

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（6・完）

——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

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

(以上, 380号)

* 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

第二項 現在の議論状況

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

第一款 本節の検討順序

第二款 詐欺罪の構成要件の結果についての解釈指針及び判断枠組の確認

第三款 詐欺罪の構成要件の結果の具体的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

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

第三項 具体的事案の検討

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

(以上、本号)

第四章 詐欺罪の構成要件の結果の判断方法について

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

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. 631), 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 Vermögensschaden und der erstrebten Bereicherung)」と示すものとして、*Eisele*, a.a.O. (Fn. 643), S. 224, Rn. 638. ③「いわゆる財産損害と財産上の利益の素材の同一性 (die sog. Stoffgleichheit des Vermögensvorteils mit dem 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

は、主として「素材の同一性」と示す]というメルクマールが導かれると
 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
 構成要件要素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⁾、行為者の主観的事情のみから判
 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⁾。

↘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. 631), 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)、わが国の利益詐欺罪の構成要件の結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. 631), S. 672, §20 Rn. 122; S/S/W/Satzger, a.a.O. (Fn. 640), S. 1744, §263 Rn. 308; Kleszczewski, 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; NK⁵Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 631), 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

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。

↘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 Fn. 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. 631), 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; 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. 631), 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; Kleszczewski, 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, ↗

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⁷⁷⁶⁾⁷⁷⁷⁾。しかし、その内容は、必ずしも一致

↘ §263 Rn. 308; *Kleszczewski*, a.a.O. (Fn. 634), S. 485, §9 Rn. 91; *Wessels/Hillenkamp/Schur*, a.a.O. (Fn. 680), S. 340, §13 Rn. 588; NK⁵-*Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 631), S. 728 f., §263 Rn. 359; *Kindhäuser/Böse*, a.a.O. (Fn. 744), S. 249, §27 Rn. 81.

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）」「同（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「財産的情報の刑罰的保護——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「財産的情報の刑罰的保護——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）228頁、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）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、松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』（成文堂、2018年）257頁、高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2018年）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

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、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

ㄨ(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（「詐欺罪ハ被欺因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、「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）。その他に、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、ドイツの詐欺罪ノ

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、第四節第三款で触れることになる。

ㄨ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、同様の試みとして、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、判例のように加盟店に対する詐欺罪を問題にするのではなく、カード会社に対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巻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〔ハム上級地方裁判所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」にどの程度の関係性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 (Kriminartistische Abhandlungen)』所収の「可罰的な詐欺の理論 (Die Lehre vom strafbaren Betrug)」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 gewinn-süchtige Eigentumsverbrechen)」⁷⁸⁸⁾の「§5 利欲的な詐欺の構成要件に属す

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*, aa.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*, aa.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*, aa.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*, aa.O. (Fn. 609), S. 82 Fn. 25.

787) *Merkel*, aa.O. (Fn. 37), S. 1 ff.

788) *Merkel*, aa.O. (Fn. 37), S. 56 ff.

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、その利得は犯罪の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

789) *Merkel*, aa.O. (Fn. 37), S. 98.

790) *Merkel*, aa.O. (Fn. 37), S. 118. (強調部分は原文隔字体)

791) *Merkel*, aa.O. (Fn. 37), S. 76.

792) この点に関して、Vgl. *Straßer*, aa.O. (Fn. 784), S. 40; *Regis Plümacher*, Schuldnerschutz und Betrug. Stoffgleichheit beim Forderungsbetrug, Hamburg 2006, S. 62.; *Schlack*, aa.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*, aa.O. (Fn. 287), S. 22.

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、第二版：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、この部分の脚注において、前述したメルケルの見解を摘示している⁷⁹⁶⁾。

(3) ビンディングの見解の位置付け

ア. 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

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。

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 strafbare 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⁾ 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

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; *StraBer*, 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.; NK⁵-*Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 631), 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; *Klleszczewski*, 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.

