慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	詐欺罪における間接的損害について
Sub Title	Die mittelbaren Schäden beim Betrug
Author	荒木, 泰貴(Araki, Taiki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.37 (2017. 2) ,p.419- 440
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	井田良教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170224-0419

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.

詐欺罪における間接的損害について

荒　木　泰　貴

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　ドイツにおける間接的損害に関する議論
　1　素材同一性
　2　間接的損害の具体例
　3　間接的損害が問題になる理由
　4　素材同一的であるべき対象
　5　小括
Ⅲ　日本における間接的損害に関する議論
　1　将来的な不利益の考慮
　2　将来的な不利益の考慮に対する批判
　3　損害として考慮可能な範囲の限定の必要性
　4　他の判例との関係
　5　内在性の要請
　6　利益との同一性による限定の試み
Ⅳ　おわりに

Ⅰ　はじめに

近時、詐欺罪に関する議論が活発になされている。特に、暴力団員によるゴルフ場の利用に関する事案につき、同日に最高裁が有罪の判断だけでなく無罪の判断も示したことは記憶に新しい。すなわち、有罪の判断をした最決平成26年3月28日刑集68巻3号646頁（以下、長野事件決定という）、無罪の判断をした最判平成26年3月28日刑集68巻3号582頁である。両判断の分水嶺となったと考えられるのは、暴力団員であることを隠して利用を申し込んだ行為が挙動による欺罔に該当するかであったといえる。

しかし、本稿では、長野事件決定が考慮した利用客の減少等の将来的に発生しうる不利益を詐欺罪の成否において考慮することが許されるのかという観点から、若干の検討を加えたい。日本の詐欺罪の枠組みの中でこのような間接的損害ともいいうる不利益を考慮することは許されるだろうか。

検討にあたっては、まず、ドイツの議論を参照したい。ドイツでは間接的損害による詐欺罪の成立が否定されているからである。

Ⅱ　ドイツにおける間接的損害に関する議論

1　素材同一性

ドイツでは、詐欺罪の財産移転罪としての性格からいわゆる素材同一性（Stoffgleichheit）が要求され、利益と損害の対応関係（Entsprechung）が必要とされる[1)]。素材同一性はBGHによれば「行為者が自らを不法に利得させる目的でなさしめた被欺罔者の同一の財産処分が直接に財産的損害を引き起こさなければならない。……換言すれば、行為者により得ようとされた財産的利益と惹起された財産的損害とは互いに対応しなければならない。一方がいわば他方の裏面でなければならない」[2)]、「利益と損害が同一の処分行為に基づき、利益が被侵害財産の負担となること」ないし「行為者または第三者を利得させる被欺罔者の同一の処分行為が損害を直接に引き起こすこと」[3)] などと定式化されている[4)]。そして、これによって間接的損害は詐欺罪の成立を基礎づけないと

1）Rudolf Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 18. Aufl. 2016, § 13, Rdn. 246 ff.; Klaus Tiedemann, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte u.a.（Hrsg.）, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 9/Teil 1, 12. Aufl. 2012, § 263, Rdn. 256 ff.; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 63. Aufl. 2016, § 263, Rdn. 187 ff.

2）BGHSt 6, 115, 116.

3）BGHSt 34, 379, 391.

4）素材同一性について手数料詐欺に関する事例を中心にドイツの議論を紹介する文献として、林美月子「クレジットカードの不正使用と詐欺罪」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集　上巻』（1990年、有斐閣）476頁以下。

考えられているのである[5]。ここにいう間接的損害とは「被欺罔者が欺罔行為によって行った処分行為および財産的損害の発生の後のさらなる行為の遂行によって引き起こされる損害」（強調原文）と定義されている[6]。

2　間接的損害の具体例

このような間接的損害の具体例として、例えば飛行機代が挙げられる。BGHは「地方裁判所は、証人が休暇から飛行機で帰らなければならなくなったことによって生じた1804.47ドイツマルクの余分なコストを、詐欺罪の損害と考えた。ここでは、行為者が得ようとした財産的利益と被害者の損害との間に『素材同一性』が存在しなければならないということが、見誤られている……。被欺罔者が財産的損害のゆえにさらなる行為をしたことによって被る間接的な損害は、それゆえ刑法263条の詐欺罪に該当しない……。被告人には証人との契約によれば1564ドイツマルクだけが認められることから、被告人の利得目的に対応する詐欺罪の損害はせいぜいこの高さで発生した。それを超えた金額は単に行為の影響（刑法46条2項）として量刑にとって意味があるにすぎない」と述べた[7]。また、弁護士費用ないし公証人費用に関する次のような事例も挙げられる。すなわち、被告人は買主に十分な資力がないことを知りながら土地の売買を仲介して仲介手数料を得ようとしたが、売主に対して買主の資力を偽ったために買主は債務の履行ができず、それゆえ売主は弁護士費用ないし公証人費用を支払うこととなった、という事案について、BGHは、「売主によって利益を得ることなく費やされた弁護士費用および公証人費用に関して、被告人の行為は詐欺既遂によって処罰することはできない。なぜなら、得ようとされた財産的利益と被害者の損害との素材同一性が欠けるからである」と述べた[8]。

5）Rengier, a. a. O.（Anm. 1）, § 13, Rdn. 246 ff.; Tiedemann, a. a. O.（Anm. 1）, § 263, Rdn. 257; Fischer, a. a. O.（Anm. 1）, § 263, Rdn. 187 ff.

6）Tiedemann, a. a. O.（Anm. 1）, § 263, Rdn. 257.

