

◇ 紹 介 ◇

クラウス・ティーデマン
記念論文集の紹介（４）

Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag

刑 法 読 書 会
松 宮 孝 明* （共編）
経 済 刑 法 研 究 会
浅 田 和 茂**

目 次

紹介を始めるにあたって

ハンス・アッヘンバッハ「経済刑法の改革の動き——1つの回顧」

ヴァルター・ペロン「背任罪における危殆化損害についての覚書」（以上、353号）

ハンス・ルートヴィッヒ・ギユンター「秩序違反——直接に侵害される個人としての被害者のない犯罪——」

ルドルフ・レンギア「競争（刑）法に照らした販売促進のためのコルク料およびその他の措置」

ハインツ・ミュラー・ディーツ「現代文学における刑事弁護人のイメージ」

（以上、354号）

レオナルド・H・ライグ「越境犯罪に対する規制の増大——イギリスの経験についての評価」

ベルント・シューネマン「経済企業に対する刑法上の諸制裁？」（以上、355号）

グンター・アルツ「見えすいた大量欺罔による詐欺」

ヴィルフリート・キューパー「いわゆる履行詐欺について 概念、方法並びに構想についての覚書」（以上、本号）

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

** あさだ・かずしげ 立命館大学大学院法務研究科教授

グンター・アルツト

「見えすいた大量欺罔による詐欺」

Gunther Arzt, Betrug durch massenhafte plumpe Täuschung, Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 595-603

〔紹介者まえがき〕

本論文の著者グンター・アルツト教授は、ドイツ出身で、テュービンゲン大学のユルゲン・パウマン教授のもとで教授資格請求論文を執筆した。ゲッティンゲン大学およびエアランゲン大学教授を経て1981年からスイスのベルン大学で教鞭を執られ、2001年から同大学名誉教授である。経済刑法に関連する主著は何といても、「法益関係的錯誤の理論」をうち出した Willensmängel bei der Einwilligung (1970) であろう。本論文も、その具体的な適用が問題となりうる一領域を扱ったものである。以下はその要約である。

論文の概要

I. 被害者が軽率な場合の欺罔行為の否定 (スイスの実務を出発点として)

ティーデマンは研究活動の当初から刑法学をヨーロッパの文脈で捉えており、近隣諸国の法も検討対象として経済刑法一般や詐欺罪に関する業績を上げてきた。これに鑑み、本稿は、スイス刑法146条およびドイツ刑法263条の詐欺罪をとり上げる。スイスの実務では、大量に行われる粗野な方法での詐欺的事案においては欺罔行為性が否定され、それが正当とされていることについて論じる。

II. 大量欺罔に特有の問題点

1 大衆の軽率さを利用する場合

富裕層人口率の最も高いツーク州には100年以上前から、請求書のように見える意味のない書類を世界各地に送りつける会社がいくつか存在している。こういった会社は旧東ブロック諸国が自由主義経済に転換した際のビジネスモデルになった。スイス連邦裁判所判例集129巻4号49頁（2002年12月18日判決）の事案では、2年半の間に4回、それぞれ10万通以上の請求書様のものを送付していた会社の法人格

否認が認められた。首謀者は不正競争防止法違反により第一審で有罪とされ、執行猶予付きの自由刑45日または500スイスフランの科料 (Busse) を科されたが、控訴審では無罪となった。連邦裁判所は破棄差戻し判決を出すとともに、公訴時効が少なくとも一部成立していることを指摘した。高等裁判所は時効が成立していないとし、不正競争防止法違反により科料1万5000フラン執行猶予2年の有罪判決を宣告した。被告人側が上告し、連邦裁判所は判例集129巻4号305頁の判決(2003年9月16日)で再度これを破棄した(公訴時効の一部完成が主な理由)。

この事案で興味深いのは、刑法146条の「業としての詐欺罪」での起訴がなされていないことである。なお、没収された犯罪収益は詐欺罪では被害者に還付されるが、不正競争防止法では国庫に帰属するという相違がある。

2 大衆の愚かさを利用する場合：リスクのないもうけ話

リスクを負わずにもうかります、という話は、昔からべてん師のよく使う手口である。スイスでは2005年に、「当選のお知らせ」への警告が出された。被害者らは、外国の宝くじに当選しましたというお知らせを受け、送金手数料と称して金員をだまし取られたのである。だが、彼らはそもそも外国の宝くじなど購入していなかった。こういった手数料詐欺はいろいろな手口で横行している。しかし、スイスの実務では、欺罔行為がないとされることが多い。

3 行為者の観点からの特徴

このような事例を大した問題でないという人も多いかもしれないが、行為者側からすると、だまされる者の率が非常に低くても、安い費用で大量に「お知らせ」を送ることができれば、十分に収益が上がることになる。従来ならば発見できなかった潜在的被害者が容易に発掘できるようになったということである。よく知られたシリウス事件〔紹介者注：被害女性をシリウス星人に生まれ変わらせるとだまして金員を支払わせ、自殺させて生命保険金を詐取しようとしたが未遂に終わったドイツの事件 BGHSt 32, 38 (1983年7月5日判決)〕でも、犯人はスイスの評判を悪用していた。金員は生まれ変わりのためにレマン湖のウリコ修道僧なる者に支払われることになっていたからである。もちろん、個人をターゲットとするこうした詐欺と、大量に送りつけられる「お知らせ」とは、手口が異なる。だが、愚者の利用という点は共通である。結婚詐欺は両者の中間形態であろう。

それほど愚かではない者に対しても、連続した攻撃が功を奏することがある。法人においては、従業員を1人だませればあとは自動的に進むということもある。

4 被害者の観点からの特徴

(1) 「信用する前に相手を見よ」をどのように適用するかにはいろいろな可能性がある。しかし、取引は最低限の安全性を国家が保障する必要がある。たとえば通貨偽造・有価証券偽造は受取人の不注意にかかわらず常に可罰的である。

