

詐欺罪における欺罔行為について (三)
——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 (以上、二一一号)

第四章 「欺罔」と詐欺罪の保護法益との関係

第一節 序論

第二節 日本における議論状況

第三節 ドイツにおける議論状況

第四節 詐欺罪の保護法益における「欺罔」の位置付け (以上、本号)

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

第四章 「欺罔」と詐欺罪の保護法益との関係

第一節 序論

一 前章における詐欺罪の構成要件構造についての検討から、詐欺罪の本質に即した理解のために詐欺罪の保護法益の内実を明確にすることの必要性が導かれた。それゆえ、次に論じられるべきであるのは、詐欺罪の保護法益それ自体である。その内実を解明するために、一方では詐欺罪固有の保護法益が存在すると考える必要があるか否か、あるとすればそれは従来「財産」法益とはどう異なるのかを、他方では一般的に詐欺罪の保護法益と理解されている「財産」法益はいかなる要素・内容を含む概念であるかを、それぞれ明らかにする必要がある。そこで、前者について本章で、後者について次の第五章で論じる。

二 従来、日本における詐欺罪の議論で詐欺罪固有の保護法益について論じられる機会はほとんどなかった。せいぜい、信義誠実が詐欺罪の保護法益に含まれるか否かについて論じられた程度で、かつ、この点については現在ほぼ否定されてきている。

しかし、近時、この状況は変わりつつある。前章において取り上げた、被害者の同意論における「法益関係的錯誤説」の登場とそこでの議論の精緻化によって、詐欺罪の保護法益の内実を詳細に掘り下げる必要が生じてきた。そしてこのことを契機として、単に「保護法益は財産である」と説明すれば足りるのではなく、詐欺罪が対象としているのは財産のいかなる側面であるかについても論じる見解が散見されるようになってきている。この傾向は、詐欺罪の本質的理解の追究へとつながるものであり、極めて興味深い。

もつとも、日本で保護法益に注目する見解が主張されるようになったのは、近時になってからである。他方で、ドイツにおいては、詐欺罪がかつての「偽罪」概念から派生したという沿革ゆえに、その保護法益は何であるかが、これまでに何度も議論の対象とされてきた。そして、現在もなお、詐欺罪規定は刑法改正の中で少しずつ形を変え続けており、詐欺罪の特別構成要件が刑法典の内部に次々と新設されている状況にある。それゆえドイツでは、かような特別構成要件を含めた詐欺罪全体について統一的理解が可能か、また必要か、との観点からも、詐欺罪の保護法益が何であるかということが検討すべき課題であり続けている。

三　そこで、本章では、まず近時の日本における議論状況について概観し、詐欺罪の保護法益を理解するためにいかなる観点が必要とされているのかを把握する。その後で、ドイツにおいて、詐欺罪が規定上明確に「財産犯」になった後に、その保護法益に関して何が論じられてきたかを概観する。ここでの検討からは、詐欺罪の本質として把握されるべき「性質」が何であると考えられてきたかを見て取ることができるとともに、詐欺罪の保護法益についての把握のしかたも幾通りか見出すことができよう。そして、これらの議論を検討することを通して、現在の日本においては詐欺罪の保護法益をどのように捉えることが適切であるかを明らかにする。

第二節　日本における議論状況

第一項　序論

一　前述したように、日本では近時まで、詐欺罪の保護法益について論じられる機会はごく少なかった。詐欺罪の保護法益に関して従来問題とされてきたのは、以下の三点である。すなわち、①国家的法益に対する場合に詐欺罪

が成立するか、②詐欺罪の保護法益である「財産」は所有権その他の本権かあるいは所持それ自体か、そして③詐欺罪の保護法益は財産に尽きるかについての議論が、これまで行なわれてきた。⁽²⁾

第一の問題は、「国家」と「財産」との関わりをどのように捉えるか、つまり、詐欺罪が個人的法益に対する罪と理解されていることの意味についての問題である。これは、そこで採る立場から本稿の検討への示唆を得るといってもむしろ、本稿で導かれた詐欺罪の保護法益についての理解を適用してその解答を導くべき問題であるといえるため、ここでは扱わない。第二の問題は、奪取罪全体に関する（そして主に窃盗罪について論じられる）「奪取罪の保護法益」の理解における本権説と所持説の対立に由来するものであり、詐欺罪のみに固有の保護法益について論じているわけではない。これは、保護法益としての「財産」をどのように把握してきたかという問題であり、「財産」概念という枠組み自体を検討の対象とする、次の第五章において論じるべき問題である。そして、本稿の考察においてまず論じられるべきなのは、第三の、詐欺罪の保護法益が財産のみであるか否かの問題であることがわかる。

二 日本における通説的見解は、詐欺罪の保護法益を財産のみと解してきた。学説においては、取引における信義誠実も保護法益であると解する説も存在こそするものの、少数説にとどまっている。⁽⁴⁾ また、判例の表現において「信義則」「取引における信義誠実」などが詐欺罪成立の根拠の中で挙げられることも少なくないが、それらも補足的な理由付けに留まると解されている。もともと、他の財産犯についてその保護法益を想起すればわかるように、詐欺罪が財産犯であることそれ自体は、財産以外の要素を保護法益から排除するものではない。また、「保護法益は財産である」ということそれ自体も、「財産」という語を用いることで法益の内容を具体的かつ物質的に把握しているかのような印象を与えることとはうらはらに、実際にそれが何を内容としているのかについてはまだ漠然としたままである。詐欺罪の保護法益についての理解を明確にするためには、ここでいう「財産」がいかなる内容を示すの

かについて、その内実により立ち入って考えていく必要があると思われる。

詐欺罪において、外形上では交付者の意思に即した財産の移転を捉え、財産交付の決定過程におけるはたらきかけとそれに基づく意思の瑕疵を理由に犯罪の成立が認められるのは、欺罔という手段が用いられていることによる。つまり、欺罔がなければ通常の取引・交付である財産移転が、欺罔の存在を理由に、詐欺罪の構成要件の実行行為となるのである。かように考えるならば、詐欺罪における保護法益は、欺罔からの保護であるとの側面をその内容として含んでいることになる。そして、このことと「財産」という保護法益とがどのような関係にあるのかを明らかにする必要がある。

三 日本において、詐欺罪における「財産」法益の内実が意識的に論じられるようになったことには、前述(第三章第二項)の、「錯誤に基づく被害者の同意」の一理解として提唱された、法益関係の錯誤説の影響が大きいといえよう。法益関係の錯誤説を採る論者は、この理論を一般的に妥当すべき基礎理論と考えて詐欺罪への適用を試み、そのために詐欺罪における「法益」、つまり「財産」の内実をより明確化する必要に迫られることになった。⁽⁵⁾また、かような取り組みと前後して、ドイツでの議論の影響を受けた独自の財産概念理解から詐欺罪の保護法益について論じる見解も、少数ながら存在している。

