

# ドイツ刑事判例研究 (83)

ドイツ刑法研究会  
(代表 曲田 統)\*

## 冒険的取引における詐欺損害 StGB § 263Abs.1

富川 雅 満\*\*

1. 詐欺によって動機づけられて一もはや契約に内在するとはいえない損失の危険を伴う一冒険的取引が締結された場合に、損害を画定するためには、被害者の財産処分行為によって直接的に生じる財産的不利益が考慮されるべきである。ここではもっぱら行為者における故意の主意的要素が考慮されなければならない。その限りで、偶発的に生じる損害結果 (Endschaden) の是認は重要ではない。

2. 財産処分行為によって直接的に生じた財産的損害は、財産処分行為時の損失リスクを通じて決定される。この損失リスクは、当該刑法上の構成要件に鑑みて最終的な損害 (endgültigen Schaden) を意味するのであって、単に (損害と等値される) 財産危殆化を意味するにすぎないというわけではない。処分行為時の財産的不利益の程度は、経済的な尺度に従って評価されるべきである。損害の程度の詳細な認定が不可能であるならば、この点に関しては最小限の認定でよい。これは、査定 (Schätzung) を通じて可能になる。その際、事実審は評価裁量を有している。

\* 所員・中央大学法科大学院教授・法学部教授

\*\* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

BGH, Beschluss vom 18. 2. 2009 - 1 StR 731/08 (LG München I)

BGHSt 53, 119=NSTZ 2009, 330=wistra 2009, 232=NJW 2009, 2390=JZ 2009,  
799-800=JR 2009, 294

### 《事実》

被告人は、確実に、とりわけ銀行が保証した、高い利潤を生む投資を約束した。被告人の約束によれば、払い込まれた金額は、元本証明 (**Kapitalnachweis**) としてのみ用いられることになっていた。全投資期間中、その金額に手をつけることが許されていなかった。運用期間は、通常、10ヶ月と定められた。月々、7%が利回りとして配当されることになっていた。被告人は、大口の出資者 (1500万ユーロ) に3ヶ月後の償還 (**Rückzahlung**) と、さらに50%の利回りを約束した。

実際には、被告人には、受け取った資金を確実に利益をもたらすように投資運用する意図はなかった。一方では、被告人は、その資金を自身の生活費 (**Lebensunterhalt**) の調達のために用いるつもりであった。他方で、被告人は一雪だるまシステム (**Schneeballsystem**) の方法で一新たに入金された金員を用いて、先行する投資家に自分たちが安全であると思ひこませ、さらに払い込みを行わせるために、彼らの利益配当請求や償還請求を可能な限り充足しようとした。

被告人の約束を信頼し、31人が2005年9月から2008年1月までの時点で——一部では幾度かにわたって——総計2820万6841.12ユーロを被告人の会社に支払い、他方で被告人は731万145.58ユーロを配当したという。それゆえに、出資者のうちの何人かには自身の元本資金全額のみならず、約束された収益も支払われた。被告人の逮捕に伴い、被告人の会社において総計1680万ユーロの財産的価値しか確保されえなかった (**StPO111c, 111d**)。

LGは被告人を60件の詐欺罪を理由に5年10月の自由刑に処し、被告人が有罪評価を受けた詐欺行為から2121万5498.98ユーロを取得し、本件被害者らの請求権が獲得物の収奪と対価の収奪 [**StGB § 73ff. : 訳者補足**] を妨げていると認定している。原審刑事部の評価によれば、本件被害者らは

自身の出資金を支払うことにより、即座に全出資額の程度で最終的な損害を被っている。

被告人の上告は理由のないものとして棄却された。

### 《理由》

10b) StGB263条の意味での損害は、財産処分行為（ここでは、投資総額を被告人ないし被告人の会社のうちの1つに対し契約に則して支払うことである。）により、処分者の財産の経済的な全価値が増加によって補償されずに減少するに直接的に至った場合に、生じている（全体清算（Gesamtsaldierung）の原理、vgl. BGHSt 3, 99, 102; 16, 220, 221; 30, 388, 389; 34, 199, 203; 45, 1, 4; 51, 10, 15 Rn 18; 51, 165, 174 Rn 31; BGHR StGB § 263 I, Vermögensschaden 54, 70; BGH Beschl. v. 26. 1. 2006 - 5 StR 334/05 -; BVerfGBeschl. v. 20. 5. 1998 - 2 BvR 1385/95 -; 2. Kammer des 2. Senats; MünchKomm-StGB-Hefendehl § 263 Rn 442ff.）。

