

## 危険な取引を介する詐欺？<sup>①</sup>

ゲルハルト・ゼーエア

野村和彦 訳

### 導入とテーマの限定

詐欺罪はドイツ刑法の中でも非常に難しい構成要件のひとつです。詐欺罪の構成要件のほとんどの要素について議論が交わされているほどであります。さらに、最近のドイツの判例においては新たな動きがあり、それに伴い、新たな問題が生じています。ここでは、二つの重要な問題に限定します。それは次の通りです。

1. 行為者は被害者を騙さなければなりません。単純な事案においては、欺く行為は嘘を外部に現すことによつて行われます。そして、行為者が重要な事情を知らせる義務を負っているならば、<sup>②</sup>行為者はこの事情を何も伝えないこ

とによって騙すことができます—不作為による欺罔です。しかしながら、多くの契約行為において、行為者は、特別な法的関係に基づき問題を孕んだ諸事情を説明する義務を負っているにもかかわらず、その義務を果たしておりません。やはり、ドイツの学説は、ここである種の欺罔行為を認めるのが普通です。すなわち、「行為者の行為の全体による欺罔」—挙動による欺罔 (konkludente Täuschung)<sup>(3)</sup>—として構成するのです。挙動による欺罔を認めることにより、詐欺罪の規範目的に關し様々な問題が提起されています。危険な取引を締結する場合にも、このことが問題となっております。このことは後ほど詳述いたします。

2. 第二の問題は、財産的損害を確定することであり、財産の価値が一方から他方へ実際に移転した場合、被欺罔者に損害が発生したかどうかは、容易に算定することができます。しかしながら、契約を締結した時点において、詐欺は既遂に至っていると解されることがしばしばあります。すなわち、その契約によって、相手方が不利益な義務を—欺罔によって—負う場合があります。ここでは、不利益な義務を履行したか、財産的損害が生じたかどうかは、どうでもよいのです。しかし、この「契約締結詐欺」の場合、どのように財産的損害は確定されるのでしょうか。ここでは本当に詐欺は既遂に達しているのでしょうか。

もし、この場合において、例えば、「損害に匹敵する財産的危険 (schadensgleiche Vermögensgefährdung)」が生じているといったことを理由に、詐欺の既遂を肯定するならば、どのように財産的危険を算定したらよいのでありましょうか。最終的な損害は未だ現実化していないのです。

詐欺罪の構成要件に目を留めると、さらに様々な疑問が生まれます。しかしながら、ここでは、危険な取引に関する問題に限定したのであります。すなわち、債権者が、契約の形成過程において生じる特別な不確実性を受け入れ

る用意のある取引についてであります。まさしく、危険な取引において、挙動による欺罔と財産的損害の確定の問題が極めてはつきりと現れます。この現代的な題材によって、私たちは、詐欺罪の構成要件を解釈する難点に、たやすく目を向けることが可能になるのです。

私はこの問題を四つの章に分けて考察したいと思います。最初に、危険な取引の事例群について説明します。これらの事例群は、ドイツの最近の学説においてよく用いられています（第一章）。ここでは、しばしば契約締結詐欺の事例が問題となっているのです。このため、契約締結詐欺と契約履行詐欺との相違についての研究につながらざるを得ません（第二章）。さらに、財産の移転が実際にはない「単なる」契約締結詐欺の場合において、どのように財産的損害を算定したらよいかが問題となります。財産的損害がなければ、詐欺罪は既遂に至らないのです。すでに述べた二つの問題、つまり、詐欺に関係する事情について、行為者が挙動により欺罔したといえるのはどのようなときなのか、そして、危険な取引における契約締結詐欺の事例において、財産的損害はどのように算定されるのか、について、最後に述べたいと思います（第三章、第四章）。

## 第一章 危険な取引の事例群

まず危険な取引の概念が定義づけられなければなりません——これに関して第一章を始めます。すべての契約は不確実性を孕んでおり、とりわけ、長期間にわたる契約の場合には、契約当事者が契約締結時点において予測できなかつた事情が生じます。このリスクは、契約活動や経済活動の一部分であります。これらのリスクのために、民事的規制が存在しています（遅滞、不能、損害賠償）。ここでは刑事的規制はなしえません。しかしながら、典型的に不確実

性が備わっている契約は存在します。その不確実性は契約の種類に起因しています。この危険は、ある種、契約の構成要素であります。そのような契約を、これから「危険な取引」と称します。

最近のドイツの学説における議論では、危険な取引には三つの類型があるとされるのが普通です。それらは次の通りです。

#### (a) 消費貸借の契約<sup>(4)</sup>

銀行が多額に上る消費貸借の信用を与えると、その債務の支払いは債務者の経済的發展にかかっています。企業を例に挙げると、支払いが不能になったり他の理由により支払いが不足したりする一定の危険が、企業にはあります。同じことは、例えば家を買う個人に信用を与える場合においても当てはまります。信用を与える者は、契約を締結する以前に、消費貸借に伴う危険を認識したいでありましょう。それどころか、信用を与える者は、その危険を認識しなければなりません。もしも、リスクがあり、債務の返済を十分に担保できない信用を与えたならば、その責任のある者は背任罪に問われうるからです。

#### (b) 生命保険の締結

数年前に、アラブのテロ組織であるアルカイダに加わっていた者が、アルカイダの他の構成員のために、複数の生命保険契約を締結しました。その後、保険金を得ようと自分の事故死を偽り、その保険金のほとんどをアルカイダに手渡そうとしたのです。しかし、事故死と称する偽りの書類を調達する前の時点で、行為者は逮捕されました。<sup>(5)</sup>

この事件は、生命保険契約が危険な性格をもっていることを非常に明らかに示しています。すなわち、保険事故がいつ、そしてどのような原因により、発生するのかは、契約を締結する時点では、認識不可能なのであります。生命保険は、それが全体として損失の状態で機能しないよう契約は形成されるという予測とともに、機能せざるを得ません。

