

博士論文

詐欺罪における構成要件的结果の意義及び判断方法
(Meaning and Judgement Method of Criminal Result in
Fraud)

2019年3月

立命館大学大学院法学研究科

法学専攻博士課程後期課程

佐竹宏章

立命館大学審査博士論文
詐欺罪における構成要件的结果の意義及び判断方法
(Meaning and Judgement Method of Criminal Result in
Fraud)

2019年3月

March 2019

立命館大学大学院法学研究科

法学専攻博士課程後期課程

Doctoral Program in Law

Graduate School of Law

Ritsumeikan University

佐竹宏章

SATAKE Hiroyuki

研究指導教員：安達光治 教授

Supervisor : Professor ADACHI Koji

目次

はじめに

第一章 詐欺罪における「財産損害」に関するわが国の議論

第一節 本章の検討対象及び検討順序

第二節 詐欺罪の法益としての「財産」の意義

第三節 「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説の検討

第四節 「財産損害」の判断方法に関する学説の検討

第五節 本章から得られた帰結及び課題

第二章 わが国の詐欺罪の法制史的検討

第一節 先行研究の到達点とそれに対する疑問

第二節 旧刑法典の詐欺取財罪の法制史的検討

第三節 現行刑法典の詐欺罪の法制史的検討

第四節 詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組に関する試論

第三章 ドイツの詐欺罪の法制史的検討

第一節 本章の課題及び検討順序

第二節 領邦刑法典における詐欺罪の法制史的検討

第三節 プロイセンにおける詐欺罪の歴史的展開

第四節 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典における詐欺罪

第五節 詐欺罪の法制史的検討によって得られた帰結

第四章 詐欺罪の構成要件的结果の判断方法について

第一節 本章の課題及び検討順序

第二節 ドイツの詐欺罪の構成要件的结果としての「財産損害」に関する議論

第三節 ドイツの詐欺罪における「素材の同一性」に関する議論

第四節 わが国の詐欺罪の構成要件的结果の判断方法に関する私見

おわりに

細目次

はじめに

1. 本稿の狙い
2. 近時の最高裁判例に対する懸念
3. 欺罔行為のみに着目する判断の問題性
4. 詐欺罪の構成要件の結果を精緻化することの意義
5. 本稿全体の課題
6. 本稿における解釈方法論
7. 本稿の検討順序

第一章 詐欺罪における「財産損害」に関するわが国の議論

第一節 本章の検討対象及び検討順序

第二節 詐欺罪の法益としての「財産」の意義

第三節 「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説の検討

第一款 本節の検討対象

第二款 個別財産の喪失自体を「財産損害」と捉える立場

1. 主張内容
2. 論拠と批判
3. 財物詐欺罪と利益詐欺罪の間で「財産損害」につき別異に判断することへの批判について

第三款 書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求する立場

1. 主張内容
2. 論拠と批判

第四款 他の構成要件要素の判断において「財産損害」を考慮する立場

第一項 欺罔行為の判断において「財産損害」を考慮する立場

1. 主張内容
2. 論拠と批判

第二項 錯誤の判断において「財産損害」を考慮する立場

1. 主張内容
2. 論拠と批判

第三項 「財物騙取」「財産上不法の利益取得」の判断において財物・財産上の利益の移転を超えた「財産損害」を考慮する立場

1. 主張内容
2. 論拠と批判

第五款 小括

第四節 「財産損害」の判断方法に関する学説の検討

第一款 本節の検討対象

第二款 個別財産の喪失に着目する見解

1. 「財産損害」(財物・財産上の利益の喪失)の判断基準
2. 近時の判例についての評価

第三款 処分の自由の侵害に着目する見解

1. 「財産損害」(欺罔行為=処分の自由の侵害)の判断基準
2. 近時の判例についての評価

第四款 取引目的に着目する見解

第一項 取引目的と実際になされた取引の内容を比較して「財産損害」を判断する見解

1. 「財産損害」(書かれざる構成要件要素又は欺罔行為において考慮される実質的損害)の判断基準
2. 近時の判例についての評価

第二項 法益関係的錯誤説から経済的目的に限らず、社会的目的も考慮する見解

1. 「財産損害」(法益関係的錯誤)の判断基準
2. 近時の判例についての評価

第三項 目的不達成説又は法益関係的錯誤説から経済的目的等に限定する見解

1. 「財産損害」(書かれざる構成要件要素としての財産損害又は法益関係的錯誤)の判断基準
2. 近時の判例についての評価

第四項 取引目的に着目する見解についての評価

第五款 経済的財産減少に着目する見解

1. 「財産損害」の判断基準
2. 近時の判例についての評価

第六款 当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に判断する見解

1. 「財産損害」の判断基準
2. 近時の判例についての評価

第七款 小括

第五節 本章から得られた帰結及び課題

第二章 わが国の詐欺罪の法制史的検討

第一節 先行研究の到達点とそれに対する疑問

第一款 先行研究の到達点

1. 前史について
2. 旧刑法典における詐欺取財罪について
3. 現行刑法典における詐欺罪について

第二款 先行研究に対する疑問

第三款 本章の検討過程の概観

第二節 旧刑法典の詐欺取財罪の法制史的検討

第一款 旧刑法典の詐欺取財罪の制定過程

1. ボワソナードによる草案作成の経緯
2. ボワソナードによる初期の案における詐欺取財罪（詐偽取財罪）
3. 「日本刑法草按 第一稿」における詐欺取財罪（詐偽取財罪）
4. 「日本刑法草案」における詐欺取財罪
5. 刑法草案審査局における修正

第二款 旧刑法典の詐欺取財罪の淵源について

第三節 現行刑法典の詐欺罪の法制史的検討

第一款 明治 23 年草案の詐欺罪の構成要件的结果としての「不正ノ利益ヲ得タル」の意義

第一項 旧刑法典制定から明治 23 年草案以前の諸草案における詐欺罪の変遷

第二項 明治 23 年草案における詐欺罪の規定形式の転換

第三項 明治 23 年草案の詐欺罪の淵源に関する考察

1. 旧刑法典の詐欺取財罪の延長線上の規定であるという見解
2. 明治 22 年法律取調委員会の仏文刑法草案反訳の準詐欺罪に着目する見解
3. 私見
 - (1) ドイツ帝国刑法典 263 条の文言との類似性
 - (2) ルードルフの意見書
 - (3) 明治 23 年草案の詐欺罪の淵源と「不正ノ利益ヲ得タル」の意義

第二款 明治 40 年草案の利益詐欺罪の「財産上不法ノ利益ヲ得タル」における「不法」の意義

第一項 明治 23 年草案以降の諸草案における詐欺罪の変遷

第二項 明治 40 年草案の詐欺罪の修正理由の考察

1. 「不正ニ財産上ノ利益ヲ得タル」から「財産上不法ノ利益ヲ得タル」への修正理由を明らかにする意義
2. 修正の経緯
3. 修正理由の考察

第三款 小括

第四節 詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組に関する試論

1. 財物詐欺罪と利益詐欺罪の関係性の再考
2. 詐欺罪における財産損害と「財物騙取／財産上不法の利益取得」の対応性
3. 詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組

第三章 ドイツの詐欺罪の法制史的検討

第一節 本章の課題及び検討順序

第二節 領邦刑法典における詐欺罪の法制史的検討

第一款 前史

第一項 ローマ法

第二項 ドイツ普通法

第二款 初期領邦刑法典における虚偽的行為及び詐欺

第一項 バイエルン（1751年バヴァリア刑事法典）

1. 起草の経緯
2. 規定の内容
 - (1) 虚偽的行為の規定
 - (2) 虚偽的行為と他の犯罪の関係性

第二項 オーストリア（1768年テレジアーナ刑事法典，1787年ヨゼフィーナ刑法典，及び，1803年フランツ二世による重罪及び重違警罪に関する法律）

1. 起草の経緯
2. 規定の内容
 - (1) テレジアーナ刑事法典
 - ア. 虚偽的行為の規定
 - イ. 虚偽的行為と他の犯罪の関係性
 - (2) ヨゼフィーナ刑法典
 - ア. 詐欺（Trug）の規定
 - イ. 詐欺（Trug）と他の犯罪の関係性
 - ウ. 違警罪としての詐欺（Betrug）
 - (3) 1803年オーストリア刑法典
 - ア. 詐欺（Betrug）の規定
 - イ. 詐欺と他の犯罪の関係性

第三項 小括

第三款 19世紀前半の領邦国家刑法典における詐欺罪

第一項 本款の課題及び検討順序

第二項 バイエルン（1813年バイエルン王国刑法典）

1. 制定の経緯
2. 規定の内容
 - (1) 法典における詐欺罪の位置付け
 - (2) 私的重罪としての詐欺の諸規定の概要
 - (3) 詐欺概念一般の定義
 - ア. 構成要件的结果
 - イ. 主観的要素
 - (4) 契約に関する詐欺の特別規定

第三項 ザクセン（1838年ザクセン王国刑事法典）

1. 制定の経緯
2. 規定の内容
 - (1) 法典における詐欺の諸規定の位置付け
 - (2) 単純詐欺罪の規定
 - ア. 構成要件的结果
 - イ. 主観的要素
 - (3) 契約に関する詐欺の特別規定

第四項 ヴュルテンベルク（1839年ヴュルテンベルク王国刑法典）

1. 制定の経緯
2. 規定の内容
 - (1) 法典における詐欺の諸規定の位置付け
 - (2) 詐欺罪の規定
 - ア. 構成要件的结果
 - イ. 主観的要素
 - (3) 契約に関する詐欺の特別規定

第五項 ブラウンシュヴァイク（1840年ブラウンシュヴァイク公国刑事法典）

1. 制定の経緯
2. 規定の内容
 - (1) 法典における詐欺罪の位置付け
 - (2) 詐欺罪の規定
 - ア. 構成要件的结果
 - イ. 主観的要素
 - (3) 契約に関する詐欺の特別規定

第六項 ハノーファー（1840年ハノーファー王国刑事法典）

1. 制定の経緯
2. 規定の内容
 - (1) 法典における詐欺罪の位置付け
 - (2) 詐欺罪の規定の概要
 - (3) 詐欺罪の一般的定義規定
 - ア. 構成要件的结果
 - イ. 主観的要素
 - (4) 契約に関する詐欺の特別規定

第七項 ヘッセン（1841年ヘッセン大公国刑法典）

1. 制定の経緯
2. 規定の内容
 - (1) 法典における詐欺罪の位置付け

(2) 詐欺の一般的規定

ア. 構成要件的结果

イ. 主観的要素

(3) 契約に関する詐欺の特別規定

第八項 バーデン（1845年バーデン大公国刑法典）

1. 制定の経緯

2. 規定の内容

(1) 法典における詐欺罪の位置付け

(2) 詐欺の原則規定

ア. 構成要件的结果

イ. 主観的要素

(3) 契約に関する詐欺の特別規定

第九項 チューリングゲン（1850年チューリングゲン刑法典）

1. 制定の経緯

2. 規定の内容

(1) 法典における詐欺罪の位置付け

(2) 単純詐欺の規定

ア. 構成要件的结果

イ. 主観的要素

(3) 契約に関する詐欺の特別規定

第十項 19世紀前半の領邦国家刑法典における詐欺罪の整理

1. 詐欺罪と虚偽的行為の関係性

2. 詐欺罪の構成要件的结果

3. 詐欺罪の主観的要素

第四款 小括

第三節 プロイセンにおける詐欺罪の歴史的展開

第一款 プロイセン刑法典の詐欺罪の規定と本節の課題

第二款 プロイセンにおける詐欺罪の制定過程

第一項 1794年プロイセン一般ラント法における詐欺罪

1. 制定の経緯

2. 規定の内容

(1) 詐欺に関する諸規定の構造

(2) 詐欺罪の定義規定

(3) 一般詐欺と重大詐欺に関する規定

(4) 一般詐欺・重大詐欺と加重詐欺の関係性

第二項 1828年草案における詐欺罪

1. プロイセン刑法典制定の背景事情
2. 起草の経緯
3. 詐欺的財産侵害に関する諸規定の内容
 - (1) 詐欺的財産侵害の諸規定
 - (2) 詐欺的財産侵害とその他の虚偽的行為の関係性

第三項 1830年草案における詐欺罪

1. 起草の経緯
2. 規定の内容
 - (1) 規定構造の概要
 - (2) 詐欺罪の規定
 - (3) 契約に関する詐欺の特別規定
 - (4) 詐欺罪とその他の虚偽的行為の関係性

第四項 1833年草案及び1836年草案における詐欺罪

1. 起草の経緯
2. 規定の内容
 - (1) 詐欺罪の規定
 - (2) 契約に関する詐欺の特別規定の部分的削除
 - (3) 詐欺罪とその他の虚偽的行為の関係性

第五項 1843年草案における詐欺罪

1. 起草の経緯
 - (1) 直属委員会の設置
 - (2) 直属委員会及び参事院の審議
2. 規定の内容
 - (1) 詐欺罪の規定
 - (2) 契約に関する詐欺の特別規定の削除
 - (3) 詐欺罪と文書偽造罪の関係性

第六項 1845年草案における詐欺罪

1. 起草の経緯
2. 規定の内容
 - (1) 詐欺罪の規定
 - (2) 詐欺罪と文書偽造罪の関係性

第七項 1846年草案及び1847年草案における詐欺罪

1. 起草の経緯
2. 規定の内容
 - (1) 詐欺罪の規定
 - ア. 主観的要素として「利得意思」を規定した理由

- イ. 構成要件的结果として「財産損害」を要求した理由
- (2) 契約に関する詐欺罪の特別規定
- (3) 詐欺罪と文書偽造罪の関係性

第八項 1848年草案及び1849年草案における詐欺罪

- 1. 起草の経緯
- 2. 規定の内容

第九項 1850年草案における詐欺罪

第十項 小括

第四節 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典における詐欺罪

第一款 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の制定の経緯

- 1. 北ドイツ連邦及びドイツ帝国の成立
- 2. 制定の経緯

第二款 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪の規定内容

- 1. 1869年草案における詐欺罪
- 2. 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典における詐欺罪

第三款 ドイツ帝国刑法典制定後の展開

- 1. 現行ドイツ刑法典における詐欺罪
- 2. ドイツ民法典における欺罔取消について

第五節 詐欺罪の法制史的検討によって得られた帰結

第一款 ドイツにおける詐欺罪の法制史的検討から導き得ること

- 1. 「純粹財産犯」としての詐欺罪
- 2. 詐欺罪の構成要件的结果としての「財産侵害」
- 3. 詐欺罪の主観的要素としての「利得意思」
- 4. 詐欺罪における行為者側の「財産利得」と被害者側の「財産喪失」の関係性

第二款 わが国の詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組に関する帰結と次章の課題

第四章 詐欺罪の構成要件的结果の判断方法について

第一節 本章の課題及び検討順序

第二節 ドイツの詐欺罪の構成要件的结果としての「財産損害」に関する議論

第一款 ドイツの詐欺罪における「財産」と「財産損害」の位置付け

- 1. ドイツの詐欺罪の保護法益としての「財産」
- 2. ドイツの詐欺罪の構成要件要素
- 3. ドイツの詐欺罪の構成要件的结果である「財産損害」の判断枠組

第二款 「財産概念」に関する学説の検討

第一項 法的財産概念

- 1. 主張内容
- 2. 批判

第二項 経済的財産概念

1. 主張内容
2. 批判

第三項 法的・経済的財産概念

1. 主張内容
2. 批判

第四項 自由理論的・人格的財産概念

1. 主張内容
2. 解釈論上の意義と問題点

第五項 小括

第三款 「財産損害の判断方法」に関する学説の検討

第一項 法的財産概念に基づく判断方法

1. 判断基準
2. 具体的事案の処理
3. 批判とその検討

第二項 経済的財産概念及び法的・経済的財産概念に基づく判断方法

1. 基本となる判断基準：客観的損害算定
2. 客観的損害算定における具体的事案の処理
3. 客観的損害算定への疑問
4. 個別的損害加味の理論による修正及びその批判
 - (1) 個別的損害加味の理論の概要
 - (2) 批判
5. 社会的目的不達成の理論による修正及びその批判
 - (1) 社会的目的不達成の理論の概要
 - (2) 批判
6. 小括

第三項 自由理論的・人格的財産概念に基づく判断方法

1. 判断基準
2. 具体的事案の処理
3. 疑問点

第四項 小括

第三節 ドイツの詐欺罪における「素材の同一性」に関する議論

第一款 本節の課題

第二款 詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性

第一項 議論の萌芽

1. メルケルの見解

2. ビンディングの見解
3. ビンディングの見解の位置付け
 - (1) ビンディングの見解に関する学説の評価
 - (2) 私見
4. 小括

第二項 現在の議論状況

1. 詐欺罪における「損害」と「利得」についての学説
 - (1) 一致性の理論
 - (2) 財産移転の理論
 - (3) 損害と利益の表裏性の理論
 - (4) 利益の被害者負担性の理論
 - (5) 直接性の理論
 - (6) 各理論の併用
2. 詐欺罪における「損害」と「利得」についての判例
 - (1) 詐欺罪の「損害」と「利得」の関係性についての帝国裁判所の判例
 - (2) 「直接性の理論」及び「利益の被害者負担性の理論」に親和性のある連邦通常裁判所判例の登場
 - (3) その後の連邦通常裁判所の判例
3. 「素材の同一性」の概念内容の多義性の要因
 - (1) 外部的利益
 - (2) 間接損害及び後続損害
 - (3) 「損害」と「利得」の関係性についての各理論に基づく検討
4. 小括

第四節 わが国の詐欺罪の構成要件的结果の判断方法に関する私見

第一款 本節の検討順序

第二款 詐欺罪の構成要件的结果についての解釈指針及び判断枠組の確認

1. 詐欺罪の保護法益としての「財産」
2. 詐欺罪の構成要件的结果の解釈指針及び判断枠組

第三款 詐欺罪の構成要件的结果の判断方法に関する私見

第一項 「財物取得」及び「財産上の利益取得」の判断方法

1. 「財物／財産上の利益」の該当性
2. 「財物／財産上の利益」の取得
3. 「財物取得／財産上の利益取得」と「財産喪失」の対応関係
 - (1) ドイツの詐欺罪の「素材の同一性」の議論の参照可能性
 - (2) 「素材の同一性」の概念内容としての直接性
4. 小括

第二項 「財物騙取」及び「財産上不法の利益取得」における「不法」の判断方法

1. ドイツの詐欺罪の「財産損害」の議論の参照可能性
2. 出発点：法的観点からのアプローチ
3. 法的観点からの「財産損害の判断方法」に関する学説
4. 「財物騙取／財産上不法の利益取得」における「不法」の判断方法
 - (1) 判断基準
 - (2) 事例類型に即した判断準則
 - ア. 双務契約の場合
 - イ. 片務契約の場合
 - ウ. 給付システムの不正利用の場合
5. 小括

第三項 具体的事案の検討

1. 暴力団員ゴルフ場利用長野事件の検討
 - (1) 事案の概要
 - (2) 判断枠組④（「財産上の利益取得」）の検討
 - ア. 「財産上の利益」該当性
 - イ. 「財産上の利益取得」
 - ウ. 「財産上の利益取得」と「財産喪失」の対応関係
 - (3) 判断枠組⑤（「財産上不法の利益取得」における「不法」性）の検討
2. 本稿の構成要件の結果の判断方法に関する私見に基づく、典型事例の処理
 - (1) 双務契約の場合
 - (2) 片務契約の場合
 - (3) 給付システムの不正利用
 - (4) その他の事案類型

第四款 詐欺罪の構成要件の結果の解釈を踏まえた、詐欺罪の未遂の成立可能性に関する私見

おわりに

1. 本稿の帰結
 - (1) 詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組
 - (2) 詐欺罪の構成要件の結果の具体的判断方法
2. 残された課題

はじめに

1. 本稿の狙い

本稿は、近時の詐欺罪に関する最高裁判例への疑問を手がかりに、詐欺罪とはどのような犯罪であるのかということ、詐欺罪の法制史的検討を踏まえて明らかにし、そこで得られた知見を基礎にして、詐欺罪における構成要件的結果の意義及び判断方法を改めて定式化することを狙いとしている。

2. 近時の最高裁判例に対する懸念

近時、わが国の最高裁判所は、詐欺罪に関するいくつかの重要な判例を出している¹。たとえば、最高裁第二小法廷平成26年3月28日決定は、暴力団員である被告人Xが、ゴルフ倶楽部Aの会員であるYらと約款などで暴力団員の利用を禁止しているAを訪れ、真実は自身が暴力団構成員であるにもかかわらず、それを秘して、ゴルフ倶楽部の施設の利用を申し込み、施設利用契約を締結し、Yらと共にAの施設を利用し、翌日施設利用料金を支払ったという事案において、利益詐欺罪（刑法246条2項）の成立を認めている²〔以下では、「暴力団員ゴルフ場利用長野事件」という〕。これに対して、同日、同法廷で出された最高裁第二小法廷平成26年3月28日判決では、暴力団員である被告人Xが、同じ暴力団に所属するYらと、約款などで暴力団関係者の利用を禁止しているゴルフ倶楽部Aにおいて、氏名、電話番号等を偽りなく記入したビジター受付表を自身らが暴力団関係者であることを申告せずに提出し、ゴルフ場の施設利用を申し込み、施設利用契約を締結し、Aの施設を利用し、その後料金を支払ったという事案において、利益詐欺罪の成立を否定して、無罪判決を言い渡している³〔以下では、「暴力団員ゴルフ場利用宮崎事件」という〕。この結論の相違は、欺罔行為の判断が分かれたものである⁴。

¹ 最決平成19・7・17刑集61巻5号521頁（最高裁は、被告人が第三者に自己名義の預金通帳及びキャッシュカードを譲渡する意思があるのにこれを秘して自己名義の預金通帳の開設等を申し込み、通帳等の交付を受けた行為に詐欺罪の成立を認めた）〔以下では、「自己名義通帳受交付事件」という〕、最決平成22・7・29刑集64巻5号829頁（最高裁は、被告人らが、不法入国しようとしているAにバンクーバー行き搭乗券を譲渡する意図であるのにこれを秘して、搭乗券の交付を請求し、同搭乗券の交付を受けた行為に詐欺罪の成立を認めた）〔以下では、「搭乗券受交付事件」という〕、最決平成26・4・7刑集68巻4号715頁（最高裁は、暴力団員である被告人が「私は反社会的勢力でないことを確約する」という趣旨の内容が印刷されている総合口座通帳開設の申込書を提出し、自己名義の総合口座通帳などの交付を受けた行為に詐欺罪の成立を認めた）〔以下では、「暴力団員通帳受交付事件」という〕等。

² 最決平成26・3・28刑集68巻3号646頁。

³ 最判平成26・3・28刑集68巻3号582頁。なお、同事件の共犯者に関する無罪判決について、最判平成26・3・28集刑313号329頁。

⁴ 近時の最高裁判例の欺罔行為に関する判断は、当事者間で問題になっている欺罔行為の内容・対象を確認した上で、①当該内容・対象が、当該状況下に置かれた者にとって、交

近時の最高裁判例は、欺罔行為の検討を中心に詐欺罪の成否を判断しており、詐欺罪の構成要件的结果に関しては詳細には検討しておらず、ましてや「財産損害」という観点には触れていない⁵。しかし、このように欺罔行為に収斂して詐欺罪の成否を検討する最高裁判例の傾向を一般化すると、これまで詐欺罪に問われると考えられてこなかった事案についても、被欺罔者が「交付／処分の判断の基礎に当たる重要な事項」を「偽った」と評価される場合に、たとえ実質的な被害が生じていないとしても、詐欺罪に問われる可能性が生じる。

3. 欺罔行為のみに着目する判断の問題性

(1) 年齢を偽った煙草等の購入

詐欺罪において財物・財産上の利益の喪失以外の財産的な被害を考慮する必要はないという立場（後述、第一章第三節第二款「個別財産喪失説」参照）に対して、通説は、未成年者が年齢を偽って成人しか購入できないもの（煙草、酒類、勝馬投票券など）を、あるいは18歳未満の者が年齢を偽って、条例により青少年の健全な育成を阻害するという理由で指定されている図書（以下では「指定図書類」という。）⁶を購入する講壇事例を基にして批判してきた。

この批判は、近時の最高裁判例及びそれに親和的な立場にもあてはまると思われる。たとえば、未成年者がコンビニエンスストアで年齢を告げずに煙草を購入する事案では、販売者側は未成年者に煙草を売ったこと自体を理由に処罰される可能性があり⁷、それが発覚した

付／処分の判断の基礎となる重要な事項であるか（欺罔行為の内容・対象の重要事項性）、⑤当該内容・対象を偽ったと評価できるか（欺罔行為性）を判断しているものと整理できる（拙稿「判批」立命館法学371号（2017年）282頁以下参照）。この判決及び決定において結論を分けたのは、各ゴルフ倶楽部における暴力団員の利用を排除するためにとられていた措置や周辺のゴルフ施設での対応などの相違に基づくものと思われる。これらの事実は、⑤の評価に関わるものといえるが（野原俊郎「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成26年度149頁以下、167頁以下参照）、暴力団員ゴルフ場利用宮崎事件（前掲・最判平成26・3・28）が、④まで否定する趣旨であるかは判文からは必ずしも明らかではない。

⁵ ただし、本稿は、最高裁が欺罔行為の判断を明確化する方向であることを否定的にとらえていない。なぜなら、近時の最高裁判例の欺罔行為の判断枠組からも、詐欺罪の射程を限界付けることが一定の範囲に限って可能であるからである（この点につき、拙稿・前掲注（4）295頁参照）。このような方向から欺罔行為を否定するものとして、暴力団員ゴルフ場利用宮崎事件（前掲・最判平成26・3・28）や、それ以降の暴力団ゴルフ場利用の下級審裁判例（東京地判平成26・9・4LEX/DB25504929）、さらに短期間で通信サービス契約を解約するつもりであるのにそれを告げずに、通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込んだ事案（金沢地判平成27・8・7LEX/DB25542674）などがある。

⁶ たとえば、東京都青少年の健全な育成に関する条例9条1項（なお、同条例18条の警告違反に対する処罰規定として、同条例25条（法定刑は30万円以下の罰金））。

⁷ 未成年者喫煙禁止法5条では、「満二十年ニ至ラサル者ニ其ノ自用ニ供スルモノナルコトヲ知リテ煙草又ハ器具ヲ販売シタル者ハ五十万円以下ノ罰金ニ処ス」と規定されている。これに関し、丸亀簡判平成26・10・27LEX/DB25541253は、コンビニエンスストア店員が

際には、フランチャイズ契約が解消されることや違約金を支払うことが予測される。したがって、近時の最高裁判例における詐欺罪の欺罔行為の判断方法を前提にすると、煙草購入者が成年に達していること（すなわち、未成年ではないこと）は、コンビニエンスストア側（店主や店員）にとっては、煙草を販売する際の「判断の基礎となる重要な事項」といえ、欺罔行為が認められるように思われる⁸。これに対して、近時の最高裁判例に親和的な見解から、この種の事案では「重要な事項」にあたらぬので、詐欺罪は成立しないと説明されている⁹。しかし、なぜ「重要な事項」にあたらぬのかは明らかではない¹⁰。この種の事案に詐欺罪が成立すると考えられていないのは¹¹、煙草等の対価が支払われているということから、詐欺罪を基礎付ける実質的な侵害が発生していないということに着目すべきである。

(2) 転売目的でのコンサートチケット等の購入

近時の最高裁判例の立場を一般化すると、現在社会問題になりつつある第三者への転売目的を秘してチケットを購入する場合にも、詐欺罪が成立することになるという問題が生じる。

年齢確認を怠って未成年者に煙草を販売した事案において、店員を同法5条違反で有罪としていたが、控訴審である高松高判平成27・9・15LEX/DB25541254は、故意を欠くとして、一審判決を破棄して無罪を言い渡した。

⁸ この種の事案で詐欺罪が成立することを示唆する見解として、長井圓「判批」『平成19年度重要判例解説』〔ジュリスト1354号〕（有斐閣，2008年）182頁，前田巖「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成19年度332頁注17，木村光江「詐欺罪における財産損害と処罰範囲の変化」法曹時報60巻4号（2008年）24頁，井田良「詐欺罪における財産的損害について」法曹時報66巻11号（2014年）26頁，成瀬幸典「詐欺罪の保護領域について」刑法雑誌54巻2号（2015年）290頁以下。

⁹ 橋爪隆「詐欺罪における『人を欺く』行為について」法学教室434号（2016年）107頁注50〔以下では、橋爪「欺く行為」と示す〕。

¹⁰ 橋爪隆「詐欺罪（下）」法学教室294号（2005年）93頁〔以下では、橋爪「詐欺罪（下）」と示す〕は、この種の事案で詐欺罪が成立しない理由として、「財産と実質的に関係のない錯誤」であるということを経験するが、橋爪は「重要な事項」を判断する際に、将来生じる間接的な不利益も考慮することを是認しており（後述，第一章第四節第四款第二項）、「重要な事項」にあたらぬという帰結は導きがたいと思われる。

¹¹ 関連する法令や条例では、未成年者や青少年に販売等を行った者を処罰する規定が設けられているが（未成年者喫煙禁止法5条，未成年者飲酒禁止法3条1項，競馬法34条，東京都青少年健全育成条例25条等参照），未成年者や青少年側を処罰する規定が設けられていないことは軽視すべきではなく，この種の事案で年齢を偽った青少年や未成年者を処罰することは，当該法令や条例の趣旨（「青少年の健全育成」や「未成年者の健康」等）に反するものである。この点につき，佐伯仁志「詐欺罪（1）」法学教室372号（2011年）113頁注30〔以下では，佐伯（仁）「詐欺罪（1）」と示す〕，松宮孝明「詐欺罪と機能的治安法——ゴルフ場詐欺事件および諸判例を手掛かりにして——」浅田和茂ほか編『自由と安全の刑事法学』生田勝義先生古稀祝賀論文集（法律文化社，2014年）389頁注50〔以下では，松宮「詐欺と治安法」と示す〕参照。

従来、この種の事案は、迷惑防止条例など¹²で対応されてきたが、神戸地方裁判所平成 29 年 9 月 22 日判決は¹³、被告人が、A 社が運営するチケット購入サイトで、営利目的での転売が禁止されているチケットを、営利目的で第三者に転売する意思があるのに、その意思がないように装い、ファンクラブ会員先行抽選販売予約を申し込み、同社従業員らに抽選に当選させても営利の目的で転売されることがないものと誤信させて、複数枚のチケット（被告人ら 8 名の名義のチケット 16 枚、販売価格合計 11 万 7456 円）の当選通知をさせて、同社 B 店などでチケット代金及び手数料を支払い、同社従業員をして、当該チケットを郵送させた¹⁴事案において、詐欺罪を認めている。

神戸地方裁判所は、量刑理由の部分で「被告人は、本件各犯行の際、各チケットの購入代金を支払っているが、コンサートチケットは、その性質上販売数が限定されているものであり、営利目的転売を企図した購入が横行すると、真にコンサートに参加したい一般客の機会が奪われ、又は一般客が適正価格を著しく超過した暴利価格を支払うことを余儀なくされ、最終的に音楽業界全体に大きな不利益が生じることによれば、購入者が営利目的転売の意思を有しているかどうかは、販売会社にとって販売の判断の基礎となる重要な事項と認められる。そして、判示第 1〔第三者への転売目的で電子チケットを購入したことに係る罪となるべき事実——引用者注〕、第 2〔同目的で紙媒体のチケットを購入したことに係る罪となるべき事実——引用者注〕ともに営利目的転売が禁止されていることが利用規約に明示され、被告人も、各サイトを利用する際、その利用規約に同意していたことによれば、被告人による各チケットの抽選販売予約申込みは、営利目的転売の意思を有していないとの意思表示を含むものであり、各販売担当者らを欺く行為に該当する」¹⁵と判示している。

確かに、チケット販売業者は、第三者への転売目的を秘してチケットを購入する者（転売目的チケット購入者）が第三者へ転売する目的があることを知っていたとすれば、そのような目的を持っている者にチケットを売ることはなかったといえるかもしれない。しかし、この事案の転売目的チケット購入者は、転売する目的でチケットを購入していたとしても、実際にチケットの対価を支払っているのであり、チケット販売業者に何ら被害が生じていな

¹² たとえば、東京都公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例 2 条 1 項（乗車券等の不当な売買行為(ダフヤ行為)の禁止）。罰則として同条例 8 条 1 項 1 号（法定刑は、6 月以下の懲役又は 50 万円以下の罰金）。関連する裁判例として、東京高判平成 20・4・17 判タ 1282 号 341 頁。

¹³ 神戸地判平成 29・9・22LEX/DB25547424。

¹⁴ 前掲・神戸地判平成 29・9・22 は、第三者への転売目的で電子チケットを購入した公訴事実（本判決の罪となるべき事実の第 1 部分参照）と、同目的で紙媒体のチケットを購入した公訴事実（同第 2 部分参照）で起訴されており、前者について利益詐欺罪、後者について財物詐欺罪が問われていた。本文では、後者の罪となるべき事実を基に事案の概要を示した。

¹⁵ 前掲・神戸地判平成 29・9・22。本判決は、（罪となるべき事実）、（証拠の標目）、（法令の適用）、（量刑の理由）という項目に分かれており、引用部分は（量刑の理由）に記述されていた部分である。

いのではないか¹⁶。

この点に関連して、神戸地方裁判所が、①真にコンサートに参加したい一般客のコンサートに参加する機会の喪失、②一般客が適正価格を著しく超過した暴利価格を支払うことを余儀なくされること、③音楽業界全体の多大な不利益を考慮している点が注目される。しかし、これらの不利益は、チケット販売業者の処分行為から直接的に生じている不利益ではなく、詐欺罪を基礎付ける実質的な侵害として考慮することには疑問が残る¹⁷。①は、抽選販売という販売形式をとる場合に、他の当選者のチケット購入により必然的に生じる不利益にすぎないし、②は、被告人による転売目的のチケット購入から生じるものではなく、一般客が転売者からチケットを購入するという自身の判断から生じるものにすぎないのであり、両者は販売者側に生じている不利益ではない。また、③は、このような転売が横行しているにもかかわらず、チケット販売業者、ひいては音楽業界が放置し、一般客がチケット販売業者及び音楽業界を信用しなくなり、チケットが売れなくなる場合に生じるものであり、チケット販売業者及び音楽業界の怠慢によりはじめて生じる不利益にすぎない。このような不利益を、「交付／処分の判断の基礎となる重要な事項」を認定する際の間接事実として考慮することが許容されるところ¹⁸、この不利益自体が詐欺罪を基礎付ける実質的な侵害

¹⁶ 暴力団員ゴルフ場利用長野事件（前掲・最決平成26・3・28）との関連でこの点を指摘するものとして、松宮・前掲注（11）「詐欺と治安法」366頁、浅田和茂「法益論の観点から近時の詐欺事件を考える」季刊刑事弁護83号（2015年）68頁、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）283頁、葛原力三「財産的損害のない詐欺罪」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2017年）213頁。暴力団員ゴルフ場利用事件（前掲・最決平成26・3・28及び最判平成26・3・28）以前の裁判例をもとにして同様の指摘をするものとして、四條北斗「身分を秘匿してなした法律行為と詐欺罪——暴力団員のゴルフ場利用をめぐる——」桐蔭法学20巻2号（2014年）95頁。さらに、搭乗券受交付事件（前掲・最決平成22・7・29）との関連では、設楽裕文＝淵脇千寿保「判批」日本法学79巻2号（2013年）303頁、田山聡美「判批」判例時報2202号判例評論659号（2014年）181頁参照。

¹⁷ 暴力団員ゴルフ場利用長野事件（前掲・最決平成26・3・28）との関連で、詐欺罪の成否において間接的・抽象的な不利益が考慮されていることに疑問を呈するものとして、松宮・前掲注（11）「詐欺と治安法」375頁、笹井武人「暴力団排除における詐欺罪適用の限界」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015年）339頁、松原・前掲注（16）書283頁（さらに、松原芳博「判批」論究ジュリスト23号（2017年）186頁も参照）、荒木泰貴「詐欺罪における間接的損害について」慶應法学37号（2017年）419頁以下（とくに、430頁、433頁）〔以下では、荒木「間接損害」と示す〕、葛原・前掲注（16）論文213頁以下等。さらに、照沼亮介「判批」刑事法ジャーナル27号（2011年）93頁以下、松宮孝明「暴力団員のゴルフ場利用と詐欺罪」『刑事法理論の探求と発見——齊藤豊治先生古稀記念論文集』（成文堂、2012年）161頁以下〔以下では、松宮「暴力団員と詐欺」と示す〕、田山聡美「詐欺罪における財産的損害」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2014年）151頁以下（とくに162頁）〔以下では、田山「損害」と示す〕参照。

¹⁸ 橋爪・前掲注（9）「欺く行為」105頁、山口厚「詐欺罪に関する近時の動向」研修794号（2014年）10頁。

そのものではないのである。

さらに、転売目的を秘したチケット購入した行為について、安易に詐欺罪を肯定することは、この者から紙媒体のチケットを買い受ける者（チケット転売の相手方）の刑事責任との関係でも問題がある。転売目的チケット購入者が詐欺罪に問われる場合には、当該紙媒体のチケットは、「盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」に当たるので（ただし、電子媒体のチケットの場合にはこれに当たらない）、チケット転売の相手方がチケットを購入したことは、盗品等有償譲受罪（刑法 256 条 2 項）に該当する可能性がある¹⁹。しかし、インターネット上におけるチケット取引サイトが発展している現状やチケット転売の相手方を処罰する必要性は意識されていないこと²⁰からも、転売目的でのチケット購入については、詐欺罪で対応する（すなわち、チケット転売の相手方に盗品等有償譲受罪に問われるリスクを負わせる）のは妥当でなく、転売目的のチケット購入を制限するためのチケット販売業者側の対応²¹や新たな法規制²²で対処すべきと思われる。

以上の検討により、近時の最高裁判例には、個人の財産の保護とは異なる目的で（すなわ

¹⁹ 自己名義通帳受交付事件（前掲・最決平成 19・7・17）や搭乗券受交付事件（前掲・最決平成 22・7・29）では、第三者が共犯者（あるいはそれに類する者）として関与していたので、詐欺罪の共犯以外の第三者側の刑事責任の問題は意識されてこなかった。もっとも、最高裁判例の立場を前提にすれば、転売禁止を約款で定めている国内線の航空券を転売目的で購入する場合に、詐欺罪が成立する可能性は否定できないのであり、転売目的で航空券を購入した者に詐欺罪の成立を認めた場合には、航空券を転売者から買い受けた者にも、盗品等有償譲受罪が成立する可能性が生じる。

²⁰ 前掲・神戸地判平成 29・9・22 は、チケット転売の相手方一般の不利益（「一般客が適正価格を著しく超過した暴利価格を支払うことを余儀なくされること」）を考慮し、チケット転売の相手方一般を「被害者」の側に位置付けており、処罰対象とは考えていないものと思われる。

²¹ ただし、前掲・神戸地判平成 29・9・22 の罪となるべき事実第 1 の第三者への転売目的で電子チケットを購入した事案における販売会社は、不正転売を防止するために電子チケット（電子チケットのデータを当選者に送り、当選者はスマートフォンの専用アプリでそのデータをダウンロードする仕組み）を導入したようであるが、被告人は、スマートフォンをチケット転売の相手方に貸与して、この仕組みを潜脱している。

²² チケット転売による暴利行為を処罰する規定を新たに制定すること、あるいは東京都公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例 2 条 1 項のような規定を法律として定める（それとともに法定刑を上げることも併せて行う）ことが考えられる。

なお、2018 年 12 月 8 日未明に国会において「特定興行入場券の不正転売の禁止等による興行入場券の適正な流通の確保に関する法律案」が成立した。同法律案 3 条では、「何人も、特定興行入場券の不正転売をしてはならない。」と、4 条で「何人も、特定興行入場券の不正転売を目的として、特定興行入場券を譲り受けてはならない。」と規定され、9 条 1 項で「第三条又は第四条の規定に違反した者は、一年以下の懲役若しくは百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」と規定されている（衆議院ホームページ・第 197 回国会の議案参照

[http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g19705005.htm]最終閲覧日 2018 年 12 月 10 日)。

ち、行政法規の遵守、治安維持、さらには取引秩序の維持の手段として）詐欺罪が拡張的に用いられる可能性が内在しており²³、この拡張的運用はこれから派生して、第三者の刑事責任との関係でも問題をはらんでいるということが明らかになった。これらのことに鑑みれば、このような拡張的運用を抑制するために、詐欺罪の欺罔行為とは異なる観点から詐欺罪の射程を限界付ける理論を構築することが喫緊の課題であるといえる。

4. 詐欺罪の構成要件の結果を精緻化することの意義

一般に、詐欺罪は、①人を欺いて（欺罔行為）、②相手方を錯誤に陥らせ（被欺罔者の錯誤）、③相手方にその錯誤に基づいて財物の交付、又は財産上不法の利益を処分させ（被欺罔者の錯誤に基づく交付行為／処分行為）、④財物又は財産上不法の利益を得た、あるいは他人にこれを得させた（財物騙取／財産上不法の利益取得）場合に、成立すると理解される。このうち、財物詐欺罪の構成要件の結果は、「財物を交付させた」ことによる財物の取得、利益詐欺罪のそれは、財産処分行為により「財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた」ことである。そして、学説では、上記の①～④に加えて、書かれざる構成要件要素として⑤「財産損害」を要求するか否かについて争われている（後述、第一章第三節参照）。

このような詐欺罪の構造から、詐欺罪の欺罔行為は、「詐欺罪の構成要件の結果に向けられた行為」であることが要求されるといえる²⁴。したがって、詐欺罪の構成要件の結果の解釈を精緻化することは、詐欺罪の既遂としての成立範囲を限界付けるのと同時に、欺罔行為の解釈の精緻化にもつながるものといえる²⁵。上記3で示したように、欺罔行為のみに着目する判断には詐欺罪の拡張的運用のおそれが内在しているのであり、詐欺罪の射程を限界付けるには、構成要件の結果に着目することにこそ意義があると思われる。

²³ 近時の最高裁判例に対して、詐欺罪の拡張的運用を危惧している見解として、松宮・前掲注（11）「詐欺と治安法」361頁以下、生田勝義「最近の詐欺罪判例と罪刑法定主義——法的関係の相対性からする検証——」立命館法学 369=370号（2017年）14頁、浅田・前掲注（16）論文 63頁、齋野彦弥「詐欺罪における損害の意義——経済的損害概念の再評価——」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）396頁。さらに、四條・前掲注（16）論文 97頁参照。

²⁴ 松原・前掲注（16）書 264頁以下は、詐欺罪のその他の構成要件要素との関連で欺罔行為の解釈の内容的限定が必要であることを示す。通説が、詐欺罪の欺罔行為について、相手方がその錯誤に基づいて財物の交付、又は財産上の利益の処分を行うことに向けられていること（たとえば、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）250頁以下等）、あるいは、詐欺罪の書かれざる構成要件要素として「財産損害」を必要とする立場が、財産損害（騙取ないし不法利得）に向けられていること（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）317頁）を要求しているのは、まさにこの現れである。

²⁵ 林幹人「欺罔行為について——最高裁平成26年3月28日決定を契機として」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）347頁以下〔以下では、林（幹）「欺罔」と示す〕参照。

5. 本稿全体の課題

以上の検討を踏まえて本稿全体の課題を提示する。第一の課題は、詐欺罪の拡張的運用に歯止めをかけるために、詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組を再定式化するということがある。第二の課題は、最高裁判例に影響を受けている裁判実務やそれに親和的な学説につき再考を促すために、実務においても運用可能な詐欺罪の構成要件的结果の具体的判断基準を定立するというものである。

6. 本稿における解釈方法論

本稿は、上記5の課題について、詐欺罪の法制史的検討を中核に位置付けて、詐欺罪の構成要件的结果の意義及び判断方法を明らかにすることを狙いとする。

これまでのわが国の刑法各則研究において、本稿と同様に、研究対象となる犯罪の法制史的検討を基軸にして、当該犯罪の解釈を展開する論稿はすでに多数存在している²⁶。しかし、多くの論稿は、立法者意思を探究する主観的解釈方法論をとるのか、あるいは、制定法の実質的内容を客観的に探究する客観的解釈方法論をとるのか²⁷の態度決定²⁸を明示することなしに法制史検討を行っているにとどまる。しかしながら、このような態度決定を示すことは、犯罪規定の解釈を中心に扱う刑法各則研究にとっては研究全体の骨格といえるものであり、研究の構想自体の説得力につながるものと思われる。

本稿は、法制史的研究において、立法者意思を過度に重視するという立場には立っていない。なぜなら、厳密な意味で立法者意思を確定することは困難であり²⁹、結局のところ、解

²⁶ たとえば、詐欺罪の研究の関連で法制史的検討を扱うものとして、中森喜彦「二項犯罪小論——その由来を中心に——」法学論叢（京都大学）94巻5=6号（1974年）215頁以下〔以下では、中森「二項犯罪」と示す〕、足立友子『詐欺罪の保護法益論』（弘文堂、2018年）1頁以下〔以下では、足立（友）『保護法益』と示す。同書の初出として、足立友子「詐欺罪における欺罔行為について（一）～（五・完）——詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成——」法政論集（名古屋大学）208号（2005年）97頁以下、同211号（2006年）137頁以下、同212号（2006年）349頁以下、同214号（2006年）329頁以下、同215号（2006年）391頁以下、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——損害概念の多義性と中間結果としての錯誤に着目して——」川端博ほか編『理論刑法学の探究6』（成文堂、2013年）133頁以下、足立友子「詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成」刑法雑誌56巻2号（2017年）67頁以下〕、渡辺靖明「詐欺罪と恐喝罪との関係をめぐる考察——『虚喝』と『財産交付罪』の立法史的研究——」横浜国際社会科学研究所18巻3号（2013年）13頁以下〔以下では、渡辺「虚喝」と示す〕等。

²⁷ 主観的解釈方法論と客観的解釈方法論に関する論争について、阿部純二「刑法の解釈」中山研一ほか編『現代刑法講座 第1巻 刑法の基礎理論』（成文堂、1977年）101頁以下、青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007年）469頁以下等参照。さらに包括的な研究として、増田豊『語用論の意味理論と法解釈方法論』（勁草書房、2008年）1頁以下。

²⁸ 近時ドイツの刑法学において、学問としての刑法各則学を探究する研究の中でこの議論を参照するものとして、Michael Kubiciel, Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgaben, ihre Methoden, Frankfurt am Main 2013, S.30 ff.

²⁹ これに関する具体的内容として、立法者の確定困難性（ある規定を制定する段階では多

釈者の恣意的な評価が入り込んでしまう可能性を排除できないからである³⁰。他方で、何の基準も示さずに、条文解釈を客観的に行うということにも賛同できない³¹。なぜなら、「時代の変化」「社会の変化」³²という理由の下で、現在の解釈者のフリーハンドによる恣意的な解釈を許容してしまえば、罪刑法定主義が骨抜きにされてしまうおそれがあるからである。以上より、本稿では、基本的に客観的解釈方法論をとりつつ、当該犯罪規定の趣旨・目的、すなわち当該犯罪規定の解釈指針を、客観的資料（たとえば、当該犯罪規定の文言、当該犯罪規定の法典における位置付けや他の犯罪規定との関係性、さらには、当該犯罪規定の沿革など）から明らかにして、それを基に当該犯罪規定の射程を導き出すという解釈方法論に依拠する。

本稿は、あらゆる犯罪規定の解釈において、保護法益論からアプローチすれば足りるという理解には立っていない³³、常に法制史的検討を出発点に置くべきであるという理解にも立っていない³⁴。すなわち、本稿は、(1) 解釈指針としての法益概念が争いの余地のないほ

数の関与者が存在するし、複数の草案を経ている場合にはさらに多数の関与者が存在するといえ、誰の意思を「立法者」の意思と捉えるか確定は困難である）、立法理由書の断片性（必ずしも立法理由書に規定の趣旨、規定の射程等が詳細に記されているわけではない）、資料的限定（ある規定の審議過程が非公開であったり、資料が存在しなかったり、あるいは資料としては残っているとしても現時点では入手困難であったりするなど立法者意思を推測でしか判断できない場合が生じうる）などを挙げることができる。

³⁰ *Kubiciel, a.a.O. (Fn.28), S.42* では、このことを「主観的解釈という旗の下で、客観的解釈が行われる」と表現する。そして、主観的解釈方法論に対して、「立法者の意思を援用することが、根拠付けのための『もっとも簡潔な』方法であるとしても、『もっとも明瞭な』方法ではない」と批判する。

³¹ 客観的解釈という旗の下で、解釈者の主観に基づいて解釈を行うことは慎むべきである。*Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln/München 2008, S.631* が、「『主観的』解釈は客観的であり、『客観的』解釈は主観的である」と述べていることが、両解釈方法論に対する懸念を端的に表現するものと言える（なお、この点につき青井・前掲書（27）469頁注2も参照）。

³² 「時代の変化」や「社会の変化」を重視して、詐欺罪に関する近時の判例の拡張傾向を是認するものとして、木村（光）・前掲注（8）論文23頁以下、星周一郎「詐欺罪の機能と損害概念」研修738号（2009年）10頁、成瀬・前掲注（8）論文138頁、宮崎英一「詐欺罪の保護領域について——直近の判例を中心として——」刑法雑誌54巻2号（2015年）187頁等。ただし、成瀬や宮崎は、社会情勢の変化や犯罪の多様化により、従来の基準によっても詐欺罪に該当する事案が増加したに過ぎない旨説明している。

³³ 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）10頁参照。

³⁴ 本稿は、立法者意思は当該法律の解釈にとって重要であるが、それに拘束されるものではないという理解に立っている。Vgl. *Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, 1. Band, Leipzig 1885, S.455*。さらに、阿部・前掲注（27）論文107頁、伊東研祐「財産犯の行為客体としての『財産上の利益』、移転罪の保護客体とその侵害・危殆化としての個別的損害」法曹時報69巻8号（2017年）10頁以下参照。なお、本稿の理解と異なり、主観的解釈方法論を重視する立場として、野澤充『中止犯の理論的構造』（成文堂、2012年）7頁注14。

ど一義的なものである場合には、それを指針にして解釈を実践することで足りる³⁵。これに対して、(2) 法益概念が一義的なものとはとはいえず、争いがある場合には、客観的資料に基づいて解釈指針を確定する必要があるという立場に立っている。この際に、法制史的資料が重要となってくるのである。

7. 本稿の検討順序

以上を踏まえて、本稿全体を概観する。第一章では、「財産損害」に関するわが国の議論につき検討する。ここではまず、詐欺罪の保護法益を「個別財産」ないしは「全体財産」と捉えることを出発点に置くことに対する疑問が提起される。そして、次に、このような認識に基づいて、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けを検討し、さらに、詐欺罪における「財産損害」の判断基準に関する判断基準に関する議論を検討する。これらの検討を踏まえて、詐欺罪における構成要件的结果の意味内容及び「財産損害」の構成要件上の位置付けを明らかにするには、客観的資料（とりわけ、この問題に関し詐欺罪の構成要件的结果についての従来の学説があまり重視してこなかった詐欺罪の規定の歴史的展開）に立ち返ることが必要であるという帰結を示す。

第二章では、第一章の分析を踏まえて、わが国の詐欺罪の法制史的検討を行う。ここでは、わが国の詐欺罪がどのように成立したのか、すなわち旧刑法典の詐欺取財罪・現行刑法典の詐欺罪の規定、及び、それに至る諸草案を検討し、現行刑法典における詐欺罪の趣旨・目的を明らかにする。そして、これらの検討から、わが国の利益詐欺罪は明治23年草案の詐欺罪に由来するものであり、この規定はドイツの詐欺罪を参照して起草された可能性があることを示唆し、明治23年草案及びそれ以降の草案の詐欺罪の規定形式の変遷などから、「財物騙取」と「財産上不法の利益取得」は、行為者側からみた詐欺罪の構成要件的结果を意味し、ドイツの詐欺罪（ドイツ刑法典263条1項³⁶）における「他人の財産に損害を与えるこ

³⁵ 法益概念は「内容的には空虚なもの」（*Günther Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, Düsseldorf 2012, S.37. [同箇所日本語訳として、ギュンター・ヤコブス（川口浩一＝飯島暢訳）『法益保護によって刑法は正当化ができるか？』（関西大学出版部、2015年）59頁 [川口浩一訳部分]]）であり、私見は法益保護論に基づく立法批判的機能には懐疑的ではあるが（Vgl. *Kubiciel, a.a.O. (Fn.28), S.51 ff.*; *Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen 2012, S.127 ff. [日本語訳として、飯島暢＝川口浩一監訳／森永真綱＝安達光治訳「ミヒャエル・パヴリック『市民の不法』(5)」関西大学法学論集62巻2号（2014年）253頁以下 [森永真綱訳部分]] ; *Armin Engländer, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch Verfassungsrecht?*, ZStW 127 (2015), S.616 ff. さらに、アルミン・エングレンダー（小島秀夫訳）「ドイツ刑法学における法益論——批判的一考察——」伊東研祐ほか編『市民的自由のための市民的熟議と刑事法』増田豊先生古稀祝賀論文集（勁草書房、2018年）1頁以下も参照）、検討対象である犯罪規定の保護法益が一義的に明らかである場合には、解釈の指針として用いることまでは否定されないと考えている。

³⁶ ドイツ刑法典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

と（財産損害）」は、被害者側からみた詐欺罪の構成要件の結果を意味しており、両者の構成要件の結果は表裏の関係にあると分析した上で、わが国の詐欺罪の構成要件の結果である「財物騙取」と「財産上不法の利益取得」の解釈においても、「財産損害」という観点を踏まえて判断を行うべきであるという試論を展開する。

第三章では、わが国の詐欺罪における構成要件の結果（「財物騙取」及び「財産上不法の利益取得」）の解釈に際して、ドイツの詐欺罪の構成要件の結果（「財産損害」）の解釈を参照する意義を示すために、そして、第二章で導出した試論を検証するために、ドイツの詐欺罪の法制史的検討を行う。ここでは、ドイツの詐欺罪は、ローマ法における嘘をつく犯罪一般（*falsum, stellionatus* 等）に由来するものであり、これを参考にして規定化された神聖ローマ帝国下の初期領邦刑法典における虚偽的行為一般、及びその後の領邦刑法典における虚偽的犯罪一般から、広義の詐欺（偽造犯罪、財産権を侵害する詐欺、財産権以外の権利を侵害する詐欺などを含む）、さらには狭義の詐欺（財産権を侵害する詐欺）が分離するという過程を経て成立したものであることを明らかにする。そして、これらの検討を踏まえて、詐欺罪を狭義の詐欺（欺罔によって財産権を侵害する詐欺）として位置付け、自己侵害犯及び財産移転犯として理解する場合には、行為者の欺罔行為により、被害者が自身の財産を行為者に処分することが本質であり、被害者側の「財産喪失」と行為者側の「財産利得」が対応関係にあるという分析を行う³⁷。この分析を基にして、ドイツ刑法 263 条 1 項のように、「財産損害」を構成要件の結果として（さらに「違法な財産上の利益を得る意思」を主観的要素として）要求する規定形式も、わが国の詐欺罪のように、「財物騙取」と及び「財産上不法の利益取得」を構成要件の結果として要求する規定形式も共通の基盤を持つ規定形式であることを導く。

そして、第四章では、これまでの検討結果を踏まえて、詐欺罪における構成要件の結果である「財物騙取」及び「財産上不法の利益取得」の具体的判断方法について検討する。ここでは、第三章で明らかにする知見（わが国とドイツの詐欺罪の構成要件の結果の実質的共通性）を基にして、ドイツの詐欺罪における「財産」概念、さらに構成要件の結果としての「財産損害」、及び、「違法な財産上の利益を自己又は第三者に獲得させる意思」から導き出られ

年以下の自由刑又は罰金に処する。」（法務大臣官房司法法制調査部司法法制課『ドイツ刑法典』法務資料 461 号（2007 年）159 頁以下）と規定されている。

³⁷ この点に関連して、齋野・前掲注（23）論文 407 頁以下は、損害と利得の非対称性という表題の下で、「損害と利得とは対称的に出現するものとは限らないのであり、行為者の側に財産上の利得があることが、その反射としての、被欺罔者の財産上の損害を常に肯定しうるものではない。」（同 409 頁）と主張する。もっとも、本稿は、従来の形式的個別財産説が主張してきたような意味での財物・財産上の利益の喪失が「財産損害」であるという理解、あるいは、「不利益（*Nachteil*）」と「利得（*Gewinn*）」の客体の同一性を要求する理解（*Adolf Merkel, Die Lehre vom strafbaren Betrüge, in: Kriminalistische Abhandlungen, Bd. II, Erste Abtheilung, Leipzig 1867, S.118*）に立っているわけではなく、両者が厳密な意味で一致することまでを要求していない。この点について詳細は後述、第四章第三節参照。

る「財産損害と財産上の利益の間の素材の同一性」に関する議論を参考にして、わが国の詐欺罪の構成要件的結果，すなわちに「財物騙取」及び「財産上不法の利益取得」の判断方法与判断基準を定式化する。以上の検討を踏まえて，最後に私見に基づく近時の最高裁判例に関する評価，及び，「財産損害」の表題の下で議論されている事例群（たとえば，行為者によって相当対価あるいは価格に相応する物・利益が提供された事案³⁸，寄付金などの片面的給付の事案，一定の範囲に権利又は受給資格がある場合の水増し請求事案³⁹など）についての解決を示す。

³⁸ 医師免許詐称売薬販売事件（大決昭和3・12・21刑集7巻772頁），ドル・バイブレーター事件（最決昭和34・9・28刑集13巻11号2993頁），暴力団員ゴルフ場利用事件（前掲最決平成26・3・28及び最判平成26年3・28），住管機構根抵当権放棄事件（最決平成16・7・7刑集58巻7号309頁）等。

³⁹ 東京高判平成28・2・19判タ1426号41頁等。

第一章 詐欺罪における「財産損害」に関するわが国の議論

第一節 本章の検討対象及び検討順序

わが国の詐欺罪における「財産損害」に関する議論は、(ア)詐欺罪の保護法益としての財産の意義（詐欺罪の保護法益は「個別財産」か、「全体財産」か）、(イ)詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付け（詐欺罪における「財産損害」は書かれざる構成要件要素か、あるいはそれ以外の構成要件要素の判断において考慮されるのか）、(ウ)詐欺罪における「財産損害」の判断方法（書かれざる構成要件要素としての「財産損害」の判断方法、あるいはその他の構成要件要素における「財産損害」の考慮方法）を截然と区別せずに扱ってきた。

「はじめに」で示した本稿の解釈方法論からすれば、詐欺罪の保護法益が、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付け、及び、詐欺罪における「財産損害」の判断方法についての解釈指針となり得るかをまずもって明らかにする必要がある、これらは渾然一体として扱われる問題ではなく、段階的に検討されるべき問題である。

本章ではこのような認識から、第二節で詐欺罪の保護法益としての「財産」の意義について、第三節では、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説について、第四節では、詐欺罪における「財産損害」の判断基準に関する学説について概観する。そして、第五節ではこれらの議論についての私見を定立するには、詐欺罪の歴史的展開に立ち返ることが必要であるという帰結を導き出す。

なお、本章の検討は、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付け、及び、詐欺罪における「財産損害」の判断方法に関する私見を定立する準備作業にすぎない。「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する私見は、最終的には、第二章及び第三章の検討を踏まえて導かれ、そして、「財産損害」の判断方法に関する私見は、第二章及び第三章で得られた知見を前提に、第四章でドイツ刑法の詐欺罪の議論などを参照することによって展開されるものである。

第二節 詐欺罪の法益としての「財産」の意義

本節では、詐欺罪の構成要件における「財産損害」の位置付けとの関係で展開されてきた詐欺罪の保護法益としての「個別財産」と「全体財産」に関する議論を検討する。

この議論は、財産犯の保護法益は、「個人〔権利主体⁴⁰〕の財産」であるということを前提に、その「財産」をどのように理解するかについての争いといえる。「個別財産」とは、個

⁴⁰ 「個人〔権利主体〕の財産」と表記している理由は、自然人のみではなく、国家、地方公共団体、法人等が含まれるという意味である（これに対して、国家や地方公共団体に対する詐欺罪が、国家や地方公共団体が私人として取引をしている場合を除いて、成立しないとする見解として、団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社、1990年）607頁、大塚仁『刑法概説（各論）〔第三版増補版〕』（有斐閣、2005年）241頁、福田平『全訂 刑法各論〔第三版増補〕』（有斐閣、2002年）249頁等）。

別の財物・財産上の利益自体のことを意味し、ある犯罪が「個別財産に対する罪」と理解される場合には、個別の財物・財産上の利益の喪失だけが犯罪の成立において考慮されると理解されてきた。これに対して、「全体財産」とは、法益主体の財産状態全体を意味し、ある犯罪が「全体財産に対する罪」と理解される場合には、財産の喪失及びそれに伴う財産の取得を全体として併せて評価し、財産状態が減少している場合に損害が認められると理解されてきた。詐欺罪の関連では、通説は、詐欺罪の保護法益を「個別財産」と捉えて、詐欺罪を「個別財産に対する罪」と理解してきた⁴¹⁴²〔以下では、「個別財産侵害モデル」という〕。これに対して、有力説は、詐欺罪の保護法益を「全体財産」と捉えて、詐欺罪を「全体財産に対する罪」と理解してきた⁴³〔以下では、「全体財産侵害モデル」という〕。

しかし、通説である個別財産侵害モデルも、有力説である全体財産侵害モデルも、論証すべき事柄であるはずの構成要件の結果に関する自身の帰結を論拠の一つにして、詐欺罪の保護法益（「個別財産」／「全体財産」）を導き出し、それに基づいて、詐欺罪の構成要件の結果を解釈しており、結論先取的論証の疑いがある。本稿のように、保護法益を、構成要

⁴¹ 福田・前掲注（40）書 212 頁，249 頁以下，堀内捷三『刑法各論』（有斐閣，2003 年）105 頁，153 頁，伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂，2007 年）〔伊藤涉執筆〕155 頁，203 頁（ただし，伊藤は，この理解が詐欺罪において反対給付の内容を考慮しないという意味なら妥当でないと留保を付している），山口・前掲注（24）書 170 頁，曾根威彦『刑法各論〔第 5 版〕』（弘文堂，2011 年）104 頁，143 頁，伊東研祐『刑法講義 各論』（日本評論社，2011 年）127 頁，西田典之『刑法各論〔第 6 版〕』（弘文堂，2012 年）37 頁，佐久間修『刑法各論〔第 2 版〕』（成文堂，2012 年）170 頁以下，大谷實『刑法講義各論〔新版第 4 版補訂版〕』（成文堂，2015 年）182 頁，前田雅英『刑法各論講義〔第 6 版〕』（東京大学出版会，2015 年）244 頁，188 頁，松原・前掲注（16）書 166 頁，井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣，2016 年）196 頁，橋本正博『刑法各論』（新世社，2017 年）171 頁，沼野輝彦＝設楽裕文編『刑法各論』（弘文堂，2017 年）77 頁以下〔設楽裕文執筆〕，高橋則夫『刑法各論〔第 3 版〕』（成文堂，2018 年）308 頁等。

⁴² 基本的に通説と同様の理解に立ちつつ，二項犯罪（利益強盗罪，利益詐欺罪，利益恐喝罪）の一部には，個別財産に対する罪と全体財産に対する罪の両側面が含まれていることを指摘するものとして，小野清一郎『全訂刑法講義〔再版〕』（有斐閣，1946 年）624 頁以下，団藤重光編『注釈刑法(6) 各則（4）』（有斐閣，1966 年）183 頁〔福田平執筆〕（さらに，福田平「詐欺罪の問題点」日本刑法学会編『刑法講座 第 6 卷 財産犯の諸問題』（有斐閣，1964 年）83 頁以下も同旨），団藤・前掲注（40）書 546 頁，大塚（仁）・前掲注（40）242 頁，川端博『刑法各論講義〔第 2 版〕』（成文堂，2010 年）271 頁以下）。

これに類似の見解として，背任罪及び二項犯罪は全体財産に対する罪の性質を有していると理解しつつ，財物詐欺罪にも実質的な損害の発生を要求する見解（山中敬一『刑法各論〔第 3 版〕』（成文堂，2015 年）253 頁，関哲夫『刑法各論』（成文堂，2017 年）191 頁，263 頁）が存在する。

⁴³ 林幹人『刑法各論〔第 2 版〕』（東京大学出版会，2007 年）138 頁以下（ただし，林は，窃盗や横領等を「所有権に対する罪」と位置付け，詐欺，恐喝，背任等を「財産に対する罪」と位置付けるドイツの議論をそのまま導入せずに，財産犯一般の保護法益との関係で，「財産」侵害が必要であるという見解を主張している），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 巻 4 号（2012 年）F42 頁〔175 頁〕，浅田・前掲注（16）論文 65 頁。

件要素の解釈指針を導出するために確定する必要があるという見解からはいうに及ばず、その他の立場からも、このような結論先取りの論証は当然に排斥されるべきであろう。

また、このような論証方法への疑義は一旦措くとしても、個別財産侵害モデルも、全体財産侵害モデルも、以下にみるように、自説の論拠を十分に示せていないといえる。まず、個別財産侵害モデルは、主として、詐欺罪の条文に「財産損害」が規定されていないことを論拠とする。この立場は、全体財産侵害モデルに対して、詐欺罪と背任罪の文言の差異を無視するものであるなどと批判してきた⁴⁴。確かに、各犯罪規定の保護法益を明らかにする際に、条文が一つの重要な手がかりになることは否定しえないとしても、それだけでは当該犯罪規定がどのような法益を保護しているかを読み取ることはできないと思われる。なぜなら、保護法益と条文に示された行為客体は異なる概念であるからである⁴⁵。個別財産侵害モデルを基礎付けようとするならば、詐欺罪や他の財産犯規定（背任罪など）の文言だけではなく、それ以外の客観的資料（たとえば、法制史的資料など）から解釈指針という補助線を引いて読み直す必要がある⁴⁶。

通説的な理解に対して、全体財産侵害モデルは、主として、①「詐欺罪は財産犯である」というテーゼ⁴⁷や②諸外国の詐欺罪の議論状況⁴⁸から論証している。しかし、①「詐欺罪は財産犯である」というテーゼと同じ趣旨のことは、個別財産侵害モデルからも論拠の一部として挙げられており⁴⁹、全体財産侵害モデルを基礎付ける固有の論拠たりえない。この論拠を用いるには、ここでの「財産犯」の意味を具体化する必要がある。また、②諸外国の詐欺

⁴⁴ 橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」『植村立郎判事退官記念論文集—現代刑事法の諸問題 第1巻第1編 理論編・少年編』（立花書房、2011年）180頁〔以下では、橋爪「詐欺罪の限界」と示す〕、山口・前掲注（24）書244頁等参照。

⁴⁵ その意味で、伊東・前掲注（34）論文13頁以下が、「行為客体」と「保護客体ないし法益」を観念上区別することを強調しているのは正当である。

⁴⁶ 二項犯罪（利益強盗罪、利益詐欺罪、利益恐喝罪）との関係でこのような試みを実践するものとして、中森・前掲注（26）「二項犯罪」215頁以下。ただし、本稿第二章では、中森が法制史的検討によって導いた次のような帰結に対して、旧刑法及び現行刑法の沿革を詳細に検討することにより、疑問を提起する。すなわち、旧刑法の詐欺取財罪、旧刑法定後のボワソナードによる修正案、明治23年草案、明治34年草案の規定や理由書等を概観したうえで、「二項犯罪は、旧刑法詐欺取財罪の発展として、現行刑法に特徴的な包括的な構成要件の設定という線上に成立したものとみるのが適当と思われる。従ってその性格は全体財産に対する罪ではなく、あらゆる個別的な財産上の利益の取得を罰するものとみるべきである」（同226頁）と結論付けていることに対してである。

⁴⁷ 佐伯千仞『刑法各論』（有信堂、1959年）146頁、林（幹）・前掲注（43）書247頁、浅田・前掲注（16）論文65頁。

⁴⁸ 韓国及びドイツの詐欺罪の議論を参考にして、わが国の詐欺罪を全体財産に対する罪と理解するものとして、斐・前掲注（43）F49〔168頁〕以下参照。なお、ドイツの議論を参考にして、財産犯の保護法益論を展開する研究として、林幹人『財産犯の保護法益』（東京大学出版会、1984年）〔以下では、林（幹）『財産犯』と示す〕3頁以下。

⁴⁹ たとえば、団藤・前掲注（40）書619頁、西田・前掲注（41）書203頁参照。

罪に関する議論状況から論証することにも慎重でなければならない⁵⁰。確かに、このような議論状況から、詐欺罪の規定において「財産損害」が明記されていない場合であっても、全体財産侵害モデルを採用することがあり得ると論証することは可能である⁵¹。しかし、ある解釈が可能であるということを示すだけでは、その解釈をとるべきであるということが即座に導かれるわけではない。諸外国の詐欺罪に関する議論を参考にして自説の論拠として用いるには、わが国と比較対象となる国の詐欺罪の規定の背後にある共通性を描き出すことによって、あるいは普遍的に妥当する理論を導出するということによって、はじめて可能になるものであると思われる⁵²。その意味で全体財産侵害モデルを諸外国の詐欺罪に関する議論状況のみから展開することは、個別財産侵害モデルと同様に不十分な論証に基づくものであると言わざるを得ない。

以上の検討から、詐欺罪の保護法益として展開されている「個別財産」ないし「全体財産」

⁵⁰ ドイツの詐欺罪にならって書かれざる構成要件要素として「財産損害」の発生を要求することに消極的な見解として、井田・前掲注（8）論文7頁以下等。

⁵¹ この点に関連して、斐・前掲注（43）論文F49頁〔168頁〕以下が、韓国の詐欺罪が日本の詐欺罪の規定と相当な類似性を有しているにもかかわらず、韓国では詐欺罪を全体財産に対する罪と理解するのが一般的であると紹介されていることは重要である。なお、同F50頁〔167頁〕注25によれば、韓国刑法典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」場合に、同条2項は「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」に成立すると規定されている。

さらに、中国でも類似の解釈が展開されている。中国刑法典266条において、詐欺罪は、「公私の財物を騙取した者は……」と規定されており、「財産損害」が明文では要求されていない。しかし、これに対応する刑罰部分で「数额が比較的大きいときは、3年以下の有期懲役、拘役又は管制に処し、罰金を併科し又は単科する。数额が非常に大きいとき又はその他の重い情状があるときは、3年以上10年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する。数额が極めて大きいとき又はその他の特に重い情状があるときは、10年以上の有期懲役又は無期懲役に処し、罰金又は財産の没収を併科する。この法律に特別の規定があるときは、当該規定による。」（甲斐克則＝劉建利訳『中華人民共和国刑法』（成文堂、2011年）151頁参照）と規定されていること、及び、詐欺罪が刑法典の「財産を侵害する罪」の章に位置付けられていることから、詐欺罪の書かれざる構成要件要素として「財産損害」が必要であると解されているようである（付立慶（毛乃純訳、甲斐克則補正）「詐欺罪における財産損失に関する試論——中国の司法実務を中心として——」甲斐克則編『日中刑法総論・各論の先端課題』（成文堂、2018年）221頁以下参照。その他にドイツ、日本、及び、中国の詐欺罪の構成要件要素の整理について、Vgl. *Jing Wang, Die Vermögensverfügung als Tatbestandsmerkmal des Betrugs. Rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, japanischen und chinesischen Rechts, Baden-Baden 2016, S.29*）。

⁵² 本稿第四章で、わが国の詐欺罪の構成要件的结果の解釈において、ドイツの詐欺罪の財産損害の議論を参照するのは、第二章及び第三章で明らかにされる、わが国とドイツの詐欺罪の規定の背後にある共通性を前提にしている。林（幹）・前掲注（48）『財産犯』や斐・前掲注（43）論文は、このような前提作業を十分に貫徹せずに、詐欺罪あるいは財産犯全般の保護法益理解、それに基づく詐欺罪の構成要件的结果の理解（書かれざる構成要件要素として「財産損害」が必要であるという理解）を導いている点に問題があるといえる。

の議論は、必ずしも十分な論拠に基づくものではないことが明らかになった。したがって、個別財産侵害モデル又は全体財産侵害モデルの態度決定によって、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付け及び「財産損害」の判断方法を導く従来の論証には再考の余地がある⁵³。

第三節 「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説の検討

第一款 本節の検討対象

本節では、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説を、個別財産の喪失自体を「財産損害」と捉える立場（第二款）、詐欺罪の書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求する立場（第三款）、詐欺罪のその他の構成要件要素の判断において「財産損害」を考慮する立場（第四款）に分類して検討を行う。ここでは、前節の検討を踏まえて、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けについて、個別財産侵害モデル又は全体財産侵害モデルに依拠せずに自説を基礎付けられているのかを中心にみていく。

第二款 個別財産の喪失自体を「財産損害」と捉える立場

1. 主張内容

個別財産の喪失自体を「財産損害」と捉える立場（以下では、(a)「個別財産喪失説」という。）は、「詐欺罪は財産犯である」ので何らかの形で「財産損害」を考慮することは必要であるということを前提に、個別財産の喪失自体が、詐欺罪の「財産損害」であると主張する。

個別財産喪失説には、(a-1)財物・財産上の利益の喪失自体を「財産損害」と捉える立場と⁵⁴、(a-2)財物詐欺罪と利益詐欺罪を区分して、財物詐欺罪の場合には財物の喪失自体を「財

⁵³ 近時、個別財産侵害モデルと全体財産侵害モデルの対立の無内容性を指摘するものとして、齋野・前掲注(23)論文387頁。詐欺罪において、個別財産侵害モデルに立ちつつ、実質的な財産損害を要求する立場（本章第三節第三款(b-2)説等参照）が成り立ちうるのかについても、全体財産侵害モデルに依拠して書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求する立場（本章第三節第三款(b-1)説参照）から（林幹人「詐欺罪における財産上の損害——最高裁平成13年7月19日判決を契機として——」現代刑事法44号（2002年）51頁以下〔以下では、林（幹）「損害」と示す〕）疑問が提起されている。さらに、個別財産侵害モデルに依拠して個別財産喪失説をとる立場（本章第三節第二款参照）から実質的損害を要求する立場への批判として、（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委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』（勁草書房，2004年）337頁〔以下では、長井「人格的財産概念」と示す〕）。

⁵⁴ (a-1)説を主張するものとして、江家義男『増補 刑法各論』（青林書院新社，1963年）312頁、藤木英雄『刑法講義 各論』（弘文堂，1976年）307頁、平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会，1977年）218頁、福田・前掲注(40)書249頁以下、板倉宏『刑法各論』（勁草書房，2004年）129頁、佐久間・前掲注(41)書222頁、伊東・前掲注(41)書196頁、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巻3号（2012年）122頁以下〔以下では、渡辺「実質的個別財産説」と示す〕、長井圓「詐欺罪

産損害」と捉え、利益詐欺罪の場合には、財産上の利益の喪失を超えた「財産損害」を検討する必要があるとする立場がある⁵⁵。以下では、基本的には(a-1)説及び(a-2)説を包括して扱い、後述 3 で(a-1)説から(a-2)説への批判を検討する⁵⁶。

2. 論拠と批判

(a)個別財産喪失説の論拠として、先に検討した個別財産侵害モデルの論拠(条文の形式的文言⁵⁷)の他に、①書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求することが、解釈上成り立ちえず、罪刑法定主義とも調和しがたいということ⁵⁸、②個別財産の喪失に着目して判断することに解釈上の障害はなく、「財産損害」を構成要件として要求する必然性が見出し得ないということ⁵⁹が挙げられる。

これに対して、まず、①について、論拠として用いることには疑問である。なぜなら、罪刑法定主義が自由主義的要請に基づくものであることを踏まえれば、被告人に有利な解釈として「財産損害」を要求することは必ずしも否定されないからである⁶⁰。②について、わが国の刑事司法が採用している起訴便宜主義(刑事訴訟法 248 条参照)が適切に機能している状況下であれば個別財産喪失説の「障害」は顕在化しないのかもしれないが、「はじめに」

における形式的個別財産説の理論構造」法学新報 121 卷 11=12 号(2015 年) 359 頁以下〔以下では、長井「形式的個別財産説」と示す〕など。さらに、曾根・前掲注(41)書 144 頁(ただし、曾根は、構成要件段階では、形式的意味での個別的損害について判断するが、違法論の段階で、対価の支払い等の事実も考慮した上で、実質的な損害が発生していたかを判断する)参照。

⁵⁵ (a-2)説を主張するものとして、小野・前掲注(42)書 653 頁、団藤・前掲注(40)書 619 頁、大塚(仁)・前掲注(40)書 255 頁、団藤編[福田]・前掲注(42)書 233 頁、川端・前掲注(42)書 271 頁以下。

⁵⁶ なお、本稿注(54)の立場(いわゆる「形式的個別財産説」)が確立する以前には、単に、詐欺罪において財産損害は不要である旨述べられていた(たとえば、牧野英一『日本刑法 下巻各論〔重訂版〕』(有斐閣、1938 年) 385 頁、木村亀二『刑法各論〔復刊〕』(法文社、1957 年) 125 頁、植松正「詐欺罪および恐喝罪」『刑法講座 第 4 卷 刑法(IV)』(有斐閣、1952 年) 872 頁以下等)。これらの立場を「財産損害不要説」と整理するものもあるが、具体的な主張内容は、本稿注(54)の立場と同旨と思われる。この点につき、牧野英一「詐欺罪と財産上の損害」『刑法研究(9)』(有斐閣、1940 年) 317 頁〔以下、牧野「損害」と示す〕参照。

⁵⁷ 長井・前掲注(54)「形式的個別財産説」366 頁、渡辺靖明「ドイツ刑法の詐欺罪における全体財産説の混迷——善意取得と財産危殆化をめぐって——」高橋則夫ほか編『刑事法学的未来』長井圓先生古稀記念(信山社、2017 年) 446 頁、471 頁〔以下では、渡辺「全体財産説」と示す〕参照。

⁵⁸ 長井・前掲注(54)「形式的個別財産説」366 頁。同旨、渡辺・前掲注(57)「全体財産説」446 頁、佐久間・前掲注(41)書 171 頁注 8。

⁵⁹ 藤木・前掲注(54)書 309 頁。

⁶⁰ 同様の指摘として、田山・前掲注(17)「損害」164 頁。この点に関して、さらに松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」150 頁以下、林幹人『判例刑法』(東京大学出版会、2011 年) 280 頁参照。

で指摘したように、近時の最高裁判例には詐欺罪の拡張的運用のおそれが内在しており、それが顕在化している現在においても、まだ「障害」が存在しないといえるかは疑問である。

以上のように、個別財産喪失説の論拠も、この立場が前提にしている個別財産侵害モデルと同様に、自説を十分に基礎付けられていない。

3. 財物詐欺罪と利益詐欺罪の間で「財産損害」につき別異に判断することへの批判について

平野龍一は、(a-1)財物・財産上の利益の喪失自体を「財産損害」と捉える立場から、(a-2)財物詐欺罪と利益詐欺罪で「財産損害」の判断が異なる旨主張する立場に対して、「詐欺罪は個々の財物または財産上の利益に対する罪であるから、全体としての財産に損害を与える必要はない。したがって、相当の対価を支払って財物あるいは財産上の利益を交付させた場合でも詐欺罪が成立する。……財物について、全体財産についての損害は必要ではないとするならば、財産上の利益についても同様に解すべきであろう。また、両者〔個々の財産上の利益に対する罪と全体財産に対する罪—引用者注〕を含むという考えは、論理的に成り立ちえないといわなければならない。問題は、個別的な財産上の利益を奪ったが、全体財産には損害がない場合でも、詐欺罪が成立するか、という点にあるからである」⁶¹という批判を述べていた。

しかし、前述した詐欺罪の形式的文言への依拠という、この批判の前提は措くとしても、なお以下の二つの点で疑問がある。第一に、財物詐欺と利益詐欺を同じ方向で解釈しなければならないということについてである。確かに、財物詐欺罪と利益詐欺罪は、246条という同一の条文にあるが、項を分けて規定しているのであり、論理的に直ちに同じ方向の解釈を採るべきということにはならない。もっとも、この問題は、財物詐欺罪と利益詐欺罪の立法趣旨（後述、第二章参照）や両者の罪数処理⁶²などから、両者の規定内容の同質性を明らかにすることで解消することは可能である。第二に、仮に財物詐欺罪と利益詐欺罪の同じ方向性の解釈をとることが必要との見解に立ったとしても、財物詐欺罪の解釈を即座に利益詐欺罪の解釈に用いることにはならないものと思われる。一般的な理解では、財物詐欺罪が基本類型で利益詐欺罪が拡張類型あるいは補充類型と捉えられており、基本類型の解釈が拡張類型あるいは補充類型の解釈においても妥当すると考えられている。もっとも、「財物」を取得するということは、「財物」に付随する財産上の価値、すな

⁶¹ 平野・前掲注（54）書 218 頁。同旨、山口・前掲注（24）書 244 頁、伊東・前掲注（41）書 190 頁。

⁶² 財物詐欺罪と利益詐欺罪の罪数処理からこの主張を傍証することも考えられる。たとえば、1 個の行為により財物と財産上の利益の両方を取得した場合に、一罪として処理されていること（大判大正 4・4・26 刑録 21 輯 422 頁等）、財物詐欺罪の未遂と利益詐欺罪の間で適用の誤りがある場合であっても破棄事由にならないとして処理されていること（大判大正 11・7・4 刑集 1 巻 381 頁）を挙げることができる。

わち「財産上の利益」を取得することでもあるので、「財物」も「財産上の利益」の一部といえ⁶³、このような「財物」と「財産上の利益」の関係性に鑑みれば、「財産上の利益」を取得客体とする利益詐欺罪が基本類型で、「財物」を取得客体とする財物詐欺罪がそのうちの特別類型であると捉えることも可能であるように思われる（この点に関しても後述、第二章参照）⁶⁵。このような理解からは、利益詐欺罪が詐欺罪の中核に位置付けられることから⁶⁶、詐欺罪の射程を明確にするためには、財物詐欺罪の解釈を所与のものとして利益詐欺罪を解釈すること⁶⁷ではなく、利益詐欺罪の射程を明らかにすることが重要である。

第三款 書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求する立場

1. 主張内容

詐欺罪において、書かれざる構成要件要素としての「財産損害」が必要であるという立場〔以下では、(b)「構成要件要素としての財産損害必要説」という〕は、「全体財産侵害モデル」に依拠する見解〔以下では、(b-1)「構成要件要素としての全体損害必要説」という〕だけでなく⁶⁸、⁶⁹「個別財産侵害モデル」に依拠する見解からも〔以下では、(b-2)「構成要件要

⁶³ 田山聡美「財産的利益の意義に関する議論の整理」刑事法ジャーナル49号（2016年）16頁〔以下では、田山「利益」と示す〕参照。

⁶⁴ 二項犯罪（利益強盗罪，利益詐欺罪，利益恐喝罪）の「財産上不法の利益」を説明する際には、「財物その他の財産上の利益」等と表記されることがあるが、これは「財物」を「財産上不法の利益」の例示であるということを示すものであり（「その他の」という用法について、法制執務研究会『条文の読み方』（有斐閣，2012年）36頁等参照），財物詐欺罪が利益詐欺罪の一類型に過ぎないということ（無自覚に）示すものと思われる。

⁶⁵ 松宮・前掲注（11）「詐欺と治安法」389頁注53が、財物詐欺罪と利益詐欺罪が一般法と補充法の関係（逆に見れば特別法と一般法の関係）にあるという分析に基づいて、「利益詐欺罪の要件とされているものは、そのまま、財物詐欺罪の必要条件ともなるのである」と述べているのもこのような趣旨のものと思われる。

⁶⁶ 医師免許詐称売薬販売事件（前掲・大決昭和3・12・21）で、大審院が、財物詐欺罪が問題になっているにもかかわらず、「判示賣薬ノ買取りニ因リ相手方ハ毫モ財産上不正ノ損害ヲ被リタル事實ナク又被告人ニ於テ之ニ因リ特ニ不法ノ利益ヲ享受シタルモノト謂フヲ得サレハナリ」と判示していたことが重要である。

⁶⁷ ただし、田山・前掲注（63）「利益」16頁以下は、「財物」が「財産上の利益」の例示であることを認めつつも、「財物」と「財産上の利益」で刑法上保護されるべき範囲が違うという点を指摘して、財物詐欺罪を基準とした解釈を展開する。

⁶⁸ この立場を主張するものとして、林（幹）・前掲注（43）書247頁，斐・前掲注（43）論文F41頁〔176頁〕以下，浅田・前掲注（16）論文63頁以下。さらに，安里全勝「詐欺罪の成立と財産上の損害——相当対価を支払った場合に詐欺罪が成立するか——」山梨学院大学法学論集2号（1978年）43頁以下も参照。

⁶⁹ 近時のものではないが，その他に，詐欺罪において「財産損害」の発生を要求していた見解として，大場茂馬『刑法各論 上巻〔増補第四版〕』（中央大学，1912年）814頁，宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂書房，1934年）370頁，瀧川幸辰『刑法各論〔四版〕』（世界思想社，1953年）157頁（さらに，瀧川幸辰「詐欺罪に関する若干の問題」団藤重光ほか

素としての実質的損害必要説」という〕⁷⁰主張されている⁷¹。

2. 論拠と批判

(b-1)説から論拠として挙げられるのは、全体財産侵害モデルの論拠(「詐欺罪は財産犯である」というテーゼ及び諸外国の詐欺罪の議論状況)のほか、積極的な刑事介入のおそれ⁷²が挙げられている。しかし、近時の最高裁のような詐欺罪の拡張的運用のおそれがあることは憂慮すべき問題であるとしても、この問題を解消する解釈が、詐欺罪において書かれざる要素として「財産損害」を要求するという道しか残されていないわけではなく、他の構成要件要素に還元して説明する道もあると思われる。

(b-2)説からは論拠として、個別財産侵害モデルの論拠(条文の形式的文言)の他に、「財産損害」を構成要件要素として要求する理由は、「詐欺罪は財産犯である」⁷³というテーゼが挙げられているにすぎない。この点に関しては、全体財産侵害モデルの検討の際に、「財産犯」の意味を具体化しない限り、自説を基礎付ける固有の論拠になりえないことについてはすでに述べた(本章第二節参照)。

以上のように、書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求する立場の論拠も、個別財産侵害モデル及び全体財産侵害モデルと同様に、自説を十分に基礎付けられていない。

編『瀧川幸辰刑法著作集第4巻』(世界思想社、1981年)479頁以下〔初出、法と経済(立命館大学)6巻5号(1936年)1頁以下〕〔以下では、瀧川「詐欺罪の問題」と示す〕参照、佐伯(千)・前掲注(47)書146頁、。さらに、平場安治「詐欺罪における被欺罔者の処分行為」『刑法における行為概念の研究』(有信堂、1966年)196頁〔初出、法学論叢60巻1=2号(1954年)〕参照。利益詐欺罪の関連で、利得の反面としての被欺罔者側の損失を考慮する必要性を強調するものとして、平場安治=尾中俊彦「詐欺罪における欺罔と騙取」『総合判例研究叢書』(有斐閣、1961年)114頁以下(類似の指摘として、葛原・前掲注(16)論文213頁以下、242頁参照)。

⁷⁰ 中山研一『刑法各論』(成文堂、1984年)264頁、堀内・前掲注(41)書153頁、前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕』(東京大学出版会、2011年)348頁(ただし、同書の第6版である前田(雅)・前掲注(41)書244頁以下は、欺罔行為に還元して説明を行う)、西田・前掲注(41)書203頁、山中・前掲注(42)書378頁、設楽裕文「詐欺罪における錯誤と損害」日本法学71巻4号(2006年)383頁、田山・前掲注(17)「損害」157頁以下、星・前掲注(32)論文6頁、松宮孝明編『判例刑法演習』(法律文化社、2015年)238頁以下〔大下英希執筆〕、松原・前掲注(16)書274頁以下、高橋(則)・前掲注(41)書339頁等。

⁷¹ 以前は、このような立場が「実質的個別財産説」と呼ばれていたが、近時の最高裁判例の影響や「実質的個別財産説」に立ちつつ「財産損害」を欺罔行為に還元して説明する説(本節第四款第一項参照)あるいは法益関係の錯誤説(本節第四款第二項参照)の有力化に伴い、「実質的個別財産説」は、個別財産侵害モデルに立ちつつ、(a)個別財産喪失説に立たない立場という意味しか持たなくなっている。なお、実質的個別財産説の諸相については、渡辺・前掲注(54)「実質的個別財産説」140頁以下。

⁷² 浅田・前掲注(16)論文68頁等。

⁷³ 西田・前掲注(41)書203頁、高橋(則)・前掲注(41)書339頁等。

第四款 他の構成要件要素の判断において「財産損害」を考慮する立場

第一項 欺罔行為の判断において「財産損害」を考慮する立場

1. 主張内容

この立場は、詐欺罪において個別財産侵害モデルに立ちつつ、(b-2) 構成要件要素としての実質的損害必要説と同様に、財産・利益移転のほかに実質的な損害の発生を要求するが、その判断を書かれざる構成要件要素として考慮するのではなく、欺罔行為の判断の際に考慮することを主張する⁷⁴（以下では、(c)「欺罔行為還元説」という）。

2. 論拠と批判

(c)欺罔行為還元説は、個別財産侵害モデルの論拠（条文の形式的文言）及び実質的な財産損害の発生が必要であるという論拠（「詐欺罪は財産犯である」というテーゼ⁷⁵）のほかに、欺罔行為で「財産損害」を考慮する論拠として、(b-2)構成要件要素としての実質的損害必要説からも、実質的な財産損害が発生していない場合には、欺く行為が否定されることになるということ⁷⁶が挙げられている。

しかし、この論拠は、(b-2)構成要件要素としての実質的損害必要説に立つ一部の見解（本章第四節第四款の取引目的に着目する見解）を念頭に置いた批判を自説の論拠にしているにすぎない。(b-2)説からも、経済的財産減少に着目する見解（本章第四節第五款参照）や当事者間で想定されていた内容を客観的・分析的に判断する見解（本章第四節第六款参照）を主張することは可能であり、これらの見解における「財産損害」には、欺罔行為の判断とは異なる意義が認められることを軽視すべきではない（後述、本章第四節第四款第四項参照）。

第二項 錯誤の判断において「財産損害」を考慮する立場⁷⁷

1. 主張内容

⁷⁴ 伊藤（渉）ほか〔伊藤（渉）〕・前掲注（41）書195頁（さらに、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害（五・完）——その要否と限界」警察研究63巻8号（1992年）42頁以下〔以下では、伊藤（渉）「損害（五）」と示す〕参照）、足立・前掲注（26）『保護法益』152頁、成瀬・前掲注（8）論文288頁、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2015年）134頁、前田（雅）・前掲注（41）書244頁以下、井田・前掲注（41）書275頁（さらに、井田・前掲注（8）論文13頁参照）、橋本・前掲注（41）書238頁等。さらに、設楽裕文＝淵脇千寿保「詐欺罪における法益侵害と財産的損害」Law&Practice8号（2014年）181頁参照。

⁷⁵ 伊藤（渉）・前掲注（74）「損害（五）」40頁以下等。

⁷⁶ 井田・前掲注（8）論文14頁、中森・前掲注（74）書134頁。さらに、大塚裕史「判批」山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅱ〔第7版〕』（有斐閣、2014年）103頁も参照。

⁷⁷ この他に、法益関係的錯誤説とは別の方向性（民法法との関係）から「錯誤」に着目する見解として、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

この立場は、個別財産侵害モデルを前提にして、詐欺罪における錯誤に着目し、刑法総論の同意の議論に関連させて、詐欺罪の錯誤は法益関係的錯誤でなければならず、詐欺罪の欺罔行為は法益関係的錯誤に向けた欺罔行為でなければならぬと主張する立場である（以下では、(d)「法益関係的錯誤説」という）⁷⁸。法益関係的錯誤説は、「被害者が欺罔行為によって錯誤に陥り、自己の法益を処分した場合であっても、法益関係的錯誤が認められない場合は、その法益処分は有効であって、違法な法益侵害を認めることは出来ない」⁷⁹と主張する。

2. 論拠と批判⁸⁰

(d)法益関係的錯誤説は、自説の論拠として、個別財産侵害モデルの論拠（条文の形式的文言⁸¹）や実質的な財産損害の発生を要求する論拠（「詐欺罪は財産犯である」というテーゼ）の他に、①「財産損害」を書かれざる構成要件要素として結果要件で限定を図ることは未遂犯を否定することができないこと⁸²、②錯誤の要件で絞りをかければ財産上の損害を改めて検討する必要はないということ⁸³等が挙げられている⁸⁴。

年)205頁以下。

⁷⁸ 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号（1985年）116頁以下〔以下では、佐伯（仁）「被害者の錯誤」と示す〕（さらに、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頁以下〔以下では、佐伯（仁）「詐欺罪の構造」と示す〕、佐伯（仁）・前掲注（11）「詐欺罪（1）」107頁以下）、山口厚『問題探究 刑法各論』（有斐閣、1999年）161頁以下（さらに、山口・前掲注（24）書267頁以下も参照）、橋爪・前掲注（44）「詐欺罪の限界」176頁以下（さらに、橋爪・前掲注（10）「詐欺罪（下）」94頁以下も参照）、荒木・前掲注（17）「間接損害」434頁以下。

⁷⁹ 佐伯（仁）・前掲注（11）「詐欺罪（1）」107頁。

⁸⁰ 詐欺罪における「錯誤」に刑法総論の同意の議論における「法益関係的錯誤」を妥当させることに疑問を呈するものとして、佐藤陽子『被害者の承諾』（成文堂、2011年）147頁以下。同様に、偽装心中事例で問題にされている法益関係的錯誤と詐欺罪における法益関係的錯誤説の論理構造が異なっている旨指摘するものとして、杉本一敏「詐欺罪における被害者の『公共的役割』の意義」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015年）306頁及び同頁注11。さらに、小林憲太郎「刑法判例と実務——第8回被害者の同意——」判例時報2296号（2016年）7頁等も参照。

⁸¹ 山口・前掲注（18）「近時の動向」8頁。

⁸² 佐伯（仁）・前掲注（11）「詐欺罪（1）」107頁。

⁸³ 橋爪・前掲注（44）「詐欺罪の限界」178頁。

⁸⁴ さらに、佐伯（仁）・前掲注（11）「詐欺罪（1）」107頁以下は、③未成年者が販売店の店主を恐喝して、酒を販売させた場合には、恐喝罪を肯定することが説明可能であるということ、④財物の移転と財産損害の間の直接性を要求するかの問題が生じないことも挙げている（③につき、橋爪・前掲注（10）「詐欺罪（下）」94頁も同旨）。しかし、これらは、佐伯自身の立場を反映している記述であり（とくに、③については、このような取り扱いの差異に対して疑問を呈するものとして、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』（成文堂、2013年）185頁、田

①については、「財産損害」を詐欺罪の構成要件的结果と捉える立場に向けられる批判ともいえるが⁸⁵、欺罔行為が構成要件的结果に向けられた行為⁸⁶、あるいは構成要件的结果の実質的危険のある行為であると捉えることで⁸⁷、十分に対処可能であり⁸⁸、法益関係的錯誤説をとる論拠にはなりえない。②については、詐欺罪における錯誤を精緻化することから、「財産損害」を別途検討することが不要であるということを示すことはできない。なぜなら、詐欺罪における「錯誤」は、構成要件的结果ではなく、あくまでも詐欺罪の「中間的结果」⁸⁹にすぎないのであり、「法益関係的」錯誤を要求したとしても、構成要件的结果を実質的に判断することが不要になるとはいえないからである⁹⁰。

第三項 「財物騙取」「財産上不法の利益取得」の判断において財物・財産上の利益の移転を超えた「財産損害」を考慮する立場

1. 主張内容

これまでの学説では、あまり意識されてこなかったが、詐欺罪の構成要件的结果である「財物騙取」「財産上不法の利益取得」の判断において「財産損害」を考慮する立場も考えられうる⁹¹（以下では、(e)「利得・損害関連説」という）。なお、このような見解は、伊藤涉

山・前掲注（17）「損害」163頁参照）、法益関係的錯誤説の積極的な論拠になるとはいいがたいので、本文では摘示していない。

⁸⁵ 井田・前掲注（8）論文15頁参照。

⁸⁶ 本稿注（24）を参照のこと。

⁸⁷ 宮本・前掲注（69）書371頁、大塚裕史ほか『基本刑法Ⅱ各論〔第2版〕』（日本評論社、2018年）248頁以下〔十河太朗執筆〕。さらに、不能犯としての不可罰の可能性を示すものとして、齋野・前掲注（23）論文414頁。

