

## 現行刑法の詐欺罪規定の制定過程について（下）

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
- III. ドイツ帝国刑法（1871）の詐欺罪の制定過程等
- IV. 旧刑法（1880）の詐欺取財罪の制定過程（以上 31 巻 2 号（上））
- V. 旧刑法の詐欺取財罪をめぐる判例・学説（31 巻 3 号（中））
- VI. 現行刑法（1907）の詐欺罪の制定過程等
  - 1. 司法省・参事院の改正案（1882・1883）
  - 2. 『刑法表』（1883）における各国の詐欺罪規定
  - 3. 明治 23 年・明治 28 年・明治 34 年草案（1890・1895・1901）
  - 4. 最終の改正案（1906・1907）
  - 5. 現行刑法制定の影響（制定直後の動向）
- VII. むすびに（以上本号（下））
  
- VI. 現行刑法（1907）の詐欺罪の制定過程等

いよいよ現行刑法の詐欺罪規定の制定過程について考察を進める。

## 1. 司法省・参事院の改正案 (1882・1883)

### (1) 改正案の概要と詐欺罪規定

旧刑法は、その制定・施行 (1880・1882 年) 直後から多くの問題点が指摘され、その是正が求められた。そこで、1882 年 (明治 15 年) に司法省が改正案を示し、これが引き継がれる形で、1883 年 (明治 16 年) に、「参事院委員案」とこれを基にした「参事院刑法改正案」が起草された<sup>1)</sup>。

財産犯に関しては、全般にその法定刑が引き上げられており、旧刑法 390 条の詐欺取財罪も、その罰金刑につき「[40 円]を[100 円]と改む」とされた。しかし、詐欺取財罪の犯罪構成要件は、何ら改正等をなされていない。

### (2) 強盗罪規定—証書強請罪

司法省改正案 380 条では、強盗罪に関し、「第 383 条の次へ 2 条を増加す」として、次の規定の新設が提案されている。

「暴行脅迫を行ひ 人をして其権利義務に関する証書類を作り 之を授与せしめたる者は 強盗を以て論ず」

これは、ポアソナードが旧刑法の審議中に提案したものの、旧刑法では規定されなかった証書強請罪を想定したものであろう<sup>2)</sup>。また、日本の旧刑法時代の一部の学説でも、証書強請罪がないことは立法上の不備と指摘されていた<sup>3)</sup>。しかし、司法省改正案 380 条は、参事院委員案でも採用されたものの、結局参事院刑法改正案では、これにあたる規定は置かれなかった。その理由は定かではない。

### (3) 「背信の罪」の規定

司法省改正案では、「第三百九十 (一文字空白・筆者注) 条」として、次の規定の新設が提案されている。

「代理其他の名義を以て陰影を押捺したる白紙を委托せられ 委托以外の事件を記載して之を使用し 委托以外の事件を記載して之を使用して 委托者を害し

たる者は1月以上3年以下の重禁錮に処す。」

参事院委員案では、この規定を旧刑法395条の次に増加す、とされている。後述のように、明治23年草案379条では、「背信の罪」として同種の規定が置かれている。しかし、参事院刑法改正案では、この背信の罪にあたる規定も見あたらない。

#### （4）小括

参事院改正案は、議会提出がなされたものの、結局立法化されることはなかった。しかし、その前身である司法省及び参事院委員の案では、実質的に強盗罪における客体が「証書類」へと拡張されている。とはいえ、あくまで権利義務に関する「証書類」であって、単なる権利義務そのものにまで客体を拡張することは考えられていなかった。また、背信の罪の規定の委托者を「害したる」の意義も不明である。いずれにしても、参事院刑法改正案では、これらの規定は見あたらないが、下記3（1）で見る明治23年草案では、いずれも同種の規定が置かれている。司法省、参事院委員の改正案は、その布石となったものと思われる。他方で、上記のように、詐欺取財罪の犯罪構成要件の規定には何ら改めるべき点があるとは考えられていなかった。

## 2. 『刑法表』（1883）における各国の詐欺罪規定

### （1）各国の規定

司法省は、1883年（明治16年）に、各国の刑法典の各条文を翻訳し、これを旧刑法と比較して併記する『刑法表』を公表している。以下では、『刑法表』での各国の詐欺罪規定の翻訳を掲げる<sup>4)</sup>。なお、『刑法表』では、II章1で示した清律の詐欺取財規定の原文訳とIV章1で示したフランスのナポレオン刑法典の詐欺罪規定の同一訳が載せられている。これらについては割愛する。

**ドイツ263条**「自ら不正の利を得んとし 或は他人に得せしめんとするの

目的にて不実なることを契言し 又は之を隠匿して疑惑錯誤に乘じ教唆鼓動し 又は之を継続して以て他人の財産に害を為したる者は詐偽の罪となし禁獄に処し 其余 3 千「ターレル」より不多罰金に処し 尚ほ公権を行ふことを禁ず 若し 酌量軽減あるときは 其刑を罰金に折算することを得可べし 之を犯さんとせし 所業も亦罰す可し」

**エジプト 302 条**「詐計を用い 又は人をして偽りの起作或は偽りの事柄あるを信ぜしむ可き所為を行ひ 又は無根の利益を望ましめ 或は嘗て一旦欺き取りし 金高の償還を望ましむ可き所為を行ひ 又は偽りの義務あり或は偽りの義務の解除ありしを信ぜしむ可き所為を行ひ 又は偽りの姓名或は偽りの身分を称して 金高動産義務の証書義務の解除の証書及び其他の財産を己れに渡さしめ 他人の財産の全部又は一部を欺きたる者は 3 月より不少 3 年より不多禁錮の刑に処し 且百「ピアストル」より不少 5 千「ピアストル」より不多罰金を処す」

**ベルギー 496 条**「凡無実の事を告げ詐謀を巧みにし 人を信ぜしめ 因て 銭貨財物借用券請書払方証左等を欺き取る者は 1 月より 5 年迄の獄に処し 26 「フランク」より 3 千「フランク」迄の罰金を科す 且第 33 条の奪権に処す」

**イギリス**「凡そ詐欺して人の財物を取る者は 軽罪に坐し 5 年以下の徒罪或は 2 年に過ぎざる入獄に処し 若くは苦役及び隘牢を加ふ 若し人を詐欺誘誑して 金銀の証書を作為收受押印或は破壊せしめ 若くは他人の姓名を書写せしむる者は 並に罪亦同じ」

**ロシア 1665 条**「詐欺を以て他の者の物品貨幣或は其他の動産を奪攘するを騙盗と認知す可し」

**スウェーデン 22 章 1 条**「姓名或は性質或は身位を偽り或は其他の偽計術を施すと否とを問はず 他人の財物又は金貨を騙取し 若くは其財物金貨の消耗を萌● (判読不能) せしめたる者は 罰金又は 6 箇月以下の禁錮刑に処す (但し最後に於て設定せし場合は之を除く) 若し加重すべき原由ある情状の現然たるときは 2 年以下の苦役の刑に処す」

**インド 415 条**「詐欺の心を以て人を欺き 其人をして財を与へしめ或は故

らに其人の心思身体名誉財物を損害するに至る可き所為 又は懈怠をなさしむる者を称して 詐欺罪を犯すと云ふ」

**プロイセン 241 条**「貪利の目的に於て無根なる事実を陳述し或は有根なる事実を変更し又は其事実を打消し 以て他人の疑惑を起し之に依て其財産を損害する者は 詐欺の罪犯なりとす」

**オーストリー 197 条**「詐術の計略若くは処行を以て他人を誑惑し該人をして（国家若くは一区或は一人）其所有物を害し或は更に他人の権利を犯さしむる者 或は右の趣意を挟み同上の詐術を為さんとするに際し他人の昏迷若くは不覚を利とし 故らに誣罔する者は 詐偽の罪とす 之を犯す所以の起因は 我欲凝結心又は某甲を非法を以て扶助せんと欲する等其の他何等の意思より生ずるにもせよ 凡そ斯の如き類皆な然るものとす」

## （2）考察

19 世紀初頭にフランスの支配を経験したエジプト及びベルギーの詐欺罪は、フランスと同じく、個別の財物または証書類を取る罪として規定されている。また、イギリスの詐欺罪は（基本類型として）「財物」、ロシアの詐欺罪は「物品貨幣或は其他の動産」を取る罪として規定されている。スウェーデンの詐欺罪も、基本的に「財物又は金貨」を取る罪として規定されている。

インドの詐欺罪は、その後半部分では「心思身体名誉財物を損害するに至る」ことが規定されている。これは、詐欺による精神、身体への傷害、名誉の毀損、器物損壊を指すのかもしれない。この点は定かではないが、その前半部分では「財を与えせしめ」として、やはり個別の財物に類する客体の交付が構成要件の結果として規定されている、と考えられる。

これに対して、プロイセン及びドイツの詐欺罪では、不正の利を得るために欺罔手段によって「財産に害をなしたる」罪として規定されている。このように、専ら利得目的での「財産」に対する「損害」の発生を正面から詐欺罪の明文の要件として規定するのは、『刑法表』上はプロイセンとドイツ以外には見あた

らない。他方で、オーストリーの詐欺罪は「所有物」を害することと、「権利」を犯すことが規定されている。所有物を害するとは、取得だけでなく損壊を含むのか、また「権利」とは財産上の権利以外の権利も含むのか、「犯す」とは取得や免脱をも含むのかなど、その範囲は定かではない。ともあれ、端的な個別客体の不正取得罪として規定されていないように見える。

筆者の能力の限界から、次のことを述べるに留める。1883 年当時、日本に翻訳紹介された各国刑法の詐欺罪は、プロイセン、ドイツ及びオーストリーを除くと、基本的には個別客体の取得罪として規定されていた。旧刑法の改正作業において、日本の起草者・立法者にも『刑法表』が参照されていたとすれば、あえて少数のプロイセン、ドイツ、オーストリーの刑法にならって旧刑法 390 条の詐欺取財罪規定を大幅に改めるべき動機は、乏しかったのではないと思われる。

### 3. 明治 23 年・明治 28 年・明治 34 年草案 (1890・1895・1901)

前述の参議院改正案の後、現行刑法制定 (1907 年 (明治 40 年)) に至るまでに、本格的な刑法改正草案は 5 度議会に提出されている<sup>5)</sup>。ここでは、その第 1 次草案 (1891 年議会提出) の明治 23 年草案、第 2 次草案 (1901 年議会提出) の明治 34 年草案、第 5 次草案 (1907 年議会提案) の刑法改正案と、明治 34 年草案の元になったとされる司法省起草の明治 28 年 (1895 年)・明治 30 年 (1897 年) 草案の詐欺罪等の規定を時系列に沿って取り上げる。なお、第 3 次草案 (1902 年議会提出) の明治 35 年草案と第 4 次草案 (1903 年議会提出) の明治 36 年草案での詐欺罪の規定自体は、明治 34 年草案での規定からの変更はない<sup>6)</sup>。そこで明治 35・36 年草案での各規定に関しては割愛する<sup>7)</sup>。

#### (1) 明治 23 年草案

- i) 規定 明治 23 年草案の「第 6 章 財産に関する罪」中の「第 1 節 盗罪」

の定義等に関する規定、「第1款 窃盗の罪」、「第2款 強盗の罪」、「第4節 詐欺取財及び背信の罪」の関連規定を掲げる<sup>8)</sup>。

**349条**「自己を利し又は人を害するの意を以て 人に属する動産を不正に奪取したる者は 盜罪と為して処罰す」

**350条**「自己の所有に属すと雖も 物権により他人の占有する物件 又は裁判所の差押に依て他人の監守する物件を奪取したる者は 盜罪を以て論ず」

**352条**「暴行、脅迫を用ひずして盜罪を犯したる者は 窃盗の罪と為し 2月以上 4年以下の有期禁錮に処す」

**361条**「暴行、脅迫を用ひて盜罪を犯したる者は 強盗の罪と為し 3等有期懲役に処す」

**365条**「暴行、脅迫を用ひ権利、義務に関する証書を作りて之を交付せしめ亦は証書を滅盡せしめたる者は 強盜を以て論ず」

**372条**「自己又は他人を利するの意を以て 虚偽の事を構造し 又は真実の事を変更、隠蔽し其他詐欺の方略を用ひて人を錯誤に陥れ以て不正の利益を得たる者は 詐欺取財の罪と為し 2月以上 4年以下の有役禁錮及び 10円以上 100円以下の罰金に処す」

**373条**「未成年者の知慮浅薄又は人の精神錯乱したるに乗じて 不正の利益を得たる者は 詐欺取財を以て論ず」

**374条**「人の悪事、醜行其他の陰私を摘発、漏告せんと脅迫して不正の利益を得たる者は 詐欺取財を以て論ず」

**377条**「自己亦是他人を利するの意を以て 賃貸、寄託、使用貸借、質其他容仮の名義にて交付せられたる金穀物件を隠匿、消費したる者は 背信の罪と為し 1月以上 3年以下の有役禁錮及び 5円以上 50円以下の罰金に処す」

**378条**「自己の所有に属する物件と雖も 裁判所より差押へ更に保管を託せられたるものを隠匿、消費したる者は 背信を以て論ず」

**379条**「寄託又は代理の名義を以て 他人の印類又は捺印若しくは署名ある白

紙を預り 不正に寄託者又は委任者の利益を害し得べき証書を作りたる者は 背信を以て論ず」

**380 条**「他人の所有に属する土地の全部若くは一分の占領する為め 又は其土地の利益を得る為め 経界を表したる物件を毀棄し又は移転したる者は 2 月以上 2 年以下の有役禁錮及び 5 円以上 50 円以下の罰金に処す」

**381 条**「此節に記載したる罪の未遂犯は 之を罰す」

ii) 「盗罪」との関係 明治 23 年草案は、「第 6 章 財産に関する罪」中で、「第 1 節 盗罪」と「第 4 節 詐欺取財及び背信の罪」とを区別して規定している。第 1 節には、「第 1 款 窃盗の罪」及び「第 2 款 強盗の罪」が置かれている。この条文の配置を素直に見れば、明治 23 年草案は、窃盗と強盗を「盗罪」として包括すると同時に、これを「詐欺取財及び背信の罪」と明確に区別して理解していたようにも思える。もっとも、明治 23 年草案でも、依然として旧刑法と同じく「詐欺取財」とされていたことも見逃せない。すなわち、明治 23 年草案でも、「財物を取る」罪であることが前提となっていた。また、明治 23 年草案の第 6 章第 1 節の冒頭の 349 条では、「盗罪」の定義として、図利加害の目的で「動産を不正に奪取したる者」と定められている。V 章 2 (1) でも見たように、窃盗罪と詐欺取財罪とは、いわゆる「奪取罪」と「交付罪」として区別されるという理解は、旧刑法時代の判例・学説でも一般に定着していた。明治 23 年草案の起草者も同様の趣旨を示そうとしたにすぎない、とも考えられる。

iii) ポアソナードの改正案との関係 ポアソナードは、明治 23 年草案の起草にも関与していたとされるが<sup>9)</sup>、自ら作成した旧刑法の改正案の「刑法草案」434 条の詐欺取財罪の解説では、「尚ほ其上にも犯者の希望して遂に獲たる終末の結果が財産上の損害を及ぼして 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の交附、譲渡の証、義務の証又は義務免

除の証を記載したる証書類の交附」に係ることを要す」としていた<sup>10)</sup>。すなわち、ボアソナードの理解でも、詐欺取財罪の「財産上の損害」は、なお個別客体の交付によって生じることが前提とされていた。もっとも、ボアソナードは、旧刑法の詐欺取財罪は「物件又は証書の実際の交付又は引渡しにて成立することを要」するフランス法にならい過ぎたが、不当の利得を獲んとするには尚ほ他の手段ある」とし、「不当に得たる」客体に、「口頭を以てしたる譲渡、義務または義務免除」及びこれらと同一の目的を持つ「訴求に於て願下げ、承認又は有利なる裁判宣告」を追加すべきとしていた。やはりボアソナードによる改正案の「日本刑法草案」では、条文中にこれが明定されている<sup>11)</sup>。しかしながら、ボアソナードの改正案に司法省・法律取調委員会が修正を加えて起草した明治22年の「仏文刑法草案」493条の詐欺罪規定では、その反訳を含めて、「口頭を以てしたる譲渡、義務または義務免除」は規定されていない<sup>12)</sup>。日本の立法者には、この時点でも物件または証書類の交付以外の「口頭の譲渡」等まで客体を拡げる必要性が認められていなかったことになる。

iv) ドイツ刑法との関係 他方で、明治23年草案372条の詐欺取財罪の手段は、旧刑法390条の「人を欺罔して」から「虚偽の事を構造し又は真実の事を変更、隠蔽し其他詐欺の方略を用ひて」と具体的に定められ、この「人を錯誤に陥れ」る行為は、いずれも「不正の利益を得たる」ための手段として規定されている。この部分までは、上記『刑法表』にて掲げたドイツまたはプロイセンの刑法の詐欺罪規定に類似している。何より、旧刑法の詐欺取財罪のように財物または証書類の騙取を要件としていない。この点で、明治23年草案の372条は、詐欺「取財」罪であるにもかかわらず、ドイツ刑法にならって、旧刑法の詐欺取財罪の規定を大きく改めたようにも見える。

しかし、この当時、仮に、一般的にドイツ刑法の影響力が増していたとしても<sup>13)</sup>、明治23年草案では、ドイツ刑法をおよそ継受して財産犯規定が起草されたわけではない<sup>14)</sup>。例えば、明治23年草案374条では、「脅迫」を手段と

する詐欺取財が定められており、これは実質的に恐喝取財罪の規定であると解される。この当時のドイツ帝国刑法典 253 条では、恐喝罪として、「自己又は第三者に違法な利益を取得させるために、文書または口頭で犯罪または違反行為をすると他人を脅迫して作為または不作為をするよう強制し、または強制しようと試みた者」と規定されていた。しかし、明治 23 年草案 374 条の規定は、ドイツ刑法とは異なり脅迫の内容が限定されており、これはむしろフランス刑法の Chantage に近いものである<sup>15)</sup>。

何より、明治 23 年草案 372 条では、ドイツ刑法の詐欺罪規定における「財産権損失」(Vermögensschaden)<sup>16)</sup>にあたる結果の要件は全く明定されていない。また、372 条にいう「不正の利益」の内容も必ずしも明らかではない。例えば、「盗罪」の定義規定 349 条にいう「動産を不正に奪取」することも、行為者にとっては不正の「利益」を得たことには変わりはない。当時は未だ領得概念も確立しておらず<sup>17)</sup>、372 条の「不正の利益を得た」という文言も、単に欺罔手段を用いた動産の不正取得の言い換えにすぎなかった可能性もある<sup>18)</sup>。実際に、旧刑法時代の大審院判例にも、財物・証書類の騙取(占有取得)をもって「不正の利益」と判示するものがある<sup>19)</sup>。問題は、明治 23 年草案では、単なる「騙取」の言い換えを超えて、詐欺取財罪をおよそ「不正の利益取得」の罪へと大きく改める意図が含意されていたかどうかである。近時、明治 23 年草案の詐欺取財罪規定はドイツ刑法の詐欺罪規定を参照・継受して起案されたとして、これを肯定する考察が示されている(この考察を以下では便宜上「ドイツ刑法の継受とする考察」と呼称する)。その当否は下記 v) で検討する。

v) ドイツ刑法の継受とする考察とその当否 ①考察の概要 明治 23 年草案の 372 条は、旧刑法典の詐欺取財罪の延長線ではなく、詐欺罪の構成要件の結果の不十分性を解消するためにドイツ帝国刑法 263 条を参照して、「不正の利益を得たる」として旧刑法の詐欺取財罪規定の包括化を図って起草された。この明治 23 年草案の詐欺罪の理解は、明治 28 年草案以降も継承され、ひいて

は現行刑法典にも及ぶと考えられる<sup>20)</sup>。そうして、明治23年草案の詐欺罪の淵源はドイツ帝国刑法典263条にあり、「不正の利益を得たる」は、行為者側からみた構成要件の結果を意味するものであり、被害者側に生じる（ドイツ刑法と同様の）「財産損害」とは表裏の関係にある<sup>21)</sup>。このことから、日本の現行刑法の詐欺罪規定も、「財産上不法の利益取得」を原則類型とし、財物を取得客体とする場合にも理論レベルでは2項詐欺（利益詐欺罪）の対象になりうるが、1項詐欺の規定が存在することから適用レベルでは1項詐欺が問題にされる。こうして、日本刑法の詐欺罪の「財産上不法の利益取得」及び「財物騙取」とは、ドイツ刑法の詐欺罪（263条1項）の構成要件の結果である「財産損害」に対応する概念であり、日独の詐欺罪規定は実質的に共通の基盤を持つ<sup>22)</sup>。

そうして、ドイツ刑法の詐欺罪の法制史的検討と「財産損害」をめぐる議論が丹念に分析され、これを踏まえて日本刑法の詐欺罪の構成要件の結果の判断方法の私見が展開されている<sup>23)</sup>。

この考察は、従来十分に扱われてこなかった文献資料も取り上げて日独の詐欺罪規定の史的沿革を詳細に検証しており、既に「わが国における詐欺罪に関する歴史的な研究として最も重要なものの一つ」<sup>24)</sup>と評価されている。この評価は同感しうるものであり、本稿でも、その論稿を大いに参照した箇所がある。

もっとも、同時に、ドイツ刑法の継受とする考察に対しては、「日本の詐欺罪の規定がドイツ刑法の影響を受けて修正されたものであるとしても、フランス刑法の影響がそれによって払拭されてしまったといえるのか、統一的に財産に対する罪と解されるのなら、なぜ一項詐欺と二項詐欺に分けて規定されるようになったのか」<sup>25)</sup>との疑問も提起されている。この考察の論者も、この疑問を誠実に受け止め、後の別の論稿では、「現行刑法典における二項詐欺罪がフランスの詐欺罪の影響の下で成立した規定であると成立することにも疑問が残る」とし、現行刑法の詐欺罪規定がドイツ刑法と共通の基盤を持つ、ということまでは必ずしも強調していない。また、「二項詐欺罪を基本類型とするこ

