

詐欺罪における構成要件的结果の 意義及び判断方法について（1）

——詐欺罪の法制史的検討を踏まえて——

佐 竹 宏 章*

目 次

はじめに

第一章 詐欺罪における「財産損害」に関するわが国の議論

第一節 本章の検討対象及び検討順序

第二節 詐欺罪の法益としての「財産」の意義

第三節 「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説の検討

第一款 本節の検討対象

第二款 個別財産の喪失自体を「財産損害」と捉える立場

第三款 書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求する立場

第四款 他の構成要件要素の判断において「財産損害」を考慮する立場

第一項 欺罔行為の判断において「財産損害」を考慮する立場

第二項 錯誤の判断において「財産損害」を考慮する立場

第三項 「財物騙取」又は「財産上不法の利益取得」の判断において財物・財産上の利益の移転を超えた「財産損害」を考慮する立場

第五款 小 括

第四節 「財産損害」の判断方法に関する学説の検討

第一款 本節の検討対象

第二款 個別財産の喪失に着目する見解

第三款 処分の自由の侵害に着目する見解

第四款 取引目的に着目する見解

第一項 取引目的と実際になされた取引の内容を比較して「財産損害」を判断する見解

第二項 法益関係的錯誤説から経済的目的に限らず、社会的目的も考慮する見解

* さたけ・ひろゆき 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

第三項 目的不達成説又は法益関係的錯誤説から経済的目的等に限定する見解

第四項 取引目的に着目する見解についての評価

第五款 経済的財産減少に着目する見解

第六款 当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に判断する見解

第七款 小 括

第五節 本章から得られた帰結及び課題 (以上, 本号)

第二章 わが国における詐欺罪の法制史的検討

第三章 ドイツにおける詐欺罪の法制史的検討

第四章 詐欺罪の構成要件の結果の判断方法について

おわりに

はじめに

1. 本稿の狙い

本稿は、近時の詐欺罪に関する最高裁判例への疑問を手がかりに、詐欺罪とはどのような犯罪であるのかということを、詐欺罪の法制史的検討を踏まえて明らかにし、そこで得られた知見を基礎にして、詐欺罪における構成要件の結果の意義及び判断方法を改めて定式化することを狙いとしている。

2. 近時の最高裁判例に対する懸念

近時、最高裁は、詐欺罪に関するいくつかの重要な判例を出している¹⁾。たとえば、最高裁第二小法廷平成26年3月28日決定は、暴力団員で

1) 最決平成19・7・17刑集61巻5号521頁(最高裁は、被告人が第三者に自己名義の預金通帳及びキャッシュカードを譲渡する意思があるのにこれを秘して自己名義の預金通帳の開設等を申し込み、通帳等の交付を受けた行為に詐欺罪の成立を認めた)[以下では、「自己名義通帳受交付事件」という]、最決平成22・7・29刑集64巻5号829頁(最高裁は、被告人らが、不法入国しようとしているAにバンクーバー行き搭乗券を譲渡する意図であるのにこれを秘して、搭乗券の交付を請求し、同搭乗券の交付を受けた行為に詐欺罪の成立を認めた)[以下では、「搭乗券受交付事件」という]、最決平成26・4・7刑集68巻

ある被告人Xが、ゴルフ倶楽部Aの会員であるYらと約款などで暴力団員の利用を禁止しているAを訪れ、真実は自身が暴力団構成員であるにもかかわらず、それを秘して、ゴルフ倶楽部の施設の利用を申し込み、施設利用契約を締結し、Yらと共にAの施設を利用し、翌日施設利用料金を支払ったという事案において、利益詐欺罪（刑法246条2項）の成立を認めている²⁾〔以下では、「暴力団員ゴルフ場利用長野事件」という〕。これに対して、同日、同法廷で出された最高裁第二小法廷平成26年3月28日判決では、暴力団員である被告人Xが、同じ暴力団に所属するYらと、約款などで暴力団関係者の利用を禁止しているゴルフ倶楽部Aにおいて、氏名、電話番号等を偽りなく記入したビジター受付表を自身らが暴力団関係者であることを申告せずに提出し、ゴルフ場の施設利用を申し込み、施設利用契約を締結し、Aの施設を利用し、その後料金を支払ったという事案において、利益詐欺罪の成立を否定して、無罪判決を言い渡している³⁾〔以下では、「暴力団員ゴルフ場利用宮崎事件」という〕。この結論の相違は、欺罔行為の判断が分かれたものである⁴⁾。

ㄨ 4号715頁（最高裁は、暴力団員である被告人が「私は反社会的勢力でないことを確約する」という趣旨の内容が印刷されている総合口座通帳開設の申込書を提出し、自己名義の総合口座通帳などの交付を受けた行為に詐欺罪の成立を認めた）〔以下では、「暴力団員通帳受交付事件」という〕等。

2) 最決平成26・3・28刑集68巻3号646頁。

3) 最判平成26・3・28刑集68巻3号582頁。なお、同事件の共犯者に関する無罪判決について、最判平成26・3・28集刑313号329頁。

4) 近時の最高裁判例の欺罔行為に関する判断は、(ア)当事者間で問題になっている欺罔行為の内容・対象を確認した上で、(イ)当該内容・対象が、当該状況下に置かれた者にとって、交付／処分の判断の基礎となる重要な事項であるか（欺罔行為の内容・対象の重要事項性）、(ウ)当該内容・対象を偽ったと評価できるか（欺罔行為性）を判断しているものと整理できる（拙稿「判批」立命館法学371号（2017年）282頁以下参照）。この判決及び決定において結論を分けたのは、各ゴルフ倶楽部における暴力団員の利用を排除するためにとられていた措置や周辺のゴルフ施設での対応などの相違に基づくものと思われる。これらの事実は、(ウ)の評価に関わるものといえるが（野原俊郎「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成26年度149頁以下、167頁以下参照）、暴力団員ゴルフ場利用宮崎事件（前掲・最判平26・3・28）が(イ)まで否定する趣旨であるかは判文から必ずしも明らかではない。

近時の最高裁判例は、欺罔行為の検討を中心に詐欺罪の成否を判断しており、詐欺罪の構成要件の結果に関しては詳細には検討しておらず、ましてや「財産損害」という観点には触れていない。しかし、このように欺罔行為に収斂して詐欺罪の成否を検討する最高裁判例の傾向を一般化すると、これまで詐欺罪に問われると考えられてこなかった事案についても、被欺罔者が「交付／処分の判断の基礎となる重要な事項」を「偽った」と評価される場合に、たとえ実質的な被害が生じていないとしても、詐欺罪に問われる可能性が生じる⁵⁾。

3. 欺罔行為のみに着目する判断の問題性

(1) 年齢を偽った煙草等の購入

詐欺罪において財物・財産上の利益の喪失以外の財産的な被害を考慮する必要はないという立場（後述第一章第三節第二款「個別財産喪失説」）に対して、通説は、未成年者が年齢を偽って成人しか購入できないもの（煙草、酒類、勝馬投票券など）を、あるいは18歳未満の者が年齢を偽って、条例により青少年の健全な育成を阻害するという理由で指定されている図書（以下では「指定図書類」という。）⁶⁾を購入する講壇事例を基にして批判してきた。

この批判は、近時の最高裁判例及びそれに親和的な立場にもあてはまると思われる。たとえば、未成年者がコンビニエンスストアで年齢を告げずに煙草を買った事案では、販売者側は未成年者に煙草を売ったこと自体を

5) ただし、本稿は、最高裁が欺罔行為の判断を明確化する方向であることを否定的にとらえていない。なぜなら、近時の最高裁判例の欺罔行為の判断枠組からも、詐欺罪の射程を限界付けることが一定の範囲に限って可能であるからである（この点につき、拙稿・前掲注(4)295頁参照）。このような方向から欺罔行為を否定するものとして、暴力団員ゴルフ場利用宮崎事件（前掲・最判平成26・3・28）や、それ以降の暴力団ゴルフ場利用の下級審裁判例（東京地判平成26・9・4 LEX/DB25504929）、さらに短期間で通信サービス契約を解約するつもりであるのにそれを告げずに、通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込んだ事案（金沢地判平成27・8・7 LEX/DB25542674）などがある。

6) たとえば、東京都青少年の健全な育成に関する条例9条1項（なお、同条例18条の警告違反に対する処罰規定として、同条例25条（法定刑は30万円以下の罰金））。

理由に処罰される可能性があり⁷⁾、それが発覚した際には、フランチャイズ契約が解消されることや違約金を支払うことが予測されうる。したがって、煙草購入者が成年に達していること（すなわち、未成年ではないこと）は、コンビニエンスストア側（店主や店員）にとっては、煙草を販売する際の「判断の基礎となる重要な事項」といえ、欺罔行為が認められるように思われる⁸⁾。これに対して、最高裁判例に親和的な見解から、この種の事案では「重要な事項」にあたらぬので詐欺罪は成立しないと説明されている⁹⁾。しかし、なぜ「重要な事項」にあたらぬのかは明らかではない¹⁰⁾。この種の事案に詐欺罪が成立すると考えられていないのは¹¹⁾、その

7) 未成年者喫煙禁止法5条では、「満二十年ニ至ラサル者ニ其ノ自用ニ供スルモノナルコトヲ知りテ煙草又ハ器具ヲ販売シタル者ハ五十万円以下ノ罰金ニ処ス」と規定されている。これに関し、丸亀簡判平成26・10・27 LEX/DB25541253は、コンビニエンスストア店員が年齢確認を怠って未成年者に煙草を販売した事案において、店員を同法5条違反で有罪としていたが、控訴審である高松高判平成27・9・15 LEX/DB25541254は、故意を欠くとして、一審判決を破棄して無罪を言い渡した。

8) この種の事案で詐欺罪が成立することを示唆する見解として、長井圓「判批」『平成19年度重要判例解説』〔ジュリスト1354号〕（有斐閣、2008年）182頁、前田巖「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成19年度332頁注17、木村光江「詐欺罪における財産損害と処罰範囲の変化」法曹時報60巻4号（2008年）24頁、井田良「詐欺罪における財産の損害について」法曹時報66巻11号（2014年）26頁、成瀬幸典「詐欺罪の保護領域について」刑法雑誌54巻2号（2015年）290頁以下。

9) 橋爪隆「詐欺罪における『人を欺く行為について』法学教室434号（2016年）107頁注50〔以下では、橋爪「欺く行為」と示す〕。

10) 橋爪隆「詐欺罪（下）」法学教室294号（2005年）93頁〔以下では、橋爪「詐欺罪（下）」と示す〕は、この種の事案で詐欺罪が成立しない理由として、「財産と実質的に関係のない錯誤」であるということを強調するが、橋爪は「重要な事項」を判断する際に、将来生じうる間接的な不利益も考慮することを是認しており（後述、第一章第四節第四款第二項）、「重要な事項」にあたらぬという帰結は導きがたいと思われる。

11) 関連する法令や条例では、未成年者や青少年に販売等を行った者を処罰する規定は設けられているが（未成年者喫煙禁止法5条、未成年者飲酒禁止法3条1項、競馬法34条、東京都青少年健全育成条例25条等参照）、未成年者や青少年側を処罰する規定が設けられていないことは軽視すべきではなく、この種の事案で年齢を偽った青少年や未成年者を処罰することは、当該法令や条例の趣旨（「青少年の健全育成」等）に反するものである。この点につき、佐伯仁志「詐欺罪（1）」法学教室372号（2011年）113頁注30〔以下では、佐伯（仁）「詐欺罪（1）」と示す〕、松宮孝明「詐欺罪と機能的治安法——ゴルフ場詐」

前提に、煙草等への対価が支払われていることから、詐欺罪を基礎付ける実質的な侵害が発生していないという事情があることに着目すべきである。

(2) 転売目的でのコンサートチケット等の購入

近時の最高裁判例の立場を一般化すると、現在社会問題になりつつある第三者への転売目的を秘してチケットを購入する場合にも、詐欺罪が成立することになるという問題が生じる。

従来、この種の事案は、迷惑防止条例など¹²⁾で対応されてきたが、神戸地方裁判所平成29年11月12日9月22日判決は¹³⁾、被告人が、A社が運営するチケット購入サイトで、営利目的での転売が禁止されているチケットを、営利目的で第三者に転売する意思があるのに、その意思がないように装い、ファンクラブ会員先行抽選販売予約を申し込み、同社従業員らに抽選に当選させても営利の目的で転売されることがないものと誤信させて、複数枚のチケット(被告人ら8名の名義のチケット16枚、販売価格合計11万7456円)の当選通知をさせて、同社B店などでチケット代金及び手数料を支払い、同社従業員をして、当該チケットを郵送させた¹⁴⁾事案において、詐欺罪を認めている。

神戸地方裁判所は、量刑理由の部分で「被告人は、本件各犯行の際、各チケットの購入代金を支払っているが、コンサートチケットは、その性質上販売数が限定されているものであり、営利目的転売を企図した購入が横行する

詐欺事件および諸判例を手掛かりにして——」浅田和茂ほか編『自由と安全の刑事法学』生田勝義先生古稀祝賀論文集(法律文化社、2014年)389頁注50〔以下では、松宮「詐欺と治安法」と示す〕参照。

12) たとえば、東京都公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例2条1項(乗車券等の不当な売買行為(ダフヤ行為)の禁止)。罰則として同条例8条1項1号(法定刑は、6月以下の懲役又は50万円以下の罰金)。関連する裁判例として、東京高判平成20・4・17判タ1282号341頁。

13) 神戸地判平成29・9・22LEX/DB25547424。

14) 前掲・神戸地判平成29・9・22は、第三者への転売目的で電子チケットを購入した公訴事実(本判決の罪となるべき事実の第1部分参照)と、同目的で紙媒体のチケットを購入した公訴事実(同第2部分参照)で起訴されており、前者について利益詐欺罪、後者について財物詐欺罪が問われていた。本文では、後者の公訴事実を基に事案の概要を示した。

と、真にコンサートに参加したい一般客の機会が奪われ、又は一般客が適正価格を著しく超過した暴利価格を支払うことを余儀なくされ、最終的に音楽業界全体に大きな不利益が生じることによれば、購入者が営利目的転売の意思を有しているかどうかは、販売会社にとって販売の判断の基礎となる重要な事項と認められる。そして、判示第1〔第三者への転売目的で電子チケットを購入した公訴事実——引用者注〕、第2〔同目的で紙媒体のチケットを購入した公訴事実——引用者注〕ともに営利目的転売が禁止されていることが利用規約に明示され、被告人も、各サイトを利用する際、その利用規約に同意していたことによれば、被告人による各チケットの抽選販売予約申込みは、営利目的転売の意思を有していないとの意思表示を含むものであり、各販売担当者らを欺く行為に該当する¹⁵⁾と判示している。

確かに、チケット販売業者は、第三者への転売目的を秘してチケットを購入する者（転売目的チケット購入者）が第三者へ転売する目的があることを知っていたとすれば、そのような目的を持っている者にチケットを売ることはなかったといえるかもしれない。しかし、この事案の転売目的チケット購入者は、転売する目的でチケットを購入していたとしても、実際にチケットの対価を支払っているものであり、チケット販売業者に何ら被害が生じていないのではないか¹⁶⁾。

15) 前掲・神戸地判平成29・9・22。本判決は、(罪となるべき事実)、(証拠の標目)、(法令の適用)、(量刑の理由)という項目に分かれており、引用部分は(量刑の理由)に記述されていた部分である。

