

自身の身分を偽る行為と詐欺罪の可罰性

——近時の暴力団員による詐欺事例、ドイツにおける雇用詐欺を題材にして——

富川雅満

I はじめに

II 暴力団員という身分を秘匿した行為に関する近時の最高裁判断

1 判例分析

(1) 従前の暴力団事例に関する裁判例

(2) 最高裁における判断構造

2 欺罔行為の存否

3 財産的損害について

4 小括

III ドイツにおける雇用詐欺

1 判例・学説の基本的な推移

2 M f S 事例

3 二重司法修習事例

4 小括

IV 暴力団事例における財産的損害と欺罔行為

1 財産的損害

自身の身分を偽る行為と詐欺罪の可罰性（富川）

- (1) 危殆化損害による根拠づけの可能性
- (2) 目的不達成論による根拠づけの可能性

2 欺罔行為

- (1) 保証人的義務
- (2) 取引上の重要な事実

V おわりに

I はじめに

近時、最高裁において詐欺罪の成否に関する判断が立て続けになされ、注目を集めている。⁽¹⁾ これらの判決・決定には、暴力団構成員である行為者がその身分を偽ってまたは秘匿して契約を締結させたという点で、事案の共通性が見られる。ここでは、暴力団構成員であるとの事実は、契約上、通知を義務づけられているか、解約事由になりうるものであつて、当該事実の通知を行為者から受けた場合には、契約の相手方は処分行為には至らなかつたであろうことが前提とされている（以下、この事案類型を暴力団事例と呼ぶ）。

この暴力団事例における詐欺罪の成否の判断に際して、最高裁が異なる結論に至っていることも、興味深い点である。すなわち、口座開設の事案、そしてゴルフ場利用の事案のうちの一つでは詐欺罪を肯定しながら（以下、肯定決定と呼ぶ）、一方で、残りの二つのゴルフ場利用の事案ではこれを否定したのである（以下、否定判決と呼ぶ）。⁽²⁾ 暴力団員という自身の身分について行為者が偽つたという点で、事案の構造に共通点を有しながら、このような結論の相違が生じた理由はどこに認められるのであろうか。この最高裁の一連の判断は、学術上もその可罰性の限界設定にあつて、いまだ決着をみず、むしろますます議論が盛んに交わされている詐欺罪の解釈を検討するに、好個の素材となるであろう。⁽³⁾

本稿では、今回の最高裁の判断が、学説上どのように基礎づけられるのか、また、どのような影響を詐欺罪解釈に与えるのかについて考察する。その際、まずは先の最高裁の判決・決定における判断構造を解析し、結論の相違に影響を与えた要因を抽出する(Ⅱ)。他方、わが国の刑法解釈学との類似点をたびたび指摘されているドイツにおいても、類似の事案構造が問題となったものがある。すなわち、行為者が雇用者との労働契約を締結する際に、現在の身分や過去の経歴について虚偽の申告を行った事案であり、いわゆる雇用詐欺と呼ばれる類型である。⁽⁴⁾ この類型においては、事案構造の外観上の類似性以上に、ドイツにおける学説での議論に、今回の暴力団事例を検討するうえでの重要な観点が示されている。この雇用詐欺についてのドイツの判例・学説を参照し、わが国の議論状況と比較することは、当該問題の検討にあたつて、得るものが多いものと思われる(Ⅲ)。最後に、ⅡおよびⅢをもとに、若干の検討を行いたい(Ⅳ)。

Ⅱ 暴力団員という身分を秘匿した行為に関する近時の最高裁判断

暴力団員という身分を秘匿した行為について詐欺罪が問題となった事例は、これまで下級審裁判例にもみられ、⁽⁵⁾ 古くは大審院時代にさかのぼる。⁽⁶⁾ また、学説上も少なからず議論がみられていた。⁽⁷⁾

そのようななかにあつて、最高裁が当該事案類型でその判断を示したことには、それ自体として一定の意義が認められるといえよう。本章では、これらの最高裁の判断構造を分析し(1)、その問題点を抽出していくこととする(2および3)。

1 判例分析

(1) 従前の暴力団事例に関する裁判例

下級審裁判例において、暴力団事例についての詐欺罪成否の結論は分かれていた。

自身の身分を偽る行為と詐欺罪の可罰性(富川)

たとえば、住居の賃貸借契約が問題となった札幌地判平成一九年三月一日においては、被告人が勤務先や収入について虚偽の申告をしていた点について詐欺罪が肯定されているが、賃貸人が暴力団員であることの申告が住居の賃貸借契約において一般に期待されているとはいえないとして告知義務が認められず、いまだこの事実の秘匿は欺罔行為を構成しないとされている。これに対して、福岡地判平成二〇年三月二十五日では、同種の事案で詐欺罪が肯定されている。⁽⁸⁾

あるいは、ゴルフ場利用における暴力団事例に関して、名古屋地判平成二四年三月二十九日および名古屋地判平成二四年四月二二日は、暴力団員による利用が一般の利用客を敬遠させる事情になったり、企業としての信頼を低下させる要因になることから、利用者が暴力団構成員であるか否かは、本件ゴルフ場にとつて、「その利用を許可するための判断の基礎となる重要な事実」であるとして、この点での虚偽は欺罔行為となりうる旨、判示している。⁽⁹⁾

また、口座開設に関する暴力団事例で故意を否定したものに、鳥取地米子支判平成二四年五月九日がある。本事案では、金融機関による暴力団排除条項の周知が徹底されていないとはいえず、さらにそのチェック方法も完全なものではなかったことから、被告人には、当該事実の重要性についての認識が欠けていたとされた。他方で、同様に口座開設が問題となった事案で、大阪高判平成二五年七月二日は、反社会的勢力との取引を拒絶することは、「本件信用金庫にとつて経営上重要性のある事項」であつて、通帳等の交付を基礎づける重要な事項であるから、暴力団等との関係性がない旨の誓約書に署名・押印して、届出事項変更届けを提出した行為は、詐欺罪にいう欺罔行為にあたるとした。

これらの下級審裁判例においては、暴力団事例での詐欺罪成否につき、結論としては判断が分かれているが、たとえ暴力団を排除するとの気運が社会的に高まっている状況にあつて、暴力団排除条項が約款として設けられているとしても、その事情だけをもつてして詐欺罪が肯定されるわけではない点では一致がみられる。くわえて、具体的状況にあつては、暴力団員であるか否かの事実が当該取引当事者にとつて取引上の重要な事実となりうるものであつて、この点についての認識が行為者にあつたにもかかわらず、自身が暴力団員であることにつき虚偽を述べた、または事実を告知しなかった場合には、詐欺罪が認められることも排除されてい

るわけではない。とすれば、これら下級審裁判例の延長線上において、今回の最高裁判決・決定も把握されるものなのであろうか。この点につき、最高裁の判断構造を解析する必要がある。

(2) 最高裁における判断構造

今回の最高裁判決・決定において、最高裁は詐欺罪の成否について一般的な基準を示しているわけではない。したがって、ここでは各判決・決定を対比して、どのような具体的事実が考慮・重視されているかを確認することが求められる。

まず、すべての事案では共通して、暴力団排除条項が約款等に設けられており、当該条項に違反している場合、口座開設にかかる肯定決定では、新規預入申込みの拒絶または貯金取扱いの停止もしくは全額払戻しの措置が行われることに、ゴルフ場利用に関する諸事案では、利用が拒絶されることとなっていた。

また、肯定決定においては、入会手続ないし利用契約締結、口座開設時に、データベースや関係警察署への照会を通じて、契約の相手方が暴力団員であるか否かの問い合わせが当該銀行・ゴルフクラブにおいて行われていることも指摘されている。すなわち、口座開設にかかる肯定決定においては、当該銀行では「利用者が反社会的勢力に属する疑いがあるときには、関係警察署等に照会、確認すること」となっており、ゴルフ場利用に関する肯定決定においては、当該ゴルフクラブは、他のゴルフ場らと協力して「暴力団排除情報をデータベース化した上で、予約時又は受付時に利用客の氏名がそのデータベースに登録されていないか確認する」⁽¹¹⁾などとして、暴力団員の利用を防止していたのである。

ただし、実際に行為者らと応対した従業員が、その場で、利用者が暴力団員ではないことを口頭等によって確認していたかについては、口座開設にかかる肯定決定ではこの確認が行われ、とくに「本件申込みの際、被告人に対し、前記申込書三枚目裏面の記述を指でなぞって示すなど」していたのに対して、ゴルフ場利用に関する肯定・否定事案ではいずれも、利用申込み時の確認は行われず、被告人らから暴力団関係者ではない旨の虚偽の申し出が行われていたわけでもなかった。この点は、利用料金が適切に支

払われていることに加えて、ゴルフ場利用に関する事案に共通している事実である。

しかしながら、ゴルフ場利用に関する肯定決定では、利用申込み時の確認は行われていないものの、当該クラブの会員登録をする際に、暴力団関係者との交友関係の有無を問うアンケートへの記載や暴力団等との関係がない旨記載する誓約書への署名・押印が求められており、被告人の同伴者は同クラブの会員となる際に実際にこのアンケートに回答、誓約書に署名・押印をして、自身が暴力団等と関係を有していないことを示していた。この点にも、ゴルフ場利用に関する肯定決定と否定判決との相違がみられる。

さらに、肯定決定では、契約の相手方が暴力団関係者かどうかの事実が、通帳等の交付または施設利用の許可を判断するうえでの「重要な事項」である旨が、判文中で指摘されている。⁽¹²⁾このような指摘は、近時の最高裁判例にもみられるものであり、このことから、否定判決での反対意見も指摘しているように、最高裁においては、詐欺罪という欺罔行為は、被害者にとつての処分行為の判断を基礎づける重要な事実について向けられている必要があると考えられていることが推察される。この点、小貫裁判官による反対意見は詐欺罪という欺罔行為の判断基準につき、その見解を示しており、それによれば、欺罔行為の存否は、「偽る対象の重要性」と「偽る行為」の二つの要素によって決せられるという。かりに最高裁も同様の見解に立っているとすれば、右に掲げた個別事情、すなわち、①暴力団排除条項の存否、②データベース及び関係警察署等による照会、③応対する際又は入会する際の口頭・書面による確認といった事情が、ここにいう二つの要素を判断するうえでの材料となるのであろう。これらの要素に加えて、反対意見によれば、とくにゴルフ場利用の事案で、当該クラブが④会員による人物保証を行っていたかどうかも重要な判断材料になるといえる。

このようにみた場合、さきに挙げたうちのいくつかの下級審裁判例も今回の最高裁における判断構造と基本的には一致するものといえよう。それぞれの結論の相違は、具体的事情の相違によるものと思われ、判断枠組みとしての違いを明らかに示しているわけではない。

このような欺罔行為に関わる判断枠組みは、従来の議論とはどのように整合するものであるのか。また、当該事案は、その類型

からして財産的損害の問題を含んでいることは明らかであるが、この点について、最高裁は、反対意見も含めて、なんら触れていないのである。

2 欺罔行為の存否

欺罔行為とは、広くは、人を錯誤に陥れる行為であつて、すなわち、実際の事実と相手方の表象とのあいだの不一致をもたらし行為を指すとされている。⁽¹⁴⁾ 一般に、ここにいる欺罔行為には三つの類型が考えられ、口頭ないし書面によつて明らかでない虚言を述べる明示的欺罔、明示的には虚言を述べていないが、行為者態度それ自体に一定の説明価値が含まれ、これによつて相手方に錯誤が生じる推断的欺罔(挙動による欺罔)、そして、不作為による欺罔が挙げられる。小貫裁判官の反対意見によれば、ゴルフ場利用に關する否定判決では、このうち推断的欺罔が問題になるといふ。⁽¹⁵⁾

推断的欺罔が肯定されるのは、一般に、真実とは異なる事実についての説明内容が行為者の態度に含まれている場合であり、本件事案でいえば、「申込行為に暴力団関係者でないことの意味が含まれていると評価できる」場合である。この点、反対意見によれば、立入禁止の掲示が掲げられている以外に「暴力団排除の措置が講じられていない場合、立入禁止の措置のみが講じられた下での申込みを直ちに偽る行為と評価するのは困難」であるとされている。したがつて、ここで推断的欺罔を肯定するためには、ゴルフ場利用事例についてみれば、問題となつたクラブが「会員の人物保証によつて暴力団排除を実効性あるものにしてしようとしていた」といつた事情が必要になるといふのである。⁽¹⁶⁾

