

目的犯の新たな潮流（1）

伊 藤 亮 吉

目 次

一 はじめに

二 目的犯の新たな分類

1 Absicht の二つの機能

2 新二分説の展開

三 詐欺罪における利得 Absicht

1 判例の状況

2 学説の状況

3 望まれた中間目標と避けられない付随結果（以上、本号）

一 はじめに

20 世紀初頭に目的犯（Absichtsdelikte, Absicht 犯罪）を短縮された二行為犯（不完全な二行為犯、後の行為を目的とする犯罪）と断絶された結果犯（結果を目的とする犯罪）とに二分することが提唱され¹、それに引き続いて発見・展開された主観的違法要素論の狙いは違法と責任を峻別し

1 Karl Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil Bd.1, 1902, S.11f. は、ドイツ帝国刑法典 87 条の叛逆罪（外国政府をドイツ帝国に対する戦争へと誘うため）等を法律が明文で一定の結果達成のための行為を要求するものとして断絶された結果犯の例として、146 条の通貨偽造罪（偽貨を真正の通貨として行使するため）を既遂犯を構成すべき第二行為を第一行為に続かせる目的で第一行為が遂行される形式として短縮された二行為犯の例としてあげている。

て、「違法は客観的に、責任は主観的に」の命題においても主観的違法要素を肯定すべきかどうかの道のりであったといえよう。例えば、窃盗罪や詐欺罪における超過的内心傾向や、そこから結果に関する Absicht 犯罪と後の行為に関する Absicht 犯罪との二分を検討したり²、シカーネの禁止、治療目的でない医師の診察行為、懲戒目的でない教師の懲戒を根拠に主観的違法要素の存在を肯定したり³、外面的には同じ行為が正当となったり不法となったりすることもあるので、不法の決定に際しては主観的要素に依存する場合があります⁴、などの主張がなされたのである。これを端的に表しているのが次の文章である。「長い間理論刑法学は Binding の権威のもとのような信念があった。すなわち、違法な構成要件の充足は純粋に客観的なものであって、それゆえ主観的要素は責任の領域に属する。したがって刑法 242 条の目的 (Absicht) は構成要件要素ではなく、例外的に責任につけ加わらなければならない特殊な主観的状况であり、これがあることによって責任が存在し処罰が可能となる、というものである。しかし、特に Hegler、Mezger、Nagler によって促進された、いわゆる主観的不法要素に関する学説によって初めて、不法と客観、責任と主観のこのような硬直した区別が排斥された。違法性の領域においても主観的要素が存在すること、例えば 242 条の Absicht が 242 条の構成要件不法の規定に属することには今日争いはほとんどみられない。もっとも、主観的不法要素を肯定することはこの客観的要素と主観的要素から組み立てられた状況を外部から、この意味では客観的に、考察することを妨げるものではないと見渡されることがしばしばある。こうして構成要件不法は外部から

-
- 2 August Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW Bd. 36, 1915, S.31f; August Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Festschrift für Reinhard von Frank, Bd.I, 1930, S.311ff.
 - 3 Max Ernst Mayer, Der allemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2.Aufl., 1923, S.3ff, 10ff, 185f.
 - 4 Edmund Mezger, Strafrecht, 3.Aufl., 1949, S.169ff.

見られる現象であり、責任は同様に外部から判断されるが行為者の所為に對するその内心の関係である」⁵というものである。

目的犯を短縮された二行為犯と断絶された結果犯とに二分する考え方はわが国においても支配的であるといえる⁶。ここでの目的の性質については次のような見解が有力に主張されている。前者は客観的要素たる態度が行為者自身または第三者の側からの新たな行為の手段または地盤として意欲される場合であり、目的を客観化して、行為自体の傾向が目的実現に向かっていることを要するというふうに考えることはできず、目的内容はまさに自己または他人の行為であり、外部的行為に内在する一般的傾向または可能性の包含しうる以上のものであるからであり、この目的は行為の違法性・危険性を理由づける主観的違法要素である。このような行為者の目的が加わることにより、その外部的行為はあるいははじめて法秩序に対する危険性を帯びまたはすでに帯びていた危険性を増大すると考えられるからである。これに対して、後者は外部的行為が目的内容たる第二の結果の客観的原因と考えられている場合であり、行為自体が客観的にみてこれらの目的達成に十分なだけの潜在的可能性、すなわち危険性を有しなければならず、客観的要件である態度がなされれば当然そのいずれかが生ずる可能性があり、目的が行為の法益侵害性を左右すると考えることには疑いがある⁷、というものである。これに対して、行為から結果が発生する危険を行為者の主観と関係なく客観的・外部的に論定すべきことから、目的

5 Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, S.114.

6 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（昭和47年）124頁、佐伯千仞『刑法における違法性の理論』（昭和49年）268—270頁、中義勝『刑法上の諸問題』（平成3年）33—39頁、中山研一『刑法の論争問題』（平成3年）31—47頁。

7 佐伯・前掲注(6) 268—270頁。同様に、平野・前掲注(6) 124—125頁は、前者においては、目的があることによってはじめて、行為に法益侵害の危険性が生まれるとし、目的を主観的違法要素と肯定するが、結果を目的とする犯罪では、客観的に危険な行為を認識した場合だけを処罰し、目的は故意を確定的故意に限定する。

犯を一種の危険と解し、いずれの目的犯についても目的を客観化することによって主観的目的の違法要素化を避ける⁸見解や、目的犯の目的は、責任の面とは切り離して、行為の違法性の有無・程度を定めるうえにも不可欠な重要性を有し、例えば偽造行為は行使の目的で行われることによって初めて犯罪としての違法性を具備する、さらには、本来行為者の内面的要素であるべき目的をことさら客観化して捉えようとする不自然な方法論は目的の内容自体をゆがめてしまう嫌いがある⁹と主観的違法要素としての目的を肯定する見解も主張されている。いずれにしても、ここでは目的を違法要素として認めるべきかそれとも責任要素とすべきかが議論の中心となっている。

Absicht 犯罪の Absicht を主観的違法要素とすることに異論がない点はわが国の状況と異なるものの、ドイツにおいてもこのような二分説を採用する見解は有力に主張されている¹⁰。そこでは Absicht 犯罪に関して次のような論述をすることで概ね一致をみている。すなわち、不完全な二行為犯では第二行為を行う Absicht が第一行為の時点で行為者に存在すれば十分であり（例えば、被誘拐者の同意のある誘拐（ドイツ刑法 236 条）では行為者の Absicht は被誘拐者に対して後に性的行為をすることによい）、Absicht は自身のさらなる行動に向けられるのに対して、断絶された結果

8 中山・前掲注 (6) 33、38、40－43 頁。

9 大塚仁『刑法概説（総論）』[第 4 版]（平成 20 年）362－363 頁。

10 Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S.319; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd.I, 4.Aufl., 2006, S.318; Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1993, S.176. (ただし、短縮された結果犯の概念のもとに、立法者が財の侵害に必要な態度の一部を待つことなく放棄する場合（不完全なまたは断絶した二行為犯）と、立法者が行為の態度の終了までは待つが結果の発生を放棄する場合とに分類する); Mezger, a.a.O. (Anm.4), S.172. (短縮された二行為犯と傾向犯の一種としての断絶された結果犯に分類する); Theodor Lenckner/Jörg Eiselevor, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28.Aufl., 2010, vor §§13Rn.63; Tobias Witzigmann, Mögliche Funktionen und Bedeutungen des Absichtsbegriffs im Strafrecht, JA2009, S.489.

犯では結果発生は構成要件に含められるのではなく、行為者の結果に向けられた Absicht で十分であり（例えば、詐欺（ドイツ刑法 263 条）における利得 Absicht）、Absicht でもってなされた結果の発生は行為者自身の行為とは無関係である¹¹、というものである。これは、Absicht 犯罪を Absicht が行為態様や法益侵害性に対してどのように関係するかの観点から分類を試みるものであるが、この分類とは別に、Absicht 犯罪の Absicht にどのような内容をもたせるべきかの見地から Absicht 犯罪の二分を試みる見解もまた有力に主張されている。本稿はこのような Absicht 犯罪の新しい分類をてがかりとして、Absicht 犯罪における Absicht の内容のありかたの検討を試みるものである。なおいさか不正確との誹りを免れないが、論文の構成上便宜的に Absicht 犯罪における短縮された二行為犯と断絶された結果犯という従来からの分類を旧二分説、本稿で指摘する新しい分類を新二分説と名づけるものとする¹²。

二 目的犯の新たな分類

1 Absicht の二つの機能

(1) 現在 Absicht には大きく二つの機能が認められる。第一は故意の一形式としての意図である。一般的に故意は知的側面と意的側面の強さに応じて¹³、直接的故意 (dolus directus) としての意図 (Absicht, dolus directus 1. Grades (第一級の直接的故意)) と確定的認識 (Wissentlichkeit, dolus directus 2. Grades (第二級の直接的故意))、そして未必の故意

11 Jescheck/Weigend, a.a.O. (Anm.10), S.266.

12 ドイツ刑法典の日本語訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（平成 19 年）を参考とした。

13 Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm.5), S.483.は、自己の家への放火に際して、屋根に居住する者を殺害するための場合（強い意の現れ）、この者の死が確かではあっても自己の行為の気の毒な付随現象にすぎない場合（強い知の現れ）、この者が救助されることもありうるが火事で死ぬことをも考慮していた場合（弱い意、弱い意の現れ）と、知と意の内容の多様性の事例を出している。

(Eventualvorsatz, *dolus eventualis*) に三分される¹⁴。v 意的側面と知的側面にはその構造上それぞれ二つの形態がみられることから両者を組み合わせると故意の内容としては次の四類型が考えられることになる。すなわち、①結果を求め、その発生を確実と予見した、②結果を求め、その発生を可能と予見した、③結果を受け入れ、その発生を確実と予見した、④結果を受け入れ、その発生を可能と予見した場合がそれである。*dolus directus* 1. Grades とは故意の意的側面が最も強く現れたものである。行為者の目標が構成要件を充足することで、結果の惹起が行為者に重要な場合である (①)。また *dolus directus* 1. Grades は、行為者が求めた結果が確実に発生することを知らず、可能にすぎないとした場合をも包含する (②)。ここでは知的側面の欠如は強い意思によって補われることとなる。こうして *dolus directus* 1. Grades にとっては結果発生を確実ととらえたのかそれとも可能にすぎないととらえたのかの強さに応じて知的要素を分割することは重要ではない¹⁵。一方、*dolus directus* 2. Grades は、行為者が法律上の構成要件を実現することを知っていたり確実であると予見している場合に認められる、知的側面が強く現れた場合であり、強くない意は強い知によって補填される¹⁶(③)。④は未必の故意の類型である。こうして故意は三分される^{17 18}。

14 Joachim Vogel, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 12. Aufl, Bd.1, 2007, §15Rn.77.

15 Erich Samson, *Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht* *Strafrecht*, JA1989, S.450; Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm.5), S.484.は、そうでなければ人間による手段の不完全性を意識している懐疑的な者は *absichtlich* に行動することはないとし、また、BGHSt21, 283.は、「行為者にとって行為の際に重要である結果は、行為者の一定の意思すなわち行為者の直接的故意の対象であり、行為者がその実現を確実としたのか可能としたのか、その実現を望んだのか遺憾におもったのかはどうでもよい」とすることから、結果発生を可能とした場合にも *dolus directus* 1. Grades を認めることは可能である。

16 Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm.5), S.485.

