

◇ 紹介 ◇

クラウス・ティーデマン  
記念論文集の紹介 (5・完)

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・ギュンター「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・アルツト「見えすいた大量欺罔による詐欺」  
ヴァイルフリート・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, 359号)  
アンドレアス・ランジーク「明確性原則, 類推禁止と租税通則法370条」  
ウルリッヒ・ウェーバー「財産危殆化的詐欺の中止」(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

アンドレアス・ランジーク

「明確性原則，類推禁止と租税通則法370条」

Andreas Ransiek, Bestimmtheitsgrundsatz, Analogieverbot und § 370 AO, Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 171-188

〔紹介者まえがき〕

本論文は、罪刑法定主義と租税刑罰法規を取り扱っている。罪刑法定主義は、ドイツ基本法103条2項において明文で定められており（「行為は、その遂行前に、それが処罰され得ることが法律に定められていたときに限り罰することができる」。なお、刑法1条にも同内容の条文がある）、そこから、明確性の要請（明確性原則）、類推禁止、慣習法処罰の禁止、遡及処罰の禁止の四つの原理が導き出される。本稿は、前二者を取り扱うものであるが、明確性の要請は立法者を、類推禁止は裁判官を名宛人とする原理であるというのが、ドイツの伝統的理解である。また、租税通則法（公課法）370条は、いわゆる租税通脱罪を定めた規定である。ドイツでは、日本のように各租税法規にそれぞれ租税通脱罪が設けられているのではなく、本条が各租税法規における脱税を補捉する一般的な刑罰法規となっている。

本論文の著者である、アンドレアス・ランジーク教授は、オスナブリュック大学教授を経て、2007年にビーレフェルト大学教授に就任している。ランジーク教授の主たる研究対象は、経済刑法と刑事訴訟法であり、教授資格請求論文は、企業刑法に関するものである（Ransiek, Unternehmensstrafrecht: Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen, C.F. Muller, 1996）。また、経済刑法に関する著名なコンメンタールの編者を長らくつとめている（最新版は、Hans Achenbach / Andreas Ransiek / Thomas Rönnau (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl, C.F. Muller, 2015）。本稿の主題の一つである明確性の要請について、ランジーク教授は博士論文で取り扱っており（Ransiek, Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot, Decker R. Von, 1998）、また、租税刑法についても多くの論稿を執筆している。

## 論文の概要

以下では本論文の章立てに沿ってその内容を紹介する。

## I. 導 入

Iでは、本稿の対象が端的に述べられている。すなわち、租税刑法の事例を素材に、経済刑法の基本問題の一つである基本法103条2項の明確性原則を取り扱うことである。より精確には、明確性原則と類推禁止という二つの相互に関連しあう罪刑法定主義の派生的観点が、租税刑法の文脈で解明されると述べられている。

なお、以下で取り扱われる租税通則法370条1項の文言は、「以下の各号の行為を行い、それによって租税を免れ（verkürzen）、又は、自己若しくは第三者のために不正な租税上の利益を得た者は、5年以下の自由刑又は罰金刑に処す。① 財務官庁その他の官庁に、租税上重要な事実について不正又は不完全な申し立てを行うこと、② 財務官庁に、義務に反して、租税上重要な事実について知らせないでおくこと、③ 義務に反して、収入印紙又は収入証紙を用いないこと」である。

## II. 通説：白地刑罰法規としての租税通則法370条

IIでは、租税通則法370条1項が通説によれば白地刑罰法規と理解されていることについて述べられている。

租税通則法370条1項の構成要件において「租税（Steuer）」という言葉が頻繁に用いられていることは、関連する各要件の存在について、租税法なしには判断できないということを明らかにしている。例えば、租税免脱の結果が生じているかどうかという問題については、関連する個々の租税法規の考察が必要である。このことから、租税通則法370条1項は、いわゆる白地刑罰法規であり、したがって、その構成要件は、同条項自身からは完全に自明ではなく、刑法外の法領域である租税法を参照するものであるということが帰結される。

白地刑罰法規の概念は統一的なものではなく、同概念のもとで様々な問題が取り扱われているが、本稿との関係での通説の帰結は以下のとおりであるとされている。すなわち、租税通則法370条1項の刑法上の不法は、構成要件結果の発生と行為態様を確定する租税法規の違反行為である。租税法の規範は、この関連付けによって、刑罰法規の内容となり、租税通脱罪の完全な構成要件は、白地刑罰規範と租税刑罰法規を共に読むことによってはじめて確定される。その場合、関連する租税法規は、通常の刑罰法規の場合と同様に、罪刑法定主義（基本法103条2項）という憲法上の要求に適うものでなければならない、と。

確立した判例も通説と同様である。連邦憲法裁判所は次のように言う。「……租税免脱が存在するかどうかは、実体的な租税法の諸規定によって定まる。その限りでは、租税通則法370条は、白地法規である。白地法規が……明確性原則に適うのは、ある事例が可罰的であることが関連付けられる法律に基づいて予見される場合のみである。……処罰の要件は、……白地刑罰法規自身、又は、白地刑罰法規に関連付けられる他の法律上の規定のどちらかにより十分に明確に記述されなければならない」（BVerfGE 37, 201, 208 f.）と。以上の判例・通説に対し、ランジークは、次のことを指摘する。租税通則法370条は、文言上は個別租税法規を参照する形式になっていないが、通説は、この点は単なる参照を指示する文言の脱落として、一般の白地刑罰法規との実際の区別を生じるものではないと評価している、と。

### Ⅲ. 判例・通説の帰結：刑罰法規の租税法の部分についての 明確性の要請と類推禁止

Ⅲでは、上記判例・通説が、租税法の文脈においてさらに詳しく検討され、具体的にどのような帰結となるのかが示されている。

ここで、判例・通説の中間結果が確認されている。すなわち、基本法103条2項は、租税刑法の領域においては、関係付けられる租税法の規定にとっても妥当するため、それらの規定は、犯行が実行される前に、法律上明確でなければならない、と。さらに、基本法103条2項の「法律」は、基本法104条1項の観点において解釈されなければならない。すなわち、基本法104条1項によれば、人の自由は、形式的な法律、つまり、議会の法律に基づいてのみ制限され得る。

#### 1. 法律の精確性

まず、ランジークは、法律の精確性（明確性の要請）の重要性を述べる。

基本法103条2項が法律のみに適用されるとして、まず問題になるのは、法律が十分に明確なのか、それとも、許されないほどに不明確なのかということが、どのように決定されるのかということである。刑罰法規の明確性が不十分ではないかという疑念は、中核刑法においても示されている。その特に先鋭的な事例として、背任罪（刑法266条）、及び、過失犯一般が挙げられる。明確性と不明確性の間の限界をどのように、そして、どこに引くのかということに一致はない。法律の明確性は今までしばしば問題になってきたが、連邦憲法裁判所によって違憲と表明されたことはない。しかしながら、実際には、刑法の少なくない部分が過度に不明確である。