### (c) 賭博

ドイツの裁判所は、近年、スポーツ賭博について、数度にわたり判断を迫られました<sup>⑥</sup>。とりわけ、サッカーの試合の前に、驚くべき試合結果をもたらすため審判や選手を買収した後に、行為者らが通常でない試合結果に金を賭けるということがありました。特に、賭博契約にはそれ自体に危険が内包しています。なぜなら、賭けた結果がどうなるかは不確実であるのが、賭博の本質だからです。

契約のこれらの種類が詐欺罪の解釈論争を特に呼びおこすのはなぜなのでしょう。この問題は第二章で扱います。

## 第二章 契約締結詐欺と契約履行詐欺

詐欺罪の構成要件は財産的価値を保護しています。同時に、詐欺罪は民法秩序を保護する構成要件に属します。それは、詐欺罪の解釈は民法による規制に従わなければならないことを意味します<sup>⑦</sup>。こうしたことから、詐欺行為は契約締結と契約履行の二つの面に分類されます<sup>⑧</sup>。それは、債務負担行為と処分行為といった、ドイツにおける分離に相応しています。契約締結における詐欺行為は契約締結詐欺（以下、締結詐欺とする。〔訳者注〕）として扱われ、財産の

客体を処分する場合における詐欺行為は契約履行詐欺（以下、履行詐欺とする。「訳者注」と呼ばれています）。

履行詐欺においては、財産の客体が実際に移転します。その際に損害が生じたかどうかは、容易に算定することができます。といえますのも、被害者によって手放された財産的価値は、契約によって被害者が得た財産的価値と比較することができるところであります。<sup>9)</sup>これに対して、締結詐欺の場合は別であります。なぜなら、そこではまさに、将来において財産的価値を移転する債務だけが問題となつていくからであります。

詐欺の結果は財産の不利益な移転にあると詐欺罪を特徴づけるとするならば、債務負担行為が詐欺罪の構成要件を充足しうるかは疑問であります。なぜなら、そのような契約の締結によって財産的価値は未だに移転していないからです。ここでは、債務負担契約が後に充足される段階になつてはじめて財産的損害として現実化する財産の危険が存在しないのでしょうか。

このことは、危険な取引に関するすべての事案において問題となります。なぜなら、債務負担契約において、不確実なリスクはつねに存在しているからです。これらの契約が履行の段階へ至れば、その危険が財産的損害として現実化したかどうかを直接確定することができます。しかしながら、それ以前に、すでに損害が一般的に生じているか否かは、全くはつきりしません。例えば、銀行が信用を与え、その返済について保証がない場合であっても、債務の返済はそれでもなしえます。信用契約を締結する時点において、銀行側の財産的損害はどこに生じているのでしょうか。生命保険においても、欺罔によって生命保険金の総額を支払わせることを意図して契約を締結することはできません。しかしながら、「行為者」が契約締結後にその企てを行わず、契約をそのままにしておいたなら、保険会社にとつて、どこに財産的損害が生じたというのでありましようか。さらに、審判を買収することにより人気のチームが

負けるようサッカーの試合を操作しようとしたものの、人気のチームが勝利し、それにより賭け金が失われた場合、賭けの提供者は、いったい何によって損害を被ったというのでありましようか。

このように、「締結詐欺」という構成には問題があります。なぜなら、債務負担契約を締結することによって財産的価値は移転しておらず、むしろ、財産的価値の移転を法的に拘束する取り決めがされているだけだからです。にもかかわらず、この取り決めの時点において、一方が欺くことにより、それが相手側に不利益を与えるならば、詐欺は既遂となりうるのでしょうか。

詐欺罪が財産移転罪であるならば、純粹な締結詐欺は不可罰であります。なぜなら契約を締結するだけでは財産価値の移転は未だに存在しないからです。詐欺罪を帳簿犯罪 (Buchhaltungsdelik) と解すときにのみ、締結詐欺は体系的に根拠付けることができます。なぜなら、金回りの不利益な契約は、帳簿上、損失の項目に計上されるからです。そこには、欺罔によって契約を締結した一方の当事者の債権があり、この債権は、被欺罔者にとって経済的に同価値の債権と相対するものではないからです。<sup>10)</sup>

ドイツの判例および学説は一致して詐欺罪を次のように解釈しております。すなわち、欺罔によって相手方が望んでいない不利益な債権を生じさせる契約を締結した時点において、すでに詐欺罪は既遂に達しているとするのです。<sup>11)</sup> しかしながら、同時に、詐欺は「財産移転罪」であるということが強調されています。<sup>12)</sup> どのように、この二つの主張は調和するのでしょうか。そして、実際に財産が移転することを待たずに、締結詐欺を刑法的に捕捉することがなぜ重視されているのでしょうか。

後者の疑問に対する答えは次の点にあります。締結詐欺に関しては、将来その契約が履行されるといふ法的に拘束

力のある請求権が基礎づけられているということであり、このことによつて被欺罔者はある種の重圧にさらされることとなります—そして、この契約から免れうるという危険が被欺罔者側に移ります。たしかに、被欺罔者は欺罔を理由に契約を取り消すことはできません<sup>13</sup>。しかし、その際、被欺罔者は欺罔行為が故意であることを証明しなければなりません。このような危険分配は不公平であります。ですから、それは避けるべきであるとされています<sup>14</sup>。

契約締結段階においては不利益な財産移転は未だ生じていないとされるならば、締結詐欺は詐欺罪の未遂として処罰され得ない、という事情が加わります。ドイツ法によれば、行為者が始めたことが、構成要件を充足する行為に直接的に至つた段階で、ようやく未遂として処罰されます<sup>15</sup>。契約が履行されたときにまさしく財産的損害が肯定されるなら、この取引の履行が直接的に切迫しているときにおいてのみ、詐欺罪の未遂として処罰されます。しかるに、消費借契約とその支払いとの間の時間を考えてみればわかるように、締結行為と履行行為との間には、長い時間があります。このことから、契約を締結することは契約の履行を開始したことであるとは、おおよそ言えないのであります。締結詐欺はしたがつて不可罰である予備行為ということになりました。しかしながら、この結論は明らかに耐えがたいものであり、それゆえ、この時点で詐欺の既遂を構成する道が模索されます。