(2) 反対給付として物が交付されているのか、単に被害者の支払いのみがあったのかの相違も問題となる。不正競争防止法は前者にしか適用できない。

(3) 媒体を提供している者が共犯にならないのかも問題である。明らかに価値のない商品やサービスの広告を掲載することは犯罪ではないと考えられているが、それは非物質的な幻想の満足が問題になっているからであると思われる。運命鑑定などははずれてしまうのに広告を流すテレビが処罰されないのは、一時的な満足を与えているからである。しかし、真面目な新聞に掲載されているという理由で信じてしまう人もいる。共犯の成立余地はあるというべきだろう。

個別に電子メールや郵便で発送される場合には、公刊物やテレビ、ラジオとは異なる事情もあるが、それもほとんど堂々として行われていることが少なくないため、被害者はかえってそれでだまされてしまう場合もある。

5 刑事司法の観点からの特徴

特に不注意あるいは愚かな被害者を利用した大量の詐欺的行為の場合、欺罔行為の要件自体以外にもいくつかの難点がある。

(1) 摘発に膨大なコストがかかること。被害者の自己責任として解決すれば、国家側のコストは最小化できる。欺罔行為の解釈を広げると大量の被害者について捜査が必要になる。1人の被害者と継続的な取引がある場合には、後のほうではもはや追加的な欺罔行為は行われていないから、どこでそうなったかの調査まで必要になる。

(2) 捜査を行ったとしても、疑わしきは被害者の不利益に処理されるため、いずれにしても被害者の十分な保護は不可能である。

(3) 金員を支払った者全員に対して、少なくとも未遂は成立していることから、誰について既遂で誰について未遂かを明らかにする必要が出てくる。

(4) 被害者の落ち度かどの程度であったかは量刑事情となるので、これも個別に明らかにしなければならない。

Ⅲ. 結 論

以上の内容は2つにまとめられる。

(1) 相手方の不注意につけ込む場合については、欺罔行為の要件を肯定することができる。個別的には否定すべき場合もあるが、道路に穴が開いていたときに不注意で負傷した被害者が保護されるのであれば、フィッシングに引っかけた被害者も保護されるべきである。

(2) 愚かさにつけ込む場合はやや複雑である。連邦裁判所は明らかに、リスクのないもうけ話にはやすやすと乗るほうが悪いと考えているようである。しかし、客の愚かさという点では、これらは運命鑑定や化粧品、やせ薬、ウェルネス産業などの場合と基本的には同じであるように思われる。いずれにおいても、幸福を得ようとする客の不合理的な幻想がつけ込まれており、手口としても、必ずもうかりますという話は、その他の効果の約束と異なるものではない。両者の相違は、財産上の損害の点にある。化粧品などでは少なくとも一瞬は幸福が実現したような気になるのに対して、もうけ話のほうはすぐに嘘がばれてしまう。そのため、実務は、占いやダイエットは処罰してこなかったが、宝探しは19世紀から処罰してきたのである。

一定の場合には詐欺罪の成立を認めるべきであるとする点で、私見もティーデマン説と同じである。だが、認めるべきでない場合もあるので、愚かな人々を刑罰法規以外の方法でどのように保護するかも問題である。ティーデマンが考えた遊覧船の事例は、高齢者に「おいしくてリッチ (reichhaltig) な昼食付き、お持ち帰りも可能」と宣伝されていたのに、実際には豆のスープが1缶出ただけだというものである。〔紹介者注：ドイツ〕不正競争防止法16条が詐欺罪の周辺領域をどの程度カバーできるかには、ここでは立ち入らないでおこう。ただ、客が対価を支払ったときには不正競争防止法による処罰が可能だが、物やサービスを購入していない場合には不可能だというのは不均衡であるように思われる。スイスの最近の裁判例も、正当にも、被害者らは授業料を払って賢くなるべきだと理由でべてん師を無罪とすべきではない、としている。

本稿では、ドイツの議論を参照し、被害者が軽率な場合に欺罔行為の要件を否定するのは簡単だが、肯定すると実務上の処理が困難になることを示したつもりである。スイス法では、3つの要素を考慮して、欺罔行為の要件が否定されている。

(1) 国家資源は限られているので、客が最小限の注意さえ払えば被害を防げるところにおいてまで刑法的保護を与えることは不適切である。

(2) 客が軽率であることは誘惑的要素であるため、これを利用する場合の非難可能性は比較的軽い。

(3) スイスでも法の保護範囲や答責領域の理論がある程度採用されている。

この３要素のどれがどの程度重視されるかには不安定な面もあるが、ごく一般的に信義則などを持ち出すよりはましだと思われる。ところがドイツ連邦通常裁判所のBGHSt 47, 1〔紹介者注：2001年４月26日判決〕は「不注意な者を自身の不注意の帰結から保護することは、詐欺罪の保護法益には含まれない」などと大盤振舞いをしている。事案は、新聞の死亡広告をインターネットにも掲載するとして料金を支払させたものであった〔紹介者注：わかりにくい記載がなされていた事案で欺罔行為性が争われ、結論は有罪となった〕。そのため、取引に慣れた者に対して請求書様のものを送る行為が詐欺罪になるのかどうかについての一般的な判断は示されていない。かつてBGH NStZ 1997, 186〔紹介者注：1979年２月27日決定〕では、そのような者に対する詐欺罪の成立が否定されたが、その理由は、欺罔の意図がなかったとされたためであった。勘定書を受け取る者が勘違いするかもしれない、との未必の認識で足りるかどうかの問題は、未必の故意と許された危険との不調和の問題であるように思われる。この事案で実体法上詐欺罪の成立を認めることへの疑問や立証の困難性についての私見は、ティーデマンの支持を得ることができた。しかし、BGHSt 47, 1 やスイス連邦裁判所判例集129巻４号49頁・同305頁の事案は、いずれも意図的に勘違いを起こそうとした場合である。BGHSt 47, 1 が法益性まで否定してしまったのは行きすぎであるように思われる。こういった大上段に構えた定式化はスイスの感じがするが、ドイツのキントホイザー説を採用したものである。彼は「被害者が慎重に自己主張すれば拒むことのできた勧誘は、構成要件に該当しない」と述べていたのである。これは一般的には妥当することかもしれないが、詐欺罪の解釈には役に立たない。大上段の議論は得てして自由裁量がほしいときに出てくるものである。確かに、われわれは従来の解釈論の複雑さにうんざりしている。国別に解釈論が細かくなっていくほど、比較法的な検討は難しくなる。しかし、本稿はスイス法とドイツ法をとり上げ、スイス法が、「被害者の自己答責性による欺罔行為の否定」などといった石を便宜に取ってくる石切場ではなく、１個の建物として考えられるべきことを示そうとしたものである。

