

詐欺罪における欺罔行為について（四）

——詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成——

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、二二一号）

第四章 「欺罔」と詐欺罪の保護法益との関係（以上、二二二号）

第五章 保護法益としての「財産」

第一節 序論

第二節 「財産」概念についての理論状況

第三節 「財産」と「財産的損害」との関係

第四項 保護法益としての「財産」の内実（以上、本号）

第六章 詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成

おわりに

足立 友子

第五章 保護法益としての「財産」

第一節 序論

前章の検討から、「欺罔」に由来する要素である「財産的処分の自由」は詐欺罪の保護法益を構成する内容として理解されるべきである、との帰結が導かれた。そこで、この要素が詐欺罪の保護法益全体の構造において「財産」法益との関係でどのように位置付けられるのが適切であるかを明らかにすることが、次なる課題となる。

従来、「財産」が詐欺罪の保護法益であると一般に理解されてきていることについては、前にも述べた。また、日本の議論において「処分の自由」が取り上げられるのは、多くの場合、「詐欺罪は『処分の自由』一般を保護するものではない」といった、消極的な意味においてであった。しかしながら、詐欺罪が被欺罔者による財産交付、すなわち法益主体自身による法益処分を法益侵害の中核としている以上、詐欺罪における「処分の自由」は、より積極的に保護法益の内容として論じられるべき要素であると考えられる。

それでは、「財産的処分の自由」が詐欺罪の保護法益の一部分であると考えることは、従来から詐欺罪の保護法益とされてきている「財産」概念にいかなる影響を及ぼすであろうか。「財産」概念をできるだけ物理的に把握するならば、「財産的処分の自由」を財産とは別個の独立した保護法益とし、両者を二つ並立させて詐欺罪の保護法益を構成することになる。他方、「財産」を詐欺罪の唯一の保護法益と考えるならば、「財産的処分の自由」は「財産」の中の一部分と位置付けられる。どちらの構成が適切であるのかは、保護法益としての「財産」概念自体が内容として含みうる要素の範囲を決することにより判断される。

本章では、まず、従来の議論において「財産」概念がどのような基準によって把握され、その内容としていかなる要素を含むものとして理解されてきたかを概観する(第二節)。財産概念の輪郭を明らかにすることが、「財産的処分」の自由を「財産」の内部に含まれる要素と理解すべきか否かの判断に必要である。また、日本における財産概念の理解に影響を与えたドイツでの議論は、「財産的損害」の捉え方をめぐって展開されてきた。何を「財産的損害」の内容と捉えるかは、何を「財産」と考えるかという問題と表裏の関係にある。そこで、ドイツにおける「財産的損害」についての議論を見ていくとともに、これと比較する形で、日本では詐欺罪の「財産的損害」について何が論じられてきたかを見ていく(第三節)。そして、これらの検討を通して、保護法益としての「財産」概念がいかに把握され、詐欺罪の保護法益において「財産的処分の自由」が「財産」との関係でどのように位置付けられるべきかを明らかにすることを目指す(第四節)。

第二節 「財産」概念についての理論状況

第一項 序論

従来、日本において保護法益としての「財産」概念について論じる際の切り口となってきたのは、本権説と所持説との対立、並びに法律的財産概念と経済的財産概念の対立であった。前者の議論は、奪取罪の保護法益の問題として、侵害される利益が帰属している主体を確定するために採る立場の違いによるものであり、後者の議論は、財産法益における利益をいかなる尺度で判定するかの基本を定めるために採る立場の違いによるものである。両対立は、観点は異なるものの、それぞれ対応関係にある。法律的財産概念は、民事法上の所有権その他の権利を「財産」

とするものであることから、本権説に対応する。他方、経済的財産概念は、権利に満たない利益をも「財産」とする考え方であり、この考え方に立つならば、所持説が提示する財産についての理解である「事実上の占有」との内容も包含しうることになる。

法律的財産概念と経済的財産概念は、ドイツにおいて古くから財産犯の保護法益論として論じられてきた。他方で、かつての日本では、これらの議論は全体財産に対する罪固有の議論として限定的に理解されてきた。⁽¹⁾しかし現在では、そのように限られたものとしてではなく、財産という保護法益一般の性質を示す把握のしかたと考えられている。財産の内容を法律的に捉えるか経済的に捉えるかという基準は、「財産」が刑法上いかなる観点からの保護を受けているのかを明らかにするとともに、財産概念の輪郭を明らかにするための手がかりの一つとなる。

本節ではまず、日本で保護法益としての「財産」の理解につき提唱されている学説の状況を概観する(第二項)。次いで、財産を把握する際の基準について日本で議論される際の土台とされた、ドイツの議論状況を確認する。ドイツにおける財産概念は、財産法益の侵害結果としての財産的損害をいかに理解するかという問題の裏返しとして論じられている。それゆえ、「財産」概念と「財産的損害」概念とは不可分のものとなっている。また、ドイツでは、財産法益を捉える法律的財産概念・経済的財産概念という考え方への批判として、新しい観点から財産概念を規定しようとする見解も主張された。そこで、人的・主観的要素を財産概念自体に読み込む試み、並びに近時の新しい主張もここで概観する(第三項)。

第二項 日本における「財産」概念

I 序論

日本における財産犯の保護法益論として、かつては本権説と所持説の対立に関する議論が主として取り上げられてきたことは前述した。これは、窃盗罪（あるいは広く奪取罪）の保護法益は占有の基礎となっている所有権その他の民事法上の権利（本権）なのか、それとも事実上の占有（所持）であるのかという点についての争いであった。

そして、近時は、この議論の他に、財産犯全体の保護法益としての「財産」の基本的な性質をどのように捉えるべきかという観点から、「法律的財産概念」「経済的財産概念」「法律的・経済的財産概念」の対立が論じられるようになってきている。これらは、ドイツにおける議論に影響を受け、日本でも論じられるようになったものである。⁽²⁾ ドイツの詐欺罪規定（二六三条）が全体財産に対する罪として理解されていることから、日本においても、この議論が取り上げられるようになった当初は、全体財産に対する罪に関しての議論として考えられる傾向にあった。⁽³⁾ しかし近時は、財産犯全体についての議論として理解されている。⁽⁴⁾

本権説と占有説の対立は、保護法益としての財産を規定するのは私法上の権利関係かそれとも事実上の財産秩序かに重点を置くものであった。他方、法律的財産概念と経済的財産概念の対立からは、財産が私法上の権利関係によつて規定されるものか否かだけではなく、いかなる性質が保護すべき対象としての財産を把握する際の基準として適切かということも明確にされることになる。そして、「財産」と「財産的処分の自由」との関係を明らかにするために意義を持つのは、この後者の対立における観点である。

そこで以下においては、これらの見解について概観し、日本における「財産」についての議論状況を把握する。

II 学説状況

一 法律的財産概念とは、財産を、民法法が権利として保護している利益・価値（すなわち財産権）であるとする考え方である。財産に対する刑法的保護は民事法的保護を補充するものであると考え、刑法の民法への従属性を認め、刑法上保護されるべき財産は民法上の財産権であるとする。

この考え方は、財産保護に関して刑法が民法に対し補充的な役割を果たすにとどまるとする点においては正当である。しかし、民法の権利体系に形式的に従属させることによる弊害として、権利に至らない経済的利益の侵害や、権利侵害に至らない権利の危殆化が財産犯を形成しないことになる点が、現在の経済社会の実態にそぐわないとして批判される⁹⁽⁵⁾。