⁸⁸ その他に、故意を否定するアプローチ（井田・前掲注（8）論文15頁参照。ただし、井田はこのような理解には立っていない）や、詐欺罪の成立要件として「不法利得の意思」を要求するアプローチ（松宮孝明「詐欺罪における不法利得の意思について」立命館法学292号（2003年）310頁以下〔以下では、松宮「不法利得の意思」と示す〕）も考えられる。この点に関しての私見に関しては、本稿第四章第四款で述べる。

⁸⁹ 足立（友）・前掲注（26）『保護法益』192頁参照。

⁹⁰ この点に関連して、設楽・前掲注（70）論文383頁以下は、適切にも、「＜錯誤＞があったとしても、なお『財産上の損害』の欠如として詐欺罪の成立を否定する余地を認めるべきである」と述べ、このことが「犯罪成立までの“チェックポイント”が複数ある方が犯罪の成否についての判断を慎重・正確なものにすることに資する」と述べている。さらに、安里・前掲注（68）論文47頁参照。

⁹¹ 松宮・前掲注（17）「暴力団員と詐欺」152頁以下。大塚裕史ほか『基本刑法Ⅱ各論』（日本評論社、2014年）240頁以下〔十河太朗執筆〕〔初版である本書において、十河は「財物・利益の移転は、財産損害と評価しうる性質を有している必要がある。」と述べている。しかし、同書の第2版である大塚（裕）ほか〔十河〕・前掲注（87）書249頁では、この記述は削除されている〕。さらに、類似の発想として、和田俊憲「詐欺罪における財産損害」安田拓人ほか『ひとりで学ぶ刑法』（有斐閣、2015年）169頁も参照。利益詐欺罪に関して同様の指摘を行うものとして、鈴木左斗志「詐欺罪における『交付』について」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、1998年）583頁、平

によって示唆されていたが、伊藤自身はこの帰結には至っていない⁹²。

(e)利得・損害関連説は、基本的には、(b)構成要件要素としての財産損害必要説と同じ方向性の主張であり、(b)説との違いは、「財産損害」を、書かれざる構成要件要素と捉えるのではなく、「財物騙取」「財産上不法の利益取得」を判断する際に実質的な損害を検討することである。

2. 論拠と批判

(e) 利得・損害関連説の論拠として、①条文の形式的文言⁹³、及び、②「損害」と「利得」の対応関係から「利得」に損害を読み込むことができること⁹⁴が挙げられる。詐欺罪において「財産損害」を考慮する理由については、③「詐欺罪は財産犯である」というテーゼ⁹⁵、及び、④財産損害不要説の論証が不十分であること⁹⁶が挙げられる。

①及び③についてはこれまでの検討ですでに論拠として不十分であることは述べた。④についても自説を積極的に論証するものとはいいがたい。そして、②については、詐欺罪の成立に個別財産の喪失を超えた「財産損害」を考慮すべきであるという理解を前提にしていると思われるが⁹⁷、それ自体が論証されていない点に問題がある（この点につき、本稿では第二章のわが国の法制史的検討を踏まえて論証する）。

場・前掲注(69)書196頁、葛原・前掲注(16)論文213頁以下、242頁参照。

⁹² 伊藤(渉)・前掲注(74)「損害(五)」42頁以下では、詐欺罪において物・利益の移転以外の実質的な損害損害を考慮することが必要であるという理解に立ち、どの要件に位置付けるべきかの検討の際に、「一つの考え方として、『騙取』の要件とすることが考えられる。一項の『騙取』に対応する要件は、二項では『財産上不法の利益を得る』ということだからである。つまり『騙取=当該財物を不法に利得する形で移転させること』として、不法利得の反面として損害を要件とし、二項は財物移転以外の不法利得として考えるのである」と述べられている。ただし、それに続けて、「通説は、二項詐欺罪にいう『不法利得』自体、権利等の個別の客体の移転があれば足りるとしている。とすれば、これとパラレルに考える限り、『騙取=財物の移転』ということになってしまい、実質的限定を読み込みにくい」と述べ、この理解を否定している。

⁹³ 大塚(裕)ほか[十河]・前掲注(91)書240頁[(e)利得・損害関連説を維持しているかについては不明瞭であるが、同書の第2版である大塚(裕)ほか[十河]・前掲注(87)書249頁も参照]。

⁹⁴ 松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」153頁。

⁹⁵ 大塚(裕)ほか[十河]・前掲注(87)書239頁[(e)利得・損害関連説を維持しているかについては不明瞭であるが、同書の第2版である大塚(裕)ほか[十河]・前掲注(91)書247頁も参照]。さらに、松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」150頁参照。

⁹⁶ 松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」150頁以下。

⁹⁷ ここでの「損害」が個別財産の喪失という意味であれば、損害と利得の対応関係は充足されてしまうからである（この点について、本稿注(103)で摘示した長井圓の批判[暴力団員ゴルフ場利用事件などでは処分行為と財産損害の直接性を満たしているという指摘]を参照のこと）。

第五款 小括

以上みてきたように、詐欺罪において、「財産損害」を書かれざる構成要件要素として捉えているのは、(b)説だけであり、それ以外の見解は、「財産損害」を固有の構成要件要素とはとらず、財物・財産上の利益の喪失自体、又はその他の構成要件要素の判断の際に考慮するものと整理できる。そして、本節の検討から、「財産損害」を詐欺罪の構成要件上どのように位置付けるかについて、各学説は、主として個別財産侵害モデル又は全体財産侵害モデルに依拠して説明しており、それらの論拠及び各立場のその他の論拠の不十分さに鑑みると、自説を十分に基礎付けられていないことが明らかになった。

第四節 「財産損害」の判断方法に関する学説の検討

第一款 本節の検討対象

本節では、詐欺罪の「財産損害」の判断方法に関する学説を検討する。ここでは、個別財産の喪失に着目する見解（第二款）、処分の自由の侵害に着目する見解（第三款）、取引目的に着目する見解（第四款）、経済的財産減少に着目する見解（第五款）、当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に判断する見解（第六款）に分けて、「財産損害」の判断基準（あるいは「財産損害」に関連付けられている他の構成要件要素の判断基準）、さらに、各学説からは近時の最高裁判例がどのように理解されるかを検討する。

第二款 個別財産の喪失に着目する見解

1. 「財産損害」（財物・財産上の利益の喪失）の判断基準

この見解は、(a)個別財産喪失説から主張されている。この見解は、「財産損害」を、個別財産（(a-1)説では「財物・財産上の利益」／(a-2)説では、財物詐欺の場合には「財物」）の喪失と捉えるので、欺罔行為がなければ個別財産を処分（財物の交付又は財産上の利益の処分）しなかったにもかかわらず、欺罔行為によってそれを行ったという基準によって判断することになる。

しかし、このような意味での「財産損害」しか考慮しないことは、詐欺罪の射程範囲を過度に広げるおそれがある⁹⁸。確かに、この見解も「財産損害」とは別の解釈枠組で、詐欺罪

⁹⁸ 個別財産の喪失に着目する見解に立つ場合には、既遂時期が早まるという問題がある。たとえば、欺罔により不動産を騙取する場合に「占有ヲ移轉シ若ハ所有權取得ノ登記ヲ爲シタルトキ」に既遂を認める判例（大判大正 11・12・15 刑集 1 卷 763 頁）があるが、個別財産喪失説を堅持するならば、財物詐欺罪の場合には不動産であっても占有の移転のみが基準になるはずであるし、利益詐欺罪で起訴された場合には不動産の契約締結時点が基準になるはずである。また、後日に財物を交付させる約束をしたが、物を交付させる以前に警察に逮捕された場合にも、物を交付させる約束をした時点で財物詐欺罪の未遂ではなく、利益詐欺罪の既遂が成立することになる（詐欺賭博の事案についてこのような処理を行っているものとして、最決昭 43・10・24 刑集 22 卷 10 号 946 頁参照）。

の射程を限定するという主張も併せて行っているが⁹⁹、未成年者が年齢を偽って酒類や煙草などを購入した場合について詐欺罪が成立することが否定できないということが指摘されている。実際に、個別財産喪失説に立つ、長井圓は、この種の事例について、「〔成年であると偽る未成年者によって提供された一引用者注〕反対給付は、交付者の『取引目的』を害するので、そこには『受領の意思』があるはずもない」¹⁰⁰と述べており、被欺罔者の主観を重視した判断を行って詐欺罪を肯定することを是認する¹⁰¹。

2. 近時の判例についての評価

近時の最高裁判例との関連では、この見解は、個別財産の喪失自体が「財産損害」と捉えているのであり、行為者から想定どおりの反対給付が提供された場合であっても、そのことを重視した判断を行うことはできないし¹⁰²、処分の行為から直接生じるわけではない抽象的・間接的な不利益の予測を考慮すること自体にも何ら疑問を抱いていない¹⁰³。

なお、個別財産喪失説の立場から、暴力団ゴルフ場利用長野事件（前掲・最決平成 26・

⁹⁹ たとえば、取引慣行の範囲内の商略としての虚言について、欺罔行為の可罰的違法性を否定する見解として、藤木・前掲注（54）書 306 頁、大塚（仁）・前掲注（40）書 257 頁、社会的相当性から詐欺罪の成立を否定する見解として、福田・前掲注（40）253 頁。財産価値の軽微性（旅券や運転免許証）から詐欺罪の成立を限定する見解として、平野龍一「刑法各論の諸問題 9」法学セミナー212号（1973年）97 頁。

¹⁰⁰ 長井・前掲注（8）「判批」182 頁。これに対して、個別財産喪失説から「財物の交付に向けた詐欺行為でない」とする見解として、大谷・前掲注（41）270 頁。

¹⁰¹ 長井・前掲注（53）「人格的財産概念」343 頁以下参照。長井が、このような理解に立っているのは、「財産とは、個人の自律を捨象して客観的・計量的に定まるものではない。常に財産を生存・生活の手段として利用する個人（人格）との不可分な関係なしには、特定しえない概念なのである。その個人の置かれた多様な個別の状況と価値判断（選好）を捨象して、経済的価値（効用）も法的な財産価値も査定することは出来ない」という人格的財産概念的発想が前提にある（長井・前掲注（54）「形式的個別財産説」369 頁参照）。

¹⁰² この点を批判するものとして、井田・前掲注（8）論文 10 頁等参照。ただし、個別財産の喪失に着目する近時の見解とは異なり、牧野・前掲注（56）「損害」315 頁が、「一般の場合、殊に商品の売買においては、詐欺が行はれたと見るを得るの事情あるにしても、それが商品に関するものであるといふことから考へて、相当な対価があるにしても、それが支払はれたといふ事情が成立している以上、詐欺罪は成立していないというべきであらう。その場合には、財物の交付が一に対価との交換に因つて為されるのであるから、そこに欺罔行為と財物交付との間に成立すべき因果関係を認めることができないのである。」（旧字体を新字体に改めた）と述べていたことには留意すべきである。

¹⁰³ 長井・前掲注（54）「形式的個別財産説」373 頁は、搭乗券受交付事件（前掲・最決平成 22・7・29）や暴力団員ゴルフ場利用長野事件（前掲・最決平成 26・3・28）で間接的な不利益を考慮していると批判することは、「曲解であっても、正鵠を射たものではない」と述べている。その理由として、「処分行為と財産損害との間の直接性」は、「この種の事案において、搭乗券の交付又は暴力団員のゴルフ場利用それ自体が同時に財産損害になる点において充足されるからである」と指摘する。さらに、渡辺・前掲注（54）「実質的個別財産説」156 頁以下も参照。

3・28) に対して懐疑的な視点が示されているが、「社会的相当性」という名称の下で、被害者の「営業上の利益」と行為者の「生活利益」を比較衡量するということを示唆しているにすぎず¹⁰⁴、判断者の恣意的な運用を排除することが念頭に置かれている理論とはいえない。

第三款 処分の自由の侵害に着目する見解

1. 「財産損害」(欺罔行為=処分の自由の侵害)の判断基準

この見解は、(c)欺罔行為還元説に立つ一部の論者から主張されている。足立友子は、詐欺罪の保護法益を「財産的処分の自由」¹⁰⁵と捉え、「欺罔とは、『財産的処分の自由』の侵害であり、財産交換・交付関係を取り結ぶ交渉段階以降に当事者間で表示されるなどして共通の認識にあった、財産処分の意思決定において重要な要素となる対価・給付内容の性質・用途について、虚偽の情報を示すことで、被欺罔者を錯誤に陥れることである」¹⁰⁶と説明している。

確かに、詐欺罪と窃盗罪が異なる側面があることを正面から認める点、及び、欺罔行為や錯誤との関係で保護法益を検討することによって詐欺罪の解釈を限界付けるアプローチは重要であるが、詐欺罪の保護法益として「処分の自由」と捉えることから、「財産損害」を構成要件の結果として考慮する必要はないということが論理的に導かれるわけではない。

2. 近時の判例についての評価

この見解は、最高裁判例の欺罔行為の判断枠組における「重要事項性」について、詐欺罪の保護法益を「財産的処分の自由」と捉えることから説明し、そのうえで、被欺罔者の主観的意向のすべてを無限定に保護するのではなく、財産的処分が取引の場を通して行使され

¹⁰⁴ 長井・前掲注(54)「形式的個別財産説」384頁以下は、『財産交付の判断』は、取引主体の自律的判断を意味するので、その『基礎となる重要な事項』も本人による主観的効用(選好)を基準として定まる。……『重要性』の判断には、取引主体の主観的効用を基礎とするものの、同時には社会的な契機が含まれており、前記の『共存の法理』[個人の取引目的は、社会共存を達成する目的の下で相互に譲歩して調整されなければならないということ—引用者注]からの制約を受ける」ということを述べた上で、他の顧客に対する現実の悪影響と信用の低下はないと考えられる場合には、衝突すべき「利益」が欠けるので、暴力団関係者によるゴルフ場利用も「社会的相当性」があるものとして許容され、ゴルフ場経営者にとって「重要な事項」であったとしても、その保護の必要性が欠け、欺罔行為に該当しないと理解する余地がある旨述べている。

¹⁰⁵ 類似の指摘として、酒井安行「詐欺罪における財産的損害」西田典之ほか編『刑法の争点[第3版]』(有斐閣、2000年)183頁(「処分の自由」)、小田・前掲注(77)論文208頁(「財産取引の自由」)、松宮孝明『刑法各論講義[第5版]』(成文堂、2018年)250頁(「誤った情報を与えられたために」瑕疵ある動機に基づいて財産の処分をさせられない権利)等。

¹⁰⁶ 足立(友)・前掲注(26)『保護法益』208頁以下。同旨の主張として、成瀬・前掲注(8)「詐欺罪」139頁以下、。

ることによる制約を受けると説明する¹⁰⁷。具体的には、「個人間の不定型な取引においては被欺罔者の主観的意向も相手方に表示された範囲内で保護される一方で、ルーティン化した業務に代表される定型的な取引においては、両当事者間で取り立てて十分に確認されたとの事情がある場合を除いては、基本的に被欺罔者の主観的意向は保護されない」とする¹⁰⁸。そして、「重要事項性」について、「詐欺罪が財産犯である」という理解から、「財産的な側面における重要事項性」¹⁰⁹に限定されると述べている。

しかし、近時の判例についての検討において、当事者間で確認された共通認識になった事項は、給付や反対給付などに関わりのないものであっても、重要事項として考慮されており¹¹⁰、不定型な取引とルーティン化した取引を区分したことも、「財産的な側面における重要事項性」という限定を付したことも意味をもたなくなっている。

この見解も、個別財産の喪失に着目する見解と同様に、行為者から反対給付が提供された場合については、「財産損害」の判断の際に差引計算が行われる必要ないということを強調しており¹¹¹、財産損害として考慮される目的を経済的・社会的目的に限らず、主観的目的であってもよいという立場に立っているのであり¹¹²、間接的な不利益を考慮することについても問題があるとは考えていないようである。

第四款 取引目的に着目する見解

この見解は、(b-2)構成要件要素としての実質的損害必要説、(c)欺罔行為還元説、(d)法益関係的錯誤説、(e)利得・損害関連説から主張されている。ただし、「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する立場と、各学説による「財産損害」の判断基準について必ずしも一致していない。そこで、本款では、取引目的と実際になされた取引の内容を比較して「財産損害」を判断する見解（第一項）、法益関係的錯誤説から経済的目的に限らず、社会的目的も考慮する見解（第二項）、目的不達成説又は法益関係的錯誤説から経済的目的等に限定する見解（第三項）に分けて検討し、これらの立場に対する本稿の評価を示す（第四項）。

第一項 取引目的と実際になされた取引の内容を比較して「財産損害」を判断する見解

1. 「財産損害」（書かれざる構成要件要素又は欺罔行為において考慮される実質的損害）の判断基準

¹⁰⁷ 足立（友）・前掲注（26）『保護法益』208頁以下。

¹⁰⁸ 足立（友）・前掲注（26）『保護法益』209頁。

¹⁰⁹ 足立（友）・前掲注（26）『保護法益』202頁。

¹¹⁰ 足立（友）・前掲注（26）『保護法益』209頁以下、足立友子「判批」刑事法ジャーナル11号（2008年）123頁参照。さらに、成瀬・前掲注（8）論文141頁以下も参照。

¹¹¹ 足立（友）・前掲注（26）『保護法益』185頁。

¹¹² 足立（友）・前掲注（26）『保護法益』185頁。

この見解は、(b-2)構成要件要素としての実質的損害必要説及び(c)欺罔行為還元説から主張されており、「相手方が意図した取引と実際になされた取引の内容を比較した上で、当該財物ないし利益の移転が損害と評価しうるかを検討する」¹¹³という判断枠組みを用いる¹¹⁴。そして、行為者から相手方に反対給付が提供されている場合は、反対給付を実際に得たこと自体が重要なのではなく¹¹⁵、相手方が取引の目的を達成したと言える場合（たとえば、取引の目的が適応する薬の提供にあり、医師資格が重要でない場合¹¹⁶）には「財産損害」と評価されないが、反対給付に関する事実を偽るなどして取引目的が実現されないような場合（たとえば、取引目的が小児マヒなどに効用がある電気あんま器の取得であるのに、反対給付とし提供される電気あんま器にそのような効用がない場合¹¹⁷）には「財産損害」と評価されると述べている¹¹⁸。

2. 近時の判例についての評価

この見解は、詐欺罪の処罰範囲を実質的な財産損害の発生を要求することによって限定しようとする当初の狙いに反して、近時の最高裁判例の帰結に対して肯定的な評価がされている¹¹⁹。おそらく、それは、「財産損害」の判断基準の多層性（たとえば、西田典之は、取引目的に着目すると述べつつも、「損害の危険性・可能性」という別の判断基準で判例を正当化する¹²⁰。伊藤渉は、近時の判例の検討の際に取引目的自体に着目するのではなく、財産取引上重要な錯誤があったかに着目し、この際に被害者側が将来生じることを予測して

¹¹³ 伊藤（渉）ほか〔伊藤（渉）〕・前掲注（41）書 203 頁。なお、伊藤は（c）欺罔行為還元説からこのような主張を行っている。

¹¹⁴ (b-2)構成要件要素としての実質的損害必要説から同様の判断枠組みを用いるのは、西田・前掲注（41）書 204 頁、高橋（則）・前掲注（41）書 343 頁。(c)欺罔行為還元説からは、井田・前掲注（8）論文 21 頁（井田は「反対給付の瑕疵」という観点から同様の指摘を行っている）。

¹¹⁵ 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）24 頁、井田・前掲注（8）論文 21 頁参照。

¹¹⁶ 医師免許詐称売薬販売事件（前掲・大決昭和・3・12・21）参照。

¹¹⁷ ドル・バイプレーター事件（前掲・最決昭和 34・9・28）参照。

¹¹⁸ 伊藤（渉）ほか〔伊藤（渉）〕・前掲注（41）書 203 頁以下、伊藤（渉）・前掲注（74）「損害（五）」42 頁。さらに西田・前掲注（41）書 204 頁、高橋・前掲注（41）書 343 頁参照。

¹¹⁹ 西田・前掲注（41）書 206 頁以下、伊藤渉「判批」判例セレクト 2010 [I]（法学教室 365 号(2011 年)別冊付録）36 頁、伊藤渉「判批」刑事法ジャーナル 42 号（2014 年）97 頁以下、伊藤渉「判批」判例セレクト 2014 [I]（法学教室 413 号（2015 年）別冊付録）36 頁。さらに、井田・前掲注（8）論文 15 頁以下も参照。これに対して、近時の最高裁判例に批判的であるのは、高橋（則）・前掲注（41）書 349 頁、350 頁注 94。

¹²⁰ 西田・前掲注（41）書 209 頁以下参照。西田が、損害賠償の微小な可能性のみで財物詐欺罪の可罰性を基礎付けていることに疑問を呈するものとして、照沼・前掲注（17）「判批」91 頁注 10。

いる顕在化していない不利益も考慮する¹²¹⁾あるいは茫漠性(井田良は、取引から生じる経営上の「マイナス利益」なども「反対給付の瑕疵」として広く考慮する¹²²⁾)に由来するものと思われる。

第二項 法益関係的錯誤説から経済的目的に限らず、社会的目的も考慮する見解

1. 財産損害(法益関係的錯誤)の判断基準

この見解は、(d)法益関係的錯誤説の一部から主張されている見解である。この見解は、「財産というものには、単に保持するだけでなく、それと引き換えに反対給付を得たり、あるいは、何らかの社会的・経済的目的を実現することに重要な価値を見出すことができる。したがって、財産犯における法益関係的錯誤は、①交付した財産それ自体の内容・価値に関する錯誤に加えて、②反対給付の価値や内容、さらに財産の交付によって実現しようとした社会的・経済的に重要な目的の存否に関する錯誤まで拡張されることになる」¹²³⁾と主張する¹²⁴⁾。

2. 近時の判例についての評価

この見解は、近時の判例の帰結を妥当と捉えているようである¹²⁵⁾。この見解も、これまでに検討した見解と同様に、行為者から反対給付が提供されたこと自体は重視しておらず、む

¹²¹⁾ 伊藤(渉)・前掲注(119)「判批」刑事法ジャーナル42号102頁注13は、暴力団員ゴルフ場利用長野事件(前掲・最決平成26・3・28)において、「暴力団関係者によるゴルフ場の利用は、……ひとたびゴルフ場内においてトラブルをひきおこせば、他の利用者ないし施設の重大な害を及ぼすことにより、ゴルフ場側に多大な経済的負担をもたらすことになるのであるから、そのような利用行為自体が直接的かつ実質的な経済的不利益をもたらすものと認めるべきであろう」と述べている。伊藤渉「詐欺罪における財産的損害——その要否と限界——」刑法雑誌42巻2号(2003年)24頁では、目的不達成説からではなく、自身の見解を「法益関係的錯誤」説から説明していることにも関係しているものと思われる。

¹²²⁾ 井田・前掲注(8)論文5頁、15頁以下参照。ここでの「反対給付」について、井田は、「当該取引において得られた反対給付にともなう『マイナス利益』、またはそこから直接・間接に生じる『マイナス利益』(同5頁)を含むと説明しており、「双務契約における一方の給付に対して対価の意味を有する他方の給付のこと」(法令用語研究会編『法律用語辞典〔第4版〕』(有斐閣、2012年)954頁)という定義よりも広いものが想定されている。

¹²³⁾ 橋爪・前掲注(44)「詐欺罪の限界」177頁。

¹²⁴⁾ 同旨、山口・前掲注(24)書268頁。なお、山口厚「〔佐伯(仁)・前掲注(78)「詐欺罪の構造」に対する〕コメント①」山口厚ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』(岩波書店、2006年)137頁では、「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」に関する錯誤に限定する見解には懐疑的である。

¹²⁵⁾ 橋爪隆「判批」金融法務事情2025号〔金融判例研究25号〕(2015年)10頁(さらに、橋爪・前掲注(9)「欺く行為」101頁以下、橋爪・前掲注(44)「詐欺罪の限界」190頁等参照)、山口・前掲注(18)「近時の動向」3頁以下。

しろ考慮すること自体に疑問を抱いている¹²⁶。また、被害者側の間接的な不利益を考慮していることについて、橋爪隆は、「間接的損害の可能性といっても、抽象的・類型的な判断にならざるを得ず、これ自体が詐欺罪の限界づけの合理的な基準になるとは思われない」と述べ、「被害者が財物を交付する際に、その取引の性質や目的にがんがみて重視する必要がある事情を広く『重要な事項』と把握した上で、間接的に経済的損害を負う可能性は、その事情の重要性の判断資料の1つとして位置づけた方が適切であるように思われる。」¹²⁷と述べている。

「はじめに」でも述べたように、欺罔行為における重要な事項を判断する際に、間接事実としてこのような抽象的な経済的不利益の可能性を考慮することができるとしても、そのことが、このような可能性しか生じさせずに財物や財産上の利益を得た者に対して、詐欺罪を科すことができるという理由にならないといえる。

第三項 目的不達成説又は法益関係的錯誤説から経済的目的等に限定する見解

1. 「財産損害」（書かれざる構成要件要素としての財産損害又は法益関係的錯誤）の判断基準

まず、(b-2)構成要件要素としての実質的損害必要説から、「『財物の反対給付として得ようとしたものが得られないにもかかわらず』財物を交付し移転させられたことが、詐欺罪における財産損害と解すべきであり¹²⁸、この際に考慮される目的は「どのような目的でもよいわけではなく、その目的が『財産権の行使として合理的な目的』に限定される」¹²⁹という見解が主張されている¹³⁰。

次に、(d)法益関係的錯誤説からも、「財産は、その利用・収益・交換価値において保護されているので、財物・財産上の利益の移転それ自体には錯誤がない場合であっても、そのような財産処分『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』に錯誤がある場合は、法益関係的錯誤が認めることができない」¹³¹と主張する見解が存在する。さらに、

¹²⁶ 橋爪・前掲注(9)「欺く行為」104頁。

¹²⁷ 橋爪・前掲注(9)「欺く行為」105頁。山口・前掲注(18)「近時の動向」10頁は、「将来見込まれるにすぎない損害」も、「交付の判断の基礎となる重要な事項」であることを支える間接的な根拠として考慮することを排除していない。

¹²⁸ 松宮編[大下]・前掲注(70)論文238頁。(e)利得・損害関連説から、松宮・前掲注(105)書266頁、松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」154頁。

¹²⁹ 松宮編[大下]・前掲注(70)論文239頁。同旨、松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」156頁、松原・前掲注(17)「判批」184頁。

¹³⁰ その他に(b-2)説から目的不達成説を主張するものとして、山中・前掲注(42)書379頁以下(より詳細には、山中敬一「詐欺罪における財産損害と取引目的」法学新報(中央大学)121巻11=12号(2015年)403頁)、松原・前掲注(16)書277頁、関・前掲注(42)書264頁等。

¹³¹ 佐伯(仁)・前掲注(78)「詐欺罪の構造」107頁(さらに、佐伯(仁)・前掲注(78)「被害者の錯誤」117頁参照)。ただし、佐伯(仁)・前掲注(11)「詐欺罪(1)」108頁で

この定式を厳格に捉え、「具体的給付に内在している目的」の意味を、「財産移転後の別個の意思決定による不利益の考慮を否定する機能を有する」¹³²と主張する見解も存在する。

これらの見解は、詐欺罪における「財産損害」を社会的目的の不達成と捉えること、あるいは詐欺罪における法益関係的錯誤の範囲に社会的目的の不達成を含めることに懐疑的な立場といえる。

2. 近時の判例についての評価

この見解は、上記二説よりも取引目的を厳格に捉えており、近時の判例の帰結に基本的には懐疑的であるが、全面的に否定するわけではない。たとえば、松宮孝明は、基本的には反対給付が支払われていることによって取引目的が達成されており「財産損害」が認められないとしているが、被害者の公共的役割から取引目的が達成されていない場合があることも示唆している¹³³。また、佐伯仁志も、判例が間接的な不利益を考慮していることに批判的ではあるが、それを考慮することが排除されるとまでは考えていないようである¹³⁴。

は、「財産処分の客観化可能で経済的に重要な目的に錯誤がある場合に限定すべき」であると述べているにすぎず、「具体的給付に内在し」という部分が抜け落ちた説明がなされている。この点に関して、荒木・前掲注(17)「間接損害」435頁参照。

¹³² 荒木・前掲注(17)「間接損害」434頁(荒木は、詐欺罪の成否において「将来的に発生し得る不利益」を考慮することについての懸念から、実質的損害として考慮する範囲を限定することを狙いにしてこのような主張を行っている)。

¹³³ 松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」159頁は、「利潤追求を旨とする『商人』としての役割においては、原則として、利潤追求のみを、『財産権の行使として合理的と評価される目的』と解すべきである」が、「その『商人』に、その経済活動において、単なる利潤追求を超えた営業上の特殊な公共的役割が与えている場合」は例外であるとし、搭乗券受交付事件(前掲・最決平成22・7・29)の航空会社に「航空機の安全確保や不法入国を防止するための搭乗券の発券を適切に行うこと」が義務付けられていたことから「相当対価との交換があっても搭乗券の交付を『財産損害』と認めることを示唆している(同旨であるのは、松宮編[大下]・前掲注(70)論文244頁以下。なお、「財産損害」の問題ではなく、欺罔行為で問題とされる「重要な事項」の判断の際に、被害者の公共的・社会的役割を考慮することを示唆する見解として、杉本・前掲注(80)論文301頁以下(とくに306頁)参照)。しかし、このような主張は、松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」161頁で、間接的な不利益を排除することを狙いとして処分行為と財産損害の「直接性」を要求していることとの関係で問題がある(この点につき、松井洋「判批」警察学論集67巻8号(2014年)158頁以下参照)。なお、松宮の「財産損害」の判断基準については、本稿注(150)も参照のこと。

¹³⁴ 佐伯(仁)・前掲注(11)「詐欺罪(1)」113頁は、自己名義通帳受交付事件(前掲・最決平成19・7・17)について、「銀行に対する社会の信頼が失われることで銀行が経済的損害を負う可能性を問題にしているのだとすると妥当であるが、このような危険性が詐欺罪を基礎づけることができるほど現実的なものであるかについてはやはり疑問があるように思われる」と述べているのに対して、同114頁は、搭乗券受交付事件(前掲・最決平成22・7・29)について、「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の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はるかに現

第四項 取引目的に着目する見解についての評価

以上みてきたように、取引目的に着目する見解についての各学説の相違は、その目的を限定的に捉えるか、それを広く捉えるかという点にある。「はじめに」で示した近時の判例が詐欺罪の拡張的運用のおそれが内在しているという認識からすると、詐欺罪において保護に値する目的は経済的目的などに限定する方向性の立場（とくに、詐欺罪において間接的な不利益を考慮することを限界付けようとする試み）が妥当である。

しかし、このような限定を図ることが、欺罔行為や法益関係の錯誤の枠組によって可能であるかには疑問が残る。なぜなら、詐欺罪の「錯誤」を「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に関する錯誤」に限定するという立場に立ったとしても、「欺罔行為」（「判断の基礎となる重要な事項」を「偽ること」）を認定する際の間接事実として、顕在化していない将来生じると予測される間接的な不利益を考慮することを排除することは困難であるからである¹³⁵。したがって、間接的な不利益が詐欺罪の実質的な侵害を基礎付けるものではないということを主張するには、(b)構成要件要素としての財産損害必要説又は(e)利得・損害関連説のように、構成要件の結果の段階で改めて（欺罔行為の判断の際に考慮される目的不達成や法益関係の錯誤とは異なる意味の）「財産損害」を検討することが必要であると思われる。

第五款 経済的財産減少に着目する見解

1. 「財産損害」の判断基準

この見解は、構成要件要素としての(b-1)全体損害必要説及び(b-2)実質的損害必要説から主張されている。「財産損害」について、(ア)経済的な基準で判断する見解¹³⁶¹³⁷、(イ)使用価

実的であ(る)」と述べている。

¹³⁵ 橋爪・前掲注(9)「欺く行為」105頁以下、山口・前掲注(18)「近時の動向」10頁参照。

¹³⁶ (b-1)説からの主張として、裏・前掲注(43)論文F94頁〔123頁〕。さらに、浅田・前掲注(16)論文65頁参照。

¹³⁷ さらに近時、(b-2)説によるもののうち、田山・前掲注(17)「損害」161頁が、個別財産侵害モデルから、詐欺罪において「客体と直接性のある損害」が必要であると主張している。ここでの「損害」は、同157頁によると、「経済的な意味における財産損害」を念頭に置いているようである(さらに、田山聡美「財産犯における客体と損害概念」刑法雑誌57巻2号23頁〔以下では、同論文を田山「客体」と示す〕も参照)。この見解は、個別財産侵害モデルからの新たな方向性の主張として注目に値する。もっとも、田山が、田山・前掲注(17)「損害」160頁以下で、詐欺罪が「個別財産に対する罪」という理解からこの帰結を導いている点には疑問が残る。なぜなら、田山の主張からすると、「全体財産に対する罪」と理解されている犯罪については、客体と直接性を有する損害を考慮することは必ずしも必要ではないということになるが、「全体財産に対する罪」と理解されているドイツの詐欺罪においてもこの主張と類似の議論は存在するからである(後述第四章。さしあたり、詐欺罪における直接性の議論の概要について、荒木泰貴「詐欺罪における処分行

値や愛情価値などの主観的価値を考慮に入れたうえで経済的観点を基準にして判断する見解¹³⁸などが主張されている¹³⁹。

(ア)説は、ドル・バイブレーター事件（前掲・最決昭和 34・9・28）について、経済的観点からの金銭的評価に基づく差引計算が重要になってくるので、詐欺罪を否定することになる¹⁴⁰。

(イ)説に立つ、林幹人は、(ア)説とは異なり、ドル・バイブレーター事件では、提供されたドル・バイブレーターが「被害者にとって提供した金銭に見合うだけの財産的（経済的）価値をもってはいなかった」という理由で「財産損害」を認める¹⁴¹。林は、行為者によって提供された反対給付の価値を被害者の主観的観点を踏まえて判断するだけではなく、被害者側が交付した財物・財産上の利益も主観的価値を踏まえて判断するという理解に立っているようである¹⁴²。

(ア)説については、反対給付の内容に瑕疵がある場合にまで金銭的評価に基づく差引計算を行い「財産損害」を否定することになることには賛同しがたい。なぜなら、双務契約の際の反対給付が「財産損害」を否定する方向に働くのは、当事者間で相手方から給付が提供されることを前提に自らの給付を行うことに合意していることが重要であると思われるからである。当事者間で前提にされていた反対給付の内容自体に瑕疵がある場合にまで、「財産損害」を否定することには躊躇を覚える。

(イ)説については、このような批判は当たらないが、どのような場合に主観的価値が重視さ

為と財産移転との直接性について」慶應法学 34 号（2016 年）50 頁以下〔以下では、荒木「直接性」と示す〕を参照のこと。さらに、「全体財産に対する罪」と理解されている背任罪において、個別の物や利益に着目した判断を行う必要性があることを指摘するものとして、品田・前掲注（84）論文 170 頁参照。

¹³⁸ 林（幹）・前掲注（43）書 143 頁。さらに、経済的損害概念を再評価しつつ、取引当時の期待価値を組み入れて「財産損害」を判断する試みとして、齋野・前掲注（23）論文 400 頁以下。

¹³⁹ その他に、社会的意味を顧慮して「経済的損害」の存否を考える見解として、星・前掲注（32）論文 6 頁、木村（光）・前掲注（8）論文 23 頁以下（さらに、(c)欺罔行為還元説から、前田（雅）・前掲注（41）書 245 頁参照）。ただし、これらの見解は、財産損害における「社会的意味」は時代により変化するという理解に立っており、詐欺罪の拡張的運用を正当化する理論になりかねない（この点につき、渡辺・前掲注（54）「実質的個別財産説」147 頁参照）。

¹⁴⁰ 斐・前掲注（43）論文 F79 頁〔138 頁〕、浅田・前掲注（16）論文 65 頁。

¹⁴¹ 林（幹）・前掲注（43）書 143 頁、林（幹）・前掲注（53）「損害」51 頁。

¹⁴² 林（幹）・前掲注（43）書 143 頁以下参照。なお、前者は、ドイツの詐欺罪の財産損害の議論において支配的な見解である法的・経済的財産概念からも一定程度受け入れられている議論であるが、後者は、*Hans Achenbach, Vermögen und Nutzungschance – Gedanken zu den Grundlagen des strafrechtlichen Vermögensbegriffes*, in: *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011 Band II, S.1005 ff.* など人格的財産概念に立つ一部の論者から主張されているにすぎない。これらの議論については後述、本章第四章第二節第三款第二項 4 参照。

れ、どのような場合にそうではないのかが明らかでなく、そしてどのような評価方法によってそれを経済的価値に換算するのかが示されておかないという問題がある¹⁴³。

2. 近時の判例についての評価

(ア)説は、基本的に、近時の最高裁判例に対しては、批判的な理解に立っており、詐欺罪において、財産損害を支払ったことを重視し、間接的な不利益を詐欺罪において考慮することに疑問を提起する¹⁴⁴。これに対して、(イ)説は、近時の最高裁判例について必ずしも批判的な理解には立っていないようである¹⁴⁵。

第六款 当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に判断する見解

1. 「財産損害」の判断基準

この見解は、(b)構成要件要素としての「財産損害」必要説の中でかつて有力であった立場である¹⁴⁶。この見解との関連で、「財産損害」を構成要件要素として要求することが、金銭的価値のみを基準にした損害算定を重視する立場と必ずしも結びつくわけではないということを強調しておきたい¹⁴⁷。

この見解は「財産損害」を判断する際に、当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に見て判断することなどを主張する。たとえば、佐伯千巳は、「如何なる場合に損害の発生ありといえるか」について「原則として客観的立場から決せられるべきである。尤も客観的というのは、行為者或は被害者の個人的事情を無視するという意味ではなく、むしろそれを客観化して、すなわち一般的にこれを顧慮することが相当なりと考えられる程度

¹⁴³ この見解による財産損害の判断方法の不明瞭性を批判するものとして、橋爪・前掲注(10)「詐欺罪(下)」92頁参照。林・前掲注(25)「欺罔」354頁は、暴力団員ゴルフ場利用長野事件(前掲・最決平成26・3・28)について、「ゴルフ場の客観的利用供与と料金の受領という事情は、財産的損害の重要な要素であるとしても、今回の場合、詐欺罪の成否にとって決め手にならなかったのである。むしろ、ゴルフ場の意思の内容が決め手になっている」と述べているにすぎず、どのような場合に反対給付が提供されたことを重視し、どのような場合にそれを重視しないのかあきらかにされていない。なお、林は、同349頁以下で、間接的な不利益について、錯誤の判断の際に考慮することを示唆している。

¹⁴⁴ 浅田・前掲注(16)論文68頁、田山・前掲注(16)「判批」181頁以下、田山・前掲注(17)「損害」162頁、166頁。

¹⁴⁵ 本稿注(143)で示した林幹人の指摘を参照のこと。ただし、齋野・前掲注(23)論文404頁以下は、暴力団関係者の利用による評判の悪化等は希薄な損害である旨述べている。

¹⁴⁶ 佐伯(千)・前掲注(47)書157頁、宮本・前掲注(69)書370頁以下、瀧川・前掲注(69)「詐欺罪の問題」481頁。

¹⁴⁷ 菊地京子「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)」東海法学6号(1991年)167頁〔以下では、菊池「相当対価(上)」と示す〕参照。

に斟酌するという意味である。例えば優良品を半値で提供するという広告を出しながら、価格相応の品を送付するが如きは、この標準によって、なお損害を加えたものと謂うべきである」¹⁴⁸と述べている。すなわち、佐伯は、当事者の置かれている具体的な事情を客観的に評価して「財産損害」を判断することを主張しているものと思われる¹⁴⁹¹⁵⁰。

これとは別の観点から、瀧川幸辰が、「個人的事情は、損害を定めるに付き考慮されるべきか。当事者の単純な感情価値が詐欺罪の成立につき斟酌せられないことは通説の認めるところである。例へば某の使用して居た机とか某の庭園に合った庭石といふように、物自体の本質に関係のない純粹の感情的評価は財産上の損害に入らない。従つて当事者間においてその物に相当する金銭授受がある以上は、感情価値について錯誤があつたとしても詐欺罪の成立する余地はない。これに反して物自体の本質に附着して居る個人的事情は財産上の損害といわねばならない。例へば街道筋に面した土地であるとか本場の特産品であるといふ売主の言葉を信じて買ふたのに、土地が奥地にあるとか、本場物ではなく模造品であるといふ場合は、たとひ売価がそれ相当であつても、買主は財産上の損害を受けたのであつて、

¹⁴⁸ 佐伯（千）・前掲注（47）書 157 頁。

¹⁴⁹ 類似の観点を指摘するものとして、大場・前掲注（69）書 815 頁（「注意すべきは物の価格並に其対価を算定するに当り常に関係者の個人的関係を眼中におかざる可からざること是なり」とする（旧字体・片仮名を新字体・平仮名に改めた）、宮本・前掲注（69）書 370 頁以下（損害の判断につき、「詐欺が有償的に行はれる場合に於ては、如何なる方法に於て損害の有無を判ずべきかの点である。この点については（一）先づ財物と対価との純然たる客観的価値を比較し、（二）次にそれが相等しい場合に於ては、被害者の主観的地位から見た価値を少々客観的に比較し、（三）最後に純然たる主観的事情であつても、当事者に於てこれを条件としたものと認むべきときには、これに基づく価値を比較して決することを要する。故に例へば或る奸商が優良品の半値段提供の投売広告を為し、しかも申込者に対して粗悪品を送付したとすれば、たとへその物品が送金額相当の品質の物であっても、第二の標準によつて損害ありとしなければならない。又例へば特に本場の特産品たることを条件として契約を為したに拘らず、売主が買主に対して産地の異なった製品を引き渡したとすれば、たとへ使用価値に於て二者同一であるとしても、また第三の基準によつて損害ありとしなければならない。」とする（旧字体を新字体に改めた）、大嶋一泰「判批」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅱ〔第2版〕』（有斐閣、1984年）103頁、安里・前掲注（68）論文 45 頁。

¹⁵⁰ 近時、(e)利得・損害関連説から、松宮・前掲注（11）「詐欺と治安法」382頁は、宮本・前掲注（69）書〔本稿注（149）の引用部分〕に依拠して、（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「取引における役割」（商人や消費者など）から見た価値をやや客観的に比較し、（3）最後に商品の使用価値ないし給付の使用目的に関する主観的事情であつても、当事者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すると主張している。しかし、（3）の判断基準を含めることは、暴力団員ゴルフ場利用長野事件（前掲・最決平成 26・3・28）において、この目的が「暴力団員ではない客に安全にゴルフ場を利用させて、利用料金を受け取ること」と認定された場合に「財産損害」が認められる可能性がある点で疑問である。また、松宮・前掲注（105）書 265 頁以下や松宮・前掲注（17）「暴力団員と詐欺」155 頁以下等が示している、取引目的に着目して「財産損害」を判断することとの整合性についても明らかにする必要があると思われる。

ここに詐欺罪は成立する。」¹⁵¹と述べている点も注目すべきである。瀧川は、取引の対象物に付随している個別的事情を考慮して、財産損害を判断する可能性を示唆している。

このような見解に基づけば、前款で述べた経済的財産減少に着目する見解（とくに(ア)説）への疑問に対応することは可能であるが、「財産損害」の判断基準として直ちに用いられるほど明快な基準を提示できていない点に問題が残る。なお、この見解に近い視点は、ドイツの詐欺罪における個人的損害加味（*personaler Schadenseinschlag*）あるいは個別的損害加味（*individueller Schadenseinschlag*）という議論¹⁵²においても展開されている（これについては後述、本稿第四章参照）。

2. 近時の判例についての評価

これらの立場が、近時の判例にどのように対応するかは定かではない。佐伯千仞らの見解は判断方法としては参考になるが、具体的な判断基準としては不明瞭といえ、事案がどのように処理されることになるか明らかではない。瀧川幸辰の見解は、対象物に付随している個別的事情のみが考慮されるといえ、暴力団員ゴルフ場利用事件（前掲・最決平成 26・3・28 及び最判平成 26・3・28）では、行為者から提供されたのはゴルフ場利用料金としての金銭であり、個別的事情を考慮せずに判断を行うものといえ、詐欺罪は成立しないものと思われる。

第七款 小括

以上の検討から、「はじめに」で示した近時の最高裁判例に内在している詐欺罪の拡張的運用のおそれに歯止めをかけることを意識しているのは、目的に着目する見解の一部や経済的財産減少に着目する見解の一部だけであることが明らかになった。また、当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に判断する見解からも近時の最高裁判例に歯止めをかける理論を構築する可能性はあると思われる。

¹⁵¹ 瀧川・前掲注（69）「詐欺罪の問題」481頁。

¹⁵² *Helmut Satzger, Probleme des Schadens beim Betrug, Jura 2009 Heft7, S.522*によれば、個人的損害加味の理論とは、「被害者の個別のかつ経済的な需要及び関係、並びに、被害者によって追求されている目的を考慮して規範的に観察すると、行為者によってもたらされた客観的同価値である反対給付が主観的に無価値となる場合に、客観的な損害立証を修正することを許容する」理論である。この議論に関わる判例として、Vgl. BGHSt 16, 321（日本語訳として、相内信「続・ドイツ刑法判例研究（13）」警察研究 59 巻 5 号（1988 年）60 頁以下）。なお、「Schadenseinschlag」の訳語について定訳はまだないようである。相内・前掲 70 頁は「損害打撃」、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害（一）——その要否と限界」警察研究 63 巻 3 号（1992 年）37 頁〔以下では、伊藤（渉）「損害（一）」と示す〕は「損害算定」と、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）——『処分行為の自由』をめぐる問題（2）——」東海法学 7 号（1991 年）59 頁注 15〔以下では、菊池・「相当対価（中）」と示す〕は「損害傾向」と、渡辺・前掲注（57）「全体財産説」449 頁は「損害混入」と、荒木・前掲注（17）「間接損害」423 頁は「損害発生」と訳出している。

もつとも、これらの見解が現段階で十分に説得的な判断基準を提供できているとはいえない。この点に関する私見は、第二章及び第三章の検討を踏まえて、第四章でドイツの詐欺罪における「財産損害」の議論状況を検討した上で提示することになる。

第五節 本章から得られた帰結及び課題

本章では、第一に、個別財産侵害モデルの論拠である条文の形式的文言も、全体財産侵害モデルの論拠である「詐欺罪は財産犯である」というテーゼも、諸外国の詐欺罪の議論状況も、1つの解釈の可能性を示唆するのみで、自説を基礎付ける論拠を十分に提示できておらず、詐欺罪の保護法益である「個人〔権利主体〕の財産」を具体化することに成功できていないこと（第二節）を、第二に、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けについても同様に、十分な論拠を示せていないこと（第三節）を、第三に、詐欺罪における「財産損害」の判断方法に関して、近時の最高裁判例に内在している詐欺罪の拡張的運用のおそれに歯止めをかけることを意識しているのは、取引目的を経済的目的に限定する一部の見解、経済的財産損害に着目する一部の見解だけであるということ、及び、当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に判断する見解もそのような拡張的運用に歯止めをかける理論構築を行う可能性があるということ（第四節）を明らかにした。

そして、わが国の詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付け、及び、財産損害の判断基準に関する諸学説は、十分な論拠のある解釈指針によって展開されていたわけではなく、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する十分な論証もなされていない。そのことから、「財産損害」に関し説得的な判断基準もいまだ導出できていないといえる。次章以下の課題は、これらの解釈を行う際の指針を、これまでの諸学説が重視してこなかった詐欺罪の法制史的資料に立ち返り、導出することである。

第二章 わが国の詐欺罪の法制史的検討¹⁵³

第一節 先行研究の到達点とそれに対する疑問

本章では、詐欺罪の構成要件の結果の解釈指針を提示するという課題を見据えて、わが国の詐欺罪の法制史的検討を行う。もっとも、わが国における詐欺罪の歴史的展開の概要はすでに先行研究によってある程度示されており¹⁵⁴、本稿で改めてわが国の詐欺罪の法制史的検討を行うことは、屋上屋を重ねるものではないかという疑問を抱かせるかもしれない。

そこで、本節では、これまでに先行研究によって明らかにされてきた詐欺罪の歴史的展開（前史、旧刑法典、及び、現行刑法典）を跡付けることによって、その到達点を確認したうえで（第一款）、先行研究に対する疑問点を示し（第二款）、本章の検討過程を概観する（第三款）。

第一款 先行研究の到達点

1. 前史について

¹⁵³ 本章の表記に関する留意点を述べておく。第一に、本章で条文を引用する際、基本的には旧字体を新字体に改めて表記する。第二に、合字については「コト」「トキ」、「トモ」などと表記する。第三に、1つの条項内で、項を分かつ規定がある場合には、〇〇条「(1項)……」、「(2項)……」などと示す。第四に、本章でわが国に関する事実に関して年号を示す場合には、基本的に西暦（和暦）という形で示す。ただし、〇〇年草案などと示すときはこの限りではない。

¹⁵⁴ 旧刑法典及びその諸草案における詐欺取財罪に関する重要文献として、藤原明久「明治13年公布『刑法』(旧刑法)の二重抵当罪と抵当権の公証」*広島修道法学* 28巻2号(2006年)77頁以下、渡辺・前掲注(26)「虚喝」13頁以下。現行刑法典及びその諸草案における詐欺罪に関する重要文献として、中森・前掲注(26)「二項犯罪」215頁以下。

その他に、わが国の詐欺罪の規定の沿革について触れるものとして、下秀雄「詐欺罪の研究」*司法研究*第20輯(1930年)8頁以下、浅田・前掲注(24)論文314頁以下、木村光江『財産犯論の研究』(日本評論社、1988年)29頁以下、38頁、中村勉「19世紀におけるドイツ刑法の『詐欺概念』の史的変遷——エドガー・ブッシュマン「19世紀における刑法の詐欺概念の発展」に関する論文を中心に——(三)」*帝京法学* 18巻2号(1992年)194頁以下〔以下では、中村(勉)「詐欺概念の史的変遷(三)」と示す。なお、この論文は、*Edgar Buschmann, Die Entwicklung des strafrechtlichen Betrugsbegriff im 19. Jahrhundert, Würzburg 1939.*の日本語訳をもとに中村の評価などを随所に加えたうえで再構成したものである。本章の関連で参照するのは、中村自身によって書かれた同論文178頁以下の「九 総括」部分である〕、内田文昭『刑法各論〔第三版〕』(青林書院、1999年)241頁以下、松宮・前掲注(88)「不法領得の意思」308頁以下、樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」*東京大学法科大学院ローレビュー*8号(2013年)164頁以下(強盗罪の記述における「わが国の2項犯罪の系譜」の箇所)〔以下では、樋口「講義ノート」と示す〕、加藤正明「詐欺罪における処分行為について」*神奈川法学* 47巻1号(2014年)111頁以下、設楽＝淵脇・前掲注(74)論文162頁以下、長井・前掲注(54)「形式的個別財産説」390頁注14、足立(友)・前掲注(26)『保護法益』25頁以下。

わが国の詐欺罪の沿革に関する先行研究において、旧刑法典の制定過程以前の前史として、以下のことが明らかにされている。

第一に、「詐欺取財」という記述は唐律を参考にして作成された大宝律令（701年）、養老律令（718年成立、757年施行）においてすでに現れていたということである¹⁵⁵。そこでは、「凡詐欺官私以取財物者準盜論」¹⁵⁶（官私を詐欺して財物を取る者を盗に準じて論じる¹⁵⁷）と定められていた。もっとも、この詐欺取財は、謀反、謀殺、強盗、人身売買などを定める「賊盜律」¹⁵⁸に置かれているのではなく、文書偽造や官名詐称などを定める「詐偽律」¹⁵⁹に置かれていた¹⁶⁰。

¹⁵⁵ 下・前掲注（154）論文8頁以下、浅田・前掲注（24）論文314頁、設楽＝淵脇・前掲注（74）論文162頁以下、足立（友）・前掲注（26）『保護法益』35頁以下参照。

¹⁵⁶ 養老律令に関して、黒坂勝美＝國史大系編集會編『新訂増補國史体系第二十二卷 律・令義解』（吉川弘文館、1966年）「律」151頁の名令律の律逸文を収録している箇所を参照した（参照文献に付されている返り点等については引用にあたって省略した）。下・前掲注（154）論文8頁は、この規定を大宝律令の詐欺に関連するものの一つとして挙げている。もっとも、『大宝律令』は、『養老律令』に代わってのち、平安時代中期ごろにすでに散逸していたようであるが、これは両律令にあまりに差異がなかったためとも考えられる（国史大辞典編集委員会編『国史大辞典 第八巻』（吉川弘文館、1987年）884頁〔青木和夫執筆〕とされていることに鑑みると、下は、大宝律令ではなく逸文によって再構成された養老律令の「詐偽律」における詐欺取財を参照した可能性がある。

¹⁵⁷ 設楽＝淵脇・前掲注（74）論文162頁。さらに、小野清一郎『新訂刑法講義各論〔三版〕』（有斐閣、1950年）251頁も参照。

¹⁵⁸ 賊盜律における、賊とは、「反逆、劫囚、造畜蠱毒（こどく）、謀殺などの国家・社会・人身の安全を侵害する罪」であり、盗とは「窃盜、強盜、略人、略奴婢などの官私の財物や人身を侵奪する罪」である（国史大辞典編集委員会編・前掲注（156）書630頁〔小林宏執筆〕）。

¹⁵⁹ 「詐偽律」は、唐律において賊律から分出されたものようである（東川徳治編『中国法制大辞典』（燎原、1979年）378頁では、「詐偽律」とは、「唐律十二篇ノ一ナリ。蓋シ本律ハ魏代始メテ秦漢以来ノ賊律内ヨリ詐偽ニ関スル事項ヲ分出シテ詐偽律ノ一篇ヲ増設ス」と定義されている）。浅田・前掲注（24）314頁、設楽＝淵脇・前掲注（74）論文162頁では、「詐欺律」と示している。しかし、仮刑律や新律綱領でこの「詐欺取財」が「賊盜律」に移されていることに鑑みると、「詐偽」は「詐欺」よりも広義の概念として用いられていた可能性が高いといえる。なお、「詐偽」という用語は、明治34年草案（183条の公正証書原本等不実記載罪「詐偽ノ申立」、184条の診断書等不実記載罪「詐偽ノ記載」、187条の有価証券偽造罪「詐偽ノ裏書」）まで残っていたが、明治35年草案では削除されている（184条の公正証書原本等不実記載罪では「虚偽ノ申立」に改め、185条の虚偽診断書等作成罪では「虚偽ノ記載」に改め、188条の有価証券偽造罪では該当部分を削除している）。

¹⁶⁰ 養老律令において、「詐欺取財物條」（黒坂ほか編・前掲注（156）書の「律」151頁以下）は、第八「詐偽律」（同149頁以下）に位置付けられていた。これに対して、詐欺に関連する条は、第六「賊盜律」（同55頁以下）ではみられない。もっとも、「賊盜律」には、「恐喝條」（同70頁以下）が位置付けられている。

第二に、江戸時代の公事方御定書（1742年）¹⁶¹¹⁶²、いわゆる御定書百箇条では、詐欺に相当する諸規定（六十四「巧事かたり事重キねたり事いたし候もの御仕置之事」¹⁶³）は、窃盗や強盗に相当する規定（五十六「盗人御仕置之事」¹⁶⁴）よりも、文書偽造や通貨偽造に相当する諸規定（六十二「謀書謀判いたし候もの御仕置之事」¹⁶⁵、六十七「似セ金銀拵候もの御仕置之事」¹⁶⁶）に近い箇所に定められていたということである¹⁶⁷。

第三に、条文の配置から、「詐欺取財」を「賊盗」の一部として位置付け、「詐偽」（文書偽造など）と区別したのは、1868年（明治元年）の仮刑律、及び、1870年（明治3年）の新律綱領であるということである¹⁶⁸。仮刑律では、「賊盗」という表題の下で、「人ヲ詐欺シテ財ヲ取」、すなわち「凡人ヲ詐欺シテ財ヲ取又ハ人ノ物ヲ我ト云懸テ奪取或ハ事ヲ構ヘネタリ掛テ取若ハ巧ナル手段ヲ仕掛ケ人ヲ信セシメ財ヲ出サセ取之類並ニ賊ヲ計ヘ窃盗ニ準シテ論ス」¹⁶⁹が定められていた。新律綱領では、卷三の「賊盗律」の下で、「詐欺取財」は、「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。……」「……若シ人ノ財物ヲ^{カスメリ}冒認シテ己ノ者ト為シ。及ヒ^{ダマシトリ}詮賺。^{シカケシテトル}局騙。^{モチニダ}拐帶。スル者モ。亦賊ニ計ヘ。

¹⁶¹ 鎌倉時代の御成敗式目（1232年）においては、詐欺取財に相当する規定は見当たらない。文書偽造に相当する規定（十五「謀書罪科事」）、虚偽告訴罪に相当する規定（二十八「構虚言致讒訴事」）が置かれていたにすぎない（牧健二監修／佐藤進一＝池内義資『中世法制史料集 第一卷 鎌倉幕府法』（岩波書店、1955年）10頁以下、28頁以下参照）。

¹⁶² 公事方御定書に関しては、司法省秘書課『日本近代刑事法令集 上』（司法資料別冊第17号、1945年）、法制史学会編（石井良助校訂）『徳川禁令考 別巻』（創文社、1961年）を参照した。本稿では表題に相当する部分のみを摘示するにとどめ、規定の詳細には立ち入らない。

¹⁶³ 前掲注（162）司法資料別冊17号93頁（なお、「」内でひらがなとカタカナが混じっているのは参照文献に基づくものである）。その他に、六十五では「申掛いたし候もの御仕置之事」（同94頁）と、六十六では「毒薬並似セ薬種売御仕置之事」（同94頁）と定められている。

¹⁶⁴ 前掲注（162）司法資料別冊17号84頁。

¹⁶⁵ 前掲注（162）司法資料別冊17号92頁。

¹⁶⁶ 前掲注（162）司法資料別冊17号96頁。その他に、六十八では「似セ秤似セ枘似セ朱墨拵候もの御仕置ノ事」（同96頁）と定められている。

¹⁶⁷ 浅田・前掲注（24）論文314頁、足立（友）・前掲注（26）『保護法益』35頁以下参照。

¹⁶⁸ 浅田・前掲注（24）論文314頁、中村（勉）・前掲注（154）「詐欺概念の史的変遷（三）」194頁以下、設楽＝淵脇・前掲注（74）論文162頁以下、渡辺・前掲注（26）「虚喝」14頁以下、足立（友）・前掲注（26）『保護法益』35頁以下参照。

¹⁶⁹ 松尾浩也増補改題／倉富雄三郎ほか監修／高橋治俊ほか編『増補刑法沿革綜覧』（信山社、1989年）2234頁以下〔以下では、倉富ほか監修『増補沿革綜覧』と示す〕。恐喝取財については詐欺取財罪を加重する旨の規定（「若シ無罪ノ人ヲ恐喝シテ迫テ取モノハ一等ヲ加フ……」）が存在した。なお、仮刑律でも「詐偽」という表題の規定群は維持されており、「謀判」、「偽書」、「金銀並銭ヲ偽鑄ス」、「私ニ斛斗秤尺ヲ造ル」、「詐テ官員ト称ス」が規定されている（同2257頁以下参照）。

窃—盜ニ準シテ論ス……」¹⁷⁰と定められていた¹⁷¹。

以上のように、先行研究によって、「詐欺取財」という概念は、フランス法やドイツ法の議論を参照して作出されたものではなく、養老律令の時代からすでに存在したものであるが、養老律令及び公事方御定書では、詐欺に相当する規定が偽造犯罪の隣接規定として位置付けられ、窃盜等に相当する規定などとは異なる箇所規定されていたのに対して、仮刑律や新律綱領では詐欺取財罪を賊盜律に位置付けられていたということが明らかにされている。つまり、わが国では、仮刑律や新律綱領の制定時点以前に「財産犯としての詐欺取財罪」が確立していたのである¹⁷²

2. 旧刑法典における詐欺取財罪について

旧刑法典の詐欺取財罪 390 条 1 項（第三編「身体財産ニ対スル重罪軽罪」第三章「財産ニ対スル罪」第五節「詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ関スル罪」）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

¹⁷⁰ 倉富ほか監修・前掲注（169）『増補沿革綜覧』2308 頁以下（ここでは、「。」を句点・読点双方の意味で用いているようである）。なお、恐喝取財については、「恐喝シテ。人ノ財物ヲ取ル者ハ—贓ニ計ヘ。窃—盜ニ準シテ論ス。……」と定められていた（同 2308 頁）。新律綱領でも、「詐偽律」は維持されており、「詐偽官文書」、「偽造宝貨」、「偽造斛斗秤尺」、「詐称官」等が定められていた（同 2329 頁以下参照）

¹⁷¹ その後の 1873 年（明治 6 年）に制定された改定律令では、詐欺取財に相当する条文は、「賊盜律」にも、「詐偽律」にも規定されていない（倉富ほか監修・前掲注（169）『増補沿革綜覧』2372 頁以下、2389 頁以下参照）。この点について、足立（友）・前掲注（26）『保護法益』36 頁注 54 は、改定律令と新律綱領が並行して用いられたことに着目し、扱い方に変更がなかったことの現れであるとする。

¹⁷² 浅田・前掲注（24）論文 314 頁は、新律綱領制定時点で、「立法上『財産犯としての詐欺罪』が確立したといえそうである」と述べているが、これらの諸規定は、法益などの観点からの体系的な整理がなされていない時代のものであることに注意が必要である。足立（友）・前掲注（26）『保護法益』36 頁は、仮刑律の詐欺取財において「窃盜に準じて」扱うとしていることに着目し、詐欺取財の財産犯としての位置付けが意識されていた可能性を指摘する。しかし、詐欺取財を「賊盜律」ではなく、「詐偽律」に位置付けていた大宝律令や養老律令においても、詐欺取財は「準盜論」とされていたことも見落としてはならない。本稿の分析からすれば、詐欺取財は、大宝律令や養老律令などでは行為態様の類似性などの面から便宜上「詐偽律」に位置付けられた可能性も排斥できないのであり、大宝律令や養老律令の時点ですでに「財産犯としての詐欺取財罪」は確立していたと評価することも可能である。なお、1397 年の大明律や 1740 年の大清律でも、詐欺取財は賊盜律に移されていた（東川編・前掲注（159）書 378 頁、小林宏=高塩博編『高瀬喜朴著 大明律例釈義』（創文社、1989 年）436 頁、内田智雄=日原利國校訂『律例對照定本明律國字解』（創文社、1966 年）381 頁、島田二郎編『熊本藩訓釋本清律令彙纂（三）』（汲古書院、1981 年）496 頁参照）。

四円以上四十円以下ノ罰金ヲ附加ス」¹⁷³と規定されている¹⁷⁴。

先行研究によって、旧刑法典の詐欺取財罪に関して以下のことが明らかにされている。

第一に、旧刑法典の詐欺取財罪は、ボワソナード (*Gustave Boissonade*) が 1810 年フランス刑法典 405 条の詐欺罪 (「實在しない企業、仮装された権限もしくは信用の存在を信じさせるために、又は架空の成功、事故、その他のあらゆる出来事についての期待や危惧を抱かせるために、偽名、虚偽の資格を用いて、又は奸計的策略 (*manœuvres frauduleuse*) を用いて、金銭、動産、債務証書、処分証書、手形、債券、領領書もしくは弁済証書を手交又は引き渡させ、これらの手段のいずれかによって財産の全部もしくは一部を騙し取った者、又は騙し取ろうとした者は、1 年以上 5 年以下の懲役刑又は 50 フラン以上 3000 フラン以下の罰金刑で処罰される。)」¹⁷⁵を参照して作成した案をもとに、司法省の刑法草案取調掛との議

¹⁷³ 倉富ほか監修・前掲注 (169) 『増補沿革綜覧』 54 頁。なお、同条 2 項は、「因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減変換シタル者ハ偽造ノ各本条ニ照シ重キニ從テ処断ス」と規定されている。

¹⁷⁴ 詐欺取財罪に関連する規定として、391 条 (「幼者ノ知慮浅薄又ハ人ノ精神錯乱シタルニ乗シテ其財物若クハ証書類ヲ授与セシメタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス」)、392 条 (「物件ヲ販売シ又ハ交換スルニ当リ其物質ヲ変シ若クハ分量ヲ偽テ人ニ交付シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス」)、393 条 (「(1 項) 他人ノ動産不動産ヲ冒認シテ販売交換シ又ハ抵当典物ト為シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス」、「(2 項) 自己ノ不動産ト雖モ已ニ抵当典物ト為シタルヲ欺隠シテ他人ニ売与シ又ハ重ネテ抵当典物ト為シタル者亦同シ」) が存在する。これらの規定について、倉富ほか監修・前掲注 (169) 『増補沿革綜覧』 54 頁以下を参照した。

旧刑法典 391 条は、現行刑法典 247 条の準詐欺罪の基になった規定であり、1810 年フランス刑法典 406 条 (「未成年者の利益に反して、債務、受領証もしくは弁済証書に署名させるために、または金銭、動産、有価証券 (*effet de commerce*) もしくはその他のあらゆる債務手形 (*effet obligatoire*) の賃借のために、その交渉がもたらされたもしくは仮装された形式を問わず、未成年者の窮乏 (*besoin*)、弱み (*faiblesse*) もしくは感情 (*passion*) につけ込んだ者は、2 ヶ月以上 2 年以下の拘禁刑および被害を被った当事者に支払われるべき損害賠償の 4 分の 1 を超えることはできないし、25 フランを下回ることはできない。」(中村義孝『ナポレオン刑事法典資料集成』(法律文化社、2006 年) 311 頁) に由来するものである。旧刑法典 392 条や 393 条にあたる規定は、現行刑法典では存在しない (明治 23 年草案の段階で削除されている)。393 条 2 項は、フランス民法典のステリオナ (*stellionat*) を参考にして導入されたものであり (ただし、この規定は 1867 年に、フランス民法典で廃止されていたものようである。その背景にあると思われるローマ法の *stellionatus* については後述、第三章)、1810 年フランス刑法典にも存在しなかった規定のようである (藤原・前掲注 (154) 論文 82 頁以下参照)。

¹⁷⁵ 訳出するにあたって、田中正身『改正刑法釋義 下巻 [復刻版]』(信山社、1994 年) 1312 頁、平場・前掲注 (69) 書 179 頁注 2、恒光徹「不法原因給付の法理と詐欺罪・横領罪の成否——フランス法との比較法的検討」岡山大学法学会雑誌 41 巻 3 号 (1992 年) 18 頁、中村 (勉)・前掲注 (154) 「詐欺概念の史的変遷 (三)」192 頁注 10、中村 (義)・前掲 (174) 書 310 頁、*Die fünf französischen Gesetzbücher in deutscher Sprache nach den besten Uebersetzungen, 1832, Strafgesetzbuch, S.55 f.*などを参照した。なお、ドイツ圏における一部の領邦刑法典の詐欺罪ないし詐欺罪の特別規定において、欺罔行為を、奸計的 (*arglistig*) ないし奸計 (*Arglist*) という要素によって限定するものがみられるが、これはフランス刑法典の詐欺罪の <<*manœuvres frauduleuse*>> 部分に影響を受けたものである (後述、第三

論・修正を行い、太政官刑法草案審査局による審議、元老院による審議を経て成立したものであり¹⁷⁶（詳細については後述、本章第二節第一款参照）、旧刑法典の詐欺取財罪はフランス刑法典の影響を受けて成立したものであるということである¹⁷⁷。

第二に、旧刑法典の証書類を取得客体とする詐欺取財罪は、無形的権利自体の保護を図ったものであり、現行刑法典の利益詐欺罪の原型であるということである¹⁷⁸。

その他に、第三に、詐欺取財罪と恐喝取財罪を一つの条文で規定しているが、それはボワソナードの意向ではなく、「日本従前の刑法」（仮刑律及び新律綱領）を重視する司法省刑法草案取調掛の鶴田皓らによる指摘に基づくものであるということも明らかにされている¹⁷⁹。

3. 現行刑法典における詐欺罪について

明治40年制定時の現行刑法典（第二編「罪」第三十六章「詐欺及ヒ恐喝ノ罪」）246条は、「(1項) 人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス」、「(2項) 前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ」と規定されてい

章参照)。

¹⁷⁶ 旧刑法典の編纂過程については、新井勉「旧刑法の編纂（一）」法学論叢（京都大学）98巻1号（1975年）55頁〔以下では、新井「旧刑法（一）」と示す〕、新井勉「西欧刑法の継受と盗罪（二）」日本法学67巻2号（2001年）94頁以下〔以下では、新井「盗罪（二）」と示す〕等参照。

¹⁷⁷ 中森・前掲注（26）「二項犯罪」217頁、浅田・前掲注（24）論文314頁、中村（勉）・前掲注（154）「詐欺概念の史の変遷（三）」196頁、松宮・前掲注（88）「不法領得の意思」308頁、足立（友）・前掲注（26）『詐欺罪の保護法益』37頁等参照。なお、中村（勉）・前掲注（154）「詐欺概念の史の変遷（三）」196頁は、旧刑法典390条はフランスの第一草案434条を模倣するものである旨指摘するが、同208頁注9の引用部分や条文番号から判断するに、元老院上呈仏文刑法草案434条（西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕2-II 日本立法資料全集31』（信山社、1995年）〔以下では、西原ほか編『旧刑法2（2）』と示す〕527頁・資料11）の誤解であると思われる。

¹⁷⁸ 中森・前掲注（26）「二項犯罪」217頁以下、225頁以下等。

¹⁷⁹ 渡辺・前掲注（26）「虚喝」15頁以下参照。渡辺は、同17頁で、鶴田がボワソナードに「支那律及ヒ日本従前ノ刑法ニハ恐喝取財ノ罪アリ之レハ即此『無根ノ事故ヲ畏怖セシムル云々』ノ罪トシテ論シテ不可ナカルヘシ如何」と質問し、ボワソナードは「恐喝取財ハ此『無根ノ事故ヲ畏怖セシムル云々』ノ内ニ含蓄スル者ト看做サハルヲ得ス、元来日本語ノ恐喝ト脅迫トハ其字義ニ如何ナル区別アリヤ」と反問し、鶴田が「恐喝トハ人ノ恐怖スヘキ虚喝ヲ云ヒ自ラ金ヲ出ス様ニ仕向ケ竟ニ其金ヲ取ルノ類ニテ畢竟人ニ対シ間接ニ金ヲ出スヘシト云フ者ニ係ル脅迫トハ即チ人ニ対シ直接ニ金ヲ出スヘシト云フ者ニ係ル故ニ恐喝ハ脅迫ヨリ少シク軽キ情状アル者トス」と回答した経緯（早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記 第IV分冊』（早稲田大学出版会、1977年）〔以下では、『草案会議筆記IV』と示す〕2500頁参照。なお、強調部分は参照文献に基づくものである。）をもとにして、旧刑法典の恐喝取財罪の成立にとっては、中国の律の影響を受けて日本で定着していた「虚喝」の概念、すなわち「相手方を脅かして畏怖させるために、騒動やいざこざに名を借りて虚勢を張って財をとる行為」が重要であった分析している。

る¹⁸⁰。

先行研究によって、現行刑法典の詐欺罪に関して以下のことが明らかにされている。

第一に、現行刑法典の詐欺罪の制定過程に関して、旧刑法典は施行後まもなく改正作業が進められ、行為態様や構成要件の結果を列挙する規定形式、「不正ノ利益ヲ得タル」という包括的な構成要件の結果を伴う規定形式、財物詐欺罪と利益詐欺罪を別の条文で併置する規定形式を経て、財物詐欺罪と利益詐欺罪を一つの条文の1項と2項にまとめる規定形式がとられ、文言の修正の末、成立したということである（詳細については後述、本章第三節第一款第一項及び第二款第一項参照）¹⁸¹。

第二に、現行刑法典の財物詐欺罪は旧刑法典の詐欺取財罪に由来し、さらに、利益詐欺罪も旧刑法典の取得客体を証書類とする詐欺取財罪の発展として同一線上に成立したものであり、フランス刑法典（あるいは、フランス刑法典の立場を重視するボワソナード）の影響の下で成立したものであるということである¹⁸²。

そして、第三に、第二の到達点に基づいて、わが国の詐欺罪では、財物詐欺罪も、利益詐欺罪も、個別財産侵害モデル（本稿第一章第二節参照）が採用されていると主張されている¹⁸³。

第二款 先行研究に対する疑問

このような先行研究の到達点に対して、本稿は、以下の三つの疑問を提起する。

第一に、詐欺取財という概念は大宝律令、養老律令、仮刑律、及び、新律綱領にも存在していたにもかかわらず、なぜ旧刑法典の詐欺取財罪はフランス刑法典に由来する規定とされているのかという疑問である（前款2の第一の到達点への疑問）。

1810年フランス刑法典405条と旧刑法典390条を比較すると、①目的の有無（フランス刑法典405条は「實在しない企業、仮装された権限もしくは信用の存在を信じさせるために、又は架空の成功、事故、その他のあらゆる出来事についての期待や危惧を抱かせるために」という目的を明示、対して、旧刑法典390条は目的の限定なし）¹⁸⁴、②行為態様（フラ

¹⁸⁰ 現行刑法典246条の現在の文言は、平成7年5月12日法律第91号によって改正されたものである。

¹⁸¹ 中村（勉）・前掲注（154）「詐欺概念の史的変遷（三）」196頁以下、松宮・前掲注（88）「不法領得の意思」308頁以下、足立（友）・前掲注（26）『保護法益』37頁以下。

¹⁸² 中森・前掲注（26）「二項犯罪」225頁参照。このような立場に親和的なものとして、樋口・前掲注（154）「講義ノート」164頁、加藤・前掲注（154）論文111頁以下。

¹⁸³ 中森・前掲注（26）「二項犯罪」225頁以下は、「二項犯罪は、旧刑法詐欺取財罪の発展として、現行刑法に特徴的な包括的な構成要件の設定という線上に成立したものと見るのが適当と思われる。従って、その性格は、全体財産に対する罪ではなく、あらゆる個別的な利益の取得を罰するものと見るべきであろう。」と述べている。さらに、田山・前掲注（63）「利益」18頁注9も参照。

¹⁸⁴ 恒光・前掲注（175）論文18頁は、フランス刑法典の詐欺罪の特徴の一つとして、「欺罔行為を一定の場合に限定していること」を挙げたうえで、さらに「目的」による限定を

フランス刑法典 405 条では「偽名、虚偽の資格を用いたこと、又は奸計的策略 (manœuvres frauduleuse) を用いたこと」、対して、旧刑法典 390 条では「人を欺罔すること」)、③構成要件的结果 (フランス刑法典 405 条では「金銭、動産、債務証書、処分証書、手形、債券、領領書もしくは弁済証書を手交又は引き渡させること」と「財産の全部もしくは一部を騙し取ること、又は騙し取ろうとすること」、対して、旧刑法典 390 条では「財物若しくは証書類を騙取したこと」)¹⁸⁵の面で異なっており、旧刑法典 390 条の詐欺取財罪は、フランス刑法典 405 条の詐欺罪から大幅に包括化・簡略化されたものであるということが明らかになる¹⁸⁶。

確かに、前款 2 で旧刑法典の詐欺取財罪に関する先行研究の到達点として、第一で確認したように、旧刑法典は、フランス人であるボワソナードによって作成された草案がもとになっており、旧刑法典の大部分はフランス法の影響を強く受けたものといえる¹⁸⁷。しかし、わが国の旧刑法典はボワソナードの意見のみが反映されているのではなく、司法省の刑法草案取調掛との議論や太政官刑法草案審査局の修正などを経て成立したものである。このような制定過程を前提にするならば、旧刑法典の詐欺取財罪がフランス刑法典の詐欺罪に直接由来すると結論付けるのは早計ではなからうか。詐欺取財と恐喝取財の関係に関する議論 (前款 2 到達点の第三) と同様に、このような包括化・簡略化もボワソナードではなく、鶴田皓ら刑法草案取調掛の意向を反映したものである可能性もあり、仮にそのことが認められるならば、旧刑法典の詐欺罪をフランス法由来の規定と整理すること自体が誤解をばらむものといえる。このような包括化・簡略化にもかかわらず、旧刑法典の詐欺取財罪がフランス刑法典の詐欺罪に由来するという帰結を導くには、両者の規定形式の相違が、諸草案の編纂やその際の議論から重要ではないということを論証する必要があるように思われるが、先行研究では、このような検討が十分に行われていない。

第二に、現行刑法典の利益詐欺罪は、旧刑法典の証書類を取得客体とする詐欺取財罪、ないしは明治 23 年草案の詐欺罪を原型とするものであるといえるのか、そして、利益詐欺罪はフランス刑法典 (あるいはフランス刑法典の立場を重視するボワソナード) の影響力の下で成立した規定といえるのかという疑問である (前款 2 の第二の到達点及び 3 の第二の到達点への疑問)。

旧刑法典の財物詐欺罪と現行刑法典の詐欺罪を比較すると、①行為態様 (「人を欺罔する

加えていると指摘している。

¹⁸⁵ 藤原・前掲注 (154) 論文 83 頁は、フランス刑法の詐欺取財罪を構成する要素として、「①法律によって定められた詐欺方法の利用、②詐欺方法をもって取得された財物を交付させること、③これらの財物の領得または費消」を挙げている。構成要件的结果にあたる部分を二つに分けて、整理している。

¹⁸⁶ 浅田・前掲注 (24) 論文 314 頁参照。

¹⁸⁷ もっとも、ボワソナードは、フランス刑法のみを参照していたのではなく、ベルギー刑法、イタリア刑法、ドイツ刑法なども参照していたようである (この点につき、新井・前掲注 (176) 「旧刑法 (一)」 67 頁以下参照)。

こと)」の点で一致しているが、②構成要件的结果（旧刑法典 390 条 1 項「財物若しくは証書類を騙取したこと」、対して、現行刑法典 246 条「(1 項) 財物を交付させたこと〔財物を騙取したこと〕」、「(2 項) 財産上不法の利益を得たこと、又は他人にこれを得させたこと」）の面で異なっているということが明らかになる。現行刑法典の利益詐欺罪が、無形的財産一般も取得客体として把握可能であるのに対して、旧刑法典の詐欺取財罪は、あくまでも無形的財産が物体化されている証書類を取得客体としているに過ぎないのである¹⁸⁸。先行研究のように、旧刑法典の詐欺取財罪にそのような無形的財産一般を保護する趣旨を読み込もうとするのであれば、まず旧刑法典の詐欺取財罪の立法趣旨がそのようなものであったのか、次いで「不法ノ利益ヲ得タル」という構成要件的结果を伴う明治 23 年草案の詐欺罪がそのような趣旨を継承したのか、さらに現行刑法典の利益詐欺罪がそのような趣旨を継承したのかについて段階を追って検証する必要があると思われる。先行研究がこのような検討を十分に行わないまま、利益詐欺罪は旧刑法典の詐欺取財罪の延長線上にあると結論付けていることには疑問がある。

そして、第三に、現行刑法典の財物詐欺罪及び利益詐欺罪が、「財産損害」を構成要件要素として要求していないフランス刑法典の詐欺罪の影響を多かれ少なかれ受けているとしても、両者を個別財産侵害モデルに基づく規定にとらえる必然性はないのではないかという疑問も生じる（前款 3 の第三の到達点への疑問）。そもそも、フランス刑法典の詐欺罪においても「財産損害」を構成要件要素の判断の際に考慮するか否かは解釈にゆだねられている問題であり¹⁸⁹、条文で財産損害が規定されていない場合であっても、解釈次第で「財産損害」を考慮に入れることは可能なのである¹⁹⁰。この点についても、現行刑法典の財物詐欺罪及び利益詐欺罪の制定過程（とりわけ、旧刑法典の詐欺取財罪と明治 23 年草案の詐欺罪の制定過程）から、「財産損害」を考慮することを排斥する趣旨のものであるのか、あるいは財物や財産上の利益の喪失を超えた「財産損害」を考慮する余地があるのかを明らかにする必要がある。

第三款 本章の検討過程の概観

¹⁸⁸ 渡辺・前掲注 (26)「虚喝」19 頁は、適切にも、「旧刑法の詐欺取財罪には、『無形の利益の保護をも図った』面があったとしても、その保護は動産及び証書類の領得のために間接的になされるにすぎない」と述べている。さらに、フランス刑法典の詐欺罪の取得客体との関連で、有体財産の交付が必要である旨指摘するものとして、恒光・前掲注 (175) 論文 19 頁参照。

¹⁸⁹ 恒光・前掲注 (175) 論文 19 頁、エルンスト・コールマン「詐欺罪」法務大臣官房司法法制調査部司法法制課『ドイツ刑法改正資料第二巻 II (下) ——比較法的研究——』法務資料 412 号 (1970 年) 63 頁 (原典は、*Ernst Kohlmann, Die strafrechtliche Behandlung des Betruges*, in: *Materialien zur Strafrechtsreform, Band 2, Rechtsvergleichende Arbeiten, II Besonderer Teil, Bonn 1955*) 参照。

¹⁹⁰ コールマン・前掲注 (189) 論文 63 頁は、かつてはフランスの詐欺罪の議論において財産損害の発生を要求する学説が主張されていたが、判例やその後の学説では財産損害の発生は不要であると解されている旨指摘している。

本章では、以上の疑問点を出発点に置き、第二節において、旧刑法典における詐欺取財罪の法制史的検討を行う。ここでは、旧刑法典の詐欺取財罪の制定過程を紐解き、詐欺取財罪の行為態様及び構成要件的结果の包括化・簡略化は鶴田皓らの刑法草案取調掛の意見を反映したものであったということ等を明らかにする。そして、先行研究によって旧刑法典の詐欺取財罪が1810年フランス刑法典の詐欺罪あるいは起草者であるボワソナードの影響下で成立したものであるとされてきたことに若干の修正を加えることになる。

第三節では、現行刑法典の詐欺罪の法制史的検討を行う。第一款では、明治23年草案に至るまでの諸草案の詐欺取財罪の概要を確認したうえで、旧刑法典の詐欺取財罪から明治23年草案の詐欺罪へと規定形式が抜本的に転換されたこと（とくに、構成要件的结果に関して「財物若シクハ証書類ヲ騙取シタル」から「不正ノ利益ヲ得タル」への転換）を確認し、明治23年草案の淵源を考察する。ここでは、従来の先行研究が明治23年草案をボワソナードによって主導的に作成したものであるととらえてきたこと、及び、このことに基づいて利益詐欺罪を財物詐欺罪の延長線上に位置付けてきたことに対して異議を唱え、明治23年草案の詐欺罪の規定形式や改正の端緒などから、明治23年草案の詐欺罪は主としてドイツ刑法典263条1項を参照して作成された可能性が高いという分析を行う。第二款では、本稿の試論との関係で、これまでの先行研究であまり注目されてこなかった明治39年草案から明治40年草案での文言の修正（「不正ニ財産上ノ利益ヲ得タル」から「財産上不法ノ利益ヲ得タル」）がなぜ行われたのかについても検討を行う。

最後に、第四款でこれらの検討を踏まえて、わが国の詐欺罪（刑法246条）の構成要件的结果の判断枠組に関する試論を展開する。

第二節 旧刑法典の詐欺取財罪の法制史的検討

第一款 旧刑法典の詐欺取財罪の制定過程

1. ボワソナードによる草案作成の経緯¹⁹¹

明治の初めに、養老律令や中国の律などを参考にして、仮刑律、新律綱領、及び、改定律令が制定されたのに対して、西欧型の刑法編纂作業は、1875年（明治8年）に、司法省の刑法草案取調掛¹⁹²によって本格的に開始された。この作業が開始された当初、1873年（明

¹⁹¹ 新井・前掲注（176）「旧刑法（一）」54頁以下、特に63頁以下、新井・前掲注（176）「盗罪（二）」88頁以下、吉井蒼生夫「近代日本における西欧型刑法の成立と展開——立法過程からみた一考察——」利谷信義ほか編『法における近代と現代』（日本評論社、1993年）181頁以下、西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕（1）日本立法資料全集29』（信山社、1994年）〔以下では西原ほか編『旧刑法（1）』と示す〕7頁以下、藤原・前掲注（154）論文79頁以下等参照。

¹⁹² 刑法草案取調掛に任命されたのは、鶴田皓、平賀義質、小原重哉、藤田高久、名村泰蔵、福原芳山、草野允素、昌谷千里、横山尚、澁谷文毅、濱口惟長である（新井・前掲注（176）「旧刑法（一）」58頁、西原ほか編・前掲注（191）『旧刑法（1）』91頁・資料4参

治6年)に法律顧問として来日していたボワソナードは、刑法の講義や刑法編纂に関する助言という形で関わるにすぎなかった¹⁹³。

その後、編纂方法の方針が変更され、ボワソナードの起草する草案を原案にして、刑法草案取調掛の鶴田皓と質疑・討論を行い(通訳は、名村泰蔵)¹⁹⁴、その議論を基にしてボワソナードが修正案を起草し、それを議論するという過程を繰り返すという方法がとられることになった。

2. ボワソナードによる初期の案における詐欺取財罪(詐偽取財罪)¹⁹⁵

ボワソナードが刑法取調掛との質疑後に起案した詐欺取財罪(詐偽取財罪)の第一案(「財産ヲ害スル重罪軽罪」第一章「盗罪」第二節「詐偽ノ倒産詐欺取財及ヒ背信ノ犯罪」3条)は、「無実ノ成功ヲ希望セシメ又ハ無根ノ事故ヲ畏怖セシムル為メ偽リノ姓名ヲ用ヒ又は偽リノ身分ヲ称シ其他偽計ヲ用ヒテ金額物件又義務ノ証券請取書釈放書ヲ渡サシメタル者ハ詐偽取財ノ罪トナシ二月ヨリ四年ニ至ル重禁錮並ニ四円ヨリ四百円ニ至ル罰金ニ処ス但シ文書ヲ偽造シタル罪ノ重キハ重キニ依テ処断ス」¹⁹⁶というものであった。

ボワソナードは1810年フランス刑法典405条の詐欺罪を参照して、この案を作成した¹⁹⁷。彼は、当初フランス刑法典の詐欺罪のように行為態様を詳細化して規定することを考えて

照)。

¹⁹³ 刑法草案取調掛の編纂作業の成果として作成されたのが、「日本帝国刑法初案」(西原ほか編・前掲注(191)『旧刑法(1)』51頁以下・資料1)である。この草案は、1876年(明治9年)に元老院に提出されたが、未審議のまま返還された。

¹⁹⁴ 鶴田皓の経歴については、藤原・前掲注(154)論文81頁注3、名村泰蔵の経歴については、同81頁注4を参照のこと。

¹⁹⁵ 第一案の第二節の表題が「……詐欺取財……ノ罪」であるにもかかわらず、3条の規定では「詐偽取財ノ罪」という用語を用いている(前掲注(179)『草案会議筆記IV』2455頁)。ここでは、「詐偽」と「詐欺」を使い分けていなかったと思われるので、詐欺取財罪(詐偽取財罪)と併記する。大宝律令及び養老律令下の「詐偽」と「詐欺」の関係性については、本稿注(159)参照を参照のこと。

¹⁹⁶ 前掲注(179)『草案会議筆記IV』2455頁、2462頁。さらに、同2477頁では、第二案3条で詐欺取財罪(詐偽取財罪)が示されているが、第一案と文言や語順に若干の相違がみられるが(同2488頁参照)、これはフランス語から日本語への翻訳による字句修正によるものといえる。

¹⁹⁷ 前掲注(179)『草案会議筆記IV』2446頁では、1810年フランス刑法典405条に関して、「同条ニ偽リノ姓名ヲ用ヒ云々無実ノ成功及無根ノ事故ヲ希望セシメ云々ト記セリ即チ詐偽取財ニシテ之ハ各種各様ノ方法ヲ以テ犯ス罪ナリ」という解説を行っている。そして、1810年フランス刑法典405条の「無実ノ成功ヲ希望セシメ云々」に該当する詐欺罪の適用場面の例として、「甲者ノ畜馬ニ病アルヲ知テ乙者ヨリ甲者ニ向ヒ若シ余ヲシテ療治ヲ為サシメハ三日間ニ其病馬ヲ平癒セシムヘシト云ヒ其病馬ヲ欺キ預リ直ニ他ノ者ヘ売テ利益ヲ得タル」場合と「乙者ヨリ甲者ニ向ヒ今日ハ米価下落シタリ仍テ其米ヲ買ヒ置利益ヲ得ヘシト云々其米価ノ金額ヲ欺キ取り而シテ米ヲ買ハスシテ自ラ他ノ私用ニ耗費シタル」場合を挙げている。

いたが¹⁹⁸、鶴田皓らとの議論を経て、フランス刑法典の詐欺罪よりも相対的に簡潔な規定案を作成したようである¹⁹⁹。

3. 「日本刑法草按 第一稿」における詐欺取財罪（詐偽取財罪）²⁰⁰

これらの質疑を経て修正された「日本刑法草按 第一稿」が1876年（明治9年）12月28日に、司法省に上申された。本草按（第四編「財産ニ対スル重罪軽罪」第二章「倒産詐偽取財及ヒ背信ノ罪」）474条の詐欺取財罪（詐偽取財罪）は、「姓名又ハ身分ヲ詐称シテ人ヲ欺罔シテ又ハ無実ノ成功ヲ希望セシメ若クハ無根ノ事故ヲ畏怖セシムル為メニ偽計ヲ用ヒテ金額物品又ハ義務ノ証書若クハ義務ノ釈放スルノ書及ヒ収納ノ証書ヲ付与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四円以上四百円以下ノ罰金ニ処ス但シ此照シ文重ニ從テ処断ス」²⁰¹と規定されている。本草按における詐欺取財罪（詐偽取財罪）は、「欺罔」という用語が用いられたことが注目されるが、基本的には前述した初期の規定案が維持されている。

この草按の質疑において、鶴田皓は、「姓名又ハ身分ヲ詐称シテ」の語は「人ヲ欺罔シテ」に含まれ、そして「無実ノ成功ヲ希望セシメ若クハ無根ノ事故ヲ畏怖セシムル」を削除することを提案している。これに対して、ボワソナードは、「仏文ニテハ『欺罔ノ字』而已ニテハ詐欺取財ノ方法ヲ十分ニ尽クスヲ得ス」と反論したが、鶴田による「此方法〔姓名又ハ身分ヲ詐称シ——引用者注〕ノ外他ノ方法ヲ用テ詐偽シタル者ヲ罰スル明文ナク却テ大ニ差支ヲ生セントス」と指摘を受けて、ボワソナードがこの部分を削除することを了承している²⁰²。なお、鶴田は、これに関連して、「無実ノ成功ヲ希望セシメ若クハ無根ノ事故ヲ畏怖

¹⁹⁸ この案の質疑の際に、ボワソナードは、「細ニ記スヘキ積リナレトモ前日ノ議ニ於テ之ハ成丈ケ簡単ニ記スヘシトノ貴説〔鶴田皓の説——引用者注〕ニ付余カ勉メテ簡単ニ記ストコロノ書法ナリ……」と述べている（前掲注（179）『草案会議筆記IV』2464頁）。

¹⁹⁹ この案の質疑の際に、ボワソナードは、『無実ノ成功云々』ハ仏国刑法第四百五条ヨリ余程簡単ニ記シタリ然シ其本旨ニ於テハ同条ニ異ナル事ナシ」と述べていた（前掲注（179）『草案会議筆記IV』2462頁）。なお、本章第一節第二款で整理した要素に即して整理すると、ボワソナードの案では、①目的について、「無実ノ成功ヲ希望セシメ又ハ無根ノ事故ヲ畏怖セシムル為メ」（架空の成功、事故、その他のあらゆる出来事についての期待や危惧を抱かせるために）のみが規定されており、「實在しない企業、仮装された権限もしくは信用の存在を信じさせるために」に相応する部分が削除されているが、②行為態様については、基本的にそのまま維持されている。③構成要件的结果について、列挙されていた取得客体の一部と「財産の全部もしくは一部を騙し取ること、又は騙し取ろうとすること」に相応する部分が削除されている。

²⁰⁰ ここでも、章の表題（「……詐偽取財……ノ罪」）と規定（「詐欺取財ノ罪」）の用語が異なっているが、「詐偽」と「詐欺」を使い分けていなかったと思われるので、詐欺取財罪（詐偽取財罪）と併記する。

²⁰¹ 西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕（2）-1 日本立法資料全集30』（信山社、1995年）〔以下では、西原ほか編『旧刑法（2）1』と示す〕282頁・資料7。さらに、前掲注（179）『草案会議筆記IV』2499頁も参照。

²⁰² 以上の経緯について、前掲注（179）『草案会議筆記IV』2499頁。

セシムル」という箇所の削除も提案したが、ボワソナードはこの提案を受け入れなかった²⁰³。

4. 「日本刑法草案」における詐欺取財罪

これらの質疑を経て修正された、1877年（明治10年）11月に刑法編纂委員会から司法卿に「日本刑法草案〔確定 日本刑法草案 完〕」が上申された。

本草案（第三編「人ノ身体財産ニ対スル重罪軽罪」第二章「財産ニ対スル罪」第五節「詐欺取財及ヒ背信ノ罪」）434条の詐欺取財罪は、「(1項) 人ヲ欺罔シテ又ハ無実ノ成功ヲ希望セシメ若クハ無根ノ事故ヲ畏怖セシメ其偽計ヲ用ヒテ動産不動産若クハ義務ノ証書義務釈放ノ証書及ヒ収納ノ証書ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト為シ二月以上二年以下ノ重禁錮二円以上二十円以下ノ罰金ニ処ス若シ但シ此照シ文重ニ從テ処断ス」, 「(2項) 若シ此條ノ罪ヲ犯ス為メニ官私ノ文書ヲ偽造シタル者ハ偽造ノ各本條ニ照シ重キニ依テ処断ス」²⁰⁴と規定されている。

本草案は、詐欺取財罪の行為態様を「人ヲ欺罔シテ」と「無実ノ成功ヲ希望セシメ若クハ無根ノ事故ヲ畏怖セシメ其偽計ヲ用ヒテ」に限定しているが、これは3で前述したようにボワソナードの発案ではなく、鶴田皓の意見を受け入れたものである。

5. 刑法草案審査局における修正

上記の「日本刑法草案〔確定 日本刑法草案 完〕」が、刑法草案審査局²⁰⁵で計4回の審議がなされた。その結果、詐欺罪の規定は、「無実ノ成功ヲ希望セシメ……其偽計ヲ用ヒテ」は「欺罔」に含むとして削除され、「無根ノ事故ヲ畏怖セシメ其偽計ヲ用ヒテ」が「恐喝」に改められ、旧刑法第390条の文言が成立している²⁰⁶。その後、この刑法審査局草案について元老院が審議を行い、旧刑法典が成立した。

第二款 旧刑法典の詐欺取財罪の淵源について

前款の検討によって、旧刑法典における詐欺取財罪は、ボワソナードの作成した草案がそのまま採用されたわけではなく、ボワソナードと刑法草案取調掛の鶴田皓らとの議論によって、いわば共同作業の下で成立したものであり、詐欺取財罪が1810年フランス刑法典405

²⁰³ 前掲注(179)『草案会議筆記IV』2499頁。

²⁰⁴ 西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕(2) -2 日本立法資料全集31』(信山社, 1995年)〔以下では、西原ほか編『旧刑法(2)2』と示す〕845頁・資料14。

²⁰⁵ 総裁として伊藤博文、審査委員として、陸奥宗光、細川潤次郎、津田出、柳原前光、井上毅、鶴田皓、村田保、山崎直胤、山田顕義である(早稲田大学鶴田文書研究会『刑法審査修正関係諸案』(早稲田大学比較法研究所, 1984年)193頁、藤原・前掲注(154)論文101頁参照)。

²⁰⁶ 早稲田大学鶴田文書研究会・前掲注(205)書233頁(なお、「刑法審査修正稿本」390条の詐欺取財罪は同114頁を、「刑法審査修正 第二稿」387条の詐欺取財罪は同179頁を参照のこと)。さらに、藤原・前掲注(154)論文101頁以下、渡辺・前掲注(26)「虚喝」18頁以下も参照。

条の詐欺罪よりも規定の表現方法に関して包括化・簡略化されているのは、ボワソナードの提案に基づくものではなく、鶴田皓ら刑法草案取調掛側の意向が反映されたものであったということが明らかになった。

そして、目的及び行為態様の包括化・簡略化については、単なる訳語の修正というのではなく、詳細に規定することによる処罰の間隙を避けるためであったということも明らかになった。これに対して、構成要件的结果の包括化・簡略化については、特段の議論はされておらず、その趣旨は判然としない。もともと、旧刑法典制定の時点で、ボワソナードも、鶴田皓ら刑法草案取調掛も、無形的財産一般を保護する必要があるということを積極的に主張してはいなかったこと、及び、「財物若しくは証書類の騙取」の判断の際に「財産損害」を考慮することを排斥する意は示していなかったこと²⁰⁷は少なくとも確認され得る。

