権を設定して横領した後、さらにその不動産を売却する行為について、重ねて横領罪が成立するかが問われた最大判平成一五年四月二三日（刑集五七巻四号四六七頁）であり、もう一つが、不実の仮登記を了する行為が横領罪に当たるとした最決平成二一年三月二六日（刑集六三巻三号二九一頁）である。

## 2 横領後の横領

最大判平成一五年四月二三日は、宗教法人Aの責任役員である被告人が、業務上占有するA所有の土地に抵当権を設定して登記した後、その土地をほしのままに第三者に対し売却して所有権移転登記手続を行ったというものであった。

判決は、「委託を受けて他人の不動産を占有する者が、これにほしのままに抵当権を設定してその旨の登記を了した後においても、その不動産は他人の物であり、受託者がこれを占有していることに変わりはなく、受託者が、その後、その不動産につき、ほしのままに売却等による所有権移転行為を行いその旨の登記を了したときは、委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をしたものにはかならない。したがって、売却等による所有権移転行為について、横領罪の成立自体は、これを肯定することができるというべきであり、先行の抵当権設定行為が存在することは、後行の所有権移転行為について犯罪の成立自体を妨げる事情にはならないと解するのが相当である。」とした。

本判決は、検察官の起訴裁量等の訴訟法的な問題も含むが、横領罪の保護法益との関係で重要なのは、本判決が

最判昭和三十一年六月二六日（刑集一〇巻六号八七四頁）とは異なり、後行の所有権移転行為についても横領罪の成立を認められた点である。昭和三十一年判決は、他人に売却した土地につき、所有権移転登記を了していないことを奇貨として、これに抵当権を設定し、その後その抵当権者にこれを代物弁済として所有権移転をした行為について、先行する抵当権設定行為について横領罪が成立し、その後の所有権移転行為については横領罪を構成しないとされた。<sup>(53)</sup>

ただし、最高裁は、抵当権が所有権よりも「小さい」から、後行行為が横領罪に当たるとしたのではない。第一審判決（横浜地裁川崎支判平成一二年三月二七日刑集五四巻四号四七七頁）は、抵当権の設定は、不動産の「経済的価値のみを侵害する」のに対し、その後の売却行為は、不動産の「所有権（経済的価値を含め、土地が有する価値の全て）」を侵害することになるから、後行行為が「より大きな侵害」であって、先行行為に対する違法評価に包含し尽くされていないことを根拠に、後行行為が横領罪に当たるとした。しかし最高裁は、この考え方を否定し、「先行行為、後行行為のそれぞれが犯罪の成立要件を満たしている」から後行行為についても横領罪が成立すると解している。<sup>(54)</sup>

「それぞれが犯罪の成立要件を満たしている」ことの意味であるが、判決が、抵当権の登記後も「その不動産は他人の物であり、受託者がこれを占有していることには変わりはない」としている点が注目される。「他人の物」である限り、それに対する侵害が売却行為であれ抵当権設定行為であれ、横領行為に当たるのである。所有権侵害が横領罪の要件とされているわけではない。これは、盗品の横領について、「他人の物」であることが認められる以上、横領罪の成立は否定されないとする、後述の最判昭和三十六年一〇月一〇日（刑集一五巻九号一五八〇頁）<sup>(55)</sup>と共通する考え方である。

横領罪が「所有権に対する罪である」と考えることと、所有権侵害がなければ横領罪が成立しないとすることと

は別である。抵当権の設定行為が横領行為であることは異論なく認められるが、これは「所有権者でなければできない処分」だからこそ横領行為となるのであって、「所有権」自体を侵害しているわけではない。実際に侵害されるのは、「委託の趣旨に即した物の利用」、あるいは「返還請求権の行使」であって、所有権の侵害ではない<sup>⑤</sup>。所有権者の財物に対する権利行使が困難となる状態が「横領行為」なのである。したがって、横領行為とは、「委託の趣旨に反し、所有権者でなければできないほしいままの処分」であって、判例のいう不法領得の意思の発現行為とはこのような内容として理解すべきである。

もつとも、委託の趣旨に反する行為の全てが横領行為に当たるとすると、これは越権行為説そのものとなる。しかし、判例は「権限を超える行為」のすべてを横領行為としているわけではない。なぜなら、「越権」行為であっても、不法領得の意思の発現行為でなければ横領罪には当たらないとするからである。預かった物を隠匿する行為を横領罪とする判例はあるが、損壊する行為まで横領罪とする判例は見当たらない<sup>⑥</sup>。