二 経済的財産概念⁶⁽⁶⁾とは、財産を、人が事実上有する経済的利益・価値とする考え方である。刑法は独自の見地から財産秩序を形成・維持すべきであるとする立場から、刑法の民法に対する独立性を認め、民法上の権利関係とは無関係に、事実上の経済的利益を刑法上保護される財産と解する⁷⁽⁷⁾。

この考え方には、民法上の権利にとらわれずに現代の経済社会の実体に適合した財産犯のあり方を追求できるという利点がある。しかし、法秩序によって保護されない不法な利益も経済的価値はあるため刑法上の財産と解することに⁸⁽⁸⁾なり、民法の財産秩序と刑法の財産秩序が矛盾する場合が生じうる点が不都合であるとして批判される⁹⁽⁹⁾。

三 法律的経済的財産概念とは、財産を、法的保護に値する経済的利益・価値であるとする考え方である。法秩序の統一性の見地から、刑法による財産保護と民法による財産保護とを統一的に捉え、法秩序全体の見地から実質的にみて保護に値する経済的利益を刑法上保護される財産と解する。つまり、財産の刑法的保護と民法的保護の実質的調和を求め、財産犯の保護法益を刑法的保護に値する経済的利益に限定しようとする。このことから、日本に

おいてはこの考え方を支持する論者が多い。⁽¹⁰⁾

そして、この考え方を支持する立場の内部には、刑法秩序に対する民法秩序の優位を認めることで、刑法的保護が民法の財産秩序と矛盾しない範囲に限定する立場（民法優位説）と、「全体的法秩序」を考慮しつつ刑法独自の立場から財産の刑法的保護の範囲を画しようとする立場（刑法独自説）⁽¹¹⁾とがある。前者は財産犯の保護法益を「民法の財産法秩序の見地からみて保護される、少なくとも否定されない経済的利益」として捉え、後者は「法秩序全体の見地からみて刑法で保護するのが相当な経済的利益」として捉えることになる。

Ⅲ 検討

以上で概観したように、日本で保護法益としての財産の内容を把握する際には、法律的財産概念が基準とする「権利」の存否によってではなく、（純粹）経済的財産概念あるいは法律的経済的財産概念とする経済的利益・価値を基準として把握する考え方が採られている。そして、この考え方は、金銭的価値や交換価値をベースにした、財産法益の内容の客観的な把握に親和性がある。「財産」、とりわけその侵害された状態である「財産的損害」を実質的に捉えようとする場合、この考え方には大いに意義がある。

しかしながら、詐欺罪においては、交付した財産と反対給付の金銭的価値を比較することだけでは法益侵害の有無を判断することができないと考えられる。なぜなら、詐欺罪では、欺罔に影響されなければ行なわなかったであろう財産交付・交換を行なったという側面もまた、法益侵害の有無を考える際に重要であると考えられるためである。

かような問題を解決するためには、「財産」をどのように理解すればよいのだろうか。日本においては、法律的財産概念と経済的財産概念との対立それ自体が財産犯の保護法益についての議論の中心としてさかんに論じられて

きたとはいえない。それらは、ドイツにおける財産概念をめぐる議論の影響を大いに受けた形で論じられている。そして、判例・通説が法律的・経済的財産概念ないし経済的財産概念を採っているドイツでは、財産侵害の捉え方の視点を大きく変える「新しい」財産概念が提唱された。そこで提示された観点は、財産をいかに理解するかという点で示唆的である。そこで以下では、ドイツにおける財産概念をめぐる議論を概観する。

第三項 ドイツにおける「財産」概念

I 序論——法律的／経済的財産概念の現状⁽⁴⁾

一 ドイツにおける現在の財産概念の理解は、基本的に、法律的財産概念と経済的財産概念の二つの対抗軸の間で妥当な折衷の位置を探っている状況にある。現在では、いずれの概念についても、当初主張されたような極端に純粹な形での主張を支持する見解は存在しない。しかし、これらの見解は、現在の財産概念の土台を理解するために意義があると考えられている。⁽⁵⁾そこで、以下ではまず典型的な原型としてのそれらの内容を、次いでそれらの折衷的位置付けにある法律的・経済的財産概念の内容を、順に見ていく。

二 はじめに登場した財産概念の捉え方は、法律的財産概念 (juristischer Vermögensbegriff)⁽⁶⁾であった。この考え方は、財産を「人の財産権および義務の総体」と定義し、財産をその民法上および公法上の「権利」の観点で捉える。そのため、個々の権利の侵害があれば、経済的には侵害がなくても直ちに財産犯が成立すると考えられる。この立場からは、提供された相当対価についてはおよそ考慮されずに損害の発生を認める主観的損害概念が導かれる。そして、財産そのものとその金銭的評価とは別のものと考えられるため、財産上の権利それ自体が現実に侵害されていなければ、現実には権利の中身の経済的価値が侵害されている危険性の高い場合であっても刑法上の損害

はない、と解される。

この考え方によれば、労働力、営業の秘密、顧客、および契約の基礎の外にある期待などが刑法的保護の対象としての財産からはずれる。他方で、愛情利益のような経済的に価値のない非物質的権利までが、保護の対象に加えられる。これらの点が、批判の対象となった。

三　そこで、次に登場したのが、経済的財産概念（wirtschaftlicher Vermögensbegriff）⁽⁵⁾であった。この考え方は、財産を「金銭的価値ある財の総計（Summe）」と定義し、取引流通において経済的な価値が認められることを、財産概念の基準とする。それゆえ、公序良俗違反の、あるいは禁じられた取引から生じた無効の請求権などであっても、事実上実現可能なものであれば金銭的価値ある財産となる。他方、経済的価値がない主観的権利は、財産に含まれない。この見解からは、被欺罔者の財産的処分行為によって経済的な総価値の総計が減少して対価が提供されることによっても完全に補填されない場合に損害を認めるとする、客観的損害概念が導かれる。

この考え方の問題点としては、法的な考慮を加えないため、基準となる「金銭的価値のある財産」の内容を十分に限定できないことが挙げられる。特に、不法な利益でも保護されると解しうる点については、何らかの制限が必要とも考えられる。そしてこのことから、学説の中心は、さらに法的な視点を加える、法律的経済的財産概念へと移っていく。

四　法律的経済的財産概念（juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff）⁽⁶⁾は、前述した両説の折衷説である。その折衷のあり方は論者により異なるが、そのうちの支配的見解は、財産を、法秩序による不同意が存在しないという限定付きでの「金銭的価値のある財の総体（Inbegriff）」として定義する。すなわち、法秩序によって保護された、あるいは法秩序による非難なしに持っている経済的価値ある利益の全体を財産と見るのである。このような財産概念の

把握からは、法律上無効な債権は財産としての保護から除外されることになる。

この立場からは、反対給付が経済的価値として相当であった場合でも、常に財産的損害の発生が否定されて詐欺罪が不成立となるわけではない。また、民事法上の権利であることは財産の要件ではないが、民事法上違法な利益は財産としての保護を受けないと考えられる。そして、その損害の判定においては、金銭的価値以外の要素も加味される客観的個別的損害概念が導かれる。

