

## 〔論 説〕

## 詐欺罪における法益侵害と財産的損害

設 楽 裕 文  
淵 脇 千寿保

- I 序
- II 詐欺罪規定の形成過程
  - 1 ドイツにおける形成過程
  - 2 日本における形成過程
  - 3 小括
- III ドイツの学説と判例
  - 1 財産概念論の変遷
  - 2 客観的-個別的損害概念による損害判定
  - 3 目的失敗説
  - 4 小括
- IV 日本の学説と判例
  - 1 財産的損害不要説と財産的損害必要説
  - 2 通説的見解の形成
  - 3 通説的見解における成立範囲の限定
    - (1) 欺罔行為論
    - (2) 法益論
  - 4 形式的個別財産説の揺らぎと実質説の登場
  - 5 実質説の諸相
    - (1) 実質的個別財産説
    - (2) 法益関係的錯誤説
    - (3) 「全体財産に対する罪」説
  - 6 小括
- V 私 見
- VI 結 語

## I 序

資本主義経済発展の産物ともいえる詐欺は現代日本においても蔓延している（例えば、「振り込め詐欺」を想起せよ）。これに呼応するかのようには、詐欺罪規定の適用範囲を拡張する裁判例が出現している。代表的なものは、不法入国を図る者に譲渡する意図を秘して航空機の搭乗券の交付を請求しこれを取得する行為

が一項詐欺罪に該当するとした最決平成22年7月29日刑集64巻5号829頁(以下、この決定の事案を「搭乗券交付請求事件」という)である。しかも、この決定に対しては、「通説的見解」に依拠したものである旨のコメントがなされ<sup>1)</sup>、また、近時の有力学説が(少なくとも明示的には)異を唱えていない<sup>2)</sup>。

筆者らは、通説的立場ないし「理念型としての形式的個別財産説<sup>3)</sup>」を批判し詐欺罪の成立範囲を限定しようとする姿勢が学説から失われつつあるかのような危惧感を覚える。そこで、本稿において、詐欺罪規定の形成過程に遡り、学説、判例の変遷を分析した上、詐欺罪規定の合理的な解釈を試みることにした。これにより、未成年者事例(未成年者が年齢を偽って成人用品を購入するという事例)や偽造処方箋事例(偽造処方箋によって要処方箋薬を購入するという事例)においては詐欺罪成立を肯定できないという従来の考えを補強したいと思う。

## II 詐欺罪規定の形成過程

### 1 ドイツにおける形成過程

周知のように、ドイツにおける詐欺罪は偽造罪から分化したものである。そもそも、ローマ法において、詐欺罪規定の先駆けとなったものは、十二表法に見られる *fraus patroni* (保護者詐欺)であったといわれている。紀元前200年頃、詐欺的行為は、*furtum* (盗罪)に区分されていたものの、大部分は、偽造罪(*crimen falsi*)として、とりわけ、貨幣偽造及び文書偽造と重なるものと把握されていた。ハドリアヌス帝の後の時代には、判例において *stellionatus* (欺罔罪)が形成された<sup>4)</sup>。

<sup>1)</sup> 搭乗券交付請求事件の決定についての匿名解説(判時2101号161頁,判タ1336号56頁,法時83巻3号134頁(いずれも2011年)),増田啓祐「判解」最判解刑事篇(平成22年度)(2013年)187頁参照。

<sup>2)</sup> 搭乗券交付請求事件の決定に関する諸問題については、設楽裕文=淵脇千寿保「判批」日本法学79巻2号279頁以下(2013年)参照。

<sup>3)</sup> 本稿では、「形式的個別財産説」の語を「実質的個別財産説」に対比される考えを示す語として用いる。前田雅英『刑法各論講義』350頁(東京大学出版会,第5版,2011年)では、『交付自体が損害』という説明を形式的に徹底する形式的個別財産説は、詐欺罪が財産犯であることを実質的に否定しかねない」としている。これは、本稿の「理念型としての形式的個別財産説」に相当する。

<sup>4)</sup> Klaus Tiedemann, in: Burkard Jähnke/Heinrich Wilhelm Laufhütte/Walter Odersky(Hrsg.), Strafgesetz

中世イタリア法では、偽造罪の上位概念として、ローマ法に由来する *falsum*（偽罪）が発達し、ローマ法と中世イタリア法を継受したドイツ普通法に受け継がれた。ここでも詐欺は偽造と区別されておらず、真実に反する罪と考えられていた。第三者に財産的な損害を与える場合に詐欺を限定しようとするクラインシュロートの試みはあったものの、詐欺罪の近代的な理解に通じるともいわれるプロイセン一般ラント法 1256 条においても、「それによってある者の権利を害することになる錯誤の誘発は、可罰的な詐欺である」と規定されるに止まり、この「権利」に財産の他、生命、身体、自由、名誉についてのものが入るかが議論された。19 世紀に至っても、フォイエルバッハの（真実への権利を含む）権利侵害説の影響の下に、詐欺罪を意思決定の自由に対する罪と解する見解が現れている。1810 年のフランス刑法典の影響の下、財産犯として詐欺罪を規定したのは、1851 年のプロイセン刑法典である。その 241 条は、「利欲的意図をもって、他人の財産を、虚偽の申立により又は真実の事実を歪曲又は隠蔽することにより、錯誤を惹起することによって害した者は、詐欺罪を実行したものである」というものであった。これが 1871 年の帝国刑法典に受け継がれ、現在の刑法 263 条 1 項につながって行くことになる。このようにして、詐欺罪は偽造罪と明確に分離された。それでも、20 世紀の初めまで、詐欺の可罰性は単なる欺罔行為とそれにより財産的損害をもたらすところだけでなく一般的な安全感や超個人的な（社会の）利益の侵害にあるとする理解は生き続けたといわれる<sup>5)</sup>。

このように詐欺罪規定が欺罔行為による財産犯として発展していく背景には、19 世紀における資本主義経済の勃興による経済的リベラリズムと物質的思考様式があったと考えられる<sup>6)</sup>。市民間の商取引において利益追求のため誇大広告や駆引きの類が用いられる社会状況の下で、詐欺罪を「真実に対する罪」ではな

---

-buch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 11. Aufl., Sechster Band, 31. Lieferung, 1999, Rn. 13, S. 10. ローマ法における詐欺行為の犯罪化の過程については、足立友子「詐欺罪における欺罔行為について（一）」法政論集（名古屋大学）208 号 115-117 頁（2005 年）参照。本文における *frauspatroni*, *furtum*, *crimen falsi*, *stellionatus* 及び *falsum* の各訳語は、この足立論文のものに従っている。なお、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』312-314 頁（成文堂、1982 年）も参照。

<sup>5)</sup> Tiedemann, aaO(Fn.4), Rn.14-17, S.10ff. 林幹人『財産犯の保護法益』19-21 頁（東京大学出版会、1984 年）、中村勉「十九世紀におけるドイツ刑法の『詐欺概念』の史的変遷」帝京法学 17 巻 2 号 97-116 頁（1990 年）、足立・前掲注 4）119-125 頁参照。

<sup>6)</sup> Tiedemann, aaO(Fn.4), Rn.12, S.9.