とが条文の順序からして疑問であるという批判を受けて、「現行刑法の詐欺罪は、欺罔によって「財産上の利益」を騙取する犯罪であり、一項詐欺罪が欺罔によって「財産上の利益」としての「財物」を騙取した場合であり、二項詐欺罪は欺罔によって財物以外の「財産上の利益」を騙取した場合であると捉える余地がある」として<sup>26)</sup>、「修正」をしている。これについては、「財物」と「財産上の利益」(狭義)、さらにこれを包摂する上位概念としての「財産上の利益」(広義)の意義とその相互関係を一層明らかにすることが期待される。ともあれ、この考察は、二項詐欺はいわゆる全体財産(財産状態)に対する罪で(も)あるとする団藤重光らの見解<sup>27)</sup>の一項詐欺との整合性という難点を克服して、一項詐欺と二項詐欺との統一的な解釈を旨ざそうとする意欲的なものといえる。

もっとも、その前提として、果たして、日本の現行刑法の詐欺罪規定はドイツ刑法の継受をして立法されたのか、また二項詐欺を原則類型として、または財産上の利益取得(騙取)罪として生成されたのか。結論からいえば、これについては異なる見方も可能なように思われる。以下では、これらの点を検討する。

② Rudolf の意見 ドイツ刑法の継受とする考察の論者は、その主たる根拠として、ドイツ法裁判官・Otto Rudolf の後述の意見が重視されたことを挙げる<sup>28)</sup>。

Rudolf は、明治 17 年に、パンデクテン法担当の講師として「東京大学」(後の東京帝国大学)に招聘され、1 年足らずで司法省顧問に転身し、法律取調委員会委員も務め、裁判所構成法の原案を作成し、青木周蔵とともにいわゆる不平等条約改正にも携わったとされている。もっとも、ドイツ刑法の継受とする考察の論者も認める通り、この意見書の出された時期は不明である<sup>29)</sup>。また、Rudolf は、当時のいわゆる御雇外国人の中でも、裁判所構成法の原案作成への期待から高位の取り扱いを受けていたとされている。しかしながら、大学での教育研究の経験はなく、私法についての主著はあったようだが、刑法の専門家というわけではなかった<sup>30)</sup>。管見の限り、Rudolf は、刑法の総論・各論の

体系書を著していなかったので、詐欺罪の「他の利益」また「財産権」やその「損失」に関して、どのような見解を採用していたかも定かではない。これらの点を措くとしても、Rudolfの意見は、これまで詐欺罪規定の史的考察において必ずしも十分に顧みられてこなかった。ドイツ刑法の継受とする考察の論者がこれを真摯に取り上げて検証したことは、繰り返しになるが特筆に値する。

そのRudolfの意見書での詐欺取財罪に関する部分は下記の通りである<sup>31)</sup>。

「日本原文の種々なる反訳に拠れば一物件又は證書を騙取するに非ざれば詐欺取財となさずして例えば詐欺の作為あるども其物件の留置は以て詐欺取財の意義を生ずるに足らざるが如し此条に拠れば詐欺の項件は只物体のみに止りて要求権利又は他の利益に及ばず故に此見解は甚だ狹隘に失するが如し」

上記の考察において重視されているのは、「詐欺の項件は只物体のみに止りて要求権利又は他の利益に及ばず故に此見解は甚だ狹隘に失するが如し」の部分である。しかし、この意見は、結局のところ、詐欺罪の客体を「要求権利又は他の利益」にまで拡張すべきことを述べているにすぎない。この点、既に、Rudolfは詐欺罪の「客体が有体物に限定されるのでは狭すぎると主張しているにすぎず、それを超えて財産的損害が必要であるとか、「財産上の利益」が同罪において本質的な部分であるとまで主張するものではない」と指摘されている<sup>32)</sup>。この指摘には、首肯しうるものがあるように思われる。また、上記iii) で見た「仏文刑法草案」でも、日本の立法者は、「財物」や「証書類」に当たるもの以外の「口頭の譲渡」等を客体に含めることには消極的であった。このことからしても、Rudolfの意見から直ちに「財産上の利益」を本質的な部分として重く受け止めるような立法的な土壌も備わっていなかった、と推測される。

③旧刑法時代の判例と学説との関係 確かに、V章2(2)で見たように、旧刑法時代の判例によれば、欺罔を用いて財物にあたらぬ労力(役務)を不

正取得する行為(無賃乗車)や、飲食・宿泊の提供後に欺罔をしてその代金支払を免れる行為(無銭飲食・宿泊)では、詐欺取財罪は成立しないとされていた。同章 3 (2) で見たように、こうした結論を疑問視して、旧刑法の規定を批判的に捉える見解も一部では示されていた。こうした理解は、正鵠を射たものがある。V 章冒頭でも触れたように、財物に匹敵する労力の不正取得(領得)<sup>33)</sup>や財物の事後的な不正取得に等しい債務免脱の事案が不可罰となる、という結論は明らかに不権衡だからである。この点、Rudolf も、詐欺による「物件の留置」を例として掲げており、共通の問題意識を有していたとも推測される。そこでは、相手方から交付を受けた後に初めて財物の不正取得の故意を生じ、欺罔を用いてその物を留置して返却をしない、という実質的に財物の不正取得と等しい事案が考慮されているからである。

他方で、「物件の留置」以外に、Rudolf のいう「要求権利又はその他の利益」とは具体的に何を指すのかは、定かではない。確かに、V 章 3 (2) で見たように、旧刑法時代の一部の学説では、詐欺取財罪では客体を有形物に限らざるをえず、例えば無形の債権は客体となりえないことにも批判的な指摘がなされていた。しかしながら、他方で、債権債務関係を成立させるだけでは詐欺取財を基礎づける「損耗と利益」がない、として、「債権」を原則として除外すべきとの見解も示されていた。ここでは、財物の騙取とその前段階での債権取得とをいずれも既遂として同等に扱うのは「不権衡」であるという現在でも一般に通じる理解があったとも解される。いずれにしても、旧刑法時代には、詐欺取財罪で債権などが直接に保護されないことにつき、およそ一致した強い批判が示されていたわけでもない。特に財物交付を内容とする債権取得に関しては、V 章 2 (3) で見たように、旧刑法の日本側立法者の鶴田皓が示唆していた通り、財物騙取の未遂罪は認めうる。また、旧刑法の詐欺取財罪では、債権の対象となる財物が現に不正取得される、という可能性が高い事案は、当該債権の証明・証拠の機能を持つ証書類の騙取としても、ある程度捕捉しうる。これに対して、関連する証書類の騙取を通例想定しえない無賃乗車や無銭飲食・宿泊等(債務

免脱）は、判例によれば、およそ不可罰とならざるをえない。しかし、こうした処罰の間隙があったからといって、詐欺取財罪を財物ではなく、財産上不法（不正）の利益取得（騙取）罪へと大転向すべき根拠としては充分でないように思える。ドイツ刑法の継受とする考察の論者がその修正において示しているように、まさに「財物以外の「財産上の利益」」の騙取の場合を新たに付記すれば足りる、とも考えられるからである（ただし、私見によれば、後述のように、それはあくまで「財物騙取」（不正取得）の処罰範囲の実質的な拡張である）。

何より、V章2(1)・3(1)で考察したように、旧刑法時代の大審院判例も学説の主流も、詐欺取財罪を財物（個別客体）の不正取得罪として理解しており、詐欺取財罪を明らかに利益取得罪として理解していたのは、江木衷や小疇伝といったごく少数に留まる。上記のように、財産上の利益の騙取罪への大転向があったとすれば、判例及び学説においてその影響が現われるのではないか。しかし、上記のように一部の判例での騙取の言い換え的な表現を除くと、その実質的な影響があったことを明白に窺うことはできない。特に、大判明治40年12月23日刑録13輯1429頁では、詐欺取財罪の「実害」について「被欺罔者が給付したる物と欺罔者より提供したる物と其価格を比較して判定すべきものに非ず」と判示して、ドイツ刑法のいわゆる経済的財産権概念に類する差引上の財産権損失の発生を詐欺取財罪の要件とすることを明確に斥けてもいた。確かに、日本の現行刑法の立法時には、経済的財産権概念は、ドイツ刑法でも判例・通説を形成していなかった。とはいえ、ドイツ刑法の詐欺罪規定を継受して、詐欺罪規定を制定したとすれば、ドイツ刑法の（有力となりつつあった）経済的財産権概念に基づく財産権損失を（いずれの要件であるにせよ）解釈上取り込みうる、という余地が生じる。それでは、詐欺取財罪は個別客体の不正取得（喪失）で成立する、という旧刑法時代の主流として確立していた規範を動揺させかねない。こうした判断の法的安定性を損なうリスクを冒してまで、しかも上記2の『刑法表』で確認したように世界の趨勢にも反して、あえてドイツ刑法の詐欺罪規定の継受を推し進めようとした、とは一般に考えにくいよ

うに思われる。逆に、この当時なおドイツ刑法で有力であった法的財産権概念によれば、個別の財産権の喪失自体が詐欺罪の損失を基礎づける。それゆえ、Ⅲ章 2 (2) iii) で考察したように、個別客体の不正取得で成立する日本の旧刑法の詐欺取財罪との実質的な相違は見出し難い。そうすると、この意味でもあえてドイツ刑法を継受すべき動機も生じえないことになる。

こうして、明治 23 年草案の詐欺取財規定がそもそもドイツ刑法を継受して、およそ旧刑法から大転向して財産上不正の利益取得 (騙取) 罪として規定された、とする考察には、なお異見も十分に可能である、と考える。明治 28 年草案等についても、ここでの検討を踏まえて、さらにドイツ刑法との関係につき適宜考察を加える。

vi) 文書偽造がなされた場合の取扱規定の廃止 旧刑法 390 条 (2 項) では、「因て官私の文書を偽造し又は増減変換した者は 偽造の各本条に照し重きに從て処断す」として、詐欺取財の手段として文書偽造がなされた場合の取扱規定も置かれていた。明治 23 年草案では同様の規定は置かれていない。その理由は不明であるが、Ⅱ章 3 (2) で見たように、新律綱領では、「詐欺取財」は文書偽造をはじめとする「詐偽律」から区別されて「賊盜律」として規定されていた。また、Ⅳ章 2 (6) で見たように、旧刑法 390 条の取扱規定も、ボアソナーの主導によるもので、日本側の立法者の要請によるものではなく、一部の学説からは、総則の罪数規定で対応可能として、この規定の不要論も示されていた<sup>34)</sup>。明治 23 年草案では、これらの点も踏まえて、再び詐欺取財罪を文書偽造の行為から分離して、財産に対する罪としての位置づけを一層明確にしようと考えられたのであろうか。偽造と詐欺との関係は現在でも難題であるが、ともあれ文書偽造がなされた場合の取扱規定の廃止は、明治 28 年草案から現行刑法に至るまで踏襲された。

vii) 詐欺罪の補充規定の廃止 373 条では、旧刑法 391 条の準詐欺取財罪と

同様の規定が置かれている<sup>35)</sup>。しかしながら、旧刑法 392 条（詐欺販売交換罪）、393 条（冒認販売等罪）の補充規定は、明治 23 年草案では存在していない。旧刑法 392 条は「物件を販売し又は交換するに当り 其物質を変じ若くは分量を偽て人に交付したる者」、同 393 条は「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」（1 項）及び「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」（2 項）をそれぞれ「詐欺取財を以て論ず」ことを定めていた。

明治 23 年草案の理由書によれば、旧刑法 392 条、393 条 1 項は「所為果して詐欺の方略を以て人を錯誤に陥れ不正の利益を得たるものなりとせば即ち純然たる詐欺取財也 別に詐欺取財を以て論ずとの言に及ばざる也」とされている<sup>36)</sup>。

旧刑法 392 条は、「物質を変じ若くは数量を偽て」行為者が「交付」しさえすれば成立する。V 章 1 (5)・2 (5) で見たように、当時の判例・学説ともに、392 条については、390 条の詐欺取財罪との関係で、その存在意義を含めてはつきりしないものが残されていた。一部の学説からは、明治 23 年草案の理由書と同様に、392 条の削除すら主張されていた。これに対して、IV 章 2 (7) で見たように、ポアソナードは、詐欺販売交換罪について、行為者が交付をした段階で「代価を受取て利を得るの権利」が生ずることを挙げつつ、他方で商業上の信用という社会的な利益への危害抑止をも目ざしていた<sup>37)</sup>。若干の補足をすると、「物質を変じ若くは数量を偽て」販売等されても、その相手方はその偽りに直ちに気づくことができない。こうした点を利用した偽りの販売等が大衆（消費者一般）に対して反復継続されると、その被害も拡大する。それゆえ、この規定には、行為者側の交付の段階で「詐欺取財」となることを認めて、そのような大衆の被害防止のために、柔軟な早期の取締りを可能とすることが意図されていた、とも思料される。明治 23 年草案以降、この補充規定は廃止されるが、それにより、取引での大衆の被害防止の役割は、詐欺罪規定自体が一層担うことになった、と見ることも可能かもしれない。

旧刑法 393 条 2 項については、明治 23 年草案理由書では、不動産の売買抵当は登記の方法があるので犯すことができないこと、またなお犯すことがあるとしてもそれは第 2 の買主等の怠慢であることから、1 個の犯罪として規定すべき理由がないことも廃止の理由とされている<sup>38)</sup>。

ちなみに、旧刑法時代の判例は冒認販売される物件の所有者とその物件の買主双方に対する犯罪であるとしていたが、学説上はいずれを対象とする詐欺取財なのかについて、議論があった。これに対して、現行刑法定後の大判明治 44 年 7 月 14 日刑録 17 輯 18 卷 1440 頁は、旧刑法 393 条 1 項の冒認販売罪は物件の所有者の所有権を侵害すると同時に、「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ふ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」ず、買主に対する「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<sup>39)</sup>。ここでは、現行刑法の下では、あくまで当該物件の買主との関係で財物を不正取得したとして、1 項詐欺の当罰性が認められるとされている。大審院判例は、旧刑法 393 条の廃止によって、現行刑法の詐欺罪が財物交付を基本とする騙取罪として一層明確に位置づけられたものと理解していた、と考えられる。

なお、明治 23 年草案の理由書では、「不正の利益を得たる」との語が使われている。しかし、旧刑法 390 条の詐欺取財罪との関係をも踏まえれば、392 条との関係でも、販売交換の対価としての代金（財物）等の騙取が「不正の利益」として想定されていた、とも考えられる。また、393 条 2 項との関係でも、上記の理由中では、その買主等に対する詐欺すなわち代金等の騙取のなされることが想定されていたようにも見える。それゆえ、ここでの「不正の利益」の語からも、財物の騙取を包括した財産上の利益の騙取を詐欺取財罪の基本線とする、という明確な意図を読み取ることはできない。

viii) 証書強請罪・背信の罪規定の新設 明治 23 年草案では、365 条で「証

書強請罪」、378条、379条で「背信の罪」が規定されている。上記1(2)・(3)で見たように、司法省及び参事院委員の案にも同種の規定が置かれていた。証書強請罪については、明治23年草案の理由書によれば、証書強請の行為が「實際其財物を強取すると異なる所之なかる可し然るに現行刑法は此点に付き何等の規定なきを以て改正法は特に此場合を規定し現行刑法の欠点を補足したり」と説明されている<sup>40)</sup>。ここでは、暴行・脅迫によって証書の交付等をさせることを通じて、実質的には「権利・義務」（債権取得・債務免脱）を強取の客体としていると見る余地はある。とはいえ、「財物を強取すると異なる所之なかる可し」ことが理由とされており、「財物」の強取との「等価性」が前提となっていることには留意すべきであろう。

背信の罪については、横領罪の色彩が強いものの、379条は寄託者、委任者の利益を害する目的での文書作成が新たに処罰対象となっている。明治23年草案の理由書によれば、「現行刑法には他人の印類又は捺印署名したる白紙を預りたる者不正に証書を造りたる罪を規定せず而して此所為たる之を私文書偽造罪として論ず可き性質のものに非ざれば終に不問に措かざる可からざる結果を生ずるなり故に改正法に於ては是を背信の罪と為し特に規定を設けたり」<sup>41)</sup>とされている。いずれにしても、この規定にいう「利益を害し」の意味も不明であり、かつ利益への損害発生も要件として明定されていない。この意味で、現行刑法247条の背任罪とも異なっている<sup>42)</sup>。

## (2) 明治28年草案

i) 規定 ここでは、明治28年草案の「第14章 第1節 賊盜の罪」の「第1款 窃盜の罪」、「第2款 強盜の罪」、「第3款 恐喝盜の罪」、「第4款 詐欺盜の罪」の関連する規定を掲げる<sup>43)</sup>。なお、明治30年草案の窃盜、強盜、恐喝、詐欺の各規定は、条番号を除くと明治28年草案とほぼ同様である。また、明治28・30年草案では、横領罪の各規定は置かれているが、明治23年草案等で規定されていた背信の罪の規定は存在していない。

**290 条**「本節の未遂罪は 之を罰す」

**294 条**「人の動産を窃取したる者は窃盗の罪と為し 10 年以下の懲役に処す」

**295 条**「暴行を用ひ又は現に被害者又は被害者に於て教護す可き者の生命、身体、自由若くは財産に対し危害を加へんと脅迫して人の動産を強取したる者は 強盗の罪と為し 3 年以上の有期懲役に処す」

**296 条**「前条の方法を以て不法に財産上の利益を得 又は他人をして之を得せしめたる者は 強盗を以て論ず」

**297 条**「自己の財物と雖も質権又は留置権に因り他人の占有に属し又は官署若くは公署の命に依り他人の看守したるものなるときは 他人の財物を以て論ず」

**302 条**「第 295 条に記載したる以外の脅迫を用ひ人の動産を強取したる者は 恐喝盗の罪と為し 10 年以下の懲役に処す」

**303 条**「前条の方法を以て不法に財産上の利益を得 又は他人をして之を得せしめたる者は 恐喝盗を以て論ず」

**304 条**「人を欺罔して動産を騙取したる者は 詐欺盗の罪と為し 10 年以下の懲役に処す」

**305 条**「前条の方法を以て不法に財産上の利益を得 又は他人をして之を得せしめたる者は 詐欺を以て論ず」

**306 条**「未成年者の知慮浅薄に乗じて其財物を授与せしめ 又は不法に財産上の利益を得 若くは他人をして之を得せしめたる者は 詐欺盗を以て論ず」

ii) 盗罪との関係 明治 28 年草案の詐欺罪は、強窃盗罪と共に、第 14 章第 1 節「賊盗の罪」中に、しかも「詐欺盗の罪」として規定されている。すなわち、詐欺罪は、明治 23 年草案とは異なり、なお強窃盗罪などと同様の「盗罪」の一種として明確に位置づけられている。実際に、同様の規定形式を定める明治 30 年草案の理由書では、「賊盗の罪とは現行法に窃盗の罪、強盗の罪、詐欺取財の罪、受寄財物に関する罪を総括したる名称なり」と明言されている<sup>44)</sup>。

ここには、詐欺取財（詐欺罪）を盗罪の一種として理解していた中国の古律以来の伝統と、フランス刑法の継受の影響がなお残存していたことが示されている<sup>45)</sup>。304条の詐欺罪の規定形式も、旧刑法390条の「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」の規定を明らかに踏襲している。明治23年草案の詐欺取財罪規定はドイツ刑法を部分的に継受または少なくとも参照したと思われるが、明治28年草案では、(上記3(1)v)で見たドイツ刑法の継受とする考察に反して)そこからの脱却と、旧刑法の詐欺取財罪への原点回帰がなされている、と見るのが自然なように思われる<sup>46)</sup>。

### iii) 詐欺罪の客体

他方で、明治28年草案では、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪について、それぞれ2つの条文が設けられ、その各前条で「動産」、各後条で「財産上の利益」が客体として規定されている。明治28・30年の草案は、議会提出に至らなかったものの、客体を「財物」と「財産上の利益」との2つに分けて別途規定する現行刑法の形式の原型は、明治28年草案にあった<sup>47)</sup>。これに対して、ドイツ刑法の詐欺罪規定では、財物や財産上の利益といった客体の区分けをしていない。この点でも、明治28年草案では、ドイツ刑法の詐欺罪規定を継受する意図がなかったと考えるのが素直である。

それでは、旧刑法の詐欺取財罪の「財物若しくは証書類」から、「動産」、「財産上の利益」に改められたのは、いかなる理由によるものか。後述のように、明治34年草案の理由書では、「動産」としたのは「不動産」を除外することが意図されていたようである。また、「財産上の利益」が客体に定められた理由について、明治30年草案の理由書では、まず強盗罪に関して「犯人に強取の所為あらざるも猶不法に財産上の利益を得たるときは強盗と選ぶ所なし又自身に利益を得た場合と其情異なるものにあらず之れ蓋し本条が此等の犯人を強盗罪に問ふ所以なり」とされて、恐喝及び詐欺についても、これと同一の趣旨であるから説明を要しない、とされている<sup>48)</sup>。しかし、ここでは、「財産

上の利益」としていかなるものが想定されていたのかは明言されていない

これについて、「資料的に確定できない」としつつ、次のような分析が示されている。すなわち、旧刑法の詐欺取財罪における証書類騙取と、明治 23 年草案の証書強請罪の延長として、財産上の利益が動産と並置され、それによって 2 項犯罪の規定形式が誕生した。それゆえ、沿革的には権利の取得・義務の免脱による利益の移転が処罰対象として予定されていたが、文言上、利益の種類<sup>49)</sup>の制限がなくなった。

