

現行刑法の詐欺罪規定の制定過程について(上)

渡辺 靖明

【目次】

- I. はじめに
- II. 旧刑法以前の日中の詐欺取財等
 1. 中国の古律
 2. 日本の古律・公事方御定書
 3. 仮刑律及び新律綱領
 4. 小括
- III. ドイツ帝国刑法（1871）の詐欺罪の制定過程等
 1. 制定過程
 2. A. Merkel 及び K. Binding の Vermögen 概念
- IV. 旧刑法（1880）の詐欺取財罪の制定過程
 1. ナポレオン刑法典及び日本刑法草案
 2. ボアソナードと鶴田皓との審議
 3. 詐欺取財罪等の規定
 4. 小括（以上本号）
- V. 旧刑法の詐欺取財罪をめぐる学説・判例
- VI. 現行刑法（1907）の詐欺罪の制定過程等
- VII. むすびに

I. はじめに

刑法 246 条の詐欺罪規定では、刑法 247 条の背任罪規定とは異なり、「財産上の損害」は明文の要件とはされていない。それゆえ、詐欺罪は、背任罪のようないわゆる「全体財産に対する罪」ではなく、窃盗罪と同じく、いわゆる「個別財産に対する罪」(正確には毀棄罪と区別される個別客体の移転領得罪)である。2 項の利益詐欺については異論も示されているものの¹⁾、少なくとも 1 項の財物詐欺については、上記のように位置づけることに概ね見解の一致がある。判例及びこれを支持する伝統的な見解も、詐欺罪は欺罔による錯誤に基づく個別客体の交付移転による喪失(領得)が認められれば成立し、当該交付者側に個別客体の喪失を超える財産損害が発生することは不要であると基本的に解してきた²⁾。この簡明な理論構造は、多様化・巧妙化する詐欺事犯に対処する警察・行政職員をはじめとする市民にも理解しやすく、行為規範として一般予防効果も高まる。このようなメリットがあるとの評価もある³⁾。もっとも、近時では、判例及び伝統的な見解の立場を徹底すれば、詐欺罪の成立範囲が不当に拡張するとして、(その当否は別として)実質的な観点から詐欺罪の成立範囲を客観的に限定すべきことが主張され、判例も実際には同旨の立場であるとも分析されている⁴⁾。それでも、詐欺罪が基本的に個別財産に対する罪であるという理解そのものは、(後述のようになお異説はあるものの)広く共有されている。

ところで、旧刑法 390 条の詐欺取財罪も、個別の「財物」及び「証書類」を客体とする騙取罪として定められていた。すなわち、行為や客体には差異はあるものの、現行刑法 246 条の詐欺罪規定と同様に「財産上の損害」は明文の要件とはされていなかった。旧刑法の詐欺取財罪は、(なお検討すべきものはあるものの)中国古律の詐欺取財以来の日本法の伝統を踏まえつつ、フランス刑法(ナポレオン刑法典)の詐欺罪規定を継受して制定された。旧刑法の改正法

たる現行刑法の詐欺罪規定も、この流れを汲んで、個別客体の不正取得（騙取）罪として生成された。従来、このような見方が示されてきた⁵⁾。

これに対して、ドイツ刑法 263 条の詐欺罪規定では、日本法とは異なり個別客体が定められておらず、かつ Vermögen に損害を与えること（beschädigt）、すなわち Vermögensschaden の発生を明文の要件とする利得罪として規定されている。ここでの Vermögensschaden は、いわゆる「全体財産損害」であって、処分行為によって個別客体に移転・喪失だけではならず、なお処分者側の全体財産に価値減少があったと評価される場合にはじめてその発生が肯定される。しかし、日本法の詐欺罪規定では、上記のように「財産上の損害」が明文の要件とされていない。それゆえ、詐欺罪をドイツ刑法のように「全体財産に対する罪」として理解することは困難である。概ねこのように理解されてきた⁶⁾。それにもかかわらず、日本法の解釈論では、ドイツ刑法の詐欺罪の Vermögen/Vermögensschaden 概念との比較法的考察が古くから広くなされてきた⁷⁾。その一環として、例えば、ドイツ法の議論を参照して、なお詐欺罪の成立には経済的損害ないし実質的損害の発生が必要であるとの見解⁸⁾ や、ドイツ法の比較的「新しい」見解から得られた知見を基に、詐欺罪固有の保護法益（財産処分の自由）を措定する見解が示されている⁹⁾。それどころか、詐欺罪のみならず全財産犯が「全体財産に対する罪」であるとする見解まである¹⁰⁾。勿論、これらの見解が日本法の詐欺罪の構造やいわゆる財産損害をめぐる議論を豊かにしてきたことは確かであろう。また、ドイツとの比較法的考察をして、日本法の詐欺罪の成立範囲を適正に画すための手がかりを得る。その意図自体は、刑法の謙抑性・補充性の観点にも照らして、よく理解できる。とはいえ、そこでの詳細かつ緻密な比較法的考察は、日本法の議論というよりは、ドイツ法の議論がそのまま展開されているのではないか、という錯覚さえ覚えさせる。

確かに、ドイツ刑法は、卓越した近代刑典の 1 つであり、しかもそこでは詐欺罪において欺罔行為から保護されるべき財産の実質は、法的権利なのか、

それとも経済的利益・価値なのか、という普遍的な対立をめぐって緻密な議論の蓄積もある。そこには、債権等の取扱いを含めて、日本法にとっても、なお参考となる面があろう。それでも、日独の詐欺罪規定の条文上の差異に基づく制約は踏まえられるべきではないか。そもそも、Vermögensschadenの発生を要件とするドイツ法の詐欺罪の規定や、その解釈論にも問題点がないわけではない。例えば、ドイツ法の通説は、結局のところ、いわゆる法的財産概念と経済的財産概念とを折衷した「法的経済的財産概念」¹¹⁾を採用している。その結果、法的観点と経済的観点とのいずれを重視するのかという難題を抱えている¹²⁾。また、「財産上の損害」の明文の要件を欠く日本法の詐欺罪規定について、ドイツ法のように個別客体の移転・喪失を超えた損害の発生を要件として解釈することは、「罪刑法定主義」に抵触しないか、という疑問も生じる¹³⁾。そこで、この損害の要件を欺罔ないし錯誤の要件に移して検討したとしても、表面では詐欺罪は個別財産に対する罪であることを維持しながら、裏面では全体財産概念を取り込んでいる、という批判¹⁴⁾に答える必要も出てくる。これに対して、比較法的考察の前提として、ドイツ法のVermögensschadenにつき、いわゆる「全体財産損害」であることを否定する見解もある¹⁵⁾。この見解は、日独の現在の一般的な理解とは異なる。この点を措くとしても、Vermögensschaden自体は、日本法の詐欺罪規定の明文にはないドイツ法固有の要件であることに変わりはない。その下で産出されたドイツ法の特定の理論を日本法の詐欺罪の解釈論に導入することで、果して妥当な結論が得られるのか¹⁶⁾。たとえそれが詐欺罪の成立範囲を実質的・客観的に限定化するために必要であるとしても、なお慎重な検討が必要なように思われる。

もっとも、近時では、従来の見方とは異なり、日本の現行刑法の詐欺罪規定は、ドイツ刑法を参照して制定されたものであり、それゆえ日独の詐欺罪の理論構造は「財産上の利益」の騙取罪として実質的に共通の基盤を持つ、という驚くべき史的考察まで示されている¹⁷⁾。この論者によれば、それゆえに日本法の詐欺罪の構成要件の結果(騙取/財産損害)についても、ドイツ刑法の詐欺

罪における Vermögen/Vermögenssschaden 概念をめぐる議論が参照しうる、とされている¹⁸⁾。これに従えば、いかなる Vermögen/Vermögenssschaden 概念であれ、少なくともドイツ法の詐欺罪の規定や議論を参照して日本法にこれを導入する。そのこと自体への上記の疑問や批判は、大部分が解消されるかもしれない。何とんでも、日独の詐欺罪規定は、その生成過程からして、実質的に共通の基盤を持っているからである。しかし、これは、「逆もまた真なり」となる。すなわち、日本法の詐欺罪規定は、ドイツ法ではなく、依然として中国の古律以来の伝統を踏まえ、なおフランス法を継受した旧刑法の詐欺取財罪の流れを汲んで制定された。この見方がなお妥当するとすれば、日本法となお共通の基盤を持たないドイツ法の詐欺罪の Vermögen/Vermögenssschaden 概念をめぐる議論を参照して、これを積極的に導入するには、上記の疑問や批判に答えつつ、その理論的な根拠や必然性を一層説得的に提示しなければならない。この意味でも、日本の現行刑法の詐欺罪規定の制定過程を改めて確認することは、単なる回顧主義に留まるものではなく、現在の日本法の詐欺罪の解釈論のあり方の根本を問うことにもつながりうる。

本稿は、以上の問題意識から、日本の現行刑法の詐欺罪規定の制定過程を考察する¹⁹⁾。もっとも詐欺罪規定の制定過程については、既に優れた先行研究が複数ある²⁰⁾。本稿は、不十分ながら、その若干の補充を試みるものでしかない。それでも、本稿が、日本法の詐欺罪の歴史的な源流を改めて確認し、その理論的な足元を見つめ直すための契機になることがあるとすれば、望外の喜びである。

II. 旧刑法以前の日中の詐欺取財等

日本の現行刑法の前身たる旧刑法は、法律顧問ボアソナード (Gustave Émile Boissonade de Fontarabie)²¹⁾の作成した日本刑法草案を基に、ボアソナードと日本側の立法者・鶴田皓とが審議修正をし、その最終案をさらに元老院が

審議修正したうえで制定された。この経緯から、旧刑法は、主にフランス刑法（ナポレオン刑法典（1810））を範としながらも、中国の古律以来の日本法の伝統も踏まえて制定されたと評価されている²²⁾。

そこで、1880 年制定の旧刑法の詐欺取財罪についてはその改正法たる 1907 年制定の現行刑法の詐欺罪規定の源流を知るうえでも、日中の古律以来の「詐欺取財」の規定を確認しておくことは欠かせない。このことから、本章では、旧刑法以前の中国の古律及びこれを継受した日本の古律、さらに公事方御定書及び仮刑律・新律綱領の詐欺取財等の規定を掲げ、これに若干の考察を加える。

1. 中国の古律

(1) 唐律

唐律は、隋の文帝の命令で編纂された「開皇律令」（583 年）を引き継ぐ形で制定され、737 年の最後の改訂から 14 世紀明朝が興るまでこれが改められることはなかった。唐律は、全文が現代まで残る唯一の「律」の法典であり²³⁾、名例、衛禁、職制、戸婚、厩庫、擅興、賊盜、鬪訟、詐偽、雜、捕亡、斷獄の 12 編・500 条から成る。

i) 規定 ここでは、賊盜律編及び詐偽律編中の関連規定（先行研究による訳）を掲げる²⁴⁾。

強盜「諸て強盜（威若しくは力を以て其の財を取るを謂ふ。先に強して後に盜むと、先に盗みて後に強すると等し。若しくは人に薬・酒及び食を与へ、狂亂せしめて財を取るも亦是れなり。即し闕遺の物を得て、財主を毆撃して還さず、及び窃盜発覺して、財を棄てて逃走し、財主追捕せんとして、因りて相い拒捍す。此の如きの類、事に因縁有る者は強盜に非ず）、

財を得ざるは、徒二年。一尺は徒三年。二疋ごとに一等を加ふ。十疋及び人を傷つけたる者は絞。人を殺したる者は斬（奴婢を殺傷したるも亦同じ。財主

に非ずと雖も、但そ盜に因りて殺傷したるは皆是れなり)。其れ仗を持したる者は、財を得ずと雖も流三千里。五疋は絞。人を傷つけたる者は斬。」

窃盜「諸て窃盜財を得ざるは、笞五十。一尺は杖六十。一疋ごとに一等を加へ、五疋は徒一年。五疋ごとに一等を加へ、五十疋は加役流。」

恐喝取財「諸て恐喝して人の財物を取りたる者は（口もて恐喝するも亦是れなり）、盜に準じて論じ、一等を加ふ。畏忌せしむる足らずと雖も、財主懼れて自ら与へたるは亦同じ（展転じて言を伝へて財を受けたる者は、皆徒坐と為す。若し人の侵損する所と為り、恐喝して以て備償を求め、事に因縁有るの類の者は非なり）。

若し財未だ入らざる者は、杖六十。〔以下略〕

詐欺取財「諸て官私を詐欺し、以て財物を取る者は、盜に準じて論ず。（詐欺百端皆な是なり。若し監主にて詐りて取る者は、おのづから盜法に従ふ。未だ得ざる者は、二等を減ず。下条此れに準ず。）

情を知りて取る者は、坐贓もて論ず。知りて買ふ者は、一等を減ず。知りて為に贓する者は、二等を減ず。」

詐為官私文書増減「諸て詐りて官私の文書を為り及び増減し、（文書とは、券抄及び簿帳の類を謂ふ。）欺妄して以て財賞を求め、及び没入、備償を避くる者は、盜に準じて論ず。贓軽き者は、詐りて官文書を為る法に従ふ。（若し私文書ならば、止だ欺妄する所に従ひ坐と為す）」

ii) 考察 賊盜律中の 35 番目の窃盜は、いわば窃盜の基本類型を定めたもので、唐律の原文でも、窃盜と 34 番目の強盜の客体は「財」、38 番目の恐喝取財の客体は「財物」と規定されている。賊盜律中の 53 番目では「窃取」等

の定義が示されており、そこでは「器物の属は、移徒するを須ち」とされ、「場所の移転の可能なものに限られ」ていた²⁵⁾。また、客体を「財物」とする恐喝取財及び詐欺取財では「盗に準じて論じ」とされている。このことからして、「財」と「財物」とは同じ意味と解して差し支えないと思われる²⁶⁾。なお、賊盜律の 23 番目では「大祀神供物」、24 番目では「御寶」、25 番目では「官文書」などを客体とする窃盜の特別規定が置かれていた²⁷⁾。これらも、結局のところは、移転可能な個別の財物である。

もっとも、詐欺取財は、賊盜律ではなく、詐偽律中の 12 番目に規定されていた。すなわち、なお詐欺取財は、各種偽造や偽りを手段とする様々な犯罪とは完全に分化してはいなかった。すなわち、詐偽律では、「皇帝寶」(1 番目)、「官文書印」(2 番目)、「官文書」(8 番目)などの偽造・変造、「官」(9 番目)・「爵」(10 番目)などの詐称、「官」の身分を詐称して人を逮捕する行為(11 番目)、法廷での偽証の「証不言情」(26 番目)、使役等回避の「詐自腹除」(19 番目)・「詐病」(24 番目)や、法を犯すことになることを知らない者に詐って犯罪をさせる「詐教誘人犯法」(17 番目)、人を欺瞞して深みに陥落させ死傷させる「詐陷人死傷」(24 番目)など、偽りの手段を用いる行為が処罰対象として広く規定されていた²⁸⁾。他方で、詐偽律中で盜罪の一種として位置づけられるものとして、「妄認良人為奴婢」(14 番目)、「詐偽馭馬」(同 18 番目)や「医違方詐療病」(同 21 番目)があった²⁹⁾。

とはいえ、詐欺取財自体は、上述のように、窃盜に準じて論じるとされて、強窃盜及び恐喝取財と同じ「財物」を客体とする盜罪の一種として理解されていた³⁰⁾。後述のように、この理解は、明清律において一層確立される。

なお、「詐為官私文書増減」(詐偽律中の 13 番目)は、客体が制限されているとはいえ、偽造・変造された文書を用いて「財貨を求め」るほか、「没入・備償を避くる」罪であった。本罪も、「財産を取得する等の財産犯罪」として位置づけられている³¹⁾。すなわち、「詐為官私文書増減」は、偽造文書を用いて「欺きだまして錢財や賞物を求め、所持禁止物の没収をのがれ、あるいは官

私の器物の損壊や逸失に対する損害賠償をさけること」³²⁾と理解されている。前半の「錢財や賞物を求め」は、偽造変造文書を用いた財物取得すなわち詐欺取財の未遂を含めて処罰対象としているといえる。これに対して、後半の所持禁止物の「没収」と器物損壊・逸失の「損害賠償」とを避ける行為は、一種の「返還・賠償の免脱」と見ることもできる。もともと、その手段は偽造文書を用いた場合に限られ、その取得の対象も極めて限定されていた。

要するに、唐律では、財物の移転をおよそ伴わない段階、すなわち現在の観点からすれば財物の交付を内容とする債権の取得（相手方からすれば債務負担）は、少なくとも規定上は処罰対象となっていなかった。それどころか、財物を「未だ得ざる者」の減輕規定も置かれていた。すなわち、現在の観点からすると、財物の交付を内容とする債権の取得段階では、財物領得の未遂に留まるという理解が前提となっていたとも解される。

(2) (明) 清律

明律は、1397年に、唐律を部分的に改めて制定され、清律は、1741年に、明律を基本的に継承して制定された³³⁾。この経緯から、清律の「賊盜篇」中の関連する規定（先行研究による訳）を掲げる³⁴⁾。

i) 規定

強盜「およそ強盜を実行して、財を得なかったならば、みな杖一百流三千里。およそ（持ち主）の財を得たならば、首犯・従犯を区別せず、みな斬。

もし葉で人を混迷させて財を狙ったならば、罪は同じ。」

窃盜「およそ窃盜を実行して財を得なければ五十。刺字を免じる。およそ財を得れば、一主に重きを置き、賊を併せて罪を論じる。従犯は各々一等を減じる。初犯はいずれも右下 膊上に「窃盜」の二字を刺し、再犯は左下膊上に刺

し、三犯は絞。かつて刺字されていることによって当てる。

掏摸をしたならば、罪は同じ。〔以下略〕

恐嚇（恐喝）取財 「およそ恐喝して人の財を取ったならば、賊を計って窃盗に準じて論じ、一等を加える。刺字を免じる。〔以下略〕」

詐欺取財 「およそ計略を用いて官・私の人を詐り欺き財物を取ったならば、いずれも賊を計って、窃盗に準じて論じ、刺字を免じる。もし期親以下で、相手を取ったならば、やはり親族間の盗みの条文に依って、順次減等して罪を科す。

もし管理責任者が詐って管理している物を取ったならば、管理責任者による盗みとして論じる。財を得ていなければ、二等を減じる。

もし人の財物の持ち主を騙った、またはだまし取った、毘にかけて取った、勝手に持ち去ったならば、やはり賊を計って、窃盗に準じて論じ、刺字を免じる。」

ii) 考察 清律の特色は、何よりも、唐律とは異なり、詐欺取財が詐偽篇から分離されて、賊盜篇に規定されたことであろう。すなわち、賊盜篇中の 13 番目に強盜、16 番目に窃盜、19 番目に恐嚇（恐喝）取財、そして 20 番目に詐欺取財が規定されている。詐偽篇にいう「詐偽」とは「いつわり」のことであり、公文書の偽造等をはじめ国家や官府の権威を侵す行為を扱ったものが多い。これに対して、文言のよく似た「詐欺」すなわち人をだまして財物を騙り取る罪は、詐偽篇ではなく賊盜篇に置かれている。これは「財物を取る」ことに主眼が置かれているからである、とも指摘されている³⁵⁾。すなわち、(明) 清律の詐欺取財は、唐律以上に、詐偽すなわち偽造から独立して、財物を不正取得する罪として明確に確立された。これに対して、Ⅲ章 1 で見るように、ドイツ法では、1830～40 年代に文書偽造と詐欺との理論的な分化が定着したが、立

法上、詐欺罪が「財産」に対する罪であるか否かはなお確定していなかった。1851年制定のプロイセン刑法典を経て、1871年制定の帝国刑法典において、財産（Vermögen）に対する罪としての詐欺罪がようやく完全に確立した。実現された。中国の律では、偽造から独立した財産に対する罪としての詐欺罪が、ドイツ法に先駆けて確立していたことになる。

なお、清律では、恐喝と詐欺の取財とは、「脅し取る」罪と「騙し取る」罪」として、窃盗に似ているが窃盗とは違ふとみなされる罪」と理解されていた³⁶⁾。また、当時の解説書・沈之奇撰『大清律輯註』によれば、詐欺取財について「詭計を企て人の不覚に乗じて騙し取るのは、身をひそめて人の見ていないのに乗じて盗み取る窃盗と、行為（事）は異なるが意思（心）はよく似ている。だから窃盗に準じて論じるのであるが、畢竟「盗み」とは言えないので、刺字は免じる」とされていた³⁷⁾。このように、窃盗と詐欺・恐喝とは、現在の観点からすれば、奪取罪か交付罪かの相違はあっても、個別の財（物）の不正取得罪として共通する犯罪として位置づけられていた。しかも、特に詐欺取財と窃盗とは、その手段が人の認識の間に「乗じる」点で実質的に類似していることも前提とされていた。この点は、現在の窃盗罪と詐欺罪との関係を考えるうえでも非常に興味深い。

また、清律の詐欺取財では、唐律とは異なり、「管理責任者」の「詐って管理物を取」行為と「人の財物を騙った、またはだまし取った、毘にかけて取った、勝手に持ち去った」行為とが詐欺取財の規定に加えられている。「持ち主を騙る（冒認）」というのは、他人の物を自分の物だと偽ること、「だまし取る（誑賺）」とは、言葉巧みに騙して人の財を取って返さないこと、「毘にかけて取る（局騙）」とは、人を毘にかけて財を与えざるを得ないようにすること、「勝手に持ち去る（拐帶）」とは、何かにかこつけて人の財物を持って行ってしまうこと」と解説されている³⁸⁾。この冒認を詐欺取財の一種とする解釈は、冒認販売を詐欺取財として論じる旧刑法393条に通じるものがある（IV章3参照）。管理責任者の「詐って管理物を取」る行為は、実質的には欺罔手段を用いた管理物

の横領行為が「盗み」の一種として処罰対象とされている。また、「だまし取る(誑賺)」とは「騙して人の財を取って返さないこと」とされている。これは、返還すべき財物の欺罔による返還免脱と見ることもできる。もっとも、その実質は、現代の法的観点からすると、既に交付移転を受けた財物について、欺罔をすることで事後的に不正取得(領得)を確立するに等しいともいえよう。

他方で、清律の詐欺取財でも、「財を得ていなければ二等を減じる」、という未遂減輕の規定が置かれていた。これに対して、一定の返還・賠償の免脱を処罰する唐律の詐偽律中の 13 番目の「詐為官私文書増減」にあたる規定は、清律では存在していない。しかし、その理由は定かではない³⁹⁾。

2. 日本の古律・公事方御定書

(1) 大宝律・養老律

日本では、唐律を学んで、701 年に大宝律、718 年に養老律が制定された。大宝律、養老律はいずれの原文も残っていないが、養老律については平安時代に編纂された『令義解』及び『令集解』からその条文が復元されている。養老律の構成は、唐律がほぼ踏襲されていて、強盗、窃盗、恐喝取財は、賊盜律中に、詐欺取財は、詐偽律中に規定されている⁴⁰⁾。

i) 規定 養老律の強窃盗及び恐喝・詐欺取財の原文は、強盗の法定刑が重くなっていることを除くと、贓の額で刑の種類と量とが厳密に結びついている点も含めて、唐律とほぼ同様である。そこで、ここでは、上記唐律の現代語訳を参考にして、養老律の詐欺取財の規定のみを掲げる⁴¹⁾。

詐欺取財「凡そ官私を詐欺し、以て財物を取る者は、盗に準じて論ず。(詐欺百端皆な是なり。若し監主にて詐りて取る者は、自ら盗法に従ふ。官ある者は除名す。倍贓は法の如し。未だ得ざる者は、二等を減ず。)」

ii) 考察 ここでは、詐欺取財は、賊盜律ではなく詐偽律に置かれているものの、なお窃盜に準じて論じるとされて、強窃盜及び恐喝取財と同じ「財物」を客体とする不正取得罪として規定されている。また、財物取得に関する未遂減輕の規定も置かれていた。

(2) 公事方御定書

平安時代中期以降、律令は廃れ、鎌倉時代になると、主として公家法の領域に限られ、国法の中心は、武家法となった⁴²⁾。ここでは、江戸時代の1742年に8代将軍徳川吉宗によって制定された公事方御定書（徳川幕府の判例法の集積）の関連規定を掲げる。

i) 規定 ここでは、御定書56番目の「盗人」（強盜と窃盜にあたる罪）の規定と64番目の「巧事かたり事重きねたり事」（詐欺取財と恐喝取財にあたる罪）の規定を掲げる⁴³⁾。

盗人御仕置之事

「一、都て盗物之品は、被盜候ものえ相返可申候、金子遣捨候は、可為損失、勿論、盗物取戻候共、無差別、左之通、御仕置可申付事、

一、人を殺し、盗いたし候者 引廻の上 獄門

一、盗に入、刃物にて、人に疵付候もの、盗物、持主え取返候共 獄門

但、忍入にて無之候共、盗可致と存、人に疵候もの、死罪

一、盗に入、刃物にて之無、外之品にて、人に疵付候もの、右同断 死罪、
〔中略〕

一、手元に有之品を、興レ風、盗取候類、金子は拾両より以上、雜物は代金に積拾兩位より以上は死罪 金子は拾両より以下、雜物は代金に積拾兩位より以下は、入墨、敲」

巧事かたり事重きねたり事いたし候もの御仕置之事

「一、かたり事之品対公儀え候事歟又は兼而巧事歟或は人を誘引申合候もの、
贓物金壹両以上 死罪

但、当座之かたりは手元に有之品を、盗取もの御仕置、同断

一、巧成儀申掛、度々、金子等かたり候もの、金高雑物之不依多少 獄門

但、不得物取候共、前々、度々、物を語り取、或巧之品重きは、死罪

一、巧を以、人を打擲いたし、同類之内より取扱、物ねたり取候もの、人に
疵付候はば 獄門 不得物取候共疵付候は、 死罪

但、同類は中追放

一、惣て催促に逢、或は預ヶもの等届来候人を、疵付又は打擲いたし候もの、
中追放

但、刃物にて疵付候は、死罪

一、重き御役人之家来と偽、かたりいたし候もの、死罪

〔中略〕

一、家主并五人組を拵訴訟に出候もの、敲

但、似せ家主五人組に成候もの同罪

一、売人買人を拵似せ物商候もの、入墨之上 中追放〕

ii) 考察 「巧事かたり事」(以下「かたり」と略称することがある。)では、「当座之かたり」として「かたり」による「品」の「盗取」行為が処罰対象とされている。他方で、公儀に対する場合や手段が「巧」な場合は重く処罰されている。また、「不得物取候前」すなわち「物」を得られず未遂に終わっても、「前々度々物を語り取或巧之品重き」場合すなわち常習または手段が巧妙な場合には「死罪」とされていた。なお、64番目では、ほかに役人、家主・五人組の詐称等も処罰対象とされている。また、62番目の罪では「謀書謀判」(文書・印章偽造。引回しのうえ獄門)、67番目の罪では、「似せ金銀」(通貨偽造・引回しのうえ磔)などが別途処罰対象とされていた⁴⁴⁾。

御定書の「かたり」について、山岡萬之助は、「徳川幕府の法制は詐欺罪に付き財物騙取の条件を以て犯罪の成立殊に刑罰の量定に付き重要なものと為し貨幣偽造文書若くは印章等の偽造と全く関係なきものと為せり」⁴⁵⁾と評価していた。また、神保文夫も、公事方御定書の「かたり」とは、「人を錯誤におとしれて財物を騙取する行為およびその行為者を、〈かたり（騙り、衒り、語り）〉と称した。」と解説している⁴⁶⁾。

これに対して、井上正治・羽田野忠文は、「わが徳川法制を顧みても、そこには、現今のごとき意義での詐欺罪はない。その類型は英米法の Cheat と考えられる公共犯罪か、ないしは精々 Trickdiebstahl に留まる。その大部分が本質的に公共犯罪と考えられていたろうことは、条文の前後からみても肯けることであった」と論じる⁴⁷⁾。また、足立友子も、養老律の詐偽律では詐欺取財と文書偽造等とが並べて規定されており、御定書も欺罔犯罪と偽造犯罪とが特に区別することなく並べられていたとし、江戸時代には詐欺罪を財産犯として位置づけることは必ずしも意識されていなかった旨を論じている⁴⁸⁾。

いずれの見方が正しいのかをここでは断定することはできない。若干の考察を加えるならば、勿論、詐欺と偽造とは、その手段に類似性があるので、井上・羽田野及び足立の分析の通り、規定上「かたり」がなお偽造の罪とはっきり区別されていなかったと見ることもできよう。しかしながら、吉宗の命を受けて御定書の編纂に当たった荻生徂徠・高瀬忠敦は、中国の明律の条文の解説書を著しており⁴⁹⁾、先に見た中国の(明)清律の詐欺取財の規定の位置やこれが財(物)に対する罪であることは、当然に把握されていたと推測しうる。また、例えば、熊本藩「御刑法草書」(1754)は、清律を深く研究し、その影響を受けた藩刑法典であり、仮刑律の制定にも強い影響を与えたとされる。その御刑法草書でも、詐欺取財は、偽書等を置く詐偽篇ではなく、盜賊の一種として窃盜と同じ盜賊篇に置かれている⁵⁰⁾。ここにも、中国古律の影響を受けた結果、詐欺取財は窃盜と同じ財を取る罪との理解が日本法で定着していたことが窺われる。例えば、中村勉は、徳川時代の御定書の詐欺類似犯のカズイステックな犯罪例

には、大宝律・明清律の斬新的な詐欺犯罪の特徴が意識されていたとしつつ、律では全体に共通して「他人の財を虚言を弄して信用させて交付させる」といった詐欺罪の基本構造の萌芽が看取できる、と評価している⁵¹⁾。この評価には、なお首肯しうる点があるように思われる。

何よりも、御定書では、その条文の位置にもかかわらず、日中の律と同様に、56番目の「盗人」（強窃盗）とは別に、64番目で「かたり」を手段とした「品の盗取」であることが明示されている。仮に「かたり」がなお偽造罪の一種としての性格も併せもっていたとしても、山岡や神保、中村の理解を完全に否定して、御定書の「かたり」がおよそ財産に対する罪として意識されていないか、とまでは言い切れないように思われる。

なお、上記のように、「不得物取」すなわち財物取得について未遂に終わっても、「かたり」が常習的な場合や巧妙な場合に重く処罰する規定が置かれていた。逆にいえば、律の詐欺取財の規定と同様に、通常の「かたり」では、「盗取」すなわち財を現に盗る前段階では、既遂ではなく未遂として軽く処罰される。すなわち、御定書でも、律と同様に、現在の観点からすれば財物交付を内容とする債権の取得段階では、なお未遂に留まるとの理解が前提となっていたと解される⁵²⁾。

3. 仮刑律及び新律綱領

(1) 仮刑律

1867年の大政奉還によって明治維新が実現し、王政復古的色彩の強い仮刑律が1868年（明治元年）に制定された。仮刑律は、唐・明・清の律及び大宝律令等の古法にならい、なお御定書を参考にして編纂された⁵³⁾。

いずれにしても、仮刑律では、詐欺取財は、謀判をはじめ偽りを手段とする罪を定める「詐偽」の章ではなく、「人を詐欺して財を取」の罪名で、「窃盗」などと共に「賊盗」章に置かれている。ここでは、賊盗章の関連する規定を記載順に従って掲げる⁵⁴⁾。

