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

Title	詐欺罪における処分行為と財産移転との直接性について
Sub Title	Die Unmittelbarkeit zwischen Vermögensverfügung und Vermögensverschiebung 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	2016
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.34 (2016. 3) ,p.49- 75
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20160325-0049

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.

詐欺罪における処分行為と財産移転との直接性について

荒　木　泰　貴

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　直接性が問題となる 3 つの場面
Ⅲ　ドイツにおける処分行為と財産減少との間の直接性（第 1 の直接性）
Ⅳ　日本における処分行為と財産移転との間の直接性（第 1 の直接性）
Ⅴ　最決平成 15 年 12 月 9 日刑集 57 巻 11 号 1088 頁の検討
Ⅵ　本稿の結論
Ⅶ　おわりに――第 1 の直接性と素材同一性との関連性について

Ⅰ　はじめに

従来、詐欺罪において、処分行為と財産移転との間の直接性が必要であるとされてきた。この直接性要件によって詐欺罪の成立が否定される場合として重要なのが、いわゆる占有の弛緩の事例である[1)]。例えば、X が欺罔的手段によって V の注意を逸らさせ、その間に商品を持ち去ったという事例では、X の欺罔的手段から商品の移転という結果が生ずるのではなく、X の講じた欺罔的手段と商品の移転との間には X によるさらなる奪取行為が介在するから、詐欺罪は成立しないとされる。

しかし、例えば、被欺罔者が財物の占有を欺罔行為者へ移転するのに宅配業

1）例えば、山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（2010 年、有斐閣）255 頁等。

者を利用した場合には、宅配業者の行為が介在することを理由に詐欺（既遂）罪の成立が否定されるとは考えられない[2)]。直接性を要求するとしても、いかなる介在事情も許さないというわけではない。

そこで、本稿では、占有の弛緩の事例（欺罔行為者によるさらなる移転行為が介在する事例）のほかに、被欺罔者による処分行為の後にどのような事情が介在する場合に詐欺（既遂）罪の成立が否定されるのかを検討したい。後述するように（Ⅳ 2）、ある見解は、X が A を欺罔して A に金銭債務を負わせたところ、A は友人 B に頼んで代わりに X に対して支払ってもらったが、B は無償で（A に対する求償権を放棄して）支払ったという事例においても X に一項詐欺罪の成立を肯定するが[3)]、これは許されるであろうか。

Ⅱ　直接性が問題となる 3 つの場面

検討に先立って、直接性の概念について整理しておきたい。一口に直接性といっても、これが問題となる場面は複数存在する。ドイツにおける近時の分析によれば、ドイツ刑法の詐欺罪では、同じ直接性（Unmittelbarkeit）という言葉が次の 3 つの場面で問題となる。

すなわち、第 1 に処分行為概念の領域での処分行為と財産減少との間の直接性、第 2 に損害の領域での補塡問題に関する財産流出と財産流入との間の直接性、そして、第 3 に利得目的の領域での素材同一性と呼ばれる直接性である[4)]（以下、これらを「第 1 の直接性」「第 2 の直接性」「第 3 の直接性」ともいう）。第 1 の直接性では、主に占有の弛緩の事例が問題となる[5)]。第 2 の直接性では、ドイツ刑法の詐欺罪が全体財産に対する罪とされているために被害者に生じた

2）山口厚『新判例から見た刑法〔第 3 版〕』（2015 年、有斐閣）243 頁。

3）多和田隆史「判解」最判解刑事篇平成 15 年度 615 頁。

4）Christian Jäger, Die drei Unmittelbarkeitsprinzipien beim Betrug, JuS 2010, S. 761 ff.

5）Klaus Tiedemann, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte u.a.（Hrsg.）, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 9/Teil 1, 12. Aufl. 2012, § 263, Rdn. 106.

損害と利益の清算（Saldierung）が行われることから、どのような利益まで考慮可能かが議論される[6)]。第3の直接性は、被害者の財産から直接に欺罔行為者が利得しなければならないとするもので[7)]、行為者が被害者の財産から利得するのではなく第三者から報酬を得た事例等で問題となる[8)]。

これらの区別は、日本でも参考に値する。というのも、我が国の議論では第1の直接性と第3の直接性との区別が曖昧になっていることがあるからである。

林美月子教授は、ドイツの議論を題材にして素材同一性を論ずる中で「直接性（Unmittelbarkeit）、つまり、処分行為によって直接に財産的損害が生じなければならないとする原則と素材同一性の異同は明らかではない」とするが[9)]、ここにいう直接性は本稿にいう第1の直接性である。そして続けて、「素材同一性との関係で重要なのは……行為者が利益を得るのに独立した行為を必要としている点である。すなわち、処分行為から直接に財産的利益を得なければならないという意味での直接性である」とする[10)]。そのうえで、「利益と損害が一致しない典型例である第三者からの報酬目的の事例〔絵画の価値を欺罔して毀損させたことについて第三者から報酬を約束されていた事例が挙げられている―引用者注〕は、実は直接性にも欠ける。被害者の処分行為（右の例でいうと絵画の毀損）の後に、行為者は第三者から報酬をもらわねばならないからである。よって、この事例では素材同一性を要件としなくとも詐欺罪の成立を否定しうるのであり、素材同一性をとくに要求する意義を認めにくい」とする[11)]。

しかし、第1の直接性は処分行為と財産減少とが直接的であれば足りるので

6）Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 161 f.

7）ただし後述Ⅶも参照。素材同一性の定義として「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で十分である」というものが挙げられることもある。

8）Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 256 ff.

9）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。

10）林（美）・前掲注9）476-477頁。

11）林（美）・前掲注9）477頁。

あるから、この事例においても充たされうる（後述Ⅲ 1）。林（美）教授がここで問題にしている直接性とは、素材同一性の内容（の 1 つ）である第 3 の直接性であると考えられる。しかし、この点を行為者の独立した行為の有無に着目して議論するため、第 1 の直接性との関係が曖昧になっているように思われる。第 1 の直接性が否定される典型例として挙げられている占有の弛緩の事例は、行為者の独立の行為が必要となるものだからである。

確かに、第 1 の直接性「と素材同一性の異同は明らかでない」面があるし、第 1 の直接性は第 3 の直接性とも深い関係を有すると考えられる（後述Ⅶ、後掲注 22）および注 34）も参照）。しかし、第 1 の直接性は処分行為と財産減少との直接性が問題となるのみで、その後の利益の移転過程ないし利益が何に由来するかについては問題となっていないのであるから、第 3 の直接性とは異なるものである。

このように、直接性といってもその内容はさらに区別して考えるべきである。そこで、本稿では、ドイツにおける第 1 の直接性に関する議論を参照しつつ、これについて検討したい。

Ⅲ　ドイツにおける処分行為と財産減少との間の直接性（第 1 の直接性）

1　総論

ドイツ刑法における詐欺罪では、書かれざる構成要件要素として処分行為が要求されている。すなわち、被欺罔者は錯誤によって財産処分をさせられなければならず、つまり錯誤と財産的損害との間の因果的関連性が確立されなければならない[12)]。ここで錯誤と財産的損害とを結びつけるのが処分行為であり、それは詐欺罪が自己加害罪としての性格を有することを表す[13)]。そして、財産処分は財産の減少を直接に引き起こすすべての作為・甘受・不作為とされており[14)]、そのようにして処分行為と財産減少との間の直接性（第 1 の直接性）

12）Walter Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263, Rdn. 54.

