

詐欺罪における欺罔行為について（五・完）  
——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 詐欺罪の歴史的发展（以上、二〇八号）

第三章 「欺罔」の体系的位付（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」（以上、二二四号）

第六章 詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成

第一節 序論

第二節 現在の解釈論と「財産的処分の自由」の関係

第三節 「財産的処分の自由」の内実と財産の機能

第四節 詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成

おわりに

（以上、本号）

## 第六章 詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成

## 第一節 序論

一 前章では、従来の「財産」概念並びに「財産的損害」概念の検討を通して、「欺罔」に関わる要素である「財産的処分の自由」を詐欺罪の保護法益である「財産」に内在する要素として位置付けることが適切であるとの理解が導かれた。詐欺罪における欺罔行為は、この考え方によれば、「財産的処分の自由」を侵害することによって、被欺罔者の財産法益を侵害し、財産的損害を生じさせる。それゆえ、「財産的処分の自由」が具体的にいかなる内容のものとして理解されるのかをより明らかにしていくことが、「財産」「財産的損害」「欺罔」の内容を明確化するため必要がある。

二 本稿が目指している、詐欺罪の成立範囲の適切な限定は、日本ではかつて「欺罔」の理解によって行なおうとされていたが、近時の議論においては「財産的損害」の理解の中で試みられている。

従来の通説的見解である形式的個別財産説は、形式的な財産の移動による財産喪失を財産的損害と理解し、その有無で詐欺罪の成立を判断していた。つまり、反対給付は犯罪遂行のための手段に過ぎず、財産的損害を埋め合わせる要素としては捉えられていなかったのである。この見解が限定基準としてまだ広範にすぎると考え、改善を目指す提示されるようになった実質的個別財産説は、財産的損害の判定に当たり、被欺罔者によって交付された財産以外の要素も考慮することを提唱してきた。

前章でも述べたように、形式的個別財産説にはさらなる限定が必要と思われる一方で、実質的個別財産説におけ

る限定要素がいかなる根拠に基づくものであり、それが体系的にどのようなように理解されるのかについては、必ずしも十分に明らかではない。かような「実質」についての限定は、場当たり的な事例判断や単なる利益衡量に留まるべきではなく、理論的な説明によってなされねばならない。また、客観的な結果であるから判断基準としての明確性を有する点がメリットであるはずの「財産的損害」を出発点とするアプローチは、主観面に由来する限定を多く加える対象には適していないのではなからうか。むしろ、財産法益の内容のうちで被欺罔者が直接的に影響を受ける側面としての「財産的処分の自由」の問題であると捉えることによってこそ、理解のための手がかりが得られると考えられる。

三　そこで、本章では、財産の機能に注目することを通して、「財産的処分の自由」の内実を明らかにし、それに基づいて、詐欺罪の保護法益としての「財産」、その裏返しとしての「財産的損害」、そして詐欺罪の成立範囲を画する基準としての「欺罔」を再度定義し直すことを試みる。まずは、詐欺罪の成立が問題となる財産移動の形態を、反対給付の有無並びに内容に注目して類型分けし、それらがどのように説明されてきたか、またその説明にはいかなる限界があるかを探る（第二節）。この限界は、前章までにおいて言及してきた「財産的処分の自由」の観点から導入することにより克服することが可能であると考えられる。そこで次に、この「財産的処分の自由」の内容をより具体的に示すことを試みる（第三節）。その手がかりは、一つにはドイツにおける詐欺罪の議論の中で「処分の自由」の扱いを検討した諸学説の中に見出すことができる。またそれに加えて、刑法外部の視点から財産がどのように捉えられているかにも目を向けることによって、「財産」の機能を知ることができよう。そして、以上から導かれた「財産的処分の自由」の理解に基づいて、「財産」「財産的損害」「欺罔」概念の内容を明確に説明し、判断基準としての「欺罔」の理解を提示することを目指す（第四節）。

## 第二節 現在の解釈論と「財産的処分の自由」の関係

### 第一項 序論

詐欺罪の成立範囲の限定付けを担う要素として、従来の学説では「欺罔」並びに「財産的損害」が用いられてきたことについては前述した。これらの要素を極端に単純化するならば、前者は行為の側面のみ、また後者は発生した外形的に把握可能な結果の側面のみを見ていることになるだろう。しかし、現在の議論においてはもちろん、そのような極端な理解は採られていない。そして、「欺罔」に注目する見解はその「程度」によって、また「財産的損害」に注目する見解は主観的要素を組み入れることによって、それぞれ実質的限定を加えようと試みている。これらの実質化による成立範囲の限定は、妥当な結論を導くために一定程度役立つ。しかしながら、なぜそのような限定になるのかについての説明には困難な点も残ると考えられる。なぜなら、前者は、財産について人を欺くという外形を伴っていても状況によっては欺罔に当たらない場合もある、という例外を示すものであり、後者は、金銭的換算のベースに乗せられない要素であっても財産的損害であると考えられる例外を認めるものであるが、どちらも、その「例外」が適用される場面が現実にかなり多くなると考えられるからである。

そこで、本節においては、詐欺罪における財産移動の場面の現象的把握にまで立ち戻って、いかなる判断基準が適切であるのかを考えることとする。仮にそれらの「例外」が稀ではないとするならば、むしろ中心に据えて論じられるべきである。そして、その「実質」の内容は、「財産的処分の自由」として捉えることが可能であり、またそうすべきなのではなからうか。

## 第二項 従来の学説による解決の現状

一 前章において述べたように、詐欺罪の理解においては、「財産的処分の自由」と物理的に把握される「財産」とが乖離する場面が存在する。その際の詐欺罪の成立についての説明は、「財産的処分の自由」が詐欺罪の保護法益であると考えることによつて明確になる。そこで、詐欺罪が成立する場合の財産移動の場面を、現象面に注目して類型分けすることで、何が問題となるかを見出すことを試みる。構図をわかりやすくするため、ここでは、欺罔行為者と被欺罔者の二当事者間の場面を想定することにする。

二 詐欺罪が成立する可能性のある、両者の間での財産の往來の状態は、①反対給付がない場合、②反対給付がある場合、の二通りにまず分けられる。そして、①は①・1約束に反して結果として反対給付が履行されていない場合と①・2寄付などおおよそ反対給付の受領を想定していない場合に、また②は②・1反対給付があったもののおおよそ相当なものではなかつた場合と②・2相当と判断される可能性のある反対給付がなされた場合に、それぞれ分けることができる。これらのうち、①・1と②・1が詐欺罪の構成要件を満たすことはいうまでもないだろう。そして、①・2と②・2がなお詐欺罪の問題となるのはなぜか、そしてそれはいかなる範囲で問題となるかを明確にすることが、ここでの課題となる。

①・2の問題は、従来、「目的不達成」の理論によつて説明がなされてきた。つまり、法益主体がその財の利用・交換を通じて達成しようとした目的が不達成に終わったことが財産的損害である、と理解するのである。他方、②・2の問題は通常、「相当対価の提供があつた場合」の判断をめぐつて論じられてきた。つまり、反対給付の内容が、被欺罔者が欺罔によつて想定していたものとは異なつていても、市場価値その他の客観的尺度に照らすと価値的に相当なものと判断された場合に、財産的損害は存在しない、と判断される可能性がある。