17 Samson, a.a.O. (Anm.15), S.449f.は、表象することで行為者が所為へと動機づけられる結果を主要結果、発生が行為者にどうでもよいとか望まれてい

dolus directus 1. Grades と dolus directus 2. Grades の相違についてしばしばもちだされるのがトーマス事例¹⁹である。これは、保険金を獲得するために爆弾を爆発させて船舶を沈没させる計画を抱いていた行為者が、沈没の際には乗船員が溺死することも高度な蓋然性をもって認識していたという事案である。dolus directus 2. Grades は、自己の態度が刑法の前提を充足することについて行為者が確実な認識を有していれば存在する。ここでは乗船員の死は一般的生活経験によれば通常は発生するが必然ではない付随結果であり、行為者は付随結果の発生を確実なものとして受け入れたにすぎず、Absicht は問題とはならない。すなわち、行為者が Absicht によらない結果を必然的な付随結果として予見した場合^{20 21}には、

ない結果を付随結果としたうえで、dolus directus 1. Grades は主要結果の問題であり、知的要素によるさらなる分類は役に立たない (①、②)、付随結果の問題は知的要素に応じて区別され、dolus directus 2. Grades は行為者が結果発生が確実であるにとらえた場合であり (③)、dolus eventualis は結果発生が可能にとらえた場合である (④) と説明する。

- 18 Vogel, a.a.O. (Anm.14), §15Rn.80. は、Absicht は未必の故意よりも重い、故意の基本形態、理想類型と位置づける。これに対して、Ingeborg Puppe, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 3.Aufl., Bd.1, 2010, §15Rn.105.は、dolus eventualis が故意の基本形態であり、Absicht は dolus eventualis の特別類型§であるとする。
- 19 トーマス事例については、Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd.2, 2.Aufl., 1916, S.851ff.
- 20 Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm10), Schönke/Schröder, §15Rn.68; 他には、Puppe, a.a.O. (Anm.18), §15Rn.110.
- 21 Friedrich Sprang, Zur Auslegung der Absichtsmerkmale im deutschen Strafrecht, 1960, S.57f.は、これについて、例えば、子供の食料を確保しようとする密猟者が雛に餌をあげている雉を発見し、「雛に発砲すれば家族は食事をとれるが、そうすると必然的に雛も死ぬことになろう」と考えたが、雛の死は密漁者の遂行のための刺激となったわけでもなければ、発砲により密漁者は目的的に雛の死を追求したわけでもない。必然的であると表象された帰結を密猟者は受動的に受け入れただけであり、嫌々ながらもこれを許容した。付随結果は行為の目的ではないし、また付随結果でもって行為者はさらなる目的を追求することもない。こうして両者の相違を見出すことができる。なお、Samson, a.a.O. (Anm.15), S.450.は dolus directus 1. Grades は主要結果と、dolus directus 2. Grades は付随結果と関係すると定義づけるが、疑問である。結果の発生について意図しておらず確定的認識しか有していない心理状態が常に付随結果とだけ関係するものではなく、主要結果と関

つまり行為者は乗船員の死について意図してはいないが、その確定的認識があったために故意を有することになる。

ところで、ドイツ刑法典は Absicht に関して何ら定義するところがない²²。Absicht に様々な意味が認められることは判例にも現れているとおりであり²³、その内容はもっぱら解釈論に委ねられることになる^{24 25}。そして、狭義の Absicht や技術的意味の Absicht とは *dolus directus* 1. Grades の意味で用いられ、これは、目標を達成することが重要でなければならない、ある目標に向けられていなければならない、一定の行動の目的として目標を意図することである、構成要件の目的として目標を求める、

係することもありうるであろうからであり、そうであると、未必の故意が登場する場面はどのようなものがあるか想定が困難となってしまうであろうからである。

- 22 1962 年草案 17 条は「法律が absichtlich な行為を前提とする事態を実現することが重要な者は absichtlich に行為したものである。」と Absicht を定義する試みがなされたが、立法には至らなかった。これに対して、1966 年代案は、Absicht の定義づけを断念したが、これは Absicht 概念は様々な所為事情において様々な機能を有しうるからであり、1975 年第二次刑法改正法は代案にしたがった。これについては、Klaus Gehrige, *Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB*, 1986, S.26; Stefanie Mahl, *Der strafrechtliche Absichtsbegriff — Versuch einer Inhaltsbestimmung mit Hilfe psychologischer Erkenntnisse*, 2004, S.69; Baumann /Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm.5), S.485.
- 23 BGHSt4, 107; BGHSt9, 142; BGHSt13, 64; Absicht の解釈、詐欺罪における利得 Absicht の解釈の変遷については、BGHSt16, 1; vgl.Theodor Lenckner, *Zum Begriff der Täuschungsabsicht in §267 StGB*, NJW1967, S.1891.
- 24 BGHSt9, 142; BGHSt16, 1.
- 25 Sprang, a.a.O. (Anm.21), S.37f.は、Absicht には四つの異なる心理的事態を特徴づけるのに用いることができるとし、①行為者がその最終的な内心の満足を保持する結果や事態を求めることであり、結果を最終目的として求める Absicht、②最終目的に先行する目的の全て、その達成が心理的目的実現のために条件関係にある中間目的として求める Absicht、③確実に生じると認識され付随結果の惹起も含む (*dolus directus* (確定的認識) と一致する) Absicht、④*dolus eventualis* を含めた故意を意味する Absicht をあげる。ただし、刑法としては結果が最終目的である必要はないから、むしろ最終目的に先行する、その目的の達成が最終目的実現のための条件関係を形成している中間目的が求められることとなるから、①の意味での Absicht は、②の Absicht を検討すれば足りることとなる。

行為者の行為は目標に向けられていなければならず、これは構成要件に該当する態度の目的として求められる等と定義される²⁶。これに対して、*dolus directus 2. Grades* の意味をも含めた *Absicht* は広義の *Absicht* と呼ばれることがある²⁷。

故意としての *Absicht* は主として意的要素によって特徴づけられるが、構成要件の実現が行為の動機や目的、目標であるとして特徴づけられることもありうる。ここでは構成要件該当結果の発生は行為者の唯一の動機であったり唯一の最終目的である必要はなく、最終目的を達成するのに必要な手段であるという意味での中間目標であればよい。そのような手段目的関係が存在すれば、その手段が行為者には無関心であったり望まれていなかったとしても、*Absicht* は認められることとなる。そして、行為者の意思が結果に向けられていれば、目標の達成は最終目標である必要もなければ、主たる結果や唯一求められた結果である必要もなく、他の目標とともに求められた結果や、別の目的のための手段として求められた目標であってもよい²⁸。これに対して、手段目的関係の外部結果である行為の付随結果については、それが行為者の視点から確実に発生するとしても、

26 Sprang, a.a.O. (Anm.21), S42ff; Johannes Wessels/Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 41.Aufl., 2011, S.82f.は、構成要件結果の発生や法律が *absichtlich* な行為を前提とする事態の発生が重要な場合であるとし、*Absicht* は目標として向けられた結果意思として理解されとする。

27 このような用法を用いるのは、Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Bd.1, 2002, S.333f; Puppe, a.a.O. (Anm.18), §15Rn.109; Rudolf Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 11A, 2010, S.450.

28 Vogel, a.a.O. (Anm.14), §15Rn.81; Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §15Rn.66 も同様に、行為者が結果を望ましいとすることは必要ではなく、たとえ行為者が結果に積極的に取り組まないとしても、論理必然的に結果が発生するのであれば、*Absicht* は存在するのであって、行為者が最終目標を望まざる中間結果を通じてしかえられないと知っていれば、行為者はこれを求めたといえる; Wessels/Beulke, a.a.O. (Anm.26), S.83. は、行為者が結果を「近い将来の目標」として到達しようとするれば十分であり、それは行為者をして「さらなる目標」への道のりへと進ませるからであり、自己所有の納屋に放火した場合に、最終目標である保険金の獲得だけでなく中間目標である納屋の放火をも意図すれば、それで求められた最終結果は到達しようとする。

Absicht によって把握されることはなく²⁹、dolus directus 2. Grades の問題となる。

(2) Absicht の第二の機能は目的犯 (Absicht 犯罪) の目的 (Absicht) である。Absicht 犯罪とは客観的構成要件と主観的構成要件とが一致せず、客観的構成要件を超えた、すなわち行為の客観的側面に対応するもののない超過的内心傾向としての特殊的主観的要素である Absicht が主観的構成要件として要求される犯罪類型である。ここでは通常の故意の他に一定の Absicht が必要とされることになるが、この Absicht は故意によって把握されるのではない追加的に確認されなければならない特別な心理状態を意味する³⁰。いずれにしても故意であれば故意犯の客観的構成要件の全てのメルクマールが故意の認識対象とされることとなり (ドイツ刑法 15 条)、一部の例外を除いては³¹、原則として特定の故意形式が要求されることはなく、上であげた三つの故意形式は犯罪成立について等価値的に異なることはない。こうして現在では、Absicht はとりわけ Absicht 犯罪の Absicht として役割を果たすところが大きいといえる^{32 33}。そこで次

29 Vogel, a.a.O. (Anm.14), §15Rn.80.

30 Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §15Rn.24.

31 ドイツ刑法典では、例えば 258 条 1 項、2 項のように「absichtlich oder wissentlich (意図的に又は事情を知りながら)」を構成要件上要求する犯罪類型が存在する。このような構成要件では、意図や確定的認識だけが問題とされ、未必の故意が排除されることになる。この点について、Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.78; また、164 条や 187 条では「wider besseres Wissen (確定的な認識にもかかわらず)」と確定的認識で行為することが要求されている。

32 Samson, a.a.O. (Anm.15), S.452.は、このような Absicht の二義性の問題を防止するために故意形式では Absicht ではなく dolus directus 1. Grades とし、Absicht は超過的内心傾向で用いられるべきと提唱する。さらに、内田文昭『犯罪構成要件該当性の理論』(平成 4 年) 243 頁参照。

33 ドイツ刑法典ではこの Absicht は、「um ~ zu」や「zu」(～のために)などの同義の文言で言い換えられて使用されているが、一般的にはこれらは全て同義であるとされている。この点について一部には「um ~ zu」では一定の目標に関する特に強い意思内容を強調したいとおもひ、「in der Absicht」(Absicht でもって)では行為が動機づけられて行われたという事態にとりわけ重きをおくものとの理解もあるが、Sprang, a.a.O. (Anm.21), S.45ff.は、この言語感覚にしたがうだけの相違は刑法上は重要ではないとする。

に、Absicht 犯罪における Absicht についていくらか詳細に概観していく。

2 新二分説の展開

(1) 旧二分説が Absicht 犯罪の考察に大きな足跡を残し、また現在でも意義を有していることに疑問はない。特にわが国における主観的違法要素の是非に関する議論が違法論に深化をもたらしたその功績に異論はないところである。しかし、ここでの主張からは、法益の側面から短縮された二行為犯に比べて断絶された結果犯の方が、後者の Absicht を違法要素とは認めない立場がみられることから、所為が法益侵害により接近し、法益の危殆化はより徹底している³⁴とすることはできるとしても、Absicht 犯罪における行為態様や法益侵害との関連を述べる以上のことは引き出されてはいない。例えば、主観的違法要素論が発見・展開された時期には、Absicht とは結果を求めたり意思を結果へと方向づけるものである³⁵、あるいは、目標を意識した直接的な結果への意思方向と特徴づけるものである³⁶とする見解が主張された³⁷が、これらは Absicht 一般について述べたもので、Absicht 犯罪の Absicht を念頭に置いたものではなく、したがってその分析のために十分な素材を提供してくれるとまではいえないであろう。その中で旧二分説に立脚して Absicht の分析を試みたものとしては、Absicht の内容は個々の構成要件解釈であるとしつつも、短縮された二行為犯ではさらなる行為を行うには新たな意思による活動が必要であり、その結果として意的要素に欠けた故意が行為の遂行に係ることは考えられず、したがって法益侵害活動の遂行に関しては技術的意味の

34 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.102.

35 Max Ernst Mayer, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901, S.64.

36 Edmund Mezger, Leipziger Kommentar, 8.Aufl., Bd.1, 1957, S.515.

37 Mayer, a.a.O. (Anm.3), S.241; Franz von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1932, S.260; Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 1969, S.68; vgl.Sprang, a.a.O. (Anm.21), S.21ff.

Absicht が要求されなければならない。これに対して、断絶された結果犯では利益侵害結果に関して *dolus directus* 1. Grades、*dolus directus* 2. Grades、*dolus eventualis* のいずれでもよく、この構成要件は特に危険な態度を記述することから、行為者が違法結果発生 of のわずかな可能性しかみていなくとも、(危険な) 構成要件行為の実行は禁じられており、行為をする者に *dolus eventualis* が存在する場合もこれに含まれ、断絶された結果犯では構成要件外の結果に関する *dolus eventualis* で処罰には十分である³⁸、との主張が注目に値する。

(2) 上であげた Absicht の分析は十分参考にするべきところではあるが、ドイツにおいては現在 Absicht 犯罪の Absicht が違法要素としての地位を固め、多様な形で Absicht 犯罪が規定されていることから、旧二分説とは異なる Absicht 犯罪の構造から Absicht の内容を検討することに重点が置かれるようになってきている。この点について、Absicht が要求される場合には故意としての意図との整合性を考慮すれば *dolus directus* 1. Grades を伴った行為を要請するのが当然ともおもわれるところがある³⁹が、立法による言語使用は統一的ではなく⁴⁰、「Absicht」や「absichtlich」

38 Sprang, a.a.O. (Anm.21), S.78ff; これに対して、大塚・前掲注 (9) 135 頁は、断絶された結果犯では確定的認識を要するが、短縮された二行為犯では未必的認識で足りるとする。

39 Robert von Hippel Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd.3, 1908, S.534f.は、優れた法律では様々な意味のある文言を用いることは許されず、Absicht を望ましい価値あるものとして求められた帰結やその達成のための手段という狭義の意味で用いることを推奨しつつ、立法者が Absicht という用語でもって何を考えているかを明確にし、この専門用語を一貫的に実行することが求められなければならないとする。

40 Rudolf Rengier, Die Unterscheidung von Zwischenzielen und unvermeidlichen Nebenfolgen bei der Betrugssabsicht, JZ, S.324.は、Absicht が absehen (見て取る、読み取る) に由来し、voraussehen, Voraussicht (予見する) と結びつけられることから、Absicht は確定的認識を含むことも可能であるとする。また、Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 2010, S.125.も、Absicht 概念の中に本質的な行為と認識的に未必の故意を可能とする解釈とは矛盾するものではないとする。

という用語が刑法典の数多くの構成要件で *dolus directus* 1. Grades の意味での *Absicht* として把握すべきでないものがあることは今日では一般的に認められている。例えば通説によると、ドイツ刑法 164 条、274 条、288 条等では *Absicht* 概念は *dolus directus* 1. Grades の意味で用いられ
てはおらず、*dolus directus* 2. Grades で十分である、そうはいっても
dolus eventualis では足りないとされている⁴¹。つまり、*Absicht* の内容
としては、*dolus directus* 1. Grades に限定されず、*dolus directus* 2.
Grades で足り、*Absicht* が未必の故意を排除するだけの役割を果たす場
合があることが認められているのである⁴²。そして各犯罪における
Absicht がいずれの *Absicht* 概念に妥当するかは各構成要件の解釈の問題
であり、その意味で目的犯の目的の内容について総論的に統一的な規則を
提示することはできないとされている^{43 44}。

41 Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm.5), S.484; Sprang, a.a.O. (Anm. 21), S.55.