強盗「凡、強盗既に行ふと雖、盜得ざるものは、首従を分たず皆笞百遠流、既に盜得るものは贓数并每人分つ処の多寡に拘らず皆斬首 因て人を殺すものは皆斬梟〔以下略〕」

窃盜「凡、窃盜既に行ふといへども、未盜得ざれば笞二十、其盜得るものは、各已に入るゝ之数を計へ、罪に科す〔以下略〕」

人を詐欺して財を取「凡、人を詐欺して財を取、又は人の物を我と云懸て奪取、或は事を構へ、ねだり掛て取、若は巧なる手段を仕掛け、人を信ぜしめ、財を出させ取之類、并に贓を計へ、窃盜に准じて論ず、○若無罪之人を恐嚇して迫て取ものは、一等を加ふ、卑幼、尊長を犯すは凡人に一等を加へ、尊長、卑幼を犯すは、本罪一等を加ふ上に就、親族相盜条に依、減科す、」

(2) 新律綱領

1870年（明治3年）に制定された新律綱領では、詐欺取財は、「詐欺取財」の罪名で、文書偽造をはじめ偽りを手段とする罪を定める「詐偽律」ではなく、「賊盜律」に窃盜と共に置かれている⁵⁵⁾。ここでも、賊盜章の関連する規定を記載順に従って掲げる⁵⁶⁾。

強盜「凡強盜兇器を持せず威力を以て人を劫し財を得ざる者は皆徒二年。財を得る者は贓を分たずと雖も贓を併せ首従を分たず罪を科す。人を殺す者は皆斬。人を傷する者財を得ざるは首従分ち財を得る者は皆絞。〔以下略〕」

窃盜「凡窃盜財を得ざる者は笞四十。財を得る者は贓を分たずと雖も贓を併せて罪を科す。〔以下略〕」

恐喝取財「凡恐喝して人の財物を取る者は贓に計へ窃盜に准じて論じ一等を

加ふ。罪流三等に止る。〔以下略〕

詐欺取財「凡官私を詐欺して財物を取る者は并に贓に計へ窃盜に準じて論ず。罪流三等に止る。二等親以下自ら相詐欺する者も亦親屬相盜律に依り遞減して罪を科す。

若し監臨主守監守する財物を詐取する者は監守自盜を以て論ず。未だ得ざる者は其詐取せんと欲する数を計へ二等を減じ罪を科し若し人の財物を冒認して己の物と為し及び誣賺局騙拐帶する者も亦贓に計へ窃盜に準じて論ず。罪流三等に止る。親屬ならば亦親屬相盜律に依り遞減して罪を科す。」

(3) 考察

仮刑律の「人を詐欺して財を取」(以下「詐欺取財」と略称する。)の規定では、詐欺による財の取得に加えて、「人の物を我と云懸て奪取、或は事を構へ、ねだり掛て取、若は巧なる手段を仕掛け、人を信ぜしめ、財を出させ取之類」が手段として併記されている⁵⁷⁾。この規定形式は、清律の詐欺取財の規定に近い。財を取るとされているところから、この時代の詐欺の騙取は、窃盜のような捉え方がされていたとの指摘もある⁵⁸⁾。これに対して、新律綱領の「詐欺取財」の規定は、「凡官私を詐欺して財物を取る者」と単純化された。この規定形式は、唐律及び日本の律の詐欺取財に近い。

このような差異はあるものの、仮刑律及び新律綱領の詐欺取財及び恐喝取財は、明文で窃盜に準じる個別財物の不正取得罪として定められている⁵⁹⁾。しかも、仮刑律では、両罪の構成要件は、同一の条文内に置かれていた。これに対して、新律綱領では、両罪の構成要件が異なる条文で規定され、しかも詐欺取財と横領とが同一の規定内で定められている(これは、冒認を詐欺取財の一種として定めていた清律の影響とも解される)。しかしながら、詐欺取財と恐喝取財との構成要件の構造自体は、極めて類似している。すなわち、両罪の構造が「交付罪」として共通するとの理解は、中国古律の伝統にならって、仮刑

律及び新律綱領の段階で確立されていた⁶⁰⁾。

なお、仮刑律の詐欺取財には、未遂減輕に関する明文の規定はない。窃盜には未遂減輕の明文規定が置かれていたから、これとの対比で詐欺取財の未遂は不可罰とする趣旨にも見える。これに対して、新律綱領の詐欺取財では、財を「未だ得ざる者」につき必要的減輕の明文規定が置かれていた。日中の古律及び御定書と新律綱領との前後関係を踏まえれば、仮刑律の詐欺取財でも「窃盜に準じて論ず」として、なお未遂の場合は減輕の対象となりえたと考えるのが素直であろう。ここには、中国古律以来の伝統が残されていたといえる。IV章2で見ると、旧刑法の日本側立法者の鶴田皓も、この伝統を踏まえて、詐欺取財罪の未遂（減輕）規定を設けるべきであるとして、ボアソナードを説得することになる。

4. 小括

以上のように、日中の古律における詐欺取財は、基本的に窃盜に準じて個別財物を客体とする不正取得罪として、位置づけられていた。しかも、現在の観点からすると、恐喝取財と並んで既にいわゆる交付罪としての性格を獲得していた。公事方御定書における「かたり」の罪の性格については評価が分かっているものの、少なくとも個別の財物（品）を盗取する罪として規定されていた。また、明清律の時代には、立法上既に各種偽造と区別される詐欺取財も確立しており、仮刑律・新律綱領でもその伝統が基本的に踏襲された。すなわち、詐欺取財は、偽造の一類型としてではなく、窃盜等と同じく「財産に対する罪」であることが確立されていた。

さらに、日中の古律において、詐欺取財の未遂が処罰対象となっていたことも併せて考えるならば、財物の交付を内容とする債権の取得段階で詐欺取財の既遂の成立を認めることはなされていなかったと考えられる。

要するに、仮刑律・新律綱領の詐欺取財は、日中古律の詐欺取財や公事方御定書のかたりの伝統をも踏まえて、個別財物の不正取得罪として集大成的に定

められていたと総括しうる。

Ⅲ. ドイツ帝国刑法 (1871) の詐欺罪の制定過程等

日本の旧刑法の制定過程では、Ⅱ章でも述べたように、一般に、中国の古律やフランス法が主に参照されたが、ベルギー、ドイツなどの外国法も参照されたようである。また、現行刑法の制定過程では、ドイツの法学者などからの意見聴取がなされていた。さらに、Ⅵ章で見ると、佐竹宏章は、そうしたドイツの法学者の意見が大きな影響を与え、日本の現行刑法の詐欺罪規定の構造はドイツ法の詐欺罪規定と共通の基盤を持つと主張している。果して、日本の旧刑法の詐欺取財罪については現行刑法の詐欺罪規定の制定過程において、ドイツ刑法の影響がどれほどあったのであろうか。

特に、ドイツ刑法の詐欺罪規定の制定過程 (立法理由) それ自体に、日本法の詐欺罪規定にもこれを参照し導入すべき契機が既に内在していたのであろうか。この点は、日本法の詐欺罪規定の制定過程を考察するうえで重要となりうる。そこで、本章では、1871 年ドイツ帝国刑法の詐欺罪規定⁶¹⁾の制定過程を先行研究⁶²⁾も踏まえて確認したうえで、若干の考察を加える。

また、本章では、1871 年ドイツ帝国刑法制定後に示された Adolf Merkel 及び Karl Binding の詐欺罪に関する見解も取り上げる。Merkel も Binding も、いわゆる法的財産概念の論者と位置づけられており、特に Binding の見解は、日本法の伝統的な見解、すなわち詐欺罪を個別財産に対する罪として純化する見解の判断枠組に近接すると評されている⁶³⁾。もっとも、日本の現行刑法の詐欺罪の制定過程において、Merkel 及び Binding の見解が明確に参照されたことを示す明確な資料はない。しかし、ドイツ刑法の詐欺罪規定及びこれに基づく Vermögenschaden の要件は、旧刑法の詐欺取財罪の結果の要件と理論的にも大きく異なる。日本の現行刑法の立法過程にあたり、果たしてそのように明確に把握しうる状況にあったのか。むしろ、その異同もはっきりせず、ド

イツ法でも結局のところ詐欺罪は個別客体の処分で成立する。このようにも捉えられる余地があったとすれば、日本の現行刑法の詐欺罪規定の立法にとって、なおあえて日中古律及びフランス法の影響を排してまで、ドイツ法の詐欺罪規定を積極的に参照・導入すべき契機も存在しえなかったことにならないか。このような視座から、Merkel 及び Binding の見解を確認し、若干の考察を行う次第である。

1. 制定過程

(1) ローマ法時代から 1794 年プロイセン一般ラント法まで

ローマ法では、盗罪の *furtum* が罰金や損害賠償の対象とされていた⁶⁴⁾。しかし、初期共和政時代には、現在の偽造や詐欺について一般的に処罰対象とされていなかったとされる⁶⁵⁾。紀元前 82～81 の Sulla によるコルネリウス法では、*Lex Cornelia de falsis* として、遺言・通貨の偽造、公金横領が犯罪として処罰されるに至った⁶⁶⁾。その後、詐欺的な手法による物のだまし取りや通貨・文書偽造は、偽造行為を広く含む *crimen falsi* のみならず、一部は *furtum* の対象とされていたとの指摘もある⁶⁷⁾。Hadrianus 帝の時代（117 年～138 年）には、判例によって *furtum* 及び *crimen falsi* とは別に *stellionatus* が生成された。*stellionatus* の一部は、欺罔の手段による財産犯罪であったが、その全体は偽造などの策略を用いる犯罪の「寄せ集め」であったともされている⁶⁸⁾。

ゲルマン民族法でも、ローマ法にならって *crimen falsi* として損害を生じさせる欺罔が偽造と関連して訴追されていたに留まる⁶⁹⁾。中世イタリアでも、*falsum* として偽証や文書偽造が処罰され、その一環として財産 (*Vermögen*) を害する行為が処罰対象とされていたにすぎなかった。同じく、中世ドイツでは、*velcherey*、*trogene*、*bedroch* などとして、通貨偽造、寸法、重量、商品、文書の偽造やいかさま賭博が処罰されていた。ここでも、財産を害する行為は、偽造等の一環としてのみ処罰対象とされていた⁷⁰⁾。ドイツ法では、*crimen falsi* の「偽罪」(「広義の偽造(詐欺)」)は、偽造・変造・(狭義の)詐欺を含

むものとして、19 世紀初頭までの学説及び 1871 年制定の帝国刑法典に至る制定過程でも、大きな影響を与えたとも指摘されている⁷¹⁾。

1532 年のカロリーナ刑法典でも、現在の詐欺にあたる事例は偽造の規制の下で処罰対象とされているにすぎなかった。理論的にも、真実の歪曲に力点が置かれる *falsum* が支持され、これを補う *Stellionat* の概念が生成されたものの、ほとんど意義がなかったようである⁷²⁾。

17 世紀後半から 18 世紀にかけて、いわゆる啓蒙時代が到来し、国家による処罰対象を法律によって明確に限定することと、刑法典を体系的に制定することとの必要性が意識され始めた。もっとも、1751 年のバヴァリア刑法典や 1768 年のテレジアナ刑法典では、財産に対する詐欺罪は、依然として各種偽造罪と区別されることなく規定されていた。その手段として、物の真価や真実を歪曲することが規定されており、これらの罪は次第に「真実権」を害する罪であるとの理解が一般的になっていく⁷³⁾。

もっとも、テレジアナ刑法典 72 条では、「*Falsch*」は、「騙して利益を得て侵害することであり、多くの場合には窃盗と極めて類似する性質を持つ」とも規定されていた⁷⁴⁾。また、1787 年のヨセフィーナ刑法典 149 条では、「財産及び諸権利 (*Vermögen und Rechte*) に関係する犯罪行為」として *Trug* が規定され、「詐欺罪で処罰されるのは、何らかの策略及び奸計を用いて、人の所有権それ自体を剥奪しようとする者、または悪意の意図で人の *Vermögen*、名誉、自由に損害 (*schaden*) を生じさせようとする者である」とする規定が置かれていた⁷⁵⁾。所有権は策略・姦計による剥奪 (取得) の対象であるのに対して、*Vermögen* は名誉・自由と共に損害を生じさせられる対象にすぎなかった。とはいえ、ここでは、策略及び奸計という欺罔的手段によって、他人の所有権・財産 (*Vermögen*)・名誉・自由を害するという「結果」の発生が重視され始めていたといえよう。学説でも、例えば、18 世紀末に、*Kleinschrod* は、詐欺罪を第三者の所有権への実質的な損害を生じさせる真実の変更または隠蔽であるとしていたとされる⁷⁶⁾。すなわち、18 世紀には、詐欺罪の欺罔的手段は、

一方では真実権を害するものであると同時に、他方では所有権・Vermögenやその他の権利・利益を害するものである。このような2つの理解が未分化のままに重畳していたと考えられる。

1794年のプロイセン一般ラント法では、1256条で「故意に人に錯誤を惹起させて、それによりその人の諸権利（Rechte）を侮辱（侵害）する（gekränkt werden）行為は可罰的な詐欺（Betrug）である」と規定された⁷⁷⁾。ここでいう「諸権利」とは、実務では真実に関する一般的な権利ではなくVermögenであったとも評価されている。もっとも、1256条は、法定刑を規定しておらず、この意味でもVermögenに対する詐欺を明確に処罰対象としていたとは断定しえない。また、加重的な詐欺として、文書・身分・境界石の偽造に加えて、偽証・誣告を伴う詐欺罪及び商品偽造・当罰的な破産も別途処罰対象とされていた（1325、1326、1328条以下、1377条以下、1404条以下、1441条以下）。これらの加重詐欺は、現在の財産（Vermögen）犯罪としての「詐欺罪」には分類されないとも指摘されている⁷⁸⁾。こうしたことから、プロイセン一般ラント法1256条が現在の財産犯罪としての詐欺罪の発展に影響を与えたか否かについては、評価が分かれているようである⁷⁹⁾。

（2）19世紀の各ラント法の動向（バイエルン刑法典（1813）を中心に）

19世紀の各ラントの刑法典でも、詐欺罪（Betrug）が規定されるに至った。しかし、詐欺罪が真実権を害する罪であるか、それとも真実権以外の所有権・Vermögenやその他の利益・権利を害する罪であるかについては、必ずしも統一されていなかった。すなわち、各ラント法の詐欺罪では、その侵害客体をVermögenとするか、単に諸権利Rechteとするか、またはおよそ特定しないかについて、理解が分かっていた。しかも、詐欺罪の構成要件として、行為者が専ら利益を取得することまで必要とするか、相手方に損害を与えるだけで足りるとするか、あるいはその両者の場合を含むとするかについても、理解が分かっていたのである。ちなみに、1851年のプロイセン刑法典制定前には、

1845 年のバーデン大公国刑法典 405 条のみが、詐欺罪の侵害客体を Vermögen とし、かつ行為者が利益を得ることを明示的に構成要件要素としていた⁸⁰⁾。

当時のラント法の上記の動向を裏づけるものとして、Paul Johann Anselm von Feuerbach の起草した 1813 年のバイエルン刑法典の詐欺罪に関する規定につき、ドイツ法における先行研究も踏まえて、その若干の考察を行う。1813 年のバイエルン刑法典は、後の他のラント法にも大きな影響を与えたとされているからである⁸¹⁾。

その起草者 Feuerbach は、詐欺罪についてどのような理解をしていたのか。Feuerbach の 1801 年の刑法の教科書では、詐欺罪について次のように解説されている。まず、詐欺罪とは広義での「偽罪」であり、「虚偽の事実を告げるか、または真実を告げないことによって、違法な意図で他人をだますことである」。また、他人を欺罔する意図で着手された違法な行為が終了するやいなや、詐欺罪は既遂になる」。例えば「契約に関する詐欺は、契約の完了と同時に既遂になる」とされていた。ここでは、Feuerbach は、明らかに詐欺罪を「偽罪」の一種として理解し、文書偽造などと同種の犯罪として位置づけていた。それゆえ、欺罔行為をすれば直ちに詐欺罪は既遂となるとされていたのである。さらに、Feuerbach によれば、狭義の偽罪とは、「他人の法益にとって不利になるように、物を偽造もしくは変造することによる欺罔」のことであった。その例として、計量器の偽造と変造、交易用に作られる法定の度量衡の偽造と変造、有効な文書と偽造と変造が挙げられている⁸²⁾。ここでは、Feuerbach は、詐欺罪を所有権や Vermögen を直接に侵害する罪であるとは必ずしも明確に理解していなかったことが窺える⁸³⁾。

次にバイエルン刑法典の詐欺罪規定はどのようなものであったか。バイエルン刑法典では、その第 2 部第 1 題第 5 章の 256 条～294 条で、私的犯罪として詐欺罪及びこれに関する規定が置かれていた。その 256 条は、「人に損害をもたらすためにまたは不正な利得をするために、意図的かつ故意に虚偽の事実を真実であると称するもしくは表示する者、真実の事実を不正な手段で告知しな

いもしくは隠蔽する者、または人の錯覚を自己の利益となるようにもしくは第三者の不利益となるように利用する者は、これらにより現に損害を生じさせたとき、または 265 条、266 条、269 条、270 条、271 条、278 条、280 条から 294 条で規定され加重される状況で詐欺行為を実行したときは、詐欺罪の既遂により処罰される。」とされていた。また「他人の所有権への不利益に対する詐欺罪に関して」として、258 条～260 条では「単純詐欺」などが規定されていた。もっとも、266 条～268 条では文書偽造、269 条～272 条では民事事件での偽証、273 条～279 条の特別の刑法上の破産が規定され、さらに「人格的状态に対する一般的詐欺に関して」として、280 条では婚姻に関する詐欺、282 条、283 条では家族状態に関する詐欺、284 条～294 条では名声に対する詐欺・中傷などが規定されていた。要するに、詐欺罪の侵害客体は、所有権以外の個人的な権利、家族状態、婚姻、市民としての地位・名誉にまで拡張されていた。それゆえに、バイエルン刑法典でも、詐欺罪は純粋な財産犯罪として理解されていなかったとも指摘されている⁸⁴⁾。

しかも、Feuerbach は、Kleinschrod による草案への批判の中で、詐欺罪について「詐欺のために実行される行為は、違法な行為でなければならない。他人となる国家や人は、それがなされないことへの権利を持たなければならない。ところで、誤った認識を惹起する行為、あるいは真実を隠蔽する行為がなされれば、既遂の犯罪を構成する要件は総て存在している。この種の権利侵害は、財産（Vermögen）への実際の損害と結びついていなくとも既遂となりうる」と説明していたとされる⁸⁵⁾。ここに、Feuerbach が、詐欺罪をなお「偽罪」の一種として捉え、その侵害客体の実質を「真実権」であると解していたことが如実に示されている。

確かに、バイエルン刑法典では、詐欺罪の一般的行為は、「偽造」とは切り離されて規定されているし⁸⁶⁾、詐欺罪が窃盗類似の所有権に不利益を及ぼす罪として、その一部は Vermögen に損害を与える罪であることも認められていた（258 条）。しかし、逆に言うと Vermögen は詐欺によって害される客体

の一部でしかなかった⁸⁷⁾。バイエルン刑法典でも、18 世紀の立法・学説と同様に、詐欺罪はその本質として真実権に対する罪であるという理解と、それ以外の権利・利益を害する罪であるという理解が依然としてなお併存していたともいえる。すなわち、バイエルン刑法典でも、Feuerbach の理解⁸⁸⁾を反映して、現在のように詐欺罪を Vermögen に対する罪として純化して規定すべきものとは考えられていなかったのである。

(3) 1851 年のプロイセン刑法典の詐欺罪規定

18 世紀末から 19 世紀半ばにかけて、西欧では経済取引活動の発展に伴って、経済的な自由主義の思考と合理主義的な啓蒙思想が発達した。それにより、取引における広義の偽造的行為を広く処罰対象とすることからの転換が図られた。すなわち、当該「行為」は、少なくとも財産をはじめとする権利・利益への損害という「結果」を生じさせるゆえに処罰される⁸⁹⁾。こうした理解が上記のように一部の立法や学説において採用されるようになる。1830～1840 年代には、学説において、特に文書の偽造と詐欺との分化が定着し、少なくとも偽造罪の法益が「真実を求める権利」であることは否定され、詐欺罪の被侵害利益を財産権に限定する見解も、一般に支持を得ていたとは断定しえないものの、多数説となりつつあった旨が指摘されている⁹⁰⁾。

他方で、1810 年のフランス・ナポレオン刑法典 (Code Pénal) 405 条は、ドイツ法に先駆けて、詐欺罪 (escroquerie) を個別客体の不正取得罪として明確に規定し、詐欺罪が「財産」に対する罪であることを明確に位置づけた⁹¹⁾。このナポレオン刑法典の詐欺罪規定は、まずドイツの一部のラント法の立法及び学説に影響を与え、最終的にプロイセン刑法典の立法にも影響を与えた⁹²⁾。そうして、1851 年のプロイセン刑法典 241 条で、詐欺罪は、侵害客体を「Vermögen」とする犯罪として明確に規定された。すなわち、241 条では、「利得の意思で、虚偽の事実を主張し、または真実の事実の歪曲もしくは隠蔽をして錯誤を惹起することによって、他人の Vermögen に損害を与えた者は、詐

欺を実行した者とする。」と規定されたのである。もっとも、IV章1で見ると、ナポレオン刑法典405条の詐欺罪規定は、プロイセン刑法典241条のように「人の財産に損害を与えた」ことを要件とはしていない。それでは、なぜ1851年のプロイセン刑法典（及び1871年の帝国刑法典）の詐欺罪規定は、Vermögenに損害を与えることを明文の要件としたのか。そもそも当時の「Vermögen」とは、いかなるものとして理解されていたのか。この肝心な点については、本稿筆者の調査・理解の不足でなお説明することできない。しかし、不十分ながらも、その一端を明らかにすべく、近代私法の祖であって、司法大臣としてプロイセン刑法典の一部の草案にも参画し、詐欺罪規定の制定にも大きく関わったFriedrich Carl von Savigny⁹³⁾のVermögen概念及び詐欺罪の「損害」に関する意見を示したうえで、若干の考察を試みる。

(4) SavignyのVermögen概念と詐欺罪の損害

i) Vermögen概念 Karl Salomo Zachariaeは、1804年の論稿で既にVermögenとは本質的には譲渡不可能な特定の個々人に帰属する権利であり、その体系の中心には、Vermögenは人格的自律と結合するものとして理解していたとされている⁹⁴⁾。このVermögen概念を一層精緻化したのが、Friedrich Carl von Savignyであった。Savignyは1840年代に著した『現代ローマ法体系』において、Zachariaeと同様の理解の下で、Vermögenの概念を精緻化している。

他方で、Savignyは、司法大臣（法律修正担当）として、プロイセン刑法典の1843年草案及び1845、1846、1847年草案の制定に参画している⁹⁵⁾。1846年草案及び1847年草案に至るまでの草案では、依然として詐欺罪の構成要件的结果として、「Vermögen」に損害を与えることを要件とすべきか否かは、なお決着がついていなかった。例えば、1845年草案は損害を与えることのみを定めていた。すなわち、「Vermögen」への損害であるとは明定されていなかったのである⁹⁶⁾。もっとも、1845年草案の起草者は、これをVermögenの

損害と解していたとの指摘もある⁹⁷⁾。これに対して、1846 年草案 280 条及び 1847 年草案 293 条は、詐欺罪を毀棄罪と区別される利得犯として位置づけたうえ、Vermögen に損害を与えることを明文の要件とした⁹⁸⁾。これが、1851 年のプロイセン刑法典 241 条の基礎となったのである。

特に 1847 年草案の詐欺罪規定の損害については、Theodor Goltdammer によれば、1845 年草案での Savigny の意見に従っていたことが示されている⁹⁹⁾。もっとも、Savigny 自身は、詐欺罪の損害の対象を Vermögen とすべきことについて、表面的には積極的に論じていたわけではない。しかし、詐欺罪の損害を最終的に Vermögen への損害と明定する重大な決断に、起草の責任者の Savigny が強く反対していたとは思えず、むしろ暗黙の裡にせよ Vermögen の損害であることを当然に容認していた。このように考える方が自然なようにも思われる。以下では、こうした可能性を前提として、まず『現代ローマ法体系』(小橋一郎訳)における Savigny の Vermögen 概念を参照しておきたい。

Savigny は、次のように論じている。「所有権と債権という二種の権利によって、権利者の力〔Macht〕は、その存在者の自然的限界を越えて拡張される。さて、このような仕方では個々人の力を拡張する諸関係の総体を、われわれは、個々人の財産〔Vermögen (力、能力の意味がある)〕と称し、これに関する法律関係の総体を財産法〔Vermögensrecht〕と称する」¹⁰⁰⁾。Savigny は、ここで Vermögen として単に所有権(物権)と債権とを統合したわけではない。財産(Vermögen)は、「個々人の力を拡張する諸関係の総体」であり、人格的自律と結びついた権利と解されていたのである¹⁰¹⁾。

これに対して、Karl Birkmeyer は、Vermögen の概念の由来をローマ法の bona (財産とも訳される) 概念に求め、この概念と交換価値との結びつきを指摘していたとされる¹⁰²⁾。しかし、Savigny は、Birkmeyer とは異なり、Vermögen はローマ法の bona は本質にあまりぴったりしないとして、bona は「前述の力によって設定される幸せを、あるいはその力がわれわれに与える幸福を言い表す」¹⁰³⁾ としている。すなわち、Savigny は、むしろ bona を

Vermögenによって達成される幸福と理解していたのである。Savignyは、さらにVermögenとは、そのドイツ語の意義の通り、物権と債権の「存在によってわれわれに生じてくる力、われわれがそういう力によって達成できる、または達成できる能力」¹⁰⁴⁾であるとも述べている。すなわち、ここでいうVermögenとは、Zachariaeの見解と同様に、物と他人の行為とを支配し、人の人格的自律と結びつく幸福実現のための力・能力（権利）の総体を意味していた。この理解は、現在のドイツの刑法学説の観点からすると、処分者の主観的価値を可能な限り考慮しようとするUrs Kindhäuserの機能的財産概念¹⁰⁵⁾や、「法的に承認される行動の自由の意味を具象化するように体現する潜在的可能性」を中核に据えるMichael Pawlikの自由論的人格的財産概念¹⁰⁶⁾に通じるものかもしれない¹⁰⁷⁾。

もっとも、Savignyは、債権が所有権に対して特別の関係を有するのは、債権が金銭で評価でき、また最も重要な債権が所有権の取得または所有権の一時的な利用に至るからだとしている¹⁰⁸⁾。実際に、Savignyは次のようにも論じている。「われわれは、個々の財産の一般的考察において、それをまさに成り立たせている個々の権利の性質を度外視することができ、その抽象によって、個々の財産は、われわれの考察にとって、同質の内容の純粹の量に変わる」。また、このように理解するがゆえに、Vermögenには債権の消極面として「債務」の関係もその構成部分となり、「各個の財産の全体が、あるいはプラス、あるいはマイナス、あるいはまた完全な中立すなわちゼロでありうる」とされている¹⁰⁹⁾。さらに、Savignyは、次のようにも論じる。こうしたVermögenの純粹な量的取扱いは、価値〔Werth〕の概念すなわち「金銭〔Geld〕」によって媒介され、「外部的に表わされ、實際生活の中へもちこまれる。それゆえに、法律的な使い方については、価値と金銭価値とは、同義の表現であり、実際にも交互に用いられるのが常である。したがって、財産は、そのすべての構成部分が金額の所有の中に解消されることによって、純粹の量に変えられる」¹¹⁰⁾。すなわち、Vermögenの構成要素に債権が取り込まれるゆえに、

Vermögen は「金銭価値」を基準として常に量的にプラス・マイナスの差引が行われる。これは、現在のドイツ刑法における経済的財産概念そのものようにも見える¹¹¹⁾。もっとも、Savigny は、金銭価値で差引される対象をあくまで債権債務及びさらに債権によって取得等される所有権（物権）としている。すなわち、Savigny は、権利にあたらぬ経済的利益をも Vermögen の構成要素となることまでは認めていないようにも見える。この意味では、Savigny の見解は、現在の法的財産概念を排斥するものではなく、むしろ折衷的な法的経済的財産概念の立場に近いものとも考えられる¹¹²⁾。

いずれにしても、Savigny の Vermögen 概念は、現在のドイツ刑法の観点からすると、法的財産概念、経済的財産概念、さらに根本的には機能的財産概念や自由主義的・人格的財産概念などの「新しい」財産概念をも取り込みうるものであった。

ii) 詐欺罪における「損害」 それでは、Savigny は、詐欺罪の損害概念について、どのように理解していたのか。1846・1847 年草案の時点では、既に詐欺罪を利得犯とし、欺罔行為によって錯誤を惹起して Vermögen に損害を与えることを明定することは固まっていたようである。しかし、その過程では、なお「損害を与えること」で足りるのか、それとも 1794 年プロイセン一般ラント法の詐欺にあたる規定の 1256 条を踏襲して、「諸権利の侮辱」を前提として規定するかどうかは議論があったようである。Goltdammer は、1847 年草案の解説において、詐欺罪の結果につき、「諸権利の侮辱」に限定しなかったことについて、Savigny の意見に従ったものとしている。Goltdammer による Savigny の意見の要約を掲げておく¹¹³⁾。

いかなる詐欺罪にも、傷害罪や窃盗罪と同じ意味で、客観的な権利の侵害は含まれていない。なぜならば、肉体的な人格や所有権を承認することを求める権利と同じように、真実告知への権利も持っているとは、抽象的に主張されな

いからである。ところが、文書偽造やフランス法の詐欺罪のように、真実侵害による損害化と何ら異ならないような事例、つまり加重的な詐欺罪の事例も明確な詐欺罪の事例となる。こうして、加重的な事例は、錯誤を惹起して他人を意図的に害するものとして、悪意と危険性の程度のみを基準にして詐欺罪から区別される。詐欺罪の構成要件にとって、単なる損害ではなく、諸権利の侮辱を要件としようとするならば、特に、偽造の診断書や類似の書類を用いて、でっちあげの理由で献金を募る場合を不可罰の行為とすることを考慮することになる。なぜならば、いまだ常に、その金銭を与えるか、手元に置いておくか、その相手方には、自由な行為が残っているからである。これには、次のような異議が加えられるだろう。諸権利の侮辱の要件は、その帰結において、被欺罔者にその取引が法的に必要であると仮装されたときのみ、詐欺罪に他ならないという結論に不可避的に至る。このことは、詐欺罪の構成要件を非債弁済の返還請求訴権の条件と一致させることになるが、誰もそのように考えることはできない。プロイセン一般ラント法が不幸にも選択した「諸権利の侮辱」の文言は、欺罔がなければ交付しなかったはずの何かを交付させることと何ら変わらない。しかし、このことは、でっちあげの理由での献金の事例にも確かに妥当する。それどころか、異論なく詐欺に含まれる抵当権の取引において担保があると偽る事例も、上記の事例と内部的には相互に変わらなくなる。なぜならば、この被欺罔者は、錯誤者としての意識を基準としても、自由な意思で行為をしているからである。しかし、これらの場合には、その意図的に惹起された錯誤の影響下にある。

