

詐欺罪における構成要件の結果の 意義及び判断方法について（3）

——詐欺罪の法制史的検討を踏まえて——

佐 竹 宏 章*

目 次

はじめに

第一章 詐欺罪における「財産損害」に関するわが国の議論

第一節 本章の検討対象及び検討順序

第二節 詐欺罪の法益としての「財産」の意義

第三節 「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説の検討

第四節 「財産損害」の判断方法に関する学説の検討

第五節 本章から得られた帰結及び課題 (以上, 374号)

第二章 わが国における詐欺罪の法制史的検討

第一節 先行研究の到達点とそれに対する疑問

第二節 旧刑法典の詐欺取財罪の法制史的検討

第三節 現行刑法典の詐欺罪の法制史的検討

第四節 詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組に関する試論 (以上, 377号)

第三章 ドイツにおける詐欺罪の法制史的検討

第一節 本章の課題及び検討順序

第二節 領邦刑法典における詐欺罪の法制史的検討

第一款 前 史

第一項 ローマ法

第二項 ドイツ普通法

第二款 初期領邦刑法典における虚偽の行為及び詐欺

第一項 バイエルン (1751年バヴァリア刑事法典)

第二項 オーストリア (1768年テレジアーナ刑事法典, 1787年ヨゼフィーナ刑法典, 及び, 1803年フランツ二世による重罪及び重違警罪に関する法律)

* さたけ・ひろゆき 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

詐欺罪における構成要件の結果の意義及び判断方法について（3）（佐竹）

第三項 小 括

第三款 19世紀前半の領邦国家刑法典における詐欺罪

第一項 本款の検討対象

第二項 バイエルン（1813年バイエルン王国刑法典）

第三項 ザクセン（1838年ザクセン王国刑事法典）

第四項 ヴュルテンベルク（1839年ヴュルテンベルク王国刑法典）

第五項 ブラウンシュヴァイク（1840年ブラウンシュヴァイク公国刑事法典）

第六項 ハノーファー（1840年ハノーファー王国刑事法典）

第七項 ヘッセン（1841年ヘッセン大公国刑法典）

第八項 バーデン（1845年バーデン大公国刑法典）

第九項 チューリンゲン（1850年チューリンゲン刑法典）

第十項 19世紀前半の領邦国家刑法典における詐欺罪の整理

第四款 小 括 （以上、本号）

第三節 プロイセンにおける詐欺罪の歴史的展開

第四節 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典における詐欺罪

第五節 詐欺罪の法制史的検討によって得られた帰結

第四章 詐欺罪の構成要件の結果の判断方法について

おわりに

第三章 ドイツにおける詐欺罪の法制史的検討

第一節 本章の課題及び検討順序

詐欺罪に関するわが国の先行研究において、かねてからドイツの詐欺罪の歴史的展開を明らかにする必要性があることは意識されてきたが²⁸⁴⁾、わが国の詐欺罪がフランス刑法典の詐欺罪（又はフランス刑法典の詐欺罪の立場を重視するポワソナードの立場）の影響を強く受けて成立したと理解されてきたこともあり、これまで十分な検討がされてこなかった²⁸⁵⁾²⁸⁶⁾。

284) 平場・前掲注(69)書189頁参照。

285) わが国の詐欺罪の先行研究において、ドイツの詐欺罪の沿革を扱う重要文献として、足立(友)・前掲注(154)書22頁以下〔同書の初出として、足立(友)・前掲注(26)「欺罔(一)」113頁以下も参照〕。ただし、同書22頁以下は、ローマ法、ゲルマン法、ドイツ普通法における詐欺罪の萌芽的犯罪類型、並びに、初期領邦刑法典及びプロイセン刑法典に

これに対して、本章では、わが国の詐欺罪（とりわけ利益詐欺罪）の淵源がドイツ帝国刑法典263条1項にあるという分析などを基にして導き出した、詐欺罪における「財産損害」と「財産上不法の利益取得／財物騙取」の対応性に関する試論（さらには、わが国の詐欺罪の構成要件の結果である「財産上不法の利益取得／財物騙取」とドイツの詐欺罪の構成要件の結果である「財産損害」が実質的に共通の基盤を持った規定であるという試論）を検証するために、ドイツにおける詐欺罪の法制史的検討を行うものである²⁸⁷。

↘における虚偽的行為又は詐欺罪の発展過程の概略を示すにとどまっている。なぜなら、足立
が、ドイツの詐欺罪の法制史的検討を行っているのは、詐欺罪における「欺罔」の重要性
を強調することを狙いに行っている（同書21頁以下）からである。

その他に、ドイツの詐欺罪の歴史的沿革について触れるものとして、谷口正孝＝中平健
吉「詐欺罪の成立と財産上の損害（一）」法曹時報6巻2号（1954年）27頁以下、浅田・
前掲注（24）論文312頁以下、木村（光）・前掲注（154）書313頁以下、中村勉「19世紀に
おけるドイツ刑法の『詐欺概念』の史の変遷——エドガー・ブッシュマン「19世紀における
詐欺概念の発展」に関する論文を中心に——（一）～（二）」帝京法学17巻2号（1990年）
91頁以下、同18巻1号（1991年）137頁以下、〔以下では、中村（勉）「詐欺概念の史の変
遷（一）」「同（二）」と示す〕、中村（勉）・前掲注（154）「詐欺概念の史の変遷（三）」
153頁以下、内田・前掲注（154）書238頁以下、長井圓「消費者取引と詐欺罪の法益保護
機能」刑法雑誌34巻2号（1995年）136頁以下、設楽＝淵脇・前掲注（74）論文159頁以下
（特に160頁～162頁）など参照。

286) 文書偽造罪の先行研究の中で詐欺罪の歴史的沿革との関係で重要な文献として、今井猛
嘉「文書偽造罪の一考察（一）」法学協会雑誌112巻1号（1995年）1頁以下、成瀬幸典
「文書偽造罪の史的考察（一）」法学（東北大学）60巻1号（1996年）123頁以下〔以下で
は、成瀬「文書偽造罪の史的考察（一）」と示す〕、成瀬幸典「名義人の承諾と文書偽造罪
（三）～（五）」法学（東北大学）69巻5号（2005年）33頁以下、同71巻1号（2007年）1
頁以下、同73巻2号（2009年）1頁以下〔以下では、成瀬「名義人の承諾（三）」「同
（四）」「同（五）」と示す〕。

287) ドイツの詐欺罪の研究において、詐欺罪の歴史的展開を詳細に扱うものとして、*Sigrid
Susanne Schütz*, *Die Entwicklung des Betrugsbegriffs in der Strafgesetzgebung vom
Codex Juris Bavarici criminalis (1751) bis zum Preußischen Strafgesetzbuch (1851)*,
München 1988, S. 1 ff.

その他ドイツの詐欺罪研究において、詐欺罪の歴史的沿革について触れるものとして、
Vgl. *Merkel*, a.a.O. (Fn. 37), S. 1 ff.; *Buschmann*, a.a.O. (Fn. 154), S. 48 ff. [なお、本書の翻
訳として、中村（勉）・前掲注（285）「詐欺概念の史の変遷（一）」「同（二）」、前掲注
（154）「同（三）」があるが、この論文は翻訳部分と中村の評価部分が截然と区別されてい
ないため、本章で参照する場合は、基本的には、ブッシュマンの原著のみを摘示す。]

本章では、このような課題を念頭に置いて、まず第二節で、詐欺罪という犯罪類型が生じる以前の前史を概観した上で（第一款）、詐欺罪が一つの犯罪類型として意識され始めた、初期領邦刑法典における虚偽的行為及び詐欺の諸立法を検討し（第二款）、さらに19世紀前半の領邦国家刑法典における詐欺罪の諸立法を検討する（第三款）。

次いで、第三節では、当時の領邦国家刑法典では詐欺罪に関して多様な規定形式が存在していたにもかかわらず、プロイセン刑法典がなぜ詐欺罪の構成要件の結果として「財産損害」（及び、主観的要素として「利得意思」）を要求したのかを明らかにするために、プロイセン刑法典の詐欺罪の制定過程を検討する。ここでは、プロイセン一般ラント法、及び、プロイセン刑法典の諸草案における詐欺罪の変遷をみていく。

さらに、第四節では、このようなプロイセン刑法典の詐欺罪の立場が現行刑法典に継承された過程を確認するために、北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪の制定過程を検討する。

以上を踏まえて、第五節では、前章及び本章で行ってきた詐欺罪の法制史的検討の総括を行う（なお、本号では本章第二節までの部分を掲載し、次号で第三節以降の部分を掲載する予定である）。

ゝる]； *Wolfgang Naucke*, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, Berlin 1964, S. 62 ff.； *Manfred Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, Berlin 1986, S. 54 ff.； *Ellen Schülchter*, Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens beim Betrug. Ärgernis oder Rechtsstaaterfordernis?, in: Norbert Brieskorn u.a. (Hrsg.), Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft, Paderborn/München/Wien/Zürich 1994, S. 573 ff.； *Joachim Vogel*, Legitimationsprobleme beim Betrug. Eine entstehungszeitliche Analyse, in: Bernd Schünemann (Hrsg.), Strafrechtssystem und Betrug, Helboldzheim 2002, S. 89 ff.； *Urs Kindhäuser*, Zur Vermögensverschiebung beim Betrug, in: Gunter Widmaier u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, Köln 2005, S. 67 ff.； *Klaus Tiedemann*, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Band 1. Teilband (§§ 263 bis 266b) 12. Aufl., Berlin/Boston 2012, S. 16 ff. [Vor § 263, Rn. 12 ff.] [以下では、同書を、LK-Tiedemann と示す.]； *Andrés Schlack*, Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt, Baden-Baden 2017, S. 36 ff.

第二節 領邦刑法典における詐欺罪の法制史的検討

第一款 前 史

本款では、初期領邦刑法典における虚偽的行為、及び、19世紀前半の領邦刑法典における詐欺罪を検討するに先立って、ローマ法及びドイツ普通法における詐欺罪の萌芽的犯罪類型を検討する。もっとも、わが国の詐欺罪及び文書偽造罪の先行研究によって、前史の大部分はすでに明らかにされているので、本款では基本的にはこれらの先行研究に依拠して概観するにとどめる。

第一項 ローマ法

第一に、先行研究によって、ドイツの詐欺罪は、英米法の詐欺罪の発展過程（英米法の詐欺罪は、コモン・ロー上の盗罪に相当する larceny [及び、公共の取引に対する犯罪としての cheat] に由来する犯罪であるということ²⁸⁸⁾）のように、盗罪 (furtum)²⁸⁹⁾ から派生した犯罪ではなく、偽罪 (falsum)、及び、

288) 正田満三郎『米国における刑事実体法（特に各則）の研究——財産罪を中心として——』司法研究報告書2輯9号（1951年）32頁以下、130頁以下、J. ホール（大野真義訳）『窃盗・法および社会』（有斐閣、1977年）18頁以下（詐欺との関係では57頁以下）〔同書の前書として、Jerome Hall, Theft, law and society, 2nd Edition, 1952〕、木村（光）・前掲注（154）書98頁以下、木村光江『詐欺罪の研究』（東京都立大学出版会、2000年）66頁以下、木村光江「イギリス2006年詐欺罪法と詐欺処罰の限界」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』（成文堂、2014年）219頁以下など参照。

289) „furtum“ は、紀元前2世紀及び3世紀ころの古代ローマの法務官勅令に基づくものであり、現在の窃盗罪よりも広い概念であった（Vgl. Schütz, aa.O. (Fn. 287), S. 1）。たとえば、学説彙纂第47巻第2章第1の3（Dig. 47. 2. 1. 3.）では、「盗罪は、欺瞞的な (fraudulosa)、利益を得るためにおこなわれた物の取得、たとえば物自体、物の使用権、又はさらに物の占有の取得である。そしてそれは自然法によって実行することが禁じられている。」（江南義之『学説彙纂』の日本語への翻訳Ⅱ』（信山社、1992年）725頁以下、Karl Ediard Otto/Bruno Schilling/Karl Friedrich Ferdinand Sintenis, Das Corpus Iuris Civilis (Romani), Band 4 (Pandekten Buch 39-50), Leipzig 1832 [Neudruck: Aalen 1984], S. 815 及び, Tonio Walter, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, Heidelberg 1999, S. 11 を参照しつつ訳出した）と規定されている。➤

卑劣罪 (stellionatus) に由来する犯罪であるということが明らかにされている²⁹⁰⁾²⁹¹⁾。

偽罪とは、紀元前80年頃の「遺言と貨幣に関するコルネーリウス法 (lex Cornelia testamentaria nummaria)」において定められた犯罪類型である。偽罪に関する一般的定義は存在せず²⁹²⁾、この適用領域が「偽造に関するコルネーリウス法 (lex Cornelia de falsis)」²⁹³⁾によって拡張されることによって、公文書及び私文書の偽造、裁判官の買収、訴訟詐欺、偽名を名乗る行為、新生児のすり替え、職権濫用、度衡量の偽造など²⁹⁴⁾も把握す

ただし、盗罪がすべての欺罔的行為を対象にしていなかったことに留意する必要がある。学説彙纂第47巻第2章第43の3 (Dig. 47. 2. 43. 3.) では、「ある者が自己の人格に関して偽った (mentitus) わけではなく、その言葉にのみ欺瞞 (fraudem) が用いられている場合には、盗罪というよりも、むしろ欺罔 (fallax) である。たとえば、この者が自身は富裕であると偽った場合、あるいは、自身は受領したものを商品に支出しようとしていると、適当な保障人を設定しようとしていると、あるいは金銭を速やかに弁済すると述べた場合である。なぜなら、これらの諸事例すべてにおいて、盗みというよりもむしろ騙し (decepti) であるからである。それゆえに、この者は盗罪で拘束されない。しかし、悪意で行われたのであるから、別の方法でこの者に対する訴訟がなされなければ、悪意についての訴えが提起されるであろう。」と規定されている。なお、江南・前掲書743頁以下、*Otto/Schilling/Sintenis*, a.a.O., S. 832 f.; *Walter*, a.a.O., S. 11 を参照しつつ訳出した。

なお、学説彙纂については、Vgl. *Corpus iuris civilis: codicibus veteribus manuscriptis et optimis quibusque editionibus collatis*, Göttingen [Göttingen] 1776-1797 [福岡大学図書館ローマ法大全ファイル <http://ims.lib.fukuoka-u.ac.jp/cgi-bin/europe/index.cgi>]。

290) 今井・前掲注 (286) 論文12頁以下、成瀬・前掲注 (286) 「文書偽造罪の史的変遷 (一)」128頁以下、木村 (光)・前掲注 (154) 書313頁、設楽=淵脇・前掲注 (74) 論文160頁以下、足立 (友)・前掲注 (154) 『詐欺罪の保護法益』23頁以下。

291) これら以外の詐欺罪の萌芽的犯罪類型として、紀元前451年の十二表法における庇護者による欺瞞 (fraus patroni)、偽証、裁判手続における買収などが存在した。Vgl. *Theodor Mommsen*, *Römisches Strafrecht*, Scienta Verlag, Leipzig 1899 [2. Neudruck: Aalen 1990], S. 668; *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 1 ff. なお、これらの規定の日本語訳として、佐藤篤士『改訂 LEX XII TABULARUM 十二表法原文・邦訳および解説』(早稲田比較法研究所, 1993年) 184頁以下, 189頁以下, 196頁以下を参照のこと。

292) *Buschmann*, a.a.O. (Fn. 154), S. 2.

293) 偽造に関するコルネーリウス法に関して、学説彙纂第48巻第10章 (Dig. 48. 10) にまとめられている。

294) 今井・前掲注 (286) 論文13頁, 足立 (友)・前掲注 (154) 『詐欺罪の保護法益』24頁

るに至った。このような拡張された偽罪が、「準偽罪 (quasi falsum)」と呼称されたようである。

卑劣罪²⁹⁵⁾は、西暦200年頃に「補充犯罪 (crimen extraordinaria)」として現れた法形象である²⁹⁶⁾。学説彙纂第47巻第20章第3の1では、「卑劣罪は、別の犯罪の責任が存在しないようなことを奸計的な態様で実行したことに対して、責任追及することができる。すなわち民事訴訟の下で悪意を理由とする訴えが、犯罪の下では卑劣罪の訴追である。」²⁹⁷⁾と記述されている。このような法形象が生じた背景には、取引の増大等で、盗罪、偽罪、準偽罪では対応できない事象が増え、さらに民事法的な規制である悪意訴権 (actio de dolo)²⁹⁸⁾でも十分に処理し得ない欺瞞的行為が生じはじめ

↘注7参照。Vgl. auch *Mommsen*, a.a.O. (Fn. 291), S. 669 ff.; *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 1 ff.; *Buschmann*, a.a.O. (Fn. 154), S. 2.

