

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

第二章 詐欺罪の歴史的展開（以上、二〇八号）

第三章 「欺罔」の体系的位置付け

第一節 序論

第二節 詐欺罪と「錯誤に基づく被害者の同意」

第三節 詐欺罪と「被害者利用の間接正犯」

第四節 「欺罔」の体系的位置付けと詐欺罪の保護法益（以上、本号）

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

第三章 「欺罔」の体系的位置付け

第一節 序論

一 前章において歴史的展開を概観したことにより、「欺罔」という要素が詐欺罪の内部において重要であり続けたのを見て取ることができた。ドイツにおいては、騙すことによる犯罪をすべて包含する「偽罪」が、構成要件を限定するために客体ごと別の犯罪類型として切り分けて規定され、それらのうちの「一類型」として、現在の形での「詐欺罪」が登場した。日本においては、「欺罔」が財産を奪う手段の一類型として捉えられてきており、外形上は被害者が自ら財産を交付する詐欺罪の行為類型は、財産犯の一形態として理解されてきた。

現在の形で詐欺罪規定が確定したことは、取引社会の発展とそれに伴い発生してきた諸問題に対処するための一つの選択であった。そして、財産犯として確立した詐欺罪には、その経済社会における「財産」についての考え方に沿って機能することが要請される。現在の日本及びドイツでは、自由な市場経済の下、「私的自治」「契約自由」の大原則に基づいて財産取引が行なわれ、⁽¹⁾当事者間の合意の下にある取引関係の内容について広範な自由が認められている。詐欺罪規定は、その「財産取引」領域において、法益保護のために、一定の行為に対して刑罰を科することを通してその自由を制限するものである。かような「取引観」は、詐欺罪の成立範囲が限定的に解されることを要請する。

二 詐欺罪という犯罪類型の構造にもまた、詐欺罪を限定的に理解することの必要性が内在している。詐欺罪においては、行為者の直接的関与は被害者に対する欺罔行為のみであり、法益侵害に直結する行為を実行するのは、行

為者の欺罔によって錯誤に陥った被害者自身である。このことから、行為者が自らの手によって結果を発生させたのではなく被害者自身の行為による場合であっても法益侵害結果が発生したといえるか否か、また、結果の発生が認められるとして、それが直接的に結果惹起をしたわけではない行為者に帰責されるか否か、という点の検討が必要となる。

詐欺罪は一般に、「欺罔によって被害者を錯誤に陥れて財産を交付させる罪」である、と説明される。詐欺罪が被害者による行為の介在を必要とするという特徴に注目し、この現象を被害者の側から捉え直すならば、「被害者が、①行為者の欺罔によって陥った錯誤の下で外形上自己の財産法益処分に同意し、②欺罔行為者が意図した交付行為（＝法益処分行為）を被害者自ら行なう」と説明することができよう。そして、この説明からは、①の部分が「錯誤に基づく被害者の同意」の、また②の部分が「被害者利用の間接正犯」の構造の一形態であることがわかる。そして、①は法益侵害結果が発生しているか否かについての問題、また②は行為者への結果の帰責の問題である。このことから、成立範囲の限定が、事例ごとの個別的判断によってではなく、類型的判断として理論的に行なわれることがより適切であることがわかる。そしてそのためには、詐欺罪の構成要件構造を説明することが必要となる。

三 詐欺罪の構成要件構造は、「欺罔」という要素によって特徴付けられる。なぜなら、詐欺罪において、行為者は、「欺罔」行為によって錯誤に陥った被害者を利用することで、自らは直接的に法益侵害行為に関与することなく結果を惹起し、被害者は、行為者による「欺罔」によって惹起された錯誤に基づく意思決定に基づいて、自己の法益処分に同意するからである。これらのことから、詐欺罪の構成要件構造を理解するためには、「錯誤に基づく被害者の同意」と「被害者利用の間接正犯」の問題についての考え方をまず明らかにする必要がある。被害者の法

益処分の有効性に関する「被害者の同意における錯誤」と、行為者の正犯性及び結果の帰責に関する「被害者利用の間接正犯」についての議論と理解は、基本的に詐欺罪にも妥当し、これらの検討から、詐欺罪の構成要件構造の理解及び成立要件の限定への有用な示唆が得られると考えられる。学説においても、近時は、これらの一般理論と詐欺罪との関連に意識的な見解が見受けられるようになってきている。

他方、詐欺罪の構造がどのように理解されるのであれば、逆に、なぜそれらの一般理論のみで説明し尽くし得ないのかを考える必要がある。つまり、詐欺罪に当たる行為類型には、ある特定の財産犯規定——例えば窃盗罪——の間接正犯としての処理ではなく、詐欺罪という独立の構成要件が用意されていることがもつ意味についての検討が必要となる。そして、そのために、前述した犯罪論上の一般理論と詐欺罪との対応関係と相違を検討することから、詐欺罪の本質を示す「欺罔」の理解のために重要な示唆が得られよう。

四 本章では、詐欺罪が「錯誤に基づく被害者の同意」「被害者利用の間接正犯」の一類型であることを踏まえ、これら一般理論と詐欺罪との対比を通して、詐欺罪の構成要件構造を明らかにすることを目指す。具体的には、まず「錯誤に基づく被害者の同意」の問題（第二節）、次いで「被害者利用の間接正犯」の問題（第三節）について、詐欺罪を整合的に理解するという本稿での目的を念頭において議論状況を概観し、そこで採るべき立場を検討する。それらの議論と詐欺罪とを対比しその相違点を検討することを通して、詐欺罪の構成要件構造、及び詐欺罪の財産犯体系における独自性を明らかにすることを目指す。

第二節 詐欺罪と「錯誤に基づく被害者の同意」

第一項 序論

「被害者の同意」⁽²⁾とは、法益主体が法益侵害に対して同意を与えることを指す。この同意によって当該法益の法益性ないし要保護性が失われ、犯罪成立が否定されると一般に解されている。⁽³⁾そして、かような被害者の同意が有効に存在するためには、法益処分の意義と内容を理解する能力を有する者によって、当該法益処分の意義と内容を十分に理解した上で、自由で真意による意思決定に基づく同意がなされねばならない。⁽⁴⁾それゆえ、同意が錯誤に基づくいてなされた場合、すなわち「錯誤に基づく被害者の同意」は、同意の有効性が否定される可能性のある一類型となる。

詐欺罪における財産交付は、被害者が、行為者の欺罔によって惹き起こされた錯誤の影響のもとに自己の財産法益を処分する意思決定をすることで実行される。この構造はまさに、「錯誤に基づく被害者の同意」における被害者の意思決定の一類型である。このことから、詐欺罪において「欺罔」と「錯誤」が被害者にもたらす影響の意味について理解を深め、その成立範囲の限定を行なうためには、「錯誤に基づく被害者の同意」についての議論の枠組を通じて詐欺罪の構成要件構造を見ていくことが役立つと考えられる。

そこで、以下においては、被害者の同意に「錯誤」が及ぼす効果について概観した後に、同意の有効性を否定する「錯誤」の限定付けと、そこでの議論と詐欺罪の解釈論との関係を検討することとする。

第二項「被害者の同意」論における「錯誤」の位置付け

一 被害者の同意、すなわち被害者が自己の法益放棄に同意することは、当該法益の法益性ないし要保護性を失わせ、犯罪成立を阻却しうる、と一般に考えられている。同意のもたらす効果は、同意の存在が構成要件要素となつてゐる、あるいはそもそも犯罪の成否に影響を与えない場合の他は、構成要件該当性または違法性を阻却するという形で、犯罪成立を阻却すると構成される。もつとも、本稿では、同意の有効要件、及び同意と法益それ自体との関係を扱うことを中心とするので、構成要件該当性と違法性のいずれを阻却すると理解するのが適切かという点については詳述しない。

二 被害者の同意の効果は、原則的には保護されるべき法益について、法益主体の同意の存在を理由として例外的に法による保護を及ぼさなくするというものである。それゆえ、同意は形式的に存在すれば足りるとするのでなく、かような効果を及ぼすことの趣旨を踏まえた、有効性判断のための限定的な基準が必要となる。「錯誤」に基づく被害者の同意の有効性を認めるか否かについての議論も、その基準を見出す試みの一つである。

被害者の同意が錯誤に基づく場合、その同意は、形式上は被害者自身の意思による法益処分の決定であるが、錯誤がなく自己の置かれた状況を正確に把握していたならばそのような判断をしなかつた、つまり被害者の真意に沿つた同意ではなかつた可能性がある。それゆえ、一定の場合には、同意の有効性を否定することが、原則である法益保護の趣旨に適うことになる。詐欺罪においても、被害者は、行為者による欺罔によつて惹起された錯誤に影響されなければ、自己の財産処分の意思決定をしなかつたはずである。

もつとも、外部からの影響を全く受けなという意味で「自由」な自己決定・意思決定は、観念的なものにはすぎない。現実には、人は他者からもたらされる情報に影響されながら生活し、さまざまな決断を行なつてゐる。とり

わけ、詐欺罪が関係する財産領域においては、相手方が提示する条件を受け入れて、あるいは交換の相手方と互いの条件を提示し調整し合うことを通して、はじめて財産交換の合意が成立する。他者の影響を一切排除して一人で決定する場面を想定することは困難である。また、同意する者に何一つ錯誤のない状態を要求することは、同意を受ける側の説明責任を過度に重くし、同意が機能する状況の実現を不可能にしてしまう。このことから、被害者の錯誤の存在を理由に同意の有効性を否定する場合には、かような効果を伴う錯誤の範囲につき、何らかの適切な限定を加えることが必要となる。

被害者の同意の有効性を否定することは、法益侵害結果の発生が認められるという効果をもたらす。それゆえ、その有効性判断の基準には、結果の存在を認めるか否かを判断するにふさわしいだけの明確さが求められる。同意の有効性が否定される「錯誤」の範囲を限定することは、かような要請に対応するために必要なのである。

