

いわゆる乞食詐欺と寄附詐欺における「無意識の自己加害」
について

——「処分行為の自由」をめぐる問題性——

菊池京子

I はじめに

詐欺罪は、人を欺罔して錯誤におちいらせ、その錯誤に基づく財産的処分行為をなさしめて財物を取得し、または財産上不法の利益を得ること（もしくは他人をしてこれを得させること）によって成立する⁽¹⁾。すなわち、行為者が、欺罔行為によって財物・財産上の利益を取得するためには、その間に被欺罔者の瑕疵ある意思に基づく財産的処分行為が介在しなくてはならず、この点がまた、詐欺罪の本質的な特徴となっている⁽²⁾。

この、被欺罔者の、財産の減少を自ら生じさせるよう

な処分行為をめぐる、すなわち被欺罔者の自己加害をめぐって、ドイツでは、特に、無償で給付する場合の詐欺罪の成否（財産上の損害の有無）に関わる問題領域での議論が止まない。それは、とりわけ次のような二つの立場から論じられている。ひとつは、被欺罔者が、自らの処分行為が財産を侵害するようなものであることを知っていようとまいと、詐欺罪はあらゆる自己加害の場合において問題となるとする立場である。もうひとつは、被欺罔者が、自らの処分行為が財産を侵害するようなものであることを知らない場合、すなわち被欺罔者の無意識の自己加害の場合にのみ詐欺罪は問題となるという立

場である。

しかし、我国においては、たとえば債権証書を請願書だと騙して署名させるような場合に、被欺罔者は自らの処分行為が財産的処分行為であることを認識していなければならぬのかどうかという問題が触れられるに止まり、更に自らの処分行為が財産に損害を与えることまでも認識しているような場合については、ほとんど論じられていない。わずかに福田教授がこの点について触れられ、次のように書かれている。

「なお、詐欺罪の成立に、処分行為の結果が自己の財産に損害を惹起することの認識を必要としないこともちろんであるが、逆に、処分行為の結果が自己の財産に損害を惹起することまで認容があったときは、詐欺罪が成立するであろうか。このばあいは、財産的処分行為が錯誤にもとづかないばあが多い。……しかし、欺罔によって錯誤におち入ったが、その錯誤にもとづく財産的処分行為が自己の財産に損害を生ぜしめるものであることを認識・認容しているばあいもありうる。たとえば、不具者だといつわって相手方をだまして金をえればあ、相手方は、その者が不具者であるとおもった点に錯誤は

あるが、金をあたえる行為によって自己の財産が減少する点については認容している。このばあいにも詐欺罪は成立するものといえよう。もっとも、上の例のばあ、不具者といつわり物乞いをする行為が、社会的相当性の観点からみて、詐欺罪の『欺罔』といえない程度のものであれば、このばあいには、『欺罔』行為が存在しないのだから詐欺罪が成立しないこともちろんであるが、これは別論である。」

ここに福田教授が示された例は、まさにドイツで自己加害をめぐる問題としてとりあげられている無償の給付の場合（いわゆる乞食詐欺、寄附詐欺）である。そして、この例の場合には、ドイツでも詐欺罪を認める見解が支配的である。

この問題が我国でとりあげられる機会がなかったのは、ドイツと我国の詐欺罪の条文が異なるためであろう。ドイツでは、条文によって、財産上の損害が発生することが必要とされていることから、自己加害の場合に財産上の損害がどう評価されるかが重要な問題になる。他方、財産上の損害が発生することが条文に明記されていない我国では、必然的に看過されてきたのであろう。また、

福田教授も述べられているように、先の例のような程度の欺罔行為では、詐欺罪の「欺罔」にあたらなないとされる場合も多く、実際に、起訴にもちこまれるに至らないものであるとも言えよう。⁽⁶⁾しかし、ドイツでの議論に見られるように、財産上の損害を金銭価値を基準とした全体財産の減少と把握することの当否は別として、詐欺罪が財産犯である以上、財産が侵害されること、すなわち財産上の損害がどこに求められるかは重要な問題である。とりわけ従来、詐欺罪の保護対象から厳格に排除されてきた「処分行為の自由」との関係から、詐欺罪の保護法益の再検討を試みようとする場合、ドイツで論じられている問題点にそって検討を進めていくことは必要であり、かつ意味のあることと思われる。⁽⁷⁾この点から、本稿は、無償の給付が問題となる、いわゆる乞食詐欺と寄附詐欺の場合について、ドイツで論じられている無意識の自己加害の考え方を紹介し、あわせて検討を試みるものである。

II

詐欺罪は、被欺罔者が、自らの処分行為が財産を侵害

するようなものであることを知っている場合（意識的自己加害 *bewusste Selbstschädigung*）にも問題とされるのか、それとも被欺罔者がそれを知らない場合（無意識の自己加害 *unbewusste Selbstschädigung*）にのみ問題とされるのかという議論は、とりわけ、被欺罔者が無償で財産価値を給付するような場合（乞食詐欺、寄附詐欺の場合）に詐欺罪が成立するかどうかをめぐってなされている。⁽⁸⁾