契約を締結した時点において詐欺罪の既遂を認めることは、「財産」という広い概念をさらに超えることにより達成されます。そこでいう財産とは、すべての利益や財物だけでなく、債権法的な契約に基づく請求をも含みます<sup>16</sup>。帳簿上はこのような理解は正しいといえましょう。なぜなら、金銭的な債務を負担すると、それは、財産の総量においては、負債の項目におかれるからです。私が一〇〇万円をもっていたとして、誰かに一〇万円を支払わなければならないとすると、私はわずか九〇万円しか自由に使うことができせん。

しかしながら、詐欺に基づく債権は、すでに現在において財産を減少させているのか、あるいは、財産を減少させる危険を生じさせているのかは、疑問が残ります。この危険はドイツにおいて「損害に匹敵する財産危険」と呼ばれています。<sup>(17)</sup> この概念は、財産を損失する危険性と財産の損失との区別そのものを巧みに消失させるものです。このことから、ドイツ刑法学においては、次の点について注意が向けられています。すなわち、財産的危険と財産的損害とを同価値として扱うことには疑問がある、とするのです。というのも、法律における構成要件は結果犯として規定されているにもかかわらず、そのような概念によって、結果犯であるはずの詐欺罪から危険犯を作り出してしまいうからです。<sup>(18)</sup>

財産的損害は、財産的価値が実際に行為者へ移転する契約履行段階においてようやく生じるのか、それとも、債権を負わされた財産はすでに「経済的観点」から価値が減少していることを理由に、財産的価値を手放す法律的義務が基礎づけられた（締結詐欺）時点ですでに生じているとするのかは、容易に解決できるものではありません。<sup>(19)</sup> というのも、双方の観点には、それぞれもつとも論拠があるからです。法律概念が抽象的であるため解釈上困難を来し、その困難は決して解決なしえません。財産的損害の問題はこの好例であります。

「締結詐欺」というのは、詐欺罪の処罰範囲を拡大し、立法者の意思に反する構造を有しています。すなわち、財産的価値が「移動」したならば、すなわち被害者から行為者へ財産的価値が移転したとみて、詐欺罪の既遂を肯定するのです。しかし、この事案において、いまだ詐欺を認めないならば、欺かれた被害者を不利益な契約へ誘導するすべての欺罔行為は、契約が履行されない限り、不可罰となるのは明らかです。このことは人々に次のような印象を与えましょう。すなわち、契約締結行為における欺罔は法的に重要でない、あるいは、許容されている、と。加えて、

そのような契約が履行されないなら、総じて可罰的行為は存在しないことになりましょう。こうした不都合を避けるため、契約締結行為の場面における欺罔行為はまさに詐欺罪に当たる行為であると解釈する、強い刑事政策的要請が存在しているのです。

理論的には、詐欺罪の構成要件を目的論的に解釈することによって、このことは説明することができます。つまり、詐欺罪の構成要件によって、財産に損害を与える欺罔行為から財産をできる限り効果的に保護しようとするなら、締結詐欺はその時点で禁止され処罰されなければなりません。

しかしながら、締結詐欺を承認すると、これまで述べたような問題がすべて生じます。これらの問題は「危険な取引」という表題の下で議論され、近年においては、ドイツにおいて、非常に活発な議論をひき起こしています。最初の問題は、まず行為、すなわち欺罔行為の場面において生じます。このことに関して第三章で触れます。

### 第三章 欺罔行為に関する諸問題

欺罔行為とは、何らかの事実について被害者に誤った印象を引き起こす行為であると定義づけられます<sup>20</sup>。このことは、単純な事例を挙げれば、行為者がはっきりと嘘をつくことによって生じます。たとえば、消費貸借契約を結ぶ前に、行為者はなお他の負債は負っていないか尋ねられます。これに対し、すでに他の消費貸借契約を締結したのにもかかわらず、負債はないと行為者が答える、といったことが考えられましょう。あるいは、保険会社が、生命保険を締結したい者に対し、いま危険のある疾患にかかっているかどうかを質問したところ、癌にかかり余命がまさしくわずかしかないことを知っているにもかかわらず、そうしたことはないと質問された側が答える、といったような例が

考えられます。

これとは異なる事例も考えられます。自ら重要な情報を伝えるのが可能であったにもかかわらず、有利な契約を結ぶことを可能にするために、わざとそれを伝えない場合であります。ここにおいては、不作為による欺罔が存在します。しかし、沈黙のすべてが刑法と関係のある不作為とは限りません。すなわち、不作為の欺罔というためには、法的な説明義務があることが必要です<sup>(21)</sup>。契約を結ぶ際、ほとんどの場合においては、この義務はありません。契約においては見知らぬ者が互いに対峙し、双方とも特別な法的関係によって互いに拘束されません。したがって、相手に対する保護義務は負いません。

作為による欺罔と可罰的な不作為の間隙を埋めるのが、挙動による欺罔という構成であります。この場合、欺罔者は自己の言葉ではなく、自己の「全体の行為」<sup>(22)</sup>によって相手を騙します。しかしながら、それはいったい何を意味するのでしょうか。民法では、意思表示の内容は、平均的な「通常」の名宛人ならばどのように理解するかという観点から解釈されます<sup>(23)</sup>。この考え方が刑法へ転用され、次のように表現し直されたのです。すなわち、契約を締結する意欲をもつ者の意思表示は、その者が契約形態の重要な要素を承諾し、それにより契約を実現したい、というように理解されるのです。したがって、売買契約を締結したいと意思表示した者の意欲は、その者が購入価格を支払うことができ、また、そのようにしたい、というふう<sup>(24)</sup>に理解されます。消費貸借を申請した者の申請意欲は、その者が消費貸借を返済することができると考えている、というように解されます<sup>(25)</sup>。