上記の意見は理解しづらい部分もあるが、Savigny自身は、（行為者による）権利の不承認が客観的（明白）に示される身体の傷害罪や、所有権を害する窃盗罪とは異なり、詐欺罪では相手方に具体的な「損害」が生じることが必要であると解している。そうでないと、文書偽造による真実権侵害（それによって相手方に損害を与えた場合には加重的な詐欺罪の事例となりうる。）との区別

がつかなくなる。そうして、詐欺罪の事例かどうかの基準は、他人を錯誤に陥れて具体的に「害する」ことへの悪意と危険性の程度にあるとされている（文書偽造がなされた場合は、その程度が高まっているにすぎない）。しかし、この「害する」対象として端的に（Vermögen の）「損害」ではなく、さらに「諸権利の侮辱」を要件とすれば、当罰的な事案を補足しえない、と指摘されている。すなわち、上記のでっちあげの献金事例では、もともと慈善ゆえに、なお献金をするかしないかは相手方の自由に委ねられており、贈与する法的義務があるわけではない。これに対して、欺罔されて非債弁済をさせられる場合には、相手方は法的にこれを支払わねばならないと誤信させられている（ゆえに返還請求訴権が生じる）¹¹⁴⁾。Savigny は、おそらく「諸権利」の侮辱が生じるとすると、それは相手方がそのような義務があると誤信させられて、支払った（というような何らかの法的権利関係に関わる）場合に限られると捉えられてしまうと考えたのではないか。しかし、ここでの諸権利の侮辱の実質は、本来、欺罔がなければ交付しなかったはずの何かを交付させることを意味する。そう考えれば、でっちあげの献金事例でも、同様に詐欺罪の成立を認めることができる。その相手方は、意図的に惹起された錯誤に基づいて交付をし、損害を被っているからである。このことを明らかにするためには、一般ラント法のように「諸権利の侮辱」という誤解を招く文言を不幸にも選択するのではなく、「損害」と端的に規定すべきだ。そうして、この損害をもたらす錯誤の惹起に、詐欺罪固有の可能性を基礎づける悪意と危険性を認めることができる。これが Savigny の趣旨だと解される。なお、当時のナポレオン刑法典 405 条の詐欺罪は、上述のように、個別客体の交付で構成要件該当性が認められ、この交付によって「損害」が生じることを明文の要件とはしていなかった。その一方で、その手段として姓名や身分の偽りも挙げられていた。Savigny は、この手段の部分も捉えて、フランス法の詐欺罪は文書偽造と同様に真実権侵害を主体とするものであり、それによって何らかの（財産的な）害も生じるので、本来加重的な詐欺罪の事例を対象とするものと見たのではないだろうか。

iii) 考察 さて、Savigny は、詐欺罪の損害を論じるにあたり、「欺罔がなければ交付しなかったはずの何かを交付させること」に言及している。この部分に着目すれば、現在の日本法の観点からすると、詐欺罪を個別財産に対する罪と見る見解、特に欺罔による錯誤に基づく個別客体の交付・移転で詐欺罪の成立を認める判例及び伝統的な見解そのもののように見える。もっとも、欺罔がなければ交付しなかったはずの何か（個別客体）を交付させられれば、いかなる立場からも、多くの場合には、Vermögen にも損害が生じることは否定しえない。Savigny は、その典型例を示しただけかもしれない。上記の意見では、抵当権の取引において担保があると偽る事例も挙げられているが、処分者に金銭価値として相当対価の反対給付が提供される双方給付の事例は挙げられていない。この場合に、なお Savigny が Vermögen に損害の生じることを肯定するのか否かは、必ずしも定かではない。しかしながら、Savigny は、上記のように、Vermögen は物権のみならず、債権も含まれるがゆえに、「金銭価値」を基準として常に量的にプラス・マイナスの差引が行われるものと考えていた。ここでも、この Vermögen 概念が当然に前提とされていた。このように解することは、可能かつ自然ではなからうか¹¹⁵⁾。実際に、Savigny は、その手段も踏まえて、詐欺罪では、窃盗罪のように、明白に権利（所有権）を害するものとしては位置づけられないとしている。ここでは、詐欺罪では、窃盗罪とは異なり、個別客体の移転は表面的には相手方の自由な意思での交付によってなれる。それゆえに、詐欺罪では、惹起された錯誤による交付で所有権が直ちに害されたと明確には言えず、行為者にも明らかな権利の不承認があるとはいえない。そこで、詐欺罪では、客体の移転ではなお足らず、最終的に（量的にも把握可能な）Vermögen に悪意をもって具体的な損害を与えたということまで必要であると想定されていたのではないか¹¹⁶⁾。もっとも、繰り返しになるが、Savigny は、「Vermögen」の損害であることは明示していない。それでも、意見中の事例は、全て財産（Vermögen）に損害の生じるものに限られている。このことは疑いない。

1850 年代には、ドイツでも産業革命が起きた。Savigny の Vermögen に関する見解の示された時期と、1845～1847 年草案の制定された時期とは、まさにその過渡期であった。この時期には、契約取引関係も増大・複雑化したものとも推測される。そのような時期においては、産業の発展を支えるべく経済活動の自由を保障する必要性も生じていた¹¹⁷⁾。他方で、理論的にも、上記のように、偽造と詐欺との分化が定着し、詐欺罪を財産権に対する罪に限定すべきとの機運も高まっていた。

こうした状況を踏まえて、Savigny ら 1847 年草案の起草者も、詐欺罪固有の処罰範囲を明確にするためには、欺罔によって単に真実権を害しただけではならず、なお Vermögen に損害を与える（悪意と危険性）が必要である。このことを条文上明らかにすべきだ。このように、考えたのではないか。文書偽造やこれに類する詐称がなされた場合には、なお（損害化に向けた行為者の悪意と危険性も高まり）加重的な「詐欺」となりうるが、それもあくまで Vermögen に「損害」を与えることが前提となる。さらに、上記のように、Savigny によれば、「諸権利」の侮辱として限定して定めると、欺罔によって支払い等の法的義務を負わされたと誤信させない限り、詐欺罪の成立が認められないと解する余地も生じる。それでは、詐欺罪としての適切な処罰範囲を確保できない。そこで、権利（所有権）に留まらず、Vermögen に損害を与えたことを要件とすれば、民事契約取引関係への詐欺罪による刑事法による過剰な介入を避けることができる。これと同時に、なお当罰的な詐欺罪の範囲を明確に基礎づけることも可能となる¹¹⁸⁾。最終的に Vermögen に損害を与えたことが詐欺罪の要件として明定されたことには、このような意図のあったものと推測される。

ところで、1848 年に三月革命勃発してウィーン体制が崩壊すると、Savigny は司法大臣を辞任した¹¹⁹⁾。Savigny の辞任後起草されたプロイセン刑法 1848・1849 年草案の詐欺罪規定は、ナポレオン刑法 405 条の詐欺罪規定に近いものとなり、姓名や資格の偽りも手段として規定された一方で、金銭もしく

は物の交付、証書の発行・引渡で成立し、Vermögenに損害を与えることは明文の要件とされていない¹²⁰⁾。三月革命は、フランスの二月革命の影響を受けて、自由主義の実現を目指す革命運動であって、これによりウィーン体制が崩壊した。そうして発足した自由主義的な新政府にとって、革命の発端となったフランス法への回帰が重視されたのかもしれない。それが、1848・1849年草案での詐欺罪規定のフランス法の依拠につながったとも考えられる。とりわけ、Savignyは、Thibautといわゆる法典論争を引き起こしたが、それはフランス革命の所産でもあるフランス民法典やその理念の阻止という政治的意図があったとされる¹²¹⁾。そのSavignyの辞任後の草案で、ナポレオン刑法典の詐欺罪規定に依拠したことは、1845～1847年草案までの詐欺罪規定においてSavignyの影響の大きかったことを物語っているように思われる。もっとも、Savignyがフランス刑法の詐欺罪をどのように評価していたか。この点は必ずしもはっきりしない。少なくとも、Savignyは、上記のようにフランス刑法の詐欺罪は文章偽造と同様に「真実侵害による損害化と何ら異ならないような事例、つまり加重的な詐欺罪の事例」としていた。ここには、もしかすると、Vermögenの損害の発生を明文の要件としていないゆえに、真実権侵害との関係で詐欺罪の処罰範囲が十分に基礎づけられない。このような理解があったのかもしれない。勿論、これは本稿筆者の憶測にすぎない。それでも、1847年草案では、フランス法の詐欺罪規定が参照されたにもかかわらず、1848・1849年草案のように、これに依拠して詐欺罪規定が制定されはしなかった。これは、ドイツ法の詐欺罪の処罰範囲の明確化にとって、なおフランス法の詐欺罪規定では充分ではない。このようなSavignyの意向が強く働いていたことを示しているようにも思われる。

結局のところ、革命の鎮静化がほぼ成功した後の1850年草案の詐欺罪規定は、1848・1849年草案のフランス法を参照した詐欺罪規定を引き継がず、1846・1847年草案の詐欺罪規定をほぼそのまま踏襲して起草された。それが、1851年プロイセン刑法典241条の詐欺罪規定へと結実した。その後、1851年

プロイセン刑法典 241 条の詐欺罪規定は、さらに北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典の詐欺罪規定の原型となり、現行ドイツ刑法典 263 条に継受された。

とはいえ、プロイセン刑法典では、詐欺罪の一般規定 241 条のみならず、通貨偽造及び文書偽造が詐欺罪の一種または加重類型として別途規定されており、この限りでプロイセン刑法典の詐欺罪も偽造罪から必ずしも明確に区分されていなかった、との指摘もある¹²²⁾。上記のように、文書偽造が手段とされた場合はなお詐欺罪の加重類型になりうることは、Savigny も示唆していた¹²³⁾。これに対して、1871 年の帝国刑法典 263 条において、詐欺罪が Vermögen に対する罪として完全に純化して規定されたのは、Klans Temme (1841)¹²⁴⁾、Reinhold Köstlin (1858)¹²⁵⁾ 及び Merkel (1867) らの学説の影響が大きかったとされている¹²⁶⁾。しかしながら、1845～1847 年草案をめぐる経緯からすると、ドイツ刑法において詐欺罪が財産権以外の諸権利でもなく、ともかく Vermögen に対する罪として確立して規定されたのは、民法学の領域で Vermögen の精緻化を行い、刑法典の起草にも参画した Savigny らの立法者の決断もその礎石となった。また、詐欺罪では「権利」の侵害に留まらず、これを越えた (量的に明瞭に把握可能な) 損害の発生が必要である。立法上、詐欺罪が窃盗罪のように所有権に対する罪とは異なって位置づけられたのは、上記の Savigny の意見が踏まえられた結果であったかもしれない。

(5) Vermögen 概念とフランス法との関係

上記の考察は、一定の資料に基づくとはいえ、Savigny の (厳密には間接的な) 意見のみを重視した断片的なものであり、多くの点で、本稿筆者の推測の域を出ていない。これに対して、確固とした歴史的事実は、フランスのナポレオン刑法典の詐欺罪規定は、Vermögen 概念を知らずに立法された、ということである。

ドイツ民法学の Vermögen の概念は、Zachariae、Savigny らの研究を参照

して、19世紀中頃には一部のフランス民法学においても継承され、bien（日本語では「財産」ないし「財物」と訳される。）とは区別された patrimoine（日本語では「資産」とも訳される）と翻訳されて検討された。その代表的論者は、Zachariae の民法の教科書を翻訳し、これを反映させた Charles Aubry／Charles Rau であった¹²⁷⁾。Aubry／Rau は、patrimoine とは「人の有する財産の総体であると同時に、法主体の、自律的な財産の総体をもつ適格でもある」とし、「資産を構成するのは金銭的価値のある財物である」としていたとされる¹²⁸⁾。Aubry／Rau の patrimoine の概念は、19世紀中頃にはフランス民法学で受け入れられたものの、20世紀初頭以来多くの批判を受けているとされている¹²⁹⁾。

本稿の問題関心からすると、Aubry／Rau が Zachariae の見解の翻訳をはじめたのが1839年以降であったことが重要である。当時のフランス民法典は既に1804年に制定されており、patrimoine の完全な概念を直接には取り込んでいないとされている¹³⁰⁾。また、ナポレオン刑法典も、既に1810年に制定されていた。それゆえ、上述のように、ナポレオン刑法典は、ドイツ民法学の Vermögen の概念に由来する patrimoine の概念を立法上参照・導入する余地はほとんどなかった。実際に、ナポレオン刑法典405条の詐欺罪は、個別の財産客体（動産、証書類）の交付ないし資産の全部または一部の詐取で構成要件該当性が認められる¹³¹⁾。しかし、ここで「資産」と訳されるのは、「fortune」であって、「patrimoine」ではない。また、「fortune」も含め、個別客体の詐取によって相手方に「patrimoine」上の「損害」が発生することも規定されていない¹³²⁾。すなわち、ドイツ法に先駆けて制定されていたフランスの民法及び刑法にとって、Vermögen／Vermögensschaden は未知の概念であった。逆にドイツ法の観点からすると、ドイツ刑法の詐欺罪規定は、フランス刑法の影響を受けつつも、Savigny によって精緻化された Vermögen 概念を取り込んで独自の発展を遂げたといえる¹³³⁾。

(6) 日本法との関係

ドイツ法において、Savigny も参画した刑法上の詐欺罪の立法にあたり当初特に重視されていたのは、偽造（真実権侵害）から区別された詐欺罪固有の処罰範囲を明確化することにあった。これを実現するために、欺罔による錯誤に基づいて「Vermögen」に損害を与えたことを詐欺罪の要件として明定することが選択された。このことから、ドイツ刑法の詐欺罪は、「所有権」に対する罪として規定・理解される強窃盗罪とも区別され、Vermögen すなわち現在のいわゆる「全体財産」に対する罪として規定・理解される体系的な基盤も形成された。本稿は、不十分ながらこのように推測する。特に、プロイセン刑法 241 条の素になった 1847 年草案の詐欺罪規定に関して、Savigny は、なおその手段の違いから、詐欺罪では、窃盗罪のように所有権（権利）を害するものとしては位置づけられない旨の意見を示していた。Savigny によれば、元々、Vermögen 概念は、物権のみならず債権も含み、またそれゆえに差引計算によって量的に把握可能な金銭価値から構成されるものとされていた。なお不明確なものは残るが、詐欺罪の成立には「欺罔がなければ交付しなかったはずの何かを交付させること」を基礎としつつも、なおそれだけは充分ではなく、これによって金銭価値的な損害の生じることが必要である。それで過不足のない詐欺罪の明確な処罰範囲も確保しうる。それが Savigny の真意であった。本稿は不十分ながら、このように考える。

これに対して、フランス刑法の詐欺罪は、Vermögen 概念を知ることなく、それでも既にドイツ法に参照される程に、「財産」に対する罪として位置づけられていた。Savigny は、詐欺罪固有の処罰範囲の明確化と基礎づけにとって、フランス法のように「損害」を明定せずに、個別客体の不正取得罪として規定するだけでは不十分と考えていた可能性がある。しかし、仮にそうだとしても、それは、Savigny 自身がフランス法の詐欺罪をなお一方的に真実権侵害と結びつけて理解し、かつ、自己の Vermögen 概念を前提としたからにすぎないのではないか。また、Ⅱ章で見たように、日中古律の詐欺取財は、現在の

観点からしても、盗罪と同じ（個別）財産に対する罪として明確に理解可能なものであった。そうして、日本法の新律綱領では、この伝統を継受して、広義の偽造と区別された財産に対する罪としての固有の詐欺罪は、立法上は既に確立していた。それにもかかわらず、詐欺罪が財産に対する罪であることを明確にすべく、ドイツ刑法の詐欺罪規定のように、Vermögen に損害を与えること、すなわち「財産損害」を明文で規定して、屋上屋を重ねるような必然性は乏しかった（しかも、Ⅱ章1で見たように、中国の古律では、Savigny の理解とは異なり、詐欺取財と窃盗とは、「財を取る」罪として、その手段に類似するものがあるとさえされていた）。さらに、少なくとも旧刑法の制定時に、フランス法を中心に詐欺罪規定を参照する限り、Vermögen 概念を積極的に取り込むべき契機はほとんどなかったと言わざるをえない。ナポレオン刑法典は、Vermögen (patrimoine) 概念を知らずに制定され、しかもこの当時、同概念は理論的にも発展途上であったからである（ただし、ボアソナードは、民法上は patrimoine の概念に賛同していたようである。Ⅳ章4参照）。

それでもなお、日本法の旧刑法の詐欺取財罪さらに現行刑法の詐欺罪規定の制定過程において、ドイツ刑法の Vermögen/Vermögensschaden 概念が参照された可能性が全く排除されるわけではない。おそらく Savigny らドイツ刑法の立法者も意図したように、Vermögensschaden の発生を要求すれば詐欺罪の処罰範囲が一層適切に画定しうる。そのような利点が明らかに窺われたとすれば、なお日本法の立法者にとってこれを参照すべき動機となりうる。また、特に、19世紀末から20世紀初頭にかけて、ドイツ刑法の Vermögen/Vermögensschaden 概念が、現在いうところの（かつ、おそらく Savigny の理解とも合致する）「全体財産に対する罪」としての性格を理論的に確立していれば、日仏の詐欺罪規定との相違が一層際立ち、日本法の立法において、これを参照して導入する契機ともなりうる。

とはいえ、19世紀後半から20世紀初頭にかけては、詐欺罪を「全体財産に対する罪」と解する理論的基盤を提供する経済的財産概念が定着していたわけ

ではない。なお、未だいわゆる法的財産概念が有力であった。そこで、下記 2 では、上述のように、あえて法的財産概念の論者とされる A. Merkel 及び K. Binding の見解を確認し、上記の日本の詐欺罪の立法との関係について、若干の考察を加える。なお、比較法的考察として、Merkel の詐欺罪に関する見解の包括的な紹介・考察は、これまで必ずしも充分になされてこなかったように思われる。そこで、本稿では資料的な意味を込めて、Merkel の見解をやや詳しく取り上げる。

2. A. Merkel 及び K. Binding の Vermögen 概念

(1) Merkel の見解 (1874)

i) 概要 A.Merkel は、1871 年のドイツ帝国刑法典制定前の 1867 年に、“Kriminalistische Abhandlungen II Die Lehre vom strafbaren Betrug” を著して、詐欺罪を財産に対する罪として理論的に論拠づけた。Merkel は、まず詐欺罪を「財産的利益を得る罪」として規定していない当時の一部のラント法の詐欺罪規定を批判した。そうした詐欺罪規定は、詐欺罪を「曖昧詐欺」(vagen Betrug)・「曖昧犯罪」(vagen Verbrechen) 化するものとしたのである¹³⁴⁾。Merkel は、こうした各ラント法の批判的分析を踏まえて、詐欺罪は「財産権」に対する罪であるとし、その詳細な検討がなされている。本稿の問題関心に関係する限りで、その概要を示すと、次の通りである。第 1 に、詐欺罪は窃盗罪と同じ所有権を客体とし、これを侵害することで、利得 (Vorteil) をする罪である。もっとも、窃盗罪の客体は有体物に限られるが、詐欺罪の客体は財産的価値である。第 2 に、詐欺罪では財産権を侵害して利得をすることの前提として、被欺罔者側に所有権を含む民法上承認される権利の侵害が生じなければならない。第 3 に、詐欺罪による所有権侵害は「物質的喪失」(materielle Verlust) を意味する。第 4 に、被欺罔者側に査定価値 (Schätzungswerth) に基づく不利益または損害の生じることが必要である¹³⁵⁾。

また、Merkel は、1874 年に、“Handbuch des deutschen Strafrechts,

Bd.3., herausgegeben von Fr.v.Holtzendorff”において、「X X VII. Die Eigentumsverletzungen.」(所有権の侵害)の執筆を担当している。そのうち、「Betrug und Untreue.」(詐欺罪及び背任罪)では、詐欺罪を窃盗罪と同類の財産増加(利得。Bereicherung)の罪として位置づけたうえで、ドイツ帝国刑法典263条の詐欺罪の構成要件の解説がなされている。Handbuch(手引書)として書かれていることもあってか、本稿筆者の見限り、上記の1867年の論稿と比べて文章も比較的平易であって、Merkelの詐欺罪に関する理解が一層把握しやすい。何より、この論稿は、1871年ドイツ帝国刑法典制定後のものでもある。これらのことを考慮して、本稿の問題関心に関係する限りで、以下では当該手引書におけるMerkelの詐欺罪の解説の概要を掲げる(適宜、行を空けて若干の補足を行う)。

①欺罔行為及び錯誤 詐欺罪の欺罔行為による権利侵害(Rechtsverletzung)の内容として、他人に錯誤を惹起すること自体であるとする必要もなく、またその欺罔に一般的に特定の精密さや人を欺く能力のあることを強調する必要もない。それゆえ、「単純な嘘」が欺罔行為の範囲から一般的に排斥されることはない。また、その欺罔に対して、その相手方が通常の賢明さでは対抗することができないという性質は、(詐欺罪)の仮装の要件ではない。帝国刑法によれば、むしろ詐欺罪における侵害が被欺罔者の行為を介して生じたときには、欺罔行為と被欺罔者の行為との間に単純な因果関係さえあれば足りるとの命題が妥当する¹³⁶⁾。

また、Merkelは、ローマ法時代の*crimen falsi*について「悪意の(人に損失を生じさせる、または少なくとも損失として算定される)真実を侵害する犯罪」としてFalsumとStellionatとを融合するものと理解する。そのうえで、この理論に基づく曖昧な概念は、Falsum及びStellionatに関する一般法の理論と実務にとって不幸なことであったとして、1867年の論稿と同様の指摘をしている。そうして、「詐欺」の概念が(偽造罪の)補充的犯罪の意味で理解された

ことにも批判を向けている¹³⁷⁾。それゆえ、Merkel は、詐欺と偽罪 (広義の偽造) との区別という観点を踏まえて、詐欺罪の欺罔行為は、それ自体が違法な偽造にあたるような巧妙なものである必要はなく、また賢明な者でも対抗しえない高度な性質を持つものに限られない、としたものと考えられる。

しかし、他方で Merkel は、次のようにも解説している。

確かに、契約関係における雑多な嘘は欺くことにはあたりうる。そうだとしなくても、その全てが契約相手の決断に決定的な影響を及ぼすように仕向けられるわけでもなく、かつそのように影響を及ぼすものとして適格性を持つわけではない。特に、相手方に取引の締結をさせるために、その取引の動機に関して虚偽を述べた場合である。もっとも、その取引動機に関して虚偽を述べることが契約相手の決断に例外的に影響を及ぼすことはある。しかしながら、それが同時にその取引の要素及び条件に関する合意 (Schlüssen) をさせるよう仕向けるものではなかったとすれば、その虚偽を述べることは詐欺罪の概念の範囲からは排斥される¹³⁸⁾。

上記のように、Merkel によれば、行為者が相手方に対して契約締結をさせるために取引動機に関して虚偽を述べても、それは原則として詐欺罪の欺罔にはあたらない。逆にいえば、合意内容たる取引の要素・条件に関する偽りのみが詐欺罪の欺罔の対象となる。1867 年の論稿でも同趣旨のことは述べられていたが、ここではそのことがより明瞭な形で確認されている。

② Vermögen の損害 (Vermögensbeshädigung) 人の Vermögen への (詐欺罪の) 結果は、その人の意思に反して生じる。その Vermögen の損害の結果は、その被害者にとっての物質的喪失を意味する。このことを正確に言えば、その行為の既遂後に、その人の Vermögen は、その行為が実行されなかった場合に存在していたはずの場合と比べて価値の減少が生じる。また、相手方に権限のなかった財が喪失させられた場合、または相手方に自己にあると誤信さ

れた占有が喪失させられた場合には、Vermögen の実際上の構成要素が喪失させられたことにはならない。それゆえ、違法な取引から生じる請求権またはそれ以外の無効な請求権は、詐欺罪の客体となりえない。所有権犯罪が問題となる場合に侵害される規範は、私権の範囲内にある。この原則によれば、他人の財産権の侵害が生じているかどうかは、法的な考察によって認められる¹³⁹⁾。

詐欺罪の Vermögen の損害について「物質的喪失」を内容とするというのは、1867 年の論稿でも示されていた。ここでは、「物質的喪失」とは Vermögen の価値減少を内容とすることが一層明らかな形で示されている。それでは、Vermögen の価値減少という場合の「価値」とは、いかなる価値を指すのか。Merkel は、財産権の侵害の有無は「法的な考察によって認められる」と明言し、権限なき財や存在すると誤信された占有、違法な取引から生じる請求権、無効な請求権を詐欺罪の客体から除外している¹⁴⁰⁾。すなわち、この限りでは、法的な権利としての価値が重視されているとも考えられる。

Merkel は、次のようにも解説している。

詐欺罪には、恐喝罪と同じく、犯罪の行為とその犯罪の結果との間に、何よりも侵害される者の行為が存在する。それゆえ、詐欺罪においては、被欺罔者が錯誤に基いてその犯罪の客体を行為者側に移転し、それによって被欺罔者側には違法な Vermögen の損害が生じ、行為者側はそれに関連する違法な増加が生じる。このことは、被欺罔者が意思に反してその媒介をすることが条件となる。そうして、この役割を担う被欺罔者の行為は、財産権の自由処分として生じなければならない。それ以外では、被欺罔者の行為は、様々な内容を持ちうる。すなわち、この行為は、動産及び不動産、債権及び物権に関連しうるのであり、与える (dare) としても行う (facere) としても特徴づけられうる。また債務の引受及び免除なども取り込みうる。将来取得される物への権利と、将来初めて生じる物への権利も、移転の対象として形成されうる。しかし、法

的請求権としてまだ確定していない将来の取得の見込みは、単なる見込みが譲渡されえないゆえに、移転の対象はなりえない。既に現在において法的取引の形態で自由に処分しうるものが、詐欺罪の客体となりうる¹⁴¹⁾。

このように Merkel によれば、Vermögen の要素は被欺罔者の自由処分によって移転しうるものである。これには「債権」も含まれ、また「債務の引受」・「免除」も処分にあたることがはっきりと示されている。ただし、単なる「見込み」は、Vermögen の構成要素から除外されている。この点は、現在のドイツの経済的財産概念とは異なる。

③債務負担による Vermögen の減少 多くの論者は、その被欺罔者の行為によって何か「身体的な交付」がなされるか、あるいは少なくとも「物権上の給付」がなされる場合にのみ、その被欺罔者の行為には詐欺罪に関する意義があるとしている。そうして、形式的に法的に存在する債務に同意のなされた場合(つまり例えば、欺罔の結果、手形が交付され、あるいは根拠のない請求権が法的に有効な判決を通じて承認される場合)には意義を認めていない。それは、この場合には、財産権の実際上の侵害が認められないからだとされている。しかしながら、債務関係を理由づけるように違法に仕向けることで財産権に実際上の侵害が生じることは、少し考えれば疑問の余地はない。法的に見れば、その債務を基礎づけられただけでその債務者の Vermögen の減少が生じる。その Vermögen の減少は、その債務の弁済で生じるのではない。同じことは、その債権者の増加にも妥当する¹⁴²⁾。

ここでは、Merkel は、(一定の場合に)被欺罔者側が債務を負担させられただけで Vermögen の減少(行為者から見れば増加)が生じることを認める。もっとも、債務負担は「経済的」に Vermögen の価値減少をもたらすのではなく、「法的」にその減少をもたらすものとされている¹⁴³⁾。

④ Vermögen の損害の実質 すなわち、被欺罔者の財産処分行為は、その

行為に含まれる財産権上の給付と引き換えに、存在しないまたは取得しえない「等価物」(Aequivalent)、つまりその行為者によって（存在するまたは取得しうると）仮装された「等価物」を取得できると想定してなされる必要がある。これらの条件の下でのみ、その被欺罔者にとっての意思に反した財産喪失を理由づけうる。そのように（存在するまたは取得しうると）仮装された等価物は、様々な性質を持ちうるが、その等価物それ自体がなお財産権上の特徴を持つこと、つまりその被欺罔者の給付が同種の反対給付を想定してなされることが重要である。これには、債務を負担していると誤信させられてその弁済として給付をする場合も含まれる。この場合に、被欺罔者は、「債務から解放される。」という想像上の等価物のために債務の弁済という処分をしているからである。また、苦境に陥っていると仮装されて、その苦境を救うためだと想定して贈与をする場合も含まれる。他方で、欺罔行為が、約定されまたは条件とされた反対給付に関係しておらず、むしろ被欺罔者に自己が給付をすること、及びそれへの反対給付について同意するよう決断をさせるための動機に関係していた、という事例が頻発している。しかし、上記の実質的要素を考えると、この事例は可罰的詐欺から排斥される。これには、例えば、自分自身の名前では受入れられないであろうと分かっていたので、他人の名前を名乗って物を購入させる場合、名前を詐称して仕事の依頼を受けたが、その名前の点以外ではその仕事を完全に確実に提供できる場合、虚偽の工場のラベルをはって大衆に価格相当の商品を買わせる場合、（欺罔をして）約束通りに債務の支払いをさせる場合などが挙げられる。これらの事例では、その被欺罔者に民事訴訟をなしうるかどうかは、私たちの問題にとって重要ではない¹⁴⁴⁾。

⑤可罰的詐欺の限界 問題となる事情が明確に条件となっていた場合でも、その反対給付の実際の価値がその仮装された事情にもかかわらず給付の価値と合致しているにすぎないときは、詐欺罪は成立しない。被欺罔者の行為が、仮装されたものでしかなかった等価物を想定して実行されたとしても、その仮装された等価物に代えて、これとは別の等価物が取得されたときは、そこでは詐

欺罪の要件となる Vermögen の減少が欠けるゆえに詐欺罪は成立しない。これには、債権者が、(債務弁済以外の) 目的を仮装してその債務者から金銭を支払わせる場合が挙げられる。その債務者は、その仮装された等価物の代わりに、債務弁済をしたという「等価物」を取得している。ここでは、同じく、確かに契約上確約された客体は給付されなかったが、むしろその被欺罔者はその客体を将来取得することのみが仮装されたにすぎず、それでもその被欺罔者は反対給付の価値ないし「利益」を受領している場合も挙げられる。その売主が特定の期日にその売却される客体の代替物を給付したときは、その買主の Vermögen は減少しておらず、かつ、その代替物を給付することに関して危険と困難さもなければ、Vermögen は決して危殆化もされていない。ここでは、その被害者の Vermögen の価値減少を示すことになるはずの視点が欠ける。現実化可能な債権 (Forderung) が存在する場合には、当該被欺罔者の給付に対して詐欺罪の概念を否定するための等価物が与えられている。例えば、買主が、虚偽による確約をして、これがその売主の意見と決断とに影響を与え、その売主が当該買主の実際の意図を知っていればその売買を締結しなかったことが明らかである場合ですら、詐欺罪で有罪とならない。同じことは、確約された給付に対する現実化可能な法的請求権の存在がその確約をした者の真摯な意図によって条件づけられていないが、その請求権が存在するので、被欺罔者の給付に対して、Vermögen の損害の実質的要素及びそれゆえに詐欺罪の概念を否定する等価物が与えられている場合にも容易に認められる。ここで問題となる債務上の権利の意味は、それが理由づけられた際の (普通は確認しえない) その義務者の意図によるのではなく、その者の客観的な関係とその権利者に場合によっては見込まれる法的手段とによって評価される。例えば、商品の売主が、買主はそのより劣った品質でも満足すると期待して、その約束された品質を持たない商品を売却する場合が挙げられる。その売主の期待通りになったときは、その措置をとるための理由が存在せず、また期待通りにならなかったときは、その売主はその相手方に補償をしなければならないので、同じく詐欺罪

