

詐欺罪における被害者の確認措置と欺罔行為との関係性(三・完)

—— 眞実主張をともなう欺罔をめぐるドイツの議論を素材として ——

富 川 雅 満

I はじめに

II 眞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 一九七九年決定とその後判例実務の動向

3 二〇〇〇年代に至るまでの学説の議論状況

4 小 括 (以上、第一二二卷第三・四号掲載)

III 二〇〇〇年代のドイツ判例と学説の推移

1 BGH 二〇〇一年判決と二〇〇三年判決

2 両判決に対する学説による批判的分析

3 小 括

IV 眞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 眞実主張は欺罔になりうるか

2 欺罔行為の再定義とその判断基準

3 考慮されるべき個別事情の選択

詐欺罪における被害者の確認措置と欺罔行為との関係性(三・完)(富川)

- 4 小 括 (以上、第一二二卷第五・六号掲載)
- V 情報通信技術を用いた事例が問題となった近時のBGH判決
 - 1 Abo 事例 (インターネット上での定期契約事例)
 - (1) 事案の概要
 - (2) BGHによる詐欺罪肯定判断
 - 2 Ping-Anrufe 事例 (ワン切り事例)
 - (1) 事案の概要
 - (2) BGHによる詐欺罪肯定判断
 - 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——事物思考的な共同意識——
 - 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 おわりに (以上、本号掲載)

V 情報通信技術を用いた事例が問題となった近時のBGH判決

ここまで、真実主張による欺罔という類型は、とくに判例において請求書類似書類送付事例とともに発展を遂げ、学説においても、この事案類型を題材として議論がなされることが多かった。しかしながら、近時、インターネットをはじめとする情報通信網の飛躍的な発展にともない、これを媒体とした取引が日常化している。本稿で問題とする欺罔類型においても、このような情報通信技

術を用いた取引を媒介とするものが増え、その特殊性が問題となっている。⁽¹⁷⁶⁾ 本章では、そのような新たな事例群における判例実務の対応をまず確認する。

1 Abo事例（インターネット上での定期契約事例）⁽¹⁷⁷⁾

(1) 事案の概要

本事例は、インターネットサイトを通じた詐欺的手法につき、BGHで詐欺罪の成否が問題となったものであり、大要、以下の⁽¹⁷⁸⁾ような事案である。

被告人らは、ルート検索といったサービスを有償で提供する複数のインターネットサイトを運営していた。当該サービスが有償であるとの事実、くわえて、サービス利用にともない、定期契約が締結されるとの事実はAGB（一般契約条項）等にて明記されていたものの、これらの事実は、当該サイトの訪問者にとって、一見ただけでは認識可能ではなかった。それゆえに、当該サイトの利用者は、このサービスを無償であると考え、利用契約の締結を行った。

当該サービスの利用には、メールアドレスや氏名、住所といった個人データの登録が必要とされていた。データ記入欄の上部には、サービス内容に関する説明と、利用登録にともなう懸賞応募が可能である旨の説明がみられた。当該説明文の末尾にはアスタリスク記号が付記されており、この記号は、通常、補足的説明の存在を示すものであった。データ記入欄下部には、AGBを読んだうえでこれに同意する旨を示すチェックボックスと懸賞応募に参加する意思を示すチェックボックスがあり、利用登録を完了するためには、少なくとも前者のチェックボックスにチェックを入れたうえで登録ボタンをクリックする必要がある。当該登録ページは、一見すると、この登録ボタンで終わっているように見えるが、実際には、さらに下方にスクロールすることができ、そこには、前述のアスタリスク記号の示す補足説明がみられた。この補足説明の文中およびAGB中には、たしかに当該サービスの有償性、定期契約の締結に関する説明が行われていた。なお、被告人らの提供するサービスは、他のサイトで無償で利用できるも

のであった。

被告人らは、自身らのサイトの利用者に、当該サイトが有償であつて定期契約の締結をともなうものであるとの事実を認識させないように意図的に作成したとして、詐欺罪の疑いで訴追された。

(2) B G H の詐欺罪肯定判断

以上のような事案に基づき、B G H 第二刑事部は、被告人の行為は欺罔行為にあたるとして、詐欺罪を肯定した。⁽¹⁷⁾

B G H は、ここで欺罔行為を検討するにあつて、被告人の故意に関する詳細な認定を行つており、「被告人の故意が、詐欺罪にいう欺罔行為に向けられている」ことから、欺罔行為の存在を肯定した。B G H によれば、当該インターネットサイトおよび A G B を詳細に読めば、たしかにサービスの有償性および定期契約の締結の事実を読み取られるが、これらの事実に関する説明は通常考えられないような場所で行われており、つまり、被告人はインターネットサイトの設計を通じてサービスの有償性を隠蔽しているという。この事情に鑑みれば、「原審が……「中略」被告人の故意の存在を肯定したことには、法的瑕疵が認められない」。当該サイトで料金に関する説明は「提供サービスに関する記述と場所的・内容的に関連した箇所でなされて」おらず、「懸賞への参加をたびたび強調することも、利用者の注意を懸賞参加へと逸らすことを目的とし、当該サイトの全体形成を通じて、ルート検索の請求に対して代金が発生するとの事実をごまかすことを目的としていたことは明らかである」⁽¹⁸⁾。また、被告人の行為は、価格表示に関する規則 (Preisangabenverordnung: 以下、PangV と略称する) に規定されている価格の適正表示義務に違反しているが、この PangV 違反からは、「欺罔行為の評価、および、欺罔行為に向けられた故意の評価にとつて、兆候的な意味が認められる」という⁽¹⁹⁾。また、被害者の軽信性と欺罔行為との関係性について、先の B G H 二〇〇一年判決および二〇〇三年判決を引用して、「たしかに、およそ不注意な人間をその者自身の不注意な行為から保護することは、刑法の任務ではない」ものの、「被害者の軽信性や錯誤惹起に向けられた欺罔行為の認識可能性は、法的な理由から欺罔行為を失わせるものでも、錯誤に基づいた誤った表象を排除するもの

でもない」として、これまでの判例の立場を踏襲している。

本判決でB G H第二刑事部は、不正な取引慣行に関するE U指令 2005/29/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken : 以下、UGP-RL)と略称する)にいう「平均的な消費者」が詐欺罪解釈に与える影響について、詳細に言及している。すなわち、UGP-RLでは、企業による不正な取引慣行からの消費者保護に関する規定が設けられているが、ここでは、「平均的な消費者」、すなわち、「平均的に理性的であり注意深い消費者」を錯誤に陥れるような広告が禁止対象として念頭に置かれているところ、⁽¹⁸³⁾国内の刑法解釈がE U指令に則したものでなければならぬことに鑑みれば、⁽¹⁸⁴⁾詐欺罪にいう欺罔行為も、当該指令にいう「情報を与えられた、注意力と理解力を持つ人間を欺罔するのに適した場合に限られる」との主張が学説上展開されている。⁽¹⁸⁵⁾しかし、第二刑事部はこのような見解に従わないことを明らかにし、以下のようにその理由を述べている。⁽¹⁸⁶⁾

「平均的な消費者」を欺くに適している場合にのみ詐欺罪にいう欺罔行為を肯定することは、「E U指令に則して解釈を行う際に許容される程度を超えて、過度に欺罔概念と錯誤概念を規範化すること」となり、妥当ではないという。第二刑事部によれば、「平均的な消費者」という概念は規範的に形成されるものであるが、ドイツ刑法二六三条の要求する錯誤要件は、「主観的な表象と現実とのあいだの矛盾という心理学的な事実なのであり、その存在は行為の問題である」。したがって、「被欺罔者がなかにを理解したであろうかが問題となるのではなく、実際に被欺罔者がなかにを理解したのか」が問題とされるべきとする。⁽¹⁸⁷⁾

この錯誤要件の規範化という問題を除いたとしても、本件事例でUGP-RLを理由に詐欺罪の可罰性を制限する必要はないという。すなわち、UGP-RLにいう「平均的な消費者」とは、要は「状況に応じた注意力を持った消費者」にほかならないので、この注意深さの程度は、「広告対象とされた人の性質等や、広告対象となった商品・サービスの内容に従って決定されるので、とくに、日常的な欲求に基づいた価値の低い製品が問題となる場合には、注意深さはどちらかといえば程度の低いもの、つまり、通り一遍のものでよい」という。それゆえに、B G H第二刑事部によれば、UGP-RLにおいても、「軽信的な消費者が、ある取引慣行やその手法を通じて販売される製品に対して、とくに耐性がない場合には、つねに軽信的な消費者の観点が標準」とされる。⁽¹⁸⁸⁾

以上のような理由から、B G H第二刑事部は、Abo事例における被告人の行為には、詐欺罪にいう欺罔行為が肯定されることとしたのである。なお、B G Hは、原審であるLG Frankfurt a.M.⁽¹⁸⁹⁾が、実際に当該サイトが有料であることを知らずに利用し、犯罪の通知(Strafanzeige)⁽¹⁹⁰⁾を行った二六一人のうち三名を証人として尋問した結果、錯誤が実際に存在していたことにつき確証を得ず、詐欺未遂にとどめた点につき、この原審の判断は多数取引におけるB G H判例を踏まえたものではないとして、詐欺既遂が認められる可能性をも示唆している。⁽¹⁹¹⁾

2 Ping-Anrufe事例(ワン切り事例)⁽¹⁹²⁾

(1) 事案の概要

前述のAbo事例に関するB G H判決とはほぼ同時期にB G H第三刑事部にて、詐欺罪に関する注目すべき判決が下された。本事案は携帯電話を利用した手法が問題となった事案で、その概要は次のとおりである。⁽¹⁹³⁾

被告人らは、自動的かつ瞬間的に大量の電話番号にダイヤルできる特殊なソフトウェアを用いて、不特定多数の者の携帯電話を長くとも一度だけ鳴らし、着信を受けた者の携帯電話の画面上に「不在着信」として、付加価値テレフォンサービス⁽¹⁹⁴⁾に接続される電話番号を表示させた(いわゆる「Anpingen」という手法。わが国でいうところの「ワン切り」である)。この電話番号にダイヤルすると、とくに意味のない自動録音メッセージを聞くこととなり、この電話接続に対して、九八セントの利用料が発生した。この手法で、被告人らは二〇〇六年のクリスマス期間に、少なくとも七八万五、〇〇〇件の通話発信を行った。⁽¹⁹⁵⁾

(2) B G Hによる詐欺罪肯定判断

以上の事案につき、B G H第三刑事部は以下のように判示して詐欺罪を認めた原審の判断を支持した。⁽¹⁹⁶⁾

本事案では、まず、通話発信という行為者態度に含まれる説明価値が問題とされた。というのも、瞬間的に通話発信接続を行い、

相手方の携帯電話に電話番号を残す行為は、それ自体、「いかなる情報内容も有していない意味のない事象」ともいえ、それゆえに、欺罔行為を認める前提となる説明価値が存在しないようにも思われるからである。⁽¹⁹⁾この点につき、第三刑事部は、被告人の態度には二種類の説明価値が認められるという。まず、ひとつには、通話発信には「通話発信者が着信者とコミュニケーションをとろうとしているとの説明」が含まれており、実際に被告人は被害者らとのコミュニケーションを望んでいなかったたのであるから、この点に虚偽の説明が認められるという。第三刑事部によれば、「一般的見地によれば、電話とはコミュニケーションツールなのであって、それゆえに、このツールによって他人の電話にダイヤルすることは、当事者同士でながしか異なることが取り決められている場合を除けば、着信を受けた平均的な携帯電話利用者からすれば、通話発信者がその電話をコミュニケーションツールとして利用する意図があったと理解される」⁽²⁰⁾。

