

詐欺罪における構成要件的结果の 意義及び判断方法について（5）

——詐欺罪の法制史的検討を踏まえて——

佐 竹 宏 章*

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 (以上, 374号)

第二章 わが国における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 (以上, 377号)

第三章 ドイツにおける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 (以上, 378号)

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 (以上, 379号)

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

* さたけ・ひろゆき 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

第二節 ドイツの詐欺罪の構成要件の結果としての「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

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

第二項 経済的財産概念

第三項 法的・経済的財産概念

第四項 自由理論的・人格的財産概念

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

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

第三項 自由理論的・人格的財産概念に基づく判断方法

第四項 小 括

(以上、本号)

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の結果の判断方法に関する私見

おわりに

第四章 詐欺罪の構成要件の結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の結果である「財産上不法の利益取得／財物騙取」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の結果である「財産損害」は被害者側からみた事象であり、両者の構成要件の結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の結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⁶²⁶⁾⁶²⁷⁾、わが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。

- 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「構成要件的結果の判断方法」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）（下）——『処分行為の自由』をめぐる問題（2）——」東海法学7号（1991年）52頁以下、同18号（1997年）53頁以下〔以下では菊池「相当対価（中）（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、裏・前掲注（43）論文F68頁以下、裏美蘭「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（154）『詐欺罪の保護法益』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（83）冒険的取引における詐欺損害 StGB §263 Abs. 1」比較法雑誌46巻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巻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。

本章第二節では、わが国の詐欺罪の構成要件の結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の結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性があること）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の結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（なお、本号では、本章第二節までの部分を掲載し、次号で第三節以降の部分を掲載する予定である）。

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。

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 (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)」（詐欺罪及び恐喝罪）ないし「財産上の不利益 (Vermögensnachteil)」（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

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. Vermögensdelikte*, 3. Aufl., Berlin/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

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 Gan-

↘ 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. 462a), S. 20; LK-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]; Bernd Heinrich, in: Gunther Arzt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil. Lehrbuch, 3. Aufl., Bielefeld 2015, 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; Urs Kindhäuser, in: Urs Kindhäuser u.a. (Hrsg.), Nomos Kommentar StGB, Band. 3, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 605 f. §263 Rn. 10 [以下では、NK⁵-Kindhäuser と示す]

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」を顧念し得るか否かという議論は存在する。Vgl. Hanisch, a.a.O. (Fn. 462a), 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, Herbalzheim 2002, S. 85 f.; SK-Hoyer, a.a.O., §263 S. 12 ff. Rn. 2 ff.; LK-Tiedemann, a.a.O. (Fn. 287), S. 23, Vor §263 Rn. 22; B. Heinrich, a.a.O., 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・前掲注(57)「全体財産説」445頁以下など。

zes)』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⁾。したがって、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）に拘束される概念ではなく⁶³⁶⁾、開かれた概念なのである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

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/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 Rn. 3; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 629), S. 1 §1. Rn. 2; *Diethelm Kleschzewski*, Strafrecht Besonderer Teil, Tübingen 2016, S. 446 §9 (Delikt des Vermögen als Ganzen) II. Rn. 4.

635) Vgl. *Satzger*, a. a. O. (Fn. 152), S. 518; *Sch/Sch/Perron*, a. a. O. (Fn. 631), S. 2491 f. 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」財産客體、「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。

637) 本稿第一章第二節では、わが国の詐欺罪の従来議論において、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。

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)。

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⁾。

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、両者の構成要件の結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. 詐欺罪の構成要件の結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的整理がされている(Vgl. Satzger, a.a.O. (Fn. 152), S. 518.; Haft/Hilgendorf, a.a.O. (Fn. 629), S. 81.; B. Heinrich, a.a.O. (Fn. 631), 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.

（3）詐欺罪の構成要件的結果である「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⁶⁴¹⁾、①被欺罔者が財産処分に基づいて「財産対象（Vermögensgegenstand）」を放棄し、②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⁾。そして、この①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、②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、①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ない事実でもある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。

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）が配置しているかどうかという……問題が重要である。」）；*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.

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」, 「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。

なお、ドイツの詐欺罪の解釈論では、「人格的財産概念」⁶⁴⁵⁾⁶⁴⁶⁾, 「動的財産概念」⁶⁴⁷⁾, 「機能的財産概念」⁶⁴⁸⁾, 「規範的・経済的財産概念」⁶⁴⁹⁾, 「相

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オッターは、「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 Strafrechts-erneuerung: 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(154)『詐欺罪の保護法益』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

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。

-
- ↘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(154)『詐欺罪の保護法益』114頁を参照のこと。
- 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 (Verfügungsmacht)」と定義する (NK⁵-*Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 631), 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(154)『詐欺罪の保護法益』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. LK-*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.

