



Title	詐欺罪における処分行為に関する比較法研究：詐欺罪と窃盗罪の区別を中心に
Author(s)	呉, 榮富
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第16068号
Issue Date	2024-09-25
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k16068
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/93334
Type	doctoral thesis
File Information	Wu_Rongfu.pdf



学 位 論 文

詐欺罪における処分行為に関する比較法研究

---詐欺罪と窃盗罪の区別を中心に---

北海道大学大学院法学研究科

法学政治学専攻 博士後期課程

呉栄富

目次

第一章 序章

- 第一節 問題の提起
- 第二節 研究の目的
- 第三節 内容の構成

第二章 詐欺罪と窃盗罪の概観

- 第一節 ドイツにおける詐欺罪と窃盗罪の概観
- 第二節 日本における詐欺罪と窃盗罪の概観
- 第三節 中国における詐欺罪と窃盗罪の概観
- 第四節 比較法的検討

第三章 詐欺罪と窃盗罪の関係及び処分行為の意義と要件

- 第一節 詐欺罪と窃盗罪の罪数関係
- 第二節 処分行為の意義
- 第三節 処分行為の要件

第四章 二者関係における処分行為の判断

- 第一節 処分行為の客観的要件
 - 第1項 ドイツにおける判例と学説
 - 第2項 日本における判例と学説
 - 第3項 中国における判例と学説
 - 第4項 比較法的検討
- 第二節 処分行為の主観的要件
 - 第1項 ドイツにおける判例と学説
 - 第2項 日本における判例と学説
 - 第3項 中国における判例と学説
 - 第4項 比較法的検討
- 第三節 具体例の検討
 - 第1項 直接性が問題となる事例
 - 第2項 処分意思が問題となる事例

第五章 三角詐欺における処分行為の判断

- 第一節 三角詐欺の概説
 - 第1項 三角詐欺の概念
 - 第2項 被欺罔者と処分行為者の同一性
- 第二節 三角詐欺の判例と学説
 - 第1項 ドイツにおける判例と学説
 - 第2項 日本における判例と学説
 - 第3項 中国における判例と学説
 - 第4項 比較法的検討
- 第三節 具体例の検討
 - 第1項 訴訟詐欺
 - 第2項 会計用 QR コード貼り替え
 - 第3項 オンライン決済システムを通ず財産取得

終章

第一章 序章

第一節 問題の提起

近年、中国ではいわゆるスマホ決済が急速に普及し、特に大都市では、日常生活に「もう財布を持たなくてもいい」とまで言われている。そのスマホ決済で使われているのはQRコードである。これは、買い物やサービスを受けるなどの際に、顧客がスマホで提示するQRコードを店側がスキャンして支払うか、あるいは店側が提示するQRコードを顧客がスキャンして支払うというものである。ところが、この制度を悪用して店に掲示されているQRコードを貼りかえ、店に対する支払いが行為者の口座に入ってしまうという「QRコード泥棒」が出現している。このような行為について、中国では窃盗罪あるいは詐欺罪が成立するかが激しく議論されている。一方で、日本では、銀行員などを名乗り、被害者の家を訪ねてキャッシュカードを見せてもらい、隙を見て偽物とすり替えるといういわゆる特殊詐欺による被害が増加している。特殊詐欺と言われるが、必ずしも詐欺罪になるわけではない。そして、日本でもスマホ決済が急速に進んでいて、現在、LINE Pay や PayPay などの決済手段が増えており、これから、中国と同じような課題に直面することも考えられる。

つまり、現代社会においては、決済方法が従来と比べると、はるかに進歩していて、財産の移転の方法が多様化になり、それにより詐欺罪と窃盗罪の区別の困難さが増えているのである。

刑法学においてこれまで、詐欺罪と窃盗罪を区別する基準として、処分行為（財産的処分行為）という概念が使用されてきた。これによると、行為者が不法に財産を取得した場合には、被害者に処分行為が肯定されれば詐欺罪が成立し、そうでなければ窃盗罪が成立すると考えられる。具体的には、処分行為が成立するためには、第一に、客観的側面において、処分行為者が錯誤に基づいて直接的に財産の譲渡行為を行うこと、第二に、処分行為者が主観的側面において処分意思を有していること¹、第三に、被害者と被処分者が同一人ではない場合には、処分行為者が被害者の財産の処分権限または地位を有することが要求される。したがって、例えば、タクシーの運転手を騙して降車させ、離れた場所に行かせ、その隙にタクシーを運転して逃げた行為は、タクシーの運転手が直接的に車を処分する行為とも認められず、処分意思があるとも認

¹ ドイツでは少なくとも客体が財物である場合には、多数説が処分意思を要求する。

められないので、詐欺罪は成立しないと解される。また、行為者が背の高い通行人を騙して、高い所に干してある高級服を自分のものであると偽わり、本来は他人のものである高級服を取って自分に渡させる場合、通行人には服を処分する権限がなく、処分行為は肯定されないため、詐欺罪は成立しない。しかし、上記の基準による処分行為の判断は、実務において明確ではない場合もある。例えば、被害者がトイレに行くために、現金を入れた敷包を玄関に置いたまま、行為者がそれを持ち去った事例、Aは、Bが持っている中古の刑法総論に高額な切手が同封されたことを知り、100円で買い取ったが、Bがその切手の存在を知らなかった事例、Aは、クリーニング店の従業員を装い、被害者の家を訪問中の被害者の大学同級生のBを騙して、被害者の高級スーツを渡してもらった事例などである。ここでは、行為者が事実上支配できる状態に、被害者が財産を置いてだけで、直接的に財産の移転とは言えるのであろうか。2番目の例では、Bは切手に関する処分意思を持っていたのであろうか。3番目の例では被害者の同級生に過ぎないBは、処分行為者に該当するのであろうか。

これまでの議論においても処分行為の判断が容易でないことがわかるが、それに加えて、電子マネー、ネットバンキング、スマホ決済などキャッシュレスの普及が進んでいる現代社会では、財産移転の方法も詐欺の手口も多様化となり、処分行為の判断が一層困難になってきている。例えば、財産移転の直接性という要件については、行為者は、電子マネー会社のスタッフを装って、被害者の電子マネーのアカウント番号とパスワードを騙し取り、被害者のアカウントにアクセスし、その残高を自分のアカウントに送った場合、被害者が、行為者に自分のアカウント番号とパスワードを教える行為は、直接的に財産の移転行為と言えるのであろうか。また、スマホ決済の際に、行為者が被害者に、実際には1000万円であるにもかかわらず、100円の決済リンクであると偽って被害者に送信し、被害者がそのリンクを100円と勘違い、支払いをしたところ、口座内の1000万が引き落とされたという場合に被害者には1000万円の処分意思があったのだろうか。さらに、前述の決済QRコードのすり替え事件では、被欺罔者や処分行為者を特定することも非常に困難であると思われる。

本稿では、従来の有体物や財産的利益を中心に展開されてきた処分行為に関する学説や判例の検討を踏まえ、財産そのものや移転方法が大きく変化している現代社会において、処分行為の理論をどのように理解すべきかを検討し、詐欺罪と窃盗罪を区別するための処分行為の判断基準を明らかにしようと考えている。

第二節 研究の意義

前述したように、詐欺罪と窃盗罪を区別するには、いわゆる処分行為という概念を基準とするのが一般的である。本稿においては、詐欺罪における処分行為がテーマとされているが、その研究の目的は単なる詐欺罪の構成要件要素からだけではなく、主に詐欺罪と窃盗罪がどのように区別されるかという視点から検討しようと考えている。具体的には、本稿の実務的・理論的および比較法的意義は以下の通りである：

第一に、実務において、日本²でも中国³でも、詐欺罪や窃盗罪などの財産犯罪が非常に大きな割合を占めていることが知られており、この二つの犯罪の限界を検討することで、実務に明確な基準を与えることができる。日本刑法では、詐欺罪について10年以下の懲役、窃盗罪については10年以下の懲役または50万円以下の罰金に規定されている。これに対して中国の刑法では、詐欺罪も窃盗罪も普通は3年以下懲役などである。法文上からは、日本でも中国でも両罪の法定刑に大きな違いはないように見え、両罪を区別することの実務上の意義はさほど大きくないように思われるかもしれない。しかしながら、日本では、両者を厳密に区別することなく、客体が財産的利益で、詐欺罪における処分行為として認められるべき行為を窃盗罪における窃取行為として評価して、結果として利益窃盗が不可罰となってしまう場合がある。また、事後強盗罪の前提としては、詐欺罪ではなく、窃盗罪を認める必要がある。一方、中国刑法では、両罪の基本の法定刑は同じであるが、実務において両罪の成立には損害額の程度が異なっており、詐欺罪の成立の必要な損害額が窃盗罪の成立の必要な損害額を上回っている⁴。こうして、両罪を区分するために処分行為の成立基準を明確にする必要があると思われる。また、中国の量刑において犯情や損害額が同様であっても、窃盗罪よりも詐欺罪の方が軽い。以上の議論から、中国でも日本でも、実務上の視点から、詐欺罪と窃盗罪を区別する必要があることがわかる。

第二に、財産犯の理論から、領得型財産犯罪としての詐欺罪と窃盗罪の関係はどのようなものであるか、具体的に言えば、侵害する客体が同一の場合に、両罪が重なる可能性はあるのかということである。もし詐欺罪と窃盗罪の間に競合関係が存在する

² 日本では、例えば、平成2年版犯罪白書（5頁）によると、2019年のすべて刑法犯認知件数には、窃盗が71.1%、詐欺が4.3%の割合を占めている。

³ 中国では、例えば、2019年最高人民法院の報告によると、129.7万件の一审刑事判決には、窃盗が20.8万件、詐欺が6.1万件を占めている。（<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1667668552224992918&wfr=spider&for=pc>）最後に2021年1月4日訪問。

⁴ 現時点、中国では、詐欺罪が成立するには3000から1万人民币が必要であるに対して、窃盗罪が成立するには1000から3000人民币が必要である。

と考えられるのであれば、それは観念的競合なのか、それとも法条競合なのか。結論から言うと、本稿は競合説を支持することができない。この前提の上で、詐欺罪と窃盗罪が本質的に異なる理由を理論的に明らかにする必要があると考える。

第三に、ドイツ、日本、中国の刑法では詐欺罪の構成要件については異なり、例えば、ドイツ刑法で詐欺罪の成立が明確に財産的損害を要求するのに対し、日本の刑法と中国の刑法では財産的損害を定められていない。しかし、処分行為という要件については、ドイツにおける財産の移転の直接性説、三角詐欺における処分行為者の判断に関する権限説や陣営説などが、参考に値するものであると思われる。

第三節 内容の構成

本稿は、ドイツ、日本および中国の判例や学説を中心に、比較的な考察をしながら、とくに詐欺罪と窃盗罪の関係、処分行為の意義、処分行為の成立要件に関するお互いに異なる点を検討したいと考える。序章以降の内容としては、主に以下のものである。

第一に、詐欺罪と窃盗罪の基本的構成要件を概観し、とりわけ、それぞれ個別財産か全体財産かという詐欺罪と窃盗罪の保護法益の違いや窃盗罪の保護客体の違い、財産的損害の要否のほか、中国では詐欺罪の成立範囲を制限するいわゆる不法領得の意思も検討される。

第二に、詐欺罪と窃盗罪が競合の関係にあるかどうかについて検討し、窃盗罪との限界づけの機能、さらに処分行為の成立要件の検討を行う。

第三に、処分行為の個別要件の検討に入る。判例と学説を概要し、主に直接性の要件という理論を検討したい。つまり、どのような基準で占有の移転が認められるか、占有の弛緩の場合に処分行為を認められるのかという問題を取り扱う。それから、処分行為の主観的要件について、特にいわゆる無意識的処分行為を肯定できるのかどうかを検討する。このほか、中国では、窃盗罪の客体が財産的利益を含んでいるため、無意識的処分行為を肯定できるか、さらに、無意識的処分行為を否定する立場でも、現代社会における処分意思の内容がどこまで緩和されるかについて検討する。

第四に、三角詐欺という概念が必要であるかどうかについて検討する。そして、処分行為者と被害者が同一人でない三角詐欺を認めるのは一般的であるが、処分行為者と被欺罔者が同一人でない場合にも、三角詐欺が成立するのかを検討する。さらに、いわゆる権限説や陣営説などの三角詐欺における処分行為者の範囲を決める理論を議論する。特に三角詐欺としての訴訟詐欺、QRコード貼り替え、オンライン決済システ

ムを通す財産取得の問題点を検討する。

第二章 詐欺罪と窃盗罪の概観

第一節 ドイツにおける詐欺罪と窃盗罪の概観

詐欺罪と窃盗罪を区分するものとしての処分行為について比較法の検討を行う前に、比較の対象となるドイツ、日本および中国の刑法において詐欺罪と窃盗罪の基本内容を紹介し、それぞれの相違点や共通点を明らかにした上で処分行為を検討して行きたい。

第1項 ドイツにおける詐欺罪について

ドイツ刑法典 263 条 1 項では「違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的で、虚偽の事実を真実に見せかけることにより又は真実を歪曲若しくは隠蔽することにより、錯誤を生じさせ又は維持させることにより、他人の財産に損害を与えた者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する」⁵と規定されている。財産的損害が明確に必要とされているので、全体的財産に対する犯罪 (Vermögensdelikte) と理解され、その構成要件として次のようにまとめることができる。

1 客観的構成要件

(1) 欺罔行為

ドイツ刑法における欺罔行為が成立するには、事実 (Tatsachen) に関する欺罔でなければならない。事実とは、時間的に過去あるいは現在の出来事または状態であり、そして証明可能でなければならない。したがって「単なる価値判断、意見、法的見解、将来の出来事は事実の主張に該当しない」⁶とされている。そして、外部の出来事のほか、人間の内心も事実にあたる⁷。さらに、将来の事実主張であっても、たとえば、日食用メガネを販売するために、日食に関する欺罔も事実にあたる⁸。

次に、作為あるいは不作為で意識的に他人を錯誤に陥らせる行為が必要である。したがって、機械は人間のように意識を有しないので欺罔行為の対象にはならない。263 条 1 項法文上には、三つの形式の欺罔行為が存在する。つまり、虚偽の事実を真実に見せかけたり、真実を歪曲したり若しくは隠蔽することである。これは作為による欺罔と不作為による欺罔に分けられる。作為による欺罔には明示的だけでなく、黙示

⁵ 法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（法曹会，2007 年）159 頁以下。

⁶ 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第 8 巻（2013 年）180 頁。

⁷ Vgl. Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2018, § 263 Rn. 4.

⁸ Vgl. Rudolf Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 25. Aufl., 2023, § 13 Rn. 6.

的（推定的）な場合もある。例えば、飲食店で飲み物や料理を注文した時に黙示的に支払い意思や支払い能力を有することである。これに対して、*Rengier*は「明示的と黙示的な行為の間に正確な区分はいつも不可能であり、しかも必要がない。なぜなら、この二つの形式が同じく積極的な行為を内容とするからである」と指摘している⁹。さらに、作為による欺罔が認められない場合に、不作为による欺罔が考えられる。不作为による欺罔が成立するには、法的作為義務や特別信頼関係などの保証人的地位が必要である。

（2）錯誤

詐欺罪の構成要件として、行為者の欺罔行為により惹起あるいは維持された被欺罔者の錯誤が要求される。現在、AI技術は以前のロボットより情報の分析や処理能力が高まっているが、人間のように認識できるまで至っていないので、詐欺罪の意味での錯誤に陥ることはないと思われる。したがって、人間のみが錯誤に陥ることができる。そして、行為者が欺罔行為を行ったが、被害者（被害者の陣営）が錯誤に陥っていない場合には、何らかの理由で財産を処分したとしてもせいぜい詐欺未遂になるに過ぎない。さらに、欺罔の対象として確認義務がなく、虚偽事実に関心を示さなかった場合には錯誤に陥ったとは言えない。錯誤の程度については、とりわけ被欺罔者が欺罔事実に関して疑念を持っていた場合については、争いがあるが、通説¹⁰とドイツ連邦裁判所（Bundesgerichtshof、以下BGHという）判例¹¹は疑念によって錯誤が否定されないとしている。

（3）（財産的）処分行為

行為者による欺罔行為により、被欺罔者の錯誤が引き起こされ、そしてこの錯誤によって処分行為がもたらされる。ドイツ刑法典では処分行為という概念を明確に定めていないが、通説¹²や判例¹³では書かれざる客観的構成要件要素として処分行為が認められている。処分行為とは、作為（Handeln）、容認（Dulden）、不作为（Unterlassen）により、直接的に経済的意味の財産を減少させる行為である。処分行為という要件が

⁹ Vgl. *Rengier*, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 8.

¹⁰ Vgl. *Rengier*, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 54.

¹¹ NJW 2003, 1198.

¹² Vgl. *Rengier*, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 68; *Andreas Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl., 2019, § 263 Rn. 85; *Klaus Tiedemann*, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 9/1, 12. Aufl., 2012, § 263 Rn. 2; *Urs Kindhäuser/Elisa Hoven*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen/Frank Saliger, Strafgesetzbuch, Bd. 4, 6. Aufl., 2023, § 263 Rn. 195; *Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch, 67. Aufl., 2020, § 263 Rn. 70; *Roland Hefendehl*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl., 2022, § 263 Rn. 388.

¹³ NJW 1960, 1068.

財産的損害を錯誤と結び付け、詐欺罪を自己損害型犯罪と位置付け、他人損害型としての窃盗罪と区別する。処分行為の要件として処分意思が必要かどうかをめぐって、通説¹⁴は財物の詐欺（Sachbetrug）について窃盗罪との区別から必要とするが、債権などの財産的利益の詐欺（Forderungsbetrug）について不要としている。そして、処分行為が成立するには、直接性（Unmittelbarkeit）という要件が必要である。すなわち、処分行為により直接に財産を減少させなければならない。したがって、犯罪の機会または可能性を作ったり、いわゆる占有の弛緩の場合、直接的に財産を減少させない行為は処分行為ではない。例えば、被害者は、行為者にバイクの調子をチェックさせただけで処分行為は存在しない¹⁵。ここでは、指輪を試着させただけで財産を直接的に減少させる行為ではないからと考えられる。直接性があり、処分意思が存在することのほか、処分への意思決定の自由も必要である。例えば、行為者が警察官と仮装して、物を差し押した場合に、処分行為は否定される。さらに、複数人が関与する場合、いわゆる三角詐欺において、処分行為者と被害者が同一である必要はないが、被欺罔者と処分行為者は同一でなければならない¹⁶。もちろん誰でも他人の財産を処分してよいというわけではない。問題となるのは、どのような場合に、処分行為者が行った処分の結果（財産移転）を被害者に帰属することができるか、言い換えれば、どのような基準で処分行為者の範囲を確定するのかである。これに関して、本質的に法的権限説（Theorie von der rechtlichen Befugnis）と陣営説（Lagertheorie）が主張されている¹⁷。法的権限説は、他人の財産を処分する権限を持つ必要と主張する¹⁸。陣営説は、処分行為者が被害者の陣営にあるかどうかによって処分行為の成立を決めると解する¹⁹。

（4）財産的損害

ドイツ刑法では条文上明確に「財産的損害」という要件が要求されている。この点については、学説上、法的損害概念、経済的損害概念、人的損害概念、個別・客観的損害概念などについて争いがある²⁰が、学説と判例において支配的な見解は個別・客

¹⁴ Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 71; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 41. Aufl., 2018, § 13 Rn. 518.

¹⁵ BGH 23. 7. 1963-1 StR 260/63.

¹⁶ Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 101.

¹⁷ Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 140ff.

¹⁸ Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 142.

¹⁹ Vgl. Karl Lackner, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 6, 10. Aufl., 1979, § 263 Rn. 114.

²⁰ Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 183ff.

観的損害概念を支持していると言われている²¹。このような見解によれば、財産的損害が存在するかどうかについて、被害者には処分行為の前後の財産が全体の経済的な価値の減少が認められるかどうかにより決められる。そして、ドイツでは、財産に対する具体的な危険があった場合も財産的損害が認められる²²。一般的に被害者の全体的財産の減少が必要であるが、場合によっては個人の必要性和取引の目的が考慮される。例えば、行為者が被害者に理解できない本を買わせた場合には財産的損害が認められる²³。

2 主観的構成要件

ドイツでは詐欺罪が成立するには、故意のほか、自己または第三者への利得目的（Bereicherungsabsicht）という主観的要件が必要とされている²⁴。そして、行為者が追求する利得目的と財産的損害の間に素材の同一性（Stoffgleichheit）が必要とされている²⁵。また、行為者の利得目的は違法性を有することが必要である。したがって、民法上の請求権を有する場合には、違法性が否定される²⁶。

第2項 ドイツにおける窃盗罪について

ドイツ刑法典 242 条 1 項では「他人から他人の動産を自己または第三者に不法に領得させる目的で窃取した者は、自由刑 5 年以下あるいは罰金刑に科される。」と定めている。詐欺罪とは違って、財産的損害が必要とされておらず、所有権に対する犯罪（Eigentumsdelikte）と解され、その構成要件は次のように概略することができる。

1 客観的構成要件

(1) 行為の客体

行為の客体は他人の動産である。物の経済的価値は重要ではない²⁷。刑法における財物の概念は民法に従って理解され、有体物（Sache）と限定される²⁸。しかし、民法 91 条 a によれば、動物は物の規定を準用するのみで物ではないが、刑法において物の概念に含まれている。そして、電気の窃盗についてはかつて争いがあったが、現在では、248 条 c が適用されるので問題にはならない。物の可動性、すなわち動産である

²¹ Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 193.

²² Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 210.

²³ BGHSt 23, 300.

²⁴ Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 262ff.

²⁵ Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 269.

²⁶ Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 275.

²⁷ Vgl. Joachim Vogel, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 8, 12. Aufl., 2010, § 242 Rn. 44.

²⁸ Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 12), § 242 Rn. 3.

かどうかについては必ずしも民法上の区別と一致することではなく、建物の一部や木、草のようなものが切り離され、移動可能であれば動産とされる²⁹。また、物の他人性は民法に従って判断される。無主物や行為者の単独所有の物は窃盗罪の客体ではないが、他人との共同占有が存在する場合にも物が他人性を有し、窃盗罪の成立が可能となる³⁰。薬物のような法禁物についても窃盗罪の対象とされている。

(2) 窃取 (Wegnahme) 行為

窃取とは、他人の占有 (Gewahrsam) を侵害することにより、新しい占有を設定することである。これが同じ所有権を侵害する横領罪との区別であり、詐欺罪との区別でもある。通説と判例では、事実的占有概念が支持されている³¹。刑法における占有は民法上の占有 (Besitz) とは一致する必要はなく、社会通念によって判断される。上下関係がある共同占有の場合に、下位者だけが占有の侵害と認められる。いわゆる占有の弛緩の場合、例えば試着する商品を持ち去った場合には、窃盗罪が成立する。また、占有侵害と言えるには、占有者の意思に反する必要がある。

2 主観的構成要件

詐欺罪における利得目的とは異なって、窃盗罪には故意に加えて、不法領得の意思 (Zueignungsabsicht) が要求される。領得の意思は排除意思 (Enteignung) と処分意思 (Aneignung) から構成される。

第二節 日本における詐欺罪と窃盗罪の概観

第1項 日本における詐欺罪について

日本刑法 246 条は「①人を欺いて財物を交付させた者は、十年以下の懲役に処する。②前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする」と規定している。近年、詐欺罪の保護法益については、「財産的処分の自由」とする見解³²が見られるが、多数説は財産と解している。問題となるのは、詐欺罪において保護される財産が個別財産か全体財産かである。学説では、一部に全体財産説を支持する見解³³があるが、通説は個別財産と解している³⁴。詐欺罪の客観的

²⁹ Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 8), § 2 Rn. 8.

³⁰ Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 12), § 242 Rn. 11.

³¹ Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 12), § 242 Rn. 21.

³² 足立友子「詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成」刑法雑誌 56 巻 2 号 (2017) 204 頁以下。

³³ 林幹人『刑法各論 (第 2 版)』(東京大学出版会, 2007 年) 143 頁以下。

³⁴ 井田良『講義刑法学・各論 (第 3 版)』(有斐閣, 2023 年) 237 頁、山口厚『刑法各論 (第 2 版)』

構成要件は、①欺罔行為→②錯誤→③処分行為→④財産の移転が必要である。最近では、特に財産的損害という要件が必要であるかどうかについて激しく議論が行われている。

1 客観的構成要件

(1) 欺罔行為

246 条 1 項における「人を欺いて」（欺罔行為）とは、人の錯誤を引き起こすことをいう。欺罔行為は人間に向けなければならない、機械を不正に操作しても詐欺罪にはならない³⁵。さらに、最近の最高裁の判例では、「交付の判断の基礎となる重要な事項」に関する欺罔でなければならないとされている³⁶。しかし、ここでの重要な事項の意味については争いがある。学説では、「重要な事項とは、詐欺罪が財産犯であることから財産的損害に関わるような事項をいう」という見解³⁷がある。この見解によれば、財産的損害に関わらない事項に関して偽っても欺罔行為にはならない。他方で「必ずしもそれが財産的評価になじまない事情であっても、被害者の財産的処分の意思決定に重要な影響を与えるもの（もし真実を知っていたらその処分を行わなかったであろうというとき）であれば、それについて錯誤を生じさせることは欺く行為にあたりと解すべきである」と主張する見解³⁸もある。さらに、「個別的な選好を超えた、交付判断の基礎となる事項の交付者にとっての類型的意義・重要性を、個々の事案について、一般予防的見地をも考慮しつつ、実質的な根拠から評価・判断していくほかはないように思われる」という見解³⁹も存在する。

また、日本でも作為による欺罔だけでなく、不作為による欺罔も可能である⁴⁰。不作為による欺罔は積極的に虚偽の事実を告知して相手の錯誤を惹起するとは違って、例えば、相手がすでに錯誤を陥っている状況を知りながら、告知義務を履行せず、あえてその錯誤を利用する場合である。真実の告知義務については、信義誠実の原則に基づいても認められる。例えば、判例⁴¹は誤振込の事例で、口座の持ち主が誤った振込があった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があり、それを秘して預金の払い戻しを

（有斐閣，2010 年）244 頁。

³⁵ 山口・前掲注（34）251 頁。

³⁶ 最決平成 22 年 7 月 29 日刑集 64 卷 5 号 829 頁、最決平成 26 年 3 月 28 日刑集 68 卷 3 号 646 頁、最決平成 26 年 4 月 7 日刑集 68 卷 4 号 715 頁など。

³⁷ 大塚裕史「詐欺罪における欺罔行為（1）」法学セミナー 775 号（2019 年）100 頁。

³⁸ 井田・前掲注（34）313 頁。

³⁹ 山口厚「詐欺罪に関する近時の動向について」研修 794 号（2014 年）10 頁。

⁴⁰ 井田・前掲注（34）314 頁、山口・前掲注（34）252 頁。

⁴¹ 最決平成 15 年 3 月 12 日刑集 57 卷 3 号 322 頁。

受けた場合には詐欺罪の成立を認めた。いわゆる釣銭詐欺の場合に、告知義務を認める見解は多いと言われるが、反対説も有力である⁴²。注意すべきなのが、最初から食事代を支払う意思がないのに注文したいいわゆる無銭飲食のような場合には、不作為による欺罔ではなく、挙動による欺罔である。なぜなら、料理の注文自体が支払う意思を有することは当然のことだからである。

(2) 錯誤

欺罔行為により錯誤が惹起されなければならない。錯誤とは被害者の認識と事実のすれ違いである。機械は意思を有しないので錯誤に陥ることはない。そして、欺罔行為は一般人を錯誤に陥れる行為で足りる。行為者が欺罔行為を行ったが、被害者に錯誤を生じさせなかった場合にせいぜい未遂が成立する。

(3) 処分行為

日本刑法では「交付」という概念が使用されるが、学説では交付行為と処分行為の両方ともが使われる。ここでいう処分行為とは、錯誤により財産を行為者あるいは第三者に移転させることである。したがって錯誤によらない財産を移転させても詐欺罪の意味での処分行為ではない。行為者が占有者に財物を放棄させ、その後拾おうとする行為は行為者または第三者に財産の移転と言えるかどうかについて、一部窃盗罪の成立を主張する見解⁴³があるが、詐欺罪の成立を肯定するのが多数説である⁴⁴。

処分行為は、民法上の法律行為である必要はなく、事実上の占有移転の行為で足りると思われる⁴⁵。しかしながら、占有が移転されたかどうかについては、判断しにくい場合もあり、とりわけいわゆる占有の弛緩の場合に問題がある。例えば、欺罔行為により、占有者に財物から離れさせ、その後財物を持ち去った場合や、試着する服を着て逃走する場合などは占有の移転ではない。判例⁴⁶では、行為者に騙された被害者が自ら持参するつもりで、現金を入れた風呂敷包を玄関の上がり口に置き、行為者だけを玄関に残したまま便所に行ったが、行為者がその隙に現金を持って逃げってしまった行為について詐欺罪の成立を認めた。ただ学説ではこの場合には占有移転とは言えず、詐欺罪の成立が成立すべきではないとする見解が多い⁴⁷。なお、近年、銀行員などを名乗り、被害者の家を訪ねてキャッシュカードを見せてもらい、隙を見て偽物

⁴² 井田・前掲注(34) 314頁、山口・前掲注(34) 254頁。

⁴³ 団藤重光『刑法綱要・各論(第三版)』(創文社, 1990年) 616頁、林・前掲注(33) 237頁。

⁴⁴ 山口・前掲注(34) 255頁、西田典之『刑法各論(第七版)』橋爪隆補訂(弘文堂, 2018年) 211頁。

⁴⁵ 井田・前掲注(34) 319頁。

⁴⁶ 最判昭和26年12月14日刑集5巻13号2518頁。

⁴⁷ 山口・前掲注(34) 257頁、西田・前掲注(44) 212頁。

とすり替えるというようにいわれる特殊詐欺事件が頻発しており、これも占有移転を認定することはできず、窃盗罪が成立すべきと思われる⁴⁸。

処分意思については、学説では意識的処分行為説と無意識的処分行為説が対立している。しかし、意識的処分行為説を採っても、被害者が移転する物・財産的利益の価値、内容や数量について完全に認識がある必要はなく、外形的移転の認識があればよいと思われる⁴⁹。他方、無意識的処分行為説を支持する論者は、知人を見送りに行くと言って玄関に出た場合について、利益終局的移転の認識を欠くとして処分行為の存在は否定されるべきと指摘している⁵⁰。このように、両説の対立はそれほど異なるものではなく、表面的なものであると言われる⁵¹。最高裁は、知人を見送りと欺罔して逃走した事案では、「債務の免除の意思表示をなさしめることを要するもの」としている⁵²。意思表示を要求することから意識的処分行為説に立っていると言えよう。

処分行為者が同時に被害者でない場合は、三角詐欺と呼ばれる。しかし、処分行為者と被欺罔者が同一人でないという場合に、三角詐欺が成立するかについては、学説では、「欺罔された者と交付する者とは同一人であることを要しない」と指摘する学説⁵³があるが、処分行為者と被欺罔者が同一人でなければならないと主張する学説が通説である。その理由としては、錯誤に基づく処分行為が認められないから⁵⁴である。ただ処分行為と財産的損害の間に因果関係があれば良いのに対して、錯誤と処分行為の間に因果関係に加えて同一人を要求するのは疑問があると考えている。処分行為者として認めるには、多数説⁵⁵と判例⁵⁶が被害者の財産を処分する権限を必要とする権限説に近いと考える。

(4) 財産の移転

処分行為により、財産が行為者または第三者に移転されることで詐欺罪が成立するのは一般的である。しかし、行為者とまったく無関係の第三者に財産を移転させることは詐欺罪が成立しない⁵⁷。さらに、近年学説では激しく議論されているのは、財産が移転されることに加えて、被害者には財産上の損害の存否も考慮されるべきかであ

⁴⁸ 橋爪隆「詐欺罪について（1）」警察学論集 73 巻第 11 号（2020 年）149 頁。

⁴⁹ 山口厚『問題探究刑法各論』（有斐閣，1999 年）153 頁。

⁵⁰ 西田・前掲注（44）214 頁。

⁵¹ 山口・前掲注（34）259 頁。

⁵² 最判昭和 30 年 7 月 7 日刑集 9 巻 9 号 1856 頁。

⁵³ 団藤・前掲注（43）614 頁。

⁵⁴ 山口・前掲注（34）262 頁、西田・前掲注（44）216 頁。

⁵⁵ 山口・前掲注（34）262 頁、西田・前掲注（44）216 頁。

⁵⁶ 最判昭和 45 年 3 月 26 日「判例タイムズ」247 号 167 頁。

⁵⁷ 西田・前掲注（44）211 頁。

る。特に、被害者が反対給付を受けた場合直ちに詐欺罪が成立すべきかが問題となる。

この問題は実質的に詐欺罪の構成要件として財産的損害という要件が必要であるかどうかである。この点について主に形式的個別財産説と実質的個別財産説が対立している。前者は個別財産の移転自体を財産的損害と解する⁵⁸。後者は実質的に財産上の損害を要求している⁵⁹。ここでの実質的の意味については、交換手段・目的の不達成を損害と解する見解がある⁶⁰。最近の最高裁判例は、他人に搭乗させる目的を秘して航空券を購入した事件⁶¹、暴力団関係者であることを申告せず、ゴルフ場を利用した⁶²などの被害者に反対給付を受けた事件について、明確に財産的損害という要件の存否を言及せず、交付判断の基礎となる重要事項に当たるかどうか、すなわち欺罔行為という要件で解決しようとしている。

2 主観的構成要件

詐欺罪の主観的要件としては、故意が必要であることに問題がないが、故意に加えて書かれざる要件要素として不法領得の意思が必要かどうかに関して争いが存在する。この点について故意があれば足りるという不要説⁶³もあるが、通説⁶⁴、判例⁶⁵は必要説を採っている。

第2項 日本における窃盗罪について

日本刑法 235 条によれば、「他人の財物を窃取した者」には窃盗罪が成立する。その保護法益については、学説では本権説と占有説の間に争いがあるが、最近の判例は占有説へ転換していると言われている⁶⁶。客観的構成要件が窃取行為であり、主観的構成要件が故意のほかに、不法領得の意思が必要である。

1 客観的構成要件

(1) 客体—他人の財物

日本刑法 235 条では詐欺罪のようないわゆる 2 項規定が存在せず、窃盗の客体が財

⁵⁸ 大谷實『刑法講義各論（新版第5版）』（成文堂，2019年）281頁。

⁵⁹ 西田・前掲注（44）220頁。

⁶⁰ 山口・前掲注（34）267頁以下。

⁶¹ 最決平成22年7月29日刑集64巻5号829頁。

⁶² 最決平成26年3月28日刑集第68巻4号715頁。

⁶³ 川端 博『刑法各論講義』（成文堂，2007年）297頁。

⁶⁴ 井田・前掲注（34）247頁以下、大谷・前掲注（58）283頁、山口厚『新判例から見た刑法（第3版）』（有斐閣，2015年）197頁以下。

⁶⁵ 最決平成16年11月30日刑集58巻8号1005頁。

⁶⁶ 山口・前掲注（34）187頁。

物に限る。財物の意義について通説は有体物説を採っている⁶⁷。したがって、有体性のない財産的利益は窃盗罪の客体にならない。そして不動産の窃盗は 235 条の 2 があるので、ここでの財物ではない。さらに、財物は客観的交換価値はもちろん、少なくとも所有者または占有者にとって主観的使用価値を有しなければならない⁶⁸。他人の財物とは 242 条の場合を除いて他人所有の財物を意味する。

(2) 行為一窃取

窃取とは、占有者の意思に反してその財物を自己または第三者の占有に移転することをいう。「ひそかに」という必要はなく、「堂々と占有を移転する行為」⁶⁹も可能である。日本刑法における占有は、民法とは異なり、事実上の支配・管理である。その存否としては、財物に対する占有する者の主観的占有意思と客観的支配状況を合わせて判断される。共同占有や占有補助者の場合にも窃盗罪の成立が可能である。

2 主観的構成要件

窃盗罪の主観的要件としても、故意に加えて書かれざる要件として刑法条文にない不法領得の意思が必要とするのは判例と通説の見解であると言われている⁷⁰。

第三節 中国における詐欺罪と窃盗罪の概観

第 1 項 中国における詐欺罪について

中国刑法 266 条前段では「公私の財物を詐欺した者は、数额が比較的大きいとき、3 年以下の有期徒刑…」と規定されている。条文に、構成要件については具体的に書かれていない。理論上構成要件として次のようにまとめることができる。

1 客観的構成要件

中国刑法では、詐欺罪の客観的構成要件について、「詐欺」という抽象的な文言しか定められていない。「詐欺」の意味について、伝統的な学説は、客観的に欺罔手段と財産の取得という二要件説を採っている⁷¹。これに対して、近年、四要件説⁷²や五要件説⁷³が徐々に有力に主張されてきている。この両説の違いは財産的損害という要件

⁶⁷ 山口・前掲注 (34) 173 頁、西田・前掲注 (44) 153 頁、大谷・前掲注 (58) 195 頁。

⁶⁸ 山口・前掲注 (34) 176 頁。

⁶⁹ 井田・前掲注 (34) 255 頁。

⁷⁰ 山口・前掲注 (64) 『新判例から見た刑法 (第 3 版)』189 頁。

⁷¹ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》(第九版)，北京大学出版社 2019 年版，第 501 頁。

⁷² 陈兴良：《规范刑法学》(第四版) (下)，中国人民大学出版社 2017 年版，第 892 頁以下。

⁷³ 张明楷：《刑法学》(第六版) (下)，法律出版社 2021 年版，第 1303 頁。

の必要性に関するものである。四要件説は「詐欺罪において、被欺罔者の財産的処分行為が直ちに被害者の財産の損害を表し、行為者の財産取得が被害者の財産の損害をも意味している。そこで、財産的損害の内容が完全に被欺罔者の処分行為と行為者の財産取得の概念に含まれる」⁷⁴としている。裁判実務では、財産的損害という概念があまり言及しておらず、四要件説に近い立場を採っていると考えられる。したがって、本稿では四要件説を紹介する。

(1) 欺罔行為

欺罔行為とは、主に事実を捏造し又は真実を隠蔽する行為である。したがって欺罔行為は事実の捏造行為と真実の隠蔽行為の二種類を含んでいる。しかし、中国刑法で事実という概念は現在や過去の事実だけではなく、将来の事実に関する欺罔も認める場合がある。例えば、道士（神仙術などの方術を修める者）と偽り、方術で恋人の心を取り戻せると称し、複数の被害者から高額な財物を騙取した場合⁷⁵とか、方術で厄除けできると称し、複数の被害者から財物を騙し取った場合⁷⁶には詐欺罪の成立が認められた。そして、事実だけではなく、価値判断や意見などに関しても欺罔行為が成立すると主張する学説が有力である⁷⁷。この説によると、例えば、行為者が「驚馬」を「駿馬」と称した場合にも欺罔行為は肯定される。このほかに、内心の事実に関する欺罔も可能である。例えば、近年いわゆる恋愛詐欺が増えていて、それは詐欺グループのメンバーが、出会い系サイトで女性のアカントを作り、男性と知り合いリアルなデートに誘って、待ち合わせ、グループのメンバーの化粧品店に誘導し、被害者の男性に初対面のプレゼントとして高額な化粧品（本物）を買ってもらい、その後何らかの理由をつけて離れ、男性の連絡先をブロックし、被害者に買ってもらった化粧品をそのまま店に戻すという事例である。このような事例では、付き合う気のないことを隠すだけでも欺罔行為にあたる⁷⁸。

(2) 錯誤

錯誤は自然人だけで発生するのであって、法人や機械には錯誤の発生が認められない。しかし、法人の場合には、その代表者や担当者が被欺罔者となることが可能である。判例では、非常識的な事実に関する欺罔により惹起された錯誤も認められている。

⁷⁴ 孙利：《诈骗罪的客观要素研究》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 5 页。

⁷⁵ 江苏省江阴市人民法院刑事判决书（2019）苏 0281 刑初 2131 号。

⁷⁶ 河南省新密市人民法院刑事判决书（2020）豫 0183 刑初 652 号。

⁷⁷ 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪》，清华大学出版社 2006 年版，第 68 页。

⁷⁸ 江苏省常州经济开发区人民法院刑事判决书（2020）苏 0492 刑初 172 号；湖南省株洲市中级人民法院刑事裁定书（2021）湘 02 刑终 89 号。

例えば、2003 年前後、行為者が自分を孫文（中国近代の革命家・初代中華民国臨時大總統 1866－1925）であると主張し、外国の銀行に数百億元が凍結され、解除するにはお金が必要なので、高額報酬を約束して四人の被害者から数十万元を騙し取った行為は詐欺罪とする判決がある⁷⁹。また、被欺罔者が疑いを持っていても錯誤の成立は否定されない。

（3）処分行為

処分行為とは財産の占有を移転する行為である。積極的に財産を他人に移転するだけでなく、例えば、被害者からバイクを奪った後、被害者を騙して追いかけさせなかった事例でも処分行為が認められる⁸⁰。その際に、処分行為は財産の移転の直接な原因でなければならない。例えば、タクシー運転手に車から降りて人を呼びに行かせ、その隙間に車を運転して逃げた場合には、財産の移転が行為者の新たな行為によるものであり、処分行為は成立しない⁸¹。また、後に拾得する目的で他人に財物を放棄させる場合にも処分行為は成立する。

処分意思については、多数説⁸²や判例⁸³は必要説を採っている。必要説が通説となっているのは中国刑法の条文では窃盗罪と詐欺罪の客体（財物）は全く同じで、利益の窃盗も可能であり、処罰のすき間が生じないからとも考えられる。しかし、近年、ネット通販やスマホ決済などの発展に伴い、不要説が徐々に主張されてきている。例えば、被害者が航空券を購入し、虚偽のコールセンターに問い合わせ、スタッフからチケットを受け取るために確認コードの入力が必要と言われ、その後スタッフに指示されながら、自分のネット銀行に確認コード（実は振込の金額）を入力し、振り込んでしまった事例には詐欺罪が成立すべきであると言われる⁸⁴。

三角詐欺については、中国では三角詐欺という概念を否定する主張⁸⁵もあるが、多数説は三角詐欺の概念を採用している。三角詐欺という概念はそもそも処分行為者と被害者が同一でない場合をいうのであって、やはり否定することはできないと思われる。

⁷⁹ 孙利：《诈骗罪的客观要素研究》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 14 页以下。

⁸⁰ 最高人民法院刑事审判一至五庭主办：《中国刑事审判指导案例 4（侵犯财产罪）》（增订第三版），法律出版社 2017 年版，第 336 页以下。

⁸¹ 最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》刑事卷 6，人民法院出版社 2017 年版，第 2931 页以下。

⁸² 张明楷：《刑法学》（第六版）（下），法律出版社 2021 年版，第 1308 页。

⁸³ 2014 年最高人民法院第 27 号指导性案例。最高人民法院は日本の最高裁に相当する裁判所である。なお、中国では、最高人民法院は原則として、死刑事件を除いて刑事裁判を行わない、その代わりに、司法解释を公布したり、下級判例を選び出して指導判例として自らの立場を表す。

⁸⁴ 蔡桂生：《新型支付方式下诈骗与盗窃的界限》，载《法学》2018 年第 1 期。

⁸⁵ 杨兴培：《“三角诈骗”的法理质疑与实践批判》，载《东方法学》2019 年第 4 期。

る。訴訟詐欺に関してはかつて詐欺罪の成立を否定する見解が多かったが、2015 年の刑法修正（9）では、虚偽訴訟罪（307 条の 1）が新設され、その第 3 項に他人の財産を侵害した場合に「同時にほかの犯罪が成立した時は刑罰の重い規定にしたがって重く処罰する」という規定があり、ここの「刑罰の重い規定」は詐欺罪の規定を意味していると解される⁸⁶。

（4）財産の取得

中国刑法では、詐欺罪（既遂）が成立するには、行為者または第三者が被害者の財産を取得しなければならない。その理由は、法文上明確に「数額が比較的大きい」が要求されるからである。「比較的大きい」とは実務では、地域の経済状況により要求される金額が異なるが、少なくとも 3000 元⁸⁷以上の金額を騙し取った行為でなければ詐欺罪にはならない。公的財産または私的財産がその客体である。条文上「財物」という概念が有体物と財産的利益と一般に理解されている⁸⁸。そして麻薬などの法禁物も詐欺罪の対象である。なお財産の取得に加えて被害者の財産的損害を要求しないのが通説である。他方、反対給付があつた場合に必ず詐欺罪が成立するわけではない。後述のように、不法領得の意思という要件で詐欺罪の成立が否定される場合が多い。