16) 暴力団員ゴルフ場利用長野事件(前掲・最決平成26・3・28)との関連でこの点を指摘するものとして、松宮・前掲注(11)「詐欺と治安法」366頁、浅田和茂「法益論の観点から近時の詐欺事件を考える」季刊刑事弁護83号(2015年)68頁、松原芳博『刑法各論』(日本評論社、2016年)283頁、葛原力三「財産的損害のない詐欺罪」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』(成文堂、2017年)213頁。暴力団員ゴルフ場利用事件(前掲・最決平成26・3・28及び最判平成26・3・28)以前の裁判例をもとにして同様の指摘をするものとして、四條北斗「身分を秘匿してなした法律行為と詐欺罪——暴力団員のゴルフ場利用をめぐる——」桐蔭法学20巻2号(2014年)95頁。さらに、搭乗券受交付事件(前掲・最決平成22・7・29)との関連では、設楽裕文=淵脇千寿保「判批」日本法学79巻2号(2013年)303頁、田山聡美「判批」判例時報2202号判例評論659号

この点に関連して、神戸地方裁判所が①真にコンサートに参加したい一般客のコンサートに参加する機会の喪失、②一般客が適正価格を著しく超過した暴利価格を支払うことを余儀なくされること、③音楽業界全体の多大な不利益を考慮している点が注目される。しかし、これらの不利益は、チケット販売業者の処分行為から直接的に生じている不利益ではなく、詐欺罪を基礎付ける実質的な侵害として考慮することには疑問が残る¹⁷⁾。①は、抽選販売という販売形式をとる場合に、他の当選者のチケット購入により必然的に生じる不利益にすぎないし、②は、被告人による転売目的のチケット購入から生じるものではなく、一般客が転売者からチケットを購入するという自身の判断から生じるものにすぎないのであり、両者は販売者側に生じている不利益ではない。また、③は、このような転売が横行しているにもかかわらず、チケット販売業者、ひいては音楽業界が放置し、一般客がチケット販売業者及び音楽業界を信用しなくなり、チケットが売れなくなる場合に生じるものであり、チケット販売業者及び音楽業界の怠慢によりはじめて生じる不利益にすぎない。このような不利益を、「交付／処分の判断の基礎となる重要な事項」を認定する際の間接事実として考慮することが許容されるとしても¹⁸⁾、この不利益自体が詐欺罪

↘(2014年)181頁参照。

- 17) 暴力団員ゴルフ場利用長野事件(前掲・最決平成26・3・28)との関連で、詐欺罪の成否において間接的・抽象的な不利益が考慮されていることに疑問を呈するものとして、松宮・前掲注(11)「詐欺と治安法」375頁、松原・前掲注(16)283頁(さらに、松原芳博「判批」論究ジュリスト23号(2017年)186頁参照)、荒木泰貴「詐欺罪における間接的損害について」慶應法学37号(2017年)419頁以下(とくに、430頁、433頁)[以下では、荒木「間接損害」と示す]、葛原・前掲注(16)論文213頁以下等。さらに、照沼亮介「判批」刑事法ジャーナル27号(2011年)93頁以下、松宮孝明「暴力団員のゴルフ場利用と詐欺罪」『刑事法理論の探求と発見——齊藤豊治先生古稀記念論文集』(成文堂、2012年)161頁以下[以下では、松宮「暴力団員と詐欺」と示す]、田山聡美「詐欺罪における財産的損害」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』(成文堂、2014年)151頁以下(とくに162頁)[以下では、田山「損害」と示す]も参照。
- 18) 山口厚「詐欺罪に関する近時の動向」研修794号(2014年)10頁、橋爪・前掲注(9)「欺く行為」105頁参照。

を基礎付ける実質的な侵害そのものではないのである。

さらに、転売目的を秘したチケット購入行為について、安易に詐欺罪を肯定することは、この者から紙媒体のチケットを買い受ける者（チケット転売の相手方）の刑事責任との関係でも問題がある。転売目的チケット購入者が詐欺罪に問われる場合には、当該紙媒体のチケットは、「盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物」に当たるので（ただし、電子チケットの場合にはこれに当たらない）、チケット転売の相手方がチケットを購入したことは、盗品等有償譲受罪（256条2項）に該当する可能性がある¹⁹⁾。しかし、インターネット上におけるチケット取引サイトが発展している現状やチケット転売の相手方を処罰する必要性は意識されていないこと²⁰⁾からも、転売目的でのチケット購入については、詐欺罪で対応する（すなわち、チケット転売の相手方に盗品等有償譲受罪に問われるリスクを負わせる）のは妥当でなく、転売目的のチケット購入を制限するためのチケット販売業者側の対応²¹⁾や新たな法規制²²⁾で対処すべきと思われる

19) 自己名義通帳受交付事件（前掲・最決平成19・7・17）や搭乗券受交付事件（前掲・最決平成22・7・29）では、第三者が共犯者（あるいはそれに類する者）として関与していたので、詐欺罪の共犯以外の第三者側の刑事責任の問題は意識されてこなかった。もっとも、最高裁判例の立場を前提にすれば、転売禁止を約款で定めている国内線の航空券を転売目的で購入する場合に、詐欺罪が成立する可能性は否定できないのであり、転売目的で航空券を購入した者に詐欺罪の成立を認めた場合には、航空券を転売者から買い受けた者にも、盗品等有償譲受罪が成立する可能性が生じる。

20) 前掲・神戸地判平成29・9・22は、チケット転売の相手方一般の不利益（「一般客が適正価格を著しく超過した暴利価格を支払うことを余儀なくされること」）を考慮し、チケット転売の相手方一般を「被害者」の側に位置づけており、処罰対象とは考えていないものと思われる。

21) ただし、前掲・神戸地判平成29・9・22の罪となるべき事実第1の第三者への転売目的で電子チケットを購入した事案における販売会社は、不正転売を防止するために電子チケット（電子チケットのデータを当選者に送り、当選者はスマートフォンの専用アプリでそのデータをダウンロードする仕組み）を導入したようであるが、被告人は、スマートフォンをチケット転売の相手方に貸与して、この仕組みを潜脱している。

22) チケット転売による暴利行為を処罰する規定を新たに制定すること、あるいは東京都公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例2条1項のような規定を法律として定める（それとともに法定刑を上げることも併せて行う）ことが考えられる。➤

る。

以上の検討により、近時の最高裁判例には、個人の財産の保護とは異なる目的で（すなわち、行政法規の遵守、治安維持、さらには取引秩序の維持の手段として）詐欺罪が拡張的に用いられる可能性が内在しており²³⁾、この拡張的運用はこれから派生して、第三者の刑事責任との関係でも問題をはらんでいるということが明らかになった。これらのことに鑑みれば、このような拡張的運用を抑制するために、詐欺罪の欺罔行為とは異なる観点から詐欺罪の射程を限界付ける理論を構築することが喫緊の課題であるといえる。

4. 詐欺罪の構成要件の結果を精緻化することの意義

一般に、詐欺罪は、① 人を欺いて（欺罔行為）、② 相手方を錯誤に陥らせ（被欺罔者の錯誤）、③ 相手方にその錯誤に基づいて財物の交付、又は財産上不法の利益を処分させ（被欺罔者の錯誤に基づく交付行為／処分行為）、④ 財物又は財産上不法の利益を得た、あるいは他人にこれを得させた（財物騙取／財産上不法の利益取得）場合に、成立すると理解される。このうち、財物詐欺罪の構成要件の結果は、「財物を交付させた」ことによる財物の取得、利益詐欺罪のそれは、財産処分行為により「財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた」ことである。そして、学説では、上記の①～④に加えて、書かれざる構成要件要素として⑤「財産損害」を要求するか否かについて争われている（後述第一章第三節）。

↘なお、『日経新聞』（2017年9月1日、朝刊）では、「超党派のスポーツ議員連盟などが〔2017年——引用者注〕8月31日の会合で、2020年の東京五輪・パラリンピックに向けて、チケットの高額転売を制限するための法整備を検討する方針を確認した。……来年の通常国会での法改正をめざす。」と報道されている。

23) 近時の最高裁判例に対して、詐欺罪の拡張的運用を危惧している見解として、松宮・前掲注(11)「詐欺と治安法」361頁以下、浅田・前掲注(16)論文63頁、生田勝義「最近の詐欺罪判例と罪刑法定主義——法的関係の相対性からする検証——」立命館法学369=370号(2017年)14頁、齋野・後掲注(37)論文396頁。さらに、四條・前掲注(16)論文97頁も参照。

このような詐欺罪の構造から、詐欺罪の欺罔行為は、「詐欺罪の構成要件的结果に向けられた行為」であることが要求されるといえる²⁴⁾。したがって、詐欺罪の構成要件的结果の解釈を精緻化することは、詐欺罪の既遂としての成立範囲を限界付けるのと同時に、欺罔行為の解釈の精緻化にもつながるものといえる²⁵⁾。上記3で示したように、欺罔行為のみに着目する判断には詐欺罪の拡張的運用のおそれが内在しているのであり、詐欺罪の射程を限界付けるには、構成要件的结果に着目することにこそ意義があると思われる。

5. 本稿全体の課題

以上の検討を踏まえて本稿全体の課題を提示する。第一の課題は、詐欺罪の拡張的運用に歯止めをかけるために、詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組を再定式化するということである。第二の課題は、最高裁判例に影響を受けている裁判実務やそれに親和的な学説につき再考を促すために、実務においても運用可能な詐欺罪の構成要件的结果の具体的判断基準を定立するということである。

6. 本稿における解釈方法論

本稿は、上記5の課題について、詐欺罪の法制史的検討を中核に位置付

24) 松原・前掲注(16)書264頁以下は、詐欺罪のその他の構成要件要素との関連で欺罔行為の解釈の内容的限定が必要であることを示す。通説が、詐欺罪の欺罔行為について、財物の交付、又は財産上の利益の処分に向けられていること（たとえば、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）250頁以下等）、あるいは、詐欺罪の書かれざる構成要件要素として「財産損害」を必要とする立場が、財産損害（騙取ないし不法利得）に向けられていること（浅田和茂「詐欺罪の問題点」中山研一ほか編『現代刑法講座 第4巻 刑法各論の諸問題』（成文堂、1982年）317頁）を要求しているのは、まさにこの現れである。

25) 林幹人「欺罔行為について——最高裁平成26年3月28日決定を契機として」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）347頁以下〔以下では、林（幹）「欺罔」と示す〕参照。

けて、詐欺罪の構成要件の結果の意義及び判断方法を明らかにすることを狙いとする。

これまでのわが国の刑法各則研究において、本稿と同様に、研究対象となる犯罪の法制史的検討を基軸にして、当該犯罪の解釈を展開する論稿はすでに多数存在している²⁶⁾。しかし、多くの論稿は、立法者意思を探究する主観的解釈方法論をとるのか、あるいは、制定法の実質的内容を客観的に探究する客観的解釈方法論をとるのか²⁷⁾の態度決定²⁸⁾を明示することなしに法制史検討を行っているにとどまる。しかしながら、このような態度決定を示すことは、犯罪規定の解釈を中心に扱う刑法各則研究にとっては研究全体の骨格といえるものであり、研究の構想自体の説得力につながるものと思われる。

本稿は、法制史的研究において、立法者意思を過度に重視するという立場には立っていない。なぜなら、厳密な意味で立法者意思を確定することは困難であり²⁹⁾、結局のところ、解釈者の恣意的な評価が入り込んでしま

26) たとえば、詐欺罪の研究の関連で法制史的検討を扱うものとして、中森喜彦「二項犯罪小論——その由来を中心に——」法学論叢(京都大学)94巻5=6号(1974年)215頁以下〔以下では、中森「二項犯罪」と示す〕、足立友子「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——」法政論集(名古屋大学)208号(2005年)97頁以下(とくに、113頁~130頁)〔以下では、足立(友)「欺罔(一)」と示す〕、渡辺靖明「詐欺罪と恐喝罪との関係をめぐる考察——『虚喝』と『財産交付罪』の立法史的研究——」横浜国際社会科学研究所18巻3号(2013年)13頁以下〔以下では、渡辺「虚喝」と示す〕等。

27) 主観的解釈方法論と客観的解釈方法論に関する論争について、阿部純二「刑法の解釈」中山研一ほか編『現代刑法講座 第1巻 刑法の基礎理論』(成文堂、1977年)101頁以下、青井秀夫『法理学概説』(有斐閣、2007年)469頁以下等参照。さらに包括的な研究として、増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』(勁草書房、2008年)1頁以下。

28) 近時、ドイツにおいて、この議論を踏まえて、学問としての刑法各則研究を探究する試みとして、Michael Kubiciel, Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts, Frankfurt am Main 2013, S. 30ff.

29) これに関する具体的内容として、立法者の確定困難性(ある規定を制定する段階では多数の関与者が存在するし、複数の草案を経ている場合にはさらに多数の関与者が存在するといえ、誰の意思を「立法者」の意思と捉えるか確定は困難である)、立法理由書の断片性(必ずしも立法理由書に規定の趣旨、規定の射程等が詳細に記されているわけではない)、資料的限定(ある規定の審議過程が非公開であったり、資料が存在しなかったり、ある

う可能性を排除できないからである³⁰⁾。他方で、何の基準も示さずに、条文解釈を客観的に行うということにも賛同できない³¹⁾。なぜなら、「時代の変化」「社会の変化」³²⁾という理由の下で、現在の解釈者のフリーハンドによる恣意的な解釈を許容してしまえば、罪刑法定主義が骨抜きにされてしまうおそれがあるからである。以上より、本稿では、基本的に客観的解釈方法論をとりつつ、当該犯罪規定の趣旨・目的、すなわち当該犯罪規定の解釈指針を、客観的資料(たとえば、当該犯罪規定の文言、当該犯罪規定の法典における位置付けや他の犯罪規定との関係性、さらには、当該犯罪規定の沿革など)から明らかにして、それを基に当該犯罪規定の射程を導き出すという解釈方法論に依拠する。

本稿は、あらゆる犯罪規定の解釈において、保護法益論からアプローチすれば足りるという理解には立っていないし³³⁾、常に法制史的検討を出発点に置くべきであるという理解にも立っていない³⁴⁾。すなわち、本稿は、

ゝいは資料としては残っているとしても現時点では入手困難であったりするなど立法者意思を推測でしか判断できない場合が生じうる)などを挙げることができる。

- 30) *Kubiciel*, aaO (Fn. 28), S. 42 では、このことを「主観的解釈という旗の下で、客観的解釈が行われる」と表現する。そして、主観的解釈方法論に対して、「立法者の意思を援用することが、根拠付けのための『もっとも簡潔な』方法ではあるとしても、『もっとも明瞭な』方法ではない」と批判する。
- 31) 客観的解釈という旗の下で、解釈者の主観に基づいて解釈を行うことは慎むべきである。*Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3.Aufl., Köln/München 2008, S. 631 が、「『主観的』解釈は客観的であり、『客観的』解釈は主観的である」と述べていることが、両解釈方法論に対する懸念を端的に表現するものと言える(なお、この点につき青井・前掲書(27)469頁注2も参照)。
- 32) 「時代の変化」や「社会の変化」を重視して、詐欺罪に関する近時の判例の拡張傾向を是認するものとして、木村(光)・前掲注(8)論文23頁以下、星周一郎「詐欺罪の機能と損害概念」研修738号(2009年)10頁、成瀬・前掲注(8)論文138頁、宮崎英一「詐欺罪の保護領域について——直近の判例を中心として——」刑法雑誌54巻2号(2015年)187頁等。ただし、成瀬や宮崎は、社会情勢の変化や犯罪の多様化により、従来の基準によっても詐欺罪に該当する事案が増加したに過ぎない旨説明している。
- 33) 松宮孝明「法益論の意義と限界を論ずる意味——問題提起に代えて——」刑法雑誌47巻1号(2007年)10頁参照。
- 34) 本稿は、立法者意思は当該法律の解釈にとって重要であるが、それに拘束されるもの