もっとも、明確性と不明確性の境界の画定に一致はないとしても、全ての見解に共通の分母はある。すなわち、基本法103条2項、同104条1項の意味での「規定された (bestimmt)」は、処罰の基盤が形式的に法律によって定められてさえいればよいというのではなく、その内容が精確なものでなければならない。もし、このことが妥当しない場合、すなわち、法律上不明確な規制でも処罰の確定にとって十分であるとするならば、罪刑法定主義の他の三つの派生原理（類推禁止、遡及処罰の禁止、慣習法の禁止）が意味をもたなくなってしまう。その意味で、基本法103条2項から導き出される三つの原理は、精確な法律の規制の要請に従属している。その具体例として、「あらゆる悪党は罰される」（悪党条項）という構成要件の場合、類推禁止は合理的な適用領域をなくしてしまうことが挙げられている。

#### a) 明確化可能性としての明確性

もっとも、ランジークは、上記のような明確性の理解に修正を加えようとする。

まず、精確性の要請が、抽象的な構成要件に関連付けられ、犯罪構成要件が全体として（可能な限り）精確で全ての適用事例を精密に十分に記述しなければならないのか、それとも、個々の事例形態が確実に構成要件によって捕捉されるという場合で十分なのか、という問題を立て、その際に、連邦通常裁判所の判例を挙げる。連邦通常裁判所は、株式法400条1項1号の「会社の状況の不正な記述」について、株式会社の財産状況の中間決算や中間報告書における不正な記述が確実に含まれている、ということで少なくとも十分であるとする（BGHSt 49, 381, 390）。その理由は、これらの行為が、簡単に認識可能な規定の適用領域の中核であるということにある。この場合、規範それ自体の明確性、その一般的な適用領域、及び、株式会社の状況とは何かが十分に明確であるのかということは問題になっていない。ここで問題となっているのは、構成要件要素の解釈、つまり、一定の状況が確実にその要件によって捕捉されるのかどうかということである。

明確性の要請をこのように理解する場合、犯罪構成要件は、解釈の能力さえあればよいということになり、構成要件が解釈結果を支えている限りで、基本法103条2項及び同104条1項と調和することになるであろう。ある事例が確実にある犯罪構成要件によって把握される場合、たとえ、様々な別の事例についての適用可能性が、解釈によっては調査されないとしても、この当該事例は処罰され得る。

そのような解決の論拠となるのは、概念、及び、それによって構成される構成要件の完全に抽象的な不明確性というのは存在し得ないということである。あらゆる言葉は、適用領域を持たなければならない。さもなければ、言葉は、何も表さず、

何も意味しないため、存在し得ない。それは表現ではないため、誰も、そのような言葉を利用できない。この観点によれば、言葉の明確性は、その利用に従う。構成要件において用いられている言葉の使用が、その意味連関の顧慮の下で確定されるという限りで、規範は明確で適用可能である。

ただし、まさにそのような意味連関は、処罰規範が解釈能力を有するために、存在しなければならない。このことが意味するのは、保護法益が処罰規範の基盤となり、それによって解釈が行われなければならないということである。例えば、前述の「悪党条項」は、このことを充足していない。同条項が何（誰）をどのような侵害から保護しようとしているのかということとは、不明確で未解決なままである。規範は、保護目的の確定を通じてはじめて明確化可能になる。

この目的を確定し、それによって、解釈能力を生み出すことを立法者に要求することによって、連邦憲法裁判所によって基本法103条2項に配分された第二の任務も履行される。すなわち、立法者は、何が刑罰により禁止され、何が禁止されないのかということについての判断を行うべきである。刑法がどのような法益を保護するために介入しなければならないのかということは、憲法によって拘束的に設定することはできず、この判断は立法者の裁量にある。そのため、立法者自身が、規制の構想を自ら選択しなければならない。この判断は、犯罪政策的な判断として、議会にのみ委ねられ得る。その場合、どのような目標が法律による規制によって追求されているのかということについての明確性が、少なくとも必要である。さもなければ、選択肢についての議論が不可能になってしまう。「あらゆる悪党の処罰」という選択肢は、規制の目的が認識不可能であるため、決して考慮され得ない。しかし、立法者が、少なくとも、保護される利益がありその侵害を刑罰によって威嚇すべきことを確認するならば十分である。したがって、憲法違反の不明確性と言えるのは、（合理的に）解釈できない規範（のみ）である。

b) 例：大規模な租税遁脱、及び、法的な形成可能性の濫用

ランジークは、上記の自説に対しては、非常に粗雑で要求が少ない基準であるという反論があるかもしれないが、その批判は当たらないとして、租税刑法における具体例を挙げる。

aa) 一つ目は、租税通則法旧370条 a である。同条は、行為者が職業上、又は、継続的な脱税のために結成した集団の構成員として、大規模に租税を免れる場合の加重処罰を定める。この「大規模」という概念について、連邦通常裁判所が明確性の観点から疑念があると述べたため、同条は2007年に削除されている。ランジーク

は、判例のこの疑念を正当なものとする。

その理由は、この「大規模」という要件について、個々の事例が重要なのか、複数の（法律上は分離されている）通脱行為の際の犯行図式全体の考察が重要なのかということが、不明確だからである。

例えば、毎月申告される給与所得税が使用者によって通脱される場合、個々の申告が行われていないだけでなく、一人又は複数の被用者について長期間申告されていないということになる。この場合に、個々の申告が租税通則法旧370条aの「大規模」にとって決定的なのか、それとも申告の多数が決定的なのかということとははっきりしない。若干の見解は、統一的な生活事実を全体的な不法として基礎に置くことに賛成するが、個々の申告が統一的な大規模行為になれない限界がどこに存在するのかということ、明らかにすることはできない。加えて、加重構成要件が個々の申告を具体的にどのように加重するのかということも、不明確である。

個別の通脱が大規模な場合に同条に該当するものと評価する可能性は残っているが、この理解も、統合的な全体の構想を生み出さない。ランジークは、その例として、給与所得税と売上税がいずれも年間の租税であるにも関わらず、その申告方法が異なっていることから、租税通則法旧370条aとの関係では、異なって評価されることを挙げ、同法の加重された不法が、租税の徴収という統一的ではない技術的細部に依存しているとする。

bb) 二つ目に挙げるのは、租税通則法42条である。同条は、法の形成可能性の濫用によって租税法規が回避されてはならないことを定めている。そのような濫用が存在するのは、経済的状況に即した法形成の場合には租税債務が存在していたであろう場合である。連邦通常裁判所は、租税通則法42条に基づいて同法370条の租税免脱結果が基礎付けられる場合にも、有罪判決を下すことが可能であるとする。