42 Albin Eser/Bjoern Burkhardt, Strafrecht I, 4.Aufl., 1992, S.91.は、超過
的内心傾向は客観的構成要件に対応物がないことで故意と区別され、法律は
この傾向を「*Absicht*」その他の文言で特徴づけるが、これについて常に同じ
ものが考えられているわけではない、特に常に「目標に向けられた意思」で
はないことについては一般的に認められている、とする。

43 Rengier, a.a.O. (Anm.40), AT, S.125; Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.44; Mahl,
a.a.O. (Anm.22), S.68; Vogel, a.a.O. (Anm.14), §15Rn.87; Samson, a.a.O.
(Anm.15), S.452.は、*Absicht* の規定からは未必の故意では十分でないこと
は確かだが、*dolus directus* 1. Grades が必然的であるとみるべきなのか、そ
れとも *dolus directus* 2. Grades でも十分なのかは規定自体から取り出すこ
とはできないとする。BGHSt13, 219.も、「刑法は『*Absicht*』という用語や
それと意味の同じ内心の所為側面のメルクマールを用いている。しかしこの
メルクマールの法的意味は常に同じわけではない。むしろ各刑法の意味と目
的に応じて変わるものである」とする。

44 この点は古くからも指摘されており、例えば、v.Hippel, a.a.O. (Anm.39), S.
533f.は、ドイツ刑法典において *Absicht* は最終目的すなわち望ましいものと
して求められる帰結である場合と、求められた帰結と必然的なものとして結
びついた帰結を含める場合とを表しているので、*Absicht* という文言は統一
的な意味を有しておらず、*Absicht* それ自体の文言が意味するものを検討す
るのは全くもって無益である、立法者が用語をどう用いるのかは立法技術の
問題である、とする。vgl.Reinhard Maurach, Deutsches Strafrecht
Allgemeiner Teil, 1954, S.230.

(3) Absicht 概念が多義的であり、その解釈は各犯罪構成要件において解決されるべき問題であるとはいえ、新二分説では Absicht 犯罪は Absicht の内容にしたがって一応の分類が可能であるとされている。例えば、Absicht が法益侵害ではなく典型的な行為者動機を記述する場合と、Absicht が保護法益の侵害に係る場合⁴⁵とに二分して検討される。前者のグループには主として財産犯罪が属し、窃盗罪の「違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的」(ドイツ刑法 242 条)、恐喝罪の「不法に自ら利得し又は第三者に利得させるため」(ドイツ刑法 258 条)、詐欺罪の「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」(ドイツ刑法 263 条)等がこの類型に属するとされている。例えば詐欺罪においては財産侵害をもって法益侵害は完全に発生しているところ、これだけでは可罰性に十分でなく行為者に侵害故意とともに利得 Absicht も認められなければならないかは自明なことではないが、構成要件は財産移転の Absicht に動機づけられた行為者だけを捕捉しようとするのであって、ここでは、別の動機づけがほとんど現れないためか、それともこの動機づけだけが行為者をして民法による損害の均一化がもはや達成できないほどに危険であるとおもわせるためかは別として、いずれにしても特別な動機だけが問題とされており、行為者によって意図されたさらなる法益侵害が問題なのではない。この動機は、財産侵害が他者の利得に通じることが可能であるとか確実であるにとらえたが、これが重要ではない行為者に認めることはできない。つまり、Absicht が法益侵害に係るせずに、遂行された法益侵害の領域から特別に動機づけられた領域だけが可罰的であると強調する機能を有している場合には、Absicht は *dolus directus* 1. Grades の意味で理解される⁴⁶。

45 Samson, a.a.O. (Anm.15), S.453.

46 Samson, a.a.O. (Anm.15), S.453.は、Absicht が法益侵害に係るのではなく、法益侵害の大きな部分から特別に動機づけられた部分が可罰的と強調する機能を有する場合には Absicht は *dolus directus* 1. Grades の形式として現れるとする。

これに対して後者のグループは、例えば文書の法的取引の安全を保護しようとする文書偽造罪では、偽造文書をどこにも提示していない限りではまだ法益侵害は達成されていないように、この犯罪では法益侵害が発生して初めて可罰性が認められるものではなく、所為が法益侵害の前段階に達していれば可罰性が認められ、Absicht は行為者と法益侵害との主観的連関を表しているため、dolus directus 1. Grades と dolus directus 2. Grades の相違は重要ではなく、Absicht は dolus directus 2. Grades を含む。この犯罪類型は未遂犯の構造を有するものであり、そうすると未必的認識でも足りるのではないかとも考えられるが、Absicht という用語からこれを理解することは困難である⁴⁷とされている。ここでは文書偽造罪における「法的取引において欺罔するため」(ドイツ刑法 267 条)、虚偽告発罪における「他の者に対し官庁の手続又は官庁のその他の措置を開始させ又は継続させる目的」(ドイツ刑法 164 条)、文書隠匿罪における「他の者に不利益を与える目的」(ドイツ刑法 274 条)、強制執行の免脱罪における「債権者への弁済を免れる目的」(ドイツ刑法 288 条)等がこの類型に属するとされている⁴⁸。

(4) このような分類は論者によって用語の使用等で完全な一致がみられるわけではないが同様に二分する見解が対応的に主張されている。例えば、Absicht が犯罪類型を構成する場合(利得や領得の Absicht は犯罪類型を構成し、これによって意識的で absichtlich な他者への損害を与える以上のことが予定されている。したがって怒らせるためなど欺罔によって他者を侵害しただけでは詐欺を遂行したわけではなく、詐欺を遂行するのはこ

47 Samson, a.a.O. (Anm.15), S.453f.は、後者のグループの Absicht の内容について、前者の思考を裏返し、Absicht が特に非難すべきまたは危険な動機づけを捕捉せずに法益侵害に関係する場合は全て dolus directus 1. Grades は要求されていないとする。

48 判例も古くから Absicht 概念を二分して考えており、例えば、RGSt16, 150.では Absicht は行為者の目標や目的を表し、RGSt24, 255.では Absicht は結果発生が確実とされる場合も含むとする。vgl.v.Hippel, a.a.O. (Anm.39), S.533f.

れを違法な利得の Absicht で行う者だけである) と、犯罪類型は構成要件に該当する法益侵害によってのみ特徴づけられ、目的は犯罪類型にとって意味がない場合 (Absicht は犯罪類型を変更しようとするのではなく、結果に関して危険のある行為つまり未必の故意の場合を処罰から排除しようとする)⁴⁹、Absicht が法益侵害に向けられておらず、これが付け加わることで初めて法益侵害が当罰的となる場合 (Absicht は特別な行為者の動機づけを規定しており、例えば他人の物の奪取や欺罔による損壊は所有権や財産を侵害するが、単なる法益の侵害だけでは足りず一定の傾向と結びついて初めてその種の行為は刑法上明確な特徴を有する) と、立法者が法益侵害の発生を待つことなく可罰性を前へと延長した場合 (Absicht は法益侵害との主観的關係を作り出している)⁵⁰、当罰的な行為に可罰性を限定するために Absicht が法益侵害の可罰性を基礎づける場合 (保護法益が財産であれば、侵害の発生は同時に最終的な法益侵害なので、実質的な既遂の時点と法律で定められた既遂の時点とは密接な関係にあり、当事者が侵害された財産で何がなされるか、特に被害者の損害が行為者の利益となるかどうかはどうでもよい。行為者による当該財産の自己の財産への組入れが、損害の大きさや被害者の法的地位の追加的侵害を意味するものではない。Absicht が「法侵害者からの防衛の重点を侵害の前段階に早めること」は適切ではない。行為者が一定の特に非難すべき手段を用いた場合にだけ、財産侵害に刑罰を科せられることから、財産は刑法によって絶対的に保護される財ではない。Absicht は行為者の一定の内心の態度を特徴づけるにすぎない。自己または他人の利用のために行う行為者だけが当罰的であり、法益侵害の可罰性を基礎づけ、行為者の相当する主観的傾向を付け加えるために、行為者にはまさに利益が重要でなければならない) と、最終的な法益侵害の意味での実質的な既遂を待たずに法益保護を早期化した場合 (法益侵害は主観面の中に溶け込み Absicht の対象であり、

49 Roxin, a.a.O. (Anm.10), S.441f.

50 Rengier, a.a.O. (Anm.40), AT, S.125f.

Absicht には犯罪の真の結果との関係を作る任務があてがわれる。法益保護の早期化が重要であって、行為者の一定の内心の態度を捉えることが重要とはならないので、行為者が結果を求めたのか、結果を単に自己の行動の必然的かつ確実に発生する帰結と認識したにすぎないのかは基本的には何の役割も果たさない)⁵¹、法益保護の限定として利得が行為者に重要なときだけに刑罰を科する場合（法益保護の限定では例えば他人の財産への侵害は自己または第三者のために利得することが行為者に重要な場合にだけ刑罰を科され、目標に向けられた意思が必要である）と、法益保護の早期化による拡大として法益侵害が完全または一部主観面に溶け込んでいる未遂犯と同様の場合（法益保護の早期化による拡大では法益侵害は完全もしくは一部で主観面に溶け込んでいるため、未遂と同様に直接的故意（さらには未必の故意）で十分である）⁵²、行為者が自己もしくは他人に有利な立場を求めることによって不法が特徴づけられている場合と、純粋な侵害犯において Absicht によって加重された故意を要求するにすぎない場合⁵³、Absicht が保護法益の外部に位置する事態に関係する場合（故意による損害だけでは可罰性に十分ではなく、それを超えて Absicht による行為が要求されている場合であって、無価値内容は行為者が他者の利益を侵害したことですでに基礎づけられており、侵害行為が行為者に利益をもたらすことによって行為が追加的に無価値内容を含むことはない、ここでの Absicht は可罰性を行為者自身の目標に向けられたことに依存させる機能しかない。つまり Absicht は可罰性を保護法益の侵害を超えて行為者の行為の一定の目標に向けられたことに依存させるものである）と、Absicht が保護法益に関係する場合（保護法益の侵害の発生を待たずにそれに向けられた Absicht で満足させることによって可罰性が早期化され

51 Lenckner, a.a.O. (Anm.23), S.1893ff.

52 Eser/Burkhardt, a.a.O. (Anm.42), S.91f.ここではさらに謀殺罪（ドイツ刑法 211 条）における動機要素としての Absicht についても言及されている。

53 Sternberg-Lieben, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §15Rn.70.

た場合には、法益侵害以前の段階 Absicht は法益侵害のための行為者の意思方向を考慮せず、行為者が法益侵害を確実に発生するものと予見すれば十分である)⁵⁴、Absicht が保護法益を超える場合 (Absicht が保護法益を超えるために犯罪に付加的な特徴を与える事態に関係するものであって、これは可罰性を制限し非典型的な場合を可罰性から排除するためであり、主観的要素が犯罪の性格を形成し、そこから初めて当罰性が明らかとなる) と、Absicht が保護法益に関係する場合 (客観的構成要件要素をもって法益の十分な危険が表され、非典型的な場合だけを可罰性から排除するのであり、ここで主観的要素を強く要請すると、当罰的な場合から可罰性から除外されてしまい、不当な処罰の間隙が生じることになる)⁵⁵、Absicht 要素が犯罪類型を構成する場合 (一定の客観的な構成要件に該当する態度を各々の規範の適用領域から遠ざけることに役立ち対応する法益の保護が限定される場合、詐欺罪の利得 Absicht では、自己もしくは第三者への優遇傾向のない単なる財産侵害は可罰性から排除される) と、可罰性の間隙を防止して効果的な法益保護を保証する場合 (文書偽造罪では、行為者が法的取引における欺罔を自己の行為の確実な帰結であると予見した場合への可罰性の拡大は、法的取引の確実性と信頼性の観点で命じられている)⁵⁶等に二分する見解がこれである⁵⁷。

(5) 以上のとおり、故意の一態様としての Absicht が *dolus directus* 2.

54 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.33ff, 45ff, 79ff.

55 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.79ff, 86ff.