7）BGHR §263 Abs. 1 Stoffgleichheit 2.

8）BGH NStZ 2002, 433, 434.

その他にも、訴訟費用[9]や欺罔によって辞職したためにかつての職場から支払われなかった賃金[10]などが挙げられている[11]。このように、利益と損害との素材同一性が間接的損害による詐欺罪の成立を排斥しているのである。

3　間接的損害が問題になる理由

間接的損害の問題を考えるにあたっては、なぜそれが詐欺罪の成否に際して問題になるのかという点について言及する必要がある。というのも、日本の詐欺罪では「財物を交付させた」ことまたは「前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた」ことが要求され、個別財産に対する罪と一般に解されているため[12]、交付される個別財産との関係で詐欺罪は議論されることとなる。その感覚からすると、上に挙げた各損害はそもそも詐欺罪の問題になるのだろうかと思われる可能性があるからである。飛行機代や弁護士費用等は行為者（または第三者領得として捕捉される第三者）に交付されるものではないから、そもそも詐欺罪の成否には関係がないと思われてしまう可能性があるのである。

ドイツにおいて間接的損害が取り沙汰される理由は、ドイツの刑法263条1項の規定ぶりにあると考えられる。すなわち、ドイツの刑法263条1項は「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」と規定し[13]、これは全体財産に対する罪であると考えられている[14]。そのため、ドイツの刑法の条文は一見すると欺罔行為によって財産的損害を惹起することで足りるとしているように思われることか

9）BGH NStZ 1998, 570.

10）BGH NStZ 1998, 85.

11）他の事例については Tiedemann, a. a. O.（Anm. 1）, § 263, Rdn. 257 を参照。

12）日本の詐欺罪も全体財産に対する罪であると解する見解として林幹人『刑法各論〔第2版〕』（2007年、東京大学出版会）143頁。

13）邦訳は『ドイツ刑法典』法務資料第461号（2007年）に依拠した。

ら、（間接的であれ）財産的損害が発生すれば「他人の財産に損害を与えた」というドイツの条文に該当するようにも思われるのである。例えば飛行機代に即して述べると、飛行機代を支出したことは経済的な損失であるから、これが欺罔行為に起因するのであれば「他人の財産に損害を与えた」として詐欺罪の成立を肯定する要素となってしまうように見えるのである。このことから、ドイツでは素材同一性の要件によって間接的損害が排斥されることが明示的に言及され、上記の具体例が間接的損害の例として挙げられていると考えられる。

4　素材同一的であるべき対象

前述したように（Ⅱ2）ドイツの判例では素材同一性が要求されることから間接的損害は詐欺罪の成立を基礎づけないとされているが、何と何が素材同一的である必要があるのかについては一考を要する。BGH は「利益と損害との素材同一性」と述べるが、これを文字通りに捉えるべきかについては検討を要すると思われるのである。なぜなら、ドイツの詐欺罪は全体財産に対する罪であると解されており、財産的損害は全体財産の悪化として捉えられているために基本的に損害と被害者の取得した利益との清算が行われたうえで、財産的損害の大きさが決定されるからである[15)]。

この点に関し、キントホイザーは、支配的見解によれば財産的損害を経済的な差引き計算によって算出することを基本とするドイツにおいては、単純な財物詐欺を除いて損害と利益の価値比較がなされるのみであるが、被欺罔者の財産処分だけでなく行為者による反対給付や被害者によるその受領も考慮されなければならず、それが 1 つの移転に基づくということはほとんどできないと指摘する[16)]。また、いわゆる個別的損害発生（Der sog. individuelle Schadenseinschlag）

14）Rengier, a. a. O.（Anm. 1）, § 13, Rdn. 1; Walter Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263, Rdn. 3.

15）Tiedemann, a. a. O.（Anm. 1）, § 263, Rdn. 159; Perron, a. a. O.（Anm. 14）, § 263, Rdn. 99.

16）Urs Kindhäuser, Zur Vermögensverschiebung beim Betrug, Festschrift für Hans Dahs, 2005, S. 71.

によって財産的損害が肯定される場合も、そのような被害者の個人的な関係によって発生する損害と行為者の得た利益とが同一であることはないと指摘する[17]。さらに、ドイツにおいても財産的損害を処分の目的の不達成に求める見解があり、そこでは処分行為者による財産の投入（Vermögenshingabe）を目的が価値的に埋め合わせるのであるが、目的達成が処分行為から利益を得る者に（経済的に）影響するのではないから、損害と利益の算出は一致せず、得ようとされた利益は（常に）損害の裏面として理解することはできないとも指摘する[18]。そのうえで、財産移転は財産処分の対象と関係するとし、「素材同一的」であるのは行為者（または第三者）が処分行為によって被害者の財産の負担において獲得する対象であるとする[19]。

これらの指摘を踏まえて改めて上記で紹介したドイツの判例を見ると、飛行機代は被告人が欺罔行為による契約で取得した1564ドイツマルクとは別個に航空会社に対して支払われるものであり、弁護士費用等も被告人が欺罔行為による契約で取得しようとした仲介手数料とは別個に弁護士等に支払われるものである。これらの飛行機代・弁護士費用等は、いずれも処分行為によって行為者が獲得することを目指した対象（これが行為者の利益となる）ではない。「利益と損害との素材同一性」という言葉が用いられているが、ここでは全体財産の悪化が突き止められた後の「損害」が意味されているのではなく、移転対象の同一性が問題にされていると考えられ、これによって間接的損害が排斥されていると考えられる。

5　小括

このように、ドイツの判例においては、間接的損害は、それが現に発生したとしても、財産を移転させる処分行為とは別個の行為から発生したものであり、移転対象（これが行為者または第三者に獲得されることで利益となる）とは異なる

17）Kindhäuser, a. a. O.（Anm. 16）, S. 72 f.

