

|                  |                                                                                                                                                                                                                   |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Title            | 詐欺の行為の罪をめぐる小品                                                                                                                                                                                                     |
| Sub Title        | A short piece on 'offense of fraud'                                                                                                                                                                               |
| Author           | 和田, 俊憲(Wada, Toshinori)                                                                                                                                                                                           |
| Publisher        | 慶應義塾大学大学院法務研究科                                                                                                                                                                                                    |
| Publication year | 2008                                                                                                                                                                                                              |
| Jtitle           | 慶應法学 (Keio law journal). No.9 (2008. 2) ,p.95- 101                                                                                                                                                                |
| JaLC DOI         |                                                                                                                                                                                                                   |
| Abstract         |                                                                                                                                                                                                                   |
| Notes            | 堀口磊藏教授追悼号 = A special issue in memory of the Late Professor Horiguchi Raizo<br>論説                                                                                                                                 |
| Genre            | Departmental Bulletin Paper                                                                                                                                                                                       |
| URL              | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20080215-0095">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20080215-0095</a> |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 詐欺の行為の罪をめぐる小品

和田 俊 憲

1. はじめに
2. 詐欺の行為の罪と詐欺罪との関係
3. 詐欺の行為の罪の保護法益
4. おわりに

## 1. はじめに

特許法197条は、次のように規定する。「詐欺の行為により特許、特許権の存続期間の延長登録又は審決を受けた者は、3年以下の懲役又は300万円以下の罰金に処する」。これは、詐欺の行為の罪と呼ばれ、ほかの登録制の知的財産権についても同様の規定がおかれている<sup>1)</sup>。あまり注目されないこの犯罪類

---

1) 実用新案法57条 詐欺の行為により実用新案登録又は審決を受けた者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

意匠法70条 詐欺の行為により意匠登録又は審決を受けた者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

商標法79条 詐欺の行為により商標登録、防護標章登録、商標権若しくは防護標章登録に基づく権利の存続期間の更新登録、登録異議の申立てについての決定又は審決を受けた者は、3年以下の懲役又は300万円以下の罰金に処する。

半導体集積回路の回路配置に関する法律52条 詐欺の行為により設定登録を受けた者は、1年以下の懲役又は30万円以下の罰金に処する。

種苗法57条 詐欺の行為により品種登録を受けた者は、1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

型に、詐欺罪との関係および保護法益という二点から、若干の光を当ててみたい。

## 2. 詐欺の行為の罪と詐欺罪との関係

知的財産権は、財産上の利益であり、二項犯罪の客体になるから<sup>2)</sup>、詐欺の行為の罪が成立する場合は、同時に二項詐欺の成否も問題となる。しかし、もし懲役10年以下の二項詐欺が常に成立するのだとすると、それよりも軽い犯罪類型として詐欺の行為の罪を規定した意味がなくなる。詐欺の行為の罪に該当する行為について、二項詐欺は、少なくとも成立しない場合があるものと考えるべきであろう。問題は、不成立の理由である<sup>3)</sup>。

詐欺の行為の罪においても、詐欺の行為→審査官の錯誤→国による登録行為→特許等の取得、という因果経過が必要であると解される<sup>4)</sup>。そうだとすると、ここでは詐欺罪における欺罔行為、錯誤、交付行為および利益の取得に対応するものは既に要求されており、詐欺罪にとって不足するのは、利益の「移転」である。即ち、行為者は確かに特許等の知的財産権を取得するのではあるが、事前に国家に知的財産権が認められ、それが行為者に移転するわけではない点に、詐欺罪不成立の根拠を求めることができそうである。

一項詐欺においては、通常、被害者の現に支配していた財物が行為者に移転するから、行為者が取得する財物を被害者は喪失するという関係がある<sup>5)</sup>。二項詐欺の場合も同様に、行為者が利益を取得するとき、当該利益を被害者が

---

2) 例えば、特許権者を脅迫して特許権を移転登録させたら、二項恐喝が成立しうる。

3) 例えば、虚偽の申立てによる旅券の詐取などにおいても、157条2項の罪（1年以下の懲役又は20万円以下の罰金）が重い詐欺罪によって常に凌駕されることは、結論として否定され、詐欺罪の構成要件該当性がいかなる意味で否定されるかが議論されている。なお、以下で検討する詐欺罪は、通常の二者間における詐欺を前提とする。