行為者は大抵の場合、しかるべき契約は締結したいとだけ意思を表示します。契約の本質部分を受け容れ、契約に従う、と行為者は言明しません—それは、行為者の行為全体から推測されるのです。ここに、ひとつのフィクション

があります。すなわち、悪巧みについて騙す行為者は、契約を誠実に履行したいとは絶対に言わないのです。にもかかわらず、行為者は契約を誠実に履行したいという意思を表示したと見做されてしまうのです。

このフィクションから、詐欺罪の構成要件は取引における誠実さを保護するという見解が導かれます。すなわち、契約を締結したい者は、その契約のことを真剣に考えすべてのことをなし、契約を形成するようにしなければならぬ、とされるのです。しかしながら、これは詐欺構成要件が意図していることなのでしょうか。詐欺罪の構成要件は、取引における一般的な誠実さを強制し、その違反に対して国家刑罰権を発動することを目的としているのでしょうか。<sup>26</sup>ここでは詐欺罪によつて保護されるべき法益が問題とされているのです。欺罔による損害から財産を保護することが問題なのであれば、財産の移転が前面に出てきます。これに対して、取引における不誠実さに起因する財産の喪失にまで詐欺構成要件の趣旨を広げるならば、詐欺構成要件が適用される範囲は極めて拡張されます。すなわち、詐欺構成要件は財産犯から、不誠実さにもとづく不利益な契約形成のすべてを抑止する犯罪へと変質してしまうのです。しかしながら、そもそも取引行為において、誠実であるという義務は存在するのでしょうか。契約を結ぶ際に、自己の利益を追求することは許されないのでしょうか。さらに、契約締結のための交渉を始めた者は、契約の条件によつて不利益を被らないよう、自己を守らざるを得ないのではないのでしょうか。

消費貸借契約を締結するに際して、銀行は自己を防衛する様々な方法を持ち合わせています。すなわち、銀行は顧客に対しその財産に関係する情報を提供するように求め、消費貸借のために担保を要求することができます (例えば土地債務)。銀行が顧客の財産状況を解明することができず自身を守ることができないなら、自己の経済状況が非常に厳しいことや、いま申請した消費貸借をどのように返済するべきかわからないことを公表しなかった行為者は、当罰

的なのでありましょうか。

債務負担の締結における挙動による欺罔の問題は、とりわけ賭博詐欺の事例において重要です。審判と選手を買収した後、サッカー試合の結果に賭けた者は、この操作を当然のことながら公にしておりません。賭博契約を結ぶこと以上のことはしていないにもかかわらず、その者はサッカー券の販売窓口を騙したのでありましょうか。

判例は、ここで挙動による欺罔を肯定しています。すなわち、賭博をしようとする者は、その者の行為全体によって、賭博の対象を操作していないということを表明している、としています<sup>27</sup>。この背後には、契約締結の際は誠実でなければならぬという考え方があります。賭博をする意思を示した者は、とりわけ本人や賭博の提供者にとつても、結末が不確実な出来事に関する契約を締結したいのです。出来事の結果に影響を与え、あるいは、その後もなお影響を及ぼしている者は、それに賭けることはできない。それはまさに賭博ではない——連邦通常裁判所の見解はそのように解釈されるはず<sup>28</sup>です。

この見解は、サッカー券の販売窓口にとっては納得のいくものです。賭博は、賭けられた出来事に対して誰も何らかの方法によって影響を及ぼしていないときに限って、うまくいくものであります。しかしながら、これは一つの見方に過ぎないのではないのでしょうか。賭博の契約を結ぶ意欲のある者は、出来事の結果がどうなるかを評価していることのみを言っているに過ぎません。サッカーの審判を買収し、その後、勝ち目のないチームが勝負に勝つことに金をかけた者は、ひとつの誠実な意思を表明しています。なぜなら、その者はそうなることだけ信じているからです。この誠実さは、挙動による欺罔というフィクションによって、嘘に転換されています。そのようにしてのみ、欺く行為はこの事案においては根拠づけられるのです。

刑事政策的に重要であると認められている挙動による欺罔は、すでに概観したように、刑法理論においては欺罔行為の問題として扱われています。可罰性がないとはどう言い得ないこの事案において、刑法理論は、契約を締結する者はそれに関して誠実でなければならぬと仮定することによって、欺罔行為を構成します。

しかしながら、挙動による欺罔という構成が基本法一〇三条二項に定める罪刑法定主義と調和しうるのかどうかは、疑問があります。すなわち、処罰されまたは処罰されないのはいつなのかは、法律によってのみ認識できるよう、犯罪構成要件は形成されなければなりません。まさに、「成文法なければ刑罰なし」なのです。契約を締結する意欲をもち、その際、契約の対象物に関し自己に利益が生ずることを公にしない者は、相手方に錯誤を生じさせたのでしょうか。その者には、刑法一三条(ドイツ刑法における不作為犯の規定〔訳者注〕)にいう特別な保証者の地位に基づいて情報を提供することが義務づけられていないのです。他方で、契約を締結する意欲のある者が契約の諸条件を真摯に承諾していることを誰も確信することができないとしたならば、取引行為というものは、根本的に危険なものとなりましょう。信用供与者や保険業者、賭博提供者は、契約の相手方それぞれについて真剣であり誠実であることを保証するために、はたして何をすべきであるのでしょうか。

このように、挙動による欺罔という法概念は契約を申し出た者を保護します。この保護がなければ、数多くの契約だけでなく、契約の相手方が誠実である場合においても、契約はむしろ締結されないことになりましょう。にもかかわらず、詐欺罪において、欺罔行為をこのように拡張解釈することは問題であります。なぜなら、そのような解釈は、消費貸借をしたい、保険契約を結びたい、賭博をしたい、というような、行為者が意図していることのみを含む意思表明までもが欺罔行為とされてしまうからです。立法者が詐欺構成要件を新しく創設し、明確さに配慮するならばよ