以下では、近時の日本における、詐欺罪の保護法益理解に見られる新しい傾向を把握することを試みる。まずは、法益関係の錯誤説による詐欺罪理解がもたらした帰結を、次いで、それを契機として登場した議論を中心とした、詐欺罪の保護法益について言及する見解を取り上げて検討する。

第二項 法益關係的錯誤説が提示する「財産」の内実

一 近時、詐欺罪の保護法益の内実について論じられるようになった大きな契機は、前述(第三章第二節)した、被害者の同意論における法益關係的錯誤説を詐欺罪解釈論へ適用する試みの登場であろう。それまでは、詐欺罪が財産犯であることの意味は「財産に関連している」ことである、と大まかに捉えて理解され、それで足りるとされてきたと思われる。しかし、法益關係的錯誤説を詐欺罪に適用しようとするならば、「財産に關係している」というだけでは、範囲の確定が不十分になってしまう。単に「財産」に關係していればよいのであれば、範囲は相当広くなるであろうし、財産の得失・増減を物質的に捉えようとするならば、範囲は狭きに失する。かような事情から、詐欺罪において「法益關係的」であることの意味を明確にすることが必要とされ、何が詐欺罪によって保護される「法益」の内容であるのか論じられることとなった。詐欺罪の保護法益について論じるためには、まず、そこで内実として言及された内容を再度確認することからはじめるのが適切であろう。

二 佐伯教授は、法益關係的錯誤説を詐欺罪に適用する場合に、「法益關係的」であるか否かの判断に際して他の個人的法益とは異なる考慮が必要となることの理由を、「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⁽⁶⁾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」ことに求められる。そしてこのことから、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、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關係的錯誤になると主張される。⁽⁶⁾

このアプローチは、詐欺罪の保護法益を特別扱いするというよりはむしろ、「財産」概念それ自体の理解の中に、その差を読み込んで解消しようとするものであったといえよう。

三 山口教授によれば、物・利益の(交付による)移転・喪失について詐欺罪の「法益侵害性」が認められるのは、「交付意思に『法益関係的錯誤』が認められ、『完全な意思』とはいえない場合」⁽⁹⁾である。そして、欺罔によつてもたらされた影響は、「目的実現」の失敗、「財産交換」の失敗として把握され、これらが法益侵害として捉えられていることになり、「財産上の損害」は「物・利益の移転・喪失自体に実質的な法益侵害性を肯定しうるか」⁽¹¹⁾の判断基準に過ぎない、と述べられる。

詐欺罪は、「欺罔による財産の交付」を処罰の対象とし、しかも交付自体には錯誤がない場合をも処罰の対象に含む。このことから、詐欺罪において問題とされているのは、単に財産を交付すること自体ではなく、侵害されている財産の機能である、との帰結が導かれよう。そして、山口教授の見解においては、この財産の機能である「目的実現」「財産交換」が、法益としての「財産」の内部に、財産の一側面として位置付けられていることがわかる。

四 法益関係的錯誤説を詐欺罪へ適用するために必要となった、財産法益において「法益関係的」であるとはいかなることかを明らかにする取り組みは、「財産」法益の機能についての理解を深める形で行なわれた。これらの見解は「詐欺罪の保護法益Ⅱ『財産』」という命題を前提に、法益関係的錯誤説で詐欺罪を整合的に説明することを目指して提示されたものである。それゆえ、ここで付加されることになった新たな「財産」概念の理解の射程範囲については、十分に検討され尽くしてはいないように思われる。つまり、財産犯全体についての「財産法益」の理解に関わってくるものなのか、あるいは財産犯の各類型ごとに財産の異なる側面に注目した保護法益理解を必要とするものなのかについては、ここでは言及されていない。そしてこの点が、次なる課題となると考えられる。

第三項 詐欺罪の保護法益の詳細に言及する見解の検討

一 法益関係の錯誤説を適用して詐欺罪を理解する見解は、欺罔によって生じた「財産交換の失敗」「目的不達成」を法益侵害と捉えることを通して、詐欺罪の保護法益は「財産」である、との理解を維持している。そして、かような理解のしかたが登場したことで、財産の「機能」に注目することの必要性が再認識されるようになる。つまり、従来の「詐欺罪の保護法益」『財産』という把握のしかたではなく、むしろもっと端的に、詐欺罪の保護法益自体を捉え直す見解が提示されるようになってきたのである。

以下では、「詐欺罪の保護法益」それ自体を再考する必要性に言及している見解を取り上げ、検討を加える。

二 酒井安行教授⁽⁴⁾は、法益関係の錯誤説による詐欺罪解釈のアプローチを、「財産は専ら『交換手段』として把握される。そこでこの損害ないし法益侵害概念には「自由に設定した交換関係の不達成、失敗という要素が入る」と理解される。そしてこれを受け、「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入っており、財産と自由処分とが融合し、財産が物的な客体として純化していないため、その『損害』も『自由処分』の失敗として把握される」との理解を示される。そして、その一方で、かような理解を強調することが詐欺罪の「財産犯性をあいまいにする」こと、また「詐欺罪のみ財産概念・損害概念自体が他の財産犯と異なる」ことの問題性をも指摘されている。酒井教授は、この問題性を解消するために、「自由処分関係性」を財産・損害から切り離す方向性をとることを示唆される。

この見解は、詐欺罪が財産犯であることと、「処分の自由」およびその失敗を問題としなければならぬこととの整合的理解の難しさを的確に指摘している。もっとも、「自由処分関係性は、財産・損害から切り離し、『欺き』『錯誤』『処分』等の概念に位置づけることを目指す」との方向性は、詐欺罪における「処分の自由」を財産法益

特有の要素ではなく法益一般に共通の要素と見るものであると考えられる。この点については、私見は立場を異にする。

三 小田直樹教授⁽⁴³⁾は、詐欺罪の限界を「損害」で画そうとすることへの疑問を出発点として、「財産犯論の枠組み」自体の再構成が必要であるからといって窃盗罪と詐欺罪・恐喝罪の「法益」が共通するものとして議論される必然性はないことを指摘される。また、「財産」は処分可能性を本質とするから、「被害者意思を經由した」のなら、それを「財産」侵害と言うべきではなく、詐欺罪・恐喝罪の「法益」は、「財産」自体の次元ではなく「財産取引の自由」という方が理に適用⁽⁴⁴⁾と主張され、したがって、詐欺罪における「法益侵害」を「取引の目的」の不達成それ自体に求める⁽⁴⁵⁾ことが正当であるとされる。

そして、そのような考えに対して想定される批判の根拠は、従来の見解の「財産」という言葉の物質的・因果的な理解へのこだわり、被害へのこだわり、結局それは結果反(無) 価値的な原理原則へのこだわり⁽⁴⁶⁾であるとの理解を示され、詐欺罪で問われるべきなのは当事者の「取引」関係の分析であり、民法における財産秩序の「側面援助」としての刑法がどのように機能すべきかについての政策的選択の問題である、と主張される⁽⁴⁷⁾。