4) 大判大正3年6月1日大審院刑事判決録20輯1083頁参照。

5) なお、後出注8参照。

失ったといえなければならないとの見解がある。そして、例えば、被害者を欺罔して提供させたのがサービスである場合、行為者はサービスの提供という利益を受けても、被害者はサービスを失うわけではないから、その時点で二項詐欺の成立を認めるべきではないとの主張が、有力になされている。このように考えるのであれば、詐欺の行為の罪においても、国家が有していた知的財産権を失うわけではないから、二項詐欺は成立しないことになる。

しかし、判例には、被害者を欺罔して債務を負担させ、行為者の被害者に対する債権を成立させる行為について、二項詐欺の成立を認めるものがある。例えば、詐欺賭博を行い、賭客に対する債権を取得する行為について、二項詐欺が成立するとされている<sup>6)</sup>。ここでは、債務者の下にあった（債務者自身に対する）債権が行為者に移転するわけではないのに、詐欺罪の成立が肯定されているのである。これを支持するのであれば、行為者が取得する利益を、被害者が事前に現に有している必要はないといわなければならない。

もっとも、この場合は、結果的に被害者に債務負担があり、そうであるからこそ詐欺罪の成立が肯定されるものと考えることができる。そうすると、ここで問題なのは、被害者と行為者における財産状態が、

(a) 被害者：+100 行為者：0 → 被害者：0 行為者：+100

と変化する場合だけでなく、

(β) 被害者：0 行為者：0 → 被害者：-100 行為者：+100

となる場合も、財産移転を伴う詐欺罪であると認めてよいかどうかである。

結論としては、(β) の場合も、利得と損害の間に「対価関係」があるのであれば、財産の「移転」を肯定してよいと思われる。交付罪において要求される財産移転の本質は、窃盗罪におけるように被害者の物理的ガードを直接侵害

6) 最決昭和43年10月24日刑集22巻10号946頁。さらに、最近でも、高松高判平成15年10月28日公刊物未登載は、県を欺罔して中小企業高度化資金貸付契約を締結させた行為につき、金銭債権の取得を捉えて二項詐欺の成立を肯定している。

してではなく、被害者の意思に基づく財産管理というガードを直接突破した上で、行為者が被害者の負担においてその分を利得するという点にあると考えられるからである。窃盗罪は、行為の直接の対象が物であり、当該財物が被害者の直接の支配下にあるか否かで横領罪と区別されなければならない。これに対して交付罪は、被害者の意思に働きかけるものであるから、その結果取得される財物や利益は被害者の交付意思に左右されうる状態にあれば足り、被害者がそれらを窃盗罪と同じ意味で直接支配し喪失する必要はないのである<sup>7)</sup>。被害者による客体の喪失は、客体が財物の場合にのみ広く認められる事実上の現象にすぎず、一項詐欺においても必要不可欠な要素ではないのではないかと思われる。現に、判例では、被害者が客体を喪失しない場合にも一項詐欺が認められている。効用のない擬似宗教儀式の代金として金銭を詐取するため、被害者に、第三者をして行為者に対する直接の立替払をさせた事案で、行為者が取得した金銭は、第三者から直接移転しており、被害者は当該財物を喪失したわけではないにもかかわらず、一項詐欺罪の成立が認められているのである<sup>8)</sup>。この場合、被害者に認められる損害は、第三者による立替払によって立替金債務を負うことであると解されるが、ここでは正に、上述の（β）の構成によって一項詐欺が認められていると考えられる。そうであれば、二項詐欺においてもそれを認めない理由はない<sup>9)</sup>。被害者の意思によるガードを乗り越えて、行為者が利得し、それに対応する損害が被害者に生じていれば、財産移転は認

---

7) 被害者が第三者に対して有する債権を、欺罔により自らに譲渡させるような場合には、被害者が現に有した利益の喪失を認めることができる。

8) 最決平成15年12月9日刑集57巻11号1088頁。

9) なお、債務負担させて債権を獲得すればすべて二項詐欺というわけではない。双務契約の場合は、債権獲得の時点ではなく、債権を実現させて初めて詐欺既遂となる。そこでは、同時履行の関係にある債権を相互に獲得した時点では、まだ利益の移転が肯定できないということではないかと思われる。片務契約の場合も、債権実現の確実性を要求することが考えられる。前出高松高判平成15年では、取得した金銭債権は、確実な履行が期待できるから財産的価値の高いものとされている。詐欺賭博の上述最決昭和43年についても、履行の確実性を指摘する見解がある。