以上のような旧刑法典の詐欺取財罪がボワソナードと鶴田皓ら刑法草案取調掛の共同作業で成立したという経緯に鑑みれば、この規定はボワソナードの立場（フランス刑法典のように詐欺の具体的行為態様を列挙するという見解）が色濃く反映された規定ではなく、その淵源は、フランス刑法典の詐欺罪のみにあると断ずることはできない²⁰⁸。

第三節 現行刑法典の詐欺罪の法制史的検討

第一款 明治 23 年草案の詐欺罪の構成要件的结果としての「不正ノ利益ヲ得タル」の意義

第一項 旧刑法典制定から明治 23 年草案以前の諸草案における詐欺罪の変遷

旧刑法典は施行後まもなく改正作業が進められ、明治 23 年草案に至るまでに多数の草案が作成されている。詐欺取財罪との関係では、二つの時期に分けることができる。

第一期の詐欺取財罪は、基本的に旧刑法典の詐欺取財罪の規定を維持し、若干の修正を加えたものである²⁰⁹。

²⁰⁷ ボワソナード『刑法草案注釈（下巻）〔復刻版〕』（宗文館書店、1989年）709頁（原典として、BOISSONADE, gustave, *Projet révisé de code penal pour l'empire du Japon*, 1886, p.1154）において、ボワソナードが、詐欺罪を認定するには、目的（意思）と行為態様（手段）だけでは十分ではなく、「犯者ノ希望シテ遂ニ獲タル終末ノ結果カ財産上ニ損害ヲ及ホシテ其損害ハ法律ニ認定シタル性質ノモノ即チ『動産、不動産ヲ問ハス有価物ノ随意ノ交附、譲渡ノ証、義務ノ証又ハ義務免除ノ証ヲ記載セル証書類ノ交付』ニ係ルコト要トス」（傍点は原文による強調。旧字体を新字体に改めた）と述べていたことが注目される。なお、「財産上ニ損害」の原語は <<dommage aux biens>>である。

²⁰⁸ これまでにみてきたように、わが国の旧刑法典の詐欺取財罪には、フランス刑法典の詐欺罪のような目的及び行為態様を具体的に列挙するという規定形式を採用していないが、構成要件的结果の取得客体として、「財物」のほかに、「証書類」を規定したのは、フランス刑法典の影響を受けたものともいえ、フランス刑法典の影響が全くなかったと評することもできない。

²⁰⁹ 第一期の詐欺取財罪に分類されうるのは、①1882年（明治15年）末から1883年（明

第二期の詐欺取財罪は、ボワソナードの当初の案のように目的や行為態様を詳細に列挙するものである²¹⁰。この時期の詐欺取財罪は、旧刑法典 390 条の行為態様（「欺罔」及び「恐喝」）と構成要件的结果（「財物若シクハ証書類ヲ騙取シタル」）を具体的に示し、さらに、392 条や 393 条を一つの条文にして 3 つの項に配置したものである。基本的には、ボワソナードの初期段階の案と同様の趣旨（フランス刑法典 405 条の規定を重視する立場）によるものと思われる²¹¹（ただし、ボワソナードによる明治 18 年刑法改正案の構成要件的结果の拡

治 16 年）初の司法省改正案 390 条（内田文昭ほか編『刑法（1）〔明治 40 年〕日本立法資料全集 20』（信山社，1999 年）〔以下では、内田ほか編『刑法（1）』と示す〕152 頁以下・資料 5）。②二つ目の司法省改正案 404 条（内田文昭ほか編『刑法（1）－III〔明治 40 年〕日本立法資料全集 20－3』（信山社，2009 年）〔以下では、内田ほか編・前掲『刑法（1）III』と示す〕338 頁・補遺 I）。③司法省改正案〔上記①〕の再修正案の 404 条（内田ほか編・前掲『刑法（1）III』）430 頁・補遺 II）。④明治 16 年 7 月 13 日に上申された明治一六年「参事院改正案」（校了）の 390 条（内田ほか編・前掲『刑法（1）』393 頁以下・資料 8。なお、資料は四段組になっており、一段目が旧刑法、二段目が原案、三段目が修正委員修正案、四段目が総会議決となっている）である。

²¹⁰ 第二期の詐欺取財罪に分類され得るのは、①明治 18 年「ボワソナードの刑法改正案（日本刑法草案）」ある。この改正案は、「日本刑法草案」（本章第二節第一款 4）の注釈書をもとに、さらに修正・増補を加えた旧刑法案に対する改正案及びそのコンメンタール（ボワソナード・前掲注（207）参照）の翻訳に先立って改正案の「正条ニ係ル部分」のみを印刷したものである（内田文昭ほか編『刑法（1）－II〔明治 40 年〕日本立法資料全集 20－2』（信山社，2009 年）〔以下では、内田ほか編『刑法（1）II』と示す〕4 頁参照）。この改正案 434 条は、「左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者ハ詐欺取財ノ犯人ト為シ三月以上二年以下ノ重禁錮四円以上四十円以下ノ罰金ニ処ス」「第一 佯想ノ危害ヲ以テ恐懼ヲ懐カシメ又ハ虚偽ノ利益ヲ希望スルノ念慮ヲ生セシメ其他奸策ヲ以テ金額、有償物又ハ動産不動産物件ノ交付ヲ不当ニ得書面又ハ口頭ニテ譲渡ノ契約、義務ノ契約、義務ノ釈放ヲ不当ニ得又ハ此等ノ一ヲ目的トスル訴訟ニ於テ願下、承認若クハ勝訴ノ裁判言渡ヲ不当ニ得タル者、但シ公私ノ証書類ヲ偽造シタルトキハ第二百三十七条乃第二百五十条ニ照シ重ニ從テ処断ス」（内田ほか編・前掲『刑法（1）II』146 頁以下・資料 31 参照。なお、第二、第三の規定は省略した）と規定されている。②司法省が①の改正案に修正を加えて作成した「ボワソナードの刑法改正案に対する修正」の 434 条の詐欺取財罪（内田ほか編・前掲『刑法（1）II』192 頁・資料 32）。③明治 22 年に法律取調委員会による仏文刑法草案 493 条の詐欺取財罪がある（内田ほか編・前掲『刑法（1）II』資料 35）。この規定の反訳として、「左ニ掲クル者ハ詐欺取財ノ犯罪人ト為シ三等ヨリ五等迄ノ有役禁錮及同等ノ罰金ニ処ス」「第一 空想ナル危難ノ恐怖又ハ空妄ナル利益ノ希望ヲ生セシメ又ハ其他総テ罪トナルヘキ方法若クハ詭計ニ依リ或ハ金額、有価証券、動産若クハ不動産ノ引渡或ハ譲渡証書債務証書若クハ免責証書或ハ訴訟取下書許諾書又ハ同一ナル目的物ノ一ノ請求ニ付キ勝利ノ裁判ヲ不正ニ得タル者」（内田ほか編・前掲『刑法（1）II』415 頁以下・資料 36 参照。なお、ここでは、第二、第三の規定は省略した）と規定されている。

²¹¹ ボワソナード・前掲注（207）書 707 頁（BOISSONADE, op.cit, pp.1152-1153）では、明治 18 年「ボワソナードの刑法改正案（日本刑法草案）」（本稿注（210）①参照）の詐欺取財罪に関して、「詐欺取財ノ構造スヘキ計略及ヒ手段数多ナルモノニシテ有罪ノ事実ニ属スルヨリモ寧ロ不良（有罪ニ非ス）ノ事実ニ属スヘキ狡猾及ヒ詭計ニ甚タ近キモノナリ……本法ハ此等ノ手段ヲ査定スル無限ノ権利ヲ委附スルコトヲ得サリキ即本法自カラ其手段ノ性質、目的並ニ結果ヲ定ムルヲ要ス」、「（附言）旧草案ニハ予見セサリシ詐欺ナルモ

張に関しては後述、本款第三項1参照)。

第二項 明治23年草案における詐欺罪の規定形式の転換

明治23年草案は、1887年(明治20年)10月21日に外務省から司法省に移管された法律取調委員会²¹²による刑法改正作業の結果、1890年(明治23年)12月に成立したものである²¹³。この草案(第六章「財産ニ対スル罪」第四節「詐欺取財及ヒ背信ノ罪」)372条の詐欺罪は、「自己又ハ他人ヲ利スルノ意ヲ以テ虚偽ノ事ヲ構造シ又ハ真実ノ事ヲ変更、隠蔽シ其他詐欺ノ方略ヲ用ヒテ人ヲ錯誤ニ陥レ以テ不正ノ利益ヲ得タル者ハ詐欺取財ノ罪ト為シ二月以上四年以下ノ有役禁錮及ヒ十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス」²¹⁴と規定されている。

この規定は、①主観的要素に関して、「自己又は他人を利する意思」を、②行為態様に関して、「詐欺の方略を用いて(虚偽の事を構造すること、真実の事を変更すること、真実の事を隠蔽することなど)」「人を錯誤に陥れること」を、③構成要件的结果として、「不正の利益を得ること」を要求しているといえる。すなわち、旧刑法典390の詐欺取財罪の規定とは異なり、①主観的要素が加えられ、②行為態様及び③構成要件的结果は異なる表現が用いられている。この規定形式の方向性は、ボワソナードが旧刑法典の詐欺取財罪の起案段階(本章第二節第一款2参照)又は旧刑法典制定後の改正案(前項の第二期の諸草案)において望ましいと考えていたフランス刑法典の詐欺罪のような②行為態様及び③構成要件的结果の詳細化の方向性とは異なるものである。

それでは、明治23年草案の詐欺罪がこれまでの規定形式と異なっているのは、どのような趣旨、背景に基づくものであろうか。明治23年草案の説明書では、旧刑法典392条及び393条1項が「詐欺取財ヲ以テ論ス」と扱われていたのを、純然たる詐欺取財罪として扱うことに狙いがあることが述べられているにすぎず(これに対して、393条2項は削除)²¹⁵、明治23年草案の詐欺罪の規定形式がなぜ改められたのか、そしてその射程が旧

本草案ニテ予見スルノ要アリト信シテ記載セリ」(旧字体を新字体に改めた)と解説している。なお、詐欺罪の構成要件的结果の変更及びその理由については後述、本款第三項1を参照のこと。

²¹² 司法省への移管後、1887年(明治20年)10月21日に、山田顕義が法律取調委員長に任命された。同年11月4日に、委員として、尾崎忠治、細川潤次郎、鶴田皓、清岡公張、南部甕男、西成度、渡正元、村田保が任命されている(大久保泰甫=高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』(雄松堂出版、1999年)144頁以下、内田ほか編・前掲注(210)『刑法(1)II』5頁参照)。

²¹³ 内田文昭ほか編『刑法(2)〔明治40年〕日本立法資料全集21』(信山社、1993年)〔以下では、内田ほか『刑法(2)』と示す〕5頁参照。

²¹⁴ 倉富ほか監修・前掲注(169)『増補沿革綜覧』130頁。なお、同規定では、「詐欺取財ノ罪ト為シ」とされているが、これまでの詐欺取財罪よりも規定対象が拡張されている点を重視して、「詐欺罪」と表記している。

²¹⁵ 内田ほか編・前掲注(209)『刑法(1)III』221頁以下・資料45では、「現行刑法〔旧

刑法典 390 条（詐欺取財罪）、392 条（性質や数量を偽った売買・交換）、及び、393 条 1 項（他人物売買又は他人物の抵当権設定）以外の事案にも及ぶのかは示されていない。

もっとも、明治 23 年草案の詐欺罪が、現行刑法典の利益詐欺罪の原型であるにとらえられていることに鑑みれば、明治 23 年草案の詐欺罪の趣旨、射程を明らかにすることが現在の詐欺罪の解釈指針を導くうえで必要なことであると思われる。そこで、次項では明治 23 年草案の利益詐欺罪の淵源に関する考察を行う。

第三項 明治 23 年草案の詐欺罪の淵源に関する考察

1. 旧刑法典の詐欺取財罪の延長線上の規定であるという見解

まず、中森喜彦によって主張されている、旧刑法典の詐欺取財罪（とりわけ、証書を取得客体とする詐欺取財罪）は、無形的利益一般を保護する趣旨のものであり、明治 23 年草案の詐欺罪はその流れをくむものいえ、詐欺取財罪の延長線上に位置付けることができるという理解について検討する。この主張は、明治 23 年草案の詐欺罪の淵源を旧刑法典の詐欺取財罪にみる見解といえる。

中森は、この結論を導くために、①明治 10 年日本刑法草案の詐欺取財罪や証書強取罪²¹⁶が「義務ノ証書義務積放ノ証書及ヒ収納ノ証書」を取得客体として扱っていたこと²¹⁷、及び、

刑法典——引用者注] ハ其第三百九十条ニ『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ス』ト定メ而シテ第三百九十二条ヲ以テ『物件ヲ販売シ又ハ交換スルニ当リ其物質ヲ変シ若クハ分量ヲ偽テ人ニ交付シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス』又第三百九十三条ヲ以テ『他人ノ動産不動産ヲ冒認シテ販売交換シ又ハ抵当典物ト為シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス』ト規定シタリト雖モ第三百九十二条及ヒ第三百九十三条ニ記載シタル所為果シテ詐欺ノ方略ヲ用ヒテ人ヲ錯誤ニ陥レ以テ不正ノ利益ヲ得タルモノナリトセハ則チ純然タル詐欺取財ナリ別ニ詐欺取財ヲ以テ論スト言フニ及ハサルナリ又第三百九十三条第二項『自己ノ不動産ト雖モ已ニ抵当典物ト為シタルヲ欺隠シテ他人ニ売与シ又ハ重ネテ抵当典物ト為シタル者亦同シ』ト規定シタレトモ……必〔畢〕竟第二買主等ノ怠慢ヨリ生スルニ在テ之ヲ一個ノ犯罪ト為スコキ理之ナカル可シ因テ改正法ニ於テハ右第三百九十二条及ヒ第三百九十三条ハ總テ之ヲ削除スルコトト為シタリ」（〔 〕 部分は参照文献に基づくものである）と述べられている。

²¹⁶ 明治 10 年日本刑法草案 427 条の証書強取罪は、「暴行脅迫ヲ為シテ義務ノ証書又ハ義務積放ノ証書及ヒ収納ノ証書其他ノ物件ヲ強取シタル者ハ強盗ヲ以テ論ス」（西原ほか編・前掲注（201）『旧刑法（2）1』437 頁・資料 10）と規定されている。同草案 434 条では、詐欺取財罪では、一つの条文で、「動産不動産若クハ義務ノ証書義務積放ノ証書及ヒ収納ノ証書」を騙取する場合を規定しているが、証書強取罪は、同草案 424 条の強盗罪（「人ヲ脅迫シテ暴行ヲ加ヘテ財物ヲ強取シタル者ハ強盗ノ罪ト為シ輕懲役ニ処ス」とは別個に規定されていた。なお、証書強取罪は、旧刑法典では採用されていない。

²¹⁷ 中森・前掲注（26）「二項犯罪」217 頁。この規定は、1810 年フランス刑法典 400 条 1 項〔「暴力又は強制（force, violence ou contrainte）により、義務、処分免除を含みまたはもたらす文書、証書、証券、およびなんらかの書類に署名させ、またはそれらを手渡させた者は、有期強制労働に処せられるべきものとする」（中村（義）・前掲注（174）書 306 頁）〕を参照して作成されたものであるとされている。

旧刑法典の詐欺取財罪でも「証書類」を取得客体として扱っていること²¹⁸から、これらの規定は無形的利益一般を保護するものであると述べる。さらに中森は、②ボワソナードが、明治18年改正案の基になっている注釈書で、詐欺取財罪について「金額、有償物又ハ動産不動産物件ノ交付ヲ不当ニ得書面又ハ口頭ニテ譲渡ノ契約、義務ノ契約、義務ノ釈放ヲ不当ニ得又ハ此等ノ一ヲ目的トスル訴訟ニ於テ願下、承認若クハ勝訴ノ裁判言渡ヲ不当ニ得タル者」²¹⁹という文言への修正の提案をしたことについて、(労務提供を除く)あらゆる口頭での利益取得を含むものであるととらえている²²⁰。そして、③明治23年草案にボワソナードが関与していたと述べたうえで、明治23年草案の詐欺罪は上記②の方針をさらに一般化したものであるという論証が行われている²²¹。

しかし、このような論証には疑問がある。まず、①について、これらの規定の存在によって、ボワソナードが草案起草当時、財物以外の証書類を詐欺取財罪の取得客体として取り込む趣旨であったことを導き出すことができるとしても、それを越えて無形的財産一般を保護する必要があると考えていたということまで導き出すことができるのであろうか。この点、本章第二節第一款で旧刑法典の詐欺取財罪の制定過程に立ち返ったみた限り、そのような趣旨がうかがえる議論はなされていない。

次に②について、確かに、ボワソナードは明治18年の詐欺罪の改正案について、「詐欺取財の構造化において、不法な利益 (*profit illegitim*) をなすのは、金銭、動産、債務証書等、すなわち、物品 (*effet*) 又は証書 (*titre*) を手交又は引き渡すことであるとするフランス刑法 (405 条) に従いすぎた。日本では、奸計的策略 (*manœuvres frauduleuse*) によって不法な利益をもたらす態様 (*manières*) がほかにもあるということは日々経験上証明されている。434 条の条文に加えられた変更は、まさに、その用語の一般性において、さまざまな偽計 (*fraude*) を含むという趣旨である。」²²²と述べている。この記述は、ボワソナードが物や証

²¹⁸ 中森・前掲注 (26) 「二項犯罪」217 頁以下。併せて同 218 頁では、旧刑法典 392 条において、有体物の取得を伴わない債務免脱を把握する可能性、393 条でも財物の交付を受けない場合も把握している可能性を指摘している。

²¹⁹ 内田ほか編・前掲注 (210) 『刑法 (1) II』146 頁以下・資料 31。ボワソナード・前掲注 (207) 書 911 頁 (BOISSONADE, *op.cit.*, p.1297)。中森・前掲注 (26) 「二項犯罪」221 頁が注目している「書面又ハ口頭ニテ譲渡ノ契約、義務ノ契約、義務ノ釈放ヲ不当ニ得」の原語は、<<.....aura indûment obtene,.....soit des aliénations, obligations ou libérations écrites ou verbales.....>>である。

²²⁰ 中森・前掲注 (26) 「二項犯罪」221 頁。

²²¹ 中森・前掲注 (26) 「二項犯罪」223 頁。ボワソナードによる明治18年改正案をもとにして明治23年草案が作成されたと指摘するものとして、足立 (友)・前掲注 (26) 『保護法益』37 頁以下。

²²² BOISSONADE, *op.cit.*, p.1297. なお、ボワソナード・前掲注 (207) 書 911 頁以下、及び、中森・前掲注 (26) 「二項犯罪」221 頁を参照しつつ訳出した。この説明部分との関係で追加されたのは、ボワソナードによる明治18年改正案の詐欺罪の「書面又ハ口頭ニテ譲渡ノ契約、義務ノ契約、義務ノ釈放ヲ不当ニ得 [タル者]」と「訴訟ニ於テ願下、承認若クハ勝訴ノ裁判言渡ヲ不当ニ得タル者」という文言である。

書以外に詐欺の取得客体を広げる必要があると考えていたことを示すものであろう。しかし、本章第二節第一款の旧刑法典の詐欺取財罪の制定過程でみたように、ボワソナードは鶴田皓らによる処罰の間隙を避けるための抽象化・簡略化（とくに行為態様）の主張に対して基本的に消極的な立場をとっていたことに鑑みれば、構成要件の結果の抽象化・簡略化にも慎重であったと推測され得る²²³。以上の分析を前提にすれば、ボワソナードは、詐欺罪の構成要件の結果の拡大の必要性を認識し、明治 18 年改正案においてその具体化を試みたが、この際に利益一般を取得客体とする明治 23 年草案の詐欺罪のような包括的な文言を立案することまでを意図したものではなかったと解するのが妥当である。

最後に、③については、ボワソナードは、明治 18 年改正案を作成してはいるが（その後の明治 22 年仏文刑法草案は、明治 18 年改正案をもとに司法省及び法律取調委員会が調査・修正を行ったものである²²⁴）、ボワソナードが明治 23 年草案に直接関与したかについては、必ずしも明らかではない²²⁵²²⁶。

²²³ この点に関して、ボワソナードの行為態様の包括化・簡略化に慎重であることを示すものとして、本稿注（211）を参照のこと。

²²⁴ 内田ほか編・前掲注（210）『刑法（1）II』23頁参照。

²²⁵ 中森・前掲注（26）「二項犯罪」222頁では、倉富ほか監修・前掲注（169）『増補沿革綜覧』150頁、236頁を参照しつつ、「ボアソナードも案〔明治 23 年草案——引用者注〕作成過程に参加していた」ということを指摘する。確かに、倉富ほか監修・前掲注（169）『増補沿革綜覧』150頁（明治 23 年草案の審議を行った第 1 回衆議院会議録の政府委員・河津祐介の発言）では、「〔明治 23 年草案の起草は——引用者注〕明治十九年アタリカラテアラウト思ハレマス、其草案ハ幾度モ造リ幾度モ毀シ、又彼ノ現行法〔旧刑法典——引用者注〕ヲ起草シタルボアソナード氏ニモ依託シテ、度々此ノ草案ヲ起コシタノテアル、テ只今提出ニナツテ居ルノカ、其ノ材料ヲ我々カ纏メテ、然ウシテーノ此ノ結果ヲ生シタノテ、始カイツト云フコトハ、明ニオ答ヘスルコトハ出来マセヌ、ケレトモ四五年掛ツテ居リマス」と述べられている。おそらく、中森はこの部分をもとに明治 23 年草案にボワソナードが関与したということをも導いたものと思われる。しかし、倉富ほか監修・前掲注（169）『増補沿革綜覧』236頁（明治 34 年草案の審議を行った貴族院特別委員会議事録の政府委員・倉富勇三郎の明治 34 年草案の大要に関する説明の一部）で、「……〔旧刑法制定直後の司法省の改正案などを説明した後に——引用者注〕ソレカラ其他ニボアソナードカ起草シタ刑法改正案ト云フモノカアリマス、是ハ当時ノ司法卿ノ故山田伯へ本人カ出シマシタ書面ニ依リマスレハ、明治十八年ニ其脱稿ヲ致シテ居ルト云フ事実ハ明瞭テアル、後ニ司法省ハ更ニ委員ヲ置キマシテ、ボアソナードモ其委員ト共同シテ明治二十一年頃出来上ツタモノト思ハレマス、是等ノ数多ノ案カ参酌シテ編成イタシマシタノカ、第一期ノ議会ニ司法省ヨリ刑法改正案トシテ提出シタ案〔第 1 回衆議院会議に提出した明治 23 年草案——引用者注〕ニナリマス……」と述べられているように、ボアソナードが関わっていたことが明らかなのは、明治 22 年の法律取調委員会の仏文刑法草案までといえる。

²²⁶ なお、ボワソナードは、1879 年（明治 12 年）又は 1880 年（明治 13 年）に民法典起草を付託されており（大久保＝高橋（良）・前掲注（212）書 23 頁参照）、1889 年（明治 22 年）3 月 2 日にこの法典の注釈作成を終えるまで、その起草に関わっており、さらに、彼は、同年 4 月 27 日に雇用期間を終えて一旦帰国し（帰国直前の 4 月 26 日に再雇用契約を締結していたので）、12 月 3 日に再来日し、旧民法典の公布にあわせ、その理由書の作成

以上より、明治23年草案の淵源が旧刑法典の詐欺取財罪にあるという見解に与することはできない。

2. 明治22年法律取調委員会の仏文刑法草案反訳の準詐欺罪に着目する見解

樋口亮介は、前述した中森喜彦の見解に依拠して、明治23年草案の淵源は、旧刑法390条の証書騙取罪（証書を取得客体とする詐欺取財罪）及び明治10年日本刑法草案437条の証書強請罪（証書強取罪）であり、二項犯罪（利益強盗罪、利益詐欺罪、利益恐喝罪）はこれらの延長として把握可能であると主張する²²⁷。

そして、樋口は、この主張に関連して、詐欺罪等において「不正ノ利益」という文言が初めに現れたのは、明治22年仏文刑法草案494条の準詐欺罪（「……前条ニ規定シタル不正ノ利益ノ一ヲ得タル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス」²²⁸）である旨指摘する。そして、明治22年仏文刑法草案の反訳では、「詐欺罪の多様な客体の規定の繰り返しを回避するため『不正の利益』という文言が使用された」²²⁹のものであり、明治23年草案372条で詐欺罪の取得客体を「不正ノ利益」に包括化したことは、「明治22年案を前提に、客体の規定の煩雑さを避けるため、準詐欺罪の規定形式を詐欺罪に及ぼしたものと推測することも許されるであろう」²³⁰と述べている。

確かに、明治23年草案の詐欺取財罪に至るまでの諸草案において、「不正ノ利益ヲ得タル」を構成要件の結果として規定したものは見当たらない²³¹。樋口自身は、フランス刑法典の影響を受けたという推察を強化することを狙いにして²³²、明治22年仏文刑法草案の反訳の準詐欺罪に着目したようであるが、この規定を明治23年草案の詐欺罪の淵源であると主張することも考えられる。

しかし、両者の規定形式の相違からして、明治22年仏文刑法草案を淵源とすることは

などを行っていたのである（同書190頁～195頁、および、262頁～267頁参照）。これらの事実を前提にすると、ボワソナードが明治23年草案の立案に直接関与していたと考えるのは困難であるといわざるをえない（ただし、彼が再来日した1889年（明治22年）12月3日から明治23年草案が成立した1890年（明治23年）12月までの間に、何らかの形で意見を求められたという可能性は存在する）。

²²⁷ 樋口・前掲注（154）講義ノート165頁。

²²⁸ 明治22年仏文刑法草案の反訳について、内田ほか編・前掲注（210）『刑法（1）Ⅱ』415頁・資料36を参照。なお、同草案493条の詐欺取財罪については、本章注（210）③を参照のこと。

²²⁹ 樋口・前掲注（154）「講義ノート」164頁以下。

²³⁰ 樋口・前掲注（154）「講義ノート」165頁。

²³¹ ただし、明治22年仏文刑法草案以前に、ボワソナードが明治18年の詐欺罪の改正案との関係で「不法な利益」について言及していること（本項1、とりわけ本稿注（222）に対応する本文の引用部分を参照のこと）、及び、ルードルフの意見書で旧刑法典の詐欺取財罪の客体の狭隘性を指摘する際に「利益」という用語を用いていたこと（本章第三節第一款第三項3を参照のこと）が注目され得る。

²³² 樋口・前掲注（154）「講義ノート」164頁。

できないと思われる。明治22年仏文刑法草案494条の準詐欺罪の規定は、直前の493条の詐欺取財罪の具体的な列挙を前提に規定されているのに対して、明治23年草案の詐欺罪では、具体例を提示せずに「不正ノ利益ヲ得タル」という用語を用いているという点で違いがあるからである。

このような相違を念頭に置けば、詐欺罪の構成要件的结果を「不正ノ利益ヲ得タル」に一元化したことを、明治22年仏文刑法草案の準詐欺罪のみから説明することはできないものと思われる。

3. 私見

次に、明治23年草案の淵源について考察を行う。ここでは、明治23年草案の規定形式の分析、明治23年草案の端緒としてオットー・ルードルフ (*Otto Rudorff*) の意見書などから、明治23年草案の詐欺罪の立案において、ドイツ帝国刑法典263条1項を参照した可能性が高いということを導き出す。

(1) ドイツ帝国刑法典263条の文言との類似性

まず、明治23年草案の規定形式に着目する。前節で確認したように、明治23年草案の詐欺罪は、①主観的要素については、「自己又は他人を利する意思」を、②行為態様に関しては、「詐欺の方略を用いて（虚偽の事を構造すること、真実の事を変更すること、真実の事を隠蔽することなど）」、「人を錯誤に陥れること」を、③構成要件的结果については「不正の利益を得たこと」を要求しているように、フランス刑法典の詐欺罪や旧刑法典の詐欺取財罪とは全く異なる規定形式のものである。

それに対し、この規定は、これまでの諸草案の制定過程では全く顧みられてこなかったと思われる、ドイツ帝国刑法典263条1項の詐欺罪²³³との類似性が認められる。ドイツ帝国刑法典の詐欺罪では、①主観的要素については、「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」を要求しており、②行為態様については、「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」、それによって「錯誤を生じさせ又は維持させること」を要求しており、さらに③構成要件的结果として、「他人の財産に損害を与えたこと」を要求している。明治23年草案372条の詐欺罪とドイツ帝国刑法典263条1項の詐欺罪は、①主観的要素及び②行為態様について若干の相違はあるにしても非常に類似しているといえるが、③構成要件的结果については、明治23年草案の詐欺罪が「不正の利益を得たこと」を要求しているのに対して、「他人の財産に損害を与えること」を要求している点で異なっている²³⁴。明治23年草案の詐欺罪はドイツ帝国刑

²³³ 現行ドイツ刑法典263条1項とドイツ帝国刑法典263条1項は、法定刑の部分などは改正されているが、基本的な文言は維持されている。したがって、本稿注(36)の現行ドイツ刑法典263条1項を参照のこと。

²³⁴ 同趣旨の整理として、渡辺・前掲注(26)「虚喝」22頁。ただし、渡辺は、構成要件的结果についてのこのような相違を重視して、わが国の詐欺罪を全体財産に対する罪と位置

法典の詐欺罪の「直訳」²³⁵によって立案されたとまではいえないとしても、文言の類似性からすれば、それを参照して作成された可能性が高いものと思われる。

(2) ルードルフの意見書

次に、明治23年草案の詐欺罪の構成要件的结果の包括化の契機について検討する。明治23年草案の詐欺罪は、旧刑法典の詐欺取財罪の延長線上の規定であるという見解（前述、本項1）を検討する際に、ボワソナードによる明治18年改正案の詐欺取財罪は、明治10年日本刑法草案やフランス刑法典405条の構成要件的结果の不十分性の認識を基礎にして、明治10年日本刑法改正草案の詐欺取財罪を拡大する趣旨のものであったということを確認した。そこでは、この見解が明治18年改正案の趣旨を過度に重視して明治23年草案の詐欺罪はボワソナードの理解に基づくものであるととらえていることに対して、ボワソナードの修正提案の趣旨は構成要件的结果を具体的に列挙するというそれ以前から有していた彼の規定方針の枠から外れるものではないという分析に基づいて疑問を呈した。

このような疑問は、ボワソナードによる明治18年改正案の注釈の趣旨が明治23年草案の詐欺罪の改正の一つの契機になったことまで否定するものではなく、あくまで、ボワソナード主導で明治23年草案の詐欺罪が起案されたという評価に対して提起したものである。それを踏まえて、ここでは、明治23年草案の詐欺罪の改正のもう一つの契機となったのは、御雇外国人ルードルフの旧刑法典に関する意見書²³⁶があったということを示す。これまでの先行研究では、この意見書はあまり重視されてこなかった。おそらく、この意見書の提出された時期が不明であったことが原因であろう²³⁷。そこで、本稿では、まずこの意見書がいつ頃書かれたものであるのかについて推測を行ったうえで、意見書の内容を確認することにする。

オットー・ルードルフは、裁判所構成法の原案の起草者であり、来日以前はドイツの地方裁判所裁判官であった²³⁸。ルードルフは、1884年（明治17年）11月4日に東京大学のドイ

付けることには消極的な態度を示している。

²³⁵ 中村（勉）・前掲注（154）「詐欺概念の史的変遷（三）」198頁では、ドイツ帝国刑法典263条と明治23年草案の規定を引用した上で、「両者はきわめて瓜二つほどに相似することに気付かれるであろう。ある意味で、ドイツ刑法263条を直訳したかと思われる節さえ感じさせるものであるからである。ドイツ刑法の影響をまろに受けた条項である。否、むしろドイツ刑法を積極的に採用しようと努めたといえる代物である」と述べている。

²³⁶ ルードルフの旧刑法典に関する意見書「ルードルフ氏「日本刑法意見書」（宮島鈴吉訳）」は、内田ほか編・前掲注（209）『刑法（1）』497頁以下・資料26に収録されている。

²³⁷ 内田ほか編・前掲注（209）『刑法（1）』42頁の資料解題などで、この意見書の公表年代は示されていない。

²³⁸ 小柳春一郎「裁判所構成法原案起案者オットー・ルードルフについて」小柳春一郎＝蕪山殿編著『裁判所構成法 日本立法資料全集94』（信山社、2010年）297頁以下参照。同316頁では、彼の来日以前の主著として、『ハノーファー私法（Das hannoversche

ツ法の講師として来日し、1885年（明治18年）8月6日付の契約で司法省顧問となり、1886年（明治19年）8月6日にボワソナードらとともに、法律取調委員会の委員に任命され、1890年（明治23年）10月11日にドイツに帰国している²³⁹。このような彼の経歴を踏まえると、旧刑法典及び明治10年日本刑法草案について意見を求められた学者ら²⁴⁰とは異なり、彼は刑事法の分野で活躍していた学者ではなかったのであるから、来日以前の時期に旧刑法典に関する意見を求められた可能性は限りなく低いといえる。したがって、ルードルフがこの意見書を求められたのは、1884年（明治17年）11月4日から1890年（明治23年）10月11日の間であった可能性が高い。とりわけ、司法省顧問になった1885年（明治18年）8月6日以降に作成された可能性が高いといえそうである²⁴¹。

次に、ルードルフの意見書の内容をみる。彼は、詐欺取財罪に関して次のような重大な指摘を行っている。すなわち、彼は旧刑法典の第二章「財産ニ対スル罪」第五節「詐欺取財及受寄財物ニ関スル罪」の項目において、「日本原文ノ種々ナル反訳〔旧刑法典を翻訳したものをさすと思われる——引用者注〕ニ拠レハ一物件又ハ証書ヲ騙取スルニ非サレハ詐欺取財トナサシテ例ヘハ詐欺ノ作為アルトモ其物件ノ留置ハ以テ詐欺取財ノ意義ヲ生スルニ足ラサルカ如シ又此条ニ拠レハ詐欺ノ項件ハ只物体ノミニ止リテ要求権利又ハ其他ノ利益ニ及ハス故ニ此見解ハ甚タ狭隘ニ失スルカ如シ」²⁴²と指摘している。つまり、ルードルフは、

Privatrecht)』（1884年）があるとされている。

²³⁹ 内田ほか編・前掲注（210）『刑法（1）II』5頁、小柳・前掲注（238）論文327頁、339頁、358頁参照。さらに、「ルードルフに就いて」『裁判所構成法注釋——並裁判所構成法議事速記録』司法資料259号（1939年）1頁以下も参照。

²⁴⁰ 旧刑法典又は明治10年日本刑法草案に関する意見が求められていたのは、当時ベルリン大学正教授のベルナー（*Albert Friedrich Berner*）（内田ほか編・前掲注（209）『刑法（1）』475頁以下・資料25）、当時ウィーン大学教授のザロモン・マイヤー（*Salomon Mayer*）（同書521頁以下・資料27）、当時アムステルダム大学教授のハーメル（*Gerard Anton van Hamel*）（同書525頁以下・資料28、29、30）、当時フランスの大学教授であったア・エスマン（*A. Esmein*）（同書598頁以下・資料30）、当時フランスの大学教授のラベ（*J. E. Labbé*）（同書604頁以下、資料30）である。ただし、これらの意見書では詐欺罪に関して重要な指摘は見当たらない。

²⁴¹ 『独訳書 第参巻』（1887年）・国立国会図書館デジタル資料

[<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367294>]最終閲覧日2018年12月9日）コマ番号191では、「刑事詐偽ノ二問題ニ関スル答議（1886.6.9 ルードルフ）」という文書が存在する。この文書の位置付けは判然としないが、コマ番号188からはじまる、「訴訟ニ関スル質疑二点」〔訴訟詐欺に関する二つの事案を記載するもの〕に対応する文書であると推測される。すなわち、質問者は一定の事案を想定して質疑事項を作成し、それについてルードルフに意見を求めたというものではないであろうか。なお、ルードルフは、1885年（明治18年）8月6日付の司法省の法律顧問の契約で、「オット、ルードルフ君ハ司法卿ノ命ヲ受ケ諸裁判所長検事長及司法省各課長ノ法律上ノ質疑ニ答フルコト……」とされていたので（前掲注（239）・司法資料259号1頁、小柳・前掲注（238）論文339頁参照）、これに基づいて行われた質疑の可能性が高い。

²⁴² 内田ほか編・前掲注（209）『刑法（1）』520頁・資料26（旧字体を新字体に改めた）。

旧刑法典の詐欺取財罪の取得客体は物または証書類のみを対象としているにすぎず、権利やその他の利益を対象としていないので、狭隘であると指摘しているのである。そして、この意見書とは別の文書で、ルードルフは、訴訟詐欺についてドイツ帝国刑法典の詐欺罪では対応可能であるが、旧刑法典 390 条の詐欺罪では対応できない旨主張していたことを踏まえると²⁴³、ルードルフはこの意見書でもドイツ法と比較して取得客体の狭隘性を指摘していたものと推測されうる。

この意見書の作成時期が 1884 年（明治 17 年）11 月 4 日から 1890 年（明治 23 年）10 月 11 日の間である可能性が高いということを前提に据えると、明治 23 年草案における詐欺罪の構成要件的结果（「不正ノ利益ヲ得タル」）は、この意見書の影響を受けて包括化された可能性が生じる。ボワソナードが明治 18 年の改正案において、旧刑法典の詐欺取財罪の構成要件的结果を拡大する必要性を示していたのとほぼ同時期に、客体の狭隘性について指摘されていたことは、明治 23 年草案の淵源を探るうえで意義があると思われる。

（3）明治 23 年草案の詐欺罪の淵源と「不正ノ利益ヲ得タル」の意義

以上の検討を前提に明治 23 年草案の詐欺罪の淵源について考察する。

明治 23 年草案の詐欺罪の端緒は、ボワソナードによる明治 18 年の改正案での趣旨説明とルードルフによる意見書であったといえる。両者ともに構成要件的结果を拡大する必要性を指摘するものであったといえる。おそらく、当時の立法者は、詐欺罪について、当初はボワソナードによる明治 18 年改正案の詐欺罪の立場をベースにして修正を図ることを試みたが²⁴⁴、規定の煩雑さからこれを断念し、旧刑法典の詐欺取財罪の行為態様について

²⁴³ ルードルフの意見書との先後関係は不明であるが、ルードルフは、前掲注（241）『独訳書 第参巻』に収録されている「刑事詐偽ノ二問題ニ関スル答議（1886.6.9 ルードルフ）」において、想定事例（甲が乙に金百円を貸し付け、乙から弁済期日に返金を受けたので、貸金証書を返戻すべきであったが、見当たらなかったので返金を受領したという受取証を乙に渡した。後に甲は乙が当該受取証を紛失したのを知り、乙に貸金返還請求の訴訟を提起した。乙は返金した旨抗弁したが、受取証を紛失していたため、敗訴し甲に百円を支払った。その後乙は受取証を発見して詐欺取財罪で告訴したという事案〔同コマ番号 188 以下参照〕等）に関して、本事案は不正の証拠を用いて裁判官を欺き、裁判官に誤想を生じさせ、よって乙に弁償の義務を負わせたものであるが、ドイツ刑法では当然詐欺罪で罰することが可能であるが、日本の刑法は欺罔の種類を限定しており（ここで、ルードルフは旧刑法典 390 条では規定されていない明治 10 年日本刑法草案の行為態様を挙げている。彼が参照した翻訳条文の資料に齟齬があるか、質問者が旧刑法典 390 条の「欺罔」をそのようなものであると説明したかのいずれかであると思われる。）、裁判官の誤想の如きはこの欺罔の種類に属しない旨回答し、390 条の改正の必要性を述べていた。

²⁴⁴ ボワソナードによる明治 18 年改正案の詐欺罪で追加された「書面又ハ口頭ニテ譲渡ノ契約、義務ノ契約、義務ノ釈放ヲ不当ニ得〔タル者〕」と「訴訟ニ於テ願下、承認若クハ勝訴ノ裁判言渡ヲ不当ニ得タル者」の部分は、平成 22 年仏文刑法典反訳では「譲渡証書債務証書若クハ免責証書或ハ訴訟取下書許諾書〔ヲ不正ニ得タル者〕」と「同一ナル目的物ノ一ノ請求ニ付キ勝利ノ裁判ヲ不正ニ得タル者」に変更されており、「口頭ニテ」の部分は削除されている。これらの規定自体は本稿注（210）①及び③を参照のこと。

の刑法草案取調掛の立場と同様に、処罰の間隙が生じないような包括化・一般化を目指すに至ったのであろう。そして、この際に、ボワソナードと同様に詐欺罪の構成要件的结果の不十分性（詐欺罪の取得客体の狭隘性）を指摘していたルードルフの意見書が着目され、この意見書がドイツ法を背景にしたものであったことからドイツ帝国刑法典 263 条 1 項を参照するに至ったと思われる（この際に、ドイツ帝国刑法典 263 条 1 項と併せて明治 22 年仏文刑法草案の準詐欺罪の文言が参照された可能性もある）。なお、その背景として、この時期にドイツ法の影響力が増しており、これを参照する土壌が出来上がっていたことも重要である²⁴⁵。以上に基づき、本稿は、明治 23 年草案の詐欺罪の淵源は、ドイツ帝国刑法典 263 条 1 項にあると解する。

しかし、このように明治 23 年草案の詐欺罪が、ドイツ帝国刑法典を参照して規定されたものであると推論する場合には、構成要件的结果の文言の相違という壁を乗り越える必要がある。すなわち、主観的要素と行為態様の類似性にとらわれ、構成要件的结果の相違を看過しているのではないかという疑問を解消する必要がある。この点について、明治 23 年草案の詐欺罪の構成要件的结果である「不正ノ利益ヲ得タル」という文言は、行為者（詐欺によって利益を得る者）の側からみた構成要件的结果であり、ドイツ帝国刑法典の「他人の財産に損害を与えたこと」は、被害者（詐欺によって被害を受ける者）の側からみた構成要件的结果であり、両者は同じ事象を別の表現で示したものであると捉えるということによって十分に解消可能であると思われる。

このような見方の萌芽はボワソナードの注釈書²⁴⁶にすでに見られる。また、ドイツ刑法

²⁴⁵ 第一に、「明治 14 年の政変」以降にドイツ法の影響力を増していたこと（大久保泰甫『ボワソナード』（岩波新書、1977 年）124 頁以下）、第二にドイツ刑法の翻訳がこれ以前になされたこと（名村泰蔵訳『獨逸刑法 完』（司法省蔵版、1882 年）、山脇玄＝今村研介訳『獨逸六法 刑法第貳冊』（獨逸学協会、1885 年））、第三に、刑法学において、江木衷がドイツ法の影響力を受けた刑法各論の教科書（江木衷『現行刑法各論全』（1888 年、博聞社））を執筆していたことなどがあげられる。この点に関連して、江木衷が、明治 23 年草案以前に、旧刑法典 390 条では要求されていなかった「財産上ノ利得ヲ図ル意」が、詐欺罪に必要であると明言していたこと（江木・前掲書の増補である『改正増補刑法各論全』（博聞社、1889 年）〔本稿ではその復刻版である『改正増補現行刑法〔明治 13 年〕各論全〔復刻版〕』（信山社、2007 年）を参照した。以下では、この復刻版を江木（衷）『増補各論』と示す〕 389 頁参照）。江木は、構成要件的结果について、「利益を得る」という観点は触れていないが、理論上は財産損害の発生で足りるところ、現行法（旧刑法典）からは財産を害する方法である証書類を獲得することを必要とせざるを得ない旨述べていたこと（同 388 頁以下）も注目に値する。なお、江木衷は、1886 年（明治 19 年）3 月から司法省参事官・刑事局兼務であったようであるが（江木衷の経歴に関して、江木千之「冷灰全集の後に書す」『冷灰全集第 4 卷』（冷灰全集刊行会、1927 年）（冷灰全集第四卷終の後に続く部分）2 頁、七戸克彦「現行民法典を作った人々（15）」法学セミナー 667 号（2010 年）56 頁参照）、1887 年（明治 20 年）10 月 21 日に外務省から司法省に法律取調委員会に移管されているので（内田ほか編・前掲注（210）『刑法（1）II』5 頁参照）、江木が明治 23 年草案に何らかの形で関与した可能性もある。

²⁴⁶ このような発想に近いものとして、ボワソナードが、「損害」と「動産、不動産ヲ問ハ

の詐欺罪の議論でも²⁴⁷、構成要件的结果である「財産損害」と主観的要素である「違法な財産上の利益を得る意思」との関係を考える際に「損害」と「利得」の関係性が意識されており²⁴⁸、わが国の詐欺罪の議論でも同種の主張が展開されている²⁴⁹。要するに、詐欺罪において「損害」と「利得」の関係が表裏の関係にあるということは独自の見方ではなく、ある程度普遍的な見方なのである。

第二款 明治 40 年草案の利益詐欺罪の「財産上不法ノ利益ヲ得タル」における「不法」の意義

第一項 明治 23 年草案以降の諸草案における詐欺罪の変遷

前款では、旧刑法典の詐欺取財罪とは異質な構成要件的结果（「不正ノ利益ヲ得タル」）を伴う明治 23 年草案の詐欺罪の規定を確認し、その淵源を考察した。本款では、明治 40 年草案の利益詐欺罪において、「不法ニ財産上ノ利益ヲ得タル」とされていた部分を、なぜ「財産上不法ノ利益ヲ得タル」に改められたのかを検討する。本項では、この検討に先立って、明治 23 年草案から明治 40 年草案までの詐欺罪の規定の変遷を概観する。

まず、前述した明治 23 年草案の詐欺罪の後に登場したのは、財物詐欺罪と利益詐欺罪を別の条文で併置する規定形式（明治 28 年草案及び明治 30 年草案）である。明治 28 年草案（第二編「罪名」第十四章「財産ニ対スル罪」第四款「詐欺盗ノ罪」）304 条の詐欺盗罪は、「人ヲ欺罔シテ動産ヲ騙取シタル者ハ詐欺盗ノ罪ト為シ十年以下ノ懲役ニ処ス」と、305 条は「前条ノ方法ヲ以テ不法ニ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者ハ詐欺盗ノ罪ヲ以テ論ス」と規定されている²⁵⁰。現行刑法典のように詐欺罪を財物詐欺罪と利益詐

ス有価物ノ随意ノ交附、譲渡ノ証、義務ノ証又ハ義務免除ノ證ヲ記載セル証書類ノ交付」を対比していたこと（ボワソナード・前掲注（207）書 709 頁、BOISSONADE, op.cit, p.1154. この点について、本稿注（207）を参照のこと）、及び、彼が「不法な利益（profit illegitim）をなすのは、金銭、動産、債務証書等、すなわち、物品（effet）又は証書（titre）を手交又は引き渡すこと」と述べていたこと（BOISSONADE, op.cit, p.1297. この点について本稿注（222）を参照のこと）が想起され得る。

²⁴⁷ 本稿第三章で行うドイツの詐欺罪の法制史的検討で扱う 19 世紀の領邦刑法典の一部では、財産損害を構成要件的结果と規定している詐欺罪と、利得を構成要件的结果と規定している詐欺罪を併置しているものが存在したことも、注目に値する（たとえば、ヴェルテンベルク刑法典 351 条、ブラウンシュヴァイク刑事法典 224 条）。

²⁴⁸ このような議論は、ドイツでは、「素材の同一性（Stoffgleichheit）」という表題の下で展開されている。この点については後述、本稿第四章第三節を参照のこと。

²⁴⁹ 本稿第一章第三節第四款第三項で検討した(e)利得・損害関連説がこのような主張を展開している。具体的な内容については、本稿注（91）で摘示した文献を参照のこと。

²⁵⁰ 内田文昭ほか編『刑法（2）〔明治 40 年〕日本立法資料全集 21』（信山社、1993 年）179 頁・資料 3・4〔以下では、内田ほか編『刑法（2）』と示す〕参照。明治 30 年草案では、条文番号が、304 条が 308 条に、305 条が 309 条に変更されているだけで、文言は同じである（同 179 頁・資料 3・4）。この草案は、明治 23 年草案が決議未了に終わった後に、司法省では刑法改正審査会を組織し、そこで、1892 年（明治 25 年）1 月から改正作業に着手し、1895 年（明治 28 年）12 月までに明治 28 年草案が脱稿されている（同 5 頁

欺罪の二つに区分する規定形式の原型は、この明治 28 年草案といえる²⁵¹。

次に、財物詐欺罪と利益詐欺罪を一つの条文の 1 項と 2 項にまとめる規定形式（明治 33 年草案以降の諸草案）²⁵²が採用された。明治 33 年刑法改正案（第二編「罪」第十四章「財産ニ対スル罪」第一節「賊盗ノ罪」）288 条は、「(1 項) 人ヲ欺罔シテ動産ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス」、「(2 項) 前項ノ方法ヲ以テ不法ニ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ」と規定されている。

さらに、その後の草案では、財物詐欺罪と利益詐欺罪を一つの条文の 1 項と 2 項にまとめる、この規定形式をベースに文言の修正が行われた。すなわち、明治 35 年刑法改正案では、財物詐欺罪でそれまで用いられていた「動産」という文言が「財物」という文言に変更された²⁵³。さらに、明治 40 年草案では利益詐欺罪でこれまで用いられていた「不法ニ財産上ノ利益ヲ得タル」という文言が、「財産上不法ノ利益ヲ得タル」という文言に変更された²⁵⁴。

第二項 明治 40 年草案の詐欺罪の修正理由の考察

1. 「不法ニ財産上ノ利益ヲ得タル」から「財産上不法ノ利益ヲ得タル」への修正理由を明らかにする意義

二項犯罪（利益強盗罪、利益詐欺罪、利益恐喝罪）における「財産上不法の利益」につい

参照)。なお、この委員会では、ドイツ、フィンランド、ハンガリー、イタリア、オーストリア、ベルギー、フランス、オランダなどの刑法典も参照されていたようである（同 31 頁以下）。明治 30 年草案は、司法省によって、1897 年（明治 30 年）に起草され、同年 12 月 28 日に刊行されたものである。

²⁵¹ 中村（勉）・前掲注（154）「詐欺概念の史的変遷（三）」199 頁は、明治 30 年 12 月 28 日発行の刑法草案目録が、財物詐欺罪と利益詐欺罪を併置する「今日的表現形式」となっている旨指摘する（同旨、設楽＝淵脇・前掲注（74）論文 163 頁注 14）。しかし、本文で示したように、明治 28 年草案ですでに、財物詐欺罪と利益詐欺罪を併置する規定形式が採用されていた。

²⁵² 内田ほか編・前掲注（213）『刑法（2）』492 頁・資料 15。さらに明治 34 年改正案（第二編「罪」第十四章「財産ニ対スル罪」第一節「賊盗ノ罪」）281 条の詐欺罪は、明治 33 年草案 281 条と同じ内容である（倉富ほか監修・前掲注（169）『増補沿革綜覧』201 頁参照）。

²⁵³ 明治 35 年草案（第二編「罪」第三十五章「賊盗ノ罪」）281 条は、「(1 項) 人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス」、「(2 項) 前項ノ方法ヲ以テ不法ニ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ」と規定されていた（倉富ほか監修・前掲注（169）『増補沿革綜覧』474 頁参照）。なお、明治 39 年草案（第二編「罪」第三十七章「詐欺ノ罪」）271 条は、明治 35 年草案 281 条と同じ内容である（内田文昭ほか編『刑法（6）〔明治 40 年〕日本立法資料全集 26』（信山社、1995 年）〔以下では、内田ほか編『刑法（6）』と示す〕147 頁、資料 40）と規定されている。

²⁵⁴ 明治 40 年草案（第二編「罪」第三十七章「詐欺及ヒ恐喝ノ罪」）248 条の詐欺罪は、2 項の「不法ニ財産上ノ利益ヲ得」から「財産上不法ノ利益ヲ得」に変更されている（倉富ほか監修・前掲注（169）『増補沿革綜覧』1591 頁参照）。

て、わが国の通説は、『不法の』とは、不法の手段によつての意味であり、得られた利益自体が不法なものであることを要しない²⁵⁵と説明している。この見解は、手段の不法性に着目するものである。これに対して、少数説からは、『不法の利益』というのは、行為者からみて不法な利益、すなわち行為者に取得の権利がない利益の意味に解すべきであろう²⁵⁶と主張されている。この見解は、行為者の権利性に着目するものといえる。

通説の立場を前提にすれば、明治40年草案の利益詐欺罪における文言修正は不要であり、むしろ誤解を生じさせるような望ましくない修正であったということになりそうである。しかし、当初から「財産上不法ノ利益ヲ得タル」という文言が用いられていたのであればいざしらず、明治28年草案の利益詐欺罪から「不法ニ財産上ノ利益ヲ得タル」という文言が用いられてきたものを、明治40年草案であえて修正したのであり、この文言の変更が何の意味もない改正であったとは考えられない。そこで、以下では、この修正の経緯を確認したうえで、その理由を考察する。

2. 修正の経緯

「不法ニ財産上ノ利益」から「財産上不法ノ利益」への修正は、明治39年草案を審議する法律取調委員会²⁵⁷の1906年(明治39年)12月26日開催の第27回総会にて岡松参太郎委員²⁵⁸によって提案されたものである。

²⁵⁵ 大塚(仁)・前掲注(40)260頁。これと同旨の説明として、山口・前掲注(24)書214頁、247頁、伊東・前掲注(41)166頁、大塚(裕)[十河]・前掲注(87)書236頁、松原・前掲注(16)書241頁、井田・前掲注(41)書271頁、島伸一編『たのしい刑法I I各論[第2版]』(弘文堂、2017年)159頁[足立友子執筆]、浅田和茂=井田良編『新基本法コンメンタール 刑法[第2版]』(日本評論社、2017年)551頁[川口浩一執筆]、橋本・前掲注(41)260頁以下、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論[第7版]』(弘文堂、2018年)189頁、207頁、高橋(則)・前掲注(41)書267、311頁等。近時の文献ではないが、同様の説明を行うものとして、岡田庄作『刑法原論 各論[補訂改版第六版]』(明治大学出版部、1919年)578頁以下、宮本・前掲注(69)書342頁など。さらに、大判昭和13・10・4法律新聞4333号17頁も参照。

²⁵⁶ 曾根・前掲注(41)書131頁。松宮・前掲注(105)書194頁も、『財産上の利益』とは、あらゆる財産上の利益(権利取得、債務免除、履行期の延期、所有権移転、労務の提供等)であつて、行為者や他人にその利益を得る正当な理由がないものをいう」と述べている。さらに、関・前掲注(42)書238頁参照。

²⁵⁷ ここでの法律取調委員会は、1906年(明治39年)1月7日に成立した第一次西園寺公望内閣の司法大臣松田正久が、司法省において刑法改正案の調査を行うため、同年6月8日に、貴族院議員、衆議院議員、学者、及び、弁護士の中から24名を選び囑託したものである(内田ほか編・前掲注(253)『刑法(6)』8頁以下)。ここで任命された委員は、都築馨六、古賀廉造、穂積八束、岡田朝太郎、岡松参太郎、勝本勘三郎、中川孝太郎、穂積陳重、富井政章、栗塚省吾、三好退蔵、高木豊三、菊池武夫、一木喜徳郎、鳩山和夫、奥田義人、磯部四郎、村田保、岸本辰雄、江木衷、元田肇、關直彦、山根正次、花井卓蔵である(同9頁)。

²⁵⁸ 岡松参太郎は、当時京都帝国大学法科大学教授で、私法を専門に研究を行っていた人

まず強盗罪の審議の際に、岡松参太郎が「〔明治 39 年草案 260 条²⁵⁹——引用者注〕第二項『前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得』云々ニ修正シタシ」と発言し、花井卓蔵が「賛成」と、松田正久委員長が「採決ス可キトスル者大多数ニテ可決ス」と述べ、修正された²⁶⁰。

さらに、詐欺罪の審議の際にも、岡松が「本條〔明治 39 年草案 271 条²⁶¹——引用者注〕第二項ヲ『財産上不法ノ利益ヲ得』云々ニ修正シタシ」と発言し、各員が「異議ナシ」と述べ、修正された。なお、恐喝罪についてもこの修正が踏襲されている²⁶²。

このように、利益詐欺罪等での「不法ニ財産上ノ利益」から「財産上不法ノ利益」への修正は、岡松参太郎が主導して提案したものであるが、なぜこのような提案を行ったかについてこれまで明らかにされてこなかった。そこで岡松参太郎がどのような理解に立っていたかに立ち返り、そこから修正の理由を考察する必要がある。

3. 修正理由の考察

私法分野の研究者である岡松参太郎は、1901 年（明治 34 年）3 月 18 日に、『刑法ノ私法観——刑法改正案批評』²⁶³という書籍を公刊している。この書籍は、刑法ではなく、私法を専門に研究している岡松が、刑法改正案（明治 34 年草案²⁶⁴）に対して私法的観点から観察

物である（田口正樹「岡松参太郎のヨーロッパ留学」北大法学論集 64 卷 2 号（2013 年）61 頁以下等参照）。

²⁵⁹ 明治 39 年草案（第二編「罪」第三十六章「窃盗及ヒ強盗ノ罪」）260 条は「(1 項) 暴行ヲ用ヒ又ハ現ニ被害者ニ於テ救護ス可キ者ノ生命、身体、自由若クハ財産ニ対シ危害ヲ加ヘント脅迫シテ財物ヲ強取シタル者ハ強盗ノ罪ト為シ二年以上ノ有期徒刑ニ処ス」、(2 項) 前項ノ方法ヲ以テ不法ニ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ」（内田ほか編・前掲注（253）『刑法（6）』146 頁以下・資料 40）と規定されている。

²⁶⁰ 内田ほか編・前掲注（253）『刑法（6）』246 頁以下・資料 62。なお、同 106 頁以下・資料 31 の「刑法取調委員総会議決修正条項（五）」も参照。

²⁶¹ 明治 39 年草案（第二編「罪」第三十六章「詐欺ノ罪」）271 条は「(1 項) 人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス」、(第二項) 前項ノ方法ヲ以テ不法ニ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ」（内田ほか編・前掲注（253）『刑法（6）』147 頁・資料 40）と規定されている。

²⁶² 明治 39 年草案（第二編「罪」第三十六章「詐欺ノ罪」）274 条の恐喝罪は「(1 項) 第二百六十条ニ記載シタル以外ノ脅迫ヲ用ヒテ財物ヲ奪取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス」、(第二項) 前項ノ方法ヲ以テ不法ニ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ」（内田ほか編・前掲注（253）『刑法（6）』148 頁・資料 40）と規定されている。経緯については、ここではまず、勝本勘三郎の提案によって「脅迫ヲ用ヒテ財物ヲ交付シタル」に修正されたのち、磯部四郎によって「第二項ハ前例ニ依リ修正ヲ望ム」との発言があり、修正された（内田ほか編・前掲注（253）『刑法（6）』248 頁・資料 40）。

²⁶³ 岡松参太郎『刑法ノ私法観——刑法改正案批評』（有斐閣書房、1901 年 3 月）。なお、本書以前に、岡松参太郎「刑法改正反対論」明治法学 17 号（1901 年 2 月）40 頁以下、本書以降に岡松参太郎「刑法改正案ノ欠点」明治法学 31 号（1902 年 3 月）28 頁以下があるが、利益詐欺罪に関連する記述は見当たらない。

²⁶⁴ 岡松・前掲注（263）書「自序」などでは明言されていないが、検討内容や公刊時期な

して批評を行うという趣旨のものである²⁶⁵。

岡松は、第二章「用語法ノ観察」第一節「一般ノ用語ニ就キ」第五「『不法ニ』、『故ナク』、『不正ニ』」という表題の下で、まず、犯罪というためには、その行為が違法であること、すなわち「法律ノ許容セサル行為（権利ナキ行為）」であることを要するが、通常、それを要するとは規定されていないということを確認し²⁶⁶、①改正案が「不法ニ」、「故ナク」、「不正ニ」と規定するのは一般論を確認するだけであり、蛇足に過ぎないのか、あるいは、②「不法ニ」、「故ナク」、「不正ニ」の意味は、その行為が違法であるという条件を単に示すだけのものではなく、違法であることを自覚していることを要するという趣旨であるのか（たとえば、「不法ニ財産上ノ利益ヲ得」とは、その利益を得る行為が権利なしに行われていることを要するだけでなく、行為者がその権利がないことを知っていることを要する趣旨か）という問いを提起する²⁶⁷。

岡松は、この問いに対して、「其所謂『不法ニ』『故ナク』『不正ニ』ナル文字カ常ニ或行為ニ繋ルヨリ見レハ其意思ニ関スル条件ニ非ストセルヲ得サルカ如シ。且ツ若之ヲ意思ニ繋ラシムルモノナラハ改正案ノ用語ハ不当ナリ。毫モ其趣旨ヲ認ムルコト能ハサルナリ」と述べたうえで²⁶⁸、「若単ニ違法ナル条件ヲ示スニ過キサルノナラハ改正案起草者モ亦其蛇足タルコトヲ知ル可キカ故ニ此等ノ場合ニ特ニ此等ノ条件ヲ掲クルノ要ナク」としたうえで、結論として「余輩ハ改正案ハ此条件〔違法ナル条件——引用者注〕ヲ挙クルニ依リ一般ノ場合ニ対スル例外タリ、則特ニ違法ナルコトノ自覚ヲ要スルコトヲ示ス趣旨ナリト見ルノ適当ナルヲ信ス」²⁶⁹と述べている。すなわち、岡松は「不法ニ」、「故ナク」、「不正ニ」を主観的意思に関連付けるとすることは用語として疑問であるが、不要な文言になってしまうのにも疑問があるので、結局のところ、この趣旨は行為者がその行為が違法であることを自覚していることを要求する趣旨と解するのが相当であると述べているのであろう。

このような記述を踏まえれば、明治40年草案の利益詐欺罪の文言の修正は、この解釈を条文の文言に反映させるという趣旨のものとして推測されうる²⁷⁰。したがって、「提案者」の趣

どから、1901年（明治34年）2月8日に第15回帝国議会で提出された明治34年草案を検討するものと思われる。なお、同書は、第一章「組織上ノ観察」〔体系や各章の表題など〕、第二章「用語上ノ観察」、第三章「理論上ノ観察」〔没収、違法ノ除去、犯意、財産毀損ノ罪、金銭犯罪、有価証券ニ関スル犯罪、占有侵害ノ犯罪〕という三章構成で検討が行われている。

²⁶⁵ 岡松・前掲注（263）書「自序」2頁参照。

²⁶⁶ 岡松・前掲注（263）書34頁参照。

²⁶⁷ 岡松・前掲注（263）書34頁以下参照。

²⁶⁸ 岡松・前掲注（263）書35頁（旧字体を新字体に改めた）。

²⁶⁹ 岡松・前掲注（263）書36頁（旧字体を新字体に改めた）。

²⁷⁰ ただし、本文で示した岡松の指摘からすれば、むしろ主観的要素（ドイツ刑法典263条1項の詐欺罪の「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」あるいは明治23年草案の詐欺罪の「自己又ハ他人ヲ利スルノ意」）を要求する方が妥当であったのではないかという疑問は残る。

旨に沿う解釈を行うのであれば、利益詐欺罪の「財産上不法の利益を得たこと」にいう「不法」は、手段の不法を意味するのではなく、「行為者が財産上の利益を得る権利を有していないことを自覚していること」及び「行為者に、財産上の利益を得る権利が存在しないこと」を意味すると解することになる。

第三款 小括

本節では、第一款で、明治23年草案の詐欺罪の構成要件的结果としての「不正ノ利益ヲ得タル」の意義を検討した。ここでは、明治23年草案の詐欺罪は旧刑法典の詐欺取財罪やボワソナードが主導的に関与した諸草案とは異質な立法形式がとられていることを明らかにし、その淵源がどこにあるのかを探究した。この検討によって、明治23年草案の詐欺罪は、旧刑法典の詐欺取財罪（とくに、証書類を取得客体とする詐欺取財罪）の延長線上に位置付けられるとされてきた先行研究の到達点に異議を唱えた。次いで、明治18年ボワソナードの改正案の注釈書やルードルフの意見書、さらに明治23年の規定形式などを踏まえて、明治23年草案の詐欺罪は旧刑法典の詐欺取財罪の延長線ではなく、詐欺罪の構成要件的结果の不十分性を解消するために、ドイツ帝国刑法典263条1項を参照して包括化を図ったものではないかという考察を行った。そして、これらの検討から、明治23年草案の詐欺罪の淵源はドイツ帝国刑法典263条1項にあるといえ、「不正ノ利益ヲ得タル」は、行為者側からみた構成要件的结果を意味するものであり、被害者側に生じる「財産損害」とは表裏の関係にあるという帰結に至った。

第二款では、明治40年草案の利益詐欺罪の「財産上不法ノ利益ヲ得タル」にいう「不法」の意義について検討した。ここでは、明治40年草案の利益詐欺罪で「不法ニ財産上ノ利益ヲ得タル」から「財産上不法ノ利益ヲ得タル」への文言の修正は、私法を専門とする学者である岡松参太郎の提案によるものであり、この修正の趣旨は単なる手段の不法を指すという趣旨によるものではなく、「行為者が財産上の利益を得る権利を有していないことを自覚していること」及び「行為者に、財産上の利益を得る権利が存在しないこと」を要求する趣旨であったという帰結を導き出した。

この点に関して、岡松・前掲注(263)書41頁(第二章「用語法ノ観察」第一節「一般ノ用語ニ就キ」第六「不実、虚偽、詐欺」の箇所)が、民法上の詐欺概念との比較の際に、「刑法上ノ詐欺取財則第二百八十一条ノ犯罪ニハ利益ヲ得ル目的(Gewinnabsicht)アルヲ要スルコト通説ナリト雖モ民法上ノ詐欺ニハ之ヲ要セス」と述べていたことが影響したと思われる。もっとも、この認識が適切なものであったかについては疑問が残る。なぜなら、当時通用していたのは、目的要件が規定されていない旧刑法典の詐欺取財罪であり、この時期に利得意思を要求していたのは、江木(衷)・前掲注(245)『増補各論』389頁や明治23年草案の詐欺罪の規定など一部の見解や草案に過ぎなかったからである。

第四節 詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組に関する試論

1. 財物詐欺罪と利益詐欺罪の関係性の再考

本稿第一章第三節第二款3で触れたように、わが国の通説は、財物詐欺罪が基本類型であり、利益詐欺罪はその拡張類型であるという前提の下で、財物詐欺罪の解釈を利益詐欺罪の解釈に転用すべきであると主張してきた²⁷¹。この見解によると、「財産上不法の利益取得」は、財物のように「有体物性」（あるいは「管理可能性」）による限定がないので、非常に広汎な概念となってしまい、利益詐欺罪の射程が過度に広がってしまうという問題が生じる²⁷²。このような問題は、学説においてかねてより意識されてきた²⁷³。そして、近時の高等裁判所判例²⁷⁴を契機に関心が高まっており、二項犯罪の射程を限定する必要性があるということは学説上共有されているといえる²⁷⁵。しかし、「財物騙取」と「財産上不法の利益取得」

²⁷¹ このことを端的に示しているのが、同所で引用した平野・前掲注（54）書218頁である。

²⁷² ボワソナードが明治18年の改正案で取得客体の不十分性を認識しつつも、明治23年草案の詐欺罪のように取得客体を「不正ノ利益」と包括化することに乗り出さなかったのは（本章第三節第一款第三項1参照）、まさにこのような問題を避けることに狙いがあったものと思われる。

²⁷³ たとえば、法典質疑會編『続法典質疑録』（法政大学蔵版、1911年）〔本稿では、復刻版として、多々納瀧蔵編『続法典質疑録（憲法・行政法・刑法・民法・民事訴訟法・破産法・刑事訴訟法・国際公法・国際私法）日本立法資料全集別巻26』（信山社、1993年）を参照した〕101頁では、「財物ヲ騙取セント欲シテ人ヲ欺罔シ之ト財物交付ノ契約ヲ為シタルトキハ詐欺罪ノ未遂ヲ以テ論ス可キカ既遂ヲ以テ論ス可キヤ」という質問がなされていた。もっとも、解答者である牧野英一は、同101頁以下で「若シ同項〔現行刑法典246条2項——引用者注〕ノ規定ヲ以テ現実的利益ニノミ関スルモノナリトセハ本問ノ場合同条第一項ノ犯罪未完了ヲ以テ論セサル可カラサルヤ疑ナシト雖モ所謂『財産上ノ利益』ナル語果シテ現実的利益ニ限ラサル可カラサルヤハ決シテ単純明白ナル問題ニ非サルナル。余輩ハ寧ロ利益ナル語ヲ解シテ広ク現実上ノ利益ト法律上ノ利益トヲ包含スルモノト解（ス）」と答え、利益詐欺罪の既遂を肯定している。これに対して、金銭交付の約束の独立性がないという観点から、交付の契約時点での利益詐欺罪の成立を限定する立場として、宮本・前掲注（69）書369頁、伊東・前掲注（41）書190頁、中森・前掲注（74）書171頁等。取得の終局的目的あるいは取得の本来の目的という観点から限定する試みとして、島田武夫『刑法概論（各論）』（有斐閣、1934年）245頁以下、松原・前掲注（16）書172頁、橋本・前掲注（41）書263頁、高橋（則）・前掲注（41）書311頁等。

²⁷⁴ 東京高判平成21年11月16日判時2103号158頁参照。この判決では、キャッシュカード窃取後に、脅迫を用いて暗証番号を聞き出した段階で、利益強盗罪（236条2項）を認めている。

²⁷⁵ たとえば、刑事法ジャーナル49号（2016年）4頁以下の「財産的『利益』の刑法的保護」という特集の下で寄稿されている論稿（照沼亮介「財産的『利益』の刑法法的保護——特集の趣旨——」同4頁以下、田山・前掲注（63）「利益」同15頁以下、足立友子「刑法が保護する『利益』の範囲とは——強盗利得罪をめぐる東京高裁平成21年11月16日判決を手がかりに——」23頁以下、佐藤結美「財産上の利益と他の無形的利益の区別」同31頁以下）は、前掲・東京高判平成21・11・16を契機にして、「財産上の利益」の無体性、射程の不明瞭性に懸念を示し、解釈による限定を模索するものである。

の関係性を通説のように解する場合には、処罰範囲を限定するという目的論的解釈、すなわち拡張類型とされる利益詐欺罪について基本類型である財物詐欺罪の解釈論から限定するということを導かざるを得なくなり、拡張類型である利益詐欺罪の限界線があいまいになるおそれがある²⁷⁶。

本稿では、このような通説のアプローチに対して、利益詐欺罪と財物詐欺罪の関係性を再考すること、すなわち利益詐欺罪が詐欺罪の原則類型であり、財物詐欺罪は「財物性」（有体物性）が備わった「財産上不法の利益取得」を意味する場合の規定にすぎないと解することによって²⁷⁷、詐欺罪の中核である利益詐欺罪の射程を正面から検討すべきであると主張する²⁷⁸²⁷⁹。

このような主張は、旧刑法典の詐欺取財罪の構成要件的结果の不十分性の指摘（ボワソナードやルードルフの指摘）を受けて登場したのが明治 23 年草案の「不正ノ利益ヲ得タル」という構成要件的结果を伴う詐欺罪であったということによって裏付けることが可能である。明治 23 年草案の詐欺罪は財物を取得客体とする詐欺罪の規定を置いていないが、詐欺罪の沿革からすれば、旧刑法典の 390 条（詐欺取財罪）も当然射程内に含むものであった（本章第三節第一款第二項の明治 23 年草案の説明書など参照）。明治 23 年草案の詐欺罪のこのような射程は、それを継承しているとされる明治 28 年草案以降の利益詐欺罪、ひいては現行刑法典の利益詐欺罪にも及ぶと考えるのが妥当であろう²⁸⁰。このような理解からは、

²⁷⁶ 「情報の非移転性」から、情報を「財産上の利益」に含めることに消極的である見解として、山口・前掲注（24）書 247 頁など。その他に、二項犯罪の「財産上の利益」に、「金銭的評価の可能な（明確な財産価値のある）情報」（インターネットバンキングの ID やパスワードなど）を含めると主張するが、移転性の要件の充足を否定し、二項犯罪の成立を限定する見解として、田山・前掲注（63）「利益」22 頁。これらの見解とは異なり、インターネットバンキングの ID やパスワードを「財産上の利益」に含め、二項犯罪の成立可能性を認める見解として、足立（友）・前掲注（275）論文 29 頁以下。

²⁷⁷ 野澤充「窃盗罪における『財産損害』？——『相当額の対価』が存在する事例に関連して——」立命館法学 375 号=376 号（2018 年）277 頁。なお、同 283 頁注 54 は、本稿と同旨の立場から、「詐欺罪・恐喝罪の 1 項の規定は『無くてもよかったが、存在することにより財物が客体になりうることを明確にした』役割（注意規定）があったものと考えられる」と述べている。もっとも、一項犯罪（財物強盗罪、財物詐欺罪、財物恐喝罪）を規定することは、盗品等関与罪（刑法 256 条）の射程との関係で、一定の意義が認められると思われる（野澤も、同 276 頁で不動産を客体とする二項強盗罪がありうるという見解を検討する際に、赃物罪〔盗品等関与罪〕との関係に触れているので、これを否定する趣旨ではないであろう）。

²⁷⁸ 「財物」と「財産上不法の利益」の関係性について、松宮・前掲注（105）書 194 頁、小田泰三『詐欺罪解説』（小田泰三、1934 年）16 頁参照。

²⁷⁹ このような解釈が、詐欺罪と同様に、2 項で「前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。」と規定する強盗罪と恐喝罪にも妥当するかは別途検討する必要がある（この点について、一つの考え得る立場を示すものとして、野澤・前掲注（277）論文 283 頁以下参照）。

²⁸⁰ 第 23 回帝国議会に提出された明治 40 年草案の理由書では「……本案ニ於テハ第一項

財物を取得客体とする場合には、理論レベルでは利益詐欺罪の対象になりうるが、財物詐欺罪の規定が存在することから適用レベルでは財物詐欺罪が問題にされると解することになる。

2. 詐欺罪における「財産損害」と「財物騙取／財産上不法の利益取得」の対応性

本稿の財物詐欺罪と利益詐欺罪の関係性の理解（利益詐欺罪が詐欺罪の原則類型であるということ）からすると、利益詐欺罪の構成要件的结果である「財産上不法の利益を得たこと（財産上不法の利益取得）」の解釈が、財物詐欺罪の「財物を交付させたこと（財物騙取）」にも用いられる。

そして、現行刑法典の利益詐欺罪の構成要件的结果である「財産上不法の利益を得たこと」は、その原型である明治23年草案の詐欺罪の構成要件的结果の「不正ノ利益ヲ得タル」と同様の意義を持った規定であり、本章第三節第一款第三項3(3)で述べたことが、現行刑法典の「財産上不法の利益を得たこと」にも妥当することになる。すなわち、「財産上不法の利益を得たこと」及び「財物を交付させたこと」は、行為者の側からみた構成要件的结果を意味するのであり、被害者の側からみた「財産損害」と同じ事象を別の視点からとらえた表現であるということがここでも妥当するのである。

したがって、本稿の法制史的検討からは、わが国の詐欺罪の構成要件的结果である「財物騙取」及び「財産上不法の利益取得」は、ドイツ刑法典263条1項の詐欺罪の構成要件的结果である「財産損害」に対応する概念であり、両者は実質的に共通の基盤を持った規定であるということが導き出される。

3. 詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組

さらに、利益詐欺罪が詐欺罪の原則類型であるという本稿の理解からは、明治40年草案の利益詐欺罪において、「不法ニ財産上ノ利益ヲ得タル」から「財産上不法ノ利益ヲ得タル」に文言が修正されたことの意義が財物詐欺罪の解釈にも及ぶことになる。すなわち、明治40

ヲ以テ財物ニ関スル規定ヲ設ケ第二項ニ於テハ其他ノ財産上ノ利益ニ関スル規定ヲ設ケタリ其理由ハ強盜ニ付キ述ベタルトコロト同シ……」（傍点は引用者によるものである）と述べている。明治33年草案の理由書（内田ほか編・前掲注（213）『刑法（2）』583頁）、明治34年の草案の刑法改正参考書（内田文昭ほか編『刑法（3）－I〔明治40年〕日本立法資料全集22』（信山社、1994年）〔以下では、内田ほか編『刑法（3）I』と示す〕154頁）、明治35年草案の理由書（内田文昭ほか編『刑法（4）〔明治40年〕日本立法資料全集24』（信山社、1995年）〔以下では、内田ほか編・「刑法（4）」と示す〕148頁）でも同様の記述が存在する。さらに、類似の記述として、田中・前掲注（175）書1339頁、江木衷監修／日本法学会編『理論應用日本刑法通義』（日本法学会、1916年）311頁以下（なお、執筆者は明示されていない）が挙げられる。これらの記述は、「財物」が「財産上の利益」に含まれるということを示唆するものといえる（この点に関して、本稿注（64）も参照のこと）。

年草案で「提案者」の修正趣旨に基づき、現行刑法典の利益詐欺罪の「財産上不法の利益を得たこと」における「不法」は、①「行為者が財産を得ることについて権利がないことを自覚していること」、②「行為者に、財産を得ることについての権利が存在しないこと」を意味し、この理解が「財物を交付させたこと」にも及ぶということである²⁸¹。もっとも、①は故意又は主観的要素の問題と思われるので、詐欺罪の構成要件的结果の意義を明らかにするという本稿の検討対象からは、さしあたり、はずれることになろう。

以上によれば、詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組として、④行為者が「財物／財産上の利益」を得たこと、⑤行為者が「財物を得たこと／財産上の利益を得たこと」が「不法」であること、すなわち、当該財物、又は当該財産上の利益を得る権利が行為者に存在しないことが示される²⁸²。そして、⑤の判断の際に、被害者側の観点（すなわち「財産損害」）を踏まえて「不法」性が判断されることになる。換言すれば、この⑤の観点は、財物又は財産上の利益の喪失を超えた「実質的損害」を検討する枠組なのである²⁸³。

ここで示した詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組は、わが国の詐欺罪の法制史的検討から導いた試論にすぎない。そこで、第三章では、この判断枠組の前提に置いている「詐欺罪における『財産損害』と『財物騙取／財産上不法の利益取得』の対応性」が、ドイツの詐欺罪の歴史的展開からも導けるのかを検証するために、ドイツの詐欺罪の法制史的検討を行う。

²⁸¹ 246条1項の現在の文言である「財物を交付させた」という文言は、一見すると事実的な構成要件的结果のみを意味するように読めるが、「財物ヲ騙取シタル」という現行刑法制定当時の文言は一定の規範的評価（利益詐欺罪の「財産上不法の利益を得たこと」と同趣旨の「不法」性）を含んでいると解することは可能であろう。

²⁸² 本稿の詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組に近い立場として、曾根・前掲注（41）書144頁。曾根は、構成要件該当性判断の段階では、「形式的意味での個別的損害」を判断するにすぎないが、違法性の判断の段階で、対価の支払いなどの事実も考慮して「実質的な損害」が発生しているかを判断する。もっとも、本稿は、ここでの「不法」を、違法性の段階ではなく、構成要件該当性の段階で検討すべきと考えており、その限りで曾根の立場とは異なっている。

さらに、類似の立場として、財産損害の認定方法に関し第一段階で「形式的損害」を、第二段階で「実質的損害」を判断することを主張する、田山・前掲注（137）「客体」16頁以下（特に25頁）。ただし、本稿の立場からすると、詐欺罪の法制史的検討を踏まえて詐欺罪の規定を読み直すことによってこの判断枠組が導かれるのであり、同23頁以下のように、「経済的意味における財産損害」という発想を前提にはじめて導かれるものではない。

²⁸³ 品田・前掲注（84）論文188頁注78は、詐欺罪の実質的損害を、「財産上不法の利益」における「不法」に読む込む可能性を示唆する。さらに、松宮・前掲注（11）「詐欺と治安法」390頁注56及び381頁も参照。

第三章 ドイツの詐欺罪の法制史的検討

第一節 本章の課題及び検討順序

詐欺罪に関するわが国の先行研究において、かねてからドイツの詐欺罪の歴史的展開を明らかにする必要性があることは意識されてきたが²⁸⁴、わが国の詐欺罪がフランス刑法典の詐欺罪（又はフランス刑法典の詐欺罪の立場を重視するボワソナードの立場）の影響を強く受けて成立したと理解されてきたこともあり、これまで十分な検討がされてこなかった²⁸⁵²⁸⁶。

これに対して、本章では、わが国の詐欺罪（とりわけ利益詐欺罪）の淵源がドイツ帝国刑法典 263 条 1 項にあるという分析などを基にして導き出した、詐欺罪における「財産損害」と「財物騙取／財産上不法の利益取得」の対応性に関する試論（さらには、わが国の詐欺罪の構成要件の結果である「財物騙取／財産上不法の利益取得」とドイツの詐欺罪の構成要件の結果である「財産損害」が実質的に共通の基盤を持った規定であるという試論）を検証するために、ドイツにおける詐欺罪の法制史的検討を行うものである²⁸⁷。

²⁸⁴ 平場・前掲注（69）書 189 頁参照。

²⁸⁵ わが国の詐欺罪の先行研究において、ドイツの詐欺罪の沿革を扱う重要文献として、足立（友）・前掲注（26）『保護法益』22 頁以下。ただし、同書 22 頁以下は、ローマ法、ゲルマン法、ドイツ普通法における詐欺罪の萌芽的犯罪類型、並びに、初期領邦刑法典及びプロイセン刑法典における虚偽的行為又は詐欺罪の発展過程の概略を示すにとどまっている。なぜなら、足立が、ドイツの詐欺罪の法制史的検討を行っているのは、詐欺罪における「欺罔」の重要性を強調すること（同書 21 頁以下参照）を狙いにしているからである。

その他に、ドイツの詐欺罪の歴史的沿革について触れるものとして、谷口正孝＝中平健吉「詐欺罪の成立と財産上の損害（一）」法曹時報 6 卷 2 号（1954 年）27 頁以下、浅田・前掲注（24）論文 312 頁以下、木村（光）・前掲注（154）書 313 頁以下、中村勉「19 世紀におけるドイツ刑法の『詐欺概念』の史的変遷——エドガー・ブッシュマン「19 世紀における詐欺概念の発展」に関する論文を中心に——（一）～（二）」帝京法学 17 卷 2 号（1990 年）91 頁以下、同 18 卷 1 号（1991 年）137 頁以下、〔以下では、中村（勉）「詐欺概念の史的変遷（一）」「同（二）」と示す〕、中村（勉）・前掲注（154）「詐欺概念の史的変遷（三）」153 頁以下、内田・前掲注（154）書 238 頁以下、長井圓「消費者取引と詐欺罪の法益保護機能」刑法雑誌 34 卷 2 号（1995 年）136 頁以下、設楽＝淵脇・前掲注（74）論文 159 頁以下（特に 160 頁～162 頁）など参照。

²⁸⁶ 文書偽造罪の先行研究の中で詐欺罪の歴史的沿革との関係で重要な文献として、今井猛嘉「文書偽造罪の一考察（一）」法学協会雑誌 112 卷 1 号（1995 年）1 頁以下、成瀬幸典「文書偽造罪の史的考察（一）」法学（東北大学）60 卷 1 号（1996 年）123 頁以下〔以下では、成瀬「文書偽造罪の史的考察（一）」と示す〕、成瀬幸典「名義人の承諾と文書偽造罪（三）～（五）」法学（東北大学）69 卷 5 号（2005 年）33 頁以下、同 71 卷 1 号（2007 年）1 頁以下、同 73 卷 2 号（2009 年）1 頁以下〔以下では、成瀬「名義人の承諾（三）」「同（四）」「同（五）」と示す〕。

²⁸⁷ ドイツの詐欺罪の研究において、詐欺罪の歴史的展開を詳細に扱うものとして、*Sigrid Susanne Schütz, Die Entwicklung des Betrugsbegriffs in der Strafgesetzgebung vom Codex Juris Bavarici criminalis (1751) bis zum Preußischen Strafgesetzbuch (1851), München 1988, S.1 ff.*

本章では、このような課題を念頭に置いて、まず第二節で、詐欺罪という犯罪類型が生じる以前の前史を概観した上で（第一款）、詐欺罪が一つの犯罪類型として意識され始めた、初期領邦刑法典における虚偽的行為及び詐欺の諸立法を検討し（第二款）、さらに19世紀前半の領邦国家刑法典における詐欺罪の諸立法を検討する（第三款）。

次いで、第三節では、当時の領邦国家刑法典では詐欺罪に関して多様な規定形式が存在していたにもかかわらず、プロイセン刑法典がなぜ詐欺罪の構成要件の結果として「財産損害」（及び、主観的要素として「利得意思」）のみを要求したのかを明らかにするために、プロイセン刑法典の詐欺罪の制定過程を検討する。ここでは、プロイセン一般ラント法、及び、プロイセン刑法典の諸草案における詐欺罪の変遷をみていく。

さらに、第四節では、このようなプロイセン刑法典の詐欺罪の立場が現行刑法典に継承された過程を確認するために、北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪の制定過程を検討する。

以上を踏まえて、第五節では、前章及び本章で行ってきた詐欺罪の法制史的検討の総括を行う。

第二節 領邦刑法典における詐欺罪の法制史的検討

第一款 前史

本款では、初期領邦刑法典における虚偽的行為、及び、19世紀前半の領邦刑法典における詐欺罪を検討するに先立って、ローマ法及びドイツ普通法における詐欺罪の萌芽的犯罪類型を検討する。もともと、わが国の詐欺罪及び文書偽造罪の先行研究によって、前史の大

その他ドイツの詐欺罪研究において、詐欺罪の歴史的沿革について触れるものとして、Vgl. *Merkel*, a.a.O.(Fn.37), S.1 ff.; *Buschmann*, a.a.O. (Fn.154), S.48 ff. [なお、本書の翻訳として、中村(勉)・前掲注(285)「詐欺概念の史的変遷(一)」「同(二)」, 前掲注(154)「同(三)」があるが、この論文は翻訳部分と中村の評価部分が截然と区別されていないため、本章で参照する場合は、基本的には、ブウシュマンの原著のみを摘示する]; *Wolfgang Naucke*, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Berlin 1964, S.62 ff.; *Manfred Ellmer*, *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin 1986, S.54 ff.; *Ellen Schülchter*, *Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens beim Betrug. Ärgeris oder Rechtsstaatsforderis?*, in: Norbert Brieskorn u.a. (Hrsg.), *Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn/München/Wien/Zürich 1994, S. 573 ff.; *Joachim Vogel*, *Legitimationsprobleme beim Betrug. Eine entstehungszeitliche Analyse*, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), *Strafrechtssystem und Betrug*, Helbolzheim 2002, S.89 ff.; *Urs Kindhäuser*, *Zur Vermögensverschiebung beim Betrug*, in: Gunter Widmaier u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Hans Dahs*, Köln 2005, S.67 ff.; *Kathrin Hanisch*, *Die ignorantia facti im Betrugstatbestand*, Hamburg, 2007, S.109 ff.; *Klaus Tiedemann*, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte u.a. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9. Band 1. Teilband (§§263 bis 266b) 12. Aufl., Berlin/Boston 2012, S.16 ff., Vor §263 Rn.12 ff. [以下では、同書を、LK¹²-Tiedemann と示す。]; *Andrés Schlack*, *Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt. Untersuchungen zur Absicht rechtswidriger Bereicherung beim Betrugstatbestand*, Baden-Baden 2017, S.36 ff.

部分はすでに明らかにされているので、本款では基本的にはこれらの先行研究に依拠して概観するにとどめる。

第一項 ローマ法

第一に、先行研究によって、ドイツの詐欺罪は、英米法の詐欺罪の発展過程（英米法の詐欺罪は、コモン・ロー上の盗罪に相当する *larceny* [及び、公共の取引に対する犯罪としての *cheat*] に由来する犯罪であるということ）²⁸⁸のように、盗罪（*furtum*）²⁸⁹から派生した犯罪ではなく、偽罪（*falsum*），及び、卑劣罪（*stellionatus*）に由来する犯罪であるということが

²⁸⁸ 正田満三郎『米国における刑事実体法（特に各則）の研究——財産罪を中心として——』司法研究報告書2輯9号（1951年）32頁以下，130頁以下，J. ホール（大野真義訳）『窃盗・法および社会』（有斐閣，1977年）18頁以下（詐欺との関係では57頁以下）〔同書の原書として，*Jerome Hall, Theft, law and society*, 2nd Edition, 1952〕，木村（光）・前掲注（154）書98頁以下，木村光江『詐欺罪の研究』（東京都立大学出版会，2000年）66頁以下，木村光江「イギリス2006年詐欺罪法と詐欺処罰の限界」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [下巻]』（成文堂，2014年）219頁以下など参照。

²⁸⁹ „furtum“ は，紀元前2世紀及び3世紀ころの古代ローマの法務官勅令に基づくものであり現在の窃盗罪よりも広い概念であった（Vgl. *Schütz, a.a.O.(Fn.287), S.1*）。たとえば，学説彙纂第47巻第2章第1の3（*Dig.47. 2. 1. 3.*）では，「盗罪は，欺瞞的な（*fraudulosa*），利益を得るためにおこなわれた物の取得，たとえば物自体，物の使用権，又はさらに物の占有の取得である。そしてそれは自然法によって実行することが禁じられている。」（江南義之『学説彙纂』の日本語への翻訳Ⅱ』（信山社，1992年）725頁以下，*Karl Ediard Otto/Bruno Schilling/Karl Friedrich Ferdinand Sintenis, Das Corpus Iuris Civilis (Romani), Band 4 (Pandekten Buch 39-50), Leipzig 1832 [Neudruck: Aalen 1984], S.815* 及び，*Tonio Walter, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, Heidelberg 1999, S.11* を参照しつつ訳出した）と規定されている。

ただし，盗罪がすべての欺罔的行為を対象にしていなかったことに留意する必要がある。学説彙纂第47巻第2章第43の3（*Dig.47. 2. 43. 3.*）では，「ある者が自己の人格に関して偽った（*mentitus*）わけではなく，その言葉にのみ欺瞞（*fraudem*）が用いられている場合には，盗罪というよりも，むしろ欺罔（*fallax*）である。たとえば，この者が自身は富裕であると偽った場合，あるいは，自身は受領したものを商品に支出しようとしていると，適当な保障人を設定しようとしていると，あるいは金銭を速やかに弁済すると述べた場合である。なぜなら，これらの諸事例すべてにおいて，盗みというよりもむしろ騙し（*decepti*）であるからである。それゆえに，この者は盗罪で拘束されない。しかし，悪意で行われたのであるから，別の方法でこの者に対する訴訟がなされなければ，悪意についての訴えが提起されるであろう。」と規定されている。なお，江南・前掲書743頁以下，*Otto/Schilling/Sintenis, a.a.O., S.832 f.; Walter, a.a.O., S.11* を参照しつつ訳出した。

なお，学説彙纂については，Vgl. *Corpus iuris civilis : codicibus veteribus manuscriptis et optimis quibusque editionibus collatis, Göttingen [Göttingen] 1776-1797* [福岡大学図書館ローマ法大全ファイル <http://ims.lib.fukuoka-u.ac.jp/cgi-bin/europe/index.cgi>]。

明らかにされている²⁹⁰²⁹¹。

偽罪とは、紀元前 80 年頃の「遺言と貨幣に関するコルネーリウス法 (lex Cornelia testamentaria nummaria)」において定められた犯罪類型である。偽罪に関する一般的定義は存在せず²⁹²、この適用領域が「偽造に関するコルネーリウス法 (lex Cornelia de falsis)」²⁹³によって拡張されることによって、公文書及び私文書の偽造、裁判官の買収、訴訟詐欺、偽名を名乗る行為、新生児のすり替え、職権濫用、度衡量の偽造など²⁹⁴も把握するに至った。このような拡張された偽罪が、「準偽罪 (quasi falsum)」と呼称されたようである。

卑劣罪²⁹⁵は、西暦 200 年頃に「補充犯罪 (crimen extraordinaria)」として現れた法形象である²⁹⁶。学説彙纂第 47 卷第 20 章第 3 の 1 では、「卑劣罪は、別の犯罪の責任が存在しないよ

²⁹⁰ 今井・前掲注 (286) 論文 12 頁以下、成瀬・前掲注 (286) 「文書偽造罪の史的変遷 (一)」128 頁以下、木村 (光)・前掲注 (154) 書 313 頁、設楽=淵脇・前掲注 (74) 論文 160 頁以下、足立 (友)・前掲注 (26) 『保護法益』23 頁以下。

²⁹¹ これら以外の詐欺罪の萌芽的犯罪類型として、紀元前 451 年の十二表法における庇護者による欺瞞 (fraus patroni)、偽証、裁判手続における買収などが存在した。Vgl. *Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, Scientia Verlag, Leipzig 1899 [2. Neudruck: Aalen 1990], S.668; Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.1 ff.* なお、これらの規定の日本語訳として、佐藤篤士『改訂 LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳および解説』(早稲田比較法研究所, 1993 年) 184 頁以下, 189 頁以下, 196 頁以下を参照のこと。

²⁹² *Buschmann, a.a.O. (Fn.154), S.2.*

²⁹³ 偽造に関するコルネーリウス法に関して、学説彙纂第 48 卷第 10 章 (Dig. 48. 10) にまとめられている。

²⁹⁴ 今井・前掲注 (286) 論文 13 頁、足立 (友)・前掲注 (26) 『保護法益』24 頁注 7 参照。Vgl. auch *Mommsen, a.a.O. (Fn.291), S.669 ff.; Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.1 ff.; Buschmann, a.a.O. (Fn.154), S.2.*

²⁹⁵ „stellionatus“ の定訳はまだ存在しない。①「欺罔罪」と訳出するものとして、足立 (友)・前掲注 (26) 『保護法益』23 頁、設楽=淵脇・前掲注 (74) 論文 160 頁、②「詐欺的行為」と訳出するものとして、フォン・リスト (岡田朝太郎校閲/我孫子勝=乾政彦共釋) 『獨逸刑法論 各論』(早稲田大学出版部, 1908 年) 371 頁、③言語又はカタカナ表記を用いるものとして、谷口=中平・前掲注 (285) 論文 29 頁、成瀬・前掲注 (286) 「文書偽造罪の史的考察 (一)」129 頁、中村 (勉)・前掲注 (285) 「詐欺概念の史的変遷 (一)」97 頁、④「卑劣罪」又は「卑劣行為」と訳すものとして、柴田光蔵=西村重雄「学説彙纂第四十八卷 (2)」法学論叢 87 卷 5 号 (1970 年) 9 頁 [ただし、この文献は学説彙纂四十八卷を訳すための準備作業として、学説彙纂全五十巻の目次部分を訳出したものにすぎず、現段階では同巻の翻訳は見当たらない]、浅田・前掲注 (24) 論文 312 頁、⑤「不都合な事態」と訳出するものとして、リューピング (川端博=曾根威彦訳) 『ドイツ刑法史綱要』(成文堂, 1984 年) 50 頁。

本稿では、*Mommsen, a.a.O.(Fn.291), S.680* が、„stellionatus“ を「卑劣行為 (Schufterei)」と示していること、及び、„stellio“ の語義 (たとえば、この点に関して、成瀬・前掲注 (286) 「文書偽造罪の史的考察 (一)」132 頁注 9 が、「ステリオナートゥスという名称は、ステリオ (stellio) と呼ばれるまだらなトカゲに由来し、当時、陰険で卑劣な人の別称として用いられていたようである」と指摘していること) から、④「卑劣罪」という訳語を用いる。

²⁹⁶ Vgl. *Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.3.*

うなことを奸計的な態様で実行したことに對して、責任追及することができる。すなわち民事訴訟の下で悪意を理由とする訴えが、犯罪の下では卑劣罪の訴追である。」²⁹⁷と記述されている。このような法形象が生じた背景には、取引の増大等で、盗罪、偽罪、準偽罪では対応できない事象が増え、さらに民事法的な規制である悪意訴権 (actio de dolo)²⁹⁸でも十分に処理し得ない欺瞞的行為が生じはじめたことがあったようである²⁹⁹。

第二に、ローマ法はその後一時影響力を失うが、11世紀のローマ法 (学説彙纂) の再発見、さらにイタリアの注釈学派によるローマ法の継承を経て、これらの偽罪及び卑劣罪が継受されたということも明らかにされている³⁰⁰。この点に関して、イタリアの注釈学派が、偽造犯罪を「真実の改変」と捉えた上で、成立範囲を限定するために、「行為者の悪意」、「他人の損害」を要求していたということも重要である³⁰¹。

第二項 ドイツ普通法

第一に、先行研究によつて、神聖ローマ帝国の統一刑事法典³⁰²である1532年カロリーナ刑事裁判令 (Constitutio Criminalis Carolina)³⁰³では、詐欺に相当する規定はまだ現れておら

²⁹⁷ Dig. 47. 20. 3. 1. 訳出に際して、Otto/Schilling/Sintenis, a.a.O. (Fn.289), S.914;Walter, a.a.O. (Fn.289), S.13を参照した。なお、江南・前掲注(289)書は、学説彙纂第47巻を全て訳しているわけではなく、卑劣罪に相当するものは訳出されていない。

²⁹⁸ ローマ法の悪意訴権も、補充的な訴権であり(原田慶吉『ローマ法〔改訂〕』(有斐閣, 1955年)232頁参照)、売買において売主が買主に物の瑕疵を欺いた場合には売買上の訴権が適用されるので、悪意訴権の具体的な適用例は、被相続人の債権者が相続人を欺き、負債が上回る相続財産の相続を同意させる場合などに限定されていたようである(吉原達也編「千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』(4)」広島法学33巻2号(2009年)190頁〔なお、この資料は、大正時代に京都帝国大学法科大学にて行われていた千賀鶴太郎博士の羅馬法講義の口述筆記録を活字化したものである〕参照)があげられている。その他に、ローマ法上のdolusの意義及び効果については、岩本尚禧「民事詐欺の違法性と責任(2)」北大法学63巻4号(2012年)160頁以下を参照のこと。

²⁹⁹ Vgl. Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.3.