三 後者の問題については、何をもって「相当」と判断するかについての判断の基準と対象をより明らかにする必要性が残っていると考えられる。例えば、市場価格を基準にして交付した財産と反対給付とを比較すれば足りるのか、という点である。財産の「交換価値」は、当事者同士がその条件の下でならば財産交換をしてもよい、と判断することにより定まるものであり、市場価値と同じというわけではない。詐欺罪は、適正価格での財産交換を保護するための規定ではないし、民法でも契約自由の原則が認められているのは周知のとおりである。また、一般的な基準から見たらさほど価値が感じられないものに対する主観的価値としての使用価値や愛情価値も、一律に保護の対象から排除されるべきではない。他方、前者の問題については、かような要素を後者の判断における客観的な価値比較によつて算出された「財産的損害」と同等のものと捉えることが適切か、疑問が残る。換言すれば、従来の考え方において、反対給付が相当であるかどうかの判断により「財産的損害」の有無を考えると、反対給付の受領が当初から想定されていないケースでは「目的不達成」であることが財産的損害となると考えることは、一元的な説明として成功していないように思われる。

四 ここですらに注意すべきであるのは、「目的不達成」と表現される場合の「目的」につき、「社会的目的」と「取引目的」の二種類の内容が混在していることである。ドイツでの「目的不達成説」における「目的」は、「客観化可能で具体的給付に内在し、かつ経済的に重要な目的」<sup>(1)</sup>であるとされる。日本において佐伯仁志教授が用いられる「社会的目的」にも、同じ定義が与えられる。佐伯教授は、目的不達成説自体を支持されていないが、この内容が法益処分行為の社会的意味であり、その錯誤は法益関係の錯誤であると説明される<sup>(2)</sup>。また、伊藤渉助教授は、受給者の資格や用途を偽る場合は給付の「社会目的」や「経済的効果の前提となる事実」が問題となるとされており<sup>(3)</sup>、ここでも一定の社会的目的という客観的制限をかけた意味における「目的」が捉えられている。これらの場合、「目

的」そのものは主観的な内容であるが、「社会的目的」はそれに客観的評価による制約をかけることを試みたものである。これを、「客観的目的不達成説」と呼ぶことができよう。

他方で、日本ではしばしば、「取引目的の不達成」という表現が用いられることもある。こちらは、取引を通して得ようとしたもの・こと一般を指している。例えば、林幹人教授は、（客観的に示された）当事者の取引目的が取引の内容を決定する、と説明される。そして、相当対価の提供があった場合、それが被害者の経済的目的を満足させるものであったときは刑法上の損害を否定すべきであり、ここでいう「経済的」は純粹客観的な金銭上の損得の観点のみではなく、使用価値や愛情価値をも合わせ考慮すべきとされる。<sup>(4)</sup>この「取引目的」は、換言すれば、当事者が財産交換を通して得ようとしている思惑であり、主観的な内容である。

そして、この主観的な「取引目的」の意味での広い「目的」を対象として「目的不達成」を検討する考え方もある。山口厚教授は、「財産交換」「目的達成」の点に錯誤がある場合に法益関係の錯誤の存在が肯定されるとされ、ここでいう「目的」は、財産の交付により達成しようとした目的として広く捉えられており、社会的目的に限定されてはいない。また、長井圓教授は、独自の「人格的財産概念」を前提に「客観的に示された当事者（被害者）の主観的効用（取引目的）」が決定的であるとされ、「契約目的」が実現している場合は錯誤が欠け損害も認められなるとされる。<sup>(6)</sup>田中利幸教授は、使用価値の移転が交付者の目的達成、利益獲得の手段とされ、それが充たされたときには侵害は発生しないとされ、ここでいう「目的・利益」は財産的なものに限られないとされる。<sup>(7)</sup>

このような「取引目的」をいわゆる「目的不達成」説の「目的」として捉えることを正面から主張する説も存在する。菊池京子教授は、有償の交換取引と無償の片面的給付との両方の場合について「目的不達成」の見解によって損害発生を判断することを提唱される。<sup>(8)</sup>

これらの、取引目的についての「目的不達成」を基準とする考え方は、前述の「社会的目的」に限定する場合との対比で、「主観的目的不達成説」と呼ぶことができよう。

「社会的目的」の考え方を採用し、寄付行為などにおいて詐欺罪の成立を判断することは、一つの考え方たりうるが、これまでもしばしば指摘されてきている通り、何を「社会的」と評価するか、またなぜそのように分けられるのかという点の説明に困難がないわけではない。他方で、「取引目的」を目的不達成の対象とする考え方を採用するのであれば、それは反対給付をおよそ期待していない場合に限られず、詐欺罪一般に共通して必要な要素となる。つまり、寄付行為だから特別に「(取引)目的達成」が保護される、というわけではなく、詐欺罪においては広く、被欺罔者が財産を用いて自己実現をするという目的達成が害されているのであり、これらは根拠として共通している。もっとも、この意味での「目的不達成」は、被害者の思惑どおりでなかったことの言い換えに過ぎず、そのままではそれまで問題にしてきた「実質」を明らかにする機能を十分には果たし得ない。つまり、すべての詐欺罪の行為を「主観的目的不達成」の観点からのみ説明することは、被欺罔者の側に結果的に見て何らかの錯誤があったことの言い換えに過ぎない。そこで、この広い意味での「主観的目的不達成」が財産法益のいかなる部分を捉えるものかという点に立ち戻って考察することとする。そして、「財産的処分の自由」が、その考察の手がかりとなる。

### 第三項 「財産的処分の自由」の観点を解釈論に導入することの有用性

前項で「主観的目的不達成」と名付けた、取引目的・契約目的の不達成の内容は、いかなる要素を指すものであろうか。それは、「財産的損害」を実質的に理解する場合のまさに「実質」の部分であると考えられる。かつて、「財



産的損害」という判断基準は、詐欺罪理解の客観化を目指して導入された。しかし、現在の議論においては、全体財産説における財産的損害の判定のように「交付した財産と受け取った反対給付との金銭的価値や交換価値の差引き計算」を行なうのではなく、「実質的」な要素を考慮して把握される。<sup>(9)</sup>それは例えば「得ようとしたものと実際に得られたものとの差」であったり、「当該取引の目的・性質など個別的な事情」も考慮に入れた判断であったりする。ここでいう「実質」の内容は、後者では取引目的をはじめとする主観的個別的要素を考慮することを意味することが明らかである。また、前者についても、「得ようとしたもの」は被害者の主観的な意思・期待であり、つまりは「取引目的」である。つまり、これらの考え方は、被欺罔者がその条件下においてならば財産を交付しても良い、と決意するに至った内容、つまり得られる財産や効果についての期待を、それが実現したか否かという結果の側で捉えていると説明できる。

これらの限定要素は、結論としては妥当な成立範囲の限定を導き得よう。しかしながら、保護法益としての「財産」概念を客観的・物質的に捉えている現状の理解を前提とするならば、その侵害結果としての「財産的損害」もまた客観的基準として理解されることが自然である。目的や期待といった主観的要素についての考慮を内容に取り込むことは、この要素が主観的側面についても併せて考慮していることを包み隠してしまう危険性もある。