ここで、行為者態度に含まれた説明内容の評価基準が当然に問題となる。この点については、必ずしも判例・学説上、議論は尽くされていないが、⁽¹⁷⁾ 少なくとも、行為者が偽つたまたは秘匿した事実の取引上の重要性、反対意見の言葉を借りれば「偽る対象の重要性」が欺罔行為を判断する際の重要な要素となつていた点は指摘できる。この点について、今回の最高裁判決・決定や近時のその他の最高裁判例には共通性がみられ、たとえば、小貫裁判官の反対意見中で引用されている第三者譲渡の意思を秘して搭乗券

の交付を申請した事案（いわゆる搭乗券事例）では、最高裁は、搭乗券の交付に嚴重な本人確認が行われているのは「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」なためであるから、申込者自身が搭乗するかどうかは「本件係員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項」であるとして欺罔行為を肯定しており、また、誤った振込を受けた被告人がその情を秘して預金の払戻をうけた事案（いわゆる誤振込事例）でも、最高裁は、「払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちにその支払に應ずるか否かを決する上で重要な事項」であることを理由に告知義務が肯定されるとしている。⁽¹⁸⁾ 前述のように今回の肯定決定でも、暴力団であるか否かが重要な事実であると指摘されている。では、どのような事情が認められれば、「偽る対象の重要性」は肯定されるか。この点、反対意見によれば、暴力団員による施設利用は、「営業上無視できない事項」であるとはいえるが、「暴力団排除が法的義務とはされていないゴルフ場においては、……「中略」直ちに欺く行為に必要とされる重要事項に当たるとはいえない」⁽¹⁹⁾ のであり、それゆえ、被害者が暴力団排除の措置をどの程度講じているかによって、処分行為の判断における暴力団排除の重要性を個別に評価する必要があるという。

このように欺罔行為の対象を重視して詐欺罪の成否を検討する傾向は、わが国の学説のなかにもみられ、いわゆる法益関係的錯謬説がその代表として挙げられる。⁽²⁰⁾ 同説からは、詐欺罪にいう欺罔行為が肯定されるためには、詐欺罪の保護法益について重要な錯謬が相手方にもたらされていなければならない、被害者が当該財産を用いて達成しようとした目的を対象とした虚偽だけが、詐欺罪にいう欺罔行為となるというのである。ただし、ここで詐欺罪が財産犯であることから、そこで保護される目的も無制限ではなく、たとえば、当該取引の目的に含まれた付随的目的は排除されるとか、「社会的に重要な目的」⁽²¹⁾、あるいは、より限定的に「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」⁽²²⁾ に限られるとされる。

他方、財物や財産的利益の喪失それ自体に財産的損害を肯定する形式的個別財産説からも、財産処分自由を詐欺罪の保護法益に含めたいうえで、「当事者間で明示されあるいは共通の認識になっていた」目的に虚偽があった場合に限って欺罔行為を認めるとの見解も主張されている。⁽²³⁾

このように、行為者が偽ったまたは秘匿した対象に重点を置いて、欺罔行為の存否を判断している点で、判例・学説には共通性がみられる。

3 財産的損害について

本稿で問題としている暴力団事例は、いわば暴力団排除という社会政策的な目的が詐欺罪の処罰範囲のなかに取り込まれている類型ともいえ、その点では、講壇事例として取り上げられる未成年者事例と共通の論点を含んでいる。すなわち、未成年者に販売が禁じられている商品を未成年者が成年であると偽って、あるいは未成年者であるとの事実を秘して購入した事例においては、学説上、販売店側に財産的損害が認められないとして、詐欺罪を否定すべきであるとの主張がしばしばなされている。²⁴⁾

財産的損害に関する言及自体は、今回の最高裁判決・決定にはみられないが、財産的損害をその基本的理解に従って被害者の経済状態の直接的な悪化として理解した場合、ここでこの要素を肯定することは難しいように思われる。ゴルフ場利用に関する諸事案においては、被告人らによって利用料が適切に支払われており、口座開設にかかる事例においては、そもそも口座開設に対する金銭的な意味での反対給付が想定されていない。それゆえに、ここでは被害者の経済状態に直接的な悪化はみられない。もつとも、支払いの事実が詐欺罪にいう財産的損害をつねに否定するわけではない。犯意先行型の無銭飲食に代表されるように、支払い意図や能力が行為当時存在しなかった場合には、のちに支払いの事実があったとしても財産的損害は、理論上、肯定されうる。その場合には、契約締結時（無銭飲食では遅くとも店側の処分行為時）にすでに、被害者に経済的な意味での損失が看取されるからである。²⁵⁾しかしながら、ここで問題としている事案では、被告人らの支払い能力や意思についての認定がなされていないため、この事情を基に財産的損害の肯否を判断することはできない。

とはいえ、財産的損害の判断には、必ずしも金銭的な価値のみが考慮されているわけではない。たとえば、実質的個別財産説からも、財産的損害の存否において比較されるべきは、「被欺罔者が当該取引において『獲得しようとしたもの』と『給付したもの』でなけ

ればならない」と指摘されているし、⁽²⁶⁾全体財産説からも「財産的損害の有無は、被害者が提供した財産だけでなく、被害者に提供された財産、そして、被害者の主観も考慮した上で、判断する」とされている。⁽²⁷⁾つまり、財産的損害の存否を判断する際に被欺罔者が達成しようとした目的が考慮されるのである。あるいは、たとえば被欺罔者の行った交付・処分行為の「社会的な意味」であったり、⁽²⁸⁾錯誤に基づいて行った処分行為から生じる副次的な経済損失のリスクなども財産的損害を基礎づけうる事情として挙げられている。⁽²⁹⁾

ただし、ここで挙げられた財産的損害の判断材料は、前述した欺罔行為の判断における「取引上の事実の重要性」を基礎づける事情ともいえ、実際には欺罔行為、財産的損害の判断はかなりの部分で重複しているように思われる。⁽³⁰⁾とすれば、今回の最高裁判決・決定で考慮されている「重要な事実」といえるか否かを、欺罔行為、財産的損害のいずれで考慮するかは、各論者が採用する説に左右されることになるともいえる。

4 小 括

ここまで、今回の最高裁判決・決定について、従来の判例や学説に照らして分析してきた。最高裁にて重視されているのは、行為者が偽った又は秘匿した事実が処分権者による交付・処分行為にとって重要であったかどうかであり、このような判断構造は、下級審も含めた従前の判例や学説に照らしてみても、決して新しいものではない。

しかしながら、そのような判断構造が新しいものではないとしても、それが適切であるかどうかはまったく別の問題である。あるいはその判断構造を支持しうるにしても、そこで考慮されるべき素材が適切であるかどうかも問題となろう。たとえば、判例にいう「取引上重要な事実」を基準にした場合、作為による欺罔と不作為による欺罔との区別はなされるのであろうか。さきに挙げたように、誤振込事例においても最高裁は、誤振込みの事実が「重要な事実」であることを理由に、告知義務を認めているのである。この点で、作為による欺罔と不作為による欺罔との判断基準は区別されていないのかとの疑問が生じる。とすれば、

そのような区別の相対化は適切なのであろうか。あるいは、いまだ作為による詐欺罪と不作為による詐欺罪が判例において区別されているとすれば、否定判決で作為による欺罔が否定されても、なお不作為による欺罔が肯定される余地はなかったのであろうか。くわえて、学説内部でつねに議論の的となる財産的損害に対する最高裁の態度も問題となろう。最高裁がこの点に明示的に言及していないことは、前述したように、欺罔行為との判断との重なり合いを最高裁も認めており、すでに欺罔行為に対する結論が財産的損害に対する結論を導いているとみるべきか。あるいは、欺罔行為と財産的損害の判断は別個の判断ではあるが、暴力団事例で財産的損害が当然に認められるがゆえに検討する必要があることを示すのか、それとも、そもそも詐欺罪の可罰性を肯定するのに財産的損害は必要要件ではないと捉えられているとみるべきなのであろうか。この点を明らかにするうえで、暴力団事例における財産的損害の肯否について検討する必要性がある。

これらの問題を考察する前に、ひとまずドイツの議論状況に目を向けることとする。とくに財産的損害、そして告知義務の問題に関するドイツの議論状況は、暴力団事例を考えるうえで示唆に富んだものである。

III ドイツにおける雇用詐欺

ドイツでは、行為者が自身の身分・経歴を偽った場合に詐欺罪が問題となる類型として、いわゆる雇用詐欺 (Anstellungsbetrug) が挙げられる。⁽³¹⁾ すなわち、行為者が雇用者とのあいだに労働契約を結ぶ際に、必要とされていた資格や学歴を有していないにもかかわらず、これを有していると虚偽を述べたり、あるいは過去の犯罪歴等を秘匿していた場合に、詐欺罪が認められるかが議論されている。⁽³²⁾ この雇用詐欺は、いわゆる締結詐欺の一種型として理解されており、⁽³³⁾ ドイツにおいてとくに財産的損害との関連で議論されることが多い。すなわち、ドイツ刑法二六三条にいう詐欺罪においては財産的損害が明文上の要件とされているが、詐欺既遂が認められるためには、処分権者による財産処分行為の前後において被害者の財産状態が低下していることが必要とされていると

ころ（いわゆる、全体清算の原則（Gesamtsaldierungsprinzip））、雇用詐欺の類型においては、被雇用者である行為者は反対給付としての労働を雇用者に対して提供しているのであり、たとえ、雇用者が当該事実を知った場合には行為者を採用しなかったといえる場合であっても、行為者による労働給付の価値と雇用者による報酬の価値とのあいだに、経済的な意味での隔たりは存在しておらず、財産的損害が生じていないとも考えられるのである。

しかしながら、現にドイツの判例・学説上、雇用詐欺の事案において、被雇用者がその労働給付を適切に行っていたとしても、財産的損害が、それゆえに詐欺既遂が肯定されることは一定程度、認められている。ここでの財産的損害の根拠づけに関する議論は、暴力団事例における財産的損害の問題を考えるにあたって一定の視座を与えうる。本章では、雇用詐欺に関するドイツの判例・学説の議論の推移を概観し（1）、その後、学説上も強い関心の寄せられたM f S事例に関するBGH決定（2）と、比較的近時、この類型が実務で争われたOLG（Oberlandesgericht）Saarbrückenの二重司法修習事例を詳細にみていくこととする（3）。そして、ここでの財産的損害の議論は後述するように欺罔行為の内容にも関連性を有するものである。

1 判例・学説の基本的な推移

ドイツにおいて、雇用詐欺の議論は比較的長い歴史を持ち、古くはライヒ裁判所（RG）の判例にさかのぼる⁽³⁴⁾。前述のように、ドイツにおいて財産的損害は全体清算の原則に従って判断され、この原則を雇用詐欺にあてはめると、財産的損害が肯定されるためには、雇用主によって支払われる報酬の価値が、被雇用者によって提供される労働給付の価値と比較して、均衡しているとはいえないことが必要となる⁽³⁵⁾。この価値の衡量に際しては、たとえば、労働契約上前提とされていた専門的な業務を被雇用者がその専門性に即して行うことができるかどうかが基準とされる。しかしながら、労働契約上必要とされる専門教育や経歴がないにもかかわらず、労働契約の締結時にその存在について欺罔していた場合、たとえ、その後被雇用者が専門的にみて問題なく業務を遂行していたとしても、契約締結時にすでに財産的損害が肯定される⁽³⁶⁾。ここでは、当該報酬の程度は、特定の専門教育や経歴の存否

によって決定されているのであって、その後の労働給付が適切に行われたか否かは、損害発生後の損害の埋め合わせとして評価されるにすぎず、すでに生じた損害結果を否定するものではない。