この見解においては、詐欺罪の保護法益は「財産」ではなく「財産取引の自由」である、と理解されている。つまり、物質的に把握される財産の喪失についてではなく、財産関連の行動の自由が害された、いわば「自由に対する罪」としての性格を、詐欺罪(および恐喝罪)に認めるものである。もともと、この見解が、法益の理解についてより徹底して、詐欺罪を「自由侵害罪」として捉えるところまで行き着くものなのか、あるいはかような性質を認めてもなお「財産犯」の枠組みに留まるものと理解するのか、換言すれば、「財産犯の保護法益は『財産』であ

る」という命題とこの「財産取引の自由」という保護法益を認めることとの整合性をどのような形で説明するのかについての答えは、当該論文においては未だ明確には示されていないように思われる。

四 長井圓教授は、「刑法の保護法益としての『財産』は、個人が生存・生活し人格として社会的に発展するための不可欠な手段として、公共の福祉（共存・共同生活）に反しない限り、『個人の自由な自己決定』が最大限に尊重されるべき物質的ないし精神的な利益の包括的な排他的利用価値（人による財の占有・所有）である」と理解される。そしてこのことから、『財産』とは客体自体の特質ではなく人の客体に対する自由な利用支配の關係（占有・所有）であるとする「人格的財産概念」を支持され、これは憲法に由来する自明の概念であると主張される。そして、「形式的個別財産概念」を「人的・主観的財産概念」として再構成することを試みられるとともに、「個人の財利用の自由な選択権」を担保する「取引の自由」は「人格的個別財産概念」に不可分の要素であるとされる。⁽²⁰⁾

この見解は、当該「財産」についての「価値」を判定するに当たり、客体自体の性質に基づく客観的・絶対的な基準のみでなく、個人が自由に設定することが許される主観的・相対的な基準も考慮されるべきであることを踏まえている点で、注目すべきである。従来、財産概念、ことに「財物」概念について、財物といえるために必要とされる財産的価値には、客観的な交換価値に限らず主観的価値も含まれる、と解されてきた。しかし、詐欺罪に関しては、その場面が「取引」「交換」であることが多いためか、客観的な交換価値を求める傾向があった。この傾向は、詐欺罪規定による財産保護を不完全なものにしかねない。詐欺罪も財産犯の一形態としておかれているのであるから、それによって保護される「財産」の内容は物質的な財産に限られるものではなく、主観的な価値も一定程度、法益として保護される、と理解できる。それゆえ、詐欺罪の保護法益は、かような趣旨を踏まえて理解されるべきである。

第四項 小括

本節での概観から見て取れるように、日本においても、従来型の財産犯一般に共通の「財産犯の保護法益論」のみで詐欺罪の保護法益を十分に理解することはできない、との認識がなされるようになってきた。それゆえに、保護法益を画一的・客観的に把握された「財産」として理解するのでは不十分とし、財産の機能、欺罔行為が行われる場面となる「取引」の性質、財産と人との関係性などについても検討の対象に組み入れることの必要性を主張する見解が提示されるようになってきているのである。

もともと、この点についての問題意識は比較的新しく、議論の蓄積が日本ではまだ少ないため、欺罔と保護法益との関係について十分な検討が加えられているとはいえない。他方、ドイツにおいては、この点は古くから詳しい議論がされてきている。そこで次節においては、ドイツにおいて論じられた、客観的・物質的に把握された「財産」以外の要素を保護法益として理解しようとした見解の検討を行う。それらは、詐欺罪の「欺罔犯罪」としての側面を保護法益の理解においても取り入れようとするものである。

第三節 ドイツにおける議論状況

第一項 序論

現在のドイツでは、一八五一年のプロイセン刑法において詐欺罪が財産に対する罪とされ、それを引き継いだ現行刑法である一九七二年のドイツ帝国刑法典においても財産犯として規定されていることから、詐欺罪（二六三条）の保護法益は財産であると解する立場が一貫して支配的見解である。もともと、ドイツ刑法において「詐欺罪」

の名を冠しているのは、日本の刑法二四六条に相当する基本構成要件である二六三条のみではない。これに加えて、二六四条以下には、詐欺罪の特別構成要件が新設されており、その中には抽象的危険犯とされているものもある(補助金詐欺(二六四条)、投資詐欺(二六四条a)、信用詐欺(二六五条b))。抽象的危険犯である特別構成要件においては、侵害結果が現に発生することを必要とせずに、財産侵害を旨指すことで既遂犯の成立が認められることになる。つまり、いわゆる「欺罔行為」があれば構成要件が充足されることになる。かような動向は、詐欺罪における欺罔行為の重視化傾向と捉えることもできよう。

この状況を受け、現在のドイツでは、二六三条a以下の特別構成要件における保護法益は何であると考えるか、すなわち、二六三条と同様に財産保護を目的とするのか、それとも超個人的法益の保護を旨指すと理解するのかについて、議論がなされている。また、基本構成要件である二六三条自体についても、詐欺構成要件に、財産侵害という結果面に関連する財産法益に加えて、行為面に由来する欺罔関連的な(副次的)法益を認めるかについて、議論が存在する⁴⁾。

そこで、以下においては、現在のように「財産犯としての詐欺罪」との規定の位置付けが定まった時期以降に、欺罔に由来する要素を法益と関連付ける見解がいかなる主張をしてきたかを、時系列に沿って概観する。そしてその後で、それらの見解の中で提示された捉え方を整理し、検討を加える。

第二項 欺罔に関連させて保護法益を論じる見解の展開

I 序論

ドイツでは、詐欺罪は、第二章で前述した歴史的展開を経て、最終的に財産犯として確定した。しかし、その後

も、「欺罔」という手段行為に由来する要素を保護法益の内部に取り込もうとする試みは、幾度かなされてきている。このことは、詐欺罪規定の制定過程でも見られたように、詐欺罪において「欺罔」が本質的要素であり、客観的に把握可能な財産の移動のみでは詐欺罪規定を通して保護すべき内容を確定することができないのではないかと考えられたことの現れであろう。そして、これらの試みの中に、現在の問題状況を解消するための重要な示唆を見出しうると考えられる。

以下では、かような観点から、これまでにいかなる見解が主張されたかを時系列的に概観する。²²⁾

II 「財産犯としての詐欺罪」前史における「欺罔」

「真実に対する権利」(Recht auf Wahrheit)の考え方は、フォイエルバッハ(Feuerbach)²³⁾の説に遡ることができる。彼は、教科書の記述において、現在の詐欺罪に当たる類型を、「信義誠実での契約の侵害」(Verletzung der Verträge auf Treue und Glauben)として捉えている。²⁴⁾また、彼が制定に深く関与した一八一三年制定のバイエルン刑法典では、詐欺罪の章名が「詐欺による他人の権利の侵害について」となっており、詐欺罪についても「権利侵害」の枠組で捉えられていたことがうかがえる。