この分析は簡明で一定の説得力もある。確かに、V 章 1 (3)・2 (3) で見たように、判例及び学説の主流は、証書類を権利義務(債権債務)関係すなわち財産取引に関するものと解する点でも、ほぼ一致が見られた。しかしながら、証書類の実質は、そこに化体された権利義務それ自体なのか、それともその権利義務の証明・証拠の機能を持つ財物なのか、といった点を含めて必ずしも明確になっていなかった。こうした判例・学説の状況を踏まえるならば、証書類は権利義務関係を証明する重要な「財物」(動産)として評価すれば足り、それゆえ明治 28 年草案以後は「証書類」をあえて規定しなくなったと解する余地もある。すなわち、「証書類」の実体を権利等とのみ捉えて、これが「財産上の利益」の原型となった、とは即断しえないものが残る。また、再三述べているように、財物騙取との等価性との関係で、「権利の取得」(財物交付を内容とする債権取得)と「義務の免脱」(受領済みの財物・労力に対する支払の債務免脱)とを同視してよいかは、なお慎重を期すべきものがあると思われる(上記 3 (1) vii) で見た証書強請罪に関する明治 23 年草案の理由書の説明も参照されたい)。

いずれにしても、ここで確実にいえることは、明治 28・30 年草案の理由書では、明治 23 年草案の詐欺取財罪について何ら触れられていない、ということである。詐欺取財罪をおよそ財産上の利益の騙取罪として位置づけて規定する、という方向づけが立法上定まっていたのであれば、明治 28・30 年草案の理由書でも、その点が明示されてしかるべきであろう。

しかも、財産上の利益を規定した理由は、強盗罪との関係をも踏まえたものであって、詐欺罪についてのみ検討されたわけではない。ドイツ刑法 249 条の強盗罪の客体は「動産」のみが規定されており、日本刑法のように財産上の利益は客体として規定されていない。もっとも、上記 3 (1) iii) で見たように、ドイツ刑法 253 条の恐喝罪の規定では、詐欺罪と同様に「動産」という客体の限定はなく、かつ 255 条の強盜的恐喝罪の規定によって、恐喝の手段が暴行または身体・生命に対する現在の危険に対する脅迫を用いて実行されるときは、強盗に対する刑罰が科せられる。この規定によって、強盗の客体が動産以外のものへと拡張されている。しかし、この当時のドイツ刑法 253 条の恐喝罪では、詐欺罪のように「財産権損失」にあたる要件は規定されていなかった。ドイツ刑法では、1943 年の改正で、ようやく 253 条に財産権への「不利益（損失）」(Nachteil) を与えることが明文で規定されたのである<sup>50)</sup>。このように、仮にドイツ刑法の強盗罪及び恐喝罪の規定が参照されたとしても、当時の条文を見る限り、それが「財産損害」（財産権損失）を裏面とする財産上不法の利益取得罪である、とは直ちに解しえないものであった<sup>51)</sup>。そうして、上記のように、明治 28・30 年草案では、「財産上の利益」を客体として定めることは、詐欺罪のみならず、強盗罪と恐喝罪を含めた判断であった。そうすると、詐欺罪についてのみ、ドイツ刑法を継受して、「財産損害」を裏面とする「財産上不法（不正）の利益」取得を原則類型として規定された、とする前提はやはり成り立ち難いように思える。

### (3) 明治 34 年草案

i) 規定 明治 34 年草案では、「第 14 章 財産に対する罪 第一節 賊盜の罪」(273 条から 288 条) の中で、節や款による区分けをすることなく、窃盜罪、強盜罪、詐欺罪及び恐喝罪等の各規定が置かれている。その関連する規定を掲げる<sup>52)</sup>。

**273 条**「人の動産を窃取したる者は 窃盜の罪と為し 10 年以下の懲役に処す」

**274 条**「暴行を用ひ又は現に被害者又は被害者に於て救護す可べき者の生命、身体、自由若くは財産に対し危害を加へんと脅迫して動産を強取したる者は 強盜の罪と為し 3 年以上の有期懲役に処す

前項の方法を以て不法に財産上の利益を得 又は他人をして之を得せしめたる者 亦同じ」

**280 条**「第 274 条に記載したる以外の脅迫を用ひ 人の動産を奪取したる者は 10 年以下の懲役に処す

前項の方法を以て不法に財産上の利益を得 又は他人をして之を得せしめたる者 亦同じ」

**281 条**「人を欺罔して動産を騙取したる者は 10 年以下の懲役に処す

前項の方法を以て不法に財産上の利益を得 又は他人をして之を得せしめたる者 亦同じ」

**282 条**「他人の為め其事務を処理する者 本人に損害を加へ 又は自己若くは第三者の利益を図る目的を以て権限外の行為を為し 本人に財産上の損害を加へたるときは 10 年以下の懲役に処す。」

**283 条**「未成年者の知慮浅薄又は人の精神耗弱に乗じて 其の動産を交付せしめ 又は不法の財産上の利益を得若くは他人をして之を得せしめたる者は 10 年以下の懲役に処す」

**286 条**「自己の動産と雖も 質権又は留置権に因り他人の占有に属し又は官署若くは公署の命に依り他人の看守したるものなるときは 他人の財物を以て論ず」

**287 条**「本節の未遂罪は之を罰す 但第 275 条の罪はこの限に在らず」

ii) 盜罪としての詐欺罪 明治 34 年草案の理由書によれば、旧刑法は「賊盜の罪を区別し、窃盜、強盜及び詐欺取財と為し 各各之に関する別意の規定

を設くと雖も此三種の罪は元來其の性質を同ふし之を一節に集むること便利なるを以て本条は此の區別を廢し」た、とされている<sup>53)</sup>。本草案では、詐欺罪は強竊盜と同じ「盜罪」の一種として理解されていたことが一層明確に示されている。しかも、詐欺罪及び恐喝罪の法定刑について、上記の理由書では、「竊盜に比し其の罪狀略同一なりと認むるを以て其刑期を同じく為したり」とも述べられている<sup>54)</sup>。旧刑法では、罰金刑が付加される点で、詐欺罪の方が竊盜罪よりも重かったが、明治34年草案では「其罪狀略同一」ゆえに、法定刑が統一され、両罪の関係は一層親近性を持つに至っている。なお、旧刑法392・393条についても、明治34年草案の理由書によれば「詐欺に因る賊盜の一の情狀に過ぎざるを以て・・・之を削除したるなり」とされている<sup>55)</sup>。

iii) 詐欺罪の客体 明治34年草案の強盜罪、恐喝罪、詐欺罪の客体は、1項で「動産」、2項で「財産上の利益」を定める。これは、条と項との違いはあっても、明治28年草案の規定形式に基本的にならったものといえる。また、明治34年草案の理由書では、竊盜罪の行為客体を旧刑法366条の「人の所有物」から「人の動産」へと変更した理由は「其の目的物の動産たるや否やに付ては明文を欠くを以て本案は之を改め」たことにあるとされ<sup>56)</sup>、この点は強盜罪等についても同様であるとされている。さらに、詐欺罪について、1項で「財物」ではなく「動産」と定められたのは、「財物」に「不動産」を含むかどうかの議論を解消するためである、との指摘がなされていた<sup>57)</sup>。

2項で「財産上の利益」が客体として加えられたことについては、明治34年草案の理由書によれば、強盜罪では、なお「竊盜とは異なり単に動産を強取するのみならず其他の財産上の利益をも取得する場合あるを以て本条第2項に於て之が規定を設けたるなり」とされ、詐欺罪及び恐喝罪についても、「現行法に財物若くは証書類とあるは其の意義不明にして且狭きに失すること強竊盜の場合と同一なるを以て・・・第1項には明に動産に関し第2項に於て其の他の財産上の利益に関する規定を設けたり」<sup>58)</sup>とされている。ここでも、

上記 (2) で見た明治 30 年草案と同様に、「財産上の利益」が客体として加えられた理由が、詐欺罪のみならず、強盗罪・恐喝罪を含めた判断であったことが示されている。もっとも、「其の意義不明にして且狭きに失すること」がいかなる意味であるのか、その具体的な内容は明らかにされていない。上記のように、財物については不動産が含まれるか否か、証書類については上記のようにその実体が化体された権利義務それ自体なのか、それともその権利義務の証明・証拠の機能を持つ財物なのかが、それぞれ不明であったので、これを 1 項の「動産」に統合・整理したとも推測される。しかし、特に財産上の利益を規定したこととの関係で、「狭きに失すること」の意味は、なお検討を要する。ここでは、「不動産」以外にいかなるものが「財産上の利益」に含まれると解されていたのかが問われる。結論からいうと、下記 4 (4) で見るように、少なくとも、衆議院の刑法改正委員会の質疑では、これは「債務免脱」が想定されていたことが判明する。

いずれにしても、ここで注目すべきは、「動産・・・其他の財産上の利益」とされていることである。これについて、既に現行刑法制定直後には、1 項詐欺と 2 項詐欺とを分けて規定した限り、「財産上の不法の利益中には財物騙取を包まず解釈せざるを得ず 而して草案理由書に其他の財産上の利益と説明せるを見れば 益益然る所以を認めしむ」と指摘されていた<sup>59)</sup>。この指摘によれば、財産上の利益が財物 (動産) から「其他」として区別して規定された限り、財物騙取を財産上の利益騙取には包括しえず、むしろ、その適用にあたり両者を明確に区別して解釈すべきことが示されている。こうした見解については、なお下記 5 (4)・(5) で詳しく見ることにする。

iv) 背任罪規定の新設 明治 15・16 年の司法省、参事院委員案及び明治 23 年草案では、背信罪の規定が置かれていたが、明治 28・30 年草案では、これにあたる規定は置かれていなかった。これに対して、明治 34 年草案 282 条では、現行刑法 247 条の背任罪規定の原型ともいべき規定が置かれている。

明治 34 年草案の理由書によれば、本罪の創設理由として「他人の為め其事務を処理する者 私利を営み又は委任若くは代理の権限を超越し 之が為め本人に損害を加ふること往往にして見る所なり 此等の場合には民事上損害賠償の道なきにあらずと雖も 又民事上の救済の目的を達せざること少しとせず 加之其行為の治安を害すること本節及び次節に於て規定せらるる他の罪と異なることなし 是れ殊に本条を置きて其弊を防止せんとする所以なり」<sup>60)</sup>と説明されている。

また、石渡敏一政府委員は、背任罪の起草理由として、「之を造る場合に考へましたのは、番頭なり仲買の如きが主人に怨があり、財産上の損を掛けてやろうと云ふ考えを以て買ふべきものを買はずに置いたとか、又は売るべき所も売らずに置いて非常な、財産の損害を被らしむる、それは自己の主人に対する怨若くは主人が他の雇人を庇ふが為に雇人は其主人に対して損害を加へようとしてやる場合が想像されると思います」<sup>61)</sup>と説明している。ここでは、「財産上の損害」として立法者の念頭にまず置かれていたのは、いわゆる「得べかりし利益の喪失」であった、と考えられる<sup>62)</sup>。日本の背任罪規定の立法過程については、ドイツ刑法の影響力の有無を含めて、なお不明確なものが残されている、とされている<sup>63)</sup>。それゆえ、明治 34 年草案の背任罪規定での「財産上の損害」についても、ドイツ刑法の影響を受けたものなのかどうかははっきりしない。ともあれ、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪の 2 項の「財産上の利益」について、背任罪と同様の「得べかりし利益」（期待（見込み））については何ら言及されていない、ということは確かである。

#### （4）小括

明治 23 年草案 372 条の詐欺取財罪規定は、確かにドイツ刑法 263 条の詐欺罪規定に類似していた。しかし、罪名は依然として旧刑法 390 条と同じく「詐欺取財」とされており、何よりドイツ刑法の詐欺罪規定での「財産権損失」にあたる要件は、明文で規定されていなかった。また、明治 28 年以降の草案では、

詐欺罪が依然として「盗罪」の一種であることを当然の前提として、再び旧刑法 390 条の詐欺取財罪規定に回帰した形式で詐欺罪規定が置かれていた。

勿論、明治 23 年草案 372 条が「不正の利益を得たる」と定めたことには、詐欺取財罪の客体を旧刑法のように「財物」及び「証書類」に限るべきではない、という意図が込められていたことは明らかである。そこには、Rudolf の意見も参照された可能性は排除できない。しかしながら、Rudolf の意見自体が、詐欺取財罪を財産上不正の利益取得罪として一般化して規定すべきことを含意していたとは必ずしもいえない。また、明治 30・34 年草案の理由書によれば、「財産上の利益」を行為客体として定めることは、詐欺罪のみならず、強盗罪、恐喝罪を含めた判断であった。縷々考察したことに加え、当時のドイツ刑法の強盗罪及び恐喝罪の規定との関係からしても、詐欺罪のみが、ドイツ刑法の影響を受けて「財産損害」を裏面とする財産上不法の利益取得（騙取）罪として確立したという考察には、どうしても賛同しえないものが残る。もっとも、ドイツ刑法の継受とする考察の論者は、上記のように自説に向けられた疑問を率直に受け入れて修正を加えている。それによれば「一項詐欺罪が欺罔によって「財産上の利益」としての「財物」を騙取した場合であり、二項詐欺罪は欺罔によって財物以外の「財産上の利益」を騙取した場合」である、とされている。しかしながら、上記のように、明治 34 年草案の理由書をめぐり、そうした理解もおよそ一般的なものとはいえなかった。問題は、1 項詐欺（犯罪）と 2 項詐欺（犯罪）とで、客体が「動産」と「財産上の利益」に区分けされた理由として、明治 34 年草案の理由書が示す「狭きに失する」の意味である。これについては、下記 4 で考察する。

また、明治 34 年草案によって、現行刑法 247 条の原型となる背任罪規定が置かれた。そこでの「財産上の損害」すら、ドイツ刑法の背任罪の影響を受けたものかどうかははっきりしない。もっとも、明治 34 年草案での背任罪の「財産上の損害」として想定されていたのは、「得べかりし利益の喪失」であった。しかし、この「得べかりし利益」（期待（見込み））までも、詐欺罪等の「財産

上の利益」に含めれば、客体の範囲が際限なく広がりかねない（詐欺罪では背任罪のような「事務処理者」という主体による限定も働かない）<sup>64)</sup>。現にドイツ刑法の詐欺罪では、期待（見込み）を財産権の要素に含むので、一定の場合には日本刑法の詐欺罪よりも成立範囲が拡張している<sup>65)</sup>。明治34年草案以降の立法者は、詐欺罪規定でのこうした「拡張」を意図しておらず、だからこそ詐欺罪規定では、背任罪と同様の成立範囲の拡張は不要として、「財産上の損害」は明文で定めなかった。このような推測も成り立ちうるように思われる<sup>66)</sup>。

#### 4. 最終の改正案（1906・1907）

##### （1）第1次改正案

明治34・35年草案は、法律取調委員会の起草委員によって修正され、1906年（明治39年）に、その原案（以下では「第1次改正案」と称する。）が同委員会によって再び審議・修正された。その案が、「刑法改正政府提出案」（以下では「第2次改正案」と称する。）として1907年（明治40年）の第23回帝国議院に提出された。そうして、貴族院・衆議院の両議院協議会等での審議等を経て現行刑法が制定された<sup>67)</sup>。

ここでは、第1改正案の「第36章 窃盗及び強盗の罪」及び「第37章 詐欺の罪」中の関連する規定を掲げる<sup>68)</sup>。

**259条**「他人の財物を窃取したる者は 窃盗の罪と為し 10年以下の懲役に処す」

**260条**「暴行を用ひ又は現に被害者又は被害者に於て救護す可き者の生命、身体、自由若くは財産に対し危害を加へんと脅迫して財物を強取したる者は 強盗の罪と為し 2年以上の有期懲役に処す

前項の方法を以て不法に財産上の利益を得 又は他人をして之を得せしめたる者 亦同じ」

**266条**「自己の財物と雖も 質権又は留置権に因り他人の占有に属し又は公

務所の命に依り他人の看守したるものなるときは本章の罪に付ては他人の財物と看做す」

**271 条**「人を欺罔して財物を騙取したる者は 10 年以下の懲役に処す

前項の方法を以て不法に財産上の利益を得 又は他人をして之を得せしめたる者 亦同じ」

**272 条**「他人の為め其事務を処理する者 本人に損害を加へ 又は自己若くは第三者の利益を図る目的を以て其任務に背きたる行為を為し 本人に財産上の損害を加へたるときは 10 年以下の懲役に処す」

**273 条**「未成年者の知慮浅薄又は人の精神耗弱に乗じて其の財物を交付せしめ 又は不法に財産上の利益を得 若くは他人をして之を得せしめたる者は 1 年以上 10 年以下の懲役に処す」

**274 条**「第 260 条に記載したる以外の脅迫を用ひ 他人の財物を奪取したる者は 10 年以下の懲役に処す

前項の方法を以て不法に財産上の利益を得 又は他人をして之を得せしめたる者 亦同じ」

**275 条**「本章の未遂罪は之を罰す」

第 1 次改正案では、窃盗の客体及び強盗・詐欺・恐喝の各 1 項の客体として、「財物」と規定された。明治 34 年草案で「動産」とされていたものが「財物」として統一された。明治 34 年草案に対する意見として、千葉地方裁判所長は、「動産」と規定するのでは植物窃取の場合が包含されず、山林立木または庭園の木石等の窃取を処罰しえなくなる、として、「現行法の如く財物とすべき」としていた<sup>69)</sup>。この意見が反映されたものかもしれない。他方で、強盗・詐欺・恐喝の各 2 項の客体として、「財産上の利益」が規定された。この点も含めて、明治 34 年草案の各規定が基本的に踏襲されている。2 次草案の理由書では、「強盗の場合に在ては窃盗と異なり単に財物を強取するのみならず他の財産上の利益をも取得する場合あるを以て」2 項の規定を設けたとき

れ、詐欺の罪についても「其理由は強盜に付き述べたところと同じ」とされている<sup>70)</sup>。これは、上記3(3) iii) で見た明治34年草案の理由書と同旨である。また、明治34年草案の理由書が述べていた「狭きに失する」ゆえに、(おそらく)2項で財産上の利益を規定した理由は、ここでも明らかにされていない。この点は、後述する。

また、詐欺・恐喝・背任は、「第36章 窃盜及び強盜の罪」とは別立ての「第37章 詐欺の罪」に規定された。この点を重視して、詐欺罪は、「賊盜の罪」の一態様から独立し、強窃盜罪とは異なる位置づけを与えられた、との分析も示されている<sup>71)</sup>。確かに、第2次改正案の理由書でも、旧刑法では窃盜と強盜とを区別して別異の節目を設けていたが、この2つの罪は「元來其性質を同じふする」ゆえに同一章にまとめたとされている<sup>72)</sup>。この限りで、刑法改正案では、窃盜罪と強盜罪との緊密さが重視される一方で、これと詐欺罪との相違が強調されているように見える。しかしながら、第1・2次改正案でも、例えば「賊盜の罪」の章と「詐欺の罪」の章という形で分けられているわけではない。上記3(3) iii) でも見たように、旧刑法時代には、窃盜罪と詐欺取財罪とは、いわゆる奪取罪と交付罪として区別される、という理解は、基本的に定着していた。第1・2次改正案でも、その趣旨を立法上も明らかにしようとしただけなのかもしれない<sup>73)</sup>。そもそも、明治34年草案まで定着していた詐欺罪も盜罪の一種であるという理解を明確に覆すような資料は見あたらない。この限りで、第1・2次改正案を契機に、詐欺罪が「賊盜の罪」の一態様から独立し、強窃盜罪とは異なる位置づけを与えられたとは、断定しえない。

なお、ドイツ刑法典では、背任罪規定は「詐欺及び背任」の章に規定されている。とはいえ、フランスのナポレオン刑法典でも、詐欺罪と背信の罪とは同一款の405、406条でそれぞれ規定されていたから、この背任罪規定の位置についても、およそドイツ刑法のみの影響であるとはいえない。

## (2) 法典調査会での審議

第 27 回の法典調査会の審議では、第 1 次改正案の詐欺罪について、岡松参太郎委員から「本条第 2 項を「前項の方法を以て財産上不法の利益を得」云々に修正したし」と提案され、異議なしとして可決された<sup>74)</sup>。恐喝罪については、勝本勘三郎委員の「人を恐喝して財物を交付せしめたる者はと云ふ趣旨にしたし」<sup>75)</sup>との提案が可決された。そのうえで、富井政章委員からの「詐欺及び恐喝の罪としたし」との提案が賛成多数で可決された<sup>76)</sup>。これ以外に、詐欺罪・恐喝罪に関する審議はない。

なお、岡松は、準詐欺罪に関しても「不法に」つき上記と同様の提案を行っており、これも可決されている。これに関連し、上記 3 (1) v) で挙げたドイツ刑法の継受とする考察の論者は、この岡松の提案は「行為者が財産上の利益を得る権利を有していないことを自覚していること」及び「行為者に、財産上の利益を得る権利が存在しないこと」を要件としようとする趣旨であると解したうえで、その趣旨は「財物を交付させた」にも及び、そうして被害者側の観点（すなわち「財産損害」）を踏まえて、詐欺罪の「不法性」が判断されることになる、と結論づけている<sup>77)</sup>。民法学者・岡松の見解にまで詳細に目配せられている点でも、この考察には高い資料的価値が認められる。もっとも、岡松は、当該援用部分では、「不法に」につき、「特に違法なることの自覚を要することを示す趣旨なり」と述べているにすぎない。また、そもそもこの主張も、2 項詐欺の財産上の利益との関連でなされているわけでもない（「不法に」を用いる条文の例としては 2 項強盗の規定が挙げられている）<sup>78)</sup>。この点を措くとしても、岡松の見解は、「自覚」に言及する点で、行為者がその違法性を認識している場合にこそ、当該利益取得が（刑法上は）不法になるという趣旨にも見える。そうであれば、（上記考察の論者は批判的に捉えているが）岡松も、主観面から、「手段の不法」を強調しようとしているようにも解される<sup>79)</sup>。また、岡松は、法典調査会において、勝本の「章名を「詐欺取財の罪」としたし」との提案に賛成している（この提案は多数の支持を得られず否決）。少なくとも、