同法42条について、何が適切な形成なのか、及び、何が形成可能性の濫用なのかということは不鮮明であり、個別事例に依存する。したがって、規範は、抽象的で不明確の疑いがある。連邦通常裁判所は、同条の適用領域が租税裁判所によって十分に明確にされているということを描しているが、このことは、刑法上の文脈においては、一見すれば説得的な論拠ではない。というのも、基本法103条2項は、同法104条1項との結合において、形式上の法律の明確性を定めており、裁判所によって生み出される明確性を言うものではないからである。不明確な法律は、年数の経過や、その裁判所による適用によって、治癒され得るものではない。

連邦憲法裁判所の判例に基づいて、明確性の要請の第一の目的は、個々人が何が可罰的かということを見ることができることにあるということをも前提とする場合、確か

に、この任務は、刑法の適用領域が法律自身によっては明確化されていないが、裁判所によって解明されているということによっても充足される。しかし、このことは、基本法103条2項の文言から明らかに外れている。処罰が予見可能であるということは、国家による不意打ち的な制裁から個々人を保護するためには、確かに適切である。しかし、このことは、明確性の要請が、形式上の法律による明確な規制を要求していることを説明できない。裁判所による不明確な規範の具体化は、処罰を予見可能にするが、法律を明確なものにはしない。

しかし、犯罪構成要件に解釈能力があれば法律上十分に明確であるというランジークの見解からは、連邦通常裁判所の論証は、理解できるとされている。なぜなら、規範の（恣意的ではない）具体化が現存することの指摘は、その解釈能力にとっての証拠となるからである。

したがって、租税通則法42条は、同法370条との関係で、少なくとも明確性の要請違反という理由によっては適用不可能なものとは言えない。ここで、同法42条の例として、まず、国内企業が自社の利益を課税額の低い外国へ移すために、当該外国に会社を設立し高額値引きと引換えに国内製品の輸出に割り込ませるとする方法をとる場合が挙げられている。同外国会社において、現地での製品販売のための経営活動が行われていない場合、同外国会社は、形式的にのみ転売に割り込んでおり、高額値引きは外国への利益の移動という目標以外に経済的に合理的な理由を持たない。企業が得た利益は「真実は」国内で生じたもので、外国では形式的にのみ生じたものである。それゆえ、その利益は、依然として国内の企業に帰属する。

ここでは、租税を回避するという目標を追求してはならないということが問題となっているのではない。利益が、納税者が主張するような表面的な状況ではなく、実際に得られた場所で、実際の法的帰属者に帰属されるということが問題なのである。通常の外国企業には、上記のような高額値引きは確実に与えられない。そのため、租税法上承認される業務は存在せず、利益は、国内において現実化されたものとして評価される。

もう一つの例として挙げられるのは、「連鎖贈与」の事例、すなわち、贈与者が贈与物を「第一受贈者」（中間者）に譲渡し、それによって相続税法16条1項による高い控除額を贈与者と（本来の受贈者である）第二受贈者との関係において利用しようとする場合である。例えば、父親が娘の夫を援助しようとする場合、娘の夫に直接贈与するよりも、娘にまず贈与して、娘からその夫に贈与させた方が非課税額が高くなる。

このような転々譲渡の取決めの際に、そもそも、第一受贈者への贈与が存在する



のかという問題は、第一受贈者が第二受贈者にさらに譲渡することを法的に義務付けられている場合には否定される。そのような法的条件が存在しない場合には、少なくとも、第一受贈者の独自の決定権限が事実上排除されているならば、形成の濫用が存在する。第一受贈者（娘）の中間介入の理由が存在しないためである。このような場合、「真実は」義理の息子への贈与のみが存在し、そのため、租税通則法42条を通じて、再び、この現象の本来の意味のみが捕捉される。

以上の例から言えるのは、租税通則法42条は、現実の経済的状況に相応する財産価値の帰属を可能にし、形式的な帰属が重要でないことを明らかにするという任務を持っているということである。しかし、これは、何も特別なことではなく、例えば、会社法における、いわゆる「隠ぺいされた現物出資」の場合も同様である。

上記各事例が詳細においては争われており、解決は、個別事例における個々の形態や関係者の意図に依存するということは、これらの事例を租税通則法42条によって捕捉することの原則的な可能性に反対するものではない。ティーデマンが提案するように、刑法における同条の適用領域を、濫用が確実に存在する場合に限定するならば、このことはとりわけ妥当する。その場合、租税通則法42条は、刑法においては、傾向的に租税法よりも限定的に解釈され得ることになる。

## 2. 類推禁止

次に、ランジークは、租税刑罰法規との関係で類推禁止について検討する。

類推禁止は、明確性の要請の帰結、または、少なくとも補充である。すなわち、明確性の要請の場面においては立法者による処罰が確定されなければならないということが問題であるならば、法適用者は、立法者のこの決定に拘束されなければならない、それを修正したり、自己の異なる判断によって代替したりしてはならない。裁判官が法律への拘束なしに処罰してよいならば、立法者は、法律による処罰の明確化に努力する必要がなくなってしまう。

### a) 白地構成要件、類推禁止、法律による類推の許容

まず、租税通則法42条が明確性の要請との関係では問題ないとしたのに対し、類推禁止との関係では問題が生じ得ることを示す。

租税違脱罪が、租税通則法370条1項の本来の刑法上の構成要件要素と、この規範を充填する個別租税法から構成される場合、個々の租税法規が基本法103条2項の意味で明確でなければならないだけでなく、加えて、法適用者は、本来の犯罪構成要件の文言と共にそれを充足する個別租税法規の文言にも拘束される。

租税法においても、一般的な公法上の法律の留保に基づいて、不利益な侵害の際に類推禁止を認めるか否かの議論はある。しかし、例えば、租税法上、用益権からの所得は、連邦憲法裁判所の承認に伴い、所得税法21条1項の意味での賃貸や小作からの所得として理解されている。文言を解釈の制限として理解する場合、そのような結果はおよそ支持できないため、少なくとも、刑法の文脈においては、租税法上の解釈を分かち合うことはできない。

この問題は、租税通則法42条にとって同様に存在しており、その結果、同条においては、明確性の要請ではなく、類推禁止が本来の問題として現れることになる。というのも、同法42条は、法律の迂回の把握、すなわち、租税法規の（形式的な）文言によれば納税義務が存在しないが、事象の本来の実体的内容によれば納税義務が確定されるべきであるという事例を捕捉しようとするものだからである。ただし、租税法上有力なのは、租税通則法42条は、個々の租税法規の類推適用によっては捕捉され得ない場合に登場する規定であるという理解である。この場合、同条は、むしろ、類推的の法適用が（もはや）不可能な場合にはじめて問題になる。