問題となる乞食詐欺 (*Bettelbetrug*)、寄附詐欺 (*Spendenbetrug*) とは次のような場合である。⁽⁹⁾

〔I〕 (a) 身体に障害のある乞食だといつわられて、その乞食の苦境を救おうと施しをしたが、実際には、その乞食は障害もない単なるベテン師であった場合（乞食詐欺）

(b) 慈善を目的とした募金であるといつわられて寄附をしたが、実際には、その募金集めは、単に個人のおとこをうるおすためのものであった場合（寄附詐欺）。

〔II〕 実際には慈善を目的とした募金において、隣人はすでにかなりの金額を寄附しているといつわられて、

後れをとりたくない一心で寄附をした場合（寄附詐欺）。

詐欺罪の成立には、被欺罔者の自己加害が意識的なものであろうと無意識のものであろうと問わないとする立場からは、上述のいずれの場合にも詐欺罪が認められる。

他方、詐欺罪が成立する場合を被欺罔者の無意識の自己加害の場合にと限定する立場からは、上述の「I」については詐欺罪が認められ、「II」については詐欺罪が否定されるのである。

それでは、先ず、この問題についての判例の見解から見ていこう。

(1) 従来、判例は、詐欺罪の構成要件に明記されていない、この無意識の自己加害という一定の制限を認めず、乞食詐欺、寄附詐欺のあらゆる場合において常に詐欺罪の成立を認めてきた。⁽¹⁰⁾ すなわち、被欺罔者は自らの交付に関して何ら経済的な反対給付を受取っていないという事実から財産上の損害が明らかとなり、財産上の損害を生じさせるような被欺罔者の処分行為は欺罔行為によって惹起されたものであるということから、詐欺罪の成立が認められる、とするのである。⁽¹¹⁾

それでは判例の見解として、一九五二年のバイエルン高等裁判所判決を見てみよう。⁽¹²⁾ この判決は、前述「II」の寄附詐欺の事件を扱っているところから、重要な判決としてしばしば文献に引用されるものである。

〔事案〕

Aは、寄附に対する熱意をおるために、かなり高額な、でたらのめ寄附金額を寄附金リストに記入し、それを見せてBらに寄附を頼んだ。それによってBらは、彼らの自由な意思によらないで、かつ、彼らの経済状態にふさわしくない金額を寄附させられた。

バイエルン高等裁判所はこの事案について次のようにいう。Aの欺罔手段は、高額の寄附金額を記入することによって事実を遠ざけ、「取引上の通常の嘘」の範囲を越えたものである。Aは、記入された金額を正しいものと見なしたBらに、事実と符合しない表象を生じさせ、Bらは、欺罔されない場合に寄附したであろう以上の金額を交付させられたのである。その限りにおいて、Aは、たとえBらが反対給付を期待しなかったとしても、Bらの財産を侵害したのである。なぜなら、被欺罔者が、彼の財産的処分行為が損害を生じさせるような作用を持つ

ものであることを意識している場合に、詐欺罪の構成要件は問題とならないわけではないからである。Bらは、まさにAによって生じた錯誤に基づいて、錯誤しなければ払ったであろう以上の高い金額を支払わされるに至ったのである、と。

この判決からも明らかのように、判例は、一貫して、無償の給付のあらゆる場合に財産上の損害を認め、被欺罔者が、彼の処分行為が財産を侵害するようなものであることを意識していたとしても、詐欺罪の因果関係は否定されないという立場をとるのである。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

このように判例が、前述〔II〕の場合においても詐欺罪の成立を認めることに対して、無意識の自己加害の考え方を支持する学説は、概ね、次のように批判する。すなわち、意識的な自己加害の場合にも詐欺罪の成立を認めることは、乞食詐欺、寄附詐欺のあらゆる場合を（前述〔I〕の場合のみならず〔II〕の場合にまでも）詐欺罪として処罰することとなり、したがって、詐欺罪は、被欺罔者の処分行為の自由を保護することになる、と。

それでは、果たして、無意識の自己加害とは何であるのか、詐欺罪を無意識の自己加害の場合にと限定するの

は何のためなのか、また、どのような場合に無意識の自己加害の考え方がその機能を果たすのか等に視点をあて、以下、無意識の自己加害の考え方を支持する学説上の見解を見ていこう。

(2) 詐欺罪は無意識の自己加害の場合に問題となるとする見解は、すでにビンディング、フランク、E・シユミットらによっても主張されている⁽¹⁵⁾。その理由づけは、意識的な自己加害の場合には、錯誤と侵害的な財産的処分行為間の因果関係が中断されるという点に求められている。

すなわちビンディングは、「被欺罔者のこの行為は、彼個人の、あるいは彼の処分権の支配下にある財産権を直接的に侵害するものでなければならず、また、彼は、この処分行為の侵害性を、錯誤の結果、誤認するのでなければならぬ。すなわち詐欺罪は、現存の欺罔行為と侵害的な行為間の因果関係を必要とするのである。被欺罔者が、その行為が彼もしくは（彼によって―筆者注）代理される者を侵害するであろうような場合に関しても意識的に行為をするのであれば、この因果関係は中断され、既遂の詐欺罪は問題とならなくなる。」と述べる⁽¹⁶⁾。

