The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	詐欺罪における契約上の規律について
Author(s)	品田, 智史
Citation	阪大法学. 2017, 67(1), p. 115-143
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87005
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

詐欺罪における契約上の規律について

品田智史

第一章　問題の設定
第二章　詐欺罪の議論状況
　第一節　財産的損害
　第二節　欺罔行為の態様
　第三節　まとめ
第三章　民法の規律と詐欺罪
　第一節　前提――財産犯における法秩序の統一性と契約締結過程規制
　第二節　契約の解釈と詐欺罪
　第三節　情報提供義務と詐欺罪
　第四節　約款と詐欺罪
第四章　結びに代えて

第一章　問題の設定

近年、詐欺罪に関する多数の最高裁判例が登場したことを受けて、学説では活発な議論が行われている。主たる

検討の対象となっているのは、詐欺罪におけるいわゆる財産的損害の問題である。もちろん、この問題は、最近になってはじめて生じたものではなく、以前から詐欺罪をめぐる議論の中心の一つであった。しかしながら、従来の議論が、詐欺罪の性質（個別財産に対する罪か全体財産に対する罪か）の観点などから詐欺罪において（実質的な）財産損害が必要か否かを主として争っていたのに対し、最近の議論は、実質的損害の具体的内容や要件上の位置づけを検討しつつ、判例の事案の分析を通じて詐欺罪の適切な処罰範囲を画すことのできる基準の探求を目的とする。その際に着目するのは、契約の目的である。また、いわゆる挙動による欺罔に関しても、類似の事例において同要件の充足の有無で結論が分かれた二つの判例[1]の登場を受けて、議論が行われているが、そこでも、重要な考慮事情として挙げられているのは契約の具体的内容、及び、その解釈である。

このように詐欺罪の成否において契約の具体的内容に立ち入る必要があるとするならば、契約に対する私法上の規律を無視することはできないのではないだろうか。財産犯における民法と刑法の関係は常々議論されてきたところであり、例えば、詐欺罪においては不法原因給付との関係が問題とされてきた[2]。このような場合、確かに、判例[3]は、「欺罔手段によって相手方の財物に対する支配権を侵害した以上、たとい相手方の財物交付が不法の原因に基づいたものであって民法上其返還又は損害賠償を請求することができない場合であっても詐欺罪の成立を妨げるものではない」として、民法とは距離をとっているようにも見える。しかし、その判断の是非についてそもそも完全に一致があるわけではない他、今回取り扱おうとする問題は、不法原因給付という特定の制度との関係に限られたものではない。より一般的に、ある事実に刑法上の詐欺罪の成否についての評価を加えようとする際に、当該事実に私法上の規律をどのように組み込むべきかという問題だからである。本年、債権法を中心とした民法の大改正が行われたが[4]、その過程で、契約に関する様々な議論が積み重ねられてきており、また、特に約款に関しては新たな

創設的規定が挿入される予定であることから、同問題を取り上げる必要性も高いものと解される。

以下では、現在の詐欺罪の議論状況を概観した上で、詐欺罪の具体的処罰範囲がどのような形で契約の内容に依存しているのかを明らかにし、その後、私法上の契約に関連する規律が詐欺罪の成否に影響を与えるか否か、及び、どのような影響を与えるかを検討することにしたい。

第二章　詐欺罪の議論状況

第一節　財産的損害

第一款　従来の学説

刑法二四六条の文言上は、人を欺く行為によって、錯誤に陥った者が財物・利益を交付すれば詐欺罪は既遂に至る。しかしながら、このような関係のみで詐欺罪の成立を直ちに認めるべきではないという考慮から、詐欺罪の実質的な法益侵害として、被害者に何らかの財産的不利益、すなわち財産的損害が認められる場合に詐欺罪を限定すべきという主張が出てくる。この条文にはない「財産的損害」の要否・論拠を巡って、学説は以前から活発な議論を繰り広げてきた(5)。日本の詐欺罪も、ドイツ刑法と同様に全体財産に対する罪であると理解し、端的に財産損害を必要とする有力説も存在するものの(6)、大多数の見解は、詐欺罪を個別財産に対する罪であると理解して、その枠内で財産的損害の問題を解決しようとする。もっとも、従来の通説的見解は、欺罔により交付された財物・利益こそが、詐欺罪における財産的損害であるとして、相当対価の反対給付が被害者に交付される場合であっても、財産的損害の観点から詐欺罪の成立を限定しようとはしてこなかった(7)。これに対して、有力説は、詐欺罪の成立のためには、欺罔による財物・利益の交付を超えた、何らかの実質的な法益侵害が必要であるとして、実質的損害の発生を

要求する。ここにいう実質的損害の意義について、従来は全体財産に対する罪と同様の損害概念が想定されていたが、近時有力な見解に従えば、被害者が（錯誤により）達成できなかった目的が経済的に評価して損害といえるのかという観点が実質的損害の中身であるとされている。[8] 実質的個別損害説は、このような内容の財産的損害を、書かれざる構成要件要素として位置づけているが、他方、このような要素は、「錯誤」や、錯誤に向けられた「人を欺く行為」（欺罔行為）の要件に基本的に解消されるとするのが、法益関係的錯誤説である。[9] このように実質的損害を捉える場合、その要件上の位置づけはともかく、具体的な犯罪の成否を判断する際に決定的となるのは、被害者の財産状態（だけ）ではなく、被害者（交付者）と加害者の取引内容、及び、被害者が同取引によって実現しようとしていた目的ということになる。

第二款　判例の「拡張的傾向」

近時の議論の発端となった多数の最高裁判例は、学説の関心の点からいえば、前記の財産的損害の問題に関連するものであった。判例は、被害者に（直接的な）経済的被害が生じているとは言い難い事例について詐欺罪の成立を認めてきており、このような判例の立場は、詐欺罪処罰の「拡張的傾向」を示すものであるとされてきた。[10] もっとも、このような「拡張的傾向」は、判例の理論的な転換に基づくものではない。むしろ、従来の判例の基準に従えば理論的には詐欺罪の成立が認められ得た事例が、実際に起訴され処罰されるようになったということである。[11] では、そのような運用の転換を可能にした判例の理論的基礎は、どのようなものであろうか。この点、判例は、「人を欺く行為がなければ相手方が財物を交付しないであろう場合に、これを欺いて財物を交付させたのであるから、交付その物が財産的損害に他ならない」[12]とする他に、要件としての財産的損害に言及したことはないため、判例は、

一貫して形式的個別損害説に立つという分析[13]に首肯し得ないでもない。しかしながら、判例は、欺罔行為による財物・利益の交付があれば、どのような場合であっても詐欺罪を認めているわけではない。すなわち、医師免許のない者が医師と偽って相当対価で有効な薬品を販売して代金を受け取った事例について、判例は、詐欺罪の成立を否定している[14]。このような判例の存在を通じて、判例は、（従来から）実質的損害の要素を考慮しているという分析も多い[15]。

