

詐欺罪における欺罔行為について (二)

——詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成——

足立 友子

はじめに

第一章 「欺罔」概念をめぐる理論状況

第一節 序論

第二節 「欺罔」の要素を明確化するアプローチ

第三節 「財産的損害」で限界を画するアプローチ

第四節 「財産法益」の内実に入り入るアプローチ

第五節 問題の所在

第二章 詐欺罪の歴史的展開

第一節 序論

第二節 ドイツにおける詐欺罪規定の発展過程

第三節 日本における詐欺罪規定の発展過程

第四節 小括 (以上、本号)

第三章 「欺罔」の体系的位置付け

第四章 「欺罔」と詐欺罪の保護法益との関係

第五章 保護法益としての「財産」

第六章 詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成

おわりに

はじめに

一 刑法二四六条は、詐欺罪を、①人を欺いて②財産を交付させ、または財産上不法の利益を得、もしくは他人に得させる行為、として規定している。それゆえ、詐欺罪が成立するためには、「人を欺くこと」すなわち「欺罔」、「錯誤」⁽³⁾、「交付(処分)行為」⁽⁴⁾、「財産の移転」及びそれらの間の因果関係が必要であると解されている。近時は、これらに加えて「財産的損害(財産上の損害)」⁽⁵⁾もまた、詐欺罪の成立範囲を限定する要件と考えられている。⁽⁶⁾

最近の詐欺罪をめぐる問題としては、これらの要件のうち、欺罔概念の拡張傾向と、損害概念の内容の肥大化の二点が挙げられる。前者については、一般に悪徳商法と言われる詐欺的商法の事案において、消費者保護の観点による詐欺罪成立の前倒し傾向が指摘されている。後者については、相当対価の給付があってもなお「財産的損害」の発生を認める場合の、「損害」の判断基準が未だ十分に明確になっていないという問題点がある。⁽⁸⁾これらの点が不明確であれば、詐欺罪の成立範囲は無限定に広がりかねない。

確かに、絶えず変動し続けている取引社会の現状に対応できるよう、詐欺罪規定の射程を考える必要はある。現代社会においては、経済活動が多様化し広域化するにつれ、個人的な信頼関係が形成されている相手方以外との取引も否応なしに増えるため、モラルに頼るだけではトラブルが回避できない状況になってきている。また、近年の規制緩和の動きを受けて、専門知識に疎い一般消費者が、投資をはじめとする市場競争原理がシビアに及ぶ経済活動に直接晒され、「自己責任」の名の下にリスクの負担を迫られる傾向もある。これらの点にのみ注目するならば、欺罔の範囲をある程度広げることが、取引の保護ないし消費者保護の観点から望ましいとの結論にも至り得よう。しかし、そのような観点から詐欺罪の範囲を拡大することは、必ずしも望ましいと考えられているわけではない。それゆえに、現実には、刑法典上の詐欺罪の他に、それ以外の（狭義での）経済刑法上にも、詐欺的行為に対処するための規定が置かれている。どちらで対応すべきかの判断の基礎には、刑法典の守備範囲に対する理解、及び現代経済社会における財産についての考え方が反映されることになる。詐欺罪は、欺罔に基づく財産交付を仕向けることよって法益主体が財産について保持するさまざまな価値や利益を害する行為である、と理解される。それゆえ、詐欺罪の成立範囲を画するためには、この理解を前提に、その固有の要件である「欺罔」の本質を明確にし、それに基づく基準を確立することが要請される。

二 従来の「欺罔」についての議論⁽⁹⁾は、欺罔に関わるさまざまな要素の内容を明確化することによって判断基準を明らかにしようとした。欺罔の語義と具体的判断の集積から基準を導き出そうとするこのアプローチは、判例を整合的に理解し、個々の具体的事例につき欺罔行為に該当するか否かを判断するためには、一定程度役立つ。しかし、具体的判断の集積から抽出された基準は、そこから欺罔の本質に基づく理論を導出する段階にまでは到達していない。それゆえ、このアプローチによっては、詐欺罪の成立範囲を十分に限定する基準を導くことができない。

そのような限界を克服することを目指して登場したのが、詐欺罪における「財産的損害」に着目して欺罔を理解するアプローチである。⁽⁴⁰⁾ 従来、財産的損害の理解としては、形式的に財産の交付・移転それ自体を損害と捉える、形式的損害説が有力に主張されてきた。新しく主張された、損害に着目するアプローチは、この形式的損害説が捉える形式的な損害に加え、被欺罔者の目的が達成されたかどうかという要素も損害概念の内部に取り込んで判断することによって、「損害」という要件を詐欺罪成立の範囲を画する基準として用いる。そして、欺罔は、損害発生危険性のある行為として説明される。違法論において結果無価値論の立場を採る場合はとりわけ、法益侵害結果に着目した客観的把握を試みようとするところから、この構成は受け入れやすい。しかしながら、詐欺罪の成立範囲を限定付ける役割を「損害」概念に担わせようとするにより実質化された「損害」概念は、成立範囲を画する基準としてそれほど明確なものとはいえない。そのため近時は、このような実質的損害概念への批判も少なくない。

実質的損害概念の問題点を克服するためには、「財産」の概念自体にまで立ち戻る必要がある。なぜなら、財産的損害を法益侵害結果として捉えるのであれば、損害の実質的判断の内容は、それが真に判断基準として必須の要素であるならば、財産法益の侵害の内容として説明することが可能ならずであり、当該実質に対応する部分が「財産」内部にあると説明できるはずだからである。そして、経済取引において財産が果たす機能に着目することを通して、保護法益としての「財産」の内容を再検討する必要があると考えられる。

現在、被害者の錯誤に関する「法益関係的錯誤」の考え方を詐欺罪にも適用する論者や、日本の詐欺罪規定を全体財産に対する罪として理解すべきと主張する論者からは、詐欺罪における財産法益の問題が検討されている。しかし、そこではなお、現代の取引社会において、あるいは人ととの関わりにおいて、財産が果たす役割はそもそも何であるか、という財産の機能に着目した検討が十分に尽くされていないと思われる。「欺罔」が詐欺罪という財産

犯の成立を基礎付けることを手がかりに、欺罔によって財産についての処分決定が害されたことを、財産法益に内在的な要素として積極的に把握することが、このような問題を解決する有効な手段となると思われる。

三 上述の議論の概観からは、「欺罔」に関連付けて保護法益である「財産」概念を再検討することにより、詐欺罪規定の本質に即した成立範囲限定のための判断基準とその根拠を明らかにすることの必要性が導かれる。本稿では、「欺罔」「損害」「財産」概念の検討と再構成を行なうことを通して、このような問題への解答を見出すことを目標とする。具体的には、まず第一章において、「欺罔」をめぐる現在の議論状況を概観し、解明すべき問題点を確認する。次に第二章において、議論を展開する準備作業として詐欺罪規定の歴史的展開を概観する。第三章以下では、現在の議論の分析と検討を進める。第三章で「欺罔」の詐欺罪内部における体系的位付けとそこでの実質的判断について検討を加えた後、第四章では欺罔に関連付けた保護法益理解の可能性を探り、詐欺罪の保護法益として「財産」を説明するために「財産的処分の自由」の考慮が必要であることを見出す。これを受け、第五章では、従来、保護法益としての「財産」概念につき論じられてきた内容を確認し、第六章では、財産の機能にまで遡った検討を通し、詐欺罪における「財産」概念及び「欺罔」概念の再構成を行なう。

第一章 「欺罔」概念をめぐる理論状況

第一節 序論

一 詐欺罪の成立範囲の限界を画する上で、人を欺くこと、すなわち「欺罔」は、重要な役割を果たす。「欺罔行

為」は、財産犯において詐欺罪を他と区別する手段行為であるし、実行の着手を判断する基準ともなる。また、刑法においては、錯誤の状態に起因する財産処分一般を問題とするわけではなく、当該錯誤が何らかの形で「欺罔」によって引き起こされたものであることが要求される。これらのことから、「欺罔」概念の理解は、詐欺罪の罪質の理解にも関わってくる。

しかしながら、そのように重要であるにもかかわらず、「欺罔」の意味内容は、未だ十分に明確になっていない。詐欺罪が財産犯であることの制約から、「欺罔」が、人を騙すことのみならず、財産処分に向けられたものに限定されることは、比較的容易に理解できる。しかし、この点を満たせばすべてが「欺罔」に該当するわけではなく、その上でなお、欺罔の「量と質」の判断によって、欺罔の範囲を限定して理解されている。⁽¹³⁾ 典型的な一例は、商取引における駆け引きや誇張などはある程度許容され、欺罔には当たらない余地があると一般に解されていることである。⁽¹⁴⁾ この考慮それ自体は現実在即しており妥当であると思われる反面で、そのように扱うべき理由や判断基準が明快に提示されているとはいえない。

行為当時には少なくとも外見上は被害者の意思に反していない形で財産交付を犯罪として規定しているのは、当該交付が欺罔に影響されて行なわれることを問題としているからである。このことは、欺罔の有無が詐欺罪の成否を決定する重要なポイントであることを示す。つまり、「欺罔」の理解こそが、詐欺罪の成立範囲を画する基準を決するものとなる。そのため、詐欺罪が現在のような「欺罔による財産犯」としての形式を採用することが確定して以来今日まで、「欺罔」をどのように理解するかについての議論が行なわれ続けてきている。

二 従来の詐欺罪をめぐる議論において、成立範囲を画する基準として事実上意味を持ち得てきたのは、「欺罔の程度」と「財産的損害」の観点であったと考えられる。両観点からは、それぞれ基準の具体化・明確化が進められ

ているが、基準自体に処罰の必要性の見地からの実質的判断が内在するものであるため、曖昧さを除去することの困難さは否めない。そして、これらの見解に内在する「実質的」判断の問題点を解消する試みとして、「財産」という法益の内容それ自体に着目するアプローチも提示されてきている。

三　そこで本章では、詐欺罪の成立範囲を限定付けるための議論が、何に着目しどのように変遷してきたかを概観し、その概観を通して、現在残されている問題として検討すべき課題の所在を明らかにすることを目指す。具体的には、現在までの議論を、①「欺罔」の要素を明確化するアプローチ、②「財産的損害」で限界を画するアプローチ、③「財産法益」の内実に入り切るアプローチ、の三つに分類して把握し、それぞれの到達点と残された問題点を示す。

第二節 「欺罔」の要素を明確化するアプローチ

一　従来、「欺罔」の意義は、「人を欺くこと」「人を欺いて(だまして)錯誤におとし入れること」「人を錯誤に陥れること」⁽¹⁴⁾「詐欺の手段により人に錯誤を生ぜしめること」⁽¹⁵⁾などと説明され、①人に向けられたものであること(精神を持たないため錯誤に陥らない機械に対しては行い得ない)、②財物または財産上の利益の処分行為に向けられたものであることの二点が、その必須の要件とされている。⁽¹⁶⁾ 比較的古い見解においては、欺罔を「虚偽の事実を主張すること」と説明するものもあるが、それは、条文上「事実(Tatsachen)」という文言を用いているドイツにおける議論に影響されたものである。⁽¹⁷⁾ そして、欺罔の内実を明確化するために、それに関するさまざまな要素が検討されてきた。それらは、欺罔の「対象(内容)」⁽¹⁸⁾「程度」⁽¹⁹⁾「手段・方法」⁽²⁰⁾「相手方」として整理することができる。⁽²¹⁾