### 3 虚偽の仮登記担保と横領行為

同じく、横領罪の保護法益について重要な判例が、虚偽の仮担保登記に関する最決平成二一年三月二六日（刑集六三卷三号二九一頁）である。

被告人は、A社の実質的代表者として、A社からB会に譲渡されたものの、所有権移転登記が未了であった本件建物をB会のために預かり保管中であつたが、本件建物について、そのような事実がないのに、F会を登記権利者とする抵当権設定契約を締結したとして、登記官に虚偽の申立をし、本件建物の登記記録上に、F会を登記権利者とする不実の抵当権設定仮登記を記録させ、閲覧できる状態にするとともに、その抵当権設定仮登記を了すること

により、本件建物を横領した行為が問題となった。

本件における横領に関する争点は、① 抵当権設定「仮登記」であっても横領に当たると、② 抵当権設定契約が「不実」であっても横領に当たるとの二点である。弁護人は、① 仮登記は本登記とは異なり、順位保全の効力があつて過ぎないから、横領罪に当たらない、また、② 抵当権設定契約が存在しないために電磁的公正証書原本不実記録罪が成立するとするのであれば、その仮登記が横領罪に当たるとするのは矛盾すると主張して上告した。

まず、① について、最高裁は、「仮登記を了した場合、それに基づいて本登記を経由することによって仮登記の後に登記された権利の変動に対し、当該仮登記に係る権利を優先して主張することができるようになり、これを前提として、不動産取引の実務において、仮登記があつた場合にはその権利が確保されているものとして扱われるのが通常である。」として、仮登記であっても、横領行為に当たるとした。また、② についても、「不実とはいえ、本件仮登記を了したことは、不法領得の意思を実現する行為として十分である」とした。<sup>(59)</sup>「虚後の仮登記」であっても、他人の物に対する横領罪における侵害行為は十分認められるとしたのである。

特に② について、原判決はより明確に、不実であっても所有者の利益は害されるとした。すなわち、「領得行為が登記という形式で外部的にも明示された場合には、第三者がその登記を前提に取引関係に入るなど、真の所有者の利益が害される可能性が高いのであつて、その登記の原因となつた領得行為が民事上無効であり、その結果当該登記が不実のものであつたとしても、横領罪が成立する」としているのである。<sup>(60)</sup> 第三者が取引関係に入る可能性についても考慮して、所有者の財物に対する権利行使の阻害といえるかが判断されていることになる。

たしかに、横領罪についても財産上の損害が必要であるとする見解が有力である。<sup>(61)</sup> しかし、一般に、横領行為が法律行為である場合、それが未完成であつたり、無効又は取り消しうるものであつても横領行為に当たると考え

られてきた<sup>(62)</sup>。これは横領罪に未遂規定がなく、また利益も客体とならないことも影響していると考えられる。しかし、前述のように、横領罪は抵当権の設定等によっても成立し、所有権自体の侵害までは不要であるから、このような結論も当然といえよう。その抵当権設定が不実であっても、所有者の権利侵害の可能性は認められ、それが横領罪の財産的侵害といえるのである。

判例においては、委託の趣旨に反する行為であれば、事実上、かなり可能性の低い「財産的損害」でも横領行為に当たるとされてきた。既に大審院の時代から、「法律上所有者の権利行使に障害を与えない」ものでも横領罪を構成するとされ<sup>(63)</sup>、さらに、真の所有者に対して、自己の所有権を主張して民事訴訟を提起したり（最判昭和二五年九月二二日刑集四卷九号一七五七頁）、所有者から提起された民事訴訟に応訴して所有権を主張・抗争すること（最決昭和三五年二月二七日刑集一四卷一四号二二二九頁）も、横領罪に当たるとされる<sup>(64)</sup>。権利者の返還請求権を妨害する行為があれば、横領罪に当たるとされてきたのであり、事実上の利益の侵害が横領罪に当たるのである<sup>(65)</sup>。

仮登記でも、「登記という形式で外部に明示された以上、第三者がその登記を前提に取引関係に入れば、真の所有者の利益が害される可能性が高い」（原審判決・注（60）参照）以上、事実上の利益侵害の可能性があり、横領行為に当たることになる。たとえ前提となる抵当権設定契約が無効であっても、善意の第三者がその虚偽内容の登記を真実と誤信して新たな契約関係に入れば、真の所有者は（契約が有効な場合と同様に）その不動産の権利を失う可能性がある<sup>(67)</sup>。そして、横領罪として保護すべき被害者の利益とは、そのような内容も含むのである。

