

[1200]

氏名 (生年月日)	富川雅満 (1986年3月5日)
学位の種類	博士(法学)
学位記番号	法博甲第121号
学位授与の日付	2017年3月16日
学位授与の要件	中央大学学位規則第4条第1項
学位論文題目	詐欺罪における欺罔概念と被害者の共同答責
論文審査委員	主査 只木 誠 副査 鈴木 彰雄・曲田 統

内容の要旨及び審査の結果の要旨

I. 論文の主題と構成

富川雅満氏より提出された博士学位(甲)請求論文「詐欺罪における欺罔概念と被害者の共同答責」の構成は以下の通りである。

はじめに

I 篇 欺罔行為の基本構造

I 本篇の目的

II 判例における詐欺罪

- 1 下級審における暴力団員の身分秘匿事例
- 2 最高裁における暴力団員の身分秘匿事例
- 3 過去の最高裁との対比
- 4 欺罔行為判断における考慮事情
- 5 小括

III 学説における重要事項性に関する議論

- 1 財産的損害と重要事項性判断の類似性
- 2 経済上の重要事項性を要求する見解
- 3 経済以外の観点で重要事項性を限定する見解
- 4 小括と検討

IV 推断的欺罔に関する議論

- 1 日本における推断的欺罔、不作為による欺罔

- 2 ドイツにおける推断的欺罔をめぐる議論
- 3 検討
- V 中間的帰結

- II 篇 被害者の共同答責に関する原理的考察
 - I 本篇の目的
 - II 被害者の共同答責と詐欺罪解釈
 - 疑念と錯誤、粗雑な欺罔と巧妙な欺罔の区別に関する初期の議論—
 - 1 疑念と錯誤の区別問題
 - 2 粗雑な欺罔と巧妙な欺罔との区別問題
 - 3 小括と分析—自己答責原理という観点、被害者の保護価値性という観点—
 - III 被害者の共同答責の理論的基盤
 - 1 自己答責原理
 - 2 被害者志向的解釈
 - 3 小括
 - IV 検討
 - 1 批判状況の確認および私見の提示
 - 2 被害者志向的解釈からの再反論
 - 3 欺罔行為概念の再定位
 - V 中間的帰結

- III 篇 真実主張をともなう欺罔と被害者の確認措置
 - I 本篇の目的
 - II 真実主張をともなう欺罔の基本的問題点
 - 1 Schröder による問題提起と Schumann による批判
 - 2 BGH 1979 年決定とその後の判例実務の動向
 - 3 2000 年代に至るまでの学説の議論状況
 - 4 小括
 - III 2000 年代のドイツ判例と学説の推移
 - 1 BGH 2001 年判決と 2003 年判決
 - 2 両判決に対する学説による批判的分析
 - 3 小括
 - IV 真実主張と欺罔行為の関係性および判断基準に関する検討
 - 1 真実主張は欺罔行為といえるか
 - 2 欺罔行為にいう錯誤惹起意図と客観的欺罔適性

- 3 考慮されるべき個別事情の選択
- 4 小括
- V 情報通信技術を用いた詐欺事例と近時のBGH判決
 - 1 Abo 事例（インターネット上での定期契約事例）
 - 2 Ping-Anrufe 事例（ワン切り事例）
 - 3 小括
- VI 近時のBGH判決の問題点およびその検討
 - 1 刑法外規範の違反と欺罔行為の存否
 - 2 錯誤概念の規範的評価—事物思想的な共通意識—
 - 3 欺罔の看破可能性とEU指令にいう「平均的な消費者」像
 - 4 「平均的な消費者」像を基礎とした場合の具体的結論
- VII 中間的帰結

おわりに

II. 本論文の概要

1. 本稿の目的および構成

本稿は、詐欺罪における欺罔行為について検討を加えたものである。

詐欺罪における欺罔概念を検討することの必要性は、判例実務上この問題が重要視されていること、また、それにもかかわらずこの点に関する学術的研究が乏しいことにおいて認められる。近時、最高裁をはじめとする判例実務においては、詐欺罪の成否が問題とされる際に、当該行為が欺罔行為にあたるか、その要件との関連で行われることが少なくない。ここでは、とくに、行為者が明示的には虚言を述べておらず、真実を秘匿することで相手方を錯誤に陥れた事案が顕著であるといえよう。しかしながら、筆者によれば、この種の事案で欺罔行為がいかんにして認められるべきかの問題を検討する先行研究は、これまで十分なものとはいえない状況であった。というのも、従前、学説の主たる関心は、詐欺罪における財産的損害の要否およびその内容に向けられていたのであって、行為者が真実を秘匿していた類型での欺罔行為の判断基準については、十分な議論は交わされてこなかったためである。

