

詐欺罪における財産上の損害

裴, 美蘭

九州大学大学院法学研究院 : 助教

<https://doi.org/10.15017/21831>

出版情報 : 法政研究. 78 (4), pp.120-176, 2012-03-09. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :



詐欺罪における財産上の損害

裏 美 蘭

はじめに

第1章 詐欺罪の保護法益

第1節 議論状況

第2節 学説の検討

第3節 構成要件の行為と保護法益

第2章 詐欺罪における財産上の損害

第1節 議論状況

第2節 学説の検討

第3節 実質的財産侵害と財産上の損害

第3章 財産上の損害の判断と詐欺罪の成否

第1節 相当対価が提供された場合

第2節 無償の片面的給付の場合

おわりに

はじめに

詐欺罪は、財産を保護法益とする犯罪類型たる財産犯であり、法益侵害の結果が発生したときに既遂になる侵害犯である。すなわち、刑法における詐欺罪は保護法益としての財産を保護するために定められているものであり、欺罔行為によって保護法益としての財産が侵害された場合にのみ詐欺罪として処罰することができる。

ところが、詐欺罪における財産上の損害に関する日本の従来の通説は、ドイツの詐欺罪の規定との相違に基いて実際の財産上の損害の発生を要しないと解する。⁽¹⁾

一般的に詐欺行為者又は第三者が取得した財産は、錯誤に陥った財産処分者の財産処分行為によって財産処分者から詐欺行為者又は第三者に移転されたものであり、したがって財産処分者の財産処分行為は、常に財産の侵害の結果をもたらすと考えることも可能ではある。しかし、財産処分行為は錯誤に基づいて行われた行為であって、またその錯誤は詐欺行為者の欺罔行為によるものであるとはいえ、財産を処分したのは被欺罔者である。それにもかかわらず、処分行為者の財産処分行為それ自体を財産に対する侵害とし、さらに詐欺行為者による財産侵害と判断することができるのかに関しては疑問が生じる。

そして、「財産の処分」ないし「財産の移転」を財産に対する侵害と判断することができない理由はこれだけではない。財産の処分ないし財産の移転を財産に対する侵害と解するためには、財産の処分ないし財産の移転によって侵害されたのが、保護法益としての財産であるのか否かを見極める必要がある。たとえば、詐欺行為者が被害者の財物又は財産上の利益を取得するために、被害者側に相当な対価を提供した場合はどのように判断されるのであろうか。このような場合には財物又は財産上の利益の移転はあったものの、反対給付として提供された対価によって被害者側には実際の経済的損失はないといえる。そうすると、ここで問題となるのは、財物又は財産上の利益に対する権利の移転ないし権利関係の変動であるが、もともと私人の財産や権利関係などは民法の規定するところであり、刑法の謙抑性に鑑みても民法上の問題を越える場合にのみ、刑法によって処罰すると判断するのが妥当ではないかと思われる。すなわち、詐欺罪における保護法益としての財産は、単なる個別財産それ自体ではなく、個別財産を失うことによって侵害された経済的価値であり、その経済的価値に損失が生じた場合、いわゆる「財産上の損害」が発生した場合に欺罔行為による財産侵害の結果が発生したと解するのが妥当であると思われる。

これと関連して、詐欺行為者又は第三者の「財産の取得」という要件に関しても考えてみる必要がある。たとえ、被害者の財物又は財産上の利益の喪失自体を財産

(1) ドイツ刑法は、263条1項に詐欺罪を規定している。263条1項では「違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的で、虚偽の事実を真実に見せかけることにより又は真実を歪曲若しくは隠蔽することにより、錯誤を生じさせ又は維持させることにより、他人の財産に損害を与えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する」とし、財産上の損害の発生という要件を明示している。

に対する侵害であると判断し、法益侵害の結果が認められるとしても、246条2項によれば財産上の利益を行為客体とする詐欺利得罪の場合には、詐欺行為者又は第三者が財産上の利益を取得しなければならないため、このように相当な対価を提供した場合に詐欺行為者又は第三者が財産上の利益を得たといえるか疑問が残る。勿論、刑法246条2項における「財産上不法の利益を得」というのは、単なる行為客体たる財産上の利益の取得を意味するにすぎないと解釈することも可能である。しかし、詐欺罪における「財産の取得」を、このように形式的に解するのが、果たして妥当なのかということに関しても考えなければならない。行為者に財産上の利得が発生しない利得罪を認めるのは困難であり、また欺罔行為そのものから財産上の損害又は利益が発生することはあり得ないからである。これは詐欺利得罪のみならず、詐欺取財罪においても問題になる。詐欺罪は器物損壊罪など、財産の効用を滅却・減少させる毀棄罪とは異なり、財産の経済的価値を取得するために人の財産を侵害する領得罪である。したがって、単なる財物ないし財産上の利益の取得自体を詐欺行為者の「財産の取得」と判断してしまうと、領得罪と毀棄罪の区別が曖昧になるという問題が生じる。このような観点から考えてみると、詐欺罪が成立するためには、行為客体たる財物ないし財産上の利益の取得ではなく、実質的で経済的な「財産の取得」が必要であると解釈するのが妥当ではないかと思われる。

要するに、財産犯・領得罪・侵害犯的性格を有している詐欺罪の処罰において、「財産上の損害」の発生や「財産の取得」など、財産と関連した構成要件要素に対する十分な検討なしに、詐欺行為者の欺罔行為や被欺罔者の錯誤などに焦点を合わせて詐欺罪の成立を肯定するのは、財産罪としての詐欺罪の性格に反するというべきである。また、このような流れは、実際に財産犯として処罰しえない行為を処罰することによる処罰範囲の拡大をもたらすおそれもある。さらに、詐欺行為者の欺罔行為や被欺罔者の錯誤などの構成要件要素は、詐欺罪において欠かせない要件ではあるが、その概念自体は必ずしも明確とはいえないのであり、このような曖昧な構成要件要素のみを基準とし、詐欺罪の処罰範囲を決めることになると、やはり詐欺罪の処罰範囲も曖昧になってしまうのである。したがって、詐欺罪の成立範囲を

(2) 滝川幸辰「詐欺罪に関する若干の問題」団藤重光ほか編『滝川幸辰刑法著作集第4巻』（世界思想社、1981年）478頁。

明らかにするためにも「財産上の損害」という構成要件要素に関して更なる検討が必要である。

ところが、最近の学説は、財産の喪失、財産上の損害とは異なる、別の観点から詐欺罪の処罰範囲を確定しようとする傾向がある。したがって、以上のような詐欺罪における財産上の損害に関する研究の必要性を踏まえて、本稿では、詐欺罪の保護法益に関する検討とともに詐欺罪における財産上の損害及び詐欺罪の成立範囲に関する既存の研究を分析した上で、刑法の機能や詐欺罪の財産犯的性格に適合する構成要件の定立を試みる。

第1章 詐欺罪の保護法益

第1節 議論状況

一．個別財産説

これは、個別財産を詐欺罪の保護法益とする見解である⁽³⁾。詐欺罪の保護法益に関しては、従来、取引における信義誠実をも保護法益として解する見解があったが⁽⁴⁾、現在では詐欺罪の保護法益は個人の財産であり、取引における信義誠実などは保護法益にならないとする見解が通説である。この見解は、財産のほかに、財産的な取引における真実と信義誠実の維持をも保護法益とみる見解に対して、取引における真実と信義誠実の維持などは、いわば詐欺罪が罰せられることの反射的效果にすぎず、詐欺罪の直接の保護法益と解すべきではないと主張する⁽⁵⁾。

すなわち、取引上の信義誠実の侵害は、民事法上、瑕疵ある意思表示として取消権を肯定し、発生した損害について不法行為を理由とする損害賠償請求権の成立を認めることによって補填されうるため、刑法においては、欺いて他人の財産を侵害することによって、財産秩序に対する重大な危険を現実を生じさせる点を重視する

⁽³⁾ 大谷實『刑法講義各論』（成文堂、新版第3版、2009年）248頁；川端博『刑法各論講義』（成文堂、2007年）287頁；林幹人『刑法各論』（東京大学出版会、第2版、2007年）224頁；斉藤信宰『刑法講義（各論）』（成文堂、新版、2007年）243頁；山中敬一『刑法各論』（成文堂、第2版、2009年）311頁；中山研一『概説刑法II』（成文堂、第4版、2005年）150頁；曾根威彦『刑法各論』（弘文堂、第3版補正3版、2006年）147頁。

⁽⁴⁾ 長島敦『詐欺罪の研究1—判例を中心として—』警察研究22巻1号（1951年）60頁。

⁽⁵⁾ 大塚仁『刑法概説（各論）』（有斐閣、第3版増補版、2005年）240頁。

べきであり、刑罰というきわめて強力な制裁によって保護されるのは、単なる内心的な信義誠実ではなくて、財産であると主張される⁽⁶⁾。この見解によると、信義誠実又は取引の安全自体が刑法上の保護法益となっているわけではなく、信義誠実性を害する詐欺手段によって他人の財産を取得することに詐欺罪の本質があると解すべきであり、財産以外の利益が詐欺手段によって害される場合、たとえば詐欺的手段による結婚いわゆる詐欺結婚などは、詐欺罪を構成しないことになる⁽⁷⁾。

二．財産及び信義誠実の維持説

取引における信義誠実も詐欺罪の保護法益とみる見解もないわけではない。詐欺罪の保護法益は、第1次的には、個人の財産であるが、第2次的ないし副次的な保護法益として、経済取引における信義誠実性の維持を挙げる見解がある⁽⁸⁾。また、この見解は、取引における真実と信義誠実の維持などは、いわば詐欺罪が罰せられることの反射的效果にすぎないという見解に対して、取引上許容される駆け引きと違法な欺罔行為の限界が、結局、当該社会における慣習や条理によって定まるものである以上、副次的に保護される財産法上の取引秩序や信義誠実性が、単なる反射的利益にとどまるというのは正確でないとし、財産的処分の前提となる法律上の条件が具備されておらず、相手方が真実を知っていれば取引を中止したという場合には、詐欺罪を構成しようと主張する⁽⁹⁾。

三．財産取引の自由説

詐欺罪の保護法益を財産取引の自由とみる見解もある。この見解は、詐欺罪や恐喝罪の特性を被害者意思を経由した点に求めるのなら、その当罰性は窃盗罪よりも低いはずであるとしつつ、「財産は処分可能性を本質とするから、被害者意思を経由したのなら、それを財産侵害と言うべきでない。だから、同じ法益に対する当罰性の少ない行為どころではなく、詐欺や恐喝の当罰性は全く違う観点で理由付けるし

⁽⁶⁾ 川端・前掲注(3)『刑法各論講義』287頁。

⁽⁷⁾ 大谷・前掲注(3)『刑法講義各論』248頁。

⁽⁸⁾ 団藤重光『刑法綱要各論』(創文社、第3版、1996年)605頁；佐久間修『刑法各論』(成文堂、2006年)197頁。

⁽⁹⁾ 浅田和茂ほか『刑法各論』(青林書院、補正版、2000年)194頁。

かない。つまり、第三十七章の法益は、財産自体の次元ではなく、被害者意思を悪用した取引という次元で語るべきであり、財産取引の自由という方が適うと思うのである」と主張する⁽¹⁰⁾。また、この見解によれば、通常の枠組みが財産取引の自由を法益と捉えない理由は、それでは内容が不明確であり、実害判定が曖昧になるから適切でないといわれているが、財産取引における私的自治が法秩序の理念である限り、当事者の意思が千差万別なのは当然であり、いかに法的安定性を追及しても、民法もそれを定型化せず、定型のない財産取引が現実の法秩序であると反論される。さらに、判断の明確さや安定性のために、現に財産取引を扱う民法秩序を超えて、独自の物質的・因果的な把握に至るのでは、なぜ処罰するかを真摯に検討しないに等しいとされる⁽¹¹⁾。

この見解に対して、私的自治の尊重の観点から取引の目的への刑法的枠組みを排斥する点に関しては賛成しつつ、詐欺罪では支配喪失のみで財産損害の内実を特定しえないと批判する見解もある⁽¹²⁾。この見解によると、法益たる財産は、「個人が人格として社会共存関係で発展して幸福な生命活動をするための手段的利益として、他者の生存（公共の福祉）を害しない限りで保障される生活に有用な客体に対して人が自由に選択しうる排他的支配利用権」であると解する。これは、財物とは、単なる物の物理的性質それ自体を意味するものではなく、それに対する人の主観的価値決定により初めて規定可能になり、しかも、財物と財産的利益との区別は、その財産形式又は財産状態の把握方法における差異でしかないので、それ以外の点では財産として等価的に統一可能でなければならないこと、それゆえ、個人の自由な価値決定による排他的支配行為により財産性が定まることによって財物と財産上の利益とは共通するという点に基づいているとされる⁽¹³⁾。

さらに、財産処分自由は詐欺罪の保護法益としての財産に内在する一要素であるという見解もある。この見解は、日本における財産概念は財産的損害といかなる関係にあるのかが必ずしも明らかではないとした上で、物質的・金銭的側面の尺度

⁽¹⁰⁾ 小田直樹「財産犯罪の視座と詐欺罪の捉え方」広島法学26巻3号（2003年）208頁。

⁽¹¹⁾ 小田・前掲注(10)「財産犯罪の視座と詐欺罪の捉え方」210頁。

⁽¹²⁾ 長井圓「証書詐欺罪の成立要件と人格的財産概念」坂倉宏博士古稀祝賀『現代社会型犯罪の諸問題』（勤草書房、2004年）339頁。

⁽¹³⁾ 長井・前掲注(12)「証書詐欺罪の成立要件と人格的財産概念」331頁。

のみならず、財産的処分自由が侵害されたことも財産的損害の判断のために必要と考えるならば、それは、財産概念の内部に財産的処分自由が含まれていることにほかならないとする。⁽¹⁴⁾

第2節 学説の検討

詐欺罪の保護法益に対する学説は、大きく三つの問題に分けて検討する必要がある。第一は、国家的法益に対して欺罔行為があった場合、詐欺罪は成立するかという問題である。⁽¹⁵⁾第二は、保護法益としての財産を個別財産と解すべきか、全体財産と解すべきかという点である。第三は、財産以外の副次的保護法益を認めるべきか否かということである。このうち、第二と第三が財産上の損害の発生と関連して問題となる。

日本では詐欺罪の保護法益に関して、詐欺罪を個別財産に対する罪と解する見解が多く、この見解における詐欺罪の保護法益としての財産は、個人の個別財産それ自体を意味する。⁽¹⁶⁾これは財産上の損害の発生が明文化されていないことを根拠とし

⁽¹⁴⁾ 足立友子「詐欺罪における欺罔行為について(四)」法政論集214号(2006年)357頁。

⁽¹⁵⁾ この問題に関して簡単に触れておく。この問題では詐欺罪は個人的法益に対する罪に該当することから、保護法益である財産の主体が個人ではなく、国家である場合にも詐欺罪が成立するのかが争点になる。ドイツの場合には、個人の財産のみならず、公的な財産も詐欺罪の保護法益に該当すると解されているが(Satzger, Helmut / Schmitt, Bertram / Widmaier, Gunter, Strafgesetzbuch Kommentar, 1.Aufl., 2009, §263 Rn.7; Lackner, Karl / Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, 26.Aufl., 2007, §263 Rn.33.)、日本の場合、否定説と肯定説が対立している(否定説は、大塚・前掲注(5)『刑法概説(各論)』240頁;福田平「詐欺罪の問題点」日本刑法学会編『刑法講座第6巻』(有斐閣、1967年)80頁;中森喜彦『刑法各論』(有斐閣、第2版、1996年)142頁;川端・前掲注(3)『刑法各論講義』288頁。そして、肯定説は、西田典之『刑法各論』(弘文堂、第4版、2008年)175頁;大谷・前掲注(3)『刑法講義各論』248頁;菊池京子「詐欺罪の諸問題」現代刑事法2巻4号(2000年)52頁;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700号(2006年)71頁;伊藤渉「不正受給と詐欺」西田典之ほか編『刑法の争点』(2007年)188頁;高橋省吾『大コンメンタル刑法第13巻[第246条~第264条]』16頁[大塚仁ほか編](青林書院、第二版、2008年);斉藤・前掲注(3)『刑法講義(各論)』243頁。判例も、詐欺罪肯定説を採っている。配給食料の受給行為に関する最判昭和23・11・4刑集2巻12号1446頁、農地として国有地を買受ける行為に関する最決昭和51・4・1刑集30巻3号425頁等では、詐欺罪の成立を認めている)。思うに、肯定説のほうが妥当である。確かに、脱税などの場合には、詐欺罪を認めるには財産的侵害ないし財産処分行為の有無などの問題が残っている。しかし、行為者側から国家に対して積極的に財産処分行為をさせた場合、たとえば、補助金詐欺、生活保護費の不正受給などの場合には、詐欺罪の構成要件を満たすとして詐欺罪を認めるのが妥当であると思われる。政府補助金や生活保護費の支給等において受給者の数が限定されている場合には、行為者が受給資格を偽って配給を受けた場合には、実際の受給対象者が配給を受けられない場合も生じる可能性がある。つまり、国家の財産とはいえ、全く個人とは関係のない財産であるとはいえないのである。

⁽¹⁶⁾ 一方、ドイツの場合には、詐欺罪の保護法益を全体としての財産とみる見解が通説であり、個別財産に対する侵害があっても、それが全体財産の損害と繋がらない場合には詐欺罪が成立しないと解する(BGHSt 16. 220. 321; Satzger/Schmitt/Widmaier, a.a.O., §263 Rn.7; Lackner/Kühl, a.a.O., §263 Rn.33.; Joecks, Wolfgang, Strafgesetzbuch, 8.Aufl., 2009, §263 Rn.1.; Faust, Florian / Fehling, Michael / Rönnau, Thomas, Grund und Grenzen des Eigentums und

ている。日本の通説は、詐欺罪があくまでも財産犯である以上、なんらかの財産上の損害の発生を必要とするとしても、詐欺罪の保護法益としての財産を個別財産と判断する限りでは、財物や財産上の利益の交付（財物の喪失）自体が損害であると解しており、これに対しては、実質的に財産上の損害を不要とする立場とかわりがないとの指摘がある。⁽¹⁷⁾そして、この通説の立場からは、双務契約における相手方の反対給付に関する事情はすべて法益侵害と無関係なものとなるが、「通常の経済取引において、品物の引渡しはすべて財産的損害の発生で、品物を受けとるのは法益侵害であるというのは、あまり不自然であり、品物を売った者は金を受け取れないからこそ損害を受けるのであって、品物を渡したことだけで損害を受けたとは考えない」というべきであろう。また、交換取引においては財産の交付者は対価を獲得するために自らの財産を自らの意思で交付するのであるから、ともかくも騙されて交付しさえすれば詐欺罪が成立すると考えることは妥当ではないと思われる。もし、通説が、財物を交付することは、それによってその財物を利用、収益、処分することができなくなるのであるから、たとえどんな対価を得ようが、騙されて財物を交付した以上は、提供された対価とは無関係な利益の損失なのだというならば、そこで保護されているものは、財物・財産権を錯誤によらずに自由に処分できるとでしかないという指摘もある。⁽¹⁸⁾つまり、通説は個人の財産のみを詐欺罪の保護法益と解しているが、個別財産の保護によって実際に保護されるのが、財産取引の自由にほかならないとすれば、結局、実質的な財産上の損害の発生を不要とする見解と大差がないというべきである。

そこで、保護法益を個別財産と判断することから生じる問題点を解決するために、端的に、財産取引の自由という点に注目して詐欺罪の保護法益を判断しようとする主張がなされたり、財産以外の保護法益に関する議論がなされたりもしている。これらの研究には、単なる副次的保護法益の問題を超え、処分行為の自由を積極的に財産として捉え、詐欺罪の保護法益は財産であるとの大前提を崩すことなく様々な

Vermögensschutzes, Jus 2006. S.18 ; Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl., 2010., §263 Rn.3 ; Eisele, Jörg, Strafrecht Besonderer Teil II, 2009, Rn.492.).