いずれの分析を是とするにせよ、重要なのは、最近の「拡張的傾向」に立つとされる最高裁判例が、同時に、何らかの限定を示そうとしていることである。すなわち、別人を搭乗させる意図を秘して航空機の搭乗券の交付を受けた事例において、最決平成二二年七月二九日刑集六四巻五号八二九頁は、「本件において……このように厳重な本人確認が行われていたのは、航空券に氏名が記載されている乗客以外の者の航空機への搭乗が航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含むものであったことや、本件航空会社がカナダ政府から同国への不法入国を防止するために搭乗券の発券を適切に行うことを義務付けられていたこと等の点において、当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していたからであって、本件係員らは、上記確認ができない場合には搭乗券を交付することはなかった。また、これと同様に、本件係員らは、搭乗券の交付を請求する者がこれを更に他の者に渡して当該乗客以外の者を搭乗させる意図を有していることが分かっていれば、その交付に応じることはなかった」と述べた上で、「以上のような事実関係からすれば、搭乗券の交付を請求する者自身が航空機に搭乗するかどうかは、本件係員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、自己に対する搭乗券を他の者に渡してその者を搭乗させる意図であるのにこれを秘して本件係員らに対してその搭乗券の交付を請求する行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかなら」ないとして詐欺罪の

成立を認めている。ここでは、被害者の錯誤、及び、それに向けられた欺罔行為が、「交付の判断の基礎となる重要な事項」に関するものであるか否かを判断するに際して、被欺罔者が真実を知っていれば交付に応じることはなかった点以外に、当該事項の（経営上の）重要性にわざわざ言及しており、明らかに、「人を欺く行為がなければ相手方が財物を交付しないであろう場合に、これを欺いて財物を交付させた」以上の考慮を行っている。[16] そして、このような詐欺罪の判断方法は、その後の判例においても基本的に踏襲されており、[17] 重要性についての判例の事実認定の内容の共通性として、現在、三つの観点に整理されている。すなわち、①交付者が財物・利益を交付する際に有していた目的が刑法上の保護に値する客観的な合理性を持つか、②目的達成のために実効性ある体制や運用がとられており、交付者が大きな関心を寄せていることが外部にも明らかになっているか、③当該事案においても錯誤がなければ財産的処分をしなかったという現実的具体的因果性があるか、といったものである。[18]

第三款　「拡張的傾向」に対する学説の反応

以上のような判例の展開を受けて、学説においては、財産的損害に関する問題について活発な議論が起こる。まず、問題となったのは、要件としての財産的損害の要否である。判例の「交付の判断の基礎となる重要な事項」による詐欺罪の限定は、直接的には欺罔行為の要件の場面の限定解釈である。[19] もちろん、欺罔行為の限定解釈と同時に、若しくは、その前提として、書かれざる構成要件要素としての財産的損害を認める余地はないわけではない。[20] しかしながら、学説の多くは、構成要件要素としての財産的損害の存在を否定して、その要素は欺罔行為（錯誤）の要件のみが担うという解釈をとる。[21] もっとも、書かれざる構成要件要素を否定する見解も、詐欺罪の実質的法益侵害という観点から同罪の成立範囲を限定しようとするアプローチをとっており、その問題意識をいかなる要件論

に還元するかの方法論の相違に過ぎないとして、対立の先鋭化には慎重である。[22]

むしろ問題とされているのは、経済的な実質的損害による処罰限定の是非である。ここでは、従来のような損害発生の有無といった形ではなく、交付者のどのような目的が詐欺罪による保護に値するのかという形で議論されている。近時の判例は、銀行口座の不正利用対策や暴力団排除といった被害者の目的を詐欺罪成立の根拠としているが、これに対しては、本来財産犯であり、財産の侵害のみを直接の処罰対象とするはずの詐欺罪が、財物・利益の交付を梃子にして、財産法益と関係ない他の利益を保護する犯罪になっているとして、批判的な見解が有力に主張されてきた。[23] 他方で、判例が、「交付の判断の基礎となる重要な事項」性の判断に際して、当該事項が「経営上」重要であることに言及している点が注目される。実質的損害による詐欺罪の限定をなお志向する論者は、この「経営上」の実質的意味を、欺罔行為の対象が被害者の経済的目的の不達成に限定されることであるとして、判例が実質的損害を考慮していると評価する。[24]

しかしながら、「経営」と「経済」はあくまで別であるとして、判例は、経済的目的の不達成に限定しているわけではないという評価も有力である。[25] また、実質的損害の要素を必要とする見解は、具体的な経済的損害の内容として、口座の犯罪利用や暴力団へのサービス提供等による被害者の信用の低下（の危険性）を挙げることがあるが、この点も批判される。すなわち、このような損害（間接損害と呼ばれる）は欺罔行為による財物・利益の交付からすれば、間接的であり、非常に抽象的すぎるため、詐欺罪の限定基準としてはうまく機能しないという批判である。[26] このような批判を述べる論者は、構成要件要素としての財産的損害を否定しない考えと相まって、実質的損害による詐欺罪処罰の限定を、錯誤（及び、それに向けられた欺罔行為）の重要性を基礎づける一つの事情にまで相対化する。[27] ここまで来れば、従来の形式的個別損害説とほとんど変わるところはない。というのも、形式的個別損害説

においても、欺罔行為と財物・利益の交付さえあれば詐欺罪の成立を認める見解ばかりではなく、実際には、例えば、「重要な事項についての欺罔」などの表現で、実質的に欺罔行為の要件を限定することにより詐欺罪の成立を絞っていたからである。[28]

このような立場からは、被害者が取引において達成しようとしていた目的が経済的なものである、ということとは異なる基準により重要性を基礎づけ、詐欺罪の限界を画すことになる。前提として、被害者が交付する財物・利益の価値、得ようとした反対給付の存否や内容に対する欺罔については、どのような立場にあっても、原則として詐欺罪の成立が認められている。問題となっているのは、それ以外の欺罔・錯誤である。ここでは、当該事項の重要性をどのように判断するのかが被害者の処分の自由をどこまで保護するのかという形で議論されている。窃盗罪との対比から、被害者の主観的利益は（表示されている限り）基本的にすべて保護するべきという見解もあるが、[29]取引や業務内容の性質・目的から欺罔の対象の客観的・一般的重要性に限定する見解も多い。[30]また、取引の性質等によって、被害者のどのような利益が保護されるのかを類型分けする見解も唱えられている。例えば、大量・匿名の取引の場合には、原則として客観的目的のみが詐欺罪の成否において問題となる一方で、少数・非匿名の取引の場合には、被害者の目的を広く考慮するという見解[31]や、被害者が銀行であるなど、一定の公共的特性を有する場合には、（客観的目的であることを前提に）経済的目的以外に、社会的目的も考慮されるという見解である。[32]

第二節　欺罔行為の態様

第一款　挙動による欺罔と不作為の欺罔

上記の財産的損害の問題は、判例に則していえば、いわば欺罔行為の対象の問題であった。それに加えて、近時

議論となっているものに、欺罔行為の態様の問題がある。その契機となったのは、暴力団員であることを秘してゴルフ場を利用した事例について、詐欺罪成立の判断が分かれた二つの判例である。