の要件となるような侵害も生じていない。さらに、詐欺罪は、契約の形態をとって行われるので、民事司法の管轄領域内でなされるという特殊性を持つ。詐欺が民事司法から与えられる完全性を惑わすことに向けられていない限り、上級の裁判所（Instanz）に委ねる必要性はなく、また刑事司法の機構を動員させる必要性もない。詐欺罪に対する刑法上の保護は、補充的な意味を持つ。このことから、仮装または欺罔を予定する行為が、そこで発生した民法上の請求権を現実化するということによって決定的な関係にまで及んでいることが、可罰的詐欺に関する一般的な前提となる。これには、その詐欺行為者が、契約の締結に際して、虚偽の氏名と住所とを提示して、この方法で民法上の訴追を当初から不可能にすることを試みていた場合が挙げられる。さらに、支払不能であるにもかかわらず、ここで生じた法的債務を当初からおよそ意味を持たないようにすることで、信用を供与させる場合が挙げられる。加えて、例えば、詐欺行為者が、その債権者に対して虚偽の受領証を行使して、または他の方法で、既に支払いがなされたと信用をさせる場合や、偽造の通貨や文書を用いて虚偽の請求権を実行する場合、自宅を密かに放火して火災保険会社に対する詐欺を働こうとする場合、偽造通貨で債務の支払いをする場合などが妥当する。これとは異なり、上記のことによれば、その取引では通例は容認されているような大部分の仮装は、可罰的詐欺から排斥される¹⁴⁵⁾。

ii) 考察 Merkel は、詐欺罪を真実権侵害の罪（曖昧犯罪・曖昧詐欺）と解することから一層完全に決別し、むしろ所有権を中心とした財産権に対する利得罪として明確に位置づけた。

もっとも、確かに、Merkel は、詐欺罪の Vermögen の損害（物質的喪失）は被欺罔者の処分行為前後の Vermögen の価値減少によって生じることを認める。それゆえ、例えば売主が当該買主の実際の意図（取引の確約が虚偽であること。）を知っていればその売買を締結しなかったはずの場合でも直ちに詐欺罪が成立するわけではない。すなわち、客体の移転を超えた価値減少が要求

されている。しかし、Merkel は、詐欺罪の Vermögen の損害の評価にあたり、経済的観点を基準とすべきことは直接には全く述べていない。すなわち、金銭価値・市場価値に基づく Vermögen の減少が必要であるとは、少なくとも明示的には言及されていない。むしろ、Merkel は、「他人の財産権の侵害が生じているかどうかは、法的な考察によって認められる」と明言し、権限なき財や存在すると誤信された占有、違法な取引から生じる請求権、無効な請求権、また法的請求権の確定していない「見込み」を詐欺罪の客体から除外している。すなわち、ここでの「価値」及びその「減少」については、法的な視点が前提とされている¹⁴⁶⁾。それゆえ、契約締結時に欺罔がなされたとしても、結局のところ契約の要素・条件を満たし処分者の請求権の内容に沿った反対給付がなされれば、法的な意味での価値の減少はない。また、契約の要素・条件の実現に偽りがあっても、その相手方には、その実現に対する法的請求権（債権）が生じる。この債権をその相手方が（民事裁判所の助力を得る場合も含めて）容易に実現可能であれば、Vermögen の価値減少は認められない¹⁴⁷⁾。反対に、欺罔されて債務を負担させられた場合には Vermögen の損害が生じる。しかし、それも経済的な意味での価値減少を生じさせたからではなく、法的な観点から価値減少を生じさせるからである。このような趣旨にも見える。

なお、Merkel は、被欺罔者の財産処分行為は、自己の財産権上の給付と引き換えに、仮装された「等価物」を得ることを想定してなされなければならないとする。その仮装された等価物を得るために処分行為をすることで、被欺罔者には意思に反した財産喪失が生じる。もっとも、Merkel は、「等価物それ自体がなお財産権上の特徴を持つこと」が必要とするが、その具体的な範囲は必ずしも明らかではない。物権と物権、あるいは債権と債務との交換関係が想定されているのかも知れない。しかし、この等価物は、想像上のものでも足りるとして、苦境にあると偽られた者に贈与をする場合も含むとされている。すなわち、例えば金銭を贈与する代わりにその「相手方の苦境を救済できる。」という想像上の非金銭的な等価物が考えられている。こうして、贈与のような一

方的給付の場合も詐欺罪の損害が認められうる。それは、処分者が一方的に給付させられたこと自体が金銭価値上の減少となるからではなく、あくまで「財産権上の特徴を持つ」等価物が実際には得られないのに処分をさせられたことで、処分者の意思に反した財産喪失が生じていることに求められている。

いずれにしても、Merkelは、民事訴訟で容易に契約上の請求権の現実化が見込まれる場合や、取引では通例は容認されているような（または（Merkelによれば）必ずしも重要とはいえない）仮装がなされた場合には詐欺罪の成立を否定すべきとしている。ここでは、（おそらく、この当時の契約取引の人的・場所的範囲の緊密さも考慮して）事後の民事的な権利の実現可能性や、取引における欺罔行為のいわば程度が、詐欺罪の成否にとって決定的とされている。すなわち、経済的財産概念の意味での Vermögen の損害の発生の有無は、詐欺罪の成否を検討するうえで、必ずしも重要な要素とはされていないようにも見受けられる。

もっとも、これは、1874年の論稿のみを見た本稿筆者の我田引水的な評価かもしれない。Merkelは、上記のように、1867年の論稿では、被欺罔者側に査定価値（Schätzungswert）に基づく不利益または損害の生じることが必要である旨を論じていた。現に、Merkelは「損害」については、いわゆる経済的損害の発生を要求していた、とも分析されている¹⁴⁸⁾。Merkelが詐欺罪の成立を否定する上記の諸事例も、実質的には被欺罔者に経済的損害（この意味での物質的喪失）がないことを理由とする。こうした見方が素直なのかもしれない。しかし、なお精査を要するが、Merkelは、この「査定」に関して、次のような言及をしている。

被欺罔者に代償が提供される場合には、被欺罔者の個人的な価値のみが重要となる。被欺罔者に受領された反対給付がその個人的な目的を考慮して価値が同等か、それとも劣っているかを重要とすべきである¹⁴⁹⁾。

この Merkel の見解は、なお不明確なものが残るものの、被欺罔者に相当対価の反対給付（代償）が提供された場合に、純粋な金銭価値による査定からは「損害」はなくとも、被欺罔者の自身の個人的な目的からすると、当該反対給付の価値が同等以下であれば、なお一定の範囲で詐欺罪の「損害」が認められる。Merkel は、このように考えていたと解される。すなわち、被欺罔者に相当対価の反対給付の提供があっても、直ちに Vermögen の損害が否定されるわけではない。結局のところ、この場合にも、被欺罔者が個別客体（財産権）を自由処分して行為者に移転させれば、原則通り、Vermögen の損害（行為者側からは増加）が生じて、詐欺罪は成立する。Merkel の詐欺罪の構造自体は、形式的には、このように整理する余地があるように思われる。

それでも、Merkel は、Vermögen には財産処分移転可能なものであれば、物権のみならず債権などを含むとしていた。これに対して、II 章で確認したように、日中の古律や日本の仮刑律・新律綱領の詐欺取財では、「財物」のみが客体として規定されていた。日本の旧刑法 390 条の詐欺取財罪の客体も、「財物」・「証書類」のみが規定されている。すなわち、「債権」やそのほかの無形の利益は明示的には「客体」として規定されていなかった。この限りで、Merkel の見解によれば、ドイツ法の Vermögen における客体の範囲は、日本法の詐欺取財罪の客体よりも拡張される。この点をひとまず確認しておきたい。

(2) Binding の見解 (1902)

i) 概要 Karl Binding は、1902 年に、“Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band, 2. Aufl.” の “§ 85. 1. Der einfache, der geschärfte und der gemilderte Betrug.”（「単純、加重及び減輕される詐欺罪」）の中で、1871 年のドイツ帝国刑法典 263 条の詐欺罪構成要件の解説をしている。

Binding の詐欺罪の損害に関する見解については、既に先行研究でも詳しく紹介・分析されている¹⁵⁰⁾。これらの紹介・分析と重複する部分もあるが、ここでも本稿の問題関心に関連する限りで、上記教科書内での Binding の主とし

て詐欺罪の Vermögensschaden 概念に関する見解の概要を確認しておく（適宜行を空けて若干の補足を行う）。

① Vermögen 概念 法益主体の Vermögen は、財産の権利及び義務の総計（Summe）から構成され、「Vermögen は、決してその全体についてではなく、常にその構成部分についてのみ侵害されうる」¹⁵¹⁾。それゆえ、詐欺罪の侵害客体となる財産権は、私的・公的な所有権、他人の所有物に対する権利、留置権、債権となり、これらの侵害客体が「金銭価値を持っている必要はない」。これに対して、詐欺罪の侵害客体にあたらぬ物は、権利なき占有、法律上の占有、無効な権利、顧客、将来権利を取得するという見込みである¹⁵²⁾。

② Vermögensschaden 概念 詐欺罪の損害は、第三者にとっては「財」にあたる。それゆえ、単純な器物損壊による損害（Schadigung）とは異なり、詐欺罪による損害は、処分者に不利益を生じさせる譲渡または権利の放棄でなければならず（「価値」の放棄でもない）、またはその権利を主張しないこと、あるいは債務の負担でなければならない。また、Vermögensschaden は、法的意味での損害（Schaden）を意味する。特に刑法は、重要な民法の権利を否定するような財産への侵害を承認することはできない。さらに、Vermögensschaden は、被欺罔者の行為から直接に生じる。被欺罔者は、必然的に「等価物」（Aequivalent）を期待してその行為をする。その等価物は事後的には間違いなく実現されないことが被欺罔者にも判明する。しかし、被欺罔者は、その等価物を求めて譲渡をするのである。なお、この等価物には、「想像上」ものと、「實際上」のものとの2種類がある¹⁵³⁾。

③ 経済的財産概念への批判 詐欺罪の Vermögensschaden は、通例は経済的損害（Schaden）にもなるが、経済的損害が生じることは、Vermögensschaden を認めるために不可欠なものではなく、経済的損害の発生が欠けることは法的損害の発生したことを打ち消すことにならない。仮に、（経済的損害の発生を要求する立場から）財産価値それ自体の減少が Vermögensschaden を認めることによって充分だとすれば、想像上の等価物

に対して財産価値を譲渡すること、及び、金銭と引換に金銭価値のない物を購入することは、その等価物が利益をもたらすかどうかとは完全に無関係に、Vermögensschaden を意味することになる。

例えば、物乞いに 3 マルクを施した者は、経済的にはこの額と完全に同額で貧しくなっている。そのため、その物乞いをする者が、実際は（物乞いであるとの）詐欺者であるか、あるいは本当に極めて困窮している者であるかを問わず、その施しをした者は貧しくなっている。つまり、物乞いであると欺罔することは、（経済的損害の発生を要求する立場からは）その Vermögensschaden にとって全く因果関係を持たないことになってしまう。亡き父のものと詐称された巻き毛を競りで 20 マルクで入手した者は、そのいくばくかの髪の毛が父親のものであった場合にも、第三者のものであった場合とまさに同様に、その全く価値のない髪の毛のために、20 マルクを失っている。しかし、正当な条件の下で（金銭を）与える者は、法律上は損害を被っていないが、その者は、自己の反対給付と引き換えに、法的請求権 (Rechtsanspruch) の対象であったものを給付されていない。つまり、想像上の等価物に対する財産権の譲渡は、常に、しかしその想像上の等価物を得ることが実現できないことが判明した場合にのみ、損害 (Schadigung) となる。当該被欺罔者は、自己が譲渡をすること及び債務負担をすること、すなわちそれにより Vermögen が減少することを理解している。しかし、それは、不利益が生じることへの性質（想像上の等価物が得られないこと）について、（その等価物が得られるとの）錯誤に陥っているからである¹⁵⁴⁾。

Binding は、金銭価値を基準にする経済的財産概念では、一方的給付の事例や、金銭と引き換えに金銭価値のないものを得ることは常に Vermögensschaden になってしまうと批判している¹⁵⁵⁾。また、Binding は、金銭と引き換えに金銭価値のないものを得る場合であっても、それがその取得者にとって「想像上の等価物」を得ることを実現しえたとすれば、Vermögensschaden を認めるべき

ではないと考えている。例えば、「亡父の髪の毛」は、本来金銭価値を有するものではないが、それが真に取得者の想像通り亡父の髪の毛であったとすれば、これに金銭を支払っても取得者には損害はない。これに対して、取得者の想像とは異なり、実は亡父以外の者の髪の毛であったとすれば、取得者には損害が生じる¹⁵⁶⁾。すなわち、ここにいう損害は、20マルクを失ったという経済的損害自体ではなく、自己の反対給付と引き換えに、法的請求権の対象であった亡父の髪の毛を給付されていないことにある。こうして、Bindingは、Vermögensschadenについて、経済的損害を要求する他説と、法的自己の反対給付と引き換えに、法的意味での損害を要求する自説との違いを明らかにしている。

④契約締結段階での損害 欺罔されて契約の締結または履行をさせられた場合には、当然ながら Vermögensschadenは締結の段階で生じ、その履行によって初めて生じるのではない¹⁵⁷⁾。しかし、帝国裁判所は、「全体価値の怪物」(Mostrum des Gesamtwert)を基準として Vermögensschadenを評価しており、それにより、必然的に、契約の締結における詐欺と履行における詐欺とは次のように異なる取扱いがなされている。

すなわち、その契約当事者(Paciscent)は、契約締結前には、その相手方に対する権利を決して持っていない。その契約当事者は、その契約によって初めてその相手方への権利を取得する。そうして、(締結前に欺罔された場合)その契約上の権利が、その契約当事者が期待する(erwarten)ことの許されたものと比べて利益(Gewinn)にならないことが判明した場合、つまりその契約当事者の「期待した利益」となっていない場合でも、その契約当事者になされる反対給付がその契約当事者によって行われる給付と比べて価値が低くなければ、その契約当事者は損害が生じていない。つまり、ここでは、損害は、その反対給付の入念な査定(Taxirung)によってのみ特定される。しかし、(締結後、履行の段階で欺罔された場合)その契約当事者には、その契約の履行がなされると損害が生じる、つまり、その約束された反対給付とは異なる反対給

付がなされることで損害は生じるので、そのより（価値の）低い給付が、その契約当事者の給付に対する完全な（査定上の）等価物を形成する場合であっても、損害は発生することになる。なぜならば、その契約当事者は、ともかく、その契約によって、より（価値の）高い給付に対する権利を取得していたからである¹⁵⁸⁾。

これに対して Binding は、契約締結の前後での欺罔による損害の発生の有無を区別することを誤りだと批判する。それは、契約当事者は、既に契約の事前協議（Vorberedungen）をしたことで、約束される反対給付を提供されることへの権利を既に取得するからだとされる。そうして、次のように論じられている。

この事前協議は、特にその売主がその提示した価格と引換に引き受けることを約束していた給付を契約に従って引き受けるというように協議されていたのと同様の契約を締結するという趣旨なのである。土地の売主が、その土地は確実に街道にあり、建設現場に適している区画がその売買客体に含まれている、という嘘によって、その買主にその売買契約を締結させたことは許されないはずであるのに、帝国裁判所の裁判官は、その売主は確かにその嘘によってその買主に（契約締結を）「行わせた」が、それでもなおその売却価格は適切であるので、その売主は詐欺をしていないという軽薄な異議に耳を傾けてくれる！勿論、売買を通じて利潤（Profit）を得るという権利は、誰も持っていない。しかし、人は、その購入のための事前協議を経て、その売買の締結をした場合には、その権利を取得することができる。また、それゆえに、その者は、その売買の締結によって、その権利に関する詐欺もなされる¹⁵⁹⁾。

それゆえに、Binding によれば、契約締結前にだまされて、旅館ではなく農地を購入させられた場合、イギリスのナイフではなくゾーリンゲンのナイフな

どを購入させられた場合には、その反対給付の（経済的）価値を考慮することなく、被欺罔者には Vermögenschaden が生じる。また、保険会社の代理人に欺罔されて、年に一度の一定の保険料を支払って保険に入ろうとし、その保険料とは別に追加金を要求する相互組合に加入させられた者にも同様に Vermögenschaden が生じるとされている¹⁶⁰⁾。いずれの場合も、被欺罔者は、契約の事前協議で約束されたはずの反対給付が得られないにもかかわらず、契約締結をさせられているからである。

iii) 考察 Binding は、詐欺罪の侵害客体は全財産権のうちの1つのまたは複数の特定の財産権であるとし、また詐欺罪の Vermögenschaden も被欺罔者に不利益を生じさせる譲渡または権利の放棄であるとしている。それゆえ、民法上の無効な権利、法律上事実上を問わず権利でない占有、顧客、将来の見込みは、詐欺罪の侵害客体にはあたらない。また、Vermögenschaden は、「経済的損害」として生じることは不可欠ではなく、上記の意味での法的損害として生じなければならない。それゆえに、債務の負担も法的損害として Vermögenschaden となる。

Merkel の見解との対比でいえば、Binding の見解も、詐欺罪の侵害客体を基本的に個別の法的権利であるとする点で軌を一にしている。また、Vermögenschaden を認める前提として、被欺罔者は処分行為をするにあたり、行為者に仮装された「等価物」を想定してなされる。すなわち、Vermögenschaden をもたらす錯誤は、基本的にこの「等価物を得られる。」ことに関して生じる。さらに、この等価物は、「想像上のもの」でもよい。これらの点で、Binding の見解は、Merkel の見解と基本的に共通する¹⁶¹⁾。

これに対して、Merkel は、確かに詐欺罪の Vermögen の損害（物質的喪失）は被欺罔者の Vermögen の価値減少によって生じるともしている。これは、実質的に査定価値上の経済的損害を指すとの見方もある。現に、Binding も、Merkel の見解を批判的に捉えている¹⁶²⁾。もっとも、Merkel も、反対給

付の提供があった場合には、被欺罔者の個人的な目的を考慮した価値こそが Vermögen の損害(価値減少)にとって重要になる旨も論じていた。Binding によれば、契約によって取引の対象となる限り、等価物に対する法的請求権が生じるとされ、基本的にいかなる等価物を求めるかは、当該被欺罔者自身に委ねられている。契約当事者の「主観」を基礎として法的請求権通りのものが得られないのにもかかわらず、処分をさせられることで Vermögenschaden は生じる。この限りで、Merkel の見解との結論は相対化されうる。

また、Merkel は、被欺罔者の債務負担について、それ自体が法的な意味での価値減少となるので Vermögen の損害になるとしている。Binding も、被欺罔者の債務負担について、やはり Vermögenschaden になることを認める。しかし、Binding は、被欺罔者には契約取引前の「事前協議」をしたことで既に契約上約束された反対給付の提供を求める権利(請求権)が既に生じているとする。被欺罔者はその請求権が実現されないのにもかかわらず、自己は行為者に対して債務負担をさせられている。ここに Vermögenschaden の実質が見出されている¹⁶³⁾。すなわち、Merkel が端的に債務負担それ自体を法的価値の減少と見るのに対し、Binding は(事前協議によって獲得された)法的請求権の不実現を法的損害と見ている。とはいえ、両者ともにあくまで法的観点を踏まえて債権債務関係上の損害を基礎づけようとしていることには変わりない。

もっとも、このように法的観点から損害を基礎づけるとしても、Binding によれば、双方給付の場合には、処分者が事前協議に基づく契約締結をさせられた時点で詐欺罪の既遂となる。すなわち、詐欺罪は処分者が当該債務履行として現実の譲渡(給付)をさせられた時点で初めて詐欺罪が既遂となるのではない。ここでは、なお、詐欺罪の既遂の成立時期の早期化という問題に直面しうる¹⁶⁴⁾。

いずれにしても、ここで重要なのは、Binding は、Vermögenschaden の実質を法的請求権の不実現と見ながらも、少なくとも一方的給付の事例(及びこれ

に近い事例）では、財産権の譲渡によっても損害が基礎づけられる、としていたことである。双方給付の事例との整合性という問題は残るものの、ここでは、まさに「形式的に」被欺罔者の個別の容体（財産権）の譲渡という処分があれば、詐欺罪の構成要件該当性が認められる（また、現実には、双方給付の場合でも、被欺罔者が処分をしてしまうことが通例であろう）。この点を重視すれば、Binding の見解は、確かに、詐欺罪を個別財産に対する罪とする日本法の伝統的な見解の判断枠組みに近接するように思われる¹⁶⁵⁾。

（3）小括

Merkel も Binding も、詐欺罪における Vermögen の範囲を私権すなわち民法の所有権を代表とする権利を基礎とすべきとしている。すなわち、両者には、その権利の範囲について微妙な差異はあるものの、違法な取引から生じる請求権や無効な請求権は、詐欺罪の客体となりえないとしている点では共通している。これに対して、純粋な経済的財産概念によれば、請求権が民法上違法な取引から生じているかどうかを問わず、そこに経済的価値が認められる限りで、Vermögen の構成要素として認められる。ドイツの判例は、1910 年の RG の判例（RGSt44,230）を契機に、経済的財産概念に依拠していくことになる。そこではまさに民法上違法な取引に基づく処分がなされた場合であっても、なお処分者に経済的損害が生じている限りで、詐欺罪の成立を認めるべきという理解に基づくものであった¹⁶⁶⁾。この判例に Binding は真っ向から批判した¹⁶⁷⁾。Merkel も、この点では Binding と同様の理解を示していた。「Vermögen」については、なお、両者は法的財産概念であったとあってよい。

これに対して、「Vermögensschaden」については、Merkel と Binding との間には、一部の分析によれば、差異がある。Binding によれば、被欺罔者の主観的価値に基づいて、法的請求権通りの目的が実現されないのに、処分（契約締結含む。）をさせられれば、反対給付の客観的な価値にかかわらず、Vermögensschaden が生じる。しかし、慎重な検討を要するものの、Merkel

によれば、なお査定価値上の損害の発生が必要ともされており、この点でいわゆる経済的損害の発生を要件とすることは必ずしも否定されていない。Binding も含め、そのようにも分析されている。この限りで、Vermögensschaden については、Merkel の見解は（法的）経済財産概念、Binding の見解は法的財産概念とも位置づけられうる。もっとも、上述のように、Merkel 自身は、金銭（市場）価値に基づく Vermögen の減少が必要だと明言しているわけではない（この限りで、Merkel の見解は経済的財産概念の萌芽を示したにすぎない、というのが正確なのかもしれない）。その整合性と限界づけの基準は問われるものの、被欺罔者に相当対価の反対給付の提供がなされた場合にも、なお当該被欺罔者の個人的な目的の観点（査定価値）から、損害の発生しうることが認められている。すなわち、この場合には、形式的には個別客体（財産権）の処分（喪失）で損害が認められる。本稿の問題関心からすると、この点が重要である。

また、Merkel も Binding も、財物の給付を内容とする債務負担の段階で、なお詐欺罪の既遂の成立を認めている。その理由づけにも微妙な違いはあるが、両者とも、この場合に法的な観点から損害が基礎づけられる点では共通している。すなわち、処分者にとっての債務負担それ自体が経済的に評価して Vermögen の価値喪失をもたらしている。このように解する経済的財産概念とは、その前提が異なるように思われる。実際に、両者ともに、「損害と等置される財産危殆化」という概念自体を否定している¹⁶⁸⁾。すなわち、債務の負担が経済的に見て財産を失うという危殆化が生じているゆえに Vermögen の価値が減少している、というようには考えられていない。この限りで、Merkel も Binding も、あくまで民法上の個別の債権債務が客体として移転すれば損害となると想定していたともいえるのではないか。

もっとも、Binding が述べているように、既に 20 世紀初頭には、経済的財産概念に基づく Vermögen 概念も有力となっていた（Vermögensschaden については、上記のように Merkel も同様の理解を前提としていたとも分析され

ている)¹⁶⁹⁾。この事実は等閑視すべきではない。それでも、日本の1907年制定の現行刑法の詐欺罪との関係では、なおその立法作業中に Merkel、Binding といった当時の有力な論者が、少なくとも Vermögen 概念については経済的財産概念を批判的に捉えて、個別客体（財産権）の（意思に反した）処分（譲渡）が詐欺罪の成立（損害）の発生の基礎となることを示していたことが重要である。ドイツ刑法の詐欺罪規定を前提としても、（特に Binding の見解に顕著なように）個別客体（財産権）の処分による喪失自体が詐欺罪の結果（損害）を基礎づけうる、という解釈は十分に成り立ちうる。仮に、日本法の立法者に、ドイツ刑法の Vermögen 概念が詳細に参照されたとしても、このように捉えられる余地があった、ということである（ここでは、Merkel の見解はそれより制限的であったのかもしれないが、なお基本的には詐欺罪を窃盗罪と同じく所有権に対する罪として理解していたことも想起されるべきであろう）。また、有力な論者から経済的財産概念に対して批判的な主張もなされていた。この当時において、なおドイツ法のように Vermögensschaden を要件としさえすれば、（Savigny ら立法者が意図したように）詐欺罪の処罰範囲が一層明確化される。果たして、日本法の立法者の目にそのように映ったであろうか。むしろ、多義的に解釈され、複雑で見解の対立も激しい Vermögensschaden 由来の「財産損害」を明文の要件とすれば、なお無用な議論と混乱が惹起されかねない。このように捉えられる余地もあったのではないか。

他方で、Merkel も Binding も、法的観点から、「債権」も Vermögen の要素となることを認めていた（これ自体は、Savigny の Vermögen 概念の法的権利による基礎づけとは合致している¹⁷⁰⁾）。すなわち、経済的財産概念であれ、法的財産概念であれ、ドイツ法の Vermögen 概念を参照する限り、少なくとも「債権」は詐欺罪の客体となりうる。それでは、日本の旧刑法及び現行刑法における制定過程で、ドイツ法の理論状況を参照して、詐欺（取財）罪の客体として債権（ないし無形の利益一般）について、これを立法や解釈で取り込む動きはあったのだろうか。この点は、現行刑法 246 条 2 項で「財産上の利益」が客体

として規定された理由を探るうえで、重要である。この点を含めて、IV 章ではまず旧刑法の詐欺取財罪の制定過程を確認する。

IV. 旧刑法の詐欺取財罪の制定過程等

旧刑法は、1876 年 (明治 9 年) にボアソナードが原案を手掛けた「日本刑法草案」を基に鶴田皓との審議を経て制定された¹⁷¹⁾。以下では、日本刑法草案の下地となったナポレオン刑法典及び日本刑法草案の初校案の関連規定を確認する。

1. ナポレオン刑法典及び日本刑法草案

(1) ナポレオン刑法典 (1810 (1863 改正))

ここでは、箕作麟祥が 1870 年に日本の立法資料として翻訳した 379 条の窃盗罪、382 条の強盗罪、400 条の証書強請罪、405 条の詐欺罪の規定、日本刑法草案 435 条及び 436 条の原型である 406 条及び 423 条を掲げる¹⁷²⁾。

379 条「何人に限らず己れに属せざる物を盗みし罪を名けて盗罪と云ふ。」

382 条「暴行を以て盗罪を犯したる者は有期の徒刑に処せらる可し ○若し其犯罪の時行うたる暴行に因り人に斫痕或は傷痕を遺したる者は其所行のみを以て無期の徒刑に処せらる可し」

400 条「脅迫又は暴力を以て義務、契約、算還の旨を記し又は此等の事を為さしむる書類、証書類に姓名を手署せしめし者又は其書類、証書類を渡さしめたる者は其期の徒刑に処せらる可し

書面或は言詞を以て人の名望を辱む可き漏告及び讒誣を為すを脅迫し金額又は財産を渡さしめし者は前文に記したる書類、証書類に姓名を手署せしめ又は其書類、証書類を渡せしめし者又は此等の事を試み為したる者は 1 年より少からず 5 年より多からざる時間禁錮の刑に処せられ且 50 [フランク] より少か

らず3千〔フランク〕より多からざる罰金の言渡を受く可し」

405条「偽りの姓名を用い或は偽りの身分を称し或は偽りの起作（モクロミ）、無実の威権、偽りの信拠を人に証し示す可き為め詐計を用い又は人をして無実の成功及び無根の事故を希望せしめ或は畏怖せしむ可き為め偽計を用いて人の所有する金銀、動産、義務の証書、契約書、手形、約定書、算還の証書を己れに渡さしめ或は渡させしめんと試み為し且其偽計を以て人の産業の全部又は一部を奪い或いは奪わんと試み為したる者は1年より少なからず5年より多からざる時間禁錮の刑に処せられ且50〔フランク〕より少からず3千〔フランク〕より多からざる罰金の言渡を受く可し」

406条「幼者の窮乏、怯心、情欲に乘じ其損害となる可き方法を用い其幼者をして金銀、動産、商業の手形又は其他の手形類を賃借する義務の証書又は算還証書に其姓名を手署せしめし者は其取引掛合を為す方法の如何なるを問わず又は口実の如何なるを問わず2月より少からず2年より多からざる時間禁錮の刑に処せられ且其罪犯の為損害を受けたる者に償還す可き総高の4分の1より多からず25〔フランク〕より少からざる罰金の言渡を受く可し又其犯人は前条の次項に記したる刑を受けしむることを得可し」

423条「金銀の性質、真物なりと言い販売せし贋造石類の性質、諸般の商品の性質に付き買主を欺きし者又は贋造したる度量の具を用いて販売を為す品物の分量を偽りし者は3月より少からず1年より多からざる時間禁錮の刑に処せられ且損失償還の高の4分の1より多からず50〔フランク〕より少からざる罰金の言渡を受く可し

此軽罪に管したる品物又は其代金尚お其売主に属する時は之を没収し且其贋造したる度量の具も亦没収して之を破毀す可し」

（2）日本刑法草案

ここでは、「第三編 身体財産に対する重罪軽罪」中の「第二章 財産に対する罪」における「第一節 窃盜の罪」、「第二節 強盜の罪」及び「第五節 詐欺取

財の罪及び背信の罪」の関連規定を掲げる¹⁷³⁾。

410 条「他人の所有物を窃取したる者は窃盗の罪と為し 2 月以上 2 年以下の重禁錮 2 円以上 20 円以下の罰金に処す」

424 条「人を脅迫し又は暴行を加へて財物を強取したる者は強盗の罪と為し軽懲役に処す〔以下略。〕」

434 条「人を欺罔して無実の成功を希望せしめ又は無根の事故を畏怖せしめ其他偽計を用いて動産不動産若くは義務の証書義務解放の証書及び収納の証書を騙取したる者は詐欺取財の罪と為し 2 月以上 2 年以下の重禁錮二円以上二十円以下の罰金に処す