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世紀後半から19世紀前半に虚偽の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

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 (*Merkel*, a.a.O. (Fn. 37), S. 101. 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)。

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) イ参照)、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「主権的権利 (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「主権的権利」概念の相違を指摘するものとして、*Ursula Nelles*, *Untreue zum Nachteil* ♂

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るものと思われる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 rechtslosen 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」、「将来生じる権利の見込みの保有者」を挙げている⁶⁶¹⁾。

↘ 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.

661) *Binding*, a.a.O. (Fn. 652), S. 343 f.

(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、ペ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てはならない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

662) *Samson*, a.a.O. (Fn. 640), S. 512; *Kyongok Ahn*, Das Prinzip der Schadensberechnung und die Vollendung des Betrugs 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. 629), S. 237 f. Rn. 606; *B. Heinrich*, a.a.O. (Fn. 631), 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, Vermögens 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. 631), S. 646, §20 Rn. 89; *Saliger*, a.a.O. (Fn. 662), S. 25 f.

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」と定義しているのではなく、「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）。

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.

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。

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、「債務の差引によ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、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

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.

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; BGHSt 2, 364. 「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」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.

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、法的財産概念が私法上の権利ないし公法上の権利を重視するのかを積極的に論証していないと同様の問題をはらんでいる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きする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物（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すると、窃

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 Bilanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strfrechtlichen 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」の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/Zürich 1968, S. 91; *Samson*, a.a.O. (Fn. 640), S. 513; *Satzger*, a.a.O. (Fn. 152), S. 519; *Sch/Sch/* ✓

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)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)⁶⁸²⁾⁶⁸³⁾

↘Perron, a.a.O. (Fn. 631), S. 2522, §263 Rn. 83; Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schur, Strafrecht Besonderer Teil 2. Straftaten gegen Vremögenswerte, 41. Aufl., Heidelberg 2018, S. 303 Rn. 535.

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 (ディッター・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

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。

(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

↘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巻3号（1973年）91頁以下、同17巻1号（1973年）123頁以下、同17巻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.

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

687) この点に関連して、Paulik, 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、「妥協公式」という用語は、Nelles, a.a.O. (Fn. 654), S. 408 にならうものである。

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巻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頁以下参照。

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、ミハヤエル・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-persoaler Vermögensbegriff）」⁶⁹³⁾⁶⁹⁴⁾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「法的人格」⁶⁹⁶⁾⁶⁹⁷⁾の「自由」を保障する

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。

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、ミハヤエル・パヴリック（飯島暢＝川口浩一監訳）『市民の不法（6）』関大法学論集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*. ↗

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

↘ Zur Legitimation von Strafe, Berlin 2004, S. 76 ff. [以下では、Pawlik, Person と示す] なお、バ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, aa.O. Unrecht, S. 157 [該当部分の日本語訳として、ミヒヤエル・バヴリック(飯島暢=川口浩一監訳)『市民の不法(6)』関大法学論集64巻5号(2015年)225頁以下[山下裕樹訳部分])。)

697) バヴリックは、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, aa.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。」(aa.O. (Fn. 348), 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、バヴリックは、「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」(aa.O. (Fn. 348), 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。さらにバヴリックの「法的人格」概念について、Pawlik, aa.O. (Fn. 696) Unrecht, S. 141 ff. [該当部分の日本語訳として、バヴリック(飯島=川口監訳)・前掲注(696)207頁以下、[森永訳]を参照のこと。

698) たとえば、Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 46 f. は、「人格が、現実に自由たりうるために、文字通り手で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、バ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, aa.O. (Fn. 348), S. 259 ff.)。さらに、同旨として、Kubiciel, aa.O. (Fn. 693), S. 161 は、「刑法にとつて、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 persönlcher 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.

699) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 252 ff.

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」でなければならぬ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、

700) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 259.

701) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 259.

702) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 259. (強調部分は原文イタリック体)

703) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 259. (強調部分は原文イタリック体)

704) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 259. 主体への財産の客観的利用機会の帰属という観点から同旨であるのは、Achenbach, aa.O. (Fn. 142), S. 1017. なお、Pawlik, aa.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, aa.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, aa.O. (Fn. 28), S. 167 f.

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⁾。

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

706) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 260; Kubiciel, aa.O. (Fn. 693), S. 163.