第三項 同意の有効性を否定する「錯誤」の限定

一 被害者の同意における「錯誤」の問題は、かつての個々の構成要件解釈での実際の処理における判断の集積とその一般化にはじまる。そして、それらの総論的解決の必要性が意識される中で、より適切な解決が検討されてきた。現在、錯誤に基づく被害者の同意の有効性の基準として学説上主張されている考え方は、大きく以下の四通りに分類することができる。⁽⁵⁾ すなわち、①被害者の錯誤が法益処分の決定にとって重大なものであった場合に同意の有効性が否定されるとする「重大な錯誤説」、⁽⁶⁾ ②当該錯誤が動機の錯誤にすぎない場合には同意の有効性は否定されないとする「動機の錯誤説」、⁽⁷⁾ ③被害者の錯誤が当該犯罪の保護法益に関係する場合のみ同意は無効であるとする「法益関係的錯誤説」、⁽⁸⁾ ④法益関係的錯誤がなくとも、不自由になされた同意は無効であるとする「自由意思喪

「失的錯誤説」である。それでは、これらの説が主張している錯誤の範囲を限定するための基準を詐欺罪における「錯誤」を説明するために用いるならば、それぞれどのような結論が得られるだろうか。

二 重大な錯誤説の考え方によれば、詐欺罪において被害者が錯誤に基づいて交付行為を行なったことは、それ自体が錯誤と法益処分との間に因果関係があることの現れであり、すなわち当該錯誤が法益処分の決定にとって「重大」であつたと判断されることになると考えられる。しかし、詐欺罪における欺罔と錯誤については、結果との因果関係が存在することのみでは十分な限定がなされ得ないと考えられている。一般に、「詐欺罪において、騙す行為のすべてが『欺罔』に当たるわけではない」と言われるのは、そのことの現れである。何が当該意思決定において「重要な意味」を有していたと考えるかがまさに現在の問題であるが、欺罔によって錯誤に陥りその結果法益処分をした場合は、すべて「重要」と評価されることになろう。また、重大な錯誤説の考え方からは、錯誤が行為者の「欺罔」に基づく場合には同意の有効性がすべて否定される、と考えられることが指摘されている。⁽⁹⁾このことから詐欺罪において、交付行為の存在によって常に錯誤が重大であると判断されるのであれば、詐欺罪の成立範囲を限定する役割を果たすとはいえない。

動機の錯誤説は、被害者の動機にのみ錯誤がある場合、同意の内容と意味を理解しているのであれば、錯誤の存在によって同意の有効性は否定されないと解する。しかし、「動機の錯誤」の概念は広い意味を持ち得るため、基準としての曖昧さは否定しきれないと思われる。それゆえ、ここから範囲限定の手がかりを得ることも難しい。

三 他方、法益関係の錯誤説、及び自由意思喪失の錯誤説は、同意の有効性に影響を与える錯誤の範囲の限定を、その基準となる錯誤の内容を明確化することで説明しようと試みる。

法益関係の錯誤説は、当該錯誤が「法益关系的」であるか否かを、錯誤に基づく同意の有効性判断の基準として

提示する。刑法が法益保護に資することをその役割とし、個々の法益の保護のために構成要件が設けられていることに鑑みるならば、この基準は、本来的な刑法の目的に適うものであるといえよう。もつとも、「法益関係的」かどうかは、各構成要件の予定する保護法益の内容の理解によるため、このテーゼを立てるのみで内実が明らかにされるときはいえない。同説を主張する論者が言及しているように、この基準に実効性をもたせるためには、さらに、法益の性質によって関係する範囲が異なってくることを踏まえて、何が「法益関係的」であるかを明らかにすることが必要となる。つまり、法益の種類ごとに同意の有効性の範囲を確定することが可能なこの基準こそが、現実的に同意の有効性を限定付ける機能を果たし得るものであると考えられる。

自由意思喪失的錯誤説は、法益関係的錯誤でなくとも同意の有効性が否定されるべき場合として、「利他的目的についての錯誤」や「緊急避難類似状況にあるとの錯誤」が存在することを指摘し、法益関係的錯誤に限らずこれらの錯誤の場合も含めうる限定の基準として、「自由意思を喪失したか否か」という判断基準を提示する。確かに、「法益関係的か否か」という判断のみが同意の有効性の問題についての絶対的で完全な基準となり得るわけではないことは、法益関係的錯誤説を支持する論者からも指摘されており、それらの場合も含めて統一的に理解しようとする試みとして、この見解には意義があるろう。もつとも、「自由意思喪失的」か否かという基準も、十分に限定に役立つ基準とするためには、その適用される内容を明確にすることが必要となる。内容の明確化の試みは、現実、自由意思の喪失を客観的に判断するか主観的に判断するかについての議論の形でなされてきている。

これらの、同意の有効性に影響を及ぼす錯誤の内容についての基準の明確化を進めようとする見解からは、被害者の同意における「錯誤」の有効性についての見解は詐欺罪の成立範囲の考察においても妥当すべきである旨が、積極的に主張されている。そこで、以下においては、「法益関係的錯誤説」「自由意思喪失的錯誤説」の両説を中心

にして、詐欺罪における「錯誤」を限定的に理解しようとする試みを概観し、妥当な基準のあり方を検討することとする。

第四項 詐欺罪における「錯誤」の理解

I 重大な錯誤説及び動機の錯誤説による詐欺罪理解

「重大な錯誤説」における「重大」という基準が意味するのは、被害者が法益処分を決意するに当たって影響をもたらす要素であったか否かである。この基準によれば、同意の有効性を否定する錯誤の範囲から、意思決定への関連性がきわめて希薄な錯誤を排除することは可能である。しかし、当該法益に直接関係する要素もその周辺事情も広く含みうる基準であるため、十分に明確な範囲の限定をここから導くことは難しい。さらなる限定は、事例ごとの個別的判断に頼ることになる。そして、かような錯誤についての理解を詐欺罪の場面に適用しても、その効果は、財産処分決定への影響がほとんどない錯誤を、同意の有効性を否定する錯誤から排除することのみである。

また、「動機の錯誤説」においては、何を「動機の錯誤」と判断するのかの基準が明確にされているとはいえない。詐欺罪は、行為者の欺罔によって法益処分を動機付けることにより行なわれる犯罪類型であり、欺罔が惹き起こすのはその法益処分に向けられる動機の錯誤である。それゆえ、「単なる動機の錯誤に過ぎないもの」を選び出して同意の有効性が否定される錯誤の中から排除する、という取り扱いをするよりはむしろ、動機付けにおいていかなる要素について錯誤があった場合に同意の有効性が否定されるかを基準とする方向性を採ることの方が、とりわけ詐欺罪との関係では適切と考えられる。

以上のように、詐欺罪における「錯誤」を考える上では特に、より限定的かつ具体的な基準によって判断するの

が適切であることがわかる。そこで、以下においては、「法益関係の錯誤説」及び「自由意思喪失的錯誤説」が、どのような詐欺罪理解を提示してきたかを概観する。

II 法益関係の錯誤説からのアプローチ

一 法益関係の錯誤説は、アルツト (GALTZ) により提唱された見解であり、日本へは、山中敬一教授の論文によって広く紹介された。そして、佐伯仁志教授が、この考え方によって実際に各構成要件を解釈することを試みられ、その中で、法益関係の錯誤説による詐欺罪の理解が提示された。⁽⁴⁵⁾ 以下では、法益関係の錯誤の考え方によって詐欺罪を理解しようとする試みの⁽⁴⁶⁾内容を概観し、検討を加える。

二 アルツトは、それまでの、合意と同意とで犯罪成立阻却の要件を区別する考え方を批判し、体系的問題から離れて、(広義の) 同意の有効性を否定する錯誤を限定する見解を提示した。彼の見解によれば、「交換の自由」(Tauschfreiheit) を保護する民法とは異なり、刑法において提供されているのは「保持の保護」(Bestandsschutz) であるため、同意は、欺罔が法益に係る錯誤を惹き起こす場合に限り無効となり、その錯誤が期待された反対給付のみに関わっている場合には無効にならない。⁽⁴⁷⁾ この基準が、彼によって「法益関係の錯誤」(rechtsgrundsbezogene Täuschungen) と名付けられた。⁽⁴⁸⁾

三 佐伯教授は、法益関係の錯誤説を支持される理由として、「刑法が罪刑法定主義に基づいて各構成要件にそれぞれ保護法益を相互に区別して規定している趣旨」を尊重すべきであり、「ある構成要件の保護法益と無関係な利益についての欺罔行為を、被害者の承諾を無効にすることを通じて当該構成要件で処罰するならば」「実質的には当該法益を錯誤が関係する別の法益に変換することになるか、あるいは、欺罔から自由であるという意思活動の

自由一般を保護することになってしまふ」ことを挙げられる。⁽¹⁹⁾

また、佐伯教授は、詐欺罪の成立を欺罔による錯誤の種類を問わずに認められた場合に想定可能な立場に検討を加えられる。すなわち「欺罔による錯誤に基づく被害者の法益処分はすべて無効であり、詐欺罪は被害者を利用した財産侵害である」と構成する立場については、その拠って立つ、錯誤に基づく同意の有効性についての理解が異なることを理由に、また「欺罔によって被害者に錯誤を生じさせたこと、財産的処分意思に不当な影響を与えたこと自体に詐欺罪の違法性を求める」立場については、「詐欺罪を個人の財産を侵害する罪ではなく、経済取引において嘘をつく罪あるいは意思決定の自由一般を侵害する罪」にしてしまふことを根拠に、支持できないとされる。そして、「詐欺罪を個人の財産を侵害する罪と考へ、しかも被害者の錯誤に基づく法益処分を法益関係(的)錯誤の場合にのみ無効と解する」(括弧内は筆者による補足) 自説の立場から、詐欺罪の成立範囲の適切な判断のために必要な考慮が何であるかにつき検討を加えられる。そしてここでは、「詐欺罪の法益侵害としての財産的損害を単に財物の喪失ではなく経済的損害の発生に求め」⁽²⁰⁾ 「反対給付に関する錯誤は経済的損害についての錯誤として法益関係的であ」⁽²¹⁾ り、詐欺罪においては「法益処分行為の社会的意味の錯誤が法益関係的錯誤になる」とされる。⁽²²⁾