最判平成二六年三月二八日刑集六八巻三号五八二頁（宮崎事件）では、本件各ゴルフ場は、「いずれもゴルフ場利用細則又は約款で暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨規定していたし、九州ゴルフ場連盟、宮崎県ゴルフ場防犯協会等に加盟した上、クラブハウス出入口に『暴力団関係者の立入りプレーはお断りします』などと記載された立看板を設置するなどして、暴力団関係者による施設利用を拒絶する意向を示していた。しかし、それ以上に利用客に対して暴力団関係者でないことを確認する措置は講じていなかった。また、本件各ゴルフ場と同様に暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨の立看板等を設置している周辺のゴルフ場において、暴力団関係者の施設利用を許可、黙認する例が多数あり、被告人らも同様の経験をしていたというのであって、本件当時、警察等の指導を受けて行われていた暴力団排除活動が徹底されていたわけではない」という事実関係の下で、「暴力団関係者であるビジター利用客が、暴力団関係者であることを申告せずに、一般の利用客と同様に、氏名を含む所定事項を偽りなく記入した『ビジター受付表』等をフロント係の従業員に提出して施設利用を申し込む行為自体は、申込者が当該ゴルフ場の施設を通常の方法で利用し、利用後に所定の料金を支払う旨の意思を表すものではあるが、それ以上に申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表しているとは認められない」として、被告人らの各施設利用申込み行為が詐欺罪にいう人を欺く行為には当たらないとの判断を示した。これに対して、最決平成二六年三月二八日刑集六八巻三号六四六頁（長野事件）においては、「ゴルフ場が暴力団関係者の施設利用を拒絶するのは、利用客の中に暴力団関係者が混在することにより、一般利用客が畏怖するなどして安全、快適なプレー環境が確保できなくなり、利用客の減少につながることや、ゴルフ倶楽部としての信用、格付け等が損なわれることを未然に防止する意図に

よるものであって、ゴルフ倶楽部の経営上の観点からとられている措置である。本件ゴルフ倶楽部においては、ゴルフ場利用約款で暴力団員の入場及び施設利用を禁止する旨規定し、入会審査に当たり上記のとおり暴力団関係者を同伴、紹介しない旨誓約させるなどの方策を講じていたほか、長野県防犯協議会事務局から提供される他の加盟ゴルフ場による暴力団排除情報をデータベース化した上、予約時又は受付時に利用客の氏名がそのデータベースに登録されていないか確認するなどして暴力団関係者の利用を未然に防いでいたところ、本件においても、被告人が暴力団員であることが分かれば、その施設利用に応じることはなかった」として、「以上のような事実関係からすれば、入会の際に暴力団関係者の同伴、紹介をしない旨誓約していた本件ゴルフ倶楽部の会員であるAが同伴者の施設利用を申し込むこと自体、その同伴者が暴力団関係者でないことを保証する旨の意思を表している上、利用客が暴力団関係者かどうかは、本件ゴルフ倶楽部の従業員において施設利用の許否の判断の基礎となる重要な事項であるから、同伴者が暴力団関係者であるのにこれを申告せずに施設利用を申し込む行為は、その同伴者が暴力団関係者でないことを従業員に誤信させようとするものであり、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならない」としている。

二つの判例の判断が分かれたのは、行為者の申込み行為が、「申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表している」と評価できるか否か、すなわち、挙動による欺罔が認められるか否かに帰する。挙動による欺罔（推断的欺罔）とは、態度で示して相手を誤信させる行為のことであるが、併せて、取引を締結する際には当然に備わっているべき事情の不備を告げない場合も挙げられている。[33] 後者も含め、挙動による欺罔は、作為の欺罔行為として、不作為の欺罔行為とは区別される。不作為の欺罔行為は、相手方が錯誤に陥っていることを知りながら真実を告知しないことである。これに対して、挙動による欺罔行為は、確かに、積極的・明示的な偽装行為がないという点で

は不作為の欺罔行為と同じである。しかしながら、例えば契約の申込み行為のような何らかの挙動に付随して黙示の意思表示が表明されているという意味で、不作為の欺罔行為とは異なる。その具体的帰結として、不作為の欺罔行為の場合には、行為者に、例えば信義則などに基づく告知義務の存在が要求されるのに対し、挙動による欺罔の場合は、告知義務は通常問題とされない。[35] したがって、およそ行為者の挙動が認められない場合はともかく、[36] 行為者に何らかの挙動が認められる場合には、ある事項の不告知が、告知義務の存在を必要とする不作為の欺罔なのか、それとも、黙示の表示が行われている挙動による欺罔にあたるのかという点は詐欺罪の成否を左右する。[37] そこで、挙動による欺罔と評価できるか否かの基準が問題となるが、学説においては、挙動による欺罔は、「その態度にどのような事実が黙示的に表示されていると解釈すべきか（どのような意思表示が包含されていると解釈すべきか）、という問題に帰着する」として、その具体的判断事情として、まずは挙動による意思表示の法律的解釈を基本とし、従前からの当事者間の取引関係・基本契約、契約の際の確認内容（確認事項）、さらには取引慣行、社会的理解等を総合的に考慮するとされる。[38] ここで、「法律的解釈」とされているのは、無論、法律行為としての意思表示に対する（私法上の）解釈が含まれているであろう。[39]

第二款　欺罔行為の内容（財産的損害）との関係

ところで、欺罔行為の態様と内容の両方を肯定して詐欺罪を認めた長野事件においては、共通の事実関係を前提として一括して認定しており、各事実関係の役割分担は不明である。[40] 他方で、欺罔行為の態様を否定して、内容については立ち入らなかった宮崎事件においては、前記①（本章第一節第二款参照）の目的の客観的合理性に関係する事実は挙げられていない。したがって、判例においては、欺罔行為の態様について、被害者の目的の客観的重要

性は直接的には考慮されなかったということになる。挙動による欺罔にとって決定的なのは、挙動の法律解釈として沈黙した事項が当然に備わっているか否かであり、その際には、①の事情は有力な間接事実ではあるが、必ずしも常に必要というわけではない。このような例としては、酒・たばこの年齢確認ボタンなどが挙げられている。[41]

一方、欺罔行為の内容を判断する際に、②の被害者が確認措置をとることが重要性を基礎づけるとの主張がなされている。[42] このことは、少なくとも、行為者の故意や被害者が客観的重要性を認識していることの間接事実としては意味を持つが、それ以上の規範的意義を有するか否かは検討の必要がある。前提として、「確認するまでもなく重要な事項」も当然存在するものと解され、それについて沈黙したまま取引に入るのは、「重要な事項」についての挙動による欺罔と認められるものと解される。[43] 問題は、交付者が確認措置を採っていれば、どのような事項であっても（①の客観的合理性が認められなくても）詐欺罪による保護が認められるか否かである。この点に関連して、詐欺罪が行為者と被害者の情報格差を利用する犯罪であるという認識のもと、行為者に情報格差を埋めるべき義務が認められるのはどのような場合かという点に着目して、主たる給付以外の事項については被害者が確認措置をとっていることが決定的であり、契約目的による限定は不要とする見解も近時登場している。[44] このような見解は、被害者の処分の自由を広く保護しようとする発想に親和的である。