岡松は、「取財」すなわち財物の不正取得こそがなお詐欺罪の基本類型であると理解していたようにも見受けられる<sup>80)</sup>。このように岡松の見解は多義的に解しうるものである。それゆえ、現行刑法の詐欺罪が財産上不法の利益取得（騙取）罪として規定された、という考察を岡松の見解が果たして補強しうるものなのかは、なお疑問の余地がある。

### （3）第2次改正案

刑法改正政府提出案（第2次改正案）では、「第36章 窃盗及び強盗の罪」と「第37章 詐欺および恐喝の罪」が置かれた。36・37章の規定は、第2改正案の96条が削除されたことに伴って、条番号が1つ繰り上げられたことを除き、議会での修正はなされず、現行刑法典の正文となる。ここでは、36・37章中の関連する規定を掲げる<sup>81)</sup>。一部の犯罪構成要件と法定刑に差異があるが、基本的には、第1次改正案の規定が踏襲されている。

**236条**「他人の財物を窃取したる者は 窃盗の罪と為し 10年以下の懲役に処す」

**237条**「暴行又は脅迫を以て他人の財物を強取したる者は 強盗の罪と為し 5年以上の有期徒刑に処す

前項の方法を以て財産上不法の利益を得 又は他人をして之を得せしめたる者 亦同じ」

**243条**「自己の財物と雖も他人の占有に属し又は公務所の命に因り他人の看守したるものとなるときは 本章の罪に付ては 他人の財物と看做す」

**247条**「人を欺罔して財物を騙取したる者は 10年以下の懲役に処す

前項の方法を以て財産上不法の利益を得 又は他人をして之を得せしめたる者 亦同じ」

**248条**「他人の為め其事務を処理する者 自己若くは第三者の利益を図り 又は本人に損害を加ふる目的を以て其任務に背きたる行為を為し 本人に財産

上の損害を加へたるときは 5 年以下の懲役又は千円以下の罰金に処す」

**249 条**「未成年者の知慮浅薄又は人の精神耗弱に乗じて其の財物を交付せしめ又は財産上不法の利益を得若くは他人をして之を得せしめたる者は 10 年以下の懲役に処す」

**250 条**「人を恐喝して財物を交付せしめたる者は 10 年以下の懲役に処す  
前項の方法を以て財産上不法の利益を得又は他人をしてこれを得せしめたる者亦同じ」

**251 条**「本章の未遂罪は之を罰す」

#### (4) 衆議院刑法改正案委員会での審議

第 2 次改正案の審議では、板倉中委員から、強盗罪に関し「237 条の第 2 項「前項の方法を以て財産上の利益を得又は他人をして之を得せしめたる者」と云ふ類例をちょっと御説明を願いたい」との質問がなされた。これに対して、倉富勇三郎政府委員は、「237 条の第 1 項で見えて居りますところは、有形に他人の動産を強取すると云ふ性質であります、然るに実際の事例から云へば暴行強迫を以て自己の責務を免ると云ふことが間々ある、今日の法律では債務の免脱を計るなどということは、盗罪にならぬと云ふことになって居りますからして、其不備を補ふために第 2 項を設けたのであります」<sup>82)</sup>と回答している。この回答からは、現行刑法の立法者が、強盗の「財産上の利益」にあたるものとして真っ先に想定していたものは、「動産の強取」との対比での「債務免脱」であったことが判明する。これを敷衍すれば、明治 34 年草案の理由書が「狭きに失する」として、2 項で「財産上の利益」を規定したという理由も、この債務免脱が処罰対象として捕捉されないことを想定していた、と考えられる。

上記 3 (2)・(3) で見たように、明治 30・34 年草案の理由書では、詐欺罪及び恐喝罪について、「財産上の利益」を客体として定めた理由は、強盗罪と同じであると説明されていた。上記のように、この理由は、第 2 次改正案でも引き継がれている。それゆえ、詐欺罪・恐喝罪の客体として想定されていた「財

産上の利益」も、強盗罪と同じく「債務免脱」であった。このように解するのが素直なように思われる。

実際に、守屋此助委員からは、訴訟詐欺を念頭に、「247条の第1項の方は、新に財物を騙取する場合、第2項は前項の方法を以て財産上不法の利益を得、例えば斯う云ふ類例より不当に義務を詐欺して逃げる、此民事訴訟法で自分が差入れて置いて、其証書を否認する、到頭逃げ果ふせて裁判でそうなった、能く調べて見れば何ぞ計らんや、自分が出してあった証書を出して逃げたと云ふのが、第2項で罰するのでありますか」との質問がなされた。これに対して、倉富政府委員は、「民事訴訟法の結果、不当の勝を得たと云ふことが直ちに本条の第2項の罪を構成することは少しく広過ぎる、併ながら人を欺罔と云ふところから唯今御述べになったような正当に盡すべき義務を免れたと云ふことがありますれば、即ち本条第2の犯罪を構成することになる。」と回答している。その後、守屋と倉富との間でなお質疑が続いたが、花井卓藏委員が守屋の意見に反対を示したところで、これに関する質疑は終了している<sup>83)</sup>。いずれにしても、訴訟詐欺における財産上の利益の取得に関しても、政府委員倉富が想定していたのも、「義務を免れる」こと、すなわち「債務免脱」であったと考えられる。なお、森田卓爾委員は、いわゆる訴訟詐欺の当罰性を否定的に捉える立場から、第三者を欺罔した場合を含むべきではないとの理由を挙げて、「騙取した」を「交付した」に変更すべきとの意見を出したが、賛成者がなく採決に至らなかった<sup>84)</sup>。詐欺罪については、これ以外の質疑はなされていない。

## (5) 小括

法典調査会及び衆議院刑法改正案委員会でも、詐欺罪規定に「財産上の損害」を明文で規定すべきことは全く審議されていない。また、強盗罪及び詐欺罪の「財産上の利益」の意義については、何より「債務免脱」が想定されていたことが窺える。繰り返しになるが、既に受領済みの財物や労力に対する支払の債務を不正に免脱することは、これらの客体を事後に不正取得するに等しい。し

かしながら、旧刑法時代の大審院判例では「財物」等の不正取得がないことを理由に詐欺取財罪は成立しないとされていた。現行刑法の立法者は、少なくとも（強盗罪の場合も併せて）この結論を不権衡な不当な処罰の間隙（狭きに失する）として重視し、これを埋めるべく「財産上の利益」を客体に加えた。この限りで、いわゆる 2 項犯罪の創設の根拠は、むしろ 1 項犯罪の実質的な拡張、すなわち財物等の事後的な不正取得の処罰化にあった、と見ることができる<sup>85)</sup>。これに対して、債権取得も「財産上の利益」として明確に想定されていた、という事実はここでは全く窺えなかった。この限りで、立法者の想定は、上記 3 (1) v) で挙げたドイツ刑法の継受とする考察とはなお異なる。むしろ、財産上の利益の騙取こそが実質的には「財物」の騙取（不正取得）の一種であり、それは債務免脱に代表されるように、財物等の事後的な騙取（不正取得）と等しい場合にのみ認められる、ということに主眼があったのではないか。これに対して、財物交付を内容とする債権取得にはそうした財物の騙取との等価性が認められないため、財産上の利益の騙取の例として全く想定されておらず、それゆえ言及されなかったとも推測される。

勿論、明治 23 年草案 372 条の詐欺取財罪規定や、第 1・2 次改正案の章立等を踏まえるならば、現行刑法 246 条の制定に至るまでに、ドイツ刑法が全く参照されなかった、というのは無理がある。それでも、現行刑法の立法者は、「不正の利益を得た」とのみ包括して定める明治 23 年草案 372 条の詐欺取財罪規定ではなく、「財物」等の騙取と定める旧刑法 390 条の詐欺取財罪規定を踏襲して、現行刑法の詐欺罪を規定することを選択した<sup>86)</sup>。それは、結局のところ、詐欺罪を盗罪の一種として理解してきた日中の古律以来の伝統と、従来の見方の通り、フランス刑法の影響が依然として強く残存していたことを示しているのではないか。少なくとも、この従来の見方を明確に否定するだけの確証は得られなかった。

## （6）補遺—現行刑法の改正案

資料として、1907年現行刑法典の改正案（議会（国会）未提出）における詐欺罪規定を確認しておく。

1921年（大正10年）に司法省内に設置された刑法改正原案起草委員会委員長の泉二新熊の主導で「刑法改正原案準備案」が起草され、それをもとに同委員会で審議のうえ「刑法改正予備草案」が起草された。その各則部分は「刑法竝監獄法改正起草委員会決議条項（刑法各則編第二次整理案）」として作成された。その後、審議が重ねられ、1940年（昭和15年）に、「改正刑法仮案」が公表された。その「第42章 詐欺及恐喝の罪」の詐欺罪規定は下記の通りである<sup>87)</sup>。

**435条**「人を欺罔して財物を騙取し其の他財産上の利益を得又は第三者をして之を得せしめたる者は10年以下の懲役に処す」

この仮案の詐欺罪規定は、上記の予備草案338条を踏襲したものであるが、現行刑法246条とは異なり、1項と2項とに分けることなく同一条文で、「財物」と「財産上の利益」とを客体として併記している。これは仮案423条の強盗罪及び439条の恐喝罪でも同じであるが、その理由は定かではない。これについては、「広義において、財物が財産上の利益の一種であることは疑うべくもないが、刑法上これらを別個の概念としてあつかうことは自由であり、かつ解釈の明確性を維持するためには、さように両者を区別しておくことがむしろ適当であり、財物と財産上の利益とは「現行刑法典どおりこれを別項に規定することが望ましい」との指摘がなされていた<sup>88)</sup>。なお不明確なものはあるが、この指摘によれば、（狭義とはいえ）既に現行刑法によって定着した「財物」と「財産上の利益」との区別を失わせることは解釈の明確性から慎むべきものとされている。

次に、1961年（昭和36年）に、改正刑法仮案をもとに改正刑法準備草案が

公表された。「第 39 章 詐欺及び恐喝の罪」の詐欺罪規定は下記の通りである<sup>89)</sup>。

**354 条**「人を欺いて、財物を交付させた者は、10 年以下の懲役に処する。前項の方法で、財産上不法の利益を得、又は第三者にこれを得させた者も、前項と同じである。」

そうして、1974 年 (昭和 49 年) に、準備草案をもとに改正刑法草案が公表された。「第 37 章 詐欺の罪」336 条の詐欺罪規定は、上記準備草案 354 条と完全に同一であるので割愛する<sup>90)</sup>。

準備草案と改正刑法草案では、現行刑法と同じく財物と財産上の利益とが同一条内で 1 項と 2 項とに分けて客体として規定された (強盗罪、恐喝罪でも同様)。加えて、現行刑法 246 条の現代語化 (1995 年) 後の構成要件とほぼ同一の文言に改められている。この点については、「漢字制限の関係から表現を平易化したに留まり、その実質を変更する趣旨ではない」とされている<sup>91)</sup>。

他方で、改正刑法草案では、詐欺の章の 338 条で「営業的詐欺」、339 条で「自動設備の不正利用、無賃乗車」、341 条で「常習詐欺」の規定が置かれた。営業的詐欺罪は、「正常な企業又は健全な経営を仮装し、公衆に対する広告の方法を用いて、第 336 条の罪を犯した者は、1 年以上の有期懲役に処する。」と定める。これは、企業形態で組織的・大規模に行われ、多数の者に被害を生じさせる詐欺事犯を一般の詐欺よりも重く罰するために新設された<sup>92)</sup>。上記 3 (1) vii) で見たように、旧刑法 392 条 (詐欺販売交換罪) にも反復される販売・交換での不正行為を通じて広く大衆に被害を及ぼす行為を抑止することも意図されていた、と見る余地があった。そうだとすれば、旧刑法では既に、改正刑法草案の営業的詐欺罪の理念にも通じる規定が設けられていたともいえる。営業的詐欺罪に対しては、他面にわたり批判が示されていたが<sup>93)</sup>、その「立法化なしに今日に至ることができたのは、明治 40 年刑法が詐欺罪に限らず包括

的な犯罪規定と幅広い法定刑を有し、訴追裁量と判例による法適用の調整が行われてきたことに由来する」との分析も示されている<sup>94)</sup>。この分析によれば、現行刑法の詐欺罪規定は、元来、(旧刑法 392 条も理念として内包していたとも考えられる) 大衆(消費者一般)の取引での被害防止にも資する面を有していたと評価しうる<sup>95)</sup>。

## 5. 現行刑法定定の影響(制定直後の動向)

ここでは、現行刑法定定直後の大審院判例と解説書・体系書等<sup>96)</sup>を取り上げ、当時の判例及び学説において、詐欺罪規定の立法の趣旨がどのように受け止められていたかなどを考察する。なお、学説については、原則として1909年までの書籍内のものを基本的に対象とし、また当時の動向についての資料的観点から、学術的なプライオリティにはあえてこだわらずに取り上げる(なお肩書は各書籍内の記述や『『人事興信録』データベース』(名古屋大学大学院)なども参照し、調査のうえ判明した当時のものを付した)。判例については、現行刑法の施行が1908年ということもあり、明治期のものを対象として取り上げる。

### (1) 窃盗罪との関係(騙取の意義)

例えば、牧野英一(助教授)は、窃盗、強盗、詐欺取財、恐喝取財等はいずれも財物に対する「奪取罪」であると明言していた<sup>97)</sup>。また、矢田常三郎(講師)は、「窃盗強盗詐欺取財は本来は其の性質を異にせず窃盗罪は所有権を侵害する罪の一種にして暴行強迫又は詐欺恐喝の手段に依らずして不法に他人の物を自己の物として処分する意思を以て他人の保有より自己の保有に移すの義なり」として<sup>98)</sup>、窃盗罪と詐欺罪とは、その手段を異にするが個別客体の不正取得罪として同質のものと捉えていた。彦阪秀も、所有者を欺罔して財物を交付させることは、盗罪の奪取の一種であるとしているが、その理由を当該所有者が「概ね真意に出でたるものにあらず」ということに求めている<sup>99)</sup>。

V 章 2 (1) で見たように、旧刑法の解釈として、既に窃盗罪と詐欺取財罪とはいずれも「被害者の承諾なくして財物を取る犯罪に外ならず」との主張もなされていた。上記の見解もこれに連なるものがある。他方で、詐欺罪と窃盗罪との違いは、欺罔による錯誤に基づく同意による財物の交付がなされるか否かにある。こうした説明は、磯部四郎（法律取調委員）ら複数の論者からなされていた<sup>100)</sup>。これらの見解の想定する「同意」の意義は不明であるが、それでも、詐欺罪は処分者に財物を交付・移転させこれを取得することで成立する、と解する点では広く一致が見られる。

判例でも、大判明治 43 年 5 月 17 日刑録 16 輯 879 頁は、連帯保証人がいると称して偽造の公正証書を提示して金銭の交付をさせた、との事案で、「旧刑法 390 条第 1 項刑法第 246 条第 1 項に規定する詐欺取財の罪は 欺罔手段に因り財物を騙取することに依て成立し 苟くも財物騙取の手段として欺罔手段が用ひられたる以上は 其欺罔手段と共に真実なる手段が併用せられたること及び財物の騙取に際し犯人より被害者に与へたる財産上の利益が財物を騙取せられたるに因り被害者の被りたる財産上の損失を賠償得ることは 同罪の成立に影響なきものとす」として、旧刑法時代の大審院判例と同様に、欺罔手段による財物を騙取することで、詐欺罪が成立することを認めている。

## (2) 詐欺罪における「損害」(損失)の意義

泉二新熊（検事）は、詐欺罪における「実害の有無は被害者が給付したる物と犯人より提供したる物との価格を比較差引して判定すべきものに非ず」としていた<sup>101)</sup>。この「価格を比較差引して判定」というのは、ドイツ刑法の経済的財産権概念に基づくものにほかならない。すなわち、泉二は、日本刑法の理解として、行為者と被欺罔者との財産取引上の対価関係を踏まえて、個別客体の喪失を超える財産権損失という意味での実害（損失）の発生を明確に否定していた。これは、V 章 1 (1)、2 (1) で見た旧刑法時代の判例の理解と同様である。ちなみに、1908 年には、ドイツ帝国刑法典の条文を日本語訳した

うえで、これを日本の現行刑法典の条文と比較して掲示する書籍等が複数公刊されていた<sup>102)</sup>。また、同年には、F.v. Liszt の刑法各論の教科書が翻訳出版されて、ドイツ刑法の経済的財産権概念も紹介された<sup>103)</sup>。さらに、例えば小疇伝（検事）は、1908年の論稿で、V章2(1)で見た旧刑法時代の見解とほぼ同様に、詐欺罪の「財産上の損害とは財産上の価値が減少することを云ふ故に仮令一面に於て財物を失ふも被欺罔者に於て同時に之に相当する対価を得るときは財産上の損害ありと云ふことを得ず」とし、またこの財産上の損害は「経済的価値を標準として断定すべきなり」<sup>104)</sup>としていた。こうして、ドイツ刑法の経済的財産権概念による財産権損失の概要が明らかになりつつあった。実際に、大場茂馬（検事）は、後述のように、小疇を同旨の論者として挙げつつ、なお Liszt の見解に依拠した経済的財産権概念を承継している。しかしながら、そうした見解を直接に展開するのは、小疇と大場くらいしか見あたらない。上記5(1)で見た一般的な理解と合わせると、学説の大勢は、ドイツ刑法の財産権概念、少なくとも経済的財産権概念には全く依拠していなかった。

この点は、上記大判明治43年5月17日を見ても明らかのように、判例も基本的には同様である。また、大判明治44年2月27日刑録17輯201頁は、適法に娼妓嫁をなすものと偽って、その前借金の交付を受けた、との事案で、「其詐欺行為に因りて金円の交付を為さしめたる以上は相手方に財産上の実害を生ぜしめたること明白なり」として、やはり旧刑法時代の判例と同様に、個別客体の交付（喪失）が詐欺罪の「実害」であるとしている。また、大判明治43年4月7日刑録16輯540頁は、食塩を外国に輸出する意思がないにもかかわらず、これを輸出するものの如く装い特別の定価を当該官吏に提供し売下を受けた、との事案で、特別の定価と一般の定価との差額を不法に利得したものとして現行刑法246条2項に問擬される虞はあっても、同1項の塩全部の騙取とはいえないとの弁護人の主張に対し、「被告等が当初より本件食塩を外国に輸出する意思なきに拘はず外国に輸出するものの如くM塩務局員を申欺き普通売下の定価の半額にも達せざる特別の定価を提供し売下を受くるを名として

之を騙取したるものにして 其特別定価を提供したるが如きは詐欺の手段に外ならざれば 原院が刑法第 246 条第 1 項に問擬したるが正当」とした。ここでも、V 章 1 (1) で見た旧刑法時代の判例の「騙取額」の理解が踏襲され、売下を受けた全部につき詐欺罪が成立するとされている。

もっとも、大判明治 44 年 5 月 29 日刑録 17 輯 1011 頁は、他人から預金通帳を預かった被告人がその他人の承諾があるかのように装って当該預金の払戻を請求してこれを受けた、との事案で、「凡そ詐欺罪は被欺罔者が被害者本人たると將た第三者たるとを問はず 苟も欺罔に原因して他人に財産上の損害を生ぜしめ 其財物を不正に領得し若くは財産上不法の利益を得るに於ては成立するものにして H は M 銀行に対し消費寄託に依る債権を有するのみにして同銀行より被告等に交付したる金員は銀行の所有にして H の所有に非ざることは論なしと雖も 被告等の欺罔に原因して H の財産上の損害を生ぜしめ 被告等は財産上不法を利益を得たるものなるを以て 其の行為の詐欺罪を構成するや疑いを容れず」とした。この判例は、被欺罔者の銀行による金銭交付があるにもかかわらず、預金通帳の持ち主（預金債権者）に実質的な「財産上の損害」が生じることを理由に、2 項詐欺の成立を認めている。しかし、大判明治 44 年 11 月 14 日刑録 17 輯 1981 頁は、銀行から債券を騙取することを企て、債券紛失の除権判決を得ようとしたが失敗に終わった、との事案で、債券の所有者に対する 2 項詐欺の未遂であるとしつつ、「元來詐欺罪なるものは人を欺罔し財物を騙取し若くは不法に財産上の利益を取得するに因り構成せらるるものにして其被害者甲たると乙たるとは本罪を組成する上に於て何等關係を有すべきものにあらざる」として、1 項詐欺の未遂の成立を認めた原判決を破棄しなかった。また、大判明治 45 年 7 月 4 日刑録 18 輯 1009 頁も、偽造小切手を行使して銀行から金銭を交付させた、との事案で、「詐欺罪は他人を欺罔して財物を交付せしむる事実あるを以て足り財物交付に因りて相手方に損害を生ずることを必要とせず 其結果が利害關係の存する第三者の方面に発生するも詐欺罪の成立に消長を来さざるものとす」とした。このように、現行刑法制定直後には、や

や混乱が見られたものの、2項詐欺を含めて、原則として個別客体の交付（処分）によって詐欺罪は成立する、という理解が定着していく。そうして、行為者から処分者に相当対価の反対給付物が提供されても詐欺罪は成立する、という判例が積み重ねられて、「欺かれなければ交付しなかったはずの個別財産の交付による領得（喪失）」で詐欺罪の成立を認める伝統的見解（規範）が一層確立していくことになる。

ちなみに、現行刑法 247 条の背任罪の「財産上の損害」についても、これが現在いうところのいわゆる「全体財産」（財産状態）の損害であることも、学説ではほとんど言及されていない。池田邦助（士族）が、背任罪の「財産上の損害とは本人の財産を減少せしむるか然らざれば本人が得べき利益を喪失せしむるを云ふ」として、財産の「減少」に触れているにすぎない<sup>105</sup>。しかし、池田は、詐欺罪については、被欺罔者が財物を交付する決意をさせられて、行為者がその財物を取去ることで成立する、としており、「財産の減少」が必要とは全く述べていない。これに対して、大場は、後にも詳しく見るように、詐欺罪については明らかにドイツ刑法の経済的財産権概念に基づく損失の発生を要求していた。その大場も、背任罪については、「背信罪に依り直接に侵害せらるる法益は法律又は契約に基づく債権なり」とし、「財産上の損害とは其意義広くして本人が現に有する財物に対する侵害のみならず其有する権利及び将来期待することを得べき利益に対する損失をも包含す」とするに留まる<sup>106</sup>。「期待」も含む点で、ドイツ刑法の経済的財産権概念が踏襲されているようにも思えるが、背任罪の損害概念自体について必ずしも詳論されていない。このように、現行刑法制定直後には、背任罪についてさえ、いわゆる「全体財産」概念が明確に確立していたわけではなかった。