これらのうち、とりわけ「法益処分行為の社会的意味の錯誤」の点は、当該論文の中で他の個人的法益については法益関係的ではないとされてきていること、また法益関係的錯誤説が「何が法益関係的か」についての判断でその限界が決定されるものであることからすると、詐欺罪の性質を理解する上で重要な意味を持つと思われる。この点につき、佐伯教授は、「財産(特に金銭)」という保護法益の性質」にその理由が存在し、「生命はそれ自体の価値で保護されるべき」であるのに対し、「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」し、「特に金銭は、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」ことに由来する差であるとされる。そして「人間が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以上、法益処分の社会的意味を問題にしてよい」とされる。⁽²⁴⁾

この見解は、詐欺罪はあくまで「錯誤に基づく被害者の同意」の一形態であり、詐欺罪の独自性は、保護法益の内容についての理解が他の法益のそれと異なっていることから生じる、との理解に基づいていると捉えることができよう。

四 山口厚教授も、法益関係の錯誤説を「一般的に妥当すべき『基礎理論』」と捉えるところから、詐欺罪における法益関係の錯誤説の適用についての検討を始められる。

山口教授は、詐欺罪が「欺罔により物・利益を交付することにより成立する財産犯」であることから、「物・利益を移転させる意思の有効性は『法益関係の錯誤』がある場合にのみ否定されると解され」、「物・利益の移転自体が詐欺罪における法益侵害であるとすれば、その点に関する『法益関係の錯誤』がなく、移転は被害者の意思によるもので法益侵害の惹起自体が否定されて、詐欺罪の成立が否定されることにならないか」との問題提起をされる。⁽²⁵⁾そして、この点を解消するため、詐欺罪における「法益侵害の内実の探究」を通して、詐欺罪の構造の理解を試みられる。

山口教授は、「詐欺罪においては物・利益の交付が被欺罔者の意思により行われるから、（とくに完全な交付意思が存在する場合には）移転自体は被欺罔者の意思に合致しているため、法益侵害の発生自体に疑問が生じる余地がある」ことが、詐欺罪において財産的損害が論じられることの理由であるとされる。そして、この点は、「法益関係の錯誤」の理論により解消されるものとして、理論を展開される。⁽²⁶⁾つまり、「法益関係の錯誤」に基づく財産移転がある場合には、それは被害者が引き受けた結果ではないから、「遡及禁止」ははたらかず、「欺罔行為者につい

て、不正な財産移転についての責任を追及することができる」とされる。そしてそこから、「『法益関係の錯誤』に向けられた欺罔だけが、詐欺罪の構成要件に該当する欺罔行為となしうる」と理解される。⁶³⁾

前述の、法益侵害の発生自体に疑問が生じうる場合の具体的な判断基準として、山口教授は、「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おり、そうした『目的の実現』の有無、反対給付やその他の社会的目的の実現と財産の『交換』の成否が問題となっている」、つまり「『目的の実現』の失敗、『財産交換』の失敗が法益侵害として捉えられている」と理解することで、反対給付についての錯誤や寄付金詐欺の場合に関しても整合的な説明が可能になるとされる。この判断基準の内容は、「『財産交換』の失敗が実体的法益侵害であり、『財産交換』についての『錯誤』が法益関係の錯誤」である、と説明されることになる。そして、「法益関係の錯誤」がある場合には、「形式的ないし外形的に」存在する同意が「無効」になるのではなく、「法益の保護される価値及びその侵害の内実について正しい認識が存在しない」のであるから、「同意の不存在により犯罪の成立が阻却されないことになる」との理解を示される。⁶⁴⁾ また、かように「錯誤」を理解することは、「現行法上存在しない『財産上の損害』の要件に代わって、詐欺罪の成立範囲を限定する」という積極的な意義があることも強調される。⁶⁵⁾

Ⅲ 自由意思喪失的錯誤説からのアプローチ

一 自由意思喪失的錯誤説の考え方は、前述Ⅱの法益関係の錯誤説に対する批判として登場した。この立場は、論者により程度の差はあれ、法益関係の錯誤説が提示する基準に一定の理解を示しつつも、同意の有効性が否定されるべき錯誤を法益関係的である場合のみに限定することはできないと考えることを出発点としている。そして、法

益関係的ではないが同意の有効性が否定されるべき錯誤や、逆に法益関係的だが同意の有効性には影響しないと考
えられるべき錯誤はいかなる場合かを検討し、同意の有効性を否定すべき錯誤の全体の属性として、「自由意思喪
失的」である、との特徴を抽出したものである。

二 ロクシン (C.Roxin) は、前述 (II二) したアルツトの見解に対し、法益関係的錯誤がなくても同意が無効とな
る場合があり、その場合にも、同意は、不自由になされたものであることを理由に無効とされるべきであると主張
する。彼の、同意に対する基本的な考え方は、「同意は、事象が規範的基準からみて、なお法益保持者の自律性の表
現と考えられる場合、つまり、自己の行為の事由の表現とみられる場合に、有効でありうる」とするものであり、
この考え方は、日本では「規範的な自律性説」と呼ばれている。そして、法益関係的ではないが同意の有効性が否
定されるべき錯誤がある場合として、法益保持者が処分する自己の法益については認識していたものの、その決定
的動機となった利他的目的について錯誤があった場合と、行為者が被害者に、実際には存在しない緊急避難類似の
状況を思い込ませ、その錯誤によって法益放棄に至った場合とを挙げる。

三 「法益関係的錯誤か否か」が、同意の有効性判断全体について万能なわけではない、という点は、とりわけ緊
急状況を装った場合については、日本において法益関係的錯誤説を採る論者も自覚的であったといえる。そして、
前述のロクシンの見解が日本へ紹介される中で、この考え方は、日本においては、「自由な意思決定によらない」同
意、つまり「自由意思喪失的錯誤」による同意として把握され、そのような条件下での同意の有効性を否定する見
解として提唱されるようになった。

斉藤誠二教授は、欺罔に基づく被害者の同意の有効性の判断において問題にすべきなのは、「被害者の錯誤にも
とびいてした承諾でも、なお、被害者の自発的な処分のあらわれとして評価してもよいのか、という客観的な法的

な判断」であり、「法益の主体の自己決定権を妨げることになる欺罔と、法的な観点からその(法益の主体の)自由な処分とみることができるとを、どういふようにわけたらよいのか」である、とされる。⁽⁶⁷⁾

また、林美月子教授は、「法益関係の欺罔・錯誤説は基本的には妥当である」が、その理由は「法益関係の欺罔・錯誤がなければ原則として同意は自由な自己決定によっており、任意に法益が放棄されたと考えられるから」であり、「法益関係の欺罔・錯誤の有無だけで同意の有効・無効を直ちに判断することはできない」とされる。そして、被害者の同意が「自由な意思決定」によるものであったか否かを同意の有効性判断の基準とされ、緊急避難類似の状況について、「法益衡量によつて優越的利益のために当該法益を放棄する場合」には「自由な意思決定」ではない、との客観的な基準を提示される。⁽⁶⁸⁾

これらの見解は、「自由な意思決定」が存在するか否かを、可能な限りにおいて客観的に判断しようとする点に着目し、「客観的自由意思喪失的錯誤説」と呼ばれる。

他方、林幹人教授は、これらの見解に対して、「自由意思喪失的錯誤の有無」は、「被害者個人の意思に即して、主観的に判断されるべき」⁽⁶⁹⁾であるとする、「主観的自由意思喪失的錯誤説」を提唱される。そして、この考え方によれば、自由意思喪失的錯誤があるか否かの判断は、「彼(＝被害者)がその処分した法益にどれほどの価値を認めていたのかを問題とし、他方、処分することによつてもたらされると信じた利益にどれほどの価値を認めていたかを問題としなければならない」⁽⁷⁰⁾(括弧内は筆者による補足)とされる。

四 自由意思喪失的錯誤説における客観説と主観説の相違は、客観説によれば、被害者の誤信した状況が「現実だとしたら、行為者の行為は正当化される」⁽⁷¹⁾ような場合が自由意思喪失的錯誤である、とされる一方で、主観説によれば、「被害者本人の個人的な価値判断の内容」を基準とし、「被害者個人が、錯誤に陥っている事情・法益と、放

棄に同意している法益についてのどのような意味付け・価値観をもち、彼自身がどのような比較衡量を行ったか」を問題として主観的に判断することが主張される点にある。⁽⁵⁶⁾

自由意思喪失の錯誤説を採って詐欺罪を理解する見解によれば、詐欺罪の一連の行為において被害者の財産交付が「自由意思」によらずに行なわれたことを理由に、同意の有効性が否定され、詐欺罪の成立が認められる。ここでいう「自由意思」は、「基本的に、行為者の意思によらず、被害者の意思によつて、法益を処分した場合を意味する」とされる。⁽⁵⁶⁾そして、法益関係の錯誤説ではなく自由意思喪失の錯誤説に立つて詐欺罪を理解することのメリットとして、緊急状況の錯誤の事例において、詐欺罪の法益である財産について錯誤はないが自由な意思決定によるとは言えない場合の他に、寄付金詐欺のように、法益関係の錯誤説からは財産処分の「社会的意味」を問題とする必要がある事例についても、自由意思を害されている、との観点から整合的に説明ができることが挙げられている。⁽⁵⁷⁾

第五項 検討

一 法益関係の錯誤説は、被害者の錯誤を、放棄された法益の内容そのものに関する「法益関係の錯誤」とそれ以外の錯誤とに分け、同意の効力を失わせるのは前者の錯誤のみであつて、それ以外の錯誤は法益を喪失すること自体を認識しているから同意の有効性に影響しない、とする考え方である。この考え方を詐欺罪の場面に単純に適用すると、詐欺罪が成立する余地はほぼなくなりそうにも思える。なぜなら、従来、詐欺罪の保護法益は「財産」であるとされており、被害者が交付行為をする際には、財産を喪失すること自体を認識しているといえるからである。それゆえ、法益関係の錯誤説の考え方を詐欺罪の解釈に適用しようとする論者は、この問題を回避するために、物・利益の交付ではなく財産的損害を法益侵害と捉えることや、「財産」法益を漠然と捉えるのではなく、財産