2 主観的構成要件

詐欺罪においては故意のほかに、不法領得の意思も要求される。不法領得の意思という要件は判例では詐欺罪の処罰範囲の限定にとって重要な役割を果たしている⁸⁹。通説では、民事詐欺と刑法上の詐欺罪の区別は行為者の不法領得の意思の有無にあると指摘している⁹⁰。不法領得の意思の存否の認定について、裁判では次の事例で詐欺罪の成立が否定された。①被告人は借金の理由・目的を秘して、融資やクレジットカードの返済などの理由で被害者から借金を借り入れた。被告人は詐欺罪で起訴され、裁判所は、被告人が借金の理由を偽った行為が、形式上、詐欺罪の客観的構成要件に該当するが、不法領得の意思が存在しないとして詐欺罪の成立を否定した⁹¹。②被告人は、無免許で田舎でクリニックを開業した。村の住民に信頼して受診させるために、保健当局から権限を与えられないにもかかわらず、保健当局から認められたクリニッ

⁸⁶ 张明楷：《刑法学》（第五版）（下），法律出版社 2016 年版，第 1007 页。

⁸⁷ 近年では、中国の 1 元は、約 16 - 21 日本円である。

⁸⁸ 张明楷：《刑法学》（第六版）（下），法律出版社 2021 年版，第 1219 页、周光权：《刑法各论》（第四版），中国人民大学出版社 2021 年版，第 103 页以下。

⁸⁹ 最高人民法院刑事部指导案例 1342 号，中国刑事审判指导案例编写组：《中国刑事审判指导案例 4（侵犯财产罪）》（增订版），法律出版社 2021 年版，第 212 页以下。

⁹⁰ 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（第九版），北京大学出版社 2019 年版，第 503 页。

⁹¹ 重庆市第四中级人民法院刑事裁定书(2015)渝四中法刑终字第 00120 号。

クであることを住民に印象づけるため、村の住民に健康保険料を納入させた。裁判所は、被告人に健康保険料を不法に領得する目的がないとして詐欺罪の成立を否定した（なお、無免許での医療行為については別罪の成立を認めた）⁹²。

第2項 中国における窃盗罪について

中国刑法第264条前段では「公私の財物を窃取した者は、数额⁹³が比較的大きいとき、あるいは繰り返して窃盗をし、住居侵入窃盗をし、凶器を持って窃盗をし、またはすりをしたときは、3年以下の有期徒刑、拘役または管制に処し、罰金を併科または単科する」と定めている。住居侵入窃盗やすりの場合には、数额は比較的大きい必要はなく、特殊窃盗と言われ、ここでは普通窃盗だけを検討していきたい。詐欺罪と同様に、法文上明確に構成要件が書かれておらず、「窃取」という解釈が必要な概念が使われている。通説では密かに財産を窃取することを窃盗罪の核心としている⁹⁴。

1 客観的構成要件

通説によれば、窃盗罪の保護法益は原則として公的・私的財物の所有権であり、自分の財産は窃盗罪の対象にはならない。しかし、自分の財産であっても、押収されている場合あるいは他人の（合法的）占有、または保管の場合には窃盗罪が成立する。ドイツ刑法とは違って法文上明確に動産に限られず、新しい占有の確立と言える場合に不動産も含まれる⁹⁵。窃盗罪における財物という概念は詐欺罪と同じく、有体物だけでなく、財産的利益を含むと理解するのが一般的である。

窃盗罪の特徴は密かな方法で他人の財物を自分の管理の下に移転し、不法領得することである。密かな方法とは、「行為者が他人にばれない方法と思って、他人の財物を不法領得する行為である。客観的に他人にばれたとしても、行為者が主観的に「密かに」と思えば、窃盗罪の成立に影響を及ぼさない」としている⁹⁶。しかし、公然の窃盗も認めるべきという見解も有力である⁹⁷。

2 主観的構成要件

詐欺罪と同様に、故意のほかに、窃盗罪にも不法領得の意思が要求される。いわゆ

⁹² 湖南省沅江市人民法院刑事判决书(2014)沅刑再初字第1号。

⁹³ 損害額を意味している。

⁹⁴ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第九版），北京大学出版社2019年版，第498页以下。

⁹⁵ 张明楷：《刑法学》（第六版）（下），法律出版社2021年版，第1237页以下。

⁹⁶ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第九版），北京大学出版社2019年版，第498页。

⁹⁷ 张明楷：《刑法学》（第六版）（下），法律出版社2021年版，第1235页以下、周光权：《刑法各论》（第四版），中国人民大学出版社2021年版，第134页以下。

る使用窃盗は窃盗罪にはならない。不法領得の意思は利用意思と排除意思からなる。他人の自動車を盗んで利用した後、道路上に捨てたり、失くした場合には窃盗罪が成立する。このような場合には、排除意思が存在するからである。

第四節 比較法的検討

ここまで、詐欺罪と窃盗罪に関してドイツ、日本と中国刑法での構成要件を概観した。条文自体も構成要件の解釈も異なる部分が少なくないが、本稿では保護法益、客体、詐欺罪の成立範囲などを中心に比較・検討したい。

第1項 詐欺罪と窃盗罪の保護法益の比較

ドイツ刑法において、詐欺罪について法文上財産的損害が要求されていて、窃盗罪とは明らかに異なっている。そして、詐欺罪を全体財産に対する犯罪として理解するのに対して、窃盗罪には財産的損害が要求されず、個別財産（所有権）に対する犯罪とされているが一般的である⁹⁸。

これに対して、日本刑法においては、法文上、詐欺罪でも窃盗罪でも財産的損害を要件とせず、同一の構造を有し、両罪とも個別財産に対する犯罪と解されている見解が通説である⁹⁹。

他方で中国では詐欺罪と窃盗罪の法文に「詐欺」と「窃取」という抽象的な概念だけが規定されていて、ほかの財産罪と同様に、その保護法益が公的・私的財物の所有権と解されるのは一般的である。伝統的な刑法理論や判例では全体財産か個別財産については、詳しく検討されていない。しかし、詐欺罪については前述したように、反対給付があった場合に詐欺罪の成立が否定されることがあるので、結論においてドイツの全体財産説に近いと言えよう。

要するに、詐欺罪の条文には中国刑法も日本刑法も財産的損害という要件は定められていないので同じように見えるが、その法益の解釈は異なる。日本では、詐欺罪の法益を個別財産と解するが、中国では、全体財産と解する余地があると言ってよい。

第2項 詐欺罪と窃盗罪の客体の比較

ドイツ刑法では条文上、詐欺罪の客体に関する規定がなく、被害者に財産的損害が

⁹⁸ 樋口・前掲注(6) 149頁以下。

⁹⁹ 井田・前掲注(34) 237頁、山口・前掲注(34) 244頁。

あれば足りる。より正確に言えば、行為者の欺罔行為により、被害者の錯誤に基づく処分行為により、財産的損害が肯定されれば詐欺罪が成立する。有体性のある財物でも財産的利益でも減少すれば財産的損害があると言える。窃盗罪については、刑法の条文にその客体が物と規定されているが、民法に従って有体物に限ると理解されるのが一般的である。

これに対して日本刑法では、詐欺罪に関してドイツのような財産的損害が要求されないが、246条の1項が明確に財物に限定され、2項が財産的利益としているので、その客体においてドイツと同様である。235条の窃盗罪の客体は財物だけであり、その財物の概念については有体物説とされている。

他方、中国刑法における詐欺罪と窃盗罪の客体は条文に両方とも公的・私的財物と規定されるが、財物の意味について有体性のある財産と財産的利益が含まれていると理解されるのが判例¹⁰⁰と通説¹⁰¹である。例えば、電子マネーを盗んだ場合には、窃盗罪が成立する。

要するに、詐欺罪の客体についてはドイツ、日本、中国で同じであるが、窃盗罪の客体がドイツと日本では、有体物に限って、したがって財産的利益の窃盗は窃盗罪の対象外となる。

第3項 詐欺罪の成立範囲の限定要素の比較

現在では、詐欺行為は経済活動の中で発生することが多い。その場合、何らかの欺罔による財産の処分が行われると直ちに詐欺罪は成立するだろうか？特に行為者に欺罔行為があるが、被害者が反対給付を受けた場合でも詐欺罪を認めてもよいだろうか？しかし、このような行為に対してすべて詐欺罪の成立を肯定するのは不当と言わざるを得ない。実はドイツでも日本でも中国でもそういう解釈は採られていない。したがって、何らかの要素で詐欺罪の成立範囲を制限する必要があるとほぼ一致していると考えられる。この問題はについてはドイツ、日本、中国では異なるアプローチが取られていて、具体例で検討していきたい。

例1：Aが中国の深センへ旅行に行くため、人民元を両替しようと考え、Bに両替してもらうことを頼んだ。後日、BがAに対して香港ドルを人民元と嘘つき（香港ドル

¹⁰⁰ 最高人民法院刑事部指導案例1202号，中国刑事审判指导案例编写组：《中国刑事审判指导案例4（侵犯财产罪）》（增订版），法律出版社2021年版，第114页以下。

¹⁰¹ 张明楷：《刑法学》（第六版）（下），法律出版社2021年版，第1219页、周光权：《刑法各论》（第四版），中国人民大学出版社2021年版，第103页以下。

にも漢字がある）、同じ価値の本物の香港ドルをAに渡し、両替の代金を受けた。

このような事例についてはたして詐欺罪が成立するのか？

ドイツでは、このような事例については、全体財産説で被害者の財産的損害が存在するかどうかにより詐欺罪の成否が検討されると考えられる。ここでは、被害者AがBを信じて香港ドルを人民元と勘違いし、両替の代金を処分したが、反対給付として同じ価値の香港ドルを受領したのであるから、もしその香港ドルが簡単に人民元または今いる国のお金と両替できるのであれば、詐欺罪の成立は否定されと言える。

しかし、もし詐欺罪が個別財産に対する犯罪として理解されるのであれば、欺罔により両替の代金を処分しただけで詐欺罪が認められると考えられる。近年日本では、最高裁の判例に、個別財産説の立場と思われる事例がいくつか存在する。例えば、譲渡の目的を隠して銀行口座を開設し預金通帳などを交付させた場合¹⁰²、譲渡の目的を隠して空港搭乗券を交付させた場合¹⁰³、暴力団関係者であることを告知せず、ゴルフ場を利用させた「長野事件」¹⁰⁴などいずれも詐欺罪の成立が肯定されている。もっとも、最高裁判例では、欺罔行為の内容として「交付判断の基礎となる重要な事項」と言及されており、この要素により詐欺罪の成立範囲を限定しようとしていると見られる。にもかかわらず、先に挙げた事例において、被害者Aにとって両替したい人民元が間違いなく「交付判断の基礎となる重要な事項」であり、反対給付としての同じ価値の本物の香港ドルを受けたとしても詐欺罪の成立は肯定されと考えられる。

さらに、問題となるのはこの「重要な事項」という概念はきわめて曖昧であり、はたして詐欺罪の成立範囲を制限できるかである。言い換えれば、そもそも何が重要か、重要ではないかについて明確な基準が存在しないように思われる。結局、処分行為者が本当の事実を知っていれば財産を処分しないだろうと認められるのであれば、その場合に「重要な事項」を否定できないと思われる。こうして、詐欺罪の成立範囲は大きく拡大され、もはや財産に対する犯罪ではなく、「処分の自由に対する犯罪」になるのではないかとと思われる。

一方で前述したように、中国刑法でも財産的損害は要求されないが、先の事例については、被告人は借金の理由・目的を秘して、被害者から借金を借り入れた場合のように、そのほかの損害が認められなければ、不法領得の意思がないとして、詐欺罪の

¹⁰² 最決平成 19 年 7 月 17 日刑集 61 巻 5 号 521 頁。

¹⁰³ 最決平成 22 年 7 月 29 日刑集 64 巻 5 号 829 頁。

¹⁰⁴ 最決平成 26 年 3 月 28 日刑集 68 巻 3 号 646 頁。

成立が否定されると考えられる。このほかに中国では立法上は法益侵害が重大であるが、財産的損害のない欺罔行為に対しては特別の条文が設けられている。例えば、汽車、バス、船のチケットの転売行為や他人に高利息で貸し出す目的を秘して銀行から借り入れ行為などが犯罪化されている。なお、汽車等以外のチケット転売行為は犯罪にはならない。

まとめて言うと、第一に、ドイツでは「財産的損害」という要素により、日本では欺罔行為という要件で「交付判断の基礎となる重要な事項」という要素により、中国では主観的構成要件の「不法領得の意思」という要素により、詐欺罪の成立範囲を限界づけている。次に、反対給付のある事例から見ると、日本では詐欺罪の成立範囲が大きく、ドイツ、中国の詐欺罪の成立範囲は日本より狭い。さらに中国刑法の「不法領得の意思」で詐欺罪が否定された事例は実はドイツ刑法の「財産的損害」という要素によっても説明されうるのではないかと考える。なぜなら、賭博の目的を隠して借金した事例では、行為者が返済の意思を有し、被害者にはそもそも経済的な損害が存在しないと思われるからである。こうして、中国においても「不法領得の意思」ではなく客観的要素としての「財産的損害」による詐欺罪の成立の制限の方がより合理的ではなくかと考える。

以上でドイツ、日本と中国刑法で両罪の保護法益、客体、詐欺罪の成立範囲に関する比較、検討を行ったが、異なるところが少なくなく、特に違いは「財産的損害」という要件に認められる。本稿の検討対象としての処分行為においては、財産の移転、処分、意思、処分行為者の地位を中心に検討するのであり、「財産的損害」を要件とするかどうかはそれほど影響を及ぼすものではなく、処分行為の方が、ほかの要件よりも比較研究が可能である。

第三章 詐欺罪と窃盗罪の関係及び処分行為の意義と要件

前述したように、ドイツ刑法でも中国刑法でも条文には「処分行為」という概念は存在しないが、学説や判例では広く認められている。一方、日本刑法では「交付」という概念が使用されているが、学説では「交付」という言葉を使用する学者¹⁰⁵もいれば、「処分」という言葉を使用する学者¹⁰⁶もいる。そして、両者を使っている学者も存在する¹⁰⁷。しかしながら、内容的には「交付」でも「処分」でも、実質的に財産を移転するという意味を有するものであり、本稿では「処分」という概念を使用する。

詐欺罪の成立ために、処分行為という要件が不可欠であることに関して学説ではほぼ一致しているが、その機能と内容については争いがある。まず、処分行為が詐欺罪をいわゆる自己損害型犯罪 (Selbstschädigungsdelikt) として特徴づける機能を持つかという点、さらに、特に激しく争われているのは、処分行為が詐欺罪の構成要件の一つであることのほかに、窃盗罪と区別する機能を持つかという点である。これらの問題が詐欺罪と窃盗罪の関係の理解に関係しており、以下ではこの点について検討していきたい。

第一節 詐欺罪と窃盗罪の罪数関係

詐欺罪と窃盗罪の関係については、両罪の罪数関係はお互いに排斥的 (Exklusivität) な関係にあるか、それとも、競合的 (Konkurrenz) な関係にあるかについて争いがあり、主に次のように議論されている。

第1項 排斥説

排斥説は、同じ客体に対して、詐欺罪が成立するとき、窃盗罪の成立は不可能であり、逆に窃盗罪が成立するとき、窃盗罪の成立を排除する、すなわち、詐欺罪と窃盗罪は構成要件に互いに排斥し、両者のどちらか一方のみが成立すると主張している。これはドイツの通説でもある¹⁰⁸。1962年のBGHの判例では、「窃盗とは異なり、詐欺罪の特徴は、窃盗罪では、被害者に生じた損害は専ら行為者の独断的な行為によって

¹⁰⁵ 山口・前掲注 (34) 254 頁、大谷・前掲注 (58) 278 頁など。

¹⁰⁶ 西田・前掲注 (44) 211 頁、佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか『理論刑法学の最前線 II』(岩波書店、2006 年) 116 頁など。

¹⁰⁷ 井田・前掲注 (34) 316 頁、山中敬一『刑法各論 (第 3 版)』(成文堂、2015 年) 364 頁など。

¹⁰⁸ Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 81.

もたらされるのに対し、詐欺罪の場合、損害が被害者（行為者に騙された者）の財産的処分行為に基づいて生じるのである。両者が構成要件の基本的な対立だけで、財産的な損害を与えることを目的とする単一の事実上の出来事に、同時に窃盗罪の構成要件と詐欺罪の構成要件の両方を見出すことは不可能である。両者の構成要件は相互に排斥的であるため、どちらか一方しか存在しえない。」と判示している¹⁰⁹。排斥説の理由としては、被害者が一人のみであるや¹¹⁰、競合説が「説得力のある代替案を提示していないだけでなく、……ただ大きな利益のない新しい不確かな区別の基準のみか、刑事政策の観点から受け入れられない結論のどちらかである」¹¹¹と指摘している。

日本でも、排斥説が通説であると思われる。例えば、平野龍一は「詐欺罪と窃盗罪とはこのように相互に排斥しあうものであって、同一行為について詐欺罪と窃盗罪の両方が成立し、両者が観念的競合の関係に立つ、ということはない」¹¹²とし、明確に排斥説の立場に立っている。井田良も「処分行為を狭く理解すれば、窃盗罪の成立範囲（財産上の利益を客体とする場合は、利益窃盗として不可罰となる範囲）が広がり、逆に、処分行為を広く肯定すれば、詐欺罪の成立範囲が拡大して窃盗罪の成立範囲が（財産上の利益を客体とする場合は不可罰となる範囲）が縮小する関係がある。財物を客体とする場合について、いずれせよ窃盗か詐欺かのどちらかは成立するのである」¹¹³としている。このほかに、山口厚は、「詐欺罪は実質的には……被害者を利用した窃盗罪の間接正犯形態のうち、交付意思・行為が欠如する部分を除外したものをいわば窃盗罪から取り出して規定したものともいえ、……およそ窃盗罪との競合を肯定することができないことになる」¹¹⁴と解している。

一方、中国では、排斥説が多数説であると思われる。張明楷は「同じ行為客体に関して言えば、一個の行為は同時に窃盗罪と詐欺罪を犯すことは不可能である。しかし、一個の行為が同時に二個の客体を侵害する場合に、もちろん、窃盗罪と詐欺罪が同時に成立することは可能である」¹¹⁵と主張している。また、詐欺罪も窃盗罪も単一行為であり、同じ構成要件でカバーされ得ないし、両者には、法条競合としての特別関係、

¹⁰⁹ NJW 1962, 1211 (1212).

¹¹⁰ Vgl. *Urs Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 8. Aufl., 2014, § 27 Rn. 54.

¹¹¹ Vgl. *Lackner*, a. a. O. (Fn. 19), § 263 Rn. 103.

¹¹² 平野龍一『犯罪論の諸問題（下）各論』（有斐閣，1982年）330頁。

¹¹³ 井田・前掲注（34）316頁（注25）。

¹¹⁴ 山口・前掲注（49）『問題探究』149頁。

¹¹⁵ 張明楷：《刑法学》（第六版）（下），法律出版社2021年版，第1320頁。

補充関係、吸収関係が生じることも不可能であるとして法条競合に否定的な見解もある¹¹⁶。判例では、「秘密に盗み取る手段を取りながら、欺罔の手段も取って財物を不法領得する行為に対して、行為者が主として使う手段と被害者の財物を処分する意思から窃盗と詐欺を区別すべきである」¹¹⁷とされ、主要行為によって詐欺罪と窃盗罪を区別しようとすることから、排斥説の立場を採っていると言えよう。

第2項 例外説

詐欺罪と窃盗罪がお互いに排斥的な関係にあることを維持しながら、三角詐欺の中の特別な事例などにおいて例外に競合を肯定する見解がある。例えば、Schröder は、詐欺罪の実行行為である欺罔と、窃盗罪の実行行為である窃取がお互いに重なることはなく、権利者の処分の際に両罪がお互いに排斥関係にあるにもかかわらず、占有補助者 (Gewahrsamsdiener) の処分の場合に、詐欺や窃盗が競い合うことが法的に許容され、可能であると主張している¹¹⁸。これとは異なり、Hoyer は、単独占有者 (Alleingewahrsamsinhaber) が、窃盗か詐欺のどちらのみの被害者になることに対して、同意者が共同占有者 (Mitgewahrsamsinhaber) でもあり、他の共同占有者に対する窃取と同意者自身の財産に対する詐欺が同時に存在することが可能であると主張している¹¹⁹。前述した排斥説を採っている Kindhäuser/Hoven も、騙された妻 E が、夫 M と共同占有・所有権のある物を行為者に交付したような場合には詐欺と窃盗の競合を認めている¹²⁰。ここでは、Schröder の見解が占有補助者において広く両罪の競合を認めている。一方 Hoyer や Kindhäuser/Hoven は共同占有者の場合のみに二つの侵害を肯定して競合を認めている。

第3項 競合説

ドイツでは、排斥説が長い間に支配的であるが、詐欺罪と窃盗罪の区別の基準としての処分行為という要素の検討に伴って、競合説も主張されてきた。1961 年 OLG¹²¹Düsseldorf の判決は、セルフサービスの店で商品を盗む者には、行為単一の意味で、

¹¹⁶ 周徳金：《相当因果論：盗中有騙的边界之分》，載《政法论坛》2020 年第 1 期。

¹¹⁷ 最高人民法院 2014 年第 27 号指导性案例。

¹¹⁸ Vgl. Horst Schröder, Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung, ZStW 60 (1941), S. 79ff.

¹¹⁹ Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 12), § 242 Rn. 64.

¹²⁰ Vgl. Kindhäuser/Hoven, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 222.

¹²¹ OLG は Oberlandesgericht の略で、ドイツの上級ラント裁判所である。

同時に詐欺と窃盗が成立すると判示している¹²²。この判決は明らかに競合説を採っている。学説では、Puppe は、二重評価を避けようとするための詐欺罪と窃盗罪の排斥関係を求める見解に対して、刑法 52 条の適用でそのような問題は生じないとし、競合説を支持している¹²³。Herzberg は、詐欺罪と窃盗罪の競合は概念的な問題ではなく実務の問題であり、すなわち競合を避けることのメリットとデメリットの比較の問題にすぎないとし、排斥説が必要のない処罰のすき間をもたらすとして、三角詐欺だけではなく、占有の弛緩などの場合でも競合説を採っている¹²⁴。Miehe も排斥説を批判し、例えば、排斥説が理由として主張する一つの損害について、財産の移転には詐欺罪と窃盗罪の評価は異なり、窃盗罪では人と物との間の支配関係が重要であり、物には経済的価値がある必要はないのに対し、詐欺罪では、経済的潜在力の代表としてのみ関心があり、言い換えれば、被害者の財産の全体的価値を減少させたことが重要であるとし、両罪の観念的競合を肯定している¹²⁵。

日本でも、林幹人は、「窃盗罪が詐欺罪によって排除ないし確定されるということ認めることはでき」ず、両罪が共に成立する場合に、包括一罪か窃盗罪を基本類型とする法条競合とすべきだと主張している¹²⁶。佐伯仁志も、「窃盗罪と詐欺罪の関係についても、窃盗と詐欺の競合を認めたうえで、競合した場合にどちらの犯罪を成立させるかという基準を詐欺罪の成立要件とは別個に考えることは、理論的に可能だと思われる」としている¹²⁷。橋爪隆は、被害者を利用して占有を移転する詐欺罪が、事実上、窃盗罪の間接正犯の一形態を特別に規定しているものと解している¹²⁸。

中国では、競合説を支持する見解が徐々に増えている。例えば、他人の占有している財物を自分の物と称し、第三者に売る場合に、他人の財物に対する窃盗罪と第三者に対する詐欺罪の観念的競合（一罪）を認めているほか、両罪の区別が困難あるいは曖昧な場合に法条競合も認められる。法条競合の成立の理由としては、詐欺罪における占有の移転も被害者の真の意思に反し、したがって、窃盗罪の本質的な要素（被害者の意思に反し、他人の真の有効な同意を得ず財産を移転させる）と合致し、共犯の

¹²² OLG Düsseldorf, NJW 1961, 1368.

¹²³ Vgl. Ingeborg Puppe, Exklusivität von Tatbeständen, JR 1984, S. 229ff.

¹²⁴ Vgl. Rolf Dietrich Herzberg, Betrug und Diebstahl durch listige Sachverschaffung, ZStW 89(1977), S. 370ff.

¹²⁵ Vgl. Olaf Miehe, Unbewusste Verfügungen: Zur Spannung zwischen Unrechtsgehalt und Tatbild des Betruges, 1987, S. 12f.

¹²⁶ 林・前掲注 (33) 235 頁。

¹²⁷ 佐伯・前掲注 (106) 125 頁。

¹²⁸ 橋爪隆「構成要件の符合の限界について」法学教室 407 号 (2014 年) 108 頁。

錯誤に係る問題の解決にも役に立つ¹²⁹。さらに、詐欺罪と窃盗罪が、行為態様において共に平和的に財産を移転させる行為に加えて、法益侵害結果においても同様であろうことから競合の可能性が高いと考えられる。したがって、詐欺罪は窃盗罪から一部を抜き出したものであり、窃盗罪の間接正犯であって、両罪が一般法と特別法の関係であると主張している¹³⁰。

第4項 検討

このように、ドイツにおいて排斥説を採用する主な理由としては、問題となる事案において侵害される法益の単一性、そして、自己損害型犯罪としての詐欺罪の処分行為と他者損害型犯罪としての窃盗罪の奪取行為との基本的性格の相違等である。また、例外説、すなわち、特殊な三角詐欺において例外的に両罪の競合の可能性を認めるような見解は、侵害する法益の数の捉え方が異なっていると言える。特に共同占有の三角詐欺の場合において、排斥説をとる見解が、侵害する法益は一つだけであると考えられる場合があるのに対して、例外説をとる見解では、このような場合は、共同占有者としての被欺罔者の法益と、他の共同占有者の法益の両方が侵害されるとするもので、前者に対しては、詐欺罪が成立し、後者に対しては、窃盗罪が成立する。他方、ドイツ、日本、中国では、競合説を採用する理由は異なる。ドイツでは、競合説を採用する見解は、特定の事案における詐欺罪と窃盗罪の評価の違いから、基本的には、両罪の観念的競合を認めているのに対し、日本や中国では、法条競合から、競合説を肯定する視点もあり、ここでは、窃盗罪と詐欺罪は一般法と特別法の関係にあり、前者は後者の一般法であると考えている。しかし、このような例外説や競合説には疑問がある。

1 例外説の検討

前述したように、例外説を採る Schröder は、一方では、占有補助者による財産処分の場合、詐欺罪と窃盗罪の観念的競合が成立すると主張するが、同時に処分権のある者による処分の場合には、両罪の間に排斥関係があると主張する。しかし、この見解自体には疑問がある。第一に、この見解は、侵害された法益の数の問題、すなわち、占有補助者による処分の場合、法益は一つなのか、それとも複数の法益があるのかという問題に明確な解決策が示されない。例えば、行為者が占有補助者であるコンビニ

¹²⁹ 陈洪兵：《财产犯罪之间的界限与竞合研究》，中国政法大学出版社2014年版，第222页以下。

¹³⁰ 潘星丞：《竞合论视角下盗窃罪与诈骗罪的界分》，载《政治与法律》2019年第7期。

店員を欺いて店主の商品を交付させた場合、経済的観点からすれば、この場合に被害を受けるのは店主であり、法益の損害という結果は1つしかない。Schröderによれば、行為者は、詐欺罪と窃盗罪の観念的競合が成立する可能性がある。しかしながら、経済的財産概念をとるにせよ、法律的財産概念をとるにせよ、店員の処分と店主自身の処分とでは、結局のところ、財産に対する損害の結果にどのような違いがあるのだろうか。前者が複数の犯罪と評価されるのであれば、後者も複数の犯罪と評価されるべきであるが、Schröderの見解はそうではなく、論理的に矛盾していると言わざるを得ない。第二に、上述の店主の財物処分の事例において、窃盗罪ではなく詐欺罪に該当することは、学説上も理論上も争いがないように思われる。これに対して、共同占有者による処分という文脈で競合を肯定するHoyerやKindhäuser/Hovenの見解も、受け入れられるものではない。まず、Kindhäuser/Hovenは、妻が夫と共同所有・占有する財産を処分した場合を例に挙げて、妻が夫と共同所有・占有している財産を処分した場合には詐欺罪と窃盗罪の間に競合関係にあると主張しているが、Kindhäuser/Hoven自身が支持している近接理論（Nähetheorie）¹³¹によれば、妻は、行為者よりも財産に近い存在であり、妻の処分は夫に帰属させるべきであって、詐欺罪のみが成立し、窃盗を成立する余地はないと思われる。第二に、陣営説の下では、処分した共同占有者が他の共同占有者と同じ陣営に属し、詐欺罪のみが成立すると認めることも可能である。繰り返しになるが、窃盗罪と詐欺罪の両方で同一の財産損害を評価すれば、やはり重複評価の疑いは免れない。要するに、共同占有者による処分の場合、陣営理論の下では、共同占有者の一人の処分が他の共同占有者に帰属することができないという状況は考えにくい。もっとも、二重評価の問題が解決できるのであれば、複数の法益が侵害される場合には競合の成立を肯定することは可能である。しかし、このような場合には、侵害された法益の数に対する理解の違いが生じるだけであり、同一の法益が侵害されたという文脈における詐欺罪と窃盗罪の排斥性を否定するものではないと思われる。

2 競合説について

（1）観念的競合

前述の通り、競合説は主にドイツの刑法学説で採用されている有力な見解である。競合説は二重評価をもたらす可能性があるという批判について、Puppeはドイツ刑法

¹³¹ Vgl. Kindhäuser/Hoven, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 220.

第 52 条の適用によってこの問題を回避できると主張している。しかしながら、まず、実質的な数罪としての観念的競合は法的結果として、単統一罪とは異なることに注意する必要がある。それは、判決が下される際には刑の重い一罪の規範が適用されるが、量刑の際には他に成立する犯罪も量刑の基準として考慮される可能性があると考えられる。すなわち、このことは具体事例において、行為者が詐欺罪で有罪判決を受けるか窃盗罪で有罪判決を受けるかにかかわらず、量刑の際にはもう一つの罪名も考慮される必要があることを意味する。これは、明らかに行為者にとって不利になる。第二に、観念的競合は量刑の規則に過ぎず、同一の財産への侵害が二重に評価されるかどうかは別問題である。検討の順番としては、数罪が存在することを確認した後で、行為が単一であるかどうかを考慮することになる。Puppe の見解は単なるこの問題を回避しているだけにすぎないと思われる。

Miehe は、詐欺罪が全体の財産価値を保護し、窃盗罪が財産の支配関係を保護すると考えており、同一の財産侵害に対して支配関係と財産の総価値から異なる評価を行うことができると主張している。しかし、まず、このような見解によれば、これらの 2 つの罪は自然的行為の単一性において競合するのではなく、構成要件上で既に競合しているとされるべきであり、観念的競合ではなく、むしろ、法条競合になるというべきである。なぜなら、経済的な価値のない財産を除き、財産を盗むことは基本的に他人の全財産に損害を与えるのであり、一方、欺罔によって財産を処分させることは、必然的にその財産の支配権を他人から奪う結果をもたらすことになるからである。次に、この考え方は、ドイツ刑法における窃盗罪の保護法益を所有権と理解し、詐欺罪の保護法益を全体の財産と理解することに由来している。これに対して、中国や日本の多数説の見解では、このような分類を採っていない。特に中国の刑法では、窃盗罪も詐欺罪も財産所有権を保護し、また、これら 2 つの犯罪の成立には一定の計算可能な経済的な損害額が必要である。こうして、両罪の法益については、同じ解するべきだと考える。したがって、このような見解は賛成できないと考える。

Herzberg は、競合説を採用することで処罰の隙間を補完できると考えている。確かに、財産上の利益に関する場合、ある程度の処罰の隙間が存在することは否定できない。しかし、このような処罰のすき間は、電子計算機詐欺罪が新設された後、ある程度補完されていると言えよう。たとえまだ処罰のすき間が残っていても、それは恐らく罪刑法定主義を堅持することの必要な代償であろう。また、中国の刑法では窃盗罪が財産上の利益を含んでいるため、処罰の隙間の問題は存在しない。

中国でも、行為者が権限なく第三者の財産を処分する場合に、観念的競合として2つの罪を肯定する見解が存在する。その例は、AがBを欺いて、Cの家の前にある廃車を所有していると言い、一定額でBに売り、Bがその廃車を引き取るというものである。しかし、このような場合には、すでに2人の被害者と2つの侵害結果が存在し、1つの行為が複数の結果をもたらしたことになる。そのため、排斥説を採用しても、詐欺罪と窃盗罪（間接正犯）の観念的競合が成立することを肯定することができる。

（2）法条競合説

ドイツとは異なって、日本と中国で競合説を支持する見解は、詐欺罪と窃盗罪の間に法条競合が成立すると主張するものが多い。この考え方では、窃盗罪を一般法とし、詐欺罪は窃盗罪の間接正犯の特別法として位置づけている。トリック窃盗（Trickdiebstahl）¹³²だけではなく、単純な詐欺行為であっても窃盗罪の構成要件を満たす可能性がある。しかし、この考え方には疑問がある。第一に、この見解は、刑法が刑罰の対象から除外しようとする行為を、刑法に入れてしまう可能性がある。例えば、中国の刑法では、現在、窃盗罪の成立には最低1,000元以上の損害額が必要であるに対して、詐欺罪の成立には最低3,000元以上の損害額が必要である。1,000元を騙し取っただけでは、詐欺罪は成立しないが、そのような行為を間接正犯である窃盗罪として処罰すれば、明らかに妥当ではないと考えられる。第二に、窃盗罪と詐欺罪には特別な関係が存在しないことも挙げられる。例えば、日本の刑法では、典型的な法条競合として、横領罪（第252条）と業務上横領罪（第253条）がある。しかし、詐欺罪は、窃盗罪の上に、別の要件を加えたものではなく、そのような関係にはないと思われる。第三に、窃盗と詐欺が本質的に被害者の真意に反して財産を取得するものであることを理由に、窃盗と詐欺の競合関係の存在を肯定することにも疑問がある。なぜなら、このような理解は、両罪を高度に抽象化した結果であり、さらに抽象化して、例えば、被害者の財産を不法に取得したかどうかにまで踏み込んでしまうと、すべての財産犯が競合することになってしまうからである。実際に、このような見解は、錯誤論における構成要件の実質的な符合の理論を参考している可能性がある。これは、窃盗罪と詐欺罪が被害者の真の意思に反して財産を取得する点で実質的な競合を構成すると考えている。しかし、構成要件の実質的な符合は、両者が法条競合の関係にあることを意味するわけではない。構成要件の実質的な符合を判断する際には、法益

¹³² これは日本ではいわゆる占有弛緩のような事例である。

侵害の実際の類似性に焦点を当てることが多いが、このような判断は個々の犯罪の構成要件の認定には適用できないと考える。個々の犯罪の構成要件は具体的であり、両者が重なった具体的な構成要件要素が存在する場合にのみ、競合と見なすことができる。第四に、競合説が事実の認識の錯誤の場合に、より合理的であるという理由も賛成できない。なぜなら、両罪が競合関係にあるかどうかの判断は、構成要件の実質的な符合の判断とは異なっており、前者は具体的な個々の要素の判断であり、後者はある程度抽象化された判断となる。さらに、排斥説をとっても、構成要件を一定程度に抽象化することによって、錯誤論の問題を解決することが可能である。

3 排斥説について

以上のような考察から、例外説や競合説には疑問があるように思われる。これに対して、排斥説を採れば、例外説や競合説の問題を解決することができる。まず第一に、排斥説は占有補助者の場合でも、共同占有者でも、詐欺罪と窃盗罪が排斥関係にあると主張するのであり、論理一貫性を有し、二重評価の問題を避けることができる。すなわち、排斥説では、共同占有者などが存在しても、同一の被害に対して、一つの財産法益のみを評価することになる。第二に、排斥説は、日本と中国の多数説における詐欺罪と窃盗罪の法益の解釈と一致する。前述の通り（第二章四節二項）、日本では詐欺罪も窃盗罪も個別財産に対する犯罪と解され、中国では詐欺罪と窃盗罪を公私の財産に対する犯罪と解されるので、同じ法益の視点のみから評価すべきことになる。第三に、排斥説は、中国において処罰の範囲を合理的に定めることができる。したがって、行為者が1000元を騙取した場合、詐欺罪の成立に必要な損害額を満たしていないので、たとえ窃盗罪の成立のための損害額を満たしたとしても、刑法で処罰すべきではなく、排斥説によってこそ窃盗罪の排除が根拠づけられる。最後に、排斥説は詐欺罪と窃盗罪の本質にも一致する。他者損害型犯罪である窃盗罪と、自己損害型犯罪である詐欺罪には本質的な違いがある。詐欺罪における占有の移転は被害者の意思によるものであり、ただ欺罔により誤って動機づけられただけ、つまり被害者の意思が決定的な役割を果たしているが、これに対して、窃盗罪の占有の移転は被害者の意思の介入は一切なく、行為者の行為のみが決定的なのである。このように詐欺罪としての処分行為が肯定されれば窃盗罪における窃取行為が成立する余地はなくなり、両罪は排斥関係に立つのであって、同時に成立するものではない。

第二節 処分行為の意義

第1項 処分の概念

前述したように、ドイツ刑法では処分という概念は明文には規定されていないが、学説や判例では、この概念が一般に使用されている。一方、日本の刑法 246 条では交付という概念が明文で規定されているが、学説においては交付という概念も、処分という概念も使われ、内容的にはほとんど差がない。詐欺罪の意味では、交付と処分の概念は本質的に同じ意味であり、用語の違いに過ぎないといえることができる。また、中国刑法上の詐欺罪では、交付も処分も明示されておらず、学説においては、日本と同様に、処分という概念を用いる学者¹³³もいれば、交付という概念を用いる学者¹³⁴もいる。しかしながら、交付という概念であれ、処分という概念であれ、その概念の内容を理解することが重要である。本稿でいう処分とは、財産の移転を生じさせる行為をいい、すべての有体物を引き渡す行為および財産的利益の移転行為を含む。

第2項 処分行為の機能

他の財産犯罪と比較して、詐欺罪は、行為者の財産取得が行為者自身によって行われるのではなく、欺罔行為で他人を錯誤に陥らせ、自己または第三者の財産を移転させることが特徴である。これに対し、窃盗罪は、財産取得は行為者自身によって行われることが特徴である。したがって、学説では、詐欺罪を自己損害型犯罪とし、窃盗罪を他者損害型犯罪としている¹³⁵。処分行為という要件は、まさに自己損害型犯罪である詐欺罪の特徴的な要件であり、処分行為の存在を否定することが、詐欺罪の成立を否定することを意味するのである。このように、処分行為という要件は、以下のような機能を有している。

1 区別機能

詐欺罪の本質を提示する処分行為の主な機能としては、まず、詐欺と窃盗とを区別することである。これは、2つの犯罪を排斥的關係とする立場から解されるが、競合説の立場からは、この機能は否定される。例えば、競合説を採用する林幹人は、処分（交付）行為は、詐欺罪の適切な範囲を画定する目的にのみ役立つと主張している。

¹³³ 张明楷：《刑法学》（第六版）（下），法律出版社 2021 年版，第 1306 页。

¹³⁴ 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（第九版），北京大学出版社 2019 年版，第 502 页。

¹³⁵ Wessels/Hillenkamp/Schuh, a. a. O. (Fn. 14), § 15 Rn. 623.

¹³⁶しかし、上記のとおり、詐欺罪と窃盗罪は排斥的關係にあり、その主な特徴は処分行為という要件の要求である。すなわち、処分行為は詐欺罪の合理的な処罰範囲を画定する目的を果たすだけでなく、窃盗罪と区別する機能も有している。処分行為は、具体的には次のような点で窃盗罪と区別する機能を果たす。まず、第1に、客観的には、財産の直接移転である占有移転（処分行為）と占有弛緩を区別する役割を果たす。具体的に言えば、財産の直接移転行為とは、被害者の行為によって、自己または第三者（同じ陣営）の財産を行為者または第三者に直接に移転させることを意味する。例えば、直接に行為者に財産を渡したり、ネット銀行で行為者の口座に送金するなどがそれである。これらの場合は、行為者が被害者を欺いてドアを閉めずに家を離させ、その隙に被害者の財産を持ち去るような単なる占有弛緩にとどまる場合と区別される。このような占有弛緩の場合には、詐欺罪ではなく窃盗罪が成立する。第二として、主観的には、意識的処分行為と無意識的処分行為を区別する。この点については、学説上は見解が分かれており、特に財産的利益の無意識的処分行為を肯定する立場から、この機能が認められないと考えられる。しかし、完全に処分の意識のない行為が、それでも処分行為と言えるかどうかは、疑問がある。財産の処分について具体的な意識を求めることはできないが、少なくとも自己損害型犯罪を反映できる程度の意識が必要であり、処分の客体によって求められる意識の程度は異なると思われる。最後に、三角詐欺と第三者を利用する窃盗罪の間接正犯を区別するための機能がある。被害者でない者による財産処分の場合、処分者が被害者と同じ陣営にいる（または処分の権限がある）場合は詐欺罪が成立し、そうでない場合は窃盗罪が成立する。

2 接続機能

すでに述べたように、ドイツ刑法における詐欺罪の成立には、行為者の欺罔行為、被害者の錯誤、財産の損害という客観的要素しか規定されていない。しかし、錯誤は被害者の主観的な心理状態に過ぎず、財産の損害に直接つながるものではないので、財産の損害と錯誤を結びつける要素が必要であり、処分行為がその機能を果たしているのである。これに対し、財産の損害を規定されていない日本の刑法や、中国の刑法では、処分行為の接続機能を肯定すべきなのだろうか。日本では、処分行為の接続機能を肯定するが、処分行為という要件は、錯誤と損害を接続するのではなく、被害者の財産移転の意思決定という主観的要素と損害という客観的要素を接続するもので

¹³⁶ 林・前掲注（33）235頁。

あるとする見解がある¹³⁷。しかし、被害者の財産を移転する意思は、本来、処分行為の成立のための要素の一つであり、この要素が存在する場合にのみ処分行為が成立するのであるから、この見解には賛成することができない。つまり、全体財産の喪失を考えず、個別財産の喪失のみを考えると、個別財産の喪失と錯誤を結びつけるものとして、処分行為の接続機能を肯定することができるのである。

第三節 処分行為の要件

詐欺罪における処分行為については、財産的損害を被る被害者は同時に被欺罔者・処分行為者であり、いわゆる二者間の詐欺において、被害者の客観的行為と主観的心理面から検討することができ、被害者と被欺罔者・処分行為者は同一人でなく、いわゆる三角詐欺では、両者の間の詐欺に要求される処分行為者の客観的要件と主観的要件を満たしたうえで、処分行為者と被害者との関係についても検討する必要がある。つまり、処分行為が成立するには、客観的に財産の減少（移転）、主観的に処分意思の存否および処分行為者が適切な資格を有するかどうかによって判断される。したがって、検討の順序としては、客観的要素から主観的要素、事実的なものから規範的なものとし、逆にしたり、すり替えたりしないようにする必要がある。さらに、被害者を中心とし、二者の間の詐欺と三角詐欺を分けてそれぞれの特徴を考慮した上で判断すべきだと思われる。

第1項 二者の間の詐欺における処分行為の判断

被害者と処分行為者が同一人である場合に、処分行為が成立するには、客観的な要件として、被害者の行為が直接的に財産の損害結果を引き起こすことが必要である。このことについて、ドイツ刑法では直接性¹³⁸という概念が使われている。ただし、ここでいう財産の減少とは、ドイツ刑法上の詐欺罪の要素の一つである財産の損害とは異なることに注意が必要である。ドイツと異なり、日本や中国の刑法では、財産の損害の要件は条文に明示されていないものの、学説では、処分行為が直接財物の移転につながることを要求する見解も少なくない。そして、主観的な要件として、被害者の処分意識については、特に客体が財産的利益である場合には、学説では激しく議論されているが、結論から言えば、本稿では、客体が有体物であれ、財産的利益であれ、

¹³⁷ 林・前掲注（33）236頁。

¹³⁸ 「直接性」要件の内容について、詳しくは本稿第4章の第1節の第1項の2以下。

被害者に処分意識を要求するとの見解を支持する。これに加えて、処分を被害者自身が自由に決定できることも要求される。

第2項 三角詐欺における処分行為の判断

被害者と処分行為者が同一人でない場合には、処分行為者の地位や権限の問題はひとまず置いておいて、財産の移転という客観的行為と処分行為者の主観的意識とをまず検討すべきであり、財産の移転や処分意識が否定されれば、処分の地位や権限を検討する必要はなくなり、財産の移転や処分意識が肯定された場合にのみ被害者と処分行為者の関係の問題を検討することになる。被害者と処分行為者の関係については、処分行為者が被害者の財産を処分する権限を有する必要とする権限説や、処分行為者が被害者と同じ陣営にある必要とする陣営説などがあるが、本稿は、陣営説、つまり処分行為者が被害者と同じ陣営にいる限り、処分を肯定することができる見解を支持する。

二者の間の詐欺と三角詐欺の成立要件について、詳しくは本稿の第四章と第五章で述べる予定である。

第四章 二者関係における処分行為の判断

いわゆる二者関係とは、処分行為者が自己の財産を処分することであり、すなわち、処分行為者が財産損害の被害者でもあるという場合である。すでに述べたように、二者関係は、三角関係（被害者と処分行為者が異なる場合）とは異なっている。その特徴としてはまず、客観的に錯誤に陥った処分行為者の行為によって財産が減少したかどうかを考慮し、それから、主観的に処分行為者が財産減少を意識しているかどうかを考慮するというのである。つまり、原則として、被害者による自分の財産を減少させるすべての作為、容認、不作為は処分行為になる。しかし、もし被害者の行為が財産減少の直接の原因ではなく、行為者の行為も介入しているのであれば、処分行為が成立するのかが問題となる。例えば、いわゆる占有弛緩の場合では、被害者の行為は、行為者が財産を侵害する可能性や機会を与えるものにすぎず、最終的には行為者の別の行為によって被害者の財産を減少させるのはその例である。特に最近の新しい決済方法（キャッシュレス）の場合で、錯誤に陥った被害者が行為者に自分のアカウントとパスワードを教えた場合には、処分行為が成立するのかが問題がさらに複雑化になってくる。また、いわゆる無意識的処分行為はすべての場合に肯定されるべきなのか、それとも有体物の詐欺の場合のみに限定されるか、ということも問題となる。さらに、意識的処分行為説を採る立場からは被害者の財産減少の意識はどの程度の認識が必要であるのかも検討されなければならない。以下では、処分行為における客観的要件と主観的要件を分けて、これらの問題に対するドイツ、日本、中国の判例と学説の見解について考察し、比較法の視点に基づき、私見を述べたい。

第一節 処分行為の客観的要件

前述したように、詐欺罪における処分行為の成立の客観的要件としては、主に被害者の行為によって自分の財産が減少（移転）したかどうかを検討するものである。注意すべきなのは、ここで言う被害者の行為とは、民法上の意味での法律行為だけでなく、事実上の行為も含まれる。そして、財産の減少をもたらす限り、被害者の作為、容認、不作為のいずれであっても、処分行為は成立し得るのである。ドイツで議論となるのは、いわゆるトリック窃盗の場合であり、主に直接性という要件を中心に議論が展開されている。一方、日本や中国においても、処分行為の成立を判断するために、直接性の要件を採っている学者がいる。なお、被害者による直接の財産減少がすべて詐欺罪の意味での処分行為となるわけではなく、錯誤に基づく財産の直接減少のみが

詐欺罪の意味での処分行為となり得ると考えられる。つまり、錯誤と処分行為との間には、因果関係が必要である。例えば、被害者が錯誤に陥らず、同情で行為者に財産を渡す場合には、自分の財産を減らしたものの、このような行為は詐欺罪の意味での処分行為ではなく、詐欺罪の既遂¹³⁹は成立しない。以下の内容では、ドイツ、日本、中国における判例と学説がトリック窃盗（占有弛緩）と詐欺に関する区別の基準や学説上の議論を概観した上、私見を示したい。

第1項 ドイツにおける判例と学説

ドイツにおいて詐欺罪における処分行為とは、財産の減少を直接的にもたらす被害者の作為、容認、不作為を指すと考えるのが一般的である¹⁴⁰。繰り返しになるが、ここでいう財産の減少とは、処分行為によって個別の財産が減少したかどうかを検討すればよいものであって、それによって被害者が反対給付を受けたかどうかを、処分の前後で財産全体の増減を比較して検討する必要はない。すなわち、被害者が反対給付を受けて財産全体が減少していなくても、処分行為の成立は肯定されるべきである。もちろん、財産的損害の要件が否定された場合には、詐欺罪の既遂は成立しなくなる。これまで、ドイツでは、限界事例における処分行為の判断基準は、財産減少の直接性があるかどうかとされてきたが、この基準を採用する者の間でも、概念の定義や体系的な位置づけについては見解が分かれていると言えよう。これに対して、直接性という基準を否定する見解も存在する。否定説は主に直接性という概念の必要性和その明確性などに対して疑問を呈する。以下は、ドイツの OLG と BGH の典型的な判例と学説上の議論を紹介したい。

1 判例の概観

(1) OLG の判例

① OLG Stuttgart、1973 年 7 月 18 日判決¹⁴¹

被告人は、共同の勤務先に駐車していた車両の中で着替えたいと運転手に嘘ついて勤務先の雇い主の車両キーを入手した。実際には、被告人は都市部の知人を訪ねるために無断で運転するつもりだった。被告人が午後になっても戻ってこなかったため、運転手は警察に通報して、夜になって車両が警察に確保された。

¹³⁹ 未遂が成立する可能性がある。

¹⁴⁰ Vgl. *Rengier*, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 70; *Tiedemann*, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 97; *Lackner*, a. a. O. (Fn. 19), § 263 Rn. 95; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, a. a. O. (Fn. 14), § 13 Rn. 515.