〔紹介者あとがき〕

スイスにはしばしばドイツよりも刑罰の使用が謙抑的な領域があり、本論文で扱われている類型もその１つである。ドイツのみならず、日本でも詐欺罪の成立はよ

り広く認められているが、スイスのように処罰を限定している国もあることは注目すべきであろう。2001年の日本刑法学会第79回大会の共同研究「刑法における自律と自己決定」では、賢い消費者を育てる政策の必要性が指摘されたところである（松宮孝明「刑事立法論における自律と自己決定」刑法雑誌42巻2号195頁以下）。アルツト教授は本論文で、法益性や故意を否定することによってではなく欺罔行為性および損害の限定によって詐欺罪の成立範囲を画する立場を採用している。被害者の行動や消費者教育政策といった、客側に着目した基準を立てるのではなく、あくまで既存の犯罪論体系と解釈論から解決を導こうとするところに議論の特徴がある。

日本では、消費者保護のために詐欺罪の適用が無限定に拡張されているわけではないものの、特定商取引法では周辺の行為がかなり広範に処罰されており、近年ではフィッシング処罰などの新規立法も進んでいる。だが、新たな手口の登場に合わせて次々に特別規定を制定することには、政策的に望ましくない帰結や不公平性を生じるおそれがあり、反省が必要であるように思われる（高山佳奈子「実体法の見地から」（特集・刑事規制の変容と刑事法学の課題）刑法雑誌43巻1号11頁以下）。本論文では直接の検討対象になっていないが、日本では、恐喝との区別があいまいな不正請求などの事例も生じており、合わせて考察する必要があるだろう。

なお、論文中に手続法に関する議論があり、この部分は日本法には直接援用できない。スイス法においてもドイツと同様に、原則は起訴法定主義であり、訴追機関および裁判所には実体的真実解明義務が課されているからである。もっとも、不起訴にできる場合はドイツに比してより一般的な枠組みで認められている（刑事訴訟法7条・8条）。

（高山佳奈子）

ヴィルフリート・キューパー

「いわゆる履行詐欺について 概念、方法並びに構想についての
覚書」

Wilfried Küper, Der sog. Erfüllungsbetrug Bemerkungen zu Begriff,
Methode und Konstruktion, Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 617-636

〔紹介者まえがき〕

本論文は、ドイツ刑法の詐欺罪（同263条）の財産上の損害要件の議論において

主として登場する、いわゆる履行詐欺について取り扱っている。履行詐欺は、（契約）締結詐欺（Eingehungsbetrug）と対になる概念で、後者が、契約締結時に欺罔を行い、その時点で被害者に（財産危殆化）損害が生じることを意味するのに対し、前者は契約の履行段階になって損害が生じることを意味する。筆者は、Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar の第11版（1998年）内のクラウス・ティーデマン教授による注釈（最新版は2012年の第12版）において、履行詐欺に関する記述が非常に簡潔であるとして、この概念について検討している。

本論文の著者であるヴィルフリート・キューパー教授は、ミュンスター大学教授を経て、1976年にはハイデルベルク大学教授に就任し、2005年に退官している。キューパー教授の略歴・業績については、宮澤浩一編『西ドイツ刑法学 学者編』（1978年、成文堂）315頁以下も参照されたい。キューパー教授は、刑法各論に関する著名な教科書 Strafrecht, Besonderer Teil: Definitionen mit Erläuterungen（単著としての最新版は2012年の改訂8版）を執筆しており（2015年には9版が、ヤン・ツォプフス教授との共著として出版されている）、同書においても、財産損害の項目において履行詐欺と締結詐欺についての記述がある。

論文の概要

以下に本論文の章立てに沿ってその内容を紹介する。なお、本論文には章番号のみで見出しがないため、以下の見出しは、紹介者が紹介の便宜上付したものである。

I. 履行詐欺に関する従来の議論

筆者は、はじめに履行詐欺に関する Leipziger Kommentar におけるティーデマンとその前任者であったラックナーの記述、及び、それに対する学説の評価について紹介し、最後に、2002年のドイツ債務法改正によりどのような変化が生じたのかについて分析を加えている。

1. ティーデマンによる履行詐欺の解説

まず、ティーデマンの記述が紹介されている。

「履行詐欺」の主たる問題である財産損害（「履行損害」）は、ティーデマンにより、「中古車市場における欺罔事例」において最初に述べられている。それは、販

売者が契約締結の際に購入商品の質について欺罔し、この欺罔が契約履行の段階においても作用し続けるという事例であり、この状況は一般に「不真正履行詐欺」と呼ばれている。販売者が乗用車の本質的性質（例えばその無事故）について欺罔したが、価格自体は市場価値に相応していた場合、購入者は、「経済的観点によれば、購入代金の完全な対価」を受け取っているため、財産損害は存在しないとされている。ただし、この解決は、「私法」に矛盾する。なぜなら、私法は、購入者に「購入代金の減少請求権」を認めるからである。ティーデマンによれば、この批判を述べる「注目すべき少数説」は、「私法に基づけば、被欺罔者は支払わなければならない額より多く支払わなければならないことを理由に、損害を肯定する」が、説得的ではないとする。