く財産犯として位置づけ、その成立範囲を合理的に制限するよう要請されたことは、想像に難くない<sup>7)</sup>。

## 2 日本における形成過程

ドイツと異なり、日本においては、古くから詐欺罪の一部を窃盗罪と同列に扱う傾向が見られた<sup>8)</sup>。唐律の詐欺律中には、偽造、詐称、偽証といった行為を規定する中に一項目として、官私を詐欺して財物を取る者を盗に準じて論じる旨の規定があり<sup>9)</sup>、その影響を受けた養老律の詐欺律には「諸詐欺官私以取財物者準盗論」と、財産犯としての詐欺が規定されていた（もっとも、官吏または官庁派遣官と詐称して人を逮捕するなど財産犯とはいえない行為も詐欺として規定されていた）<sup>10)</sup>。下って仮刑律（1868年）には「人ヲ詐欺シテ財ヲ取」に関する「詐欺取財」の規定が置かれ、これは、新律綱領（1870年）において、強盗、窃盗、「恐喝取材」などととも「詐欺取材」として「凡官私ヲ詐欺シテ。財物ヲ取ル者ハ。並ニ賊ニ計ヘ。窃-盗ニ準シテ論ス。」とされた。新律綱領は、もとより明律、清律を基礎にして立案されたものではあるものの、そこにはフランス刑法が影響を及ぼしていたとの指摘もされている<sup>11)</sup>。旧刑法では、窃盗に準じて扱うことはなくなり、「第二章 財産ニ対スル罪」の中で、「第一節 窃盗ノ罪」や「第二節 強盗ノ罪」などととも「第五節 詐偽取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ関スル罪」に置かれ、同節の最初にある390条1項には「人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若クハ証書類ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト為シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ処シ」云々と規定された。現行刑法において、詐欺罪規定は、恐喝罪と分かれたれ、「財産上ノ損害」という文言をもつ背任罪規定とともに<sup>12)</sup>、「第三十七章 詐欺及ヒ恐喝ノ罪」中に置かれた（この際に246条2項の規定も新設された）。

<sup>7)</sup> 中村勉「十九世紀におけるドイツ刑法の『詐欺概念』の史的変遷（二）」帝京法学18巻1号139-140頁（1991年）参照。

<sup>8)</sup> 日本における詐欺罪規定の形成について、浅田・前掲注4）314頁、中村勉「十九世紀におけるドイツ刑法の『詐欺概念』の史的変遷（三）」帝京法学18巻2号194-204頁（1992年）、足立・前掲注4）127-131頁参照。

<sup>9)</sup> 小野清一郎『新訂 刑法講義各論』250-251頁（有斐閣，14版，1955年）参照。

<sup>10)</sup> 佐々波與佐次郎『日本刑事法制史』517頁（有斐閣，1967年）参照。

<sup>11)</sup> 中村・前掲注8）195-196，207頁参照。

<sup>12)</sup> 現行刑法に近い背任罪規定が現れたのは明治34年改正案においてであり、ここにドイツ刑法の影響が認められると推認されることにつき、上嶋一高『背任罪理解の再構成』119，122頁（成文堂，1997年）参照。

### 3 小括

以上によれば、日本の詐欺罪規定は、唐律由来の「詐欺取財」（新律綱領においては「詐欺取材」）の上に、明治期にフランス等から急遽輸入した西欧法思想が接木され<sup>13)</sup>、日本独自の発展を遂げた際に形成されたものであるといえることができる。その意味で、日本の詐欺罪規定は、フランス法、ドイツ法のように、自由主義経済の発展の下、詐欺罪の成立範囲を合理的に制約すべく時間をかけて形成されたものとはいえず、その基本において、唐律以来の簡潔で抽象的な規定を採用し、これを司法官の裁量により「融通無碍」に適用する余地を残すものとなったと考えられる<sup>14)</sup>。そして、このことは、その後のドイツと日本の学説・判例の差異に影響を及ぼしているものと推認できる。

## III ドイツの学説と判例

### 1 財産概念論の変遷

ドイツにおいては、財産的損害の解釈に関し、財産概念が研究されてきた。最初に現れたのは法律的財産説（*juristische Vermögenslehre*）である。その主唱者ビンディングによれば、損害は法的意味（*Rechtssinne*）におけるものでなければならず、それは、多くの場合、経済的損害でもあるけれど、それにとどまる必要はなく、経済的損害のみで十分であるというわけでもないし、また、経済的損害が欠如すれば法的損害がなくなるというわけでもない、ということになる<sup>15)</sup>。この説によれば、反対給付の価値を考慮することなく損害を認めることができ、例えば、英国製剃刀の代わりにゾーリングンのそれを買わされた者にも損害は発生していることになる<sup>16)</sup>。ただ、一方で、経済的な取引の客体となっているもの（例えば、労働力や企業秘密）を刑法的に保護することができず、他方で、経済的価値のない権利や愛情利益といった主観的信条によるものをも保護すること

<sup>13)</sup> 西欧の刑法思想の導入過程については、淵脇千寿保「明治期における刑法上の因果関係理論の導入」法学研究年報（日本大学大学院法学研究科）42号126-128頁（2013年）参照。

<sup>14)</sup> 中村・前掲注8）199-200頁は、現行刑法のような簡潔な規定が登場したのは明治30年12月28日発行の「刑法草案目録」においてであることを指摘している。

<sup>15)</sup> *Karl Binding*, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, BT, Erste Hälfte, 1896, S.189ff.

<sup>16)</sup> *Binding*, aaO(Fn.15), S.193.

への批判は避け難い<sup>17)</sup>。

法律的財産説の財産概念に対置されるのが、純粋な (rein) あるいは極端な (extrem) 経済的財産概念 (wirtschaftlicher Vermögensbegriff) である。これによれば、財産は「ある者の金銭的価値のある財の総計」ということになり、経済的観察方法によって、経済取引上価値があると認められる地位は—例えば、禁止された取引による無効な請求権であっても事実上実現できるときは—財産に含めることができることになる。この概念に対しては、財産に含まれるか否かの基準が事実的な力 (Macht) ということになって、その範囲が不確定となる上、(刑法以外の) 法秩序と矛盾するような場合であっても保護が認められることになるという不都合が生じる、といった批判が向けられている<sup>18)</sup>。

その後、通説化したのは、“法律的-経済的”折衷説 (“juristische-ökonomische” Vermittlungslehre) である。この説を支持するヴェルツェルによれば、財産は「法秩序の保護の下にある、何者かのもつ経済的価値の総体」であり、それには権利のみならず法的に保護される経済的地位も含まれることになる<sup>19)</sup>。

また、人格的財産説 (personale Vermögenslehre) も有力である。これは、財産的損害を価値の喪失よりも財産移転の作用による財産保持者の経済的能力の侵害に見出す考えである。その背景にあるのは、財産は何時どこでも同じ価値をもつものではなく、個々の経済的ミクロコスモスにおける財産のランキング (Rangordnung) を考慮して損害の有無を判断すべきであるという思想である。この説は、個人の財産処分の自由により強い保護を与えるものであるといえる。人格的財産概念の他に、動的財産概念 (dynamischer Vermögensbegriff) とか機能的財産概念 (funktioneller Vermögensbegriff) といったものも唱えられている。これらの概念は、経済的行動の自由や処分の自由を強く保護する結果をもたらすものと考えられている<sup>20)</sup>。

<sup>17)</sup> Vgl. Tiedemann, aaO(Fn.4), Rn.128, S.160.

<sup>18)</sup> Vgl. Tiedemann, aaO(Fn.4), Rn.131, S.162.

<sup>19)</sup> Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., 1969, S.372.なお, Tiedemann, aaO(Fn.4), Rn.132, S.163 によれば, 通説は, 法秩序による不同意が存在しないという条件の下で財産を「ある者の金銭的価値のある財の総体」と定義する。

<sup>20)</sup> Peter Cramer/Walter Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28.Aufl., 2010, Rn.81, S.2348.各説の内容につき, 伊藤涉「詐欺罪における財産的損害(一)」警研 63 卷 4 号 39-41 頁 (1992 年), 足立友子「詐欺罪における欺罔行為について(四)」法政論集(名古屋大学) 214 号 339-343 頁 (2006 年) 参照。

## 2 客観的-個別的損害概念による損害判定

経済的財産概念ないし法律的-経済的折衷説によるにしても、実際に損害の有無を判定するに際しては、個別事情を考慮しないわけにはいかない。給付と反対給付が相対する場合の判定においては、客観的-個別的損害概念（*objectiv-individueller Schadensbegriff*）が用いられることになる。これは、経済的方法を出発点としつつ、給付の純粋な金銭的価値によるのではなく、個別の経済的欲求をも考慮するというものである<sup>21)</sup>。以下、この考えが判例によって形成される過程を概観する。