が要求されている。第1の直接性の定義としては、「行為者のさらなる行為または被害者の危険領域に属しない第三者のさらなる行為なしに財産減少を引き起こす」というものが挙げられる[15)]。

処分行為要件についてドイツ刑法における詐欺罪の他の要件との関係で注意すべきと思われるのは、処分行為では被害者の財産の減少ないし財産の流出のみが問題とされ、処分行為によって被害者が得た利益は考慮されないということである[16)]。ドイツ刑法の詐欺罪における財産的損害は（原則として）処分行為の前後の財産の全体的価値を比較して算出されるが[17)]、財産減少の補塡としての被害者が得た利益は、処分行為の要件ではなく財産的損害の要件で考慮される[18)]。学説の中には「損害との直接性」と記載するものもあるが[19)]、第1の直接性との関係においては、ここにいう「損害」は補塡を考慮しない単なる財産減少という意味で用いられていると考えられるので、以下の記述においてもこれを前提とする。

次に、日本の詐欺罪との関係で注意すべきだと思われるのは、ドイツにおける処分行為は財産減少をもたらすものであれば足りるとされていることである[20)]。日本の詐欺罪では処分された物・利益が行為者または第三者に移転することまで要求されるが[21)]、ドイツ刑法における詐欺罪ではそこまでは要求

13）Rudolf Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 16. Aufl. 2014, § 13, Rdn. 61; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Negbengesetzen, 62. Aufl. 2015, § 263, Rdn. 70; Bernd Heinrich, in: Gunter Arzt u.a., Straftecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 20, Rdn. 69; Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 38. Aufl. 2015, § 13, Rdn. 515; vgl. Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 98.

14）Perron, a. a. O.（Anm. 12）, § 263, Rdn. 55; Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 97; Fischer, a. a. O.（Anm. 13）, § 263, Rdn. 70.

15）Fischer, a. a. O.（Anm. 13）, § 263, Rdn. 76.

16）Rengier, a. a. O.（Anm. 13）, § 13, Rdn. 72; Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 97.

17）Perron, a. a. O.（Anm. 12）, § 263, Rdn. 99.

18）Rengier, a. a. O.（Anm. 13）, § 13, Rdn. 72; vgl. Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 97.

19）Perron, a. a. O.（Anm. 12）, § 263, Rdn. 61.

20）Perron, a. a. O.（Anm. 12）, § 263, Rdn. 55; Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 97; Fischer, a. a. O.（Anm. 13）, § 263, Rdn. 70; Rengier, a. a. O.（Anm. 13）, § 13, Rdn. 72.

されない。そのため、欺罔によって被害者にその所有する絵画を燃やさせ、それにつき第三者から報酬を得たという事例を考えると、日本の詐欺罪では絵画の焼却は処分行為でないと考えられるが、ドイツ刑法における詐欺罪では処分行為自体は肯定されうる（ただし、素材同一性が認められないことによりドイツにおいてもこの事例における詐欺罪の成立は否定される）[22]。

2　第１の直接性の機能

処分行為における第１の直接性が機能する場面として重要なのは、窃盗との区別に関して日本でも知られる占有の弛緩の事例である。

例えば、X が V の財産を持ち去るために V を欺罔して V 宅に入り、そこで V のアクセサリーを持ち去ったという事例では、V 宅へ入ることの許可は直接に財産減少（アクセサリーの喪失）を帰結しないから、第１の直接性が欠ける。さらなる犯罪行為の前提条件を作り出すのみでは、処分行為として不十分であるとされる[23]。

もっとも、ここで注意すべきは、財産減少は、現実に財産が被害者のもとか

21）山口・前掲注 1）255 頁等。

22）ただし、Perron, a. a. O.（Anm. 12）, § 263, Rdn. 59; Heinrich, a. a. O.（Anm. 13）, § 20, Rdn. 69. Perron は「263 条は財産移転罪を意味し、財産的不利益と財産的利益は一致しなければならないから、すべての財産侵害的行為ではなく、得ようとされた利益を引き起こすことに適切な財産侵害的行為でなければならない。それゆえ、騙し取られた物が行為者への輸送中に失われた場合に詐欺は存在するが、欺罔が物の破壊を帰結する場合には詐欺は存在しない」とする。しかし、行為者へ輸送中に物が失われた場合にも詐欺罪となるのであれば日本におけるように処分行為の内容として物の移転まで要求されているわけではないことは明らかである。また、財産的利益の追求は行為者の利得目的で考慮されるものであるし、処分行為ではなく素材同一性（における第 3 の直接性）によって詐欺罪の成立が否定される例として第三者からの報酬目的の事例が挙げられるのであるから（Perron, a. a. O.（Anm. 12）, § 263, Rdn. 168; Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 258; vgl. Urs Kindhäuser, in: Urs Kindhäuser u.a.（Hrsg.）, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, 4. Aufl. 2013, § 263, Rdn. 362）、第 1 の直接性と第 3 の直接性は区別されうる。素材同一性の定義については、後述Ⅶ参照。

23）Jäger, a. a. O.（Anm. 4）, S. 762; vgl. Perron, a. a. O.（Anm. 12）, § 263, Rdn. 61.

ら流出する場合だけでなく、現実の損害と同視される財産の危殆化もまた、財産減少として承認されているということである[24]。ここでは「損害と同視される」と表現されるものの、類推適用を認めるものではなく、そのような財産の危殆化それ自体が財産減少として捉えられている。第1の直接性は処分行為が直接に財産減少を帰結しなければならないとするものであるから、財産の危殆化が財産減少であると考えられるのであれば、それを処分行為が直接に帰結する場合にも、なお第1の直接性は肯定される[25]。敢えて上記の例に即して敷衍すると、次のようになる。財産減少をアクセサリーの喪失と考えれば、V宅へ入ることの許可のみがなされた事例では第1の直接性が充たされない。アクセサリーの喪失までに行為者による奪取行為が介在するからである。これに対して、仮にアクセサリーの持去りを決意しているXに立ち入られることが損害と同視される財産の危殆化と評価されるのであれば、これが財産減少として把握されることから、Vによる立入りの許可はこの財産減少を直接に帰結することとなり、第1の直接性は充たされるのである。何を財産減少と考えるのかによって、第1の直接性の有無が変わりうる点に注意が必要である。

損害と同視される財産の危殆化という発想の根拠は、財産的損害が経済的に判断されるというところにある。経済的に見れば、財産の危殆化が既に現在の財産状況の悪化を意味することがあるということである[26]。これは、詐欺罪で保護される財産は経済的に判断されると解釈されていること[27]と平仄が合うものである。

24）Jäger, a. a. O.（Anm. 4）, S. 762; Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 168.