R Gは、当初、この原則を雇用契約全般に適用して財産的損害の存否を判断していたが、その後、公務員の雇用関係には特殊な考慮が必要であることを明らかにした。すなわち、公務員の雇用関係においては、「公務員が自身の全人格を「その公務へと…筆者補足」捧げ、採用官庁はそれに対して公職法上の配慮 (Fürsorge) を払うという信頼関係が継続的に保証されている」ことが前提とされる⁽³⁸⁾。さらには、「公務員としての適格性 (Tauglichkeit) は、その者の「労働…筆者補足」給付のみならず、本質的にはその人格にも左右される」のであるから、たとえ当該公務員がその専門性に鑑みて問題なく勤務しているとしても、国家業務にとつて不適格だと思われる経歴等を有している場合には、その者は自身に与えられた雇用関係上の「配慮」を受けるべきではない⁽³⁹⁾。つまり、ここでは、国家は、「犯罪や不名誉な違反行為によって処罰された者または道徳的に欠点のある者、重大な業務違反によつてかつての公職から追放された者を、公的な役人としては」まったく必要としないのであり、そのような公務員を「当該採用関係の目的からしてはなはだ不適格で、価値のない」者と捉えている⁽⁴⁰⁾のである。それゆえ、この場合の財産的損害は、国家自身が当該公務員に行つた「配慮」に対して、それに見合う公職適格者という反対価値を国家が受けていない点に認められることになる。

このような公務員の雇用関係における特殊考慮は、その後も判例で支持され、B G H時代に入つても引き継がれることとなつた⁽⁴¹⁾。ただし、公務員としての不適格性が肯定されるには、採用官庁が当該役職にとつて不適切と考える属性のみではいまだ不十分であつて、当該者の雇用が法的にみて許容されえないといえるだけの深刻な「欠陥」がなければならぬとの限定がB G Hによつてなされて⁽⁴²⁾いる。

これに対して、民間の雇用契約においては、基本的にはさきに挙げた原則的基準、すなわち、雇用者による報酬と被雇用者による労働給付との価値的な比較衡量が維持されている⁽⁴³⁾。ただし、たとえば財産管理といった特別に信頼が求められるポストへの採用

が問題となる場合には、とりわけ慎重な考慮が求められる。このようなポストにあつては、「背任や横領といった被告人の複数の前科が、財産犯罪に対する被告人の強い関心を推論させるものである場合には、この前科が、……〔中略〕被告人が機をみて〔被害者の…筆者補足〕財産を利用してしようとする恒常的な危険を示している」ことを理由に、財産的損害が肯定されるといふ⁽⁴⁴⁾。あるいは、支配的見解からは、「当該業務活動に対して、特別な信頼が必要とされていることに基ついて、より高い報酬が約束されており、被雇用者がこの必要な条件を充足していない場合」に損害が肯定されるとされている⁽⁴⁵⁾。さらには、「高い報酬・賃金グループへの格付けに必要とされる、年齢、家族状況、勤務歴といった条件が存在しない場合」にも損害が肯定されるといふ⁽⁴⁶⁾。このように、民間の雇用契約では、公務員の雇用契約と比べて、より経済的な側面が依然として重視されているのである。

2 M f S 事例

一九五〇年代に雇用詐欺についての判例理論が固まることで、その後、たしかに判例理論に対する学説からのいくつかの批判はあつたものの⁽⁴⁷⁾、この論点が議論に上ることはまれとなつた。この沈黙が破られたのは、東西ドイツが再統一したのであつて、まさに当時のドイツの混乱期を象徴するような興味深い事例がきっかけである。

本事案は、被告人がドイツ民主共和国（いわゆる旧東ドイツ。以下、DDRと略称する）の国家公安省（Ministerium für Staatssicherheit：以下、M f Sと略称する）にて非公式の活動に従事していたところ、ドイツ再統一後に、ベルリン警察に採用されるに際して、かつての自身のM f Sでの活動について虚偽の申告をしたというものであつた⁽⁴⁸⁾。これについて、第一審であるAG（Amtsgericht）Tiergarten in Berlin、控訴審のLG（Landesgericht）Berlinは、ともに詐欺罪の可罰性を否定したが、これに対して、検察官がさらにKG（Kammergericht：ベルリンにおける最上級裁判所）に上告を行ったところ、KGは、以下のように判示して、この上告を根拠のないものと判断した。すなわち、KGによれば、たしかに、従前の判例に従つた場合、本件でも詐欺既遂罪は肯定されうるが、それらの判例における諸原則はすでに時代に適合しえないものであつて、これに従うことはできないのであ

(49) それゆえに、KGはGVG二二一条二項に従って、BGHに対して、「公務員の採用に応募した者が、経歴上の条件を充足しておらず、しかしながら、公務員としての採用後に専門的に問題なく「労働・筆者補足」給付を提供していた場合で、その採用時にDDRのMfSとしての自身の活動の性質とその範囲について当該官庁を欺罔し、それゆえに、特徴的・道徳的な欠陥について欺罔し、これを知ったならば採用官庁はその者を採用しえなかつたといえる場合に、財産的損害は肯定されるのか」との法的问题を提示した。

これに対して、BGH第五刑事部は本件事案で財産的損害は肯定されうるとして、以下のようにその理由を示した。

まず、雇用詐欺では、財産的損害は「契約上基礎となる相互の請求権の価値を比較すること」から算定され、具体的には「欺罔者からの「労働・筆者補足」給付に対する請求権の価値（当該事例では、被告人によって提供されるべき公務執行）が被欺罔者からの反対給付に対する債務の価値（当該事例では、本質的には、官庁によって約束されている報酬の価値）に劣後している場合に財産的損害が肯定されることとなる。その意味で、「財産的損害を基礎づけるために、損害に等しいといえるだけの危殆化損害が問題となっている」。

そして、過去の公職の不正入手に関するBGH判例を分析するならば、これらは大きく「専門的な適性」が欠けている場合と、「人的な適性」が欠けている場合の二つに分類され、本件事案は、後者の「人的な適性」が欠けている類型に属するのであり、BGH第五刑事部の分析によれば、過去のBGH判例のなかでこの類型が問題となった事案としては、前科の秘匿や学位の詐称、あるいは特別な信頼を保証するような経歴を見せかけた場合などが挙げられる。(51) この類型では、行為者が被雇用者として専門的になんら問題のない労働給付を提供していたとしても、財産的損害が認められてきたのである。くわえて、たしかに、公職の不正入手について判断を下した近時のBGHの判例はないものの、「BGHは、自身の判例をその後、変更したことも、放棄したこともないのであって、いまだ維持されるべきである」と。(52)

これらの諸原則に鑑みて本事案を判断するに、まずもって「当該公務員が、自身の採用に法的に障害となるような事実について

欺罔をしていること」が危殆化損害を肯定する前提とされる。そして、「当該官庁に認められている決定裁量が他の選択肢を許容しないほどに制限されていること」(Ernessensreduzierung auf Null)を理由に、採用官庁が当該公務員を雇用してはならない場合には、当該官庁にはつねに経済的な財産的損害が生じている「傍点筆者」ことになるが、本件で問題となったような「法律ないし行政規定に鑑みて当該公務員に人的な適性が欠けている」場合には、「当該官庁に認められている決定裁量が他の選択肢を許容しないほどに制限されている」といえる。「人的な信頼性の欠如が、その外観からして、公務執行——公務員の業務執行の質——に悪しき影響を及ぼし、それゆえに採用の障害を基礎づける場合」には、危殆化損害がつねに肯定されるとして、そのような場合には、雇用契約締結時に被雇用者から約束された労働給付の提供は、「経済的な觀察に従っても、客観的に、官庁によって提供される反対給付と等価ではない「傍点筆者」とBGH第五刑事部は判示した。

さらに、本決定では、民間企業での雇用詐欺との判断構造の共通性についても言及されている。すなわち、ここでの採用官庁の財産減少は、もっぱら「応募者その人の内面、すなわち、その(内在的な)性質においてのみ根拠づけられる」わけではなく、むしろ、被雇用者による「なんら問題のない公務執行も、そしてとくにそれこそが——民間の雇用業務関係の場合と同様に——財産価値を有しているのであって、これは客観的・経済的な基準によって決定「傍点筆者」されるのであるが、「応募者が人的な信頼性を有していない場合には、その者によって約束された「労働・筆者補足」給付の価値は、契約義務の客観的・事実的価値に依然として劣後している」というのである。⁽³⁴⁾

とくに、法の執行を担う警察官においては、「その職務と関連のない事柄に左右されてはならない」のであって、この独立性の保障は、雇用契約の基礎となる事情であって、「当該公務員が人的にも信頼できる場合に限って」認められるものである。したがって、「人的な信頼性は当該公務員の約束された「労働・筆者補足」給付の経済的価値を評価するための重要な客観的要素でも「傍点筆者」あるといえるのである。ここできりに、それ以外の点では、「専門的な適性」が認められるとしても、これは「責任の範囲では考慮されるべき事情ではある」が、「——契約締結当時が存在した——財産危殆化に影響を与えるものではない」という。⁽³⁵⁾

以上の検討から、B G H第五刑事部は、「本件では、——KGによって想定された公務員法上の採用禁止を基礎とすると——損害に等しい財産危殆化が認められる」と判示した。⁽⁵⁶⁾

このM f S事例においては、B G H第五刑事部は、財産的損害の根拠づけを従来の公職の不正入手に関するB G H判例と比べて、より経済的な関連のなかで見いだそうとしている。すなわち、従前の判例が公務員に求められる「信頼性」や「人的な適性」が欠如している場合には、採用官庁による「配慮」を受けることが許されない点に財産的損害の論拠が求められているのに対して、B G H第五刑事部は、具体的な危殆化損害の概念を用いることで、従来の判例の理論を経済的な意味で把握しなおそうとしている。これは、B G H第五刑事部が、従前、公務員の雇用契約と明確に区別されて扱われてきた民間の雇用契約との共通性を指摘していることから読み取られる。あるいは、B G H第五刑事部が、再三にわたって、「人的な適性」または「信頼性」を、当該公務員によって提供される労働給付の「経済的」価値を評価する際の重要な要素としていることから、B G Hにおいて経済的な側面が重視されていることが窺い知れる。

3 二重司法修習事例

以上、確認したようにB G Hは雇用詐欺における財産的損害を具体的な危殆化損害によって根拠づけている。しかし、ここでいま一度、本稿で問題としている最高裁の判断に立ち戻れば、そこでの関心事は財産的損害に尽きるものではない。むしろ、最高裁の判断構造からすれば、欺罔行為の判断に焦点が向けられていた。さきのM f S事例でのB G H決定では、欺罔行為の存在は中心的な論点としては扱われていなかったが、以下で詳述する二重司法修習事例でOLG Saarbrückenは、欺罔行為、とくに不作為による欺罔について、詐欺罪の財産犯としての性質と関連させた興味深い考察を行っている。⁽⁵⁷⁾

本件事案は、大要、以下のようなものであった。

被告人は、まずSaarland州で、司法修習(Referendarat)に応募した。その際、被告人は、自身がすでに他の州で司法修習生

自身の身分を偽る行為と詐欺罪の可罰性(富川)

として採用されたかどうかを問われなかった。その後、被告人は、続けてHessen州での司法修習の許可申請を行ったところ、その応募の際に、「あなたはすでに他の州で司法修習の許可を受け、または、他の州で許可を申請しましたか?」との質問に対して、「はい」と回答した。被告人は、Saarland・Hessen両州でそれぞれ司法修習が許可されたことを受け、第二次国家試験の受験回数を増やす目的、さらに両州での司法修習に対する住居手当や移動手当を二重に得る目的で、両州で修習を行うことを決意・実行した。Saarland州での司法修習開始時に、被告人は、業務報酬に関する申請用紙中に、業務・個人的な事項に関する重要な変更を届け出なければならぬことを知ったが、Hessen州において司法修習生としての地位を得たことをSaarland州に対して申告しなかった。また、Hessen州では、個人データ記入用紙の「職業訓練や兵役／民事役、正規雇用以外の活動を含めた職業上の活動」の欄に、Saarland州での司法修習生として採用されている事実を記入しなかった。その後、二重の司法修習の事実が発覚したために、被告人はSaarland州での司法修習を取り下げたが、Hessen州での修習は引き続き継続した。

AG SaarbrückenはHessen州での被告人の行為には欺罔行為が認められないとして、訴訟対象をSaarland州での事実に限定したうえで、Saarland州での行為についても、財産的損害が認められないとして、不作為による詐欺罪の可罰性を否定した⁽⁵⁸⁾。AG Saarbrückenによれば、被告人に対する生活扶助の目的が失敗した、そして、それゆえに財産的損害が生じたといえるためには、被告人が採用団体の了解のもと、自身の業務を放棄した場合であるという。ただし、その他の詐欺罪の構成要件は充足され、とくに告知義務は、法律上の規定および被告人がSaarland州での修習開始時に渡された申請用紙に基づいて肯定されるという⁽⁵⁹⁾。