の法益としての内実や機能が何であるかを考えてそれらを「法益關係的」であると位置付け、それらが害されることについての錯誤の有無を判定することで構成している、と理解することができよう。

二 詐欺罪を法益關係的錯誤説によって理解するために、さらなる法益の内実の分析が必要となる背景には、財産とその他の個人的法益とでは「法益侵害」の性質が異なるという、財産法益の特性があると考えられる。つまり、詐欺罪の保護法益である「財産」は、自己による法益処分を行なうことが通常の出来事として想定されうる点で、他の個人的法益とは決定的に異なっている。被害者の同意は一般的に、通常は法益として保護され本人にとってもその存在と保全が重要な利益である要素について、処分権を有する法益主体が同意していることを理由として例外的に侵害を許容する、という構造を採っている。他方、詐欺罪の対象となる財産法益は、例えば生命・身体といった一身専属的な法益とは異なり、他者の手に渡った場合にはその他者が当該法益の主体として振舞うことが可能である、という性質——いわば「流通性」——をもつ法益である。生命・身体という法益を処分する場合には、死亡・傷害といった、効用を滅失する方向にしか向かい得ないのに対して、財産という法益は、法益処分によって他者の支配下に移っても、物質的な観点においては何ら効用を失うものではない。自由主義経済では、むしろ財産は流通することが自明の前提となっている。

法益關係的錯誤説によって詐欺罪を説明する際に、財産法益については「法益処分の社会的意味」を考慮し、反対給付や社会的目的の達成についての錯誤によって同意の有効性が失われると考えることが許される理由は、かような財産の「流通性」に由来すると考えるのが妥当である。

三 法益關係的錯誤説に対する有力な批判は、「自由意思喪失的錯誤説」の考え方を提唱している。その批判は、主として、「緊急状況に関する錯誤」及び「利他的目的に関する錯誤」の問題を法益關係的錯誤説で説明できるか否

か、つまり、法益について認識があるときは、同意は常に有効としてよいのか、を問題とするものである。この点自体については、さらなる検討が必要と思われるが、詐欺罪の場面のみに限定して考えるならば、かような「緊急状況に関する錯誤」及び「利他的目的に関する錯誤」も法益関係的であるといえるのではなからうか。なぜなら、緊急状況におかれているとの錯誤や、交付した財産の用途についての錯誤によって、被欺罔者は当該錯誤の対象である（誤認された）事態を解消するために用いる意図で、財産を交付する決断をするのであり、財産法益に関しては、特に詐欺罪における片面的交付の場合には、交付した財産の用途も、法益関係的であると捉える余地があると考えられるからである。また、法益関係的錯誤説は、構成要件解釈から導かれる「法益」の内容による限定がかかる点において、「重大な錯誤説」「動機の錯誤説」よりもその判断基準を明確にすることが可能である。これらのことから、詐欺罪の検討である本稿においては、「自由喪失的錯誤説」による批判への対応によって補充しつつ、基本的に「法益関係的錯誤説」に従うことが、最も適切であると考える。

第六項 小括

錯誤に基づく被害者の同意の一類型として詐欺罪を理解する試みからは、詐欺罪における「錯誤」についても、欺罔に基づく錯誤をすべて法益処分の同意の有効性が否定されるものと解するのではなく、錯誤の性質による判断がなされるべきである、との帰結が導かれる。そして、詐欺罪を理解する際には最も基準としての実効性があると考えられる法益関係的錯誤説からは、財産法益の内実を踏まえた「法益侵害関係的」な範囲を解明することを通して、同意の有効性を否定する錯誤と否定しない錯誤との線引きが試みられた。ここでの方向性及び結論は、概ね妥当である。

この説の基準がもたらす結論は、法益関係的錯誤説によって個々の構成要件を説明しようとする論者が既に指摘されているように、「何が法益関係的か」という、各構成要件における保護法益の理解に依存し左右される部分が大きい。それゆえ、詐欺罪についても、何が保護法益であるのかをさらに突き詰めて検討し、明確にすることが必要であると考えられる。

そして、詐欺罪においては、かような錯誤によって行なわれた「交付行為」によって、「法益侵害結果」が発生することになる。それでは、この「結果」は、どのようにして欺罔行為者に帰責されることになるのだろうか。その点を明らかにすることが、次の課題となる。

第三節 詐欺罪と「被害者利用の間接正犯」

第一項 序論

一 詐欺罪においては、行為者による欺罔行為が構成要件的実行行為であると一般に考えられている。このことは、詐欺罪では、法益侵害発生に直接的に関わる行為を行なった者の背後者に当たる欺罔行為者に当該法益侵害の正犯性が認められる、と理解できる。これは、被害者利用の間接正犯と同じ構造になっている。

もつとも、現在の刑法典においては、かように被害者利用の間接正犯の構造である詐欺罪が、独立の構成要件として犯罪類型を構成している。このことから、現在の規定の形態が、財産犯規定の成立過程でいわば偶然に選択されただけというには尽きない、重要な意味を有しているのではないかと考えられる。そしてその「意味」は、財産犯の内部で詐欺罪が持つ独自の要素に起因するのではなからうか。

二 詐欺罪が間接正犯構造を採っている、との捉え方は、日本においても従来よりしばしば示されてきている。もっとも、そのことが何を意味するか、つまり、詐欺罪が他の財産罪の間接正犯としてではなく独自の構成要件として規定されていることが何を意味するかについて論じられることはあまりなかった。日本においては、詐欺罪を間接正犯（構造）として理解することの意義や是非について検討されることはほとんどなく、これまで論じられてきたのは、間接正犯として詐欺罪を理解する試みから導かれる、詐欺罪と窃盗罪との性質、すなわち保護法益や守備範囲の相違についてであり、それらは独立の論点として扱われるのではなく、間接正犯、詐欺罪、あるいは被害者の同意について論じる中で付随的に若干の検討が加えられるに留まってきた。

他方、ドイツにおいては、詐欺罪の構成要件構造の理解のために、あるいは刑法総論の考え方と各則における類型形成との関係について論じる際の一例として、詐欺罪と間接正犯との関連についてしばしば言及されてきた。そしてここでは、詐欺罪は間接正犯が定型化されたもの（Vertypung）である、との見解と、かような理解に反対する見解とが、これまでに主張されてきている。

三 そこで、以下においては、まず、詐欺罪の「間接正犯」としての理解について、より詳細な議論が存在する、ドイツの学説状況を概観することとする。具体的には、詐欺罪を間接正犯の類型化されたものとして理解する試みの展開、それに対して向けられた批判、そして批判に対する反論と現在の状況について、順に取り上げる。これらの概観からは、日本の議論においてはこれまであまり論じられることのなかった、詐欺罪を間接正犯構造の犯罪類型と捉えることから導かれる、構成要件構造の理解への示唆が得られよう。

もっとも、このことからのみでは、詐欺罪が独立の規定として存在し、既存の他の財産犯罪の間接正犯として処理されているのではないことの意味が明らかになるわけではない。そこで、この点の解明が、次なる課題となる。

そこで、次項以下においては、詐欺罪を間接正犯構造として理解することに付随して論じられるようになった、詐欺罪が独立して規定されていることが持つ意味を、ドイツ及び日本の議論の検討を通して明らかにすることを目指す。その際には、財産犯の構成要件が「財産」法益の侵害態様によって細かく規定し分けられているという特殊事情が、詐欺罪の保護法益の理解についても関係してくることになると考えられる。

第二項 詐欺罪を「間接正犯」構造として理解する議論の展開

I 序論

詐欺罪は、法益侵害結果の発生に直結する行為を行為者に欺罔されて錯誤に陥った被害者（被欺罔者）自身が行なうという構造を採っていることから、その構造上、間接正犯と同様のものと理解できる。日本では、この点について意識している見解は存在するものの、詳しく論じられることはこれまでほとんどなかった。これに対し、ドイツでは、詐欺罪の構成要件構造を間接正犯構造として理解する見解が主張され、そのこと自体の当否についての議論も存在している。そこで、本項においては、ドイツでかような理解についての議論がいかなる展開をたどっているかを概観することとする。⁽⁶³⁾

II 詐欺罪の被害者を「道具」として理解する見解

詐欺罪の構造を理解する際に、行為者が被害者を「道具」として用いるという構造に着目して明示的に説明した比較的初期の見解として、クラマー (P. Kramer) の見解が挙げられる。⁽⁶⁴⁾

クラマーは、財産概念全体の総合的検討の中で、詐欺罪で財産的価値の片面的交付が行なわれた際の損害の問

題を、寄付金詐欺 (Spendenbetrug)、乞食詐欺 (Bettelbetrug)、贈与詐欺 (Schenkungsbetrug) を対象にして論じる。その中で彼は、「詐欺罪はあくまで財産犯であり、処分の自由 (Dispositionsfreiheit) の侵害は財産侵害を惹き起こす手段に過ぎない」と述べる。そして、かように考える手がかりとして、同じく財産犯と理解されている恐喝罪の構造と比較し、詐欺罪 (二六三条) と恐喝罪 (二五三条) は、「行為者が被害者を、財産侵害の手段 (Medium) として用いる点において共通しており、両者を分かつのは、意思に影響を与える手段のみ」であり、その手段は、恐喝罪においては「脅迫または暴行」(強制力) であり、詐欺罪においては「策略」(Tis) であるとされる。この、詐欺罪の手段としての「策略」に関する具体的な説明として、彼は、「策略による財産侵害は、行為者が自身の目的のための道具として用いる被害者が、自己の処分行為の影響を見通していないことを必要とし、この『道具』としての資格は、損害をもたらす行為をしないかの選択可能性がある場合には否定される」としている。⁶⁵⁾ここに、詐欺罪における行為者の行為の構造を、被害者という「道具」を用いる行為として理解する考え方が見て取れる。