しかしながら、刑法上の観点からは、このことは決定的ではない。なぜなら、同法42条が、租税法上、類推的な法適用の可能性がないにもかかわらず介入できるならば、この規範は、すでに類推的な法適用も許容しているということも含んでいるからである。すなわち、租税法規の文言は拘束的ではないということである。ただし、上記所得税法21条の場合とは異なり、租税通則法42条の場合、法適用者の判断による類推適用が存在するのではなく、立法者が、明文で、文言を超えた法的規定の適用を指示している。

もっとも、類推禁止の通常の定式——規範の文言への拘束——は、明らかに、法適用者に向けられているため、立法者に向けられる類推禁止は、別の内容になる。すなわち、立法者が、法律により、法適用者の類推的な法適用を許容することの禁止である。

一部では、類推禁止を立法者に向けることは、明確に拒絶されている。立法者は明確性の要請のみに拘束されるということは、類推禁止が明確性の要請を補充するものであるという認識にぴったりと適合する。この理解によれば、例えば、刑罰法規が適用不可能であった場合にはその基本思想が最も適合する法律によって処罰され得るという、1935年の刑法旧2条も、類推禁止の違反に基づくのではなく、不明確性に基づいて無効である。

刑罰規範の明確性について、前述のように規範の解釈能力を基準とする場合、租税通則法42条に対して、刑法旧2条に対する上記の不明確性の異議を持ち出すこと

は、効果的ではない。個々の租税法規の目的によれば、どのような経済的事象が把握されるのかということは確定され、規範の相応する目的が租税通則法42条を通じて基礎づけられるからである。しかし、それでも、同法42条は、そのような適用を、全ての想定可能な租税法規について可能にすることからすれば、なお刑法旧2条との区別を行うことができるかどうかは疑わしい。というのも、犯罪構成要件が十分に明確であるのは、特定の行為の種類 of 処罰が裁判所による詳細な具体化が可能に程度に確定されている場合であり、その場合、刑法旧2条も、相応して適用される刑罰法規のみを引き受けるのであれば、この基準に明確に違反しているわけではないからである。これに対して、刑法旧2条自身が行為の記述を含んでいないことを問題視する場合、それは、租税通則法42条と異なることになってしまう。

ただし、立法者への類推禁止を明確性の要請の問題とするこのようなアプローチ自体が適切とは言えない。なぜなら、裁判官に向けられた禁止は、憲法上の拘束だからである。そうであるならば、立法者が、成文法によって、法適用者に対する法律への拘束と類推的な法適用の禁止を撤廃することはできない。すなわち、このためには、憲法の変更が必要であり、立法者は、裁判官による類推的な法適用を簡単に許容できないのである。

他方で、このことは、成文法による犯罪構成要件の同様の形式による指示全てが、憲法違反となることを意味するものではない、そのような禁止の例外として、租税通則法の処罰規定を物税について妥当させる租税通則法1条2項7号、株式法の処罰規定を株式合資会社に適用させる株式法408条のような規範を挙げることができる。この場合、立法者は、法適用の指示によって、処罰規定の繰り返しや参照先の法における犯罪構成要件の列挙を回避しているだけであり、何らかの決定の余地が法適用者に残されているわけではない。そのため、類推禁止の意味によれば、そのような規範の許容性に対する疑念は存在しない。

同様のことは、往来に対する罪を規定した刑法315条1項4号、同315条b第1項3号においても言える。これらの構成要件が、具体的な行為態様を全て列挙することがなくとも既に憲法上十分に明確であることを前提とすれば、立法者が、構成要件該当行為にとっての例を法律において取り上げ、「類似の危険な侵害」についての開かれた条項を付け加える場合に、基本法103条2項違反は存在しない。構成要件は、それによってより精確になり、法適用者の拘束は決して小さくない。他方、租税通則法42条に関しては、租税刑法において文言を超える法適用を一般的に許容する為の類似の理由づけは、明白ではない。したがって、通説が認める租税通則法370条1項と同法42条から共同で設定される犯罪構成要件は、類推禁止に基づき基

本法103条2項に違反する。

b) 絶対的な文言の限界？

しかし、続いてランジークは、類推禁止（文言の限界による裁判官の拘束）自体の妥当性について疑問を呈する。

刑罰法規の文言に基づく絶対的な解釈の限界が存在するということは、実は仮定でしかなく、絶対的な類推禁止は存在しない疑いがある。例えば、窃盗の加重処罰類型である旧森林窃盗罪は、文言上、荷車、運搬用家畜、荷役船を用いた窃盗しか挙げていないため、（連邦通常裁判所が行った）自動車への適用は類推的法適用である。しかし、森林窃盗を加重処罰するという規範の意味が、運搬手段を持たない者よりも多くの森林が領得され、また、行為者が場合によっては素早く逃走できるような手段それ自体を導く場合、乗用車に対する類推適用は納得できる。

また、刑法283条6項の破産に基づく処罰は、「行為者」が支払いを取りやめることを要件とする。破産した有限会社の場合、刑法14条1項によっても、業務執行者が支払いを取りやめているわけではないため、文言上は、「本来」同法283条の有限会社とその業務執行者への適用は排除される。にもかかわらず、通説は——正当にも——異なった判断をする。さらに、家事手伝いの女性（Hausgehilfin）の業務による出費の控除を許容していた旧所得税法33条 a 第3項は、家事手伝いの男性（Haushaltgehilfen）の出費にとっては妥当するものではなかったために、平等原則の恣意的な違反とされた。しかし、文言上「複数の物（Sachen）」の毀損を必要としている刑法304条について、誰も、同じ複数の対象を毀棄や損壊しなければならないということを要求しない。

したがって、多くの者が、文言によって拘束される解釈に例外を許容することに賛成している。すなわち、規範の目的によれば、文言によって本来把握されない事例への適用が疑いなく必要である場合、及び、適用しないことが恣意的な不平等な取り扱いであった場合である。とりわけ、これが妥当するのは、森林窃盗の事例のように、立法者が、構成要件において、上位概念ではなく、拡張され得るような例を挙げている場合である。他方、裁判官が、法律上記述された行為と同様に、自身が当罰的と評価するものを処罰することになってしまう場合は許されない。しかし、そのような事情は、前記各事例の場合には存在しない。裁判官は、そこで、行為の当罰性についての判断を行っているのではなく、すでに立法者によって行われた犯罪政策的判断を、法律において挙げられていない事情においてさらに前進させているのである。