「欺罔の対象」は、一般に、必ずしも法律行為の要素に関する事項であることを要しないとされている一方で、詐欺罪が財産犯として規定されていることから、相手方が財産的処分行為をなすための判断の基礎となるような事実を偽るものであることを要すると解されている。²³⁾ そのため、外部的客観的事実（物の性質・品質など）・心理的事実（代金支払意思など）・法律的事実（法律的効力など）のいずれであつても対象となりうる、また、過去あるいは現在の事実であれば対象となりうるかと解することについては争いがない²⁴⁾。他方で、①将来の事実、②価値判断や意見の表示も欺罔の対象となりうるかについては、若干の検討を要すると考えられている。²⁵⁾ ①の「将来の事実」が欺罔の対象となりうるかが問題とされるのは、将来は不確定であるため、未だ現実化していないことについての言及はあくまで想像や予測に過ぎず、判断材料として確実なものではないと考えられるからである。また、②の「価値判断・意見の表示」が欺罔の対象となるかどうかの問題とされるのは、これらが発言者の主観によるという性質を持ち、客観的事実とは質的に異なると考えられるためである。もともと、現在の議論においては、これらの点につき、端的に、当該虚偽表示が人を錯誤に陥れるに足りるか、という「欺罔の程度」の問題に解消する見解が一般的になっている。²⁶⁾

「欺罔の程度」は、日本の近時の議論において、事実上、詐欺罪の成立範囲を画する重要な基準として機能している。従来の議論において、欺罔の「程度」判断の要素として挙げられているのは、「取引の状況・相手方の知識・性格・年齢・職業・経験等の、行為の際の具体的事情」²⁷⁾である。そして、判断に際しては、これらの要素を考慮して、一般的・客観的見地から、それが一般人を錯誤に陥れる可能性があるか否かを基準にして決定されなければならないとされている。²⁸⁾ また、日常生活において商人が商品を売買する場合、多少の駆け引きや誇張を伴った広告・宣伝は社会生活上認められ、ある程度当然のこととして是認されていることから、それらについては詐欺罪の欺罔

にはあたらないと一般に解されている。⁽²⁴⁾

「欺罔の手段・方法」については、一般に何らの制限もないと解されている。それゆえ、言語によっても動作によっても、直接的でも間接的でも、作為のみならず不作為の場合にも、成立しうるとされる。⁽²⁵⁾ もっとも、不作為による欺罔に関しては、「不作為」という性質上、不作為犯一般において問題となるのと同様、どのような内容の不作為が作為と同等と評価され欺罔として扱われるべきかについての判断を迫られる。一般的には、事実を告知すべき法的義務が存在する場合について、その義務を怠って相手方の錯誤に陥った状態を利用した場合に、不作為による欺罔が認められるが、不利な事実を告知する義務が常にあるわけではないことから、取引上通常認められる不告知については欺罔とならない、と説明されてきている。⁽²⁶⁾

「欺罔の相手方」については、必ずしも財物の所有者・占有者（すなわち財産上の被害者）であることを要しないが、その財物についての財産的処分行為をなしうる権限・地位を有する者でなければならないと解されている。⁽²⁷⁾ そのため、いわゆる「三角詐欺」が問題とされている。⁽²⁸⁾ また、欺罔は特定人に向けられる必要はないとされ、いわゆる広告詐欺のように不特定多数人に向けられたものであっても欺罔にあたりと解されている。⁽²⁹⁾

二 欺罔の要素を明確化しようとする取り組みは、個別具体的な行為が詐欺罪の構成要件に該当する実行行為であるかを判断するための基準としては意義がある。その判断の積み重ねを整理して類型化し、それらを一般論へと昇華させ、何らかの基準・法則化によって説明しようとしてきたのが、かつての学説であった。しかしながら、このようなアプローチでは、判例を整合的に位置付けて説明することはできても、詐欺罪の本質に由来する基準を明確に提示することは難しい。学説の議論が、成立範囲限定のための試みにおいて、「欺罔の対象」に対する関心を次第に失い、実質的判断を組み入れることが可能な「欺罔の程度」という要素の検討で事実上足りる、と考えるに至る

のも、そのような限界が感じられたためであろう。

「欺罔の程度」の判断は、刑法典が財産的取引に関してどこまでをその守備範囲とするかについての考え方に關わり、刑法の役割自体の理解に關連する重要な問題である。しかし、従来のような、「欺罔の程度」による判断基準の明確化は、判断要素を具体的に列挙すること、あるいは「取引上重要な」といった実質的判断によつて説明する状況から抜け出す段階までには至っていない。その実質的判断の基準としては、「社会的相当性」「可罰的違法性」「取引上の信義誠実」を考慮することが主張された。これらは、行為無価値論に親和性のある考え方である。しかし、大きな方向性を示すに過ぎないこれらの基準を持ち込んだとしても、明確さが十分に解消されるわけではない。

そのため、これらの問題を解決するために、視点を、行為態様としての「欺罔」から、法益侵害としての「損害」に移し変える試み、すなわち「財産的損害」の有無に詐欺罪の成立範囲限定の契機を求めるアプローチが登場することになる。

第三節 「財産的損害」で限界を画するアプローチ

一 我が国の詐欺罪の条文(二四六条)自体は、財物の移転を要件としているものの、財産的損害の発生を要件とはしていない。そのため、欺罔による錯誤に基づく形式的な財産の移転があれば詐欺罪が成立する、と説明することも、理論上は可能である。もつとも、詐欺罪が財産犯として規定されていることから、財産価値の客観的侵害を指し示す言葉として、「財産的損害」の概念自体はしばしば用いられる。

日本における「財産的損害」概念の内容につき、かつては、欺罔によって「財物を交付したこと」あるいは「財物の喪失」それ自体を損害として捉える、形式的損害説が有力であった。⁽⁶⁷⁾ この考え方を前提とすれば、「損害」は、交付行為が完了したことを示すに過ぎず、詐欺罪の成立要件として特に論じる必要はなかった。

伊藤渉助教授は、このような損害概念の形骸化への問題意識を詐欺罪の成立範囲の限定付けの要請に結びつけ、「財産的損害」に限定の契機を求める見解を提唱された。限定要素として着目する対象を、「欺罔」という手段行為の態様から侵害結果としての「損害」へと転じ、「損害」を詐欺罪成立の限界を画するメルクマールとして用いることを意図して、損害判断の基準を明確にしようとする見解の登場である。いわゆる「実質的損害説」と呼ばれるこの見解は、日本にもともと全く存在しなかったわけではないが、伊藤助教授によって体系立てて紹介されたことにより、広く支持されるようになった。この考え方は、詐欺罪の法益侵害の側面に着目することから、とりわけ違法論における結果無価値論の立場に親和性がある。そして伊藤助教授は、限定のための基準として、「対価の属性の欺罔の場合は、それが対価の効用を左右する場合に限り、又、受領者の属性や用途に関する欺罔の場合は、それが対価の要求を差し控えるか否かを左右する場合に限り、『その給付に対しその対価を得る』という決定の前提として必要な事情の欺罔がある」との基準を示される。⁽⁶⁸⁾

この考え方を採用すると、特に、相当対価の給付があった場合や、寄付などの社会的目的のために反対給付をおよそ想定せずに交付を行なった場合について、判断基準を明確化することが可能になる。すなわち、前者の場合、個別財産の移転があってもなお「損害」は発生していないと判断することは、「獲得しようとしたものと現に獲得したものとの差」による損害判断として説明することができる。また、後者の場合、そもそも反対給付による埋め合わせが観念されていない類型については、社会的目的が達成されなかったことをもって「損害」である、と説明す

ることができる。

二 もつとも、詐欺罪の成立範囲を限定するために、「財産的損害」の有無によって詐欺罪成立を判断しようとするならば、損害概念の内部にさまざまな要素が取り込まれていき、次第に「損害」概念の過度の実質化が生じうる。「実質化」する場合、その内容が明確に示されないならば、単に曖昧さを許容するだけになりかねない。実際のところ、その後に登場してきた実質的損害説を採る見解では、必ずしも「財産的損害」の基準は明らかにされていない。「欺罔」を客観的かつ明確に説明するために導入されたはずの「損害」概念自体が不明確になれば、それにより規定される欺罔の説明もまた曖昧になることは避けられず、限界付けの基準としての機能を十分に果たせなくなる。また、日本において「財産的損害」に着目するこの考え方を導入する場合に問題なのは、条文上直接には要求されていない「損害」の体系上の位置付けである。伊藤助教教授はこの点につき、「欺く」行為の要件と説明される。しかし、実質的損害説を採りつつもこの点が不明確なままの見解も少なくない。

そこで、これらの問題点を解消するために、「損害」概念の基礎となるべき「財産」概念自体を検討し、その理解を基にして、実質判断の内容を明らかにしようとする考え方が登場する。それが、次に述べる、「財産法益」の内実に立ち入るアプローチである。

第四節 「財産法益」の内実に立ち入るアプローチ

一 我が国の議論においては、従来、詐欺罪の保護法益としての「財産」の内容について論じられることは少なかつた。その理由としては、財産犯一般の保護法益については、窃盗罪の保護法益論を論じることでも足りると考えられ

てきたのに加え、通説的見解が詐欺罪を個別財産に対する罪と理解しているために、財産の交付自体を捉えて形式的に「損害」発生を認めていたことが挙げられよう。その理解からは、客体となる財産が、財物あるいは財産上の利益として確定できれば、詐欺罪の損害発生を判断することが可能になるため、それ以上の内実に踏み込む必要性がなかったと考えられる。しかし、近時、財産的損害の有無を実質的・限定的に判断しようとする立場からは、その限定のために、保護法益である財産に含まれる要素を明確化することが必要となってきた。また、被害者の同意論において法益関係の錯誤説を採る論者は、その考え方を詐欺罪にも適用するために、詐欺罪において何が「法益関係の」かを探究しようとする。それらの見解をきっかけに、詐欺罪の保護法益としての「財産」の内実を明らかにし、それに基づいて詐欺罪の本質を考え成立範囲の限界を画そうとするアプローチが登場することになる。

法益関係の錯誤説の考え方を詐欺罪の理解に用いることをいち早く提唱された佐伯仁志教授は、詐欺罪の構造も、いわば欺罔による「錯誤」によって被害者が財産処分に「同意」している、と見ることができ、そのため、詐欺罪にも法益関係の錯誤の考え方を適用して説明するべきであると主張される。そして、詐欺罪において何が「法益関係」であるかについての理解の一つとして、財産法益においては法益処分行為の社会的意味の錯誤が法益関係の錯誤になると主張される。その理由としては、生命がそれ自体の価値で保護されるのに対して、財産という法益は、交換経済の下において、経済的利用・収益・交換の手段として保護に値すること、とくに金銭は、それ自体の価値においてではなく、交換手段・目的達成手段としてのみ保護に値することを挙げられる。そして、財産的給付によって得ようとするのは経済的利益だけでなく社会的目的の達成も含まれるとされる。

また、同様の問題意識から法益関係の錯誤説を詐欺罪へ適用することを支持される山口厚教授は、詐欺罪が「欺罔による財産の交付」を処罰の対象としていること、しかも交付すること自体には錯誤がない場合をも処罰の対象

に含まざるをえないことを根拠に、詐欺罪においては単に財産を交付すること自体が問題とされているのではなく、財産の「交換手段、目的達成手段」としての側面に着目し、財産の一定の目的のための交付が問題とされている、と指摘される。そしてこのことから、「目的実現」「財産交換」の失敗が法益侵害として捉えられていることになるとともに、いかなる「交換」も法益主体の自由であるという意味において、これらの失敗の有無は法益主体の主観的な基準によつて決せられることになる主張される。