若し此条の罪を犯す為めに官私の文書を偽造したる者は偽造の各本条に照し重きに從て処断す」

435 条「幼者の知慮浅薄又は人の精神錯乱したるに乗じて其動産物品若くは証書類を授与せしめたる者は詐欺取財を以て論ず」

436 条「物件を販売し又は賃貸交換するに当りその物質を変じ若くは分量を偽て人に交付したる者は詐欺取財を以て論ず。

此条の罪を犯したる者は其裁判宣告書を榜示公告し且之を新聞誌上に登記するを命ずることを得但登記の費用はこれを犯人に科す」

437 条「他人の動産不動産を冒認して人を騙瞞して販売交換したる者又は抵当典物と為したる者は詐欺取財を以て論ず。

自己所有の不動産と雖も已に抵当と為したるを欺隠して他人に売与し又は重ねて抵当と為したる者亦同じ 但し判決の前に於いて抵当の金額を賠償したる者はその罪を論ぜず」

438 条「賃貸恩借の物品又は典物受寄品其他委託を受けたる金額物品を藏匿拐帶し若くは費消したる者は背信の罪と為し 1 月以上 1 年以下の重禁錮 2 円以上 20 円以下の罰金に処す。

若し水火震災其他非常の変に際し委託を受けたる物品に係る時は一等を加

ふ」

439条「自己の所有に係ると雖も裁判所より差押え更に付託したる物品を蔵匿脱漏し又は費消したる者は背信を以て論ず但家賃分散の際に於て此罪を犯したる者は第432条の例に照して処断す」

440条「船長又は運転手自己の利を図りて擅に其委託せられたる船舶を売却又は蔵匿して所有主の損害を為したる者は1年以上5年以下の重禁錮10円以上50円以下の罰金に処す」

441条「製造所の職工雇人自己の利を図りて其製造の秘訣を他人に漏洩して製造主の損害を為したる者は1月以上6月以下の重禁錮2円以上20円以下の罰金に処す」

442条「此節に記載したる罪を犯さんとして未だ遂げざる者は未遂犯罪の例に照して処断す」

(3) 考察

i) 客体 ①概説 日本刑法草案434条の詐欺取財罪の行為の客体は、動産、不動産及び各証書類が定められている。最終的に、旧刑法390条の詐欺取財罪の騙取の客体は、「財物若くは証書類」と定められることになる。1883年に日本語訳されたFaustin Helieの解説書では、ナポレオン刑法典405条の「交付」の客体は「動産及び義務書の二種類を指示するに過ぎざるなり」としている¹⁷⁴⁾。この限りで、「動産」と「財物」との違いはあれども、旧刑法の詐欺取財罪の客体の内容は、フランス法の詐欺罪にも大きく影響を受けたことは疑いない。

また、ナポレオン刑法典405条では、「産業の全部又は一部」が偽計によって奪う客体として定められている。この「産業」の原語はfortuneであり、これがドイツ法のVermögenにあたるpatrimoineとは異なることは、既にⅢ章1(5)で確認した。もっとも、日本刑法草案434条では、「産業の全部又は一部」にあたる文言はそもそもない。その理由は定かではないが、詐欺取財罪の実質

が個別客体の不正取得罪であることが一層わかりやすい形で規定されたことは確かである。

いずれにしても、ナポレオン刑法典405条及び日本刑法草案434条では、現行刑法246条2項で客体とされる「財産上の利益」にあたる客体は全く規定されていない。これは、旧刑法390条の詐欺取財罪でも踏襲される。もっとも、証書類の騙取の実質に「債権債務」が含まれるのかはなお問題となる¹⁷⁵⁾。この点をひとまず措くならば、日本法では、古律以来、詐欺取財の客体をほぼ一貫して個別の「財物」とのみ定めており、それ以外の利益は直接には一切定められてこなかった。フランス法の詐欺罪の客体の内容は、日中の古律の伝統にも基本的に沿うものであったといえる。ただし、後述のように、ボアソナードは、詐欺罪の客体には実質的に債権を含む、と考えていたと解する余地がある。

②不動産 日本刑法草案434条の詐欺(恐喝)取財罪の客体は「動産」・「証書」に加えて「不動産」も規定されている。Ⅱ章で見たように、中国の古律の窃盜の定義規定によれば、盜罪の客体である財物は、移転可能な動産が前提とされていた。御定書や仮刑律・新律綱領では、盜罪の客体について、そのような定義規定は存在していなかったが、古律に従うならば、同様に解されていたものと推測される。また、ナポレオン刑法典の詐欺罪でも、不動産は客体として規定されていない。ボアソナードも、後述のように、本来は詐欺取財罪の客体に不動産を含めることには反対であったようである¹⁷⁶⁾。

ii) 詐欺罪の構造 ナポレオン刑法典405条は、「渡させしめ」あるいはその「試み為し」または「偽計を以て・・・奪い」あるいはその「試み為したる」ことと定め、日本刑法草案434条は、端的に「騙取したる」と定める。これに関して、次の2点を確認しておく。

第1に、ナポレオン刑法典・日本刑法草案の詐欺罪規定では、渡し・奪う(その「試み」含む)・騙取で詐欺罪の既遂が成立し、被欺罔者側に渡し・奪うや騙取を超える「財産損害」を生じさせることは明文では規定されていない¹⁷⁷⁾。

すなわち、ここでの構成要件的结果は個別客体の交付による移転で足りることが基本とされている。

ちなみに、1994年制定のフランス刑法典313-1条の詐欺罪規定は、「虚偽の氏名若しくは資格を用い、真実の資格を濫用し又は不正な策略を用いて、自然人又は法人を錯誤に陥れて、その者又は第三者の利益に反して、資金、有価証券若しくは何らかの財物の引渡し、役務の提供又は債務履行若しくは債務の免除について、承諾させる行為は、詐欺とする。」というものである¹⁷⁸⁾。すなわち、被欺罔者側の財物の引渡しや役務・債務の履行・免除の承諾があれば、それだけで詐欺罪の構成要件的结果（既遂）が認められる。客体は拡張されているものの、詐欺罪の構造自体は、ナポレオン刑法典以来の伝統が継受されている。実際に、Klaus Tiedemannは、ドイツとの比較法的考察として、1994年のフランス法の詐欺罪規定は、1810年のナポレオン刑法典の詐欺罪規定の延長線上にあることを指摘したうえで、フランス法の詐欺罪は財産処分自由または意思決定の自由に対する罪と解されているとして、ドイツ法の詐欺罪のようにVermögenに対する罪とは考えられていない旨を述べている¹⁷⁹⁾。フランス法の詐欺罪でも「財物」の引渡し等が既遂の成立の要件となる。それにもかかわらず、フランス法の詐欺罪を単純に財産処分自由または意思決定の自由に対する罪であると評価するのは、詐欺罪の成立に全体財産損害の発生を要求するドイツ法の通説（（法的）経済的財産概念）を前提とするものでしかない。ともあれ、Tiedemannが分析するように、ドイツ法の（法的）経済的財産概念を前提とすれば、独仏の詐欺罪では、その「結果」について全く異なる構造がとられていることになる¹⁸⁰⁾。

第2に、ナポレオン刑法典405条では、渡させしめる「試み」または偽計を以て奪う「試み」をしただけでも、既遂の成立が認められる。すなわち、最終的な客体の交付等がなされなくても、詐欺罪の既遂が成立する。他方で、ナポレオン刑法典は1863年の改正で、434条の詐欺罪に未遂処罰規定が新設された。日本刑法草案では、これにならい442条で「詐欺取財の罪」の節の未遂処

罰規定が置かれたものと考えられる。もっとも、ナポレオン刑法典の詐欺罪の未遂では、渡させしめるまたは奪うの「試み」のさらに前段階の欺罔行為そのものが処罰対象とされていたようである¹⁸¹⁾。

これに対して、日本刑法草案 434 条では、「騙取したる」として、行為者が個別客体を取得することが構成要件の結果（既遂）の要件とされた。これを素直に解すれば、騙取の「試み」がなされた段階では既遂とならず、なお 442 条の未遂に留まるように思われる。しかし、いずれにしても、ボアソナードは、鶴田との審議の途中で、詐欺取財に関する未遂処罰規定を削除してしまう。これについては、後に考察する。

iii) 文書偽造が手段としてなされた場合の取扱規定 日本刑法草案 434 条では、詐欺取財の手段として、文書偽造が用いられた場合の取扱規定も置かれている。この規定は、結局のところ、旧刑法 390 条の詐欺取財罪でも残されることになる。この点も後に若干の考察を加える。

iv) 補充規定 日本刑法草案 436 条の原型となる規定は、ナポレオン刑法典 423 条（「製造所、商取引および技術に関する規則の違反」の款に規定）であるが、日本刑法草案 437 条の原型となる規定は、ナポレオン刑法典には存在しない¹⁸²⁾。最終的に、日本刑法草案 436 条及び 437 条は、旧刑法では、392 条及び 393 条として規定されることになる。後述のように、ボアソナードは、日本刑法草案 436 条では販売・交換に当りその物質を変じ若くは分量を偽て「人に交付した」段階で既遂になる旨を論じていた。いずれにしても、これらの規定は、詐欺取財の基本類型を補充する規定と見られる。

なお、旧刑法 391 条の準詐欺取財罪の原型たるナポレオン刑法典 406 条及び日本刑法草案 435 条については、次のように若干の考察をするに留める。1871 年制定のドイツ帝国刑法 301・302 条では、未成年者の軽率・未経験につけ込む可罰的な信用貸規定が置かれていた。しかし、両条は、ナポレオン刑法典と

は異なり、詐欺罪（Betrug）に類似する犯罪とは位置づけられておらず、「可罰的な私利」の章で規定されていた（ちなみに両条は1974年に廃止され、相手方を未成年者に限定しない暴利罪（Wucher）規定に統合された（現・291条））。これに対して、日本刑法草案及び旧刑法では、これに類する規定が、ナポレオン刑法典の条文順にならって詐欺取財罪の後に置かれ、しかも詐欺取財罪と同様の個別財物（客体）の不正取得罪として整理された¹⁸³⁾。これが1907年制定の現行刑法248条の準詐欺罪の原型ともなる。この準詐欺罪に至るまでの立法過程を素直に見れば、日本の現行刑法の「詐欺罪」の立法において、およそドイツ法に依拠していたわけではなく、フランス法（ボアソナード）の影響を残していたことが明白である。

2. ボアソナードと鶴田皓との審議

(1) 日本法の伝統的「財産」概念

鶴田は、ボアソナードとの審議において、次のような発言をしている¹⁸⁴⁾。

日本にては財産と云えば現在の物件は勿論入額所得及貸出したる金銀物件等をも含蓄すべき者とす。且入額とは蓋し貸出したる金額の利息又は地所建家等の地代家賃を云うなるべし。然らば畢竟財産と云う内に含蓄する者なり。

鶴田によれば、日本法の「財産」としては、「現在の物件」や貸出した「物件」が財産の中核をなすと理解されていた。もっとも、「入額所得」も含むとされ、利息や地代家賃のような「債権」が全く考慮されていないわけではない。しかし、これらの債権は、既に貸出等された「物件」との関係で生じるものであることに留意すべきであろう。すなわち、債権一般がどこまで考慮されていたかは、定かではない。ともあれ、ここでの財産概念は、いずれも（個別客体に着目した）法的観点にが重視されていたものといえる。

なお、Ⅱ章で確認したように、日中古律の窃盜でも、詐欺取財でも個別財物

の不正取得が処罰対象とされてきた。しかも、新律綱領でも踏襲されたように、これらの罪につき未遂にあたる規定が置かれていた。それゆえ、個別財物の交付の前段階(現在の視点では財物交付を内容とする債権の取得段階)では、詐欺取財はなお未遂に留まりうる。少なくとも鶴田は、この理解を前提としていた。この点は後述する。

(2) 盗罪と詐欺取財との関係

鶴田は、「又以上に説かるるの所の所有主の承諾なくれば其物品を取りたるを盗罪と為す而已ならず日本にては右の外に他人を詐偽して承諾せしめて其物品を取るを詐偽取財と云う。之は窃盗強盗等とは自ら其性質に異る所あり。又此詐偽取財の外に他人を脅迫して無理に承諾せし其物品を取るを脅迫取財と為す然し此二つは所有主の真に承諾したるにあらず故に盗罪の部類に入れて論ぜり。今後の刑法にても此二者は矢張盗罪の部類に置くべきや如何」として、ボアソナードに詐欺取財の位置づけを確認している。この鶴田の発言からは、日本の伝統的理解として、詐欺取財は「所有主の真に承諾したるにあらず故に」窃盗と同じ「盗罪」として位置づけられてきたことが明確に述べられている。

これに対して、ボアソナードは、「此二者の内脅迫取財は強盗の部内に属すべきものなれども詐偽取財は仮令被害者の詐偽せられたるにもせよ一時其詐偽たることを知らず本心より承諾したる者なり故に純粹の盗罪とは見做し難し。尤何れにも財産に対する罪の部類に置くべき者なり。」と応じていた¹⁸⁵⁾。ここでは、ボアソナードは、詐欺取財では被害者の承諾があるゆえに、強窃盗と同じ純粹な盗罪とはいえないとしていた。もっとも、被害者の「承諾」の有無で窃盗と詐欺取財の区別は強調されているものの、これはⅡ章1(2)で見た『大清律輯註』の理解と同様に、単に奪取罪か交付罪かの区別を示したにすぎないとも考えられる。

むしろ、その後の審議では、鶴田が、詐欺取財では相手方の「不注意の落度」に基づく「承諾」があることを理由に、その法定刑を「窃盗より軽く為さんとす」

と主張した。これに対して、ボアソナードは、「窃盗は事主に不注意なる落度あるべきなれも詐偽取財は犯人にて欺くに道を以てする者に付其の事主に不注意の落度なし。故に之を軽く為すの理なければなり」として、詐欺取財の法定刑をむしろ重くすべきことを主張した。なお議論が続いたが、最終的に、両者が妥協して最終稿でも両罪に同一の法定刑を科すことで決着した¹⁸⁶⁾。ここでは、まず鶴田が詐欺取財の被害者には「承諾」があるとのボアソナードの理解に配慮を見せた。それにもかかわらず、ボアソナードは、詐欺取財の「事主に不注意の落度なし」として、詐欺取財の法定刑を窃盗よりも軽くする理由はないとしたのである。ボアソナードは、詐欺取財でも「所有主の真に承諾したるにあらず」という日本法の伝統的な理解を逆手にとって、法定刑の議論を自己に有利に進めたようにも思える。こうして、紆余曲折を経ながらも、窃盗と詐欺とは、盗罪すなわち個別客体の持主の意思に反した（真の承諾なき）不正取得の罪として共通する。この鶴田が当初示していた日本法の基本的理解を前提とすることで結論の一致を見たといえる。

（3）未遂と既遂

i) 審議過程 詐欺取財について、日本刑法草案 442 条のように未遂処罰規定を置くか否かについては、ボアソナードと鶴田との間には議論があった。その審議の過程は次の通りである¹⁸⁷⁾。

鶴田「元来詐偽取財には或いは「タンタチーフ」（本稿筆者注：フランス語の「Tentative」（未遂））と為すべき場合なきにあらざるべし。例えば甲者より砂糖を売り渡す契約を為し而して乙者にて現に之を受取らんとする時其砂糖の内へ土砂を混和しあるを見顕したるの類之あり」

ボアソナード「然し甲者にて已に契約を為し而して乙者より砂糖の代価を受取りたれば即詐偽取財の本罪と為すべし。」

鶴田「然し甲者にて乙者より其砂糖の代価を受取らざる以前なれば仮令契約

を為すときも詐偽取財の本罪とは為し難く即其タンタチーフと為すべきならん。」

ボアソナード「然し其已に契約を為したる以上は代価を受取ると否とに拘わらず詐偽取財の本罪と為して相当なり。」

鶴田「然し其代価を受取らざる以前は詐偽取財の取財と云う本義に適せず。故にタンタチーフと為すべし。」

此時教師（本稿筆者注：ボアソナードを指す。）にては右契約を為す以上は詐偽取財の本罪と為すべき説を反復主張す。

鶴田「右の議論は暫く置き詐偽取財背信の罪に此条の如く未遂犯罪を罰する法を置くべきか否ざるかを決議せんことを要す。

尤支那律には詐偽して未だ財を得ざるの明文あり。之れは即タンタチーフを罰する法なり。

然し契約而已にて詐偽取財の本罪と為すなれば詐偽取財にはタンタチーフと為すべき場合なかるべし。

実際にては詐偽取財にはタンタチーフと為すべき場合なきにあらず。却て背信の罪にはタンタチーフと為すべき場合なかるべし。」

ボアソナード「然らば此条（筆者注：未遂処罰規定）は依然存し置き而して背信の罪を詐偽取財に併せ一節中に置くべし」

鶴田「然り之れを一節中に置き而して此条を詐偽取財と背信の罪とに係らしむる様に為すべし。」

ボアソナード「然り。」

このように、鶴田は、欺罔により相手方と契約をさせても、行為者がその代価物を受取らなければ「取財」の未遂であり、それゆえにこれを処罰する明文の規定が必要ではないかと質問した。しかし、ボアソナードは、草案中に、詐欺取財罪の客体（動産不動産（校正案 438 条では金額物件）及び各種の証書類）の現実の受交付がなくとも、被欺罔者に契約をさせた限り詐欺取財罪は既遂に

なる旨を繰り返し説明していた。つまり、物件の現実の交付移転は、「騙取」（既遂）を認めるための要件ではなかった。ナポレオン刑法典 405 条は、渡させしめ等のみならずその「試み」の段階でも詐欺罪が既遂となることを定めていた。ボアソナードは、この「試み」には個別客体の交付を内容とする契約締結段階を含むものと考えていたのかもしれない。その背後には、契約締結によって行為者が財物交付を内容とする「債権」を取得するという理解が前提にあったものとも考えられる。実際に、ボアソナードは、旧刑法改正案の最終稿では、詐欺取財の客体として「金銭、有価物、動産もしくは不動産の交付、書面もしくは口頭による譲渡、債権もしくは債務免除・・・」として、「債権」・「債務」を明示している¹⁸⁸⁾。これに対して、鶴田は、「取財」というからには「財」を受取ることが必要であり、中国の律にも「詐偽して未だ財を得ざるの明文あり」として未遂処罰規定の置かれていることなどをあげて説得し、ボアソナードも、遂に詐欺取財罪に未遂処罰規定を置くことを了承した。そうして、旧刑法 397 条で詐欺取財罪に関する未遂処罰規定が置かれることになった。

ii) 考察 II 章で確認した日中古律以来の伝統¹⁸⁹⁾に加え、財物騙取とその前段階でのいわば債権取得にあたる場合とをいずれも既遂として同等に扱うのは、「不権衡」である。鶴田の根底には、このような理解があったようである。このことは、「証書類」の不正取得をめぐる下記のボアソナードとの審議から推測される。

ボアソナードは、鶴田との審議の途中で、証書強請罪の規定を設けることを提案し（これはナポレオン刑法典 400 条にならったものと推測される。）、「脅迫暴行創傷殴撃を以て記名の義務の証券請取書積放書を勒索し又は物件を得たる者」との構成要件を提示していた。この規定について、鶴田は、「只其書付而已にて未だ正金に引替えざる以前なる時は即真の強盗にて直に正金を奪いたる者よりは其罪軽く例えば強盗の「タンタチーフ」と云うべきならん」と疑問を提起した。すなわち、いくら当該証書を強取しても、その証書記載の権利義

務の実行による金銭との引換がなければ、金銭の(軽い)強盗未遂に留めるべきではないか、との疑問である。結局、ボアソナードに説得され、鶴田は、本罪の規定を置くことを受け入れた(ただし、旧刑法では本罪にあたる規定は置かれなかった)。しかし、その際にも「〔義務の証券〕丈は少し違いあるなれども其余釈放書等は固より正金と同様に見做して不可なし」として抵抗を見せていた¹⁹⁰⁾。

上記の鶴田の趣旨を推測して補足すれば、債務者である行為者が、不正手段を用いて債権者から履行の請取書や釈放書を提出させる場合には、既に受領済みの金銭を事後的に不正取得するに等しい。それゆえ、鶴田は、「其余釈放書等は固より正金と同様に見做して不可なし」と納得したとも推測される。これとは反対に、行為者が、債権者として、債務者にその債務負担の証書を提出させる場合には、当該行為者はその証券以外に未だ何も得ていない。それは盗罪の既遂とは同視しえない。義務の証券取得の段階で既遂の成立を認めるならば、事後にその証券を利用した正金取得で既遂と認めることとの権衡を欠くからである。このように考えたからこそ、鶴田は、「〔義務の証券〕丈は少し違いある」として、ボアソナードに抵抗を示したのではないだろうか。

(4) 証書類

上記の通り、鶴田は、証書をいくら取得しても、それは正金取得の「未遂」にすぎないとして、証書強請罪の規定を設けることについて、疑問を提起していた。これに対して、ボアソナードは、「請取書釈放者は全く正金と同効の者と看做さざるべからず。例えば甲者より乙者に脅迫暴行を加えて其負債の釈放書を勒索したる時は即負債を正金にて返還したるも同効なるの類之れなり」とし、また義務の証券についても「一個の物件」と見做すことができるだけではなく、「義務の証券を勒索したる者と雖も其被害者の為す事恰も通常の強盗に異なることなし。例えば甲者より乙者を脅迫して義務の証券を勒索し之れを以てその証券の金額を求むる訴訟を為したる時は乙者より甲者の脅迫に依て其証

券を勒索せられたる証拠を立て難く竟に金額を払わざるを得ざるの害あればなり」と説明していた¹⁹¹⁾。

要するに、ここでは、「負債の釈放書」の不正取得では、金銭支払債務の免脱の効果が生じる。これに対して、「義務の証券」の不正取得では、その相手方はその証券記載の通りに金銭を支払わざるをえなくなる。これが、証書類を客体とすべき根拠となっている。それゆえ、前者については債務免脱が、後者については債権取得が、それぞれ実質的には考慮されているように見える。

しかし、前者の「負債の釈放書」の不正取得の事例では、既に行行為者が相手方から金銭を受領済みであることが前提となっている。だからこそ、釈放書さえ取得すれば、その返還をしたのと同じ効果が生じる。上述したように、その実質は、その受領済みの金銭を事後的に不正取得するに等しい。その限りでは、証書類の不正取得を介して、財物の保護の範囲が拡張される。

後者の「義務の証券」の不正取得の事例でも、ボアソナードによれば、その行為者が不正取得した義務の証券に基づいて民事訴訟を起こすことで、その証券を提供した相手方が敗訴し、結局金銭を支払わざるをえなくなることが前提となっている。すなわち、単に証書類の不正取得による債権の取得が問題とされているのではなく、最終的に民事訴訟を通じてその債権の実現がなされると、結局のところ当該金銭が不正取得される。このことが考慮されている。実際に、ボアソナードは、証券の取得により「債権」（権利）の取得に等しいとは全く述べていない。ボアソナードは、旧民法の制定にあたってではあるが、フランス民法の物権変動の意思主義を修正して、証券の作成を物権変動の「原則」としようとしていたとの指摘もある¹⁹²⁾。このことをも踏まえると、ボアソナードは、義務の証券の不正取得について、実質的には契約の証拠・証明力の取得を重視していた、とも推測できる¹⁹³⁾。この理解は、詐欺取財罪の客体に「証書類」が定められたことにも当てはまると思われる。

そもそもボアソナードによれば、上記（3）で見たように、欺罔をして相手方に契約締結をさせさえすれば、その履行による交付がなされていなくとも、

その締結段階ですでに詐欺取財は既遂となる。それゆえ、少なくとも契約締結による債権取得は、証書類の騙取の有無にかかわらず、既に実質的に考慮されていたとも考えられる。そうすると、むしろ、日本刑法草案の当初から詐欺取財罪でも客体として証書類がわざわざ別途規定された趣旨は、債権債務関係における「無形の権利」の保護それ自体を図ったものとは言い切れない。証書類の不正取得はその証拠・証明力に基づき既に財物取得に等しいという実質的考慮から、金銭等の財物それ自体の保護の強化を図ることにあったとも解しうる¹⁹⁴⁾。

(5) 不動産

上述のように、日本刑法草案 434 条の詐欺取財罪の客体は、審議中に「動産不動産」から「金額物件」に改められた。この「物件」の語からは不動産は必ずしも排斥されない。しかしながら、ボアソナードは、審議の過程で、日本刑法草案 437 条（冒認販売罪）にあたる規定の客体から「不動産」を削除し、「動産」のみとした。鶴田からの「二重転売」は詐欺取財として処罰する条文を別途置くべきとの要請に対しても、ボアソナードは、「動産」のみの二重転売を「詐偽取財を以て論ず」という規定を置くことを提案した。これに対して鶴田は、フランスとは異なり、日本では未だ登記する役所も規則も不十分であって「不動産の字をも掲げ置かんことを要す」と指摘した。しかし、ボアソナードは、「仏国には不動産の売買に於て詐偽するものなき筈なり、若し之を詐偽する者ありたる時は民事上に於て損害の償を求むる而已なり。何となれば地面家屋等の不動産は他へ転輾せず。何時迄も其形跡の現在する故に仮令一旦詐偽せらるるとも再び其詐偽を見出し易きものなればなり」として、不動産を客体とする詐欺取財は不要と回答した¹⁹⁵⁾。しかし、結局、ボアソナードは、鶴田の上記の指摘に依りて、「動産不動産」の「二重転売」を含む冒認販売罪の規定を提案し、これが旧刑法 393 条の原型となった。

ここに、日本刑法草案 434 条の客体として「不動産」が規定されていたのは、

日本側の立法者の意向であったことが看取しうる。V章で見ると、旧刑法当時の判例及び学説も、詐欺取財罪の「財物」には「不動産」を含むと解することではほぼ一致していた。不動産の法的保護が未だ充分ではないという鶴田の示した危惧が、詐欺取財罪の解釈として実務でも学説でも一般に共有されたといえる。

ともあれ、不動産を客体に含めることは、当時の日本の登記制度等の未整備という専ら政策的理由による。少なくとも、ドイツ法の Vermögen 概念等との比較法的考察によるものであったことは全く確認できない。

（6）文書偽造が手段としてなされた場合の取扱規定

日本刑法草案 434 条では、文書偽造が手段としてなされた場合の取扱も定められていた。鶴田は、「其重きに從て処断するは固より総則中より推し得べき筈に付殊更に之を断り置くに及ばざるべし」と主張したが、ボアソナードは「之は必ず爰に断り置かざるを得ず。何となれば官私の文書を偽造するは即詐偽取財の方法中の所為と見做し只此条而已にて罰し文書偽造の本条に比照して論ぜざるの恐れあればなり」、「文書偽造は詐偽取財の方法中最も著しく且其本罪には正条ある事柄に付他の罪を犯す為めの方法とは自ら異なる所あり。故に其方法の内文書偽造は其本罪に付て論ずべきことを示さざるを得ず」と主張して、譲らなかった¹⁹⁶⁾。最終的にはボアソナードの主張が受け入れられ、旧刑法 390 条でも、日本刑法草案 434 条と同様の規定が置かれた¹⁹⁷⁾。

確かに、ここではボアソナードは、そもそも文書偽造を詐欺取財の手段として分かちがたい関係にあると捉えていた。もっとも、日本刑法草案でも旧刑法でも、文書偽造罪と詐欺取財罪とは異なる編で規定されて両者の立法上の区別は基本的に前提とされていた。また、何よりボアソナードが恐れたのは、詐欺取財罪が認められることで、むしろ文書偽造罪の固有の罪責が適切に評価されなくなるのではないか、ということにあった。すなわち、「財産」に対する罪である詐欺取財罪に「信用」に対する罪としての文書偽造罪が埋没して評価さ

れずに終わってしまうことが懸念されている。この限りで、両罪の罪質の相違が前提となっていたと考えられる¹⁹⁸⁾。

何より、この規定は、日本側の立法者の要請で置かれたものではない。この点を確認しておきたい。

(7) 補充規定

i) 詐欺販売交換罪 旧刑法 392 条 (以下では、この罪を便宜上「詐欺販売交換罪」と称する。)の原型たる日本刑法草案 436 条に関して、鶴田は、「此分量を偽りたる者は例えば商品を売渡したる而已にて未だ其代価を受取らざる内なれば之を本罪と為さず、未遂犯罪と為すべきや。又は其已に商品を売渡したる以上は仮令其代価を受取らざるとも本罪と為すべきや」と質問した。これに対して、ボアソナードは、次のように答えている。「其已に売渡したる以上は勿論売渡す契約を為し物品を渡したる以上は其代価を受取て利を得ると否とに拘わらず本罪と為さざるを得ず」、「何となれば其契約を為したる以上は何時にも代価を受取て利を得るの権利を生ずる者なればなり」¹⁹⁹⁾。

旧刑法 392 条を含む詐欺取財罪の補充規定については「無形の権利」そのものの保護が図られていたとの指摘もある²⁰⁰⁾。ともあれ、ボアソナードは、旧刑法 392 条の原型たる日本刑法草案 436 条につき、上記のように、「其契約を為したる以上は何時にも代価を受取て利を得るの権利を生ずる」としている。

しかしながら、先にも確認したように、ボアソナードによれば、欺罔をして相手方に契約締結をさせさえすれば、その締結の時点ですでに詐欺取財罪 (基本類型) は既遂となる。しかも、審議の結果、詐欺取財罪の未遂処罰規定も置かれることになった。それゆえ、少なくとも、欺罔をして「代価を受取て利を得るの権利」を不正に得た時点でも、詐欺取財罪の未遂も成立しうるはずではないだろうか²⁰¹⁾。

もっとも、ボアソナードは、日本刑法草案 436 条について、鶴田から、本条の罪は純粋な詐欺取財ではなく背信の罪に近いのではないかとこの質問を受け、

ボアソナードは、「然り詐偽取財と背信との中間にて一種の罪なり」としていた²⁰²⁾。他方で、ボアソナードは、後の旧刑法の改正案 434 条の第 2 では、旧刑法 392 条にあたる規定を設け、その理由を「被害者一身上に係る罪を犯したるのみならず商業上要する所の信用を減少して以て著しく社会の害悪を生ずべきものなればなり」と説明している²⁰³⁾。この限りで、詐欺販売交換罪では、個人の財産のみならず、「商業上の信用」という社会的な利益をも害するがゆえに、詐欺取財罪の基本類型の既遂と同等の処罰が許される、と考えられていたとも推測される。このような実質的には商業上の信用一般に対する罪としての性格を併有する規定を詐欺取財罪の補充規定としてあえて置くことが果たして適切であったのか²⁰⁴⁾。いずれにしても、上記の限りで、詐欺販売交換罪は、専ら債権債務関係にのみ着目した規定であったわけではない。

ii) 冒認販売罪 ボアソナードは、後の旧刑法の改正案 434 条の第 3 でも、旧刑法 393 条（以下では、この罪を便宜上「冒認販売罪」と称する。）にあたる規定を置いている。ボアソナードは、この規定に関し「而して此等の事を行うに有償名義を用いて必ず対価物を約権し又は之れを受領したる場合を想像したれば則ち欺計と称するに足る所為あるべきなり。」と説明している²⁰⁵⁾。ここでは、代価物の「約権」がなされた場合のみならず、「受領」のなされた場合も同時に挙げられている、つまり、単に代価物取得の未遂に終わる場合のみならず、それが既遂に達する場合も想定されていたのである。