また、ドイツの現行刑法典の前身となった一七九四年のプロイセン一般ラント法は、詐欺罪について、「錯誤を生ぜしめ他人の権利を侵害した者は詐欺罪とする」との規定をおいていた。²⁵⁾ここから、詐欺罪の条文は、当時まだ財産に対する罪として確立しておらず、真実を歪曲・隠蔽して他人の利益を侵害する場合のすべてが含まれうる形態であったことが見て取れる。²⁶⁾

これらの考え方は、前近代的な偽罪(falsum)概念の影響を色濃く残す理解のしかたであった。そして、近代的な

刑法典における刑罰規定の明確化・客観化の要請から、曖昧さを排除するために、財産犯としての詐欺罪規定に取って代わられた。⁽²⁹⁾

Ⅲ 「騙す」犯罪としての理解の再登場

一 一九七一年のドイツ帝国刑法典の制定により、詐欺罪規定が財産犯として理解されることは確定的になった。

かような詐欺罪の理解に変化が現れはじめたのは、一九三〇年代のことである。一九三〇年代以降一九四五年までのナチスの台頭と支配というドイツの特殊な社会政治状況を受けて、刑法理論全体が国家主義的傾向を強め、財産犯の領域にもその影響が次第に及び、解釈論にも変化が出てくるようになる。当時の刑法理論、とりわけ財産犯論においては、「権利」侵害を処罰の契機とする民法に従属した考え方から脱し、刑法独自の判断をすべきであるとする主張が出されるようになる。また、刑法による社会統制の側面が重視されたことによる、社会倫理規範機能の強化を目指す傾向もあった。これらの変化を通して、法益として真実や信頼に着目する見解が次々と主張されるようになった。そしてその中で、詐欺罪を「騙す」犯罪として捉えようとする見解も強く主張されることになる。

当時の、詐欺罪を「騙す」犯罪として理解し直そうと試みる見解は、「欺罔」に由来する要素と財産法益との関係の捉え方によって、大きく三つに分類することが可能である。すなわち、①詐欺罪の主たる保護法益を財産と捉え、欺罔に由来する要素を副次的な保護法益と考える見解、②欺罔に由来する要素自体を保護法益の主たる内容と捉える見解、そして③欺罔に由来する要素を財産概念の内部で捉えようとする見解、の三つである。以下において、これらの見解を順に概観する。

二 詐欺罪の主たる保護法益を財産と捉え、欺罔に由来する要素を副次的な保護法益と理解するものとしては、フ

ランク (R. Frank)⁶³² の見解が挙げられる。

フランクは、コンメンタールにおける詐欺罪についての記述で、詐欺罪を恐喝罪と比較する。両罪は、詐欺と恐喝という攻撃手段こそ異なるものの、その攻撃がなければそのようにしなかった、つまり、被害者の真意 (wahren Willen) に合わないという共通点を有する。このことを理由に、詐欺罪も恐喝罪と同じく財産に対する罪であると同時に自由に対する罪でもあるとの理解が主張されていることを肯定的に紹介し、その際の「自由」の意味はいわゆる自由侵害犯 (Freiheitsdelikte) における「自由」とは内容が異なることになる、と補足する。そして、「詐欺罪は、財産に対するのに加え、被害者の真意に対しても向けられる」との理解を示し、コーラー (J. Kohler) が詐欺罪を「人格 (Personlichkeit) の濫用による財産に対する罪」と表現しているのはこの意味においてであるとす⁶³⁴。

三 欺罔に由来する要素自体が詐欺罪の保護法益の主たる要素と理解するものとしては、ヘンケル (H. Henkel)⁶³⁵、コールラウシュ (E. Kohrausch)⁶³⁶、ケムパーマン (E. Kempfmann)⁶³⁷ の見解が挙げられる。

ヘンケルは、判例評釈において、詐欺罪の本質は「取引における信義誠実」(Treu und Glauben im Verkehr) への攻撃に存在するとし、詐欺罪の構成要件の中核的な内容を形成しているのは、被欺罔者に財産を減少させる措置に出ることを動機付けるような欺罔が詐欺罪として理解されるべきであるという法的思考である、との見解を提示する。そして、この立場から、問題となっている判例が示した、行為無能力者である被欺罔者には錯誤の惹起が欠けており事象全体の意味を理解していないため二六三条が含む法的思考に該当しない、との考え方は失敗である、と述べる⁶³⁸。

コールラウシュは、ナチスの世界観に沿う刑法典のあり方を検討し、財産犯のグループ分けの再編成を試みている。そして、その中で、恐喝罪・暴利罪・詐欺罪・背任罪を、他人の財産に向けられていること、並びに手段が巧

妙なことから、一つの大グループとする。その内部で、前者二つを行なう者は「困窮の搾取者」(Ausbauter fremder Noz)であり、後者二つを行なう者は「他人の信頼の搾取者」(Ausbauter fremden Vertrauens)であると分類する。そして、詐欺罪について、詐欺行為者は他人を利用するために他人の信頼 (fremde Vertrauen) に巧みに取り入るものである、と述べている。⁽⁹⁹⁾ さらに彼は、法律的財産概念から経済的財産概念への転換は形式論 (Formalismus) からの離脱を意味しているように思えると述べ、これに伴う解釈の変更には基本概念の修正が必要であると述べている。そして、未来の刑法においては、「財産的損害」(Vermögensschädigung) の語を単なる「不利益」(Nachteil) に替えること、財産概念による予断のない再検討が期待できるとする。⁽¹⁰⁰⁾

ケムパーマンは、詐欺罪において何が「不法」なのかを考えるためには、何世紀にもわたって真の不法要素であるとされてきた「欺罔」(Täuschung) に目を向ける必要があるとする。⁽¹⁰¹⁾ そして、その検討を通して、詐欺罪は、人的状況を偽ることや真実を歪曲することではなく、すべての法的交渉 (Rechtsverkehr) の基礎を偽ること (Fälschung) であり、信義誠実を偽り、不可避に要求される誠実な (Offenheit) と真実性 (Wahrhaftigkeit) を破棄する犯罪として把握されるべきものであるとの結論に至る。⁽¹⁰²⁾

四 欺罔に由来する要素を財産概念の内部で捉えようとするものとしては、ボツケルマン (P. Bockelmann)⁽¹⁰³⁾ の見解がある。

ボツケルマンは、財産概念自体の捉え方の基準として「財産人格」(Vermögensperson) との観点を提示した。これは、財産に関して保護を受けるべきなのは人間である、との観点から、刑法上保護される財産とは何かを確定する考え方である。彼は、財産の全体とは、同量の財 (Gut) よりも多くの内実を意味し、個々の権利の総体とは異なるものであるとする。そして、財産人格の見地から財産を捉えるならば、非物質的な利益や処分の自由を財産概念