25）Heinrich, a. a. O.（Anm. 13）, § 20, Rdn. 79; vgl. Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 109 f.

26）Perron, a. a. O.（Anm. 12）, § 263, Rdn. 143; Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 168.

27）Perron, a. a. O.（Anm. 12）, § 263, Rdn. 78b ff. なお、学説上は法律的経済的財産説が通説とされるが、これは、経済的価値のあるものであっても一定の違法ないし公序良俗に反するものは保護に値しないと考える見解であって、経済的観点から出発することに変わりはない（Rengier, a. a. O.（Anm. 13）, § 13, Rdn. 119）。これらの学説に関しては林幹人『財産犯の保護法益』（1984年、東京大学出版会）1頁以下参照。

3　第１の直接性の根拠

ドイツ刑法の詐欺罪において、処分行為が財産減少を直接に惹起しなければならないとする第１の直接性が必要とされているのは、なぜであろうか。クリスチャン・イェーガーのまとめるところによれば、それは次のような理由に基づく。

すなわち、「第１の直接性は詐欺罪が自己加害的性格を有すると定める。それに対応して、詐欺罪における支配的見解は、被欺罔者の財産に関連する作為または不作為が交付行為（der Akt des Gebens）であり、それが財産減少を直接に、すなわち行為者のさらなる行為または被害者の危険領域に属しない第三者のさらなる行為なしに引き起こす、ということから出発する。詐欺罪の自己加害罪としての構造から高度の刑法的帰属の形態が問題となっており、財産移転過程が被害者に帰属可能であることが要求される」というのである[28)]。

要するに、詐欺罪が自己加害罪であると考えられていることから、自らの処分行為によって自らに損害が生じたといえるのかが問題とされていると考えられる。

4　複数行為による処分

第１の直接性との関係で検討されるべきは、「行為者のさらなる行為または被害者の危険領域に属しない第三者のさらなる行為なしに」という定義からも示唆されるように、財産減少が生ずるまでに複数の行為が存在する場合であると考えられる。

具体的には、行為者のさらなる行為が必要となるのは、すでに挙げたように占有の弛緩の事例である。第三者のさらなる行為が必要となる場合としては、例えば、事業主が欺罔されて従業員に対して欺罔行為者へ商品を引き渡すよう

28）Jäger, a. a. O.（Anm. 4）, S. 763. なお、イェーガーはここで「財産移転過程（Vermögensverschiebungsvorgang）」と表現するが、イェーガー自身が直接性を３つに区別していることも考えると、第１の直接性に財産減少だけでなく財産移転まで含める趣旨なのかは明らかでない（前掲注 22）も参照）。Vgl. Fischer, a. a. O.（Anm. 13）, § 263, Rdn. 76.

指示し、従業員がこれに従って商品を欺罔行為者に引き渡した事例等が挙げられる[29]。この場合、商品が事業主・従業員の手から離れるまでの経過が、事業主の指示と従業員による引渡しという2つの行為によって担われている。

ドイツにおいて複数行為による処分であっても詐欺罪の成立が認められうる根拠として挙げられるのは、自己加害罪の性格に反しないということである。すなわち、「ここでは犯罪類型に反して他者加害（Fremdschädigung）の事例をも把握する危険が存在しないために、処分行為者の側では直接性原理が欺罔行為者の行為と同じ価値を有しない」という点が挙げられている[30]。つまり、被欺罔者の行為の後の行為者のさらなる行為または第三者のさらなる行為の介在によって初めて損害が生じ、それによって被欺罔者が自らを害したといえなくなる場合であれば、それは詐欺罪の被欺罔者による自己加害罪としての性格に反することとなるため、第1の直接性は否定されるといえる。占有の弛緩の事例では、被欺罔者の行為の後に欺罔行為者の奪取行為が介在しており、奪取行為によって初めて財産減少が発生することから、被欺罔者による自己加害ではなくなり、詐欺罪は成立しない。このような考慮が、「行為者のさらなる行為または被害者の危険領域に属しない第三者のさらなる行為なしに」という定義につながっているものと考えられる。

そして、後述する日本における処分行為概念を考えるうえで参考になると思われるのが、次の指摘である。すなわち、複数行為による処分という概念は、「適切で原則的に承認される被欺罔者と処分行為者の同一性の要件を潜脱するという危険をも孕む」[31]との指摘である。この指摘は、被欺罔者の行為から財産減少までに複数人が関与する場合であって被欺罔者による自己加害でなくなる場合にも、複数行為による処分であるとしてこのことを無視して詐欺罪の成立を安易に肯定してしまうことへの注意喚起であると考えられる。この点については、後述する（Ⅳ 3(1)）。

29）Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 111; Perron, a. a. O.（Anm. 12）, § 263, Rdn. 62.

30）Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 111.

31）Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 111.

Ⅳ　日本における処分行為と財産移転との間の直接性（第 1 の直接性）

日本の詐欺罪においても、処分行為と財産移転との間に直接性が要求されている[32]。これにより窃盗罪と詐欺罪とが区別されるとして、欺罔により占有者の注意を逸らさせて物の占有を取得する占有の弛緩の事例が挙げられている[33]。

前述のように（Ⅲ 1）、ドイツにおいては処分行為と財産減少とが直接的であれば足りるとされるのに対して、日本では処分行為と財産移転とが直接的であることが要求される点で異なる。もっとも、ここで問題となるのは被欺罔者の行為の後に如何なる介在事情がある場合に詐欺罪の成立が否定されるかである限りでは日独で異ならないから、日本の議論との関係でも第 1 の直接性という表現を用いることとする[34]。

1　第 1 の直接性に対する批判

林幹人教授は、第 1 の直接性の必要性に対して疑問を呈する。その理由は次の 3 つである[35]。①訴訟詐欺の場合、処分行為をするのは裁判官であるが、損害は執行官の強制執行によって生じるとしたときには、処分行為と損害との間には執行官の行為が介在しているといいうるであろうということ、②不作為の処分行為であって処分意思が認められる場合、被害者の不作為と損害の間に

32）例えば、山口・前掲注 2）242 頁以下。

33）平野龍一『犯罪論の諸問題（下）各論』（1982 年、有斐閣）330 頁以下等。もっとも、「およそある犯罪の成立範囲は、当該犯罪の本質・目的に照らして論定されるべきであって、別の犯罪が成立するか否かによって動かされるべきではない」との指摘もある（林幹人「詐欺罪における処分行為」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開―各論』（1996 年、日本評論社）213 頁。佐伯仁志「詐欺罪⑵」法学教室 373 号（2011 年）117 頁も参照）。

34）日独で異なるとすれば、第 3 の直接性との関係である。日本の処分行為概念によれば第 1 の直接性が財産移転過程についても包含しうる関係にあることから、ドイツほど第 1 の直接性と第 3 の直接性とを截然と区別することはできないようにも思われる。もっとも、この点については第 3 の直接性それ自体の検討が必要であることは勿論である。