18）Kindhäuser, a. a. O.（Anm. 16）, S. 74.

19）Kindhäuser, a. a. O.（Anm. 16）, S. 76 f.

損害であることを理由として、詐欺罪の成立を基礎づけないとされているということができる。

Ⅲ　日本における間接的損害に関する議論

1　将来的な不利益の考慮

重要と思われるのが、冒頭でも触れた長野事件決定である。長野事件決定は、「ゴルフ場が暴力団関係者の施設利用を拒絶するのは、利用客の中に暴力団関係者が混在することにより、一般利用客が畏怖するなどして安全、快適なプレー環境が確保できなくなり、利用客の減少につながることや、ゴルフ倶楽部としての信用、格付け等が損なわれることを未然に防止する意図によるものであって、ゴルフ倶楽部の経営上の観点からとられている措置である」と述べる。最高裁のいう「経営上の観点」が経済的な観点に着目したものであるのか、経済的とはいい切れないものも含むのかは争いがありうるが[20]、ここでは「利用客の減少につながることや、ゴルフ倶楽部としての信用、格付け等が損なわれること」という将来的な不利益を考慮することの可否を問題としたい。最高裁は将来的に発生しうる不利益を詐欺罪の成立を肯定させる方向に考慮してい

20）他の者を搭乗させる意図を秘して搭乗券の交付を受けた事例に関する最決平成22年7月29日刑集64巻5号829頁に関するものであるが、伊藤渉「判批」平成25年度重判解175頁は、航空会社が多大な財産的負担を余儀なく被るためになお財産的利害にかかわるものと評価できると指摘する。大塚裕史「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第7版〕』（2014年、有斐閣）103頁は、この決定は経営上の重要性から損害を基礎づけようとした点に意義があるとし、「詐欺罪における財産的損害の危険性は、個別具体的な経済的損失の場合だけでなく、会社の経営の根幹にかかわるような場合も含むとした点は重要である」とする。山口厚「詐欺罪に関する近時の動向について」研修794号（2014年）4頁は、「交付によって経済的損失が見込まれるかという財産的利益・侵害の側面に着目した原判決とは異なり、それに言及せず、経営上の重要性という評価によって（本人が搭乗することが）『交付の判断の基礎となる重要な事項』であることを基礎付けている点でも注目される」とする。佐藤陽子「判批」刑事法ジャーナル42号（2014年）109頁は、判例は謙抑的に財産的要素を含む目的にのみ詐欺罪の成立範囲を制限しているわけでないとする。

るといえる。

学説上も、将来的な不利益を捉えて詐欺罪の成立を肯定する見解は存在する。例えば、伊藤渉教授は「ゴルフ場が暴力団関係者による施設利用を拒絶するのが、そのような者の利用による他の客とのトラブルや、ゴルフ場自体の価値の低下によって経営上の不利益をもたらしうるという、財産上重要性を有する理由に基づくものであるのならば、暴力団員でないかのように装う行為は財産取引上重要な事項について相手方を欺くものであって、詐欺罪の成立を基礎づけうるものといえよう」とする[21)]。

これまで、日本の学説においては、詐欺罪に実質的損害の発生が必要であるとの考えが広まり[22)]、それを条文上どの要件に位置づけることができるかについては盛んな議論があった[23)]。これに対して、実質的損害としてどのような範囲まで考慮することができるのかについての議論はあまりなされてこなかったといえるであろう。そのため、どのような形であれ何らかの経済的な損害に結びつけることに成功すれば実質的損害を肯定することができ、財産犯としての性格が維持され、詐欺罪の成立を肯定することができると考えられていたように思われる[24)]。

しかし、詐欺罪の成立を肯定する方向に働く経済的損害の範囲を限定する必

21）伊藤渉「判批」刑事法ジャーナル 42 号（2014 年）102 頁（なお後述Ⅲ 3）。星周一郎「詐欺罪の機能と損害概念」研修 738 号（2009 年）8 頁も参照。井田良「詐欺罪における財産的損害について」法曹時報 66 巻 11 号（2014 年）5 頁は間接的に生ずるマイナス利益も含めて詐欺罪の成否を検討する。

22）伊藤渉「詐欺罪における財産的損害（一）～（五・完）」警察研究 63 巻 4 号（1992 年）27 頁以下、63 巻 5 号（1992 年）28 頁以下、63 巻 6 号（1992 年）39 頁以下、63 巻 7 号（1992 年）32 頁以下、63 巻 8 号（1992 年）30 頁以下等。

23）例えば、山口・前掲注 20）6 頁以下。なお、井田・前掲注 21）13 頁以下は、財産的損害をどの要件に位置づけるかという点に関する対立は解消したと指摘する。

24）西田典之『刑法各論〔第 6 版〕』（2012 年、弘文堂）209 頁は、預金通帳の詐取に関して「実質的個別財産説から財産的損害が必要であるとする以上、……そこには銀行等の金融機関がなんらかの財産的損害を被ることまたはその可能性が必要とされるべきであろう」とし、同 210 頁は不当利得返還請求または損害賠償請求の可能性を指摘している。