クラマーは、「間接正犯」という語は用いていないが、被害者の「道具」性と財産侵害結果についての答責性を論じていることから、詐欺罪を間接正犯と同様の構造を採る行為類型として捉えている、と理解できる。

この見解が提示される以前にも、例えばシュレーダー (H.Schröder) は、詐欺罪の手段を「行為者が目指す財産移転のための道具 (Werkzeug) にされた被詐欺者 (Betrogenen) に対する欺罔」と説明しており、⁶⁶⁾被欺罔者を「道具」として捉える考え方は存在している。クラマーの前述の見解は、この詐欺罪における行為の構造の捉え方に解釈論上の意味を明確にもたせたという点で、一歩前進したものといえよう。そして、かようなクラマーの理解は、その後レンクナー (T.Lenkner) によっても採用され、「行為者が自身の目的のために道具として用いる被害者」という表現が用いられている。⁶⁷⁾

Ⅲ 詐欺罪を間接正犯として理解することへの批判的見解

フリツシュ (W. Fritsch) ⁽⁶⁶⁾ は、これらの、詐欺罪の被害者を行為者の目的のために用いられる道具として理解する見解に対して、異論を唱える。彼は、詐欺罪における「錯誤」の解釈から、被害者の行為の解釈論的意味を理解しようと試みる。そしてその検討の中で、「詐欺罪構成要件の本質」を通して錯誤の機能を究明しようとした見解の一つとして、詐欺罪を間接正犯の形態 (Ergänze) とパラレルなものとして理解する見解を取り上げ、これが支持できないことを主張する。その理由としては、①間接正犯においては行為者と非行為者の間での支配の分配基準が重要であるだけなのに対し、詐欺罪では、被害者の保護の正当性・必要性の観点や、行動した者の行動の自由、答責領域の限界付けまでもが問題となること、②詐欺罪の解釈に間接正犯を再び取り上げること、錯誤要件という中心的評価問題をはじめから遮断してしまう危険を冒すこと、そして③間接正犯の場合、背後者が被利用者の行為を自身で実行したとしても可罰的な行為を行なっていることが前提となるが、詐欺罪は、背後者が自ら直接的に財産侵害行為を実行するという、間接正犯のいわば基本犯にあたる犯罪類型が存在しないことから、この前提には当てはまらないことが挙げられている。⁽⁶⁷⁾

この、フリツシュの批判は、詐欺罪が被害者を犯罪実現の道具として利用する点で間接正犯と同様の構造を採っていることを否定するものではないが、「間接正犯」として理解することから解釈論上の帰結を導こうとする場合に生じうる問題点を的確に挙げていると考えられる。

Ⅳ 間接正犯の「定型化」としての詐欺罪理解

詐欺罪を間接正犯構造として理解する考え方は、かような批判を受けて放棄されるのではなく、その内容をより

具体化し適格的なものとすることを通して補強され主張されている。例えば、ヤコブス (G. Jakobs)⁽⁷⁾ は、教科書の間接正犯についての記述の中で、「詐欺罪は、処分について故意なく行動する道具による間接正犯の定型化されたものである」と説明を加えている。また、ザイアー (J. Seier)⁽⁸⁾ は、訴訟詐欺の構造の理解に、詐欺罪の間接正犯としての理解を役立てようとしている。

とりわけ、キントホイザー (U. Kindhäuser)⁽⁹⁾ は、前述Ⅲのフリッシュによる批判を踏まえた上で、なお、詐欺罪を「間接正犯の定型化されたもの」として理解することを明確に主張する。その根底には、彼の、刑法総則の分類構造は各則の諸犯罪類型を組み入れることができる、そしてその限りにおいては、犯罪の解釈が、総則の当該規定の適用として理解されうるとする、刑法の総論と各論の関係についての理解がある。

彼は、犯罪の大部分は「正犯中立的」(täterschaftsneutral) であるが、正犯形式を定型化した犯罪が存在する、とし、被害者の意思に反する行為が構成要件に必要な「直接正犯の定型化」として住居侵入罪と窃盗罪を、そして被害者の意思を伴う行為を構成要件が要求する「間接正犯の定型化」として詐欺罪と恐喝罪を挙げる。

詐欺罪を間接正犯構造として理解することの妨げとして、フリッシュは、詐欺罪には基本犯に当たる犯罪類型がないことを挙げていた。これに対して、キントホイザーは、刑法典上の間接正犯規定(二五条)の解釈として、基本犯の存在は必ずしも要求されていない、と反論する。

そして、詐欺罪を間接正犯が定型化された犯罪として理解することからは、その構造上、詐欺罪における行為者は、被害者の意思にはたらきかけることによつて、その権利領域に直接介入することなく被害者に自身の財産の減少をもたらす、との理解が導かれる。つまり、詐欺罪の構成要件が構造上二つの部分に分解され、①本来の法益侵害行為は、行為者がこの財産減少について答責的であると理解されうることを条件として、財産保持者(あるいは

法的効果を持つその他の行為者」が行為者または第三者のために行なう財産の減少を招く処分であり、②詐欺罪構成要件の欺罔を明確に規定する部分が詐欺罪特有の間接正犯構造を根拠付ける要件を規定している、と理解される。このことからわかるように、キントホイザーは、欺罔を、犯罪特有の法益侵害としてではなく、——他者に決定された財産減少の不法の危険の設定として——行為者の、被害者の処分を行為者自身の行為として帰責するための基礎にすぎない、と理解している。⁷⁷⁾

詐欺罪を間接正犯構造の犯罪として理解することについての現在の議論状況は、前述のように、肯定説が存在する一方で否定説も継続して支持されているところにある。⁷⁸⁾

V 検討

これまでの概観をもとに考察すると、詐欺罪を間接正犯の構造を採る犯罪類型として理解することについて、肯定説と否定説の間に差異をもたらしている決定的な原因は、詐欺罪の構造についての理解の差にあるわけではないことがわかる。そうではなく、詐欺罪を「間接正犯」あるいは「構造上間接正犯に類似する犯罪」として理解することの帰結として、「間接正犯論」における解釈論上の議論が詐欺罪を理解する際にどこまで影響を及ぼすと考えるかについての程度の差にある、と考えられる。

本稿の問題関心からすれば、詐欺罪が他の罪の間接正犯として処理されるわけではない現行規定の存在から、間接正犯論自体の解釈論的帰結がすべて詐欺罪にあてはまるわけではないことはむしろ当然の前提として受け入れられることになる。そして、検討の必要がある課題は、詐欺罪の行為類型に対して独立した構成要件が用意されている理由の解明である。つまり、行為者と被害者の関係について構造上は被害者利用の間接正犯と同じ形態を採るも

のとして把握することが可能であるにもかかわらず、なぜ、特定の財産犯の間接正犯とするのみでは説明できないのかを、明らかにする必要がある。フリッシュが指摘したように、詐欺罪の犯罪類型を間接正犯として理解した場合には、その基本犯となる形での、被害者を利用せずに行爲者自身によつて被害者の財産を侵害する規定が存在しないし、観念できない。この点について、なぜそのような基本犯が観念できないのか、例えば財産犯の最も基本的な形態であるといえる窃盜罪を基本犯とし、詐欺罪を窃盜罪の間接正犯として処理するという途が採られていない理由はどこにあるのかを検討する必要があると思われる。

VI 小括

本項における検討からは、詐欺罪を、間接正犯構造を有する犯罪類型として理解することが可能であり、かつ適切であることが明らかになった。確かに、間接正犯としての理解を極めて厳密に詐欺罪に適用しようとするならば、否定説が指摘する問題点が生じることは否定できない。しかし、独立の構成要件として存在している詐欺罪が行爲者と被害者の關係について「間接正犯と同様の構成要件構造を有している」と解することに對しては、その批判は妥当しないものと考えられる。そして、かような構成要件構造の理解は、行爲者による欺罔行為が惹き起す法益侵害が、被害者自身の手による財産侵害結果であると理解することの明確な理論的説明を可能とする。

それでは、間接正犯構造を有する詐欺罪が、他の財産犯の間接正犯ではなく、独立の構成要件として規定されているのはなぜだろうか。この点を解明することによつて、詐欺罪の犯罪成立判断にとつて重要な意味を持つ、財産犯全体の中でも詐欺罪に特有の性質が示されよう。

第三項 「間接正犯構造」としての詐欺罪とその他の財産犯との関係

I 序論

詐欺罪規定は、被害者利用の間接正犯の構造を有しつつも、独立の構成要件として存在している。詐欺罪規定成立の歴史的経緯に鑑みると、現在の規定の形式は唯一の選択肢ではなかった。その中から、現在の形式が選択されたのは、単なる偶然によるのではなく、詐欺罪の特性を捉えるのに最適と考えられたためであろう。独立の構成要件として詐欺罪規定が存在することは、詐欺罪を他の財産犯の間接正犯として処理することができないことを示すものである。そしてその理由は、財産犯の内部で詐欺罪を特徴付ける独自の要素である、手段行為・侵害態様の性質の違いに起因すると考えられる。

そこで、以下では、まず、ドイツにおいて詐欺罪を間接正犯構造として理解する見解が、そこからいかなる解釈論上の帰結を導き出しているかを概観する。その後で、その理論的帰結の内容に関する日本における議論を概観し、検討を加える。

II ドイツにおける詐欺罪と間接正犯の理論的關係

一 キントホイザー⁽⁷⁾は、前述(第二項IV二)したように、詐欺罪を間接正犯構造を有する犯罪類型として理解する。そして、彼は、この理解から、詐欺罪と窃盗罪とは、所有権侵害とそれによる財産侵害の一般的不法領域における、表現型が独立しただけの実体的には一致した犯罪である、との帰結を導く⁽⁸⁾。つまり、両罪が想定する保護対象は共通であるから、詐欺罪の保護法益も財産のみであり、詐欺罪の処罰根拠は本質的に他人の財産の侵害にある、と理解するのである。そして、欺罔は、被害者の処分を行為者自身の行為として帰責するための基礎にすぎず、欺罔に