「通説的見解」は、「全体的考察」に基づいて、契約の締結と履行を「統一的取引事象」と見ており、「被欺罔者は、たしかに契約締結により裕福になっているが、最初から目的とされていた履行請求及び瑕疵担保責任に基づく請求の挫折により、同時により貧しくなっている」という基礎付けにより詐欺の損害を否定する。なぜなら、そのような請求権は「経済的に価値がない」からである。たしかに、通説は、欺罔者は「私法上その表示に固定され」なければならず、「誰も自らの悪たくみをたてに取っては」ならないという理由で問題がある。しかし、「少なくとも、取り決められた購入代金が市場価格通りで、欺罔者がより有利に取り決めるつもりがなかったという場合には、欺罔は、被欺罔者の経済的な地位の悪化をもたらさない」。このことは、「利益期待」の挫折は、期待が「財産価値ある期待権にまで強化」されていなかった場合、損害を意味しないという考えに相応する。したがって、体系的に見れば、(不真正)「履行詐欺」の場合、給付と反対給付が比較され、「履行の請求権」は顧慮されない。

それに対して、ティーデマンが異なる評価をするのは、欺罔者が、契約締結後に契約に従った給付を行わないことを決意するという、いわゆる「真正履行詐欺」の事例である。この事例では、「実際にもたらされた(劣っている)給付の価値と、その給付に対する請求権の価値とが比較される」。というのも、被害者は、不真正履行詐欺とは異なり、「経済的価値ある期待権」を獲得し、欺罔によりそれが「失われた」からである。したがって、損害算定は「私法従属的」である。すなわち、損害算定は、種類債務 (Gattungsschuld) の際には、(欺罔者の)「履行としての完全性」(の不存在)を、特定物債務 (Stückschuld) の際には、(被欺罔者による)「減額請求権の存在に基づく超過支払」を問題とする。履行詐欺の問題が登場するのは、給付と反対給付が「経済的に均等である」が、被欺罔者が「特別に有利な給

付」への契約上の請求権を獲得していた場合のみである。

2. 履行詐欺の意義

ティーデマンの上記論述、とりわけその最後の部分を受けて、筆者は、履行詐欺の定義について述べ、その損害比較方法を指摘する。

a) 今までほとんど明確ではなかった「履行詐欺」の概念は、詐欺の損害の基礎付けの文脈に入れられるべきである。すなわち、履行詐欺は、債務負担行為（Verpflichtungsgeschäft）の「履行」（清算）の際に生じる財産損害に関連し、損害の調査のために、個々の取引の「履行段階」を参照するように指示する。以上の観点から、「履行詐欺」の概念は、完全に一般的に、「締結詐欺」との対照概念として利用され得る。締結詐欺の場合、財産損害が債務負担行為の締結から既に直接に生じ得る。履行詐欺の特徴をなすのは、欺罔の時期を問わず、「履行段階」において欺罔に結びついた財産損害が問題になる全ての事例である。既に契約締結時に存在しているいわゆる「損害と同一の財産危殆化」として基礎付け可能な損害（「締結損害」）が、契約履行の段階において「最終的に実現する」という事情は、先行された「締結詐欺」と重なる「履行詐欺」として分類されるべきであろう。

「履行詐欺」の概念を、損害の基礎付けのために履行段階に関連付けるというように一般的に利用する場合、履行詐欺の特性は、財産損害の認定方法が、通常の実詐欺と原則的に異なるべき点に存在することになる。すなわち、交換取引が問題になる限りで、損害の基礎付けは、（締結詐欺の場合）原則的には、給付と反対給付、又は（及び）、請求権と反対請求権の関係が決定的であり、財産損害はこの関係から「等価性の欠如」として生じるが、「履行損害」の認定はそれと異なるということである。

b) 履行損害を基礎付ける比較は、履行段階においてもたらされる給付と、契約上の給付者の義務、反対側から見れば、給付受領者の請求権との比較である。この比較は、個々の実際にもたらされた給付が、契約に基づきもたらされるべき給付と一致するのかがという観点の下で行われる。この考察の場合、財産損害は、「行われた給付」と「行われるべき給付」の不一致である。その際、不一致は二つの基準により判断され得る。第一に、被欺罔者が、その債務法上の請求権に比べて、給付として同人に本来与えられるべきものより少ないものを受け取るということ、第二に、被欺罔者自身が、その（本来の）債務、つまり、行為者の請求権を超過する給付をもたらすということである。

そのような「債務法従属的な」、実際の給付と請求権との差から確定される「履

行損害」は、「通常の」財産損害と一致する可能性があり、その場合に等価性の欠如による損害が認められるならば、履行損害は必須ではない。「履行詐欺」が意味を持つのは、個々の物の価値が——その取り決めに違反した質にもかかわらず——契約上の購入代金に（少なくとも）相応するために、等価性の欠如が存在しない事例である。そのため、用語上の不明確性を回避するために、履行段階において「通常の」財産損害が認定できる事例は、「履行詐欺」のカテゴリに属しない。

3. ラックナーによる履行詐欺の考察について

ティーデマンの前任者であったラックナーの注釈では、履行詐欺についてより詳しく取り扱われており、また、ティーデマンの解説と内容も広く一致しているので、続いて、ラックナーの記述も紹介されている。

a) ラックナーは、第一に、「履行詐欺」の際に要件とされる財産損害を定義する。履行詐欺において問題なのは、「取引において互いに向き合う給付」ではなく、「相手方（行為者）により給付された商品が、債務負担行為に基づく被害者の請求権に劣るのか、逆に被害者が給付する際に、被害者が義務付けられたものより多くの給付をしているのか」ということである。「この比較基盤の権威性」は、「被欺罔者が、債務負担行為の締結により、彼の財産に経済的価値ある請求権を加え、相応する債務を引き受け」ていたということからあらわれる。「この請求権が完全には履行されない、又は、債務を超えた給付がもたらされる場合、経済的考察によれば、差引残高は低下する」。

この一般的な構造の描写後、ラックナーは、第一に、真正履行詐欺に取り組み、「経済的価値減少」の明瞭な代替基準をどのように解決したいかを示す。「真正の履行詐欺」は、「行為者が、相手方の請求に対して価値の減少を意味するが反対給付の価値に届く又は場合によっては超過する給付をもたらすことを、交換契約の締結後にはじめて決心する」と定義されている。このような（請求権との関係で）「価値の低下した」給付をもたらす場合、「被害者に算入」され得る「経済的財としての請求権と法的に保障された利益獲得の期待」が存在するため、被害者は、「経済的な考察方法によれば、侵害されている。なぜなら、財産客体に対する請求権が同人の財産にすでに加えられており、それが、価値の低下した給付の履行としての受領により、挫折させられているからである」。