11 基準となるのは財産処分行為の時点であり、つまりは処分行為の直前と直後の財産的価値の比較である（vgl. BGHSt 6, 115, 116; 23, 300, 303; LK-Tiedemann11. Aufl., § 263 Rn 161）。損害の深刻化や損害の補償（損害の埋め合わせ（Wiedergutmachung））といった後の作用は、構成要件上の損害に関係しない。「物事が後にどのように展開したかは、刑法上の評価にとって重要ではない」(BGHSt30, 388, 389f.) のである。これは量刑に与えるのみ意味を持つにすぎない（BGHSt51, 10, 17 Rn23）。

12 ——契約上前提とされた損失の危険を超えた、欺罔や錯誤に基づいた損失の危険を伴う——冒険的取引に参加する場合にも同様であると考えられる。そのような場合にも、財産処分行為によって、処分行為の前後の財産状態を清算することで、損害が直接的に生じているのである。具体的な財産危殆化の概念は、これを記述するのにかえって不十分であり、不要なものである（StGB266条の背任の非難においてこれに相当する状況に関するものとして、vgl. schon BGH Beschl. v. 20. 3. 2008 - 1 StR 488/07 - [BGHR StGB § 266 I Nachteil 65] Rn 18 bis 22）。それに応じて、BGHもすでにか

つて次のように認識している：「思うに、いまここで話題になっているような冒険的取引においては以下の場合にのみ財産的損害は存在する。すなわち、被欺罔者の引き受けた債務が、その債務に対して被欺罔者により保証された反対給付と比べて、その反対給付と結び付いて財産処分行為時に存在するすべての利得可能性を考慮すると、価値の高い場合である」(BGHSt 30, 388, 390; vgl. auch BGHSt 34, 394, 395 und BGHSt 51, 165, 177 Rn 38, それによると、具体的な財産危殆化の想定は、経済的に観察するとすでに現在の財産状態の悪化が存在しなければならず、その悪化が今現在、全体財産の減少を結果として伴うことを意味する； sowie MünchKomm-StGB-Hefendehl § 263 Rn 718：「しかしながら、ここでは外見上の問題が存在している。というのも、『損害の可能性』は等しく損害でなければならないからである)。「つまり、経済的に観察すると、損害(損失)と危殆化(侵害)の間には、質的な差異は存在せず、量的な差異が存在するにすぎない」(LK-Tiedemann aaO, Rn 168 mwN)。

13 — もはや契約に内在するとはいえない損失の危険を伴う——冒険的取引に参加することには、直接的な価値の減損、つまり財産損失が伴うということは、経済的にみると明らかなことである。これは損害と呼ぶにふさわしいものである。処分行為(ここでは、投資額の支払い)によって生じた——欺罔とそれに応じた錯誤に基づいて高められた——リスクと、そのリスクを通じて惹起された双務契約における獲得物の低価値は、次の場合と同様に評価されるべきである(vgl. MünchKomm-StGB-Hefendehl § 263 Rn 569ff.)。すなわち、差し迫った損失に対する準備金の設定に際して(HGB § 249)、あるいは債権の売却に際して(清算法(Bilanzrecht)の慣習を指摘するものとして、vgl. auch LK-Tiedemann aaO, Rn 168; Goldschmidt/Weigel, Die Bewertung von Finanzinstrumenten bei Kreditinstituten in illiquiden Märkten nach IAS 39 und HGB WPg 2009, 192ff.)、個別の価値の修正がなされる場合である(vgl. Baumbach/Hopt HGB, 33. Aufl., § 253 Rn 21; zu IAS [International Accounting Standards] 39.58ff. – Finanzinstrumente, Ansatz und Bewertung – vgl. Baumbach/Hopt aaO, Rn 42f., so-

wie Lüdenbach in Haufe IAS/IFRS, 2. Aufl., § 2 Rn 81; Kehm/Lüdenbach in Haufe IAS/IFRS, 2. Aufl., § 28 Rn 120ff.). これは商人の日常である (したがって, Beulke/Witzigmann JR 2008, 430, 433は説得的ではない。Beulke/Witzigmann によれば, この背任罪に関する Senatsbeschl. v. 20. 3. 2008 – 1 StR 488/07 – [BGHR StGB § 266 I Nachteil 65] ですでに支持された見解は経済学者に理解されないのみならず, 実務において信用の付与の委ねられているあらゆる者にも, 拒絶されるという)。

14 財産処分行為時の損害の程度を厳密に認定することが不可能である場合, 事実審裁判官は刑法の特殊性に鑑みて最小限の認定を行えばよいことになる (BGHSt30, 388, 390)。これは, 事実審に許されている評価裁量の範囲内での査定を通じて行われうる。