もう一点に、被告人による通話発信には、「携帯電話所有者とその通信網運営者とのあいだで取り決められた固定利用額を超えた費用が発生することなく、携帯電話に残された番号への折返電話が行われる」との説明価値も認められるという。BGH第三刑事部によれば、「推断的欺罔が問題となる場合には、「行為者の…筆者補足」沈黙による説明の内容を確認することが求められるが、この確認の際には、社会生活上の通念を手掛かりに、ある（沈黙の）説明に法律ないし「当事者間の…筆者補足」取り決めに基づいて特定の内容が認められるとの状況も考慮」されなければならない。行為者態度に、法律や当事者間の取り決めによっていわば「規範的に事前に構成される説明内容」が含まれ、この説明内容と現実とに齟齬が生じている場合には、推断的欺罔が肯定されるというのである。このような考えを前提にした場合、「付加価値サービス番号を着信記録に残すことは、……「中略」今日の法的状況からすれば、T K G 「Telekommunikationsgesetz（電気通信法）…筆者補足。以下、T K G と略称する」第六六条k⁽¹⁹⁾を根拠に法的に許容されていない」のであるから、着信を受けた者に対して、「折返電話が通常よりも高い費用とは結びついてない」との説明内容は、行為者が被害者の携帯電話の着信履歴に付加価値テレフォンスービスの番号を残すことで、伝達されているというのである。⁽²⁰⁾

たしかに、被告人らが用いた電話番号が〇一三七からはじまり、これが付加価値テレフォンスービスに特有のものであることに

鑑みれば、着信番号を入念に確認した場合に、当該錯誤は回避可能ともいえるが、この点につき、BGH第三刑事部は、「この錯誤が回避可能であったかもしれないとの事情は……〔中略〕、この構成要件要素の充足を阻害するものではない」としている。というのも、「被告人が当該錯誤を惹起しようとしたことは、付加価値サービス番号を着信者の携帯電話に残すという隠蔽方法からも明らか」であって、「被告人が意識的に通話発信の時期にクリスマス時期を選択した」ことからしても、「被告人らによって予測され、着信を受けた者においても実際に存在した、クリスマスの挨拶を逃したに違いないとの期待内容が、折返番号を調査しようとする入念さにマイナスの影響を」与えているからである。⁽²⁰³⁾

また、実際にどの程度の被欺罔者が錯誤されたかにつき、事実審であるLG Osnabrückは九名を証人として尋問し、全体に対して詐欺既遂罪を肯定しているが、これに関して、BGH第三刑事部は、過去の裁判例を指示したうえで、いわゆる「事物思考的な共同意識 (sachgedankliches Mitbewusstsein)」の法形象からすれば、証人尋問を受けていないその余の被欺罔者においても、同様の錯誤が生じていると認められるとして、錯誤の有無が現に確認されていない者に対しても詐欺既遂が肯定されることに問題はないとしている。⁽²⁰⁴⁾

以上の理由から、BGH第三刑事部は当該事案において詐欺罪の成立を肯定した。本件事案は、契約申込書および一般契約条項等にて真実が明記されていた請求書類送付事例や△Do事例とは異なり、行為者によって真実が主張されているわけではない。すなわち、BGH第三刑事部の判断に従えば、Ping-Anruie事例では、「通話発信者が真摯なコミュニケーション要求を有している」こと、および「折返通話発信が特別な費用を生じさせるものではない」ことについて欺罔行為が行われていることになるが、この点につき、行為者は「コミュニケーションを要求するものではない」とか「特別な費用を生じさせるものである」といった説明を行っているわけではない。しかしながら、BGH第三刑事部が指摘しているように、本件事案では、行為者による欺罔が看破可能であり、それゆえに錯誤が回避可能であったともいえることからすれば、請求書類送付事例や△Do事例との共通点が見いだされることになるのである。⁽²⁰⁵⁾

本章では、情報通信技術を用いて、行為者が対多数に向けて欺罔行為を行った場合で、被害者が入念に調査したならば行為者による欺罔を看破できた事例に関する二つのドイツ判例を参照してきた。本章の小括として、Abo 事例および Ping-Anrufe 事例での判断理由を簡潔にまとめるとともに、次章での検討題材を提示する。それに先駆けて、いまごちで、Abo 事例と Ping-Anrufe 事例の共通点、相違点、両事例と先の請求書類似書類送付事例との異同について確認しておく。

本章で参照した Abo 事例、Ping-Anrufe 事例に対しては、学説上、これまでに確認した請求書類似書類送付事例との類似性が指摘されている。Abo 事例においては、この類似性が端的に表れている。というのも、ここで行為者は、自身の運営するインターネットサイト上でのサービスが有料であって、その利用が定期契約を締結させるものであることを、一見して明らかとはいえないまでも、説明しているのであるが、そのサイトの形態上、この利用が無償であるかのような印象が利用者において惹起されている。これは、まさしく、請求書類似書類送付事例での行為に類似したものである⁽²⁰⁶⁾。ただし、請求書類似書類送付事例では、被害者が行為者の提供する給付と類似した給付をすでに受けていたのに対して、Abo 事例では、そのような事前の給付がみられず、その点に両事例の相違点が認められる⁽²⁰⁷⁾。

他方、Ping-Anrufe 事例においては、前述のように行為者が真実を述べているわけではない点に大きな相違点がある。くわえて、個々の被害額が〇・九八セントと僅少であることも、本件事案の特徴である⁽²⁰⁸⁾。ただし、電話番号を入念に確認した場合に真実が被害者において認識可能であったこと、行為者がこの真実を隠蔽するための偽装を施していることを考慮すると、Ping-Anrufe 事例も請求書類似書類送付事例と共通点を持つものであり、学説上も、両事例をパラレルに検討するものがみられる⁽²⁰⁹⁾。いずれの事案においても、BGH の判断は、被害者による欺罔の看破可能性がいかに詐欺罪において影響を及ぼすかという論点に密接に関連しているといえる。

以上のような事案構造の相違点、共通点を踏まえて、以下では学説での議論状況を参照することとするが、その際に、とりわけ、以下の三点、^①刑法外規範の違反と欺罔行為との関係性、^②錯誤概念の規範化、^③「平均的な消費者」像が欺罔行為判断に与える影響に着目することとする。

Abo 事例および Ping-Anrufe 事例では、ともに欺罔行為を根拠づけるに際して、^①行為者の態度が刑法外規範に違反していることが挙げられていた。Abo 事例で、BGH は、価格表示に関する規則 (PangV) を参照し、行為者の作成したインターネットサイトは PangV に違反するものであって、それゆえに、行為者による真実の指摘はたしかに認識可能ではあるものの、いまだ隠匿的なものであって、欺罔行為を肯定するに足りるといっているのである。この PangV は、刑罰規範ではなく、行政法に位置づけられるのであるが、詐欺罪にいう欺罔行為を検討するにあたって、このような刑法外規範が一定の解釈指針となることを、Abo 事例で裁判実務は肯定しているのである。同様の事情は、Ping-Anrufe 事例においてもみられ、BGH は、電気通信法 (TKG) を参照したうえで、欺罔行為の存否を判断していた。すなわち、BGH によれば、TKG の規定からすれば、行為者態度には折返発信の費用に関する説明価値が認められるというのである。では、刑法外規範の違反が認められることは、欺罔行為の存否を評価するにあたって、メルクマールとなりうるのか。刑法外規範が欺罔行為の解釈に与える影響が問題となる。

ついで、Abo 事例において、BGH は、欺罔の看破可能性と関連して、欺罔行為概念と^②錯誤概念の規範化に対して警鐘を鳴らしている。すなわち、ドイツ刑法二六三条にいう錯誤要件は、心理学的な事実であって、現実に被害者が行為者態度をいかに解したかが問題とされるべきであって、一般人であれば、どのように理解しうるかを基礎とすることは、錯誤概念の規範化であって許容されないとしている。とりわけ、前章で確認した両事例は、ともに大多数に向けたものであったために、客観的欺罔適性を判断するうえで、より一般的な観点を考慮せざるをえないものであり、この点で、BGH は錯誤概念の具体的個別性を放棄してはならないことを強調したのである。

しかしながら、他方では、錯誤者の認定について、BGH は両事例においてその程度を緩和させている。インターネット、携帯

電話という情報通信媒体の利用は多数に対する情報発信を可能とし、これを利用して欺罔が行われた場合には、錯誤の認定の点で困難をともなう。つまり、具体的にだれが錯誤していたのかの証明が容易ではない。この困難性は、詐欺既遂において錯誤発生が求められることからすれば、既遂と未遂との区分に関連する。この点に関して、B G Hは、両事案ともに、詐欺既遂であることを認めており、錯誤要件の充足を肯定しているが、これは、すなわち、具体的にだれが錯誤に陥ったかを認定せずとも、限られた証人において錯誤発生⁽²⁰⁾の証明が得られている場合には、行為者態度が向けられた全体に対して、詐欺既遂罪が肯定されうるとしているのである。とりわけ、Ping-Annie事例においては、「事物思想的な共同意識 (sachgedankliches Mitbewusstsein)」の法形象を用いることで、一般人を基準として錯誤発生を肯定することが許容されている。このようにみた場合、B G Hの錯誤の規範化に関する態度は、一見して、矛盾しているようにも思われる。さらに、かつて、B G Hが二〇〇一年判決でSchroderの見解を基礎としていたが、Schroder自身は詐欺既遂罪にとって具体的な錯誤者の認定を不可欠の条件としていたのであって、この点で、B G HはSchroderの見解から遠ざかっているといえよう。本稿の見解に従えば、欺罔行為は「許されざる情報格差の利用」として、行為者の偽装の程度と被害者の情報収集の程度が重要となるのであったが、ここでの被害者の情報収集措置の検討は、一般人との比較を前提とする。そのように解した場合、B G Hが批判する錯誤概念の規範化がみられることになろうか。また、B G Hのいう錯誤概念の規範化と錯誤認定の抽象化は、どのように理解されるべきであろうか。この点が、二つ目の検討対象となる。

三つ目の問題として、◎「平均的な消費者」像の欺罔行為の判断における重要性が挙げられる。DGRにいう「平均的な消費者」像と詐欺罪解釈との関係性については、Abo事例でのB G H判決がとくに重点的に検討を行っている。この問題は、実のところ、公判開始が争われたLG Frankfurt a.M.およびOLG Frankfurt a.M.でも取り上げられていた。LG Frankfurt a.M.によれば、「平均的なインターネット利用者を基準とすれば、おそくとも個人データを入力する時点で、それぞれのウェブサイトの内容を入念に調査することが利用者には誘引づけられている」という。というのも、たとえ「インターネット利用者がデータ入力⁽²¹⁾を懸賞のために必要なものと捉えていたとしても、繊細に扱われるべき個人データの入力からは、このデータ登録が必要とされている背景につい

て事前に入念に調べることが利用者に要求されるから」である。⁽²¹²⁾これに対して、OLG Frankfurt a.M.は、インターネット利用者の注意深さは典型的に通常よりも低く、この事情をもとにすれば、平均的なインターネット利用者には「あらゆる入手可能な情報を徹底的に完全に知覚する」ことまでは要求されないといい⁽²¹³⁾。

この点につき、B.G.H.は、そのような平均的視座がそもそも不要であることを明示したが、この「平均的な消費者」の概念は、客観的欺罔適性を検討するうえで問題となる。すなわち、B.G.H.が「客観的に錯誤を惹起するだけの適性を有した欺罔」が欺罔行為を肯定するには必要であると判示していたことからすれば、客観性を担保する「平均人」という標準を欺罔行為のなかで考慮することにはB.G.H.の立場に親和性がみられ、この「DGP-RL」の法形象は、詐欺罪の解釈に影響を与えうるもののように思われる。また、本稿にいう「許されざる情報格差の利用」においても、「許されざる」との規範的評価が客観的欺罔適性と一致するものであつて、とりわけ、被害者の情報収集措置を検討するうえで、一般人に求められる措置との比較が重要であると考えるのであるから、DGP-RLにいう「平均的な消費者」像の詐欺罪における有用性は、なお詳細な検討の余地のあるものと思われる。

以上、①刑法外規範と欺罔行為との関係性、②錯誤概念の規範化、③「平均的な消費者」像の欺罔行為判断に対する影響の三つの論点について、次章では検討を進めていく。

VI 近時のB.G.H判決の問題点およびその検討

前章の小括において、Abo事例およびPing-Anrufe事例から明らかとなった詐欺罪解釈上の問題点を示したが、本章ではそれらの論点について詳細に検討して行くこととし、最後に、Abo事例およびPing-Anrufe事例の具体的帰結について、私見を述べる。