ただし、以上のような「履行受領」の損害基準は一般的に妥当するものではなく、「種類債務」に限定される。種類債務の場合、「劣った履行が、行為者が債務の対象外のもの、又は、契約上取り決められた性質を欠く種類物を引き渡すというも

のである限りで」、被害者は、給付の受領によって損害を被っている。なぜなら、被害者は、「契約上同人が得ることを約束されていたものより価値の少ないものを受け取る」からである。他方、特定物の場合、ラックナーは「同じことが妥当する」としているものの、結果的に異なった評価がなされている。というのも、「被害者の請求権は、具体的に欠陥のあるその物に対して存在するという理由で、まさに、同人が契約により要求しなければならないものを」得ているからである。しかしながら、この場合、被害者には、「物に欠陥があること」及び「それに基づき瑕疵担保責任に基づく請求権を有することを秘密にされ」たままであるため、損害は、被欺罔者が、（履行としての給付の受領によってではなく）「同人が行為者に負う義務より多くの物を給付している」ことにより基礎付けられる。

b) ラックナーは続いて、いわゆる「不真正」履行詐欺について検討する。不真正履行詐欺は、「欺罔は、債務負担行為においてすでに行われている」が、「給付と反対給付の等価性のために、契約締結損害を基礎付けない」状況であるとする。しかし、ラックナーは、この事例の評価を躊躇している。ラックナーは、不真正履行詐欺において、「被害者は、その請求権の不知のために、他人が要求できるものより多くのものを給付し、そのため侵害されている」という少数説を引用する（「履行としての受領」は、この文脈において、損害を基礎付ける要因としてもはや述べられていない）。しかしながら、ラックナーは、結局のところ、この事例を「真正の履行詐欺」とパラレルには扱わない。

「債務負担行為と処分行為は、通例、一体をなし、私法の法構造によってはじめ、債務段階と履行段階に分解される」。私法によれば、「事象をさし当たり利得として理解し」、次いで「それを侵害として解する可能性」はあるが、「ひとまとめの生活事情の経済的考察」の際には、それによって被害者が「より貧しくなっていない」。というのも、契約締結の際に行われた欺罔は、「購入者を契約請求権により豊かにし、給付請求権の挫折により再びより貧しく」とするという二つの相互に相殺する作用を持つからである、と。ティーデマンと異なり、ラックナーは、「被害者の履行請求が、行為者の給付意思の欠如の点で経済的に無価値である」かどうかを明らかにしていないが、次の記述によって、彼が不真正履行詐欺の場合には、同請求権が経済的に無価値であることを前提としていたことが示される。すなわち、彼は、契約締結後に新たな独立した欺罔がなされるという事例について、（被害者の履行）請求権は、「経済的に価値がないものではなく」、この欺罔は、「被害者によって既に獲得された経済的地位への新たに独立した侵害」であるとしている。

4. 両見解の評価と民法改正の影響

I の最後において、ティーデマンとラックナーの見解への評価が記述されている。その際、2002年の債務法改正により両者が前提としていた私法の理論が変化していることから、改正後に対応した検討も行われている。

a) ティーデマンとラックナーの見解は、今日支配的なものといってよい。その際、「履行損害」の認定は、「真正の」履行詐欺の範囲においては、異議を唱えられていない。このことは、被欺罔者が相手方の給付の「受領」により被る損害と、被欺罔者が自己の給付により被る損害という、損害の選択的な基準にとっても同様である。それに対し、「不真正履行詐欺」の際には、履行損害は完全に否定されている。ただし、その「経済的な」論証に対しては、ティーデマンのいう「注目すべき少数説」による強い批判がある。

しかしながら、「履行損害」の従来の基盤であった債務法が2002年1月1日以来変更されていることが、刑法上の評価の際にも顧慮されなければならない。この変更は、履行損害の選択的基準における、「種類債務」と「特定物債務」に関連する。ただし、それは、損害認定方法自体や、「不真正の履行詐欺」を巡る議論には関係しない。

種類債務の場合、欺罔者による給付が同人の負った債務と異なるならば原則的に履行は存在しない。なぜなら、被欺罔者の履行請求は、個々の種類に由来する取り決められた質の物の給付に向けられ（民法旧243条1項、480条）、納品される具体的な物に制限されないからである。そのため、「履行損害」は、被欺罔者が「履行されていない」給付の「履行として」の「受領」によって、同人が契約上要求しなければならないものより少ないものを受け取っていることに基づく（「完全な履行の欠如」、 「少なすぎる給付」、 「履行の欠陥」）。これに対して、特定物債務（特定物売買）の場合、被欺罔者は、最初から契約上個別化された物の引渡請求権のみを持つ。ある物が取り決められた質を持たない場合、被欺罔者は、制限された履行請求権に基づき、この請求権に対応する給付を受け取り、「瑕疵担保責任に基づく請求権」のみが残される（旧民法459条以下、462条以下）。そのため、「履行損害」は、給付の受領の際に存在するわけではなく、被欺罔者が抗弁権として主張することができる減額権あるいは給付拒絶権があるにもかかわらず（民法旧459条以下、462条以下、472、478条）、完全な反対給付を行為者にもたらすことから生じる。すなわち、被欺罔者は、同人が義務付けられたものより多くのものを給付している（「多すぎる給付」、 「超過支払」）。

b) しかしながら、「種類債務」と「特定物債務」による以上の区別は、債務法改

正の結果、もはや保持され得ない。なぜなら、立法者は、「特定物債務」も、主として「種類債務」の（以前の）ルールによって取り扱っているからである。改正債務法によれば、購入者は、特定物の購入の際にも、「欠陥のない物」の調達への請求権を持つ（民法433条1項2文、434条）。この履行請求権は、不完全履行の際に、欠陥の除去、欠点のない「代替の提供」に向けられる追完請求権になる（民法437条1号、439条1項）。したがって、欠陥のある引渡しの際なお履行は存在しない。ただし、欠陥のない給付が不可能である場合（民法275条1項）には異なる。改正前債務法の「特定物債務」において妥当していた議論は、この「限定された特定物債務」にとって妥当し、「履行損害」は、被欺罔者の「多すぎる給付」によってはじめて生じる。新債務法によれば、履行損害の境界線は、「種類債務」と「特定物債務」の間ではなく、むしろ、特定物債務の領域において、被欺罔者がその欠陥のない給付を請求できる事例（「二次的な瑕疵担保責任に基づく請求権を伴う不履行事例」）と、被欺罔者の履行請求権が欠陥を負った給付に限定される事例（「一次的な瑕疵担保責任に基づく請求権を伴う履行事例」）との間に引かれる。