³⁰⁰ 今井・前掲注(286)論文12頁、足立(友)・前掲注(26)『保護法益』25頁。

³⁰¹ 今井・前掲注(286)論文14頁、足立(友)・前掲注(26)『保護法益』25頁。さらに、成瀬・前掲注(286)「文書偽造罪の史的変遷(一)」128頁以下も参照。

³⁰² カロリーナ刑事裁判令は、各領邦で刑罰に関する規定がある場合(領邦における条令、刑事裁判令なども含む)にはそちらを優先するとされていたが、刑事法典の編纂は18世紀以降に有力な領邦でなされはじめたにすぎず、神聖ローマ帝国全体においてカロリーナ刑事裁判令の影響力は非常に大きかったといえる(高橋直人「意思の自由と裁判官の恣意——ドイツ近代刑法成立史の再検討のために——」立命館法学307号(2006年)35頁以下参照)。

³⁰³ カロリーナ刑事裁判令は、1507年にシュバルツェンベルク(Johann von Schwarzenberg, 1463~1528)によつて作成されたバンベルク刑事裁判令(Constitutio Criminalis Bambergensis; Bambergische Peinliche Halsgerichtsordnung)の影響下で制定された刑事裁判令である。

ず、虚偽的行為に関する犯罪がカズイスティックに規定されていたこと³⁰⁴が明らかにされている³⁰⁵。たとえば、偽証等（107条）、通貨偽造等（111条）、文書等の偽造（112条）、度量衡の偽造等（113条）、境界の移動等（114条）が規定されていた³⁰⁶。その他に財産犯との関連では、強盗（126条）、窃盗（157条～174条）も規定されていた。

第二に、カロリーナ刑事裁判令がカズイスティックな規定であったことから、普通法の実務は処罰の間隙を埋めるために、前述したローマ法の偽罪及び卑劣罪を補充的に用いていたということも明らかにされている³⁰⁷。この点に関連して、カルプツォフ（*Benedict Carpzov*, 1595~1666）³⁰⁸が、イタリアの注釈学派の解釈にならって、偽造犯罪（*crimen falsi*）を「別の先見的な事実によって故意的に真実を変更すること（*dolosam veritatis immutationem, in alterius praejudicium factam*）」と定義し³⁰⁹、卑劣罪も偽造犯罪の中におおよそ位置付け、補充的犯罪（*Aushilfsverbrechen*）として位置付けていたことが重要であった³¹⁰。卑劣罪の射程が不明瞭であることもあって、普通法の実務は恣意的に運用されたようである³¹¹。

その他に、先行研究では言及されてはいないが、ここでは、神聖ローマ帝国の法制において、„Betrug“ という用語が用いられたのは、帝国ポリツァイ条令（*Reichspolizeiordnung*³¹²）

³⁰⁴ これ以前のゲルマン法の法書（ザクセンシュピーゲルなど）でも、虚偽的行為に関するカズイスティックな記述がみられる（久保正幡＝石川武＝直居淳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』（1977年、創文社）参照）。たとえば、不正な度量衡、偽の品物を売却すること、宣誓の約定に反する場合、貨幣偽造、渡橋税・渡水税の騙取など。

³⁰⁵ 今井・前掲注（286）論文21頁、成瀬・前掲注（286）「文書偽造罪の史的変遷（一）」130頁、足立（友）・前掲注（26）『保護法益』25頁。

³⁰⁶ これらの規定については、カロリーナ刑事裁判令の日本語訳である、埴浩「カルル五世刑事裁判令（カロリーナ）」『フランス・ドイツ刑事法史』（信山社、1992年）147頁以下、上口裕「カール5世刑事裁判令（1532年）試訳」（1）～（3・完）」南山法学37巻1＝2号（2014年）149頁以下、同37巻3＝4号（2014年）299頁以下、同38巻1号243頁以下を参照のこと。

³⁰⁷ 今井・前掲注（286）論文22頁、成瀬・前掲注（286）「文書偽造罪の史的変遷（一）」130頁、足立（友）・前掲注（26）『保護法益』27頁。

なお、普通法においてローマ法を補充する方法について、一致した説明が見られない。①ローマ法を直接的に適用したという説明（*Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 9. Aufl., Berlin 1899, S.489）、②カロリーナ刑事裁判令105条の一般条項を用いたという説明（*Buschmann, a.a.O. (Fn.154), S.3*）、③カロリーナ刑事裁判令112条の偽造の規定を用いたという説明（今井・前掲注（286）論文21頁以下、足立（友）・前掲注（26）『保護法益』27頁）がある。

³⁰⁸ カルプツォフの経歴や著書の評価などについては詳しくは、藤本幸二『ドイツ刑事法の啓蒙主義的改革と Poena Extraordinaria』（国際書院、2006年）109頁以下を参照のこと。

³⁰⁹ *Benedict Carpzov, Practika Nova imperialis Saxonica rerum criminalium in Partes III. Divisa, Wittebergae 1650 [erscheinen 1670], Pars. II qu 93 Nr.5.* なお、カルプツォフのこのような主張は18世紀まで支配的であったようである。Vgl. *Buschmann, a.a.O. (Fn.154), S.3.*

³¹⁰ *Buschmann, a.a.O. (Fn.154), S.3.*

³¹¹ *Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.7.*

³¹² 帝国ポリツァイ条令は、帝国のよき秩序を守るために制定された法である。帝国ポリツァイ条令の概要に関して、*Josef Segall, Geschichte und Strafrecht der Reichspolizeiordnungen*

であるということも指摘しておく³¹³。たとえば、1577年の第三次帝国ポリツァイ条令では、物品の品質を偽ることなどの欺瞞的行為等（具体的には食品偽造³¹⁴、破産行為³¹⁵、粗悪ワイン作り³¹⁶）が規定されていた³¹⁷。

第二款 初期領邦刑法典における虚偽的行為及び詐欺

次に、詐欺の一般的概念の生成期として、1806年の神聖ローマ帝国崩壊以前の領邦の刑事立法における詐欺罪について、バイエルン及びオーストリアで制定された初期領邦刑法典における虚偽的行為に関する規定を概観する（なお、この時期に制定された1794年プロイセン一般ラント法については、本章第三節で扱う）。

第一項 バイエルン（1751年バヴァリア刑事法典）

1. 起草の経緯

バヴァリア刑事法典（Codex Juris Bavarici Criminalis）³¹⁸は、1751年にバイエルンの選帝侯マキシミアン・ヨーゼフ三世（*Maximilian Joseph III.*, 1727～1777／在位；1745～1777）によって公布、施行された。この法典はクライトマイヤー（*Wiguläus von Kreittmayr*, 1705～1790）によって編纂されたものである。当時のバイエルンにおいて、一義的な規定の欠如などから法的不安定さが生じており、散発的に存在していた法律を統合することが要請されていた。そこで、この法典は、法律の配列や規定などを整備し、領邦内の効率的な機能化及び厳格な組織化を保證させることを狙いにしていった。

2. 規定の内容

(1) 虚偽的行為の規定

バヴァリア刑事法典では、現在の詐欺罪に相当する一般的な規定は置かれていない。

von 1530, 1548, 1577., Breslau 1914. S.167 ff. を参照のこと。

³¹³ 詳細については立ち入らないが、1530年第一次ポリツァイ条令、1548年第二次ポリツァイ条令でも、„Betrug“ という用語は用いられている。

³¹⁴ 3. Reichspolizeiordnung von 1577, XXIII. Titul. 原文については、*Matthias Weber*, Die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548, und 1577, Frankfurt am Mein 2002, S.254 を参照のこと。

³¹⁵ 3. Reichspolizeiordnung von 1577, XXIII. Titul. 原文については、*Weber*, a.a.O. (Fn.314), S.252 を参照のこと。

³¹⁶ 3. Reichspolizeiordnung von 1577, XVI. Titul. 原文については、*Weber*, a.a.O. (Fn.314), S.236 を参照のこと。

³¹⁷ *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.7.

³¹⁸ 本法典の原文については、Vgl. Codex Juris Bavarici Criminalis de anno MDCCLI, München 1756., in: Codex Juris Bavarici Criminalis de anno MDCCLI – Anmerkungen über den codicem juris Bavarici criminalis. [Reprint: Frankfurt am Mein 1988]

しかし、ローマ法の偽罪 (falsum)³¹⁹に相応する虚偽的行為 (Verfälschung)³²⁰を抽象的に定義した規定が存在する。すなわち、第1部第9章「通貨偽造をする者、偽造をする者、偽証をする者、復讐断念契約に違反をする者、背信的行為をする公務員、さらに悪意且つ故意の侵害について」の2条第1文で「ラテン語でいうところの Falsum のように、あるときは言葉によって、あるときは所為によって、又はあるときは文書によって、他者に損害をもたらしうる、危険な態様で、事実の真実性をゆがませる、虚偽的行為は、きわめてさまざまな態様で実行されうる。」³²¹と規定されている。これに続いて、2条第2文以下でこれにあたる具体的事例が摘示されており、たとえば偽造犯罪や欺瞞的行為 (Betrügereyen)³²²等が扱われていた³²³。

(2) 虚偽的行為と他の犯罪の関係性

バヴァリア刑事法典における虚偽的行為は、前述したように偽罪 (falsum) を念頭においた規定であり、非常に広い幅を持った概念であった。しかし、本条とは別に通貨偽造 (第9章1条) 及び偽証 (第9章3条) を規定していることから明らかなように、本法典の虚偽的行為はローマ法における偽罪の射程よりも限定されたものであったといえよう。

第二項 オーストリア (1768年テレジアーナ刑事法典, 1787年ヨゼフィーナ刑法典, 及び, 1803年フランツ二世による重罪及び重違警罪に関する法律)

1. 起草の経緯

オーストリアでは1806年の神聖ローマ帝国崩壊以前の段階で、以下の3つの重要な法典が存在した。他の領邦とは異なり、短期間で改正を行っている点に特徴がある。

まず、(1)テレジアーナ刑事法典 (Constitutio Criminalis Theresiana)³²⁴は、マリア・テレジア

³¹⁹ 本款以降で、偽罪という場合には、基本的には、本章第二節第一款第一項で前述した準偽罪も含めた概念として用いている。

³²⁰ 偽造以外の犯罪類型を含むので、ここでは「虚偽的行為」という訳語を用いた。高橋直人「近代刑法の形成とバイエルン刑事法典 (1751年) ——啓蒙と伝統との交錯の中で——」同志社法学 47 卷 6 号 (1996年) 455 頁では「歪曲」(Verfälschung) と訳している。

³²¹ この部分の欄外表題は「虚偽的行為、ラテン語でいうところの Falso について (Von Verfälschung, zu Latein Falso)」である。

³²² この時代にはすでに帝国ポリツァイ条令において „Betrug” という用語は用いられていたが (前述, 本節第一款第二項参照), まだ詐欺罪 (Betrug) という犯罪は一定の犯罪類型として明確には認識されていなかった時期と思われるので, バヴァリア刑事法典第9章第2条で規定されている „Betrügereyen” は, 「欺瞞的行為」と訳した。

³²³ 高橋 (直)・前掲注 (320) 論文 455 頁は, 「同条 [バヴァリア刑事法典第9章2条——引用者注] は, これに該当する具体的な事例として, 称号の詐称, 虚偽によって裁判を遅延させたり, 不当な判決へと至らせたりすること, 印章の偽造, 不法な度量衡の使用, 境界石の使用, 販売用の飲食物の質を低下させること, 当局が設定した価格を変更すること, などを挙げている」と整理している。

³²⁴ 本法典の原文については, Vgl. Constitutio Criminalis Theresiana oder der Römisch-Kaiserl.

(*Maia Theresia*, 1717~1780/在位；オーストリア大公 1740~1780) によって 1768 年 12 月 31 日に公布され³²⁵，施行された。オーストリアでは当時いくつかの地方裁判令 (*Landesgerichtsordnungen*) が存在していた。前述したバヴァリア刑事法典制定前のバイエルンと同様に，オーストリアでも，区域内で散発的に存在していた法を統合することが要請されていた。テレジアーナ刑事法典には，実質的に自然法思想の影響を受け，侵害される権利客体による区分に基づいて重罪の体系化を行ったという特徴がある³²⁶。

次に，(2)ヨーゼフ二世の重罪とその処罰に関する一般法律 (*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung Joseph II*³²⁷) [以下では，ヨゼフィーナ刑法典という] が，マリア・テレジアの子息であるヨーゼフ二世 (*Joseph II.*, 1741~1790/オーストリア大公の在位；1780~1790，神聖ローマ帝国皇帝の在位；1765~1790) によって，1787 年 1 月 13 日に公布，施行された³²⁸。法典編纂委員会のなかで，ケース (*Franz Georg von Keeß*, 1747~1799) やソネンフェルス (*Joseph von Sonnenfels*, 1732~1817) が草案の作成などで重要な役割を担っていた³²⁹。テレジアーナ刑事法典と異なり，啓蒙の理念を実質的に考慮したものとなっており³³⁰，重罪の区分も啓蒙思想の影響の下で行われた³³¹。

さらに，(3)重罪及び重違警罪に関する法律 (*Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Übertretungen*³³²) [以下では，1803 年オーストリア刑法典という] が，1803 年 9 月 3 日にフランツ二世 (*Franz II*, 1768~1835/オーストリア大公の在位；1790~1835，オーストリア皇帝の在位；1804~1835，神聖ローマ帝国皇帝の在位；1792~1806) によって公布され，1804 年 1 月 1 日に施行された。ヨゼフィーナ刑法典の本質的な改正として制定されたものである。この法典の立法作業において，ハーン (*Matthias von Haan*, 1737~1816) とツァイラー

zu Hungarn und Böhheim &c.[etc.] &c.[etc.] Königl. Apost. Majestät Mariä Theresiä Erzherzogin zu Oesterreich, &c.[etc.] &c.[etc.]peinliche Gerichtsordnung, 1769.

³²⁵ 足立昌勝『国家刑罰権力と近代刑法の原点』(白順社，1993 年) 33 頁参照。

³²⁶ *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S.13. この法典では，重罪を以下のように区分した。神，宗教 (*Gott, Religion*)，領邦君主，国家全体 (*Landesfürst, gesamter Staat*)，高権，領邦の税金 (*Hoheitsrechte, Landesgefälle*)，統治，領邦の体制 (*Regiment, Landesverfassung*)，良俗 (*gute Sitten*)，身体，生命 (*Leib, Leben*)，財産及びその他の私法上の権利 (*Vermögen und andere Privatrechte*)，名誉 (*Ehre*) である。

³²⁷ 本法典の原文については，Vgl. *Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung*, Wien 1787. 本法典に関する日本語訳として，足立昌勝「資料 ヨセフィーナ刑法典」前掲注 (325) 書 271 頁以下。

³²⁸ 足立 (昌)・前掲注 (325) 書 35 頁。

³²⁹ 足立 (昌)・前掲注 (325) 書 34 頁。

³³⁰ Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.17.

³³¹ この法典では，領邦君主及び国家に対するもの，人間の生命及び身体的な安全に対するもの，名誉及び自由に対するもの，及び，財産及び権利に対するもの，という重罪の区分がなされていた。

³³² 本法典の原文については，Vgl. *Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Übertretungen*, Wien 1803. 本法典に関する日本語訳として，櫻庭総「【資料】フランツィスカーナ刑法典 (実体法部分) 試訳」九大法学 96 号 (2008 年) 119 頁以下がある。

(Franz von Zeiller, 1751~1828) が中心的な役割を担っていた³³³。

2. 規定の内容

(1) テレジアーナ刑事法典

7. 虚偽的行為の規定

テレジアーナ刑事法典でも、バヴァリア刑事法典と同様に、現在の詐欺に相当する一般的規定は置かれていない。

しかし、ここでも、虚偽的行為 (Falsch)³³⁴を規制する一般的規定が存在した。同法典 72 条は、「さまざまな虚偽的行為を行う者について (Von denen, die allerhand Falsch begehen)」という表題の下、1 項第 1 文で、虚偽的行為を、「隣人が陰険に騙されて、侵害を加えられることによってなされる虚偽的行為 (Falsch) の犯罪は、たいていの場合窃盗と非常に近い類縁性を有し、そして本来的に第三者に生じる損害を予測させる、真実の危険な歪曲、改変である。」と定義し、次にこれに該当すると考えられる具体的事案を、同項第 2 文以下で列挙している。

この第 2 文以下の具体的事案を整理すると、①法律上別の箇所で取り扱われている犯罪 (通貨偽造、偽証、裁判官などの背信的行為など)、②「より低劣な (gemeiner)」犯罪 (手紙や封緘物の偽造、度量衡の偽造、複数の人間との婚約など)、③その他の狡猾的・欺瞞的行為となる³³⁵。このように、多くの欺瞞的行為が対象にされていたようである。

4. 虚偽的行為と他の犯罪の関係性

テレジアーナ刑事法典では、侵害される法益客体による区分がされていたが、詐欺あるいは虚偽的行為の規定は、統治及び領邦の体制に対する犯罪 (Delikten gegen das Regiment und die Landesverfassung) の下に位置付けられていた。これは虚偽の犯罪を通じて国家全体を危険にさらすのであり、個人を危険にさらすのではないという考えに基づくものである³³⁶。

そして、偽証 (59 条)、貨幣偽造 (63 条)、官吏の背信行為 (97 条) などは虚偽的行為とは別の規定が置かれているが、前述した①の類型にもあたるので、虚偽的行為にも該当するとされた。したがって、これらの犯罪と虚偽的行為は完全には分離されていなかった (この点は上記のバヴァリア刑事法典とは異なっている)。

(2) ヨゼフィーナ刑法典

³³³ 櫻庭・前掲注 (332) 資料 120 頁、振津隆行「オーストリア刑法学研究序説 (1) : オーストリアにおける犯罪論の展開について」商学討究 (小樽商科大学) 34 巻 2 号 (1983 年) 93 頁以下など参照。

³³⁴ ここでもバヴァリア刑事法典の „Verfälschung“ と同様に、偽造以外の行為も含んでいるので、「虚偽的行為」という訳語を用いた。

³³⁵ Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.14.

³³⁶ Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.14.

7. 詐欺 (Trug) の規定

ヨゼフィーナ刑法典では、詐欺 (Trug) の一般的規定が試みられている。もっとも、ここでの詐欺は、ローマ法の偽罪と卑劣罪を念頭に置いたものであった³³⁷。

詐欺は、149 条で、「いかなる術策と策略によってであれ、他者の所有権を自身に移転させようとする者、又は悪質な意図で、ある者の財産、名誉、自由、あるいは権利を侵害しようとする者は、一般的に詐欺 (Trug) の責任を負う。詐欺を実行する者 (Betrüger) が用いた手段、そしてこの者が上記の意図を現実に達成したか否かについて考慮しない。」と規定されている。

この規定は、「～しようとする事 (suchen)」（「他者の所有権を自身に移動させようとする事」と「悪質な意図で財産、名誉、自由、あるいは権利を侵害しようとする事」）と規定しており、実際に「所有権を自身に移動させる事」という結果、「財産などを侵害すること」という結果が生じることを要求していない。同様のことは「詐欺を実行した者が意図を現実に達成したか否かについて考慮しない」と規定していることから導けるだろう。そして、本罪は、「移動させようとする」行為、「侵害しようとする」行為を行った時点で既遂になるとされている。

このような規定例は、詐欺罪を、財産権を侵害する犯罪と捉えるのではなく、その他の権利侵害を広く把握しようとすることを狙いにするものであり、後に検討する 19 世紀前半の領邦国家刑法典（とくに後述、本節第三款第二項 1813 年バイエルン王国刑法典参照）でも有力に展開されていた立場である³³⁸。そして、オーストリアではこのような詐欺理解が後の法典においても継承された³³⁹。

³³⁷ ヨゼフィーナ刑法典第 1 部第 6 章「財産及び権利に対する犯罪について」に詐欺は位置付けられているが、この章の冒頭の規定である 148 条では、「財産及び権利に関連する犯罪は、a 詐欺 (stelionatus, falsum), b 窃盗, c 強盗, d 放火, e 重婚である。」と規定されていたのである。

³³⁸ このような立場から *Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11. Ausgabe, Giessen 1832, S.272, §412 は、「〔広義の詐欺罪における——訳者注〕欺罔行為 (die täuschende Handlung) は、他者の権利を不利益にするために、行われなければならない。すなわち、(1)現実の権利客体 (財) の侵害を根拠付けるものであるか、あるいは、(2)少なくとも欺罔行為を差し控えることを求める他者の完全なる権利に矛盾するものでなければならない。」と述べている。フォイエルバッハの広義の詐欺概念について、詳しくは、成瀬・前掲注 (286)「文書偽造罪の史的考察 (一)」134 頁以下を参照のこと。

³³⁹ オーストリアでは、1803 年オーストリア刑法典における詐欺罪を基本的に継承した 1852 年オーストリア帝国刑法典の詐欺罪 (197 条「狡猾な表現又は行為によって、国家、地方公共団体、別の人格主体を問わず、ある者が自身の所有権あるいはその他の権利を侵害させるような錯誤に他者を陥れる者、又はこのような意思で前記の態様で、他者の錯誤又は無知を利用する者は、詐欺を実行している。……」(Vgl. *Melchior Stenglein, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, 3. Band, München 1858, XII.Österreich, S.15 ff.) が、1974 年オーストリア刑法典の詐欺罪 (146 条「被欺罔者の挙動により不法に利得し又は第三者に不法に利得させることを認識しながら、事実に関する欺罔により、何びとかを誘惑して本人又は他人の財産を害する行為、忍従又は不作為をさせた者は、六月以下の自由刑又は 360

4. 詐欺 (Trug) と他の犯罪の関係性

ヨゼフィーナ刑法典では、テレジアーナ刑事法典とは異なり前述のように詐欺の一般的規定をおいているが、150条の冒頭で「とりわけ、以下の場合に詐欺の責任を負う」と規定し、それに続けて、文書偽造 (150条)、偽証 (151条)、氏名や官職等の詐称 (152条)、他人に不利な行為を行わせるために浄化されていない宗教観や先入観などを濫用すること (153条)、弁護人などの秘密漏示等 (154条) を規定している。これに対して、通貨偽造等 (68条以下) は、領邦君主及び国家に対する罪に位置付けられていて、詐欺とは区別して扱われている。

これらの規定方法に鑑みると、ヨゼフィーナ刑事法典の詐欺 (Trug) は、文書偽造、偽証などを把握する広義の概念であり、バヴァリア刑事法典の虚偽的行為 (Verfälschung) とテレジアーナ刑事法典の虚偽的行為 (Falsch) と同種の規定といえる。

ウ. 違警罪としての詐欺 (Betrug) ³⁴⁰

ヨゼフィーナ刑法典では、第2編の違警罪 (politischen Vergehen) ³⁴¹、第4章「同胞の財産又は権利を侵害する違警罪について」でも、詐欺 (Betrug) を規定していることが注目になる³⁴²。たとえば、許容されているギャンブルにおける詐欺 (内容としては、いかさま的な行為) を違警罪としている (第2編第4章33条) ³⁴³。そのほかに „Betrug“ という用語

日以下の日数罰金に処する」法務省大臣官房司法法制調査部『1974年オーストリア刑法典』法務資料423号(1975年)63頁参照)が制定されるまで通用していた。

³⁴⁰ ヨゼフィーナ刑法典第2編の規定については、Vgl. Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung, Wien 1787, S.79 ff.

なお、重罪と違警罪で同じ用語を用いなかった (前者は Trug であるのに対し、後者は Betrug) 理由は説明されていない。この点について、本稿では、前述した帝国ポリツァイ条令で用いられていた „Betrug“ の規制が先行して存在していたことから、重罪としての規制に別の語 „Trug“ を用いることが試みられたのではないかという推測を提示しておくにとどめる。

³⁴¹ „politischen Vergehen“ という用語は、「政治的軽罪」と訳すことができそうであるが、政治的行為を対象としているわけではないので、「違警罪」と訳した。この編の規定群を示す表題に、„politisch“ という用語が用いられて理由として、これらの行為の管轄が行政官庁にあるとされていること (Vgl. Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutsche Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965 [2.unveränd. Nachdruck: Göttingen 1995], S.257; Roman Borscher, Die Josephinische Strafrechtsreform, Seminararbeit zu „Wiener Rechtshistorische Spaziergänge“ 2000, Universität Wien, S.44. [なお、本論文について、<http://www.univie.ac.at/rechtsgeschichte/seminararbeiten/romanborschers.pdf> [最終閲覧日 2018年12月9日]を参照)) が考えられる。

³⁴² 第2編の第4章「同胞の財産又は権利を侵害する違警罪について (von den politischen Vergehen, wodurch das Vermögen und Recht der Mitbürger gekränkt werden)」の規定 (29条以下) については、Vgl. Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung, Wien 1787, S.95ff. ただし、この章のすべてで „Betrug“ という用語が用いられているわけではない。

³⁴³ 第2編33条では、「許容されているギャンブル (erlaubten Spiele) において、詐欺

は用いられていないが、虚偽的行為に関連するものとして、偽造された度量衡を使って商品を販売することなども規定されている（第2編第4章40条）³⁴⁴。

(3) 1803年オーストリア刑法典

7. 詐欺 (Betrug) の規定

この法典において詐欺 (Betrug) は、重罪 (Verbrechen) と重違警罪 (schwere Polizey-Übertretung) にまたがって規定されている (ヨゼフィーナ刑法典とは異なり、重罪と違警罪で „Trug“ と „Betrug“ を使い分けていない)。重罪としての詐欺は、第1部第1編第24章「詐欺について」という独立の箇所規定されている。

ここでは、詐欺の一般規定を確認する (第2部第1編の「重違警罪」第11章「財産の安全に対する重違警罪について」では詐欺の定義規定を置いていないので、この規定が重違警罪の詐欺にも妥当するものと思われる)。本法典176条では、「狡猾な表現又は行為によって、他者を、ある者が自身の所有権あるいはその他の権利の侵害をさせるような錯誤に陥れる者、あるいはこのような意思で他者の錯誤又は無知を利用する者は、詐欺 (Betrug) を実行している。」と規定されている。

この規定は、ヨゼフィーナ刑法典ほど明確ではないが、損害の発生などの構成要件的结果が明文上要求されておらず、損害が発生していない場合であっても既遂として処理されることになる³⁴⁵。

4. 詐欺と他の犯罪の関係性

1803年オーストリア刑法典では、前述したように、詐欺は重罪と重違警罪にまたがって規定されているので³⁴⁶、いずれの詐欺に当たるかについて、第1部第1編第24章第177条が、「詐欺が重罪になるのは、行為の性質によるか、損害の額によるかである。」と規定している。

これを受けて、第一に、178条が行為の性質から重罪になるものとして、(a)偽証等、(b)官吏の地位の詐称等、(c)公職において虚偽の基準や単位を用いること、(d)公文書等の偽造、(e)境界移動、(f)詐欺的な破産等を挙げている。第二に、179条が損害の額から重罪となる場合を規定している。すなわち「その他の詐欺的行為は、損害が25グルテンよりも多く発

(Betrug) を用いた者、たとえば、偽造された、あるいは有利に働くカードやさいころを使用すること、歪曲することによって他人のカードを自分のものにする、第三者の合意によって他者の手の内 (Spiel) を露呈させることを行った者は、違警罪の責任を負う」と規定されている。

³⁴⁴ 第2編40条では、「ある者が商品を許可を受けて販売する際に、警察によって算定された適正価格 (Taxe) を越えて販売した場合、あるいはある者が商品を偽造された度量衡に従って販売する場合に、この者は違警罪の責任を負う。」と規定されている。

³⁴⁵ Vgl. Schütz, a.a.O. (Fn. 287), S.25.

³⁴⁶ 重違警罪としての詐欺罪の規定は、第2部第1編第11章211条、212条に認められる。

生した場合、あるいは悪質な意図がその損害に向けられていた場合に重罪になる。」と規定している。そして、180条で詐欺に当たる事案が多様であることを前提にいくつかの列挙を行っている（例えば、私文書偽造、虚偽公文書・虚偽通貨の流布、発見された物を不当に留置すること、詐欺賭博など）。なお、これらの事由に当たらず、損害が25グルテン未満にとどまった場合の詐欺は重違警罪として処理されることになる。

以上で確認したように、ここでの詐欺は、これまでにみてきたバヴァリア刑事法典の虚偽的行為（*Verfälschung*）とテレジアーナ刑事法典の虚偽的行為（*Falsch*）、ヨゼフィーナ刑法典の詐欺（*Trug*）のように、偽証や文書偽造などを把握する広義の概念として用いられていたといえる。ただし、通貨偽造（第13章103条以下）や公的な信用証書の偽造（第12章92条以下）は別の章で規定されており、ローマ法の偽罪よりも一定程度限定が図られている。

第三項 小括

神聖ローマ帝国下の初期領邦刑法典における虚偽的行為又は詐欺に関する規定の検討から以下のことが明らかになったといえる。

第一に、この時代の刑法典における虚偽的行為又は詐欺は、大なり小なりローマ法の偽罪や卑劣罪の影響があったということが明らかになった。もっとも、これらの草案でのその影響の程度には差があったといえる。①偽罪や卑劣罪の影響をより濃く受け継いだのは、バヴァリア刑事法典における虚偽的行為（*Verfälschung*）及びテレジアーナ刑事法典における虚偽的行為（*Falsch*）である。これに対して、②偽罪や卑劣罪を出発点にしつつも、啓蒙思想や罪刑法定主義³⁴⁷の影響を受けて虚偽的行為の射程を一定程度限界付けたものとして、ヨゼフィーナ刑法典の詐欺（*Trug*）がある。そして、その立場を基本的に継承しつつ詐欺（*Betrug*）の射程を限界付けたものとして、1803年オーストリア刑法典がある。

第二に、構成要件的结果に関して、いずれの法典でも、前述したように、虚偽的行為及び詐欺に関する規定で、財産損害の発生を要求していなかったことも確認された。そして、このような規定形式からみて、これらの法典では、虚偽的行為及び詐欺を、「真実を要求する権利（*Recht auf Wahrheit*）」を侵害する犯罪³⁴⁸と捉えていたものと思われる（なお、これら

³⁴⁷ 罪刑法定主義は、一般的には、フォイエルバッハ（*Paul Johann Anselm von Feuerbach*, 1775～1833）によって「法律なければ犯罪なし、法律なければ刑罰なし（*nullum crimen, nulla poena sine lege*）」という形で、定式化されたといわれているが（なお、*Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Giesen 1801, S.20 では „*Nullum Crimen sine poena legali*“ と示されている）、その基本思想は、フォイエルバッハ以前から存在した。たとえば、ヨゼフィーナ刑法典13条第1文では、「刑事裁判官は、法律において悪行について刑罰の量と種類を厳密かつ明瞭に決定されている限りで、法律の文言どおり遵守することが義務付けられる。」と規定されていた。

³⁴⁸ 詐欺罪を「真実を要求する権利に対する犯罪」とであるという理解を体系的に示したのは、フォイエルバッハである（*Feuerbach, a.a.O. (Fn.338), S.271 ff., §410 ff.* [同書の初版として、*Feuerbach, a.a.O. (Fn.347), S.357 ff., §445 ff.*]）。この点につき、Vgl. *Bushmann, a.a.O. (Fn.154), S.6; Michael Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln/Berlin/Bonn/München*

と同時期に制定されたプロイセン一般ラント法でも、広義の詐欺の概念は維持されているが、狭義の詐欺にあたる一般詐欺・重大詐欺は、欺罔によって権利（財産権）を侵害する犯罪として意識されていた。この点に関して後述、本章第三節参照）。

第三款 19世紀前半の領邦国家刑法典における詐欺罪

第一項 本款の検討対象

ドイツの詐欺罪の歴史的沿革を扱うわが国の先行研究では、19世紀前半における領邦国家刑法典の詐欺罪はほとんど触れられていない³⁴⁹。しかし、本章の課題である、詐欺罪における「財産損害」と「財物騙取／財産上不法の利益取得」の対応性を論証する上では、詐欺罪に関する多種多様な規定形式を確認することが重要であると思われる。よって、本款では、1851年プロイセン刑法典以前の主要な領邦国家刑法典の詐欺罪について概観する。

なお、第二項以下では検討対象となる領邦国家刑法典の制定の経緯、法典における詐欺罪の位置付けを概観したうえで、詐欺罪の規定内容を、構成要件の結果及び主観的要素の観点から整理する。

第二項 バイエルン（1813年バイエルン王国刑法典）

1. 制定の経緯

1813年バイエルン王国刑法典（*Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*）〔以下では、バイエルン刑法典という〕³⁵⁰は、マキシミリアン一世（*Maximilian I. Joseph*, 1756～1825／在位；

1999, S.115; LK¹²-Tiedemann, a.a.O. (Fn.287), S.23, Vor §263 Rn.22)。しかし、このような詐欺罪の捉え方は、プロイセン刑法典が詐欺罪を「財産に対する犯罪」と位置付けたこと（後述、本章第三節参照）、及び、その立場をドイツ帝国刑法典で基本的に継承されていること（後述、本章第四節参照）から、ドイツでは定着したものとはなっていない。

もっとも、詐欺罪を「欺罔によって財産権を侵害する犯罪」と捉える法制度の下であっても、詐欺罪は「真実を要求する権利を侵害する犯罪」でもあるということを強調することは、被害者の共同答責などを考慮して詐欺罪の欺罔行為を限定する議論との関係で一定の意義があるといえる（Vgl. Vogel, a.a.O. (Fn.287), S.92 und 114）。このような方向性の議論展開として、Pawlik, a.a.O., S.67 ff., S.114 ff. パヴリックの見解について、さしあたり川口浩一「詐欺罪における欺罔行為の意義——その理論的基礎——」姫路法学 38号（2003年）304頁以下を参照のこと。

³⁴⁹ ドイツにおける詐欺罪の沿革を比較的詳しく扱っている足立（友）・前掲注（26）『保護法益』22頁以下も、30頁以下で1813年バイエルン刑法典における詐欺罪の規定を概観した後、32頁以下でプロイセン刑法典における詐欺罪の規定や草案を概観するにとどまっている。

³⁵⁰ 本法典の原文について、Vgl. Melchior Stenglein, *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, 1. Band, München 1858, I. Bayern, S.23 ff. 本法典の日本語訳として、中川祐夫「1813年のバイエルン刑法典（I）～（V・完）」龍谷法学 2巻 2=3=4号（1970年）229頁以下、同3巻 1号（1970年）109頁以下、同3巻 2号（1971年）246頁以下、同3巻 3=4号（1971年）378頁以下、同4巻 1号（1971年）94頁以下がある。

選帝侯 1799～1805、バイエルン国王 1806～1825) によって 1813 年 5 月 16 日に公布され、10 月 1 日に施行された刑法典である³⁵¹。

バイエルンでは、1751 年にバヴァリア刑事法典（本節第二款第一項参照）が存在していたが、早い段階から自然法や啓蒙の影響に基づく改正が必要であることが認識されていた。マキシミリアン一世は、1800 年 1 月にヴェルツブルグ大学の教授であったクラインシュロート (*Gallus Anoy's Kleinschrod*, 1762～1824) にバイエルンに妥当する新たな刑事法典を起草することを委託した。それを受けてクラインシュロートは 1802 年に草案を公表した³⁵²。

この草案に対してフォイエルバッハ (*Paul Johann Anselm von Feuerbach*, 1775～1833) は、1804 年に『クラインシュロート草案批判 (Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs)』³⁵³を公表した。この成果として、フォイエルバッハがバイエルン刑法草案の起草を委託されることになった。1807 年 12 月に実体刑法に関する第一編をもとに特別立法委員会で審議を行い、その結果として 1810 年草案が公表された。この草案は 1812 年 12 月まで特別枢密顧問委員会での審議を経て、1813 年に公布、施行されるに至った³⁵⁴。

なお、フォイエルバッハは、罪刑法定主義 (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) に基づいて起草したが、これは立法者意思の貫徹のために裁判官の恣意を抑制するという発想であった³⁵⁵。これに関連して、バイエルン刑法典では公式の注釈書以外の出版は禁止されていた³⁵⁶。

2. 規定の内容³⁵⁷

(1) 法典における詐欺罪の位置付け

フォイエルバッハは、権利侵害という観点を重視し、権利が侵害された場合のみに刑事裁判官の面前で審理される刑事犯罪 (*Kriminaldelikt*) が認められると理解していた³⁵⁸。このことから違警罪に関しては、この法典ではなく個別の法律で規定された³⁵⁹。そして、法典の構

³⁵¹ 山中敬一「解説」ゲルノート・シューベルト (山中敬一訳)『1824 年バイエルン王国刑法典草案』付録 80 頁参照。

³⁵² *Gallus Aloys Kleinschrod*, Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten, München, 1802.

³⁵³ *Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten, Gieesen 1804.

³⁵⁴ 以上のバイエルン刑法典の制定経緯について、山中・前掲注 (351) 書付録 79 頁以下、高橋 (直)・前掲注 (302) 90 頁注 129 など参照。Vgl. auch *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.48 f.

³⁵⁵ 高橋 (直)・前掲注 (302) 論文 1 頁以下 (特に 70 頁～71 頁) 参照。

³⁵⁶ 山中・前掲注 (351) 書付録 80 頁以下参照。Vgl. auch *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.49.

³⁵⁷ なお、1813 年バイエルン刑法典の詐欺罪の規定に基本的に倣うものとして、1814 年オルデンプルク公国刑法典 (*Strafgesetzbuch für die Herzoglich Oldenburgischen Lande*) がある (同法典の原文については、Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn.350) 1. Band, II. Oldenburg, S.11 ff.)。

³⁵⁸ Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.49 f.

³⁵⁹ Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.49.

成において、私的重罪（Privatverbrechen）、私的軽罪（Privatvergehen）、国家的重罪（Staatsverbrechen）、及び、国家的軽罪（Staatsvergehen）を区分した。すなわち、可罰性の等級（Grade）が重い場合に重罪、軽い場合に軽罪と分類し³⁶⁰、さらに私人の権利に対する場合と国家権力に対する場合で区別した。

バイエルン刑法典の詐欺（Betrug）は、それ以前の法典における虚偽的行為あるいは詐欺と同様に、非常に広い犯罪を包摂する広義の概念として用いられており、詐欺は国家的重罪にまで及ぶ概念であった³⁶¹。

（2）私的重罪としての詐欺の諸規定の概要

私的重罪としての詐欺の規定は、第2巻第1編第5章「詐欺による他者の権利の侵害について」で扱われている。

ここでは、第一に、「詐欺の一般概念について」（欄外表題A）で、詐欺に関する定義を行い（256条、257条）、第二に、「他者の所有権を損なう詐欺について」（欄外表題B）で、単純詐欺、第一等級の特別類型の詐欺、第二等級の特別類型の詐欺などを具体的に規定する（258条～279条）³⁶²。第三に、「人格又はその他の人格的地位全般についての詐欺について」（欄外表題C）で財産権以外の権利を侵害する詐欺を規定している（280条～294条）。

（3）詐欺概念一般の定義

詐欺概念について、256条では、「他人に損害をもたらすために、あるいは許されざる利益を手に入れるために、意識的かつ故意的に、誤った事実を真実であると称するかあるいは示す者、真実を許されざる態様で伝えないかもしくは隠蔽する者、又は他者の詐欺を利用して、自身に利益をもたらすかもしくは第三者に不利益をもたらす者は、現実の損害が発生した場合、又は第265条〔食品などを有害物で変造して健康あるいは生命侵害につながる詐欺、数個の詐欺の共同犯行、詐欺賭博、常習的な詐欺——訳者注〕、第266条〔文書偽造——訳者注〕、第269条、第270条、第271条〔偽証等——訳者注〕、第278条〔詐欺的破産——訳者注〕、第280条乃至第294条〔他人の人格もしくは人格的地位に対する詐欺、婚姻や家族関係に関する詐欺、他人が犯罪を実行したと中傷する行為等——訳者注〕で認められて

³⁶⁰ Vgl. Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern Band.1, München 1813, S.26. §10.

³⁶¹ バイエルン刑法典第2編第2部第5章「公的信義誠実に対する重罪」〔1810年草案では、「公的信義誠実に対する重罪または国家的詐欺」〕（337条以下）で国家的重罪としての詐欺が規定されていた。具体的には、国家的重罪としての詐欺として、公文書の偽造、国璽に関する詐欺、詐欺によって権限のない公の職務の執行を不当に行使用すること、官吏による公共的背信行為、通貨偽造、証券等の偽造などが規定されていた。このような広汎な詐欺概念を、フォイエルバッハはバイエルン刑法典制定以降も固持している（Vgl. Feuerbach, a.a.O. (Fn.338), S.275 f.）。

³⁶² このような規定は、窃盗の規定に対応するものである。Vgl. Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern Band.2, München 1813, S.238.

いる加重的な性質を伴って実行された場合に、詐欺罪の既遂で処罰される。」と規定されている。

7. 構成要件的结果

この規定の構成要件的结果との関係で、既遂要件を二つの類型に分けて規定されていることが重要である³⁶³。すなわち、①一方の類型では、既遂要件として、現実の損害が発生したことが要求されている。なお、この類型が重罪になるには、損害の金額が 25 グルデン以上必要である (258 条)³⁶⁴。これに対して、②他方の類型では、構成要件的结果として損害の発生が不要であり、行為自体によって既遂になるとされている。

1. 主観的要素

主観的要素については、「他人に損害をもたらす」意図と「許されざる利益を得る」意図の二つが規定されている。これ以前の領邦刑法典では、詐欺罪の規定から権利侵害を加える意図などを読み取ることはできたが、利得意思に関してはプロイセン一般ラント法の解釈で認められているにすぎなかった (後述、本章第三節参照)。バイエルン刑法典では、「許されざる利益を得る」意思に限ると、損害のみを念頭におくような、報復的な意図 (*Rache*) や悪意 (*Bosheit*) で詐欺行為を行う事案に対応できないということから、両者の意図を併置したようである³⁶⁵。

(4) 契約に関する詐欺の特別規定

³⁶³ なお、起草者であるフォイエルバッハは当初詐欺に損害が必要であるとは考えていなかったようである。この点について、Vgl. *Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern, Band 2, München 1813, S.227 f.* さらに、1810 年草案 269 条でもこのような理解が示されている (1810 年草案については、Vgl. *Feuerbach, Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern, München 1810*. 同規定の日本語訳として、成瀬・前掲注 (286)「文書偽造罪の史的考察 (一)」155 頁を参照のこと)。

³⁶⁴ バイエルン刑法典 258 条では、「他者が騙されて、現在の財産、又は法的に期待される将来的な財産に利益を得させることを通じてなされる詐欺は、その額の総額が 25 グルデンに達する場合に、重罪であり、加重的な諸状況にあたる場合を除いて、一般的窃盗としての 215 条 [単純窃盗——訳者注] に従って処罰される。」と規定されている。なお、損害の金額が 5 グルデン以上 25 グルデン未満で、256 条の加重類型にあたらない場合には私的軽罪の詐欺となる (387 条)

³⁶⁵ Vgl. *Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.71.*

バイエルン刑法典 259 条³⁶⁶³⁶⁷、260 条³⁶⁸では、契約に関する詐欺の特別規定が置かれていた。このような詳細な規定は契約における詐欺の処罰範囲を限定することを狙いとしたものであり³⁶⁹、フォイエルバッハ自身が採っていた、規定によって裁判官の恣意を抑制するという考えに基づくものと思われる。

第三項 ザクセン（1838 年ザクセン王国刑事法典）

1. 制定の経緯

ザクセン王国刑事法典（Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen）〔以下では、ザクセン刑事法典という〕³⁷⁰は、フリードリッヒ・アウグスト二世（*Friedrich August II.*, 1794～1854/在位；1836～1854）によって 1838 年 3 月 30 日に、公布、施行された³⁷¹。

³⁶⁶ バイエルン刑法典 259 条第 1 項では、「相互的な利益を目指して行われる双務契約の締結（Eingehung）または履行（Vollziehung）において実行される詐欺は、民事の法律において決定される不利益（Nachtheil）と並んで、諸事情に応じて警察罰の効果を伴う。ただし、263 条 4 号における偽造の度量衡に関する規定はこの限りでない。」「これに対して、258 条が完全に適用されるのは、もはや存在しない物あるいは有効な方法で譲渡された物を詐欺的に売却する場合、完全に他の種類及び材質の商品を、その商品であると称して売却する場合、買主に秘匿されていた第三者の権利または別の権原（Rechtsgründen）が存在していたために所有権を獲得することができなかった目的物を売却する場合である。」と規定されている。

³⁶⁷ これらの規定は、原則的に双務契約における詐欺を不可罰とし、列举事由にあたる場合にのみ処罰する趣旨であるといえる。これらの規定において現れているのは取引の自由を重視する発想である。Vgl. Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern Band.2, München 1813, S.240 f.

³⁶⁸ バイエルン刑法典 260 条では、「たとえば贈与、使用貸借（Leiheverträge；commodata）、消費貸借のように、本来的に一方当事者の利益または利得のみに向けられている契約の場合に、契約に適合する利益を詐欺的に渡さないことまたは縮減することによって他方当事者をだます契約者は、民事の法律によって判断されるにすぎない。」と規定されている。

³⁶⁹ Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern Band.2, München 1813, S.241 では、契約における全ての詐欺的行為を規制することは疑問であるということが述べられている。

³⁷⁰ 本法典の原文については、Vgl. Gross, Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen: nebst einem Realregister und einigen gleichzeitigen damit in Verbindung stehenden Gesetzen und Verordnungen mit Anmerkungen zum praktischen Gebrauch für sächsische Juristen, Bd.1, Dresden 1838. なお、Stenglein, a.a.O. (Fn.350) 1. Band, III. Sachsen-Altenburg は、ザクセン刑事法典ではなく、ザクセン＝アルテンブルグ刑事法典（Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Sachsen-Altenburg vom 3. Mai 1841.）を基にした資料である。

³⁷¹ 以下のザクセン刑事法典制定の経緯について Vgl. Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.77 f.; Stenglein, a.a.O. (Fn.350) 1. Band, III. Sachsen-Altenburg, S.3 ff.; Franz von Liszt/ Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Band, 26. Aufl., Berlin 1932. [Nachdruck: Stockstadt am Mein 1996], S.66; Judith Weber, Das sächsische Strafrecht im 19. Jahrhundert bis zum Reichsstrafgesetzbuch, Berlin 2009, S.17 ff. さらに、野澤・前掲注（34）書 248 頁以下、岡本勝「放火罪と『公共の危険』（一）」法学（東北大学）47 卷 2 号（1983 年）76 頁注 1〔以下では、岡本「放火罪（一）」と示す〕参照。

ザクセンでは、1810年の段階で刑事法典を編纂する動きが存在し、いくつかの草案が提出されたが、いずれの草案も法典としては成就しなかった³⁷²。その後1831年に新たに憲法（Staatsverfassung）が制定され、それに応じて1834年にグロス（*Johann Karl Groß*, 1778～1866）に刑法典の起草が委託され、1835年に草案が提出された。この草案は、ザクセン両議院代表委員会（*die Deputationen der beiden sächsischen Kammern*）などでのさまざまな審議を経て、修正などが加えられ、公布されるに至った。

なお、ザクセン刑事法典では、前述した1813年バイエルン刑法典のような私的重罪、私的軽罪、国家的重罪、及び、国家的軽罪の区別は採用されていない。

2. 規定の内容

(1) 法典における詐欺の諸規定の位置付け

ザクセン刑事法典の詐欺罪の規定は、第2部第13章「詐欺的行為について（*Von betrügerischen Handlungen*）」という章で規定されている。そこでは、まず単純詐欺罪（*einfacher Betrug*）（245条）を規定し、次いで特別類型の詐欺（247条～267条）を規定している。この特別類型の詐欺の下には、バイエルン刑法典と同様に多様な虚偽的行為が位置付けられている³⁷³。

(2) 単純詐欺罪の規定

単純詐欺罪は、245条で、「誤った事実を認識しながら真実であると称し、あるいは法的に真実を述べる義務を有しているという事実関係の下で真実を秘匿もしくは隠蔽し、又は他者のそのような行為を認識しながら利用し、それらの行為によってある者に損害をもたらした者、又は自己もしくは他者に許されざる利益を獲得させた者は、その限りで、その対象物が単純窃盗の刑罰によって評価することができるが、評価することが認められない場

³⁷² ザクセン王国の国王フリードリヒ・アウグスト一世（*König Friedrich August I.*, 1750～1827）が1810年9月22日と10月12日にティットマン（*Karl August Tittman*, 1775～1836）とエアハルト（*Cristian Daniel Erhard*, 1759～1813）に対して草案の起草を委託した。しかし、1811年にティットマンが、エアハルトが1811年又は1813年に草案を公表しているようであるが、いずれも成就しなかった。その後、1815年8月29日に立法委員会が組織された。これにはティットマン、ステューベル（*Christoph Karl Stübel*, 1764～1828）、アイゼンシュック（*Christian Gottlieb Eisenstuck*, 1773～1853）などが関与し、ステューベルが中心になって起草したようである。この立法委員会は1823年8月25日に草案と理由書を枢密院に提出し、1824年1月27日の布告で領邦等族に提出された。これが1824年ザクセン王国刑事法典草案である。もっとも、この草案も結局は成就しなかった。

³⁷³ 特別類型の詐欺として、文書偽造等、宗教の濫用、官職の身分の濫用、欺罔の行為による他人の生命及び健康の危殆化である（247条～255条）。その他、詐欺的行為の章に置かれている規定として、破産行為等、人的関係に関する詐欺、欺罔行為や奸計（*Arglist*）によるわいせつ行為についてのそそのかし、公共的業務・官職名・勲章（*Ehrenzeichen*）の不当行使がある（256条～267条）。これに対して、通貨偽造、偽証、虚偽告訴などは詐欺の規定から区別され、別の章で規定されている。

合には、8週間未満の懲役刑で、あるいは6年未満の労役場留置を科すことができる。利得意思が存在しない場合には、裁判官は懲役刑に代えて相応の罰金刑を言い渡すことができる。」と規定されている。

7. 構成要件的结果

単純詐欺罪の構成要件的结果として、「ある者に損害をもたらしたこと」、又は、「自己又は他者に許されざる利益を獲得させたこと」が要求されている。

前者の「ある者に損害をもたらしたこと」の部分について、プロイセン一般ラント法の詐欺概念（後述、本章第三節参照）やヴェルテンベルク刑法典の詐欺罪（後述、本款第四項参照）のように、「ある者に財産損害をもたらした」と解釈することも可能であったと思われる。しかし、「ザクセンの第一院の代表委員会（die Deputation der 1. Kammer）は、財産権に対する詐欺だけでなく、法典がそれについて特別の刑罰を規定していないかぎりでのみ、別の権利に対する詐欺〔婚姻関係、自由、生命、名誉に対する詐欺——訳者注〕もありうるだろうということをはっきりと表明していた」³⁷⁴とされ、このような解釈はとられなかった。

後者の「自己もしくは他者に許されざる利益を獲得させたこと」のうち「利益を獲得させる」という部分は、他者の損害をもたらさないが自己の利益をもたらすという事例を把握するために挿入されたようである。たとえば、①ある者が社会的で親切な家庭の家に導き入れてもらいその共同体の利益に参加することを欲して、家の主人に古い友人の親戚であると詐称し彼によって勧められたと述べた場合、②ある者がある町で音楽会が行われる許可を得るために、芸術家として表彰されていることを真実であると思わせた場合などである³⁷⁵。

次に、「許されざる」利益とされた点については、権利に根拠付けられた請求を有していた場合を、詐欺罪の処罰から除外する意図で挿入されたようである³⁷⁶³⁷⁷。

4. 主観的要素

主観的要素に関しては構成要件要素としては要求されていないが、245条の第2文に「利得意思が存在しない場合には、裁判官は懲役刑に代えて相応の罰金刑を言い渡すことができる」という規定が存在した。

³⁷⁴ Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.80.

³⁷⁵ Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.97 f.

³⁷⁶ Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.98.

³⁷⁷ ドイツ刑法典 263 条の「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」という「違法」部分の解釈でも、同様の説明が存在する。たとえば, Liszt, a.a.O. (Fn.307), S.491 は、「違法であるのは、行為者が法的な民事的請求を有していなかったあらゆる利益である」と述べている（なお, Franz von Liszt/ Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin/Leipzig 1927, S.673 は、「違法であるのは、それを獲得することが法秩序に矛盾するすべての利益である」と述べている）。Vgl. auch Rudolf Pröll, Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim strafbaren Betrug, Archiv für Strafrecht und Strafprozess (Goldammer Archiv) Bd.67, 1919, S. 109 ff. なお、本稿第二章第三節第二款第二項では、わが国の現行刑法典 246 条 2 項の「財産上不法の利益を得たこと」という「不法」もこのような趣旨で提案されたものであることを示した。

(3) 契約に関する詐欺の特別規定

ザクセン刑事法典でも、契約に関する詐欺に関する規定（246条³⁷⁸）を置いている。バイエルン刑法典とは異なり、双務契約でも片務契約でも可罰的になると規定し、さらに契約に関する詐欺を親告罪としている³⁷⁹。

第四項 ヴュルテンベルク（1839年ヴュルテンベルク王国刑法典）

1. 制定の経緯

ヴュルテンベルク王国刑法典（*Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg*³⁸⁰）〔以下では、ヴュルテンベルク刑法典という〕は、ヴィルヘルム一世（*Wilhelm I.; Friedrich Wilhelm Carl*, 1781～1864／在位；1816～1864）によって1839年3月1日に公布された³⁸¹。

ヴュルテンベルクでは、18世紀の初めに新たな刑法典を制定する要請が存在していた。いくつかの草案が提出されたが、いずれも法典として成就しなかった³⁸²。その後、1832年に政府が草案を作成し、これについて裁判官やチュービンゲン大学の法学部教授らの意見を求めた。その意見をもとに修正を行い、作成されたのが1835年草案である。この草案が1837年から1838年にかけて議会で審理され、多数の改善の提案に基づいて修正された1838年草案が作成され、これが本法典につながった。

2. 規定の内容

(1) 法典における詐欺の諸規定の位置付け

³⁷⁸ ザクセン刑事法典246条では、「詐欺は契約から常に排除されるのではなく、契約が次のような場合に可罰的である。

- 1) 反対利益に向けられた双務契約において、欺罔行為又は他者の錯誤を利用することが、契約の本質的な対象に関連付けられ、その結果として違法な利益を招来したか、あるいは損害をもたらした場合
- 2) 片務契約の場合、一方の契約当事者が欺罔によって他方の契約当事者に契約を締結させ、それによって損害をもたらした場合

ただし、契約関係における詐欺のための審理は、被侵害者の告訴によって行われうる。」と規定されている。

³⁷⁹ 契約に関する詐欺罪の親告罪化は、1835年のヴュルテンベルク草案を参酌して補充されたものようである。Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.95.

³⁸⁰ 本法典の原文については、Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn.350) 1.Band, IV. Württemberg [Württemberg], S.11 ff.

³⁸¹ 以下のヴュルテンベルク刑法典制定の経緯については、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.101 f.; *Stenglein*, a.a.O. (Fn.350) 1. Band, IV. Württemberg [Württemberg], S.3 ff.;

Liszt/Eb.Schmidt, a.a.O. (Fn.371), S.66. さらに、野澤・前掲注(34)書230頁以下も参照。

³⁸² 1807年から1813年に4つの草案が提出されたが、いずれも成就しなかった。次いで、1823年にフォン・ヴェーバー（*Heinrich Benedikt von Weber*, 1777～1844）によってバイエルンの草案を模範にした草案が作成されたが、これも同様に成就しなかった。

ヴェルテンベルク刑法典の諸草案の起草段階では、バイエルン刑法典が大部分において参照されており³⁸³、私的重罪、私的軽罪、国家的重罪、及び、国家的軽罪の区分を基本的に維持している³⁸⁴。

しかし、詐欺については、バイエルン刑法典の立場を継承しておらず、バイエルン刑法典のような広義の詐欺概念を採用していない³⁸⁵。詐欺は、各則部分の第2部「私的重罪及び軽罪」第8章「詐欺、虚偽の行為、破産、他者の秘密の侵害について」に位置付けられている³⁸⁶。確かに、この章では詐欺以外の行為も列挙されているが、詐欺は財産犯として精緻化され、特別類型の詐欺は存在しない³⁸⁷。そして、偽造も詐欺とは独立した犯罪として扱われていた³⁸⁸。

(2) 詐欺罪の規定

ヴェルテンベルク刑法典 351 条では、詐欺罪について、「他者の権利を損なうために、それと知りながら虚偽の事実を真実であると伝えた者、あるいは真実を隠蔽し、または伝えなかった者は、それらの行為によって他者に損害をもたらすか、あるいは自身が利益を獲得し

³⁸³ *Stenglein*, a.a.O. (Fn.350) 1. Band, IV. Württemberg [Württemberg], S.4.

³⁸⁴ 各則部分は一般規定、第1部「国家的重罪及び軽罪」、第2部「私的重罪及び軽罪」、第3部「公的業務に対する軽罪 (Von Vergehungen wider die Pflichten des öffentlichen Dienstes)」という構成になっている。

³⁸⁵ 第1部「国家的重罪及び軽罪」第6章「公的信義誠実に対する行為について」(206条以下)で、通貨偽造、信用証書の偽造、公文書等の偽造、偽証などが規定されていた。

³⁸⁶ この章で規定されていたのは、詐欺(351条~354条)、詐欺的な暴利(Betrügerlicher Wucher, 355条)、偽造(356条~361条)、債務の本質における詐欺(Betrug bei dem Schuldenwesen, 362条)、不注意に借金すること(363条)、詐欺的な破産行為(364条~366条)、不注意な破産行為(367条)、他者の秘密を侵犯することによる侵害(369条、370条)である。

³⁸⁷ ヴェルテンベルク刑法典では、これまでの法典で詐欺として取り扱われていた、欺罔行為によって財産権以外の権利侵害を生じさせる犯罪は、私的重罪及び軽罪の第9章「人格的地位に関連する可罰的行為」(371条以下)の下で扱われている。たとえば、子供をすり替えること、市民権を詐取すること(Erschleichung des Bürgerrechts)、未成年を惑わせること(Verleitung von Minderjährigen)などが規定されている。この章は、1832年草案では「人格的地位に関する詐欺行為」という章で規定されていたものを、1835年草案でこの文言に変更されたものである。

³⁸⁸ Entwurf eines Straf-Gesetz-Buches für das Königreich Württemberg nebst den Motiven, Stuttgart 1836, S.420; C. F. Hufnagel, Commentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg 2. Band, Stuttgart 1842, S.604. これに対して、今井・前掲注(286)論文24頁では、公文書偽造を「公の信用に反する犯罪」、私文書偽造を加重された詐欺として位置付ける立法の例として、ヴェルテンベルク刑法典を挙げている。

偽造文書公使(357条)の刑罰部分は「詐欺を実行した者として(als Betrüger)」処罰されると規定されているが、文書偽造罪(356条)では詐欺という用語は用いられていないのであり、文書偽造罪全体を加重された詐欺として扱っていると解することには疑問がある。なお、同法典の偽造文書行使罪及び文書偽造罪については、今井・前掲注(286)論文30頁注2を参照のこと。

た場合に、詐欺罪で処罰されうる。」と規定されている。法定刑については 352 条で別途定められている³⁸⁹。

7. 構成要件の結果

構成要件の結果については、「他者に損害をもたらすこと」又は「自身が利益を得ること」が要求されている。明文で「財産損害」や「財産上の利益」と限定していないことから、ザクセン刑事法典における単純詐欺罪のように、「財産権」侵害以外の権利侵害の場合も含むという理解もありうるかもしれない³⁹⁰。しかし、ヴュルテンベルクでは、当時そのような理解はされていなかった。むしろ、詐欺は純粋な財産犯として把握されていたのである^{391, 392}。とくに国王裁判所の刑事部が、「詐欺を実行する者にとってなんらかの価値を有しているあらゆる結果が、許されざる利益と理解されているのではなく、財産上の利益、同時に被欺罔者にとっての財産上の不利益、それゆえ金銭に評価されうる不利益となるような利益が、許されざる利益なのである。」³⁹³と判示していたことが注目に値する。このような裁判所の判示は、「財産損害」と「財産上の利得」の対応性を示すものといえる。

もっとも、詐欺において、欺罔行為者が得る財産上の利益と被害者側の財産上の不利益（財産上の損害）の両者が対応関係にあると理解するならば、ヴュルテンベルク刑法典 351 条で構成要件の結果につき、「他者に損害をもたらすこと」と「自身が利益を得ること」を

³⁸⁹ ヴュルテンベルク刑法典 352 条第 1 項では、「他者の損害に向けられた詐欺は、行為が別の犯罪で、すなわちこの法典における刑罰で威嚇されている犯罪で放置されていない場合には、もたらされた損害の大きさに応じた懲役刑で処罰される。」と規定されている。第 2 項「ただし、詐欺によって許されざる利益を得ることが意図され、獲得された場合には、窃盗の刑罰に関する規定が適用される（321 条、322 条）。」と規定されている。

³⁹⁰ *Buschmann*, a.a.O. (Fn.154), S.13 は、ヴュルテンベルク刑法典はあいまいな詐欺概念を採用していると述べている。ただし、「一般的な見解によると、ヴュルテンベルクの規定はその文言に反して、財産詐欺のみが該当する」と補足している。

³⁹¹ Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.104 f.

³⁹² *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.105 では、「たしかに、偽造の法律のテキストでは、詐欺の場合と同様に、『損害 (Schaden)』または『利益 (Vorteil)』について問題になるが、偽造によって財産権以外のその他のものを侵害することが可能であるということについて意見が一致している。それゆえ、ヴュルテンベルク刑法典 356 条〔文書偽造罪——訳者注〕では——ヴュルテンベルク刑法典 351 条とは異なって——『損害 (Schaden)』は財産損害 (Vermögensschaden) として、また、『利益 (Vorteil)』は財産上の利益 (Vermögensvorteil) として理解されるのではなく、全てのあらゆる権利に関する侵害または利益がありうるのである」と述べられている。なお、同法典 356 条の文書偽造罪の日本語訳については、今井・前掲注 (286) 論文 30 頁注 2 を参照のこと。

³⁹³ Vgl. *Hufnagel*, a.a.O. (Fn.388), S. 591. 本文の引用部分は、Ellwangen における国王裁判所の刑事部 (Der Crimtnal-Senat des K. Gerichtshofs in Ellwangen) の判決を引用している部分である (本稿では、この裁判例の原典を確認できていない)。さらに a.a.O., S.592 では、ヴュルテンベルク国王最高法院 (K. Obertribunal) が許されざる利益を得る詐欺の刑罰規定などから、立法者が 351 条の概念規定においても金銭上の利益を想定していたということが推論されてよいと判示していたことも指摘されている (この裁判例の原典も確認できていない)。

併置して規定する必要はなかったのではないかという疑問が残る。この点について、他者に損害をもたらす態様の詐欺は、1813年バイエルン刑法典の詐欺罪と同様に、報復心や悪意などにより他者に損害をもたらすという態様の詐欺も存在することが念頭に置かれていたようである³⁹⁴。ヴェルテンベルク刑法典の詐欺ではザクセン刑事法典とは異なり、第三者に利益を獲得させる態様の詐欺を規定していないので、その類型も他者に損害をもたらす詐欺に含めていた可能性も考えられる。

4. 主観的要素

主観的要素については、「他者の権利を損なうために」と規定されているだけであるが、352条の刑罰規定からすると、これに該当するのは、「他者の損害に向けられた意図」又は「許されざる利益に向けられた意図」である。

(3) 契約に関する詐欺の特別規定

ヴェルテンベルク刑法典でも、契約に関する詐欺の規定が置かれている。ただし、詐欺の規定と別の条文で規定されているのではなく、刑罰に関する規定の一部（352条第3項³⁹⁵）で扱われているにすぎない。

ヴェルテンベルク刑法典では、バイエルン刑法典で採用され、ザクセン刑事法典でも意識されていた双務契約と片務契約の区別は放棄され、基本的には民事法の規則に従って判断され³⁹⁶、例外的に「特別な奸計によって（durch besondere Arglist）」に該当する場合に刑罰の対象になるとされている³⁹⁷。なお、ザクセン刑事法典と同様に、契約に関する詐欺は、親告罪である³⁹⁸。

³⁹⁴ Hufnagel, a.a.O. (Fn.388), S.592 では、他者に損害をもたらす態様の詐欺を、陰湿な詐欺（boshafter Betrug）と呼称している。

³⁹⁵ ヴェルテンベルク刑法典 352条3項では、「契約関係において、民事法の諸原則にしたがって、違法な欺罔を理由に取引の無効または損害賠償を求めて訴えを提起された場合に、この際、それで十分であり、刑罰法規はこのような諸事例では適用されない。ただし、一方の当事者が他方の当事者を惑わせて、特別な奸計によって、契約を締結させた場合は別である。」と規定されている。

³⁹⁶ Hufnagel, a.a.O. (Fn.388), S.593 では、その理由について、「契約の締結に際して、通常、それぞれの当事者は自身の利益を促進することを試みており、それぞれの当事者は別の当事者を手玉に取ることを試みている。それゆえ通例処罰はされない」と説明されている。

³⁹⁷ この規定で用いられている「特別な奸計によって」という文言は、日常的な賢明さ（Klugheit）または用心深さ（Vorsicht）によって自身を守ることができるであろう行為に対して、刑罰法規による特別な保護を必要としないという理解に基づくものであり、単純な嘘を処罰対象からはずす基準として規定されている。類似の視点が、当時、1810年フランス刑法典 405条の規定（とくに、manœuvres frauduleuses）やイギリスの裁判慣習にも存在した（Vgl. Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.112）。1810年フランス刑法典 405条の日本語訳については、本稿第二章第一節第一款2を参照のこと。

³⁹⁸ ヴェルテンベルク刑法典 352条第4項では「さらに、契約関係における詐欺に関して、損害を被った者の告訴がある場合にのみ介入される。」と規定されている。

第五項 ブラウンシュヴァイク（1840年ブラウンシュヴァイク公国刑事法典）

1. 制定の経緯

ブラウンシュヴァイク公国刑事法典 (*Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig*³⁹⁹) [以下では、ブラウンシュヴァイク刑事法典という] は、ヴィルヘルム公 (*Wilhelm August Ludwig Maximilian Friedrich*, 1806～1884/在位；1830～1884) によって1840年7月10日に公布された⁴⁰⁰。

この法典が成立するまで、ブラウンシュヴァイクでは、カロリーナ刑事裁判令をもとにした刑事法が実践されていた。ここでも領邦による補充的な条令が多数存在しており、刑事法の規定は散発的に存在していたようである⁴⁰¹。時代の経過とともに、カロリーナ刑事裁判令を修正する慣習的な法が用いられていたが、領邦国家内で非常に異なった運用が積み重なり、法的不安定性が生じていた。このような背景の下で、1831年のブラウンシュヴァイク憲法公布後、立法委員会が設立され、1839年にこの委員会が草案を作成し⁴⁰²、この草案が議会に提出され、審議の結果、この法典へと至った。

この法典の各則部分の構成は、公的重罪と私的重罪を区別している。そしてこの法典では、「あらゆる不確定性、及び、あらゆる装飾的表現 (*Schwulst*) からの文体 (*Schreibart*) の解放」⁴⁰³などが心がけられており、多くの規定が簡潔なものになっているようである。

2. 規定の内容

(1) 法典における詐欺罪の位置付け

この法典では、詐欺は、各則部分に当たる第2巻の第2部「私的重罪」第2編「他人の財産に対する犯罪」第3章「詐欺及び偽造」で規定されている⁴⁰⁴。詐欺と偽造が同じ章に置かれているが、偽造を詐欺の特別類型と捉えず、独立の犯罪と捉えていたようである⁴⁰⁵。ヴェ

³⁹⁹ 本法典の原文については、Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn.350) 1. Band, V. Braunschweig, S.15 ff.

⁴⁰⁰ 以下のブラウンシュヴァイク公国刑事法典制定の経緯について、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.117 f.; *Stenglein*, a.a.O. (Fn.350) 1. Band, V. Braunschweig, S.3 f.; *Liszt/Eb.Schmidt*, a.a.O. (Fn.371), S.67. さらに、野澤・前掲注 (34) 書 263 頁以下も参照。

⁴⁰¹ *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S.117.

⁴⁰² *Liszt/Eb.Schmidt*, a.a.O. (Fn.371), S.67 によると、特にシュライニッツ (*v. Schleinitz*) とブライマー (*Breymer*) が中心になって起草を行ったようである。

⁴⁰³ *Albert Friedrich Berner*, *Strafgesetzgebung in Deutschland*, Leipzig 1867, S.144.

⁴⁰⁴ この章の下で、詐欺 (224 条～227 条)、偽造 (228 条～230 条)、暴利行為 (231 条、232 条) 可罰的破産行為 (233 条から 236 条)、他者の秘密の詐欺的な侵害 (237 条)、自身の物品の詐欺的な横領 (238 条)、他人の物品の不法な利用 (239 条) が規定されている。

⁴⁰⁵ Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.118. これに対して、今井・前掲注 (286) 論文 190 頁は、ブラウンシュヴァイク刑事法典では、公文書偽造を「公の信用に反する犯罪」、私文書偽造を加重された詐欺として位置付けていると捉えている。しかし、詐欺の規定の後に、偽造行為の規定を置いている点を除いて、私文書偽造を加重類型の詐欺と位置付けている根拠は見当たらない。

ルテンベルク刑法典と同様に広義の詐欺という概念は用いられていない。さらに、詐欺は、第2編「他人の財産に対する犯罪」に置かれていることから、明確に財産侵害の場合に制限されていた。

(2) 詐欺罪の規定

まず本法典 224 条柱書では、詐欺に関する規定として、「他者に財産上の損害を加えるために、あるいは利得意思で、他者の錯誤を違法に誘引し、又は利用して、その犯罪的目的を達成する者は、次の場合にそこに規定されている刑罰で処される」と規定されている。

ブラウンシュヴァイク刑事法典の詐欺罪は、これまでの法典ではみられなかった規定形式がとられている。詐欺罪の主観的要素について、「他者に財産上の損害を加える目的」又は「利得意思」を要求し、構成要件的结果については、「犯罪的目的を達成すること」を要求している。すなわち「他者に財産上の損害を加えること」と「利得」を詐欺罪の構成要件的结果と捉えているといえる⁴⁰⁶。このような詐欺の規定はこれまでの領邦国家法典と比して非常に簡潔な規定であり、これはブラウンシュヴァイク刑事法典全体の方針にも即したものであったといえる⁴⁰⁷。

(3) 契約に関する詐欺の特別規定⁴⁰⁸

ブラウンシュヴァイク刑事法典でも、契約に関する詐欺の特別規定（227 条⁴⁰⁹）を置いている。民事訴訟における損害賠償請求と関連付けるものであり、これまでの法典にはみられない規定方法である⁴¹⁰。なお、ザクセン刑事法典やヴェルテンベルク刑法典と同様に、親告罪規定（244 条）も採用されている。

第六項 ハノーファー(1840年ハノーファー王国刑事法典)

⁴⁰⁶ 草案段階では、1803年オーストリア刑法典における詐欺罪を参考にしており、このような構成要件的结果は要求されておらず、錯誤を惹起することのみが要求されていたが、等族（Stände）の提案でこの部分が追加されたようである。Vgl. Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.123 f.

⁴⁰⁷ ただし、ブラウンシュヴァイク刑事法典 224 条 2 項以下の詐欺罪の刑罰規定は損害の額に応じた非常に詳細なものとなっており、簡潔な規定とは評価しがたい。

⁴⁰⁸ その他特徴的な規定として、財産犯を対象にする「行為による悔悟（thätige Reue）」（自発的な損害補填）の減輕規定（243 条）がある。

⁴⁰⁹ ブラウンシュヴァイク刑事法典 227 条では、「契約において、詐欺は、被欺罔者に対して、被った損害が被欺罔者の請求により即時に賠償されない場合にのみ可罰的である。」と規定されている。

⁴¹⁰ 詐欺の事案で、当事者間の和解があったことを理由に検察官が起訴猶予をおこなうことがわが国の刑事法上の運用でも見られるが、この規定はそのような運用を法律で制度化したものといえよう。なお、民事裁判と関連付ける規定例として、プロイセン一般ラント法の一般詐欺と重大詐欺についての規定がある（後述、本章第三節参照）。

1. 制定の経緯

ハノーファー王国刑事法典 (*Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover*⁴¹¹) [以下では、ハノーファー刑事法典という] は、ハノーファー国王のエルンスト・アウグスト一世 (*Ernst August I.*, 1771~1851/在位; 1837~1851) によって 1840 年 8 月 8 日に公布された⁴¹²。

ハノーファーでも、これまで検討してきた領邦国家刑法典の展開と同様に、時の経過とともに領邦内の法的不安定性が生じ、刑法典を制定する要請が存在していた。まず、イギリス国王であり、ハノーファー王国の国王でもあったジョージ四世 (*Georg IV.; Georg August Friedrich; George Augustus Frederick*, 1762~1830/在位; 1820~1830) が、1823 年に立法委員会を組織した。1825 年にこの委員会が草案を公表し⁴¹³、1825 年から 1830 年までに修正が加えられ、1830 年に等族 (*Stände*) に提出された⁴¹⁴。そして、1838 年に等族の審議を終え、本法典の成立に至った。

2. 規定の内容

(1) 法典における詐欺罪の位置付け

ハノーファー刑事法典では、詐欺は各則部分の第 12 章「窃盗、横領、詐欺による所有権侵害について」という表題の下で規定されている。詐欺については、1813 年のバイエルン刑法典に類似した規定構成を採用している⁴¹⁵。ただし、第 12 章の表題が「所有権侵害」と

⁴¹¹ 本法典の原文は、Vgl. *Melchior Stenglein*, *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, 2. Band, München 1858, VI. Hanover, S.9 f.

⁴¹² 以下のハノーファー刑事法典の制定の経緯について、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.127; *Stenglein*, a.a.O. (Fn.411) 2. Band, VI. Hanover, S.3 ff.; *Liszt/Eb.Schmidt*, a.a.O. (Fn.371), S.67. さらに、野澤・前掲注 (34) 書 256 頁以下、岡本・前掲注 (371) 論文 73 頁以下注 20 も参照。

⁴¹³ *Liszt/Eb.Schmidt*, a.a.O. (Fn.371), S.67 によると、バウアー (*Anton Bauer*, 1772~1843) が特に重要な寄与をしているようである。彼は 1826 年、草案を注解 (*Anmerkung*) とともに公表し、さらなる注解を 1828 年と 1831 年に公表している。

⁴¹⁴ この間に次のような歴史的事象が存在する。1830 年 6 月 26 日のジョージ四世の死後、ウィリアム四世 (*Wilhelm IV. Heinrich*, 1765~1837/在位; 1830~1837) がハノーファー国王とイギリス国王の地位を継承し、1833 年 9 月 26 日にハノーファーでは新憲法が制定された。しかし、1837 年 6 月 20 日にウィリアム四世が死去し、相続権の関連で、イギリス国王についてはヴィクトリア女王 (*Viktoria*, 1819~1901/在位; 1837~1901) が継承し、ハノーファー国王についてはエルンスト・アウグスト一世が継承した。ハノーファー国王のエルンスト・アウグスト一世は 1833 年ハノーファー憲法に批判的であり、この憲法を廃止している。1833 年ハノーファー憲法の廃止の経緯について詳しくは、東畑隆介「ハノーファー王国の憲法紛争 (一)」*史学* (慶應義塾大学) 49 巻 4 号 (1980 年) 61 頁以下を参照のこと。

⁴¹⁵ ハノーファー刑事法典第 6 章「公的信義誠実に対する犯罪について」の下で、公文書偽造 (196 条, 197 条) 以外に、公印偽造 (198 条), 印影 (*Stempel*) 偽造 (199 条), 貨幣偽造 (200 条以下) 信用証書偽造 (205 条), 虚偽の国債の流布 (206 条), 偽証等 (208 条以下), 詐欺的かつ軽率な借金 (220 条), 破産 (221 条以下) などが規定されている。ハノーファー刑事法典が、これら全てを詐欺と捉えていたかは判然としないが、一部の規定

なっていることから明らかなように、バイエルン刑法典では詐欺の下で扱われていた所有権侵害以外の権利を害する詐欺は別の章で規定されている。

(2) 詐欺罪の諸規定の概要

第12章の詐欺についての規定は、まず「詐欺の一般概念」(欄外表題A)で、詐欺の一般的定義(308条)、真実を隠蔽することによる詐欺(309条)、詐欺の既遂(310条)を定め、次いで、「とりわけ他人の所有権を侵害する詐欺」(欄外表題B)の下で、単純詐欺や特別類型の詐欺を規定している。一つ目の類型として、単純詐欺や特別な暴利的な契約などを規定し(311条~313条)、二つ目の類型として、第一等級の特別類型の詐欺(Betrügerei)(315条~316条)、第二等級の特別類型の詐欺(317条)を規定している。第一等級の特別類型の詐欺に属するのは、敬虔目的で設立された施設に対する詐欺、奉公人の主人に対する詐欺等、後見人や全権委任された者の詐欺や職業的ギャンブラーのいかさまなどである。第二等級の特別類型の詐欺に属するのは、集団で詐欺を行う場合、遺言状・契約書・借用書・手形・信用証券・領収書・商業帳簿などの文書を他人の名義で発行する場合、保険金目的詐欺の意思で自己の物を放火する場合などである。

(3) 詐欺罪の一般的定義規定

308条では、「他人の権利を損なうために、意図的かつ違法になされるあらゆる欺罔行為は、それが錯誤を発生させることによってであろうと、あるいは真実を違法に秘匿又は隠蔽することによってであろうと、詐欺である。」「意図的にかつ違法に、他者の詐欺について利用する者も詐欺を実行した者と判断されうる。」と規定されている。

7. 構成要件の結果

ハノーファー刑事法典における詐欺の一般的概念では、欺罔行為(Täuschung)を本質的な要素と捉えているので、詐欺の構成要件の結果については規定されていない。このような立場に基づいて、310条では、詐欺は原則的に欺罔行為を実行するや否や既遂となるとされていた⁴¹⁶。

もつとも、このような立場は、詐欺が規定されている章の表題で「所有権侵害」を要求し

で „Betrug“ や „betrügerlich“ という用語が用いられている(たとえば、203条の貨幣詐欺、221条の詐欺的破産など)。

⁴¹⁶ ハノーファー刑事法典310条では、「詐欺は、詐欺の個別の種類において異なる規定が存在しない限り、詐欺的な意思で実行された欺罔行為が終了するや否や、既遂と判断することができる。この際、現実に損害が発生することは重要ではない。しかし、欺罔行為の終了について現実に他者が欺罔されたことが必要かどうかは、その行為の本性に従って評価される。とりわけ、文書またはその他の物の偽造において、これを通じて目的とされていた欺罔行為がなお詐欺を実行する者のさらなる行動に依存している場合には、詐欺は、たとえば、偽造された物を使用することによってはじめて、既遂になる。」と規定されている。これは、バイエルン刑法典1810年草案269条に類似した規定である。

ていることと矛盾しているといえる。この矛盾は、詐欺を、偽造行為などを含む広義の概念として用いているにもかかわらず、オーストリアの法典などのように、詐欺を、真実を要求する権利侵害として整理せずに、所有権侵害の章に位置付けたことから生じたものといえる。

4. 主観的要素

主観的要素については、ハノーファー刑事法典 308 条では、「他人の権利を損なうために」ということのみを要求しており、自己（又は第三者）に利益をもたらす意図などは要求されていない⁴¹⁷。

(4) 契約に関する詐欺の特別規定

ハノーファー刑事法典でも、契約に関する詐欺に関する規定（312 条⁴¹⁸）を置いている。1813 年バイエルン刑法典のように、双務契約と片務契約の区別を意識した規定である。

第七項 ヘッセン（1841 年ヘッセン大公国刑法典）

1. 制定の経緯

⁴¹⁷ *Salomon Philipp Gans, Kritische Beleuchtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover nebst dem Entwurfe selbst, in dessen zuletzt bekannt gewordener Redaction, 2.Theil, Celle 1828, S.386.* では 1825 年草案の 308 条（1840 年のハノーファー刑事法典の 308 条と同様の文言）に対して、修正案を提示している。その中でガンスは、「自身が利益を獲得するために」という文言を挿入している。しかし、この批判は 1840 年の刑事法典では受け入れられなかった。

⁴¹⁸ ハノーファー刑事法典 312 条「単純詐欺に関するこのような規定は、以下のように制限され、より詳細に定められる。

1) 相互的な利益に向けられた、双務契約において、契約の効力を失わせるのではなく、価格の増加又は減少、量、品質及びその他の条項を考慮して実行されたにすぎない、あまり重要でない詐欺は、およそ刑罰法規の対象とならず、適合する事例についてのみ、警察罰が科される。

それに対して、刑罰法規は、一方の当事者により他方の当事者の誠実さについて想定されている信頼を、契約の本質それ自体に完全に矛盾する方法で欺いた場合、たとえばもはや存在しない、あるいはすでに売却した物、完全に異なる種類及び材質の商品を、それそのものであると偽称して、その契約の対象にした場合、あるいは、一方の当事者が秘匿されていた第三者の権利、契約の客体を形成する権利のために、獲得することができなかった場合、錯誤から過剰に支払われた物、あるいは一定の客体に代わって錯誤によって与えられた、異なる、より高い価値の物を受け取って、そして違法な領得の意思を持ち続けていた場合などに適用される。

2) 贈与や使用貸借契約などのように、本来的に他方の当事者の利益にのみ向けられている契約において、契約に適合する利益を留保することまたは縮減することによって欺いて契約を締結する者は、民事法によってのみ判断される。

3) 刑事裁判官によってではなく、特に法律の規定に従って審理され処罰される公的所得を欺くこと及び縮減することは、この法律の対象にならない。」と規定されている。

ヘッセン大公国刑法典 (Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen⁴¹⁹) [以下では、ヘッセン刑法典という] は、ヘッセン大公ルートヴィヒ二世 (Ludwig II., 1777~1848/在位; 1830~1848) によって 1841 年 10 月 18 日に公布され、1842 年 4 月 1 日に施行された⁴²⁰。

ヘッセン大公国でも、新たな統一的な刑事立法に関する特に大きな需要が存在した。領邦内の個別的な行政区域 (Provinz) において完全に異なる法が通用していた。たとえば、シュタルケンベルク (Starkenberg) とオーバーヘッセン (Oberhessen) というより古い二つの行政区域では、ドイツの多くの領邦国家と同様に、普通法が通用していたのに対して、ラインヘッセン (Rheinessen) という行政区域ではフランス刑法典を受け継いでいた。

1820 年 12 月 17 日にヘッセン憲法が公布され、そこで領邦全域に妥当する統一的な刑法典を制定することが受け入れられた。しかし、いくつかの草案が提出されたが⁴²¹、憲法からほぼ 20 年後に、本法典が制定された。

2. 規定の内容

(1) 法典における詐欺罪の位置付け

詐欺は、第 2 部の第 44 項目「文書偽造及び詐欺について (Von dem Schriftfälschung und von dem Betrüge)」という表題の下で規定されていた。この項目の第 1 章で文書偽造を、第 2 章で詐欺を規定している。すなわち、文書偽造は、詐欺に先だって規定され、定義も法定刑も異なる犯罪類型と理解されていた (ただし、一定の欺罔行為が加重詐欺として扱われており、詐欺と偽造の区分は完全には図られていない)⁴²²。

⁴¹⁹ 本法典の原文については、Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn.411) 2. Band, VII. Hessen, S.27 ff.

⁴²⁰ 以下のヘッセン刑法典の制定の経緯について、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S.136 f.; *Stenglein*, a.a.O. (Fn.411) 2. Band, VII. Hessen, S.3 ff.; *Liszt/Eb.Schmidt*, a.a.O. (Fn.371), S.67; *Berner*, a.a.O. (Fn.403), S.172 ff. さらに、野澤・前掲注 (34) 書 237 頁以下も参照。

⁴²¹ 1821 年 7 月 21 日に、ダルムシュタットの控訴裁判所裁判官

(Oberappellationsgerichtsrat) であったクナップ (*Johann Friedrich Knapp*, 1776~1848) とフロレ (*Peter Joseph Floret*, 1778~1836) に法典編纂が委託され、クナップが 1824 年 5 月に、フランス刑法典とバイエルン刑法典の強い影響を受けた草案を提出した (なお、クナップの経歴を記した *Allgemeine deutsche Biographie*, 51. Band; *Nachträge bis 1899: Kálnoky - Lindner*, Leipzig 1906, S.251 によると、クナップは 1816 年にダルムシュタットの控訴裁判所裁判官であったが、1820 年から 1821 年にヘッセン領邦議会 (Landtag) の主席秘書官 (I. Secretär), 1823 年から 1824 年に第一議長 (I. Präsident) を経験した後、1825 年に枢密院 (Geheimen Staatsministerium) の構成員となったようである)。その後、この草案についてミッターマイヤー (*Carl Joseph Anton Mittermaier*, 1787~1867) に意見を求め、その所見に基づいてクナップがさらに修正を行い、1831 年 7 月 1 日この草案が公表されている。さらに、この草案が審議され、1836 年に更に草案が再修正され、1836 年 7 月 28 日に公表された。1837 年 10 月にリンデロフ (*Friedrich von Lindelof*, 1794~1882) により草案が提出された。枢密院で修正が行われ、1839 年 4 月 22 日に草案が提出され、その後審議を経て、本法典に至った。

⁴²² その他、国債証書等の偽造 (第 25 項目, 218 条~227 条), 公印等偽造 (第 26 項目, 228 条~232 条), 貨幣犯罪 (第 24 項目, 204 条~217 条), 偽証等 (第 27 項目, 233 条~

第2章「詐欺」の表題の下で、詐欺の一般的規定(391条)、契約に関する詐欺の規定(392条)、軽微な詐欺(kleiner Betrug)(393条)、単純詐欺(394条)、特別類型の詐欺(395条、397条)が規定されている。

(2) 詐欺の一般的規定

詐欺の一般的規定については、391条で、「他人の権利を損なう意図、又は自己もしくは他者に許されざる利益を獲得させる意図で、特別な法的義務を侵害して意識的に虚偽の事実を真実であると称し、真実の事実を伝えないかもしくは隠蔽し、特別の法的義務を侵害せずに奸計的な態様で欺罔行為を実行し、又は、自分自身が誘引したものではない他者の錯誤を自身の態度によって維持し、それによって他人に損害をもたらした者は、詐欺の責任を負う。」と規定されている⁴²³。

7. 構成要件的结果

構成要件的结果について、欺罔行為によって、「他人に損害をもたらしたこと」を要求している。ヘッセン刑法典では、ザクセン刑事法典と同様に(ヴェルテンベルク刑法典やプロイセン一般ラント法とは異なり)、財産権侵害以外の詐欺も念頭に置かれていたようである⁴²⁴。

4. 主観的要素

主観的要素については、「他人の権利を損なう意図」又は「自己もしくは他者に許されざる利益を獲得させる意図」を要求している。前者についてはあらゆる権利を損なう意図が考えられており、人格的権利に関する詐欺などもここで把握されていた⁴²⁵。

なお、391条では詐欺の法定刑は定められておらず、軽微な詐欺(393条)⁴²⁶と単純詐欺(394条)⁴²⁷で処理される。

243条)、暴利行為等(第45項目、400条、401条)等は詐欺と分離され、別の章で規定された。

⁴²³ なお、本稿では立ち入った検討を行っていないが、ヘッセン刑法典の詐欺罪の行為態様の一つとして、「特別の法的義務を侵害せずに、奸計的な態様で欺罔行為を行うこと」を要求していることが注目に値する。ラインヘッセンでは1810年フランス刑法典が通用していたという背景事情から、フランス刑法典405条の詐欺罪の<<manceuvres frauduleuses>>を参考にして規定されたものである(Vgl. Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.140)。この部分の適用によって、単なる虚偽の主張は詐欺罪の射程から外れることになる。

類似の規定として、バーデン刑法典405条の詐欺罪の行為態様、ヴェルテンベルク刑法典352条第3項ただし書きの契約に関する詐欺の特別規定が存在する。

⁴²⁴ Vgl. Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.138.

⁴²⁵ Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.138 f.は、この点を捉えて、ヘッセンでも「あいまいな詐欺概念(vager Betrugsbegriff)」が採用されていたと評価している。

⁴²⁶ ヘッセン刑法典393条では、「ある者が詐欺にあった客体の価値が総額15グルデンを超えない場合で、行為の際に395条と397条で規定されている諸状況が生じていない場合に、このような軽微な詐欺は懲役刑で処罰される。」と規定されている。

⁴²⁷ ヘッセン刑法典394条では、「軽微な詐欺として前条に該当せず、397条で規定されて

(3) 契約に関する詐欺の特別規定⁴²⁸

ヘッセン刑法典では、ヴュルテンベルク刑法典に類似した契約に関する詐欺の規定（392条1項⁴²⁹）を置いている。また、親告罪規定も導入されている（同条2項⁴³⁰）。

第八項 バーデン（1845年バーデン大公国刑法典）

1. 制定の経緯

バーデン大公国刑法典（*Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden*⁴³¹）〔以下では、バーデン刑法典という〕は、バーデン大公レオポルト（*Leopold von Baden*, 1790～1852/在位；1830～1852）によって1845年3月6日に公布され、1851年3月1日に施行された⁴³²。

バーデン大公国では1803年4月4日「バーデンの刑罰勅令（*das badische Strafedikt*）」が通用していた。この勅令は、かつて独立していた領邦の地域において、さまざまに規定されていた刑事司法に統一的な基礎を与えるものであり、カロリーナ刑事裁判令の隙間を補填するものであった。しかし、リベラルな思想が影響力を強めていたこと、さらにバーデン周辺の領邦国家でも刑法典の編纂作業が進んでいたこともあり、立法委員会が組織され、1836年に一つ目の草案が作成された。さらに、1839年に二つ目の草案が提出され、その草案は数回にもわたる議院及び政府の修正のあと6年後に本法典が公布された。

2. 規定の内容

(1) 法典における詐欺罪の位置付け

バーデン刑法典において、再び広義の詐欺の概念が用いられた。バーデン刑法典の理由書では「偽造と詐欺は、二つの種類とみなされていて、意図的に惹き起こされた欺罔行為によ

いる諸状況によっても特段に扱われていない詐欺は、単純詐欺として、3年までの矯正施設での処遇で、5年までの重懲役刑で処罰される。」「しかし、裁判所は、前者の詐欺において、詐欺の客体が5グルデンの価値を超えていない場合に、懲役刑を言い渡すことができる。」と規定されている。

⁴²⁸ その他注目すべき規定として、「行為による悔悟」（自発的な損害補填）の減輕規定（窃盗罪において376条、詐欺罪への準用として396条）がある。

⁴²⁹ ヘッセン刑法典392条1項では、「契約関係において、民法の原則に従って、違法な欺罔行為を理由に、取引の無効（*Aufhebung des Geschäfts*）又は損害の補填について訴訟で主張されうる場合には、それで十分であり、一方当事者が他方当事者に対して、特別な奸計（*Arglist*）によって契約締結の全体に関して、あるいは契約の個別の規定において、惑わせた場合を除いて、このような事例に刑法は適用されない。」と規定されている。

⁴³⁰ ヘッセン刑法典392条2項では、「さらに、損害を被った者の告訴がされた場合のみ、契約関係において詐欺罪で介入することが許容される。」と規定されている。

⁴³¹ 本法典の原文は、Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn.411) 2. Band, VIII. Baden, S.9 ff.

⁴³² 以下のバーデン大公国刑法典の制定の経緯について、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.143; *Stenglein*, a.a.O. (Fn.411) 2. Band, VIII. Baden, S.3 f.; *Liszt/Eb.Schmidt*, a.a.O. (Fn.371), S.67. さらに、野澤・前掲注（34）書259頁以下も参照。

って生じる権利侵害としての詐欺という種類概念（Gattungsbegriff）に還元されうる。「詐欺は……実質的にあいまい犯罪として把握され、この存在は一定の類型の権利に対する方向（Richtung）によってではなく、権利関係から生み出された確実な手段の利用によって条件付けられる」⁴³³と述べられている。このような理解によると、全ての種類の偽造行為、偽証などが詐欺の概念の下で把握されることになる⁴³⁴。もっとも、詐欺を、あいまい犯罪として理解することによって、処罰の過度な拡張を避けるために、広義の詐欺においても一定の権利侵害に限定して考えられていたようである^{434a}。

狭義の詐欺に関する規定は、各則部分を規定する第 2 部「個別犯罪及びその刑罰について」の中の第 31 項目「詐欺について」の表題の下で規定されている。

(2) 詐欺の原則規定

バーデン刑法典は、450 条で「利欲からなされる詐欺の構成要件（Tathbestand des Betrugs aus Gewinnsucht.）」という見出しの下で、「偽造行為（第 30 項目）の諸事例を除いて、他者に対して、利得意思で（aus gewinnsüchtiger Absicht）、奸計的に真実を歪曲することによって、あるいは特別な法的義務に違反して真実を故意的に知らせないことによって、意識的に惑わせて他者の財産を侵害する作為あるいは不作為をそそのかす者は、詐欺罪であり、横領罪の刑罰（403 条）で処理される。」と規定されている。

さらに、458 条では、「利得意思のない詐欺（Betrug ohne gewinnsüchtige Absicht.）」という見出しの下で「悪意（Bosheit）又は報復心（Rachsucht）から、利得意思なしに、他者の財産を詐欺的に侵害することは、その行為が一定の別の重い犯罪に移行しない限り、2 年未満の懲役刑又は労役刑で処罰される。」と規定されている。

7. 構成要件的结果

まず、利欲からなされる詐欺罪（450 条）においては、「意識的に惑わせて他者の財産を侵害する作為あるいは不作為をそそのかすこと」を要求しているが、これは処分行為をさすといえるので、構成要件的结果自体は明文で要求されていないといえそうである。しかし、バーデン刑法典では損害の発生を解釈上要求していたとされる。なぜなら、詐欺の場合には、「真実に対する一般的な義務が存在せず、単なる欺罔はまだ権利侵害として認められ得ない」⁴³⁵からである。

⁴³³ Wilhelm Thilo, Großherzogthums Baden nebst dem Gesetze über die Gerichtsverfassung mit den Motiven der Regierung und den Resultaten der Stände Verhandlungen im Zusammenhange dargestellt, Karlsruhe 1845, S.359 f. (傍点部文は原文隔字体)

⁴³⁴ Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.144. このような立場からは、狭義の詐欺を規定する第 31 項目「詐欺について」（450 条～470 条）はもちろんのこと、第 30 項目「偽造について」（423 条～449 条）、第 32 項目「家族的な権利について侵害する偽造及び詐欺について」（471 条～476 条）、そして第 34 項目「偽証について」（482 条～508 条）等が、広義の詐欺として把握される可能性がある。

^{434a} Vgl. Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.144 f.

⁴³⁵ Thilo, a.a.O. (Fn. 433), S.362.