また、例えば、その冒認販売の買主に当該客体が移転すれば、その買主が不当な債務負担等をするのみならず、その原所有者が当該客体を移転喪失することになる。つまり、冒認販売罪では、真の所有者にとっては、自己の客体が第三者たる買主に移転して、不正取得されるに等しい。それゆえ、冒認販売罪では、原所有者の動産不動産の保護も図られている²⁰⁶⁾。この限りで、冒認販売罪も、少なくとも債権債務関係のみに着目したものとはいえないように思われる²⁰⁷⁾。

3. 詐欺取財罪等の規定

旧刑法は、日本刑法草案を下に起草された刑法審査修正案についての元老院の審議修正を経て、1881 年 (明治 14 年) に公布された²⁰⁸⁾。

ここでは、「第三編 身体財産に対する重罪軽罪」中の「第二章 財産に対する罪」における「第一節 窃盗の罪」、「第二節 強盗の罪」、「第四節 詐欺取財の罪」の関連規定を掲げる²⁰⁹⁾。なお、394 条・有期の監視、398 条・親族相盗例の規定は割愛する²¹⁰⁾。ちなみに、刑法 390 条では、その手段として「人を欺罔し又は恐喝して」とされており、正確には恐喝取財も含むものであった。その経緯と分析は、不十分ながらも別稿で示したので割愛した²¹¹⁾。

366 条「人の所有物を窃取したる者は窃盗の罪と為し 2 月以上 4 年以下の重禁錮に処す」

378 条「人を脅迫し又は暴行を加へて財物を強取したる者は強盗の罪と為し軽懲役に処す」

390 条「人を欺罔し又は恐喝して財物若しくは証書類を騙取したる者は詐欺取財の罪と為し 2 月以上 4 年以下の重禁錮に処し 4 円以上 40 円以下の罰金を附加す

因て官私の文書を偽造し又は増減変換したる者は偽造の各本条に照し重きに從て処断す」

391 条「幼者の知慮浅薄又は人の精神錯乱したるに乗じて其財物若しくは証書類を授与せしめたる者は詐欺取財を以て論ず」

392 条「物件を販売し又は交換するに当り其物質を変じ若しくは分量を偽て人に交付したる者は詐欺取財を以て論ず」

393 条「他人の動産不動産を冒認して販売交換し又は抵当典物と為したる者は詐欺取財を以て論ず

自己の不動産と雖も已に抵当典物と為したるを欺隠して他人に売与し又は重ねて抵当典物と為したる者亦同じ」

395条「受寄の財物借用物又は典物其他委託を受けたる金額物件を費消したる者は1月以上2年以下の重禁錮に処す

若し騙取拐帯其他詐欺の所為ある者は詐欺取財を以て論ず」

396条「自己の所有に係ると雖も官署より差押へたる物件を蔵匿脱漏したる者は1月以上6月以下の重禁錮に処す

但家資分散の際此罪を犯したる者は第388条の例に照して処断す」

397条「此節に記載したる罪を犯さんとして未だ遂げざる者は未遂犯罪の例に照して処断す」

4. 小括

旧刑法390条の詐欺取財罪は、ボアソナードによる日本刑法草案434条と比べると、騙取の行為や客体が極めて簡素化された²¹²⁾。それでも、詐欺取財罪の構成要件の基本構造は、日中古律以来の伝統を受け継ぐ新律綱領の詐欺取財ともナポレオン刑典及び日本刑法草案の詐欺罪とも通底していた。すなわち、個別客体の不正取得（取財・騙取罪）として規定された。

もっとも、ボアソナードは、財物の交付を内容とする契約を締結しさえすれば詐欺取財は直ちに既遂になるなどと論じていた。ここには、実質的に債権を客体に含めようとする意図のあったことが窺える。また、詐欺取財罪の補充規定については、なおその真意は不明ながら、行為者が債権を取得する旨も述べられていた。しかし、鶴田の説得もあって、結局のところ詐欺取財罪には未遂処罰規定が置かれた。これにより、詐欺取財罪の基本類型においては、個別客体の交付を内容とする債権を取得した段階では、なお詐欺取財罪は未遂の成立に留まる余地が残された。この限りで、詐欺取財罪において、債権を客体に含むことの日本側の要請は、古律の伝統もあって、決して高いものではなかった。また、本稿の検討によれば、「証書類」が客体として定められたのも、証書を介した「無形の権利」の直接の保護を図ったものとは言い切れない。証書類の証拠・証明力に着目した財物自体の保護の拡張・強化を図ることにあったとも

考えられる。

何より、ボアソナードと鶴田との審議の間で、(不動産の取扱いを含め) ドイツ法の Vermögen/Vermögensschaden 概念を参照した形跡は全くない²¹³⁾。ボアソナードは、旧民法典の起草にあたっては、ドイツ法の Vermögen 由来の「patrimoine」の概念(Ⅲ章 1 (5) 参照)に賛同しており、実際に旧民法財産編 1 条 1 項では、ボアソナードの案に沿って「財産は各人又は公私の法人の資産を形成する権利なり」とする規定が置かれていた²¹⁴⁾。もっとも、ここでも、「財産」と「資産」(patrimoine)とが区別され、資産を構成する個別の「権利」が「財産」として明確に位置づけられているようにも見える。それでも、ボアソナードは債権も構成要素となりうる Vermögen 由来の patrimoine の概念に賛同していた。だからこそ、詐欺取財の解釈でも債権が客体となりうると考えたのかもしれない。そうだとすると、ボアソナードは、日本の詐欺取財の「結果」として、なお個別客体の移転を超える損害すなわち patrimoine (Vermögen) 上の損害の発生が必要である旨は全く述べていない。これは、Ⅲ章 1 (5) で確認したように、フランス刑法の詐欺罪規定が Vermögen 由来の patrimoine の概念を知らずに制定された歴史的経緯とは合致している。また、旧刑法の制定当時には、ドイツ法において詐欺罪が立法上 Vermögen に対する罪として制定されてから、なお 30 年経過しても、その概念については未だ議論の途上にあった。そうした状況において、ドイツ法の詐欺罪における Vermögen/Vermögensschaden の概念をそもそも参照しづらかったのではないか。確かに、Ⅲ章 2 (1) で見たように、詐欺罪に関する有力な論者である Merkel は、法的財産概念を前提としつつも、詐欺罪の成立に、査定価値上の損害の発生を要求していた。これは、経済的損害の意味であるとも分析されている。しかし、同時にその査定では被欺罔者の個人的な目的に基づく価値も考慮される。それゆえ、個別客体(財産権)の処分があった場合に、この査定価値の観点から、どこまで詐取罪(損害)の成立が否定されるのかは定かでない。何より、Merkel は、本稿筆者の見る限り、随所で法的観点を強調し、なおかつ基

本的に詐欺罪を窃盗罪と同類の罪として解説していた。これらの点で、仮に Merkel の見解が参照されたとしても、日本法及びフランス法とドイツ法との詐欺罪の「構造」ないし「損害」との明確な差異を見出しがたかったのではないだろうか²¹⁵。また、Ⅲ章 1 での本稿の考察によれば、ドイツ法の詐欺罪で Vermögensschaden が要件とされたのは、文書偽造等（真実権侵害）との区別を図り、詐欺罪固有の処罰範囲を明確に基礎づけることにあったとも解される。勿論、日本法及びフランス法でも、詐欺（取財）罪との関係が微妙な偽りの手段そのものを重視した規定も存在していた。例えば、旧刑法 390 条（2 項）の文書偽造が手段としてなされた場合の取扱規定や、392 条の詐欺販売交換罪は、その名残りともいえる。それでも上記 2（7）でも考察したように、ポアソナードと鶴田との審議の間では、詐欺取財罪は明確に財産に対する罪であって、しかも少なくとも文書偽造とはその罪質を異にするということは、既におそらく当然の前提とされていた。この意味でも、あえて詐欺取財罪が財産に対する罪であることを一層明らかにすべくドイツ法のように「財産損害」を明文の要件とすべきだという意識は、そもそもなお乏しかったとも推測される。

なお、旧刑法の詐欺取財罪は、中国の律の影響を受けて成立した日本法固有の規定であって、フランス法の詐欺罪に由来する規定として整理しえない。このような分析も示されている²¹⁶。しかしながら、そのようには決して断定しえない。旧刑法 390 条の詐欺取財罪の客体として「財物」に加えて「証書類」が規定されたのは、ナポレオン刑法典 405 条の詐欺罪規定を継受した結果であることは明白である。また、上記 1（3）で触れたように、同一の章・節で詐欺取財罪の後に旧刑法 391 条の準詐欺取財罪が規定されたこと自体には、フランス法の影響のあったことが示されている。何より、鶴田は、多面にわたり、ポアソナードの意向を確認し、可能な限り議論を重ね一致点を見出そうとしていた。この限りで、たとえ、ポアソナードの当初の案と相違があるとしても、旧刑法の 390 条の詐欺取財罪について、フランス法由来の影響のあったことをおよそ否定することは困難である。むしろ、ポアソナードと鶴田とによる日仏

の「合作」というのが素直な見方なように思われる。すなわち、詐欺罪の未遂・既遂や客体としての債権の実質的な位置づけなどでは意見が対立しつつも、財物を中心とした個別客体の不正取得罪（交付（騙取）罪）という点で日仏の詐欺罪規定の構造は基本的に一致していた。そのため、最終的な歩み寄りが可能となり、旧刑法の詐欺取財罪規定の骨子へと結実した。このような見方も十分に成り立つように思われる²¹⁷⁾。

本章では、本章の考察を踏まえて、旧刑法 390 条の詐欺取財罪に関する学説・判例を概観・考察する。

- 1) 2 項の利益詐欺はいわゆる「全体財産に対する罪」で（も）あるとする見解として、小野清一郎『全訂刑法講義 各論』（1945）624～625 頁。団藤重光『刑法綱要各論』（初版、1964）438 頁・同頁注（3）、福田平「〔詐欺罪〕 §246」団藤重光編『注釈刑法（6）各則（4）』（1966）233～234 頁など。この見解に対して、1 項と 2 項とで詐欺罪の構造を区別することの不整合を批判したのは、平野龍一「刑法各論の諸問題 7 第 6 章 財産犯」法学セミナー 209 号（1973）52 頁、同『刑法概説』（1977）218 頁。また、中森喜彦「二項犯罪小論」法学叢書 94 巻 5・6 号（1974）225 頁は、いわゆる 2 項犯罪の法制史的な考察を踏まえて、同旨の批判を展開する。この批判は一般に承認されて、1 項・2 項とも「個別財産に対する罪」であると解するのが通説であると思われる。もっとも、2 項の利益詐欺は全体財産に対する罪で（も）あることは、現在でも一部の論者からなお主張されている（平川宗信『刑法各論』（1995）373 頁、川端博『刑法各論講義』（2007）214、300 頁、山中敬一「詐欺罪における財産的損害と目的」法学新報 11・12 号（2015）397 頁など）。
- 2) その代表的な判例として、最判昭和 34 年 9 月 28 日刑集 13 巻 11 号 2993 頁。学説として、牧野英一『刑法各論 下巻』（9 版、1969）684～686 頁、木村亀二『刑法各論』（1957）125 頁、藤木英雄『刑法講義 各論』（1971）308～309 頁など。
- 3) 長井圓「詐欺罪における形式的個別財産説の理論的構造」法学新報 121 巻 11・12 号（2015）361～362 頁。また、栗田知穂「詐欺事犯者の実態とは」法律のひろば 75 巻 1 号（2022）14～15 頁は、「通帳等・携帯電話機の詐取」の事案では、被害額「なし」とされる「形式詐欺」を肯定することには、学説上批判的な見解があるものの、刑事政策上相応の理由が認められると指摘する。
- 4) その代表的な見解の概要は、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）121 頁参照。

- 5) 中森・前掲注1) 217頁、浅田和茂「詐欺罪の問題点」中山研一ほか編『現代刑法講座第4巻 刑法各論の諸問題』（1982）314頁、中村勉「19世紀におけるドイツ刑法の『詐欺概念』の史的変遷（3）」帝京法学18巻2号（1992）195～196頁など。もっとも、中森は、フランス法の影響を重視している。これに対して、小野・前掲注1) 652頁は、中国古律の影響を示唆する。中国の古律の伝統がどこまで及んでいるのかは、必ずしもはっきりしない、というのが正確かもしれない。
- 6) これは、現在のドイツ刑法の判例・通説の原則的な立場でもある。より正確には、金銭ないし市場価値に基づく処分行為前後の差引計算による Vermögen の減少を損害と見る立場である（ドイツ法の議論状況については、足立友子『詐欺罪の保護法益』（2018）110～117頁参照）。この判例・通説の立場に従う限り、Vermögen/Vermögensschaden は、まさに「全体財産／全体財産損害」と訳すべきではあるが、例えばいわゆる法的財産概念は、全体財産の減少の意味での損害発生を詐欺罪の成立要件とは認めていない。しかし、同概念の下でも、ドイツ刑法263条1項の条文に即して Vermögen/Vermögensschaden が論じられる。それゆえ、これを一概に「全体財産／全体財産損害」と訳すと混乱を招きかねない。そこで、本稿では、原語や文脈に即して Vermögen/Vermögensschaden とそのまま記述することにしたい。
- 7) 例えば、井上正治「財産犯の諸問題（7）」警察研究31巻9号（1960）29頁、香川達夫「詐欺罪における財産上の損害概念について」警察学論集15巻10号（1962）89頁、中村勉「ドイツ判例における不法な法律行為と財産犯の関係について（1）～（3・完）」上智法学論集16巻3号91頁、17巻1号123頁（1973）、17巻2号（1974）71頁、林幹人『財産犯の保護法益』（1984）3～176頁。
- 8) 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報第1号（1985）51頁、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害（1）～（5・完）」警察研究63巻4号27頁、5号28頁、6号39頁、7号32頁、8号30頁（1992）。
- 9) 足立・前掲注6) 205頁。
- 10) 林・前掲注7) 100～102頁、同『刑法各論』（2版、2007）100～101、104頁。なお田山聡美「詐欺罪における財産的損害」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（2014）160～162頁も基本的に同旨と思われる。
- 11) 法的経済的財産概念とは、その代表的主張者たる Peter Cramer によれば、「極端」経済的財産概念では、特に民事法との法秩序の統一が図れないとして、民事法上の要保護性が否定されるものは、いかに金銭価値を有していても刑法上の要保護は否定すべきとする見解である（Peter Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1969, S. 100.）。
- 12) その要点については、樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレ

ビュー 8 号 (2013) 187 ~ 188 頁参照。また、例えば、ドイツ刑法では、欺罔手段を用いて財物交付を内容とする契約締結をさせた場合に、その段階で行為者は当該債権という利益を得、処分者は当該債務負担という Vermögensschaden を被ったとして、詐欺罪の成立が認められており、既遂処罰の早期化という問題が生じている (その概要及びこれに関連して詐欺罪の成立につき厳密な損害額の認定を要求した憲法判例の詳細については、渡辺靖明「ドイツ刑法の詐欺罪における全体財産説の混迷」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』(2017) 450 ~ 455 頁参照)。他方で、詐欺罪において Vermögensschaden の発生を要件とするがゆえに、当罰的な事案を迅速かつ適確に捕捉しえないとして、補助金詐欺罪 (264 条)、投資詐欺罪 (264 条 a)、保険の濫用罪 (265 条)、給付の不正取得罪 (265 条 a)、信用詐欺罪 (266 条 b) の規定などの詐欺罪の補充構成要件が設けられている (これらの一部の規定をめぐる議論状況については、長井圓『消費者取引と刑事規制』(1991) 74 ~ 90 頁参照)。さらに、2017 年の改正で新設されたスポーツ賭博詐欺罪 (265 条 c)、プロスポーツ試合の不正操作罪 (265 条 d) でも、263 条の詐欺罪において Vermögensschaden の発生を要件とすることには刑事政策的な不都合があったため、これを回避することが意図されている (これらにつき、佐藤陽子「ドイツにおける近年の刑法改正とその特徴について—スポーツ賭博詐欺罪及びプロ・スポーツ試合の不正操作罪を中心に—」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務①』(2019) 287 ~ 296 頁参照)。

- 13) これに対して、田山・前掲注 10) 164 頁は、明文にない「実質的損害」を独立の要素とすることへの罪刑法定主義に関わる疑問への回答として、構成要件とは条文の文言そのものではなく、財産的損害の要件は法益侵害のないところに犯罪を成立させるべきではないという刑法の謙抑主義から導かれる要件であって、法文上の根拠を欠くことは決定的な弱点とはいえない、とする。これに対して、長井・前掲注 3) 366 頁は、「かかる構成要件が承認されうるのは、法の明文から必然的に「明示の欠ける構成要件要素」が読み取れる場合」であって、246 条の「財物の交付」・「財産上の不法の利益を得」からは、それ以上の「財産上の損害を必然的に読み取ることはおよそ困難である」とする (なお齋野彦弥「詐欺罪における損害の意義」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』(2015) 414 ~ 415 頁参照)。さらに齋野・同 400 ~ 405 頁は、日本法の解釈として「経済的財産概念」に基づく再考察を行い、定量化された「経済的財産損害」による詐欺罪の成立範囲の画定を試みるが、同 414 頁では「このような経済的な財産上の損害を考慮する前提には、246 条に「財産上の損害」が規定されていないという解釈論上の致命的な欠点をもつことも、率直に認めなければならない。」とする。これは、日本の現行刑法の詐欺罪規定に極めて忠実な解釈態度であると評価しうる。
- 14) 長井・前掲注 3) 377 ~ 378 頁。なお同「証書詐欺罪の成立要件と人格的財産概念」板倉宏博士古稀祝賀論文集編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』(2004) 336 ~ 338 頁も

参照。

- 15) 佐竹宏章『詐欺罪と財産損害』（2020）163～164頁。
- 16) 東條明德「我が国の刑法学における外国法研究」法律時報92巻4号（2020）28頁は、日本法の刑法学が一般的に各論研究において専らドイツ法ばかり参照していることに理由があるのか、疑義があると指摘する。詐欺罪についても、フランス法や英米法との比較法的考察は行われているものの（例えば、フランス法につき恒光徹「不法原因給付の法理と詐欺罪・横領罪の成否」岡山大学法学会雑誌41巻3号（1992）465頁、末道康之『フランス法の現状と欧州刑法の展望』（2012）69～72頁、英米法につき木村光江『詐欺罪の研究』（2000）、また近時のものとして山田慧「英米刑法における二重の未完成犯罪について」同志社法学74巻1号（2022）419頁など。）、ドイツ法との比較法的考察と比べると圧倒的に少ない。
- 17) 佐竹・前掲注15）244～245頁。
- 18) もっとも、佐竹宏章「詐欺罪における欺罔行為と財産騙取」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務③』（2021）210～216頁では、日本の現行刑法の詐欺罪規定がドイツ法の詐欺罪規定を参照して制定され、それゆえに日独の詐欺罪規定が共通基盤を持つとは論じられていない。そこでは、専ら現行刑法246条がフランスの詐欺罪の影響を受けたことを否定するに留まっている。それでもなお、佐竹は、日本法の現行刑法の詐欺罪規定は、Ⅵ章で見ると、ドイツの法学者 Otto Rudolf の指摘の影響の下に、フランス刑法の影響を脱し、1項、2項とも「財産上の利益」を騙取する罪として制定されたと分析している。本稿では、その分析についても若干の検討をしたい。なお、既に山内竜太「詐欺罪と窃盗罪における法益侵害の基本構造」法学政治学論究121号（2019）7～11頁は、現行刑法の詐欺罪規定の詳密な立法沿革史的検討を行ったうえで、佐竹の史的考察に批判的な分析を加えている。
- 19) なお、本稿は、刑法246条の詐欺罪規定を考察の対象とし、刑法248条の準詐欺罪規定については、若干の言及をするに留める。しかし、後述のように、ドイツ刑法とは全く異なり、詐欺罪の一種として準詐欺罪が規定されたところに、日本法の立法において、ドイツ法の詐欺罪規定が一方的に参照・導入されたわけではないことが既に如実に示されている。
- 20) 中森・前掲注1）216～227頁、中村・前掲注5）194～204頁、足立・前掲注6）35～41頁、佐竹・前掲注15）43～80頁など。
- 21) なお、本稿では、援用資料について、読みやすさを考慮し、片仮名を平仮名、旧字体を新字体、漢数字をアラビア数字に改めるなどした個所がある。また、外国人名は原語表記をしているが、「ボアソナード」は、日本の法制史上の人物として一般的にも片仮名表記が定着している。それゆえ、本稿では、ボアソナードについては例外的に片仮名表

記とした。

- 22) 佐伯千仞・小林芳信「刑法学史(学史)」鶴飼信成ほか編『講座 日本近代法発達史Ⅱ』(1967) 224頁、藤井嘉雄『御定書百箇條と刑罰手続』(1987) 523頁参照。
- 23) 谷井俊仁・谷井陽子『大清律 刑律Ⅰ 伝統中国の法的思考』(2019) 23～24頁参照。
- 24) 各規定は、律令研究会編『譯注日本律令7』(1987) 190、195、203～204頁、同『譯注日本律令8』(1996) 50頁の訳によった。ちなみに、律令研究会編(7) 194頁によれば、35番目の基本類型の窃盜が特別の窃盜の後に規定されているのは、律の一般的な規定形式として、特殊で重要な具体的規定を先に配列して、一般規定はその後に配列しているからだとされる。
- 25) それゆえ、土地は「理として財物と殊(こと)なる」として、律では「財物」ではなかったとされる(律令研究会編・前掲注24)(7) 262頁)。なお、この定義規定は、日本の律の賊盜律にも置かれていた(律令研究会編『譯注日本律令3』(1975) 570頁参照)。
- 26) 佐竹・前掲注18) 212頁注22) は、現代の中国刑法266条の詐欺罪について、客体となる「財物」は「財産」と同視であって、「財産上の利益」も含まれるという主張もなされていることから、旧刑法を含むそれ以前の詐欺取財罪についての「財物」の意義についても再検討を要する旨を主張する。本稿がその「再検討」を果たしているかは心もとないが、本文で見た通り、少なくとも中国古律の詐欺取財の「財物」に現在の法的観点による「財産上の利益」が含まれていると断定しうるだけの根拠はない(なお、この点につき、何秉松主編・長井圓編訳『中国刑法教科書(各論・第6版)』(2003) 269頁参照)。ちなみに、「賊」は没収・追徴されるが、「贓」は二種に別れ、そのうち「正贓」とは実際に有体物の授受または奪取があった場合、「虚贓」とは「庸賃」など無体的な価値を評価して贓罪を適用する場合であり、「虚贓」は一切の対象とならないとされていた(律令研究会編『譯注日本律令5』(1979) 196頁参照)。ここでは、「庸賃」など「無体的な価値」も「贓」の対象とされている。もっとも、この「庸賃」等が実質的に問題となるのは賊盜律36番目の「監臨主守自盜」(律令研究会編(7)・前掲注24) 196頁)であり、これは監臨の地位を利用して無償で「役役」や車馬の提供をさせる場合をさす(律令研究会編(8) 192～193頁)。すなわち、盜罪一般で「庸賃」が客体となっていたわけではない。そもそも「庸賃」の実態も、個別に把握可能な労働力及び車馬の不正利用にあったともいえる。
- 27) 他方で、中国の古律の賊盜の罪では、「贓物」の額が「量刑」の基準となっており、これは1870年の新律綱領にまで継受される。唐律では、贓物を銅銭に値づもりしてこれを絹に換算するという方法がとられていた。そこでは贓物自体の犯罪当時の市価の実態に即して評価されていたが、その値づもりが不可能なときは「品目名」と「数量」だけを手掛かりに贓の評価がなされていたようである(律令研究会編・前掲注(26) 200～

201 頁。なお、清律における贓物の評価方法については、谷井・谷井・前掲注 23) 83～84 頁参照。そこでは、贓か否かの区別がつけ難いときは、犯人の供述に従って純分を定めていた、とされている。いずれにしても、このことは、古律の賊盜の罪において、いわゆる全体財産損害ないし実質的損害の発生が要件とされていたことを意味するわけではないであろう。

- 28) 『晋書刑法志』によれば、魏の盜律は却略・恐喝などが含まれていたが、「盜」に該当する事柄ではないため、これを盜律から分離して「却略律」を設けた。また、賊律には欺誑、詐偽など、因律には詐偽生死、令丙には詐自復免があり、それらの事例が多数にのぼっているため、独立して「詐偽律」を設けたとされている。ここにいう「恐喝」とは「人の弱みにつけこんで、これをおどして財物をゆすり取る」場合と解説されている。また、「詐偽」の「詐」「たくらみをもって他人をあざむき、これを錯誤におちいらせて利益を得ること。偽は、偽物をつくりそれを真物によそおって利益を得ること」と解説されている(内田智雄『譯注 中国歴代刑法志』(1964) 99～101 頁)。このように、古代中国では、既に恐喝・詐偽が賊盜(強窃盜)とはその手段を異にするとはいえ、財物取得罪として共通するものとして理解されていた。
- 29) ちなみに「医違方詐療病」は、医師が病であると詐って診察し、「財物」を取る罪として規定され、「盜を以て論ず」とされている。ただし、ここに言う「財物」は医療報酬ではなく、官有の薬種・医療器具とされている。また、「詐仮官」でも、官の詐称で財物を得たときは、詐欺取財として盜罪に準じて論ぜられるとされていた。以上につき、律令研究会編・前掲注 24) (8) 41、76 頁参照。
- 30) 例えば、山岡萬之助「詐欺罪」法学協会雑誌 35 卷 5 号 (1912) 45 頁、小野・前掲注 1) 652 頁。
- 31) 律令研究会編・前掲注 24) (8) 55 頁参照。
- 32) 高塩博「養老詐偽律逸文一条—「金玉掌中抄」」(法史学研究会会報 1 号 (1996) 150 頁。
- 33) 谷井・谷井・前掲注 23) 24～25 頁参照。
- 34) この訳は、谷井・谷井・前掲注 23) 121、141～142、158～160 頁による。
- 35) 谷井俊仁・谷井陽子『大清律 2 伝統中国の法的思考』(2019) 57 頁。なお、詐偽篇の「詐仮官」でも、唐律同様に、官の詐称で財を得たならば窃盜に準じて論じる、とされていた(同 71 頁参照)。この限りで、なお詐偽と詐欺取財との関係は、その手段の面でなお流動的な面もあったことは否定しえない。しかし、いずれにしても、財を取る行為があれば、「盜罪」であるという理解が前提となっていることは疑いない。
- 36) 谷井・谷井・前掲注 35) 158 頁。
- 37) 谷井・谷井・前掲注 35) 161 頁。

- 38) 谷井・谷井・前掲注 35) 162 頁。
- 39) なお、清律の詐偽篇中では、「詐為制書」、「詐伝詔旨」、「対制上詐不以実」、「偽造印信曆日等」、「私鑄銅銭」、「詐仮官」、「詐称内使等官」、「詐為瑞応」、「詐病死傷避事」、「詐教誘人犯法」が規定されている (谷井・谷井・前掲注 35) 5～6 頁参照)。
- 40) 強盜、窃盜、恐喝取財、詐欺取財の規定は、大宝律にも存在していたと推測されている (律令研究会編・前掲注 25) 543、544、706～707 頁参照)。
- 41) なお、詐為官私文書増減は、次のように定められていた。「凡そ詐りて官私の文書を為り及び増減し、財賞を求め、及び没入、備償を避くる者は、盜に準じて論ず。」(律令研究会編・前掲注 25) 706～707 頁)。
- 42) ちなみに、1232 年には、北条泰時によって御成敗式目が制定された。御成敗式目には強窃盜の規定はあるが、詐欺取財の規定はない (佐竹・前掲注 15) 45 頁注 9 参照)。もっとも、律でも処罰されていた詐欺取財がおよそ処罰対象から除外されたとするのは、むしろ不自然であろう。この当時には「罪刑法定主義」が確立していたわけでもなく、御成敗式目においても、なお詐欺取財にあたる行為は強窃盜の規定で賄われていたとも推測される。
- 43) 各規定は、司法省秘書課『日本近代刑事法令集』(司法資料別冊 17 号、1945) 84～85、93～94 頁によった。
- 44) 神保文夫「江戸時代の〈かたり〉と刑罰」加藤周一ほか編『世界大百科事典』(改訂新版、2007) 189 項。
- 45) 山岡・前掲注 30) 45 頁。
- 46) 神保・前掲注 44) 189 頁。
- 47) 井上正治・羽田野忠文『判例にあらわれた財産犯の理論』(1968) 128～131 頁。
- 48) 足立・前掲注 6) 36 頁。同旨・浅田・前掲注 5) 314 頁、佐竹・前掲注 15) 44～46 頁。
- 49) 高塩博『日本律の基礎的研究』(1987) 361 頁参照。
- 50) 水林彪「史料解説」石井紫郎・水林校訂『法と秩序 日本近代思想体系 7』(1992) 554、575 頁参照。
- 51) 中村・前掲注 5) 195 頁。なお、佐竹・前掲注 15) 46 頁も参照。
- 52) 江戸時代の「相对済令」では、「金銀出入、売掛出入の類は貸主が相手を信用した結果起きたことであるから、当事者(債権者)がみずから片をつけるのが当然であるという思想」から、これらの訴を幕府は受理せず、当事者が相対にて済ますように、とされていた。もっとも、これは、債務を弁済しなくてもよいという趣旨ではなく、また「事を巧候て、或返弁を遅らせ、或買掛り金を払はざるもの」については、申出に従って「不

届の品を糾明」するとされていたという（石井良助『近世取引法史』（1982）15～27頁参照）。いずれにしても、江戸時代では、債権債務関係は、絶対的に保障されるものとはいえなかった。それでも、上記の限りでは、詐欺的行為（「巧」（かたりの手段））によって弁済の猶予や免脱があった場合には、制裁の対象となっていたことが看取しうる。ただし、これは、「かたり」による事後的な「品の盗取」を規制するものとも解される。