客観的-個別的損害概念の判例による形成過程を検討するについて、最初に採り上げられるべきものは、保険料事件（*Prämien-Fall*）に関する、**RGSt 16, 1**である。この判例は、法的意味の「財産」は、積極的なものであれ消極的なものであれ、全体として捉えられる「ある者の財産法的な関係の総体」であるとし、この「財産」は、金銭的に、全体価値が減少することによって侵害され、同様に全体価値が増加することによって改善されるとする<sup>22)</sup>。とはいえ、詐欺罪における財産の侵害についての問題は所与の具体的な事実関係においてのみ意味を持つのであり、「そこから、財産的侵害がもたらされたか否かの問題は所与の具体的事案の個別性に従って厳格に、すなわち特定の被欺罔者の個別の財産関係に従って解答されなければならないという原則が生じる」とする<sup>23)</sup>。そして、この「個別化の原則（*Grundsatz der Individualisierung*）」は、被欺罔者の主観的な恣意や好みを容認するものではなく、「引き渡された物を利用しようとするかではなく、利用しうるかを問題にする」ものであるとする<sup>24)</sup>。

**BGHSt 8, 46**は、商品（この事案ではホップ）の市場価格が特定の耕作地帯の産物であることによって形成されている場合は、安い市場価格の他の産地のホップを前記耕作地帯の産物であるとして、そのより高い市場価格で売った者は、両者に品質上の差異がなかったとしても、詐欺罪に問われるとした。買受人にとって、ホップの価値は市場価格によって決まるのであり、価格の差異が品質や原価の差異、醸造業者ないし末端購入者の非経済的な評価基準に基づくかは問題にならず、「スパルターホップの高い価格でハーレルタウアーの耕作地で得

<sup>21)</sup> *Cramer/Perron*, aaO(Fn.20), Rn.108, S.2355.

<sup>22)</sup> **RGSt 16, 3**.この判例について、林・前掲注5) 49頁、中村・前掲注7) 165-166頁参照。

<sup>23)</sup> **RGSt 16, 7**.

<sup>24)</sup> **RGSt 16, 9**.

られた低い市場価値をもつものを購入した者は、給付に対し期待し、そして約束していた完全な対価を入手していないのであり、それによって害されたといえるのである」とする<sup>25)</sup>。

BGHSt 12, 347 は、純正品ではない外国産のバターを純正品でないことを表示しないでドイツの銘柄バターとして売った者は詐欺罪に問われるとした。「混ぜものをした外国産バターはドイツの銘柄バターと比べて市場価値が否定されるか少なくとも低い市場価値しか有しない。購入者らはそれにより損害を被っている。彼らは低い価値の商品を取得しているからだ」とする<sup>26)</sup>。また、混ぜものをした外国産バターを混ぜもののない外国産バターとして売った場合は、「被告人らは、買受人らを欺罔し、買受人らは、純正の混ぜものをしていない外国産バターを取得しようとして、実際には、少なくとも品質が悪く、そのためにもかくも低い市場価格をもつ、後から水を添加した外国産バターを入手した。それ故、買受人らは損害を被った」とする<sup>27)</sup>。さらに、混ぜものをしていない外国産バターをドイツの銘柄バターとして売った場合であっても、外国産バターは大量に売ることが難しいものであり、「ドイツの銘柄バターの市場価値は、その出所、その売れ行きの良さ、そして、表示に見られる、出所において規制を遵守しており申し分のない特性を確かに有しているという保証に基づいている」のであって、この観点から、ドイツの銘柄バターの市場価値が外国産バターのそれより高いときは、購入者らは損害を被ったといえるとした<sup>28)</sup>。ここでは、市場価値の決定に際し、「売れ行きの良さ」などが考慮されている。

BGHSt 16, 220 は、純毛のギャバジンズボンと偽ってレーヨン (Zellwolle—「スフ」と訳されることが多い) のギャバジンズボンを買ったという事案について、売主において偽りの保証をした性質が商品に欠けるとき、その商品が約定した価格に見合う価値のあるものであったとしても損害を認めることができるとしつつ、どのような状況の下でも常にそのようにいえるわけではないとしたものである。この判例は、前掲 RGSt 16, 1 によりつつ、財産は何者にとっても同じ価値をもつものではなく、とりわけ、利用価値は各自の生活関係によって異なるので、「ある者にとっては高い有用性とそれに応じた価値のある物が、他の者に

<sup>25)</sup> BGHSt 8, 49.この判例について、林・前掲注5) 53頁、伊藤・前掲注20) 31頁参照。

<sup>26)</sup> BGHSt 12, 350.この判例について、林・前掲注5) 53頁、伊藤・前掲注20) 31頁参照。

<sup>27)</sup> BGHSt 12, 352.

<sup>28)</sup> BGHSt 12, 353.



としては利用可能性がなく無価値であるか、又は価値が低い物でありうる」のであって、公平を図るためには、そうした個別の事情を考慮しないわけにはいかない。ある物の買主が給付と反対給付とに等価値性があっても害されるということがありうる。ただし、その際の決定は「被害者の個人的評価によるのではなく、中立的な第三者の理性的判断によりなされる」とする<sup>29)</sup>。そして、購入した物に売主が詐欺的に保証した性質が欠けているという理由だけでは、その物が一定の価値を有しており、それが購入価格に相応する物である限りは、買主が損害を被ったと見ることはできず、欺罔により買主の期待した利益を奪ったように見えるというだけでは、詐欺罪に該当すると考えるのには不十分である。買主は、契約成立前に性質の保証された物の引渡について何らかの権利——期待権（*rechtliche Anwartschaft*）はもとより事実上の見込みも——取得してはいない。要するに、買主は契約によって何も財産を失っていないのであり、財産増加の失敗が財産的損害に当たるとするような新解釈は認めることができないというのである<sup>30)</sup>。

とくに有名なのは、搾乳機売買事件（*Melkmaschine-Fall*）に関する、BGHSt 16, 321である。この判例によれば、提供した給付に相当する価値が反対給付にある場合に財産的損害の有無を決定するについては、被欺罔者の財産処分が有利・不利のいずれに作用したかをテストする必要があるところ、その際に標準となるのは被欺罔者の意見ではなく、むしろ、入手した物が経済的に見て反対給付に相応しているかを最初に判断しなければならない。この判断は、個別ケースの個々の事情を考慮せずになすことのできないものであり、個人的な必要性や取得者の生活環境など全ての事情に応じて、追求する目的をも考慮してなされなければならない。なぜなら、ほとんどの目的物は、全ての者に対して同等の財産的価値を有しているわけではなく、同様の利用可能性があるわけでもないから、同一の給付が他の者の財産に対するのとは全く別の有利・不利の作用を惹き起すからである。この「個別化の原則」は、被害者の個人的評価を問題にせず、むしろ決定的なのは、客観的な判定者の見解に従って、被害者が物を契約上前提としていた目的のために、全く、又は全面的には利用しえないか、あるいは他の期待される方法で利用できないか、ということである。そのような利

<sup>29)</sup> BGHSt 16, 222. この判例について、林・前掲注5) 53頁、伊藤・前掲注20) 33頁参照。

<sup>30)</sup> BGHSt 16, 223f.