このような、財産法益に関して「法益関係」な範囲を探ることによつて導き出されてきたのは、詐欺罪の「損害」「法益侵害」概念には「交換関係の不達成・失敗」という要素が入る、との考え方であった。⁽⁴³⁾そして、これらの、法益関係の錯誤説からの検討を受けて、それ以外の立場を採る論者からも、損害概念や保護法益について意識的に言及する見解が提示されるようになる。

酒井安行教授⁽⁴⁴⁾は、詐欺罪の法益ないし損害概念には「処分の自由」ないしその失敗という要素が含まれ、財産は物的な客体として純化しておらず、財産と自由処分とが融合しているため、損害も自由処分の失敗として把握される余地があるとされる。また、長井圓教授⁽⁴⁵⁾は、損害発生の判断について、単なる所有喪失のみならず「法的経済評価」に値する取引目的の実現が欠けることも合わせて考慮することを主張され、この取引目的の実現は「欺いて」の要件を通じて詐欺罪の保護法益となると理解される。これらの見解は、財産がそれ自体いわば物質的に保護されているのみならず、詐欺罪のような行為態様からも保護されていることを通して、その財産にまつわる主観的な要素もまた保護されていることを認めている点で、従来の「財産」理解に新しい考え方を持ち込む契機になると思われる。

そして、小田直樹教授⁽⁴⁶⁾は、これらの議論の方向性をさらに推し進められ、「財産」は処分可能性を本質とするから

「被害者意思を経由した」のならばそれは財産侵害といふべきではなく、詐欺罪や恐喝罪の「法益」は、「財産」自体の次元ではなく「被害者意思」を悪用した「取引」という次元で語るべきであるとされ、「財産取引の自由」が法益であると解する方が理に適う、と主張される。

二 これらの「財産」概念及び「損害」概念のさまざまな検討を通してクローズアップされてきたのは、財産の「交換手段」「目的達成手段」としての側面や、「取引目的」「(財産的) 処分の自由」であった。このことは、詐欺罪の議論において、被欺罔者にとつての財産の機能に目が向けられるようになってきたことの現れであると考えられる。

しかし、傾向において共通するこれらの見解の間には、さまざまな点で相違や対立があり、解決すべき問題点がおお多く存在している。上述した、財産の内実として挙げられる要素の内容も、未だ十分明確に説明しきれていないとはいえない。また、「処分の自由」を詐欺罪の保護法益と解すると詐欺罪が自由一般を保護する規定になってしまふ、と批判されてきたことも、想起すべきである。「目的」についても「社会的目的」という際と「取引目的」という際とは、言葉の上でこそ共通していても、その「目的」が客観的なものか主観的なものかという違いさえ生じている。ドイツにおいて、寄付金詐欺や乞食詐欺など、反対給付をおよそ想定していない場合の損害判断の枠組みとして提唱された「目的不達成論」⁴⁷⁾の文脈でいう「目的」は、「社会的目的」、すなわち、それが合理的かつ有意義であると社会的に認められている特定の行動の目的、という特別の意味合いを持つ。他方、詐欺罪が経済活動としての取引の場で行なわれることに注目し「取引目的」が達成されたかを問題とする文脈における「目的」は、当事者が(主観的に)目指しているものを指す。これらのことから見ても取れるように、詐欺罪の保護法益という観点から「財産」概念を再考する際に、何が財産の内容として理解されるべきであるかについての課題は、なお多く残されているのである。

第五節 問題の所在

以上の議論状況の概観からわかるように、詐欺罪の成立範囲を画するために残された問題は少なくない。詐欺罪の保護法益が明確でないために、損害概念や欺罔概念も不明確であるというのが現在の状況である。それならば、詐欺罪の保護法益としての財産概念——それは他の財産犯とも基本的には共通のものとして構成されなければならぬが——の明確化を図る必要がある。そして、詐欺罪を合理的に説明できる財産概念の構築を目指し、その明確化を図ることによって、財産的損害や欺罔の概念も明確にすることができる。それらを前提として「欺罔」概念の再構成を行なうことが、本稿に課せられた課題となる。

「欺罔」が単なる行為態様にとどまらない意味を持つ要素であると解するならば、その位置付けを検討する必要がある。そしてそれを、詐欺罪理解にとってより本質的な、保護法益に直接に関連する要素と理解するために、「欺罔」と、詐欺罪の保護法益と、財産犯の保護法益としての「財産」との関係及び各々の内容を明らかにすることが必要となる。そのためには、「欺罔」を保護法益との関係において検討する議論の蓄積がある、ドイツでの議論状況を参照することが役立つであろう。そして、従来、財産概念それ自体がどのように論じられてきたか、そこで欠けていた観点は何かを確認した上で、財産が人との関わりの中でどのような機能を果たすかに着目して、財産概念を再構成し提示するとともに、そこから「欺罔」を定義し直すことが必要であると思われる。

本稿では、このような問題意識をもとに、「欺罔」「損害」「財産」の概念の検討と再構成を行なうことを通じて、詐欺罪の成立範囲を適切に画するような基準、すなわち「欺罔」の理解を得ることを目標とする。具体的には、まず第二章において、その準備作業として、詐欺罪規定——厳密に言えば、現在の詐欺罪に当たる犯罪類型——の

歴史的展開を概観することとする。「欺罔犯罪」性と「財産犯罪」性のバランスの変遷は、「欺罔」の位置付けの理解に有用な示唆を与えうるし、現在のドイツにおける議論の前提とも密接につながっているからである。そして、第三章以下において、現在の議論の分析と検討を行なっていく。第三章では、「欺罔」の詐欺罪内部における体系的な位置付けとそこでの実質的判断について検討を加える。第四章では欺罔と保護法益との関係を探り、詐欺罪の保護法益として「財産」を説明するために欠けている観点、すなわち「財産的処分の自由」についての考慮が必要であることを見出す。このような、保護法益の再検討の必要性を受けて、第五章では、財産概念を再構成するための準備作業として、従来、保護法益である「財産」概念の内容として何が論じられてきたかを確認する。そして第六章では、経済社会において、あるいは人との関わりにおいて、財産が果たす役割はそもそも何であるか、という財産の機能にまで遡り、そこで示された財産像をもとに、保護法益としての財産概念を再構成し、詐欺罪における「欺罔」概念の再定義を行なう。

第二章 詐欺罪の歴史的展開

第一節 序論

現在の詐欺罪が財産犯として規定されていることは、条文中も解釈上も疑問の余地がない。しかしながら、詐欺罪がそのような財産犯として確立したのは、歴史上比較的新しいことであり、それまでは、他人を騙すこと自体が処罰の根拠となる、いわば「欺罔犯罪」とされていた。現在の詐欺罪のような「欺罔」と「財産」の結びつきは、

必然のものではなく、詐欺的行為について犯罪を成立させる範囲を限定し明確化するための一つの選択であったと思われる。そして、そのため、詐欺罪における「欺罔」と「財産」の両要素の関係は、詐欺罪が財産犯として確立して以来議論の対象になってきた。現在の財産犯体系では、行為当時には外見上被害者の意思に反していない財産交付を仕組むことが、交付意思の決定に影響を与えた欺罔行為が存在したことを根拠に、詐欺罪という財産侵害罪を成立させる。詐欺罪が一つの犯罪類型として規定された背景に、「欺罔犯罪」として発展してきた沿革があることを考え合わせるならば、詐欺罪における「欺罔」がもつ意義の重要性がより強く理解されよう。

それでは、現在の詐欺罪規定は、いかなる歴史的経緯をたどって発展してきたものであり、そのことは現在の詐欺罪の解釈とどのように関わってくるのだろうか。本章では、このような問題関心から、歴史的展開の中で「欺罔」が刑法上どのように位置付けられてきたかを概観する。日本の、明治時代以降の近代的刑法典の形成においては、西洋法の継受の影響が大きい。現行刑法典は特にドイツ刑法の影響を強く受けていることから、本章の叙述も、まずドイツでの経緯についての概観を行ない、次に日本での経緯を概観する。

第二節 ドイツにおける詐欺罪規定の発展過程

第一項 序論

ドイツ刑法では、詐欺罪の原型が「虚偽」に着目した犯罪類型であったため、「欺罔」への関心が高い状態が継続していた。⁽⁴⁾ ドイツにおいて詐欺罪が財産犯として確立したのは十九世紀半ばであり、それ以前は「真実でないこと」を利用したという観点から各種偽造罪とともに「偽罪」というカテゴリーで把握されてきた。詐欺罪は、経済

社会の発展に伴って問題化してきた犯罪類型で、その変遷は社会における経済取引の拡大を反映している。初期の「騙すこと」「真実でないこと」それ自体を倫理・道徳的観点から問題とする傾向は、次第に取引社会の拡大や啓蒙思想による罪刑法定主義の徹底の影響を受け、「権利」「財産」の侵害を犯罪処罰の根拠とする考え方へと移っていった。この点は、法益概念の形成・発展と重なる側面もある。そこで、いわゆる詐欺罪がどのような経緯で財産犯として純化されるに至り、欺罔が手段ないし行為態様の問題として捉えられるようになったかという問題関心から、歴史的展開を概観する。ドイツ刑法は、十一世紀におけるローマ法継受の影響を強く受けて発展していることから、本節においては、まずローマ法における経緯を概観し、それに次いでドイツ法における経緯を概観することとする。

第二項 ローマ法における発展過程

I ローマ時代

一 ローマ時代に詐欺行為が犯罪化されたのは、取引社会の発展という社会背景を受けてのことである。

初期ローマ共和政時代においては、偽造も詐欺も一般には可罰的ではなかった。「騙す」犯罪の出現として最初のものとみられるのは、十二表法（前四五年）における保護者詐欺（*Frans patroni*）⁴⁹⁾ 及び偽証（*testimonium falsum*）⁵⁰⁾の規定であるが、これらは後述の「偽罪」には関係するものの、現在の偽造罪や詐欺罪の概念とは必ずしも直結していない。大部分の文献において詐欺行為の処罰の始点とされるのは、ローマ法の規定上の盗罪（*furtum*）、偽罪（*falsum*）、欺罔罪（*stellionatus*）である。

財産犯罪として詐欺形態の犯罪類型をはじめて捉えたのは、現在でいう窃盗罪を中心とした盗罪（*furtum*）の概念

であった。学説集成 (Digesten) によれば、盗罪 (furtum) は「詐欺的であり、強欲な意図で行われる物の窃盗」と解されており、その「窃盗」というメルクマールにもかかわらず、その下には「偽の債権者」などいくつかの詐欺的行為が入れられ、この状態は紀元前二〇〇年から紀元三〇年頃まで続いていたとされる⁵⁴⁾。

二 ローマ共和制時代の紀元前八〇年頃制定された「遺言と貨幣に関するコルネーリウス法」(Lex Cornelia testamaria nummaria) は、カズイステイックな形態で、遺言犯罪、文書犯罪、貴金属犯罪及び硬貨犯罪を規定していた⁵⁵⁾。同法は、後にローマ帝政時代になると、取引社会の発展に対応するために、偽造 (falsum) の構成要件が拡張され、「偽罪に関するコルネーリウス法」(Lex Cornelia de falsis) と呼ばれるようになる。拡張後の同法の下では、遺言と通貨の偽造以外の多くの行為 (いわゆる「準偽罪 (quasi falsas) 」) が偽造罪 (crimen falsi) として処罰されるに至り、手段の欺罔性に着目することで、詐欺的行為が処罰されるようになる。