II. 真正履行詐欺についての検討

IIでは、真正履行詐欺について、特に受領段階において損害を肯定することの是非について検討が行われている。

1. 履行としての受領の基準

まず、履行の受領を検討することの意義が述べられている。

債務法改正における欠陥のある給付の原則的な「種類債務」としての取り扱いに基づき、履行損害が今まで「履行としての受領」によって基礎付けられていた「追完事例」の適用領域は、著しく拡張される。そのため、以下の論述は、主として、いわゆる「真正履行詐欺」において異議を唱えられていない損害認定方法、及び、とりわけ、RGSt16,1に起因する履行損害の独特の「前倒し」に至る「履行としての受領」の基準に向けられる。この際、「真正の履行詐欺」にとって典型的な状況、すなわち、欺罔者がその契約に違反した給付を最初にもたらず、つまり、「先履行」する状況が基本とされ、購入者が先履行する事例についてはここでは立ち入らない。「履行の受領」という損害要件は、今まで、「不真正履行詐欺」を巡る議論の陰にいたが、そこでも二重の観点において重要である。すなわち、「不真正」詐欺に「真正」詐欺の今までの規則を適用させる少数説は、首尾一貫した損害基準を適用

しなければならない。それに対して、二つの詐欺のパラレルな取り扱いを否定する通説は、「真正履行詐欺」の際に優遇されている損害認定方法の内在的な論理一貫性それ自体を否認するのではなく、「不真正」詐欺についてもそれを適用する可能性を否認するだけである。

さらに、「履行としての受領」に注意を向けるべき理由がある。「限定された特定物債務」の事例群において、「履行受領」の損害基準は、伝統的に用いられていない。しかし、この債務法上の履行権への密接な結合が刑法上説得的であるかどうかは疑わしい。確かに、被欺罔者は、欠陥ある給付の受領者として、その請求権通りのものを受け取り、その結果、単なる「履行としての受領」は問題にはならない。しかし、被欺罔者は、履行請求権の損失と引き換えに——その瑕疵担保権が示すように——経済的に常に「少ないもの」を受け取っており、その結果、ここでも、給付の「受領」においてすでに履行損害を検討する可能性が問題になる。逆に、一種の「事実上の履行」の状況としての「不履行事例」を、履行損害が被欺罔者の給付によってはじめて生じるという作用を伴う「履行事例」と同一視することが妥当ではないとすることは、疑わしいと言える。最後に、奇妙なのは、「不真正の履行詐欺」を「真正詐欺」のルールによって取り扱う少数説は、損害が履行としての受領の段階ではなく、被欺罔者の超過給付によってはじめて認定されるかのように述べているということである。

2. 「二次的な瑕疵担保責任に基づく請求権を伴う不履行事例」の分析

次に、ラックナーの記述を参考に、「履行の受領」が損害の第一の基準となる、「二次的な担保権を伴う不履行の事例」の分析が行われている。

ラックナーの論述は次のように特徴付けられる。すなわち、欺罔者の「行われた給付」(履行)と「行われるべき給付」のさし当り「事実的法的」比較は、既に問題になったように、類似的な「経済的財産価値」の比較に転換され、その不一致から履行損害が導き出される、と。その方法の根底には、「経済的」財産概念がある。同概念は、「行われるべき給付」の価値を、契約上構成された財産価値(「契約価値」)として、債務法上の取り決めにより拘束的に確定する。

a) ラックナーは、債務負担行為の締結により、被欺罔者の財産に「経済的価値ある請求権」が入ってくることを出発点とする。彼は、その請求権を、「法的に保障された利益の期待」と判定する。なぜなら、請求が、(後の)被欺罔者にとって「有利な取引」からの「利益の現実化」に向けられているからである。法的に保障された「利益」は、瑕疵のない物の給付請求権の対象となる財産客体に、契約上の

反対給付（購入代金）が有している価値より高い価値が与えられることから生じる。それと共に、請求権自身も、相応するより高い「経済的価値」を得る。反対給付の価値に相応するが期待権の（より高い）価値に相応しないという、欺罔者が取り決めに反した給付をもたらず場合、債務負担行為に由来する被害者の請求権より「価値の減少した」給付がもたらされる。請求権は、事実上「完全」には履行されていない。被欺罔者は、その履行請求権に基づき同人に与えられるものより「価値の少ないもの」しか得ていない。

しかしながら、ラックナーは、本来的な履行損害を、そのような相対的な「価値の減少」とは見ていない。むしろ、損害は、実質的に、「財産客体への請求権」が「価値の低下した給付の履行としての受領によって挫折した」ことにおいてはじめて存在するとしている。このことは、より厳密に考察すれば、履行損害の追加的で決定的な基準である。そのような「請求権の挫折」との関連付けにおいて RGSt16, 1 が挙げられている。というのも、同判例は、履行損害にとって問題となるのは、「欺罔者が与え、被欺罔者が同人に惹起された錯誤の結果履行として受け取った給付の価値に対する、被欺罔者によって欺罔の前に入手された契約上の権利の価値」としているからである。

b) ただし、ラックナーの履行損害の演繹的推論は、説明されなければならない隠された要件を含む。まず、契約上基礎付けられた履行請求権の「財産価値」が、欺罔者の履行準備の欠如や「履行意思の欠如」によって、（最初から）履行段階において受け取った給付の価値に低下していないことである。