用可能性が欠けるなら、反対給付の取引上の価値が被欺罔者の給付のそれに相応している場合であっても財産的損害は認められるとする（これにより、契約上は10頭の雌牛に対して使用できるとされていながら実際には2、3頭の雌牛にしか使用できない搾乳機であったという場合については、財産的損害が認められることになる<sup>31)</sup>。さらに、取得者が負担した債務によって、財産的損害となる措置をとらざるをえなくなったというときにも、財産的損害を認めうる。それは、被欺罔者が債務を履行するために必要な手段を入手するのと引換に経済的に不利な他の取引をしなければならなくなったときに、とりわけ問題になる。例えば、高利の貸付を受けるとか、不利な結果になる有価証券譲渡をするなど、経済的に不利な取引をしなければならなくなったとか、有利な取引をしないようにしなければならなかったといった場合がこれに当たる。加えて、契約により負担した債務によって、取得者の経済状態に確実性のある危険を生じさせるような手段の欠乏をもたらす場合も財産的損害を認めることができる。支払債務が履行できないときのほか、「被欺罔者が処分の自由を、その経済状態又は生活状態にふさわしい境遇を保持するために不可欠である手段を、奪われた場合」がこれに当たる。例えば、著しく消費を制限しなければならなくなったとか、必要な需要を満たすための手段を処分しなければならなかったというときである<sup>32)</sup>。

その後、BGHSt 23, 300は、出版広告会社の者が客にとって無用の雑誌を注文するよう仕向けたという契約締結上の詐欺（Eingehungsbetrug）の事案において、前掲BGHSt 16, 220を引用して、欺罔行為者の給付（雑誌の引渡）についての契約上の請求が、その価値において、被欺罔者の反対給付（購入代金の支払）に劣っているときには財産上の損害が発生するとしている<sup>33)</sup>。この判例は、雑誌を注文した客は契約を履行して無用の物に対する購入代金の支払により財産的損害を被る危険にさらされており、この危険は経済的観点から財産的損害と同一視すべきものであるとしている<sup>34)</sup>。

### 3 目的失敗説

給付と反対給付が相対する場合とは異なり「一方的な給付をさせる取引」に

<sup>31)</sup> BGHSt 16, 325f. この判例について、林・前掲注5) 55頁、伊藤・前掲注20) 34頁参照。

<sup>32)</sup> BGHSt 16, 328.

<sup>33)</sup> BGHSt 23, 302. この判例について、林・前掲注5) 56頁、伊藤・前掲注20) 32頁参照。

<sup>34)</sup> BGHSt 23, 304.

における詐欺罪（乞食詐欺、寄付金詐欺、補助金詐欺など）の成否を判断するための考えとして、目的失敗説（Zweckverfehlungslehre）がある。このような取引においては反対給付は存在せず、前述したように客観的-個別的損害概念に従って財産的損害の有無を判定することはできない。また、「意識的な自己侵害」の場合には詐欺罪による保護を認めるべきではないと考えるなら、一方的な給付をした者が自己の処分行為による財産の損失を自覚している場合には、不可罰性（Straflosigkeit）が認められ、詐欺罪は成立しないということになってしまう。そこで、このような場合に詐欺罪としての処罰を可能にするためには、（被欺罔者が意識している）経済的価値としての財産にではなく、処分の自由に関連づけた考察をすることが必要になる<sup>35)</sup>。

もともと、判例においては、欺罔行為により一方的な給付を受けた場合には客体の引渡によって財産的損害が生じると考えられてきた（このような考えは、日本の形式的個別財産説に類似している）。例えば、BGHSt 2, 325 は、鉱山労働者が賃金契約に従って家庭用燃料として受給できる石炭を、売却する意図で要求し取得したという事案について、「鉱山の財産的損害は、鉱山の使用人が、賃金契約において指定されている条件を充たさない場合、彼が請求権を有しない、割引された石炭の引渡によって発生する」として<sup>36)</sup>、被欺罔者である鉱山の職員において使用人がしばしば家庭用燃料に使うべき石炭を売却して収入を得ているということを認識していたという場合でも、詐欺罪の成立は妨げられないとしている。

BGHSt 19, 37 は、このような〈客体の引渡による財産減少=損害〉という考えを踏まえつつ<sup>37)</sup>、国営企業であったフォルクスワーゲン社の民営化の際の株式割当に際し、不実の申立をして株式購入を申し込んだという事案について、社会政策目的等の達成のために財政資金が投入される状況の下で、支援を受ける集団に属していないのに、例えば、低利の貸付を受けることによって金員を詐取する者は、その金員が同じ条件で他の者に支払われたであろうから国に損害が発生していないと主張することはできないのであり、「目的に結びついた手段が、

<sup>35)</sup> Tiedemann, aaO(Fn.4), Rn.182, S.195.

<sup>36)</sup> BGHSt 2, 327.

<sup>37)</sup> 第1刑事部は、補助金金庫の管理者に対し虚偽の申告をして金員を詐取した場合には、現金の残高の減少によって財産的損害は生じる旨述べている（BGHSt 19, 45）。なお、この判例について、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害（四）」警研 63 卷 6 号 41 頁（1992 年）参照。

追求する目的をそれにより達成することなく、減少させられているのだから、国は損害を被っている」とし、本件の株式売買においても、「自由に処分できる手段の、目的と意味のない誤導」が認められるとする<sup>38)</sup>。

その後、BGH NJW1995, 539 は、公益目的の組織の会員募集における詐欺に関して、「いわゆる寄付金詐欺、乞食詐欺、贈与詐欺の事案では、確かに被欺罔者〔…〕が彼の処分行為の彼の財産に対する不利益な作用を意識しているという理由からだけではなくして、欺罔行為及び錯誤による損害を承認することができない」として、前掲 BGHSt 19, 37 を引用し、さらに「(意識的な) 財産の損失は〔…〕確かに財産的ではない目的の達成により埋め合わされる。この目的が達成されないと、財産の被害者は、欺罔行為による、経済的にも不合理な出費をすることになる。むしろ、刑法 263 条は、財産を保護する規定としての性格を奪われて、処分の自由を保護する規定に改造されるべきものではないし、欺罔行為に基づく動機の錯誤は可罰性を基礎づけえない。必要なのは、むしろ、社会的なものであれ、間接的に経済的な意味を持って追求される目的であれ、具体的状況において処分に不可欠で有意義に思われる目的の失敗である」としている<sup>39)</sup>。ここには、目的が達成されない場合に被害者が不合理な出費をするところに財産的損害を認めるという考えが示されているといえる。

#### 4 小括

ドイツでは、法律的財産説、経済的財産説を経て、法律的-経済的折衷説が通説化している。通説は、経済的財産概念を基礎にするものであるところ、処分の自由の強い保護をはかる人格的財産説も有力である。

反対給付のある取引においては、客観的-個別的損害概念により、個別的事情をも考慮して、損害についての判定がなされている。一方的な給付をする取引においては、客体の引渡により財産的損害が発生すると考えられていたところ、後に目的不達成により〈不合理な給付をすること〉に財産的損害を見出す目的失敗論が採用されている<sup>40)</sup>。もっとも、目的は社会的なものなどに限定されてお

<sup>38)</sup> BGHSt 19, 45.

<sup>39)</sup> BGH NJW 1995, 539.この判例について、クラウス・ゲッペルト(杉山和之訳)「詐欺罪について」永田誠=フィーリプ・クーニヒ編『法律学的対話におけるドイツと日本』324頁(信山社, 2006年)参照。

<sup>40)</sup> ゲッペルト・前掲注 39) 323-324頁は、目的失敗説は、財産的損害を「被害者が、財産の価

り、詐欺罪の規定が財産保護の性格を失って処分の自由を保護するものに改変されることを回避する意図はうかがわれる<sup>41)</sup>。

## IV 日本の学説と判例

### 1 財産的損害不要説と財産的損害必要説

当初、日本においては、「財産的損害」への関心は乏しく、相当対価の提供があっても詐欺罪の成立に影響がないとする、「財産的損害不要説」と呼ぶべき主張がなされた<sup>42)</sup>。この説が主張された主な理由としては、前述したように、日本では詐欺罪が窃盗罪に準じるものとして、（窃取と騙取の違いはあっても）「取」る犯罪として構成され、「他人の財産を害」するといった文言も用いられなかったことがあげられる。これに対し、ドイツの学説と同様に詐欺罪を理解し、財産的損害が発生していないときは詐欺罪にならないとする見解も主張された<sup>43)</sup>。

この頃の判例の動向はどうか。明治期から昭和14年頃までの判例を概観すると、〈とくに財産的損害に相当する文言を用いていないもの〉と〈財産的損害に相当する文言を用いているもの〉とを見ることができる。判例が財産的損害必要説に立っているか否かはともかくとして、被害者に実質的な損害が生じていない場合に、なお詐欺罪成立を肯定するような姿勢（いわば「徹底した財産的損害不要説」）は見られないように思う。

財産的損害に相当する文言を用いて詐欺罪の成立を否定した判例としては、

---

値を、それによって追求しようとした目的が達成できないことにより、いわば『より乏しく』してしまったというところにある」とするものであり、判例が何故『『経済又は社会政策的な』目的のあやまちに限定するののかについては、法解釈学的な理由はつけられず、結局、おそらく法政策的にのみ説明することができる』としている。