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「客体の一致性」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 (*Abwäschung*) 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⁾。

イ. 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して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

803) *Weidemann*, aa.O. (Fn. 797), S. 131; *Schlack*, aa.O. (Fn. 287), S. 23.

804) *Pröll*, aa.O. (Fn. 377), S. 116f. おそらく同旨の見解として、Vgl. *Plümacher*, aa.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。

805) *Pröll*, aa.O. (Fn. 377), S. 116f. 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

罪や強盜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。

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に、「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

ㄨ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盜罪や強盜罪では、「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）。窃盜罪や強盜罪における「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, aa.O. (Fn. 792), S. 72.

808) Binding, aa.O. (Fn. 784), S. 119; Binding, aa.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, aa.O. (Fn. 784), S. 180; Binding, aa.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

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「客体の物的 consistency」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る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。

↘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。

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

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うる⁸⁰⁹⁾。

ア. 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「客体の物的一致性」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⁾、純粹な形で継承している見解は見当たらない⁸¹²⁾。

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)」(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、*NK⁵-Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 631), 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ぬ」とする見解として、*Dencker*, a.a.O. (Fn. 609), S. 85.

イ. 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) の意味での物的一致性 (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⁾。

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て, 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。

814) 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. 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. ↗

ウ. 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。もっとも、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、本款第一項参照）。

エ. 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や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」⁸²²⁾）。このよう

↘(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) *StraBer*, 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) *StraBer*, 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) 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.

な発想は、ペンディングの言明（「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）。

オ. 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されたようである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

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 NK⁵-Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 631), 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。

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⁾。

カ. 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⁾

ア. 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

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), 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/Zopf*s, 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 *StraBer*, 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、*StraBer*, 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。

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⁾。

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 67, 200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

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。これらの判例は、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。

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。

る⁸³⁴⁾。

イ。「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実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。」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

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、aa.O., S. 292では、「強制された行為は損害にとって直接的な原因で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) BGHSt 6, 115 (116).

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⁾。

ウ. 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

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; *StraBer*, 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.; *LK-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. 631), 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。

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。」「金額におい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。

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。それゆえ, 利益は損害の裏面でなければならず, それゆえ, 利益は, 欺罔に条件付けられた財産処分の直接の結果であり, 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, 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

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。

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 (externer Vorteil)⁸⁴⁷⁾ や ② 間接損害 (mittelbare 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。

ア. 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

846) Vgl. *StraBer*, a.a.O. (Fn. 784), S. 182. さらに、松宮・前掲注 (776) 書257頁も参照。

847) LK-*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; LK-*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. *StraBer*, a.a.O. (Fn. 784), S. 113 ff.

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⁾も外部的利益の例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。

イ. 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の後に、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。

ウ. 「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

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) LK-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] この判例については、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] この判例については、荒木・前掲注(17)「間接損害」421頁を参照のこと。

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）に依拠するものであり、「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

855) Vgl. Jäger, a.a.O. (Fn. 728), S. 765.

856) Gössel, a.a.O. (Fn. 662), S. 405, §21 Rn. 212.

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263条で、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、一致性の理論（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、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

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; LK-*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.

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。

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示がみられたが、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、わが国の詐欺罪の構成

要件の結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」の下で議論されている典型事例について私見の立場からの処理を示す（第三款）。そして、最後に、詐欺罪の構成要件の結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 詐欺罪の構成要件の結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」

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⁾。もっとも、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

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)・前掲注 (35) 書18頁以下 [飯島訳]]; *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

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、詐欺罪の構成要件の結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) 詐欺罪の構成要件の結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。そこでは、行為者側の「財産上不法の利益取得/財物騙取」と被害者側の「財産損害」が対応関係にあり、ドイツの詐欺罪の構成要件の結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⁾⁸⁶⁷⁾。

ゝてきたが、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。

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、構成要件の結果としての「財産損害」が発生しているが、「財産上の利益取得」が現実には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、構成要件の結果である「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」が表裏の関係あるいは対応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. 631), S. 608, §20 Fn. 67 は、「財産上の利益は生じる必