¹⁴¹ Die Justiz 1973 396.

AG¹⁴²は被告人を横領罪とした。これに対して被告人が上告したところ、元の有罪判決が破棄され、無罪判決が出された。横領罪を否定した理由は、被告人が車を短時間で使用したいだけで不法領得の意思がないからである。

このほか、詐欺罪については、OLG は、運転手の鍵の引渡しの行為に関して、車の占有の弛緩のみで、財産損害の直接性が欠けるため、処分行為の成立を否定した。OLG は、「被告人は確かに欺罔で車の鍵を手に入れ、それによって雇用主の車に対する事実上の処分権も手に入れた。しかしながら、....運転者による車両キーの引渡しは刑法 263 条の意味での処分行為でもなく、また、使用の可能性の剥奪、車両の消耗およびガソリンの消費という所有者の財産的損害は、鍵の引渡しから直接生じるものでもない」と判示した¹⁴³。

② OLG Celle、1959 年 6 月 26 日判決¹⁴⁴

被告人は、被害者のパン屋での買い物の際に、50 マルク紙幣をカウンターに置き、被害者から受け取ったお釣り（商品代金を差し引いた分）と商品をポケットにいれ、隙を見て 50 マルクの紙幣を取って離れた。彼は最初から、この紙幣を被害者に渡すつもりはなかった。

OLG は、被告人の持ち去る行為に関して詐欺罪の成立を認めた。

OLG は、50 マルクの紙幣については、「被告人が、50 マルクの紙幣をカウンターに置くことによって、紙幣の占有権 (Besitz) を...少なくとも完全に放棄せず、証人も紙幣の単独占有権を取得してない...被告人が 50 マルク紙幣を再びポケットに入れたとき、それは彼にとって他人の物ではなかった。」とし、お釣りと商品については、「証人 (被害者) は、50 マルク紙幣を受け取るという勘違いをした結果、...お菓子とお金を置いて被告人にポケットに入れさせ、それによってそれらの実際の支配を放棄することによって、所有権 (Eigentum) を被告人に移したからである」としている¹⁴⁵。

③ BayObLG、1992 年 2 月 11 日決定¹⁴⁶

被告人は、郵便局の窓口に行き、1 マルクの切手を 3 枚買うために、何度も折りたたまれた 500 マルク札を窓口の凹みに置いた。郵便局員 B は、500 マルク札を手で広げ

¹⁴² AG は Amtsgericht の略で、ドイツの区裁判所である。

¹⁴³ Die Justiz 1973 396.

¹⁴⁴ NJW 1959, 1981.

¹⁴⁵ NJW 1959, 1981.

¹⁴⁶ NJW 1992, 2041.

て滑らかにし、3枚の切手と100マルク札などの釣銭を窓口の凹みに入れた。その後、被告人は、Bに理解できない発言をして、釣銭を残した。Bは、被告人が小銭で切手の代金を支払うことを予想し、釣銭を取り返し、500マルク札を窓口の凹みに押し戻した。被告人は500マルク札を置いたまま、Bと話を続けましたが、Bは、被告人が赤茶色50マルクをお釣りと受け取りたいと思った。Bは、50マルク札を被告人に押し付けた。被告人はお釣りを受け取り、同時に、Bに気づかれずに500マルク札も取って、すぐに郵便局を出た。

AGは、被告人を窃盗罪と判決した。LGはAG判決を変更し、詐欺罪の成立との判決を下した。被告人は上告したが、窃盗罪で有罪となるという条件付きで棄却された。

BayObLGは、500マルク札について、所有権の移転を認めた。BayObLGは、「事件の最初の部分で、所有権の移転はすでに黙示の行為によって行われていた。BGB第929条に基づく物権的合意は、証人Bは、被告人が直前に500マルク札を入れたカウンターの凹みに、3枚の切手と釣銭を入れたときに完了した...証人Bが500マルク札を窓口の凹みに押し戻しても、再び紙幣の占有を失わない...証人の占有は緩和されただけであり...」と判示している¹⁴⁷。

上記に引用した判例からわかるように、有体物の詐欺において、OLGの判例は、処分行為を判断する際に、被害者の行為によって対象物の占有が移転したかどうかを重視し、もし単なる占有の緩和であって、最終的に財産に損害を与えたのが加害者のさらなる行為であれば処分行為の成立を否定している。しかしながら、前述の釣り銭事件において、占有の移転があったのか、単なる占有の緩和があったのかについては、意見が分かれるところである。確かに、OLG Celleの事例では被害者が加害者が置いた紙幣を動かしていないのに対し、BayObLGの事例では被害者が窓口の凹みから紙幣を取り出し、その後再び押し戻したという点で、両事例には一定の事実関係の相違があることは認められる。しかし、このような違いが占有移転の認定に影響するかには疑問があると思われる。

(2) BGHの判例

① BGH、1963年7月23日判決¹⁴⁸

被害者は、息子に被告人をバイクで送るように指示した。目的地に向かう途中で被

¹⁴⁷ NJW 1992, 2041.

¹⁴⁸ BGH 23. 7. 1963-1 StR 260/63. (<https://research.wolterskluwer-online.de/document/b6a465c3-b446-464d-9ca2-dcbd51aa1484>)最後に2024年5月28日訪問。

告人は被害者の息子にバイクの調子が悪いからチェックしたいと言い、被害者の息子はこれに応じて、「被告人にバイクを預けた」。すると、被告人はそのままバイクに乗って走り去った。

BGH は、詐欺罪の成立について、被害者の処分により直接的に財産が損害されることが必要だと述べ、被害者の息子がバイクを運転している間、事実上支配権を有し、被告人にバイクを渡して欠陥の有無を確認してもらうことで、放棄したわけでもなく支配する可能性を維持していて、被告人の行為は窃盗であり、詐欺ではないと判示している¹⁴⁹。

② BGH、1965 年 6 月 23 日判決¹⁵⁰

被告人は駅の待合室にいる被害者に彼の二つの荷物を預けなければならないと嘘をついていた。そして、2 人は近くにあるロッカーに向かい、被告人は荷物を 692 と 702 のロッカーに入れていた。被告人は別の鍵を被害者に渡し、本物の鍵を保持した。二人が待合室に戻った後、被告人は離れ、本物の鍵で 702 を開け、中の荷物を盗んだ。

BGH は、直接的に財産が侵害されることが詐欺罪の成立要件と言及し、被害者は被告人が荷物をロッカーに入れることに同意したことは、被告人が彼の占有を弛緩させ、窃取行為を始めたのを知らず、それは、占有の移転ではないとしている¹⁵¹。

③ BGH、1974 年 11 月 27 日判決¹⁵²

被告人は地下駐車場にいる被害者にデパートのキャンペーンで、無料で車を洗うことができるかと嘘をついた。被害者はそれを信じて車のキーを被告人に渡し、買い物に行った。被告人は車を運転して駐車場を出た。

BGH は、欺罔によって被害者の同意は、占有の弛緩に及ぶだけでは足りないとし、本件では被害者による鍵を渡した行為は、被告人が車でデパートの敷地を離れたことにより、完全に占有を失うことを事実上可能にしたが、被害者の同意はそれに及ばなかったと判示している¹⁵³。

④ BGH、1986 年 12 月 17 日判決¹⁵⁴

¹⁴⁹ BGH 23. 7. 1963-1 StR 260/63.

¹⁵⁰ GA 1966, 212.

¹⁵¹ GA 1966, 212f.

¹⁵² BGH, 27. 11. 1974 - IV ZR 117/73. (<https://research.wolterskluwer-online.de/document/ad91ee5d-2598-44e0-81be-9b91b571fae5>)最後に 2024 年 5 月 28 日訪問。

¹⁵³ BGH, 27. 11. 1974 - IV ZR 117/73.

¹⁵⁴ GA 1987, 307.

被告人は、実際に持っていない商品を安い価格で販売すると集客した。被告人は、支払い、商品の引き渡し時に行われるが、商品を引き渡す前に、関係者の立会いのもと、転送業者の倉庫主任にお金を見せなければならず、その後、お金を返却すると被害者に説明した。これを受けて、被害者は、被告人が携行していた封筒にお金を入れた。被告人はその封筒を受け取り、外見上同じ封筒（中身は紙片）と交換し、紙片の入った封筒を被害者に返し、何らかの口実をつけて金を持ち去った。

BGH は、窃取と処分の区切りにとって行為の外見だけでなく、被欺罔者の意思の方向性も決定的な意味を持つと述べ、本件では、被害者は封筒を被告人に渡したが、目の前で見せるために短時間に預けただけで、お金の占有が失われるわけではなく、さらに、被告人がせいぜい共同占有を取得しただけで、共同占有の引渡は、直接的な財産的損害を発生させず、単に占有の弛緩のみであり、財産の処分にならないとしている¹⁵⁵。

⑤ BGH、1996 年 2 月 27 日決定¹⁵⁶

試乗用車両を不法に取得した行為に関して、BGH は、被害者による試乗用車両の引渡しは、直接的に車両の喪失という損害を引き起こし、単なる占有の弛緩ではなく、財産の処分であるとし、被告人を詐欺罪と判示した¹⁵⁷。

⑥ BGH、2016 年 8 月 2 日決定¹⁵⁸

被告人は、被害者に携帯電話を渡して電話をかけるように仕向けた。実際には、被告人は、後で売るために携帯電話を保管するつもりだった。通話した後、共同被告人は携帯電話をポケットに入れて、被告人と一緒に離れた。

BGH は、詐欺罪と窃盗罪の区別が、被欺罔者の意向も重要であると述べ、本件では、被告人が、共同占有を侵害し、携帯電話をポケットに入れたことで、被害者の意思に反して占有を侵害したこととなり、窃盗罪が成立すべきであるとしていると判示している¹⁵⁹。

上に挙げた BGH の典型的判例に限って、まず言えることは、BGH が処分行為を認定する際に、物の大きさだけで決めるわけではないということである。事例⑥の小さい携帯電話も、事例①の大きいバイクも、いずれも被害者の処分行為が否定されている。

¹⁵⁵ GA 1987, 307f.

¹⁵⁶ BGH 27.2.1996-1 StR 66/96. (<https://research.wolterskluwer-online.de/document/74ef350c-9c0e-4e8a-bf69-82a75f02279d>) 最後に 2024 年 5 月 28 日訪問。

¹⁵⁷ BGH 27.2.1996-1 StR 66/96.

¹⁵⁸ NStZ 2016, 727.

¹⁵⁹ NStZ 2016, 727.

BGH の判決理由を見れば、処分行為の成立に影響を与える要素は、特に次のようになる。

ア 被害者に財産の占有を放棄する意思があったか、あるいは占有を完全に放棄する意思があったのか。

例えば、事例①では、被害者の息子がバイクを点検のために被告に渡ただけで占有を完全に放棄していないこと、事例②では、被告が荷物をロッカーに入れることに同意したが被告が占有を弛緩させたことは知らないことを挙げている。事例③では、被害者は被告が洗車することに同意し、車両の占有の変更には同意していないこと、事件④では、被欺罔者の意思の方向性が処分行為の判断に決定的な影響を及ぼすことを BGH は明言している。

イ 被害者が財産を支配する事実上の可能性を有していたかどうか。

例えば、事例①では、被害者の息子が、行為者にバイクの欠陥の有無を確認させるとしても、バイクを支配する事実上の可能性を有していたなどと指摘している。

ウ 被害者による共同占有が存在するかどうか。

被害者と行為者による共同占有が存在する場合に、処分行為の成立を認めることはできない。例えば、事例⑥では、被害者が、電話をかけるために、行為者に携帯電話を渡しても、少なくとも共同占有が存在するので、処分行為を認められていない。

しかし、事例⑤でのいわゆる試乗車事例では、被害者も主観的には車両の占有を完全に放棄していないはずであったが、BGH は処分行為の成立を肯定している。

2 学説の議論

上に挙げられているトリック窃盗のような限界事例の解決については、ドイツ学説では主に直接性という要件をめぐる議論されている。ドイツでは、トリック窃盗のような場合に、被害者の行為と財産の損害との間に直接性があるかどうかによって処分行為を判断するという見解が、多数説を占めている。しかし、肯定説を採る見解でも、直接性の定義については、少なくとも用語上で異なっている。さらに、直接性が体系的に詐欺罪の構成要件としての処分行為の要素に属するか、それとも財産的損害の要素に属するかについても、見解が分かれている。また、肯定説とは逆に、直接性の要件は不要であるという否定的な見解も存在する。以下では直接性の要件に対する肯定的（多数説）な見解と否定的な見解をそれぞれ概観する。

（1）多数説の見解

学者によって直接性の概念の定義が若干異なるものの、詐欺罪の本質としての自己

傷害や詐欺と窃盗を区別する必要性などの理由から、処分行為と財産損害の結果との間に直接性を求める見解が主流である。言い換えれば、具体的な事例において、被害者の行為と財産の損害との間に直接性が否定される場合には、財産の損害が処分行為の結果であるとはいえず、ひいては詐欺罪の成立を否定することになるのである。

Rengier は、かつて¹⁶⁰「直接性という要求が詐欺罪の自己損害性質を強調する機能を有する。それは、被欺罔者の行為が、行為者の追加的 (zusätzliche)、犯罪的な中間ステップ (Zwischenschritte) なしに財産減少に導かなければならないことを意味している。したがって、欺罔は、ただ行為者に、さらなる行為によって損害をもたらすという事実上の可能性を与える場合に、「直接的」財産減少の惹起が欠けている。」と述べていた¹⁶¹。さらに、Rengier によれば、白紙にサインを不正手段で手に入れた場合には詐欺罪の成立は否定されるが、企業などの団体において被害者側が複数行為で処分を行う場合には直接性は否定されないと主張していた¹⁶²。

Lackner は処分行為の成立が直接的に財産的減少を前提とすると述べ、その定義については、通説の主張として行為者の追加的、犯罪的な中間行為 (Zwischenhandlungen) なしに、被欺罔者の行為が財産減少へ導く必要があると挙げられている¹⁶³。Lackner によれば、個々の事例において、例えば、公的機関が取引許可を与えて他の取引者に間接的な不利益を与える場合などは、その内容からして財産を直接的に減少させるようなものではなく、最初から処分行為の成立の可能性が排除されるが、逮捕で飲食及び宿舍の提供などの直接的な付随的效果を及ぼすよう場合には処分行為が成立する¹⁶⁴。また、Lackner は、処分行為の成立にとって、公的な差し押さえの欺罔などにより、行為者の財産の占有の持ち去りを無抵抗で許すだけでは不十分であるとしている¹⁶⁵。

なお、よく議論されているいわゆる釣り銭事例について行為者がお札をカウンターに置いただけで、まだ占有を移転しておらず、被害者から釣り銭とお札を両方とも持ち去った場合に詐欺罪は成立すると述べている¹⁶⁶。このほかに、財産的減少の直接性

¹⁶⁰ ここは Rengier の教科書の第 19 版の見解である。これに対して、Rengier は、前掲注(12)の第 25 版では、直接性の要件の範囲と内容が不明確であると指摘しているが、明らかに否定する立場でもないとする (Rengier, a. a. O. (Fn. 12), § 13 Rn. 74.)。

¹⁶¹ Vgl. Rudolf Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, 19. Aufl., 2017, § 13 Rn. 67.

¹⁶² Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 161), § 13 Rn. 68ff.

¹⁶³ Vgl. Lackner, a. a. O. (Fn. 19), § 263 Rn. 99.

¹⁶⁴ Vgl. Lackner, a. a. O. (Fn. 19), § 263 Rn. 100.

¹⁶⁵ Vgl. Lackner, a. a. O. (Fn. 19), § 263 Rn. 101.

¹⁶⁶ Vgl. Lackner, a. a. O. (Fn. 19), § 263 Rn. 102.

の要求は詐欺罪の自己損害の観念を機能させることにより、構成要件に十分な明確的な輪郭を与えると主張している¹⁶⁷。

Tiedemann は、直接性に関して、「行為者（あるいは第三者）の追加的（犯罪的）中間行為なしに」という表現を引用し、被欺罔者の行為が財産減少にとって因果的のみではなく、主要な原因でなければならないに言及し、行為者の追加的な行為によって生じられた財産的損害の場合は、被害者は財産移転の道具ではなく、その損害は被害者のなしたこと（Werk）ではない。さらに、直接性を要求する理由は自己損害型犯罪としての詐欺罪の本質や他者損害型としての窃盗罪との区別するためということにあるとしている¹⁶⁸。なお、Tiedemann によれば、直接性の要求は有体物に対する詐欺（Sachbetrug）だけではなく、債権詐欺（Forderungsbetrug）にも適用される¹⁶⁹。さらに、個々の事例における直接性の判断について、上に紹介された無料洗車事件（BGH, 27. 11. 1974 – IV ZR 117/73.）や駅での荷物預け事件（GA 1966, 212）などは直接性を否定する事例として挙げられ、これら事例はただ占有緩和だけであって、占有を完全に移転させたわけではなく、被害者は少なくとも共同占有を有しているのである¹⁷⁰。

Welzel は損害が行為者の直接的な行為ではなく、行為者の別（weitere）の行為によって発生する場合には詐欺罪が成立しないと述べている¹⁷¹。

Wessels/Hillenkamp/Schuhr によれば、権利者の存在する占有関係を行為者の別の独断的な行為（weiteres eigenmächtiges Handeln）によって排除される場合には詐欺罪は否定される¹⁷²。

Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf は処分行為の範囲を直接性という要求によって制限されるに言及しながら、直接性の体系的 positionierung について財産的損害という要件に属するか処分行為という要件に属するかは自由に決めてもよいと述べている¹⁷³。

Fischer は、処分の直接性について、行為者の犯罪的中間行為に限るのであれば、複数行為の処分の場合には問題があると指摘しながら、行為者の別の行為、あるいは被害者のリスク範囲（Risikobereich）に帰属できない第三者の別の行為なしに財産減

¹⁶⁷ Vgl. Lackner, a. a. O. (Fn. 19), § 263 Rn. 95.

¹⁶⁸ Vgl. Tiedemann, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 98.

¹⁶⁹ Vgl. Tiedemann, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 105.

¹⁷⁰ Vgl. Tiedemann, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 106.

¹⁷¹ Vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 1969, S. 370ff.

¹⁷² Vgl. Wessels/Hillenkamp/Schuhr, a. a. O. (Fn. 14), § 15 Rn. 625.

¹⁷³ Vgl. Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., 2015, § 20 Rn. 69.

少を引き起こすという要件と定義している¹⁷⁴。

(2) 否定説の見解

ドイツにおける多数説は、トリック窃盗や詐欺をめぐって詐欺罪と窃盗罪の区別を検討する際に、直接性の概念を支持しているが、この見解は徐々に反対意見によって異議を唱えられるようになってきている。反対説の主な理由としては、直接性という概念の中身が不明確であること、その必要性がないこと、財産的危険の場合を合理的に取り扱うことが困難であることなどが挙げられている。

Bockelmannによれば、欺罔電話で医者を部屋から離れさせるような事例において、窃盗は成立することについては、争いがないが、直接性という要件で説明できなく、つまり、直接性によって詐欺罪とトリック窃盗を区別するのは不十分であって、例えば、トリック窃盗の場合に、被欺罔者はいずれも直接的に彼の財産の危険を引き起こし、詐欺罪の成立を認めるべきではないかとされている¹⁷⁵。

Joecksによれば、直接性の適用は行為者と被害者のどちらかによって直接的に財産損害の計算を必要とし、一部の事例ではこの計算が不可能である¹⁷⁶。そして、「「損害」は全体の損害の一部に過ぎないことが多く、損害と同様な財産危険の理論によれば、行為者が行う他者損害的行為の前に、すでに被害者の（自己）損害の一定の量が存在する」としている¹⁷⁷。

Backmannは損害と処分行為の間に行行為者の別の行為なしという直接性の基準に対して疑問を示し、「なぜなら、処分は単なる容認 (Dulden) または許容 (Gestatten) の場合も存在し、損害が不可避免的に行行為者の積極的 (aktiven) な行為から生じるからである¹⁷⁸。そして、損害と処分行為の間に行行為者の別の犯罪的な行為なしという直接性の定義の見解に対して、Backmannは、それは行為者の別の行為を犯罪と認め、先立って行われた欺罔を犯罪と認めないのを前提としており、本当の区別基準ではなく、ただの論点先取 (petitio principii) に過ぎない¹⁷⁹と述べている。

Kindhäuserは直接性に関する通説の見解を批判している。すなわち、「直接性の要件は不正確であり、なぜなら、当該被害者の行為と財産の減少との間の段階数は重要

¹⁷⁴ Vgl. Fischer, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 76.

¹⁷⁵ Vgl. Paul Bockelmann, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2. Aufl., 1982, S. 93.

¹⁷⁶ Vgl. Wolfgang Joecks, Zur Vermögensverfügung bei Betrug, 1982, S. 37.

¹⁷⁷ Vgl. Joecks, a. a. O. (Fn. 176), S. 107.

¹⁷⁸ Vgl. Leonhard Backmann, Die Abgrenzung des Betrugs von Diebstahl und Unterschlagung, 1974, S. 68.

¹⁷⁹ Vgl. Backmann, a. a. O. (Fn. 178), S. 68f.

ではなく、因果関係が遮断され、被害者の意思に反して行われる問題財産への行為者の介入がないことだけが重要だからである」としている¹⁸⁰。

Stuckenberg は、次のように直接性の要件に疑問を呈している¹⁸¹。まず、直接性の要件は偶然性に翻弄され、団体などにおける複数の処分と矛盾している。次に、行為者の別の行為による損害については、客観的帰属基準に従ってのみ決められる。そして、窃盗罪と区別するためという理由も直接性要求を正当化することはできない。さらに、財産損害の判定基準も直接性基準と矛盾している。要するに、直接性という要求は余計なものである。

Högel は直接性について、いくつかの問題を指摘している¹⁸²。まず、直接性の定義が異なっていて、その中身に関して争いがある。次に、直接性の内容解釈は説得力がなく、不明確であり、偶然的な決定になるのが少なくない。また、直接性そのものは間違った考えであり、許されない循環論法 (Zirkelbeweis) であり、すなわち、直接性でいう別の犯罪的な行為なしとは、結果が他の可罰的な行為によって引き起こされることを許されないと同様であり、窃盗罪の構成要件が満たされてないということになる。最後に、直接性の必要性はなく、客観的帰属論によって置き換えられることができる。

そして、直接性要件の代わりに、トリック窃盗のような事例の解決について、Högel は二段階チェック方法を提唱している。第一段階は共同の行為客体、欺罔および錯誤の存在の検討である。第二段階は元の占有支配、占有喪失の事件および占有喪失者の意思の検討である¹⁸³。

3 小括

まとめて述べると、ドイツの判例においては、限界事例に関して、下級裁判所の判決の中には、「直接性」という概念を用いて処分行為の成立を否定するものが存在する。例えば、OLG Stuttgart の 1973 年 7 月 18 日の判決では、鍵を渡すだけでは財産上の損害の直接性がないとされている。一方で、BGH の判決では、例えば 1996 年 2 月 27 日の決定では、試乗を名目に車を乗り逃げる行為に関して、被害者が車両を引き渡す行為が直接的に損害をもたらしたと述べ、直接性の役割を間接的に肯定したよ

¹⁸⁰ Vgl. Urs Kindhäuser, Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag, 1997, S. 352f.

¹⁸¹ Vgl. Carl-Friedrich Stuckenberg, Zur Strafbarkeit von „Phishing“, ZStW 118(2006), S. 901ff.

¹⁸² Vgl. Bernadette Högel, Die Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Betrug, 2015, S. 217ff.

¹⁸³ Vgl. Högel, a. a. O. (Fn. 182), S. 236ff; 160ff.

うに見えるが¹⁸⁴、明確に「直接性」という概念を使用しているわけでもない。BGH の判例では、被害者が占有を放棄する意思、財物を支配する可能性、共同占有や占有弛緩などについての検討がより多く行われていると考えられる。

他方、ドイツの学説では、かなり以前から詐欺罪の処分行為と窃盗罪の奪取行為を判断する基準として、直接性の要件を採用している¹⁸⁵。もちろん、学者たちは直接性の定義について異なる見解を持っている。たとえば、Rengier が使用する定義は、被欺罔者の行為が、行為者の追加的 (zusätzliche)、犯罪的な中間ステップ (Zwischenschritte) なしに財産減少に導かなければならないというものである¹⁸⁶。Lackner も Rengier と同様に、行為者の追加的な行動を述べているが、Rengier と異なり、犯罪的な中間行為 (Zwischenhandlungen) なしにという表現を使用している¹⁸⁷。Tiedemann は、被欺罔者の行為が財産の減少の主要な原因でなければならぬと述べている¹⁸⁸。Welzel は、行為者の別 (weitere) の行為によって発生する場合には詐欺罪ではないという¹⁸⁹。Fischer は、「行為者の別の行為、あるいは被害者のリスク範囲 (Risikobereich) に帰属できない第三者の別の行為なしに」という表現を使用している¹⁹⁰。これらの学者による直接性の定義の共通点は、すべてさらなる行為がないことを指摘していることである。異なるのでは、一部の学者が追加的な概念を使用し、また別の学者は犯罪的な中間行為の制限を加えずに、リスク範囲の概念を述べている点である。

これに対して、直接性の要件を疑問視する見解が徐々に増えてきている。Bockelmann は、占有弛緩などの事例において、直接性の基準で詐欺と窃盗を区別することは不十分であると主張している¹⁹¹。Joecks は、財産の損害が被害者か行為者のどちらかによってもたらされるかを計算することは不可能だと指摘している¹⁹²。Backmann は、容認や許容の場合、損害が行為者の積極的な行為から不可避免的に生じる可能性があるとし、直接性という基準は論点を先取りしていると述べている¹⁹³。

¹⁸⁴ ちなみに、前述した BGH、1963 年 7 月 23 日判決 (BGH 23. 7. 1963-1 StR 260/63) も詐欺罪の成立要件として直接財産損害が必要であると言及した。

¹⁸⁵ なお、現在においても直接性を肯定するのは多数説であると言える。

¹⁸⁶ Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 161), § 13 Rn. 67.

¹⁸⁷ Vgl. Lackner, a. a. O. (Fn. 19), § 263 Rn. 99.

¹⁸⁸ Vgl. Tiedemann, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 98.

¹⁸⁹ Vgl. Welzel, a. a. O. (Fn. 171), S. 370ff.

¹⁹⁰ Vgl. Fischer, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 76.

¹⁹¹ Vgl. Bockelmann, a. a. O. (Fn. 175), S. 93.

¹⁹² Vgl. Joecks, a. a. O. (Fn. 176), S. 37.

¹⁹³ Vgl. Backmann, a. a. O. (Fn. 178), S. 68f.

Kindhäuser も直接性の基準に反対し、被害者の意思に反する行為者の介入がないことだけが重要であるとしている¹⁹⁴。Stuckenberg は、直接性を客観的帰属基準によって代替することができると述べている¹⁹⁵。Högel は、直接性の概念が不明確であり、そのものが誤りであるとし、二段階論の論理を主張している¹⁹⁶。

第2項 日本における判例と学説

すでに述べたようにドイツ刑法や中国刑法とは違って、日本の現行刑法の詐欺罪においては、明確に「交付」という概念が規定されているので、判例も学説も交付行為という要件を必要としている。交付行為の判断については、日本の判例は詐欺罪か窃盗罪かの限界事例においてドイツの OLG 判例のように直接性という要件を明確に言及したことがなく、事件ごとに財物の占有状態を検討することが多い。一方、学説では、交付行為とは物・財産上の利益を相手方に移転させる行為であると定義される¹⁹⁷。そして、処分行為を検討する際に直接性の要件を明確に肯定する見解が多数を占めるが¹⁹⁸、この要件に反対する学説も見られる¹⁹⁹。そこでまず、下級裁判所の判例と最高裁判例を分けて紹介し、その後、学説の議論状況を検討したい。

1 判例の概観

(1) 下級裁判所判例

① 東京高判昭和 30 年 4 月 2 日判決²⁰⁰

被告人は支払い意思がなく、時計店において顧客を装い、被害者にある時計を見せてくれると求め、被害者が見せるために時計を被告人に渡した後、被告人が隙に乗じて時計を持ち逃げた。

第一審は被告人を窃盗罪とした。それに対して、被告人側が被害者の錯誤により、本件時計はすでに受け取り、自己の実力支配に移したもので、詐欺罪が成立すべきとして控訴した。

¹⁹⁴ Vgl. Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 177), S. 352f.

¹⁹⁵ Vgl. Stuckenberg, a. a. O. (Fn. 178), S. 901ff.

¹⁹⁶ Vgl. Högel, a. a. O. (Fn. 182), S. 217ff; 236ff; 160ff.

¹⁹⁷ 山口・前掲注 (34) 255 頁。

¹⁹⁸ 平場安治「詐欺罪における被欺罔者の処分行為について」法学論叢 60 (1・2) (1954 年) 76 頁、平野・前掲注 (112) 333 頁、山口・前掲注 (34) 255 頁、大谷・前掲注 (58) 279 頁、伊東研祐『刑法講義 各論』(日本評論社, 2011 年) 194 頁、松原芳博『刑法各論 (第 2 版)』(日本評論社, 2021 年) 283 頁、大塚裕史『刑法各論の思考方法 (第 3 版)』(早稲田経営出版, 2010 年) 219 頁、山中・前掲注 (107) 366 頁などを参照。

¹⁹⁹ 林幹人「詐欺罪における処分行為」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代展開—各論』(日本評論社, 1996 年) 218 頁以下。

²⁰⁰ 東京高等裁判所 (刑事) 判決時報 6 巻 3 号 82 頁。

東京高裁は、被害者が交付した時計は被告人に見せるために過ぎないので、その時計に対する事実上の支配・管理する状態を失わないので、被告人を窃盗罪とした原判決が正当であると判示した。

② 広島高判昭和 30 年 9 月 6 日判決²⁰¹

被告人はある中古店において顧客を装い、店主に対して上衣を見せてくれと言い、店主がそれに応じて上衣を見せ、被告人が服を着たまに一寸小便に行つて来ると言い、表へ出て逃走した。

広島高裁は、「上衣を被告人に交付したのは、被告人に一時見せるために過ぎないのであって、その際は未だ山沢（被害者）の上衣に対する事実上の支配は失われていないものというべく、従つて被告人が右上衣を着たまに表へ出て逃走したのは即ち同人の右事実上の支配を侵害しこれを奪取したものに外ならないと認むべきものである」と判示した。

③ 東京高判昭和 49 年 10 月 23 日判決²⁰²

被告人は老人が生活扶助金を受取りに銀行に行くのを見て、これについて行き、老人が払戻手続をするそばにいて、老人の附添いを装い、銀行の職員の呼出に応じて逸早く職員のところへ行き、銀行の職員がカウンターの上に差出した生活扶助金を受取り、銀行の外に出て行つた。

東京高裁は「なるほど銀行の預金係は被告人を老人の代りに金を受取りに来たものと誤信してこれを差出し、被告人は老人の附添いのように装い、これを受取ったことが窺われるが、右のように銀行において係員から本人が払戻請求をした金を本人の目の前で本人の代りに受取るように装い受取ったとしても、直ちに人を欺罔し任意の交付を受けて財物を騙取したとはいえず、右金の占有は、なお銀行にあり、いまだその占有は被告人に移転していないと認めるのが相当であり、而して被告人が銀行あるいは本人の承諾を得ないでこれを持ったまま銀行の外に出てしまったことによりはじめてその金を自己の事実上の支配に移し、従つてこれに対する銀行の占有を侵奪したものと解するのを相当とする」と判示した。

④ 東京地八王子支判平成 3 年 8 月 28 日判決²⁰³

被告人は購入客を装って試乗車をだまし取ろうと思い、偽名を名乗った上「ちょっ

²⁰¹ 高等裁判所刑事判例集 8 卷 8 号 1021 頁。

²⁰² 判例時報 765 号 111 頁。

²⁰³ 判例タイムズ 768 号 249 頁。

と試乗してみたい」などと申し向け、店員が試乗後は直ちに返還を受けられるものと誤信し、試乗車に被告人を乗車させ、被告人は、乗り逃げする意図のもとにその試乗車を同店から発進させ、乗り回していた。

東京地方裁判所八王子支部は「本件のように、添乗員を付けないで試乗希望者に単独試乗させた場合には、たとえ僅かなガソリンしか入れておかなくとも、被告人が本件でやったように、試乗者においてガソリンを補給することができ、ガソリンを補給すれば試乗予定区間を外れて長時間にわたり長距離を走行することが可能であり、また、ナンバープレートが取り付けられていても、自動車は移動性が高く、前記二1で認定のとおり、殊に大都市においては多数の車輛に紛れてその発見が容易でないことからすれば、もはや自動車販売店の試乗車に対する事実上の支配は失われたものとみるのが相当である。

そうすると、添乗員を付けなかった本件試乗車の被告人による乗り逃げは、被害者が被告人に試乗車の単独乗車をさせた時点で、同車に対する占有が被害者の意思により被告人に移転しているので、窃盗罪は成立せず…詐欺罪の成立を認めたものである」と判決した。

⑤ 東京高判平成12年8月29日判決²⁰⁴

被告人は薬局から商品を騙し取ろうと考え、テレホンカード80枚などを注文したが、被害者はこれを信じて数日後、注文どおりの枚数のテレホンカードを販売ケースの上に置いて、「枚数を確認して下さい」と言った。被告人は、カードを手にとって枚数を数えるふりをし、さらに、被害者に対し、「今若い衆が外で待っているから、これを渡してくる。お金を今払うから、先に渡してくる」と嘘つき、カードを携帯したまま店外に出て逃走した。

東京高裁は「テレホンカードを手にとった際、…嘘を付いて、その旨誤信した同人に、テレホンカードの店外持ち出しを了解・容認させたもので、もし、B子が被告人の申し出の嘘を見破っていれば、テレホンカードの店外持ち出しを容認せず、直ちに右申し出を拒むとともに、即時その場で代金の支払いを要求したことは明らかである。これを要するに、B子は、被告人の一連の虚言により、被告人が近所の家具店の者であって、テレホンカードを購入してくれるものと誤信し、直ぐ戻って来て代金を支払う旨の被告人の嘘に騙されて、注文されたテレホンカード80枚を被告人に交付した

²⁰⁴ 判例タイムズ1057号263頁。

ものと認められる」と判示した。

⑥ 大阪地裁令和元年10月10日判決²⁰⁵

被告人は、氏名不詳者らと共謀の上、被害者に電話をかけ、被害者に対し、警察官等を名乗り、被害者のキャッシュカードが偽造されて現金が引き出されており、再度の被害を防止するため、A方を訪問する者の指示に従ってキャッシュカードを封筒に入れるなどの手続をする必要がある旨うそを言い、さらに、被告人が被害者のところを訪れ、持参した封筒にA名義のキャッシュカード2枚を入れた後、封筒に割印をしてほしい旨話し、被害者が印鑑を取りに行った隙に、その封筒を予め準備していた偽封筒とすり替え、偽封筒に割印をした後、その偽封筒をAに渡し、被害者のところを離れた。

大阪地裁は「被告人らのうそにより、A及びBが印鑑を取りに行く際にごく短時間の隙ができたにすぎず、キャッシュカードが被告人の自由支配領域内に入ったとまでは認められないし、A及びBが被告人の自由に支配できる状態に置く意思であったと認めることもできない… A及びBは、キャッシュカードを封筒に入れた後も、そのカードを自ら保管するつもりであったと認められ、被告人らもそのような前提でA及びBを欺罔していたのであるから、手続を委ねたと捉えること自体疑問であるといわざるを得ず」として被告人を窃盗罪と判決した。

以上のように、日本の下級裁判所判例を見ると、事例①、②、③と⑥が窃盗罪の成立とされたに対して、④と⑤は処分行為が肯定され、詐欺罪の成立と判決された。事例①、②は典型的な占有弛緩事例であると言えよう。これらは詐欺罪ではなく窃盗罪が肯定された理由として、行為者に交付されたものの目的が一時的に見せるに過ぎなく、被害者がそれに対する事実上の支配を失っていないことが挙げられる。事例③では、銀行の職員が払い戻しのためカウンターに差し出した現金はまだ銀行の占有の下にあり、その占有は行為者に移転していないとされている。事例⑥は近年多発するいわゆる特殊詐欺の一つであり、行為者が被害者を欺罔したうえ、すり替えという手口でキャッシュカードを手に入れるのはその特徴である。詐欺罪が否定された理由としては、被害者が印鑑を取りに行ったのはごく短時間で、キャッシュカードは行為者の自由支配領域内に入っておらず、被害者が行為者に支配させる意思もなく、手続を委

²⁰⁵ LEX/DB25566238。

ねたとも言えないということが挙げられる²⁰⁶。これに対して詐欺罪が肯定される理由としては、事例④では行為者が単独試乗で長時間にわたり長距離を走行することが可能であること、自動車は移動性が高く大都市では発見が困難であることによって、自動車販売店の試乗車に対する事実上の支配は失われたということが挙げられている。事例⑤では被害者は行為者がテレホンカードを店内から持ち出すのを了解・容認したものを処分行為と見なされている。

これらの下級裁判所判例では、直接性という要件に全く言及せず、物の占有が誰にあるか、占有が移転されたかに重点を置いている。しかしながら、その占有状態・移転の判断基準は必ずしも一致していると言えない。例えば、事例②でも事例⑤でも、被害者は行為者がその場から離れるのを容認したという点においては全く同じであり、離れる時間と空間的距離もそれほど差がないと言えよう。にもかかわらず、前者において占有が被害者にあり、後者は占有が行為者に移転されたと認められた。事例③でも、銀行の職員は行為者を老人の代わりと誤信したうえで現金を差し出し、行為者が現金を受け取る際に、職員が反対する事実もないにもかかわらず、占有がまだ銀行にあると認められた。しかし、そうすると、その占有移転の時点はあまりにも遅すぎるように思われる。

(2) 最高裁判例

① 最高裁昭和 26 年 12 月 14 日判決²⁰⁷

被告人は、被害者を欺罔し、同人を錯誤に陥れさせ、被害者が現金を入れた風呂敷包みを玄関の入り口に置いた後、被告人だけを残して便所に行っている間に、被告人がその隙に現金を持って逃げた。

最高裁は「財産の騙取とは犯人の施用した欺罔手段により、他人を錯誤に陥れ、財物を犯人自身又はその代人若くは第三者に交付せしむるか或はこれ等の者の自由支配内に置かしむることを謂うのであつて (...) 原判決も亦本件について「... 虚言を弄し、同人をしてその旨誤信させた結果同人をして任意に判示の現金を同被告人の事実上自由に支配させることができる状態に置かせた上でこれを自己の占有内に収め

²⁰⁶ 同じキャッシュカードすり替え事例として京都地裁令和元年 5 月 7 日判決 (LEX/DB25563868) は詐欺罪ではなく窃盗罪を認める理由は「キャッシュカード 2 枚を被告人に手渡すなどはしておらず、その場所は被害者方自宅建物内である上、玄関を離れた時間は比較的短く、その目的は取ってきたのりを用いて玄関で本件被害カード入り封筒に封をするためであることも明らかで、被害者において警察官であると信じていた被告人が本件被害カード入り封筒を勝手に持ち去りあるいはすり替えるなどする可能性を想定していたとは考え難く、そのような事態を容認していたともいえず」とされている。

²⁰⁷ 刑集 5 巻 13 号 2518 頁。

た事実であるから刑法二四六条一項に該る」と判断しているのであつて、大審院判決と相反する判断を示めしたものではない」と判示した。

② 最高裁昭和 31 年 1 月 19 日決定²⁰⁸

宿泊客としての被告人が旅館に宿泊し、普通に旅館が旅客に提供するその所有の丹前、浴衣を着、帯をしめ、下駄をはいたまま、「ちよつと手紙を出してくる」と嘘をつき、逃走した。