これに対して、OLG Saarbrückenは、行為者の態度にはそもそも欺罔行為が認められないと判断した。というのも、不作為の不法が刑罰に服するのは、行為者が「結果が生じないことに対して法的に責任を負うべき」場合であって、つまりは、犯罪構成要件によって保護される法益を保持することが行為者に義務づけられる場合に限られるからであるという⁽⁶⁰⁾。詐欺罪によって「保護される法益とは個人の財産である」から、本件事案でいえば、被告人に告知義務が認められるには、Saarland州の財産の保護に対して答責的であることが必要となるという⁽⁶¹⁾。すなわち、「単に被害者の錯誤を取り除くだけの告知義務は、「この詐欺罪固有の保証人的義務を

基礎づけるには「筆者補足」不十分」なのである。

そして、OLG Saarbrücken によれば、同じ問題となった法律上の告知義務はいずれも、Saarland 州の財産保護と関連した義務とはいえないという。たとえば、SaarlAG 二二条四項二号の規定は、副業を行う際には事前に許可を得ることを修習生に義務づけているが、この規定も、「国庫の利益の保護を目的としているのではなく、副業によって生じる業務上の利益 (Belange) が侵害されることを防ぐことを目的としている」のである。⁽⁶²⁾ もちろん、保証人的義務は法律からのみ生じるものではなく、ドイツの通説的見解によれば、契約や事実上の引受け、または先行行為 (Ingenz) から生じる。⁽⁶³⁾ しかしながら、OLG Saarbrücken によれば、これらの根拠から本件で告知義務が被告人に認められることもないという。すなわち、「任意の引受け、とくに契約上の引受けから生ずる保証人的義務は、少なくとも、相手方の財産的利益を保護することをも含んだ特別な信頼関係を前提とする」が、「そのような特別な信頼関係は、たとえば、緊密な人的関係が存在している場合や、特別な助言義務、とくに財産に関連する助言義務が存在する場合」に肯定される。本件での被告人とその修習を受け入れた機関との関係は、「最初から時間的に期限が設定され、……「中略」公法的な専門教育関係として形成されている」のであって、ここでは「採用団体の財産的利益をも含んだ特別な信頼関係は想定されえない」というのである。先行行為については、告知義務を基礎づける先行行為は、「客観的に義務に反する説明」を前提とするのであって、本件では「被告人は修習許可の申込時に、不適切ないし不完全な申し出を行っていなかった」のであるから、義務に反した先行行為は認められないという。

以上の理由から、OLG Saarbrücken においても、二重司法修習事例で詐欺罪の可罰性は否定されたのである。

4 小 括

以上、確認してきたように、行為者が自身の身分・経歴を隠匿して契約を締結した類型として、ドイツでは雇用詐欺が問題とされていた。ここまでのドイツの議論を要約すれば、雇用詐欺の類型で財産的損害が認められるのは、原則的に被雇用者によって提

供される労働給付が雇用者によって支払われる報酬に価値的に合致していない場合である。例外は、特定の資格や身分、その他の条件が当該雇用契約において報酬を高める要素となっている場合である。BGHによれば、公務員の雇用契約の場合には、これに加えて、当該人物の「人的適性」が経済的な要素として「具体的な危殆化損害」の存否を判断するに際して考慮されるといふ。いづれにしても、経歴・身分を秘匿した場合の財産的損害を肯定する際には、経済的な意味でのリスクが生じていることが強調されている。この危殆化損害の概念は、暴力団事例における財産的損害を検討するに重要な視点となる。さきに確認したように(Ⅱ・3)、暴力団事例においても相当対価の反対給付が行われている、あるいは反対給付が想定されていないことからすれば、たしかに被害者の経済状態に直接的な悪化はみられないものの、いまだ顧客の敬遠といった副次的な経済的リスクは考えられる。とすれば、このリスクが危殆化損害と捉えられることも考えられよう。

くわえて、ドイツの判例では、詐欺罪にいう保証人的義務も、単なる告知義務では不十分で、財産との関連性を有した告知義務でなければならぬとされている。この財産との関連性は、詐欺罪の保護法益からの要請であり、わが国でも詐欺罪の保護法益はまずもって財産であるとの主張が有力になされていることに鑑みれば、暴力団事例での不作為による欺罔を検討するうえで、同様のことが妥当しうるのではないか。

ただし、本章で取り上げたM f S事例、二重司法修習事例に関する各裁判所の判断については、ドイツ学説内部でも批判的な検討が重ねられている。その批判は、わが国における「取引上の重要な事実」の議論にも関連するものであつて、次章では、そのドイツ学説の議論を踏まえて、暴力団事例での詐欺罪の成否について検討を加えていくこととする。

Ⅳ 暴力団事例における財産的損害と欺罔行為

ここまで、暴力団事例に関する近時の最高裁の判断を分析し、これと事案的な類似性をもつドイツの雇用詐欺の問題を参照して

きたが、いずれの事案類型においても、判断を分けていたのは、財産的損害の捉え方と欺罔行為の判断基準であった。以下では、この点について若干の考察を行うが、考察にあたって、まず財産的損害の問題に言及した後には、欺罔行為を検討したい。体系的な観点からすれば、欺罔行為から検討すべきものとも思われるが、詐欺罪における損害をなんとするかについての態度決定は、行為の内容にも影響を与えるものであり、本稿ではこのような順序での検討とした。

1 財産的損害

暴力団事例と雇用詐欺の事案は、経歴・身分についての欺罔がみられるという点で共通性を有するものの、ここで問題となっている取引類型が異なるため、雇用詐欺で考慮されている事情を基礎に暴力団事例での検討を行うことには注意が必要である。雇用契約がその性質上、雇用者と被雇用者との信頼関係を基礎とする契約であって、被雇用者の人格を比較的考慮しやすい類型であるのに対して、暴力団事例は、そのような信頼関係を基礎とするものではなく、行為者の人格は直接的には契約の本質に影響を与えるものではない。しかしながら、その点を踏まえてもなお、雇用詐欺における財産的損害の問題は、暴力団事例における財産的損害を基礎づける根拠について、一定の示唆を提供するものである。

(1) 危殆化損害による根拠づけの可能性

ドイツの判例・通説では、原則的に財産的損害は全体清算の原則に従って判断され、処分権者による処分行為の前後において被害者に財産状態の悪化が生じていなければならないが、すでに確認したように、暴力団事例では、被告人らにゴルフ場を利用させることや通帳等を交付することによって、本件ゴルフクラブまたは銀行に直接的な金銭的損失はみられず、この意味での財産的損害を肯定することはできない。しかしながら、暴力団との関係を継続させることで、社会的な信頼が低下した結果、顧客の敬遠を招くこととなり、その意味で損失リスクがゴルフ場運営者や銀行に生じているとも考えられる。では、このようなリスクは、危

始化損害として財産的損害を基礎づけるのか。

M f S 事例では、公務員としての人的な適性が経済的な意味でのリスクと捉えられていたが、ここでは、公務員が特別な信頼を要求される地位にあることが前提とされているのであって、人的な適性が経済的な意味でのリスクとされるのは例外的である。したがって、暴力団事例での危殆化損害を M f S 事例とパラレルに捉えることは難しい。

くわえて公務員の雇用関係で B G H が特殊な考慮を働かせていることには、実のところ、学説からかなり強い批判が加えられている。たとえば、Gelpert は、のちの公務の執行に悪しき影響を及ぼしうるといふ危険をもって財産的損害を基礎づけることは、「結局のところ、財産保護というよりは、実際には公的業務の保護を問題としている」のであって、このような考え方は「財産保護ではなく、処分自由を問題としている」と批判している⁽⁶⁴⁾。あるいは、他の批判によれば、M f S 事例で B G H は「民間の労働契約の不正入手に関するこれまでの判例に反して、相当といえる範囲を逸脱して、具体的な財産危殆化の想定を早めている」とされる⁽⁶⁵⁾。たとえば、財産犯の前科を秘匿して財産管理の役職に就いた場合と比較しても、M f S 事例で問題とされた「不名誉な警察官は財産犯の前科を有しているわけでもなく、この警察官が不誠実な財産管理を行う連結点が存在するわけでもなかった」のであって、「考慮に値するほどの国家の財産的価値を処分する可能性は、まったく存在しなかった」のであるから、具体的にどのような財産危殆化が生じているのかが明らかではないのである⁽⁶⁶⁾。

さらには、前科を秘匿した場合ですら、かりにその前科が財産犯に関連するもので、被雇用者がその秘匿によって財産管理を行う地位を得たとしても、それだけで即座に具体的な危殆化損害が肯定されるわけではないとの指摘もなされている。すなわち、「過去の犯罪の経歴が認められたからといって、その被雇用者が将来的にどのような行動するのかについての信頼するに足る予想は、通常ははまだ許されてはいない」のである⁽⁶⁷⁾。したがって、被雇用者に業務上託された「具体的な活動範囲に鑑みて、そのような「財産」筆者補足」犯罪のさらなる実行が現実必然と思われるような前科が問題となつている場合に限って例外的に、他人の財産に対する明らかな危険が、その者を雇用した時点で、認められうる「傍点は原文でイタリックによる強調」⁽⁶⁸⁾のである。とすれば、過去に

M f Sの活動に従事していた事実は、そのような財産上のリスクを雇用者にもたらしていることを根拠づけるにはいたらず、ここで財産的損害を具体的な財産危殆化の概念で肯定することは、「損害の擬制」であって首肯しがたいものである。⁽⁶⁹⁾

とすれば、ゴルフ場利用に関する暴力団事例においても、たとえば、暴力団員による利用が他の利用客の敬遠、あるいは暴力団と関係を持つことでのレピュテーション（世評）の低下を招くといった事情から危殆化損害が導かれると考えることはできない。当該事案で被告人らに一回だけプレイを許可したことをもって、そのような事情が「現実には生じた損害に等しいといえるだけの具体的な財産危殆化」を招来したとすることはできないのである。そのようなリスクは考えられないわけではないが、いまだ抽象的であって、財産的損害のなかで考慮に値する事情とはいえない。複数の財産犯の前科を有した被雇用者が財産管理のポストについて場合と比較して、M f S事例で考えられうる損失リスクがいまだ抽象的であるとして批判されていることをみれば、ここでのゴルフクラブ側に生じうる損失リスクも充分に具体的なものとおおよそ言いがたい。⁽⁷⁰⁾

同様のことは、口座開設に関する事案にもあてはまる。すなわち、暴力団に預金通帳等を交付し、当該口座を自由に利用させることで、なんらかの犯罪用途に用いられ、その結果として銀行側が不法行為に基づく犯罪被害者からの損害賠償責任を負う危険性があるとか、そのような利用を放置することで銀行側の信頼が低下するといった事情、あるいは、暴力団員に口座開設を許可しないための銀行側の経済的負担が生じうるといった事情も、いまだ財産的損害と同視できるほどに具体的な損失リスクとはいえないであろう。⁽⁷¹⁾とすれば、口座開設に関する事案でも危殆化損害によって財産的損害を肯定することはできない。

(2) 目的不達成論による根拠づけの可能性

これに対して、いわゆる目的不達成論を基礎とした場合、前述の危殆化損害を判断するに際して排除されるべき事情はすべて考慮されうるものとなる。いまだ契約時に具体的とはいえないリスクも、その回避を被害者が当該契約に内在させた「目的」であると考えらることで、財産的損害を根拠づける事情と変化するのである。たとえば、M f S事例でも目的不達成論を採用すれば、つ

ねに財産的損害が肯定されるとの指摘もなされている。⁽⁷²⁾

とはいえ、目的不達成論の理解は、必ずしも一樣のものではなく、考慮されるべき目的の外延については、争いがある。これは、とくにわが国において顕著ではあるが、ドイツにおいても同様である。