三 その後の商業の発展と商取引の拡大に伴い、商取引における詐欺的行為が急増したが、その中には偽罪 (falsum) にも準偽罪 (quasi falsas) にも該当しないものが多く存在した。そのような立法の不備を埋めるため、紀元後二〇〇年頃のハドリアヌス帝の時代以降には、判例を通して欺罔罪 (stellionatus) の類型が形成され、他者に欺罔を用いて損害を加えた場合であるのに偽罪 (falsum) や準偽罪 (quasi falsas) に該当しない詐欺的行為に対して成立する補充的犯罪 (Anfangdelikt) として位置付けられた⁵⁶⁾。一部の文献は、この欺罔罪 (stellionatus) が今日の詐欺概念の土台になったと指摘する。とりわけ、偽罪 (falsum) の保護客体は「公共の信用 (publica fide) 」で、法的・経済的生活に関連した公的な信頼を保護するとされたのに対し、欺罔罪 (stellionatus) の保護客体が私的な個人の財産のみだったことが、その根拠とされる。すべての欺罔罪 (stellionatus) の事例は、欺罔行為を前提としていて、錯誤によって引き起こされねばならず、被欺罔者はそれを通して財産処分を決定し自身の財産を侵害されるものとされたため⁵⁷⁾、

構造上は現在の詐欺罪に近いものであった。もともと、当時、欺罔罪 (stellionatus) と偽罪 (falsum) は併存して、前述のように欺罔罪 (stellionatus) は補充的に成立したに過ぎない。⁶⁵⁾

四 かくして、当初、信賴の保護による共同体の維持を目的とし、公共の信用の保護を中心に構成されていた偽罪の類型は、社会における商取引の発展に伴う要請に応えて次第に財産的利益の保護を含む形に拡大され、偽罪 (falsum) と準偽罪 (quasi falsum) 及び欺罔罪 (stellionatus) により、現在の詐欺罪の行為類型までも包含する広大な偽罪概念が形成された。

II 注釈学派による継受

このようなローマ法的な「偽罪」概念が再び注目されるようになったのは、ローマ法の継受が盛んに行なわれるようになった、十一世紀以降においてである。十一世紀以降、注釈学派 (Glossatoren) に属するイタリアの法学者たちは、かつてのローマ法を整理し再構成する作業の中で、詐欺罪に関して、前節で言及した「偽罪に関するコルネリウス法」に規定された多くの行為類型の体系的な整理・要約を行なった。そして彼らは、広範にわたる偽罪の態様を包括しうる定義づけを試み、二世紀末から三世紀初頭に活躍したローマの法学者パウルス (Paulus) の『断案録』 (Sententiae) における「真実に一致していないが真実であると思われるものは偽りである」 (Falsum est quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur.) と同じ格言に基づき、「真実の改変」 (immutatio veritatis) と同じメルクマールを偽造の罪 (crimen falsi) の共通要件とするに至った。⁶⁶⁾ そして、その成立範囲をさらに限定するため、これに加えて「行為者の悪意 (dolus)」と「他人の損害 (damnum alicui)」も要件とした。後には、「他人の損害」は「損害発生の危険」で足りると解され、結果犯から危険犯への変更が行われた。⁶⁷⁾

当時の偽罪 (Falsum) の理解では、現在のような偽造罪と詐欺罪の区別は明確でなかった。このような偽罪 (Falsum) 概念が、後にこれを継承したフランス法及びドイツ法に影響を与えたことから、その広範にわたる内容を規定し分けることは、継受した後の課題となる。

第三項 ドイツ法における発展過程

I ゲルマン法

ゲルマン法において詐欺行為の犯罪化が意識されるようになった背景にも、取引社会拡大という時代状況があった。

紀元後五〇〇年から九〇〇年ごろに発生した部族法 (Volkrecht) には、詐欺的行為を把握する規定は散発的に存在するのみであった。⁶²⁾ フランク王国の部族法は、西ゴートの法から引き継がれたバイエルン部族法典を除き、現在という偽造のみを扱っていた。これに対して、西ゴート、ランゴバルド、北ゲルマンの法においては、詐欺の個別的事例について言及されており、アングロサクソンの法にも、少なくとも詐欺の概念があったとされる。ただし、当時の詐欺的行為に対する制裁は、金銭的制裁にとどまっていた。⁶³⁾

中世に入ると、都市における工業や商業の繁栄、貨幣経済の浸透に伴い、詐欺的行為の問題性が顕在化してきた。そのため、都市法 (Stadtrecht) の中には多数の詐欺的行為及び詐欺類似行為が規定されるようになり、詐欺と偽造の明確な限界付けなしにカズイステックな列挙がなされた。また、ザクセンシュピーゲル (Sachsenspiegel) (一一一五～一二三五年) やシユヴァーベンシュピーゲル (Schwabenspiegel) (一二七五年) などの法書 (Rechtsbuch) においても、詐欺的行為に関する規定はカズイステックで、一般的な詐欺概念は規定されていなかった。⁶⁴⁾

II ドイツ普通法

十六世紀から十八世紀に、ローマ法及び中世イタリア法を継受した普通法 (gemeines Recht) では、継受にあたって、詐欺罪と偽造罪の区別が明確でないローマ法上の偽罪 (falsum) の概念を引き継いだために、文書偽造罪と詐欺罪が明確に分離されなかった。

当時、偽罪は「悪意での、他人を害する真実の変革」と定義され、欺罔罪 (stellionatus) は、偽罪に含まれない詐欺的行為のうち処罰の必要性があるものにつき成立する補助的犯罪であった。この偽罪の定義には、現在の詐欺罪・偽造罪・偽証罪など、「騙す」犯罪が広く含まれるため、現在の詐欺罪と比べてかなり広範で曖昧な犯罪類型であった。バンベルク刑事裁判令 (Constitutio Criminalis Bambergensis) (一五〇七年) には、注釈学派の影響を受けることなく、ゲルマン法の伝統に従った偽造罪の規定が見られ (一三六条―一三九条)⁶⁵⁾、ここでは、鑄貨偽造、印章・文書偽造、度量衡・商品を用いて欺くこと、境標の移動が処罰されていたし、カロリナ刑事法典 (Constitutio Criminalis Carolina) (一五三二年) にもそれが引き継がれた (一一一条―一一四条)⁶⁶⁾。そのため、現在の詐欺罪に当たる行為類型は、カロリナ法典でも規定されず、ローマ法の偽罪 (falsum) や欺罔罪 (stellionatus) の規定により補充することによって処罰された。この背景には、頻発する詐欺的行為処罰の必要に迫られ、「詐欺」を同法一一二条の「偽造」の一種として扱ったことに加え、曖昧な偽罪 (falsum) 概念が紹介されることで「偽造」に「詐欺」を含めて処罰する実務的解釈が正当化されたことがある。そのため、後には、一一二条の「偽造」 (falsch machen) を偽罪 (falsum) の意味に解して詐欺的行為を処罰するようになった。このような経緯から、当時は、偽造と詐欺とを区別せず、両者を含めて「真実」 (Wahrheit) に対する罪であると解されていた⁶⁷⁾。

その後、十六・十七世紀に作られたラント法は、カロリナ法典の内容を引き継ぎ、欠けている部分をローマ法の

考え方により補完して運用された。そのため、この時期には、詐欺罪の理解について理論的な変化は見られない。詐欺概念が確定されるのは、その後の、啓蒙思想の影響を受けた刑事立法の試みの中においてであった。⁽⁶⁴⁾

III 啓蒙期・地方特別法

一 啓蒙期になると、詐欺や偽造の刑罰を刑事裁判官の裁量に任せてきたことが問題とされ、これらに可罰性の一般原則による枠をはめる試みが登場した。啓蒙思想の影響で、国家による刑罰を法律で規定して、国家権力の自己限定を図ろうとしたのである。⁽⁶⁵⁾そして、この時期に、刑法典が体系的な内容をもつようになるのと並行して、偽罪の法益や罪質が意識されるようになってくる。

二 啓蒙期に入り最初の刑法典と位置付けられている、一七五一年のバヴァリア刑法典(Codex Juris Criminalis Bavarica)は、詐欺的行為として、偽造通貨の作成者、偽造者、偽証者、復讐断念誓約の違反者、不実な官吏について規定している。⁽⁶⁶⁾ここでは、偽造罪と詐欺罪を合わせた広義の偽造を、「物の真の価値が、時に言葉で、時に行動により、時に文書によって他者に損害を与えないし危殆にする方法で歪曲される」場合と定義し、一般的に理解された欺罔概念がはじめて法律の形で示された。

オーストリアで一七六八年に制定されたテレジアーナ刑法典(Die Constitutio Criminalis Theresiana)は、はじめて各則部分の犯罪類型を被害法益によって分類して規定したが、詐欺的行為はなお「偽罪」(Falsch)という概念の下に偽造と区別されることなく規定された。そしてこの偽罪(Falsch)は、全体として、個人に対する犯罪としての財産に対する罪としてではなく、統治とラント憲法に対する犯罪、すなわち国家を危殆化する犯罪とされていた。同法の七二条一項は、偽罪(Falsch)を「同胞を騙して利益を得、侵害することによって、たいていの場合窃盜と極

めて近い性質を持ち、かつ、本来危険にも他人に損害を加えることをもくろんで真実を歪めたり逆にしたりすること」と定義している。もつとも、ここでもなお、偽罪の範疇は広く、裁判官の恣意が十分には排除できないと考えられていた。⁶⁷⁾

一七八七年に制定されたヨゼフィーナ刑法典 (Das Allgemeine Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung Joseph II) の第一部においても、侵害された権利客体による犯罪の区分が行われた。ここにおいて、詐欺罪規定は、はじめ「財産及び権利に関連する刑事犯」(Kriminalverbrechen, welche auf Vermögen und Rechte Beziehung haben)として分類され、財産犯へ向けての一步を踏み出した。詐欺 (Tug) は、一四九条において「何らかの陰謀・策略により他の者の所有権を手に入れんとした者もしくは悪い意図から人の財産、名譽、自由または権利に害を加えんとした者は、用いた手段を考慮せず」成立するものとされた。ここでは、財産以外の名譽・自由・権利に対する侵害についても、「詐欺」(Tug) を構成すると考えていた。⁶⁸⁾

一八〇三年に公布されたフランツ二世の「犯罪と重大な違警罪に関する法」(Das Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizei-Übertretungen Franz II) では、詐欺 (Betrug) は、「悪意ある表象または行為によって他人を錯誤に導く者、それによって他人の所有権またはその他の権利に損害を被らせる者、もしくは他者の錯誤の故意でまたは無知を利用する者は、詐欺を犯している」と規定された(一七六条)。同法は、詐欺を二種類に分け、まず行為の性質から詐欺と扱われる六つの場合を規定した(一七八条)。その他の詐欺的行為につき犯罪成立の限界付けを損害額によって行ない、損害が二五グルデン (Gulden) を超える場合には詐欺罪、それ以下の場合には違警罪 (Polizei-Übertretungen) が成立するとした(一七九条)。⁶⁹⁾