15 さらに, 結局のところ, 損害を具体的な (損害と等値される) 財産危殆化とほやかして呼ぶことで, 行為不法を把握するために損害を評価する必要性は, 確かに従来はこの行為不法にほとんど合致していないとしても, 考慮されないわけではないであろう。しかし, このことから, 危殆化損害という法形態によって, 詐欺罪構成要件が, 実際には抽象的リスクそれ自体のみを含むことを通じて危険犯へと拡張される危険が生じる (vgl. Fischer 56. Aufl., § 263 Rn 96)。これに対して, 財産処分行為によって直接的に現実に生じた損害を評価し, 言及する必要性は, 明確さを約束し, 行きすぎた法適用を回避する。

16 結局, 現実に「損害と等値される」にすぎない危殆化を StGB263条 1項の構成要件のもとに包摂することは, GG103条 2項の趣旨にほとんど合致しないであろう。このことから, すでにその公式は憂慮すべきである。

17 行為者の故意の主意的要素は, もっぱら被欺罔者の財産処分行為によって直接的に生じた構成要件上の損害に及ばなければならない。偶発的に生じる損害結果 (Endschaden) を是認している必要はない。同様に, 財産減少を後に補償するという意図も重要ではない (許された解除権を行使した後の損害の弁償について, vgl. auch BGHSt 34, 199, 204; BGHSt 23,

300, 303：取消の準備は重要ではない；そして背任罪における同じような状況について BGH Urt. v. 29. 8. 2008 – 2 StR 587/07 – Rn 45f.）。「信用付与における返還請求の危殆化を認識し、これを是認して甘受した者は、たとえその者が〔後の最終的な〕損害が起こらないであろうことを期待し、または信頼していたとしても、故意に行為しているのである」(LK-Tiedemann aaO, Rn 246)。

18c) 「投資モデル」について、つまりそのようなモデルが実際には存在しないことについて出資者を欺罔することは、本件のすべての事案で始めから、全給付の範囲内での損害を基礎づけている。LG のこの評価は、先行する投資に対しても法的に異議をとえられるべきではなく、後に被告人が取り決めどおりに給付をした場合にも妥当する。これを、原審刑事部は正当にも損害の埋め合わせとしてのみ評価した。なぜならば、これらの事案でも投資家が自身の支払いに対して取得した反対請求権は処分行為時に経済的にみて価値がなかったからである。確かに、——雪だるまシステムに内在するように——最初の出資者にとっては、自身の資本を取り戻し、約束された収益をも支払ってもらう一定程度の機会が存在した。しかし、これは被告人によって言葉巧みに信じ込まされた投資モデルを転換することによるのではなく、あるいはこの投資モデルに関する試みにすらもよっていないのである。むしろ、すべては、欺罔の上に築かれたシステムのさらなる「成果」とさらなる詐欺的に取得された金員の入金に依拠していた。このことに基づいた、被告人の引き受けた債務の履行についての見込みは、部分的にでさえ、約束された反対給付ではなく、経済的な価値を持たないまったく別のもの (Aliud) なのである (BGHS51, 10, 15 Rn19)。犯罪行為の実行に基づいた契約履行の見込みは、それ自体、すでに価値のないものである。客観的にみて十分には実現されない投資モデル、そしてそれと結び付く収益の約束を理由として、ここではさらに、——実際の経過とは異なり——早急な終結が期待されたのであり、いずれにしても、刑事捜査に基づくにせよあるいはさらなる投資の入金が欠けるにせよ、いつこのシステムが崩壊するのかは、始めから予測できなかった。……

## 《研究》

1. ドイツ刑法典 (StGB) 263条以下で規定されている詐欺罪には、我が国とは異なり、財産的損害がその構成要件要素となることが明文で規定されているため、詐欺既遂罪が認められるためには、行為者の欺罔に基づいて被欺罔者が処分行為を行った結果、被害者に財産的損害が発生していることが必要となる。近時、我が国においても、詐欺罪における財産的損害の要否とその内容については、議論が重ねられているが、ドイツにおいても、この財産的損害の内容については、かねてから議論がなされていた。StGB263条にいう財産的損害は、一般に、経済的にみて算定可能で証明可能な財産の減少を指し<sup>1)</sup>、この減少は、財産処分行為前後の財産状態を比べることで、すなわち、全体清算の原則 (Gesamtsaldierung) に従って、査定される。したがって、財産的損害が生じるのは、被害者が手放した財産と獲得した財産とを比べ、前者が後者よりも価値的にみて高い場合である<sup>2)</sup>。

とはいえ、財産的損害は、実際に財産的価値が減少した場合にのみ肯定されるのではなく、減少のリスクが生じた場合、つまり財産危殆化 (Vermögensgefährdung) も含むとの主張もあり<sup>3)</sup>、どの時点で財産的損害の発生を認めるのかについては、見解の相違が生じている。仮に財産損失の危険性が生じている時点で財産的損害を肯定するとすれば、実際に財産を喪失した時点よりも、相対的にかなり早く詐欺既遂罪を肯定することとなる。したがって、この概念を肯定した場合には、詐欺既遂罪と詐欺未遂罪との区分は困難にならざるをえない<sup>4)</sup>。

このような財産危殆化の概念は、従来、いわゆる締結詐欺の類型で問題

---

1) Cramer/Perron in : Sch-Sch, StGB, 28. Aufl. (2010) § 263 Rn. 143.