要はないだろうか。

2　将来的な不利益の考慮に対する批判

長野事件決定のように将来的な利用客の減少等を考慮することに対して明示的に批判する者として、松宮孝明教授が挙げられる。松宮教授は、暴力団員のゴルフ場利用とゴルフ場の評判の低下による営業成績への悪影響について「仮にそのような経済的な損失があり得るとしても、取引相手の処分行為によって直接生じるものではない。これは、詐欺罪において必要とされている『処分行為と損害（および利得）との間の直接性』を充たさない」と述べ[25]、最高裁を批判する[26]。

しかし、松宮教授の批判については、その位置づけについてより考察すべきところがあるように思われる。

ドイツの詐欺罪は客観的構成要件として財産的損害の発生が要求されていることから、損害の発生と処分行為との直接性を問題にすることが可能である。前述したように（Ⅱ 4)、処分行為とは別個の行為によって発生した損害は間接的損害であるとして詐欺罪の成立を基礎づけないとされていた。

これに対して、日本の詐欺罪の議論においては、客観的構成要件としての財産的損害の発生は条文上要求されていない。書かれざる構成要件要素として財産的損害の発生を要求する見解[27]でない限り、いわゆる実質的財産的損害は、交付された財産にそのような損害が発生するリスクを含めて考えることができ

25）松宮孝明「詐欺罪と機能的治安法」浅田和茂ほか編『生田勝義先生古稀祝賀論文集　自由と安全の刑事法学』（2014 年、法律文化社）366 頁。

26）松宮孝明「暴力団員のゴルフ場利用と詐欺罪」浅田和茂ほか編『刑事法理論の探求と発見　斉藤豊治先生古稀祝賀論文集』（2012 年、成文堂）152 頁以下も参照。他の者を搭乗させる意図を秘して搭乗券の交付を受けた最決平成 22 年 7 月 29 日刑集 64 巻 5 号 829 頁に関して同様の指摘をするものとして、田山聡美「判批」判例評論 659 号（2014 年）183-184 頁。田山聡美「詐欺罪における財産的損害」高橋則夫ほか編『曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集［下巻］』（2014 年、成文堂）161 頁以下も参照。

27）例えば、西田・前掲注 24）203-204 頁等。

るか[28]、または、財産の交付によって追求された目的が達成しなかったか[29]、といった形で問題となるものである[30]。いわゆる法益関係的錯誤説に基づく見解は、条文上要求されない財産的損害の発生を錯誤の要件に位置づけることで、財産的損害の発生が要件とされることを回避するものである[31]。松宮教授自身も、財産的損害の発生を独立の要件と考えるのではなく、処分の目的を達成できない財産処分が損害であると捉えているといえる[32]。

したがって、暴力団員によるゴルフ場の利用を例にとれば、「ゴルフ場を利用させることに利用客の減少等の将来的な不利益のリスクを含めて考えることができるか」または「利用客の減少等の防止もゴルフ場を利用させることの目的に含まれるか」が問題となる。このように、財産的損害はあくまで当該財産の処分に含まれる形で考慮されるのであるから[33]、「処分行為と損害（および利得）との間の直接性」は充たされている。将来的な不利益の現実の発生を前提にしていると思われる松宮教授の批判は、書かれざる構成要件要素として実質的損害の発生を要求する見解についてのみ妥当しうるものであって、そのように考えない見解には妥当しないといえる。

3　損害として考慮可能な範囲の限定の必要性

しかし、交付された財産にリスクとして含まれるかなどといった形で考慮するのであればどのような経済的な損失であっても詐欺罪の成立を肯定する方向に働くのかについては、別個の検討が必要であろう。ここに何らの限定も設けないのであれば、詐欺罪を成立させるべきではないと思われるような勘違いが存在するにすぎない場合であっても、何かしらの経済的な不利益が発生する可

28）井田良『刑法各論〔第2版〕』（2013年、弘文堂）137頁参照。
29）松原芳博『刑法各論』（2016年、日本評論社）275-277頁等。
30）井田・前掲注21）21頁、林幹人・前掲注12）154頁、大塚裕史ほか『基本刑法Ⅱ—各論』（2014年、日本評論社）240-241頁。
31）山口・前掲注20）8-9頁等。
32）松宮孝明『刑法各論講義〔第4版〕』（2016年、成文堂）264-266頁。
33）井田・前掲注21）21-22頁も参照。

能性を指摘することで（挙動による欺罔等の他の要件が否定されない限り）常に詐欺罪が成立してしまうことになると思われるのである。

例えば弁護士費用に関する損害の事案を考えたい。取引の過程で何らかの虚偽・誇張の発言等があれば購入者等が「こんなはずではなかった」と考えて後に訴訟に発展する可能性を否定することはできない。そして、訴訟にかかる弁護士費用が経済的な損失であることは疑いないが、損害として考慮可能な範囲を限定しなければ、この損失をもって詐欺罪の成立が肯定されてしまいかねない[34)]。弁護士費用が発生するリスクが購入代金等の交付に含まれていたとされうるし、敢えてトラブルを引き起こしたい者でない限りは訴訟沙汰にならない円満な取引の実現は取引の目的となっているともいえるからである。前述したように（Ⅲ 2）日本の詐欺罪の成立には現実に弁護士費用の支出がなされることすら不要と考えられるのであるから、詐欺罪の成立が否定される理由はないように思われる。

具体例を挙げると、アイドル X は実際には恋人がいるにもかかわらず恋人はいないと公言していたが、X による手渡しの CD 販売会においても参加者 V に対してそのように述べたため、V は恋人のいないアイドル X を応援することが決定的な動機となって X の CD を 100 枚購入した。しかし、その後、X に恋人がいたことが発覚したことから、V は騙されたと考えて CD 代金の返還を求める訴訟を提起するため、弁護士に依頼して弁護士費用を支払った、とい