なお、明治 43 年の東京控訴院判決では、背任罪の「構成要件たる財産上の損害とは財産の価値を減少するを謂ふものなるを以て債務の負担も亦損害なりとす」としたものがあるようであるが<sup>107</sup>、詳細は不明である。管見では、「所謂財産上の損害とは汎く財産上の価値を減少するを云ひ」として、背任罪

の損害の意義を明らかにした大審院判例は、大判大正 2 年 4 月 17 日刑録 19 輯 511 頁ではないかと思われる。

### (3) 「財物」と「財産上の利益」の意義

i) 「財物」 財産犯における「財物」には、金銭価値または交換価値のあることが必要か否かについては、学説では議論があった<sup>108)</sup>。

例えば、大脇熊雄(検事)は「財物は財産的価値を有するものに限る。財産的価値を有すとは必ずしも一般的客観的に交換価値を有する物なることを必要とせず、特定の人が或る関係に於て財産的価値を有する物なれば可なり」としていた<sup>109)</sup>。また、牧野も、財物は「財産権の目的となることを得るものと解するを以て足る 而して財産権は 必ずしも金銭に見積ることを得べきものに対するものなることを要せざる」としていた<sup>110)</sup>。藤沢茂十郎(検事)、山田正賢、田中正身、和田一郎(税務監督局)、大場らも同旨の見解を示している<sup>111)</sup>。これらの見解は、財物交付による詐欺罪の損害(損失)が金銭価値を基準に算定される必要のないことを前提としていると考えられる。

これに対して、池田、青田巳之助、岸本薫次(刑務課長)は、財物とは金銭に見積り可能なことを要するとし、竹村利三郎(銀行員)に至っては「交換価値なき物には窃盗罪成立せず」とまでしている<sup>112)</sup>。もっとも、これらの理解は、窃盗罪も含む財物一般の解釈として示されており、詐欺罪に特化して論じられているわけではない。池田は、財物も金銭で評価可能な「利益」を有するものとしているが、そこにある「利益」と、2項の強盗、詐欺、恐喝の客体たる「財産上の利益」との関係については明らかにしていない。

V章 1 (2) で見たように、大審院判例は、旧刑法の詐欺取財罪の「財物」は「財産上の価値を有する物体」である必要もなく「交換価格」を有しなくとも「所有の目的となり得るもの」であれば足りるとしていた。大判明治 43 年 6 月 20 日刑録 16 輯 1238 頁でも、これがほぼ踏襲され、現行刑法 246 条 1 項の「財物」についても「経済上交換価値を有するものに限らず苟も財産権の目的と為り得

べきものを汎称する」とされた（他人の署名入りの文書作成用の白紙の事案）。なお、樋山広業（韓国法務補佐官）は、特に詐欺罪の財物につき、「総て吾人の資産を組成する所の有体物を総称し彼の動産又は不動産を包含す」として、「資産」という語を用いており、田中も、同旨の見解を述べている<sup>113)</sup>。後述のように、「財産上の利益」について「資産」の構成要素とする論者は他にも若干見られるが、財物について「資産」の構成要素とする論者は、樋山及び田中以外には見あたらない。しかし、ここでいう「資産」がドイツ刑法の財産権（Vermögen）を参照したものなのかどうかは定かではない。IV章4で見たように、旧民法典1条1項では、ポ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。樋山及び田中は、この旧民法の規定を参照したのかもしれない。確かに、旧民法の「資産」は、ドイツ法の Vermögen を参照したフランス法の patrimoine の概念に端を発している。しかしながら、樋山及び田中は、例えば、詐欺罪について、「資産」上の損失が必要であるとは論じていない。

ii) 「財産上の利益」 竹村は、2項強盗の財産上の利益について、「例えば労力に対する報酬賃借料等に付ても成立し得べきものなり 例えば車賃に対するが如き之なり」と説明している<sup>114)</sup>。本稿では、上記のように、事後の財物等の不正取得と等しい債務免脱を処罰対象とすることが、現行刑法の2項の強盗・詐欺・恐喝の各規定で「財産上の利益」が設けられた主たる理由であった、と考察した。竹村の説明は、提供済みの労力の報酬賃借料等の免脱が想定されているとすれば、本稿の考察と合致する（債務免脱のみを例として挙げるのは、宇都宮裁判所検事局、杉田欽吾<sup>115)</sup>）。なお、田中は、詐欺の手段で財産上不法の利益を得た場合、「其結果より見るときは財物の騙取に外ならずと雖も此場合は間接の關係なるを以て欺罔騙取の中に包含せしむるは穩当ならざるを以てなるべし」と述べている<sup>116)</sup>。その正確な趣旨は不明であるが、財産上の不法の利益を得たとは、財物の騙取に「外ならない」程に同視しうるものが想定

されている、とも解される。また、例えば、大橋誠一・嶋村次男（いずれも弁護士）は、2 項詐欺の規定は旧刑法がこれを処罰対象としていなかった「欠点を補足したるもの」としており<sup>117)</sup>、その趣旨は不明なものがあるが、2 項詐欺を 1 項詐欺の補充規定と解しているようにも見える。

他方で、財産上の利益とは「金銭に見積もり可能な利益」を指す、という見解も少なからず示されていた<sup>118)</sup>。さらに、上記のように、財産上の利益は、「資産」の構成要素であるとする見解も示されていた。例えば、藤沢は、「財産上の利益とは民法上の動産と不動産とを問はず総て吾人の資産を組成する利益を総称す 換言すれば本項財産上の利益中には物権と債権とを包含す」とし、和田、岸本も同旨の見解を示していた<sup>119)</sup>。もっとも、和田は、上記のように、「財物」は交換価値を有し金銭に見積る必要はないとしており、交換価値の要否で、「財物」と「財産上の利益」とを明確に区別して理解している。また、「資産」とされるものの構成要素が、物権・債権という法的権利の総称なのか、それとも金銭価値のある利益の総称であるのかについても、必ずしも判然としない。例えば、和田は、上記の泉二の見解と同じく、詐欺罪の「実害の有無は被害者が給付したるものと犯人より提供したる物との価格を比較差引して判定すべきものにあらず」としており<sup>120)</sup>、ドイツ刑法の経済的財産権概念による財産権損失の発生を明らかに排斥している。上記の諸見解の真意は、2 項の財産上の利益を「資産」（ドイツ刑法の財産権）の一部として理解すべきということにあったのかもしれない。しかしながら、その趣旨は必ずしも明確でなく、理論的にも確固としていたわけではなかった。

これに対して、大判明治 43 年 5 月 31 日刑録 16 輯 995 頁によれば、2 項詐欺の客体である「財産上の利益」とは、「有体の財物にあらざる」ものをいうとされた（ただし金銭騙取の事案）。また、大判明治 42 年 12 月 13 日刑録 15 輯 1779 頁は、「詐欺罪の手段に因りて積極的に財物の給付を得たる行為のみならず、消極的に利益を得たる行為即ち債務の免脱を得たる行為」にも 2 項詐欺が成立する、とされた。ここでは、「積極的に財物の給付を得たる行為」との

対比で、「消極的に利益を得たる行為即ち債務の免脱を得たる行為」とされており、その趣旨は債務の免脱が財物の事後的な不正取得として2項詐欺で捕捉される、というようにも見える。さらに、大判明治44年10月5日刑録17輯1598頁によれば、「弁済の延期は債務者をして一時債務の履行を免れしむるものなれば債務者は之に因て現実的財産上の利益を得ることなしと云ふを得ず従て詐欺の手段に依り弁済の延期を為さしむるに於ては詐欺罪を構成する」とされた。もっとも、この事案では、破産状態にあった債務者が債権者に対して財産全部の配当支払・残余債務の年賦支払をする、という示談において、財産の一部を隠匿して債権者に配当支払をした、というものであり、そもそもそうした示談に応じること自体が債権者にとって「弁済を不確実にする債務免脱に等しき結果」をもたらすもの、との判示もなされている。この点には注意を要する。不可罰とすべき「単なる債務不履行」との区別という観点からも、債務の弁済延期（一時猶予）を「財産上の利益」として常に一般化すべきでなく、事後的な財物等の騙取に等しい債務免脱に類するかどうかを見極める必要があるように思われる<sup>121)</sup>。

ちなみに、判例では、上記のように、財産上の利益が「交換価格」ないし「金銭に見積り得べき利益」であるか否かや、「資産」を構成する要素か否かは論じられていない。なお、少し時代は下るが、大判大正9年5月8日刑録26輯348頁は、いわゆる無銭飲食・宿泊の事案で詐欺罪の成立を認めた。ここでは、飲食の不正取得も含めて詐欺罪の成立が一括して認められているが、宿泊については2項詐欺の成立が認められたものと思われる（戦後ではあるが、無銭宿泊・遊興につき、2項詐欺の成立を明示的に認めたものとして、最判昭和32年6月25日集刑119号599頁）。飲食とは異なり、財物の交付を伴わない無銭宿泊・遊興・無賃乗車（役務（労力））は、旧刑法390条の詐欺取財罪では不可罰となるものであった。

iii) 債権取得の位置づけ 他方で、学説では、2項強盗を含めて、財産上の

利益の例として、債務（義務）の免除や労力の提供等のみならず、権利（債権・請求権）の取得（創設）を挙げる見解も少なからず見られる<sup>122)</sup>。例えば、牧野は、「労力の提供」のほか「権利の取得」を挙げる<sup>123)</sup>。また、牧野は、1911 年の解説で、欺罔をして財物交付の契約をさせた行為につき、246 条の「第 1 項の犯罪未完了を以て論ぜざる可からざるや疑いなしと雖も 所謂「財産上の利益」なる語果たして現実的利益に限らざる可からざるやは決して単純明白なる問題に非ざるなる。余輩は寧ろ利益なる語を解して広く現実上の利益と法律上の利益とを包含するものと解す」としている。牧野は、「現実的の利益に対する侵害の危険を生じたるに過ぎず、故に未だ之を犯罪の既遂と解することを得ず」という反対説があるが、現代の社会の取引の実際をみれば一定の権利取得が確立すれば、現実的利益の獲得は当然に発生する、とし、「法律の保護する所は固より現実的利益の確保に在りと雖も 其の現実的利益を保護するの必要上 別に法律的利益即ち権利を現実的利益より独立して且つ之を平等に保護するの必要あり」として、2 項詐欺の既遂の成立を認めるべきとする<sup>124)</sup>。しかし、現代の社会の取引において一定の権利取得が確立すれば現実的利益の獲得（財物の交付）が当然視されるというのは、抽象的な一般論ないし単なる行為者の期待でしかないのではないか。ともかく、「現実的」には行為者は未だその利益を何ら得ていない。しかも、現実的利益を保護する必要上権利を保護すべきとしても、それがなぜ 1 項詐欺の未遂では達成しえないのかも定かではない。

もっとも、債権取得（権利取得）を財産上の利益取得に含む、という理解が、ドイツ刑法の財産権概念の影響を受けたものとはいえない。例えば、牧野は、1917 年公刊の体系書では、強取・騙取の客体である「財産上の利益」の取得が認められるのは、債務免除、労務提供をさせる場合と並んで、「単純なる一定の意思表示を為さしむる場合」を挙げている。しかし、これについてはなお「例えば被害者をして債務を負担する旨の証書を提供せしむるが如し」ともされ、これは旧刑法の詐欺取財罪で財物騙取のほか証書類騙取が認められていたことに由来する旨が指摘されている<sup>125)</sup>。V 章 2 (3) で見たように、旧刑法時代の

判例では、「証書類」の実質をめぐって、「権利」なのか、一種の「財物」なのかについては、見解が分かれていた。牧野は、前者に解して、債権取得（被害者側からすると債務負担）は現行刑法では2項犯罪の客体になる、としている。ここには、債権取得（権利取得）は財産上の利益取得にあたる、という理解が、ドイツ刑法ではなく、（その当否は別として）日本の旧刑法の踏襲であることが示されている。

IV章2(3)で見たように、旧刑法の日本側立法者の鶴田は、古律の伝統も踏まえて、財物交付を内容とする債権取得の段階で財物の不正取得罪の既遂の成立を認めることを消極的に解していた。そうして、ボアソナードを説得し、詐欺取財罪に未遂処罰規定を置くことを最終的に了承させた。しかし、現行刑法246条の制定直後には、それがドイツ刑法の影響ではないとしても、複数の論者がその伝統から一步踏み出し、「債権取得」を財産上の利益の客体に含めるべきと解していた。しかし、それでは、欺罔を用いて財物の交付を内容とする債権を取得した場合に、1項詐欺(財物騙取)の未遂との関係はどうなるのか。この点は全く議論されていない。これに対して、小疇は、「財物の騙取は財産上の利益を得る一の場合に過ぎず従て第1項は第2項の例示規定の憾あるも既に法文に於て項を分て之を列記する以上は二者別異の場合に付き規定せられたるものと解するを至当とす」とし、財物騙取の目的を以て人を欺罔し財物を交付する旨の承諾を得たるも未だ財物の交付を受けざる場合」は、2項詐欺の既遂ではなく、1項詐欺の未遂を論ぜざるをえない、としている<sup>126)</sup>。小疇の冒頭の理解は、上記3(1) v)で挙げたドイツ刑法の継受とする考察と符合するものがある。しかし、小疇は、1項詐欺と2項詐欺とが区別して規定された限り、そのようには解釈しえないとして、これを明確に斥けている。そうして、このことを前提として、「財物を交付する旨の承諾を得たるも未だ財物の交付を受けざる場合」は、1項詐欺の未遂であると結論づけている。小疇は、債権取得(財物交付の承諾)について、1項詐欺と2項詐欺の相互関係が問題となりうることを適切に理解して、条文の構造に忠実に、その結論を導こうと

していた、と評価しうる。

判例では、「財物交付を内容とする債権取得」それ自体を「財産上の利益」の取得として 2 項の利益詐欺の既遂の成立を認めた戦前の判例としては、公共請負工事で不正の入札をして請負契約を締結させた事案に関する朝鮮高判大正 3 年 9 月 17 日朝鮮高等法院判決録 2 卷 157 頁、同大正 6 年 5 月 10 日朝鮮高等法院判決録 4 卷 106 頁等があるが、それ以外の事案で、かつ大審院判例では見あたらず、戦後でも、詐欺罪に関しては、最判昭和 43 年 10 月 24 日刑集 22 卷 10 号 946 頁 (詐欺賭博の債務負担の事案)、高松高判平成 15 年 10 月 28 日 LEX/DB28095011 (公的融資貸付契約締結の事案) くらいしか確認できない<sup>127)</sup>。これに対して、大判明治 44 年 6 月 16 日法律新聞 734 号 28 頁は、債権取得の事例ではないが、相手方を欺罔して債権への抵当権の設定を承諾させた、との事案で、「証書の授受なくして単に T をして右貸借に因りて生ずべき債権に関する抵当権の設定を承諾せしめられたばとて未だ形式上に於ても何等不法の利益を取得したるものと謂ふべからず」として、少なくとも口頭での承諾ではならず、証書 (財物) の交付が必要であるとしている。また、時代は下るが、大判大正 11 年 12 月 15 日刑集 1 卷 763 頁は、立木の騙取を企て、欺罔を用いてその所有者に売買契約を締結させた、との事案で、「犯人に於て現実に之が引渡を受け 若は他人の土地に於て立木を所有することを得べき権利取得の登記を為すに非ざれば 其の詐欺は既遂罪を構成せざること明なり」としている。

なお、債権取得の段階で、2 項恐喝の成立を認めた判例は、大判明治 44 年 12 月 4 日刑録 17 輯 2095 頁、大判大正 8 年 5 月 23 日刑録 25 輯 673 頁、大判昭和 6 年 7 月 27 日法律新聞 3301 号 9 頁、最判昭和 26 年 9 月 28 日刑集 5 卷 10 号 2127 頁が確認される。これに対して、東京高判昭和 37 年 8 月 7 日東高刑時報 13 卷 8 号 207 頁は、「刑法第 236 条第 2 項の罪の財産上不法の利益を得又は他人をして之を得せしめたるものとは、同条第 1 項の財物を強取した場合と相対応して規定した法意から按ずると、後者において現実に財物の占有の移転が必要である如く、前者の場合においても債務免除の場合の如く単に意思表示

示のみで事実上も債務免脱の効果の発生するが如き場合は別とし、山林上の権利の取得の如き場合にあっては、単に意思表示のみでは足りず、法律上又は事実上財産上不法の利益の取得があったと認め得る場合であることを要する」として、債務免脱と明確に区別して、単なる意思表示での権利取得で2項強盗の成立を認めることを決然と否定している。なお検討を要するが、債権取得による2項犯罪の成立を認める判例は比較的初期のものが多く、また、特に2項詐欺については、その成立を認めることに、判例は基本的に慎重な態度を示している、とひとまず総括しよう。

#### （4）ドイツ刑法の詐欺罪規定との比較的考察

以下では、現行刑法定直後に、ドイツ刑法の詐欺罪との比較法的考察をも踏まえて詐欺罪の損害（損失）ないし財産上の利益などを論じる見解の要旨を示す。上記の学説から少し後の年に示されたものもあるが、本稿の問題関心に照らし、興味深い主張がなされているので、ここに紹介する。

i) 大場茂馬の見解（1909） 大場は、刑法各論の体系書において、詐欺・恐喝によって侵害される法益は「物権、債権又は他の財産上の権利若しくは利益の一に限るべきものに非ずして其全部が悉く此三罪に依り侵害せらるべき客体たるを得るものなり。故に動産、不動産の別を問はず、又物権、債権若しくは他の財産権に属すると否とを問はず又其他将来得べき利益と雖も悉く此三罪の客体たるを得るものとす。去ればフォン、リスト氏は此種の犯罪を指称して一般に財産に対する罰すべき所為（Strafbare Handlung gegen das Vermögen überhaupt）と為し以て他の犯罪と区別せり」としていた<sup>128)</sup>。大場は、リストの見解に依拠してこのように詐欺罪を明確に「財産」すなわち「Vermögen」に対する罪として位置づけていた。

そうして、詐欺罪の「財産上の損害」については、次のように述べられている。「錯誤に基づく財産上の処分は其被害者に対し不利益なる効果を及ぼすべ

きものならざる可からず。処分の結果財産上の価値減少したるときは損害ありたるものと謂ふべし。処分の結果処分者の有する財産上の価値が処分前より小なるときは恒に損害ありたるものなり。故に財産上の損害あるには必ずしも物が所有者の手より離るることを要せず。被欺罔者が錯誤に陥りたるが為め或は義務を負い或は保証人となり或は支払期限の延期を承諾する如き悉く財産上の損害ならざるはなし、「物の交換に於て其先方に渡したる物と同価格の物を得たる場合に於て財産上損害なしと謂ふべし」、「然れども茲に注意すべき物の価格並に其対価を算定するに当り 恒に関係者の個人的関係を眼中に置かざる可からざること是なり。是特定人に対しては高貴の価ある品 例へば系譜の如きは之に関係なき他人に対しては半銭の価なきが如き場合あり、又例へば小売商の注文書に従ひ商品を交付する卸売商が欺罔して注文書と異りたる商品を交付したる場合に於て 其交付せられたる商品が同一価格を有し且つ注文書記載の商品と同様に小売に適する場合に於ては何等財産上の損害なきも 之に反して其交付せられたる商品は捌口宜しからざる場合に於ては損害ありと謂はざる可からざるが如し。又注意すべきは純然たる感情上の好悪は之を眼中に置く可らざること是れなり」<sup>129)</sup>。

ii) 秋山高三郎の見解 (1911) 秋山 (判事) は、「刑法二百四十六条の適用に就て」と題する論稿で、「財物の交付を受くるは財産上の利益を得る外ならざるが故に 独逸刑法の如く財産上不法の利益を得たる者と規定すれば現行刑法第 246 条第 1 項、2 項の総ての場合を包括し得るに拘らず 何故に現行刑法の起草者がそうしなかったのか「其理由を知るに苦しまざるを得ず、併乍既に斯く規定せる以上は財物の騙取と財産上の不法利益取得とは之を区別せざるを可からず 即ち現行刑法の起草者が不法の利益の中に財物騙取を包むものと認めたらんには第 1 項の規定を置くべき理由なきに拘らず之を置きたるに由りて見れば 第 2 項に謂ふ所の財産上の不法利益の中には財物騙取を包まずと解釈せざるを得ず」とする。そうして、上記 3 (3) iii) で見たように、その理