295) „stellionatus“の定訳はまだ存在しない。①「欺罔罪」と訳出するものとして、足立(友)・前掲注(154)『詐欺罪の保護法益』23頁、設案=淵脇・前掲注(74)160頁、②「詐欺的行為」と訳出するものとして、フォン・リスト(岡田朝太郎校閲/我孫子勝=乾政彦共釋)『獨逸刑法論 各論』(早稲田大学出版部, 1908年)371頁、③言語又はカタカナ表記を用いるものとして、谷口=中平・前掲注(285)論文29頁、成瀬・前掲注(286)「文書偽造罪の史的考察(一)」129頁、中村(勉)・前掲注(285)「詐欺罪の史の変遷(一)」97頁、④「卑劣罪」又は「卑劣行為」と訳すものとして、柴田光蔵=西村重雄「学説彙纂第四十八巻(2)」法学論叢87巻5号(1970年)9頁[ただし、この文献は学説彙纂第四十八巻を訳すための準備作業として、学説彙纂全五十巻の目次部分を訳出したものに基づき、現段階では同巻の翻訳は見当たらない]、浅田・前掲注(24)論文312頁、⑤「不都合な事態」と訳出するものとして、リューピング(川端博=曾根威彦訳)『ドイツ刑法史綱要』(成文堂, 1984年)50頁。

本稿では、*Mommsen*, a.a.O. (Fn. 291), S. 680が、「stellionatus」を「卑劣行為 (Schufterei)」と示していること、及び、「stellio」の語義(たとえば、この点に関して、成瀬・前掲注(286)「文書偽造罪の史的考察(一)」132頁注9が、「ステリオナートゥスという名称は、ステリオ (stellio) と呼ばれるまだらなトカゲに由来し、当時、陰険で卑劣な人の別称として用いられていたようである」と指摘していること)から、④「卑劣罪」という訳語を用いる。

296) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 3.

297) Dig. 47. 20. 3. 1. 訳出に際して、*Otto/Schilling/Sintenis*, a.a.O. (Fn. 289), S. 914; *Walter*, a.a.O. (Fn. 289), S. 13を参照した。なお、江南・前掲注(289)書は、学説彙纂第47巻を全て訳しているわけではなく、卑劣罪に相当するものは訳出されていない。

298) ローマ法の悪意訴権も、補充的な訴権であり(原田慶吉『ローマ法〔改訂〕』(有斐閣, ↗

たことがあったようである²⁹⁹⁾。

第二に、ローマ法はその後一時影響力を失うが、11世紀のローマ法（学説彙纂）の再発見、さらにイタリアの注釈学派によるローマ法の継承を経て、これらの偽罪及び卑劣罪が継受されたということも明らかにされている³⁰⁰⁾。この点に関して、イタリアの注釈学派が、偽造犯罪を「真実の改変」と捉えた上で、成立範囲を限定するために、「行為者の悪意」、「他人の損害」を要求していたということも重要である³⁰¹⁾。

第二項 ドイツ普通法

第一に、先行研究によって、神聖ローマ帝国の統一刑事法典³⁰²⁾である1532年カロリーナ刑事裁判令（*Constitutio Criminalis Carolina*）³⁰³⁾では、詐欺に相当する規定はまだ現れておらず、虚偽的行為に関する犯罪がカズイス

↘1955年）232頁参照）、売買において売主が買主に物の瑕疵を欺いた場合には売買上の訴権が適用されるので、悪意訴権の具体的な適用例は、被相続人の債権者が相続人を欺き、負債が上回る相続財産の相続を同意させる場合などに限定されていたようである（吉原達也編「千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』(4)」*広島法学*33巻2号（2009年）190頁〔なお、この資料は、大正時代に京都帝国大学法科大学にて行われていた千賀鶴太郎博士の羅馬法講義の口述筆記録を活字化したものである〕参照）があげられている。その他に、ローマ法上の *dolus* の意義及び効果については、岩本尚禧「民事詐欺の違法性と責任（2）」*北大法学*63巻4号（2012年）160頁以下を参照のこと。

299) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 3.

300) 今井・前掲注（286）論文12頁、足立（友）・前掲注（154）『詐欺罪の保護法益』25頁。

301) 今井・前掲注（286）論文14頁、足立（友）・前掲注（154）『詐欺罪の保護法益』25頁。
さらに、成瀬・前掲注（286）「文書偽造罪の史的変遷（一）」128頁以下も参照。

302) カロリーナ刑事裁判令は、各領邦で刑罰に関する規定がある場合（領邦における条令、刑事裁判令なども含む）にはそちらを優先するとされていたが、刑事法典の編纂は18世紀以降に有力な領邦でなされはじめたにすぎず、神聖ローマ帝国全体においてカロリーナ刑事裁判令の影響力は非常に大きかったといえる（高橋直人「意思の自由と裁判官の恣意——ドイツ近代刑法成立史の再検討のために——」*立命館法学*307号（2006年）35頁以下参照）。

303) カロリーナ刑事裁判令は、1507年にシュバルツェンベルク（Johann von Schwarzenberg, 1463～1528）によって作成されたバンベルク刑事裁判令（*Constitutio Criminalis Bambergensis*; *Bambergische Peinliche Halsgerichtsordnung*）の影響下で制定された刑事裁判令である。

ティックに規定されていたこと³⁰⁴⁾が明らかにされている³⁰⁵⁾。たとえば、偽証等(107条)、通貨偽造等(111条)、文書等の偽造(112条)、度量衡の偽造等(113条)、境界の移動等(114条)が規定されていた³⁰⁶⁾。その他に財産犯との関連では、強盗(126条)、窃盗(157条~174条)も規定されていた。

第二に、カロリーナ刑事裁判令がカズイスティックな規定であったことから、普通法の実務は処罰の間隙を埋めるために、前述したローマ法の偽罪及び卑劣罪を補充的に用いていたということも明らかにされている³⁰⁷⁾。この点に関連して、カルプツォフ(*Benedict Carpzov*, 1595~1666)³⁰⁸⁾が、イタリアの注釈学派の解釈にならって、偽造犯罪(*crimen falsi*)を「別の先見的な事実によって故意的に真実を変更すること(*dolosam veritatis immutationem, in alterius praejudicium factam*)」と定義し³⁰⁹⁾、卑劣罪も偽造

304) これ以前のゲルマン法の法書(ザクセンシュピーゲルなど)でも、虚偽的行為に関するカズイスティックな記述がみられる(久保正幡=石川武=直居淳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』(1977年、創文社)参照)。たとえば、不正な度量衡、偽の品物を売却すること、宣誓の約定に反する場合、貨幣偽造、渡橋税・渡水税の騙取など。

305) 今井・前掲注(286)論文21頁、成瀬・前掲注(286)「文書偽造罪の史の変遷(一)」130頁、足立(友)・前掲注(154)『詐欺罪の保護法益』25頁。

306) これらの規定については、カロリーナ刑事裁判令の日本語訳である、塙浩「カルル五世刑事裁判令(カロリーナ)」『フランス・ドイツ刑事法史』(信山社、1992年)147頁以下、上口裕「カール5世刑事裁判令(1532年)試訳」(1)~(3・完)『南山法学』37巻1=2号(2014年)149頁以下、同37巻3=4号(2014年)299頁以下、同38巻1号243頁以下を参照のこと。

307) 今井・前掲注(286)論文22頁、成瀬・前掲注(286)「文書偽造罪の史の変遷(一)」130頁、足立(友)・前掲注(154)『詐欺罪の保護法益』27頁。

なお、普通法においてローマ法を補充する方法について、一致した説明が見られない。

① ローマ法を直接的に適用したという説明(*Franz von Liszt*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 9. Auflage, Berlin 1899, S. 489), ② カロリーナ刑事裁判令105条の一般条項を用いたという説明(*Buschmann*, a.a.O. (Fn. 154), S. 3), ③ カロリーナ刑事裁判令112条の偽造の規定を用いたという説明(今井・前掲注(285)論文21頁以下、足立(友)・前掲注(154)『詐欺罪の保護法益』27頁)がある。

308) カルプツォフの経歴や著書の評価などについて詳しくは、藤本幸二『ドイツ刑事法の啓蒙主義的改革と *Poenae Extraordinariae*』(国際書院、2006年)109頁以下を参照のこと。

309) *Benedict Carpzov*, *Practika Nova imperialis Saxonica rerum criminalium in Partes* ↗

犯罪の中におおよそ位置付け、補充的犯罪（Aushilfsverbrechen）として位置付けていたことが重要であった³¹⁰⁾。卑劣罪の射程が不明瞭であることもあって、普通法の実務は恣意的に運用されたようである³¹¹⁾。

その他に、先行研究では言及されてはいないが、ここでは、神聖ローマ帝国の法制において、„Betrug“ という用語が用いられたのは、帝国ポリツァイ条令（Reichspolizeiordnung）³¹²⁾であるということも指摘しておく³¹³⁾。たとえば、1577年の第三次帝国ポリツァイ条令では、物品の品質を偽ることなどの欺瞞的行為等（具体的には食品偽造³¹⁴⁾、破産行為³¹⁵⁾、粗悪ワイン作り³¹⁶⁾）が規定されていた³¹⁷⁾。

第二款 初期領邦刑法典における虚偽的行為及び詐欺

次に、詐欺の一般的概念の生成期として、1806年の神聖ローマ帝国崩壊以前の領邦の刑事立法における詐欺罪について、バイエルン及びオーストリアで制定された初期領邦刑法典における虚偽的行為に関する規定を概観

Ⅲ. Divisa, Wittebergae 1650 [erscheinen 1670], Pars. II qu 93 Nr. 5. なお、カルプツォフのこのような主張は18世紀まで支配的であったようである。Vgl. *Buschmann*, a.a.O. (Fn. 154), S. 3.

310) *Buschmann*, a.a.O. (Fn. 154), S. 3.

311) *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 7.

312) 帝国ポリツァイ条令は、帝国のよき秩序を守るために制定された法である。帝国ポリツァイ条令の概要に関して、Vgl. *Josef Segall*, *Geschichte und Strafrecht der Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548, 1577.*, Breslau 1914. S. 167 ff.

313) 詳細については立ち入らないが、1530年第一次ポリツァイ条令、1548年第二次ポリツァイ条令でも、„Betrug“ という用語は用いられている。

314) 3. Reichspolizeiordnung von 1577, XXIII. Titul. 原文については、*Matthias Weber*, *Die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548, und 1577*, Frankfurt am Mein 2002, S. 254 を参照のこと。

315) 3. Reichspolizeiordnung von 1577, XXIII. Titul. 原文については、*Weber*, a.a.O. (Fn. 314), S. 252 を参照のこと。

316) 3. Reichspolizeiordnung von 1577, XVI. Titul. 原文については、*Weber*, a.a.O. (Fn. 314), S. 236 を参照のこと。

317) *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 7.

する(なお、この時期に制定された1794年プロイセン一般ラント法については、本章第三節で扱う)。

第一項 バイエルン(1751年バヴァリア刑事法典)

(1) 起草の経緯

バヴァリア刑事法典(Codex Juris Bavarici Criminalis)³¹⁸⁾は、1751年にバイエルンの選帝侯マキシミアン・ヨーゼフ三世(Maximilian Joseph III., 1727~1777/在位:1745~1777)によって公布、施行された。この法典はクライトマイヤー(Wiguläus von Kreittmayr, 1705~1790)によって編纂されたものである。当時のバイエルンにおいて、一義的な規定の欠如などから法的不安定さが生じており、散発的に存在していた法律を統合することが要請されていた。そこで、この法典は、法律の配列や規定などを整備し、領邦内の効率的な機能化及び厳格な組織化を保証させることを狙いに行っていた。

(2) 規定の内容

ア. 虚偽的行為の規定

バヴァリア刑事法典では、現在の詐欺罪に相当する一般的な規定は置かれていない。

しかし、ローマ法の偽罪(falsum)³¹⁹⁾に相応する虚偽的行為(Verfälschung)³²⁰⁾を抽象的に定義した規定が存在する。すなわち、第1部第9章「通貨偽造をする者、偽造をする者、偽証をする者、復讐断念契約に違反をする者、背信的行為をする公務員、さらに悪意且つ故意の侵害につい

318) 本法典の原文については、Vgl. Codex Juris Bavarici Criminalis de anno MDCCLI, München 1756, in: Codex Juris Bavarici Criminalis de anno MDCCLI - Anmerkungen über den codicem juris Bavarici criminalis. [Reprint: Frankfurt am Mein 1988]

319) 本款以降で、偽罪という場合には、基本的には、本章第二節第一款第一項で前述した準偽罪も含めた概念として用いている。

320) 偽造以外の犯罪類型を含むので、ここでは「虚偽的行為」という訳語を用いた。高橋直人「近代刑法の形成とバイエルン刑事法典(1751年)——啓蒙と伝統との交錯の中で——」同志社法学47巻6号(1996年)455頁では「歪曲」と訳している。

て」の2条第1文で「ラテン語でいうところの *Falsum* のように、あるときは言葉によって、あるときは所為によって、又はあるときは文書によって、他者に損害をもたらしうる、危険な態様で、事実の真实性をゆがませる、虚偽的行為は、きわめてさまざまな態様で実行されうる。」³²¹⁾と規定されている。これに続いて、2条第2文以下でこれにあたる具体的事例が摘示されており、たとえば偽造犯罪や欺瞞的行為 (*Betrügereyen*)³²²⁾等が扱われていた³²³⁾。

イ. 虚偽的行為と他の犯罪の関係性

バヴァリア刑事法典における虚偽的行為は、前述したように偽罪 (*falsum*) を念頭においた規定であり、非常に広い幅を持った概念であった。しかし、本条とは別に通貨偽造 (第9章1条) 及び偽証 (第9章3条) を規定していることから明らかなように、本法典の虚偽的行為はローマ法における偽罪の射程よりも限定されたものであったといえよう。

第二項 オーストリア (1768年テレジアーナ刑事法典, 1787年ヨゼフィーナ刑法典, 及び, 1803年フランツ二世による重罪及び重違警罪に関する法律)

(1) 起草の経緯

オーストリアでは1806年の神聖ローマ帝国崩壊以前の段階で、以下の3

321) この部分の欄外表題は「虚偽的行為、ラテン語でいうところの *Falso* について (*Von Verfälschung, zu Latein Falso*)」である。

322) この時代にはすでに帝国ポリツァイ条令において „*Betrug*” という用語は用いられていたが (前述, 本節第一款第二項参照), まだ詐欺罪 (*Betrug*) という犯罪は一定の犯罪類型として明確には認識されていなかった時期と思われるので, バヴァリア刑事法典第9章第2条で規定されている „*Betrügereyen*” は, 「欺瞞的行為」と訳した。

323) 高橋 (直)・前掲注 (320) 論文455頁は, 「同条 [バヴァリア刑事法典第9章2条——引用者注] は, これに該当する具体的な事例として, 称号の詐称, 虚偽によって裁判を遅延させたり, 不当な判決へと至らせたりすること, 印章の偽造, 不法な度量衡の使用, 境界石の使用, 販売用の飲食物の質を低下させること, 当局が設定した価格を変更すること, などを挙げている」と整理している。

つの重要な法典が存在した。他の領邦とは異なり、短期間で改正を行っている点に特徴がある。

まず、(a) テレジアーナ刑事法典 (Constitutio Criminalis Theresiana)³²⁴⁾ は、マリア・テレジア (Maria Theresia, 1717~1780/在位: オーストリア大公 1740~1780) によって1768年12月31日に公布され³²⁵⁾、施行された。オーストリアでは当時いくつかの地方裁判令 (Landesgerichtsordnungen) が存在していた。前述したバヴァリア刑事法典制定前のバイエルンと同様に、オーストリアでも、区域内で散発的に存在していた法を統合することが要請されていた。テレジアーナ刑事法典には、実質的に自然法思想の影響を受け、侵害される権利客体による区分に基づいて重罪の体系化を行ったという特徴がある³²⁶⁾。

次に、(b) 重罪とその処罰に関する一般法律 (Allgemeines Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung³²⁷⁾) [以下では、ヨゼフィーナ刑法典という] が、マリア・テレジアの子息であるヨーゼフ二世 (Joseph II., 1741~1790/オーストリア大公の在位: 1780~1790, 神聖ローマ帝国皇帝の在位: 1765~1790) によって、1787年1月13日に公布、施行された³²⁸⁾。法典編纂委員会のなかで、ケース (Franz Georg von Keeß, 1747~1799) やソネンフェ

324) 本法典の原文については、Vgl. *Constitutio Criminalis Theresiana oder der Römisch-Kaiserl. zu Hungarn und Böheim &c. [etc.] &c. [etc.] Königl. Apost. Majestät Mariä Theresiä Erzherzogin zu Oesterreich, &c. [etc.] &c. [etc.] peinliche Gerichtsordnung*, 1769.