<sup>41)</sup> それでも、目的失敗説が「処分の自由」を保護する考えに通じるものであることは否定できない。足立・前掲注20) 348-349頁は、目的失敗説と「処分の自由」の侵害を損害の内容から排除する客観的損害説とは方向を異にするものである旨の指摘をしている。

<sup>42)</sup> 泉二新熊『日本刑法論 下編』159頁以下（有斐閣，第31版，1921年），牧野英一『重訂日本刑法 下巻』385頁（有斐閣，第61版，1938年），木村亀二『刑法各論』138頁（日本評論社，1938年）参照。

<sup>43)</sup> 例えば、瀧川幸辰にはビンディングの影響が認められる（瀧川幸辰「詐欺罪に関する若干の問題」団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集 第4巻』479-481頁（世界思想社，1981年）参照）。他に、大場茂馬『刑法各論 上巻』815頁以下（巖松堂書店，第6版，1913年），宮本英脩『刑法大綱』370頁（弘文堂書房，第3版，1935年）参照。

例えば、大判大正7年5月23日新聞1423号26頁（軸物等を担保に供して借財したという事案についてのもの。以下、この事案を「軸物担保提供事件」という）、大決昭和3年12月21日刑集7巻772頁（製菓売子が派遣医であるかのように装って患者を診察し売菓を購入させたという事案についてのもの。以下、この事案を「派遣医偽装薬販売事件」という）がある<sup>44)</sup>。これに対し、対価の提供があっても（とくに財産的損害に触れることなく）詐欺罪の成立を肯定した判例としては、例えば、大判昭和8年2月15日刑集12巻126頁（「タカヂアスターゼ錠」の登録商標で販売されている消化剤に偽装して、効力においてはほとんど差異がないヂアスターゼ錠を売ったという事案についてのもの。以下、この事案を「偽タカヂアスターゼ錠売却事件」という）がある<sup>45)</sup>。

## 2 通説的見解の形成

財産的損害不要説は、後に、形式的個別財産説に変容する。牧野英一が詐欺罪の法益は所持であって所持の移転があれば法益侵害を認めるのに十分であるとしたのは、その先駆的な例といえる<sup>46)</sup>。もっとも、第二次世界大戦後の通説的見解は、一項詐欺罪は個別財産に対する罪であって、財物の交付ないしそれによる財物の使用・収益・処分といった利益を失ったこと（団藤説、福田説においては、正確には、「財物の喪失によって所有権その他の本権の事実的機能が害されること」<sup>47)</sup>）が財産的損害であると考え、二項詐欺罪には個別財産に対する罪と全体財産に対する罪とが含まれており、前者の場合には個別的財産権が移転して被害者がその権利に対する利益を失うことが財産的損害であり、後者の場合には全体財産に損失が生じなければ財産的損害は存在しないと考える<sup>48)</sup>。これは、一種折衷的な見解であり、「実質的個別財産説」といった学説が芽生える土壌を形成したともいえるものである。

<sup>44)</sup> 他に、大判明治42年4月29日刑録15輯524頁など。

<sup>45)</sup> 他に、大判明治43年5月17日刑録16輯879頁、大判昭和14年8月21日新聞4463号11頁など。

<sup>46)</sup> 牧野英一「詐欺罪と財産上の損害」『刑法研究第9巻』314頁以下（有斐閣、1905年）参照。

<sup>47)</sup> 団藤重光編『注釈刑法（6）——各則（4）』233頁〔福田平〕（有斐閣、1966年）参照。

<sup>48)</sup> 団藤重光『刑法綱要各論』620頁（創文社、第3版、1990年）、大塚仁『刑法概説（各論）』266頁（有斐閣、第3版増補版、2005年）参照。なお、詐欺罪に「個々の財産を侵害する罪」と「包括的財産を侵害する罪」とがあることは、小野清一郎が指摘していた（小野・前掲注9）225-226頁参照）。

### 3 通説的見解における成立範囲の限定

ここで、通説的見解における詐欺罪の成立範囲を限定する試みに言及する。〈欺罔行為により惹起した錯誤によって、それにより財物を交付して占有（所持）を失えば財産的損害が認められ、詐欺罪が成立する〉という「通説的公式（理念型としての形式的個別財産説）」に形式的に当てはめるなら、派遣医偽装薬販売事件のような場合、また、未成年者事例や偽造処方箋事例においても詐欺罪の成立が肯定されるはずである。しかし、通説的立場に立つ者の全てがそのような結論を是認するわけではない。そこには、詐欺罪の成立範囲を限定しようとする姿勢ないし工夫が見受けられるように思う。

#### (1) 欺罔行為論

初期の学説には欺罔行為に限定を加えようとする傾向は見られず、せいぜい派遣医偽装薬販売事件の決定を錯誤と処分行為との因果関係の観点から説明する見解<sup>49)</sup>が目立つ程度であった。本格的な限定が加えられるのは社会的相当性説や行為無価値論が台頭してからである<sup>50)</sup>。

福田平は、ヴェルツェルの社会的相当性の理論を日本に輸入し、これを詐欺行為の解釈に盛り込んで、「どの程度までのかけひき・誇張が欺罔にあたらぬか」の判断の基準は「結局のところ、社会的相当性の思想であろう」とし、「[…]ある行為が社会的相当性の枠内にあるかどうかは、行為の態様、法益侵害（危険）の程度を総合的に考慮して判断しなければならない」とする。そして、「[…]広告・宣伝にあたって、虚偽の事実を告知しても、それが抽象的であるとか取引上重要でない事項に関するものであるばあいには、虚偽広告・誇大広告の範囲にとどまるものであるが、取引における重要な事項について具体的事実をいつわつたばあいには、虚偽広告・誇大広告の限界をこえ、欺罔にあたるものといえよう」という基準の下に、派遣医偽装薬販売事件の被告人の行為は取引上重要な事項について具体的事実を偽ったものとはいえないから「欺罔」に当たらず、最決昭和 34 年 9 月 28 日刑集 13 卷 2993 頁の「ドル・バイブレーター」というあんま器の代金詐取の事案（以下、この事案を「ドル・バイブレーター事件」という）の方は、告知事実を真実らしく見せるために取引上重要な事項について具

<sup>49)</sup> 木村・前掲注 42) 145 頁参照。

<sup>50)</sup> 団藤・前掲注 48) 612-613 頁は、「取引における信義誠実の原則」や「社会的相当性」による違法性の阻却を認め、大塚・前掲注 48) 246-247 頁は、「取引慣行上許されている駆引きの範囲内で信義則に反しないもの」は「人をあざむく行為」には当たらないとする。

体的事実を偽ったものであるので「欺罔」に当たるとする<sup>51)</sup>。ただし、福田は、取引上重要な事項について具体的事実を偽ったかという基準を商品の広告・宣伝、取引上の駆引きの場面における「欺罔の程度」の判定に用いており、どのような事実を偽れば「欺罔」に当たるかという「欺罔の内容」の側面については、「相手方が財産的処分行為をなすための判断の基礎となるような事実をいつわるものであることを要する」としている。そして、軸物担保提供事件の判例は、こうした立場から詐欺罪の成立を否定したものであるとする<sup>52)</sup>。

藤木英雄は、「商略として許容される虚言の限度」の場面における「欺罔行為」の認定は、「法益侵害の面からの違法性と行為の態様の面からの違法性とを、総合的に考察の上」可罰的違法性を判断してなすべきであるとし、「要するに、重要な具体的事実を虚構したときは、それだけで、可罰的違法性のある欺罔だと認めて差し支えあるまい」としている<sup>53)</sup>。これは、福田が「欺罔の内容」に位置づけた「財産的処分行為をなすための判断の基礎となる事実」を偽ったかという基準を「欺罔の程度」の判断に盛り込み、基準を一元化したものと見られる。