よる処分の自由の侵害は、財産的損害と並んで詐欺罪の法益侵害を構成するわけではない、とする。

彼の見解は、詐欺罪が間接正犯構造を有することによって、詐欺罪と基本的な財産犯である窃盗罪との同質性を説明し、詐欺罪の実質も窃盗罪と同様に「財産」法益侵害である、とするものである。

二 逆に、間接正犯論を出発点として詐欺罪の理解に接近しようと試みるのが、ホイヤー (A.Hoyer) ⁽⁸¹⁾ の見解である。彼は、詐欺罪・恐喝罪は、条文中規定された間接正犯の特別な場合であるとみる。そして、強制 (Zwangslage) により被利用者の意思が欠缺する特別の場合として二五三条の恐喝罪が、また錯誤により知識が欠缺する特別の場合として二六三条の詐欺罪が規定されている、と理解する。そして、行為媒介者の意思に瑕疵がある場合に行為媒介者の行為が背後者に帰属し、背後者が間接正犯とされるに足るだけの事情の基準を、詐欺罪・恐喝罪の規定の理解から導こうとする。つまり、この各則における規定を想定している間接正犯の一場合と捉え、ここにおける理解を一般化し、間接正犯一般についても、正犯性を肯定するために積極的な欺罔行為・脅迫行為が要求される、と主張するのである。

この見解は、欺罔を、財産犯の中における詐欺罪の独自性を示すに留まらず、間接正犯一般に共通の、正犯性を根拠付ける一要素である、と考えるものである。

三 他方、イエルデン (J.C. Jordan) ⁽⁸²⁾ は、詐欺罪を間接正犯構造として理解する考え方には直接言及していないものの、詐欺罪規定と財産犯全体の関係について興味深い指摘をしている。彼は、被害者の同意の有効性について論じる中で、詐欺罪規定が存在するのは、一般的な財産侵害罪の規定がないためであり、そのような一般規定があれば、総論領域における被害者の同意の考え方を適用することで、詐欺罪に取って代わることが可能である、と述べている。

この考え方は、詐欺罪が独立の規定として存在することが必要となる理由を、現行の財産犯規定においては一般的な財産侵害罪が存在せず侵害態様ごとに構成要件が細分化されているために、詐欺罪の守備範囲に対応する規定が他に存在しないからである、と捉えているものと理解できる。

Ⅲ 日本における詐欺罪と間接正犯の理論的關係

一 日本では、ドイツとは異なり、詐欺罪が間接正犯構造を有するという視点から一般的かつ総論的に論じられることはほとんどなかったといつてよい。従来の日本の議論で、欺罔による間接正犯の成立が検討されたのは、主として、偽装心中をめぐる殺人罪の間接正犯の成否の問題についてであった。また、詐欺罪と窃盗罪との關係は、被害者による交付の有無の判断に関連して論じられるに留まっていた。しかしながら、財産のみを保護法益と解する点において、窃盗罪は財産犯の領得罪の中でもっとも基本的である。それゆえ、窃盗罪と詐欺罪とを比較すること、財産犯の中で詐欺罪が特に有している独自性を明らかにするために有益である。また、近時は、前述Ⅱで取り上げたドイツの議論めぐり、日本でも議論が散見されるようになってきている。

そこで、以下では、これらの見解を概観し、検討を加えることとする。

二 佐伯教授は、詐欺罪についてドイツで提唱されている「機能的連関」(funktionale Beziehung)説を検討する中で、詐欺罪を「被害者を『道具』として利用した間接正犯形態」と捉える考え方に言及し、「詐欺罪は間接正犯形態による他人の財産の侵害と考えるとよいであろう」としておられる。⁴⁰⁾ここでは、詐欺罪が間接正犯構造を有することは指摘されているものの、詐欺罪の窃盗罪との同質性、あるいは差異については述べられていない。

他方、山口教授は、「交付の有無」を詐欺罪と窃盗罪の区別の基準とされ、それに関連して詐欺罪と窃盗罪の間接

正犯との関係について論じておられる。そこでは、「詐欺罪は、実質的には、欺罔により法益関係的錯誤を生じさせて財産の占有を移転する、被害者を利用した窃盗罪の間接正犯形態のうち、交付意思・行為が欠如する部分を除外したものを、いわば窃盗罪から取り出して規定したものともいえ⁶⁸⁾る」との見解が示されている。かような見解の前提には、両罪の根底にある被害の実質が共通するものであるとの理解が存在するとみることができよう。

三 島田聡一郎助教教授は、間接正犯の成立要件を検討する中で、前述（Ⅱ二）したホイヤーの見解を取り上げられ、詐欺罪を「間接正犯」として理解することの是非について論じておられる⁶⁹⁾。そして、詐欺罪を単純に窃盗罪の間接正犯と理解することに疑問を呈され、詐欺罪はむしろ窃盗罪の間接正犯が成立しない場合に処罰を拡張することに（少なくとも主たる）意義がある、とされる。島田助教教授によれば、窃盗罪の保護法益は占有であり、占有侵害の有無・程度に完全な認識があれば、その他の点の錯誤は窃盗罪の間接正犯の成立を基礎付け得る瑕疵とはいえない。他方で、詐欺罪に関しては、「少なくとも財物の事実上の占有移転について意識的である」場合がその核心部分である。それゆえ、詐欺罪は、窃盗罪の間接正犯が成立しない場合に、そのような行為の頻発性及び当罰性の高さから、窃盗罪とは異なる「財産交換の失敗」を独自の法益侵害とすることで処罰を広げるものである。島田助教教授は、このように主張される⁶⁹⁾。

この見解は、詐欺罪と窃盗罪とでは保護法益の内容が異なるとの理解を明示し、両者の保護法益の具体的な差異と詐欺罪の存在意義についての自身の理解を提示されるものである。これは、詐欺罪が財産犯体系の中で固有の性質を有する点において、注目に値すると思われる。

四 森永真綱講師は、被害者の同意について検討する中で、前述（Ⅱ三）したイエルデンの主張に着目しておられる。そして、森永講師は、イエルデンの見解を受けて、「仮に詐欺罪の規定がなくとも、財産について被害者の承諾

のルール（あるいは間接正犯のルール）を適用し事例解決を図ることも可能といえ」ること、また「窃盗罪の間接正犯という構成もありえ」ることを示唆される。⁽⁸⁸⁾

この考え方は、現行法の解釈論としてではなく、立法論として、立法段階における詐欺罪の規定形式の一つの選択肢として述べられているものである。この議論からは、詐欺罪に当たる行為を被害者の同意や間接正犯といった犯罪論の一般原理によって他の財産犯規定を適用して処理するのではなく、独立の構成要件として詐欺罪規定を置くことが選択されたことに、特別の意味があつた可能性をうかがい知ることができよう。

五 橋爪隆助教授は、詐欺罪の基本的な理解を、「財産犯の基本形態ともいえる」窃盗罪と比較することによって示そうと試みておられる。⁽⁸⁹⁾そして、詐欺罪を法益関係の錯誤の考え方をを用いて理解する場合には、論理的には、詐欺罪と考えられていた犯罪類型は被害者を利用した窃盗の間接正犯の一部にすぎず、両罪の罪質には根本的な相違はない、との理解にたどり着く可能性もあることを示唆される。⁽⁹⁰⁾しかし、橋爪助教授は、このような理解を否定し、その理由として、窃盗罪と詐欺罪とは保護法益の実体が異なり、それゆえ（同意を無効とする）法益関係の錯誤の内容が異なる、という考え方がありうることを指摘される。そして、このような考え方に基づいて、「詐欺罪（の一部）は、窃盗罪の間接正犯が成立しない場面を刑事政策的な理由に基づいて拡充したもの」との見解を示される。⁽⁹¹⁾この見解は、詐欺罪が間接正犯構造を有するとはいっても詐欺罪を完全に窃盗罪の間接正犯として捉え尽くすことはできないこと、その理由が両罪の保護法益の相違にあること、また、保護法益の相違により同意の有効性を否定する「法益関係の錯誤」の内容が異なってくる可能性があることに言及している点で、詐欺罪の理解に対して示唆に富んでいると思われる。

IV 検討

以上の議論を概観すると、詐欺罪が独立の構成要件として設けられた理由は、その保護法益の内実が窃盗罪とは異なるためではないか、と考えられる。なぜなら、イエルデンが詐欺罪規定が必要となる理由として「一般的な財産侵害罪の規定」がないことを挙げていることにも表れているように、現行の刑法上の財産犯規定のいずれを取り上げたとしても、その間接正犯の形では説明しきれないものが詐欺罪の守備範囲の内部にある、と考えられるからである。つまり、現在の詐欺罪の保護法益と考えられている内容には、窃盗罪の保護法益として考えられている「財産」の内容と重なり合わない部分が含まれているのである。

詐欺罪に相当する「被害者利用の窃盗罪の間接正犯」が想定可能かを考えることが、ここでの考察に示唆を与えよう。そもそも窃盗罪は、被害者の意思に反していることを前提としているから、被害者の同意があれば構成要件該当性が阻却され、被害者が責任無能力であるなど特別な事情がない限り、通常は犯罪が成立しない。また、被害者自身が交付することになれば、「窃取」という概念からは遠ざかる。

このことに加え、財産に関係する事実について「人を騙す」行為があっても詐欺罪ではなく窃盗罪の間接正犯が成立する場合があることについても、考える必要がある。つまり、詐欺罪の欺罔行為は、当該財産について交付行為をなし得る者に対して行なわれることが必要であるため、例えば、財産処分の権限・地位を持たない無関係の第三者に対して、他人の物を自己の物と申し向けて自己に交付させるような行為に対しては、窃盗罪の間接正犯が成立することになる。⁸³⁾

これらのことから、詐欺罪は、行為者が欺罔を用いて「被害者に対して」「その意思形成に直接的に影響を及ぼす」ことをその必須の要素とし、そのような侵害に晒されうる財産の側面を保護するために罰するものであること