56 Witzigmann, a.a.O. (Anm.10), S.488ff.ここでは目的犯を不完全な二行為犯と結果短縮犯に分類しつつ、各論的に Absicht の内容を考察する。しかし Absicht 犯罪としてこの二種類の形態を紹介しているにすぎず、Absicht 犯罪の分類と Absicht の内容との関係は存在せず、新二分説の分類から Absicht の内容について検討を加えている。ここから旧二分説と新二分説との主張は相互に排斥し合うものではないことがわかる。

57 Jakobs, a.a.O. (Anm.10), S.307f.は、行為者が財をさらに侵害する故意で行為を行うことで犯罪が既遂となる場合 (虚偽告発罪等)、財をさらに侵害するためには別の行為が行われなければならないにもかかわらず犯罪が既遂となる場合 (文書偽造罪等)、財への侵害が Absicht によって初めて規定されている行為者の計画を特徴づける場合 (詐欺罪等) とに三分する。

Grades としての確定的認識とは区別される *dolus directus* 1. Grades としての意図として構成されるのに対して、目的犯の目的である *Absicht* では *dolus directus* 1. Grades とする場合とともに *dolus directus* 2. Grades でも十分とする場合とにわけられるところに *Absicht* の問題が存在するものといえる。そこで以下では、新二分説から両者の典型的犯罪である詐欺罪と文書偽造罪における *Absicht* を主たる手掛かりとしてその内容を検討する。

三 詐欺罪における利得 *Absicht*

1 判例の状況

(1) ドイツ刑法 263 条は詐欺罪の成立に「違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる *Absicht*」を要求する。これについて一般的には次のように言われている。詐欺は他人の財産の損害に尽きるものではなく財産移転に向けられており、被害者の財産損害は行為者の側面でそれに対応する財産利益に通じなければならない。利得は必ずしも実際に発生する必要はなく、利益獲得に向けられた主観的な *Absicht* が存在するだけで十分である⁵⁸。この *Absicht* は構成要件の実現すなわち利益獲得に目標として向けられた意思や、行為者には財産上の利益を達成することが重要でなければならないことを意味し、*dolus directus* 1. Grades の機能を果たしている⁵⁹。ただし、*Absicht* の知的要素としては、自己が利益をえるかもしれないと行為者は未必的に表象すればよく、財産移転の失敗を考えたとしても *Absicht* が排除されることはない⁶⁰。また、利益は行為の唯一の目

58 Albin Eser, *Strafrecht* IV, 4.Aufl., 1983, S.148.

59 Klaus Tiedemann, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 11.Aufl., Bd.6, 2000, § 263Rn.249f; Peter Cramer/Walter Perron, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §263Rn.176.は、利益の獲得という目標に向けられた意思であり、Hans Welzel, *Vorteilsabsicht beim Betrug*, NJW1962, S.21.は、利益は行為者の次の目的でなければならない、Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm.5), S.485.は、利益は最終目標ではなく、次のための動機でよいとする。

60 Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.249; ただし、後述するように、この点

的であることも優越的であったり決定的な目的であることも必要ではない。すなわち、行為者が利益を他の目標と並んで、あるいは他の目的のための手段としてのみ求めればそれで十分である⁶¹。

(2) ライヒ裁判所と戦後初期の判例：詐欺罪の利得 Absicht については多くの判決が出されているので、これを概観することとする。これについては古くはライヒ裁判所の時代にまでさかのぼることができる。そこでは、権限なしに他人の名前で雑誌にその他人の娘の結婚に関する広告を出させた一方で、その他人へ請求書を送付すれば、その者から即座に支払いすることを確約した事案（雑誌広告事例）⁶²や、馬に正式な合図とよく似た合図を覚えさせ、その合図で始まる様々なレースに馬を出走させて賞金を獲得した事案（競馬事例）⁶³がある。前者では 錯誤惹起が利益の獲得をもたらすことの認識だけでは Absicht には十分ではなく、広告費用の支払いのために自分ではなく他人に編集を義務づけることに Absicht が向けられていたかは蓋然的ではないとして Absicht が否定されたが、これに対して、後者では、行為者はレースへの愛着から行動したものであるが、獲得された賞金を受取ったり、賞金が出されているレースに参加することは、勝利への意思と賞金に関する利得 Absicht を示すものとして Absicht が肯定された。

戦後の判例としては、西ベルリンへの出張の際に飛行機を利用するよう

については争いがある。

61 Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.250; Cramer/Perron, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §263Rn.176. は、利益獲得は唯一のものでも第一に追求された目的である必要はなく、利益が行為者によってその後ろに存するさらなる目的のための必然的な手段として求められればそれで十分であるとする。

62 RGSt15, 9.

63 RGSt44, 87; Absicht の存在に争いがあるとするのは、Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.250; 限界づけが困難とするのは、Urs Kindhäuser, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 3.Aufl., Bd.2, 2010, §263Rn.354; Absicht を否定するのは、Cramer/Perron, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §263Rn.176.

に指示されていたにもかかわらず、当時は禁止されていた東ベルリンを自動車で走行した公務員が、この事実が露見すると懲戒手続により責任を追究されかねないので、出張清算書に飛行機を利用したと虚偽の報告をして航空運賃の支払いを職場に申請して代金を受け取ったという事案（航空運賃事例）があげられる。ここでは、「被告人には懲戒手続の回避だけが重要であり、航空運賃補助金の獲得は重要ではなかった」「たとえ詐欺や財産上の利益の獲得が被告人の行動の最終目標や最終目的ではないとしても、これは懲戒手続を回避するという自己の目標を達成するのに必要な活動であった」「違法な財産上の利益をえる Absicht は、利益を獲得するという表象が行為者の行為の動機であり、行為者の行動へと決意をさせ決定づける、それゆえに行為者意思を動機づける表象であることを前提とする。…航空運賃の獲得の意思は行為の動機や行為の直接的な目標としての Absicht ではない。…被告人は、懲戒手続の回避という目標は詐欺によってしか達成できず、この目標達成のために必要であると信じていた。…利得は一般的で排他的な行為動機である必要はないが、利得は行為者の意思形成にきわめて近い直接的な目標として決定的でなければならない」「被告人が懲戒手続を免れる Absicht だけで請求をしたのであれば、国庫が損害を被った金銭獲得は行為者意思を決定づける表象ではなく、Absicht はない」として、航空運賃補助金に関する利得 Absicht は否定された⁶⁴。これは、「利得は一般的で独占的な行為動機である必要はないが、行為者の意思形成にきわめて近い直接的な目標として決定的でなければならない」ことから、公務員に費用弁済の獲得も重要であれば、利得 Absicht は存在するが、公務員の関心が懲戒手続きだけに向けられていれば利得

64 KG NJW1957, S.882; 判決と同じく Absicht を否定するのは、Jakobs, a.a.O. (Anm.10), S.267; Andreas Hoyer, Systematischer Kommentar, 60.Lfg., 7.Aufl., 2004, §263Rn.272; 同旨とおもわれるのは、Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.252; Roland Hehfendehl, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, Bd.4, 2006, §263Rn.722; これに対して Absicht を肯定すべきと主張するのは、Rengier, a.a.O. (Anm.40), JZ, S.323.

Absicht は欠如するとしたものである。

(3) 無賃乗車事例：連邦通常裁判所で初めて詐欺の利得 Absicht について判断の枠組みを示したのが無賃乗車事例⁶⁵である。これは、被告人は電車に乗る直前にあらかじめ購入していた乗車券を見つけられなかったにもかかわらず、授業に間に合うためには当該電車に乗る必要があったので入場券を買って乗り込んだ。その際被告人は車内で乗車券が見つかることを期待したが結局見つけられず、また切符を買うだけの金銭を持ち合わせてもいなかった。しかし、被告人は下車する際に鉄道係員に事情を説明するのに多大な時間を要して授業を欠席してしまうことを恐れて係員に事情を知らせることなく改札を通過しようとした、という事案である。連邦通常裁判所は、航空運賃事例判決では「付け足し的に、詐欺構成要件の Absicht を意思を動かす一定の結果の表象と理解するライヒ裁判所の判例が指摘されたにすぎなかった」としたうえで、「Absicht 概念…と同じまたは類似の行為者の表象を特徴づけるところでは常に同じものが考えられているわけではない。この概念の法的意味は個々の刑罰法規の意味と目的に応じて様々に考えられる」として、Absicht が *dolus directus* 1. Grades 以外でも理解しうることを明示する。そして、「263 条の Absicht にとっては結果を未必の故意の形式で包含する行為者の認識と意思では十分でないことに疑いはない。未必の故意で行動する者のように、結果を可能であるとしか表象していない者は、結果が発生してその結果に向けられた意思があるとしても、それにもかかわらず *absichtlich* な行為を特徴づける結果を求めているものではないからである」「財産上の利益を将来確実に獲得されるものと表象し意思する者は、これに向けられた未必でない直接的

65 BGHSt16, 1; 無賃乗車事例については、Gunther Arzt/Ulrich Weber, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2000, S.526f. が事案を詳細に紹介する。ただし、Gunter Arzt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2. Aufl., 2009. ではこの部分の記述は存在しない。無賃乗車事例で利益獲得が中間目標ではないとするのは、Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.74.

故意で行為し、この結果を *absichtlich* にも望んでいるとも考えられるが、そうすると刑法 263 条の *Absicht* は直接的故意と同置されることになる。しかしこのような *Absicht* 概念の拡大は詐欺構成要件では大いに疑問である」と、利得 *Absicht* には *dolus directus* 1. Grades の意味で *Absicht* が必要であるとし、その基準としては、「故意の欺罔では故意で惹起された被欺罔者の財産処分、被欺罔者や第三者の財産侵害、これに対応する利得が自己の欺罔の確実な帰結であることは何人でも表象しうる。それにもかかわらずこれを遂行すれば、財産侵害の発生と自己または第三者のための財産上の利益の発生とを未必的でなしに望むことになる。しかしながら行為者が結果を別の目標に向けられた自己の行為の具合が悪かったり煩わしい帰結であるとみるときは、行為者には当該結果は、少なくとも利得結果は、望まれてはいない。行為者はそうしなければ目標を逸してしまうと信じているからである。そのような態度は行為者が予見された財産上の利益を *absichtlich* に望んだとの非難には値しないであろう。しかし財産上の利益が行為者にはその他の点では同じ表象や心情でもって欺罔により財産を侵害する自己の態度の確実であると予見され意図された結果として望まれているのであれば、行為者にはこの利益も重要である。そうすると財産上の利益は行為者の求めるものの中に含まれている」「詐欺構成要件の *Absicht* にとっては、行為者にとって違法な財産上の利益が自己の行為の確実で望ましい帰結として重要であれば、それで十分としなければならない」と判示した。

ここでは、利得 *Absicht* としては結果発生の未必的認識や確定的認識では足りず、結果発生が行為者にとって重要であるという意味で意図されていることが要求されるとともに、「結果を別の目標に向けられた自己の行為の具合が悪かったり煩わしい帰結とみる」ときは *Absicht* を否定し、「自己の態度の確実であると予見され意図された結果として望まれている」ときは *Absicht* を肯定するという、それまでの連邦通常裁判は明文でもって立場を表明したことのなかった詐欺罪における利得 *Absicht* の有無を判断する基準を提示したところに本判決の意義が認められ、その後の諸判

決のリーディングケースとなっている⁶⁶。

(4) 無賃乗車事例以降の判例：無賃乗車事例で示された Absicht 判断の基準は、その後の詐欺事案において肯定的に採用されている⁶⁷。まずは、ブルセラ症調査のためにいくつかの牛舎で数十頭の牛の血液サンプルを採取することを獣医局から依頼を受けた獣医が、任務をかなり進めたところで、一頭の牛が血液サンプルの入った箱に衝突してサンプルを破壊してしまったために、破壊された分も含めて残りのサンプルを一頭の牛だけから取ってこれを満たして、任務完成の対価として報酬を受け取ったという事案（獣医事例）である。ここでは、被告人には「あまりに困難で、他人の助けなしにはほとんど成し遂げることのできない、牛舎で新たに血液を採取するという労働の負担から解放され、負担の大きな遠く離れた牧場へ行くことを節約することだけが重要であって…報酬は自分にはあまりに困難な労働の義務の不履行を明らかにさせないために自己の欺罔の望ましくない、具合が悪かったり煩わしい付随結果として受け入れた」と原審が判断したことに同意し、「被告人は金銭の獲得を内心では拒絶し、自己の態度の望ましくない、具合が悪かったり煩わしい付随結果として受け入れたにすぎないので、この金銭を財産上の利益として自らえる Absicht を有していなかった。利益の獲得は本来的な動機や第一に求められる行為の目標である必要はないが、利益が別の目的のための手段として求められるにすぎないとしても、行為者に利益が望ましい内面的に承認された自己の行動の帰結として重要であることは必要である」として、詐欺における利得 Absicht について無賃乗車事例で提示された原則をあげてこれにしたがうとともに、「反対給付を受けることなく偽りの血液サンプルを作るだけで

66 Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.252.