いのですが、そうではありません。

#### 第四章 結果に関する問題（財産的損害の算定）

前章において、締結詐欺が詐欺罪の可罰性を広く拡張していることについて議論いたしました。すなわち、欺罔によつて、財産的価値がようやく移転したときではなく、むしろ、財産的価値をいつか将来において手放す債務を負担したときに、その時点において詐欺罪が成立しうるのであります。その損害は次の点にあるとされます。すなわち、騙された者が、貸借対照表において負債として位置づけられる、自己に対する債権を、契約によつて引き受ける点であります。「債権の損害（Forderungsschaden）」の程度が容易に算定しうる契約は存在します。たとえば、ある者が自動車を購入します。売り手がつぎのように欺罔したとしましょう。使用年数は八年であり、事故に遭つた経験は一度もなく、ブレーキを新たにした、と。この申し出を基に、販売価格一〇〇万円を受け容れたとします。しかし実際には、売り手が説明した三つの点はすべて嘘であり、自動車はせいぜい五〇万円の価値しかなかったとします。この購入契約は、買い手にとって不利益なものであります。なぜなら、買い手は五〇万円も余計に支払うことを承諾しているからです。この差額において、買い手は損害を被つており、それは欺罔行為によつてもたらされたものであります。

その他の債務負担行為においては、しかしながら、損害を容易に算定し見積もることが、そう簡単にはできません。債務負担行為においては、契約締結により、将来の契約の経過によつては損害へと発展するというリスクのみが生じます。このことは先ほど挙げた事例において非常に顕著です。すなわち、消費貸借契約においては、債務者は、将来において消費貸借を全額返済しない、あるいは、一部しか返済しない、ということがありえます。生命保険契約の場合

合においては、被保険者はさらなる欺罔行為によって保険金を得ることがありえます。賭博においては、掛け金をかけた後の出来事が、操作されることにより、通常の事の経過とは違ったかたちで展開することがありえます。このようなことはすべてありうるのですが、しかしながら、それらが生じるか否かは、債務負担行為時においては不確定であります。これらの事例において、損害はどのように定義づけられ、また、それはどのように算定されるのでしょうか。この問題について、ドイツにおいては最近とても活発に議論されています。それを述べなければなりません。

(a) 損害に匹敵する財産危険 (「危険損害 (Gefährdungsschaden)」)

取引が特殊であるため差し迫った損害が生ずるか否かがたしかでない事案のために、損害に匹敵する財産危険という概念が構築されています。この概念により、債務負担行為には高い危険が内在していること、欺かれた契約の相手方は後に財産を実際に喪失すること、が明確になるとされています。しかしながら、この危険がどのように高まるのは、いつの時点においてなのでしょうか。また、財産を喪失する危険が、すでに損害に「匹敵する」ほどに明白になるのは、いつの時点においてなのでしょうか。

財産の危険のすべてを損害と同視することは許されません。なぜなら、そうすると、詐欺構成要件の構造が違法に変更されてしまうからです。つまり、詐欺罪は、既遂に至るためには財産が現実<sup>(29)</sup>に失われることを要求する財産侵害犯から、危険犯へと変えられてしまうでありましょう。構成要件のこうした違法な拡張を避けるために、ドイツの学説は基準を作る努力をしています。その基準とは、すでに財産的損害に匹敵するほどに実質のある財産危険が生じていることを確認しうる基準であります。不可欠なのは、——一般的ではありますが——ある種の危険状況が存在すること

です。その状況とは、「経済的観察方法」によるとき、現在の財産状況がすでに悪化しているに等しい状況であります。<sup>30</sup>しかしながら、この基準はほとんど何も述べておりません。なぜなら、すべての詐欺に関する問題は経済的基準によって取り扱われているからです。

そこで、時とともに、財産的損害に匹敵する財産危険を認めうる個々の事例群が形成されるようになっていきます。裁判所の判決もまさにこのような方法をとっています。<sup>31</sup>なぜなら、判決によれば、直ちにかつ無条件に、騙された債務者の財産を執行する権利を債権者に与えているからです。また、欺く行為によってある債権が与えられていることを知らなかったため、被欺罔者がその債権を主張しない場合、この債権を知ったときに債務者に対する請求権を実現し得たとするならば、財産危険は存在するとしています。<sup>32</sup>

危険な取引においても、裁判所は、財産損害に匹敵する財産危険を肯定しています——裁判所はその中身を明らかにしないことがしばしばあるのですが——。信用契約を締結する者は、その時点では返済は不確実でありますから、自己の財産を危険にさらしています。しかし、財産的損害は存在していません。信用を与えるに際しては、財産的損害すら発生していません。なぜなら、それによって、信用供与者は、同時により価値の低い反対給付を得ることなしに、信用契約から生じる債務のみを負担したにすぎないからであります。なぜなら、債務者が消費貸借を返済するか否かは、支払いの時点において債務者が消費貸借を意図していない場合においてのみ、まさしく不確実であるからです。とはいえ、信用供与者は高いリスクに同意します。すなわち、信用供与者にとって、そのリスクは、信用取得者の欺罔行為によって認識されないうままであるからです。ここで、判例や学説の一部は「経済的観察方法」の概念を用いて対処します。すなわち、判例および学説の一部は経済学的な評価基準を引き合いに出し、それを用いて、消費貸借の

価値を決定するのです。<sup>33</sup> 信用を「格付け」する基準は広く認知されています。その基準は、信用が転売されるときに用いられます。この仕組みを用い、次のようなことが根拠づけられます。すなわち、リスクのある信用においては、財産危険が生じているだけでなく、すでに実際の損害は生じている。その信用は、最終的な支払いが不足する危険が高いため、未払いの信用供与額よりも、価値が低い、と。これにより、そのリスクはすでに実際の価値を低下させていると解釈し直されるのです。