35）林（幹）・前掲注 33）218-219 頁。

は行為者の行為が介在しているといいうるであろうがそのことは詐欺罪の成立を否定する理由とはならないであろうこと、③訪問販売人が単に訪問した証拠のサインだと偽って契約書に署名させた場合、その契約書ははじめからできあがっていたのであって、後で販売人が偽造したのでない以上、直接性の要件は充足されるであろうが、処分意思を認めがたい以上は処分行為を認めるのに疑問があること、である。そのうえで、林（幹）教授は、処分行為要件の要点は（処分）意思の内容であるとする。

しかし、林（幹）教授による批判は、第1の直接性を要求しないことの理由にはならないと思われる。

まず、①の批判については、判決（の確定）の段階で二項詐欺既遂が認められうる[36]ことが指摘できる。そのように考えないのであれば、林（幹）教授が①にいう「損害」は「実際に財物の占有を喪失すること」を意味しているのであろう。しかし、そうであれば、判決が確定したとしても、その執行を行うか・いつ行うかについては執行債権者が独自に判断するものであり、その「損害」の発生は執行債権者に委ねられているから、裁判官を処分行為者とする前提に合わないと思われる。また、仮にこの点を措いて、処分行為者を裁判官、損害を財物の占有の喪失と捉えるとしても、執行官の行為の介在が第1の直接

36）山口・前掲注1）263頁注102。一般に、欺罔により売買契約を締結して金銭債権ないし引渡請求権を取得したことのみでは一項詐欺未遂であって二項詐欺既遂ではないとされる（西田典之『刑法各論〔第6版〕』（2012年、弘文堂）191頁等）。しかし、判決の確定によって、金銭債権ないし引渡請求権は、強制執行可能性という契約締結によって得られる物の請求権にはない独自の利益を獲得するから、物を得られる前段階としての1項詐欺未遂ではなく、2項詐欺既遂を認めてよいと考える（杉本一敏「『三角詐欺』は存在しない」川端博ほか編『理論刑法学の探究④』（2011年、成文堂）177頁もこの可能性を示唆する）。ここでは、利益の具体性が認められることではなく、強制執行可能性という物の請求権から独立した利益があることが重要である。権利の内容の具体性や権利の特定性は、口頭による売買契約で取得した債権と判決により確定した債権とで異なるところはないと考えられるからである。ただし、例えば大判大正11年7月4日刑集1巻381頁等、物の取得が最終目標となる場合、判例は1項詐欺（未遂）を認める傾向にあるとされる（杉本・177頁）。

性を否定するとは考えられない。なぜなら、執行官は執行文が付与された債務名義に従って差押えをするのみであって、財物の移転につき何ら独立の利害関係を有するのではない。そして、個別のどの財物について差し押さえるかは執行官が選択するとはいえ、執行により財物を移転することについては執行官が意思決定するのではなく裁判所の処分行為（判決）に基づくのであるため、この選択は裁判所の処分行為（判決）に付随するものにすぎないからである（執行官は物の引渡しのために利用した宅配業者と同様の地位に立つにすぎないと考えられる）。

次に②の批判は、第1の直接性を事実的に捉えすぎているように思われる。第1の直接性は何らの介在事情も許さないものではない。Xが物を持ち去るのをVが黙認したことがVによる不作為の処分行為と認められるということは、Xによる奪取行為によって物が移転したのではなく、V（の意思）によって処分されて移転したと捉えられているのである。後述するように（Ⅳ3(2)）第1の直接性が要求されるのは財産移転が財産主体（法益主体）の処分行為に担われなければならないからであるが、不作為の処分行為の場合はそれが肯定されるのである。林（幹）教授のように考えるのであれば、被欺罔者が財物を欺罔行為者に手渡す際にも欺罔行為者の受け取るという介在事情があるとして処分行為性ないし第1の直接性が否定されることになりかねないが、第1の直接性を要求する論者がこのような不当な結論を採るわけではないことは明らかであるし、第1の直接性を要求することでこのような不当な結論を採らざるをえないわけでもない。

最後に、③の批判は、前提とする第1の直接性の位置づけに疑問がある。第1の直接性は、あくまで処分行為による財産移転といえるための要件の1つにすぎない。第1の直接性が認められれば処分行為も認められるという関係には立たないのである。そして、処分意思の議論も、（何らかの）処分意思が認められなければ処分行為とはいえない[37]という意味で、処分行為の一要素であったはずである。第1の直接性と処分意思とが両者ともに肯定されることが、処分行為による財産の移転といえるために必要なのである。③で挙げられてい

る事例は、第1の直接性によって解決すべき問題ではなく、林（幹）教授のいうように処分意思が問題となる事案である。その意味で、第1の直接性を肯定したとしても、処分意思の内容が要点となる場合があることは否定しえない。

以上のように見てくると、林（幹）教授の批判にもかかわらず、第1の直接性は不要とされるべきではないと考えられる。

2　第1の直接性が問題となりうる場面

次に検討しなければならないのは、如何なる場合に第1の直接性が問題となるのか、すなわち、被欺罔者の行為と財物・財産上の利益の移転との間に如何なる介在事情がある場合に第1の直接性が問題となるのか、である。

山口厚教授は、この点につき、次の3つの場合を区別して検討する[38)]。すなわち、①欺罔行為者の移転行為がさらに必要な場合、②第三者の行為が必要となる場合、③被欺罔者のさらなる行為が必要となる場合、の3つである。そして、①の場合は被欺罔者の行為は物の占有を移転する処分行為[39)]とはいえないとする[40)]。②の場合は、代金を支払うと欺罔されて欺罔行為者に商品を引き渡すという設例を挙げ、被欺罔者が自ら商品を持参するのではなく宅配業者を利用しても詐欺罪の成立を肯定しうるのは当然である（被欺罔者が商品の配送を依頼する行為が処分行為であり、宅配業者の行為は占有移転に向けた因果経

37）いわゆる無意識的処分行為説と（緩和された）意識的処分行為説との対立はほとんど名前の違いにすぎないことについては、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）120頁。

38）山口・前掲注2）242頁以下。

39）大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（2005年、有斐閣）252頁等が交付行為を事実的行為と捉え、財産的処分行為の概念を別途肯定するのに対し、山口教授は、前者は法的に意味のない事実概念にすぎないとして後者を「交付行為」と呼ぶ（山口・前掲注2）240頁注15）。現在の条文は「交付させた」と明示されていることから山口教授の用語法には相当の理由があるが、本稿では大塚博士らの用語法に従いたい。なぜなら、いかなる介在事情がある場合に処分行為性ないし第1の直接性が否定されるのかを問題にする以上、広く事実を議論の俎上に乗せるための用語法が存在するほうが便利だからである。本文もそのように書き改めている。