2) Janique Brüning, ZJS 2009, 300.

3) Cramer/Perron, a. a. O. (Fn 1), Rn. 143.

4) Jan Schölsser, Zum Schaden beim betrügerisch veranlassten Eingehen eines Risikogeschäfts, NStZ 2009, 663(665).

とされてきたが<sup>5)</sup>、本事案のような冒険的取引の場面でも問題となりうる。すなわち、将来的に反対給付を獲得できないリスクの高い取引を行為者の欺罔に誘引されて締結することで、被害者の財産状態には損失リスクという意味での危殆化が生じているから、この財産危殆化に財産的損害を認めようと考えられるのである。とはいえ、詐欺罪は危険犯ではなく、あくまで侵害犯である<sup>6)</sup>から、財産危殆化を財産的損害と捉える考えに立った場合も、すべての財産危殆化が財産的損害と考えられるわけではなく、その財産損失の可能性があるとか、蓋然性があるといった程度では足りず、ほぼ確実といえる程度に達している必要がある<sup>7)</sup>。その意味で、構成要件要素としての財産的損害に含まれる財産価値の危殆化は「損害と等値される具体的な財産危殆化(又は危殆化損害)」(以下、具体的な財産危殆化と呼ぶ)と呼ばれているが、本決定でBGH第1刑事部は、これを「GG103条2項とほとんど両立しない」<sup>8)</sup>のものであると批判し、損害は「直接的に生じた最終的損害」(以下、直接的財産損害と呼ぶ)でなければならないとしている。

しかし、BGH第2刑事部は、2006年の背任罪事案でまさにこの「具体的な財産危殆化」の概念を用いて、財産的損害を肯定しており<sup>9)</sup>、ここにBGH内部での見解の対立がみられる。さらには、第2刑事部は当該決定

---

5) 締結詐欺とは契約履行前の契約締結時に詐欺罪の既遂が成立しうる場合を指し、この場合も、契約締結時に全体財産が減少することを財産危殆化として財産的損害が肯定されうる。締結詐欺の場合の財産的損害について、渡辺靖明「ドイツ刑法における『締結詐欺』をめぐる裁判例—民事契約取引での全体損害—」クレジット研究40号(2008年)207頁(214頁以下)。

6) ドイツ憲法裁判所(BVerfG)は近時、財産的損害の構成要件は詐欺罪の可罰性を限定するものであると同時に、詐欺罪を財産犯として、結果犯として特徴づける要素であると判示した(BVerfG, Beschuluss vom 7. 12. 2011 - 2 BvR 2500/9)。当該決定の評釈として、Matthias Jahn, Strafrecht BT: Schadensfeststellung beim Betrug, JuS 2012, 266; Christian Jäger, Betrügerische Lebensversicherung? (Al Quaida-Fall), JA 2012, 230。

7) Cramer/Perron, a. a. O. (Fn1), Rn. 144.

8) BGHSt 53, 204.

9) BGHSt 51, 100. いわゆる Kanther 事例。

の中で、行為者は財産に対する損失リスクが存在していることを是認するのみならず、それが現実化していることも是認していなければならないとしており、第1刑事部が「損害結果を是認している必要はない」とするのと対照的な考えを示している。したがって本稿では、財産的損害概念に対するBGHの考え方に焦点をあてるが、本決定におけるその他の論点については割愛することとする。

2. 上述のような第1刑事部と第2刑事部との対立は本決定ではじめて明らかになったものではなく、以前より背任罪の領域で存在していた。

第2刑事部は2006年10月18日のいわゆる Kanther 事例で、背任罪における財産的損害<sup>10)</sup>と故意の問題に取り組んだ。当該事案では、政治団体資金が義務に反して取得され、その取得を申告せずに虚偽の決算報告書が作成された行為は背任罪にあたるかが争われ、当該政治団体に所属する行為者は、その政治団体の有する目的を促進するためにあえて取得した資金を申告しなかったところ、それが政治団体に対する損害といえるかどうか、さらに行為者がその損害について是認していたかどうか、つまり未必的にせよ故意を有していたかが問題とされた。