三 はじめて偽造と独立して詐欺的行為を処罰したとして重視されるのが、一七九四年に成立したプロイセン一般

ラント法の一二五六条である。同法は、財産犯全体を「可罰的な私利私欲」(strafbarer Eigennutz)と「詐欺」(Betrug)に分けて規定する。一二五六条は詐欺を「他人の権利(Recht)を害するような錯誤を誘発する行為は詐欺罪である」と定義しており、条文上には「財産」あるいはそれと関連する「損害」や「利得」という文言も全く用いられていなかった。それゆえ、同条の「権利」(Recht)が財産権に限定されるかその他の権利も含まれるかは、規定上は明らかでない。しかし、プロイセンでは、この「権利」を、一般的な真実についての権利ではなく、個別の、しかも財産に対する権利と解釈されていたとされている。このことは、後の詐欺概念についての議論に影響を与え、また一八五一年のプロイセン刑法典における財産犯体系の再編成の起点となったと考えられている。同法では、一三二八条以下に「加重された詐欺」(der qualifizierte Betrug)の規定が置かれ、その下に背任(一三二九条～一三七六条)、偽造(一三七七条～一三九八条)、他の義務の侵害を伴う詐欺(一四〇四条～一四四〇条)、商品・度量衡の偽造と破産に関連する「公衆」(Public)に対する詐欺(一四四一条～一四八七条)が規定された。この条文の構成から、同法は、広義の詐欺の内部に、その加重類型の一つとして、偽造や背任などを位置付けていたことが見て取れる。⁹⁷⁾

他方、一八一三年のバイエルン刑法典は、犯罪行為を重罪(Verschulden)と軽罪(Vergelten)に分け、それぞれにおいて、私人に対する詐欺的行為と国家に対する詐欺的行為とを分けて規定する。二五六条、二五七条における重罪の詐欺概念の定義について特筆すべきなのは、二五七条で「単なる真実の不告知」(Bloßen Vorenthaltung der Wahrheit)が詐欺(Betrug)になる場合を定めている点である。その場合の一つとして挙げられる「他者の、有害な行為、不作為あるいは惑わすような約束による錯誤を悪用するとき」⁹⁸⁾につき、当時の判例は、「積極的な虚偽と同様、嘘をつくことや本当に見せかけることは、被欺陷者の意思決定に重大な影響があったときには可罰的である」⁹⁹⁾

と理解していたとされる。⁶³⁾ 第一巻第一編第五章の「詐欺による他者の権利の侵害について」(Von Beeinträchtigung fremder Rechte durch Betrug) という表題からもわかるように、詐欺 (Betrug) という表現は、ここでは偽造を含めて用いられている。それゆえ、この段階ではまだ、詐欺罪の偽造罪等からの分離は不十分で、財産犯としての詐欺罪は確立されていない。バイエルン刑法典の起草者であったフォイエルバッハも、詐欺罪を「欺罔行為により他人の権利を害する罪」と定義して、これを形式犯と理解していたが、その「権利」は具体的な財産権を意味するものはなかったようである。⁶⁴⁾

四 プロイセン一般ラント法の布告後間もなく、新たな刑法典制定への動きが始まる。そして、数々の議論と何次にもわたる草案作成を経た後、それらの検討は、一八五一年のプロイセン刑法典として結実する。⁶⁵⁾ 詐欺罪規定に關していえば、この間の議論によって詐欺罪が財産犯として確立したといえる。

十九世紀初頭の学説は、経済取引の発展による社会的要請から、偽造の罪 (Crimen falsi) を究明し、偽造と詐欺との性格の違いを学問的に説明しようとした。⁶⁶⁾ 当初は、刑法学が普通法的な理解を継承していたため、偽造と詐欺の双方が真実を歪曲する手段を用いる点で共通項を有するとの限度で対をなす犯罪であると考へ、ローマ法の偽罪 (Falsum) と欺罔罪 (stellionatus) との対比から「詐欺概念」を導き出そうとしていた。つまり、その犯罪の対象によって、詐欺と偽造が区別されるようになっていったのである。詐欺罪を財産権の侵害に限定するか、権利一般の侵害で足りるとするかについては、各草案作成の過程において議論されており、契約詐欺 (Vertragsbetrug) の規定を設けることも検討された。⁶⁷⁾

詐欺罪を、当時の広い偽罪概念から分離する契機となったのは、詐欺罪を財産的侵害を伴ったものに限定することであった。一八三三年の草案の段階では、まだ詐欺罪と偽造罪が共通の章に規定され、私文書偽造、公文書偽造、

及びその他の偽造は、詐欺の加重類型として位置付けられた。偽造罪と詐欺罪が別々の章に規定されるようになったのは、一八四〇年及び一八四三年の草案においてである。⁶⁶⁾

詐欺罪をはじめて財産に対する罪として把握したのは、テンメ (Temme) であるといわれている。彼は、論文の中で、一般ラント法一二五六条の「権利の侵害」(an seinem Rechte gekränkt werden) を「財産権」の侵害と解すべきであると主張したのである。彼は、その理由として、真実の侵害 (Wahrheitsverletzung) のみでなく外部の権利を無理に入手したことを詐欺罪の本質とすべきであり、そのように限定して解さないと、商取引の複雑化に伴って生じるようになった意図的でない債務不履行を、その理由を問わず真実を損ねていることゆえに詐欺罪にしてしまうことになる⁶⁷⁾と指摘する。

五 一八五一年のプロイセン刑法典は、近代的な財産犯体系をはじめて整備したものと評価されている。一八二八年以来、制定までの草案推敲の過程を通して、詐欺は、欺罔によって惹起される財産侵害に限定され、抽象的な「真実の権利」を侵害する罪ではなく、財産を侵害する罪としての罪質を獲得し、財産犯としての詐欺罪が確立した。⁶⁸⁾

その二四一条の規定は「利得の意図をもって、虚偽の事実を示しもしくは真実を歪め又は隠すことにより錯誤を生ぜしめ、他人の財産を侵害する者は、詐欺罪に該当する。」⁶⁹⁾というものであり、その欺罔手段についての表現及び財産侵害を要する点は、現在のドイツ刑法二六三条の規定に引き継がれている。⁷⁰⁾ プロイセン刑法典二四一条の規定は、現行法と本質的な違いのないものであり、このプロイセン刑法典の制定とほぼ同時期に、学説上も、特にケストリン (Köstlin) とメルケル (Merkel) の功績により、詐欺罪を形式的に「真実への権利」に対する罪と捉える考え方は姿を消し、財産に対する罪としての性格が最終的に確定されたといわれている。⁷¹⁾

IV ドイツ帝国刑法典

一八五一年のプロイセン刑法典の詐欺罪規定は、一八七〇年の北ドイツ同盟刑法典 (Strafgesetzbuch für den Nord-deutschen Bund) へ、そして翌一八七一年にドイツ帝国が誕生したことに伴い「ドイツ帝国刑法典 (ライヒ刑法典)」(Reichsstrafgesetzbuch) へと引き継がれた。ドイツの刑法としては、これまでに数次の改正を経ているものの、基本的には、このドイツ帝国刑法典が現行法である。詐欺罪に関しては、北ドイツ同盟刑法典の制定にあたり若干の文言の修正が行われたが内容的な変更はされていないし、北ドイツ同盟刑法典の詐欺罪規定は、そのまま同じ文言で現行刑法に引き継がれている。かくして、一八七一年帝国刑法典が制定されたことによって、詐欺罪を財産犯とする現在の詐欺罪類型が一層確定的になったといえる。⁶³⁾

V 現在の詐欺罪規定の全体像

ドイツ帝国刑法典の詐欺罪規定は、制定当時はシンプルであった。しかし、近年の度重なる法改正により、現在ではかなり複雑な構造になっている。二六三条に基本的詐欺構成要件の条文が置かれ、その後特別な詐欺規定が置かれている。一九七六年の第一次経済犯罪対策法による改正以降、二六三条 a から二六五条 b までに、コンピュータ詐欺 (Computerbetrug)、補助金詐欺 (Subventionsbetrug)、投資詐欺 (Kapitalanlagebetrug)、保険の濫用 (Versicherungsmißbrauch)、給付の不正入手 (Erschleichen von Leistungen)、信用詐欺 (Kreditbetrug) が新設されている。⁶⁴⁾ これらの規定は、最近のドイツにおける経済状況を背景として新たに規定されたものである。近時、ドイツで詐欺罪の本質論が論じられるようになってきたのは、これらの改正によって新設された詐欺の特別構成要件を「詐欺」(Betrug) として整合的に説明する必要性が生じたためである。ドイツのこのような立法の背景には、新しいシ

システムを利用した犯罪や悪徳商法の場合、従来の詐欺罪規定の適用が難しい、という事情がある。この事情は、日本にも共通している。そして日本では、この問題につき、法改正ではなく詐欺罪の解釈論によって対応しようとして、議論が盛んになってきている。その意味において、ドイツでの議論を参照することには意味があると思われる。

第四項 小括

ドイツにおける歴史的展開の中で、詐欺罪にあたる犯罪類型の位置付けは、さまざまに変遷してきた。ローマ法では、詐欺行為は、当初、盗みを中心とした財産犯である盗罪 (*furtum*) としてのみ処罰されていた。その後、「騙す」犯罪としての偽罪 (*fraus*) の登場に伴い、偽罪概念の内部に位置付けられる。偽罪 (*fraus*) が法的・経済的生活に関連した公的な信頼の保護を目的としたのに加え、偽罪 (*fraus*) の補充犯罪として規定された欺罔罪 (*sceleriosis*) が私的な個人の財産のみを保護客体とする規定として理解されたため、詐欺行為の類型は広い意味での偽罪概念の内部に組み込まれていく。その後の詐欺罪類型の理解において、長きに渡ってその本質が真実の歪曲による損害惹起として捉えられたのは、その影響である。

また、詐欺罪が財産犯として規定されるに至った背景として、啓蒙期における規定明確化の取組みの中で、犯罪の被害法益が明らかにされ、「国家を危殆化する犯罪」から「財産及び権利に関連する犯罪」へ理解が移行したと、及び、犯罪の捉え方が「権利」侵害から「法益」侵害へと移行したことが挙げられる。詐欺罪の目的の理解が国家的・社会的法益の保護から個人的法益の保護へ移るのに伴って、その罪質も、「信頼に対する罪」から「欺罔による財産犯罪」へと変容したのである。そして、財産犯であることの要請は、「騙すこと一般」をそれだけで処罰するのが困難なため、限定要素として「財産的損害」の発生が重視されるようになったことに起因すると考えられる。⁹⁸⁾

偽罪として漠然と広い範囲で捉えられていた犯罪行為は、保護法益の見地を取り入れることによっていくつかの犯罪類型に分化し、その結果、それぞれの犯罪の成立範囲が限定された。詐欺罪も、その中の一つである。そのような経緯からは、詐欺罪は、財産犯になっても、「欺罔」を重要な要素としていることには変わりはなく、被害法益が財産であることによって他の「騙す」犯罪と区別されるようになった、と捉えることができる。

第三節 日本における詐欺罪規定の発展過程

第一項 序論

それでは、我が国における詐欺罪規定は、どのように発展してきたのであろうか。欺罔行為を財産侵害の手段として捉える考え方の背景を探るために、次に日本において詐欺罪規定がどのような形をとって発展してきたのかに目を向けることとする。⁶⁰⁾日本の近代的刑法典は、明治時代に西洋法の継受の影響を強く受けて制定されたものである。現行刑法への直接的関連があるのはこの時期以降の議論であるため、本節の概観は明治以降の旧刑法制定に至る経緯に遡ってはじめる。