五 法律的財産概念を採用するならば、民事法上の権利の侵害を経済的損害の有無に関わらず財産的損害と捉えることになるため、その結果として、「処分の自由」のような主観的要素を保護することは容易である。しかしながら、この考え方は、権利に満たない経済的利益の保護に欠けるため、そのまま現代の社会状況に受け入れることはできない。もつとも、純粹な形での経済的財産概念を採用するならば、金銭的価値の有無が財産としての要保護性を決することになり、被害者の意思や意図は財産的損害の存否の判断において考慮されないことになる。ドイツにおいて折衷説としての法律的経済的財産概念が多数説となり、その適切な折衷のあり方を模索することが解釈論上の課題となっている現状は、かような問題を解消するために選び取られたものと考えられる。そして、財産概念の捉え方の視点を変える「新しい」³⁰⁾財産概念も、これらの従来の議論から導かれる帰結が決定的なものでないために、その解決のための試みとして主張されたものである。

そこで、財産概念への「新しい」視点を導入することを試みる、いわゆる「新しい財産概念」は、「財産」をいかなる観点から把握しようとするものであったのかを、以下において順次見ていく。

II 財産概念への「新しい」視点の導入⁽²¹⁾

(a) 序論

財産犯の保護法益としての財産概念の理解をめぐっては、前述のように、経済的財産概念、あるいは法律的経済的財産概念を採用することによって、財産概念を「経済的」に捉えることが一般的になった。

しかしながら、判例・通説が採用する客観的基準による財産理解を批判し、金銭的価値を基準とすることそのものを否定して財産概念を新しく捉え直そうとする見解も提唱されるようになる。それが、一般に「人的財産概念」「動的財産概念」などと呼ばれる見解である。

かような動きの契機となったのは、ライヒ裁判所の一八八七年の判決である⁽²²⁾とされている。この判決では、行為者による反対給付につき、まず金銭的価値の比較において客観的に検討し、その後さらに被害者の契約目的に利用できるかを考慮することによって、損害発生の有無が判断されている。この枠組は、後に「客観的個別的損害概念」(objektiv-individueller Schadensbegriff)と呼ばれるようになる。そして、損害の要素として被害者の目的という主観面にも立ち入ったことが、経済的財産概念を否定して新しい観点から財産概念を構築しようとする「新しい」財産概念の試みが登場する契機となったと、後に理解されるようになる。

以下では、そのような財産概念として、人との関わりに注目するという観点をより追求した見解、具体的には、「人的財産概念」「動的財産概念」そしてそれらをさらに修正する形で提示される近時の新しい財産概念を概観する。

(b) 人的財産概念

人的財産概念 (personaler Vermögensbegriff) とは、「財産」をその主体である人間の保護という観点から捉えよう

とした考え方である。その代表的な論者としては、ボツケルマン (P. Bockelmann) とオットー (H. Otto) が挙げられる。

ボツケルマンは、従来の判例が立つとされてきた経済的財産説では説明できない判決が出されるようになってきたと指摘する。そして、経済的に見ることと主観的観点を取り入れることは相容れないとして、財産について新たな基本認識および概念を打ち立てることが必要であると主張し、人的財産概念を提唱した。

彼は、それまでの学説が財産を個人から切り離された中性的で現実的な利益として理解していたのは、人の財産を守ると同時に経済活動の自由を保障することを目的とする法政策に立つものであったと分析した。その上で、現代において保護されるべきなのはむしろ主体である人間であると主張し、財産を財産人格 (Vermögensperson) の立場から決定することを提唱した。そして、そのような観点に基づき、財産を「その中で人間の経済的力が作用する全体」と理解し、非物質的利益 (immaterielle Interessen) や処分の自由 (Dispositionsfreiheit) なども保護されるべきであるとした。

オットーは、このボツケルマンの考え方をさらに発展させた。まず、法益を、法規範によって保護された、人の客体に対する事実上の関係、すなわち主体と客体との現実的關係であると説明し、それに基づき、財産犯の保護法益を、主体の財産的利益に対する支配関係 (Herrschaftsbeziehung) であると規定した。この考え方からは、財産は、「法共同体が経済交換の独立の客体とみなしている客体への、支配力に基づく経済的能力」と説明される。そして損害を評価する際には金銭的価値、市場価値は問題とならず、経済的に清算できない損失や契約の経済目的の挫折なども損害とみるべきであると主張される。

もつとも、このような見解については、処分の自由それ自体を全般的に詐欺罪で保護することになる点が批判さ

れる。

（c）動的財産概念

動的財産概念（dynamischer Vermögensbegriff）とは、前述の人的財産概念に対して、財産は客体から定められるべきであり、その際には現存する静的な財産状態の維持に加えて動的な財産増加の確保も考慮に入れられるべきである、とする考え方である。⁶⁷⁾

エーザー（A.Eser）は、それまでの判例・通説が採用する財産概念の客観的な傾向を批判しつつも、人的財産概念を採るポツケルマンが保護すべきとした「処分の自由」それ自体は人格価値であつて財産価値ではなく、詐欺罪が処分の自由を保護すると考えることは行動の自由を詐欺罪の保護法益とすることになると批判する。その上で、彼は、経済生活が刑法典制定時とは異なり慌ただしいものとなったという社会認識から、静的な財産状態の維持だけでは財産保護として足りず、動的な財産増加の確保を考慮する必要性があると主張する。そして、財産を「財務上の資産（finanzielle Mittel）を経済的に最も意味があり最も合理的に振り向ける事実上の能力と可能性」という意味での「経済的活動の自由」（wirtschaftliche Bewegungsfreiheit）と解すべきであると述べる。この経済的活動の自由は、被害者が真実を知っていたならば交付しなかつたであろうという事情のみで侵害されるわけではなく、その交付が客観的・経済的に無意味で不合理であることが必要である点で、人的財産概念が保護する「処分の自由」とは異なるものであると主張している。

この見解に対しては、交付についての経済的評価を経てはいても、与えたもの以上を得る期待を保護することは、詐欺罪を処分の自由に対する罪とすることになる、⁶⁸⁾という批判が妥当する。

(d) 近時の「新しい」財産概念

以上で概観した財産と人との関わりに注目した財産概念は、当時の議論状況の中で通説的地位を占めるには至らなかつた。これは、「財産減少」「金銭的価値」の考え方をなるべく排除しようとしたことによると思われる。確かに、詐欺罪の成立範囲限定の基準としての「財産」概念を主観的要素のみで限定することは難しい。そこで、前章で述べた、詐欺罪の保護法益の理解に「真実に対する権利」の観点を持ち込もうとする見解を採る論者は、財産概念の理解について、この点を克服するように発展させたものと理解できる新たな財産概念を提唱している。

キントホイザー (U. Kindhäuser)⁽⁹³⁾ は、財産の新しい理解として、「機能的財産概念」(funktionale Vermögensbegriff) を主張する。この見解は、財産を、「法的に割り当てられた譲渡可能な(抽象的に金銭的価値のある)財(の全体)について人が有する処分権限」(die Verfügungsmacht einer Person über die (Gesamtheit der) ihr rechtlich zugeordneten übertragbaren (abstract geldwerten) Güter) として説明する。このような考え方は、法律的財産概念と経済的財産概念の対立の中に適切な折衷点を定め、それに加えて人的財産概念にみられた「人の財産処分の自由の侵害」の観点を導入したものと理解できよう。