- 53) 例えば、藤井・前掲注 22) 509～510 頁参照。
- 54) 各規定は、司法省秘書課・前掲注 43) 256～257、262 頁によった。
- 55) ちなみに、「詐偽律」では、「詐為官文書」（公文書偽造）、「偽造官印」（公印偽造）、「偽造宝貨」（貨幣偽造）等が規定されていた。文書の「増減」は、もっぱら公文書偽造の対象となり、詐欺取財とも区別された。これは、清律の影響とも考えられる。なお、1873 年（明治 6 年）制定の改定律例では、246 条で「詐為官文書条例」が定められ、私文書偽造も処罰の対象とされた。
- 56) 各規定は、司法省秘書課・前掲注 43) 505～508、513～514 頁によった。
- 57) なお、織田純一郎『刑法注解』（1880）479 頁は、旧刑法 390 条の詐欺取財の性質として、「第 1 は人に属する物を元より我が物なりと云うて取る者即ち、かすめどりなり。第 2 は程能く云うて取り込み返さず者即ち、だましどり。第 3 は否やを云はずせぬばならぬように工風（くふう）して取る者即ち、しかけどりなり。第 4 は持にげするなり。」と清律の詐欺取財に即して解説している。ここには、旧刑法制定当初の解釈として、なお日中古律の影響の大きかったことが窺える。
- 58) 淵脇千寿保「詐欺罪の立法および刑法学説の対応」志學館法学 22 号（2021）118～119 頁。
- 59) もっとも、仮刑律の「詐偽」の「謀判」及び「詐て官員と称す」では、各手段によって財物を掠取る場合に「窃盜条」で処罰されることが規定され、新律綱領の詐欺律の「詐称官」でも、その手段によって「財を取る」場合に「窃盜に準じ」て処罰されることが規定されている（司法省秘書課・前掲注 43) 292～293、576 頁参照）。このうち、詐称官の規定形式は、中国の古律の「詐仮官」にならったものと思われる。これについては、前掲注 35) 参照。
- 60) 中村・前掲注 5) 195 頁は、「仮刑律の中に、詐欺罪と恐喝罪の今日的体系的位關係が先取されていたことは驚くべきことである」と指摘する。この評価は、ドイツ法との対比からすれば、確かに的を射たものであるが、中国の古律を基準とすれば、むしろドイツ法の方が「遅れていた。」ともいえる。
- 61) 現行ドイツ刑法 263 条 1 項の規定は、以下の通りである。「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ぺいすることにより、錯誤を生じさせ又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、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。」(なお、この訳は、法務省大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』法務資料 461 号 (2007) 159～160 頁を参照した)。その犯罪構成要件は、1871 年制定のドイツ帝国刑法 263 条 1 項と基本的には変わっていない。

- 62) 浅田・前掲注 5) 312～314 頁、林・前掲注 7) 16～18 頁、中村勉「19 世紀におけるドイツ刑法の「詐欺概念」の史的変遷 (1)」帝京法学 17 卷 2 号 (1991) 97～116 頁、木村光江『財産犯論の研究』(1988) 313～319 頁、内田文昭『刑法各論』(3 版・1999) 240～241 頁、足立・前掲注 6) 23～34 頁、佐竹・前掲注 15) 81～151 頁など。また、今井猛嘉「文書偽造罪の一考察 (1)」法学協会雑誌 112 卷 1 号 (1995) 167 頁及び成瀬幸典「文書偽造罪の史的考察 (1～3・完)」法学 60 卷 1 号 123 頁、同 2 号 94 頁、同 5 号 (1996) 110 頁では、ドイツ刑法における偽造罪の立法及び理論の詳細な史的考察がなされ、随所で偽罪(偽造)と詐欺との関係・分化についても言及されている。
- 63) 例えば、安斎保「詐欺罪に於ける財産上の損害」日本大学法学部法律学研究 26 卷 11 号 (1929) 93～95 頁、林・前掲注 7) 83 頁。なお、平場安治『刑法における行為概念の研究』(1959) 181 頁参照。これに対して、佐竹・前掲注 15) 181 注 97 は、こうした見方に反対する。確かに、現在の観点では、Binding の見解は多義的に捉えられうる。また、Merkel の Vermögensschaden 概念についても、Ⅲ章 2 (1) で見るように、経済的損害の発生を考慮している、との分析もある。
- 64) 廣峰正子「民刑峻別の軌跡」立命館法学 327・328 号 (2009) 714～715 頁。なお、木庭顕『新版 ローマ法案内』(2017) 24 頁によれば、furtum (窃盗) は政治システムの基礎を破壊するものでなかったゆえに、ローマでは「犯罪にならなかった」とされている。
- 65) 足立・前掲注 6) 23 頁。
- 66) 木庭・前掲注 64) 170～171 頁。
- 67) 中村・前掲注 62) 101～102 頁注 (10)、同・前掲注 5) 179 頁。
- 68) Vgl. Karl Lackner, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 6, 10. Aufl. 1988, vor § 263. Rdn. 2; Urs Kindhäuser, in: Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 263. Rdn. 2. なお、中村・前掲注 62) 103 頁参照。
- 69) Vgl. Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 68) § 263. Rdn. 3.
- 70) Vgl. Lackner, a. a. O. (Anm. 68) vor § 263. Rdn. 2; Klaus Tiedemann, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, vor § 263. Rdn. 14; Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 68) § 263. Rdn. 4. これに対して、J. D. H. Temme, Die Lehre vom strafbare Betrug nach Preußischen Rechte, 1841, S. 62 は、ローマ法では falsum も Stellionat も財産侵害にのみ関係しており、ゲルマン法も、詐欺及び偽造は所有権を客体としていたと

分析している。

- 71) 成瀬幸典「名義人の承諾と文書偽造罪（3）」法学69巻5号（2005）36～37頁。
- 72) Vgl. Tiedemann, a. a. O. (Anm. 70) vor § 263. Rdn. 14.
- 73) Vgl. Tiedemann, a. a. O. (Anm. 70) vor § 263. Rdn. 14; Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 68) § 263. Rdn. 4.
- 74) これについては、足立・前掲注6) 28頁、佐竹・前掲注15) 90頁。
- 75) これについては、足立・前掲注6) 28～29頁、佐竹・前掲注15) 91～93頁参照。
- 76) Vgl. Tiedemann, a. a. O. (Anm. 70) vor § 263. Rdn. 14. なお、Wolfgang Naucke, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964, S. 64によれば、ここでの「所有権」とは、物権法上のものとは考えられておらず、法的な自然的意味での財産権であったという。
- 77) これについては、足立・前掲注6) 29～30頁、佐竹・前掲注15) 124～128頁参照。
- 78) Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 68) § 263. Rdn. 5.
- 79) Tiedemann, a. a. O. (Anm. 70) vor § 263. Rdn. 14.
- 80) なお、各ラント法の詐欺罪規定の詳細は、中村・前掲注62) 134～135頁、同・前掲注5) 166～169頁、佐竹・前掲注15) 88～122頁参照。
- 81) Vgl. Sigrid Susanne, Schütz, Die Entwicklung des Betrugsbegriffs in der Strafgesetzgebung vom Codex Juris Bavarici Criminalis (1751) bis zum Preussischen Strafgesetzbuch (1851), 1988, S. 73.
- 82) ここでの訳は、西村克彦『近代刑法の遺産（中）』（1998）178～186頁を参照した。
- 83) 成瀬・前掲注62) (1) 134～136頁によれば、Feuerbachは狭義の偽造と詐欺との上位概念としての広義の偽造（偽罪）を認め、その内容を特定しえない「曖昧犯罪」として位置づけていたとされる。
- 84) Schütz, a. a. O. (Anm. 81) S. 52.
- 85) Schütz, a. a. O. (Anm. 81) S. 69.
- 86) もっとも、成瀬・前掲注62) (1) 157頁、162頁注（10）では、バイエルン刑法典の私文書偽造の規定は、その注釈書の説明にかかわらず、詐欺罪における所有権侵害に関するものでなければならなかったと分析されている。
- 87) なお、Feuerbachは、民法との関係も踏まえて、契約上の可罰的な詐欺と不可罰の詐欺との限界づけを考慮していたようである（Vgl. Schütz, a. a. O. (Anm. 81) S. 60）。それゆえ、バイエルン刑法典でも、一定の欺罔行為により契約を成立させた場合には可罰的となり（259条2項）、欺罔（理由のない推奨や欠陥のあることへの沈黙）により契約の締

結をさせようとする場合には、双方向的契約の場合は場合によっては違警罪として罰せられるが (259 条 1 項)、一方的な契約の場合には違警罪にすらならず、「民法によって評価されるにすぎない」とされていた (260 条)。Schütz, S. 63-64 によれば、こうした契約での欺罔行為の可罰性の否定は、Feuerbach の個人主義に基づく自由保障の法治国家思想と、18 世紀末から 19 世紀の経済秩序の発達が背景にあるとされている。

- 88) Tiedemann, a. a. O. (Anm. 70) vor § 263, Rdn. 14 は、Feuerbach の権利侵害の体系では真実権 (の侵害) を含んでいたとされている。これに対して、成瀬・前掲注 62) (2) 106 頁注 (20) は、Feuerbach が (詐欺を含む) 広義の偽造につき「真実を求める権利」を想定していたとは思えないと分析する。ただし、Feuerbach の要求する「欺罔をなさないことを求める権利」と「真実権」との区別は極めて微妙ではないだろうか。
- 89) このように近代に至り、詐欺罪がその手段を偽造に限定しない形で発展したのは、取引多量化・大衆化に伴って、注意深い市民でも錯誤に陥らせる強度な類型の欺罔手段に限定する特殊的・個別的・断片的な詐欺罪ではなく、包括的・一般的な詐欺罪が求められたからであると指摘されている (長井・前掲注 12) 89 頁参照)。なお、成瀬・前掲注 62) (2) 95 ~ 120 頁は、1820 年代以降、学説において、(狭義の) 偽造と詐欺とを別個の犯罪として理解すべきことが定着していく過程を明らかにしている。
- 90) 成瀬・前掲注 62) (2) 121 頁注 (15)、125 頁。
- 91) なお、ナポレオン刑法典では、文書偽造罪は既に詐欺罪とは別章に規定されて、両者の立法上の分化は概ね完成していた。もっとも、今井・前掲注 62) 181 ~ 183 頁は、フランス法の偽造は解釈上「損害の発生又はその可能性」(及びその加害意図) が要件とされており、ここに「文書偽造罪を詐欺罪に近づけて理解しようとする態度の一端」が窺えると分析する。とはいえ、ここでの「損害」(法的な利益の侵害) は、「財産的損害である必要はなく、名誉に対する損害等でもよい」とされており、この点ではむしろ偽造と詐欺との区別が前提となっているようにも解される。実際に、フォースタン・エリー著・加太邦憲訳『佛国刑律実用 刑法の部』(1881) 825 ~ 828 頁) では、(文書) 偽造と詐欺罪における「偽名」・「身分の詐称」との区別について解説されている。
- 92) Vgl. Tiedemann, a. a. O. (Anm. 70) vor § 263, Rdn. 15; Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 68) § 263, Rdn. 6. なお、中村・前掲注 5) 188 頁参照。これに対して、佐竹・前掲注 15) 150 頁注 310 は、プロイセン刑法典 241 条はナポレオン刑法典 405 条の影響を受けて詐欺罪を「財産犯」として純化して規定したとの日独の学説による分析に対して、1794 年のプロイセン一般ラント法で既に詐欺罪は財産に対する罪と端緒が示されていたことなどを挙げて、これを疑問視する。確かに、プロイセン一般ラント法 1256 条にいう「諸権利の侮辱」は多義的に解しうるものではある (なお、木村・前掲注 62) 313 ~ 314 頁参照)。とはいえ、ラント法でも学説でも、なお詐欺罪の侵害客体をどのように解するか。その

立場が分かれていた当時のドイツにおいて、多面にわたり先進国であったフランスの刑法において詐欺罪が「財産」に対する罪として規定されていたことの比較法的な影響はなお過小評価しえないように思われる。なお、成瀬幸典「名義人の承諾と文書偽造罪（5）」法学73巻2号（2009）2、8、13～14頁によれば、プロイセン刑法典の立法過程では一般的にフランス法の影響を受け独自の法制度を有していたライン州の影響の強かったことが窺える。

- 93) Savignyの生い立ち・経歴及び業績については、小野秀誠「19世紀の大学と法学者（1）（付・20世紀の変遷）」一橋法学13巻1号（2014）39～51頁。なお、同40頁によれば、Savignyは、1800年にマルブルク大学で学位を受けたが、その論文の主題は「刑法」であった、という。
- 94) アルフォンス・ピュルゲ（金山直樹訳）「一九世紀フランス私法に対するパンデクテン法学の影響—Vermögenからpatrimoineへ」比較法史学会『比較法史研究の課題』（1992）265頁。
- 95) 特に1846年草案は、Savignyが大臣として中心となって1845年草案の規定を精査することから始められたようである（成瀬・前掲注92）8～9頁参照）。
- 96) なお、プロイセン刑法典の立法作業は1825年に着手され、数次の改正案を経て1851年に制定された。しかし、1825年の初の草案から詐欺罪がVermögenに対する罪として起草されていたわけではない。詐欺による財産損害は民事法で対処すれば足りると考えられていたこともあり、契約による詐欺の利得が多額の場合にのみ処罰されると規定されていたり（1828年及び1830年の草案）、財産権以外の権利を侵害（侮辱）する罪として規定されていたり（1833年、1836年、1843年の草案。なお、1833年及び1836年の草案では、権利侵害による損害の現実の発生は不要ともされていた）していた。この動向については、佐竹・前掲15）132～152頁、成瀬・前掲注71）38～53頁、同「名義人の承諾と文書偽造罪（4）」法学71巻3号（2007）2～19頁、同・前掲注92）2～20頁を参照した。
- 97) Naucke, a. a. O. (Anm. 76) S. 79. ただし、佐竹・前掲注15）144頁注275によれば、この見方には異論もありうるようである。
- 98) 1846年草案280条の詐欺罪の犯罪構成要件は、「利得の意思で、虚偽の事実を主張し、または真実を歪曲または隠蔽して錯誤を惹起することによって、他人のVermögenに損害を与えた者」とされていた（この訳は、佐竹・前掲注15）146頁を参照したうえで、一部本稿の用語に統一等するため修正した。プロイセン刑法典241条の訳についても基本的に同様である）。
- 99) T. Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die preußischen Staaten, 2. Teile, 1851, S. 540–541; Vgl. auch Naucke, a. a. O. (Anm. 76) S. 80–81.

- 100) 小橋一郎訳『サヴィニー 現代ローマ法体系 第1巻』(1993) 303頁。
- 101) ビュルゲ・前掲注94) 257頁。
- 102) 藤田勇「社会主義と財産」芦部信喜ほか編『基本法学3—財産』(1983) 75頁注4)。
- 103) 小橋訳・サヴィニー・前掲注100) 303頁注(b)。
- 104) 小橋訳・サヴィニー・前掲注100) 303頁注(b)。
- 105) Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 68) § 263. Rdn. 307–311. Kindhäuserの見解の詳細は、足立・前掲注6) 94～97頁参照。
- 106) M. Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 264, 283–284. Pawlikの見解の詳細は、佐竹・前掲注15) 174～177頁、188～190頁参照。ただし、Kindhäuserも含め、ここでは「真実権」も重視されている点に注意を要する(後掲注125)参照)。
- 107) 現在の日本法の観点からすると、個人の尊厳(幸福)の最大限の尊重に由来する個人の人格的自律から「財産」を交換可能な「生活上の効用」として理解する長井圓の見解(同・前掲注3) 370頁)の見解と通じるものがある。
- 108) 小橋訳・サヴィニー・前掲注100) 303頁。
- 109) 小橋訳・サヴィニー・前掲注100) 330頁。
- 110) 小橋訳・サヴィニー・前掲注100) 330頁。
- 111) 中村勉「一九世紀におけるドイツ刑法の「詐欺概念」の史的変遷(2)」帝京法学18巻1号(1991) 161頁参照。
- 112) ちなみに、中村・前掲注111) 142頁によれば、K. Birkmeyerは、1879年の論稿で、Vermögenの概念について、法的帰属性を要件とすべきか、事実的・経済的帰属性のみで充分とすべきかの問題を打ち立て、これにより法的財産概念と経済的財産概念との対比が明らかにされたと指摘されている。推測でしかないが、こうした着想は、SavignyらのVermögen概念を当然の前提として示されていたのではないか。
- 113) Goldammer, a. a. O. (Anm. 99) S. 540–541. もっとも、Savigny自身は利得の意思を要求する必要性は感じていなかったようである(Vgl. Goldammer, S. 99, Nacuke, a. a. O. (anm. 76) S. 81)。1847年草案における利得の意思をめぐる議論状況は、佐竹・前掲注15) 146～148頁参照。この利得の意思を不要と解していたゆえに、Savignyは、あえて「Vermögen」の損害と言及しなかったのかもしれない。しかし、だからといって、害する対象がVermögenであることを否定していたとは言えない。
- 114) 非債弁済の返還請求訴権(condictio indebiti)の意義については、フリッツ・シュルツ・佐藤篤士監訳「古典期ローマ私法(IX-完)」早稲田法学58巻4号(1984) 8～10頁を参照した。

- 115) Naucke, a. a. O. (Anm. 76) S. 67, 81によれば, Goldammerは, Savignyも言及する「権利の侮辱」それ自体が財物、金銭、権利の喪失による Vermögen の減少と捉えたいうえで、この点も踏まえて、プロイセン刑法の詐欺罪の損害は「すでに所有されている Vermögen、正確には金銭または財 (Gut) を本質とする Vermögen の交付による物質的 (materiell) な Vermögen の悪化」として定式化し、これによって、1847年草案において「Vermögensschaden」の概念はおおよそ厳密な意味を獲得した、とされている。このGoldammerの定式化は、なお不明確なものは残るが、本稿の理解するSavignyによる詐欺罪の「損害」に通じるものがある。
- 116) この点につき、中村・前掲注111) 161頁参照。なお、木村・前掲注62) 314頁は、ドイツの詐欺罪は「度量衡といった「欺罔の手段の態様」に代わる限定要素として「財産的損害」の発生が重視されるようになり、そのことによって財産犯としての詐欺罪が形成されてきた」と分析する。木村は、ドイツ法では、この詐欺罪の形成故に、窃盗罪との罪質の根幹に相違があると分析し、かつ、この点で日本法の詐欺罪の概念はドイツの詐欺罪とは全く異質のものであると適切にも指摘する。
- 117) 岩本尚禧『民事詐欺の違法と責任』(2019) 88～89頁参照。なお、Savignyの民事詐欺の基本的な理解は、同84～88頁参照。もっとも、そこでは、Savignyは、被欺罔者の意思ではなく、欺罔者の違法性を重視していたとされる。1847年草案での意見でも、むしろ「損害」ではなく、詐欺罪における行為者の「悪意と危険性」の強調に力点があったのかもしれない。しかしながら、Savignyらの歴史法学の頭領もあって、詐欺罪でも、自然法学的な「権利」ではなく、「財」の侵害が重視され始めていたともされている。この限りで、詐欺罪の処罰範囲の明確化（限定化）という要請も相まって（同89頁注239）参照。）、Savignyが詐欺罪の要件としてVermögenに損害を与えることを当然に支持してこれを実現しようとしていた、と考えることはなお可能なように思われる。これに対して、Naucke, a. a. O (anm. 76) S. 81は、Savignyのいう「損害」は、文字通り、なお一般ラント法の「権利の侮辱」とほとんど変わらず、「物、金銭または権利の交付」であったと分析している。しかしながら、SavignyのVermögen概念をも踏まえると、そうは言い切れないのではないかと。本稿は、ひとまずそのように理解するものである。
- 118) 1847年草案の理由書でも、商業上の通例の推奨までが直ちに詐欺罪とみなされる危険を回避することが意図されていたことが示されている（Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten und den damit verbunden Gesetzen vom Jahre 1847, S. 101）。なお、1846・1847年草案では、いずれにせよ、詐欺罪を「純財産犯」として位置づける意図のあったことにつき、佐竹・前掲注15) 148頁参照。もっとも、詐欺罪の被害は民事法上の原状回復の対象ともなりうる。それにもかかわらず、なお刑事法で可罰的な詐欺罪となるのは、具体的にどのような場合なのか。本稿では、この点は十分に検討しえないが、この問題に取り組んだのが、後述のようにR. Köstlin, A.

Merkel らであった。

- 119) 小野・前掲注92) 42頁、佐竹・前掲注15) 149頁。
- 120) 佐竹・前掲注15) 150頁参照。
- 121) 小野・前掲注92) 41～42頁。
- 122) Tiedemann, a. a. O. (Anm. 70) Vor § 263, Rnd. 15.
- 123) Goltdammer は、文書偽造罪が詐欺罪から区別され固有の構成要件を有するようになったのは、プロイセン刑法典の草案の起草者が両者の違いを明確に認識して立案作業を行った結果ではない、と指摘していたとされる(今井・前掲注62) 192頁。なお、成瀬・前掲注92) 10～12頁参照)。ただし、今井・同194頁は、なおプロイセン刑法典の立法者は両者の違いを認識し、その射程範囲を画そうと考えていたことが認識できると分析する。
- 124) 林・前掲注7) 20頁によれば、詐欺罪を初めて財産に対する罪として把握したのは、Temme であるとされている。実際に、Temme, a. a. O. (Anm. 70) S. 31-33 は、詐欺罪は欺罔を要件とするゆえに、詐欺罪の実質には「真実の侵害」が含まれることが不可避であるとしつつ、真実の侵害によって権利が害されることが必要であるとし、詐欺罪の実質が完結するのは、真実が侵害されたことによってではなく、それによって奪取可能な(erzwingbar)客観的権利の侵害が惹起されたことによってであるとしている。その理由としては、例えば、履行できないことを知りつつ約束をしても、それが真に履行されないかどうかはなお将来のことであり、それが真実でないとの評価はそれが不履行になって初めて可能となることが挙げられている。すなわち、詐欺罪の欺罔によって真実の侵害があったかどうかとも、結局のところ、上記の例のように約束の不履行が生じてその相手方に何らかの権利の侵害が生じた場合に初めて判明する。それゆえに、Temme は、真実の侵害だけでは詐欺罪の実質に充分でなく、奪取可能な(erzwingbar)客観的権利の侵害の惹起を要求したのである。この理解は、Savigny の意見と通じるものがあるように思われる。他方で、Temme, S. 62-64 は、その「客観的権利」が真実に対する一般的権利ではないとし、歴史的に詐欺罪の淵源たる falsum も stellionat も財産損害(Vermögensbeschädigung)にのみ関係し、プロイセン一般ラント法もその規定から財産権のみに関係していたと評価したうえで、自身も詐欺罪で侵害されるのは財産権であるとしている。また、その補強として、Temme, S. 67 は、詐欺罪は主観的要件として利得(Vorteil)をする、または利益(Gewinn)を得るためになされるが、これらの日常生活上の表現も財産と関係するゆえに、これとの対応関係から侵害されるものも広い意味での所有権、財産でなければならないとし、また詐欺罪の刑罰は根本的に「金銭」によっておよそ特定されるので、これとの関係からも犯罪の客体は金銭によって算定されうるものでなければならない、これは財産権に関してのみ妥当する、と

もしている。

- 125) R. Köstlin, *Abhandlungen aus dem strafbaren und dem Strafrechte*, 1858, S. 141 は、偽造罪と詐欺罪とを同一視して詐欺罪を抽象的な真実権に対する犯罪とすることや、偽造罪から詐欺罪を分離して様々な権利侵害に向けられる曖昧あるいは形式的な犯罪とすることは、誤った形態であるとして、そうした形態で詐欺罪を規定するラントの刑法典を批判したうえで、詐欺罪は財産権に対する犯罪であるとしていた（この点は、ローマ法でも、かつてのドイツ法でも、さらにイギリス法もフランス法でも同様であるとされている）。そのうえで、Köstlin は、民法上の詐欺と刑法上の詐欺との区別に傾注して、その区別を行為者の主観的意思に求めた。すなわち、民法上の詐欺では、他人の財産権を欺罔によって侵害するとの認識で足りるが、刑法上の詐欺では所有権（財産権）が原理的に攻撃されているかどうかを前提としなければならないので、民法の上記の認識よりも「余剰のもの」が故意に要求され、この故意という意図が、主観的な意思の内容となる。しかし、契約関係で欺罔を行う者は、「たとえぎりぎりのものであったとしても、なお民法の法規と合致すること」を望んでいるので、上記「余剰のもの」は契約関係においては存在しない。それゆえ、契約関係を前提とした詐欺罪は不可罰であるとしていた（Köstlin, *Ueber die Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betrug*, in: *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, Neue Folge, Bd. 14, 1857, S. 396-399. Vgl. auch Naucke, a. a. O. (Anm. 76) S. 94. また、中村・前掲注 62) 135～136 頁参照。これに対して、現代のドイツ法では、詐欺罪の解釈として、真実に対する権利（真実を求める権利）の再評価（ルネッサンス）もなされている、とされる（足立・前掲注 6) 94～97 頁、佐竹・前掲注 18) 222～224 頁参照）。
- 126) Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 68) § 263. Rdn. 1.
- 127) 横山美夏「財産概念について—フランス法からの示唆」早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法 基本法の比較法的考察』（2014）50 頁。
- 128) 横山・前掲注 127) 51 頁。
- 129) 横山・前掲注 127) 57～59 頁。なお、瀬川信久「「資産 (patrimoine)」理論は日本民法学にとってどのような意味をもつのか—横山報告へのコメント」早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法 基本法の比較法的考察』（2014）87～91 頁参照。
- 130) 横山・前掲注 127) 49～50 頁。なお、Zahariae の見解の翻訳時期につき、渕吾吾「憲法の財産権保障と租税の関係について」法学新報（2017）123 卷 11 号 20 頁参照。
- 131) この「資産」との翻訳は、中村義孝『ナポレオン刑事法典資料集成』（2014）310 頁によった。なお、旧刑法の立法過程では、箕作麟祥は、これを「産業」と訳している（IV 章の 1 参照）。また、エリー著・前掲注 91) 839 頁では、「財産」と訳されている。ただし、「fortune」は、現代のフランス民法では、限られた場面では *partimonie* に近い意味を持

つようである (Termes Juridiques 研究会 (中村紘一ほか監訳)『フランス法律用語辞典』(3 版、2012) 208 頁参照)。しかし、いずれにしても、ナポレオン刑法典 405 条での fortune は、「損害」の対象としてではなく、欺罔行為による「不正取得」(詐取)の対象として規定されているにすぎない。

- 132) 牧野・前掲注 2) 683 頁は、ナポレオン刑法典 405 条の詐欺罪規定は他人の全財産 fortune の全部または一部に対して詐欺をすることを定めているので、詐欺罪において財物の所持そのものは保護されていないとしつつ、その財産上の損害はドイツ法とは趣を異にしており、財物の売主が反対給付として処分者に交付した財物の価値は代金相当であると其の売主が主張した場合にも、なお詐欺罪の成立に影響を及ぼさないとされている、としている。また、例えば、Temme, a. a. O. (Anm. 70) S. 62 も、ドイツ法の詐欺罪は広い意味での所有権、財産を侵害客体と解すべきとしつつ、フランス法の詐欺罪 (escroqueries) は単に所有権にのみ関係させられている、と評価していた。Savigny も、同様に理解していたのかもしれない。
- 133) Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 68) § 263. Rdn. 5-6 は、19 世紀中ごろには「モラルによる規則と法との間の小さな限界づけを解消して、真実侵害として解釈される詐欺罪を Vermögen に対する罪として整理すべきであるとの反論がますます重みを増していた」とし、1851 年のプロイセン刑法典 241 条は、フランス法の影響を受けつつも、詐欺罪を「偽造罪と無関係の Vermögen に対する可罰的行為」として定式化したとする。
- 134) Adolf Merkel, Kriminologische Abhandlungen II Die Lehre vom strafbaren Betrug, 1867, S. 50-55, 62-67.
- 135) Merkel, a. a. O. (Anm. 134) S. 97-98, 101, 103-108, 228-231.
- 136) Adolf Merkel, in: Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 3, herausgegeben von Fr. v. Holtzendorff, 1874, Betrug und Untreue, S. 757.
- 137) Merkel, a. a. O. (Anm. 136) S. 750-751. Vgl. auch Merkel, Urkundenfälschung im engen Sinne, S. 785.
- 138) Merkel, a. a. O. (Anm. 136) S. 757.
- 139) Merkel, a. a. O. (Anm. 136) S. 758-759. また、そこでは、「A が、B の財産権の自由処分を妨害したが、それによって B に物質的な喪失を与えなかった場合、例えば B が旅館においてお金を使って飲食することを A が妨害する場合に、私たちは、見解の一致を強調するまでもなく、A が B の Vermögen に損害を与えたと論じることはできない」ともされている。もっとも、この事例では、A の給付と B の反対給付との金銭価値・交換価値による差引が問題となるものではないことに注意を要する。
- 140) Merkel, a. a. O. (Anm. 136) S. 759.

- 141) Merkel, a. a. O. (Anm. 136) S. 763-764.
- 142) Merkel, a. a. O. (Anm. 136) S. 774-775.
- 143) これに対して、中村・前掲注 111) 161 頁は、Merkel は債務負担を事実的経済的思考に立脚して財産損害を認めたものとの分析を紹介している。しかし、そのように断定しうるかは、なお検討の余地があるように思われる。
- 144) Merkel, a. a. O. (Anm. 136) S. 765-766. なお、平場・前掲注 63) 209 頁によれば、Merkel は、対価に対する錯誤と動機の錯誤とを区別し、前者のみが詐欺罪を基礎づけるものとしていたゆえに、「等価物」を期待して処分行為を行うことを要求したものと分析する。もっとも、この対価（等価物）に「その苦境を救うため」というように「想像上」のものも含むならば、動機の錯誤との区別は微妙となりうる（なお平場・同 210 頁参照）。
- 145) Merkel, a. a. O. (Anm. 136) S. 767-771. なお、岩本論『競争法における「脆弱な消費者」の法理』（2019）52 頁によれば、ドイツでは 1871 年に「営業の自由」を保障した営業令が出され、その影響により、「公正のみならず不公正な事業活動がドイツ全体を席卷した」という。Merkel の見解は、営業令によって営業の自由保障という観点が重視されていたこととも符合する。もっとも、岩本・同頁では、不公正な事業活動を規制するために、1896 年に「不公正な競争に対処するための法律」が制定されたという。
- 146) 林・前掲注 7) 23 頁参照。また、中村・前掲注 111) 149 頁によれば、ドイツ法においても、Merkel の見解につき「あきらかに「財産概念」を経済的考察から捉える姿勢を基本的に否定しているものと断定しなければならない」との評価もなされているようである。なお、Merkel, a. a. O. (Anm. 134) S. 118 は、処分者の財産的不利益の客体と行為者の財産的利益の客体とは一致していなければならないとする。佐竹・前掲注 15) 198 ~ 199 頁は、Merkel の見解は「素材の同一性」を「客体の物質的同一性」と捉える立場に類似したものと分析する。この分析に従えば、Merkel の見解は、現在の日本法の観点からは、個別財産の喪失とその領得で詐欺罪の成立を認める見解に近いようにも思える。
- 147) Naucke, a. a. O. (Anm. 76) S. 94-95 は、この点に、Merkel が民事詐欺と刑事詐欺との区別の基礎を見出していたと分析する。
- 148) 中村・前掲注 111) 159 ~ 160 頁、林・前掲注 7) 27 頁。なお、Vgl. auch Merkel, a. a. O. (Anm. 134) S. 97-98, 101, 103-108, 228-231, Merkel, a. a. O. (Anm. 136) S. 766 Anm. 10. なお、Merkel の 1867 年の論稿の詳細な検討は、本稿では断念せざるをえない。しかし、少なくとも、ここで、Merkel は、「経済」や「金銭」という語を直接用いているわけではないように思われる。

- 149) Merkel, a. a. O. (Anm. 136) S. 766Anm. 12, Adolf Merkel, in: Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 4, herausgegeben von Fr. v. Holtzendorff, 1877, Betrug und Untreue, S. 433-434. これによると、例えば、大衆は工場のラベルの真偽にかかわらず、価格相当の商品を買えば、その目的を通例は達成しうるので、個人的な査定価値からしても、損害はない、ということになるのか。なお、中村・前掲注 111) 168～169 頁は、ここに現在のドイツ法の経済的財産概念における修正たる「個人的損害の考慮」(個別化説)の萌芽がある旨を指摘する。この「個別化」については、佐竹・前掲注 15) 184～187 頁、穴沢大輔「財産犯罪における領得犯罪の意義」明治学院大学法学研究 112 卷 (2022) 208～209 頁注 (60)・(61) 参照。
- 150) 林・前掲注 7) 23～35 頁、佐竹・前掲注 15) 167～169、179～181 頁など。
- 151) Karl Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band, 2. Aufl., S. 358, Anm. (2), S. 238, 341-344.
- 152) Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 341-344.
- 153) Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 352-355.
- 154) Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 354-357.
- 155) そこで、現在のドイツ法の通説たる法的経済的財産概念からは、いわゆる「社会的目的不達成の理論」によって、一方的給付の場合に、詐欺罪の Vermögensschaden の生じる範囲を限定することが試みられている。すなわち、処分者が自己の財産処分によって達成しようとした「社会的目的」が実際には達成されないにもかかわらず、財産処分をした場合に初めて「無意識の自損」が認められ、それによって損害が生じた評価されて、詐欺罪が成立する (Vgl. Walter Perron, in: Schönke/Shröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 263, Rdn 102. なお、ドイツ法の目的不達成の理論の詳細は、菊池京子「詐欺罪における相当対価が提供された場合の財産上の損害の有無について (下)」東海法学 18 号 (1997 年) 54 頁参照)。Binding は、経済的財産概念を基礎とする限り、こうした理論的な修正を余儀なくされることを看破していたといえる。なお、現在のドイツ法の一部の刑事裁判例では、社会的目的不達成の理論を採用することで、処分者に「経済的損害」が発生していなくとも、処分者が欺罔されなかったならば処分しなかったはずだといえる限りで、なお詐欺罪の成立が認められているようである (Vgl. Joachim Kretschmer, Manuel Ladiges, Fälle, Strafrecht Vermögensdelikte, 2020, S. 55ff)。この限りで、ドイツ法の通説は、日本の判例及び伝統的な見解、すなわち個別客体の交付による移転喪失で詐欺罪の成立 (損害) を認める見解に近接しているように思われる。
- 156) Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 355.
- 157) Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 355.