67 Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm.65), S.615f. は、無賃乗車事例以降の事案では、別の目標の追求という文脈の中で避けることのできない利得があっても、利得が望まれていなければ確定的認識があっても Absicht は否定される、そして理由づけはあまり納得がいかないが、詐欺の成立を拒絶することは安直すぎる、とする。

は被告人に財産上の利益はなく、報酬の支払いによる獣医局への侵害を被告人は自己の行動を隠蔽するために必要な帰結として受け入れたが、獣医局の損害を自己のための財産上の利益としては *absichtlich* に求めてはいなかった」と、獣医には労働の負担からの解放だけが重要であり、謝礼を獣医は自己の行動の隠蔽のための必要な帰結として受け入れたので、*Absicht* が否定された⁶⁸。

次に、行為者は偽名を使って商品を注文して一部を偽名を使用した当該他人に、一部を第三者に配達させたが、それはこれらの者に支払いをさせて怒らせるためであったという事案（注文事例）では、「匿名の注文をして一定の人に支払いのために不快感を覚えさせるのが被告人の本来的な目標であったということは、このような諸事情のもとでは、主観的構成要件にとっては意味がない。詐欺の利得 *Absicht* にとっては、たとえ別の目標表象や感情を被告人が抱いていて、その結果が被告人にとっては別の目的のための手段にすぎないとしても、被告人にとって違法な財産上の利益を自己の行為の確実で望まれた帰結として重要であることで十分である。財産上の利益が本来的な動機であったり、被告人の行為の第一に求められる目標である必要はない」と、無賃乗車事例の基準にしたがう。そして、「本件ではこの前提は存在する。注文によって被告人に発生した請求権は被告人にはさらなる結果のために必要な手段であり、この請求権は被告人には重要であり、被告人なくしてこの計画は実行しえなかったからである。他人や第三者をして支払いを理由に怒らせるために善意の配達業者に商品をおこの他人に配達させる匿名の注文者は、配達業者の被侵害財産から自分のために財産利益を求めたのである」として、*Absicht* が肯定された⁶⁹。

68 OLG Köln JR1970, S.468; 判決と同じく *Absicht* を否定するのは、Karl Lackner, Leipziger Kmentar, 10.Aufl., Bd.6, 1979, § 263Rn.262; Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.252; Hehfeldahl, a.a.O. (Anm.64), § 263Rn.722.

69 BayObLG JR1972, S.344=JZ1972, S.25; *Absicht* の存在に争いがあるとするのは、Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.250; *Absicht* を肯定することに批判的なのは、Kindhäuser, a.a.O. (Anm.63), §263Rn.354.

ここでは被欺罔者である配達業者の配達という労働の点に財産上の利益をみている点が注目値する。そして、行為者には給付の取り決めから商品に対する権利を有し、被欺罔者は義務を充足するには行為者の指示を必要とし、行為者は配達の要求によってしか第三者の不快感を達成しえない⁷⁰点をとらえて Absicht が肯定されたものである。

そして、自分の幼児が誘拐されたことを装い、誘拐者から身の代金の支払いを要求されたと偽りを述べた行為者が、自ら金銭の借入を頼みはしなかったものの、誘拐を打ち明けられた者から提供された金銭を受け取ったという事案（偽装誘拐事例）では、「Absicht は利益の獲得に目標として向けられた意思を意味する。したがって利益が行為者の動機である必要はなく、利益の獲得が唯一の目的であったり第一に追求される目的である必要はない。利益が行為者によってその向こうにあるさらなる目的のための必然的な手段として求められればそれで十分である。しかし、利益獲得が必然的な、行為者には望まれていない、自己の求める別の結果の付随結果にすぎない場合には、Absicht は存在しない」と同じく無賃乗車事例の基準にしたがうとともに、被告人が心理的ノイローゼ状態にあってその負担を軽減させるのに誘拐をおもいついたことや、被告人は自分から進んで金銭を求めたものではなく「金銭を拒否したら貸与者から嫌疑を受けるであろうから」受け取ったのであり、貸与された紙幣の番号をメモした後でこれを冷蔵庫の中に隠していたり、できるだけ早く返済すると約束していたことは、被告人が金銭を将来所有して使用しようと考えてはいなかったことを示しており、「金銭の受領は『誘拐物語』の望まれない付随結果にすぎなかったことの証拠として評価できる」として、Absicht が否定された⁷¹。

70 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.102; Reinhart Maurach/Friedrich-Christinn Schroeder/Manfred Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1, 2009, S.539.は、利得 Absicht は商品に関してではなく、配達に存する労働給付に関して存在するものとする。

71 OLG Köln NJW1987, S.2095; Absicht を否定するのは、Hehfendehl, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.722.

最後に、有罪判決を受けたが担保の提供をして刑の執行を延期された者の弁護人として活動する者が、自己の依頼者が刑に服して担保保証金を取り戻そうとする一方で、依頼者が赴いた先の外国で作成された病気のために帰国できない旨の診断書を、その後に依頼者の死亡証明書をそれぞれ偽造と知りつつ提出したという事案（刑の延期事例）がある。ここでは、「被告人の依頼者にとっては主として、確定的に科せられた刑罰に服す必要のないことが重要であった。保証金の損失は依頼者にとっては特に重要ではなかった。したがって刑の執行を免れる努力によって、いずれにしても依頼者は詐欺未遂の責任を負わされることはできない。…被告人にとってはいずれにしてもまずは自己の依頼者のための刑の延期が重要であったということから出発されなければならない。なるほどその後は保証金を取り戻す試みが前面に出てきた。しかしながら、これが排他的に被告人の努力の目標であったということは、依頼者がこの時点でなお逮捕されていないことに鑑みれば疑わしいとおもわれる。偽造された死亡証明書の提出は、いずれにしても後日に刑に服することを免れることを依頼者が希望したという帰結であった」として、詐欺に関して利得 Absicht は存在しないとされた⁷²。

この他刊行物には掲載されていないが、コートを盗むために診療所に赴いたが、盗む前に診察に呼ばれたために、代金を支払う意思がなくかつ実際にもできないにもかかわらず自己の正体を露見させないために病気を偽り診察を受けた、という事案（診療所事例）では、医師の診察を利用するのは具合が悪かったり煩わしい付随結果ではなく、行為者が求めるものの中に包含されていた。行為者はコートの窃取だけを狙っていたが、医師を利用することを決意した。医師の診察は、自分は病気でないと思者が知っていれば、財産上の価値とみることができ、これを行為者は自己の態度の確実な帰結であると予見していた。以上の理由から Absicht が肯定され

72 BGH NJW1993, S.273.

た⁷³。

(5) 素材同一性に関する判例：素材同一性とは、詐欺罪においては違法な財産上の利益と被害者の財産侵害の間には同一的な関係がなければならぬことをいう。詐欺罪の成立には行為者または第三者が行為者の行為から利益をえただけでは足りず、行為者または第三者のえた利益と被害者の被った財産上の不利益とが対応関係にあることが必要である。素材同一性は書かれざる要件であり⁷⁴、財産移転犯罪としての詐欺の特徴をなすものである。そして、行為者がいくら利得する意思でもって行為したとしても、利益と損害との間に素材同一性がない限りでは、当該利得意思は詐欺罪における利得 Absicht としては認められないことになる。

素材同一性が問題となった判例としてはまずは、手数料詐欺は必然的であると意図される中間目標について問題となる詐欺の古典的事例である⁷⁵とされているが、会社の手数料代理人である行為者が買主を欺罔して自動販売機を売却したが、行為者は買主が契約を取消すこともあるだろうと考えていた、それとともに、行為者は外見上は正当だが実際上は欠陥のある契約書類を手数料を支払わせる目的で会社に提出し、手数料を受け取ったという事案（手数料代理人事例）では、「契約は詐欺を理由に取消すことができるし、被告人は取消を考慮に入れた。しかしこのことは顧客の財産侵害や、会社を不法に利得させるという被告人の Absicht を排除するものではない。契約締結に関する詐欺では取引の取消可能性は考慮されないからである」として、Absicht が肯定された^{76 77}。

73 BGH, Urt.v13.4.1965.-5 StR93/65, S.3-nicht veröffentlicht; Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.113ff.による。判決に賛成するとおもわれるのは、Hehfendehl, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.722; Absicht を否定すべきとするのは、Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.252; Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.113. は、Absicht を肯定する判例の結論を学説は了解していないとする。

74 素材同一性の必要性は判例も認めている。z.B.BGHSt6, 115; 山中敬一『刑法各論【第2版】』（平成21年）388頁参照。

75 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.91.

76 BGHSt21, 384; この事例については、Eser, a.a.O. (Anm.58), S.147ff.が詳細

そして、有責に交通事故を起こした行為者が保険会社に責任保険の報告をする際に、高額な保険料を支払うことを避けたいと考えて、被害者である相手方に落ち度があるように偽って事故経過を述べ、会社に被害者への賠償金を支払わせないようにした事案（無事故割引事例）では、「詐欺は財産移転犯罪であり、財産上の利益と財産上の不利益は行為者が利益を直接的に被害者の財産から求めなければならないということで一致しなければならない、…行為者は無事故で運転したことの対価として無事故割引を獲得し維持する Absicht で行為したところ、それと同時に弁済がなされないために損害の不利益を事故の相手方が被ることを甘受した場合にはこの一致はない。…利益（無事故割引）は直接的には事故の相手方の損害からではなく保険会社の財産から生じているから自利的な詐欺は問題とはならない」「被告人には保険会社の違法な財産上の利益を自己の欺罔行為の確実で望まれた帰結として重要であったということは本件では当たらない。被告人は損害を特別な条件をつけて自身で清算しようとはせず事故の届け出をしたので、損害の清算は保険会社に移った。…損害の届け出（と保険会社に与えられた包括的な清算代理権）によって、被保険者には保険が適用される年度に損害のないことを理由として無事故割引承認の請求権はなくなった。…被保険者としての被告人が損害清算時に保険会社にわずかしが影響を及ぼすことができない法的状況においては、保険会社に違法な財

に取り扱っている。Cramer/Perron, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §263Rn.176.は、顧客を不利な契約の締結へと仕向ける手数料代理人は、このことが行為者によって最終的に求められた手数料の獲得のための必然的な手段であれば、自己の使用者に違法な財産上の利益をえさせる Absicht でもって行為することがあると評価する。判決と同じく Absicht を肯定するのは、Kindhäuser, a.a.O. (Anm.63), §263Rn.354; Cramer/Perron, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §263Rn.176; Hoyer, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.269; Eser, a.a.O. (Anm.58), S.147ff.

- 77 手数料代理人事例の判例は他にあり、例えば、OLG Braunschweig NJW 1961, S.1272.は、雑誌の予約購読の契約締結をえることで手数料をえるという同様の事案であり、「会社のあために求められた利益は顧客の財産損害に対応し、素材同一性が与えられている。行為者はまた会社に財産上の利益をもたらし Absicht で行動した」と同様の判断をしている。

産上の利益を自己の欺罔行為の確実で望まれた帰結としてもたらしたいという被告人の Absicht は、その可能性が理論上でしか考えることができない」と、行為者の違法な財産上の利益と事故の相手方の財産損害との間には素材同一性が存在しないとして保険会社の利益に関する詐欺未遂が否定された⁷⁸。

(6) その他の事例：詐欺罪における利得 Absicht について、その他に学説が説明のためにあげている事例としては以下のものがある。産業スパイ活動をカムフラージュするために給料を支払われる従業員の地位に就くことを受け入れた場合、行為者にとって給料という金銭的な利益が望まれていなければ利得 Absicht は否定される（産業スパイ事例）⁷⁹。また学者が自己の名声を高めるために専門誌に盗作を自己の論文として公表するよう依頼してこれを行わせた場合、謝礼を受け取れば詐欺の客観的構成要件を満たすが、この学者にとって謝礼が目標として向けられて重要なのではなく、名声をえることだけが重要であれば利得 Absicht は否定される（学者事例）⁸⁰。さらにはドーピングをしたスポーツ選手には主として名声が重要であるが、学者事例と同様に Absicht が名声と結びついた金銭的な利益に向けられているかが問題となる（ドーピング事例）⁸¹。

78 BayObLG NStZ1994, S.491; 判例と同じく Absicht を否定するのは、Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.252; Hoyer, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.269.

79 Lackner, a.a.O. (Anm.68), §263Rn.262; Kindhäuser, a.a.O. (Anm.63), §263Rn.354; Cramer/Perron, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §263Rn.176; Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 13.Aufl., 2011, S.262; これに対して、Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.250.は Absicht の存在には争いがあるとする。

80 Günter Jerouschek, Strafrechtliche Aspekte des Wissenschaftsbetrugs, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1999, S.416ff; Rengier, a.a.O. (Anm.79), S.262; Hehrendehl, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.722.

81 Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm.65), S.616.