325) 足立昌勝『国家刑罰権力と近代刑法の原点』(白順社, 1993年) 33頁参照。

326) *Schütz*, aa.O. (Fn. 287), S. 13. この法典では、重罪を以下のように区分した。神, 宗教 (Gott, Religion), 領邦君主, 国家全体 (Landesfürst, gesamter Staat), 高権, 領邦の税金 (Hoheitsrechte, Landesgefälle), 統治, 領邦の体制 (Regiment, Landesverfassung), 良俗 (gute Sitten), 身体, 生命 (Leib, Leben), 財産及びその他の私法上の権利 (Vermögen und andere Privatrechte), 名誉 (Ehre) である。

327) 本法典の原文については、Vgl. *Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung*, Wien 1787. 本法典に関する日本語訳として、足立昌勝「資料 ヨゼフィーナ刑法典」前掲注(325)書271頁以下。

328) 足立(昌)・前掲注(325)書35頁。

ルス（*Joseph von Sonnenfels*, 1732～1817）が草案の作成などで重要な役割を担っていた³²⁹⁾。テレジアーナ刑事法典と異なり、啓蒙の理念を実質的に考慮したものとなっており³³⁰⁾、重罪の区分も啓蒙思想の影響の下で行われた³³¹⁾。

さらに、(c) 重罪及び重違警罪に関する法律（*Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Übertretungen*³³²⁾）〔以下では、1803年オーストリア刑法典という〕が、1803年9月3日にフランツ二世（*Franz II*, 1768～1835／オーストリア大公の在位；1790～1835、オーストリア皇帝の在位；1804～1835、神聖ローマ帝国皇帝の在位；1792～1806）によって公布され、1804年1月1日に施行された。ヨゼフィーナ刑法典の本質的な改正として制定されたものである。この法典の立法作業において、ハーン（*Matthias von Haan*, 1737～1816）とツァイラー（*Franz von Zeiller*, 1751～1828）が中心的な役割を担っていた³³³⁾。

(2) 規定の内容

(a) テレジアーナ刑事法典

ア. 虚偽的行為の規定

テレジアーナ刑事法典でも、バヴァリア刑事法典と同様に、現在の詐欺に相当する一般的規定は置かれていない。

しかし、ここでも、虚偽的行為（*Falsch*）³³⁴⁾を規制する一般的規定が存

329) 足立（昌）・前掲注（325）書34頁。

330) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 17.

331) この法典では、領邦君主及び国家に対するもの、人間の生命及び身体的な安全に対するもの、名誉及び自由に対するもの、及び、財産及び権利に対するもの、という重罪の区分がなされていた。

332) 本法典の原文については、Vgl. *Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Übertretungen*, Wien 1803. 本法典に関する日本語訳として、櫻庭総「【資料】フランツィスカーナ刑法典（実体法部分）試訳」九大法学96号（2008年）119頁以下がある。

333) 櫻庭・前掲注（332）資料120頁、振津隆行「オーストリア刑法学研究序説（1）：オーストリアにおける犯罪論の展開について」商学討究（小樽商科大学）34巻2号（1983年）93頁以下など参照。

334) ここでもバヴァリア刑事法典の „*Verfälschung*” と同様に、偽造以外の行為も含んで

在した。同法典72条は、「さまざまな虚偽的行為を行う者について (Von denen, die allerhand Falsch begehen)」という表題の下、1項第1文で、虚偽的行為を、「隣人が陰険に騙されて、侵害を加えられることによってなされる虚偽的行為 (Falsch) の犯罪は、たいていの場合窃盗と非常に近い類縁性を有し、そして本来的に第三者に生じる損害を予測させる、真実の危険な歪曲、改変である。」と定義し、次にこれに該当すると考えられる具体的事案を、同項第2文以下で列挙している。

この第2文以下の具体的事案を整理すると、① 法律上別の箇所で行われていた犯罪 (通貨偽造、偽証、裁判官などの背信的行為など)、② 「より低劣な (gemeiner)」犯罪 (手紙や封緘物の偽造、度量衡の偽造、複数の人間との婚約など)、③ その他の狡猾的・欺瞞的行為となる³³⁵⁾。このように、多くの欺瞞的行為が対象にされていたようである。

イ. 虚偽的行為と他の犯罪の関係性

テレジアーナ刑事法典では、侵害される法益客体による区分がされていたが、詐欺あるいは虚偽的行為の規定は、統治及び領邦の体制に対する犯罪 (Delikten gegen das Regiment und die Landesverfassung) の下に位置付けられていた。これは虚偽の犯罪を通じて国家全体を危険にさらすのであり、個人を危険にさらすのではないという考えに基づくものである³³⁶⁾。

そして、偽証 (59条)、貨幣偽造 (63条)、官吏の背信行為 (97条)などは虚偽的行為とは別の規定が置かれているが、前述した①の類型にもあたるので、虚偽的行為にも該当するとされた。したがって、これらの犯罪と虚偽的行為は完全には分離されていなかった (この点は上記のパヴァリア刑事法典とは異なっている)。

↘いるので、「虚偽的行為」という訳語を用いた。

335) Schütz, aa.O. (Fn. 287), S. 14.

336) Schütz, aa.O. (Fn. 287), S. 14.

(b) ヨゼフィーナ刑法典

ア. 詐欺 (Trug) の規定

ヨゼフィーナ刑法典では、詐欺 (Trug) の一般的規定が試みられている。もっとも、ここでの詐欺は、ローマ法の偽罪と卑劣罪を念頭に置いたものであった³³⁷⁾。

詐欺は、149条で、「いかなる術策と策略によってであれ、他者の所有権を自身に移転させようとする者、又は悪質な意図で、ある者の財産、名誉、自由、あるいは権利を侵害しようとする者は、一般的に詐欺 (Trug) の責任を負う。詐欺を実行する者 (Betrüger) が用いた手段、そしてこの者が上記の意図を現実達成したか否かについて考慮しない。」と規定されている。

この規定は、「～しようとする事 (suchen)」（「他者の所有権を自身に移動させようとする事」と「悪質な意図で、財産、名誉、自由、あるいは権利を侵害しようとする事」）と規定しており、実際に「所有権を自身に移動させる事」という結果、「財産などを侵害する事」という結果が生じる事を要求していない。同様のことは「詐欺を実行した者が意図を現実達成したか否かについて考慮しない」と規定していることから導けるだろう。そして、本罪は、「移動させようとする」行為、「侵害しようとする」行為を行った時点で既遂になるとされている。

このような規定例は、詐欺罪を、財産権を侵害する犯罪と捉えるのではなく、その他の権利侵害を広く把握しようとする事を狙いにするものであり、後に検討する19世紀前半の領邦国家刑法典（とくに、後述本節第三款第二項1813年バイエルン王国刑法典参照）でも有力に展開されていた立場である³³⁸⁾。そして、オーストリアではこのような詐欺理解が後の法典におい

337) ヨゼフィーナ刑法典第1部第6章「財産及び権利に対する犯罪について」に詐欺は位置付けられているが、この章の冒頭の規定である148条では、「財産及び権利に関連する犯罪は、a 詐欺 (steilonatus, falsum), b 窃盗, c 強盗, d 放火, e 重婚である。」と規定されていたのである。

338) このような立場から *Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen* ↗

でも継承された³³⁹⁾。

イ. 詐欺 (Trug) と他の犯罪の関係性

ヨゼフィーナ刑法典では、テレジアーナ刑事法典とは異なり前述のように詐欺の一般の規定をおいているが、150条の冒頭で「とりわけ、以下の場合に詐欺の責任を負う」と規定し、それに続けて、文書偽造 (150条)、偽証 (151条)、氏名や官職等の詐称 (152条)、他人に不利な行為を行わせるために浄化されていない宗教観や先入観などを濫用すること (153条)、弁護人などの秘密漏示等 (154条) を規定している。これに対して、通貨偽造等 (68条以下) は、領邦君主及び国家に対する罪に位置付けられていて、詐欺とは区別して扱われている。

これらの規定方法に鑑みると、ヨゼフィーナ刑事法典の詐欺 (Trug) は、文書偽造、偽証などを把握する広義の概念であり、バヴァリア刑事法典の虚偽的行為 (Verfälschung) とテレジアーナ刑事法典の虚偽的行為 (Falsch) と同種の規定といえる。

↘peinlichen Rechts, 11. Ausgabe, Giessen 1832, S. 272 [§ 412] は、「[広義の詐欺罪における——訳者注] 欺罔行為 (Die täuschende Handlung) は、他者の権利を不利益にするために、行われなければならない。すなわち、(1) 現実の権利客体 (財) の侵害を根拠付けるものであるか、あるいは、(2) 少なくとも欺罔行為を差し控えることを求める他者の完全なる権利に矛盾するものでなければならない。」と述べている。フォイエルバッハの広義の詐欺概念について、詳しくは、成瀬・前掲注 (286)「文書偽造罪の史的考察 (一)」134頁以下を参照のこと。

339) オーストリアでは、1803年オーストリア刑法典における詐欺罪を基本的に継承した1852年オーストリア帝国刑法典の詐欺罪 (197条「狡猾な表現又は行為によって、国家、地方公共団体、別的人格主体を問わず、ある者が自身の所有権あるいはその他の権利を侵害させるような錯誤に他者を陥れる者、又はこのような意思で前記の態様で、他者の錯誤又は無知を利用する者は、詐欺を実行している。……」(Vgl. *Melchior Stenglein*, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, 3. Band, München 1858, 3. Band, XII. Österreich, S. 15 ff.) が、1974年オーストリア刑法典の詐欺罪 (146条「被欺罔者の挙動により不法に利得し又は第三者に不法に利得させることを認識しながら、事実に関する欺罔により、何びとかを誘惑して本人又は他人の財産を害する行為、忍従又は不作為をさせた者は、6月以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する」法務省大臣官房司法法制調査部『1974年オーストリア刑法典』法務資料423号 (1975年) 63頁参照) が制定されるまで通用していた。

ウ．違警罪としての詐欺（Betrug）³⁴⁰⁾

ヨゼフィーナ刑法典では、第2編の違警罪（politischen Vergehen）³⁴¹⁾、第4章「同胞の財産又は権利を侵害する違警罪について」でも、詐欺（Betrug）を規定していることが注目に値する³⁴²⁾。たとえば、許容されているギャンブルにおける詐欺（内容としては、いかさま的な行為）を違警罪としている（第2編第4章33条）³⁴³⁾。そのほかに„Betrug“という用語は用いられていないが、虚偽的行為に関連するものとして、偽造された度量衡を使って商品を販売することなども規定されている（第2編第4章40条）³⁴⁴⁾。

340) ヨゼフィーナ刑法典第2編の規定については、Vgl. Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung, Wien 1787, S. 79 ff. なお、重罪と違警罪で同じ用語を用いなかった（前者は Trug であるのに対し、後者は Betrug）理由は説明されていない。この点について、本稿では、前述した帝国ポリツァイ条令で用いられていた„Betrug“の規制が先行して存在していたことから、重罪としての規制に別の語„Trug“を用いることが試みられたのではないかという推測を提示しておくにとどめる。

341) „politischen Vergehen“という用語は、「政治的軽罪」と訳すことができそうであるが、政治的行為を対象としているわけではないので、「違警罪」と訳した。この編の規定群を示す表題に、„politisch“という用語が用いられて理由として、これらの行為の管轄が行政官庁にあるとされていること（Vgl. Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965 [2. unvoränd. Nachdruck: Göttingen 1995], S. 257; Roman Borscher, Die Josephinische Strafrechtsreform, Seminararbeit zu „Wiener Rechtshistorische Spaziergänge“ 2000, Universität Wien, S. 44. [なお、本論文について、<http://www.univie.ac.at/rechtsgeschichte/seminararbeiten/romanborschers.pdf> [最終閲覧日2018年6月17日]を参照)が考えられる。

342) 第2編の第4章「同胞の財産又は権利を侵害する違警罪について（von den politischen Vergehen, wodurch das Vermögen und Recht der Mitbürger gekränkt werden）」の規定（29条以下）については、Vgl. Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung, Wien 1787, S. 95 ff. ただし、この章のすべてで„Betrug“という用語が用いられているわけではない。

343) 第2編33条では、「許容されているギャンブル（erlaubten Spiele）において、詐欺（Betrug）を用いた者、たとえば、偽造された、あるいは有利に働くカードやさいころを使用すること、歪曲することによって他人のカードを自分のものにする、第三者の合意によって他者の手の内（Spiel）を露呈させることを行った者は、違警罪の責任を負う」と規定されている。

344) 第2編40条では、「ある者が商品を許可を受けて販売する際に、警察によって算定された適正価格（Taxe）を越えて販売した場合、あるいはある者が商品を偽造された度量

(c) 1803年オーストリア刑法典

ア. 詐欺 (Betrug) の規定

この法典において詐欺 (Betrug) は、重罪 (Verbrechen) と重違警罪 (schwere Polizey-Übertretung) にまたがって規定されている (ヨゼフィーナ刑法典とは異なり、重罪と違警罪で „Trug“ と „Betrug“ を使い分けていない)。重罪としての詐欺は、第1部第1編第24章「詐欺について」という独立の箇所規定されている。

ここでは、詐欺の一般規定を確認する (第2部第1編の「重違警罪」第11章「財産の安全に対する重違警罪について」では詐欺の定義規定を置いていないので、この規定が重違警罪の詐欺にも妥当するものと思われる)。本法典176条では、「狡猾な表現又は行為によって、他者を、ある者が自身の所有権あるいはその他の権利の侵害をさせるような錯誤に陥れる者、あるいはこのような意思で他者の錯誤又は無知を利用する者は、詐欺 (Betrug) を実行している。」と規定されている。

この規定は、ヨゼフィーナ刑法典ほど明確ではないが、損害の発生などの構成要件の結果が明文上要求されておらず、損害が発生していない場合であっても既遂として処理されることになる³⁴⁵⁾。

イ. 詐欺と他の犯罪の関係性

1803年オーストリア刑法典では、前述したように、詐欺は重罪と重違警罪にまたがって規定されているので³⁴⁶⁾、いずれの詐欺に当たるかについて、第1部第1編第24章第177条が、「詐欺が重罪になるのは、行為の性質によるか、損害の額によるかである。」と規定している。

これを受けて、第一に、178条が行為の性質から重罪になるものとして、(a) 偽証等、(b) 官吏の地位の詐称等、(c) 公職において虚偽の基準や単位を用いること、(d) 公文書等の偽造、(e) 境界移動、(f) 詐欺的な破産等を

↘ 衡に従って販売する場合に、この者は違警罪の責任を負う。」と規定されている。

345) Vgl. Schütz, aa.O. (Fn. 287), S. 25.

