

窃取した持参人払式小切手を呈示して小切手

支払名下に金員を交付させた行為と詐欺罪の成立

尾後貫 莊太郎

昭和三八年五月一七日最高裁判所第二小法廷決定（昭和三五年(初)第二五九七号窃盗有価証券偽造同行使詐欺被告事件）
判例集第一七卷第四号三三六頁

〔決定要旨〕

窃取した持参人払式小切手を支払銀行の係員に呈示し、正当な所持人がその支払を請求するものと誤信させたりえ、小切手の支払名下に金員を交付させたときは、右小切手の窃盗罪のほかに、金員の詐欺罪が成立する。

（反対意見がある。）

〔事実〕

窃取した持参人払式小切手を呈示して小切手支払名下に金員を交付させた行為と詐欺罪の成立

被告人は昭和三四年一〇月一四日、有限会社Y洋品店事務所において、同会社所有の同会社代表取締役Y振出にかゝるH銀行宛額面四万円の小切手一枚を窃取した後、翌一五日右H銀行に赴き、同銀行係員に対し、右窃取にかゝる小切手を呈示し、あたかも正常に取得した小切手であることと装って現金の支払方を申込み、同係員をして、その旨誤信させ、因って即時同所において同係員より小切手支払名下に現金四万円の交付を受けた。

第一審判決は、右事実の中、小切手を窃取した点は刑法第二三五条に、小切手支払名下に現金の交付を受けた点は同法第二四六条第一項に該当する罪が成立するとして被告人を処断し、そうして第二審判決は「窃盗罪による赃物たる小切手を利用して銀行員を欺罔し、正当なる所持人において小切手の支払を請求するものと誤信せしめ、小切手の支払名下に金員を騙取することは窃盗罪の法益と異なる別個の法益の侵害をなすものといわなければならない。もちろん、小切手の窃取がその後における支払をうくる行為との間に密接不離の關係の存することは否定し得ないけれども、両者は別個の法益の侵害をなすものとして、一方が他方を吸収する關係に立つものとみとむべきではない。ただし、この場合、小切手を窃取した者は小切手の正当な所持人の占有ないし所有の權利を侵害して、これを不法に領得する者であるが、小切手を不法に利用して銀行から、その支払をうける行為は小切手の正当な所持人に対してのみ支払をなす銀行の法益を侵害するものといふべきだからである」と説示して第一審判決を支持した。

〔上告趣意〕

ところで、上告趣意は次のごとし。判示小切手は正当に振出されたものである。果して、しからば振出人たる判示有限会社はその小切手金の支払をなす義務があり、又、その宛名銀行は振出人との間の小切手に関する基本契約、即ち当座勘定契約にもとづき、その小切手の持参人に対し小切手金の支払をなすべき義務があり、その所持人が正当な

所持人であるや否やは問うところでないのみならず、絶対的有価証券たる小切手の性質上、その所持人がたとえ正当な所持人でないとしても、なお、その正当な所持人なりや否やを調査する義務もなければ、その支払を拒む権利もないものであるといわなければならない。さらに、仮りに、第一審判決の記載によって判示小切手が未だ正当に振出されたものと認められないとしても、一般当座勘定契約において同判示の小切手金を支払銀行がその持参人に対して支払うことについては、免責条項が定められていることは裁判所にも顕著なところであり、銀行には何らの責任も損失もないとする商慣習も存在する。従って、第一審判決にいう支払銀行は法律上侵害せられる法益を有していないものと考えることが正当であろう。従って、本件被告人に対し小切手金の支払をうけた点につき詐欺罪の成立を認めることは失当である。なお、この法益の存否に関しては異論もあろうが、憲法第一三条は「すべて国民は個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする」ということにおいて、これによれば結果においては、被告人たる地位におかれた国民の自由を侵害する刑法の解釈に当っては、みだりに個人または私法人の被害法益を拡張解釈し、もしくは擬制することは許されないところである。従って、原判決は結局存在しない被害法益を存在するものと曲解し、国民の自由を不当に制限する有罪の判決をなすことによつて、憲法第一三条の規定に違反し、被告人の自由に対する国政上の保障を裏切つたものといふことができる。従つて、原判決は、詐欺罪の成立を認めることによつて、刑法第二四六条を不当に適用する誤を犯し、これによつて憲法第一三条の規定に反する違法を犯したものとわなければならない。原判決はこの点において破棄するを相当と考える、と。

〔上告審の判断〕

窃取した持参人払式小切手を呈示して小切手支払名下に金員を交付させた行為と詐欺罪の成立

右上告趣意に対して最高裁判所は「憲法一三条違反をいう点もあるが、実質は単なる法令違反の主張に帰し上告適法の理由に当たらない」と挨拶したのであるが、「所論指摘の所為を詐欺罪に間擬した原判断は正当である」と付言した上、「当裁判所昭和二四年（れ）第二八五二号、同二五年二月二四日第二小法廷判決、刑集第四卷第二号二五五頁参照」とした。