⁽¹⁷⁾ 西田・前掲注(15)【刑法各論】189頁。

⁽¹⁸⁾ 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号(1985年)105頁。

⁽¹⁹⁾ 菊池京子「詐欺罪における財産上の損害についての一考察(一)」東海法学19号(1998年)88頁。

問題点を解決しようとするもの⁽²⁰⁾や、さらには財産取引の自由を詐欺罪の保護法益として判断するものも含まれている。

しかし、詐欺罪は財産犯罪であり、詐欺罪の保護法益は第一次的に財産そのものを基準として判断しなければならない。すなわち、第一次的には財産を基準として保護法益を判断し、それだけでは問題点が解決できない場合にのみ、財産以外の保護法益に関して検討するのが妥当であると思われる。通説は、詐欺罪の保護法益を個別財産であると解しているが、それを全体財産として捉え直すのであれば、明文上財産上の損害が規定されているのか否かに関係なく、財産上の損害の発生が必要であると解することになり、一応詐欺罪の本質に適合する解釈が可能であると思われる⁽²¹⁾。

日本の学説においても、詐欺罪の保護法益を個別財産と判断する限り、財産罪の本質に適合する解釈ができないとの指摘が繰り返されてきており、詐欺罪を全体財産に対する罪と解する見解も現に主張されている⁽²²⁾。しかし、財産上の損害を独立の成立要件とし、財産犯の成立を限定づける見解に対しては、明文上の根拠がないうえ、全体財産に対する罪として規定されている背任罪との立法上の構成の差異を無視するものであり妥当でないとの批判が存する⁽²³⁾。

以下では、現行刑法における詐欺罪を全体財産に対する罪として判断しうる可能性に関して検討し、また、財産以外の副次的な保護法益を認める必要性があるかどうかに関しても検討を加える。

一．全体財産説

日本の学説が詐欺罪の保護法益としての財産を、全体財産ではなく個別財産として判断するもっとも大きな理由は、日本の詐欺罪には財産上の損害という要件が明文化されていないことである。しかし、日本と同様に財産上の損害という要件が明文化されていない韓国では、詐欺罪を全体財産に対する罪として理解するのが一般

⁽²⁰⁾ 菊池京子「詐欺罪における財産上の損害についての一考察」東海法学19・23号（1998・2000年）、足立友子「詐欺罪における欺罔行為について」法政論集208・211・212・214・215号（2005・2006年）等。

⁽²¹⁾ 김상호「詐欺罪의 財産上 損害」東亜法学17号（1994年）156면。参照。

⁽²²⁾ 林幹人『財産犯の保護法益』（東京大学出版会、1984年）105頁。

⁽²³⁾ 山口厚『刑法各論』（有斐閣、補訂版、2005年）241頁。

的である。⁽²⁴⁾日本及び韓国の詐欺罪の規定は、条文上相当な類似性を有しているにもかかわらず、詐欺罪の保護法益としての財産に対してはお互いに異なる判断をしているのである。日本及び韓国の詐欺罪の規定は、財物を行爲客体とする場合、表現上若干の違いはあるが、他人に財物を「交付させる」行爲を行爲者の構成要件的行爲としており、したがって、韓国の議論を手がかりとして、日本の詐欺罪の解釈において、詐欺罪の保護法益を全体財産と解釈することができるか否かを検討することは十分に可能であると思われる。

韓国の学説が全体財産を詐欺罪の保護法益と解するもっとも重要な理由は、財産罪の本質にあると思われる。すなわち、詐欺罪の本質は、行爲者が他人を欺いて当

(24) 이재상『刑法各論』(博英社、第6版、2009年)324면; 김성돈『刑法各論』(成均館大学出版社、2008年)316면; 문형식『財産犯罪論의 理解』(全南大学出版社、2006年)141면; 박상기『刑法各論』(法文社、第6版、2005年)302면; 김일수『詐欺의 刑法的規律』法曹 35卷(1986年)36면; 김상호・前掲注(21)『詐欺罪의 財産上 損害』151면; 안경옥『詐欺罪에 関한 立法論的檢討』刑事法研究22号(2004年)797면; 김일수/서보학『새로운 刑法各論』(博英社、第5版、2003年)403면; 이인규『刑法講義II(各論)』(裕豊出版社、2006年)337면.

(25) 韓国刑法は、347条に詐欺罪を規定している。347条1項は「人を欺罔し、財物の交付を受け又は財産上の利益を取得した者は10年以下の懲役若しくは2千万ウォン以下の罰金に処する」とし、2項では「前項の方法により、第三者に財物の交付を受けさせ又は財産上の利益を取得させたときも、同項と同様とする」としている。

(26) 思うに、詐欺取財罪の場合も詐欺行爲者の財産取得行爲を必要とすると判断しなければならない。詐欺罪は取引を通じて行われる財産犯罪であり、被欺罔者の瑕疵ある意思(錯誤)に基づいて財物・利益が移転する点にその本質がある。ただ、錯誤は内心の状態にすぎず、それ自身が財産の移転をもたらすことはないため、被欺罔者の欺罔行爲と財産の移転とを結び付けるものとして、交付行爲が必要とされることになる(曾根威彦ほか編『重点課題刑法各論』123頁[北川佳世子](成文堂、2008年); 齊藤・前掲注(3)『刑法講義(各論)』248頁)。また、財産交付行爲は、その行爲客体に関係なく財産の移転を直接にもたらす行爲でなければならないということが認められている(山口厚『問題探究刑法各論』(有斐閣、1999年)149頁; 林幹人『詐欺罪における処分行爲(上)』法学セミナー471号(1994年)88頁)。したがって、1項詐欺において被欺罔者の財物交付行爲は、被欺罔者から行爲者又は第三者への財物の移転を伴う行爲でなければならない。そして、学説は、行爲者の財物を交付させる行爲に関しては、被欺罔者の錯誤に基づいた財産処分行爲によって財物の占有を取得することと説明している(高橋・前掲注(15)『大コンメンタール刑法[第二版]第13巻[第246条～第264条]』70頁; 松宮孝明『刑法各論講義』(成文堂、第2版、2008年)240頁; 曾根・前掲注(3)『刑法各論』150頁; 川端博『財産犯罪の点景[刑事法研究第4巻]』(成文堂、1996年)122頁)。つまり、1項詐欺の場合にも被欺罔者の財物交付行爲によって財物の占有が行爲者又は第三者に移転されることが要求され、またそれによる行爲者又は第三者の占有の取得も要求されると解釈すべきであり、学説もこのように解している。ただ、この場合、被欺罔者の財物交付行爲は財物の移転をもたらすだけで、行爲者又は第三者が占有を取得する行爲は、行爲者の「交付させる」行爲と同義として理解するのが妥当であると思われる。すなわち、処分行爲者の財物交付行爲は、窃盗罪や強盗罪とは異なり、財物交付行爲によって移転された財物は詐欺行爲者側に届かず、詐欺行爲者が財物を取得することができない場合もありうる。そして、財物交付行爲自体はあくまでも処分行爲者の行爲であり、「財産の取得」を詐欺行爲者の行爲によるものとして帰属させる解釈が必要であると思われる。要するに、処分行爲者の財産処分行爲がそれ自体は、「財物の移転」を意味することにすぎず、詐欺行爲者の「財物を交付させる」行爲を詐欺罪の構成要件として理解すれば、これを「財物の取得」の意味を含む行爲として解することができる。そうすることによって、1項詐欺の場合においても被欺罔者の財物交付行爲による行爲者又は第三者への占有の移転及びその結果として行爲者又は第三者の占有の取得が必要であると解することができ、結局、詐欺罪は行爲客体を問わず、行爲者又は第三者が被害者のなんらかの財産を取得した場合に限り成立することになる。

事者又は第三者に財産上の損害を被らせることであり、詐欺罪が存在する目的は、人々の財産を詐取行為から保護することである。また、行為者又は第三者の財産の取得は、必ずしも相手方の財産の損害を意味するものではなく、相手方が財産上の被害を受けない限度で、利益を取得した行為を処罰するのは、詐欺罪を定めた刑法規範の趣旨に反することになる。詐欺罪は、誰にも財産の損害を与えずに、ただ自分の利益を取得した者を処罰する規範ではない。財産上の利益の取得は、必然的に他人における財産の損失を伴うのである。したがって、詐欺罪の構成要件としての行為者又は第三者の財産上の利益の取得は、根本的に被害者の財産上の損害、財産に対する侵害に基づいた財産上の利益の取得であることが要求されることになる。2項詐欺罪においては財産上の利益を得ることが明示されているのに対して、1項には財物を交付させることが規定されているのみであるが、財物を交付させる行為を行為者が他人から財物を取得する行為と解すれば、行為者の財産の取得というのは、行為客体に関係なく詐欺罪の構成要件に該当するものになる。つまり、行為者又は第三者の財産上の利益の取得が詐欺罪の構成要件であるのならば、必然的に被害者の財産の侵害又は財産上の損害も構成要件に該当するものになるのである。⁽²⁹⁾

このように、詐欺罪の本質に照らしてみると、財産上の損害を詐欺罪の構成要件とすることは可能であると思われる。問題になるのは、財産上の損害という要件を単なる財物の交付ないし財産の喪失と判断するのではなく、被害者の実際的な財産上の損害として解することができるのかということである。この問題は、行為客体としての財産と保護法益としての財産を異なる観点から把握することで解決できると思われる。詐欺罪を全体財産に対する罪と解する見解は、詐欺罪の条文に書かれている「財物」、「財産権」を犯罪の客体と解したうえで、財物・財産権が犯罪の客体になる場合でも、経済的損害がなければ刑法上の損害はないとすることも理論的

⁽²⁷⁾ 한정환 「詐欺罪에서의 欺罔과 財産上の 利益取得」 刑事法研究12卷 (1999年) 331면.

⁽²⁸⁾ 도종진 「詐欺罪와 經濟犯罪의 關係」 刑事政策研究20卷1号 (2009年) 462면.

⁽²⁹⁾ なぜなら、詐欺罪の場合には、損害と利得とが表裏の関係にあること、すなわちいわゆる「損害と利益との材料同質」が要求されているためである(滝川・前掲注(2)「詐欺罪に関する若干の問題」475頁)。「損害と利益との材料同質」、言い換えれば、「損害と利得との素材同一性」というのは、行為者は、被害者の財産から直接に生ずる財産的利益を、利益が損害の裏面であるという形で追求するのだから、つまり、利益と損害は呼応しあって、あるいは対応しあっていないから、ということの意味する(松宮孝明「詐欺罪における不法領得の意思について」立命館法学292号(2003年)1920頁)。これは、損害と利得とが全く同一である必要はないが、少なくとも同一の交付行為から、損害と利得が直接に発生し、利得が損害の反対側面をなし、そこに対応関係が認められる必要があると解されている(林・前掲注(2)「財産犯の保護法益」254頁)。

には全く可能であるとする⁽³⁰⁾。

行為客体とは、構成要件に規定されている攻撃の対象として行為者の行為が狙う具体的な対象を意味するが⁽³¹⁾、刑法における保護法益とは、犯罪の処罰によって保護される一定の利益を意味する。すべての犯罪規定は、法益の保護を目的とし、法益のない犯罪はない⁽³²⁾。すなわち、法益概念は、構成要件によって保護される価値、抽象的な実体を意味し、構成要件の行為態様の具体的な対象である行為客体とは区別されるものである。詐欺罪に規定されている財物や財産上の利益は、犯罪の対象、すなわち、行為客体であり⁽³³⁾、犯罪の保護法益とは区別される。そして、攻撃の対象となった行為客体は、財物と財産上の利益とで明確に分けられるが、構成要件的行為によって侵害された被害者の財産は、行為客体のように明確に分けられるものではない。さらに、刑法における財産の保護は、民法とは異なり、財産に対する権利それ自体が保護されるのではなく、権利に基づいた財産又は経済的価値が保護されるのである。したがって、行為客体に対する侵害や行為客体の権利に対する侵害だけでは、保護法益の侵害は認められず、実際の経済的価値に対する侵害、すなわち財産上の損害が要求されることになるのである。

二．副次的保護法益

詐欺罪の保護法益に関する議論において、財産の保護形態とともに、活発に議論されているもう一つの争点は、副次的保護法益を認めるべきか否かの問題である。しかし、上述したように、現行法の規定の下でも詐欺罪の保護法益を全体財産として判断することも可能であり、財産以外の副次的保護法益を認めなければならない理由はないと思われる。むしろ、詐欺罪や恐喝罪などの犯罪に対して、その手段の特性によって副次的保護法益ないし財産以外の保護法益を定めようとすること自体に疑問がある。詐欺罪の手段となる欺罔は、恐喝罪における暴行や脅迫とは異なり、刑法上それ自体が独立した法益侵害とはならないから、欺罔によって財産を侵害する場合にのみ違法性を有すると解すべきである⁽³⁴⁾。すなわち、詐欺罪は財産犯である

⁽³⁰⁾ 林・前掲注(22)『財産犯の保護法益』105頁。

⁽³¹⁾ 김성준・前掲注(24)『刑法各論』168면.

⁽³²⁾ 浅田和茂『刑法総論』(成文堂、補正版、2007年)11頁。

⁽³³⁾ 안경옥・前掲注(24)「詐欺罪에 관한 立法論的 檢討」797면.