の内容として捉えることが可能になるとした。⁽⁶⁴⁾

五 当時の議論の問題意識には社会的背景による影響が色濃かったことは、ナチスの世界観に沿う刑法を模索することを意図する旨が述べられている論文が少なからず存在することからうかがうことができる。そして、戦後、このような発想は放棄されたことから、倫理面を過度に強調する見解は主張されなくなった。もともと、当時の議論における理由付けのすべてが、特殊な政治的状況に合わせるためだけのものであったわけではない。それゆえ、戦後には、詐欺罪の保護法益は財産のみである、との見解が多数説となっているもの、欺罔に由来する要素を詐欺罪の本質や保護法益との関係でいかに理解していくかは、その後も何度か議論の的とされることになるし、今なお重要な問題であり続けている。

IV 法益概念の精神化と詐欺罪の保護法益

戦後にも、取引における信義誠実の要素が保護法益の一部分を構成するとする見解自体は存在している。いわゆる「法益概念の精神化」を受け入れる立場から、詐欺罪の保護法益を「財産」と解することに加えて法益概念に主観的な要素も取り込んで理解しようとする見解も、その一つである。

メツガー (E. Metzger)⁽⁶⁵⁾ は、戦後になってからも、財産の他に第二次的法益として、財産法的取引における真実・信義誠実の保持を挙げる見解を維持している。このように考える理由として、彼は、財産だけを保護法益とすると、他の財産犯とりわけ同じ交付罪として位置付けられている恐喝罪との区別が困難になることを挙げている。⁽⁶⁶⁾

ザウアー (W. Sauer)⁽⁶⁷⁾ は、詐欺罪の当罰的な内容を考えるに際し、財産に次ぐ第二の間接的かつ拡大された保護法益として、欺罔の試み (Tauschungsversuchen) に対する経済取引及び法的交渉の安全 (Sicherheit des Wirtschafts- und

Rechtswertens) を挙げる。この内容は、彼によれば、財産的価値の交換における権利享受者相互の信頼であり、財産的価値の委譲に際しての権利享受者の真実性と信頼性の保障である、と言い換えられる。そしてその限りにおいて、経済上及び法律上の取引における誠実さ(信義誠実)も保護法益として説明されうる、としている。

もつとも、これらの見解における法益の理解は、「法益概念の精神化」(Vergeistigung des Rechtsgutsbegriffs)の考え方が基礎にあるため可能なのであり、その考え方に批判的な通説的立場からは受け入れられ難い。「法益概念の精神化」とは、法益概念を拡張し、行為の手段、態様、人的関係をも法益概念に包摂する考え方をいふとされる。⁽⁴⁸⁾

法益概念を精神化して考えるのであれば、詐欺罪の行為態様である欺罔を法益概念に包摂できることになり、詐欺罪において財産の他に財産以外の要素を保護法益として理解することも可能になる。かように法益概念に主観的要素を取り込む考え方は、他方で、法益概念を肥大化しその内容を曖昧にしてしまいかねない側面も有する。そしてこのことが、法益概念を限定的理解のための基準として用いるために客観的に理解しようとする立場から批判される理由である。もつとも、法益概念から主観的要素を完全に取り除く必要があるのか、またそれが果たして可能かどうかについては、別に検討が必要であろう。

V 「真実に対する権利」の議論の再興⁽⁴⁹⁾

一 その後も、ドイツの通説が依然として詐欺罪を財産に対する罪と捉える一方で、欺罔に由来する要素を保護法益の一部分として理解しようとする見解も少数ながら存在してきた。⁽⁵⁰⁾しかし、かような構成が再び注目を集めるようになったのは、キントホイザー(U. Kindhäuser)とパウリック(M. Pawlik)によって、詐欺罪の本質を「真実に対する権利」の侵害に見る見解が再び提唱されるようになったことによる。

「真実に対する権利」に注目して犯罪を体系的に扱おうとする試みは、ヤコプス (Jakobs) による強要罪の研究にはじまるとされる。強要罪の保護法益は通説によれば意思形成と意思活動の自由であると解されているが、ヤコプスは、法的に保障された行為の自由 (rechtlich garantierte Verhaltensfreiheit) が保護法益であるとの理解を示す⁽⁶¹⁾。ヤコプスは、自由に対する罪の基本構成要件である強要罪に関して、内容的に任意の意思を実現する実際の自由の保護が目的ではないとする。そして、自由侵害犯としての強要罪の本質は、行為者の行動の選択肢よりも法的に保障される、被害者の行動の選択肢が制限されることにあるとする。かような法的自由の構造についての説明は、例えば詐欺罪のような被害者の認識が問題となる場面においては、「真実に対する権利」(Recht auf Wahrheit) の問題として説明されることになる⁽⁶²⁾。

二 キントホイザーの見解は、詐欺罪を自由犯と捉え、ヤコプスの強要罪についての考え方を受け継いで詐欺罪に適用することを主張したものと理解されている⁽⁶³⁾。

キントホイザーは、詐欺罪を「財産に損害を与える自由侵害犯」(vermögensschädigendes Freiheitsdelikt)として理解している。彼は、次のように主張する。詐欺罪の欺罔は、行為者の行動の自由 (Handlungsspielraum) が被害者に負担されることで拡大していることを必要とする。自由侵害犯の保護法益は単に保護された自由のみであるから、処分の自由の攻撃においては、行為者が法的に保護された被害者の行動の余地を侵害していることが要求される。自由でない自己侵害という詐欺結果についての行為者の答責性は、「他人の行動の余地の侵害に基づく管轄 (Zuständigkeit)」から生じ、この管轄は、被害者の真実に対する権利を侵害することから導かれる。それゆえ、詐欺罪も財産と処分の自由とを侵害する犯罪として理解されるべきであり、被害者の真実権 (Wahrheitsanspruch) を侵害するような欺罔のみが詐欺関連的である⁽⁶⁴⁾。

もつとも、彼が詐欺罪の保護法益自体は「財産」であるとの理解を維持していることから、彼が想定している「真実に対する権利」の内容は、かつてフォイエルバッハが提唱した真実権の侵害が単独で当罰的となることを考へ方とは異なるし、副次的法益として真実や信義誠実、処分の自由を理解する考へ方とも異なっている。キントホイザーは、この「真実への権利」の源泉につき、他律的な真実義務として、法や制度に基づく表明義務 (Äußerungspflichten) を、また自律的な真実義務として、それに基づいて被害者が処分を決定する信頼を挙げている。

三 パウリックは、前述のキントホイザーの主張を引き継ぐ形で、詐欺罪における真実権についての検討をより深めていく。⁶⁵⁾彼の考へ方は、「真実に対する権利」に注目する点ではキントホイザーと共通しているが、その内容の理解において異なっている。

パウリックは、被害者の真実権を、真実についての保障人的地位の考へ方から導き出している。彼は、財産を「法的に承認された自己表現の自由、すなわち、個人的人格の明確な刻印 (Ausprägung)」として理解し、財産犯としての詐欺罪の保護法益である財産を、財産の扱い方、あるいは財産管理の自由、といった形の自由として再構成する。そして、彼が想定する真実に関しての保障人的地位は、引き受け (Übernahme) あるいは約束 (Versprechen) から導かれる被害者の権利の範囲の拡大、つまり情報 (Aufklärung) に向けられる真実義務から導かれる。