しかし、これに対して、河村大助、奥野健一の両裁判官が次のごとき反対意見を述べているのである。いわく——「本件において、被告人が窃取した小切手を利用して銀行から、その額面金額相当の金員を受領した点につき、一審判決は、窃盗の外詐欺罪の成立を認め、両者を併合罪の關係に立つものとして処断し、原判決も右判断を是認している。

しかし、窃盗犯人がみずからその贓物を処分する場合において、その行為が外形上他罪の構成要件を充足する場合においても、それが通常予想される事後処分と認められるものである限り、窃盗罪に包摂され別罪を構成するものではないと解すべきである。ことに、今日の交換経済社会において、窃盗犯人が窃取するは、みずから直接にこれを使用するのではなく、贓物を処分して金銭に換えることを目的とするのが通例である。従って、その贓物を自己の所有物のごとくに装って、他人に売却する場合であっても、窃盗が単に他人の所持を侵害するにとどまらず、所有権を侵害するものである以上、その売却は窃盗の事実上の効果を完うする行為に外ならないものであるから、贓物の処分に関し、必然的に伴う買主に対する欺罔行為は、すでに窃盗の行為において予定され包摂されているものと解するを相当とする。

ところで、本件小切手は、記録によれば、真正に振出された所謂持参人払式小切手であって、被告人みずからその

小切手により銀行から現金の支払をうけているのであるから、右換金行為は次に述べるように前記の贓物処分に比し一層強い理由で窃盜罪に当然吸収されるものといわなければならない。即ち、小切手は支払証券たる性質上ただちに支払をうけ得る一覽払の性質をもち（小切手法二八条一項前段）現金に代わる機能を営む点において、現金的の性格が強く、ことに、本件のごとき持参人払式小切手は所持のみによりて形式的資格を有し、支払人は特別の調査を要せずして証券の所持人に支払すれば足り、かつ有効な支払となるものである。従つて、その換金行為は、窃盜行為に伴う当然の結果として、窃盜行為に対する可罰的評価に当然包含されるものと見るのが相当である。されば、被告人が本件持参人払式小切手をもって支払をうけた行為は、まさに、不可罰的事後行為として詐欺罪の成立を否定せざるを得ない。しかるに、窃盜罪の外、詐欺罪の成立を認めた原判決は刑法二四六条を不当に適用した違法があり、破棄を免れないものと思料する」と。

〔研究〕

旧刑法時代の判例ではあるが、この問題解決の上に重要な参考資料となるものと思われるものがあつて、私は当時の大審院の卓見に敬意を表したいとさえ思つていたので、煩をいとわず、ここにそれを掲げてみようと思つたのである。その判決の一つはかくいふのである。「一所為カ数個ノ罪名ニ触ルルトキハ其ノ所為ノ単一ナルノ点ヨリ一罪ヲ構成スヘキヤ、若クハ其ノ所為カ数個ノ法律違反ヲ構成スルノ点ヨリ其ノ法律違反ニ相当スル数個ノ犯罪ヲ構成スルヤ。換言スレハ、犯罪ノ単一ナルヤ否ヤハ一ニ所為ノ単一ナルヤ否ヤニ依リテ定ムヘキヤ、若クハ法律違反ノ単一ナリヤ否ヤヲ標準トスヘキヤハ、学者間議論ノ一致セサル所ニシテ立法例モ亦タ区々ニ出ツル所ナリ。而シテ、或ル立法ニ於テハ一所為カ数個ノ罪名ニ触レタル場合ニ付、其ノ中ノ最モ重キ罪名ニ從ヒ処断スヘキ旨ノ特別規定ヲ設ケ、純然