34）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編集委員会編『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・少年法編〕』（2011 年、立花書房）189-190 頁は、「〔間接的な被害の可能性といった〕抽象的な可能性によって詐欺罪の成立を認めることは不適切であ」るとしたうえで、「間接的な経済的不利益を重視する見解は、詐欺罪で保護されるべき目的は経済的利害に関係している必要があるという前提から、その関連性を直接的なものから間接的・抽象的なものまで緩和しようとしているが、経済的利害に直結しなくても、重要な社会的目的は保護されると端的に解した方が適切であるように思われる」と述べる。なお、橋爪隆「判批」金融法務事情 2025 号（2015 年）10 頁は「畏怖した一般客の利用が減少するなど経済的な不利益が生ずる可能性を指摘しており、このように経済的不利益をもたらし得る事情が『重要な事項』に該当することについて異論はないと思われる」とする。

う事例が考えられよう。

この事例において、V は X に恋人がいることについて錯誤しており、弁護士費用を支出することについても想定していなかった。V がそれを知っていれば弁護士費用の支出という経済的なリスクを伴う購入代金の支払いをすることもなかったといえるだろう。また、訴訟沙汰にならない円満な取引の実現も取引の目的となっているともいいうる。したがって、この弁護士費用が考慮可能なのであれば、これが経済的な損失であることに疑いない以上、翻って CD の購入代金の支出によって詐欺罪の成立を認めなればならないであろう。

しかし、恋人のいない X の応援という目的は経済的なものでもなければ社会的に重要なものでもなく、これによる詐欺罪の成立は否定されるべきであると思われる。V による弁護士費用の支出は、X に嘘をつかれたことが発覚した後に、訴訟を提起するかしないかについての独自の意思決定を経てなされるものである。したがって、欺罔行為によって惹起された錯誤および処分行為に基づくものではない。仮に弁護士費用の支出が現実化したとしても、これは財産移転後に発生する、移転の外側に位置するものであって、この不利益は財産の交付・移転をもって既遂に達する詐欺罪の成否には消長を来さないものであると考えられる。現実化したとしても詐欺罪を成立させるとはいえない不利益が、交付に含まれるリスクないし目的不達成という形で前倒しされてより抽象化されることによって、逆に詐欺罪の成立を基礎づけることはできないというべきである。

暴力団によるゴルフ場の利用の事例についても同様のことがあてはまるように思われる。利用客の減少等は、暴力団員が当該ゴルフ場に来ることを利用客が気に掛けて自主的な判断によって発生するものである[35)]。また、それは、弁護士費用の事例とは異なり、被欺罔者・処分行為者・被害者では決してない一般の利用客の判断によって発生するものであるから、より欺罔行為・錯誤・処分行為との関連性に乏しい。さらに、利用客の減少等はゴルフ場でのプレー

35）松宮・前掲注 25）366 頁もこのことを指摘する。

を許すという財産交付後の、財産移転の外側に位置している。ここでも、リスクないし目的不達成という形で前倒しされてより抽象化されることによって、逆に詐欺罪の成立を基礎づけることはできないというべきであろう。

以上のように、財産移転の後の別個の意思決定によって現実化する不利益は、リスクないし目的不達成という考慮の仕方によったとしても、詐欺罪を成立させるものではないというべきである[36]。

もっとも、仮に上記の弁護士費用が詐欺罪を肯定する要素にはならなくとも暴力団員のゴルフ場の利用による利用客の減少等は詐欺罪を肯定する要素となると考える見解がありうる。しかし、その背後に「暴力団関係者によるゴルフ場の利用は、外形上は平穏で一般の利用者と見分けがつかないとしても、ひとたびゴルフ場内においてトラブルを起こせば、他の利用者ないし施設に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」[37]という感覚が存在するのであれば問題があると思われる。確かに、他の利用者を威迫したり、施設を破壊したりする可能性が現に存在するのであれば、そのことを秘してゴルフ場の利用を申し込んで利用することは詐欺罪に該当するといえるであろう。しかし、そのような可能性が認められるのは、申込者が暴力団員であるからではなく、申込みの時点で申込者にゴルフ場内で他の利用者の威迫や施設の破壊行動等に出ることも辞さないという意思が認められるからであろう。したがって、そのような意思の認定がなされなければならない。その意思は暴力団員であることのみから直ちに認められるものではないから、「暴力団員である＝そのような行動に出

36）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）157 頁は、間接的損害について「交付者側にいくらでも二次的な財産損失の危険を想定しうる」ために詐欺罪を限定するのではなく「詐欺罪の成立を積極的に理由づける論拠にもなりうる」、「二次的な財産損失の危険性は、あまりにも抽象的かつ不確実なものではないか」、と指摘する。山口・前掲注 20）10 頁および四條北斗「身分を秘匿してなした法律行為と詐欺罪」桐蔭法学 20 巻 2 号（2014 年）94 頁以下も参照。