他方、パウリック (M. Pawlik)⁽⁹⁴⁾ は、詐欺罪の保護法益を財産と捉え、その内容を「財産管理の自由」(Vermögensverwaltungs-freiheit) と捉えることを出発点とする。その基礎には、被欺罔者の「真実に対する権利」が侵害されているとの発想があり、「権利」に注目して構成することから、「新しい法律的財産概念」と名付けられている。そして、財産を、金銭的価値やその流通性に注目するのではなく、財産主体の自己表示権 (Selbstdarstellungrecht) の直接の現れ (Ausprägungen) と捉え、「具象化された行為の自由」(vergegenständliche Handlungsfreiheit) として説明する。⁽⁹⁵⁾ この見解は、人の財産的活動それ自体が保護法益としての財産の内容であると捉えることで、処分の自由を保

護法益の内部に取り込むものといえる。

（e）検討

人的財産概念と動的財産概念は、財産価値の減少が損害であるとの考え方自体を否定する点において、従来の財産概念とは発想を大いに異にするものであった。人という要素に着目して財産を考えるべきであるという問題提起自体の適切さにもかかわらず、これらの見解が一般的な財産理解として受け入れられなかった理由は、財産を把握する基準の十分な明確化が図れなかった点にあると考えられる。確かに、財産の捉え方それ自体としては、さまざまな観点があり得よう。しかし、「財産」概念に法益侵害結果を確定する役割を果たさせるとの観点からすると、人的要素のみを重視する見解から導かれる詐欺罪成否の基準は曖昧となり、これが人的財産概念や動的財産概念の弱点であるといえる。従来の財産の客観的な把握のしかたは、この点を回避する意味においては有用である。同様の発想をもとに主張される、近時の「新しい財産概念」の見解も、財産概念の基準として主観的要素のみに頼らず客観的要素を併用することによって問題点の解消を図ったものの、従来型の財産概念に取って代わるものとはなっていない。

しかしながら、これらの新しい見解は、処分の自由を財産と関連付けて積極的に考慮し評価しようとすることを前面に押し出した点に、その存在意義を見出すことが可能である。人が財産に対してもつ影響力や利益を「財産」概念の内部に位置付けるこれらの見解は、従来の財産概念の問題点の解消に示唆するところの多い、意義ある試みであるといえる。

III 小括

ドイツにおいては、「新しい」財産概念が主張されたにもかかわらず、依然として経済的財産概念や法律的経済的財産概念を採る立場が有力である。しかし、財産概念の理解自体が取って代わられなかったことは、「新しい」財産概念の主張が何の影響も残さなかったことを意味するわけではない。

経済的財産概念に代表される従来の支配的見解は、財産概念および損害概念の客観化を図るために、客観的に把握可能な金銭的価値に注目していた。しかしながら、経済学において「財」(経済財)が、単に物質的に存在するからではなく、人との関わりによってはじめて経済活動上の意味を持つ⁽⁹⁾と同様に、刑法上の評価においても、人との関わりが財産を保護の対象として把握する際には重要な意味を持つと思われる。財産という法益に関し、財物そのものの存在自体を保護するための毀棄罪のみでなく、奪取罪も規定されていることは、刑法における財産保護が、物質それ自体の存続の保護のみを重視しているわけではなく、人が財産に対して有している関係性に重きを置いていることの現れである。そのような観点からは、法益の極度の客観化への志向は、少なくとも財産犯の理解には適さない。そして、実際にドイツでは、「損害」概念の把握において、人的要素をも財産ないし財産的損害の理解において考慮する方向へと向かっているのである。

第四項 小括

日本では、財産概念の理解に関しては、法律的経済的財産概念と経済的財産概念が支持されており、そのことはドイツにおいても同様である。それでは、財産概念の説明としては受け入れられなかった、人的財産概念をはじめとする新しい財産概念が取り入れられるべきものとして提示した要素が完全に排除されたかといえ、そうではない。

ドイツにおける議論の中で、財産法益の侵害結果である財産的損害をいかに捉えるべきかの検討を通して提示された「新しい財産概念」の考え方は、「人的」「主観的」要素を考慮することが不可避であることを改めて自覚させるものである。

「財産的損害」概念は、財産概念と表裏一体であることからわかるように、何を財産法益の内容と考えるかについていわば方針を明らかにするものに過ぎない。このことは、客観的個別的財産概念を採用する場合、特に顕著である。そしてそこでは、実際の判定方法を明らかにすることを迫られる。

そこで、次節においては、実際に財産的損害の有無を判定する場合にいかなる要素を検討することになるのかに焦点を当てて、財産的損害についての議論を再度見ていくことにする。そして、ドイツにおけるこの点についての議論を概観した後に、日本における「財産的損害」の論じられ方について目を移すこととする。

第三節 「財産」と「財産的損害」との関係

第一項 序論

従来、「財産的損害」は、詐欺罪の法益侵害結果であると漠然と考えられてきた。詐欺罪の保護法益が財産であるならば、財産法益侵害はすなわち財産的損害であることになる。しかし、「財産的処分の自由」が詐欺罪の保護法益の内容に関わると考えると、この構図はどこかで修正が必要になる可能性がある。そこで、本節においては、「財産的損害」概念についての議論を見ていくことを通して、侵害された状態の側から、「財産」と「財産的処分の自由」との関係を探ることを試みる。

詐欺罪において「財産的損害」概念の理解が特に重要な意味をもつのは、本来的には全体財産に対する罪として理解される場合である。なぜなら、個別財産に対する罪として理解するならば、当該財産の移動を見ることだけで「財産侵害」の有無を確定することもでき、損害の内容となる要素を詳細に検討し確定する必要に迫られることはないためである。通説が詐欺罪を個別財産に対する罪と解している日本よりも、全体財産に対する罪と理解しているドイツの方が「財産的損害」概念をめぐる議論が活発である理由も、この点にある。

また、日本の詐欺罪の議論における「財産的損害」の内容は、当初、財産の移転それ自体として理解されており、それは処分の自由の侵害と事実上は変わりのないものだった。しかし、近時は財産的損害の内容をより実質的にみて判断しようと試みる「実質的財産概念」が有力化しており、そこでは何が「財産的損害」の要素となるのかを明らかにする必要に迫られることになる。もつとも、この議論の中では、財産法益の侵害結果である広い意味での「財産的損害」と、当該財産交換・交付関係を全体として捉えて財産の移動を金銭的価値その他の側面から差し引きすることで把握される「経済的損害」と同義の狭い意味で用いられている「財産的損害」とが十分に区別されていない場合があるようにも思われる。日本における「財産的損害」の要否について論じるためには、まずこの「財産的損害」が意味する内容をどちらに設定するかを決める必要がある。そしてその先で、「法益侵害結果」としての財産的損害の内容を明らかにすることが、「財産」法益の内容を明確にするために役立つと考えられる。

そこで、本節においては、まず、ドイツにおいて「財産的損害」から具体的にいかなる判断基準が導かれてきたかを概観する(第二項)。次いで、日本において、詐欺罪における「財産的損害」はどのように理解されてきたかを概観し、ドイツにおける議論との関係を検討する(第三項)。そして、これらの検討を通して、保護法益としての「財産」との関係で、詐欺罪の保護法益の一部分として「財産的処分の自由」がどのように位置付けられるかを確