ことから、たとえ欺罔手段によって処分行為が行われても、それが財産以外の利益である場合（たとえば、詐欺結婚）には、詐欺罪を構成しない。そして、欺罔はあくまでも財産侵害の手段であるという点を徹底すれば、いわゆる取引上の信義誠実の侵害ないし財産取引の自由の侵害があったとしても、それだけでは財産罪を構成することではないのである。⁽³⁵⁾

そして、詐欺罪における財産の移転は、被害者若しくは被欺罔者によるのであり、それが瑕疵ある意思に基づいている移転であるとしても、少なくとも被害者若しくは被欺罔者の意思に基づいている限り、それは被害者若しくは被欺罔者の行為であるのは間違いない事実であり、被害者又は被欺罔者は、行為者の単純な機械的道具にすぎないとはいえない。したがって、ある程度処分者の自由な意思決定の状況は認められる。すなわち、処分行為者の完全に自由な意思に基づいて処分した場合には、法律が介入する必要はなく、可罰的評価の対象にならなくなる。又は、処分行為者の処分行為に対して処分行為者の主体的な性格若しくは人格的な属性を除去すると、行為者の行為に利用される道具に過ぎないことになってしまう。もし、処分行為者の処分行為には、このような道具としての意味しかないとすれば、強盗罪などの財産取得行為とは区別されないから、被害者側の財産処分行為の行為性を強調せざるを得ない。⁽³⁶⁾したがって、処分行為者の財産取引の自由が完全に侵害されたとはいいがたく、むしろ被欺罔者の財産処分行為を判断する際には、瑕疵ある意思に基づいているとはいえ、ある程度自由な意思に基づいて処分行為を行っている点を強調する必要があると思われる。

そして、取引上の真実ないし信義誠実の維持などは、あまりにも曖昧な概念であることから、独立な法益として認められない。⁽³⁷⁾詐欺罪の保護法益に財産のほかに取引上の真実・信義誠実違反などが含まれるかどうかは、単なる保護法益の判断の違いにすぎないという見解もある。この見解によると、詐欺罪の不法内容は財産の侵害という法益の侵害のみならず、その侵害態様によって規定されているが、後

⁽³⁴⁾ 浅田和茂「詐欺罪の問題点」中山研一ほか編『現代刑法講座第4巻刑法各論の諸問題』（成文堂、1982年）316～317頁。

⁽³⁵⁾ 中山研一『刑法各論』（成文堂、1990年）264頁。

⁽³⁶⁾ 박광섭「刑法에 있어서 被害者側面에 관한 研究」法学研究18巻1号（2007年）411면。

⁽³⁷⁾ 조준현「詐欺罪의 保護法益論」刑事判例研究会編『刑事判例研究（1）』（1993年）154면。

者を詐欺罪の法益とみるかどうかは、法益を客観的なものに限るか、行為態様をも法益概念に包摂するかという法益概念の把握の仕方の違いによるものにすぎないとされている⁽³⁸⁾。しかし、この見解も、法益概念を精神化・観念化すると法益概念が曖昧なものとなる危険があるから、法益概念を客観的なものに限る方が法益侵害を曖昧なものにしないという意味において妥当であるとし、財産そのものだけが詐欺罪の保護法益となるとしている⁽³⁹⁾。なお、この見解は、取引における信義誠実の侵害に詐欺罪の本質を見いだそうとする立場を強調すると、詐欺罪は財産的性格を失い、取引の安全に対する罪として、社会的法益に対する罪ということになり、かつ詐欺罪の成立範囲を拡大することになると批判する⁽⁴⁰⁾。したがって、副次的保護法益や非物質的保護法益などを詐欺罪の保護法益として認めるのは妥当でないと思われる。

取引上の信義誠実性や財産取引の自由などが保護法益に含まれないとしても、そのような側面が詐欺罪の判断において全く考慮されないというわけでもない。そもそも詐欺罪は、行為者の欺罔行為や被欺罔者の財産処分行為がなければ成立しない犯罪であり、行為者の欺罔行為や被欺罔者の財産処分行為は詐欺罪の構成要件として認められている。取引の信義誠実性や財産取引の自由などは、欺罔行為及び財産処分行為と絡んでいる要素であり、欺罔行為や財産処分行為を判断する際に十分に考慮されていると思われる。すなわち、取引の信義誠実性及び被欺罔者の財産処分の自由を侵害した行為が、被害者の財産の損害を発生させた場合に、詐欺罪は成立するのである。したがって、財産取引の自由のみを詐欺罪の保護法益であると解すれば、結局行為不法のみで詐欺罪の成否を判断することになる。

そして、詐欺罪の保護法益を財産に限定づけるのは、刑法の謙抑性に鑑みても妥当であると思われる。様々な経済取引が行われている現代社会では、単なる行為者と被害者との間での詐欺行為のみならず、被害者と被欺罔者とが異なる三角詐欺な

⁽³⁸⁾ 福田・前掲注(15)「詐欺罪の問題点」79頁；中川祐夫「詐欺罪の成立要件」阿部純二ほか編『刑法基本講座第5巻—財産犯論』（法学書院、1993年）167頁。

⁽³⁹⁾ 福田・前掲注(15)「詐欺罪の問題点」79頁。財産又は生命、身体、健康などの古典的な法益のかわりに、広範囲で不明瞭な、又は内容のない法益が保護される傾向、いわゆる法益概念の非物質化傾向が保護法益論における問題として指摘されている。これに関しては、松宮孝明「法益論の意義と限界を論ずる意味—問題提起に代えて—」刑法雑誌47巻1号（2007年）；嘉門優「法益論の現代的意義」刑法雑誌47巻1号（2007年）等参照。

⁽⁴⁰⁾ 福田平『刑法各論』（有斐閣、第3版増補、2002年）249頁；中川・前掲注(38)「詐欺罪の成立要件」167頁。

ど、複雑な取引関係が成立しているのであって、財産取引の自由を保護するための努力は、多数の加害者及び被害者を発生させるおそれがある。財産保護の分野においては、刑法は最前線から退いて、やや離れた立場からその役割を演じてきたし、またこれからも演ずべきものとされている。その主な理由は、次の二つの点に集約される。第一は、経済取引、財産的取引の分野には私的自治の原則、契約自由の原則が強くはたらき、国家的干渉をできるだけ排除しようという原理が支配しているからであり、第二は、刑罰や刑法には長所とともに短所があり、それ自体謙抑的にならざるをえない性格があるからである。このような観点から考えてみると、単に「財産取引の自由」が侵害されたに過ぎない事案には、意思決定の自由を保護するために設けられている民事法上の制度、すなわち詐欺による意思表示の取り消しなどによって規律するのが妥当であり、またそれだけで十分ではないかと思われる。したがって、欺罔によって他人の財産を侵害したときに、はじめて詐欺罪が成立すると判断するのが妥当であり、刑法によって保護されるのは、あくまでも財産であると思われる。

第3節 構成要件的行為と保護法益

副次的保護法益として議論されている取引上の信義誠実や財産取引の自由などに關して、詐欺罪の本質に照らして考えてみると、結果無価値としての財産と行為無価値としての信頼などをともに認めるのが妥当であるかもしれない。しかし、取引上の真实性や信義誠実などは、刑罰的保護の対象になりうるほど、明確な対象ではなく、詐欺罪を個別財産に対する罪として判断する理解と非物質的保護法益を認める理解とが結びつくと、実際の財産上の損害の発生を必要としない取引上の信頼の保護に繋がり、財産上の損害とは無関係な場合においても詐欺罪の成立を認めるおそれがある。そうになると、詐欺罪は財産犯罪ではなく、財産権者の財産取引の自由を保護する犯罪になってしまうのである。したがって、欺罔行為があつたとしても財産に対する侵害がない場合には、詐欺罪は成立せず⁽⁴²⁾、結局取引上の信義誠実な

⁽⁴¹⁾ 西原春夫「刑法における財産の保護」中山研一ほか編『現代刑法講座第4巻刑法各論の諸問題』（成文堂、1982年）213頁。

⁽⁴²⁾ 박상기・前掲注(24)『刑法各論』303～304면。

どは、詐欺罪の保護法益というより、欺罔行為に該当するか否かを判断する基準であるとするのが妥当である。⁽⁴³⁾すなわち、詐欺罪における取引上の信義誠実や財産取引の自由などを保護するためには、構成要件を明確にする必要があると思われる。そして、詐欺罪の保護法益は、ほかの財産犯罪と同様に財産そのものであるとし、財産に対する侵害を保護法益に対する侵害として判断するのが妥当である。

ところが、すべての財産犯罪の保護法益が財産であるとすれば、各財産犯罪の法定刑の相違や立法上の構造的相違が説明できないという問題点が生じうる。この点、たとえば、背任罪との相違について、詐欺罪を個別財産に対する罪とする見解からは、窃盗罪や詐欺罪は財物移転罪であり、単なる財産侵害罪である背任罪とは異なるとしたうえで、全体財産に対する罪では全体財産において何らかの経済的損害が生じていることで足り、個別の移転可能な物・利益の喪失が被害者に生じていることまでは不要であるとし、このような犯罪の構造や性格の相違が両罪の法定刑の上限の差に現れるといった説明がなされることがある。⁽⁴⁴⁾他方、窃盗罪との相違について、窃盗罪の保護法益に対しては、既述したように副次的保護法益に対する議論はなく、本権説と占有説の対立があるだけである。ちなみに、窃盗罪の場合には平成18年改正により、「50万円以下」の罰金刑が導入され、詐欺罪や恐喝罪に比べて法定刑が軽いとも考えられるが、その立法趣旨によれば、万引き事犯の起訴問題を解決するためであることから、窃盗罪が詐欺罪・恐喝罪よりその当罰性が低い犯罪と解されているわけではない。⁽⁴⁵⁾それにもかかわらず、詐欺罪のみに副次的保護法益を認めるのは妥当ではないと思われる。

以下では、上記の点を念頭におき、詐欺罪の構成要件およびほかの財産犯罪の構成要件的行為と保護法益の関係について検討する。

⁽⁴³⁾ 오영근 「財産犯罪의 体系에 對한 韓・獨 刑法의 比較研究」 刑事法研究11号 (1999年) 197頁。
⁽⁴⁴⁾ 山口厚 「詐欺罪における財産的損害」 法学教室213号 (1998年) 77頁。

⁽⁴⁵⁾ ①窃盗罪は、同罪の中にも、被害額の少ない万引き事犯のように、起訴すべきか否かの判断に困難を伴うような比較的軽い類型のものも少なくないこと、②成人による万引き事犯の検挙件数は、最近の約10年間で倍増していることが改正の理由とされている。そして、本改正について、これまで個別の事案において検察官や裁判官が自由刑相当としていた判断に影響を与えるものではなく、不起訴にしていた事案を罰金で警告するという趣旨であると説明されている (松宮孝明編『ハイブリッド刑法各論』〔嘉門優〕122頁 (法律文化社、2009年))。

一．財産移転を要する財産犯罪

詐欺罪は、欺罔行為、被欺罔者の錯誤、被欺罔者の財産処分行為、財物の移転ないし財産上の利益の取得が必要であり、これらの間には因果関係が必要であると解されてきた。すなわち、欺罔行為が行為者の行為であるのに対して、詐欺罪における財産処分行為は、被欺罔者の行為であり、これは行為者の欺罔行為と財産取得行為を繋げる要件である。また、通説によると、財物を客体とする場合には、詐欺罪の財産処分行為が詐欺罪と窃盗罪を区別し、財産上の利益を客体とする場合には、これが詐欺罪と不可罰的な利益窃盗を区別する基準となる。⁽⁴⁶⁾したがって、たとえ他人を騙す行為があっても、相手方に処分行為をさせることに向けられたものでない限り欺罔行為に当たらず、詐欺未遂罪も成立しないと解される。⁽⁴⁷⁾すなわち、欺罔行為が詐欺罪の固有な特性であることは間違いないが、欺罔行為だけでは足りず、被欺罔者の財産処分行為によって詐欺罪は成立するということである。つまり、詐欺罪の成立を判断する際には、第一次的には相手方の財産処分行為を伴う行為であるのかを基準とし、その後その財産処分行為が欺罔行為に基づいているのかが問題となる。したがって、詐欺罪の構成要件の行為を判断する際には、行為者の欺罔行為と被害者の財産処分行為を分けて判断するのではなく、欺罔行為、及び、被欺罔者の財産処分行為に基づく行為者の財産取得行為を構成要件の行為と判断するのが妥当である。そして、被欺罔者の財産処分行為は、詐欺行為者又は第三者の財産取得行為を形成している一要素として判断すべきである。詐欺罪の行為主体は、あくまでも詐欺行為者であり、被欺罔者は行為者又は第三者の財産の取得を容易にする単なる補助者にすぎないからである。

領得犯罪は、大別して財産の移転を要件とする犯罪と財産の移転を要しない犯罪とに分けられ、前者には窃盗罪、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪が該当し、後者には横領罪、背任罪などが該当する。そして、財産の移転を要件とする犯罪のなかでは、窃盗罪と強盗罪は被害者の意思に反する取得という点で奪取罪とされ、詐欺罪と恐喝罪は被害者の瑕疵ある意思に基づいた財産の交付行為を必要とする点で交付罪とさ

⁽⁴⁶⁾ 伊藤渉「詐欺罪—交付行為と財産上の損害」法学教室215号（1998年）22頁；山口・前掲注（26）『問題探究刑法各論』147頁；井田良「処分行為の意義」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、第6版、2007年）182頁。

⁽⁴⁷⁾ 井田・前掲注（46）「処分行為の意義」182頁。

れる。まず、財産の移転を要件とする犯罪において、それぞれ窃盗罪では窃取行為が、強盗罪では強取行為が、詐欺罪では欺罔行為が、そして恐喝罪で恐喝行為が構成要件の行為と解されている。そして、強盗罪の場合には強取行為の手段的行為として暴行や脅迫などがあり、詐欺罪と恐喝罪の場合には欺罔（恐喝）行為の行為者とは異なる被欺罔者（被恐喝者）の財産処分行為が問題となっている。しかし、窃取行為者の窃取行為や強盗行為者の強取行為が、財産の取得行為であるのに対して、欺罔行為や恐喝行為は財産の取得とは直接的な関係のない行為であり、単なる人を欺く行為はその自体では可罰性のない行為である。また、恐喝行為の手段である暴行や脅迫も、犯罪を構成する行為であるが、財産犯罪を構成する行為ではないことから、それ自体は財産の取得と直接にかかわっている行為ではない。したがって、窃盗罪や強盗罪のみならず、詐欺罪や恐喝罪においても財産の取得行為を行為者の構成要件的な行為として判断するのが妥当であると思われる。

これによると、窃盗罪の場合には、窃取行為という唯一の行為のみが必要であるが、強盗罪の場合には暴行又は脅迫という手段的行為を用いた強取行為、そして詐欺罪の場合には欺罔という手段的行為を用いた財産取得行為、そして恐喝罪の場合には恐喝を用いた財産取得行為が構成要件の行為となる。したがって、窃盗罪を除いた三つの犯罪には、基本的な構成要件の行為以外に、手段的行為が存在するといえる。しかし、詐欺罪と恐喝罪の場合には、窃盗罪や強盗罪とは異なり、被欺罔者ないし被恐喝者の意思に基づいた財産処分行為によって財産を取得することで、その当罰性が低くなると説明できる。つまり、財産を取得する際に、直接的な行為を行うのか、それとも間接的な行為にとどまるのか、そして、手段的行為を利用するのか、それとも一つの行為だけで財産を取得するのかによって法定刑の相違を説明することができると思われる。手段的行為を利用し、被害者の意思に反した財産取得行為を必要とする強盗罪が財産犯罪のなかでもっとも重い刑で処罰される。そして、手段的行為を用いる犯罪ではないが、直接的な財産取得行為を必要とする窃盗罪は、手段的行為を用いる犯罪であるが、被欺罔者ないし被恐喝者の財産処分行為に基づいて間接的に財産を取得する詐欺罪・恐喝罪とともに10年以下の懲役刑によって処罰される。すなわち、被欺罔者ないし被恐喝者の財産処分行為は、当罰性を高める行為ではなく、むしろ行為者の行為の当罰性を低くするのである。財産取引の自由

を詐欺罪の保護法益とみる立場からは、詐欺罪や恐喝罪が被害者の意思を経由する点で窃盗罪より当罰性は低いが、財産取引の自由も保護法益であるから、窃盗罪と詐欺罪・恐喝罪は同一の懲役刑によって処罰されるとしている。しかし、詐欺罪や恐喝罪は、窃取行為だけで財産を取得する窃盗罪に比べて、財産取得行為と手段的行為、二つの行為によって財産を取得するが、被欺罔者ないし被恐喝者の瑕疵ある意思に基づいた行為によって財産を取得することから、直接的な財産取得行為よりは当罰性が低くなると判断する方がより論理的であると思われる。

そして、詐欺罪における欺罔行為と恐喝罪における恐喝行為において、恐喝行為の手段的行為である脅迫と暴行は、欺罔行為のように被害者又は財産処分者に財産の処分をさせるための行為であれば足り、それが財産を処分させる程度を超える場合には恐喝罪を構成するのではなく、強盗罪などの別の犯罪を構成することになる。言い換えれば、詐欺罪と恐喝罪は、財産を処分させ、財物又は財産上の利益を取得することによって平行した関係が認められている⁽⁴⁸⁾。したがって、詐欺罪の欺罔行為と恐喝罪の恐喝行為を同様に判断することに問題はないと思われる。

二．財産移転を要しない財産犯罪

財産移転を要しない領得犯罪としては横領罪と背任罪がある。横領罪の構成要件的行為は横領行為であり、背任罪の構成要件的行為は背任行為である。横領罪と背任罪は、それぞれ横領行為と背任行為をいかに解するかによって、それに関する判断は異なることになるが、基本的な構成要件的行為だけで財産に対する侵害を発生させるという点では、窃盗罪と類似している。しかし、横領罪における財物の占有の取得や背任罪における財産上利益を処理する権限の獲得などは、財産所有者の意思に基づいていることから、完全に被害者の意思に反することとはいえない。むしろ、財物の占有の取得や財産に対する権限の取得においては、財産所有者のある種の助力があったといえ、この点は詐欺罪・恐喝罪と類似しており、したがって、横領罪と背任罪は、窃盗罪より軽い刑で処罰されるといえよう。そして、背任罪の方が横領罪より軽い理由は、横領行為と背任行為との相違によるもので、その行為

⁽⁴⁸⁾ 大塚・前掲注(5)『刑法概説(各論)』275頁以下。

自体の解釈によって変化しうるが、両犯罪が窃盗罪、詐欺罪、または、恐喝罪より軽い刑で処罰される点については問題なく説明される。

一方、詐欺罪を個別財産に対する罪と判断する見解からは、背任罪とほかの財産犯罪との立法的構造の相違、すなわち、背任罪の場合には財産上の損害の発生が明文化されているのに対し、詐欺罪やその他の財産犯罪ではそうではないことが根拠とされる。これに対しては、財産上の損害それ自体、及び、財産上の損害と財産上の利益の取得との関係について検討することで、異なる解釈が可能になると思われる。一般的には、行為者が財産を取得することによって、被害者側には財産に対する侵害の結果として財産上の損害が発生することになる。すなわち、行為者の財産的利得の発生と被害者の財産上の損害の発生とは表裏一体の関係にあり、その意味では、行為者の財産の取得は、被害者の財産上の損害に基づいた取得でなければならない。したがって、財産の取得というのは、ある意味で、財産上の損害という要件とともに構成要件要素として要求していることを意味する。つまり、窃盗罪、強盗罪、詐欺罪、及び、恐喝罪の場合には財産の取得が構成要件要素とされることによって、被害者側の財産上の損害という要件も常に要求されているのである。しかし、背任罪の場合には、財産上の利益を取得する目的があることだけで足り、実際に財産上の利益を取得しなかったとしても、被害者側に財産上の損害が発生した場合には背任罪が成立する。言い換えれば、背任罪と同じく財産上の利益を行為客体とする犯罪においては、すべて「財産上不法の利益を得」ることを要件としているが、背任罪のみは「自己若しくは第三者の利益を図」ることだけで足りるとし、行為者若しくは第三者の利益の取得がない場合にも、本人に財産上の損害を加えた「とき」に背任罪が成立することを強調するものであると思われる。つまり、ほかの財産犯罪では、「した者」に対する処罰を意味するのに対して、背任罪の場合には、「事務を処理する者が」「財産上の損害を加えたとき」に処罰されるという、時期を限定づけるための文言であり、もっぱら背任罪のみに財産上の損害が構成要件として要求されると解釈する必然性はないと思われる。