- 158) Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 358-359. Vgl. Cramer, a. a. O. (Anm. 11) S. 176, 189.
- 159) Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 358-359.
- 160) Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 360. なお、Binding は、ここでは明言していないが、この事例は、1887年の帝国裁判所の判例 (RG16, 1) の事案を念頭にしていると思われる。帝国裁判所は、本事案において経済的財産概念 (及びいわゆる個人的損害の考慮説) 的な立場から当該事案を検討し、Vermögensschaden の有無を一概に判断しえない、として事実審に差戻した (林・前掲7) 50頁参照)。これに対して、Binding は、経済的損害概念とは異なる立場から明確に Vermögensschaden の発生を認めているのである。なお、Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 358, Anm. (3) では、本判例が批判的に分析されている。
- 161) それゆえ、Binding も、物乞いと称された者に3マルクを施すとの事例でも、Merkel の見解と同様に、「相手方の苦境を救済できる。」という想像上の等価物の不実現をみて、当該施しの譲渡で Vermögensschaden の発生を認めるものと思われる。なお、Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 355 は、「刑法の詐欺罪の限界づけにとっても、次の命題が重要である。すなわち、法は注意深き者に書かれている。あらゆる取引当事者は、自己の私的利益を保持して、そのために必要な注意を払う責任を持つ」とし、S. 355, Anm (2) では、これについて Merkel は完全に卓越した見解を示していると評価している。この意味でも、両者の詐欺罪に関する基本的な視座は共通していたと見ることができる。
- 162) Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 339, Anm. (3) では、詐欺罪を財産利得罪と位置づける学問上の大きな進歩は、特に Köstlin 及び Merkel によってもたらされたと評価する一方で、Binding, a. a. O. S. 358, Anm. (2) では、経済的財産概念的な立場の帝国裁判所と同様の誤りから Merkel も解放されていないと指摘している。
- 163) この点への批判として、Peter Cramer, a. a. O. (Anm. 11) S. 174.
- 164) Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 360 では、「請求しうる物とは異なる物を給付された者、例えば、食用バターの代わりに食用油脂を給付された者は、これを認識してそれを受取っていれば、その給付を承認しており、それゆえに損害を被っていない。その偽って提供された商品売却するための良い機会であると分かっている商人の場合には、このことは頻繁に起きることになる。しかし、これが可能であって、利益となる売却が実行されても、その発生した損害に対しては専ら何も生じない。損害を相殺する可能性、つまり補償を得る可能性である。しかし、この手段を把握することは、その不利益を被る者には決して義務づけられていない。」とされている。損害を被っていない、という趣旨は不明であるが、損害の相殺・補償の可能性は既に生じた請求権の不実現 (損害) の発生に影響しない、ということであろうか。

- 165) もっとも、Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 340-341 は、強窃盗罪及び恐喝罪での領得は他人の所有権の客体を法的に占有するという事実的なものであるのに対して、詐欺罪(及び恐喝罪の一部)は、これとは完全に異なり、「権利の強奪」をすることが前提とされる、とも論じている。すなわち、この限りで、詐欺罪は強窃盗罪と完全にパラレルなものとは考えられてはいない。また、ドイツ法の学説において、Binding が、「素材の同一性」と関連して、詐欺罪の損害について、個別の財物(権利)喪失自体と権利侵害(債権(請求権)侵害)とのいずれを重視していたのかについても評価が分かれているようである(佐竹・前掲注15)199~202頁参照)。しかし、日本法の立法過程への影響という観点からは、Binding の見解が、個別の客体(財産権)の処分によって Vermögen の損害が生じるとし、個別の財物(権利)の喪失自体で詐欺罪が成立するものとして把握可能であったことが重要である。
- 166) その詳細は、中村・前掲注7) (2) 125~134頁、林・前掲注7) 117~120頁。もっとも、長井圓『死の概念と脳死一元論の定礎』(2020)274頁注(5)は、本判例は財産の帰属については民事法に従うとしているので、「[極端経済的財産概念]に依拠したとは断定しえない」と指摘する。
- 167) Karl Binding, Eine Revolution in der Rechtsprechung des Reichsgerichts über den Betrug, DJZ1911, S. 553. この Binding の批判の概要は、林・前掲注7) 30~32頁参照。
- 168) Vgl. Cramer, a. a. O. (Anm. 11) S. 120ff.
- 169) 例えば、Franz von Liszt は、1881年公刊の体系書の初版では、ドイツ帝国刑法263条の詐欺罪について、「詐欺罪の既遂は、Vermögensschaden の発生を要件とする。しかし、財産損害は、Vermögen の減少のみならず、つまり、物権的または人的な請求権の喪失のみならず、あらゆる財産状態の悪化である。それは、支払の代替としての不確実な担保の割譲、手形の延長などである。期待された利益を失敗させることは、既に同一の利益への請求権が存在していた場合にのみ、ここで分類される。」としていた(F. v. Liszt, Das Deutschen Reichsstrafrecht, 1881, S. 293.)。明治41年(1908年)に公刊された吾孫子勝・乾政彦訳『フォン・リスト著 独逸刑法論 各論』374~375頁では、次のように翻訳されている。「既遂の詐欺罪には「財産の損害」即ち金銭に見積り得べき不利益を生じたることを必要とし、犯人の行為に依り「財産の金銭的価額が減少したるときは財産に損害ありたるものとす。故に現在の請求権を喪失し又は之に危険の及ぶ場合は、本罪に属し、将来に於て取得すべき利益を無に帰せしむることは此の利益が確実に期待せられるときに限り本罪を構成すべきものとす。・・・」、「欺罔せられる者が其譲渡の行為に対して十分の対価を受けたときは財産上の損害なるもの無く、又た従て詐欺取財罪を存せず、一欺罔行為は皆詐欺取財罪を成すものに非ず、例へば予が欺罔せられて当初希望したるものに非ざる他の保険会社に依頼して保険を付し、葉巻

煙草を従来知らざる商人に注文し、国際証券を同様に確實なる工業会社の株券と交換し、天然の葡萄酒の代りに直段相当人造葡萄酒を受取るが如き場合に於ては詐欺取財の事実を存すると無し……。然れども右に方りては欺罔せられたる者の財産の状態を以て標準とすべく、同人に採り、同人の財産に採りて反対給付が同人の給付だけの価格を有するを要することに注意すべし、一次に反対給付が希望せられたるものに非ざる場合に於ては欺罔せられたる者が損失を被むるに非ざれば即時に現状に復すること（例えば受取りたるものを譲渡すにより）能わざる場合には財産上の損害ありと謂うべし。この翻訳が Liszt の体系書の何版を元になされたのかは、定かではない。しかし、上記初版での見解と比べると、経済的財産概念すなわち金銭的価値に基づく差引計算による全体財産損害の発生が明確に要求されている（なお、F. v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Aufl., 1919, S. 457-458 でも、上記翻訳書で記述された内容がほぼ踏襲されている）。ちなみに、Liszt は、日本の現行刑法典の立法に近代学派として大きな影響を与えた（佐々木和夫「江木衷の刑法理論と旧刑法の改正」『専修大学法学研究所紀要 18』（1993）139 頁参照）。しかしながら、上記の各論の翻訳が出版されたのは 1908 年であって、このときには既に現行刑法は制定済みであった。この点を措くとしても、Liszt の詐欺罪に関する見解が日本法の立法に直接の影響を与えたことを窺わせる資料は見あたらない。

- 170) もっとも、Binding, a. a. O. (Anm. 151) S. 339Anm3 では、金銭価値を Vermögen 概念に結びつける Savigny の見解を必ずしも好意的に評価していなかったことが窺われる。
- 171) 吉井蒼生夫ほか編著『日本立法資料全集 8 刑法草按注解上 旧刑法別冊（1）』（1992）3 頁以下参照。
- 172) 各規定は、西原春夫ほか編著『日本立法資料全集 29 旧刑法〔明治 13 年〕（1）』（1994）401、405～406、410 頁によった。なお、いずれも、「第二章 財産に対する重罪及び軽罪」の各款に規定されている。ちなみに、ポアソナードは、贓物の額で刑の軽重を区別すべきではない旨を司法省内で「講義」していた（同 341 頁参照）。
- 173) 各規定は、西原春夫ほか編著『日本立法資料全集 35 旧刑法〔明治 13 年〕（3）-IV』（2010）3、113、140～141 頁によった（また、審議中の校正案についても、本書を参照した）。なお、ナポレオン刑法典 402～404 条では、手段として「詐欺」を含む破産罪が規定されていた。これに基づき、日本刑法草案 432・433 条で「家賃分散に関する罪」が規定され、旧刑法 388・389 条でも同様の規定がなされた。これらの規定については割愛した。
- 174) エリー著・前掲注 91) 835～836 頁。
- 175) これを肯定するものとして、中森・前掲注 1) 217 頁。
- 176) エリー著・前掲注 91) 836 頁も、「詐偽取財は窃盜の如く不動産に適當せざればなり但し不動産を記載するの証券を交付せしめし者は之を罰するなり」としている。

177) ボアソナードは、後の旧刑法改正案(ボアソナード改正案)の注釈で、「犯者の希望して遂に獲たる終末の結果が財産上に損害を及ぼして其損害は法律に認定したる性質のもの即ち『動産、不動産を問わず有価物の随意的交附、譲渡の証、義務の証又は義務免除の證を記載せる證書類の交付』に係ること要とす」と述べていた(傑・博散復(ボアソナード)『刑法草案注釈 卷の下』(1886) 709 頁)。すなわち、「財産上の損害」は、客体の「交付に係る」ことで生じるのであって、少なくとも個別客体の交付による移転を超えた損害の発生が必要であるとは全く述べられていない。

なお、日本刑法草案 440 条、441 条の背信の罪では、それぞれ所有主・製造主の「損害を為したる」ことが構成要件的结果として規定されている。しかし、ここにいう「損害」が現行刑法 247 条の背任罪の「財産上の損害」と同じ意味であるかどうかは、定かではなく、後のボアソナードと鶴田との審議でも、「損害」の意義について議論された形跡はない(結局のところ、旧刑法では、日本刑法草案 440 条、441 条にあたる背信の罪自体が規定されなかった)。

178) この訳は、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス新刑法典』(1995) 113 頁によった。

179) Tiedemann, a. a. O (Anm. 70) vor § 263, Rdn. 63-66.

180) しかも、恒光・前掲注 16) 485 頁によれば、フランス法の判例においては、ドイツ法のような「全体財産の減少」は要求されておらず、「欺罔行為がなければ契約締結がなかった以上、損害は発生している」との表現を用い、また「被欺罔者がなんらの損害を被らなくとも、金員の交付が自由な同意によるものでなく、欺罔によってのみ決意されたものであれば詐欺罪は成立する」と判示するものもあるという。すなわち、フランス法の詐欺罪では、同意なき個別客体の交付それ自体で詐欺罪の結果が認められており、日本の詐欺罪の判例及び伝統的な見解の理論構造に近接した解釈がなお採られているといえる。

181) エリー著・前掲注 91) 839 ~ 841 頁参照。

182) 古賀廉造『刑法各論』(1903) 204 頁によれば、当時冒認罪にあたる規定は欧米の刑法にはなく、フランス法でも民事上の詐欺としてみ規定されていたとされる。ちなみに、ナポレオン刑法典 423 条は、確かに詐欺罪の 405 条と同一の「通常の倒産の罪、詐偽の倒産の罪、詐偽を以て財を奪ふ罪其他詐偽の種類」の款に規定されているが、405 条を置く第 1 節の「・・・詐偽を以って奪ふ罪」内ではなく、第 5 節の「製造、商業、芸術に関する規則に背く罪」内に置かれていた(西原・前掲注 172) 406、408 ~ 409 頁)。とはいえ、なお、製造、商業等の規則の違反の多様な行為が詐欺と同一の款内に置かれているところに、フランス法でもなお詐欺罪とそれ以外の偽りの罪との関係に曖昧なものを残していたことが窺える。これに対して、旧刑法の詐欺取財罪を定める節では、ナポレオン刑法典のように商取引等での偽りを用いる罪を広範に規定することはなされず、財産に対する罪としての詐欺罪の位置づけが一層徹底して実現された。

- 183) もっとも、ナポレオン刑法典 406 条は、厳密には、405 条を定める節と別の第 2 節の「背信の罪」内に規定されていた（西原・前掲注 172）406 頁。その理由につき、同・前掲注 173）145 頁参照）。また、同条は、個別客体の処分を必ずしも要件としておらず、この点で、ドイツ帝国刑法 301・302 条の規定の構造とむしろ近接していた。それにもかかわらず、日本刑法草案 435 条の流れを汲んで、日本の旧刑法及び現行刑法では、準詐欺（取財）罪は、詐欺（取財）罪と同様の個別財物（客体）の不正取得罪として規定され、両罪の関係が一層密接なものとされた。ちなみに、ボアソナードは、鶴田との審議の過程で、「幼者の怯心不熟練白地に乘じ幼者をして金額物件又は其害となるべき義務の証券請取書釈放書を渡さしめたる者」を処罰対象とする新たな案を提案した。そこでボアソナードは、「怯心」とは身体弱きを云うにあらざ精神の弱きを云う又不熟達とは日本語にて世俗の所謂未熟者と云うことなり又白痴とは日本語にて諺に所謂馬鹿と云うことなり以上の三者は何れも思慮も分別もなき者なり故に思慮も分別もなき者に対して金額物件等を渡さしめたる者は即ち詐偽取財と同視せざるを得ず」、さらに白痴とは「瘋癲其の外総べて精神錯乱したる者を概して云う」と説明している（西原ほか編著・前掲注 173）156～157 頁）。すなわち、準詐欺（取財）罪において、その相手方が未成年者（幼者）に留まらず、心神耗弱者（精神錯乱者）にまで拡大されたのは、ボアソナードの上記の理解による。なお、ナポレオン刑法典 406 条の「損害」の原語は、Lésion である（エリー著・前掲注 91）843 頁参照）。
- 184) 西原ほか編著・前掲注 173）151 頁。
- 185) 西原ほか編著・前掲注 173）8 頁。
- 186) 西原ほか編著・前掲注 173）145、193 頁参照（ただし、旧刑法では、詐欺取財罪には、罰金刑が付加された）。なお、旧刑法の解釈として、ボアソナードと同旨の理解を示すものとして、高木豊三『校訂 刑法義解』（1882）1050 頁。
- 187) 西原ほか編著・前掲注 173）205 頁。
- 188) この点につき、中森・前掲注 1）211 頁参照。
- 189) そもそも、鶴田は、旧刑法の編纂にあたり、一般に旧来からの法体系である律を改定しながらも存続させることを企図していた、とされる（大庭裕介「明治初期の思想状況と旧刑法の意義」国史館史学 17 卷（2013）93 頁参照）。なお、鶴田の経歴の詳細は、佐竹・前掲注 18）212 頁注 21 参照。
- 190) 西原ほか編著・前掲注 173）123～125 頁参照。
- 191) 西原ほか編著・前掲注 173）124～125 頁参照。
- 192) 七戸克彦「意思主義の今日的妥当性」森泉章ほか編『民法と著作権法の諸問題—半田正夫教授還暦記念論集』（1993）35 頁参照。なお、ボアソナードは、売買の成立時期を

定める旧民法25条に関する注釈で、取引の当事者は自己の利益のために任意で証書を作成するのが通例であるから、証書作成の時点で売買の合意が成立する旨を説明していたともされている。

- 193) 旧刑法390条に関するものではあるが、例えば、井上操『刑法述義』(1887)579頁も、客体たる「証書類」は権利義務自体ではなく、その証明機能が重視される旨を論じている。なお、詐欺取財罪の「取納の証書」の騙取にも、義務積放の証書の騙取と基本的には同様の意義があったものと推測される。
- 194) これに対して、中森・前掲注1)217～219頁は、証書騙取罪では「無形の権利そのものの保護をも図っていた」と分析する。なお、今井猛嘉「文書偽造罪の一考察(2)」法学協会雑誌112巻6号(1995)716～717頁は、ボアソナードが文書偽造罪における文書を「証拠」という観点から捉え、かつ偽造によって他人に「損害」を与えることを前提として理解していたことを指摘する。そうすると、ボアソナードの理解によれば、「証書類」の騙取の実質は、むしろ文書の証明力の信用を保護する文書偽造にも近接しうる。
- 195) 西原ほか編著・前掲注173)164～165頁参照。このボアソナードの回答には、現行刑法の詐欺罪(恐喝罪)の「財物」に不動産を含むとする通説的な解釈について再考を迫るものを含んでいる。しかし、ここではその検討は差し控えざるをえない。なお、野澤充「窃盗罪における「財産損害」？」立命館法学375・376号(2017)273～281頁は、現行刑法の一般的な解釈として、2項の利益強盗罪の客体には「不動産」を含むとされていることから、「〔不動産〕は「物」でありながら、その財産的価値から同時に「財産上の利益」概念の範疇に含まれることを示しているのではないかとし、「〔財物〕概念全体は「財産上の利益」概念の中に包摂されている」ことを論じる。なお詳細な検討が必要であるが、そもそも、詐欺罪(恐喝罪)では「不動産」を1項の「財物」として位置づけながらも、強盗罪ではこれを2項の「財産上の利益」として位置づけることが(窃盗罪及び不動産侵奪罪との関係を踏まえても)果たして整合的であるか。その検討が先決なように思われる(この点につき、田山聡美「財産犯における不動産の位置づけをめぐって」刑事法ジャーナル59号(2019)4～9頁参照。なお、野澤・同277注37)でも指摘されているように、不動産を客体とした2項の利益強盗の成立を認めた裁判例は存在していないようである)。
- 196) 西原ほか編著・前掲注173)181、193～194頁参照。なお、鶴田は、この取扱規定を「数罪俱発」(旧刑法100条)にあたるものと考えていたと推測される。例えば、江木衷『現行刑法各論』(初版、1888)372頁も、(旧刑法390条でも残された)この取扱規定の趣旨は総則の数罪俱発の規定に照らせば明らかであるので、取扱規定は本来「無用」であると指摘している。これに対して、宮城浩蔵『刑法正義(下)』(1886)868頁は、こ

の取扱規定は数罪併発を定めたものではなく、特に文書偽造罪がまさに「社会の公害大なる」ことを踏まえて、同罪と詐欺取財罪との適用範囲の明確化のために特別の意義がある旨を論じている。ちなみに、足立・前掲注6）37頁は、この取扱規定を詐欺罪と偽造罪とが未分化であった「偽罪」概念の名残りである、と分析する。

- 197) ちなみに、旧刑法 203 条の官の文書偽造等罪及び 209 条の約定手形の偽造等罪の法定刑は「軽懲役」、同 210 条 1 項の権利義務に関する証書の偽造等罪の法定刑は「4 年以上 4 年以下の重禁錮・4 円以上 40 円以下の罰金の附加」、同 2 項の其余の私書の偽造等罪の法定刑は「1 年以上 1 年以下の重禁錮・2 円以上 20 円以下の罰金の附加」である。なお、同 214 条では「属籍身分氏名を詐称し其他詐偽の所為を以て免状鑑札を受けたる者は 15 日以上 6 月以下の重禁錮に処し 2 圓以上 20 圓以下の罰金を附加す」と定められていた。
- 198) しかも、ボアソナードは、フランス法の一般的理解に従い、文書偽造の要件として規定上も「他人に損害を与えうる文書」であることを明らかにしようとしていたが、旧刑法の文書偽造罪ではそうした文言は規定されなかった（今井・前掲注 194）717、722 頁参照）。旧刑法の日本側の立法者は、文書偽造と詐欺取財を含む他罪との区別をより明確化しようとしたとも考えられる。それでも、文書偽造と詐欺とは「真実」を偽る点で共通し、実質的に競合しうるので、現代でも罪数及び量刑上の課題が生じる（長井・前掲注 14）317～318 頁参照）。
- 199) 西原ほか編著・前掲注 173）195 頁。なお、ボアソナードは、鶴田との審議中に、詐欺冒認販売罪では、「物件売買の外に労力を以て物件交換するを要衝の契約と云う事あれども畢竟労力を売買し又は交換する譯に付是亦販売交換の字の内に含蓄する者と見做して不可なし」としていた（同頁）。しかし、V 章で見ると、旧刑法当時の大審院判例では、例えば、いわゆる無賃乗車については、欺罔による債務の免脱としても、労力の騙取としても、詐欺取財罪は成立しないと解されていた。
- 200) 中森・前掲注 1）218 頁。もっとも、中森は、旧刑法 392 条について行為者の債務免税を想定している。
- 201) 他方で、旧 392 条の前身である日本刑法草案 436 条に関する審議は、時期的に上述の詐欺取財の未遂処罰規定の要否に関する質疑よりも後に行われている。それゆえ、鶴田は、詐欺取財罪に関し、その未遂処罰規定が置かれた以上、詐欺販売交換罪においても、販売交換の代価を得ない段階では、詐欺取財罪の「未遂」として論じることが可能と考えて、特段の追及をしなかったとも推測しうる。
- 202) 西原ほか編著・前掲注 173）162～163 頁参照。
- 203) 傑・博散復（ボアソナード）・前掲注 177）710 頁。
- 204) なお、旧刑法 229 条 1 項は「商売農工定規を増減したる度量衡を所有したる者は 1 月以上 3 月以下の重禁錮に処し 2 円以上 20 円以下の罰金を附加す」と定め、同 2 項は

「若し其度量衡を使用して利を得たる者は詐欺取財を以て論ず」と定める。この規定は、被害者から具体的な被害申告のない場合の補充規定と解される(この点について、旧計量法の計量器の不正使用罪に関してであるが、藤木英雄『刑法講義 各論』(1976)320頁参照)。

- 205) 傑・博散復(ボアソナード)・前掲注177) 712頁。
- 206) ただし、中森・前掲注1) 218～219頁は、所有権・低当権等の物権の侵害を「無形の権利」の侵害と見ているようである。
- 207) 大判明治30年5月25日刑録3輯5巻64頁も、「他人の財産を冒認して之を販売する所為は其財産を冒認せられた者と冒認者の欺罔に依り之を買受けたる者に対する犯罪なり」とした。また、大判明治44年7月14日刑録17輯18巻1440頁は、「旧刑法に所謂冒認販売行為なるものは一方に於ては或る物件の所有者に対し其所有権を侵害すると同時に他方に於て其物件を買得したる相手方の財産権を侵害する片面的犯罪行為を云うものにして而して其罪質たるや詐欺取財行為と等しく何れも人を欺罔し不正に財物を取得するの行為に外ならざれば旧刑法第393条に於て亦之を詐欺取財罪を以て論ずと規定したる所以にして刑法には右冒認行為の一面即ち所有者の所有権を侵害したる行為に対し犯罪の構成を認めざりしも其一面たる犯罪行為即ち騙取行為に関しては其第246条に於て之れが処罰の規定を設けたる」とした。この判例からは、旧刑法393条の冒認販売罪の意義は、その買主の財産権よりも、冒認される物の所有者の所有権侵害を処罰対象とすることに重点があると解されていたことが窺える。また、学説でも、古賀・前掲注182) 205頁は、「冒認罪は其財産を取得せんとする者を保護すると共に真の所有者の無形の信用を保護せんとするの目的に出でたるもの」としていた。さらに、小疇伝『日本刑法各論』(1904) 871頁は、「其物の所有権を侵害する(危険ならしむる場合をも包含す)ことを処罰するものにして本罪の被害者は此等の合意の目的たる物の所有者にして合意の相手方にあらず」としていた。もっとも、松原一雄『新刑法論』(1904) 395頁は、本罪につき、「財物騙取の相手方が常に被害者なりとす」としており(同旨の見解として亀山貞義『刑法講義 卷之二』(1899) 603～604頁)、学説上は本罪で保護される者が誰かについて必ずしも見解の一致を見ていなかった。
- 208) 吉井ほか編著・前掲注171) 10頁参照。なお、刑法審査修正案390条は、すでに旧刑法390条と同一内容の規定であった(早稲田大学鶴田文書研究会『刑法審査修正関係諸案』(1984) 233頁参照)。
- 209) 松尾浩也増補解題、高橋治俊・小谷二郎編『増補刑法沿革綜覧』(1990) 54頁によった。
- 210) 旧刑法395条では、「受寄の財物借用物又は典物其他委託を受けたる金額物件を消費したる」行為に「騙取拐帯其他詐欺の所為」が伴う場合には、なお詐欺取財罪として論じられると定められている。中森・前掲注1) 219頁は、本罪につき、「欺罔により受託

- 物の返還義務を免れる場合に詐欺取財罪の適用を拡張している」として、なお旧刑法392条、393条と共に、「無形の権利そのものの保護をまはかっていた」と論じる。しかし、その実体は、既に交付等を受けた財物等の事後的な不正取得を捕捉するものとも考えられ、一概に「無形の権利そのものの保護をまはかった」とは断定しえない。
- 211) 渡辺靖明「詐欺罪と恐喝罪との関係をめぐる考察」横浜国際社会科学研究所 18 卷 3 号(2013) 13 頁（なお、新井勉「西欧刑法の継受と盗罪（2）」日本法学 67 卷 2 号（2003）176～177 頁も参照）。ちなみに、旧刑法 427 条 12 号では、「妄に吉凶禍福を説き又は祈祷符咒等を為し人を惑はして利を圖る者」を違警罪の対象とする規定も置かれていた。
- 212) 青柳文雄「フランス刑法の財産罪とわが刑法」日本刑法学会編『刑法講座 第 6 卷 講座の周辺』（1964）3 頁は、「当時の明治初年の取引状態はフランス大革命後のフランスの状態よりも更に遅れた状態にあったと考えられるのに、このように手段の限定をしなかったのは、明治維新が市民の手によるものではなくて下級士族の手によるものであったために、取引の解放についての熱意も異なつたし、罪刑法定主義も不平等条約撤廃のための手段として考えられていたに過ぎないからであろう」と分析している。勿論、そのような背景もあったのではあろうが、少なくとも詐欺取財において行為や客体が簡潔に規定されたのは、日中古律の伝統を踏まえた新律綱領の詐欺取財規定を継受した結果とも解される（なお、ボアソナードも、詐欺の方法につき「前日の議に於て之は成丈け簡単に記すべしとの貴説に付き余が勉めて簡単に記する所の書法なり」と述べており、律との連続性も重視する鶴田が簡潔な記載を要請していたことが示されている（西原ほか編著・前掲注 173）156 頁）。また、旧刑法 390 条の「人を欺罔して」への簡潔化は、鶴田が日本刑法草案 434 条のように行為を詳細に定める方式では、「此方法の外他の方法を用て詐偽したる者を罰する明文なく却て大に差支を生ぜんとす」との主張が反映された結果であるとの指摘（佐竹・前掲注 15）55 頁）もある。
- 213) 佐竹・前掲注 15）57 頁は、ボアソナードも鶴田も詐欺取財において無形の財産一般を保護する必要性について積極的に主張しておらず、かつ詐欺取財の「騙取」の判断の際に（ドイツ法の Vermögensschaden としての）「財産損害」を考慮することを排斥する意思是示していないと分析する。無形の財産一般を保護する必要性が積極的に主張されていないという分析には賛同しうる。しかし、ボアソナードと鶴田の間では、本文で触れたように、ドイツ法の Vermögensschaden としての「財産損害」については、全く語られていなかった。そればかりか、本稿の分析によれば、これを暗黙の裡にも考慮すべき立法的な事情も存在していなかった。この限りで、佐竹の分析は誤解を生じさせうる。勿論、フランス法でも、詐欺罪の財産損害の要否につき、議論はあったようである（井上・羽田野・前掲注 47）108 頁、佐竹・同 51～52 頁参照）。もっとも、恒光・前掲注 16）484 頁は、19 世紀末には、フランス法の詐欺罪の解釈として、判例・学説とも「全体財産の減少は不要であるとする説」を採用していたとする。

- 214) もっとも、現行民法典は、「資産」概念を採用していない。日本の判例も、資産概念があてはまりうる相続財産についても、資産ではなく「個別の財産の単なる集積」として理解しているとされている(以上につき、横山・前掲注127) 48、56～57、69頁参照)。
- 215) なお、旧刑法制定過程の時期には、ドイツでは、判例においても詐欺罪の損害につき、「主観説」が有力であったとされる(中村・前掲注111) 165頁参照)。
- 216) 佐竹・前掲注18) 212～213頁。ただし、佐竹・前掲注15) 57頁注56では、客体として「財物」のほかに、「証書類」を規定したことから、「フランス刑法典の影響が全くなかったと評することもできない」と適切にも論じていた。
- 217) 中村・前掲注5) 203～204頁は、19世紀のドイツの詐欺罪の史の変遷と、日本法の詐欺罪規定の立法史の概要を示したうえで、ドイツ刑法の詐欺罪と日本の旧刑法の詐欺取財罪とはフランス刑法の詐欺罪を「母法とする姉弟の関係」にあったとし、「この両姉弟は期せずしてアジアの果、律令制的東洋の伝統的風土と思想を土壌にして、日本国にて交接し、その結果、両者を凌駕するきわめて端正なる子孫を誕生させた」とする。この指摘が、日本の1907年刑法の詐欺罪規定はフランス法の影響も受けつつ、さらに一層徹底して、またドイツ法とも異なり、個別財産に対する罪として純化されている、という趣旨だとすれば、本稿の考察からは大いに賛同しうる。