- (53) 破棄差戻後、抵当権設定行為の横領罪に訴因変更され、その許因に基づき有罪となつたとされる。福崎伸一郎・最高裁判例解説(刑事篇)平成一五年二八三頁参照。
- (54) 福崎・同右二八八頁参照。
- (55) 後述五4参照。
- (56) 島田・前掲注(16)二二頁参照。
- (57) 大判大正二年二月一六日(刑録一九輯一四四〇頁)。市の助役が自己の保管する公文書を持ち出して隠匿した行為について、業務上横領罪の成立を認めた。
- (58) 大塚仁他編『大コンメンタール刑法(第二版)』第一三卷(二〇〇〇年)三三三頁(吉本徹也)参照。
- (59) なお、これらの行為は、電磁的公正証書原本不実記録罪、不実記録電磁的公正証書原本供用罪及び横領罪に当たるが、前者は牽連犯、これと横領罪とは観念的競合の関係に立つとする。
- (60) 大阪高判平成二〇年一月七日(刑集六三卷三三三三三頁)。民事法上有効か否かは、後述五の違法な利益の保護の問題とも重なるが、財産的損害の観点でも重要である。
- (61) 吉本・前掲注(58)三八四頁参照。
- (62) 松田俊哉・最高裁判例解説(刑事篇)平二二年一一三頁。
- (63) 大判大正七年九月二五日(刑録二四輯一一三三三頁)。このほか、所有権移転請求権保全の仮登記をしたことが不法領得の意思の実現に当たるとして横領罪の成立を認めたものとして、東京高判昭和三四年二月九日(東高刑時報一〇卷二二号一〇一頁)。
- (64) 松田・前掲注(62)一一四頁。
- (65) 松田・同右。権利者の権利の妨害については、隠匿に匹敵する行為であるとも指摘される。
- (66) 島田・前掲注(16)二四頁参照。
- (67) 松田・前掲注(62)一一五頁。

## 五 「違法な利益」の保護——不法原因給付

### 1 従属説・独立説

保護すべき財産上の利益は、財物、財産上の利益共に拡大傾向にあり、それはそれぞれの時代の要請があったことが窺われる。しかし、これらの保護の拡大を認めるとしても、私法上「違法」とされる利益についてまで刑事罰を科すことに対する抵抗は極めて強い。

もつとも、刑法と民法との関係については、刑法は民法に従属するものではないとする見解が有力である<sup>(8)</sup>。刑法にも独自の『効果志向的な解釈』がありうるから、法的判断の統一性を当然の前提とすべきではない<sup>(9)</sup>、さらに、「一定の民事法学説をあえて選ぶ際には、少なくとも無意識のうちに刑法的な価値判断をしているはずである。そうした刑法上の価値判断を正面から論じるべきで……二五二条、二六〇条等における『他人の』の内容は、やはり『刑法的』観点から決められなければならない。」<sup>(10)</sup>といった説明がなされている。

ただし、刑法独自の価値判断を認めるとしても、民法で保護の対象とならない財産的利益についてまで、刑法で保護すべきかについては、消極に解する見解が有力である。「財産罪の任務は民事法秩序をより強い制裁で補強しようとするところにある<sup>(11)</sup>」とし、「財産犯に関する限り、『財産』それ自身が民法秩序の拘束下にあるのだから、民法秩序を無視した判断はあり得<sup>(12)</sup>」ず、刑法は民法の「側面援助機能」を有するとする。

具体的に「民法上保護に値しない財産的利益」を保護すべきか否かが争われる最も重要な論点が、不法原因給付に関する問題である。そこで、以下で、詐欺罪、横領罪の不法原因給付に関して判例を中心に検討を加える。

## 2 不法原因給付と詐欺罪

詐欺罪と不法原因給付については、違法な契約（例えば売春）の代金や前借金等を騙取する行為のように一項詐欺罪が問題となる類型と、売春代金の支払を免れるような二項詐欺罪が問題となる類型とがある。判例、裁判例をみる限り、一項詐欺罪に関して「民法上の不法原因給付に当たるとして成立を否定したのは、前借金に関する福岡地裁小倉支判昭和三十一年六月一八日（高刑集九卷九号一〇八〇頁）<sup>23</sup>のみであるが、これは控訴審で破棄されている（福岡高判昭和三十一年一月九日（高刑集九卷九号一〇七二頁）。

福岡高裁は、前借金の交付は不法原因に基く給付であるとしつつ、「詐欺罪は単に財産権の保護を法益とするだけでなくかかる不法手段に出でたる行為は社会の法的秩序を紊乱するものであり、「社会秩序をみだす危険のある点においては不法原因乃至非債弁済に基く給付たると然らざる給付たるとによりその結論を異にしない」とする。

不法原因給付に関し「社会的法的秩序の維持」から処罰すべきであるとする判断は、既に昭和二五年の最高裁判決（最判昭和二五年七月四日刑集四卷七号一一六八頁）に見られた。現金に見せかけた古雑誌を代金として渡し、闇物資を交付させた事案につき一項詐欺罪を認めた判決で、「詐欺罪の如く他人の財産権の侵害を本質とする犯罪が、処罰されたのは単に被害者の財産権の保護のみにあるのではなく、かかる違法な手段による行為は社会の秩序をみだす危険があるからである。そして社会秩序をみだす点においては所謂闇取引の際に行われた欺罔手段でも通常の取引の場合と何等異るところはない。」とした。