過を構成する事情にすぎないと解することができる）として処分行為を肯定できる、とする。③の場合は、売買契約の締結により被欺罔者が商品の引渡義務を負担することを処分行為と解する場合には、宅配業者への配送依頼という被欺罔者の行為が物の移転にはさらに必要となるものの、そのような構成を採るのであれば欺罔行為者による引渡請求権の取得によって二項詐欺既遂を肯定するべきであるが、物の現実の移転により詐欺既遂を肯定するのであれば、②と同様に物の現実の引渡しに向けた行為を処分行為と捉えることが可能であり、そうすべきである、とする。

また、②第三者の行為が必要となる場合として、最決平成 15 年 12 月 9 日刑集 57 巻 11 号 1088 頁の調査官解説における次の分析を挙げることができる。同解説では、「詐欺罪が、錯誤に基づく処分意思により財産を移転する財産犯であって、これにより、窃盗罪と詐欺罪が理論的に区別されることからすると、『処分行為』の概念は、事実上の移転行為（交付）ではなく、処分意思を中核に据えて構成されるのが相当であ」るとして[41]、「財物の交付が、その誤った処分意思（その意思の発現が『処分行為』である。）によるものといえる以上は、詐欺既遂罪が成立するというべきであろう。すなわち、『交付』が処分意思の実現と評価されるような場合、あるいは、『交付』が処分者の意を受けたといえるような場合であれば、『処分行為により交付された』といってよいと思われる」とし、そのうえで、「求償関係が生じないような、第三者の好意（無償）により交付させる場合であっても、処分者の意を受けた交付と評価できる以上は、詐欺罪が成立すると考えてよいと思われる」とする[42]。この見解は、X

40）なお、山口教授は、欺いて占有者に一旦財物を放棄させ、その後取得する場合につき、「被欺罔者の放棄と欺罔行為者による拾得との関係から、被欺罔者の放棄により占有を取得したと解しうる場合（たとえば、第三者にはわからない場所に投棄させ、後にそれを回収するような場合）に限り詐欺罪の成立が肯定される」とすることから（山口・前掲注 1）255 頁）、回収するために手に取るなどといった欺罔行為者の（事実的）行為が介在することが直ちに第 1 の直接性を否定すると考えているのではない。

41）多和田・前掲注 3）614 頁。

42）多和田・前掲注 3）615 頁。

に欺罔されて借金を背負ったAが知人Bに代わりに支払うよう依頼したところ、Bが無償でこれに応じて支払ったという場合にも、一項詐欺罪の成立を肯定するものと考えられる（債務負担の時点で二項詐欺罪が成立する可能性がある[43]ことは措くこととする）。金員が移転するまでにAによる依頼・Bによる支払いという複数の行為が関係するが、Bによる支払い行為が介在したとしても詐欺（既遂）罪の成立は妨げられないとする見解といえる。

3　検討

⑴　三角詐欺との関係

かかる調査官解説の見解は、それを額面通りに受け取ると、処分行為概念が過度に広く捉えられてしまうように思われる。具体的には、いわゆる三角詐欺との関係で問題が生ずるであろう。

すなわち、三角詐欺では、被欺罔者と処分行為者は一致しなければならないものの被害者と一致する必要はないが、被欺罔者・処分行為者が被害者の財産を処分する権限を有するなどの一定の関係に立つことは必要であると一般に解されている。その一定の関係について、被害者の財産の処分権限に限定する[44]のか、被害者側に立つとみられる事情があれば足りる[45]のかなどといった議論がなされていた。しかし、「『交付』が処分者の意を受けたといえるような場

43）最決昭和43年10月24日刑集22巻10号946頁参照。この事案は暴力団員による詐欺賭博の事案であるとされるが、これについて前掲注36）で指摘したような独自の利益を敢えて観念するとすれば、暴力団員による取立ては事実上の強制執行力を有すると考えうる点に、単なる請求権を超えた独自の利益を認めうるかもしれない。ここにいう事実上の強制執行力とは、要するに暴力団員自らが無理矢理取り立てる力のことである。このような財産に対する強度の侵害性を有する事実上の力が認められる場合に二項犯罪として処罰することは合理的であるといいうる。なお、ここにいう事実上の強制執行力は、違法な利益も保護されるかという文脈で言及される「事実上の利益も保護に値する」といったものとは異なる（こちらは法的に保護されないためにそもそも利益自体が存在しないのではないかが問題である（佐伯仁志「強盗罪⑴」法学教室369号（2011年）136頁参照））。

44）訴訟詐欺に関する最判昭和45年3月26日刑集24巻3号55頁参照。

45）中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（2015年、有斐閣）140頁。

合であれば、『処分行為により交付された』といってよい」のであれば、三角詐欺における議論を潜脱して詐欺（既遂）罪の成立を肯定することとなってしまう。

例えば、上記 AB の事例においては、A と B の財産との関係を何ら問うことなく、交付が A の意を受けているから「A の処分行為により交付された」とされてしまう（さもなければ被欺罔者と処分行為者が分離することとなる）。三角詐欺の事例では他者の財産を被欺罔者自身が手渡すといった事例が念頭に置かれていたといえるから、被欺罔者でない B が自ら支払っているこの事例とは異なるように思われるかもしれない。しかし、「A の処分行為により交付された」となる上記調査官解説の見解ではこの差異は無視されざるをえない。このとき、「求償関係が生じないような、第三者の好意（無償）により交付させる場合であっても、処分者の意を受けた交付と評価できる以上は、詐欺罪が成立すると考えてよい」とするのであれば、限定は存在しないに等しいといえよう。A は、現実に出捐しておらず、また X に対する債務は消滅し、さらに B に対しても債務を負うことはないのであるから、被害者ではない。被害者となりうるのは現実に出捐した B のみであるが、B の財産を処分することのできる一定の関係が A に存在していたかは何ら問題とされていないのである。この見解は、交付が処分意思に沿っているかに大きく着目することによって、A と B とが異なる財産主体であることを無視してしまっている。そのため、形式的には被欺罔者である A が処分行為者であるとなるものの、他人の財産を処分することのできる関係の有無を無視することで、実質的には、複数行為による処分という概念は「被欺罔者と処分行為者の同一性の要件を潜脱するという危険をも孕む」というドイツにおいて危惧されている問題が現実化していると思われる。確かに X は欺罔により利益を得たといえるが、不当な利益を得た以上は誰に如何なる被害が生じたのかを無視して処罰するというのは純然たる倫理主義的理解であるとの指摘[46] が妥当するといえよう。

46）山口厚「財産上の利益について」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（第 1 巻）』（2011 年、立花書房）131 頁。

したがって、調査官の見解によってABの事例について詐欺（既遂）罪を肯定することはできない。

確かに、三角詐欺についての考え方によっては、ABの事例について詐欺（既遂）罪の成立を肯定しえよう。しかし、それは、三角詐欺を検討することで被欺罔者・処分行為者・被害者の関係についての態度決定をして初めて可能となるのであって、これを無視して処分行為概念を被欺罔者の意に沿っていれば足りるなどといった形で拡張することによってなされるべきではない。