主観面についての考慮が必要であることを認めるのであれば、むしろ保護法益の理解のしかたから改めねばならない。つまり、詐欺罪の保護法益の内容には「財産的処分の自由」が含まれると考え、視点を、結果を見て目的達成・不達成を判断する捉え方から、目的を設定する時点で自由な意思決定であったか否か、すなわち「財産的処分の自由」が侵害されたか否かを判断する基準へと移すことで、この問題点は解消されよう。私見によれば、「財産的処分の自由」とは、「欺罔行為」によって直接的に侵害される、被欺罔者の意思決定の自由であり、その侵害に基づ

いて「交付行為」とその結果としての「財産の移転」が行なわれる。つまり、「財産的処分の自由」の侵害は、欺罔行為によって錯誤・財産的損害の発生に至るまでに生じる中間結果の位置付けにあるものと理解できる。

詐欺罪の個別具体的なケースにおいて、何が「失われたもの」であるか考えるかの判断は、当該財産交換が当事者にとっていかなる意味を持っていたかに左右される。個別事情に由来する実質的判断を「財産的損害」という語の語義に取り込んで説明せねばならない窮状は、「財産的処分の自由」が害される形で行なわれた財産交付により現実に財産が移転することが「財産法益の侵害」であり「財産的損害」である、と理解することで解決することができる。

そして、次なる課題は、この「財産的処分の自由」を判断基準として耐えうるものとするべく、その内容をより明確にすることである。その明確化への試みを、次節で詳しく論じることとする。

### 第三節 「財産的処分の自由」の内実と財産の機能

#### 第一項 序論

前章では、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」の内部に含まれる、と理解することが可能であるとの帰結が導かれた。そして前節では、詐欺罪の成立範囲を画する基準として「財産的処分の自由」が重要な役割を果たしうると考えるに至った。かような役割を担う基準には、その内容の明確さと具体性が要求される。

そこで、以下においては、その内容をいかなるものと理解すべきかについて、検討を加える。まずは、ドイツに

おいていわゆる「処分の自由」に注目して詐欺罪を理解しようとした見解、具体的には、人的財産概念、動的財産概念、ならびに新しい財産概念における「処分の自由」の理解を概観し検討することを通して、「財産的処分の自由」の内容として具体的にいかなる要素が想定されるべきであるかを考える際の手がかりとすることを旨とする(第二項)。次いで、財産の機能について深く考えるために、刑法外部で「財産」及び「取引」がどのように理解されているかを概観し、その手がかりを得ることを試みる(第三項)。

## 第二項 ドイツにおける「処分の自由」をめぐる学説の展開

### I 人的財産概念・動的財産概念における「処分の自由」

一 人的財産概念を提唱したポッケルマン (P. Bockelmann) の問題意識は、金銭的価値を財産的損害の判断基準と考える当時の判例・通説であった経済的財産概念に対する疑問から出発していた。彼は、財産概念は財産人格 (Vermögensperson) の立場から決定されるべきである、との視点を提示し、非物質的利益についてもすべてではないがかなり広範に人的財産の範囲に含まれるとする。そして、財産人格の処分の自由 (Dispositionsfreiheit) が保護されるべきであるということは、強調する必要もないとする。なぜなら、誰と契約するかということについて無関心などいられないし、その際には、経済的な当事者の給付能力のみならず、計測不可能な要素であってもより広い範囲で他の事情についても問題となるからである。それゆえ、見通し (Aussichten) や期待権 (Anwartschaften)、顧客 (Kundschaften) などは、労働力と同様に財産に含まれる、とされている。<sup>9)</sup>

この見解は、法益主体の主観的要素を財産の内容として取り込むべきだとして、当時主流であった経済的財産概念から視点を転じて財産を理解することの必要性を提示した点において、極めて意義深い。しかしながら、被害者

の期待そのものを保護すべき「財産」であると考へるならば、財産を専ら主観的側面から捉へることになる。詐欺罪の法益侵害として「処分の自由の侵害」を要求することは、必要条件ではあるがそのまま十分条件であるわけではない。それらについても、何らかの形で財産喪失、つまり物質的財産との結び付きを必要とすべきであると思われる。

二 これに対して、エーザー(A.Eser)の提唱した動的財産概念は、ボツケルマンの人的財産概念における「処分の自由」の扱いを批判するものであった。彼は、処分の自由それ自体は人格価値ではあるが財産価値ではないので、処分の自由そのものを保護するならば、詐欺罪の保護法益は行動の自由(Handlungsfreiheit)になつてしまふ、と批判する。そして、財産は、経済的活動の自由、つまり、「財政的資金(Finanzielle Mittel)を経済的にもつとも有意義でもつとも合理的に振り向ける事実上の能力と可能性」であるとし、この「経済的活動の自由」は、以下の点において「処分の自由」とは異なるものであると主張する。「処分の自由」は、被欺罔者が真実を知つていれば異なる行動をしたであろう、ということをもつて侵害されたといえるが、「経済的活動の自由」は、さらに、処分行為者が誤誘導によつて財政的資金を経済的に不合理で目的に合わない形で用いることが要求される。つまり、財産的処分に、客観的に見て無分別な経済的目的不達成が必要であると考へているのである。<sup>92)</sup>

この見解は、「処分の自由」自体という基準では広くなりすぎる保護の範囲を制約しようとしたものである。エーザー自身が主張するとおり、財産を主体の側からではなく客体の側から見ようとし、客観的に見て経済活動が害されていかをそのメルクマールにしている。客観的側面からの制約をかけつつ、なおも欺罔という働きかけによつて影響を受けた法益主体による財産についての用途の決定が財産の内容を構成すると考へる点において、この見解には意義がある。もつとも、そこで同時に主張されている、「動的」な財産理解、つまり、靜的な現存する財産状態

の維持のみならず動的な財産増加の確保も考慮に入れるべきとする点については、財産についての判断の時点では確定していない予測を財産の内容にするものであるから、判断基準としての限定性に欠けるといえる。

## II 「新しい財産概念」における「処分の自由」

一 キントホイザー（U. Kindhäuser）は、詐欺罪の理解に関して、主張の内容の変遷を伴う二通りの理解を提示してきた。

一 つめは、「真実に対する権利」の考え方に注目し、詐欺罪を自由に対する罪として構成する理解である。つまり、恐喝罪との構造上の比較を着眼点として、財産に損害を与える自由侵害犯として理解したのである。この見解は、詐欺罪が歴史的に見ると真実権侵害をその本質としていたことから、欺罔を処分の自由の侵害と捉え、詐欺罪においても財産のみでなく処分の自由も保護されるべきである、と考えるものである。<sup>13)</sup>そして、社会的目的不達成あるいは経済的目的不達成を損害として認めることで、処分の自由は詐欺罪の保護法益として受け入れられるとし、財産は処分の自由の媒体として、それに依存して保護される、と考えている。<sup>14)</sup>この見解では、詐欺罪は財産犯であるとの枠組みを維持しつつ、財産上の処分の自由が詐欺罪の保護法益としての重要部分であると考えていることになる。