定することを目指す⁶⁸⁾

第二項 ドイツにおける「財産的損害」概念

I 序論

ドイツの詐欺罪に関する議論を見ていく上でまず念頭に置くべきであるのは、ドイツでは、「財産的損害」が刑法二六三条の条文上の要件になっている点である。この条文を根拠に、ドイツの詐欺罪は全体財産に対する罪であると理解されている。また、ドイツにおける財産概念についての議論は、詐欺罪の理解をめぐって行なわれてきたという経緯がある。

そして、ドイツにおける「財産的損害」概念に関する学説は、大きく、主観的損害説、客観的損害説、客観的個別損害説 (objektiv-individuelle Schadenslehre)、目的不達成説 (Zweckverfehlungstheorie) の四つに分かれる。前述 (第二節第三項) したように、主観的損害説は法律的財産概念と、客観的損害説は経済的財産概念と、また客観的個別損害説は法律的経済的財産概念と、それぞれ結びついている。他方、目的不達成説は、人的財産概念・機能的財産概念など、財産に対する人の関わりを財産概念の内容として理解する主張と結びつくものである。

現在の通説の見解である客観的個別損害説は、それが法律的視点と経済的視点の両尺度を併せ持つ折衷説であることから、実際の判断においてその基準をより具体的にすることを迫られる。金銭的価値による財産的損害の確定が困難な場合、つまり一方では相当対価の交付があった場合、他方では寄付行為などのおよそ財産的な反対給付を期待していない場合に、損害の有無の判断は経済的見地のみからでは困難となる。純粹法律的財産概念が現在の社会に適合しないとの理由から、それに基づく財産的損害の理解である主観的損害説は、現状では支持されない。

それゆえ、かような場面に対応できるのは、客観的個別的損害説と目的不達成説であることになる。

そこで以下では、これら両説がどのような考え方を採るかを概観する。

II 客観的個別的損害説

現在のドイツにおける通説の見解は、損害判定に関して客観的個別的損害確定 (objektiv-individuelle Schadensbestimmung) を行なう立場を採っている⁶⁴⁾。ここでは、まず、客観的に全体財産の減少があったかどうかを検討し、その後、個別的な要素を検討することで、損害の有無が判断される。

支配的見解は、財産的損害の発生には全体財産の減少が必要であるとす。そのため、まずは損害判定のために、当該財産保持者の財産状態全体の評価 (Gesamtsaldierung) が行われる。ここでは、判断基準として、当該取引その他の財産移転によって「より貧しくなった」 (Ärmerwerden) かどうか判断される (金銭的価値説、Geldwertlehre)⁶⁵⁾。そして、相当対価の支払などによって客観的な経済的価値 (特に金銭的価値) の比較によってのみでは損害があったと認めない場合に、個別的な利用価値 (Nutzungswert) や再入手価値 (Wiederbeschaffungswert) などの、当該財産に関する主観的な要素をも考慮する見解が有力になってきている⁶⁶⁾。

III 目的不達成説

目的不達成説とは、被害者の目的不達成に経済的損害を認める見解である。ここでいう「目的」とは、寄付における慈善目的などの給付に付随する経済的・社会的目的であって、客観的な把握が可能なものを指す。そして、給付の社会的目的が達成されなければ経済的損害が発生したと考える。この考え方は、財産交付を決定する場面にお

いては重要であるにもかかわらず財産を金銭的価値で把握することによっては捕捉できない要素についても、財産的損害として捉えることを可能にする。この場合、いわゆる「財産的処分の自由」の侵害は「財産的損害」の内部に含まれることになり、財産的処分の自由が財産法益の内容の一部分となる。この点は、客観的損害説及び客観的個別的損害説が「処分の自由」の侵害を損害の内容から排除し、とりわけ客観的損害説が損害の客観的把握を目指して損害の金銭的算定に重きをおく方向性と、大きく異なっている。

IV 検討

ドイツにおける議論では、財産的損害の判定基準を客観的なものにするために、損害の金銭的価値の判定を損害の存否判断の中核においてきた。しかし、それでは対応しきれない要素が詐欺罪における財産侵害結果としての「財産的損害」の内部に存在していることが、意識されるようになってきた。目的不達成説は、かような問題意識の下に、法益主体の意図などの主観的要素を客観的に捉え直すことを試みるものである。この説では、法益主体が想定していた目的のすべてを保護することによって処分の自由一般を広く保護してしまうことを回避し、主観的要素に左右されない基準を目指して、保護が及ぶ範囲を「社会的目的」に限定する。

確かに、主観的要素を無限定に保護することは、財産犯としての詐欺罪の果たすべき役割を超えていよう。しかしながら、当該目的が「社会的目的」であるか否かで判断を分けることによつて限定を試みるならば、何が「社会的」かという評価が十分に自明な基準となる必要があり、そのためにはさらなる検討が求められよう。

かような課題こそ残されているものの、本節での概観からは、財産的損害に関する現在の議論状況の傾向を見て取ることができる。つまり、財産的損害の内容について、金銭的価値をはじめとする客観的・物質的基準に照らし

た損害のみに限定するのではなく、欺罔がなければ手放すことのなかったはずの財産についての処分権の侵害を使用価値や再入手価値の形で捉えることや、被害者の目的不達成を損害と考えることが検討されている。これらの傾向は、被害者の「財産的処分の自由」の侵害を「財産的損害」の内容として把握することが十分に可能であり、また必要でもあることを示している。そして、「財産的損害」概念をかように理解するならば、その裏返しである「財産」概念には、財産の客観的・物理的に把握される側面の他に、「財産的処分の自由」が含まれていることになる。日本における「財産的損害」についての議論は、一見するとドイツにおける議論とは異なる視点から論じられているようにも見受けられる。しかしながら、何が「財産」であり「財産的損害」であるのか、という点について本項で得られた帰結は、条文の表現上の差を超えた本質的なものであると考えられる。

そこで、次項においては、日本における「財産的損害」についての議論を、なぜドイツとは論じられる場面・側面が異なっているのかに注意しながら見ていく。

第三項 日本における「財産的損害」概念

I 序論

日本においては、詐欺罪の条文中「財産的損害」が要求されていない。しかし、詐欺罪が「財産犯」であることから、現在の学説においては、詐欺罪の成立には何らかの形で財産的損害の発生が必要であると一般に解されている。もっとも、日本で論じられる「財産的損害」についての争点は、ドイツにおけるものとは異なっている。ドイツにおいては、財産的損害を主観的に捉えるか客観的に捉えるか、またどれだけ基準の客観化を図ることが可能か、という点が中心的な問題となってきたが、日本ではこれらの点が必ずしも重視されてきたわけではなかった。

また、条文中要求されていないことを理由に、「財産的損害」を独立した成立要件として考えることに否定的な見解もある。⁽³⁹⁾

そこで以下においては、「財産的損害」の内容が日本の議論でどのように考えられているのかを見ていくこととする。日本における詐欺罪の「財産的損害」についての見解は、まず大きく二つに分けられる。すなわち、①全体財産の減少と解する立場と、②個別財産の喪失それ自体と考える通説的立場である。⁽⁴⁰⁾そして、②については、財産移転を形式的にとらえて損害があったと解するか、それともより実質的な考慮を加えるかという点で、さらに「形式的個別財産説」⁽⁴¹⁾と「実質的個別財産説」⁽⁴²⁾の二つに分けられる。⁽⁴³⁾