また、フランクは、彼自身の「遡及禁止 (Regress verbot)」の理論に基づいて、「この場合に財産を侵害するのは欺罔者ではなく、被欺罔者自身である。」と述べ、詐欺罪の成立を否定するのである。⁽¹⁷⁾

しかし、このような因果関係中断論や遡及禁止の理論がもはや受入れられていないものであることは敢えて言うまでもなからう。判例が一貫して意識的な自己加害の場合でも詐欺罪の因果関係は否定されないとしたのも、当時、このように、因果関係の中断を理由として詐欺罪の成立を否定する見解が支配的であったからだと言えよう。それに対して近年、無意識の自己加害の考え方を支持する論者は、この問題を、因果関係の問題としてではなく、目的不達成 (Zweckverfehlung) の理論との結びきの中で論じている。

この目的不達成の考え方を主張する者として、一番に挙げなくてはならないのはガラスであろう。ガラスは次のようにいう。⁽¹⁸⁾

無償の給付が一定の社会的目的のためになされる場合、給付の実質的な意味は、専ら、給付する者によって給付に付け足された、社会的目的にしたがって決定されるの

である。それ故に、社会的要因をも含めた経済的な考察によれば、この目的が達成される場合、財産構成要素の減少があっても損害は排除される。したがって、慈善的行為であることが予め示されている場合でも、慈善的行為がそれ自体として自己加害になるのではない。寄附がその目的を達成せず、それ故に、意味のない(不経済な)交付となってしまう場合に始めて自己加害になる、と。

そして、判例の見解に触れて、更に次のようにいう。寄附する者が、なるほど、欺罔行為によって交付をさせられてはいるが、その交付の社会的目的が達成されている場合、例えば、慈善の目的で寄附を集める者が、他人に後れをとりたくないと思っっている相手方に対して、他の人はすでに寄附をしてくれたといつわって(その財産状態にふさわしい)寄附をさせるような場合、(判例の見解との一筆者注)相違は重要となる。判例はこの場合にも詐欺罪で処罰しなければならず、したがってこの点に関しては、単なる愛情利益 (Affektionsinteresse) をも考慮せねばならない。逆に、ここで主張されている見解によれば、財産上の損害がない。というのも、その寄附は社会的な目的を達しており、経済的に意味のある

交付となつてゐるからである、と。

ガラスが示すように、この目的不達成の理論は、まさに前述〔I〕の場合と〔II〕の場合とを完全に切離す点において機能するものであることがわかる。すなわち、あらゆる動機の錯誤が損害を理由づけるのではなく、あらゆる動機の錯誤が損害を理由づけるのではなく、「給付に内在する、経済的に重要な目的の不達成⁽¹⁹⁾」というものだけが損害を理由づけるものであることが主張されてゐるのである。⁽²⁰⁾

この目的不達成の理論を、機能的関係 (funktionale Beziehung) という考え方により、更に確実なものとして論じてゐるのはシュレーダー⁽²¹⁾である。シュレーダーは、詐欺罪の構成要件の各メルクマールを、詐欺罪の不法に關して特有な方法で互いに結付けるような特別な機能的關係というものを要求する。すなわち、次のようにいう。詐欺罪の場合、欺罔行為、錯誤、処分行為、損害というメルクマール、ならびに、それらの間の因果關係が確認されれば個々のケースが片付くわけではない。むしろ、これらのメルクマール間に、詐欺罪の条文の意味から明らかになる機能的關係、つまり、各々のメルクマールをより接近させて實質的に定義づけるような機能的關係が

存在するのである。錯誤が侵害的な処分行為を惹起したということでは十分ではない。もし十分であると論証するならば、詐欺罪が処分者の自由に対する犯罪であるという解釈をすることにならう。行為者にとつての欺罔行為は、彼の被害者から、彼の処分行為の経済的あるいは——特に——社会的意味についての意識を取り去るのに役立つものでなければならぬ、と。

ヴァイデマンも「被欺罔者に対して、彼の処分行為の財産侵害的性格をカムフラージュするような錯誤のみが重要である」として、この機能的關係を強く主張し、バイエルン高等裁判所判決の事案について次のように述べる。⁽²²⁾

(事案のように——筆者注) 処分行為者がある目的を追及している場合に、獲得される目的が特別な反対給付なしにあげられるのであれば、機能的な關係はなく、したがって、すでに損害はない。それに対して、目的が達せられなかったならば、欺罔行為・錯誤と処分行為・損害間に機能的關係があり、損害が生じてゐる、と。

更に、クラマーは、乞食詐欺と寄附詐欺の、自己加害をめぐる様々な問題点に詳細な検討を加えた上で、社会

的目的の不達成を考慮することで論じられる無意識の自己加害の考え方に同意を示している。⁽²³⁾ クラマーの見解について、少し詳しく見てみよう。

クラマーは先ず、判例の見解について次のように批判を加える。

バイエルン高等裁判所判決の事案においては、被欺罔者は、自分が処分行為をすることによって、自らの財産を減少させることを知っている。また、財産の犠牲は、寄附する物の意思によって、それが役に立つような目的にと使われているのであるから、この場合に詐欺罪を認めるのは疑問である。判例は次のように理由づけている。欺罔行為によって、財産を減少させるような処分行為を動機づける錯誤が被欺罔者に惹起されている。すなわち、この因果関係は、被欺罔者が彼の行為の財産侵害的な性格を意識しているということによって中断されない、と。この理由づけは形式的に過ぎる。この論証は確かに論理的ではあるが、先の例における重大な要因は、動機づけの過程に影響を与えるという点においてのみ存在するものであり、詐欺罪の処罰にとって十分ではなからうという⁽²⁴⁾ことを看過している、と。

そしてクラマーは、詐欺罪が無意識の自己加害の場合のみを前提とするのか、意識的⁽²⁵⁾自己加害の場合をも前提とするのかという問題を解決するには、詐欺罪の保護対象を考慮することが必要であると考え、更に次のように述べる。

もし詐欺罪が処分行為の自由に対する犯罪であるならば、意識的な、しかし欺罔行為によって動機づけられている自己加害の場合にも、詐欺罪が成立しよう。しかし、刑法二六三条の場合について、重要なのは欺罔行為によって影響をうけ、真実の意思が曲げられていることであって処分行為の作用ではない、などとは言えない。刑法二六三条は財産犯である。ここで前提とされる欺罔行為によって、処分行為の自由を侵害することは、すなわち、真実の意思を曲げることは、財産上の損害を引き起こす手段にすぎない、と。

また、クラマーは、詐欺罪の構造を恐喝罪との比較の上で考慮する。クラマーは、「道具理論」にしたがって、詐欺罪が無意識の自己加害の場合を前提とする一方、恐喝罪ではその構造上、意識的な自己加害が予定されることについて何ら問題を見出してはいない。

すなわち、次のようにいう。

両者の犯罪の場合、財産侵害は真実の意思が曲げられていることによって達成されるのであり、意思への影響という手段のみが異なっている。恐喝罪においては、脅迫と暴行、詐欺罪においては悪知恵が、その限りで両財産犯の構造の違いを明らかにする。悪知恵による財産侵害の場合、被害者は行為者の「道具」としてその目的を達するのであって、道具であるためには、被害者に対して、彼の処分行為が財産を減少するような作用を持つものであることがカムフラージュされていなければならぬ。彼が、自らの処分行為の財産侵害的な性格を意識している場合、財産侵害の責任は、欺罔行為者ではなく被欺罔者にある。何故なら、この責任を負うということ、すなわち、この場合では、侵害的な行態をすらかしないかという選択の可能性があるということが、道具としての特色を排除するのである。恐喝罪の場合には、このような選択可能性はない。何故なら、被害者は、行為者の強制の下にあるからである。⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾

クラマーは、このような詳細な検討の結果、乞食詐欺、寄附詐欺はつぎのような二点からのみ解決されうるもの

であると主張する。ひとつは、財産の片面的な犠牲というのは、一定の前提条件の下では、自己加害として評価されないという点である。もうひとつは、行為者が、その前提条件の存在をうまく隠しているという点である。⁽²⁸⁾

(3) 以上、無意識の自己加害を支持する論者の諸見解を概観して、そこから明らかにされるように、意識的な自己加害の場合にも詐欺罪の成立を認めるならば、詐欺罪の保護対象は財産ではなく、単なる「処分行為の自由」となるという批判は避けられないであろう。寄附詐欺における前述「I」「II」の例について今一度考えてみよう。「I」「II」の場合共、被欺罔者は片面的に、無償で財産を交付しており、実際、被欺罔者の財産に経済的な価値は(計算上)減少している。しかし、寄附詐欺において重要なのは、被欺罔者は寄附だから無償で財産価値を交付するという点であろう。「I」の場合は、その点について被欺罔者が錯誤し、よって財産価値を減少させたのであるから、詐欺罪を認めてもよい場合であるように思える。他方、「II」の場合は、被欺罔者は、他の人の多額の寄附額リストによって、後れをとりたくない気持ちから財産価値を交付している。その場合、多

額の寄附額リストを見せて欺罔する行為は、寄附だから財産価値を無償で交付しようとする被欺罔者の、寄附をしようとする動機に影響を与えてにすぎない。とすれば、判例のように、欺罔されて生じたものであるという理由から、およそすべての経済的な価値減少を詐欺罪における損害と評価することは、被欺罔者のいわゆる愛情利益を保護することにならう。⁽²⁹⁾ そうであれば、詐欺罪は、被欺罔者の無意識の自己加害の場合にのみ問題となると言わざるを得ない。⁽³⁰⁾

それでは、次に、無意識の自己加害の考え方がその論証の拠り所とする目的不達成の理論について、もう少し詳しく見ていこう。

III

すでに見てきたように、無意識の自己加害の考え方は、目的不達成の理論と結びいて機能する。⁽³¹⁾ すなわち、次のように要約されよう。

財産価値の交付は、経済的に同価値の反対給付を獲得することによってばかりでなく、経済的以外の社会的目的を達成することによってもあがなわれる。たとえば、

乞食詐欺、寄附詐欺の場合、乞食に金銭の施しをする者、あるいは金銭を寄附する者は、(欺罔されて) 反対給付なしに金銭を交付することによって自らの財産価値を減少する。しかし、彼はそのことを意識しているので、その限りにおいては、詐欺罪の成立を認めるに十分な損害は生じない。しかしながら被欺罔者の觀念の中には、金銭の損失に対して、慈善的すなわち社会的な目的の達成というものが対置されている。このような目的達成は、金銭の損失をあがなうことができる。したがって、目的が達成されず、被欺罔者の金銭の交付が無意味におわってしまう場合(前述「I」の場合)には財産上の損害が生じるが、目的が達成される場合(前述「II」の場合)には財産上の損害は生じない。⁽³²⁾ したがって、欺罔行為は、被欺罔者に対して、彼の財産価値を交付する目的が達成されないと、この事実をカムフラージュするものでなければならぬ。⁽³³⁾ その意味で、詐欺罪は、被欺罔者の無意識の自己加害の場合にのみ問題となる、と。

しかし、どのような目的の追及が法的な保護をうけるのか、あるいは、なぜ社会的な目的が達成される場合には損害がないのか等については、未だ十分に明らかにさ

れていないように思える。⁽³⁴⁾

その点について、ラックナーが次のように述べている。片面的な財産犠牲は、それに添えられている経済的あるいは社会的目的が達成していない場合には、経済的に考察するとその意味において価値を下げ、それ故に、経済的に不合理的な交付になるということは正しい。この推論は以下のような考え方に基づいている。すなわち、それは、願望 (Anliegen) を追及すること、言い換えれば、それを実現することが他の場で経済的価値を作り上げることに役立ち、あるいは、世間での共同生活の条件をより良くするような願望を追及することは、経済的な観点の下でも重要であるという考え方である。この目的のために経済的に支出することは価値を生み出す。それは、「経済的な人間 (homo oeconomicus)」にとっては、単に主観的な利益の充足だけを意味するのではなく、同時に、その下で人間が生活し、それ故に、人間にとってどうでもよいとは言えないような一般経済的な、共同生活上の諸条件を拡大することをも意味するのである。このような目的の設定は、一般的には、まさに交付を受ける者との関連において、財産の交付に対して本来の用途に合せて

付加されるものである。すなわち、施しの意味は貧困者の救済の点において、寄附の意味は、一定の慈善的あるいは他の努力の要請の点において、贈呈の意味は社会的な人間関係の実現の点において、客観的にしっかりと把握できるものなのである。⁽³⁵⁾

しかし、このラックナーの努力によっても、未だ疑問は十分には解決され得まい。ザムソンは、このラックナーの見解に対して次のように述べている。

この考え方は、自らの経済的な出发点を失うことになる。社会の中に包まれた経済的人間にとって、社会的な効果を達成することは経済的行為の領域に属するというラックナーの主張は、つぎの事実を隠蔽できていない。すなわち、ここで問題となっている財産は、まさに経済的目的に対して投入されているというわけではなく、つまり、社会的目的の達成によって経済的レベルであがなわれることはありえないという事実を。加えて、漠然とした出发点から強制的に明らかにされねばならないような概念的な不明確性がある。社会的な目的の、経済的な査定 (Ansatz) に対する関係が十分に説明されなければ、保護されるべき社会的な目的を概念的に厳密に記述する

ことや、その目的を、保護されない主観的な恣意から區別することは失敗しよう。たとえば、寄附をしてドイツ赤十字社を援助しようとする場合、なぜ、寄附の喜びという点で隣人をしのぐことによって人望を高めようとするのが保護に値すべきではないのかは、損害についての現在の解釈学からは、実際に説明され得ない、と。

IV おわりにかえて

確かに、上述の目的不達成の考え方は、乞食詐欺、寄附詐欺のような片面的な、無償の給付が問題となる場合に、被欺罔者の交付が無償であるがために生じる純粹な経済的損失から、一定の場合に（前述Ⅱのような場合に）、その損害としての性格を法的に奪い取ろうとするものであり、その意味での努力は認められよう⁽³⁷⁾。また、被欺罔者の出費（経済的な損失）は、彼の交付の社会的な目的が達成されれば、被欺罔者にとっては本来の出費としての価値があり（経済的に意味のある交付）、目的が達成されなければ、本来の出費としての価値がないのであるから、社会的な目的が達成されたことによっても、財産交付は経済的なレベルであがなわれ得ると言えよう。

しかし、思うに、その場合、詐欺罪における財産上の損害は、交付の社会的な目的が達成されないで生じた経済的な損失と見なされうる。すなわち、財産上の損害には、社会的な目的の損われること、言いかえれば、そのために処分行為をするような、処分行為者の動機が損われたということが、副次的に要請されているのである⁽³⁸⁾。

目的不達成の理論は、確かに、被欺罔者の愛情利益を排除することによって、詐欺罪が財産に対する犯罪であることを、確固たるものとして保証しようとする試みではあるが⁽³⁹⁾、やはり、詐欺罪の保護法益は財産であるとする大前提からは遠ざかっていると見えなからであろう⁽⁴⁰⁾。そうではないとされるのであれば、詐欺罪の法益（＝財産）の内容についての解釈が、更に様々な視点から検討される必要がある。

ドイツにおいて支配的といわれる経済的財産説は、被欺罔者の給付に対して反対給付がなされる場合には、この反対給付の価値を評価するにあたって、すなわち、この場合の損害を認定するにあたって、金銭価値による純粹客観的な価値基準を修正して客観的—個別的な価値基準に依拠することを余儀なくされてきた⁽⁴¹⁾。そして、近年、

乞食詐欺、寄附詐欺のように、一定の目的のために、意識的に無償で財産価値を交付する場合において、すでに述べてきたような新たな問題をかかえることになったのである。

確かに、目的不達成の理論によって乞食詐欺、寄附詐欺の場合を妥当な解決に導こうとする無意識の自己加害の考え方は注目し値する。しかし、目的不達成の理論自体には、未だ曖昧で不明確な所も多く、それに対しては少なからず批判があることもすでに見てきたとうりである。また、詐欺罪において保護されるべき法益が何であるのかという問いにも、十分に答えられてはいない。

他方、ドイツでは、近年、財産を金銭的な経済的価値とみる従来の考え方を反省し、改めて財産概念を検討しなおそうとする動きも目立っている⁽⁴⁾。

たとえば、モールポッターは、本稿でとりあげた乞食詐欺、寄附詐欺における問題の中でも排除されるべきものとして最も神経質に、かつ批判的に扱われている処分行為の自由に対して、むしろ積極的に目を向けるのである。しかし、その場合でも、財産の担い手の主観的な処分の利益に関する、道徳的、個人的な処分自由は排除

される。すなわち、モールポッターによれば、考えられる経済的な処分権としての財産的処分行為が保護されるべきものなのである⁽⁴⁾。このモールポッターの見解によれば、やはり、乞食詐欺、寄附詐欺の場合に、前述〔I〕については詐欺罪の成立が認められ、〔II〕については詐欺罪が否定されるという結論を導けることになろう。更に、モールポッターは、乞食詐欺、寄附詐欺ばかりか、その他のあらゆる問題をも解決しようとするのである。とすれば、処分行為の自由とは何であるのかという問いと共に、詐欺罪の保護法益とされる財産の概念についての解釈は、更に検討される必要があるだろう。

- (1) 福田平「注釈刑法(六)〔昭和四一年〕一七〇頁。
- (2) 福田・前掲「注釈刑法(六)」一七〇頁。
- (3) 平場安治・尾中俊彦「詐欺罪における欺罔と騙取」総合判例研究叢書刑法(一五)(昭和三六年)五七頁以下。
- (4) ドイツでは、この場合、処分行為自体は意識的なものでも無意識なものでもよいとするのが学説・判例の一般の見解のようである(K. Lackner, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1979, (以下「LK」) § 263 R.dn. 98; Schönke-Schröder-Cramer, Strafgesetzbuch Kommentar, 21. Aufl., 1982, (以下「StGB」) § 263 Rdn. 60; H. Blei, Strafrecht

- II (Juristische Kurz-Lehrbücher) BT, 12. Aufl., 1983, S. 228; Maurach-Schroeder, Strafrecht BT/1, 6. Aufl., 1977, S. 411)。したがって、債権証書を請願書だとらいつわって署名させるような場合にも、詐欺罪が成立する。他方、処分行為が意識的なものであることを主張するものとして、W. Hardwig, Beiträge zur Lehre vom Betrug, GA 1956, S. 6, Fußnote 1)
- (5) 福田・前掲「注釈刑法(六)」二〇一頁。
- (6) 飛田清弘「詐欺罪とその捜査」(昭和六一年)三七頁以下。
- (7) 詐欺罪にあっては、保護法益が関わりと認められる他の問題点としては、心理的因果関係、対価給付、権利行使、不法原因給付が問題となる場合などがある。なお、拙稿「詐欺罪の心理的因果関係と『処分行為の自由』について」(東海大学法学研究所年報第二号(昭和六一年)三七頁以下)。
- (8) 無意識の自己加害の問題は、**「を食詐欺」**、寄附詐欺の場合においてのみ論じられるのではなく、相当対価が給付された場合や不法原因給付の場合などにおいても、**「広範囲に論じられる」**(K. Lackner, LK §263 Rdn. 242; Schönke-Schröder-Cramer, StGB §263 Rdn. 150; G. Ellscheid, Das Problem der bewußten Selbstschädigung beim Betrug, GA 1971, S. 162, Fußnote 11)。本稿にきつてそれらすべての場合を扱うことはできなから、**「後」**に論じる機会を待たう。
- (9) なき、**「を食詐欺」**、寄附詐欺は度々、**「国家または公的機関が一定の社会政策的な目的のために資金を交付する助成金詐欺と一結に論じられているが、本稿では取扱わなう。」**
- (10) RG Urt. v. 4. 7. 1881, RG Bd. 4, S. 352f.; RG Urt. v. 26. 5. 1882, RG Bd. 6, S. 360f.; RG Urt. v. 4. 4. 1919, RG Bd. 53, S. 225f.; RG Urt. v. 22. 6. 1936, RG Bd. 70, S. 255f.; BayObLG Urt. v. 13. 2. 1952, NJW 1952, S. 798.
- (11) E. Sanson, Systematischer Kommentar zum StGB Bd. 2, BT §263, 1982, (ZfP/SK) Rdn. 152.
- (12) BayObLG Urt. v. 13. 2. 1952, NJW 1952, S. 798.
- (13) 控訴趣意書は、**「Bは他人と同じような良い寄附者でありたい、あるいは経済的に他人と同じように役立ちたい」ということを表現したにすぎないと述べて、欺罔行為としてより高額の寄附金を支払ったこととの因果関係を否定している。**
- (14) なお一九三六年のライヒ裁判所判決(本稿注(10))は、**「意識的な自己加害であっても詐欺罪が成立することをより明白に述べよう。戦後の判例その見解を引継ぎようとした。を食詐欺、寄附詐欺の場合ではならが、無意識の自己加害の考え方に対して消極的であるよりも示しよう。」**たよせ、**「BGH Beschl. v. 18. 7. 1963, BGH Bd. 19, S. 38ff., 45 (株の割当を騙し取った事案)；OLG Köln Urt. v. 11. 4. 1972, NJW 1972, S. 1823f., 1824 (売春婦**

(141) いわゆる「食詐欺」と寄附詐欺における「無意識の自己加害」について

（註欺罪が既罰される事案）。

- (51) K. Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrecht BT I, 2. Aufl., 1902, S. 352; R. Frank, Das Stragesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, § 263 Anm. VI la; Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S. 671. 1964 f.
- (52) P. Cramer, a. a. O., S. 202 ff.
- (53) P. Cramer, a. a. O., S. 203, 204.
- (54) P. Cramer, a. a. O., S. 206 f.
- (55) P. Cramer, a. a. O., S. 207. 1964 f. 1967 f. の通説理論自体に対しては批判がある。すなわち「主張はフランクの適及禁止の理論との関係におきつて、その脈絡を得るべきである」（G. Ellscheid, a. a. O., S. 165）とされ、あるいは「間接正犯の法形象は、誰かが道具として不法行為を実行せられることが前提であるが、自己加害の場合にはその点が欠けてくる」（K. Lackner, LK § 263 Rdn. 172）と述べらる。
- (56) ラクナーの「恐喝罪と詐欺罪とは自己加害の形態が異なることを認める。すなわち、財産と共に処分行為の自由も単独に保護されている恐喝罪に対して、純粹な財産犯とされるべき詐欺罪においては欺罔行為に特殊な性格がなくはならぬとする。そしてその場合、欺罔行為の結果、経済的に重要な目的を達成しないこと、言いかえればその「失望」が、単なる愛情利益の挫折ではなく、財産の消費とらう、経済的側面に関係するものであることを強調する」（ders., LK § 263 Rdn. 172）。
- (57) P. Cramer, a. a. O., S. 208.
- (58) モールポッターは「前述（II）の場合にも詐欺罪を認める見解に対して次のように言う。「この場合には、単なる
- (19) K. Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrecht BT I, 2. Aufl., 1902, S. 352; R. Frank, Das Stragesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, § 263 Anm. VI la; Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S. 671. 1964 f. 1967 f. の通説理論自体に対しては批判がある。すなわち「主張はフランクの適及禁止の理論との関係におきつて、その脈絡を得るべきである」（G. Ellscheid, a. a. O., S. 165）とされ、あるいは「間接正犯の法形象は、誰かが道具として不法行為を実行せられることが前提であるが、自己加害の場合にはその点が欠けてくる」（K. Lackner, LK § 263 Rdn. 172）と述べらる。
- (20) K. Binding, a. a. O., S. 352.
- (21) R. Frank, a. a. O., Anm. VII.
- (22) W. Gallas, Der Betrug als Vermögensdelikt, in Feestschrift für Eb. Schmidt, 1961, S. 435 f.
- (23) K. Lackner, LK § 263 Rdn. 167.
- (24) E. Samsom, SK § 263 Rdn. 158. 意識的な自己加害の場合に、ある種の動機の錯誤に詐欺罪を認めるべきであるとする。同く、P. Cramer, a. a. O., S. 204.
- (25) H. Schröder, Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug, NJW 1962, S. 721 f.
- (26) J. Weidemann, Die funktionale Beziehung zwischen Irrtum und Schaden beim Betrug, GA 1967, S. 238, 240. 1967 f. のコメントの機能的関係の論証方法自体には批判もある。参照 G. Ellscheid, a. a. O., S.