由づけとして、明治34年草案理由書が「動産・・・其他の財産上の利益」として両者を区別していることを挙げている。そのうえで、秋山は、欺罔による「物を目的とする債権の取得」の場合には、「権利取得は本条第2項の罪に非ずして第1項の未遂罪なり 財物の交付を受くるに至りて始めて既遂となる」とし、「現行刑法立法の沿革に於て旧刑法の下に未遂罪として処罰したりしところのものを既遂罪として処罰せんとしたるの趣旨は之を何処にも認め難し殊に犯人の目的より考ふれば詐欺に因り債務の免除を受け抵当権投棄の抹消を為さしめたるが如く 犯人が終局的に目的を達したる場合と 先ず債権を取得し之に因て後に財物の交付を受けんとするが如く未だ終局的に目的を達せざる場合とは 権衡上之を区別して観察すべきもの」としていた<sup>130)</sup>。

iii) 後藤多喜蔵の見解 (1912) 後藤(司法官補?)は、「財産上の損害は詐欺罪の成立要件なりや」と題する論文で、大場と小疇の名前を挙げたうえで、「被害者の財産上の損害は詐欺罪の構成要件なりや 構成要件なりとせば其意義如何にあり」という問題提起をしている。そうして、ドイツ刑法では「窃盜及び強盜の客体に付き物 (Sahsh) (原文ママ) なる語を用いたるに拘らず詐欺の客体としては財産 (Vermögen) なる語を用いたる」ので、例えばLisztが詐欺罪を金銭上の価値ある一般財貨の総括体たる財産に対する利得犯罪とし、財産の個々の特定の構成分子に対する他の財産犯罪と区別することはドイツ刑法においては理由がある、とする。しかし、後藤は、これと異なり「窃盜強盜の客体を財物とせると同じく騙取の客体も亦財物と規定せる我刑法に於ては斯の如き議論を立つる根拠なし」と断じる。また、ドイツ刑法では、「詐欺の本体は 不当利得の目的を以て欺罔手段に因り他人の財産を害すること (Vermögensbeschädigung)」にある、と定義し、「財産上の損害が本罪の構成要件なることに付きては争なしと雖も 何を財産上の損害と謂ふやに至りては学説区々に分れ論争劇甚」とする。そのうえで、後藤は、ドイツ刑法の多数説では、犯人の所為により相手方の財産の総価値が減少したと見ることができる

場合に詐欺罪の成立を認めるが、犯人から十分な対価を受けたときは財産上の損害が否定されると分析する。後藤は、結論として詐欺罪の「財産上の損害なるものは他人が財物を失ひたること即ち騙取せられたることそれ自身に外ならざるが故に騙取の一面に過ぎず従て詐欺罪の客観的構成要件として別に之を列挙するは無益ならん若し又此意味にあらずして財産上の損害を詐欺の成立要件とせば我刑法の解釈としては全然失当の見なりと信ぜんとす反対論は規定を異にせる外国法の解釈を偏重して我刑法々典を無視せんとするの憾なき能はず」とする。そうして、上記の大判明治 40 年 12 月 23 日、明治 43 年 5 月 17 日、明治 44 年 2 月 27 日について、「我新旧刑法の解釈上其當を得たるものなるを信ぜんとす」とし、「余は我が法律の明文を読んで刑法の真理を推感せんとす」としている<sup>131)</sup>。

iv) 山岡萬之助の見解 (1912) 山岡 (検事) は、「詐欺罪」と題する論稿で、ローマ法以来の西欧の詐欺罪及び日中の詐欺罪の歴史的沿革を紹介したうえで、Köstlin、Merkel、Frank、Liszt らの見解を適宜交えつつ、ドイツ法を参照して、次の点を含めて詐欺罪の構成要件の詳細な解説を行った<sup>132)</sup>。

「新刑法に於ける詐欺罪は財産罪 (Vermögen Delict i.e.Sinn.) なり。即ち詐欺罪の処罰は啻に財物を騙取したる場合に止まらずして欺罔に因る財産上不法利得を一般に処罰するなり。旧刑法は有形物たる財産若しくは証書類の騙取のみを処罰することと為し詐欺罪を以て一種の物件罪と認めたり。従って新旧二法に於ける本罪の目的物は範囲に於て広狭の差異を存し同時に性質上の変更を生じたり」とする。また、「所謂財産とは 啻に金銭的権利義務の総括たるに止まらずして却て経済的価値の総体を指称するなり。故に例へば信用若しくは権利の証拠の如きも亦茲に財産たり。財産は 之を大別して二者と為すことを得、即ち有体財産及び無体財産是なり。新刑法は 此の区別を根拠とし有体財産に属する財物の騙取と無体財産たる財産上の不法利得とを分って規定したり。前者は所謂領得罪 (Aneignungsdelikt) にして 後者は利得罪 (Bereicherungsdelikt)

なり。我刑法が独逸刑法等と異なり詐欺罪の本質たる利得罪以外に領得罪を認めたるは全く沿革上の理由に基くものなり。即ち旧刑法に於ては有形物の騙取たる領得罪のみを以て詐欺罪と認めたるに因り現行刑法に於て此概念を全然放棄し詐欺罪を以て利得罪と為すは立法的見地に於て相当と認めざりし結果一面旧法の如く財物騙取たる領得罪を認め他面に利得罪を認め以て全きを期したるものなり。理論上に於て財物は之を価値の方面より観察せば一個の無形的利益を存するものなるを以て財物取得は即ち利益を取得するものなりと謂ふを得べく従て概念上利得の外領得を認むるの要なしと雖も我現行刑法の解釈としては領得と利得とは之を対立せしめ詐欺取財と詐欺利得との二者を認めざる可からず」。そうして、1項詐欺については「本罪を以て利得罪に相当する解釈を為し騙取の物体は交換価値を有すること即ち金銭に見積り得べき物たるを要すと論ずる者ありと雖も是れ徒に他国の法典に従ひたる解釈を為すものにして我刑法上適當なるものに非ざるなり。吾人は本罪の目的物を以て窃盜の物体たる財産と等しく必ずしも金銭に換価し得べき価値あることを必要と認めざるなり」として、窃盜罪と同質の犯罪であることを示唆している<sup>133)</sup>。

## (5) 小括

現行刑法制定直後の判例では、旧刑法の詐欺取財罪に関してと同様に、「人を欺罔して錯誤に陥らしめたる結果財物の占有を移付せしむる」ことで詐欺罪は成立するとして、この交付を超えた損害（損失）の発生は要求されていなかった（このことは、一部の学説からは異論が示されていたものの、「財物」の意義に関する判例の立場からもさらに裏づけられる）。初期の一部の判例では、2項詐欺との関係で、実質的な損害（損失）が考慮されていたとも解しうが、それがその後一般化されたわけではない。学説でも、詐欺罪は盜罪の一種として判例と同様の理解が前提となっており、小疇や大場を除くと、ドイツ刑法の経済的財産権概念による財産権損失を要件とすべき、という見解は明示的には全く示されていなかった（ただし後述のように山岡は2項詐欺では同様の理解

を示している)。小疇や大場は、Liszt 等の経済的財産権概念が日本法の詐欺罪にもそのまま妥当することを示している。しかし、その理由は明らかではなく、後藤からは、そうした態度は日本刑法の詐欺罪規定の解釈として適さない、として厳しく批判されていた。しかも、大場は、Binding の法的財産権概念のような「異説」は全く示していない。ドイツ刑法での詐欺罪の財産権とその損失の概念の議論状況の詳細な紹介は、管見では、1929 年の安斎保「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)の論稿まで待たなければならない。現行刑法制定後 20 年以上経てようやくドイツ刑法の財産権(損失)概念の詳細が紹介された。このことも、日本刑法の詐欺罪規定がドイツ刑法を継受して制定されたものではないということの傍証にはなる。そうでなければ、ドイツ刑法の議論状況を知ることが極めて重要であって、より早い段階で複数の論者から、その紹介・検討がなされたはずだからである。むしろ、後藤は、ドイツ刑法では「財産上の損害」をめぐって「論争劇甚」であるゆえに、日本刑法の詐欺罪の解釈には、これが必ずしも参照・承継しえないことを示唆していた。この後藤の示唆は、I 章で見たように、ドイツ刑法の影響を少なからず受けている現在の日本刑法の学説の状況を鑑みると、なお含蓄があるように思われる。なお、一部の学説からは、「資産」の語が用いられていたが、それがドイツ刑法の Vermögen を意図したものかも判然としない。

さらに、2 項詐欺が原則類型であるとか、財物騙取も財産上の利益騙取に包括される、といったことを明言する見解は確認できない。それどころか、小疇、秋山及び山岡は、財物の不正取得(騙取)は本来ドイツ刑法のように財産上の利益の不正取得(騙取)に包括して解すべきとしながらも、現行刑法において 1 項と 2 項とが区別して規定された限り、そうした解釈はできない、とこれを明確に自ら否定さえしていた。このことは、明治 23 年草案を契機に、現行刑法では 2 項詐欺が原則類型である、または財物騙取も包括した財産上の利益騙取として規定された、といった理解が、現行刑法制定直後の学説において、およそ採られていなかったことを意味するように思われる。

しかも、秋山は、こうした立法的沿革を踏まえた理解を前提にして、財物交付を内容とする債権取得の段階では未だ2項詐欺の既遂ではなく1項詐欺の未遂に留まるとしており、特筆に値する。同様の結論は小疇も示していたが、秋山は、さらにその実質的根拠を示しているからである。すなわち、欺罔による債務免脱等では既に財物等の提供を受けているがゆえに、行為者の財物等の取得という最終目的が達成されている（それゆえ2項詐欺の既遂となる）。これと異なり、欺罔による債権取得では未だ財物等の提供を受けていないので行為者の財物等の取得の最終目的が達成されていない（それゆえ1項詐欺の未遂となる）。ここに、その根拠が求められている。上記4（5）では、財産上の利益の騙取（不正取得）こそが実質的には「財物等の騙取」（不正取得）の一種であり、それゆえ、2項詐欺は1項詐欺との等価性がある場合のみ認められる、と考察した。秋山の理解は、本稿の考察と基本的に符合する。もっとも、これと異なり、例えば牧野に代表されるように、債権取得も財産上の利益の取得に含まれるとする見解も示されており、（時代は下るが）判例でも極めて少数とはいえ、財物交付を内容とする債権取得の段階で2項詐欺（犯罪）の成立が認められていて、検討すべきものを残していた。だが、他方で、1項と2項との区別という条文にも忠実な解釈から、その結論を既に明快に否定する見解が示されていたことは確認しておく必要がある。

また、山岡は、上記の通り、現行刑法246条の立法的沿革に基づく規定形式から、ドイツ刑法のように利得罪として包括して理解しえない、としたうえで、1項詐欺はなお窃盗罪と同質の領得罪であると考えていた。しかも、財物騙取の客体は「交換価値を有すること即ち金銭に見積り得べき物たるを要す」という上記5（3）で見た一部の見解について、「他国の法典に従いたる解釈を為すものにして我刑法上適当なるものに非ざるなり。」として、厳しく批判していた。そうして、詐欺罪の財物についても、窃盗罪と同じく、「必ずしも金銭に換価し得べき価値あることを必要と認めざるなり」として、旧刑法時代の判例の立場を結論的に踏襲していた。山岡は、ドイツ刑法を参照して、財産上の利益に

は債権取得を含むとし、財物交付を内容とする債権取得も 2 項詐欺の既遂であることを示唆し、かつ 2 項詐欺では経済的財産権概念に類する損害の発生を要求している<sup>134)</sup>。しかし、財物を客体とする 1 項詐欺については、なお上記 5 (1) で見た判例・学説と同様に、旧刑法時代に確立していた伝統的な理解をなお踏襲していた。こうして、ドイツ刑法との比較法的考察は、初期段階であったとはいえ、既にその規定や解釈には直ちに従いえない、との理解は概ね共有されていた、とも考えられる。

## VII. むすびに

本稿の要旨は、以下の通りとなる。

日本刑法の詐欺罪をめぐる一部の学説では、ドイツ刑法の詐欺罪における財産権ないしその損失概念を承継して、詐欺罪の成立範囲を画定しようとの試みがなされている。しかし、日独の刑法の詐欺罪規定には多面にわたり差異がある。そればかりか、ドイツ刑法でも、現行の詐欺罪規定の下で、様々な理論的・刑事制裁的な課題を抱えている。それにもかかわらず、ドイツ刑法の詐欺罪を承継すれば、日本刑法の詐欺罪の成立範囲がおよそ適正に画定されうるのか。他方で、近時では、日本刑法の詐欺罪規定は、従来の見方に反して、そもそもドイツ刑法の詐欺罪規定を継受して制定されたゆえに、日独の詐欺罪規定は共通の基盤を持つとの史的考察も示されている。そうして、ドイツ刑法を承継することが当然視されようとしている。本稿は、こうした現在の議論状況を踏まえて、現行刑法の詐欺罪規定がいかなる経緯で制定されたのか、果たしてドイツ刑法を継受して制定されたと断じうるのかなどについて、改めて確認・考察し、日本刑法の詐欺罪規定の制定過程の歴史的重みを見つめ直す契機を提供しようと試みた。それにより、日本の詐欺罪をめぐる現状や文化に即した議論が展開されることに多少なりとも役立ちうるのではないかと考えたからである (I・V 章冒頭)。

まず、日中の古律、公事方御定書、仮刑律、新律綱領の詐欺取財の規定を概観し、考察を加えた。そこでは、詐欺取財は、既に文書偽造などと区別されて、窃盗と同様に、個別客体たる財物の不正取得罪として規定されてきたことを確認した（Ⅱ章）。1880年制定の旧刑法390条の詐欺取財罪は、基本的にこの古律以来の伝統と、同じく詐欺罪を個別客体の不正取得罪として規定するフランス刑法とのいわば「合作」として生成された、と考察した（Ⅳ章）。その審議の過程では、ボアソナードと日本側立法者の鶴田と間で、諸々の見解の相違も見られた。しかしながら、結局は両者が歩み寄ることができたのは、日中古律とフランス刑法の詐欺（取財）罪とが上記のように共通の骨子を持っていたことが大きいと考える。旧刑法の審議過程では、ドイツ刑法の詐欺罪規定及びその財産権ないしその損失の概念が直接に参照された形跡は認められない。旧刑法時代の日本の判例・学説の主流も、欺罔による財物・証書類の交付に基づく不正取得で、詐欺取財罪の成立を認める立場であったとあってよい。特に、判例は、この不正取得による客体の喪失自体を詐欺取財の「実害」と捉え、この意味での実害を超える損失（特にドイツ刑法の経済的財産権概念による財産権損失）の発生は不要としていた。現行刑法下での「欺罔されなければ交付しなかったはずの財物の交付による喪失」（領得）で詐欺罪の成立を認める判例及び通説の伝統的理解（規範）の基盤は、既に旧刑法時代に確立していたと考えられる。もっとも、旧刑法時代の判例では、財物・証書類の騙取をおよそ伴わない無賃乗車や無銭飲食・宿泊では、詐欺取財罪は成立しないとされていた。一部の学説では、これらに加えて、財物・証書類の騙取なき債権の不正取得も不可罰となることに対して、疑問や批判が全く示されていなかったわけではない。それでも、旧刑法時代の学説でもドイツ刑法を参照して、その財産権ないしその損失概念を承継しようとする見解は、ごく一部にすぎなかった（Ⅴ章）。

ドイツ刑法の詐欺罪規定の制定過程に目を向けると、文書偽造等や窃盗から明確に独立した詐欺罪は、1851年制定のプロイセン刑法典241条を経て、1871年制定のドイツ帝国刑法典263条でようやく完全に規定された。プロイ

セン刑法典 241 条に関しては、その起草に携わった Savigny の見解を考察しつつ、偽造等から区別された詐欺罪としての処罰範囲を明確にすべく、「財産権損失」を明文の要件とすることが選択された、と分析した。他方で、Savigny が民法学で精緻化した財産権 (Vermögen) 概念は、民法上の権利を中心としつつ、その金銭価値を基礎とするなど、複合的なものであった。このことが反映されてか、19 世紀末から 20 世紀初頭のドイツ刑法では、なお詐欺罪について法的財産権概念と経済的財産権概念と対立していた。もっとも、当時の有力な論者である Merkel 及び Binding は、法的財産権概念を採用しており、それによれば個別の財産権の喪失自体が詐欺罪の損失を基礎づけるというように理解することも可能であった。また、中国の古律では、ドイツ刑法よりも数世紀前に遙かに先駆けて、偽造と区別された盗罪の一種としての詐欺取財が確立していた。上記のように、日本刑法でもこれが継受されていた。また、1810 年制定のナポレオン刑法典でも、個別客体の不正取得罪としての詐欺罪規定が既に確立しており、しかも歴史的にドイツ法での財産権 (Vermögen (独)/patrimoine (仏)) 概念を知ることなく生成されていた。これらのことから、旧刑法の詐欺取財罪の審議過程では、いかなる財産権概念によるにせよ、ドイツ刑法の詐欺罪規定を直接に参照すべき契機が立法上生じなかったのではないかと考察した (Ⅲ・Ⅳ章)

こうした V 章までの考察を踏まえて、Ⅵ章では、まず現行刑法に至るまでの各草案と、現行刑法制定直後の判例と学説とに考察を加えた。そこでは、明治 23 年草案の規定を契機に、現行刑法の詐欺罪規定はドイツ刑法の詐欺罪規定を継受して、「財産損害」を裏面とする財産上の不正 (不法) の利益取得罪を原則類型として規定され、上記のように日独の詐欺罪規定は共通の基盤を持つ、との史的考察 (「ドイツ刑法の継受とする考察」) の当否も検討した。そうして、この考察とは異なる見方が充分にありうる、と結論づけた。これは、従前の史的考察の前提とも基本的に合致するものである。もっとも、当該考察の論者も、その後の別の論稿ではドイツ刑法の継受という点を必ずしも強調していないよ

うに見受けられる。しかし、本稿の考察の核心として、日本刑法の詐欺罪規定はドイツ刑法を継受して、これと共通の基盤を持って制定されたとは決して断定しえない。このことは改めて指摘しておきたい。また、明治28年草案以後に、「財産上の利益」が客体として追加された主な理由は、事後的な財物等の不正取得にあたる債務免脱を捕捉することであり、それゆえ実質的に財物等の不正取得の処罰範囲を拡張することにあった、と分析した（ただし、単なる債務不履行との区別という観点から、債務の一時猶予の場合も含めて、財物の不正取得と等価的であるかどうかの慎重な見極めを要するものとする）。また、1項詐欺と2項詐欺とを区別する規定形式は、現行刑法の改正案でも基本的に維持されており、史的な事実として、2項詐欺が原則類型であるとか、財物の不正取得（騙取）は財産上の利益の不法取得（騙取）に包括されたことを明らかにしようという動向は、確認しえなかった。

現行刑法制定直後の大審院判例でも、詐欺罪は旧刑法の詐欺取財罪と同様に欺罔手段による財物の騙取で成立することを認めていたし、学説でも、詐欺罪は盗罪の一種という理解が示されていた。また、この当時ドイツ刑法の経済的財産権概念による財産権損失の概要が明らかにされつつあった。それにもかかわらず、判例と学説の主流は、少なくともそれと同様の損害（損失）の発生は不要としていたか、あるいは全く言及されていなかった。勿論、現在を生きる我われには、立法者の厳密な意思を確定することは困難であり<sup>135)</sup>、推測の域を出ない面のあることも否定しえない。しかし、同時代を生きた当時の裁判官・研究者には、当然に立法者の意思をより正確かつ直接に受け止めることができていたはずである。その判例と学説の主流の動向において、ドイツ刑法の直接の影響を看取しえない（あるいは一部の見解では、ドイツ刑法の参照が明確に否定されさえしていた。）という事実は、現行刑法の詐欺罪規定の制定過程を考察するうえで、無視しえないように思われる。

もっとも、当時の学説では、2項犯罪について、債務免脱のみならず、債権取得も財産上の利益の取得に含む、との見解が牧野らによって示されていた。

ただし、これがドイツ刑法の影響であるとは断定できない。判例も、財物交付を内容とする債権取得の段階で 2 項詐欺 (犯罪) の既遂の成立を積極的に認めてきたわけでもない。V 章冒頭でも述べたように、現在の学説でも、一般的には、この場合には 1 項詐欺 (犯罪) の未遂に留めるべきと解されている<sup>136)</sup>。これは、債権を客体とすることに消極的であった日本刑法の伝統と、(本稿の考察した) 2 項犯罪の制定の経緯とも合致するものと解する (その経緯からは、2 項犯罪 (詐欺) は全体財産に対する罪で (も) ある、という見解の立法上の根拠も見い出せなかった)。既に旧刑法時代及び現行刑法制定直後の一部の学説が示唆していたように、その背後には、1 項詐欺の財物の不正取得 (領得) と 2 項詐欺の利益の不正取得との間の実質的な等価性という根拠がある。このことも改めて確認しておきたい<sup>137)</sup>。

勿論、情報化社会の進展によって、「財物」以外の「財産上の利益」の重要性はますます増しており、既に両者の流動性を前提とした財産概念の定立が提唱されている。もっとも、そこでも、個人の客体に対する効用価値を基礎とした財物と財産上の利益との実質的等価性の確保が前提とされている<sup>138)</sup>。この「等価性」の由来は、現行刑法の詐欺罪規定が、古律の伝統とフランス刑法の継受を踏まえつつ、旧刑法の詐欺取財罪規定を踏襲し、強盗罪との関係も踏まえて、「財物」を客体とした 1 項詐欺を原則として先置して規定したことにある、と考える。これにより、少なくとも財物交付を内容とする債権取得にはこの等価性が明らかに認められないとして、2 項詐欺 (犯罪) の成立範囲を画定しうる。これに対して、ドイツ刑法では、財物と財産上の利益という客体の区分けをせずに、利得目的での財産権損失を要件としている。それゆえ、財物との等価性という制限が充分には働かないままに、物権のみならず債権や期待 (見込み利益) が財産権に含まれ、これに関する損失が認められて、詐欺罪の成立範囲が (日本刑法と比べて) 拡張しうる。だからこそ、他方では、単なる客体の移転による喪失を超えて、取引での対等な両当事者に相互に生じる債権債務の対価関係 (差引) を踏まえた「財産権損失」の発生を要求する必要が生じて

いる、とも考えられる。そうでないと、詐欺罪の成立範囲の拡張を一層回避しえないからである。しかし、財産権ないしその損失をめぐるは、未だに「論争激甚」であって、理論的にも実務的にも難題を抱えている。ドイツ刑法の継受とする考察は、日本刑法での1項詐欺（犯罪）と2項詐欺（犯罪）及び「財物」と「財産上の利益」の相互関係について、なお議論の尽くされていない現状を浮き彫りにした。この意味でも、この考察は貴重なものといえる。しかしながら、この考察が、仮に財物と財産上の利益との等価性を必ずしも重視しない、というのであれば、その主張には上記の点に照らしてなお慎重を期すべきものがあるように思われる。