1 刑法外規範の違反と欺罔行為の存否⁽²¹⁴⁾

Abo 事例、Ping-Anrufe 事例はともに推断的欺罔が問題とされているが、推断的欺罔を判断する際には、行為者態度に含まれる説明価値を明らかにし、この説明価値が現実の事情と齟齬を生じているかどうかを検討する必要がある。この判断基準に関して、かつて、B G H は、「言葉にされていないコミュニケーション内容は、本質的に、説明者の認識する限りでの説明の受け手の視点、および関与者の明白な期待を通じて決定される」ものであって、「そのような期待は、本質的に、各々の商取引での一般的な考え方や、具体的状況において重要となる法的規範を通じて形成される」と述べている⁽²¹⁵⁾。それゆえに、B G H の見解にあっては、行為者の口頭・書面以外でのいわば非言語的な説明を相手方がどのように理解すると考えられるかが重要であって、その際の理解の標準は、取引関与者の明白な期待（事実的観点）、具体的に問題とされている取引類型での一般的考え、および関連法規（規範的観点）を手掛かりに形成されるというのである。

このような見解は、B G H が、各行為者の行為が、Abo 事例においては PangV への違反を、Ping-Anrufe 事例では T K G への違反を、「欺罔行為の評価、および、欺罔行為に向けてられた故意の評価にとつて、兆候的な意味が認められる」としていることにも沿うものである。つまり、ここでは法規範の禁止事項に抵触していないことが、法規定等を通じて、説明の受け手の期待として行為者態度の説明価値に含まれているのである。具体的には、PangV 第一条六項二文で、価格表示は消費者にとつて容易に認識可能ないし明らかに判読可能、または十分に知覚可能でなければならないとされていることから、Abo 事例で問題とされたインターネットサイトの利用者は、当該サービスを利用する前に、これが有償であることの説明を知覚できる状況に置かれなければならない。実際には、有償性の説明は、補足説明文中や A G B において説明されていることとどまるので、この点で、Abo 事例の行為者の行為には PangV 違反が認められる⁽²¹⁷⁾。他方、Ping-Anrufe 事例でも、前述のように T K G において、付随価値サービスの費用の事前の通知が義務づけられているのであるから、ここでも刑法外規範への抵触が見取られる⁽²¹⁸⁾。この刑法外規範の問題は、わが国で

は、たとえば、Abo 事例のような場合には、電子消費者契約法⁽²⁰⁾三条との関連が問題となろう。

前述の B G H の基準に従えば、Abo 事例、Ping-Anrufe 事例での行為者らの行為が関連法規で禁止されていたことに鑑みれば、相手方は、行為者態度のなかに PANGV および TKG に「抵触していない」という説明価値を期待するのであって、この期待に違反している場合、推断的欺罔が肯定されることとなる⁽²¹⁾。ただし、刑法外規範の違反が即座に欺罔行為となるわけではない。消費者保護規定が、広範な義務づけを企業側に課していることからすれば、「すべての民事規定違反が、……「中略」推断的欺罔を肯定する結論にいたりうるわけではない⁽²²⁾」。たとえば、Abo 事例のような行為態様は、現在では、ドイツ民法典 (BGB) 三二二条 (いわゆる「Button-Lösung」) に規定されている企業側の義務に違反するものであり、同規定に違反する場合、契約がそもそも成立しなかったことになる⁽²³⁾。しかしながら、当該規定に基づいて、契約の成立が認められない場合のすべてで詐欺罪という欺罔行為が肯定されるわけではなからう。たとえば、「民事法と刑事法とを広く一致させるために用いられる法秩序の統一性という論拠は、刑法の補充的性格と一致しえない」との主張も学説ではなされている⁽²⁴⁾。あるいは、真実主張による欺罔の類型において、前述の *Gamble* の全体印象説に基づいた場合、やはり、決定的となるのは、その利用が無償であるとのインターネットサイト全体の印象が、有償性の指摘を覆い隠すほどに強く形成されているか否かであって、民事法や PANGV といった諸規定の違反すべてが欺罔となるわけではないと解されよう⁽²⁴⁾。これは、Ping-Anrufe 事例にも同様にあてはまる。行為者の行為が TKG に抵触するものであったとしても、このことから、即座に、当該規定に違反していないという説明価値が行為者態度に含まれることになるわけではない。

刑法外規範と欺罔行為の説明価値とが直接的に結びつきを持つものではないことは、B G H 自身も、Abo 事例で PANGV 違反が「欺罔行為の評価にとつて、……兆候的な意味が認められる「傍点は筆者による」としていることから、一定の配慮を行っているものと思われる。「兆候 (Indiz)」という言い回しからすれば、ある行為態様が刑法外規範に違反していることによって、詐欺罪にいう欺罔行為になりうる兆候が看取されたとしても、具体的な状況にあっては、この兆候が結論においては否定される場合も想定されうるのである。もちろん、どのような場合に、その兆候が否定されるかにつき、B G H はなんら示唆しておらず、この点で B G

日の見解には不明確さは残る。⁽²⁵⁾しかしながら、いずれにしても、行為者態度がなんらかの刑法外規範に違反している場合、当該態度から刑法外規範違反の不存在を読み取ることが、説明の受け手には原則的に許容されることとなり、その結果、作為による欺罔行為が肯定されるが、個別具体的事情によつては、例外的にそのような推測が否定されることになろう。たとえば、本稿の扱う事例のように、行為者が真実を述べているといった限界事例では、やはり、行為者の偽装の程度と被害者の情報収集措置の程度とが精査されなければならない。

また、刑法外規範違反は、作為による欺罔のみならず、不作为による欺罔においても考慮されうる事情である。たとえば、TKG第六六条aでは、⁽²⁶⁾電気通信サービスにおける価格表示義務が規定されているが、当該表示義務は詐欺罪という告知義務を基礎づけるものであつて、当該義務の違反は不作为による欺罔となりうる。BGHは、Abo事例、Ping-Anrufe事例ともに、推断的欺罔として作為による欺罔を肯定しているのであるから、不作为による欺罔行為に該当するかどうかの検討は不要となるが、⁽²⁷⁾刑法外規範違反と欺罔行為との関係性を検討する際には、刑法外規範での通知義務が詐欺罪という告知義務を構成するかどうかは、重要な問題となる。

この点、ドイツにおいては、詐欺罪という保護法益が財産であることに鑑みて、純粹な通知義務は詐欺罪という告知義務を基礎づけないという見解がしばしば主張されている。⁽²⁸⁾この見解からすれば、TKG第六六条aに規定されている告知義務は、電気通信サービスの利用者の財産を不当な広告活動等から保護するためのものであるから、当該価格表示義務は財産と関連した告知義務を基礎づけるものであるといえよう。⁽²⁹⁾PangVで規定される価格表示義務も同様のものと解される。

しかし、これに対しては、詐欺罪にいう告知義務が認められるためには、行為者と被害者のあいだに特別な信頼関係がなければならぬとして、不作为による欺罔が認められる範囲をより限定しようとする見解もみられる。⁽³⁰⁾このような限定を付すならば、当該通知義務が財産と関連しているだけでは不十分であつて、Abo事例においても、Ping-Anrufe事例においても、行為者と被害者らとのあいだには、特別な信頼関係を基礎づける事情が認められないのであるから、不作为による欺罔は否定されることになろう。⁽³¹⁾

2 錯誤概念の規範的評価——事物思考的な共同意識——

一般にドイツにおいては、錯誤とは、詐欺罪における結果要件ないし財産的損害という最終結果に至るまでの中間的結果要件であると位置づけられている。⁽²³²⁾ それゆえに、被害者に錯誤が欠けている場合には、詐欺未遂が認められるにとどまる。この結論自体は、わが国においても同様に解されている。⁽²³³⁾ したがって、詐欺既遂罪が肯定されるには、被害者において錯誤が生じたことが証明されなければならない。

しかし、錯誤は、前章で扱ったAbo事例、Ping-Arrute事例のように、インターネット等の通信技術を用いた不特定多数を対象とする詐欺事例においては、詐欺罪の可罰性を検討するうえで、非常に困難な障害となる。たとえば、Ping-Arrute事例で、行為者は、独自のソフトウェアを用いることで、七八万五、〇〇〇件の通話発信を行っていたのであるが、事実審の認定によればそのうち六六万人が折返電話を行ったという。当然のことながら、ここで実際に六六万人全員に錯誤が生じていたかを逐次証明することは、現実的に不可能であるから、事実審は九名の証人尋問の結果、八名が錯誤に基づいて折返電話を行ったことを認め、この認定から、六六万人のうち全体の八割にあたる五二万八、〇〇〇人に錯誤が生じたものと結論づけ、BGHもこの結論を支持したのである。Abo事例においても、BGHは、犯罪の通知を行った二六一名のうちの三名を証人として尋問した結果、錯誤の存在を確信するに至らずに詐欺未遂罪の成立を肯定したLGの認定に対して、詐欺既遂罪の成立可能性を示唆していたのである。このようなBGHの結論からすれば、多数に対して欺罔が行われていた場合に、その証明の難易度を考慮して、錯誤の証明の程度を緩和しようとする姿勢が垣間見られる。

錯誤の証明必要性については、過去にBGH自身は「処分行為者が錯誤に陥っていたかどうかを裁判所が確信することは、いかなる場合でも、法廷で行われる⁽²³⁴⁾」と述べており、厳格な要求がなされていた。⁽²³⁵⁾ たとえば、学説においても、多数を対象とする詐欺罪が問題となる事例では、「BGHが示した証明の程度の要求に鑑みれば、……〔中略〕錯誤の存在は、しばしば証明されえず、さ

れるとしてもごくわずかな事例に限られるのであるから、その場合、欺罔が失敗した（錯誤惹起されなかったあるいは錯誤は存在するが折返電話がなされなかった）場合と同様に、「詐欺未遂に留まる」とすべきであるとされている。⁽²³⁶⁾

しかしながら、すでに確認したように、B G Hは、Abo事例およびPing-Anruteの事例で、一定程度、錯誤の存在を推測によって確認することを認めている。とすると、これは、「被害者がなを理解したであろうかが問題となるのではなく、実際に被害者がなを理解したのか」⁽²³⁷⁾が問題とされるべきというB G H自身の判示と矛盾するものにも思われる。というのも、ここでは、たしかに取調べや尋問を実際に行った証人においてどのような表象が行為当時に認められるかが、すなわち、B G Hの言葉を借りれば「実際に被害者がなを理解したのか」が確認されているが、その他の処分行為者においては、実際の認定をもとに推測される表象内容、すなわち、「被害者がなを理解したであろうか」が問題とされているのである。⁽²³⁸⁾

この問題を考えるにあたっては、Ping-Anrute事例でB G Hが錯誤を肯定する際に用いた概念、「事物思想的な共同意識」も併せて考慮する必要がある。錯誤とは一般に「被害者の表象と現実との不一致」を指すとされているが、⁽²³⁹⁾ここでは、被害者において行為者態度からならんかの表象が生じていることが前提とされる。したがって、行為者態度によってならんかの表象も惹起されなかった場合、あるいは、行為者態度とは異なる要因によって誤った表象が惹起された場合には、作為による欺罔は問題とならず、せいぜい不作為による欺罔が問題となるにすぎない。⁽²⁴⁰⁾しかしながら、たとえば、推断的欺罔においてはしばしば、行為者態度に含まれた説明価値に関連した表象が被欺罔者においてまったく存在しない場合が認められる。たとえば、支払い意思・能力がないのに、または偽造通貨を用いる意思で、飲食店において注文行為を行った際に、店側は注文者の支払い意思・能力や通貨の真正性についてならんかの表象も有していない場合が考えられる。しかしながら、このような場合に、詐欺罪の既遂は肯定されないと考えた場合、詐欺罪の成立範囲は著しく狭いものとなるのであって、実際に日独双方における判例・通説は、この場合での詐欺罪の可罰性を肯定している。それゆえに、一般的見地に從えばあまりに当然の前提とされるがゆえに、被欺罔者が想像すらしなかった事実については、被欺罔者の具体的な誤った表象を要求する必要はなく、一定程度、規範的評価によってこれを補うことが許容されるのであ

る。つまり、事実的に思考した場合、一般人であれば、無意識のうちに当然の前提としていた事象は、具体的な被欺罔者においても、やはり共同的に意識されているものとの推測が許される。以上が、「事物思考的な共同意識」の基本的問題である。⁽²⁴⁾