連邦通常裁判所は、賭博詐欺について、類似の判断を示しました。賭博提供者が、賭けの対象となっている試合が操作されていることについて騙された場合、賭博提供者は、本当らしい試合結果に不相応な配当金を支払います。あまりにも不利な配当金によって、後に生じる財産喪失の危険だけでなく、すでに現実の「配当金侵害」が発生しているとするのです。<sup>34</sup> この判決は学説において多々批判されておりあります。個々の論点についていま挙げることはできません。<sup>35</sup> なぜなら、ここでは一つの事情のみが問題となっているからです。すなわち、試合が通常通りに経過しないため賭け金を失うという賭博提供者のリスクは、試合以前に存在する現実の損害であると新たに解釈するのです。このように、ドイツの判例は、損害に匹敵する財産危険という不明確な概念を用いることによって、差し迫った将来の損害から現在生じている損害を作り出すという構成を隠しているのです。

#### (b) 損害の算定について

しかしながら、以上のことは、危険な取引に関する判例の唯一の弱点ではありません。裁判所は、以前から、財産的損害を確定するに際し、寛大でありました。賭博詐欺の場合、連邦通常裁判所は、事実上支払われた配当金と操作

された試合に相当する本来の配当金とを比較し、その「価値の差」を賭博提供者が負担することを確認できれば、およそ十分であるとしています<sup>36</sup>。その「価値の差」の程度については言及がありませんでした。また、他の事案においても、判例は、危険損害を正確に算定することを断念しております。連邦通常裁判所のこのようなやり方は、連邦憲法裁判所によつて批判されました。

損害を算定することの問題は、詐欺罪だけでなく背任罪においても同様であります。連邦憲法裁判所が二〇一〇年に、背任構成要件についての憲法上の要請 (verfassungsrechtliche Anforderungen) について判断を示しましたが、このことは、詐欺罪の解釈にとつても大きな意義のあることであります。連邦憲法裁判所はその決定において、法定の構成要件は重要であること、とくに、財産的損害の確定は法律に定められた結果として特に注意を払うよう促しました。とりわけ、実際に生じた財産的損害は正確に算定されるべきであり、最悪な場合でも、その最低額に裁判所は言及しなければならぬ、としました。損害の総額を示すことができないなら、構成要件の充足は証明されておらず、その結果、被告人に無罪を言い渡さざるを得ない、としています<sup>37</sup>。

連邦通常裁判所は、正当にも、この判決を詐欺罪に転用し、いまやここにおいても財産的損害の額を明確化することを要求しています<sup>38</sup>。このことは、賭博詐欺の事案に直接影響します。すなわち、実際に支払った配当金と試合を操作した際に支払われたであろう仮の配当金の額との間の、あいまいな「価値の差」が推定されることは、もはや十分とされています。むしろ、両者の差がどの程度なのか、そして、どのような損害が賭博提供者に生じているのかを明らかにしなければならぬのです。

しかしながら、これに関して、判例は新たな課題に直面しています。なぜなら、試合が操作されていることを知っ

たならば、賭博提供者はその賭けを絶対に承諾しないからです。同様のことは、保険契約においても生じます。顧客が保険支払いに該当する事件を詐欺により引きおこそうとしているという意図を持って行動していることを保険会社が知ったなら、この顧客と保険会社は絶対に契約を締結しないでしょう。しかしながら、リスクの伴う賭博契約や保険契約は、他の契約と比べて、常に不利益であるとはいえないのではないのでしょうか。あるいは、この債務負担契約の履行が問題となったときに、はじめて不利益は判明するのでありましょうか。

危険な取引について、ここで新たな非常に難しい問題が生じています。債務負担行為が締結された後、その契約がどのように展開するのかわからないという不確実さが両当事者には残ります。この不確実な状況において、その危険の程度は、予測や評価によってのみ、つきとめることができます。厳密な額は「確かな最低損害額」であろうと—このような方法によって算定することはできません<sup>39)</sup>。したがって、締結詐欺というこの事案において、既遂を肯定し行為者を処罰することは、将来より難しくなることでありましょう。もともと、これらの事案において行為者を無罪とすることが全く望まれていないという理由から、危険損害を見積もるために判例が方策を練っていること<sup>40)</sup>も考慮に入れなければなりません。このことがどのように展開されるか、注視せざるを得ません。

## 第五章 まとめ

・詐欺構成要件は、ドイツ刑法において最も難しく、かつ、最も議論のある題材に属します。このことは、危険な取引の事案に特に当てはまります。

・この取引とは債務負担行為です。これによって直接的に財産的価値が移転することはありません。契約締結後のさ

らなる展開が不明確であるところに、その類型的な特徴があります。

・危険な取引を詐欺行為と解釈することは、多くの場合において、かえって困難であります。なぜなら、誠実さというフィクションを承認するときのみ、行為の時点においてすでに、欺罔行為がしばしば推定されうるからです。そのことによつて、行為者は、意思表示時に何もしていないにもかかわらず、欺罔行為を行ったとされてしまうのです。

・同じように難しいのは、財産的損害を確定し算定することでもあります。ドイツの裁判所は、将来の損害の危険を現実の損害へと解釈し、その損害を債務負担行為時において認めます。損害の正確な算定は困難であります。というのも、事態が今度どう推移するかの予測は、履行行為が行われるところまでの範囲で行う必要があるからです。その予測は当然正確なものではありません。

・財産的損害をめぐる解釈論の動向はドイツにおいて非常に動揺しています。財産的損害をめぐる議論がさらにどう推移するのか、注意深く見守りたいと思います。

(1) 二〇一五年一〇月七日に日本大学において行った講演を補訂したものである。その文章体を保持している。

(2) 例えば次のような告知義務である。保険契約法一九条による保険契約者への告知義務、民法六六六条による受任者の情報提供義務、民事訴訟法一二八条による民事訴訟における真実義務 (*Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 38. Auflage 2015, Rn. 505* を参照)。