なお、他に詐欺（既遂）罪の成立を肯定するためのありうる構成として考えられるのは、間接正犯の構成である[47]。すなわち、被欺罔者Aの依頼によってBも錯誤に陥ったとして、Aを介した間接正犯の構成でBも被欺罔者と捉えるのである。これが可能ならば、Bが被欺罔者・処分行為者・被害者となるため、上述の問題は生じない[48]。しかし、この構成によるのであれば、Aが債務を負担するに至った経緯等をBも認識するなどしてBも錯誤に陥ったことが確認されなければならないから、AB間で如何なるやり取りがあったのかなどが別途重要となってくるであろう。

以上のように、被欺罔者以外の者が財産の交付過程に関与した場合に、異なる財産主体が存在することを無視することになってしまうかのような処分行為概念の操作をすることは、肯定されるべきではない[49]。

⑵　宅配業者事例との相違――被欺罔者の被害者性

上記ABの事例は被欺罔者Aの行為（Bへの依頼）の後に第三者Bの行為（Xへの支払い）が介在する事例であるが、同じく第三者が介在する事例、例え

47）本江威憙監修『民商事と交錯する経済犯罪Ⅱ』（1995年、立花書房）24-25頁。Vgl. Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 111.

48）ただし、Xが処分行為者・被害者はAであると考えている場合であれば、別の法益主体であるBに被害が生じていることから、Xについて錯誤により故意が阻却されるかが別途問題となりうる。

49）恐喝罪との関係についてであるが、本江威憙監修『民商事と交錯する経済犯罪Ⅲ』（1997年、立花書房）10頁以下も参照。

ば欺罔されて商品を交付するために宅配業者を利用して届けたといった事例で、第三者たる宅配業者が介在するとしても詐欺（既遂）罪の成立が認められることに異論はないであろう。この事例においても被欺罔者と宅配業者という複数人の関与が認められるが、先に挙げたABの事例と何が異なるのであろうか。

結論から述べれば、その違いは、財産の処分を決定した者が交付される財産との関係で被害者の地位に立つか否かという点にあると思われる。

確かに、宅配業者は、運送契約を結ぶか否かという意味では、商品を届けるか否か（欺罔行為者のもとへ商品が交付されるか否か）に関係する意思決定を行っている。しかし、これは、なぜ荷送人が商品の運送を申し込んでいるか（これは被欺罔者の錯誤に関わる事柄である）などとは無関係な事柄であって、宅配業者は専ら運送人として関与しているにすぎず、欺罔・錯誤とは無関係に意思決定を行っているにすぎない。そのため、商品を欺罔行為者に届けたとしても、（代金が支払われれば）財産の交付は宅配業者にとっての被害（法益侵害）とはならず、宅配業者は被害者とはならない。被害者となるのは、荷送人（被欺罔者）のみである。

これに対して、上記ABの事例において、被欺罔者Aは、欺罔されて錯誤に陥っているものの、現実の出捐がない・Xに対する債務が消滅する・Bに対しても債務を負担しないことから、被害者ではない。被害者となりうるのは、現実に支払いを行ったBのみである（しかしBは欺罔・錯誤と無関係に金銭を交付しているので結局は被害（法益侵害）が存在しない）。

このように、両者の事例では被欺罔者と財産の移転との間に被害者となりうる者が介在しているか否かが異なっており、言い換えれば、被欺罔者の被害者性が認められるか否かが異なっている。

上述のように（Ⅲ 4）、ドイツにおいては、詐欺罪が自己加害罪としての性格を有することから、複数行為による処分であっても自己加害的性格が維持されているのであれば第1の直接性は否定されないと考えられている。そのため、被欺罔者の被害者性が認められるかが重要となる。

これに対して、確かに日本の詐欺罪の議論において詐欺罪が自己加害罪であ

るという性質が強調されることは多くない。

しかし、日本においても、詐欺罪があくまで財産を保護法益としており、その法益侵害が被欺罔者の処分行為に担われていなければならない、すなわち被欺罔者の錯誤による意思に基づく法益侵害（財産移転）でなければならないと解されている以上、法益主体（財産主体）であって被害者となりうる者の錯誤による意思に基づく処分行為が存在するかは決定的である。被欺罔者の行為の後に他の被害者となりうる者の意思決定・処分行為が存在し、その者が錯誤に陥っていない場合には、財産移転が錯誤による意思に基づく処分行為によってなされたといえなくなり、法益侵害が欠けるために詐欺（既遂）罪の成立を肯定することはできない。要するに、日本においても、被欺罔者が財産移転について被害者といえることが必要であると考えられる[50)]。このことを担保する要件が、第1の直接性である。ドイツでは詐欺罪の自己加害的性格に反しないことに繰り返し言及されるが、日本においてこの自己加害的性格という言葉を使用するか否かはともかく、このような視点は日本でも参考になると思われる。

したがって、被欺罔者の行為の後に財産移転に関する被害者となりうる者の意思決定およびそれに基づく処分行為が介在し、被欺罔者の被害者性が否定されるのであれば、被欺罔者の行為と財産移転との第1の直接性は基本的に否定されるべきである[51)]。上記ABの事例に即していえば、被害者となりうるBが自ら錯誤なく意思決定をして支払っているのであるから、その背後に被害者ではない被欺罔者Aの依頼行為が存在していてBの支払いがAの意に沿うものであったとしても、Aの依頼行為と財産の移転との間に第1の直接性は存在せず、被欺罔者の処分行為によって財産が移転したとはいえないので詐欺（既遂）罪は成立しない[52)]。

50）もちろん、三角詐欺が認められないことを意味するのではない。

51）松宮孝明『刑法各論講義〔第3版〕』（2012年、成文堂）259頁も、最決平成15年12月9日刑集57巻11号1088頁に関し、介在した第三者が詐欺の被害者であることを理由に被欺罔者の処分行為とはいえないとする。もっとも、後述するように（Ⅴ）、この事例では被欺罔者の被害者性は否定されないと思われる。

以上のように、第1の直接性は詐欺（既遂）罪の成立にとって必要である。そして、財産移転に関して被害者となりうる者の意思決定・行為が介在して被欺罔者の被害者性が認められない場合には、第1の直接性が充たされず、詐欺（既遂）罪は成立しない。

なお、介在事情にもかかわらず被欺罔者によって処分されたといえる場合を認めるのであれば、「直接性」という言葉には些か語弊があるかもしれない。「財物を直接に手渡したのは宅配業者であるから直接性は否定される」といった誤解を招きかねないからである。ここで重要なのは、財産が被欺罔者によって処分されたと規範的に認められるかである。その判断にあたり、被欺罔者が被害者として財産移転の意思決定を行ったかが決定的となる。現に手渡した行為といった事実的な行為を重視しすぎるべきではない。

V　最決平成15年12月9日刑集57巻11号1088頁の検討

以上を踏まえ、最決平成15年12月9日刑集57巻11号1088頁について、第1の直接性との関係を中心に検討したい。これは、被欺罔者の行為の後に財産移転について被害者となりうる者が介在していることから、本稿の関心からも重要な事案と考えられる。