これに対して、利得意思のない詐欺罪（458条）の場合には「他者の財産を詐欺的に侵害すること」が要求されている。

4. 主観的要素

主観的要素について、利欲からなされる詐欺罪（450条）では、「利得意思」のみを要求している。これに対して、利得意思のない詐欺罪（458条）の場合には、「悪意（Bosheit）」又は「報復心（Rachsucht）」を要求している。

(3) 契約に関する詐欺の特別規定

バーデン刑法典でも、契約に関する詐欺について規定されている（452条～456条）。契約に関する詐欺は原則的には不可罰であり、利欲からなされる詐欺罪（450条）及び他者によってもたらされた錯誤を利用する場合の量刑緩和規定（451条）に該当する場合で、さらに452条1号又は2号に該当する場合にのみ可罰的であると規定している（452条）⁴³⁶。

第九項 チューリングゲン（1850年チューリングゲン刑法典）

1. 制定の経緯

いわゆるチューリングゲン刑法典（*Strafgesetzbuch für Thüringen*⁴³⁷）は、1850年以降にチューリングゲン地域の領邦国家の大部分で公布された⁴³⁸。

中部ドイツのチューリングゲン地域では、小規模な領邦国家が多数存在していた。この地域では、19世紀の中葉まで、なお普通法が妥当しており、これまでに検討してきた他の地域と同様に、現代的な刑法典を制定する要請が存在していた。チューリングゲン地域に隣接するザクセン王国が1838年3月30日にザクセン王国刑事法典を公布したこともあり、チューリングゲン地域の一部の領邦国家（ザクセン＝ヴァイマル＝アイゼンナッハ大公国、ザクセ

⁴³⁶ バーデン刑法典450条では、（契約の場合）「契約締結の際に騙して利益を得ることを求めて、450条と451条の要件も存在する場合には、以下の場合にのみ、詐欺の刑罰が生じる。

1. 一方当事者が、片務契約の場合には他者の侵害をとまなう契約客体を詐欺的に自分のものにするために、双務契約の場合には取り決められた他者の給付において存在する利益を、取り決められた反対給付なしに詐欺的に自分のものにするために、契約の締結を欺罔の手段としてのみ用いて、そして現実にそれを自分のものにした場合
2. 騙す行為が、民事の権利に従って無効の訴え又は損害賠償の訴えを根拠付けるような種類の故意的な欺罔行為によって、諸状況の下で惹き起こされた場合に、それに加えて欺罔行為者が他者の損害賠償請求から逃れようとする事、あるいは欺罔行為者が損害賠償請求を将来的に提起された場合に、彼の損害補填をする能力がないということや予測せざるをえないだろうということが判明した場合」と規定されている。

⁴³⁷ 本法典の原文については、Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn.350), 1. Band, III., X. Thüringen, S.51 ff.

⁴³⁸ 以下のチューリングゲン刑法典の制定の経緯について、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.154 f.; *Stenglein*, a.a.O. (Fn.350), 1. Band, III. Sachsen-Altenburg, S.5; *ders.*, a.a.O. (Fn.341), Band.3, VIII. Thüringen, S.3 f.; *Liszt/Eb.Schmidt*, a.a.O. (Fn.371), S.66; *Berner*, a.a.O. (Fn.403), S.208 ff. さらに、野澤・前掲注（34）書252頁注272参照。

ン＝アルテンブルグ公国，ザクセン＝マイニンゲン公国，シュヴァルツブルク＝ソンデルスハウゼン侯国）では，ザクセン刑事法典に若干の修正を加えた法典を公布したが⁴³⁹，その他の領邦国家ではザクセン刑事法典を採用していなかった。このような法状況の下では，なお中部ドイツ地域の法の同一性（*Rechtsgleichheit*）の要請が存在し，このことはイエーナ（Jena）にあった共通最高裁判所（*der gemeinschaftliche oberste Gerichtshof*）によってますます明瞭にされた。

2. 規定の内容

(1) 法典における詐欺罪の位置付け

チューリンゲン刑法典における詐欺罪の規定は，第 2 部「個別の犯罪とその刑罰について」の中の第 13 章「詐欺的行為及び偽造について（*Von betrügerischen Handlungen und Fälschungen*）」に置かれている。この章では，単純詐欺（*einfacher Betrug*）（236 条～239 条）と特別類型の詐欺（*Ausgezeichneter Betrug*）（240 条～243 条），破産における詐欺的行為（244 条，245 条），生命又は健康の詐欺的危殆化（246 条），人格的關係に関する不当行為（*Anmaßungen*）及び詐欺的行為（247 条～251 条），偽造（252 条～259 条）が規定されている。単純詐欺は財産に関する詐欺に限定しており，同じ章に規定されている偽造罪とは区別されているが，チューリンゲン刑法典も特別類型の詐欺やその他の詐欺的行為を置いており⁴⁴⁰，一定程度広義の詐欺という概念が維持されている⁴⁴¹。

(2) 単純詐欺の規定

⁴³⁹ 隣接地域であるザクセン王国が 1838 年 3 月 30 日にザクセン王国刑事法典を公布していた（前述，本款第三項参照）。1839 年 4 月 5 日にザクセン＝ヴァイマル＝アイゼンナッハ大公国，1841 年 5 月 3 日にザクセン＝アルテンブルグ公国が，1844 年 8 月 1 日にザクセン＝マイニンゲン公国が，1845 年 5 月 10 日にシュヴァルツブルク＝ソンデルスハウゼン侯国がザクセン刑事法典に若干の修正を加えた法典を公布した。

⁴⁴⁰ ザクセン刑事法典でもそうであったように，通貨偽造（第 14 章「貨幣犯罪について」，260 条以下），偽証等（第 8 章「宣誓，誓約，宗教に対する尊敬の念の侵害について」，172 条以下），名誉毀損（第 9 章「名誉の侵害について」，185 条以下）は，「詐欺的行為と偽造について」の章とは別の箇所で規定されている。

⁴⁴¹ *Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.157* は，チューリンゲン刑法典の詐欺罪の理解には，形式的であいまいな詐欺概念の主張者でもあるオルトロフの見解（*Hermann Ortloff, Lüge, Fälschung, Betrug, Jena 1862*）が影響したと論じている。しかし，これは誤解に基づくものであるといえる。

確かにオルトロフという人物がチューリンゲン草案の起草委員会に参加し，さらに草案の最終校正を担ったことは，*Berner, a.a.O. (Fn.403), S.210* から明らかである。しかし，ここでのオルトロフは，„Ob. App. Ger.Präs.Ortloff zu Jena“ と記載されており，イエーナの上訴裁判所所長であった *Friedrich Ortloff*（1797～1868）のことである。これに対して，„*Lüge, Fälschung, Betrug*“ の著者の *Hermann Ortloff* は，*Friedrich Ortloff* の子息であり，法律家，地方裁判所裁判官であった *Hermann Ortloff*（1828～1920）であると思われる（Vgl. *Allgemeine deutsche Biographie, 24. Band; van Noort Ovelacker, Leipzig 1887, S.453*）。

単純詐欺の基本規定は、236条第1項で「他者に財産上の不利益を加えるために、他者の錯誤を違法に誘引し、あるいは利用し、そしてこの目的を達成した者は、詐欺罪で、惹起された不利益の大きさに応じて単純窃盗の刑で処罰される。」と規定され、そして第2項で「この場合に、犯罪の実行者が同時に自己又は他者に利益を獲得させようとしていたか、あるいはこのことが妥当しないかどうかは重要ではない。しかし、裁判官は後者の場合において、懲役刑に代替して、均衡のとれた罰金刑を言い渡すことができる。」と規定されている。

7. 構成要件の結果

構成要件の結果については、ブラウンシュヴァイク刑事法典の詐欺罪と同様に、「目的を達成すること」を要求しているにすぎない。そして、主観的要素については、「他者に財産上の不利益を加える目的」と規定しているにすぎないので、チューリングン刑法典の詐欺罪の構成要件の結果は「他者に財産上の不利益を加える目的を達成すること」が要求されることになる。

4. 主観的要素

主観的要素については、「他者に財産上の不利益を加える目的」が要求されている。もっとも、236条第2項で「自己又は他者に利益を獲得させようとする」意思がない場合に、裁判官が均衡の取れた罰金刑を言い渡すことを許容する規定があることを踏まえると、236条の「他者に財産上の不利益を加える目的」には、利得目的がある場合と利得目的がない場合を含んでいるといえる。

(3) 契約に関する詐欺の特別規定⁴⁴²

チューリングン刑法典でも契約に関する詐欺の規定(238条第3項⁴⁴³)を置いている。さらに、その際、審理を行うには告訴も必要である(238条第4項⁴⁴⁴)。

第十項 19世紀前半の領邦国家刑法典における詐欺罪の整理

ここまで神聖ローマ帝国崩壊後の19世紀の領邦国家刑法典を概観してきた。この時代の領邦国家刑法典は、多様な詐欺の規定を有しており、時代や地域によって単純に整理できるものではない。以下では、本章の課題を見据えて、詐欺罪(とりわけ狭義の詐欺)と虚偽的

⁴⁴² その他注目すべき規定として、「行為による悔悟」(自発的な損害補填)による減軽規定(49条1項)、相手方の錯誤が無頓着な行動又は軽率な行動に基づく場合の詐欺罪の成立を限定する規定(238条1項)、単に一般的な推奨や評価を述べたことによって相手方が錯誤に陥った場合の詐欺罪の成立を限定する規定(238条2項)などがある。

⁴⁴³ チューリングン刑法典238条3項では、「契約の締結において、そもそも詐欺は、他者の錯誤が、他者が真実の状況にある関係を知っていたとすれば、その者が契約をまったく締結しないか、異なった方法で締結されるということが諸事情にしたがって想定されうるような関係に関連している場合にのみ処罰される。」と規定されている。

⁴⁴⁴ チューリングン刑法典238条第4項では、「さらに、契約の締結の際の詐欺も、当事者の告訴がある場合にのみ審理され、処罰されるべきである。」と規定されている。

行為の関係性（後述 1）、詐欺罪の構成要件的结果（後述 2）、詐欺罪の主観的要素（後述 3）に関して、整理を行う。

1. 詐欺罪と虚偽的行為の関係性

多くの領邦国家法典では、初期の領邦刑法典と同様に、広義の詐欺概念を用いており、偽造行為も詐欺の一部の類型ないし加重類型として理解されていた。ただし、各法典で採用されている広義の詐欺の概念にも広狭があることに注意が必要である。

これについては、次のように整理できる。

(a)「詐欺」を、欺罔行為⁴⁴⁵による権利侵害と捉えて、偽造行為や財産権以外の権利侵害も詐欺罪として把握する法典（バイエルン刑法典、ザクセン刑事法典、及び、バーデン刑法典）、(b)「詐欺」又は「詐欺的行為」を、欺罔行為による権利侵害と捉えるが、偽造行為は詐欺とは区別されると捉える法典（ヘッセン刑法典、及び、チューリンゲン刑法典）、(c)「詐欺」を欺罔行為による財産権侵害と捉えるが、偽造行為は詐欺罪の一類型または加重類型と捉える法典（ハノーファー刑事法典）である。

これに対して、(d)「詐欺」を、偽造犯罪及び財産権以外の権利を侵害する欺罔行為と区別して、詐欺罪を純粹に財産犯として位置付けている法典（ヴェルテンベルク刑法典、及び、ブラウンシュヴァイク刑事法典）も存在する。

2. 詐欺罪の構成要件的结果

詐欺罪の構成要件的结果については、以下のように整理できる。

(a)「財産損害」又は「財産上の利得」を要求する法典（ブラウンシュヴァイク刑事法典がそれである。さらに、解釈上同様の立場であるのは、ヴェルテンベルク刑事法典）、(b)「損害」又は「利得」を要求する法典（ザクセン刑事法典⁴⁴⁶）、(c)財産損害を要求する法典（チューリンゲン法典がそれである。さらに解釈上このような立場であるのは、バーデン刑法典）、(d)損害を要求する法典（ヘッセン刑法典）、(e)既遂に、損害を与えることを要求する場合と、結果の発生を不要とする場合を併記する法典（バイエルン刑法典）、(f)欺罔行為のみで詐欺が成立するとする法典（ハノーファー刑事法典）である。

3. 詐欺罪の主観的要素

主観的要素については以下のように整理できる。

(a)「他人に損害を加える意思」又は「利益を獲得する意思」を要求する立場（バイエルン刑法典、ブラウンシュヴァイク刑事法典、及びバーデン刑法典がそれである。これらの意思

⁴⁴⁵ ここでは、詐欺の行為態様という意味で「欺罔行為」という用語を用いている。なお、本稿では詳細には検討していないが、明文で「欺罔行為（Täuschung）」という用語を用いている法典は一部（ハノーファー刑事法典）のみである。

⁴⁴⁶ ただし、ザクセン刑事法典では、「第三者に利益を得させること」も規定されている。

に加えて、「第三者に利益を獲得させる意思」も併記する立場として、ヘッセン刑法典がある)、(b)「他人に権利侵害を侵害する意思」(あるいは「他人に損害を加える意思」)のみを要求する法典(ヴェルテンベルク刑法典, ハノーファー刑事法典, チューリングゲン刑法典), (c)主観的要素を明瞭には規定していない法典(ザクセン刑事法典)に整理できる。

なお, 利得意思がある場合とない場合で条文を書き分け, 後者の法定刑を軽く扱うものとしてバーデン刑法典, 刑罰に関する規定で両者を書き分けるものとしてヴェルテンベルク刑法典がある。さらに, 利得意思が存在しない場合に量刑を緩和する規定を置いているものとして, ザクセン刑事法典, 及び, チューリングゲン刑法典がある。

以上の整理によって, 詐欺罪を虚偽的行為一般から分離していく過程である 19 世紀の領邦国家刑法典の詐欺罪では, 構成要件的结果(詐欺罪の構成要件的结果として「利得」や「財産上の利得」を要求する規定例, 「損害」や「財産損害」を要求する規定例, あるいは, これらを併置する規定例など)について, あるいは, 主観的要素(「利得意思」を要求する規定例, 「損害意思」や「権利侵害意思」を要求する規定例, あるいは, これらを併置する規定例など)について, 多様な規定形式が存在していたことが明らかになった。

第四款 小括

本節では, ローマ法及びドイツ普通法における詐欺罪の萌芽的犯罪類型(第一款), 初期領邦刑法典における虚偽的行為及び広義の詐欺(第二款), 19 世紀領邦国家刑法典における詐欺罪(第三款)を概観することによって, ドイツにおける「詐欺罪(Betrug)」という犯罪類型の生成過程を明らかにした。

そして, これらの検討によって, ①ドイツにおける「詐欺罪」は, ローマ法における偽罪及び卑劣罪に由来する犯罪であるということ, ②神聖ローマ帝国下の初期領邦刑法典では, 偽罪や卑劣罪を参考にして, 虚偽的行為あるいは広義の詐欺が規定化されたが, 偽造や偽証など多くの虚偽的行為を含む犯罪であったということ, ③その後の 19 世紀前半の領邦国家刑法典ではこの虚偽的行為又は広義の詐欺の射程の明確化が図られたが, 各法典において, 詐欺という概念の下で, 「欺罔行為によって財産権を侵害する犯罪」(狭義の詐欺)のみを把握するか, あるいは, 「欺罔行為によって財産権以外の権利を侵害する犯罪」や「偽造」などを含めて把握するかには相違があり, それに伴って, 構成要件的结果や主観的要素に関しても一様な規定方法は存在しないことが明らかになった。

その他に, ④ヴェルテンベルク刑法典やブラウンシュヴァイク刑事法典における詐欺罪の議論を踏まえると, 詐欺罪の下で「欺罔によって財産権を侵害する犯罪」(狭義の詐欺)のみを把握する場合には, 構成要件的结果として「財産損害」と「財産上の利得」が要求されることになるということも導くことができると思われる。

次節では, 現行ドイツ刑法典の詐欺罪の基礎となっているとされる⁴⁴⁷プロイセン刑法典における詐欺罪において, 同時代の領邦国家刑法典における詐欺罪の規定及び議論を踏ま

⁴⁴⁷ Vgl. LK¹²-Tiedemann, a.a.O. (Fn.287), S.19, Vor §263 Rn.16; Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.XXXIII.

えれば、詐欺罪の構成要件的结果及び主観的要素に関して多様な規定例が想定可能であったにもかかわらず、なぜ構成要件的结果として「財産損害」（さらに、主観的要素として「利得意思」）を要求する規定例を、採用したのかを明らかにするために、プロイセンにおける詐欺罪の歴史的展開をみることにする。

第三節 プロイセンにおける詐欺罪の歴史的展開

第一款 プロイセン刑法典の詐欺罪の規定と本節の課題

プロイセン諸国のための刑法典（*Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten*⁴⁴⁸）〔以下では、プロイセン刑法典という〕は、プロイセン国王フリードリッヒ・ヴィルヘルム四世（*Friedrich Wilhelm IV.*, 1795～1861／在位:1840～1861）によって1851年4月14日に認可された後、5月13日に公布され、7月1日に施行された⁴⁴⁹。

プロイセン刑法典（第2部「個別の重罪及び軽罪、そしてその刑罰について」第21「詐欺」）241条の詐欺罪は、「利得意思で、虚偽の事実を述べることにより、又は真実を伝えないか若しくは隠蔽することにより、錯誤を惹起し、それによって他者の財産に損害を与えた者は、詐欺を實行するものである。」と規定されている。

この規定は、①主観的要素に関して、「利得意思」を要求しており、②行為態様に関して、「虚偽の事実を述べること」、「真実を伝えないこと」、「真実を隠蔽すること」のいずれかによって「錯誤を惹起すること」を、③構成要件的结果に関して、「他者の財産に損害を与えること（財産損害）」を要求していると整理することができる⁴⁵⁰。まず、②行為態様につい

⁴⁴⁸ プロイセン刑法典の原文については、Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn.339) 3. Band, XI. Preußen, S.41 ff.を参照した。

⁴⁴⁹ Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn.339) 3. Band, XI. Preußen, S.5

⁴⁵⁰ 現行ドイツ刑法典263条1項の解釈として、詐欺罪は、「自己侵害犯（*Selbstschädigungsdelikt*）」（Vgl. *Satzger*, a.a.O. (Fn.152), S.518; *LK*¹²-*Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.96 f., §263 Rn.5; *Roland Hefendehl*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band.5 §263-358 StGB, 2. Aufl., München 2014, S.27 f., §263 Rn.9〔以下では、*MK-Hefendehl* と示す〕; *Bernd Heinrich*, in: Gunther Arzt/ Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch*, 3. Aufl., Bleilefeld 2015, S.607f., §263 Rn.28; *Schlack*, a.a.O.(Fn.287), S.41 ff.)あるいは、「財産移転犯（*Vermögensverschiebungsdelikt*）」（Vgl. *Satzger*, a.a.O. (Fn.152), S.518; *MK-Hefendehl*, a.a.O. S.260, §263 Rn.766; *Urs Kindhäuser*, in: Urs Kindhäuser u.a. (Hrsg.), *Nomos Kommentar StGB*, Band 3, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, S.622 §263 Rn.53〔以下では、*NK-Kindhäuser* と示す〕; *Schlack*, a.a.O. (Fn.287), S.35 ff.)であると指摘されている。

本節及び次節でみるように、このような理解は、プロイセン刑法典、ドイツ帝国刑法典及び現行ドイツ刑法典の詐欺罪の制定過程では明瞭な形で主張されていない。むしろ制定後の解釈において浸透していったものであるといえる（「財産移転犯」との関係で、Vgl. *Schlack*, a.a.O. (Fn.287), S.36 f.）。

しかし、「自己侵害犯」が、詐欺罪の書かれざる構成要件である「財産処分」との関連で言及されていること（Vgl. *LK*¹²-*Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.96 f., §263 Rn.5）、及び、「財

では、前節で検討した 19 世紀前半の領邦刑法典において類似の規定例はみられるが⁴⁵¹、①主観的要素に関して、「利得意思」のみを要求している規定例は存在しない⁴⁵²。また、③構成要件的结果に関して「損害」を要求している規定例（「損害」と「利得」を併置している規定例）はいくつかみられるが、「財産損害」のみを要求している規定例は一部に限られていた⁴⁵³。

本節の課題は、プロイセン刑法典の詐欺罪の①主観的要素、及び、③構成要件的结果がどのような経緯で現れたのかについて、プロイセン一般ラント法における詐欺罪、及び、プロイセン刑法典の諸草案における詐欺罪に立ち返って、明らかにすることである。そして、このことがプロイセン刑法典の詐欺罪の立場を継承したとされる北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪、ひいては現行ドイツ刑法典の詐欺罪がどのような趣旨の規定であるのかを明らかにすることにも資するといえる。

第二款 プロイセンにおける詐欺罪の制定過程⁴⁵⁴

産移転犯」が主観的要素である「違法な財産上の利益を得る意思」（さらに、それから派生する「損害と利得の素材の同一性」との関連で言及されていること（Vgl. *Schlack*, a.a.O. (Fn.287), S.19）を踏まえると、プロイセン刑法典の詐欺罪においても、このような解釈を導く余地は十分にあったといえる。

⁴⁵¹ 本章第二節第三款では十分な検討を行っていないが、プロイセン刑法典の詐欺罪の行為態様と類似の規定例として、バイエルン刑法典、ザクセン刑事法典、ヴェルテンベルク刑法典、ヘッセン刑法典、バーデン刑法典を挙げることができる。これに対して、錯誤に関連付ける規定例として、ブラウンシュヴァイク刑事法典、チューリンゲン刑法典（さらに、1803年オーストリア刑法典）を挙げることができる。その他に、欺罔行為という観点をを用いる規定例として、ハノーファー刑事法典がある。

⁴⁵² 本章第二節第三款第十項 3 参照。

⁴⁵³ 本章第二節第三款第十項 2 で整理したように、このような規定例としてチューリンゲン刑法典を挙げることができる。ただし、チューリンゲン刑法典は、広義の詐欺の概念を一部維持していることには注意が必要である（本章第二節第三款第九項 2(1)を参照のこと）。

⁴⁵⁴ プロイセン刑法典制定の経緯について、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.162 f.; *Stenglein*, a.a.O. (Fn.339), 3. Band, XI. Preußen, S.3 f.; *Liszt/Eb.Schmidt*, a.a.O. (Fn.371), S.67 ff.; *Berner*, a.a.O. (Fn.403), S.213ff.; *Werner Schubert/Jürgen Regge*, *Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht, Band 1 Strafrecht (Ministerium Danckelmann; 1827-1830)*, Lichtenstein 1981, S.XXVI ff. [以下では、同書を、*Schubert/Regge*, Band 1.と示す]; *Eb. Schmidt*, a.a.O. (Fn.341), S.251 ff.; *Heinrich Rüping/Günter Jerouschek*, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6. Aufl., München 2011, S.74 f.; *Thomas Vormbaum*, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 3. Aufl., Heidelberg/Berlin 2013, S.74 ff. さらに、野澤・前掲注 (34) 書 267 頁以下、岡本勝「放火罪と『公共の危険』(二)～(三)」法学(東北大学) 52 卷 4 号 (1988 年) 1 頁以下、同 57 卷 5 号 (1993 年) 1 頁以下 [以下では、岡本「放火罪(二)」, 「同(三)」と示す], 岡本勝「ドイツ近代刑法史——とくに 19 世紀前葉の刑法理論及び刑事立法の現代的意義——」(平成 6 年度科学研究費補助金(一般研究(c))研究成果報告書[課題番号: 05802008], 1995 年) 1 頁以下 [以下では、岡本「報告書」と示す], 成瀬・前掲注 (286)「名義人の承諾(三)」33 頁以下、成瀬・前掲注 (286)「同(四)」1 頁以下、成

第一項 1794年プロイセン一般ラント法における詐欺罪

1. 制定の経緯

プロイセン諸国のための一般ラント法 (*Allgemeines Landrecht für Preußischen Staaten*⁴⁵⁵) [以下では、プロイセン一般ラント法という] は、フリードリッヒ・ヴィルヘルム二世 (*Friedrich Wilhelm II.*, 1744~1797/在位; 1786~1797) によって、1794年2月5日に公布され⁴⁵⁶、同年6月1日に施行された⁴⁵⁷。同時代のその他の領邦刑法典とは異なり、民事法と刑事法を一つの法典として立法化した点に特徴がある。

この法典の起草は、8名からなる法典編纂委員会によって行われた。この委員会は、1780年4月14日にフリードリッヒ大王 (*Friedrich der Große; Friedrich II.*, 1712~1786/在位; 1740~1786) が主席司法大臣のカルマー (*Johann Heinrich Casimir von Carmer*, 1721~1801) に法典編纂を命じたことに基づいて組織されたものである⁴⁵⁸。刑法部分(第2部20章)は、クライン (*Ernst Ferdinand Klein*, 1744~1810) によって起草され、カルマーやスワレツ (*Karl Gottlieb Svarez*, 1746~1798) の関与によって形成されたようである⁴⁵⁹。

プロイセン一般ラント法は、条文数が非常に多く、刑法部分は1577の条項からなる。刑罰の規定を広範囲にわたり細目にまで立ち入らせることで、裁判官の裁量を可能な限り限

瀬・前掲注(286)「同(五)」1頁以下、山本和輝「正当防衛の正当化根拠について(4・完)——『法は不法に譲歩する必要はない』という命題の再検討を中心に——」立命館法学371号(2017年)91頁以下参照。

⁴⁵⁵ 本法典の原文については、Vgl. *Hans Hattenhauer/Günther Bernert, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 3. Aufl., Berlin 1996.* 刑法部分は、a. a. O., S.672 ff. 本法典の刑法部分の日本語訳として、足立昌勝訳「プロイセン一般ラント法 第2編第20章(刑法) 試訳(一)~(二)」法経論集(静岡大学)51号(1983年)1頁以下、同52号(1983年)15頁以下、足立昌勝監修/岡本洋一=齋藤由紀=永嶋久勝訳「プロイセン一般ラント法 第2編第20章(刑法) 試訳(3)~(6・完)」関東学院法学23巻1号(2013年)151頁以下、同23巻2号(2013年)163頁以下、同23巻3号(2014年)49頁以下、同23巻4号(2014年)223頁以下がある。

⁴⁵⁶ まず、1791年3月20日にプロイセン諸国のための一般法典 (*Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten, 4.Theil, Berlin 1792.*) として公布され、1792年6月1日から施行される予定であったが、1792年4月18日の国王の訓令により、法典の施行が延期された。この延期の理由は、1789年のフランス革命の影響を受けて等族に懸念が生じたからである。そして、法典の名称と一部条文が改められて1794年2月5日に再度公布された(以上につき、足立(昌)ほか・前掲注(455)「試訳(3)」155頁(「プロイセン一般ラント法解題」部分)、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造』(有斐閣、1969年)218頁以下など参照)。

⁴⁵⁷ Vgl. *Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1. Band, 26. Aufl., Berlin 1932.* [Nachdruck: Stockstadt am Mein 1996.], S.62.

⁴⁵⁸ *Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.454), Band 1, S.XXVI.*

⁴⁵⁹ リューピング・前掲注(295)書125頁参照。より詳細なプロイセン一般ラント法の制定過程に関して、石部・前掲注(456)書185頁以下、218頁以下、山本・前掲注(454)論文75頁以下、85頁以下を参照のこと。

定するという狙いがあったようである⁴⁶⁰。なお、詐欺が位置付けられている、第15節「可罰的な私利的行為及び詐欺による財産侵害について (Von Beschädigungen des Vermögens durch strafbaren Eigennutz und Betrug)」の規定は200以上の条項を含んでいる(1256条～1487条)。

2. 規定の内容

(1) 詐欺に関する諸規定の構造

詐欺に関する規定(1325条～1487条)は、禁じられている私利的行為(Eigennutz)(1269条～1324条)の規定⁴⁶¹と同じ節に置かれている。両者の区別は、意思に応じて区別可能であり、法的(rechtlich)か道徳的(moralisch)かという基準によってなされる。すなわち「法的に許されざる利益獲得に向けられた意思があった場合には詐欺であり、道徳的に許されざる利益の獲得に向けられた意思があった場合には、私利的行為であった」⁴⁶²と整理されている。

詐欺に関する規定は、一般詐欺(gemeiner Betrug)(1325条)、重大詐欺(grober Betrug)(1326条)、加重詐欺(qualifizierter Betrug)(1328～1487条)に分けられている。ただし、加重詐欺は、現代的意味の詐欺(たとえば、欺罔行為によって財産権を侵害する犯罪)とは異質のものが含まれる。ここでは、詐欺に関する定義規定、一般詐欺と重大詐欺について確認したうえで、詐欺(一般詐欺・重大詐欺)とその他の犯罪(加重詐欺)の関係性について概観する。

(2) 詐欺罪の定義規定

まず、プロイセン一般ラント法は、第2部第20章第15節の冒頭の1256条で可罰的な詐欺についての定義を行っている。すなわち、「ある者の錯誤を故意的に誘引するあらゆる行為は、それによって、その者が権利を侵害された場合に、可罰的な詐欺である。」と規定されている。

この規定から読み取れる特徴は、行為態様を限定せず、「錯誤を故意的に誘引するあらゆる

⁴⁶⁰ Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.28.

⁴⁶¹ 私利的行為には、以下のような規定が存在する。①権限のない売買及び商取引(1269条, 1270条), ②暴利行為(Wucher)(1271条～1289条), ③騰貴をもたらすために、過度な穀物のたくわえについて秘匿すること、又はとどめておくこと(1290条, 1291条), ④買い占め行為及び先物買い行為(1292条), ⑤食品の売却における適正価格の超過(1293条), ⑥書籍の複製(1294条～1297条), ⑦許されざるギャンブル的行為(1298条～1307条), ⑧家族において不和をもたらすこと(1298条～1307条), ⑨遺産の横領(Erbschleichung)(1309条), ⑩許されざる契約(1310条～1324条)。

⁴⁶² *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.29. (傍点部分は、引用文献の下線強調)なお, a.a.O., S.29 Fn.7で „Vgl. *Temme*, a.a.O., S.97“ と記述されているように、この引用部分は、*Schütz*が*J. D. H. Temme*, *Die Lehre vom strafbaren Betrug*, Berlin 1841.の記述を整理した部分である。なお、本稿では、同文献が収録されている、*J. D. H. Temme*, *Die Lehre vom strafbaren Betrüge und Diebstahl nach preussischem Rechte*, Keip Verlag, Goldbach 1997を参照した。

る行為」としている点である。このような行為態様から、詐欺には相手方の錯誤の発生が必要であることが導かれる。この法典が詐欺罪において錯誤の惹起をはじめて明文化したものと見える（1803年オーストリア刑法典でも「錯誤に陥れたこと」を要求しているが、成立時期はプロイセン一般ラント法が先である）。これまでになかった規定方法ではあるが、すでに生じている錯誤を利用する場合などには対応できないものであった^{462a}（1803年オーストリア刑法典、さらには1813年バイエルン刑法典以降の領邦国家刑法典の多くでは、不作為の欺罔行為を意識して行為態様が具体化されている）。

さらに、条文からは読み取れないが、学説や実務で受け入れられ、後のプロイセン刑法典の詐欺罪の立法に影響を与えた重要な点がある。それは、第一に、本法典の1256条では明文上「権利侵害」としか規定されていないが、学説および実務の運用上財産侵害が必要と考えられていたことである。すなわち、本法典第2部第20章第15節の表題を「可罰的な私利的行為及び詐欺による財産侵害について」としていることから、1256条の「権利侵害」を限定解釈して「財産権侵害」と捉え⁴⁶³、「財産損害の発生」が必要と解されていたのである⁴⁶⁴。このような解釈から、プロイセン一般ラント法下では、詐欺罪の既遂が成立するには、「財産損害の発生」が必要であったといえる。

第二に、1256条の明文からは定かではないが、学説や実務では法的に許されていない利得又は利益の意思が要求されていたことである。この背景として、詐欺の定義以外の条文が重要である⁴⁶⁵。たとえば、1258条は、「公的な処罰（*Öffentliche Ahndung*）は、現実の詐欺が私利的行為と結びついた全ての場合になされる。」と規定していた。それに加えて前述した「詐欺は、法的に許されざる利益獲得に向けられた意思」でなされた点で私利的行為と区別されるということから、詐欺が利益を獲得することを狙いとする犯罪であると理解されていたということも重要である⁴⁶⁶。

^{462a} Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.37; *Hanisch*, a.a.O. (Fn.287), S.112.

⁴⁶³ Vgl. *Naucke*, a.a.O. (Fn.287), S.66. その他に、木村（光）・前掲注（154）書313頁、足立（友）・前掲注（26）『保護法益』30頁も参照。

⁴⁶⁴ *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.38 f. ただし、加重詐欺の事例には多様なものが含まれており、財産侵害を要求することにそぐわないものも含まれている。その例としてシュッツは1435条の二重の洗礼、と1436条の他者の新生児のすり替えを挙げている。

⁴⁶⁵ この点に関して、*Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.46は、「意思の要素は、一般ラント法1256条の基本的定義から明らかではないが、それはその他の条項の一定数において言及されている。たとえば、一般ラント法1259条……では、『求められていた許されていない利得（*gesuchtem unerlaubten Gewinne*）』について、一般ラント法1384条では『利己的な意思（*eigennützigen Absichten*）』について、あるいは一般ラント法1386条では『他者に利益を得させる意思（*Absicht, Andere zu bevorzugen*）』について問題とされている」と述べている。

⁴⁶⁶ *Temme*, a.a.O. (Fn.462), S.31 ff., S.60 ff. und S.91 ff.では、詐欺の要件として、「真実性の侵害（*Verletzung der Wahrheit*）」、「他者の権利侵害（*Rechtsverletzung eines Andern*）」、「違法な意思（*rechtswidrige Absicht*）」という3つの要件を挙げており、「違法な意思」という要件の関連で „Gewinnsucht“ について触れている。

(3) 一般詐欺と重大詐欺に関する規定

次に一般詐欺と重大詐欺の規定について確認する。一般詐欺として、1325 条は「契約又は商取引で行われた一般詐欺の効果 (Folge) に関して、民事法の規定にとどめておく。」と規定している。これは、契約や商取引における詐欺は一般的に可罰的ではなく、民事法の規制で足りるということを示す規定である。

これに対して、詐欺が処罰される場合を明示するのが 1326 条の重大詐欺である。すなわち、「当該取引 (Geschäfte) に関して発生した法的争訟 (Rechtsstreite) において重大詐欺が完全に確認された場合には、本案に関する判決において、同時に詐欺を実行した者に対して相当な罰金刑又は懲役刑の判決が言い渡されるべきである。」と規定されている。ただし、この判断を行うのは、民事裁判官であり、本案で重大詐欺であると認めた場合に、損害賠償 (Schadenersatz) を認め、民事裁判官が刑罰の判断も同時に行っていたのである。そして、重大詐欺について具体的な定義はされておらず、基本的には裁量にゆだねられていた⁴⁶⁷。これはプロイセン一般ラント法が意図していた裁判官の裁量の限定とは逆方向の規定であるといえる。

一般詐欺と重大詐欺の上述のような規定形式のため、詐欺の事案は民事訴訟で重大詐欺に該当すると判断される場合でなければ事実上処罰ができないという事態が生じた。そこで、1815 年 8 月 15 日の通達 (Rescript vom 15. August 1815) で、騙された者が民事上の請求に関する訴訟を提起しておらず、提起することが期待できないような場合でも処罰が可能であることが示唆された⁴⁶⁸。この通達によって詐欺罪を処罰するために民事訴訟を経ない

⁴⁶⁷ Temme, a.a.O. (Fn.462), S.55 によると、重大詐欺に該当する場合とは「精緻で、狡猾な詐欺 (feinen, listigen Betrug)」をさすようである。これについて、Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.34 は、慎重な注意深さをもっていても回避できないような場合と説明している。

⁴⁶⁸ この通達について、Ad. Julius Mannkopff, Preussisches Strafrecht in einer Zusammenstellung des zwanzigsten Titels zweiten Theils des Allgemeinen Landrechts, Berlin 1838, S.474 では、以下のような内容の記述が引用されている。すなわち、「プロイセン一般ラント法第 2 部第 20 章 1326 条……によれば、契約の機会あるいはそのほかの売買及び商取引で実行される重大詐欺が法律上の争訟において認められた場合に、本案に関する判断で、同時に、詐欺の処罰が言い渡されるだろう。しかし、このことから、騙された者の民事上の請求 (Civil-Anspruch des Betrogenen) に関して訴訟が係属しておらず、そのようなことも期待されない場合に、詐欺を実行する者がまったく罰せられないままであろうということは導かれない。

刑法の諸原則に反するこのような不可罰性は、立法者の意思ではあり得ない。むしろ、これは、プロイセン一般ラント法 1326 条の上記引用部分において、民事裁判官によって同時に、責任のある者の処罰が言い渡される諸事例において、特別な審理を開始することを回避することのみを意味する。

したがって、民事訴訟の事案が存在しない場合には、実行された詐欺を理由にして、刑事裁判官の職権 (das Amt des Criminalrichters) が生じなければならない。」という記述である。

場合でも刑事裁判官の職権で審理を開始できることが明らかになった⁴⁶⁹。

(4) 一般詐欺・重大詐欺と加重詐欺の関係性

プロイセン一般ラント法の加重詐欺は、詐欺の加重類型を示すものであるが、現代的な意味の詐欺（欺罔によって財産権を侵害する犯罪）にはおよそ含まれない犯罪がここに位置付けられていた。そのようなものとして、①背信行為（*Untreue*⁴⁷⁰）（1329条～1376条）、

②歪曲行為（*Verfälschung*⁴⁷¹）（1377条～1403条）、③そのほかの義務を伴う詐欺（偽証、虚偽告訴、二重の洗礼、他人の新生児のすり替えなど）（1404条～1440条）、④公衆に対する詐欺（物品の偽造、度量衡の偽造、破産など）（1441条～1487条）がある。

前述した一般詐欺および重大詐欺は、民事における詐欺的な事案と現代的意味の詐欺を対象にしているようであるが、加重詐欺は現代的意味の詐欺とは全く異質な犯罪も含まれている。この意味で、プロイセン一般ラント法の詐欺（*Betrug*）は、同時代の領邦刑法典における虚偽的行為あるいは詐欺（バヴァリア刑事法典の „*Verfälschung*“, テレジアーナ刑事法典の „*Falsch*“, ヨゼフィーナ刑法典の „*Trug*“, 及び、1803年オーストリア刑法典の „*Betrug*“ など）と同様に、広義の概念としても用いられていた。換言すれば、本法典の詐欺は、狭義の詐欺（一般詐欺及び重大詐欺）と広義の詐欺（加重詐欺も含む形での詐欺の一般的定義）双方を示す用語であったといえる。

第二項 1828年草案における詐欺罪

1. プロイセン刑法典制定の背景事情⁴⁷²

⁴⁶⁹ この通達によって示唆された刑事裁判官の職権による審理において、詐欺を処罰する場合に、1326条の重大詐欺の「重大」性に該当する必要があるのか、それとも1256条の詐欺の定義に該当すれば処罰できるのかに関しては、本稿では明らかにできていない。

⁴⁷⁰ 財産犯としての「背任（*Untreue*）」と区別するために、「背信行為」と訳した。背信行為としては、以下のものが規定されている。官吏による背信行為（1330条）、後見人

（*Vormündern*）による背信行為（1331条）、仲介者（*Mäkler*）による背信行為、司法代理人及び顧問弁護士による背信行為（1334条～1344条）、個人的な財産管理者

（*Privatwaltern*）による背信行為（1345条～1349条）、従者（*Gesinde*）の背信行為（1350条～1352条）、寄託（*Depositis*）の際の背信行為（1353条～1369条）、他人の文書の封を開封する場合の背信行為（1370条、1371条）、全権委任を受けた者（*Bevollmächtigten*）による背信行為（1372条～1374条）、取引組合（*Handlungsgesellschaften*）による背信行為（1375条）、保険契約（*Assecuranzverträge*）における背信行為（1376条）である。

⁴⁷¹ 一般的には、„*Verfälschung*“ は、「偽造」や「変造」と訳されることが多いが、不正なギャンブル的行為（1399条～1401条）、錬金術師（*Goldmacher*）及び占い師（*Wahrsager*）等の公衆の欺き（*Publicum hintergehen*）（1402条）、境界移動（1403条）のような多様な行為を含んでいるので「歪曲行為」と訳した。処罰範囲が異なるため、バヴァリア刑事法典の「虚偽的行為（*Verfälschung*）」とも異なる訳語を用いている。

⁴⁷² プロイセン刑法典の諸草案は、しばしば、第一次修正期（1826年～1836年）、第二次修正期（1838年～1842年）、第三次修正期（1843年～1847年）、第四次修正期（1847年～1851年）という区分に従って検討されている（Vgl. *Georg Beseler, Kommentar über das*

プロイセンの大部分の地域では、1794年以降プロイセン一般ラント法が通用していたが、この法典の刑法部分（第2部第20章）は、1577の条項から構成されており、公布直後から近代的な法典として再整理する必要性が認識されていた。さらに、プロイセンでは、1814年から1815年のウィーン会議を経て、ラインラントなど一部の地域が割譲され、これによって、プロイセン一般ラント法（プロイセンの大部分の地域）、フランス法（ラインラント）、普通法（プロイセンの一部の地域）が通用している地域が混在することになった⁴⁷³。したがって、これらの地域で共通して適用される統一的な刑法典を制定する要請も存在していた。

2. 起草の経緯

プロイセン一般ラント法の修正の議論は19世紀初頭からすでに存在していたが⁴⁷⁴、直接的に1851年プロイセン刑法典につながった修正作業は、1825年以降に着手される。プロイセン国王フリードリッヒ・ヴィルヘルム三世（*Friedrich Wilhelm III.*, 1770～1840／在位:1797～1840）は、1825年7月11日、司法省に統一的な刑法典を起草することを委託した。この任務にあたったのが司法大臣ダンケルマン（*Heinrich von Danckelmann*, 1768～1830）であつ

Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851.- Nach amtlichen Quellen, Leipzig 1851, S.3 ff.; *Robert von Hippel*, Deutsches Strafrecht, Band 1 Allgemeine Grundlagen, Berlin 1925 [Nachdruck: Goldbach 2001], S.314; *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.163 ff. さらに、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（三）」38頁等参照。しかし、詐欺罪の規定は、これらの修正期の内部でも傾向が異なっており（とくに、第一次修正期）、この区分を用いる意義はないと思われるので、本稿はこの区分を用いてない。

⁴⁷³ Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn.339) 3. Band, XI. Preußen, S.3; *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.162.

⁴⁷⁴ *Waldemar Banke*, 2. Der Vorentwurf zum ersten Deutschen Einheitsstrafrecht, in: Der ersten Entwurf eines Deutschen Einheitsstrafrechts, Frankfurt am Mein 1991, S.36 [なお、同書は、1848年草案を基に出版された書籍（2. Der Vorentwurf zum ersten Deutschen Einheitsstrafrecht, Berlin 1915）と1849年草案を基に出版された書籍（1. Die Verfasser des Entwurf 1849, Berlin 1912）を合冊して再出版したものであり、各部分ごとに頁番号が振られている。以下では、*Banke*, E1848 又は E1849 と示す] では、プロイセン刑法草案が作成された期間を第一期（1795年から1819年まで）と第二期（1825年から1851年）に分けて整理している。第一期に属するものとして、1800年のクラインによる第1草案、1801年のフォン・シュレヒテンダール（*v. Schlechtendahl*）による第2草案、1804年の委員会による第3草案、1805年のフォン・ゴスラー（*v. Gofler*）による第4草案、1819年のザック（*Sack*）による第5草案が挙げられている。

た⁴⁷⁵。ダンケルマンは 1825 年 12 月に法律修正委員会 (Gesetz-Revision Kommission) ⁴⁷⁶を組織した。この委員会は、1826 年 1 月末に修正の原則に関して審議を行い、刑法部分 (総則部分、各則部分のすべて) については、最高裁判所裁判官 (Kammergerichtsrat) であったボーデ (Friedrich Benjamin Heinrich Bode, 1793~? ⁴⁷⁷) が専門担当官 (Revisor) となり、彼によって作成された草案を、当時司法省次官 (Direktor im Justizministerium) であったカンプツ (Karl Albert von Kamptz, 1769~1849)、枢密司法顧問官 (der geheimen Justizrat) であったザック (Friedrich Willhelm Sack, 1772~1852)、枢密上級顧問官 (der geheimen Oberrevisionsrat) であったフィッシュェニツヒ (Bartholomäus Ludwig Fischenich, 1764~1831) の 3 名の委員で構成される委員会で検討するということが決定された⁴⁷⁸⁴⁷⁹。ただし、ボーデの負担を回避す

⁴⁷⁵ これ以前には、「新たな行政区域における立法及び司法構成 (Justizorganisation) の改革のための省」(1817 年 11 月 3 日から 1819 年 12 月 31 日) [なお、同省は後に司法省に統合される] を統轄していたフォン・バイメ (Carl Friedrich von Beyme, 1765~1838) が法律修正作業を進め (Vgl. Vormbaum, a.a.O. (Fn.454), S.74) . その後、フリードリッヒ・ヴィルヘルム三世が、1823 年 2 月 5 日に、首相 (Staatsminister) のフォン・バイメにラインラントの地域とプロイセン地域の統一刑法典を目的とする「普通刑法草案」の起草について委託したようである (Vgl. Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.454) Band 1, S.XXXIV. さらに、岡本・前掲注 (454)「放火罪 (二)」3 頁注 3、山本・前掲注 (454) 91 頁以下も参照。ただし、バイメの経歴を記した Allgemeine deutsche Biographie, 2. Band, Leipzig 1875, S.601 ff.では、彼が 1823 年当時首相の地位にあったという記述は見当たらない)。

⁴⁷⁶ Vormbaum, a.a.O. (Fn.454), S.74 Fn.109; Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.454) Band. 1, S.XVII.によると、この委員会には、ダンケルマンの他に、カンプツ (Kamptz)、ゼーテ (Sethe)、ライプニッツ (Reibnitz)、ケーラー (Köhler)、アイヒホルン (Eichhorn)、ザック (Sack)、ミュラー (Müller)、サヴィニー (Savigny)、ジモン (Simon)、フィッシュェニツヒ (Fischenich)、シェッファー (Scheffer)、シャイプラー (Scheibler)、ベッティヒャー (Bötticher) が所属していたようである。彼らの具体的な経歴について詳しくは、Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.454) Band 1, S.XXIII f. Anm.22 を参照のこと (さらに、上記 14 名に加えて、オズヴァルト (Oswald)、シェルター (Schelster) という名前を挙げるものとして、Bernier, a.a.O. (Fn.403), S.218)。構成員を示さずに構成員を 16 名と指摘するものとして、Theodor Goldammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für Preußischen Staaten (aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert) Theil I, Carl Heymann, Berlin 1852, S.VIII.

⁴⁷⁷ ボーデに関する経歴について詳しくは、Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.454) Band 1, S.LXXV Anm. 38 を参照のこと。ボーデは、1828 年草案起草以降も、長らくプロイセン刑法典の審議に関わっていたようである (1833 年草案の起案担当者、1844 年参事院の構成員、1847 年刑法草案の審議への関与など)。ただし、1869 年の退官以降の経歴は不明であり、死亡時期はこれまでに確認されていないようである。

⁴⁷⁸ Vgl. Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.454) Band 1, S.XXXV. 刑法、刑事訴訟法、形式的・実質的抵当権等、一般民事訴訟法、不動産の強制執行、裁判所構成法、後見法、商法、教会法及び学校法、都市・農業・封建法、鉱業法、公法及び行政法、物権法、債務法 [債権法]、人格法及び家族法、相続法の 16 項目について、専門担当者と担当の修正委員が割り振られている。

⁴⁷⁹ 岡本・前掲注 (454)「放火罪 (二)」4 頁以下によると、1828 年草案の審議は、刑法の特別委員会を経ずに、1827 年 11 月末から 1830 年 5 月まで、法律修正委員会の総会におい

るために、1827年9月28日の通達（Reskript）で、各則の財産犯部分は上級地方裁判所裁判官（Oberlandesgreichtsrat）のシラー（Schiller⁴⁸⁰）が担当することになった⁴⁸¹。

1827年11月に、ボーデの作成した刑法の総則部分の草案（1827年草案）が審議のための未定稿（Manuskript）として、理由書とともに提出された。1827年草案は、法律修正委員会の審議、さらに内閣（Staatsministerium⁴⁸²）の審議を経て、差し戻された⁴⁸³。その後、1828年草案⁴⁸⁴（1827年草案の審議の末に修正した総則部分、ボーデが起草した財産犯以外の各則部分、および、シラーが起草した財産犯部分）が提出された。なお、この草案も審議のための未定稿であった。

3. 詐欺的財産侵害に関する諸規定の内容

(1) 詐欺的財産侵害の諸規定

1828年草案における詐欺的財産侵害（第11章「財産に対する犯罪」の「16.詐欺的財産侵害」）は、詐欺に関する一般規定を置かず、個別的な詐欺的財産侵害（すなわち、第11章88条の宗教の濫用等による詐欺的財産侵害⁴⁸⁵、第11章89条の偏見を利用することによる詐

て行われたようである。1827年の総則草案については刑法の特別委員会を経たかについて述べられていない。

⁴⁸⁰ Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.454) Band 1, S.LXXVII Anm.77 には「シラーに関する個人情報は残念ながらこれまで確認されていない。しかし、カンプトツが1833年に、彼は『この間に死亡した (inzwischen verstorben)』と言及している」という記述が存在する。

⁴⁸¹ Vgl. Berner, a.a.O. (Fn.403), S.219.

⁴⁸² „Staatsministerium“について、本稿では、「内閣」と訳出する（岡本・前掲注（454）「放火罪（二）」4頁注4、山本・前掲注（454）論文92頁。これに対して、1830年草案の提出先から推測するに、「国務省」と訳出するものとして、野澤・前掲注（34）書269頁）。なお、„Staatsministerium“は、各大臣がそれぞれ国王に対して責任を負うものであり（水木惣太郎『議会制度論』（有信堂、1963年）188頁以下参照）、議院内閣制における「内閣」とは異なる機関であることに注意が必要である。

⁴⁸³ 岡本・前掲注（454）報告書3頁は、「この総則草案〔1827年草案——引用者注〕は、法改正審議会〔法律修正委員会——引用者注〕の審議を経て、100箇条に短縮され、内閣に上程された。内閣は、1828年3月11日から1828年6月13日に至る6回の審議を重ね、再び法改正審議会に差し戻した」と述べている。

⁴⁸⁴ 原文については、Vgl. Werner Schubert/Jürgen Regge, Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht, Band 2 Straf- und Strafprozeßrecht (Ministerium Danckelmann; 1828-1830), Lichtenstein 1982, S.271 ff. 以下では、同書を、Schubert/Regge, Band 2 と示す。なお、1828年草案は他の草案とは異なり、章ごとに条文番号が振られている。1828年草案における詐欺的財産侵害に関する諸規定について訳出するに際して、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（三）」45頁以下を参照した。

⁴⁸⁵ 1828年草案第11章88条は、「宗教、宗教的行為、宗教によってあがめられている物を濫用して、詐欺的に財産を侵害することは、労役場留置、及び、10ターレルから1000ターレルまでの罰金刑で処罰される。」と規定されている。

欺的財産侵害⁴⁸⁶、第 11 章 91 条から 96 条の偽造による詐欺的財産侵害⁴⁸⁷、及び、第 11 章 97 条から 100 条の文書の濫用による詐欺的財産侵害⁴⁸⁸) を規定している。

1828 年草案が、このように詐欺罪の一般規定を置かずに、一部の詐欺的財産侵害を処罰する規定のみを置いたことについて、成瀬幸典は、クラインシュロートの見解（「広義の偽造罪〔本稿における虚偽的行為又は広義の詐欺——引用者注〕を所有権侵害とした上で、偽造行為によって個人が損害を被るにすぎない場合、それは私事であって、損害賠償で十分であるが、偽造行為が全ての所有権の不安定さを招来する場合には、国家の問題となり、刑罰によりこの不安定さは解消しなくてはならない」⁴⁸⁹という見解）が影響した旨指摘している⁴⁹⁰。

確かに、1828 年草案の理由書では、「詐欺は一般的に、権利侵害をもたらすという形式として、重罪そのものになるのではなく、権利侵害によってもたらされるあらゆる財産損害が可罰的になるのでもない」⁴⁹¹と述べられており、それに続く部分でクラインシュロートの文献が引用されている⁴⁹²。しかし、一般的な詐欺行為は民事法による処理で十分であるが、重大な詐欺的行為についてのみ可罰的であるという立場は、クラインシュロートによっではじめて主張されたものではなく⁴⁹³、本款第一項で確認したように、プロイセン一般ラント法

⁴⁸⁶ 1828 年草案第 11 章 89 条は、「ある者を真実の偽装又は隠蔽によって欺罔し、違法にその者の財産を侵害するために、予断もしくは迷信を利用するような、詐欺を行う者は、労役場に留置される。」と規定されている。

⁴⁸⁷ ここでは偽造による詐欺的財産侵害の一部の規定のみを示す。1828 年草案第 11 章 91 条は、「人格又は物について、それに付随していない属性に関するメルクマールを付け加えるような、又は、現実に存在する属性を隠蔽するような詐欺的財産侵害は、偽造として、労役場に留置され、20 ターレルから 2000 ターレルまでの罰金刑で処罰される。」と規定されている。

⁴⁸⁸ ここでは文書の濫用による詐欺的行為の一部の規定のみを示す。第 11 章 98 条は、「偽装取引を締結又は誘引し、かつ当該取引に関して作成された文書によって、詐欺的に、ある者の財産を侵害した者は、労役場留置及び 10 ターレルから 1000 ターレルまでの罰金刑に処す。」と規定されている。

⁴⁸⁹ 成瀬・前掲注 (286)「名義人の承諾 (三)」57 頁注 23。クラインシュロートの広義の偽造罪について詳しくは、成瀬・前掲注 (286)「文書偽造罪の史的考察 (一)」148 頁以下を参照のこと。

⁴⁹⁰ 成瀬・前掲注 (286)「名義人の承諾 (三)」42 頁。

⁴⁹¹ Motive zu dem, von dem Revisor vorgelegten, Ersten Entwurfe des Criminal-Gesetzbuches für die Preußischen Staaten, Berlin 1828, in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.484) Band 2, S.182. 以下では、この理由書を、Motive E 1828 と示す。

⁴⁹² Motive E 1828, in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.484) Band 2, S.182 f.では、*Gallus Aloys Kleinschrod*, Ueber Begriff und die Erfordernisse des Verbrechens der Verfälschung, Archiv des Criminalrechts, Bd.2, 1800, S.140.が引用されている。

⁴⁹³ *Kleinschrod*, a.a.O. (Fn.492) が公刊されたのは 1800 年であり、むしろクラインシュロートが 1794 年プロイセン一般ラント法の影響を受けていたものと思われる。*Naucke*, a.a.O. (Fn.287), S.69 も、「まさにクラインシュロートの考えの先取りが、一般ラント法のこのようなシステム〔一般詐欺と重大詐欺の関係性——訳者注〕にある。」と述べている。

ですでにとられていた立場である⁴⁹⁴。このような分析からすると、1828年草案の詐欺罪の諸規定は、基本的にはプロイセン一般ラント法の一般詐欺と重大詐欺と同様の規定構造を採用したと解すべきである⁴⁹⁵⁴⁹⁶。

(2) 詐欺的財産侵害とその他の虚偽的行為の関係性

1828年草案の詐欺的財産侵害は、前述したようにプロイセン一般ラント法をベースにするものといえるが、プロイセン一般ラント法1328条以下とは異なり、偽証、虚偽告訴、背信行為、家族的権利に関する可罰的行為などを加重詐欺として把握していない。また、公文書偽造についても、財産犯とは別の章で規定されている⁴⁹⁷。

プロイセン刑法典1828年草案も、これまでにみてきた19世紀領邦刑法典と同様に、虚偽的行為を広く処罰対象とする犯罪から財産権を侵害する「詐欺罪」を区分する過渡期の草案といえる。

第三項 1830年草案における詐欺罪

1. 起草の経緯

1828年草案は、法律修正委員会で審議され、1828年2月に総則部分は、内閣に審議のために提出されたが、内閣はこの草案を1828年6月の決定で差し戻した⁴⁹⁸。その後、1830年草案⁴⁹⁹（内閣及び法律修正委員会の審議によって集成された総則部分、及び、法律修正委員

⁴⁹⁴ ただし、プロイセン一般ラント法1325条とは異なり、1828年草案第11章の諸規定では一般的な詐欺的行為が原則不可罰であることは明文で示されていない。また、プロイセン一般ラント法1326条の重大詐欺がどのような場合に可罰的であるのかを示していないのに対して、1828年草案第11章88条～100条では、可罰的な場合を明文で示しているところに違いがある。

⁴⁹⁵ Motive E 1828, in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.484) Band 2, S.174 ff. ではプロイセン一般ラント法1256条以下との対比で説明がなされており、a.a.O., S.182でもプロイセン一般ラント法1325条、1326条を参照して説明している。

⁴⁹⁶ プロイセン一般ラント法を重視する姿勢は、国王フリードリッヒ・ヴィルヘルム三世の勅令で示されていた (Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.454) Band 1, S.LX f. さらに、岡本・前掲注(454)「放火罪(二)」4頁注3参照)。1828年草案がプロイセン一般ラント法の立場を継承していることを示唆するものとして、*Beseler*, a.a.O. (Fn.472), S.4 (シラーの作成した財産犯部分の草案は「ラント法の規則(Ordnung)にならう」ものであり、「重要なものではなく、厳格でもなく、深い洞察でもない」); *von Hippel*, a.a.O. (Fn.472), S.316 Fn.5 (「財産犯のみを、シラーが、ラント法の修正として、あまり資質のない(wenig talentvoll)起草をした。」)。

⁴⁹⁷ 1828年草案の第12章「公的信義誠実に対する罪」第12章10条～14条。これらの規定の日本語訳については、成瀬・前掲注(286)「名義人の承諾(三)」58頁注31を参照のこと。

⁴⁹⁸ *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.454) Band 1, S.XXXV. これに対して、1828年草案の各則部分が内閣に提出されたか不明であるが、少なくとも内閣での審議はされていないようである (Vgl. a.a.O., S.XXXVI)。

⁴⁹⁹ 1830年草案の原文については、Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.484) Band 2, S.467 ff.

会の独自の決定による各則部分⁵⁰⁰) が、審議のための未定稿として、1830年7月に内閣に提出された⁵⁰¹。なお、この草案には理由書は付されていない⁵⁰²。

2. 規定の内容

(1) 規定構造の概要

1830年草案の財産犯部分は、シラーの作成した1828年草案をベースにして作成されたようであるが⁵⁰³、詐欺罪に関しては、一般的な詐欺行為を原則不可罰とし、一部の詐欺的財産侵害のみを可罰的であると捉える1828年草案の立場は継承されず、詐欺罪に関する一般規定が置かれ、契約に関する詐欺の例外規定が置かれた。

同草案には理由書が付されていないためその理由は定かではないが、一部の詐欺的財産侵害のみを可罰的であるとすると、処罰の間隙が不可避免的に生じてしまうという懸念に基づくものと思われる⁵⁰⁴。

(2) 詐欺罪の規定

1830年草案(第2部第12章「財産に対する罪」)395条は、「利益を得るために、錯誤を故意的に惹起することによって、ある者の財産権を侵害する者は、詐欺の責任を負う。」⁵⁰⁵と規定されている。そして、詐欺罪の既遂に関して、398条は、「詐欺罪は、たとえ、追求されていた利益がまだ獲得されていないとしても、詐欺を実行する者が意図していた物を占有するや否や、あるいは意図していた権利を譲渡させるや否や既遂となる。」と規定されている。

これらの規定から1830年草案の詐欺罪は、①主観的要素として、「利益を得る」という目的を、②行為態様として、「錯誤を惹起すること」を、③構成要件的結果として、「財産権の侵害」を、より具体的には「物の占有」又は「権利の譲渡」⁵⁰⁶を要求していると整理するこ

⁵⁰⁰ Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.454) Band 1, S.XXXVIで、「この草案〔1830年草案——訳者注〕は、内閣(総則のみ)と法律修正委員会による1828年草案の審議にも基づいて作成された」と述べられていることから、各則部分は法律修正委員会の審議の成果をもとに独自に作成されたものと思われる。なお、a.a.O., S.LXVIIによると、1828年草案の各則部分の財産犯部分の法律修正委員会での審議時期は、1829年から1830年初頭とされている。

⁵⁰¹ Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.454) Band 1, S.XXXV f.

⁵⁰² Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.454) Band 1, S.XXXVI.

⁵⁰³ Berner, a.a.O. (Fn.403), S.220で、「草案〔1830年草案——訳者注〕は、総則部分では、ほぼ完全にラント法から独立したものとなっているが、各則部分では、とりわけシラーの起草した財産に対する犯罪において、あまり独立したものにはなっていない。」と述べられている。

⁵⁰⁴ Vgl. Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.167; Beseler, a.a.O. (Fn.472), S.459.

⁵⁰⁵ なお、これに対する刑罰については、1830年草案399条で、「詐欺罪は、懲役又は労役場留置、及び、500ターレル未満の罰金刑で、処罰される。」と規定されている。

⁵⁰⁶ Theodor Goldammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für Preußischen Staaten (aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem

とができる。これは、プロイセン一般ラント法 1256 条の詐欺の定義規定を出発点にしつつ、解釈上要求されていた「財産権の侵害」と「利得意思」を明文で規定したものと見える。

この規定は、前述したプロイセン刑法典の詐欺罪と類似の規定となっているが⁵⁰⁷、次項以下で明らかにするように、プロイセン刑法典の詐欺罪の文言はこの規定から直接導かれたのではなく、紆余曲折を経て成立したものである。

(3) 契約における詐欺の特別規定

本章第二節で検討した 19 世紀前半の領邦国家刑法典のいくつかの立法例と同様に、1830 年草案でも契約に関する詐欺の特別規定を置いている。397 条では、「契約における詐欺は、侵害を被った者の告訴によって、そして契約の対象と比して意図されていた利得が多額 (*beträchtlich*) になった場合にのみ処罰される。」と規定されている⁵⁰⁸。

1830 年草案には理由書が付されておらず、この規定が導入された理由は定かでない。おそらく、1830 年草案が、プロイセン一般ラント法や 1828 年草案においてとられていた立場（一般詐欺は民事法によって処理され、重大詐欺又は一部の詐欺的財産侵害のみを可罰的とする立場）を転換して、詐欺を処罰する一般的規定を導入したことにより生じ得る処罰範囲の拡大を抑止することを狙いにしたものと思われる。

(4) 詐欺罪とその他の虚偽的行為の関係性

プロイセン一般ラント法で加重詐欺として扱われていた行為は、1828 年草案ですでに偽造罪の一部（偽造による詐欺的財産侵害、文書の濫用による詐欺的財産侵害）を除いて、詐欺罪とは別の犯罪類型として規定されていた。1830 年草案も基本的にはこの立場を継承したといえる⁵⁰⁹。

Kommentar erläutert) Theil II, Carl Heymann, Berlin 1852, S.546 f.は、「詐欺罪における財産損害は、金銭 (*Geld*) 又は財 (*Gut*) を手放した場合にのみ認められるのであろうか」という問題を提起した上で、1830 年草案の詐欺罪が、既遂に関して「物の占有」と「権利の譲渡」を併置して規定していたことに着目して、プロイセン刑法典の詐欺罪の財産損害に関して物質的移転 (*eine materielle Vermögensübertragung*) のみを要求する立場が採用されているのではないと示唆している。

⁵⁰⁷ *Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.169* は、この点に関して、「1830 年草案の詐欺概念は、当時としては最も近代的なものであり、プロイセン刑法典の最終的な規定までさらに発展させるために、もはや多くの修正は不要であったらう」と述べている。

⁵⁰⁸ 契約に関する詐欺に告訴を要求する規定例は、1838 年ザクセン王国刑事法典（それ以前には 1835 年ヴュルテンベルク刑法草案）においてみられるが、1830 年プロイセン刑法草案はこれらの法典（及び草案）よりも先んじていたものである。

⁵⁰⁹ ただし、1830 年草案において、加重詐欺 (*qualificirter Betrug*) という規定は維持されている。

1830 年草案 400 条では、「以下の諸事例において、詐欺は、加重詐欺として、重懲役 (*Zuchthaus*) 及び 50 ターレルから 1000 ターレル未満の罰金刑で処罰される。

1 号 一定の取引において公共的信用が法律上付与されている者が、この職務において詐

また、1833年草案及び1836年草案の詐欺罪の位置付けとの関係で、ここでは、1830年草案は、私文書偽造罪（426条、427条）及び公文書偽造罪（415条～420条）⁵¹⁰を「公的信義誠実に対する罪」として扱っており⁵¹¹、詐欺罪とは関連付けて規定されていないことも強調しておく。

第四項 1833年草案及び1836年草案における詐欺罪

1. 起草の経緯

1830年7月に、1830年草案が内閣に提出されて以降、この草案の審議は進まなかった。その理由は、どのように審議を行うかという手続について不明瞭なまま1830年草案が内閣に提出されたからである⁵¹²。このような状況のなかで、ダンケルマンの健康状態が悪化し、1830年12月29日に死去したこともあって、法律修正作業は中断した。

カンプツは、ダンケルマンの死亡後、司法省の事務を執り行っていたが⁵¹³、1832年2月9日に正式に司法大臣（法律修正作業の継続とラインラントの司法事務の統括担当〔以下では、司法大臣（法律修正担当）と示す〕）に任命された。なお、同日に、ミューラー（*Heinrich Gottlob von Mühler*, 1780～1851）も、司法大臣（その他の区域の司法事務の統括を担当〔以下では、司法大臣（司法行政担当）と示す〕）に任命されている⁵¹⁴。そして、カンプツの下で法律修正作業が本格的に再開された。

この作業の成果として1833年草案⁵¹⁵が、審議のための未定稿として作成された⁵¹⁶（この

欺を実行する場合

- 2号 被保険者又は保険会社が保険契約において詐欺を実行する場合
- 3号 ある者が、詐欺を実行するために、公務員であると偽称する場合、
- 4号 詐欺的に境界標を破棄し、認識できないようにし、又は移動した場合、水位の高さを示す安全及び目印のためのポールを詐欺的に変更する場合
- 5号 ある者が詐欺的に募金活動をする場合
- 6号 いかさまをする場合
- 7号 偽装取引を締結する場合、及び、これに関して提示された文書によって財産損害を与える場合」と規定されている。

⁵¹⁰ 1830年草案における公文書偽造罪と私文書偽造罪の規定の日本語訳については、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（三）」61頁注51及び注52を参照のこと。

⁵¹¹ 1830年草案における文書偽造の概要については成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（三）」46頁以下を参照のこと。

⁵¹² 岡本・前掲注（454）「放火罪（二）」16頁注2。

⁵¹³ Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.454) Band 1, S.XXXVI.

⁵¹⁴ Vgl. *Allgemeine deutsche Biographie*, 22. Band; Mirus - v. Münchhausen, Leipzig 1885, S.468. (ミューラーの経歴を示す箇所)

⁵¹⁵ 1833年草案の原文について、Vgl. *Werner Schubert/Jürgen Regge*, *Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht*, Band 3 *Straf- und Strafprozeßrecht (Ministerium Kamptz; 1833-1837)*, Lichtenstein 1984, S.1 ff. 以下では、同書を、*Schubert/Regge*, Band 3 と示す。

⁵¹⁶ この草案は、カンプツの監督の下で、ボーデが1830年草案を改訂し、理由書を編纂し

草案には理由書が付されている⁵¹⁷)。この草案は、1833年11月9日から司法省で審議されたが、カンプツは、1833年草案を不十分なものであると捉えていたために、さらなる改訂作業を継続した。この作業の成果として、1836年草案⁵¹⁸が作成された⁵¹⁹（この草案には理由書が付されていない⁵²⁰）。この草案は審議のための未定稿ではなく、公刊されたようである⁵²¹。後の学説から、1833年草案及び1836年草案は、全体的に批判されている⁵²²。

2. 規定の内容

(1) 詐欺罪の規定

1833年草案及び1836年草案における詐欺罪は、詐欺罪の規定内容、及び、詐欺罪とその他の虚偽的行為の関係性において、1830年草案とは逆行するものであった。

1833年草案（第1部第14章「詐欺及び偽造」）484条及び1836年草案（第1部第13章「詐欺及び偽造」）608条の詐欺罪は、「自己もしくは第三者に財産ないしその他の利益を得させる意思で、又は単に他者を侵害する意思で、他者の錯誤を誘引あるいは利用して、それによって他者の権利が侵害されるような行為を実行する者は、そこから損害が現実に生じなかったとしても、詐欺の責任を負う」と規定されている。

1833年草案及び1836年草案の詐欺罪では、①主観的要素として、「財産ないしその他の利益を得る意思」、「第三者に財産ないしその他の利益を獲得させる意思」、「他者を侵害する意思」のいずれかを、②行為態様として、「他者の錯誤を誘引又は利用すること」、それによ

たものである（岡本・前掲注（454）報告書5頁参照）。

⁵¹⁷ Motive zum revidirten Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Erster Theil. Kriminal-Strafgesetzes, Berlin 1833., in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.515) Band 3, S.259 ff. 以下では、この理由書を Motive 1833 と示す。

⁵¹⁸ 1836年草案の原文について、Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.515) Band 3, S.785 ff.

⁵¹⁹ 1836年草案は、カンプツが個人的に見直しを行ったものであり、文言上の訂正ばかりか、多数の実質的変更を追加したものである。この点について、岡本・前掲注（454）「放火罪（三）」17頁、山本・前掲注（454）論文101頁参照。Vgl. auch *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.515) Band 3, S.XVI. ただし、詐欺罪との関係では、実質的変更は行われていない。

⁵²⁰ カンプツは1833年草案の理由書には手を加えなかったもので、1833年草案の理由書が実質的には1836年の理由書にもなるとされている（この点について、Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.515) Band 3, S.XVI. さらに岡本・前掲注（454）「放火罪（三）」17頁も参照）。

⁵²¹ *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.454) Band 1, S.XXXVII.

⁵²² *von Hippel*, a.a.O. (Fn.472), S.319 では、1833年草案及び1836年草案について、「カンプツは、進歩的な (fortschrittlich) 草案から反動的な (rückschrittlich) 草案を作った」と評している。Vgl. auch *Beseler*, a.a.O. (Fn.472), S.6 f.; *Berner*, a.a.O. (Fn.403), S.224 f.

ただし、カンプツが司法大臣（法律修正担当）であったこの時期の成果として、最高裁判所判事補（Kammergerichts-Assessor）のヴァイル（Weil）に行かせた他の諸邦国家の刑法典の集成作業がある（Vgl. *Berner*, a.a.O. (Fn.403), S.226 f.）。この成果として、*Zusammenstellung der Strafgesetze auswärtiger Staaten nach der Ordnung des revidirten Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Königlich-Preußischen Staaten*, Band 1-5, Berlin 1838-1841. が公刊されている。

って「他者の権利を侵害する行為を行うこと」を要求していると整理され得る。しかし、これに対して、③構成要件的结果との関係では、「損害が現実に生じていること」は詐欺罪の成立には重要でないという態度が示されている。

これらの草案の詐欺罪は、プロイセン一般ラント法の詐欺の解釈⁵²³、1828年草案の詐欺的財産侵害の規定、及び、1830年草案の詐欺罪の規定が、詐欺罪を、財産権侵害を伴う犯罪であると捉えていたことに対して異議を唱え、欺罔によって人格的権利を侵害する場合に何らかの規制をすべきであるという立場を前提に、普通刑事法（おそらく、ローマ法の偽罪や卑劣罪）を参考に、詐欺罪の射程を広汎に拡大する趣旨で起案されたものであった⁵²⁴。しかし、そこでは、詐欺罪についてこのような広汎な改正を行うことによって、その射程が不明確になるという点は軽視されており、近代的な意味の罪刑法定主義の観点から問題をはらむものであったといえる。まさに、1833年草案及び1836年草案の詐欺罪は、1830年草案までに積み上げてきた成果をないがしろにし、時代に逆行するものであったと評価し得る⁵²⁵。

(2) 契約における詐欺の特別規定の部分的削除

1833年草案及び1836年草案では、契約に関する詐欺を処罰するには告訴が必要であるという規定（1833年草案487条、1836年草案611条）は存在するが、その他に契約に関する詐欺の処罰を制限する特別規定は置かれていない⁵²⁶。

このような契約に関する詐欺の特別規定を置かないという態度は後の諸草案にも継承されている。

⁵²³ 本章第三節第二款第一項で示したように、1794年プロイセン一般ラント法は、広義の詐欺の概念を用いていたが（一般詐欺、重大詐欺、及び、加重詐欺）、一般詐欺と加重詐欺は、財産侵害を伴う犯罪と解釈されていた。

⁵²⁴ Motive 1833, in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.515) Band 3, S.578 f.は、「普通法によれば、詐欺は人格的権利及び財産権に向けられている。一般ラント法（1256条）は、詐欺を、故意で錯誤を惹起し、それによってある者がその自身の権利を侵害させるものと定義している。この定義は、普通刑事法（die gemeinen Kriminalrechte）に従うものである。とはいえ、……その犯罪は財産侵害に限定される。このことは、以前の草案〔1833年以前の草案——訳者注〕で明確である。これに対して、修正草案〔1833年草案——訳者注〕は、普通刑事法の概念に立ち返る。これは、以下のことを根拠にしている。すなわち、人格的権利の喪失は、騙された者（Betrogenen）を、たとえより強度に侵害するものでないとしても、同程度に侵害するということ、そして、ここで考え得る個別の諸事例を特別に言及することはできず、財産に関する詐欺に制限する場合には法律は完全なものとならないということ根拠にしている」と述べている。

⁵²⁵ Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.169.

⁵²⁶ Motive 1833, in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.515) Band 3, S.582.では、「一定の条件の下で詐欺を不可罰と説明することは憂慮すべきであると思われる。なぜなら、……一般的な制限を認め、そのような権利侵害の種類及び態様のさまざまなニュアンスの違いを論じつくすことはできないということは別にしても、契約に依存して減輕されるという理由は、詐欺の可罰性の検討から全く明らかにならない」と説明されている。

(3) 詐欺罪とその他の虚偽的行為の関係性

上記(1)で確認したように、1833年草案及び1836年草案は、非常に広義な詐欺概念を前提にしているため、偽造罪も、詐欺の加重類型として把握されることになる⁵²⁷。「偽造」という観点で整理されているので、従来の領邦刑法典で詐欺の加重類型として位置付けられていなかった通貨偽造罪も詐欺の加重類型として扱われることになる。

第五項 1843年草案における詐欺罪

1. 起草の経緯

(1) 直属委員会の設置

1833年6月3日と7月9日の勅令で、刑法草案の審議について慎重な手続を経ることがあらかじめ指示されていた⁵²⁸。司法大臣（法律修正担当）のカンプツは、この手続を省略することを試みようとしたが、彼の提案は、内閣によって1836年11月12日の審理で否決され、1833年の勅令によって指示されていた手続を維持することが決定された⁵²⁹。その後、内閣での報告は停滞していたが、司法大臣カンプツとミュラーによる国王への二つの報告書（1837年11月7日と12月31日）を契機に、この方針に変化があった⁵³⁰。すなわち、1838年2月4日の勅令で、この報告書で提案されていた参事院（Staatsrat）の構成員からなる直属委員会（Immediat-Kommission）⁵³¹の設置が認可されたのである⁵³²。1836年草案はこの直

⁵²⁷ 詐欺の加重類型としての偽造罪に位置付けられているのは、①文書偽造（1833年草案492条から497条、1836年草案616条～621条）、②印紙及び公印偽造（1833年草案498条及び499条、1836年草案622条及び623条）、③封印偽造（1833年草案500条、1836年草案624条）、④境界標偽造（1833年草案501条、1836年草案625条）、⑤商品偽造及び度量衡の偽造（1833年草案502条～506条、1836年草案626条～630条）、⑥通貨偽造及び公的債務証券偽造（1833年草案507条～517条、1836年草案631条～641条）である。なお、1833年草案の文書偽造罪（492条～497条）の日本語訳については、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（三）」63頁以下注60を参照のこと。

⁵²⁸ 具体的な手続については、*Berner, a.a.O. (Fn.403), S.228*, 岡本・前掲注（454）「放火罪（三）」20頁注4を参照のこと。

⁵²⁹ *Berner, a.a.O. (Fn.403), S.228*.

⁵³⁰ Vgl. *Berner, a.a.O. (Fn.403), S.228*.

⁵³¹ *Berner, a.a.O. (Fn.403), S.229 f.*によると1838年3月6日の参事院委員会の議事録に「出席者」として記録されているのは、ミュッフリング（*Müffling*）、カンプツ、ミュラー、ロヒョー（*Rochow*）、ゼーテ、ケーラー、アイヒホルン、デュースベルク（*Duesberg*）、アルニム（*Arnim*）の9名であり、それに続いて、報告担当者（*Referent*）として記録されているのは、イエーニゲン（*Jänigen*）である。なお、後にアイヒマン（*Eichmann*）、ルッペンタール（*Ruppenthal*）、サヴィニー、ボルネマン（*Bornemann*）が加わり、第15回の会議（1839年5月22日）以降は報告担当者として、地方裁判所裁判官のビショッフ（*Bischoff*）が参加したようである。

⁵³² Vgl. *Berner, a.a.O. (Fn.403), S.228*. この認可の際に、同時に出された通達（*Instruktion*）については、*a.a.O., S.229*や岡本・前掲注（454）「放火罪（三）」22頁注6を参照のこと。

属委員会で審議されることになった。

(2) 直属委員会及び参事院の審議

直属委員会における審議は 1838 年 3 月 6 日から 1842 年 12 月 10 日まで行われ⁵³³⁵³⁴, 12 月 17 日に閉会したようである⁵³⁵。この審議は, 1836 年草案を審議するものであったが, 長期間かつ詳細に審議を行ったこともあり, 実際には, 「カンプツ的な改悪 (die v. Kamptzsch en Verschlechterungen) の除去」⁵³⁶が図られることになる。なお, 詐欺及び偽造に関する審議は, 第 53 回会議 (1841 年 12 月 7 日), 第 54 回会議 (同年 12 月 14 日), 第 55 回会議 (同年 12 月 21 日) に実施されている⁵³⁷。この委員会の審議の成果は, 個別の章の審議が完了するや否や, そのつど参事院にもたらされ, 詳細に検討された⁵³⁸。これらの過程で成立したのが委員会草案 (第 1 次案⁵³⁹, 第 2 次案⁵⁴⁰, 第 3 次案⁵⁴¹) 及び 1843 年草案⁵⁴²である。

⁵³³ Vgl. von Hippel, a.a.O. (Fn.472), S.320.

⁵³⁴ 直属委員会の会議の議事録 (Beratungsprotokolle der zur Revision des Strafrechts ernannten Kommission des Staatsraths) については, Vgl. Werner Schubert/Jürgen Regge, Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht, Band 4. Protokolle der Kommission des Staatsrats über die Beratungen des Revidierten Entwurfs eines Strafgesetzbuch von 1836 (Ministerium Kamptz und Savigny; 1838-1842), 1. und 2. Halbband, Lichtenstein 1993 に収録されている。以下では, 同書を, Schubert/Regge, Band 4-1/4-2 と示す。

⁵³⁵ Berner, a.a.O. (Fn.403), S.229.

⁵³⁶ von Hippel, a.a.O. (Fn.472), S.320. さらに, Beseler, a.a.O. (Fn.472), S.8 は, 「カンプツによる草案の改変は, 徹底的に, より自由かつ健全な法学の意味で是正された」と評している。

⁵³⁷ 詐欺及び偽造に関する議事録は, 1839 年以降の参事院の委員会の詐欺及び偽造に関する審議の議事録は, Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.534) Band 4-2, S.702 ff. 直属委員会における第 53 回から第 55 回の会議 (詐欺及び偽造罪) に関する審議内容について詳しくは, 成瀬・前掲注 (286) 「名義人の承諾 (四)」3 頁以下を参照のこと。

⁵³⁸ Beseler, a.a.O. (Fn.472), S.8 f. 参事院では, 1839 年 12 月 11 日から 1842 年 12 月 21 日までに 51 回の会議が行われたようである。

⁵³⁹ 委員会草案第 1 次案 (1. Redaktion des Zweiten Theils des Entwurfs Strafgesetzbuchs) における詐欺の規定は, Vgl. Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.534) Band 4-2, S.966. 同案 442 条は, 「自己又は他者に利益を獲得させるためであったとしても, 単に損害を加えるためであったとしても, 奸計的な態様である者を錯誤に陥らせて, それによって損害を生じさせた者は, 詐欺を実行するものである。」と規定されている。

⁵⁴⁰ 委員会草案第 2 次案 (2. Redaktion des Zweiten Theils des Entwurfs Strafgesetzbuchs) 445 条の詐欺の規定については, Vgl. Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.534) Band 4-2, S.1044. 委員会草案第 1 次案 442 条と同じ文言が採用されているので, ここでは割愛する。

⁵⁴¹ 委員会草案第 3 次案 (3. Redaktion des Zweiten Theils des Entwurfs Strafgesetzbuchs) における詐欺の規定については, Vgl. Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.534) Band 4-2, S.1128 ff. 同案 444 条は, 後述する 1843 年草案 448 条に継承されているので, ここでは割愛する。

⁵⁴² 1843 年草案の原文については, Vgl. Werner Schubert/Jürgen Regge, Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht, Band 5. Entwurf eines Strafgesetzbuch von 1843, Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuch von 1843 und Revidierter Entwurf der Strafprozedur von 1841 (Ministerium Kamptz und Savigny), Lichtenstein 1994, S.1 ff. 以下では, 同書を,

なお、カンプツは1842年12月28日に更迭され、彼の後任として司法大臣（法律修正担当）に就任したのは、著名な法学者サヴィニー（*Friedrich Carl von Savigny*, 1779～1861）である。

2. 規定の内容

(1) 詐欺罪の規定

1843年草案は、直属委員会の審議を踏まえて作成されたものであり、詐欺罪においては、委員会草案第3次案の規定が継承されている。この草案の第19項目「詐欺及び背任」の448条は「他人の権利を損なうために、その際に利益を意図していたか否かにかかわらず、ある者を奸計的な態様で (*arglistigerweise*)、錯誤に陥らせ、それによって損害をもたらした者は、詐欺を実行するものである。」と規定されている。

この規定では、①主観的要素として、「他人の権利を損なう」目的を、②行為態様として、「ある者を奸計的な態様で錯誤に陥らせること」を、③構成要件的结果として、「損害をもたらすこと」を要求していると整理できる。

1843年草案の詐欺罪は、③構成要件的结果に関して、1833年草案及び1836年草案の詐欺罪とは異なり、再び構成要件的结果として「損害」を要求している。ただし、1843年草案では、欺罔行為によって財産権以外の権利を侵害する場合も詐欺として把握しようとする立場（1833年草案及び1836年草案で採用された立場）は維持されていたことには注意が必要である⁵⁴³。おそらく、プロイセン刑法典の諸草案ではこれまで見られなかった、②行為態様の限定（「奸計的な態様で」「錯誤に陥らせること」）はこのような処罰範囲の拡大に対する懸念に対応するものと思われる⁵⁴⁴。

(2) 契約における詐欺の特別規定の削除

1843年草案で契約に関する詐欺の特別規定は、完全に削除され、この立場がそれ以降の草案及び1851年プロイセン刑法典でも継承されている⁵⁴⁵。

(3) 詐欺罪と文書偽造罪の関係性

Schubert/Regge, Band 5 と示す。

⁵⁴³ この点について後述、本款第七項1846年草案及び1847年草案における詐欺罪を参照のこと。

⁵⁴⁴ Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.534) Band 4-2, S.705; *Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843.*, Berlin 1845, in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.542) Band 5, S.710.

⁵⁴⁵ ただし、民事詐欺と刑事詐欺の区別の問題は、プロイセン刑法典制定以降も、学説では意識されつづけた。*Christian Reinhold Köstlin*, Ueber die Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betrug, in: *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, NF 14. Band, 1856, S.294 ff.; *Merkel*, a.a.O. (Fn.37), S.1 ff. 両者の立場の違いに関しては、*Naucke*, a.a.O. (Fn.287), S.92 ff.や浅田・前掲注(24)論文313頁を参照のこと。

1843年草案では、文書偽造罪は、詐欺罪と別の章（第20項目「偽造」⁵⁴⁶）に位置付けられている⁵⁴⁷⁵⁴⁸。この草案は、詐欺罪と文書偽造罪が異なる犯罪であると意識される1つのきっかけになったといえる⁵⁴⁹。

第六項 1845年草案における詐欺罪

1. 起草の経緯

1843年草案は、8つの領邦議会（Landtag）及び多数の学者に送付され、それについて膨大な意見（8つの領邦議会の鑑定書と71の学問的批評）が寄せられた（別途、公刊もされたようである）⁵⁵⁰。これらの評価を受けて、国王フリードリッヒ・ヴィルヘルム四世は、1843年11月24日に、司法大臣（法律修正担当）のサヴィニーに、直属委員会の新たな審議のために1843年草案の修正案を準備することを指示した⁵⁵¹。これに基づいて、枢密司法顧問官のビショッフ（*Bischoff*）が1843年草案に寄せられた膨大な資料を編制及び検討する職務を担い、『1843年刑法典草案の修正（Revision）』⁵⁵²をまとめあげ、それを基にして、1845年草案⁵⁵³が作成された⁵⁵⁴。

なお、1844年10月1日に、司法大臣（司法行政担当）のミューラーが退任し⁵⁵⁵、後任の

⁵⁴⁶ 1843年草案における第20項目「偽造」は、①通貨犯罪（456条～461条）、②文書偽造罪（462条～470条）、③公印等の無権限作成等（471条、472条）、④境界標偽造（473条）、⑤商品表示偽造（474条）を規定している。文書偽造罪（462条～470条）の日本語訳については、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（四）」30頁以下注56を参照のこと。

⁵⁴⁷ 直属委員会の第55回会議で、偽造は詐欺と独立の章に位置付けられたようである。成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（四）」5頁以下参照。

⁵⁴⁸ *Goldammer*, a.a.O. (Fn.506), S.564では、「このような結果〔詐欺と偽造を別の章で取り扱うこと——訳者注〕は、純粋に偶然的なもの（*rein zufälliges*）であった。この際、その段階では、詐欺と偽造の間の特有の相違に関する特別の考慮を出発点にしていなかった」と述べられている。

⁵⁴⁹ 成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（四）」9頁以下では、「直属委員会は、少なくとも、文書偽造罪は、詐欺罪とは異質の犯罪であるとの理解を前提としており、広義の偽造罪の詐欺罪と偽造罪への個別化に踏み出していると看取される」と述べられている。

⁵⁵⁰ Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.178.

⁵⁵¹ *Berner*, a.a.O. (Fn.403), S.234.

⁵⁵² 詐欺罪に関連する部分については、Vgl. *Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843.*, Berlin 1845, in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.542) Band 5, S.709 ff.なお、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（五）」21頁注7は、本書が実質的には、1845年草案の理由書としての意義を有していると評している。

⁵⁵³ 1845年草案については、Vgl. *Werner Schubert/Jürgen Regge, Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht, Band 6. Entwurf eines Strafgesetzbuchs (1845-1848) Gesetz vom 17. 7. 1846, betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen, Teil 1, Lichtenstein 1996, S.1ff.* 以下では、同書を、*Schubert/Regge*, Band 6-1 と示す。

⁵⁵⁴ Vgl. *Berner*, a.a.O. (Fn.403), S.234.

⁵⁵⁵ *Allgemeine deutsche Biographie*, 22. Band, a.a.O. (Fn.514), S.469（ミューラーの経歴を示す箇所）によると、ミューラーは1844年8月18日の国王フリードリッヒ・ヴィルヘルム四

司法大臣（司法行政担当）として、ウーデン（*Alexander von Uhden*, 1798～1878）が就任している。

2. 規定の内容

(1) 詐欺罪の規定

1845年草案（第16項目「詐欺及び背任」）280条の詐欺罪は「故意的に（*vorsätzlich*），他者に対して，虚偽の事実を主張することで，又は真実を隠蔽することで錯誤に陥らせることによって損害を加えた者は，詐欺を實行しており，公民権の喪失，ならびに14日以上 of 懲役刑，または5ターレル未満の金額に換算される労役場留置で，罰せられる。」「詐欺が利得意思で実行された場合には，自由刑に加えて，最大限1000ターレルの罰金刑も科される」と規定されている。

この規定では，詐欺罪において，①主観的要素として，「故意的であること」を，②行為態様として，「他者に対して虚偽の事実を主張すること」，「真実を隠蔽すること」のいずれかによって，「他者を錯誤に陥らせること」，③構成要件的结果として，「他者に損害を加えること」を要求していると整理できる。1843年草案からの変更点は，①主観的要素（「他人の権利を損なうために」から「故意的」に変更）⁵⁵⁶と②行為態様（「他者を奸計的な態様で」を「虚偽の事実を主張すること」あるいは「真実を隠蔽すること」に変更）⁵⁵⁷である。③構成要件的结果については（若干の文言の変化はあるが）基本的には変更されておらず⁵⁵⁸，1845年草案でも，1843年草案と同様に，欺罔行為によって財産権侵害以外の権利を侵害する場合も詐欺として把握するという立場が維持されていた⁵⁵⁹。

世の勅令（*Cabinettsbefehl*）によって，1844年10月1日に司法大臣（司法行政担当）を退任し，枢密上級裁判所長官（*Chefpräsidenten des Geheimen Obergerichts*）に任命されたが，内閣の議決権（*Sitz und Stimme*）を保持していたようである。

⁵⁵⁶ 1845年草案280条後段で，利得意思がある場合の刑罰規定を置いていることから明らかかなように，「故意的に」という用語を採用することによって，利得意思がある場合も含むことが念頭におかれていたようである（Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.179 f.）。

⁵⁵⁷ 1833年草案などでみられる「錯誤を利用する」という行為態様が除外されているが，これは積極的な行為による真実の認識を阻害することを対象にするという趣旨によるものである（Vgl. *Revision 1843*, in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.542) Band 5, S.710）。

⁵⁵⁸ このような分析とは異なり，*Naucke*, a.a.O. (Fn.287), S.79は，「1845年草案では，詐欺を『損害を加えること（*Schadenzufügung*）』に制限している。ここでの『損害（*Schaden*）』は，——理由書『1843年刑典草案の修正』——訳者注から読み取れるように——『財産損害（*Vermögensschaden*）』を示す」と述べている（さらに，ナウケの立場に依拠するものとして，*Schlack*, a.a.O. (Fn.287), S.37）。ナウケは，この部分の注で „*Revision des StGB von 1843*, Band 3 (1845), S.34.“ を摘示しているが，該当箇所（本稿では，*Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.542) Band 5, S.710の該当部分を参照した）には，「損害」を「財産損害」に限定すると読み取ることが可能な記述は見当たらない（Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.178 Fn.62）。

⁵⁵⁹ *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.178.

(2) 詐欺罪と文書偽造罪の関係性

1845年草案でも1843年草案と同様に、文書偽造罪は、詐欺罪とは別の章（第17項目「通貨犯罪及び偽造」⁵⁶⁰）に位付けられている。

第七項 1846年草案及び1847年草案における詐欺罪

1. 起草の経緯

1845年草案は、1845年10月18日から1846年7月9日までに39回の直属委員会⁵⁶¹の会議で審議された⁵⁶²。この審議の成果として作成されたのが、1846年草案⁵⁶³である。この1846年草案は、1846年12月に審議のための未定稿として、参事院本会議に提出された⁵⁶⁴。

この草案に対して、ラインラントから裁判所構成法及び陪審制度と調和しがたいという異議が出され⁵⁶⁵、1847年3月18日から再度直属委員会で審議を行い、プロイセン全土に妥当する刑法典を制定することを前提に、陪審手続を実施する上で必要な範囲の修正を行うこと、直属委員会にラインラント出身の法律家⁵⁶⁶を招聘すること等が決定された⁵⁶⁷。直属委員会の会議は1847年10月21日まで行われた。この審議の成果として作成されたのが、1847年草案⁵⁶⁸である。

⁵⁶⁰ 1845年草案における第17項目「通貨犯罪及び偽造」は、通貨犯罪（287条～292条）、文書偽造罪（293条～300条）、公印等の無権限作成及等（301条～303条）、境界標偽造（304条）、商品表示偽造（305条）を規定している。1845年草案の文書偽造罪（293条～300条）の日本語訳については、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（五）」22頁（注10）を参照のこと。

⁵⁶¹ 直属委員会の構成員として、新たに、フォン・フォス（*von Voß*）、フォン・クライスト（*von Kleist*）が加わり、後に、イエーニゲン（*Jänigen*）も加わった。なお、報告担当者はビショッフが務めたようである。Vgl. *Berner*, a.a.O. (Fn.403), S.235.

⁵⁶² Vgl. *Berner*, a.a.O. (Fn.403), S.235. 詐欺に関して審議された第30回会議（1846年5月7日）の議事録は、*Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.553) Band 6-1, S.267 ff.

⁵⁶³ 1846年草案については、Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.553) Band 6-1, S.349 ff.

⁵⁶⁴ *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.454) Band 1, S.XLI.

⁵⁶⁵ 成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（五）」13頁。なお、1845年草案の直属委員会の審議の際に、ラインラントを含むプロイセン全土に通用する統一的な刑法典の編纂は適切かという議論がなされていたようである（Vgl. *Berner*, a.a.O. (Fn.403), S.236）。

⁵⁶⁶ この合意後、ライン出身のジモンス（*Simons*）、マディン（*Madihn*）、フォン・アモン（*von Ammon*）、グリム（*Grimm*）が新たに直属委員会に加わるようになった。Vgl. *Berner*, a.a.O. (Fn.403), S.236.

⁵⁶⁷ 成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（五）」13頁参照。この会議において合意した具体的な内容については、*Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.553) Band 6-1, S.XXII を参照のこと。

⁵⁶⁸ 1847年草案については、Vgl. *Werner Schubert/Jürgen Regge*, *Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht*, Band 6. Entwurf eines Strafgesetzbuchs (1845-1848) Gesetz vom 17. 7. 1846, betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen, Teil 2, Lichtenstein 1996, S.735ff. 以下では、同書を *Schubert/Regge*, Band 6-2 と示す。

2. 規定の内容

(1) 詐欺罪の規定

1846年草案(第17項目「詐欺」)289条は、「利得意思で、虚偽の事実を主張することで、あるいは真実を歪曲又は隠蔽することで、錯誤を惹起することによって他者の財産に損害を与えた者は、詐欺を執行しており、公民権の喪失、ならびに6ヶ月以上の懲役刑、あるいは5年までの強制労働で処罰され、それに加えて自由刑のほかに1000ターレルまでの罰金刑で処罰される。」と規定されている。なお、1847年草案(第17項目「詐欺」)293条は1846年草案289条とほぼ同じ文言を採用している。

これらの規定では、①主観的要素として、「利得意思」を、②行為態様として、「虚偽の事実を主張すること」、「真実を歪曲すること」、「真実を隠蔽すること」のいずれかによって、「錯誤を惹起すること」を、③構成要件的结果として、「他者の財産に損害を与えたこと」を要求していると整理できる。1845年草案からの変更点は、①主観的要素(「故意的」から「利得意思」に変更)、③構成要件的结果(「損害」から「財産損害」に変更)である。そこで、以下では、なぜ1846年草案及び1847年草案において詐欺罪の文言が改められたのかを検討する。

7. 主観的要素として「利得意思」を規定した理由

まず、主観的要素について、本章第二節第三款第十項3で確認したように、19世紀前半の多くの領邦国家刑法典では(表現に若干の違いはあるにせよ)、「損害を加える意思」と「利益を得る意思」の双方を要求していた。

これまでの領邦刑法典における詐欺罪やプロイセン刑法典の諸草案の詐欺罪において、詐欺罪が「利得犯」(利得意思に基づく犯罪)であることは明確には示されていなかった⁵⁶⁹。これに対して、直属委員会第30回会議(1846年5月7日)では、詐欺罪には利得意思が必要であるということが指摘されるに至った。すなわち「詐欺の本質に属するのは利得意思(die gewünschte Absicht)である。単に他者に損害をもたらす意図で他者を錯誤に陥らせた者は、確かに可罰的であるが、その行為はとりわけ財産毀損罪(Vermögensbeschädigung)〔器物損壊罪——訳者注〕の責任に位置付けられ、次のような考慮から、詐欺を把握するものではないだろう。すなわち、このような犯罪に科されうる名誉に対する刑罰(Ehrenstrafen)〔1845年草案280条の公民権喪失をさすと思われる——訳者注〕は、利得意思が存在するというあさましさ(Ehrlose)によって条件付けられるのである。」⁵⁷⁰と指摘されている⁵⁷¹。

⁵⁶⁹ ただし、19世紀前半の領邦国家刑法典において、詐欺罪の一部を「利得犯」として捉えていると読み取り得る規定例として、①利得意思のある場合とない場合で詐欺罪の規定を区分するバーデン刑法典、②利得意思のある場合とない場合を刑罰規定で区分するヴェルテンブルク刑法典、③利得意思のない場合の量刑規定を設けているザクセン刑事法典、チューリングン刑法典がある(本章第二節第三款第十項参照)。

⁵⁷⁰ Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.553) Band 6-1, S.267.