められるのである。

もっとも、そのように考えたとしても、詐欺の行為の罪の場合は、相手方である国家における財産状態の悪化がないので、結局、詐欺罪の成立を肯定することはできない。利得はあっても、財産転移がなく、従って損害がないのである<sup>10)</sup>。

### 3. 詐欺の行為の罪の保護法益

そうすると、詐欺の行為の罪の保護法益は、国家の財産権ではないことになる。そこで考えられる別の保護法益は、特許等を受けるべき潜在的な第三者の利益である。詐欺罪・特許権侵害罪よりも法益侵害性が間接的で抽象的な違法性の軽い行為を軽く処罰する、補充類型であると解することになる。

具体的帰結として、審査官と共謀した場合でも犯罪は成立し、審査官は共同正犯となる。また、単なる虚偽発明のような、被害者たる第三者が潜在的にも存在しないような場合には、不可罰となる。

もうひとつあり得るのは、特許庁の審査作用を保護法益とする考え方である。特許法199条の偽証罪も、特許庁の作用を保護法益とするものと解されるが、法定刑は3月以上10年以下の懲役であって、刑法169条の偽証罪と同じ重さである。従って、特許庁の審判作用は国の刑事司法作用と同等の保護を与えられていると解される。審判作用に対する危険犯でしかないそれらの犯罪と比較すると、審査作用を現に侵害するにもかかわらず3年以下の懲役でしかない詐欺の行為の罪の保護法益が、同じく特許庁の作用であると解することには、無理があるようにも思われる。

もっとも、偽証罪の場合に問題となる審判作用は、両当事者の間で公平に審

---

10) なお、サービスの詐取の場合は、有償のサービスに限り、対価の支払を受けられない危険という負担が被害者に認められ（行為者に支払意思がないからである）、それを損害として二項詐欺の成立を肯定することができると解される。詐欺の行為の罪においては、そのような損害すら認められない。

判する作用である。これに対して、本罪で問題となる審査作用は、申請者に対して特許等を認めるか否かだけであり、そこに公平性の要請はない。その違いに、刑の軽重の根拠を求めることができよう。国家の行政作用に対する保護の重要性は、司法作用に比べれば軽いものである。

このように考える場合は、詐欺の行為の罪に関する具体的帰結としては、審査官と共謀した場合は犯罪不成立となり、逆に、単なる虚偽発明の場合は処罰対象に含まれることになる。

いずれの構成も理論的には認められそうであるが、具体的な帰結は後者の方が妥当であろう。詐欺の行為の罪においては、審査官を錯誤に陥らせるという要素が要求されるべきであるように思われる。逆に、審査官と共謀した場合は、詐欺の行為の罪が成立しないだけで、完全に不可罰となるわけではない。本来認められない特許等を悪意で登録する審査官には、虚偽公文書作成罪が成立し、共謀した私人はその共同正犯になると解される。

そうすると、詐欺の行為の罪は、情を知らない審査官を利用した虚偽登録の間接正犯を特別に処罰する犯罪類型であると見ることができる。そうだとすると、そこでの保護法益は、知的財産権の登録制度に対する社会的信頼であり、それを制度の外部から侵害する犯罪であると構成することも可能かもしれない<sup>11)</sup>。ここでは、審査官による虚偽登録が、制度の内部で社会的信頼を害する独立の犯罪類型として規定されていないことが注目される。その理由は明らかでないが、そのような犯罪類型を用意しなくても、おそらく虚偽公文書作成罪で捕捉可能であろう。だからこそ虚偽登録罪が規定されていないのだとすると、詐欺の行為の罪も社会的信頼に対する罪であると見るのは、自然である<sup>12)</sup>。

---

11) 公務員による虚偽公文書作成罪と、私人の虚偽の申立てによる公正証書原本等不実記載罪との関係と、同様に理解することになる。

12) 詐欺の行為の罪を構成する行為に虚偽公文書作成罪の間接正犯が成立しない範囲と理由は、公正証書原本等不実記載罪の場合におけるそれと同様であると解される。

もっとも、国家の作用と、それに対する社会的信頼との関係については、なお議論を整理する必要があると思われる。

#### 4. おわりに

実益はさほどないと思われるが、通常気にせぬところのつながりから視野が広がるのは興味深く、これはそれをささやかにしたための小品である。

堀口磊蔵先生とは、辛うじて在任期間が重なっているだけで、面識はなかった。ところが、後になって、先生が高校の先輩であることや、先生の菩提寺が私の親戚の寺であることなど、意外なつながりが判明した。謹んでご冥福をお祈りしたい。