事案の概要は、以下の通りである。甲が乙から儀式料名下に金員を詐取するにあたり、甲の意を受けた乙において、甲から商品を購入したように仮装して信販業者丙との間で立替払契約を締結し、同契約に基づき商品購入代金として丙から甲に金員を交付させる方法により儀式料を支払った。

かかる事案につき、最高裁は次のように判示して上告を棄却した。「甲らは、乙らを欺き、釜焚き〔乙の受けた儀式の名称である―引用者注〕料名下に金員をだまし取るため、乙らに上記クレジット契約に基づき信販業者丙をして立替払

52）なお念のため付言すると、三角詐欺の考え方によってはこの事例においても詐欺（既遂）罪の成立を肯定することは可能である。本文でも述べたとおり、三角詐欺の議論を潜脱して詐欺（既遂）罪を肯定するべきではない、ということである。

をさせて金員を交付させたものと認めるのが相当である。〔原文改行〕この場合、甲ら及び乙らが商品売買を仮装して丙をして立替金を交付させた行為が丙に対する別個の詐欺罪を構成するか否かは、本件詐欺罪の成否を左右するものではない。〔原文改行〕したがって、甲に対し本件詐欺罪の成立を認めた原判断は、正当である。」[53)]

本稿での検討との関係で重要なのは、移転した金員は丙から甲への1つだけであるが、甲乙は仮装売買によって丙に立替払いをさせているため、この金員の移転について丙が甲乙による詐欺の被害者となりうるという点である。丙は乙とのクレジット契約に基づいて立替払いをしたものと考えられるので乙の行為と代金の移転との間に被害者丙による意思決定が介在しており、金員は丙から甲へ支払われていることから、乙の被害者性が否定されるとして、第1の直接性が否定されないかが問題となる。弁護人も、甲乙の仮装売買が丙に対する詐欺罪を構成することを理由として、乙をも被害者とする詐欺罪の成立を肯定することは騙取金の二重評価であるなどと主張していた。

この点に関して、最高裁は「甲ら及び乙らが商品売買を仮装して丙をして立替金を交付させた行為が丙に対する別個の詐欺罪を構成するか否かは、本件詐欺罪の成否を左右するものではない」とするのみで、特段の理由を挙げてはいない。原審は、「客が本件詐欺によってだまされた結果、その支払を決意した代金の支払方法として、クレジット会社を利用したというにすぎず、客がそもそも釜焚きを受けることを決意し、その代金を支払うことを決意することと、その代金の調達方法として新たな行動をすることとは別個のことである」として、仮装売買が丙に対する詐欺罪を構成するかは無関係であるとした[54)]。

このような結論を支える実質的な根拠としては、①丙は支払った立替金につき求償権を取得し、支払った立替金を法的に乙に最終的に帰せしめうるため、丙はいわば「財産の移転」のみを一時的に代行したにすぎない立場にある、②

53）原文では、甲は「被告人」、乙は「被害者ら」、丙は「信販業者」と記載されているが、本稿では誰が被害者であるかが重要となるから、混同を避けるために甲乙丙と書き改めた。
54）刑集57巻11号1145頁。

乙の立場からは、立替払の委託は、いわば金員の貸付けを受けるのと同時に、その金員の送金を貸主に代行してもらったのと実質的に異ならず、求償債務を負担するという形で自己の財産的な利益を処分したものとみることができる、という点に求められる[55]。

かかる根拠は基本的に是認できるように思われる。乙が丙から金員を受領し、それを甲に引き渡した場合に詐欺罪が成立することは疑いないであろうが[56]、受領する手間を省いて第三者から直接に欺罔行為者に引き渡させた場合も同様に詐欺罪が成立するというべきである。

もちろん、本稿の関心からは、丙が甲乙による詐欺の被害者たりうるという点について検討を要するが、この点も、丙の介在は乙の処分行為と財産移転との第 1 の直接性を否定せず、甲の乙に対する詐欺罪の成立を否定する理由にはならないと考える。

その理由は、丙から甲へ金員が支払われたことには、二重の意味を認めることができ、乙の被害者性が認められるからである。すなわち、丙が甲乙による詐欺の被害者となりうるのは、甲乙間の売買が仮装されたものであって実際には商品の授受がなされていなかったこと（ないし乙の支払意思・支払能力）について丙が錯誤して立替払いをしたことによる。乙が儀式の有効性について錯誤してその代金を支払うこととは無関係に、丙は独自に錯誤に陥って立替払いをしたのである。そして、これと同時に、乙は儀式の有効性について錯誤しており、クレジットカードを利用することで丙から甲へ支払われた立替金について立替金相当額の債務を負担しているのであるから、丙から金員を受領して甲に支払うことの手間を省く形で、丙から直接に甲に金員を支払ってもらったと評価できる。この点において、第三者が好意（無償）により交付させる場合である上記 AB の事例とは異なり、乙の被害者性は、丙が被害者として立替金を支払ったとしても、否定されない。

したがって、丙から甲へ金員が支払われたことには、仮装売買に関する錯誤

55）多和田・前掲注 3）612-613 頁。

56）山口・前掲注 2）236 頁。

に基づいて金員を支払った丙を被害者としうる意味と、これとは別に、儀式の有効性に関する錯誤に基づいて立替金相当額の債務を負担した乙を被害者とする意味と、二重の意味が認められる[57)]。

以上より、丙の介在は、乙の処分行為と財産移転との第1の直接性を否定する理由にはならず、甲の乙に対する詐欺（既遂）罪の成立は否定されない。

Ⅵ　本稿の結論

本稿では、詐欺罪における3つの直接性（第1に処分行為概念の領域での処分行為と財産減少（日本では財産移転）との間の直接性、第2に損害の領域での補塡問題に関する財産流出と財産流入との間の直接性、そして、第3に利得目的の領域での素材同一性と呼ばれる直接性）のうち、第1の直接性について検討した。本稿での検討によれば、第1の直接性については、次のようにいえる。

①処分行為と財産移転との間に第1の直接性が必要である。

②被欺罔者の行為と財産移転との間に被害者となりうる者の意思決定・財産移転行為が介在し、被欺罔者の被害者性が否定される場合には第1の直接性が否定され、詐欺（既遂）罪の成立も否定される。

③ただし、②の場合でも三角詐欺の構成が可能な場合であれば詐欺（既遂）罪は成立しうるし、三角詐欺によれない場合でも被欺罔者を介して被害者もまた欺罔されたと認めることができるのであれば、当該被害者が被欺罔者・処分行為者となるため、詐欺罪は成立する。

④このような検討をせずに処分行為概念を拡張して詐欺（既遂）罪の成立を認めることは、異なる財産主体（法益主体）の差を無視することとなってしまうから、被欺罔者と処分行為者の同一性を否定することにつながり、詐欺罪の処罰範囲が不当に拡張されてしまうため許されない。