第三節　まとめ

ここまで、近時の判例の拡張的傾向の具体的内容、及び、それを受けた学説の反応を概観してきた。学説がいわゆる財産的損害として議論してきた問題について、判例は、欺罔行為の内容の問題とすることをあらためて明確化しており、また、その場面で何らかの限界を設定しようとしているものの、必ずしも実質的損害に限っていない可

能性がある。これを受けた学説においては、なお、実質的損害の有無を決定的とすべきという見解も有力であるが、実質的損害の有無を欺罔行為の内容におけるいくつかの事情のうちの一つとして相対化しようとする見解も主張されている。その際には被害者の処分の自由をどの程度保護するのかが問題となるが、近時主張され始めているのが、事案の類型化の試みである。すなわち、当事者の性質や取引の性質によって、当該契約において重視される（べき）目的が異なるとする。また、契約目的とは別の観点から詐欺罪を限定しようとする試みもある。そこで重視されるのは、被害者がどのような確認措置を施しているのか、及び、施すべきであるのかという観点であるが、そこには、一定の状況下で行為者に被害者との情報格差を埋めるべき義務が認められるという発想が前提となっている。

判例は、詐欺罪の限定方法を、財産的損害（欺罔行為の内容）に限るわけではなく、他の要素も併せて適切な処罰範囲を画そうとしている。その一つが、欺罔行為の態様である。そこでは、挙動に黙示の意思表示が含まれていると言えるかが問題になり、具体的には行為者の挙動及びそれに付随する意思の「法律的解釈」が問題になるとする。

以上のことからすれば、契約に関連する詐欺罪の適切な処罰範囲を画するためには、契約の具体的な分析を行う必要があるという理解が共有されているものと解される。その際には、私法上の規律の存在を無視することはできないであろうし、また、その規律が詐欺罪の成立範囲に影響を与える可能性も否定できない。そのため、以下では、詐欺罪との関係で、私法上の規律がどのような影響を与えるのかについて検討することとしたい。

第三章　民法の規律と詐欺罪

第一節　前提――財産犯における法秩序の統一性と契約締結過程規制

民法の規律が、詐欺罪の成否にどのような影響を及ぼすのかを検討するためには、前提として、財産犯における

刑法と民法の関係一般に触れておく必要がある。この点、私見によれば、「私法上許容される行為が、刑法上処罰されてはならない」、及び、「私法上違法であっても、常に犯罪となるわけではない」という二つの命題が原則として存在するものと解される。[45] もっとも、両命題が厳密にあてはまる状況は、実はそう多くはない。何故ならば、契約に関する私法上の規律は多元・多層的であり、「許容される行為」や「違法な行為」の意味は様々に考えられるからである。例えば、背任罪を例に挙げると、事務処理者による任務に反した財産処分が民法上有効であるからといって、背任罪の成立を否定することは考えられない。ここで、背任罪の処罰の根拠となる違法性は、信任関係違背を手段とする財産侵害であるが、民法上の財産処分の有効性評価は、上記違法性を許容したわけではなく、別の考慮（例えば、第三者保護や取引安全）に基づくからである。[46]

同様の考察は、詐欺罪の場面においても必要となってくる。詐欺罪の場合、最初に思い浮かぶのは、民法九六条の詐欺取消の制度との関係である。すなわち、行為者の行為が刑法上の詐欺罪の構成要件に該当すると同時に、民法上の詐欺取消（九六条）の対象になる場合、二つの評価がどのような関係にあるかが問題となる。ここでは、詐欺に基づく取消権の行使によって遡及的に契約が無効となるか、又は、被欺罔者が後に追認によって契約を有効なものとするかは詐欺罪の成否にとって意味を持たない。そのような事態は、通常、詐欺罪が完全に終了した後に行われるのであって、当初の行為の違法性をさかのぼって左右することはありえないからである。せいぜいのところ、行為当時の錯誤や欺罔行為の重要性の間接事実となるか、量刑で考慮されるほかはない。[47]

むしろ問題とすべきは、民法上の詐欺取消の要件と刑法上の詐欺罪の要件との異同である。具体的には、民事上の詐欺取消の要件として、民法学の通説は伝統的に違法性という要件を要求しているが、[48] その基準と刑法上の詐欺罪の成立基準が異なるかどうかを判断する必要が出てくる。もっとも、この点に関する議論は乏しい。詐欺取消の

観点からは違法性が認められるとしても、刑法上の詐欺罪は成立させるべきではないという事例はおそらく想定可能であるが、あまり論ずる実益はない。他方で、詐欺取消における違法性が原則的に認められる類型として、民法学説上刑法典の詐欺罪に該当する場合が挙げられることがある。[49] この場合は、民法における違法性評価の根拠として刑法上の違法評価が参考にされているのであって、民法の解釈においては有益であるかもしれないが、詐欺罪の限定に関しては必ずしも参考になるものではない。

問題は、上記とは逆に、民法上の詐欺取消が認められないにもかかわらず、詐欺罪が認められるような類型が考えられるかどうかである。この問題を考える際には、民法上の詐欺取消の位置づけや機能を分析する必要がある。そもそも、民法上、詐欺取消制度は、他の意思表示の無効・取消制度との関連で設計されており、また、両当事者における取引破たんリスクの公平な分配という観点から、取引自体の公正性や、被害者の帰責性も部分的に考慮されている。したがって、詐欺取消制度（及び、その他の契約締結過程規制）において考慮される違法性は、その制度上の制約に限定されたものであり、必ずしも詐欺罪の違法性を包含するものとは言えない。そのため、詐欺罪の場面で刑法と民法の違法の統一性を厳密に判断するためには、契約締結過程規制との比較だけではなく、他の一般的な制度、すなわち、不法行為法や、信義則、権利濫用、公序良俗における基準との比較をする必要がある。この意味で、詐欺取消の基準を直ちに詐欺罪の成否に持ち込むことはできない。例えば、詐欺取消が認められるためには、民法上二重の故意が必要であるとされてきた。すなわち、錯誤に陥れる故意と、錯誤を利用する故意である。そして、その故意の内容としては、「決意」まで要するとの理解が通常である。[50] このような基準は、いわゆる未必の故意で足りるとする刑法学の基準に比べれば、ある程度厳格である。[51] しかしながら、この差異をもって、法秩序の統一性の観点から詐欺罪の主観的要件を詐欺取消の基準に合わせよということにはならない。詐欺取消における

民法学の厳格な主観的要件に対する要求は、他の契約締結過程規制（心裡留保、錯誤、強迫）とのバランスに基づき設けられたものだからである。他方で、このことは、ある詐欺的行為が詐欺取消の基準に該当しない場合であっても、不法行為を基礎づけるような私法上の原理を持ち込むことで詐欺罪の成立を導き出すことが可能となることを示唆する。[52] また、ある行為が詐欺罪に該当したとして、契約締結過程規制の要件にその制度上の制約から適合しなかったとしても、犯罪行為を理由に公序良俗違反としたり、不法行為責任を導き出すことも可能になるものと思われる。[53]