が理解できる。この点は、他の財産犯と決定的に異なるとともに、詐欺罪の罪質を特徴付ける必須の要素なのである。ゆえに、詐欺罪は、窃盗罪に代表されるその他の財産犯のいずれとも、その保護の対象となる「財産」の側面が異なり、当該構成要件が念頭においている保護法益としての「財産」の内容にも異なる部分を有すると理解することが適切と考えられる。

V 小括

本項の検討の結果、間接正犯構造を有する詐欺罪が、他の財産犯の間接正犯とはされておらず、独立の構成要件として規定されていることの意味についての一つの理解が得られた。詐欺罪は、例えば奪取罪である窃盗罪の間接正犯によってその守備範囲の全体をカバーすることはできない。このことは、詐欺罪と窃盗罪が、同じ「財産」の語で表される保護法益を有しつつも、当該構成要件が想定している被害法益の内容が完全に一致するわけではないことを意味するのである。そうだとすれば、詐欺罪の本質を理解するためには、財産犯一般についての保護法益論からさらに一步踏み込んだ、「詐欺罪の」保護法益論を検討することが必要である。

第四項 小括

本節の検討から、詐欺罪という犯罪類型が間接正犯構造を有しているにもかかわらず独立の構成要件として規定されていること——つまり、基本的な財産犯の間接正犯として処理されるのではなく、独立の構成要件が設けられていること——は、現存する各財産犯の間での保護法益の相違に由来すると考えることが適切であるのが判明した。このことは、詐欺罪の保護法益が従来「財産」であると説明されるに留まり、詐欺罪の保護法益論を独自の問

題として論じることがほとんどなかった状況に対して再考を促すものといえる。間接正犯構造に注目した本節での検討からは、詐欺罪が、財産侵害結果をもたらす間接正犯構造を有しながら、基本的な財産犯である窃盗罪の間接正犯としてではなく独立の構成要件として規定されている点に、想定する保護法益の差異を読み取ることが可能である。つまり、詐欺罪が財産犯体系の中で独立の構成要件として存在していることの理由の一つは、窃盗罪の——あるいは現存する財産犯のうちのいずれかの——間接正犯としてでは、詐欺罪規定が対象とする行為の全体を処理することができないからではなかるか。そして、この理解こそが、その本質により即した詐欺罪の理解をもたらするのである。

かような帰結からは、詐欺罪の「保護法益」の内容の明確化が、次なる課題となる。「詐欺罪の保護法益は窃盗罪の保護法益とは異なる（あるいは異なる部分をもつ）」との前提から出発することから、詐欺罪の保護法益の内容は、物質的な側面での財産に尽きるのではなく、「両罪の差異である手段行為の行為態様にも関係するものになると考えられる。そしてこのことは、「欺罔」という要素が、詐欺罪の保護法益に密接に関わってくることをも示している。

第四節 「欺罔」の体系的位置付けと詐欺罪の保護法益

一 本章では、詐欺罪の構成要件構造を、「錯誤に基づく被害者の同意」および「被害者利用の間接正犯」の議論との対比によって把握することを試みた。

従来、詐欺罪における「欺罔」は、手段行為の行為態様であることから、違法性の本質に関して行為無価値論の

立場を採るか結果無価値論の立場を採るかによって、その位置付けが異なると考えられてきた。一般に、行為無価値二元論からは、不法内容は法益侵害という結果無価値と侵害態様という行為無価値の両方によって規定されると理解され、他方、結果無価値論からは、不法内容は法益侵害のみであり、その法益侵害の内容は現実の侵害結果及びその危険性であると理解されている。⁸¹⁾このことから、詐欺罪における欺罔については、行為無価値論からは、いかなる態様の欺罔行為が非難に値する「違法な行為」かを判断する基準として把握されるのに対して、結果無価値論からは、違法性には直接関係しない手段行為を制限する要素として把握される、との理解が漠然と採られていたように思われる。しかし、本章での検討によれば、「欺罔」は、より本質的に、保護法益の内に密接に関わつてくる要素と見ることがより適切と考えられる。

詐欺罪と「錯誤に基づく被害者の同意」及び「被害者利用の間接正犯」の議論との対比により、詐欺罪の保護法益の内実の捉え方についてさらなる明確化が必要であることが明らかになった。前者の議論との対比からは、詐欺罪の「欺罔」によつて陥つた、詐欺罪の成立要件としての「錯誤」の範囲を限定的に解するため、詐欺罪における「法益関係的」の意味を明確にする必要が生じ、そこから「何が詐欺罪の法益か」の確定が必要とされることが明らかになった。また、後者の議論との対比からは、間接正犯と解した場合に詐欺罪の基本犯となりうる財産犯規定が存在しないことを手がかりに、詐欺罪規定の他の財産犯との相違が明らかになり、その根底にある財産犯の構成要件ごとの保護法益の相違を明らかにすることの必要性が明らかになった。

二 「詐欺罪の保護法益」は何か、という問いに対しては、手段行為である「欺罔」についての観点を組み入れることなく答えることはできないと考えられる。財産法益は、その保持と並んで、交換され流通することの保護も予定されているという、他の法益とは決定的に異なる特徴をもつ。その侵害態様によつて構成要件が規定し分けられ

ているのは、財産法益は「侵害の受け方」を選ぶ法益であることの表れであると解することが可能である。そして、財産犯の保護法益に関して従来論じられてきたのは、各構成要件が対象とする保護法益としての「財産」の中核部分、あるいは共通部分であった、と考えられる。

他方で、財産法益は、侵害行為の態様によって、保護のあり方が分かれている。このことから、財産犯の各構成要件は、それぞれに、当該構成要件が保護する「財産法益」を有する、と解することができよう。例えば、詐欺罪における財産法益の保護は「騙されて財産を交付させられることからの保護」であり、恐喝罪における財産法益の保護は「脅されて財産を交付させられることからの保護」であるように、それらは、漠然とした「財産一般」の保護ではなく、ある特定の態様による侵害行為からの財産の保護なのである。

そして、かような理解からは、財産法益総論としての「財産」概念に加え、各構成要件が予定している保護法益としての「財産」の内容についての検討もまた、必要となると考えられる。確かに、詐欺罪と同じ交付罪として分類される恐喝罪については、財産のみならず「身体の安全」もまた保護法益であると考えられ、「身体の安全」については、それが単独で侵害された場合にも犯罪が成立することから、「欺罔」のみで犯罪が成立する、いわば基本犯にあたる類型を持たない詐欺罪については事情が異なる、との考え方もありえよう。しかしながら、欺罔がそれ単独で犯罪を構成しないことは、欺罔が保護法益の内実に関わってこないことを意味するものではない。財産にとって通常の機能として想定される「交換」の外形を備えながらもなお犯罪を構成すると判断される状態をもたらすのが「欺罔」なのである。この点を踏まえるならば、「欺罔からの保護」、つまりある種の「交換の自由」もまた、詐欺罪の保護法益の内実を構成すると理解することが、一つの解決なのではなからうか。

三 かような理解に基づいて詐欺罪を説明しようとするならば、ここでいう「交換の自由」が指し示す意味を明確

にすることが必要である。それには、詐欺罪の保護法益としてこれまでに何が論じられてきたか、また、詐欺罪の保護法益であると考えられる「財産」についてこれまでいかなる理解がなされてきたかをより詳細に検討し、明らかにする必要がある。そこで、そのための考察を、次なる課題として、以下の章において行なう。

注

(1) 「私的自治」「契約自由」の内容を、「自由」の意義、殊に憲法上の「自由」としての位置付けを通して詳しく論じるものとして、山本敬三・公序良俗論の再構成(二〇〇〇年)一八頁以下がある。

(2) かつて、ゲールズ(F. Geertz)は、被害者の同意が構成要件該当性を阻却する場合と違法性を阻却する場合とはその性質が異なると主張し、前者を *Einverständnis*、後者を *Einwilligung* と呼んで、その成立要件を区別していた(F. Geertz, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, GA 1954, S. 262ff.)。当時、ドイツで通説となったこの見解の影響を受け、日本でも、前者を「合意」、後者を「同意」として区別し、両者を合わせたものとして「承諾」の語が用いられていた(この見解に言及し、承諾を二つにわけけるものとして、井上祐司「被害者の同意」刑法講座第二卷(一九六三年)一六〇頁以下、宮野彬「被害者の承諾」現代刑法講座第二卷(一九七九年)一〇九頁以下、木村静子「被害者の承諾について」団藤重光博士古稀祝賀論文集第二卷(一九八四年)三三二頁以下など)。もっとも、現在は、両者の間に理論上・実際上の明瞭な区別ができるとの点は支持されず、特に区別することなく両者を指して「承諾」または「同意」の語が用いられるようになってきている。本稿も、この広い意味で「同意」の語を用いることとする。

(3) 内藤謙・刑法講義総論(中)(一九八六年)五八七頁、大谷實・新版刑法講義総論(追補版、二〇〇四年)二七一頁、山口厚・問題探究刑法総論(一九九八年)七五頁、山口厚・刑法総論(補訂版、二〇〇五年)一四二頁、上嶋一高「被害者の同意(上)」