四 これらの見解は、真実権という「権利」を基礎とする考へ方であることから、法律的財産概念の新しい形態として分類されている。⁶⁶⁾財産保持者の自由に注目している点から、人的アプローチとの理解もされている。

また、これらの見解は、詐欺罪の保護法益を「財産」として把握しつつ、「財産」の内容に「真実権」の考へ方を反映させようとするものである。それゆえ、これらは、保護法益としての「財産」概念の内容を変更しようとする見解でもある。この点については、次章で再び論じることとする。

第三項 検討

一 前項における議論の概観から、詐欺罪の保護法益に関して考えるべき観点として、次の二点があることが分かる。すなわち、①詐欺罪の保護法益は財産のみなのか、それとも財産以外の要素も独立した保護法益とされるべきなのかという点、および、②詐欺罪における欺罔に由来する要素はいかなる観点から把握されるべきなのかという点である。

①の問題は、欺罔に由来する要素を「財産法益」と並立して位置付けるべきか、それとも「財産法益」の内容の一部として理解するべきかという問題と言い換えることもできよう。そしてこの問題は、保護法益としての「財産」をいかなる内容の概念として理解するかが明らかになるまでは解答を確定できないため、次なる第五章の課題として引き継がれることとなる。他方、②の問題は、本節において概観してきた、詐欺罪についての学説が行なってきた保護法益の把握のしかたを分析して、まさにここでその解答を見出すべきものである。

二 本章で概観してきた法益との関係での欺罔の捉え方は、以下の四通りに分類することが可能である。つまり、欺罔に由来する要素を権利侵害あるいは法益侵害として構成する場合に、①他人の信賴の侵害、②取引における信義誠実の原則への違反、③真実権の侵害、④処分の自由の侵害、のそれぞれについて、財産と並んで詐欺罪の(副次的)法益となる可能性が検討されてきた⁶⁷⁾。欺罔に由来する要素を詐欺罪の評価の中に組み入れることが必要であり適切であると考える本稿の立場からは、これらの捉え方が、詐欺罪の保護法益の内容になることを考えた場合に、果たして適切であるか、いかなる捉え方がなされれば受入れることが可能であるのが、重要な関心事となる。

そこで、以下において、現行法の思考方法と照らし合わせて、これらの捉え方を検討する。

① 他人の信賴の侵害

詐欺罪における「欺罔」がもたらす影響を直感的に捉えるならば、それは「騙された」、つまり信頼を裏切られた、との説明がされることになる。詐欺罪規定の歴史的展開の概観においても、詐欺罪の原型として位置付けられる偽罪 (fausim) 概念は、公共の信頼の保護を念頭におくものからはじまった。その考え方は、財産関係が個人間の私的領域の問題となつてくるのに伴い、現在の偽造罪のような社会的法益に対する罪の類型と分離されるようになった。⁶⁸⁾ かような沿革からも、この直感には一理あるといえる。

しかしながら、現行の詐欺罪規定の理解として、他人の信頼を悪用することを詐欺行為と捉え、信頼違背をもつて詐欺罪の保護法益(の一部)と考えることは果たして適切だろうか。確かに、欺罔行為が行なわれることの結果として、他人の信頼が害される。しかし、信認関係を前提とする財産犯である背任罪と異なり、詐欺罪の場面においては必ずしも常に相手方を全面的に信頼している必要はない。また、例えば信用毀損罪で問題となるような一般的な「信用」である必要はなく、当該取引関係の単位で契約内容が守られていれば最低限の必要事項が満たされ、相手方の性質は特に問題とはならない場合もあり得よう。つまり、詐欺罪が問題となる場面においては、当該取引・交換関係において約束通りの履行がなされること以上の信頼が常に必要とされるわけではない。したがって、個別的な財産交付・交換関係についての詐欺罪規定が一般的かつ総合的な「信頼」を保護していると解釈することには疑問があり、「信頼」の語で欺罔に由来する要素を把握することには問題があると思われる。

また、この「信頼の保護」という考え方が、私人間での信頼ではなく、例えば「信頼に基づく取引社会」といった形での社会的な取引システムの保護を志向するのであれば、超個人的法益あるいは社会的法益に対する罪としての性質を詐欺罪に負わせることになる。これも、個人的法益に対する罪と解されている詐欺罪の理解としては妥当ではない。

② 取引における信義誠実の原則への違反

取引における信義誠実とは、民法の一般原則として規定されている信義則（日本では民法一条二項）と同様のものを想定しており、取引において相互に信頼し誠実な行動をすることを意味する。

詐欺罪は主として取引を通して行われる犯罪類型であるから、その実行行為は、確かに、取引における信義誠実の原則に違反する行為である。しかしながら、そのような事実的な分析の結果が重なり合うことは、必ずしもそれが保護法益として理解されるべきであることを意味するわけではない。「信義誠実の原則」の内容は、保護法益として捉えられる場合、個人的法益としての財産を超え、システム保護的な観点による社会的法益となる⁶⁹⁾。社会的法益を詐欺罪の内部に読み込みことは、詐欺罪が偽罪の有していた曖昧さを排除するために客体ごとに分化する中で財産犯として純化してきた流れに逆行すると思われる。

また、経済取引の制度そのものの保護は、刑法典によるのではなく、むしろ特別法によって目指されるべき内容であると考えられる⁶⁹⁾。それゆえ、この把握のしかたは、個人の財産を保護することを目的とする詐欺罪の保護法益の理解としては適当でない。

③ 真実権の侵害

欺罔すなわち「騙すこと」は、相手方に真実でないことを信じさせることである。それゆえ、欺罔行為は、騙すことよって被害者の真実へのアクセスを阻害する行為である。かように考えると、歴史的展開の中で、「真実に対する権利」が詐欺罪の本質であると考えられてきたことは、十分理解できる。しかしながら、真実を知らされることを「権利」として理解することは、相手方に「義務」を課すことでもある。その根拠は、詐欺罪規定の理解から必ずしも一義的に導かれるものではなく、明確なものとはいえない。

また、近時のキントホイザーやパウリックの見解は、そのような批判に答えるために、「真実権」の源泉として民事法上の情報提供義務や刑法上の保障人的地位を挙げる。もつとも、それらの説明によつても、かような理論構成の不明確さが完全に解消されるとはいえない。「真実権」は、それを単体で詐欺罪の保護法益あるいは副次的保護法益と捉えることは困難であり、現行法の詐欺罪規定の理解には適格的でないと思われる。なお、真実が侵害された状態は、現在の解釈論における詐欺罪理解からすれば「錯誤に陥つた」という中間結果の時点ですでに満たされていることになるため、「真実権」が詐欺罪の保護法益だと考える場合には、詐欺罪の既遂時期を早める可能性もある。