2 学説の状況

(1) 詐欺罪における利得 Absicht を *dolus directus* 1. Grades として目標に向けられた意思と考える判例の立場に対して学説は、個々の事案の結論については反対はみられるものの、結果としては同意するのが一般的である⁸²。

ここで *dolus directus* 1. Grades としての利得 Absicht とは、財産上の利益すなわち経済的価値の増大の意味で財産状態のよりよい状態を形成しようと努めることを意味するが、この見解は次のように主張する。すなわち、故意による損害では可罰性には十分ではなく、それを超えて利得 Absicht による行為が要求されているところでは、この追加的要素は未必でない故意や未必の故意として意味あるものと理解することはできない。行為者が客観的行為によって法益を侵害した場合に、これが自分に利益をもたらすものと表象して行為したことに可罰性を依存させるのだとすれば、それは納得できるものではない。財産侵害行為が行為者に利益をもたらすことで所為は追加的な無価値内容を付与されるのではなく、行為者が自分の利益のために他人の財産を侵害したことによって無価値は基礎づけられる。利得 Absicht は行為の目標方向に可罰性を依存させる機能を有し、したがって、自ら財産上の利益をえまたは第三者にえさせることが行為者にとって重要であることが必要である⁸³。こうして、Absicht が客観的構成要件の外部に位置する、保護法益にとっては重要でない事態に関係する場合には、可罰性の前提として行為を超えて行為者の一定の目標方向を要求することで、Absicht には可罰性を制限する機能が加わることになる⁸⁴。つまり、詐欺罪が保護する被害者の財産は客観的構成要件の充足によって

82 Lackner, a.a.O. (Anm.68), 263Rn.261; Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263 Rn.249; Hehrendehl, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.721; Kindhäuser, a.a.O. (Anm.63), §263Rn.353; Cramer/Perron, a.a.O. (Anm.10), Schöнке/Schröder, §263Rn.176; Hoyer, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.272.

83 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.45f; Rengier, a.a.O. (Anm.79), S.261.

84 Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.60f.

侵害され、主観的に要求される付加的要素が何らかの転機を引き起こすことはなく、ここから、Absicht の要請は典型的な事案の処罰を目的として非典型的な場合を処罰から除外しようとするために *dolus directus* 1. Grades が要求されるのであって、行為者には利益獲得が重要でなければならない、行為者は利益獲得を目標として向けられた意思でもって行為しなければならない⁸⁵。

(2) 唯一性：利得 Absicht について、利得をえることが唯一の目的であることが必要であるかが考えられる。これについてはライヒ裁判所において、利得 Absicht は唯一かつ排他的な行為者の動機である必要はないとする判決⁸⁶と、利益を獲得する表象が行為者の動機でなければならない、行為者の行動への決意を引き起こし決定しなければならないとする判決⁸⁷が対立的に出されていた中で、航空運賃事例は、利得 Absicht は「行為者意思を動機づける表象であることを前提と」し、「利得は行為者の意思形成にきわめて近い直接的な目標として決定的でなければならない」と後者の判決に近い判断を示した。これを無賃乗車事例は、航空運賃事例判決はライヒ裁判所の後者の判決を「狭い法解釈の理由づけのために引き合いに出すことがきると考えているが、刑法 263 条の Absicht 要素に関して誤解を招くものである」と批判したうえで、「財産上の利益が行為者の決意に決定的な目標であったり、行為者が求める唯一の対象であった場合にだけ Absicht を肯定するとしたら、被告人はどのような最終の動機でもって欺罔し財産を侵害する態度で満たされていたのかというしばしば不可能な検討を刑事裁判官は行わなければならないであろう」、そうすると「動機の束から決定的なもしくは少なくとも優越的な動機を見つけ出すという刑事裁判官にとってはしばしば解決不可能な任務が設定されてしまうことになり、こうして刑事司法は詐欺者の追及をしばしば挫折しなければならない

85 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.89f.

86 RGSt27, 217; RGSt44, 87.

87 RGSt55, 257.

なくなるであろう」とし、本来的に欲する結果が利得結果を求めた場合にだけえられると行為者が認識していれば、それで Absicht は肯定できるが、これは唯一のものと追求したり第一に追求した目的である必要はないことを示した⁸⁸。

この無賃乗車事例での判断について学説は一致して賛意を表しており、利益は行為の唯一の目的であることも優越的もしくは決定的な目的である必要もなく、行為者が利益を他の重要な目標と並んで、もしくは他の目的のための手段としてのみ求めたとしても、それで十分であるとされている⁸⁹。

(3) 最終目的性：Absicht は行為者の目標に向けられた意思ではあるが、この意思によって求められる利得は最終目標である必要はない。中間目標、すなわち最終目標に到達するために不可欠な基盤として達成されるべき目標をえようと努めることで十分である⁹⁰。これは、必然的な中間目標を通してしか最終目標を達成することができないのであれば、それでよい⁹¹。航空運賃事例では、「被告人は、懲戒手続の回避という目標は詐欺によってしか達成できず、この目標達成のために必要であると信じていた」が、「利得は行為者の意思形成にきわめて近い直接的な目標として決定的でなければならぬ」ことから利得 Absicht が否定された。これは、職務違反の隠蔽という利得によって仲介されることのない別の目標を達成するために利得を受け入れただけでは Absicht は存在しない⁹²ことを示すもので

88 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.91.

89 Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.250; 同旨として、Hehfendehl, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.721; Cramer/Perron, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §263Rn.176; Hoyer, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.272; なお、Kindhäuser, a.a.O. (Anm.63), §263Rn.353.は、利得 Absicht は支配的な意思である必要はなく、行為にとって決定に与るものであれば十分であるとするが、これも同旨とみてよいであろう。

90 Rengier, a.a.O. (Anm.79), S.261; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Anm.70), S.539; Lackner, a.a.O. (Anm.68), §263Rn.261.

91 Hehfendehl, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.721.

92 Hoyer, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.272.; Jakobs, a.a.O. (Anm.10), S.267.は、行為者は財産上の利益ゆえに欺罔したのではなく、行為者にとってこのことは歓迎すべき付随事情であろうからであるとして、判例に賛成する。

あり、職務違反の隠蔽は金銭の支払いがなくてもうまくいかなかったであろうし、行為者は財産上の利益の見込みがなくても行為をしたであろうから、目標が不達成でないとしても財産上の利益はないものと考えられ、金銭の支払いは避けられない付随事情にすぎず必然的な中間結果ではないと考えられる⁹³とも主張されている。

行為者が構成要件を実現してさらに別の目的を追求するのは珍しいことではない。例えば騙し取った金銭で旅行することが詐欺行為者の行為の本来的な目標であるとしても、このような行為者が金銭の詐取を目的的に求めた、つまり *absichtlich* に遂行したことは確かであるが、それは行為者の遂行全体はまずは目的的に騙し取った金銭を取得することに向けられているからである。行為者は誰でも次に起こるべき事態を達成するために当然の手段を選択し、最初の手段を将来の手段と関連させて、手段・目的を通じて定められた目標を達成させるために、目的的に投入しようとする。そうはいっても、求められた目標達成のために必要な原因全ての惹起が目的とされるわけではない。因果連関の内部にはその惹起が行為者には全く望まれていないような要素も存在するからである。例えば自分の健康を取戻すために手術を受ける者は、危険な手術を受け入れるであろうし（手術事例）、雪山で迷った登山者は、凍死から自身を守るために日暮後に唯一の山小屋の窓ガラスを破壊することを受け入れるであろう（山小屋事例）。これらは全て行為者の全体計画では望まれてはいないが必要な手段であり、手術の遂行、窓ガラスの破壊といった一定の目的すなわち *Absicht* でもって行われるものである。そして、手段・目的に認められる感情的価値は結果的には重要ではない。目的とするのは好ましいものとして求めるのではなく、気持ちに反してでも別の目的のために不快なことを求めることもありうるからである。*Absicht* にとって重要なのは、行為者が求めた結果の実現を狙ったことだけである⁹⁴。

93 Rengier, a.a.O. (Anm.40), JZ, S.323.

94 Sprang, a.a.O. (Anm.21), S.49ff; Gehrig, a.a.O. (Anm.22), S.65f.

(4) 素材同一性：素材同一性からは、被害者の損害と行為者の利得は二つのわけてみることでできる事態ではなく、財産処分によって被害者による行為者への財産状態の移動が行われなければならないことを意味する⁹⁵。つまり、素材同一性では利益と損害が同一の財産処分に基づいて利益が損害を受けた財産の犠牲であることが要求される。すなわち、利益は同一の財産処分によって仲介され、利得結果に影響を及ぼす被欺罔者の同一の財産処分は損害を直接惹起しなければならないのである⁹⁶。素材同一性が欠けることが明確な事案としては例えば、隣人の投資の成功を妬んで、投資コンサルタントに対して、この隣人に相場の下落が間近に迫っていると装い優良株を売却させることに成功すれば報酬を与えると約束した場合や、無収入の者に報酬を支払って自分の代わりに自由刑の執行を受けさせた場合をあげることができる。ここでは、欺罔により財産を侵害する処分（株の売却と拘禁中の食事）がなされているが、欺罔を行うコンサルタントや無収入者が求める利益は、隣人や司法国庫の損害からではなく、第三者である行為者の財産から出ている。この場合に詐欺を肯定するのは、財産移転犯罪としての詐欺の性格に矛盾することになる。この移転は、獲得された利益が財産処分によって影響された損害へ還元される場合にしか問題とならないからである⁹⁷。

判例に現れた事案について、注文事例では「被告人によって自己のために求められた財産上の利益が存在するところ、被告人が被欺罔者の財産処

95 Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Anm.70), S.540. こうして、欺罔して他人に損害を与えたことに対して第三者から報酬を受けた場合、対価をえて第三者の身代わりとして自由刑の執行を受けた場合は詐欺ではないとする。Rengier, a.a.O. (Anm.79), S.262f.

96 Rengier, a.a.O. (Anm.79), S.263. 同様に、Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Anm.70), S.541. は、利得は損害から直接的にえることが必要とされる、Hoyer, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.271. は、財産処分と財産減少の間とともに財産処分と財産利益の間に要求される直接性関連が必要とされるのであって、被害者側と利得側の財産移動は別の財産が割り込んでくることなしに直接的に同一の財産処分から出てこなければならないとする。

97 Eser, a.a.O. (Anm.58), S.149.

分によってもたらしたかったこの利益は、主観面へと移動された財産侵害と対応するものである」として、被告人に注文により発生した請求権と配達業者の被侵害財産との間の素材同一性が肯定されたが、これに対しては、求められた、動機によって支えられた最終事情（偽られた注文者の怒りの惹起）は付随事情（費用節約による財産利益）とは区別されるので、両者に素材同一性は存在せず、財産上の利益獲得に向けられた Absicht を認めることはできない⁹⁸、また、納入の請求は十分な財産上の利益とはならないので履行請求には利得 Absicht はなく、不快感と費用節約の間には必要とされる素材同一性が欠けて利益は財産上適法な価値として求められていない⁹⁹、などと素材同一性を否定する見解が主張されている。

手数料代理人事例では、契約が顧客において取消可能であるにもかかわらず会社に対して手数料を請求する会社に対する詐欺と、顧客に対して偽りの契約内容を提示して契約を締結させる顧客に対する詐欺とを考えることができる。会社詐欺については「行為者は売買契約の取消を考慮したにもかかわらず、手数料を支払わせる目的で見かけは秩序に則っているが実際には欠陥のある契約書類を会社に提出したことによって、会社を詐欺で侵害した」とされ、直接的な財産上の利益は、会社が行為者に対して自己に損害を及ぼす記入をしたり手数料を支払う点にあるから、素材同一性が認められることに問題はない。そして、主観的な観点においても、行為者が手数料を目標として求めたこと、これを *dolus directus* 1.Grades でもって行為したことに問題はないので、会社詐欺については行為者の自己利得の Absicht を肯定することができる¹⁰⁰。

これに対して、顧客詐欺では手数料は注文によるのではなく会社の処分によって行為者に与えられるから、顧客の損害と行為者の手数料の間には

98 Reinhard Maurach, Anmerkung, JR1972, S.346.

99 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.102.は、素材同一性が欠如することで学説は一致しているとする。

100 Eser, a.a.O. (Anm.58), S.150f.

直接的な関係は存在せず、その意味では行為者には手数料の獲得が重要ではあったが、手数料を顧客の侵害された財産から素材同一的に受け取ったのではないので、この点に詐欺の成立を認めることはできない。ここでは手数料獲得が構成要件上重要なのではなく、顧客の損害の裏面である会社の利得が考慮されることになる。詐欺罪では第三者利得でも構成要件としては十分だからである。手数料の要求は注文によるものであるから、行為者には侵害された購入義務による会社の利得が必然的な中間結果として重要であり、この点に利他的な利得 Absicht を認めることができる¹⁰¹。判決においても、「被告人が会社のために会社が締結を求めている契約によってえようとした債権は債務と対応する。したがって被告人の Absicht は、第三者に違法な財産上の利益をもたらすことであり、これは注文者の財産侵害の裏面である」として素材同一性が肯定されている。ここでは会社という第三者利得が構成要件上重要な利益をえるものとして考慮されることになるが、これについて行為者は二次的または別の最終目的の手段としてしか関心を有していないが、第三者利得 Absicht にはこれで十分であり、行為者には最終的に手数料という自己の利得が重要ではあったが、この目標は会社による中間利得を通じてしか達成することができず、これを認識して自己利得のために望んでもいたので、会社のために第三者利得 Absicht を有していたものである¹⁰²。