翻つて、Ping-Annie 事例では、実際に公判において確認された錯誤発生を手掛かりに、その余の被欺罔者らにおいても、「事物思考的な共同意識」を用いることで、証人尋問によって錯誤の発生が確認された八名の被害者らの表象と同様の表象が「規範的に被害者らの表象像が事前形成されているもの」「傍点は筆者による」と考えられるとして、詐欺既遂罪が肯定されていた。⁽²⁴⁾ここでは、錯誤評価が規範的に行われていることが明示されている。前述のように、「事物思考的な共同意識」とは、錯誤の発生が事実的に確認されない場合に用いられる規範的な錯誤評価であつて、つまりは、錯誤の擬制なのである。⁽²⁴⁾

この錯誤の規範的評価の許容に対する B G H の態度決定については、学説上、異議が唱えられている。たとえば、錯誤の規範化は許容されないと Abo 事例での B G H の判示については、そもそも従来、B G H は錯誤を規範的に評価することで、詐欺罪の可罰性を肯定してきたのであつて、「錯誤が規範的には形成されない構成要件であるとの前提は、……「中略」誤っている」という。⁽²⁴⁾あるいは、のちに詳述する U G P R L と関連して、錯誤要件はもはや「消費者が……「中略」なんらかの誤った表象を実際に有しているとの単純な認定だけでは十分ではな」く、「この誤った表象が、……「中略」平均的消费者においても、生じたであろうことが必要なのである」との主張もみられる。⁽²⁵⁾この主張によれば、詐欺罪にいう錯誤要件は純粹客観的な観点から評価されることになる。したがつて、過去に B G H において、詐欺罪が肯定された事例、たとえば、毛髪を一〇分以内に二倍に増やすとか、一二回の入浴でしわがとれて若返るとうたった商品を販売したが、実際には当該商品は害もなければ十分な効果もなかったという事案では、⁽²⁶⁾詐欺罪が否定されることになるという。これらの見解は、錯誤の規範化それ自体を積極的に評価し、むしろ、錯誤の規範化は許容されないとする B G H の判示に異議を唱えるものである。

これに対して、そもそも Ping-Annie 事例では、「事物思考的な共同意識」を用いずとも、既遂が認められるとする指摘もみられる。それによれば、B G H においては、企業などの組織機構の犯罪行為が問題となる場合には、競合論の問題として、「未遂と既

遂とが法的に関連している限りで、総じて既遂が認められてきた」のであって、本件においても、同様に解されるといふ。⁽²⁸⁾

以上のように、様々な見解が主張されるなかで、錯誤の規範化、規範的評価については、欺罔行為が特定の個人に向けて行われたものであるのか、不特定多数に向けて行われたものであるのかを区分する必要があるように思われる。というのも、前者の場合、いわば「事物思考的な共同意識」の基本的事例においては、現実には被害者を尋問することで、犯行当時の被害者の内心を相当程度具体的に推測するだけの手掛かりが得られているのであって、たとえば、被害者が行為者によって偽られた事実につきまったく関心を寄せていなかった場合や、この欺罔を看破していた場合には、錯誤の存在を否定する余地が考えられうる。その限りにおいて、錯誤の規範的評価は、あくまで事実的な要素である錯誤の補足的な評価手段であるにとどまる。これに対して、不特定多数に向けて欺罔行為が行われた場合、いくら数名の被害者らの尋問が行われたにしても、その余の被害者らの心理的状况についての手掛かりはなんら得られるものではない。⁽²⁹⁾ この場合に、尋問を受けた被害者らにおいて錯誤が存在することから、その余の被害者らにおける錯誤の存在を推測することは、もっぱら純粹規範的な評価とならう。それゆえに、不特定多数に向けて欺罔行為が行われた場合には、錯誤の存在が確認された限りにおいて、詐欺既遂罪を肯定し、その余の被害者らにおいては、かりに交付・処分行為の存在が証明されたとしても、詐欺未遂罪あるいは特別法違反（ドイツにおいてはUWG第一六条一項違反、わが国では軽犯罪法一条三、四号ならびに不正競争防止法二二条二項および同法二二条一項⁽³⁰⁾）にとどめることが相当であるように思われる。個々の詐欺既遂罪、詐欺未遂罪の包括的評価については、罪数競合論の問題として処理されるべきである。⁽³¹⁾ このような帰結は、錯誤要件が事実的な結果要件であって、その存否が規範的ではなく、事実に確認されなければならないことから導かれ、「疑わしきは被告人の利益に（in dubio pro reo）」原則からの要請でもある。

3 欺罔の看破可能性とEU指令にいう「平均的な消費者」像

Abo 事例において、BGHは、EU指令であるGPRRLが「平均的に理性的であり注意深い消費者」を錯誤に陥れるような広告

詐欺罪における被害者の確認措置と欺罔行為との関係性（三・完）（富川）

を禁止すべき旨規定していることとの関係から、ドイツ刑法にいう詐欺罪解釈においても、そのような「平均的な消費者」を錯誤に陥れようような詐術のみが欺罔行為として捉えられるべきかについて、詳細な検討を加え、これを否定していた。EU法が国内法の解釈に、とりわけ、実体刑法の解釈にどのような影響を及ぼすかという問題は、それ自体として興味深いテーマであるが、本稿は、真実主張による欺罔を検討することを主眼としているため、EU法と国内法との関係性について詳細に検討することをせず、「平均的な消費者」像という法形象それ自体が持つ詐欺罪解釈への適用可能性、あるいは有用性について考察を行うこととし、EU法と国内法との関係性、およびEU法が国内実体刑法に与える影響力については、他稿に譲る。⁽²⁵²⁾

EU指令という外在的な必要性を除いた場合に、「平均的な消費者」像を詐欺罪、とりわけ欺罔行為の解釈において採用することは、要求されうるか。そもそも、「平均的な消費者」像を欺罔行為の基準として用いた場合、どのような影響が考えられるか。「平均的な消費者」像の具体的な内容が、平均的な注意力や判断力、平均的に情報を有していることを指していることからすれば、当該基準に従えば、不注意で軽信的な者に対して行為者がなんらかの詐術を用いた場合、平均人であれば、行為者態度が欺罔であることを看過しえた場合には、当該行為は欺罔行為とならないことが考えられる。このような帰結は、伝統的な解釈論においては、刑法にいう詐欺罪が愚か者であっても保護の対象から排除していなかったことからすれば、⁽²⁵³⁾詐欺罪の成立範囲を従来よりも制限することとなろう。

このような詐欺罪の成立範囲の制限については、学説上は、「従来の詐欺罪解釈にとつて馴染みのないものである」と⁽²⁵⁴⁾とされているが、この点に関する議論それ自体は、実際には、Ⅲ章で確認してきたように、被害者の過失が詐欺罪に与える影響として、これまでも重ねられてきた。⁽²⁵⁵⁾そして、BGHにおいては、被害者が「軽信的であったこと、十分に注意深く調査すれば欺罔を認識できた」といった事情は、潜在的な被害者を保護する必要性を排除するものではなく、それゆえに、場合によっては欺罔を排除するものではない」との結論がすでに得られているのである。⁽²⁵⁶⁾学説上も、結論としてEU法にいう「平均的な消費者」像は欺罔行為の判断において考慮されるべきではないとする見解が多数を占めているようである。⁽²⁵⁷⁾そのような見解においては、おおよそ以下の二点が「平

均的な消費者」像に対する批判として挙げられている。

まずは、BGHもAbO事例において触れているように、詐欺罪の保護法益の観点からの批判である。すなわち、詐欺罪の保護法益が個人の財産であることからすれば、まさしく軽微的な者や不注意な者を保護することこそが、詐欺罪規定の使命なのであって、これらの者を詐欺罪の保護領域から除くことは、許容されないと⁽²⁹⁸⁾いう。「平均的な消費者」像を詐欺罪に採用することに対する批判の見解によれば、「平均的な消費者」像とは、そもそも、取引当事者間の行為自由、より具体的には「競争の自由」を保護するための法形象であるという。つまり、「どのような言語的表現であっても、この表現を誤解する受け手は存在する」のであるから、競争経済社会においては、「消費者個人々人の処分自由は、錯誤を導くような説明から、絶対的に保護されるもの」ではなく、その限りで、「個人の処分自由の保護は、制限される」。この限りでは「平均的な消費者」像を用いることで、保護対象を制限することには意義が認められる⁽²⁹⁹⁾。このように、「平均的な消費者」像が個人の処分自由を基礎として展開される概念であるとすれば、この概念によって、詐欺罪の処罰範囲を制限することは、詐欺罪の保護法益を純粋な財産であるとの考えに固執する場合、受け入れられるものではない。とりわけ、ドイツにおいては、詐欺罪の構成要件要素として財産的損害が明文で規定されており、処分自由を保護法益に含めることには強い批判が向けられているから、処分自由という観点から詐欺罪の処罰範囲を制限する主張には、抵抗感が強い⁽³⁰⁰⁾。また、「平均的な消費者」像を用いた場合には、平均以下の消費者、いわば、平均域に達していないという意味での少数派に属する消費者から、刑法上の保護を奪うことになるが、これは、GG第三条一項の平等原則に反する⁽³⁰¹⁾という。

また、明確性の点でも問題が多いという。結局のところ、「平均的な消費者」像は、純粹規範的な概念であって、その「判断はもっぱら裁判官に委ねられ、『被告人はなんらの影響力をも有していない』ことからすれば、恣意的なものといわざるをえず、行為者の予測可能性を著しく侵害するものである⁽³⁰²⁾という。たとえば、不正競争防止法の領域で、BGHは、一五%から二〇%の者を錯誤させるにすぎないような詐術は、不正競争防止法の適用をみない⁽³⁰³⁾としているが、この不正競争防止法でのBGHの判示から、自己の行為が「平均的な消費者」を錯誤させるだけのものであるかどうかを、行為者が判断することは困難である。この明確性に鑑み

た批判は、B G HもAbo事例において指摘した欺罔概念の「過度の規範化」⁽²⁶⁵⁾と同様の問題意識を示すものであろう。

これらの批判に鑑みた場合、なるほど、「平均的な消費者」像を詐欺罪にいう欺罔行為を判断する際の指標と用いることには、問題が多いようにも思われる。しかしながら、これらの批判は、「平均的な消費者」像を用いることへの決定的な批判とはならず、むしろ、「平均的な消費者」像を欺罔行為の判断で考慮することの有用性は高いものと思われる。その有用性は、以下に挙げるように、①欺罔行為概念と錯誤概念との区別、さらには、②客観的欺罔適性の内実の明確化に示される。

まず、「平均的な消費者」像を欺罔行為判断における指標とすることの利点に、①欺罔行為要件と錯誤要件との区別化が挙げられる。前述のように、「平均的な消費者」像を用いた場合、それに照らした欺罔行為の判断は、規範的な色彩を強く帯びるものとなる。というのも、現実には、行為者態度の相手方が錯誤に陥ったか否かという事情は、欺罔行為になんら影響を与えないのではなく、もっぱら具体的状況に置かれた一般人が基準とされるからである。しかしながら、このような欺罔行為の規範化それ自体は批判されるべきではなく、むしろ、従来の欺罔行為の判断においても、とりわけ、推断的欺罔での説明価値を評価する際に、行われてきたものである⁽²⁶⁶⁾。それゆえに、欺罔概念を規範化することにより明確性が損なわれ、罪刑法定主義の観点から問題になるというのであれば、この批判は、説明価値の評価にも妥当しなければならない。しかしながら、説明の受け手が実際になにを理解したのかをもつばら基準として欺罔行為を評価した場合に、とくに前述の「事物思想的な共同意識」において問題が生ずるのは明らかである。

また、B G Hによる欺罔の規範化への批判に対しても、「受け手に錯誤を惹起したというためには、その解釈においては、どのような性質を欺罔が示していなければならないのが自然と問題とされることからして、欺罔の構成要件は規範的に構成せざるをえず、これは欺罔の受け手やその注意深さや用心深さとも結びついているとの反論が可能で」⁽²⁶⁷⁾あろう。むしろ、実際に説明の受け手の実際の理解力や注意力を基準に、欺罔行為の存否を考えた場合、この判断はおおよそ錯誤の存否の判断と等しいものになりうる。欺罔行為と錯誤という両要素は、一般には、それぞれ独立した構成要件要素であることが承認されており、先のB G H二〇〇一年判決においても、「錯誤から欺罔を導くことはできない」と⁽²⁶⁸⁾されていた。すでに確認したように、錯誤は事実的要素であって、現実

に被欺罔者が錯誤に陥ったかどうかが問題とされなければならない。

これに対して、欺罔行為においては、客観的欺罔適性が問題とされ、当該行為者態度が客観的に人を錯誤に陥れるだけの適性を有しているかという規範的判断が重視される。かりに、被欺罔者の実際の理解能力を基準に欺罔行為を考えた場合、「刑法二六三条にいう可罰性が偶然性に、つまりは、利用者が個々の場合に——状況や知的能力、注意深さに応じて——理解することに左右されることに」なり、法的安定性を欠くことになりかねない。⁽²⁰⁾

くわえて、「平均的な消費者」像を参照する意義は、②客観的欺罔適性の内実を明らかにすることにもある。すでに触れたように、欺罔行為を判断する際の要素となる客観的欺罔適性についてのBGHの説明は、不明確さの残るものであった。それゆえに、学説上は、実質的に行為者の主観面によってもっぱら欺罔の存否を判断するものであるとの批判が向けられていたのである。欺罔行為の判断基準として、主観的決定性の有用性は疑問視されるものであったが、それゆえに、客観的欺罔適性の内容が欺罔行為の適正な限界づけにおいては重要な役割を占めるのである。ここで客観的欺罔適性を、「平均的な消費者」を錯誤に陥れるだけの適性とすることで、その内実の明確化に一定の意味が認められる。⁽²¹⁾ すなわち、客観的に人を錯誤するだけの適性を有した詐術とは、平均的に情報を獲得し、かつ、平均的な注意力と理解力を有した者を錯誤させるだけの行為態様を指すのである。その意味では、EU指令にいう「平均的な消費者」像を客観的欺罔適性のなかで考慮する必要性は高いものと思われる。⁽²²⁾

とはいえ、ここにいう「平均」とは、およそ一般抽象的なものを指すのではなく、具体的に問題となっている取引類型を基礎として説明の受け手グループの類型化が求められる。⁽²³⁾ EU指令にいう「平均的な消費者」像においても、あくまで具体的状況に応じた基準が求められている。たとえば、JCGP⁽²⁴⁾第五条二項b文によれば、不正な取引慣行とは、「その手法がその都度の製品の関連して、その手法の対象とされた若しくは対象とされる平均的な消費者の経済的活動又は、その手法が特定の消費者グループに向けられている場合には、そのグループの平均的な構成員の経済的活動に本質的に影響を与える又は本質的な影響を与えるに適した」取引慣行を指す。また同条三項では、取引慣行が「精神的・身体的障害、年齢又はその手法……「中略」に関する軽信性」といっ

たとくに保護の必要のある属性を持つグループに向けられている場合には、そのグループの平均的な構成員を基準にして取引慣行の不正性が評価されるという。本条二項は、「平均的な消費者」像において、説明の受け手の特殊性が考慮されることを、同三項は、とくに個人的な属性としての特殊性の考慮を許容している。それゆえに、「平均的な消費者」像を客観的欺罔適性の基準とする際にも、問題となる取引での典型的な消費者が想定されることが求められる。それゆえ、前述したような被害者の商取引経験の有無なども考慮されるのであって、商人にあっては商人の平均人が基礎とされる。

4 「平均的な消費者」像を基礎とした場合の具体的結論

以上のように、「平均的な消費者」像を欺罔行為の存否において、とりわけ、客観的欺罔適性の有無を判断する際に、基準とした場合、Abo 事例および Ping-Anrule 事例の結論はどのようになろうか。結論からいえば、両事例においては、なお欺罔行為は肯定されよう。というのも、両事例においては、平均的な消費者をもってしても、いまだ行為者態度の虚偽性を看破することは困難であり、つまり、平均的な消費者を錯誤させるだけの適性を有した行為といえるからである。⁽²⁷⁵⁾

まず、Abo 事例では、当該サイトの有償性が平均的なインターネット利用者をして看破可能であったかどうか問題となるが、たしかに、個人データの入力の実必要性は、利用者に対してより用心深く当該サイトを調査するような誘因となる。⁽²⁷⁶⁾ ルート検索などのサービスが他のインターネット上で無償で提供されることが多くみられるという事情が認められるにしても、むしろ、無償であるからこそ、個人の特定が可能な住所や電話番号などのデータの登録が要求されている場合には、平均的な注意力を持つものであれば、その登録の実必要性を批判的に調査することが求められる。しかしながら、当該事例では、この個人データ入力の実必要性が、懸賞応募によって根拠づけられていたのである。⁽²⁷⁵⁾ このように、個人データ入力の実必要性が根拠づけられている以上、利用者はそれ以上の背景を調査する必要はないものと思われる。BGHは、「懸賞への参加をたびたび強調することも……〔中略〕ルート検索の請求に対して代金が発生するとの事実をごまかすことを目的としていた」として、この懸賞応募の存在によって、行為者の

欺罔意図の主観的決定性を根拠づけているようであるが、すでに確認したように、欺罔行為の判断においては、行為者の主観面はおよそ影響を与えるものではないため、この事情は客観的欺罔適性のなかで考慮される。当該事情のもとでは、平均的な利用者に要求されるだけの注意力や理解力を行使していたとしても、当該サイトの有償性を看破することは困難であるといえる。

なお、一部では、「すべての情報がインターネット上で無償で利用できる」との一般的な信頼は保護に値しない」と主張されており、この主張によれば、インターネット利用者はサービスの無償性を調査する必要があるという。しかし、「インターネットサイトの運営者にとって、他の企業のバナー広告による収入や自社のその他の申し出による収益を見込んで、魅力的な無料サービスを行うことで自身のウェブサイトを他者のサイトと比較して際立たせることが求められるのであるから、経済生活においては贈り物など存在しないとの原則は、インターネット上では例外が認められる」といえる⁽²⁷⁾。ただし、かりにサイト運営者が他のサイトの無償サービスとの差異を強調しているような場合には、平均的な利用者をして、サイト利用の有償性を調査するだけの連結点を提示する事情となる⁽²⁸⁾。

なお、インターネット上での取引が問題となる場合の「平均的な消費者」像について、インターネット利用者がネット上の情報を次から次へと瞬間的に選択していき、個別の情報を重視していかないものであるから、インターネット上での平均的な消費者の注意力はどちらかといえば低いものであることも指摘されているが、インターネット取引が一般化している現状に鑑みて、インターネットでの取引における注意力の程度と、現実の取引における注意力の程度とを区別することは、事実在即したものである⁽²⁹⁾。

Ping-Anruf 事例では、携帯電話の不在着信リストに残った電話番号が付加価値サービス番号であるかどうか、平均的な消費者をして看破可能であったかどうか問題となる。この点に関して、まず〇一三七番台から始まる電話番号が付加価値サービス番号であることが、どの程度一般的に周知されている事実かどうか疑わしいものであるし、ここで行為者らは当該番号の前にドイツの国番号である四九をつけていたのであって、一見して、これを付加価値サービス番号であると認識することは、平均的な消費者にとっても困難であったといえる。くわえて、通常は、付加価値サービス番号は、着信専用番号であって、通話発信が不可能な

ものであるところ、行為者らは、特殊なソフトウェアを用いることで、実際に通話発信に用いた番号とは異なる番号を不在着信リストに残していたのである。⁽²⁸²⁾このような事情に鑑みても、当該行為者態度の客観的欺罔適性は肯定される。

Ⅶ おわりに

以上、本稿では、被害者の確認措置と欺罔行為の関係性を明らかにするべく、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て、ドイツでの判例・学説の議論の展開を参照・検討してきた。この真実主張をとま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「真実の主張による詐欺罪」と題する論稿を公表したことをきっかけに、判例・学説上、議論の蓄積がみられるものであった。

まず、Ⅱ章では、真実主張をとま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）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。真実主張をとまなう欺罔の問題は、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。判例上は、B G H が一九七〇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一九九〇年代に入ると変化の兆しをみせ、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 *Mahkopf/Somberg* や *Garbe* らによって、詐欺罪を否定するかつての B G H 決定が批判されるとともに、請求書類似書類送付事例で詐欺罪が肯定されうることを前提に、その可罰性の限界が論じられるようになった。

た。本章での分析からは、**真実主張**をとまなう欺罔の基本問題、すなわち、**①行為者の真実主張に詐欺罪を認めることは罪刑法定主義に抵触しないか**、**②被害者の自己答責性は詐欺罪の成否に影響するか**、**③被害者が商人であった場合と素人であった場合とで詐欺罪の成否に相違が生じるか**、そして**④行為者の錯誤惹起意図は欺罔行為の存否の判断において決定的な要素となるか**、といった問題が明らかとなった。

Ⅲ章では、**真実主張**をとま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。B G Hは、**死亡広告の掲載が問題となった事案（二〇〇一年判決）**で、**請求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**。その後の二〇〇三年判決も**同見解を維持し、被欺罔者が商取引に経験のある者であって、通常人よりも高い注意義務が認められる場合であっても、欺罔行為は否定されないとした**。このようなB G Hの二つの判決に対しては、**学説上、B G H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**。また、**被欺罔者が商人であるか、一般人であるかによって、欺罔行為の判断が左右されるかについても、学説上の議論がみられ、多くの見解がその区別の必要性を否定する一方で、一部では、両者に対する注意義務の相違を理由に、商取引経験が欺罔行為を否定しうる要素となることを主張する論者がみられた**。くわえて、**請求書類送付事例の特殊性を重視し、従来の欺罔行為の判断基準では、適切な処理ができないとして、真実主張をとまなう欺罔行為においては、独自の基準が用いられるべきとする見解も確認した**。

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**。これは、**詐欺罪がコミユ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の帰結であり、とりわけ、「許されざる」との規範的評価**

にあつては、行為者の偽装の程度と並んで被害者の情報収集措置の有無が問題とされる。また、この概念規定を通じて、被害者の確認措置が欺罔行為において決定的な役割を果たすことの理由も示されることとなり、被害者の確認措置と欺罔行為との関係性が明らかになる。すなわち、欺罔行為の定義からして、被害者の情報収集措置が問題となるとすれば、被害者が行為者の言明の真偽を確認する措置は、欺罔行為の判断において重要な役割を果たすことになるのである。

さらに、この欺罔行為の概念規定をもとに、B G H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なおした。IV章で導かれた欺罔行為の判断基準は、真実主張をともなう欺罔に限定されるのではなく、これが欺罔行為の一般概念から導かれたものであることからすれば、他の事案類型でも用いられるべき基準である。

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A B C事例ならびにPing-Anruite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。両事例を分析することから、前章までの検討に加え、さらに、**①** 刑法外規範の違反と欺罔行為の関係性、**②** 錯誤概念の規範化、**③** E U指令 (UGP-RL) にいう「平均的な消費者」像の詐欺罪解釈への影響可能性の三点につき、検討する必要性が生じた。両事例ではともに、行為者の態度は刑法上の評価以前に、行政法等の法規範に抵触する行為であり、B G Hは欺罔行為の根拠づけの際に、この刑法外規範の違反を重視している。しかしながら、刑法外規範がつねに刑法上の可罰性を基礎づけるとは考えられないため、**①** 刑法外規範の違反と欺罔行為の関係性を検討し、刑法外規範が詐欺罪の可罰性判断に影響を与える限界を明らかにする必要がある。また、欺罔の看破可能性が欺罔行為の判断に影響を与えるかにつき、B G Hによれば、錯誤要件は、心理学的な事実であつて、現実被害者が行為者態度をいかに解したかが問題とされるべきであつて、一般人であれば、どのように理解しうるかを基礎とすることは、**②** 錯誤概念の規範化であつて許容されないという。しかし、他方では、B G Hは、錯誤の具体的認定が困難である場合に

は、「事物思想的な共同意識」という法形象を通じて、一般人を基準とすることで錯誤発生を肯定することを認めている。このBGHの両結論は整合するものであるかを問題とした。さらに、EU指令は近時、不正取引というためには欺罔の程度が「平均的に理性的で、注意深い消費者」を錯誤に陥れることが必要であると規定していることと関連して、詐欺罪にいう欺罔の程度も同指令に則したものでなければならぬがBGHにおいて問題とされた。結論として、BGHは両者の関連性を否定したが、BGHが詐欺罪にいう欺罔行為には客観的欺罔適性が要求されるとの立場を採用していたことからすれば、③「平均的な消費者」像と欺罔行為との関係性には、なお詳細な検討の余地が認められた。

VI章では、この三つの問題点につき、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。①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づ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。②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。とりわけ、不特定多数に欺罔が行われた場合には、実際に証人として被害者が尋問され、錯誤に陥っていたことが証明された限りで、詐欺既遂罪が認められるべきで、その余の点については、未遂罪にとどまるものと解される。③EU指令（UGP-RL）にいう「平均的な消費者」像については、一方で、欺罔行為が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。

以上が本稿の概要となるが、私見は欺罔行為を「許されざる情報格差の利用」と捉え、客観的欺罔適性において、とりわけ、被害者の情報収集措置の内容を重視するものであり、いわば、被害者の落ち度が行為者の可罰性・答責性の判断に影響を及ぼすことを正面から認めるものである。もともと、被害者の落ち度（答責性）が行為者の可罰性判断において考慮されるべきか否かについては、詐欺罪のみならず、他の犯罪類型でも問題となりうるし、学説上も、たとえば過失犯の検討においてすでに議論がみられる。被害者の答責性が行為者の可罰性判断において重視されるべきとする私見は、その根拠づけを、本稿では欺罔行為の概念規定から導いており、その限りでは、私見の射程は詐欺罪の可罰性判断にとどまるものである。しかしながら、被害者の答責性と行為者の可罰性が密接に関連するとの結論を、本稿で採用した手法以外にも、導くことは可能である。たとえば、行為者の答責領域を問題とする客観的帰属論からすれば、行為者と被害者との答責配分が検討対象となるから、行為者の可罰性判断において被害者の答責性を考慮するとの思考方法を採用しやすい。あるいは、刑法の謙抑性や補充性の観点から、被害者が自己の法益を行為者の侵害から保護できる場合には、行為者の可罰性は否定されると考える見解、いわゆる被害者解釈学（*Viktimodogmatik*）からは、被害者の答責性は行為者の可罰性判断において中核的な役割を果たすことになる。これらの見解からすれば、本稿での検討とは異なり、被害者の答責性は詐欺罪にとどまらず、広く一般的に刑法上の評価に影響を及ぼすこととなる。そのような理論の可能性については、今後の検討課題としたい。

また、本稿での主張からすれば、詐欺罪の成否を検討するにあたって、各取引類型における平均的な構成員の類型化が必要となるが、各種取引において一般に求められる平均的な情報収集措置の程度に関する個別的な検討は他日を期することとする。

(176) 以下に挙げる Abo 事例、Ping-Anrufe 事例以外にも、電気通信技術を用いた多数に対する真実主張による欺罔の事案類型を紹介するものに、*Scheinfeld* (Fn. 158), 167 (電話景品事例)；*Bosch*, „Moderne Vertriebsformen“ und Schutz des „exquisit Dummen“, in: Joecks ua. (Hrsg.), *FS Samson*, 2010, S. 241 ff. (SMS 事例)。

(177) 本事例は、利用者らにそれと意識させずに定期契約の締結を行わせるものであったため、Abonnement (定期契約) の略称として、Abo 事

例と呼はれてゐる。そのほかにも「Kosten 事例」とか、「Internet 事例」と呼ばれるものもある。

- (17) BGH, Urt. v. 5. 3. 2014, NJW 2014, 2555 = K&R 2014, 579 = wistra 2014, 394 = StV 2014, 665 = JZ 2014, 1060 = MMR 2014, 843. なお「中間手続」として LG Frankfurt a.M. MMR 2009, 421 = K&R 2009, 348. かつ「欺罔行為が認められる」として十分な犯罪行為の嫌疑を否定したのに対して「OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 = GRUR 2011, 249 = MMR 2011, 270 = K&R 2011, 205. かつそれを肯定しており「欺罔行為の可否に争いがみられた。」

- (17) なお、本件の論点は多岐にわたる、財産的損害 (Rn. 37 ff.)、既遂の有無 (Rn. 40)、禁止の錯誤の肯否 (Rn. 41 ff.)、ドイツ刑法二六三条三項二文一号および二号にいう量刑上重く判断されるべき事情 (Regelbeispiel) の適用 (Rn. 44 ff.) が争われているが、本稿では問題関心の相違から、欺罔行為の存在だけを取り上げることにする。

- (18) BGH NJW 2014, 2596, Rn. 16, 17.

- (18) PangV 第一六六項二文「本規則に従って表示につき義務を負う者は、その表示を、提供内容又は広告物にそれと分かるように分類し、容易に認識できるようにし、及び明確に判読できるようにし、又はその他の方法で十分に知覚可能にしなければならぬ。」

- (18) BGH NJW 2014, 2596, Rn. 18.

- (18) 平均的な消費者像の概念を通じて、欧州裁判所 (EuGH) は「平均的に情報を得た、注意力と理解力を有する平均的な消費者 (durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher)」としており (EuGH NJW 2000, 1173, 1174, Rn. 27)、UGP-RL の理由書一八号によれば「相応に十分な教育を受けた、相応の注意力と批判能力を有した平均的な消費者 (Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist)」としてる。

- (18) 上記点については、たゞそれ「Satzger. Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 560. ders. Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 9 Rn. 104. を参照。

- (18) 詳細は後述するが、たゞそれ「Soyka, Einschränkungen des Betrugsstatbestandes durch sekundäres Gemeinschaftsrecht am Beispiel der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, wistra 2007, 127.

- (18) かつ、BGH は EU 法が国内法解釈に与える影響についても詳細な検討を行っているが、本稿では「この点に関する説示は省略した。簡潔に述べると、たしかに「国内の法適用が連合法のすべての評価規定に方向づけられるべきであるにしても……〔中略〕EU 指令に親和的に解釈する義務には限界がある」のであって「UGP-RL の目的と国内刑法における詐欺罪の目的とは異なるものである以上、詐欺罪を UGP-RL に則して「平均的な消費者」を錯誤に陥れる場合にのみ詐欺罪が肯定されると解釈すべき義務は認められないとする (BGH NJW 2014, 2597)。」

- (18) BGH NJW 2014, 2597, Rn. 30.

詐欺罪における被害者の確認措置と欺罔行為との関係性 (三・完) (富川)

- (87) BGH NJW 2014, 2597, Rn. 31, 32.
- (88) LG Frankfurt a.M., Urt. v. 18. 06. 2012 - 27 Kls 3330 Js 212484/07.
- (89) 付言ではあるが、ドイツ刑法では、Strafanzeige と Strafantrag を区別しており（ドイツ刑法一五八条）、前者が純粋な犯罪事実の通知を示すもので、後者も同様に犯罪事実の通知にも関連するが、刑事訴追を行うための嫌疑を基礎づけるものであって、とりわけ、親告罪においては、Strafantrag がなければ刑事訴追がなされない。この意味では、Strafantrag は、わが国にいう告訴に類似した概念であると思われる。その対比から Strafanzeige を告発と訳すことも考えられるが、わが国にいう告発・告訴がその主体によっても区別されるのに対して、ドイツにいう Strafanzeige は、必ず Strafantrag と、ごちゃ混ぜの主体を問わず（*Präziser* in: Dölling/Dutge/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht Handkommentar*, 3. Aufl. 2013, II §158 Rn. 3）。
- (90) BGH NJW 2014, 2597, Rn. 40. ただし、これは被告人にとって不利となる事情ではないので、上告を棄却する理由にはあたらない。
- (91) 本件はほかにも、Lock-Anrufe 事例や Ampingen 事例と呼ばれることがある。
- (92) BGH, Urt. v. 27. 3. 2014, BGHS, 59, 195 = NJW 2014, 2054 = wistra 2014, 310 = MMIR 2014, 630 = StV 2014, 670 = NSZ 2015, 158 usw. Abgesehen davon, dass die OLG Oldenburg (OLG Oldenburg) 判決文中の引用を参照した）が、公判開始を否定し、OLG Oldenburg が十分な犯罪行為の嫌疑を認め、公判開始を命じた（OLG Oldenburg wistra 2010, 453 = K&R 2010, 676 = MMIR 2010, 791）との経緯がある。
- (94) 原語では *Mehrwerdienstnummer* とある。わが国でいうところの情報料代理徴収型サービス、いわゆるダイヤルQ[®]を想起すると、理解に易いと思われる。
- (95) ただし、実際には、連邦通信局の命令により、二〇〇六年二月の時点で、被告人らの用いた電話番号は閉鎖され、二〇〇七年一月には同様に連邦通信局により、当該通話料金の請求および徴収の禁止が命ぜられたため、被告人らに対する支払いが行われなかった。
- (96) なお、本件では欺罔行為の存否のほかに、利得と損害との素材同一性 (Stoffgleichheit) が問題とされているが、本稿では詳述しない。この点について概説すると、ドイツにおいては詐欺罪が財産移転罪 (Vermögensverschubungsdelikt) であることの帰結から、その主観的要件である利得意図に素材同一性が要求されている。このいう素材同一性とは、行為者によって獲得された利益が被害者において喪失された財産から生じたものでなければならず、つまりは、利得と損害とが鏡像的に関係していなければならないことを指す (Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 16. Aufl. 2014, § 263 Rn. 246)。素材同一性に関しては、松宮・前掲注(13)二四七頁以下および樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ロービュー八号（二〇一三年）一九五頁参照。付加価値サービスが電話通信網上で提供される場合、利用者が当該サービスを利用した時点で、そのサービスに対する対価は電話通信網運営者によって当該サービスの提供者に支払われ、その後、電話通信網運営者がサービス利用者に対して通話料にサービス利用料を上乗せして請求することがある（いわゆる、オンライン請求手続）。

Online-Billing-Verfahren)。それゆえに、行為者の獲得した利得は、被害者の財産からではなく、電話通信網運営者から生じているのであり、素材同一性を欠くように思われる。BGHは、本件での決済が前述のオンライン請求手続に基づくものではないとして、素材同一性を肯定し、このPing-Anruf事例での素材同一性の問題については、Brand/Resche, Die Bedeutung der Stoffgleichheit im Rahmen betrügerischer Telefonanrufe, NSZ 2011, 379が詳しい。なお、Brand/Rescheによれば、本件では、素材同一性が否定されるべきであり、電話通信網運営者を被害者とする間接止犯での詐欺（未遂）罪が肯定されることになるように、Brand/Resche NSZ 2011, 382 f.)。

(197) 事実 LG Osnabrückは、公判開始が争われた際に、通話発信行為には、なんらの説明価値も認められないとして、欺罔行為の存在を否定し、ついで。

(198) BGH NJW 2014, 2055, Rn. 13, 14.

(199) TKG 六六条ト第一項「契約者に通話発信を可能にする電気通信サービスを提供する者は、通信接続を行う際に通話発信者の番号として国内電話番号が過不足なく表示され、かつ、電気通信サービスを提供する番号であることがわかるように表示されていることを保障しなければならぬ。……〔後略〕」

(200) なお、付加価値テレフォンスービス番号を通話発信者の番号として表示することは、TKG 第六六条ト（同条一項「発信相手に接続料金を発生させる通話接続（いわゆるR-Gespräche）に基づいて、通話発信者に支払いを行ってはならない。前文に従って通話発信者への支払いを伴うR-Gesprächeサービスの提供は許容されなく」）によって禁止されているが、これは二〇〇七年九月一日の電気通信法規則を変更する法律（Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften）によって発効しており、行為当時には存在しなかった。しかしながら、BGH第三刑事部にすれば、事実審の認定を基礎とした場合、当該行為の禁止は、通信会社の自主規制義務から生じており、付加価値テレフォンスービス番号を貸与する際の契約の一部となっているのであるから、当該行為は行為当時も禁止されていたという。

(201) BGH NJW 2014, 2055, Rn. 15-18.

(202) 11601137番台は、ほかの付加価値テレフォンスービス番号（〇九〇〇や〇一九〇）などと比較しても、たとえば、Vodafoneが〇一七三三番からにはある電話番号を提供しているからすると、通常の携帯電話番号と混同されやすいと、Eiden, Wenn das Handy einmal klingelt, Jura 2011, 863, 867。同旨の指摘は、Kühnel, Neue Technologie und altes Strafrecht: Betrug durch Ping-Anrufe?, Jus 2013, 193。

(203) BGH NJW 2014, 2055 f., Rn. 19.

(204) BGH NJW 2014, 2055 f., Rn. 23. なお、LGの認定によれば、九名の証人のうち、一名が当該電話番号が付加価値サービス番号であることを認識したというが、LGはこの認定に基づき、損害の算定の際に、全体の六六万件の八〇%にあたる五二万八、〇〇〇件において錯誤に基づいた処分行為が行われたとして、五一万七、四四〇ユーロの損害が行為者の行為によって生じたとした。

(205) そのような指摘をする者は、たとえば、Jahn Jus 2010, 1119.

- (206) Abo 事例と請求書類似書類送付事例との類似性に言及するものとして *Eisale* (Fn. 121), 193.
- (207) 上の点を指摘するものに、*タムネ*は *Bosch* (Fn. 176), S. 241.
- (208) *Kühbel* (Fn. 202), 194 によれば、個々の被害額の僅少性は、行為者の阻止関 (*Hemmschwelle*) を低下させる事情であるという。また、これは被害者においては、慎重さを低下させる事情でもあり、行為者にとって *Ping-Anrufe* がメリットの多い手法であることを示しているという。
- (209) *タムネ*は *Ogorek*, *Ping oder Signal Fall* — Vom justizgestützten Missbrauch des Computers —, *myops* 11/2011, 23, 28 44、請求書類似書類送付事例での BGH の判断基準は、*Ping-Anrufe* 事例での転用可能であると述べている。
- (210) 「恒常的な付随認識 (ständiges Begleitwissen)」であろう。詳細は後述 (VI 章) するが、簡潔に述べると、行為者が欺罔した事実について、被欺罔者がまったく表象していなかった場合、当該事実が、法的にみて、あるいは社会通念からして前提とされるべきものである限りでは、錯誤の存在を肯定するとの考えである。
- (211) *Schrieler* (Fn. 11), 158 f. *Schrieler* の見解については、II 章 1(1) を参照。
- (212) *LG Frankfurt a.M.*, K&R 2009, 348, 350.
- (213) *OLG Frankfurt a.M.*, NJW 2011, 398, 400.
- (214) なお、Abo 事例では、刑法典以外の刑罰規定として不正競争防止法 (UWG) 一六条一項「可罰的な広告」(特に有利な契約の申し出という外観を惹起する目的で、公的周知や多数に向けられた通知において、虚偽の言明を通じて人を錯誤に陥れるように広告を行う者は、二年以下の自由刑又は罰金刑に処する) の成否が問題となり、詐欺罪との競合関係も論点となりうる。Abo 事例での UWG 第一六条一項の成否に「さしつかせ」*Brammsen/Apel*, *Strahlbare Werbung für „Abo-Fallen“ — Ein „Sternhinweis“ zur Ergänzung der Betrugsstrafbarkeit*, WRP 2011, 1254; *Apel*, *Keine Anwendung des europarechtlichen Verbraucherschutzes beim Betrug*, K&R 2014, 584. 詐欺罪と UWG 第一六条一項との相違については、*Rubs* (New Wage für das Betrugsstrafrecht, in: *Bernsmann/Fischer* (Hrsg.), *FS Rissing-van Saan*, 2011, S. 567 ff., 576 が詳しくある。なお、*Rubs* によれば、UWG 第一六条一項が、広告の受け手の処分自由を保護する規定であって、抽象的危険犯であるのに対して、刑法という詐欺罪は純粹な財産保護規定であるという。詐欺罪との関係では、広告の存在を構成要件としている点で詐欺罪よりも狭く、法益侵害としての財産損害や危殆化損害を要求していない点で詐欺罪よりも広いものであるという (S. 576 f.)。
- (215) *BGHSt* 51, 165, 170. 本判決については、拙稿・前掲注(54)110二頁以下を参照。
- (216) *BGH* NJW 2014, 2586, Rn. 18. なお、上の点で矛盾していることを指摘するものに、*Rönnau/Wegner* JZ 2014, 1060, 1066. 錯誤概念の規範化であると指摘し、BGH はこの点で矛盾していることを指摘するものに、*Rönnau/Wegner* JZ 2014, 1060, 1066.
- (217) *Stoll*, *JurisPR-ITR* 2/2009 Anm. 3. なお、「一般的に、提供される製品の価格が適正なものであるかどうかは購入者のリスクに属するものである」と言われるが、*Brammsen/Apel* (Fn. 214), 1255) によれば、「価格の透明性に関する『リスク配分』を、売り手の負担領域に強く

認めるものである」という。

(218) 前掲注(19)および(20)。なお、B G H同様に、Ping-Anrufe 事例において、T K G 違反から欺罔行為を肯定する論者に、*Jäger* JA 2014, 630, 631; *Kalibel* (Fn. 202), 195 f.

(219) 同条は、インターネット上で契約を締結する際に購入ボタンをクリックした後には、確認画面が表示されなかった場合には、契約無効を主張できることを規定する。

(220) なお、このように法規違反の存否を中心に欺罔行為を構成する場合、B G Hが認めた「コミュニケーション願望」に関する欺罔には、問題が生じよう。すなわち、B G Hによれば、電話番号を相手方の着信履歴に残す行為には「通常費用での折返電話が可能である」という説明内容とともに「着信履歴に残された番号の所有者が、真摯なコミュニケーションをとろうとしている」との説明内容が介在されているというが、前者の説明価値はT K G違反に基づいて導かれるに止まり、後者の説明価値はT K Gの趣旨からすれば、本法律から根拠づけられるものではないように思われる。というのも、T K Gは、たとえば、いたずら電話といったコミュニケーション要求を伴わない通話発信を禁止しているわけではないからである。もちろん、B G Hにいう規範的観点は、もっぱら法規によつてのみ形成されるわけではなく、行為者態度の説明価値は商取引における一般的な考え方からも導かれるのであるから、関連法規がないことが即座に規範的観点に照らして説明価値が否定されるわけではない。また、実際に、B G Hもコミュニケーション要求に関する説明価値を論証する際に、関連法規を示すことなく、不在着信が「一般的見地」からどのように解釈されるかを検討している。ただし、このように解したとしても、詐欺罪にいう欺罔行為が、法益の観点からして、財産との関連性が問題とならなければならないとのドイツの理解からすれば、それ自体としては財産との関連性をもたないコミュニケーション要求にかかる虚偽は、詐欺罪にいう欺罔行為を構成しないとも考えられる (*Mayer-Lutz*, Die konkludente Täuschung im Betrug, 2013, S. 242 f.; *Mayer-Lutz/K. Schumann* ZfW 2013, 10, 13 f.)。

(221) *Krack*, Betrug durch das Betreiben von Abfallen, ZfS 2014, 536, 539.

(222) なお、Button-Lösungにかかる規定は、本件行為後の二〇一二年にドイツ民法三三二条a [撤回権 (Widerrufsrecht)] 第二項から四項に制定され、現行規定は二〇一四年改正後のものである。

(223) *Krack* (Fn. 221), 539.

(224) *Eisels* (Fn. 121), 197.

(225) *Krack* (Fn. 221), 539.

(226) T K G 第六六条 a 「価格表示」 「エンドユーザーに対して、プレミアムサービス……「中略」を提供又はそのための広告を行う者は、当該サービスの請求につき、その請求額が時間に応じて変化する場合には、分ごとに発生する請求額を、時間によって変動しない場合には、請求ごとの請求額を、売上税 (Umsatzsteuer)」、その他の価格構成要素を含めて表示しなければならない。価格を表示する際には、当該価格は、十分に

詐欺罪における被害者の確認措置と欺罔行為との関係性 (三・完) (富川)

判読可能で、明白に視認可能な形で、かつ通話番号と直接的に関連させて、表示されなければならない。通話番号を表示する際には、価格の表示時間は、電話番号の表示時間よりも、短くてはならない。継続的關係が締結される場合には、その旨が表示されなければならない。……〔後略〕

- (227) たといえ、*Cramer/Perron* (Fn. 118), § 263 Rn. 14, 15。日本においても、不真正不作為があくまで例外的な処罰拡張に鑑みれば、作為の有否が検討されたのちに、作為義務違反に基づく不作為の肯否が検討されるべきとの主張がみられる（林・前掲注(7)1131頁）。なお、これに對して、作為と不作為との優先關係を問題視することなく、不作為による欺罔を検討するものとして、*Zimmermann* FD-StrRf. 2010, 308037。
- (228) この点に関しては、拙稿・前掲注(8)二八六頁以下および二九五頁以下を参照。
- (229) これに対し、*Meyer-Lux/K. Schumann* (Fn. 220), 15 f. は、不作為による欺罔を Ping-Anrufe 事例で否定する。それによると、TKG 第六六条までの価格通知義務は「サービスが提供又は告知する」場合にのみ課せられているのであり、Ping-Anrufe 事例では、「単に電話番号を相手方の不在着信リストに残すだけでは、いまだどのような具体的なサービスが行為者によって申し述べられているかは、認識可能ではないから〔傍点は原文中イタリックによる強調〕、これはサービスの提供にはあたらないという。たしかに、サービスの広告には該当するが、サービス提供者は最初の通話発信時に、折返通話の価格を表示することができなかったのである」から、法は不可能を強いない（*ultra posse nemo obligatur*）という一般原則に従って、詐欺罪にいう告知義務は基礎づけられないという。同様に、着信を受けた者が折返電話を行う前に、行為者には価格表示を行う技術的な可能性がなかつたを指摘して、告知義務を否定するものに、*Eiden* (Fn. 202), 866。
- (230) *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), StGB Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 82, 84 *Cramer/Perron* (Fn. 118), § 263 Rn. 21。
- (231) *Eiden* (Fn. 202), 866。
- (232) *Kirnhäuser* (Fn. 13), § 263 Rn. 168; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 37. Aufl. 2014, Rn. 504, 544; *W. Fritsch*, Funktion und Inhalt des "Irrtums" im Betrugstatbestand: Zur dogmatischen Bedeutung des Opferverhaltens in § 263 StGB, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), FS Bockelmann, 1979, S. 647, S. 650 にそれぞれ、錯誤要件は「被害者の財産の危険源を示す機能」を有するもの。また、ドイツにおける詐欺罪の錯誤要件に関する問題点をまとめた近時の論稿として、*Romann/Becker*, Grundwissen – Strafrecht: Der Irrtum beim Betrug (§ 263 StGB), Jus 2014, 504。
- (233) 前田・前掲注(32)七六七頁以下や齋藤・前掲注(7)一三六頁など。
- (234) BGH NJW 2003, 1198, 1199。対多数取引の特殊性については、BGH NSZ 2007, 213 を参照。
- (235) ただし、BGH は、近時、「判決理由においては、どのような誤った表象が当該人において生じており、かつ、この表象が財産処分行為に關連していたことが認定され、示されなければならない」と、「通常は、錯誤した人を突き止め、公判において犯罪行為に關連する表象を取り調べる

ことが必要とされる」が、「もちろん、これは例外なく妥当するものではない」、「処分行為者の表象が規範的に形成されているといえる場合には、数名の証人を尋問することで足りる」のであって、「その証言が錯誤の存在を証明するものである場合には、その他の処分行為者における錯誤惹起も推測される」(236)でも指摘している(BGH, Urt. v. 22. 11. 2013, BGHSt 59, 75 = NJW 2014, 1604 = NSZ 2014, 215 = wistra 2014, 97, 98)。

(236) Köhler (Fn. 202), 197, あるいは Vergho (Fn. 174), 89 44 虚偽広告を禁止する UWG と詐欺罪との相違について、詐欺罪における錯誤が純粋事実的に決定される点に認められるとする。Vergho によれば、「不正競争防止法にいう『錯誤やせる (Irrführung)』という概念は、欺罔と錯誤の区別をしておらず、両要素を混ぜ合わせたものである」のに対して、「詐欺罪において錯誤は独立要件であることがうかがう」。

(237) BGH NJW 2014, 2597, Rn. 30.