II 全体財産説

全体財産説とは、詐欺罪における財産的損害を全体財産の減少と解し、行為者の行為によって全体として見た財産の減少が生じた場合に財産的損害が発生したと考える立場である。詐欺罪をドイツと同様に全体財産に対する罪であると解される林幹人教授は、財産的損害の有無を判断するためには経済的に損害があったかどうかによる必要があるとされる。つまり、損害が発生したかどうか判断するためには、さらに、被害者が交付した財産とそれに対する反対給付などを経済的価値において比較することが必要となる。ゆえに、「経済的」の基準としては、純粹に客観的な金銭上の損得という観点のみによって考えるべきではないとされる。そして、その根拠として、財産の価値は、市場価値ないし交換価値だけではなく、使用価値ないし愛情価値も含んでいる、という財産についての理解を示される。⁽⁴⁴⁾

III 形式的個別財産説

他方、詐欺罪を個別財産に対する罪と解し、保護の対象を個別的な財産に限定する一方で、その侵害が直ちに財産的損害であると考える通説的立場からは、個別財産の喪失それ自体を財産的損害と考える形式的個別財産説の立場が採られている。この見解からは、物の交付それ自体を捉えて損害発生と考えられ、交付があれば相当対価の支払があつても財産的損害が発生したと解されることになる。

形式的個別財産説の立場からは、財産を交付させられたことそれ自体が形式的に損害と捉えられる。このことは、自由な意思決定によらない交付行為があつたことを財産的損害の発生と直結することになる。つまり、財産的処分の自由の侵害が財産的損害の内容と考えられていることになる。

IV 実質的個別財産説

近時は、詐欺罪を個別財産に対する罪として理解しつつ、形式的な財産の移転のみで財産的損害を認めるのではなく、さらに何らかの限定を加えてより実質的に損害の有無を判断する見解も提唱されてきている。そこでの判断基準としては、取引目的が実現されたかどうか⁽⁴⁵⁾、あるいは、法益関係的錯誤が存在したか否か⁽⁴⁶⁾が提示されている。この説を採った場合の判断が形式的個別財産説による判断と分かれる典型例は、相当対価が支払われた場合の損害の有無である。

伊藤渉助教授は、財産処分の決定に必要な前提事実が正しく認識されている限り、被欺罔者はその交換関係で満了したのであつて、財産的に害されているとはいえない、とされる。そして、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、また、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り、財産的損害が発生している、と理解される。⁴⁷⁾ これを受け、西田典之教授は、詐欺罪が財産犯である以上、実質的な財産上の損害という要件が必要であるとされる。そして、財産上の損害の有無は、被害者が獲得しようとして失敗したものが、経済的に評価して損害と言いうるかということにより決定すべきであるとされる。⁴⁸⁾

また、中森喜彦教授は、詐欺罪が財産犯である以上、欺いたといえるのは財産的損害をもたらす現実的可能性をもった行為に限られるとされる。そして、この財産的損害は、対価として得たものを差し引いて算定される全体財産の減少である必要はないとされ、純粹に経済的な客観的価値によつてではなく、当該取引の目的・性質など個別的な事情も考慮に入れて判断されるべきであるとされている。⁴⁹⁾

他方、法益関係の錯誤説を詐欺罪理解に用いる考え方も、実質的個別財産説に分類されよう。佐伯仁志教授は、通常の経済取引において品物を売った者が損害を受けるのは金を受け取れないからこそであり、品物を渡したことでだけ損害を受けたとは考えないことから、詐欺罪の法益侵害を単なる財物の喪失以上の経済的損害の発生に求めることには十分理由があるとされる。⁵⁰⁾ また、山口厚教授は、詐欺罪における財産的損害の内実は「移転した物・利益」であり、「物・利益の喪失」が損害に他ならないとの従来の判例・通説の捉え方は妥当であり、必要であるのはその内実を形式的にはなくより実質的に、詐欺罪の構造を踏まえた上で検討することであるとされる。そして、このような考え方の上に、実質的判断の枠組作りの試みとして、法益関係の錯誤説による詐欺罪理解並びに財産法益理解が展開されている。そこでは、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を、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ているのだと理解される。そして、そうした「目的実現」の失敗、「財産交換」の失敗が法益侵害として捉えられて

いて、これらが法益主体の主観的な基準によって決せられると主張されている。⁵¹⁾

V 検討

「実質的個別財産説」が提唱されていることからわかるように、基準を明確にすべく目指された「財産」概念及び「財産的損害」概念の客観化・物質化は、結局のところ、客観的なはずの財産・損害の内容を「実質的に」判断すべきである、との結論に至ることになる。そして、その実質の基準を客観的・一般的に説明することは、必ずしも容易ではない。このことは、むしろ、かような「実質」——具体的には、欺罔に由来する要素である、財産的処分の自由——を、財産法益の内部にある重要な一側面と理解すべきであることを示すのではなからうか。つまり、実質的個別財産説は、損害判定において反対給付を考慮する余地を認める一方で、客観的な経済的価値のみでなく取引目的の実現などの主観的・個別的事情も考慮に入れるべきとしている。このことは、財産の客観的評価を追求することによって損害判断の対象から排除されてしまった財産的処分の自由を、再び損害の内容として取り込んで判断するための工夫であると理解することができるのである。

そして、これらの説における「実質的」判断の基準は、ドイツにおける「財産的損害」の判断基準を具体化する上で必要とされたものと共通する部分が多く見られる。かつてクラマー (P. Kramer) は、ほぼ法律的経済的財産概念に該当する自説を「実質的財産概念」と名付けていた。日本におけるこれらの説も、法律的視点と経済的視点を両方組み入れ、目的達成などの要素も勘案しようとしている点において、詐欺罪は個別財産に対する罪であるという出発点において違いがあるものの、ドイツにおける現在の財産的損害の理解の議論と近接していると理解することができよう。

第四項 小括

ドイツにおける議論は、客観的個別損害概念を採ることで、詐欺罪の「財産的損害」を確定するために、一方では市場価格を中心とする金銭的価値による全体財産の減少を判断し、他方では「目的不達成」などの形で被害者側の実質的な要素を組み込むことを試みている。このことは、条文上の要件として「財産的損害」を要求するドイツにおいても、詐欺罪が欺罔によって「処分自由」を侵害したという側面が財産と不可分であり、これらに関連付けて評価することの必要性が意識されていることの現れと見ることができよう。

日本の詐欺罪についての議論は、これらのドイツの状況とはやや異なっている。詐欺罪の条文上「損害」が要求されていないことから、従来は形式的個別財産説が有力であり、詐欺罪の法益侵害は財産の移転であって、これがすなわち財産的損害であると捉えられてきた。そして、ここで財産法益侵害の意味で「財産的損害」という用語が用いられることによって、保護法益が客観的・物質的に把握されているように漠然と捉えられていた。しかし他方では、形式的個別財産説が通説であったことからわかるように、財産処分がされることそれ自体を財産的損害と捉えることで、財産の、人との関係性に由来し主観的要素から切り離せない側面も、財産的損害の内容として理解してきた。