ここで、文言の限界の確定が非常に困難であるということが認められるべきである。もっとも、例外的に、つまり明白な事例においてのみ文言を超える規範の適用が許容されるということは、どのような場合にそのような明白性があるのかという別の問題を投げかける。明白性が認められるのは、とりわけ、恣意的な不平等な取り扱いが懸案となっている場合のみである。この場合、不平等な取扱いを除去するための手段として、刑罰規範を拡張するのではなく、処罰を完全に排除するということも考えられるが、そのような判断を法適用者は行うことができない。このような別の問題があるとしても、以上の考え方は、絶対的な類推禁止を固持することよりもむしろ支持に耐え得るものである。この見解によれば、租税刑法における租税法規の例外的な類推適用に対しても、原則的な異議は存在しない。

#### IV. 反対説：規範的構成要件要素としての 租税上の重要性及び租税免脱

ランジークは、以上の論証から、最後に自説として、租税通則法370条が白地刑罰法規ではなく、規範的構成要件要素を有しているだけであると述べる。

明確性の要請を解釈のプログラムとして理解する場合、不正な申し出の「租税上の重要性」や「免脱結果」あるいは「不正な租税上の利益」を、例えば刑法242条(窃盗罪)の「他人」のような規範的構成要件要素として把握する解釈との区別は生じない。この場合、基本法103条2項は、本来犯罪構成要件要素についてのみ妥当し、その解釈のために必要な租税法にとっては妥当しないことになり、出発点は異なる。しかしながら、結果的に区別は発生しない。というのも、租税免脱結果は、租税法から生じるからである。租税法は一般的な公法上の法律の留保に従い、形式的な法律の規制を必要とするため、刑法上の構成要件要素の解釈は、個別の租税法規によって行われる。その法規から租税免脱結果が生じる限りで、刑法上、——場合によっては限定的に——構成要件の結果の存在も認定され得る。

他方で、類推禁止の問題はなくなる。すなわち、基本法103条2項は租税法規にとって決して妥当しないために、租税法規の類推適用から免脱結果が導き出される。(明確性の要請の観点から)解釈結果のみが、跡付け可能でなければならない。この見解が説得的であるということは、租税通則法370条の文言からも生じる。同法370条における租税法への参照を指示する表現がないことは、単なる脱落ではなく、意味のあるものである。租税通則法370条の文言は租税免脱結果が生じなければならないということを明確にしているもので、(形式的な)租税法の要件が存在

しているかどうかではなく、租税法の適用からその結果が生じているのかということのみが問題になるのである。どのような規則によって租税法上の結果が実現するのかという「方法」は、租税法の基準によってのみ左右される。その限りで、同法370条によって参照されるのは、（形式的な）租税法規ではなく、租税法の全体的な規制であり、そこから、刑法の基盤とされるべき結果が生じる。このことから帰結されるのは、租税法において類推が許容される、又は、租税通則法42条が（租税法上）適用される場合、刑法は、簡単にそれに結びつくということである。

基本法103条2項を通じて立法者に委ねられている犯罪政策上の判断は、租税通則法370条により、立法者によって実施されている。処罰されるのは、行為によって惹起される税収総額の侵害である。刑法は、国家の租税上の利益を保護し、そのために、市民を拘束する他の法領域（租税法）が示すその結果にのみ結びつく。租税構成要件が類推的に適用される場合、刑の投入の目的適合性や当罰性についての独自の犯罪政策上の判断を法適用者は行っていない。処罰の予見可能性が法律自身から存在し得ないということについては、すでに述べた。連邦憲法裁判所は、刑法242条、246条における他人性の概念という類似の状況において、所有権秩序についての全体の規定が基本法103条2項の明確性の要請に適う必要がないということをし、正しく述べている。

#### 〔紹介者あとがき〕

本論文は、租税逋脱罪を罪刑法定主義（明確性の要請、類推禁止）の観点から分析すると共に、明確性の要請、類推禁止の内容自体についても新たな理解を提唱するものである。判例・通説によれば、租税逋脱罪（租税通則法370条1項）はいわゆる白地構成要件であるため、基本法103条2項による審査は、同条の犯罪構成要件だけではなく、同条が参照する個別の租税法規にも及ぶことになるが、この場合、明確性の要請と類推禁止の点で疑念が生じることになるとする。本稿でとりわけ中心的に取り扱われているのは、濫用的な法律構成によって租税を免れようとすることを禁止した租税通則法42条を通じて租税逋脱罪の成立を認めることである。まず、同条の文言（「法の形成可能性の濫用」）は不明確であるという問題に対して、ランジークは、そもそも法律の明確・不明確の限界を定めることは不可能であるとして、明確性の要請は、解釈のプログラムを提供することが可能であればよく、法規範から何が保護の目的なのかということが明確であれば足りるとする。他方、類推禁止の観点からは租税通則法42条には問題があるが、そもそも類推禁止（文言の限界による法適用者の拘束）自体が絶対的なものとは言えないとして、同

原則の妥当性について疑念を呈する。以上の見解からは、既に租税遁脱罪に罪刑法定主義の問題は生じないが、最後に、ランジークは、自身の見解は租税通則法370条1項を白地構成要件ではなく規範的構成要件と理解することと異ならないとして、同理解に立つならば、同条が参照する租税法自身は基本法103条2項の明確性の要請にも類推禁止にも従う必要はないことになることと結ぶ。

ランジークの見解の背景には、明確性の要請及び類推禁止が実務上実効的に機能しているとは言えないという、学説上也広く共有されてきた同原則への不信があるものと解される。しかしながら、明確性の要請と類推禁止についての彼の見解（また、租税遁脱罪の理解も）は、いずれも非常にラディカルなものであり、罪刑法定主義を重視する立場からの批判は少なくない。もっとも、連邦憲法裁判所は、近時、明確性の要請を類推禁止を通じて裁判所をも名宛人とする原則であると捉えており、法律自体の明確性よりも裁判所の解釈を審査するという手法をとっている（BVerfGE 92, 1; 126, 170）。連邦憲法裁判所のこのような展開は、学説上さまざまに評価されているようであるが、ランジークの見解と同一の方向にあるということも可能であろう。なお、ランジークが本稿を執筆した後、租税通則法370条1項の「不正な租税上の利益」はその額を明確に算定しなければ違憲であるという主張（これは、背任罪や詐欺罪のような財産侵害犯についてはその損害額を具体的に量定しなければ基本法103条2項に反するという連邦憲法裁判所決定が登場したことを受けたものである）を退けた連邦通常裁判所の判例がある（BGHSt 58, 50）。