他方で、日本の「欺かれなければ交付しなかったはずの個別財産の交付による喪失（領得）」で詐欺罪の成立を認める伝統的見解（規範）は、既に中国古律以来の伝統にも根ざして旧刑法時代に確立したものである。その規範は、2項詐欺が制定されたことで、若干の動揺を経験したものの、現行刑法制定直後の判例や学説において積み重ねられて、現在まで定着してきた。伝統的見解の当否は、その歴史的な重みも念頭において、検討する必要があるように思われる。また、Ⅵ章4（5）で触れたように、現行刑法の詐欺罪規定は、包括的な大衆（消費者一般）の財産保護にも資する面を一定の範囲で有しているとも考えられる。Ⅴ章冒頭で述べたように、それをさらに理論的に補強するのが伝統的見解であるとするれば、現在の詐欺罪をめぐる社会の状況をも踏まえて、その意義を考慮すべきものと考えられる。

勿論、こうしたことを踏まえつつ、伝統的見解を批判的に検討して、さらに詐欺罪の成立範囲を適正に画定しようと試みることは、決して否定されるべきものではない。また、その適正な画定のために、ドイツ刑法の解釈論を承継ないし肯定的に参照しつつ、換骨奪胎して、新規の見解を展開してきた各論者には、率直に敬意を表する。しかしながら、日本刑法の詐欺罪規定は、ドイツ刑法の詐欺罪規定と共通の基盤を持って制定されたとはいいい切れない。そうだとすれば、Ⅰ章で述べたように、ドイツ刑法の承継等を試みるには、一層の

細心さとなお説得的な根拠を示すことを要求せざるをえない。もっとも、これは、ドイツ刑法を承継等しようとする一部の見解のいわば外在的な課題を指摘するにすぎない。その各説の内在的な問題点の検討は他日を期すほかない。本稿で考察した以後の判例・学説の動向の考察についても同様である。

- 1) 内田文昭ほか編著『日本立法資料全集 20 刑法〔明治 40 年〕(1) - I』(1999) 13 ~ 16 頁参照。
- 2) 元老院の審査修正においてなぜこの規定が旧刑法に置かれなかったのか、その理由は不明である。新井勉「西欧刑法の継受と盗罪 (三)」日本法学 67 巻 3 号 (2003) 173 ~ 175 頁は、ポアソナードがこれは恐喝取財にあたると説明していたゆえに、旧刑法 390 条の重複であるとして削除されたと分析する (同旨の推測として、嶋矢貴之「旧刑法期における強盗と恐喝」神戸法学雑誌 68 巻 2 号 (2018) 423 頁注 (15)、429 頁注 (42)。ただし、同 429 頁では、なおその理由は不明である、ともされている)。
- 3) 堀田正忠『刑法釈義第 3 巻下』(1883) 677 頁。なお、Albert Friedrich Berner (ベルリン大学教授) も、旧刑法制定前に村田保の要請を受けて示した意見書において、「日本刑法中強要図利の罪を載せざるは如何」とし、「強要図利」として、証書強請罪の規定を置くべきことを指摘し「独逸刑法に於ては強盗の罪と相併へて之を規定せり」と指摘していた (1886 年 (明治 19 年) の「ベルネル氏日本刑法に関する意見書」(宮島鈴吉訳) 内田ほか編著・前掲注 1) 495 頁)。
- 4) 司法省『刑法表』(1883) 663 ~ 666 頁。
- 5) 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) 236 頁以下参照。
- 6) 内田文昭ほか編著『日本立法資料全集 25 刑法〔明治 40 年〕(5)』(1995) 16 頁以下、49 頁以下、345 頁以下参照。
- 7) ちなみに、旧刑法では、85 条の一般的な自首減輕の規定に加えて 86 条、87 条で財産犯に関する特別の自首減輕規定が置かれていた。これとは異なり、明治 23 年草案では、80 条の一般的な自首減輕の規定があるにすぎない。明治 23 年草案の理由書では、財産犯に関する特別の自首減輕を規定しない理由として、「損害を賠償する程度に従て減等の度を異にするが如きは 其規定細微に過ぎ弊害を生ずるの危険あり」などとされている (篠崎伊太郎『改正刑法草案並理由書』(1891) 133 頁)。なお、明治 34 年草案の理由書では、財産犯の特別の自首規定が廃止された理由につき、「是等私益上の事に由り 刑罰の影響を波及せしむるは不当の規定なる」とされている (法典調査会編『刑法改正案理由書附刑法改正要旨』(1901) 100 頁)。

- 8) 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) (以下『綜覧』と略す。) 127～131頁によった。なお、ポアソナードは、旧刑法の改正案の刑法草案442条では詐欺取財罪の未遂処罰規定を設けている。Ⅳ章2(3)で見たように、ポアソナードは、旧刑法の制定時にはこれを不要と解していた。草案でこれを設けた理由として、「被害者右に掲げたる有価物又は証書類の交付を為さんとするときに於て 犯者に欺かれたることを知了せるに因り 犯者に於ては實際終末の結果を獲得せざりしことあるべし」、これはなお「未遂犯ありとすることを得べし」としている(司法省『ポアソナード氏 刑法草案註釈下巻』(1886)710頁)。なお、19世紀のフランス刑法での詐欺罪の未遂をめぐる動向については、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)20頁参照。
- 9) 『綜覧』・前掲注8)150頁、236頁参照。ただし、佐竹宏章『詐欺罪と財産損害』(2020)62頁注73、74によれば、その関与の度合いは、はっきりしないものが残るようである。
- 10) ポアソナードの刑法草案「第3編 一私人に対する重罪及び軽罪 第2章 財産に関する重罪及び軽罪 第5節 詐欺取財及び背信の罪」の434条の詐欺取財罪の規定は、次のようなものであった(司法省・前掲注8)698～699頁。
- 434条「左に記載したる罪を犯したる者は 詐欺取財の犯人と為し 2月以上2年以下の重禁錮 4円以上 40円以下の罰金に処す
- 第1 仮装の危害を以て恐懼を懐かしめ 又は虚偽の利益を希望するの念慮を生ぜしめ 其他有罪なる計策を以て金額、有価物品、不動産若しくは動産又は権利の譲渡、義務若しくは義務の免脱を記載せる証書を自己に交付せしめたる者 若し公私の証書を偽造したるときは 第237条乃至第250条に照し重に從て処断す」
- その第2、第3では、なお旧刑法392、393条の補充規定と同旨の規定が置かれている。また、同草案439条では、旧刑法391条にあたる準詐欺取財罪が規定されているが、これについても「幼者に高利の金銭を貸与したる時、有益なる物なるも幼者なるを知て之に該物件を売渡したる時、又は物件を買はしめて其価格の不当あらざるも 幼者の資産に応分せざる贅沢物 又は不用物なる時 亦幼者に於て更らに金銭を投じて請求するにあらざれば其所とならざる所の必用又は有益なる物を低価にて売渡すことを決心せしめたる者にも本条を適用す可し」と説明されている(同729頁)。ここでは、幼者に反対給付として提供したものが価格相当であっても、なお不要なものを購入させれば準詐欺取財罪が成立することが明言されている。
- 11) 司法省・前掲注8)911～912頁。内田文昭ほか編著『日本立法資料全集20-2 刑法〔明治40年〕(1)-II』(2009)146頁。
- 12) 内田ほか編著・前掲注11)349、415～416頁。なお、裁判宣告にかかる部分は「勝利の裁判」等として、草案(反訳)でもそのまま残されている。

- 13) 佐竹・前掲注 9) 68 頁。これに対して、淵脇千寿保「詐欺罪の立法及び刑法学説の対応」志學館法学 22 号 (2021) 128 頁は、「現行刑法はドイツ刑法を基にしたものというのが通説である」、としつつ、少なくとも明治 34 年の時点では、例えば江木衷はベルギーやデンマーク刑法のほうをむしろ評価すべきとしており、「日本の刑法がドイツ法系に舵をきったのはわずか数年の間のことである」と指摘する。なお中森喜彦「二項犯罪小論」法学論叢 94 卷 5・6 号 (1974) 225 頁も参照。
- 14) ドイツ刑法典では、「窃盜及び横領」、「強盜及び恐喝」、「詐欺及び背任」がそれぞれ別章立てになっている。明治 23 草案は、このドイツ刑法典の章立てにも従っていない。
- 15) ちなみに、ポアソナードの刑法草案 435 条では、「裁判所に対し又は公衆若くは一人の面前に於て誣罔、誹譏に拂る書面口頭上の脅喝を為し以て金額其他の物件又は財産讓渡しの証、義務の証、義務積放の証を記載する証書類を自己に交付せしめたる者は 3 月以上 3 年以下の重禁錮 5 円以上 50 円以下の罰金に処す」との規定が置かれていた (司法省・前掲注 8) 699 頁)。ポアソナードは、当時のフランス法でも、Chantage は詐欺取財の罪の中に編入されていないが、同 435 条は「詐欺取財の罪は甚だ汎博のものなれば乃ち此中に算入すべきことを認めたるなり」(同 714 頁) と述べている。
- 16) 本稿(上)・(中)での考察を踏まえつつ、以下では Vermögen 及び Vermögensschaden は、「財産権」及び「財産権損失」と訳すことにする。Vermögen は、民法上の概念として生成・発展し、Savigny によれば物権・債権を基礎とするものであった。また、刑法上の概念としても、19 世紀末から 20 世紀初頭にかけて、Merkel や Binding ら有力な論者は、まずもって Vermögen の要素として民法上の財産権を基礎としていた。現在のドイツ刑法での通説である(民)法的経済的財産権概念でも、なお経済的観点との関係を踏まえつつ、民法上の財産権がその基礎となると理解されている (Walter Perron, in: Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 263 Rd.85)。だからこそ、ドイツ刑法では、民法の契約法理との整合性を可能な限り重視した詐欺罪の解釈が前提ともなっている、と解される。こうした歴史的な経緯と現在の動向を踏まると、Vermögen を「財産権」と訳するのが最もその実態に即していると考えた。なお、詳論しえないが、こうした民法との整合性への濃淡という点で、日独の詐欺罪(財産犯)の解釈には、既に大きな差異があると思われる。
- 17) その動向は、穴沢大輔「不法領得の意思における利用処分意思についての一考察 (1)」明治学院大学法学研究 93 卷 (2012) 105 ~ 111 頁参照。
- 18) 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) 164 ~ 165 頁は、明治 22 年の仏文刑法草案の準詐欺罪規定の反訳では「不正の利益の一」という文言が使用されており、これは仏文刑法草案の詐欺罪規定の客体(金銭、有価証券、動産、不動産、各種の証書、有利な訴訟結果)の繰返しを回避するためであり、明治 23

年草案 372 条の「不正の利益」という文言にも影響を及ぼしたと分析する。これに対して、佐竹・前掲注 9) 64 頁は、同草案の準詐欺罪の「不正の利益」とは、前条の詐欺罪の客体の具体的列举を受けたものであるとして、この樋口の分析に疑問を提起している。いずれの分析もありうるところであるが、旧刑法の詐欺取財罪の簡潔な規定形式との整合性を踏まえて、煩瑣な記述を避けるために、「不正の利益」に包括した可能性は残るようと思われる。

- 19) 大判明治 35 年 12 月 26 日刑録 8 輯 11 卷 223 頁、大判明治 36 年 3 月 6 日刑録 9 輯 5 卷 283 頁、大判明治 37 年 10 月 7 日刑録 10 輯 1835 頁など。
- 20) 佐竹・前掲注 9) 78 頁。
- 21) 佐竹・前掲注 9) 75 頁。
- 22) 佐竹・前掲注 9) 78～79 頁。
- 23) 佐竹・前掲注 9) 81 頁以下。
- 24) 川口浩一「刑事法学の動き 佐竹宏章「詐欺罪における構成要件の結果の意義及び判断方法について(1)～(6・完)詐欺罪の法制史的検討を踏まえて」」法律時報 92 卷 2 号(2020) 125 頁。
- 25) 川口・前掲注 24) 125 頁。
- 26) 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) 214～215 頁。
- 27) 団藤重光『刑法綱要各論』(3 版、1990) 546 頁柱(4)。これに対して、中森・前掲注 13) 226 頁は、2 項犯罪の史的考察を踏まえ、「その性格は、全体財産に対する罪ではなく、あらゆる個別的な財産上の利益の取得を罰するもの」との立場から、2 項犯罪を全体財産に対する罪で(も)ある、とする見解を批判する。
- 28) なお、佐竹・前掲注 26) 214 頁では、一定の疑問を留保しつつ、Rudolf のみならず、ポアソナードが旧刑法の詐欺取財罪の射程の狭さを意識していたことが明治 23 年草案の詐欺取財罪の規定に影響を与えた、とする。しかし、財物と証書類以外に、利益自体を保護することにつき、ポアソナードの影響が日本の立法者にどこまで及んでいたかは、3 (1) iii) の仏文刑法草案の詐欺取財罪規定を見ても必ずしも定かではない。
- 29) 佐竹・前掲注 9) 66 頁及び同頁注 86、67 頁。なお同 67 頁では、「1884 年(明治 17 年) 11 月 4 日から 1890 年(明治 23 年) 10 月 11 日の間であった可能性が高い。とりわけ、司法省顧問になった 1885 年(明治 18 年) 8 月 6 日以降に作成された可能性が高い」と推測されている。
- 30) Rudolf の経歴については、小柳春一郎「オットー・ルドルフについて(1845 - 1922)」同・燕山巖編著『日本立法資料全集本巻 94 裁判所構成法』(2010) 229～357 頁を参照

した。なお、Ruolf の日本での業績として、司法省調査部作成のオットー・ルドルフ著・篠塚春世訳『裁判所構成法註釋竝に裁判所構成法議事速記録』(『日本立法資料全集 95』(2009) 所収)がある。

- 31) 「ルードルフ氏日本刑法意見書 完」(宮島鈴吉訳)内田ほか編著・前掲注 1) 520 頁。
- 32) 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) 11 頁。
- 33) この点につき、長井圓『死の概念と脳死一元論の定礎』(2020) 271 ~ 272 頁参照。
- 34) 本稿 (上) 298 頁注 196) 参照。
- 35) IV 章 1 (3) では、準詐欺罪に関する立法過程からも、日本の現行刑法の「詐欺罪」の立法がおよそドイツ刑法に依拠していたわけではない、と指摘した。もっとも、ポアソナードは、未成年者の軽率・未経験につけ込んで利得する行為を処罰対象とする当時のドイツ帝国刑法 302 条の規定の明確さはフランス刑法よりも優れており、かつその性質が「他人を搾取する可罰的行為」として理解されている点で、これを参照すべしともしていた(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) 157 頁)。それでも、準「詐欺」罪として規定されたのは、ドイツ刑法ではなく、フランス刑法の影響であったことは既述の通りである。
- 36) 篠崎・前掲注 7) 133 頁。
- 37) ポアソナードは、ここでは新古典派の立場から、「社会の利益が脅威にさらされ侵害されたとき(社会的悪・道徳的悪が生じたとき)に刑罰権が発動される」(末道康之「フランス新古典学派の未遂犯概念に関する一考察」南山法学 41 卷 3・4 号 (2018) 287 頁) ことがあてはまると考えていたのかもしれない。
- 38) 篠崎・前掲注 7) 133 頁。
- 39) この点につき、本稿 (上) 300 頁注 207) 参照。なお、大判明治 38 年 11 月 2 日刑録 11 輯 1092 頁は、借金の担保として第三者の地所に抵当権を無断で設定したとの事案で、393 条 2 項の被害者は物の所有者のみならず抵当権を取得しようとする者(債権者)も含まれるとし、「債権者が被告に欺かれて抵当権設定の登記を受け 抵当権を得たるものと信じ既存の債権に付き信用を与へたる以上は更に之に対して金銭其の他の給付を為さざりしとするも」被害者となるが、その理由は債権者が正当に担保を取得すべき権利の実行をなしえなくなったことで、「財産上の損害を受けた」ことにある、としている。中森・前掲注 13) 218 頁は、本判例を挙げて、「買主等から財物その他の交付をうける必要はないと解すれば」、「その限りで 390 条を超える」として、393 条が無形の利益の保護を図っていた証左の一つとする。しかしながら、この事案では、債権者は被告(行為者)に既に金銭を貸与(給付)済みであった。それゆえ、債権者の被害の実体は、(実

際には自己のための抵当権設定がなされていないゆえに）その金銭の返還を受けることが困難になることにあり、この意味で債権者の財物（金銭）を騙取したに等しい事案でもあった。

- 40) 篠崎・前掲注7) 132頁。なお、明治23年草案の脅迫罪に関する321条では「左に記載したる情状ある者は前条の刑に一等を加ふ」として、その1号に「金額、有価証券、其他証書類を交付せしむるを以て条件と為し脅迫をしたるとき」と定められている。321条1号は、一種の強要罪にあたる構成要件とも言えるが、恐喝罪の構成要件が「人の悪事、醜行其他の陰私を摘発、漏告せんと脅迫」することと限定されているゆえに、これを実質的に補充する内容となっている。ちなみに、2(1)で見た『刑法表』のイギリスの詐欺罪規定の補充類型は、「金銀の証書を作爲取受押印或は破壊せしめ」等としており、実質的に「権利・義務」に関する不正取得を考慮しているとも解される。しかし、およそ「証書」を離れたものは想定されていない。
- 41) 大森幾次郎編『改正刑法草案同説明書 現行刑法対照』（1891）176～177頁。
- 42) ちなみに、ボアソナーの改正案437条では、「背信の罪」の規定が置かれていた（司法省・前掲注8）699～700頁）が、旧刑法395・396条と比べると、437条の第1・第2では、その行為に隠匿、毀棄、損壊も加えられ、また第3では、製造上の秘密の漏洩、自己利用が加えられている。すなわち、現行の背任罪にいう毀棄的背任や、無形の利益の製造上の秘密の漏洩等が処罰対象となっている。なお、フランスでの商法典の会社財産濫用罪を含めた背任罪の動向については、京藤哲久「もう一つの背任罪」京藤哲久・神田安積編『変動する社会と格闘する判例・法の動き 渡辺咲子先生古稀記念』（2017）159～169頁参照。
- 43) 各規定は、杉山晴康・吉井蒼生夫編『刑法改正審査委員会決議録 刑法草案（明治二十八年・同三十年）』（1989）262～265頁によった。
- 44) 中島晋治『改正刑法草案理由 罪名編』（1899）249～250頁。
- 45) フランスで判事・警察官吏を務め、日本の警視庁顧問として刑法等の講義を行っていたガンベ・グロースは、『仏蘭西刑法講義 第52号』（1881）2077～2078頁において、「詐欺取財の罪に係る即ち詐術を以て間接に欺き取る者にして盗犯の直接に略奪すると別あれども要するに均しく盗罪たるに過ぎず」と解説していた。グロースの刑法等の講義は極めて好評であったようであり（手塚豊「警視庁御雇外人ガンベ・グロース」法学研究（1965）111～112頁）、単純に考えるならば、上記の詐欺取財罪が盗罪の一種であるとの理解も警察実務に一定の影響を与えて、これが定着していた可能性もあろう。
- 46) ちなみに、明治28年草案では、ドイツ以外外にも、フィンランド、ハンガリー、イタリア、オーストリア、ベルギー、オランダなどの刑法典も参照されていた（内田文昭ほか編著『日本立法資料全集 21 刑法（明治40年）（2）』（1993）31頁参照）。

- 47) 佐竹・前掲注 9) 70 頁。
- 48) 中島・前掲注 44) 256、259～260 頁。
- 49) 樋口・前掲注 18) 165 頁。
- 50) ドイツ刑法の恐喝罪規定の沿革は、渡辺靖明「ドイツ刑法における詐欺罪と恐喝罪との競合問題」横浜法学 22 巻 2 号 (2013) 34～36 頁参照。もっとも、この当時のドイツ刑法の恐喝罪規定でも、詐欺罪規定と同様に不法利得の意図と処分行為の要件が規定されていたから、ドイツ刑法の観点からは、詐欺罪と恐喝罪とを共通の利得取得罪として見ることは自然ともいえる。しかし、日本の当時の立法者が同様に解しえたのかどうかは定かではない。
- 51) なお、中森・前掲注 13) 226 頁は、日本刑法の 2 項強盗は「ドイツ刑法における強盜的恐喝とは異なるものであり、証書騙取に対応する証書強請罪の発展と捉える方が理解が容易である」と指摘する。なお、嶋矢・前掲注 2) 429～431 頁も参照。
- 52) 各条文は、『綜覧』・前掲注 8) 200～201 頁によった。
- 53) 法典調査会編・前掲注 7) 217 頁。
- 54) 法典調査会編・前掲注 7) 221 頁。もっとも、詐欺罪を純然たる盗罪とした例はないなどとして、第 1 節の標題を「賊盜の罪及び詐欺取財罪」に改めるべきだとこの当時の大審院長の意見があったが、同意見では両罪に関する通則を定めるのは可ともされている (内田文昭ほか編著『日本立法資料全集 23 刑法〔明治 40 年〕(3) - II』(1994) 208 頁)。このことから、山内・前掲注 32) 10 頁は、この意見でも「どこまで両罪を異質なものとして捉えていたかは判然とししない」と的確に指摘する。
- 55) 法典調査会編・前掲注 7) 218 頁。なお、この廃止の理由は、受寄の財物等の費消につき、詐欺を用いた場合の 395 条末段も対象とされている。ちなみに、3 (1) V) で見た Rudolf の挙げる詐欺による「物件の留置」は、本条で処罰可能であったとも考えられる (中森・前掲注 13) 219 頁参照)。
- 56) 法典調査会編・前掲注 7) 219～221 頁参照
- 57) 福鎌芳隆『刑法異同概論全』(1901) 198 頁。そこでは、不動産の騙取は実質的に権利の騙取であって、それにもかかわらず 390 条の騙取の客体と解すべきかについて議論のあったところ、「新法は明らかに動産と掲げ以て是等の論を瞭然水解せしめたるは頗る好良の改正」と述べられている。「不動産」の客体性についての若干の管見は、本稿 (上) 298 頁注 195) で示した。
- 58) 法典調査会編・前掲注 7) 220～221 頁。
- 59) この点につき、秋山高三郎「刑法第二百四十六条の適用に就て」法学志林 12 号 (1911) 36 頁参照。

- 60) 法典調査会編・前掲注7) 221～222頁
- 61) 『綜覧』・前掲注8) 1198～1199頁。
- 62) この点につき、上嶋一高『背任罪理解の再構成』（1997）120頁参照。なお、筑間正泰「財産罪における背任罪の位置づけ」『慶應義塾創立一二五周年記念論文集 慶應法学会法律学関係』（1983）167頁は、背任罪は財物罪でも利益罪でもなく、得べかりし利益を得させない等の任務違背行為によって本人に財産上の損害を加えることを本質とする「財産的加害罪」とであると論ずる。この見解は、少なくとも立法者の当初の意図には合致している。
- 63) 内田幸隆「背任罪の系譜、およびその本質」早稲田法学会誌51巻（2001）126頁は、ドイツ刑法よりも「オーストリアやノルウェーの刑法改正案の影響を受けていた」とする。これに対して、田寺さおり「明治44年商法改正における特別背任罪及び背任罪の立法経緯」京藤哲久・神田安積編『変動する社会と格闘する判例・法の動き』（2017）130～134頁は、当時のドイツ商法の特別背任罪の規定の影響を検討しつつ、なお日本の「背任罪の立法経緯には不明の点が残されている」とする。
- 64) 長井圓「詐欺罪における形式的個別財産説の理論構造」法学新報121巻11・12号（2015）363～364頁参照。
- 65) 例えば、BGH1962年2月20日第1刑事部判決（BGHSt17,147）は、被告人が公共建設入札に際し当局職員と共働のうえ欺罔を用いてその落札を得た、との事案で、刑法263条の財産権には、民法の下での有効な財のみならず、財産権増加の蓋然性が高い取得及び利益の実際の見通し（Aussicht）も含まれる、とし、被告人が次に低い入札額を示した競業他社の上記の利益の見通しを奪ったことが詐欺罪の損失となることを認めた。ここでの損失は、当局ではなく、競業他社に生じる、とされている。すなわち、競業他社は、被告人らの欺罔がなければ落札をして利益を得る見通しがあったのに、これが実現しなかったことで「財産権損失」を被っている、とされている。日本刑法の下では、被告人らが落札を得た段階では、公契約関係競売等妨害罪（96条の6）の成立に留まり、仮に詐欺罪の成否が問題となるとしても、工事請負契約の締結時以降に、当局を被欺罔者・交付者としてではないだろうか。
- 66) 川口・前掲注24）125頁は、背任罪規定はドイツ刑法の影響を受けて規定されたものとしつつ、詐欺罪規定と異なり、「財産的損害要件」等を定めるゆえに、日本刑法の詐欺罪規定がドイツ刑法のみの影響を受けて制定されたとは言い切れない旨を示唆する。
- 67) 内田文昭ほか編著『日本立法資料全集27刑法〔明治40年〕（7）』（1995）5～12頁参照
- 68) 各条文は、内田文昭ほか編著『日本立法資料全集26刑法〔明治40年〕（5）』（1995）146～148頁以下によった。

- 69) 内田ほか編著・前掲注54) 47頁。なお、明治34年「刑法再整理案」でも、既に「動産」を「財物」と改めるとされている(同『日本立法資料全集22刑法〔明治40年〕(3)-I』(1994)387~388頁)。
- 70) 『綜覧』・前掲注8) 2210、2212頁。
- 71) 松宮孝明『刑法各論講義』(5版、2020)249頁。
- 72) 『綜覧』・前掲注8) 2209頁。なお、詐欺罪と恐喝罪とに関し、明治40年の政府提出理由書よれば、「現行法は欺罔取財と恐喝取財を同一の条に規定するも本案は之を別条と為したり二者其性質を同ふせざるを以てなり」とされている(同2211頁)。「同ふせざる」の趣旨は定かではないが、詐欺と恐喝とが同一章(第2次草案では「第37章詐欺及び恐喝の罪」)に置かれているところからして、詐欺と恐喝とは「交付罪」として類似的犯罪であることが前提となっている。
- 73) 同旨・山内・前掲注32) 10頁。なお、松宮・前掲注71) 250頁は、大場茂馬の見解のみを援用して、詐欺罪はすでにこの当時、強窃盗罪と異なり、「①被害者自身による財産処分行為を介して、②財産一般の損害に至る点に本質的な特徴があると解されており」、それが詐欺罪を「賊盗に対する罪」から独立させる主要因であったとする。しかしながら、上記の②の理解がおおよそ共有されていたとはいえない。V章2(1)で見たように、詐欺罪も奪取罪として盗罪と共通するとの見解が示されていたからである(さらにVI章5(1)も参照)。何より、松宮自身も、同267頁ではドイツ刑法の詐欺罪が財物も財産的利益も包括する「財産一般」に対する罪に発展したのに対し、日本刑法の詐欺罪は、財産的利益だけを一般化したに留まった、と分析している。
- 74) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査會 委員總會日誌』(以下『總會日誌』として引用する。)(1986)105頁。
- 75) 『總會日誌』前掲注74) 106頁。
- 76) 『總會日誌』前掲注74) 106頁。
- 77) 佐竹・前掲注9) 73~75、78~80頁。この点は、修正後の見解でも基本的に維持されている(同・前掲注26)229頁)。
- 78) 岡松参太郎『刑法改正案批評 刑法の私法観』(1901)35頁。
- 79) 現行刑法制定直後に、同旨の理解を示すものとして、山岡萬之助「詐欺罪」法学協會雜誌35巻5号(1912)43頁。
- 80) もっとも、岡松・前掲注78) 41頁では、「刑法上の詐偽には利益の取得せることを要するも民法上の詐欺には之を要せざる」とされている。だが、ここにいう「利益の取得」の意義も不明であって、財物の不正取得の言い換えにすぎない可能性もある。事実、岡松は、詐欺罪規定につき、利益の不法取得を原則類型とすべきことは何ら述べていない。

- 81) 各条文は、内田ほか編著・前掲注 67) 351～352 頁によった。
- 82) 内田ほか編著・前掲注 67) 217 頁。
- 83) 内田ほか編著・前掲注 67) 290～291 頁。
- 84) 内田ほか編著・前掲注 67) 289～290 頁。
- 85) ここでは「労力」それ自体が客体になるかは直接には言及されていないが、朝鮮高判大正 11・9・21 法律評論 11 卷（刑法）299 頁は、246 条 2 項は人を欺罔をして「労務を提供せしめ或は其債務の免除又は延期」をさせる場合のように「財物以外の利益を不法に領得する行為に適用」される、としている（ただし事案自体は金銭の騙取である）。
- 86) 中森・前掲注 13) 225～226 頁は、「二項犯罪は、旧刑法詐欺取財罪の発展として、現行刑法に特徴的な構成要件の設定という線上に成立したものとし、ドイツ刑法とは異なり、日本の現行刑法の規定は「利益取得を結果として要求しており、この点もむしろ旧刑法に近い」と分析する。中森は、旧刑法時代の補充規定を含む詐欺取財罪の規定が財物以外の財産上の利益・無形の利益をも保護していたとする。その前提は、本稿の理解とは異なるものの、中森の上記の分析は支持しうる。
- 87) 仮案の作成等の経緯と詐欺罪規定については、林弘正『改正刑法仮案成立過程の研究』（2003）56、102～103、531 頁によった。
- 88) 大塚仁「財産犯罪に関する諸問題—主として詐欺、恐喝、横領、背任について—」法務省刑事局『刑法改正に関する意見書集』（刑事基本法令改正資料 1 号・1958）333～334 頁。
- 89) 最高裁判所事務総局『改正刑法潤美草案 法制審議会刑事法特別部会参考案（第一次試案）』（1969）186 頁によった。
- 90) 法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説』（1975）328～329 頁参照。
- 91) 法務省刑事局編・前掲注 91) 325 頁。なお、平場安治及び平野龍一が組織した「刑法研究会」によって刑法学会の資料として改正刑法試案が 1983 年に作成・公表された（内藤謙・松尾浩也『【資料】刑法研究会改正刑法試案（未定稿）』刑事法ジャーナル 44 号（2015）99 頁）。同 111 頁によれば、その「15 章 詐欺の罪」146 条の詐欺罪規定では、法定刑が「7 年以下の拘禁又は 50 万円以下の罰金」とされた以外は、現行刑法 246 条からの変更はない。
- 92) 法務省刑事局編・前掲注 91) 329 頁。
- 93) 例えば、平場安治「第 37 章 詐欺の章」平野龍一・平場安治編『刑法改正の研究 2 各則』（1973）386～388 頁。なお長井圓『消費者取引と刑事規制』（1991）65 頁も参照。
- 94) 長井圓「消費者取引と詐欺罪の利益保護機能」刑法雑誌 34 卷 2 号（1995 年）294～295 頁。

- 95) なお、1999 年に制定された組織犯罪処罰法 3 条 1 項 13 号によって、刑法 246 条の詐欺罪にあたる行為が、「団体の活動」として、「実行するための組織により行われたとき」には 1 年以上の有期懲役で加重処罰される（組織的詐欺罪）。組織的詐欺罪は、「消費者保護分野における刑事規制のひとつの集大成」とも評価されている（長井長信「組織的詐欺について」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』（2017）512 頁）。もっとも、組織的詐欺罪は、刑法 246 条の詐欺罪の行為が団体の活動として組織的に実行されれば足りるのであって、刑法 246 条の詐欺罪規定自体に変更を加えるものではない。
- 96) ここでは、下記の書籍を通覧した。1907 年刊行：宍戸深藏『新刑法実用』、草刈融『改正刑法註解』、宮島次郎『改正刑法要義』、竹村利三郎『改正刑法積義』、太田資時『改正刑法註釈』、小川市太郎『改正刑法要義』、福井淳『改正刑法註釈』、宮本帰一『新刑法註釈』、池田邦助『通俗新刑法註釈』、岩崎勲・岩崎徂堂『条文対照実用例解 改正刑法問答』、前田抱陽『改正刑法講義』、樋山広業『新刑法註釈』、糸数昌興『改正新刑法大要』、高橋藤三郎『改正新刑法註釈』、藤沢茂十郎『改正刑法新論』、牧野英一『刑法通義』、奥村政雄『新刑法正義』、磯部四郎『改正刑法正解』、山田正賢『改正刑法講義』、大脇熊雄『改正刑法精義 各論の部』、大橋誠一・嶋村次男『新刑法注釈書』、1908 年刊行：宇都宮地方裁判所検事局編『刑法要旨 全』、小疇伝『大審院判例ト新刑法』、青田巳之助『改正刑法新解』、吉永鉄太郎『改正刑法正解』、小林清揚『改正刑法註釈』、矢田常三郎『改正刑法正解』、泉二新熊『改正日本刑法論』（訂正 4 版）、彦阪秀『新刑法要説』、秋野沆『改正刑法刑事訴訟法註釈大全』、田中正身『改正刑法積義 下巻』、1909 年刊行：池上駒衛『改正刑法講義図解』、和田一郎『刑法講義』、斎藤孝治・大原弥一郎『改正日本刑法積義』、西村勘之助『新刑法義解』、林儀一郎『改正日本刑法講義』、大場茂馬『刑法各論 上巻』、岸本篤次『刑法通解』、樋口善太郎『新刑法注釈書』、杉田欽吾『新刑法講義問答例解』。
- 97) 牧野・前掲注 96) 298 頁。
- 98) 矢田・前掲注 96) 275 頁。
- 99) 彦阪・前掲注 96) 581、603 頁。同旨の見解として小川・同 288～289 頁、矢田・同 275 頁。
- 100) 草刈・前掲注 96) 220 頁、竹村・同 297 頁、小川・同 297 頁、磯部・同 480 頁、山田・同 764 頁、大脇・同 522 頁、田中・同 1343 頁、和田・同 631 頁、斎藤・大原・同 294～295 頁、樋口・同 470～471 頁。
- 101) 泉二・前掲注 96) 820 頁。同旨の見解として、和田・同 637～638 頁。
- 102) 例えば、田中・前掲注 96)（詐欺罪については 1314～1317 頁）、根本仙三郎『独逸刑法 日本新旧刑法鼈頭対照』（1908）（詐欺罪については 70～71 頁）、法律日日社編『日本新旧刑法 独伊対照』（1908）（詐欺罪については 257 頁）。

- 103) その内容は、本稿（上）294頁注169）参照。
- 104) 小疇・前掲注96）352～353頁。
- 105) 池田・前掲注96）248頁。なお、太田・同273頁は、本人の顧客を奪って損害を与える場合を背任罪の例として挙げている。
- 106) 大場・前掲注96）512、516頁。
- 107) 大沢唯治郎『詐欺罪及び恐喝罪』（1914）71頁。
- 108) 斎藤・大原・前掲注96）283頁参照。
- 109) 大脇・前掲注96）507頁。
- 110) 牧野・前掲注96）300頁。牧野はその根拠として、民法399条を挙げている。民法399条は「債権は金銭に見積ることを得ざるものと雖も之を以て其目的と為すことを得」（当時）と定める。ドイツ民法学では、債権の目的を金銭に見積ることができる場合に限るか否かで議論があったが、日本では、この議論に立法上決着をつけるべく民法399条が置かれたとされている（於保不二雄『債権総論』（新版・1972）20頁）。牧野の見解は、民刑の法的統一という観点から、「財産」の価値が必ずしも金銭価値・交換価値に基づく必要はないことを補強するものといえよう（なお、牧野と同旨の見解として西村・同591頁）。
- 111) 藤沢・前掲注96）674頁、山田・同750頁、田中・同1342頁、和田・同612頁、大場・同377～378頁。
- 112) 池田・前掲注96）235頁、青田・同401頁、岸本・同195頁、竹村・同287頁。
- 113) 樋山・前掲注96）382頁、田中・同1342頁。
- 114) 竹村・前掲注96）289頁。ちなみに、江木衷監修・日本法学会（梅沢富三九代表）『応用理論 日本刑法通義』（1916）321頁も、詐欺取財における不法利得の例として、無賃乗車・無銭遊興と債務免除のみを挙げている。
- 115) 宇都宮地方裁判所検事局編・前掲注96）192頁、杉田・同433頁。
- 116) 田中・前掲注96）1339頁。
- 117) 大橋・嶋村・前掲注96）472頁
- 118) 山田・前掲注96）754頁、前田・同710頁、奥村・同383頁、池上・同596頁、吉永・同245頁。
- 119) 藤沢・前掲注96）680～681頁、和田・同637～638頁、岸本・同199頁。
- 120) 和田・前掲注96）637～638頁。
- 121) この限りで、最判昭和30年4月8日刑集9巻4号827頁が、「履行遅滞の状態にある

債務者が、欺罔手段によって、一時債権者の督促を免れたからといって、ただそれだけのことで、刑法 246 条 2 項にいう財産上の利益を得たものということではできず、これを認めるには「その際、債権者がもし欺罔されなかったとすれば、その督促、要求により、債務の全部または一部の履行、あるいは、これに代りまたはこれを担保すべき何らかの具体的措置が、ぜひとも行われざるをえなかったであろうといえるような、特段の状況が存在した」ことが必要と判示したことは理解できる。もっとも、この事案では、最終的に債務の対象とされたりんごは債権者に引き渡されなかったようであり、その代金の支払免脱として 2 項詐欺を認めることもなしえたように思われる。なお、大判明治 45 年 4 月 22 日刑録 18 輯 496 頁は、脅迫によって借家の家賃の支払と立退を免れた、との事案で、「一時其義務履行を免れ」て「財産上の利益」を得た、として、2 項恐喝の成立を認めている。もっとも、この事案では、被告人は、脅迫行為の数か月後に一部金銭等を貸主等に支払っていたものの、法外な立退料の支払を要求して脅迫し、事実上借家の不法取得状態を継続させた、と評価しうるものであったように思われる。

- 122) 例えば、池田・前掲注 96) 239 頁・役務・債務の免除・権利の取得、藤沢・同 681～682 頁・物権の設定・移転・変更、金銭の賃借その他財産上に関する法律行為の意思表示、磯部・同 467 頁・権利創設、義務免脱、吉永・同 245 頁・物上権の取得、財産の価額増、請求権取得・請求権を確実にするための保証・担保の取得、財産の義務免除、小林・同 372 頁・物に対する権利の取得、債務の免脱、矢田・同 280 頁・債権の取得、債務の消滅、彦阪・同 586 頁・権利の取得、田中・同 1342 頁・債権の得喪移転、池上・同 596 頁・請求権の取得・請求権を確実にするための保証・担保の取得、債務免除、斎藤・大原・同 287 頁・権利の取得。
- 123) 牧野・前掲注 96) 309 頁。
- 124) 法典質疑会編『統法典質疑録』(1911) (多々納瀧蔵編『統法典質疑録 日本立法資料全集 別巻 26』(1993)) 101～102 頁。なお、同 103 頁では、牧野は、その理由づけとして、欺罔をして①他人の不動産上に抵当権を設定した場合と②著作権特許権等を移転させた場合との整合性を挙げている。しかし、①の場合、牧野の認める通り、抵当権は「物の上に行はれ」るのであって、これと債権とを同視してよいかは、検討の余地がある。5 (3) iii) で挙げた大判明治 44 年 6 月 16 日も、不動産ではないが、相手方を欺罔して債権への抵当権の設定をさせた場合に、2 項詐欺の成立を否定している。②の場合についても、知的労働によって創出した知的財産 (長井・前掲注 33) 276 頁) とそうでない債権とをおよそ「無形法益」として等価のものとして扱ってよいかは疑問がある。
- 125) 牧野英一『日本刑法』(初版、1917) 546～547 頁。なお、田山聡美「財産的利益の意義に関する議論の整理」刑事法ジャーナル 49 号 (2016) 20 頁は、証書を伴う債権取得

の場合に証書を客体とする1項犯罪の既遂の成立を認めるならば、「その債権が金銭的評価に値するレベルでの実行可能性を備えたものである限り、2項犯罪の既遂を否定する理由はない」とする。証書とそこに化体された債権との関係は、旧刑法時代から続く課題であって、なお検討を要する。しかしながら、田山も認める通り、証書は、当該債権の「譲渡可能性と執行可能性も強力に備える」という独立した機能を有する。それゆえに、債権とは独立した財物としての効用・価値が認められるとして、1項犯罪の既遂となる、とする理解は一応成り立ちうるように思われる。

- 126) 小疇伝『大審院判例ト新刑法』（2版、1909）600～601頁。
- 127) しかも、これらの事案では、いずれも、被告人が同じ手口で同一の処分者から既に金銭の交付を受けており、その点については1項詐欺の成立が認められている。
- 128) 大場・前掲注96）545頁。
- 129) 大場・前掲注96）569～571頁。なお、大場は、詐欺罪の財産上の損害が否定される場合として、ドイツ刑法の判例の事案を、また同旨の見解として「小疇博士」の名を挙げています。
- 130) 秋山・前掲注59）39～42頁。もっとも、同36～37頁では、「物を目的とせざる債権に付ては進んで其の債権を行使し財物の交付を受くるに至ることなきを以て其債権の取得と共に詐欺罪は既遂とな」としている。「物を目的とせざる債権」の具体例は定かではないが、仮に例えば「労務」を目的としている場合でも、なお現実の労務の提供をもってはじめて2項詐欺の既遂とすべきではないか、という疑問は残る。
- 131) 後藤多喜蔵「財産上の損害は詐欺罪の成立要件なりや」法学協会雑誌35巻5号（1912）168～173頁。
- 132) 山岡・前掲注79）40頁。
- 133) 山岡・前掲注79）53～54、58～59頁
- 134) 山岡・前掲注79）54～55、70、72頁。
- 135) 佐竹・前掲注9）9頁。もっとも、佐竹自身も、「客観的解釈方法論」に依拠しつつ、犯罪規定の沿革などを含む客観的資料が当該規定の解釈指針となりうることは認めている。
- 136) なお「預金債権」は、2項犯罪の客体たる「財産上の利益」にあたるとしてよいと思われる。行為者は、その振替えられた自己の口座内の金銭をいつでも引出等しうるのであり、その金銭を事実上支配し自由に処分しうる状態となっており、行為者側は実質的には財物としての金銭の交付を受けたに等しいといえるからである（長井・前掲注33）270頁参照）。
- 137) これに対して、小林憲太郎『刑法各論の理論と実務』（2021）140頁は、この場合に結論として2項犯罪の既遂の成立を認めるべきとし、「むしろ、一項犯罪の未遂としての

み捕捉しようとする一部学説のほうこそ、過度に可罰範囲を縮減するものであって不当である」とする。もっとも、同 155 頁では、「二項詐欺罪の既遂は犯情において一項詐欺罪の既遂よりも論理的に必ず軽い」としており、その意図は、2 項犯罪（詐欺）の既遂に留めることで量刑上行為者を有利に扱うべきことにあるとも考えられる。しかし、その意図は、任意的とはいえ刑法 43 条によって刑の減輕のありうる 1 項犯罪（詐欺）の未遂に留めることでは達成しえないのであろうか。また、野澤充「証拠証券の取得と詐欺罪について」山口厚ほか編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集 下巻』（2022）367～368 頁注 29、370 頁は、なお「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という立場を前提として、債務免脱証書の受交付を伴わない債務免脱について 2 項詐欺を認めるとすれば、合意だけで債権獲得による 2 項詐欺の成立を認めるべきではないとの主張は「説明がつかない」と論じる。しかし、債務免脱では既に相手方が当該債権債務の対象物を提供して失っているのに対し、債権獲得の場合には未だ対象物を何ら提供して失っていない。この点で、両者の間には、なお大きな差異があるように思われる。

138) 長井・前掲注 33) 270～278 頁。