実質的個別財産説も、基本的にはそのような従来の考え方を否定するものではない。同説は、個別財産に対する罪としての詐欺罪理解を採用した上で、その「損害」に実質的な判断を要求するために、いわばドイツで財産概念について論じられた「経済的」・「法律的」基準をさらに組み入れている。

本節における検討からは、財産的損害は財産法益の侵害結果であり、経済的損害に加えて財産的処分の自由の侵害も広義の財産的損害の内容である、と理解することが、「財産」「財産的損害」「財産的処分の自由」それぞれに

ついでに明確な説明のために資すると考えられる。そしてこの考え方を採るならば、財産の内容として保護されるべき「財産的処分の自由」の範囲を確定することが次に必要となる。

そこで、以上の検討に基づいて、「財産」と「財産的処分の自由」がどのような関係にあると考えるかについて決定することが、次なる課題である。

第四節 保護法益としての「財産」の内実

本章では、「財産」概念ならびに「財産的損害」概念を検討してきた。そこで得られた手がかりを基にして、詐欺罪の保護法益の内容である「財産」と「財産的処分の自由」がどのような関係にあるものと理解されるべきかを確定することが、本節の課題である。

詐欺罪の保護法益の構成として、「財産法益のみ」と考えるのと「財産法益＋副次的法益としての財産的処分の自由」と考えるのではどちらがより適切かが、本章のはじめに提示した問いであった。そして、この点を決するためには、二つの観点からの考察が必要となると考えられる。つまり、①「財産的処分の自由」が財産概念に内包されるかと考えるべきであるとする積極的理由があるか否か、並びに②「財産」と「財産的処分の自由」を別個の法益として捉えることに利点があるか否かが、この点についての結論を出すために検討されるべきである。

前者の点については、前節までで見てきた「財産」並びに「財産的損害」概念の理解から、その答えが導かれる。日本における「財産」概念は、「財産的損害」といかなる関係にあるのか、必ずしも明らかではなかった。しかし、財産法益の侵害結果として財産的損害を捉えることにより、財産的損害の内容をみることで、その裏返しとして何

が財産として保護されているのかを知ることができるとわかる。そして、物質的・金銭的側面の尺度のみではなく、財産的処分の自由が侵害されたことも財産的損害の判断のための基準として必要と考えることは、裏返していうならば、財産概念の内部に財産的処分の自由が含まれていることを示している。

また、後者の点については、保護法益が二つであることによつて、片方のみが侵害された場合に法益侵害が認められることにはいかなる利点があるかを考える必要がある。保護法益が二つだと考えるならば、片方のみが侵害された場合に既に法益侵害結果の発生を認めることが可能になる。もつとも、例えば詐欺罪と構造上類似している恐喝罪の場合、一般には財産侵害と自由侵害との両方が揃うことが必要と考えられている。そして、両方とも必要と考えるのであれば、別個の法益として扱うことに特段の意義は感じられない。恐喝罪において両者が分けて考えられている理由は、二つの法益のうち一方の侵害により結果発生が認められるようにするためではなく、むしろ、暴行・脅迫については単独で成立する構成要件が存在することの理論的な調整のためである、と考えるべきであろう。

もちろん、詐欺罪における「財産的処分の自由」は、およそ処分の自由一般についての保護を意味するものではない。それゆえ、以上の考察からは、「財産的処分の自由」は広く法益一般に共通する「処分の自由」とは別個の財産法益独自の要素と捉え、財産法益の内部に位置付けることが適切な理解であると考えられる。つまり、「財産的処分の自由」は、「詐欺罪の保護法益」としての「財産」に内在する一要素である、と説明されることになる。物質的・金銭的「財産」と「財産的処分の自由」とが実際に乖離するのは、「財産的損害」の有無の判断において、相当対価の反対給付があつた場合、あるいはおよそ反対給付が想定されない寄付などの場合とならう。そして、「経済的損害」と「財産的処分の自由の侵害」の両方ともが必要か、片方があればすでに「財産的損害」といえるのかは、一

般的にはなく、むしろ実際の事例における当事者間での取り決めの内容・条件に依存すると考えるべきであろう。かような理解のしかたは、従来の見解からの批判にも耐えうると考えられる。「処分の自由」を詐欺罪の保護法益の内部において理解することには、これまでの、(財産)法益を客観的に理解しようとする立場からの批判があった。本稿で提示する見解は、その批判に対して、①一般的な処分の自由を広く取り込むのではなく「財産領域」に限定した形での「処分の自由」を取り込むものである、②現在の理解によればどの説も「処分の自由」あるいはこれに類する主観的要素を何らかの形で考慮しており、むしろ排除して理解することは困難である、との反論が可能であると考⁸⁰える。なお、誤解を回避するために、このような歴史的経緯のある「処分の自由」の語の代わりに、「財産領域における自由な処分の利益」と言い換えることも、一つの選択肢たり得るだろう。

本章においては、欺罔に由来する要素である「財産的処分の自由」が保護法益としての「財産」との関係でどのように理解されるべきかについて、一つの可能性を提示した。この構成が財産犯体系全体においてどのように整合的に理解されるかを、財産の機能それ自体に注目して再確認し、そこから再び、「財産」概念、「財産的損害」概念、そして「欺罔」概念を確定することが、次章の課題となる。

注

- (1) かような学説状況について述べている文献として、林幹人・財産犯の保護法益(一九八四年)三頁、八頁。例えば、福田平「詐欺罪の問題点」刑法講座第六卷(一九六四年)八四頁以下や、団藤重光・刑法綱要各論(第三版、一九九〇年)五四六頁以下では、法律的財産概念と経済的財産概念との対立を、全体財産に対する罪についての議論とされている。

- (2) ドイツにおける法律的財産概念並びに経済的財産概念を、その発生の経緯を踏まえて詳しく紹介し、さらに日本における財

詐欺罪における欺罔行為について (四) (足立)

- 産犯の保護法益についての解釈に役立てようとしたものとして、林幹人・財産犯の保護法益(前掲注(1))がある。日本においてこれらの概念が財産犯一般の問題として検討されるようになったことに、この論文が及ぼした影響は大きいものと思われる。
- (3) 団藤・前掲注(1)五四六頁以下。
- (4) 平川宗信・刑法各論(一九九五年)三三三頁以下、林幹人・刑法各論(一九九九年)一四七頁以下、大谷實・新版刑法講義各論(追補版、二〇〇三年)一九二頁以下、曾根成彦・刑法各論(第三版補正版、二〇〇三年)一〇七頁以下。前の二つが、各論の概説書のうちでは特に詳しく、法律的財産概念及び経済的財産概念について説明を加えている。また、この問題を財産的損害の側面から説明するものとして、前田雅英・刑法各論講義(第三版、一九九九年)二七八頁以下。
- (5) 平川・前掲注(4)三三四頁。
- (6) 後に登場する法律的経済的財産概念との対比において、「純粹経済的財産概念」と呼ばれることもある。
- (7) 前田・前掲注(4)二七八頁以下は、背任罪における財産的損害の検討においてではあるが、この考え方を支持している。
- (8) 林・前掲注(4)一五四頁。
- (9) 平川・前掲注(4)三三四頁、林・前掲注(4)一五五頁、大谷・前掲注(4)一九一頁。
- (10) 平川・前掲注(4)三三四頁、曾根・前掲注(4)一〇八頁。また、「全体としての財産」に限定した文脈においてであるが、団藤・前掲(1)五四六頁以下も、この見解を採用する。
- (11) 大谷・前掲注(4)一九一頁の考え方は、どちらかといえはこちらに近いと評価される。(林・前掲注(4)一五五頁。)
- (12) ドイツにおける財産犯の保護法益論の形成については、林幹人・財産犯の保護法益(前掲注(1))が詳しく紹介し検討を加えている。
- (13) *Tiedemann, LK-StGB §263 Rn.127.*
- (14) 純粹な法律的財産概念を主張していたのはビンディング(Binding)である。*K.Binding, Lehrbuch des gemeinen Strafrechts,*

Besonderer Teil, 1. Band, 2. Aufl., 1902, S. 238f.