無事故割引事例については、事故の相手方の財産不利益に対応しない利益をえようとしただけでは、利益が損害の裏面であったり、行為者には第三者の財産を通過させることなく直接的に被害者の財産からその処分に基づいて流れ込んでくるとはいえず、素材同一性は認められない¹⁰³、と判決に賛成する見解があるが、それに対して、欺罔により被告人は利欲的に割引レベルを維持しようとしたのであり、被告人は今のランクを失わないた

101 Eser, a.a.O. (Anm.58), S.150f; Maurach/Schroeder/Maiwald, a.a.O. (Anm.70), S.541; Rengier, a.a.O. (Anm.79), S.262f.

102 Eser, a.a.O. (Anm.58), S.150f.

103 Hoyer, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.269.

めに保険会社に支払いをさせないようにしなければならず、保険会社が支払いをしなければ保険会社は素材同一的に利得したことになるから、保険会社の利得は被告人の目標にとって必然的な通過段階、中間目標であるとして、Absicht を肯定する見解も主張されている¹⁰⁴。

3 望まれた中間目標と避けられない付随結果

(1) 詐欺罪における利得 Absicht を検討するにあたっては、望まれた中間目標と避けられない付随結果の区別に着目する必要がある。利得 Absicht を認めるには最終目標ではなく中間目標を望めば十分だが、因果連鎖の中で当該事態が生じないとしたら行為者の目標が達成できないために、目標達成のためには必然的に通過しなければならない場合に中間目標が認められるのに対して、結果発生を予見してもその実現は行為者の目標達成には本来必要ではなく、これがなくても行為者が求めた結果を達成できる場合は付随結果である¹⁰⁵。dolus directus 1. Grades を要求する Absicht 犯罪では、結果の発生を望めば Absicht は肯定されるが、その一方で、結果発生が確実であると認識したにすぎなければ Absicht は否定されることになるから、中間目標を求めることと避けられない付随結果を認識しているにすぎないこととの限界が可罰性にとって重要な役割を果たすことになり¹⁰⁶、その区別基準を明らかとする必要が出てくる。

しかし、望まれた中間目標と避けられない付随結果の限界づけはほとんど証明することのできない内心の態度や感情に依存するがゆえに困難を伴う。しかし、それにもかかわらずこの限界づけを断念することはできないのは、利益の追求は財産移転犯罪としての詐欺構成要件の必要な構成要素だからであり¹⁰⁷、行為者が利益をもっぱら別の目的に向けられた自己の態

104 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.95.

105 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.10f.

106 Rengier, a.a.O. (Anm.40), AT, S.126; Rengier, a.a.O. (Anm.79), S.261.

107 Cramer/Perron, a.a.O. (Anm.10), Schönke/Schröder, §263Rn.176.そして、詐欺では利益の追求は財産移転犯罪としての詐欺構成要件の必然的な構成要

度の必然的な帰結や考えられうる帰結として予見したにすぎない *dolus directus 2. Grades* では *Absicht* を認めるには十分ではないからである¹⁰⁸。

例えば航空運賃事例では行為者の利得 *Absicht* が否定されたが、行為者が最終目標として望んでいた職務違反を隠蔽するには金銭の受領なくしてはうまくいかなかったかもしれないが、行為者は財産上の利益をえられなくても偽りの申告をしたであろう。もし金銭の受領なくしては職務違反の隠蔽ができないのであれば、つまり隠蔽にとって金銭受領が必要不可欠な要件というのであれば、行為者は金銭受領を中間目標として望んでおり、違法な財産上の利益として利得 *Absicht* が肯定されることになる。これに対して金銭受領が最終目標である隠蔽を達成することとは無関係であれば、たとえそれが隠蔽を実現するに際して必然的に発生するとしても、金銭受領につき利得 *Absicht* を認めることはできない。利益の獲得は避けられないが、行為者には望まれていない、行為者の求めた別の結果の付随結果にすぎないこととなる。

(2) 制定史においては、刑法改正のための刑法大委員会の中で、付随結果は達成しようとした中間目標として理解することはできないのかの問題が提起されたところ、望まれてはいないが避けられない付随結果が同時に *Absicht* であり目標となってしまうことになるのは正しくない¹⁰⁹、望まれていない付随結果が行為者の目標たりえないのは、これを認めると *dolus directus 2. Grades* と *Absicht* の間にはもはや相違は全く存在しなくなってしまうであろうことを考慮すればそれで明らかであり、これにより *dolus directus 2. Grades* の事例は全て *Absicht* の事例となってしまうからである¹¹⁰と、両者を区別する方向性がとられている。

判例においても、無賃乗車事例は、行為者が自己の欺罔行為によって別

素なのでこの限界づけを断念することはできないとする。

108 Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.251.

109 Eduard Dreher, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd.12, 1959, S.125.

110 Karl Lackner, a.a.O. (Anm.109), Niederschriften, S.125.

の目標を財産上の利益として求め、この目標の達成と自己または第三者のための財産上の利益が不可避免的に結びついていると認められるのであれば、この付随事情が自分にとって望ましいのか望ましくないのかが本質的であり、これが望ましいのであれば、行為者にはこの利益は重要であると構成する。この論理にしたがうと、行為者が劇場に公演を見に行くために電車に乗ったが、乗車券を忘れたことに気づいたという類似の事案を二分して、運賃を支払うと公演の入場券を購入する金銭が残らないので、金銭を確保するために改札口で欺罔をはたらいたとすれば、欺罔行為は乗車費用の節約という目的のための手段であり、この点に財産上の利益の獲得が存在するが、これに対して、入場券をすでに有して、説明に多くの時間を費やす結果公演に間に合わなくなってしまうために欺罔したとすれば、行為者の欺罔行為の目的は時間通りに劇場に着くことだけである。それとともに乗車券の節約を期待しているのであれば、その心情は道徳的に非難されるべきであろうが、自己の行為の付随結果に対して非難されるべき感情を抱いている者には行為の際にこの帰結もまた重要であったという結論は肯定できない¹¹¹ことになる。この分類に対しては、劇場への入場という目標を行為者が追求した前者では、必要とされる中間目標と手段である不払いによる利得が Absicht でもってなされているから支持されるべきであるが、時間の獲得という目標にとっても不払いによる利得は必要な手段であるから、後者について利益 Absicht を否定することに疑問を呈する見解もある¹¹²。これにしたがえば、無賃乗車事例で Absicht を肯定することに問題はないであろう。

無賃乗車事例で提起されてそれ以降の諸判決で採用される Absicht の判断基準は、違法な財産上の利得が自己の行為の確実に望ましい帰結として重要であれば Absicht が肯定され、その一方で具合が悪かったり煩わ

111 Welzel, a.a.O. (Anm.59), S.21f.

112 Arzt/Weber, a.a.O. (Anm.65), S.527.ただし、Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm.65).ではこの部分の記述は存在しない。

しい帰結として避けられないが確実に発生する付随結果であれば Absicht は否定されるというものである。利益が別の価値ある目的のための手段として求められた中間目標にすぎなくとも、行為者にとっては利益が自己の行動の望まれた、内心で是認された帰結として重要であれば、主観的構成要件を肯定することができる¹¹³。諸判決で現れた事案では、手数料代理人事例では、手数料代理人は顧客を不利な契約へ導く場合、これが最終的に求められた手数料の獲得のために必要な手段であれば、手数料代理人は第三者支払い Absicht でもって使用者にもたらす利益に関して行為した¹¹⁴ものとして利得 Absicht が肯定されたが、これに対して、ほとんど成し遂げることのできない仕事から解放されるため（獣医事例）、誘拐が真実であるとみせかけるため（偽装誘拐事例）、窃盗として自分の正体を露見させないため（待合室事例）、無事故割引の損失を回避するため（無事故割引事例）とされるこれらの事例は全てにおいて、行為者は利益をえたけれども利得 Absicht は否定された。利得は行為者にとっては望まれておらず、付随結果にすぎないと判断されたからである。こうして産業スパイ事例や学者事例では、カムフラージュが判明しないために報酬を受け取ったり、金銭獲得のためではなく自己の名声のために欺罔を行い利益をえたにすぎないのであれば、諸判決同様の手法により利得 Absicht は否定されることになる。

(3) Absicht の肯否に関して特に議論があるのは注文事例である。ここで判例は、被告人には注文品の処分請求権が重要であったということから Absicht を認めた。すなわち、被告人の最終的な目標は他人に不快感と怒

113 Hehfendehl, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.722.は、無賃乗車事例に通じるものとして、学者事例（学者には名声だけが重要）、獣医事例（被告人は金銭の獲得を内心では拒絶し、自己の態度の望まざる具合の悪い煩わしい付随結果として受け入れた）、偽装誘拐事例、航空運賃事例（利得は唯一かつ排他的な行為動機である必要はないが、最も近くて直接的な目標として行為者の意思形成にとって決定的でなければならない、との意図が存在しない）、診療所事例、競馬事例をあげる。

114 Kindhäuser, a.a.O. (Anm.63), §263Rn.354.

りを与えることであったが、被告人はこの目標を達成するには契約締結による注文品の発送を指示するしかなかった。財産上の利益は行為者の行為の本来的な動機や第一に求められた目標である必要はないので、行為者が他人を怒らせるという本来的な目標の手段や前提としてこの請求を求めればそれで十分である¹¹⁵、というものである。つまり、欺罔は行為者の精神的な最終目的のために必要な中間目標として経済的に無意味なサービスを要求しなければならないが、そのサービスの中に損害が存するから、行為者は利他的でなく利己的な利得 Absicht を有している¹¹⁶のである。

しかしこの論法に対して学説は、Absicht の肯定、否定を問わずいずれの立場からも疑問が提起されている。例えば、Absicht を肯定する見解からは、欺罔者にとって重要なのは、商品が被害者に納入されて勘定に入れられることであり、そのために被送付者は不快感を抱く。納入は求められたことの達成には不可欠なので、労働は必然的な中間目標であるが、それとともに、欺罔者には納入者の活動だけではなく、これが自分の勘定に入れられないことも重要である。被告人自身が匿名で勘定を引き受けていれば、不快感の効果は非常にわずかであったであろうからである。費用がかからないことは必要な前提であり、利得それ自体は行為者目標の達成のための必然的な中間目標である¹¹⁷。これは、請求権とともに、請求権を可能とする地位、労働、自己に勘定がつけられないことを中間目標と位置づけるものである。これに対して Absicht を否定する見解からは、行為者が特定の者に不快感を与える Absicht で偽名を使って商品を被送付者の住所に代金引替で届けることを委任して注文したが、行為者は経済的に考察して、被送付者が損害を受けたことが明白な他の者による履行を、それが労働履行であろうが商品であろうが、被送付者に不快感と怒りを生じさせるために自己の目的にしたがわせたのであり、行為者は自身の財産からで

115 Horst Schröder, Anmerkung, JZ1972, S.26.

116 Rengier, a.a.O. (Anm.79), S.261.

117 Mahl, a.a.O. (Anm.22), S.102f.

はなく欺罔によって第三者である被送付者の財産から消費し、行為者には所為の成功のために他者の履行の中にある財産上の利益を自己の支配にしたがわせることが重要であり、その一方で被害者は善意の道具としての役割を果たしたにすぎないので、利得 Absicht を認めることはできない¹¹⁸として、素材同一性を否定する。あるいは、物の配達請求は財産上の利益それ自体ではなく、請求が向けられている履行を認めるにすぎないということを判例は誤認している。商品配達の請求権をえることが財産価値となりうることは否定できないとしても、請求が財産価値や詐欺に適する客体となるのは、経済的利用可能性が履行に役立つ請求の対象であるときではない。行為者がその前提として求める重要な地位も詐欺罪の財産上の利益となりうるが、この地位が財産法上の価値として求められることが必要である。自分の利益にもならず第三者に利益を与えようとの目標もない請求権がその根拠とされるのであれば、この場合からは除外される。したがって、ここでの請求権は履行のための中間段階ではなく、財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる Absicht も存在しない¹¹⁹として、行為者の請求権に財産法上の価値を否定する。

(4) 無賃乗車事例で提示された「確実に望ましい帰結」か「具合が悪かったり煩わしい帰結」かの基準¹²⁰については、この基準は学説によって圧倒的に是認されている¹²¹とされる一方で、この基準は誤りであることで学説は一致している¹²²との主張もあり、これに対する学説の評価は一様ではないようである¹²³。

118 Lackner, a.a.O. (Anm.68), §263Rn.262.

119 Schröder, a.a.O. (Anm.115), S.26.

120 Rengier, a.a.O. (Anm.40), JZ, S.322.は、端的にこれを、内心で望まれていたか、それとも望まれていなかったか、と評価する。

121 Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.253.は、学説は判例を圧倒的に承認する、Kindhäuser, a.a.O. (Anm.63), §263Rn.354.は、通説であるとする。