繰り返しになるが、ドイツにおいては、財産的損害の存否は全体清算の原則に従って経済的・金銭的側面を重視して判断される。しかしながら、たとえば、寄付金事例のようにそもそも反対給付が想定されていない場合や相当対価の反対給付がなされている場合で、被害者が当該取引で達成しようとした目的が達成されなかった場合には、目的不達成論を例外的に用いることがドイツの判例・通説からも認められている。すなわち、いわゆる人格的財産概念⁽⁷³⁾を採用する、または処分意思の自由を詐欺罪の保護法益に含めて、目的不達成論を財産的損害の判断に際しての原則的な基準とすること(かりに、これを「原則的―目的不達成論」と呼ぶ)については、「財産的損害」という構成要件要素の独立した意義を示しえないもの⁽⁷⁴⁾であるとしながらも、一定の場合に限って例外的に目的不達成論が用いられているのである(前述の用語に対比させて、これを「例外的―目的不達成論」と呼ぶ)。ドイツの判例・通説は、「目的不達成論を、場合によっては用いられうる清算原則の例外として定義づける「傍点は原文にてイタリックで強調」」ことで、いまだ全体清算の原則を維持している⁽⁷⁵⁾のである。目的不達成論が例外的な基準だとすれば、ここで詐欺罪によって保護される目的の内容は無制限ではありえない。保護に値する目的は、たとえば「具体的な給付の意味に内在する」ものでなければならぬのである⁽⁷⁶⁾。

事実、M f S事例のように身分・経歴を偽って雇用契約を結んだ場合に、目的不達成論からは財産的損害がつけねに肯定されるとの前述の指摘についても、疑念が向けられている⁽⁷⁷⁾。それによれば、判例・通説上は、目的不達成論で顧慮される目的は「被害者にとつての基本条件」でなければならず、くわえて、その取引が「経済的利益と社会的な目的設定とが混じり合った交換取引」であることが要求されている⁽⁷⁸⁾という。このように目的が混合した取引において、その取引が「総じて『社会的目的によって決定されていた』ことが要求される」というのである⁽⁷⁹⁾。たとえば、二重司法修習事例を引き合いにしてみれば、修習生を受け入れた官庁によって追求されている「社会的な目的」の内容が問題となる。たしかに、州法・連邦法が複数箇所での修習を禁じていることは、Sartland

州が修習生とのあいだで締結した契約、つまり修習受入れに含まれた目的ともいえるが、この目的の失敗を財産的損害を基礎づける目的不達成とみるならば、「財産的損害の経済的要素が放棄される」ことになるという。⁽⁸⁰⁾ここで考慮されてよい目的とは、当該契約の根幹をなすものに限られ、司法修習制度の趣旨に鑑みれば、修習受入れの根幹的な目的とは、「実務的な法曹実習を可能にすること」である。そのために、州は修習生に対して十分な生活扶助を約束しているのであって、その点でこの目的は経済的側面も有しているといえる。すなわち、生活扶助を受けている修習生が州の行った給付の目的を失敗させたといえるのは、この「実務的な法曹実習」を不可能にさせた場合である。とすれば、二重に修習を行った者が、この目的を失敗させているとはいいがたい。なぜならば、「二重に修習業務に従事している修習生は、むしろ、この目的を十分に達成している」ともいいうるからである。⁽⁸¹⁾このように「例外的―目的不達成論」を基礎とすれば、その目的の内容の制限が必要とされるのである。詐欺罪の法益との関係でいえば、「原則的―目的不達成論」が処分自由を、「例外的―目的不達成論」が経済的な意味での財産を法益のなかに強く認めるものといえる。

このような目的不達成論の捉え方は、⁽⁸²⁾わが国においても妥当し、いわゆる形式的個別財産説が「原則的―目的不達成論」に、実質的個別財産説が「例外的―目的不達成論」に親和的であろう。とはいえ、実質的個別財産説については、なにをもつて実質的な損害とみるかにかかなりの相違がみられ、ここで経済的な側面以外の点に損害の実質性を求めるとすれば、その具体的結論は「原則的―目的不達成論」に近くなる。

このような理解に基づけば、暴力団事例での財産的損害はどのように理解されるか。「原則的―目的不達成論」に立てば、そこで追求される目的に経済的側面があるかどうかは問題とならないのであるから、被害者らが暴力団排除という目的を当該契約のなかに認めていれば、財産的損害が肯定されることとなる。⁽⁸³⁾これに対して、「例外的―目的不達成論」に立てば、そこには、被害者の目的に経済的な側面が必要とされることになる。その場合に、前述した危殆化損害において考慮された事情は、暴力団事例における被害者の目的の経済的側面を示すものとなるのか。

結論から言えば、これは否定されるべきである。一般に暴力団排除条項は、暴力団排除に伴う経済的側面を主眼としているので

はなく、そのような反社会的組織を市民社会から排除することに重きを置いている。「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」を例に挙げてみれば、暴力団排除条項を契約約款に設けるのは、暴力団との関係性を断つことが「暴力団の資金源に打撃を与え、治安対策上、極めて重要な課題」であつて、「企業にとつても、社会的責任の観点から必要かつ重要なこと」と考えられるからであり、「反社会的勢力に対して屈することなく法律に則して対応することや、反社会的勢力に対して資金提供を行わないことは、コンプライアンスそのもの⁽⁸⁴⁾」であるとされている。したがつて、ここで重視されている暴力団排除という「目的」の趣旨は、社会政策的側面にあると思われる⁽⁸⁵⁾。ゴルフ場経営においても、これと異なる趣旨を見いだす合理性は乏しい。

したがつて、ここで「例外的―目的不達成論」に則つて詐欺罪の保護に値する目的を制限しようとするのであれば、被害者らの「目的」は暴力団排除という社会政策的側面を除外して捉えられなければならない⁽⁸⁶⁾。ここで問題としている暴力団事例についてみると、その「目的」はゴルフ場の利用料金の獲得ないしは顧客と預金の獲得にあるのであつて、この点で目的の不達成はみられないと考えられる⁽⁸⁶⁾。ゴルフ場の利用を許可するまたは通帳等を交付するのは、暴力団を排除するためではないのである。

このようにみた場合、今回の暴力団事例で最高裁が詐欺罪の可罰性を肯定しているその実質としては、詐欺罪においては財産的損害の要素がそもそも不要とされている、あるいは、経済的側面よりも被害者の処分意思決定の自由に対する侵害の如何が重視されているとみるのが、自然な見方であるように思われる⁽⁸⁷⁾。それゆえに、最高裁の考える詐欺罪の性質は、財産 (Vermögen) に対する罪というよりは、自由 (Freiheit) に対する罪としての性格を強く帯びるものである⁽⁸⁸⁾。

2 欺罔行為

前述の財産的損害についての理解は、欺罔行為の判断にも影響を与える。それは、すでに指摘したように(Ⅱ・3)、わが国では財産的損害における判断と欺罔行為における判断とが実質的には多くの部分で競合していることもその理由の一つであり、さらにいえば、告知義務において行為者が告知しなければならない事実の範囲や、作為による欺罔行為を判断する際の「取引上重要な事実」

の射程を考えるにおいて、詐欺罪の法益、財産的損害の理解が重要となるからである。

ここで欺罔行為を考えるうえで、通常、作為による欺罔を最初に検討すべきであろうが、以上のことを背景に、財産的損害の理解による影響がとくに顕著に現れる保証人的義務、すなわち不作為による欺罔について、まず検討することとする。

(1) 保証人的義務

なによえに、財産的損害の理解の仕方が欺罔行為に影響を与えるのであろうか。それは、前述の二重司法修習事例で、OLG Saarbrücken が、不作為による詐欺罪が認められるためには、単に相手方の錯誤を取り除くという意味での告知義務だけではなく、行為者が相手方の財産に対しても答責的であることも必要であると指摘していることから明らかである。このような要請は、詐欺罪の保護法益の理解から生ずる。すなわち、ドイツでの有力説が主張するように、「詐欺罪は、錯誤の惹起・維持に対して制裁を加えているのではなく、その錯誤の惹起や維持を通じてもたらされた財産侵害に対して制裁を与えているのであるから、不作為犯の可罰性も、真実を保護するための単なる告知義務をその条件としているのではなく、それと同時に行為者は、被害者が自ら侵害へと至らないことも保証して」いなければならないのである。⁽⁸⁹⁾ 前述のように、二重司法修習事例で被告人に課された法律上の告知義務は、国家の財産の保護を目的とするものではなく、財産との関連性を有していないと判断された。もともと、ドイツの通説に従えば、詐欺罪の保証人的義務は特別な信頼関係を理由としても肯定される。しかし、通常、このような信頼関係は、「緊密な人的関係性、とりわけ、特別な財産と関連する助言義務が認められる場合」に限って肯定されるものであり、二重司法修習事例のように、司法修習を基礎とする被告人と修習受入れ先との関係性はこれにあたらぬのである。⁽⁹⁰⁾

翻って、わが国の詐欺罪の理解においても、詐欺罪の法益に経済的側面を強調するのであれば、ここで要求される告知義務のなにも、財産との関連性が必要とされなければならないはずである。わが国においては、詐欺罪という保証人的義務は、単に法律上の告知義務とされ、財産との関連性が強く意識されることはないものの、一部学説のなかでは、「作為義務（結果回避義務）も相

手方の処分行為を阻止することによってその財産的損害を回避すべき義務を指すことになる（そのための作為は、たしかに錯誤の覚醒によって行われることが多いが、重点はあくまで財産的損害の回避におかれなければならない）との指摘がすでにみられる。⁽⁹¹⁾これは、詐欺罪が財産侵害を基礎とするとの理解に基づいて、まさに、不作為による詐欺罪が認められるためには行為者に認められる保証人的義務が財産との関連性を有していなければならないことを示すものである。したがって、「例外的―目的不達成論」を採用して、財産的損害の判断において経済的側面を重視するならば、暴力団事例においても不作為による欺罔が問題となる場合には、告知義務と財産との関連性が示されなければならないが、すでに確認したように暴力団排除条項が設けられた背景からすれば、ここで暴力団員であることを告知する義務に財産との関連性を認めることは難しい。

これに対して、詐欺罪の保護法益や財産概念に経済的側面よりも意思決定の自由の側面を強調する考え、本稿でいう「原則的―目的不達成論」に従えば、ここで要求される保証人的義務も、より純粋な告知義務として把握されることになろう。とはいえ、法令や契約によって告知義務が規定されていることが、即座に詐欺罪にいう保証人的義務を基礎づけるとすることにはなお疑問が残る。不真正不作為犯があくまで例外的な処罰拡張であること、そして刑法の謙抑性に鑑みれば、行政法上の義務や契約上の義務に違反することが、刑法上の処罰と等しく扱われるべきではないというべきである。その意味では、法律上の告知義務に加えて、行為者と被害者とのあいだに緊密な人間関係を要求することをもって、不作為による欺罔の保証人的義務を限定する条件とするのが適切かと思われる。⁽⁹²⁾このように解することで、不作為による欺罔は、作為による欺罔との区別を維持し、独立した意義を残すことができよう。ただし、このように詐欺罪にいう保証人的義務を厳格に解したとしても、作為による欺罔を肯定する「取引上の重要な事実」を広く認めるのであれば、全体として詐欺罪の処罰範囲は広いものとなる。「原則的―目的不達成論」からの告知義務については、必ずしも論証が充分とも思われないので、他日を期して、再度、詳細な検討を加えたい。

付言すれば、小貫裁判官の反対意見が指摘する「人物保証」も本来的には、この保証人的義務を基礎づける事情であると考えられる。ただし、否定判決でこの事情に基づいた保証人的義務が課されているのは、被告人ではなく、ゴルフクラブの会員であったその同

行者である。その場合に、他人に課された告知義務に基づいて、被告人本人に不作為による欺罔が認められると考えることは困難である。被告人と会員である同行者とのあいだに共犯関係が認められるにしても、共同の作為義務に共同して違反していることが必要となるのであり、ここでの会員という身分に基づいた告知義務は、本件では同行者へのみ向けられており、被告人には課せられていない。

(2) 取引上の重要な事実

今回の最高裁の判断では、作為による欺罔を判断する際に、行為者が偽ったまたは秘匿した事実が、相手方の処分行為を決定づける取引上の重要な事実であったかどうかが基準とされている。これに対して、雇用詐欺の類型は、M f S 事例では財産的損害が、二重司法修習事例では不作為による欺罔が問題とされ、作為による欺罔が直接的に問題となっているわけではない。この点で、両類型には差異が認められる。