346) 重違警罪としての詐欺罪の規定は、第2部第1編第11章211条、212条に認められる。

挙げている。第二に、179条が損害の額から重罪となる場合を規定している。すなわち「その他の詐欺的行為は、損害が25グルテンよりも多く発生した場合、あるいは悪質な意図がその損害に向けられていた場合に重罪になる。」と規定している。そして、180条で詐欺に当たる事案が多様であることを前提にいくつかの列挙を行っている（例えば、私文書偽造、虚偽公文書・虚偽通貨の流布、発見された物を不当に留置すること、詐欺賭博など）。なお、これらの事由に当たらず、損害が25グルテン未満にとどまった場合の詐欺は重違警罪として処理されることになる。

以上で確認したように、ここでの詐欺は、これまでみてきたバヴァリア刑事法典の虚偽的行為（Verfälschung）とテレジアーナ刑事法典の虚偽的行為（Falsch）、ヨゼフィーナ刑法典の詐欺（Trug）のように、偽証や文書偽造などを把握する広義の概念として用いられていたといえる。ただし、通貨偽造（第13章103条以下）や公的な信用証書の偽造（第12章92条以下）は別の章で規定されており、ローマ法の偽罪よりも一定程度限定が図られている。

第三項 小 括

神聖ローマ帝国下の初期領邦刑法典における虚偽的行為又は詐欺に関する規定の検討から以下のことが明らかになったといえる。

第一に、この時代の刑法典における虚偽的行為又は詐欺は、大なり小なりローマ法の偽罪や卑劣罪の影響があったということである。もともと、これらの草案でのその影響の程度には差があったといえる。① 偽罪や卑劣罪の影響をより濃く受け継いだのは、バヴァリア刑事法典における虚偽的行為（Verfälschung）及びテレジアーナ刑事法典における虚偽的行為（Falsch）である。これに対して、② 偽罪や卑劣罪を出発点にしつつも、啓蒙思想や罪刑法定主義³⁴⁷⁾の影響を受けて虚偽的行為の射程を一定程度

347) 罪刑法定主義は、一般的には、フォイエルバッハ（Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775～1833）によって「法律なければ犯罪なし、法律なければ刑罰なし（nullum crimen, ✎

限界付けたものとして、ヨゼフィーナ刑事法典の詐欺(Trug)がある。そして、その立場を基本的に継承しつつ詐欺(Betrug)の射程を限界付けたものとして、1803年オーストリア刑法典がある。

第二に、構成要件的结果に関して、いずれの法典でも、前述したように、虚偽的行為及び詐欺に関する規定で、財産損害の発生を要求していなかったことも確認された。そして、このような規定形式からみて、これらの法典では、虚偽的行為及び詐欺を、「真実を要求する権利(Recht auf Wahrheit)」を侵害する犯罪³⁴⁸⁾と捉えていたものと思われる(なお、これらと同時期に制定されたプロイセン一般ラント法でも、広義の詐欺の概念は維持されているが、狭義の詐欺にあたる一般詐欺・重大詐欺は、欺罔によって権利(財産権)を侵害する犯罪として意識されていた。この点に関して、後述本章第三節参照)。

「nulla poena sine lege」という形で、定式化されたといわれているが(なお、*Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Giesen 1801, S. 20 では「Nullum Crimen sine poena legali」と示されている)、その基本思想は、フォイエルバッハ以前から存在した。たとえば、ヨゼフィーナ刑事法典13条第1文では、「刑事裁判官は、法律において悪行について刑罰の量と種類を厳密かつ明瞭に決定されている限りで、法律の文言どおり遵守することが義務付けられる。」と規定されていた。

348) 詐欺罪を「真実を要求する権利に対する犯罪」とであるという理解を体系的に示したのは、フォイエルバッハである(*Feuerbach*, a.a.O. (Fn. 338), S. 271 ff. [§ 410 ff.] [同書の初版として、*Feuerbach*, a.a.O. (Fn. 347), S. 4 ff. [§ 445 ff.]]。この点につき、Vgl. *Bushmann*, a.a.O. (Fn. 154), S. 6; *Michael Pawlik*, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, S. 115; LK-*Tiedemann*, a.a.O. (Fn. 287), S. 23 [Vor § 263 Rn. 22])。しかし、このような詐欺罪の捉え方は、プロイセン刑法典が詐欺罪を「財産に対する犯罪」と位置付けたこと(後述、本章第三節参照)、及び、その立場をドイツ帝国刑法典で基本的に継承されていること(後述、本章第四節参照)から、ドイツでは定着したものはなっていない。

もっとも、詐欺罪を「欺罔によって財産権を侵害する犯罪」と捉える法制度の下であっても、詐欺罪は「真実を要求する権利を侵害する犯罪」でもあるということを強調することは、被害者の共同答責などを考慮して詐欺罪の欺罔行為を限定する議論との関係で一定の意義があるといえる(Vgl. *Vogel*, a.a.O. (Fn. 287), S. 92 und 114)。このような方向性の議論展開として、*Pawlik*, a.a.O., S. 67 ff., S. 114 ff. バヴリックの見解について、さしあたり川口浩一「詐欺罪における欺罔行為の意義——その理論的基礎——」*姫路法学* 38号(2003年) 304頁以下を参照のこと。

第三款 19世紀前半の領邦国家刑法典における詐欺罪

第一項 本款の検討対象

ドイツの詐欺罪の歴史的沿革を扱うわが国の先行研究では、19世紀前半における領邦国家刑法典の詐欺罪はほとんど触れられていない³⁴⁹⁾。しかし、本章の課題である、詐欺罪における「財産損害」と「財産上不法の利益取得／財物騙取」の対応性を論証する上では、詐欺罪に関する多種多様な規定形式を確認することが重要であると思われる。よって、本款では、1851年プロイセン刑法典以前の主要な領邦国家刑法典の詐欺罪について概観する。

なお、第二項以下では検討対象となる領邦国家刑法典の制定の経緯、法典における詐欺罪の位置付けを概観したうえで、詐欺罪の規定内容を、構成要件の結果及び主観的要素の観点から整理する。

第二項 バイエルン（1813年バイエルン王国刑法典）

(1) 制定の経緯

1813年バイエルン王国刑法典（Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern）〔以下では、バイエルン刑法典という〕³⁵⁰⁾は、マキシミアン一世（*Maximilian I. Joseph*, 1756～1825／在位；選帝侯 1799～1805、バイエルン国王 1806～1825）によって1813年5月16日に公布され、10月1日に施行された刑法典である³⁵¹⁾。

バイエルンでは、1751年にバヴァリア刑事法典（本節第二款第一項参照）

349) ドイツにおける詐欺罪の沿革を比較的詳しく扱っている足立（友）・前掲注（154）22頁以下も、30頁以下で1813年バイエルン刑法典における詐欺罪の規定を概観した後、32頁以下でプロイセン刑法典における詐欺罪の規定や草案を概観するにとどまっている。

350) 本法典の原文について、Vgl. *Melchior Stenglein*, *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, 1. Band, München 1858, I. Bayern, S. 23 ff. 本法典の日本語訳として、中川祐夫「1813年のバイエルン刑法典（I）～（V・完）」*龍谷法学* 2巻2＝3＝4号（1970年）229頁以下、同3巻1号（1970年）109頁以下、同3巻2号（1971年）246頁以下、同3巻3＝4号（1971年）378頁以下、同4巻1号（1971年）94頁以下がある。

351) 山中敬一「解説」ゲルノート・シューベルト（山中敬一訳）『1824年バイエルン王国刑法典草案』付録80頁参照。

が存在していたが、早い段階から自然法や啓蒙思想の影響に基づく改正が必要であることが認識されていた。マキシミアン一世は、1800年1月にヴュルツブルグ大学の教授であったクラインシュロート (*Gallus Anoyus Kleinschrod*, 1762~1824) にバイエルンに通用する新たな刑事法典を起草することを委託した。それを受けてクラインシュロートは1802年に草案を公表した³⁵²⁾。

この草案に対してフォイエルバッハ (*Paul Johann Anselm von Feuerbach*, 1775~1833) は、1804年に『クラインシュロート草案批判 (Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs)』³⁵³⁾を公表した。この成果として、フォイエルバッハがバイエルン刑法草案の起草を委託されることになった。1807年12月に実体刑法に関する第一編をもとに特別立法委員会で審議を行い、その結果として1810年草案が公表された。この草案は1812年12月まで特別枢密顧問委員会での審議を経て、1813年に公布、施行されるに至った³⁵⁴⁾。

なお、フォイエルバッハは、罪刑法定主義 (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) に基づいて起草したが、これは立法者意思の貫徹のために裁判官の恣意を抑制するという発想であった³⁵⁵⁾。これに関連して、バイエルン刑法典では公式の注釈書以外の出版は禁止されていた³⁵⁶⁾。

(2) 規定の内容³⁵⁷⁾

ア. 法典における詐欺罪の位置付け

フォイエルバッハは、権利侵害という観点を重視し、権利が侵害された

352) *Gallus Aloys Kleinschrod*, Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten, München, 1802.

353) *Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten, Gieesen 1804.

354) 以上のバイエルン刑法典の制定経緯について、山中・前掲注(351)書付録79頁以下、高橋(直)・前掲注(302)90頁注129など参照。Vgl. auch *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 48 f.

355) 高橋(直)・前掲注(302)論文1頁以下(特に70頁~71頁)参照。

356) 山中・前掲注(351)書付録80頁以下参照。Vgl. auch *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 49.

357) なお、1813年バイエルン刑法典の詐欺罪の規定に基本的な趣旨として、1814年オルデンブルク公国刑法典 (*Strafgesetzbuch für die Herzoglich Oldenburgischen Lande*) ↗

場合のみに刑事裁判官の面前で審理される刑事犯罪（Kriminaldelikt）が認められると理解していた³⁵⁸⁾。このことから違警罪に関しては、この法典ではなく個別の法律で規定された³⁵⁹⁾。そして、法典の構成において、私的重罪（Privatverbrechen）、私的軽罪（Privatvergehen）、国家的重罪（Staatsverbrechen）、及び、国家的軽罪（Staatsvergehen）を区分した。すなわち、可罰性の等級（Grade）が重い場合に重罪、軽い場合に軽罪と分類し³⁶⁰⁾、さらに私人の権利に対する場合と国家権力に対する場合で区別した。

バイエルン刑法典の詐欺（Betrug）は、それ以前の法典における虚偽的行為あるいは詐欺と同様に、非常に広い犯罪を包摂する広義の概念として用いられており、詐欺は国家的重罪にまで及ぶ概念であった³⁶¹⁾。

イ. 私的重罪としての詐欺の諸規定の概要

私的重罪としての詐欺の規定は、第2巻第1編第5章「詐欺による他者の権利の侵害について」で扱われている。

そこでは、第一に、「詐欺の一般概念について」（欄外表題A）で、詐欺に関する定義を行い（256条、257条）、第二に、「他者の所有権を損なう詐欺について」（欄外表題B）で、単純詐欺、第一等級の特別類型の詐欺、第二等級の特別類型の詐欺などを具体的に規定する（258条～279条）³⁶²⁾。第三

ㄨがある（同法典の原文については、Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 350) 1. Band, II. Oldenburg, S. 11 ff.）。

358) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 49 f.

359) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 49.

360) Vgl. Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern Band. I, München 1813, S. 26, § 10.

361) 第2編第2部第5章「公的信義誠実に対する重罪」〔1810年草案では、「公的信義誠実に対する重罪または国家的詐欺」〕（337条以下）で国家的重罪としての詐欺が規定されていた。具体的には、国家的重罪としての詐欺として、公文書の偽造、国璽に関する詐欺、詐欺によって権限のない公の職務の執行を不当に行使用すること、官吏による公共的背信行為、通貨偽造、証券等の偽造などが規定されていた。このような広汎な詐欺概念を、フォイエルバッハはバイエルン刑法典制定以降も固持している（Vgl. *Feuerbach*, a.a.O. (Fn. 338), S. 275 f.）。

362) このような規定は、窃盗の規定に対応するものである。Vgl. Anmerkungen zum

に、「人格又はその他の人格的地位全般についての詐欺について」(欄外表題C)で財産権以外の権利を侵害する詐欺を規定している(280条~294条)。

ウ. 詐欺概念一般の定義

詐欺概念について、256条では、「他人に損害をもたらすために、あるいは許されざる利益を手に入れるために、意識的かつ故意的に、誤った事実を真実であると称するかもしくは示す者、真実を許されざる態様で伝えないかもしくは隠蔽する者、又は他者の詐欺を利用して、自身に利益をもたらすかしくは第三者に不利益をもたらす者は、現実の損害が発生した場合、又は第265条〔食品などを有害物で変造して健康または生命侵害につながる詐欺、数個の詐欺の共同犯行、詐欺賭博、常習的な詐欺——訳者注〕、第266条〔文書偽造——訳者注〕、第269条、第270条、第271条〔偽証等——訳者注〕、第278条〔詐欺的破産——訳者注〕、第280条乃至第294条〔他人の人格もしくは人格的地位に対する詐欺、婚姻や家族関係に関する詐欺、他人が犯罪を実行したと中傷する行為等——訳者注〕で認められている加重的な性質を伴って実行された場合に、詐欺罪の既遂で処罰される。」と規定されている。

(ア) 構成要件の結果

この規定の構成要件の結果との関係で、既遂要件を二つの類型に分けて規定されていることが重要である³⁶³⁾。すなわち、① 一方の類型では、既遂要件として、現実の損害が発生したことが要求されている。なお、この類型が重罪になるには、損害の金額が25グルデン以上必要である(258

↘ Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern Band. 2, München 1813, S. 238.

363) なお、起草者であるフォイエルバッハは当初詐欺に損害が必要であるとは考えていなかったようである。この点について、Vgl. Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern Band. 2, München 1813, S. 227 f. さらに、1810年草案269条でもこのような理解が示されている(1810年草案については、Vgl. *Feuerbach*, Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern, München 1810. 同規定の日本語訳として、成瀬・前掲注(286)「文書偽造罪の史的考察(一)」155頁を参照のこと)。

条)³⁶⁴。これに対して、② 他方の類型では、構成要件の結果として損害の発生が不要であり、行為自体によって既遂になるとされている。

（4）主観的要素

主観的要素については、「他人に損害をもたらす」意図と「許されざる利益を得る」意図の二つが規定されている。これ以前の領邦刑法典では、詐欺罪の規定から権利侵害を加える意図などを読み取ることはできたが、利得意思に関してはプロイセン一般ラント法の解釈で認められているにすぎなかった（後述、本章第三節参照）。バイエルン刑法典では、「許されざる利益を得る」意思に限ると、損害のみを念頭におくような、報復的な意図（Rache）や悪意（Bosheit）で詐欺行為を行う事案に対応できないということから、両者の意図を併置したようである³⁶⁵。

エ 契約に関する詐欺の特別規定

バイエルン刑法典259条³⁶⁶³⁶⁷、260条³⁶⁸では、契約に関する詐欺の特別

364) バイエルン刑法典258条では、「他者が騙されて、現在の財産、又は法的に期待されうる将来的な財産に利益を得させることを通じてなされる詐欺は、その額の総額が25グルデンに達する場合に、重罪であり、加重的な諸状況にあたる場合を除いて、一般的窃盗としての215条〔単純窃盗——訳者注〕に従って処罰される。」と規定されている。なお、損害の金額が5グルデン以上25グルデン未満で、256条の加重類型にあたらぬ場合には私的軽罪の詐欺となる（387条）

365) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 71.

366) 259条第1項では、「相互的な利益を目指して行われる双務契約の締結（Eingehung）または履行（Vollziehung）において実行される詐欺は、民事の法律において決定される不利益（Nachtheil）と並んで、諸事情に応じて警察罰の効果を伴う。ただし、263条4号における偽造の度量衡に関する規定はこの限りでない。」「これに対して、258条が完全に適用されるのは、もはや存在しない物あるいは有効な方法で譲渡された物を詐欺的に売却する場合、完全に他の種類及び材質の商品を、その商品であると称して売却する場合、買主に秘匿されていた第三者の権利または別の権原（Rechtsgründen）が存在していたために所有権を獲得することができなかった目的物を売却する場合である。」と規定されている。

367) これらの規定は、原則的に双務契約における詐欺を不可罰とし、列挙事由にあたる場合にのみ処罰する趣旨であるといえる。これらの規定において現れているのは取引の自由を重視する発想である。Vgl. *Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern Band. 2, München 1813, S. 240 f.*

368) 260条では、「たとえば贈与、使用貸借（*Leihverträge ; commodata*）、消費貸借のよ

規定が置かれていた。このような詳細な規定は契約における詐欺の処罰範囲を限定することを狙いとしたものであり³⁶⁹⁾、フォイエルバッハ自身が採っていた、規定によって裁判官の恣意を抑制するという考えに基づくものと思われる。

第三項 ザクセン (1838年ザクセン王国刑事法典)

(1) 制定の経緯

ザクセン王国刑事法典 (Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen) [以下では、ザクセン刑事法典という]³⁷⁰⁾は、フリードリッヒ・アウグスト二世 (*Friedrich August II.*, 1794~1854/在位; 1836~1854) によって1838年3月30日に、公布、施行された³⁷¹⁾。

ザクセンでは、1810年の段階で刑事法典を編纂する動きが存在し、いくつかの草案が提出されたが、いずれの草案も法典としては成就しなかつ

ゝうに、本来的に一方当事者の利益または利得のみに向けられている契約の場合に、契約に適合する利益を詐欺的に渡さないことまたは縮減することによって他方当事者をだます契約者は、民事の法律によって判断されるにすぎない。」と規定されている。

369) Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern Band. 2, München 1813, S. 241 では、契約における全ての詐欺的行為を規制することは疑問であるということが述べられている。

370) 本法典の原文については、Vgl. *Gross*, Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen: nebst einem Realregister und einigen gleichzeitigen damit in Verbindung stehenden Gesetzen und Verordnungen mit Anmerkungen zum praktischen Gebrauch für sächsische Juristen, Bd. 1, Dresden 1838. なお、*Stenglein*, a.a.O. (Fn. 350) 1. Band, III. Sachsen-Altenburg は、ザクセン刑事法典ではなく、ザクセン=アルテンブルグ刑事法典 (Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Sachsen-Altenburg vom 3. Mai 1841.) を基にした資料である。

371) 以下のザクセン刑事法典制定の経緯について Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 77 f.; *Stenglein*, a. a. O. (Fn. 350) 1. Band, III Sachsen-Altenburg, S. 3 ff.; *Franz von Liszt/Eberhard Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1. Band, 26. Auflage, Berlin 1932. [Nachdruck: Stockstadt am Mein 1996], S. 66; *Judith Weber*, Das sächsische Strafrecht im 19. Jahrhundert bis zum Reichsstrafgesetzbuch, Berlin 2009, S. 17 ff. さらに、野澤・前掲注(34)書248頁以下、岡本勝「放火罪と『公共の危険』(一)」法学(東北大学)47巻2号(1983年)76頁注1〔以下では、岡本「放火罪(一)」と示す〕参照。

た³⁷²⁾。その後1831年に新たに憲法（Staatsverfassung）が制定され、それに
応じて1834年にグロス（*Johann Karl Groß*, 1778～1866）に刑法典の起草が
委託され、1835年に草案が提出された。この草案は、ザクセン両議院代表
委員会（die Deputationen der beiden sächsischen Kammern）などでのさまざま
な審議を経て、修正などが加えられ、公布されるに至った。

なお、ザクセン刑事法典では、前述した1813年バイエルン刑法典のよう
な私的重罪、私的軽罪、国家的重罪、及び、国家的軽罪の区別は採用され
ていない。

（2）規定の内容

ア．法典における詐欺の諸規定の位置付け

ザクセン刑事法典の詐欺罪の規定は、第2部第13章「詐欺的行為につい
て（Von betrügerischen Handlungen）」という章で規定されている。そこ
では、まず単純詐欺罪（einfacher Bertrug）（245条）を規定し、次いで特別類
型の詐欺（247条～267条）を規定している。この特別類型の詐欺の下には、
バイエルン刑法典と同様に多様な虚偽の犯罪が位置付けられている³⁷³⁾。

372) ザクセン王国の国王フリードリヒ・アウグスト一世（*König Friedrich August I.*, 1750～1827）が1810年9月22日と10月12日にティットマン（*Karl August Tittman*, 1775～1836）とエアハルト（*Cristian Daniel Erhard*, 1759～1813）に対して草案の起草を委託した。しかし、1811年にティットマンが、エアハルトが1811年又は1813年に一定の草案を公表しているようであるが、いずれも成就しなかった。その後、1815年8月29日に立法委員会が組織された。これにはティットマン、ステューベル（*Christoph Karl Stübel*, 1764～1828）、アイゼンストユック（*Christian Gottlieb Eisenstuck*, 1773～1853）などが関与し、ステューベルが中心になって起草したようである。この立法委員会は1823年8月25日に草案と理由書を枢密院に提出し、1824年1月27日の布告で領邦等族に提出された。これが1824年ザクセン王国刑事法典草案である。もっとも、この草案も結局は成就しなかった。

373) 特別類型の詐欺として、文書偽造等、宗教の濫用、官職の身分の濫用、欺罔の行為による他人の生命及び健康の危殆化である（247条～255条）。その他、詐欺的行為の章に置かれている規定として、破産行為等、人的関係に関する詐欺、欺罔行為や奸計（Arglist）によるわいせつ行為についてのそそのかし、公共の業務・官職名・勲章（Ehrenzeichen）の不当行使がある（256条～267条）。これに対して、通貨偽造、偽証、虚偽告訴などは詐欺の規定から区別され、別の章で規定されている。

イ. 単純詐欺罪の規定

単純詐欺罪は、245条で、「誤った事実を認識しながら真実であると称し、あるいは法的に真実を述べる義務を有しているという事実関係の下で真実を秘匿もしくは隠蔽し、あるいは他者のそのような行為を認識しながら利用し、それらの行為によってある者に損害をもたらした者、又は自己もしくは他者に許されざる利益を獲得させた者は、その限りで、その対象物が単純窃盗の刑罰によって評価することができるが、評価することが認められない場合には、8週間未満の懲役刑で、あるいは6年未満の労役場留置を科すことができる。利得意思が存在しない場合には、裁判官は懲役刑に代えて相応の罰金刑を言い渡すことができる。」と規定されている。

ア) 構成要件の結果

単純詐欺罪の構成要件の結果として、「ある者に損害をもたらしたこと」、又は、「自己又は他者に許されざる利益を獲得させたこと」が要求されている。

前者の「ある者に損害をもたらしたこと」の部分について、プロイセン一般ラント法の詐欺概念（後述、本章第三節参照）やヴェルテンベルク刑法典の詐欺罪（後述、本款第四項参照）のように、「ある者に財産損害をもたらした」と解釈することも可能であったと思われる。しかし、「ザクセンの第一院の代表委員会（die Deputation der 1. Kammer）は、財産権に対する詐欺だけでなく、法典がそれについて特別な刑罰を規定していないかぎりでのみ、別の権利に対する詐欺〔婚姻関係、自由、生命、名誉に対する詐欺——訳者注〕もありうるだろうということをはっきりと表明していた」³⁷⁴⁾とされ、このような解釈はとられなかった。

後者の「自己もしくは他者に許されざる利益を獲得させたこと」のうち「利益を獲得させる」という部分は、他者の損害をもたらさないが自己の利益をもたらすという事例を把握するために挿入されたようである。たと

374) Schütz, aa.O. (Fn. 287), S. 80.

えば、① ある者が社会的で親切な家庭の家に導き入れてもらいその共同体の利益に参加することを欲して、家の主人に古い友人の親戚であると詐称し彼によって勧められたと述べた場合、② ある者がある町で音楽会が行われる許可を得るために、芸術家として表彰されていることを真実であると思わせた場合などである³⁷⁵⁾。

次に、「許されざる」利益とされた点については、権利に根拠付けられた請求を有していた場合を、詐欺罪の処罰から除外する意図で挿入されたようである³⁷⁶⁾³⁷⁷⁾。

(4) 主観的要素

主観的要素に関しては構成要件要素としては要求されていないが、245条の第2文に「利得意思が存在しない場合には、裁判官は懲役刑に代えて相応の罰金刑を言い渡すことができる」という規定が存在した。

ウ. 契約に関する詐欺の特別規定

ザクセン刑事法典でも、契約に関する詐欺に関する規定（246条³⁷⁸⁾）を

375) Schütz, aa.O. (Fn. 287), S. 97 f.

376) Schütz, aa.O. (Fn. 287), S. 98.

377) ドイツ刑法典263条の「違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的」にいう「違法」部分の解釈でも、同様の説明が存在する。たとえば、Liszt, aa.O. (Fn. 307), S. 491 では、「違法であるのは、行為者が法的な民事的請求を有していなかったあらゆる利益である」と述べている。Vgl. auch Rudolf Pröll, Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim strafbaren Betrug, Archiv für Strafrecht und Strafprozess (Goldammer Archiv) Bd. 67, 1919, S. 109 ff. なお、本稿第二章第三節第二款第二項では、わが国の現行刑法典246条2項の「財産上不法の利益を得たこと」にいう「不法」もこのような趣旨で提案されたものであることを示した。

378) 刑法246条では、「詐欺は契約から常に排除されるのではなく、契約が次のような場合に可罰的である。

- 1) 反対利益に向けられた双務契約において、欺罔行為又は他者の錯誤を利用することが、契約の本質的な対象に関連付けられ、その結果として違法な利益を招来したか、あるいは損害をもたらした場合
 - 2) 片務契約の場合、一方の契約当事者が欺罔によって他方の契約当事者に契約を締結させ、それによって損害をもたらした場合
- ただし、契約関係における詐欺のための審理は、被侵害者の告訴によって行われうる。」と規定されている。

置いている。バイエルン刑法典とは異なり、双務契約でも片務契約でも可罰的になる場合があると規定し、さらに契約に関する詐欺を親告罪としている³⁷⁹⁾。

第四項 ヴュルテンベルク (1839年ヴュルテンベルク王国刑法典)

(1) 制定の経緯

ヴュルテンベルク王国刑法典 (Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg³⁸⁰⁾) [以下では、ヴュルテンベルク刑法典という] は、ヴェルヘルム一世 (*Wilhelm I.; Friedrich Wilhelm Carl*, 1781~1864 / 在位: 1816~1864) によって1839年3月1日に公布された³⁸¹⁾。

ヴュルテンベルクでは、18世紀の初めに新たな刑法典を制定する要請が存在していた。いくつかの草案が提出されたが、いずれも法典として成就しなかった³⁸²⁾。その後、1832年に政府が草案を作成し、これについて裁判官やチュービンゲン大学の法学部教授らの意見を求めた。その意見をもとに修正を行い、作成されたのが1835年草案である。この草案が1837年から1838年にかけて議会で審理され、多数の改善の提案に基づいて修正された1838年草案が作成され、これが本法典につながった。

379) 契約に関する詐欺罪の親告罪化は、1835年のヴュルテンベルク草案を参酌して補充されたものようである。Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 95.

380) 本法典の原文については、Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 350) I. Band, IV. Württemberg [Württemberg], S. 11 ff.

381) 以下のヴュルテンベルク刑法典制定の経緯については、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 101 f.; *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 350) I. Band, IV. Württemberg [Württemberg], S. 3 ff.; *Liszt/Eb.Schmidt*, a.a.O. (Fn. 371), S. 66. さらに、野澤・前掲注 (34) 書230頁以下参照。

382) 1807年から1813年に4つの草案が提出されたが、いずれも成就しなかった。次いで、1823年にフォン・ヴェーバー (*Heinrich Benedikt von Weber*, 1777~1844) によってバイエルン草案を模範にした草案が作成されたが、これも同様に成就しなかった。

（2）規定の内容

ア．法典における詐欺罪の諸規定の位置付け

ヴェルテンベルク刑法典の諸草案の起草段階では、バイエルン刑法典が大部分において参照されており³⁸³⁾、私的重罪、私的軽罪、国家的重罪、及び、国家的軽罪の区分を基本的に維持している³⁸⁴⁾。

しかし、詐欺については、バイエルン刑法典の立場を継承しておらず、バイエルン刑法典のような広義の詐欺概念を採用していない³⁸⁵⁾。詐欺は、各則部分の第2部「私的重罪及び軽罪」第8章「詐欺、虚偽的行為、破産、他者の秘密の侵害について」に位置付けられている³⁸⁶⁾。確かに、この章では詐欺以外の行為も列挙されているが、詐欺は財産犯として精緻化され、特別類型の詐欺は存在しない³⁸⁷⁾。そして、偽造も詐欺とは独立した犯罪として扱われていた³⁸⁸⁾。

383) *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 350) 1. Band, IV Württemberg [Württemberg], S. 4.

384) 各則部分は一般規定、第1部「国家的重罪及び軽罪」、第2部「私的重罪及び軽罪」、第3部「公共的業務に対する軽罪 (Von Vergehungen wider die Pflichten des öffentlichen Dienstes)」という構成になっている。

385) 第1部「国家的重罪及び軽罪」第6章「公的信義誠実に対する行為について」(206条以下)で、通貨偽造、信用証書の偽造、公文書等の偽造、偽証などが規定されていた。

386) この章で規定されていたのは、詐欺 (351条～354条)、詐欺的な暴利 (Betrügerlicher Wucher) (355条)、偽造 (356条～361条)、債務の本質における詐欺 (Betrug bei dem Schuldenwesen) (362条)、不注意に借金すること (363条)、詐欺的な破産行為 (364条～366条) 不注意な破産行為 (367条)、他者の秘密を侵犯することによる侵害 (369条、370条) である。

387) ヴェルテンベルク刑法典では、これまでの法典で詐欺として取り扱われていた、欺罔行為によって財産権以外の権利侵害を生じさせる犯罪は、私的重罪及び軽罪の第9章「人格的地位に関連する可罰的行為」(371条以下)の下で扱われている。たとえば、子供をすり替えること、市民権を詐取すること (Erschleichung des Bürgerrechts)、未成年を惑わせること (Verleitung von Minderjährigen) などが規定されている。この章は、1832年草案では「人格的地位に関する詐欺行為」という章で規定されていたものを、1835年草案でこの文言に変更されたものである。

388) Entwurf eines Straf-Gesetz-Buches für das Königreich Württemberg nebst den Motiven, Stuttgart 1836, S. 420; C. F. *Hufnagel*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg 2. Band, Stuttgart 1842, S. 604. これに対して、今井・前掲注 (286) 論文24頁では、公文書偽造を「公の信用に反する犯罪」、私文書偽造を

イ. 詐欺罪の規定

ヴェルテンベルク刑法典351条では、詐欺罪について、「他者の権利を損なうために、それと知りながら虚偽の事実を真実であると伝えた者、あるいは真実を隠蔽し、または伝えなかった者は、それらの行為によって他者に損害をもたらすか、あるいは自身が利益を獲得した場合に、詐欺罪で処罰される。」と規定されている。法定刑については352条で別途定められている³⁸⁹⁾。

ア) 構成要件の結果

構成要件の結果については、「他者に損害をもたらすこと」又は「自身が利益を得ること」が要求されている。明文で「財産損害」や「財産上の利益」と限定していないことから、ザクセン刑事法典における単純詐欺罪のように、「財産権」侵害以外の権利侵害の場合も含むという理解もありうるかもしれない³⁹⁰⁾。しかし、ヴェルテンベルクでは、当時そのような理解はされていなかった。むしろ、詐欺は純粋な財産犯として把握されていたのである³⁹¹⁾³⁹²⁾。とくに国王裁判所の刑事部が、「詐欺を執行する者にとって

造を加重された詐欺として位置付ける立法の例として、ヴェルテンベルク刑法典を挙げている。

偽造文書公使(357条)の刑罰部分は「詐欺を実行した者として(als Betrüger)」処罰されると規定されているが、文書偽造罪(356条)では詐欺という用語は用いられていないのであり、文書偽造罪全体を加重された詐欺として扱っていると解することには疑問がある。なお、同法典の偽造文書行使罪及び文書偽造罪については、今井・前掲注(286)論文30頁注2を参照のこと。

389) 352条第1項では、「他者の損害に向けられた詐欺は、行為が別の犯罪で、すなわちこの法典における刑罰で威嚇されている犯罪で放置されていない場合には、もたらされた損害の大きさに応じた懲役刑で処罰される。」と規定されている。第2項「ただし、詐欺によって許されざる利益を得ることが意図され、獲得された場合には、窃盗の刑罰に関する規定が適用される(321条、322条)」と規定されている。

390) Buschmann, aa.O. (Fn. 154), S. 13 は、ヴェルテンベルク刑法典はあいまいな詐欺概念を採用していると述べている。ただし、「一般的な見解によると、ヴェルテンベルクの規定はその文言に反して、財産詐欺のみが該当する」と補足している。

391) Vgl. Schütz, aa.O. (Fn. 287), S. 104 f.

392) Schütz, aa.O. (Fn. 287), S. 105 では、「たしかに、偽造の法律のテキストでは、詐欺のメ

なんらかの価値を有しているあらゆる結果が、許されざる利益と理解されているのではなく、財産上の利益、同時に被欺罔者にとっての財産上の不利益、それゆえ金銭に評価されうる不利益となるような利益が、許されざる利益なのである。³⁹³⁾と判示していたことが注目に値する。このような裁判所の判示は、「財産損害」と「財産上の利得」の対応性を示すものといえる。

もっとも、詐欺において、欺罔行為者が得る財産上の利益と被害者側の財産上の不利益（財産上の損害）の両者が対応関係にあると理解するならば、ヴェルテンベルク刑法典351条で構成要件の結果につき、「他者に損害をもたらすこと」と「自身が利益を得ること」を併置して規定する必要はなかったのではないかという疑問が残る。この点について、他者に損害をもたらす態様の詐欺は、1813年バイエルン刑法典の詐欺と同様に、報復心や悪意などにより他者に損害をもたらすという態様の詐欺も存在することが念頭に置かれていたようである³⁹⁴⁾。ヴェルテンベルク刑法典の詐欺ではザクセン刑事事典とは異なり、他者に利益を獲得させる態様を規定していないので、その類型も他者に損害をもたらす詐欺に含めていた可能性も

↘場合と同様に、『損害 (Schaden)』または『利益 (Vorteil)』について問題になるが、偽造によって財産権以外のその他のものを侵害することが可能であるということについて意見が一致している。それゆえ、ヴェルテンベルク刑法典356条〔文書偽造罪——訳者注〕では——ヴェルテンベルク刑法典351条とは異なって——『損害 (Schaden)』は財産損害 (Vermögensschaden) として、また、『利益 (Vorteil)』は財産上の利益 (Vermögensvorteil) として理解されるのではなく、全てのあらゆる権利に関する侵害または利益がありうるのである」と述べられている。なお、同法典356条の文書偽造罪の日本語訳については、今井・前掲注 (286) 30頁注2を参照のこと。

393) Vgl. *Hufnagel*, aa.O. (Fn. 388), S. 591. 本文の引用部分は、Ellwangen における国王裁判所の刑事部 (Der Crimtnal-Senat des K. Gerichtshofs in Ellwangen) の判決を引用している部分である (本稿では、この裁判例の原典を確認できていない)。さらに aa.O., S. 592 では、ヴェルテンベルク国王最高法院 (K. Obertribunal) が許されざる利益を得る詐欺の刑罰規定などから、立法者が351条の概念規定においても金銭上の利益を想定していたということが推論されてよいと判示していたことも指摘されている (この裁判例の原典も確認できていない)。

394) *Hufnagel*, aa.O. (Fn. 388), S. 592 では、他者に損害をもたらす態様の詐欺を、「陰湿な詐欺 (boshafter Betrug)」と呼称している。

考えられる。

(イ) 主観的要素

主観的要素については、「他者の権利を損なうために」と規定されているだけであるが、352条の刑罰規定からすると、これに該当するのは、「他者の損害に向けられた意図」又は「許されざる利益に向けられた意図」である。

ウ. 契約に関する詐欺の特別規定

ヴェルテンベルク刑法典でも、契約に関する詐欺の規定が置かれている。ただし、詐欺の規定と別の条文で規定されているのではなく、刑罰に関する規定の一部(352条第3項³⁹⁵⁾)で扱われているにすぎない。

ヴェルテンベルク刑法典では、バイエルン刑法典で採用され、ザクセン刑事法典でも意識されていた双務契約と片務契約の区別は放棄され、基本的には民事法の規則に従って判断され³⁹⁶⁾、例外的に「特別な奸計によって(durch besondere Arglist)」に該当する場合に刑罰の対象になるとされている³⁹⁷⁾。なお、ザクセン刑事法典と同様に、契約に関する詐欺は、親告罪である³⁹⁸⁾。

395) 352条3項では、「契約関係において、民事法の諸原則にしたがって、違法な欺罔を理由に取引の無効または損害賠償を求めて訴えを提起された場合に、この際、それで十分であり、刑罰法規はこのような諸事例では適用されない。ただし、一方の当事者が他方の当事者を惑わせて、特別な奸計によって、契約を締結させた場合は別である。」と規定されている。

396) *Hufnagel*, a.a.O. (Fn. 388), S. 593 では、その理由について、「契約の締結に際して、通常、それぞれの当事者は自身の利益を促進することを試みており、それぞれの当事者は別の当事者を手玉に取ることを試みている。それゆえ通例処罰はされない」と説明されている。

397) この規定で用いられている「特別な奸計によって」という文言は、日常的な賢明さ(Klugheit)または用心深さ(Vorsicht)によって自身を守ることができるであろう行為に対して、刑罰法規による特別な保護を必要としないという理解に基づくものであり、単純な嘘を処罰対象からは必ず基準として規定されている。類似の視点が、当時、1810年フランス刑法典405条の規定(とくに、*manœuvres frauduleuses*)やイギリスの裁判慣習にも存在した(Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 112.)。1810年フランス刑法典405条の日本語訳については、本稿第二章第一節第一款(2)を参照のこと。

398) 352条第4項では「さらに、契約関係における詐欺に関して、損害を被った者の告訴」

第五項 ブラウンシュヴァイク（1840年ブラウンシュヴァイク公国刑事法典）

（1）制定の経緯

ブラウンシュヴァイク公国刑事法典（Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig³⁹⁹⁾）〔以下では、ブラウンシュヴァイク刑事法典という〕は、ヴィルヘルム公（*Wilhelm August Ludwig Maximilian Friedrich*, 1806～1884／在位：1830～1884）によって1840年7月10日に公布された⁴⁰⁰⁾。

この法典が成立するまで、ブラウンシュヴァイクでは、カロリーナ刑事裁判令をもとにした刑事法が実践されていた。ここでも領邦による補充的な条令が多数存在しており、刑事法の規定は散発的に存在していたようである⁴⁰¹⁾。時代の経過とともに、カロリーナ刑事裁判令を修正する慣習的な法が用いられていたが、領邦国家内で非常に異なった運用が積み重なり、法的不安定性が生じていた。このような背景の下で、1831年のブラウンシュヴァイク憲法公布後、立法委員会が設立され、1839年にこの委員会が草案を作成し⁴⁰²⁾、この草案が議会に提出され、審議の結果、この法典へと至った。

この法典の各則部分の構成は、公共的重罪と私的重罪を区別している。そしてこの法典では、「あらゆる不確定性、及び、あらゆる装飾的表現（Schwulst）からの文体（Schreibart）の解放」⁴⁰³⁾などが心がけられており、多くの規定が簡潔なものになっているようである。

ゝがある場合にのみ介入される。」と規定されている。

399) 本法典の原文については、Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 350) 1. Band, V. Braunschweig, S. 15 ff.

400) 以下のブラウンシュヴァイク公国刑事法典制定の経緯について、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 117 f.; *Stenglein*, a. a. O. (Fn. 350) 1. Band, V. Braunschweig, S. 3 f.; *Liszt/Eb. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 371), S. 67. さらに、野澤・前掲注（34）書263頁以下参照。

401) *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 117.

402) *Liszt/Eb. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 371), S.67 によると、特にシュライニッツ（*v. Schleinitz*）とプライマー（*Breymar*）が中心になって起草を行ったようである。

403) *Albert Friedrich Berner*, Strafgesetzgebung in Deutschland, Leipzig 1867, S. 144.

(2) 規定の内容

ア. 法典における詐欺罪の位置付け

この法典では、詐欺は、各則部分に当たる第2巻の第2部「私的重罪」第2編「他人の財産に対する犯罪」第3章「詐欺及び偽造」で規定されている⁴⁰⁴⁾。詐欺と偽造が同じ章に置かれているが、偽造を詐欺の特別類型と捉えず、独立の犯罪と捉えていたようである⁴⁰⁵⁾。ヴェルテンベルク刑法典と同様に広義の詐欺という概念は用いられていない。さらに、詐欺は、第2編「他人の財産に対する犯罪」に置かれていることから、明確に財産侵害の場合に制限されていた。

イ. 詐欺罪の規定

まず本法典224条柱書では、詐欺に関する規定として、「他者に財産上の損害を加えるために、あるいは利得意思で、他者の錯誤を違法に誘引し、又は利用して、その犯罪的目的を達成する者は、次の場合にそこで規定されている刑罰で処される」と規定されている。

ブラウンシュヴァイク刑事法典の詐欺罪は、これまでの法典ではみられなかった規定形式がとられている。詐欺罪の主観的要素について、「他者に財産上の損害を加える目的」又は「利得意思」を要求し、構成要件的结果については、「犯罪的目的を達成すること」を要求している。すなわち「他者に財産上の損害を加えること」と「利得」を詐欺罪の構成要件的结果と捉えているといえる⁴⁰⁶⁾。このような詐欺の規定はこれまでの領邦国

404) この章の下で、詐欺(224条～227条)、偽造(228条～230条)、暴行行為(231条、232条)可罰的破産行為(233条～236条)、他者の秘密の詐欺的な侵害(237条)、自身の物品の詐欺的な横領(238条)、他人の物品の不法な利用(239条)が規定されている。

405) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 118. これに対して、今井・前掲注(286)論文190頁は、ブラウンシュヴァイク刑事法典では、公文書偽造を「公の信用に反する犯罪」、私文書偽造を加重された詐欺として位置付けていると捉えている。しかし、詐欺の規定の後に、偽造行為の規定を置いている点を除いて、私文書偽造を加重類型の詐欺と位置付けている根拠は見当たらない。

406) 草案段階では、1803年オーストリア刑法典における詐欺罪を参考にしており、このような構成要件の結果は要求されておらず、錯誤を惹起することのみが要求されていたが、

家法典と比して非常に簡潔な規定であり、これはブラウンシュヴァイク刑事法典全体の方針にも即したものであったといえる⁴⁰⁷⁾。

ウ. 契約に関する詐欺の特別規定⁴⁰⁸⁾

ブラウンシュヴァイク刑事法典でも、契約に関する詐欺の特別規定（227条⁴⁰⁹⁾）を置いている。民事訴訟における損害賠償請求と関連付けるものであり、これまでの法典にはみられない規定方法である⁴¹⁰⁾。なお、ザクセン刑事法典やヴェルテンベルク刑法典と同様に、親告罪規定（244条）も採用されている。

第六項 ハノーファー（1840年ハノーファー王国刑事法典）

(1) 制定の経緯

ハノーファー王国刑事法典（Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover⁴¹¹⁾）〔以下では、ハノーファー刑事法典という〕は、ハノーファー国王のエルンスト・アウグスト一世（*Ernst August I.*, 1771～1851／在位：1837～1851）によって1840年8月8日に公布された⁴¹²⁾。

↘等族（Stände）の提案でこの部分が追加されたようである。Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 123f.

407) ただし、224条2項以下の詐欺罪の刑罰規定は損害の額に応じた非常に詳細なものとなっており、簡潔な規定とは評価しがたい。

408) その他特徴的な規定として、財産犯を対象にする「行為による悔悟（thätige Reue）」（自発的な損害補填）の減輕規定（243条）がある。

409) 227条では、「契約において、詐欺は、被欺罔者に対して、被った損害が被欺罔者の請求により即時に賠償されない場合にのみ可罰的である。」と規定されている。

410) 詐欺の事案で、当事者間の和解があったことを理由に検察官が起訴猶予をおこなうことがわが国の刑事法上の運用でも見られるが、この規定はそのような運用を法律で制度化したものとえよう。なお、民事裁判と関連付ける規定例として、プロイセン一般ラント法の一般詐欺と重大詐欺についての規定がある（後述、本章第三節参照）。

411) 本法典の原文は、Vgl. *Melchior Stenglein*, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, 2. Band, München 1858, VI. Hanover, S. 9f.

412) 以下のハノーファー刑事法典の制定の経緯について、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 127; *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 411) 2. Band, VI. Hanover, S. 3 ff.; *Liszt/Eb. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 371), S. 67. さらに、野澤・前掲注（34）書256頁以下、岡本・前掲注（371）論文73

ハノーファーでも、これまで検討してきた領邦国家刑法典の展開と同様に、時の経過とともに領邦内の法的不安定性が生じ、刑法典を制定する要請が存在していた。まず、イギリス国王であり、ハノーファー王国の国王でもあったジョージ四世 (*Georg IV.*; *Georg August Friedrich*; *George Augustus Frederick*, 1762~1830/在位:1820~1830) が、1823年に立法委員会を組織した。1825年にこの委員会が草案を公表し⁴¹³⁾、1825年から1830年までに修正が加えられ、1830年に等族 (Stände) に提出された⁴¹⁴⁾。そして、1838年に等族の審議を終え、本法典の成立に至った。

(2) 規定の内容

ア. 法典における詐欺罪の位置付け

ハノーファー刑事法典では、詐欺は各則部分の第12章「窃盗、横領、詐欺による所有権侵害について」という表題の下で規定されている。詐欺については、1813年のバイエルン刑法典に類似した規定構成を採用している⁴¹⁵⁾。ただし、第12章の表題が「所有権侵害」となっていることから明

く頁以下注20も参照。

413) *Liszt/Eb. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 371), S. 67 によると、バウアー (*Anton Bauer*, 1772~1843) が特に重要な寄与をしているようである。彼は1826年、草案を注解 (Anmerkung) とともに公表し、さらなる注解を1828年と1831年に公表している。

414) この間に次のような歴史的事象が存在する。1830年6月26日のジョージ四世の死後、ウィリアム四世 (*Wilhelm IV. Heinrich*, 1765~1837/在位:1830~1837) がハノーファー国王とイギリス国王の地位を継承し、1833年9月26日にハノーファーでは新憲法が制定された。しかし、1837年6月20日にウィリアム四世が死去し、相続権の関連で、イギリス国王についてはヴィクトリア女王 (*Viktoria*, 1819~1901/在位:1837~1901) が継承し、ハノーファー国王についてはエルンスト・アウグスト一世が継承した。ハノーファー国王のエルンスト・アウグスト一世は1833年ハノーファー憲法に批判的であり、この憲法を廃止している。1833年ハノーファー憲法の廃止の経緯について詳しくは、東畑隆介「ハノーファー王国の憲法紛争(一)」史学(慶應義塾大学)49巻4号(1980年)61頁以下を参照のこと。

415) 第6章「公的信義誠実に対する犯罪について」の下で、公文書偽造(196条, 197条)以外に、公印偽造(198条)、印影(Stempel)偽造(199条)、貨幣偽造(200条以下)信用証書偽造(205条)、虚偽の国債の流布(206条)、偽証等(208条以下)、詐欺的かつ軽率な借金(220条)、破産(221条以下)などが規定されている。ハノーファー刑事法典が、これら全てを詐欺と捉えていたかは判然としなが、一部の規定で „Betrug“ や

らかなように、バイエルン刑法典では詐欺の下で扱われていた所有権侵害以外の権利を害する詐欺は別の章で規定されている。

イ. 詐欺罪の諸規定の概要

第12章の詐欺についての規定は、まず「詐欺の一般概念」（欄外表題A）で、詐欺の一般的定義（308条）、真実を隠蔽することによる詐欺（309条）、詐欺の既遂（310条）を定め、次いで、「とりわけ他人の所有権を侵害する詐欺」（欄外表題B）の下で、単純詐欺や特別類型の詐欺を規定している。一つ目の類型として、単純詐欺や特別な暴利的な契約などを規定し（311条～313条）、二つ目の類型として、第一等級の特別類型の詐欺（Betrügerei）（315条～316条）、第二等級の特別類型の詐欺（317条）を規定している。第一等級の特別類型の詐欺に属するのは、敬虔目的で設立された施設に対する詐欺、奉公人の主人に対する詐欺等、後見人や全権委任された者の詐欺や職業的ギャンブラーのいかさまなどである。第二等級の特別類型の詐欺に属するのは、集団で詐欺を行う場合、遺言状・契約書・借用書・手形・信用証券・領収書・商業帳簿などの文書を他人の名義で発行する場合、保険金目的詐欺の意思で自己の物を放火する場合などである。

ウ. 詐欺罪の一般的定義規定

308条では、「他人の権利を損なうために、意図的かつ違法になされるあらゆる欺罔行為は、それが錯誤を発生させることによってであろうと、あるいは真実を違法に秘匿又は隠蔽することによってであろうと、詐欺である。」「意図的にかつ違法に、他者の詐欺について利用する者も詐欺を実行した者と判断されうる。」と規定されている。

（ア）構成要件の結果

ハノーファー刑事法典における詐欺の一般的概念では、欺罔行為（Täuschung）を本質的な要素と捉えているので、詐欺の構成要件の結果については規定されていない。このような立場に基づいて、310条では、詐