この価値の低下は今日一貫して否定されているが、より精密な考察に値する。価値の低下を肯定する場合、「履行としての受領」による履行損害は認められない。しかし、欺罔者が、（欺罔によるものであるが）履行の準備を自ら基礎付けていた財産を被害者から再び取り上げるということを、法秩序は受け入れることはできない。このことは、経済的契約法的財産概念の基本である。「経済的に」も、期待権は、その契約上保障された価値を保持する。なぜなら、被欺罔者の履行請求権は、引き続き主張可能だからである。追完が挫折する場合、被欺罔者は、減額請求権として瑕疵担保権（民法437条2号）を主張できる。この——法的に保障された——瑕疵担保請求の期待権は、欺罔者の履行の準備（能力）と事実的にも独立し、欺罔者は、被欺罔者からそもそもそれを奪うことができない。

さらに、被欺罔者の（直接）財産を減少させる処分が要求される。履行詐欺の学説は、通例、履行損害にのみ取り組むが、相対的な価値減少給付の単なる「受領」に、処分は確実に見られるわけではない。なぜなら、この行為は、財産を全く減少

させていないからである。そのため、財産処分は、被欺罔者が、「履行としての」給付の受領の際に事実上その期待権の基となる請求権を放棄するということによってのみ基礎付けられる。レンクナーは、この財産処分を、「交換取引」にたとえる。すなわち、履行受領によって、契約上の給付請求権が、価値の劣った給付と「交換される」。

c) ただし、以上の観点から、処分に結び付けられた履行損害は、履行請求権が「放棄」に応じて被欺罔者の財産から除外され、本来の期待権が放棄・処分の結果失われたため、財産要素としてもはや現存しないということが、要件とされる場合にのみ、論理的に基礎付けられる。以上の前提の下で、事実上、ラックナー等が履行詐欺の出発点とする「履行損害」は設計可能となるが、彼らは、このことを十分に明らかにしていない。この損害は、被欺罔者が契約上得ることのできるものより「少ないものを受け取」ったという理由で請求権が「完全には履行されていない」ということ、その利益の期待が「現実化」しなかったこと、若しくは、請求権に反し「より裕福にな」らなかつたということなどにおいて単純に存在するわけではない。それは、請求権の不履行、あるいは、契約上保障された利益の不獲得しか意味しない。むしろ、履行損害は、被欺罔者がその履行請求権によって獲得していたであろう期待権自身が、放棄に含まれる処分によって同人の財産から再び自己侵害的に奪われるということにおいて存在する。すなわち、「期待権喪失」（請求権喪失）による履行損害である。

各文献における履行損害の財産損失に関する（曖昧な）表現も、常に請求権あるいは期待権の「喪失」を要件とする記述であり、このような履行損害の理解を示唆する。

3. 「期待権喪失」による履行損害の理解に対する批判

筆者は、以上のように分析した「期待権喪失による履行損害」に対して批判を加え、結論として、「履行としての受領」ではなく「超過給付」基準により履行損害を捉えるべきであると主張する。

a) 支配的見解の「期待権喪失による履行損害」という構想は、それ自体としては論理的であるが、非常に問題がある。この見解の言う「履行損害」は、価値の低い給付の受領の際の事実上の権利喪失の一種として潜在的・仮象的なものでしかない。すなわち、この損失は、被害者が自己の給付をもたらし、そのため、その放棄によってすでに同人が失っていた期待権を「相手に支払う」場合にはじめて、被害者の財産に経済的な不利益としてあらわれる。ラックナー等の通常の損害構想にお

いては、「完全には履行されなかった」被欺罔者の請求権は、それが被欺罔者に無償で帰属した、あるいは、いわば「贈られ」たものとして取り扱われ、その結果、「贈り物」の喪失の際に損害が発生する。しかしながら、実際には、履行請求権は、交換取引の場合常に、被欺罔者による給付と双務の関係に立つ。履行損害の確定の際、給付と反対給付は等価性の観点の下で比較されるわけではない。しかし、より価値の高い給付（「欠陥のない物」）に向けられた履行請求権が、被欺罔者がもたらさなければならぬ給付にとって、契約上保証された反対価値（同意された等価性）を意味するという点で、類推的な関係が存在する。この双務性の内部で、取り決められた「より高い反対価値」は、給付と反対給付の間に存在する等価性の、いわば代役を務める。そのため、履行損害は、被欺罔者が契約上の反対価値を受け取ることなく契約に従った自身の給付をもたらすことによってはじめて生じ得る。原理上、この状況は、欺罔者が、取り決められた反対給付との関係で価値が低下している物をもたらす場合においても異なる。ここでも、履行段階において、損害は、この給付の「受領」によって生じているのではなく、被欺罔者の契約上の反対給付の履行によってはじめて生じる。

b) 被欺罔者の履行請求権は、給付の「受領」が含意する事実上の放棄によっても、引き続き同人の財産の中にある。被欺罔者は、給付の瑕疵に気づけば、事後的に、「追完請求権」（民法437条1号）、給付の拒絶（民法320条）、追完の挫折の際には瑕疵担保責任の追及（民法437条2号）が可能である。履行損害を「履行受領」において確定する場合、被欺罔者の追完、契約の解除、又は、購入代金の減額は、事後的に損害を補償する措置でしかなくなるが、納得し難い。被欺罔者自身が、権利を主張することなしに自己の給付をもたらす場合にはじめて、この財産処分は履行損害に至り、それは、被欺罔者がその給付に対して契約上保障されていた反対価値を獲得しなかったこと（「超過給付」）に存在する。それによって生じる損害を、被欺罔者はもはや阻止することはできず、せいぜい事後的に「補償する」ことしかできない。

このような履行損害の確定は、欺罔者の侵害及び利得の「戦略」にも相応する。欺罔者にとって、被欺罔者の給付の受領は、本来の目的のための途上にある通過段階にすぎない。むしろ、欺罔者の目標は、自己の不完全な履行にかかわらず被欺罔者から契約上取り決められた給付を得ることである。履行損害の基礎付けは、履行請求権が欠如した給付に制限されたかどうか、又は、追完請求権がなお存在しているかどうか、という私法上の評価と独立することになる。したがって、I 4b) において示された「一次的な瑕疵担保責任に基づく請求権を伴う履行事例」と「二次