(238) もともと、この BGH の自己矛盾については、Abso 事例の判示においても、BGH が「過度の規範化」を否定しているのであって、錯誤の規範的評価それ自体を否定しているわけではないと読むこともでき、BGH の見解は矛盾はないと捉えることもできよう。そのように考えた場合、問題となるのは、錯誤の規範化が許容される限界である。この点、Römann/Wegner (Fn. 216), 1066 によれば、「刑法二六三条の制限的な解釈が支持されないような場合にのみ〔傍点はイタリックでの強調〕、錯誤の規範化が、平均的な消費者を詐欺罪に導入しないことの論拠になる」という。

(239) Rengier (Fn. 196), § 263 Rn. 40. Rengier 44 45 を「積極的な誤った表象 (positive Fehlvorstellung)」と名づけている。わが国においても、錯誤は「観念と真実との不一致」(前田・前掲注(12)七六六頁)や「思い違い、すなわち、事実と認識の不一致」(林・前掲注(7)二三三頁)とされ、この定義はドイツのものとは異なる。

(240) この点に着目して、作による欺罔と不作為による欺罔とは、被害者の錯誤の要因や錯誤惹起時点によって区別されるとの主張がなされる。ドイツにおいては、Lackner (Fn. 22), § 263 Rn. 88. わが国においては、吉田敏雄著・斉藤誠二編『刑法各論』〔第4版〕(八千代出版、一九九〇年)一九四頁、山中敬一『刑法各論』〔第2版〕(成文堂、二〇〇九年)三二七頁、齋藤・前掲注(7)二三五頁など。詐欺罪における作と不作為の区別については、拙稿・前掲注(54)二〇〇頁以下、二〇九頁以下。

(241) 先に挙げた飲食店の事例とは異なり、無賃乗車の場合には、詐欺罪が否定されている。この場合、錯誤が肯定されるのは、「少なくとも、車掌が何者かが『無賃乗車者』として乗車したかどうかを尋ねた場合に限られる」(Römann/Becker (Fn. 232), 505)。わが国においても、「列車や劇場に忍び込み、運転手や興行者がそれを知らずに列車を発車させ、あるいは演劇をはじめたとしても、この役務の交付は、錯誤によってなされたものとはいえない」とされる(平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、一九七七年)二二三頁)。

(242) BGH NJW 2014, 2055 f., Rn. 23.

(243) Römann/Becker (Fn. 232), 505 によれば、「事物思考的な共同意識」というカテゴリーは、「……〔中略〕どちらかといえば無意識のカテゴリーに分類され、したがって……〔中略〕誤った表象は、この場合では、『錯誤の……筆者補足』擬制として証明されることになる」という。とは

いえ、もちろん、ここでは、被害者が欺罔を現実に見破し、錯誤に陥らなかつた場合でも、「事物思想的な共同意識」の概念によって錯誤の存在が肯定されるわけではない。そのように解した場合、詐欺罪が自己の（形式的）意思に従った交付・処分行為を構成要件としていることの意味が消失する」となる。

(244) *Krack* (Fn. 221), 54L (11) v. *Krack* が従来の BGH の立場を示すものとして挙げたのは、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、いわゆる *Hoyer* 事例である（本事例の詳細については、拙稿・前掲注(24)二〇二頁以下）。本事例では、行為者と応対した売り場の従業員においては、試合の不正操作を表象していたかどうかは疑わしいであつて、下級審においても、現実には当該従業員がどのような表象を有していたかについての証拠評価はなされていなかった。

(245) *Hecher/H. F. Müller*, *Europäisches Verbraucherrecht und Schutz vor irreführenden Geschäftspraktiken am Beispiel sog. "Internet-Kostenfallen"* aus *lauterkeits- und betrugsstrafrechtlicher Sicht*, ZWH 2014, 329, 334.

(246) BGHS 34, 199, 201 f. 前掲注(26)参照。

(247) いわゆる「非本来的組織犯罪（uneigenliches Organisationsdelikt）」である。これは、犯罪行為の実行をもつばらまたは部分的に目的とする企業内において複数関与者が協働した際に、広義の共犯者ら（共同正犯、間接正犯、ほう助犯）が、当該企業の営業活動の一環として行った複数の犯罪行為は、企業体として行われた犯罪行為としてドイツ刑法五二条一項にいう所為単一（Tateinheit）として当該関与者に帰属される（*vgl. Krick in: Joecks/Miabach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* 2. Aufl. 2014, § 299 Rn. 41; *Sternberg-Lieben/Bach in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar* 29. Aufl. 2014, Vor § 52 ff. Rn. 17 a)。

(248) *Cornelius*, *Betrugsstrafbarkeit von "Ping-Anrufen"*, NJW 2014, 2054 ff., 2057.

(249) 近時、BGH, *Beschl. v. 4. 9. 2014*, NStZ 2015, 98 = K&R 2015, 124 = wistra 2015, 100 は、「錯誤を認定する際に、裁判官が証人の証言を根拠とせずに、外在事情および一般的な経験則から錯誤を導いたとしても、これは法的瑕疵とはいえない」としているが、妥当な判断とは思われな。

(250) *Ping-Anrufe* 事例のような場合に、わが国では、さらに有線電気通信法一五条違反が問題となる。

(251) この点については、わが国の最高裁は、街頭募金が問題となった事例で、行為態様、行為の連続性、行為者意思の個数等々から、全体として包括一罪を肯定している（最決平成二三年三月一七日刑集六四卷二号一一一頁。この場合の罪数関係に關係する帰結は別として、たしかに街頭募金が問題となる事例では、被害者ごとの特定は困難となるが、前述のように錯誤が事実的結果要件であることからすれば、錯誤の事実的な認定が必須となり、これが確認された限りで既遂罪が肯定されるべきであり、その余の部分については、詐欺未遂罪あるいは量刑上考慮される（亀井源太郎・判例セレクト二〇一〇「I」〔法教三六五号別冊付録〕三三三頁）にとどめるように思われる。なお、この点に関する問題は、検討が必ずしも十分とはいえないため、競合論を踏まえ、再度、他日を期して検討を試みたい。

- (22) 1点 UGP-RL と国内法との関係性については、たよんは、*Ruhs* (Fn. 214), S. 567 ff. (EU指令に則した詐欺罪解釈全面支持)；*Verghe* (Fn. 174), 86 (肯定)；*Soyka* (Fn. 185), 127 (全面支持)；*Hecker*, *Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts – Europäisierung des deutschen Täuschungsschutzstrafrechts am Beispiel des Lebensmittel-, Wettbewerbs- und Betrugsstrafrechts*, 2001 (部分的支持)。
EU法が持つ国内実体刑法と同一一般の影響可能性については、*Römann/Wegner*, *Grund und Grenzen des europäischen Rechts auf das nationale Strafrecht – ein Überblick unter Einbeziehung aktueller Entwicklungen* – GA 2013, 561 ff. を参照。
- (23) 1点 点ごとのコメントの議論はすべてIII章にて参照した。わが国での判例、通説にはコメントを立場でもとてと思われ(前掲注10)参照)。
- (24) *Ruhs* (Fn. 214), 579.
- (25) たよんは、II章(1)で取り上げたBGH一九七九年決定以前に於て、*Anelung*, *Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug*, GA 1977, 1 ff. 及び、すべてのコメントを取り上げ、ついで、*Anelung* は、たよんは、プロンセン刑法典の立法者から、軽信のコメントをこいひも刑法上の保護に値するとの態度決定を示していることと、*Anelung* GA 1977, 9)。
- (26) BGH NSZ-RR 2004, 110, 111.
- (27) 筆者のみる限り、「平均的な消費者」像を詐欺罪におおむね参照せず、たよんは、たよんは、たよんは、*Bosch* (Fn. 176), S. 241；*Brammsen/Apel* (Fn. 214), 1254；*Erb* (Fn. 175), 368；*Apel* (Fn. 214), 584；*Krack* (Fn. 221), 538；*Verghe* (Fn. 174), 86；*Römann/Wegner* (Fn. 216), 1060, 1)を比較して、結論として「平均的な消費者」像が詐欺罪におおむね参照されることを、たよんは、たよんは、*Soyka* (Fn. 185), 127；*Schnefeld* (Fn. 158), 167；*Ruhs* (Fn. 214), S. 567 ff.；*Gaede*, *Die objektive Täuschungsgesinnung als Ausprägung der objektiven Zurechnung beim Betrug*, in: Heinrich ua. (Hrsg.), *FS Roxin zum 80. Geburtstag*, 2011, Bd. 2, S. 967 ff.；*N. Müller*, *Strahbarkeit wegen versuchten Betrugs durch Anbieten eines verdeckt kostenpflichtigen Routenplaner-Abonnements im Internet*, NZWiSt 2014, 387；*Hecker/H. F. Müller* (Fn. 245), 329.
- (28) *Brammsen/Apel* (Fn. 214), 1255.
- (29) *Verghe* (Fn. 174), 87.
- (30) つれに対して、わが国において、詐欺罪の保護法益を処分自由と捉える見解に、たとえば、菊池京子「詐欺罪における財産上の損害についての一考察(一) 東海法学一九九八年(一九九八年)七七頁以下、足立友子「詐欺罪における欺罔行為について(五)」名古屋大学法政論集二二五号(二〇〇六年)三九二頁以下、四一六頁。
- (31) GG第三条一項「すべての人には法のもとに平等である」。
- (32) *Verghe* (Fn. 174), 88.
- (33) *Verghe* (Fn. 174), 88 f.
- (34) BGH WRP 2004, 225, 226.

詐欺罪における被害者の確認措置と欺罔行為との関係性(三・完)(富川)

- (265) BGH NJW 2014, 2597, Rn. 30.
- (266) 上の点については、拙稿・前掲注(54)二〇一頁以下。
- (267) N. Müller (Fn. 257), 395.
- (268) BGHS 47, 1, 5.
- (269) N. Müller (Fn. 257), 395.
- (270) 近時、わが国において、「当該取引の相手方が事実上反した想定を惹起する一般的な可能性が低い場合には、それにもかかわらず相手方が錯誤に陥っても、それは相手方の勝手な思い込みであって『欺罔』は認められない」として、類例の主張をするものに、松宮・前掲注(5)五三三頁以下。
- (271) 客観的欺罔適性を客観的帰属論のなかで中核的な考慮要素となることを示したうえで、「この客観的欺罔適性を「平均的な消費者」像に照らし判断するべき」とを主張するものとして、Gaede (Fn. 257), S. 983 ff.
- (272) その意味で、BGHが、「平均的な消費者像にも、特別に注目されるべき基本的理想像が基礎とはされていない」のであって、「状況に応じて相当な注意力を持った消費者という観点が標準となる」と指摘している点は、賛同されるべきである(BGH NJW 2014, 2597, Rn. 31)。しかし、後述(本章4)するように、インターネット上で取引を行う消費者が、通常取引の場合よりも、その判断能力や注意力の点で劣ったものと考えられることは、否定できない。
- (273) Abo 事例では、さらに主張するものとして、Hecker/H. F. Müller (Fn. 245), 331. Ping-Anruete 事例では、Eiden (Fn. 202), 867.
- (274) N. Müller (Fn. 257), 400 は上の事情を重視して、「個人データの記入が要求されている場合には、その利用者に責任を負わせることが適切であるように思われる」とする。
- (275) Hatz, Die Strafbarkeit von sog. „Abotfällen“ im Internet, JA 2012, 186, 188. また、OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 388, 401.
- (276) BGH NJW 2014, 2596, Rn. 17.
- (277) LG Frankfurt a.M. K & R 2009, 348, 350.
- (278) Hecker/H. F. Müller (Fn. 245), 331.
- (279) Hecker/H. F. Müller (Fn. 245), 331.
- (280) OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398, 400, Rn. 40.
- (281) N. Müller (Fn. 257), 395. Hecker/H. F. Müller (Fn. 245), 331 も「インターネット利用者の知的能力が平均的な消費者よりも低いものであることは、まったく想定されな」とする。
- (282) 前述のように、Ping-Anruete 事例においては、説明価値の内容が、コミュニケーション願望と把握されるべきか、定額以上の通話料金が発

生しないものと解されるべきかについて争いがみられたものの、この着信専用番号を発信番号として不在着信リストに残すこと自体が欺罔行為と認められる (Cornelius (Fn. 248), 2057; *Kunhel jurisPR-StrafR 16/2014 Anm. 2*)。

(本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍)