

# 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（4）

——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 (以上, 378号)

第三節 プロイセンにおける詐欺罪の歴史的展開

第一款 プロイセン刑法典の詐欺罪の規定と本節の課題

第二款 プロイセンにおける詐欺罪の制定過程

第一項 1794年プロイセン一般ラント法における詐欺罪

第二項 1828年草案における詐欺罪

第三項 1830年草案における詐欺罪

第四項 1833年草案及び1836年草案における詐欺罪

---

\* 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

- 第五項 1843年草案における詐欺罪
- 第六項 1845年草案における詐欺罪
- 第七項 1846年草案及び1847年草案における詐欺罪
- 第八項 1848年草案及び1849年草案における詐欺罪
- 第九項 1850年草案における詐欺罪
- 第十項 小 括

- 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
  - 第一款 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の制定の経緯
  - 第二款 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪の規定内容
  - 第三款 ドイツ帝国刑法典制定後の展開
- 第五節 詐欺罪の法制史的検討によって得られた帰結
  - 第一款 ドイツにおける詐欺罪の法制史的検討から導き得ること
  - 第二款 わが国の詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組に関する帰結と次章の課題 (以上, 本号)
- 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

#### 第三節 プロイセンにおける詐欺罪の歴史的展開

##### 第一款 プロイセン刑法典の詐欺罪の規定と本節の課題

プロイセン諸国のための刑法典 (Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten<sup>448)</sup>) [以下では、プロイセン刑法典という] は、プロイセン国王フリードリッヒ・ヴィルヘルム四世 (*Friedrich Wilhelm IV.*, 1795~1861 / 在位: 1840~1861) によって1851年4月14日に認可された後、5月13日に公布され、7月1日に施行された<sup>449)</sup>。

プロイセン刑法典 (第2部「個別の重罪及び軽罪、そしてその刑罰について」第21「詐欺」) 241条の詐欺罪は、「利得意思で、虚偽の事実を述べることに

---

448) プロイセン刑法典の原文については、Vgl. *Stenglein*, aa.O. (Fn. 339) 3.Band, XI. Preußen, S. 41 ff. を参照した。

449) Vgl. *Stenglein*, aa.O. (Fn. 339) 3.Band, XI. Preußen, S. 5.

より、又は真実を伝えないか若しくは隠蔽することにより、錯誤を惹起し、それによって他者の財産に損害を与えた者は、詐欺を実行するものである。」と規定されている。

この規定は、①主観的要素に関して、「利得意思」を要求しており、②行為態様に関して、「虚偽の事実を述べること」、「真実を伝えないこと」、「真実を隠蔽すること」のいずれかによって「錯誤を惹起すること」を、③構成要件の結果に関して、「他者の財産に損害を与えること(財産損害)」を要求していると整理することができる<sup>450)</sup>。まず、②行為態様については、前節で検討した19世紀前半の領邦刑法典において類似の規定例はみられるが<sup>451)</sup>、①主観的要素に関して、「利得意思」のみを要求している

---

450) 現行ドイツ刑法典263条1項の解釈として、詐欺罪は、「自己侵害犯(Selbstschädigungsdelikt)」(Vgl. Satzger, a.a.O. (Fn. 152), S. 158; LK-Tiedemann, a.a.O. (Fn. 287), S. 96 f. [§263 Rn. 5]; Roland Hefendehl, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band. 5 §263-358 StGB, 2.Aufl., München 2014, S. 27 f. [§263 Rn. 9] [以下では、MK-Hefendehl と示す]; Bernd Heinrich, in: Gunther Arzt u.a., Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 3. Aufl., Bleilefeld 2015, S. 607 f. [§263 Rn. 28]; Schlack, a.a.O. (Fn. 287), S. 41 ff.)あるいは、「財産移転犯(Vermögensverschiebungsdelikt)」(Vgl. Satzger, a.a.O. (Fn. 152), S. 158; MK-Hefendehl, a.a.O. S. 260 [§263 Rn. 766]; Urs Kindhäuser, in: Urs Kindhäuser u.a. (Hrsg.), Nomos Kommentar StGB, Band. 3, 4. Aufl., Baden-Baden 2013, S. 581 [§263 Rn. 53] [以下では、NK-Kindhäuser と示す]; Schlack, a.a.O. (Fn. 287), S. 35 ff.)であると指摘されている。

本節及び次節でみるように、このような理解は、プロイセン刑法典、ドイツ帝国刑法典及び現行ドイツ刑法典の詐欺罪の制定過程では明瞭な形で主張されていない。むしろ制定後の解釈において浸透していったものであるといえる(「財産移転犯」との関係で、Vgl. Schlack, a.a.O. (Fn. 287), S. 36 f.)。

しかし、「自己侵害犯」が、詐欺罪の書かれざる構成要件である「財産処分」との関連で言及されていること(Vgl. LK-Tiedemann, a.a.O. (Fn. 287), S. 96 f. [§263 Rn. 5])、及び、「財産移転犯」が主観的要素である「違法な財産上の利益を得る意思」(さらに、それから派生する「[損害と利得の]素材の同一性」)との関連で言及されていること(Vgl. Schlack, a.a.O. (Fn. 287), S. 19)を踏まえると、プロイセン刑法典の詐欺罪においても、このような解釈を導く余地は十分にあったといえる。

451) 本章第二節第三款では十分な検討を行っていないが、プロイセン刑法典の詐欺罪の行為態様と類似の規定例として、バイエルン刑法典、ザクセン刑事法典、ヴェルテンベルク刑法典、ヘッセン刑法典、バーデン刑法典を挙げるができる。これに対して、錯誤に

規定例は存在しない<sup>452)</sup>。また、③構成要件的结果に関して「損害」を要求している規定例(「損害」と「利得」を併置している規定例)はいくつかみられるが、「財産損害」のみを要求している規定例は一部に限られていた<sup>453)</sup>。

本節の課題は、プロイセン刑法典の詐欺罪の①主観的要素、及び、③構成要件的结果がどのような経緯で現れたのかについて、プロイセン一般ラント法における詐欺罪、及び、プロイセン刑法典の諸草案における詐欺罪に立ち返って、明らかにすることである。そして、このことがプロイセン刑法典の詐欺罪の立場を継承したとされる北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪、ひいては現行ドイツ刑法典の詐欺罪がどのような趣旨の規定であるのかを明らかにすることにも資するといえる。

## 第二款 プロイセンにおける詐欺罪の制定過程<sup>454)</sup>

### 第一項 1794年プロイセン一般ラント法における詐欺罪

#### (1) 制定の経緯

プロイセン諸国のための一般ラント法 (Allgemeines Landrecht für Preußi-

---

▼関連付ける規定例として、ブラウンシュヴァイク刑事法典、チューリンゲン刑法典(さらに、1803年オーストリア刑法典)を挙げることができる。その他に、欺罔行為という観点をを用いる規定例として、ハノーファー刑事法典がある。

452) 本章第二節第三款第十項(3)参照。

453) 本章第二節第三款第十項(2)で整理したように、このような規定例としてチューリンゲン刑法典を挙げることができる。ただし、チューリンゲン刑法典は、広義の詐欺の概念を一部維持していることには注意が必要である(本章第二節第三款第九項(2)アを参照のこと)。

454) プロイセン刑法典制定の経緯について、Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 162 f.; *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 339), 3. Band, XI. Preußen, S. 3 f.; *Liszt/Eb. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 371), S. 67 ff.; *Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 213 ff.; *Werner Schubert/Jürgen Regge*, *Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht, Band 1 Strafrecht* (Ministerium Danckelmann; 1827-1830), Lichtenstein 1981, S. XXVI ff. [以下では、同書を、*Schubert/Regge*, Band 1 と示す]; *Eb. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 341), S. 251 ff.; *Heinrich Rüping/Günter Jeroschek*, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6. Aufl., München 2011, S. 74 f.; *Thomas Vormbaum*, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 3. Aufl., Heidelberg/Berlin 2013, S. 74 ff. さらに、野澤・前掲注(34)書267頁以下、岡本勝「放火罪と『公共の危

schen Staaten<sup>455)</sup>〔以下では、プロイセン一般ラント法という〕は、フリードリッヒ・ヴィルヘルム二世 (*Friedrich Wilhelm II.*, 1744~1797/在位: 1786~1797) によって、1794年2月5日に公布され<sup>456)</sup>、同年6月1日に施行された<sup>457)</sup>。同時代のその他の領邦刑法典とは異なり、民事法と刑事法を一つの法典として立法化した点に特徴がある。

この法典の起草は、8名からなる法典編纂委員会によって行われた。この委員会は、1780年4月14日にフリードリッヒ大王 (*Friedrich der Große; Friedrich II.*, 1712~1786/在位: 1740~1786) が主席司法大臣のカルマー (*Johann Heinrich Casimir von Carmer*, 1721~1801) に法典編纂を命じたこと

- 
- ㄨ 険〕(二)～(三)』法学(東北大学)52巻4号(1988年)1頁以下、同57巻5号(1993年)1頁以下〔以下では、岡本「放火罪(二)」,「同(三)」と示す〕,岡本勝「ドイツ近代刑法史——とくに19世紀前葉の刑法理論及び刑事立法の現代的意義——」(平成6年度科学研究費補助金(一般研究(c))研究成果報告書〔課題番号:05802008〕,1995年)1頁以下〔以下では、岡本「報告書」と示す〕,成瀬・前掲注(286)「名義人の承諾(三)」33頁以下,成瀬・前掲注(286)「同(四)」1頁以下,成瀬・前掲注(286)「同(五)」1頁以下,山本和輝「正当防衛の正当化根拠について(4・完)——『法は不法に譲歩する必要はない』という命題の再検討を中心に——」立命館法学371号(2017年)91頁以下参照。
- 455) 本法典の原文については、Vgl. *Hans Hattenhauer/Günther Bernert, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 3.Auflage, Berlin 1996.* 刑法部分は、a. a. O., S. 672 ff. 本法典の刑法部分の日本語訳として、足立昌勝訳「プロイセン一般ラント法 第2編第20章(刑法) 試訳(一)～(二)」法経論集(静岡大学)51号(1983年)1頁以下、同52号(1983年)15頁以下、足立昌勝監修/岡本洋一=齋藤由紀=永嶋久勝訳「プロイセン一般ラント法 第2編第20章(刑法) 試訳(3)～(6・完)」関東学院法学23巻1号(2013年)151頁以下、23巻2号(2013年)163頁以下、23巻3号(2014年)49頁以下、23巻4号(2014年)223頁以下がある。
- 456) まず、1791年3月20日にプロイセン諸国のための一般法典(*Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten, 4.Theil, Berlin 1792.*)として公布され、1792年6月1日から施行される予定であったが、1792年4月18日の国王の訓令により、法典の施行が延期された。この延期は、1789年のフランス革命の影響を受けて等族に懸念が生じたからである。そして、法典の名称と一部条文が改められて1794年2月5日に再度公布された(以上につき、足立(昌)監修・前掲注(455)「試訳(3)」155頁(「プロイセン一般ラント法解題」部分)、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造』(有斐閣,1969年)218頁以下など参照)。
- 457) Vgl. *Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1.Band, 26.Auflage, Berlin 1932.* [Nachdruck: Stockstadt am Mein 1996.], S. 62.

に基づいて組織されたものである<sup>458)</sup>。刑法部分(第2部20章)は、クライン(*Ernst Ferdinand Klein*, 1744~1810)によって起草され、カルマーやスワレツ(*Karl Gottlieb Svarez*, 1746~1798)の関与によって形成されたようである<sup>459)</sup>。

プロイセン一般ラント法は、条文数が非常に多く、刑法部分は1577の条項からなる。刑罰の規定を広範囲にわたり細目にまで立ち入らせることで、裁判官の裁量を可能な限り限定するという狙いがあったようである<sup>460)</sup>。なお、詐欺が位置付けられている、第15節「可罰的な私利的行為及び詐欺による財産侵害について(Von Beschädigungen des Vermögens durch strafbaren Eigennutz und Betrug)」の規定は200以上の条項を含んでいる(1256条~1487条)。

## (2) 規定の内容

### ア. 詐欺に関する諸規定の構造

詐欺に関する規定(1325条~1487条)は、禁じられている私利的行為(*Eigennutz*)(1269条~1324条)の規定<sup>461)</sup>と同じ節に置かれている。両者の区別は、意思に応じて区別可能であり、法的(*rechtlich*)か道徳的(*moralisch*)かという基準によってなされる。すなわち「法的に許されざる利益獲得に向けられた意思があった場合には詐欺であり、道徳的に許されざる利益の獲得に向けられた意思があった場合には、私利的行為であった」<sup>462)</sup>と整理

---

458) *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 454), Band. 1, S. XXVI.

459) リューピング・前掲注(295)書125頁参照。より詳細なプロイセン一般ラント法の制定過程に関して、石部・前掲注(456)書185頁以下、218頁以下、山本・前掲注(454)論文75頁以下、85頁以下を参照のこと。

460) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 28.

461) 私利的行為には、以下のような規定が存在する。① 権限のない売買及び商取引(1269条, 1270条)、② 暴利行為(*Wucher*)(1271条~1289条)、③ 騰貴をもたらしために、過度な穀物のたくわえについて秘匿すること、又はとどめておくこと(1290条, 1291条)、④ 買い占め行為及び先物買い行為(1292条)、⑤ 食品の売却における適正価格の超過(1293条)、⑥ 書籍の複製(1294条~1297条)、⑦ 許されざるギャンブル的行為(1298条~1307条)、⑧ 家族において不和をもたらしこと(1298条~1307条)、⑨ 遺産の横領(*Erbschleichung*)(1309条)、⑩ 許されざる契約(1310条~1324条)。

462) *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 29. (傍点部分は、引用文献の下線強調)なお、a.a.O., S. 29 Fn. 7で „Vgl. *Temme*, a.a.O., S. 97“ と記述されているように、この引用部分は、*Schütz* ↗

されている。

詐欺に関する規定は、一般詐欺（gemeiner Betrug）（1325条）、重大詐欺（grober Betrug）（1326条）、加重詐欺（qualifizierter Betrug）（1328～1487条）に分けられている。ただし、加重詐欺は、現代的意味の詐欺（たとえば、欺罔行為によって財産権を侵害する犯罪）とは異質のものが含まれる。ここでは、詐欺に関する定義規定、一般詐欺と重大詐欺について確認したうえで、詐欺（一般詐欺・重大詐欺）とその他の犯罪（加重詐欺）の関係性について概観する。

#### イ．詐欺罪の定義規定

まず、プロイセン一般ラント法は、第2部第20章第15節の冒頭の1256条で可罰的な詐欺についての定義を行っている。すなわち、「ある者の錯誤を故意的に誘引するあらゆる行為は、それによって、その者が権利を侵害された場合に、可罰的な詐欺である。」と規定されている。

この規定から読み取れる特徴は、行為態様を限定せず、「錯誤を故意的に誘引するあらゆる行為」としている点である。このような行為態様から、詐欺には相手方の錯誤の発生が必要であることが導かれる。この法典が詐欺罪において錯誤の惹起をはじめて明文化したものといえる（1803年オーストリア刑罰典でも「錯誤に陥れたこと」を要求しているが、成立時期はプロイセン一般ラント法が先である）。これまでになかった規定方法ではあるが、すでに生じている錯誤を利用する場合などには対応できないものであった<sup>462a)</sup>（1803年オーストリア刑罰典、さらには1813年バイエルン刑罰典以降の領邦国家刑罰典の多くでは、不作為の欺罔行為を意識して行為態様が具体化されている）。

さらに、条文からは読み取れないが、学説や実務で受け入れられ、後のプロイセン刑罰典の詐欺罪の立法に影響を与えた重要な点がある。それ

---

↘が *J. D. H. Temme, Die Lehre vom strafbaren Betrug*, Berlin 1841. の記述を整理した部分である。なお、本稿では、同文献が収録されている、*J. D. H. Temme, Die Lehre vom strafbaren Betrüge und Diebstahl nach preussischem Rechte*, Keip Verlag, Goldbach 1997 を参照した。

462a) Vgl. *Schütz, a.a.O.* (Fn. 287), S. 37; *Kathrin Hanisch, Die ignorantia facti im Betrugstatbestand*, Hamburg 2007, S. 112.

は、第一に、本法典の1256条では明文上「権利侵害」としか規定されていないが、学説および実務の運用上財産侵害が必要と考えられていたことである。すなわち、本法典第2部第20章第15節の表題を「可罰的な私利的行為及び詐欺による財産侵害について」としていることから、1256条の「権利侵害」を限定解釈して「財産権侵害」と捉え<sup>463)</sup>、「財産損害の発生」が必要と解されていたのである<sup>464)</sup>。このような解釈から、プロイセン一般ラント法下では、詐欺罪の既遂が成立するには、「財産損害の発生」が必要であったのである。

第二に、1256条の明文からは定かではないが、学説や実務では法的に許されていない利得又は利益の意思が要求されていたことである。この背景として、詐欺の定義以外の条文が重要である<sup>465)</sup>。たとえば、1258条は、「公的な処罰 (Öffentliche Ahndung) は、現実の詐欺が私利的行為と結びついた全ての場合になされる。」と規定していた。それに加えて前述した「詐欺は、法的に許されざる利益獲得に向けられた意思」でなされた点で私利的行為と区別されるということから、詐欺が利益を獲得することを狙いとする犯罪であると理解されていたということも重要である<sup>466)</sup>。

---

463) Vgl. *Naucke*, a.a.O. (Fn. 287), S. 66. その他に、木村(光)・前掲注(154)書313頁、足立(友)・前掲注(154)『詐欺罪の保護法益』30頁も参照。

464) *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 38f. ただし、加重詐欺の事例には多様なものが含まれており、財産侵害を要求することにそぐわないものも含まれている。その例として、シュッツは1435条の二重の洗札、と1436条の他者の新生児のすり替えを挙げている。

465) この点に関して、*Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 46 は、「意思の要素は、一般ラント法1256条の基本的定義から明らかではないが、それはその他の条項の一定数において言及されている。たとえば、一般ラント法1259条……では、『求められていた許されていない利得 (gesuchtem unerlaubten Gewinne)』について、一般ラント法1384条では『利己的な意思 (eigennützigen Absichten)』について、あるいは一般ラント法1386条では『他者に利益を得させる意思 (Absicht, Andere zu bevorthellen)』について問題とされている」と述べている。

466) *Temme*, a.a.O. (Fn. 462), S. 31 ff., S. 60 ff. und S. 91 ff. では、詐欺の要件として、「真实性の侵害 (Verletzung der Wahrheit)」、「他者の権利侵害 (Rechtsverletzung eines Andern)」、「違法な意思 (rechtswidrige Absicht)」という3つの要件を挙げており、「違法な意思」という要件の関連で „Gewinnssucht“ について触れている。



#### ウ．一般詐欺と重大詐欺に関する規定

次に一般詐欺と重大詐欺の規定について確認する。一般詐欺として、1325条は「契約又は商取引で行われた一般詐欺の効果（Folge）に関して、民事法の規定にとどめておく。」と規定している。これは、契約や商取引における詐欺は一般的に可罰的ではなく、民事法の規制で足りるということを示す規定である。

これに対して、詐欺が処罰される場合を明示するのが1326条の重大詐欺である。すなわち、「当該取引（Geschäfte）に関して発生した法的争訟（Rechtsstreite）において重大詐欺が完全に確認された場合には、本案に関する判決において、同時に詐欺を実行した者に対して相当な罰金刑又は懲役刑の判決が言い渡されるべきである。」と規定されている。ただし、この判断を行うのは、民事裁判官であり、本案で重大詐欺であると認めた場合に、損害賠償（Schadenersatz）を認め、民事裁判官が刑罰の判断も同時に行っていたのである。そして、重大詐欺について具体的な定義はされておらず、基本的には裁量にゆだねられていた<sup>467)</sup>。これはプロイセン一般ラント法が意図していた裁判官の裁量の限定とは逆方向の規定であるといえる。

一般詐欺と重大詐欺の上述のような規定形式のため、詐欺の事案は民事訴訟で重大詐欺に該当すると判断される場合でなければ事実上処罰ができないという事態が生じた。そこで、1815年8月15日の通達（Rescript vom 15. August 1815）で、騙された者が民事上の請求に関する訴訟を提起しておらず、提起することが期待できないような場合でも処罰が可能であることが示唆された<sup>468)</sup>。この通達によって詐欺罪を処罰するために民事訴訟

---

467) Temme, a.a.O. (Fn. 462), S. 55 によると、重大詐欺に該当する場合は「精緻で、狡猾な詐欺（feinen, listigen Betrug）」をさすようである。これについて、Schütz, a.a.O. (Fn. 287), S. 34 は、慎重な注意深さをもっていても回避できないような場合と説明している。

468) この通達について、Ad. Julius Mannkopff, Preussisches Strafrecht in einer Zusammenstellung des zwanzigsten Titels zweiten Theils des Allgemeinen Landrechts, Berlin 1838, S. 474 では、以下のような内容の記述が引用されている。すなわち、「プロイセン一般ラント法第2部第20章1326条……によれば、契約の機会あるいはそのほかの売買及び商取

を経ない場合でも刑事裁判官の職権で審理を開始できることが明らかになった<sup>469)</sup>。

## エ. 一般詐欺・重大詐欺と加重詐欺の関係性

プロイセン一般ラント法の加重詐欺は、詐欺の加重類型を示すものであるが、現代的な意味の詐欺(欺罔によって財産権を侵害する犯罪)にはおよそ含まれない犯罪がここに位置付けられていた。そのようなものとして、①背信行為(Untreue<sup>470)</sup>)(1329条~1376条)。②歪曲行為(Verfälschung<sup>471)</sup>)

↳引で実行される重大詐欺が法律上の争訟において認められた場合に、本案に関する判断で、同時に、詐欺の処罰が言い渡されるだろう。しかし、このことから、騙された者の民事上の請求(Civil-Anspruch des Betrogenen)に関して訴訟が係属しておらず、そのようなことも期待されない場合に、詐欺を実行する者がまったく罰せられないままであるということは導かれない。

刑法の諸原則に反するこのような不可罰性は、立法者の意思ではあり得ない。むしろ、これは、プロイセン一般ラント法1326条の上記引用部分において、民事裁判官によって同時に、責任のある者の処罰が言い渡される諸事例において、特別な審理を開始することを回避することのみを意味する。

したがって、民事訴訟の事案が存在しない場合には、実行された詐欺を理由にして、刑事裁判官の職権(das Amt des Criminalrichters)が生じなければならない。」という記述である。

469) この通達によって示唆された刑事裁判官の職権による審理において、詐欺を処罰する場合に、1326条の重大詐欺の「重大」性に該当する必要があるのか、それとも1256条の詐欺の定義に該当すれば処罰できるのかに関しては、本稿では明らかにできていない。

470) 財産犯としての「背任(Untreue)」と区別するために、「背信行為」と訳した。背信行為としては、以下のものが規定されている。官吏による背信行為(1330条)、後見人(Vormündern)による背信行為(1331条)、仲介者(Mäkler)による背信行為、司法代理人及び顧問弁護士による背信行為(1334条~1344条)、個人的な財産管理者(Privatwaltern)による背信行為(1345条~1349条)、従者(Gesinde)の背信行為(1350条~1352条)、寄託(Depositis)の際の背信行為(1353条~1369条)、他人の文書の封を開封する場合の背信行為(1370条、1371条)、全権委任を受けた者(Bevollmächtigten)による背信行為(1372条~1374条)、取引組合(Handlungsgesellschaften)による背信行為(1375条)、保険契約(Assecuranzverträge)における背信行為(1376条)である。

471) 一般的には、„Verfälschung“は、「偽造」や「変造」と訳されることが多いが、不正なギャンブル的行為(1399条~1401条)、錬金術師(Goldmacher)及び占い師(Wahrsager)等の公衆の欺き(Publicum hintergehen)(1402条)、境界移動(1403条)のような多様な行為を含んでいるので「歪曲行為」と訳した。処罰範囲が異なるため、バヴァリア刑事法典の「虚偽的行為(Verfälschung)」とも異なる訳語を用いている。

（1377条～1403条）。③ そのほかの義務を伴う詐欺（偽証、虚偽告訴、二重の洗礼、他人の新生児のすり替えなど）（1404条～1440条）。④ 公衆に対する詐欺（物品の偽造、度量衡の偽造、破産など）（1441条～1487条）がある。

前述した一般詐欺および重大詐欺は、民事における詐欺的な事案と現代的意味の詐欺を対象にしているようであるが、加重詐欺は現代的意味の詐欺とは全く異質な犯罪も含まれている。この意味で、プロイセン一般ラント法の詐欺（Betrug）は、同時代の領邦刑法典における虚偽の行為あるいは詐欺（バヴァリア刑法典の„Verfälschung“、テレジアーナ刑法典の„Falsch“、ヨゼフィーナ刑法典の„Trug“、及び、1803年オーストリア刑法典の„Betrug“など）と同様に、広義の概念としても用いられていた。換言すれば、本法典の詐欺は、狭義の詐欺（一般詐欺及び重大詐欺）と広義の詐欺（加重詐欺も含む形で詐欺の一般的定義）双方を示す用語であったといえる。

## 第二項 1828年草案における詐欺罪

### （1）プロイセン刑法典制定の背景事情<sup>472)</sup>

プロイセンの大部分の地域では、1794年以降プロイセン一般ラント法が通用していたが、この法典の刑法部分（第2部第20章）は、1577の条項から構成されており、公布直後から近代的な法典として再整理する必要性が認識されていた。さらに、プロイセンでは、1814年から1815年のウィーン会議を経て、ラインラントなど一部の地域が割譲され、これによって、プ

---

472) プロイセン刑法典の諸草案は、しばしば、第一次修正期（1826年～1836年）、第二次修正期（1838年～1842年）、第三次修正期（1843年～1847年）、第四次修正期（1847年～1851年）という区分に従って検討されている（Vgl. *Georg Beseler*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851. - Nach amtlichen Quellen, Leipzig 1851, S. 3 ff.; *Robert von Hippel*, Deutsches Strafrecht, Band. I Allgemeine Grundlagen, Berlin 1925 [Nachdruck: Goldbach 2001], S. 314; *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 163 ff. さらに、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（三）」38頁等参照）。しかし、詐欺罪の規定は、これらの修正期の内部でも傾向が異なっており（とくに、第一次修正期）、この区分を用いる意義はないと思われるので、本稿はこの区分を用いてない。

ロイセン一般ラント法（プロイセンの大部分の地域）、フランス法（ラインラント）、普通法（プロイセンの一部の地域）が通用している地域が混在することになった<sup>473)</sup>。したがって、これらの地域で共通して適用される統一的な刑法典を制定する要請も存在していた。

## (2) 起草の経緯

プロイセン一般ラント法の修正の議論は19世紀初頭からすでに存在していたが<sup>474)</sup>、直接的に1851年プロイセン刑法典につながった修正作業は、1825年以降に着手される。プロイセン国王フリードリッヒ・ヴィルヘルム三世 (*Friedrich Wilhelm III.*, 1770~1840/在位: 1797~1840) は、1825年7月11日、司法省に統一的な刑法典を起草することを委託した。この任務にあたったのが司法大臣ダンケルマン (*Heinrich von Danckelmann*, 1768~1830) であった<sup>475)</sup>。ダンケルマンは1825年12月に法律修正委員会 (Gesetz-

473) Vgl. *Stenglein*, a.a.O. (Fn. 339) 3.Band, XI. Preußen, S. 3; *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 162.

474) *Waldemar Banke*, 2. Der Vorentwurf zum ersten Deutschen Einheitsstrafrecht, in: *Der ersten Entwurf eines Deutschen Einheitsstrafrechts*, Frankfurt am Mein 1991, S. 36 [なお、同書は、1848年草案を基に出版された書籍 (2. *Der Vorentwurf zum ersten Deutschen Einheitsstrafrecht*, Berlin 1915) と1849年草案を基に出版された書籍 (1. *Die Verfasser des Entwurf 1849*, Berlin 1912) を合冊して再出版したものであり、各部分ごとに頁番号が振られている。以下では、*Banke*, E1848 又は E1849 と示す] では、プロイセン刑法草案が作成された期間を第一期 (1795年から1819年まで) と第二期 (1825年から1851年) に分けて整理している。第一期に属するものとして、1800年のクラインによる第1草案、1801年のフォン・シュレヒテンダール (*v. Schlechtendahl*) による第2草案、1804年の委員会による第3草案、1805年のフォン・ゴスラー (*v. Goßler*) による第4草案、1819年のザック (*Sack*) による第5草案が挙げられている。

475) これ以前には、「新たな行政区域における立法及び司法構成 (Justizorganisation) の改革のための省」(1817年11月3日から1819年12月31日) [なお、同省は後に司法省に統合される] を統轄していたフォン・バイメ (*Carl Friedrich von Beyme*, 1765~1838) が法律修正作業を進め (Vgl. *Vormbaum*, a.a.O. (Fn. 454), S. 74)。その後、フリードリッヒ・ヴィルヘルム三世が、1823年2月5日に、首相 (Staatsminister) のフォン・バイメにラインラントの地域とプロイセン地域の統一刑法典を目的とする「普通刑法草案」の起草について委託したようである (Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 454) Band. 1, S. XXXIV)。さらに、岡本・前掲注 (454)「放火罪 (二)」3頁注3、山本・前掲注 (454) 91頁以下参照。ただし、バイメの経歴を記した *Allgemeine deutsche Biographie*, 2. Band, Leipzig 1875, S. 601 ff. では、彼が1823年当時首相の地位にあったという記述は見当たらない。

Revision Kommission)<sup>476)</sup>を組織した。この委員会は、1826年1月末に修正の原則に関して審議を行い、刑法部分（総則部分、各則部分のすべて）については、最高裁判所裁判官（Kammergerichtsrat）であったボーデ（*Friedrich Benjamin Heinrich Bode*, 1793～？<sup>477)</sup>）が専門担当官（Revisor）となり、彼によって作成された草案を、当時司法省次官（Direktor im Justizministerium）であったカンプト（*Karl Albert von Kamptz*, 1769～1849）、枢密司法顧問官（der geheimen Justizrat）であったザック（*Friedrich Willhelm Sack*, 1772～1852）、枢密上級顧問官（der geheimen Oberrevisionsrat）であったフィツシェニツヒ（*Bartholomäus Ludwig Fischenich*, 1764～1831）の3名の委員で構成される委員会で検討するということが決定された<sup>478)479)</sup>。ただし、

---

476) *Vormbaum*, a.a.O. (Fn. 454), S. 74 Fn. 109; *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 454) Band. 1, S. XVII. によると、この委員会には、ダンケルマンの他に、カンプト（*Kamptz*）、ゼーテ（*Sethe*）、ライブニツ（*Reibnitz*）、ケーラー（*Köhler*）、アイヒホルン（*Eichhorn*）、ザック（*Sack*）、ミュラー（*Müller*）、サヴィニー（*Savigny*）、ジモン（*Simon*）、フィツシェニツヒ（*Fischenich*）、シェッファー（*Scheffer*）、シャイプラー（*Scheibler*）、ベッティヒャー（*Bötticher*）が所属していたようである。彼らの具体的な経歴について詳しくは、*Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 454) Band. 1, S. XXIII f. Anm. 22 を参照のこと（さらに、上記14名に加えて、オズヴァルト（*Oswald*）、シェルター（*Schelter*）という名前を挙げるものとして、*Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 218）。構成員を示さずに構成員を16名と指摘するものとして、*Theodor Goldammer*, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für Preußischen Staaten (aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert) Theil I, Carl Heymann, Berlin 1852, S. VIII.

477) ボーデに関する経歴について詳しくは、*Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 454) Band. 1, S. LXXXV Anm. 38 を参照のこと。ボーデは、1828年草案起草以降も、長らくプロイセン刑法典の審議に関わっていたようである（1833年草案の起案担当者、1844年参事院の構成員、1847年刑法草案の審議への関与など）。ただし、1869年の退官以降の経歴は不明であり、死亡時期はこれまでに確認されていないようである。

478) Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 454) Band. 1, S. XXXV. 刑法、刑事訴訟法、形式的・実質的抵当権等、一般民事訴訟法、不動産の強制執行、裁判所構成法、後見法、商法、教会法及び学校法、都市・農業・封建法、鉱業法、公法及び行政法、物権法、債務法〔債権法〕、人格法及び家族法、相続法の16項目について、専門担当者と担当の修正委員が割り振られている。

479) 岡本・前掲注（454）「放火罪（二）」4頁以下によると、1828年草案の審議は、刑法

ボーデの負担を回避するために、1827年9月28日の通達 (Reskript) で、各則の財産犯部分は上級地方裁判所裁判官 (Oberlandesgreichtsrat) のシラー (Schiller<sup>480</sup>) が担当することになった<sup>481</sup>。

1827年11月に、ボーデの作成した刑法の総則部分の草案 (1827年草案) が審議のための未定稿 (Manuskript) として、理由書とともに提出された。1827年草案は、法律修正委員会の審議、さらに内閣 (Staatsministerium<sup>482</sup>) の審議を経て、差し戻された<sup>483</sup>。その後、1828年草案<sup>484</sup> (1827年草案の審議の末に修正した総則部分、ボーデが起草した財産犯以外の各則部分、および、シラーが起草した財産犯部分) が提出された。なお、この草案も審議のための未定稿であった。

---

ゝの特別委員会を経ずに、1827年11月末から1830年5月まで、法律修正委員会の総会において行われたようである。1827年の総則草案については刑法の特別委員会を経たかについて述べられていない。

480) Schubert/Regge, a.a.O. (Fn. 454) Band. 1, S. LXXVII Anm. 77 では「シラーに関する個人情報に残念ながらこれまで確認されていない。しかし、カンブツが1833年に、彼は「この間に死亡した (inzwischen verstorben)」と言及している」という記述が存在する。

481) Vgl. Berner, a.a.O. (Fn. 403), S. 219.

482) „Staatsministerium“ について、本稿では、「内閣」と訳出する (岡本・前掲注 (454) 「放火罪 (二)」4頁注4、山本・前掲注 (454) 論文92頁。これに対して、1830年草案の提出先から推測するに、「國務省」と訳出するものとして、野澤・前掲注 (34) 書269頁)。なお、„Staatsministerium“ は、各大臣がそれぞれ国王に対して責任を負うものであり (水木惣太郎『議會制度論』(有信堂、1963年) 188頁以下参照)、議院内閣制における「内閣」とは異なる機関であることに注意が必要である。

483) 岡本・前掲注 (454) 報告書3頁は、「この総則草案 [1827年草案——引用者注] は、法改正審議会 [法律修正委員会——引用者注] の審議を経て、100箇条に短縮され、内閣に上程された。内閣は、1828年3月11日から1828年6月13日に至る6回の審議を重ね、再び法改正審議会に差し戻した」と述べている。

484) 原文については、Vgl. Werner Schubert/Jürgen Regge, Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht, Band 2 Straf- und Strafprozeßrecht (Ministerium Danckelmann; 1828-1830), Lichtenstein 1982, S. 271 ff. 以下では、同書を、Schubert/Regge, Band. 2 と示す。なお、1828年草案は他の草案とは異なり、章ごとに条番号が振られている。1828年草案における詐欺的財産侵害に関する諸規定について訳出するに際して、成瀬・前掲注 (286) 「名義人の承諾 (三)」45頁以下を参照した。

### （3）詐欺的財産侵害に関する諸規定の内容

#### ア．詐欺的財産侵害の諸規定

1828年草案における詐欺的財産侵害（第11章「財産に対する犯罪」の「16. 詐欺的財産侵害」）は、詐欺に関する一般規定を置かず、個別的な詐欺的財産侵害（すなわち、第11章88条の宗教の濫用等による詐欺的財産侵害<sup>485)</sup>、第11章89条の偏見を利用することによる詐欺的財産侵害<sup>486)</sup>、第11章91条から96条の偽造による詐欺的財産侵害<sup>487)</sup>、及び、第11章97条から100条の文書の濫用による詐欺的財産侵害<sup>488)</sup>）を規定している。

1828年草案が、このように詐欺罪の一般規定を置かずに、一部の詐欺的財産侵害を処罰する規定のみを置いたことについて、成瀬幸典は、クラインシュロートの見解（「広義の偽造罪〔本稿における虚偽の行為又は広義の詐欺——引用者注〕を所有権侵害とした上で、偽造行為によって個人が損害を被るにすぎない場合、それは私事であって、損害賠償で十分であるが、偽造行為が全ての所有権の不安定さを招来する場合には、国家の問題となり、刑罰によりこの不安定さは解消しなくてはならない」<sup>489)</sup>）という見解が影響した旨指摘して

---

485) 1828年草案第11章88条は、「宗教、宗教的行為、宗教によってあがめられている物を濫用して、詐欺的に財産を侵害することは、労役場留置、及び、10ターレルから1000ターレルまでの罰金刑で処罰される。」と規定されている。

486) 1828年草案第11章89条は、「ある者を真実の偽装又は隠蔽によって欺罔し、違法にその者の財産を侵害するために、予断もしくは迷信を利用するような、詐欺を行う者は、労役場に留置される。」と規定されている。

487) ここでは偽造による詐欺的財産侵害の一部の規定のみを示す。1828年草案第11章91条は、「人格又は物について、それに付随していない属性に関するメルクマールを付け加えるような、又は、現実に存在する属性を隠蔽するような詐欺的財産侵害は、偽造として、労役場に留置され、20ターレルから2000ターレルまでの罰金刑で処罰される。」と規定されている。

488) ここでは文書の濫用による詐欺的行為の一部の規定のみを示す。第11章98条は、「偽装取引を締結又は誘引し、かつ当該取引に関して作成された文書によって、詐欺的に、ある者の財産を侵害した者は、労役場留置及び10ターレルから1000ターレルまでの罰金刑に処す。」と規定されている。

489) 成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（三）」57頁注23。クラインシュロートの広義の偽造罪について詳しくは、成瀬・前掲注（286）「文書偽造罪の史的考察（一）」148頁以下

いる<sup>490)</sup>。

確かに、1828年草案の理由書では、「詐欺は一般的に、権利侵害をもたらすという形式として、重罪そのものになるのではなく、権利侵害によってもたらされるあらゆる財産損害が可罰的になるのでもない」<sup>491)</sup>と述べられており、それに続く部分でクラインシュロートの文献が引用されている<sup>492)</sup>。しかし、一般的な詐欺行為は民事法による処理で十分であるが、重大な詐欺的行為についてのみ可罰的であるという立場は、クラインシュロートによってはじめて主張されたものではなく<sup>493)</sup>、本款第一項で確認したように、プロイセン一般ラント法ですでにとられていた立場である<sup>494)</sup>。このような分析からすると、1828年草案の詐欺罪の諸規定は、基本的にはプロイセン一般ラント法の一般詐欺と重大詐欺と同様の規定構造を採用したと解すべきである<sup>495)496)</sup>。

↘を参照のこと。

490) 成瀬・前掲注(286)「名義人の承諾(三)」42頁。

491) Motive zu dem, von dem Revisor vorgelegten, Ersten Entwurfe des Criminal-Gesetzbuches für die Preußischen Staaten, Berlin 1828, in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 484) Band. 2, S. 182. 以下では、この理由書を、Motive E 1828 と示す。

492) Motive E 1828, in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 484) Band. 2, S. 182f. では、*Gallus Aloys Kleinschrod*, Ueber Begriff und die Erfordernisse des Verbrechens der Verfälschung, Archiv des Criminalrechts, Bd.2, 1800, S. 140. が引用されている。

493) *Kleinschrod*, a.a.O. (Fn. 492) が公刊されたのは1800年であり、むしろクラインシュロートが1794年プロイセン一般ラント法の影響を受けていたものと思われる。*Naucke*, a.a.O. (Fn. 287), S. 69 も、「まさにクラインシュロートの考えの先取りが、一般ラント法のこのようなシステム〔一般詐欺と重大詐欺の関係性——訳者注〕にある。」と述べている。

494) ただし、プロイセン一般ラント法1325条とは異なり、1828年草案第11章の諸規定では一般的な詐欺的行為が原則不可罰であることは明文で示されていない。また、プロイセン一般ラント法1326条の重大詐欺がどのような場合に、可罰的であるのかを示していないのに対して、1828年草案第11章88条～100条では、可罰的な場合を明文で示しているところの違いがある。

495) Motive E 1828, in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 484) Band. 2, S. 174 ff. ではプロイセン一般ラント法1256条以下との対比で説明がなされており、a.a.O., S. 182 でもプロイセン一般ラント法1325条、1326条を参照して説明している。

496) プロイセン一般ラント法を重視する姿勢は、国王フリードリッヒ・ヴィルヘルム三世の勅令で示されていた (Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 454) Band. 1, S. LXf. さらに、↗



#### イ. 詐欺的財産侵害とその他の虚偽的行為の関係性

1828年草案の詐欺的財産侵害は、前述したようにプロイセン一般ラント法をベースにするものといえるが、プロイセン一般ラント法1328条以下とは異なり、偽証、虚偽告訴、背信行為、家族的権利に関する可罰的行為などを加重詐欺として把握していない。また、公文書偽造についても、財産犯とは別の章で規定されている<sup>497)</sup>。

プロイセン刑法典1828年草案も、これまでにみてきた19世紀領邦刑法典と同様に、虚偽的行為を広く処罰対象とする犯罪から財産権を侵害する「詐欺罪」を区分する過渡期の草案といえる。

### 第三項 1830年草案における詐欺罪

#### (1) 起草の経緯

1828年草案は、法律修正委員会で審議され、1828年2月に総則部分は、内閣に審議のために提出されたが、内閣はこの草案を1828年6月の決定で差し戻した<sup>498)</sup>。その後、1830年草案<sup>499)</sup>（内閣及び法律修正委員会の審議によって集成された総則部分、及び、法律修正委員会の独自の決定による各則部分<sup>500)</sup>）が、審議のための未定稿として、1830年7月に内閣に提出され

---

ㄨ 岡本・前掲注（454）「放火罪（二）」4頁注3参照）。1828年草案がプロイセン一般ラント法の立場を継承していることを示唆するものとして、*Beseler*, a.a.O. (Fn. 472), S. 4（シラーの作成した財産犯部分の草案は「ラント法の規則（Ordnung）にならう」ものであり、「重要なものではなく、厳格でもなく、深い洞察でもない」）；*von Hippel*, a.a.O. (Fn. 472), S. 316 Fn. 5（「財産犯のみを、シラーが、ラント法の修正として、あまり資質のない（wenig talentvoll）起草をした。」）。

497) 1828年草案の第12章「公的信義誠実に対する罪」第12章10条～14条。これらの規定の日本語訳については、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（三）」58頁注31を参照のこと。

498) *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 454) Band. 1, S. XXXV. これに対して、1828年草案の各則部分が内閣に提出されたか不明であるが、少なくとも内閣での審議はされていないようである（Vgl. a.a.O., S. XXXVI）。

499) 1830年草案の原文については、Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 484) Band. 2, S. 467 ff.

500) *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 454) Band. 1, S. XXXVI で、「この草案〔1830年草案——訳者注〕は、内閣（総則のみ）と法律修正委員会による1828年草案の審議にも基づいて作

た<sup>501)</sup>。なお、この草案には理由書は付されていない<sup>502)</sup>。

## (2) 規定の内容

### ア. 規定構造の概要

1830年草案の財産犯部分は、シラーの作成した1828年草案をベースにして作成されたようであるが<sup>503)</sup>、詐欺罪に関しては、一般的な詐欺行為を原則不可罰とし、一部の詐欺的財産侵害のみを可罰的であると捉える1828年草案の立場は継承されず、詐欺罪に関する一般規定が置かれ、契約に関する詐欺の例外規定が置かれた。

同草案には理由書が付されていないためその理由は定かではないが、一部の詐欺的財産侵害のみを可罰的であるとすると、処罰の間隙が不可避免的に生じてしまうという懸念に基づくものと思われる<sup>504)</sup>。

### イ. 詐欺罪の規定

1830年草案(第2部第12章「財産に対する罪」)395条は、「利益を得るために、錯誤を故意的に惹起することによって、ある者の財産権を侵害する者は、詐欺の責任を負う。」<sup>505)</sup>と規定されている。そして、詐欺罪の既遂に関して、398条は、「詐欺罪は、たとえ、追求されていた利益がまだ獲得されていないとしても、詐欺を実行する者が意図していた物を占有するや否や、あるいは意図していた権利を譲渡させるや否や既遂となる。」と規定されている。

---

ㄨ成された」と述べられていることから、各則部分は法律修正委員会の審議の成果をもとに独自に作成されたものと思われる。なお、aa.O., S. LXVIIによると、1828年草案の各則部分の財産犯部分の法律修正委員会での審議時期は、1829年から1830年初頭とされている。

501) *Schubert/Regge*, aa.O. (Fn. 454) Band. I, S. XXXV f.

502) *Schubert/Regge*, aa.O. (Fn. 454) Band. I, S. XXXVI.

503) *Berner*, aa.O. (Fn. 403), S. 220 で、「草案〔1830年草案——訳者注〕は、総則部分では、ほぼ完全にラント法から独立したものとなっているが、各則部分では、とりわけシラーの起草した財産に対する犯罪において、あまり独立したものにはなっていない。」と述べられている。

504) Vgl. *Schütz*, aa.O. (Fn. 287), S. 167; *Beseler*, aa.O. (Fn. 472), S. 459.

505) なお、これに対する刑罰については、1830年草案399条で、「詐欺罪は、懲役又は労役場留置、及び、500ターレル未満の罰金刑で、処罰される。」と規定されている。

これらの規定から1830年草案の詐欺罪は、① 主観的要素として、「利益を得る」という目的を、② 行為態様として、「錯誤を惹起すること」を、③ 構成要件の結果として、「財産権の侵害」を、より具体的には「物の占有」又は「権利の譲渡」<sup>506)</sup>を要求していると整理することができる。これは、プロイセン一般ラント法1256条の詐欺の定義規定を出発点にしつつ、解釈上要求されていた「財産権の侵害」と「利得意思」を明文で規定したものと見える。

この規定は、前述したプロイセン刑法典の詐欺罪と類似の規定となっているが<sup>507)</sup>、次項以下で明らかにするように、プロイセン刑法典の詐欺罪の文言はこの規定から直接導かれたのではなく、紆余曲折を経て成立したものである。

#### ウ. 契約における詐欺罪の特別規定

本章第二節で検討した19世紀前半の領邦国家刑法典のいくつかの立法例と同様に、1830年草案でも契約に関する詐欺の特別規定を置いている。397条では、「契約における詐欺は、侵害を被った者の告訴によって、そして契約の対象と比して意図されていた利得が多額 (beträchtlich) になった場合にのみ処罰される。」と規定されている<sup>508)</sup>。

---

506) *Theodor Goldammer*, Die Materialien zum Strafgesetzbuch für Preußischen Staaten (aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert) Theil II, Carl Heymann, Berlin 1852, S. 546 f. は、「詐欺罪における財産損害は、金銭 (Geld) 又は財 (Gut) を手放した場合にのみ認められるのであろうか」という問題を提起した上で、1830年草案の詐欺罪が、既遂に関して「物の占有」と「権利の譲渡」を併置して規定していたことに着目して、プロイセン刑法典の詐欺罪の財産損害に関して物質的移転 (eine materielle Vermögensübertragung) のみを要求する立場が採用されているのではないと示唆している。

507) *Schütz*, aa.O. (Fn. 287), S. 169 は、この点に関して、「1830年草案の詐欺概念は、当時としては最も近代的なものであり、プロイセン刑法典の最終的な規定までさらに発展させるために、もはや多くの修正は不要であっただろう」と述べている。

508) 契約に関する詐欺に告訴を要求する規定例は、1838年ザクセン王国刑事法典（それ以前には1835年ヴェルテンベルク刑法草案）においてみられるが、1830年プロイセン刑法草案はこれらの法典（及び草案）よりも先んじていたものである。

1830年草案には理由書が付されておらず、この規定が導入された理由は定かでない。おそらく、1830年草案が、プロイセン一般ラント法や1828年草案においてとられていた立場（一般詐欺は民事法によって処理され、重大詐欺又は一部の詐欺的財産侵害のみを可罰的とする立場）を転換して、詐欺を処罰する一般的規定を導入したことにより生じ得る処罰範囲の拡大を抑止することを狙いにしたものと思われる。

#### エ. 詐欺罪とその他の虚偽的行為の関係性

プロイセン一般ラント法で加重詐欺として扱われていた行為は、1828年草案ですでに偽造罪の一部（偽造による詐欺的財産侵害、文書の濫用による詐欺的財産侵害）を除いて、詐欺罪とは別の犯罪類型として規定されていた。1830年草案も基本的にはこの立場を継承したといえる<sup>509)</sup>。

また、1833年草案及び1836年草案の詐欺罪の位置付けとの関係で、ここでは、1830年草案は、私文書偽造罪（426条、427条）及び公文書偽造罪（415条～420条）<sup>510)</sup>を「公的信義誠実に対する罪」として扱っており<sup>511)</sup>、詐

---

509) ただし、1830年草案において、加重詐欺（qualificirter Betrug）という規定は維持されている。

1830年草案400条では、「以下の諸事例において、詐欺は、加重詐欺として、重懲役（Zuchthaus）及び50ターレルから1000ターレル未満の罰金刑で処罰される。

- 1号 一定の取引において公共的信用が法律上付与されている者が、この職務において詐欺を実行する場合
- 2号 被保険者又は保険会社が保険契約において詐欺を実行する場合
- 3号 ある者が、詐欺を実行するために、公務員であると偽称する場合、
- 4号 詐欺的に境界標を破棄し、認識できないようにし、又は移動した場合、水位の高さを示す安全及び目印のためのポールを詐欺的に変更する場合
- 5号 ある者が詐欺的に募金活動をする場合
- 6号 いかさまをする場合
- 7号 偽装取引を締結する場合、及び、これに関して提示された文書によって財産損害を与える場合」と規定されている。

510) 1830年草案における公文書偽造罪と私文書偽造罪の規定の日本語訳については、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（三）」61頁注51及び注52を参照のこと。

511) 1830年草案における文書偽造の概要については成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（三）」46頁以下を参照のこと。

欺罪とは関連付けて規定されていないことも強調しておく。

#### 第四項 1833年草案及び1836年草案における詐欺罪

##### (1) 起草の経緯

1830年7月に、1830年草案が内閣に提出されて以降、この草案の審議は進まなかった。その理由は、どのように審議を行うかという手続について不明瞭なまま1830年草案が内閣に提出されたからである<sup>512)</sup>。このような状況のなかで、ダンケルマンの健康状態が悪化し、1830年12月29日に死去したこともあって、法律修正作業は中断した。

カンプツは、ダンケルマンの死亡後、司法省の事務を執り行っていたが<sup>513)</sup>、1832年2月9日に正式に司法大臣（法律修正作業の継続とラインラントの司法事務の統括担当〔以下では、司法大臣（法律修正担当）と示す〕）に任命された。なお、同日に、ミュラー（*Heinrich Gottlob von Müller*, 1780～1851）も、司法大臣（その他の区域の司法事務の統括を担当〔以下では、司法大臣（司法行政担当）と示す〕）に任命されている<sup>514)</sup>。そして、カンプツの下で法律修正作業が本格的に再開された。

この作業の成果として1833年草案<sup>515)</sup>が、審議のための未定稿として作成された<sup>516)</sup>（この草案には理由書が付されている<sup>517)</sup>）。この草案は、1833年

---

512) 岡本・前掲注（454）「放火罪（二）」16頁注2。

513) Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 454) Band. 1, S. XXXVI.

514) Vgl. *Allgemeine deutsche Biographie*, 22. Band; Mirus - v. Münchhausen, Leipzig 1885, S. 468. (ミュラーの経歴を示す箇所)

515) 1833年草案の原文について、Vgl. *Werner Schubert/Jürgen Regge*, *Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht*, Band 3 *Straf- und Strafprozeßrecht* (Ministerium Kamptz; 1833-1837), Lichtenstein 1984, S. 1 ff. 以下では、同書を、*Schubert/Regge*, Band. 3 と示す。

516) この草案は、カンプツの監督の下で、ボーデが1830年草案を改訂し、理由書を編纂したものである（岡本・前掲注（454）報告書5頁参照）。

517) *Motive zum revidirten Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Erster Theil. Kriminal-Strafgesetzes*, Berlin 1833., in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 515) Band. 3, S. 259 ff. 以下では、この理由書を *Motive 1833* と示す。

11月9日から司法省で審議されたが、カンブツは、1833年草案を不十分なものであると捉えていたために、さらなる改訂作業を継続した。この作業の成果として、1836年草案<sup>518)</sup>が作成された<sup>519)</sup> (この草案には理由書が付されていない<sup>520)</sup>)。この草案は審議のための未定稿ではなく、公刊されたようである<sup>521)</sup>。後の学説から、1833年草案及び1836年草案は、全体的に批判されている<sup>522)</sup>。

## (2) 規定の内容

### ア. 詐欺罪の規定

1833年草案及び1836年草案における詐欺罪は、詐欺罪の規定内容、及び、詐欺罪とその他の虚偽的行為の関係性において、1830年草案とは逆行するものであった。

1833年草案(第1部第14章「詐欺及び偽造」)484条及び1836年草案(第1部第13章「詐欺及び偽造」)608条の詐欺罪は、「自己もしくは第三者に財産ないしその他の利益を得させる意思で、又は単に他者を侵害する意思で、他

---

518) 1836年草案の原文について、Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 515) Band. 3, S. 785 ff.

519) 1836年草案は、カンブツが個人的に見直しを行ったものであり、文言上の訂正ばかりか、多数の実質的変更を追加したものである。この点について、岡本・前掲注(454)「放火罪(三)」17頁、山本・前掲注(454)論文101頁参照。Vgl. auch *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 515) Band. 3, S. XVI. ただし、詐欺罪との関係では、実質的変更は行われていない。

520) カンブツは1833年草案の理由書には手を加えなかったため、1833年草案の理由書が実質的には1836年の理由書にもなるとされている(この点について、Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 515) Band. 3, S. XVI. さらに岡本・前掲注(454)「放火罪(三)」17頁も参照)。

521) *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 454) Band. 1, S. XXXVII.

522) *von Hippel*, a.a.O. (Fn. 472), S. 319 では、1833年草案及び1836年草案について、「カンブツは、進歩的な(*fortschrittlich*)草案から反動的な(*rückschrittlich*)草案を作った」と評している。Vgl. auch *Beseler*, a.a.O. (Fn. 472), S. 6f.; *Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 224f.

ただし、カンブツが司法大臣(法律修正担当)であったこの時期の成果として、最高裁判所判事補(Kammergerichts-Assessor)のヴァイル(*Weil*)に行わせた他の諸邦国家の刑法典の集合作業がある(Vgl. *Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 226f.)。この成果として、*Zusammenstellung der Strafgesetze auswärtiger Staaten nach der Ordnung des revidirten Entwurfsdes Strafgesetzbuchs für die Königlich-Preußischen Staaten*, Band1-5, Berlin 1838-1841. が公刊されている。

者の錯誤を誘引あるいは利用して、それによって他者の権利が侵害されるような行為を実行する者は、そこから損害が現実には生じなかったとしても、詐欺の責任を負う」と規定されている。

1833年草案及び1836年草案の詐欺罪では、① 主観的要素として、「財産ないしその他の利益を得る意思」、「第三者に財産ないしその他の利益を獲得させる意思」、「他者を侵害する意思」のいずれかを、② 行為態様として、「他者の錯誤を誘引又は利用すること」、それによって「他者の権利を侵害する行為を行うこと」を要求していると整理され得る。しかし、これに対して、③ 構成要件の結果との関係では、「損害が現実には生じていること」は詐欺罪の成立には重要でないという態度が示されている。

これらの草案の詐欺罪は、プロイセン一般ラント法の詐欺の解釈<sup>523)</sup>、1828年草案の詐欺的財産侵害の規定、及び、1830年草案の詐欺罪の規定が、詐欺罪を、財産権侵害を伴う犯罪であると捉えていたことに対して異議を唱え、欺罔によって人格的権利を侵害する場合に何らかの規制をすべきであるという立場を前提に、普通刑事法（おそらく、ローマ法の偽罪や卑劣罪）を参考に、詐欺罪の射程を広汎に拡大する趣旨で起案されたものであった<sup>524)</sup>。しかし、そこでは、詐欺罪についてこのような広汎な改正を

---

523) 本章第三節第二款第一項で示したように、1794年プロイセン一般ラント法は、広義の詐欺の概念を用いていたが（一般詐欺、重大詐欺、及び、加重詐欺）、一般詐欺と加重詐欺は、財産侵害を伴う犯罪と解釈されていた。

524) Motive 1833, in: *Schubert/Regge*, aa.O. (Fn. 515) Band. 3, S. 578 f. は、「普通法によれば、詐欺は人格的権利及び財産権に向けられている。一般ラント法（1256条）は、詐欺を、故意で錯誤を惹起し、それによってある者がその自身の権利を侵害させるものと定義している。この定義は、普通刑事法（die gemeinen Kriminalrechte）に従うものである。とはいえ、……その犯罪は財産侵害に限定される。このことは、以前の草案〔1833年以前の草案——訳者注〕で明確である。これに対して、修正草案〔1833年草案——訳者注〕は、普通刑事法の概念に立ち返る。これは、以下のことを根拠にしている。すなわち、人格的権利の喪失は、騙された者（Betrogenen）を、たとえより強度に侵害するものでないとしても、同程度に侵害するという事、そして、ここで考え得る個別の諸事例を特別に言及することはできず、財産に関する詐欺に制限する場合には法律は完全なものとならないということを根拠にしている」と述べている。

行うことによって、その射程が不明確になるという点は軽視されており、近代的な意味の罪刑法定主義の観点から問題をはらむものであったといえる。まさに、1833年草案及び1836年草案の詐欺罪は、1830年草案までに積み上げてきた成果をないがしろにし、時代に逆行するものであったと評価し得る<sup>525)</sup>。

#### イ. 契約における詐欺罪の特別規定の部分的削除

1833年草案及び1836年草案では、契約に関する詐欺を処罰するには告訴が必要であるという規定(1833年草案487条、1836年草案611条)は存在するが、その他に契約に関する詐欺の処罰を制限する特別規定は置かれていない<sup>526)</sup>。

このような契約に関する詐欺の特別規定を置かないという態度は後の諸草案にも継承されている。

#### ウ. 詐欺罪とその他の虚偽的行為の関係性

前述アで確認したように、1833年草案及び1836年草案は、非常に広義な詐欺概念を前提にしているので、偽造罪も、詐欺の加重類型として把握されることになる<sup>527)</sup>。「偽造」という観点で整理されているので、従来の領邦刑法典で詐欺の加重類型として位置付けられていなかった通貨偽造罪も詐欺の加重類型として扱われることになる。

---

525) Vgl. *Schütz*, aa.O. (Fn. 287), S. 169.

526) Motive 1833, in: *Schubert/Regge*, aa.O. (Fn. 515) Band. 3, S. 582. では、「一定の条件下で詐欺を不可罰と説明することは憂慮すべきであると思われる。なぜなら、……一般的な制限を認め、そのような権利侵害の種類及び態様のさまざまなニュアンスの違いを論じつくすことはできないということは別にしても、契約に依存して減輕されるという理由は、詐欺の可罰性の検討から全く明らかにならない」と説明されている。

527) 詐欺の加重類型としての偽造罪に位置付けられているのは、① 文書偽造(1833年草案492条から497条、1836年草案616条～621条)、② 印紙及び公印偽造(1833年草案498条及び499条、1836年草案622条及び623条)、③ 封印偽造(1833年草案500条、1836年草案624条)、④ 境界標偽造(1833年草案501条、1836年草案625条)、⑤ 商品偽造及び度量衡の偽造(1833年草案502条～506条、1836年草案626条～630条)、⑥ 通貨偽造及び公的債務証券偽造(1833年草案507条～517条、1836年草案631条～641条)である。なお、1833年草案の文書偽造罪(492条～497条)の日本語訳については、成瀬・前掲注(286)「名義人の承諾(三)」63頁以下注60を参照のこと。



## 第五項 1843年草案における詐欺罪

### (1) 起草の経緯

#### ア. 直属委員会の設置

1833年6月3日と7月9日の勅令で、刑法草案の審議について慎重な手続を経ることがあらかじめ指示されていた<sup>528)</sup>。司法大臣（法律修正担当）のカンプツは、この手続を省略することを試みようとしたが、彼の提案は、内閣によって1836年11月12日の審理で否決され、1833年の勅令によって指示されていた手続を維持することが決定された<sup>529)</sup>。その後、内閣での報告は停滞していたが、司法大臣カンプツとミュラーによる国王への二度の報告書（1837年11月7日と12月31日）を契機に、この方針に変化があった<sup>530)</sup>。すなわち、1838年2月4日の勅令で、この報告書で提案されていた参事院（Staatsrat）の構成員からなる直属委員会（Immediat-Kommission）<sup>531)</sup>の設置が認可されたのである<sup>532)</sup>。1836年草案はこの直属委員会で審議されることになった。

#### イ. 直属委員会及び参事院の審議

直属委員会における審議は1838年3月6日から1842年12月10日まで行わ

---

528) 具体的な手続については、*Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 228, 岡本・前掲注（454）「放火罪（三）」20頁注4を参照のこと。

529) *Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 228.

530) Vgl. *Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 228.

531) *Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 229 f. によると1838年3月6日の参事院委員会の議事録に「出席者」として記録されているのは、ミュッフリング（*Müffling*）、カンプツ、ミュラー、ロヒョー（*Rochow*）、ゼーテ、ケーラー、アイヒホルン、デュースベルク（*Duesberg*）、アルニム（*Arnim*）の9名であり、それに続いて、報告担当者（Referent）として記録されているのは、イエーニゲン（*Jänigen*）である。なお、後にアイヒマン（*Eichmann*）、ルッペンタール（*Ruppenthal*）、サヴィニー、ボルネマン（*Bornemann*）が加わり、第15回の会議（1839年5月22日）以降は報告担当者として、地方裁判所裁判官のビショッフ（*Bischoff*）が参加したようである。

532) Vgl. *Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 228. この認可の際に、同時に出された通達（Instruktion）については、a.a.O., S. 229, 岡本・前掲注（454）「放火罪（三）」22頁注6を参照のこと。

れ<sup>533)534)</sup>、12月17日に閉会したようである<sup>535)</sup>。この審議は、1836年草案を審議するものであったが、長期間かつ詳細に審議を行ったこともあり、実際には、「カンプツ的な改悪 (die v. Kamptzchen Verschlechterungen) の除去」<sup>536)</sup>が図られることになる。なお、詐欺及び偽造に関する審議は、第53回会議(1841年12月7日)、第54回会議(同年12月14日)、第55回会議(同年12月21日)に実施されている<sup>537)</sup>。この委員会の審議の成果は、個別の章の審議が完了するや否や、そのつど参事院にもたらされ、詳細に検討された<sup>538)</sup>。これらの過程で成立したのが委員会草案(第1次案<sup>539)</sup>、第2次案<sup>540)</sup>、

---

533) Vgl. von Hippel, a.a.O. (Fn. 472), S. 320.

534) 直属委員会の会議の議事録 (Beratungsprotokolle der zur Revision des Strafrechts ernannten Kommission des Staatsraths) については、Vgl. Werner Schubert/Jürgen Regge, Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht, Band 4. Protokolle der Kommission des Staatsrats über die Beratungen des Revidierten Entwurfs eines Strafgesetzbuch von 1836 (Ministerium Kamptz und Savigny; 1838-1842), 1. und 2. Halbband, Lichtenstein 1993 に収録されている。以下では、同書を、Schubert/Regge, Band. 4-1 又は Band. 4-2 と示す。

535) Berner, a.a.O. (Fn. 403), S. 229.

536) von Hippel, a.a.O. (Fn. 472), S. 320. さらに、Beseler, a.a.O. (Fn. 472), S. 8 は、「カンプツによる草案の改変は、徹底的に、より自由かつ健全な法学の意味で是正された」と評している。

537) 詐欺及び偽造に関する議事録は、1839年以降の参事院の委員会の詐欺及び偽造に関する審議の議事録は、Schubert/Regge, a.a.O. (Fn. 534) Band. 4-2, S. 702 ff. 直属委員会における第53回から第55回の会議(詐欺及び偽造罪)に関する審議内容について詳しくは、成瀬・前掲注(286)「名義人の承諾(四)」3頁以下を参照のこと。

538) Beseler, a.a.O. (Fn. 472), S. 8 f. 参事院では、1839年12月11日から1842年12月21日までに51回の会議が行われたようである。

539) 委員会草案第1次案(1. Redaktion des Zweiten Theils des Entwurfs Strafgesetzbuchs)における詐欺の規定は、Vgl. Schubert/Regge, a.a.O. (Fn. 534) Band. 4-2, S. 966. 同案442条は、「自己又は他者に利益を獲得させるためであったとしても、単に損害を加えるためであったとしても、奸計的な態様で、ある者を錯誤に陥らせて、それによって損害を生じさせた者は、詐欺を実行するものである。」と規定されている。

540) 委員会草案第2次案(2. Redaktion des Zweiten Theils des Entwurfs Strafgesetzbuchs) 445条の詐欺の規定については、Vgl. Schubert/Regge, a.a.O. (Fn. 534) Band. 4-2, S. 1044. 委員会草案第1事案442条と同じ文言が採用されているので、ここでは割愛する。

第3次案<sup>541)</sup>及び1843年草案<sup>542)</sup>である。

なお、カンプツは1842年12月28日に更迭され、彼の後任として司法大臣（法律修正担当）に就任したのは、著名な法学者サヴィニー（*Friedrich Carl von Savigny*, 1779～1861）である。

## （２）規定の内容

### ア．詐欺罪の規定

1843年草案は、直属委員会の審議を踏まえて作成されたものであり、詐欺罪においては、委員会草案第3次案の規定が継承されている。この草案の第19項目「詐欺及び背任」の448条は「他人の権利を損なうために、その際に利益を意図していたか否かにかかわらず、ある者を奸計的な態様で（*arglistigerweise*）、錯誤に陥らせ、それによって損害をもたらした者は、詐欺を実行するものである。」と規定されている。

この規定では、①主観的要素として、「他人の権利を損なう」目的を、②行為態様として、「ある者を奸計的な態様で錯誤に陥らせること」を、③構成要件の結果として、「損害をもたらすこと」を要求していると整理できる。

1843年草案の詐欺罪は、③構成要件の結果に関して、1833年草案及び1836年草案の詐欺罪とは異なり、再び構成要件の結果として「損害」を要求している。ただし、1843年草案では、欺罔行為によって財産権以外の権利を侵害する場合も詐欺として把握しようとする立場（1833年草案及び1836年草案で採用された立場）は維持されていたことには注意が必要であ

---

541) 委員会草案第3次案 (3. Redaktion des Zweiten Theils des Entwurfs Strafgesetzbuchs) における詐欺の規定については、Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 534) Band. 4-2, S. 1128 ff. 同案444条は、後述する1843年草案448条に継承されているので、ここでは割愛する。

542) 1843年草案の原文については、Vgl. *Werner Schubert/Jürgen Regge*, *Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht*, Band 5. Entwurfs eines Strafgesetzbuch von 1843, Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuch von 1843 und Revidierter Entwurf der Strafprozedur von 1841 (Ministerium Kamptz und Savigny), Lichtenstein 1994, S. 1 ff. 以下では、同書を、*Schubert/Regge*, Band. 5 と示す。

る<sup>543)</sup>。おそらく、プロイセン刑法典の諸草案ではこれまで見られなかった、②行為態様の限定(「奸計的な態様で」「錯誤に陥らせること」)はこのような処罰範囲の拡大に対する懸念に対応するものと思われる<sup>544)</sup>。

#### イ. 契約における詐欺罪の特別規定の削除

1843年草案で契約に関する詐欺の特別規定は、完全に削除され、この立場がそれ以降の草案及び1851年プロイセン刑法典でも継承されている<sup>545)</sup>。

#### ウ. 詐欺罪と文書偽造罪の関係性

1843年草案では、文書偽造罪は、詐欺罪と別の章(第20項目「偽造」<sup>546)</sup>)に位置付けられている<sup>547)548)</sup>。この草案は、詐欺罪と文書偽造罪が異なる犯罪であると意識される1つのきっかけになったといえる<sup>549)</sup>。

---

543) この点について後述、本款第七項1846年草案及び1847年草案における詐欺罪を参照のこと。

544) Vgl. *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 534) Band. 4-2, S. 705; Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, Berlin 1845, in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 542) Band. 5, S. 710.

545) ただし、民事詐欺と刑事詐欺の区別の問題は、プロイセン刑法典制定以降も、学説では意識されつづけた。*Christian Reinhold Köstlin*, Ueber die Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betrug, in: *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, NF 14.Band, 1856, S. 294 ff.; *Merkel*, a.a.O. (Fn. 37), S. 1 ff. 両者の立場の違いに関して詳しくは、*Naucke*, a.a.O. (Fn. 287), S. 92 ff. や浅田・前掲注(24)論文313頁を参照のこと。

546) 1843年草案における第20項目「偽造」は、①通貨犯罪(456条~461条)、②文書偽造罪(462条~470条)、③公印等の無権限作成及等(471条、472条)、④境界標偽造(473条)、⑤商品表示偽造(474条)を規定している。文書偽造罪(462条~470条)の日本語訳については、成瀬・前掲注(286)「名義人の承諾(四)」30頁以下注56を参照のこと。

547) 直属委員会の第55回会議で、偽造は詐欺と独立の章に位置付けられたようである。成瀬・前掲注(286)「名義人の承諾(四)」5頁以下参照。

548) *Goltammer*, a.a.O. (Fn. 506), S. 564 では、「このような結果〔詐欺と偽造を別の章で取り扱うこと——訳者注〕は、純粹に偶然的なもの(rein zufälliges)であった。この際、その段階では、詐欺と偽造の間の特有の相違に関する特別の考慮を出発点にしていなかった」と述べられている。

549) 成瀬・前掲注(286)「名義人の承諾(四)」9頁以下では、「直属委員会は、少なくとも、文書偽造罪は、詐欺罪とは異質の犯罪であるとの理解を前提にしており、広義の偽造罪の詐欺罪と偽造罪への個別化に踏み出していると看取される」と述べられている。

## 第六項 1845年草案における詐欺罪

### (1) 起草の経緯

1843年草案は、8つの領邦議会（Landtag）及び多数の学者に送付され、それについて膨大な意見（8つの領邦議会の鑑定書と71の学問的批評）が寄せられた（別途、公刊もされたようである）<sup>550)</sup>。これらの評価を受けて、国王フリードリッヒ・ヴィルヘルム四世は、1843年11月24日に、司法大臣（法律修正担当）のサヴィニーに、直属委員会の新たな審議のために1843年草案の修正案を準備することを指示した<sup>551)</sup>。これに基づいて、枢密司法顧問官のビショッフ（*Bischoff*）が1843年草案に寄せられた膨大な資料を編制及び検討する職務を担い、『1843年刑法典草案の修正（Revision）』<sup>552)</sup>をまとめあげ、それを基にして、1845年草案<sup>553)</sup>が作成された<sup>554)</sup>。

なお、1844年10月1日に、司法大臣（司法行政担当）のミュラーが退任し<sup>555)</sup>、後任の司法大臣（司法行政担当）として、ウーデン（*Alexander von Uhden*, 1798～1878）が就任している。

---

550) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 178.

551) *Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 234.

552) 詐欺罪に関連する部分については、Vgl. *Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843*, Berlin 1845, in: *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 542) Band. 5, S. 709 ff. なお、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（五）」21頁注7は、本書が実質的には、1845年草案の理由書としての意義を有していると評している。

553) 1845年草案については、Vgl. *Werner Schubert/Jürgen Regge*, *Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht*, Band 6. Entwurf eines Strafgesetzbuchs (1845-1848) Gesetz vom 17. 7. 1846, betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen. Teil 1, Lichtenstein 1996, S. 1 ff. 以下では、同書を、*Schubert/Regge*, Band. 6-1 と示す。

554) Vgl. *Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 234.

555) *Allgemeine deutsche Biographie*, 22. Band, a.a.O. (Fn. 514), S. 469（ミュラーの経歴を示す箇所）によると、ミュラーは1844年8月18日の国王フリードリッヒ・ヴィルヘルム四世の勅令（Cabinettsbefehl）によって、1844年10月1日に司法大臣（司法行政担当）を退任し、枢密上級裁判所長官（*Chefpräsidenten des Geheimen Obergerichtes*）に任命されたが、内閣の議決権（*Sitz und Stimme*）を保持していたようである。

(2) 規定の内容

ア. 詐欺罪の規定

1845年草案(第16項目「詐欺及び背任」)280条の詐欺罪は「故意的に(vorsätzlich)、他者に対して、虚偽の事実を主張することで、又は真実を隠蔽することで錯誤に陥らせることによって損害を加えた者は、詐欺を実行しており、公民権の喪失、ならびに14日以上の懲役刑、又は5ターレル未満の金額に換算される労役場留置で、罰せられる。」「詐欺が利得意思で実行された場合には、自由刑に加えて、最大限1000ターレルの罰金刑も科される」と規定されている。

この規定では、詐欺罪において、①主観的要素として、「故意的であること」を、②行為態様として、「他者に対して虚偽の事実を主張すること」、「真実を隠蔽すること」のいずれかによって、「他者を錯誤に陥らせること」、③構成要件の結果として、「他者に損害を加えること」を要求していると整理できる。1843年草案からの変更点は、①主観的要素(「他人の権利を損なうために」から「故意的」に変更)<sup>556)</sup>と②行為態様(「他者を奸計的な態様で」を「虚偽の事実を主張すること」あるいは「真実を隠蔽すること」に変更)<sup>557)</sup>である。③構成要件の結果については(若干の文言の変化はあるが)基本的には変更されておらず<sup>558)</sup>、1845年草案でも、1843年草案と同

556) 1845年草案280条後段で、利得意思がある場合の刑罰規定を置いていることから明らかに、「故意的に」という用語を採用することによって、利得意思がある場合も含むことが念頭におかれていたようである(Vgl. Schütz, a.a.O. (Fn. 287), S. 179f.)。

557) 1833年草案などでみられる「錯誤を利用する」という行為態様が除外されているが、これは積極的な行為による真実の認識を阻害することを対象にするという趣旨によるものである(Vgl. Revision 1843, in: Schubert/Regge, a.a.O. (Fn. 542) Band. 5, S. 710)。

558) このような分析とは異なり、Naucke, a.a.O. (Fn. 287), S. 79は、「1845年草案では、詐欺を『損害を加えること(Schadenzufügung)』に制限している。ここでの『損害(Schaden)』は、——理由書[『1843年刑典草案の修正』——訳者注]から読み取れるように——『財産損害(Vermögensschaden)』を示す」と述べている(さらに、ナウケの立場に依拠するものとして、Schlack, a.a.O. (Fn. 287), S. 37)。ナウケは、この部分の注で„Revision des StGB von 1843, Band 3 (1845), S. 34.“を摘示しているが、該当箇所(本稿では、Schubert/Regge, a.a.O. (Fn. 542) Band. 5, S. 710の該当部分を参照した)には、➤

様に、欺罔行為によって財産権侵害以外の権利を侵害する場合も詐欺として把握するという立場が維持されていた<sup>559)</sup>。

#### イ．詐欺罪と文書偽造罪の関係性

1845年草案でも1843年草案と同様に、文書偽造罪は、詐欺罪とは別の章（第17項目「通貨犯罪及び偽造」<sup>560)</sup>）に位置付けられている。

### 第七項 1846年草案及び1847年草案における詐欺罪

#### (1) 起草の経緯

1845年草案は、1845年10月18日から1846年7月9日までに39回の直属委員会<sup>561)</sup>の会議で審議された<sup>562)</sup>。この審議の成果として作成されたのが、1846年草案<sup>563)</sup>である。この1846年草案は、1846年12月に審議のための未定稿として、参事院本会議に提出された<sup>564)</sup>。

この草案に対して、ラインラントから裁判所構成法及び陪審制度と調和しがたいという異議が出され<sup>565)</sup>、1847年3月18日から再度直属委員会で

---

↘「損害」を「財産損害」に限定すると読み取ることが可能な記述は見当たらない（Vgl. *Schütz*, aa.O. (Fn. 287), S. 178 Fn. 62）。

559) *Schütz*, aa.O. (Fn. 287), S. 178.

560) 1845年草案における第17項目「通貨犯罪及び偽造」は、通貨犯罪（287条～292条）、文書偽造罪（293条～300条）、公印等の無権限作成及等（301条～303条）、境界標偽造（304条）、商品表示偽造（305条）を規定している。1845年草案の文書偽造罪（293条～300条）の日本語訳については、成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（五）」22頁（注10）を参照のこと。

561) 直属委員会の構成員として、新たに、フォン・フォス（*von Voß*）、フォン・クライスト（*von Kleist*）が加わり、後に、イエーニゲン（*Jänigen*）も加わった。なお、報告担当者にはビショップが務めたようである。Vgl. *Berner*, aa.O. (Fn. 403), S. 235.

562) Vgl. *Berner*, aa.O. (Fn. 403), S. 235. 詐欺に関して審議された第30回会議（1846年5月7日）の議事録は、*Schubert/Regge*, aa.O. (Fn. 553) Band. 6-1, S. 267 ff.

563) 1846年草案については、Vgl. *Schubert/Regge*, aa.O. (Fn. 553) Band. 6-1, S. 349 ff.

564) *Schubert/Regge*, aa.O. (Fn. 454) Band. 1, S. XLI.

565) 成瀬・前掲注（286）「名義人の承諾（五）」13頁。なお、1845年草案の直属委員会の審議の際に、ラインラントを含むプロイセン全土に通用する統一的な刑法典の編纂は適切かという議論がなされていたようである（Vgl. *Berner*, aa.O. (Fn. 403), S. 236）。

審議を行い、プロイセン全土に妥当する刑法典を制定することを前提に、陪審手続を実施する上で必要な範囲の修正を行うこと、直属委員会にライオンラント出身の法律家<sup>566)</sup>を招聘すること等が決定された<sup>567)</sup>。直属委員会の会議は1847年10月21日まで行われた。この審議の成果として作成されたのが、1847年草案<sup>568)</sup>である。

## (2) 規定の内容

### ア. 詐欺罪の規定

1846年草案(第17項目「詐欺」)289条は、「利得意思で、虚偽の事実を主張することで、あるいは真実を歪曲又は隠蔽することで、錯誤を惹起することによって他者の財産に損害を与えた者は、詐欺を執行しており、公民権の喪失、ならびに6ヶ月以上の懲役刑、あるいは5年までの強制労働で処罰され、それに加えて自由刑のほかに1000ターレルまでの罰金刑で処罰される。」と規定されている。なお、1847年草案(第17項目「詐欺」)293条は1846年草案289条とほぼ同じ文言を採用している。

これらの規定では、①主観的要素として、「利得意思」を、②行為態様として、「虚偽の事実を主張すること」、「真実を歪曲すること」、「真実を隠蔽すること」のいずれかによって、「錯誤を惹起すること」を、③構成要件の結果として、「他者の財産に損害を与えたこと」を要求していると整理できる。1845年草案からの変更点は、①主観的要素(「故意的」から「利得意思」に変更)、③構成要件の結果(「損害」から「財産損害」に変更)で

---

566) この合意後、ライン出身のジモンズ(Simons)、マディン(Madihn)、フォン・アモン(von Ammon)、グリム(Grimm)が新たに直属委員会に加わるようになった。Vgl. Berner, a.a.O. (Fn. 403), S. 236.

567) 成瀬・前掲注(286)「名義人の承諾(五)」13頁参照。この会議において合意した具体的な内容については、Schubert/Regge, a.a.O. (Fn. 553) Band. 6-1, S. XXIIを参照のこと。

568) 1847年草案については、Vgl. Werner Schubert/Jürgen Regge, Gesetzrevision (1825-1848) I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht, Band 6. Entwurf eines Strafgesetzbuchs (1845-1848) Gesetz vom 17. 7. 1846, betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen, Teil 2, Lichtenstein 1996, S. 735 ff. 以下では、同書をSchubert/Regge, Band. 6-2と示す。



ある。そこで、以下では、なぜ1846年草案及び1847年草案において詐欺罪の文言が改められたのか検討する。

(ア) 主観的要素として「利得意思」を規定した理由

まず、主観的要素について、本章第二節第三款第十項(3)で確認したように、19世紀前半の多くの領邦国家刑法典では(表現に若干の違いはあるにせよ)、「損害を加える意思」と「利益を得る意思」の双方を要求していた。

これまでの領邦刑法典における詐欺罪やプロイセン刑法典の諸草案の詐欺罪において、詐欺罪が「利得犯」(利得意思に基づく犯罪)であることは明確には示されていなかった<sup>569)</sup>。これに対して、直属委員会第30回会議(1846年5月7日)では、詐欺罪には利得意思が必要であるということが指摘されるに至った。すなわち「詐欺の本質に属するのは利得意思(die gewinnsüchtige Absicht)である。単に他者に損害をもたらす意図で他者を錯誤に陥らせた者は、確かに可罰的であるが、その行為はとりわけ財産毀損罪(Vermögensbeschädigung)〔器物損壊罪——訳者注〕の責任に位置付けられ、次のような考慮から、詐欺を把握するものではないだろう。すなわち、このような犯罪に科されうる名誉に対する刑罰(Ehrenstrafen)〔1845年草案280条の公民権喪失をさすと思われる——訳者注〕は、利得意思が存在するというあさましさ(Ehrlose)によって条件付けられるのである。』<sup>570)</sup>と指摘されている<sup>571)</sup>。

さらに、第33回会議(1846年5月28日)の第21項目「所有権侵害

---

569) ただし、19世紀前半の領邦国家刑法典において、詐欺罪の一部を「利得犯」として捉えていると読み取り得る規定例として、① 利得意思のある場合とない場合で詐欺罪の規定を区分するバーデン刑法典、② 利得意思のある場合とない場合を刑罰規定で区分するヴェルテンブルク刑法典、③ 利得意思のない場合の量刑規定を設けているザクセン刑事法典、チューリンゲン刑法典がある(本章第二節第三款第十項参照)。

570) *Schubert/Regge*, a.a.O. (Fn. 553) Band. 6-1, S. 267.

571) 1847年草案の理由書(Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und den damit verbundenen Gesetzen von Jahre 1847, Berlin 1847) S. 77 も参照。

(Eigentumsbeschädigung)〔財産毀損罪を扱っている項目——訳者注〕の議事録でも、「最終的に、損害を加える意思で他者を欺罔することによる財産毀損罪は、ここに〔所有権侵害の項目——訳者注〕、規定されなければならないということを付言する。……詐欺の概念の280条〔1845年草案280条——訳者注〕では、利得意思で生じた財産侵害に限定されるので、この犯罪はここで〔所有権侵害の項目——訳者注〕検討されなければならない。』<sup>572)</sup>と記述されている。なお、これらの議論を基礎にして、1846年草案及び1847年草案では、第23項目「財物侵害」の中に、欺罔による財産毀損罪(1846年草案338条1項<sup>573)</sup>、1847年草案343条1項<sup>574)</sup>)が規定されている。

そもそも、他者を損害する意思しかない者が欺罔行為を行って財産を毀損させた事案は、他者を利用した財産毀損罪として扱われるべきである。しかし、「利得意思」を明文で要求せず、構成要件の結果として「損害」を要求する立法例(たとえば、1845年草案の詐欺罪)では、このような事案を詐欺罪で処理することが文言上排除されていないのであり<sup>575)</sup>、このような事案を詐欺罪の射程から外すことを狙いにする直属委員会の提言は妥当であると思われる。もっとも、この種の事案は、財産毀損罪として十分に対応可能であると思われるので、欺罔による財産毀損罪を別途規定する必要はないと思われるが<sup>576)</sup>、詐欺罪と財産毀損罪の射程を明確にするという意味では意義がある提言であったといえる。

572) *Schubert/Regge*, aa.O. (Fn. 553) Band. 6-1. S. 285. (傍点部分は原文隔字体)

573) 1846年草案338条1項では、「虚偽の事実を主張することで、あるいは真実を歪曲することで錯誤を惹起することによって、意図的に他者の財産を毀損した者は、損害を被った者の告訴に基づいて、5年までの懲役刑又は労役場留置で罰せられる。」と規定されている。

574) 1847年草案343条1項と1846年草案338条1項は、ほぼ同じ文言が採用されているため、ここでは割愛する。

575) ただし、わが国の詐欺罪のように、構成要件の結果を「財産損害」ではなく、「財物騙取/財産上不法の利益取得」と規定している場合には、このような問題は顕在化しない。

576) 1851年プロイセン刑法典では、欺罔による財産毀損罪の明文は実現されていない。

（イ）構成要件の結果として、「財産損害」を要求した理由

詐欺罪が1843年草案で詐欺罪と文書偽造罪を別の章に規定したことによって、詐欺罪は侵害犯であるということはある程度意識されるに至ったといえる。しかし、1843年草案及び1845年草案では、欺罔（詐欺罪の具体的な行為態様）によって財産権以外の権利を侵害する場合も詐欺罪として把握するという趣旨から、「損害」の発生が要求されており、詐欺罪の構成要件の結果は「財産損害」に限定されていなかった。

これに対して、1845年草案を審議する直属委員会第30回会議では、「詐欺の概念は財産損害に限定され、すでに存在しているような、その他の権利侵害をカバーするようなものではない。これまでの法律でも公的な見解でも詐欺の下で包括していなかった、さまざまな異なる種類の犯罪を詐欺の下で包括しようとすることは、詐欺の定義をあまりにも一般的にするものであろう。」<sup>577)</sup>と指摘されるに至っている。この指摘は、詐欺罪の概念の下で、「欺罔行為によって財産権以外の権利を侵害すること」を把握することに異論を唱えるものであり、詐欺罪を、いわば「純粹財産犯」として位置付ける立場を鮮明にしたものといえる。

確かに、法律で妥当な処罰範囲を確保するには、規定の抽象化は一定程度必要であるが（本稿第二章第二節第二款、及び、第三節第一款第三項参照）、規定の射程が不明確となるほどの抽象化は罪刑法定主義の観点から疑問である。1833年草案から1845年草案までの詐欺罪の規定は、このような点で問題をはらむものであったといえる。その意味で、罪刑法定主義（とりわけ、その派生原理である明確性の原則）が根付いている現在の刑法解釈学の視点からみると、1846年草案で「財産損害」を要求したことも妥当であったといえる。

イ．詐欺罪と文書偽造罪の関係性

1846年草案及び1847年草案でも、1843年草案や1845年草案と同様に、文

---

577) Schubert/Regge, a.a.O. (Fn. 553) Band. 6-1, S. 267.

書偽造罪は詐欺とは別の章で扱われている<sup>578)579)</sup>。

## 第八項 1848年草案及び1849年草案における詐欺罪

### (1) 起草の経緯

1847年6月24日に、国王の布告(Botschaft)が、統合領邦議会(der vereinigten Landtag)に対して発布された。それに基づいて、99名の委員からなる「統合等族委員会(der vereinigten ständischen Ausschuß)」に1847年草案を吟味することが委託された<sup>580)</sup>。準備部会(Vorbereitende Abtheilung)が1847年12月29日から1848年2月28日まで26回の審議を行い<sup>581)</sup>、それを踏まえて委員会が1848年1月17日から3月6日まで33回の会議を開き、審議を行った<sup>582)</sup>。しかし、この会議で詐欺の規定に関して、本質的な変更はされなかった<sup>583)584)</sup>。

その後、1848年の三月革命によって「プロイセン刑法典」の制定作業は中断されたかに思われたが、司法省の内部でドイツ統一刑法典制定の作業

---

578) 1846年草案における第19項目「通貨犯罪及び偽造」は、通貨犯罪(298条~305条)、文書偽造罪(306条~314条)、境界標偽造(316条)を規定している。文書偽造罪(306条~314条)の日本語訳については、成瀬・前掲注(286)「名義人の承諾(五)」28頁注47を参照のこと。なお、1846年草案は偽造罪に関していくつかの点で重要な修正を行ったようである。詳しくは成瀬・前掲注(286)「名義人の承諾(五)」9頁以下を参照のこと。

579) 1847年草案における第19項目「通貨犯罪及び偽造」は、通貨犯罪(302条~309条)、文書偽造罪(310条~319条)、境界標偽造(320条)を規定している。文書偽造罪(310条~319条)の日本語訳については、成瀬・前掲注(286)「名義人の承諾(五)」32頁注66を参照のこと。

580) Vgl. *Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 238; *Banke*, a.a.O. (Fn. 474) E1848, S. 30 f.

581) 野澤・前掲注(34)書282頁参照。

582) Vgl. *Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 238.

583) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 182.

584) 準備部会における詐欺の規定の審議は、第19回会議(1848年2月1日)でなされている(*L. Bleich*, Verhandlungen des im Jahre 1848 Vereinigten ständischen Ausschusses, 1. Band, Berlin 1848, S. 130)。委員会における詐欺の規定の審議は、第25回会議(1848年2月23日)でなされている(a.a.O., S. 316)。委員会の第25回会議の詐欺に関する審議の速記録についてはVgl. *L. Bleich*, Verhandlungen des im Jahre 1848 Vereinigten ständischen Ausschusses, 4. Band, Berlin 1848, S. 252 ff.

が継続された<sup>585)</sup>。その結果、1848年に「予備草案 (Der Vorentwurf zum ersten Deutsche Einheitsstrafrecht) [以下では1848年草案と示す]」<sup>586)</sup>が起草され、1849年に「一般ドイツ刑法典草案 (Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs)」[以下では、1849年草案と示す<sup>587)</sup>]が起草された<sup>588)</sup>。

なお、三月革命の勃発に伴い、サヴィニーとウーデンは司法大臣を退任している<sup>589)</sup>。後の司法大臣のポストは再び1つに統合されたが、短期間のうちに4人の司法大臣の交代を経た後、1849年4月10日にジモンズ (Ludwig Simons, 1803~1870) が司法大臣に就任し、1860年12月14日まで務めた。

## (2) 規定の内容

1848年草案159条及び1849年草案160条の詐欺罪は、「偽名もしくは虚偽の資格を用いて、又は、ある出来事を期待、若しくは懸念して試みるという誤った想定、若しくは委任あるいは信用が存在するという誤った想定を誘引する技巧的なみせかけを用いて、被欺罔者あるいは第三者の不利益になる金銭若しくは物を交付すること、又は義務付けを行う証書若しくは義務を免除する証書を発行すること、あるいは引き渡すことを生じさせた者

---

585) サヴィニーが、司法大臣（法律修正担当）を退任する1848年3月20日に、刑法のさらなる取扱いに関する建白書（Denkschrift）を記し（Vgl. Banke, a.a.O. (Fn. 474) E1848, S. 31. 野澤・前掲注（34）書286頁参照）、それによって刑法典制定作業は継続されたようである。

586) 1848年草案の原文については、Vgl. Banke, a.a.O. (Fn. 474) E1848, S. 40 ff.

587) 1849年草案の原文については、Vgl. Banke, a.a.O. (Fn. 474) E1849, S. 37 ff.

588) Schütz, a.a.O. (Fn. 287), S. 182 は、三月革命によって中断されたのは「プロイセン」刑法典であり、司法省の内部で続けられた作業の結果起草されたのは「ドイツ」統一刑法典の草案であるということを強調している。

589) 司法大臣（法律修正担当）であったサヴィニーと司法大臣（司法行政担当）ウーデンは、三月革命の勃発に伴い、1848年3月17日に司法大臣の解任の通告を受領したようである（Vgl. Allgemeine deutsche Biographie, 30.Band; v. Rusdorf-Scheller, Leipzig 1890, S. 434. (サヴィニーの経歴を示す箇所)）。そして、1848年3月20日にサヴィニーとウーデンは司法大臣を解任されたようである（Schubert/Regge, a.a.O. (Fn. 454), Band 1., S. XLII）。

は、詐欺罪の責任を負う。」<sup>590)</sup>と規定されている。

この規定は、これまでのプロイセン刑法典の諸草案とは全く異質の規定形式であり、1810年フランス刑法典405条の影響を受けて起草されたものと思われる<sup>591)</sup>。1851年プロイセン刑法典全体にとって、統合等族委員会での審議や、それ以降の作業によって作成された1848年草案及び1849年草案が重要であったが<sup>592)</sup>、詐欺罪に関しては、後述の1850年草案が1847年草案の詐欺の規定に依拠したことから、1848年草案及び1849年草案の詐欺の規定は、1851年プロイセン刑法典にほとんど影響しなかったといえる<sup>593)</sup>。

### 第九項 1850年草案における詐欺罪

1850年12月10日の国王の全権委任 (Ermächtigung) に基づいて、司法大臣シモンズは、司法省において彼の指導の下で審議されていた1850年草案<sup>594)</sup>

---

590) 詐欺の刑罰については、1848年草案160条「詐欺、ならびに詐欺の未遂は、1ヶ月を超える懲役及び、市民権の有期の停止の刑が科される。」と規定されている。

591) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 182.

592) Vgl. *Schütz*, a.a.O. (Fn. 287), S. 183; *Berner*, a.a.O. (Fn. 403), S. 239. たとえば、プロイセン刑法典41条の正当防衛の規定との関係では、山本・前掲注(454)論文112頁以下参照。

593) わが国の詐欺罪の先行研究において、プロイセン刑法典は「財産犯」として純化した1810年フランス刑法典405条の立場に従ったという指摘が存在するが(中村(勉)・前掲注(154)「詐欺概念の史的変遷(三)」182頁, 203頁(「九 総括」部分), 内田・前掲注(154)書240頁, 山中・前掲注(130)論文431頁注4など。さらにドイツにおいて同様の指摘を行うものとして, *LK-Tiedemann*, a.a.O. (Fn. 287), S. 19 [Vor §263 Rn. 15]; *Hanisch*, a.a.O. (Fn. 462a), S. 113; *Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/M Manfred Maiwald*, *Strafrecht Besonderer Teil*, Teilband 1, 10. Auflage, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2009, S. 496 [§41 Rn. 5]), これらの指摘は、本稿の検討からすると、疑問である。プロイセンにおいて、詐欺罪を「財産犯」と解する端緒はすでに1794年プロイセン一般ラント法下ですでに存在したのであり(前述, 本款第一項参照), さらに明文で詐欺罪に「財産損害」を要求した1846年草案及び1847年草案の規定もフランス刑法典の詐欺罪を参照して提案されたものとはいいたいからである(前述, 本款第七項参照)。

594) 1850年草案の原文については, Vgl. *Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten*, in: *Entwürfe des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und des* ↗

を公表した<sup>595)</sup>。

1850年草案の詐欺罪は、219条で、「利得意思で、虚偽の事実を主張することで、あるいは真実を歪曲又は隠蔽することで、錯誤を惹起することによって他者の財産に損害を与えた者は、詐欺を実行するものである。」と規定されている。

1850年草案の理由書では、219条及び220条という項目で、「詐欺の概念及び刑罰に関する規定は、統合委員会によって裁可された以前の草案〔訳者注——1847年草案〕293条、294条と同じである。』<sup>596)</sup>と述べられているように、1847年草案293条の詐欺罪の概念規定の文言がそのまま採用されている<sup>597)</sup>。

#### 第十項 小 括

本款では、1851年プロイセン刑法典の詐欺罪について以下のことが明らかになった。

第一に、プロイセン刑法典においても、19世紀前半の一部の領邦国家刑法典（ヴェルテンベルク刑法典、ブラウンシュヴァイク刑法典）と同様に、詐欺罪と偽造罪が分離されているが、それは1843年草案において生じたものであるということが明らかになった。もともと、このような分離は、意識的になされたものではなく、立法上の偶然によるものであったようである。

第二に、プロイセン刑法典の詐欺罪が、構成要件の結果として「他者の財産に損害を与えること（財産損害）」を要求しているのは、1845年草案に

---

↘Gesetzes über die Einführung desselben, Berlin 1851, S. 3 ff.

595) *Berner*, aa.O. (Fn. 403), S. 239.

596) Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, in: Entwürfe des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und des Gesetzes über die Einführung desselben, Berlin 1851, S. 56.

597) ただし、219条の詐欺の概念は1847年草案293条の前半部分と全く同じ文言が採用されているが、220条の詐欺の刑罰部分は、1847年草案293条の刑罰部分、及び、294条のとるに足らない詐欺的行為の場合 (bei geringfügigen Betrügerei) の裁判官の量刑緩和規定を新たに規定し直したもので、全く同じ文言が採用されているわけではない。

関する直属委員会の審議に起因することが明らかになった。具体的には、1845年草案の詐欺罪では構成要件の結果として「他者に損害を加えること」のみが要求されていたにすぎず、欺罔行為によって財産権以外の権利を侵害する場合にも詐欺罪の射程に含まれる可能性があることを疑問視して提案されたものであった。そして、この提案に基づいて1846年草案の詐欺罪が起案され、1847年草案、1850年草案を経て、成立したのである。

第三に、プロイセン刑法典の詐欺罪が、主観的要素として「利得意思」を要求しているのも、1845年草案に関する直属委員会の審議に起因することが明らかになった。具体的には、詐欺罪は公民権喪失などの重い刑罰を伴う犯罪であり、欺罔行為によって財物の所有権者が当該財物を侵害する事案を詐欺罪ではなく、財産毀損罪〔器物損壊罪〕で扱えば足りるという前提の下で提案されたものであった。そして、この提案に基づいて、1846年草案の詐欺罪は、主観的要素として「利得意思」を要求し、1847年草案、1850年草案を経て、プロイセン刑法典の詐欺罪が成立したということが明らかになった。

#### 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

本節では、第三節で前述したプロイセン刑法典における詐欺罪の立場が、現行ドイツ刑法典に継承されたということを確認するために、北ドイツ連邦刑法典・ドイツ帝国刑法典の詐欺罪について検討する。

#### 第一款 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の制定の経緯

##### (1) 北ドイツ連邦及びドイツ帝国の成立

ドイツ周辺地域では、1806年の神聖ローマ帝国崩壊後、1814年から1815年に行われたウィーン会議を経て、1815年6月8日の同盟規約によってドイツ同盟(Deutscher Bund)という国家同盟が成立した。これは連邦国家ではなく、ドイツを構成する領邦国家からなる国際組織にすぎなかつ



た<sup>598</sup>）。このような状況下で、19世紀中葉にドイツ周辺地域を一つに統一する動きが加速した。この時期にいくつかの統一構想が存在したが<sup>599</sup>、最終的にはプロイセン主導で統一が進められた。その過程で1867年に成立したのが、北ドイツ連邦（Norddeutscher Bund）である。

さらに、1871年に1月1日に北ドイツ連邦が、南ドイツの諸国（バイエルン、ヴェルテンベルク、バーデン、ヘッセン）の参加の申出を了承し、同年1月18日にヴィルヘルム1世がドイツ皇帝に即位し、同年4月16日にドイツ帝国憲法典が成立し、ドイツ帝国が成立した<sup>600</sup>。

## （２） 制定の経緯

北ドイツ連邦刑法典（Strafgesetzbuch für Norddeutsche Bund）<sup>601</sup>は、1870年5月31日に制定、公布された<sup>602</sup>。その後、ドイツ帝国成立に伴い、初代ドイツ皇帝ヴィルヘルム一世（*Wilhelm I.; Wilhelm Friedrich Ludwig von Preußen*, 1797～1888／プロイセン王の在位：1861～1888、北ドイツ連邦主席の在位：1867～1871、ドイツ皇帝の在位：1871～1888）によってドイツ帝国刑法典（Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich）が、北ドイツ連邦刑法典と同一の内容のものとして、1871年5月15日に公布され、1872年1月1日に施行された。

北ドイツ連邦刑法典が成立するまでに、1869年草案、1869年第1読会草

---

598) 松本彰「ドイツ統一の道」若尾祐司＝井上茂子編『近代ドイツの歴史——18世紀から現代まで——』（ミネルヴァ書房、2005年）88頁以下参照。

599) 主な構想として、① ドイツ関税同盟領域を念頭に置く構想、② ドイツ同盟領域を念頭に置く構想、③ プロイセン王国・オーストリア帝国を含めた中欧領域を念頭に置く構想が存在したようである（松本・前掲注（598）91頁以下参照）。1848年フランクフルト国民会議で②が議論されたが、成就せず、最終的には、プロイセンが①の方向でドイツの統一を進めていった。

600) ドイツ帝国の成立の経緯について、岩村等＝三成賢次＝三成美保『法制史入門』（ナカニシヤ出版、1996年）164頁以下〔三成賢次執筆〕参照。

601) この法典の原文については、Vgl. Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. vom 31. Mai 1870. nebst dem Einführungs-Gesetze vom 31. Mai 1870, Berlin 1870, S. 3 f.

602) 岡本・前掲注（371）「放火罪（一）」45頁注1参照。

案<sup>603</sup>、1869年第2読会草案<sup>604</sup>、1870年草案<sup>605</sup>が起草されている。1869年第1読会草案の文言はそれ以降の草案に引き継がれ、そのまま北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪に採用されているので、1869年草案の詐欺罪の規定を概観してから、北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪の規定を確認することにする。

## 第二款 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪の規定内容

### (1) 1869年草案における詐欺罪

1869年草案の詐欺罪は、第24章「詐欺」に位置付けられている。237条では、「違法に自己もしくは他者に利益を獲得させる意思で、虚偽の事実を述べることによって、又は真実を歪曲もしくは隠蔽することによって錯誤を惹起して、それによってある者の財産に損害を与える者は詐欺を実行している。」<sup>606</sup>と規定されている。

プロイセン刑法典241条からの重要な変更点は、主観的要素に「他者に利益を獲得させる意思」を挿入したことのみである<sup>607</sup>。

---

603) 1869年第1読会草案 (Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Entwurf 1. Lesung, November 1869) の詐欺罪の規定 (259条) については、*Werner Schubert/Thomas Vormbaum* (Hrsg.), *Entstehung des Strafgesetzbuchs-Kommissionsprotokolle Entwürfe*, Band 1: 1869, Baden-Baden 2002, S. 281 を参照のこと。基本的には北ドイツ連邦刑法典およびドイツ帝国刑法典263条の文言と同じである。

604) 1869年第2読会草案 (Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Entwurf 2. Lesung, December 1869) の詐欺罪の規定 (258条) については、*Schubert/Vormbaum*, a.a.O. (Fn. 603), S. 463 を参照のこと。後述の北ドイツ連邦刑法典およびドイツ帝国刑法典263条の文言と同じである。

605) 1870年草案 (Reichstag Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Nach den Beschlüssen der Dritten Lesung) の詐欺罪 (263条) については、*Werner Schubert/Thomas Vormbaum* (Hrsg.), *Entstehung des Strafgesetzbuchs-Kommissionsprotokolle Entwürfe*, Band 2: 1870, Berlin 2004, S. 299 を参照のこと。後述の北ドイツ連邦刑法典およびドイツ帝国刑法典263条の文言と同じである。

606) 1869年第1草案 (Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Entwurf Friedberg, Juli 1869) の詐欺罪の規定は、Vgl. *Schubert/Vormbaum*, a.a.O. (Fn. 603) S. 37.

607) プロイセン刑法典241条では、詐欺罪の主観的要素として、「利得意思」が要求されて

(2) 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

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に関する規定は、第２部「個別的な重罪及び軽罪、およびその刑罰について」の中の第22章「詐欺及び背任」の下に位置付けられている。詐欺に関する基本規定について、263条1項は「違法な財産上の利益を自ら得、若しくは第三者に得させる意思で、虚偽の事実を真実に見せかけることにより、又は真実を歪曲若しくは隠蔽することにより、錯誤を生じさせ、あるいは維持させることにより、他人の財産に損害を与えた者は、詐欺罪として懲役刑で処罰され、それと同時に1000ターレルまでの罰金刑、ならびに公民権の喪失を言い渡されうる。」と規定している。

この規定で詐欺罪は、① 主観的要素として「違法な財産上の利益を自ら得る意思」又は「第三者に〔違法な財産上の利益を〕得させる意思」を、② 行為態様として、「虚偽の事実を真実に見せかけること」、「真実を歪曲すること」、「真実を隠蔽すること」のいずれかによって「錯誤を惹起すること」あるいは「錯誤を維持させること」を、③ 構成要件の結果として、「他者に財産の損害を与えること」を、要求していると整理できる。

1869年草案からの重要な変更点は、②行為態様に関して、「錯誤を維持すること」が挿入されたことである<sup>608)</sup>。その他の修正部分は、文言上の

---

ゝいたにすぎなかったので、「他者に利益を獲得させる意思」を含むか否かは不明確であった。もともと、*Goldammer*, a.a.O. (Fn. 506), S. 549 は、プロイセン刑法典の立法者は、このような意思を排除する趣旨ではなかった旨指摘していた。1869年草案の理由書 (Motive zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund., Berlin 1869, in: Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, 1869 Berlin [Nachdruck: Goldbach 2000], S. 291) が、「プロイセン刑法典の241条から243条は本質的に維持される。」「〔1869年第1草案——訳者注〕237条では、詐欺は第三者の利益に対しても実行されうると明確に規定する。」と述べられているのは、このような立場を明文で確認する趣旨のものといえよう。

なお、1869年草案の詐欺罪の刑罰に関して、法定刑の幅がプロイセン刑法典241条よりも拡大されているが、それは「詐欺の諸事例の多様性は、刑罰の決定 (Straffestsetzung) にとって広い裁判官の裁量を必要とする。」(a.a.O., S. 291) という趣旨のものである。

608) *Naucke*, a.a.O. (Fn. 287), S. 99 によると、「このような拡張は、経験則上もっとも危険な

修正にすぎないと解されている<sup>609)</sup>。

### 第三款 ドイツ帝国刑法典制定後の展開

#### (1) 現行ドイツ刑法典における詐欺罪

ドイツ帝国刑法典263条1項の詐欺の規定は、現行刑法典263条1項にそのまま継承されている(刑罰部分は別にして、詐欺の概念部分の規定は変更されてない)。したがって、現行ドイツ刑法典263条の詐欺罪の解釈も、プロイセン刑法典241条及びドイツ帝国刑法典263条の理解を前提に行われることになる。

#### (2) ドイツ民法典における欺罔取消について

ドイツ帝国刑法典制定後、ドイツ民法典の制定過程で „Betrug“ の意義について重要な指摘がなされたのでここで付言しておく<sup>610)</sup>。

刑法学者であるリスト (*Franz Ritter von Liszt*, 1851~1919) は、ドイツ民

---

ゝな詐欺的行為はまさにあらゆる形式で実行されるという需要に対応している」ものである。ただし、この趣旨は、不作為による詐欺を処罰することまで念頭に置いていたものではなかったと解されている (*Hanisch*, a.a.O. (Fn. 462a), S. 116)。

609) Vgl. *Naucke*, a.a.O. (Fn. 287), S. 99. 主観的要素について、「自己もしくは他者 (sich oder Anderen)」が「自己もしくは第三者 (sich oder einem Dritten)」に、「違法な利得 (rechtswidriger Gewinn)」が「違法な財産上の利益 (rechtswidriger Vermögensvorteil)」に変更されている。具体的な行為態様について、「〔虚偽の事実を〕主張する (Vorbringen)」が「〔虚偽の事実を〕本当のことであるとみせかける (Vorspiegelung)」に、「〔真実を〕歪曲すること又は隠蔽すること (Entstellen oder Unterdrücken)」が「〔真実を〕歪曲すること又は隠蔽すること (Entstellung oder Unterdrückung)」に変更されたにすぎない。さらに、プロイセン刑法典の詐欺罪とドイツ帝国刑法典の詐欺罪の主観的要素が同趣旨である旨指摘するものとして、*Friedrich Dencker*, *Zum subjektiven Tatbestand des Betrugers*, in: *Erich Samson u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden 1999, S. 78.

610) 岩本尚禧「民事詐欺の違法性と責任(3)」北大法学63巻5号(2013年)68頁、田中教雄「十九世紀ドイツ普通法における詐欺・強迫理論とドイツ民法典の編纂過程」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』(九州大学出版会, 1999年)282頁注62参照。なお、本稿第二章第三節第二款第二項では、わが国の詐欺罪では、民法学者である岡松参太郎が現行刑法典の詐欺罪の文言に重要な影響を及ぼしたことを確認した。

法典第1草案103条1項（わが国における民法96条1項詐欺取消に相当する規定）が、「„Betrug“ という用語を用いていたことに対して<sup>611)</sup>、「今日の我々にとって、詐欺（Betrug）は本質的に、奸計的な欺罔行為によってもたらされる財産侵害である。」<sup>612)</sup>と述べ、民事法上の取消に„Betrug“ という用語を用いないことを提案している<sup>613)</sup>。そして、この提案の影響により<sup>614)</sup>、現行ドイツ民法典123条1項の欺罔取消の規定には„Betrug“ という用語が用いられていないのである<sup>615)</sup>。

このような用語の使い分けによって、刑事法上の詐欺罪と民事法上による欺罔による取消の射程が異なっているということが明確になったといえる。しかし、奸計的な欺罔によって、取引の相手方に意思表示をさせ、それによって財産損害を生じさせた場合には、両者の適用可能性があるといえるので、解釈論による精緻化を行う必要性はなお存在するといえる（たとえば、ドイツ民法典123条1項によって取消が可能な場合に、ドイツ刑法典263条

---

611) ドイツ民法典第一草案103条1項は、「ある者が、強迫によって違法に（widerrechtlich）、又は詐欺（Betrug）によって意思表示をさせられた場合には、その者はその意思表示を取り消すことができる。」と規定されていた。原文については、Vgl. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission, Berlin/Leipzig 1888, S. 24.

612) Franz von Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1889, S. 22 ff.

613) Liszt, aa.O. (Fn. 612), S. 25.

614) リストと民法学者のツィーテルマン（Ernst Zitelmann, 1852~1923）の批判を受けて、ドイツ民法典第2草案98条1項では、「奸計的欺罔によって（durch arglistige Täuschung）、又は強迫によって違法に（widerrechtlich）、意思表示をさせられた者は、その意思表示を取り消すことができる。」と規定されている（この点に関して、岩本・前掲注（610）論文69頁以下参照）。原文については、Vgl. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission, Berlin 1894, S. 36. なお、「違法に（widerrechtlich）」の部分は強迫にのみ関連付けられているが、それは、「奸計的欺罔（arglistiger Täuschung）」の違法性は当然であると考えられていたからである（この点に関して、田中（教）・前掲注（610）論文283頁注66参照）。

615) 現行ドイツ民法典123条1項は「奸計的欺罔によって、又は強迫によって違法に、意思表示をさせられた者は、その意思表示を取り消すことができる。」と規定されている。

の詐欺罪における「財産損害」が認められうるかという問題などが考えられる)。

## 第五節 詐欺罪の法制史的検討によって得られた帰結

### 第一款 ドイツにおける詐欺罪の法制史的検討から導き得ること

#### (1) 「純粹財産犯」としての詐欺罪

本章では、ドイツにおける詐欺罪がローマ法の偽罪及び卑劣罪に由来する犯罪であり(第二節第一款参照)、神聖ローマ帝国下の初期領邦刑法典ではそれら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(第二節第二款参照)、神聖ローマ帝国崩壊後の19世紀前半の領邦国家では、虚偽的行為あるいは広義の詐欺に含まれていた、「欺罔行為によって財産権を侵害すること」、「欺罔行為によって財産権以外の権利を侵害すること」、「偽造」などの分離が図られたということを明らかにした(第二節第三款参照)。さらに、本章では、プロイセン刑法典では、処罰範囲の明確化の要請に伴って、「詐欺罪」の概念の下で、「欺罔行為によって財産権を侵害すること」のみを把握する立場、換言すれば詐欺罪を「純粹財産犯」と解する立場が採用されたということも明らかにした(第三節参照)。そして、プロイセン刑法典のこのような立場が、北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪、さらには現行ドイツ刑法典の詐欺罪に継承されているということも確認した(第四節参照)。

#### (2) 詐欺罪の構成要件の結果としての「財産損害」

詐欺罪を、上記のような意味の「純粹財産犯」と解する立場からは、詐欺罪の構成要件の結果について「被害者の財産に損害を与えること」などと規定することが要請されることになる。このような趣旨で規定されたのが、プロイセン刑法典の詐欺罪(第三節、とりわけ第七項(2)ア(1)参照)やブラウンシュヴァイク刑事法典の詐欺罪(第二節第三款第五項参照。ただし、主観的要素に関連付けてこれと同旨の規定化を行っている)であったといえる。

また、仮に明文では詐欺罪の構成要件の結果として「損害」のみが規定されている場合であっても、詐欺罪を「純粋財産犯」と捉える場合には、解釈により「財産損害」と解することも可能である。このような解釈が実践されていた例として、ヴェルテンベルク刑法典の詐欺罪（第二節第三款第四項参照）を挙げる事ができる。

### （３）詐欺罪の主観的要素としての「利得意思」

さらに、詐欺罪を「純粋財産犯」と解する立場を出発点にして、詐欺罪の射程をより限定付ける場合（たとえば、行為者が悪意や報復心から欺罔行為によって被害者の財産に損害を加える場合を詐欺罪の射程から除外する場合）には、詐欺罪の主観的要素について、「侵害意思」や「財産損害意思」などが削除されることになる。プロイセン刑法典の詐欺罪の主観的要素（「利得意思」）や現行ドイツ刑法典の主観的要素（「違法な財産上の利益を得る意思」）などはこのような趣旨に基づくものであった（第三節、とりわけ第七項(2)ア(ア)参照）。

### （４）詐欺罪における行為者側の「財産利得」と被害者側の「財産損害」の関係性

詐欺罪を「純粋財産犯」と解する立場を前提にして、詐欺罪を、行為者が「利得意思」で、「欺罔行為」によって、欺罔の相手方の「錯誤」を惹起して、それによって他者に「財産損害」を生じさせる犯罪<sup>616)</sup>と規定する場合には、詐欺罪は「自己侵害犯」かつ「財産移転犯」と解されることになる<sup>617)</sup>。なぜなら、詐欺罪を実現するには、行為者は、被欺罔者自身

---

616) プロイセン刑法典の詐欺罪（本章第三節第一款を参照のこと）や北ドイツ連邦刑法典・ドイツ帝国刑法典の詐欺罪（第四節第二款(2)を参照のこと）、現行ドイツ刑法典の詐欺罪（本稿注(36)を参照のこと）では、文言に若干の相違はあるが、これらの構成要件要素が要求されているといえる。

617) このような解釈は、プロイセン刑法典やドイツ帝国刑法典の詐欺罪の制定過程において明瞭な形では主張されていなかったが、規定自体から十分導き得る解釈といえる（本稿

の「財産処分」によって、処分対象とされている財産（財物や財産上の利益）を被害者の財産から行為者の財産へと「移転」<sup>618)</sup>させることも必要であるといえるからである。

そして、このような解釈を前提にすると、行為者側の「財産利得」と被害者側の「財産喪失」（さらには、それを基礎にしている行為者側の「財産上不法の利益取得」と被害者側の「財産損害」<sup>619)</sup>）が対応関係にあるということを導き出すことができ<sup>620)</sup>、行為者側の「財産利得」（あるいは、それを基礎にしている「財産上不法の利益取得」）とは無関係の被害者側の「財産喪失」（あるいは、それを基礎にしている「財産損害」）は詐欺罪の対象とはならない<sup>621)</sup>、という帰結に至る<sup>622)</sup>。

したがって、本稿第二章で導き出した試論（すなわち、詐欺罪における被害者側の「財産損害」と行為者側の「財産上不法の利益取得」が対応関係にあり、構成要件の結果として「財産損害」を要求する規定例も、「財産上不法の利益取得／財物騙取」を要求する規定例も実質的には共通の基盤を持った規定であるという試論）は、ドイツの詐欺罪の歴史的展開からも論証可能であるといえる。

↘注(450)を参照のこと。

618) ここでの「移転」を、「物質的移転」と捉える立場も存在したが（Vgl. *Merkel*, a.a.O. (Fn. 37), S. 118), 財物詐欺（Sachbetrug）以外の詐欺が認められないことになりかねない。したがって、近時の学説において詐欺罪を「財産移転犯」と捉える場合には、ここでの「移転」を「価値の移転」と解している（Vgl. LK-*Tiedemann*, a.a.O. (Fn. 287), S. 283 f. [§263 Rn. 256]; *Kurt Mohrbotter*, Die Stoffgleichheit beim Betrug, Diss. Göttingen 1966, S. 202 ff.）。

619) 現行ドイツ刑法典の詐欺罪における「財産損害」の意義については第四章で詳述する。

620) ヴェルテンベルク刑法典の詐欺罪に関する裁判例において、構成要件の結果としての「[財産上の]利益」を、「許されざる利益」や「被欺罔者にとっての財産上の不利益」に関連付けて説明していたことが参考になり得る（本章第二節第三款第四項(2)イ(ア)参照）。

621) たとえば、このような例として、欺罔行為によって財物の所有者を錯誤に陥らせて財物を破壊させる場合（本章第三節第七項(2)ア(ア)参照）が考えられる。

622) 現行ドイツ刑法典の詐欺罪の解釈では、「違法な財産上の利益を得る意思」から派生して導かれるとされる「素材の同一性」（Vgl. LK-*Tiedemann*, a.a.O. (Fn. 287), S. 283 f. [§263 Rn. 256]）の下でこのような解釈が行われている。素材の同一性に関しては、第四章で詳述する。



## 第二款 わが国の詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組に関する帰結と 次章の課題

以上の検討から、わが国の詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組を再定式化するという課題（「はじめに」「5. 本稿全体の課題」で示した第一の課題）に関する本稿の立場は、① 行為者が財物又は財産上の利益を得たこと、② 行為者が当該財物又は当該財産上の利益を得たことが不法であること、換言すると、当該財物又は当該財産上の利益を得る権利が行為者に存在しないことという二段階の枠組で判断する（本稿第二章第四節(3)参照）ということとなる<sup>623)</sup>。この意味で、私見によると、詐欺罪における「財産損害」は、書かれざる構成要件要素ではなく、「財産上不法の利益取得／財物騙取」という構成要件的结果を判断する際に考慮される要素にすぎないが、<sup>624)</sup>「財産上不法の利益取得／財物騙取」は「財産上の利益／財物」の喪失を形式的に判断するだけでは足りず、被害者に生じた「財産損害」<sup>625)</sup>という実質的判断を踏まえて判断することが要請されるのである。

次章では、この判断枠組に関する具体的な判断基準を定立するという課題（「はじめに」「5. 本稿全体の課題」で示した第二の課題）に取り組むことになる。そして、この際に、わが国の詐欺罪の構成要件的结果（「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的结果（「財産損害」）

---

623) 私見からすると、詐欺罪の構成要件的结果について、財物詐欺罪（246条1項）と利益詐欺罪（同条2項）では基本的に共通の判断枠組が用いられる。その意味で、両者は、現行ドイツ刑法典の詐欺罪における議論で展開されている「財物詐欺（Sachbetrug）」と「債権詐欺（Forderungsbetrug）」の分類と同様に、現象類型的相違でしかないのである（財物詐欺と債権詐欺で処分意思の要否に関して異なる取り扱いをする見解を疑問視する立場として、Vgl. Pawlik, a.a.O. (Fn. 348), S. 242f.）。

624) 本稿第一章第三節で行った、詐欺罪における「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説の分類に即していえば、私見は、(e)利得・損害関連説（同節第四款第三項参照）に位置付けられることになる。

625) ここでの「財産損害」は、ドイツの詐欺罪における「財産損害」と同義であり、開かれた概念として用いている（この点に関して、足立（友）・前掲注(154)『詐欺罪の保護法益』187頁参照）。わが国ではしばしば誤解されているが、「財産損害」は、経済的観点から判断する立場と必然的に結びつくわけではないのである（後述、第四章参照）。

が実質的には共通の基盤に基づくものであるという知見を基にして、ドイツの詐欺罪の構成要件的结果である「財産損害」(及び主観的要素である「違法な財産上の利益を得る意思」)についての議論を参照して検討を行う。