近時、罪刑法定主義に関する議論が再び盛んになりつつあるドイツと異なり、我が国ではこの問題に関する議論は下火になっていると評価してよいであろう。もっとも、このことは、我が国において罪刑法定主義の問題が存在していないということではなく、明確性の要請や類推禁止の原則が、実務上実質的には機能していないという点に基づくものであり、その意味ではドイツと同様の状況にあると言える。したがって、本稿において示された罪刑法定主義に関する様々な問題点や疑念は、我が国においても妥当するものであり、有益な示唆を与え得るものと解される。租税遁脱罪に関しては、我が国においても、租税法の文脈で、租税法規の類推禁止や、いわゆる課税要件実質主義と租税法律主義との関係において類似の問題が議論されている一方で、刑罰に関する議論は少なく、この点でも本稿の内容は参考になるものと思われる。

（品田智史）

ウルリッヒ・ウェーバー

「財産危殆化的詐欺の中止」

Ulrich Weber, Rücktritt vom vermögensgefährdenden Betrug,  
Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 637-647

〔紹介者まえがき〕

本論文の著者ウルリッヒ・ウェーバーは、1934年9月18日にシュトゥットガルトで生まれ、1962年にチュービンゲン大学で博士の学位を取得し、1975年に同大学で『著作権の刑法的保護—現存する民事法的な保護可能性の考慮の下で（Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts. Unter Berücksichtigung der bestehenden zivilrechtlichen Schutzmöglichkeiten, 1976）』という論文によって教授資格を取得している。その後、1976年にベルリン自由大学の教授となり、ヴュルツブルグ大学の教授を経て、チュービンゲン大学で刑法及び刑事訴訟法の教授となった。彼の主な著書として、グンター・アルツトと共著の『刑法各則の教科書（Strafrecht, besonderer Teil : Lehrbuch）』を挙げることができる（なお、同書の第2版の共著者としてベルント・ハイブリッヒとエリック・ヒルゲンドルフが加わり、さらに同書の第3版が2015年3月に刊行されている）。また、2004年に70歳を記念した『ウルリッヒ・ウェーバー記念論文集（Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag 18. September 2004）』が刊行されている。なお、ウェーバーは残念ながら2013年12月23日に亡くなっている。

本論文は財産危殆化的詐欺（ドイツ刑法263条の詐欺罪では、明文で「財産損害」の発生が要求されており、判例はこの要件につき「損害と同等である財産危殆化」で充足される場合もあることを認めている）において、補助金詐欺などの詐欺に関連する危殆化的構成要件に含まれている「中止の規定（Rücktrittsregelung）」（たとえば、264条5項などの行為による悔悟の規定）を類推適用するということを主張している。以下は、その要約である。

## 論文の概要

### I. 行為による悔悟の古典的な適用領域

1. 健康侵害、物的損害、財産損害の発生等の形式での法益侵害が既遂に要求され



ていないような犯罪の中止の問題は、未遂の外で論じられる。シュレーダーは、企行犯 (Unternehmensdelikte) に関する論文の中で、行為による悔悟 (tätige Reue) の問題、とりわけ、真正の企行的な諸構成要件及びそのような明文の基準を欠く不真正の企行的な諸構成要件についての法律上の中止の規定の類推適用の問題について検討している。自身の企図を任意に放棄し、場合によってはひき起こされる危険を防止する行為者の不処罰、あるいは刑罰の減輕を認めるべきかどうかという問題は、企行的な諸構成要件のほかに、法益侵害の前段階の(既遂の)可罰性を拡張するその他の規定に生じる。それにあたるものとして、予備の構成要件(例えば通貨偽造及び証券偽造の予備(149条)、支払用カード、小切手及び手形の偽造の予備(152条a第5項)、拉致の予備(234条a第3項)、公の証明書偽造の予備(275条)、爆発犯罪又は放射線犯罪の予備(310条)、そして、航空交通及び海上交通への攻撃の予備(316条c第4項))、一定の意図的な構成要件(Absichtstatbestand)、ならびに、危殆化構成要件(Gefährdungstatbestand)がある。そして、通説において、経済刑法上の危殆化構成要件に含まれるのは、補助金詐欺(264条)、投資詐欺(264条a)、信用取引詐欺(265条b)である。

2. 一方で、ドイツにおいて中止の議論はこれまで、法益侵害の前段階の犯罪に限定されていたこと、他方で、明文で捉えられている中止の規定を、規定されていない諸事例に類推適用することに徹底的に反対する者もいるということを前提にすると、本論文で既遂の侵害(結果)犯、すなわち詐欺罪として不処罰とする中止が検討される場合には、不審を抱かせるかもしれないし、無意識的に拒否されるかもしれない。しかし、本論文が無限定な中止の陶醉(Rücktrittseuphorie)に依拠しているとの懸念は根拠がない。なぜなら、本論文は、現行法において、具体的な損害がすでにひき起こされていた場合に、たとえば、被欺罔者が自身にとって不利な契約をすでに履行していた場合にもなお、詐欺の実行者を不処罰とする行為による悔悟が可能であることを問題にはしていないからである。行為者による損害補填は、単に量刑において効果をもたらすにすぎない(例えば、46条2項)。任意の損害補填を理由とする不処罰は、行為による悔悟に関する現行法の規定について類推適用することによっては決して達成されないだろう。なぜなら、この規定は危険の回避、すなわち損害発生阻止を前提にしているからである。

このようなことを前提にすると、現行法の規定を類推適用することに依拠する詐欺罪の既遂の中止は、被害者の側に、損害と同等であると評価される財産危殆化が発生している限りでのみ考慮に値する。

## II. 詐欺罪における財産危殆化

裁判例の大多数は、「損害と同等である財産危殆化」を出発点にしており、しばしば民事法による最終的な損害の回避可能性を軽視している。

たとえば、1966年4月20日のベルリン上級地方裁判所の判例（JR 1966, 391）は以下の事案で、詐欺罪の既遂を肯定している。被告人らが小売店を営む者に、自動販売機を購入することを義務づける契約に署名させたが、その契約は補充商品の買い取りのみに関するものであるという真実に反する虚構に基づいて署名を獲得したものであった。しかし、被欺罔者の反対の異議（Gegenvorstellung）により、彼らは後に納入会社から契約を解除された。この判例の評釈で、シュレーダーは、本判決は、未遂の意義について判断を誤っており、263条の適用範囲を許されない態様で拡大していると批判する。彼は、未遂も、法益が侵害されうるという状態の惹起として特徴づけられる、典型的な危殆化であることなどを論拠にして、欺罔が被欺罔者の財産の実際の減少に至っていない限り、詐欺罪の未遂が認められるにすぎないと指摘している。