- る愛情利益と処分の利益を保護することとなる。すなわちこの考え方は、目的を「つむむこと (Zwecklage)」を処罰し、財産上の損害の発生を客観的な処罰条件と見なすのである。」(Mohrpotter, Der Betrugsbetrag, Spendenbetrag und Subventionerschleichungsbetrag (Ein Beitrag zum modernen Vermögensbegriff) S. 229.)。この批判は、判例が、無償の給付が問題となる乞食詐欺、寄附詐欺の場合には詐欺罪を認める一方で、経済的な代償がある場合には詐欺罪を認めない態度をとるために、より強調され得よう(たゞせば、Lackner, LK §263 Rdn. 162ff.)。ラックナーも、無償の給付の場合に詐欺罪の成立を認め有償の給付の場合には詐欺罪の成立を否定する判例に対して、給付が無償の場合には愛情利益を詐欺罪の保護目的とし、有償の場合には愛情利益を保護目的から排除するのは矛盾であると批判を加えている(ders., LK §263 Rdn. 171)。
- (30) 同じく、P. Cramer, a. a. O., S. 207 f.
- (31) 既出II (2)。
- (32) W. Gallas, a. a. O., S. 435; Schönke-Schröder-Cramer, StGB §263 Rdn. 99, 101, 102; K. Lackner, LK §263 Rdn. 170; P. Cramer, a. a. O., S. 206 f.; J. Weidemann, a. a. O., S. 240. 444; E. Samson, SK §263 Rdn. 154.
- (33) K. Lackner, LK §263 Rdn. 168; H. Blei, a. a. O., II, S. 228; P. Cramer, a. a. O., S. 206; J. Weidemann,

- a. a. O., S. 238 ff.; H. Schröder, a. a. O., S. 722.
- (34) P. Cramer, a. a. O., S. 210 f.; E. Samson, SK §263 Rdn. 157.
- (35) K. Lackner, LK §263 Rdn. 170.
- (36) E. Samson, SK §263 Rdn. 157. 同、Maurach-Schroeder, a. a. O., S. 423. 1244; キヤノン社、これらの疑念にもかかわらず、目下のところ、無意識の自己加害の考え方を支持する(ders., a. a. O., Rdn. 160 f.)。
- (37) 同じく、K. Lackner, LK §263 Rdn. 177.
- (38) エルンシャイドも次のように批判する。「社会的な意味および目的を限定するということの背景には、少なくとも個人的な無償の寄附に関しては、まさに、欺罔行為によって惹起される気前の良さという動機が隠れている。そこから財産移転の社会的な意味設定が派生してくるにすぎないと、ここで、社会的な目的設定の価値が低下する点に目を向けることによって、逆説的に、損害は社会的動機の失望という点に置換えられる。すなわち、贈呈者は目的の不達成によって侵害を被ると主張され得るにすぎない。」と。そして、無償の処分行為の場合には損害は目的の不達成において存在するところの理論は、社会的な意図(Absicht)の失望とらうものを刑法上保護する結果となる」と述べる。すなわち、エルンシャイドによれば、被欺罔者に対して彼の処分行為の侵害的性格をカムフラージュするものではないという動機の錯誤は——それ故に考慮されるべきでない」と

される動機の錯誤は——「社会的な目的の不達成と」いう形で「復活の喜びを祝うこととなる」のである (ders., a. a. O., S. 167, 168)°。

(39) なお、同価値の対価が給付されるような有償の交付の場合には、実際に経済的な損失がない場合であるから、目的の不達成の理論は考慮されなく (K.Lackner, LK § 263 Rdn. 177; E. Samsom, SK § 263 Rdn. 163) 与えられる。すなわち、それによって、一貫して、愛情利益あるいは処分の自由を保護対象から排除しようと試みているようである。

(40) G. Ellscheid, a. a. O., S. 168.

(41) ドイツの財産概念に対する詳細な紹介と検討については、林幹人「財産犯の保護法益」(昭和五九年)。

(42) Mohrbutter, a. a. O., S. 225 ff.; P. Bockelmann, Der Unechtsgelalt des Betruges, in Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, S. 226 ff.; H. Otto, Die Struktur des

strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970; A. Eser, Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden, GA 1962, S. 289 ff. など。

(43) すなわち、モールポッターは次のようにいう。財産は——具体的な個々の地位としてか、あるいは計算上の総体かということは全く問題ではなく——法的な生活や社会生活に於いて、確かに、経済的機能ばかりでなく、財産(財産対象)の目的を決めることの中にあるような社会的機能を果たすものである。すなわち、財産というのは、純粋に物質的な物(Materielle)を越えて拡張されるべきであり、言いかえれば、財産というのは、静的にはなく動的に設定されるべきなのである、と (ders., a. a. O., S. 228)°。それによって、モールポッターは、財産との関係で互いに排除しあわない「処分の自由」を、積極的に詐欺罪の保護対象とするのである。

(東海大学助手)