(1) 解釈指針としての法益概念が争いの余地のないほど一義的なものである場合には、それを指針にして解釈を実践することで足りるが³⁵⁾、これに対して、(2) 法益概念が一義的なものとははいえず、争いがある場合には、客観的資料に基づいて解釈指針を確定する必要性が生じるという理解に立っている。この際に、法制史的資料が重要となってくるのである。

7. 本稿の検討順序

以上を踏まえて、本稿全体を概観する。第一章では、「財産損害」に関するわが国の議論につき検討する。ここではまず、詐欺罪の保護法益を「個別財産」ないしは「全体財産」と捉えることを出発点に置くことに対する疑問が提起される。そして、次に、このような認識に基づいて、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けを検討し、さらに、詐欺罪における「財産損害」の判断基準に関する議論を検討する。これらの検討を踏まえて、詐欺罪における構成要件的结果の意味内容及び「財産損害」の構成要件上の位置付けを明らかにするには、客観的資料（とりわけ、この問題に関し詐欺罪の構成要件的结果についての従来の学説があまり重視してこなかった詐欺罪の規定の歴史的展開）に立ち返ることが必要であるという帰結を示す。

第二章では、第一章の分析を踏まえて、わが国の詐欺罪の法制史的検討

35) ではないという理解に立っている。Vgl. *Karl Binding*, Handbuch des Strafrechts, I. Band, Leipzig 1885, S. 455. さらに、阿部・前掲注(27)論文107頁、伊東研祐「財産犯の行為客体としての『財産上の利益』、移転罪の保護客体とその侵害・危殆化としての個別的損害」法曹時報69巻8号(2017年)10頁以下参照。なお、本稿の理解と異なり、主観的解釈方法論を重視する立場として、野澤充『中止犯の理論的構造』(成文堂、2012年)7頁注14。

35) 私見は法益保護論に基づく立法批判的機能には懐疑的ではあるが(Vgl. *Günther Jakobs*, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, Düsseldorf 2012, S. 37. [同書の日本語訳として、ギュンター・ヤコブス(川口浩一=飯島暢訳)『法益保護によって刑法は正当化ができるか?』(関西大学出版部、2015年)]), 当該犯罪規定の保護法益が一義的に明らかである場合には、解釈の指針として用いることまでは否定されないと考えている。

を行う。ここでは、わが国の詐欺罪がどのように成立したのか、すなわち旧刑法典の詐欺取財罪・現行刑法典の詐欺罪の規定、及び、それに至る諸草案を検討し、現行刑法典における詐欺罪の趣旨・目的を明らかにする。そして、これらの検討から、わが国の利益詐欺罪は明治23年草案の詐欺罪に由来するものであり、この規定はドイツの詐欺罪を参照して起草された可能性があることを示唆し、明治23年草案及びそれ以降の草案の詐欺罪の規定形式の変遷などから、「財物騙取」と「財産上不法の利益取得」は、行為者側からみた詐欺罪の構成要件的结果を意味し、ドイツの詐欺罪（ドイツ刑法263条³⁶⁾）における「他人の財産に損害を与えること（財産損害）」は、被害者側からみた詐欺罪の構成要件的结果を意味しており、両者の構成要件結果は表裏の関係にあると分析した上で、わが国の詐欺罪の構成要件的结果である「財物騙取」と「財産上不法の利益取得」の解釈においても、「財産損害」という観点を踏まえて判断を行うべきであるという試論を展開する。

第三章では、第二章で導出した試論である、わが国の詐欺罪における構成要件的结果（「財物騙取」及び「財産上不法の利益取得」）の解釈に際して、ドイツの詐欺罪の構成要件的结果（「財産損害」）の解釈を参照する意義を示すために、ドイツの詐欺罪の法制史的検討を行う。ここでは、ドイツの詐欺罪は、ローマ法における嘘をつく犯罪一般（*falsum*, *stellionatus* 等）に由来するものであり、これを参考にして規定化された神聖ローマ帝国下の初期領邦刑法典における虚偽的行為一般、及びその後の領邦刑法典における虚偽的行為一般から、広義の詐欺（偽造犯罪、財産権を侵害する詐欺、財産権以外の権利を侵害する詐欺などを含む）、さらには狭義の詐欺（財産権を侵害する詐欺）が分化するという過程を経て成立したものであることを明らか

36) ドイツ刑法典263条では、「違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的で、虚偽の事実を真実に見せかけることにより、又は真実を歪曲若しくは隠蔽することにより、錯誤を生じさせ又は維持させることにより、他人の財産に損害を与えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。」（法務大臣官房司法法制調査部司法法制課『ドイツ刑法典』法務資料461号（2007年）159頁以下）と定めている。

にする。そして、これらの検討を踏まえて、詐欺罪を狭義の詐欺（財産権を侵害する詐欺）として位置付け、自己侵害犯及び財産移転犯として理解する場合には、行為者の欺罔行為により、被害者が自身の財産を行為者に処分することが本質であり、被害者側の財産喪失と行為者側の財産利得が対応関係にあるという分析を行う³⁷⁾。この分析を基にして、ドイツ刑法263条のように、「財産損害」を構成要件的结果として（さらに「違法な財産上の利益を得る目的」を主観的要素として）要求する規定形式も、わが国の詐欺罪のように、「財物騙取」と及び「財産上不法の利益取得」を構成要件的结果として要求する規定形式も共通の基盤を持つ規定形式であることを導く。

そして、第四章では、これまでの検討結果を踏まえて、詐欺罪における構成要件的结果である「財物騙取」及び「財産上不法の利益取得」の具体的判断方法について検討する。ここでは、第三章で明らかにする知見（わが国とドイツの詐欺罪の構成要件的结果の実質的共通性）を基にして、ドイツの詐欺罪の保護法益として議論されている「財産」概念、さらに構成要件要素としての「財産損害」（及び「違法な財産上の利益を得る目的」）に関する議論を参考にして、ドイツにおける詐欺罪の「財産損害」の判断の在り方を明らかにした上で、わが国の詐欺罪の構成要件的结果、すなわち「財物騙取」及び「財産上不法の利益取得」の判断方法と判断基準を定式化する。以上の検討を踏まえて、最後に私見に基づく近時の最高裁判例に関する

37) この点に関連して、齋野彦弥「詐欺罪における損害の意義——経済的損害概念の再評価——」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）409頁は、「損害と利得とは対称的に出現するものとは限らないのであり、行為者の側に財産上の利得があることが、その反射としての、被欺罔者の財産上の損害を常に肯定しうるものではない。」と主張する。もっとも、本稿は、従来の形式的個別財産説が主張してきたような意味での財物・財産上の利益の喪失が「財産損害」であるという理解、あるいは、「損害（Nachteil）」と「利得（Gewinn）」の客体の同一性を要求する理解（*Adolf Merkel, Die Lehre vom strafbaren Betrüge, Kriminalistische Abhandlungen, Bd. II, Erste Abtheilung, Leipzig 1867, S. 118*）に立っているわけではなく、両者が厳密な意味で一致することまでを要求していない（この点についての詳細は、後述第四章）。

る評価、及び、「財産損害」の表題の下で議論されている事例群（たとえば、行為者によって相当対価あるいは価格に相応する物・利益が提供された事案³⁸⁾、寄付金などの片面的給付の事案、一定の範囲に権利又は受給資格がある場合の水増し請求事案³⁹⁾など）についての解決を示す。

第一章 詐欺罪における「財産損害」に関するわが国の議論

第一節 本章の検討対象及び検討順序

わが国の詐欺罪における「財産損害」に関する議論は、(ア) 詐欺罪の保護法益としての財産の意義（詐欺罪の保護法益は「個別財産」か、「全体財産」か）、(イ) 詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付け（詐欺罪における「財産損害」は書かれざる構成要件要素か、あるいはそれ以外の構成要件要素の判断において考慮されるのか）、(ウ) 詐欺罪における「財産損害」の判断方法（書かれざる構成要件要素としての「財産損害」の判断方法、あるいはその他の構成要件要素における「財産損害」の考慮方法）を截然と区別せずに扱ってきた。「はじめに」で示した本稿の解釈方法論からすれば、詐欺罪の保護法益が詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付け、及び、詐欺罪における「財産損害」の判断方法についての解釈指針となり得るかをまずもって明らかにする必要がある、これらは渾然一体として扱われる問題ではなく、段階的に検討されるべき問題である。

本章ではこのような認識から、第二節で詐欺罪の保護法益としての「財産」の意義について、第三節では、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説について、第四節では、詐欺罪における「財産損害」の判断基準に関する学説について概観する。そして、第五節では

38) 医師免許詐称売薬販売事件（大決昭和3・12・21刑集7巻772頁）、ドル・バイブレーター事件（最決昭和34・9・28刑集13巻11号2993頁）、暴力団員ゴルフ場利用事件（前掲最決平成26・3・28及び最判平成26年3・28）、住管機構根拠当権放棄事件（最決平成16・7・7刑集58巻7号309頁）等。

39) 東京高判平成28・2・19判タ1426号41頁等。

これらの議論についての私見を定立するには、詐欺罪の歴史的展開に立ち返ることが必要であるという帰結を導き出す。

なお、本章の検討は、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付け、及び、詐欺罪の構成要件の結果の判断方法に関する私見を定立する準備作業にすぎない。「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する私見は、最終的には、第二章及び第三章の検討を踏まえて導かれ、そして、詐欺罪の構成要件の結果の判断方法に関する私見は、第二章及び第三章で得られた知見を前提に、第四章でドイツ法の議論などを参照することによって展開されるものである。

第二節 詐欺罪の法益としての「財産」の意義

本節では、詐欺罪の構成要件における「財産損害」の位置付けとの関係で展開されてきた詐欺罪の保護法益としての「個別財産」と「全体財産」に関する議論を検討する。

この議論は、財産犯の保護法益は、「個人〔権利主体⁴⁰⁾〕の財産」であるということを前提に、その「財産」をどのように理解するかについての争いといえる。「個別財産」とは、個別の財物・財産上の利益自体のことを意味し、ある犯罪が「個別財産に対する罪」と理解される場合には、個別の財物・財産上の利益の喪失だけが犯罪の成立において考慮されると理解されてきた。これに対して、「全体財産」とは、法益主体の財産状態全体を意味し、ある犯罪が「全体財産に対する罪」と理解される場合には、財産の喪失及びそれに伴う財産の取得を全体として併せて評価し、財産状態が減少している場合に損害があると理解されてきた。詐欺罪の関連では、通説は、詐欺罪の保護法益を「個別財産」と捉えて、詐欺罪を「個別

40) 「個人〔権利主体〕の財産」と表記している理由は、国家、地方公共団体、法人等を含むという意味である（これに対して、国家的法益に対する国家や地方公共団体に対する詐欺罪が成立しないとする見解として、団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社、1990年）607頁、大塚仁『刑法概説（各論）〔第三版増補版〕』（有斐閣、2005年）241頁、福田平『全訂 刑法各論〔第三版増補〕』（有斐閣、2002年）249頁等）。

財産に対する罪」と理解してきた⁴¹⁾⁴²⁾〔以下では、「個別財産侵害モデル」という〕。これに対して、有力説は、詐欺罪の保護法益を「全体財産」と捉えて、詐欺罪を「全体財産に対する罪」と理解してきた⁴³⁾〔以下では、「全体財産侵害モデル」という〕。

しかし、通説である個別財産侵害モデルも、有力説である全体財産侵害モデルも、論証すべき事柄であるはずの構成要件的结果に関する自身の帰結を論拠の一つにして、詐欺罪の保護法益(「個別財産」／「全体財産」)を導き出し、それに基づいて、詐欺罪の構成要件的结果を解釈しており、結

-
- 41) 福田・前掲注(40)書212頁、249頁以下、堀内捷三『刑法各論』(有斐閣、2003年)105頁、153頁、伊藤渉ほか『アクチュアル刑法各論』(弘文堂、2007年)[伊藤渉執筆]155頁、203頁(ただし、伊藤は、この理解が詐欺罪において反対給付の内容を考慮しないという意味なら妥当でないという留保を付している)、山口・前掲注(24)書170頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』(弘文堂、2011年)104頁、143頁、伊東研祐『刑法講義 各論』(日本評論社、2011年)127頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』(弘文堂、2012年)37頁、佐久間修『刑法各論〔第2版〕』(成文堂、2012年)170頁以下、高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』(成文堂、2014年)295頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』(成文堂、2015年)182頁、前田雅英『刑法各論講義〔第6版〕』(東京大学出版会、2015年)244頁、188頁、松原・前掲注(16)書166頁、井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016年)196頁、橋本正博『刑法各論』(新世社、2017年)171頁、設楽裕文『刑法各論』(弘文堂、2017年)77頁以下等。
- 42) 基本的に通説と同様の理解に立ちつつ、二項犯罪(利益強盗罪、利益詐欺罪、利益恐喝罪)の一部には、個別財産に対する罪と全体財産に対する罪の両側面が含まれていることを指摘するものとして、小野清一郎『全訂刑法講義〔再版〕』(有斐閣、1946年)624頁以下、団藤重光編『注釈刑法(6)各則(4)』(有斐閣、1966年)183頁[福田平執筆](さらに、福田平「詐欺罪の問題点」日本刑法学会編『刑法講座 第6巻 財産犯の諸問題』(有斐閣、1964年)83頁以下も同旨)、団藤・前掲注(40)書546頁、大塚(仁)・前掲注(40)242頁、川端博『刑法各論講義〔第2版〕』(成文堂、2010年)271頁以下)。これに類似の見解として、背任罪及び二項犯罪を全体財産に対する罪の性質をもつと理解しつつ、財物詐欺罪にも実質的な損害の発生を要求する見解(山中敬一『刑法各論〔第3版〕』(成文堂、2015年)253頁、関哲夫『刑法各論』(成文堂、2017年)191頁、263頁)が存在する。
- 43) 林幹人『刑法各論〔第2版〕』(東京大学出版会、2007年)138頁以下(ただし、林は、窃盗や横領等を「所有権に対する罪」と位置付け、詐欺、恐喝、背任等を「財産に対する罪」と位置付けるドイツの議論をそのまま導入せずに、財産犯一般の保護法益との関係で、「財産」侵害が必要であるという見解を主張している)、裴美蘭「詐欺罪における財産上の損害」法政研究(九州大学)78巻4号(2012年)175頁、浅田・前掲注(16)論文65頁。

論先取的論証の疑いがある。本稿のように、保護法益を、構成要件要素の解釈指針を導出するために確定する必要があるという見解からはいうに及ばず、その他の立場からも、このような結論先取的論証は当然に排斥されるべきであろう。

また、このような論証方法への疑義は一旦措くとしても、個別財産侵害モデルも、全体財産侵害モデルも、以下にみるように、自説の論拠を十分に示していないといえる。まず、個別財産侵害モデルは、主として、詐欺罪の条文に「財産損害」が規定されていないことを論拠とする。この立場は、全体財産侵害モデルに対して、詐欺罪と背任罪の文言の差異を無視するものであるなどと批判してきた⁴⁴⁾。確かに、各犯罪規定の保護法益を明らかにする際に、条文が一つの重要な手がかりになることは否定しえないとしても、それだけでは当該犯罪規定がどのような法益を保護しているかを読み取ることはできないと思われる。なぜなら、保護法益と条文に示された行為客体は異なる概念であるからである⁴⁵⁾。個別財産侵害モデルを基礎付けようとするならば、詐欺罪や他の財産犯規定(背任罪など)の文言だけではなく、それ以外の客観的資料(たとえば、法制史的資料など)から解釈指針という補助線を引いて読み直す必要がある⁴⁶⁾。

44) 橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」『植村立郎判事退官記念論文集——現代刑事法の諸問題 第1巻第1編理論編・少年編』(立花書房, 2011年)180頁【以下では、橋爪「詐欺罪の限界」と示す】、山口・前掲注(24)書244頁等参照。

45) その意味で、伊東・前掲注(34)論文13頁以下が、「行為客体」と「保護客体ないし法益」を概念上区別することを強調しているのは正当である。

46) 二項犯罪(利益強盜罪、利益詐欺罪、利益恐喝罪)との関係でこのような試みを実践するものとして、中森・前掲注(26)「二項犯罪」215頁以下。ただし、本稿第二章では、中森が法制史的検討によって導いた次のような帰結に対して、旧刑法及び現行刑法の沿革を詳細に検討することにより、疑問を提起する。すなわち、旧刑法の詐欺取財罪、旧刑法制定後のボワソナードによる修正案、明治23年草案、明治34年草案の規定や理由書等を概観したうえで、「二項犯罪は、旧刑法詐欺取財罪の発展として、現行刑法に特徴的な包括的な構成要件の設定という線上に成立したものとみるのが適当と思われる。従ってその性格は全体財産に対する罪ではなく、あらゆる個別的な財産上の利益の取得を罰するものとみるべきである」(同226頁)と結論付けていることに対してである。

通説的な理解に対して、全体財産侵害モデルは、主として、①「詐欺罪は財産犯である」というテーゼ⁴⁷⁾や②諸外国の詐欺罪の議論状況⁴⁸⁾から論証している。しかし、①「詐欺罪は財産犯である」というテーゼと同じ趣旨のことは、個別財産侵害モデルからも論拠の一部として挙げられており⁴⁹⁾、全体財産侵害モデルを基礎付ける固有の論拠たりえない。この論拠を用いるには、ここでの「財産犯」の意味を具体化する必要がある。また、②諸外国の詐欺罪に関する議論状況から論証することにも慎重でなければならない⁵⁰⁾。確かにこのような議論状況から、詐欺罪の規定において「財産損害」が明記されていない場合であっても、全体財産侵害モデルを採用することがあり得ると論証することは可能である⁵¹⁾。しかし、ある解釈が可能であるということを示すだけでは、その解釈をとるべきであるということが即座に導かれるわけではない。このような諸外国の詐欺罪に関する議論を参考にして自説の論拠として用いるには、わが国と比較対象となる国の詐欺罪の規定の背後にある共通性を描き出すことによって、あるいは普遍的に妥当する理論を導出するということによって、はじめて可能になるものであると思われる⁵²⁾。その意味で全体財産侵害モデルを諸外国

47) 佐伯千仞『刑法各論』（有信堂、1959年）146頁、林（幹）・前掲注（43）書247頁、浅田・前掲注（16）論文65頁。

48) 韓国及びドイツの詐欺罪の議論を参考にして、わが国の詐欺罪を全体財産に対する罪と理解するものとして、斐・前掲注（43）168頁以下参照。なお、ドイツの議論を参考にして、財産犯の保護法益論を展開する研究として、林幹人『財産犯の保護法益』（東京大学出版会、1984年）〔以下では、林（幹）『財産犯』と示す〕3頁以下。

49) たとえば、団藤・前掲注（40）書619頁、西田・前掲注（41）書203頁参照。

50) ドイツの詐欺罪にならって、構成要件要素として「財産損害」の発生を要求することに消極的な見解として、井田・前掲注（8）論文7頁以下等。

51) この点に関連して、斐・前掲注（43）論文168頁以下が、韓国の詐欺罪が日本の詐欺罪の規定と相当な類似性を有しているにもかかわらず（同167頁注25）によれば、韓国刑法347条1項は「人を欺罔し、財物の交付を受け又は財産上の利益を取得した」場合に、同条2項は「前項の方法により、第三者に財物の交付を受けさせ又は財産上の利益を取得させたとき」に成立する、韓国では詐欺罪を全体財産に対する罪と理解するのが一般的であると紹介されていることは重要である。

52) 本稿第四章で、わが国の詐欺罪の構成要件の解釈において、ドイツの詐欺罪の財産損

の詐欺罪に関する議論状況のみから展開することは、個別財産侵害モデルと同様に不十分な論証に基づくものであると言わざるを得ない。

以上の検討から、詐欺罪の保護法益として展開されている「個別財産」ないし「全体財産」の議論は、必ずしも十分な論拠に基づくものではないことが明らかになった。したがって、個別財産侵害モデル又は全体財産侵害モデルの態度決定によって、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上位置付け及び「財産損害」の判断方法を導く従来の論証には再考の余地がある⁵³⁾。

第三節 「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説の検討

第一款 本節の検討対象

本節では、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説を、個別財産の喪失自体を「財産損害」と捉える立場(第二款)、詐欺罪の書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求する立場(第三款)、詐欺罪のその他の構成要件要素の判断において「財産損害」を考慮する立場(第四款)に分類して検討を行う。ここでは、前節の検討を踏ま

ㄨ害の議論を参照するのは、第二章及び第三章で明らかにされる、わが国とドイツの詐欺罪の規定の背後にある共通性を前提にしている。林(幹)・前掲注(48)『財産犯』や藪・前掲注(43)論文は、このような前提作業を十分に貫徹せず、詐欺罪あるいは財産犯全般の保護法益理解、それに基づく詐欺罪の構成要件的结果の理解(書かれざる構成要件要素として「財産損害」が必要であるという理解)を導いている点に問題があるといえる。

53) 近時、個別財産侵害モデルと全体財産侵害モデルの対立の無内容性を指摘するものとして、齋野・前掲注(37)論文387頁。詐欺罪において、個別財産侵害モデルに立ちつつ、実質的な財産損害を要求する立場が成り立ちうるのかについても、全体財産侵害モデルに依拠して書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求する立場(林幹人「詐欺罪における財産上の損害——最高裁平成13年7月19日判決を契機として——」現代刑事法44号(2002年)51頁以下〔以下では、林(幹)「損害」と示す〕)から疑問が提起されている。さらに、個別財産侵害モデルに依拠して個別財産喪失説をとる立場から実質的損害を要求する立場への批判として、長井圃「証書詐欺罪の成立要件と人格的財産概念」板倉宏博士古稀祝賀論文集編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』(勁草書房、2004年)337頁〔以下では、長井「人格的財産概念」と示す〕参照。

えて、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けについて、個別財産侵害モデル又は全体財産侵害モデルに依拠せずに自説を基礎付けられているのかを中心にみていく。

第二款 個別財産の喪失自体を「財産損害」と捉える立場

(1) 主張内容

個別財産の喪失自体を「財産損害」と捉える立場(以下では、(a)「個別財産喪失説」という。)は、「詐欺罪は財産犯である」ので何らかの形で「財産損害」を考慮することは必要であるということを前提に、個別財産の喪失自体が、詐欺罪の「財産損害」であると主張する。

個別財産喪失説には、(a-1)財物・財産上の利益の喪失自体を「財産損害」と捉える立場と⁵⁴⁾、(a-2)財物詐欺罪と利益詐欺罪を区分して、財物詐欺罪の場合には財物の喪失自体を「財産損害」と捉え、利益詐欺罪の場合には、財産上の利益の喪失を超えた「財産損害」を検討する必要があるとする立場がある⁵⁵⁾(以下では、基本的には(a-1)説及び(a-2)説を包括して扱い、(3)で(a-1)説から(a-2)説への批判を検討する⁵⁶⁾)。

54) (a-1)説を主張するものとして、江家義男『増補 刑法各論』(青林書院新社、1963年)312頁、藤木英雄『刑法講義 各論』(弘文堂、1976年)307頁、平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977年)218頁、福田・前掲注(40)書249頁以下、板倉宏『刑法各論』(勁草書房、2004年)129頁、佐久間・前掲注(41)書222頁、伊東・前掲注(41)書196頁、渡辺靖明「詐欺罪における実質的個別財産説の錯綜」横浜国際経済法学20巻3号(2012年)122頁以下〔以下では、渡辺「実質的個別財産説」と示す〕、長井圓「詐欺罪における形式的個別財産説の理論構造」法学新報121巻11=12号(2015年)359頁以下〔以下では、長井「形式的個別財産説」と示す〕など。さらに、曾根・前掲注(41)書144頁(ただし、曾根は、構成要件段階では、形式的意味での個別的損害について判断するが、違法論の段階で、対価の支払い等の事実も考慮した上で、実質的な損害が発生していたかを判断する)参照。

55) (a-2)説を主張するものとして、小野・前掲注(42)書653頁、団藤・前掲注(40)書619頁、大塚(仁)・前掲注(40)書255頁、団藤編[福田]・前掲注(42)書233頁、川端・前掲注(42)書271頁以下。

56) なお、本稿注(54)の立場(いわゆる「形式的個別財産説」)が確立する以前には、単に、詐欺罪において財産損害は不要である旨述べられていた(たとえば、牧野英一『日』

(2) 論拠と批判

(a) 個別財産喪失説の論拠として、先に検討した個別財産侵害モデルの論拠(条文の形式的文言⁵⁷⁾)の他に、①書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求することが、解釈上成り立ちえず、罪刑法定主義とも調和しがたいということ⁵⁸⁾、②個別財産の喪失に着目して判断することに支障はなく、「財産損害」を構成要件として要求する必然性が見出し得ないということ⁵⁹⁾が挙げられる。

これに対して、まず、①について、論拠として用いることには疑問である。なぜなら、罪刑法定主義が自由主義的要請に基づくものであることを踏まえれば、被告人に有利な解釈として「財産損害」を要求することは必ずしも否定されないからである⁶⁰⁾。②について、わが国の刑事司法が採用している起訴便宜主義(刑事訴訟法248条参照)が適切に機能している状況下であれば個別財産喪失説の「支障」は顕在化しないのかもしれないが、「はじめに」で指摘したように、近時の最高裁判例には詐欺罪の拡張的運用のおそれが内在しており、それが顕在化している現在においても、まだ「支障」が存在しないといえるかは疑問である。

▽ 本刑法 下巻各論〔重訂版〕(有斐閣, 1938年) 385頁, 木村亀二『刑法各論〔復刊〕』(法文社, 1957年) 125頁, 植松正「詐欺罪および恐喝罪」『刑法講座 第4巻 刑法(IV)』(有斐閣, 1952年) 872頁以下等)。これらの立場を「財産損害不要説」と整理するものもあるが、具体的な主張内容は、本稿注(54)の立場と同旨と思われる。この点につき、牧野英一「詐欺罪と財産上の損害」『刑法研究(9)』(有斐閣, 1940年) 317頁〔以下、牧野「損害」と示す〕参照。

57) 長井・前掲注(54)「形式的個別財産説」366頁, 渡辺靖明「ドイツ刑法の詐欺罪における全体財産説の混迷——善意取得と財産危殆化をめぐって——」高橋則夫ほか編『刑事法学会の未来』長井圓先生古稀記念(信山社, 2017年) 446頁, 471頁〔以下では、渡辺「全体財産説」と示す〕参照。

58) 長井・前掲注(54)「形式的個別財産説」366頁。同旨、渡辺・前掲注(57)「全体財産説」446頁, 佐久間・前掲注(41)書171頁注8。

59) 藤木・前掲注(54)書309頁。

60) 同様の指摘として、田山・前掲注(17)「損害」164頁。この点に関して、さらに松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」150頁以下, 林幹人『判例刑法』(東京大学出版会, 2011年) 280頁参照。

以上のように、個別財産喪失説の論拠も、この立場が前提にしている個別財産侵害モデルと同様に、自説を十分に基礎付けられていない。

(3) 財物詐欺罪と利益詐欺罪の間で「財産損害」につき別異に判断することへの批判について

平野龍一は、(a-1)財物・財産上の利益の喪失自体を「財産損害」と捉える立場から、(a-2)財物詐欺罪と利益詐欺罪で「財産損害」の判断が異なる旨主張する立場に対して、「詐欺罪は個々の財物または財産上の利益に対する罪であるから、全体としての財産に損害を与える必要はない。したがって、相当の対価を支払って財物あるいは財産上の利益を交付させた場合でも詐欺罪が成立する。……財物について、全体財産についての損害は必要ではないとするならば、財産上の利益についても同様に解すべきであろう。また、両者〔個々の財産上の利益に対する罪と全体財産に対する罪——引用者注〕を含むという考えは、論理的に成り立ちえないといわなければならない。問題は、個別的な財産上の利益を奪ったが、全体財産には損害がない場合でも、詐欺罪が成立するか、という点にあるからである」⁶¹⁾という批判を述べていた。

しかし、前述した詐欺罪の形式的文言への依拠という、この批判の前提は措くとしても、なお以下の二つの点で疑問がある。第一に、財物詐欺と利益詐欺を同じ方向で解釈しなければならないということについてである。確かに、財物詐欺罪と利益詐欺罪は、246条という同一の条文にあるが、項を分けて規定しているのであり、論理的に直ちに同じ方向の解釈を採るべきということにはならない。もっとも、この問題は、財物詐欺罪と利益詐欺罪の立法趣旨(後述第二章参照)や両者の罪数処理⁶²⁾などから、両

61) 平野・前掲注(54)書218頁。同旨、山口・前掲注(24)書244頁、伊東・前掲注(41)書190頁。

62) 財物詐欺罪と利益詐欺罪の罪数処理からこの主張を傍証することも考えられる。たとえば、1個の行為により財物と財産上の利益の両方を取得した場合に、一罪として処理されていること(大判大正4・4・26刑録21輯422頁等)、財物詐欺罪の未遂と利益詐欺罪の

者の規定内容の同質性を明らかにすることで解消することは可能である。第二に、仮に財物詐欺罪と利益詐欺罪の同じ方向性の解釈をとることが必要との見解に立ったとしても、財物詐欺罪の解釈を即座に利益詐欺罪の解釈に用いることにはならないものと思われる。一般的な理解では、財物詐欺罪が基本類型で利益詐欺罪が拡張類型あるいは補充類型と捉えられており、基本類型の解釈が拡張類型あるいは補充類型の解釈においても妥当すると考えられている。もっとも、「財物」を取得するということは、「財物」に付随する財産上の価値、すなわち「財産上の利益」を取得することでもあるので、「財物」も「財産上の利益」の一部といえ⁶³⁾⁶⁴⁾、このような「財物」と「財産上の利益」の関係性に鑑みれば、「財産上の利益」を取得客体とする利益詐欺罪が基本類型で、「財物」を取得客体とする財物詐欺罪がそのうちの特別類型であると捉えることも可能であるように思われる(この点に関して、後述第二章参照⁶⁵⁾)。このような理解からは、利益詐欺罪が詐欺罪の中核に位置付けられることから⁶⁶⁾、詐欺罪の射程を明確にするためには、財物詐欺罪の解釈を所与のものとして利益詐欺罪を解釈

ゝ間で適用の誤りがある場合であっても破棄事由にならないとして処理されていること(大判大正11・7・4刑集1巻381頁)を挙げることができる。

63) 田山聡美「財産的利益の意義に関する議論の整理」刑事法ジャーナル49号(2016年)16頁〔以下では、田山「利益」と示す〕参照。

64) 二項犯罪(利益強盗罪、利益詐欺罪、利益恐喝罪)の「財産上不法の利益」を説明する際には、「財物その他の財産上の利益」等と表記されることがあるが、これは「財物」を「財産上不法の利益」の例示であるということを示すものであり(「その他の」という用法について、法制執務研究会『条文の読み方』(有斐閣、2012年)36頁等参照)、財物詐欺罪が利益詐欺罪の一類型に過ぎないということ(無自覚に)示すものと思われる。

65) 松宮・前掲注(11)「詐欺と治安法」389頁注53が、財物詐欺罪と利益詐欺罪が一般法と補充法の関係(逆に見れば特別法と一般法の関係)にあるという分析に基づいて、「利益詐欺罪の要件とされているものは、そのまま、財物詐欺罪の必要条件ともなるのである」と述べているのもこのような趣旨のものと思われる。

66) 医師免許詐称売薬販売事件(前掲・大決昭和3・12・21)で、大審院が、財物詐欺罪が問題になっているにもかかわらず、「判示賣薬ノ買取りニ因リ相手方ハ毫モ財産上不正ノ損害ヲ被リタル事實ナク又被告人ニ於テ之ニ因リ特ニ不法ノ利益ヲ享受シタルモノト謂フヲ得サレハナリ」と判示していたことが重要である。

すること⁶⁷⁾ではなく、利益詐欺罪の射程を明らかにすることが重要である。

第三款 書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求する立場

(1) 主張内容

詐欺罪において、書かれざる構成要件要素としての「財産損害」が必要であるという立場〔以下では、(b)「構成要件要素としての財産損害必要説」という〕は、「全体財産侵害モデル」に依拠する見解〔以下では、(b-1)「構成要件要素としての全体損害必要説」という〕だけでなく⁶⁸⁾、「個別財産侵害モデル」に依拠する見解からも〔以下では、(b-2)「構成要件要素としての実質的損害必要説」という〕⁷⁰⁾主張されて

67) ただし、田山・前掲注(63)「利益」16頁以下は、「財物」が「財産上の利益」の例示であることを認めつつも、「財物」と「財産上の利益」で刑法上保護されるべき範囲が違うという点を指摘して、財物詐欺罪を基準とした解釈を展開する。

68) この立場を主張するものとして林(幹)・前掲注(43)書247頁、妻・前掲注(43)論文176頁以下、浅田・前掲注(16)論文63頁以下。さらに、安里全勝「詐欺罪の成立と財産上の損害——相当対価を支払った場合に詐欺罪が成立するか——」山梨学院大学法学論集2号(1978年)43頁以下参照。

69) 近時のものではないが、その他に、詐欺罪において「財産損害」の発生を要求していた見解として、大場茂馬『刑法各論 上巻〔増補第四版〕』(中央大学, 1912年)814頁、宮本英脩『刑法大綱』(弘文堂書房, 1934年)370頁、瀧川幸辰『刑法各論〔四版〕』(世界思想社, 1953年)157頁(さらに、瀧川幸辰「詐欺罪に関する若干の問題」団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集第4巻』(世界思想社, 1981年)479頁以下〔初出、法と経済(立命館大学)6巻5号(1936年)1頁以下〕〔以下では、瀧川「詐欺罪の問題」と示す〕参照)、佐伯(千)・前掲注(47)書146頁。さらに、平場安治「詐欺罪における被欺罔者の処分行為」『刑法における行為概念の研究』(有信堂, 1966年)196頁〔初出、法学論叢60巻1=2号(1954年)〕参照。利益詐欺罪の関連で、利得の反面としての被欺罔者側の損失を考慮する必要性を強調するものとして、平場安治=尾中俊彦「詐欺罪における欺罔と騙取」『総合判例研究叢書』(有斐閣, 1961年)114頁以下(類似の指摘として、葛原・前掲注(16)論文213頁以下, 242頁参照)。

70) 中山研一『刑法各論』(成文堂, 1984年)264頁、堀内・前掲注(41)書153頁、前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕』(東京大学出版会, 2011年)348頁(ただし、第6版である前田(雅)・前掲注(41)書244頁以下は、欺罔行為に還元して説明を行う)、西田・前掲注(41)書203頁、山中・前掲注(42)書378頁、高橋(則)・前掲注(41)書324頁、設楽裕文「詐欺罪における錯誤と損害」日本法学71巻4号(2006年)383頁、田山・前掲注

いる⁷¹⁾。

(2) 論拠と批判

(b-1)説から論拠として挙げられるのは、全体財産侵害モデルの論拠(「詐欺罪は財産犯である」というテーゼ及び諸外国の詐欺罪の議論状況)のほか、積極的な刑事介入のおそれ⁷²⁾が挙げられている。しかし、近時の最高裁のような詐欺罪の拡張的運用のおそれがあることは憂慮すべき問題であるとしても、この問題を解消する解釈が、詐欺罪において書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求するという道しか残されていないわけではなく、他の構成要件要素に還元して説明する道もあると思われる。

(b-2)説からは論拠として、個別財産侵害モデルの論拠(条文の形式的文言)の他に、「財産損害」を構成要件要素として要求する理由は、「詐欺罪は財産犯である」⁷³⁾というテーゼが挙げられているにすぎない。この点に関しては、全体財産侵害モデルの検討の際に、「財産犯」の意味を具体化しない限り、自説を基礎付ける固有の論拠になりえないことについてはすでに述べた(前述、本章第二節参照)。

以上のように、書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求する立場の論拠も、個別財産侵害モデル及び全体財産侵害モデルと同様に、自説を十分に基礎付けられていない。

ㄨ注(17)「損害」157頁以下、星・前掲注(32)論文6頁、松宮孝明編『判例刑法演習』(法律文化社、2015年)238頁以下[大下英希執筆]、松原・前掲注(16)書274頁以下等。

71) 以前は、このような立場を「実質的個別財産説」と呼んでいたが、近時の最高裁判例の影響や「実質的個別財産説」に立ちつつ「財産損害」を欺罔行為に還元して説明する説(本節第四款第一項)あるいは法益関係の錯誤説(本節第四款第二項)の有力化に伴い、「実質的個別財産説」は、個別財産侵害モデルに立ちつつ、(a)個別財産喪失説に立たない立場という意味しか持たなくなっている。なお、実質的個別財産説の諸相については、渡辺・前掲注(54)「実質的個別財産説」140頁以下。

72) 浅田・前掲注(16)論文68頁等。

73) 西田・前掲注(41)書203頁、高橋(則)・前掲注(41)書324頁等。

第四款 他の構成要件要素の判断において「財産損害」を考慮する立場

第一項 欺罔行為の判断において「財産損害」を考慮する立場

(1) 主張内容

この立場は、詐欺罪において個別財産侵害モデルに立ちつつ、(b-2)構成要件要素としての実質的損害必要説と同様に、財産・利益移転のほかに実質的な損害の発生を要求するが、その判断を書かれざる構成要件要素として考慮するのではなく、欺罔行為の判断の際に考慮することを主張する⁷⁴⁾(以下では、(c)「欺罔行為還元説」という)。

(2) 論拠と批判

(c)欺罔行為還元説は、個別財産侵害モデルの論拠(条文の形式的文言)及び実質的な財産損害の発生が必要であるという論拠(「詐欺罪は財産犯である」というテーゼ⁷⁵⁾)のほかに、欺罔行為で「財産損害」を考慮する論拠として、(b-2)構成要件要素としての実質的損害必要説からも、実質的な財産損害が発生していない場合には、欺く行為が否定されることになるということ⁷⁶⁾が挙げられている。

しかし、この論拠は、(b-2)構成要件要素としての実質的損害必要説に立つ一部の見解(本章第四節第四款の取引目的に着目する見解)を念頭に置いた批判を自説の論拠にしているにすぎない。(b-2)説からも、経済的財産減少に着目する見解(第四節第五款参照)や当事者間で想定されていた内容

74) 伊藤(渉)ほか[伊藤(渉)]・前掲注(41)書195頁(さらに、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害(五・完)——その要否と限界」警察研究63巻8号(1992年)42頁以下〔以下では、伊藤(渉)「損害(五)」と示す〕参照)、足立友子「詐欺罪における欺罔行為について(五)——詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成——」法政論集(名古屋大学)215号(2006年)413頁〔以下では、足立(友)「欺罔(五)」と示す〕、成瀬・前掲注(8)論文288頁、中森喜彦「刑法各論〔第4版〕」(有斐閣、2015年)134頁、前田(雅)・前掲注(41)書244頁以下、井田・前掲注(41)書275頁(さらに、井田・前掲注(8)論文13頁参照)、橋本・前掲注(41)書238頁等。さらに、設楽裕文=淵脇千寿保「詐欺罪における法益侵害と財産的損害」Law & Practice 8号(2014年)181頁参照。

75) 伊藤(渉)・前掲注(74)「損害(五)」40頁以下等。

76) 井田・前掲注(8)論文14頁、中森・前掲注(74)書134頁。さらに、大塚裕史「判批」山口厚ほか編『刑法判例百選II〔第7版〕』(有斐閣、2014年)103頁参照。

を客観的・分析的に判断する見解(第四節第六款参照)を主張することは可能であり、これらの見解における「財産損害」には、欺罔行為の判断とは異なる意義が認められることを軽視すべきではない(後述第四節第四款第四項参照)。

第二項 錯誤の判断において「財産損害」を考慮する立場⁷⁷⁾

(1) 主張内容

この立場は、個別財産侵害モデルを前提にして、詐欺罪における錯誤に着目し、刑法総論の同意の議論に関連させて、詐欺罪の錯誤は法益関係的錯誤でなければならず、詐欺罪の欺罔行為は法益関係的錯誤に向けた欺罔行為でなければならないと主張する立場である(以下では、(d)「法益関係的錯誤説」という)⁷⁸⁾。法益関係的錯誤とは、「被害者が欺罔行為によって錯誤に陥り、自己の法益を処分した場合であっても、法益関係的錯誤が認められない場合は、その法益処分は有効であって、違法な法益侵害を認めることは出来ない」⁷⁹⁾という理論である。

(2) 論拠と批判⁸⁰⁾

(d)法益関係的錯誤説は、自説の論拠として、個別財産侵害モデルの論

77) この他に、法益関係的錯誤説とは別の方向性から錯誤に着目する見解として、小田直樹「財産犯罪の視座と詐欺罪の捉え方」広島法学26巻3号(2003年)205頁以下。

78) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号(1985年)116頁以下〔以下では、佐伯(仁)「被害者の錯誤」と示す〕(さらに、佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか『理論刑法学の最前線II』(岩波書店、2006年)106頁以下〔以下では、佐伯(仁)「詐欺罪の構造」と示す〕、佐伯(仁)・前掲注(11)「詐欺罪(1)」107頁以下)、山口厚『問題探究 刑法各論』(有斐閣、1999年)161頁以下(さらに、山口・前掲注(24)書267頁以下参照)、橋爪・前掲注(44)「詐欺罪の限界」176頁以下(さらに、橋爪・前掲注(10)「詐欺罪(下)」94頁以下参照)、荒木・前掲注(17)「間接損害」434頁以下。

79) 佐伯(仁)・前掲注(11)「詐欺罪(1)」107頁。

80) 詐欺罪における「錯誤」に、刑法総論の同意の議論における「法益関係的錯誤」を妥当させることに疑問を呈するものとして、佐藤陽子『被害者の承諾』(成文堂、2011年)147頁以下。さらに、小林憲太郎「刑法判例と実務——第8回被害者の同意——」判例時報2296号(2016年)7頁等参照。

抛(条文の形式的文言⁸¹⁾)や実質的な財産損害の発生を要求する論抛(「詐欺罪は財産犯である」というテーゼ)の他に、①「財産損害」を書かれざる構成要件要素として結果要件で限定を図ることは未遂犯を否定することができないこと⁸²⁾、② 錯誤の要件で絞りをかければ財産上の損害を改めて検討する必要はないということ⁸³⁾等が挙げられている⁸⁴⁾。

①については、「財産損害」を詐欺罪の構成要件的结果と捉える立場に向けられる批判ともいえるが⁸⁵⁾、欺罔行為が構成要件的结果に向けられた行為⁸⁶⁾、あるいは構成要件的结果の実質的危険のある行為であると捉えることで⁸⁷⁾、十分に対処可能であり⁸⁸⁾、法益関係の錯誤説をとる論抛にはなりえない。②については、詐欺罪における錯誤を精緻化することから、「財産損害」を別途検討することが不要であるということを導くことはできない。なぜなら、詐欺罪における「錯誤」は、構成要件的结果ではな

81) 山口・前掲注(18)「近時の動向」8頁。

82) 佐伯(仁)・前掲注(11)「詐欺罪(1)」107頁。

83) 橋爪・前掲注(44)「詐欺罪の限界」178頁。

84) さらに、佐伯(仁)・前掲注(11)「詐欺罪(1)」107頁以下は、③ 未成年者が販売店の店主を恐喝して、酒を販売させた場合には、恐喝罪を肯定することが説明可能であるということ、④ 財物の移転と財産損害の間の直接性を要求するかの問題が生じないことも挙げている(③につき、橋爪・前掲注(10)「詐欺罪(下)」94頁も同旨)。しかし、これらは、佐伯自身の立場を反映している記述であり(とくに、③については、このような取り扱いの差異に対して疑問を呈するものとして、品田智史「財産上の損害概念の諸相と背任罪の『損害』要件」川端博ほか編『理論刑法学の探究6』(成文堂、2013年)185頁、田山・前掲注(17)「損害」163頁参照)、法益関係の錯誤説の積極的な論拠になるとはいいがたいので、本文では摘示していない。

85) 井田・前掲注(8)論文15頁参照。

86) 本稿注(24)を参照のこと。

87) 宮本・前掲注(69)371頁、大塚裕史ほか『基本刑法II各論』(日本評論社、2014年)241頁以下〔十河太朗執筆〕。さらに、不能犯としての不可罰の可能性を示すものとして、齋野・前掲注(37)414頁。

88) その他に、故意を否定するアプローチ(井田・前掲注(8)論文15頁参照。ただし、井田はこのような理解には立っていない)や、詐欺罪の成立要件として「不法利得の意思」を要求するアプローチ(松宮孝明「詐欺罪における不法利得の意思について」立命館法学292号(2003年)310頁以下〔以下では、松宮「不法利得の意思」と示す])も考えられる。

く、あくまでも詐欺罪の「中間的結果」⁸⁹⁾にすぎないのであり、「法益関係的」錯誤を要求したとしても、構成要件の結果を実質的に判断することが不要になるとはいえないからである⁹⁰⁾。