「社会の秩序」を強調する説明が、昭和二五年判例で用いられたという事実は非常に重要である。前述の、禁制品に関して「所持という事実上の状態それ自体が独立の法益として保護される」とした最高裁判例が登場したのが

昭和二四、二五年だからである。<sup>(74)</sup>

もつとも、ごく一部ではあれ、前借金の交付について無罪判決が出されたことは、当時の社会情勢を反映したものと指摘がある。「終戦直後進駐軍により日本の公娼廃止に関する覚え書きが発せられ、新憲法において人権の尊重が強調され、労働基準法、児童福祉法等によつて芸妓や酌婦等の労働に従事する者の保護が著しく強化され売春に関する取締法規が判定される等これらの社会問題に対する法的観念が著しく変つた」ことが影響していると考えられるからである。<sup>(75)</sup>

それでもなお、前借金支払に関する一項詐欺罪を、当時のほとんどの判例が当罰性があると認めた理由は何か。それは、いかに被害者側の保護すべき利益が希薄だとしても、行為者側の権利性が全くないために、法の保護の埒外におくことができないからである。<sup>(76)</sup>これは、いわば構成要件段階では所持は所持として保護し、権利行使としての違法阻却の可否を別途判断するとする考え方と類似し、昭和三〇年以降登場した権利行使に関する最高裁の考え方に馴染むものである。

すなわち、昭和三〇年には、権利行使に関する重要な判例である最判昭和三〇年一月一日（刑集九卷一一号二一七三頁）が登場している。債権残額が三万円であったところ、数名で債務者のところに押しかけ、脅して六万円交付させたという恐喝の事案につき、「権利を実行することは、その権利の範囲内であり且つその方法が社会通念上一般に認容すべきものと認められる程度を超えない限り、何等違法の問題を生じないけれども、右の範囲程度を逸脱するときは違法とな」として恐喝罪の成立を認めた。<sup>(77)</sup>交付する被害者の側に、少なくとも現金の所持という利益が認められる以上、いかに前借金も憲法上も民法上も保護の必要性の希薄なものであったとしても、その利益は刑法上保護の対象外とするのは困難だとの判断は、<sup>(78)</sup>所持説との整合性を考えれば、当然に導かれる結論

である。行為者側に正当な権利行為といえる状況がない限り、詐欺罪の成立が否定されることはないのである。

### 3 二項詐欺と不法原因給付

二項詐欺と不法原因給付についても、一項詐欺と同様に処罰すべきだとする見解が有力であるが、一項詐欺を有罪とし、二項詐欺を不可罰とする学説も多数存在する。<sup>(87)</sup> 不可罰説は、民法上保護されない経済的利益（例えば売春代金）は、刑法上の財産犯で保護されるべき財産上の利益に当たらないから、支払を免れても財産上の損害は発生しないとするのである。<sup>(88)</sup>

これに対し判例は、二項詐欺の成否については分かれているとされることが多い。しかし、現実に無罪とされた判例は一件を除き、売春代金の免脱に関するものであり、具体的には、札幌高判昭和二七年一月二〇日（高刑集五卷一―号二〇―一八頁）と福岡高判昭和二九年三月九日（高判特二六号七〇頁）である。売春防止法の制定は昭和三十一年であったが、昭和二十二年二月に内務省令第三号が出され、それにより公娼制度は廃止され、昭和二十二年勅令第九号により売淫させる契約の締結が処罰の対象となった。<sup>(89)</sup> これらの判例が出された時期は、昭和三十一年の売春防止法制定に向けて国会で激論が闘わされていた時代であった。<sup>(90)</sup> それまで公認されていた売春行為を処罰の対象にすべき法案が議論されている状況で、「売春代金を保護する」という結論を採用することは困難だったと推察される。<sup>(91)</sup>

同じく、売春行為に関わる「不法」であっても、売春代金や前借金を騙取する一項詐欺の場合には、被害者の所持する金員自体は「不法な金銭」ではない。<sup>(92)</sup> それに対し、二項詐欺罪の場合には、免れる代金が売春代金であつて、これを保護する（免れる行為を処罰する）ことは、「売春」を保護することに直結する。実際に、前掲・札幌

高判昭和二七年一月二〇日も、売春行為の不法性を強調し、「元來売淫行為は善良の風俗に反する行為であつて、その契約は無効のものであるからこれにより売淫料債務を負担することはない」として、財産上の利益を得たといえないとしている。<sup>(87)</sup>