第二項 旧刑法前史

日本において現在のような「財産犯としての詐欺罪」が確立したのは、十九世紀のことであるといわれている。⁶¹⁾養老律(七一八年)における詐偽律には、詐欺取財と文書偽造等が並べて規定されているし、江戸時代の公事方御定書(一七四二年)も、欺罔犯罪と偽造犯罪を特に区別することなく並べて規定していた。⁶²⁾

明治の初期、政府が新たな刑法典作成までの当座の対応のために作成した刑事関連の法律の中には、江戸時代までの武家法の規定の形跡が残っている。「仮刑律」における詐欺罪関連の規定は、公事方御定書とほぼ同様の文言で詐欺取財の手段行為について三つの形態を挙げ、「窃盗に準じて」扱うことを定めていた。⁽⁹⁰⁾このことは、当時の考え方においても詐欺と窃盗は区別して考えられていたことの現れでもある。規定の位置としては、強盗・窃盗などと並んでおかれており、財産犯としての位置付けが意識されてきた可能性がうかがえる。

明治政府が正式な法典として編纂を計画していた本格的な刑法典である「新律綱領」においても、詐欺取財は、強盗・窃盗・恐喝などの条文と並んで賊盜律の中に規定された。⁽⁹¹⁾他方、官名詐称や各種偽造罪は「詐偽律」に規定されており、ここで、詐欺罪の位置付けが「財産犯」として意識されたことが表れている。

これらのことから、旧刑法以前の日本の法においても、すでに詐欺罪規定は財産犯として位置付けられていたとともに、当時から財産犯については手段ごとに規定が分かれていたことがわかる。

第三項 旧刑法

明治十三年に制定された旧刑法は、条約改正のための外圧が制定の契機となつて、一八一〇年のフランス刑法典を基礎に、ドイツ、ベルギー、イタリーなどの立法例や草案をも参酌して編纂されたものである。旧刑法は、詐欺と恐喝を同じ条文（三九〇条）に規定し、恐喝を手段とした場合についても「詐欺取財」と呼んでいる。⁽⁹²⁾このように、被害者の意思への不当なはたらきかけをもって「詐欺」とする考え方は、今日、詐欺罪と恐喝罪を、被害者の意思にはたらきかけるといふ共通の性質により「交付罪」と分類する発想と共通する。また、同条二項には、詐欺の手段によって文書偽造をした場合についての規定があり、偽造罪の手段としての詐欺が意識されていた点にお

いて、詐欺罪と偽造罪が未分化であった「偽罪」概念の名残が見受けられよう。

旧刑法が成立した一八八〇年代は、ヨーロッパにおいて古典学派と近代学派の間で「刑法学派の争い」が展開されつつあった時代であり、その上日本では、この刑法典に対して新律綱領・改定律例の復活といった旧守の立場からの批判も出されていた。憲法体制がプロイセン憲法を模とするものとなった影響もあり、刑法典についても、施行後まもなくドイツ法へ傾斜する形での改正作業がはじめられた。当時、そのような流れとは別個に、旧刑法の起草者ポワソナードも独自の改正案を作成しており、詐欺罪に関しては、手段である欺罔行為の判断を裁判所の裁量に委ねるのではなく法文中に列挙して構成要件を細分化することによる限定を試みていた。明治二三年刑法改正案は、この案を基にして作成されたものである。しかし、現行刑法の原型をなすといわれている明治三〇年刑法草案においては、ポワソナードが主張した、欺罔手段を列挙する方式は採用されなかった。そして、ここでは、財物と財産上の利益とを区別して規定する現在のスタイルがはじめて採られている。

その後、明治三四年改正案及び明治三五年改正案では、詐欺罪にあたる規定は、独立の章を設けず、「第二編 罪 第十四章 財産ニ対スル罪 第一節 賊盗ノ罪」のもとに、窃盗、恐喝、強盗、背任などと並んで同一の章の下に規定された。しかし、明治四〇年制定の刑法典においては、詐欺罪の規定が再び盗罪系の条文から独立し、別個に「詐欺及び恐喝ノ罪」という章が立てられた。これらの経緯をみると、詐欺罪と恐喝罪が別の条文に分離されたこと、そして、財産上の利益を客体とするいわゆる二項詐欺が規定されたことが、旧刑法から現行刑法への大きな変更点である。

第四項 現行刑法

日本の現行刑法典における詐欺罪規定は、きわめてシンプルである。二四六条は、「人を欺いて」「財物を交付させ（一項）」または「財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させ（二項）」る行為を処罰すると定めるのみである。その他、二四六条の二に電子計算機使用詐欺について、また二四八条で準詐欺について定める他、条文上に詐欺罪に関する規定はない。しかし、条文の内容自体が変化しない一方で、実際の事案解決においては、さまざまな変化が生じ続けている。判例における欺罔判定時期の早期化傾向や、特別法における前段階構成要件の制定などは、刑法典上の詐欺罪の理解及び限界付けとの関係で、詐欺罪の本質に関わる重大な問題である。

第五項 小括

日本における財産犯規定は、かなり早くから、現在の詐欺罪にあたる類型と窃盗罪にあたる類型とを区別してきた。旧刑法以前の法典が、詐欺的行為に関する規定の量刑について窃盗の場合に準じて扱う旨規定されていることは、詐欺と窃盗とを手段行為の違いから意識的に条文上区別している一方で、共に財産侵害行為であるという点の共通性を見ていたことの現れとも考えられる。また、日本における詐欺罪発展の過程において、詐欺と恐喝が同一条文中に規定されていた立法例は、現在両者を合わせて「交付罪」と分類することと考え方が共通し、被害者の意思形成への干渉に着目してきた歴史が長かったことの現れと考えられる。

詐欺罪に関して以前から欺罔が意識され続けてきたことに鑑みれば、「虚偽」を利用して意思形成に干渉する財産侵害である詐欺罪において「欺罔」が果たす役割は、その重要性を現在も失っていないと考えられる。それゆえ、詐欺罪の適切な理解のためには、欺罔を手がかりにして詐欺罪の本質を捉える必要がある。そのことによつて、最

近の問題についても、解決の方向性を見出すことが可能になると思われる。

第四節 小括

ドイツでは、詐欺罪規定は、虚偽を用いる犯罪としての「偽罪」から発展してきた。それゆえ、ここでは、「欺罔」は、詐欺罪の本質的な要素をなしていると考えられる。そして、詐欺罪が他の欺罔犯罪から分離され財産犯として確立されたのは、犯罪の成立範囲の明確化・限定付けのためであったことがわかる。また、日本における詐欺罪は、早い段階から財産犯として捉えられており、それに加えて「騙す」というはたらきかけに着目することで発展してきた。このような詐欺罪の歴史的経緯に照らせば、詐欺罪の理解においては「財産犯罪」と「欺罔犯罪」の両側面がともに重要であること、そして両側面が詐欺罪の本質的要素をなすこと、そして、それによって詐欺罪の成立範囲が限定されていること、がうかがえる。現在の詐欺罪理解においては、「財産犯罪」としての側面がより重視される傾向にあるが、「欺罔犯罪」の側面も、詐欺罪の本質理解のためには必要であると考えられる。

そこで、次章においては、このような歴史的展開の中で見られた、詐欺罪における「欺罔」という要素の重要性を念頭に置きつつ、現在の議論における「欺罔」の刑法体系論上、及び詐欺罪の枠組内部での位置付けの検討を行なう。

注

(1) 詐欺罪…第二四六条

人を欺いて財物を交付させた者は、十年以下の懲役に処する。

前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。

- (2) 平成七（一九九五）年の刑法の平易化以前は、条文上も「人ヲ欺罔シテ」と規定されていた。この平易化を契機に、従来の「欺罔行為」という呼称を「欺く行為」と変更した論者も少なくない（「欺く行為」と変更したものとして、平川宗信・刑法各論（一九九五年）三六六頁、中森喜彦・刑法各論（第二版、一九九六年）一四四頁、川端博・刑法各論概要（第三版、二〇〇三年）一七五頁など。「詐欺行為」と変更したものとして、前田雅英・刑法各論講義（第三版、一九九九年）二二一頁、西田典之・刑法各論（第二版、二〇〇二年）一八八頁、曾根威彦・刑法各論（第三版補正版、二〇〇三年）一四七頁、大谷實・新版刑法講義各論（追補版、二〇〇二年）二五九頁など。山中敬一・刑法各論Ⅰ（二〇〇四年）三一四頁は「欺く行為」「詐欺行為」を併用する。）。しかしながら、「欺罔」の語を単独で用いた場合の言い換えが困難であること、及び従来の議論や文献において講学上長らくこの語が用いられてきたことから、本稿の論述では従来の「欺罔」の語を用いることとする。
- (3) 「錯誤」は解釈論上、欺罔と別の要件のように論じられている印象があるが、条文に規定されているのはあくまで「欺罔による交付」であって、錯誤は欺罔が成功・完成した結果である。もともと、かつての刑法の草案や規定では条文の文言に入っていないこともある。

- (4) 「処分行為」の語は、かつては条文上該当する語が存在しなかったため講学上用いられていた。平成七（一九九五）年の刑法の平易化により、条文に「交付させた」との文言が入ったため、「処分行為」を「交付行為」と言い換えるようになった者が多い。以後、本稿も「交付行為」の語を用いることとする。

- (5) 「財産的損害」は、ドイツ刑法では条文上要求されているが、日本の刑法典には規定されていない。この違いは、詐欺罪の理解において、ドイツでは全体財産に対する罪と解されているのに対して、日本では一般に、一項の個別財産に対する罪としての理解が定着したことにあらわれている。（かつては、瀧川博士が全体財産に対する罪であると理解されていた（瀧川幸辰・刑法

- 各論(再版、一九五一年)一五二頁。最近の議論の中で、日本においても詐欺罪を全体財産に対する罪であると理解するものとしては、林幹人・刑法各論(一九九九年)一四九頁以下。もつとも、詐欺罪が財産犯である以上、何らかの(広い意味での)財産的損害の発生は必要であると一般に解されており、日本の議論においても、不要とされているわけではない。
- (6) もつとも、その詐欺罪理解の枠組における位置付けについては、未だ不明確な点が残っている。多くの基本書においては、この点についての説明はほぼ見当たらないといつてよい。伊藤渉「詐欺罪における財産的損害―その要否と限界―」刑法雑誌四二巻二号(二〇〇三年)一五二頁では、実質的な意味における被害としての「損害」を、「欺く」行為が法益関係の錯誤をもたらしものでなければならぬと説明することを通して、「欺く」行為の要件として位置づけている。
- (7) 林幹人「詐欺罪における欺罔の概念―豊田商事事件(大阪地裁平成元年三月二十九日判決)を契機として」同・刑法の現代的課題(一九九一年)一六六頁(初出:ジュリスト九五一年(一九九〇年)、平川・前掲注②)三六八頁、木村光江・詐欺罪の研究(二〇〇〇年)二二八頁など。
- (8) 例えば、最近の例として、請負代金の支払時期を欺罔により早めたことが問題とされた、最高裁平成一三年七月十九日第一小法廷判決(刑集五五巻五号三七二頁)など。
- (9) 後述第一章第二節参照。
後述第一章第三節参照。
- (11) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号(一九八五年)五一頁以下、山口厚「『法益関係的錯誤』説の解釈論的意義」司法研修所論集一一一号(二〇〇四年)九七頁以下。
- (12) 林幹人「詐欺罪における財産上の損害―最高裁平成一三年七月十九日判決を契機として―」現代刑事法四四号(二〇〇二年)五〇頁。
- (13) 浅田和茂「詐欺罪の問題点」現代刑法講座第四卷(一九八二年)三三二頁。