- (15) *Binding*, a.a.O.(Anm.14), S.238f.
- (16) *Binding*, a.a.O.(Anm.14), S.360.
- (17) 経済的財産概念が判例・通説の立場であると一般に考えられている。もともと、純粋な典型としての経済的財産概念を主張する論者はおらず、基本思想や個々の解釈論は論者によってまちまちである、と指摘されている(林・前掲注(1)四二頁)。
- (18) 純粋経済的財産概念は、学説よりも判例が先行して主張した内容である。この表現は、ライヒ裁判所の一九一〇年の判決によらぬ(RG44:242)。
- (19) 法律経済的財産概念を最初に提唱したのは、ナーグラー(Nagler)であった。J. Nagler, *Bezugschein als Objekt von Vermögensverbrechen*, ZAKDR, 1941, S.294.
- (20) 標題および本文において「新しい」という語を用いるが、これは前述のような「古典的」な議論との対比として用いられる形容詞であり、特に最近提唱されるようになったというわけではない。
- (21) 「新しい財産概念」を取り上げる日本語文献としては、林・前掲注(1)七八頁以下、伊藤涉「詐欺罪における財産的損害」警察研究六三巻四号(一九九二年)三九頁以下、六号四七頁、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)七〇頁以下、菊池京子「詐欺罪における財産上の損害についての一考察(完)」東海法学二三号(二〇〇〇年)九六頁以下、内田文昭「不法な取引をめぐる詐欺罪の成否」神奈川法学三五巻三号(二〇〇二年)六九頁などがある。もともと、いずれも、処分の自由を保護法益の一部として位置付けることには消極的である。
- (22) ライヒ最高裁一八八七年四月二〇日判決(RGS:16)。一般に、保険料事件(Premium-Fall)と呼ばれている。この判決の内容を詳しく紹介した日本語文献として、林・前掲注(1)四九頁以下。
- (23) P. Bockelmann, *Der Unrechtsgehalt des Betruges, aus: Probleme der Strafrechts Erneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch*, 1944, S.226

詐欺罪における欺罔行為について (四) (足立)

- f.
- (24) Bockelmann, a.a.O. (Anm.23), S.249f.
- (25) H. Oho, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S.32f., 65, 70.
- (26) A. Eser, Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugschaden, GA 1962, S.296.
- (27) Eser, a.a.O. (Anm.26), S.293.
- (28) Eser, a.a.O. (Anm.26), S.289ff.
- (29) H. Schröder, Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug, NJW 1962, S.722.
- (30) U. Kindhäuser, NK-StGB, 9.Lfg. (2001), §263 Rn.44ff. (第11版) 44 Rn.35ff.)
- (31) M. Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S.259ff.
- (32) Pawlik, a.a.O. (Anm.31), S.83.
- (33) Pawlik, a.a.O. (Anm.31), S.263.
- (34) 平川・前掲注(4)三二七頁は「このことを指摘する。」
- (35) 日本およびドイツにおける詐欺罪の財産的損害についての近時の研究としては、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害―その要否と限界」警察研究六三巻四号二七頁以下、五号二八頁以下、六号三九頁以下、七号三一頁以下、八号三〇頁以下(一九九二年)、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」東海法学六号(一九九一年)一三五頁以下、七号(一九九一年)五一頁以下、一八号(一九九七年)五三頁以下、菊池京子「詐欺罪における財産上の損害についての一考察」東海法学一九号(一九九八年)七七頁以下、二三号(二〇〇〇年)八五頁以下などが詳しい(いずれも、前掲注(21)の文献である)。
- (36) Tiedemann, LK-StGB, vor§263 Rn.32.

- (37) Tiedemann, LK-StGB, §263 Rn.158ff.
- (38) Tiedemann, LK-StGB, vor§263 Rn.32., Lackner, LK-StGB (10.Aufl.) §263 Rn.125. など。
- (39) 例えば、山口厚・刑法各論(補訂版、二〇〇五年)二六三頁。
- (40) 大塚仁ほか〔編〕・大コンメンタール刑法二巻(第二版、二〇〇〇年)一〇六頁〔高橋省吾〕。なお、本稿においては、煩雑さを回避するため、二六三条一項についての議論に限定する。
- (41) 団藤、前掲注(1)六一九頁、福田・前掲注(1)二四九頁、大塚仁・刑法概説各論(第三版、一九九六年)二五五頁、平川・前掲注(4)三七二頁、大谷・前掲注(4)二六九頁、川端博・刑法各論概要(第三版、二〇〇三年)一七九頁。
- (42) 中森喜彦・刑法各論(第二版、一九九六年)一四六頁、前田・前掲注(4)二四二頁、西田典之・刑法各論(第三版、二〇〇五年)一八二頁、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)一六七頁、曾根・前掲注(4)一四六頁。なお、曾根教授は、財産交付による形式的喪失によって詐欺罪の構成要件には該当すると考えられ、その上で実質的損害の発生についての判断をするために、対価の支払い等の事実は違法論において考慮されるべきであると考えられ、その際の具体的基準として、被害者が当該取引において獲得しようとしたもの(主観的価値を含む)と交付したものが比較される、とされる。
- (43) 前田・前掲注(4)二四二頁。
- (44) 林・前掲注(4)一五〇頁。
- (45) 中森・前掲注(4)一四六頁、西田・前掲注(4)二〇〇頁。
- (46) 山口・前掲注(4)一六七頁以下。前田・前掲注(4)二四二頁以下は、個別財産の喪失を損害と考える立場を徹底することにより、詐欺罪が財産犯であることを実質上否定しかねないとして、被害者の錯誤が財産と実質的に関係のないものを除いて判定するとする。これも錯誤の程度に着目して処理する点において共通した考え方である。
- (47) 伊藤・前掲注(2)六三卷八号四一頁。

- (48) 西田・前掲注(42)一八三頁。同様に、実質的損害を要すると述べるものとして、中山研一・刑法各論（一九八四年）二六四頁。また、実質的な損害の有無を違法論において考慮すべきとするものとして、曾根・前掲注(4)一四二頁。
- (49) 中森・前掲注(42)一四五頁以下。
- (50) 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）一〇五頁。
- (51) 山口・前掲注(42)一六九頁。
- (52) *P. Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, S.52.*
- (53) 財産犯一般に関して論じられる、財産犯の客体としての「財物」が備えるべき「価値性」に関して、金銭的価値・経済的交換価値が必ずしも必要なわけではなく、所有者・占有者の主観的・感情的価値（使用価値）や、消極的価値のある場合でも財物となり得る、と一般的に解されていることも、このような主観も加味した考え方が財産犯理解として可能であることを示す。