⁵⁷¹ 1847年草案の理由書(Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und den damit verbundenen Gesetzen von Jahre 1847, Berlin 1847) S.77も参照。

さらに、第33回会議(1846年5月28日)の第21項目「所有権侵害(Eigentumsbeschädigung)〔財産毀損罪を扱っている項目——訳者注〕」の議事録でも、「最終的に、損害を加える意思で他者を欺罔することによる財産毀損罪を、ここに〔所有権侵害の項目——訳者注〕、規定されなければならないということを付言する。……詐欺の概念の280条〔1845年草案280条——訳者注〕では、利得意思で生じた財産侵害に限定されるので、この犯罪はここで〔所有権侵害の項目——訳者注〕検討されなければならない。」⁵⁷²と記述されている。なお、これらの議論を基礎にして、1846年草案及び1847年草案では、第23項目「財物侵害」の中に、欺罔による財産毀損罪(1846年草案338条1項⁵⁷³、1847年草案343条1項⁵⁷⁴)が規定されている。

そもそも、他者を損害する意思しかない者が欺罔行為を行って財産を毀損させた事案は、他者を利用した財産毀損罪として扱われるべきである。しかし、「利得意思」を明文で要求せず、構成要件的结果として「損害」を要求する立法例(たとえば、1845年草案の詐欺罪)では、このような事案を詐欺罪で処理することが文言上排除されていないのであり⁵⁷⁵、このような事案を詐欺罪の射程から外すことを狙いにする直属委員会の提言は妥当であると思われる。もっとも、この種の事案は、財産毀損罪として十分に対応可能であると思われるので、欺罔による財産毀損罪を別途規定する必要はないと思われるが⁵⁷⁶、詐欺罪と財産毀損罪の射程を明確にするという意味では意義がある提言であったといえる。

イ. 構成要件的结果として「財産損害」を要求した理由

詐欺罪が1843年草案で詐欺罪と文書偽造罪を別の章に規定したことによって、詐欺罪は侵害犯であるということはある程度意識されるに至ったといえる。しかし、1843年草案及び1845年草案では、欺罔(詐欺罪の具体的な行為態様)によって財産権以外の権利を侵害する場合も詐欺罪として把握するという趣旨から、「損害」の発生が要求されており、詐欺罪の構成要件的结果は「財産損害」に限定されていなかった。

これに対して、1845年草案を審議する直属委員会第30回会議では、「詐欺の概念は財産損害に限定され、すでに存在しているような、その他の権利侵害をカバーするようなものではない。これまでの法律でも公的な見解でも詐欺の下で包括していなかった、さまざまな異なる種類の犯罪を詐欺の下で包括しようとすることは、詐欺の定義をあまりにも一般的に

⁵⁷² Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.553) Band 6-1, S.285. (傍点部分は原文隔字体)

⁵⁷³ 1846年草案338条1項では、「虚偽の事実を主張することで、あるいは真実を歪曲することで錯誤を惹起することによって、意図的に他者の財産を毀損した者は、損害を被った者の告訴に基づいて、5年までの懲役刑又は労役場留置で罰せられる。」と規定されている。

⁵⁷⁴ 1847年草案343条1項と1846年草案338条1項は、ほぼ同じ文言が採用されているため、ここでは割愛する。

⁵⁷⁵ ただし、わが国の詐欺罪のように、構成要件的结果を「財産損害」ではなく、「財物騙取/財産上不法の利益取得」と規定している場合には、このような問題は顕在化しない。

⁵⁷⁶ 1851年プロイセン刑法典では、欺罔による財産毀損罪の明文文化は実現されていない。

するものであろう。」⁵⁷⁷と指摘されるに至っている。この指摘は、詐欺罪の概念の下で、「欺罔行為によって財産権以外の権利を侵害すること」を把握することに異論を唱えるものであり、詐欺罪を、いわば「純粹財産犯」として位置付ける立場を鮮明にしたものといえる。

確かに、法律で妥当な処罰範囲を確保するには、規定の抽象化は一定程度必要であるが（本稿第二章第二款第二款、及び、第三節第一款第三項参照）、規定の射程が不明確となるほどの抽象化は罪刑法定主義の観点から疑問である。1833年草案から1845年草案までの詐欺罪の規定は、このような点で問題をはらむものであったといえる。その意味で、罪刑法定主義（とりわけ、その派生原理である明確性の原則）が根付いている現在の刑法解釈学の視点からみると、1846年草案で「財産損害」を要求したことも妥当であったといえる。

(2) 詐欺罪と文書偽造罪の関係性

1846年草案及び1847年草案でも、1843年草案や1845年草案と同様に、文書偽造罪は詐欺とは別の章で扱われている⁵⁷⁸⁵⁷⁹。

第八項 1848年草案及び1849年草案における詐欺罪

1. 起草の経緯

1847年6月24日に、国王の布告（Botschaft）が、統合領邦議会（der vereinigten Landtag）に対して発布された。それに基づいて、99名の委員からなる「統合等族委員会（der vereinigten ständischen Ausschuß）」に1847年草案を吟味することが委託された⁵⁸⁰。準備部会（Vorbereitende Abtheilung）が1847年12月29日から1848年2月28日まで26回の審議を行い⁵⁸¹、それを踏まえて委員会が1848年1月17日から3月6日まで33回の会議を開き、審議を行った⁵⁸²。しかし、この会議で詐欺の規定に関して、本質的な変更はされなかった⁵⁸³⁵⁸⁴。

⁵⁷⁷ Schubert/Regge, a.a.O. (Fn.553) Band 6-1, S.267.

⁵⁷⁸ 1846年草案における第19項目「通貨犯罪及び偽造」は、通貨犯罪（298条～305条）、文書偽造罪（306条～314条）、境界標偽造（316条）を規定している。文書偽造罪（306条～314条）の日本語訳については、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（五）」28頁注47を参照のこと。なお、1846年草案は偽造罪に関していくつかの点で重要な修正を行ったようである。詳しくは成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（五）」9頁以下を参照のこと。

⁵⁷⁹ 1847年草案における第19項目「通貨犯罪及び偽造」は、通貨犯罪（302条～309条）、文書偽造罪（310条～319条）、境界標偽造（320条）を規定している。文書偽造罪（310条～319条）の日本語訳については、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（五）」32頁注66を参照のこと。

⁵⁸⁰ Vgl. Berner, a.a.O. (Fn.403), S.238; Banke, a.a.O. (Fn.474) E1848, S.30 f.

⁵⁸¹ 野澤・前掲注（34）書282頁参照。

⁵⁸² Vgl. Berner, a.a.O. (Fn.403), S.238.

⁵⁸³ Vgl. Schütz, a.a.O. (Fn.287), S.182.

⁵⁸⁴ 準備部会における詐欺の規定の審議は、第19回会議（1848年2月1日）でされている

その後、1848年の三月革命によって「プロイセン刑法典」の制定作業は中断されたかに思われたが、司法省の内部でドイツ統一刑法典制定の作業が継続された⁵⁸⁵。その結果、1848年に「予備草案 (Der Vorentwurf zum ersten Deutsche Einheitsstrafrecht) [以下では1848年草案と示す]」⁵⁸⁶が起草され、1849年に「普遍的ドイツ刑法典草案 (Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs)」[以下では、1849年草案と示す⁵⁸⁷]が起草された⁵⁸⁸。

なお、三月革命の勃発に伴い、サヴィニーとウーデンは司法大臣を退任している⁵⁸⁹。後の司法大臣のポストは再び1つに統合されたが、短期間のうちに4人の司法大臣の交代を経た後、1849年4月10日にジモンズ (*Ludwig Simons*, 1803~1870) が司法大臣に就任し、1860年12月14日まで務めた。

2. 規定の内容

1848年草案159条及び1849年草案160条の詐欺罪は、「偽名もしくは虚偽の資格を用いて、又は、ある出来事を期待、若しくは懸念して試みるという誤った想定、若しくは委任あるいは信用が存在するという誤った想定を誘引する技巧的なみせかけを用いて、被欺罔者あるいは第三者の不利益になる金銭若しくは物を交付すること、又は義務づけられた証書若しくは義務を免除する証書を発行すること、あるいは引き渡すことを生じさせた者は、詐欺罪の責任を負う。」⁵⁹⁰と規定されている。

この規定は、これまでのプロイセン刑法典の諸草案とは全く異質の規定形式であり、1810

(*L. Bleich*, *Verhandlungen des im Jahre 1848 Vereinigten ständischen Ausschusses*, 1. Band, Berlin 1848, S.130)。委員会における詐欺の規定の審議は、第25回会議(1848年2月23日)でなされている(a.a.O., S.316)。委員会の第25回会議の詐欺に関する審議の速記録についてはVgl. *L. Bleich*, *Verhandlungen des im Jahre 1848 Vereinigten ständischen Ausschusses*, 4. Band, Berlin 1848, S.252 ff.

⁵⁸⁵ サヴィニーが、司法大臣(法律修正担当)を退任する1848年3月20日に、刑法のさらなる取扱いに関する建白書(Denkschrift)を記し(Vgl. *Banke*, a.a.O. (Fn.474) E1848, S.31. 野澤・前掲注(34)書286頁参照)、それによって刑法典制定作業は継続されたようである。

⁵⁸⁶ 1848年草案の原文については、Vgl. *Banke*, a.a.O. (Fn.474) E1848, S.40 ff.

⁵⁸⁷ 1849年草案の原文については、Vgl. *Banke*, a.a.O. (Fn.474) E1849, S.37 ff. .

⁵⁸⁸ *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.182は、三月革命によって中断されたのは「プロイセン」刑法典であり、司法省の内部で続けられた作業の結果起草されたのは「ドイツ」統一刑法典の草案であるということを強調している。

⁵⁸⁹ 司法大臣(法律修正担当)であったサヴィニーと司法大臣(司法行政担当)ウーデンは、三月革命の勃発に伴い、1848年3月17日に司法大臣の解任の通告を受領したようである(Vgl. *Allgemeine deutsche Biographie*, 30. Band; v. Rusdorf – Scheller, Leipzig 1890, S.434. (サヴィニーの経歴を示す箇所))。そして、1848年3月20日にサヴィニーとウーデンは司法大臣を解任されたようである(*Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn.454), Band 1., S. XLII)。

⁵⁹⁰ 詐欺の刑罰については、1848年草案160条「詐欺、ならびに詐欺の未遂は、1ヶ月を超える懲役及び、市民権の有期の停止の刑が科される。」と規定されている。

年フランス刑法典 405 条の影響を受けて起草されたものと思われる⁵⁹¹。1851 年プロイセン刑法典全体にとって、統合等族委員会での審議や、それ以降の作業によって作成された 1848 年草案及び 1849 年草案が重要であったが⁵⁹²、詐欺罪に関しては、後述の 1850 年草案が 1847 年草案の詐欺の規定に依拠したことから、1848 年草案及び 1849 年草案の詐欺の規定は、1851 年プロイセン刑法典にほとんど影響しなかったといえる⁵⁹³。

第九項 1850 年草案における詐欺罪

1850 年 12 月 10 日の国王の全権委任 (Ermächtigung) に基づいて、司法大臣ジモンズは、司法省において彼の指導の下で審議されていた 1850 年草案⁵⁹⁴を公表した⁵⁹⁵。

1850 年草案の詐欺罪は、219 条で、「利得意思で、虚偽の事実を主張することで、あるいは真実を歪曲又は隠蔽することで、錯誤を惹起することによって他者の財産に損害を与えた者は、詐欺を実行するものである。」と規定されている。

1850 年草案の理由書では、219 条及び 220 条という項目で、「詐欺の概念及び刑罰に関する規定は、統合委員会によって裁可された以前の草案〔訳者注——1847 年草案〕293 条、294 条と同じである。」⁵⁹⁶と述べられているように、1847 年草案 293 条の詐欺罪の概念規定の文言がそのまま採用されている⁵⁹⁷。

⁵⁹¹ Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.182.

⁵⁹² Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn.287), S.183; *Berner*, a.a.O. (Fn.403), S.239. たとえば、プロイセン刑法典 41 条の正当防衛の規定との関係では、山本・前掲注 (454) 論文 112 頁以下参照。

⁵⁹³ わが国の詐欺罪の先行研究において、プロイセン刑法典は「財産犯」として純化した 1810 年フランス刑法典 405 条の立場に従ったという指摘が存在するが (中村 (勉)・前掲注 (154)「詐欺概念の史的変遷 (三)」182 頁, 203 頁 (「九 総括」部分), 内田・前掲注 (154) 書 240 頁, 山中・前掲注 (130) 論文 431 頁注 4 など。さらにドイツにおいて同様の指摘を行うものとして, LK¹²-*Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.19, Vor §263 Rn.15; *Hanisch*, a. a. O. (Fn.287), S.113; *Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald*, *Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1*, 10. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2009, S.496, §41 Rn.5), これらの指摘は、本稿の検討からすると、疑問である。プロイセンにおいて、詐欺罪を「財産犯」と解する端緒はすでに 1794 年プロイセン一般ラント法下ですでに存在したのであり (前述, 本款第一項参照), さらに明文で詐欺罪に「財産損害」を要求した 1846 年草案及び 1847 年草案の規定もフランス刑法典の詐欺罪を参照して提案されたものとはいいがたいからである (前述, 本款第七項参照)。

⁵⁹⁴ 1850 年草案の原文については, Vgl. *Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten*, in: *Entwürfe des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und des Gesetzes über die Einführung desselben*, Berlin 1851, S.3 ff.

⁵⁹⁵ *Berner*, a.a.O. (Fn.403), S.239.

⁵⁹⁶ *Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten*, in: *Entwürfe des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und des Gesetzes über die Einführung desselben*, Berlin 1851, S.56.

⁵⁹⁷ ただし, 219 条の詐欺の概念は 1847 年草案 293 条の前半部分と全く同じ文言が採用されているが, 220 条の詐欺の刑罰部分は, 1847 年草案 293 条の刑罰部分, 及び, 294 条のとるに足らない詐欺的行為の場合 (bei geringfügigen Betrugerei) の裁判官の量刑緩和規定を新たに規定し直したもので, 全く同じ文言が採用されているわけではない。

第十項 小括

本款では、1851年プロイセン刑法典の詐欺罪について以下のことが明らかになった。

第一に、プロイセン刑法典においても、19世紀前半の一部の領邦国家刑法典（ヴェルテムベルク刑法典、ブラウンシュヴァイク刑法典）と同様に、詐欺罪と偽造罪が分離されているが、それは1843年草案において生じたものであるということが明らかになった。もっとも、このような分離は、意識的になされたものではなく、立法上の偶然によるものであったようである。

第二に、プロイセン刑法典の詐欺罪が、構成要件的结果として「他者の財産に損害を与えること（財産損害）」を要求しているのは、1845年草案に関する直属委員会の審議に起因することが明らかになった。具体的には、1845年草案の詐欺罪では構成要件的结果として「他者に損害を加えること」のみが要求されていたにすぎず、欺罔行為によって財産権以外の権利を侵害する場合にも詐欺罪の射程に含められる可能性があることを疑問視して提案されたものであった。そして、この提案に基づいて1846年草案の詐欺罪が起案され、1847年草案、1850年草案を経て、成立したのである。

第三に、プロイセン刑法典の詐欺罪が、主観的要素として「利得意思」を要求しているのも、1845年草案に関する直属委員会の審議に起因することが明らかになった。具体的には、詐欺罪は公民権喪失などの重い刑罰を伴う犯罪であり、欺罔行為によって財物の所有権者が当該財物を侵害する事案を詐欺罪ではなく、財産毀損罪〔器物損壊罪〕で扱えば足りるという前提の下で提案されたものであった。そして、この提案に基づいて、1846年草案の詐欺罪は、主観的要素として「利得意思」を要求し、1847年草案、1850年草案を経て、プロイセン刑法典の詐欺罪が成立したということが明らかになった。

第四節 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典における詐欺罪

本節では、第三節で前述したプロイセン刑法典における詐欺罪の立場が、現行ドイツ刑法典に継承されたということを確認するために、北ドイツ連邦刑法典・ドイツ帝国刑法典の詐欺罪について検討する。

第一款 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の制定の経緯

1. 北ドイツ連邦及びドイツ帝国の成立

ドイツ周辺地域では、1806年の神聖ローマ帝国崩壊後、1814年から1815年に行われたウィーン会議を経て、1815年6月8日の同盟規約によってドイツ同盟（Deutscher Bund）という国家同盟が成立した。これは連邦国家ではなく、ドイツを構成する領邦国家からなる国

際組織にすぎなかった⁵⁹⁸。このような状況下で、19世紀中葉にドイツ周辺地域を一つに統一する動きが加速した。この時期にいくつかの統一構想が存在したが⁵⁹⁹、最終的にはプロイセン主導で統一が進められた。その過程で1867年に成立したのが、北ドイツ連邦(Norddeutscher Bund)である。

さらに、1871年に1月1日に北ドイツ連邦が、南ドイツの諸国(バイエルン、ヴュルテンベルク、バーデン、ヘッセン)の参加の申出を了承し、同年1月18日にヴィルヘルム一世がドイツ皇帝に即位し、同年4月16日にドイツ帝国憲法典が成立し、ドイツ帝国が成立した⁶⁰⁰。

2. 制定の経緯

北ドイツ連邦刑法典(Strafgesetzbuch für Norddeutsche Bund)⁶⁰¹は、1870年5月31日に制定、公布された⁶⁰²。その後、ドイツ帝国成立に伴い、初代ドイツ皇帝ヴィルヘルム一世(Wilhelm I.; Wilhelm Friedrich Ludwig von Preußen, 1797~1888/プロイセン王の在位; 1861~1888, 北ドイツ連邦主席の在位; 1867~1871, ドイツ皇帝の在位; 1871~1888)によってドイツ帝国刑法典(Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich)が、北ドイツ連邦刑法典と同一の内容のものとして、1871年5月15日に公布され、1872年1月1日に施行された。

北ドイツ連邦刑法典が成立するまでに、1869年草案、1869年第1読会草案⁶⁰³、1869年第2読会草案⁶⁰⁴、1870年草案⁶⁰⁵が起草されている。1869年第1読会草案の文言はそれ以降の

⁵⁹⁸ 松本彰「ドイツ統一の道」若尾祐司=井上茂子編『近代ドイツの歴史——18世紀から現代まで——』(ミネルヴァ書房, 2005年) 88頁以下参照。

⁵⁹⁹ 主な構想として、①ドイツ関税同盟領域を念頭に置く構想、②ドイツ同盟領域を念頭に置く構想、③プロイセン王国・オーストリア帝国を含めた中欧領域を念頭に置く構想が存在したようである(松本・前掲注(598)論文91頁以下参照)。1848年フランクフルト国民会議で②が議論されたが、成就せず、最終的には、プロイセンが①の方向でドイツの統一を進めていった。

⁶⁰⁰ ドイツ帝国の成立の経緯について、岩村等=三成賢次=三成美保『法制史入門』(ナカニシヤ出版, 1996年) 164頁以下[三成賢次執筆]参照。

⁶⁰¹ この法典の原文については、Vgl. Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. vom 31. Mai 1870. nebst dem Einführungs-Gesetze vom 31. Mai 1870, Berlin 1870, S.3f.

⁶⁰² 岡本・前掲注(371)「放火罪(一)」45頁注1参照。

⁶⁰³ 1869年第1読会草案(Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Entwurf 1. Lesung, November 1869)の詐欺罪の規定(259条)については、Werner Schubert/Thomas Vormbaum (Hrsg.), Entstehung des Strafgesetzbuchs-Kommissionsprotokolle Entwürfe, Band 1: 1869, Baden-Baden 2002, S.281を参照のこと。

基本的には北ドイツ連邦刑法典およびドイツ帝国刑法典263条の文言と同じである。

⁶⁰⁴ 1869年第2読会草案(Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Entwurf 2. Lesung, December 1869)の詐欺罪の規定(258条)については、Schubert/Vormbaum, a.a.O. (Fn.603), S.463を参照のこと。後述の北ドイツ連邦刑法典およびドイツ帝国刑法典263条の文言と同じである。

⁶⁰⁵ 1870年草案(Reichstag Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Nach

草案に引き継がれ、そのまま北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪に採用されているので、1869年草案の詐欺罪の規定を概観してから、北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪の規定を確認することにする。

第二款 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪の規定内容

1. 1869年草案における詐欺罪

1869年草案の詐欺罪は、第24章「詐欺」に位置付けられている。237条では、「違法に自己もしくは他者に利益を獲得させる意思で、虚偽の事実を述べることによって、又は真実を歪曲もしくは隠蔽することによって錯誤を惹起して、それによってある者の財産に損害を与える者は詐欺を執行している。」⁶⁰⁶と規定されている。

プロイセン刑法典241条からの重要な変更点は、主観的要素に「他者に利益を獲得させる意思」を挿入したことのみである⁶⁰⁷。

2. 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典における詐欺罪

北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典における詐欺に関する規定は、第2部「個別的な重罪及び軽罪、およびその刑罰について」の中の第22章「詐欺及び背任」の下に位置付けられている。詐欺に関する基本規定について、263条1項は「違法な財産上の利益を自ら得、もしくは第三者に得させる意思で、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、あるい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、詐欺罪として懲役刑で処罰され、それと同時に1000ターレルまでの罰金刑、ならびに公民権の喪失を言い渡されうる。」と規定している。

den Beschlüssen der Dritten Lesung) の詐欺罪 (263 条) については、*Werner Schubert/Thomas Vormbaum* (Hrsg.), *Entstehung des Strafgesetzbuchs-Kommissionsprotokolle Entwürfe, Band 2: 1870, Berlin 2004, S.299* を参照のこと。後述の北ドイツ連邦刑法典およびドイツ帝国刑法典263条の文言と同じである。

⁶⁰⁶ 1869年第1草案 (Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Entwurf Friedberg, Juli 1869) の詐欺罪の規定は、Vgl. *Schubert/Vormbaum, a.a.O. (Fn.603) S.37*.

⁶⁰⁷ プロイセン刑法典241条では、詐欺罪の主観的要素として、「利得意思」が要求されていたにすぎなかったため、「他者に利益を獲得させる意思」を含むか否かは不明確であった。もっとも、*Goldammer, a.a.O. (Fn.506), S.549* は、プロイセン刑法典の立法者は、このような意思を排除する趣旨ではなかった旨指摘していた。1869年草案の理由書 (Motive zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund., Berlin 1869, in: Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, 1869 Berlin [Nachdruck: Goldbach 2000], S.291) が、「プロイセン刑法典の241条から243条は本質的に維持される。」「[1869年第1草案——訳者注] 237条では、詐欺は第三者の利益に対しても実行されうると明確に規定する。」と述べられているのは、このような立場を明文で確認する趣旨のものといえよう。

なお、1869年草案の詐欺罪の刑罰に関して、法定刑の幅がプロイセン刑法典241条よりも拡大されているが、それは「詐欺の諸事例の多様性は、刑罰の決定 (Straffestsetzung) にとって広い裁判官の裁量を必要とする。」(a.a.O., S.291) という趣旨のものである。

この規定で詐欺罪は、①主観的要素として「違法な財産上の利益を自ら得る意思」又は「第三者に〔違法な財産上の利益を〕得させる意思」を、②行為態様として、「虚偽の事実を真実に見せかけること」、「真実を歪曲すること」、「真実を隠蔽すること」のいずれかによって「錯誤を惹起すること」あるいは「錯誤を維持させること」を、③構成要件的结果として、「他者に財産の損害を与えること」を、要求していると整理できる。

1869年草案からの重要な変更点は、②行為態様に関して、「錯誤を維持すること」が挿入されたことである⁶⁰⁸。その他の修正部分は、文言上の修正にすぎないと解されている⁶⁰⁹。

第三款 ドイツ帝国刑法定後の展開

1. 現行ドイツ刑法典における詐欺罪

ドイツ帝国刑法典 263 条 1 項の詐欺の規定は、現行刑法典 263 条 1 項にそのまま継承されている（刑罰部分は別にして、詐欺の概念部分の規定は変更されていない）。したがって、現行ドイツ刑法典 263 条 1 項の詐欺罪の解釈も、プロイセン刑法典 241 条及びドイツ帝国刑法典 263 条 1 項の理解を前提に行われることになる。

2. ドイツ民法典における欺罔取消について

ドイツ帝国刑法典制定後、ドイツ民法典の制定過程で „Betrug“ の意義について重要な指摘がなされたのでここで付言しておく⁶¹⁰。

刑法学者であるリスト（*Franz Ritter von Liszt*, 1851～1919）は、ドイツ民法典第 1 草案 103 条 1 項（わが国における民法 96 条 1 項詐欺取消に相当する規定）が、 „Betrug“ という用

⁶⁰⁸ *Naucke*, a.a.O. (Fn.287), S.99 によると、「このような拡張は、経験則上もっとも危険な詐欺的行為はまさにあらゆる形式で実行されるという需要に対応している」ものである。ただし、この趣旨は、不作為による詐欺を処罰することまで念頭に置いていたものではなかったと解されている（*Hanisch*, a.a.O. (Fn.287), S.116）。

⁶⁰⁹ Vgl. *Naucke*, a.a.O. (Fn.287), S.99. 主観的要素について、「自己もしくは他者（*sich oder Anderen*）」が「自己もしくは第三者（*sich oder einem Dritten*）」に、「違法な利得（*rechtswidriger Gewinn*）」が「違法な財産上の利益（*rechtswidriger Vermögensvorteil*）」に変更されている。具体的な行為態様について、「〔虚偽の事実を〕主張する（*Vorbringen*）」が「〔虚偽の事実を〕本当のことであるとみせかける（*Vorspiegelung*）」に、「〔真実を〕歪曲すること又は隠蔽すること（*Entstellen oder Unterdrücken*）」が「〔真実を〕歪曲すること又は隠蔽すること（*Entstellung oder Unterdrückung*）」に変更されたにすぎない。さらに、プロイセン刑法典の詐欺罪とドイツ帝国刑法典の詐欺罪の主観的要素が同趣旨である旨指摘するものとして、*Friedrich Dencker*, *Zum subjektiven Tatbestand des Betruges*, in: *Erich Samson u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald, Baden-Baden 1999, S.78.*

⁶¹⁰ 岩本尚禧「民事詐欺の違法性と責任（3）」北大法学 63 卷 5 号（2013 年）68 頁、田中教雄「十九世紀ドイツ普通法における詐欺・強迫理論とドイツ民法典の編纂過程」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999 年）282 頁注 62 参照。なお、本稿第二章第三節第二款第二項では、わが国の詐欺罪では、民法学者である岡松参太郎が現行刑法典の詐欺罪の規定の文言に重要な影響を及ぼしたことを確認した。

語を用いていたことに対して⁶¹¹、「今日の我々にとって、詐欺 (Betrug) は本質的に、奸計的な欺罔行為によってもたらされる財産侵害である。」⁶¹²と述べ、民事法上の取消に „Betrug“ という用語を用いないことを提案している⁶¹³。そして、この提案の影響により⁶¹⁴、現行ドイツ民法典 123 条 1 項の欺罔取消の規定には „Betrug“ という用語が用いられていないのである⁶¹⁵。

このような用語の使い分けによって、刑事法上の詐欺罪と民事法上による欺罔による取消の射程が異なっているということが明確になったといえる。しかし、奸計的欺罔によって、取引の相手方に意思表示をさせ、それによって財産損害を生じさせた場合には、両者の適用可能性があるといえるので、解釈論による精緻化を行う必要性はなお存在するといえる (たとえば、ドイツ民法典 123 条 1 項によって取消が可能な場合に、ドイツ刑法典 263 条 1 項の詐欺罪における「財産損害」が認められうるかという問題などが考えられる)。

第五節 詐欺罪の法制史的検討によって得られた帰結

第一款 ドイツにおける詐欺罪の法制史的検討から導き得ること

1. 「純粹財産犯」としての詐欺罪

本章では、ドイツにおける詐欺罪がローマ法の偽罪及び卑劣罪に由来する犯罪であり (第二節第一款参照)、神聖ローマ帝国下の初期領邦刑法典ではそれらを参考にして虚偽的行為あるいは広義の詐欺が規定化され (第二節第二款参照)、神聖ローマ帝国崩壊後の 19 世紀前半の領邦国家では、虚偽的行為あるいは広義の詐欺に含まれていた、「欺罔行為によって財

⁶¹¹ ドイツ民法典第一草案 103 条 1 項は、「ある者が、強迫によって、又は詐欺 (Betrug) によって違法に (widerrechtlich) 意思表示をさせられた場合には、その者はその意思表示を取り消すことができる。」と規定されていた。原文については、Vgl. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission, Berlin/Leipzig 1888, S.24.

⁶¹² Franz von Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1889, S.22 ff.

⁶¹³ Liszt, a.a.O. (Fn.612), S.25.

⁶¹⁴ リストと民法学者のチーテルマン (Ernst Zitelmann, 1852~1923) の批判を受けて、ドイツ民法典第 2 草案 98 条 1 項では、「奸計的欺罔によって (durch arglistige Täuschung)、あるいは強迫によって違法に、意思表示をさせられた者は、その意思表示を取り消すことができる。」と規定されている (この点に関して、岩本・前掲注 (610) 論文 69 頁以下参照)。原文については、Vgl. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission, Berlin 1894, S.36. なお、「違法に (widerrechtlich)」の部分は強迫にのみ関連付けられているが、それは、「奸計的欺罔 (arglistiger Täuschung)」の違法性は当然であると考えられていたからである (この点に関して、田中 (教)・前掲注 (610) 論文 283 頁注 66 参照)。

⁶¹⁵ 現行ドイツ民法典 123 条 1 項は「奸計的欺罔によって、あるいは強迫によって違法に意思表示をさせられた者は、その意思表示を取り消すことができる。」と規定されている。

産権を侵害すること」、「欺罔行為によって財産権以外の権利を侵害すること」、「偽造」などの分離が図られたということを明らかにした（第二節第三款参照）。さらに、本章では、プロイセン刑法典では、処罰範囲の明確化の要請に伴って、「詐欺罪」の概念の下で、「欺罔行為によって財産権を侵害すること」のみを把握する立場、換言すれば詐欺罪を「純粋財産犯」と解する立場が採用されたということも明らかにした（第三節参照）。そして、プロイセン刑法典のこのような立場が、北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪、さらには現行ドイツ刑法典の詐欺罪に継承されているということも確認した（第四節参照）。

2. 詐欺罪の構成要件的结果としての「財産損害」

詐欺罪を、上記のような意味の「純粋財産犯」と解する立場からは、詐欺罪の構成要件的结果について「被害者の財産に損害を与えること」などと規定することが要請されることになる。このような趣旨で規定されたのが、プロイセン刑法典の詐欺罪（第三節、とりわけ第七項 2(1)参照）やブラウンシュヴァイク刑事法典の詐欺罪（第二節第三款第五項参照。ただし、主観的要素に関連付けてこれと同旨の規定化を行っている）であったといえる。

また、仮に明文では詐欺罪の構成要件的结果として「損害」のみが規定されている場合であっても、詐欺罪を「純粋財産犯」と捉える場合には、解釈により「財産損害」と解することも可能である。このような解釈が実践されていた例として、ヴェルテンベルク刑法典の詐欺罪（第二節第三款第四項参照）を挙げることができる。

3. 詐欺罪の主観的要素としての「利得意思」

さらに、詐欺罪を「純粋財産犯」と解する立場を出発点にして、詐欺罪の射程をより限定付ける場合（たとえば、行為者が悪意や報復心から欺罔行為によって被害者の財産に損害を加える場合を詐欺罪の射程から除外する場合）には、詐欺罪の主観的要素について、「侵害意思」や「財産損害意思」などを要求することが削除されることになる。プロイセン刑法典の詐欺罪の主観的要素（「利得意思」）や現行ドイツ刑法典の主観的要素（「違法な財産上の利益を得る意思」）などはこのような趣旨に基づくものであった（前述、本章第三節。とりわけ第七項 2(1)参照）。

4. 詐欺罪における行為者側の「財産利得」と被害者側の「財産喪失」の関係性

詐欺罪を「純粋財産犯」と解する立場を前提にして、詐欺罪を、行為者が「利得意思」で、「欺罔行為」によって、欺罔の相手方の「錯誤」を惹起して、それによって他者に「財産損害」を生じさせる犯罪⁶¹⁶と規定する場合には、詐欺罪は「自己侵害犯」かつ「財産移転犯」

⁶¹⁶ プロイセン刑法典の詐欺罪（本章第三節第一款を参照のこと）や北ドイツ連邦刑法典・ドイツ帝国刑法典の詐欺罪（本章第四節第二款 2 を参照のこと）、現行ドイツ刑法典の詐欺罪（本稿注（36）を参照のこと）では、文言に若干の相違はあるが、これらの構成要件要素が要求されているといえる。

と解されることになる⁶¹⁷。なぜなら、詐欺罪を実現するには、行為者は、被欺罔者自身の「財産処分」によって、処分対象とされている財産（財物や財産上の利益）を被害者の財産から行為者の財産へと「移転」⁶¹⁸させることも必要であるといえるからである。

そして、このような解釈を前提にすると、行為者側の「財産利得」と被害者側の「財産喪失」（さらには、それを基礎にし導かれる行為者側の「財産上不法の利益取得」と被害者側の「財産損害」⁶¹⁹）が対応関係にあるということを読み出すことができ⁶²⁰、行為者側の「財産利得」（あるいは、それを基礎にして導かれる「財産上不法の利益取得」）とは無関係の被害者側の「財産喪失」（あるいは、それを基礎にして導かれる「財産損害」）は詐欺罪の対象とはならない⁶²¹、という帰結に至る⁶²²。

したがって、本稿第二章で導き出した試論（すなわち、詐欺罪における被害者側の「財産損害」と行為者側の「財産上不法の利益取得」が対応関係にあり、構成要件的结果として「財産損害」を要求する規定例も、「財物騙取／財産上不法の利益取得」を要求する規定例も実質的には共通の基盤を持った規定であるという試論）は、ドイツの詐欺罪の歴史的展開からも論証可能であるといえる。

第二款 わが国の詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組に関する帰結と次章の課題

以上の検討から、わが国の詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組を再定式化するという課題（「はじめに」5. 本稿全体の課題）で示した第一の課題）に関する本稿の立場は、④行

⁶¹⁷ このような解釈は、プロイセン刑法典やドイツ帝国刑法典の詐欺罪の制定過程において明瞭な形では主張されていなかったが、規定自体から十分導き得る解釈といえる（本稿注（450）を参照のこと）。

⁶¹⁸ ここでの「移転」を、「物質的移転」と捉える立場も存在したが（Vgl. *Merkel*, a.a.O. (Fn.37), S.118），財物詐欺（*Sachbetrug*）以外の詐欺が認められないことになりかねない。したがって、近時の学説において詐欺罪を「財産移転犯」と捉える場合には、ここでの「移転」を「価値の移転」と解している（Vgl. *LK*¹²-*Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.283 f., §263 Rn.256; *Kurt Mohrbutter*, *Die Stoffgleichheit beim Betrug*, Diss. Göttingen 1966, S.202 ff.）。

⁶¹⁹ 現行ドイツ刑法典の詐欺罪における「財産損害」の意義については、第四章第二節で詳述する。

⁶²⁰ ヴェルテンベルク刑法典の詐欺罪に関する裁判例において、構成要件的结果としての「〔財産上の〕利益」を、「許されざる利益」や「被欺罔者にとっての財産上の不利益」に関連付けて説明していたことが参考になり得る（本章第二節第三款第四項 2(2)参照）。

⁶²¹ たとえば、このような例として、欺罔行為によって財物の所有者を錯誤に陥らせて財物を破壊させる場合（本章第三節第七項 2(1)参照）が考えられる。なお、わが国の詐欺罪には「加害目的詐欺」が含まれていない旨指摘するものとして、松宮孝明「挙動による欺罔と詐欺罪の故意」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開 上 ——町野朔先生古稀記念』（信山社、2014年）543頁。

⁶²² 現行ドイツ刑法典の詐欺罪の解釈では、「違法な財産上の利益を得る意思」から派生して導かれるとされる「素材の同一性」（Vgl. *LK*¹²-*Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.283 f., §263 Rn.256）の下でこのような解釈が行われている。素材の同一性に関しては、第四章第三節で詳述する。

為者が財物又は財産上の利益を得たこと、⑤行為者が当該財物又は当該財産上の利益を得たことが不法であること、換言すると、当該財物又は当該財産上の利益を得る権利が行為者に存在しないことという二段階の枠組で判断する（本稿第二章第四節3参照）というものとなる⁶²³。私見によると、詐欺罪における「財産損害」は、書かれざる構成要件要素ではなく、「財物騙取／財産上不法の利益取得」という構成要件的结果を判断する際に考慮される要素にすぎないが⁶²⁴、「財物騙取／財産上不法の利益取得」は「財物の喪失／財産上の利益の喪失」を形式的に判断するだけでは足りず、被害者側に生じた「財産損害」⁶²⁵という実質的判断を踏まえて判断することが要請されるのである。

次章では、この判断枠組に関する具体的な判断基準を定立するという課題（「はじめに」「5. 本稿全体の課題」で示した第二の課題）に取り組むことになる。そして、この際に、わが国の詐欺罪の構成要件的结果（「財物騙取／財産上不法の利益取得」）とドイツの詐欺罪の構成要件的结果（「財産損害」）が実質的には共通の基盤に基づくものであるという知見を基にして、ドイツの詐欺罪の構成要件的结果である「財産損害」（及び主観的要素である「違法な財産上の利益を自己又は第三者に獲得させる意思」から導かれている「素材の同一性」）についての議論を参照して検討を行う。

⁶²³ 私見からすると、詐欺罪の構成要件的结果について、財物詐欺罪（刑法典 246 条 1 項）と利益詐欺罪（同条 2 項）では基本的に共通の判断枠組が用いられる。その意味で、両者は、現行ドイツ刑法典 263 条 1 項の詐欺罪における議論で展開されている「財物詐欺（Sachbetrug）」と「債権詐欺（Forderungsbetrug）」の分類と同様に、現象類型的相違でしかないのである（財物詐欺と債権詐欺で処分意思の要否に関して異なる取り扱いをする見解を疑問視する立場として、Vgl. Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.242 f.）。

⁶²⁴ 本稿第一章第三節で行った、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説の分類に即していえば、私見は、(e)利得・損害関連説（同節第四款第三項参照）に位置付けられることになる。

⁶²⁵ ここでの「財産損害」は、ドイツの詐欺罪における「財産損害」と同義であり、開かれた概念として用いている（この点に関して、足立（友）・前掲注（26）『保護法益』187 頁参照）。わが国では、しばしば誤解されているが、「財産損害」は、経済的観点から判断する立場と必然的に結びつくわけではないのである（後述、第四章参照）。

第四章 詐欺罪の構成要件的结果の判断方法について

第一節 本章の課題及び検討順序

本稿では、第一章で詐欺罪の解釈指針を導出するために詐欺罪の法制史的検討を行う必要があるという分析を行い、それに基づいて第二章でわが国の詐欺罪の法制史的検討を、第三章でドイツの詐欺罪の法制史的検討を行ってきた。そして、これらの検討に基づいて、わが国の詐欺罪における構成要件的结果である「財物騙取／財産上不法の利益取得」は行為者側からみた事象であり、ドイツの詐欺罪の構成要件的结果である「財産損害」は被害者側からみた事象であり、両者の構成要件的结果は実質的に共通の基盤を有するものであるという論証を行い、わが国の詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組を定式化した。

本章では、このような検討結果を踏まえ、ドイツの詐欺罪の解釈論を参照して⁶²⁶27、わが

⁶²⁶ わが国の詐欺罪の先行研究において、本稿と同様に、ドイツの詐欺罪における「財産概念」及び「財産損害の判断方法」に関する議論を参照し、わが国の詐欺罪の保護法益としての「財産の意義」や「構成要件的结果の判断方法」を論じる試みはかねてから行われてきた。たとえば、林（幹）・前掲注（48）『財産犯』13頁以下、菊池京子「いわゆる乞食詐欺と寄附詐欺における『無意識の自己侵害』について——『処分行為の自由』をめぐる問題性——」一橋法学98巻5号（1987年）127頁以下〔以下では、菊池「寄付詐欺」と示す〕、菊池・前掲注（152）「相当対価（中）」52頁以下、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）——『処分行為の自由』をめぐる問題（2）——」東海法学18号（1997年）53頁以下〔以下では菊池「相当対価（下）」と示す〕、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）——『処分行為の自由』をめぐる問題（3）——」東海法学23号（2000年）85頁以下〔以下では、菊池「損害」と示す〕、伊藤（渉）・前掲注（152）「損害（一）」32頁以下、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害（三）——その要否と限界」警察研究63巻6号（1992年）39頁以下〔以下では、伊藤（渉）「損害（三）」と示す〕、伊藤（渉）・前掲注（74）「損害（五）」30頁以下、斐・前掲注（43）論文F68頁〔149頁〕以下、斐美蘭「詐欺罪における財産上の損害に関する研究」（九州大学大学院、法学博士学位請求論文、2011年）53頁以下、82頁以下、設楽＝淵脇・前掲注（74）163頁以下、足立（友）・前掲注（26）『保護法益』104頁以下。

⁶²⁷ その他、ドイツの詐欺罪の「財産概念」又は「財産損害の判断方法」に関する学説に触れるものとして、瀧川・前掲注（69）「詐欺罪の問題」471頁以下、平場・前掲注（69）書185頁以下、谷口＝中平・前掲注（285）論文28頁以下、香川達夫「詐欺罪における財産上の損害」『刑法解釈学の現代的課題』（学習院、1979年）444頁以下、福田・前掲注（42）「詐欺罪の問題点」84頁以下、団藤・前掲注（40）書546頁以下注5、大塚（仁）・前掲注（40）書168頁注1、平野龍一「刑法各論の諸問題7」法学セミナー209号（1973年）52頁、浅田・前掲注（24）論文316頁以下、木村（光）・前掲注（154）337頁以下、内田文昭「不法な取引をめぐる詐欺罪の成否」神奈川法学35巻3号（2002年）65頁〔以下では、内田「不法な取引」と示す〕、内田文昭「窃盗犯人からの窃取と騙取——ドイツの議論を中心として——」河上和雄先生古稀祝賀論文集刊行会編『河上和雄先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2003年）45頁以下〔以下では、内田「窃取と騙取」と示す〕、渡辺靖明「ドイツ刑法における『締結詐欺』をめぐる裁判例——民事契約取引での全体財産の損害——」クレジット研究40号（2008年）211頁以下〔以下では、渡辺「締結詐欺」と示す〕、渡辺・前掲注（57）「全体財産説」448頁以下、照沼亮介「ドイツにおける詐欺罪の現況」刑事法ジャーナル31号（2012年）32頁以下、富川雅満「ドイツ刑事判例研究

国の詐欺罪の判断枠組に関する具体的判断基準を定立するという課題に取り組む。

本章第二節では、わが国の詐欺罪の構成要件的结果の具体的判断基準を定立することを狙いとして、現行ドイツ刑法典 263 条 1 項の詐欺罪の構成要件的结果の判断方法に関する議論を検討する。ここでは、まず検討の準備作業として、ドイツの詐欺罪における「財産」及び「財産損害」の位置付けを整理し、それに基づいて詐欺罪における「財産概念」に関する学説、及び、「財産損害の判断方法」に関する学説を検討する。

次いで第三節では、本稿の問題意識（本稿の「はじめに」で示した、詐欺罪に関する近時のわが国の最高裁判例には詐欺罪の拡張的運用のおそれが内在しており、それに歯止めをかける理論構築を行う必要があること）と類似する視点から、ドイツの詐欺罪における「素材の同一性」の議論を参照する先行研究がすでに存在することに鑑み⁶²⁸、ドイツの詐欺罪の主観的要素としての「違法な財産上の利益を得る意思」から導かれる「素材の同一性」に関する議論について検討を行う。ここでは、ドイツの詐欺罪の解釈論において、「素材の同一性」がどのような背景の下で主張されたものであり、判例・学説においてどのように継承されたのかを明らかにし、この議論の射程を分析する。

最後に第四節では、第二節及び第三節から得られる知見を基にして、わが国の詐欺罪の構成要件的结果の判断方法に関する私見を提示し、それを基に近時の判例や「財産損害」という表題の下で議論されてきた具体的事例の処理を示す。

第二節 ドイツの詐欺罪の構成要件的结果としての「財産損害」に関する議論

第一款 ドイツの詐欺罪における「財産」と「財産損害」の位置付け

1. ドイツの詐欺罪の保護法益としての「財産」

ドイツの刑法学では、一般的に、広義の財産犯⁶²⁹は、「所有権に対する罪

(83) 冒険的取引における詐欺損害 StGB §263 Abs.1 比較法雑誌 46 卷 2 号 (2012 年) 337 頁以下〔以下では、富川「ドイツ判批」と示す〕、富川雅満「自身の身分を偽る行為と詐欺罪の可罰性——近時の暴力団員による詐欺事例、ドイツにおける雇用詐欺を題材にして——」法学新報 121 卷 5=6 号 (2014 年) 279 頁以下〔以下では、富川「雇用詐欺」と示す〕など参照。

⁶²⁸ 松宮・前掲注 (88)「不法領得の意思」310 頁以下、松宮・前掲注 (17)「暴力団員と詐欺」161 頁以下（さらに、「処分行為と損害（および利得）との間の直接性」という用語の下でこのような解釈を行うものとして、松宮・前掲注 (11)「詐欺と治安法」366 頁参照）、荒木・前掲注 (17)「間接損害」419 頁以下。

⁶²⁹ ドイツの刑法各論の教科書では、広義の財産犯を対象とする部分とそれ以外の犯罪を対象とする部分を区分して出版するものがみられる。この際に、広義の財産犯を対象とする部分の教科書の副題として、„Vermögensdelikte“ が用いられることもある。このような例として、たとえば、Paul Bockelmann, Strafrecht Besonderer Teil/1. Vermögensdelikte, 2. Aufl., München 1982; Fritjof Haft/Eric Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil I. Vermögensdelikte, München 2009; Volker Krey/Uwe Hellmann/Manfred Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2: Vermögensdelikte, 17. Aufl. Stuttgart 2015; Wolfgang Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil 2.

(Eigentumsdelikte)」(窃盗罪, 横領罪など)と「財産に対する罪 (Vermögensdelikte)」(詐欺罪, 恐喝罪, 背任罪など)に区分して議論されている⁶³⁰。後者の財産に対する罪では「財産損害 (Vermögensschaden)」(詐欺罪)ないし「財産上の不利益 (Vermögensnachteil)」(恐喝罪および背任罪)が要求されているのに対して, 前者の犯罪ではそれらが要求されていない。

このような理由から, 基本的に, 「財産に対する罪」に位置付けられる詐欺罪の保護法益が「財産」であるということは争われていない⁶³¹。学説における議論の中心は, この「財産」の意義をどのように捉え(後述, 本節第二款参照), そして詐欺罪の構成要件的结果である「財産損害」がどのように判断されるのかにあるといえる(後述, 本節第三款参照)。

わが国の詐欺罪の解釈論では, ドイツの詐欺罪は「全体財産に対する罪」に位置付けられていると整理されており⁶³², これに関連して「全体財産に対する罪」と位置付けられる犯罪では経済的観点からの差引計算が必要であるという分析が定着してしまっている⁶³³。もっ

Vermögensdelikte, 3. Aufl., Belin/Heidelberg 2015; *Hans Kudlich*, Strafrecht Besonderer Teil I. Vermögensdelikte, 4. Aufl., München 2016; *Rudolf Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I. Vermögensdelikte, 20. Aufl., München 2018.

⁶³⁰ わが国の財産犯の議論において, この分類を意識する近時の論稿として, 野澤・前掲注(277)論文264頁以下, 特に268頁以下。逆に, ドイツの財産犯の議論において, 所有権に対する罪と財産に対する罪の解釈上の乖離を埋めることをも意図して「財産概念」を構築するのが, ハンス・アッヘンバッハの見解(*Achenbach*, a.a.O. (Fn.142), S.1017. 本稿注(646)を参照のこと)やアンドレアス・ホイヤーの見解(*Andreas Hoyer*, *Rechtlich anerkannter Tauschwert als Vermögenswert*, in: Wolfgang Joecks u.a. (Hrsg.), *Recht - Wirtschaft - Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, Heidelberg/München/Landsberg/Hamburg 2010, S.345 ff. この見解について本稿注(650)を参照のこと)である。

⁶³¹ Vgl. *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.82 f.; *Andreas Hoyer*, in: Hans-Joachim Rudolphi u.a. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (60.Lfg., Stand: Februar 2004), Vor §263 S.2 Rn.2 und §263 S.11 Rn.1 [以下では, *SK-Hoyer* と示す]; *Hanisch*, a.a.O. (Fn.287), S.20; *LK¹²-Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.20 Vor §263 Rn.18; *Walter Perron*, in: Schönke/Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., München 2014, S.2491 §263 Rn.1/2 [以下では, *Sch/Sch/Perron* と示す]; *B. Heinrich*, a.a.O. (Fn.450), S.601 ff., §20 Rn.15 ff.; *MK-Hefendehl*, a.a.O. (Fn.450), S.25, §263 Rn.10; *Jonas Krainbring*, *Spenden- und Bettelbetrug?*, Berlin 2015, S.26; *NK-Kindhäuser*, a.a.O. (Fn.450), S.605 f. §263 Rn.10. ただし, 詐欺罪の保護法益との関連では副次的法益として, 「処分の自由」や「真実を要求する権利」を觀念し得るか否かという議論は存在する。Vgl. *Hanisch*, a.a.O. (Fn.287), S.20 ff.; *Krainbring*, a.a.O., S.26.; *Bernd Schünemann*, *Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderer Teil*, in: Klaus Tiedemann u.a. (Hrsg.), *Strafrechtssystem und Betrug*, Herbolzheim 2002, S.85 f.; *SK-Hoyer*, a.a.O., § 263 S.12 ff. Rn.2 ff.; *LK¹²-Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.23, Vor §263 Rn.22; *B. Heinrich*, a.a.O. (Fn.450), S.605 ff., §20 Rn.26 f.

⁶³² たとえば, 林(幹)・前掲注(43)書138頁は, 「[ドイツでは——引用者注]詐欺罪などにおいては, 所有権以外の財産も保護法益・客体とされていると同時に, 相当対価が提供された場合は損害はないとされている」と整理している。

⁶³³ 全体財産に対する罪と捉えることと経済的観点から差引計算を行って財産損害を算出する立場(主として経済的財産概念を出発点に置く立場)が不可分な関係にあると捉えていると思われるものとして, たとえば, 福田・前掲注(42)「詐欺罪の問題点」84頁以下, 林(幹)・前掲注(53)「損害」50頁以下, 浅田・前掲注(16)論文64頁, 渡辺・前

とも、このような整理は誤解に基づくものであると思われる。

確かに、ドイツでは詐欺罪は「全体としての財産 (Vermögen als Ganzes)」⁶³⁴を保護するものであると示されることもあり、一見すると、わが国の詐欺罪の解釈論における上述の説明は適切であるかのように思える。しかし、ここでの「全体としての財産」という言明は、財産概念の検討以前になされており、経済的価値のある財産状態全体を保護するという趣旨で提示されているものではない。むしろ、前述した「所有権に対する罪」との対比で言及されているにすぎないものといえる⁶³⁵。詐欺罪は「全体としての財産」を保護しているという言明（さらには、詐欺罪は「全体財産に対する罪」であるという言明）は、本来的には、「財産概念」及び「財産損害の判断方法」に関する一定の立場（たとえば経済的財産概念及びそれに依拠する財産損害の判断方法）と結びつくものではないのである⁶³⁶。したがって、ドイツの詐欺罪の保護法益としての「財産概念」は、一定の立場に拘束される概念ではなく、開かれた概念といえる⁶³⁷。

2. ドイツの詐欺罪の構成要件要素

次に、ドイツの詐欺罪（ドイツ刑法典 263 条 1 項）の構成要件要素を確認する。ドイツの詐欺罪の客観的構成要件要素は、①欺罔 (Täuschung) (「虚偽の事実を真実にみせかけること」、「真実を歪曲すること」、又は「真実を隠蔽すること」)、②被欺罔者の錯誤惹起 (Irrtumserregung) (「錯誤を生じさせること」又は「[それ以前に生じていた] 錯誤を維持すること」)、③被欺罔者の錯誤に基づく財産処分 (Vermögensverfügung)、④財産損害 (Vermögensschaden) (「他人の財産に損害を与えること」) であり⁶³⁸、そして、主観的要素と

掲注 (57) 「全体財産説」 445 頁以下など。

⁶³⁴ Kurt Sellmann, Grundfälle zu den Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes, JuS Heft 4, S.268; Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.518; Achenbach, a.a.O. (Fn.142), S.1006; Krey/Hellmann/M. Heinrich, a.a.O. (Fn.629), S.167; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Fn.593), S.489 §41 Rn.1; Sch/Sch/Perron, a.a.O. (Fn.631), S.2491, §263 Rn.3; Rengier, a.a.O. (Fn.629), S.1 §1. Rn.2; Diethelm Kleschewski, Strafrecht Besonderer Teil, Tübingen 2016, S.446 §9 (Delikts das Vermögen als Ganzes) II. Rn.4.

⁶³⁵ Vgl. Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.518; Sch/Sch/Perron, a.a.O. (Fn.631), S.2491 f., §263 Rn.3; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Fn.593), S.489, §40 Rn.1 (ただし、同書では、経済的観点から「損害」を判断する立場と結びつけられている)。

⁶³⁶ Achenbach, a.a.O. (Fn.142), S.1007 f.は、「全体としての財産」という言い回しが、損害の算定を経済的価値を基にして「全体清算 (Gesamtsaldierung)」を行う立場と結び付く可能性を憂慮し、その言葉に代えて、「すべての種類の」財産客体、「財産そのもの (Vermögen schlechthin)」あるいは「財産一般 (Vermögen überhaupt)」などの用語を用いることを提案する。さらに、野澤・前掲注 (277) 論文 282 頁も参照。

⁶³⁷ 本稿第一章第二節では、わが国の詐欺罪の従来の議論において、詐欺罪が「個別財産に対する罪」であるという解釈、あるいは「全体財産に対する罪」であるという解釈を出発点にして、「財産損害」の判断方法が導出されてきたことに疑問を呈したが、ここでの指摘もそれに対応するものである。

⁶³⁸ わが国の刑法典 246 条の詐欺罪の構成要件要素との重要な相違点は、④構成要件の結

して、⑤利得意思 (*Bereicherungsabsicht*) (「違法な財産上の利益を自己又は第三者に獲得させる意思」) が要求されていると整理される⁶³⁹。そして、④と⑤との関係や詐欺罪が「財産移転犯」であるという理解から⑥「損害と利得の素材の同一性」という概念が導出される(後述、本章第三節参照)。

このような整理から、ドイツの詐欺罪の構成要件要素において、「財産」は、さしあたり、③被害者による「財産処分」及び④被害者における「財産損害」の解釈において重要な概念といえる⁶⁴⁰。

3. ドイツの詐欺罪の構成要件的结果である「財産損害」の判断枠組

ドイツの詐欺罪の「財産損害」は、後述の「財産概念」及び「財産損害の判断方法」に関する態度決定に依存せずに⁶⁴¹、④被欺罔者が財産処分に基づいて「財産対象 (*Vermögensgegenstand*)」を放棄し、⑤その財産放棄に関して「埋め合わせ (*Kompensation*)」⁶⁴²が認められない場合に、財産損害が発生するものであると整理することが可能である⁶⁴³。

果として「財産損害」が明文で要求されている点である。これについては、本稿第二章のわが国の詐欺罪の法制史的検討及び第三章のドイツの詐欺罪の法制史的検討において、両者の構成要件的结果が表裏の関係と捉える余地があることを示した。

⁶³⁹ 現行ドイツ刑法典 263 条 1 項については、本稿注 (36) を参照のこと。なお、本文では、本稿の「はじめに」4. 詐欺罪の構成要件的结果を精緻化することの意義」のわが国の詐欺罪の構成要件要素の分析に即して整理を行ったが、ドイツの解釈論においても類似の整理がされている (Vgl. *Satzger*, a.a.O. (Fn.152), S. 518; *Haft/Hilgendorf*, a.a.O. (Fn.629), S. 81; *B. Heinrich*, a.a.O. (Fn.450), S. 607 f., §20 Rn. 28; *Krey/Hellmann/M. Heinrich*, a.a.O. (Fn.629), S. 196 Rn. 491 und S. 265 f. Rn. 685 f.; *Kudlich*, a.a.O. (Fn.629), S. 71; *Kleschowski*, a.a.O. (Fn.634), S.487, §9 III. Rn.99; *Rengier*, a.a.O. (Fn.629), S. 232 §13 Rn.2 など)。

⁶⁴⁰ ドイツ刑法 263 条の「財産損害」という文言自体から「財産」概念と「損害」概念を抽出するものとして、Vgl. *Erich Samson*, Grundprinzipien des strafrechtlichen Vermögensbegriffes, JA 1989 Heft 12, S.510; *MK-Hefendehl*, a.a.O. (Fn.450), S.130 §263 Rn.336。

「財産」を「財産処分」の対象として説明するものとして、Vgl. *Helmut Satzger*, in: *Helmut Satzger u.a. (Hrsg.)*, *Satzger/Schluckebier/Widmaier Strafgesetzbuch Kommentar*, 3. Aufl., Köln 2016, S. 1711 ff.- §263 Rn. 142 ff. [以下では、*S/S/W/Satzger* と示す]; *Frank Saliger*, in: *Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.)*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München 2013, S.2039 ff., §263 Rn.149 ff. [以下では、*M/R/Saliger* と示す]; *Thomas Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 64. Aufl., München 2017, S.1935, §263 Rn.88 f.

⁶⁴¹ Vgl. *Achenbach*, a.a.O. (Fn.142), S.1007.

⁶⁴² ドイツの詐欺罪の解釈論では、一般的に、„*Kompensation*“ という用語は、「財産上の清算 (*Vermögensausgleich*)」の意味で用いられている (Vgl. *Tonio Walter*, *Die Kompensation beim Betrug* (§263 StGB), *Strafrecht zwischen System und Telos: Holm Puktz u.a. (Hrsg.)*, *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen 2008, S.762.)。しかし、法的財産概念に依拠する立場からも、財産放棄に対する法・権利的意味での「埋め合わせ」自体は観念可能と思われる (Vgl. *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.264)。

⁶⁴³ *Satzger*, a.a.O. (Fn.152), S.518 (「このことから [財産に対する罪と所有権に対する罪との比較から——訳者注]、財産構成要素の流出に対して、この場合に財産損害を否定することができる財産流入 (いわゆる、埋め合わせ) が対置しているかどうかという……問題が

そして、この②の「財産対象の放棄」の判断との関連で「財産」の意義が問題になり、①の判断との関連で「財産損害」の判断方法が問題になるのである。なお、②の判断は、厳密に言えば「財産処分」の問題といえるが、「財産損害」を判断する前提としても確定しなければならぬ事実でもある⁶⁴⁴。

以下では、この判断枠組に即して、第二節では「財産概念」に関する議論を、第三節では「財産損害の判断方法」に関する議論を検討する。

第二款 「財産概念」に関する学説の検討

ここでは、ドイツの詐欺罪の解釈論において、基本的な立場として位置付けられている「財産概念」（「法的財産概念」、「経済的財産概念」、及び、「法的・経済的財産概念」と近時これらの立場に対する説得的な批判を展開する「自由理論的・人格的財産概念」）を検討する。

重要である。）」；Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.264（「……騙し取られた——なおのこと自由答責的ではない——財産対象の交付それ自体が 263 条の意味での財産損害を根拠付けるものではない……。」）「ここでの財産損害は十分には埋め合わせられない法的に承認された具象化された行為ポテンシャルの放棄である。」（強調部分は原文イタリック体）。経済的観点を意識したものではあるが、このような判断枠組を図式化したものとして、Vgl. Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.521; Jörg Eisele, Strafrecht-Besonderer Teil II. Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte, 4. Aufl., Stuttgart 2017, S.200 Rn.574.

⁶⁴⁴ Vgl. Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.519.

なお、ドイツの詐欺罪の解釈論では、「人格的財産概念」⁶⁴⁵、「動的財産概念」⁶⁴⁷、「機

⁶⁴⁵ 「人格的財産概念 (personaler Vermögensbegriff)」は、「財産」を、「権利」や「経済的価値」との関連で把握するのではなく、財産を保持する主体との関係で把握する理論である。この代表的主張者であるハロー・オットーは、「財産」を「対象となる領域において人格の発展を保証する、人的に構成されたまとまり」、すなわち「法的社会が経済取引の独立の客体とみなしている客体に関する支配権限 (Herrschaftsgewalt) に基づく、権利主体の経済的能力 (wirtschaftliche Potenz des Rechtssubjekts)」と定義する (*Harro Otto, Die Struktur strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin 1970, S.69 f.; *Harro Otto, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 6. Aufl., Berlin/NewYork 2002, S.234, §51 Rn.54)。この見解に属するその他の代表的な文献として、Vgl. *Bockelmann*, a.a.O. (Fn.629), S.88; *Paul Bockelmann, Der Unrechtsgehalt des Betrugs*, in: *Probleme der Strafrechtserneuerung: Festschrift für Eduard Kohlrausch*, Berlin 1944, S.226 ff.; *Werner Hardwig, Beiträge zur Lehre vom Betrug*, GA 1956, S.6 ff. 人格的財産概念に関して詳しくは、林 (幹)・前掲注 (48)『財産犯』79頁以下、伊藤 (渉)・前掲注 (152)「損害 (一)」39頁以下、伊藤 (渉)・前掲注 (626)「損害 (三)」104頁以下、菊池・前掲注 (626)「損害」97頁、足立 (友)・前掲注 (26)『保護法益』113頁以下を参照のこと。

⁶⁴⁶ 広く主張されている「人格的財産概念」と異なる立場として、アッヘンバッハの見解が存在する (本稿では、「客観利用機会的・人格的財産概念」と呼ぶ)。アッヘンバッハは、さしあたり、「財産」を、立場に依存せずに「個別の財産対象の総体 (Inbegriff einzelner Vermögensgegenstände)」と定義し (*Achenbach*, a.a.O. (Fn.142), S.1007), この「財産対象」の属性に関する解釈に際して、「人格的財産説が、人格的な発展に一般的に関連付けている点、及び、この理論が財産の (現在の) 交換価値及び金銭価値を犠牲にして、使用価値を前面に押し出している点で、原則的には賛成すべきである」と述べている (a.a.O., S.1013)。もっとも、アッヘンバッハは、従来の人格的財産説が、「使用価値」を「経済性」に関連付けていることを疑問として、「財産対象に存在する客観的な利用機会 (Nutzungschance)」を重視して、経済的価値がない財産対象をも広く把握することを試みている (a.a.O., S.1013 f.)。

⁶⁴⁷ 「動的財産概念 (dynamischer Vermögensbegriff)」は、「財産」という概念によって、「静的に、すでに存在する財産状態 (Vermögens-Bestand) だけではなく、動的に、増加する財産 (Vermögens-Zuwachs) も、ともに把握」する学説である (*Albin Eser, Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden*, GA 1962, S.293)。そして、この立場は、「経済的活動の自由 (die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit)」を重視しているが、それと「処分の自由 (Dispositionsfreiheit)」〔主観的な処分意思〕は異なるものと捉えている (a.a.O., S.293)。動的財産概念に関して詳しくは、林 (幹)・前掲注 (48)『財産犯』79頁以下、伊藤 (渉)・前掲注 (152)「損害 (一)」39頁以下、足立 (友)・前掲注 (26)『保護法益』114頁を参照のこと。

能的財産概念」⁶⁴⁸、「規範的・経済的財産概念」⁶⁴⁹、「相互主観的財産概念」⁶⁵⁰などが有力に主張されているが⁶⁵¹、本稿では、上記の学説の検討との関係で必要な限りで言及するにとどめる。

第一項 法的財産概念

1. 主張内容

ドイツの詐欺罪の解釈論では、かつて、詐欺罪の保護法益である「財産」を把握する際に、「権利」に着目する立場、すなわち法的財産概念（*juristischer Vermögensbegriff*）が支配的であった⁶⁵²。本稿第三章のドイツの詐欺罪の法制史的検討（ドイツでは、詐欺罪は、18世紀

⁶⁴⁸ 「機能的財産概念（*funktionaler Vermögensbegriff*）」は、「財産」を「法的に配分される（抽象的に金銭価値のある）財の（全体）に関する人格の処分力（*Verfügbarmacht*）」と定義する（NK-*Kindhäuser*, a.a.O. (Fn.450), S.615 ff., §263 Rn.35 ff.）。機能的財産概念については、足立（友）・前掲注（26）『保護法益』114頁を参照のこと。

⁶⁴⁹ 「規範的・経済的財産概念（*normativ-ökonomischer Vermögensbegriff*）」は、「財産」を「民事法上構成されている支配（*die zivilrechtlich konstituierte Herrschaft*）」として把握する立場である（MK-*Hefendehl*, a.a.O. (Fn.450), S.141 ff., §263 Rn.374 ff.）。ここでの「支配」は、「人格が法的に（多くの場合、民事法的に）承認されている貫徹可能性（*Durchsetzungsmöglichkeit*）」を用いて法秩序と調和可能な経済活動のポテンシャルを自らの意向（*Belieben*）にしたがって処分し、効果的に妨害ファクターに対応することができる場合」に認められる（a.a.O., S.142 §263 Rn.375）。これに近接する立場である、「統合的財産概念（*integrierter Vermögensbegriff*）」は、「財産」を「金銭的価値において表現可能な、法的に構成された対象（*Gegenstände*）又は社会的相互作用（*soziale Interaktionen*）」に対する支配」と解する（*Bernd Schünemann*, *Leipziger Praxiskommentar. Untreue-§266 StGB*, Berlin/Boston 2017, S.133 f. Rn.214. Vgl. LK¹²-*Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.192 f., §263 Rn.132）。

⁶⁵⁰ 「相互主観的財産概念（*intersubjektiver Vermögensbegriff*）」は、「財産」を「すくなくとも、被害者と並んで、その他の利害関係者によって金銭的価値があるものとみなされていて、さらにそれによって生じる交換価値が法秩序からも承認されているすべての地位の総体」と定義する（*Hoyer*, a.a.O. (Fn.630), S.351 ff.; SK-*Hoyer*, a.a.O. (Fn.631), §263 S.56 ff. Rn.118 ff.）。この見解は、第三者あるいは処分者のみを考慮に入れるのではなく、当事者間で交換対象と捉えているものを広く「財産」として把握することを試みるものである。

⁶⁵¹ これらの見解を比較的詳細に検討する近時の文献として、*Krainbring*, a.a.O. (Fn.631), S.32 ff. がある。Vgl. auch MK-*Hefendehl*, a.a.O. (Fn.450), S.130 ff. §263 Rn.336 ff.

⁶⁵² *Karl Binding*, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrecht, Erster Band, 2. Aufl.*, Leipzig 1902 [Nachdruck: Goldbach 1997], S.237 f.; *Heinrich B. Gerland*, *Deutsches Reichsstrafrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl.*, Berlin/Leipzig 1932 [Nachdruck: Goldbach 1997], S.560 und 637. これら以前に「権利」に着目する説を展開していたものとして、たとえば、*Temme*, a.a.O. (Fn.462), S.67; *C. Reinhold Köstlin*, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, Tübingen 1858, S.143; *Köstlin*, a.a.O. (Fn.462), S.311; *Albert Friedrich Berner*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 18. Aufl. Leipzig 1898, S.584; *Hugo Hälschner*, *Das preußische Strafrecht, Teil 3. System des Preussischen Strafrechts*, Bonn 1868 [Neudruck: Aalen 1975], S. 358; *Merkel*, a.a.O. (Fn.37), S.101. なお、メルケルの法的財産概念は、ビンディングと異なり、価値的概念も併せて主張していることには注意が必要である（この点について、Vgl. *Achenbach*, a.a.O. (Fn.142), S.1007.さらには、林（幹）・前掲注（48）『財産犯』29頁以下参照）。

後半から 19 世紀前半に虚偽的犯罪一般から分離され、「欺罔によって財産権を侵害する犯罪」として精緻化されていったこと)に鑑みれば⁶⁵³、このような財産概念がかつて支配的であったのは、当然の帰結であるように思われる。

法的財産概念の代表的な主張者に位置付けられているカール・ビンディング (*Karl Binding*) は、「財産」を、「あらゆる財産権と財産義務の総和 (*die Summe aller Vermögensrechte und -Pflichten*)」⁶⁵⁴と定義し、「財産は、全体において (*im Ganzen*) ではなく、その構成要素において侵害され得る」⁶⁵⁵と述べている。そして、ビンディングは、「権利がない場合には、詐欺は成立しない。」⁶⁵⁶と述べており、さらに詐欺は、「権利略奪 (*Rechtsraub*)」(詐欺の被害者は自身の権利を失い、詐欺の実行者はそれを獲得しようとしているか、少なくとも自身の義務を免れようとしているということ)⁶⁵⁷であると示している。このことから、彼は、ある対象が、「権利」として形成される場合には、「財産」に属すると捉えていたものと思われる⁶⁵⁸。

ビンディングは、ここでの「権利」を「私法上の権利又は公法上の権利」、すなわち「所有権、他人の所有物に対する権利 (*jura in re aliena*)、留置権、又は、債権」⁶⁵⁹と定義し、「私法上の権利が問題になっている場合には、とりわけ刑法は、標準となる民法が否定している財産侵害を承認することはできない」⁶⁶⁰と述べている。このような記述を踏まえると、ビンディングは、基本的に、民法に従属した「財産概念」をとっていたといえる。

このような理解に基づいて、詐欺罪の保護に適しない例として、「権利のない所持者 (*die rechtslose Detentoren*)」及び法学上の占有者 (*juristischer Besitzer*)」[窃盗犯や密猟者など]、「無効である権利の保有者」[約束された報酬を支払わない意思で買春をする者、賄賂收受者など]、「契約に適合して保護するとはされていない顧客 (*Kundschaft*) の保有者」、「将来

⁶⁵³ この点に関して、プロイセン一般ラント法の一般詐欺・重大詐欺罪の解釈 (本稿第三章第三節第二款第一項 2(3)参照)、及び、プロイセン刑法典の 1833 草案及び 1836 年草案から 1846 年草案及び 1847 年草案における議論 (本稿第三章第三節第二款第四項から第七項参照)を参照のこと。

⁶⁵⁴ *Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.238. そこでは「刑法学者にとって、権利主体の財産は、その者のすべての財産権及び財産義務の総和から構成される。」と述べられている。なお、ここでの「権利」は、後の学説において「主観的権利 (*subjektives Recht*)」と記述されることもあるが、これは単に「客観的法 (*objektives Recht*)」との対比で示されているものと思われる (これに対比して、本稿注 (712) も参照のこと)。なお、当時と現在の「主観的権利」概念の相違を指摘するものとして、*Ursula Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaft. Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*, Berlin 1991, S. 357 を参照のこと。

⁶⁵⁵ *Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.238.

⁶⁵⁶ *Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.343.

⁶⁵⁷ *Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.341.

⁶⁵⁸ Vgl. *Krainbring*, a.a.O. (Fn.631), S.32 f.; *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.254; *SK-Hoyer*, a.a.O. (Fn.631), §263 S.44 Rn.88.

⁶⁵⁹ *Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.341.

⁶⁶⁰ *Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.355.

生じる権利の見込みの保有者」を挙げている⁶⁶¹。

2. 批判

このような私法従属的な法的財産概念に対して、主に、以下の4つの批判が提起されている。第一に、法的財産概念が私法上の権利あるいは公法上の権利に固執するあまり、「権利」として確立していない段階のものが把握されないという点で、「あまりにも狭すぎる」と批判されている⁶⁶²。たとえば、営業秘密、ノウハウなど「権利」として確立されていないものが刑法上の「財産に対する罪」では保護されない可能性が生じる。もっとも、この点に関しては、ビンディングが主張した当時の議論に依拠するのではなく、現在の民法学・公法学の議論水準を基準にすれば対応可能な領域は増えている点は見落としはならない⁶⁶³。

第二に、法的財産概念は一般的には経済的に価値がないものでも、所有権の対象になる場合には「財産に対する罪」において保護されてしまうという点で、「あまりにも広すぎる」と批判されている⁶⁶⁴。たとえば、ラブレターなどが「財産に対する罪」の対象になってしまうということが挙げられている。しかし、この批判は経済的財産概念や法的・経済的財産概念のように、経済的価値を基準にして、「財産」を把握する立場を前提にする批判にすぎず、決定的な批判にはなりえない⁶⁶⁵。

第三に、法的財産概念に潜んでいる「循環的性格」が批判されている⁶⁶⁶。すなわち、法的財産概念は、「財産」を捉える際に、すべての「権利」を「財産」と定義しているの

⁶⁶¹ *Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.343 f.

⁶⁶² *Samson*, a.a.O. (Fn.640), S.512; *Kyongok Ahn*, Das Prinzip der Schadensberechnung und die Vollendung des Betrug bei Vollendung des Betruges bei zweiseitigen Vertragsverhältnissen, Frankfurt am Main 1995, S.38; *Karl Heinz Gössel*, Strafrecht Besonderer Teil Band 2, Heidelberg 1996, S.359, §263 Rn.107; *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.254; *Satzger*, a.a.O. (Fn.152), S.519; *Achenbach*, a.a.O. (Fn.142), S.1009; *Krey/Hellmann/M. Heinrich*, a.a.O. (Fn.450), S.237 f. Rn.606; *B. Heinrich*, a.a.O. (Fn.450), S.645 f., §20 Rn.88; *Frank Saliger*, Grundbezüge von Vermögen und Schaden. Person, Wirtschaft und Recht, in: Thomas Fischer u.a. (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S.25 f.

⁶⁶³ *Marcel Alexander Niggli*, Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafrecht, S.71 f.; Vgl auch *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.254. わが国の二項犯罪の「財産上不法の利益」の解釈において民法や公法における無形的利益の保護に関する判例等を参照するものとして、佐藤(結)・前掲注(275)論文31頁以下がある。

⁶⁶⁴ *Samson*, a.a.O. (Fn.640), S.512; *Ahn*, a.a.O. (Fn.662), S.38; *Gössel*, a.a.O. (Fn.662), S.359, §263 Rn.105; *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.254; *Satzger*, a.a.O. (Fn.152), S.519; *Achenbach*, a.a.O. (Fn.142), S.1009; *Krey/Hellmann/M. Heinrich*, a.a.O. (Fn.629), S.237 f. Rn.606; *B. Heinrich*, a.a.O. (Fn.450), S.646, §20 Rn.89; *Saliger*, a.a.O. (Fn.662), S.25 f.

⁶⁶⁵ たとえば、「客観利用機会的・人格的財産概念」(本稿注(646))や「相互主観的財産概念」(本稿注(650))なども、経済的価値がないものを「財産」として広く把握しようとする試みである。

⁶⁶⁶ *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.254; *Achenbach*, a.a.O. (Fn.142), S.1009. さらに Vgl. *Nelles*, a.a.O. (Fn.654), S.359; *MK-Hefendehl*, a.a.O. (Fn.450), S.131f., §263 Rn.340.

はなく、「あらゆる財産権と財産義務の総和」（すなわち、「あらゆる財産的性質をもった権利と義務の総和」）を「財産」と捉えている点で、トートロジーに陥っていると評価せざるを得ない。

第四に、第三の点にも関連するが、この財産概念が、刑法上保護される「財産」について、私法上の権利あるいは公法上の権利を無条件に（論証なしに）参照することについても批判が加えられている⁶⁶⁷。

以上のように、法的財産概念は多くの批判にさらされていることもあり、ドイツの詐欺罪の現在の解釈論において支持を失っている⁶⁶⁸（ただし、この財産概念を新たに定式化する試みとして後述、本款第四項参照）。

第二項 経済的財産概念

1. 主張内容

前述した法的財産概念に対抗して主張されたのが、「経済的価値」に着目する「経済的財産概念 (wirtschaftlicher Vermögensbegriff)」⁶⁶⁹である。この立場は、学説においてはじめて提唱されたものではなく⁶⁷⁰、判例で先行的に展開されていたものである⁶⁷¹。

経済的財産概念からは、「財産」は、「経済的価値が付与されるすべての地位」⁶⁷²であり、「債務を差し引いたる金銭的価値の合計 (die Summe der geldwerten Güter nach Abzug der Verbindlichkeit)」⁶⁷³であるとされている。そして、この見解は、前項の法的財産概念の検討の際に示した第一の批判（狭隘性）、第二の批判（過剰包摂性）、第四の批判（私法への無条件の従属）を基にして学説でも影響力を増していったものといえる⁶⁷⁴。この立場によると、

⁶⁶⁷ Hans-Jürgen Bruns, Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander?, in: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15. 10. 1953, München/Berlin 1954, S.335 ff.なお、Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.255 は、古典的法的財産概念には方法論的欠陥があると批判する。

⁶⁶⁸ Vgl. SK-Hoyer, a.a.O. (Fn.631), S.44 §263 Rn.89; Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.519; Krainbring, a.a.O. (Fn.631), S. 33. ただし、近時の見解として、Marianne Varwig, Zum Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens (§263 StGB), Frankfurt am Main 2011, S. 157. なお、法的財産概念が支持を失っていく過程の議論については、林（幹）・前掲注（48）『財産犯』47頁以下を参照のこと。

⁶⁶⁹ Hans-Jürgen Bruns, Die sog. „tatsächliche“ Betrachtungsweise im Strafrecht, JR 1984 Heft 4, S.138 f.; Krey/Hellmann/M. Heinrich, a.a.O. (Fn.629), S.239 ff. Rn.613 ff.; Haft/Hilgendorf, a.a.O. (Fn.629), S.92.; B. Heinrich, a.a.O. (Fn.450), S.601 ff., §20 Rn.15 ff.

⁶⁷⁰ この点に関して、林（幹）・前掲注（48）『財産犯』42頁参照。

⁶⁷¹ たとえば、RGSt 44, 230〔帝国裁判所統合刑事部 1910年12月14日決定〕; BGHSt 2, 364〔連邦通常裁判所第4刑事部 1951年11月25日判決〕がある。「経済的財産概念」あるいは「法的・経済的財産概念」に関する判例及び学説の変遷を詳細に検討するものとして、林（幹）・前掲注（48）『財産犯』117頁以下を参照のこと。

⁶⁷² Haft/Hilgendorf, a.a.O. (Fn.629), S.91.

⁶⁷³ Krey/Hellmann/M. Heinrich, a.a.O. (Fn.629), S.238 Rn.607. Vgl. RGSt 44, 230.

⁶⁷⁴ ドイツの詐欺罪の解釈論において、「経済的財産概念」又は「法的・経済的財産概念」

当該財産対象が、「権利」として結晶化されていることは不要である。

2. 批判

この見解に対して、以下の三つの批判が向けられる。第一は、「経済という事実的観点」がなぜ刑法において保護されるのかという批判である⁶⁷⁵。この批判に対応するためには、法外在的な「経済」性が、刑法において保護される理由を示す必要がある。しかし、経済的財産概念の側からこの点に説得的な回答が示されているとはいえない。結局のところ「経済的価値」は、私的所有や取引の自由などが許容されている法制度の下で認められているにすぎず、「経済的観点」自体から刑法上の保護を説明することは困難であると思われる⁶⁷⁶。経済的財産概念は、法的財産概念がなぜ私法上の権利ないし公法上の権利を重視するのかを論証していないのと同様に、積極的な論証を行っていないのである⁶⁷⁷。

第二に、金銭的価値があるものと金銭的価値がないものの間では客観的に線を引くことはできないのであり、経済的価値は客観的に確定することができないのではないかという批判が存在する⁶⁷⁸。所有権の対象ではあるが他者にとっては価値がないもの（たとえば、ラブレター）であっても⁶⁷⁹、それを欲する者が複数いれば市場は形成されるのである。

第三に、経済的財産概念は、財産価値のあるものを広く保護することになるが、法秩序に反するものまで「財産」として保護することは、「法秩序の統一性 (Einheit der Rechtsordnung)」の観点から問題をはらむものであると批判されている⁶⁸⁰。たとえば、経済的財産概念を徹底

の影響力を増していったことに関して詳しくは、林（幹）・前掲注（48）『財産犯』121頁以下を参照のこと。

⁶⁷⁵ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.256. Vgl. Achenbach, a.a.O. (Fn.142), S.1017.

⁶⁷⁶ この点に関連して Nelles, a.a.O. (Fn.654), S.387 が『『経済』システムそのものは『法』システムを考慮することなしに記述することはできない』と説明しており、Roland Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen. Das vom Zivilrecht konstituierte und vom Billanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strafrechtlichen Vermögensbegriffs, Berlin 1994, S.110 が「具体的経済は具体的な法秩序なしに記述可能ではない」と説明している。このような説明付けを用いて、法的観点から「財産概念」を構築し直す論拠にするならば、一定の説得性があるが、結論において「事実」的観点を根拠づけるために用いるのであれば疑問である。この点に関するより詳細な分析として、Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.257 Fn.24)。

⁶⁷⁷ Achenbach, a.a.O. (Fn.142), S.1011 は、「財産客体の非法的な確定が、常にかつ専ら、経済的な確定をしなければならないということは、まぎれもなく論点先取りである」と述べている。

⁶⁷⁸ Achenbach, a.a.O. (Fn.142), S.1009

⁶⁷⁹ 「相互主観的財産概念」（本稿注（650）参照）からは、当事者間で取引対象とされている限り、このような価値がないものであっても「財産」として把握可能である。

⁶⁸⁰ Peter Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, Berlin/Zürlich 1968, S.91; Samson, a.a.O. (Fn.640), S.513; Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.519; Sch/Sch/Perron, a.a.O. (Fn.631), S.2522, §263 Rn.83; Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schur, Strafrecht Besonderer Teil 2. Straftaten gegen Vermögenswerte, 41. Aufl., Heidelberg 2018, S.303 Rn.535.

すると、窃盗によって得た盗品の占有、売春契約から生じる報酬請求権⁶⁸¹、殺し屋への殺人依頼契約から生じる報酬請求権なども当然財産に含まれるのである。この第三の批判を受けて、経済的財産概念を修正するのが「法的・経済的財産概念」（後述、次項参照）である。

第三項 法的・経済的財産概念

1. 主張内容

法的・経済的財産概念（*juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff*）⁶⁸²⁶⁸³は、経済的財産概念に対する第三の批判を基にして、経済的財産概念を出発点に置きつつ法的観点から規範的な修正を行う立場である。

ドイツの詐欺罪の解釈論ではこの見解が広く受け入れられているが、それらの学説がどの範囲で「法秩序の統一性」を図るべきであると考えているのかについて必ずしも明らかではなく、一致した見解が提示されているわけではない⁶⁸⁴。

⁶⁸¹ この種の事案は、ドイツにおいて民事法上の判例（BGHZ 67,119. Vgl. BGH NJW 1998, 2895）において、ドイツ民法典 138 条 1 項（本稿注（691）を参照のこと）に該当し、無効であると解されていたようであるが、2001 年 12 月 20 日「売春の法的関係の規制に関する法律（Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostitution）」1 条 1 項（「事前に合意された報酬に対する性的行為が行われた場合には、この合意は有効な債権を根拠づける。ある者が、事前に合意された報酬に対するそのような行為の提供のために一定の時間を費やした場合も同様である。」）によって債権法上有効と規定された点に注意が必要である（ディター・ライポルト（円谷峻訳）『ドイツ民法総論——設例・設問を通じて学ぶ——〔第二版〕』（成文堂、2015 年）325 頁以下等参照）。これに関連して、Achenbach, a.a.O. (Fn.142), S.1016 は、この法律の制定を踏まえて、詐欺罪における「財産損害」の議論においてこの種の事例を論じることは、おそらく「法の歴史（Rechtsgeschichte）」になるであろうと述べている。

⁶⁸² Cramer, a.a.O. (Fn.680), S.91 ff.; Samson, a.a.O. (Fn.640), S.514; Gössel, a.a.O. (Fn.662), S.364, §263 Rn.120; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Fn.593), S.526 ff.§41 Rn.99 ff.,102; Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.518 f.; S/S/W/Satzger, a.a.O. (Fn.640), S.1712, §263 Rn.149; Rengier, a.a.O. (Fn.629), S.268 §13 Rn.129.; Mitsch, a.a.O. (Fn.629), S.306 f.; M/R/Saliger, a.a.O (Fn.640), S.2058 §263 Rn.187. さらに、Achenbach, a.a.O. (Fn.142), S. 1014 ff.は、「客観利用機会的・人格的財産概念」（本稿注（646）参照）の立場から、法的観点から規範的制限を加えることを主張している。

⁶⁸³ 現在ドイツで通説的に主張されている、経済的財産概念を出発点にして法的観点から規範的に修正する立場とは異なり、財産の定義に法的観点と経済的観点を折衷的に取り入れる見解（主観的権利が経済的価値を有している場合に保護されるという立場）として、Wilhelm Gallas, Der Betrug als Vermögensdelikt, in: Poul Bockelmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961, S.401 ff. この見解については、林・（幹）・前掲注（48）『財産犯』66 頁以下を参照のこと。

⁶⁸⁴ Vgl. Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.519; Samson, a.a.O. (Fn.640), S.513 f.; Hoyer, a.a.O. (Fn.630), S.340 f. 近時の学説では、①経済的価値があるものが、法秩序の保護がある場合にのみ保護されるという立場や②経済的価値があるものが法秩序の承認若しくは法秩序の拒絶の欠如によって現実化している場合に限り保護されるという見解が主張されているようである（このような学説の分類として、Vgl. MK-Hefendehl, a.a.O. (Fn.450), S.135 f., §263 Rn.353; S/S/W/Satzger, a.a.O. (Fn.640), S.1712, §263 Rn.147）。さらに、③法秩序によって一義的に拒

2. 批判

法的・経済的財産概念に対しては、経済的財産概念に対する第一の批判（「経済的観点」がなぜ刑法上保護されるのか）のほかに、この見解が出発点にしている「経済的財産概念」が重視する「経済的観点」を、「法的観点」によって修正することができる理由が説明されていないという批判が重要である⁶⁸⁵。換言すれば、この見解は「財産」の根拠付けのレベルでは用いることを拒絶した「法的観点」を、それを制限するレベルにおいて十分な論証をせずに持ち出しているのである。アドホックな処理を体系的理論へと還元することを怠っているという点で⁶⁸⁶、理論的欠陥があるといわざるを得ない⁶⁸⁷。

さらに、このような欠陥にも関連するが、「法秩序の統一性」⁶⁸⁸をどのレベルで図る必要があるのかという疑問が生じる⁶⁸⁹。ドイツにおいて法的・経済的財産概念に依拠する多くの見解は、ドイツ民法典 134 条の法律違反による無効⁶⁹⁰や 138 条の良俗違反による無効

絶されている場合にのみ、財産から除外するという見解として、*Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.519; Wessels/Hillenkamp/Schur, a.a.O. (Fn.680), S.303, Rn.535*. なお、不法な取引や不法な占有に関するドイツの学説を詳細に検討する先行研究として、内田・前掲注（627）「窃取と騙取」47 頁以下、内田・前掲注（627）「不法な取引」61 頁以下参照を参照のこと。ドイツの判例の展開については、中村勉「ドイツ判例における不法な法律行為と財産犯の関係について（一）～（三・完）」上智法学 16 卷 3 号（1973 年）91 頁以下、同 17 卷 1 号（1973 年）123 頁以下、同 17 卷 2 号（1974 年）71 頁以下を参照のこと。

⁶⁸⁵ Vgl. *Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.258 f.*

⁶⁸⁶ Vgl. *Kubiciel, a.a.O. (Fn.28), S.118 ff.*

⁶⁸⁷ この点に関連して、*Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.258 f.*は、「ある『原理 (Prinzip)』を定立して、そのあとでそれとは異なる『原理』によって限界付けるという方法は、体系的観点の下では、原理の不存在 (Prinzipienlosigkeit) ——すなわち、構想における二つの要素が統一的な基本思考に還元されていないこと——を意味する。それゆえ、法的・経済的折衷性は単に『妥協公式 (Kompromißformel)』として承認されているにすぎず、独自の理論としては承認することは出来ない。」（強調部分は原文イタリック体）と批判している。なお、パヴリックは、*Nelles, a.a.O. (Fn.654), S.408* にならって、「妥協公式」という用語を用いている。

⁶⁸⁸ 恒光徹「法秩序の統一性と刑法の二次規範性と担保性」刑法雑誌 39 卷 3 号（2000 年）23 頁が、わが国の刑法学の議論における「法秩序の統一性」について、「①他の法領域で権利として保護されている利益を刑法上も常に保護されなければならないのか。②他の法領域で正当とされた行為を犯罪とすることができるか。③他の法領域で権利として保護されていない利益を刑法が保護することができるか。」の三点があることを整理している。ドイツの法的・経済的財産概念は、③を問題していると思われる。

⁶⁸⁹ たとえば、近時のわが国の民法学において、「権利」に関する規定として、「権利根拠規定」、「権利障害規定」（無効など）、「権利消滅規定」（解除など）、「権利阻止規定」（同時履行の抗弁権など）が存在すると整理されている（山本敬三『民法講義 IV-1 契約法』（有斐閣、2005 年）xiv 頁以下参照）。これらの規定のどのレベルで、刑法は法秩序の統一性を図る必要があるのか定かではない。

⁶⁹⁰ ドイツ民法典 134 条では「法律上の禁止に違反する法律行為は、その法律から別段のことが生じないかぎり、無効である。」と規定されている（ライポルト（円谷訳）・前掲

⁶⁹¹を問題にするが、その射程自体が明瞭であるとはいいがたい⁶⁹²。このことは、「法的・経済的財産概念」が一致した基準を定立できていないことにもあらわれているものと思われる。

第四項 自由理論的・人格的財産概念

1. 主張内容

これまでにみてきたように、「法的財産概念」、「経済的財産概念」、及び、「法的・経済的財産概念」が、「権利」又は「経済的価値」を重視して「財産」を把握することについて説得的な論証がされていないという点は決して軽視すべきものではないといえる。このような各学説の問題点を意識して財産概念を再構成するのが、ミヒャエル・パヴリック (*Michael Pawlik*) によって展開されている「自由理論的・人格的財産概念 (freiheitstheoretisch-personaler Vermögensbegriff)」⁶⁹³⁶⁹⁴である。

パヴリックは、その著書『詐欺罪における許されざる態度 (Das unerlaubte Verhalten beim Betrug)』の第一部「法哲学及び刑法理論的基礎」⁶⁹⁵から導き出した帰結、すなわち「法的人

注 (681) 書 556 頁 [補遺 III 条文資料] 参照)。

⁶⁹¹ ドイツ民法典 138 条 1 項では「善良な風俗に反する法律行為は無効である。」と規定されている (ライポルト (円谷訳)・前掲注 (681) 書 556 頁 [補遺 III 条文資料] 参照)。

⁶⁹² 林幸司「ドイツ法における良俗論と日本法の公序良俗」椿寿夫=伊藤進編『公序良俗違反の研究——民法における総合的研究』(日本評論社, 1995 年) 124 頁以下, 鹿野菜穂子「ドイツの判例における良俗違反」同 138 頁以下参照。ドイツの詐欺罪の解釈論において多様な主張がみられることについては, Vgl. *Samson*, a.a.O. (Fn.640), S.513 f. さらに, 内田・前掲注 (627)「窃取と騙取」47 頁以下, 内田・前掲注 (627)「不法な取引」61 頁も以下参照。

⁶⁹³ *Michael Kubiciel*, Vermögensschaden bei Personengesellschaften. Zur Normativierung des Vermögensbegriffs, in: Thomas Fischer u.a. (Hrsg.), *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens*, 2015, S.161 による呼称である。なお, クビチエールは, 基本的に, パヴリックの「自由理論的・人格的財産概念」に賛同している。

⁶⁹⁴ *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.259 では, 自説を「新たに定式化された法的財産概念 (ein neuformulierter juristischer Vermögensbegriff)」と示している (なお, a.a.O., S.294 では, 財産損害の判断方法に関する自説を「人格的・規範的理論」と示している)。

⁶⁹⁵ *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.5 ff. とりわけ, C 章「刑法上の法的人格の構成」(a.a.O., S.38 ff.) の考察が, 「財産」の意義との関係では重要である。

格」⁶⁹⁶⁶⁹⁷の「自由」を保障するために、法的人格に「財産」を保障する必要があること⁶⁹⁸を前提に、第四部「欺罔と財産放棄の間の帰属連関；損害概念の基礎」のC章「真実義務違

⁶⁹⁶ パヴリックが前提にしている「法的人格」は、「人間」とは一致しない概念である

(Vgl. *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.39; *Michael Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen 2012, S.141 f. [以下では, *Pawlik*, *Unrecht* と示す。該当部分の日本語訳として, ミヒャエル・パヴリック (飯島暢=川口浩一監訳)『市民の不法 (6)』関西大学法学論集 64 巻 5 号 (2015 年) 207 頁以下 [森永真綱訳部分])。このことを, *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.278 は, 自説と人格的財産概念 (本稿注 (645) 参照) と対比させ, 「この理論 [人格的財産概念に基づく人格的財産損害説—訳者注] は, 法的人格を無批判に『自然的な個人 (die natürliche Einzelperson), すなわち人間 (Menschen)』と同視する」という批判として展開している。

なお, その後のパヴリックの刑罰論の展開 (*Michael Pawlik*, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Berlin 2004, S.76 ff. [以下では, *Pawlik*, *Person* と示す]) なお, パヴリックの刑罰論に関しては, 中村悠人「刑罰論の現代的課題」刑法雑誌 57 巻 2 号 (2018 年) 40 頁以下, さらに詳細には中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察 (2)」立命館法学 342 号 (2012 年) 261 頁以下を参照のこと), とりわけ「人格」[法の名宛人], 「主体」[実際上の人格], 「市民」[法秩序の受け手及びその共働の担い手] の区分に鑑みると, ここでの「法的人格」は, 「市民」を問題にしているものと思われる (Vgl. *Pawlik*, a.a.O. *Unrecht*, S.157 [該当部分の日本語訳として, ミヒャエル・パヴリック (飯島暢=川口浩一監訳)『市民の不法 (6)』関西大学法学論集 64 巻 5 号 (2015 年) 225 頁以下 [山下裕樹訳部分])。

⁶⁹⁷ パヴリックは, ホブズ及びカントにならって, 「法的人格」とは「人間の言葉および行為が付与される者」, 換言すれば「自らの行為を法的に帰属させる能力がある主体である」(*Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.40) と定義し, 「法的人格の自由は, 構成的見地において, 客観的法秩序から導かれる自由である。しかしながら, 法的人格の概念が, 妥当論的に (geltungstheoretisch), 実践的主体の概念から導かれるならば, 自由理論的に正当な, 法的人格性の概念も, 客観的・社会的基準への立ち返りなしには形成されえない。」(a.a.O., S.40) と述べている (なお, 強調部分は原文イタリック体)。さらに, パヴリックは, 「法的人格に自由な法秩序によって可能とされなければならないという自己表現は, 第三者を顧慮して, または第三者に対してなされる。」「それゆえ, 外部的な自由を要求する法的人格は……, 他の法的人格との接触からのみ考えることができる」(a.a.O. S.40.) と述べ, 相互人格関係において他者の人格を承認することを導いている。さらにパヴリックの「法的人格」概念について, *Pawlik*, a.a.O. (Fn.696) *Unrecht*, S.141 ff. [該当部分の日本語訳として, パヴリック (飯島=川口監訳) [森永訳部分]・前掲注 (696) 翻訳 207 頁以下] を参照のこと。

⁶⁹⁸ たとえば, *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.46 f. は, 「人格が, 現実に自由たりうるために, 文字通り手をつかむことができる資源の基礎 (ein Fundus buchstäblich handgreiflicher Ressourcen) を必要とする」と述べている。この記述などを踏まえて, パヴリックの財産概念が展開されているものと思われる (*Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.259 ff.)。さらに, 同旨として, *Kubiciel*, a.a.O. (Fn.693), S.161 は, 「刑法にとって, 財産は (その他の主観的権利と同様に), 人格的自由の発展 (Entfaltung persönl. Freiheit) のための条件である。」(強調部分は原文イタリック体) と述べている。Vgl. auch *Günther Jakobs*, *Rechtsentzug als Vermögensdelikt. Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils*, in: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln 2008, S.653.

反との関連における財産と財産損害」⁶⁹⁹において財産概念を構築し直している。

パヴリックは、まず「財産」を、「ある法的人格が、それを用いて、他の法的人格との相互行為において一定のアイデンティティを与えることができる具象的ポテンシャル (das gegenständliche Potential)」⁷⁰⁰、あるいは、「法的に承認された自己表現の自由の現れ (Ausprägung)、つまり人格性の現れ」⁷⁰¹と捉える。そして次に、このような理解をドイツ刑法典 263 条 1 項の意味での「財産対象」へと展開し、①「財産対象」は、「当該法的人格につき自由な自己表現が可能になることを理由に……法的に配分されるもの」であり⁷⁰²、②「財産対象」は、「それを手放すこと (Weggabe) が人格性の構成的メルクマールの放棄 (Verzicht)」とならないという趣旨で、「法的に放棄可能 (preisgabefähig) である地位」でなければならない⁷⁰³、という。

そして、パヴリックは、①との関係で、「法的配分」をどのような基準で判断するかについて、「刑法は、その自由保障を規範的な真空状態 (Vakuum) においてではなく、法的に包括的に事前的な構造をもった世界において描かれることを承認しなければならない」⁷⁰⁴という洞察から⁷⁰⁵、私法及び公法の法的配分によって判断する必要性を説く。そして、これによって、「不適法な占有」を、詐欺罪の「財産対象」から除外する⁷⁰⁶。

次に、パヴリックは、②との関係で、「人格性という構成的メルクマールの放棄」は法的観点からは認められないことを前提にして、原理的に放棄できない地位（「一身専属的法的地位」、「自己の身体」、「性的奉仕」など）を詐欺罪の「財産対象」から除外する⁷⁰⁷。

⁶⁹⁹ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.252 ff.