本稿は、以上の点を問題意識として掲げるものである。その内容は3篇から構成され、各篇の関係については、以下のとおりである。まず、I篇においては、わが国における欺罔行為の解釈上の問題点を判例・学説の議論状況に照らして概観し、これに続く検討の指針を得るために必要な欺罔行為の基本構造を検証する。筆者は、I篇での分析からは、被害者の態様が欺罔行為において検討されるべきとの主張に議論の方向性が見出されるであろうとし、この帰結をもとに、II篇では、被害者の共同答責が詐欺罪解釈において重視されるべき原理的根拠を模索する。そしてII篇での検討

から、欺罔概念の再定位を行い、欺罔行為の判断基準を提示している。この新しい概念規定を前提として、Ⅲ篇では、具体的事案を前提とした検討が行われている。とくに、本稿における筆者の主張は、欺罔行為を肯定するには被害者が情報収集措置を講じている必要があるとの点にその中核的意義が認められるため、Ⅲ篇で扱う具体的事案としては、被害者の情報収集措置が失敗した場合、具体的には、行為者が真実を相手方に告知しているが、被害者が錯誤に陥ってしまった事案（真実主張をとともう欺罔の事案）を選択している。筆者は、このⅢ篇での検討から、被害者に求められる情報収集措置の限界が例証される、とするのである。

2. 欺罔行為の基本構造（Ⅰ篇）

本篇は、欺罔行為を検討するうえでのわが国の解釈上の問題点を明らかにするために、欺罔行為についての判例・学説上の議論を分析し、これまでの議論において明らかにされてこなかったこと、議論に欠けていたことを明らかにし、そのうえで、その不足点を補うための解決方法の指針を、ドイツ刑法学を参照しながら、提示するものである。

まず、Ⅱ章において、筆者は、わが国の判例実務における欺罔行為の構造を、とくに近時の暴力団員による身分秘匿が問題となった最高裁判例を主軸に分析している。そこからは、行為者が事実を秘匿していた場合の、いわゆる挙動による欺罔（いわゆる、「推断的欺罔」）の判断に際しては、「偽る行為」（意味内包性の問題）と「重要事項性」の両要素が重要な役割を果たすことが明らかとされている。前者においては、行為者の態度それ自体に真実に反する事実が意味内容として包含されているか否かが問われ、後者においては、行為者の欺罔内容が処分者の処分判断の基礎となる重要な事実といえるか否かが判断される。重要事項性は、とくに、「真実を告げれば交付しなかったであろう」（「真実公式」）との言い換えの関係にある。最高裁が欺罔行為判断において検討されるべき2つの要素を提示したことは、従前の判例実務において、挙動による欺罔に関する統一的な判断基準が明示されていなかったことからして、今後の判例実務にとっての大きな指針とされるべきである、としている。もっとも、両要素の相互の関係についてはいまだ明らかではなく、両要素で考慮されるべき事情がそれぞれ明確に配分されうるものではないことからすれば、とすれば、意味内包性と重要事項性の両者は明確に区別されず、同一視されうるものであった。重要事項性がすべての欺罔類型において問題とされ、意味内包性が挙動による欺罔においてのみ検討されるべき要素であることからすれば、この不明確さは作為と不作為との区別において問題視されるものである。この両要素の関係性にくわえて、判例においては重要事項性をもっぱら主観的なものでは足りず、一部学説が主張するように経済的事項に限られるのか、あるいは少なくとも客観的・合理的なものでなければならないのかが明らかではなかった。本章では、この2点が判例実務における問題点であることが指摘されている。

Ⅲ章では、このうち、わが国の学説において議論の蓄積がすでに見られる重要事項性についての分析・検討を行っている。従前、この問題は、財産的損害の要否、その内容と関連して議論されてきたものであるが、本稿ではまず財産的損害に関する議論状況が相対化していることを確認したう

えで、財産的損害の要否を基軸とした学説の分類を行うのではなく、より実質的に各見解が重要事項性をどのような観点から検討しているのかを軸に分析している。そして、さらに、そのような場合に考えられる分析基軸としては、重要事項性は経済的事項に限られるのか否か、もっぱら主観的なもので十分であるのか否か、という2つが挙げられる。とくに本章では前者の基軸から学説の分析を行っているが、前者の基軸は詐欺罪の保護法益の問題に、後者は処罰範囲の明確化の問題に関連することが指摘されている。本章における検討では、重要事項性はそもそも欺罔行為とそれ以外の構成要件要素との因果性を仲介する機能を有するものであるから、本来的にはそこにさらなる限定を要求することは適切ではないことを確認し、それゆえに、被害者のもっぱら主観的な利益であっても重要事項性を根拠づけうるとの結論に至っている。そして、筆者は、主観的利益により重要事項性が基礎づけられると考えた場合に生じる処罰範囲の不明確さの問題は、これを行為者が重要事項性についての認識を抱いていたか否かという欺罔の故意として把握することで不都合性は解消されうることを主張するのである。

IV章では、残された問題、すなわち意味内包性の問題に取り組んでいる。判例・学説を参照したところ、この点に関するわが国の議論が未成熟ともいべき状況にあったとして、検討の示唆をドイツ法に求めている。ドイツにおいては、事実の秘匿が欺罔行為となりうるか否かが、推断的欺罔としてかねてより問題とされてきた。くわえて、判例において、推断的欺罔の判断基準を明らかにしたと評される Hoyzer 事例が登場したことにより、学説において盛んな議論が交わされるに至っている。ドイツにおいて推断的欺罔の判断は、行為者態度に含まれる説明価値を明らかにすることで行われるが、この説明価値を明らかにする方法につき、当初、Lackner に代表される規範的観察方法と、Maaß・Cramer に代表される事実的観察方法との間で対立が見られた。BGH は、Hoyzer 事例において、この対立を昇華させ、規範的側面と事実的側面の両者が重要であるとの立場を提示した。その後も、欺罔行為の判断基準については、事実的観点を重要視する立場と、規範的観点を重要視する立場について学説上の議論が見られるところ、本稿では、それらの諸学説を確認し、被欺罔者の情報収集責務と情報リスクの存否を問題とする Kasiske の見解に妥当性が見出されるとする。もっとも、この見解においても、被害者の確認措置あるいは情報収集責務が行為者の可罰性を検討する際に考慮されるべき理由については、なお検討の余地が残るとしている。

3. 被害者の共同答責に関する原理的考察（II篇）

前篇における検討から、推断的欺罔の判断にあたっては被害者の態様に注視すべきとする見解が欺罔行為の問題を解決するとの方向性が示されたことを受け、本篇では、その理論的基礎の模索が試みられる。被害者に確認措置を求める見解は、犯罪の完成につき被害者に答責性がないことを求める見解でもある。被害者の共同答責を犯罪の成否において考慮すべきか否かについては、過失犯や恐喝罪などで一部議論が存したが、わが国の詐欺罪解釈においては先行研究が見られないことから、本篇の件等においてもドイツ刑法学が参照されている。

まず、II章においては、詐欺罪の解釈において被害者の共同答責が問題とされていた点に関して、

学説における議論状況を確認し、そこから、各見解の論拠の抽出作業が行われている。その論点のひとつには、被害者が行為者の主張内容の真偽につき疑念を抱いていたにもかかわらず処分行為を行った場合、被害者は錯誤に基づいて処分行為を行ったといえるかが錯誤の肯否と関連して問題とされており、もうひとつには、通常人であれば容易に看破しうるような稚拙な欺罔が詐欺罪という欺罔行為に含まれるか、あるいは悪質な欺罔でなければ欺罔行為としては認められないのかという点が挙げられている。筆者によれば、前者については、被害者が行為者の主張内容をどの程度「ありうるもの」と信じていたかを問題とする Lackner をはじめとする可能性説が当時から現在に至るまで通説的な見解を占めるに至っているところ、他方、被害者の疑念のすべてが錯誤になりうるものではないとの説も有力に主張されているという。すなわち、被害者の疑念が具体的な根拠を持つものである場合には錯誤を否定するとの Amelung の見解や、承諾論における議論を援用する Herzberg の見解、あるいは、詐欺罪における錯誤概念の持つ機能に鑑みて錯誤を処分行為の準備性と定義する Frisch の見解である。一方、後者の論点については、稚拙な欺罔に詐欺罪を成立させない諸見解を参照している。たとえば、欺罔行為と錯誤とのあいだの因果関係の相当性の観点から稚拙な欺罔には相当因果関係が存在しないとする Naucke の見解、客観的帰属論を基礎に被害者自身の怠惰を理由に損害結果が発生した場合には規範の保護目的連関が否定されるとする Kurth の見解が、これである。ほかにも、Ellmer に代表されるように、稚拙な欺罔に構成要件該当性を否定する見解がある。このいずれの論点においても、各説には、被害者の自己答責を考慮するものと、被害者の保護価値性を問題とするものが見られるという。前者は、自己答責原理からの要請であり、後者は被害者志向的解釈において考慮される事情である、としている。

III章では、自己答責原理に基づく解釈と被害者志向的解釈の内容について確認している。自己答責原理は、論者によってその根拠付けに相違はあるものの、大枠では、人は憲法上保障されている自由を行使することができる反面、その行使から生じた帰結については自らに責任を負うべきとするものであり、被害者の共同答責が問題となる場面では、被害者に答責帰属が認められる反射的作用として行為者への答責帰属が否定されるとの結論に至る。この自己答責原理を詐欺罪解釈に援用する論者としては、行為者利益と被害者利益とを衡量することで行為者と被害者との答責配分を決定する Frisch や Wittig がいる。彼らによれば、自己答責原理は、この行為者と被害者との答責配分を決定づけるうえで、行為者の行動の自由という利益を高める要素として考慮されることになる。その他にも、Pawlik は、詐欺の保護法益を真実に対する被害者の権利であると理解する立場から、この権利主張の限界を自己答責原理から導いている。他方で、被害者志向的解釈とは、被害者に保護価値性や必要性が欠如している場合には、各構成要件が許容する限りで、行為者の可罰性を否定する解釈手法であることから、この被害者志向的解釈の必要性を、Schünemann は補充性の原則、ウルティマ・ラチオによって根拠づけ、Arzt は、これに加えて、一連の刑事手続に伴う公的リソースの有限性を挙げている。被害者志向的解釈の適用範囲について、R. Hassemer は、当該構成要件が行為者と被害者との相互関係性を前提としている場合(相互的關係犯罪)に限定している。筆者は、自己答責原理と被害者志向的解釈の両者は、被害者の共同答責を刑法解釈において考慮してもよい、

あるいは考慮すべきことの理由を論証する点では一致するものの、自己答責原理が総論的な原則として刑法全体を規律するのに対して、被害者志向的解釈は個別の構成要件における解釈手法のひとつであって、その解釈が許されるか否かは構成要件ごとに個別に判断されるものである、としている。

IV章では、詐欺罪において被害者の共同答責を検討するにあたって、自己答責原理に基づく解釈と被害者志向的解釈のいずれを基盤とするべきかを、それぞれに対して加えられている批判の内容を確認したうえで、検討している。ここでは、筆者は、自己答責原理は、これが普遍的妥当性を持つものであるがゆえにすべての構成要件において被害者の共同答責が考慮されるとする点で採用されえず、個別の構成要件においてその許容性を具体的に判断する被害者志向的解釈を基礎とすべきことを主張する。もっとも、自己答責原理は、個別の構成要件解釈にあたっては、それが許容される限りで参照されうるものであること、そして、詐欺罪が相互的關係犯罪であることからして、被害者志向的解釈は詐欺罪において、とくに欺罔行為要件において許容されるとしている。このことを基礎に、筆者は、欺罔行為を「許されざる情報格差の利用」と定義することを試みている。つまり、欺罔とは、その事實的構造からすれば、行為者と被害者との間で生じている情報格差を、行為者が自己の有利に利用することを指すが、優越的知識の利用それ自体は、とりわけ、経済取引においては一般に行われうるものであって、一概に非難されるべきものではなく、詐欺罪にいう欺罔行為と評価されるためには、この情報格差の利用は規範的に見て許されざるものでなければならないと指摘するのである。この「許されざる」との規範的評価の内容は、詐欺罪がコミュニケーション犯罪であって、取引において問題とされる犯罪であるとの分析から導かれる。すなわち、経済取引が取引参加者の相互自助努力によって形成されていることからすれば、取引参加者には自己の不利益が生じないように、情報収集措置を講じることが求められる。情報格差の利用が許されざるものであるのは、行為者が被害者の情報収集措置を阻害したり、被害者が情報収集措置を講じていたにもかかわらず真実を知りえないほどに高度の偽装を行っていた場合であり、欺罔概念をこのように規定することで、被害者の情報収集措置が欺罔行為判断において重視されるべきことの原理的理由が明らかとなる、としている。