以上の検討により、詐欺罪の保護法益は全体財産であり、財産は、個人の財産であるのか、国家の財産であるのかを問わず、詐欺罪の保護法益として保護されると解釈することができる。また、取引上の信義誠実や財産取引の自由などは保護法益

に含まれないと判断するのが妥当である。このように判断することによって、詐欺罪が成立するためには、財産の喪失ないし交付だけでは足りず、実際の財産上の損害の発生が必要となる。すなわち、財産上の損害の発生という要件は、詐欺罪の成立範囲を限る、根本的な判断基準に位置づけられなければならない。以下では、詐欺罪における財産上の損害に関して検討する。

第2章 詐欺罪における財産上の損害

第1節 議論状況

一．個別財産喪失説

(一) 形式的個別財産喪失説

この説は、詐欺罪を個別財産に対する罪と解し、真実を告げれば相手方は財物を交付しないとみられる場合にもかかわらず、欺罔行為によって相手方が財物を交付した場合に交付それ自体が財産上の損害に該当するとするものである⁽⁴⁹⁾。この見解は、被害者にとっては、財物を喪失することによって、それを使用、収益、処分する利益を失うのであるから、それが人を欺く行為に基づく以上、損害があるとし、財物の価値を越える対価を提供しても、詐欺罪の成立を妨げないと主張する⁽⁵⁰⁾。

この説においては、2項詐欺罪について全体財産に対する罪としての性格を認める見解が多い。そこでは、1項詐欺罪に対しては完全に個別財産に対する罪として判断しているが、2項詐欺罪に対しては個別財産に対する罪としての一面と、全体財産に対する罪としての一面を併有すると解されている。したがって、被害者の財産上の損害についても両者を区別して考えるべきであるとし、前者においては、行為者が相当の対価を支払っても、財物以外の個々の財産権の喪失自体が損害であるから詐欺罪が成立するが、後者においては、被害者の全体財産に損害が発生することが要求されると解される⁽⁵¹⁾。

⁽⁴⁹⁾ 団藤・前掲注(8)『刑法綱要各論』619頁；福田・前掲注(15)「詐欺罪の問題点」83頁；大塚・前掲注(5)『刑法概説(各論)』255頁；川端博『刑法各論講義』(2007年)296頁。

⁽⁵⁰⁾ 大塚・前掲注(5)『刑法概説(各論)』256頁。

⁽⁵¹⁾ 大塚・前掲注(5)『刑法概説(各論)』266頁；川端・前掲注(3)『刑法各論講義』300頁。

(二) 実質的個別財産喪失説

この説は、財物又は財産上の利益の交付自体が財産上の損害であると解する形式的個別財産喪失説によると、実質的には財産上の損害を不要とする立場とかわりがないとし、詐欺罪は財産犯である以上、実質的な財産上の損害の発生は必要であり、損害の判断は、実質的に損害が発生したかどうかを基準としなければならないとする⁽⁵²⁾。そして、財産的損害の発生を検討する際には、交付・処分される財物や財産上の利益自体に含まれる経済的利益のみならず、それを交付・処分することの社会的意味なども考慮して、被処分者の被る経済的損害の存否を実質的に判断する必要があり、またこの社会的意味は時代により変化しうるものであるから、実質的個別財産損害説によって判断するのが妥当であると説明される。⁽⁵³⁾

二. 全体財産喪失説

この説は、単なる財産的損害又は財産的利得のみでは、詐欺罪を構成するには不十分であるとし、行為者の行為によって全体財産の減少が発生した場合に財産上の損害を認める⁽⁵⁴⁾。この説によれば、詐欺が有償的に行われる場合においては、次の基準によって損害の有無が判断される。①まず財物と対価との純然たる客観的価値を比較し、②次にそれが相等しい場合においては、被害者の主観的地位から見た価値をやや客観的に比較し、③最後に純然たる主観的事情であっても、当事者間において特にこれを条件としたものと認めるべきときには、これに基づく価値を比較して決される⁽⁵⁵⁾。すなわち、全体財産喪失説においても、金銭上の損得という観点のみによって刑法上の損害を考えるのではなく、市場価値ないし交換価値という客観的価値とともに、使用価値ないし愛情価値という主観的価値をも損害の判定の要素として考慮しているのが分かる⁽⁵⁶⁾。

⁽⁵²⁾ 山中・前掲注(3)『刑法各論』340頁；西田・前掲注(15)『刑法各論』189頁；前田雅英『刑法各論講義』(東京大学出版会、第4版、2007年)287頁；中森・前掲注(15)『刑法各論』146頁；曾根・前掲注(3)『刑法各論』148頁；中山研一『刑法各論』(成文堂、1984年)264頁；星周一郎『詐欺罪の機能と損害概念』研修738号(2009年)6頁。

⁽⁵³⁾ 星・前掲注(52)『詐欺罪の機能と損害概念』6頁。

⁽⁵⁴⁾ 林・前掲注(3)『刑法各論』142頁；滝川幸辰『刑法各論』(世界思想社、1951年)152頁；宮本英脩『刑法大綱』(弘文堂書房、1935年)370頁。

⁽⁵⁵⁾ 宮本・前掲注(54)『刑法各論』370頁。

⁽⁵⁶⁾ 林・前掲注(3)『刑法各論』143頁。

三．法益関係的錯誤説

これは、詐欺罪における財産上の損害の問題を法益関係的錯誤の問題として捉える見解である⁽⁵⁷⁾。

この説によれば、法益としての財産は交換手段・目的達成の手段として保護されるものであり、物・利益が交付行為者の完全な意思に基づいて移転した場合には、物・利益の移転に何らの法益侵害性も認められないから、物・利益を移転する有効な意思の存在が否定されるときに、物・利益の移転について法益侵害性が肯定される。そして、有効な移転意思の存在は、法益関係的錯誤がある場合にのみ否定されると解し、被欺罔者に法益関係的錯誤がある場合に、詐欺罪の成立要件としての錯誤が認められ、それに基づく交付行為による物・利益の移転について法益侵害性が肯定されて、詐欺罪が成立しうることになるとされる。また、法益関係的錯誤の判断においては、被欺罔者が認識したような財産交換が実現したか、財産の交付により達成しようとした目的が達成されたかが問題であり、これが否定される場合に法益関係的錯誤が認められると説明される。それゆえ、交付した財産の範囲・価値に錯誤がある場合、反対給付や給付目的の内容について錯誤がある場合には、法益関係的錯誤が認められるが、財産交換・目的達成とは直接関係しない付随的事情について錯誤が存するにすぎない場合には、法益関係的錯誤の存在が否定される⁽⁵⁸⁾。

このような立場をまとめれば、詐欺罪における錯誤とは、「①交付した財産自体の内容・価値に関する錯誤か、②被害者が自己の財産と引替えに達成しようとした社会的・経済的目的に関する錯誤として限定的に理解される」ことになる⁽⁵⁹⁾。

四．目的不達成論

この見解は、被害者が財産交付をしたのは、一定の社会的目的を達成するため

⁽⁵⁷⁾ 佐伯・前掲注(18)「被害者の錯誤について」102頁以下；佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』（岩波書店、2006年）106頁；山口・前掲注(26)『問題探究刑法各論』169頁以下；橋爪隆「詐欺罪（下）」法学教室294巻（2005年）94頁以下。

⁽⁵⁸⁾ 山口・前掲注(23)『刑法各論』263～264頁。これに対して、付随的事情が経済的に重要な場合には、たとえ、財物・財産上の利益そのものについての経済的価値に錯誤がなくとも、付随的に発生する経済的損害について錯誤があれば、その錯誤に基づいて交付・処分した財物・利益は、そのもの自体が損害であるという見解もある（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60巻4号（2008年）1080～1081頁）。

⁽⁵⁹⁾ 橋爪・前掲注(57)「詐欺罪（下）」95頁。

あり、その目的が達成されなかった場合には財産上の損害を認める。この見解は、処分行為の自由が詐欺罪の保護法益として議論されていることに着目し、処分行為の自由は、多くの論者によって詐欺罪の保護対象に含めるものではないと否定されているが、実際のところ、処分行為の自由の内容自体はほとんど検討されることのないまま、あたかも論ずるまでもなく否定されていると指摘しつつ、処分行為の自由が問題となる様々な場合について一つ一つ検討を進め、処分行為の自由といわれるものの内容を明らかにし、それが詐欺罪にどのように関わりうるかを探っていくならば、詐欺罪の保護法益や不法性が明らかになると説明する。⁽⁶⁰⁾

そして、詐欺罪の財産上の損害が認められるといえるのは、獲得した対価が、その対価を得るために交付した財産に見合ったものではないために、交付した財産が無意味な・無駄な出費に終わってしまったといえる場合に限られると解する。しかし、この見解は、給付と反対給付の金銭的価値を比較し、全体財産の減少を必要とするものではなく、あくまでも個別財産に対する罪であるという前提の下で、更に交換取引という特殊性を考慮し、提供された対価が交付した財産に見合ったものであるかどうかという意味において、提供された対価を含めて財産上の損害の有無を判断するものであると説明している。⁽⁶¹⁾そして、有償の交換取引の場合と無償の片面的給付の場合で、多少なりとも経済的価値のある対価を得るか、それとも非物理的な目的達成という対価を得るかの違いはあっても、損害の判断における問題点は同じであり、有償の交換取引の場合の損害判定において考慮されるべき主観的・個別的事情は、取得した対価が取引の際に前提とされた目的のために利用できないような場合であるとされる。対価が当初の目的のために利用できないということは、言い換えれば、その対価を利用する目的が達成されなかったということでもあるから、有償の交換取引においても、無償の片面的給付の場合においても、損害判定の基準は、目的が達成しているか否かにあると説明される。しかも、詐欺罪は個別財産に対する罪であるから、有償の交換取引であっても、無償の片面的給付であっても、騙して財産を交付させれば財産の喪失という損害が発生するとし、両者とも財産を

⁽⁶⁰⁾ 菊池・前掲注(19)「詐欺罪における財産上の損害についての一考察(一)」79頁。

⁽⁶¹⁾ 菊池京子「詐欺罪における財産上の損害についての一考察(完)」東海法学23号(2000年)87～88頁。

交付することによって財産の喪失という損害が発生している場合であるから、目的不達成の見解を両者に共通の損害判断基準として用いることは可能であるとされる。したがって、有償取引の場合に、約束通りの対価を得たならば、当初の目的は達成されているのであるから、詐欺罪の財産上の損害は認められないとされる。⁽⁶²⁾なお、財産処分⁽⁶³⁾の自由は詐欺罪の保護法益としての財産に内在する一要素であると主張する見解も、目的不達成論を詐欺罪の成立範囲の決定基準として採用している。⁽⁶⁴⁾

五. 欺罔・錯誤限定論

この見解も、個別財産に対する罪としての詐欺罪において、財物を交付したこと自体が損害であるとして、結局欺罔により財物を移転させることだけで詐欺罪が成立するという形式的個別財産喪失説に疑問を提起し、財産に対する罪としての詐欺罪を問題にする以上、客観的に何らかの形で財産法益の侵害といえるような効果が生じていることが必要であるとする。そして、欺罔行為の内容によって法益侵害の実質的判断を異にすべきであるとす。⁽⁶⁵⁾

この見解は、財産上の損害の判断において、最も争点になっている二つの問題、反対給付の提供はあったがその反対給付の属性を偽っている場合と補助金詐欺や寄付金詐欺など、被欺罔者が交付した財物の受給者の資格や用途を偽った場合について次のように判断する。まず、反対給付の属性を偽った場合は、行為者の得た給付と相手方の得た反対給付との価値の大小は問題とすべきではなく、あくまで、相手方において得ようとした反対給付と実際に提供された反対給付との間に、財産的見地からみて重要な食い違いがあるか否か、すなわち、反対給付の属性についての錯誤が財産的見地からみて重要なか、という判断をすべきであると主張する。つまり、日本の詐欺罪には、財産の減少は条文上の要件とはされていないから、特定の客体

⁽⁶²⁾ 菊池・前掲注(61)「詐欺罪における財産上の損害についての一考察(完)」109頁。

⁽⁶³⁾ 足立・前掲注(20)「詐欺罪における欺罔行為について」参照。

⁽⁶⁴⁾ 類似の見解として、取引の財産損害は、当事者間で契約に向けて表示され「合意された取引の目的・内容の実現不能(実質的な主観的財産損害)」であると主張する見解もある(長井圓「消費者取引と詐欺罪の法益保護機能」刑法雑誌34巻2号(1995年)314～317頁)。

⁽⁶⁵⁾ 伊藤渉「詐欺罪における財産的損害(一)～(五)一その要否と限界一」警察研究63巻4～8号(1992年)；伊藤渉「詐欺罪における財産的損害一その要否と限界一」刑法雑誌42巻2号(2003年)。この見解は、欺罔行為は法益関係の錯誤をもたらすものでなければならぬとしつつも、欺罔・錯誤の要件を限定的に解して、財産上の損害を判断していることから、ここでは欺罔・錯誤限定説と記しておく。

が相手方から行為者に移転した場合においてそれが財産上重要な錯誤に基づく場合には、当該客体をもって損害と評価しうると説明している。⁽⁶⁶⁾

また、被欺罔者が交付した財物の受給者の資格ないし用途に対する欺罔があった場合には、社会的目的の失敗が財産上の損害の判断基準となるとする。そして、このような目的が考慮される場面としては、第一に、何らかの財産的給付を行うに当り、寄付金の提供のように最初から反対給付の取得を断念するか、または、たとえば、被災地に利用すべく、給付の相手方を当該目的に合致する者に限定するような場合、第二に、給付目的物が農業用地や配給物資のように限られた資源であって、当該資源を社会全体にとってより効果的に利用すべく、給付の相手方を当該目的に合致する者に限定する場合があります、もしこれらの目的が実現する見込みがないにもかかわらず、そのような目的を掲げて当該給付を受けるならば、そこではやはり給付の経済的効果の前提となる事実を偽って給付を受けたものとして、損害が肯定できるとされている。⁽⁶⁷⁾

第2節 学説の検討

一. 財産喪失説

日本において、詐欺罪は個別財産に対する罪として理解されてきたことから、詐欺罪における財産上の損害に対する従来の通説である、形式的個別財産喪失説は、財産上の損害を非常に形式的に判断する。しかし、この見解によれば、財物の交付さえあれば、常に財産上の損害が発生することになり、実質的には損害の発生を不要とする立場とかわりがないことになる。したがって、詐欺罪の財産犯的な性格が名目化されてしまう問題点を内包している。この問題点を解決するために、主張されたのが、実質的個別的財産喪失説である。この見解は、詐欺罪を個別財産に対する罪として判断している点では、形式的個別財産喪失説と同一であるが、財産上の損害の判断においては、交付・処分される財物や財産上の利益自体に含まれる経済的利益のみならず、それを交付・処分することの社会的意味、使用価値なども考慮して、被処分者の被る経済的損害の存否を実質的に判断しようとした。反面、詐

⁽⁶⁶⁾ 伊藤・前掲注(65)「詐欺罪における財産的損害—その要否と限界—」146頁。

⁽⁶⁷⁾ 伊藤・前掲注(65)「詐欺罪における財産的損害—その要否と限界—」150頁。

欺罪を全体財産に対する罪として判断する見解からは、行為者の行為によって全体財産の減少が発生した場合に財産上の損害を認める。この見解は、財産処分行為の前後の全体財産の減少を第一次的な基準とするが、それだけでなく、市場価値ないし交換価値という客観的価値とともに、使用価値ないし愛情価値という主観的価値をも損害の判定の要素として考慮する。すなわち、実質的財産喪失説と全体財産喪失説は、財産上の損害における経済的価値の判断においては違いがあるものの、判断に際して考慮される要素は酷似している。ところが、実質的個別財産喪失説については、「社会通念上損害と呼べるか否かに対する実質的な判断」が、そして、全体財産喪失説については、「主観的価値」という基準が必ずしも明確なものではないと批判されることになった。したがって、最近の学説は詐欺罪における保護法益の侵害に対して、財産の喪失という観点からではなく、別の観点から詐欺罪の処罰範囲を定めようと試みることになった。

二. その他の学説

詐欺罪の成立範囲の設定に対しては、様々な研究がなされているが、そのような研究の根本となっているのが、法益関係の錯誤説と目的不達成論であるといえよう。

しかし、これらの見解が詐欺罪の保護法益の侵害として挙げている、社会的目的や取引の目的などは、単なる財産の使用・収益・処分と関連している価値にすぎず、せいぜい財産が有している価値の一部にすぎない。さらに、このような価値は、詐欺罪における欺罔行為や被欺罔者の錯誤と関連しているものであるため、最近有力に主張されている学説は、財産の経済的価値に対する判断をほとんど行っていないといっても過言ではない。結局、これらの見解も、保護法益としての財産の経済的価値に対する判断は、形式的個別財産喪失説や実質的個別財産喪失説に任せることになってしまう。そうすると、詐欺罪の成立範囲に対する議論と財産上の損害の発生に対する議論は、再び財産上の損害を形式的に判断してもいいのかという疑問に戻ることになる。すなわち、詐欺罪の成立範囲を定める際には、欺罔行為、錯誤、財産上の損害、財産上の利益など、ある特定の構成要件要素のみに着目して定めるはならないのであり、各々の構成要件要素をすべて慎重に検討する必要がある。現在の議論は、財産上の損害の客観的・経済的判断に関しては何らの新たな判断もし

ないまま、財産の主観的側面のみを判断しており、さらに、財産の主観的側面を実質的に判断するが故に、財産の客観的側面は形式的にしか判断されない状態に陥ってしまっているのではないかと思われる。

このような学説の流れは、やはり詐欺罪を個別財産に対する罪として理解していることに基づいていると思われる。そうすると、その前提の妥当性に関して、より詳細に検討し、また詐欺罪を全体財産に対する罪として判断する余地に関しても考えてみる必要があるのではないかと思われる。また、この前提の根拠となっているのは、日本の詐欺罪はドイツの詐欺罪の規定とは異なり、構成要件として財産上の損害を要していないという点である。しかし、上述のとおり、日本の詐欺罪の規定と類似する規定を有している韓国の議論に鑑みても、詐欺罪を全体財産に対する罪と解釈することも可能である。さらに、個別研究の根拠となっている目的不達成論や人的財産概念なども、全てドイツの議論に基づいているのであり、日本の詐欺罪とドイツの詐欺罪との相違によって全体財産に対する罪という論理が受け入れられないのであれば、ほかの理論も直接に受け入れられないのではないかという疑念さえ生じる。したがって、以下では財産上の損害に関する日本とドイツ、韓国の議論状況を比較・検討し、詐欺罪の成立範囲の判断基準としての財産上の損害について具体的に検討することにする。

第3節 実質的財産侵害と財産上の損害

一. 実質的財産侵害不要説

日本と韓国の議論を比較してみよう。財産上の損害に関する韓国の議論は、大別して必要説、不要説、折衷説が対立しているが、ここではとりわけ必要説と不要説を中心に、日本の学説と比較する。韓国における詐欺罪の保護法益に関する通説は、

⁽⁶⁸⁾ 김성돈・前掲注(24)『刑法各論』330면; 박상기・前掲注(24)『刑法各論〔第6版〕』326면; 임웅『刑法各論』(法文社、改正版、2005年)357면; 김상호・前掲注(21)「詐欺罪의 財産上損害」156면; 한정환・前掲注(27)「詐欺罪에서의 欺罔과 財産上의 利益取得」343면; 이정원「詐欺罪에서 財産上 損害의 概念에 관한 研究」比較刑事法研究2卷1号(2001年)119면; 임웅/손찬호「詐欺罪의 保護法益과 構成要件으로서의 財産上 損害」成均館法學15卷1号(2004年)105면; 황만성「刑法上 詐欺罪 關連規定의 制·改正方案」刑事政策研究20卷1号(2009年)479면.