⁷⁰⁰ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.259.

⁷⁰¹ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.259.

⁷⁰² Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.259. (強調部分は原文イタリアック体)

⁷⁰³ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.259. (強調部分は原文イタリアック体)

⁷⁰⁴ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.259. 主体への財産の客観的利用機会⁷⁰⁴の帰属という観点で同旨であるのは、Achenbach, a.a.O. (Fn.142), S.1017. なお、Pawlik, a.a.O., S.259 f. は、私法及び公法を参照することには、「法的な基礎付けがない場合に事実的な地位を刑法上の財産概念から排除する」という消極的機能と「当該法的人格がその権利の保有者の自己表現の権利の直接的な現れを形成する」(強調部分は原文イタリアック体) という積極的な機能があるとする。

⁷⁰⁵ この洞察を補強するものとして、Kubiciel, a.a.O. (Fn.693), S.163 が、「刑罰という法効果の特徴は、一般的法 (das allgemeine Recht) の侵害として、特別の権利 (das besondere Recht) の侵害に対して回答するという点に存在するので、詐欺は、具体的な財産権の侵害なしに、さらに財産という制度を形成する一般的法の侵害なしには存在しえない。」と述べていることが重要である。この点に関連して、Vgl. auch Kubiciel, a.a.O. (Fn.28), S.167 f.

⁷⁰⁶ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.260; Kubiciel, a.a.O. (Fn.693), S.163.

⁷⁰⁷ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.261. パヴリックは、自説と、従来の刑法学において、ドイツ民法典 134 条の法律違反や 138 条 1 項の良俗違反を一括して援用する立場（「法的・経済的財産概念」）とは帰結において一致するにすぎず、根拠付けが異なるとする。なお、ミヒャエル・パヴリック『詐欺罪における許されざる態度』(Pawlik, a.a.O. (Fn.348)) は 1999 年に刊行されており、その後 2001 年 12 月 20 日に「売春の法的関係の規制に関する法

以上みてきたように、パヴリックの財産概念は、「法的人格の自由保障」という観点から導出されたものであり、パヴリックが欺罔行為の判断において重視している「真実を要求する権利 (Recht auf Wahrheit)」自体から、法的財産概念を再構成するものではない⁷⁰⁸。

2. 解釈論上の意義と問題点

パヴリックが主張する「自由理論的・人格的財産概念」は、ビンディングの「法的財産概念」とは異なり、法哲学及び刑法基礎理論から導き出した理論的基礎から、刑法上の詐欺罪における「財産対象」の意義を明らかにしようとするものであり、古典的な「法的財産概念」に向けられていた「循環的性格」や「方法論的欠陥」という問題点を回避することができているといえる。また、「法的・経済的財産概念」とも異なり、自身の「財産概念」自体から必然的に生じる制限のみを問題にしており⁷⁰⁹、体系的に問題がある、結論の妥当性のみを志向した場当たりの処理には至らないといえる。したがって、「自由理論的・人格的財産概念」は、これまでに検討してきた「財産概念」よりも緻密な論証がなされているといえる。

その反面、パヴリックの財産概念には、彼が法哲学及び刑法基礎理論の検討を基礎にして詐欺罪の解釈論を展開していることとの関係で、財産概念に関する記述を確認しただけでは、理論の全体像が把握しがたい点に問題があることは否定できないであろう⁷¹⁰。もちろん、このことによって理論的な精密さが減殺されるわけではない。

第五項 小括

本款では、ドイツの詐欺罪の「財産概念」に関する議論を検討してきた。これらの検討に

律」(本稿注(681)を参照のこと)が制定されていることから、この種の事案では、パヴリック説とドイツ民法典134条及び138条を参照する立場の間で帰結が相違する可能性はある。

⁷⁰⁸ パヴリックの財産概念を、「真実を要求する権利」から法的財産概念を再構成する見解と説明するものとして、足立(友)・前掲注(26)『保護法益』116頁以下、渡辺・前掲注(627)「締結詐欺」243頁注25。なお、パヴリックは「財産損害」に関する検討において、欺罔行為の判断で重要な概念と位置付けている「真実を要求する権利」の思考に立ち返った説明を展開している(Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.283, 287 f.)。しかし、それは「財産損害」と「真実を要求する権利」の侵害が同義であるという趣旨ではなく、体系的に閉じられた理論を展開するためになされている(Vgl. Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.283)。

⁷⁰⁹ Vgl. Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.261. これとは異なり、「財産対象」の射程を限界づけるために、ドイツ民法典134条や138条を援用する立場(法的・経済的財産概念)に近い説明として、Kubiciel, a.a.O. (Fn.693), S.163(「反道徳的かつ無効な債権又は違法な占有状態は、経済的な評価にもかかわらず、刑法上保護された財産ではない」)。

⁷¹⁰ ドイツの詐欺罪に関する文献やわが国の詐欺罪に関する文献において、パヴリックの財産概念について近時の試みとして触れられる程度にすぎず(たとえば、ドイツの詐欺罪の解釈論において、MK-Hefendehl, a.a.O. (Fn.450), S.143, §263 Rn.380; M/R/Saliger, a.a.O. (Fn.640), S.2040, §263 Rn.151. わが国での詐欺罪の先行研究では、足立(友)・前掲注(26)『保護法益』116頁以下、143頁以下、内田・前掲注(627)「不法な取引」69頁、渡辺・前掲注(627)「締結詐欺」243頁注25など)、十分な検討がなされていない。

よって以下のことが明らかになった。

第一に、「法的財産概念」に関しては、多数の批判が向けられてきたが、主として①「財産」を「財産権と財産義務の総和」とする点で循環的性格をもった定義に陥ってしまっていること、②「権利」に関して、私法上の権利及び公法上の権利を論証なしに参照してしまっていることに問題があったといえる。

第二に、「経済的財産概念」については、なぜ刑法上の財産に対する罪において、「経済という事実的観点」が重視されるのか、法的観点ではない事実的支配をなぜ法によって保護するのかについて説得的な説明がなされていないという問題を抱えていることが明らかになった。

第三に、「法的・経済的財産概念」は、結論の妥当性を志向して、「経済という事実的観点」を「法秩序の統一性」という「法的観点」によって制限することを試みているが、体系的な理論構築に還元することを怠り、場当たりの説明にとどまるということが明らかになった。

第四に、これまでに主張されてきた「法的財産概念」や「経済的財産概念」などの問題点を意識し、それを回避する試みとして、近時展開されているのが「自由理論的・人格的財産概念」であるということも明らかになった。この見解は、本稿の分析からすると最も精緻化された財産概念の理論であるといえる。なぜなら、この見解は、①古典的な「法的財産概念」に向けられていた問題点（「循環的性格」、「方法論的欠陥」）を法哲学や刑法基礎理論から再構築した「法的観点」を考慮する根拠付けによって回避し、さらに②「法的・経済的財産概念」のように「法秩序の統一性」という観点から財産概念の場当たりの限定を行うのではなく、自説の財産概念の論拠に立ち返ることによって、財産概念の過度な拡大も回避することができているからである。

以上より、ドイツの詐欺罪における「財産概念」を問題にする場合には、「自由理論的・人格的財産概念」を採用することが、さしあたり妥当であると思われる（わが国の詐欺罪との関係は、本章第四節第三款第一項で検討する）。もっとも、本節第一款3で確認したように、詐欺罪における「財産損害」では、「財産概念」の検討のみで足りるのではなく、「財産損害の判断方法」を検討することも重要である。そして、「自由理論的・人格的財産概念」が、「財産損害」に関して裁判所における具体的な運用に耐えうる程度の判断基準を提示できないのであれば、この説が理論的に一貫したものであったとしても、画餅に帰することになる。

そこで、次款では、「自由理論的・人格的財産概念」に基づく財産損害の判断方法が、「法的財産概念」に基づく財産損害の判断方法や、「経済的財産概念」及び「法的・経済的財産概念」に基づく財産損害の判断方法と比して、説得的かつ具体的な基準を提供できているのかという観点を意識して、検討を行う。

第三款 「財産損害の判断方法」に関する学説の検討⁷¹¹

第一項 法的損害概念に基づく判断方法⁷¹²

1. 判断基準

法的財産概念に依拠する立場からは、「権利的意味のマイナス (Minus im Rechtssinne)」⁷¹³あるいは「権利的意味の損害 (Schaden im Rechtssinne)」⁷¹⁴が生じていたかを基準にして財産損害の判断が行われる。その際に、財産価値の減少自体は重要とは考えられていない⁷¹⁵。よって、権利侵害のない事実上の「財産危殆化 (Vermögensgefährdung)」も損害とは評価されない⁷¹⁶。

2. 具体的事案の処理

まず、売買などの双務契約の締結の際に欺罔があり、被害者が、合意された反対給付を獲得することなしに、財産対象を提供する場合に「財産損害」が認められる⁷¹⁷。これに対して、この場合に、合意された反対給付が提供された場合には、形式的意味での財産放棄は、権利的観点から埋め合わせられる（「権利侵害」が認められない）ので⁷¹⁸、「財産損害」は否定される。もっとも、この場合に、合意された反対給付とは異なる内容のものが

⁷¹¹ 本節第二款の冒頭において、本稿の主たる検討対象から除外した「財産概念」からも、それぞれの「財産概念」に応じた「財産損害の判断方法」が展開されているが、本款でも詳細には立ち入らない。これらの学説を比較的詳細に検討する近時の文献として、*Krainbring, a.a.O. (Fn.631), S.48 ff.*がある。

⁷¹² ドイツの詐欺罪の解釈論では、「経済的財産概念」あるいは「法的・経済的財産概念」に依拠する立場が、金銭価値という客観的損害判断を行っていることと対比して、法的財産概念に依拠する財産損害の判断方法は「主観的損害概念」と示されることがある。しかし、ビンディングの理論は、被害者又は当事者の主観自体を保護することを狙いにした学説、たとえば「人格的財産概念」（本稿注（646）参照）や「相互主観的財産概念」（本稿注（650）参照）などとは異なり、「権利」を基準にすることによって、付随的に「愛着的利益 (Affektionsinteresse)」が保護されることにつながっているに過ぎないので、この表示は不適切であろう（すでに *Binding, a.a.O. (Fn.652), S.358 f. Fn.3* も、主観的理論と客観的理論を対置することが誤解を招きやすい表示であるとして拒絶している）。

⁷¹³ *Binding, a.a.O. (Fn.652), S.357 Fn.1.*

⁷¹⁴ *Binding, a.a.O. (Fn.652), S.355.*

⁷¹⁵ *Binding, a.a.O. (Fn.652), S.240, 356.* さらに、Vgl. *Karl Binding, Zur Lehre vom Betrug - für und gegen das Reichsgericht, in: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Erster Band, Leipzig 1915 [Nachdruck: Strafrecht und Strafprozessuale Abhandlungen 2 Bände, Goldbach 1997], S.467 f.*

⁷¹⁶ *Binding, a.a.O. (Fn.652), S.360.*

⁷¹⁷ *Binding, a.a.O. (Fn.652), S.357* は、〔双務契約が問題になる場合に———訳者注〕自身が権利に基づいて請求することができるものを獲得しない者は、損害を被っている」と述べている。

⁷¹⁸ *Binding, a.a.O. (Fn.652), S. 358 f. Fn.3* では、「双務契約の場合には、法律家にとって価値と価値の比較 (Wert gegen Wert) が重要なのではなく、……給付と給付の比較 (Leistung gegen Leistung) が重要なのである」と述べている。

提供されたとしても、権利的観点からすると、それは財産放棄に対する埋め合わせにはならず、「財産損害」が認められる⁷¹⁹。

次に、贈与などの片面的給付の場合について、詳細な検討がされていない。ビンディングは、物乞い詐欺に関して、「適切な前提の下で贈与を行った者は、法的に (juristisch)、損害を被っていない」⁷²⁰と述べている。このことから、「適切な前提の下」でなされた贈与の場合には、形式的意味での財産放棄が、権利的観点から埋め合わせられるので、財産損害は否定されることになる。

3. 批判とその検討

このような「財産損害」についての私法従属的な判断方法に対して、以下のような批判が向けられている。第一に、法的財産概念からすると、財産放棄（財産減少）と同時に生じた財産上の利益を考慮する余地がないのではないかという批判である⁷²¹。しかし、上述したように、ビンディングは合意された反対給付が提供された場合には「財産損害」を否定するのであり⁷²²、この批判は説得的なものではない。ビンディングが財産を「財産権と財産義務

⁷¹⁹ *Binding*, a.a.O. (Fn.652), a.a.O., S.360 では、「〔飲食の店舗を購入する契約の下で——訳者注〕飲食の店舗ではなく農場を購入した者、〔ゾーリングゲン製ナイフを購入するという契約の下で——訳者注〕ゾーリングゲン製ナイフではなくイギリス製ナイフを購入した者等々は——虚偽の属性を偽装することが契約の締結にとって決定的であるという前提、あるいは、他の事情とともに決定的であるという前提の下で常に——反対給付の価値を全く考慮することなしに損害を被っている。」と述べている。

⁷²⁰ *Binding*, a.a.O. (Fn.652), S. 356 f. ビンディングは、「物乞いに3マルクを渡した者は、仮に物乞いが、詐欺漢 (Preller) であっても、非常に困窮している者であっても、経済的には完全に同様にこの額についてより貧しくなった。」という記述を受けて「適切な前提の下で贈与をした者は、法的には、損害を被っていない」と述べている。ただし、林 (幹)・前掲注 (48)『財産犯』30頁注5は、両者の記述の間に、別の事案の記述 (「亡くなった父の髪と称されているものを20マルクで競り落とした (ersteigern) 者は、それが父に由来するものである場合にも、第三者に由来するものである場合にも、まさにこのような無価値である髪に対して20マルクを失っている。」という記述)が挿入されていることから、亡くなった父の髪と称されているものを20マルクで競り落とした事案〔なお、林は「亡夫の髪を買おうとする場合」と訳出している〕の評価と捉えて訳出している。

おそらく、*Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.357 が、「観念上の等価物 (ideale Aequivalente) に対する財産権の譲渡は、これが実態を欠く (illusorisch) と実証された場合に常に——それどころかその場合にのみ——損害 (Schädigung) である。」と述べている部分も、片面的給付における詐欺を念頭に置いているものと思われる。

⁷²¹ *Krey/Hellmann/M. Heinrich*, a.a.O. (Fn.629), S.238 Rn.606 は、法的財産概念に対して、「財産損害の構成要件メルクマールの検討において、同時に発生した財産上の利益による財産減少の埋め合わせの考慮を当初から排除することになるであろう」と批判する (Vgl. *MK-Hefendehl*, a.a.O. (Fn.450), S.131, §263 Rn.338; *Kleschowski*, a.a.O. (Fn.634), S.475 §9 III. Rn.70; *Samson*, a.a.O. (Fn.640), S.512)。

⁷²² *Krainbring*, a.a.O. (Fn.631), S.48 は、適切にも、法的財産概念では、「処分との関連でのどのような種類の価値の増大も、一度確認された損害を埋め合わすことはできない。このことは権利状態 (Rechtsbestand) のあらゆる減少が自動的に損害と評価され得るという意

の総和」と捉えていることを想起すれば、双務契約において給付と同時に発生した反対給付を考慮することはビンディングの立場と何ら矛盾のない帰結であるといえる。

第二に、第一の批判にも関連して、法的財産概念に基づく損害判断方法は、金額の差引計算に基づいた清算的判断を必要としないので、欺罔に条件づけられた財産処分には収斂され、ドイツ刑法典 263 条 1 項における「財産損害」の文言との関係で憲法違反であるという批判が存在する⁷²³。また、ドイツの判例及び学説でこれまで認められてきた「損害と同等である財産危殆化 (schadensgleiche Vermögensgefährdung)」又は「危殆化損害 (Gefährdungsschaden)」⁷²⁴という法形象〔最終的な財産損害が確定する以前の段階でそれと同視することができる具体的な損害の危殆化が発生している場合に「財産損害」を肯定すること〕に関して、近時の連邦憲法裁判所が基本法 103 条 2 項^{724a}から導き出される明確性の原則から損害額の具体的な算定を要請したこととの関係で⁷²⁵、法的財産概念はその立場と両立しないという指摘も存在する⁷²⁶。

しかし、いずれの批判も、「経済的財産概念」又は「法的・経済的財産概念」に依拠する立場、とりわけ一方当事者 (欺罔行為者側) から提供された反対給付が合意とは異なるものであっても、経済的価値が上回るものであれば財産損害は否定されるべきであるという主

味ではない。」と述べている。このような趣旨で、ビンディングが主張する「法的財産概念」においても、「財産損害」は、「財産処分」あるいは形式的意味の「財産喪失」に還元されるものではないのである。「法的財産概念」に基づく財産損害の判断方法を、わが国の「個別財産喪失説」と同趣旨の立場であると分類することは (たとえば、林 (幹)・前掲注 (53)「損害」50 頁、林 (幹)・前掲注 (48)『財産犯』25 頁、伊藤 (渉)・前掲注 (152)「損害 (一)」36 頁注 12、菊池・前掲注 (152)「相当対価 (中)」53 頁以下。さらに、平野・前掲注 (627) 論文 52 頁も参照。ドイツでは、本稿注 (721) なども同旨)、不正確である。

⁷²³ Saliger, a.a.O. (Fn.662), S.26; Kleschowski, a.a.O. (Fn.634), S.475 §9 III. Rn.70. Vgl. Frank Saliger, Juristischer und wirtschaftlicher Schaden, HRRS 2012, 364 ff.; M/R/Saliger, a.a.O.(Fn.640), S.2058, §263 Rn.187; Eisele, a.a.O. (Fn.643), S.212, Rn.605. Fn.1536.

⁷²⁴ 渡辺・前掲注 (627)「締結詐欺」213 頁以下、渡辺・前掲注 (57)「全体財産説」448 頁以下、富川・前掲注 (627)「ドイツ判批」337 頁以下、富川・前掲注 (627)「雇用詐欺」279 頁以下、拙稿「ウルリッヒ・ウェーバー「財産危殆化詐欺の中止」」浅田和茂＝松宮孝明編「クラウス・ティエデマン記念論文集の紹介 (5・完)」立命館法学 366 号 (2016 年) 197 頁以下〔紹介対象の文献として、Ulrich Weber, Rücktritt vom vermögensgefährdenden Betrug, in: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S.637 ff.〕, ゲルハルト・ゼーエア (野村和彦訳)「危険な取引を介する詐欺?」日本法学 83 卷 2 号 (2017 年) 211 頁以下などを参照のこと。

^{724a} ドイツ基本法 103 条 2 項「ある行為がなされる以前にその可罰性が法律によって規定されていた場合にのみ、その行為を罰することができる。」(初宿正典訳『ドイツ連邦共和国基本法——全訳と第 62 回改正までの全過程』(信山社, 2018 年)69 頁参照)

⁷²⁵ 背任罪に関して BVerfGE 126, 170, 詐欺罪に関して BVerfGE 130, 1. これらの連邦憲法裁判所判決の事案及び判決の概要に関して、渡辺・前掲注 (57)「全体財産説」450 頁以下を参照のこと。

⁷²⁶ Saliger, a.a.O. (Fn.662), S.26.

張を所与のものとして、批判を展開しているにすぎない。

第二項 経済的財産概念及び法的・経済的財産概念に基づく判断方法

1. 基本となる判断基準：客観的損害算定

「経済的財産概念」（前款第二項）又は「法的・経済的財産概念」（前款第三項）に依拠する立場からは、「財産損害」は、「経済的価値」、換言すれば「金銭的価値」を基準にして判断される。具体的には、「全体清算の原則（Prinzip der Gesamtsaldierung）」にしたがって、財産処分の前と財産処分の後の被害者の財産状態の経済的価値を比較して判断される⁷²⁷。財産処分の前と財産処分の後の被害者の財産状態の経済的価値が財産処分の後のそれを上回っている場合には、被害者の財産状態全体の経済的価値が減少していると判断され、「財産損害」が認められる。これに対して、前者の財産状態の経済的価値が後者のそれを下回っている場合には、「財産損害」が否定される。このような判断方法は「客観的損害算定（die objektive Schadensberechnung）」と呼ばれている。

もっとも、この立場が詐欺罪における「財産損害」を判断する際に実際に比較しているのは、財産全体ではなく、被害者の側の財産処分によって放棄される財産対象（この立場からは「財産減少（Vermögensminderung）」又は「財産流出（Vermögensabflüsse）」と表現されることが多い）とそれと「直接的に（unmittelbar）」（及び「同時に（zugleich）」⁷²⁸⁷²⁹行為者の側から提供されるもの（「財産流入（Vermögenszuflüsse）」と表現されることが多い）の比較

⁷²⁷ Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.521; Haft/Hilgendorf, a.a.O. (Fn.629), S.91; Krey/Hellmann/M. Heinrich, a.a.O. (Fn.629), S.249 f., Rn.643 f.;

⁷²⁸ たとえば, Walter, a.a.O. (Fn.642), S.764 では、「行為者は処分によって『直接的に』利益及び不利益を『同時に』ひき起こす場合, 言い換えると, 埋め合わせ (Ausgleich) が『法的に独立した行為なしに』生じた場合であり, それに従うと, 比較すべきであるのは, 『処分の前後の』財産の差額 (Vermögenssalden) である」と定式化されている。類似の表現として, Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.521; Haft/Hilgendorf, a.a.O. (Fn.629), S.93; Christian Jäger, Die drei Unmittelbarkeitsprinzipien beim Betrug, JuS 2010, S.763 f.

⁷²⁹ このような「直接性」や「同時性」という基準を組み込むことによって, 事後的な損害補填, 民法典 123 条の奸計的欺罔による欺罔の取消 (本稿注 (615) 参照) や 812 条の不当利得返還請求権 (「他人の給付により, 又は, その他の方法で, 他人の負担で, あるものを法的な理由なしに取得する者は, その他人に対して返還を義務付けられる。この義務は, 法的な理由が後に消滅する場合, 又は, 法律行為の内容に従った給付によって目的とされていた効果が発生しない場合にも存在する。’) などが, 財産損害の算出の考慮の外に置かれる (Vgl. Haft/Hilgendorf, a.a.O. (Fn.629), S.93; Krey/Hellmann/M. Heinrich, a.a.O. (Fn.629), S.250, Rn.644. より詳細な検討については, Walter, a.a.O. (Fn.642), S. 764 ff.; Jäger, a.a.O. (Fn.728), S.763 ff.を参照のこと)。なお, ここで問われている「直接性」は, 占有弛緩などの際に問題になる「処分行為と財産減少の間の直接性」や「素材の同一性」の定義との関連で言及される「直接性」(後述, 本章第三節参照) とは異なる問題であると整理するものとして, Jäger, a.a.O. (Fn.728), S.761 ff. わが国の詐欺罪の先行研究でこの整理に依拠するものとして, 荒木・前掲注 (137) 「直接性」50 頁以下。

である⁷³⁰。その意味で、客観的損害算定においても、「個別の財産」に基づく判断が基礎になっているのである。

2. 客観的損害算定における具体的事案の処理

まず、客観的損害算定に依拠すると、売買などの双務契約の締結に際して詐欺が実行される事案では、被害者側の給付の提供（財産流出）と、行為者側の経済的に価値のある反対給付の提供（財産流入）が存在するので、両者の経済的価値の差引計算が行われる。そして、この給付の経済的価値が反対給付のそれを上回ると評価されるときには、**経済的価値**という観点からすると、財産流出は財産流入によって埋め合わせられないので、「財産損害」が認められる。逆に、給付の経済的価値が反対給付のそれを下回ると評価されるときには、**経済的価値**という観点から、財産流出は財産流入によって埋め合わせられるので、「財産損害」が否定されることになる⁷³¹。その際、法的財産概念に依拠する立場とは異なり、当事者間で合意された給付と反対給付の内容は重要ではないので、合意された反対給付とは異なる性質の給付が提供されていたとしても全体清算の中で考慮される。

次に、贈与などの片面的給付の場合には、被害者が行った給付を埋め合わせるものが存在しないので、「財産損害」が肯定されることになるであろう。

3. 客観的損害算定への疑問

このような財産損害の判断方法に対しては、以下の二つの疑問が重要である⁷³²。第一に、客観的な価値を基準とすることによって、反対給付として提供されたものが一般的には価値があるが、反対給付を受け取った者にとってまったく無価値である場合に、財産損害を被っているというべきではないのかという観点からの疑問である。この疑問を意識して客観的損害算定を修正するのが、「個別的損害加味（*der individuelle Schadenseinschlag*）」又は「個人的損害加味（*der personale Schadenseinschlag*）」の理論（後述 4）である。

第二に、欺罔によって片面的給付をさせた場合には、常に「財産損害」が認められてしまうが⁷³³、財産対象の喪失だけで「財産損害」を判断するのは不合理な結論を導くものではないかという疑問がある。これを意識して理論構築を図るのが「社会的目的不達成（*die*

⁷³⁰ Vgl. Achenbach, a.a.O. (Fn.142), S.1006 f.

⁷³¹ Vgl. Krey/Hellmann/M. Heinrich, a.a.O. (Fn.629), S.250, Rn.644

⁷³² その他に、財産流出や財産流入の対象である物や給付に関して市場自体が存在しない場合に、経済的価値の算定が困難であるという問題も存在する。この点に関して、ザツガーは、客観的損害判断方法からは、補充基準（*Ersatzkriterium*）が用いられ、「国の価格決定の場合には、事情によっては、決定された価格が財産対象の価値とみなされ、公示入札（*Ausschreibung*）の場合には、入札手続において確認された価格について考慮に入れられる」（*Satzger*, a.a.O. (Fn.152), S.521）と述べている。

⁷³³ たとえば、BayObLG NJW 1952, 798. その他の判例について、Vgl. Krainbring, a.a.O. (Fn.631), S.23 ff.; SK-Hoyer, a.a.O. (Fn.631), §263 S.88, Rn.211.

soziale Zweckverfehlung)」の理論（後述 5）である。

4. 個別的損害加味の理論による修正及びその批判

(1) 個別的損害加味の理論の概要

前述 3 の客観的損害算定に対する第一の批判を踏まえて、「経済的財産概念」及び「法的・経済的財産概念」の多数の主張者は、個別的損害加味の理論あるいは個人的損害加味の理論、すなわち「被害者の個別的かつ経済的な需要及び関係、並びに、被害者によって追求されている目的を考慮して、規範的に観察すると、行為者によってもたらされた客観的には同価値である反対給付が主観的には無価値となる場合に、客観的損害立証を修正する」⁷³⁴理論を採用している（いわゆる、「客観的・個別的損害概念（objektiv-individueller Schadensbegriff）」⁷³⁵。その理由として、「多くの対象物及び給付が、すべての人間にとって同じく必要というわけではないので、それらはすべての人間にとって同じ財産価値を有しているわけではない」⁷³⁶ことが挙げられている。

この議論は、連邦通常裁判所が、いわゆる「搾乳機事件（Melkmaschine-Fall）」⁷³⁷において、財産損害の「個別化の原則」について明示して、事案に即して具体的類型を定式化した

⁷³⁴ Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.522.

⁷³⁵ 基本的にこの見解に依拠していると思われると文献として、Eisele, a.a.O. (Fn.643), S.217 ff., Rn.619 ff.; Krey/Hellmann/M. Heinrich, a.a.O. (Fn.629), S.251, Rn.649; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Fn.593), S.532 f., §41 Rn.115; Rengier, a.a.O. (Fn.629), S.280 ff., §13 Rn.176 ff.

⁷³⁶ Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.522. ザッツガーは、このような非有用性の例として、目の見えない者にとっての精密な双眼鏡、ベジタリアンにとっての高価なステーキ、耳の聞こえない者にとってのクラシック CD を挙げている。類似の指摘として、Günther Jakobs, Die objektiv-individuelle Schadensermittlung beim Betrug, JuS 1977, S.229.

⁷³⁷ BGHSt 16, 321. [連邦通常裁判所第 4 刑事部 1961 年 8 月 16 日決定] 事案の概要は以下のとおりである（なお、この判例の日本語訳については、相内・前掲注（152）論文 60 頁以下を参照のこと。その他この判例について検討を行うものとして、林（幹）・前掲注（48）55 頁以下、伊藤（渉）・前掲注（152）「損害（一）」33 頁以下、菊池・前掲注（152）「相当対価（中）」60 頁以下も参照のこと。

被告人 X は、数年間、搾乳機についての販売代理人として働いており、X によって結ばれた契約の締結についての報酬として、納入会社から手数料を受け取っていた。X は、農場経営者 O に対して、自身は「国際的な宣伝担当者（internationaler Propagandist）」であり、搾乳機を安く手に入れることができる旨説明し、搾乳機を販売した。しかし、X が販売した搾乳機の代金は、当該搾乳機の通常価格であった。この際、(1) X は、農場経営者 O¹ が当時別の債務を負っていたので、この契約によって財政的困難性に陥り、彼の財産が危殆化されるということを知っていたにもかかわらず、搾乳機の販売を行った。(2) X は、O¹ と類似の状況にあった O² に搾乳機を販売した。O² は売買契約によって生じた債務を履行するために、利息付きのクレジットを設定しなければならなかった。(3) X は、O³ が 10 頭分の牛に対応する能力があると欺いて、2 頭ないし 3 頭分の牛に対応する能力しかない搾乳機を販売した。(4) X は、O⁴ に対して、搾乳機を販売したが、その搾乳機は 5 頭の牛について稼働するという O⁴ の需要からすると少なすぎるものであったため、後により大きな設備を注文することになった。

ことに起因して展開されたものといえる⁷³⁸。すなわち、連邦通常裁判所は、「財産損害の判断における『個別化の原則 (Grundsatz der Individualisierung)』は、被欺罔者による損害の個人的な評価 (die persönliche Einschätzung) に依拠するという拒絶されるべき見解を容認することを含まない。むしろ、この被欺罔者が、公平な判断者の見方にしたがって (nach der Auffassung eines sachlichen Beurteilens), 被欺罔者によって契約上前提にされていた目的又はその他の期待可能な方法で、その物を (die Sache) 利用することができないか、あるいは完全には利用することができないか否かが重要なのである」⁷³⁹と判示しており、市場に基づく客観的経済的価値を判断しているのではなく、また、当事者の主観的目的を重視しているのではなく、相互主観的な事実を基に⁷⁴⁰、「公平な判断者」を基準に判断することを明示したものと見える。

このように、ドイツの詐欺罪の近時の解釈論では、基本的に被害者の個別的事情を考慮して判断すること自体は広く賛同されているようである⁷⁴¹。

(2) 批判

個別財産加味の理論に対して、第一に、当事者間で問題となっている物や給付の価値がそれぞれの当事者で違うということはすべての事案でそうなのであり、なぜ判断を行う者からみて結論が不合理であるとされる場合にだけ修正が許されるのかという批判が向けられる。

⁷³⁸ この判例では、事案に即して、①財産取得者が、提示されていた給付を、契約で前提にされた目的で又は別の期待可能な方法で、利用することができないか、又は完全には利用することができない場合、②財産取得者が発生した債務によって、財産損害をもたらす措置を強いられる場合、③財産取得者が債務の結果として、取り決めに従った債務の履行のために、あるいは個人的状況に相応する経済活動又は生活遂行 (Wirtschafts- oder Lebensführung) にとって欠くことができない資金 (Mittel) を、それ以上処分することができない場合を検討している。その後の学説では、この3類型が個別的損害を加味して判断する場合の例として挙げられている。もっとも、近時の学説において、②や③の類型を挙げていることに懐疑的な見解として、Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.522; Hans Kudlich, Die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag, in: Thomas Fischer u.a. (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, Baden-Baden 2015, S.126 f.,129 f. ③の類型に批判的な見解として、Christian Jäger, Wechselbeziehung zwischen Tatbestand und Strafzumessung unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispielmethode. Zugleich eine Betrachtung zur Bedeutung der strafzumessungsorientierten Auslegung, in: Christoph Safferling u.a. (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2017, S.291 ff. [日本語訳として、クリスチャン・イエーガー (野澤充訳) 「通常事例手法という特別な考慮の下での構成要件と量刑の間の相関関係——ならびに量刑に方向づけられた解釈の意義についての考察」法政研究 (九州大学) 84 巻4号 (2018年) F13 頁以下] がある。

⁷³⁹ BGHSt 16, 321 (326).

⁷⁴⁰ この点を指摘するものとして、Kudlich, a.a.O. (Fn.738), S.132.

⁷⁴¹ 個別損害加味の理論に関する判例や学説を検討する近時の文献として、Vgl. Kudlich, a.a.O. (Fn.738), S.123 ff.

第二に、第一の批判とも関連するが、経済的財産概念は、本来、経済的価値、つまり客観的市場を重視する立場であり、当事者の個別的事情を考慮することは相容れないのではないかという批判も重要である⁷⁴²。結論の妥当性以外の観点から当事者の個別的事情の考慮を説明するのであれば、出発点にある立場が維持できるのかについて疑う必要が生じると思われる。

経済的財産概念及び法的・経済概念の主張者は、これまで、法的財産概念の批判を基にして展開してきたにすぎず、財産に対する罪において、客観的な経済的価値がなぜ保護されるのかということ十分に説明せずに展開してきたといえる。客観的損害算定を個別的損害加味の理論によって修正することが迫られているのは、法的財産概念からの「復讐」であり⁷⁴³、体系的理論の欠如は場当たりの修正アプローチの「代償」といえるであろう。

5. 社会的目的不達成の理論による修正及びその批判

(1) 社会的目的不達成の理論の概要⁷⁴⁴

前述3の客観的損害算定に対する第二の批判を踏まえて、「経済的財産概念」及び「法的・経済的財産概念」の一部の主張者は、片面的給付の場合に、一定の社会政策的あるいは経済政策的目的⁷⁴⁵（「客観化可能で、具体的な給付に内在する経済的に重要な目的」⁷⁴⁶）の促進に資することが達成されるものであれば、「財産損害」が否定され、それが達成されないのであれば、「財産損害」が認められるという理論を用いて修正を行う⁷⁴⁷。その理由として、片面的給付を欺罔によって取得した場合に「財産損害」が常に認められるというのは、「行為者によって惹起されたあらゆる動機の錯誤が、詐欺にとって重要な財

⁷⁴² Vgl. *Erich Samson*, Grundprobleme des Betrugtatbestandes, JA 1978, S.628; *Ahn*, a.a.O. (Fn.662), S. 56 ; *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.271 f.

⁷⁴³ *Jakobs*, (Fn.736), S.229 は、客観的・個別的損害概念の検討に際して、「ビンディングの復讐 (Bindings Rache)」という表現を用いている。Vgl. auch *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.290.

⁷⁴⁴ この理論との関係で、わが国の先行研究として、佐伯(仁)・前掲注(78)「被害者の錯誤」112頁以下、伊藤(渉)・前掲注(626)「損害(三)」39頁以下、菊池・前掲注(626)「寄付詐欺」132頁以下を参照のこと。なお、客観的損害算定の修正理論としてではなく、このような発想自体から「財産損害」を判断するのが、「人格的財産概念」(本稿注(645)参照)に依拠する「目的不達成論 (Zweckverfehlungslehre)」である (Vgl. *Urs Kindhäuser/Martin Böse*, Strafrecht Besonderer Teil II. Straftaten gegen Vermögensrechte, 10. Aufl., Baden-Baden 2019, S.243, §27 Rn.60. [なお、同書では、刊行年を2019年と記載しているが、実際には2018年に刊行されている] さらに、富川・前掲注(627)「雇用詐欺」292頁参照)。

⁷⁴⁵ *Satzger*, a.a.O. (Fn.152), S.523.

⁷⁴⁶ *Wessels/Hillenkamp/Schur*, a.a.O. (Fn.680), S.318, Rn.554.

⁷⁴⁷ 基本的にこの見解に依拠していると思われると文献として、*Satzger*, a.a.O. (Fn.152), S.523; *S/S/W/Satzger*, a.a.O. (Fn.640), S.1727 f., §263 Rn.232 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schur*, a.a.O. (Fn.680), S.318, Rn.554; *Krey/Hellmann/M. Heinrich*, a.a.O. (Fn.629), S.253 Rn.656; *Rengier*, a.a.O. (Fn.629), S.273 f., §13 150 ff. さらに、「相互主観的財産概念」(本稿注(650)参照)の立場から同旨の主張を行う見解として、Vgl. *SK-Hoyer*, a.a.O. (Fn.631), §263 S.91, Rn.221.

産損害になるという点で極端すぎる」⁷⁴⁸ということが挙げられている。

客観的損害算定を行う場合には、寄付などの片面的給付の場合には反対給付が存在しないので、給付者が財産対象の放棄を行っていることから「財産損害」が認められるのに対して、この理論を適用する場合には、一定の社会政策的あるいは経済政策的目的の達成によって財産放棄が埋め合わせられ、「財産損害」が否定されるという結論に至る。

(2) 批判

この理論に対しては、個別的損害加味の理論に対する批判と同様に、「経済的財産概念」を出発点にする場合に、なぜ当事者の目的を考慮する余地が生じるのかという批判が向けられる。この点について、繰り返しになるが、場当たりのな処理を、体系的理論へと還元せずに展開することは疑問である。なぜなら、そのような体系的な理論へ還元しない限り、当該理論の射程が判断者の恣意に依存することを免れることができないからである⁷⁴⁹。

6. 小括

以上みてきたように、「経済的財産概念」及び「法的・経済的財産概念」が依拠する客観的損害算定には結論の妥当性という観点から、この立場の内部から疑問が生じ、欺罔行為によって双務契約を締結する一部の類型（行為者から金銭的に価値のある反対給付が提供されているが、被害者にはそれが無価値である場合）において「個別的損害加味の理論」が展開され、さらに、欺罔によって寄付や贈与などの片面的給付を受けたという類型において「社会的目的不達成論」が展開されているということが明らかになった。しかし、これらの修正理論は、いずれも出発点としては「経済的財産概念」又は「法的・経済的財産概念」を維持し続けており、それを修正する十分な根拠を示せていない点で、ベースにある財産概念と同様に、疑問である。

第三項 自由理論的・人格的財産概念に基づく判断方法

1. 判断基準

自由理論的・人格的財産概念では、「財産損害」は、「十分には埋め合わせられない法的に承認された具象化された行為ポテンシャルの放棄」⁷⁵⁰であると捉えられている。パヴリックは、自説の基本的な立場として、①「被害者にその都度（現実に、又は、債務法上の義務の形式で）給付されたもの」と②「被害者が刑法上の意味で請求することができたは

⁷⁴⁸ *Satzger*, a.a.O. (Fn.152), S.523.

⁷⁴⁹ たとえば、*Satzger*, a.a.O. (Fn.152), S.524 では、客観的に釣り合いがとれている取引であれば、被害者が社会的目的を達成するために投入したとしても、社会的目的不達成の理論を用いることは出来ないとされている。この記述からすると、双務契約の場合であっても客観的に釣り合いがとれていないときには用いることができるといえそうである。しかし、それは、経済的観点を重視する出発点から非常に乖離する帰結であろう。

⁷⁵⁰ *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.264.

ずのもの」⁷⁵¹を比較して、二つの財産状況の差を判断することを確認する⁷⁵²。従来の学説が、「給付」と「反対給付」を比較しているのに対して、パヴリックは①被害者に提供された「給付」（従来の説明からは「反対給付」に相当するもの）と②被害者が有している「刑法上の請求権」を比較して⁷⁵³、被害者によって放棄された財産対象が埋め合わせられるかを判断するのである。

そして、パヴリックは、ここで問題にされている「給付」や「刑法上の請求権」については、「財産対象を交換するための条件を確定することを原則的に関与者自身に委ねている法秩序及び経済秩序」では、原則的に「交換の基礎にある他方の当事者との法的関係性から離れて確認されえない」⁷⁵⁴と述べている。従来の「法的財産概念」に基づく財産損害の判断方法のように「権利的観点」を重視するのではなく、「経済的財産概念」や「法的・経済的財産概念」に基づく財産損害の判断方法のように、「経済的観点」を重視するのではなく、「当事者の法的関係性」に着目している点が重要である。この意味で、前述した「個別的損害加味の理論」の発想を、「経済的財産概念」や「法的・経済的財産概念」を出発点にせず展開した理論といえる。

2. 具体的事案の処理

パヴリックは、このような一般的な判断基準を基にして、特定物売買契約の場合を念頭において、「行為者によって約束された売却対象（たとえば「当該」乗用車）が、行為者が刑法上の基準に従って拘束力をもって約束していた属性を示していない場合には、財産損害を認めることが少なくとも可能である」⁷⁵⁵と述べている。換言すれば、特定物売買の場合には、売主である行為者が当該物がある属性を有しているという約束をしており、それが刑法上拘束力をもっていった場合には、約束違背が存在するため、被害者側が支払った金銭は、埋め合わせられないので、「財産損害」が認められるという趣旨であろう。その際に、「経済的財産概念」や「法的・経済的財産概念」に依拠していないので、そのような属性がない売却対象が販売価格と釣り合っていたか否かという観点は考慮の外に置かれ

⁷⁵¹ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.284.

⁷⁵² Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.283 f.

⁷⁵³ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.283 f. パヴリックは、通説が契約締結段階で欺罔が行われた場合には「給付」と「反対給付」を比較して損害を判断するのに対して、欺罔が債務負担行為と処分行為の間の時期に行われた場合には「給付」と「事実上反対給付として期待することができたもの」を比較するという処理をしていることを説明した上で (a.a.O., S.280 ff.), このような不統一な処理には疑問であると述べている (a.a.O., S.283)。そして、「法は、法的な（具体的には、契約上の）違背を奨励してはならない」(a.a.O., S.284) という理由を基にして、「給付」と「刑法上の請求権」を比較する立場を導き出している。

⁷⁵⁴ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.287. さらに、私的消費の場合の財産損害の判断方法との関係で、a.a.O. (Fn.348), S.294 では、「完全な個別化」的判断を行う必然性について、言及されている（同旨として、Jakobs, (Fn.736), S.231）。

⁷⁵⁵ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.287 f. （強調部分は原文イタリック体）

る⁷⁵⁶。また、被害者の賢明な態度を仮定したとしても不適切な取引に乗り出したという事情も考慮されないとされている⁷⁵⁷。

なお、パヴリックは明瞭には述べていないが、上記の記述から推論するに、種類物売買や属性が特に問題とされていない特定物売買の場合には、属性自体が合意の対象にはなっていないので、「財産損害」は認められないことになる。ただし、虚言の内容次第では、欺罔自体が否定されると解していることには注意が必要である（たとえば、名目上の特別価格の場合）⁷⁵⁸。

次に、贈与などの片面的給付の場合について、パヴリックは、寄付を集める者が、別の寄付者に気前の良い寄付をする気にさせるために、村の主の過大な寄付金を寄付情報記録簿に記載した事案⁷⁵⁹との関連で、社会的目的不達成の理論を支持する者などが詐欺罪を否定している結論には賛同するが、それは欺罔に当たらないからであると説明している⁷⁶⁰。これとは異なり、欺罔が認められる場合には、基本的には、財産損害も認められることになると思われる。なぜなら、パヴリックは、市場が存在しないような「観念上の等価物 (ideelles Äquivalent)」が問題になる場合には、「給付」されるべきものが、「給付」されていないことが、決定的な失敗 (ein definitive Fehlschlag) であると解しているからである⁷⁶¹。

3. 疑問点

本稿では、「自由理論的・人格的財産概念」に基づく「財産損害の判断方法」について、概略を示したにすぎない。パヴリックは、「財産損害の判断方法」に関する従来の見解を検討した上で、自説の基本的な立場を論証しているが、自説からの具体的な事案検討が十分になされておらず、彼の「財産概念」の立場に比して、不明瞭さが残っているといえる。ここでは、さしあたり、2つの疑問点を示すことにする。

第一に、「財産概念」で強調していた「法的人格の自由保障」という観点とのつながりである。おそらく、パヴリックの立場からすると、ここでの行為者も被害者も「法的人格」⁷⁶²と措定すると思われるが、「人間」と措定することと「法的人格」と措定することで結論に相違が生じるかに関してほとんど示されていない点が疑問である。おそらく、「財産概念」ですでに検討されているので、「財産損害」の検討の際には表出しないということなのであろう。

第二に、第一の疑問点にも関連するが、「財産損害の判断方法」を展開する際に、どのよ

⁷⁵⁶ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.288.

⁷⁵⁷ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.288.

⁷⁵⁸ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.288, Fn.171; S.154 ff.

⁷⁵⁹ Vgl. BayObLG NJW 1952, S. 798.

⁷⁶⁰ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.275 f., Fn.119; S.157 ff.

⁷⁶¹ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.292 f.

⁷⁶² 後のパヴリックの刑罰論及び犯罪論に関する見解を踏まえれば、「市民」と捉える余地があることに関しては、本稿注(696)を参照のこと。

うな事実を前提にするのかが明瞭には示されていない点も疑問である。パヴリックが当事者の法的関係性や双務契約の場合には約束を重視していることに鑑みると、搾乳機事件判決のように、相互主観的判断を重視する立場に親和的であるといえるであろう⁷⁶³。しかし、相互主観的財産概念（及びそれに基づく財産損害の判断方法）⁷⁶⁴は、パヴリックの財産概念とは基礎を異にする立場からも、取引主体間の意思を重視して展開されている。この立場との相違を強調するならば、パヴリックの立場は、相互主観的判断にとどまらず、さらに一歩進めた「相互人格的判断」を展開する必要があると思われるが⁷⁶⁵、そのような主張が明瞭に展開されているとはいえない⁷⁶⁶。

なお、ドイツの詐欺罪に関する学説において、パヴリック説が、「真実を要求する権利」から欺罔行為の解釈論を再構成し、その比重が従来の見解よりも大きいこととの関連で、欺罔行為に過積載することに懸念を示す見解も存在するが⁷⁶⁷、この点については、「損害メルクマールが、まさに詐欺の客観的構成要件の最後にはめ込まれる要石 (Schlußstein) のようなものであり、たとえば、前もって解決されていない諸問題のための受け皿ではない。」⁷⁶⁸ というパヴリックの言葉で十分な回答になっていると思われる。

第四項 小括

本款では、「法的財産概念」に基づく財産損害の判断方法、「経済的財産概念」及び「法的・

⁷⁶³ Vgl. Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.287. さらに, Kubiciel, a.a.O. (Fn.694), S. 163 f.では、「財産権の具体的価値は、権利の保有者の表象に依存せずに決定されえないので、契約締結における詐欺の事例において、契約締結の当事者による『相互主観的な価値設定

(intersubjektive Wertsetzung)』は、『損害の認定の基礎 (die Basis der Schadensfeststellung)』にしなければならない」と述べている。

⁷⁶⁴ 相互主観的財産概念(本稿注(650)を参照のこと)から、ホイヤーは、財産損害を判断する際に、「約束 (Zusage) したにもかかわらず、処分行為者がどのような種類の反対給付も獲得していないとすれば、彼は、自身によって投入された財産持ち分の交換価値を害されている。」(SK-Hoyer, a.a.O. (Fn.631), §263 S.93. Rn.223) と当事者間の約束を重視するが、さらに「処分行為者は彼に約束されたことではなく、その他の反対給付を獲得する場合には、彼にとっての金銭価値が重要である。提供された反対給付が、例えば、本来提供されるべきであった反対給付に対して、複雑ではなく、取り立てていほどの支出なしに交換することができる場合には、それがこれと同様の交換価値を表している。」(a.a.O., §263 S.93. Rn.224) と述べているように、合意された反対給付と異なる反対給付が提供された場合にも、金銭的価値からの埋め合わせの可能性を認めている。Vgl. auch Hoyer, a.a.O. (Fn.630), S.351 ff.

⁷⁶⁵ 具体的には、当事者の相互の合意を重視しつつ、法的人格という観点から理性的判断を行うという方法を導くことができると思われる。この点に関して、Jakobs, a.a.O. (Fn.696), S.656において、恐喝罪の財産処分の文脈で、当該被害者の状況下を念頭に置いた理性的判断を要求していることが参考になり得る。

⁷⁶⁶ これに対して、パヴリックは、欺罔や錯誤の検討において、相互人格的観点からの判断を重視している。欺罔に関して、Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.127 ff., 142 ff., 183 ff. 錯誤に関して、a.a.O., S.227.

⁷⁶⁷ Krainbring, a.a.O. (Fn.631), S.57.

⁷⁶⁸ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.287.

経済的財産概念」に基づく財産損害の判断方法、及び、「自由理論的・人格的財産概念」に基づく財産損害の判断方法を検討した。ここでは以下の点を明らかにした。

第一に、「法的財産概念」に基づいて財産損害を判断する立場は、これまでの学説が批判してきたような埋め合わせという思考が存在しないというのは不正確であり、合意された反対給付の提供があった場合には、権利的観点での埋め合わせは存在するという点を明らかにした。

第二に、「経済的財産概念」や「法的・経済的財産概念」に依拠して財産損害を判断する立場は、経済性のみに着目することに対して、この学説の内部から批判が生じ、「個別的損害加味の理論」や「社会的目的不達成の理論」による修正などを行っていることを明らかにした。しかし、この理論の主張者は出発点にしている「経済的財産概念」又は「法的・経済的財産概念」に立ち返って、「財産概念」を再構築してこなかったという点に問題があり、恣意的な運用が生じかねないといえる。

第三に、「自由理論的・人格的財産概念」に基づく損害方法は、基本的にはビンディングの判断に近いものではあるが、「給付」と「反対給付」の比較ではなく、「給付」と「刑法上の請求権」に関連付けている点や「権利性」ではなく「当事者の法的関係性」を重視している点で、法的財産概念をより精密化する理論であるということが明らかになった。しかし、前提となる「法的人格の自由の保障」という観点との関連性や、財産損害を判断する際に考慮される事実などに不明瞭な点が残っているといえる。

以上の点や前款の検討から、本章第四節第三款第二項で、わが国の詐欺罪の「構成要件的结果」の解釈において、ドイツの詐欺罪の財産損害の議論を参照する場合には、基本的に理論的に優れた「自由理論的・人格的財産概念」あるいはこの立場に親和的である「法的財産概念」からアプローチすることになる。もっとも、これらの見解に対してはいくつかの批判や疑問点が存在したのであり、その点を意識して、わが国の詐欺罪の規定に即した「財産概念」及び「構成要件的结果の判断方法」について再構築する。

第三節 ドイツの詐欺罪における「素材の同一性」に関する議論

第一款 本節の課題

ドイツの詐欺罪の解釈論では、詐欺罪の主観的要素である「利得意思」（「違法な財産上の利益を自己又は第三者に獲得させる意思」）から、「利益と損害の素材の同一性（Stoffgleichheit zwischen Vorteil und Schaden）」⁷⁶⁹〔以下では、主として「素材の同一性」と示す〕というメルクマール

⁷⁶⁹ 「素材の同一性」を示す表記自体には若干の相違がある。たとえば、①本文のように「利益と損害の間の素材の同一性」と示すものとして、*B. Heinrich*, a.a.O. (Fn.450), S.672, §20 Rn.122. ②「財産損害と追求された利得の間の素材の同一性（Stoffgleichheit zwischen dem Vermögens und der erstrebten Bereicherung）」と示すものとして、*Eisele*, a.a.O. (Fn.643), S.224, Rn.638. ③「財産損害と財産上の利益の、いわゆる素材の同一性（die sog. Stoffgleichheit des Vermögensvorteils mit dem

が導かれるということは広く共有されている。このメルクマールは、一般的に、主観的構成要件の箇所で議論されているが⁷⁷⁰、このメルクマールが詐欺罪の「財産移転犯 (Vermögensverschiebungsdelikt)」的性格から導き出されていることから明らかであるように⁷⁷¹、行為者の主観的事柄のみから判断されるものではないということに注意が必要である⁷⁷²。

近時のドイツ刑法の教科書やコンメンタールでは、「素材の同一性」の表題の下で、「財産上の利益は被害者に生じる財産損害の裏面あるいは対応物でなければならない」⁷⁷³(利益と損害の表

Vermögensschaden)」と示すものとして、Gössel, a.a.O. (Fn.662), S.401. ④「財産上の利益の素材の同一性 (Stoffgleichheit des Vermögensvorteils)」と示すものとして、S/S/W/Satzger, a.a.O. (Fn.640), S.1744, §263 Rn.308.⑤単に「素材の同一性」あるいは「いわゆる素材の同一性」と示すものとして、SK-Hoyer, a.a.O. (Fn.631), §263 S.108 f., Rn.268 ff.; Haft/Hilgendorf, a.a.O. (Fn.629), S.98; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Fn.593), S.540 f., §41 Rn.138 f.; LK-Tiedemann, a.a.O. (Fn.287), S.283 f., §263 Rn.256; M/R/Saliger, a.a.O. (Fn.640), S.2111, §263 Rn.283; Sch/Sch/Perron, a.a.O. (Fn.631), S.2546, §263 Rn.168; MK-Hefendehl, a.a.O. (Fn.450), S.262, §263 Rn.776; Mitsch, a.a.O. (Fn.629), S.337 f.; Krey/Hellmann/M. Heinrich, a.a.O. (Fn.629), S.248 Rn.638 und S.266 Rn.686; Fischer, a.a.O. (Fn.640), S.1966 f., §263 Rn.187; Kristian Kühl/Martin Heger, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., München 2014, S.1328, §263 Rn.59; Wessels/Hillenkamp/Schur, a.a.O. (Fn.680), S.340, §13 Rn.588; Rengier, a.a.O. (Fn.629), S. 307 §13 Rn.246; Kindhäuser/Böse, a.a.O. (Fn.744), S.249, §27 Rn.81.

⁷⁷⁰ Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Fn.593), S.540, §41 Rn.138; Kühl/Heger, a.a.O. (Fn.769), S.1328, §263 Rn.59; Krey/Hellmann/M. Heinrich, a.a.O. (Fn.629), S.265 Rn.686; Eisele, a.a.O. (Fn.643), S.224, Rn.638; Wessels/Hillenkamp/Schur, a.a.O. (Fn.680), S.340, §13 Rn.588; Rengier, a.a.O. (Fn.629), S. 307 §13 Rn.246.

なお、B. Heinrich, a.a.O. (Fn.450), S.672 f., §20 Rn.122 f. は、詐欺罪の構成要件メルクマールとしての「財産上の利益 (Vermögensvorteil)」の下でこの問題を扱っているが、通説と同様に「財産上の利益」に対応する意思で足りると捉えており (a.a.O., S.608 Fn.67), わが国の詐欺罪の構成要件的结果と同義のものを要求する趣旨ではない。

⁷⁷¹ SK-Hoyer, a.a.O. (Fn.631), §263 S.108, Rn.269; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Fn.593), S.540, §41 Rn.138; M/R/Saliger, a.a.O. (Fn.640), S.2111, §263 Rn.283; Mitsch, a.a.O. (Fn.629), S.337; B. Heinrich, a.a.O. (Fn.450), S.672, §20 Rn.122; S/S/W/Satzger, a.a.O. (Fn.640), S.1744, §263 Rn.308; Kleschowski, a.a.O. (Fn.634), S.485, §9 Rn.91; Fischer, a.a.O. (Fn.640), S.1966 f., §263 Rn.187; Wessels/Hillenkamp/Schur, a.a.O. (Fn.680), S.340, §13 Rn.588; Rengier, a.a.O. (Fn.629), S. 307 §13 Rn.246; NK-Kindhäuser, a.a.O. (Fn.450), S.728, §263 Rn.359; Kindhäuser/Böse, a.a.O. (Fn.744), S.249, §27 Rn.81.

⁷⁷² この点で、Satzger, a.a.O. (Fn.152), S.518; S/S/W/Satzger, a.a.O. (Fn.640), S.1744, §263 Rn.308 が、「素材の同一性」を「客観的素材の同一性」と「主観的素材の同一性」〔客観的素材の同一性に対応する故意〕に分けて検討を行っていることがより適切である。Vgl. Hardwig, a.a.O. (Fn.645), S.20; Rainer Hoppenz, Die dogmatische Struktur des Betrugstatbestands, dargestellt an Hand der Fälle der Erschleichung von Aktien im Rahmen der Privatisierung von Bundesvermögen, Diss. Freiburg im Breisgau 1968, S.112.

⁷⁷³ このような趣旨のことを要求するものとして、SK-Hoyer, a.a.O. (Fn.631), §263 S.108, Rn.269; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Fn.593), S.541, §41 Rn.139〔ただし、M/R/Saliger, a.a.O. (Fn.640), S.2112, §263 Rn.2207 は、これを要求することに批判的な見解として同書を挙げている。〕; Haft/Hilgendorf, a.a.O. (Fn.629), S.98; LK-Tiedemann, a.a.O. (Fn.287), S.283, §263 Rn.256; Kühl/Heger, a.a.O. (Fn.769), S.1328, §263 Rn.59; M/R/Saliger, a.a.O. (Fn.640), S.2112, §263 Rn.283; Sch/Sch/Perron, a.a.O. (Fn.631), S.2546, §263 Rn.168; MK-Hefendehl, a.a.O. (Fn.450), S.262, §263 Rn.776; Mitsch, a.a.O. (Fn.629), S.338; B. Heinrich, a.a.O. (Fn.450), S.672, §20 Rn.122; Krey/Hellmann/M. Heinrich, a.a.O. (Fn.629), S.266 Rn.686; Eisele, a.a.O. (Fn.643),

裏性),「財産上の利益と財産損害は同一の財産処分に基づくものであり,財産上の利益は被害者の財産から直接もたらされなければならない」⁷⁷⁴(利益と損害の同一処分性,及び,利益・損害と処分の直接性),「財産上の利益は被害者の負担で生じるものでなければならない」⁷⁷⁵(利益の被害者負担性)などが要求されている。ただし,これらの言明はそれぞれ排他的なものとはされておらず,複数の要素を組み合わせて記述されるか,あるいは併記されている。

これに対して,わが国の詐欺罪は明文で「財産損害」と「利得意思」を要求していないにもかかわ

S.224, Rn.638; *Wessels/Hillenkamp/Schur*, a.a.O. (Fn.680), S.340, §13 Rn.588; *Kindhäuser/Böse*, a.a.O. (Fn.744), S.249, §27 Rn.81. 「素材の同一性」の表題の下ではないが,同旨のことを要求するものとして, Vgl. *LK-Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.282, §263 Rn.254; *MK-Hefendehl*, a.a.O. (Fn.450), S.259, §263 Rn.761;

⁷⁷⁴ このような趣旨のことを要求するものとして, *Gössel*, a.a.O. (Fn.662), S.405 Rn.212; *SK-Hoyer*, a.a.O. (Fn.631), §263 S.108 f., Rn.269 und Rn.271; *Haft/Hilgendorf*, a.a.O. (Fn.629), S.98; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Fn.593), S.541, §41 Rn.139; *LK-Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.283, §263 Rn.256 und S.287, §263 Rn.260; *Kühl/Heger*, a.a.O. (Fn.769), S.1328, §263 Rn.59; *M/R/Saliger*, a.a.O. (Fn.640), S.2112, §263 Rn.283; *Sch/Sch/Perron*, a.a.O. (Fn.631), S.2546, §263 Rn.168; *MK-Hefendehl*, a.a.O. (Fn.450), S.262, §263 Rn.776; *B. Heinrich*, a.a.O. (Fn.450), S.672, §20 Rn.122; *Krey/Hellmann/M. Heinrich*, a.a.O. (Fn.629), S.266 Rn.686; *S/S/W/Satzger*, a.a.O. (Fn.640), S.1744, §263 Rn.308; *Kleschwski*, a.a.O. (Fn.634), S.485, §9 Rn.91; *Eisele*, a.a.O. (Fn.643), S.224, Rn.638; *Wessels/Hillenkamp/Schur*, a.a.O. (Fn.680), S.340, §13 Rn.588; *Rengier*, a.a.O. (Fn.629), S. 308 §13 Rn.249; *Kindhäuser/Böse*, a.a.O. (Fn.744), S.249, §27 Rn.81.

⁷⁷⁵ このような趣旨のことを要求するものとして, *Rengier*, a.a.O. (Fn.629), S. 307 §13 Rn.246; *LK-Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.286 f., §263 Rn.260; *Kühl/Heger*, a.a.O. (Fn.769), S.1328, §263 Rn.59; *M/R/Saliger*, a.a.O. (Fn.640), S.2112, §263 Rn.283; *Sch/Sch/Perron*, a.a.O. (Fn.631), S.2546, §263 Rn.168; *S/S/W/Satzger*, a.a.O. (Fn.640), S.1744, §263 Rn.308; *Kleschwski*, a.a.O. (Fn.634), S.485, §9 Rn.91; *Wessels/Hillenkamp/Schur*, a.a.O. (Fn.680), S.340, §13 Rn.588; *NK-Kindhäuser*, a.a.O. (Fn.450), S.728 f., §263 Rn.359; *Kindhäuser/Böse*, a.a.O. (Fn.744), S.249, §27 Rn.81.

らず、詐欺罪の解釈論においてしばしば「素材の同一性」が言及されてきた⁷⁷⁶⁷⁷⁷。しかし、その内容は、必ずしも一致したものとはなっていない。たとえば、ある見解は、「素材の同一性」を、ドイツの詐欺罪の議論状況にならって定義するが⁷⁷⁸、別の見解は「素材の同一性」を「交付され喪失したものと取得したものと同一性」⁷⁷⁹（「客体の物質的同一性」⁷⁸⁰）と捉えている⁷⁸¹。このような齟齬は、

⁷⁷⁶ わが国の詐欺罪の先行研究においてドイツの詐欺罪の「素材の同一性」に関して参照する重要文献として、山中敬一「自己名義のクレジット・カードの不正使用に関する一考察（一）～（二・完）——西ドイツとわが国の判例と学説——」関西大学法学論集 36 巻 6 号（1987 年）39 頁以下（特に、95 頁以下）、同 27 巻 1 号（1987 年）33 頁以下（特に、55 頁以下〔以下では、山中「クレジットカード（一）（二）」と示す〕、林美月子「クレジットカードの不正使用と詐欺罪」内藤謙ほか編『平野龍一古稀祝賀論文集 上巻』（有斐閣、1990 年）476 頁以下。

さらに、近時の最高裁判例に内在する拡張的運用を限界付けることを狙いにして、ドイツの詐欺罪の「素材の同一性」を参照するものとして、松宮・前掲注（88）「不法領得の意思」310 頁以下、松宮・前掲注（17）「暴力団員と詐欺」161 頁以下、荒木・前掲注（17）「間接損害」419 頁以下。

その他に「素材の同一性」という用語に触れる近時の文献として、林（幹）・前掲注（48）『財産犯』58 頁、59 頁注 3、西田典之「財産的情報の刑法的保護——共同研究の基本的視点とまとめ——」刑法雑誌 30 巻 1 号（1989 年）6 頁、林陽一「財産的情報の刑法的保護——解釈論の見地から——」同 11 頁注 2、和田俊憲「判批」ジュリスト 1303 号（2005 年）170 頁、和田俊憲「財物罪における所有権保護と所有権侵害」山口厚編『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2007 年）204 頁、林（幹）・前掲注（43）書 253 頁、照沼亮介「ドイツにおける詐欺罪の現況」刑事法ジャーナル 31 号（2012 年）34 頁注 40、樋口・前掲注（154）「講義ノート」195 頁、田山・前掲注（17）162 頁注 30、松宮編[大下]・前掲注（70）論文 228 頁、杉本・前掲注（80）論文 303 頁、山中・前掲注（42）書 377 頁、荒木・前掲注（137）「直接性」50 頁以下、荒木泰貴「財産的情報の移転と 2 項犯罪」慶應法学 40 号（2018 年）269 頁以下、井田・前掲注（41）書 270 頁以下、伊藤亮吉『目的犯の研究序説』（成文堂、2017 年）34 頁以下、40 頁以下、長井圓「人格的法益と財産的法益との排他性・流動性」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集[下巻]』（成文堂、2017 年）162 頁以下、松宮・前掲注（105）書 257 頁、高橋（則）・前掲注（41）書 311 頁以下など参照。

⁷⁷⁷ 近時の文献ではないが、この概念を「損害と利益との材料同質」と示すものとして、瀧川・前掲注（69）「詐欺罪の問題」475 頁、瀧川・前掲注（69）書 152 頁、平場・前掲注（69）書 193 頁注 19。さらに、「素材の同一性」という用語は用いていないが、「損害」と「利益」の関係性について意識しているものとして、岩井尊文『民事詐欺と刑事詐欺』（岡田朝太郎校閲「刑事論集」第 3 号）（有斐閣、1903 年）146 頁以下（「詐欺取財ノ成立ニハ一方カ財産上ノ利益ヲ得ルト同時ニ他方ニ於テ之ニ応スル損害ヲ受ケサル可カラサレハナリ」）、土井十二『刑法提要各論』（三菱学需品株式会社、1936 年）223 頁（「詐欺罪ハ被欺罔者ノ損害ニ於テ行為者ガ利得スルコトガ必要デアル」）も参照。

⁷⁷⁸ 松宮・前掲注（88）「不法領得の意思」312 頁、山中・前掲注（42）書 377 頁、照沼・前掲注（776）論文 34 頁注 40、荒木・前掲注（17）「間接損害」420 頁など。

⁷⁷⁹ 山口・前掲注（24）書 266 頁及び同頁注 107。

⁷⁸⁰ 荒木・前掲注（137）「直接性」72 頁以下は、「素材の同一性」をこのように捉える立場に対して、「一項詐欺罪については客体の物質的同一性まで維持されていると言える事例も容易に想定できるが、二項詐欺罪について考えると、……維持することができるかについては問題がある」と述べている。

⁷⁸¹ その他に「素材の同一性」を「客体の物質的同一性」あるいは「客体の形式的移転性」と捉えていると思われる文献として、林（幹）・前掲注（43）書 253 頁以下（林は、「詐欺罪は移転罪だとし、損害と利得に同一性（これを素材の同一性という）が必要だとする見解がある」と述べたうえで、「いわゆる債権の侵害の場合には、債権などの利益が移転するわけではな（い）」にもかかわらず、「詐欺罪の成立が一般に肯定されている」ことから、この見解を疑問とする。そして、これに続けて林は、

わが国の詐欺罪の先行研究が、①ドイツの詐欺罪の「素材の同一性」がどのようなことを狙いにして主張されたものであるのかを十分に整理せず、そして、②ドイツの詐欺罪の解釈論においてこのメルクマールを要求すること自体は広く受け入れられているにもかかわらず、なぜその具体的な概念内容が一致していないのかについて考察することなく⁷⁸²、さらには③わが国の詐欺罪の議論において、ドイツの詐欺罪の「素材の同一性」の議論をどのような形で参照するのかを十分に検討せずに⁷⁸³、「素材の同一性」について議論してきたことに起因しているものと思われる。

そこで、次款では①との関係で、ドイツの詐欺罪の解釈論における「素材の同一性」の議論の萌芽を概観し(第一項)、②との関係で、「素材の同一性」に関する現在の議論状況を概観し、「素材の同一性」の意義及び射程を考察する(第二項)。なお、③については、第四節第三款第一項で触れることになる。

「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れば足りると解される」という私見を述べている。もっとも、本節第二款で後述するように、林の私見部分こそが、まさにドイツの詐欺罪の現在の解釈論で一般的に展開されている「素材の同一性」の概念内容である。なお、類似の用語法を用いていると思われる文献として、西田・前掲注(776)論文 6 頁、林(陽)・前掲注(776)論文 10 頁注 2、照沼・前掲注(275)論文 14 頁、長井・前掲注(776)論文 162 頁以下。

⁷⁸² ①及び②との関係では、林(美)・前掲注(776)論文 476 頁以下が、ドイツの詐欺罪の「素材の同一性」に関する学説及び判例を概観し、「素材の同一性」の概念が多義的に用いられていることを明らかにしている(さらに、同様の指摘として、山中・前掲注(776)「クレジットカード(二)」57 頁以下)。しかし、これらの先行研究は、この概念がドイツの詐欺罪の解釈論においてなぜ多義的に用いられているのかについて十分な検討を行っていない。

⁷⁸³ 林(美)・前掲注(776)論文 467 頁以下は、自己名義クレジットカードの不正使用に詐欺罪が成立するかを検討する際に、福岡高判昭和 56・9・21 刑月 13 卷 8・9 号 527 頁などのように加盟店に対する財物詐欺罪を問題にするのではなく、カード会社を被害者とする詐欺罪を問題にすべきであるという立場から、利得と損害の客体が一致しない場合にも詐欺罪を認める余地があることを論証するために、ドイツの詐欺罪の「素材の同一性」の議論を参照している。したがって、林は、わが国の詐欺罪のいずれの構成要件要素との関係で、「素材の同一性」の議論が参考になり得るかについて検討していない。

なお、ドイツでは、自己名義のクレジットカードの不正使用は、1986 年 5 月 15 日改正によって追加されたドイツ刑法典 266b 条 1 項(「キャッシュカード又はクレジットカードの引渡しによりその者に認められる、発行者に支払をさせる可能性を濫用し、これにより発行者に損害を与えた者は、3 年以下の自由刑又は罰金に処する。」前掲注(36)法務資料 461 号 166 頁参照)で処理されているので、現在は、詐欺罪の「素材の同一性」の論点として議論されていないことにも注意が必要である。それ以前の連邦通常裁判所の判例として、BGHSt 33, 244[連邦通常裁判所第 3 刑事部 1987 年 5 月 29 日判決](この判例の日本語訳として、篠塚一彦「続・ドイツ刑法判例研究(19)」警察研究 60 卷 2 号(1989 年)65 頁以下を参照のこと)、その他の裁判例として、LG Bielefeld NJW 1983, 1335[ビーレフェルト地方裁判所 1983 年 2 月 8 日決定]; OLG Hamm NJW 1984, 1633[ハム上級裁判所 1984 年 1 月 23 日決定](両者の裁判例及び前掲の連邦通常裁判所判例の事案及び判旨を紹介するものとして、山中・前掲注(776)「クレジットカード(一)」44 頁以下、51 頁以下、57 頁以下を参照のこと)。

第二款 詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性

第一項 議論の萌芽

ドイツの詐欺罪の解釈論において、「損害」と「利得」の関係性に関する議論を「素材の同一性」という用語ではじめて示したのは、カール・ビンディングの『ドイツ普通刑法教科書—各則』⁷⁸⁴であるといわれている。もっとも、ビンディングは、アドルフ・メルケル (*Adolf Merkel*) の論稿⁷⁸⁵を参照して、「損害」と「利得」にどのような関係にあることが必要であるかを論じている。したがって、本項では、まず「素材の同一性」の議論の萌芽として、メルケルの見解を概観した上で、ビンディングの見解を概観する⁷⁸⁶。

1. メルケルの見解

メルケルは、1867年の『刑事法に関する論文集 (Kriminologische Abhandlungen)』所収の「可罰的な詐欺の理論 (Die Lehre vom strafbaren Betrüge)」⁷⁸⁷という論稿における第一章「所有権犯罪、とりわけ利欲的な所有権犯罪としての詐欺 (Der Betrug als Eigentumsverbrechen, beziehungsweise, als gewinnsüchtige Eigentumsverbrechen)」⁷⁸⁸の「§5 利欲的な詐欺の構成要件に属する犯罪結果の要素」の冒頭で、「一方の側の前提にすべき不利益 (Nachteil) と他方の側の前提にすべき利益 (Vorteil) は、対象に応じて (ihrem Gegenstand nach), 一致 (identisch) しなければならない。」⁷⁸⁹と述べている。

そして、メルケルは、これに対応する本文において、行為者や被害者とは別の第三者から報酬を得た場合に、その報酬は利欲的な所有権犯罪における利得 (Gewinn) にはならないという説明に際して、「獲得された利得が、それを獲得させた側の不利益に対応する (korrespondieren) 場合にのみ、その利得は犯罪的侵害の要素それ自体と判断される。」と述べている。そして、彼は「一方における不利益と他方における利得の間には、それが因果結

⁷⁸⁴ *Karl Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, 1.Hälfte., Leipzig 1896, S.196 f.

なお、*Andreas Straßer*, 1902-2002: 100 Jahre Stoffgleichheit beim Betrug. Ein neuer Versuch zur Lösung eines alten Problems, Herdecke 2002, S.1 はドイツの詐欺罪の解釈論において「素材の同一性」を最初に定式化した文献として、1902年に出版された同書の第二版 (*Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.364) を挙げているが、この限りで不正確な記述である。ただし、1896年に出版された第一版が、「素材の同一性」を初めて定式化した文献として位置付けた場合には、シュトラッサーは、『1902年から2002年: 詐欺罪における素材の同一性の百年——古い問題の解決のための新たな試み』というタイトル自体の変更を迫られることになる。

⁷⁸⁵ *Merkel*, a.a.O.(Fn.37), S.118.

⁷⁸⁶ これ以前に、メルケルと同様の方向性を示していたものとして、*Temme*, a.a.O. (Fn.462), S.100 (「不法 (Unrecht), すなわち一方の側の許されざる利益 (Gewinn) は、侵害される権利 (Recht), すなわち他方の側の損害 (Schaden) に対応していなければならない。この点について, Vgl.

Dencker, a.a.O. (Fn.609), S.82 Fn.25.

⁷⁸⁷ *Merkel*, a.a.O.(Fn.37), S.1 ff.

⁷⁸⁸ *Merkel*, a.a.O.(Fn.37), S.56 ff.

⁷⁸⁹ *Merkel*, a.a.O.(Fn.37), S.98.

合 (Kausalverbindung) という広義の概念によって示されるよりも、より密接な連関が存在しなければならない。そして、この連関は、不利益の客体と利得の客体 (die Objekte von Nachteil und Gewinn) が、一致 (identisch) していなければならないというように確定される⁷⁹⁰と述べている。これらの叙述は、後の学説からは、メルケルが窃盗罪と詐欺罪の関連性を意識していたこと⁷⁹¹に基づくものであると評されている⁷⁹²。

以上のように、メルケルは、詐欺罪において「不利益 [損害⁷⁹³] の客体」と「利得の客体」の一致を要求しており、わが国の詐欺罪の解釈論において「素材の同一性」を「客体の物質的同一性」と捉える立場に類似した主張を行っていたものといえる。メルケルの見解は、「損害」と「利得」の対応関係を要求するという点では、ドイツの詐欺罪の解釈論における「素材の同一性」を要求する立場の源流に位置付けることはできるが、後述するように、彼の主張はドイツの詐欺罪の現在の解釈論における「素材の同一性」の概念内容とは非常に乖離していることには注意が必要である。

2. ビンディングの見解

ビンディングは、『ドイツ普通刑法の教科書——各則』(初版:1896年,第2版:1902年)において、詐欺罪の「違法な財産上の利益を自己又は第三者に得させる意思」との関連で⁷⁹⁴詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性について、以下のように述べている。すなわち、「詐欺罪の場合には、恐喝罪の場合と同様に、違法な財産上の利益 (der rechtswidrige Vermögensvorteil) は、以下の二重の意味で (durch das Doppelte) 特徴付けられる。すなわち、この利益は、利得の相手方 (Bereicherte) から権利なしに獲得され、そして同時に法的に承認された、他者の財産状況の負担で (auf Kosten der rechtlich anerkannten Vermögenslage eines Andern)、つまり違法な損害を違法な利得 (Nutzen) へ転換することによって、獲得される。このことから次のことが明らかになる。ある者の利益には、他者が喪失するものが含まれていなければならない。この要求は、損害と利得の素材の同一性 (Stoffgleichheit von Schaden und Nutzen) と特徴付けることができる」⁷⁹⁵と述べている。なお、ビンディングは、この部分の脚注で前述したメルケルの見解を摘示している⁷⁹⁶。

⁷⁹⁰ Merkel, a.a.O.(Fn.37), S.118. (強調部分は原文隔字体)

⁷⁹¹ Merkel, a.a.O.(Fn.37), S.76.

⁷⁹² この点に関して, Vgl. Straßer, a.a.O. (Fn.784), S.40; Regis Plümacher, Schuldnerschutz und Betrug. Stoffgleichheit beim Forderungsbetrag, Hamburg 2006, S.62.; Schlack, a.a.O.(Fn.287), S.23.

⁷⁹³ ここでの „Nachteil“ を „Schaden“と同義であると指摘するものとして, Schlack, a.a.O.(Fn.287), S.22.

⁷⁹⁴ Binding, a.a.O. (Fn.784), S.195 ff.; Binding, a.a.O. (Fn.652), S.362 ff.

⁷⁹⁵ Binding, a.a.O. (Fn.784), S.196 f.; Binding, a.a.O. (Fn.652), S.364. (強調部分は原文隔字体)

⁷⁹⁶ Binding, a.a.O. (Fn.784), S.197 Fn.1; Binding, a.a.O. (Fn.652), S.364 Fn.3. ただし,メルケル (Merkel, a.a.O.(Fn.37), S.118)が,「不利益の客体と利益の客体が一致していなければならないこと」を要求していると述べているにすぎない。

3. ビンディングの見解の位置付け

(1) ビンディングの見解に関する学説の評価

ビンディング自身が上で示した記述の趣旨を具体的に説明していなかったこともあり、ドイツの詐欺罪の解釈論では、ビンディングの見解をどのように捉えるのか評価が分かれている。

第一の立場は、ビンディングの見解も、メルケルの見解と同様に「客体の一致性」（わが国の詐欺罪の解釈論において「素材の同一性」を「客体の物質的同一性」と捉える立場と同旨）を要求する見解であると解している⁷⁹⁷。そのように解する論拠として、①ビンディングが、詐欺罪に関する記述の導入の直後の部分で詐欺罪や恐喝罪が、窃盗罪や強盗罪などと同様に「可罰的な財産転換（die strafbaren Vermögensumkehrung）」であると捉え、「可罰的な財産転換」は、「違法な損害の実質（Substanz）から違法な利得（Nutzen）を……もたらすために、ある場所で法的な財産状態を止揚する（aufheben）」⁷⁹⁸のものであると述べていたこと⁷⁹⁹、②彼が、詐欺罪において「利益は、離背される不利益の反対物である。（Der Vorteil bildet das Gegenteil abgewandten Nachteils.）」⁸⁰⁰と述べていたこと⁸⁰¹や、詐欺の実行者の権利取得と詐欺の被害者の権利喪失を対応させて理解していたこと⁸⁰²が挙げられている⁸⁰³。

これに対して、第二の立場は、ビンディングの見解は、メルケルが要求していた「客体の物的 consistency」を要求するものではないと解している⁸⁰⁴。その理由として、ルドルフ・プレール（Rudolf Pröll）は、メルケルの立場からすると、財物の譲渡を伴わない場合に詐欺罪が認

⁷⁹⁷ このような評価を行うものとして、Jürgen Weidemann, *Das Kompensationsproblem beim Betrug*, Diss. Bonn 1972, S.131 f.; Martin Wolfs, *Die Stoffgleichheit beim Betrug*, Diss. Göttingen 1984, S.4; Gössel, a.a.O. (Fn.662), S.403, Rn.27; Straßer, a.a.O. (Fn.784), S.40 ff.; Dencker, a.a.O. (Fn.609), S.85; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Fn.593), S.541, §41 Fn.195; Schlack, a.a.O. (Fn.287), S.23; Wilfried Küper/Jan Zopfs, *Strafrecht Besonderer Teil. Definition mit Erläuterungen*, 10. Aufl., Heidelberg 2018, S.93, Rn.139.さらに、おそらく同旨の分析として、Mohrbotter, a.a.O. (Fn.618), S.16 f.; Kindhäuser, a.a.O. (Fn.287), S.69 f.; NK-Kindhäuser, a.a.O. (Fn.450), S.728, §263 Rn.359 und Fn.1055 f. わが国の詐欺罪の先行研究において、山中・前掲注(776)「クレジットカード(二)」55頁。

なお、法的財産概念による場合には、利益と損害の一致性が必要であると説明しつつも、その際の参照文献としてメルケルの見解のみを摘示し、ビンディングの見解を摘示していない文献として、Vgl. LK-Tiedemann, a.a.O. (Fn.287), S.283 f., §263 Rn.256; S/S/W/Satzger, a.a.O. (Fn.640), S.1744, §263 Rn.308; Kleschowski, a.a.O. (Fn.634), S.485, §9 Rn.91; M/R/Saliger, a.a.O. (Fn.640), S.2111, §263 Rn.283,

⁷⁹⁸ Binding, a.a.O. (Fn.784), S.179; Binding, a.a.O. (Fn.652), S.340.

⁷⁹⁹ Weidemann, a.a.O. (Fn.797), S.131; Schlack, a.a.O. (Fn.287), S.23;

⁸⁰⁰ Binding, a.a.O. (Fn.784), S.195; Binding, a.a.O. (Fn.652), S.363.

⁸⁰¹ Weidemann, a.a.O. (Fn.797), S.131; Schlack, a.a.O. (Fn.287), S.23;

⁸⁰² Binding, a.a.O. (Fn.784), S.180; Binding, a.a.O. (Fn.652), S.341.

⁸⁰³ Weidemann, a.a.O. (Fn.797), S.131; Schlack, a.a.O. (Fn.287), S.23.

⁸⁰⁴ Pröll, a.a.O. (Fn.377), S.116 f. おそらく同旨の見解として、Vgl. Plümacher, a.a.O. (Fn.792), S.71 ff. わが国の詐欺罪の先行研究において、プレールの評価に依拠するものとして、林(美)・前掲注(776)論文 484頁。

められないおそれがあることから維持することとはできず、緩和 (Abwäschtung) が必要であり、ビンディングが用いた „auf Kosten“ という用語はその現れである旨述べている⁸⁰⁵。

(2) 私見

確かに、第一の立場が論拠の一つ (前記①) として挙げているように、ビンディングは詐欺罪に関する記述の導入部分で、窃盗罪や強盗罪と同様に、詐欺罪を「可罰的な財産転換」と捉えていた。

しかし、この記述から、ビンディングが、窃盗罪の解釈を出発点に詐欺罪を解釈していたということまでを読み取ることはできない。なぜなら、ドイツの詐欺罪と窃盗罪の規定では、「行為客体 (取得客体)」を「他者の動産 (eine fremde bewegliche Sache)」と明示しているか否かに相違があり⁸⁰⁶、ビンディングは、「素材の同一性」を定式化した箇所では、窃盗罪や強盗罪との関連については触れておらず、詐欺罪及び恐喝罪のみを念頭に置いていたといえるからである。

また、第一の立場の他方の論拠 (前記②) も、ビンディングの「財産概念」及び「財産損害の判断方法」 (本章第二節第二款第一項及び第三款第一項を参照のこと) に立ち返ると、疑わしい。なぜなら、彼は、財物自体の所持ではなく、財産に関する権利 (あるいは義務) を重視しており、それに基づく「財産損害の判断方法」でも、財物自体の喪失ではなく、権利侵害を問題にしていたからである⁸⁰⁷。

したがって、ビンディングが主張する「財産概念」を、「客体の一致性」を要求していたと解する見解は、説得的な論拠を示せていないといえる。

⁸⁰⁵ Pröll, a.a.O. (Fn.377), S.116 f.では、メルケルの見解によると、「自身の競争相手 (Konkurrent) を欺罔によって利潤性の高い (lokrativ) 取引から妨げ、自らその利益を受ける者は、違法な財産上の利益を獲得することができない」とする。この記述との関連で、林 (美)・前掲注 (776) 論文 491 頁注 74 も参照のこと。

⁸⁰⁶ ドイツの詐欺罪は、「行為客体 (取得客体)」を、「財物」や「動産」に限定していない (ドイツ刑法典 263 条の規定については、本稿注 (36) を参照のこと)。これに対して、窃盗罪や強盗罪では「行為客体 (取得客体)」を「動産」に限定している。窃盗罪については、現行ドイツ刑法典 242 条 1 項で、「違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的で、他人の動産を他の者から奪取した者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する」 (前掲注 (36) 法務資料 461 号 150 頁参照) と、強盗罪については、249 条 1 項で、「人に対する暴行を用い、又は、身体若しくは生命に対し現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いて、違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的で、他人の動産を他の者から奪取した者は、1 年以上の自由刑に処する。」 (前掲注 (36) 法務資料 461 号 153 頁参照) と規定されている。

なお、ビンディングが詐欺罪における「素材の同一性」を定式化した当時の窃盗罪や強盗罪では、「第三者に領得させる意思」が明文で示されていなかった (1998 年 1 月 26 日の改正により追加)。窃盗罪や強盗罪における「第三者に領得させる意思」の追加やその改正以前の議論について、市川啓「間接正犯の歴史的考察 (4・完) —— 目的なき・身分なき故意ある道具を素材に ——」立命館法学 371 号 (2017 年) 34 頁以下を参照のこと。

⁸⁰⁷ Vgl. Plümacher, a.a.O. (Fn.792), S.72.

本稿は、むしろ、ビンディングが、メルケルの立場を参照していたにもかかわらず、メルケルが重視していた「客体」という概念を用いず、「財産上の利益が他者の財産状況の負担で (auf Kosten) 獲得されること」を要求したことに注目すべきであると考えている。したがって、ビンディングは、詐欺罪あるいは恐喝罪において、被害者が、一定の手段（欺罔あるいは暴行・脅迫）に条件付けられて「客体」を行為者に譲渡する詐欺（例えば、財物詐欺）のみを問題とするのではなく、その他の種類の詐欺罪（たとえば、債権詐欺など）も含むことを狙いにして⁸⁰⁸、つまりメルケルの見解を改良することを狙いにして、「素材の同一性」を定式化したものと捉えるのが妥当である。

以上より、本稿は、第二の立場にならって、ビンディングが定式化した「素材の同一性」は、「客体の一致性」を要求するものではないと解する。

4. 小括

本項では、「素材の同一性」に関する議論の萌芽の概観から、以下のことが明らかになった。

第一に、ドイツの詐欺罪の解釈論において、メルケルが「損害」と「利得」の関係性を意識して、「不利益客体と利得客体の一致性」、換言すれば「客体の一致性」を要求していたことが明らかになった。

第二に、このメルケルの見解を参照して「損害」と「利得」の関係性を、「素材の同一性」という用語を用いて定式化したのがビンディングであり、彼は、詐欺罪における「財産上の利益」は、「他者の財産状況の負担で」獲得されることを要求していたことも明らかになった。

第三に、後の学説において、ビンディングの見解が、メルケルの見解と同旨であるのか、あるいはメルケルの見解の欠陥を意識して改良したものであるかについて評価は分かれていことも明らかになった。この点に関して、本稿では、ビンディングの「財産概念」や「財産損害の判断方法」に立ち返ると、前者の立場には疑問があり、後者の立場が妥当であると示した。

次項では、ドイツの詐欺罪の現在の学説において、詐欺罪において、「損害」と「財産上の利益」の間に「素材の同一性」が必要であるという言明は広く承認されているにもかかわらず、なぜこの概念が一致した定義を示すことができていないのかについて検討する。具体的には、ドイツの詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性に関する学説及び判例を概観し、「素材の同一性」が多義的に用いられている要因について考察する。

第二項 現在の議論状況

1. 詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性についての学説

⁸⁰⁸ *Binding*, a.a.O. (Fn.784), S.119; *Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.238 は、「財産」を「あらゆる財産権と財産義務の総和」と定義し、さらに、*Binding*, a.a.O. (Fn.784), S.180; *Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.341 は、「財産権」を「私法及び公法上の権利」と捉え、その具体例として、「所有権、他人の所有物に対する権利、留置権又は債権」を挙げている。このことから、ビンディングは、財物詐欺だけではなく、債権詐欺も詐欺罪の対象と捉えていたものと思われる。

ドイツ詐欺罪の現在の解釈論では、「素材の同一性」という表題の下で、詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性について以下のような理論が主張されていると整理される⁸⁰⁹。

(1) 一致性の理論

前項 1 で確認したようにメルケルは、詐欺罪において「不利益の客体と利得の客体」の一致を要求していた（「一致性の理論 (Identitätstheorie)」⁸¹⁰。もっとも、前述したように、このような「客体の物的 consistency」を無条件に要求することは、詐欺罪の射程の過度な限定を導く恐れがあるため、現在の詐欺罪に関する学説において拒絶されており⁸¹¹、純粋な形で継承している見解は見当たらない⁸¹²。

(2) 財産移転の理論

詐欺罪が「財産移転犯」であるということを重視する立場から、詐欺罪において財産が被害者から行為者へ移転することが要求されている（「財産移転 (Vermögensverschiebung) の理論」）。たとえば、ヴィルヘルム・ガラス (Wilhelm Gallas) は、「行為者によって追求された財産上の利益は、被欺罔者が一定の財産客体を放棄することによって、あるいは一定の債務の締結によって、財産の具体的存在を自由に処分できる場合にのみ、被害者に加えられる財産損害と『素材的に同一 (stoffgleich)』である。」と述べている⁸¹³。

これに対して、詐欺罪が「財産移転犯」であるということを前提にしつつも、「財産概念」及び「財産損害の判断方法」において経済的観点を重視する立場（本章第二節第二款第三項・第四項及び第三款第二項を参照のこと）から、「価値の移転性 (Wertverschiebung)」を要求する見解も主張

⁸⁰⁹ 以下の学説の分類は、Straßer, a.a.O. (Fn.784), S.40 ff.; Schlack, a.a.O. (Fn.287), S.22 ff.などを基にして再構成したものである。その他に、Mohrbotter, a.a.O. (Fn.618), S.16 ff.; Weidemann, a.a.O. (Fn.797), S.131 ff.; Wolfs, a.a.O. (Fn.797), S.3 ff.; Plümacher, a.a.O. (Fn.792), S.59 ff.なども参照。

⁸¹⁰ Merkel, a.a.O. (Fn.37), S.118.

⁸¹¹ Vgl. Haft/Hilgendorf, a.a.O. (Fn.629), S.98; M/R/Saliger, a.a.O. (Fn.640), S.2111, §263 Rn.283; S/S/W/Satzger, a.a.O. (Fn.640), S.1744, §263 Rn.308; Eisele, a.a.O. (Fn.643), S.224, Rn.638; Fischer, a.a.O. (Fn.640), S.1965 f., §263 Rn.187; Rengier, a.a.O. (Fn.629), S.308, §13 Rn.246.

⁸¹² ただし、「素材の同一性」を「被害者の財産の負担での利得 (Bereicherung auf Kosten des Opfervermögens)」と捉え、財物詐欺 (Sachbetrug) の場合には「物質的一致性 (die substantielle Identität)」(その他別の表現として、「実質的同一性 [物質的同一性] (Substanzgleichheit)」又は「行為客体の一致性 (Identität des Tatobjekts)」)を要求するが、債権詐欺 (Forderungsbetrug) の場合には民事法上の不当利得 (ドイツ民法典 812 条以下。条文の日本語訳については本稿注 (729) を参照のこと) にしたがって判断する見解として、NK-Kindhäuser, a.a.O. (Fn.450), S.728, §263 Rn.360; Kindhäuser/Böse, a.a.O. (Fn.744), S.249, §27 Rn.81; Schlack, a.a.O. (Fn.287), S.47 ff.

その他、メルケルの「客体の一致性」に関する言明を参照して、清算的損害考察 [客観的損害算定] から、「[財産] 減少の客体が、利益意思の対象でもなければならない」とする見解として、Dencker, a.a.O. (Fn.609), S.85.

⁸¹³ Gallas, a.a.O. (Fn.683), S.431 f. さらに「財産の実質 (Vermögenssubstanz)」という観点から同旨であると思われるのは、Hardwig, a.a.O. (Fn.645), S.12.

なお、Schlack, a.a.O. (Fn.287), S.22 は、この見解を一致性の理論に位置付けているのに対し、Straßer, a.a.O. (Fn.784), S.40 ff. は一致性の理論と別の見解として整理している。

されている⁸¹⁴。たとえば、フランク・ザリガー (*Frank Saliger*) は、経済的財産概念を出発点にする立場から『素材の同一性』のメルクマールは、必然的には、財産上の利益の、形態的同一性、本質的同一性、又は実質的同一性 (*Gestalt-, Wesens-, oder Substanzgleichheit*) の意味での物的同一性 (*Sachidentität*) を意味するのではなく……、中核においては価値の移転 (*Wertverschiebung*) を意味する。」⁸¹⁵と述べている⁸¹⁶。

(3) 損害と利益の表裏性の理論⁸¹⁷

近時のドイツ刑法の教科書又はコンメンタールでは、詐欺罪の「素材の同一性」の概念内容の一つとして、「財産上の利益は被害者に生じる財産損害の裏面あるいは反対物でなければならない」ということが要求されている(「損害と利益の表裏性の理論」)⁸¹⁸。ここでの「裏面」の意味について、「追求されていた財産上の利益」と「財産損害」が「一つのメダルの表裏 (*zwei Seiten ein und derselben Medaille*) である」と説明するものも存在する⁸¹⁹。しかし、一般的には単に「財産上の利益と財産損害が対応していなければならない」という意味で用いられているにすぎない⁸²⁰。

この理論は、おそらく後述の連邦通常裁判所の判例(たとえば、BGHSt 6, 115 など)などの影響で学説において定着したものと思われる。もともと、同趣旨のことは、メルケル(「詐欺罪における不利益と利得の対応性」)やビンディング(「詐欺罪における利益は不利益の反対物であること」)によってすでに述べられていた(前述、本款第一項 1 及び 3 参照)。

(4) 利益の被害者負担性の理論⁸²¹

「損害と利益の表裏性」の理論と同様に、近時のドイツ刑法の教科書又はコンメンタールにおいて、詐欺罪の「素材の同一性」の概念内容の一つとして、「財産上の利益は被害者の負担で生じるものでなければならない」ということが要求されている(「利益の被害者負担性の理論」)

⁸¹⁴ LK¹²-Tiedemann, a.a.O. (Fn.287), S.283 f., §263 Rn.256; M/R/Saliger, a.a.O. (Fn.640), S.2111, §263 Rn.283. さらに、「価値の一致性 (*Wertidentität*)」と表現するものとして、Vgl. Wolfgang Hartmann, *Das Problem der Zweckverfehlung beim Betrug*, Frankfurt am Main 1988, S.155 f.

⁸¹⁵ M/R/Saliger, a.a.O. (Fn.640), S.2111 f., §263 Rn.283. ただし、ザリガーは、これに続けて「通説は、この価値の移転を、財産損害と財産上の利益が互いに対応していなければならない、もしくは、利益が損害の裏面でなければならないという定式において把握する(裏面性の理論)」(強調部分は原文太字)と述べている。

⁸¹⁶ 詐欺罪における財産移転を「価値の移転」と捉える立場に対して、Schlack, a.a.O. (Fn.287), S.25 は、詐欺罪の「財産移転犯」的性格を放棄するものであると批判している。

⁸¹⁷ Straßer, a.a.O. (Fn.784), S.45; M/R/Saliger, a.a.O. (Fn.640), S.2112, §263 Rn.283 は、この理論を「裏面性の理論 (*Kehrseitentheorie*)」と示している。

⁸¹⁸ 本稿注(773)で示した文献など参照。

⁸¹⁹ Mitsch, a.a.O. (Fn.629), S.338.

⁸²⁰ Vgl. Schlack, a.a.O. (Fn.287), S.25. 具体的には、本稿注(773)で示した文献など参照。

⁸²¹ Straßer, a.a.O. (Fn.784), S.47 は、この理論を「『負担』の理論 („Auf Kosten“-Theorie)」と示している。

⁸²²。このような発想は、ビンディング(「財産上の利益が他者の財産状況の負担で獲得されること」)に由来するものといえるが(前述, 本款第一項 2 参照), 帝国裁判所の判例(RGSt 67, 200)や連邦通常裁判所の判例(BGHSt 34, 379)においても言及されている(後述, 本項 2 参照)。

(5) 直接性の理論

「損害と利益の表裏性」の理論や「利益の被害者負担性」の理論と同様に, 詐欺罪の「素材の同一性」の概念内容の一つとして, 「財産上の利益と財産損害は同一の財産処分に基づくものであり, 財産上の利益は被害者の財産から直接もたらされなければならない」ということも要求されている(「直接性の理論(Unmittelbarkeitstheorie)」⁸²³)⁸²⁴。この理論は, 後述する連邦通常裁判所の判例(BGHSt 6, 115)の影響によって定着したものとなったようである⁸²⁵。

近時, 詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性に関する議論を, 「素材の同一性」ではなく, 「直接性関係(Unmittelbarkeitsbeziehung)」という表題の下で説明する見解が現れている⁸²⁶。その理由として, 「素材の同一性」という用語は, 不正確であり, 誤解を招きやすいものであるということが挙げられている⁸²⁷。

⁸²² 本稿注(775)で示した文献など参照。近時この理論を再構成して「素材の同一性」を「被害者の負担での利得」と捉える見解として, *Schlack*, a.a.O. (Fn.287), S.47.