↘ „betrügerlich“ という用語が用いられている（たとえば、203条貨幣詐欺、221条詐欺的破産など）。

欺は原則的に欺罔行為を実行するや否や既遂となるとされていた⁴¹⁶⁾。

もっとも、このような立場は、詐欺が規定されている章の表題で「所有権侵害」を要求していることと矛盾しているといえる。この矛盾は、詐欺を、偽造行為などを含む広義の概念として用いているにもかかわらず、オーストリアの法典などのように、詐欺を、真実を要求する権利侵害として整理せずに、所有権侵害の章に位置付けたことから生じたものといえる。

(イ) 主観的要素

主観的要素については、ハノーファー刑事法典308条では、「他人の権利を損なうために」ということのみを要求しており、自己(又は第三者)に利益をもたらす意図などは要求されていない⁴¹⁷⁾。

エ. 契約に関する詐欺の特別規定

ハノーファー刑事法典でも、契約に関する詐欺に関する規定(312条⁴¹⁸⁾)

416) 310条では、「詐欺は、詐欺の個別の種類において異なる規定が存在しない限り、詐欺的な意思で実行された欺罔行為が終了するや否や、既遂と判断することができる。この際、現実に損害が発生することは重要ではない。しかし、欺罔行為の終了について現実に他者が欺罔されたことが必要かどうかは、その行為の本性に従って評価される。とりわけ、文書またはその他の物の偽造において、これを通じて目的とされていた欺罔行為がなお詐欺を実行する者のさらなる行動に依存している場合には、詐欺は、たとえば、偽造された物を使用することによってはじめて、既遂になる。」と規定されている。これは、バイエルン刑法典1810年草案269条に類似した規定である。

417) *Salomon Philipp Gans*, Kritische Beleuchtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover nebst dem Entwurfe selbst, in dessen zuletzt bekannt gewordener Redaction, 2. Theil, Celle 1828, S. 386. では1825年草案の308条(1840年のハノーファー刑事法典の308条と同様の文言)に対して、修正案を提示している。その中でガンスは、「自身が利益を獲得するために」という文言を挿入している。しかし、この批判は1840年の刑事法典では受け入れられなかった。

418) 312条「単純詐欺に関するこのような規定は、以下のように制限され、より詳細に定められる。

1) 相互的な利益に向けられた、双務契約において、契約の効力を失わせるのではなく、価格の増加又は減少、量、品質及びその他の条項を考慮して実行されたにすぎない、あまり重要でない詐欺的行為は、およそ刑罰法規の対象にとならず、適合する事例についてのみ、警察罰が科される。

それに対して、刑罰法規は、一方の当事者により他方の当事者の誠実さについて想定されている信頼を、契約の本質それ自体に完全に矛盾する方法で欺いた場合、たゞ

を置いている。1813年バイエルン刑法典のように、双務契約と片務契約の区別を意識した規定である。

第七項 ヘッセン（1841年ヘッセン大公国刑法典）

（1）制定の経緯

ヘッセン大公国刑法典（Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen⁴¹⁹）〔以下では、ヘッセン刑法典という〕は、ヘッセン大公ルートヴィヒ二世（*Ludwig II.*, 1777～1848／在位：1830～1848）によって1841年10月18日に公布され、1842年4月1日に施行された⁴²⁰。

ヘッセン大公国でも、新たな統一的な刑事立法に関する特に大きな需要が存在した。領邦内の個別的な行政区域（Provinz）において完全に異なる法が通用していた。たとえば、シュタルケンベルク（Starkenberg）とオーバーヘッセン（Oberhessen）というより古い二つの行政区域では、ドイツの多くの領邦国家と同様に、普通法が通用していたのに対して、ラインヘッセン（Rhein Hessen）という行政区域ではフランス刑法典を受け継いでいた。

1820年12月17日にヘッセン憲法が公布され、そこで領邦全域に妥当する

ゝたとえばもはや存在しない、あるいはすでに売却した物、完全に異なる種類及び材質の商品を、それそのものであると偽称して、その契約の対象にした場合、あるいは、一方の当事者が秘匿されていた第三者の権利、契約の客体を形成する権利のために、獲得することができなかった場合、錯誤から過剰に支払われた物、あるいは一定の客体に代わって錯誤によって与えられた、異なる、より高い価値の物を受け取って、そして違法な領得の意思を持ち続けていた場合などに適用される。

2) 贈与や使用貸借契約などのように、本来的に他方の当事者の利益にのみ向けられている契約において、契約に適合する利益を留保することまたは縮減することによって欺いて契約を締結する者は、民法法によってのみ判断される。

3) 刑事裁判官によってではなく、特に法律の規定に従って審理され処罰される公的所得を欺くこと及び縮減することは、この法律の対象にならない。」と規定されている。

419) 本法典の原文については、Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 411) 2. Band, VII. Hessen, S. 27 ff.

420) 以下のヘッセン刑法典の制定の経緯について、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 136 f.; *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 411) 2. Band, VII. Hessen, S. 3 ff.; *Liszt/Eb.Schmidt*, a.a.O. (Fn. 371), S. 67; *Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 172 ff. さらに、野澤・前掲注（34）書237頁以下参照。

統一的な刑法典を制定することが受け入れられた。しかし、いくつかの草案が提出されたが⁴²¹⁾、憲法からほぼ20年後に、本法典が制定された。

(2) 規定の内容

ア. 法典における詐欺罪の位置付け

詐欺は、第2部の第44項目「文書偽造及び詐欺について (Von dem Schriftfälschung und von dem Betrüge)」という表題の下で規定されていた。この項目の第1章で文書偽造を、第2章で詐欺を規定している。すなわち、文書偽造は、詐欺に先だって規定され、定義も法定刑も異なる犯罪類型と理解されていた(ただし、一定の欺罔行為が加重詐欺として扱われており、詐欺と偽造の区分は完全には図られていない)⁴²²⁾。

第2章「詐欺」の表題の下で、詐欺の一般的規定(391条)、契約に関する詐欺の規定(392条)、軽微な詐欺(kleiner Betrug)(393条)、単純詐欺(394条)、特別類型の詐欺(395条、397条)が規定されている。

421) 1821年7月21日に、ダルムシュタットの控訴裁判所裁判官(Oberappellationsgerichtsrat)であったクナップ(Johann Friedrich Knapp, 1776~1848)とフロレ(Peter Joseph Floret, 1778~1836)に法典編纂が委託され、クナップが1824年5月に、フランス刑法典とバイエルン刑法典の強い影響を受けた草案を提出した(なお、クナップの経歴を記した Allgemeine deutsche Biographie, 51. Band; Nachträge bis 1899: Kálnoky - Lindner, Leipzig 1906, S. 251によると、クナップは1816年にダルムシュタットの控訴裁判所裁判官であったが、1820年から1821年にヘッセン領邦議会(Landtag)の主席秘書官(I. Secretär), 1823年から1824年に第一議長(I. Präsident)を経験した後、1825年に枢密院(Geheimen Staatsministerium)の構成員となったようである)。その後、この草案についてミッターマイヤー(Carl Joseph Anton Mittermaier, 1787~1867)に意見を求め、その所見に基づいてクナップがさらに修正を行い、1831年7月1日この草案が公表されている。さらに、この草案が審議され、1836年に更に草案が再修正され、1836年7月28日に公表された。1837年10月にリンデロフ(Friedrich von Lindelof, 1794~1882)により草案が提出された。枢密院で修正が行われ、1839年4月22日に草案が提出され、その後審議を経て、本法典に至った。

422) その他、国債証券等の偽造(25項目, 218条~227条)、公印等偽造(26項目, 228条~232条)、貨幣犯罪(24項目, 204条~217条)、偽証等(27項目, 233条~243条)、暴利行為等(45項目, 400条, 401条)等は詐欺と分離され、別の章で規定された。

イ. 詐欺の一般的規定

詐欺の一般的規定については、391条で、「他人の権利を損なう意図、又は自己もしくは他人に許されざる利益を獲得させる意図で、特別な法的義務を侵害して意識的に虚偽の事実を真実であると称し、真実の事実を伝えないかしくは隠蔽し、特別の法的義務を侵害せずに奸計的な態様で欺罔行為を実行し、又は、自分自身が誘引したものではない他人の錯誤を自身の態度によって維持し、それによって他人に損害をもたらした者は、詐欺の責任を負う。」と規定されている⁴²³⁾。

(ア) 構成要件の結果

構成要件の結果について、欺罔行為によって、「他人に損害をもたらしたこと」を要求している。ヘッセン刑法典では、ザクセン刑事法典と同様に（ヴェルテンベルク刑法典やプロイセン一般ラント法とは異なり）、財産権侵害以外の詐欺も念頭に置かれていたようである⁴²⁴⁾。

(イ) 主観的要素

主観的要素については、「他人の権利を損なう意図」又は「自己もしくは他人に許されざる利益を獲得させる意図」を要求している。前者についてはあらゆる権利を損なう意図が考えられており、人格的権利に関する詐欺などもここで把握されていた⁴²⁵⁾。

なお、391条では詐欺の法定刑は定められておらず、軽微な詐欺（393

423) なお、本稿では立ち入った検討を行っていないが、ヘッセン刑法典の詐欺罪の行為態様の一つとして、「特別の法的義務を侵害せずに、奸計的な態様で欺罔行為を行うこと」を要求していることが注目し得る。ラインヘッセンでは1810年フランス刑法典が通用していたという背景事情から、フランス刑法典405条の詐欺罪の「*manœuvres frauduleuses*」を参考にして規定されたものである（Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 140）。この部分の適用によって、単なる虚偽の主張は詐欺罪の射程から外れることになる。

類似の規定として、バーデン刑法典405条の詐欺罪の行為態様、ヴェルテンベルク刑法典352条第3項ただし書きの契約に関する詐欺の特別規定が存在する。

424) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 138.

425) *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 138 f. は、この点を捉えて、ヘッセンでも「あいまいな詐欺概念（*vager Betrugsbegriff*）」が採用されていたと評価している。

条⁴²⁶⁾と単純詐欺(394条)⁴²⁷⁾で処理される。

ウ. 契約に関する詐欺の特別規定⁴²⁸⁾

ヘッセン刑法典では、ヴェルテンベルク刑法典に類似した契約に関する詐欺の規定(392条1項⁴²⁹⁾)を置いている。また、親告罪規定も導入されている(同条2項⁴³⁰⁾)。

第八項 バーデン(1845年バーデン大公国刑法典)

(1) 制定の経緯

バーデン大公国刑法典(Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden⁴³¹⁾)〔以下では、バーデン刑法典という〕は、バーデン大公レオポルト(*Leopold von Baden*, 1790~1852/在位:1830~1852)によって1845年3月6日に公布され、1851年3月1日に施行された⁴³²⁾。

426) 393条では、「ある者が詐欺にあった客体の価値が総額15グルデンを超えない場合で、行為の際に395条と397条〔特別類型の詐欺—訳者注〕で規定されている諸状況が生じていない場合に、このような軽微な詐欺は懲役刑で処罰される。」と規定されている。

427) 394条では、「軽微な詐欺として前条に該当せず、397条で規定されている諸状況によっても特段に扱われていない詐欺は、単純詐欺として、3年までの矯正施設での処遇で、5年までの重懲役刑で処罰される。」「しかし、裁判所は、前者の詐欺において、詐欺の客体が5グルデンの価値を超えていない場合に、懲役刑を言い渡すことができる。」と規定されている。

428) その他注目すべき規定として、「行為による悔悟(自発的な損害補填)の減輕規定(窃盗罪において376条、詐欺罪への準用として396条)がある。

429) 392条1項では、「契約関係において、民事法の原則に従って、違法な欺罔行為を理由に、取引の無効(*Aufhebung des Geschäfts*)又は損害の補填について訴訟で主張される場合には、それで十分であり、一方当事者が他方当事者に対して、特別な奸計(*Arglist*)によって契約締結の全体に関して、あるいは契約の個別の規定において、惑わせた場合を除いて、このような事例に刑法は適用されない。」と規定されている。

430) 392条2項では、「さらに、損害を被った者の告訴がされた場合のみ、契約関係において詐欺罪で介入することが許容される。」と規定されている。

431) 本法典の原文は、Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 411) 2. Band, VIII. Baden, S. 9 ff.

432) 以下のバーデン大公国刑法典の制定の経緯について、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 143; *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 411) 2. Band, VIII. Baden, S. 3 f.; *Liszt/Eb.Schmidt*, a.a.O. (Fn. 371), S. 67. さらに、野澤・前掲注(34)書259頁以下参照。

バーデン大公国では1803年4月4日「バーデンの刑罰勅令（das badische Strafedikt）」が通用していた。この勅令は、かつて独立していた領邦の地域において、さまざまに規定されていた刑事司法に統一的な基礎を与えるものであり、カロリーナ刑事裁判令の隙間を補填するものであった。しかし、リベラルな思想が影響力を強めていたこと、さらにバーデン周辺の領邦国家でも刑法典の編纂作業が進んでいたこともあり、立法委員会が組織され、1836年に一つ目の草案が作成された。さらに、1839年に二つ目の草案が提出され、その草案は数回にもわたる議院及び政府の修正のあと6年後に本法典が公布された。

（2）規定の内容

ア．法典における詐欺罪の位置付け

バーデン刑法典において、再び広義の詐欺の概念が用いられた。バーデン刑法典の理由書では「偽造と詐欺は、二つの種類とみなされていて、意図的に惹き起こされた欺罔行為によって生じる権利侵害としての詐欺という種類概念（Gattungsbegriff）に還元されうる」。「詐欺は……実質的にあいまい犯罪として把握され、この存在は一定の種類の権利に対する方向（Richtung）によってではなく、権利関係から生み出された確実な手段の利用によって条件付けられる」⁴³³⁾と述べられている。このような理解によると、全ての種類の偽造行為、偽証などが詐欺の概念の下で把握されることになる⁴³⁴⁾。もっとも、詐欺を、あいまい犯罪として理解することによって、処罰の過度な拡張を避けるために、広義の詐欺においても一定の権利

433) *Wilhelm Thilo*, Großherzogthums Baden nebst dem Gesetze über die Gerichtsverfassung mit den Motiven der Regierung und den Resultaten der Stände Verhandlungen im Zusammenhange dargestellt, Karlsruhe 1845, S. 359 f. (傍点部文は原文隔字体)

434) *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 144. 狭義の詐欺を規定する第31項目「詐欺について」(450条～470条)はもちろんのこと、第30項目「偽造について」(423条～449条)、第32項目「家族的な権利について侵害する偽造及び詐欺について」(471条～476条)、そして第34項目「偽証について」(482条～508条)等が、広義の詐欺として把握される可能性がある。

侵害に限定して考えられていたようである^{434a)}。

狭義の詐欺に関する規定は、各則部分を規定する第2部「個別犯罪及びその刑罰について」の中の第31項目「詐欺について」の表題の下で規定されている。

イ. 詐欺の原則規定

バーデン刑法典は、450条で「利欲からなされる詐欺の構成要件(Thatbestand des Betrugs aus Gewinnsucht.)」という見出しの下で、「偽造行為(第30項目)の諸事例を除いて、他者に対して、利得意思で(aus gewinnsüchtiger Absicht)、奸計的に真実を歪曲することによって、あるいは特別な法的義務に違反して真実を故意的に知らせないことによって、意識的に惑わせて他者の財産を侵害する作為あるいは不作為をそそのかす者は、詐欺罪であり、横領罪の刑罰(403条)で処理される。」と規定されている。

さらに、458条では、「利得意思のない詐欺(Betrug ohne gewinnsüchtige Absicht.)」という見出しの下で「悪意(Bosheit)又は報復心(Rachsucht)から、利得意思なしに、他者の財産を詐欺的に侵害することは、その行為が一定の別の重い犯罪に移行しない限り、2年未満の懲役刑又は労役刑で処罰される。」と規定されている。

ア) 構成要件の結果

まず、利欲からなされる詐欺罪(450条)においては、「意識的に惑わせて他者の財産を侵害する作為あるいは不作為をそそのかすこと」を要求しているが、これは処分行為をさすといえるので、構成要件の結果自体は明文で要求されていないといえそうである。しかし、バーデン刑法典では損害の発生を解釈上要求していたとされる。なぜなら、詐欺の場合には、「真実に対する一般的な義務が存在せず、単なる欺罔はまだ権利侵害として認められ得ない」⁴³⁵⁾からである。

これに対して、利得意思のない詐欺罪(458条)の場合には「他者の財産

434a) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 144 f.