次に、1970年7月16日 BGH 第4刑事部決定（BGHSt 23, 300）の決定要旨において、「出版物の広告会社（Verlagswerbefirma）の代理人が、真実でない虚構によって、顧客に彼の目的にとって役に立たない雑誌を注文させた場合には、彼は注文者の財産を、財産損害と同等である態様で危殆化している。それが、会社のオーナーが最初から、注文者の単なる異議により、いずれにせよ契約を取り消す用意ができていた場合であってもである」とする——実際に、納入会社は、顧客の異議によって注文（Auftrag）をあっさりと取り消した。本決定の評釈でレンクナーは、この事案では未遂のみが成立することを主張しており、財産損害を肯定するために、具体的危殆化の確定を要求する。

学説において、「損害と同等である危殆化」が以前より厳格に要求されているという傾向を判例の中に読み取る立場も存在するが、司法による、危殆化の領域での過度に広範な既遂の可罰性の早期化は、依然として除外することはできない。それゆえ、「損害と同等である危殆化」という諸事例においても、行為者には、不処罰とする後戻りのための道が遮断されてはならないのである。

### Ⅲ. 「損害と同等である危殆化」であるにもかかわらずになされた中止

1. まず、刑法24条の中止未遂の意義は、財産危殆化の場合に既遂の詐欺行為を認めることに慎重であればあるほど当然に大きくなる。未遂段階が、最終的な財産損害が発生するまで及んでいるとすれば、既遂犯についての中止を論じることは不要となる。

2. a) 詐欺罪の未遂と既遂の間の限界は、最終的な損害が発生した場合のみ、既遂が肯定されることによってそこなわれるということは考慮に入れることはできない。危殆化損害の理論は、判例においてだけではなく、学説においても堅固なものになっている。確かに、学説では、既遂の可罰性を導く「損害と同等である危殆化」の限界づけについての基準が繰り返し展開されているが、このような理論を放棄することは、まったくもって要求されていない。

b) 既遂と未遂の間に境界線を引くことが、行為者に未遂の中止は留保されていなければならないという論拠によって、未遂に有利な影響を与えるという考察は、確かに個別事例の正当性のための尽力として、敬意を払うにふさわしいが、意義のある成果が認められることはほとんどないといえる。既遂の犯罪行為か、あるいは未遂の犯罪行為かという決定は、原理的・解釈学的な考慮から、自律的に把握されるのである。詐欺罪の既遂を危殆化領域に前倒しする判例において、行為者には中止未遂は遮断されなければならないという根拠づけを読み取ることはできない。それゆえ、未遂と既遂のいずれを前提とするかにかかわらず、財産危殆化的な欺罔行為をした行為者が最終的な損害の発生を任意に阻止した場合に、その行為者に対して不処罰を認めることが適切かどうか重要なのである。

c) 以下の理由が、行為による悔悟を理由とする不処罰の効果の論拠になる。

aa) 憲法的基礎及び刑事政策的基礎と並んで、国家の刑罰が確認される場合に、刑罰の放棄 (Strafverzicht) は、今日一般的に承認されている最終手段原則 (Ultima-ratio-Prinzip) と一致する。行為者が自身によって創出された損害の危険を、自由な行為に基づいて防止する場合において、必ずしも処罰の欲求は存在しない。自分から正しい道に立ち戻った行為者についての特別予防の作用は、刑罰を科すことによって市民の法意識を (一般予防的に) 安定させることと同様に必要ではない。

bb) 現行法は行為後の事象の局面において、既遂犯の行為者に、自身によって引き起こされた侵害の危険を刑事政策的に望ましいように除去することによって、不処罰とする機会を与える多くの規定の中で、回避可能な処罰を放棄するという刑事政策的な基礎的決定を考慮している。

cc) 財産犯の性格、及び、ここで問題になっている刑法263条の古典的な詐欺の構成要件との類似性のために、補助金詐欺、投資詐欺、そして信用取引詐欺、並びに、これらの規定に含まれている中止の規定が指摘される（なお、刑法298条の入札における競争を制限する談合、及び、同条3項におけるその中止の規定も同様に位置付けられる。この規定は欺罔を要求していないが、実務では欺罔によって実行される場合が多数を占めているからである）。これらの犯罪は、危険犯であり、「損害と同等である危殆化」の形態での詐欺罪の既遂に特に近いものである。刑法263条において侵害犯として構想されている詐欺は、このような構成に至る限りで、危険犯へと変更される。

d) 「損害と同等である危殆化」という現象形態における詐欺と刑法263条の周辺に位置している危殆化犯罪としての詐欺との密接な類縁性から、後者の犯罪行為を対象とする中止の規定を財産危殆化的詐欺に類推適用することに支障はない。

この主張は、補助金詐欺、投資詐欺、信用取引詐欺や入札における競争を制限する談合が抽象的危険犯であり、損害と同等である財産危殆化的詐欺の場合には具体的な危殆化が要求されていることと矛盾しない。なぜなら、これらの詐欺に類する特別犯罪においても、具体的に財産を危殆化していると考えることもでき、それらの構成要件によって把握されているといえるからである。たとえば、補助金詐欺において、補助金がすでに認可されているが、まだ支払われていないという事例が考えられる。刑法263条の観点の下では、このような事例において、通説は確実に、具体的な「損害と同等である財産危殆化」を出発点にするのであり、詐欺の既遂が肯定されるだろう。詐欺に類する特別犯罪のために創設された中止の規定は、具体的な危殆化の構成要件該当性をも確認する。というのも、抽象的な危殆化が明確に具体的な危険へと転換された場合にも、中止はまだ可能であるといえるからである。それゆえ、財産危殆化的詐欺にこれらの中止の規定を類推することは、危殆化された財産に対して本来的な損害が生じるまで可能であるという帰結となる。例えば契約締結における詐欺（Eingehungsbetrug）の場合には、被欺罔者が彼の給付を提供し、その結果、履行詐欺（Erfüllungsbetrug）となるまで可能であり、あるいは執行名義の不正取得（Erschleichung eines Vollstreckungstitels）の場合には、

債務者の財産に執行がなされるまで可能である。

詐欺に類する特別犯罪が、超個人的な利益 (überindividuelle Belange) を保護していること (例えば、264条は補助金による有効な国家的な経済助成についての公共の利益を保護しているということ) は、刑法263条による財産危殆化的詐欺に、これらの中止の規定を類推することの妨げにならない。