第三項 「財物騙取」又は「財産上不法の利益取得」の判断において財物・財産上の利益の移転を超えた「財産損害」を考慮する立場

(1) 主張内容

これまでの学説では、あまり意識されてこなかったが、詐欺罪の構成要件の結果である「財物騙取」又は「財産上不法の利益取得」の判断において「財産損害」を考慮する立場も考えられうる⁹¹⁾（以下では、(e)「利得・損害関連説」という）。なお、このような見解は、伊藤渉によって示唆されていたが、伊藤自身はこの帰結には至っていない⁹²⁾。

89) 足立友子「詐欺罪における『欺罔』と『財産的損害』をめぐる考察——損害概念の多義性と中間結果としての錯誤に着目して——」川端博ほか編『理論刑法学の探究6』（成文堂、2013年）160頁〔以下では、足立（友）「中間的結果」と示す〕参照。

90) この点に関連して、設楽・前掲注（70）論文383頁以下は、適切にも、「〈錯誤〉があったとしても、なお『財産上の損害』の欠如として詐欺罪の成立を否定する余地を認めるべきである」と述べ、このことが「犯罪成立までの“チェックポイント”が複数ある方が犯罪の成否についての判断を慎重・正確なものにすることに資する」と述べている。さらに、安里・前掲注（68）論文47頁参照。

91) 大塚（裕）ほか〔十河〕・前掲注（87）書240頁以下、松宮・前掲注（17）「暴力団員と詐欺」152頁以下。さらに、損害と利得の関係性を強調する見解として、平場・前掲注（69）書196頁参照。

92) 伊藤（渉）・前掲注（74）「損害（五）」42頁以下では、詐欺罪において物・利益の移転以外の実質的な損害損害を考慮することが必要であるという理解に立ち、どの要件に位置付けるべきかの検討の際に、「一つの考え方として、『騙取』の要件とすることが考えられる。一項の『騙取』に対応する要件は、二項では『財産上不法の利益を得る』ということだからである。つまり『騙取＝当該財物を不法に利得する形で移転させること』として、不法利得の反面として損害を要件とし、二項は財物移転以外の不法利得として考えるのである」と述べられている。ただし、それに続けて、「通説は、二項詐欺罪にいう『不法利得』自体、権利等の個別の客体の移転があれば足りるとしている。とすれば、これとパラレルに考える限り、『騙取＝財物の移転』ということになってしまい、実質的限定を読み込みにくい」と述べ、この理解を否定している。

(e) 利得・損害関連説は、基本的には、(b) 構成要件要素としての財産損害必要説と同じ方向性の主張であり、(b) 説との違いは、「財産損害」を、書かれざる構成要件要素と捉えるのではなく、「財物騙取」、「財産上不法の利益取得」を判断する際に実質的な損害を検討することである。

(2) 論拠と批判

(e) 利得・損害関連説の論拠として、① 条文の形式的文言⁹³⁾、及び、② 「損害」と「利得」の対応関係から「利得」に損害を読み込むことができること⁹⁴⁾が挙げられる。詐欺罪において「財産損害」を考慮する理由については、③ 「詐欺罪は財産犯である」というテーゼ⁹⁵⁾、及び、④ 財産損害不要説の論証が不十分であること⁹⁶⁾が挙げられる。

①及び③についてはこれまでの検討ですでに論拠として不十分であることは述べた。④についても自説を積極的に論証するものとしてはいいがたい。そして、②については、詐欺罪の成立に個別財産の喪失を超えた「財産損害」を考慮すべきであるという理解を前提にしていると思われるが⁹⁷⁾、それ自体が論証されていない点に問題がある(この点につき、本稿では第二章のわが国の法制史的検討を踏まえて論証する)。

第五款 小 括

以上みてきたように、詐欺罪において、「財産損害」を書かれざる構成要件要素として捉えているのは、(b) 説だけであり、それ以外の見解は、「財産損害」を固有の構成要件要素とはとらえず、財物・財産上の利益の喪失自体、又はその他の構成要件要素の判断の際に考慮するものと整理で

93) 大塚(裕)ほか[十河]・前掲注(87)書240頁。

94) 松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」153頁。

95) 大塚(裕)ほか[十河]・前掲注(87)書239頁。さらに、松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」150頁参照。

96) 松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」150頁以下。

97) ここでの「損害」が個別財産の喪失という意味であれば、損害と利得の対応関係は充足されてしまうからである。

きる。そして、本節の検討から、「財産損害」を詐欺罪の構成要件上どのように位置付けるかについて、各学説は、主として個別財産侵害モデル又は全体財産侵害モデルに依拠して説明しており、それらの論拠及び各立場のその他の論拠の不十分さに鑑みると、自説を十分に基礎付けられていないことが明らかになった。

第四節 「財産損害」の判断方法に関する学説の検討

第一款 本節の検討対象

本節では、詐欺罪の「財産損害」の判断方法に関する学説を検討する。ここでは、個別財産の喪失に着目する見解(第二款)、処分の自由の侵害に着目する見解(第三款)、取引目的に着目する見解(第四款)、経済的財産減少に着目する見解(第五款)、当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に判断する見解(第六款)に分けて、「財産損害」の判断基準(あるいは「財産損害」に関連付けられている他の構成要件要素の判断基準)、さらに、各学説からは近時の最高裁判例がどのように理解されるかを検討する。

第二款 個別財産の喪失に着目する見解

(1) 「財産損害」(財物・財産上の利益の喪失)の判断基準

この見解は、(a)個別財産喪失説から主張されている。この見解は、「財産損害」を、個別財産((a-1)説では「財物・財産上の利益」/(a-2)説では、財物詐欺の場合には「財物」)の喪失と捉えるので、欺罔行為がなければ個別財産を処分(財物の交付又は財産上の利益の処分)しなかったにもかかわらず、欺罔行為によってそれを行ったという基準によって判断することになる。

しかし、このような意味での「財産損害」しか考慮しないことは、詐欺罪の射程範囲を過度に広げるおそれがある⁹⁸⁾。確かに、この見解も「財産

98) 個別財産の喪失に着目する見解に立つ場合には、既遂時期が早まるという問題がある。
たとえば、欺罔により不動産を騙取する事案で、「占有ヲ移轉シ若ハ所有權取得ノ登記ヲ

損害」とは別の解釈枠組で、詐欺罪の射程を限定するという主張も併せて行っているが⁹⁹⁾、未成年者が年齢を偽って酒類や煙草などを購入した場合について詐欺罪が成立することが否定できないということが指摘されている。実際に、個別財産喪失説に立つ、長井圓は、この種の事例について、「〔成年であると偽る未成年者によって提供された——引用者注〕反対給付は、交付者の『取引目的』を害するので、そこには『受領の意思』があるはずもない¹⁰⁰⁾と述べており、被欺罔者の主観を重視した判断を行って詐欺罪を肯定する¹⁰¹⁾。

(2) 近時の判例についての評価

近時の最高裁判例との関連では、この見解は、個別財産の喪失自体が「財産損害」と捉えているのであり、行為者から想定どおりの反対給付が提供された場合であっても、そのことを重視した判断を行うことはできな

ㄨヲ爲シタルトキ」に既遂を認める判例(大判大正11・12・15刑集1巻763頁)があるが、個別財産喪失説を堅持するならば、財物詐欺罪の場合には不動産であっても占有の移転のみが基準になるはずであるし、利益詐欺罪で起訴された場合には不動産の契約締結時点が基準になるはずである。また、後日に財物を交付させる約束をしたが、財物を交付させる以前に警察に逮捕された場合にも、財物を交付させる約束をした時点で財物詐欺罪の未遂ではなく、利益詐欺罪の既遂が成立することになる(詐欺賭博の事案についてこのような処理を行っているものとして、最決昭43・10・24刑集22巻10号946頁参照)。

99) たとえば、取引慣行の範囲内の商略としての虚言について、欺罔行為の可罰的違法性を否定する見解として、藤木・前掲注(54)書306頁、大塚(仁)・前掲注(40)書257頁、社会的相当性から詐欺罪の成立を否定する見解として、福田・前掲注(40)253頁。財産価値の軽微性(旅券や運転免許証)から詐欺罪の成立を限定する見解として、平野龍一「刑法各論の諸問題9」法学セミナー212(1973年)97頁。

100) 長井・前掲注(8)「判批」182頁。これに対して、個別財産喪失説から「財物の交付に向けた詐欺行為とはいえない」とする見解として大谷・前掲注(41)書270頁。

101) 長井・前掲注(53)「人格的財産概念」343頁以下参照。長井が、このような理解に立っているのは、「財産とは、個人の自律を捨象して客観的・計量的に定まるものではない。常に財産を生存・生活の手段として利用する個人(人格)との不可分な関係なしには、特定しえない概念なのである。その個人の置かれた多様な個別の状況と価値判断(選好)を捨象して、経済的価値(効用)も法的な財産価値も査定することは出来ない」という人格的財産概念的発想が前提にある(長井・前掲注(54)「形式的個別財産説」369頁参照)。

いし¹⁰²⁾、処分の行為から直接生じるわけではない抽象的・間接的な不利益の予測を考慮すること自体にも何ら疑問を抱いていない¹⁰³⁾。

なお、個別財産喪失説の立場から、暴力団ゴルフ場利用長野事件(前掲・最決平成26・3・28)に対して懐疑的な視点が示されているが、「社会的相当性」という名称の下で、被害者の「営業上の利益」と行為者の「生活利益」を比較衡量するということを示唆しているにすぎず¹⁰⁴⁾、判断者の恣意的な運用を排除することが念頭に置かれている理論とはいえない。

102) この点を批判するものとして、井田・前掲注(8)論文10頁等参照。ただし、個別財産の喪失に着目する近時の見解とは異なり、牧野・前掲注(56)「損害」315頁が、「一般の場合、殊に商品の売買においては、詐欺が行はれたと見るを得るの事情あるにしても、それが商品に関するものであるといふことから考へて、相当な対価があるにしても、それが支払はれたといふ事情が成立している以上、詐欺罪は成立していないというべきであらう。その場合には、財物の交付が一に対価との交換に因つて為されるのであるから、そこに欺罔行為と財物交付との間に成立すべき因果関係を認めることができないのである。」(旧字体を新字体に改めた)と述べていたことには留意すべきである。

103) 長井・前掲注(54)「形式的個別財産説」373頁は、搭乗券受交付事件(前掲・最決平成22・7・29)や暴力団員ゴルフ場利用長野事件(前掲・最決平成26・3・28)で最高裁が間接的な不利益を考慮していると批判することは、「曲解であっても、正鵠を射たものではない」と述べている。その理由として、「処分行為と財産損害との間の直接性」は、「この種の事案において、搭乗券の交付又は暴力団員のゴルフ場利用それ自体が同時に財産損害になる点において充足されるからである」と指摘する。さらに、渡辺・前掲注(54)「実質的個別財産説」156頁以下参照。

104) 長井・前掲注(54)「形式的個別財産説」384頁以下は、「『財産交付の判断』は、取引主体の自律的判断を意味するので、その『基礎となる重要な事項』も本人による主観的効用(選好)を基準として定まる。……『重要性』の判断には、取引主体の主観的効用を基礎とするものの、同時には社会的な契機が含まれており、前記の『共存の法理』〔個人の取引目的は、社会共存を達成する目的の下で相互に譲歩して調整されなければならないということ——引用者注〕からの制約を受ける」ということを述べた上で、他の顧客に対する現実の悪影響と信用の低下はないと考えられる場合には、衝突すべき「利益」が欠けるので、暴力団関係者によるゴルフ場利用も「社会的相当性」があるものとして許容され、ゴルフ場経営者にとって「重要な事項」であったとしても、その保護の必要性が欠け、欺罔行為に該当しないと理解する余地がある旨述べている。

第三款 処分の自由の侵害に着目する見解

（1）「財産損害」（欺罔行為＝処分の自由の侵害）の判断基準

この見解は、(c)欺罔行為還元説に立つ一部の論者から主張されている。足立友子は、詐欺罪の保護法益を「財産的処分の自由」¹⁰⁵⁾と捉え、「欺罔とは、『財産的処分の自由』の侵害であり、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、虚偽の情報を示すことで、被欺罔者を錯誤に陥れることである」¹⁰⁶⁾と説明している。

確かに、詐欺罪と窃盗罪が異なる側面があることを正面から認める点、及び、欺罔行為や錯誤との関係で保護法益を検討することによって詐欺罪の解釈を限界付けるアプローチは重要であるが、詐欺罪の保護法益として「処分の自由」と捉えることから、「財産損害」を構成要件の結果として考慮する必要はないということが論理的に導かれるわけではない。

（2）近時の判例についての評価

この見解は、最高裁判例の欺罔行為の判断枠組における「重要事項性」について、詐欺罪の保護法益を「財産的処分の自由」と捉えることから説明し、そのうえで、被欺罔者の主観的意向のすべてを無限定に保護するのではなく、財産的処分が取引の場を通して行使されることによる制約を受けると説明する¹⁰⁷⁾。具体的には、「個人間の不定型な取引においては被欺罔者の主観的意向も相手方に表示された範囲内で保護される一方で、ルー

105) 類似の指摘として、酒井安行「詐欺罪における財産的損害」西田典之ほか編『刑法の争点〔第3版〕』（有斐閣、2000年）183頁（「処分の自由」）、小田・前掲注（77）論文208頁（「財産取引の自由」）、松宮孝明『刑法各論講義〔第4版〕』（成文堂、2016年）249頁（「誤った情報を与えられたために）瑕疵ある動機に基づいて財産の処分をさせられない権利」）等。

106) 足立友子「詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成」刑法雑誌56巻2号（2017年）77頁以下〔以下では、足立（友）「保護法益」と示す〕。同旨の主張として、成瀬・前掲注（8）「詐欺罪」139頁以下。

107) 足立（友）・前掲注（106）「保護法益」77頁以下。

ティン化した業務に代表される定型的な取引においては、両当事者間で取り立てて十分に確認されたとの事情がある場合を除いては、基本的に被欺罔者の主観的意向は保護されない」とする¹⁰⁸⁾。そして、「重要事項性」について、「詐欺罪が財産犯である」という理解から、「財産的な側面における重要事項性」¹⁰⁹⁾に限定されると述べている。

しかし、近時の判例についての検討において、当事者間で確認された共通認識になった事項は、給付や反対給付などと関わりのないものであっても、重要事項として考慮されており¹¹⁰⁾、不定型な取引とルーティン化した取引を区分したことも、「財産的な側面における重要事項性」という限定を付したことも意味をもたなくなっている。

この見解も、個別財産の喪失に着目する見解と同様に、行為者から反対給付が提供されたことの場合については、「財産損害」の判断の際に差引計算が行われる必要ないということを強調しており¹¹¹⁾、財産損害として考慮される目的を経済的・社会的目的に限らず、主観的目的であってもよいという立場に立っているのであり¹¹²⁾、間接的な不利益を考慮することについても問題があるとは考えていないようである。

第四款 取引目的に着目する見解

この見解は、(b-2)構成要件要素としての実質的損害必要説、(c)欺罔行為還元説、(d)法益関係的錯誤説、(e)利得・損害関連説から主張されている。ただし、「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する立場と、各学説による「財産損害」の判断基準について必ずしも一致していない。そこで、本款では、取引目的と実際になされた取引の内容を比較して「財