しかしながら、一部の学説からは、二重司法修習事例において、被告人が司法修習の許可を申請した時点で虚偽の申告をしていないことを理由として、OLG Saarbrücken が作為による欺罔を否定していることは疑問視されている。それによれば、近時の BG H 判例、とくに、行為者がプロサッカーの審判員を買収して、その試合結果に対して自己に有利な影響を与えていたとの事実を秘して賭博契約を締結した事案が問題となった Hojzer 事例に照らしてみると、本件事案においても、推断的欺罔が肯定されることは十分に考えられるという。⁽⁹³⁾ Hojzer 事例において、BGH は、「取引上の不可欠な基盤」を損なうような事実を行為者がそれと知りながら相手方に通知しなかった場合には、不作為による欺罔ではなく、推断的欺罔が認められると判示した。⁽⁹⁴⁾ ことでの「当然のように前提とされる取引基盤」という Hojzer 事例での基準を考慮すれば、そのような取引基盤がここ「二重司法修習事例…筆者補足」でも侵害されていると考えることはまったくありえないことではない」というのである。⁽⁹⁵⁾ BGH によれば、この取引上の基盤は、取引当事者の「明白な見込み」(BGH がいう事実的観点)や「社会通念」及び「具体的状況に関係する重要な法規定」(B

G日という規範的観点)によって形成されることになるが、当該事案では、司法修習の受入れ先である官庁の「明白な見込み」とは、「同時に他の州で司法修習生となるような修習生を採用しないこと」にあつたのであり、この「取引上の不可欠な基盤」を侵害する事実を被告人が秘匿している場合には、推断的欺罔が肯定されることになるという。(97)このように、ドイツの判例は取引当事者の明白な見込みや社会通念・関連法規から形成される「取引上の不可欠な基盤」の存否によって推断的欺罔を判断している点で、わが国の判例が「取引上重要な事実」によって欺罔行為を判断していることとの類似性がみられる。(98)

もっとも、なにごと「取引上の重要な事実」といえるかの判断は、わが国では前述した財産的損害で問題となる被害者の目的の判断と重なるものである。学説上は、財産的損害を詐欺罪の独立した構成要件として考える見解も主張されているが、(99)財産的損害の必要性を支持する学説の多くは、財産的損害を基礎づける欺罔だけを詐欺罪にいう欺罔行為とすることで、欺罔行為の判断のなかに財産的損害を位置づけているように思われる。(100)したがって、ここでは、財産的損害における結論の相違、とくに目的不達成論に対する理解の相違が、取引上の重要な事実の判断に結びついていることだけを指摘し、検討の重複を避けることとする。つまり、最高裁が「原則的―目的不達成論」に立っているとすれば、ここにいう「取引上の重要な事実」は相当に幅をもった概念となりうる。では、他の観点から欺罔行為を限定する可能性はないであろうか。翻つて、最高裁判決・決定では、前述(Ⅱ・1(2))のように、①暴力団排除条項の存否、②データベース及び関係警察署等による照会、③応対又は入会する際の口頭・書面による確認といった事情が重視されていた。小貫裁判官によれば、これらの事情は暴力団排除の措置として一括して、取引上の重要な事実といえるかどうかの個別の判断要素として挙げられている。しかしながら、この暴力団排除の措置も厳密にみれば、二つの段階が考えられる。すなわち、約款上にて暴力団排除条項を設けたり、暴力団の立入禁止を掲示するなどして、自身が暴力団員との取引を拒絶することを表明する措置(①)と、自身の取引相手が暴力団員であるかどうかを確かめる情報収集という措置(②、③)である。今回、問題となった暴力団事例においてはいずれも前者の表明措置が行われており、それゆえに、肯定決定と否定判決とでその結論を分けたのは後者の情報収集措置の存否ではなかつたかと考えられる。(101)

最高裁で考えられている詐欺罪の性質が、被害者の財産の侵害という側面よりも、その意思決定の自由に対する侵害の側面に重点がおかれているとすれば、処罰範囲の拡張が懸念され、この点は、学説からも何度も危惧が示されているところである。この処罰範囲の拡張を防ぐ意味で、この被害者側の情報収集措置の実施の如何を考慮することは、一定の役割を果たさう。簡潔に言えば、被害者側は「かりにその事実を重要だと考えて、交付・処分行為を決定しているならば、その事実を確認する努力をすべき」⁽¹⁰⁾なのである。

たとえば、口座開設に関する肯定決定においては、誓約書への署名によって暴力団員でないことの確約が行われ、さらには「本件申込みの際、被告人に対し、前記申込書三枚目裏面の記述を指でなぞって示すなど」して、暴力団員であるか否かについての情報収集措置が講じられているとされている。これに対して、否定判決では、利用申込み時の口頭・書面による確認は行われていなかったとしている。たしかに、ゴルフ場利用に関する肯定決定でも、利用申込み時の確認は行われていなかったものの、口座開設の事例同様に、データベースによる問い合わせが行われるとの事情があった。この点で、ゴルフ場側において情報収集措置が実施されていたことが確認できる。くわえて、ゴルフ場利用に関する肯定決定では、利用申込み時に氏名が交錯して乱雑に書き加えられており、データベースによる照合を困難にさせるような事情も認められる。このような事情は、被害者による情報収集措置を妨害する行為であって、欺罔行為を基礎づけるものとして考慮されるものである。

とはいえ、本件事案で実際に被害者側においてデータベースによる照合が行われていたかどうか、また、氏名が乱雑に記入されたことよって、データベースによる照合が困難となったかどうかは判文からは明らかではない。それゆえに、最高裁が実際に本稿での主張と同じような立場にいると考えることもできない。しかしながら、このような情報収集措置への考慮は、詐欺罪の処罰範囲の拡張に一定の歯止めをかけるものではないかと思われ、この点に今回の一連の暴力団事例についての最高裁判断の意義が認められる。

V おわりに

以上、本稿では、行為者が自身の身分や経歴を偽ったまたは秘匿した場合における詐欺罪の成否について、近時の暴力団事例に関する最高裁判断を素材に、ドイツにおける雇用詐欺の問題と対比させて、検討・考察してきた。

まず、財産的損害については、とくに暴力団事例でこれを根拠づけうるものとして、危殆化損害と目的不達成論の二つが考えられるところ、前者については、ゴルククラブや銀行においてその信頼低下に伴って生じうる損失リスクがまだ抽象的なものであることを理由に、否定されるべきである。後者については、ここにいう「目的」をどのように把握するかによって、さらに二つの見解、つまり「原則的―目的不達成論」と「例外的―目的不達成論」が考えられうる。前者が被害者の処分意思を財産概念ないし詐欺罪の保護法益に直截に認め、目的不達成論を財産的損害の判断の原則的基準であると捉えるのに対して、後者は詐欺罪のもつ財産犯としての特性を重視し、経済的側面を強く考慮することから、目的不達成論を例外的に用いるものであつて、ドイツの判例・通説が後者に分類される。「原則的―目的不達成論」からは詐欺罪処罰を基礎づける目的の不達成が広く認められ、「例外的―目的不達成論」からは、この目的が経済的側面を重視するものでなければならぬことになる。暴力団排除という目的が社会政策的側面を第一義的に捉えるものであることからすれば、暴力団事例において、最高裁は前者の見解に立つのではないかとの推測が導かれた。

このような詐欺罪法益や財産的損害の理解は、不作為による詐欺罪の保証人的義務の考え方にも影響を与えるものである。すなわち、財産的損害に経済的側面をより強調するのであれば、OLG Saarbrücken がいうように、その義務は財産との関連性を有していなければならず、これに対して、処分自由を重視するのであれば、そこでの保証人的義務もより純粹な告知義務とされることになるのである。また、作為による欺罔においては、取引上の重要な事実といえるかどうかの判断は実質的には財産的損害の判断と

重なるものであり、目的不達成の内容をいかに解するかによって結論が分かれることとなる。作為による欺罔において、別途検討されるべきは、むしろ被害者による情報収集措置の実施の如何であろう。

以上の考察からすれば、今回の諸判断で、最高裁は学説上議論されている財産的損害の概念とはある程度距離をおいたと考えられる。あるいは、ドイツ法的な観点での財産的損害概念とは異なる独自の概念を基礎にしているのであろう。このような最高裁の姿勢に断固として批判を加えていくことも解釈学が負う使命ではあるが、新たな方向に詐欺罪の成立範囲を限定する論理を求めていくこともまた肝要である。そのような新たな論理の構築の可能性、そして、その体系的な基礎づけについては、今後の検討課題としたい。

- (1) すなわち、ゴルフ場利用に関する三事案(最二小決平成二六年三月二八日平成二五年(あ)第七二五号、最二小判平成二六年三月二八日平成二五年(あ)第三号、最二小判平成二六年三月二八日平成二五年(あ)第九一一号)と、口座開設に関する事案(最二小決平成二六年四月七日平成二四年(あ)第一五九五号)である。判文については、いずれも最高裁のホームページを参照した(<http://www.courts.go.jp/hanrei.html>)(二〇一四年五月二八日確認)。
- (2) ただし、否定判決では一部、同一事件の共犯者の事件が問題となった。なお、以下での否定判決の考察は、二つのゴルフ場に対する詐欺罪が問題となった最二小判平成二六年三月二八日平成二五年(あ)第三号を基礎とする。
- (3) 暴力団のゴルフ場利用の詐欺事案についての先行研究として、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『斎藤豊治先生古稀祝賀論文集』(成文堂、二〇一二年)一四七頁がある。
- (4) 雇用詐欺の概略については、樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー八号(二〇一三年)一四四頁(一九四四頁)。
- (5) 札幌地判平成一九年三月一日LEXDB/28135165や福岡地判平成二〇年三月二五日公刊物未登載では、住居の賃貸借契約が問題となった。また、口座開設に関するものとして、鳥取地米子支判平成二四年五月九日LEXDB/25482211、大阪高判平成二五年七月二日LEXDB/25446218。ゴルフ場利用が問題となったものとして、名古屋地判平成二四年三月二九日公刊物未登載、名古屋地判平成二四年四月二二日公刊物未登載。
- (6) 大判昭和七年二月二二日法律新聞三五〇号一五頁。ただし、ここでは名義人に関する虚偽申告が欺罔行為にあたりとされた。
- (7) 松宮・前掲注(3)一四七頁のほかにも、佐伯仁志「詐欺罪(一)」法学教室三七二号(二〇一二年)一〇六頁(一一四頁)や橋爪隆「詐欺罪

自身の身分を偽る行為と詐欺罪の可罰性(富川)

- 成立の限界について」『植村立郎判事退官記念論文集』一卷一編（二〇一一年）一七五頁（一九八頁）に、暴力団事例についての指摘がみられる。
- (8) 詳細については、宮地佐都季「判批」研修七二二号（二〇〇八年）八七頁以下（九六頁以下）参照。なお、賃貸借契約における身分秘匿が問題となった事案については、拙稿「賃貸借契約における暴力団排除条項と詐欺罪の成否について」中央大学大学院研究年報法学研究科編四二二号（二〇一三年）一五一頁参照。
- (9) 詳細は、松宮・前掲注(3)一四九頁脚注5および一六四頁参照。ただし、後者の判決では、被告人が当該事実の重要性についての認識が欠けていること、申込み行為が欺く行為にあたることの認識が欠けていることを理由に故意を否定している。
- (10) 最小小決平成二六年四月七日平成二四年（あ）第一五九五号二頁（以下、頁数は最高裁ホームページで閲覧した判文での頁数を指す）。
- (11) 最小小決平成二六年三月二八日平成二五年（あ）第七二五号三頁。
- (12) 最小小決平成二六年四月七日平成二四年（あ）第一五九五号三頁、最小小決平成二六年三月二八日平成二五年（あ）第七二五号四頁。
- (13) 松宮・前掲注(3)一四七頁以下は、暴力団事例の問題を財産的損害に求めている。
- (14) 前田雅英ほか『条解刑法「第二版」』（弘文堂、二〇〇七年）七一八頁。
- (15) ゴルフ場利用に関する肯定決定でも、施設利用の申込みそれ自体が「その同伴者が暴力団関係者でないことを保証する旨の意思を表している」とされていることから、同様に推断的欺罔が検討されるように思われる。他方、口座開設にかかる肯定決定では、ゴルフ場利用の事案とは異なり、交付の申込みが「暴力団関係者でないことを保証する旨の意思を表している」といった表現がみられないため、担当者からの書面による確認が行われている点を重視して、明示的欺罔として捉えているのであろう。
- (16) ゴルフ場利用に関する肯定決定での意見中でも同裁判官は、「被告人が暴力団員でないとの会員による人物保証の下で申込みがなされているので、これをもって偽る行為に該当する」と認めることができるとして、人物保証の有無を重視している。これに対して、橋爪・前掲注(7)一九八頁は、住居の賃貸借が問題となる暴力団事例で挙動による欺罔を認定することは困難であり、くわえて不作為による欺罔についても「貸借人が調査・照会をすれば判明しうる事情について、申込人が自ら義務を負うとは考えにくい」として、告知義務を基礎づけることに消極的である。
- (17) この点については、拙稿「詐欺罪における推断的欺罔の概念」中央大学大学院研究年報法学研究科編四一四号（二〇一二年）一九三頁参照。
- (18) 最決平成二二年七月二九日刑集六四卷五号八二九頁（搭乗券事例）、最小小決平成一五年三月一二日刑集五七卷三三三二頁（誤振込事例）。ただ、誤振込事例で、最高裁は、かような事情から被告人に信義則上の告知義務があるとしており、本件被告人の行為を不作為による欺罔として構成しているようにもみえる。とすれば、最高裁においては、当該事実の取引上の重要性は、作為・不作為に共通する欺罔を判断する要素と考えられているとも分析できる。
- (19) 反対意見では、「偽る行為」の存否の判断と同様に、ここでも人物保証の有無が重視されている。とすれば、結局のところ、「偽る対象の重