## (2) 法益論

理念型としての形式的個別財産説に従うなら、取締法規に違反して物品売買がなされた場合——例えば、未成年者事例や偽造処方箋事例においても一項詐欺罪が成立することになる。しかし、このような結論は、実質的に売主に損害が生じていないと考えられることから、疑問である。同様の問題が1940年代から統制法規違反の取引ないし「配給詐欺」の事案で詐欺罪の成立を認めた判例についても生じた。例えば、鉄鋼配給統制規則により割当制にされている銑鉄を偽造した割当証明書によって購入したという事案について、大判昭和17年4月7日新聞4775号5頁は、「銑鉄ヲ賣渡シタルコト自體既ニ損害ナリト解スル」として損害を認め詐欺罪の成立を肯定している<sup>54)</sup>。そして、小野清一郎や平野龍一も、「配給詐欺」について詐欺罪成立を肯定する判例の結論に賛成している<sup>55)</sup>。

<sup>51)</sup> 団藤編・前掲注47) 181-183頁〔福田平〕参照。

<sup>52)</sup> 団藤編・前掲注47) 176-177頁〔福田平〕参照。

<sup>53)</sup> 藤木英雄『経済取引と犯罪』10-11頁（有斐閣，1965年）参照。

<sup>54)</sup> 平場安治=尾中俊彦「詐欺罪における欺罔と騙取」平場安治ほか『総合判例研究叢書 刑法(15)』107頁（有斐閣，1961年）は、配給詐欺の判決には「財物の交付自体が損害だという見解」がしばしば示されている旨指摘している。

<sup>55)</sup> 小野清一郎「騙取した米穀通帳による米の騙取——実刑の言渡と憲法25条」刑事判例研究会『刑事判例評釈集 第8巻』177-178頁（有斐閣，再版，1953年——なお，初版発行は1945年），



これに対し、通説的立場に立ちつつ、詐欺罪成立を肯定する結論を疑問視する見解がある<sup>56)</sup>。こうした見解は、国家的法益に向けられた行為であって詐欺罪の定型性を欠くとか<sup>57)</sup>、行為が国家の経済秩序等の維持を目的とした特別刑罰法規による処罰の対象とされ財産的法益の侵害を主眼とするものではない場合には詐欺罪に当たらないと解して<sup>58)</sup>、詐欺罪に該当しないとするものである。

それでも、多数の見解は、詐欺罪成立を肯定する判例の結論を支持している<sup>59)</sup>。その後、偽造処方箋事例に相当する、注射液を、偽・変造にかかる医師の証明書によって薬局から購入したという事案（以下、この事案を「偽造証明書による薬品購入事件」という）について、東京地判昭和37年11月29日判タ140号117頁が、「所犯は薬事行政上の規制をくぐったに止まり何ら個人的財産上の法益を侵害するものではないから詐欺の罪に当たらない」と判示した。だが、この偽造証明書による薬品購入事件判決に反対する見解も有力である<sup>60)</sup>。

#### 4 形式的個別財産説の揺らぎと実質説の登場

通説的見解が〈一項詐欺罪は個別財産に対する罪であり二項詐欺罪には個別財産に対する罪と全体財産に対する罪とが含まれる〉としたことには、平野龍一や林幹人などの激しい批判が向けられた<sup>61)</sup>。とくに後者の批判により、個別財産に対する罪である窃盗罪と詐欺罪とをパラレルに把握する考えは揺らぎ始めたともいえる（もっとも、詐欺罪を全て個別財産に対する罪と解するのなら<sup>62)</sup>、別であろう）。

そして、1985年以降、佐伯仁志、伊藤渉、菊池京子らによる、従来の通説を

平野龍一「主要食糧の不正受取と詐欺罪」判例研究2巻5号86頁（1950年）参照。

<sup>56)</sup> 団藤重光=福田平「騙取した米穀通帳による配給米の受領と詐欺罪の成立——未決勾留日数の通算と憲法の問題——實刑の言渡と憲法25條」判例研究2巻2号116-120頁（有斐閣，1949年）参照。なお、配給詐欺をめぐる学説の状況については、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第13巻』14-15頁〔高橋省吾〕（青林書院，第2版，2000年）などを参照。

<sup>57)</sup> 団藤・前掲注48) 607-608頁，福田平『全訂 刑法各論』249頁（有斐閣，全訂第3版増補，2002年）参照。

<sup>58)</sup> 大塚・前掲注48) 241頁参照。

<sup>59)</sup> 平野龍一『刑法概説』219-220頁（東京大学出版会，1977年），藤木英雄『刑法講義 各論』317頁（弘文堂，1989年），大谷實『刑法講義各論』259頁（成文堂，新版第4版，2013年），西田典之『刑法各論』205頁（弘文堂，第6版，2012年），前田・前掲注3) 353頁など参照。

<sup>60)</sup> 平野・前掲注59) 220頁参照。

<sup>61)</sup> 平野龍一「刑法各論の諸問題7」法セ209号52頁（1973年），平野・前掲注59) 218頁，林・前掲注5) 105-106頁参照。

<sup>62)</sup> 福田・前掲注57) 250頁参照。

再考させるような研究が出現して<sup>63)</sup>, 議論が活発になされるようになる。さらに, 21世紀に入ると, 最判平成13年7月19日刑集55巻5号371頁を嚆矢として, 最決平成14年10月21日刑集56巻8号670頁(以下, この決定の事案を「他人名義の口座開設事件」という), 最決平成16年2月9日刑集58巻2号89頁(以下, この決定の事案を「他人名義カード使用事件」という), 最決平成16年7月7日刑集58巻5号309頁(以下, この決定の事案を「根抵当権放棄事件」という), 最決平成19年7月17日刑集61巻5号521頁(以下, この決定の事案を「自己名義の口座開設事件」という), 搭乗券交付請求事件の決定(I序において既述)などの詐欺罪に関する重要な判例が次々と出現し<sup>64)</sup>, 財産的損害に関する学説は複雑化していく。そこから, 形式的個別財産説とは異なった思考をする「実質説」が台頭することになる<sup>65)</sup>。

## 5 実質説の諸相

### (1) 実質的個別財産説

西田典之, 前田雅英の見解が代表的なものである。

西田は, 実質的な財産的損害の有無を「被害者が獲得しようとして失敗したものが, 経済的に評価して損害といいうるものかどうか」によって決定する。これによれば, 財産的損害は, ドル・バイブレーター事件では肯定され, 派遣医偽装薬販売事件では否定されるということになる。もともと, 西田は, 「財産的損害の可能性」があれば詐欺罪の成立を肯定できるとし, 他人名義の口座開設事件や自己名義の口座開設事件, 搭乗券交付請求事件においては, このような可能性が認められるとして, 詐欺罪成立を肯定する<sup>66)</sup>。

前田は, 偽タカチアスターゼ錠売却事件, 自己名義の口座開設事件, 根抵当

<sup>63)</sup> 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号51頁以下(1985年), 伊藤渉「詐欺罪における財産的損害(一)～(五・完)」警研63巻4号27頁以下(前掲注20)と同一文献, 63巻5号28頁以下, 63巻6号39頁以下(前掲注37)と同一文献, 63巻7号32頁以下, 63巻8号30頁以下(いずれも1992年), 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(上)(中)(下)」東海法学6号135頁以下, 7号51頁以下(以上, 1991年), 18号53頁以下(1997年)参照。

<sup>64)</sup> 他に, 最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁, 最決平成19年7月10日刑集61巻5号405頁など。

<sup>65)</sup> 人格的財産概念を主張する立場(長井圓「証書詐欺罪の成立要件と人格的財産概念」板倉宏博士古稀祝賀論文集編集員会編『現代社会型犯罪の諸問題』315頁以下(勁草書房, 2004年)など参照)は, 方向性を異にするので「実質説」に含めないことにする。

<sup>66)</sup> 西田・前掲注59)204-211頁参照。

権放棄事件では財産的損害が認められるとする。その判断基準は、（反対給付の）社会通念上認められる経済価値、（客体の）社会・経済上の重要性あるいは社会生活における価値、（取引に応じることが）取引上の通念からありうるか、といったものであり、社会通念を重視した見解といえる<sup>67)</sup>。

## (2) 法益関係的錯誤説

佐伯仁志、山口厚の見解が代表的なものである。

佐伯は、詐欺罪における錯誤は法益関係的錯誤でなければならず、「『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、詐欺罪成立が肯定されるとする<sup>68)</sup>。これによれば、他人名義カード使用事件では法益関係的錯誤が認められるものの、派遣医偽装薬販売事件、偽造証明書による薬品購入事件、他人名義の口座開設事件においては、詐欺罪成立を肯定することは疑問であるということになる<sup>69)</sup>。また、自己名義の口座開設事件については現実的な財産的損害の「危険性」が認められるか疑問であるものの、搭乗券交付請求事件については、「[...] 航空機の運航の安全上の弊害は航空会社の経営に重大な被害を及ぼしうるものであり、航空会社に対する社会的信用低下が業績の悪化に結びつくおそれも、預金口座が犯罪に利用されることによる金融機関の業績の悪化と比べれば遥かに現実的であり、詐欺罪の成立を肯定することは、預金通帳の事例よりも容易であるように思われる」とする<sup>70)</sup>。

山口は、法益関係的錯誤がある場合に錯誤と物・利益の移転についての法益侵害性が肯定されて詐欺罪が成立しうるとし、その判断基準は、「財産交換」「目的達成」の点において錯誤があるか否かであって、「つまり、被欺罔者=交付行為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ことになるのである [...]」ということになる。これによれば、ドル・バイブレーター事件では法益関係的錯誤が認められるのに対し、

<sup>67)</sup> 前田・前掲注3) 350-352頁参照。なお、類似した基準を用いる高橋則夫『刑法各論』324-326頁（成文堂、2011年）は、他人名義の口座開設事件、自己名義の口座開設事件、搭乗券交付請求事件において詐欺罪の成立を肯定することは疑問であるとする。

<sup>68)</sup> 佐伯・前掲注63) 116-118頁参照。

<sup>69)</sup> 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』109-113頁（岩波書店、2006年）参照。

<sup>70)</sup> 佐伯仁志「詐欺罪（1）」法教372号112-114頁（2011年）参照。

派遣医偽装薬販売事件では「疾病に適応した薬品を購入することだけが目的であるならば」詐欺罪の成立が否定されることになる<sup>71)</sup>。また、他人名義の口座開設事件の決定及び自己名義の口座開設事件の決定の結論（詐欺罪成立肯定）は支持している<sup>72)</sup>。

### (3) 「全体財産に対する罪」説

林幹人は、欺罔行為のレベルの「公式」として、「被害者に隠された事実が重要な財産的利益に関わるものか」というものを提唱し、「欺罔行為の内容は、被害者にとって重要な財産的利益を隠すことにほかならず、そのことが被害者にとって隠されたままに、取引されれば、いわゆる法益関係的錯誤（あるいは自由意思喪失的錯誤）に基づく財産的損害が生じるのである」とする<sup>73)</sup>。また、財産的損害については、その有無を「[...] 被害者が提供した財産だけでなく、被害者に提供された財産、そして、被害者の主観をも考慮した上で、判断する」という『全体財産に対する罪』説、あるいは、経済的財産説を主張する<sup>74)</sup>。これによれば、根抵当権放棄事件、他人名義カード使用事件、他人名義の口座開設事件においては、詐欺罪成立が否定される。しかし、自己名義の口座開設事件においては、振り込め詐欺等に対処するための「経済的負担の危険」や預金者確認の「事務処理の負担の危険」を財産的損害の内容とすることは可能であるとする<sup>75)</sup>。

## 6 小括

日本においては、明治期に、日本的な財産的損害不要説とドイツから輸入された財産的損害必要説とが対立し、前者は財産の交付自体に損害を見出す「形式的個別財産説」に発展した。ただ、通説的見解の中でも福田説等は、「本権の事実的機能」が害されるところに損害があるとするものであり<sup>76)</sup>、欺罔行為のレ

<sup>71)</sup> 山口厚『刑法各論』268-269頁（有斐閣，第2版，2010年）参照。

<sup>72)</sup> 山口厚『新判例から見た刑法』233-235頁（有斐閣，第2版，2008年）参照。なお、類似した基準を用いる伊藤涉「詐欺罪における欺罔行為の意義」『判例セレクト 2010[I]』（法教 365号別冊）36頁（2011年）は自己名義の口座開設事件のほか搭乗券交付請求事件においても「財産的利益の侵害」があると評価する余地を認めている。

<sup>73)</sup> 林幹人『判例刑法』294-298頁（東京大学出版会，2011年）参照。

<sup>74)</sup> 林幹人『刑法各論』143頁（東京大学出版会，第2版，2007年）参照。

<sup>75)</sup> 林・前掲注73) 286-287, 299-301頁参照。

<sup>76)</sup> 福田説からは、本権の事実的機能が害されない場合は財物の喪失があっても詐欺罪成立は否

ベルで限定を加えていることからしても、理念型としての形式的個別財産説であるとはいえない。これに対し、近時の「実質説」（の一部）には、財物を失ったことにより（直接）生じる損害以外の要素を考慮して財産的損害を認める傾向がある<sup>77)</sup>。また、法益関係的錯誤説は、ドイツでは一方的給付をする取引の事案を処理するために開発された目的失敗説を反対給付のある事案についても（しかも「社会的目的」の失敗への限定を緩めて）応用するもので、行為のレベルの法益関係的錯誤という基準のみで詐欺罪の成否を決する手法からしても、詐欺罪の成立範囲を限定する理論たりうるかは疑問であるといえる<sup>78)</sup>。

## V 私見

今までに検討した、ドイツ及び日本の学説、判例を踏まえて、筆者らの見解を述べる。筆者らは、基本的に、日本刑法 246 条は財産犯の規定であり、その法益は個人の財産的法益であると考え。詐欺罪は個人の意思自由を害する罪ではない。意思自由の侵害は、脅迫罪、暴行罪、強要罪、逮捕監禁罪、略取誘拐罪などの場合にも見られ、これらの犯罪に当たる場合は各該当罰条によって処罰される。財産犯として処罰されるのは、まさに財産的法益が侵害される場合であり、財産的法益が侵害されない場合は、脅迫罪等によって処罰されるに

---

定されることになる（中野次雄「虚偽の封鎖預金 支払請求書による預金払戻と詐欺罪——右の行為後における預金封鎖の解除と行為の可罰性」刑事判例研究会『刑事判例評釈集 第 12 卷』63-64 頁（有斐閣、1954 年）参照）。

<sup>77)</sup> 品田智史「財産上の損害概念の諸相と背任罪の『損害』要件」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑥』183-184 頁（成文堂、2013 年）は、法益関係的錯誤説のみならず実質的個別財産説も「目的達成の失敗」こそが重要であるという理解をとるものであり、「これらの新たな見解は、給付と反対給付を比較するという従来立場から、流出した行為客体それ自体の価値（損失）以外の『錯誤に基づく財物・利益の交付』から実際に生じた、また、生じる可能性のある不利益を、『被害者の達成しようとした目的』と捉えなおすということで、まさに『実質的な』損害を考慮する見解であるといえる」と指摘している。他に、実質説の限界を指摘するものとして、渡辺靖明「詐欺罪における実質的個別財産説の錯綜」横浜国際経済法学 20 卷 3 号 121 頁以下（2012 年）がある。

<sup>78)</sup> 裴美蘭「詐欺罪における財産上の損害」法政研究（九州大学）78 卷 4 号 149-150 頁は、法益関係的錯誤説や目的不達成論を根本にすえる「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」と指摘している。