しかし、その後の名古屋高判昭和三〇年一月一三日（高裁特二二卷四号一二七六頁）は、売淫契約が無効であることを理由に二項詐欺を無罪とした原判決を破棄し、「民事上契約が無効であるか否かということと刑事上の責任の有無とはその本質を異にする」とした上で、「詐欺罪の如く他人の財産権の侵害を本質とする犯罪が処罰されるのは単に被害者の財産権の保護のみにあるのではなく、斯る違法な手段による行為は社会秩序を乱す危険があるからである。そして社会秩序を乱す点においては売淫契約の際行われた欺罔手段でも通常の取引における場合と何ら異なるところがない。」とした。

たしかに、「社会秩序の維持」を処罰根拠とすると、処罰範囲の画定が曖昧となるおそれがある。しかし、不法な利益をいかなる範囲で保護するのも、時代により変化せざるを得ない。現在、覚せい剤代金の支払免脱<sup>(88)</sup>については、一般に保護されるものと理解されているのに対し、売春代金のみが保護されないとするのは不自然である。<sup>(89)</sup>昭和二〇年代の、売春代金免脱を刑法上の保護の対象とせず放任するという結論は、売春防止法制定に向けて売春の違法性を特に強調する必要性が高かったという、時代の特殊性を抜きに論ずることはできないと思われる。

保護法益が異なるため同列に論ずることは避けなければならないが、賄賂罪などにおいては、「異性間の情交」も賄賂として認められている<sup>(90)</sup>。たしかに、賄賂は「非財産的利益」を含むとされているため、情交関係を賄賂に含めたとしても、これを「財産犯利益」としたわけではない。しかし、情交自体を一定の利益であるとしているこ

とは否めない。売春行為が公序良俗に反して違法であるということと、その対価としての売春代金を詐欺罪の客体とすることは必ずしも矛盾するものではない。当事者双方を比較し「より不法性の低い方を保護する」という考え方も十分採用しうるからである。<sup>(9)</sup>

#### 4 不法原因給付と横領罪

前述のように、横領罪においても民法上無効であっても保護するとする見解が有力であるが（前述四三）、「民法上違法なもの」まで保護することは否定する見解も多い。これが争われるのが、不法原因給付と横領罪の問題である。横領罪では行為者自身に占有があるから、当然のことながら詐欺罪のように「違法な所持の保護」という問題は生じない。前述のように、権利者の返還請求権を妨害する行為が横領行為であるとすれば（前述四二）、「権利者の違法な返還請求の利益」まで保護するのかという形で論じられることになる。

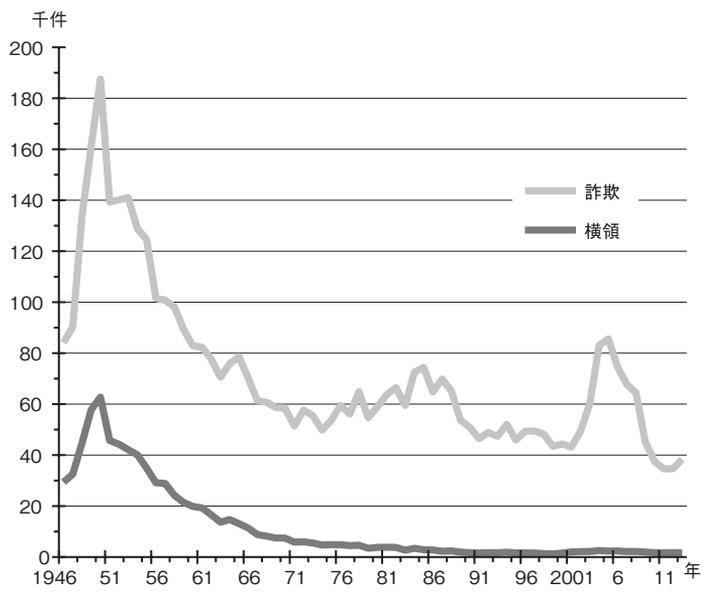
学説では、不法原因給付について横領罪を否定する見解も有力であるが、判例は横領罪の成立を認めている。代表的な有罪判例が、賄賂罪を渡すよう依頼された者が、それを自己のモルヒネ代として費消した事案に関する最判昭和二三年六月五日（刑集二巻七号六四一頁）である。<sup>(10)</sup>

ただし、盗品あつせん代金の着服については、少なくとも戦前から昭和二〇年代までは、原則として横領罪の成立を否定してきた。<sup>(11)</sup>ところが、これを覆し、横領罪の成立を認めたのが最判昭和三六年一〇月一〇日（刑集一五巻九号一五八〇頁）である。被告人Xは、Tが車庫から盗んで来た三輪自動車のタイヤ一式を、盗品であることを知りながらYに売却するあつせんを行い、その代金一万四〇〇〇円をYから受け取ったが、それをTに渡さずに着服したという事案であった。