⁽⁶⁹⁾ 오영근『刑法各論』(博英社、第2版、2003年)494면; 백형구「詐欺罪의 構成要件의 行為와 既遂時期」考試界(2005年)14면.

⁽⁷⁰⁾ 정성근「詐欺罪에 관한 研究」法曹29卷(1980年)30면; 문형섭・前掲注(24)「財産犯罪論의 理解」143면.

全体としての財産を詐欺罪の保護法益と解する見解であり、財産上の損害必要説によると、全体財産の減少が発生しない限り詐欺罪は成立せず、すなわち相当対価を支払って財物を騙取した場合には、財産上の損害が発生しないことから、詐欺罪は不成立となる。このような結論は、日本において詐欺罪を全体財産に対する罪と解する見解と同様である。反面、財産上の損害不要説は、刑法に財産上の損害の発生は明文化されていないことと共に、「財物を交付させたり、財産上の利益を騙取する場合には、財産上の損害が発生するのは通常」であり、一般的に財産を騙取する際にそれに相応しい対価を提供する場合はほとんどないことを主な理由として、相当対価を支払って財産を騙取した場合にも詐欺罪は成立すると解している。すなわち、この見解は財産の取得それ自体が財産上の損害であり、実質的な財産上の損害の発生は不要であると解する。したがって、この見解は、日本の形式的個別財産喪失説と同様である。つまり、形式的個別財産喪失説は実質的な財産上の損害を考慮しないで、形式的には財産上の損害に関して検討していると理解されているが、実は財産的損害という要件を不要とし、これに関しては検討していないと評価することも可能である。そして、すでに検討したとおり実質的個別財産喪失説を始めとする、詐欺罪の成立に関する研究は、個別的な財物ないし財産上の利益の喪失それ自体で保護法益に対する侵害があったと判断することに疑問を提起している。すなわち、財物又は財産上の利益の喪失ではなく、実際的な財産上の損害の発生が必要であることに関してはほとんどの研究は賛成しているのである。

ドイツの場合も同様である。ドイツにおいて、詐欺罪における財産上の損害に関する学説は、大別して全体財産の減少に基づいて判断する損害概念説（主観的損害概念説、客観的損害概念説、客観的・個別的損害概念説など）⁽⁷¹⁾といわゆる個人的財

⁽⁷¹⁾ 客観的損害概念は経済的損害概念とも呼ばれる。この学説は経済的財産概念と結び付いている損害概念であり、財産上の地位の喪失は、それが経済的に同等に評価しうるほかの地位によって填補されなかった場合のみ、財産上の損害として認められる(Lackner, Karl, Strafrechtsgesetzbuch, 10. Aufl., 1988, §263 Rn.130ff.)。客観的損害概念を支持する見解によると、財産は被欺罔者の財産処分行為を通じて経済的な総価値が減少したとき、単なる財産の増加が発生しなかったときではなく、財産ないしその価値が減ったとき、又は損失が直接的な増大を通じて清算されることなしに、新しい債務が生じたときに損害を被る(全体差引勘定、Lackner/Kühl, a.a.O., §263 Rn.36.)。この学説は、財産の刑法的保護に関して次の基本的構想に従っていると思われる。すなわち、法的地位の個別的な(又は形式的な)保護(とくに、所有権、そのほかの用益権、担保権などの物権上の権利、まれに債権的な権利)によって特徴づけられる財産罪は、狭義の財産罪(たとえば、詐欺罪、恐喝罪又は背任罪)においては、財産の総価値の減少から人を保護しようとする(Faust/Fehling/Rönnau, a.a.O., S.18.)。つまり、詐欺罪は狭義の財産罪であり、侵害の結果としての全体財産の経済的な価値の減少、言い換えれば財産上の損害から財産を保護しようとする。

産概念（動的財産概念、人的財産概念、機能的財産概念など）に基づいている目的不達成説に分かれているといえる。なかでも、ドイツの主観的損害概念は、日本の形式的個別財産喪失説、韓国の損害不要説と類似している。主観的損害概念説によれば、権利と義務は相互に相殺されず、他の補償の可能性は否定されることから、財産の交付によって財産に対する権利を喪失すれば、損害は発生することになり、それ以外の実質的な財産上の損害の発生は考慮されない⁽⁷⁴⁾。この問題点から、主観的損害概念説は、現在全く支持されていない。やはり財産の侵害、すなわち財産上の損害に関する実質的な検討なしに、単なる形式的判断をするだけでは足りないという点についてはほとんどの学説が認めているのである。

二. 実質的財産侵害必要説

ドイツの通説である客観的・個別的損害概念は日本の全体財産喪失説及び実質的個別財産喪失説と類似している。実質的個別財産喪失説と全体財産喪失説は、詐欺

⁽⁷²⁾ この説によると、財産的地位の放棄は、経済的に等価値な地位の増加を通じて相殺されない時のみ、損害を導く（Joecks, a.a.O., §263 Rn.81.）。しかし、この説は、被害者の個人的な状況を考慮し修正を行い、目的不達成と評価される場合には給付と反対給付の形式的な金銭価値性にかかわらず、いわゆる主観的損害傾向の助力の下、損害を肯定する（Joecks, a.a.O., §263 Rn.82.）。すなわち、客観的・個別的損害概念も基本的には客観的損害概念に従い、全体財産の経済的な価値の減少によって財産上の損害を判断する。しかし、この説は、補償の可能性を客観的損害概念とは異なって判断する。まず、取引関係においては金銭価値という条件下で反対給付にしたがって財産減少を算定する（いわゆる差引き計算の原則）。経済的財産説と法律的・経済的財産説は、財産を金銭で換算した全体財産の総額として把握する。したがって、この総額が財産処分行為の後、以前より減少した場合、客観的な全体差引きに際して、財産の客観的価値をすべて差し引いて、経済的価値が減った場合には損害を認めなければならない。しかし、客観的・個別的損害概念は経済的価値の減少とともに個別的な状況に対する判断を加える。経済的に相当な対価があるにもかかわらず、個々の現実の状況に基づいて、失敗した投資として財産の減少が明らかな特定の例外状況の下では損害は肯定される（いわゆる個別的損害傾向）。また、経済的損害概念（客観的・個別的損害概念）は、片面的給付の場合には目的不達成論を用いる（Kindhäuser, Urs, Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil II, 3.Aufl., 2003., §263 Rn.78.）。

⁽⁷³⁾ 財産概念を財産に対する権利や価値に基づいて判断した従来の財産概念に対して、新しく登場した財産概念が個人的な財産概念である。個人的財産概念に属する見解としては、Eserの動的財産概念（Dynamischer Vermögensbegriff）、Ottoの人格的財産概念（Personaler Vermögensbegriff）、Weidemannの機能的財産概念（Funktionaler Vermögensbegriff）などがある。まず、動的財産概念とは、財産的価値のある財貨のみならず、動的に財産形成的な要素も財産と見なし、自分の財政的手段をもっとも合理的・合目的に使える能力、すなわち経済的処分の自由も財産に属すると解する見解である。そして、人格的財産概念とは、財産を目的物に対する支配又は所有権に基づいた財産権者の経済的能力とする観点から、財産所有者が財産処分行為を通じて得ようとした経済的目的を達成できなかった場合に財産上の損害が発生すると解する見解である。最後に、機能的損害概念とは、財産に対する考察を存在する構成要件とその価値の調査をもって制限するのではなく、財産所有者のための機能によって財産を理解しようとする見解である（個人的な財産概念に対する詳しい内容に関しては、Ahn, Kyongok, Das Prinzip der Schadensberechnung und die Vollendung des Betruges bei zweiseitigen Vertragsverhältnissen, 1995, S.48ff.）。

⁽⁷⁴⁾ Kindhäuser, a.a.O., §263 Rn.75.参照。

⁽⁷⁵⁾ Joecks, a.a.O., §263 Rn.81.

罪を全体財産に対する罪とみるのか、それとも個別財産に対する罪とみるのかという点には違いがあるものの、経済的価値のみならず、使用価値なども含めて財産上の損害を判断する点においては、ほぼ同一の結論に至る。そして、韓国の通説（必要説）も客観的・個別的損害概念に従っている。また、日本において目的不達成論を主張する見解は、ほとんどドイツの目的不達成論に基づいている。なお、財産処分の自由を詐欺罪の保護法益として理解したり、財産取引の自由を財産概念に取り入れたりする個別研究は、目的不達成論とともに人格的財産概念、動的財産概念などの個人的財産概念に基づいているが、目的不達成論と個人的財産概念はお互いに密接に関連しているため、一括して判断することができると思われる。⁽⁷⁶⁾

すなわち、日本の形式的個別財産喪失説と韓国の損害不要説、そしてドイツの主観的損害概念説は、実質的な財産に対する侵害に関して検討していない点で批判されており、あまり支持されていない。むしろ、学説は実質的な財産の侵害に関する基準を定立するために研究を重ねてきたといえる。それぞれの学説を、財産の侵害に関する判断基準に従って分けてみると、損害を基準とする説と目的・錯誤を基準とする説とに分けることができる。そして、また損害を基準とする説は、経済的価値のみを基準とする説と経済的価値・個別的価値をとともに基準とする説とに分けることができる。経済的価値のみを基準とする説には、客観的損害概念（純粹客観的損害説）が属し、経済的価値・個別的価値をとともに基準とする説には、客観的・個別的損害概念、全体財産喪失説、実質的個別財産喪失説、損害不要説が属する。そして、目的・錯誤を基準とする説には、目的不達成論とともに個人的財産概念に基づいている個別研究がここに属する。そして、法益関係的錯誤もこの枠組に含まれる。

日本と韓国そしてドイツにおいて通説的地位にある、「経済的価値・個別的価値をとともに基準とする」説から検討してみよう。このような見解は、ドイツでは、「一方では損害の個別化によって純粹客観的損害概念の不足を補い、他方では、純粹に主観的な利益を排除することによって純粹主観的損害概念の欠点を回避しようとする

⁽⁷⁶⁾ 人格的財産概念、機能的財産概念などでは、処分によって設定された目的の達成を相殺されうる相当対価として認める。このようなアプローチによれば、財産減少は処分行為と結び付いている目的の達成によって補償される（Kindhäuser, a.a.O., §263 Rn.76.）。

ものである。ドイツにおいて客観的損害概念が判例と学説によって支持された理由の一つは、詐欺罪は処分の自由を保護するものではなく財産の総価値を保護するものであるということにあった。ところが、客観的・個別的損害概念は、個別化によって、経済取引における財産の担い手の個々の具体的事情からあらゆる利益を引き出し、それを経済的価値として把握しようとする結果、解決困難なジレンマに陥るのである。すなわち、個別化を無限定に押し進めることは、財産の担い手である個人の、いわゆる主観的利益をも詐欺罪の保護対象に含めることになる。個人的な主観的利益、たとえば単なる個人的関心であるとか好み、愛着などのようなものは、もはや、財産として把握されるべき経済的価値と評価されることのできないものであろう。このような主観的利益をも保護しようとするならば、客観的・個別的損害概念は、客観的考察によって損害を判定するというその出発点を放棄することになる」と批判されている⁽⁷⁷⁾。なお、経済的価値のみならず、個別的状況も考慮する個別的損害傾向基準には、明確性の原則(Art.103 Abs.2 GG)と調和することは難しいとの批判もある⁽⁷⁸⁾。すなわち、損害の個別化によって純粋客観的損害概念の不足を補おうとした客観的・個別的損害概念は、実際に客観的損害概念の肝心な点をばかしているともいえる。

したがって、目的や錯誤などを基準として財産の侵害を判断しようとする見解は、財産取引を通じて得ようとした目的の不達成や法益関係的錯誤に基づいている財産の交付などを実質的財産に対する侵害、法益侵害の結果として考慮しようとしている。しかし、このような発想も問題点を内在している。まず、法益関係的錯誤について、「たしかに、詐欺罪もまた一般の同意法理に服するから、騙されて同意した場合についての、いわゆる法益関係的錯誤説が基本的に妥当し、したがって、法益について認識せずして交付された場合にのみ同意は不存在となるといえる。その意味で、法益関係的錯誤がある場合に、法益侵害性を肯定しようといってもよいが、しかしそうだとすると、錯誤による不同意という意味そのものの中に法益侵害があるわけではない。違法性の基礎となる法益侵害は、まずもって、客観的な利益、財産

⁽⁷⁷⁾ 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(中)」東海法学7号(1991年)57頁。

⁽⁷⁸⁾ Kindhäuser, a.a.O., §263 Rn.86.

犯の場合ならば、客観的な財産の行為者による侵害を前提とする。錯誤があるために被害者の同意がない場合、錯誤そのものではなく、錯誤に基づく客観的な利益侵害こそが法益侵害の内容なのである。詐欺罪における法益侵害の内容についても、まずもって客観的な財産の内容こそが第一次的な重要性を有するものであることに注意する必要がある⁽⁷⁹⁾。すなわち、詐欺罪の構成要件としての錯誤の範囲を制限しようとする試みは妥当であると思われるが、法益関係の錯誤と個別的財産の交付が結びつくことによって、今まで形式的であると批判されてきた「個別的財産の交付」が保護法益としての財産に対する実質的な侵害として評価されるようになるわけではない。このような観点から、財産所有者の個別的要素を考慮する見解も、実は財産上の損害という概念を不要とする見解ともいえる。なぜなら「とくに人格的財産概念によると、錯誤による財産処分行為さえあれば、常に詐欺罪の構成要件を満たすからである。結局、行為者に対する可罰性の可否は、すべて財産所有者の主観的な自分の意思によって決められるのである。このような短所を解決するために、被欺罔者のすべての財産使用の目的を損害の算定の際、考慮するのではなく、経済的な目的のみを考慮しなければならないと反論しているが、このような制限は人格的損害概念の出発点とは矛盾するのであり、さらに経済的な目標設定と非経済的な目標設定の区別は可能でない⁽⁸⁰⁾」からである⁽⁸¹⁾。つまり、目的や錯誤を基準として実質的な財産の侵害を判断しようとする見解と実質的な財産の侵害を必要としない見解の相違は、財産の交付が「取引の目的を達成させる交付なのか否か」、「財産に関係している錯誤による交付なのか否か」であり、たとえこのような要素が財産に内包されているとしても、「実質的な財産の侵害」に対する判断のために追加された判断基準は、「財産」そのものを検討するのではなく、結局「財産取引の自由」や「処分目的の達成」を検討するにすぎない。したがって、この見解は、財産を保護法益と判断しているのではなく、財産取引の自由を保護法益と判断していることにほかならないのである。しかし、上述のとおり、詐欺罪の保護法益は財産であり、財産取引の自由を保護するために詐欺罪が機能しているのではないことを忘れてはいけな

⁽⁷⁹⁾ 林幹人「詐欺罪の新動向」法曹時報57巻3号（2005年）10頁。

⁽⁸⁰⁾ Otto, harro, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S.74ff.