窃取した持参人払式小切手を呈示して小切手支払名下に金員を交付させた行為と詐欺罪の成立

タル数罪俱発ノ場合ト區別スルモ、我カ刑法ニハ此ノ点ニ付何等ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ、其ノ所為ハ刑法第百条ヲ適用スヘキ數個ノ犯罪ヲ構成スルヤ、若クハ初メヨリ一ノ刑律ヲ適用スヘキ單一ノ犯罪ヲ構成スヘキヤハ、専ラ犯罪ソノモノノ觀念如何ニ依リテ定マルヘキモノトス。蓋シ、犯罪ハ刑罰ノ制裁ヲ付シタル有責ノ不法行為ナルヲ以テ、此ノ点ヨリ觀察スルトキハ、行為ソノモノヲ以テ犯罪ノ基本トシ、犯罪ノ單一ナルヤ否ヤハ、其ノ行為ノ單一ナルヤ否ヤヲ以テ、唯一ノ標準トナスヘキモノト論スルコトヲ得ヘキカ如シ。然レトモ、法律カ不法行為ヲ為シタルモノニ對シ、犯罪人トシテ刑罰ノ制裁ヲ付スル所以ノモノハ他ナシ。其ノ行為カ特殊ノ法益ヲ侵害スルカ為ニシテ、其ノ行為ヲ為シタル犯人ヲシテ其ノ行為ヨリ生シタル各個ノ法益侵害ニ對シ、其ノ責ニ任セシムルモノニ外ナラス。是レ、法律カ各個ノ法益侵害ニ對シ、特ニ、正条ヲ設ケ之ニ固有ナル刑罰ヲ設クル所以ニシテ、各個ノ法益侵害ハ、實ニ、犯罪行為ノ基本的要素ヲ形成スルモノト謂ハサルヲ得ス。故ニ、犯罪ノ單一ナルヤ否ヤヲ定ムルニハ、犯人ノ為シタル法益ノ侵害ノ單一ナルヤ否ヤヲ以テ標準トスヘク、犯人ノ所為カ數個ノ罪名ニ觸レ又ハ數回同一ノ罪名ニ觸ルルニ於テハ、其ノ所為ノ單一ナルト否トニ論ナク、其ノ法律違反ノ數ニ相当スル犯罪ヲ構成スヘキ筋合ナリトス。之ヲ換言スルトキハ、犯人カ其ノ所為ニ因リ法律ニ罰スル結果ヲ惹起シタルトキハ、其ノ結果ニ對シ、其ノ都度犯人トシテ責任ヲ負フヘク、結果毎ニ犯罪成立シ、其ノ結果ノ異ナルニ從ヒ、犯罪モ亦タ異ナルノ結果ヲ生スルモノトス。是レ、当院從來ノ判例ニ於テ屢々判示シタル所ニシテ、当院ハ本件ノ上告論旨ニ對シ、別ニ之ヲ變更スヘキ理由ヲ發見セサルヲ以テ、從來ノ判例ヲ維持スルヲ相当ナリト認ム。而シテ、原院ノ認メタル事實ニ依リ本件被告ノ犯罪行為ヲ觀察スルニ、其ノ基本タル所為ハ全ク單一ニシテ被告ハ別異ノ所為ニ依リ誣告罪ト文書偽造罪トヲ犯シタルモノニアラサルコトハ所論ノ如シト雖モ、其ノ所為カ二個ノ罪名ニ觸ルル以上ハ、刑法第百条ヲ適用シ、其ノ中ノ最モ重キモノニ

從ヒ処断スヘキ二個ノ犯罪ヲ構成スルハ勿論、誣告ハ犯罪ノ性質又ハ法律ノ規定ニ依リ、文書偽造罪中ニ当然包含セラルヘキモノニハアラサルヲ以テ、所論ノ如ク文書偽造罪ノ結果ナリトシテ之ヲ不問ニ付スルコトヲ得ス。必スヤ各個ノ犯罪ニ付、別々ニ被告ノ責任ヲ問ハサルヘカラス。故ニ、原院カ此ノ主旨ニ從ヒ所論ノ如ク判示シタルハ相当ナリ」(明治三七年一月二日大審院第二刑事部判決、刑録第一〇輯五一頁)と。この判決の事案の内容は、被告はN名義の告訴状を偽造し、その告訴状によつてSを誣告したというものであった。また、その二つとして次のような判例もあるのである。いわく、「凡ソ、別個ノ法益侵害ハ独立ノ犯罪ヲ構成スルモノニシテ、各個ノ法益侵害カ別異ナル犯意ノ発動ニ基クト同一目的ヲ遂行スル為、同一意思ノ発動ニ基クストヲ問フコトナシ。茲ヲ以テ、數個ノ法益侵害ノ所為カ互ニ原因トナリ、結果トナリテ相連絡シ、犯人ノ目的ヨリ見テ之ヲ包括的ニ觀察スルコトヲ得ル場合ト雖モ、旧刑法第三百九十条第二百六条ニ於ケルカ如ク、法律カ特別規定ヲ以テ、之ヲ連結シ単一罪ト為ササル限リハ、裁判所ハ各個ノ所為ヲ以テ各別罪ヲ構成スルモノトシ、其ノ原因タリ結果タルノ故ヲ以テ、一罪トシテ之ヲ処分スルコトヲ得サルモノトス。而シテ、本件ニ在テハ委任状ノ偽造行使ト登記申請書ノ偽造行使トハ、全ク別異ナル法益ノ侵害ニ屬スルヲ以テ、タトヘ其ノ登記申請書ハ委任状偽造ノ結果トシテ成立シタルモノニモセヨ、之ヲ委任状偽造ノ所為中ニ包含セシメテ、之ヲ不問ニ付スルコトヲ得ス。故ニ、原院カ各個ノ所為ニ對シ刑ヲ適用シタルハ相当ナリ」(明治四一年三月五日大審院第二刑事部判決、刑録第一四輯一六一頁)と。