最高裁は、「刑法二五二条一項の横領罪の目的物は、単に犯人の占有する他人の物であることを以つて足るのであって、その物の給付者において、民法上犯人に対しその返還を請求し得べきものであることを要件としない」とし、前述の賄賂罪に関する最判昭二三年六月五日を引用する。そして、「所論金員は、窃盗犯人たる第一審相被告人Tにおいて、牙保者たるXに対しその返還を請求し得ないとしても、Xが自己以外の者のためにこれを占有して居るのであるから、その占有中これを着服した以上、横領の罪責を免れ得ない。」とした。不法原因給付と横領について判例が、明治期から一貫して横領罪の成立を認めってきた事実は重要である。そして、唯一無罪とされてきた「牙保代金」についても、戦後、有罪に転じたのである。

では、牙保代金の着服につき、昭和三六年という時期に横領罪の成立を認める結論へと変化した背景には、何らかの理由があるのだろうか。大審院時代

図5 詐欺・横領 (認知件数)



の、牙保代金の着服を無罪とした判例は、「委託者ニ於テハ該代金ノ上ニ所有権ヲ獲得ス可キ謂ハレナキ」<sup>(96)</sup>ことを根拠としていた。もともと金員を預けた側に、所有権がないことが強調されていたのである。

しかし、戦後、所持説が採用されるに至り、所持を所持として保護する必要性が高いと考えられるようになった。昭和三六年判決は最高裁昭和三年六月五日判決を引用しているが、昭和三年判決は、端的に「被告人の占有する他人の物」を着服する行為は横領罪に当たるとしており、委託者の法的請求権を問題としてはいない。「委託信頼関係のある者に、法的請求権が不要である」とする考え方は、違法な所持も所持として保護するとする所持説につながるものである。

最高裁が本権説から所持説へと転換したのは、最判昭和三四年八月二八日（前述二一）であった。その直後に出了た不法原因給付に関する昭和三六年判決が、同様に、民法上の権限の有無にかかわらず、刑法上の保護が及ぶことを認めたことは、極めて自然なことである。窃盗犯人の占有でも保護される以上、給付者に法的請求権がないという理由で、これを保護しないのは権衡を失すると考えられるからである。<sup>(97)</sup>

もつとも、横領罪を所持説と結びつける考え方には学説上の批判も強い。横領罪は所有権に対する罪であり、所持説と同様に説明することはできないとするのである。<sup>(97)</sup> たしかに、横領罪は奪取罪ではないから、「所持説」の考え方をそのまま用いることはできない。しかし、他方で、横領罪が「所有権に対する罪」であるとしても、必ずしも「所有権侵害」のみを処罰するものではないことは前述の通りである。そうだとすれば、「所有権等の法的請求権がないもの」であつても、どのような利益まで実質的に「横領罪の法益」といえるのかを問わざるを得ない。

その判断に当たつて重要なのは、その時代に横領罪としてどのような利益まで保護すべきと考えられているかである。犯罪発生率が低く、当罰性の高い行為が頻発するような状況がなければ、保護の範囲を拡大する必要はない

のであろう。横領罪は、詐欺罪等と比べれば、認知件数の振れ幅が小さい犯罪類型である。それでも、戦後直後一九五〇年前後（昭和二五年前後）には、犯罪発生数が激増していた（一四八頁・図5参照）。そのような状況を踏まえて、昭和三六年判決が登場したと理解できるのである。ただし、時代の変化に対応した解釈という観点からいえば、構成要件該当性を広く捉え、違法阻却で実質的処罰範囲を限定するという方向性を採る余地もある。

(68) 安廣丈夫・最高裁判例解説（刑事篇）昭和六一年二二五頁（最決昭和六一年七月一八日刑集四〇巻五号四三八頁解説）参照。建造物損壊罪における建造物の「他人性」について、民事法からある程度独立した解釈を認める見解を「独立説」、民事法に完全に従属する見解を「従属説」と呼ぶとする。

(69) 小田直樹「財産犯論の視座と詐欺罪の捉え方」広島法学二六巻三号（二〇〇三年）二一八頁。

(70) 島田・前掲注（16）二二頁。さらに、民法自体が統一された見解でないことの指摘として、川端博Ⅱ西田典之Ⅱ日高義博「鼎談・財産犯論の現代的課題」現代刑事法二巻四号（二〇〇〇年）七頁参照。