第2刑事部はまず、当該事案で、政治団体の有していた資金利用の権利は行為者が当該資金の取得を申告しないことで危険にさらされており、この危険は経済的な観点からすれば、たとえ、実際にその危険がまだ現実化していないとしても、その取得または不申告の段階ですでに損害が発生しているといえる（つまり、損害と等値される）ほどに具体的な財産危殆化であり、財産的損害として認められるとした。これは、いうなれば損害概念の拡張傾向を示すものであるが、その拡張に対して、BGH 第2刑事部は背任罪の主観的構成要件要素、つまり故意の面で制限することを試みている。つまり、このような財産危殆化が問題となる場面で、行為者が故

10) 正確には「財産的不利益 (Vermögensnachteil)」であるが、ここでは両概念を区別する実質的意義はないとも思われ、本稿では不要な混乱を避けるために、同一の語をあてた。

意に行爲したというためには、単にそのような高度な危険の是認のみならず、さらにその危険が現実化することも是認しなければならないとし、ただし、その危険の現実化の是認は、実際に危険が現実化したかどうかとは関係ないと主張する<sup>11)</sup>。

これに対し、第1刑事部は2008年3月20日の決定<sup>12)</sup>で、行爲者が不動産投資信託(Immobilienfonds)の利益配当権(Anteile)を販売したところ、投資先の企業の経営が悪化したために、同企業の債権をカバーするために、被害者らから信託を受けていた資金を規約に反して用いたが、結局は同企業が倒産し、被害者らの資金も失われたという事案で、行爲者の任務違背行爲時での背任罪を肯定した。ここで、第1刑事部は、行爲者はすべての事情を知っていたのであるから、確定的故意をもって行爲しているといえ、当該事案と未必の故意を問題とした先の2006年の第2刑事部決定とは関連性がないことを指摘したうえで、背任罪の故意が常に危険現実化に及ばなければならないわけではないとしている。そして、当該事案では、行爲者が自身の行爲の義務違反性を認識し、さらに自身に信託されている資金に対して被害者が有している償還請求権の価値の減少を認識していれば、確定的故意は認められるという。また、財産的損害については、義務に反した冒険的取引の場合には、犯罪行爲(ここでは任務違背行爲)とともに直接的に生じていると考えられ、これはたとえ、その後リスクが現実化しなかったとしても、排除されるものではないと述べている。

その後、BGH第5刑事部によって同じく背任罪事案で、2006年の第2

---

11) このように背任罪構成要件にStGB266条の要件にはない要素を組み込むことは、背任罪の主観的構成要件に内心的超過傾向を要求することになるとの批判もあるが(Christian Becker, Paradigma in der Schadensdogmatik oder "Viel Lärm nichts"? -Zur aktuellen Kontroverse um die sog. "schadensgleiche Vermögensgefährdung", HRStZ 2009, 334(335)), これは刑罰を制限する方向に作用する限りで基本法103条2項の類推解釈の禁止に抵触せず、妥当であるとするものに、Bernd Schünemann, Zur Quadratur des Kreises in der Dogmatik des Gefährdungsschadens, NSStZ 2008, 430(432).

12) NSStZ 2008, 457.

刑事部の見解が採用されることになり<sup>13)</sup>、さらには第2刑事部自身もいわゆる Siemens 事例<sup>14)</sup>で2006年の第2刑事部決定を踏襲し、第1刑事部の見解はBGH判例の中に定着しないようにも思われたが、本決定で、第1刑事部は、具体的な財産危殆化の概念を否定し、両刑事部の対立は詐欺罪においても生ずることとなった。

3. では、両刑事部の見解の相違はどこに起因するものであろうか。または、そもそも本事案で第2刑事部の見解を採用した場合に、その結論は異なるものとなるのであろうか。

まず、いまいちど両刑事部の損害概念の捉え方を確認すると、第1刑事部によれば、冒険的取引が問題となる事案での財産的損害とは、その取引が本来的に内在していたとはいえないような財産損失の危険性を有している場合で、その取引が構成要件に該当する欺罔行為によって締結された場合には、被害者の処分行為と同時に発生していて、その損害は決して財産を危殆化したという意味での損害なのではなく、被害者の処分行為の前と後の被害者の財産状態を経済的に比較考慮することで直接的に生じた最終的な損害、つまりは財産損失なのであるとする。さらには、たとえ、処分行為の後に行為者によって、反対給付がなされたとしても、それはすでに生じた損害を排除することにはならず、単に損害を埋め合わせたにすぎないので、それは量刑事情として意味を持つにすぎず、それゆえ、いったん財産的損害が発生したからには、その後の財産状態の変動は構成要件要素である財産的損害にとっては重要ではなく、損害が補填されようと、逆に損害が拡大しようと、問題にはならないことになる。

他方で、第2刑事部によれば、財産的損害は財産価値が具体的に危殆化される時点で認められるから、被害者の財産に対するリスクが発生した時点でそのリスク発生がほぼ確実であるような場合には、その時点で財産的損害が発生しているといえる。というのも、確かに行為者と被害者との間

13) BGHSt 52, 182.

14) BGHSt 52, 323.

に締結された契約がまだ履行可能であるとしても、後の契約実行を基礎づける事情の発生可能性が著しく低い場合には、財産損失リスクの発生はほぼ確実といえるので、その点で被害者の財産状態の価値は減少しているといえるからである。したがって、第2刑事部の考えに従った場合、そのような高度のリスクを伴う契約が成立した場合、その成立時に財産的損害が発生していると認めるのであるから、その判断事情には後のリスク発生の可能性の程度も必然的に含まれているといえよう<sup>15)</sup>。

この損害概念に関する2つの捉え方は、故意にも影響を及ぼす。第1刑事部の考えによれば、構成要件の結果たる財産損害が処分行為の時点で発生している以上、この点についての故意があれば十分であり、その後の財産状態の変動が財産的損害の決定を左右するものではないのと同様に、その後の損害補填の意図の存在や処分行為時に存在していた財産減少のリスクの現実化を行為者が是認していることは考慮に値しないことになる。他方で第2刑事部の損害概念に従えば、財産的損害の判断事情に後の危殆化事情の発生の現実性が考慮されるならば、構成要件の結果の是認を故意の内容とする基本的思考に即して、行為者の故意にもその事情を盛り込むことになる。ただし、財産的損害の判断事情としての危険発生の可能性の考慮と、故意の判断事情としての危険発生の是認の必要性には、前者が当該リスクを客観的・経済的にみて評価するのに対し、後者が少なくとも行為者がそのようなリスクの現実化を是認していたといえるかどうかを評価する点で区別されることになろう。

では、第2刑事部の見解を採用した場合に本事案の結論は異なるものとなりえたのであろうか。本事案が、その外観からして、まさしく典型的な詐欺事案であるといえる限りでは、おそらくどちらの見解に立ったとしても、行為者が詐欺罪の罪責を負うことは免れえない。相違が生ずるとすれば、行為者によって契約履行を受けた先行する出資者(Altinvestor)に対

---

15) しかし、これは結局、「財産的危殆化は、それが損害に至る場合には、損害となるといっている」ことと同義で、明らかなトートロジーであると批判されている(Becker, a. a. O. (Fn11), 336)。

する詐欺罪の成否であろう。第2刑事部の見解に即して考えた場合、少なくとも行為者の故意は否定されるように思われる。というのも、確かに行為者は当該契約の有するリスクについては十分に是認していたが、さらなる出資金の獲得などを目的としている以上、損害結果、つまり反対給付が不能となることについて、是認していたかどうかには疑問があるからである。また、そもそも先行投資者に対する元本の償還と利回りの支払いは、当該取引システムの維持を目的とする行為者の計画に組み込まれていたものであるから、単に偶発的な事情とすることもできないとの指摘もされている<sup>16)</sup>。したがって、第2刑事部の見解を素直に理解した場合、先行投資者に対する詐欺罪は未遂も含めて否定されうるように思われる。

とすれば、第1刑事部の主張するような、詐欺罪を危険犯とすることで詐欺罪処罰が拡大されることに対する懸念は妥当性を有しないものとなる。確かに財産的危殆化を財産的損害とすることは、たとえ高度の危険性を要求したとしても、損害概念の拡張につながることは否定できない。しかしながら、結局のところ第1刑事部は、直接的財産損害の考えに従って、本件事で先行する出資者も含めたすべての出資者に対する詐欺罪の成立を肯定しているのであるから、この詐欺罪処罰の拡大に対する批判は、本件事に限っていえば、第2刑事部ではなく、むしろ第1刑事部に向けられているようにも思われる<sup>17)</sup>。

4. また、本決定の評釈の中には、第1刑事部の考えに対して、処分行為後の財産状態は結局のところ、その後の反対給付の行われる可能性が乏しいという財産危殆化を実質的に根拠づける事情を考慮しなければ、財産状態の減少は肯定できないのではないかとの批判もなされている<sup>18)</sup>。

---

16) Schlösser, a. a. O. (Fn 4), 666.

17) Becker, a. a. O. (Fn11), 335; Markus Rübenstahl, NJW 2009, 2392.