- 要件」と「偽る行為」の判断は、同じ要素をみているにすぎず、実質的に両者を分けて考える必要性はないようにも思われる。たしかに、明示的欺罔の場合は、反対意見が指摘するように後者の「偽る行為」の存否の詳細な検討は不要となるのであろう。とはいえ、本文中で指摘したように、従前の判例からすれば、通常は前者が肯定されれば後者も肯定されると捉えられているように思われ、両要素は別個に検討されるものではなかったように思われる。この点、推断的欺罔の取扱いに関する過去の裁判例について、拙稿・前掲注(17)一九五頁以下参照。
- (20) 山口厚『刑法各論「第二版」』(有斐閣、二〇一〇年)二六七頁や佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか著『理論刑法学の最前線Ⅱ』(岩波書店、二〇〇六年)九五頁、橋爪・前掲注(7)一七五頁以下である。
- (21) 橋爪・前掲注(7)一七五頁。
- (22) 佐伯・前掲注(20)一〇七頁。
- (23) 足立友子「詐欺罪における欺罔行為について(五・完)」名古屋大学法政論集二二五卷(二〇〇六年)三九一頁(四一八頁)。
- (24) 財産的損害の必要性を主張する見解に、いわゆる全体財産説(林幹人『刑法各論「第二版」』(東京大学出版会、二〇〇七年)一四三頁や斐美蘭「詐欺罪における財産上の損害」法政研究七八巻四号(二〇一二年)一二〇頁)や、実質的個別財産説(その代表的論者とされるのは、前田雅英『刑法各論講義「第五版」』(東京大学出版会、二〇一一年)三五〇頁や西田典之『刑法各論「第六版」』(弘文堂、二〇一二年)二〇三頁以下)がある。とくに近時の論稿で、財産的損害を構成要件上独立した要件としたうえで実質的個別財産説を主張するものに、田山聡美「詐欺罪における財産的損害」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集「下巻」』(成文堂、二〇一四年)一五一頁。いわゆる、危殆化損害の問題である。この点については、後掲注(36)参照。
- (25) いわゆる、危殆化損害の問題である。この点については、後掲注(36)参照。
- (26) 西田・前掲注(24)二〇四頁。もともと、多くの論稿で指摘されているように、実質的個別財産説の論者のなかでも、なにもをもって「実質的な損害」と捉えるかにはかなりの幅がみられる。この点を指摘するものに、たとえば、渡辺靖明「実質的個別財産説の錯綜」横浜国際経済法学二〇巻三号(二〇一二年)一一二頁。
- (27) 林・前掲注(24)一四三頁。
- (28) たとえば、木村光江「詐欺罪における損害概念と処罰範囲の変化」法曹時報六〇巻四号(二〇〇八年)一頁(二四頁)。
- (29) たとえば、西田・前掲注(24)二〇四頁は第三者譲渡の意図を秘して口座開設を行った事例で、銀行には「場合によっては被害者による不当利得の返還請求または不法行為に基づく損害賠償責任を負う可能性が残されている」という。
- (30) 拙稿・前掲注(8)一六二頁。また同様の指摘として、橋爪・前掲注(7)一七八頁。これに対して、設楽裕文「詐欺罪における錯誤と損害」日本法学七一号四号(二〇〇六年)三八四頁は、詐欺罪の成否を適切に判断するためには、両者(正確には錯誤と損害)の観点が必要であるという。
- (31) わが国でも、医師であると詐称して病院に勤務し診療行為に対する報酬として給料等の支払いを受けた事案(東京高判昭和五九年一〇月

- 二九日判例時報一一五一号一六〇頁)において、「この報酬が医師の資格と「不可分一体的に結びついている」として、詐欺罪の成立を認めたものがある。
- (32) 雇用詐欺の概略については、樋口・前掲注(4)一九四頁。また、本稿で以下に取り上げたBGHSt 45, 1を紹介しているものに、橋爪・前掲注(7)二〇〇頁。
- (33) 締結詐欺(Eingehungsbetrug)とは、契約当事者間で契約が交わされた時点で、その契約履行がなされたか否かを問わず、詐欺罪の既遂が認められる類型であり、契約履行段階で詐欺既遂が認められる履行詐欺(Erfüllungsbetrug)と対置される概念である。締結詐欺については、渡辺靖明「ドイツ刑法における『締結詐欺』をめぐる裁判例——民事契約取引での全体損害——」クレジット研究四〇号(二〇〇八年)二〇七頁(二一四頁以下)が詳しい。
- (34) たんぽぽ、RGSSt 54, 37°。
- (35) Vgl. z.B. *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar StGB*, 4. Aufl. 2013, § 263, Rn. 322; *Dutige*, in: *Dölling/Dutige/Rössner* (Hrsg.), *Handkommentar. Gesamtes Strafrecht*, 3. Aufl. 2013, § 263 StGB Rn. 58.
- (36) その意味で、雇用詐欺は締結詐欺の一類型だとされるのである。締結詐欺においては、いわゆる「危殆化損害(Gefährdungsschaden)」(あるいは「具体的な財産危殆化(konkrete Vermögensgefährdung)」とも呼ばれる)の概念を用いて、双務契約の締結時に、すでにいつ被害者の財産状態に「損害と同視できるほどに具体的な財産的損害の危険性が生じていた」と認められる場合に、財産的損害が肯定される。この点については、拙稿「ドイツ刑事判例研究(83) 冒険的取引における詐欺損害」比較法雑誌四六巻二号(二〇一二年)三三二頁を参照。
- (37) RGSSt 64, 33, 39 f.
- (38) かつこうに配慮は、給与もろることながら、年金や遺族手当などのその他の手当も含んだ、財産法上のすべての給付行為を指す(vgl. dazu RGSSt 73, 268)°。
- (39) RGSSt 65, 281, 282. 本事案では具体的に、過去に職務上の義務違反や品位を欠く態度を行ったことで、無期限の懲戒を受けた警察官が、偽造証書を提示することによって、当該事実の存在について欺罔し、地方公共団体に採用された行為が問題となった°。
- (40) RGSSt 65, 281, 282. このように雇用関係の目的を重視して「財産的損害を考慮している点で、後述する目的不達成論の萌芽をみる」ことができ°。
- (41) BGHSt 5, 358. RGSSt 65, 281 から BGHSt 5, 358. ともに至る判例の流れについては、*Goppert*, *Zur Strafbarkeit des Anstellungsbetruges, insbesondere bei Erschleichung einer Amstellung*, in: *Weigend/Kiper* (Hrsg.), *FS Hirsch*, 1999, S. 525 (S. 535f.).
- (42) BGHSt 45, 1, 10 以下引用については BGH Urt. v. 10. 1. 1961 – 5 StR 353/60 を参照°。
- (43) BGHSt 1, 13, 14; BGH NJW 1961, 2027, 2028; BGHSt 17, 254, 257 f.; BGH NJW 1978, 2042.
- (44) BGHSt 17, 254, 259.

- (45) *Kindhäuser* (Fn. 35), Rn. 325. なお、BGH NJW 1978, 2078 も、そのような特別な信頼を必要とするポストでは、「報酬の程度にとつて重要な前提とされている事実や、その信頼的地位にとつて必要な人的な信頼性」が特別な契約締結の条件であるとしている。
- (46) *Hendel*, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 569.
- (47) たよえは、*Jungsch.*, in: LK, 8. Aufl. 1958, Anm. III 4 i vor § 249 は、「公職の不正入手に関する判例は、基本的には公的な管理の秩序や威信を問題とし、なり、われら詐欺罪を保護する目的は「財産概念の濫用」であると述べらる。その他にも、*Witzel*, Deutsches Strafrecht, 11. Aufl. 1961, S. 374, *Bockelmann*, Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug, JZ 1952, 461ff. (463); *Endemann*, Der sogenannte Anstellungsbetrag nach geltendem und zukünftigem Recht, 1963, S. 116.
- (48) BGHS, 45, 1 = NJW 1999, 1485 = NSZ 1999, 302 = JZ 1999, 735.
- (49) JR 1998, 434. たよえは、*Dutige* も、「役人が自身の「人格すべて」を捧げる義務を負っているとの考えは、たしかにまったく伝統的な役割關係に合致しているが、学説が『特別権力關係』を放棄していることに鑑みれば、基本法 (G) 一条ないし二条に関連して、もはや公的業務の今日的な権利關係には合致してない」とは確実である。「傍点は原文でイタリックによる強調」と指摘している (*Dutige*, JR 2002, 271 (273))。
- (50) ヌイツ裁判所法 (Gerichtsverfassungsgesetz, GV G) 二二一条二項によれば、「上級地方裁判所がその判断において、前条……〔中略〕の規定に従って、他の上級地方裁判所の……〔中略〕判断又は連邦通常裁判所の判断から逸脱した判断を下す場合には、当該事案を連邦通常裁判所に送らなければならない」。
- (51) BGHS, 45, 1, 5 f.
- (52) BGHS, 45, 1, 11.
- (53) 々の「当該官庁に認められている決定裁量が他の選択肢を許容しないほどに制限されていること」は、行政法上の概念である。一定の範囲について決定権を有する官庁には、本来、その範囲のなかで自由な判断裁量 (Ermessen) を有する。しかしながら、かりに法的に瑕疵のない選択肢が一つしか認められない場合には、その裁量権限は著しく制限されるのである。
- (54) BGHS, 45, 1, 11 ff.
- (55) BGHS, 45, 1, 12. BGH は、くわえて、M f S としての非公式的活動への従事が、公務員法上の採用拒否の事由になることにつき、ドイツ統一条約 (Eignungsvertrag) を参照する (M f S) ことを肯定している。これに対し、BverfGE 96, 171, 187 f. は、「人的な姿勢は、自身の過去に対する考え方と同様に、時の経過とともに変化しうる」ものであって、長期間、被雇用者が問題なく労働に従事していた場合には、採用時の「人的な適性の欠如」がもはや考慮されなくなるかのような指摘を行っている。ただし、BGH によれば、本件事案においては、M f S としての活動時から訴追当時までの期間にそれほど隔たりがないことから、この時間経過は、被告人の「人的適性」の判断にとっていまだ重要な意味を持つものではないという (BGHS, 45, 1, 13 ff.)。