さらに、通説によれば、詐欺と詐欺に類する特別犯罪の一部 (投資詐欺、信用取引詐欺、そして入札による競争を制限する談合) について行為の単一性 (Tateinheit) を認めるが、この場合に、本論文の法的類推の主張の不可避性が明らかになる。たとえば、信用取引詐欺 (265条 b 第1項第1号) の行為者が、銀行からすでに約束された貸付が彼に支払われるのを任意に阻止した場合に、信用取引詐欺に関しては、直接適用可能な265条 b 第2項に基づいて不処罰とされるが、財産危殆化的詐欺に関しては、詐欺に類する犯罪の中止の規定 (たとえば、265条 b 第2項など) を類推適用しなければ不処罰とされず、刑事政策的に望ましい中止の促進が水泡に帰することになるからである。

通説とは異なり、詐欺と補助金詐欺の間にも行為の単一性を認める場合には、投資詐欺の関連で説明した法的類推の説明が妥当する。そして、通説を基礎にすると、行為者が264条第5項に従って有効に補助金詐欺について中止した場合には、263条の可罰性は生じない。

最後に、補助金の不正取得に関して、刑法264条は本質的に経済的補助金にとつてのみ妥当するということを指摘しうる。ヨーロッパ共同体のあらゆる種類の補助金 (社会的補助金や文化的補助金など) は、264条7項第2号によって、補助金詐欺の対象になっている。これに対して、国内の文化的補助金 (例えば、劇場、美術館あるいは私立学校の助成) 及び社会的補助金 (社会扶助、児童手当あるいはドイツ連邦奨学資金法による教育補助金) は、補助金詐欺の対象とならず、263条の詐欺の適用領域に属する。そして、この場合に「損害と同等である財産危殆化」の理論にしたがって、補助金の認可以前に、263条の詐欺の既遂が認められうる。ゆえに、この場合にも刑法264条第5項などの中止の規定を類推適用することについての差し迫った必要性があるといえる。

#### IV. 中止の任意性

本論文では、財産危殆化的詐欺に刑法264条5項、264条 a 第3項、265条 b 第2項、そして、298条第3項における中止の規定を類推適用することが必要とされて

いる。そして、これらの規定は、不処罰とするために、一貫して任意性を前提にしている。ここでは、任意性の観点の下で、財産が危殆化されている被害者が騙されていることを認識し、そして行為者に最終的な損害の惹起を放棄することを要求する場合のみを問題にする。その典型例は、被欺罔者によって認識されている契約締結における詐欺がなされ、これに引き続いて履行を断念すること及び契約を取り消すことを欺罔行為者に要求した場合である。行為者がこのような要求に従う場合、彼が発覚（Entdeckung）によって、自律的な翻意についてもはや問題になりえないほど精神的に消耗していた場合には、確かに任意性は否定される。しかし、行為者が爾後の態度につき決定の余地を有していると考えており、かつその機会をこれ以上追求しないと決断する場合、任意性は肯定される。被害者によるものも含め、外部から中止のための障害が生じているという事情だけでは、任意性は排除されないのである。したがって、ドイツの判例及び学説において、「被害者の強い要請（Andringen）」が不処罰の妨げにならないということは（オーストリア刑法典167条2項参照）、すでに一般的に承認されている。

#### 〔紹介者あとがき〕

ドイツ刑法263条の詐欺罪は、明文で「損害」の発生を要求しているが、判例で「損害と同等である財産危殆化」（以下、「危殆化損害」という）も、この「損害」に該当するとされている。詐欺罪において、このような危殆化損害が広く肯定されてしまうと処罰の早期化が生じるといえる。この危殆化損害に関連して、連邦憲法裁判所は2010年6月23日にドイツ基本法103条2項の罪刑法定主義の要請から、背任罪（ドイツ刑法266条）の損害要件につき、危殆化損害を認定する際には、損害額の認定を厳格に行うことを要求している（BVerfGE 126, 170）。そして、2011年12月7日の判決で同様のことが詐欺罪にも妥当するとされている（BVerfGE 130, 1）。本論文はこれらの判例が出される以前に書かれたものであり、ウェーバー自身はこのようなアプローチを採用していない。もっとも、連邦憲法裁判所は危殆化損害を完全に排斥したのではなく、厳格な認定の下で是認しているものであり、危殆化損害を肯定することによって処罰が早期化するという問題は現在でもなお残っているだろう。したがって、本論文でウェーバーが主張している、財産危殆化的詐欺が問題になる場合に、補助金詐欺などの中止の規定（ドイツ刑法264条5項など）を類推適用するというアプローチの意義は失われていないといえる。

一方で、わが国の刑法246条の詐欺罪は、ドイツ刑法263条とは異なり、財産損害の発生を明文では要求しておらず、危殆化損害の議論が正面から問題にされていない

い。しかし、わが国の詐欺罪の議論において、構成要件要素として財産損害を要求しない立場が有力であることに鑑みると、詐欺罪における処罰の早期化の問題は改めて検討されるべきものと思われる。たとえば、わが国でも財物を取得する目的で欺罔によって契約を締結した段階で、「財産上不法の利益を得たこと」に該当して利益詐欺罪（刑法246条2項）が認められる可能性がある。また、補助金の申請手続きにおいて不実の内容の申請を行い、補助金の交付が決定されたが、まだ補助金が支払われていない段階で、同様に利益詐欺罪が認められる可能性がある（なお、わが国では特別法で、偽りその他不正の手段により補助金の交付を受けた場合（補助金適正化法29条1項）や不実の申請その他不正な手段により生活保護を受けた場合（生活保護法85条1項）等に罰則が予定されているが、これらの規定はドイツ刑法264条の補助金詐欺のような不実の申請段階で既遂を肯定するものではない）。

このような詐欺罪における処罰の早期化の懸念に対して、まずもって、詐欺罪の解釈で射程を限界づけることが要請される。とくに、処罰の早期化が顕著である利益詐欺罪における「財産上不法の利益を得たこと」の解釈を精緻化することが重要であろう。さらに、わが国の詐欺罪においても、ドイツと同様に処罰の早期化を一定程度認めることが定着した状況にあるといえるならば、本論文を参考にして、中止規定（わが国では、ドイツ刑法264条5項などの規定が存在しないので、刑法43条ただし書きの中止未遂）を類推することも考えられうる。しかし、わが国の学説の多くは、二項犯罪（利益強盗罪、利益恐喝罪、利益詐欺罪）の処罰の早期化につながりうる近時の裁判例（キャッシュカード窃取後に脅迫を用いて暗証番号を聞き出した事案に、利益強盗罪を認めた東京高判平成21年11月16日判例時報2013号158頁）に批判的であり、必ずしもドイツと同様の議論状況にあるとはいえない。

ウェーバーの主張をわが国の議論にそのまま応用すべきかどうかは措くとしても、本論文は詐欺罪の処罰を早期化することによって生じうる問題を自覚するうえで、非常に有益なものと思われる。

（佐竹宏章）