37）伊藤・前掲注 21）102 頁注 13。

る意思が存在する」と考えることはできないと思われる。

このように考えると、暴力団員によるゴルフ場の利用の事例で正面から問題とされるべきは、何らかの経済的な不利益に結びつけることができるかという点ではなく、暴力団に所属しているという属性を偽ることでゴルフ場側が暴力団に属しない人にゴルフ場を利用させることができなかったことそれ自体が詐欺罪を基礎づけるのかという点である。社会的に重要な目的も詐欺罪を成立させると考えるのであれば暴力団の排斥は社会的に重要であるとして詐欺罪を成立させると考えうるし、財産処分の自由も詐欺罪で保護されると考えた場合にも詐欺罪の成立を肯定しうるであろう。しかし、この問題はこれまで論じてきたこととは別の問題であり、本稿で結論を出すことはできない。本稿の検討は、いわば詐欺罪の成立を肯定することができる実質的損害の「幅」に関するものであるから、その幅の中で何が保護されるかという「質」の問題とは別個に検討されなければならないものである[38)]。

4　他の判例との関係

上記のような考察は、他の最高裁判例の中にも見出しうる。その判例とは、他の者を搭乗させる意図を秘して搭乗券の交付を受けた事例に関する最決平成22年7月29日刑集64巻5号829頁である。

控訴審は、第一審が触れていなかった、①搭乗券に記載された者以外による搭乗が「航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含む」という点、②「航空会社に対する社会的信用の低下、業績の悪化に結び付く」という点、③カナダへの不法入国をさせてしまうと「同国政府に最高額で3000ドルを支払わなければならない」という点を指摘し、搭乗券の「適正な管理は、航空会

38）前掲注20）に挙げた文献も参照。また，木村光江「現代社会と財産犯の保護法益」法学会雑誌56巻1号（2015年）128頁は、「損害はあくまでも処分された財物・利益そのものと考えるべきである。ただし、その処分がなされた理由が、当該事案が発生した社会状況において、当該取引において重要な事項に関わる場合には、それが欺く行為に当たることとなる。そしてその『重要な事項』は、財産的利益に関わるものには限らないのである」とする。

社にとって重大な財産的関心事であ」るとした。

これに対して、最高裁は、①について触れたうえで④「本件航空会社がカナダ政府から同国への不法入国を防止するために搭乗券の発券を適切に行うことを義務付けられていたこと等」を指摘し、「当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していた」とした。

最高裁は、控訴審が新たに②③に言及したにもかかわらず、敢えてこれらの点について言及せずに判示していることが注目される。この点については、最高裁が②③に明示的に触れていないのは①④のみで詐欺罪は十分に基礎づけられ、また②③は「等」に含まれるので明示しなかったにすぎないからである、との捉え方もありうるところである。

しかし、本稿の立場によれば②を考慮すべきでないのはこれまで論じてきたとおりであるが、金額も特定されている明らかな経済的不利益と考えられる③も削除されていることは強調されてよいように思われる。控訴審が新たに言及した②③を最高裁は敢えて削除しているという経緯があるからである。③は、搭乗券の交付がなされて財産が移転した後の、カナダ政府の独自の意思決定によって請求されるものであるから、本稿の立場からは詐欺罪の成立に考慮されるべきではない。これは、「本判決が財産上の損害という要素を詐欺罪の要件から排除しようとしていることは明らかである」[39] のではなく、経済的な不利益であっても考慮可能なものには一定の限界があるとしたものと見るべきであると思われる[40]。

他にも、暴力団員が郵便局で預金口座を開設して通帳およびキャッシュカードを詐取したとされる最決平成 26 年 4 月 7 日刑集 68 巻 4 号 715 頁がある。第一審が反社会的勢力との関係遮断ができないために「金融機関自体が社会的非

39）西田・前掲注 24）211 頁。

40）門田成人「判批」法学セミナー 670 号（2010 年）139 頁も参照。ただし、増田啓祐「判解」最判解刑事篇平成 22 年度 184 頁は③も考慮して航空券に氏名が記載された者（航空会社が搭乗を承認した者）と実際の搭乗者との同一性の確保の重要性を認めている。

難を受けるおそれも高い」と述べ、控訴審も「当初は犯罪に利用する目的がなくとも、その後に不正利用されるおそれがあり、金融機関が種々の損害を蒙る可能性が否定できない」と述べていたが、最高裁はこれらの事情には触れていない。勿論、弁護人の主張との関係やこれらの事情を考慮せずとも詐欺罪の成立が十分に基礎づけられるために触れなかったにすぎないと見ることも可能である。しかし、少なくとも最高裁が安易に②等の将来的な不利益の論法を用いて詐欺罪の成立を肯定しているわけではないことは指摘できると思われる[41]。

5　内在性の要請

これまで、詐欺罪における実質的損害として考慮することができるのはどこまでかという、いわば実質的損害の「幅」について検討してきた。それを一定の範囲で制限すべきであるという本稿の立場からは、詐欺罪における法益関係的錯誤を「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」（傍点引用者）の達成に関する錯誤に限定する佐伯仁志教授の見解[42]が注目される。この内在性の要請が、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と考えられるからである。そして、それは、移転罪とされ財産の交付をもって既遂となる詐欺罪の構造を忠実に反映しており、単なる意思侵害を超えた、当該財産を騙取されることで財産が侵害される罪として詐欺罪を規定していると考えられるからである[43]。

ただし、佐伯教授は、その後、法益関係的錯誤となるのは「財産処分の客観

41）ただし、駒田秀和「判解」法曹時報 68 巻 5 号（2016 年）227 頁は、想定しうる種々の経済的損害について挙げたうえで（そこには「暴力団の口座開設に応じていることが銀行の社会的信用を毀損するという経済的利益も考えられなくはない」という指摘も含む）、「本決定の解釈としては……保護される財産的処分の目的の範囲について、財産的要素を広く捉えていることは明らかであるが、経済的要素以外も明確に取り入れているか否かまでは断定できず、むしろ経済的要素から把握できるものを考慮していると理解することも可能と思われる」とする。