本稿第三章では、この解釈指針を検証するという狙いにして、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、詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組として、①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」）、②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 詐欺罪の構成要件の結果の具体的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

本稿では、詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組①（「財物取得／財産上の利益取得」）において、(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」の対応関係の三点を検討する必要があると解している。

(1) 「財物／財産上の利益」⁸⁶⁹⁾の該当性

ア. 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

ㄨ要はない。それに対応する意思で足りる。このことは、実践的にはおおよそ重要でない。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からである。」と指摘している。

868) 詐欺罪の構成要件の結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、田山聡美「財産犯における客体と損害概念」刑法雑誌57巻2号(2018年)16頁以下(特に、25頁)〔以下では、田山「客体」と示す〕。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財産犯の構成要件の結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。

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。

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の結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。

イ. 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⁾。

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)、(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(仁)・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(776)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(868)「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」に依拠している見解として、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、裏・前掲注(43)論文F74頁(な

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⁾。

↘お、妻・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（776）書267頁以下（さらに、松宮孝明「書評 妻美蘭「詐欺罪における財産上の損害」」法律時報86巻2号（2014年）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. バラルディ=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・前掲掲

ウ. 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。

エ. 「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

ㄨ注 (69)「詐欺罪の問題」480頁が、「損害は法律の意味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の意味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.

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。ドム

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、パヴリックが狙いに行っ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。

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（776）書189頁、林・前掲注（43）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頁以下参照）。

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。

オ.「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

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。本稿では、この点についての結論は留保する。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

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、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

ア. 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

ゝ考えているからである。なお、自力執行禁止の原則と窃盗罪の保護法益の関連でこの問題を論じるものとして、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。

888) 財物詐欺罪（刑法246条1項）の現在の条文では、構成要件の結果として、「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。

た、ドイツの詐欺罪における「素材の同一性」の議論を参照することが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。

イ. 「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〕客体和利得客体の物的 consistency」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)ウで検討したように、「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、詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組①（「財物取得／財産上の利益取得」）の具体的判断方法は、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」を形式的な意味で「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

詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組②（「財物騙取／財産上不法の利益取

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（776）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。

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①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」は基本的に共通の基盤を有するものであるという理解から、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の結果である「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)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」を基準にするペンディングの見解）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

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。

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

ア. 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)ア参照）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

891) Vgl. *Paulik*, aa.O. (Fn. 348), S. 287. なお、ピ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、ピンディングは、「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*, aa.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. aa.O. (Fn. 652), S. 358 f. Fn. 3)。

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*, aa.O. (Fn. 738), S. 124.

896) ただし、*Paulik*, aa.O. (Fn. 348), S. 272 f. は、客観的・個別的損害理論 [客観的損害算定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、

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。

イ. 事例類型に即した判断準則

(ア) 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」⁽⁸⁹⁸⁾⁽⁸⁹⁹⁾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」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身が、「給付」と「反対給付」に関

↘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*, aa.O. (Fn. 652), S. 358 f. Fn. 3; *Pawlik*, aa.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*, aa.O. (Fn. 693), S. 163 f.; *Pawlik*, aa.O. (Fn. 348), S. 287 und 294; *Jakobs*, a. a.O. (Fn. 736), S. 231)。

900) *Pawlik*, aa.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、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、aa.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。

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

901) Vgl. *Binding*, aa.O. (Fn. 652), S. 357; *Pawlik*, aa.O. (Fn. 348), S. 287 f.