122 Arzt/Weber, a.a.O. (Anm.65), S.526.ただし、Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm.65).ではこの部分の記述は存在しない。

123 Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.253.によると、少数説は、望まれた

判例の基準に異議を唱える見解としては、まずは、望まれたか望まれなかったかの区別は意思要素の観点では満足がいくが、結果発生 of 確定的認識のある場合にはうまく機能しないことを指摘する¹²⁴。これは、知的要素としては利益をえる可能性の表象で十分である¹²⁵とするものであり、以下のような批判があげられている。例えば、保険金を獲得するために農家を放火したが、障害のある母親を前もって安全なところに連れて行くことのできなかった行為者にとっては、母親の死は自己の行為の望まれていない具合が悪かったり煩わしい帰結であろうが、それでも殺害 Absicht について疑うことはできない¹²⁶とする。また、身の代金は自らを拐取者と名乗ることを重視したい行為者には望まれていなかった、自己の名声のために実際よりも年長としていたスパイには年功序列によるそのレベルでの俸給は望まれていなかった、自己の所有する最良の牛乳を出す牛がその生産量が弱まったときに、名声から牛乳に水を加えた農夫には、高い支払いを強制的に受け入れたなどの事案から、別の目標の追求という文脈の中で利得が避けることのできないものとして望まれていた場合にのみ Absicht を肯定するような区別は納得できるものではなく¹²⁷、確実性要件は必要ではないことになる。

また、判例の、確実に生じると予見された利得結果が行為者に内心で望まれていたのかそれとも望まれていなかったかの基準によると、可罰性が

中間目標と避けられない付随結果との間の個々のあまり納得のいかない区別化は、目標に向けられた意思としての Absicht の定義という出発点から離れて、部分的には時代遅れの行為者類型論にならって利得の動機を取り入れることになるが、内心の感情もまた実際上は解明や証明ができないと反対し、限界づけと証明が困難であるとしても、理論的に完全に満足のできる解決が見つかるまでは判例の視点は有益であるとする。

124 Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm.65), S.615.

125 Lackner, a.a.O. (Anm.68), §263Rn.263; Welzel, a.a.O. (Anm.59), S.20.

126 Arzt/Weber, a.a.O. (Anm.65), S.526.ただし、Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm.65) .ではこの事例の記述は存在しない。

127 Arzt/Weber, a.a.O. (Anm.65), S.527; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm.65), S.615.においても、あげられた事案について Absicht を否定すべきだとする。

説明のほとんどできない内心の動機や感情に依存するとともに、Absichtには目標に向けられた意思が重要であるとする出発点からも遠ざかることになる¹²⁸との批判もあげられる。

この論者は後述するように、利得 Absicht の解釈において意図と確定的認識の区別を不要とすることを提唱するものであるが、さらに、判例の基準は具体的な事案にあてはめたときに不透明であるとも指摘する。すなわち、学説上 Absicht の存否について無賃乗車事例では一致がなく、航空運賃事例では否定され、診療所事例では肯定されるところ、これらの事例の異なった取扱いは容易に納得できるものではない¹²⁹とされる。このような各事案の帰結への疑義の他に、さらに二つの事案について検討が加えられている。すなわち、偽装誘拐事例について、被告人が完璧な誘拐を装う望みを有していれば、被告人には金銭もまた望まれていなければならないが、それは金銭の受領が誘拐物語を信用できるものとするからである。この判決を肯定する学説の背後にある、身の代金を要求することで誘拐物語が信用できるかは第三者に金銭を請うことに依存しないとの思考は正当であるが、具体的な状況においては事態は変わり、金銭の受領は行為者の表象によればその物語を危険にすることのない、機能的に必然的な中間段階となることもある。また、航空運賃事例について、公務員は自己の欺罔の結果違法な支払いが生じることとは明らかであり、金銭の受取りは懲戒手続きを回避する目的にも役立つ。公務員にとっては具体的状況において求めた最終目標は避けることのできない利得によってのみ達成可能である。これが中間目標なのか付随結果なのかの意味ある基準は見出すことができない¹³⁰。論者はこのような検討から個々の事案に関する結論づけをする以前の問題として、中間目標と付随結果の差別化はほとんど納得のいく帰結

128 Rengier, a.a.O. (Anm.40), JZ, S.322.

129 Dirk von Selle, Absicht und intentionaler Gehalt der Handlung, JA1999, S.310.は、こうして診療所事例における利得 Absicht の肯定には疑問があるとする。

130 Rengier, a.a.O. (Anm.40), JZ, S.323.

を導くものではなく、可罰性にとって決定的であるとみられる差別化がいかに疑わしく恣意的であるかを指摘することを試みている。

(5) このような事情から、詐欺の Absicht の目的論的解釈を基礎にして避けられない付随結果が Absicht から除かれるのはどのようにしてか、またそれはなぜなのかについて説得力のある理由づけを通説はこれまで生み出してこなかったとして、結果の確定的認識についても Absicht に組み込もうとする見解が主張される¹³¹ ことになった。これは、行為者は中間目標として利得を求めるのではなく、避けられない付随結果として甘受したにすぎないから Absicht を否定するという考え方が理解できないのと同じく、目標の達成が不可能かどうかにかかわらず財産上の利益がないとは考えられないからこのような差別化も理解できないとして、ここでは具体的な遂行形態が重要であり、行為者が構成要件の外部にある最終目標を達成するために利得と不可避免的に結びついている欺罔をするのであれば、行為者は利得なくして最終目標を達成することはできず、利得結果は最終目標や付随目標として Absicht の対象としても考えられなければならない¹³² とするものである。これによって、望まれた中間目標と避けられない付随結果の区別を放棄し、Absicht を目標に向けられた意思に制約されない結果意思として、利得結果を最終目標、中間目標、確実に発生すると予見された避けられない付随結果としていずれにおいても認めることができることになる。故意論や量刑論においては、*dolus directus* 1. Grades と *dolus directus* 2. Grades は不法、責任の内容において基本的に同視することができる¹³³ と強調されているところから、刑法典が *dolus eventualis* では可罰性に十分ではないとするところでは *absichtlich* な行為と確定的認識による行為とを同程度で把握するべきである¹³³ と主張する。

これに続けて論者が主張するところでは、詐欺罪の利得 Absicht では

131 Rengier, a.a.O. (Anm.40), JZ, S.325.

132 Rengier, a.a.O. (Anm.40), JZ, S.322f.

133 Rengier, a.a.O. (Anm.40), JZ, S.324.

利益発生の確定的認識では十分ではないことの理由として、確定的認識はそれだけでは所為の不法内容を形成する追加的な当罰性の視点はないために、行為者は自身で利用したり他人に利用させる意思で行為しなければならないといった解答しかえられないのだとすれば、この論拠には説得力は認められない。後述するように、法益関係的な Absicht では dolus directus 1. Grades と dolus directus 2. Grades を区別することが当罰性の基準から矛盾するというのであれば、このことは可罰性を限定する詐欺 Absicht にも妥当しなければならない。立法者は可罰性を限定するに際しては法益保護を早期化する場合には拒否する基準にしたがって可罰性の限界線を意味あるように引いてはいないからである。要求される追加的な不法内容は、主観的な財産移動傾向が存在しなければならず、dolus eventualis では十分ではないという点に存ずるとして、詐欺罪の利得 Absicht については dolus directus 2. Grades でよい¹³⁴とする。

この他にはさらに、一般論として短縮された結果犯では、主観的構成要件にしか存在しない不法要素に関して既遂の早期化は故意を強く要請する理由とはならず、日常用語上の意味の Absicht の概念は、dolus eventualis と同様に dolus directus 2. Grades を含んではおらず、既遂時期を前置化するだけという立法者の明白な目的には dolus directus 2. Grades を除外しないのと同様に dolus eventualis も除外されていない¹³⁵として、Absicht に dolus eventualis まで含める見解も主張されている。

(6) 行為者が利益を自己の別の目的に向けられた態度の必然的または可

134 Rengier, a.a.O. (Anm.40), JZ, S.325; Rengier, a.a.O. (Anm.79), S.262.は、これに対して、求められた必然的な中間目標と避けられないと認められた付随結果との間に存在する限界づけの難しさのために利得 Absicht を dolus directus 2. Grades でも十分とする提案は世間で認められなかったが、それは文言内容 (重要であるとの意味での「Absicht」)、典型的な詐欺要素としての利益追求、意味ある限定機能は dolus directus 1. Grades への制限に与えられることに結びついている、とする。このような記述は、Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 10.Aufl., 2008, S.257.で初めて登場する。

135 Puppe, a.a.O. (Anm.18), §15Rn108f; 論者は「短縮された結果犯」との用語を使用する。

能な帰結として予見しただけで十分であるとすれば、航空運賃事例、診療所事例、獣医事例、産業スパイ事例などでは Absicht が肯定され、詐欺罪の成立が認められることになる¹³⁶。このような見解によると、不可避性や必然性で問題が回避されることは確かではある¹³⁷が、この見解に対する反対は強い。まずは、確実であると予見された避けられない付随結果を Absicht 概念に取り入れようとして、Absicht を確定的認識で十分とする見解は、Absicht の可罰性制限機能と対立することになる。Absicht が確実と予測された結果に限定されず、また、行為者に確実に発生するとは評価されていない主たる目標として意思された財産上の利益が構成要件に該当する Absicht 概念に含まれないというのであれば、それは理に反した帰結であり、したがって優先されるべきは、主たる結果と付随結果とを区別して目指された主たる結果に Absicht を限定する Absicht 概念に固執する解釈である。主たる結果とは、行為者が最終目的や必然的な中間目標とみるのに対して、付随結果とは、行為者にとって目標の達成には必要ではなく、所為に随伴する事情にすぎないようなものである¹³⁸からであり、また dolus directus 1. Grades と dolus directus 2. Grades の相違を均等化するこの見解は、付随結果の確実な認識から結果が重要であることを推論することで、知的な Absicht 要素と意的な Absicht 要素とが混同するという欠点を克服できないからである¹³⁹。

また、知と意の対象が同一でも、付随結果と目標は分けられているので、

136 Lackner, a.a.O. (Anm.68), §263Rn.262.

137 Hehfeldahl, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.725.

138 Kindhäuser, a.a.O. (Anm.63), §263Rn.355; Tiedemann, a.a.O. (Anm.59), §263Rn.253. も、この見解は法的感覚にも詐欺構成要件における Absicht メルクマールの可罰性を制限する機能にも矛盾するとする一方で、責任構成要素としての動機づけと構成要件に関係する行為者決意とを峻別するという利益を有しているとする。また、Samson, a.a.O. (Anm.15), S.449. は、主たる結果とは行為者がその表象によって所為へと動機づけられるものであり、付随結果とはその発生は行為者にはどうでもよいとか望まれていないが、これなしには主たる結果は発生しえないものであるとする。

139 v.Selle, a.a.O. (Anm.129), S.310.

財産上重要な付随結果を考慮には入れたがこれが動機づけとなっていない者は、財産処分と財産侵害という構成要件要素に関して故意で行動するとしても、利得に関しては *absichtlich* に行動してはいない¹⁴⁰との見解もこれに対する批判として向けられる。これによって、獣医事例では、欠陥のある仕事を隠蔽するために報酬をえたとしても、それは戦略的にしたことであって、このような態度は報酬がすぐに捨てられるようなことでもあれば明確となるであろうし、また、注文事例では、労働給付がなければ不快感を与えるという目標は達成することはできず、不快感には行為にとって動機づけとなる作用が与えられ、これは違法な利得の *Absicht* に含まれている¹⁴¹とされる。

さらに、*dolus directus* 1. Grades と *dolus directus* 2. Grades が一般の故意論と量刑論において不法内容と責任内容にしたがえば基本的に同じものと認められるからといって、この二つの故意形式が概念上分離されることが変わるものではないこと、なぜ確実に発生すると予見された付随結果だけが *Absicht* を基礎づけるかの問題提起によって、*Absicht* が知的側面において一般に構成要件結果の発生が可能であるととらえれば十分であるとみなされるのであればむしろ、構成要件を実現する付随結果においても結果発生が可能であると予見されれば満足できるものと考えられること、付随結果の領域での目標として向けられた結果意思の意味での *Absicht* と確定的認識の同置は *Absicht* を正当に評価するものではない¹⁴²とされる。

利得 *Absicht* を *dolus directus* 1. Grades に限らず *dolus directus* 2. Grades をも含めて解釈すべきとする意欲的な見解には、以上のような批判が向けられ、論者自らが明言するとおり、この見解が広まることはなかった¹⁴³。

140 Hehrendehl, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.725.

141 Hehrendehl, a.a.O. (Anm.64), §263Rn.725f.

142 v.Selle, a.a.O. (Anm.129), S.310.

143 Rengier, a.a.O. (Anm.79), S.262.