⁽⁸¹⁾ 안경옥「ドイツ 刑法上の 契約 關係에 있어서의 詐欺罪의 損害算定の 原則과 既遂時期」刑事法研究 8巻（1995年）153頁。

い。

以上の検討により、財産そのものに対する実質的な侵害の判断、すなわち財産の経済的価値に対する判断を前提としている見解のほうが一応妥当であることが分かる。この点、経済的価値と個別的状況をともに基準とする説、とくにドイツの客観的・個別的財産損害説は、主観的損害概念と客観的損害概念の双方を検討した上で主張されており、両説の折衷説的な性格を有しているといえるが、前提になっている両学説、とくに客観的損害概念の長所を生かしていないのではないかと思われる。

反面、日本と韓国における経済的価値と個別的価値をともに基準とする見解は、財産侵害に対する形式的判断ないし実質的財産侵害の不考慮に反対して主張されているのである。ある意味で、日本と韓国では客観的損害概念（ないし純粹経済的損害説）についての真摯な検討が行われていないように見える。それは、日本と韓国では「財産上の損害」それ自体の要否に関する議論が中心で、純粹に経済的価値のみを実質的公益侵害の判断基準とする「客観的損害概念」を受け入れることができなかつたからであると思われる。しかし、日本及び韓国の詐欺罪の規定に照らしてみると、実際には「客観的損害概念」に基づいて実質的な公益侵害ないし財産上の損害を判断するのが妥当なのではないかと考えられる。

今までの検討を通じて明らかになったように、日本の詐欺罪はドイツの詐欺罪とは異なり、他人の財産に損害を加えた場合に成立するのではなく、他人の財産の取得によって詐欺行為者（又は第三者）が財産上の利益を得た場合に成立するのである。したがって、少なくとも詐欺行為者側に「財産的利得」の発生が求められ、なお財産上の利益を得ていない場合は詐欺罪の既遂にはならないのである。構成要件的結果としての「詐欺行為者（又は第三者）の財産的取得」に鑑みれば、客観的損害概念の妥当性を完全に否定する必要はないのみならず、実質的公益侵害に対する判断を保護公益としての財産に基づいて行っている点や判断基準の明確性等は、客観的損害概念の有している長所といえる。

第3章 財産上の損害の判断と詐欺罪の成否

第1節 相当対価が提供された場合

一. 問題状況

ここからは、具体的な事案における詐欺罪の成否に関して検討する。詐欺罪における財産上の損害の発生を判断する際、もっとも問題となるのが相当対価が提供された場合である。すなわち、被害者又は被欺罔者が交付した財産に対して、相当な対価又は反対給付がなされた場合には財産上の損害をどのように判断すべきかという問題である。たとえば、被害者又は被欺罔者が交付した財産と経済的に同価値の対価が提供された場合には、被害者側に全体としての財産ないし全体的な金銭的価値の減少はなかったと判断しうる。しかし、提供された反対給付は、経済的には完全に同価値であるが、被害者側には全く利用価値のないものであった場合には、その反対給付のために交付した財産は無駄になったともいえる。このような場合に、詐欺罪が成立しうるのか。

まず、形式的個別財産喪失説によれば、詐欺罪の成立において全体財産の減少を考慮しないため、財産の交付があった以上、詐欺罪は成立すると判断される。

次に、実質的個別財産喪失説と全体財産喪失説（ないし客観的・個別的損害概念も）は、このような場合に被害者が獲得しようとした使用価値を有していない財産を提供された以上、提供された反対給付は相当ではなく、財産上の損害の発生を肯定する。

そして、法益関係的錯誤説によれば、交付した財産自体の内容・価値に関する錯誤とともに、被害者が自己の財産と引替えに達成しようとした社会的・経済的目的に関する錯誤がある場合には詐欺罪の成立を認めることから、このような場合には詐欺罪の成立要件としての錯誤が認められ、それに基づく交付行為による物・利益の移転について法益侵害性が肯定され、詐欺罪が成立する。

また、目的不達成論に基づいて財産上の損害の発生を検討する場合にも、ここでは詐欺罪の成立が認められる。目的不達成論によれば、財産上の損害が認められるのは、獲得した対価がその対価を得るために交付した財産に見合ったものではないために、交付した財産が無意味な・無駄な出費に終わってしまったといえる場合で

あるからである。しかし、客観的損害概念によれば、このような場合には財産上の損害の発生が認められず、詐欺罪の成立は否定されることになる。客観的損害概念以外の学説は、すべてこのような場合に詐欺罪の成立を認めていることからしても、むしろ客観的・個別的損害概念を始め、多くの研究はこの場合に詐欺罪を成立させるために検討を重ねてきたともいえよう。すなわち、大体の学説は、このような場合に詐欺罪の成立を認めているが、それにもかかわらずこの問題を取り上げたのは、客観的損害概念説の妥当性について再検討するためである。まず、相当対価が提供された場合の詐欺罪の成立に関して検討することに先立って、この問題に対する判例について検討してみよう。

二．判例の動向

(一) 大決昭和3年12月21日刑集7巻772頁

医師の免許を有しない被告人が製剤所の派遣医と詐称して診療し、これに適応した売薬を所定の対価で買取らせたという事案につき、判例は「…診察の上各判示の疾病ありと診断し夫々該疾病に特効ある売薬を所持する旨申向け各判示定価の売薬を買取らしめて其の代金の交付を受け又は受けんとしたりし事実を判示し之を以て医師法違反及詐欺罪の競合なりと為せるも被告人が医術に関する知識を有し患者を診断して之に適応する売薬を所定の対価にて買取らしめ又は真に医療を為す意図の下に之を行ふに於ては縦令被告人に於て医師なり詐称し相手方をして医師なりと誤信させしめたる困り之を買取らしめたる事実なりとするも直ちに以て詐欺罪を構成するものなりと為すを得ず何者若し叙上の事実なるに於ては判示売薬の買取りに困り相手方は毫も財産上不正の損害を被りたる事実なく又被告人に於て之に困り特に不法の利益を享受したるものと謂ふ得されはなり」と判示した。

(二) 最決昭和34年9月28日刑集13巻11号2993頁

いわゆるドル・バイブレーター事例につき、判例は「たとえ価格相当の商品を提供したとしても、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おいて、ことさら商品の効能などにつき真実に反する誇大な事実を告知して相手方を誤信させ、金員の交付を受けた場合は、詐欺罪が成立する。そして、本件の各ドル・バイブレーターが所論のようにD型で、その小売価格が2,100円であったとしても、

原判決の是認した第1審判決が確定した事実によると、被告人は判示A外16名に対し判示のごとき虚構の事実を申し向けて誤信させ、同人らから右各ドル・バイブレーターの売買、保証金などの名義のもとに判示各現金の交付を受けたというのであるから、被告人の本件所為が詐欺罪を構成するとした原判示は正当に帰する」と判示した。

(三) 最判平成13・7・19刑集55巻5号371頁

「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、その代金金額について刑法246条1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いに当たるといえ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」と判示した。

(四) 最決平成16年7月7日刑集58巻5号309頁

根抵当権者に相当の対価を支払い根抵当権を放棄させた事案につき、判例は「本件各根抵当権等を放棄する対価としてA社から住管機構に支払われた金員が本件各不動産の時価評価などにに基づき住管機構において相当と認めた金額であり、かつ、これで債務の一部弁済を受けて本件各根抵当権等を放棄すること自体については住管機構に錯誤がなかったとしても、Xに欺かれて本件各不動産が第三者に正規に売却されるものと誤信しなければ、住管機構が本件各根抵当権等の放棄に応ずることはなかったというべきである。…刑法246条2項の詐欺罪が成立するというべきである」と判示した。

三．検討

まず、判例(1)大決昭和3年12月21日刑集7巻772頁と判例(2)最決昭和34年9月28日刑集13巻11号2993頁を検討する。判例(1)が、「相手方は毫も財産上不正の損害を被りたる事実なく又被告人に於て之に困り特に不法の利益を享受したるものと謂ふ得されはなり」と判示したことに対し、判例(2)は、「たとえ価格相当の商品を提供したとしても、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おいて、ことさら商品の効能などにつき真実に反する誇大な事実を告知して相手方を誤信さ

せ、金員の交付を受けた場合は、詐欺罪が成立する」と判示した。すなわち、判例(1)は被害者側の財産上の損害の発生とともに被告人側の財産上の利益の取得に関しても述べていることに鑑みて、詐欺罪の成立には財産上の損害のみならず、財産上の利益の取得も必要であると判断していると思われる。したがって、判例(1)は客観的損害概念と類似の態度を見せているといえよう。反面、判例(2)は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もかかわらず、金員を交付させたことに基いて詐欺罪の成立を肯定しているから、形式的個別財産喪失説に立っているとと思われる。すなわち、判例(2)は、給付と反対給付が経済的にはほぼ同価値であって、経済的価値の減少はないが、「商品の効能などにつき真実に反する誇大な事実を告知して相手方を誤信させ、金員の交付を受けた」ことによって詐欺罪の成立を肯定している。つまり、財物の喪失自体を損害と判断し、実際の財産上の損害に関しては検討していないといえる。

思うに、判例(1)と判例(2)は、両方とも反対給付として経済的に相当な対価を提供された場合といえる。したがって、両方とも財産上の損害の発生と財産上の利益の取得はないと判断することができる。判例(1)に関して、この判例が詐欺罪の成立を否定したのは、財産上の損害の有無よりはむしろ、被告人の行為がその程度ではまだ詐欺罪の実行行為としての人を欺く行為に当たらないからであると解する見解もあるが、⁽⁸²⁾ 欺罔行為や錯誤自体がなかったとはいえない。たまたま本件の行為者が医術に関する知識を有していただけで、とくに特殊な薬品などの購入において、その薬品に対する正確な知識を有している人であるのか否かの問題は、それほど軽微な部分に対する欺罔であるとはいえない。この二つの事案の違いは、商品の購入において、その商品に対する正確な情報に基いて購入することができたのか、それとも虚偽の情報に基いて商品を購入することになったのかということである。すなわち、判例(2)は過大広告ないし虚偽広告による購入であると認められる場合を詐欺罪として処罰しているともいえる。確かに、過大広告や虚偽広告の問題はますます広がって、統制を強化すべきであるが、この問題を詐欺罪として規律するのは妥当ではない。⁽⁸³⁾ このような事案は刑法以外の行政法や民法などの法律によって統制するの

⁽⁸²⁾ 福田平『注釈刑法(6)各則(4)』[団藤重光編](有斐閣、1966年)235頁。

⁽⁸³⁾ このような問題点を解決するために詐欺罪を利用するのは、むしろ詐欺罪の処罰範囲を不明確

が望ましいと思われる。この問題を詐欺罪として処罰するのは、消費者の保護を狙った、一種の流通体系の機能を保護することであり、こうなると、詐欺罪は経済生活倫理、流通体系機能などを保護する危殆犯に変質するおそれがある。行政法や民法、その他の法律による統制手段があるにもかかわらず、又は政策の不在という理由で、その代わりに刑法を投入すると、むしろ刑法は本来の法益を効果的に保護することができなくなると思われる⁽⁸⁴⁾。つまり、判例(1)のみならず、判例(2)の場合にも詐欺罪の成立を否定するのが妥当であると思われる。医師などの資格に対する欺罔や薬などの医療用品の効用に対する欺罔は、究極的には人の健康を脅かす行為であり、その行為によって財産上の損害が発生した場合ではない限り、詐欺罪ではなく、その行為を統制するに相応しい法律や政策によって規律するのが妥当であると思われる。

次に判例(3)最判平成13・7・19刑集55巻5号371頁と判例(4)最決平成16年7月7日刑集58巻5号309頁について検討する。まず、判例(3)は、地方公共団体から請負った建物を完成した後、汚泥処理量を偽って申請し、請負代金を早く受領した事案であり、原審が詐欺罪の成立を認めたのに対して、これを差し戻したものである。この判例は、「被害者には請負契約どおりの建物が相当対価として提供されていること、そして、早められた支払い時期というのが、きわめて短いものであったことなどの客観的な財産的事情こそが重要視されて⁽⁸⁵⁾」おり、「請負代金を不当に早く受領したことを前提としながら、詐欺罪の成立を限定しようとしているのであるから、実質的個別財産説と親和的な判例として理解する」見解もあり⁽⁸⁶⁾、判例(1)と判例(2)とは異なる基準に従って詐欺罪の成立を判断しているといえる。判例(3)も判例(2)のように、形式的個別財産喪失説にもとづいて詐欺罪の成立を判断すると、内容虚偽の処理券の提出がなかったらこの日時における代金の支払はなかったとし、この金銭の占有移転のみによって詐欺罪の成立を肯定することができる。しかし、「財産的損害の内

にしてしまうのではないかと思われる。ちなみに、財産的損害が発生している事案に対しては、基本的には、財産犯による解決をはかることが適当であり、財産犯としての詐欺罪がこの問題の解決に適切な財産犯類型でないとするなら、新たな財産犯類型を設けることによって、問題の解決をはかってゆく必要があるという主張も提起されている(京藤哲久「経済刑法における詐欺罪—悪徳商法の刑法的規制と詐欺罪の限界—」刑法雑誌34巻2項(1995年)326~327頁)。

⁽⁸⁴⁾ 卍香叶『刑法各論』(弘分社、第7全訂版、2010年)464頁。

⁽⁸⁵⁾ 林・前掲注(24)「詐欺罪の新動向」11頁。

⁽⁸⁶⁾ 佐伯・前掲注(57)「詐欺罪の理論的構造」105頁。

容が形骸化すると、詐欺罪の財産犯としての性格が失われ、人を欺くという行為の悪質性のみによって本罪を認めることになりかねない。本件でも、内容虚偽の処理券を作らせて提出するという欺罔行為の積極性に目を奪われることなく、被告人両名の行為によって大阪府が失ったものの実質が詐欺罪による保護に値する財産的損害といえるかどうかを検討することが求められる⁽⁸⁷⁾」のは当然のことである。

この事案について第1審は、虚偽の汚泥処理券を提出することにより、不当に早く請負代金の支払を受けたとして、1項詐欺罪の成立を認めたのに対し、原審は、汚泥処理費用につき実費を上回る工事代金を受領したと評価して、やはり1項詐欺罪の成立を認めた。最高裁は、1審の法律構成を妥当であるとしたが、どの程度早めたかが不明であるとして差し戻した。思うに、判例(3)は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であり、最初策定した代金より上回る代金を受領したことではないと思われる。また、汚泥処理においては問題はあったものの、工事自体は完成させたのであり、汚泥処理の問題につき代金が減額されることでもない限り、工事代金に対する相当な給付が提供されたとも判断することができる。それにもかかわらず、実費を上回る工事代金を受領したとした原審は妥当ではなく、また工事代金全体に対して1項詐欺罪の成立を肯定した1審の判断も妥当ではないと思われる。1審と原審が1項詐欺罪の成否に関する事案として捉えたこと自体は妥当であると思われる。本件に関しては、本来受領すべき起因の支払期間を早めたもので、2項詐欺に該当するようにみられる余地もあるが、「ただ判例は、欺罔行為により支払うべき債務を免れた類型については2項詐欺の成立を認めたが、本事案のように金員という財物の交付を受ける場合については、原則として1項詐欺罪と構成する傾向が強い。財物の移転を捉えて1項詐欺と評価した方が認定も明確となりやすいことは否定できない⁽⁸⁸⁾」と思われる。問題なのは、受領した代金の全体に対して詐欺罪の成立を認めた点にある。したがって、「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

⁽⁸⁷⁾ 松原芳博「詐欺罪と財産上の損害(2)」西田典之ほか編『刑法判例百選II』(有斐閣、第6版、2008年)96頁。

⁽⁸⁸⁾ 前田雅英『最新重要判例250刑法』(弘文堂、第7版、2009年)203頁。

金の支払とは社会通念上別個の支払いに当たるとい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」であるとした判例の態度は一応妥当であり、もし社会通念上別個の支払に当たるといい得る程度の期間支払時期を早めて、得た財産上の利益がある場合にはその範囲内で詐欺罪の成立を肯定するのが妥当であると思われる。

反面、判例(4)は、「住管機構に支払われた金員が本件各不動産の時価評価などに基づき住管機構において相当と認めた金額であり、かつ、これで債務の一部弁済を受けて本件各根抵当権等を放棄すること自体については住管機構に錯誤がなかったとしても、Xに欺かれて本件各不動産が第三者に正規に売却されるものと誤信しなければ、住管機構が本件各根抵当権等の放棄に応ずることはなかったというべきである」とし、提供された金員が相当であり、根抵当権等を放棄すること自体に錯誤がなかったとしても、誤信しなければ、放棄しなかったということに基いて詐欺罪の成立を認めている。すなわち、判例は基本的に、財産の移転により個別財産を喪失したこと自体が損害であるとしており、形式的個別財産喪失説に基いていると判断することができる。このような観点からは、「本来であれば被担保債権全額の弁済を受けない限り存続したはずの根抵当権等を喪失したことが財産的損害に当たる、と説明することが可能である。他方、実質説の観点からは、目的不動産の交換価値を把握することに本質がある根抵当権等について、相当の対価を得たにもかかわらず、財産的損害があるといえるかが問題となろう。しかし、実質説の立場でも、被欺罔者の主観的な取引目的が達せられなかったことが財産的損害に当たるとすれば、本件のように住管機構としては、通常の第三者に対する任意売却という前提で（それが不良債権の回収手段であるとともに、担保不動産に関する利益を債務者に残さない、借り手の責任追及手段としても相当なものと考えて）、根抵当権等の放棄に応じたにもかかわらず、その前提が欠けていれば、取引目的が達成されなかったとして財産的損害に当たるとすることも可能⁽⁸⁹⁾」である。

しかし、この事案に対して、欺罔行為自体は認められるものの、財産上損害を認

⁽⁸⁹⁾ 藤井敏明「根抵当権者に相当の対価を支払い根抵当権を放棄させた行為に詐欺罪の成立」ジュリスト1288号（2005年）140頁；安永健次「根抵当権に相当の対価を支払い根抵当権を放棄させた行為につき詐欺罪が成立するとされた事例」研修680号（2005年）3387頁。

めるのは妥当ではないと思われる。この事案において住管機構に支払われた金員は、判例も認めているように根抵当権を放棄する反対給付として相当な対価であるため、実際に経済的損害は発生していない。そして、客観的損害概念以外の学説からは、本件で住管機構が本件取引によって達成しようとしたが達成されなかった「住管機構の方針」に基づいて損害を認めているが、果たしてこれだけで財産上の損害を認めることができるかどうか、疑問が生じる。かりに、住管機構が「担保不動産の売却による一部弁済を受けて担保権を放棄する際には、代金額が適正であることを厳格に審査し、必要な経費を除く代金金額を返済に充てさせるものとし、担保不動産に関する利益を債務者に残さない」という方針を採っていなかった場合には詐欺罪の成立を否定することも可能である。被告人がダミー会社に多額の融資を受けさせ、多額の資金が被告人の手元に残ることになったことには間違いはないが、それは住管機構に実質的な被害を被らせながら、取得した利益ではなく、相当な金額の返済があれば、担保不動産の売却による一部弁済を受けて担保権を放棄するという方針であった場合には財産上の損害が発生したとは判断しえないからである。つまり、被害者が経済的取引をする際、自ら決めておいた前提条件などを経済的に評価し、財産上の損害の判断基準とすること自体に問題があるといえる。したがって、このような事案においては詐欺罪の成立を否定すべきであると思われる。