18) Wilfried Küper, JZ 2009, 800(802); また、Schlösser, a. a. O. (Fn 4), 665は、「客観的にみても、もっぱら…(中略)危険現実化時点が損害決定のために持ち出されることが首尾一貫しているであろう」と主張する。

もちろん、第1刑事部によれば、「犯罪行為の実行に基づいた契約履行の見込みは、それ自体、すでに価値のない」ものであるから、必ずしも財産を危殆化する事情を考慮せずとも財産的損害は肯定されうる。行為者が用いた取引モデルにおいては、確かに先行する出資者には出資金の償還と利息支払いの可能性が存在していたが、この可能性は行為者が被害者らに出資を動機づけた投資運用に基づくものではなく、詐欺を目的として構築されたシステムの成果なのである。しかし、この点についても、「たとえば疑いなく価値を有する請求にも、それが欺罔に基づく取引から生じたという理由でのみ」その価値が否定されるべきではないと批判されており<sup>19)</sup>、第1刑事部は、本事案で直接的財産損害の根拠づけに成功していないとの主張もなされている<sup>20)</sup>。

---

19) Küper, a. a. O. (Fn18), 804; 同様の趣旨の批判として, Schlösser, a. a. O. (Fn 4), 666; また, Rübenstahl, a. a. O. (Fn17), 2392は, 「『犯罪行為に基づく契約履行の見込み』を現実に償還のチャンスがあったにもかかわらず一括して道徳的にみて『価値のないもの』と示すことで, 暗黙の裡に時代おくれの法的財産概念を援用している」と批判する。ドイツにおける財産概念については, 林幹人『財産犯の保護法益』(東京大学出版会, 1984年), 照沼亮介「ドイツにおける詐欺罪の現況」刑事法ジャーナル31号(2012年)29頁(32頁以下)。

20) とはいえ、これらの批判が、我が国の議論でもなお妥当するとは限らない。すなわち、条文上は詐欺罪には財産的損害は必要とされていない我が国においては、欺罔の手段にすぎない実体のないシステムに意に反して参加させられることで、出資金の交付時点での詐欺既遂罪を問題なく肯定しうるように思われる。ただし、本事案でそもそも欺罔行為が肯定されうるのかについては別途、検討を要するであろう。なぜならば、「確実に、しかも同時に高い利率のある投資運用が存在すると、真剣に考えるとはだれも想定しないし、少なくとも一般人はそのように考えない」からである (Brüning, a. a. O. (Fn 2), 302)。本事案のような Schneeballsystem を用いた取引における欺罔行為についての検討として、Robert Kilian, Zur Strafbarkeit von Ponzi-schemes –Der Fall Madoff nach deutschen Wettbewerbs- und Kapitalmarktstrafrecht, HRRS 2009, 285(286ff)。なお、ドイツにおける欺罔行為の判断基準については、拙稿「詐欺罪における推断的欺罔の概念—行為者が事実を黙秘した場合の作為犯成立の限界—」大学院研究年報41号(2011年)193頁(199頁以下)。

したがって、本決定の結論に賛同を示す論者らでさえも、第1刑事部が財産的損害から具体的な財産危殆化を排除することには失敗していると<sup>21)</sup>、あるいは、本事案において損害を認定することで詐欺罪処罰を限定することの有効性に疑問を投げかけている者もいる<sup>22)</sup>。

5. 日本においても、とりわけ先物取引といった冒険的取引における詐欺罪の成否が問題となった事案がある。たとえば、最高裁平成4年2月18日決定刑集46巻2号1頁(いわゆる、「同和商品事件」)は「客殺し商法」による詐欺罪が問題となり、当該事案では、相手方に損を生じさせる「客殺し商法」又は「向かい玉」を用いる意図での取引勧誘が詐欺罪にあたるか、あるいは詐欺罪にあたるとしてもその既遂時期は取引勧誘をして相手方から委託証拠金を受領した時か、あるいはその後の客殺し商法を用いた時点かが論点とされた。最高裁はこれらの点につき、そのような相手方に損害を与える意図での契約勧誘は、相手方の委託証拠金の交付(処分行為)を受けた時点で詐欺罪を構成すると判示している。

あるいは、本決定と非常によく似た構造を有する大阪地裁平成元年3月29日決定(いわゆる「豊田商事事件」)判時1321号3頁では、純金の売買契約と賃貸借契約を組み合わせた取引において、実際には、顧客から純金の売買代金として受け取った金員を純金購入に充てることなく、純金を渡さないように済ませる方法として当該純金を豊田商事に賃借する契約を結んでいたのに、顧客に対しては、金を運用することで賃貸料を支払い、契約満了時には純金も返還する旨申し向けて契約を結んでいたことが詐欺罪にあたるかが争われた。当該事案では、当該売買代金は実際には先行する