最高裁は「本件のように被告人が旅館に宿泊し、普通に旅館が旅客に提供するその所有の丹前、浴衣を着、帯をしめ、下駄をはいたままの状態外出しても、その丹前等の所持は所有者である旅館に存するものと解するを相当とする」と判示した。

なお、この判決には「窃盗の目的物である丹前、浴衣、帯、下駄等は被告人が同旅館の承諾の下に借受けて着用したものと認定したものであること明白である。そして、かような場合には旅館に民法上の占有権は依然として存在するかも知れないが、刑法上の所持は専ら被告人に存するものと解するを相当とする」という反対意見もあった。

③ 最高裁令和 4 年 2 月 14 日決定²⁰⁹

被告人は、被害者を欺罔し、キャッシュカードを封筒に入れさせ、隙に乗じて、すり替えて被害者のキャッシュカードを窃取しようと考え、被害者宅付近路上まで行ったが、警察官の尾行に気付いて断念した。

最高裁は「被告人が被害者に対して印鑑を取りに行かせるなどしてキャッシュカード入りの封筒から注意をそらすための行為をしていないとしても、本件うそが述べられ、被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点では、窃盗罪の実行の着手が既にあったと認められる」と判示した。

以上の判例から見ると、最高裁判例においては、処分行為についての判断基準が分かれていると考える。例えば、事例①では、被害者は欺罔により現金を玄関に置き、便所に行った短時間でも、現金は行為者の事実上自由に支配させることができる状態にあるとされ、言い換えれば、それだけでその現金はすでに行為者に移転されたということである。これは処分行為をかなり広く理解される見解と言えよう。これに対して、事例②では、多数意見は宿泊客が丹前などを着たまふ外出しても、その丹前などの占有は旅館にあると判示した。しかしながら、本件事例では、行為者が「手紙を出

²⁰⁸ 刑集 10 卷 1 号 67 頁。

²⁰⁹ 刑集 76 卷 2 号 101 頁。

してくる」と嘘つき、被害者がそれを承諾したことから考えて見れば、手紙を出せる場所は普段旅館のすぐ前ではなく、すこし離れているところであることを想像することができ、時間的にも便所に行くような短時間ではない。つまり、事例②は事例①より空間的に被害者のところから離れ、時間的にも長いと言える。事例①で現金が行為者の事実上の支配下に置かれたことを認めるのであれば、事例②では旅館の占有を認める理由はないと考える。そして、事例③の最高裁判例の争点は窃盗罪の実行着手についてであるが、その前提としてキャッシュカードのすり替えが詐欺罪ではなく、窃盗罪であって、最高裁でもこのような事例について窃盗罪を肯定しているのではないと思われる。

このように、日本では最高裁判例も下級裁判所判例も直接性という要件を使わずに、個々の事例に応じて財物の占有は行為者にあるか被害者にあるかという基準によって詐欺罪か窃盗罪を区別していると考えられる。しかしながら、その占有移転の判断基準は下級裁判所の間においても、最高裁判例においても曖昧で不明確なところがあると言わざるを得ない。そこで、次に日本の学説の見解を検討して行きたい。

2 学説の議論

日本の学説において、処分行為を詐欺罪の構成要件要素として認める考え方は圧倒的に多いと言ってよい。処分行為の意味は財産を相手方に移転させるということである²¹⁰。処分行為が成立するために、ドイツと同じく、直接性という要件を肯定する見解が多数であるが、それに反対する見解も存在する。そして直接性の要件に言及しながら、処分行為が成立するかどうかは被害者の主観が決定的な意味を有すると主張する学者もいる²¹¹。詐欺罪と窃盗罪を区別する際に、占有弛緩や占有移転という概念がよく使用されている。また、日本では被害者を欺罔して財物を捨てさせ、後にこれを拾うという行為について処分行為が成立するかどうかについても議論されている。以下は直接性を肯定して処分行為を判断する見解とそれに反対する見解を分けて検討したい。

(1) 直接性の要件を肯定する多数説の見解

日本では、かなり以前から、処分行為の成立要件として直接性の要件を詳しく検討する研究があり、現在においてもそれを肯定する学者が多数である。

平場安治は1954年に発表された「詐欺罪における被欺罔者の処分行為」という論

²¹⁰ 山口・前掲注(34) 255頁、西田・前掲注(44) 211頁。

²¹¹ 橋爪隆「詐欺罪における交付行為について」法学教室 436号(2017年) 76頁以下。

文において、刑法各論における行為論の具体的な適用として処分行為を検討し、処分行為の成立は三つの要件が必要とし、その第一は財産移転に対する因果関係であるとしている。この因果関係は直接性を要し、つまり、「詐欺罪の結果は処分行為から直接生じるものでなければならない。…更にほかの行為を俟って始めて犯罪的結果を生じるこのであってはないない」²¹²とする。平場説によれば、ガスメーターを装い、被害者の家に入って財物を持ち去った事例では窃盗罪が成立する。そして、被害者を欺罔して財物を捨てさせ、後にこれを拾う行為について詐欺罪が成立すると述べている²¹³。

平野龍一も、直接性の要件を肯定している。「詐欺罪において、財物または財産上の利益の取得は、被害者の錯誤に基づく行為によって行為者が「直接」に取得する場合に限られ、行為者の新たな違法行為によって取得する場合は含まれないということである」と述べている²¹⁴。平野説によれば、キセル乗車では行為者は改札口を通ことで直接に運搬という役務を取得しておらず、容易になっただけであってある²¹⁵。また、靴店で靴を履いてみる行為には被害者の交付行為がなく、風呂敷包みを玄関の入り口に置く行為を処分行為とした最判昭和26年12月14日判例の結論に対しても反対している²¹⁶。

山口厚は、「交付行為により、物・財産上の利益は直接移転することが必要であり、…占有取得のために相手方がさらに占有移転行為を行う必要となる場合では足りない」²¹⁷とする。直接性がない場合に占有移転がなく、単なる占有弛緩であって窃盗罪が成立し、したがって店ですきを見て、店員から渡して見るための商品を持ち去った場合は処分行為を肯定することはできないとする²¹⁸。そして、山口説によれば、占有が移転されるには、さらには①行為者の行為が必要な場合、②第三者の行為が必要な場合、③被欺罔者の行為が必要な場合という三つの種類を分けて、①では処分行為が否定され、窃盗罪が成立するが、②と③では処分行為が認められ、詐欺罪となるとしている²¹⁹。

山中敬一は、「占有移転が、行為者の移転のための何らかの行為を介在させることによ

²¹² 平場・前掲注(198) 76頁。

²¹³ 平場・前掲注(198) 76頁以下。

²¹⁴ 平野・前掲注(112) 333頁。

²¹⁵ 平野・前掲注(112) 333頁。

²¹⁶ 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会, 1977年) 214頁以下。

²¹⁷ 山口・前掲注(34) 255頁。

²¹⁸ 山口厚「詐欺罪における処分行為」内藤謙ほか『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』(有斐閣, 1991年) 447頁。

²¹⁹ 山口厚「詐欺罪における交付行為」法学教室 488号(2004年) 83頁以下。

ってはじめて完成するものであってはならない…。占有移転は…。直接「手交」がされる必要がある。」と述べている²²⁰。山中説によれば、財物を捨てさせ、後拾う場合は行為者の行為が介在し、詐欺罪ではなく、窃盗罪が成立すべきということになる²²¹。

大塚裕史は、直接性をめぐる対立があり、その基準も必ずしも明確でないと指摘しながら、やはり必要であるとし、その理由としては直接性がない場合に詐欺罪の類型にあてはまらないと述べている²²²。

(2) 少数説の見解

林幹人は直接性の要件を不要とする見解を取っている。林説によれば、処分行為を認めるには、ある程度の客観的な財産の移転が必要であるが、それはかなり形式的なもので足り、直接性の要件が理論的な根拠が明らかではなく、訴訟詐欺において処分行為と損害の間に執行吏の行為が介在する場合や不作為処分において被害者の不作為と損害の間に行為者の行為が介在する場合は詐欺罪を否定する理由はないとしている²²³。さらに、林説は、直接性があっても処分行為を認めるべきではない場合があり、例えば、被害者を欺罔し、契約書にサインさせた事例はそれであると指摘している²²⁴。また、林説が、試着服を着たまま逃げた事例などのような占有弛緩と占有移転を区別するのは被害者の意思内容によるとし、処分行為の要点はやはり意思の内容であると主張している²²⁵。

このほか、橋爪隆は、処分行為は処分行為の行為様態の客観的な限定はほとんど無意味であり、被害者の認識内容が決定的な意味を有することになると述べ、処分行為が直接的に財物の占有を移転させなければならないという直接性の要件に言及しながら、占有移転と占有弛緩の区別が被害者の認識の範囲の問題に尽きるとしている²²⁶。

小林憲太郎は占有移転と占有弛緩という議論を媒介させる必要はなく、被欺罔者が保護に値する利益を意識的に移転させているかという問題に尽きると述べている²²⁷。

3 小括

このように、日本の判例ではドイツの判例とは異なって、直接性という概念が使われていない。判例は主に財物の占有状態や事実上の支配などで処分行為が成立するかどうかを

²²⁰ 山中・前掲注（107）366頁。

²²¹ 山中・前掲注（107）366頁。

²²² 大塚裕史・前掲注（198）219頁。

²²³ 林・前掲注（199）217頁以下。

²²⁴ 林・前掲注（199）219頁。

²²⁵ 林・前掲注（199）217頁以下。

²²⁶ 橋爪・前掲注（211）77頁。

²²⁷ 小林憲太郎『刑法各論の理論と実務』（判例時報社、2021年）128頁以下。

決めている。すでに述べたように、その判断基準が明らかではなく、判決の結論は矛盾する場合も存在する。

これに対して、学説では、判例とは違って、ドイツの学説と同じように直接性の要件を肯定する見解は多数説である。多数説によると、処分行為が成立するために、被害者の行為による物・財産上の利益を行為者に直接に移転させることが必要であり、特に行為者のさらなる行為が介在してはならない。また、日本の学説では限界事例について、行為者または被害者のさらなる行為を重視しながら、占有移転か占有弛緩かを区別し、前者では処分行為を肯定し、後者では処分行為を否定している。言い換えれば、占有移転の場合は詐欺罪が成立し、占有弛緩の場合は窃盗罪が成立することになる。こうして、限界事例においては、占有移転か占有弛緩かの判断が議論の中心となっていると言えよう²²⁸。

また、直接性の要件を不要とする見解も存在する。主な理由としては、直接性の要件の根拠が不明確であるなどが挙げられる。このような見解によれば、限界事例において直接性で占有移転と占有弛緩を区別するのではなく、被害者の意思内容が重要となる。

そして、直接性の要件に言及した学者も、窃盗罪になるか詐欺罪になるかを判断する際に、被害者の認識内容が決定的な意味を有すると述べている²²⁹。

このように、限界事例において詐欺罪と窃盗罪を区別するにあたって、多数説が財物・財産上の利益を直接的に行為者に移転させたかどうかを重視するのに対して、少数説は被害者の主観的要素を重点に置いているのである。

第3項 中国における判例と学説

1 判例の概観²³⁰

① 紙袋すり替え事件²³¹（最高人民法院刑事部指導事例 492 号²³²）

2007 年 11 月、被告人は共犯と共に、ある村にある被害者の自宅を訪れ、「幽霊祓い」を口実に、被害者に「幽霊祓い」ための小道具として現金と黄金の宝飾品を持ち

²²⁸ 直接性の要件を不要とする林幹人も占有移転と占有弛緩という概念を使用している。林・前掲注（33）236 頁以下。

²²⁹ 橋爪・前掲注（211）77 頁。

²³⁰ 繰り返しになるが、中国では、刑事裁判において二審制を採用しているので刑事事件が原則として高等人民法院までで、最高人民法院は死刑以外の刑事事件を裁判せず、すべて事例に適用すべきものとしての法律解釈や指導事例などによって最高人民法院の見解を表す。そこで、ここでは下級人民法院と最高人民法院を分けずに概要していきたい。

²³¹ 最高人民法院刑事审判第 1、2、3、4、5 庭主办：《中国刑事审判指导案例 04（增订第 3 版）》侵犯财产罪，法律出版社 2017 年版，第 281 页以下。

²³² これは最高人民法院刑事部が下級人民法院の確定判決を選び出し、コメントを付き、編集して出版するものであり、最高人民法院の名義で出された公式な見解ではないが、その刑事部の付いたコメントから最高人民法院の立場を推測できると思われる。

出させ、自分に引き渡させた。被告人は上記の財産を紙で包んだ後、「幽霊祓い」の途中で、被害者の不注意に乗じて、財産が入っている紙袋を事前に用意した同じ様式の紙袋とすり替えた。そして、被告人は「幽霊祓い」が完了すると紙袋を被害者に返却され、3日後に開けるよう指示し、紙袋を現場から持ち去った。

裁判所は被告人の財産取得の様態が主にひそかに窃取であり、他人を欺罔する行為は直接に財産を獲得するわけではなく、それは窃盗のための条件を創造するのみで詐欺罪が成立すべきではないと判示し、被告人を窃盗罪とした。そして、最高人民法院刑事部はこの判決結論に賛成し、被害者が財産を渡す目的としては、被告人に「幽霊祓い」で利用させるためだけであり、形式的に財産が被告人に所持され、被害者の手にはないが、法的にまだ被害者の支配範囲にあり、行為が被害者の家で行われ、社会通念上、被害者が自宅の財産を支配・管理するのは当然のことであると評釈した²³³。

② 未払い逃走した事件（最高人民法院刑事部指導事例 819 号）²³⁴

2011 年 10 月、被告人は被害者の店にて、祝いで、黄金の宝飾品を購入したいと嘘をついた。被害者は、被告人が選んだ黄金のネックレス、指輪などを包装して被告人に渡した。その後、被告人はお金を持ってきていないと偽り、自宅にお金を取りに行くので、被害者について来てもらった。ところが、途中で、被告人は隙を見て宝飾品を持って逃走した。

裁判所は被告人を詐欺罪とした。最高人民法院刑事部は、処分行為と財産損害の間に直接的な因果関係が必要であり、行為者のさらなる行為などのほかの要素が介入してはいけなく、本件の被害者が一時的にその宝飾品を被告人に持たせるのではなく、永続的に宝飾品の占有を移転する意思があり、処分行為が認められるべきである。さらに、被告人が隙を見て逃げた行為はただ詐欺罪の既遂後の行為だけで前の行為に影響を及ぼさない。つまり、被害者の処分行為と財産損害の間に直接因果関係があるとしている²³⁵。

③ タクシーを運転して逃走した事件²³⁶

1994 年 12 月、被告人 A は、寧波市のある道でタクシーを拾い、運転手の隣に座り、

²³³ 最高人民法院刑事审判第 1、2、3、4、5 庭主办：《中国刑事审判指导案例 04（增订第 3 版）》侵犯财产罪，法律出版社 2017 年版，第 282 页以下。

²³⁴ 最高人民法院刑事审判第 1、2、3、4、5 庭主办：《中国刑事审判指导案例 04（增订第 3 版）侵犯财产罪》，法律出版社 2017 年版，第 372 页以下。

²³⁵ 最高人民法院刑事审判第 1、2、3、4、5 庭主办：《中国刑事审判指导案例 04（增订第 3 版）侵犯财产罪》，法律出版社 2017 年版，第 373 页以下。

²³⁶ 最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》刑事卷 6，人民法院出版社 2017 年版，第 2931 页以下。

甲地に行つてほしいと嘘をついた。途中である工場を通る時に、A が、急に運転手 B に停車させ、工場の財務室の C（実は工場にそのような人はいない）を呼んできてもらった。B はその嘘を信じて、タクシーを工場から 50 メートル離れたところに駐車して、工場へ行った。B が工場に向かっている間に、A はそのタクシーを運転して現場から逃げ、自宅へ帰つて車を自分で使おうと考えた。B は工場の門で事務室が閉まっているのを確認し急いで戻つたが、タクシーがもうなくなつていた。

裁判所は A の行為につき処分行為を否定し、奪取罪²³⁷が成立するとした。

④ 携帯電話を借りて逃走した事件²³⁸

2004 年 12 月、被告人 A、B および C の三名は共謀の上、C が元彼の D を恋愛関係をやり直す言い訳としてあるバーに呼び出した。その間に、A が D に電話をかけ C に代わってほしいと言い、C は、バーで通話するのは不便であるとして、D の携帯電話を持ってバーを出て、その携帯を A、B に渡した。A、B はその携帯電話を売った。

裁判所は A、B および C の行為につき窃盗罪の共犯が成立すると判決した。

⑤ スマホを借りて逃げ、スマホ内の Alipay を使つた行為が詐欺罪と窃盗罪の両罪とされた事件²³⁹

2017 年 4 月から 2018 年 11 月までの間に、被告人が五回にわたり、自分のスマホが使えないので友達に電話をかけたいと嘘つき、被害者からスマホを借りて、被害者をその場で待たせ、スマホを持ったまま逃げた。そして、そのなかで騙し取つたスマホを使って Alipay などを使用した。

裁判所はスマホを騙し取つた行為を詐欺罪とし、Alipay などを使用した行為を窃盗罪と判示した。判決理由としては、被害者が被告人に欺罔され、任意にスマホを被告人に渡したが、それはスマホだけを処分したのであり、スマホ内の Alipay などの口座の現金（残高）を処分したわけではなく、また、その残高を被告人に渡す意図もなかった。したがって、被告人が被害者のスマホ内の Alipay を使用する行為は、被害者が気づかないうちに密かに盗み取つたものであり、この行為は窃盗罪の構成要件を満たしていると述べている²⁴⁰。

²³⁷ 奪取罪とは、窃盗罪と強盗罪の間のものであり、例えば、急に後ろから他人が通話している携帯を奪い去る行為をいう。

²³⁸ 最高人民法院应用法学研究所編：《人民法院案例选（分类重排本）》刑事卷 5，人民法院出版社 2017 年版，第 2692 页以下。

²³⁹ 广东省广州市花都区人民法院刑事判决书(2019)粤 0114 刑初 1637 号。

²⁴⁰ 广东省广州市花都区人民法院刑事判决书(2019)粤 0114 刑初 1637 号。

⑥ 詐欺罪とされたフィッシング事例²⁴¹

2018 年、被告人は仮想サーバー、ドメイン名などを利用して、フィッシングサイトを構築した。そして、共犯らと一緒に、WeChat や銀行の名前を使って、被害者に WeChat の本人認証やクレジット枠引き上げなどの虚偽の SMS を送った。被害者はそのメッセージを受け取り、それが真実であると信じ、フィッシングサイトにアクセスし、銀行の口座番号や銀行から送って来た確認コードなどの個人情報を入力した。その後、被告人が被害者の入力した情報を資金洗浄する業者などに送り、被害者の口座からお金を引き落とした。

裁判所は被告人を詐欺罪と判決した。

⑦ 窃盗罪とされたフィッシング事例²⁴²

2020 年 5 月以来、被告人は他の人と共謀し、偽の ETC 高速通行カードの顧客サポートセンターウェブサイトを構築した。その後、車の所有者に対して、ETC 高速通行カードが期限切れですみやかに更新する必要がある、指定するサイトで手続きを行ってくださいという内容のメッセージを送信した。被告人らは、被害者が偽のウェブサイトにアクセスして入力した電話番号、銀行口座番号、確認コードなどを利用して、被害者の銀行口座から資金を盗み出した。

裁判所は、被告人を窃盗罪と判決した。その理由としては、窃盗と詐欺は行為者が主に行った手段と被害者が財物を処分する意識の有無から区別すべきである、欺罔は盗みを可能にする条件を作ったりするのみで、行為者が財物を入手する際に決定的な役割を果たすのが「秘密窃取」で、被害者も財物を任意的に渡していない場合には、窃盗と見なすべきである、一方、「窃取行為」が補助的な手段だけであって行為者が財物を入手する際に決定的な役割を果たすのが「詐欺」であり、被害者が錯誤に基づいて任意的に財物を渡したのであれば、詐欺と見なすべきであると述べている²⁴³。

以上のように、中国の判例でも占有弛緩の限界事例においてその判断基準は異なっていることが認められる。例えば、事例④と事例⑤は同じ電話をかける虚言で被害者から携帯電話を借りてそのまま逃げた事例であり、犯行の手口としては、事例④の行

²⁴¹ 四川省广汉市中级人民法院刑事判决书（2019）川 16 刑终 180 号。

²⁴² 山东省济南市钢城区人民法院刑事判决（2022）鲁 0117 刑初 102 号，载人民法院案例库 2023-05-1-221-006。

²⁴³ 山东省济南市钢城区人民法院刑事判决（2022）鲁 0117 刑初 102 号，载人民法院案例库 2023-05-1-221-006。

為者がバーの前で電話をかけるとの嘘であり、事例⑤が判決に記載した5回犯行の中の一人の被害者の証言²⁴⁴によると、行為者がすぐそばに電話をかけるとの嘘であって、前者が窃盗罪とされ、後者が詐欺罪とされた。しかしながら、空間的、時間的な角度から見ると、被害者は、財産に対して、事例④より事例⑤にすぐそばに電話をかけることのほうが緊密的であり、支配力がもっと強いと言えよう。前者において処分行為が否定されれば、後者において処分行為を肯定する理由はないと言うべきである。また、事例⑥と事例⑦は共にフィッシング詐欺の事例であり、犯行の手口としてはほぼ同様であり、それは、前者においても後者においても被害者が確認などのためと誤信し、偽のサイトで銀行口座番号や確認コードなどの支払い関係の情報を入力し、行為者がその情報を使用して被害者の口座からお金を引き出したものである。にもかかわらず、前者に詐欺罪と認められ、後者は窃盗罪とされた。窃盗罪が認められた理由として、決定的な役割を果たすのは窃取であることと被害者に処分意思がないことを挙げたが²⁴⁵、被害者による銀行口座番号や確認コードなどの交付行為よりも、後の被告人の口座からお金を引き出す行為のほうが決定的な役割を果たしたと断定するのは疑問があり、必ずしも被害者に処分意思がないとも言えないのではないかと思われる。そして、事例②では、行為者が代金を支払わずに、隙を見て店主から宝飾品を持って逃走した行為は、最高人民法院刑事部の評釈が直接性を論じていたが、店主である被害者が商品を渡し、行為者がまだ代金を支払わなかった場合にも、その商品はすでに一時的ではなく、永続的に被告人に渡したとして、処分行為が肯定され、詐欺罪とされたのが疑問である。なぜなら、社会通念から、店員から先に商品を渡したとしても、客が支払いを完了する前に商品の占有も所有権もまだ店にあるし、店員には終局的に商品を客に渡す意思もないと思われるからである²⁴⁶。また、事例⑤では、被害者の意思に言及し、すこし電話をかけると嘘をつき、スマホを騙し取ってスマホ内のAlipayなどの残高を使用した行為では、スマホの引き渡しについて処分行為が認められ、Alipayなどの残高の使用は処分行為が否定された。ここでは窃盗罪が肯定されたのは被害者がスマホを渡したが、パスワードなどを渡した事実が確認できないのではないかと考えられる。

これらに対して、事例①では、「幽霊祓い」ための道具として現金などが入った紙

²⁴⁴ 5回犯行の被害者は別人で事実がすこし異なっている。

²⁴⁵ 後述するように、処分意思が問題となった事例において最高人民法院名義で選ばれた指導事例もこのような立場である。

²⁴⁶ もちろん、飲食店などにおいて料理を提供する場合には処分行為が認められる。

袋をすり替えた行為や、事例③タクシーを運転して逃げた行為について処分行為が否定され、窃盗罪の成立が認められた結論は正当だと考える。

2 学説の議論

限界事例の犯罪区別について、中国では、伝統的な学説と近年有力になりつつある学説とが対立している。前者は主要手段説を採っているのに対し、後者は直接性の要件を支持する見解もあれば、それに反対する見解もある。

(1) 主要手段説

この見解は伝統的な学説であり、限界事例における詐欺罪と窃盗罪の区別について行為者の財産取得の主な手段が重要であると主張し、つまり「行為者が犯罪行為を実行する際に欺罔手段もひそかな窃取手段も使用した場合には、区別が難しくなる。重要なのは、行為者が財物を不法に占有する際に主要な役割を果たす手段が何かである。もし主要な役割を果たす手段が欺罔であれば、詐欺罪が成立する。主要な役割を果たすのがひそかな窃取であれば、窃盗罪が成立する」²⁴⁷。例えば、公印を窃取してそれで文書を偽造し、財物を騙し取る場合は、欺罔は主要な手段であり、詐欺罪が成立するに対して、小切手を盗み、その後に他人を装って財物を騙し取る場合は窃取が主要な手段となり、窃盗罪が成立する²⁴⁸。

伝統的な学説は不法入手したものが最終的に財物の取得にどのような役割を果たしたかを重視していると考えられる。

(2) 直接性の要件を支持する見解

中国では直接性の要件を支持する見解は近年段々と有力となってきている。張明楷は明確に直接性の要件を詐欺罪と窃盗罪の区別に取り入れている。張説によれば、詐欺罪の成立範囲を制限するために、直接性が必要であり、処分行為は被害者の財産損害の直接原因でなければならないとされている²⁴⁹。ただ、張説は「直接性要件は、行為者が被害者の財産を取得するために、別の不法行為を実行する必要はないことを意味する。言い換えると、被害者の財産処分行為とその財産の移転の間に、行為者がさらなる不法行為を行う必要はないということである。また、直接性要件は、財産の処分補助者の行為の介入を排除するものではない。つまり、財産の処分行為とその結果

²⁴⁷ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学（下编）》，中国法制出版社 1999 年版，第 908 页。また、赵秉志主编：《刑法新教程（第 4 版）》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 497 页以下も主な手段に言及している。

²⁴⁸ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学（下编）》，中国法制出版社 1999 年版，第 908 页、赵秉志主编：《刑法新教程（第 4 版）》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 497 页以下。

²⁴⁹ 张明楷：《刑法学》（第六版）（下），法律出版社 2021 年版，第 1307 页。

の間に、行為者の補助者の行為が介入する可能性がある」とも指摘している²⁵⁰。補助者の行為が介入する例として、行為者に欺罔された店主が従業員に指示して財物を行為者に交付される場合である。さらに、張説は、甲がスーパーのギフトカードを購入した後、割引の値段で乙に売ったが、甲は売る前に、乙に売ったものと外形同じようなギフトカードを偽造し、その後甲はスーパーで偽造のカードを提示し、支払って乙はそのギフトカードを使えなくなり、財産の被害を受けたという事例については、前行為には、処分行為と処分意思があったとしても直接性の要件が欠けるので詐欺罪の成立を認めることができないと主張している²⁵¹。蔡桂生も直接性の要件を肯定している。蔡説は、処分行為に関する判断では、被害者の行為が財産の減少を直接的にもたらしたかを考慮する必要がある、行為者自身の行為が財産の減少を直接に引き起こした場合、詐欺罪には該当しない²⁵²。さらに、フィッシング詐欺の場合に直接性の要件を満たしていないので普段窃盗罪が成立するとしている²⁵³。王鋼も被害者の行為は、行為者がさらなる行為を取らずに財産損害を引き起こすのに十分である必要があるとし、占有弛緩の場合には処分行為が成立しないと述べている²⁵⁴。

また、陳興良は直接性要件を使わずに、処分行為が終局的に財産を移転させた場合のみにこれを肯定することができ、そうでなければ、処分行為が認められなく、詐欺罪は成立しない²⁵⁵。例えば、電話をかけると嘘つき、スマホを借りて逃げた場合に被害者がスマホを終局的な移転する意思がないのでスマホの占有は移転しておらず、窃盗罪が成立すべきであると主張している²⁵⁶。

(3) 直接性の要件を疑問視する見解

中国にも直接性の要件に反対・疑問視する学者がいる。劉明祥は、直接性の要件は適切ではないとし、財産の損害が直接的に引き起こされなくても、詐欺罪の成立は可能であるとしている²⁵⁷。劉説が挙げた理由としては、訴訟詐欺の場合、損害は執行官の強制執行行為によって引き起こされたものであって、執行官の行為が介在しており、また、不作為の譲渡（処分）の場合も、行為者の行為が介在しているので、直接性が

²⁵⁰ 张明楷：《刑法学》（第六版）（下），法律出版社 2021 年版，第 1307 页。

²⁵¹ 张明楷：《诈骗罪论》，法律出版社 2021 年版，第 222 页以下。

²⁵² 蔡桂生：《新型支付方式下诈骗与盗窃的界限》，载《法学》2018 年第 1 期。

²⁵³ 蔡桂生：《新型支付方式下诈骗与盗窃的界限》，载《法学》2018 年第 1 期。

²⁵⁴ 王钢：《盗窃与诈骗的区分——围绕最高人民法院第 27 号指导案例的展开》，载《政治与法律》2015 年第 4 期。

²⁵⁵ 陈兴良：《规范刑法学》（第四版）下，中国人民大学出版社 2017 年版，第 894 页。

²⁵⁶ 陈兴良：《规范刑法学》（第四版）下，中国人民大学出版社 2017 年版，第 894 页。

²⁵⁷ 刘明祥：《财产罪专论》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 193 页。

欠けているが、詐欺罪の成立を否定すべきではない²⁵⁸。逆に、訪問販売員が確認のためと偽って契約書を持ち出して相手に署名を求めた場合、直接的に相手に損害を与えるが、この場合には処分行為が認めることができないと述べている²⁵⁹。また、劉説も占有弛緩の場合には処分行為は成立しない、占有弛緩と占有の移転の区別は多くの場合に処分行為者の主観で決められるとする²⁶⁰。鄒兵建は「占有の移転と占有の弛緩を正確に区別するには、処分意識必要説を採用する必要がある。……詐欺罪における財産処分行為は、本来、被害者が所有する財産を行為者または関連する第三者に譲渡することを指すことである。したがって、被害者が財産処分行為を行った後、行為者は被害者の財産を取得するために別の違法行為を行う必要はない。そこで、いわゆる直接性の要件は、財産処分行為によってもたらされる副次的な効果に過ぎず、独立した要件ではない。直接性の要件の基準で占有の移転と占有の弛緩を区別する際、依然として財産の処分意識が作用している」と述べ、直接性の要件に疑問を呈する²⁶¹。

3 小括

このように中国では、いわゆる占有弛緩のような限界事例での詐欺罪と窃盗罪の区別において、判例は行為様態がほぼ同様であっても異なる結論に至ることがある。最高人民法院刑事部によって編集された判例の注釈では直接性の要件に触れているが、普通の商品で代金を支払う前に占有移転が認められるのは、直接性の要件によって判断したものとは到底言えないと思われる。事例⑦と次に論じる処分意思が問題となる事例において、最高人民法院の公式な見解は主要手段と被害者の意思を重視するもので、それでも区別の問題を解決できるかどうかは疑問がある。

一方で、学説では、伝統的な学説はドイツや日本とは違って、行為者が財産を取得する手段を重視し、手段が主に窃取であれば、窃盗罪になり、詐欺であれば、詐欺罪となる。これは主要手段説と呼ぶことができる。最高人民法院の公式な見解もある程度、この学説から影響を受けていたとも言える。異なるのは最高人民法院の公式な見解では主要手段に加えて被害者の主観も考慮に取り入れている点である。

これに対して、ドイツや日本の学説から影響を受けた学者は明確に直接性の要件を肯定している。その内容としては被害者の行為が財産を直接に減少させるとか、財産的損害が被害者の行為によって直接的にもたらされたとか、行為者のさらなる行為が

²⁵⁸ 刘明祥：《财产罪专论》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 193 页。

²⁵⁹ 刘明祥：《财产罪专论》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 193 页。

²⁶⁰ 刘明祥：《财产罪专论》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 193 页。

²⁶¹ 邹兵建《诈骗罪中处分行为的体系位置与内容构成》，载《政治与法律》2022 年第 4 期。

ないことなどである。また、日本でよく使用されている占有弛緩という概念も限界事例において論じられている。

また、直接性の要件に対して、異なる立場を採る学者も存在する。直接性の要件は訴訟詐欺の場合や不作為処分などの他人や被害者の行為が介入した場合には説明することができないと指摘されている。そこで、窃盗罪と詐欺罪の区別は被害者の主観で決めると主張されている。

第4項 比較法的検討

1 独、日、中三カ国における共通点と相違点

すでに述べた通り、詐欺罪の成立か窃盗罪の成立かが問題となる限界事例において、ドイツではBGHは明確に「直接性」という概念で処分行為を否定してはいないが、詐欺罪の定義について「直接」という概念を使用する通説の定義に言及したことがある²⁶²。これに対して、ドイツの下級裁判所では直接性の要件を認められている²⁶³。日本では、最高裁は財物の占有が行為者の事実上の支配にあるかを重視している。中国では、最高人民法院の公式な見解は主要手段と被害者の主観内容で窃盗罪と詐欺罪を区別している。このように、三カ国の判例において、異なる判断基準を採用していることが見られる。しかしながら、異なる判断基準を採っていても、類似した事例に対して、結論としては、一致するところがある。例えば、すり替え事例においてドイツで日本でも中国でも処分行為が否定されて窃盗罪とされている。また、試乗車事例においてドイツと日本では処分行為が肯定され、詐欺罪とされたことがある。全体的に見れば、占有移転の判断においてドイツは中国、日本より厳格的ではないかと思われる。なぜなら、ドイツのBGHでは電話をかけると嘘をつき、携帯を借りて逃げた事例に対して、窃盗罪とされ、これに対して、中国では同じような事例に対して、窃盗罪とした事例もあれば、処分行為を肯定し、詐欺罪とされたことがある。日本における最高裁昭和26年12月14日の事例についてドイツの場合であれば、窃盗罪と認める可能性が高いと思われる。

一方、学説において、ドイツや日本では直接性の要件を肯定する見解が多数説であり、中国でも直接性の要件を採用する学説が有力になってきている。そして、直接性の要件の意味については、ドイツでは刑法上に明確に財産的損害が要件とされているので被害者の行為と財産損害の間に直接性が必要だと理解されているが、財産的損害

²⁶² 本稿 40 頁以下。

²⁶³ 本稿 38 頁以下。

という文言が存在しない日本では言葉の表現として異なっている。例えば、山口説は財産移転の直接性²⁶⁴という表現を使い、平野説は行為者の財産取得の直接性²⁶⁵という表現を採っている。この表現の違いは、財産的損害という規定に由来するもので、ほかの詐欺罪の成立要件の問題であり、処分行為の成否の判断に限っては実質的な意味は異なるものではないと考える。なぜなら、ドイツで言う財産的損害であっても被害者の財産が移転させされないと、損害は生じることがないと言うべきである。逆に、日本では財産が移転されると、個別の財産的損害²⁶⁶が発生する。一方、中国において直接性の要件を支持する張明楷は財産処分行為とその財産の移転の間の直接性という表現も使用し、財産の取得や財産的損害の直接性という表現も使っている²⁶⁷。つまり、この点について表現は異なるが、実質的に直接性の要件の内容が同じように理解することができると思われる。

ドイツでは、反対説は、概念の不明確とか、客観的帰属で置き替えなどの理由で直接性の要件を批判するのに対して、日本や中国では訴訟詐欺や不作為処分などのような理由で直接性の要件に反対している。そして、日本や中国でも直接性の要件に関する反対説はいわゆる占有弛緩の事例において、被害者の主観内容で詐欺罪と窃盗罪を区別している点において共通性があると見られる。しかしながら、反対説の理由が本当に適切であるのかどうかを検討する必要があるように思われる。

2 直接性要件の反対説の検討

既に述べたように、ドイツでは、財産の危険という概念や、客観的帰属論による代替、直接性の概念の不明確性などの理由に基づいて直接性要件は反対されている。しかしながら、それらの理由は賛成することができない。

まず、財産の危険という概念は処分行為の判断に持ち込むべきではないと思われる。損害と危険というものは本質的に異なっている。これは未遂論において、たとえ具体的な危険があったとしても実害があったとは言えず、未遂にとどまり、既遂とならないという理屈と同様なものである。言い換えれば、危険を損害と認めてしまうと、未遂を既遂と同一視することになる。そして、被害者の財産が危険になっても、行為者が事実上の支配をするわけではない。例えば、すり事件が多発している百貨店において、被害者が廊下にある椅子に座って水を飲んでいて、同じ椅子に窃盗の常習犯も座

²⁶⁴ 山口・前掲注(34) 255頁。

²⁶⁵ 平野・前掲注(112) 333頁。

²⁶⁶ もちろん、全体財産説では反対給付などを考慮する必要がある。

²⁶⁷ 張明楷：《刑法学》（第六版）（下），法律出版社2021年版，第1307頁。

っていて、被害者がスマホを椅子に置いたまま、すぐ近くのトイレに行き、その間に被害者のスマホは非常に危険であるが、窃盗の常習犯にはスマホを持ち去る前に、スマホに対する事実上の支配はないと思われる。また、鍵をかけずに駐輪した自転車は持ち去られる危険があるが、それはやはり被害者の事実上の支配下にあるというべきである。日本や中国では財産の危険という概念は採用されておらず、以上の理由から見ると採用すべきではない。また、中国では詐欺罪や窃盗罪の成立には原則として具体的な損害額を示さなければならない。もし財産の危険という概念を採用すれば、損害額の算定も不可能である²⁶⁸。このように、結果犯としての詐欺罪は危険というものではなく、損害という結果が必要であるように思われる。

次に、直接性要件は客観的帰属論では置き換えられないと思われる。客観的帰属説の基本内容は、行為が許されない危険を生み出し、その結果として危険が現実化するというもの²⁶⁹であり、いわゆる占有弛緩の事例において、この基準では窃盗罪と詐欺罪を全く区別できないといっても過言ではない。なぜなら、そのような場合、ほとんど被害者の行為は実際に財産の危険を引き起こし、危険が現実化すると認められてしまうからである。たとえば、被害者が自分の携帯電話を行為者に貸して電話をかける場合や、衣服店の店員が行為者に試着させたりする場合は、スマホや衣服などを持ち去る危険を創出し、結局、行為者が持ち逃げし、このような危険性が現実となったといえる。客観的帰属論の基準に従えばこれらの事件はすべて詐欺罪とみなされるべきであり、これは明らかに不合理であるように思われる。

また、直接性要件には一定程度の不明確さがあることは否定できないが、これは直接性要件そのものに由来するのではなく、財産の占有の概念に由来するものであると思われる。限界事例において占有が移転されたかどうかを判断する際に、被害者が財産への支配を有するかどうかは重要であり、その判断には事実上だけではなく、社会通念も考慮されなければならない。

一方、日本や中国では、直接性要件に反対する見解は訴訟詐欺、不作為処分、白紙サインなどの事例に言及しているが、その批判も当たらないと考える。まず、訴訟詐欺における財産の移転は、確かに執行官の行為あるいは被害者の行為の介入を伴う場合があり、ここでは裁判官の判決により直接財産が移転されるわけではないというは

²⁶⁸ ちなみに、ドイツでも 2011 年に詐欺罪について財産の損害額の算定を要求する憲法判例が出された (BVerfGE130, 1)。

²⁶⁹ クラウス・ロクシン『刑法総論 第 1 卷「基礎・犯罪論の構造」(第 4 版)』山中敬一監訳(信山社, 2019 年) 478 頁以下。

事実である。しかしながら、これは直接性要件を満たさないということを意味するものではない。一つの解決方法として、店主と店員の場合のように、裁判官の判決には法的効力があり、執行官または被害者が執行しなければならないため、裁判官は欺罔者・処分行為者とみなされ、執行官または被害者は処分行為の補助者とみなされることができる。もう一つの解決方法は、執行官や被害者を処分行為者とし、裁判官を被欺罔者とすることもできる。このようにすると、直接性の要件は満たされる。次に、不作為の場合は、行為者が財産を持ち去ったかどうか判断のポイントではなく、被害者の不作為によって行為者が財産を持ち去れたかどうか判断のポイントとなる。また、他人を騙して白紙に署名させる場合には、もし行為者がそれ以上当該文書をさらに利用しない場合には、直接性は存在しない。なぜなら、被害者に署名させるだけであるため、被害者は契約書を知らないし、同意しない場合には、被害者の直接の財産的損害を認定することは困難である。もし行為者がさらに偽造文書を使用した場合、相手は文書の確認などを行ってから財物に移転するので、前者ではなく、後者の行為が財産を直接移転する行為と言うべきである。

3 被害者の主観による区別する学説の検討

日本や中国において被害者の主観的意思に基づいて詐欺罪と窃盗罪を区別とする見解も支持されるべきではない。なぜなら、占有弛緩などのような限界事例では、被害者の主観意思の差はそれほど大きくないからである。例えば、被害者が行為者に携帯電話を貸して電話をかけさせた場合に、行為者にすぐ隣で通話するにせよ、それとも建物の外など遠いところで通話するにせよ、主観的には、被害者は携帯電話を持って逃げられることを望んでいない。もし被害者の主観的意思で判断すれば、このような事例についてすべて詐欺罪とみなされるか、窃盗罪とみなされるか、二者択一ということになる。しかし、これに対して、客観的に見ると、被害者の隣での通話と、離れた建物の外での通話では、被害者が実際に携帯電話を支配する可能性は全く異なっている。そこで、客観的に見ると、前者は窃盗罪とし、後者は詐欺罪とみなされることになる。繰り返しになるが、処分行為の判断は、まず客観的な判断がなされ、次に被害者の主観が検討され、最後に被害者の身分・地位が考慮されるべきであり、第一段階で主観的な要素が考慮されるべきではなく、最も重要な要素とすべきでないと思われる。

4 主要手段説の検討

詐欺罪と窃盗罪の区別について、財産の取得のためになされる手段の役割で判断す

る主要手段説は中国の伝統的な学説や最高人民法院の公式見解から支持されるものであるが、その判断基準は明確ではないと考える。例えば、やはり携帯電話の貸し借りの場合を例に挙げると、携帯電話の取得に関して、被害者が錯誤により、行為者に携帯電話を貸したことはより重要であったのか、それとも行為者が携帯電話を持ったまま逃走したのが重要であったのかを判断することは困難である。実際には、処分行為の成立要件を満たしていれば詐欺の手段であり、処分行為の要件を満たしていない場合は窃取の手段となり、主要手段や補助的手段などの区別は必要ではない。つまり、一体、詐欺であるか窃取であるかは、結局は処分行為が成立するかどうかで判断されることになる。

5 デジタル化時代における直接性の要件の理解

上のような検討から、直接性の要件に対する批判は妥当ではなく、占有弛緩などの場合には、直接性の要件は支持されるべきであることがわかる。そして、詐欺罪は自己損害型犯罪であり、自分の財産に危険をもたらしただけでは自己損害行為には当たらず、被害者の行為が直接的に財産を移転するものである場合にのみ自己損害行為と認められる。直接性要件を採用することによってのみ、占有の移転と占有の弛緩を区別でき、詐欺罪または窃盗罪が成立するかを判断することができると思われる。

ここで問題となるのは、被害者の行為が直接的に財産を移転させたかどうかをどのように判断するかである。直接性要件を支持する前述の主張は、別の行為、中間行為、さらなる行為などの介入があってはならないと述べているが、反対説が批判するように、これは論点先取である²⁷⁰。なぜなら、別の行為が直接的に財産を移転させる場合であれば、それは独立した意味を有し、さらなる行為としてではなく、処分行為そのものになると言ってよい。したがって、被害者の行為が直接性の要件を満たすかどうかは、その行為のみを見ればよく、直接的に財産を移転させる行為であれば直接性要件を満たし、そうでない行為であれば直接性要件を満たさないと思われる。つまり、行為者や被害者などのさらなる行為があるかどうかを考慮する必要はないと考える。

つまり、直接性要件の判断は、被害者が行為した時点を基準に、財産そのものの性質を考慮し、社会通念から出発して財産が行為者の支配下に直接的に移転したかどうかを検討すべきである。これは、更なる別の行為が重要なのではなく、被害者の行為自体が財産の支配・管理状況に与える影響、すなわち、その行為が財産の支配・管理

²⁷⁰ この点に限っては、反対説の理由は妥当だと思う。

状況を変えるかどうかを検討の中心である。そして、財産の性質の違いによって、財産が直接的に移転されたか否かが決まることになる。

科学技術の進歩につれて、日本も中国もデジタルという時代を迎えつつ、それに伴い、財産の性質そのものや財産の移転の方法も大きく変化していると思われる。かつて、現実世界における財産の存在は、主として有体物や財産上の利益というもので、その占有は主に実際の現物支配によって実現され、その移転方法も同様であった。しかし、デジタル時代においては、電子マネーやオンラインゲームの小道具などの経済的な使用価値や交換価値を持つものが社会に出現し続けており、その占有の方法は従来の物理的な物体とは異なり、主にアカウント番号、パスワードなどの管理・支配によって行われている。そして、その財産の移転方法は従来の現実世界よりも高速かつ便利なものとなっている。たとえば、友達や親戚などの相手にお金を渡したい場合には、以前は物理的な現金や小切手などを相手の支配下に移転させる必要があったが、現在は、ネットで振り込んだり、LINE Pay や PayPay などを使ってユーザー間で即座に送金することができる。また、オンラインゲームでユーザー自体を相手に売却する場合に、アカウント番号とパスワードを相手に送信すれば交付が完了する。つまり、アカウント番号、パスワードを知っていれば、口座内の財産を迅速かつ障害なく移転することができる。財産への支配力の視点から見ても、アカウントのパスワードなどを他人に教えたりすることは、車を他人に試乗させるのと同じと考えてよいだろう。実際には、前者の支配の方がさらに強力なものではないかと思われる。

このように、直接性要件の成否を判断するには、財産の性質によって判断する必要がある。現実世界における財産移転の直接性とは、実際の支配力の移転を意味するが、ネットワーク社会においては、アカウントやパスワードなどを教えたかどうかで直接性の要件を判断する必要があると考える。

第二節 処分行為の主観的要件

すでに述べたように、現在、デジタル化・オンライン化が社会のあらゆる面に浸透し、それに伴って財産の形態も変化し、財産の移転方法も伝統的なものから現代的なものへと変わりつつある。従来の財産移転の方法に比べて、インターネットにおける財産移転は空間的にも時間的にも便利で高速である。例えばショッピングに際して、LINE Pay や PayPay などのいわゆる電子決済ではQRコードを読み取るだけですぐに決

済が完了し、財布を取り出す必要も小銭も必要はない。さらに、インターネットのアクセスリンクをクリックするだけで自分の財産を他人に移転させることも可能となっている。こうして、もし被害者が携帯電話に送られてきたリンクが財産の移転につながることを知らずにリンクをクリックし、口座から残高が引き落とされ、よって損害を受けた場合や、支払いリンクに 20 円だと思っていたのに、実際には数百万円だった場合では、被害者は実質的に自分の財産を処分したといえるかは問題となるように思われる。これは、処分行為の主観的要件、すなわち処分意思のもとで検討される問題である。この要件、特に処分意思の必要性和意思の内容については、従来から学説では激しく議論されている。学説上は処分意思の必要性を肯定する意見もあれば、否定的な意見もある。

なお、ドイツでは処分意思のほか、意思の自由性という被害者の主観な要素も処分行為の要件とされている²⁷¹。これは例えば、警察官などを装い、被害者に財産を交付させた場合に、被害者にはほかに選択がないので財産を移転させる意思があるが、その意思決定には自由性がないので、処分行為が否定される。しかし、このような場合に処分行為は否定されたとしても、窃盗罪ではなく、恐喝罪が成立する可能性があるように思われる。したがって、詐欺罪と窃盗罪の区別を中心とする本稿においては、被害者の主観的要件については処分意思に限って論じたい。

以下では、ドイツ、日本、中国における判例と学説の現状をそれぞれ紹介し、最後に比較法の視点から検討を加えて私見を述べたい。

第 1 項 ドイツにおける判例と学説

ドイツの判例・通説においては債権（財産上の利益）を対象とする場合に、被害者の処分意思を不要とし、他方、有体物を対象とする場合には、被害者の処分意思を必要としている²⁷²。すなわち、判例・通説によれば、被害者に処分意思が認められない場合に、有体物と債権を区別して、前者には処分行為が否定され、後者には処分行為が肯定されることになる。そこで次に典型的な判例を紹介し、学説の見解を述べていく。

²⁷¹ Vgl. *Hefendehl*, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 401ff ; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 83.

²⁷² Vgl. *Rengier*, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 71; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, a. a. O. (Fn. 14), § 13 Rn. 518; *Fischer*, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 74 など。日本語文献として、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第 8 巻（2013 年）184 頁、照沼亮介「ドイツにおける詐欺罪の現況」刑事法ジャーナル 31 号（2012 年）32 頁も参考。

1 典型的な判例の概観

(1) OLG の判例

① OLG Hamm、1968 年 12 月 13 日判決²⁷³

被害者はお金が入った自己の財布を店のレジのテーブルに置いたまま帰った。そして、被告人がやって来た。その間、テーブルの上に置かれた財布に気づいたレジ係の甲は、財布を手に取り、被告人にそれが誰の財布であるかと聞いた。被告人はその質問に肯定的な答えをして、その後、甲は財布を元の場所に返し、被告人はその財布を取り、店から逃げた。

OLG は被告人の行為につき、窃盗罪が成立すると評価した。OLG は、窃盗と詐欺の区別において重要なのは、被害者の内的な意思の方向性であると指摘しながら、本件では、レジ係が財布を拾い物と認識する意図はなかったため、被告人による財布の持ち去りを「黙認」しても、財産の処分（支配権の移転）ではないと判示している²⁷⁴。

② OLG Düsseldorf、1992 年 11 月 17 日決定²⁷⁵

1990 年 12 月、被告人は百貨店で CD (CD-Platte) を販売棚から取り、レジ係には見えないように、これをショッピングカートにあるほかの商品の裏に隠した。被告は CD を除く商品の代金を支払い、CD は被告が予想した通り、レジ係には見えなかった。その後、ショッピングカートでレジ係のそばを通り抜けて店外に持ち出した。全ての過程を監視していた店内警備員に発見された。

OLG は被告人の行為につき、詐欺罪が成立すると評価した。OLG は、「窃盗と詐欺の区別にとって被害者の意思方向が重要であり... ここで議論されている財物詐欺では意識的な財産処分が必要である... レジ係は、この意味で CD を意識的に処分した。彼女は、被告人が CD の入ったショッピングカートを持ってレジエリアを通過するのを許可した。彼女はショッピングカートの内容物全体に関して StGB 第 263 条の意味における財産状況に影響を与えた... レジ係が被告人にレジエリアを通過する許可を与えたことも、少なくとも財産危険という形で、財産損害をもたらした」と判示している²⁷⁶。

(2) BGH の判例

²⁷³ NJW 1969, 620.

²⁷⁴ NJW 1969, 620f.

²⁷⁵ NJW 1993, 1407.

²⁷⁶ NJW 1993, 1407f.

① BGH、1960 年 3 月 11 日判決²⁷⁷

被告人は、宿泊や食事を得るために、警察官などに対して、他人の車を無断で開けてその中で宿泊したと嘘の供述をした。

ここでは直接性の要件の問題になるが、処分意思についても、BGH は「処分行為者は、自分の財産または第三者の財産に影響を与えていることを意識する必要はない」と述べている²⁷⁸。

② BGH、1995 年 7 月 26 日決定²⁷⁹

被告人 A、B はあるマーケットで CD などの商品をショッピングカートに入れて、そして、B がこれらの品物を広告チラシで覆った。その後、彼らはレジに向かい、そこでは「上に」ある品物のみをレジに載せ、広告チラシの下にある品物は載せなかった。支払いをした後、A が再びそれらのものをショッピングカートに戻した。レジエリアの後ろで、A と B は事件全体を観察していた 2 人の探偵によって止められた。

BGH は、被害者の処分行為の存在を否定した。その判決要旨では「セルフサービス店で顧客が商品をカートに隠し、その隠された商品を支払わずにレジを通過する場合、通常、それは詐欺ではなく、既遂または未遂の窃盗行為と見なされる」としている²⁸⁰。

以上のように、ドイツの判例では、従来から処分行為が意思的に行ったか、無意思的に行ったかは重要ではないとされているが、客体は財物の場合である場合には、処分意思が処分行為の成立にとって必要であり、詐欺罪と窃盗罪の区別にとって、欠かさないものと言ってよい。とはいえ、判例では、どんな場合に処分意思があったのかについては、必ずしも一致しない。ショッピングカートに商品を隠してレジを通った事案について、OLG Düsseldorf では、ショッピングカートに隠された商品にもレジ係の処分意思があったと認められているが、BGH では、レジ係にはショッピングカートにあるすべての商品に一般的な処分意思はないとされている。このように、処分意思の判断について、BGH の基準が OLG Düsseldorf よりも厳格であるといえる。また、OLG Hamm の判例では、レジ係が別の客の財布であることを知らずに、行為者が財布を持ち去ることを容認した場合でも、処分意思が否定されており、ここでも厳格な基準を採っているのではないかとと思われる。

²⁷⁷ BGHSt 14, 170.

²⁷⁸ NJW 1960, 1068 (1069).

²⁷⁹ BGHSt 41, 198.

²⁸⁰ NJW 1995, 3129.

2 学説の議論

前述したように、ドイツの通説は、処分意思について判例と同様の考え方、すなわち財物（有体物）と債権の二分法を採用しており、前者の事例では処分意思が必要とされ、後者では処分意思が不要とされている。これに対して、通説や判例とは異なる主張を採る学説も存在している。以下に、通説と少数説の代表的な見解をそれぞれ概要する。

（1）通説の見解

Rengierによれば、処分の財産関連の性質を知るといふ処分意思が、一般的な要件ではないが、しばしば財物詐欺の場合には必要であり、財物詐欺の場合に処分意思が要求されるのは、詐欺罪と窃盗罪を区別するため、占有移転という意思が重要な区別基準だからである。さらに、処分意思については、例えば、被害者は、行為者による債権の不正取得を知らない債権詐欺にも、もし処分意思を必要とすると、受け入れがたい刑事処罰の隙間が生じてしまう²⁸¹。

また、Rengierによれば、セルフサービス店において、一部の商品を隠し、レジエリアを通した場合に、それらの商品について、レジ係には処分意思がないので、窃盗罪が成立すると述べている²⁸²。逆に、行為者が付属品などを別の包装の商品に入れて、その包装された商品だけを支払った場合には、窃盗罪の代わりに、詐欺罪が成立するのである。その理由としては、単なる商品を別の包装に隠したことは奪取行為ではないからである。そして、提示された包装はレジ係の視野に入り、レジ係が当然、その包装範囲内のすべての内容を把握している。そこで、知らない部分に関しても占有の侵害はなく、処分意思の分裂は不可能であると主張している²⁸³。また、もし包装の中身を全部入れ替えた場合にも詐欺罪が肯定されるべきだと指摘している²⁸⁴。

Wessels/Hillenkamp/Schuhfによっても、債権や権利などの場合には、被害者が意思的に、あるいは無意思的に処分したかどうかは重要ではない、財物詐欺だけは処分意思が必要であるとされ、財物詐欺において処分意思を必要とする理由としては、自己損害型犯罪としての詐欺罪の性質を維持すべきことと、他者損害型犯罪としての窃盗罪と区別すべきことからである²⁸⁵。

²⁸¹ Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 71f.

²⁸² Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 94.

²⁸³ Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 96.

²⁸⁴ Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 99.

²⁸⁵ Vgl. Wessels/Hillenkamp/Schuhf, a. a. O. (Fn. 14), § 13 Rn. 518.

（２） 少数説の見解

通説と判例によって採用されている二分説に対しては、批判的な見解も存在している。反対説は、主に財物詐欺と債権詐欺を区別して処分意思を要求するというものに対して、疑問を呈している。

Hoyer によれば、「債権詐欺においても財物詐欺においても、処分認識 (Verfügungsbewusstsein) と処分意欲 (Verfügungswillen) を有しなければならない。債権者が欺罔により、債権の存在を知らないのであれば、その債権の請求をしない行為は不作為による処分と解することはできない...つまり、主観的要件としては、債権詐欺にとっても財物詐欺にとっても同じ要求である」と主張している²⁸⁶。

Hefendehl によれば、財物詐欺であれ、債権詐欺であれ、処分意思は構成的な (konstitutives) 要件であり、自己損害型としての詐欺罪構成要件の構造に基づくものであり、それによって、通説の見解には納得できないと主張している²⁸⁷。

Kindhäuser/Hoven によれば、錯誤と損害の連結としての処分という概念は、行為者の違法な中間ステップなしに財産移転を生じさせるものであり、被害者の処分意思をその必要条件とはしなく、被害者が財産連関を見誤ったとしても、直接に財産損害を引き起こせば、処分行為が成立する。例えば、盲人から小切手のサインを不正取得した場合はその典型例である。しかし、三角詐欺では奪取と処分を区別するために、処分行為者の主観も考慮に入れているので、例外に財物詐欺の際に、占有移転の処分意思が要求されるべきである²⁸⁸。また、セルフサービス店において商品を隠してレジを通過した場合に、被害者には処分意思が欠けるのではなく、財産を行為者に移転させる行為が欠けているからである²⁸⁹。

Lackner も通説と異なる見解を採っている。彼によれば、処分意思そのものは詐欺罪と窃盗罪の区別基準ではなく、決定的なのは被害者の行為がより広範な意味で自己損害と解釈できるかどうかであるとする。一方、Lackner は個別の事件では、被害者の処分意思が非常に重要であるとも強調している²⁹⁰。

3 小括

以上のように、ドイツの判例では、処分行為が意識的にあるいは無意識的に行われ

²⁸⁶ Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 181.

²⁸⁷ Vgl. Hefendehl, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 406ff.

²⁸⁸ Vgl. Kindhäuser/Hoven, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 223.

²⁸⁹ Vgl. Kindhäuser/Hoven, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 224.

²⁹⁰ Vgl. Lackner, a. a. O. (Fn. 19), § 263 Rn. 98.

かは重要ではないとされているが、財物詐欺の場合に限っては、詐欺罪と窃盗罪の区別が必要となり、被害者には処分意思があったかどうかを検討されなければならない。このように、財物詐欺における処分行為の成立要件と債権詐欺における処分行為の成立要件は異なるようになる。その結果として、後者の範囲は前者よりも広がっている。すなわち、欺罔されて錯誤に陥った被害者は財産の存在を知らないまま、行為者にこれを直接的に移転させた場合には、客体が有体物であれば、窃盗罪となるのに対して、客体が債権であれば、詐欺罪となると考えられる。判例ではなぜ、このような分裂した処分行為の要件を採っているかについては、おそらく利益窃盗が不可罰となってしまうという処罰の隙間を防ぐためではないかと思われる。しかしながら、処分意思を必要とする財物詐欺においても、判例では、処分意思があったかどうかについて、見解が分かれている。ショッピングカートに商品を隠してレジを通過した事例に関して、OLGは、行為者がレジエリアの通過を許可したことによって隠された商品についても、被害者には処分意思があったと言う²⁹¹。これに対して、BGHはそれを否定している²⁹²。BGHではより具体的な処分意思を要求していると言えよう。

通説では、判例と同様に財物と債権を分けて処分意思を検討している。そのメリットとしては、財物詐欺の場合には詐欺罪と窃盗罪を区別することができ、自己損害型としての詐欺罪の性質を維持することもできるということである。財物詐欺の場合に処分意思を必要とし、たとえ詐欺罪が認められないとしても、窃盗罪が成立することは可能である。他方、債権詐欺の場合には、処分意思を不要とし、それによって詐欺罪の成立範囲が拡大され、利益窃盗の不可罰という耐え難い処罰の隙間を防ぐことができる。

しかし、通説と異なり、財物詐欺であれ、債権詐欺であれ、統一的に処分意思を必要とする反対説があり、処分行為の成立要件としては、処分意思が重要でなく、財産損害の直接性があれば足りるという別の見解も存在している。

確かに、処分行為の要件は詐欺罪の自己損害型の性質から生じたものであれば、財物においても債権においても同じように自己損害を示す処分意思を必要とすべきだと思われる。財物のみに処分意思を要求する理由はない。このように考えると、通説の理論は一貫性が欠けていると言えよう。ただ、処罰の隙間を防ぐためという理由で処分行為の概念を分裂させているのである。

²⁹¹ NJW 1993, 1407.

²⁹² BGHSt 41, 198.

Kindhäuser/Hoven は処分意思を不要とし、財産移転の直接性があれば、処分行為が成立するとしているが、財物の三角詐欺においては処分意思が必要としている。Lackner も処分意思は詐欺と窃盗の区別基準ではないと指摘しながら、個別事例の判断ではやはり重要だと主張している。これらの見解も一貫性があるとは言えない。

第2項 日本における判例と学説

日本では、処分意思について、判例において、いわゆる無銭飲食・宿泊やキセル乗車などの事例が注目されている。学説においては、従来から処分意思必要説（意識的処分行為）²⁹³と処分意思不要説（無意識的処分行為）²⁹⁴が対立している。

1 典型的な判例の概観

（1）無銭飲食・宿泊

① 最高裁昭和 30 年 7 月 7 日決定²⁹⁵

被告人は支払い意思がなく、料亭で宿泊・飲食した後、被害者に対して、「知人を見送る」と嘘つき、代金を払わないまま逃走した。

最高裁は被告人が逃走前に宿泊・飲食した行為を詐欺罪の既遂と認めた上、「刑法二四六条二項にいわゆる「財産上不法の利益を得」とは、同法二三六条二項のそれとはその趣を異にし、すべて相手方の意思によって財産上不法の利益を得る場合をいうものである。従って、詐欺罪で得た財産上不法の利益が、債務の支払を免れたことであるとするには、相手方たる債権者を欺罔して債務免除の意思表示をなさしめることを要するものであって、単に逃走して事実上支払をしなかっただけで足りるものではないと解すべきである。されば、原判決が「原（第一審）判示のような飲食、宿泊をなした後、自動車で帰宅する知人を見送ると申欺いて被害者方の店先に立出でたまま逃走したこと」をもって代金支払を免れた詐欺罪の既遂と解したことは失当であるといわなければならない」と判示した。

② 東京高判昭和 33 年 7 月 7 日判決²⁹⁶

被告人が旅館で宿泊した後、宿泊料等の支払をしないまま、「今晚必ず帰ってくるから」と嘘つき、同旅館を立ち去った。

²⁹³ 山口・前掲注（34）256 頁、林・前掲注（33）236 頁以下、前田雅英『刑法各論講義（第7版）』（東京大学出版会，2020 年）244 頁以下、山中・前掲注（107）367 頁など。

²⁹⁴ 平野・前掲注（216）215 頁、西田・前掲注（44）212 頁など。

²⁹⁵ 刑集 9 卷 9 号 1856 頁。

²⁹⁶ 東京高等裁判所（刑事）判決時報 9 卷 7 号 179 頁。

東京高裁は、詐欺罪を認めた1審を肯定した。その理由としては、「刑法第二四六条第二項にいう財産上不法の利益の取得が債務の支払を免れたことであるとするには、相手方たる債権者を欺罔して債務免除の意思表示をなさしめた場合たることを要することは所論のとおりであるが、その意思表示は必ずしも明示的たるを要しないものと解しなければならない。....被告人は右旅館を立ち去るに当り、「今晚必ず帰ってくるから」と申し詐り、その為に、判示旅館主をして当然被告人に対して請求し得べき宿泊料等の支払の請求をさせなかつたことが明らかであるので、この「支払の請求をさせなかつたこと」は、とりも直さず、被告人が同旅館を立ち去るに当り、支払を即時にしなくともいい旨、換言すれば同旅館主において被告人の支払を少くとも一時猶予する旨の意思を暗黙に表示させたわけであり、しかも、この暗黙裡の意思表示が被告人の欺罔行為の結果によってなされたものである所からいって、被告人は右判示事実につき前記法条による刑事上の責任を負うべき筋合である。」と判示した。

なお、同じような無銭宿泊事例で、東京高判昭和31年12月5日判決は、「映画を見に行ってくる」と嘘をつき、宿泊料金を払わず、逃走した被告人に対して、被害者の処分行為を否定し、無罪とした²⁹⁷。

(2) キセル乗車

キセル乗車とは、普通A駅からD駅までの利用とすれば、A駅からB駅までの乗車券で入り、C駅からD駅までの乗車券で改札口を出て、B駅からC駅までの運賃を払わなかった場合という。

①東京高判昭和35年2月22日判決では、被告人の詐欺罪の成立が否定された。その理由としては、「乗車駅において係員にこれを申告する法律上の義務はないのである。而して、単純な事実の緘黙によって他人を錯誤に陥れた場合においては、事実を申告すべき法律上の義務が存する場合でなければ、これを以て詐欺罪における欺罔があるとはいうことができないのである。...乗客が下車駅において精算することなく、恰も正規の乗車券を所持するかのように装い、係員を欺罔して出場したととしても、係員が免除の意思表示をしないかぎり、前述のような正規の運賃は勿論、増運賃の支払義務は依然として存続し、出場することによってこれを免れ得るものではないから、これを以て財産上不法の利益を得たものということとはできない」と挙げられている²⁹⁸。

②大阪高判昭和44年8月7日判決では、東京高判昭和35年2月22日判決とは異

²⁹⁷ 東京高等裁判所（刑事）判決時報7巻12号460頁。

²⁹⁸ 東京高等裁判所（刑事）判決時報11巻2号43頁。

なって、被告人の詐欺罪の成立が肯定された。処分行為が認められた理由は、「被告人の行為は、単純な事実の緘黙ではなく、改札係員に対する積極的な欺罔行為といわなければならない。また、右欺罔行為により改札係員をして正常な乗客と誤信させた結果、同係員が乗車券に入鋏して改札口を通過させ、京都駅行列車に乗車させ、国鉄の職員が被告人を京都駅まで輸送したことは、被告人に対し輸送の有償的役務を提供するという処分行為をしたものというべきであり、右の処分行為により被告人が輸送の利益を受け、不法の利益を得たことは明らかである。したがって、被告人の改札係員に対する欺罔行為は、国鉄職員の右の処分行為に直接指向されたものというべきであり、また、右処分行為は被告人の利得と直接因果関係があるから、詐欺利得罪にいう欺罔行為および処分行為があったといわなければならない」が挙げられている²⁹⁹。

以上のように、判例では、具体的な事例における被害者に処分意思があったかどうかを検討されている。最高裁は無銭飲食の場合において2項詐欺が成立するために、単に逃走して事実上支払をしなかっただけで足りず、被害者に債務免除の意思表示をさせることが必要であると述べている。これは、処分意思を厳格に解釈していると思われる。同じ無銭飲食・宿泊として、無罪とされた東京高判昭和31年12月5日判決では処分意思を厳格に理解していると言えよう。また東京高判昭和35年2月22日判決でもキセル乗車の行為者を無罪としたのは債務免除の意思表示が必要であるという理由に基づいている。しかし、債務免除の意思表示まで要求されれば、ほとんどの無銭飲食・宿泊事例が無罪になってしまう。なぜなら、実際に無銭飲食・宿泊において、被害者が債務免除するまで騙されることは少ないからと言えよう。実は、処分行為については、被害者による財産移転で足りるという視点では、行為者が現場から立ち去ることは被害者の債権を事実上実現できない状態になることを意味しているが、被害者はそれを知りながらこれを許している。この場合は経済的な観点から、事実上、債務免除と同様なものと考えられる。したがって、東京高判昭和33年7月7日判決では、被害者には債務免除の意思表示が必要であるとしながら、その意思表示は必ずしも明示的たるを要しない、暗黙に表示させても詐欺罪が成立するとされている。これは最高裁判の判断基準よりも、緩やかな処分意思を要求していると見られる。大阪高判昭和44年8月7日判決もこのような緩やかな処分意思でキセル乗車を詐欺罪と

²⁹⁹ 判例タイムズ242号307頁。

している。

2 学説の議論

処分行為の主観的要件として、前述の通り、日本では従来から処分意思必要説と不要説の間に争いがある。ドイツと異なるのは日本においては不要説とはいえ、ある程度の被害者の意思を必要とし、逆に必要説でも、厳格に処分意思を要求せず、ある程度ゆるやかな処分意思で足りるとしている。このほか、1項詐欺と2項詐欺を分けて処分意思の内容を理解する見解もある。以下では、必要説、不要説を紹介したい。

(1) 処分意思必要説の見解

山口厚によれば、交付行為の有無は「意思に基づく占有の移転の有無」によって決まり、問題となるのは意思の内容であり、占有移転に何の認識もない場合には、詐欺罪の成立を肯定できないが、完全な認識がある場合のみに限るわけでもない。この中間に処分意思の内容を見出すべきであるとしている³⁰⁰。さらに、山口説は、交付の対象となる物自体には錯誤がない場合とある場合を分け、前者には物・財産上の利益を移転する認識が必要であり、占有弛緩の認識のみでは不十分である。これに対して、後者には占有移転意思があれば、具体的に移転する物・利益の存在が認識されなくても十分である。つまり、移転する物・利益の価値・内容・数量について錯誤があっても処分行為を認められると主張している³⁰¹。言い換えれば、交付意思の内容は「物・利益の外形的移転意思・認識」というのである³⁰²。

林幹人も処分意思必要説を採っている。林説は、占有弛緩と占有移転を区別するには、直接性の要件ではなく、処分行為者の意思内容で決まるとしている³⁰³。財産移転について自由な意思決定をしているという意識があれば、財産の内容、その量・性質について全面的な意識が及んでいないとしても、詐欺罪の成立が認めることができるが、およそ意識をもっていない場合には、詐欺罪の成立を認めるべきではないとする³⁰⁴。債権を客体とする場合には、債権の実現を困難とさせ、または債権に危険を生ぜしめれば足りるとしている³⁰⁵。

山中敬一によれば、処分行為は意識的処分行為でなければならない。処分意思の内容は五感による（感覚的知覚）客体の認識と財物の帰属の移転の意思と分けて考える

³⁰⁰ 山口・前掲注（34）256頁以下。

³⁰¹ 山口・前掲注（34）258頁以下。

³⁰² 山口・前掲注（49）『問題探究』153頁。

³⁰³ 林・前掲注（199）217頁以下。

³⁰⁴ 林・前掲注（33）237頁以下。

³⁰⁵ 林・前掲注（33）240頁以下。

べきであり、例えば、スーパーでA商品の箱に別種類のB商品を混入してA商品だけ支払った場合に、レジ係がB商品について感覚的知覚がないので詐欺罪は成立しないとする³⁰⁶。また、服を試着したまま「トイレに行ってくる」と嘘つき、逃走した場合に意識的処分行為が否定される³⁰⁷。逆に、無銭飲食において、行為者に外出許可を与えた場合は、意識的処分行為が肯定される³⁰⁸。

前田雅英によれば、処分意思は財物の占有ないし利益の移転とその結果を認識することである。財産的利益の場合に、財産的利益の危険の発生を容認があれば足りるとしている³⁰⁹。

井田良によれば、処分行為の成立要件は1項詐欺と2項詐欺の間に相違がある。2項詐欺で処分意思を厳格に要求すると、詐欺罪の成立範囲がかなり限定され、「もうすでに弁済した」「債務者は別人だ」などの債権者に履行の請求をさせない場合などが利益窃盗で不可罰となり、不可罰の範囲が拡大され、妥当ではない。したがって、2項詐欺では緩やかな処分意思を要件とすべきであるとする³¹⁰。つまり、被害者には、1項詐欺において当該の具体的な財物の事実上の占有移転についての認識が必要であり、2項詐欺においては、事実上相手方に利益を与えるについての認識が必要であると主張されている³¹¹。

(2) 処分意思不要説の見解

平野龍一は処分行為の成立について、「交付行為の内容が財物の占有の移転にあるとすると、占有は事実的なものであるから、交付行為も事実的なもので足り、必ずしも意思表示、されには法律行為である必要もないことになる。さらに、事実上占有を移転させる行為であればよく、必ずしも、意識的なものである必要はない」と述べている³¹²。そして、平野説は、魚箱の例、すなわち、行為者が、魚市場で、箱ごとのせうりの甲魚箱から乙魚箱にほかの何匹の魚を移して、乙魚箱だけの値段で支払った場合を挙げ、ここでは、被害者が余分な魚を認識しなくても、乙魚箱の交付を認識しているので詐欺罪が成立するが、財布など魚と全く違うものを入れた時は事情を異に

³⁰⁶ 山中・前掲注(107) 366頁以下。

³⁰⁷ 山中・前掲注(107) 367頁。

³⁰⁸ 山中敬一「詐欺罪における『処分行為』に関する一考察」阿部純二古稀『刑事法学の現代的課題』(第一法規, 2004年) 334頁。

³⁰⁹ 前田・前掲注(293) 244頁以下。

³¹⁰ 井田・前掲注(34) 319頁以下。

³¹¹ 井田・前掲注(34) 321頁。

³¹² 平野・前掲注(112) 331頁。

すると主張している³¹³。

西田典之は、処分意思不要説を採っている。処分意思必要説は相手方に客体を認識させないという最も典型的な詐欺事例を詐欺罪から排除されるのは妥当ではいと指摘しながら、財産が被害者の意思に基づいて行為者に移転していれば、詐欺罪が肯定できると主張している³¹⁴。知人を見送るという言い訳で逃走した事例については、利益の終局的移転の認識がないので処分行為が否定されるべきだと述べている³¹⁵。

大谷實は、無意識的処分行為説を採っている。大谷説によれば、1項詐欺には物の移転にはその意思を伴うのが通常であるから、大きな問題はないが、問題となるのは2項詐欺の場合であり、しかし、処分行為が成立するには、相手方の意思に基づく利益移転で足り、財産上の利益について意識する必要はないと主張している³¹⁶。

3 小括

ドイツとは異なり、日本の判例では無意識処分行為の概念について言及しておらず、財物詐欺と財産上の利益詐欺も区別していない。無銭飲食・宿泊事例などの例はほとんど財産上の利益が問題となるものである。判例では、詐欺罪の成立のために、財物詐欺であろうと財産上の利益詐欺であろうと、処分意思を必要としていると言えよう。そうすると、判例において問題となるは処分意思の内容をどう理解するかである。これについて、最高裁（昭和30年7月7日決定）は、債務を対象とする事件において、被害者に債務免除の意思表示を求めるといふ、処分意思を厳格に解している。その後、東京高等裁判所昭和31年12月5日判決や東京高等裁判所昭和35年2月22日判決も同様の基準を採用していると思われる。しかし、これに対して、大阪高等裁判所の昭和44年8月7日判決は、黙示的であれば債務免除の意思も成立するという、処分意思について比較的緩やかな態度を採っている。

学説では処分意思必要説と不要説の間に対立が存在している。しかし、処分意思不要説も、実際には被害者の主観を完全に無視しているわけではない。例えば、処分意思不要説を採用している平野説も、被害者の主観が交付行為か侵奪行為かの区別に影響を及ぼすことは否定できないと述べている³¹⁷。また、平野説によれば、上記の魚箱事件でも行為者が魚箱に別の魚を入れる場合には処分行為になるが、被害者の財布な

³¹³ 平野・前掲注（112）336頁。

³¹⁴ 西田・前掲注（44）212頁。

³¹⁵ 西田・前掲注（44）214頁。

³¹⁶ 大谷・前掲注（58）286頁以下。

³¹⁷ 平野・前掲注（112）331頁。

ど魚とは全く違う物品を混入していれば、事情を異にするとも考えられる。ここでは明らかに、財産の存在に対する被害者の認識が考慮されている。唯一の違いは、魚箱に混ざっているものが同じ種類であるかどうかにある。そして処分意思不要説をとっている西田説も、利益の終局的移転の認識が必要であると考えている。実際、処分意思必要説を採っても、移転する客体について完全な認識という立場を採らない限り、処分意思を緩やかに理解すれば、魚箱事件において不要説と同じ結論を出すことが可能であると思われる。

一方、処分意思必要説を採る学者の間でも、処分意思の内容について一致しているとはいえないのが現状である。例えば、山口説は、緩やかな処分意思説を採っている。これによれば、物・利益の外形的移転意思・認識があれば、処分意思を肯定できるとする。山中説は五感による（感覚的知覚）客体の認識と財物の帰属の移転の意思を処分意思の内容としている。前者は処分意思をより緩やかに理解しているのに対し、後者はより厳格に理解していることが見られる。しかし、財産上の利益詐欺に関しては、山中説も前田説も比較的緩やかな立場をとっている。井田説は財物詐欺と財産上の利益詐欺を区別すべきであると明言したが、それは財産上の利益詐欺の場合は処分意思を緩やかに理解するだけで、ドイツのような二分説を採っていないように思われる。

このように、日本における処分意思不要説は、ドイツにおいて主張された財産移転の直接性のみが考慮されるという考え方とは異なっている。逆に処分意思必要説でも緩やかに処分意思の内容を理解している。実質的に、両説は、処分意思への理解の点のみで異なっていると思われる。言い換えれば、処分意思の内容をどのように判断するか、どこまで緩やかに理解するかが問題の中核であると言えよう。

第3項 中国における判例と学説

1 判例の概観

① 布地の重量について錯誤があった事件（最高人民法院刑事部指導案例 1048 号）³¹⁸

被告人 A、B はある会社で切り落とし布地を買収する際に、事前に共謀して 1.5 トンの石を大型トラックの中に密かに入れた。そして、被告人らは会社の担当者 C と共に、見せかけの「空の車」の重量を測定し、その後、ひそかに石を下してから布地を積み、担当者 C と共に車両の重量を測定し、二回の測定の結果に基づいて車に積まれ

³¹⁸ 中国刑事审判指导案例编写组：《中国刑事审判指导案例 4 侵犯财产罪（增订版）》，法律出版社 2021 年版，第 153 页以下。

た布地の重量を計算し、現金で取引を完了した。被告人らは、担当者Cがそれを気付かないまま、毎回の取引で、同社から余分な布地を1.5トン運び出した。

裁判所は被告人A、Bの行為につき詐欺罪が成立するとした。最高人民法院刑事部は、処分意思について、「被害者は少なくとも、処分される物の種類、名前、その他の外観的物理特徴を認識していなければならない。……たとえ財物の品質、価格、その他の属性について誤った理解を持っていたとしても、処分意思の成立に影響を及ぼさず、詐欺罪が成立する。逆に、行為者が財物自体について欺罔し、被欺罔者に移転された財物の外観的物理特徴を知らない状態に陥らせ、つまり、被害者は自分がどのような財産を処分しているのか知らない、あるいは自分の財産が処分されたことさえ知らない場合、処分意思が存在しない」とコメントしている³¹⁹。

② スマホウイルスによる財産の取得³²⁰

被告人らは、ウイルスを含んだリンクを被害者のスマホに送り、そのリンクは財産と関係ないものなどが表示されていて、被害者が確認するために、これにアクセスした結果、スマホがウイルスに感染し、スマホに保存してある銀行口座などの個人情報が、自動的に行為者に送られてしまった。被告人らは被害者の銀行口座など情報を利用して、ネットショップで買い物をした。

裁判所は被告人の行為につき、窃盗罪が成立すると判示した。

③ 2014年最高人民法院第27号指導判例³²¹

（1）窃盗罪となる事実

2010年6月、被告人Aは、Xのネット銀行口座に約30万元以上³²²の預金があることを知り、この預金を何とかしようと電話で被告人Bと合意した。Bはネットカフェに駆けつけた後、Xの別の支払いが完了した履歴が表示されないことを理由として、Xに取引金額を1元と表示している支払いリンク（実際には、「305000元」の支払いリンク）を送信し、Xに対して支払い履歴を確認するために、その1元のリンク先にアクセスしてくださいと欺罔した。Xは、Bの誘導の下でその1元の支払いリンク（実は「305000元」）先にアクセスし、そのネット銀行口座から「305000元」が引き落とされ、決済サービス会社を通してBの口座に振込んだ。

³¹⁹ 中国刑事审判指导案例编写组：《中国刑事审判指导案例4 侵犯财产罪（增订版）》，法律出版社2021年版，第155页。

³²⁰ 广东省广州市中级人民法院刑事裁定书（2017）粤01刑终95号。

³²¹ これは、最高人民法院の名義で選出された判例で、最高人民法院の公式的な見解である。

³²² 日本円は約600万円である。

（２）詐欺罪となる事実

2010年5月から6月にかけて、被告人A、B、Cは淘宝网（大手のネットショップ）で実際に販売品がない店舗を開設し、格安で買い手を引き寄せようとした。被告人3名は事前にほかのネットゲームのウェブサイトにも口座を登録し、そのアカウントに対して、チャージプログラムを事前に設定して、そのチャージの金額を、買い手が淘宝网で支払いたい金額と同じにし、その後、このプログラムのアクセスを偽造した淘宝网のリンクに入れた。被告人3名は買い手と商品の価格を相談した後、買い物の利便性という理由で、偽造した淘宝网での支払いリンクを買い手に送った。買い手は、本物の淘宝网のリンクだと勘違いしてそのリンク先にアクセスし、ショッピング、支払いを行った。買い手はその代金を、淘宝网が担保取引のために設立した口座に振り込んでいると思っていたが、実際にはほかの会社を通して被告人の口座に入った。

被告人A、Bは窃盗罪と詐欺罪とされ、被告人Cは詐欺罪とされた。

判決理由としては、「窃盗とは、不法領得目的で、公私財物を秘密で盗み取る行為をいう。詐欺とは、不法領得目的で、事実を捏造するまたは真実を隠す方法で、公私財物をだまし取る行為をいう。秘密に盗み取る手段を取りながら、欺罔の手段も取って財物を不法領得する行為に対して、行為者は主に使う手段と被害者の財物を処分する意思により窃盗と詐欺を区別すべきである。もし行為者が財物を得るための決定的な役割を果たす手段が秘密の窃取であり、欺罔行為は、窃盗のための条件作りや援護だけであって、被害者も「自ら」財物を交付したといえない場合には、窃盗罪とすべきである。もし行為者が財物を得るための決定的な役割を果たす手段が欺罔であって、被害者が誤った認識に基づいて「自ら」財物を交付し、窃盗行為が補助手段であるだけの場合には、詐欺罪とすべきである。ネットで、行為者がネットを利用して、他人を騙して偽りのリンク先にアクセスさせ、他人の財物を盗み取る行為は、窃盗罪で処罰すべきである。行為者が、存在しない商品またはサービスで、他人を騙して代金を支払いさせ、財物を取得した行為は、詐欺罪で処罰すべきである。

……被害者Xがアクセスした後、そのネット銀行口座から「305000 元」が不法にB口座に引き落とされ、Xは、このことについて認識もないし、自らの意思でもない。A、Bが財物を取得するには決定的な役割を果たす手段は密な窃取行為である。被害者に1元の偽りのリンク先にアクセスさせたのは、窃盗の実行のための補助手段として、窃盗のための条件作りや援護だけであって、被害者も自らの意思で巨額の財物を交付したわけではない、実際に銀行預金を入手したのは事前に隠されたコンピュータープ

ログラムによるもの……」と挙げられている³²³。

以上のことから、中国の判例では財物詐欺であろうと財産上の利益詐欺であろうと処分意思必要説を採用していることが分かる。事例①では、被害者が欺罔により布地の重さを誤認したが、処分行為の成立には影響しなかった。この事例に関する最高人民法院刑事部のコメントでは、被害者が処分対象物の種類、名前、その他の外観的物理的特徴の認識を持っていればよい、財物の品質、価格、その他の属性を認識する必要はないというように処分意思の判断基準まで言及されている。ここでの外観的物理的特徴というのは、明らかに緩やかな処分意思を採っていると言えよう。事例②では、被害者がウイルスリンクをクリックしたことにより携帯電話がウイルスに感染し、銀行口座等の個人情報が自動的に行為者に送信されたものの、被害者はそのことに全く気が付いていなかった。判例では理由について詳しく述べられていないが、詐欺罪ではなく窃盗罪に当たると判断されたことから、処分意思の存在を否定したと思われる。事例③の事実において、被害者は、別の支払いが成功したかどうかを確認するために、行為者に1元を送金する予定があり、支払いリンクにも1元と表示されているものの、実際に支払われたのは30万元以上であった。被害者には1元を処分する意思があると判断するのは問題ないかもしれないが、問題となるのは35万元以上を処分する意思があるかどうかにある。これに対して、最高人民法院の公式意見では、詐欺罪と窃盗罪を区別する基準、すなわち、行為者が採用した主な手段と被害者の処分意思で決まると述べている。これに基づいて最高人民法院は、被害者には30万元以上を処分する意図がなく、処分行為は成立せず、財産を取得する主な手段は窃取であったと判示した。事例③の事実2は、財産の主な取得方法が欺罔であり、被害者には処分意思もあったと認めている。こうして、キャッシュレス決済においても、最高人民法院の公式的な見解として処分意思必要説が採られていることは明らかであるが、外観的物理的特徴の認識というものには言及していないので、処分意思の内容がどこまで緩やかに理解できるかについては、依然として不明である。

なお、結論から言えば、被害者には30万元以上への処分の意思がなかったと判断するのは正しいと言える。しかし、前述のとおり、最高人民法院によって詐欺罪と窃盗罪を区別する基準として提案された「主要な手段」と「被害者の意図」による判断

³²³ 2014年最高人民法院第27号指导案例。

は妥当ではないと考える。どんな手段が決定的な役割を果たし、主要であるかは判断の結果であり、判断基準ではないというべきである。

2 学説の議論

中国刑法の伝統的な学説は、処分意思必要説を採っていると言ってよい。なぜなら、伝統的な学説において、処分意思という概念を明確に使用していないが、詐欺罪が成立するには、被害者は錯誤により、自らの意思で行為者に財産を交付する必要があるとされる。ここでの自らの意思とは、被害者の主観的な要件の意味である。そして、有力説も、処分行為を詐欺罪の成立要件とし、処分行為は処分意思を必要としている。しかし、近年、インターネット・デジタル時代の到来に伴い、キャッシュレス決済という手段の普及により、財産の移転が従来よりも便利になったことを背景に、処分意思の不要説を支持する見解が徐々に増えてきている。以下では、処分意思必要説と不要説についてそれぞれ紹介したい。

(1) 処分意思必要説

伝統的な学説は、詐欺罪について、「詐欺の最も顕著な特徴は、行為者が被害者に認識の錯誤を起こさせ、その結果、被害者が、所有あるいは所持する財産を「自らの意思で」行為者に引き渡すか、所有権を放棄しようとするか、あるいは行為者に財産を返還する義務を免除することである」としている³²⁴。ここでいう「自らの意思で」とは、被害者の主観的認識を指し、実質的に処分意思を意味していると言えよう。

張明楷は、緩和的な処分意思説を採用している。張説によれば、被害者が財産を処分するときは、処分意思を持たなければならない。つまり、被害者が行為者に、ある種の財産の占有を移転することを認識する必要があるが、財産の数量や価格などについて完全に認識する必要はない³²⁵。具体的には、スーパーマーケットの値段シールを貼り替えて、財産の真の価値が認識されてない場合や、店でカメラケースの中にもう一台のカメラが入れられたように、財産の個数は認識されないが、一定の財産を処分したことが認識された場合には、処分意思が肯定され得る。逆に、インスタントラーメンの箱にカメラを入れたような、財産の種類を認識していなかった場合や、書籍に切手を挟んでいる場合には、処分意思が否定される。また財産上の利益の場合には、その利益は相手方に交付するという認識が必要であると述べている³²⁶。

³²⁴ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第九版），北京大学出版社2019年版，第501页以下。

³²⁵ 张明楷：《诈骗犯罪论》，法律出版社2021年版，第237页以下。

³²⁶ 张明楷：《诈骗犯罪论》，法律出版社2021年版，第237页以下。

周光権も緩やかな処分意思を採っている。周説によれば、詐欺罪は自己損害型の財産犯罪であり、処分行為が成立するための処分意思が必要であるが、処分意思の要求は厳しすぎるべきではなく、処分意思の成立には、被害者が占有の移転を認識し、任意で相手方にその財産を処分することのみを要件とし、移転される財産の具体的な内容、価値等の詳細を認識することを要求しないと主張されている³²⁷。

袁国何は厳格的な処分意思を守るべきだと考えている。袁説によれば、被害者が意識的に財産を処分した場合に限り、その財産の処分については自己決定権の行使とみなされることができる³²⁸。処分意思の内容については、詐欺罪の「自己損害」の特性を反映するため、恣意的に、概括的な処分意思を肯定すべきではない。したがって、被害者は、処分される財産の具体的な価値を認識する必要はないが、処分される財産の存在論的属性、すなわち、財産の具体的な数量を明確に認識する必要がある。例えば、スーパーマーケットで元々コーラが24本入っていた箱に同じ種類の他のコーラを入れた場合にも処分意思が否定されるべきであると主張している³²⁹。

（2）処分意思不要説

陳洪兵は、処分意思不要説がより合理的だと考えている。陳説によれば、窃盗と詐欺の違いは財産の移転の手段にあり、行為者が欺罔の手段を用いて被害者を錯誤に陥らせ、財産を直接的に移転させることは詐欺罪の本質であり、被害者は、財産に対して外形的占有移転の認識があればよく、財産の種類、数量、価値などを認識する必要はない。例えば、インスタントラーメンの箱にカメラを入れたり、本に切手を挟んだりする場合には詐欺罪が成立する。ただし、財産移転の事実について認識がない場合に詐欺罪は成立しない³³⁰。

姜濤らによると、処分意思は詐欺罪と他の犯罪を区別する基準ではなく、処分意思不要説の方が社会の発展に即しているというのである。つまり、従来の財産移転方法では、被害者は財産移転について明確に認識できるが、新しいキャッシュレス決済では、財産の直接の交付が通常コンピュータシステムによって行われるため、それを操作する者は大まかな情報しか認識できないことがよくあると述べている³³¹。