- (14) 平川・前掲注(2)三六八頁など。
- (15) 藤木英雄・刑法各論―現代型犯罪と刑法(一九七二年)四七頁、平川・前掲注(2)三六七頁。
- (16) 小野清一郎・新訂刑法講義各論(一九四九年)二五二頁、福田平・全訂刑法各論(第三版増補、二〇〇二年)二五二頁、内田文昭・刑法各論(第三版、一九九六年)三〇七頁、佐久間修・刑法講義各論(一九九〇年)一三四頁、中山研一・刑法各論(一九八四年)二六六頁、井上正治・江藤孝・新訂刑法学各則(一九九四年)一五二頁など。
- (17) 西田・前掲注(2)一八八頁。
- (18) 平川・前掲注(2)三六七頁、林・前掲注(5)二三五頁など。
- (19) 瀧川・前掲注(5)一五三頁、青柳文雄・刑法通論Ⅱ各論(一九六三年)五一頁。
- (20) ドイツにおいては、欺罔行為は条文の文言において、「事実を虚構・歪曲・隠蔽する行為」(durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen)と規定されており(SiGB § 263)、「これらの上位概念として」事実を虚構する行為」(Vorspiegelung von Tatsachen)を考へ、三三を合わせた形で「欺罔行為」(Täuschungshandlung)にあたるか否かを問題にする(K.Tiedemann, SiGB Leipziger Kommentar Großkommentar (以下、LK-SiGBと引用), 11.Aufl., 33.Lieferung, 2000, § 263 Rn.7)。ドイツの議論における基準となる「事実」は、支配的見解によれば、過去あるいは現在のすべての事情(Sachverhalt)であると理解されており、その内容には、原則的に証明能力のあることが要求される。そして、この基準から「事実」の範疇に含まれるのが問題となるような項目として、「肉面的」事実、証明可能性、将来の出来事、経験則や予測、価値判断や宣伝、法解釈などが取り上げられ検討される(U. Kindhäuser, Nomos Kommentar zum SiGB 9.Lieferung, 2001(以下、NK-SiGBと引用), § 263 Rn.90ff.; Tiedemann, LK-SiGB, § 263 Rn.9ff.)。
- (21) この点を扱うにつき、論者によって、「対象」とするものと「内容」とするものがある。本稿では、他の要素との区別が際立つよう、「対象」の語の方を主に用いることとする。

- (22) 団藤重光〔編〕・注釈刑法(6)(一九六六年)一七六―一九九頁〔福田平〕、大塚仁(他)〔編〕・大コンメンタール刑法十三卷(第二版、二〇〇〇年)二九頁以下〔高橋省吾〕。
- (23) 福田・前掲注(2)一七六―一七七頁。
- (24) 福田・前掲注(2)一七七頁。
- (25) 福田・前掲注(2)一七七頁。
- (26) 福田・前掲注(2)一七九頁、大谷・前掲注(2)二六一頁。
- (27) 平川・前掲注(2)三六八頁、林・前掲注(5)二三〇頁など。
- (28) 大塚仁・刑法概説各論(第三版、一九九六年)二四六頁、福田・前掲注(16)二五三頁、大谷・前掲注(2)二六一頁、曾根・前掲注(2)一四七頁。
- (29) 平川・前掲注(2)三六八頁、大谷・前掲注(2)二六一頁、団藤重光・刑法綱要各論(第三版、一九九〇年)六一三頁、大塚・前掲注(2)二四六頁、中森・前掲注(2)一四五頁、曾根・前掲注(2)一四八頁、西田・前掲注(2)一八九頁、木村光江・刑法(第二版、二〇〇二年)三一九頁。この点につき、内田・前掲注(16)三一二頁は、欺罔といえない理由を、社会生活上の一般的「承諾」の問題と解する。なお、このような詐欺的行為に関しては、刑法典以外の取締法規による規定が存在する。例えば、誇大・虚偽広告については、詐欺罪には該当しない軽微な場合について、軽犯罪法一条三四号、薬事法六六条一項などの特別法における規定がある。
- (30) 平川・前掲注(2)三六七頁、前田・前掲注(2)二二六頁、団藤・前掲注(29)六二二頁、中森・前掲注(2)一四四頁、大谷・前掲注(2)五九―二六〇頁、曾根・前掲注(2)一四七頁、西田・前掲注(2)一八九頁、大塚・前掲注(2)二四四頁。
- (31) 大塚仁・刑法各論上巻(改訂版、一九八四年)四九三頁、平川・前掲注(2)三六八頁、大谷・前掲注(2)二六〇頁、川端・前掲注(2)一七五頁、佐久間・前掲注(16)一三四頁、大塚・前掲注(2)二四四頁、大谷・前掲注(2)二六〇頁及び川端・前掲注(2)一七五頁は、

この場合の法律上の告知義務は、法令に基づく場合のほか、慣習上・条理上みとめられる場合があるとす。また、不真正不作為犯の一般理論についての立場をここでも適用し、保障人的地位にある者の不作為による欺罔であることが必要とする見解もある（内田・前掲注(16)三〇七頁、大谷・前掲注(2)二六〇頁）。

- (32) 平川・前掲注(2)三六八頁。このような捉え方は、不作為の欺罔についての「程度」を判断している、と理解することができる。
- (33) 平川・前掲注(2)三六九〜三七〇頁、大谷・前掲注(2)二六二〜二六五頁、団藤・前掲注(29)六一四頁、大塚・前掲注(28)二四八〜二五一頁、曾根・前掲注(2)一四八頁、一五五〜一五七頁、川端・前掲注(2)一八八〜一九二頁、山口厚・問題探究刑法各論（一九九九年）一六九頁、木村・前掲注(29)三二二〜三二三頁。
- (34) 三角詐欺とは、被欺罔者と被害者が異なる場合を言い、訴訟詐欺や自己名義クレジットカードの不正使用の場面で論じられる。平川・前掲注(2)三六九頁。
- (35) 福田・前掲注(2)一七九頁、大塚・前掲注(28)二四六頁、前田・前掲注(2)二二八頁、曾根・前掲注(2)一四八頁、佐久間・前掲注(16)一三五頁。
- (36) そのような学説状況に言及するものとして、林・前掲注(7)一七四頁。
- (37) 団藤・前掲注(29)六一九頁、大塚・前掲注(28)二五六頁。
- (38) 伊藤涉「詐欺罪における財産的損害―その要否と限界（一）〜（五・完）警察研究六三巻四号二七〜四二頁、五号二八〜四一頁、六号三九〜五一頁、七号三二〜四四頁、八号三〇〜四三頁（一九九二年）。
- (39) 伊藤・前掲注(38)六三巻八号四一頁。
- (40) 佐伯・前掲注(11)一一六頁、山口・前掲注(33)一六二頁。
- (41) 佐伯・前掲注(11)一〇二頁。
- (42) 山口・前掲注(33)一六九頁。

- (43) 山口・前掲注(3)一六九頁。
- (44) 酒井安行「詐欺罪における財産的損害」刑法の争点(第三版、二〇〇〇年)一八三頁。
- (45) 長井圓「クレジットカードの不正使用」刑法の争点(第三版、二〇〇〇年)一七九頁、長井圓「消費者取引と詐欺罪の保護法益」刑法雜誌三四卷二号(一九九五年)三三四頁。
- (46) 小田直樹「財産犯論の視座と詐欺罪の捉え方」広島法学二六卷三号(二〇〇三年)二〇五～二〇三頁。
- (47) 「目的不達成論」は、元来、ドイツにおいて、相当対価が提供されない場合について主張されている説である。日本でこの説に言及している文献として、伊藤・前掲注(3)六三卷六号三九頁以下、菊池京子「詐欺罪における相当対価が提供された場合の財産上の損害の有無について(下)」東海法学一八号(一九九七年)五四頁以下。
- (48) ドイツにおける詐欺罪の歴史を詳しく扱った文献として、次のものがある。S.S.Schütz, Die Entwicklung des Betrugsbegriffs in der Strafgesetzgebung vom Codex juris bavarici criminalis (1751) bis zum Preussischen Strafgesetzbuch (1851), 1988; J.D.H.Tenne, Die Lehre vom strafbaren Betrug nach Preussischem Rechte, 1841. (以下の復刻版に於て) Die Lehre vom strafbaren Betrug nach Preussischem Rechte, 1997. なお、ドイツの詐欺罪の歴史の経緯を扱った日本語の文献として、中村勉「資料 一九世紀におけるドイツ刑法の『詐欺概念』の史的変遷 —エドガープッシュマンの『一九世紀における詐欺概念の発展』に関する論文を中心に—」帝京法学一七卷二号九一～一四一頁(一九九〇年)、一八卷一号一三七～一七九頁(一九九一年)、一八卷二号一五三～二〇九頁(一九九二年)。広く財産犯の歴史の展開の中で詐欺罪についても言及している文献としては、林幹人・財産犯の保護法益(一九八四年)、及び木村光江・財産犯論の研究(一九八八年)。また、詐欺罪とともに歴史の変遷の中で偽罪から分化し発展した偽造罪の歴史の展開を扱ったものとして、今井猛嘉「文書偽造罪の一考察(一)(二)」法学協会雑誌一一二卷二号一～四五頁、六号一～三五頁(一九九五年)、成瀬幸典「文書偽造罪の史的考察(一)(二)」法学六〇巻一号一二三～一七二頁(一九九六年)。浅田・前掲注(13)三二二～三二四頁、内田・前掲注(16)二三八～二四一頁にも記述がある。

- (65) バンベルク刑事裁判令における条文の出典は、Sammelband der wichtigsten Strafgesetzbücher des 16. Jahrhunderts : Bambergensis 1507, Brandenburgensis 1516, Carolina 1533, 1999. 日本語訳は、境浩「バンベルク刑事裁判令(ミンネルゲメンス)」(同・フランク・ドイツ刑事法史(一九九二年)所収)二八二〜二八三頁によった。
- (66) カロリナ刑事法典における条文の出典は、Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), Herausgegeben und erläutert von Dr. Gustav Radnuch, 1962, S.76ff. 日本語訳は、境浩「カルル五世刑事裁判令(カロリナ)」(前掲注⁶⁵)所収)一九二〜一九三頁によった。
- (67) *Schitz*, a.a.O. (Anm.48), S.6f. 今井・前掲注⁶⁶一〜二卷二二〇〜二二二頁。
- (68) *Schitz*, a.a.O. (Anm.48), S.7.
- (69) リュービンク(川端博=曾根威彦訳)・ドイツ刑法史綱要(一九八四年)四四頁。
- (70) 第一部第九章の表題は、「Von falschen Geld-Münzern, Verfälschern, Meineyigen, Urfehdbrechern, untreuen Beamten, dann hoshaft und fürsetzlichen Beschädigungen」*Schitz*, a.a.O. (Anm.48), S.10, S.215.
- (71) 原文：Die Verfälschung, ... , wodurch die Wahrheit der Sach theils mit Worten, theils mit Wercken und Schriften auf eine gefährlich- und anderen zu Schaden gereichende Art verbrohet wird.
- (72) 原文：...wodurch der Nebemensch hinterlistig übertrohetet, und beschädiget wird, hat in meisten Fällen mit dem Diebstahl eine sehr nahe Anverwandschaft, und ist eigentlich eine gefährliche dem Dritten zu Schaden abgesehene Verbroh- und Verkehrung der Wahrheit.
- (73) *Schitz*, a.a.O. (Anm.48), S.12ff.
- (74) 原文：...der durch was immer für Ränke, und List fremdes Eigenthum an sich zu ziehen, oder jemanden aus böser Absicht an Vermögen, Ehre, Freiheit, oder seinen Rechten zu schaden sucht, ohne Rücksicht auf die Mittel
- (75) *Schitz*, a.a.O. (Anm.48), S.218f. 日本語訳は、足立眞勝「資料 ヨセフィーナ刑法典」(同・国家刑罰権力と近代刑法の原点

(一九九三年)所収)二八六―二八七頁による。

(76) 原文：Wer durch listige Vorstellungen, oder Handlungen einen Andern in einen Irrthum führet, durch welchen Jemand an seinen Eigentume oder andern Rechten Schaden leiden soll, oder wer in dieser Absicht des Andern Irrthum, oder Unwissenheit benützet, begeht einen Betrug.