435) *Thilo*, a.a.O. (Fn. 433), S. 362.

を詐欺的に侵害すること」が要求されている。

(イ) 主観的要素

主観的要素について、利欲からなされる詐欺罪（450条）では、「利得意思」のみを要求している。これに対して、利得意思のない詐欺罪（458条）の場合には、「悪意（Bosheit）」又は「報復心（Rachsucht）」を要求している。

ウ. 契約に関する詐欺の特別規定

バーデン刑法典でも、契約に関する詐欺について規定されている（452条～456条）。契約に関する詐欺は原則的には不可罰であり、利欲からなされる詐欺罪（450条）及び他者によってもたらされた錯誤を利用する場合の量刑緩和規定（451条）に該当する場合で、さらに452条1号又は2号に該当する場合にのみ可罰的であると規定している（452条）⁴³⁶⁾。

第九項 チューリングゲン（1850年チューリングゲン刑法典）

(1) 制定の経緯

いわゆるチューリングゲン刑法典（Strafgesetzbuch für Thüringen⁴³⁷⁾）は、1850年以降にチューリングゲン地域の領邦国家の大部分で公布された⁴³⁸⁾。

436) 450条では、(契約の場合)「契約締結の際に騙して利益を得ることを求めて、450条と451条の要件も存在する場合には、以下の場合にのみ、詐欺の刑罰が生じる。

1. 一方当事者が、片務契約の場合には他者の侵害をとまなう契約客体を詐欺的に自分のものにするために、双務契約の場合には取り決められた他者の給付において存在する利益を、取り決められた反対給付なしに詐欺的に自分のものにするために、契約の締結を欺罔の手段としてのみ用いて、そして現実それを自分のものにした場合

2. 騙す行為が、民事の権利に従って無効の訴え又は損害賠償の訴えを根拠付けるような種類の故意的な欺罔行為によって、諸状況の下で惹き起こされた場合に、それに加えて欺罔行為者が他者の損害賠償請求から逃れようとする、あるいは欺罔行為者が損害賠償請求を将来的に提起された場合に、彼の損害補填をする能力がないということを予測せざるをえないだろうということが判明した場合」と規定されている。

437) 本法典の原文については、Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 350), I. Band, III, X. Thüringen, S. 51 ff.

438) 以下のチューリングゲン刑法典の制定の経緯について、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 154 f.; *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 350), I. Band, III. Sachsen-Altenburg, S. 5; a.a.O. (Fn. 341), 3. Band, VIII. Thüringen, S. 3 f.; *Liszt/Eb. Schmidt*, a. a. O. (Fn. 371), S. 66; *Berner*, ♂

中部ドイツのチューリンゲン地域では、小規模な領邦国家が多数存在していた。この地域では、19世紀の中葉まで、なお普通法が妥当しており、これまでに検討してきた他の地域と同様に、現代的な刑法典を制定する要請が存在していた。チューリンゲン地域に隣接するザクセン王国が1838年3月30日にザクセン王国刑事法典を公布したこともあり、チューリンゲン地域の一部の領邦国家（ヴァマール＝アイゼンナッハ大公国、ザクセン＝アルテンブルグ公国、ザクセン＝マイニンゲン公国、シュヴァルツブルク＝ソンデルスハウゼン侯国）では、ザクセン刑事法典に若干の修正を加えた法典を公布したが⁴³⁹⁾、その他の領邦国家ではザクセン刑事法典を採用していなかった。このような法状況の下では、なお中部ドイツ地域の法の同一性（Rechtsgleichheit）の要請が存在し、このことはイエーナにあった共通最高裁判所（der gemeinschaftliche oberste Gerichtshof）によってますます明瞭にされた。

(2) 規定の内容

ア. 法典における詐欺罪の位置付け

チューリンゲン刑法典における詐欺罪の規定は、第2部「個別の犯罪とその刑罰について」の中の第13章「詐欺的行為及び偽造について（Von betrügerischen Handlungen und Fälschungen）」に置かれている。この章では、単純詐欺（einfacher Betrug）（236条～239条）と特別類型の詐欺（Ausgezeichnete Betrug）（240条～243条）、破産における詐欺的行為（244条、245条）、生命又は健康の詐欺的危殆化（246条）、人格的關係に関する不当行為（Anmaßungen）及び詐欺的行為（247条～251条）、偽造（252条～259条）が規定されている。単純詐欺は財産に関する詐欺に限定しており、同じ章に規定されている偽造罪とは区別されているが、チューリンゲン刑法典も特別

↘ a.a.O. (Fn. 403), S. 208 ff. さらに、野澤・前掲注（34）書252頁注272参照。

439) 隣接地域であるザクセン王国が1838年3月30日にザクセン王国刑事法典を公布していた（前述、本款第三項参照）。1839年4月5日にザクセン＝ヴァマール＝アイゼンナッハ大公国、1841年5月3日にザクセン＝アルテンブルグ公国が、1844年8月1日にザクセン＝マイニンゲン公国が、1845年5月10日にシュヴァルツブルク＝ソンデルスハウゼン侯国がザクセン刑事法典に若干の修正を加えた法典を公布した。

類型の詐欺やその他の詐欺的行為を置いており⁴⁴⁰⁾、一定程度広義の詐欺という概念が維持されている⁴⁴¹⁾。

イ. 単純詐欺の規定

単純詐欺の基本規定は、236条第1項で「他者に財産上の不利益を加えるために、他者の錯誤を違法に誘引し、あるいは利用し、そしてこの目的を達成した者は、詐欺罪で、惹起された不利益の大きさに応じて単純窃盗の刑で処罰される。」と規定され、そして第2項で「この場合に、犯罪の実行者が同時に自己もしくは他者に利益を獲得させようとしていたか、又はこのことが妥当しないかどうかは重要ではない。しかし、裁判官は後者の場合において、懲役刑に代替して、均衡のとれた罰金刑を言い渡すことができる。」と規定されている。

ア) 構成要件の結果

構成要件の結果については、ブラウンシュヴァイク刑事法典の詐欺罪と同様に、「目的を達成すること」を要求しているにすぎない。そして、主観的要素については、「他者に財産上の不利益を加える目的」と規定しているにすぎないので、チューリンゲン刑法典の詐欺罪の構成要件の結果は「他者

440) ザクセン刑事法典でもそうであったように、通貨偽造（第14章「貨幣犯罪について」、260条以下）、偽証等（第8章「宣誓、誓約、宗教に対する尊敬の念の侵害について」、172条以下）、名誉毀損（第9章「名誉の侵害について」、185条以下）は、「詐欺的行為と偽造について」の章とは別の箇所規定されている。

441) *Schütz*, aa.O. (Fn. 287), S. 157 は、チューリンゲン刑法典の詐欺罪の理解には、形式的であまいな詐欺概念の主張者でもあるオルトロフの見解 (*Hermann Ortloff*, *Lüge, Fälschung, Betrug*, Jena 1862) が影響したと論じている。しかし、これは誤解に基づくものであるといえる。

確かにオルトロフという人物がチューリンゲン草案の起草委員会に参加し、さらに草案の最終校正を担ったことは、*Berner*, aa.O. (Fn. 403), S. 210 から明らかである。しかし、ここでのオルトロフは、„Ob. App. Ger.Präs.Ortloff zu Jena“と記載されており、イエーナの上訴裁判所所長であった *Friedrich Ortloff* (1797~1868) のことである。これに対して、„Lüge, Fälschung, Betrug“の著者の *Hermann Ortloff* は、*Friedrich Ortloff* の子息であり、法律家、地方裁判所裁判官であった *Hermann Ortloff* (1828~1920) であると思われる (Vgl. *Allgemeine deutsche Biographie*, 24. Band; van Noort Ovelacker, Leipzig 1887, S. 453)。

に財産上の不利益を加える目的を達成すること」が要求されることになる。

(イ) 主観的要素

主観的要素については、「他者に財産上の不利益を加える目的」が要求されている。もっとも、236条第2項で「自己もしくは他者に利益を獲得させようとする」意思がない場合に、裁判官が均衡の取れた罰金刑を言い渡すことを許容する規定があることを踏まえると、236条の「他者に財産上の不利益を加える目的」には、利得目的がある場合と利得目的がない場合を含んでいるといえる。

ウ. 契約に関する詐欺の特別規定⁴⁴²⁾

チューリッゲン刑法典でも契約に関する詐欺の規定(238条第3項⁴⁴³⁾)を置いている。さらに、審理を行うには告訴も必要である(238条第4項⁴⁴⁴⁾)。

第十項 19世紀前半の領邦国家刑法典における詐欺罪の整理

ここまで神聖ローマ帝国崩壊後の19世紀の領邦国家刑法典における詐欺罪を概観してきた。この時代の領邦国家刑法典は、多様な詐欺の規定を有しており、時代や地域によって単純に整理できるものではない。以下では、本章の課題を見据えて、(1)詐欺罪(とりわけ狭義の詐欺)と虚偽的行為の関係性、(2)詐欺罪の構成要件の結果、(3)詐欺罪の主観的要素に関して、整理を行う。

442) その他注目すべき規定として、「行為による悔悟(自発的な損害補填)による減軽規定(49条1項)、相手方の錯誤が無頓着な行動又は軽率な行動に基づく場合の詐欺罪の成立を限定する規定(238条1項)、単に一般的な推奨や評価を述べたことによって相手方が錯誤に陥った場合の詐欺罪の成立を限定する規定(238条2項)などがある。

443) 238条3項では、「契約の締結において、そもそも詐欺は、他者の錯誤が、他者が真実の状況にある関係を知っていたとすれば、その者が契約をまったく締結しないか、異なった方法で締結されるということが諸事情にしたがって想定されうような関係に関連している場合のみ処罰される。」と規定されている。

444) 238条第4項では、「さらに、契約の締結の際の詐欺も、当事者の告訴がある場合にのみ審理され、処罰されるべきである。」と規定されている。

(1) 詐欺罪と虚偽的行為の関係性

多くの領邦国家刑法典では、初期の領邦刑法典と同様に、広義の詐欺概念を用いており、偽造行為も詐欺の一部の類型ないし加重類型として理解されていた。ただし、各法典で採用されている広義の詐欺の概念にも広狭があることに注意が必要である。これについては、次のように整理できる。

(a)「詐欺」を、欺罔行為⁴⁴⁵⁾による権利侵害と捉えて、偽造行為や財産権以外の権利侵害も詐欺罪として把握する法典（バイエルン刑法典、ザクセン刑事法典、及び、バーデン刑法典）、(b)「詐欺」又は「詐欺的行為」を、欺罔行為による権利侵害と捉えるが、偽造行為は詐欺とは区別されると捉える法典（ヘッセン刑法典、及び、チューリンゲン刑法典）、(c)「詐欺」を欺罔行為による財産権侵害と捉えるが、偽造行為は詐欺罪の一類型または加重類型と捉える法典（ハノーファー刑事法典）である。

これに対して、(d)「詐欺」を、偽造犯罪及び財産権以外の権利を侵害する欺罔行為と区別して、詐欺罪を純粹に財産犯として位置付けている法典（ヴェルテンベルク刑法典、及び、ブラウンシュヴァイク刑事法典）も存在する。

(2) 詐欺罪の構成要件の結果

詐欺罪の構成要件の結果については、以下のように整理できる。

(a)「財産損害」又は「財産上の利得」を要求する法典（ブラウンシュヴァイク刑事法典がそれである。さらに、解釈上同様の立場であるのは、ヴェルテンベルク刑事法典）、(b)「損害」又は「利得」を要求する法典（ザクセン刑事法典⁴⁴⁶⁾）、(c) 財産損害を要求する法典（チューリンゲン法典がそれである。さらに解釈上このような立場であるのは、バーデン刑法典）、(d) 損害を要求する法典（ヘッセン刑法典）、(e) 既遂に、損害を与えることを要求する場合と、

445) ここでは、詐欺の行為態様という意味で「欺罔行為」という用語を用いている。なお、本稿では詳細には検討していないが、明文で「欺罔行為（Täuschung）」という用語を用いている法典はハノーファー刑事法典のみである。

446) ただし、ザクセン刑事法典では、「第三者に利益を得させること」も規定されている。

結果の発生を不要とする場合を併記する法典（バイエルン刑法典），(f) 欺罔行為のみで詐欺が成立するとする法典（ハノーファー刑事法典）である。

(3) 詐欺罪の主観的要素

主観的要素については以下のように整理できる。

(a) 「他人に損害を加える意思」又は「利益を獲得する意思」を要求する立場（バイエルン刑法典，ブラウンシュヴァイク刑事法典，及びバーデン刑法典がそれぞれである。これらの意思に加えて，「第三者に利益を獲得させる意思」も併記する立場として，ヘッセン刑法典がある），(b) 「他人に権利侵害を侵害する意思」（あるいは「他人に損害を加える意思」）のみを要求する法典（ヴェルテンベルク刑法典，ハノーファー刑事法典，チューリンゲン刑法典），(c) 主観的要素を明瞭には規定していない法典（ザクセン刑事法典）に整理できる。

なお，利得意思がある場合とない場合で条文を書き分け，後者の法定刑を軽く扱うものとしてバーデン刑法典，刑罰に関する規定で両者を書き分けるものとしてヴェルテンベルク刑法典がある。さらに，利得意思が存在しない場合に量刑を緩和する規定を置いているものとして，ザクセン刑事法典，及び，チューリンゲン刑法典がある。

以上の整理によって，詐欺罪を虚偽的行為一般から分離していく過程である19世紀の領邦国家刑法典の詐欺罪では，構成要件結果（詐欺罪の構成要件の結果として「利得」や「財産上の利得」を要求する立法例，「損害」や「財産損害」を要求する立法例，あるいは，これらを併置する立法例など）について，あるいは，主観的要素（「利得意思」を要求する立法例，「損害意思」や「権利侵害意思」を要求する立法例，あるいは，これらを併置する立法例など）について，多様な規定形式が存在していたことが明らかになった。

第四款 小 括

本節では，ローマ法及びドイツ普通法における詐欺罪の萌芽的犯罪類型（第一款），初期領邦刑法典における虚偽的行為及び広義の詐欺（第二款），19世紀領邦国家刑法典における詐欺罪（第三款）を概観することによって，

ドイツにおける詐欺罪という犯罪類型の生成過程を明らかにした。

そして、これらの検討によって、① ドイツにおける詐欺罪は、ローマ法における偽罪及び卑劣罪に由来する犯罪であるということ、② 神聖ローマ帝国下の初期領邦刑法典では、偽罪や卑劣罪を参考にして、虚偽的行為あるいは広義の詐欺が規定化されたが、偽造や偽証など多くの虚偽的行為を含む犯罪であったということ、③ その後の19世紀前半の領邦国家刑法典ではこの虚偽的行為又は広義の詐欺の射程の明確化が図られたが、(1) 各法典において、詐欺という概念の下で、「欺罔行為によって財産権を侵害する犯罪」(狭義の詐欺)のみを把握するか、あるいは、「欺罔行為によって財産権以外の権利を侵害する犯罪」や「偽造」などを含めて把握するかには相違があり、それに伴って、(2) 構成要件的结果や(3) 主観的要素に関しても一様な規定方法は存在しないことが明らかになった。

その他に、④ ヴェルテンベルク刑法典やブラウンシュヴァイク刑事法典における詐欺罪の議論を踏まえると、詐欺罪の下で「欺罔によって財産権を侵害する犯罪」(狭義の詐欺)のみを把握する場合には、構成要件的结果として「財産損害」と「財産上の利得」が要求されることになるということも導くことができると思われる。

次節では、現行ドイツ刑法典の詐欺罪の基礎となっているとされる⁴⁴⁷⁾プロイセン刑法典における詐欺罪において、同時代の領邦国家刑法典の議論を踏まえれば、詐欺罪の構成要件的结果及び主観的要素に関して多様な規定例が想定可能であったにもかかわらず、なぜ構成要件的结果として「財産損害」を要求する立法例を採用したのかを明らかにするために、プロイセンにおける詐欺罪の歴史的展開をみることにする。

447) Vgl. LK-Tiedemann, a.a.O. (Fn. 287), S. 19 [vor § 263, Rn. 16]; Schütz, a.a.O. (Fn. 287), S. XXXIII.