(3) *Tiedemann, in: Leipziger Kommentar, Band 9/Teil 1, 12. Auflage 2012, S 263, Rn. 28 ff.* それによれば、挙動による欺罔という考えは、詐欺罪の本質をコミュニケーション犯罪と解することに由来し、相手方の期待を次のような事情を考慮しながら

ら規範的に捉えようとする。それは通常、契約締結時に意思表示される事情であり、意思表示の射程は取引上の見解や法律の規定をもとに解釈によって確かめられる。

- (4) これについては、*Hefendehl*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 5, 2. Auflage, 2014, § 263, Rn. 144 を参照せよ。
- (5) *BVerfGE* 130, 1, 8 f を見よ。また、*BGHSt*, 54, 69 を見よ。
- (6) *BGHSt* 51, 165 ff (Hoyzer 事例) と *BGH NStZ* 2013, 281 f (コンピューター詐欺について)。
- (7) *Tiedemann* (前掲注(3)), § 263, Rn. 202 を見よ。
- (8) *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Auflage 2009, § 5, Rn. 40f.; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 13. Auflage 2015, Rn. 28.
- (9) 全体を決算する原理については、*Schönke/Schröder-Perron*, Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2014, § 263, Rn. 99 を参考に参照せよ。
- (10) これについては、*Hefendehl* (前掲注(4)), § 263, Rn. 538 ff を見よ。
- (11) *BGH NStZ* 2013, 404, 405 を参考に参照せよ。Kindhäuser / Neumann / Paefgen-Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 4. Auflage 2013, § 263, Rn. 317.
- (12) *BayObLG NStZ* 1994, 491, 492; *Tiedemann* (前掲注(3)), § 263, Rn. 175; *Hefendehl* (前掲注(4)), § 263, Rn. 766.
- (13) 悪意による欺罔を理由とする取消。民法一一三三条。
- (14) *Schönke/Schröder-Perron*, Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2014, § 263, Rn. 120. 当然に与えられたる瑕疵担保法や不法利得法による請求や取消権はそれゆえ行為既遂を妨げない。
- (15) *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 2003, § 29, Rn. 126 ff.
- (16) 刑法における財産概念に関する詳細については、*Hefendehl* (前掲注(4)), § 263, Rn. 336 ff; *Tiedemann* (前掲注(3)), § 263, Rn. 173.
- (17) *BGH NStZ* 2015, 514, 515; *Tiedemann* (前掲注(3)), § 263, Rn. 173 ff を参考に参照せよ。

- (18) これについては *Hefendehl* (前掲注(4)), S. 263, Rn. 589 及び 591 を見よ。
- (19) そのように言及しているのは *Tenckhoff*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner, 1987, S. 677, 680 ff.
- (20) BGHSt 47, S. 1, 3; *Lachner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 28. Auflage 2014, S. 263, Rn. 6, Schönke/Schröder-Perron, 29. Auflage 2014, S. 263, Rn. 11.
- (21) § 13 StGB (不作為犯の規定〔訳者注〕)。行為者は構成要件の結果が生じないよう、保証しなければならぬ。
- (22) BGHSt 47, 1, 3 を見よ。
- (23) 民法一五七条 (契約の解釈〔訳者注〕)。
- (24) そのように解するのは、例えば、いわゆる「飲み逃げ」事案における可罰性を根拠づけるべきである。Schönke/Schröder-Perron, StGB, 29. Auflage 2014, S. 263 Rn. 28; BGH GA 1972, 208, 209.
- (25) これについては *Hefendehl* (前掲注(4)), S. 263 Rn. 144 を参照せよ。
- (26) これについては *Frisch*, Konkordantes Täuschen. Zur Normativität, Gesellschaftsbezogenheit und theoretischen Fundierung eines Begriffs, in: Festschrift für Günther Jakobs, Köln/Berlin/München 2007, S. 97-130.
- (27) BGHSt 51, 165.
- (28) *Saliger / Rönnau / Kirch-Heim*, NStZ 2007, 361, 364 以下、次のように的確に述べる。すなわち、賭博の「取引基盤」が欠ける、とされる。
- (29) そのように指摘するのは *Hefendehl* (前掲注(4)), S. 263 Rn. 589. 同様に、この問題が生じている背任罪の構成要件 (ドイツ刑法典二二六条) については *Dierlamm*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2014, S. 266 Rn. 226.
- (30) Schönke/Schröder-Perron, 29, Auflage 2014, S. 263 Rn. 143.
- (31) BGH NJW 1992, 233.
- (32) OLG Stuttgart NJW 1969, 1975; OLG Celle NJW 1974, 615.

- (33) これについては、BGH NStZ 2013, 711, 712 を見よ。土地債務を担保する不動産消費貸借におけるキックバック制度の状況については、BGH NStZ-RR 2005, 374, 375。
- (34) BGHSt 51, 165。
- (35) これについては、*Jahn/Maier Jus* 2007, 215, 218 f. を見よ。また、*Saliger/Rönnau/Kirch-Heim NStZ* 2007, 361, 365ff.; *Radtke Jura* 2007, 445, 449 ff.; Schönke/Schröder-Perron, 9 Auflage 2014, StGB § 263 Rn. 114; *Hefendehl* (前掲注(4)), § 263 Rn. 508 ff. を参照せよ。
- (36) BGHSt 51, 165, 175。
- (37) BVerfGE 126, 170, 211 f.; BGH NJW 2013, 883, 886。
- (38) BGHSt 53, 198。
- (39) そのように指摘しているのは、*Schiemann, NJW* 2013, 883, 888; *Kraatz, JR* 2012, 329, 334 (違法な請求を意図した生命保険の締結による締結詐欺に関して)。
- (40) そのようにいうのは、例えば、*BGH NJW* 2013, 883, 886。また、*Jäger, JA* 2013, 868, 870 は、連邦通常裁判所がこれから判決を下すに際して、危険損害を換算する戦略を危惧している。