902) このような見解として、*Binding*, aa.O. (Fn. 652), S. 360. おそらく同旨の指摘として、Vgl. *Jakobs*, aa.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*, aa.O. (Fn. 662), S. 27 [本稿注 (719) で示したペ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. [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。そこでは、ウーヴェ・ヘルマ

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。

(4) 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」の取得の判断を行う。

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⁾。

↘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は、個別的損害加味の理論が適用されないと指摘した旨記述されている。]

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. *Paulik*, a.a.O. (Fn. 348), S. 275 f. und S. 157 ff. そのほかに、伊藤（渉）・前掲注ノ

（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おり、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に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

↘(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ことには疑問である）。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（868）「客体」159頁以下。

907) ただし、公的給付システムの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。

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、詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組②(「財物取得／財産上不法の利益取得」の「不法」性)に関する判断基準を示した。すなわち、前述した判断枠組①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、構成要件の結果としての「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」、「給付システムの不正利用」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」の判断準則を示した。

第三項 具体的事案の検討

次に、本稿で示した詐欺罪の構成要件の結果の判断方法が、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となっているか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⁾

ア. 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

908) 前掲・最決平成26・3・28。

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。

イ. 判断枠組①（「財産上の利益取得」）の検討

（ア）「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」の「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。

ウ. 判断枠組②（「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

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。

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。この際に、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」の合意には直接関係しないものであり、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

ア. 双務契約の場合

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的结果が肯定されるのは、ドル・バイブレター事件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的结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⁾、

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である「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

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）。

イ. 片務契約の場合

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の結果が肯定されるのは、家族を装って

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、本稿の立場からは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。

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の結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。

ウ. 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、それは、公的な給付システムの場合には法律や条例などから、私的機関の運営する給付システムでは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の結果を否定する可能性が考えられる⁹¹⁷⁾。

エ. 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。

915) 最決平成22・3・17刑集64巻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(868)「客体」159頁。「錯誤」(法益関係の錯誤)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、裏・前掲注(43)論文F91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(154)「詐欺罪の保護法益」156頁以下。

917) 前掲・東京高判平成28・2・19。

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、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

918) 最決平成 26・4・7 刑集68巻 4号715頁。

919) 最決平成 14・10・21 刑集56巻 8号670頁、最決平成 19・7・17 刑集61巻 5号521頁。

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(776) 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」という判断部分参照。

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巻 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、単純な金銭消費寄託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『新注釈民法(14) 債権(7)』(有斐閣、2018年)441頁〔吉永一行執筆〕)。

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^{928)928a)}は、航空引換証に対して便宜上交付されるもので

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(776)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』等の場合に限って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。

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> [2018年12月10日閲覧])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> [2018年12月10日閲覧])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

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といえるので、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⁾。

↘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。」との規定が存在する。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/site/info/international/conditions-of-carriage/> [最終閲覧日2018年12月10日]) 1条では、「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、規約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人が表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、民事法上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。

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二点が挙げられる。

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⁾。

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(776)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(249)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(37)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。

第二に、本稿では、詐欺罪の構成要件の結果を、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、構成要件の結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、詐欺罪の構成要件の結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) 詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組

本稿では、わが国の詐欺罪の構成要件の結果である、「財物騙取／財産上の利益取得」は、①行為者が財物又は財産上の利益を得たこと、②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。

この枠組みは、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の結果である「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) 詐欺罪の構成要件の結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の結果である、「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、①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、②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、とりわけ「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参考にして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「給付を行う客観的条件」、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、詐欺罪の構成要件の結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に対し、処罰範囲を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、詐欺罪の構成要件の結果である「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準則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の場合には、双務契約と片務契約の区分のみであらゆる契約類型における詐欺に対応しうるかについて再検討する必要があると考えている。また、契約締結後に生じる詐欺についての構成要件の結果の判断方法についてもさらなる検討が必要であると考えている。

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の結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（「欺罔行為」、 「錯誤」、 「処分」）について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考えている。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、欺罔行為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、個別法で規定されている、

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)⁹³⁶⁾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。

936) さらに、本稿の「はじめに」で示した転売目的でのコンサートチケットなどの購入事案(前掲・神戸地判平成29・9・22)との関連で、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」が成立したことが重要である。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。」、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、罰則として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(同法律案について、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)。