707) Pawlik, aa.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, aa.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(154)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, aa.O. (Fn. 348), S. 283, 287f.)。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, aa.O. (Fn. 348), S. 283)。

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合当り的な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

709) Vgl. *Paulik*, 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（154）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。

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、場当たり的な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。そして、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的な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 法的財産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⁾。

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、ピ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.

(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。ペンディングは、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。

717) *Binding*, a.a.O. (Fn. 652), S. 357 は、「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、「[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。

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. ペンディングは、「物乞いに3マルクを渡した者は、仮に物乞いが、騙り (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、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収斂され、ドイツ刑法典263条における「財産損害」の文言との関係で憲法

ゝことから、後者の事案の評価と捉えて訳出している。

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せることはできない。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。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（626）「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。

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 (schadensgleicher 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⁷²⁵⁾との関係で、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張を所与のものとして、批判を展開しているにすぎない。

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・ティー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巻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.

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）」⁷²⁸⁾⁷²⁹⁾行為者の側から提供さ

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）を参照のこと）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、または、法律行為の内容に従った給付に

れるもの(「財産流入 (Vermögenszuflüsse)」と表現されることが多い)の比較である⁷³⁰⁾。この意味で、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。

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*, aa.O. (Fn. 629), S. 93; *Krey/Hellmann/M. Heinrich*, aa.O. (Fn. 629), S. 250, Rn. 644. より詳細な検討については, *Walter*, aa.O. (Fn. 642), S. 764 ff.; *Jäger*, aa.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*, aa.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。

730) Vgl. *Achenbach*, aa.O. (Fn. 142), S. 1006 f.

731) Vgl. *Krey/Hellmann/M. Heinrich*, aa.O. (Fn. 629), S. 250, Rn. 644

(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 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

ア. 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

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、ザッツガーは、客観的損害判断方法からは、補充原則 (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.

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ではないのであり、それがすべての人間にとって同じ財産価値を有していない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ことに起因して展開されたものといえ

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. 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(626)「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らに対して、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に履行するために、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。

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 Beurteilers）、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もなく、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いえる。

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

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 Regelbeispielsmethode. 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・イエューガー（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）F 13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.

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⁾。

イ. 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。

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ったのであり、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を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。

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.

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る。Vgl. auch *Pawlik*, a. a. O. (Fn. 348), S. 290.

（5） 社会的目的不達成の理論による修正及びその批判

ア．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⁾）の促進に資するという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

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 Kidhäuser/Martin Böse, Strafrecht Besonderer Teil II. Straftaten gegen Vermögensrechte, 10. Aufl., Baden-Baden 2018, S. 243, §27 Rn. 60. 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.

748) Satzger, a.a.O. (Fn. 152), S. 523.

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。

イ. 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。

749) たとえば, *Satzger*, aa.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。

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

750) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 264.

751) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 284.

752) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 283 f.

753) Pawlik, aa.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 (aa.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 (aa.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」(aa.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, aa.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、aa.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）。

「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」を出発点にせずに展開した理論ともいえる。

(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、売主である行為者は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。この際に、「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⁷⁵⁸⁾）。

755) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 287 f. (強調部分は原文イタリック体)

756) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 288.

757) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 288.

758) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 288, Fn. 171; S. 154 ff.

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、社会目的の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)」が問題となる場合には、「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 definitiver Fehlschlag) であると解しているからである⁷⁶¹⁾。

(3) 疑問点

パヴリックの「財産損害の判断方法」について、本稿では、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。

759) Vgl. BayObLG NJW 1952, S. 798.

760) Pawlik, aa.O. (Fn. 348), S. 275 f., Fn. 119; S. 157 ff.

761) Pawlik, aa.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。

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。パウ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、パウ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、パウリックの立場は、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いいがたい⁷⁶⁶⁾。

763) Vgl. *Paulik*, aa.O. (Fn. 348), S. 287. さらに, *Kubiciel*, aa.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)』にしなければならぬ」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*, aa.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。」(aa.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*, aa.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*, aa.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, パウリックは, 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, *Paulik*, aa.O. (Fn. 348), S. 127 ff., 142 ff., 183 ff. 錯誤に関して, aa.O., S. 227.

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・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、権利の観点での埋め合わせは存在するというを明らかにした。

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としている「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

767) *Krainbring*, a.a.O. (Fn. 631), S. 57.

768) *Pawlik*, a.a.O. (Fn. 348), S. 287.

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。

以上の点や前款的検討から、本章第四節で、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。