蔡桂生によれば、処分意思は詐欺罪の成立に必要な要件ではないと考えている。処

³²⁷ 周光権：《刑法各论》（第四版），中国人民大学出版社2021年版，第143页以下。

³²⁸ 袁国何：《诈骗罪的处分意思：必要性及判别》，载《法学研究》2021年第3期。

³²⁹ 袁国何：《诈骗罪的处分意思：必要性及判别》，载《法学研究》2021年第3期。

³³⁰ 陈洪兵：《盗窃罪与诈骗罪的关系》，载《湖南大学学报（社会科学版）》2013年第6期。

³³¹ 姜涛、杨睿雍：《新型支付手段下诈骗罪的处分意识再定义》，《重庆大学学报（社会科学版）》2020年第26卷第1期。

分意思必要説の考え方は、詐欺罪が自己損害行為であるという誤解に陥っているという。しかし、実は、それは詐欺という犯罪を理解するためのラベルにすぎなく、詐欺罪はコミュニケーション型犯罪であり、被害者は財産の決定に関することを、行為者とコミュニケーションする意識があれば足りるとしている³³²。

王静によれば、処分意思は単なる区別要件であり、詐欺罪の帰責の要件ではない。その機能は直接性という要件と重複しており、その内容も様々である。したがって処分意思不要説を採るべきであり、すなわち、「被欺罔者が直接的に財産を移転させる効果を有しており、それについて外観的認識がある場合には、処分行為が肯定され得る」とする³³³。行為が財産処分の性質を有することを認識していない場合、財産種類や数量などの認識がない場合、その財産が自分のものを認識していない場合にも、外観的認識さえあれば、詐欺罪が成立する。逆に、店で商品を衣服に隠してレジを通した場合には、外観的認識も肯定できず、詐欺罪が否定されると述べている³³⁴。

このほか、明確に処分意思の機能を直接性の要件で代替されるべきであるという見解もある³³⁵。

3 小括

このように、中国の判例では、財産上の利益を対象とする場合であっても、処分意思必要説を明確に採用している。特に最高人民法院の公式見解では、処分意思と主要手段が限界事例における詐欺罪と窃盗罪との区別基準として使われている。そして、一部の判例は、処分意思に関して財産の重量やその他の属性を認識することを要求せず、被害者が財産の外観的物理的特徴について認識があれば十分であると述べている。これは比較的緩やかな処分意思説を採っているといえる。しかし、最高人民法院の公式見解は、1 元と表示されている支払いリンクが実質 30 万元以上だった事例について処分意思を否定しており、他方で、財産移転の相手方を誤認した場合には処分意思があるということから、外観的物理的特徴について認識という基準まで緩和されていないが、ある程度緩やかな処分意思説を採用しているように思われる。

学説の中では、処分行為が成立するには処分意思が必要であるかどうかについて議論されている。処分意思必要説は今のところ多数説であると言ってよい。しかし、処

³³² 蔡桂生：《新型支付方式下诈骗与盗窃的界限》，载《法学》2018 年第 1 期。

³³³ 王静：《论诈骗罪中的财产处分行为——处分意识不要说之提倡》，载《环球法律评论》2024 年第 1 期。

³³⁴ 王静：《论诈骗罪中的财产处分行为——处分意识不要说之提倡》，载《环球法律评论》2024 年第 1 期。

³³⁵ 张忆然：《诈骗罪“处分意思”不要说之提倡——“处分意思”与“直接性要件”的功能厘定》，载《中国刑警学院学报》2019 年第 3 期。

分意思必要説を採っている見解においても、その意思の内容に関して異なっている。緩やかな処分意思説を採用している張明楷は、処分意思が成立するには、被害者は財産の量や価値を認識する必要はなく、ある種の財産の占有の移転についての認識だけがあればよいとしている³³⁶。こうして、張説の見解では、財産の種類は被害者には処分意思があるかどうかの判断に決定的な影響を与えるということになる。例えば、店でカメラの箱にもう一個のカメラを入れ、レジを通した場合、入れられた物もカメラで、すなわち同種の物品であるため、被害者には処分意思があるとみなされる。逆に、カップラーメンの箱にカメラを入れられてレジでカップラーメンの値段だけで支払った場合には、カップラーメンとカメラが別の種類の物品であったため、被害者には処分意思が否定されるべきである。そして、書籍の中に切手を挟んだ例は財産の性質を認識していない、と言われるが、実際、本と切手は異なる種類の物品であるから、処分意思が否定されるのではないかと考えることもできる。しかし、財産の種類を被害者の処分意思の有無の判断基準として、被害者の主観的状态を存在論的に説明することは困難であるように思われる。袁国何は、厳格な処分意思説を採っている³³⁷。同じ種類の商品であっても被害者にはその具体的な数量を認識していない場合には、処分意思の存在は否定されるべきことになる。しかし、この考え方は明らかに処分行為の成立範囲を過度に限定しており、窃盗罪の範囲の拡大につながるので妥当ではないと考える。

これに対し、処分意思不要説を支持している陳洪兵は、インスタントラーメンの箱の中に入れられたカメラなど、たとえ別の種類のものであっても外観的の認識があれば、処分行為が肯定されうると主張している。しかし、陳説は、財産移転の事実を認識しなかった場合には詐欺罪にはならないとも考えている³³⁸。このことは実際に一定の被害者の認識が要求されているのではないかと解される。姜濤らは、キャッシュレス決済の時代において財産移転の方法が変化し、その移転に対する人々の認識が曖昧になってきているので、処分意思不要説がそれに対応するものであると考えている。しかし、キャッシュレス決済であっても、被害者には財産の移転について明確に認識することは十分可能である。それだけで処分意思不要説を採るべきだということには疑問がある。王静が主張する処分意思不要説は、より徹底したものであって、直接性

³³⁶ 張明楷：《詐騙犯罪論》，法律出版社 2021 年版，第 237 頁以下。

³³⁷ 袁国何：《詐騙罪的处分意思：必要性及判別》，載《法學研究》2021 年第 3 期。

³³⁸ 陳洪兵：《盜竊罪與詐騙罪的關係》，載《湖南大學學報（社會科學版）》2013 年第 6 期。

が肯定される限り、ほぼ処分行為の成立が肯定されることになると思う。また、王静が、詐欺罪の自己損害性質を批判する観点から、処分意思の必要性を否定している³³⁹。しかし、ドイツにおいても処分意思を完全に否定する見解は少数説であり、利益窃盗が窃盗罪になる中国では、この見解は明らかに妥当ではないと考える。蔡桂生は、異なった詐欺罪の性質の観点から、処分意思不要説を主張している。すなわち、詐欺罪は自己損害ではなく、コミュニケーション型犯罪であり、被害者と行為者にコミュニケーションの意思がある限り、詐欺罪を認めることができるとするのである³⁴⁰。しかし、この見解は詐欺罪の性質について異なる理解であり、出発点が違うため、処分意思のレベルで議論することは困難であると思われる。

このように、中国の判例では、財物と財産上の利益を区別せずに、処分意思必要説が採用されていると言えよう。学説において、処分意思必要説に関しては厳格な処分意思説と緩やかな処分意思説がある。また、処分意思不要説もあり、この場合、直接性の要件を肯定できる限り、ほぼ処分行為の成立は認められる。そのほか、コミュニケーションを詐欺罪の性質とする立場から処分意思を否定する考え方も存在している。それでは、デジタル・キャッシュレス決済時代においてどのような学説を採用すべきかについては、以下で検討したい。

第4項 比較法的検討

1 独、日、中3か国における共通点と相違点

処分意思の必要性については、ドイツの判例において、処分意思は重要ではないとされている同時に、財物詐欺の場合には、処分意思が必要とされている。財物を対象とする場合には、非常に緩やかな処分意思を採用している OLG の判例³⁴¹があるが、BGH³⁴²は概括的な認識を認めていおらず、より具体的な処分意思を要求していると思われる。

これに対して、日本の判例では、従来から財産上の利益詐欺であっても、処分意思必要説を採っている。最高裁³⁴³は厳格な処分意思説の立場を採っていると解すること

³³⁹ 王静：《论诈骗罪中的财产处分行为——处分意识不要说之提倡》，载《环球法律评论》2024年第1期。

³⁴⁰ 蔡桂生：《新型支付方式下诈骗与盗窃的界限》，载《法学》2018年第1期。

³⁴¹ OLG Düsseldorf NJW 1993, 1407.

³⁴² BGHSt 41, 198.

³⁴³ 最決昭和30年7月7日決定、刑集9巻9号1856頁。

ができるが、下級裁判所の判例では、厳格な処分意思説³⁴⁴を採るものもあれば、緩やかな処分意思説³⁴⁵を採用しているものもあると考える。

中国の判例では、財物詐欺と財産上の利益詐欺を区別せず、処分意思を要求している。処分意思を詐欺罪と窃盗罪の区別の基準の一つとして位置付けている。一部の判例では、処分意思の内容について、財産の外観的物理的特徴についての認識があれば十分であるとも述べている³⁴⁶。最高人民法院の公式的な見解³⁴⁷では、ある程度緩やかな処分意思説を採っているのではないかと考える。

このように、処分意思について日本や中国の判例はドイツ判例と違って、二分説を採っていない。日本でもドイツでも利益窃盗については同様に不可罰であるが、日本の判例はあえて利益窃盗が可罰的である中国判例と同じく、処分意思必要説を採っていることがわかる。ただし、処分意思の内容については、各国で見解が異なっている。

一方、ドイツの学説では、財物詐欺と財産上の利益詐欺を区別する二分説が通説である³⁴⁸が、通説に反対する見解もある³⁴⁹。二分説には処分行為の概念が分裂されていることなどで批判されている。少数説が処分意思を不要としているが、不要説の中にも三角詐欺のような場合に例外的に肯定する見解もある。これに対して、日本の学説ではドイツの二分説と違って、主に処分意思必要説と不要説が対立している。しかし、不要説でも被害者の意思を要求しており、必要説でも緩やかな処分意思を採っているように見える。それゆえ、実質的には、両説はあくまでも処分意思の内容について相違があると考えられる。これに対して、中国の学説では、従来から多数説が処分意思必要説を採っているものの、近年では、処分意思不要説が徐々に増えてきている。不要説の中には、詐欺罪の自己損害性を否定し、直接性の要件を満たせば、処分行為を肯定する見解がある。

以上のことから、処分意思について、日本の判例や学説がドイツよりも、中国の判例や学説の方と共通のところが多いように見える。そこで、日本や中国で、詐欺罪が

³⁴⁴ 東京高判昭和 31 年 12 月 5 日判決、東京高等裁判所（刑事）判決時報 7 卷 1 2 号 4 6 0 頁。

³⁴⁵ 東京高判昭和 33 年 7 月 7 日判決、東京高等裁判所（刑事）判決時報 9 卷 7 号 1 7 9 頁。

³⁴⁶ 中国刑事审判指导案例编写组：《中国刑事审判指导案例 4（侵犯财产罪）》（增订版），法律出版社 2021 年版，第 153 页以下。

³⁴⁷ 2014 年最高人民法院第 27 号指导案例。

³⁴⁸ Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 71; Wessels/Hillenkamp/Schuh, a. a. O. (Fn. 14), § 13 Rn. 518; Fischer, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 74 など；日本語文献として、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第 8 卷（2013 年）184 頁、照沼亮介「ドイツにおける詐欺罪の現況」刑事法ジャーナル 31 号（2012 年）32 頁も参考。

³⁴⁹ 例えば、処分意思不要説に近い見解として、Lackner, a. a. O. (Fn. 19), § 263 Rn. 98.

成立するために、処分意思が一体必要であるかどうか、もし必要であれば、どこまで緩やかに解釈できるか、そして、ドイツの二分説が参考になり得るかについて、以下で検討したい。

2 二分説の検討

前述したように、ドイツの通説では、財物詐欺には処分意思が必要であるが、債権（財産上の利益）詐欺には処分意思は必要ないという二分説が採用されている。しかし、そのような見解には、財産客体の相違により処分行為の成立要件を分裂させているという疑問があるように思われる。

具体的に言えば、まず、この見解には論理の一貫性が欠けていると言うべきである。例えば、先に紹介したように、二分説を支持する Wessels/Hillenkamp/Schuh 氏は、財物詐欺に処分意思を必要とする理由の一つは、自己損害型犯罪という詐欺罪の性質が維持されていることにありと指摘している³⁵⁰。この点については賛成に値するが、詐欺罪が自己損害型犯罪であり、処分の意思によって体现される必要があると考えられるのに、なぜ財産上の利益の場合には処分の意思が不要なのかについては、不明である。あるいは財産上の利益が客体となる場合は自己損害犯罪ではなく、他者損害犯罪になるとするのであろう。これは二分説では答えられない質問であると思われる。Hefendehl も、この点に気付き、前述したように、処分意思は自己損害の性質に基づくものであり、財物詐欺であっても財産上の利益詐欺であっても、その要件は一貫すべきであると指摘している³⁵¹。この見解は、財産上の利益にも自己損害を要求し、処分行為の概念を統一的に理解し、それゆえ賛成に値するものだと考える。

次に、実は二分説には実質的根拠も法的根拠もない。財物と財産上の利益は、財産の存在形態が異なるだけで、両者に実質的な違いはないように思われる。例えば、財布内の 1 万円とスマホ決済のアカウント残高 1 万円では管理・支配する方法だけは異なっているが、本質的な差異はないというべきである。前者の譲渡には移転意思を要し、後者の譲渡には移転意思を要しないとする理由はないと言うべきである。実際、行為者は、欺罔行為を行い、被害者に財物の処分について錯誤を生じさせることにより、その財産を行為者に直接移転させることもでき、被害者に財産上の利益の処分について錯誤を生じさせることにより、直接行為者に移転させることもあり得る。このような行為は、法益侵害と行為態様が同様であるため、処分意思を不要とし、いずれ

³⁵⁰ Vgl. Wessels/Hillenkamp/Schuh, a. a. O. (Fn. 14), § 13 Rn. 518.

³⁵¹ Vgl. Hefendehl, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 406ff.

も詐欺罪に該当するか、あるいは処分意思を必要とし、いずれも窃盗罪に該当するか、と統一的に評価されるべきだと考える。また、ドイツの刑法において詐欺罪には、財物と財産上の利益を別々に扱うことを要求する明確な規定も存在しない。日本の刑法では、1項詐欺と2項詐欺を定めているが、第246条第2項において、「前項の方法により」と規定しており、ここで前者の方法とは明らかに、2項詐欺も1項詐欺と同じような成立要件を意味すると言えよう。ここでは単に行為客体が異なっているにとどまる。これに対して、中国の刑法の詐欺罪にも財物と財産上の利益を区別する規定は存在しない。したがって、日本でも中国でも二分説を採るべきではないと思われる。

また、二分説は、財物詐欺における処分意思を主張するのは、窃盗罪と区別するためであり、財産上の利益の場合に、利益窃盗は処罰されないため、区別する必要はないとしている。しかし、詐欺罪と窃盗罪を区別する主な理由は、詐欺罪が自己損害型の犯罪であるのに対し、窃盗罪が他者損害型の犯罪であるという点にあり、両者の犯罪の性質が異なると考える。それは何らかの理由もなく、単なる区別するだけではない。つまり、詐欺罪と窃盗罪は性質の異なる犯罪である以上、その対象が財物であるか財産上の利益であるかにかかわらず区別されるべきである。また、二分説は、財産上の利益の場合には、処分の意思を要求することにより、耐えられない処罰の隙間を生む可能性があることにも言及した³⁵²。しかし、他方で、キャッシュレス決済時代の文脈では、電子マネーなどの財産上の利益を取得する行為は、たとえ詐欺罪に該当しなくても、ドイツや日本では電子計算機使用詐欺罪（ドイツでは、コンピューター詐欺罪）に該当する可能性が十分にある。これにより処罰の隙間を最小限度に抑えることができると思われる。それでも処罰されない事件はまだ少数存在するとしても、財物が有体物に限定され、利益窃盗が処罰されないのは立法者の態度であるという前提の下で、立法でそもそも不可罰とされた行為を、詐欺罪で処罰するのは罪刑法定主義に反する恐れがある。また、中国の刑法では、窃盗罪の対象には財産上の利益も含まれており、処罰の隙間を生じることはない。

3 処分意思不要説の検討

まず、処分意思不要説の一部と、処分意思必要説との主な対立点は、実質的に処分意思がどの程度緩やかに解されるかにあると思われる。これにより処分意思必要説が

³⁵² Vgl. *Rengier*, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 71f.

採用された場合でも、不要説と同じ結論に至ることが可能である。たとえば、不要説を採る平野説は、魚箱に余分な魚を入れる場合には処分意思が成立するとしているが、財布を魚箱に入れる場合には別の話になる³⁵³。このような結論は、中国では処分意思必要説を主張している張明楷の結論と一致している。張説によれば、財産の数量、価値などは処分意思の成否に影響しないが、異なる種類のものでは、処分意思を否定することになるという³⁵⁴。魚箱の例では、財布と魚は種類が異なるため、被害者には処分意思を認めることができず、詐欺罪は成立しない。西田説が要求する被害者の意思に基づく占有の終局的移転も同様であり、ここでは依然として主観的な要素が考慮されている。この意味での処分意思不要説と必要説との間の主な違いは、実際には処分意思の内容の違いにすぎないと思われる。つまり、被害者の処分意思をどこまで緩やかに理解することができるかが問題の鍵となると言ってもよい。

そして、不要説の中の極端的な処分意思不要説は、詐欺罪の本質は自己損害型犯罪ではないとして、処分意思の必要性を否定し、直接性の要件で処分意思の要件を代替できると主張している³⁵⁵。しかし、詐欺罪を自己損害型犯罪ではないと考える以上、自己損害型犯罪の特徴としての直接性の要件もその同時に放棄されるべきであり、客観的に因果関係のみで処分行為の成否を判断するはずである。つまり、詐欺罪が自己損害型犯罪ではないことを理由に処分意思を否定しつつ、自己損害型犯罪の特徴としての直接性の要件を主張するのは明らかに矛盾している。また、直接性の要件は、主に社会通念を考慮しながら、「客観的」な観点から財産が直接に移転したかどうかの判断に関連するものであるのに対して、処分意思は被害者の「主観的」な状態を考慮するものである。直接性の要件が肯定されるとしても、必ずしもすべて処分意思が存在するわけではないと考える。

次に、極端的な処分意思不要説を主張する王静は、限界事例では処分意思がなくても詐欺罪を構成すると考えているが、そのような行為は同時に窃盗罪の構成要件も満たしており、観念的競合が成立すべきだと主張している³⁵⁶。しかし、前述の通り、観念的競合であれ、法条競合であれ、競合説自体が妥当ではないと思われる。実際、中国では、競合説を採れば、直接性があるかどうか、詐欺罪が成立するかどうかを検討

³⁵³ 平野・前掲注(112) 336頁。

³⁵⁴ 張明楷：《诈骗犯罪论》，法律出版社2021年版，第237頁以下。

³⁵⁵ 王静：《论诈骗罪中的财产处分行为——处分意识不要说之提倡》，载《环球法律评论》2024年第1期、张忆然：《诈骗罪“处分意思”不要说之提倡——“处分意思”与“直接性要件”的功能厘定》，《中国刑警学院学报》2019年第3期。

³⁵⁶ 王静：《论诈骗罪中的财产处分行为——处分意识不要说之提倡》，载《环球法律评论》2024年第1期。

する意義は非常に少なく、詐欺罪が成立する事例も限られている。なぜなら、中国の実務において、窃盗罪は詐欺罪よりも量刑が重いため、観念的競合の原則に従って窃盗罪が適用されるからである。そのような場合には、窃盗罪の構成要件に該当するかどうかを検討するだけでよいと思われる³⁵⁷。

なお、中国において、排斥説³⁵⁸を前提に、処分意思不要説は、処罰すべき行為を不可罰にってしまう可能性もある。中国刑法では財産犯罪の成立には原則として一定の損害額に達することが必要であり、すなわち、窃盗罪の場合には少なくとも 1000 元以上の窃取が必要であり、詐欺罪の場合には 3000 元以上の詐欺が必要となる。例えば、行為者が被害者をして無意識的に 2000 元を騙し渡させた場合に、処分意思不要説という観点からは、この行為は欺罔行為となるが、損害額が 3000 元未満なので詐欺罪は成立しなくなる。しかし、このような行為に対して刑罰を科す必要があるだけでなく、窃盗罪によって罰することは罪刑法定主義に反するものでもない³⁵⁹。前述したように、二分説が処罰の隙間を避けるために、詐欺罪により処罰すること考え方は立法者の意思を潜脱するものであり、それを別の罪名で処罰しようとするものであり、罪刑法定主義に反するとして批判したが、ここでは、処罰の隙間を埋めるために窃盗罪による処罰を肯定しているわけではなく、そもそも立法者が処罰を予定しており、これを解釈によって不可罰にするのは不当だと考えるのであり、二分説に対する批判と矛盾するものではないことには注意が必要である。

最後に、行為の性質は客観性と主観性から構成されており、特に刑法においては、被害者の態度を考える際には、客観性だけではなく、客観性と主観性の両方を同時に考慮する必要があるように思われる。たとえば、被害者の同意と危険の引き受けの成立のために、被害者は結果や危険を認識しなければならない。詐欺罪における被害者の態度も同様であり、客観的な行為と主観的な意思が同時に存在しなければ、それは被害者の態度とは言えないであろう。

確かに、処分意思不要説は二分説の一貫性の問題（分裂的な考え方）は解決できるが、客観的な側面のみで処分意思の成否を判断する点において不適切であるので、日

³⁵⁷ 中国において、処分意思不要説は、処分意思を不要とすることによって、詐欺罪の成立範囲を拡大しようとするが、同時に競合説を採っていれば、あえて窃盗罪の成立範囲を拡大させてしまう。

³⁵⁸ 本稿第 3 章第 1 節第 1 項を参照。

³⁵⁹ もちろん、競合説において、この問題を解決できると思われるが、前述の通り、競合説そのものは妥当ではない。

本の場合だけでなく、中国においても採用されるべきではない。処分意思必要説の方が詐欺罪の本質に即しているとは言うべきである。そこで次に、処分意思の内容をどう理解するかが問題となる。

4 処分意思の必要性と内容

このように、財物と財産上の利益を区別するという二分説にも、処分意思不要説にも、疑問があり、デジタル・スマホ決済の時代においても、処分意思必要説は依然として支持されるべきだと思われる。

(1) 自己損害としての処分意思

繰り返しになるが、詐欺罪の本質は自己損害であり、主な特徴として被害者の財産的損害（財産移転）が自らの行為によって引き起こされるというものである。このような行為は客観的な財産の直接的移転と主観的な処分意思から構成されており、両者とは不可欠なものである。被害者は処分意思を持たずに、客観的に財産を移転させたような行為は、単なる財産移転という事実現象に過ぎず、社会的な意味、特に刑法の意味においての人の行為として評価することはできず、被害者の自己損害の性質があるとは認められないと思われる。これが「自己損害」としての詐欺罪と、被害者の意思を不要とする「他人損害」としての窃盗罪との最大の相違でもある。このように、財物であっても財産上の利益であっても、処分行為に該当するか否かを判断する際には、詐欺罪の自己損害を表す必要がある。言い換えれば、財産を直接に移転させる被害者の行為は処分意思をも有しなければならない。財物の詐欺では自己損害が必要とされるが、財産的利益の詐欺では自己損害が必要とされない理由は存在しないというべきである。

(2) 処分意思と直接性の要件の区別

学説において処分意思の内容が多様かつ複雑に議論されるのは、被害者が財産の占有・所有権の移転、ないし債務の免除を望んでいない事例³⁶⁰を議論する際に、直接性の要件と処分意思の問題とが明確に区別されていないからであるように思われる。つまり、直接性の要件が問題となる事例で、被害者の処分意思も検討されている。例えば、占有の弛緩や無銭飲食・宿泊といった事例は、本来は直接性の要件の問題になるはずであるが、処分意思も論じられているのである³⁶¹。確かに、直接性の要件が否定

³⁶⁰ もちろん、被害者が、明らかに財産の占有・所有権の移転、ないし債務の免除を望んでいる場合には、詐欺罪の成立について争いはないと思われる。したがって、このような事例は本稿の検討の対象としない。

³⁶¹ 例えば、西田・前掲注（44）211頁以下、山口・前掲注（34）256頁以下。

される場合には、被害者は処分意思も有しないことになる。例えば、服を試着する行為者がすきを見て、逃走した場合には、被害者は行為者に直接に財産を交付することもなく、交付意思をも持たない。しかし、処分意思は直接性の要件を代替したり、優先的検討したりしてはいけなく、客観的な要件としての直接性の要件を優先的に検討すべきだと考える。

したがって、具体的な事例において、客観的に財産の移転の直接性が否定される場合には、被害者に処分意思があるかどうかについて議論する必要はないと思われる。すなわち、直接性の要件が否定される事例においては、優先的に、つまり、前もって処分意思を検討すべきではない。なぜなら、そうすると、直接性の要件があっても無くてもよいものになり、処分意思のみに基づいて処分行為の成否が判断されるようになるからである。直接性の要件の機能・判断方法は、処分意思とは異なり、主に財産が直接的に移転されたかどうかを客観的な側面から検討するものであり、他方で、処分意思は被害者の主観的な態度を検討するものであり、両者はそれぞれ代替することはできない。また、検討の順番を逆にすべきでもない。被害者と行為者の両者関係における詐欺では、処分行為の成否は、まず客観的側面について行われ、次に主観的側面について行われるべきである。つまり、財産が直接的に移転したかどうかをまず検討すべきである。もし、直接性の要件が否定されれば、被害者には処分意思があるかどうかについて議論する必要はない。なぜなら、直接性の要件が満たされていないという理由だけで、処分行為の成立、さらに詐欺罪の成立が否定され得るからである。例えば、衣服試着逃走などの占有弛緩の事例では、試着などだけで直接性の要件が満たされないので、被害者には処分行為が認められないのであり、詐欺罪は成立しないということになる。ここでは、すでに処分行為の客観的な要件である財産移転の直接性を否定することによって詐欺罪が成立しないので、処分行為の主観的な要件である処分意思を検討する必要はない。直接性の要件が肯定された上で、次に、被害者には財産の直接の移転を認識しているかどうかを議論する必要があることになる。実際に、直接性の要件を肯定できれば（例えば試乗車の場合には、行為者に試乗させることは直接性の要件を満たしている）、被害者が行為者に試乗を許可するという意思を処分意思として肯定することが可能となる。

しかし、問題となるのは、行為者が被害者に財産を移転させることを気づかせないように欺罔した場合である。たとえば、被害者を欺罔して、スマホウイルスのリンクをクリックさせ、被害者のスマホ内の銀行口座番号やその他の情報を自動的に行為者

のところに送らせた場合、被害者によるスマホ操作が直接的に銀行情報などを行為者に送ったが、それがウイルスリンクであることを認識していない。このような事例に限って処分意思の存否を検討する必要があるように思われる。こうして、処分意思に関する不要な論争を避け、被害者の財産に対する認識の程度の問題に議論を集中させることができると思う。

(3) 認識の程度

そこで、処分意思必要説を前提として、被害者は財産についてどの程度の認識を必要とするかが問題の中核となる。

まず、被害者に具体的な財産の数量まで認識する必要を主張する厳格な処分意思必要説は、妥当ではないと思われる。この見解は、行為者が欺罔的方法を用いて被害者を錯誤に陥らせ、財産を処分させるという詐欺罪の構造に反していると考えられる。詐欺罪における錯誤とは、被害者に財産関連の事項についての認識が不完全であることを意味し、この不完全さには、相手からの反対給付を期待するなどの動機上の誤りや、高価なものを安価なものと誤認するなどの財産の価値、財産の数量などについての誤認が含まれる。つまり、被害者に財産に関する事項についてすべて認識を求めることは、詐欺罪の基本構造に矛盾するものだというべきである。

このように、緩やかな処分意思必要説を採るべきだと考える。問題となるのは被害者の意思をどこまで緩やかに解することができるかということである。この問題の解決は処分意思を必要とする理由と関連している。前述のとおり、被害者に処分意思が要求されるのは、処分意思を持った行為のみが詐欺罪の自己損害の性質に該当するためである。そこで、被害者の処分意思は少なくとも自己損害を表すことを必要とする。つまり、自己損害を表せる程度の被害者の認識が処分意思であり、これにより詐欺罪が成立する。こうして、被害者が財産の性質について外形的な認識があれば、それは自己損害となり、処分行為が成立すると考えている。具体的には、財産の他の部分が外形の性質と一致すれば、被害者にはその外形を認識している限り、処分意思は肯定される。その際、財産の数量と価値は、財産の外形の性質に直接関連しないので、処分意思の成立には影響を与えない。ゆえに、たとえ被害者が財産の種類について誤った認識を持っていたとしても、中身がその外観上の性質と一致していれば、処分意思は認められると解される。例えば、スーパーマーケットでインスタントラーメンの箱にカメラを入れて会計した場合に、そのカメラも「商品」であるため、外形上はインスタントラーメンと同じ「商品」の性質を持っており、被害者の処分意思を肯定す

ることができる。逆に、店員がカウンターに置いた財布をインスタントラーメンの中に詰め込んだ場合、財布は「商品」ではなく、「商品」であるインスタントラーメンの外形と性質が異なっているため、被害者の処分意思は認められることはなく、詐欺罪は否定されるべきだと思われる。ここで、注意すべきは、ある品物の外観上の性質は一つだけに限られるものではなく、複数の側面を有することも可能であるということである。例えば、上の事例を少し変えて、行為者がスーパーですきをみて、12本入りのコーラ箱に、店員自身が購入してカウンターに置いた一本のコーラを入れ、会計した場合、店員が購入したコーラは「商品」ではないが、別の側面から見ると、入れられたものは同じコーラであり、コーラ箱の外形上の性質と一致しているので、被害者の処分意思は肯定されるべきである。むしろ重要なのは、処分されたものが、外観上の性質によってカバーされ得るかどうかであり、それが認められる限り、被害者の処分意思は肯定されるべきであろう。

第三節 具体例の検討

以上の検討から、被害者と行為者だけの二者関係において、詐欺罪と窃盗罪の区別が問題となる場合には、客観的には被害者の行為による財産が直接的に行行為者に移転することと、主観的には被害者がその直接の財産移転について「外形的性質」の認識を有することが必要だと思われる。つまり、処分行為が成立するために、客観的に直接性の要件と主観的に処分意思の要件が欠かせないことになる。これを前提に、直接性が問題となる事例と、処分意思が問題となる事例を分けて、具体例を挙げて、詐欺罪が成立するのか、窃盗罪が成立するのかを検討して行きたい。

第1項 直接性が問題となる事例

直接性が問題となる事例は、主にいわゆる占有弛緩の場合である。無銭飲食の事例がしばしば、処分意思の問題として議論されているが、実は直接性の要件の問題だと思われる。また、被害者に財産を捨てさせ、後で拾う事例も問題となっている。

1 物を捨てさせ、後にこれを拾得する事例

行為者が被害者を欺罔して、財物を捨てさせ、後にこれを拾得するという行為について、日本では、詐欺罪の成立を肯定する見解³⁶²が多いが、窃盗罪が成立すべだと主

³⁶² 平野・前掲注(216)214頁、山口・前掲注(34)255頁、西田・前掲注(44)211頁、大谷・前掲注(58)279頁、前田・前掲注(293)249頁など。

張する見解³⁶³もある。そのなか、窃盗罪説を採る山中敬一はこの場合に、行為者の行為が介在しているので、直接性の要件が否定されるべきだと主張している³⁶⁴。

しかし、前述の通り、直接性の要件は、被害者の行為により財産を直接的に移転させることを意味しており、行為者の行為は重要ではない。したがって、このような場合に、被害者が欺罔により、自分の財産を捨てた時点で、すでに、被害者はその財産に対する占有を失っているものであり、つまり、社会通念上、客観的に見て、その財産の占有状態はすでに直接的に移転されたと言えよう。行為者はこれをまだ拾っていないという事実だけでは、被害者の失われた占有状態に影響しないと思われる。そこで、このような事例では直接性の要件が認められ、詐欺罪が成立すると考える。よって、多数説の見解が妥当だと考える。

2 キャッシュカードのすり替えなどの占有弛緩の事例

キャッシュカードのすり替えの事例は、行為者が、被害者を欺罔して、キャッシュカードなどを封筒に入れさせ、すきを見て、事前に用意している同様な封筒をキャッシュカードなどが入った封筒とすり替えるというのが典型的な事例である。

これについて、日本の判例³⁶⁵では、窃盗罪の成立が認められている。すでに述べた大阪地裁令和元年10月10日判決では、「キャッシュカードが被告人の自由支配領域内に入ったとまでは認められないし、A及びBが被告人の自由に支配できる状態に置く意思であったと認めることもできない」などの理由が挙げられている。

このような論拠は正当だと言わざるを得ない。しかし、前述の通り、このような場合には、直接性の要件を先に肯定したうえで、処分意思の有無を検討すべきだと考える。被害者が印鑑などを取りに行く間に、被害者と封筒は空間的に遠く離れておらず、時間的に短いものであり、社会通念上、キャッシュカードが直接的に行行為者に移転されていないので、直接性の要件が否定される。したがって、キャッシュカードのすり替え事例では、処分行為の客観的要件として財産移転の直接性が否定され、よって処分行為は成立しない。それゆえ、被害者には処分意思があったかどうかについて検討する必要がないと思われる³⁶⁶。

また、前述した日本における時計見せ事例³⁶⁷、上衣試着逃走事例³⁶⁸でも、時計や上

³⁶³ 団藤・前掲注(43) 616頁。

³⁶⁴ 山中・前掲注(107) 366頁。

³⁶⁵ 最決令和4年2月14日刑集76巻2号101頁。

³⁶⁶ もちろん、前述したように、直接性の要件が否定されると、処分意思も否定されうる。しかし、直接性の要件の欠けだけで処分行為を否定することができるので、処分意思を検討する必要はない。

³⁶⁷ 東京高判昭和30年4月2日判決、東京高等裁判所(刑事)判決時報6巻3号82頁。

衣は直接的に被害者から行為者に移転されていないので、処分行為が成立せず、詐欺罪を認められないことになる。したがって、窃盗罪の成立と判示した判例が正当だと思われる。これに対して、前述した東京高判昭和 49 年 10 月 23 日判決³⁶⁹、最高裁昭和 31 年 1 月 19 日決定³⁷⁰で、窃盗罪を認められる結論は妥当ではないと思われる。前者の事例では、銀行職員は行為者が老人の附添いであると誤認したうえ、現金をカウンターに出し、行為者がそれを受け取ることに反対していないことから、すでに現金が直接的に行為者に移転されたものと言えよう。後者の事例では、旅館の客である行為者は、手紙を出してくるという嘘で被害者から外出する許可を得て外出した時に、着ていた旅館の丹前などはすでに直接的に行為者に移転されたものと言えよう。なぜなら、手紙を出せるところは、旅館から離れていると推測でき、旅館の財物である丹前を着たまま、遠くまで行くことは、丹前などの占有がこれを着ている行為者にあるとすべきである。

日本では、判例が試乗車逃走³⁷¹やテレホンカード持ち逃げ³⁷²の事例について、処分行為を認め、詐欺罪と判示しているが、その結論は正当だと考える。これに対して、被害者が現金を入れた風呂敷包みを玄関の入り口に置いた事例について、最高裁昭和 26 年 12 月 14 日判決³⁷³では、処分行為を肯定されているが、これは妥当ではないと思われる。最高裁は、玄関の入り口に置いた現金がすでに行為者の事実上自由に支配の状態にあると判示している。確かに、もし財物がすでに行為者の事実上の支配に移転させられた場合には、直接性の要件が肯定されうると思われる。しかし、玄関の入り口に置いただけであり、しかも、被害者もトイレに行ってすぐ付近にいたので、その財物が行為者に直接的に移転されたとは言えないであろう。加えて、仮に被害者がすぐ付近にいらなくても、玄関の入り口に置いたものは社会通念上、被害者の占有にあるというべきである。

また、中国において紙袋すり替え事件³⁷⁴や、タクシーを運転して逃走した事件³⁷⁵では、処分行為が否定されたのは妥当であると考えられる。しかし、携帯電話を借りて逃げ

³⁶⁸ 広島高判昭和 30 年 9 月 6 日判決、高等裁判所刑事判例集 8 巻 8 号 1021 頁。

³⁶⁹ 判例時報 765 号 111 頁。

³⁷⁰ 刑集 10 巻 1 号 67 頁。

³⁷¹ 東京地八王子支判平成 3 年 8 月 28 日判決、判例タイムズ 768 号 249 頁。

³⁷² 東京高判平成 12 年 8 月 29 日判決、判例タイムズ 1057 号 263 頁。

³⁷³ 刑集 5 巻 13 号 2518 頁。

³⁷⁴ 最高人民法院刑事审判第 1、2、3、4、5 庭主办：《中国刑事审判指导案例 04（增订第 3 版）》侵犯财产罪，法律出版社 2017 年版，第 281 页以下。

³⁷⁵ 最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》刑事卷 6，人民法院出版社 2017 年版，第 2931 页以下。

事件では、窃盗罪の成立を肯定した判例³⁷⁶もあれば、詐欺罪の成立を肯定した判例³⁷⁷もある。電話をかけると嘘つき、被害者からスマホを借り入れ、隙をみて逃走した場合には、基本的に財産移転の直接性が否定されるべきである。なぜなら、行為者は、被害者のすぐ近くで通話することのみを許可されたから、財物の直接移転を認められないからである。もっとも、被害者が行為者に、遠く離れたところ³⁷⁸で通話するのを許可した場合には、スマホがすでに行行為者に移転したものと思われる。そして、未払い逃走事件³⁷⁹では、前述の通り、店主が先に行行為者に商品を渡したとしても、客が支払う前に、商品が客に直接的に移転されたと認めるべきではないと考える。

3 無銭飲食・宿泊

無銭飲食・宿泊の事例のうち、行為者が最初から支払う意思がない場合には、詐欺罪の成立を問題なく肯定できる。問題となるのは、食事・宿泊の後で、代金を免れるため、店員を欺罔して、逃走したいいわゆる「偽計逃走型」である。最高裁昭和 30 年 7 月 7 日決定³⁸⁰は、このような事例では「債務免除の意思表示が必要であつて、単に逃走して事実上支払をしなかつただけで足りるものではない」と判示している。また、東京高判昭和 33 年 7 月 7 日判決³⁸¹は、被害者には被告人の支払を少なくとも一時猶予する旨の意思を暗黙に表示したと判示し、詐欺罪の成立を認めている。こうして、判例では、このような事例を処分意思の問題として検討している。また、日本の学説³⁸²においても、処分意思の存否を議論しており、中国の学説でも、無銭飲食について、処分意思の存否を論じている学者が存在している³⁸³。

しかし、前述の通り、まずは直接性の要件の検討を行うべきであつて、無銭飲食・宿泊の事例はまさに直接性の要件の問題に関連する事例であると思われる。したがって、このような場合に、検討されるべき問題は、被害者の外出許可により自己の財産が直接的に移転させられたかどうかである。すなわち、無銭飲食・宿泊の場合に、被害者が錯誤に基づいて外出を許可したことは、代金という債務の履行不能にさせたか

³⁷⁶ 最高人民法院应用法学研究所编：《人民法院案例选（分类重排本）》刑事卷 5，人民法院出版社 2017 年版，第 2692 页以下。ドイツでは、このような事例について、BGH は 2016 年 8 月 2 日決定（NSStZ 2016, 727）において窃盗罪の成立を肯定した。

³⁷⁷ 广东省广州市花都区人民法院刑事判决书(2019)粤 0114 刑初 1637 号。

³⁷⁸ 例えば、被害者が路上で待つて、行為者に百貨店の 3 階に行つて電話をかけるのを許可した場合。

³⁷⁹ 最高人民法院刑事审判第 1、2、3、4、5 庭主办：《中国刑事审判指导案例 04（增订第 3 版）》侵犯财产罪，法律出版社 2017 年版，第 372 页以下。

³⁸⁰ 最高裁判所刑事判例集 9 卷 9 号 1856 頁。

³⁸¹ 東京高等裁判所（刑事）判決時報 9 卷 7 号 179 頁。

³⁸² 大塚仁『刑法概説（各論）（第三版増補版）』（有斐閣，2005 年）262 頁、山口・前掲注（34）258 頁、西田・前掲注（44）213 頁以下、大谷・前掲注（58）288 頁以下など。

³⁸³ 张明楷：《刑法学》（第六版）（下），法律出版社 2021 年版，第 1308 页。

どうか問題となる。レストランや旅館において後払いの場合に、通常、客は店を出る前に代金を支払わなければならない。もし客が代金を支払わず店を出ようとする、店側は間違いなく顧客の退店を阻止することになる。なぜなら、客が店を離れてしまうと、店の食事・宿泊代金という債権が事実上実現できなくなり、財産的損害が発生してしまうからである。したがって、客が退店するかどうかは代金という債権を実現できるかどうかについての鍵となり、客が退店する限り、被害者は代金を受け取ることができなくなり、直接的に財産上の損失が生じる。つまり、騙された被害者が行為者の退店を許す限り、債権の実現不能に直結することになり、それによって直接性の要件が満されるところである。これを前提にした上で、果たして被害者に処分意思があるかどうかについて検討していくべきであろう。この場合、被害者の処分意思は問題なく肯定できる。被害者が行為者の退店を許可した以上、客としての行為者が代金を支払わずに退店したことを認識したはずである。さもないとすれば、それは外出許可とは言えないと思われる。このように、「偽計逃走型無銭飲食・宿泊」は通常、詐欺罪の構成要件的行為に合致すると解すべきである。

ただし、被害者が行為者に友人を見送りに玄関まで行くことだけを許可した事例では、空間上の距離が近い場合は事情が異なる。携帯電話を借りて近くで通話するのと同様に、ここでは直接性の要件が否定されるべきであろう。なぜなら、このような場合には、店からすぐ近くのところで、直接的に、代金という債務を不履行とさせていないからである。もちろん、この場合、被害者に処分意思があるかどうかを検討する必要もないと考える。

4 フィッシング詐欺

フィッシング詐欺とは、行為者が、本人認証などの虚言で、被害者を欺罔して、偽のウェブサイトや銀行口座番号やパスワードなどの情報を記入させ、それによって、不正入手した口座番号やパスワードを使って、被害者の口座からお金を引き落としたりする事例である。中国の判例では、詐欺罪の成立を肯定した事例³⁸⁴があるが、他方で、行為者が財物を取得する主要手段は窃取であり、被害者には処分意思もないとして窃盗が認められた事例³⁸⁵もある。このような事例では、処分意思が問題ではなく、むしろ直接性の要件が問題となるとと思われる。すなわち、被害者が直接的に財産を移

³⁸⁴ 四川省广汉市中级人民法院刑事判决书（2019）川16刑终180号。

³⁸⁵ 山东省济南市钢城区人民法院刑事判决（2022）鲁0117刑初102号，载人民法院案例库2023-05-1-221-006。

転したかどうか、検討すべき問題である。ここでは、まず、被害者が、欺罔により、自分の口座番号やパスワードを偽のウェブサイトに入力することは、本人認証などのためだとしても、自らの意思で入力したものなので、口座情報などを直接的に他人に教えることだと言ってよい。そして、被害者が口座情報などを他人に教えることだけで、行為者がその情報により被害者の口座からお金を引き落とす必要がある場合には、直接性の要件が満たされたかといえるかどうかは問題である。結論から言うと、口座情報などを他人に教えることは口座の財産を直接的に移転させたと認めることができると考える。なぜなら、前述の通り、デジタル・オンライン決済³⁸⁶時代において、財産に対する支配・コントロールは、有体物とは全く異なっているからである。有体物では、事実上財産に対する支配力が考慮される。財物に対する占有の状態を検討する際には、それは、支配領域（自宅など）の財産との空間的な距離、時間的な短さなどを考慮して決まることが多い。しかし、オンライン決済では、オンラインで口座番号とパスワードによって、ネット銀行残高や電子マネーなどを引き出したりして支配している。したがって、口座番号とパスワードなどの情報は、オンライン決済において、ネットの財産に対する支配力の本質的なものと思われる。口座番号とパスワードなどの情報を他人に教えるのは、ネットの財産の支配を他人に直接的に移転することに他ならない。これによって直接性の要件が満たされる。その上で、次に、被害者の処分意思を検討することになる。ここでは、被害者は口座情報などを入力することを明らかに認識しているので、処分意思も肯定でき、よって詐欺罪が成立すると考える。

第2項 処分意思が問題となる事例

日本では、しばしば、いわゆる無銭飲食やキセル乗車などが処分意思の問題の例として議論されている。前述の通り、無銭飲食の事例は処分意思の問題ではなく、直接性の要件の問題である。これに対して、中国では、近年、オンライン決済において処分意思の事例が議論されている。

1 キセル乗車

キセル乗車の事例では、A 駅から D 駅までの乗車者が、キセル乗車と言う方法で B 駅から C 駅までの支払いを免れた行為について問題となり、日本の判例では、詐欺罪の成立を否定した事例³⁸⁷もあれば、肯定した事例³⁸⁸もある。学説においても、見解が

³⁸⁶ 本稿では、オンライン決済、キャッシュレス決済、スマホ決済などは同じ意味で使われている。

³⁸⁷ 東京高判昭和 35 年 2 月 22 日判決、東京高等裁判所（刑事）判決時報 11 巻 2 号 43 頁。

分かれ、詐欺罪の成立を否定する説³⁸⁹、そして、乗車駅を基準とする肯定説³⁹⁰、と下車駅を基準とする肯定説³⁹¹が唱えられている。否定説の理由としては、乗車駅では、行為者にはキセル乗車の意思を申告する義務がなく、欺罔行為もない。係員にも錯誤がなく、処分行為も肯定できない。下車駅では、係員には債権の存在に関する具体的な意識がないことが挙げられている³⁹²。乗車駅を基準とする詐欺罪の肯定説では、係員は行為者にB駅までと騙されて改札口を通過させたのが処分行為となり、その段階ですでに2項詐欺の既遂になると主張している³⁹³。下車駅を基準とする詐欺罪の肯定説では、処分意思必要説から、係員が行為者に、未払い運賃を請求せず、改札口を通過させたのを処分行為と認められる見解³⁹⁴もあれば、処分意思不要説から、係員には差額運賃の債権を認識していないとしても、処分行為を肯定する見解³⁹⁵もある。

しかし、まず、ここで考えなければならないのは、交通運営の管理として、乗客が正規の運賃が払ったかどうかについて、一回のチェック体制もあれば、Wチェックの体制³⁹⁶もある。乗車駅でも下車駅でも、鉄道会社のチェック一環であり、どちらかを基準とすべきではないと思われる。チェックの一環のどちらにおいても、係員が錯誤に陥り、行為者を通過させた場合であれば、詐欺罪を認めることができるのである。乗車駅では、行為者がキセル乗車の目的を隠して、黙示的な欺罔により、係員が錯誤に陥り、改札口を通過させたのであり、処分行為が成立する。係員の「通過させる」という認識は処分意思を意味している。下車駅では、係員は、行為者を正規の運賃が支払った乗客と誤認し、改札口を通過させたことにも処分行為が成立することになる。ここでも、通過させるというのは処分行為そのものであると思われる。このように解すると、厳格な処分意思を解する詐欺罪の否定説も妥当ではないというべきである。要するに、乗車駅と下車駅が同じ会社のチェック体制であるので、どちらだけに基準すべきではないと考える。

2 スーパーマーケットにおける商品の不正取得

³⁸⁸ 大阪高判昭和44年8月7日判決、判例タイムズ242号307頁。

³⁸⁹ 曾根威彦『刑法各論（第五版）』（弘文堂、2012年）152頁、西原春夫『犯罪各論』（筑摩書房、1974年）229頁、松宮孝明『刑法各論講義（第5版）』（成文堂、2018年）265頁、山中・前掲注（107）392頁、浅田和茂『刑法各論』（成文堂、2020年）241頁など。

³⁹⁰ 大塚・前掲注（382）264頁、藤木英雄『刑法講義（各論）』（弘文堂、1978年）315頁など

³⁹¹ 山口・前掲注（34）261頁、西田・前掲注（44）215頁、林・前掲注（33）244頁など。

³⁹² 山中・前掲注（107）390頁以下。

³⁹³ 大塚・前掲注（382）264頁。

³⁹⁴ 山口・前掲注（34）261頁。

³⁹⁵ 西田・前掲注（44）215頁。

³⁹⁶ 実際にむしろ、Wチェックのほうが多い。

商品の不正取得とは、スーパーマーケットで、割引値段シールを貼り替えたり、包装されている商品の箱に同種類の商品または別の商品を入れたりして会計する場合や、商品をショッピングカートに隠してレジを通過したりする場合という。これらの場合には、被害者には処分意思があったかどうかの問題となる。日本では、平野説によって提起されている魚箱事例³⁹⁷に似ている。

割引値段シールを貼り替えて会計する行為については、被害者には、商品の本体について完全な認識を有し、商品の値段について認識の錯誤があるだけで、争いがなく、処分意思を肯定することができると思う。商品の箱に同種類の商品または別の商品を入れて会計する行為については、前述の通り、本稿が主張している外形の性質の認識があれば足りるという立場から、いずれも、処分意思を肯定することができると思う。そして、商品をショッピングカートに隠してレジを通過する行為について、ドイツの OLG 判例³⁹⁸では、すべての商品について包括的・一般的な処分意思が肯定されたことがある。しかし、被害者はショッピングカートを通させることを認識したが、ショッピングカートの外形の性質自体が中に置いた商品とは異なっているから、処分意思を否定すべきであると思われる。そこで、このような場合には、詐欺罪ではなく、窃盗罪が成立すべきである。

3 画面に 20 円表示支払い事例

このような事例は、被害者が何らかの理由で支払おうとする際に、画面には 20 円と表示されているものの、実際には 600 万円余りが被害者の口座から引き落とされたというものである。これについて、中国の最高人民法院の公式な見解は、被害者の処分意思を否定している³⁹⁹。中国の学説では、被害者には 20 円以外の 600 万円の移転について外観的認識がないため、処分意思を否定すべきだとして判例の立場を支持している見解がある⁴⁰⁰。これに対して、被害者は、財産を移転することについて認識があり、支払う価値について錯誤があっただけで、緩やかな処分意思必要説から処分意思を肯定し、詐欺罪が成立すると主張している見解もある⁴⁰¹。また、被害者の口座を管理する第三者を被欺罔者・処分行為者とし、三角型詐欺罪が成立すると主張している見解もある⁴⁰²。

³⁹⁷ 平野・前掲注 (112) 336 頁。

³⁹⁸ OLG Düsseldorf NJW 1993, 1407.

³⁹⁹ 2014 年最高人民法院第 27 号指導判例。

⁴⁰⁰ 王钢：《盗窃与诈骗的区分——围绕最高人民法院第 27 号指导案例的展开》，载《政治与法律》2015 年第 4 期。

⁴⁰¹ 李淼：《人工智能时代新型支付方式与诈骗罪处分意识》，载《西北民族大学学报(哲学社会科学版)》2021 年第 5 期。

⁴⁰² 姜涛：《网络型诈骗罪的拟制处分行为》，载《中外法学》2019 年第 3 期。

しかし、三角詐欺の成立を主張する見解は、妥当ではないと考える。なぜなら、オンライン決済においては、すべてコンピュータープログラムによって実行されるため、口座を管理する銀行としても、人間の行為は関与しておらず、処分意思も存在しない。銀行システムを処分行為者とする見解は、実際にコンピュータシステムが騙されて錯誤に陥り、意識を持っている可能性があることを認めるということになる。これにより、無意識の処罰よりも詐欺罪の範囲が拡大されてしまい、不合理だと思われる。

そして、このような場合に、単なる移転する財産価値の錯誤であると考えて、処分意思を肯定するのも不適切であると言えよう。いくら処分意思を緩やかに解しても、20円と600万円の間では量に大きな差があるため、20円の外形上の性質が、その内容物600万円をカバーできないというべきである。本稿の外形上の性質の認識の立場からすると、被害者は20円について認識があり、20円の外形上の性質にカバーされえない600万円については処分の意思がないと考える。

4 スマホウイルス事例

被害者が何らかの情報を確認するため、ウイルスのリンクをクリックし、スマホ内の銀行口座やパスワードなどの情報を自動的に行為者に送られた場合について、中国では、窃盗罪とされる判例がある⁴⁰³。このような事例において、被害者自身が銀行情報などを虚偽のサイトに入力するいわゆる「フィッシング詐欺」とは異なって、被害者が自分でウイルスのリンクをクリックし、口座などの情報を直接的に行為者に送ったので、直接性の要件が満たされているが、被害者には、口座などの情報を渡す意思が全くないので、本稿が支持する処分意思必要説から処分行為の成立を否定すべきである。したがって、詐欺罪ではなく、窃盗罪が成立する。

このように、具体的な限界事例においては、まず被害者の行為が、自分の財産を直接的に移転させたかどうかを検討する必要がある。直接性の要件が否定された場合に、処分意思が存在するかどうかを議論する必要はないように思われる。直接性の要件が肯定された場合のみ、被害者が財産を直接に移転させることについて知っているかどうかを検討ればよいのである。直接性の要件が満たされるかどうかを判断する際には、物の存在形態を考慮しつつ、社会通念を念頭に置き、被害者の行為が財産を直接に移転させたどうかを決めるべきである。そして、処分意思の要件を検討する際には、被害者が財産の外形上の性質について認識を持っているかどうかを考慮すべきだと考える。

⁴⁰³ 广东省广州市中级人民法院刑事裁定书（2017）粤01刑终95号。

第五章 三角詐欺における処分行為の判断

これまで見てきた通り、詐欺罪における処分行為の判断順序としては、まず、客観的要件としての直接性の要件を検討した後、主観的要件としての処分意思の存否を考えた上で、被欺罔者・処分行為者が適切な資格を有するかどうかについて判断するのである。すなわち、二者関係においては、直接性の要件と処分意思の要件を満たせば、処分行為が成立するが、被害者と被欺罔者、処分行為者とが別人である、いわゆる三角詐欺の場合には、直接性の要件と処分意思の要件のほか、処分行為者が適切な身分・地位を有するかどうかをも検討しなければならない。三角詐欺における直接性と処分意思の要件の判断に関しては、二者関係における判断方法に従えばよい。ここに検討されるべきなのは、処分行為者の身分・地位という問題である。

本章では、まず三角詐欺の概念、及び被欺罔者と処分行為者の同一性の問題を検討した上で、三角詐欺に関するドイツ、日本、中国の判例と学説を概観する。そして、比較法の観点から、訴訟詐欺の特殊な問題と具体的事例の解決についても検討して行きたい。

第一節 三角詐欺の概説

第1項 三角詐欺の概念

三角詐欺とは、処分意思を持って財産を直接的に移転させる「処分行為者」が、同時にその財産について損害を受ける「被害者」ではない場合を指す。簡単に言えば、処分行為者と被害者が同一人物でない場合を三角詐欺と言う。この場合に、詐欺罪が成立しうるかは問題となる。

近時、日本では「詐欺罪とは、その構造上、原理的に二者間しか成立し得ず、『三角詐欺』は存在しない。一見『三角詐欺』と見える事例は、実は二者間詐欺にすぎないか、窃盗・不動産侵奪罪の間接正犯とすべき事例かのいずれかである」として、三角詐欺概念の否定説を主張している見解がある⁴⁰⁴。同見解によれば、例えば、車輛所有者から車の鍵を預かった駐車場の管理人が行為者に欺罔され、車の鍵を行為者に渡し、車が乗り逃げられた場合には、駐車場の管理人に車輛の占有があるので、彼が被欺罔者・処分行為者だけではなく、被害者でもあるとされている。ゆえに、このよう

⁴⁰⁴ 杉本一敏「『三角詐欺』は存在しない—被害者の同意論・被害者への帰属論に基づく「三角関係」の検討—」川端博ほか編『理論刑法学探究④』（成文堂、2012年）205頁。

な場合に成立するのは三角詐欺ではなく、二者間の詐欺の一種のみであるとする⁴⁰⁵。

しかし、この見解には賛成できない。まず、この考え方によれば、駐車場事例においては、管理人が車両を占有しているとされる。しかし、管理人が車両の所有者から委託を受けているからこそ、車両を占有することが認められる。つまり、この否定説の見解は、実は背後でこの委託関係をも思考過程に入れたものである。もしこの委託関係を考慮しなければ、管理人が車両の占有を有するとは言えない。三角詐欺の理論は財産の所有者と処分行為者の関係を論じるものであり、所有者と処分行為者の関係を考慮に入れる限り、三角詐欺の概念に異論を唱える理由はないというべきである。

次に、詐欺罪においては、経済的な観点から、現実的・事実に財産の損害を受けた者を被害者と認定されるべきである。駐車場事件においては、侵害客体は車両そのものであり、現実上、経済的な観点から、車両の所有者の財産が直接的・現実的に減少している。管理人は、たとえ車の管理に過失があり、車両の損失に対して何らかの民事責任を負う必要があるとしても、その損害は、現実的に、直ちに発生するものではなく、管理人が被害者として認定されるべきではないと思われる⁴⁰⁶。

実際には、財産の所有者以外の者によって処分行為が行われる可能性が否定されない限り、三角詐欺の概念は認められるべきである。なぜなら、三角詐欺という概念は、社会生活において、財産の所有者だけでなく、占有者や占有者補助者なども処分を行うことができることを考慮しているからである。例えば、コンビニの店員は、顧客が代金を支払った後、商品を引き渡すが、商品の所有権も占有も所有者であるオーナーにあり、店員は占有補助者にすぎない。このような場合に、財産所有者と処分行為者との関係を考慮しながら、処分行為者の行為が財産所有者に帰属するか否かについて検討を行う必要がある。このように、処分行為者と被害者が同一人物でない場合に検討される三角詐欺の理論は、主に処分行為者と被害者の関連性について議論するものであり、三角詐欺の概念は捨てるべきではないと考える。

第2項 被欺罔者と処分行為者の同一性

前述の通り、処分行為者と被害者が同一人物でない場合を三角詐欺と呼ぶが、処分行為者と被欺罔者が同一人物でない場合に、三角詐欺が成立するかは問題となる。

⁴⁰⁵ 杉本・前掲注(405) 167頁、205頁。

⁴⁰⁶ 車が盗難保険に加入している場合に、最終的に保険会社が被害者になる可能性があるが、それは民事責任の分担の問題である。刑法では、経済的な視点から、現実的に被害を受けたことを中心に置いていると思われる。

ドイツでは、通説が、処分行為者と被欺罔者は同一人物でなければならないと主張している⁴⁰⁷。なぜ、処分行為者と被害者は同一人物であることを必要とせず、処分行為者と被欺罔者は同一人物であることを必要とするかの理由について、Kindhäuserは、処分行為が錯誤に基づかなければならないからだとしている⁴⁰⁸。

日本でも、処分行為者と被欺罔者は同一人物である必要があるとするのが多数説である⁴⁰⁹。その理由は、処分行為者と被欺罔者は同一人物でない場合に、錯誤に基づく処分行為を肯定することができないからであるとされている⁴¹⁰。これに対して、被欺罔者と処分行為者とは同一人物であることを要しないと主張している見解もある⁴¹¹。

中国でも、処分行為者と被欺罔者は同一人物でなければならないという必要説が有力に主張されている⁴¹²。その理由は、被欺罔者が財産を処分した場合に限り、詐欺罪の成立要件に該当するからである⁴¹³。処分行為者が被欺罔者でない場合には、処分行為と行為者による欺罔行為との間の因果関係を肯定することができず、他人の欺罔に従って財産を処分したとは言えなくなり、詐欺罪の構造に反するからである⁴¹⁴。

以上のように、ドイツ、日本、中国の学説では、処分行為者と被欺罔者が同一人物であることが必要とされているのは、詐欺罪の構成要件における錯誤と処分行為との因果関係の成立を確保するためであると考えられる。すなわち、処分行為を行なう者が錯誤に陥り、その錯誤に基づいて財産を移転させる場合にのみ、詐欺罪の成立要件としての錯誤と処分行為との因果関係を肯定することができるようになる。

しかし、処分行為者と被欺罔者が同一人物であるという要求には疑問があるように思われる。まず、同一人物という厳しすぎる要求は三角詐欺の理論構造と矛盾している。三角詐欺とは、処分行為者と財産の損害を受けた者が別人である場合でも、処分行為者と被害者には特別な関係がある限り、詐欺罪が成立しうることを指す。三角詐欺が詐欺罪として認められる理由としては、処分行為者が被害者と特別な関係にある

⁴⁰⁷ Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 101; Lackner, a. a. O. (Fn. 19), § 263 Rn. 110; Tiedemann, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 112; Fischer, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 79; Schönke/Schröder/Perron, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 65.

⁴⁰⁸ Vgl. Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 110), § 27 Rn. 44.

⁴⁰⁹ 平野・前掲注 (112) 329 頁、山口・前掲注 (34) 262 頁、西田・前掲注 (44) 216 頁、井田・前掲注 (34) 322 頁、山中・前掲注 (107) 368 頁以下、前田・前掲注 (293) 246 頁など。

⁴¹⁰ 山口・前掲注 (34) 262 頁、西田・前掲注 (44) 216 頁。

⁴¹¹ 団藤・前掲注 (43) 614 頁、大塚・前掲注 (382) 252 頁。なお、多数説に疑問を呈する見解として、富川雅満「詐欺罪における錯誤者と交付・処分者との同一性再考」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来—長井圓先生古稀記念』（信山社、2017 年）421 頁以下。

⁴¹² 张明楷：《诈骗犯罪论》，法律出版社 2021 年版，第 174 页以下、付立庆：《三角诈骗：肯定立场、构成特征与实践展开》，载《政治与法律》2023 年第 12 期。

⁴¹³ 张明楷：《诈骗犯罪论》，法律出版社 2021 年版，第 174 页以下。

⁴¹⁴ 付立庆：《三角诈骗：肯定立场、构成特征与实践展开》，载《政治与法律》2023 年第 12 期。

場合には、処分行為者の行為が被害者の意思を体現しており、その処分の効果は被害者に帰せられると考えられる。このような理由は、被欺罔者と被害者が特別な関係にある場合にも適用できるというべきである。そうすると、被害者と特別な関係にある被欺罔者の行為も帰属の対象から除外されるべきではない。

次に、同一人物を要求することは、社会生活の分業という現実には適合しないおそれがある。現代社会では、たとえば、銀行などで融資する場合に、資格の審査をする担当者と現金を交付する担当者は別の人間であることが多い。資格審査の担当者の行為も資金提供担当者の行為も、すべては銀行側に帰属するものである。もし処分行為者と被欺罔者が同一人物であることを維持すると、資格審査の担当者の行為のみが検討の対象とされ、あるいは、資金提供担当者の行為のみが検討の対象とされることになり、もう一人の行為が無視されてしまう。

また、刑法におけるいわゆる因果関係論は、条件関係でも、相当因果関係理論でも、同一の人格ではなく、結果と原因の間の関係が議論されている。詐欺罪の各要素間の関係を論じる際には、因果関係の概念が用いられる以上、同一の人格ではなく、要素間の関係に着目するべきであると考えられる。

つまり、三角詐欺においては、権限説を採用するか、それとも、陣営説を採用するかにかかわらず、関係者が被害者と何らかの特別な関係を持っている限り、その人の行為による結果は被害者に帰することができ、詐欺罪という自己損害型犯罪の要求を満たし、よって詐欺罪は成立すべきである。処分行為者と被欺罔者が同一人物でなければならないと主張するのは妥当ではないと思われる。

第二節 三角詐欺の判例と学説

従来から実務においても、学説においても、欺罔により、他人の財産が行為者によって処分された場合には、三角詐欺としての詐欺罪か窃盗罪の間接正犯かが成立することについて、争いがあるように思われる。ドイツでは、三角詐欺について陣営説、権限説、事実接近説などの理論が唱えられている。日本では、陣営説を採る学者⁴¹⁵がいるが、権限説を採っている学者⁴¹⁶のほうが多いと言えよう。一方、中国では、近年、モバイル決済の普及に伴い、財産の移転する方法が変化しつつあり、それをきっかけに、三角詐欺に関する議論が活発になっているように見られる。以下では、ドイツ、

⁴¹⁵ 中森喜彦『刑法各論（第4版）』（有斐閣、1996年）140頁。

⁴¹⁶ 山口・前掲注（218）462頁、西田・前掲注（44）216頁、前田・前掲注（293）246頁など。

日本および中国における典型的な判例と代表的な学説を概要しつつ、比較法的な角度から検討を加えて、本稿の立場を述べたい。

第1項 ドイツにおける判例と学説

1 典型的な判例の概観

(1) BGH、1963年1月16日判決⁴¹⁷

被害者は車を駐車場に駐車していた。被害者は車のキーの1本を駐車場の警備員に渡し、もう1本のキーを自分用に保管していた。その駐車場では、車両所有者は、必要に応じて車庫管理事務所でキーを受け取ることもできる。被告人は電話で被害者の同意を得た上で、警備員のところから車のキーを借りて車を受け取ったことがあった。そして、ある日、被告人は、被害者の同意を得ずに、車を返却するつもりもなく、再び駐車場に来て、警備員からキーを受け取り、被害者の車を持ち去った。

LG Frankfurt は、被告人の行為につき、窃盗罪と判示した。BGH は、それを破棄し、被害者と被欺罔者が同一人である必要はないとしながら、LG は、共同占有者である警備員の行為について法的判断上の意義を認めないのは不当であると指摘し、「刑事裁判所は（LG Frankfurt）窃盗と詐欺の区別が、対象物に最も近く、空間的に直接影響を及ぼす可能性があり、したがって他の共同占有者の意思とは無関係に実際に処分できる善意の共同占有者の意思決定にのみ依存しうることを認識していない。本件、....警備員は、....車を引き渡せる立場にあった。」と判示している⁴¹⁸。

本件は、典型的な三角詐欺の事例であると言ってよい。LG が、共同占有者である車両所有者の意思に反することに重点を置き、同じ共同占有者である駐車場の警備員の行為を無視し、窃盗罪としたのに対して、BGH は、警備員の行為についても、評価し、善意の共同占有者としての警備員の意思決定のみが重要であるとし、詐欺罪が成立すべきだと判示した。ここでは、BGH は陣営という概念を使っていないが、処分行為者としての警備員が善意の共同占有者であるとか、空間的に、財産に最も近く支配できるなどに言及していて、三角詐欺の成否の判断基準として参考できるように思われる。

本件では、警備員が、被害者から車を処分する権限を与えられていないとしても車両を管理する共同占有者として、被害者と同じ陣営にあり、車を処分することができ、

⁴¹⁷ BGHSt 18, 221.

⁴¹⁸ NJW 1963, 1068 (1069).

詐欺罪が成立すべきだと思われる。したがって、BGH の結論は正当だと言える。

(2) BGH、2017 年 3 月 7 日決定⁴¹⁹

被告人と被害者は恋愛関係にあった。被告人は贅沢な生活を送るために、何度も嘘をつき、返すつもりもなく被害者からお金を借りていた。その後、被告人は被害者を定期的な資金源として利用することにし、「継続的かつ定期的に」被害者に自分の財産と家族の財産を貸してくれるように求めた。その結果、被害者は自分の財産だけでなく、家族の財産も被告人に貸した。その中の一部の財産が、被害者と両親が居住する物件にあり、主に金庫に保管されていた。

LG Augsburg は、被告人の行為に関して詐欺罪の有罪判決を下した。しかし、BGH は、LG の判決を破棄し、家族の財産を被害者が処分したことについて詐欺罪は成立しないとした。BGH の理由としては、三角詐欺について以下のように挙げられている。

BGH は、「詐欺罪が成立するのは、被欺罔者の処分が財産所有者に帰属すべきものである場合に限られる...このような帰属は、すくなくとも、被欺罔者が第三者の財産に直接的な影響を及ぼす法的変更を行う法的権限を有している場合には、成り立つべきである。これに対し、被欺罔者が第三者の財産にアクセスできる純粋に事実上の可能性があるだけでは、一般的に十分ではない。

しかし判例によれば、処分行為者が財産の所有者の陣営にある場合には、処分を被害を受けた財産に帰属させることは十分である...そのための前提条件は、犯罪が行われる前から存在する、処分者と損害を受けた第三者財産との間の-事実上または法律上の-密接な関係である。このような関係は、例えば、被欺罔者が財産所有者の同意を得て保護または監督の役割を果たしている場合に存在する。

(原) 判決の認定は、三角詐欺にとって必要な、L (被害者) と被告人に渡した家族の財産との密接な関係を証明するものではない。特に地下金庫に保管されていた物品の占有関係についての十分な認定がない以上、L が財産の占有者又は共同占有者として保護機能を果たし、被害を受けた第三者の財産との間に必要な密接な関係が存在したかどうかは不明なままである。L が家族の一員であり、共同の居住地に住んでいるだけでは、彼女の所有物ではない財産に関する彼女の処分を当該財産所有者に帰属させることは正当化されえない」とした⁴²⁰。

⁴¹⁹ BGH 7. 3. 2017-1 StR 41/17. (<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/17/1-41-17.php>) 最後に 2024 年 5 月 28 日訪問。

⁴²⁰ BGH 7. 3. 2017-1 StR 41/17.

本件も三角詐欺の典型例に属すると思われる。LGは、家族の財産について、家族の一員として、処分することができ、詐欺罪の成立を肯定した。これに対して、BGHは、一緒に居住する家族の一員ということだけで、家族の財産を処分するわけではないとし、LGの判決を破棄した。ここでは、処分行為者と具体的な被害財産の占有関係を明らかにしなければならない。つまり、三角詐欺が成立するためには、家族の身分だけで足りず、処分行為者が被害財産の占有者であるか、または共同占有者であるかなどの密接な関係を証明すべきであるとしている。また、三角詐欺の成否の判断については、BGHは、財産に対する事実上の接近だけでは十分でなく、財産の被害者の陣営にある場合にのみ十分であると述べている。BGHは、ここで「陣営」という概念を明確的に使っていることから、陣営説に立っていると言えよう。

確かに、家族の間において、親族相盗もあり得るし、家庭内のすべての財産を共同して占有しているわけではなく、特に金庫に置かれている財産についてはほかの家族成員が必ずしも占有しているとは言えない。そして、本件では、被害者が、ほかの家族構成員の利益のために、財産を処分した事実が見られない。こうして、被害者が家族構成員であっても、家族の財産については、同じ陣営にあると認められず、詐欺罪の成立を否定したBGHの結論は妥当だと考える。

2 学説の議論

すでに述べたように、ドイツでは、被欺罔者と処分行為者が同一人物でなければならないが、処分行為者と被害者は、別人であってもよいとするのが通説である。これを三角詐欺と言い、その成否、窃盗罪の間接正犯との区別の判断基準について、陣営説と権限説の2つのカテゴリーにまとめている学者⁴²¹がいるが、近接説、陣営説、客観的権限説、主観的権限説、修正的陣営説として五つに分類している学者⁴²²もいる。その中で陣営説が通説であると言われている⁴²³。しかし、実質的には、客観的権限説と主観的権限説の両方を権限説の範囲に含めることができ、修正的陣営説も陣営説の一種と考えることができると考える。そして、内容から見ると、近接説の主張は陣営説や権限説とは異なり、別の種類として扱うべきであるため、本稿では陣営説、権限説、近接説に分けて紹介することにした。

(1) 陣営説

⁴²¹ Vgl. *Hoyer*, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 140ff; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 106ff; *Hefendehl*, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 464ff.

⁴²² Vgl. *Kindhäuser/Hoven*, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 212ff.

⁴²³ Vgl. *Rengier*, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 112.

陣営説の内容について、Kindhäuser/Hoven のまとめによれば、「支配的陣営説は、財物詐欺を肯定するために、第三者が規範的に保護者または補助者として、被害者の「陣営」に帰属させられうると要求している。これが当てはまるかどうかは、第三者の認識次第である。第三者が財産所有者の利益のために、ある物を彼の理解（善意で）に基づいて渡す場合に、財産所有者に帰属する財産処分が存在すべきである。しかし、第三者が意識的に「保護者の地位」を越えてしまう場合には、彼は間接正犯としての窃盗の道具であるというべきである」とされている⁴²⁴。

Rengier は陣営説を支持している。彼は、陣営説を事実権限説とも呼んでいる⁴²⁵。Rengier によれば、陣営説のメリットは、財産的損害と処分行為の要件の解釈にふさわしく、また、この学説が、恐喝罪にも転用できると主張している⁴²⁶。このほかに、Lackner⁴²⁷なども陣営説を支持している。

通説である陣営説からは、例えば、上記の BGH、1963 年 1 月 16 日の判例において、駐車場の警備員が、職務に基づき、車両の所有者と同じ陣営にあると認められ、判決の結論を根拠づけることができ、これは、妥当な見解だと思われる。

しかし、ドイツにおいて、陣営説は批判されている。例えば、Kindhäuser/Hoven は、陣営説では、なぜ第三者の意思が、財産所有者に帰属させられるかを説明できないし、第三者の錯誤が、財産所有者の占有移転への同意の欠如をどう肩代わりするかは不明であると指摘している⁴²⁸。Mitsch も、陣営説には明確な限界が存在しない、感情的、直感的な意思決定に導かれうる、また、この見解によれば、具体的な事例において、反対の結論を見出すことも可能であるなどと指摘している⁴²⁹。さらに、訴訟詐欺においては、裁判官は中立の立場に立つべきであって、どちらの陣営にも属するものではない⁴³⁰。

それにもかかわらず、結論から言えば、陣営説は、処分行為者と被害者との関係を判断の基準とするものであり、自己損害型犯罪としての詐欺罪の本質に合わせるものであり、支持に値するものだと考える。

（２）（法的）権限説

⁴²⁴ Vgl. Kindhäuser/Hoven, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 213.

⁴²⁵ Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 108.

⁴²⁶ Vgl. Rengier, a. a. O. (Fn. 8), § 13 Rn. 112.

⁴²⁷ Vgl. Lackner, a. a. O. (Fn. 19), § 263 Rn. 114. ドイツの陣営説の支持者について、詳しくは Susanne Offermann-Burckart, Vermögensverfügungen Dritter im Betrugstatbestand, 1994, S. 63ff.

⁴²⁸ Vgl. Kindhäuser/Hoven, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 214.

⁴²⁹ Vgl. Wolfgang Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl, 2015, S. 302.

⁴³⁰ Vgl. Mitsch, a. a. O. (Fn. 429), S. 304.

権限説は、法的権限説や授權説 (Ermächtigungstheorie) とも呼ばれている。陣営説の見解とは異なり、権限説では、被欺罔者が処分行為を行う際に、財産を処分する権限を有するかどうかによって、三角詐欺の成否を決める。Hefendehl のまとめによれば、被欺罔者には「そのような権限は、委任や依頼などを通じて得られることがある。補完的な権限理論によれば、財産所有者のために行動する権限は、法律によっても認められることがある」とされている⁴³¹。

Roxin/Schünemann は、権限説を採っている。かれらによれば、他人の財産を処分した第三者が必要な権限を有する場合のみ、その処分が財産所有者に帰属されうる。この権限は、占有権または占有の移転の権限だけで足り、財産所有者の（一般的なものであっても暗黙のものであっても）指示によってカバーされる範囲内であれば、第三者の行為が財産所有者に帰属させるべきであると主張されている⁴³²。Samson によれば、第三者の処分は財産所有者から授權された場合にのみ、三角詐欺が成立する。例えば、店の販売員は処分することができるが、夜間警備員は処分することができない⁴³³。Hoyer は、第三者の権限が財産所有者から授權された場合のほか、法律または官庁の高権行為 (behördlichen Hoheitsakt) によって生じることがあると主張している⁴³⁴。Mitsch は、陣営説よりも、権限説が、曖昧さがなく、明確的な基準であり、訴訟詐欺においても、権限説で説明できると主張している⁴³⁵。

しかし、被害者から、または法律に基づく授權を必要とする権限説は、明確な授權がない場合には、三角詐欺の成立範囲を制限している。Kindhäuser/Hoven は、権限説によれば、善意の規則に従って行われる第三者の処分は、対応する権限がないため、処分行為を否定するが、「この制限はほとんど理解できない。なぜなら、特にそのような財産の侵害は通常、財産所有者に対して拘束力があるため、他のケースと同様に、詐欺の刑事的保護を十分に受けるべきだからである」と指摘している⁴³⁶。

権限説は、三角詐欺の判断基準として、第三者が財産を処分行為する権限を有するかどうかによって決まるとしている。これも処分行為者と被害者との関係に着目し、処分行為者の行為を被害者に帰属させようとするものである。この点は、陣営説の考

⁴³¹ Vgl. Hefendehl, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 465.

⁴³² Vgl. Roxin/Schünemann JuS 1969 375.

⁴³³ Vgl. Erich Samson, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl., 1982, § 263 Rn. 94a.

⁴³⁴ Vgl. Hoyer, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 148.

⁴³⁵ Vgl. Mitsch, a. a. O. (Fn. 429), S. 302ff.

⁴³⁶ Vgl. Kindhäuser/Hoven, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 216.

えと同様だと思われる。しかし、三角詐欺の成立範囲を制限しているのは妥当ではないというべきである。

(3) 近接説

近接説は、第三者が行為者よりも財産に近接するかどうかによって、三角詐欺の成否を決めると理解しているものである。すなわち、第三者が、事前にすでに財産を支配しており、欺罔により、その財産を移転させた場合には、詐欺罪が成立するのである⁴³⁷。Kindhäuser/Hoven は、この近接説を支持している。彼によれば、「三角詐欺の問題が近接理論によって同様に簡単かつ合理的に解決されることが示されている。一方で、善意の事例における債権詐欺では、不適切な処罰の隙間が生じない。また、財物詐欺と窃盗を適切に区別するために必要なのは、第三者が欺罔の前に、すでに対象物に対する占有を有していたということだけである... 三角詐欺の場合には、近接理論に従って、欺かれた占有者が対象物に対する処分権限を持っているかどうか、または財産所有者の利益のために行動していると信じているかどうかは重要でない」と主張している⁴³⁸。近接説では、被害者が、事前に財産に対する支配する関係があるかどうか重要だと思われる。

しかし、第三者に単なる事実上の財産への介入可能性がある場合に、その処分を被害者に帰属させることは根拠づけられないと批判されている⁴³⁹。

確かに、陣営説が主張する陣営という規範的概念や権限説が主張する権限等と比べて、近接説は、事実上の近接関係を判断基準とする点において、より客観的なものであると見られる。しかしながら、この見解は、なぜ第三者が財産と近接関係を持つだけで処分することができるかについて、納得できる理由を示していないと思われる。

3 小括

以上のように、ドイツの判例では、例えば、BGH 1963年1月16日判決などのより以前のものが、近接説を採っていると言われている⁴⁴⁰。これに対して、BGH 2017年3月7日決定⁴⁴¹では、被欺罔者が第三者の財産にアクセスできるという純粋に事実上の可能性があるだけでは足りないことに言及し、処分行為者が財産の所有者の陣営にある場合には、処分行為が成立すると述べていることから、陣営説に立っているの

⁴³⁷ Vgl. Kindhäuser/Hoven, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 212.

⁴³⁸ Vgl. Kindhäuser/Hoven, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 220.

⁴³⁹ Vgl. Wessels/Hillenkamp/Schuh, a. a. O. (Fn. 14), § 15 Rn. 644.

⁴⁴⁰ Vgl. Kindhäuser/Hoven, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 212.

⁴⁴¹ BGH 7.3.2017-1 StR 41/17.

はないかと思われる。

一方、学説では、陣営説、権限説、近接説の間に争いがある。陣営説も権限説も、処分行為者と被害者の関係に重点を置いている。近接説は、処分行為者と財産との関係を判断基準としている。権限説が、権限を有するかどうかによって、三角詐欺の成否を判断するのは、ある程度明確的なものであるが、これによって三角詐欺の範囲を制限するのは妥当ではないと考える。また、近接説は財産への事実上の支配に着目し、より客観的なものであるが、詐欺罪の本質としての自己損害との整合性には疑問があるように思われる。結論から言うと、本稿は陣営説を支持する。

第2項 日本における判例と学説

1 典型的な判例の概観

最高裁昭和45年3月26日判決⁴⁴²

被告人らが、債権者Cが所有・占有するようになった家屋の奪回を企て、既に無効になった和解調書正本につき、裁判所書記官補に執行文付与の申請をしてその付与を受けた上、強制執行をなさしめ、Cの占有している家屋を他人の占有に移転させたという事案について、原審は、被告人らの行為につき、詐欺罪の成立を肯定したが、最高裁は、詐欺罪の成立を否定し、被告人らの行為を無罪とした。

その理由づけについて最高裁は、「詐欺罪が成立するためには、被欺罔者が錯誤によってなんらかの財産的処分行為をすることを要するのであり、被欺罔者と財産上の被害者とが同一人でない場合には、被欺罔者において被害者のためその財産を処分しうる権能または地位のあることを要するものと解すべきである…本件で被欺罔者とされている裁判所書記官補および執行吏は、なんら甲の財産である本件家屋を処分しうる権能も地位もなかったものであり、また、同人にかわって財産的処分行為をしたわけでもない」としている。

本件では、行為者が、第三者である裁判所書記官や執行吏を欺き、それによって、甲の占有している家屋を他人の占有に移転させたのであって、裁判所書記官や執行吏を被欺罔者とし、家屋の占有が移転された甲が被害者と見なされる。そこで、ここでは、三角詐欺の成否が問題になる。これについて、最高裁は、詐欺罪において被欺罔者と被害者の分離という三角詐欺の存在を肯定しながら、その場合に詐欺罪の成立を

⁴⁴² 判例タイムズ247号167頁。

認めるためには、被欺罔者は、被害者のため財産を処分しうる権能または地位を有する必要であると判決している。そして、本件では、裁判所書記官補および執行吏に処分権能または地位はみとめられなかった。

最高裁が処分しうる権能という概念に言及した点を踏まえて、学説では、最高裁が、法的権限説を採っていると言われている⁴⁴³。しかし、最高裁判例では、法的権限あるいは授權について言及せず、そして、処分しうる権能のほか、「または地位」という概念を用いているので、少なくとも法的権限説とは一定の距離を置いているように思われる。

2 学説の議論

日本の学説では、ドイツとは違って、明確的に陣営説を主張する学者は少ない。むしろ、内容は異なっているが、「権限」という概念を使用している学者が多数であると言ってよい。次に、この多数説と陣営説などの少数説をそれぞれ検討する。

(1) 多数説

山口厚は、かつて、被害者から授權された範囲内で処分を行う第三者の行為は被害者に帰属させるという授權説（法的権限説）が妥当だと主張し、陣営説に対しては、事実上の近接関係以上のものを要求し、権限の問題を考慮せざるを得ないと指摘していた⁴⁴⁴。その後、山口説は、被害者から授權された場合のほか、「被害者としては、被欺罔者による財産処分を自己に帰属させ、甘受せざるをえない場合」にも、処分行為が認められるとしている⁴⁴⁵。ここで、後者で言う「甘受せざるをえない場合」とは、訴訟詐欺の事例を指すのではないかと思われる。

西田典之は、三角詐欺が成立するために、被欺罔者には、被害者の財産を処分する権限を要求する。例えば、甲がアパート管理人を欺罔して、住人の鍵を開けさせ、財物を持ち去った場合には、管理人には処分権限がないから、処分行為は否定されると主張している⁴⁴⁶。

佐伯仁志は、法的権限説を授權説と呼び、「法的権限説は、被欺罔者が欺罔を受ける以前に被害者の意思に基づく処分と見なされるような処分を行う具体的権限を法的に与えられることを要求する見解として、理解されなければならない…占有補助

⁴⁴³ 山中・前掲注（107）371頁。

⁴⁴⁴ 山口・前掲注（218）462頁。

⁴⁴⁵ 山口・前掲注（34）262頁。

⁴⁴⁶ 西田・前掲注（44）216頁。

者に対する内部的権限の授与で十分である」と述べている⁴⁴⁷。

井田良は、「交付行為（処分行為）を行う人が、目的となった財産について、（法律上または事実上）処分しうる権能または地位をもつことが必要である」と主張している⁴⁴⁸。

山中敬一は、財物詐欺においては、被欺罔者には、「事実上の支配的・管理的地位」、債権詐欺においては、「事実上の加害的影響力ある内部的地位」を有する必要があるとする法的・事実的権限説を主張している⁴⁴⁹。

以上のように、山口説の見解は、被欺罔者には、被害者または法律から授權を有するかどうかを三角詐欺の成立基準とするものとして、ドイツのような権限説を採っていると言えよう。また、西田説の見解も被欺罔者の権限を要求するので、権限説の主張と一致しているというべきである。佐伯説が主張している授權や内部的授權も権限説に入ることができると思う。これに対して、井田説や山中説の見解では、権限（権能）という概念に言及し、権限説を採っているように見られるが、同時に「事実上」の地位も考慮されている。この「事実上」の地位が、近接説で主張されている事実上の支配を意味しているのか、それとも陣営説で言われている陣営を意味しているのか、また一般的な授權の意味であるのかについては不明確だと言わざるを得ない。

（２）少数説

中森喜彦は、三角詐欺における被欺罔者に、「必要な被害者の財産を処分しうる地位は、法的権限である必要はなく、交付する者が当該財産・利益の処理について被害者の側に立つと見られる事情があればよい（例えば、家族・使用人など）」と主張している⁴⁵⁰。ここでは、家族・使用人などの被害者の側に立つ者であればよいと述べられていることから、中森説は、陣営説を採っていると言えよう。

このほか、山口厚は上記とは別の文献で、三角詐欺における処分行為者とは、財産処分の効果を被害者に及ぼせる者であると主張する効果説を検討してみる価値があると述べている⁴⁵¹。

しかし、効果説は、被害者にに基づく財産移転を必要とする詐欺罪の構造に反するので、妥当ではないと指摘されている⁴⁵²。確かに、効果説では、なぜ、第三者の処分が

⁴⁴⁷ 佐伯・前掲注（106）131頁。

⁴⁴⁸ 井田・前掲注（34）322頁。

⁴⁴⁹ 山中・前掲注（107）370頁。

⁴⁵⁰ 中森・前掲注（415）140頁。

⁴⁵¹ 山口・前掲注（219）83頁。

⁴⁵² 佐伯・前掲注（106）129頁。

被害者に帰属することができるかについては、十分説明されていないと思われる。

3 小括

日本では、三角詐欺の問題は訴訟詐欺をめぐってしばしば議論されている。判例も、訴訟詐欺の事例で三角詐欺の成否の判断基準を判示している。前述の最高裁昭和 45 年 3 月 26 日判決では、処分行為者と被害者が別人であつてもよいことを肯定し、被欺罔者には被害者のためその財産を処分する権能または地位のあることを三角詐欺の基準としている。こうした判例の見解は、権限説を採っていると学説から言われている。しかし、判例では、被害者からの授権に言及せず、そしてさらに、地位という概念の意味も不明であり、別の解釈の可能性が全くないとは言いきれない。

学説では、権限という概念を用いている学者が多いので、権限説を採っているように見える。そしてこれは、判例の立場と整合性を有する。しかし、多数説が主張している権限の内容は、異なっている。一部の見解は被害者または法律からの授権を要求しているので、ドイツの権限説に近いが、別の見解は事実上の権限も認めている。この事実上の権限の意味は曖昧であると思われる。これに対して、少数説の中には、被害者の側に立つか否かに係る陣営説を主張している見解がある。これは妥当だといふべきであろう。他方、同様に少数説に属する効果説は詐欺罪の構造に反しているので、支持に値しないと考える。

第 3 項 中国における判例と学説

1 判例の概観

① 証券会社業務担当者を欺罔する事件（最高人民法院刑事部指導案例 952 号）⁴⁵³

2001 年、被告人は、被害者から株式口座を利用して株取引を行う権限を委任された。そして、被告人は複数回にわたり、被害者の株式を売却し、被害者の株主カードおよび身分証を持って、証券会社のカウンターで業務担当者を欺罔して、売却された株式の収益額を自分の銀行口座に振り込ませた。

第一審は、被告人の行為につき、窃盗罪と判示したが、第二審は、被告人の財産取得は証券会社の業務担当者を通すものとして、詐欺罪の成立を肯定した。そして最高人民法院刑事部は第二審の結論を支持し、本件では、被告人の行為は三角詐欺に該当するとし、「三角詐欺では、財産を処分する権限または地位を有する者であれば、財

⁴⁵³ 中国刑事审判指导案例编写组：《中国刑事审判指导案例 4（侵犯财产罪）》（增订版），法律出版社 2021 年版，第 145 页以下。

産を処分することができる。そして、本件では、証券会社の業務担当者が錯誤に陥り、財産を処分した。すなわち、証券会社の業務担当者が被欺罔者・処分行為者である」とコメントしている⁴⁵⁴。

本件では、株式の収益額を移転させたのは業務担当者であり、被害を受けたのは株式口座の所有者である。これは典型的な三角詐欺だと言えよう。最高人民法院刑事部が、三角詐欺の概念を肯定し、被欺罔者が、財産を処分する「権限または地位」を有する時に、被害者の財産を処分することができる。証券会社が被害者の株を管理しているので、その業務担当者が処分する権限を有することを認められている。本判決は「権限」という概念を使っているので、権限説に近いように見えるが、その同時に述べられている「地位」という概念は何を意味しているかについては、まだ明らかではない。また、本稿が支持する陣営説からも、本件の結論は妥当だと言えよう。