さて、本件決定において参照すべき判例として掲げてある昭和二五年二月二四日第二小法廷判決を瞥見してみよう。それは、次のごときものである。「贓物を処分することは、財産罪に伴う事後処分にすぎないから別罪を構成しないことは勿論であるが、窃取または騙取した郵便貯金通帳を利用して郵便局係員を欺罔し、眞実名義人において貯金

窃取した持参人私式小切手を呈示して小切手支払名下に金員を交付させた行為と詐欺罪の成立

の払戻を請求するものと誤信せしめて貯金の払戻名義の下に金員を騙取することは、更に新法益を侵害する行為であるから、ここに、亦、犯罪の成立を認むべきであって、これをもって赃物の単なる事後処分と同視することはできないのである。しからば、原審が所論郵便貯金通帳を利用して預金を引出した行為に対し、詐欺罪をもって問擬したことは正当であるから、論旨は理由がない」と。この判決は、前記大審院判例と全く軌を一にする見解であり、私も、この見解が正しいと思うのである（大審院判例の中には、例えば明治四四年六月八日第二刑事部判決のごとく、預金引出行為を事後処分行為と見て不可罰とした考え方もあった）。いわゆる不可罰的なものと考えられている事後処分行為なるものは、成立した犯罪の構成要件事実の中に包摂されると解されるものでなければならぬのである。構成要件は法益侵害事実を類型化したものであるから、当該構成要件によって類型化された法益侵害事実と別個の法益侵害事實は、当然、当該構成要件に該当するとはいえず、その別個の法益侵害事実を類型化した構成要件の定めがあるならば、その構成要件に該当するものとして処理されなければならないのである。一つの構成要件がどこまでの法益侵害事実を包摂するかは、その構成要件自体の問題であることはいうまでもないことであり、それは構成要件の目的如何によってきまるわけである。行為者の意思によって構成要件該当事実が拡張されたり、縮小されたりする筋合のものではない。郵便貯金通帳を盗取することが、その通帳を利用して郵便局から貯金を引き出す目的（意思）であったからといって、郵便局から貯金を引き出した所為までも、郵便貯金通帳の窃盗の事実の中に包摂されると考えることはできない。郵便貯金通帳は財物であり、これを所持することが一つの法益であり、この法益は刑法によって保護されるし、また、郵便局の所持する現金は、もとより財物であり、これを所持することが一つの法益であって、これまた、刑法によって保護される。従って、郵便貯金通帳を騙取すれば、それによって詐欺罪の構成要件に該当する事実が成立

するし、その郵便貯金通帳を利用して郵便局から貯金を引き出せば、また、ここに詐欺罪の構成要件に該当する事実の成立するものといわなくてはならないのである。郵便局は所定の手続を踏んだ貯金引出があれば、通帳の名義人に対して免責され、名義人に対して賠償しなくとも、欺罔行為に因って現金の所持（法益）を失ったことによって、法益を侵害されたのである。この理は、郵便貯金通帳に代えて持参人払式小切手、郵便局に代えて小切手の名宛銀行の場合においても同様である。だから、本件の最高裁判所決定において、右昭和二五年二月二四日判決を参照として掲げた上、この判決と同一見解の下に被告人の換金行為を詐欺罪として処断する措置に出たのは、まさに、その所であって、この決定に反対する余地は些かも在り得ない。しかるに、この決定には、河村、奥野両裁判官の反対意見があるのである。そこで、この反対意見の誤を、最後に指摘しておこうと思うのである。そもそも、この反対意見は、上告趣意をそのまま容認しているものであるが、いささか刑法的感覚の欠如があるように思われてならないのである。この反対意見では、持参人払式小切手を現金と同一視し、持参人払式小切手を窃取したことは現金を窃取したのと同じだと見ているようである。そうして、「持参人払式小切手の所持人は銀行から支払をうけ得る資格があり、銀行は特別の調査をしないで所持人に支払すれば足り、かつ、その支払は有効」だというもののごとくである。商法上は、まさに、そのとおりである。だからといって、その商法上の持参人払式小切手の効用ないし効果をもって、刑法上の犯罪成否をきめてはならない。反対意見には刑法的感覚の欠如があるように思われるといったのは、ここである。小切手はあくまでも小切手であり、現金はあくまでも現金であるし、小切手の所持は小切手の所持として保護さるべき法益であり、現金の所持は現金の所持として保護さるべき法益であって、これら法益の侵害は儼として刑法上別個に評価されなければならないのである。私はこの反対意見者の再考を促してやまぬ者である。以上。

窃取した持参人払式小切手を呈示して小切手支払名下に金員を交付させた行為と詐欺罪の成立