【解題および訳者あとがき】

(1) 本稿は、日本大学により招聘されたベルリン自由大学のゲルハルト・ゼーエア (Gerhard Seher) 博士が、二〇一五年一〇月七日に日本大学法学部において講演された原稿 (Gerhart Seher, *Betrug durch Risikogeschäfte? Comparative Law* (Nihon University), 32 (2015), S.17 ff.) を訳出したものである。当日は、青山学院大学院法務研究科のカール・フリードリッヒ・レンツ教授が本講演を通訳され、質疑応答が交わされた。なお、ゼーエア博士の経歴

については、ゲルハルト・ゼーエア（上野幸彦訳）「限界なき刑法？——犯罪化の哲学的な限界を探究して——」日本法学八二巻四号（二〇一七年）二〇六頁を参照していただきたい。

(2) 消費貸借契約や生命保険契約、賭博など、その結果が将来実現するか否かについて不確実性がつきまとう取引において、欺罔行為により、契約が締結され、あるいは、試合を操作する条件が設定された場合、その時点において、詐欺罪は既遂に至るのか。ゼーエア博士は、本講演において、この問題をめぐるドイツの議論状況を説明するとともに、たしかに危険な取引における詐欺は当罰的だが、契約締結や試合操作の設定の段階において詐欺罪の既遂を認めることには消極的な見解を示されている。その時点において詐欺罪の既遂を認める説は、「拳動による欺罔」に重点をおき、詐欺罪の保護法益を取引における「誠実さ」に変更したり、財産的損害という構成要件を「財産的損害に匹敵する財産危険」と変換したりしようとするが、それは侵害犯である詐欺罪を危険犯化することにつながるだけでなく、罪刑法定主義違反のおそれもある、とゼーエア博士は指摘される。

(3) さて、ゼーエア博士が提起した問題、すなわち、危険な取引における詐欺の問題は、わが国ではどのように捉えられるであろうか。わが国の学説および判例は、この問題につき、おおむね詐欺罪を認める方向にあるといえよう。近時、学説においては、詐欺罪を次のように解する傾向にある。すなわち、詐欺罪の本質は被害者が反対給付の錯誤に陥ることにあるとされ、これとの関係で、行為者の欺く行為とは、被害者が財産を処分するに際し重要な事項を偽ることである、とする理解である。こうした考えに立つ裁判例も相次いでいる（例えば、福岡高判昭和五六年九月二二日刑月一三巻八・九号五二七頁、東京高判昭和五九年一月一九日判タ五四四号二五一頁〔クレジットカード事例〕、最決平成一九年七月一七日刑集六一巻五号五二二頁〔預金口座開設事例〕、最決平成二三年七月二九日刑集六四巻五号八二九頁〔搭乗券事例〕、最決

平成二六年三月二八日刑集六八卷三号六四六頁〔ゴルフ場事例〕。ここでは「欺く行為」の解釈に重点がおかれ、「挙動による欺罔」が積極的に肯定されている。

右のような、詐欺罪をめぐる最近の理解によれば、危険な取引における詐欺は次のように解されよう。消費貸借契約を締結する際に、信用を供与する側は被害者の現段階および一定期間における支払い能力に関心をもつ。生命保険証券を供与する側は、掛け金の支払い能力だけでなく、この制度を悪用する意思のないことを確かめたいであろう。賭博提供者は、賭けの対象となる試合において八百長があることを知ったなら、金銭を賭けることはないのであろう。こうした被害者の財産処分において重要な事項を行為者が伝えないことは「挙動による欺罔」であるとされよう。

締結詐欺においては、その時点においては未だ財産的損害は生じていない。しかし、財産的損害が構成要件要素とされているドイツ（ドイツ刑法二六三条一項）とは異なり、わが国の詐欺罪においては財産的損害が構成要件要素とはされていないことから、財産的損害が緩やかに解される契機がある。また、詐欺罪の保護法益についても、たしかに被害者の財産ではあるが、そこでは、被害者が望んでいた反対給付がなされていないことに重点が置かれるようになってきている。こうしたことを併せて考えると、わが国においては、危険な取引における締結詐欺は詐欺罪の未遂にとどまらず既遂と解されやすいのではないかと思われる。

(4) 危険な取引における詐欺の扱いをめぐる、ドイツと日本の間にはどうも温度差があるようである。たしかに、日本の詐欺罪とドイツの詐欺罪は異なるのだから、ゼーエア博士の指摘は参照に値しないという見方もあるかもしれない。しかし、それは比較刑法学を軽視している。人を騙して財産を処分させ、それを得る行為は、どこの国においても行われている。問題は、同じ人間の行為が国によってなぜ評価が異なるのか、にある。ゼーエア博士の指摘には、

まさに詐欺罪の本質とは何かを日本の研究者に再考させる迫力がある。わが国の判例や学説は、詐欺罪は侵害犯と解しつつも、その内実を危険犯的に、その法益に非財産的側面も含めて考慮しようとしているからこそ、ゼーエア博士の問題提起に耳を傾けなければならぬ。

(5) しかし、温度差が生じる決定的要因は、もつと奥深いところにあるように思える。それは、罪刑法定主義に対する理解である。当罰性の高い新たな事象が社会内で生じたときに、わが国では、現行法の規定を拡張解釈して、その事象を捕捉しようとするであろう。刑罰法規における構成要件が抽象的だから、そのような対処が可能となる。しかし、ドイツでは、既存の刑罰法規の枠を遵守するとともに、新たな事象に対しては、既存の刑罰法規を無理に解釈して捕捉するのではなく、新たな立法を制定する方が好ましい、とする価値判断があるように感じられる。ゼーエア博士の講演にも、その姿勢が行間に強くにじみ出ている。