このように、法秩序の統一性の観点から、刑法は民法の違法評価に従わなければならないとしても、民法上の違法性概念の相対性、多義性から、正確な比較ができる場面はまれで、むしろ、刑法上の評価が、翻って民法上の違法評価を基礎づける形で統一する場面もあるものと解される。

第二節　契約の解釈と詐欺罪

第一章で述べたように、詐欺罪の成否の判断に際して、具体的な契約関係の考察が重要となっている。もっとも、契約関係における私法の規律と、詐欺罪の構成要件該当性は、必ずしも一致するものではない。すなわち、私法上の規律は、意思表示の解釈による契約の成立とその内容確定を対象とするのに対し、財産犯である詐欺罪は、あくまで欺罔行為によって被害者が物・利益を交付することを捕捉するものだからである。しかしながら、実際には、私法上の契約の枠組みは、詐欺罪の判断構造に大きな影響を与えている。例えば、前掲平成一三年判例[54]は、実質的には被害者が期限の利益を失うことと引き換えに、行為者が財産を予定より早く取得したことが問題とされた事案であり、上記利益を客体とした二項詐欺の構成も十分に考えられたにもかかわらず、欺罔によって財物を取得した

という一項詐欺の構成をとって実質的な法益侵害の観点から処罰を検討するという方法を採っている。これは、行為者と被害者の交わした請負契約をベースに詐欺罪の構造を決定したからであると解される。[55]

また、詐欺罪においては、窃盗罪との区別の観点から、被欺罔者は意思に基づき法益を処分しているとされ、その処分は「有効」であるとさえ表現されている。[56] ここで、刑法の同意論からすれば、錯誤に基づく同意は通常無効であるとされていることと齟齬が生じている。そのような齟齬が生じる理由は、詐欺罪の場面において、詐欺を理由に取り消し得るもので遡及的に無効になる可能性があるとしても、契約としてはとりあえず成立しているという私法上の発想を、刑法理論がすでに前提としているからであるように思われる。[57] 詐欺罪は取引関係における犯罪である、当事者の財の交換の場面における犯罪である、などといった記述も、このことを裏付ける。

詐欺罪の特徴は、行為者が被害者（被欺罔者）との間の何らかの交渉関係を利用して財産を取得するところにある。すなわち、詐欺罪は、原則として行為者と被害者の一定の関係性に基づいて生じる犯罪であり、その成否を判断する際には、当該関係を規律する法的・事実的制度の影響を免れることはできない。したがって、契約関係において詐欺罪の成否が問題となる場合、基本的には、当該契約、および、それに対する私法上の規律に基づいて、詐欺罪の成否を判断すべきものと解される。[58]

具体的には、まず、詐欺罪において考慮される被害者の目的は、契約に基づいて確定される。給付や反対給付が備えているべき価値や属性は、基本的に契約類型毎に異なるほか、そもそも何が給付で何が反対給付なのかということも契約に基づいて決定される。また、取引が大量・匿名のものか、少数・非匿名のものか否か、一回きりのものか継続的な契約か否かも取引の目的に変化を生じさせるものと解される。その際には、第四節で後述する定型取引か否かも重要な考慮要素となるであろう。

もっとも、給付・反対給付の性質・内容といった取引の主要な目的以外の事項の欺罔については、被害者の処分の自由を広く保護するのか、及び、経済的目的に限定されるのかといった問題は、なお残されている。まず、交渉関係において当事者の意思を（たとえ表示されているとはいえ）広く配慮することは、契約に入る者にとって過大な負担を強いるように思われるので、原則として、両当事者が前提としてよい客観的合理性を有する事項に限定すべきである。次に、経済的目的への限定の是非について、仮に民法上の不法行為や公序良俗に関する基準に平仄を併せようとするのであれば、当事者間における契約の客観的公正の観点から限定を図ることになり、経済的目的以外の事項を考慮するのは限定的になるであろう。[59]

また、契約関係に基づいて詐欺罪の成否が検討される場合、契約に基づいて交付される契約書なども詐欺罪の対象になりかねない。そのため、詐欺罪の財物・利益としては、当該契約の証拠としての機能以外の実質的な財産的価値を有するものに限定されるべきである。このことは、文書・証書の不正取得[60]の場面における判例の結論と親和的である。

第三節　情報提供義務と詐欺罪

刑法学の学説においては、詐欺罪の成否に際して、被害者がどのような確認措置を採ったか否かに着目するアプローチが近時主張されている。[61]契約における付随的事項については、被害者が確認措置を採って行為者がそれを認識しながら取引に入ることではじめて詐欺罪が成立するというものである。このようなアプローチの根拠の一つとしては、私法上の取引関係においては、私的自治に由来する自己責任原則が基本であり、各自が情報収集義務を担うというものが挙げられている。[62]

他方で、行為者が被害者の自律的な意思形成アプローチを阻害したといえるような場合には、被害者に情報収集義務を課すことはできないとされる。民法学においては、このような場面を行為者の情報提供義務の違反として構成する。情報提供義務違反は、具体的には、積極的に被害者を錯誤に導く場合と、被害者の誤解を正さずに沈黙する場合の二つに区別され、後者の場合には行為者に告知義務を要求する論拠が必要であるとされる。

この区別は、刑法の挙動による欺罔と不作為による欺罔に対応するものと解される。すなわち、積極的に被害者を錯誤に導く類型には、黙示の意思表示として評価されるものも含まれるため、挙動による欺罔も包摂される。また、被害者が行為者に対して確認措置をとったにもかかわらず、行為者がそれについて何も告げずに取引に入る場合も同様である。他方、黙示の意思表示としても評価されず、被害者が確認措置を採らなかった場合には、行為者の秘匿は沈黙による詐欺として、行為者に特別の告知義務がなければ詐欺罪は成立しない。

この不作為の義務について、刑法学においては、つり銭詐欺の事例などで議論され、詐欺罪の成立を認める見解も有力であったが[63]、現在は、告知義務の成立を限定的に解し、基本的に認められないとするのが通常である[64]。判例においては、いわゆる誤振込の事案において、行為者に信義則上の告知義務を認めたものがあるが[65]、その根拠は明らかではなく、また、同判例に対して学説は批判的である。

このような不作為の告知義務について、前述のように、民法上の契約に関する規律を参照することでその判断基準に関する示唆を得られるものと思われる。民法の詐欺取消の規定においては情報提供義務違反に関する規定はないが、消費者契約法に定めがある。消費者契約法は、事業者と消費者の情報力および交渉力の格差に鑑み設けられた契約締結過程規制に関する民法の特別法であり（同法一条参照）、同法三条において、事業者の一般的な情報収集義務を定める。同義務は確かに努力義務に過ぎず、意思表示の取消等を直ちに根拠づけるものではないが[66]、不法

行為責任を根拠づける可能性はあるとされている。[67] したがって、契約法上の規律を詐欺罪の成否の場面で考慮するのであれば、事業者と消費者の情報力・交渉力格差を根拠とした情報提供義務を不作為の欺罔行為の根拠とすることも十分に考えられる。もちろん、民法上違法だからといって刑法上直ちに違法となるわけではないため、あらゆる情報提供義務違反が刑法上考慮されるわけではなく、また、事業者と消費者の関係になければ常に情報提供義務が認められないわけではないため、事業者間であっても情報力・交渉力格差を根拠とした情報提供義務が刑法上の詐欺罪の根拠となることも考えられるものと解される。