42）佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報 1 号（1985 年）117 頁、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』（2006 年、岩波書店）109 頁。

43）和田俊憲「判批」平成 22 年度重要判例解説 213 頁も参照。

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」と説明しており[44]、内在性について触れていない。そして、預金通帳の詐取に関して「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」としている[45]。

しかし、これまでの検討によれば、内在性の要請を後退させることにはより慎重であるべきであるように思われる。考慮可能な経済的損害にも一定の限界があると考えるべきであろう。

6　利益との同一性による限定の試み

将来的不利益の考慮を否定する根拠として、行為者の得た利益との同一性を挙げる見解がある。松原芳博教授は「暴力団員にプレーさせたことでゴルフ場の評判が低下して客が減少するリスクは、仮にそれが現実的なものであったとしても、暴力団員の得た施設利用の利益との実質的な同一性を欠くため、奪取罪（移転罪）としての詐欺罪を基礎づけえないように思われる」とする[46]。この見解は私見と同様の見解であると思われるが、利益と損害との同一性を要求するものであるとすれば[47]、注意しなければならない点があるといえる。問題は、損害の側面と利益の側面とに分けて検討することができる。

まず損害の側面についてである。近時有力化している実質的な財産的損害を被欺罔者の追求した目的の不達成に求める見解によれば[48]、行為者の得た利益と財産的損害とはほとんど一致しないこととなり、詐欺罪の成立範囲が極め

44）佐伯仁志「詐欺罪(1)」法学教室 372 号（2011 年）108 頁。

45）佐伯・前掲注 44）113 頁。橋爪教授の見解に関して前掲注 34）も参照。

46）松原・前掲注 29）283 頁（280–281 頁も参照）。

47）門田成人「判批」法学セミナー 714 号（2014 年）133 頁。林陽一「判批」平成 26 年度重要判例解説 171 頁も参照。照沼亮介「判批」刑事法ジャーナル 27 号（2011 年）95 頁は、搭乗券の事例について「欺罔によって取得された財物（搭乗券）と、被欺罔者が被った損害の実質との間に『経済的価値』の実質的な同一性を認めることは困難であろう」とする。

48）松原教授も目的不達成に着目する（松原・前掲注 29）277 頁は「取引目的の不達成（＝財産的損害）」と記述している）。

て限定されてしまうように思われる。例えば、学説上も異論はないと思われるいわゆるドルバイブレータ事件[49]では、行為者の得た利益はドルバイブレータの売上金であり、被害者の達成しなかった目的すなわち損害は行為者の述べるような特別の機能を備えたドルバイブレータの取得である。利益と損害との実質的な同一性を厳密に要求するのであれば、この事例においても詐欺罪の成立は否定されなければならないであろう。そもそも、行為者は交付される財産の取得（およびそれを利用処分することによる便益の享受）を目指しているのであって、被害者がどのような目的を追求していたかについて関心があるとはいえない。そのため、被害者の目的の不達成を損害と捉えるのであれば、それと行為者の取得した利益とが実質的に同一であるといえる事例はほとんど想定することができないように思われる[50]。他方、財産的損害を、目的の不達成それ自体ではなく、目的を達成することができない形での財産の交付であると考えるとすれば[51]、交付された財産（損害）と行為者が取得した財産（利益）とが一致しない場合はそれほど多くないと思われることから[52]、詐欺罪の成立を限定する機能はそれほど高くないであろう[53]。暴力団員によるゴルフ場の利用について述べれば、交付された財産はゴルフ場の利用というサービスであり、行為者が取得した財産もゴルフ場の利用というサービスであるから、損害

49）最決昭和 34 年 9 月 28 日刑集 13 巻 11 号 2993 頁。

50）前述Ⅱ 4。日本の詐欺罪の議論では一般に全体財産に対する罪と考えられていないため全体財産に対する罪であるドイツの議論をすべて参照できるわけではないが、目的不達成論に関する指摘は日本でも大いに参照できよう。

51）松原・前掲注 29）275 頁は「欺罔に基づいて財物が交付されたとしても、それによって交付者の取引目的が達成された場合には、……その喪失を財産的損害と評価すべきではない」と述べる。井田・前掲注 21）21 頁も参照。

52）完全には一致しない場合として想定できるのは、暗証番号等を欺罔により取得した場合の情報の利用可能性の取得と情報の排他的独占の喪失である。「情報を利用できる地位」と「情報を排他的に利用できる地位」とは部分的に重なりあっていると思われるが、それで十分と考えるかは見解が分かれうる（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）22 頁および同頁注 23 は表裏一体の関係を要求する）。

と利益の実質的同一性は肯定される。

次に、利益の側面についてである。学説上も、行為者の取得（しようと）する利益と被害者に生じる不利益とが厳密に一致することが常に要求されているわけではない。このことは、不法領得の意思の利用処分意思に関する議論の中において現れているといえる。すなわち、財産的情報が記録されたフロッピーディスク等を持ち出す行為が窃盗罪等に該当するかという問題において、情報の取得およびその利用という利益の追求によって利用処分意思が肯定されうるが[54]、この利益と（一時的な）記録媒体の喪失とが実質的に同一であるとはいえないであろう。また、木材を繋留する目的による電線の切断[55]や性的目的による下着の持去り[56]も窃盗罪で処罰されるが、木材を繋留する利益と電線の喪失、性的満足による利益と下着の喪失とは実質的同一性を欠いているといえようが、窃盗罪による処罰は否定されないであろう。松原教授も、少なくとも電線の切断および下着の持去りについては利用処分意思を肯定して窃盗罪による処罰を肯定している[57]。これが電線や下着の窃取ではなく詐取による場合であれば、詐欺罪による処罰が肯定されるであろう。したがって、行為者の得る（得ようとする）利益と損害との実質的同一性が強く要求されているわけではない。他方、行為者が窃取または詐取しようとした当該財産の取得それ自