第2節 無償の片面的給付の場合

一. 問題状況

無償の片面的給付による詐欺とは、被害者がある目的のために自ら財産を交付するが、自分の財産を犠牲にしつつも達成しようとした目的が達成されなかった場合であり、この場合に詐欺罪の成立を認めることができるかが争点となる。

たとえば、いわゆる乞食詐欺や寄付金詐欺など、被欺罔者は、貧者を救済するために、または慈善事業の目的で、自らの財産を自由意思で放棄したが、その財産が設定した目的のために使われなかったことから、財産の放棄が無意味なことになってしまう場合がありうる。このような場合には、被害者の財産の交付に対して反対給付がなかったため、常に財産上の損害を肯定することができる。しかし、被害者は自分の財産処分行為によって、行為後財産の減少が生じることについては十分に

認識しているから、被害者の意識的な自己加害であるといえる。したがって、経済的価値の減少があったとはいえ、それだけで詐欺罪の成立を認めるのは妥当でない。

他方、被害者の処分行為と関連して、被害者が自らの処分行為が財産を侵害するようなものであることを知っている場合（意識的の自己加害）と、被害者がそれを知らない場合（無意識の自己加害）⁽⁹⁰⁾がありうるが、寄付者は無償であることを知って給付するのであるから、片面的給付は意識的の自己加害の場合であり、もし、詐欺罪は無意識の自己加害の場合に限るという立場をとるのであれば、片面的給付は、そのすべての場合に詐欺罪が否定されることになる。⁽⁹¹⁾しかし、このような考え方を徹底すると、欺罔行為を用いて被害者に対して自分の財産に対する侵害を承諾させ、被害者が自ら財産を交付した場合は、常に詐欺罪を否定するという結果になってしまうことから、このような結論にも賛成することができない。

このような問題をいかに解決するのが妥当であるのか。とくに無償の片面的な給付行為における詐欺罪の成立が問題になる代表的な事例に即して考えてみよう。まず、事例(1)は、慈善を目的とした募金であると偽られて寄付をしたが、実際には、その募金集めは、単に個人の懐を潤すためのものであった場合である。いわゆる寄付金詐欺の典型例であるといえる。事例(2)は、実際に慈善を目的とした募金であって、慈善という目的自体は達成したが、具体的な内容に対する欺罔があった場合である。たとえば、孤児の学習を後援するために寄付したが、実際には世界平和の後援基金として使われた場合がありうる。最後に、事例(3)は、実際に慈善を目的とした募金であって、募金目的のために正しく使われたが、募金金額を殖やすために募金時に欺罔行為が用いられた場合である。たとえば、寄付者に隣人はすでにかかりの金額を寄付していると偽って、寄付者が後れをとりたくない一心で寄付をした場合である。この三つの場合は、すべて一定の目的のために自ら財産を交付した事例であるが、事例(1)と事例(2)は、他人を救うための慈善の一般的な目的のために自ら財産を交付しているが、事例(3)は、後れをとりたくないという個人的な目的のための財産の交付という点に違いがある。そして、事例(1)では、寄付者が目的とした慈

⁽⁹⁰⁾ 菊池京子「いわゆる乞食詐欺と寄付詐欺における無意識の自己加害—処分行為の自由をめぐる問題性—」一橋論叢98巻5号（1987年）129頁。

⁽⁹¹⁾ 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（下）」東海法学18号（1997年）55頁。

善の目的自体が達成されなかったのに対して、事例(2)では寄付の根本目的である慈善という目的は達成したが、その具体的な目的が達成できていない。事例(1)は、寄付という理由をつけて現金を詐取したことにすぎないことから、詐欺罪の成立を肯定することには疑問はないであろう。問題なのは、事例(2)と事例(3)の場合における詐欺罪の成否に関する判断である。したがって、以下では、この問題を中心に検討する。

二. 学説の動向

無償の片面的給付と詐欺罪の成否に関する問題を解決するために、学説から支持されているのが、目的不達成の理論である。とくに、この問題に対しては、損害概念説も目的不達成論を用いて詐欺罪の成否を判断している。

目的不達成の理論は、いわゆる乞食詐欺や寄付金詐欺のような片面的給付の場合に、通常、一定の経済的あるいは社会的目的のために無償で給付がなされるという点に着目して、実際にその目的が達成されたか否かによって財産上の損害を捉える。この見解によると、財産価値を交付したことによる損失は、経済的に同価値の反対給付を得ることによるばかりではなく、給付に付随する経済的あるいは社会的目的を達成することによっても補填される。したがって、金銭的に同価値の反対給付を得ることのない片面的給付は、その点においては金銭の損失があっても、給付の目的が達成されれば財産上の損害はないのであり、目的が達成されなければ財産上の損害があるということになる。そして、片面的給付の際に、欺罔行為によって、給付の目的が達成しないことについての認識が欠けている場合には、その片面的給付は財産上の損害を認識してなされたものとはいえないから、実際に目的が達成されなければ、詐欺罪が成立することになる。⁽⁹²⁾そして、目的不達成の理論は、給付に付随する目的が達成されないことをすべて財産上の損害として評価しようとするものではなく、「給付に内在する経済的に重要な目的」が達成されない場合だけを財産上の損害として評価する。これは、目的の範囲を限定しなければ、個人的な関心や愛着のような財産として把握されるべき経済的価値といえないような主観的利益まで

⁽⁹²⁾ 菊池・前掲注(91)「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(下)」55～56頁。

も詐欺罪の保護対象になってしまうからである。⁽⁹³⁾

目的不達成論とともに片面的給付と詐欺罪の成否という問題に対して有効に用いることができるかと一般にいわれているのが、法益関係の錯誤論である。この説は、「法益と無関係な錯誤を詐欺罪から排除するためには、詐欺罪における被害者の錯誤を法益関係の錯誤に限定する必要があるが、財産法益においては、法益処分行為の社会的意味の錯誤が法益関係的錯誤になるというのである。なぜならば、生命がそれ自体の価値で保護されるのに対して、財産という法益は、交換経済の下において、経済的利用・受益・交換の手段として保護に値するからである。とくに金銭は、それ自体の価値においてではなく、社会的目的の達成も含まれるから、法益処分の社会的意味を問題としてよいのである。こうした立場から、詐欺罪としての性格を明確にするために、客観化可能で具体的給付に内在し、かつ経済的に重要な目的を達成するための処分かどうかにかかわらず錯誤がある場合に、法益関係の錯誤、したがって詐欺罪の成立を限定してよい」とする。それゆえ、寄付の目的、補助金の目的を欺罔する場合には、詐欺罪となるが、隣人が寄付をしたと偽り、単なる見栄から寄付をさせる場合には詐欺罪とならないとされることになる。また、反対給付について錯誤がある場合も、詐欺罪の法益を個別財産と解したままで、法益関係の錯誤を認めることができる⁽⁹⁴⁾と主張する。

要するに、この二つの学説は、その基礎と基準を異なる観点から説明している。まず、目的不達成論は、一定の経済的あるいは社会的目的のために無償で給付がなされるという点に着目して、実際にその目的が達成されたか否かによって財産上の損害を捉えていこうとするものであって、①被害者の目的を基礎とし、②財産上の損害の発生を基準とし、詐欺罪の成立を判断しようとする。一方、法益関係の錯誤は、①被害者が陥った錯誤を基礎とし、②被害者の法益関係の錯誤の有無を基準とし、詐欺罪の成立を判断しようとする。要するに、この二つの学説は、被害者の財産の処分行為があったとして、直ちに詐欺罪の成立を肯定するものでもなければ、被害者の処分行為が意識的な処分行為である場合に、直ちに詐欺罪の成立を否定す

⁽⁹³⁾ 菊池・前掲注(91)「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(下)」59頁。

⁽⁹⁴⁾ 山口・前掲注(26)『問題探究刑法各論』165～166頁；佐伯・前掲注(18)「被害者の錯誤について」116～117頁。

るものでもない。一応、これらの見解が、詐欺罪の成立の判断のために具体的な判断基準を提示しようとするのは妥当であると思われる。

しかし、この二つの学説に対する批判もある。目的不達成論を支持する見解からも、どのような目的の追及が法的な保護をうけるのか、あるいは、なぜ社会的な目的が達成される場合には損害がないのかなど、詐欺罪の成立の判断基準として挙げられている目的の範囲の設定や社会的目的の達成と財産上の損害との関係の定立などの問題が残っていると指摘される。また、法益関係の錯誤論を主張する見解からは、これと関連して、給付による損害を相殺できるのは財産的価値を持つものだけであって、社会的目的の達成は金銭に換算できない、という批判もある⁽⁹⁶⁾。思うに、二つの学説によって提示されている基準である「目的」と「社会的意味のある錯誤」については、それ自体を明確に定立するのが可能かという疑問が生じうるし、また、このような不明確な判断基準は、詐欺罪の成立を限定するというよりむしろこれを拡大するおそれもあることから、詐欺罪の成立の判断基準として妥当とはいえないと思われる。

上述した三つの事例を目的不達成論と法益関係の錯誤論に基づいて検討してみよう。目的不達成論によると、上述した事例(1)は、寄付や慈善という社会的目的が達成できなかったことから、財産上の損害が発生したとして、詐欺罪の成立を認めるが、事例(3)は、社会的目的は達成されているので、財産上の損害はないと判断され、詐欺罪の成立は否定される。一方、法益関係の錯誤論によると、事例(1)と事例(3)は、財産上の損害の有無ではなく、財産上の損害をもたらす処分行為の社会的意味に違いがあると考えられる。事例(1)は、寄付という処分行為の社会的意味について錯誤があるのに対して、事例(3)の場合には、社会的意味の錯誤がなく、単なる個人的意味の錯誤にすぎない。同じように処分行為が財産上の損害をもたらすことを認識していても、事例(1)の場合には、被害者は法益処分の社会的意味を認識していないので、法益関係の錯誤を認めることができると考えるのであって、詐欺罪は成立するとし⁽⁹⁷⁾、この二つの学説は、その基礎や基準は違いものの、結論としては同一な結論に至っ

⁽⁹⁵⁾ 菊池・前掲注(90)「いわゆる乞食詐欺と寄付詐欺における無意識の自己加害—処分行為の自由をめぐる問題性—」136頁。

⁽⁹⁶⁾ 佐伯・前掲注(18)「被害者の錯誤について」114頁。

⁽⁹⁷⁾ 佐伯・前掲注(18)「被害者の錯誤について」116頁。

ている。それでは、事例(2)はどう判断しうるのか。事例(2)の寄付者は最初から二つの目的を設定している。一つは、慈善という一般的な目的であり、もう一つは孤児の学習を後援しようとする具体的な目的である。このなかで、慈善という目的は達成したが、孤児の学習後援という目的は達成していない。達成しえなかった具体的な目的は、個人が設定した個人的な目的であるが、実際には全く社会的意味のない目的の不達成ないし社会的意味のない目的に対する錯誤であるとはいえない。すなわち、このような場合に、寄付の用途を設定していた寄付者の目的が社会的目的であるのか、それとも単なる個人的な目的であるのかは明確ではない。したがって、目的不達成論や法益関係の錯誤論からは、このような目的をいかに判断するのかによって詐欺罪の成立範囲が変わるという問題が生じる。また、目的不達成論や法益関係の錯誤論からは、このような場合に一応社会的目的の不達成ないし社会的目的に対する錯誤などを理由とし、詐欺罪の成立を肯定しうる可能性が十分あると思われる。しかし、事例(2)のような場合には、慈善という一般的な目的は達成されており、詐欺罪の成立を肯定するのも妥当ではないと思われる。つまり、片面的給付と詐欺罪の成否に関する解決策として多くの指示を得ている目的不達成論や法益関係の錯誤論も、このような場合には結論が不明確であり、果たして社会的目的というのとは何かという疑問も生じうる。結局、この問題を解決するに際して、この両説が損害概念説ないし財産喪失説より優れたものとはいえないと思われる。

三. 検討

無償の片面的給付による詐欺の場合も、基本的には詐欺罪の一類型であることから、財産上の損害を含め、一般の詐欺罪の構成要件に該当しなければならない。したがって、三つの事例が詐欺罪の構成要件を満たしているのかについて検討する必要がある。

まず、無償で行われた給付の全てに対して詐欺罪の成否が問われるものではないことを確認する必要がある。無償の片面的給付の問題が詐欺罪の処罰範囲に含まれるためには、詐欺行為者の欺罔行為によって財産所有者が錯誤に陥って財産の処分を決心し、財産を処分しなければならない。言い換えれば、財産所有者の給付が詐欺行為者の欺罔行為による処分でない場合、または錯誤に基いた処分でない場合に

は、財産処分者の意思に基いた処分であるため、財産上の損害も認められず、詐欺罪は成立しない。しかし、欺罔行為によって錯誤に陥って財産を処分した場合には、騙されて処分したのであるから、処分に対する認識・同意が認められず、詐欺罪は成立する。したがって、無償の片面的給付の問題において、欺罔行為・錯誤の有無は詐欺罪の成否の判断に重要な基準になるのは間違いない。具体的に事例を通じて検討してみよう。事例(1)、事例(2)、事例(3)の相違は、欺罔行為の内容にあるといえる。欺罔行為の内容を比較してみると、事例(1)において寄付の目的というのは、詐欺行為者が他人を欺罔し、財物を交付させるための作り話にすぎない。反面、事例(3)の欺罔行為は、事例(1)とは異なり、寄付を促進するための単純な努力に過ぎないとし、詐欺罪の欺罔行為に当たらないと判断することも可能であると思われる。

各事例において、行為者の行為が詐欺罪の欺罔行為に該当するか否かを判断するためには、欺罔行為の定義を明確にしなければならない。詐欺罪における欺罔行為は、「処分行為者の錯誤を惹起する行為として人による物ないし利益の交付行為に向けられた行為⁽⁹⁸⁾」、又は「人を錯誤に陥れて財産処分の動機を作り出すことを狙いとする行為であり、財物や財産上の利益を騙し取る手段⁽⁹⁹⁾」などと定義されている。なお、錯誤に陥らせる行為のみならず、陥った錯誤を維持する場合にも欺罔行為は認められるとされている⁽¹⁰⁰⁾。そして、「欺罔の程度は、日本の近時の議論において、事実上、詐欺罪の成立範囲を画する重要な基準として機能している」。従来議論において、欺罔の程度の判断要素として挙げられているのは、「取引の状況・相手方の知識・性格・年齢・客観的見地から、それが一般人を錯誤に陥れる可能性があるか否かを基準にして決定されなければならないとされている。また、日常生活において商人が商品を販売する場合、多少の駆け引きや誇張を伴った広告・宣伝は社会生活上認められ、ある程度当然のこととして是認されていることから、これらについては詐欺罪の欺罔行為にはあたらないと一般に解されている⁽¹⁰¹⁾」。多少の駆け引きや誇張は、一般にある程度是認されているから、詐欺罪の欺罔行為に該当しないと見る見解からは、財産侵害として当罰的な程度に達している場合に限って詐欺罪が成立し、その

(98) 山口厚『刑法各論』(有斐閣、第2版、2010年)250頁。

(99) 松宮・前掲注(26)『刑法各論講義』(2008年)236頁。

(100) 山中・前掲注(3)『刑法各論』314頁。

(101) 足立友子「詐欺罪における欺罔行為について(1)」法政論集208号(2005年)104頁。

ためには、当該取引にとって重要な事項につき、一般人を錯誤させるに足りる程度の行為がなされたことが求められる。⁽¹⁰²⁾すなわち、この見解によると、重要でない事実に関する錯誤を惹起するにすぎない行為は、詐欺罪の構成要件要素をなす欺罔行為とはいえないのであるから、⁽¹⁰³⁾錯誤も重要な事実に関する錯誤でなければならないことになる。このように判断するためには、重要な事実とは何かということを明確にしなければならない。これに対して、法益関係的錯誤論からは、詐欺罪における財産は、交換手段・目的達成手段として保護されるため、財産交換・目的達成の点に⁽¹⁰⁴⁾錯誤がある場合に、法益関係的錯誤があると主張されている。しかし、「財産の保護法益は財産であり、その被害の実質は、被害者の取引目的に反して財貨が移転させられることにある。そして、取引の内容を決定するのは、(客観的に示された)当事者の取引の目的である。このように解するときは、取引上重要な事実とは、被害者の取引目的の対象となっている事実だということになる」⁽¹⁰⁵⁾。

したがって、思うに、取引の根本となる取引の状況に対する事実、反対給付に対する事実を取引上の重要な事実とし、そしてそれに対する欺罔行為・錯誤でなければ顧慮されえないと判断するのが妥当である。たとえば、一般的有償取引においては、取引の状況に対する正しい認識の下で、財産処分行為によって認識していた適正な反対給付を受けることが重要である。すなわち、財産処分者の認識している取引状況が実際に存在しない虚偽の取引である場合、又は認識している状況と実際の状況の間に食い違いがあるにもかかわらず、それに関する欺罔があった場合ないし錯誤を維持させた場合には欺罔行為が認められる。また、財産処分者が取引を通じて達成しようとした主観的な目的ではなく、行為者が提示した反対給付の客観的な内容に対する欺罔がある場合に欺罔行為が認められると思われる。同様に、無償の片面的給付の場合においても、この程度の欺罔行為ないし錯誤が認められる場合に限り、詐欺罪の成立を肯定すべきであると思われる。