的な瑕疵担保責任に基づく請求権を伴う不履行事例」との間の限界ラインは、履行損害にとって、その今までの意味を失う。給付の受領（「履行としての受領」）の際に、実際の履行損害と場合によっては同一視され、又は、少なくとも未遂として評価され得る事後の損害発生の具体的な危険がすでに存在しているか否かは、「履行詐欺」の特別な問題ではない。しかし、「履行としての受領」のみにおいては、少なくとも、なお具体的ではない。

Ⅲ. 不真正履行詐欺についての検討

最後に、不真正履行詐欺について若干の検討が行われている。

1. 通説に対する批判

まず、不真正履行詐欺においても、期待権が承認されるか否かが履行損害を肯定するための基本的な問題であるとして、通説の考え方を批判的に検討している。

不真正履行詐欺の事例における債務負担行為と処分取引の「統一的考察」を巡る争いは、その中核において、「期待権」（「履行の期待権」あるいは「瑕疵担保責任に関する期待権」）が承認され得るかどうかという問題に還元される。支配的見解の「全体的考察」は、いわばこの財産地位を省略し、契約が、前提上は被欺罔者の反対給付との関係で少なくとも等価である、欺罔者によってもたらされる（契約違反の）給付に向けられていることに基づく。「私法の法的構想」の不拘束性に至る「生活事象の経済的考察」（ラックナー）という曖昧な基礎付けを除けば、その唯一の実質的な論拠となるのは、欺罔者によってすでに契約締結の際に履行の挫折が意図されていることに基づき、履行請求権あるいは瑕疵担保責任に基づく請求権の「価値が失われ」ており、そのため、被欺罔者の財産において、もはや顧慮されるべきではないというティーデマンのテーゼである。しかし、この方法において、実際の契約内容、及び、債務段階と履行段階の私法上の分離が、簡単に無視されてはならないということは、学説においてすでに十分に述べられている。また、少なくとも、瑕疵担保責任は、欺罔者によって完全に「挫折」させられることは不可能であるため、被欺罔者の「瑕疵担保責任に基づく期待権」は、「価値のないもの」とは評価されない。

2. 詐欺罪の成立を否定する別の理論構成

しかしながら、筆者は、不真正履行詐欺において詐欺罪の成立を否定する別の構

成をとる。

詐欺罪は、欺罔の前に存在する被害者の財産を保護することを目的としており、欺罔により予期される財産の損失からの保護を目的としているわけではない。そのため、履行損害の調査の際に、問われなければならないのは、欺罔前の財産状態が、欺罔の結果事後的に変化したかどうかである。しかしながら、このことは、「不真正履行詐欺」の場合、必然的にありえない。すなわち、損害を基礎付ける「期待権」は、欺罔の前には被欺罔者の財産になお帰属せず、それゆえ、欺罔に条件づけられた履行損害は、当然の帰結として否定されなければならない。このことは、通説による給付と反対給付の等価性に直接基づくものではなく、給付と反対給付の関係の均衡の結果、欺罔前の財産価値が不利に変更され得なかったということに基づく。したがって、結果として、ラックナーとティーデマンの結論は、別の理由によって承認される。

〔紹介者あとがき〕

履行詐欺に関しては、従来、真正履行詐欺よりも不真正履行詐欺について争いがあり、多くの議論がなされていた。それに対し、本論文は、履行詐欺概念の意義を、通常の損害算定（給付と反対給付の比較）と異なる損害算定方法（契約締結時の請求権と契約当事者の履行の比較）を採ることに見出し、その結果、真正履行詐欺の分析に大部分を割いている。真正履行詐欺については、債務法改正により、特定物債務と種類債務に区別して論じていた従来の見解が妥当しなくなり、種類債務に関する議論が一般的となることを述べる。その上で、「被欺罔者による履行としての受領」に損害を認めようとする通説の見解を詳細に分析し、最終的に、その妥当性に疑問を投げかけ、「被欺罔者による超過給付」こそが損害であると主張する。また、不真正履行詐欺については、通説の理由付けには少数説と同じ観点から反対するものの、結論的には通説と同じく詐欺罪の成立を否定する。

詐欺罪は、本論文の言葉を借りれば「詐欺の小宇宙」とまで呼ばれており、常に活発な議論が行われているが（ドイツ刑法の詐欺罪について取り扱っている文献は我が国には多数あるが、詐欺罪一般について取り扱った近時の文献として照亮亮介「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）29頁）、近時、連邦憲法裁判所が、いわゆる危殆化損害の事例において、背任罪の損害要件の（限定的）解釈について示した連邦憲法裁判所の判例（BVerfGE 126, 170）が詐欺罪にも妥当すると判示したため（BVerfGE 130, 1）、同損害が問題となる締結詐欺について注目が集まっている。しかしながら、上記憲法裁判所判例が、本論文によれば締

結詐欺と異なる損害判断方法を採用とされる履行詐欺においてどのような影響を与えるのかについて、今後議論が行われる可能性は高い。

我が国においては、締結詐欺と履行詐欺という表現上の区別は存在しない（ただし、不真正履行詐欺と同様の事案で、契約締結時に二項詐欺が存在するのか、それとも、履行段階で詐欺が存在するのかという議論は行われている）。また、本論文における分析は、財産処分に基づく財産損害の発生を犯罪成立の基準とするドイツの詐欺罪を前提とするものであり、財産処分に基づく物・利益の取得を犯罪成立基準とする我が国の詐欺罪において直接妥当するものではない。しかしながら、取り扱われている事例自体は、日本においても常に議論的となっている事例であるため、同事例に関して我が国の詐欺罪において問題となるいわゆる財産的損害の論点に関して示唆を与える部分も多々あるものと思われる。また、前半で言及されている民法改正との関係は、我が国においても大規模な改正を控えている現在、ドイツにおける刑法と民法の関係を示す一例として参考になるであろう。

（品田智史）