②会計用 QR コード貼り替え事件⁴⁵⁵

2017 年、被告人 A は、商店街にあるたこ焼き店などの店舗において隙を見て、当該複数の店舗のスマホ決済用の QR コードの上に自分の QR コードを貼り替え、よって、顧客に WeChat⁴⁵⁶で貼り替えされた QR コードをスキャンさせ、店に支払うはずの電子マネーを自分の口座に支払わせた。

検察官は詐欺罪で被告人 A を起訴したが、福建省石獅市裁判所は詐欺罪の成立を否定し、窃盗罪の成立を肯定した。

その理由としては、被告人による秘密に QR コードを取り換えた行為こそが、財物を獲得した核心である。それは、まさに密かに店のレジ箱を自分のレジ箱に取り換えることである。そして、被告人が商店や顧客に対して欺罔行為はなく、業者や客が騙されたとも言えない。商店側は QR コードが貼り換えられたことに気付かなかったから、自らの意思で電子マネーを被告人の QR コードに交付したのではないと挙げられている⁴⁵⁷。

QR コードによるスマホ決済システムが導入されてから、多くの注目を集めた本件において、検察官は詐欺罪の成立と起訴したが、裁判所は、行為者には欺罔行為がなく、そして、店にも客にも錯誤がなく、店には処分意思も存在しないこととし、窃盗罪の

⁴⁵⁴ 中国刑事审判指导案例编写组：《中国刑事审判指导案例 4（侵犯财产罪）》（增订版），法律出版社 2021 年版，第 147 页以下。

⁴⁵⁵ 福建省石獅市人民法院刑事判决书（2017）闽 0581 刑初 1070 号。

⁴⁵⁶ 日本の「ライン」に相当する SNS アプリである。

⁴⁵⁷ 福建省石獅市人民法院刑事判决书（2017）闽 0581 刑初 1070 号。

成立を肯定した。

しかし、裁判所の結論は妥当でないと考える。この事件では、店側が、行為者の QR コードを自分の QR コードと誤認したのは詐欺罪における錯誤であろう。この錯誤を引き起こしたのは、行為者の QR コードを貼り替える行為であり、欺罔行為でもある。そして、顧客が、QR コードを読み取って、金額を入力し、電子マネーを振り込むことは、意思に基づいて電子マネーという財産を直接的に移転させることであり、直接性の要件も処分意思の要件も満たされているというべきである。ここで検討されるべきなのは欺罔行為の問題でも処分意思の問題でもなく、まさに被欺罔者と処分行為者が同一人物でない三角詐欺の問題であると考ええる。

2 学説の議論

中国の学説では、三角詐欺の判断基準については、概括的授權説・総合説、客観的権限+審査義務説、近接説など、様々な見解が存在している。この中で、概括的授權説・総合説が有力的な学説だと言えよう。

(1) 概括的授權説・総合説

張明楷によれば、三角詐欺が成立するために、被欺罔者には、法律上または事実上、被害者の財産を処分しうる権限または地位を有することが必要である。「被欺罔者には、事実上、被害者の財産を処分しうる権限を有するかどうかについて、社会通念に基づき、事実上被害者から概括的授權されたかで決まる。そして、被害者から概括的授權を得たかどうかについては、被欺罔者が、被害者の陣営に属するか、財産の占有者または占有補助者であるか、財産を移転させる行為が、外見上（欺罔されたことを除いて）社会通念で認められるか、被欺罔者がよく被害者のため財産を移転させるかなどの要素で決まる」と主張されている⁴⁵⁸。鄭沢善は、「被欺罔者が、客観的に被害者の財産を処分できるのは、社会通念に基づき、被害者から事実上概括的な権限を与えたとみなされるからである」として、被欺罔者が権限や地位を有するかどうかは、陣営や近接だけではなく、占有補助者、財産移転の慣習なども考慮されるべきであると述べている⁴⁵⁹。劉明祥も、「被欺罔者が被害者の財産を処分する権限または地位を有するかどうかを判断する際に、様々な要素を総合的に考慮されなければならない」と主張している⁴⁶⁰。

⁴⁵⁸ 張明楷：《詐騙犯罪論》，法律出版社 2021 年版，第 180 頁以下。

⁴⁵⁹ 鄭澤善：《詐騙罪中的處分行為》，載《時代法學》2011 年第 4 期。

⁴⁶⁰ 劉明祥：《財產罪比較研究》，中國政法大學出版社 2001 年版，第 251 頁。

張説、鄭説は、社会通念から、被欺罔者が概括的な権限を有するかどうかによって、三角詐欺の成否を決めるものである。ここでの概括的な権限とは、被害者または法律上の授權という法的権限説と異なり、社会通念から被欺罔者が第三者の財産を処分しうるかということに重点を置くものである。しかも、陣営説の主張である「被欺罔者が被害者の陣営に属するか」も考慮されている。劉説も各要素を総合的に判断すべきであるとしている。

これは、概括的な権限という概念によって、権限説の主張と陣営説の主張を合わせてカバーしようとするものであると言ってよい。しかし、概括的な権限を判断する際に、社会通念を考慮すべきとしているので、同様に、陣営説において批判されている判断基準の不明確性の問題も存在するというべきである。したがって、陣営説よりも優れているものとはいえないと思われる。各要素を総合的に判断する際に、どの要素を優先するのも不明である。このように考えると、この見解を支持すべきではない。

（２）客観的権限＋審査義務説

車浩は、三角詐欺の成否は客観的権限と審査義務に基づいて判断されるべきだとしている⁴⁶¹。車説によれば、客観的権限とは、被欺罔者が客観的に、正当な許可の範囲内で行動することを要求するもので、審査義務とは、被欺罔者に対し、概括的授權の場合に、具体的な事項を審査することを要求するものである。たとえば、行為者がクリーニング店の従業員を装い、家政婦を騙して雇い主の高級衣服を騙し取る場合、家政婦が衣服を洗濯するのは所有者からの概括的許可を得た行動であるため、もし行為者が頻繁に衣服を取りに来る場合であれば、家政婦が高級衣服を渡すのが、処分行為となる。逆に、服を取りに来た人が初対面の者であり、家政婦が確認もせずに高級衣服を手渡した場合、処分行為は否定されるべきである。つまり、概括的授權と審査義務という２つの条件が満たされた場合にのみ、被欺罔者の処分行為が認められると述べている⁴⁶²。

この見解は、客観的には概括的授權という概念によって処分行為者の範囲を拡大させると同時に、主観的には被欺罔者に審査義務を課すことによって処分行為者の範囲を制限しようとするものである。しかし、中国には、この見解は複雑すぎると批判する学者⁴⁶³もいる。確かに、この考え方では、被欺罔者の審査義務の判断基準も不明確

⁴⁶¹ 車浩：《盜竊罪中的被害人同意》，載《法學研究》2012年第2期。

⁴⁶² 車浩：《盜竊罪中的被害人同意》，載《法學研究》2012年第2期。

⁴⁶³ 陳洪兵：《財產犯罪之間的界限與競合研究》，中國政法大學出版社2014年版，第219頁。

であり、被欺罔者に審査義務を要求することが厳しすぎるというべきである。そこで、賛成することができないと考える。

（３）近接説

馬寅翔は、三角詐欺においては、被欺罔者と被害者の関係に焦点を当てるべきではなく、むしろ被欺罔者と財産との占有関係を強調する近接説のほうが合理的であるとしている⁴⁶⁴。それによると、共同占有の場合には、被欺罔者の処分行為は否認されるべきである。そして、近接説は、盗難品を騙取する行為にも、より適切に対処できる。なぜなら、そのような場合に、盗難品の占有者と盗難品の所有者が同じ陣営にはなく、または権限も持っていないというべきだからである。そして、債権詐欺では、被欺罔者と被害者の権利（権力）と義務の関係によって近接関係を決めると主張している⁴⁶⁵。

しかし、この見解は、財物詐欺において被欺罔者がその財産を占有していることを要求しており、共同占有における被欺罔者の処分行為の成立すら否定している。つまり、被欺罔者が単独で財産を占有していた場合にのみ、処分行為が成立することになる。これは、詐欺罪の成立範囲を狭めすぎており、妥当ではない。たとえば、コンビニエンスストアで、店員を欺罔して商品を騙取した場合に、店員は占有者ではなく、占有の補助者であって、この見解によれば、窃盗罪が成立することになる。

3 小括

中国の判例では、処分行為と被害者が別人であっても構わないという三角詐欺の存在は認められている。三角詐欺の成否の判断基準としては、被欺罔者が被害者の財産を処分する権限や地位を持っているかどうかによって決まる。これは権限説の主張に非常に近いと考えられるが、「地位」という概念の意味はまだ明らかではないと言えよう。さらに、スマホ決済の時代には、被欺罔者と処分行為者の特定において判例の判断基準は不明で、例えば会計用のQRコード貼り替えなどの典型的な三角詐欺は窃盗とされているが、これは不適切であると思われる。

一方、中国の学説では、三角詐欺の成否の判断基準は様々であるが、その中でも各観点を集める総合説の見解が有力になっている。同見解は、被欺罔者が概括的授權を持っているかどうかによって三角詐欺の成否を判断するものである。この概括的授權は社会通念に基づいて判断される。具体的には、被欺罔者が被害者の陣営に属しているかどうか、占有の補助者であるかどうかなどの要素も考慮する必要があると主張し

⁴⁶⁴ 馬寅翔：《论三角诈骗中的财产处分权》，载《刑事法评论》2019年总42集（01）期。

⁴⁶⁵ 馬寅翔：《论三角诈骗中的财产处分权》，载《刑事法评论》2019年总42集（01）期。

ている。また、明確に様々な要素を総合説に判断すべきであると主張する学者もいる。しかし、このような見解は様々な学説を総合して、全面的なものであるように見えるが、これらの学説の潜在的な欠点を克服できておらず、むしろ、これらの学説の欠点を集約したものだというべきであり、陣営説と比べてもメリットはないように思われる。

さらに、被欺罔者が概括的授權を持っているかどうかを客観的に検討し、被欺罔者が審査義務を果たしているかどうかを主観的に検討する主張も存在する。しかし、この見解は複雑すぎると言われている。確かに、被欺罔者に課せられる審査義務は厳しすぎ、被欺罔者が審査義務を履行したかどうかの判断基準は明確ではないと言えよう。

ドイツと同様、中国でも近接説の見解は支持されており、財物詐欺では、被欺罔者は財物を単独で占有する場合にのみ三角詐欺が成立すると主張する。しかし、これは、詐欺罪の成立範囲を過度に限定し、窃盗罪の成立範囲を拡大するものであり、適当ではないと考える。

第4項 比較法的検討

1 独、日、中三カ国における共通点と相違点

ドイツの判例では、明確に、三角詐欺が肯定されている。その判断基準として、BGH、2017年3月7日決定では、処分行為者が財産の所有者の陣営にある場合には、処分行為が成立することに言及されていることから、陣営説に立っていると言える。これに対して、日本の判例では、いわゆる訴訟詐欺の事例が三角詐欺の問題として注目されている。そして、学説から、判例は権限説を採っていると評価されている。中国の判例では、被欺罔者が、財産を処分する権限または地位を有する場合には、三角詐欺が成立すると認めている。ここで使われている表現から見ると、これは権限説に近いと言えることができる。

ここでは、三角詐欺の概念を肯定しているのはドイツ、日本及び中国の判例の共通点であることがわかる。しかし、三角詐欺の判断基準としては、ドイツの判例が陣営説を採っているのに対し、日本や中国の判例では、権限説に近いと言えることができる。

一方、ドイツの学説では、三角詐欺における処分行為者の判断について、陣営説が多数説であるのに対して、日本では、陣営説を主張する学者が少数で、主に何らかの修正を加えた権限説が多数である。そして、中国では、近接説や客観的権限＋審査義務説を主張する学者がいるが、概括的な授權という総合的に判断する見解が有力的で

ある。しかし、この概括的な授權説は、各学説のデメリットを集めたものであり、支持すべきではないと思われる。そして、近接説や権限説も妥当ではないと考える。

2 陣営説以外の代表的学説の検討

前述したように、ドイツでは陣営説のほかに、主に権限説と近接説が主張されており、日本では権限説と効果説が主な見解であり、中国では概括的授權説（総合説）と近接説、審査義務説が主な見解である。

まず、近接説は、被欺罔者が騙される前に財産を支配していたかどうかに基づいて三角詐欺を判断することを主張している⁴⁶⁶。この見解の核心は被欺罔者と財産との関係であり、その判断基準が他の見解に比べてより客観的かつ明確であることは否定できないと思われる。しかし、この見解は、事実上の近接な関係だけがなぜ第三者の処分行為を被害者に帰属できるのかを十分に説明していない。つまり、近接説は、詐欺罪が自己損害であることをどのように体現しているかという点に疑問がある。また、この見解は詐欺罪の成立範囲を不当に制限している。たとえば、中国では、近接説を支持する見解⁴⁶⁷は、共同占有の場合にも三角詐欺を認めないと解しており、これによれば、欺罔により、商品を販売させた店員の行為も処分行為が認められず、明らかに不適切であると言うべきである。

次に、権限説も支持されるべきではないと考える。権限説には法的権限説と修正的権限説がある。法的権限説は、三角詐欺における処分行為者の範囲を民法などの法律で認められたものに限定するものである。この基準は法規範的な視点を採用したものであり、近接説ほど客観的かつ明確ではないものの、陣営説よりも具体的な法的権限から処分行為の有無を判断するものであり、陣営説よりも具体的な基準だと思われる。しかし、法的、特に民法的視点だけから見ると、詐欺罪の成立範囲を過度に限定するおそれがあると言わざるを得ない。第三者の処分行為を被害者に帰属することは、自己損害という詐欺罪の性質を反映しているため、それは法的な権限だけにとどまることはない。例えば、家政婦が雇い主の服を処分した場合には、たとえ雇い主から具体的な授權がなくても詐欺罪とみなされるべきである。また、実際に、三角詐欺においては主に、被欺罔者が民法やその他の法律から明確な授權を与えられていない場合こそ問題となっている。明確な授權がある場合は、ほとんど争いはないように思われる。

日本では、法的権限の理論を修正し、被欺罔者には法的権限だけでなく、事実上の

⁴⁶⁶ Vgl. *Kindhäuser/Hoven*, a. a. O. (Fn. 12), § 263 Rn. 212.

⁴⁶⁷ 马寅翔：《论三角诈骗中的财产处分权》，载《刑事法评论》2019年总42集（01）期。

権限を有する者にも、処分行為が成立し得ると主張する学者がいる⁴⁶⁸。法的権限説と比較して、この見解は処分行為者の範囲を拡大していることになる。しかし、ここでの事実上の処分権限の意味は不明であり、近接説が主張する事実上の財産の支配と同じな意味であるとすれば、近接説と同じような疑問に直面することになる。逆に、近接説の主張と違うのであれば、第三者の行為を被害者に帰属させる根拠は何なのか、また被害者の自己損害をどのように反映するのか、これもこの見解が納得できる説明をしていない問題であると考ええる。

また、概括的授權説・総合説の主張も妥当ではないということができる。この考え方は、被欺罔者に一般的、概括的な授權があるかどうかによって処分行為を決めるものである。そこでは、被害者陣営に属しているかどうか、占有補助者であるかどうかなどの要素を総合的に考慮している。このように、法的権限説と比べると、処分行為者の範囲は拡大している。しかし、前述したように、この見解では、さまざまな要素がどのような関係にあるのか、また、総合的に考慮した場合に、どの要素を優先すべきかについては明らかでない。さらに、陣営説や権限説の理論を統合することによって、各説の欠点を克服することはできないと考える。

また、効果説は詐欺罪の自己損害を反映しておらず、審査義務説は被欺罔者に義務を要求する根拠がなく、審査基準自体も明確ではないため、採用すべきではない。

このように、近接説や権限説などの主張には疑問があり、支持しえない。これに対して、陣営説は、被欺罔者と被害者の関係を十分に考慮するもので、詐欺罪の自己損害を反映しており、適切に詐欺罪の輪郭を描き、妥当だと考える。

3 三角詐欺の判断方法

(1) 陣営説の根拠と内容

① 陣営説の根拠

ドイツでは、陣営説には判断基準が明確ではないと批判する見解⁴⁶⁹がある。日本でも陣営説は不明確で、判然としない面があると指摘する見解⁴⁷⁰がある。中国でも、例えば、第三者が欺罔行為者と被害者の両方とも一定の関係を有する場合に、その第三者がどちらの陣営に属するかを判断するのは困難であると陣営説を批判する学者⁴⁷¹

⁴⁶⁸ 井田・前掲注(34) 322頁、山中・前掲注(107) 370頁。

⁴⁶⁹ Vgl. Mitsch, a. a. O. (Fn. 429), S. 302.

⁴⁷⁰ 森永真綱「三角詐欺の予備的考察」例外状態と法研究班『例外状態と法に関する諸問題 続(関西大学法学研究所研究叢書;第54冊)』(関西大学法学研究所, 2016年) 88頁。

⁴⁷¹ 张明楷:《诈骗犯罪论》, 法律出版社 2021 年版, 第 177 页。

もいる。おそらく、陣営説が最も批判されているのは、このような不明確さの点であると言える。

確かに、三角詐欺の成立の判断において、陣営説に比べて、法的権限説や事実近接説の方がより明確であることは否定できない。しかし、これは陣営説を否定する理由にはならないと考える。なぜなら、被欺罔者による財産移転行為が最終的に被害者に帰属できるかどうかは事実の視点や民法の視点から判断するのではなく、規範論の視点（評価的視点）から判断されるべきだからである。ここでは、価値判断を行う必要があり、社会通念を考慮する必要もあるため、ある程度の不明確さを帯びていることは避けられない。このような判断は刑法では、特に財産の支配関係においても存在する。財産の占有に関する判断は完全な事実判断ではなく、社会通念に基づいて行わなければならない。たとえば、家の前に駐輪している自転車が、施錠されていなくても、社会通念上、他人の占有しているものと認めるべきである。つまり、刑法においては、事実判断だけでは帰属の問題を完全に決定することはできない。帰属の問題は、事実に基づいて社会通念を考慮しながら決定されるべきである。実際に、中国で陣営説の判断基準が不明確だと批判している張明楷が支持する概括的な授權説⁴⁷²も、社会通念という不明確な概念も考慮する必要があるとしている。陣営説は判断基準が不明確だから支持できないというのであれば、概括的な授權説にも同じ問題があるというべきである。

どちらの学説を採用すべきかについては詐欺罪の本質を考慮しながら、決めるべきであろう。繰り返しになるが、詐欺罪の本質は、被害者の自己損害なのだから、被欺罔者の行為が被害者の自己損害を反映しているものであれば、処分行為の存在を認め、詐欺罪を成立させるべきであろう。陣営説は、同じ陣営に所属する関係者を一つ単位として考慮し、陣営内の全員の行為を陣営全体の行為として扱うこととしている。こうして、被欺罔者の行為を同じ陣営にある被害者に帰属させていると考えられる。これによって被害者の自己損害を反映しており、詐欺罪の性質と一致させることができる。このように、三角詐欺の事例においては、被害者陣営と欺罔行為陣営の2つの陣営が形成される。第三者が被害者と特別な関係にある場合には、被害者陣営に属し、詐欺罪がそれによって成立することになる。

このように、被欺罔者の行為の帰属を規範的・評価的な視点から判断する陣営説は、

⁴⁷² 張明楷：《诈骗罪论》，法律出版社2021年版，第180页以下。

社会通念を考慮するため、ある程度の不明確さを帯びていることは否定できない。しかし、陣営説は、権限説や近接説と比較して、被害者を中心に、被欺罔者との関係を考慮するものであるから、詐欺罪の自己損害の性質に合わせるものであり、規範論の視点から詐欺罪の範囲を不当に制限せず、適切に輪郭を描いており、妥当である。

② 陣営説の内容

このように陣営説は妥当であるといえるが、問題となるのは、被欺罔者と被害者が同一陣営にあるかどうかをどのように判断すべきかである。具体的には以下のような場合に分けることができよう。

まず、三角詐欺において、最も議論の余地のないのは、被欺罔者が被害者または法律からの明確な授權を持っている場合であると言えよう。たとえば、甲が財物所有者乙から自転車の販売を依頼された場合、C がその自転車を騙取した。この場合に、被欺罔者と被害者が同じ陣営にあることは明らかであり、被欺罔者の処分は被害者の自己損害とみなすことができる。つまり、明確な授權がある限り、被欺罔者と被害者が同じ陣営に属することは確実である。

第二に、被害者が第三者への財産移転の結果を負担することに明示的に同意している場合、処分行為者と被害者は同じ陣営に属していると判断されるべきである。たとえば、B が顧客としてA のスマホ販売店に、新しいスマホを購入しに来たが、所持金がなかったため、C を騙してスマホの代金を支払うように求めた。C は ちょうどA の債権者であり、A に連絡して、B のスマホの代金を借金から差し引くよう頼んだ。そして、B は A の店で高価なスマホを選び、持ち帰った。このような場合において、C は A が携帯電話を移転したことによる結果を負担することに同意し、A と C は同じ陣営にあるというべきである。

第三に、被欺罔者が、事前に被害者の財産を占有していた場合、または占有の補助をしていた場合にも、同じ陣営にあるものとみなすべきである。単独占有はいうまでもなく、たとえ共有占有であっても、被欺罔者と被害者は財産の共同占有関係にあるので、その共同関係が同じ陣営に属することは明らかである。さらに、原則として、占有補助者も被害者陣営に属すると考える。いわゆる占有補助者は、本来、被害者の財産の管理・支配を補助するだけでなく、財産を不当に侵害された場合にも、相応の措置を講じることがある。例えばコンビニの従業員はオーナーの商品を売るのを手伝うだけでなく、万引きや無銭買い物の際にそれを止めたり、警察に通報したりする措置も講じる。このような被欺罔者と財産所有者との間の補助関係は、同じ陣営に属し

ていることを判断するのに十分であると思われる。

第四に、被欺罔者が占有の補助者であるかどうか明らかな場合には、特定の財産についての被欺罔者の一般的な管理権限が社会通念に基づいて確認され得るのであれば、これも陣営説の基準を満たすものである。例えば、家政婦が雇い主の衣服を占有補助者として認められないとしても、家政婦は衣服に対する一般的な管理権も持っているとして社会通念から解することができ、家政婦も雇い主と同じ陣営にあると認められるべきである。これとは異なり、社会通念上、家政婦には雇い主の金庫内の財産に対する一般的な管理権限はなく、行為者が家政婦を騙して雇い主の金庫内の財産を持ち出させた場合には、詐欺罪の成立は否定されるべきである。

第五に、被欺罔者と被害者との間に家族や親しい友人などのような関係がある場合、社会通念に基づき、具体的に特定の財産については、同じ陣営に属しているかどうか判断されるべきである。通常、家族の間の日常生活用の財産については同じ陣営のものであると見なされうるが、たとえば、家族が部屋の金庫に閉じ込めた物品をほかの家族が処分した場合、同じ陣営のものとはみなされないと考える。また、同じ寮に住むクラスメート間でも日用品などについても同じ陣営にあると考えられる。

ここで注意すべきなのは、第4と第5では、社会通念を考慮しながら、具体的、特定の財産に関して、被欺罔者と被害者が同じ陣営に属しているかどうかを判断すべきであるという点である。つまり、すべての財産について一般的に陣営にあるかどうかを判断すべきではない。

上記のいずれかに該当する場合には、原則として同じ陣営にあるが、逆に、もし被欺罔者が主観的に被害者の利益のために処分するのではなく、単に自分や他人の利益のために処分する場合には、同じ陣営にあることが否定されるべきである。例えば、Aが、スマホ販売店において、従業員Bを騙して、代金を店に支払わずに、スマホを交付させ、Aは、代金の半額を従業員Bだけに後日、渡すと約束していたにもかかわらずAはBに金銭を渡さなかった事例を考えると、ここでは、BはAに騙されたとはいえ、Bは代金の半額を獲得する自分の利益のためにスマホを処分したのであるから、Bと被害者が同じ陣営にあることは否定しなければならない⁴⁷³。

(2) 被害者、被欺罔者および処分行為者の特定

陣営説のもとでは、被害者と同じ陣営にある者の行為のみに処分行為が成立する。

⁴⁷³ 被欺罔者が自分の利益のため処分した場合に、被欺罔者が単独占有者である場合に、欺罔行為者が二者詐欺が成立すべきであって、共同占有などのほかの場合には、窃盗罪などの成立の可能性がある。

つまり、三角詐欺が成立するかどうかは、被害者を中心として判断する。被害者を正確に特定してから、同じ陣営にある者の特定を行う。それから、主に被欺罔者の特定になるが、前述の通り、被欺罔者と処分行為者は別人であってもよいので、場合によっては、被欺罔者と処分行為者を別々判断することもある。

① 中心となる被害者の特定

まず、三角詐欺における被害者は、民法上の権利を侵害された者と完全に同一視することはできない。例えば、盗難品の詐欺においては、民法上、盗品の占有者は所有権を取得することはできないが、盗難品が騙取されても、事実上の占有を失うだけで、所有権の損害は存在しない。しかし、刑法の評価はおおよそ民法に従属するものではなく、ある程度は独立したものである。例えば、占有については、民法では間接占有や代理占有を認めるが、刑法では、それを認められない⁴⁷⁴。刑法の財産犯においては、経済的および現実的な損害が重視されている。言い換えれば、被害者が経済的かつ現実的な視点から損害を受けた者が、刑法上の被害者となる。盗難品詐欺においては、経済的、現実的に損害を受けるのは盗難品の占有者であり、かれは、同時に被欺罔者・処分行為者でもあるため、三角詐欺ではなく、単なる普通の詐欺罪が成立する。

次に、財産を移転させた者が、取引の目的に応じて直ちに相当の対価を取得することができる場合、又はその後、高い蓋然性で支障なく対価を取得できる場合、被害者とはみなされ得ないとする。クレジットカード使用詐欺の場合、加盟店には明らかな落ち度がない限り、事後的には何の支障もなく対価を得ることができ、被害者として認定されるべきではない。

最後に、最終的に民事責任を負う可能性のある者は三角詐欺の意味での被害者ではない。例えば、家政婦が雇い主の服を処分した場合、たとえ家政婦が最終的に一定の民事責任を負う可能性があるとしても、被害者としては認められない。なぜなら、それはあくまで可能性であり、実現できるかどうかは他の要因によって決まり、経済的な観点からは現実的な損害ではないからである。

このように、刑法の視点から、経済的に、実際に損害を受けた者を被害者として認定すべきである。

② 被欺罔者と処分行為者の特定

三角詐欺における被欺罔者とは、欺罔行為者が提供する虚偽の情報をチェックする

⁴⁷⁴ 井田・前掲注(34) 257頁。

必要がある、あるいは関心を持つ者を指す。たとえば、法人には、職員の担当事項が分配されていて、欺罔行為者から提供された情報を審査する担当者もいれば、審査済みの情報に基づいて財産を交付するという処分行為を行う担当者もいる。ここでは、情報を審査する担当者しか被欺罔者と扱われないと考える。

処分行為者については、第四章の二者間の詐欺の基準を参考にすることができ、すなわち、主観的には処分の意思を有し、客観的には財産を直接的に移転させる者である。

以上のことから、具体的な事例において、三角詐欺が成立するかどうかについて判断する際に、まず検討されるべきなのは、行為者が取得した財産が、欺罔により、他人から処分意思を持って直接的に移転されたものであったかどうかである。これが肯定された上で、財産を移転させた者に経済的、現実的な視点から損害が生じていたかどうかを検討する。もし財産を移転させた者ではなく、第三者が損害を受けた場合には、三角詐欺の問題となる。その後、被害者を中心し、具体的な財産について、被欺罔者、処分行為者が被害者と同じ陣営にあるかどうかを検討する。同じ陣営にあることが肯定されれば、詐欺罪が成立する。逆に、そうでない場合には窃盗罪の間接正犯⁴⁷⁵が成立するのである。

第三節 具体例の検討

本節では次のように典型的な事例を挙げて、三角詐欺の成否について陣営説から検討を加えることにしたい。

第1項 訴訟詐欺

訴訟詐欺とは、広い意味で、虚偽の証拠や主張によって裁判所を欺いて他人の財産を取得した場合を指す。

日本では、通説⁴⁷⁶は、訴訟詐欺において詐欺罪の成立を肯定している。これに対して、民事裁判における形式的真実主義のもとでは詐欺の手段とはいえないとしたり、敗訴者がやむを得ず財産を移転させたので、任意の交付ではないとして、否定的な立

⁴⁷⁵ 客体は財産的利益で、電子計算機にかかわる場合であれば、日本では、電子計算機使用詐欺罪が成立する可能性がある。

⁴⁷⁶ 山口・前掲注(34) 263頁、西田・前掲注(44) 216頁以下、大谷・前掲注(58) 275頁、前田・前掲注(293) 246頁以下、山中・前掲注(107) 372頁など。

場を採る見解がある⁴⁷⁷。

中国でも、裁判所は詐欺罪の意味での錯誤に陥ることはなく、被害者には交付意思（決意）がないなどの理由⁴⁷⁸や、裁判所は財物の所有者・占有者でもなく、被害者が任意で財物を交付したとも言えないなどの理由⁴⁷⁹で、詐欺罪の成立を否定している見解がある。

しかし、本稿が支持する陣営説からすれば、訴訟詐欺は詐欺罪が成立すべきであって、日本の通説の結論は妥当であると考ええる。まず、デジタルが発達している現在においても、裁判所はコンピューターなどのシステムや機械を通じて裁判を行うのではなく、裁判官を通じて裁判がなされている。当事者の訴訟の主張に対して、審査し、また関心を持つ自然人としての裁判官が主観的に錯誤に陥る可能性があることは言うまでもない。訴訟詐欺が詐欺罪として成立するかどうかについての最大の問題は、敗訴者（被害者）による任意ではない財産の移転を詐欺罪とすることが、詐欺罪の自己損害の性質に反するかどうかにあると思われる。さらに、訴訟詐欺において、被欺罔者による処分行為の認定をどのように行うかということも明らかにする必要がある。

確かに、三角詐欺では、被害者は財産の移転に参加せず、財産の移転に反対する意思表示もしないのが通常である。これは、被害者と第三者は同じ陣営にあるため、第三者による処分を被害者に帰属させることができ、このことは詐欺罪における自己損害の性質と一致する。これに対して、訴訟詐欺の場合は、通常、敗訴者である被害者は財産の移転に反対する。この問題については、裁判官を被欺罔者とする同時に、処分行為者としてすることによって、解決しようとする見解⁴⁸⁰がある。この見解によれば、処分行為者である裁判官の意思に反しないので、詐欺罪が成立することになる。しかし、裁判所による強制執行の場合は、裁判官を処分行為者と認めてもよいが、逆に、強制執行ではなく、被害者が判決によってやむを得ず財産を引き渡す場合は、裁判官を処分行為と認めるのは財産の移転の直接性の要件に反する。この点、三角詐欺においても直接性の要件は必要なので、この見解は支持できない。つまり、処分行為者として認定できるのは、財産を直接的に移転させる者のみであると思われる。

⁴⁷⁷ 団藤・前掲注（43）614頁。また、松原芳博「詐欺罪・その2」法学セミナー700号（2013年）112頁も裁判所による交付が、被害者の意思に反する点を指摘している。

⁴⁷⁸ 王飞跃：《论诉讼欺诈取财行为的刑法规制》，载《政治与法律》2012年第11期。

⁴⁷⁹ 杨兴培、田然：《诉讼欺诈按诈骗罪论处是非探讨——兼论《刑法修正案（九）》之诉讼欺诈罪》，载《法治研究》2015年第6期。

⁴⁸⁰ 西田・前掲注（44）217頁。

直接性の要件に従えば、訴訟詐欺において、強制執行による財産移転の場合には、被欺罔者も処分行為者も裁判官である。これに対して、強制執行ではない場合には、被欺罔者は裁判官であるが、処分行為者は直接的に財産を移転させた被害者と認められるべきである。

強制執行による財産移転または被害者がやむを得ず自ら財産を移転させた場合には、一見、被害者の意思に反しているように見えるが、現代社会においては、被害者は法の共同体の一員として、法のもとに生活することにあらかじめ同意しており、当然、民事訴訟法などに基づく司法行為として、被害者もそれに同意しているというべきである。したがって、法的手続きに従った裁判は本質的に被害者の意思に反するものではなく、詐欺罪の自己損害の性質に合致するものであると言ってよい。

第2項 会計用 QR コード貼り替え

前述⁴⁸¹の店の会計用 QR コード貼り替えによって、顧客が、商品の代金を支払う際に、店のスマホ決済口座に振り込むはずの電子マネーが実際は行為者の口座に振り込まれた事例については、中国の判例が窃盗罪と判示したが、学説では、主に詐欺罪否定説と詐欺罪肯定説が争っている。

1 詐欺罪否定説

中国では、QR コード貼り替え行為について処分行為の成立を否定する見解が存在する。例えば、「被害者はその財産が不法に移転されることを意識せず、行為者の WeChat に振り込まれることも認識していない」という理由を挙げている見解⁴⁸²がある。また、顧客が QR コードを読み込んで支払う行為については、「顧客は被欺罔者として、被害者の財産を処分する権利や地位を持っていないので、顧客の支払いの行為が詐欺罪の処分行為にはならない」として詐欺罪の成立を否定する見解⁴⁸³もある。

2 詐欺罪肯定説

他方、中国の学説には、QR コード貼り替え行為について詐欺罪の成立を肯定する見解も存在する。この中に、商品の「代金」を獲得しなかった店側を被害者とし、会計用の QR コードを誤認して支払った顧客を被欺罔者・処分行為者として普通の三角詐欺の成立を肯定する見解⁴⁸⁴がある。これに対して、このような事例が普通の三角詐欺

⁴⁸¹ 本稿第5章第2節第3項判例②。

⁴⁸² 周铭川：《偷换商家支付二维码获取财物的定性分析》，载《东方法学》2017年第2期。

⁴⁸³ 柏浪涛：《论诈骗罪中的“处分意识”》，载《东方法学》2017年第2期。

⁴⁸⁴ 阮齐林：《“二维码替换案”应定性诈骗》，载《中国检察官》2018年第1期。

とは異なり、新型の三角詐欺であると主張する見解も存在する。この見解によれば、「QR コード事件における被告人の行為は、三角詐欺が成立する。しかし、ここの三角詐欺は伝統的な三角詐欺ではなく、別のタイプの三角詐欺である。被告人は欺罔行為を行い、被欺罔者が誤った認識を生じて自分の財産を処分し、被害者に損害を与えた。……被欺罔者は被害者に財産を交付する義務を有し、そして義務の履行目的で、被害者の指示に従って、あるいは法律、取引習慣のもとで自分の財産を処分（移転）しており、認識の誤りは存在しているが、民法上の落ち度はない。一方で、被害者は財産を獲得せず、そして被欺罔者に再度財産を処分（移転）することを求める民法上の権利も失った」とされている⁴⁸⁵。

否定説によれば、被害者は、行為者のスマホ決済口座に振り込まれることも認識していないので処分行為の成立も否定される。しかしながら、たとえ処分の意思必要説の立場を採るとしても、財産の性質や数量を認識するだけでよく、財産移転の相手の真実性まで認識する必要はないと思われる。実際、QR コード貼り替え事例は、顧客が自らの意思で会計用の（虚偽の）QR コードをスキャンして支払い金額を入力し、電子マネーを送金したものである。顧客は一連の送金行為を明確に認識しており、直接的に財産を移転させているから、処分行為が認められるべきである。したがって、処分行為者は、被害者の店ではなく、支払いをした顧客である。そして、顧客には被害者である店の財産を処分する権限や地位を持っていないという理由で処分行為を否定する見解も妥当ではないと考える。なぜなら、顧客と被害者は民法上の契約関係を有し、顧客の支払い行為も被害者の指示に基づいているもので、同じ陣営にあるというべきである。これによって、顧客の支払い行為は店に帰属させることができると考える。

また、詐欺罪肯定説は顧客を被欺罔者とするが、この点は疑問である。前述⁴⁸⁶の通り、実際に経済的に損害を受けている者は店であるから、店を被害者とするべきであり、明確に支払い金額を認識し、直接的に電子マネーを移転させた者は顧客であるので、顧客を処分行為者とすべきである。問題となるのは、顧客が被欺罔者であるかという点である。しかし、情報の真偽へのチェック、少なくともその関心を持つ者を被欺罔者と考えべきなので、QR コードをチェックする必要があるのは店側である点から見れば、店側こそを被欺罔者とするべきである。顧客は、店舗の指示の通りのスマホ決済口座に送金したため、欺罔されたとは言い難く、被欺罔者とされるべきではない

⁴⁸⁵ 张明楷：《三角诈骗的类型》，载《法学评论》2017年第1期。

⁴⁸⁶ 本稿134頁以下。

と思われる。

こうして、QR コード貼り替え事例においては、店側が被害者・被欺罔者であり、顧客が処分行為者であると解される。顧客と店の間には契約関係があり、顧客の支払いも店の指示に従っているので、同じ陣営にあることが認められる。処分行為者が自分の財産を処分するか、被害者の財産を処分するかは重要でなく、同じ陣営にある限り、その処分は被害者に帰属させることができ、三角詐欺がそれによって成立すべきである。前述⁴⁸⁷の通り、被欺罔者と処分行為者が同一人でなくてもよい。むしろ、重要なのは、被害者と同じ陣営にあるかどうかである。要するに、QR コード貼り替え事例は、被欺罔者と処分行為者が分離している普通の三角詐欺であり、新型三角詐欺という概念は不要なものだと考える。

第3項 オンライン決済サービスを通ず財産取得

中国では、不正に他人のスマホ決済のアカウントを登録し、これを消費（オンライン取引）で利用したり、自分のスマホ決済の口座に送金したりする行為について、第三者が運営するオンライン決済サービス⁴⁸⁸を通して財産を取得した点にその特徴があり、このような行為をどのように評価するかが問題となっている。実務ではこれを窃盗罪とした判例⁴⁸⁹がある。これに対して、行為者は、被害者の ID やパスワードを使って、被害者のアカウントを管理し、決済サービスを提供する会社を錯誤に陥れ、決済させたとして、詐欺罪の成立を肯定した判例⁴⁹⁰もある。学説においても、人工知能（AI）時代において、Alipay などの決済システムが、財産を処分する形式的な条件を判断する財産処分の機能を有し、すでに単純な道具ではなく、主体化しつつあるとして、決済サービスを提供する会社を被欺罔者・処分行為者として、詐欺罪の成立を肯定する見解⁴⁹¹がある。

しかし、人工知能（AI）時代においても、コンピューターなどの機械は、まだ人間のように自由意志を有するわけではないと考える。すなわち、決済システムは以前より知能化になったとはいえ、依然としてコンピュータープログラムによって自動的に実行されており、意思決定を行うことはできないと言える。つまり、詐欺罪における

⁴⁸⁷ 本稿第5章第1節第2項。

⁴⁸⁸ 中国では、主にアリペイやウェイチャットペイなどの会社である。日本には、PayPay や LINE Pay などの会社がある。

⁴⁸⁹ 山西省晋中市中级人民法院刑事裁定书（2023）晋07刑终63号。

⁴⁹⁰ 浙江省宁波市中级人民法院刑事判决书（2015）浙甬刑二终字第497号。

⁴⁹¹ 杨志琼：《利用第三方支付非法取财的刑法规制误区及其匡正》，载《政治与法律》2018年第12期。

被欺罔者は意思決定を行える自然人のみであるというものを維持すべきである。したがって、オンライン決済会社を被欺罔者とし、詐欺罪の成立を肯定する見解は妥当ではないというべきである。

このような事例では、行為者が欺罔によって被害者にスマホ決済のパスワードなどを教えさせた段階で、すでに直接性の要件を満たし、詐欺罪が成立すると考える。また、行為者が合法的な（犯罪にならない）手段で被害者のスマホ決済のパスワードを入手して支払いのためそれを使ったり、自分の口座に送金したりする場合には、窃盗罪⁴⁹²が成立すると解すべきである。

⁴⁹² 日本では、電子計算機使用詐欺罪が成立する可能性がある。

終章

一 本稿内容のまとめ

本稿では、窃盗罪と詐欺罪の区別を中心に、詐欺罪における処分行為という要件を比較法の見地から検討を加えた。

第一章では、まず、オンライン決済が発達している現代社会においては、従来と比べると、財産の移転の方法が多様化し、詐欺罪と窃盗罪を区別するための処分行為をどのように理解すべきかとして問題を提起し、理論的だけでなく、実務上の視点から、詐欺罪と窃盗罪を区別する必要があると主張している。

第二章では、ドイツ、日本および中国の詐欺罪と窃盗罪の基本内容を概観し、三カ国の詐欺罪において、最も異なるのは「財産的損害」という要件であることを示し、処分行為が比較法的な角度から検討が可能である。

第三章では、まず、窃盗罪と詐欺罪の関係について、競合説の主張を批判し、他者損害型犯罪である窃盗罪と、自己損害型犯罪である詐欺罪には本質的な違いがあり、両罪が排斥関係にあつて同時に成立することはないと主張している。次に、処分行為という要件が窃盗罪と詐欺罪の区別機能、および詐欺罪の各要件を接続する機能を有することを確認した。最後に、処分行為の成立要件を二者間の詐欺と三角詐欺に分けて論じる必要があると主張している。

第四章では、二者関係における処分行為の成立の検討に入る。まず、処分行為の客観的な成立要件について、ドイツ、日本、中国の判例と学説を紹介した。そして、比較法的な見地から、デジタル化・オンライン決済時代においては、直接性の要件を支持すべきであるとした。直接性への判断は、被害者が行為した時点を前提に、財産そのものの性質を考慮し、社会通念から出発して財産が行為者の支配に直接的に移転したかどうかを検討すべきであることを示した。次に、処分行為の主観的な成立要件については、ドイツ、日本、中国の判例と学説を紹介し、ドイツで主張されている財物と財産的利益を区別する二分説や無意識的処分行為説の問題点を指摘し、処分意思が、窃盗罪と詐欺罪を区別し、詐欺罪の自己損害の本質に即していて、支持すべきであると主張している。処分意思における認識の程度については、被害者が財産について外形上の性質の認識があれば、自己損害となり、処分行為が成立すると考えられる。さらに、具体例を挙げて、直接性の要件と処分意思の認定について検討した。

第五章では、三角詐欺における処分行為の検討に入る。まず、三角詐欺の概念を不要とする見解を批判し、三角詐欺という概念は、社会生活において、財産の所有者だ

けでなく、占有者や占有者補助者などの財産の所有者以外の者も財産を処分できることを考慮しており、必要なものと解される。そして、被欺罔者と処分行為者の同一性について、三角詐欺において権限説を採用するか陣営説を採用するかに関係なく、関係者（被欺罔者と処分行為者）が被害者と何らかの特別な関係を持っている限り、被欺罔者と処分行為者が別人であってもよいと主張している。次に、三角詐欺に関するドイツ、日本、中国の判例と学説を紹介した。三角詐欺においては、被害者を中心にして、具体的な財産について、被欺罔者、処分行為者が被害者と同じ陣営にあるかどうかを検討すべきである。陣営説の基準としては、社会通念を考慮しながら、具体的な財産に関して、被欺罔者と被害者が同じ陣営に属しているかどうかによって判断されるべきである。そして、刑法の視点から、実際に経済的な損害を受けた者を被害者として認定すべきであって、欺罔行為者が提供する虚偽の情報をチェックする必要がある者、あるいはこれに関心を持つ者を被欺罔者とし、主観的には処分の意思を有し、客観的には財産を直接的に移転させる者を処分行為者とすべきだと解している。さらに、具体例において訴訟詐欺だけではなく、オンライン決済において、被欺罔者と処分行為者が分離することは十分あり得ると主張している。

二 残された課題

科学技術の進歩に伴い、世界はデジタル化という時代を迎えつつ、電子マネーやスマホ決済の出現により、財産の存在形態と移転方法に大きな変化をもたらしている。そこでは、インターネット上の財産（財産上の利益）の移転に関する判断は、有体物の占有の譲渡とは異なると考えられる。アカウントとパスワードが教えられていれば、その財産が直接移転されたものとみなされ、よって詐欺罪が成立する可能性がある。つまり、インターネットにおける「財産」の支配関係を判断するための中心的な基準は、アカウントやパスワードであると本稿は考えている。しかし、本稿では、今後さらに検討される必要がある問題点も含まれている。

まず、本稿で主張するインターネットにおける財産の支配関係の判断基準は、詐欺罪における財産の移転に限定されるのではなく、あらゆる財産犯に適用できるかどうかについて議論する必要がある。

第二に、インターネットにおける財産の支配関係の判断基準が、現実の有体物の判断に適用できるかどうかを検討する価値がある。これらの問題については、今後さらに検討していきたい。