また、以上のことは、従来、欺罔の程度という名称で行われてきた議論にも関連する。従来、人を欺く行為は、具体的事態のもとで、一般人を錯誤に陥れる可能性のあるものでなければならない（大判大正三年一一月二六日刑録二〇巻二二六〇頁）として、取引の慣行上許されている駆け引きの範囲内では、多少の誇張や沈黙があっても、欺罔行為とされるべきではないとされてきた。逆に言えば、許されている慣行のレベルを超えていれば欺罔行為となる余地があるということであり、その判断資料としては、情報提供義務も考慮されるべきである。したがって、作為の欺罔の事例においても、当事者間の情報力・交渉力格差は意味を持つことになる。

第四節　約款と詐欺罪

最新の債権法改正により、契約に関する新たな創設的規定として、約款に対する規制が新設される予定である。改正案によれば、「ある特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的」であるという性質をもった定型取引を当事者が行う場合、約款を契約の内容とする旨の合意（組み入れ合意）がある、又は、約款準備者があらかじめ約款を契約内容とする旨を相手

方に表示していれば、約款の個別条項についても合意をしたものとみなすとされている（改正民法案五四八条の二第一項）。このような新規定の存在が詐欺罪の成立に及ぼす影響を検討しておく必要がある。

約款規制の対象は、上記の定型取引のみであるが、その定義に従えば、事業者と消費者の間で結ばれる契約の大半は定型取引に該当する可能性がある。例えば、近時の判例においても多く取り扱われている、銀行取引の事例については、当然に同取引に該当するとして導入後の対応が進められている[68]。定型取引において詐欺罪が問題になる類型として、（ア）約款に禁止事項が示されている場合に、相手方が、その事項に該当することを秘して約款準備者と契約する場合、（イ）約款準備者が、約款に記載されている事項について、相手方に別途告知しない場合、の二つが考えられる。（ア）の類型は、暴力団排除条項に関連して近時の判例において問題となった類型であるが、判例によれば、約款において暴力団排除を示しているだけでは足りず、被害者の具体的な確認措置が必要であるとされている[69]。この点、組み入れ合意だけで約款の効力が認められることとなったとしても、そのことをもって、被害者の具体的確認措置がなくとも詐欺罪が成立するという結論にはならないであろう。相手方には故意がそもそもないが、それ以外に、相手方に約款事項の全てを確認しておく義務を事実上要求することになるからである。

他方、（イ）の類型については、これまであまり事例のないところであるが、改正案によって、今後、重要事項の不告知が増えるような事態が生じるのであれば、問題になり得る類型である。民法改正によって、社会的文脈としても、約款記載事項の具体的内容は黙示の意思表示に該当しないとして、作為による欺罔はおそらくより認め難くなるであろうが、別途、重要事項の不告知として不作為の欺罔が認められる可能性は残る。この点、（ア）の場合と同様に、約款準備者に約款規制の内容を告知させることとなり、約款規制の意味がないという反論は考えられるが、約款規制においては同時に信義則に照らした不意打ち条項の禁止も設けられているところであり（改正民法

案五四八条の二第二項）、この規定を参考に約款準備者の告知義務の範囲を画することができるものと解される。[70]なお、約款の開示は契約締結後でもよいとされているが（改正民法案五四八条の三）、このことは刑法上（および、場合によっては不法行為責任上）、事前の情報開示義務を要求することを否定するものではない。民法の規制のデザインとして、行為者に課せられる義務が、行為時（契約締結時）であることは重要ではないからである。

第四章　結びに代えて

以上、契約に関連する詐欺罪の成立範囲についての若干の検討を行った。本稿の提案としては、詐欺罪の成否を検討する際には、私法における契約関係の規律を積極的に参照することが有益であり、このことは翻って、民事法上の違法性判断へのフィードバックを与えることができるものと解される。しかしながら、今回の検討はあくまで試論の段階を経ないものであり、今後は、具体的な事例の検討を積み重ねることで、議論の精密化を行っていきたい。また、特定商取引法等の特別刑法との関係も今後の課題として残されている。

（1）同日の二つの判例、すなわち、最判平成二六年三月二八日刑集六八巻三号五八二頁（詐欺否定）、及び、最決平成二六年三月二八日刑集六八巻三号六四六頁（詐欺肯定）である。

（2）「一〇〇〇万円もらったら妻を殺害してやる」とその気もないのに夫に持ちかけて、金銭を詐取する場合である。

（3）最判昭和二五年七月四日刑集四巻七号一一六八頁。

（4）二〇一七年四月一二日に、衆議院法務委員会において採択されている。

（5）以下の内容について、品田智史「財産上の損害概念の諸相と背任罪の『損害』概念」川端博ほか編『理論刑法学の探求⑥』（成文堂、二〇一二）参照。

(6) 林幹人『刑法各論〔第二版〕』(東京大学出版会、二〇〇七) 一四二頁以下。
(7) 団藤重光『刑法綱要各論〔第三版〕』(創文社、一九九〇) 六一九頁、大塚仁『刑法概説各論〔第三版増補版〕』(有斐閣、二〇〇五) 二五五頁。
(8) 西田典之『刑法各論〔第六版〕』(弘文堂、二〇一二) 二〇四頁、山中敬一「詐欺罪における財産的損害と取引目的」法学新報一二一巻一一＝一二号 (二〇一五) 四〇〇頁以下。
(9) 橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」植村立郎判事退官記念『現代刑事法の諸問題 (1)』(立花書房、二〇一一) 一七六頁以下、内田浩「詐欺罪における財産的損害」法学教室三五九号 (二〇一〇) 三六頁、佐伯仁志「詐欺罪 (1)」法学教室三七二号 (二〇一一) 以下。また、伊藤渉「詐欺罪における財産上の損害―その要否と限界―(五・完)」警察学論集六三巻八号 (一九九二) 四〇頁、中森喜彦『刑法各論 (第四版)』(有斐閣、二〇一六) 一三七頁も参照。
(10) そのような判例として取り扱われてきたのが、口座開設による預金通帳の詐取事例、すなわち、他人名義での預金通帳の取得について、預金通帳が刑法二四六条一項の財物に該当することを理由に詐欺罪の成立を認めた最決平成一四年一〇月二一日刑集五六巻八号六七〇頁、第三者に譲渡する意図を秘して預金口座の開設を申し込ませて通帳等を詐取した事案において詐欺罪の成立を認めた最決平成一九年七月一七日刑集六一巻五号五二一頁である。
(11) この点について、判例の変遷の根拠を社会情勢の変化に求めるのは、前田巌・最判解刑事篇平成一九年三三一頁、宮崎英一「詐欺罪の保護領域について」刑法雑誌五四巻二号 (二〇一五) 一八七頁参照。
(12) 大判大正一二年一一月二一日刑集二巻八二三頁参照 (ただし、支払能力がないことを装った売買契約による不動産の詐取事例であり、いずれの立場からも詐欺罪の成立を認めることに支障のなかった事案である)。
(13) 増田啓祐・最判解刑事篇平成二二年一八九頁、宮崎・前掲注 (11) 一八五頁。
(14) 大決昭和三年十二月二一日刑集七巻七七二頁。
(15) 例えば、橋爪隆「詐欺罪における『人を欺』く行為について」法学教室四三四号 (二〇一六) 九四頁。
(16) 橋爪・前掲注 (15) 九六頁。
(17) 最決平成二六年四月七日刑集六八巻四号七一五頁、前掲最決平成二六年三月二八日刑集六八巻三号六四六頁。
(18) 宮崎・前掲注 (11) 一七七頁以下、駒田秀和「最判解」法曹時報六八巻五号 (二〇一六) 一一〇頁以下、野原俊郎「最