二つめは、詐欺罪を、間接正犯の定型化された犯罪類型として理解する考え方である。つまり、実体的には行為者に管轄がある財産移転を、形式上被害者が道具として行なっている、と捉えるのである。この考え方においては、欺罔は、この犯罪に特有の法益侵害ではなく、財産処分者による財産移転を欺罔行為者自身の行為として帰責するための基準に過ぎないとされている。<sup>15)</sup>そしてここでは、前述した「自由侵害犯」としての詐欺罪理解は放棄さ

れているといえよう。

二 他方、パウリック (M.Pawlik) は、キントホイザーの「つめの見解の延長線上に、つまり「自由侵害犯」としての詐欺罪理解を受け継ぐ形で、詐欺罪の保護法益としての「財産」を理解し直そうと試みている。

彼は、財産を、法的人格 (Rechtsperson) が他の法的人格との相互作用の中で一定の自己同一性を与えることができる具象的な可能性として表現する。そして、その同一性表現は、法的に承認されうるように、法の限界の内部にあるべきものであるから、二六三条の意味における財産としては、自由な自己表現を可能にするために当該法的人格に法的に割り当てられたもののみが問題となる、と考えている。これらのことから、彼は、財産を「法的に承認された自己表現の自由、すなわち、個人的人格の刻印 (Ausprägung)」であると理解し、この見解を「新しい法律的財産概念」として提唱している。<sup>(6)</sup>

この考え方によれば、財産は、「対象化された行動の自由」の側面から理解される。そして、ともすれば広くなりすぎかねないその範囲について、行為者に権限がある行為可能性を詐欺罪に関連するものに縮小することで、限定が試みられている。すなわち、彼によれば、対象化された自由の可能性の保護のための規定としての二六三条は、被害者が自身の真実に対する権利が存在することを行為者に不利な形で期待できる資格のすべてを示すような対象 (Gegenstand) を受け取ることについての被害者の期待を保障するわけではなく、被害者に保障されるのは、経済的な可能性を保持する期待である、とされる。この理解によれば、「損害」は、被害者が債務法上の契約において約束されたことを維持していないとき、また、契約では、契約締結のケースにおいて行為者の契約前の行為によって入手されているべき法的な人格を与えられていないときに存在する、と説明される。<sup>(7)</sup>

この見解は、「対象化された行動の自由」、つまり財産を処分するかしないかを自由に選択するという意味も含め

ての財産的処分の自由を、財産そのものとして理解している。そして、その範囲の限定を、「経済的な可能性」という「経済的」尺度に担わせることを試みている。

三 これらの、キントホイザーによって主張されパウリックによって引き継がれた、自由侵害犯としての詐欺罪理解は、詐欺罪においては欺罔によって処分の自由が侵害されることを端的に「自由侵害」と捉え、それが財産の内容である、と説明するものである。この考え方は、欺罔を法益侵害に直接的に結びつけようとする試みであり、私見の方向性とも合致している。詐欺罪の法益侵害性は、単に財産喪失のみでは説明できず、それが被害者の意思に働きかけられることによって成し遂げられる、真意に反した財産喪失であることによって特徴付けられると考えられる。

—もつとも、「自由侵害犯」という言葉を用いて表すことについては、注意が必要である。なぜなら、いわゆる一般的な「自由侵害犯」は、主として身体的自由の侵害を指して用いられる用語である。確かに、財産交付に当たっての交付行為を欺罔の影響により真意に反して行なうことが、身体的に自由な行動をも妨げている側面はあろう。しかし、詐欺罪における「自由侵害」は、交付行為の段階における身体的自由ではなく、「財産処分の意思決定」の段階での自由として捉えておくのが適切であらう。そしてそれはあくまで、財産に内在する要素として考え直すべきであると思われる。

—そして、さらに検討されるべきであるのは、処分の自由に課される「財産的」「経済的」という制約の内容である。次節では、この点の明確化を目指す。

## 第三項 「財産」の機能

一 前項では、「処分自由」を財産法益の内容と理解する場合の考え方について検討した。そして、財産法益の内容について再考する以上、財産そのものについての考察もまた、避けて通ることはできない。そこで、以下では、財産の機能に注目しながら、経済学・憲法学・民法学の視点を参考に、刑法外部での財産の捉え方を概観していくこととする。

二 経済学上の「財」とは、人間の物的欲求を満足させる物の性質である「使用価値」を持つている物をいうと考えられている。<sup>(18)</sup> この「財」は、自然状態のまま十分人間の欲求を満たしうる「自由財」と、欲求との関係で稀少な「経済財」とに分けられる。「経済財」は、資源と技術が制約されており、それぞれの財の有限量のみが生産されることから、人間の欲望は完全には充足され得ない。そのため、財の配分の問題が生じ、一般に市場の機能によってその配分が遂行される。取引の対象になり、所有権その他の客体となるのは、概ねこの「経済財」であるといえ、かように有限な財を人間が配分し合っている状態が、いわゆる「財産」がおかれている状況のイメージである。<sup>(19)</sup>

また、「商品」とは、使用価値に加え、「交換価値」、すなわちそれと引き換えに他人の商品の一定分量を獲得できるような値打ちを、その要因として含むものであると解されている。<sup>(20)</sup> 経済学では、取引の場面として、市場メカニズムにおける商品の需要と供給によって決せられる価格の決定が扱われる。

三 現在の経済学の主流は新古典派経済学であり、この考え方においては、「合理的経済人」(ホモ・エコノミカス)が他人に関わりなく自己利益(自己の効用)の最大化を追求するという市場モデルが想定されている。そして、この市場メカニズムが自動調整装置のように機能することにより、需要と供給が釣り合う点において資源配分の最適化が達成されると主張されている。<sup>(21)</sup> つまり、自由主義経済の下で、自由で私的な経済主体が、利益の多寡を基準



にして自らの経済的行動を選択し、そのことによつて当該財の市場価値が決定されると考えられている。

市場経済がかように理解されていることが、経済学において財の価値を考へる際に主として交換価値に注目されることの背景にある。刑法上の財産理解の一つである「経済的財産概念」もまた、かような考へ方を受けて、交換価値を基準として金銭的価値を把握し、もつて財産を「経済的」に捉へるものであるといへる。ここでは、人は「自由」でありつつも自己利益の最大化という目的に縛られて選択を行なう存在としてイメージされている。そして、この経済観は、無意識的に特定の間人像と財産取引の種類を前提としているものである。つまり、①人は自己決定のできる「強い個人」であり、合理的決定に基づいて行動することが、このモデルが成り立つための条件になっているし、また②財は交換の対象であり、財の交付を決定する際の判断要素は客観的・金銭的に把握される「自己利益」のみである、という財産取引の典型的な場面を捉へている。

もつとも、これは、財産取引の場面のすべてに妥当するわけではない。例えば、市場概念に関連して、自然発生的な「市（いち）」「市場（いちば）」と、国家の介入によつて生まれる「市場（しじょう）」との性質の違いについて述べる見解の中では、「市」が非常に小規模の人と人の顔が見える、しかも人間的交流さえありうるような取引の場であるのに対し、「市場（しじょう）」は抽象度が高く、規模も大きく、匿名性も高く、経済合理性のみが支配している、との説明が加えられている。そして、後者は前者の発展形であるが、すべての取引の場が「市場（しじょう）」になつたかといへば、そうではないだろう。

マーケットとしての市場では、「より安く買おう」「より利潤をあげよう」という思惑が合致した価格で取引され、「どうして欲しいのか、買ってどう使うのか」「どう思つて作つたのか、利潤をどう使いたいのか」といった個別の事情は圧縮され相手方にはほば伝わらない、と指摘されている。かようなシステム自体は、市場が拡大し世界規

模になった現代社会において財産取引を円滑に成立させるためには合理的である。しかし、そのことは、すべての財産取引についての「取引観」を情報圧縮された取引のそれに合わせることを要求するものではない。市場経済の発展も、財産に関する活動による自己実現の多様性を否定するものではないと考えられる。

四 そして、憲法上の財産権についての理解からは、財産が人に対して果たす自己実現の手段としての役割がいつそう明らかになる。

日本国憲法は、二九条で「財産権」について規定しており、同条一項は、「財産権は、これを侵してはならない」として財産権の保障を定めている。そして、この財産権が、同条二項において「公共の福祉」の観点から法律上の制約を受けること、並びに同条三項において私有財産が正当な補償の下に公共のために用いられると規定されていることから、財産権の制約を具体化するために、何が財産権の本質的部分かを明らかにする必要があるが生じ、学説上、財産権の内部を性質に従って制約を受ける部分と受けない部分との二つに分ける「二分論」が主張された。<sup>(24)</sup> 財産を二分する基準としては、これまでに多様な見解が主張されてきたが、次第に、「人格」ないし「個人」の「自律・自由」に引き寄せた財産権ないし経済的自由の考え方が提示されるようになってきているとの傾向が指摘されている。<sup>(25)</sup> 例えば、財産権保障の制度的保障という制度的側面と、個人の自律に関わる個人主義的側面とがあるとする見解が、それに当たる。また、自由の核心を自己の生き方の自律的な探求という意味での自己決定に求め、仮に経済活動が一般的に物質主義的であるとしてもなお経済的自由についてもこの「自由観」が妥当するとの考え方も、<sup>(26)</sup> 経済的自由の人權としての重要性を強調するものである。さらに、私法の基本原理である私的自治とその補強のための自己決定権を、憲法一三条の幸福追求権の現れであると理解する見解が、民法学の議論で主張されており、<sup>(27)</sup> この考え方を財産取引の場面に引き付けるならば、財産をめぐる経済活動もまた、人格的権利の側面を持つと理解され

よう。

五 かような憲法上の財産権の内容は、民法をはじめとする民事法規により規定される。民法は、「私的自治の原則」を採用して、財産取引において広範な自由の余地を認め、そこで生じたトラブルを解決するための規定を置いている。また、「契約自由の原則」によれば、私人の契約による法律関係については私人自らの自由な意思に任されるべきであり、国家は一般的にこれに干渉すべきではない、と考えられている。つまり、当事者間の合意に支障がある場合のみ、法律によって対応することになる。

六 以上の、財産・市場・取引についての考え方を踏まえると、財産関係には、財産を手段とする人の自己実現として手厚く保護されるべき部分と、経済的合理性に基づく取引関係としての制約が甘受されるべき部分が並存している、と理解できる。そして、両者のバランスをいかに捉えるべきかは、当該取引ごとに、当事者間の合意と主観に基づいて判断されることになろう。そして、その判断の中身こそが、「財産的処分の自由」の問題になっているといえる。

#### 第四項 小括

本節では、「財産的処分の自由」の内実を具体的に考えるために、「処分の自由」がいかに関係されるべきかについて言及した学説を概観し、手がかりを得ることを試みた。また、「財産」の内容として理解される要素はいかなるものであるのかを知るために、刑法外部における「財産」理解の概観も行った。そしてそこからは、自己実現の一つの現れとしての財産的活動という観点からの財産の把握が可能であり、他方でそれが取引関係を通して実現されるものであることによる制約を受ける可能性がある、という考え方を見出すことができた。

次節においては、さらに詐欺罪における「財産」法益に密接に関連するその他の概念についても検討を加え、最終的に、「欺罔」が「財産」法益との関係でどのように説明されるかを明らかにすることを目指す。

#### 第四節 詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成

##### 第一項 序論

前節での検討から、詐欺罪の保護法益としての理解を通して得られた「財産」概念には次の特徴があることが導かれた。すなわち、財産は財産主体の自己実現の機能を果たす手段としての意義を有すること、また他方で、財産が有限であり他人との間で行使する影響力が競合しあうことから、取引の場においては自己実現の保護としての財産保護であっても他者との間の調整が必要とされるのに由来する制約を受けることである。

そして、これらの特徴は、第二節において取り上げた財産移動の二種類の類型の中に、その問題性として現れていた。すなわち、およそ反対給付の受領を予定していない寄付などの場合に目的不達成をもって詐欺罪の成立を検討する必要があると考えられるのは、場合によっては自らの手を離れた後もなお財産の用途に関心を持つことを想定しているためであり、これは、財産が財産主体の自己実現の手段・道具であることを積極的に認めることから導かれるものである。他方、相当対価の反対給付があった場合に詐欺罪の成立が否定される可能性があることとは、財産に対して財産主体が有する影響力は他者との間で競合しあう可能性があることから全面的かつ無限に認めるわけにはいかないために、取引の場においては限定的に理解されるといふことの現れの一つであると考えられる。そしてこれらは、詐欺罪における本質的部分であり、まさに「財産的処分の自由」の内容として理解されるべ

き要素である。

それでは、この考え方を具体的に解釈論に適用する場合、詐欺罪の構成要素はどのように説明されることになるか。以下においては、これまでの検討から導かれた理解を踏まえて「財産的損害」「財産的処分の自由」「欺罔」の諸概念を明確に説明することを試みることにする。

## 第二項 「財産」が有する価値と「財産的処分の自由」の関係

経済学において、「財」は、「使用価値」と「交換価値」を有するものとして捉えられる。刑法でも、被害者同意論についての法益関係の錯誤説における保護法益の内実の限定的理解として、人の生命・身体について「存在価値」のみが保護の対象となり、財産についてはこれに加えて「処分価値」「交換価値」もが保護の対象となる<sup>(61)</sup>との捉え方が提示されている。もつとも、詐欺罪に関して、とりわけ法益関係の錯誤説を適用する見解からは、財産が「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」というよりも「交換手段・目的達成手段」としてのみ保護に値すると主張される<sup>(62)</sup>。そして、詐欺罪の法益侵害が「財産交換の失敗・目的実現の失敗」として把握されることから、一般に、詐欺罪によって保護されているのは「交換手段」としての側面のみであると理解されているように思われる。果たしてそれは妥当だろうか。

財産の「交換手段」としての機能に着目し、「交換価値」による財産の把握を徹底するならば、当該財産交換関係における財産侵害の有無は、被欺罔者による交付とそれに対する反対給付との差引き計算によって判断されることになる<sup>(63)</sup>。この考え方は、一つの選択肢たりうるし、現にドイツにおける全体財産に対する罪の考え方は、基本的にこの枠組みで財産的損害の有無を判断するものである<sup>(64)</sup>。しかし、日本においては、少なくとも一項詐欺罪は基本

的に個別財産に対する罪と考えるのが、通説的見解である。形式的個別財産説を採る場合には、被欺罔者の財産交付それ自体が財産法益侵害としての財産的損害と理解される。実質的個別財産説を採る場合には、反対給付等の事情も財産的損害の有無の判断に影響しうるものの、「交換価値」の比較によって決せられると厳密に解しているわけではない。また、「交換価値」は、市場価値とは異なり、交換する当事者間の「主観的価値」の一致であることにも注意が必要である。<sup>65)</sup>

このことを考慮するならば、詐欺罪によって保護されているのは、財産の「交換手段」としての機能であるとは解するよりも、むしろ、「交換手段」として用いるか自己の手元で保持・使用するかについて自由に選択し決定することそれ自体であると理解すべきなのではなからうか。つまり、財産は、「使用価値」「交換価値」に加えて「保持することの価値」をも実現する手段となるものであり、重層的に存在するこれらの価値のうちのいずれを生かして用いるかは財産主体の選択によって決定される。そして、そのための決定が自由になされることが、「財産的処分の自由」の内容である。「財産的処分の自由」の行使は、財産主体が当該財産を通じた財産的活動について選択することを通して、財産的自己実現を達成する、と理解できる。

もつとも、財産交換・交付は取引の場において行なわれるため、「財産取引」の性質に由来する、当該財産に関連する情報の圧縮をある程度は甘受せねばならないという制約下にも置かれる。当事者の取引目的も、無限に保護されるわけではなく、保護の範囲は互いの共通認識であった範囲に限定される。それは、取引は双方ともにとって財産的自己実現であるといえるからである。

これらを考え合わせると、「財産的処分の自由」の侵害に該当するか否かの判断は、基本的に以下の枠組みによって行なうことができよう。

まず、欺罔によつて、欺罔されなければしなかつた財産処分についての意思決定が確定的となつたか、そして欺罔された内容が被害者にとつて意思決定を左右する判断要素であり、そのことが両当事者間で共通認識になつていなかを判断する。これらが、「財産的自己実現」の内容である。次いで、反対給付があつた場合について、目的物が、被欺罔者の期待したものとは異なつていたけれども意図した役割を果たした、あるいは対価相当であつたなど、経済的評価から見て、結果としては満たされたといひうる誤差であるといえるか否かを判断する。これは、「取引」の性質に由来する限定要素である。

### 第三項 「財産的損害」の理解

かような「財産的処分の自由」についての理解は、何を「財産的損害」と捉えるかにも影響してくる。「財産的損害」の内容の理解については、前述したように学説上対立があり、条文上の表現ではないことから積極的に成立範囲の限定要件として用いることに對して否定的な見解も存在する<sup>67)</sup>。もつとも、詐欺罪が財産犯として規定されている以上、広い意味での「財産的損害」が必要であることには、異論はない。

私見によれば、「財産的損害」は、財産法益侵害の最終的な結果と同じものであると理解すべきであると考えられる。欺罔行為によつて、財産をどの価値において用いるかについて選択する際の判断を誤つたことが、「財産的処分の自由」の侵害である。そして、これに財産の移動という結果が伴つた状態が、財産法益の侵害である。それゆゑ、欺罔行為者による虚偽の情報・条件がなければするつもりになつた財産処分を行なつたという点が財産法益侵害であり財産的損害である、と説明されることになる。交付した財産と反対給付との差引き計算による「経済的損害」は、「財産的処分の自由」の侵害の「深刻さ」を図る度合いとして用いられることはあり得ようが、法益侵害結

果としての「財産的損害」そのものの全体ではない。両者を分けて考えないと、かえって「財産的損害」の内容が把握しにくいものとなってしまふと思われる。また、当該詐欺行為によって生じた「損害額」についても、交付と反対給付の差額ではなく、交付した財産それ自体と解するべきである。被欺罔者は、欺罔がなければ交付するつもりがなかった財産を交付し、真実を知っていたならば必要としないはずの反対給付を受け取つたにすぎないからである。この点につき、判例も、損害額を交付した財産の全体と考える立場を採っており、これは妥当であると考えられる。

#### 第四項 「欺罔」概念の再構成

一 それでは、以上の「財産」「財産的損害」「財産的処分の自由」概念の理解に基づく場合、「欺罔」はどのように理解されるだろうか。

私見は、欺罔に由来する要素である「財産的処分の自由」を、財産法益主体が財産に対して及ぼす自由な意思決定であり、財産法益の側面であると理解する。そして、その内容としては、財産交換・交付による期待通りの反対給付の入手・目的の実現を想定している。但し、これまでの「人的」要素に注目する財産概念が受けてきた批判からも伺えるように、財産に対する「期待」そのものをすべて財産保護の対象と考えることは、対象の範囲を広げすぎてしまうことになるため、合理的な範囲の限定が必要となる。そして、これらの点を前提として導き出された「財産的処分の自由」の侵害がいかなる状況かを、前項において示した。

かような前提を認めることは、財産領域における自己決定を重視し、財産を手段とした自己実現を尊重する方向性の妨げとなりうると指摘されるかもしれない。しかし、取引の場は、当事者双方にとってそれぞれの自己実現の



場である。そして、両者のうちの一方の利益追求は、多くの場合において、相手方の不利益をもたらさう。それゆえ、かような限定は、「財産取引の場」であることに由来して必要となるものと考えられるのが妥当である。前述したように、取引の場は、取引社会の発展に伴い大規模化・匿名化し、経済的合理性が優先されることよって、財産に関する個別的事情は情報圧縮されている。それゆえ、原則的には、財産・金銭の価額の均衡が取れているかどうか、かような場面で最も重視されると考えられる。しかし、そのような一般的場面を越えて、対面による勧誘や交渉を経ているいたり、あるいはそれに準ずる密接な情報交換が行なわれていた場合など、当該意思決定において何が決定的であったかが当事者間で明らかである場合もなお存在する。その際に、価額や財物の性能などを偽って財産処分の決定に不当に影響を与えた場合は、たとえ客観的に見て反対給付が相当であったとしても、財産的処分の自由が侵害されているといえよう。詐欺罪規定は、財産取引の複雑化に伴い必要とされるようになった類型であった。取引の場が発展することにより、互いの顔が見えて信頼関係を築ける範囲にとどまらない財産交換の方が日常茶飯事になったため刑事罰が必要とされるようになったのであり、そのことから、相手方への信用は基本的に当該交換関係の内部で留まるような、いわば冷めた当事者関係を前提とするようになったのもまた必然であったといえる。しかしながら、そのことは、取引の相手方に向けた信頼はすべて裏切られても当然、として否定する方向に理解されるわけではないだろう。交渉の段階で、相手が何を重要視しているかを知っているにもかかわらずその点について欺罔・錯誤を利用した場合は、詐欺罪に該当する行為の典型例のはずである。

二　そして、かような考慮に基づく判断の内容を具体的に説明するならば、以下になるだろう。基本的には、被欺罔者が財産を交付する際に受け取ることを期待した反対給付と実際に受け取った反対給付との間で、あるいは交付した財産または受領した反対給付の使い道について、当事者間の取り決めと異なる点があるかどうかを比較し、

それが欺罔に由来するかどうかを判断する。次に、その異なっている点が被害者の意思決定を左右する要素であったかどうか、またその重要性について交渉過程で表示・言及されるなどして両当事者間での共通認識になっていたといえるか否かを考慮する。そして最後に、それでもなお目的物が意図通りの役割を果たした、また対価相当であったことから、主たる目的は満たされており、相違が情報誤差の範囲内として許容されると考えられないかを判断する。

これらを受け、「財産的処分の自由」の侵害であるところの「欺罔」は、財産交換・交付関係を取り結ぶ交渉段階以降に当事者間で表示されるなどして共通の認識にあった、財産処分の意思決定において重要な要素となる対価・給付内容の性質・用途について、虚偽の情報を具体的事実であるかのように示すことで、被欺罔者を錯誤に陥れることである、と説明されることになろう。

以上の理解は、「財産的処分の自由」に注目すること、詐欺罪の成立範囲の限定に際して近時多く見られる、「財産的損害」の側面からのアプローチから目を転じ、かつての通説の見解とは異なる形での「欺罔」からのアプローチを試みるものである。そして、このことによつて、詐欺罪のさまざまな形態——具体的にはとりわけ、相当対価の反対給付があつた場合や当初からおよそ反対給付を想定していない場合——について、一元的な説明が可能になると思われる。欺罔が、ただ「財産関連的」であれば足りるのではなく、更なる限定を受けて該当基準が厳しくなっている理由は、「財産的処分の自由」の理解において、被欺罔者の交付意思の有効性が否定されるに足りる「自由の侵害」の程度を要求することによる。そして、その「財産的処分の自由」に該当する基準が厳格であるのは、「財産的」領域における意思決定であるから、取引関係の中で交換が日常的に行なわれることが想定され、財産交換が当事者双方にとつての自己実現として時に対立し合うという財産自体の性質に由来すると考えられる。

三 本節で導かれた基準を用いることによって、従来「欺罔行為」の解釈の問題とされ、近時「財産的損害」の問題とされてきた、詐欺罪の成立範囲の限定、並びに「実質的個別財産説」における「実質的」判断の内容について、特に明確にすることができると思われる。詳細な適用とその検討は将来の課題とし、以下では、「財産的損害」の判断についての主たる問題である、相当対価が支払われた場合と、寄付行為の場合のいくつかの代表的な事例について、私見を適用した際の帰結を見ていくことにする。

相当対価が支払われた場合としては、市販されている電気按摩器を自治体の指定を受けた販売業者が取り扱う高価な病気の治療器であると偽り、しかし時価相当の価格で販売した事例がある。従来、この問題は、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いえるかにより判断されてきた。私見によれば、この場合、反対給付として提供された商品は、被欺罔者が交付した対価に相当ではあったが、宣伝文句にされて購入者の購入意思を決定付けたことから、最も必要とされている性能であることが明らかで、病気の治療器としての用途には用いることができな<sup>い</sup>。購入者は、有効な治療器を入手するために対価を支払ったのであるから、価格相当という制限をかけてもなお、財産的処分の自由が害され、財産法益侵害としての財産的損害が認められる。

また、個人所有の文化財を展示目的のためと偽って時価相当の金銭によって買受け、しかし実際には非公開のままであったり転売したりしたという場合について、およそ手放す意思がなかった個人が展示することを条件に譲渡したのであれば、<sup>④</sup>かような条件が満たされること自体も財産を通じて行なう自己実現であるといえる。それゆえ、実行されなかった場合には、いくら対価自体は価額として相当であったとしても、財産的処分の自由が侵害されており、財産法益侵害としての財産的損害が認められる。同様に、営農を条件とした国有地の払い下げを営農意思を偽って受けた場合も、<sup>⑤</sup>欺罔の相手方が国家であって個人でないという差こそあるものの、<sup>⑥</sup>営農を促進することが財

産処分における国家にとつての自己実現、つまり政策実現であつたといえ、そのために特別の価額が設定されていることから、財産的処分の自由が害されているといえよう。

およそ反対給付の受領を予定していない、寄付行為における財産交付の場合については、従来、被欺罔者の動機のうち社会的目的の側面、つまり寄付金の用途のみが保護されると解されてきた。私見によれば、例えば近所への見栄といった、寄付の本来的目的と関わりのない要素についての虚偽についても、それが「当事者間で明示されるいは共通の認識になつていたか否か」という基準によつて詐欺罪を構成するかが判断されるべきものであると考えられる。確かに、寄付者の「見栄」は、一般的・社会的に考えれば、寄付の主たる目的ではないだろう。しかしながら、特に見栄自体が被欺罔者にとつて財産交付を決定するための重要な要素であることにつき当事者間で共通認識を有していたのであれば、寄付行為によつて寄付者が充足する要素を社会的見地から限定する必要はないと思われる。このことを「見栄の保護」と説明するならば、無益にも聞こえよう。しかし、自分に寄付のために財を投じるだけの金銭的余裕があることを寄付行為を通して示したい、という欲求を充足することは、必ずしも保護に値しないとはいへないと考えられる。それゆえ、寄付を募集している相手に対しての見栄に留まるのであれば、寄付を提供した際に既に満たされたことになり詐欺罪の問題にはならないが、例えば寄付額が公表される場合などでその内容を気にしていたのであれば、詐欺罪の問題となる余地があるだろう。

他方、未成年が自分は成人であると偽つて成人向け雑誌等を購入した場合、販売店は相手方の属性を知つていた商品を提供しなかつたかもしれないが、それは条例その他の政策目的を守ろうとするからに過ぎない。本来、書店では、書籍の交付は対価を入手する手段として行なわれるのが通常であり、政策目的を別にすれば、適切な対価を支払う相手ならば誰に対しても書籍を販売したであろうと考えられる。ゆえに、対価を得て商品を交付する点

においては錯誤がないため、財産的処分の自由が害されていたとは言えず、財産法益侵害としての財産的損害はないものと考えられる。

これらの他にも、関係する事例並びに判例は多く存在するが、それらにつき本稿で提示した枠組みを適用して理解した場合の検討は、次稿において行なうこととする。

## おわりに

本稿では、近時の詐欺罪事案において欺罔概念・損害概念の拡張傾向が見られることから、詐欺罪の成立範囲を画する明確な基準を見出すことをその目標とした。その着眼点として、詐欺罪にとって本質的な要素であると考えられる「欺罔」に注目し、これと従来詐欺罪の保護法益とされてきている「財産」との関係を再検討することを通して、「財産」「財産的損害」「欺罔」概念の内実を明らかにすることを試みてきた。

詐欺罪規定の歴史的経緯についての概観からは、現在は財産犯として規定されている詐欺罪がかつては欺罔犯罪として構成されていたこと、そして、かような側面は、財産犯としての制約を受けつつも、現在も看過することのできない本質的な性質であると考えられることが見て取れた。また、詐欺罪の構成要件構造が「錯誤に基づく被害者の同意」を伴う「被害者利用の間接正犯」形態であることから、同意が無効であると評価されるに足りる「財産法益関係的」で「自由意思喪失的」な内容、また窃盗罪の間接正犯としてでは評価しきれない保護法益の部分を考える必要に迫られた。これらは、後に検討し、「財産的処分の自由」の内容と考えるに至った要素となる。詐欺罪において本質的な要素である「欺罔」を保護法益の内容として理解する試みはこれまでもなされたことがあり、

そこでは、欺罔が「財産的処分の自由」を侵害する、との把握のしかたが存在した。他方で、詐欺罪の保護法益でもあるとされてきた「財産」についての従来の議論は、物質的側面によつて把握するための基準について重点が置かれていたのみであつた。しかしながら、詐欺罪は欺罔により錯誤に陥つた被害者が自らの財産を交付するという形態であることから、物質的な財産の移転や差引き計算のみで財産的損害の有無を把握することは困難である。そして、「財産的処分の自由」こそが、詐欺罪における財産侵害性を明確に説明できる要素であると考えられる。そして、かような検討から導かれたのが、詐欺罪における「欺罔」行為によつて侵害される「財産的処分の自由」が、詐欺罪の保護法益としての「財産」の一部分を形成している、との理解である。そして、この「財産的処分の自由」の内容は、当該財産をそれに内在する「使用価値」「交換価値」「保持することの価値」のいずれの価値を選び取つてその手段として用いるかについての自由である。詐欺罪の判断基準としては、被害者の意思決定を左右する判断基準についての偽りがあり、経済的評価からみても当該財産交付の目的が満たされないのであれば、この「財産的処分の自由」は侵害されていると考えられる。そして、「欺罔」は、この「財産的処分の自由」を侵害する行為、すなわち、財産交換・交付関係を取り結ぶ交渉段階以降に当事者間で表示されるなどして共通の認識にあつた、財産的に重要な対価・給付内容の性質・用途について、虚偽の情報を具体的事実であるかのように示して、被欺罔者を錯誤に陥れることである、と説明されることになる。

以上の検討により、本稿では、詐欺罪の保護法益ならびに欺罔概念についての基礎研究として、一つの理解枠組みを示した。そして、本稿での帰結を基に、詐欺罪の具体的な事例における適用の検討を進めるとともに、詐欺罪解釈論全体に及ぼす影響について考察することが、次にまず取り組むべき課題となる。また、これらの問題は、財産犯全体に関係してくる「財産犯の保護法益」の見直し、さらに、より一般的な、保護法益の捉え方や機能につい

ての理解へもつながるものである。ここでは、財産以外の保護法益についての法益主体の自己決定・処分の自由がどのように理解されるべきかも示すことが必要となろう。これらの点についても、今後の研究課題としていきたい。

注

- (1) J. Wessels / T. Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 28. Aufl., 2005, §13 II 5e).
- (2) 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)一一六頁以下。
- (3) 伊藤涉「詐欺罪における財産的損害——その要否と限界——」刑法雑誌四二卷二号(二〇〇二年)一五〇頁。
- (4) 林幹人・刑法各論(一九九九年)二三〇頁、一五〇頁。
- (5) 山口厚・刑法各論(補訂版、二〇〇五年)二六三頁。
- (6) 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)三三六頁、三三九頁。
- (7) 田中利幸「詐欺罪と財産上の損害(一)」芝原邦爾ほか(編)・刑法判例百選Ⅱ各論(第五版、二〇〇三年)九一頁。
- (8) 菊池京子「詐欺罪における財産上の損害についての考察(完)」東海法学二三号(二〇〇〇年)一〇六頁以下。
- (9) 詳しくは、第五章第三節第三項参照。
- (10) P. Bockelmann, Der Unrechtsehalt des Betruges, aus: Probleme der Strafrechtsmodernung, Festschrift für Eduard Kohlrausch, 1944, S.248.
- (11) Bockelmann, a.a.O.(Anm.10), S.250.
- (12) A. Eser, Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden, GA 1962, S.295.
- (13) U. Kindhäuser, Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug, ZStW 103 (1991), S.398f.

- (14) Kindhäuser, aaO(Anm.13), S.409.
- (15) U-Kindhäuser, Betrug als vertriebliche Täterschaft, Festschrift für Günter Bommann, 1997, S.339ff.; U-Kindhäuser, Nomos Kommentar StGB, 2.Aufl., 2005, §263 Rn.45ff. 第三章第三節第二項IV参照。
- (16) M.Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S.259f.
- (17) Pawlik, aaO(Anm.16), S.263ff.
- (18) 大阪市立大学経済研究所〔編〕・経済学辞典(第三版、一九九二年)三〇七頁の「使用価値」〔杉原四郎〕。
- (19) 前掲注(18)六五九頁の「自由財・経済財」〔瀬尾美巳子〕。
- (20) 前掲注(18)一三三頁の「価値」〔林直道〕。
- (21) 金子勝・市場(一九九九年)一二頁における、現在の理論状況の把握を参考にした。
- (22) 金子・前掲注(21)一二頁以下。
- (23) 須網隆夫ほか(座談会) 國家の役割・市場の役割「法律時報七五卷一号(二〇〇三年)一九頁」〔土田和博発言〕。
- (24) 大庭健・所有という神話―市場経済の倫理学―(二〇〇四年)五一頁。
- (25) 詳しくは、棟居快行・人権論の再構成(一九九二年)二五九頁以下、森英樹「経済活動と憲法」講座憲法学4権利の保障(一九九四年)二六頁以下。
- (26) 森・前掲注(25)三三頁以下。
- (27) 棟居快行「日本国憲法と経済秩序」法学教室二二〇号(一九九九年)五四頁。
- (28) 井上達夫・法という企て(二〇〇三年)一八五頁。
- (29) 山本敬三・公序良俗論の再構成(二〇〇〇年)一八頁以下、山本敬三・民法講義I総則(二〇〇一年)九六頁以下。
- (30) 法令用語研究会〔編〕・有斐閣法律用語辞典(第三版、二〇〇六年)三五四頁の「契約自由の原則」。



- (31) 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）三三二頁以下。
- (32) 佐伯・前掲注(2)一一六頁。
- (33) 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）一六九頁。
- (34) 第五章第三節第二項参照。
- (35) このことを指摘するものとして、長井・前掲注(6)三二五頁。
- (36) 第五章第三節第三項参照。
- (37) 小田教授は、「『財産取引』の場面に適用を限るために『財産的損害』という視点も必要だろうが、詐欺罪の処罰に決定的なのは、『錯誤』の重要性（それをもたらず欺罔行為の程度）」である、と指摘される（小田直樹「財産犯論の視座と詐欺罪の捉え方」広島法学二六巻三号（二〇〇三年）二二六頁）。また、山口教授は、「詐欺罪の内実・構造に立ち入った、より『実質的な』法益侵害についての把握が必要」であるが、「『実質的な視点』が必要であるとし、あとは（直感的に得られた）一定の結論を示すにとどまる」説が多く、それは「思考停止の態度」である、と指摘される（山口厚「文書の不正取得と詐欺罪の成否」法学教室二八九号（二〇〇四年）一二五頁）。
- (38) 大判大正一二年一月二一日刑集二輯八二三頁、大判昭和一七年四月七日新聞四七七五号五頁など。
- (39) 最決昭和三四年九月二八日刑集一三巻一〇号二九九三頁。
- (40) 最決昭和五一年四月一日刑集三〇巻三号四二五頁。