(71) 林幹人「刑法各論（第二版）」（二〇〇七年）一七〇頁。

(72) 小田・前掲注（69）二二七―二二八頁参照。

(73) 小倉支部判決は、「前借金の支払は……不法原因の給付であると同時に非債弁済でもあることは疑を容れない」とし、「詐欺罪に於ては……相手方の側に財産上の損害を生じないならばその成立を認め得られないもの」であり、本件の場合、被害者Uに民法の規定上返還請求権はなく、損害はUが「自ら招いたものであつてUの自ら負担すべきものであり之を欺罔者であるとは云え被告人等の負担に帰せしめることはできないものであるから法律上の見地からUには何等の損害がなかつたとに帰し」、詐欺罪は成立しないとした。

(74) 隠匿物資に関する最判昭和二十四年二月一日（刑集三巻二号一七五頁）及び最判昭和二五年四月一日（刑集四巻四号五二八頁）である。前述二1参照。伊達秋雄判事は、昭和三〇年の段階で、詐欺罪の罪質が取引の誠実義務違反を処罰するものへと変化していると指摘していた。同・最高裁判例解説（刑事篇）昭和三〇年（最判昭和三〇年一月九日刑集九巻二三号二六二七頁解説）三八九頁参照。

- (75) 伊達秋雄「不法原因給付と詐欺罪」法律のひろば一一卷六号（一九五八年）四九頁参照。
- (76) 伊達・同右五三五四頁参照。
- (77) 拙著・前掲注（一）八一頁、拙稿「権利行使と財産犯」『刑法の基本判例』（一九八八年）一四九頁参照。
- (78) なお、民事法においても、受益者の手段の不法性を重視し、不法原因給付について返還請求を認める判断がなされることがある。松本克美「裏口入学の工作資金の返還約束と不法原因給付」ジュリスト一〇二八号（一九九三年）二〇〇頁参照。
- (79) 藤木英雄『刑法講義各論』（一九七七年）三一七頁、福田平「注釈刑法（6）」（一九六六年）二四一―二四二頁、大谷實『刑法講義各論（新版第四版）』（二〇一三年）二八五頁、前田・前掲注（24）三三七頁参照。
- (80) 中山研一『刑法各論』（一九八四年）二八四―二八五頁、林幹人『財産犯の保護法益』（一九八四年）一六五、一七四頁、曾根威彦『刑法各論（第五版）』（二〇一二年）一五六頁、西田・前掲注（24）二二―二三頁、中森喜彦『刑法各論（第三版）』（二〇一一年）九五頁。
- (81) 西田・同右二二三頁。
- (82) 明治三二年（旧刑法時代）以来の不法原因給付と詐欺・恐喝罪に関する四〇件以上の判例、裁判例において、不法原因給付であることを理由に無罪としたものは四件で、そのうち売春代金の免脱に関するものがこの二件である。他の二件のうち一件が前述の福岡地裁小倉支判昭和三二年六月一八日（前掲注（73））であり、他の一件は賭博代金免脱に関するものである（東京地判昭和三七年七月一七日判タ一三六号五九頁）。これらの判例につき、拙著・注（一）五〇〇頁以下参照。なお、売春代金を強盗手段により免れても強盗罪に当たらないとするものとして、広島地判昭和四三年二月二四日（判時五四八号一〇五頁）。
- (83) 昭和二二年内務省令第三号が出されるまでは、娼妓稼業に関する取締法規として娼妓取締規則があり、公娼制度が認められていた。これに登録されていない売春が取締の対象となっており、警察犯処罰令（明治四一年内務省令第一六号）一条二号は、「密売淫ヲ為シ又ハ其ノ媒介若ハ容止ヲ為シタル者」を処罰していた。島田新一郎「明治憲法下における行政執行法の諸問題」創価大学通信教育部論集第一五号（二〇一二年）一二八頁参照。
- (84) 売春対策審議会編『売春対策の法理』（一九五九年）二一五頁、中山研一「売春防止法の今日的意義と課題」ジュリスト八八二号（一九八七年）三〇頁以下参照。
- (85) 伊達・前掲注（75）四九頁参照。前借金契約を無効とする民事判例（最判昭和三〇年一〇月七日民集一一号九卷一六一―一六六頁）の影響について、井上正治「羽田野忠文」判例にあらわれた財産犯の理論（一九六四年）一七一頁参照。
- (86) 前借金についても、「前貸しをしようとする者は、交付するまでは、―当該契約は無効だとして―民事法上適法に交付を