過ぎない。まして、日本刑法典は、「人を欺くこと」だけを処罰する規定を持たない（可罰性のある欺き行為は、特定商取引に関する法律などの特別法で規制されている）。財産的法益の侵害がないのに詐欺罪の成立を肯定する解釈論は罪刑法定主義に反するとの誹りを免れないように思う。かつて福田平は、「配給詐欺」の事案に関する最大判昭和23年4月7日刑集2巻4号298頁の判例評釈の中で、被告人らの行為が詐欺罪に当たるという前提に「重大な疑問があるとおもう」と述べ、「法益の相違から、詐欺罪の成立を否定する点について、詐欺罪の構成要件の内容も時代と共に変化するものであり、以前に豫想もされなかつた統制経済が国民生活の全般に互って滲透した今日では、詐欺罪も単なる個人的財産権に対する罪という従來の解釋を超えて、欺罔手段を用いて財物を取得した場合は、その法益が個人的財産権であろうとなかろうと詐欺罪とすべきであつて、このように行爲の態様が同じであるのに、その侵害の對象が個人の財産権でないから詐欺罪でないとする解釋は時代の變化を無視した解釋だという非難があろう。しかし、刑法における罪刑法定主義の重要性と構成要件の保障的機能を考えると、かような自由法論的解釋を支持することは躊躇される」と言い放った<sup>79)</sup>。このような視座は現代においても保持されるべきであると筆者らは考える。

前述したように、団藤・福田説では、「財物の交付自体」「財物の喪失自体」を財産的損害とは考えず、財物の喪失によって「その財物に対する使用・収益・処分」といった「所有権その他の本権の事実的機能が害された」ことを財産的損害と考える<sup>80)</sup>。そうであるなら、「配給詐欺」（あるいは、未成年者事例や偽造処方箋事例）の場合には、「本権の事実的機能」が害されていない故に、財産的損害（あるいは、財産的法益侵害）が認められず、詐欺罪が成立しないということになるであろう。筆者らは、「本権の事実的機能」についての理解を深め財産的に純化することによって、現今の諸事案に対応しうる「財産的損害論」に至ることができると思う。

それでは、「本権の事実的機能」を具体化するとどうなるか。便宜上、所有権について分析すると、所有権の「事実的機能」は、〈(財物であれ財産上の利益であれ、財産的価値のある) 客体を排他的に支配(占有)することによって、その客体から利益を得る機能〉であるといえよう。この利益としては、客体を支配する

<sup>79)</sup> 団藤=福田・前掲注56) 118-119頁。

<sup>80)</sup> 団藤編・前掲注47) 233頁〔福田平〕参照。

ことにより直接得られる利益（客体の使用価値の利用による使用利益）と客体を他人に渡すことによって、従来の客体の支配者の意図する者（自己あるいは第三者）に与えられる利益（客体の交換価値の利用による交換利益）とを考慮することができる。一項詐欺罪についていうなら、財物の交付によりこれらの利益が失われることが「財産的損害」あるいは「財産的法益の侵害」であるといえる。

未成年者事例では、商品である成人用品が行為者に交付されることによって売主の商品に対する占有は失われているものの、売主は商品を他人に渡すことによって自己の意図する者（ここでは売主自身）に相応の財産的利益（ここでは代金）を与えているので、財産的法益の侵害は存しない、ということになる。寄付金詐欺の事例について考えると、〈Aは、見栄で難民救済募金に応じた〉という場合は、Aの現金交付によりAの意図する者（難民）に相応の財産的利益（現金や募金により購入した生活用品など）が与えられるので、財産的法益の侵害は存在しない。これに対して、〈甲が全部自分で費消するつもりであるのに難民救済募金を仮装してBに現金を交付させた〉という場合は、Bの意図する者（難民）とは別の者（甲）に財産的利益が与えられることになるので、財産的法益の侵害が存在するのである。ここで問題なのは、AまたはBの交付目的といった主観的なものではない。AまたはBの意図した者に財産的利益が与えられず別の者に財産的利益が与えられた、というザッハリッヒな事実である。交付目的にすぐわないから財産的法益の侵害が認められるのではなく、交付者の意図した者とは別の者に財産的利益が与えられたから（不合理な給付をして財産を失ったから）財産的法益の侵害が認められるのである（ちなみに、〈乙が友人Cに対し、譲渡する意図を隠し、乙の部屋に飾っておくと嘘をいって絵画の贈与を受けた〉という場合も、Cの意図する者=乙に財産的利益を与えているので、財産的法益の侵害は存在しない。騙されたCの精神的損害を財産的法益の侵害と評価することはできない）。

また、筆者らは、このような意味での財産的法益の侵害の危険性は詐欺罪の実行行為性の要素であると考ええる。法益侵害との関係でとらえると、実行行為は、法益侵害の現実的危険（性）の認められる行為である<sup>81)</sup>。財産的法益侵害の現実的危険の認められない行為は、そもそも詐欺罪の実行行為に該当しないということになる。そのような危険の認められない行為は、〈事実を告知すれば相

<sup>81)</sup> 大塚仁『刑法概説（総論）』144頁（有斐閣，第3版増補版，2005年），大谷實『刑法講義総論』139頁（成文堂，新版第3版，2009年）参照。

手方が財物を交付しない場合に事実を偽る行為)であっても詐欺罪の実行行為に該当しないと評価することが可能である。

以上のような立場から搭乗券交付請求事件の事案を検討すると、同事件において、空港係員は搭乗券を航空券購入者に交付しており、交付者(係員)の意図する者に財産的利益が与えられている。よって、財産的法益の侵害は存在しない<sup>82)</sup>。これに対して、「交付者の意図する者は、実際に搭乗する者であって航空券購入者ではない」という反論をする者がいるかも知れない。しかし、近年、搭乗手続きの多くが(国内線はもとより国際線においても)自動チェックイン機に委ねられていることを考えても、係員はもとより航空会社が搭乗券交付により財産的利益の与えられる者として意図しているのは、航空券購入者であると認めるのが相当である。航空券購入者自身が搭乗券の交付を受けている以上、詐欺罪の実行行為自体認められないとしてよい。

自己名義の口座開設事件の事案についても同様のことがいえる。銀行員は取引の相手方となる申込者自身に通帳を交付しているのであるから、自己の意図する者に財産的利益を与えているのであって、財産的法益の侵害は存在しない。そして、このような行為については詐欺罪の実行行為に該当しないというべきであろう(犯罪による収益の移転防止に関する法律 27 条違反の罪に該当するというのは別論である)。

## VI 結 語

すでに明らかになったように、近年の判例には詐欺罪の成立範囲を拡張する傾向が見られる。このような傾向は、刑法の謙抑性の思想が軽視され、他人の重大な法益を客観的に侵害した場合でなくとも刑罰権の行使を許容する考えを

---

<sup>82)</sup> 足立友子「詐欺罪における『欺罔』と『財産的損害』をめぐる考察」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑥』149頁(成文堂、2013年)は交付行為者は搭乗券の交付により「航空機の運航に支障が出ることからダメージを受けるのである」とし、具体的には「別人が航空機に搭乗することで混乱が生じ、当該航空機の運航に支障がでる」とする。しかし、密入国を意図する者は平穩に運航されなければ困るのである。このような者が搭乗するとどのような混乱が生じるというのだろうか(アテンダントは機内でパスポートチェックなどはしない。また、搭乗時の乗客の確認に時間がかかったとしても、それによる出発の遅延は取るに足りないものであろう)。



支援するものといえるであろう。しかも、不可解なことに、客観的な法益侵害という「結果」の違法を重視する結果無価値論の立場から、交付者の交付目的という主観的なものを重視する法益関係的錯誤説といった考えが主張され、詐欺罪の成立範囲の拡張を助長・黙認している様子さえうかがえる。むしろ、行為無価値論-第二次世界大戦後の団藤重光や福田平の見解の方が人権擁護に資するように思う。もとより、通説的見解にも不徹底な部分があるであろう。それでも“角を矯めて牛を殺す”ことのないように配慮しつつ理論を発展させて行く必要があるといえる。戦後刑法学の成果は「克服すべき異端」ではなく「はぐくむに足る遺産」なのである<sup>83)</sup>。

---

<sup>83)</sup> 田宮裕『変革のなかの刑事法——刑事訴訟法研究(6)』23頁(有斐閣, 2000年)参照。なお、最近では、搭乗券交付請求事件の決定を引用しつつ、暴力団構成員であることを秘してゴルフ場の施設利用を申し込み施設を利用する行為が二項詐欺罪に該当するとする高裁判例も出ている(名古屋高判平成25年4月23日公刊物未登載。松本英男「判解」研修785号15頁以下(2013年)参照)。