53）ただし、ここにいう「一致」と移転罪性との関係をどのように捉えるかは別途検討を要する。2 項犯罪に関しては、欺罔によって債務免除をさせた場合のように、債権の喪失と債務の消滅とは互いに表裏の関係にあるといえるであろうが、厳密に「一致」しているとまでいえるかは疑問がないではない。利益と損害の対応関係があれば利益の移転を認める見解として、例えば佐伯仁志「財産上の利益」西田典之＝山口厚編『刑法の争点〔第 3 版〕』（2000 年、有斐閣）157 頁。他方、2 項犯罪について素材の同一性＝移転性を厳格に要求することはできないとしたうえで、財産的損害とそれに対応した利益の取得で足りるとする見解として林幹人「2 項強盗の新動向」研修 720 号（2008 年）7 頁。

54）橋爪隆「窃盗罪における不法領得の意思について」法学教室 428 号（2016 年）84–85 頁。

55）最決昭和 35 年 9 月 9 日刑集 14 巻 11 号 1457 頁。

56）最決昭和 37 年 6 月 26 日集刑 143 号 201 頁。

57）松原・前掲注 29）208–209 頁。情報の取得については、権利者排除意思の観点からであるが、不法領得の意思を否定する（松原・前掲注 29）215–216 頁）。

体が利益であるとして取得後の利用処分による利益と切り離し、被害者の失った当該財産それ自体が損害であるとすれば、両者が一致しない場合はそれほど多くないと思われる。

このように、利益と損害との同一性を要求するとしても、厳密な同一性を要求することはできないと考えられる。交付される財産をどのように利用するか、そこからいかなる利益を引き出すかは行為者の判断に委ねられているといえる。また、被欺罔者が財産を交付することによって生ずる損害も、各個人の置かれた状況によって異なりうる。それにもかかわらず、両者の実質的同一性を厳密に要求することは、詐欺罪の成立範囲を著しく狭める結果となるといえる。

結局のところ、ここで要求することができるのは、交付された財産と行為者の取得した財産との同一性、すなわち交付対象・移転対象の同一性のみであると思われる[58)]。

もっとも、繰り返しになるが、そうだからといってゴルフ場を利用させることという交付対象の同一性が肯定されることから詐欺罪の成立を肯定しなければならないわけではない。詐欺罪の成立要件は複数あり、それぞれの観点からその成否が検討されなければならないことは勿論である[59)]。前述したように（Ⅲ 3）、仮に将来のある時点において現実化したとしても財産交付後の財産移転の外側に位置している不利益が、リスクないし目的不達成という形で前倒しされてより抽象化されることによって、逆に詐欺罪の成立を基礎づけることはできないというべきであろう。ドイツの判例には利益との同一性が欠けることを理由に間接的損害は詐欺罪の成立を基礎づけないとするものが存在し、その根拠は処分対象・移転対象との同一性であるといえるが（前述Ⅱ 4）、日本の議論では処分対象・移転対象の同一性が維持されているとしても、このような間接的損害はリスクないし目的不達成の形で前倒しされて財産交付の中に読み込まれることで詐欺罪の成立が肯定されかねないことから[60)]、それを踏まえて

58）佐藤・前掲注 20）109 頁注 11 も参照。

59）樋口亮介「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第 7 版〕』（2014 年、有斐閣）101 頁。

考察しなければならない。

Ⅳ　おわりに

本稿では、間接的損害と称しうる将来的な不利益について論じてきた。本稿の結論を要約すると、財産移転後の独自の意思決定によって生ずる不利益は、交付に含まれるリスクないし目的不達成という形で前倒しされてより抽象化されたとしても、詐欺罪の成立を肯定する方向で考慮すべきではない、となろう。換言すれば、「具体的給付に内在し」ている不利益のみが考慮可能というべきである。

本稿が掲載されるのは『井田良教授退職記念論文集』である。井田教授には私が刑法学を志す最初の決断をしたとき（あるいはそれ以前）より格別のご高配を賜っており、その御恩に報いるには本稿はあまりに拙いものであるが、井田教授の退職を祝して謹んで献呈させていただきたい。

【追記】

脱稿後、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）94 頁以下に接した。同 105 頁は「このような間接的な経済的損害の可能性は、『そういうことがないわけではない』という一般的・抽象的なレベルで想定される議論にすぎず、客観的な可能性として、具体的な事案ごとに個別に認定できるようなものではない」と、同 104 頁注 35 は「詐欺罪の法益侵害結果とは、重要な事項について欺かれた被害者が、その影響の下、財物・利益を交付することにより、個別財産の占有を失う点に求められる。占有喪失が交

60）井田・前掲注 21）28 頁は、財産的損害を構成要件的結果として明文化しているドイツ刑法とそうでない日本刑法との比較から「財産的損害を『反対給付の瑕疵』として把握するのであれば、その主観性ゆえに処罰限定の機能をほとんど失うという危険を免れない」と結論づける。

付行為から直接的に生じていればたりるのであり、欺かれた内容（＝重要な事項）それ自体が直接的な財産被害に関連している必要はないと思われる」と指摘する。