(77) *Schütz, a.a.O.* (Anm. 48), S.21ff.

(78) 原文：Jede vorsätzliche Veranfassung eines Irrthums, wodurch Jemand an seinem Rechte gekränkt werden soll, ist ein strafbarer Betrug。(田本語訳は、木村・前掲注④三三三頁以下参照)

(79) 木村・前掲注④三三三頁、*Schütz, a.a.O.* (Anm. 48), S.27ff.

(80) 原文：..wenn der Irrthum eines Andern dazu mißbraucht wird, denselben zu einer ihm nachtheiligen Handlung, Unterlassung oder Versprechung zu verleiten...

(81) 原文：...auch die positive Unwahrheit, die Lüge, die Vorspiegelung nur dann strafbar seyn, wenn sie von erheblichem Einfluß auf die Willensbestimmung des Gefäuschen war.

(82) *Arnold, Bemerkungen und Präjudizien über das Verbrechen des Betrugs, Bd.XII, S.231.* (zit. *Schütz, a.a.O.* (Anm.48), S.55.)

(83) 木村・前掲注④三三四頁、*Schütz, a.a.O.* (Anm.48), S.51.

(84) 木村・前掲注④三三四頁。

(85) 中村・前掲注④一七卷一甲一〇三頁。

(86) *Schütz, a.a.O.* (Anm.48), S.163ff.

(87) *Schütz, a.a.O.* (Anm.48), S.162ff.

(88) 林・前掲注④一〇頁、*Temme, a.a.O.* (Anm.48), S.31ff.

(89) *W.Naucke, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964, S.71ff.* イントロダクトで詐欺罪が財産犯として確立したことの背景には、一八

一〇年のフランス刑法典四〇五条の影響があったとの指摘がしばしばなされている(例えば、LK-StGB vor § 263 (Anm.20) Rn.15.)。

(90) 原文：Wer in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorbringen falscher oder durch Entstellen oder Unterdrücken wahrer Thatsachen einen Irrthum erregt, begeht einen Betrug. (*Goldammer, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preussischen Staaten, Theil 2., 1852, S.532.* (一九九一年の復刻版による。)) 日本語訳は、木村・前掲注(48)三二四頁による。

(91) *Schütz, aa.O.* (Anm.48), S.189, 木村・前掲注(48)三二四頁。

(92) *P.Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, S.26.* 林・前掲注(48)二〇頁。

(93) *Schütz, aa.O.* (Anm.48), S.189.

(94) また、一九九八年の第六次刑法改正においては、「二六三三條三項の「特に重大な場合」(In besonders schweren Fällen)につき刑が加重されるとする規定で、該当する場合をカズイスティックに列挙するようになった。これは、特に重い場合に限定したものはいえ、欺罔行為を具体化して条文化した点で意義を持つていよう。

(95) 財産犯としての確定の理由をこのように解するものとして、木村・前掲注(48)三二四頁。

(96) 日本における詐欺罪規定の歴史についてまとめて言及するものとして、中村・前掲注(48)一七卷二号(一九九〇年)九四〜九五頁、一八卷二号(一九九二年)一九四〜二〇四頁、浅田・前掲注(43)三二四頁、内田・前掲注(46)二四一〜二四二頁。なお、佐々波与佐次郎・日本刑事法制史(一九六七年)、同・続日本刑事法制史(一九七二年)も参照した。

(97) 浅田・前掲注(43)三二四頁。

(98) 小野・前掲注(46)二五〇〜二五一頁はこのことを指摘している。

(99) 浅田・前掲注(43)三二四頁。

(100) 「賊盗」という項目の下に他の財産犯規定とともに置かれているこの規定は、以下の通りである。

「人ヲ詐欺シテ財ヲ取

凡人ヲ詐欺シテ財ヲ取又ハ人ノ物ヲ我ト云懸テ奪取或ハ事ヲ構ヘネタリ掛テ取若ハ巧ナル手段ヲ仕掛ケ人ヲ信セシメ財ヲ出サセ取之類並ニ賊ヲ計ヘ窃盜ニ準シテ論ス○若無罪之人ヲ恐嚇シテ迫テ取モノハ一等ヲ加フ卑幼尊長ヲ犯スハ凡人ニ一等ヲ加フ尊長卑幼ヲ犯スハ本罪一等ヲ加フ上ニ就親屬相盜条ニ依減科ス」(旧字体を新字体に改めた。以下同様)

(101) 条文は、以下の通りである。手段行為の列挙はなくなった。

「詐欺取財

凡官私ヲ詐欺シテ。財物ヲ取ル者ハ。並ニ賊ニ計ヘ。窃盜ニ準シテ論ス。罪。流三等ニ止ル。二等親以下自ラ相詐欺スル者モ。亦親屬相盜律ニ依リ。通減シテ。罪ヲ科ス。」

なお、その次に公布された改定律例においては、詐欺罪の規定は、「賊盜律」にも「詐偽律」にもみられない。もともと、「改定律例」は新律綱領と併行して用いられたものと位置付けられているので、扱い方に変更がなかったことの現れであろう。

(102) 旧刑法は、詐欺罪を、第三編「身体財産ニ対スル重罪軽罪」第二章「財産ニ対スル罪」第五節「詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ関スル罪」の中で、次のように規定する。

「第三九〇条 人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若クハ証書類ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト為シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ処シ四円以上四十円以下ノ罰金ヲ附加ス
因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減変換シタル者ハ偽造ノ各本条ニ照シ重キニ從テ処断ス」

(103) ボアソナードの『刑法草案註釋』では、詐欺罪は次のように規定されている(ボアソナード著、森順正ほか訳・刑法草案註釋下巻(復刻版・一九八八年) 六九七〜六九九頁)。

「第三編 一人ニ対スル重罪及ヒ軽罪 第二章 財産ニ関スル重罪及ヒ軽罪

第五節 詐欺取財及ヒ背信ノ罪

第四三四条 通常ノ詐欺取財

左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者ハ詐欺取財ノ犯人ト為シ二月以上二年以下ノ重禁錮四円以上四拾円以下ノ罰金ニ処ス

第一 假想ノ危害ヲ以テ恐懼ヲ懐カシメ又ハ虚偽ノ利益ヲ希望スルノ念慮ヲ生セシメ其他有罪ナル計策ヲ以テ金額、有価物品、不動産若クハ動産又ハ権利ノ讓渡、義務若クハ義務ノ免脱ヲ記載セル証書ヲ自己ニ交付セシメタル者若シ公私ノ証書ヲ偽造シタルトキハ第二百三十七条乃至第二百五十条ニ照シ重ニ從テ処断ス

第二 売買其他消費物、商品若クハ或ル動産ノ物品ヲ目的トスル有償契約ニ付キ詐欺ノ手段ヲ用イ相手方ヲシテ契約物件ノ性質若クハ量目、数高又ハ度尺ノ多寡ヲ誤マラシメタル者

第三 自己ノ所有ニアラザルコトヲ知テ故ラニ詐欺ノ手段ヲ以テ動産不動産ヲ売渡シ又ハ有償ノ名義ニテ讓渡シ若クハ書入質入ヲ為シ或ハ其所有ニ係ルト雖トモ既ニ他ニ讓渡ヲ為シ書入質入又ハ或ル物上権ヲ該財産ニ付承諾シタル物上権ノ全部又ハ一部ヲ隠蔽シタル時亦タ同シ

但シ此ノ場合ニ於テハ犯人最初ノ起訴ノ際書入質ヲ有スル負債ノ全額ヲ償却シ又ハ其他ノ物上権ヲ該財産ヨリ脱却シタルトキハ其刑ヲ免ス

また、その註釈においては、「詐欺取財ノ事項ニ付テハ法律ニ其詐欺手段ヲ予定スルノ必要アル事」という項目を設けて、次のように論じる。(七〇七頁)

「〔第八百九十七号〕詐欺取財ヲ構造スヘキ計策及ヒ手段ハ数多ナルモノニシテ有罪ノ事實ニ属スルヨリモ寧ロ不良(有罪ニアラス)ノ事實ニ属スヘキ狡猾及ヒ詭計ニ基ク近キモノナリ而シテ此等ノ手段ハ利益ノ一点ニ関シテ謹慎深カラサル所ノ不良ノ徒ノ往々用ユヘキモノナリ然レトモ本法ハ裁判所ニ此等ノ手段ヲ査定スル無限ノ権利ヲ委附スルコトヲ得サリキ即チ本法ニ自カラ其手段ノ性質、目的並ニ結果ヲ定ムルヲ要セリ」

(10) ここでの詐欺罪規定は、以下の通りである。出典は、松尾浩也〔増補解題〕、倉富勇三郎⇨平沼麒一郎⇨花井卓蔵〔監修〕。

増補刑法沿革綜覧（一九九〇年）一三〇頁。

「第三編 私益ニ関スル重罪及ヒ怪罪 第六章 財産ニ対スル罪

第四節 詐欺取財及ヒ背信ノ罪

第三七二条 自己又ハ他人ヲ利スルノ意ヲ以テ虚偽ノ事ヲ構造シ又ハ真実ノ事ヲ変更、隠蔽シ其他詐欺ノ方略ヲ用ヒテ人ヲ錯誤ニ陥レ以テ不正ノ利益ヲ得タル者ハ詐欺取財ノ罪ト為シ二月以上四年以下ノ有役禁錮及ヒ十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス」

(105) ここでの条文は、以下の通りである。出典は、杉山晴康・吉井蒼生夫（編集・解説）・刑法改正審査委員会決議録・刑法草案（明治二十八年・同三十年）二六四～二六五頁（一九八九年）。

「第二編 罪名 第十四章 財産ニ対スル罪 第一節 賊盗ノ罪 第四款 詐欺盗ノ罪

第三〇八条 人ヲ欺罔シテ動産ヲ騙取シタル者ハ詐欺盗ノ罪ト為シ十年以下ノ懲役ニ処ス

第三〇九条 前条ノ方法ヲ以テ不法ニ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者ハ詐欺盗ヲ以テ論ス」

(106) 条文の規定自体は、三四年改正案・三五年改正案・四〇年改正案ともほとんど変化はない（松尾・前掲注④）（増補刑法沿革綜覧）二〇一頁、四七四頁、一五九一頁）。

刑法の平易化以前の条文は次の通りで、これは四〇年改正案の第二四七条と同文である。

「第二四六条 人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス

前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ」

なお、一項の「財物」は三四年改正案では「動産」、二項の「財産上不法ノ利益ヲ得」は三四年改正案及び三五年改正案では「不法ニ財産上ノ利益ヲ得」との文言であった。