- 法学教室二七〇号(二〇〇三年)五〇頁など。
- (4) 内藤・前掲注(3)五九一頁、大谷・前掲注(3)二七四頁、曾根威彦・刑法総論(第三版、二〇〇〇年)一四一頁、山口・問題探究刑法総論(前掲注(3)七七頁、上寫・前掲注(3)五〇頁、佐伯仁志「被害者の同意とその周辺(一)」法学教室二九五号(二〇〇五年)一一一頁など。
- (5) 以下の分類に当たっては、山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集三三卷三〇四〇五号(一九八三年)二七一頁以下、森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤(一)」関西大学法学論集五二卷三三三(二〇〇二年)二〇〇頁以下、塩谷毅・被害者の承諾と自己答責性(二〇〇四年)七頁以下、二三頁以下、および上寫・前掲注(3)五〇頁以下を参考にした。もつとも、論者によっては「重大な錯誤説」と「動機の錯誤説」とを分けない分類が採用されている場合もあり、この点の相違に起因する、「重大な」との用語に対応させて想定されている内容についてのずれがありうる。
- (6) これが通説的見解とされている。大コンメンタール刑法における、「錯誤による承諾については、行為者の欺罔等にもとづく場合や錯誤による承諾であることが判明している場合は違法性阻却事由とはならないことは明らか」との記述は、この立場が通説であるとの理解に基づくものといえる(大塚仁ほか「編」・大コンメンタール刑法第二卷(第二版、一九九九年)二五二頁「古田佑紀」)。その他、大谷實・前掲注(3)二七四頁など。なお、塩谷・前掲注(5)では、「主観的真意説」との名が用いられる。
- (7) 内藤・前掲注(3)五九一頁、川端博・刑法総論講義(一九九五年)三〇五頁、曾根・前掲注(3)一四一頁など。なお、井田良・刑法総論の理論構造(二〇〇五年)一九八頁以下は、「重大な錯誤」として扱われてきた内容のうち「法益関係の錯誤」以外の錯誤を、「動機の錯誤」とされる。
- (8) 山中・前掲注(5)三〇二頁以下、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・前掲注(4)七九頁以下など。特に最近のものとして、小林憲太郎「いわゆる『法益関係の錯誤』の意義と限界」立教法学六八号(二〇〇五年)二七頁以下。

- (9) 林美月子「錯誤に基づく同意」刑事法学の現代的状況・内藤謙先生古稀祝賀（一九九四年）二二頁以下、林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻（一九九八年）二二三頁以下など。
- (10) 須之内克彦「被害者の承諾」刑法基本講座第三巻（一九九四年）一五〇頁以下、林（美）・前掲注(9)二四頁など。
- (11) かような批判をするものとして、佐伯・前掲注(8)六〇頁。
- (12) 佐伯・前掲注(8)一〇二頁、林幹人「詐欺罪における財産上の損害―最高裁判平成一三年七月一九日判決を契機として―」現代刑事法四四号（二〇〇二年）五四頁。
- (13) G.Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970.
- (14) 山中・前掲注(5)二七一頁以下。
- (15) 佐伯・前掲注(8)。一〇二頁以下が、特に詐欺罪を扱った箇所である。
- (16) 佐伯・前掲注(8)五一頁以下、山口厚「詐欺罪における財産的損害」（同・問題探究刑法各論（一九九九年）所収）一六一頁以下、山口厚「法益関係的錯誤」説の解釈論的意義」司法研修所論集一一二号（二〇〇四年）九七頁以下。
- (17) Arzt, aa.O.(Anm. 13), S.16ff.
- (18) Arzt, aa.O.(Anm. 13), S.20.
- (19) 佐伯・前掲注(8)五九頁。
- (20) 佐伯・前掲注(8)一〇四頁。
- (21) 佐伯・前掲注(8)一〇四頁。
- (22) 佐伯・前掲注(8)一〇七頁。
- (23) 佐伯・前掲注(8)一一六頁。
- (24) 佐伯・前掲注(8)一一六頁。

詐欺罪における欺罔行為について (二) (足立)

- (25) 佐伯・前掲注(8)一六頁以下。
- (26) 山口「詐欺罪における財産的損害」(前掲注(10))一六二頁。
- (27) 山口・前掲注(26)一六一頁。
- (28) 山口・前掲注(26)一六二頁。
- (29) 山口・前掲注(26)一六七頁。
- (30) なお、山口教授は、「法益関係の錯誤」とは、より正確にいえば、「法益侵害関係の錯誤」であるとも説明される(山口「法益関係の錯誤」説の解釈論的意義」(前掲注(10))一〇〇頁)。
- (31) 山口・前掲注(26)一六八頁。
- (32) 山口・前掲注(26)一六八頁。
- (33) 山口・前掲注(26)一六九頁。
- (34) 山口・前掲注(26)一七〇頁。
- (35) 山口厚「欺罔に基づく『被害者』の同意」田宮裕博士追悼論集上巻(二〇〇一年)三三五頁。
- (36) 山口・前掲注(30)一〇八頁以下。
- (37) C.Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S.279f.
- (38) C.Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl., 1997, S.489. (日本語訳として平野龍一〔監修〕、町野朔、吉田宜之〔監訳〕・ロクシン刑法総論 第一巻(翻訳第一分冊)(二〇〇三年)がある。)
- (39) Roxin, aa.O. (Ann.37), S.285f.
- (40) Roxin, aa.O. (Ann.37), S.286ff.
- (41) 山中・前掲注(5)三四四頁以下。

- (42) 齊藤誠二「欺罔にもとづく承諾」刑事法学の歴史と課題（吉川経夫先生古稀祝賀論文集（一九九四年）一六四頁以下、林（美）・前掲注(9)二九頁以下、林（幹）・前掲注(9)二四四頁以下。
- (43) 林（美）・前掲注(9)五一頁。
- (44) 林（幹）・前掲注(9)二四六頁。
- (45) 齊藤・前掲注(42)二五九頁以下。
- (46) 齊藤・前掲注(42)一七五頁。
- (47) 林（美）・前掲注(9)二二頁以下。
- (48) 林（美）・前掲注(9)二八頁。
- (49) 林（美）・前掲注(9)五一頁。
- (50) 林（幹）・前掲注(9)二三三頁以下。
- (51) 林（幹）・前掲注(9)二四七頁。
- (52) 林（幹）・前掲注(9)二五〇頁。
- (53) 林（美）・前掲注(9)三二頁。
- (54) 林（幹）・前掲注(9)二四六頁以下。
- (55) 林（幹）・前掲注(9)二四五頁以下。
- (56) 林（幹）・前掲注(12)五四頁。
- (57) 林（幹）・前掲注(12)五五頁。
- (58) 林（美）・前掲注(9)二八頁以下、林（幹）・前掲注(9)二四〇頁以下、上掲「被害者の同意（上）」（前掲注(3)）五二頁以下、同「被害者の同意（下）」法学教室二七二号（二〇〇三年）七六頁以下など。

詐欺罪における欺罔行為について (二) (足立)

- (58) 佐伯・前掲注(8) 1113頁。
- (59) 佐伯・前掲注(8) 1113頁。
- (60) K.Tiedemann, Zum Verhältnis von allgemeinen und besonderem Teil des Strafrechts, aus: Festschrift für Jürgen Baumann, 1992, S.7, 17ff.
- (61) U.Kindhäuser, Betrug als vertypie mittelbare Täterschaft, aus: Festschrift für Günter Bemann, 1997, S.339.
- (62) 本トビの議論の展開の範囲は如何にして、K.Tiedemann, StGB Leipziger Kommentar Großkommentar, 11. Aufl., 33-J.fernung, 2000, § 263 Rn.5; U.Kindhäuser, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Band 2, 2. Aufl., 2005, § 263 Rn.45 を参照した。
- (63) P.Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968.
- (64) Cramer, aa.O.(Anm.64), S.202ff.
- (65) Cramer, aa.O.(Anm.64), S.207.
- (66) H.Schröder, Grenzen des Vermögensschaden beim Betrug, NJW 1962, 721,722.
- (67) T. Lencker, Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensschaden bei Aufnahme eines Darlehens für einen bestimmten Verwendungszweck, NJW 1971, 599.
- (68) W.Fritsch, Funktion und Inhalt des "Irrtums" im Betrugstatbestand, aus: Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S.647.
- (69) 本稿「民法の反論について」キントホーナーが「詳細な検査と地区鑑定を加えて」(Kindhäuser, aa.O.(Anm.62), S.348ff.)。
- (70) G.Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1991, 21/80.
- (71) J.Seier, Prozelbetrug durch Rechts- und ungenügende Tatsachenbehauptungen, ZStW102(1990), 563ff.
- (72) 本稿「民法の反論について」詐欺罪を「間接正犯の定型化」と理解するものを同一く支持するキントホーナーからの批判(Kindhäuser, aa.O.(Anm.62), S.348 Fn.26)。
- (73) Kindhäuser, aa.O.(Anm.62), S.339ff.

- (75) Kindhäuser, aa.O. (Ann.62), S.340f.
- (76) Kindhäuser, aa.O. (Ann.62), S.350.
- (77) Kindhäuser, aa.O. (Ann.62), S.351f.; Kindhäuser, aa.O. (Ann.63), Rn.49.
- (78) 例²⁴ Tiedemann, aa.O. (Ann.63), § 263 Rn.5.
- (79) Kindhäuser, aa.O. (Ann.62), S.350f.
- (80) Kindhäuser, aa.O. (Ann.63), Rn.47.
- (81) A. Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2001, § 25, Rn.98ff.
- (82) J.C. Joerden, Einwilligung und ihre Wirksamkeit bei doppeltem Zweckbezug, Rechtslehre 22, 1991, 165, 177.
- (83) 佐伯・前掲注(8)一一一頁。
- (84) 佐伯・前掲注(8)一一二頁。
- (85) 山口厚「詐欺罪における交付行為」(同・問題探究刑法各論(前掲注(16))所収)一四九頁。
- (86) 島田聡一郎・正犯・共犯論の基礎理論(二〇〇二年)一六七頁以下。
- (87) 島田・前掲注(8)一七〇頁。
- (88) Joerden, aa.O. (Ann.82) S.177.
- (89) 森永・前掲注(5)一一一頁以下。
- (90) 橋爪隆「重要論点刑法各論 詐欺罪(上)」法学教室二九三号(二〇〇五年)七一頁以下。
- (91) 橋爪・前掲注(90)七二頁。
- (92) 橋爪・前掲注(90)七二頁脚注(10)。
- (93) 小暮得雄ほか〔編〕・刑法講義各論—現代型犯罪の体系的位置づけ(一九八八年)二〇八頁〔中森喜彦〕。

詐欺罪における欺罔行為について (二) (足立)

(94) 内藤・前掲注(3)三二〇頁以下参照。