以上のような検討を経ることで、介在事情がある場合にどこまでが同一の処

57）2つの詐欺罪が存在しうることについて指摘するものとして、大塚・前掲注39）695-696頁、前田雅英『刑法各論講義〔第6版〕』（2015年、東京大学出版会）238頁。

分行為に基づくということが可能で、どこからが介在事情の存在により当該処分行為によって財産が移転したといえなくなるかが、多少なりとも明らかになると思われる。

次に、山口教授による3つの分類（①欺罔行為者の移転行為がさらに必要な場合、②第三者の行為が必要となる場合、③被欺罔者のさらなる行為が必要となる場合）に即して、第1の直接性の有無をまとめたい。

まず、①の場合は、被欺罔者の行為は財産を移転する処分行為とはいえないから第1の直接性は否定されるため詐欺罪は成立しない（欺罔的手段は処分行為に向けられていないから詐欺未遂罪にもならない）。②の場合は、その第三者の財産移転行為によって当該第三者が被害者となり、被欺罔者の被害者性が認められないのであれば第1の直接性が否定され、詐欺（既遂）罪は成立しない。そうでない場合（宅配業者が財産を運ぶ場合等）であれば詐欺（既遂）罪は成立する。③の場合は、被欺罔者の行為が複数になったとしても移転する財産について被欺罔者が被害者となることに変わりはないので、第1の直接性は否定されず詐欺（既遂）罪は成立する。

Ⅶ　おわりに――第1の直接性と素材同一性との関連性について

本稿の検討の結果からは、被欺罔者の行為の後に他の被害者となりうる者の行為が介在することで、被欺罔者の被害者性が否定されるかという点が重要となる。したがって、当該事例において誰にどのような被害が生じたといえるのかの検討もまた重要となる。そのため、次に見るように、第1の直接性は素材同一性ないし第3の直接性[58]と密接に関連していると考えられる。

従来、我が国において、「詐欺罪の財産移転罪的性格から、交付され喪失したものと取得したものとの同一性が必要となる」[59]として、いわゆる素材同一性（Stoffgleichheit）が要求されてきた。しかし、一項詐欺罪については客体

58）素材同一性については、林（美）・前掲注9）476頁以下が詳しい。
59）山口・前掲注1）266頁。

の物質的な同一性まで維持されているといえる事例も容易に想定できるが、二項詐欺罪について考えると、「交付され喪失したものと取得したものとの同一性」という定義を維持することができるかについては問題がある。例えば、欺罔によって債務免除させた場合に、行為者が得たもの（債務からの解放）と被害者の失ったもの（債権の喪失）は、互いに表裏の関係にあって対応しているとはいえるものの、同一性があるとまでいえるだろうか[60]。

他方、ドイツにおいても詐欺罪の移転罪的性格から素材同一性は要求されているが[61]、ドイツにおける定義は「交付され喪失したものと取得したものとの同一性」という定義とは異なっている。ドイツでは、客体の同一性は債権詐欺には当てはまらないことや、ドイツにおいて財産犯により保護される財産は経済的観点から把握されるために利益と損害の清算（Saldierung）を必要とすることなどから、客体の同一性を維持することはできず[62]、「行為者は、被害者の財産から直接に、利益が損害の裏面であるという方法で追求しなければならない」[63]、「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で十分である」[64]、などと定義される[65]。

かかる素材同一性は、第 1 の直接性とも関係が深いと思われる。すなわち、第 1 の直接性が否定されるか否かを判断するにあたって被欺罔者が自らの処分行為によって自己の[66]財産（法益）を侵害したかが重要となるが、それは、誰にどのような被害が生じたかと関係し、ひいては「行為者は、被害者の財産

60）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、林幹人「2 項強盗の新動向」研修 720 号（2008 年）7 頁等参照。他にも、「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」とするものとして、和田俊憲「詐欺の行為の罪をめぐる小品」慶應法学 9 号（2008 年）97 頁。

61）Rengier, a. a. O.（Anm. 13）, § 13, Rdn. 246.

62）Kindhäuser, a. a. O.（Anm. 22）, § 263, Rdn. 360; Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 256. 林（美）・前掲注 9）483 頁も参照。

63）Perron, a. a. O.（Anm. 12）, § 263, Rdn. 168; Tiedemann, a. a. O.（Anm. 5）, § 263, Rdn. 258.

64）BGHSt 34, 391.

65）日本において明確に「損害と利得との内容上の同一性を意味するものではない」として前掲注 63）に対応する本文の定義を挙げるものとして、松宮・前掲注 51）247 頁。

から直接に、利益が損害の裏面であるという方法で追求し」たのかといった、素材同一性の内容（ここでは第3の直接性および利益と損害の裏面性）とも関係するからである。また、素材同一性の定義の中に「利益と損害が同一の処分行為に基づくこと」が含まれていることから、どこまでを同一の処分行為と捉えることができ、どのような事情が介在した場合には処分行為性が否定されるかについて検討することが必要であると考えられるが、これは第1の直接性を否定する介在事情は如何なるものかという点と関係しているからである。殊に日本においては、第1の直接性は処分行為と財産移転との直接性を意味するから、第3の直接性と密接に関わっているように思われる。

このように、第1の直接性は素材同一性の内容とも深く関係していると思われる。そして、日本において、素材同一性は詐欺罪の移転罪的性格から必要であるとされており、如何なる場合に利益が移転したといえるかが二項犯罪の外延を画する際の重要な視点となっている[67]ことも併せ考えると、一項犯罪以上に二項犯罪における素材同一性の果たす役割は大きいものであるとの予測が立つ。

また、本稿では最決平成15年12月9日刑集57巻11号1088頁について触れたが、この決定が素材同一性について判断したものとは考えられないものの、この事案では素材同一性も問題となりうる[68]。なぜなら、甲の得た金員を乙が手にしたことは一度もないと考えられ、また、乙の被害は丙に対する求償債務を負担したことに基づくからである。素材同一性を「交付され喪失したもの

66）ここではいわゆる三角詐欺については念頭に置いていないから、三角詐欺が認められうることを否定する趣旨ではない。

67）例えば、2項強盗罪に関して西田・前掲注36）174頁以下等、サービスや情報の詐取に関して山口・前掲注1）247頁以下等を参照。なお、林（幹）は、「2項犯罪の場合、客体は無形の利益であり、有体性をもつ財物の場合とは異なり、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し、「暴行脅迫によって営業秘密であるデータを自分のフロッピーなどにコピーさせれば、2項強盗罪の成立を認めてよい」とする（林（幹）・前掲注60）7-8頁）。

68）この決定との関係で素材同一性についても触れるものとして、和田俊憲「判批」ジュリスト1303号（2005年）170頁。

と取得したものとの同一性」と考える場合、これが認められるかについては一考を要するであろう。これに対して、「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で十分である」などと考えるのであれば、素材同一性についても肯定しうるように思われる。

しかし、この点は詐欺罪の移転罪としての性格にかかわるものであるので、当然ながら、本稿で検討することはできないため、他日の検討を期したい。