④ 処分の自由の侵害

処分の自由とは、財産の所有者・占有者が自由にその財産を処分できること、並びに処分するか否か自体を決定することが自由であることを意味する。この表現は、欺罔に由来する要素について前述の①②③の捉え方を採用した場合の説明においても用いられることがある。その理由は、「処分の自由の侵害」という捉え方が、欺罔によって被害者の意思に及ぼす影響を、意味付けを加えることなく最も事実そのままに近い形で捉えていることにあると思われる。

欺罔を「処分の自由」の侵害とする捉え方は、被害者の意思決定に影響を与えることをシステム保護的な超個人的法益あるいは社会的法益の次元で考慮することを回避し、個人の行動の自由という個人的法益の次元で捉えようとするものである。この点において、「処分の自由」との構成は、詐欺罪規定を個人レベルでの財産保護を目指すものと理解する本稿の立場から考える場合、欺罔に由来する要素の捉え方として望ましいものである。もちろん、個人の自由を保護していると考える場合でも、詐欺罪において保護されるのはあくまで財産に関連する自由に限られ

るべきであるので、その対象は経済領域に関するものに限定することが要請される。そして、このような形で限定を加えた「財産的処分の自由」は、財産犯の保護法益において欺罔に由来する要素を考慮するために可能な把握のしかたであると考えられる。

第四項 小括

本節における学説の流れの概観を通して、詐欺罪が条文上財産犯として確定した後にも、欺罔という財産犯において詐欺罪に特徴的な手段に着目し、欺罔に由来する要素を法益侵害の内容として理解しようとする見解が幾度も登場してきていたことがわかった。そして、これらの見解を現在の社会状況並びに現行法の見地から検討する場合、欺罔に由来する要素を保護法益と関係付けて捉えようとするならば、これを「財産的処分の自由」として理解することが最も適切であると考えられる。

もつとも、本章の目的は、かつての議論の中から見出された選択肢の中から最も良さそうなものを選択することで達成されるわけではない。これらの選択肢は、議論の再構成のための手がかりにすぎない。そこで、「財産的処分の自由」を詐欺罪の保護法益の内容の一部と考えることが詐欺罪の保護法益の理解においていかなる意味を持つのか、そしてその次に検討すべき課題は何であるのかを、次節において確認する。

第四節 詐欺罪の保護法益における「欺罔」の位置付け

日本における欺罔と詐欺罪の保護法益との関係についての考え方は、かつての「財産」の内容をできるだけ客観

的・物質的側面で把握しようとするものから、「欺罔」に着目し被害者の主観的要素を考慮に入れる人的・動的な側面を含めて把握しようとするものへと、次第に移行しつつある。ドイツにおいては、詐欺罪規定が財産犯として確定した前後の時期から現在に至るまで、欺罔に由来する要素を保護法益の内容として理解する見解が学説上次々と登場していた。それらの見解において保護法益とされた内容は、①他人の（個人的）信賴の侵害、②信義誠実の原則への違反、③真実権の侵害、④処分の自由の侵害、の四つに分類することができる。これらの理解のしかたのうちで、現在の詐欺罪解釈にもっとも適合的であると考えられるのは、欺罔に由来する要素を「処分の自由」の侵害として捉える考え方である。

「財産」という法益を「人と財産との関係性」の観点から捉えようとすることは、従来あまり主張されてこなかった。しかし、本章での検討からは、かような考え方が現行刑法の理解としても受け入れ可能であることがわかった。この考え方に立つならば、「財産侵害」は、その「関係性」を害することとして把握されることになる。そして、ここでいう「関係性」こそが、「財産に関する自由」、つまり「財産的処分の自由」である。

それでは、この「財産的処分の自由」は、財産法益の内容の一部分と考えられるべきなのか、それとも財産法益と並び立つ独立した保護法益と考えられるべきだろうか。前者の考え方を採用するならば、従来論じられてきたような「財産」概念は、「財産的処分の自由」を意識的に把握しておらず、「財産」の内実についての説明として不十分であることになる。また、後者の考え方を採用するならば、財産概念が「財産的処分の自由」を内側に取り込まない理由が何であるかを明らかにする必要がある。そして、いずれの立場を採るにせよ、従来の「財産」概念をめぐる説明のみでは、この問題への解答は得られない。それは、従来の、保護法益としての「財産」をめぐる議論が、財産のすべての側面を論じ尽くしているわけではないためであると考えられる。

そこで、次章においては、まず従来の「財産」概念について、並びに財産が侵害された状態としての「損害」概念について、これまでにいかなる議論がなされてきたかを確認し、検討を加える。そして、そこで得られた帰結を元にして、財産的な「処分の自由の侵害」を「財産」という法益との関係でどのように位置付けるべきかを検討することが、次なる課題となる。

注

- (1) この点を論じたものとして、井上正治「財産罪の法益」刑法講座第六卷（一九六四年）九〇―一一頁。
- (2) 団藤重光〔編〕・注釈刑法(6)一六四―一七〇頁〔福田平〕。
- (3) 長島敦「詐欺罪の研究」(同・刑法における実存と法解釈(一九八六年)所収)一四五頁、佐久間修・刑法講義各論(一九九〇年)一三一頁(副次的な経済取引上の信義誠実性の維持という側面がある、とされる)。また、団藤博士は、取引における信義誠実を詐欺罪の保護法益に加えて理解することが可能であり、その場合には社会的法益と理解されると示される。(団藤重光・刑法綱要各論(第三版、一九九〇年)六一〇頁)。
- (4) 大塚教授はこの点につき、「詐欺行為を処罰することには、取引の安全や信義誠実の保障に貢献する一面があり、詐欺の罪は、その意味における社会的秩序の維持にも奉仕している」ものの、それは詐欺罪処罰の「反射的効果」であって、「詐欺罪そのものの直接の保護法益と解されるべきではない」とされる(大塚仁・刑法各論上巻(改訂版、一九八四年)四八七頁)。
- (5) 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)一〇二頁以下、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)一六二頁。
- (6) 佐伯・前掲注(5)一一六頁。

- (7) 佐伯・前掲注(5)一六頁
- (8) 佐伯・前掲注(5)一一七頁。
- (9) 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號(二〇〇四年)一〇九頁。
- (10) 山口・前掲注(5)一六九頁。
- (11) 山口厚・刑法各論(補訂版、二〇〇五年)二六三頁。
- (12) 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。
- (13) 小田直樹「財産犯論の視座と詐欺罪の捉え方」広島法学二六卷三號(二〇〇三年)二〇五頁以下。
- (14) 小田・前掲注(13)二〇八頁。
- (15) 小田・前掲注(13)二一〇頁。
- (16) 小田・前掲注(13)二一二頁。
- (17) 小田・前掲注(13)二二七頁。
- (18) 長井圓「証書詐欺罪の成立要件と人格的財産概念」現代社会型犯罪の諸問題(板倉宏博士古稀祝賀論文集)(二〇〇四年)三一六頁。なお、この「主観(主体)的財産概念」への言及は、かつての論稿においてもなされていた(長井圓「消費者取引と詐欺罪の保護法益」刑法雑誌三四卷二號(一九九五年)三二二頁以下)。
- (19) 長井・前掲注(18)三三二頁。
- (20) 長井・前掲注(18)三三九頁。
- (21) K.Tiedemann, StGB Leipziger Kommentar Großkommentar, 11. Aufl., 33. Lieferung, 2000, Vor § 263 Rn. 18.
- (22) 以下の、詐欺罪の保護法益についての検討を構成するに当たっては、次の文献を参考とした。Tiedemann, aa.O.(Anm.21), Vor § 263 Rn. 18ff.; W.Naucke, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964, S.103ff.; P.Cramer, Schönke-Schröder StGB Kommentar, 26. Aufl, 2001,