- 拒否しうる」から、「民事法上保護された適法な利益だといいうる。」とされる。林幹人「不法原因給付と横領罪・詐欺罪」『刑法の基本判例』（一九八八年）一五四頁参照。
- (87) もっとも、同判決は、飲食代金と売春代金を共に免れた行為が問題となっており、原判決が併せて二項詐欺の成立を認めたのに対し、控訴審で、売春代金は除かれるとの判断がなされたものであり、無罪となつたわけではない。なお、前掲・福岡高判昭和二九年三月九日は、さらに端的に、売淫行為の「対価請求権は、明らかに昭和二二年勅令第九号違反の犯罪行為がそれ自体によるもので、法律上何等の保護も与えられないものである。」としている。
- (88) 最決昭和六一年一月一八日（刑集四〇巻七号五二三頁）等。
- (89) なお、殺害行為の報酬の騙取を二項詐欺罪としたものとして、神戸地判平成一四年一月八日（裁判所ウェブサイト）。塩見淳「不法原因給付と詐欺罪・横領罪」法学教室三八八号（二〇一三年）八四頁参照。塩見教授は、判例の「社会秩序の維持」の強調は、昭和二〇年代から三〇年代に限って見られるとする。
- (90) 最判昭和三十六年一月一三日（刑集一五巻一号一三三頁）。同判決は、「被告人等が右婦女との情交を賄賂の目的物として受けることがその婦女の人格を無視することになるとしても、かかる被告人等の行為につき被告人等に取賄罪の刑責を問うことは何等所論婦女の基本的人權に、関するところはない。」として、被告人の違憲の主張を退けている。
- (91) 佐久間修『刑法各論（第二版）』（二〇一二年）二三四頁。
- (92) 団藤重光『刑法綱要各論（第三版）』（一九九〇年）六三七頁、平野龍一『刑法概説』（一九七七年）二二四頁、曾根・前掲注（80）一七三頁、中森・前掲注（80）一三二頁、山口厚『刑法各論（第二版）』（二〇一〇年）三〇三頁、佐伯仁志『刑法判例百選Ⅱ（第六版）』（二〇〇八年）一三三頁など。
- (93) 最高裁は、「刑法二五二条第一項の横領罪の目的物は単に犯人の占有する他人の物であることを要件としているのであつて必ずしも物の給付者において民法上その返還を請求し得べきものであることを要件としていない」とし、当該金員は、「被告人の占有する他人の物」に当たるとした。
- (94) 拙著・前掲注（一）五〇三頁参照。
- (95) 大判大正八年一月一九日（刑録二五輯一三三三頁）。このほか、牙保代金の着服に関する大判大正一一年七月一二日（刑集一卷三三三頁）も、給付者には、「返還ノ請求其ノ他何等ノ権利行使ヲ為スコトヲ得サル」ことを理由として横領罪の成立を否定していた。そして、戦後、昭和二〇年代に出された福岡高判昭和二六年一〇月六日（高判特一九号二八頁）、福岡昭和二九年三月三〇日（高判特二六号七五頁）も、給付者に所有権その他の処分権はないことを挙げて、横領罪の成立を否定している。

(96) 前田・前掲注(24) 三七八頁

(97) 佐伯・前掲注(92) 一一三頁。

## 六 まとめにかえて

既に二〇年以上前に、前田先生は犯罪論の「刑事政策への接近」を論じられ、「刑法解釈論は処罰に値する行為の選別作業を行う」ものであって、刑事政策的視点こそが「不必要な処罰化に対する『障壁』となる」とされた。<sup>(98)</sup> 財産犯の保護法益論とは、財産犯として処罰に値する行為の選別作業を行うものである。そして、保護すべき財産は、犯罪類型によって一律でないだけでなく、時代によっても変化する。戦後直後に所持説が登場したのは、急激な犯罪率の増加に対し、犯罪抑止の要請に応えるものであった。たしかに、「社会秩序を維持すること」が財産犯の法益ではないが、「社会秩序を維持する必要性が高いか否か」は犯罪の成否に影響を及ぼす。犯罪の増加率が余りにも極端であれば、「所持を所持として保護する必要性」が生ずることになる。

もつとも、現在は、そのような極端な治安悪化の状況にはない。しかし、現代において強く要請されているのがテロ対策、マネー・ロンダリング対策、さらには暴力団対策である。もちろん、これらに対する法的規制を財産犯が直接担うものではない。しかし、例えば他人名義の預金口座開設も、犯罪収益の移転や振り込め詐欺が問題となる以前は放任してもよいものであったが、対策の必要性が増せば、本人確認が「重要な事項」として詐欺罪の成否に影響を及ぼす。

また、財産犯が民法に従属するか否かも、社会情勢により影響を受ける。不法原因給付において例外的に無罪と

した売春代金免脱に関する判決も、売春禁止の社会的必要性が高まっていた、売春防止法制定の時期に集中的に出されている。現時点において、売春代金を全く保護する必要がないかは、覚せい剤代金の免脱などのバランスを見て再考する余地もあろう。財産犯は、社会秩序に対する罪ではない。しかし、その時代の社会が求める秩序が財産犯の成立範囲に影響を及ぼすことも否定できないのである。

(98) 前田雅英『現代社会と実質的犯罪論』(一九九二年) 八―九頁。