- (75) BGHS: 45, 1, 15 f.
- (76) OLG Saarbrücken NJW 2007, 2868.
- (77) AG Saarbrücken, Urt. v. 16.11.2006; Az: 115-165/05, S. 15. 44. Hessen州に対する推斷的欺罔の可能性に言及するものに、Kargl, Offenbarungspflicht und Vermögensschaden beim Anstellungsbetrug, wistra 2008, 121, 123.
- (78) Saarland州法曹専門教育法 (Juristenausbildungsgesetz; SaarJAG) 二二条三項三号によれば、充分な労働力をもって準備修習に寄与できない修習生は、準備修習への採用を拒否される。また、ドイツ裁判官法 (Deutsches Richtergesetz; DRiG) 五条d第五項一文は、国家試験の受験が一回だけ認められるように規定する。
- (79) 44. OLG Saarbrücken は作為による欺罔についても検討しているが、被告人はSaarland州での修習許可の申請時に、いまだHessen州に就いて応募を行ってしまっていたのであるから、その時点では虚偽の申告を行ってしまっていた、それを否定した (NJW 2007, 2869)。
- (80) NJW 2007, 2868, 2869. Vgl. dazu auch BGHS: 43, 82; BGH NJW 2000, 3013.
- (81) OLG Saarbrücken はその他の法律上の義務についても検討を行っているが、いずれについても財産との関連性を否定している。すなわち、DRiG 五条bおよびcにいう第二次国家試験の二回目以降の再受験の禁止は、同法二項によれば、同法が職業裁判官に向けられているものであるから、本件被告人には関連しない。SaarJAG 二二条三項三号の規定は、修習生の義務ではなく、採用官庁の義務を規定するものであり、同法四項一文は、「司法修習中にその労力のすべてを当該専門教育に捧げる責任を修習生に認めている」もの、修習生が「二重に「修習業務に・筆者補足」に従事しているとしても、これによってその専門修習に全力を注いでいるとの主張にもまた充分な理由」が認められるため、当該規定から生ずる義務は本件被告人が違反しているかは、明らかではないという。いずれにしても、「全労力を専門教育に捧げる義務に違反することから、財産に関連する保証人的義務は導かれえない」というのである (NJW 2007, 2869)。
- (82) Vgl. dazu etwa *Wohlers/Gaede*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar StGB*, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn. 30; *Spre/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, StGB*, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Rn. 8 ff.
- (83) *Gebbert*, NSZ 1999, 302, 306.
- (84) *Jeroschek/Koch*, *Zur Neubegründung des Vermögensschadens bei Amterschiechungen*, GA 2001, 273 (275 f.). 44. *Dutlitz* (Fn. 49), 273 ff. 77 ff.では「財産上重要な労働給付を、まずもって財産上無関係にすぎない適性とのあいだに橋が渡されている「傍点は原文でイタリックによる強調」という。
- (85) *Jeroschek/Koch* (Fn. 65), 280 f.
- (86) *Dutlitz* (Fn. 49), 274.
- (87) *Dutlitz* (Fn. 49), 274.
- (88) *Dutlitz* (Fn. 49), 274.

- (69) 近時、BGHは危殆化損害が詐欺罪にいう損害とすることには、GG 一〇三条二項に照らして問題があるとした(BGHSt 53, 119, 202)。の判文の全訳は、拙稿・前掲注(36)三三二頁以下を参照。
- (70) 松宮・前掲注(3)一六五頁は、処分行為と財産的損害の直接性を要求する立場から、他の利用客らが暴力団が利用していることを理由にゴルフ場を敬遠することは、「ゴルフクラブ側のゴルフプレー許可という処分行為とは別の行為」であって、「処分行為と財産的損害との間に直接性」がないとして、このような事情を考慮すべきではないとしている。
- (71) これらの論拠は、第三者譲渡の目的を秘して通帳等の交付を申請した事例(最決平成一九年七月一七日刑集六一卷五号五二頁)に際して、学説上、用いられたものである。西田・前掲注(24)二〇四頁以下、松宮孝明「判批」立命館法字三三三三号(二〇〇九年)一三五頁以下(二五四頁)、林幹人「詐欺罪の現状」『判例刑法』(東京大学出版会、二〇一一年)二九三頁以下(二九九頁)。
- (72) Kindhäuser (Fn. 35), Rn. 324.
- (73) 人格的財産概念については、長井圓「証書詐欺罪の成立要件と人格的財産概念」『板倉宏博士古稀祝賀論文集』三二五頁以下(三三二頁以下)参照。人格的財産概念について簡単に紹介すれば、詐欺罪の保護法益には、「財産所有者と客体との関係性」が含まれているとの見解である。したがって、この種の財産には、財産所有者の経済的な能力 (Potenz) やそれを実際に行使する範囲も含まれることになり、これが侵害されている場合に財産的損害が肯定される。
- (74) Heideckel (Fn. 46), Rn. 358. なお、近時、ドイツ憲法裁判所 (BVerfG) は、財産的損害の要件は詐欺罪の可罰性を限定する機能を有すると主張し、詐欺罪を財産犯および結果犯として特徴づける要素であるとして、その必要性を確認した (BVerfGE 130, 1)。
- (75) Kindhäuser (Fn. 35), Rn. 257, 259.
- (76) Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, BT, Bd. 2, 35, Aufl. 2012, Rn. 554.
- (77) Kargl (Fn. 58), 123. また、前述した AG Saarbrücken の二重司法修習事例で目的不達成論的な理解を示しながら、かつ、財産的損害を否定しようとした。
- (78) Kargl (Fn. 58), 125.
- (79) Kargl (Fn. 58), 125. Dazu s.a. BGH wistra 2003, 459. これに対して、人格的財産概念に基づいて目的不達成論を主張する場合には、以上のような限定は本来的には不要であり、被害者が設定したあらゆる目的設定が、それが人格の発展に資する限りで、考慮されることになる (Dazu vgl. Heideckel (Fn. 46), Rn. 357)。
- (80) Kargl (Fn. 58), 127.
- (81) Kargl (Fn. 58), 127. ただし、Kargl自身は、目的不達成論自体に懐疑的であり、かりに同説を採用するにしても、原則的・例外的適用を問わず、前述のような制限がされるべきと考えているようである。

- (82) 同様に目的不達成論における「目的」の理解に二通りの可能性があることを指摘するものに、足立友子「詐欺罪における『欺罔』と『財産的損害』をめぐる考察」川端博ほか編『理論刑法学の探究6』（成文堂、二〇一三年）一三三頁（一五三頁）。ただ、そこで足立が示す「日本的」な理解は、たしかに強い批判が向けられているものの、前述のように、ドイツにおいても主張されているものである。
- (83) そのような事実が取引当事者間で共通認識されなければならないとの見解（足立・前掲注(23)四一八頁）もあるが、かりに詐欺罪の法益に処分自由を含めるのであれば、結果要件として相手方の処分自由の侵害が必要になることから、それは故意の内容として捕捉され、固有の要件とする必要もないように思われる。もっとも、この見解はその共通認識の要素を欺罔行為の存否の判断に含めているので、意思自由の侵害を構成要件の結果としては捉えておらず、共通認識として考慮される事情（すなわち、被害者の目的）が故意の対象に含まれないと考えるのかもしいない。
- (84) 法務省HP参照（<http://www.moj.go.jp/keiji/keiji42.html>（二〇一四年六月八日確認））。
- (85) もっとも、同指針では「からには、反社会的勢力は、企業を働く従業員を標的として不当要求を行ったり、企業そのものに乗っ取ろうとしたりするなど、最終的には、従業員や株主を含めた企業自身に多大な被害を生じさせるものであることから、反社会的勢力との関係遮断は、企業防衛の観点からも必要不可欠な要請である」とされていることから、この面を強調すれば、暴力団排除という目的の経済的側面を認めることはなお可能であるかもしれない。
- (86) なお、松宮・前掲注(3)一六三頁以下は、取引主体の「役割」に応じて詐欺罪にいう目的を限定する立場から、ゴルフ場経営者の役割は「商人」であるから、例外的にゴルフ場経営者が「暴力団排除」について公共的役割をも担うと認められる場合を除いては、利益追求のみが財産的損害を基礎づける目的であるとしている。
- (87) これは、従前みられていた「経営上重要な」事項であるから「その交付の判断の基礎となる重要な事項」として（たとえば、最高裁では、最決平成二二年七月二九日刑集六四卷五号八二九頁（搭乗券事例））取引上重要な事実が経済的側面を有しているとの解釈の余地を残していたのに対して、今回の肯定決定では単に、通帳等の交付や利用許可を判断する際の「判断の基礎となる重要な事項」とされていることから、窺い知ることができるとはならないか。
- (88) ただし、そのように考えたとしても、わが国の詐欺罪が「財物」および「財産上の利益」を明文で規定している以上、詐欺罪が財産犯としての性質をまったく失うわけではない。
- (89) Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 19. したがって、Perron は、「二重司法修習での告知義務の存在を」「公法上の業務関係」であるからを理由に肯定している（Rn. 22, 59）。これに対して、告知義務の存在を否定するものとして、Hefendehl (Fn. 46), Rn. 205, Lachner/Kühl, StraRGesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 236 Rn. 14; Kindhäuser (Fn. 35), Rn. 154, 163.
- (90) Kargl (Fn. 58), 123.

- (91) 浅田和茂「詐欺罪の問題点」中山研一ほか編『現代刑法講座四巻・刑法各論の諸問題』（成文堂、一九八二年）三一頁（三三三頁）。
- (92) たとえば、浅田・前掲注(91)三三三頁も、そもそも「現行法の解釈としては『不真正不作為犯』としての詐欺を認めること自体に罪刑法定主義上の疑問」があり、作為義務が認められるのは極めてまれな場合に限られると主張する。
- (93) Hoyzer 事例の事案概要と判決の詳細については、拙稿・前掲注(17)二〇一頁以下参照。
- (94) BGHS: 51, 165 = NSZ 2007, 151 = JA 2007, 389 = NJW 2007, 131 = JZ 2007, 900 = wistra 2007, 102 ua.
- (95) *Kadlich*, JA 2008, 72, 74, など。正規雇用契約を締結する際には、その契約締結には他の雇用主のもとで同時に労働をしていないとの説明内容が含まれることが、推断的欺罔が肯定される可能性に言及するものに、*Perron*, (Fn. 89), Rn. 16^e。
- (96) BGHS: 51, 165, 170.
- (97) *Fahl*, Jura 2008, 453, 455 f. など。Fahl によれば、二重司法修習事例では、ドイツの通説・判例に従えば、本件事案においては詐欺罪のその他の構成要件も充足され、可罰性が認められることになるであろうと述べている (Jura 2008, 457)。
- (98) ただし、このBGHの基準には、たとえば、「判例がいう『筆者補足』事実的・規範的観点は、そのような観点が財産概念をも規範的に制限・基礎づけることに照らしてみれば、詐欺罪を規範的に完全につくり変えてしまうもので、それゆえに、社会に広く存在する処罰感情を満足させるために、『規範的にみてそのようにしなければならなかったであろう』という不作為非難が、保証人的地位の要件のない積極的（推断的）作為の非難の目的へと作りかえられて、利用される危険、その結果、詐欺罪構成要件が過度に拡張する危険」をもたらしかねないとの批判が向けられたこと (Kratz, Individualisierung contra Normativierung, in: Geisler/Kratz/Kreischer/Schneider/Sowada, FS Geppert, 2011, S. 269 ff. (277))。OLG Saarbrücken がこの批判を考慮して、本件事案を不作為による詐欺罪を検討したことも考えられる。
- (99) 全体財産説である。あるいは、実質的個別財産説からも、たとえば、田山・前掲注(24)一五一頁。
- (100) たとえば、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害——その要否と限界(五・完)」警察研究六三巻八号（一九九二年）三〇頁（四三頁）や松宮・前掲注(3)一六三頁など。
- (101) 私見によれば、被害者において情報収集措置が行われていたかどうかが欺罔行為の存否を分ける重要な要素であると考ええる。この点についてはすでに、拙稿・前掲注(17)一九三頁以下、拙稿・前掲注(8)一五一頁以下。
- (102) なお、ドイツにおいても、「不用意な人間を、その者自身の不用意さから生じた結果から保護することは、詐欺罪構成要件にいう保護法益には属さない」として、被害者には一定程度の注意深さが求められることを示すものがあり (BGHSt 47, I, 4)、被害者側の自己防衛の有無が詐欺罪の可罰性に影響を与えうるかのような指摘もみられる。

〔付記〕 本稿脱稿（二〇一四年六月一三日脱稿）後、松宮孝明「拳動による欺罔と詐欺罪の故意」岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念「上巻」』（信

山社、二〇一四年）五二九頁に接した。「個別に問い合わせをする管轄」を問題とする点で私見と同一の方向性を示すものであるが、作為による欺罔においても作為義務を問題としている点では（松宮・前掲五三八頁）疑問が残る。

（本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍）