

## 博士論文

# 「詐欺罪における欺罔概念と被害者の共同答責」

### —要約—

中央大学大学院法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程

富川雅満

### 本稿の目的、その背景、およびその構成

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。その目的は、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、欺罔行為の判断基準を適正化・明確化することにある。

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一方で、この点に関する学術的研究に乏しいことに認められる。近時、最高裁をはじめとする判例実務において詐欺罪の成否が問題とされる際に、その検討は欺罔行為要件との関連で行われることが多い。ここでは、とくに、行為者が明示的に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扱われている。しかしながら、この種の事案で欺罔行為がいかにして認められるべきかの問題を検討する先行研究は十分なものとは言いがたい。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集中的な議論は交わされてこなかった。

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、以下の通りである。まず、I篇において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素描し、これに続く検討の指針を得るために、欺罔行為の基本構造を描写する。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見解に議論の方向性が見出される。この帰結を前提として、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。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する。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を行う。とくに、本稿の主張は、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に、III篇で扱う具体的事案は、被害者の情報収集措置が失敗した場合、詳細には、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（真実主張をとまなう欺罔）を選択した。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。

簡潔に述べると、I篇において問題の所在を明らかにしたうえで、問題解決の方向性を提示し、II篇において解決方法の原理的根拠づけを模索することで、本稿の主張の理論的基盤を形成し、III篇において具体的事案を扱うことで、具体的事案に本稿の主張を当てはめていく作業を行う。

以下で、各篇における内容について、項目を分けて、やや詳細に言及する。

## I 篇 欺罔行為の基本構造

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べく、判例・学説上の議論を分析し、従前の議論に欠けていたところを浮き彫りにしたうえで、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、分析した。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（推断的欺罔）の判断に際しては、偽る行為（意味内包性）と重要事項性の両要素が決定的な役割を果たすことが明らかとなった。前者においては、行為者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判断され、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言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して提示されるべきである。もっとも、両要素の相互の関係については不分明で、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、ともすれば、意味内包性と重要事項性の両者は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が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。この2点が判例実務における問題点である。

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・検討を行った。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た。そのような場合に考えられう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たが、前者の基軸は詐欺罪の保護法益の問題と、後者は処罰範囲の明確化の問題に関連することを指摘した。本章における検討では、重要事項性が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た。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した。

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だが、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うべき状況にあったことから、検討の示唆をドイツ法に求めた。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ているに至っている。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あいだで対立が見られた。*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。本稿では、それらの諸学説を確認したところ、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た。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。

## II 篇 被害者の共同答責に関する原理的考察

前篇までの検討から、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見解が欺罔行為に関する問題を解決するものとの方向性を提示したことを受け、本篇は、その理論的基礎を模索するものである。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見られたが、わが国の詐欺罪解釈においては先行研究が見られない。そこで、ここでもドイツ刑法学を参照して検討を行うこととした。

まず、II章においては、詐欺罪解釈において被害者の共同答責が問題とされていた論点についての学説における議論状況を確認し、そこから、各見解の論拠を抽出した。その論点のひとつとして、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に、その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、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に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かが挙げられる。前者の論点については、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。これに対して、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有力説も主張されている。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。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た。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、これに当たる。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た。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。

III 章では、自己答責原理と被害者志向的解釈の内容について確認した。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、人が憲法上保障されている自由を行使する反面、その行使から生じた帰結については自ら優先的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導入する論者としては、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）に限定していた。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よい、あるいは考慮すべき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。

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内容を確認したうえで、検討した。ここでは、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ることを主張した。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。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ことを確認した。このことを視座に、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た。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あいだ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。もっとも、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もない。それゆえ、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。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となるのは、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る。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。

### III 篇 真実主張をともなう欺罔と被害者の確認措置

本篇は、II 篇までの検討で提示した私見を、具体的事案を題材として、検討するものである。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。そのために、ここでは、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題材とした。この真実主張をともなう欺罔に関する議論は、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ものであるが、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に、判例・学説上、議論の蓄積が見られるものであった。

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（請求書類類似書類送付事例）での判例実務の動向、およびそれに対する学説の反応を概観した。真実主張をともなう欺罔の問題は、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。

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た。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ていた。くわえて、請求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の議論状況も確認した。

続く IV 章では、II・III 章までで参照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欺罔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の私見を示した。本稿での検討からは、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。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の結論を得た。くわえて、請求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なおした。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。

V 章では、真実主張をとまなう欺罔が問題となった事案で、とくに、行為者が情報通信技術を用いることで、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 事例を詳細に参照し、別途検討されるべき題材を確認した。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、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った。両事例を分析することから、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「平均的消费者」像の詐欺罪解釈への影響可能性の 3 点につき、検討する必要性が生じた。

VI 章では、この 3 つの問題点につき、私見を提示した。その結論をまとめると以下のとおりになる。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が即座に欺罔行為が肯定されると考えることはできない。それゆえ、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、刑法外規範がもたら告知義務を根拠付けるわけではない。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に、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「平均的消费者」像については、一方で、欺罔行為概念と錯誤概念との区別、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、欺罔行為にあっては、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。

## 残された課題

本稿での検討において十分に明らかにされていない課題としては、(1) 被害者の共同答責がないことを詐欺罪の明文上の要件とするスイス法の知見を取り込むこと、(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を具体化すること、(3) 欺罔概念と錯誤概念との区分をはかること、(4) 被害者の共同答責が詐欺罪のほかに考慮されうる領域を示すこと、である。

(1) について、申請者のこれまでの研究は、被害者の確認措置が詐欺罪の成否において重要視されるべきことをドイツ解釈学との比較から明らかにするものであった。しかし、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、従来の刑法学に馴染みのないものである。したがって、その理論的基盤を強化することが求められる。そこで注目されるのは、スイスの詐欺罪規定である。スイス刑法 146 条では、詐欺行為が「悪意 (arglistig)」でなければならないとされているが、この「悪質」な詐欺行為は、一般にスイスにおいて、被害者が十分に注意すれば騙されなかったといえる場合には認められないという。つまり、スイス刑法は、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。これはわが国を含め、他国には見られない立法形式である。このスイス刑法における議論展開は、被害者の共同答責を重要視する申請者の提唱する理論モデルを補強するうえで、参照価値が高い。

(2) について、本稿では、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、情報収集措置を十分に具体化したとは言いがたい。民事法における議論を参照しながら、今後、被害者に求められる情報収集措置の程度を具体化する作業が必要となる。この具体化の作業に際して民事法を参照する理由は、取引参加者が自己の態度の許容性を知る上で参照する第一義的な法規範は民事法であると考えられることに認められる。

(3) について、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た。しかしながら、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には維持し難い。わが国においては街頭募金詐欺事例がそうであったように、行為者が多数に向けて欺罔行為を行った結果、そのうちの少なからぬ割合の者が処分行為に至った事案（対多数詐欺）では、被害者の数が莫大といえるほどに多いことからすると、被害者における錯誤の認定に困難性が生じる。この問題性を解消するために、錯誤概念において規範的評価を一定程度許容すると、欺罔行為との区分が困難となる。つまり、欺罔行為の程度が強度であればあるほど、一般的に人を錯誤させることが強く推認されることになるから、錯誤要件の独自の意義が喪失しかねない。この問題は、本稿のように、欺罔行為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。

(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妥当しうることも考えられうる。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。たとえば、詐欺罪と同じ交付罪である恐喝罪においても妥当しうるのであろうか。あるいは、実務上、詐欺罪との関わりの深い偽造罪一般にも妥当しうるのであろうか。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。

以上の4点は、今後の検討課題となる。