4. 真実主張をともなう欺罔と被害者の確認措置（Ⅲ篇）

Ⅲ篇は、Ⅱ篇までの検討で提示した筆者の見解を、具体的事案を題材として検討するものであり、とくに、被害者に要求される確認措置の限界を明らかにすることを目的としている。そして、その素材として、行為者が相手方に対して真実を述べながらもその真実を巧妙に隠蔽し、容易には看破できないように偽装したが、相手方をして真実を認識することが不可能ではない場合に、当該行為者態度に欺罔行為が肯定されるかとの問題を取り上げている。この真実主張をともなう欺罔に関する議論については、わが国においては、被害者の過失は詐欺罪の成否に影響を与えるものではないとの一般的な説明にとどまるが、これに対して、ドイツでは、Schröder が「真実主張による詐欺罪」と題する論稿を公表したことをきっかけとして、判例・学説上、議論の蓄積が見られるところであ

る。

まず、Ⅱ章では、真実主張をともなう欺罔に関する初期の Schröder と Schumann の論争を参照し、その後、行為者が請求書に類似した外観を持つ契約申込書を送付した事例（請求書類似書類送付事例）についての判例実務、およびそれに対する学説の反応を概観している。真実主張をともなう欺罔の問題についての議論は、解釈史上、可罰性肯定説を提唱する Schröder とこれを否定する Schumann の論争に端を発したものであった。判例上も、BGH が 1970 年代の終わりに請求書類似書類送付事例において、書面の受け手をして当該書面の性質が請求書であると認識されうるとして欺罔行為を否定したことを受けて、その後も下級審において同種の事案で詐欺罪が否定されていた。この判例実務の傾向は、1990 年代に変化の兆しを見せ、一部の下級審において詐欺罪を肯定するものが散見されるようになった。学説上も、Mahnkopf/Sonnberg や Garbe らによって、かつての BGH 決定が批判されるとともに、請求書類似書類送付事例での詐欺罪の可罰性の限界が論じられるようになったことを筆者は指摘している。

Ⅲ章では、真実主張をともなう欺罔に関する議論が精緻化されてきた現状を確認し、同論点を検討するうえでの中心的課題を明らかにしようとしている。BGH は、死亡広告の掲載が問題となった事案（2001 年判決）で、請求書類似書類送付事例における詐欺罪の可罰性をはじめ肯定し、詐欺罪にいう欺罔行為が行為者態度の客観的欺罔適性と主観的決定性（錯誤惹起意図）の両者によって判断されることを明らかにし、とりわけ、行為者が被害者の錯誤発生を目的としている場合には欺罔行為が認められるべきことを示した。その後の 2003 年判決も同見解を維持した。このような BGH の 2 つの判決を受けて、学説上は、BGH の欺罔行為の判断基準が主観的側面をあまりに重視するものであることを理由に、強い批判が向けられることになったとするのである。さらに、請求書類似書類送付事例で問題とされた、被害者の商取引経験の有無といった個別事情についての学説における議論状況も確認されている。

続くⅣ章では、Ⅱ、Ⅲ章において検証してきた議論状況をもとに、真実主張による欺罔における当該行為の判断基準および考慮されるべき個別事情について試論を展開している。本章での検討によれば、詐欺罪にいう欺罔行為とは「許されざる情報格差の利用」であって、この概念規定からすれば、行為者が真実を述べた場合であっても欺罔行為となりうることになる。筆者は、この立場からすれば、BGH が主張するような行為者の錯誤惹起意図は欺罔行為を評価するうえでは重要ではなく、それゆえに、行為者が被害者において錯誤が生じることを未必的に認識していれば、錯誤にかかる主観的要件としては十分であると結論付けている。くわえて、請求書類似書類送付事例で問題とされた各個別事情のうち、欺罔行為の判断において考慮されるべきものを抽出し直し、たとえば、被害者の心的動揺は、それが行為者によって惹起されたものでない限りでは、被害者の情報収集措置を軽減させるものではない、としている。

Ⅴ章では、真実主張をともなう欺罔が問題となった事案のなか、とくに、行為者が情報通信技術を用いることによる不特定多数の者に対する欺罔行為が問題となった Abo 事例ならびに Ping-Anrufe 事例を参照し、別途検討されるべき題材を確認している。両事例ともに、公判開始手

続から争われた事例であって、LG が公判開始を否定したところ、OLG がこの LG の判断を棄却し、公判が開かれ、最終的には BGH において詐欺罪の成立が認められたものである。それゆえに、筆者は、本章では、BGH の判示のみならず、LG・OLG の各判断から確認する必要があるとあり、両事例についての分析を通じて、前章までの検討に加え、さらに、④刑法外規範の違反と欺罔行為の関係性、⑤錯誤概念の規範化、⑥EU 指令（UGP-RL）にいう「平均的消費者」像の詐欺罪解釈への影響の可能性の3点につき、検討する必要性が生じたとしている。

VI章では、この3つの問題点につき、筆者の試論を提示している。その結論をまとめると以下のとおりである。④刑法外規範が欺罔行為に与える影響については、刑法の謙抑性・補充性に鑑みれば、刑法外規範に違反していることによって即座に欺罔行為が肯定されると考えることはできず、したがって、刑法外規範の違反は、欺罔行為の原則的推定を許容するものにとどまり、刑法外規範の違反があったとしても、行為者による真実の告知がなされている限りでは、この原則的推定は破られるものとなる。なお、刑法外規範の違反は、不作為による欺罔行為を検討するうえでも、行為者の告知義務を基礎付けうる事情となるが、告知義務は行為者と被害者とのあいだに特別な信頼関係が存在することを前提とするため、刑法外規範がもつばら告知義務を根拠づけるわけではない。⑤錯誤の規範化については、BGH が指摘するとおり、錯誤は事実的要素であって規範的要素ではないため、錯誤が被害者らにおいて現実に生じていたかどうかを確認されなければならない。⑥EU 指令（UGP-RL）にいう「平均的消費者」像については、一方で、欺罔行為概念と錯誤概念との区別の点で、他方で客観的欺罔適性の内実の明確化の点で参照されるべきものであって、欺罔行為にあつては、具体的に問題となった取引類型および欺罔の受け手の人的グループの類型を基礎に、「平均的に情報を得た、相応の理解力と注意力を持った」人を基準に、被害者に要求されるべき情報収集措置の指針が導かれる、と結論づけている。

Ⅲ. 本論文の評価

本稿は、被害者の態様が詐欺罪解釈において考慮されるべき原理的根拠を提示し、欺罔概念を再定位することによって、その判断基準を適正化・明確化することを目的として、詐欺罪の欺罔行為について検討を加えたものである。すなわち、I 篇において問題の所在を明らかにして問題解決の方向性を提示し、II 篇においては解決方法の原理的根拠づけを模索することで筆者の主張の理論的基盤を形成し、III 篇において主張への具体的事案のあてはめの作業を行っている。

筆者は、詐欺罪を「コミュニケーション犯罪」ととらえ、欺罔行為を「許されざる情報格差の利用」と把握し、近時の最高裁判決で争われている、行為者が事実を秘匿していた場合の、いわゆる挙動による欺罔（いわゆる、「推断的欺罔」）の判断に際しては、「偽る行為」（意味内包性の問題）と「重要事項性」の両要素が重要な役割を果たすことを明らかにしている。具体的には、被害者の情報収集措置が欺罔行為判断において重視されるべきことの原理的理由を明らかとし、自己答責に基づく解釈と被害者志向的解釈を基礎として、詐欺罪解釈における被害者の共同答責を問題と

し、被害者に確認措置を求め、犯罪の完成につき被害者に答責がないことを求めるものである。そのうえで、具体的事案を素材に、被害者に要求される確認措置の限界を明らかにしようとしている。

これまで、詐欺罪の成立にはもっぱら行為者側の事情が考慮されてきたが、これに対して、本論文は、加害者側の事情に大きな役割を担わせている点に特色があり、これが本論文のオリジナリティーであるといえよう。筆者の論稿が多くの論文で紹介されている所以である。被害者の視点を容れたその比較法的研究の成果は、最高裁判決と軌を一にするもので、その意味でも、タイムリーであったといえよう。

とはいえ、そのようななか、本論文においては、検討が未だ十分とはいえないと思われる課題も認められるところである。

まず、①被害者の共同答責がないことを詐欺罪の要件とするのであれば、この点を明文上の要件とするスイス法についての十分な検討、ないし言及が有益であり、これへの考察が求められよう。また、②各取引類型において被害者に求められる情報収集措置の程度については差異が認められると思われるところ、具体的事案・類型に照らしてさらに具体化すべきではなからうか。さらに、③欺罔概念と錯誤概念とを区別するとして、どのようにこれを行うのか、くわえて、④被害者の共同答責という概念が財産犯罪の解釈上有益だとしても、詐欺罪のほかに刑法上いかなる分野で考慮されるべきか、という点についても考察することが必要であろう。

①については、確かに、わが国の従来の刑法学は、行為者の態様を主軸に理論を展開するものであり、行為者と被害者との相互作用から犯罪が実現されるとの理論モデルは、これまで馴染みのないものである。しかし、すでに筆者も自覚しているように、その見解を補強するため、ドイツ法等の研究を行うのであれば、同じ法体系に属する、しかもこのテーマについて明文で規定し問題解決を図っているスイス法が有益であることは自明である。同法では、被害者が確認措置を講じなかった場合、換言すれば、被害者に落ち度（共同答責）が認められる場合に詐欺罪を否定することを法文で根拠づけているのである。

②については、Ⅲ篇において、被害者の情報収集措置の限界を具体的事案を題材に示したものの、現代社会において多種多様な取引態様が存在することからすれば、情報収集措置の具体化が十分になされているとはいいがたい。民事法における議論を参照しながら、今後、さらなる、被害者に求められる情報収集措置の程度の具体化が必要となろう。

③については、本稿では、欺罔行為が規範的概念であるのに対して、錯誤は事実的概念であるとして両者を区分し、錯誤の肯否にあたっては、具体的処分者の内心が確認されなければならないことを主張しているが、このような考えは、実際のところ、被害者が多数に上る場合（たとえば、街頭募金詐欺の事例など）には、認定・立証問題とも関わるが、維持しがたいのではなからうか。欺罔行為の判断において被害者の態様を重視する立場においては、とくに顕著となるのではあるまいか。

④について、本稿は、詐欺罪との関連で被害者の共同答責について検討を加えているが、この論証は詐欺罪以外においても、とりわけ、他の財産罪においても妥当しうることも考えられる。本稿

は、被害者の共同答責が考慮されるべき理由をコミュニケーション犯罪という部分に求めているが、ここにいうコミュニケーション犯罪の含意をいかに解するかに応じて、その射程も変化しうると思われる。犯罪の成否において、行為者と被害者の両側面が重要であるとの指摘は、比較的広い範囲にも及びうるものと考えられるところから、本稿の検討が影響力を及ぼす射程を明確にする必要があるであろう。

さらに、本稿に対しては、①自己答責原理に関する分析・検討が十分ではないのではないか、②本稿の立場を採用した場合に、具体的事案において結論の妥当性が維持されえないのではないか、との批判も可能となる。

①については、Ⅱ篇において詐欺罪との関係で論じられている自己答責原理は射程の広い概念であって、わが国においては、とくに過失犯における危険引き受けとの関連で扱われているが、そこで用いられている原理と同じであるのかは不明である。本稿での射程を限定した分析・検討では、自己答責原理の問題性を十分に斟酌しているとはいいがたいというものである。

②については、わが国において、これまでであれば詐欺罪となることが当然視されていた事案においても詐欺罪が否定されることになるのではないかと、との批判が考えられる。たとえば、振り込め詐欺においては、その被害者の多数が高齢者であるとの事実を鑑みれば、多かれ少なかれ、被害者が行為者の虚言を安易に信じたとして、被害者の共同答責が認められてしまう事例が存在するのではないかと、いうものである。

もっとも、このような課題や疑問については、筆者も十分に自覚しているところであり、口述試験においても一定の回答が用意されて、これらの課題を克服すべき道筋も示されたことから、本稿の評価を大きく損なわせるものではないといえよう。

IV. 結論

本稿は、わが国における従来の詐欺罪の概念、欺罔概念について、行為者の態様という面から、また、共同答責という面から、あらたな視点による検証を試みたものであり、刑法解釈学上の十分な知識のもと、筆者の構想、意図するところも十分に披瀝されており、詐欺罪研究の分野に新たな地平を開く気概にあふれた意欲的な論稿である。

以上を総合的に判断するに、審査委員一同の意見として、この度富川雅満氏より提出された本論文は博士（法学）の学位を授与するに値するものであると思量する次第である。