⁸²³ 本稿注(774)で示した文献など参照。その他に, 「直接性の理論」を「帰属可能性」という観点から再構成する見解として, *Wolfs*, a.a.O. (Fn.797), S.77 ff. 近時これに類似する見解を主張するものとして, *Jäger*, a.a.O. (Fn.728), S.765 f.

なお, *Schlack*, a.a.O. (Fn.287), S.27 や *NK-Kindhäuser*, a.a.O. (Fn.450), S.729, §263 Rn.362 は, 直接性基準(直接性の理論)について, ①「利益が損害を被る者の財産から直接的かつ迂回なしにもたらされること」を要求する立場, ②「損害と追求される利益は同一の財産処分によって惹起されること」を要求する立場, ③両者を組み合わせる立場が存在すると分析する。本文の直接性の理論の記述は, ③の立場に該当する。

⁸²⁴ ここで, 「財産処分」の解釈で議論されている直接性と「素材の同一性」で展開されている直接性理論の相違が問題になり得る(Vgl. *Jäger*, a.a.O. (Fn.728), S.761 ff.). 前者が「財産処分」と「(財産損害の判断の前提となる)財産減少」の関係性を問題にしているのに対して, 後者は「財産処分」と「財産損害」の関係性だけではなく, 「財産処分」と「財産上の利益」の関係性を問題にするものという点で, 異なるものといえる。

⁸²⁵ *Straßer*, a.a.O. (Fn.784), S.42. ただし, 本項 2 で概観する連邦通常裁判所の判例(BGHSt 6, 115 や BGHSt 34, 379)では, 「財産処分」と「財産損害」の関係性のみを問題にしているようにも読める。この点について, 林(美)・前掲注(776)論文 476 頁は, BGHSt 6, 115 の判示と「財産処分」の解釈で議論されている「直接性の原則」[財産処分によって直接的に財産減少がもたらされなければならないという原則]の異同が不明瞭であると指摘する。

⁸²⁶ *Wessels/Hillenkamp/Schur*, a.a.O. (Fn.680), S.340, §13 Rn.588. ただし, 括弧書きで「いわゆる『素材の同一性』」と示している。その他に, 「直接性の理論」から「素材の同一性」を捉え直す見解として, *Gössel*, a.a.O. (Fn.662), S.404 ff., Rn.211 ff.; *Wolfs*, a.a.O. (Fn.797), S.3 ff.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Fn.593), S.541, §41 Rn.139; *Jäger*, a.a.O. (Fn.728), S.765 ff.

⁸²⁷ *Wessels/Hillenkamp/Schur*, a.a.O. (Fn.680), S.340, §13 Rn.588. 「素材の同一性」という用語に批判的な指摘として, *Eser*, a.a.O. (Fn.647), S.299 f.; *Karl Lackner*, in: Hans-Heinrich Jescheck u.a. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 10. Aufl., 6. Band (§263 bis 302a),

(6) 各理論の併用

以上の概観から、ドイツの詐欺罪の解釈論では、詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性について、「素材の同一性」というメルクマールの下で多様な理論が展開されてきたことが明らかになった。そして、一致性の理論は別にして、これらの理論の多くは、ドイツ刑法学の一般的な教科書やコンメンタールにおいて組み合わせて用いられている⁸²⁸。

2. 詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性についての判例⁸²⁹

(1) 詐欺罪の「損害」と「利得」の関係性についての帝国裁判所の判例

帝国裁判所の判例において、詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性について多様な判示が存在した。

たとえば、帝国裁判所の初期の段階の判例（RGSt 5, 277）では、詐欺罪において「損害」と「利得」の間に原因連関が必要であるとされていた⁸³⁰。そして、その後の判例（RGSt 17, 264）で「損害」と「利益」の一致は詐欺罪の要件ではないとされている⁸³¹。

Berlin/New York 1988, S.201, §263 Rn.267〔以下では、LK¹⁰-Lacknerと示す〕; Kühl/Heger, a.a.O. (Fn.769), S.1328, §263 Rn.59; Jäger, a.a.O. (Fn.728), S.765; Küper/Zopfs, a.a.O. (Fn.797), S.93, Rn.139.

⁸²⁸ 詐欺罪における「素材の同一性」の議論を中心に扱う論稿においても、同様の傾向が見受けられる。たとえば、Mohrbotter, a.a.O. (Fn.618), S.203 ff.や Straßer, a.a.O. (Fn.784), S.107 ff., S.182 f.は、「利益の被害者負担性の理論」と「直接性の理論」を併用しており、Hoppenz, a.a.O. (Fn.772), S.148は、「被害者の負担性の理論」と「財産移転の理論」（とくに、価値の移転と捉える立場）を併用している。

⁸²⁹ 詐欺罪（ないし恐喝罪）における「損害」と「利得」の関係性についてのドイツの判例（帝国裁判所、連邦通常裁判所、上級地方裁判所）を網羅的に紹介するものとして、Wolfs, a.a.O. (Fn.797), S.18 ff.を参照のこと（ただし、同書が博士論文として提出された1984年以前の判例に限定される）。その他にドイツの判例の概略については、Straßer, a.a.O. (Fn.784), S.36 ff.; Kindhäuser, a.a.O. (Fn.287), S.69 f.; Schlack, a.a.O. (Fn.287), S.33 f.を参照のこと。

⁸³⁰ RGSt 5, 277 (279)〔帝国裁判所第3刑事部1881年12月21日判決〕は、「法律は、意図されていた違法な財産上の利益、被欺罔者の側での錯誤惹起、財産上の不利益の間に、以下の流れで、少なくとも原因連関 (ein ursächlicher Zusammenhang) が実際に存在することを要求している。すなわち、詐欺の実行者の可罰的な故意が、欺罔及びそれによって惹起された、彼に利得 (Gewinn) をもたらす要素としての財産損害を生じさせる (in Bewegung setzen) という流れである。」と判示している。

⁸³¹ たとえば、RGSt 17, 264 (266)〔帝国裁判所第4刑事部1888年3月23日判決〕は、「財産損害と追求されていた財産上の利益の一致 (das Zusammenfallen des gesuchten Vermögensvorteils mit der Vermögensbeschädigung) そのものは、263条において害される権利の要件ではない」と判示している。さらに、RGSt 27, 217 (222)〔帝国裁判所第4刑事部1895年5月13日判決〕は、「利益と損害が金額又は実質に応じて (dem Betrage oder der Substanz nach) 一致している (zusammenfallen) ということは、刑法典263条によって要求されていない。」と判示している。これらに判例は、メルケルが、1867年の論稿で「〔詐欺罪における——訳者注〕一方の側の前提にすべき不利益と他方の側の前提にすべき利益は、対象に応じて、一致しなければならない。」(Merkel, a.a.O. (Fn.37), S.98)と述べていたことを意識したものと思われる。

それ以降の帝国裁判所では、詐欺罪における「素材の同一性」に関する現在の学説に近い判示がなされている。たとえば、RGSt 64, 433 では「被欺罔者の財産処分」による「財産上の利益」の獲得が要求され⁸³²、RGSt 71, 291 では「財産上の利益」の「第三者の負担」性が要求され⁸³³、RGSt 71, 291 では「処分行為」と「財産損害」の直接性が要求されている⁸³⁴。

(2) 「直接性の理論」及び「利益の被害者負担性の理論」に親和性のある連邦通常裁判所判例の登場

詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性についての連邦通常裁判所の判例として、BGHSt 6, 115⁸³⁵の判示が重要である。

連邦通常裁判所は、O社の手数料代理人であったXが雇用主O社にねつ造された注文書を提出し、それに基づいて商品が送付され、手数料相当額がXの貸方に記入された事案⁸³⁶において、「行為者が不正に利得する (sich zu Unrecht zu bereichern) という意思で誘引する被欺罔者の同一の処分行為が、財産損害を直接的に惹起しなければならない。……換言すると、行為者によって追求されていた財産上の利益と惹起された財産損害は互いに対応していないなければならない。いわば一方のものが他方のものの裏面 (Kehrseite) でなければならない。」

⁸³² RGSt 64, 433 (435) [帝国裁判所第2刑事部1930年10月7日判決]は、「むしろ、263条によると、行為者が他者の財産損害をそれ自体直接的に惹起するのではなく、彼に誘引された被欺罔者の財産処分によって間接的に惹起されるというように、行為者の狙い (Streben) が被欺罔者の財産処分によって財産上の利益を獲得するというものであるということが重要である。」と判示している。

⁸³³ RGSt 67, 200 (201) [帝国裁判所第3刑事部1933年4月24日判決]は、恐喝罪に関して、「財産上の利益は、それに対応する、第三者の負担で (auf Kosten eines Dritten) 獲得される他者の財産の損害によって媒介されなければならない」と判示している。

⁸³⁴ RGSt 71, 291 [帝国裁判所第1刑事部1937年7月16日判決]は、恐喝罪に関して、「法的考慮は、被告人が脅迫を手段にして追求していた違法な財産上の利益が問題とされ、そして、それに対応する他者の財産損害が問題とされている限りで、存在する。」と判示されており、a.a.O., S.292では、「強制された行為損害にとって直接的な原因があるという限りでのみ、違法な財産上の利益の強制された許諾から生じる損害が何らかの他者の財産に向けられているということで十分である。」と判示されている。

⁸³⁵ BGHSt 6, 115. [連邦通常裁判所第5刑事部1954年4月6日判決]

⁸³⁶ 事案の概要は以下のとおりである。Xは、O¹社の注文を受けて、注文書をO¹社に送り、手数料を受け取るという仕事についていたが、O¹社のオーナーO²に現実には注文されていないにもかかわらず、手数料を得るために作成した虚偽の注文書を渡し、O²がこれを受けて、O¹社の商品を注文書に記載されていた名目上の購入者に発送し、O¹社に債務を負っているXの貸方に手数料相当額を記入した(なお、XはO¹に数百マルクの債務を負っていた)。その後しばらくして、(あて先不明のため、あるいは身に覚えがない名目上の購入者が受け取りを拒否したため)O¹社(O²)に、発送した商品が戻ってきたというものであった。

なお、この事案に対して、原審は「商品が郵送中である間は、O²はその商品を占有しておらず、その商品について処分することはできなかった」ということを損害として、「O²から手数料を得る意図」を利得意思として認定していた。

⁸³⁷と判示した上で、被告人の目的は注文書作成にかかる手数料を得ることであって、商品をO社から喪失させることではないとして、両者の対応関係を否定している⁸³⁸。

本判例では、詐欺罪において、①「(利益獲得を誘引する) 処分と損害の直接性」、換言すれば「利益と損害の同一処分性」と②「利益と損害の対応性」及び「利益と損害の表裏性」が要求されている。これまでの帝国裁判所の判例と同様に、この判例でも「素材の同一性」という用語は用いられていない。もっとも、学説では、一般的に、「素材の同一性」という表題の下で、この判例を取り扱っている⁸³⁹。

(3) その後の連邦通常裁判所の判例⁸⁴⁰

その後の連邦通常裁判所の判例(BGHSt 34, 379⁸⁴¹)において、詐欺罪における「素材の同一性」のメルクマールが言及されている。その際に、連邦通常裁判所は、BGHSt 6, 115⁸⁴²などを参照し、「利益と損害は、同一の財産処分に基づくものであり、利益は、損害を被る者の財産の負担で(zu Lasten des geschädigten Vermögens)でもたらされる」、「行為者又は第三者の利益になる、被欺罔者の同一の財産処分が損害を直接惹起する」、「財産上の利益と財産損害は互いに対応していなければならない。なぜなら、それらは同一の財産処分によって媒介されるからである。」、「金額に応じて損害と一致する利益(ein der Höhe nach mit dem Schaden identischer Vorteil)は、刑法典 263 条によって要件にされていない」などと判示している。この判例は、基本的に、BGHSt 6, 115 にならうものといえるが、そこでは触れられていなかった「利益の被害者負担性」についても言及されている点が注目される。

⁸³⁷ BGHSt 6, 115 (116).

⁸³⁸ なお、この事案では、貸方に記入した段階で損害(財産損害と同等に扱われうる財産危殆化)が発生したかについても問題になったが、連邦通常裁判所は、XがO¹社に数百マルクの債務を負っており、貸方に記入された手数料を求めることは出来なかったということを重視して、この記入は債務の外見上の減少をもたらすにすぎず、Xの貸方に手数料相当額を記帳したことだけでは、O¹社の財産損害にはならないということも判示している

⁸³⁹ *Wolfs*, a.a.O. (Fn.797), S.23 und S.31; *Straßer*, a.a.O. (Fn.784), S.38; *Schlack*, a.a.O. (Fn.287), S.33 f. 近時の教科書やコンメンタールも、基本的にこれらの見解と同様の整理を行っている(より正確には、「素材の同一性」の表題の下で扱われている「利益と損害の同一処分性」や「利益と損害の表裏性」などとの関連で本判例を摘示している)。たとえば、*SK-Hoyer*, a.a.O. (Fn.631), §263 S.108 f., Rn.269 und 271; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Fn.593), S.540 f., §41 Rn.138 f.; *LK¹²-Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.283, §263 Rn.256; *M/R/Saliger*, a.a.O. (Fn.640), S.2112, §263 Rn.283; *Sch/Sch/Perron*, a.a.O. (Fn.631), S.2546, §263 Rn.168; *B. Heinrich*, a.a.O. (Fn.450), S.672, §20 Rn.122; *Krey/Hellmann/M. Heinrich*, a.a.O. (Fn.629), S.266 Rn.686; *Eisele*, a.a.O. (Fn.643), S.224, Rn.638.

⁸⁴⁰ わが国の詐欺罪の先行研究において、BGHSt 6, 115 以降の 1950 年代から 1960 年代の上級地方裁判所のいくつかの裁判例を紹介するものとして、林(美)・前掲注(776)論文 478 頁以下を参照のこと。

⁸⁴¹ BGHSt 34, 379. [連邦通常裁判所第 3 刑事部 1987 年 5 月 29 日判決]

⁸⁴² BGHSt 34, 379 (391)の該当部分では、„Vgl. BGHSt 6, 105, 116“とされているが、„Vgl. BGHSt 6, 115, 116“ の誤記であると思われる。

さらに、比較的近時の連邦通常裁判所の判例（BGHSt 60, 1⁸⁴³）では、「上告趣旨に反して（*entgegen der Auffassung der Revision*），〔詐欺罪の——訳者注〕構成要件実現にとって、欺罔対象と発生した財産損害の間の『素材の同一性』は必要ではない。素材の同一性は、実行行為によって惹起された財産損害と行為者によって追求されていた財産上の利益の関係性についてのみ関連付けられ、それらは互いに対応していなければならない。したがって、利益は損害の裏面、すなわち欺罔に条件付けられた財産処分の結果であり、行為者に損害を被る者の財産から直接的に流入（*zufließen*）しなければならない」⁸⁴⁴と判示されている。この判例も、基本的に、これまでの連邦通常裁判所の判例を継承するものと思われる⁸⁴⁵。

3. 「素材の同一性」の概念内容の多義性の要因

これまでに検討してきたように、「損害」と「利得」の関係性に関して、学説において多様な理論が主張されており、判例においても同様に多重的な説明がなされているといえる。このような「素材の同一性」の概念内容の多義性は、各論者がこのメルクマールによってどのような事案類型を詐欺罪から排除する機能を持たせようとしているかに依存して生じているものと思われる⁸⁴⁶。

学説では、「素材の同一性」が認められない例として、一般的に、①外部的利益（*externe Vorteil*）⁸⁴⁷や②間接損害（*mittelbaren Schäden*）及び後続損害（*Folgeschäden*）⁸⁴⁸が挙げられており⁸⁴⁹、これらの事案類型を排除するのに適した概念内容が多重的に用いられているものと思われる。

⁸⁴³ BGHSt 60, 1.〔連邦通常裁判所第1刑事部 2014年10月8日判決〕

⁸⁴⁴ BGHSt 60, 1 (13), Rn.42. さらに, Vgl. BGH NJW 2016, 3543 (3544), Rn.39.〔連邦通常裁判所第1刑事部 2016年6月16日判決〕

⁸⁴⁵ ただし, BGHSt 60, 1 (10), Rn.32; BGH NJW 2016, 3543 (3544), Rn.35において、「財産」及び「財産損害」を客観的・経済的観点から判断する立場を明示したうえで、「素材の同一性」に関する言及を行っている点は注目に値する。

⁸⁴⁶ Vgl. *Straßer*, a.a.O. (Fn.784), S.182. さらに, 松宮・前掲注(105)書 257頁も参照。

⁸⁴⁷ LK¹²-*Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.285 f., §263 Rn.258; M/R/*Saliger*, a.a.O. (Fn.640), S.2112, §263 Rn.283; *Rengier*, a.a.O. (Fn.629), S. 308, §13 Rn.246;さらに, 「外部的利益」という用語は用いていないが, 手数料代理人事例や第三者報酬事例について触れるものとして, *Fischer*, a.a.O. (Fn.640), S.1966, §263 Rn.189; *Eisele*, a.a.O. (Fn.643), S.225, Rn.639; *Kindhäuser/Böse*, a.a.O. (Fn.744), S.249, §27 Rn.82 f., 手数料代理人事例に触れるものとして, *Haft/Hilgendorf*, a.a.O. (Fn.629), S.98; MK-*Hefendehl*, a.a.O. (Fn.450), S.265, §263 Rn.791; S/S/W/*Satzger*, a.a.O. (Fn.640), S.1744, §263 Rn.311; M/R/*Saliger*, a.a.O. (Fn.640), S.2111, §263 Rn.283; Sch/Sch/*Perron*, a.a.O. (Fn.631), S.2546, §263 Rn.168; *Wessels/Hillenkamp/Schur*, a.a.O. (Fn.680), S.341, §13 Rn.589.

⁸⁴⁸ *Haft/Hilgendorf*, a.a.O. (Fn.629), S.98; LK¹²-*Tiedemann*, a.a.O. (Fn.287), S.284 f., §263 Rn.257; MK-*Hefendehl*, a.a.O. (Fn.450), S.265, §263 Rn.790; S/S/W/*Satzger*, a.a.O. (Fn.640), S.1744, §263 Rn.309; *Fischer*, a.a.O. (Fn.640), S.1966, §263 Rn.189; *Rengier*, a.a.O. (Fn.629), S. 308, §13 Rn.246; *Kindhäuser/Böse*, a.a.O. (Fn.744), S.249, §27 Rn.82.

⁸⁴⁹ 詐欺罪における「素材の同一性」が問題になりうるその他の事案類型については, *Schlack*, a.a.O. (Fn.287), S.56 ff. を参照のこと。その他に, Vgl. *Straßer*, a.a.O. (Fn.784), S.113 ff.

(1) 外部的利益

外部的利益とは、行為者が最終的に取得しようとしている利益が被害者の財産損害に由来するものではなく、行為者や被害者とは関係のない第三者から得る利益をさす。例えば、第三者報酬事例(XはO所有の絵画を破棄した場合にAから報酬が約束されていたところ、Xがその約束に基づいてOに当該絵画は贋作であると虚偽を述べて破棄させた場合)である。

また、手数料代理人事例(ある商品を販売する会社Aのために契約を締結して、契約書類を提出することによって事後的に手数料を得る代理人Xが、欺罔によってOと契約を締結し、Oとの契約書類をAに提出し、Aから手数料を得る場合⁸⁵⁰)も、この事案類型として挙げられている。なぜなら、Xが欺罔を手段にして損害を負わせたのは、契約締結者のOであり、XとOの関係ではAは外部者に位置付けられ、手数料は外部者からもたらされた利益に当たると解されているからである。

(2) 間接損害及び後続損害

間接損害及び後続損害とは、「欺罔に条件付けられた処分及び損害の発生後に、被欺罔者がさらなる行為の実行によってもたらされる」⁸⁵¹損害のことである。例えば、訴訟費用⁸⁵²、弁護士や公証人に対する報酬⁸⁵³、取引の締結のために休暇から帰るための航空機搭乗費用⁸⁵⁴などである。

(3) 「損害」と「利得」の関係性についての各理論に基づく検討

第一に、「一致性の理論」では、客体の物的一致性が要求されるので、①外部的利益や②間接損害及び後続損害の事案類型を詐欺罪の対象から除外することができる。しかし、この理論は前述したように詐欺罪の射程の過度な限定を導くおそれがあるため、現在の学説では基本的に支持されていない。

第二に、「財産移転の理論」では、財産客体の移転性を徹底すれば、①外部的利益や②間接的損害及び後続損害の事案類型は詐欺罪の対象にはならないと思われる。しかし、このような立場は一致性の理論と同様に詐欺罪の処罰範囲の過度な限定に至る恐れがある。

近時、「財産移転の理論」に立ちつつ「価値の移転」で足りるとする見解も主張されているが、この見解は、「経済的価値」を基準にした財産損害の判断方法(経済的財産概念や法

⁸⁵⁰ Vgl. BGHSt 21, 384. [連邦通常裁判所第5刑事部1967年11月28日判決]

⁸⁵¹ LK¹²-Tiedemann, a.a.O. (Fn.287), S.283, §263 Rn.257. (強調部分は原文イタリック体) ただし、該当部分は「間接損害」の定義である。「後続損害」は同旨とされており、その例として「たとえば、不正に獲得された使用権限の譲渡(Gebrauchüberlassung)によって生じる損害」と示されているにすぎない。

⁸⁵² BGH NStZ 1998, 570. [連邦通常裁判所第2刑事部1998年2月18日決定]

⁸⁵³ BGH NStZ 2002, 433. [連邦通常裁判所第1刑事部2002年2月7日決定] この決定については、荒木・前掲注(17)「間接損害」421頁を参照のこと。

⁸⁵⁴ BGHR §263 Abs.1 Stoffgleichheit 2. [連邦通常裁判所第3刑事部1987年12月2日決定] この決定については、荒木・前掲注(17)「間接損害」421頁を参照のこと。

的経済的財産概念に依拠する客観的損害算定。前述、本章第二節第三款第二項参照)をとっているものであり、「価値の移転」という類似の基準から、「財産損害」とは異なるメルクマールとしての「素材の同一性」の判断を行うことができるのか疑問である。したがってこの理論を単独で用いる場合には、①外部的利益や②間接損害及び後続損害を詐欺罪の対象から除外することは困難であるように思われる。

第三に、「利益と損害の表裏性の理論」は、他の理論と異なり、「損害」と「利得」の関係性を正面から問題にするものであるが、その具体的内容が不明確である。たとえば、厳格な意味で、「損害と利得の表裏性」を捉える場合には一致性理論と同様に詐欺罪の射程を過度に制限する恐れがあり、これに対して「損害と利得の対応性」という意味でとらえる場合にはその射程が不明瞭となりうる⁸⁵⁵。仮に後者の立場から、①外部的利益や②間接損害及び後続損害の事案類型を詐欺罪の対象から排除するのであれば、それは結論の先取りといえるであろう。

第四に、「利益の被害者負担性の理論」からすると、被害者の財産に由来しない①外部的利益は詐欺罪の対象から除外することが可能であるが、被害者の財産に生じる②間接損害及び後続損害は詐欺罪の対象から除外することは困難である。

第五に、「直接性の理論」からは、①外部的利益は、被害者の処分行為以外の第三者の利益を付与する行為が介在するという理由で、②間接損害及び後続損害は、処分行為自体から直接生じる損害ではないという理由で、詐欺罪の対象から除外されることになると思われる⁸⁵⁶。なお、この理論を重視する場合には、被害者の処分の対象がまず第三者の財産に移転され、行為者がその第三者の財産から利益を獲得する事例も⁸⁵⁷、詐欺罪の対象から一定の範囲で除外することが可能になると思われる⁸⁵⁸。もっとも、ドイツ刑法典 263 条 1 項で、利他的詐欺 (ein fremdnütziger Betrug)、すなわち「違法な財産上の利益を第三者に得させる目的」での詐欺が認められていることとの関係で、詐欺罪が成立する可能性はなお残っているといえる⁸⁵⁹。

以上みてきたように、①外部的利益と②間接損害及び後続損害の両者の事案類型を詐欺罪の対象から除外するには、直接性の理論を用いる必要があるといえる（仮に、①外部的利益のみを詐欺罪の射程から除外しようとするのであれば、「利益の被害者負担性の理論」を単独で用いることでも対応可能である）。このことから、一致性理論（あるいは「財産移転の理論」や「利益と損害の表裏性の理論」を厳格に捉える立場）には立たずに、両事案類型を詐欺罪の対象から除外しようとする論者は、別の理論と直接性の理論を併用する立場か、

⁸⁵⁵ Vgl. Jäger, a.a.O. (Fn.728), S.765.

⁸⁵⁶ Gössel, a.a.O. (Fn.662), S.405, §21 Rn.212.

⁸⁵⁷ Schlack, a.a.O. (Fn.287), S.54 は、外部的利益の一類型として、「第三者の財産の媒介 (Vermittlung eines Drittvermögens)」を扱っている。

⁸⁵⁸ Vgl. Straßer, a.a.O. (Fn.784), S.43.

⁸⁵⁹ Vgl. LK¹⁰-Lackner, a.a.O. (Fn.827), S.203, §263 Rn.270; LK¹²-Tiedemann, a.a.O. (Fn.287), S.287, §263 Rn.260; Jäger, a.a.O. (Fn.728), S.766; Schlack, a.a.O. (Fn.287), S.54 f.

あるいは、直接性の理論自体から「損害」と「利得」の関係性を捉え直す立場⁸⁶⁰かの選択をする必要がある。そして、ドイツ刑法の教科書やコンメンタールの多くは、(意識的な選択をしているわけではないが)前者の立場から、「素材の同一性」の表題の下で「損害」と「利得」の関係性を十分に整理することなく摘示しており⁸⁶¹、その結果として、詐欺罪における「素材の同一性」の多義性を招来しているものと思われる。

4. 小括

ドイツの詐欺罪における「素材の同一性」に関する現在の議論状況について以下のような検討を行った。

第一に、詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性についての学説として、「一致性の理論」、「財産移転の理論」、「利益と損害の表裏性の理論」、「利益の被害者負担性の理論」、「直接性の理論」が主張されており、多数説は「一致性の理論」以外の複数の理論を併用しているということを明らかにした。

第二に、詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性に関する判例については、帝国裁判所の判例では多様な判例がみられたが、連邦通常裁判所の判例(BGHSt 6, 115)において「財産損害と処分行為の直接性」と「財産上の利益と財産損害の対応性・表裏性」が要求されたこと、及び、その後の連邦通常裁判所の判例(BGHSt 34, 379 や BGHSt 60, 1)において「素材の同一性」という用語が用いられ、基本的に BGHSt 6, 115 の立場が継承されていることも明らかになった。

そして、第三に、詐欺罪における「損害」と「利得」の関係性についての学説や判例における、「素材の同一性」の概念内容の多義性は、詐欺罪の対象とは一般的に考えられていない事案類型(「外部的利益」や「間接損害及び後続損害」)の除外に起因するという推論を行った。

以上の検討により、ドイツの詐欺罪の「素材の同一性」というメルクマールは画然とした概念ではなく、ドイツの詐欺罪の学説や判例においてもこの概念の根拠付けや射程について十分に示せていないということが明らかになった。

第四節 わが国の詐欺罪の構成要件的结果の判断方法に関する私見

第一款 本節の検討順序

本節では、まず、これまでの検討で導出した、詐欺罪の構成要件的结果についての解釈指針及び判断枠組を確認した上で(第二款)、本章第二節で行ったドイツの詐欺罪における「財産損害」の議論の検討及び第三節で行った「素材の同一性」の議論の検討を踏まえて、わが

⁸⁶⁰ 本稿注(826)の文献を参照のこと。

⁸⁶¹ *Schlack, a.a.O. (Fn.287), S.21* は、「損害と利益の間の連関の要件に関して、学説や判例において一致しているにもかかわらず、素材の同一性の解釈学的根拠付けに関して、……非常に不明確である」と述べている。

国の詐欺罪の構成要件的结果の具体的な判断方法を示し、詐欺罪の解釈論において「財産損害」の下で議論されて典型事例についての私見の立場からの処理を示す(第三款)。そして、最後に、詐欺罪の構成要件的结果が否定される場合になお残されている問題、つまり詐欺罪の未遂の成立可能性の問題について補足的に検討する(第四款)。

第二款 詐欺罪の構成要件的结果の解釈指針及び判断枠組の確認

1. 詐欺罪の保護法益としての「財産」

本稿の「はじめに」「6. 本稿の解釈方法論」では、個別の犯罪の保護法益は、当該犯罪の構成要件要素の解釈指針の一つとして意義があり⁸⁶²、当該犯罪の保護法益自体が一義的に明確なものであれば、それを指針にして解釈を展開することが可能であるが、そうでない場合には客観的資料に基づいて解釈指針を導出する必要があると示した。

わが国の刑法学において、詐欺罪の保護法益が、「財産」であるということは基本的には争われていない⁸⁶³。もともと、本稿では、詐欺罪の保護法益を「財産」と捉えることは、それ自体としては無内容なものであり、客観的資料、とりわけ法制史的検討に立ち返った検討が必要であると解している。なぜなら、わが国の詐欺罪の解釈論においても⁸⁶⁴、ドイツの詐欺罪の解釈論においても⁸⁶⁵、保護法益を「財産」と解すること自体は、詐欺罪の構成要件的结果についての一定の判断方法と結びつくわけではなく、保護法益論とは異なる観点から解釈指針を導く必要があるといえるからである。

2. 詐欺罪の構成要件的结果の解釈指針及び判断枠組

本稿第二章では、このような視点から、わが国の詐欺罪の法制史的検討を行い、わが国の詐欺罪の構成要件要素に関する解釈指針(及び判断枠組)についての試論を導出した。ここでは、行為者側の「財物騙取/財産上不法の利益取得」と被害者側の「財産損害」が対応関係にあり、ドイ

⁸⁶² *Max Grünhut*, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in: August Hegler (Hrsg.), *Beiträge zu Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Reinhard von Frank*, Band 1, 1930, S.8 では、「法益は、刑法上の制裁を用いた典型的な保護の必要性であり、それは個別の構成要件にとって特徴的な保護に値する諸利益であり、一般的な保護目的ではない。」「このような特別な法益という概念は、……法律上の構成要件の解釈のための補助手段、つまり目的思想の名詞化 (Substantivierung), 短縮型 (Abbréviation) である。」(強調部分は原文隔字体)と述べられている。この点について、Vgl. auch *Jakobs*, a.a.O. (Fn.35), S.16 [日本語訳として、ヤコブス(川口=飯島訳) [飯島訳部分]・前掲注(35)書 18 頁以下]; *Kubiciel*, a.a.O. (Fn.28), S.53 ff.

⁸⁶³ ただし、詐欺罪の副次的な保護法益として財産取引における信義誠実を考慮する可能性があることを指摘する見解として、団藤・前掲注(40)書 605 頁, 610 頁。

⁸⁶⁴ 本稿第一章第二節で検討したように、わが国の詐欺罪の解釈論では、ここでの「財産」を、「個別財産」と捉えるか、あるいは「全体財産」と捉えるかという議論が展開されてきたが、いずれの見解からも自説の論拠が説得的に示されていない。

⁸⁶⁵ 本章第二節第一款 1 で示したように、ドイツの詐欺罪の解釈論において、詐欺罪の保護法益が「全体としての財産」であると示されることもあるが、それは本来的には窃盗罪などの「所有権に対する罪」との対比で示されるものにすぎないのである。

ツの詐欺罪の構成要件的结果とわが国の詐欺罪のそれは基本的に共通の基盤を有するものであるという解釈指針を導き出した⁸⁶⁶。

本稿第三章では、この解釈指針を検証するということを狙いにして、ドイツの詐欺罪の法制史的検討を行った。そして、本稿第三章第五節において、詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組として、㉔行為者が財物又は財産上の利益を得たこと（「財物取得／財産上の利益取得」）、㉕行為者が「財物を騙取したこと」又は「財産上不法の利益を得たこと」（「財物騙取／財産上不法の利益取得」）の二段階で判断するという枠組を示した⁸⁶⁸。

第三款 詐欺罪の構成要件的结果の具体的判断基準に関する私見

第一項 「財物取得」及び「財産上の利益取得」の判断方法

本稿では、詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組㉔（「財物取得／財産上の利益取得」）において、「財物／財産上の利益」の該当性（後述1）、「財物／財産上の利益」の取得（後述2）、「財物取得／財産上の利益取得」と「財産喪失」の対応関係（後述3）の3点を検討する必要があると解している。

⁸⁶⁶ 本稿第二章第四節で論証したように、この解釈指針の前提には、わが国の詐欺罪は欺罔によって財産上の利益を得る犯罪を指し、財物詐欺罪と利益詐欺罪の区分は現象類型的相違にすぎないという私見がある。

⁸⁶⁷ ドイツの詐欺罪の解釈論では、「利得意思」は、「超過的内心傾向（überschießende Innentendenz）」であると解され、構成要件的结果としての「財産損害」が発生しているが、「財産上の利益取得」が現実に生じていない場合であっても詐欺罪の既遂が認められるとされている（Vgl. *Erich Samson, Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht*, JA 1989, Heft 10, S.452; *Jäger*, a.a.O. (Fn.728), S.765; *Mitsch*, a.a.O. (Fn.629), S.336; *M/R/Saliger*, a.a.O. (Fn.640), S.2108, §263 Rn.277; *MK-Hefendehl*, a.a.O. (Fn.450), S.260, §263 Rn.765; *S/S/W/Satzger*, a.a.O. (Fn.640), S.1743, §263 Rn.304; *Eisele*, a.a.O. (Fn.643), S.223, Rn.636. *Wessels/Hillenkamp/Schur*, a.a.O. (Fn.680), S.338, Rn.584. さらに、伊藤(亮)・前掲注(776)書26頁参照)。このように、ドイツの詐欺罪の解釈論では、「財産損害」と「財産上の利益取得」は、必ずしも表裏的な概念とは解されていない。しかし、本章第三節の詐欺罪の「素材の同一性」に関する議論ですでにみたように、構成要件的结果である「財産損害」と主観的要素である「利得意思」の関係性を問題にする際には、「損害」と「利得」が対応関係あるいは表裏の関係にあるということは意識されている（とりわけ、本稿注(773)を参照のこと）。

なお、*B. Heinrich*, a.a.O. (Fn.450), S.608, §20 Fn.67 は、「財産上の利益は生じる必要はない。それに対応する意思で足りる。このことは、実践的にはおおそ重要はない。なぜなら、損害結果に到達する行為者は、ほとんどの場合に同時に素材同一的な利益を獲得するのからである。」と指摘している。

⁸⁶⁸ 詐欺罪の構成要件的结果を二段階で判断することを示唆する見解として、曾根・前掲注(41)書144頁、田山・前掲注(137)「客体」16頁以下(特に、25頁)。田山は、背任罪以外の財産犯における財産侵害について、このような判断枠組を用いていることを主張しているが(このような主張に対する批判として、野澤・前掲注(277)論文264頁以下)、本稿は詐欺罪以外の構成要件的结果の判断枠組については別途検討を要すると解している。

1. 「財物／財産上の利益」⁸⁶⁹の該当性

(1) ドイツの詐欺罪の「財産概念」の議論の参照可能性

ドイツの詐欺罪の解釈論において、「財産」は、詐欺罪の保護法益として議論されているが、それとともに、構成要件要素の「財産処分」あるいは「財産損害」との関連でも議論されている⁸⁷⁰。

本稿では、わが国の詐欺罪の「財物交付／財産上の利益処分」及び「財物騙取／財産上不法の利益取得」の解釈との関係で、ドイツの詐欺罪の解釈論において展開されている「財産概念」の議論が参照可能であると解している⁸⁷¹。なぜなら、わが国の詐欺罪でも、ドイツの詐欺罪でも、「個別の財産対象の処分」が要求されており⁸⁷²、さらに、わが国の詐欺罪とドイツの詐欺罪の構成要件的结果の相違についても「財物騙取／財産上不法の利益取得」を行為者から見た事象と捉え、「財産損害」を被害者から見た事象と捉えることで両者は表裏の関係にあると解することができるからである。

(2) 出発点：法的観点からのアプローチ

わが国の詐欺罪の解釈論では、詐欺罪を「個別財産に対する罪」と捉える立場と「全体財産に対する罪」と捉える立場の対立があるにもかかわらず(本稿第一章第二節参照)、双方の立場から、「経済的財産概念」又は「法的経済的財産概念」が妥当であると主張されている⁸⁷³。

⁸⁶⁹ 本稿では、第二章第四節で前述したように、財物詐欺罪(刑法 246 条 1 項)における「財物」は「有体物」性を備わった「財産上の利益」を指すと解している。

⁸⁷⁰ さしあたり、本稿注(640)を参照のこと。

⁸⁷¹ 二項犯罪における「財産上の利益」の意義の関係で、ドイツの詐欺罪の「財産概念」の議論を参照するものとして、平野・前掲注(627)論文 52 頁。

⁸⁷² わが国の財物詐欺罪(刑法 246 条 1 項)では、「財物交付」が明文で要求されており、利益詐欺罪(同条 2 項)では、書かれざる構成要件要素としての「財産上の利益の処分」が要求されている。これに対して、ドイツの詐欺罪(ドイツ刑法典 263 条 1 項)では、書かれざる構成要件要素としての「財産処分」が要求されており、「個別の財産対象の処分」が問題にされている(本章第二節第一款 2 及び 3 参照。さらに、客観的損害算定との関連で本章第二節第三款第二項参照)。

⁸⁷³ 詐欺罪を「個別財産に対する罪」と捉える立場から、「経済的財産概念」に依拠している見解として、大塚・前掲注(40)書 168 頁注 1。さらに、この立場から「法的・経済的財産概念」に依拠している見解として、団藤・前掲注(40)546 頁以下注 5、曾根・前掲注(41)書 103 頁以下、大谷・前掲注(41)189 頁以下、山中・前掲注(42)260 頁以下、高橋(則)・前掲注(41)211 頁など。その他に、経済的観点を重視する立場として、田山・前掲注(17)「損害」157 頁以下、田山・前掲注(137)「客体」18 頁以下。二項犯罪との関係で「法的財産概念」を批判的に検討するものとして、平野・前掲注(627)論文 52 頁参照。

詐欺罪を、「全体財産に対する罪」と捉える立場から、「法的・経済的財産概念」に依拠する見解として、林(幹)・前掲注(43)書 144 頁以下、林・前掲注(48)『財産犯』176 頁。その他に、この立場から、経済的観点を重視するものとして、浅田・前掲注(24)論文 315 頁以下、浅田・前掲注(16)論文 65 頁以下、斐・前掲注(43)論文 F74 頁[143 頁](なお、斐・前掲注(626)論文 115 頁以下では、不法原因給付と詐欺罪を論じる文脈で法秩序の統一性の観点を重視していることから、「法的・経済的財産概念」に依拠しているものと思われる)。詐欺罪を「財産一般」に対する罪と解する立場から、「法的・経済的財産概念」に依拠する見解として、松宮・前掲注(105)書 267 頁以下(さらに、松宮孝明「書評 斐美蘭「詐欺罪における財産上の損害」」法律時報 86 卷 2 号(2014 年)

しかし、本章第二節第二款で明らかにしたように、「経済的財産概念」及び「法的・経済的財産概念」は、財産に対する罪の保護範囲を問題にする際に、「経済という事実的観点」を重視すること自体を説得的に論証できていない点に問題がある。ある対象を保有し、それを自身のために用いることができるのは、その対象に経済的価値があるからではなく、むしろ、ある人格がその対象を保有し、それを自身のために用いることが法的に承認されているからであると思われる。なぜなら、経済的価値があるものは、それ自体として保護されるのではなく、一定の法システム(たとえば、私有財産や経済活動の自由を保障する法制度)の下で保護されるにすぎないからである⁸⁷⁴。

したがって、本稿は、わが国の詐欺罪における「財産」(「財物/財産上の利益」)の解釈において、経済的観点からアプローチするのではなく、法的観点からアプローチする⁸⁷⁵。

(3) 法的観点からの「財産」の基礎付けに関する学説

本章第二節第二款で検討したように、ドイツの詐欺罪の解釈論において、法的観点からのアプローチとして、「法的財産概念」と「自由理論的・人格的財産概念」が主張されている。

ビンディングが主張する「法的財産概念」は、「財産」を「あらゆる財産権と財産義務の総和」⁸⁷⁶と捉えて、私法や公法において承認されている権利を基準にして判断する見解である。

これに対して、パヴリックが主張する「自由理論的・人格的財産概念」は、「法的人格の自由保障」⁸⁷⁷という観点から、ドイツの詐欺罪における「財産」(財産対象)を、自由な自己表現を可能にす

121 頁も参照)。

⁸⁷⁴ Vgl. Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.257 Fn.24; Nelles, a.a.O. (Fn.654), S.387; Hefendehl, a.a.O. (Fn.676), S.110. ただし、このことは、経済システムが法システムに片面的に依存しているという趣旨ではない。法システムと経済システムがそれぞれ「自己創出」的に、「自己言及」的に、「自律」的に存在するが、法システムと経済システムは全く無関係に存在するわけでもなく、一部の領域(たとえば、所有や契約などの領域)において、相互依存形態は生じうるのである(福田康太『法理論のルーマン』(勁草書房, 2002年)7頁, 147頁以下, 155頁以下参照。その他に, C. パラルディ＝G. コルシ＝E. エスポジト(土方透＝庄司信＝毛利康俊訳)『GLU——ニクラス・ルーマン社会システム理論用語集』(国文社, 2013年)50頁以下[「オートポイエーシス」の項目], 110頁以下[「構造的カップリング」の項目]なども参照)。

⁸⁷⁵ たとえば, Gerland, a.a.O. (Fn.652), S.560 は, 「少なくとも, 財産の概念は, 純粋な法概念(Rechtsbegriff)であるが, 経済的概念ではない。決して, 個別の財産構成要素の経済的意味が重要なのではない。すなわち, その構成要素が財産に属するということが, その構成要素が一定の金銭価値を有しているということによって確定されない。」(強調部分は原文隔字体)と述べている。その他にわが国の先行研究においても, 瀧川・前掲注(69)「詐欺罪の問題」480頁が, 「損害は法律的意义のものでなければならない。それは原則として経済的損害——金銭的損害——であるが, これを必要とするわけではなく, また経済的損害だけでは不十分である。経済的損害即ち法律的意义の損害といふことは出来ないからである。」と述べており, 内田・前掲注(627)「不法な取引」66頁以下も, 「財産が『財産』として保護に値するのは, まさに『法』がこれを承認したからにほかならないのであって, 単に事実上財産として通用するだけでは不十分である。」と述べている。さらに, 二項犯罪との関連で, 佐藤(結)・前掲注(275)論文 35頁以下も参照。

⁸⁷⁶ Binding, a.a.O. (Fn.652), S.238.

⁸⁷⁷ Vgl. Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.46 f.

るために、「法的人格に法的に配分され」、かつ、人格性の構成的メルクマールを放棄することにつながらずに「法的に放棄可能であるもの」⁸⁷⁸と捉える見解である。

(4) 「財物／財産上の利益」の意義に関する私見

本稿は、パヴリックが「法的人格」への「財産」の配分という観点において私法や公法の規範を参照することについて、刑法は「規範的な真空状態」において自由を保障するわけではないということから説明していること⁸⁷⁹が重要であると考えている。

ビンディングの立場からも、パヴリックの立場からも、憲法⁸⁸⁰や民法等で「財産権」が保障されている現在の法制度の下では、刑法学において「財産」の配分を独自に考える必要はないといえる⁸⁸¹。この限りで、両者の見解の相違は重要ではない。

これに対して、私法の規範及び公法の規範が成文化や法典化されていない場合や私法や公法の規範が十分に確立されていない場合には⁸⁸²、両者の帰結が異なる可能性がある。すなわち、ビンディングの立場からは、「権利」として保障されていないものは、詐欺罪における「財産」にも該当しないことになると思われるが、パヴリックの立場を前提にすると、私法や公法の規範が十分に確立されていない場合であっても（パヴリック自身は必ずしも明示はしていないが）、公法や私法の背後にある規範に基づいて（例えば、法哲学などの議論を参照することによって）、ある対象を「法的人格」に配分することは可能であると推測され得る。なぜなら、私法や公法の規範が十分に確立されていない段階であっても、パヴリック

⁸⁷⁸ Vgl. Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.259.

⁸⁷⁹ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.259.

⁸⁸⁰ 日本国憲法 29 条 1 項では、「財産権はこれを犯してはならない。」と、同条 2 項「財産権の内容は公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」と規定されている。ドイツ基本法 14 条 1 項では、「所有権及び相続権は、これを保障する。その内容及び限界は、法律でこれを定める。」と、同条 2 項では、「所有権には義務が伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである。」(初宿・前掲注(724a)9 頁参照)と規定されている。

⁸⁸¹ わが国の刑法学において「所有権」を刑法独自の観点からアプローチすることに批判的な見解として、松宮孝明「法秩序の統一性と違法性阻却」立命館法学 238 号(1994 年)84 頁以下、松宮・前掲注(105)書 189 頁、林・前掲注(43)書 170 頁など参照。

⁸⁸² ここでは、主として、憲法上の「財産権」保障規定やそれに基づく私法上の規定が制定されていない段階における「所有権」を念頭に置いている。このような段階であっても、「所有権」自体は観念されていたといえる(たとえば、ゲラン・ランツ(島本美智男訳)『所有権論史』(晃洋書房, 1990 年)1 頁以下、三島淑臣「近代の哲学的所有理論——ロックとカントを中心に——」日本法哲学会編『現代所有論』[法哲学年報(1991)](有斐閣, 1992 年)6 頁以下、加藤雅信『「所有権」の誕生』(三省堂, 2001 年)168 頁以下など参照)。

もっとも、この議論は、現代的にも意義があると思われる。たとえば、仮想通貨が「財産」(わが国の詐欺罪では「財産上の利益」)に該当するかということを検討する際に、重要である。なぜなら、現時点では仮想通貨について私法的位置付けについて議論の途上にあるからである(私法的位置付けについて詳細に検討するものとして、得津晶「日本法における仮想通貨の法的諸問題:金銭・所有権・リヴァイアサン」法学(東北大学)81 巻 2 号(2017 年)83 頁以下(特に 88 頁以下)参照。その他に、末廣裕亮「仮想通貨の法的性格」法学教室 449 号(2018 年)52 頁以下も参照)。

が狙いにしている法的人格の自由を保障する資源的基礎として財産を保障する要請は存在するからである。

したがって、本稿では、「法的財産概念」と比較して、より精緻化された理論である「自由理論的・人格的財産概念」が妥当であると解しており⁸⁸³、わが国の詐欺罪（刑法 246 条）における「財物／財産上の利益」においてもこの理論に依拠して判断する。

(5) 「財産」に該当しないもの

本稿で依拠する「自由理論的・人格的財産概念」からは、本章第二節第二款第四項で前述したように、公序良俗⁸⁸⁴などの一般原理からの不明瞭な限定⁸⁸⁵を行うのではなく、「法的人格に法的に配分されるわけではないもの」及び「法的に放棄可能でないもの」が、詐欺罪の「財産」（財物／財産上の利益）から除外されることになる。

前者の例として、「自由理論的・人格的財産概念」の主張者であるパヴリックは、「不適法な占有」を挙げており、本稿もこの理解が基本的に妥当であると解する。このことから、窃盗犯から欺罔によって盗品を取り返すことなどが詐欺罪の対象から除外されることになる⁸⁸⁶。その他に、本稿は、パヴリックは明示していないが、単なる「情報」や「事実上の地位」なども前者の例として排除可能であると考えている⁸⁸⁷。後者の例として、パヴリックは「一身専属的な法的地位」、「身体」、「身体の構成部分」、「性的奉仕」などを挙げており、本稿も、

⁸⁸³ その他に、本章第二節第二款第四項で確認したように、「自由理論的・人格的財産概念」は、哲学や刑法の基礎理論に立ち返って「法的人格の自由保障」という観点から「財産」を定義しすることによって、古典的法的財産概念に向けられていた「循環的性格」や「方法論的欠陥」という批判を回避することができているということも重要である。

⁸⁸⁴ わが国の民法典 90 条では、「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする。」と規定されている。なお、ドイツ民法典 134 条の法律違反の条文については本稿注(690)を、138 条の良俗違反の条文については、本稿注(691)を参照のこと。

⁸⁸⁵ ドイツの詐欺罪の解釈論において主張されている「法的・経済的財産概念」は、法秩序の統一性という観点から、法律違反による無効や良俗違反による無効を用いて、財産概念の射程を限定する。ビンディングの立場は、「法的・経済的財産概念」よりも、より恣意的な限定に至る可能性がある。なぜなら、*Binding, a.a.O. (Fn.652), S.343* は、詐欺罪の対象に適さない例の一つとして、「無効である権利の保持者」（約束された報酬を支払わない意思で買春をする者、賄賂收受者など）を挙げており、この際に無効の原因を法律違反や良俗違反に限っていないからである。

⁸⁸⁶ 窃盗犯が占有している盗品を、窃盗罪における窃取と評価される行為によって取返しを行った場合には、さらに、自力執行の禁止の原則との関係が問題になり得る。本稿は、この点についての結論を留保する。なぜなら、本稿で導き出した「財物／財産上の利益」概念は、ドイツの詐欺罪において展開されている財産概念を参照して導いたものであり、広義の財産犯全般に妥当するものであるかについてはさらなる検討が必要であると考えているからである。なお、この問題を自力執行禁止の原則と窃盗罪の保護法益の関連で論じるものとして、大下英希「自救行為と刑法における財産権の保護」川端博ほか編『理論刑法学の探究 7』（成文堂、2014 年）102 頁以下参照。

⁸⁸⁷ このような観点から、前掲・東京高判平成 21・11・16 が、被告人が、キャッシュカード窃取後に、キャッシュカードの暗証番号を聞き出した事案について、「預貯金を引き出す地位という財産上の利益を得た」として、利益強盗罪（刑法 236 条 2 項）を認めたことには疑問がある。

この理解が妥当であると考えている。

2. 「財物／財産上の利益」の取得

わが国の詐欺罪では、ドイツの詐欺罪とは異なり、明示的に、行為者（又は第三者）が「財物／財産上の利益」を「取得」したことが要求されている⁸⁸⁸。このことから、行為者（又は第三者）が、上述した「財産」（「財物／財産上の利益」）に該当するものを、形式的な意味で「取得」しているかを検討する必要がある。

3. 「財物取得／財産上の利益取得」と「財産喪失」の対応関係

(1) ドイツの詐欺罪の「素材の同一性」の議論の参照可能性

詐欺罪の法制史的検討から導き出した解釈指針から、行為者側の「財物取得／財産上の利益取得」と被害者側の「財産喪失」が対応関係にあることも要求される。

本稿は、ここでの対応関係を明確化するために、本章第三節で検討した、ドイツの詐欺罪における「素材の同一性」の議論を参照できると考えている。ドイツの詐欺罪において、「損害」と「利得」の関係性を検討するのが、「素材の同一性」の議論であり、ドイツの詐欺罪の解釈論では、このメルクマールは、（わが国の詐欺罪にも基本的に妥当と思われる）詐欺罪の「財産移転犯的性格」から導かれているからである。

(2) 「素材の同一性」の概念内容としての「直接性」

ドイツの詐欺罪の解釈論では、かつて、「損害」と「利得」の関係性について「不利益〔損害〕客体と利得客体の物的一致性」を要求する理論が主張されていたが、これは財物詐欺以外の詐欺を過度に限定するおそれがある理論であるといえ、現在では支持を失っている。わが国の詐欺罪では、財物詐欺罪だけでなく、利益詐欺罪も規定されているので（それどころか、本稿では、財物詐欺罪は利益詐欺罪の構成要件的结果である「財産上不法の利益取得」に「財物」性を備えた規定であると理解しているので）、この理論に依拠することはできない。

その他に、ドイツの詐欺罪の現在の解釈論では、「損害」と「利得」の関係性に関する理論として、「財産移転の理論」、「損害と利益の表裏性の理論」、「利益の被害者負担性の理論」、及び、「直接性の理論」が展開されている。本章第三節第二款第二項 3(3)で検討したように、「素材の同一性」が、「外部的利益」と「間接損害及び後続損害」の事案類型などを排除するために機能していること

⁸⁸⁸ 財物詐欺罪（刑法 246 条 1 項）の現在の条文では、構成要件的结果として、「財物を交付させた」ことが要求されており、利益詐欺罪（同条 2 項）では「財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた」ことが要求されているにすぎず、財物詐欺罪において明文で「財物取得」が要求されているわけではない。もっとも、平成 7 年 5 月 12 日法律第 91 号の改正以前の財物詐欺罪の規定では「財物ヲ騙取シタル」ことが要求されており、同改正全体の方針が各条文の内容に変更を加えずに、表記の現代用語化によって平易化するものであったことを前提にすれば（麻生光洋＝井上宏＝三浦透＝園部典生「刑法の一部を改正する法律について——表記の平易化等のための刑法改正——」松尾浩也編『刑法の平易化』（有斐閣、1995 年）33 頁以下参照）、本文のように解することが可能である。

に鑑みれば、「直接性の理論」、すなわち「財産上の利益と財産損害は同一の財産処分に基づくものであり、財産上の利益は被害者の財産から直接もたらされなければならない」ということを要求することで足りるものと思われる。ドイツの詐欺罪の現在の学説の多くは、「直接性の理論」とその他の理論を併用しているが、これらを併用する必要性があるのかは疑問である。

以上より、本稿は、わが国の詐欺罪における「財産取得」と「財産喪失」の対応関係として、『財物取得／財産上の利益取得』と『財産喪失』は、同一の財産処分から直接的に生じるものであり、『財物／財産上の利益』は被害者の財産から直接的にもたらされなければならない」ということが必要であると解する⁸⁸⁹。

4. 小括

本稿で提示する、詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組④（「財物取得／財産上の利益取得」）の具体的判断基準は、以下のようにまとめることができる。

第一に、「財物／財産上の利益」の該当性を検討することが必要である。この点について、「自由理論的・人格的財産概念」に依拠して、自由な自己表現を可能にするために、「法的人格に法的に配分され」、かつ、人格性の構成的メルクマールを放棄することにつながらずに「法的に放棄可能であるもの」という観点から判断を行うことになる。

第二に、行為者（又は第三者）が、財物／財産上の利益を「取得」していることを検討することが必要である。

第三に、行為者（又は第三者）の側の「財物取得／財産上の利益取得」と被害者の側の「財産喪失」が対応関係にあることを検討することが必要である。この点について、「財物取得／財産上の利益取得」と「財産喪失」は、同一の財産処分から直接的に生じるものであり、財産上の利益は被害者の財産から直接的にもたらされなければならないという観点から判断を行うことになる。

第二項 「財物騙取」及び「財産上不法の利益取得」における「不法」の判断方法

1. ドイツの詐欺罪の「財産損害」の議論の参照可能性

詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組⑤（「財物騙取／財産上不法の利益取得」）については、「不法」の判断基準のみが問題になる。なぜなら、判断枠組④において、「財物騙取／財産上不法の利益取得」の判断の基礎になる「財物取得／財産上の利益取得」が確定されているからである。

本稿では、わが国の詐欺罪の構成要件的结果である「財物騙取／財産上不法の利益取得」とドイツの詐欺罪の構成要件的结果である「財産損害」は基本的に共通の基盤を有するものであると

⁸⁸⁹ 「直接性」と「利益の被害者負担性」を折衷的に用いているが、おそらく本稿と同旨の見解として、松宮・前掲注(105)書 257 頁（「利得と損害は同一の処分から直接に生じたものでなければならず——その意味で、処分行為と損害との間には『直接性』が必要である——、かつ、その利得は被侵害財産の負担となるものでなければならない」）。さらに、近時の詐欺罪に関する最高裁判例との関連で、松宮・前掲注(11)「詐欺と治安法」366 頁も参照。

いう理解から、わが国の詐欺罪の「財物騙取／財産上不法の利益取得」における「不法」について、ドイツの詐欺罪の構成要件的結果である「財産損害」の議論を参照することが可能であると解している。

2. 出発点：法的観点からのアプローチ

本稿では、前項 1(3)でわが国の詐欺罪の「財物／財産上の利益」についての解釈において法的観点からアプローチする必要があると述べたのと同様に、「財物騙取／財産上不法の利益取得の判断方法」においても、法的観点からアプローチする必要があると解している⁸⁹⁰。

3. 法的観点からの「財産損害の判断方法」に関する学説

本章第二節第三款で検討したように、ドイツの詐欺罪の解釈論において、法的観点からのアプローチとして「法的財産概念」に基づく財産損害の判断方法（「権利的意味の損害」を基準にするビンディングの見解）と「自由理論的・人格的財産概念」に基づく財産損害の判断方法（当事者の法的関係性を重視するパヴリックの見解）が主張されている。

本稿では、わが国の詐欺罪の「財物騙取／財産上不法の利益取得」における「不法」の判断方法において、基本的には「法的財産概念」及び「自由理論的・人格的財産概念」に基づく財産損害の判断方法を参考にして、私見を展開する。

4. 「財物騙取／財産上不法の利益取得」における「不法」の判断方法に関する私見

(1) 判断基準

本稿では、「財物取得／財産上の利益取得」が、「当事者間の法的関係性」⁸⁹¹を基礎付ける

⁸⁹⁰ 法的観点からアプローチすることは、明治 40 年草案の利益詐欺罪（現行刑法典 246 条 2 項において継承）の文言の修正（「不法ニ財産上ノ利益ヲ得」から「財産上不法ノ利益ヲ得」に変更）の趣旨にも合致すると思われる。本稿では、第二章第三節第二款第二項において、この文言の修正は私法の研究者である岡松参太郎の提案によるものであることを明らかにし、彼の著書などから、この提案の趣旨は「財産上の利益を得る権利が行為者に存在しないこと」及び「行為者が財産上の利益を得る権利を有していないことを自覚していること」を要求するものであったという推論を行った。

⁸⁹¹ Vgl. Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.287. なお、ビンディングの立場も基本的にはこれと同旨であると思われる。本章第二節第三款第一項で確認したように、ビンディングは、「財産損害」を、「権利的意味の損害 (Schaden im Rechtssinne)」を基準にして判断を行っていたが (Binding, a.a.O. (Fn.652), S.357 Fn.1), その判断の際に、彼は、双務契約の場合には給付と給付の関係に照らして、「権利侵害」があったか否かを判断していたからである (Vgl. a.a.O. (Fn.652), S.358 f. Fn.3)。

事実を基にして⁸⁹²、「公平な判断者」⁸⁹³の視点から正当化し得るかを判断し、これが正当化し得ない場合に、「財物騙取／財産上不法の利益取得」における「不法」性が認められ、詐欺罪の構成要件の結果が認められることになる」と解している。

この判断基準は、連邦通常裁判所の搾乳機事件⁸⁹⁴（本章第二節第三款第二項 4(1)参照）において展開されていた「個別化の原則」を、経済的観点を重視する客観的損害算定の修正原理としてではなく、法的観点から「財産損害」を判断する立場を参考にして、再構成したものである。なお、本稿では、「公平な判断者」の視点から判断することを要請しているが、これは、「被欺罔者の恣意的な選好に従わない」⁸⁹⁵という趣旨にとどまらず、当該状況に置かれた法的人格を措定して、理性的判断⁸⁹⁶を行うという趣旨である。このような意味で、本稿は、「相互主観的判断」にとどまらず、「相互人格的判断」を展開するものである⁸⁹⁷。

以下では、「双務契約」、「片務契約」、「給付システムの不正利用」の事案類型に即して、判断準則を示す。

(2) 事例類型に即した判断準則

7. 双務契約の場合

売買などの双務契約において欺罔行為が行われ、被欺罔者が「財物／財産上の利益」を処分し、それに基づいて行為者又は第三者が「財物／財産上の利益」を取得した場合には、「当事者間の合意内容」⁸⁹⁸⁸⁹⁹を明らかにし、当該状況下に置かれている法的人格を基準者として、「公平な判断者」の視点から「財物／財産上の利益」の取得が正当化し得るかということを検討する⁹⁰⁰。ただし、双務契約においては、当事者間で拘束力をもって約束していた「給付

⁸⁹² この判断基準において、判断の基礎として考慮されるのは、「当事者間の法的関係性」を根拠付ける事実（双務契約や片務契約が問題になる場合においては「相互主観的事実」）である。したがって、この判断基準では、基本的に、純客観的な経済的価値や純主観的な被欺罔者の主観は重視しない。

⁸⁹³ Vgl. BGHSt 16, 321(326).

⁸⁹⁴ BGHSt 16, 321.

⁸⁹⁵ Vgl. Kudlich, a.a.O. (Fn.738), S.124.

⁸⁹⁶ ただし、Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.272 f.は、客観的・個別的損害理論〔客観的損害加味の理論に依拠しつつ個別的損害加味の理論による修正を行う立場〕が「無関係な第三者の理性的な判断（vernünftiges Urteil eines unbeteiligten Dritten）」を行っていることに対して、私的消費や補助金交付との関係で、懸念を示している。

⁸⁹⁷ 本章第二節第三款第三項 3 の「自由理論的・人格的財産概念」に基づく財産損害の判断に対する第二の疑問点の関連で示唆した。

⁸⁹⁸ Binding, a.a.O. (Fn.652), S.358 f. Fn.3; Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.287 f.

⁸⁹⁹ ここで、「当事者間の法的関係性」を基礎付ける事実として、「当事者間の合意内容」を重視している理由は、取引の自由が認められている社会では、財産対象の交換は、当該財産対象を保有する当事者に委ねられており、そこでの財産対象の価値は、金銭的価値に依存するのではなく、当事者間の「相互主観的な価値設定」に依存するといえるからである（Vgl. Kubiciel, a.a.O. (Fn.694), S.163 f.; Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.287 und 294; Jakobs, a.a.O. (Fn.736), S.231）。

⁹⁰⁰ Pawlik, a.a.O. (Fn.348), S.284 は、「財産損害」を判断する際に、「被害者にその都度（現実には、

と「反対給付」の内容が重要である。ある事項が約款に記載されていたということそれ自体が、「給付」と「反対給付」に関する当事者間の合意内容と等価に扱われるわけではない。

この判断準則から、以下の帰結が導かれる。①行為者が欺罔と評価される行為によって被欺罔者との間で双務契約を締結し、当事者間で合意されていた反対給付を提供することなしに、行為者又は第三者が「財物／財産上の利益」を取得した場合には、「財物騙取／財産上不法の利益取得」（換言すれば「財物取得／財産上の利益取得」が「不法」であること）が認められる⁹⁰¹。

仮に、行為者から、合意に反するが、経済的に価値がある反対給付が提供された場合であっても、本稿の立場からは、この帰結に影響を及ぼさない⁹⁰²。この点で「経済的財産概念」や「法的・経済的財産概念」に基づく立場⁹⁰³とは異なる。これに対して、②行為者から、当事者間で合意されていた反対給付が提供されている場合には、「財物騙取／財産上不法の利益取得」は認められない。

又は、債務法上の義務の形式で)給付されたもの」[反対給付]と「被害者が刑法上の意味で請求することができたはずのもの」を比較することを主張している（さらに、パヴリックは、a.a.O., S.289において、自説を「被害者の有する刑法上の請求権を、その履行と……比較する」ものであると説明している）。本稿は、ここでの「行為者から被害者への給付[反対給付]の提供」と「被害者が行為者に対して有している刑法上の請求権」の比較は、被害者によって提供された「給付」が、当事者間の合意に照らして正当化することができるかを判断するためになされているものであると捉えている。

⁹⁰¹ Vgl. *Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.357; *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.287 f.

⁹⁰² このような見解として、*Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.360。おそらく同旨の指摘として、Vgl. *Jakobs*, a.a.O. (Fn.736), S.230。(ヤコブスは、「自身の休暇でローマへの研修旅行をしようとする者には、すり替え(Unterschiebung)によって締結されたノルウェーでのサケ漁(Lachsfang)についての契約は、そもそも役立たない。ノルウェー旅行が特にお買い得であったとしても役立たない」などと述べて、経済的観点から詐欺罪の「財産損害」を判断することに懸念を示す。)

⁹⁰³ 松宮・前掲注(11)「詐欺と治安法」380頁は、「木こりがその——木を切り倒すという——仕事に用いるために鉄製の斧の購入を申し込んだところ、行為者側が、その木こりの日ごろの働きに報いてやろうと考え、斧を入れる箱の中にひそかに『金の斧』を入れて、鉄製の斧の代金と引き換えにこれを引き渡した」という事案との関連で、「財産損害」を経済的観点からの差引計算を行って「財産損害」を否定することを主張している。しかし、松宮は、同頁で、「取引相手が取引において追求した商品(財物ないし役務)の『使用価値』をも考慮して判断すべきである」と述べているのであり、この場合にも使用価値(木こりにおける金の斧の使用価値の不存在)を考慮すれば財産損害が認められる可能性が残るように思われる。

なお、ドイツの詐欺罪の解釈論においても、合意に反して経済的に価値がある反対給付が提供された事案では、財産損害を否定する見解(すなわち、個別的損害加味の理論はこの場合には適用されないという見解)が一般的な理解のようである。Vgl. *Saliger*, a.a.O. (Fn.662), S.27〔本稿注(719)で示したビンディングの見解に対する批判〕; *Christian Liebhart*, *Diskussionsbeiträge*, in: *Thomas Fischer u.a. (Hrsg.), Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, Baden-Baden 2015, S.358*. [この文献は、同書の基になった2015年4月23日、24日開催のシンポジウムの議論状況をまとめた報告書である。そこでは、ウーヴェ・ヘルマン(Uwe Hellmann)が、合意に反して経済的に価値がある反対給付が提供された場合に、個別的損害加味の理論が適用されない旨を指摘した旨記述されている。]

イ. 片務契約の場合

次に、贈与などの片務契約において欺罔行為が行われ、被欺罔者が「財物／財産上の利益」を処分し、それに基づいて行為者又は第三者が「財物／財産上の利益」を取得した場合（たとえば、寄付金詐欺や物乞い詐欺）には、まず「片面的給付を行う側とそれを受ける側の合意内容」⁹⁰⁴を明らかにした上で、これを基に被欺罔者が片面的給付を行うための客観的条件⁹⁰⁵を導出し、当該状況下に置かれている法的人格を基準者として、「公平な判断者」の視点から、「財物／財産上の利益」の取得が判断を行う。

このことから、以下の帰結が導かれる。①行為者が欺罔と評価される行為によって、被欺罔者との間で片務契約を締結し、給付を行う客観的条件に違背して、行為者又は第三者が「財物／財産上の利益」を取得した場合には、「財物騙取／財産上不法の利益取得」が認められる。これに対して、②給付を行う客観的条件に違背していない場合（たとえば、有効な贈与の場合）には、「財物騙取／財産上不法の利益取得」が否定されると思われる。

ただし、これらの事案では、そもそも、行為者が片務契約の合意内容、特に客観的条件に関してではなく、付随的事項（たとえば、隣人が多額の寄付を行ったということ）に関して真実と異なる事実を述べた場合に、欺罔行為を認めることができるか自体についても再検討する必要があると思われる⁹⁰⁶。

ウ. 給付システムの不正利用の場合

行為者が欺罔によって双務契約や片務契約を締結する場合とは異なって、行為者が欺罔と評価される内容虚偽の申請によって一定の身分や地位に対して給付するシステムを不正に利用する場合（たとえば、内容虚偽の申請により補助金の交付を受けた場合など）には、当事者間の合意という観点は基準になりえない。この場合には、国や地方公共団体が運営する給付システムの場合には、基本的には法律や条例、それらについての施行規則など、あるいは私的機関の運営する給付システムの場合にはその要綱などを基にして、当該給付システムにおける客観的な給付条件を導出し、当該状況下に置かれている法的人格を基準者として、「公平な判断者」の視点から「財物／財産上の利益」の取得が正当化し得るかということを検討することになる。なお、この類型では法人（国家、地方公共団体、大学、企業など）が問題になることが多いといえるが、この際には窓口担当者などの主観などは考慮されない。

したがって、以下の帰結が導かれる。①行為者が、欺罔と評価される内容虚偽の申請によ

⁹⁰⁴ たとえば、贈与について、民法典 549 条では、「贈与は、当事者の一方がある財産を無償で相手方に与える意思を表示し、相手方が受諾をすることによって、その効力を生ずる。」と規定されている。

⁹⁰⁵ Vgl. *Binding*, a.a.O. (Fn.652), S.356 f.

⁹⁰⁶ Vgl. *Pawlik*, a.a.O. (Fn.348), S.275 f. und S.157 ff. そのほかに、伊藤(渉)・前掲注(74)「損害(五)」33 頁も参照(ただし、同 43 頁において、詐欺罪における「財産損害」の問題のすべてを、「欺罔行為」に還元して説明しようとするには疑問である)。おそらく、この種の事案が欺罔行為に該当するという前提で、「財産損害」の議論を検討している近時の文献として、田山・前掲注(137)「客体」159 頁以下。

って、給付条件に違背して、「財物／財産上の利益」を取得する場合には、「財物騙取／財産上不法の利益取得」が認められるといえる⁹⁰⁷。これに対して、②給付条件自体に違背していない場合には、「財物騙取／財産上不法の利益取得」が否定されると思われる。

なお、この場合にも、片務契約の場合と同様に、給付条件の本質的な部分に関する虚偽の申請でない場合であっても、欺罔行為が認められるのかについて検討する必要があると思われる。

5. 小括

本項では、第一に、詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組⑤（「財物取得／財産上不法の利益取得」の「不法」性で）に関する判断基準を示した。すなわち、前述した判断枠組④によって確認される「財物取得／財産上の利益取得」が、「当事者間の法的関係性」を根拠付ける事実を基礎にして、「公平な判断者」の視点から、正当化されない場合には、構成要件的结果としての「財物騙取／財産上不法の利益取得」が認められ、正当化される場合には否定されるということである。

そして、第二に、事案検討を念頭に置いて、「双務契約」、「片務契約」、「給付システム的不正利用」において詐欺罪が問題になる場合の「財物騙取／財産上不法の利益取得」の判断基準を示した。

第三項 具体的事案の検討

次に、本稿の冒頭で示した詐欺罪に関する近時の最高裁判例の拡張的運用に歯止めをかける理論を検証することを狙いにして、暴力団員ゴルフ場利用長野事件について検討する。そして、最後に詐欺罪における「財産損害」の下で議論されてきた典型事例についての私見からの処理を簡潔に示すことにする。

1. 暴力団員ゴルフ場利用長野事件の検討⁹⁰⁸

(1) 事案の概要

最高裁は、暴力団員である X が、約款などで暴力団員の利用を禁止しているゴルフ倶楽部 A を同倶楽部の会員である Y とともに訪れ、A の従業員 B に対して、自身が暴力団構成員であることを秘して、ゴルフ倶楽部の施設利用契約を申し込み、同契約を締結し、ゴルフ倶楽部の施設を利用し、その後、利用料金を支払ったという事案において、利益詐欺罪を認めている。

本稿は、以下で述べるように、この事案では利益詐欺罪は認められないと解している。

⁹⁰⁷ ただし、公的給付システム的不正利用の場合には、給付システムの根拠法自体に個別犯罪を規定している例も存在する(たとえば、補助金適正化法 29 条 1 項や生活保護法 85 条など)。仮に、この事案類型で詐欺罪が認められるとしても、詐欺罪とこれらの個別犯罪の罪数関係については別途検討する必要がある。

⁹⁰⁸ 前掲・最決平成 26・3・28。

(2) 判断枠組⑤（「財産上の利益取得」）の検討

7. 「財産上の利益」該当性

X と A ゴルフ倶楽部は、「ゴルフ場の施設利用」に関するゴルフ場施設利用契約を締結している。A ゴルフ倶楽部における「ゴルフ場の施設利用（権限）」は、ゴルフ場の経営のために A ゴルフ倶楽部が管理・収益している財産対象の一部であり、「法的配分」や「法的放棄可能性」の観点からも問題なく肯定され得るものといえる。したがって、「財産上の利益」該当性は認められる。

イ. 「財産上の利益取得」

X は、上記の「ゴルフ場の施設利用権限」を取得し、実際に X はゴルフ場を利用している。

ウ. 「財産上の利益取得」と「財産喪失」の対応関係

A ゴルフ倶楽部の「財産喪失」として、まず、「利用客の中に暴力団関係者が混在することにより、一般利用客が畏怖するなどして安全、快適なプレー環境が確保できなくなり、利用客の減少につながることや、ゴルフ倶楽部としての信用、格付け等が損なわれること」⁹⁰⁹が考えられるが、これは A による「ゴルフ場の施設利用の権限」の付与という処分行為から生じるわけではない抽象的な不利益にすぎない。

A の処分行為から直接もたらされる財産喪失は、A が X に「ゴルフ場の施設利用権限に対応する役務の提供」と解される。

(3) 判断枠組⑥（「財産上不法の利益取得」における「不法」性）の検討

X は、当該契約において、「給付」（A ゴルフ倶楽部から提供されるゴルフ場施設利用権限の付与という「給付」に対する「反対給付」として「ゴルフ場の利用料金」を支払うことについて合意しており、X はその合意に基づいて、利用料金を支払っている。X が、ゴルフ場施設を利用したことは、当事者の合意に裏付けられたものであり、公平な判断者の視点から、正当なものである。その際に、約款において暴力団員の入場や使用を禁じていたことなどは、ゴルフ場の施設利用契約自体の「給付」とはいえず、「給付」と「反対給付」についての合意に直接関係していないものであり、本稿の立場からは詐欺罪の構成要件的结果の判断においては問題にならない。

したがって、X はゴルフ場施設を利用しているが、それ自体は法的観点から正当化されるものであり、本件において、「財産上不法の利益取得」は否定される。

2. 本稿の構成要件的结果の判断方法に関する私見に基づく、典型事例の処理

(1) 双務契約の場合

⁹⁰⁹ 前掲・最決平成 26・3・28。さらに、伊藤・前掲注(119)「判批」刑事法ジャーナル 42 号 102 頁注 13 も参照。

本章第四節第三款第二項4で示したように、本稿の立場からすると、「給付」と「反対給付」の合意内容が重要になる。基本的には、①合意とは異なる反対給付がなされている場合には、「財産損害」、すなわち「財物騙取／財産上不法の利益取得」が肯定され、②反対給付が合意どおりに提供された場合には、「財産損害」、すなわち「財物騙取／財産上不法の利益取得」が否定されるといえる。

①に該当して詐欺罪の構成要件の結果が肯定されるのは、ドル・バイブレーター事件⁹¹⁰（当該最高裁判例の帰結と一致）などである。これに対して、②に該当して詐欺罪の構成要件の結果が否定されるのは、医師免許詐称売薬事件⁹¹¹（当該大審院判例の帰結と一致）、未成年者煙草購入事案⁹¹²、第三者転売目的チケット購入事件⁹¹³（当該裁判例の帰結と不一致）などである。

なお、双務契約の事例ではないが、「根抵当権の放棄」と「相当対価の提供」を双務契約における「給付」と「反対給付」の関係とパラレルだと解することによって、住管機構根抵当権放棄事件⁹¹⁴についても、構成要件の結果が否定されると解する（最高裁判例の帰結と不一致）。

(2) 片務契約の場合

⁹¹⁰ 前掲・最決昭和 34・9・28。

⁹¹¹ 前掲・大決昭和 3・12・21。この事案では、当事者間で、一定の疾病に特効のある売薬の売買契約が締結されているのであり、被害者による「給付」は売薬の対価の支払いであり、行為者が合意に基づいて行うべき「反対給付」は当該売薬の提供といえる。そして、行為者は、実際にこの「反対給付」を提供しているので、被害者側に「財産損害」は生じておらず、「財物騙取」は認められない。

⁹¹² 事案の概要については、本稿「はじめに」3. 欺罔行為のみに着目する判断の問題性(1)を参照のこと。この事案では、当事者間で煙草の売買契約が締結されているのであり、被害者による「給付」は煙草の提供であり、行為者が合意に基づいて行うべき「反対給付」は当該煙草に対する対価の支払いであるといえる。そして、行為者は、実際にこの「反対給付」を提供しているので、被害者側に「財産損害」は生じておらず、「財物騙取」は認められない。この際に、被害者側が、未成年者であることを知っていれば煙草を売るつもりはなかったという被害者側の意思は、「給付」と「反対給付」の合意の外にある事情であり、構成要件の結果の判断において重視されない主観的事情である。

⁹¹³ 前掲・神戸地判平成 29・9・22。事案の概要については本稿「はじめに」3. 欺罔行為のみに着目する判断の問題性(2)を参照のこと。この事案では、当事者間でコンサートチケットの売買契約が締結されているのであり、被害者による「給付」はコンサートチケットの提供であり、行為者が合意に基づいて行うべきである「反対給付」は当該コンサートチケットに対する対価の支払いであるといえる。そして、行為者は、実際にこの「反対給付」を提供しているので、被害者側に「財産損害」は生じておらず、「財物騙取」は認められない。その際に、被害者側が、転売目的を禁止している約款の存在などは、「給付」と「反対給付」の合意の外にある事情である。また、「はじめに」で述べたように、「音楽業界全体の不利益」などは、被害者の処分行為から直接生じる不利益ではなく、詐欺罪における「財物騙取／財産上不法の利益」において問題にされる被害者側の「財産喪失」として考慮される余地はない。

⁹¹⁴ 前掲・最決平成 16・7・7。

この場合は、給付を行う客観的条件が重要であり、これは当事者の合意内容を基礎にして明らかにされる。基本的には、①給付を行う客観的条件に違背がある場合には、「財産損害」、すなわち「財物騙取／財産上不法の利益取得」が肯定され、②客観的条件に違背がない場合には「財産損害」、すなわち「財物騙取／財産上不法の利益取得」が否定されることになる。

①に該当して詐欺罪の構成要件的结果が肯定されるのは、家族を装って金銭の交付を要求するオレオレ詐欺や物乞い詐欺や募金目的自体を偽る募金活動⁹¹⁵などである。

②に該当して詐欺罪の構成要件的结果が否定されるのは、隣人が多額の寄付を行ったと申し向けて寄付をさせる場合⁹¹⁶などである。しかし、このような給付条件とは異なる付随的の事項に関する虚偽的事実の陳述は、そもそも欺罔自体が否定される可能性があるといえる。

(3) 給付システムの不正利用

この場合は、給付条件が重要であり、公的な給付システムの場合には法律や条例など、私的機関の運営する給付システムで要綱などから明らかにされる。ここでも、片務契約の場合と同様に、①給付条件に違背がある場合には、「財産損害」、すなわち「財物騙取／財産上不法の利益取得」が肯定され、②給付条件に違背がない場合には「財産損害」、すなわち「財物騙取／財産上不法の利益取得」が否定されることになる。

その他に、この類型では、給付条件自体は満たしているが、それを奇貨にして水増し請求を行う場合なども考えられ、この場合には適法な申請と不適法な申請を分離して、給付額を算定することが可能であれば、正当な給付の部分について構成要件的结果を否定する可能性が考えられる⁹¹⁷。

(4) その他の事案類型

最後に、以上の事案類型に位置付けることが難しい近時の最高裁判例について言及する。

一つ目として、暴力団員通帳受交付事件⁹¹⁸がある。最高裁は、これ以前の判例において、預金通帳やキャッシュカードの財物性を肯定しているが⁹¹⁹、一部の学説からは、預金通帳の財産的価値に対して疑念が示されている⁹²⁰。本稿は、「預金通帳」は、預金契約に派生して

⁹¹⁵ 最決平成 22・3・17 刑集 64 卷 2 号 111 頁。

⁹¹⁶ 類似判例として、Vgl. BayObLG NJW 1952, S.798. この種の事例について、詐欺罪の「財産損害」を否定する見解として、田山・前掲注(137)「客体」159 頁。「錯誤」(法益関係的錯誤)を否定する見解として、佐伯(仁)・前掲注(78)「被害者の錯誤」116 頁以下。「欺罔行為」を否定する見解として、伊藤(渉)・前掲注(74)「損害(五)」33 頁、斐・前掲注(43)論文 F91 頁[126 頁]以下参照。その他に、この種の事案に詐欺罪を認めるドイツの学説に詐欺罪の成立を認める立場に批判的なものとして、菊池・前掲注(626)「寄付詐欺」138 頁以下。これらとは異なり、詐欺罪を認める余地があるとするものとして、足立(友)・前掲注(26)『詐欺罪の保護法益』156 頁以下。

⁹¹⁷ 前掲・東京高判平成 28・2・19。

⁹¹⁸ 前掲・最決平成 26・4・7。

⁹¹⁹ 最決平成 14・10・21 刑集 56 卷 8 号 670 頁、前掲・最決平成 19・7・17。

⁹²⁰ 葛原・前掲注(16)論文 211 頁は、預金通帳の価値の僅少性について指摘している。また、松

交付される証拠証券であり⁹²¹、預金通帳やキャッシュカードは預金口座の名義人に付随的に発行されるものといえ⁹²²、詐欺罪において問題にされる財産対象にはならないと考えている⁹²³。

ただし、この場合に、欺罔によって「預金の預入れや払戻しを受けることができる地位」⁹²⁴を取得したとして、利益詐欺罪が成立する可能性は残るといえる⁹²⁵。特に、この事案で問題となっている総合口座は、一定の額を限度として随時借入れが可能という性格を有して

宮孝明「証拠証券の受交付と詐欺罪」立命館法学 286 号(2002 年)237 頁も参照。

⁹²¹ 西尾信一『金融取引法〔第 2 版〕』(法律文化社, 2004 年)40 頁参照。

⁹²² 松宮・前掲注(920)論文 237 頁は、「預金通帳の交付は、預金契約にとって本質的なものではない」と指摘する。さらに、高橋(則)・前掲注(41)書 349 頁は、「預金通帳それ自体は何らかの給付を受けることを可能とするものではなく、取引の手段として金融機関から提供されるものにすぎない」と指摘する。

⁹²³ 本稿が依拠する「自由理論的・人格的財産概念」からすると、預金通帳に経済的価値がないと説明するのではなく、通帳やキャッシュカード自体は、法的人格の自由を保障するために、法的に配分される「財産対象」自体ではなく、預金口座名義人に事実上発行されている証拠証券にすぎないと説明することになる。

⁹²⁴ 前掲・最決平成 14・10・21 における「預金通帳は、それ自体として所有権の対象となり得るものであるにとどまらず、これを利用して預金の預入れ、払戻しを受けられるなどの財産的価値を有するものと認められる」という判示部分参照。

一般的に、預金契約は、消費寄託契約と解されている(西尾・前掲注(921)書 36 頁など参照。さらに最判平成 21・1・22 民集 63 卷 1 号 228 頁も参照)。ただし、神田秀樹＝森田宏樹＝神作裕之編『金融法概説』(有斐閣, 2016 年)85 頁[岡本雅弘執筆]では、「預金契約とは、受寄者が不特定多数の寄託者を相手に営業として行う金銭消費寄託である」と述べたうえで、同 86 頁では、預金者の共同相続人の取引経過開示請求権を認めた前掲・最判平成 21・1・22 の判示を参考にして、「預金契約は、単純な金銭消費貸借契約というわけではなく、委任ないし準委任の性質も併せもつ混合契約であるということではないかと思われる」と述べている(同旨として、山本豊編『新注積民法(14)債権(7)』(有斐閣, 2018 年)441 頁[吉永一行執筆])。

⁹²⁵ 預金契約では、売買などの双務契約とは異なり、「給付」と「反対給付」の合意内容が問題になっていない。現時点の私見では、贈与などの片務契約の場合の判断準則を参考にして、契約で前提にされている客観的条件に違背があるか否かで判断し、「口座名義人が反社会的勢力でないこと」が預金契約を締結する際の客観的条件といえる場合には、利益詐欺罪が認められるという帰結に至ることになる。

ただし、杉本・前掲注(80)論文 325 頁(さらに、杉本一敏「詐欺罪をめぐる日本の議論の現在」甲斐克則編『日中刑法総論・各論の先端課題』(成文堂, 2018 年)211 頁も参照)が「『生活口座』(個人の日常生活に必要な範囲で利用する口座)も含め一律の取引拒絶を要請しているとは断定できない。全銀協[全国銀行協会——引用者注]参考例は一律の取引拒絶をモデルとするが、暴排条例[暴力団排除条例——引用者注]は、『暴力団の活動を助長する』等の場合に限り利益供与を禁止するに止まる」と述べているように、事案によっては、「口座名義人が反社会的勢力でないこと」が預金契約を締結する際の客観的条件とされていないと解する余地はある。

また、預金契約や消費寄託契約が片務契約とされるのは、金銭を預け入れた後の銀行側の債務(金銭の保管や払戻し請求があった場合の返還義務など)を念頭に置いているものといえ、贈与などの典型的な片務契約とは構造を異にしている。したがって、本稿で提示した片務契約の判断準則を用いることができるかについても、再検討が必要である。

いること⁹²⁶は軽視しえないと考えている。

二つ目として、搭乗券受交付事件⁹²⁷がある。これについても預金通帳と同様に、「搭乗券」^{928928a}は、航空券又は航空引換証に対して便宜上交付されるものであり、独自の財産対象にはならないと解する。したがって、本稿の立場からは、「搭乗券」を取得客体とする財物詐欺罪は否定される。

なお、この事案では、この搭乗券の給付の基礎になっている「航空券」や「航空運送契約に基づく航空運送役務を受ける地位」自体は、適切な代金を支払って入手したものと見えるので、これらに対する財物詐欺罪又は利益詐欺罪は成立しない⁹²⁹。

⁹²⁶ 神田ほか編[岡本]・前掲注(924)では、「総合口座は、①普通預金、②定期預金、③国債等公共債の保護預かり、④定期預金および国債等公共債を担保とする当座貸し越しの四つを組み合わせた商品である。」「ここで、当座貸越とは、定期預金や国債等公共債を担保に、一定の極度額を限度として、随時、借入れをすることができることをいう」と説明している。その他に、株式会社ゆうちょ銀行・総合口座取引規定 (<https://www.jp-bank.japanpost.jp/kitei/pdf/sougoukouza.pdf> [最終閲覧日 2018年12月9日])なども参照。

⁹²⁷ 最決平成22・7・29刑集64巻5号829頁。

⁹²⁸ たとえば、全日本空輸株式会社・国内旅客運送約款

(<https://www.ana.co.jp/sitehelp/dom/yakkan/2018/pdf/yakkan180620.pdf> [最終閲覧日 2018年12月10日])1条では、「航空券」が「この運送約款に基づいて会社の国内航空路線上の旅客運送のために会社の事業所において発行する会社の電子データベース上に記録される形式の電子証票(以下「電子航空券」という。)又は紙片の証票」と定義されており、「航空引換証」が「会社の事業所において発行する証票で、本証に記名されている人に対し航空券を交換発行するためのもの」と定義されているにすぎず、「搭乗券」自体は規定されていない。ただし、10条5「運送を受けようとする場合は、旅客は、会社規則に従って正当に発行され、かつ、現に搭乗しようとする航空便に有効な旅客本人の認証コード又は航空券の提示等、又は、会社が指定する証票の提示をしなければなりません。これを行わない場合、会社は当該旅客の搭乗を拒絶することがあります。」と規定が存在する。おそらく「搭乗券」は、ここでの「会社が指定する証票」のことであると思われる。

^{928a} たとえば、全日本空輸株式会社・国際旅客運送約款

(<https://www.ana.co.jp/ja/jp/siteinfo/international/conditions-of-carriage/> [最終閲覧日 2018年12月10日])1条では、「『航空券』とは、この約款に基づいて、旅客又は手荷物の運送のため運送人又はその指定代理店により発行される証票で、『旅客切符及び手荷物切符』若しくは電子航空券をいいます。航空券には、運送契約の条件の一部及び諸通知が記載されており、搭乗用片及び旅客用片若しくは旅客控、又は電子搭乗用片及びeチケットお客様控が含まれます。」と規定されている。国際旅客運送約款では、搭乗券に相当する「搭乗用片及び旅客用片若しくは旅客控、又は電子搭乗用片及びeチケットお客様控」などは、「航空券」に含めて、取り扱われている。

⁹²⁹ 同趣旨の解釈から、運輸サービスを客体とする利益詐欺罪の成立を否定する見解として、田山・前掲(16)「判批」184頁。

なお、本稿は、約款によって第三者への譲渡が禁じられていること(たとえば、前掲注(928)・全日本空輸株式会社・国内旅客運送約款10条2「航空券又は航空引換証は旅客本人のみが使用できるものとし、第三者に譲渡することはできません」と規定されている。前掲注(928a)・全日本空輸株式会社・国際旅客運送約款6条(A)(6)では、「航空券は譲渡できません。運送を受ける権利を有する人又は払戻を受ける権利を有する人以外の方が提示した航空券により会社が運送を引受け又はこれを払い戻しても、会社は、当該運送又は払戻に関わる真の権利者に対し責任を負いません。当該運送を受ける権利を有する人の認諾のいかんにかかわらず、航空券が当該権利者

第四款 詐欺罪の構成要件的结果の解釈を踏まえた、詐欺罪の未遂の成立可能性に関する私見

前款で示したように、詐欺罪の構成要件的结果の具体的判断基準に関する私見からは、詐欺罪の構成要件的结果が一定の事例で否定される。しかし、このような帰結に対して、詐欺罪の未遂の成立可能性が残っているという批判が向けられている⁹³⁰、そこで、本稿の最後にこの点に関する私見を述べることにする。

詐欺罪の構成要件的结果が否定される場合の詐欺罪の未遂の成立可能性を排除する理論構成として、詐欺罪の故意を否定するアプローチ⁹³¹、詐欺罪の主観的要素として「利得意思」を要求するアプローチ⁹³²、構成要件的结果の実質的危険のある行為でないとして欺罔行為を否定するアプローチ⁹³³などが考えられる。

本稿では、欺罔行為を行う時点で構成要件的结果を実現する故意がないということから詐欺罪の未遂も否定されると解する⁹³⁴。その理由として以下の2点が挙げられる。

第一に、本稿では、詐欺罪の構成要件要素の構造（①欺罔行為、②それに基づく被欺罔者の錯誤、③それに基づく交付行為・処分行為、④財物騙取／財産上不法の利益取得）から、欺罔行為の時点で後の構成要件要素を発生させる故意も要求されると解しているということである⁹³⁵。

第二に、本稿では、詐欺罪の構成要件要素を、事実的な意味での「財物取得／財産上の利益取得」ではなく、「財産騙取／財産上不法の利益取得」（「不法」を備えた「財物取得／財産上の利益取得」）と捉えていることである。すなわち、本稿の立場からは、構成要件的结果の解釈に対応して、形式的な意味での「財物取得／財産上の利益取得」の故意と「財産騙取／財産上不法の利益取得」における「不法」性の故意が必要になるのである。

以上より、本稿の立場からは、欺罔行為と評価される行為の時点で、「財産騙取／財産上

以外の人により現に使用された場合には、会社は、当該不法使用に起因する不法使用者の死傷又は不法使用者の手荷物その他の携帯品の紛失、滅失、毀損若しくは延着に対し責任を負いません。」と規定されている。)自体は有効であると解している。したがって、この規約を基にして、民事法上の請求(債務不履行に基づく解除や損害賠償など)によって処理することは可能であると考えている。

⁹³⁰ 佐伯・前掲注(11)「詐欺罪(1)」107頁。

⁹³¹ 井田・前掲注(8)論文15頁参照(ただし、井田自身は、詐欺罪における「財産損害」を欺罔行為に還元して説明するので、この立場に依拠していない)。

⁹³² 松宮・前掲注(88)「不法領得の意思」310頁以下、松宮・前掲注(105)書255頁以下参照。

⁹³³ 宮本・前掲注(69)書371頁、大塚(裕)[十河]・前掲注(87)書248頁参照。不能犯としての不可罰の可能性を示唆するものとして、齋野・前掲注(23)論文414頁参照。

⁹³⁴ 詐欺罪の欺罔行為の解釈において、一般的に、「財物交付に向けられた行為」又は「財産処分に向けられた行為」であることが要求されている(さしあたり、山口・前掲注(24)書250頁以下)。本稿は、欺罔行為の時点で、その他の構成要件要素に関する故意が必要であるという趣旨でこの言明を捉え直す必要があると考えている。

⁹³⁵ 松原・前掲注(16)書264頁以下参照。

不法の利益取得」に関する故意を欠いている場合には, 詐欺罪の未遂も否定されることになる。

おわりに

1. 本稿の帰結

本稿は、近時の最高裁判例に内在している詐欺罪の拡張的運用の恐れに歯止めをかける必要があるという視点から、詐欺罪の法制史的検討及び比較法的検討を行い、詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組及び判断方法の再定式化を試みた。ここでは、本稿の「はじめに」で示した、本稿全体の課題に関する帰結を確認することにする。

(1) 詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組

本稿では、わが国の詐欺罪の構成要件的结果である、「財物騙取／財産上の利益取得」は、④行為者が財物又は財産上の利益を得たこと、⑤行為者が財物又は財産上の利益を得たことが不法であることの二段階で判断されるという枠組を示した。

この枠組は、詐欺罪の法制史的検討（第二章及び第三章）から得られた以下の知見から導き出されたものである。第一に、わが国の財物詐欺罪と利益詐欺罪は、利益詐欺罪に還元して説明することが可能であり、財物詐欺罪は利益詐欺罪の構成要件的结果である「財産上不法の利益取得」に「財物」性が備わったものであること、第二に、詐欺罪における「財物騙取／財産上不法の利益取得」と「財産損害」（「財物取得／財産上の利益取得」と「財産喪失」）は表裏の関係にあり、前者が行為者から見た事象であり、後者が被害者から見た事象であることである。

(2) 詐欺罪の構成要件的结果の具体的判断基準

本稿では、わが国の詐欺罪の構成要件的结果である、「財物騙取／財産上の利益取得」の具体的判断基準について、以下のことを導いた。

まず、④行為者が財物又は財産上の利益を得たことについては、(a)「財物／財産上の利益」該当性、(b)「財物取得／財産上の利益取得」、(c)「財物取得／財産上の利益取得」と「財産喪失」の対応関係の三つを検討する必要があるということを示した。

そして、(a)については、ドイツの詐欺罪における「財産概念」の議論における「自由理論的・人格的財産概念」に依拠して、「法的人格に法的に配分されるもの」であり、かつ、「法的に放棄可能なもの」であるという基準に基づいて判断することを、(b)については形式的意味の財産取得から判断することを、(c)については、ドイツの詐欺罪の「素材の同一性」の議論における「直接性の理論」を参考にして、「財物取得／財産上の利益取得と財産喪失は同一の財産処分から直接的に生じるものであり、財物／財産上の利益は被害者の財産から直接的にもたらされなければならない」ということから判断することを示した。

次に、⑤行為者が財物又は財産上の利益を得たことが不法であることについては、ドイツの詐欺罪の「財産損害の判断方法」に関する議論を参考にして、「法的財産概念」に基づく財産損害の判断方法、及び、「自由理論的・人格的財産概念」に基づく財産損害の判断方法を再構成することを試みた。

具体的には、「当事者間の法的関係性」を基礎付ける事実を基にして、「公平な判断者」の

視点から「財物取得／財産上の利益取得」が正当化し得るかという判断基準を提示した。さらに、ここでの「当事者間の法的関係」を基礎付ける事実として、基本的には、売買などの双務契約の場合には「給付と反対給付の合意内容」が、贈与などの片務契約の場合には「給付行方客観的条件」、給付システムの不正利用の場合には「給付の客観的条件」が重要になってくることを示した。

以上で示した、詐欺罪の構成要件的结果に関する判断方法によって、本稿の「はじめに」で示した最高裁判例に内在する詐欺罪の拡張的運用のおそれは、一定程度限界付けることができたといえる。

2. 残された課題

最後に、本稿を結ぶにあたって、今後の課題を示す。

第一に、本稿との直接的な関係では、詐欺罪の構成要件的结果である「財物騙取／財産上不法の利益取得」における「不法」性に関する具体的な判断基準を精緻化していく必要があると考えている。とくに、契約締結に際して行われる詐欺罪以外の事案類型の判断方法については、さらなる検討を要すると考えている。

第二に、詐欺罪の拡張的運用を理論面から限界付ける必要があるという本稿の問題意識からは、本稿で行った詐欺罪の構成要件的结果の意義及び判断方法を明らかにするだけでは十分ではなく、その他の詐欺罪の構成要件要素（「欺罔」、「錯誤」、「処分」）の意義及び判断方法を明らかにし、それらの構成要件要素の相互関係についても探究する必要がある。とくに、本文でも指摘したように、片務契約において詐欺罪が問題になる場合や給付システムの不正利用の場合には、欺罔の判断を精緻化することによって詐欺罪の処罰範囲を限界付けることができる領域が存在すると思われる。

第三に、詐欺罪の射程を明確にするために、個別法において規定されている、不正な手段を用いて財物や財産上の利益を取得する犯罪（たとえば、補助金適正化法 29 条 1 項の補助金等不正受給罪や生活保護法 85 条の不正受保護罪など）と詐欺罪の関係性を検討することも必要であると考えている。

これらの検討を行い、詐欺罪の体系的理論を構築することが、今後の研究課題である。