21) **Rübenstahl, a. a. O. (Fn17), 2392.**

22) **Brüning, a. a. O. (Fn 2), 303.** また、Andreas Ransiek/Tilman Reichling, ZIS 2009, 315(316) は、財産的損害を厳密に解すと、損害賠償請求権が消滅時効にかかるまで、被害者の財産的価値は減じられていないことになってしまうから、「StGB263条266条にいう[財産的]損害は[損害の]最終性を前提としているわけではない」([括弧]内は著者補足)と指摘する。

顧客の利子充当や契約満了時に引き渡す純金の購入代金に充てていたという事情が存在し、この点では、本決定と同様に、契約実体のない「自転車操業」によって、取引システムが構築されている。ここでは、純金の売買契約と純金の賃貸借契約をセットとして行った取引が当初から詐欺罪を構成するのか、あるいは同企業の経営状態が次第に悪化し、顧客に対する給付能力がなくなった時点以降に詐欺罪を構成するのかが注目されていた<sup>23)</sup>ところ、大阪地裁は、この点につき後者の点を重視して、詐欺罪を構成していると思われる。

豊田商事事件に対しては、学説上、賛同する見解<sup>24)</sup>と批判する見解<sup>25)</sup>の両者があるが、前者は、目的不達成論的な立場<sup>26)</sup>から、被欺罔者の関心は金を買ったことにして、その代金を行為者に運用してもらい、契約満了時に金銭を受け取ることにあったのであるから、その運用手段が実体のないものであったとしても、いまだ金の代金支払い時には欺罔行為は存在しないと対し、後者は、被告会社が金を保有する能力もない状態にありながら欺罔手段によって金の代金の名目で集めた資金は、あくまでも騙取金であり、後続の顧客からさらに詐取する資金を見込んだ返還能力の有無とは関係なく、代金支払い(処分行為)時で詐欺罪を肯定しなければならないとする。この後者の見解は、本決定における第1刑事部の見解と共通点を多く持つものであろう。つまり、当初から契約通りの投資運用を図るつもりがないのに、その意思があるかのように振舞って受領した出資金の受領は、処分行為後の返還の事実や意図とは関係なく、処分行為時にすでに詐欺罪を構成すると考えるのである。

---

23) 神山敏雄「豊田商事刑事判決の意義と問題点」法時61巻7号82頁(84頁)。

24) たとえば、林幹人「詐欺罪における欺罔の概念—豊田商事事件(大阪地裁平成元年3月29日判決)を契機として—」ジュリ951号104頁(105頁)。

25) たとえば、神山・前掲注23) 84頁。

26) 詐欺罪では、被欺罔者の当該取引における目的が達成されない場合に財産に対する侵害が肯定されるとする立場。

6. 以上、冒険的取引における財産的損害について、BGH 内部の見解の対立と第1刑事部決定に対する批判とを中心に参照してきたが、本決定は、根拠づけの点では大きな相違があるが、処分行為をもって財産的損害を認めるという結論に限っていえば、形式的個別財産説に近いもののように思われ<sup>27)</sup>、我が国における財産的損害の議論においても参照価値が高いものであろう。とりわけ、我が国においては、財産的損害の要否とその内容に関しては、近時、非常に活発な議論が展開されており、財産的損害の必要性を前提にその内容を実質的に捉える実質的個別財産説が有力に主張されているのであるから、この点、財産的損害の内容についてのBGH 内部の見解の相違は非常に示唆に富んでいる。また、本決定で問題となったような財産的損害と詐欺罪の故意の関係性については、これまで意識的に論じられることは必ずしも多くはなかったが、財産的損害を必要と解した場合には、それと関連して、行為者の故意にどのような要素を要求するかについての議論も求められることになろう<sup>28)</sup>。BGH 内部での対立については、ドイツ学説内でも関心が高く、今後のBGH 判例の動向に注目する必要がある。

---

27) 財産的損害についての学説の議論と、形式的個別財産説から実質的個別財産説に対する批判については、渡辺靖明「詐欺罪における実質的個別財産説の錯綜」横浜国際経済法学20巻3号(2012年)121頁。

28) その際、ドイツでは故意の要素として認識的要素と主意的要素の両者が判例上、必要とされていることには注意が必要である。故意の内容に関するBGH判例理論については、菅沼真也子「殺人の未必の故意の認定における『阻止関の理論』について」比較法雑誌45巻3号(2011年)311頁。なお、「詐欺罪の故意は、事実上、損害発生との認識と重なる」ことを指摘するものとして、木村光江『詐欺罪の研究』(東京都立大学出版会、2000年)237頁。