詐欺罪における欺罔行為について (三) (足立)

- § 263 Rn.1.; *U.Kindhäuser*, Nomos Kommentar StGB, 2.Aufl., 2005, § 263 Rn.12.
- (23) *P.J.A.v. Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14.Aufl., 1801, § 410ff.
- (24) *Tiedemann*, a.a.O.(Anm.21), Vor § 263 Rn.22; *M.Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S.115.
- (25) *Feuerbach*, a.a.O.(Anm.23), § 410ff.
- (26) 原文: Fünftes Kapitel. Von Beeinträchtigung fremder Rechte durch Betrug. 一五六条以下が詐欺罪規定である。日本語訳として、中川祐夫「一八一三年のバイエルン刑法典(Ⅱ)」龍谷法学三卷三—四号(一九七一年)一一二頁。
- (27) 一—五六条の原文: Jede Veranlassung eines Irrtums, wodurch jemand an seinem Rechte gekränkt werden soll, ist ein strafbarer Betrug.
- (28) *P.Cramer*, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, S.24.
- (29) *Tiedemann*, a.a.O.(Anm.21), Vor § 263 Rn.22.
- (30) ナチス期の社会状況と刑法の関わり一般について、山中敬一「ナチス刑法における『法の革新』の意義—その解明の試み—」ナチス研究班(関西大学法学研究所)・ナチス法の思想と現実(一九八九年)一五九頁以下。
- (31) このことを指摘するものとして、福田平・全訂刑法各論(第三版補訂、二〇〇二年)一六六頁、木村光江・財産犯論の研究(一九八八年)三四〇頁。
- (32) *R.Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.Aufl., 1931, § 263 I(S.581).
- (33) *J.Kohler*, Studien aus dem Strafrecht. 1. Bd., 1890, 126/8. (zit. *Frank*, a.a.O.(Anm.32), S.581.)
- (34) *Frank*, a.a.O.(Anm.32), § 263 I(S.581).
- (35) *H.Henkel*, Urteilsbemerkung in ZAKDR 1939, S.133.
- (36) *E.Kohlrausch*, Vermögensverbrechen im Wandel der Rechtsprechung und Gesetzgebung, aus: Beiträge zum Recht des neuen Deutschland. Festschrift für Schlegelberger, 1936, S. 207.

② E. Kempmann, Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges, ZStW 57, S.126ff.

③ Henkel, aa.O.(Anm.35), S.133.

④ Kohlrausch, aa.O.(Anm.36), S.207.

⑤ Kohlrausch, aa.O.(Anm.36), S.221f.

⑥ Kempmann, aa.O.(Anm.37), S.142.

⑦ Kempmann, aa.O.(Anm.37), S.146.

⑧ P. Bockelmann, Der Unrechtsgehalt des Betruges, aus: Probleme der Strafrechts Erneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch, 1944, S.227.

⑨ Bockelmann, aa.O.(Anm.43), S.227. 「この著者は『人的財産概念』(personalen Vermögensbegriff) と呼ぶべき。」

⑩ E. Mezger, Strafrecht II Besonderer Teil (Ein Studienbuch) (7. Aufl.), 1960, S.167ff. (zit. E. Mezger -H. Blei, Strafrecht II Besonderer Teil

(Ein Studienbuch) (8. Aufl.), 1964, S.167ff.) ヘルマー著書の7. Aufl.では信義誠実の保持を第一次の基準として扱っているが、8. Aufl. 以降の改訂版では「この著者を支持している」と。8. Aufl.には「この記載がある。」

⑪ Mezger -Blei, aa.O.(Anm.45), S.167.

⑫ W. Sauer, System des Strafrechts, Besonderer Teil, 1954, S. 72f.

⑬ 堀田斗・穂持洋の雑誌(一九六〇年)一五六頁。

⑭ Pawlik, aa.O.(Anm.24), S.103ff.

⑮ M. Bergmann / G. Freund, Zur Reichweite des Betrugstatbestandes bei 'rechts' oder sittenwidrigen Geschäften, JR 1988, 189ff. (192);

D. Sternberg -Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S.514f. 以下。

⑯ G. Jakobs, Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, aus: Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters, 1974, S.69ff. なお、チヤイヤ (G. Timpe) も同様の理論構成を探り、強制を「真実の保障」(Wahrheitsgarantie) の侵害と理解している。vgl.

詐欺罪における欺罔行為について (三) (足立)

- G.Timpe, Die Nötigung, 1989, S.136ff.
- (56) Jakobs, a.a.O.(Ann.51), S.69ff., G.Jakobs, Nötigung durch Gewalt, aus: Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, S.808. 真実には専ら権利の大権は認めらるべし。G.Jakobs, Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschutzes, Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek, 1985, S.633 (Fn.29).
- (57) Pawlik, a.a.O.(Ann.24), S.103f.
- (58) U.Kindhäuser, Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug, ZStW 103 (1991), S.398ff. なお、キントホーザーは後になつて改説してはる。vgl. U.Kindhäuser, Betrug als vertypete mittelbare Täterschaft, Festschrift für Günter Bemann, 1997, S.339.
- (59) Pawlik, a.a.O. (Ann.24), S.103f.
- (60) たかふたは、K.Tiedemann, a.a.O.(Ann.21), § 263 Rn.129. ハウリント自身も、自説を「新たに定式化された法律的財産概念」(ein neuformulierter juristischer Vermögensbegriff) とはしてはる (Pawlik, a.a.O.(Ann.24), S.259.)。
- (61) このよみは分類を考へるべしとすべし。Kindhäuser, a.a.O.(Ann.22), § 263 Rn.12; Tiedemann, a.a.O.(Ann.21), Vor § 263 Rn.21ff.
- (62) 詐欺罪の歴史的沿革については、拙稿「詐欺罪における欺罔行為について」(一)——詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成——名古屋大学法政論集二〇八号(二〇〇五年)の第二章を参照。
- (63) 団藤・前掲注(3)六一〇頁も、取引における信義誠実が保護法益とされる場合には、それは社会的法益に属すると理解される。
- (64) 経済秩序を刑法で保護することの根拠と限界について検討を加えるものとして、平川宗信・刑法各論(一九九五年)四二四頁以下など。