事例(1)において、寄付金の募金と偽った行為は、詐欺罪における欺罔行為に該当する。一般人の観点から考えてみても、募金行為であると誤認しうる外形があり、

⁽¹⁰²⁾ 中森・前掲注(15)『刑法各論』145頁。

⁽¹⁰³⁾ 山口・前掲注(98)『刑法各論』251頁。

⁽¹⁰⁴⁾ 山口・前掲注(98)『刑法各論』268頁。

⁽¹⁰⁵⁾ 林・前掲注(3)『刑法各論』228頁。

実際に財産処分の本質となる寄付という状況自体が虚偽であるから詐欺罪の構成要件としての欺罔行為と認めるに十分であると思われる。そして、事例(1)の財産処分者は、寄付行為を通じて財産を交付したと認識しているが、寄付という基本状況、それ自体が実際に存在せず、当然寄付金の用途など、具体的な内容も虚偽であるから、重要な事実に対する欺罔行為及びそれに対する錯誤が認められるのである。

事例(3)における行為者の行為は、被害者のみに財産処分の動機を形成させるにすぎないのであり、財産処分の基本状況である寄付、それ自体に対する欺罔ではなく、単純な情報の問題にすぎないといえる。たとえば、商品の購入を促進させるための一環として、取引や商品、それ自体に対する重要な欺罔ではなく、多少の誇張広告の場合には欺罔行為が認められないように、寄付それ自体と直接に関連しない内容に対する単純な欺罔は、詐欺罪の構成要件としての欺罔行為に当たらないと判断することができる。そして、事例(3)の財産処分者は、隣の人が寄付しなかったことを知っていれば、寄付しなかったと判断されるが、基本的に寄付という状況の下で、寄付によって財産上の損害が発生するという事実に対する正しい認識があり、寄付の具体的な内容さえ明確に認識している限り、錯誤を認める余地はないのである。

事例(2)の場合には、寄付という基本状況に対する欺罔を認めることはできないが、寄付と直接に関連する寄付の内容に対する欺罔があったと判断することは可能であると思われる。いわば、寄付という状況に対する欺罔は有償の取引における取引の状況、それ自体に対する欺罔であり、寄付の内容に対する欺罔は取引の反対給付に対する欺罔と同様に扱うことができる。そして、事例(2)の財産処分者は、寄付という交付状況に対する認識はあったが、寄付金の用途に関する欺罔行為によって重要な事実に対する錯誤に陥ったと判断することができる。たとえば、補助金の受給において、個人の暮らし向きを基準として補助金の等差を設ける事案で、補助金の受給を受けることができる資格はあるが、担当者を欺罔し、より多い金額を受けた場合や就職活動の支援を受ける資格のある者が担当者を欺罔し、子供手当てを受けた場合などは、錯誤を認めることができると思われる。

しかし、事例(1)と事例(2)・事例(3)は、詐欺行為者ないし第三者の財産的利得という要件において、決定的な差がある。事例(1)は、被害者の交付した金銭の取得によって詐欺行為者が財産上の利益を取得したことに基いて、詐欺罪の構成要件を満たし

ていると判断することができる。反面、事例(2)と事例(3)において、詐欺行為者の財産上の利益の取得は認められない。そして、「交付の相手方は詐欺行為者以外の第三者でもよいが、実質的に行為者に交付したといえる場合か、行為者が第三者に利得させることを目的とした場合に限るべきであり、全く無関係の第三者に交付させた場合は、毀棄罪等が成立することは格別、本罪は成立しないと解すべきであろう⁽¹⁰⁶⁾」。つまり、事例(2)と事例(3)のように、募金者は財産上の利益を取得しておらず、財産的利得が全く無関係の第三者に移転された場合には、少なくとも詐欺罪としては処罰しえないと判断することができる。すなわち、この場合、構成要件の結果である行為者側の財産的利得の発生がなかったことから、詐欺罪の既遂としては処罰することができないというべきである。

このような観点から考えてみると、事例(2)と事例(3)の欺罔行為は、最初から財産的利得を目的とした行為でないことが分かる。詐欺罪は、行為者側の財産的利得の発生によって既遂に至る犯罪であるとする、最初から利益を取得するための行為でない場合には詐欺罪の構成要件的行為とはいえないのではないと思われる。すなわち、詐欺罪は欺罔行為と、錯誤に陥った被欺罔者の財産処分行為によって財産を取得する行為、この二段階の行為によって成立する犯罪であるとする、財産取得のための手段的行為かつ前段階の行為である欺罔行為は、被欺罔者を錯誤に陥れ財産を処分させる行為でありさえすればよいのではなく、当然財産取得行為を容易にする行為、財産を取得するための行為でなければならない。それにもかかわらず、最初から財産取得行為を容易にする行為ないし財産を取得するための行為でない場合には、たとえ取引の状況に対する事実、反対給付に対する事実という取引上の重要な事実に対する欺罔であるとしても、欺罔行為には該当しないと解するのが妥当であると思われる。

このような考え方は、不法領得意思に鑑みても妥当であると思われる。事例(2)と事例(3)における行為者は最初から寄付金を募金しようとしただけで、財産的利益を得ようとする意図はなく、不法領得の意思を有していないのである。領得犯罪の成立において、不法領得意思必要説と不要説との対立⁽¹⁰⁷⁾があり、不法領得の意思の内容

⁽¹⁰⁶⁾ 西田・前掲注(15)『刑法各論』181頁。

⁽¹⁰⁷⁾ 従来、本権説の支持者は不法領得意思必要説を主張し、占有説の支持者は不法領得意思不法説を

自体に関しても議論がなされてきた。「領得意思の内容につき、基本的に次の三つの見解にその内容を見ることが出来る。①権利者を排除し他人の財物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思とする見解、②権利者を排除して所有権の内容を行使すること、及び、財物につきみずから所有者としてふるまう意思とする見解、③経済的支配の意思、又は、財物をその経済的用法に従い利用もしくは処分する意思とする見解がある⁽¹⁰⁸⁾」。権利者を排除しようとする意思は、主に一時的使用の不可罰と関連して問題となり、利用ないし処分意思は領得罪と毀棄・隠匿罪との区別と関連して議論されているが、事例(2)の行為者には、寄付金に対する経済的利用ないし処分する意思がなく、もっぱら寄付金の募金のための行動であった場合には、行為者側には財産的利得はもちろん、不法領得の意思も認められないのである。したがって、このような観点から考えてみても、事例(2)と事例(3)の場合には詐欺罪の成立を否定するのが妥当であると思われる。

思うに、寄付金詐欺などの片面的給付詐欺においては、行為者の欺罔行為はなく、寄付した後、最初設定した目的とは異なる用途に使われた場合には、その使用自体は問題となりうるが、詐欺罪が成立する余地はない。したがって、たとえば、事例(2)において、寄付当時に孤児の学習後援に使ってほしいという、寄付者の主観的に目的を設定した寄付であっただけで、募金者側から積極的な欺罔行為がなかった場合には最初から詐欺罪は成立しない。そして、募金者からの積極的な欺罔行為があり、その欺罔の内容が寄付の状況や用途など、重要な事実に対する欺罔であった場合には、詐欺罪の未遂の問題になるとと思われる。しかし、重要な事実に対する欺罔があったとしても、その行為が財産を取得するための行為でない場合には、詐欺罪の構成要件要素としての欺罔行為には該当せず、詐欺罪の成立は否定すべきである。

要するに、事例(1)は、欺罔行為によって錯誤に陥った財産処分者の処分であるから、処分自体に対する認識、同意があったとしても、瑕疵ある認識・同意であるため、詐欺罪の成立を妨げない。したがって、事例(1)の行為者においては、欺罔行為、

主張するのが一般的であった。不法領得意思必要説によると、領得罪の成立には主観的要件として故意以外に特別な意思として不法領得の意思が必要であり、不要説によると、主観的要件としては故意があれば足りる。

⁽¹⁰⁸⁾ 安里全勝「不法領得の意思」現代刑事法2巻4号(2000年)36頁。

⁽¹⁰⁹⁾ 中森喜彦「不法領得の意思」法学セミナー468巻(1993年)98頁。

錯誤、財産処分行為、財産上の損害の発生、そして財産的利得といった詐欺罪の構成要件が全て満たされており、詐欺罪の成立を肯定することができる。そして、事例(2)は、財産交付の基本的状況に対する錯誤はなかったが、具体的な内容、とくに交付における重要な事実に対する欺罔行為・錯誤がある。しかし、募金者の行為は、不法に他人の財産を取得するための行為ではなく、実際に財産的利益の取得もなかったことから、詐欺罪の成立を否定するのが妥当であると思われる。最後に、事例(3)の行為者の行為は、寄付自体に対する重要な事実に対する欺罔ではなく、財産を取得するための行為でもなく、単なる寄付を促進する程度の誇張に過ぎないから、詐欺罪の欺罔行為には該当せず、財産の交付に対する正しい認識に基いて財産を処分したと解され、詐欺罪は成立しないと判断することができる。

おわりに

以上の検討により、詐欺罪は欺罔行為という手段的行為を利用し、財産を取得することによって成立する犯罪であり、詐欺取財罪及び詐欺利得罪に共通する客観的構成要件として被害者における財産処分行為による実質的な財産上の損害の発生を認めるのが妥当であることが明らかとなった。

詐欺罪の構成要件として財産上の損害及び財産的利得の発生を求めるのは、詐欺罪の保護法益に対する議論に鑑みて妥当といえる。保護法益としての財産以外に、詐欺罪に固有の保護法益が必要であるとすれば、財産上の損害の発生がなくても保護法益に対する侵害が認められ、詐欺罪の成立を肯定することになりうる。しかし、学説によって副次的な保護法益ないし新しい保護法益として挙げられている、経済取引の自由などは、それ自体が詐欺罪の保護法益になるのではなく、欺罔行為や財産処分行為に関わる要素であり、欺罔行為や財産処分行為を判断する際に考慮することで十分保護されていると解することができる。したがって、詐欺罪の構成要件として財産上の損害の発生及び財産的利得の発生が必要であるということについては変わりがない。

詐欺罪における財産上の損害については様々な見解が主張されている。最近、有力に主張されているのは目的・錯誤を基準とする説の枠組に含まれる見解であるが、

この見解が有している問題点は、目的・錯誤に基いて詐欺罪の成否を判断するとはいえ、財産上の損害の判断に関しては個別財産喪失説にしたがっていることから、結局形式的個別財産喪失説が有している問題点である損害概念の形骸化から脱することができなかったということである。とくに、無償の片面的給付による詐欺の場合には、被害者の財産の処分行為はあったものの、他の詐欺罪の類型とは異なり、被害者に自らの財産を交付することに関しての認識がある。多くの学説は、この点に着目し、詐欺罪の成立を限定するために、目的や錯誤などの基準を用いて判断基準を設定しようとした。しかし、上述のとおり、目的不達成論や法益関係の錯誤論だけでは、無償の片面的給付における詐欺罪の成立範囲を明確に判断することはできない。この両説の有している長所は、無償の片面的給付における詐欺罪の成否について、財産の喪失ないし財産的損害を基準とする説より論理的な理論構成ができるという点である。それにもかかわらず、この両説に従って判断しても、無償の片面的給付と詐欺罪の成否という問題がうまく解決できるのではないのであれば、やはり財産上の損害と財産的利得を含め、詐欺罪の構成要件の全般に基いて詐欺罪の成否を決定づけるのが妥当であると思われる。

したがって、財産上の損害に対する形式的判断を防ぐためには、実際に経済的な価値の減少を基準とする損害概念説に基いて財産上の損害の発生を判断するのが妥当である。さらに、日本の詐欺罪はドイツの詐欺罪とは異なり、詐欺罪が既遂となるためには、利得目的の現実化、すなわち、詐欺行為者又は第三者における財産的利得の発生が必要である。このような観点から考えてみても、被害者にのみ意味のある財産に対する愛情価値や財産処分の自由などは、詐欺行為者又は第三者には何らの財産的利得にならないものであるため、財産的利得と財産的損害の素材同一性に基いて客観的な経済的価値の減少を財産上の損害として解するのが妥当である。つまり、日本の詐欺罪規定に照らして、財産上の損害は客観的損害概念説に基いて判断するのが妥当である。それにもかかわらず、学説が財産上の損害に対する解釈を緩和し、詐欺罪の成立範囲を広く設定しようとする理由は、詐欺罪の成立範囲の拡大が被害者の財産の保護につながると考えられているからである。しかし、学説が詐欺罪の成立範囲内に含ませようとしている行為がもともと詐欺罪として処罰しうる行為であるかどうかについては再検討を要する上、その際、処罰範囲の拡

大がもたらす新たな問題などについても併せて検討する必要がある。さらに、財産的損失を被った被害者を保護する方法は、被害をもたらした人に対する処罰のみというわけではない。すなわち、財産上の損害の発生を客観的・経済的価値の減少と解することが直ちに被害者の保護をないがしろにすることにはならないというべきである。

そして、財産上の損害ないし実質的財産の侵害を不要とする学説は、とくに処分行為者の財産交付に対して経済的に相当な対価が提供された場合も、個別的な判断によって保護法益に対する侵害を認め、詐欺罪は成立すると判断するが、詐欺行為者側の財産の取得に関してはほとんど検討していないように思われる。構成要件の結果としての「詐欺行為者（又は第三者）の財産的取得」に鑑みると、客観的損害概念に基づいて財産上の損害を判断すべきである。実質的法益侵害に対する判断を保護法益としての財産に基づいて行っている点、及び、その判断基準となる経済的価値が他の学説によって主張されている判断基準より明確な概念である点などは、客観的損害概念の有している長所であるといえる。客観的損害概念説によれば、経済的価値の減少が発生した場合にのみ、財産上の損害の発生を肯定することになる。したがって、被欺罔者の財産処分行為に対して相当な反対給付が提供された場合には財産上の損害の発生が否定され、詐欺罪の成立が否定されるべきである。そして、無償の片面的給付の場合は、具体的事案ごとに構成要件該当性を十分に検討した上で詐欺罪の成否を判断するのが妥当である。とくに、財産交付における重要な事実に対する欺罔行為でない場合やたとえ重要な事実に対する欺罔行為であっても、その行為が最初から財産取得行為を容易にするための行為ないし財産を取得するための行為でない場合には、詐欺罪の構成要件要素としての欺罔行為には該当せず、詐欺罪の成立は否定される。また、詐欺罪は侵害犯であるため、財産の危殆化を理由とし、詐欺罪の既遂を認めるのは妥当ではない。⁽¹¹⁰⁾

⁽¹¹⁰⁾ この点に関して簡単にふれておく。ドイツの通説によれば、構成要件は既に損害と同視できる具体的な財産の危殆化の場合に実現することができると解されている（Eisele, a.a.O, Rn. 548.）。たしかに現代においては様々な具体的危険が直接に重大な侵害に繋がることもあり、危険犯の重要性が注目を浴びている（井田良「危険犯の理論」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』（岩波書店、2003年）172頁）。もちろん、具体的な危険による損害発生の効果というのは、現代社会においてますます増えている、財産犯の場合にも社会の変化による処罰の早期化、非経済的な利益の保護に対する要請を無視することができないと思われる。しかし、詐欺罪は侵害犯であるため、現実的な法益の侵害が発生しなかった場合にも詐欺罪として処罰することができるのかが問題となりうる。

以上のように、経済的価値の減少のみを財産上の損害と判断し、さらに詐欺行為者又は第三者の財産的利得の発生を詐欺罪の構成要件の結果として判断しようとする考え方は、近時の議論の流れに逆行しているようにも見える。近時、被害者の保護という観点から悪徳商法や金融詐欺など、詐欺罪とは保護法益を異にする経済犯罪等も詐欺罪によって規律しようとして、詐欺罪の成立範囲を拡張する見解も有力である。しかし、このような犯罪は、個人の財産のみならず、社会の経済秩序自体を脅かす犯罪であり、一般的な財産犯罪とは異なる観点からアプローチして、その解決策を検討するのが妥当であると思われる。すなわち、詐欺罪の処罰範囲を拡張するより、具体的な事例ごとに対する詳細な検討を通じて、各々の行為に当てはまる対処を講じるのが得策といえよう。

そして、本稿で主張しているのは、経済取引においては、経済的価値のみを保護すべきということではなく、少なくとも経済的価値の減少という、第1次的な法益の侵害が発生してはじめて刑法が介入すべきであるということである。行為者の欺罔行為というのは、それ自体を非難することは可能であるが、欺罔行為のみをもって詐欺罪の成立を肯定するのは妥当ではない。さらに、本稿は、被害者から騙し取った被害額を返還すれば足りると述べているわけでもない。すなわち、単に、保護法益に対する侵害のない場合、そして構成要件の結果の発生のない場合に詐欺罪の既遂を肯定しないというのみであって、民事責任の履行によって刑事責任を免除するという趣旨ではない。したがって、財産上の損害の発生を判断する際に、民事的な解決方法や返還などが、影響を及ぼすこともない。しかし、被害者側に財産上の損害の発生がなく、ただ被害者の処分の意思に反する交付であって、その交付を取消そうとする場合には、民事的な詐欺行為として扱い、取消ないし損害賠償のみが問題になると判断するのが妥当であると考えられる。

財産犯罪というのは、歴史の流れの中で、強者による弱者の財産権の侵害が何らの制約もなしに頻繁に行われた時代を経て、今日に至っており、このような観点から考えてみると、財産に対する侵害は過去と現在を問わずに、常に存在してきたと思われる。しがたって、現代社会が過去に比べてより多様な危険の要素を内包しているとはいえない。なお、法益の保護のための犯罪の早期処罰が実際に法益保護のために機能しているのかどうか、さらに現在の法律に合致している解釈であるのかどうか、という点に関して検討しなければならない。とくに、詐欺罪における財産の危殆化が損害の枠組みに含まれると判断することは、結局財産の危殆化を損害と同視し、これを詐欺罪の既遂犯として処罰することを意味する。侵害犯である詐欺罪において、未だに発生していない法益侵害からの保護を目的として同罪を成立させるのが果たして妥当であるのかという疑問がある。

詐欺罪の適用範囲を拡張するとしても、それだけで被害者の保護を強化することができるものではなく、詐欺罪の構成要件を客観的に判断したとしても、そのことによって被害者側に不利な結果になるというものでもない。刑法の機能及び詐欺罪の特徴に従って、最も明確な構成要件を提示することこそ、犯罪及び法律の適用から人々を守ることでありたい。