判解」法曹時報六八巻四号（二〇一六）三〇八頁。ただし、③については、因果関係の問題であり、欺罔行為の判断においては、危険性を基礎づける限りで限定的に考慮されるにとどまるものと解される。

(19) これと異なる理解として成瀬幸典「詐欺罪の保護領域について」刑法雑誌五四巻二号（二〇一五）一三七頁参照。

(20) 大塚裕史「判批」刑法判例百選Ⅱ各論〔第七版〕（二〇一四）一〇三頁参照。

(21) この関係で、最判平成一三年七月十九日刑集五十五巻五号三七一頁が問題となる。同判例は、請負代金を欺罔により不当に早く受領したという事案において、「請負人が本来受領する権利を有する請負代金を欺罔手段を用いて不当に早く受領した場合には、その代金全額について刑法二四六条一項の詐欺罪が成立することがあるが、本来受領する権利を有する請負代金を不当に受領したことをもって詐欺罪が成立するというためには、欺罔手段を用いなかった場合に得られたであろう請負代金の支払とは社会通念上別個の支払いに当たると言い得る程度の期間支払い時期を早めたものであることを要すると解するのが相当である」として詐欺罪の成立を否定している。この判例は、従来、実質的個別損害説に親和的な判例であるとされてきたが、構成要件要素としての実質的損害を否定する場合、その位置づけを検討しなければならないからである。本件において、詐欺罪の成立が否定されたのは、この程度の支払い時期の早期化では、取引によって被った被害者の実質的侵害が軽微であるという点につきるが、欺罔の直接の対象（害された被害者の目的）は支払い時期ではなく、第一審の「罪となるべき事実」に基づけば、請負工事から生じた汚泥が適切に処理されたことである。そのため、平成一三年判例の着目した観点は、欺罔行為の要件に解消できないとして、因果関係の問題として取り扱う見解がある（樋口亮介「判批」ジュリスト一二四九号（二〇〇三）一五六頁、橋爪隆「詐欺罪の実質的限界について」法学教室四三五号（二〇一六）九七頁）。もちろん、この場合には、適切な汚泥処理という観点が、「交付の判断の基礎となる重要な事項」に該当していることが前提である。

(22) 橋爪・前掲注（15）一〇三頁、井田良「詐欺罪における財産的損害について」法曹時報六六巻一一号（二〇一四）一三頁、杉本一敏「詐欺罪における被害者の『公共的役割』の意義」『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、二〇一五）三〇五頁。財産的損害を要件として要求する場合には、それが否定された場合の未遂処罰の可否が別途問題となるが、未遂の成立は一般的には認められていない。

(23) 佐伯・前掲注（9）一〇六頁、西田・前掲注（8）二〇九頁など。

(24) 西田・前掲注（8）二〇九頁以下、駒田・前掲注（19）二二七頁以下、また、佐伯・前掲注（9）一一三頁以下。

(25) 山口厚「詐欺罪に関する近時の動向について」研修七九四号（二〇一四）四頁等。平成二二年判例において、控訴審が、明らかに経済的要素である別人が航空機に搭乗することにより引き起こされる損害の賠償リスク等を考慮していたのに対し、最高裁がそのような認定を取り除いていることが指摘される。この点について、増田・前掲注（13）一八八頁も参照。

(26) 橋爪・前掲注（15）一〇四頁、山口・前掲注（25）一〇頁以下。渡辺靖明「詐欺罪における実質的個別損害説の錯綜」横浜国際経済法学二〇巻三号（二〇一二）一五七頁。実質的損害に限定する立場から、このような間接的損害を否定して処罰範囲をさらに限定しようとする見解として、松宮孝明「暴力団員のゴルフ場利用と詐欺罪」斎藤豊治先生古稀祝賀『刑事法理論の探求と発見』（成文堂、二〇一二）一六一頁以下、田山聡美「詐欺罪における財産的損害」『曽根武彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集（下）』（成文堂、二〇一四）一六一頁。

(27) 山口・前掲注（25）一〇頁、橋爪・前掲注（15）一〇四頁以下。また、井田・前掲注（22）二一頁以下も参照。

(28) 例えば、団藤重光編『注釈刑法（六）』（有斐閣、一九六六）一八二頁〔福田平〕、設楽裕文＝淵脇千寿保「詐欺罪における法益侵害と損害」Law & Practice 第七号（二〇一四）一七一頁以下、成瀬・前掲注（19）一三七頁。林・前掲注（6）二二七頁、中森・前掲注（9）一三七頁。

(29) 井田・前掲注（22）二五頁、長井圓「詐欺罪における形式的個別財産説の理論的構造」法学新報一二一巻一一＝一二号（二〇一五）三六九頁。

(30) 橋爪・前掲注（9）一八九頁以下等。

(31) 成瀬・前掲注（19）一四一頁以下、また、足立友子「詐欺罪における『欺罔』と『財産的損害』をめぐる考察」川端ほか・前掲注（5）一三三頁。

(32) 松宮・前掲注（26）一六五頁、また、橋爪・前掲注（15）一〇六頁。

(33) 推断的欺罔概念について詳しく検討したものとして冨川雅満「詐欺罪における推断的欺罔の概念」中央大学大学院研究年報四一巻（二〇一一）一九三頁以下参照。

(34) 橋爪・前掲注（15）一〇一頁。

(35) 他方、挙動による欺罔であれば告知義務が問題にならなくなるわけではないとするのは、松宮孝明「挙動による欺罔と

詐欺罪の故意」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開（上）』（信山社、二〇一四）五二九頁以下。

(36) したがって、行為者が何らの挙動も行っていない場合には、専ら不作為による欺罔のみが問題になる。ただし、場合によっては、黙って被害者から物を受け取る場合にも、黙示の意思表示が認められる可能性はないわけではない。

(37) 不作為による欺罔の形態で訴追された場合、その中に挙動による欺罔の形式による訴追意思が含まれるということにはならないことを前提とした裁判例として、札幌地判平成一九年三月一日裁判所ＨＰ。