108) 足立(友)・前掲注(106)「保護法益」78頁。

109) 足立(友)・前掲注(106)「保護法益」72頁。

110) 足立(友)・前掲注(106)「保護法益」79頁以下、足立友子「判批」刑事法ジャーナル11号(2008年)123頁参照。さらに、成瀬・前掲注(8)論文141頁以下参照。

111) 足立(友)・前掲注(89)「中間的結果」153頁。

112) 足立(友)・前掲注(89)「中間的結果」153頁。

産損害」を判断する見解（第一項），法益関係的錯誤説から経済的目的に限らず，社会的目的も考慮する見解（第二項），目的不達成説又は法益関係的錯誤説から経済的目的等に限定する見解（第三項）に分けて検討し，これらの立場に対する本稿の評価を示す（第四項）。

第一項 取引目的と実際になされた取引の内容を比較して「財産損害」を判断する見解

(1) 「財産損害」（書かれざる構成要件要素又は欺罔行為において考慮される実質的損害）の判断基準

この見解は，(b-2)構成要件要素としての実質的損害必要説及び(c)欺罔行為還元説から主張されており，「相手方が意図した取引と実際になされた取引の内容を比較した上で，当該財物ないし利益の移転が損害と評価しうるかを検討する」¹¹³⁾という判断枠組みを用いる¹¹⁴⁾。そして，行為者から相手方に反対給付が提供されている場合は，反対給付を実際に得たこと自体が重要なのではなく¹¹⁵⁾，相手方が取引の目的を達成したと言える場合（たとえば，取引の目的が適応する薬の提供にあり，医師資格が重要でない場合¹¹⁶⁾）には「財産損害」と評価されないが，反対給付に関する事実を偽るなどして取引目的が実現されないような場合（たとえば，取引目的が小児マヒなどに効用がある電気あんま器の取得であるのに，反対給付として提供される電気あんま器にそのような効用がない場合¹¹⁷⁾）には「財産損害」と評価され

113) 伊藤（渉）ほか〔伊藤（渉）〕・前掲注（41）書203頁。なお，伊藤は(c)欺罔行為還元説からこのような主張を行っている。

114) (b-2)構成要件要素としての実質的損害必要説から同様の判断枠組みを用いるのは，西田・前掲注（41）書204頁，高橋（則）・前掲注（41）書328頁。(c)欺罔行為還元説からは，井田・前掲注（8）論文21頁（井田は「反対給付の瑕疵」という観点から同様の指摘を行っている）。

115) 伊藤渉「詐欺罪——交付行為と財産上の損害」法学教室215号（1998年）24頁，井田・前掲注（8）論文21頁参照。

116) 医師免許詐称売薬販売事件（前掲・大決昭和3・12・21）参照。

117) ドル・バイブレーター事件（前掲・最決昭和34・9・28）参照。

ると述べている¹¹⁸⁾。

(2) 近時の判例についての評価

この見解は、詐欺罪の処罰範囲を実質的な財産損害の発生を要求することによって限定しようとする当初の狙いに反して、近時の最高裁判例の帰結に対して肯定的な評価がされている¹¹⁹⁾。おそらく、それは、「財産損害」の判断基準の多層性（たとえば、西田典之は、取引目的に着目すると述べつつも、「損害の危険性・可能性」という別の判断基準で判例を正当化する¹²⁰⁾。伊藤渉は、近時の判例の検討の際に取引目的自体に着目するのではなく、財産取引上重要な錯誤があったかに着目し、この際に被害者側が将来生じることを予測している顕在化していない不利益も考慮する¹²¹⁾）あるいは茫漠性（井田良は、取引から生じる経営上の「マイナス利益」なども「反対給付の瑕疵」として広く考慮する¹²²⁾）に由来するものと思われる。

118) 伊藤（渉）ほか〔伊藤（渉）〕・前掲注（41）書203頁以下、伊藤（渉）・前掲注（74）「損害（五）」42頁。さらに西田・前掲注（41）書204頁、高橋・前掲注（41）書328頁参照。

119) 西田・前掲注（41）書206頁以下、伊藤渉「判批」判例セレクト2010〔I〕（法学教室365号（2011年）別冊付録）36頁、伊藤渉「判批」刑事法ジャーナル42号（2014年）97頁以下、伊藤渉「判批」判例セレクト2014〔I〕（法学教室413号（2015年）別冊付録）36頁。さらに、井田・前掲注（8）論文15頁以下参照。これに対して、近時の最高裁判例に批判的であるのは、高橋（則）・前掲注（41）書334頁、335頁注90。

120) 西田・前掲注（41）書209頁以下参照。西田が、損害賠償の微小な可能性のみで財物詐欺罪の可罰性を基礎付けていることに疑問を呈するものとして、照沼・前掲注（17）「判批」91頁注10。

121) 伊藤（渉）・前掲注（119）「判批」刑事法ジャーナル42号102頁注13は、暴力団員ゴルフ場利用長野事件（前掲・最決平成26・3・28）において、「暴力団関係者によるゴルフ場の利用は、……、ひとたびゴルフ場内においてトラブルをひきおこせば、他の利用者ないし施設の重大な害を及ぼすことにより、ゴルフ場側に多大な経済的負担をもたらすことになるのであるから、そのような利用行為自体が直接的かつ実質的な経済的不利益をもたらすものと認めるべきであろう」と述べている。伊藤渉「詐欺罪における財産的損害——その要否と限界——」刑法雑誌42巻2号（2003年）24頁では、目的不達成説からではなく、自身の見解を「法益関係の錯誤」説から説明していることにも関係しているものと思われる。

122) 井田・前掲注（8）論文5頁、15頁以下参照。ここでの「反対給付」について、井田は、「当該取引において得られた反対給付にともなう『マイナス利益』、またはそこから直

第二項 法益関係の錯誤説から経済的目的に限らず、社会的目的も考慮する見解

(1) 財産損害（法益関係の錯誤）の判断基準

この見解は、(d)法益関係の錯誤説の一部から主張されている見解である。この見解は、「財産というものには、単に保持するだけでなく、それと引き換えに反対給付を得たり、あるいは、何らかの社会的・経済的目的を実現することに重要な価値を見出すことができる。したがって、財産犯における法益関係の錯誤は、① 交付した財産それ自体の内容・価値に関する錯誤に加えて、② 反対給付の価値や内容、さらに財産の交付によって実現しようとした社会的・経済的に重要な目的の存否に関する錯誤まで拡張されることになる」¹²³⁾と主張する¹²⁴⁾。

(2) 近時の判例についての評価

この見解は、近時の判例の帰結を妥当と捉えているようである¹²⁵⁾。

この見解も、これまでに検討した見解と同様に、行為者から反対給付が提供されたこと自体は重視しておらず、むしろ考慮すること自体に疑問を抱いている¹²⁶⁾。また、被害者側の間接的な不利益を考慮していることについて、橋爪隆は、「間接的損害の可能性といっても、抽象的・類型的な判断にならざるを得ず、これ自体が詐欺罪の限界づけの合理的な基準にな

↘接・間接に生じる『マイナス利益』（同5頁）を含むと説明しており、「双務契約における一方の給付に対して対価の意味を有する他方の給付のこと」（法令用語研究会編『法律用語辞典〔第4版〕』（有斐閣、2012年）954頁）という定義よりも広いものが想定されている。

123) 橋爪・前掲注(44)「詐欺罪の限界」177頁。

124) 同旨、山口・前掲注(24)書268頁。なお、山口厚「〔佐伯(仁)・前掲注(78)「詐欺罪の構造」に対する〕コメント①」山口厚ほか『理論刑法学の最前線II』（岩波書店、2006年）137頁では、「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」に関する錯誤に限定する見解には懐疑的である。

125) 橋爪隆「判批」金融法務事情2025号〔金融判例研究25号〕（2015年）10頁（さらに、橋爪・前掲注(9)「欺く行為」101頁以下、橋爪・前掲注(44)「詐欺罪の限界」190頁等参照）、山口・前掲注(18)「近時の動向」3頁以下。

126) 橋爪・前掲注(9)「欺く行為」104頁。

るとは思われない」と述べ、「被害者が財物を交付する際に、その取引の性質や目的にがんがみて重視する必要がある事情を広く『重要な事項』と把握した上で、間接的に経済的損害を負う可能性は、その事情の重要性の判断資料の1つとして位置づけた方が適切であるように思われる。」¹²⁷⁾と述べている。

第三項 目的不達成説又は法益関係の錯誤説から経済的目的等に限定する見解

(1) 「財産損害」(書かれざる構成要件要素としての財産損害又は法益関係の錯誤)の判断基準

まず、(b-2)構成要件要素としての実質的損害必要説から、「『財物の反対給付として得ようとしたものが得られないにもかかわらず』財物を交付し移転させられたことが、詐欺罪における財産損害と解すべきであり¹²⁸⁾、この際に考慮される目的は「どのような目的でもよいわけではなく、その目的が『財産権の行使として合理的な目的』に限定される」¹²⁹⁾という見解が主張されている¹³⁰⁾。

次に、(d)法益関係の錯誤説からも、「財産は、その利用・収益・交換価値において保護されているので、財物・財産上の利益の移転それ自体には錯誤がない場合であっても、そのような財産処分『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』に錯誤がある場合は、法益関係の錯誤が

127) 橋爪・前掲注(9)「欺く行為」105頁。山口・前掲注(18)「近時の動向」10頁は、「将来見込まれるにすぎない損害」も、「交付の判断の基礎となる重要な事項」であることを支える間接的な根拠として考慮することを排除していない。

128) 松宮編[大下]・前掲注(70)238頁。(e)利得・損害関連説から、松宮・前掲注(105)書265頁、松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」154頁。

129) 松宮編[大下]・前掲注(70)239頁。同旨、松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」156頁、松原・前掲注(17)「判批」184頁。

130) その他に(b-2)説から目的不達成説を主張するものとして、山中・前掲注(42)書379頁以下(より詳細には、山中敬一「詐欺罪における財産損害と取引目的」法学新報121巻11=12号(2015年)403頁)、松原・前掲注(16)書277頁、関・前掲注(42)書264頁等。

認めることができない¹³¹⁾と主張する見解が存在する。さらに、この定式を厳格に捉え、「具体的給付に内在している目的」の意味を、「財産移転後の別個の意思決定による不利益の考慮を否定する機能を有する¹³²⁾」と主張する見解も存在する。

これらの見解は、詐欺罪における「財産損害」を社会的目的の不達成と捉えること、あるいは詐欺罪における法益関係的錯誤の範囲に社会的目的の不達成を含めることに懐疑的な立場といえる。

(2) 近時の判例についての評価

この見解は、上記二説よりも取引目的を厳格に捉えており、近時の判例の帰結に基本的には懐疑的であるが、全面的に否定するわけではない。たとえば、松宮孝明は、基本的には反対給付が支払われていることによって取引目的が達成されており「財産損害」が認められないとしているが、被害者の公共的役割から取引目的が達成されていない場合があることも示唆している¹³³⁾。また、佐伯仁志も、間接的な不利益を考慮することに消極

131) 佐伯(仁)・前掲注(78)「詐欺罪の構造」107頁(さらに、佐伯(仁)・前掲注(78)「被害者の錯誤」117頁参照)。ただし、佐伯(仁)・前掲注(11)「詐欺罪(1)」108頁では、「財産処分客観化可能で経済的に重要な目的に錯誤がある場合に限定すべき」であると述べているにすぎず、「具体的給付に内在し」という部分が抜け落ちた説明がなされている。この点に関して、荒木・前掲注(17)「間接損害」435頁参照。

132) 荒木・前掲注(17)「間接損害」434頁(荒木は、詐欺罪の成否において「将来的に発生し得る不利益」を考慮することについての懸念から、実質的損害として考慮する範囲を限定することを狙いにしてこのような主張を行っている)。

133) 松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」159頁は、「利潤追求を旨とする『商人』としての役割においては、原則として、利潤追求のみを、『財産権の行使として合理的と評価される目的』と解すべきである」が、「その『商人』に、その経済活動において、単なる利潤追求を超えた営業上の特殊な公共的役割が与えている場合」は例外であるとし、搭乗券受交付事件(前掲・最決平成22・7・29)の航空会社に「航空機の安全確保や不法入国を防止するための搭乗券の発券を適切に行うこと」が義務付けられていたことから「相当対価との交換があっても搭乗券の交付を『財産損害』と認めることを示唆している(同旨であるのは、松宮編[大下]・前掲注(70)244頁以下)。しかし、このような主張は、松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」161頁で、間接的な不利益を排除することを狙いとして処分行為と財産損害の「直接性」を要求していることとの関係で問題がある(この点につき、松井洋「判批」警察学論集67巻8号(2014年)158頁以下参照)。なお、松宮のメ

的ではあるが、それを考慮することが排除されるとまでは考えていないようである¹³⁴⁾。

第四項 取引目的に着目する見解についての評価

以上みてきたように、取引目的に着目する見解についての各学説の相違は、その目的を限定的に捉えるか、それを広く捉えるかという点にある。「はじめに」で示した近時の判例が詐欺罪の拡張的運用のおそれが内在しているという認識からすると、詐欺罪において保護に値する目的は経済的目的などに限定する方向性の立場（とくに、詐欺罪において間接的な不利益を考慮することを限界付けようとする試み）が妥当である。

しかし、このような限定を図ることが、欺罔行為や法益関係の錯誤の枠組によって可能であるかには疑問が残る。なぜなら、詐欺罪の「錯誤」を「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に関する錯誤」に限定するという立場に立ったとしても、「欺罔行為」（「判断の基礎となる重要な事項」を「偽ること」）を認定する際の間接事実として、顕在化していない将来生じると予測される間接的な不利益を考慮することを排除することは困難であるからである¹³⁵⁾。したがって、間接的な不利益が詐欺罪の実質的な侵害を基礎付けるものではないということを主張するには、(b)構成要件要素としての財産損害必要説又は(e)利得・損害関連説のよ

↘「財産損害」の判断基準については、本稿注(150)も参照のこと。

134) 佐伯(仁)・前掲注(11)「詐欺罪(1)」113頁は、自己名義通帳受交付事件(前掲・最決平成19・7・17)について、「銀行に対する社会の信頼が失われることで銀行が経済的損害を負う可能性を問題にしているのだとすると妥当であるが、このような危険性が詐欺罪を基礎づけることができるほど現実的なものであるかについてはやはり疑問があるように思われる」と述べているのに対して、同114頁は、搭乗券受交付事件(前掲・最決平成22・7・29)について、「航空機の運航の安全上の弊害は航空会社の経営に重大な被害を及ぼしうるものであり、航空会社に対する社会的信用の低下が業績の悪化に結びつくおそれも、預金口座が犯罪に利用されることによる金融機関の業績の悪化と比べればはるかに現実的である」と述べている。

135) 山口・前掲注(18)「近時の動向」10頁、橋爪・前掲注(9)「欺く行為」105頁以下参照。

うに、構成要件的结果の段階で改めて(欺罔行為の判断の際に考慮される目的不達成や法益関係の錯誤とは異なる意味の)「財産損害」を検討することが必要であると思われる。

第五款 経済的財産減少に着目する見解

(1) 「財産損害」の判断基準

この見解は、構成要件要素としての(b-1)全体損害必要説及び(b-2)実質的損害必要説から主張されている。「財産損害」について、(ア)経済的な基準で判断する見解¹³⁶⁾¹³⁷⁾、(イ)使用価値や愛情価値などの主観的価値を考慮に入れたうえで経済的観点を基準にして判断する見解¹³⁸⁾などが主張されている¹³⁹⁾。

136) (b-1)説からの主張として、妻・前掲注(43)論文123頁。さらに、浅田・前掲注(16)論文65頁参照。

137) さらに近時、(b-2)説によるもののうち、田山・前掲注(17)「損害」161頁が、個別財産侵害モデルから、詐欺罪において「客体と直接性のある損害」が必要であると主張している。ここでの「損害」は、同157頁によると、「経済的な意味における財産損害」を念頭に置いているようである。この見解は、個別財産侵害モデルからの新たな方向性の主張として注目に値する。もっとも、田山が、同160頁以下で、詐欺罪が「個別財産に対する罪」という理解からこの帰結を導いている点には疑問が残る。なぜなら、田山の主張からすると、「全体財産に対する罪」と理解されている犯罪については、客体と直接性を有する損害を考慮することは必ずしも必要ではないということになるが、「全体財産に対する罪」と理解されているドイツの詐欺罪においてもこの主張と類似の議論は存在するからである(後述第四章。さしあたり、詐欺罪における直接性の議論の概要について、荒木泰貴「詐欺罪における処分行為と財産移転との直接性について」慶應法学34号(2016年)50頁以下〔以下では、荒木「直接性」と示す〕を参照のこと)。さらに、「全体財産に対する罪」と理解されている背任罪において、個別の物や利益に着目した判断を行う必要があることを指摘するものとして、品田・前掲注(84)論文170頁参照。

138) 林(幹)・前掲注(43)書143頁。さらに、経済的損害概念を再評価しつつ、取引当時の期待価値を組み入れて「財産損害」を判断する試みとして、齋野・前掲注(37)論文400頁以下。

139) その他に、社会的意味を顧慮して「経済的損害」の存否を考える見解として、星・前掲注(32)論文6頁、木村(光)・前掲注(8)論文23頁以下(さらに、(c)欺罔行為還元説から、前田(雅)・前掲注(41)書245頁参照)。ただし、これらの見解は、財産損害における「社会的意味」は時代により変化するという理解に立っており、詐欺罪の拡張的

(ア)説は、ドル・バイブレーター事件(前掲・最決昭和34・9・28)について、経済的観点からの金銭的評価に基づく差引計算が重要になってくるので、詐欺罪を否定することになる¹⁴⁰⁾。

(イ)説に立つ、林幹人は、(ア)説とは異なり、ドル・バイブレーター事件では、提供されたドル・バイブレーターが「被害者にとって提供した金銭に見合うだけの財産的(経済的)価値をもってはいなかった」という理由で「財産損害」を認める¹⁴¹⁾。林は、行為者によって提供された反対給付の価値を被害者の主観的観点を踏まえて判断するだけではなく、被害者側が交付した財物・財産上の利益も主観的価値を踏まえて判断するという理解に立っているようである¹⁴²⁾。

(ア)説については、反対給付の内容に瑕疵がある場合にまで金銭的評価に基づく差引計算を行い「財産損害」を否定することになることには賛同しがたい。なぜなら、双務契約の際の反対給付が「財産損害」を否定する方向に働くのは、当事者間で相手方から給付が提供されることを前提に自らの給付を行うことに合意していることが重要であると思われるからである。当事者間で前提にされていた反対給付の内容自体に瑕疵がある場合にまで、「財産損害」を否定することには躊躇を覚える。(イ)説については、このような批判は当たらないが、反対給付の内容に瑕疵がない場合にまで、主観的価値が重視される可能性が排除されておらず、「財産損害」の

↘運用を正当化する理論になりかねない(この点につき、渡辺・前掲注(54)「実質的個別財産説」147頁参照)。

140) 襄・前掲注(43)論文138頁、浅田・前掲注(16)論文65頁。

141) 林(幹)・前掲注(43)書143頁、林(幹)・前掲注(53)「損害」51頁。

142) 林(幹)・前掲注(43)書143頁以下参照。なお、前者は、ドイツの詐欺罪の財産損害の議論において支配的な見解である法的・経済的財産概念からも一定受け入れられている議論であるが(本稿注(152)を参照のこと)、後者は、*Hans Achenbach, Vermögen und Nutzungschance - Gedanken zu den Grundlagen des strafrechtlichen Vermögensbegriffes*, in: *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011 Band II*, S. 1005 ff. など人格的財産概念に立つ一部の論者から主張されているにすぎない(これらの議論については、後述第四章)。

判断方法になお不明確な点が残っているといえる¹⁴³⁾。

(2) 近時の判例についての評価

(ア)説は、基本的に、近時の最高裁判例に対しては、批判的な理解に立っており、詐欺罪において、財産損害を支払ったことを重視し、間接的な不利益を詐欺罪において考慮することに疑問を提起する¹⁴⁴⁾。これに対して、(イ)説は、近時の最高裁判例について必ずしも批判的な理解には立っていないようである¹⁴⁵⁾。

第六款 当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に判断する見解

(1) 「財産損害」の判断基準

この見解は、(b)構成要件要素としての「財産損害」必要説の中でかつて有力であった立場である¹⁴⁶⁾。この見解との関連で、「財産損害」を構成要件要素として要求することが、金銭的価値のみを基準にした損害算定を重視する立場と必ずしも結びつくわけではないということを強調しておく

143) この点を批判するものとして、橋爪・前掲注(10)「詐欺罪(下)」92頁参照。実際に、林・前掲注(25)「欺罔」354頁は暴力団員ゴルフ場利用長野事件(前掲・最決平成26・3・28)について、「ゴルフ場の客観的利用供与と料金の受領という事情は、財産的損害の重要な要素であるとしても、今回の場合、詐欺罪の成否にとって決め手にならなかったのである。むしろ、ゴルフ場の意思の内容が決め手になっている」と述べており、反対給付が提供されているにもかかわらず、最高裁が詐欺罪を認めたことについて批判しているわけではない。なお、林は、同349頁以下で、間接的な不利益について、錯誤の判断の際に考慮することを示唆している。

144) 浅田・前掲注(16)論文68頁、田山・前掲注(16)「判批」181頁以下、田山・前掲注(17)「損害」162頁、166頁。

145) 本稿注(143)で示した林幹人の指摘を参照のこと。ただし、齋野・前掲注(37)論文404頁以下は、暴力団関係者の利用による評判の悪化等は希薄な損害である旨述べている。

146) 佐伯(千)・前掲注(47)書157頁、宮本・前掲注(69)書370頁以下、瀧川・前掲注(69)「詐欺罪の問題」481頁等。

たい¹⁴⁷⁾。

この見解は「財産損害」を判断する際に、当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に判断することなどを主張する。たとえば、佐伯千仞は、「如何なる場合に損害の発生ありといひ得るか」について「原則として客観的立場から決せられるべきである。尤も客観的というのは、行為者或は被害者の個人的事情を無視するという意味ではなく、むしろそれを客観化して、すなわち一般的にこれを顧慮することが相当なりと考えられる程度に斟酌するという意味である。例えば優良品を半値で提供するという広告を出しながら、価格相応の品を送付するが如きは、この標準によって、なお損害を加えたものと謂うべきである」¹⁴⁸⁾と述べている。佐伯は、当事者の置かれている具体的な事情を客観的に評価して「財産損害」を判断することを主張しているものと思われる¹⁴⁹⁾¹⁵⁰⁾。

147) 菊地京子「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(上)」東海法学6号(1991年)167頁参照。

148) 佐伯(千)・前掲注(47)書157頁。

149) 類似の観点を指摘するものとして、大場・前掲注(69)書815頁(「注意すべきは物の価格並に其対価を算定するに当り常に関係者の個人的関係を眼中におかざる可からざることはなり」とする(旧字体・片仮名を新字体・平仮名に改めた))、宮本・前掲注(69)書370頁以下(損害の判断につき、「詐欺が有償的に行はれる場合に於ては、如何なる方法に於て損害の有無を判ずべきかの点である。この点については(一)先づ財物と対価との純然たる客観的価値を比較し、(二)次にそれが相等しい場合に於ては、被害者の主観的地位から見た価値を少々客観的に比較し、(三)最後に純然たる主観的事情であつても、当事者に於てこれを条件としたものと認むべきときには、これに基づく価値を比較して決することを要する。故に例へば或る奸商が優良品の半値段提供の投売広告を為し、しかも申込者に対して粗悪品を送付したとすれば、たとへその物品が送金額相当の品質の物であっても、第二の標準によつて損害ありとしなければならない。又例へば特に本場の特産品たることを条件として契約を為したに拘らず、売主が買主に対して産地の異なった製品を引き渡したとすれば、たとへ使用価値に於て二者同一であるとしても、また第三の基準によつて損害ありとしなければならない。」とする(旧字体を新字体に改めた))、大嶋一泰「判批」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅱ〔第2版〕』(有斐閣、1984年)103頁、安里・前掲注(68)論文45頁。

150) 近時、(e)利得・損害関連説から、松宮・前掲注(11)「詐欺と治安法」382頁は、宮本・前掲注(69)書〔本稿注(149)の引用部分〕に依拠して、(1)まず財物と対価との純然たる客観的価値を比較し、(2)次にそれが相等しい場合においては、被害者の「取引における役割」(商人や消費者など)から見た価値をやや客観的に比較し、(3)最後に商品

これとは別の観点から、瀧川幸辰が、「個人的事情は、損害を定めるに付き考慮されるべきか。当事者の単純な感情価値が詐欺罪の成立につき斟酌せられないことは通説の認めるところである。例へば某の使用して居た机とか某の庭園に合った庭石といふように、物自体の本質に関係のない純粹の感情的評価は財産上の損害に入らない。従つて当事者間においてその物に相当する金銭授受がある以上は、感情価値について錯誤があつたとしても詐欺罪の成立する余地はない。これに反して物自体の本質に附着して居る個人的事情は財産上の損害といわねばならない。例へば街道筋に面した土地であるとか本場の特産品であるといふ売主の言葉を信じて買ふたのに、土地が奥地にあるとか、本場物ではなく模造品であるといふ場合は、たとひ売価がそれ相当であつても、買主は財産上の損害を受けたのであつて、ここに詐欺罪は成立する。」¹⁵¹⁾と述べていることも注目すべきである。瀧川は、取引の対象物に付随している個別的事情を考慮して、財産損害を判断する可能性を示唆している。

このような見解に基づけば、前款で述べた経済的財産減少に着目する見解(とくに(ア)説)への疑問に対応することは可能であるが、「財産損害」の判断基準として直ちに用いられるほど明快な基準を提示できていない点に問題が残る。なお、この見解に近い視点は、ドイツの詐欺罪における個人的損害加味(persönlicher Schadenseinschlag)あるいは個別の損害加味(individueller Schadenseinschlag)という議論¹⁵²⁾においても展開されており、こ

ㄨの使用価値ないし給付の使用目的に関する主観的事情であっても、当事者において特にこれを条件としたものと認めるべきときには、これに基づく価値を比較して決すると主張している。しかし、(3)の判断基準を含めることは、暴力団員ゴルフ場利用長野事件(前掲・最決平成26・3・28)において、この目的が「暴力団員ではない客に安全にゴルフ場を利用して、利用料金を受け取ること」と認定された場合に「財産損害」が認められる可能性がある点で疑問である。また、松宮・前掲注(105)書264頁以下や松宮・前掲注(17)「暴力団員と詐欺」155頁以下等が示している、取引目的に着目して「財産損害」を判断することとの整合性についても明らかにする必要があると思われる。

151) 瀧川・前掲注(69)「詐欺罪の問題」481頁。

152) Helmut Satzger, Probleme des Schadens beim Betrug, Jura 2009 Heft7, S. 522 によれ

れについては本稿第四章で検討する。

(2) 近時の判例についての評価

これらの立場が、近時の判例にどのように対応するかは定かではない。佐伯千仞らの見解は判断方法としては参考になるが、具体的な判断基準としては不明瞭といえ、事案がどのように処理されることになるか明らかではない。瀧川幸辰の見解は、対象物に付随している個別的事情のみが考慮されるといえ、暴力団員ゴルフ場利用事件（前掲・最決平成26・3・28及び最判平成26・3・28）では、行為者から提供されたのはゴルフ場利用料金としての金銭であり、個別的事情を考慮せずに判断を行うものといえ、詐欺罪は成立しないものと思われる。

第七款 小 括

以上の検討から、「はじめに」で示した近時の最高裁判例に内在している詐欺罪の拡張的運用のおそれに歯止めをかけることを意識しているのは、目的に着目する見解の一部や経済的財産減少に着目する見解の一部だけあることが明らかになった。また、当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に判断する見解からも近時の最高裁判例に歯止めをかける理論を構築する可能性はあると思われる。

もともと、これらの見解が現段階で十分に説得的な判断基準を提供でき

ゝは、個人的損害加味の理論とは、「被害者の個別的かつ経済的な需要及び関係、並びに、被害者によって追求されている目的を考慮して、規範的に観察すると、行為者によってもたらされた客観的同価値である反対給付が主観的に無価値となる場合に、客観的な損害立証を修正することを許容する」理論である。この議論に関わる判例として、Vgl. BGHSt 16, 321（日本語訳として、相内信「続・ドイツ刑法判例研究（13）」警察研究59巻5号（1988年）62頁以下）。なお、„Schadenseinschlag“の訳語について定訳はまだないようである。相内・前掲70頁は「損害打撃」、伊藤涉「詐欺罪における財産的損害（一）——その要否と限界」警察研究63巻3号（1992年）37頁〔以下では、伊藤（涉）「損害（一）」と示す〕は「損害算定」、渡辺・前掲注（57）「全体財産説」449頁は「損害混入」、荒木・前掲注（17）「間接損害」423頁は「損害発生」と訳出している。

ているとはいいがたい。この点に関する私見は、第二章及び第三章の検討を踏まえて、第四章でドイツの詐欺罪における「財産損害」の議論状況を検討した上で提示することになる。

第五節 本章から得られた帰結及び課題

本章では、① 個別財産侵害モデルの論拠である条文の形式的文言も、全体財産侵害モデルの論拠である「詐欺罪は財産犯である」というテーゼも、諸外国の詐欺罪の議論状況も、1つの解釈の可能性を示唆するのみで、自説を基礎付ける論拠を十分に提示できておらず、詐欺罪の保護法益である「個人〔権利主体〕の財産」を具体化することに成功できていないこと(第二節)、② 詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けについても同様に、十分な論拠を示せていないこと(第三節)、③ 詐欺罪における「財産損害」の判断方法に関して、近時の最高裁判例に内在している詐欺罪の拡張的運用のおそれに歯止めをかけることを意識しているのは、取引目的を経済的目的に限定する一部の見解、経済的財産損害に着目する一部の見解だけであるということ、及び、当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に判断する見解もそのような拡張的運用に歯止めをかける理論構築を行う可能性があるということ(第四節)を明らかにした。

そして、わが国の詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付け、及び、財産損害の判断基準に関する諸学説は、十分な論拠のある解釈指針によって展開されていたわけではなく、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する十分な論証もなされていない。そのことから、「財産損害」に関し説得的な判断基準もいまだ導出できていないといえる。次章以下の課題は、これらの解釈を行う際の指針を、これまでの諸学説が重視してこなかった詐欺罪の法制史的資料に立ち返り、導出することである。