(38) 橋爪・前掲注（15）九九頁、野原・前掲注（18）二八〇頁。また、松宮・前掲注（35）五三五頁。

(39) 橋爪・前掲注（15）九九頁、前田・前掲注（11）三二五頁。

(40) 橋爪・前掲注（15）九八頁、野原・前掲注（18）三〇八頁。

(41) 橋爪・前掲注（15）一〇七頁、杉本・前掲注（22）三一四頁。

(42) 宮崎・前掲注（11）一八三頁以下。

(43) この点、松宮・前掲注（35）五三七頁は、重要事項でない場合に被害者側に問い合わせを行うべき義務を認めている。

(44) 冨川雅満「詐欺罪における被害者の確認措置と欺罔行為との関係性（二）」法学新報一二二巻五＝六号（二〇一四）五四頁以下、山内竜太「詐欺罪および窃盗罪における被害者の確認措置の規範的意義」法学政治学論究一一一号（二〇一六）二三九頁以下。

(45) この点について、品田智史「背任罪における任務違背（背任行為）に関する一考察（二・完）」阪大法学五九巻二号（二〇〇九）五二頁以下も参照。

(46) 背任罪において、上記命題があてはまるのは、私法上善管注意義務違反に該当しないとされているにも関わらず任務違背を認める場合である。

(47) ただし、違法性阻却の事後評価を認めるのであれば、話は変わってくる。

(48) 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、一九六五）三一〇頁。

(49) 我妻・前掲注（48）三一〇頁、『新注釈民法（三）総則（三）』（有斐閣、二〇〇三）〔下森定〕四七四頁以下。

(50) 前掲注（49）・『新注釈民法』〔下森〕四七一頁以下。

(51) ただし、詐欺罪の成立には、故意以外の主観的要件として、不法領得の意思が要求されている。不法領得の意思は、窃

盗罪の成立の場面において、その機能の関係で故意とは別の要素として使用窃盗との区別、毀棄・隠匿との区別がクローズアップされているが、定義それ自体を見れば、奪取罪を成立させるために積極的な主観的要件を要求している。窃盗罪の場合、窃取行為についての未必の故意があれば、不法領得の意思を肯定することに困難はなかったが、他の財産犯においてこのことが直ちに妥当するわけではない（例えば、横領罪においては、不法領得の意思の具体的内容が問題とされている）。詐欺罪においても、積極的な術策を用いない挙動による欺罔の場合には未必の故意だけでは足りない可能性がある（この点について、松宮・前掲注（35）五四四頁は、相手方にとって当該事情が「営業上重要な事実」か否かが行為者からみて不確実な場合に、相手方が当該事情について問い合わせてきたことでこれが「営業上重要な事実」であると確信したときには取引に出ないつもりである人物には、「不法利得の意思」が認められないとしている）。このような観点からは、詐欺罪と詐欺取消の主観的基準は実際には一致している可能性はある。

（52）本章第三節参照。

（53）この場合には、詐欺罪の成否にとって、（少なくともその時点における）民法学の知見を用いて違法性を基礎づけることはできず、別途刑法独自の考察を行う必要がある。その例として、いわゆる誤振込みの事案が挙げられる。誤振込みの事例においては、民事判例が錯誤による振込であっても預金債権が有効に成立すると判示したため、誤振込みであることを告げずに銀行窓口から引き出す行為について詐欺罪が成立するか否かが問題となった。この点につき、平成一五年の刑事判例は、誤振込を受けた者が、その事実を銀行に対して告知するべき信義則上の義務を根拠に詐欺罪の成立を認めた。他方で、平成二〇年の民事判例は、「振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在しない場合において、受取人が当該振込みに係る預金の払戻しを請求することについては、払戻しを受けることが当該振込みに係る金員を不正に取得するための行為であって、詐欺罪等の犯行の一環を成す場合であるなど、これを認めることが著しく正義に反するような特段の事情があるときは、権利の濫用に当たる」とする。この場合に、民法上権利の濫用に該当しないにもかかわらず詐欺罪の成立を認めることは、前述の法秩序の統一性の観点からは疑問であるが、平成一五年判例が詐欺罪を認めるに至った根拠が、権利濫用を基礎づけ得ないのかどうかについては、別途検討が必要となる。

（54）前掲注（21）参照。

（55）この点、二項詐欺は一項詐欺の補充類型だから、一項詐欺で検討したという理解は妥当ではないであろう。行為者が詐

取した請負契約の対価が代金ではなく、債権のような利益であれば、二項詐欺の場面で客体とは別の期限の利益を検討することになったはずだからである。

(56) 例えば、山口厚＝佐伯仁志＝井田良『理論刑法学の最前線Ⅱ』（有斐閣、二〇〇六）一四三頁〔井田〕。

(57) なお、民法学の議論として、そもそも両当事者の意思が合致していなければ契約は成立していないとする有力な見解があるが、実務においては、契約書等の表示を前提にとりあえず契約を成立させ、その後、表示の解釈等でその内容を修正するという手法をとっているとされる。森田修「契約の解釈：一般準則を中心に（その二）」法学教室四三一号（二〇一六）六五頁以下。

(58) 窃盗罪の場合であっても、いわゆる機械を欺罔したという理由で詐欺罪を成立させられないような場合は、以下の議論が部分的に妥当する可能性がある。逆に、詐欺罪の場合であっても、およそ契約成立が認められないような場合、例えば、占有の外形的移転の認識しか認められないような場合には、以下の議論は妥当しないことになる。

(59) その際には、前述の契約の類型も判断資料とされる。なお、このように考える場合、不法原因給付の場合に詐欺を認めることは、私法上保護されない被害者の意思決定を刑法上保護することになるので、詐欺罪の成立を否定する方向に傾くものと解される。

(60) 前掲注（10）の各判例。

(61) 第二章第二節第二款参照。

(62) 山内・前掲注（44）二五四頁以下。

(63) 例えば、大塚・前掲注（7）二四四頁。

(64) 例えば、山口厚『刑法各論〔第二版〕』（有斐閣、二〇一〇）二五四頁、中森・前掲注（9）一三七頁。

(65) 最決平成一五年三月一二日刑集五七巻三号三二二頁。

(66) 同法四条二項に不利益事実の不告知として、情報提供義務に関する取消規定が存在するが、利益事実の告知を前提としているほか、その対象とする事項も限定されている。

(67) 落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、二〇〇一）六二頁。

(68) 浅田隆「債権法研究会報告（第一八回）定型約款（その一）銀行取引を念頭に」金融法務事情二〇五〇号（二〇一六）

二八頁以下。

(69) 駒田・前掲注(18)一一〇頁以下。

(70) 同項においては、信義則違反となる場合として、「相手方の利益を一方的に害する」旨の記述がある。ここにいう「利益」の内容はかならずしも明確ではないが、従来の契約締結過程規制が、当事者間の客観的公平を違法性の根拠の一つとしていることからすれば、被害者に何らかの実質的損害が生じた場合に限定する見解と親和性があるように思われる。

校正段階で、『西田典之先生献呈論文集』(二〇一七年、有斐閣)所収の、伊藤渉『犯罪の成立要件と非刑罰法令』、林幹人『欺罔行為について』、上島一高『詐欺罪における交付の判断の基礎となる重要な事項の意義』、齋野彦弥『詐欺罪における損害の意義』に接した。

本稿は、科研費基盤研究(C)(研究課題番号:15K03174)の助成を受けたものである。本稿の執筆にあたっては、西内康人准教授(京都大学)より助言を受けた(文責は筆者にある)。