

詐欺罪における構成要件的结果の 意義及び判断方法について（2）

——詐欺罪の法制史的検討を踏まえて——

佐 竹 宏 章*

目 次

はじめに

第一章 詐欺罪における「財産損害」に関するわが国の議論

第一節 本章の検討対象及び検討順序

第二節 詐欺罪の法益としての「財産」の意義

第三節 「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説の検討

第一款 本節の検討対象

第二款 個別財産の喪失自体を「財産損害」と捉える立場

第三款 書かれざる構成要件要素として「財産損害」を要求する立場

第四款 他の構成要件要素の判断において「財産損害」を考慮する立場

第一項 欺罔行為の判断において「財産損害」を考慮する立場

第二項 錯誤の判断において「財産損害」を考慮する立場

第三項 「財物騙取」又は「財産上不法の利益取得」の判断において財物・財産上の利益の移転を超えた「財産損害」を考慮する立場

第五款 小 括

第四節 「財産損害」の判断方法に関する学説の検討

第一款 本節の検討対象

第二款 個別財産の喪失に着目する見解

第三款 処分の自由の侵害に着目する見解

第四款 取引目的に着目する見解

第一項 取引目的と実際になされた取引の内容を比較して「財産損害」を判断する見解

第二項 法益関係の錯誤説から経済的目的に限らず、社会的目的も考慮する見解

* さたけ・ひろゆき 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

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（2）（佐竹）

第三項 目的不達成説又は法益関係の錯誤説から経済的目的等に限定する見解

第四項 取引目的に着目する見解についての評価

第五款 経済的財産減少に着目する見解

第六款 当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に判断する見解

第七款 小 括

第五節 本章から得られた帰結及び課題 (以上、374号)

第二章 わが国における詐欺罪の法制史的検討

第一節 先行研究の到達点とそれに対する疑問

第一款 先行研究の到達点

第二款 先行研究に対する疑問

第三款 本章の検討過程の概観

第二節 旧刑法典の詐欺取財罪の法制史的検討

第一款 旧刑法典の詐欺取財罪の制定過程

第二款 旧刑法典の詐欺取財罪の淵源について

第三節 現行刑法典の詐欺罪の法制史的検討

第一款 明治23年草案の詐欺罪の構成要件の結果としての「不正ノ利益ヲ得タル」の意義

第一項 旧刑法典制定から明治23年草案以前の諸草案における詐欺罪の変遷

第二項 明治23年草案における詐欺罪の規定形式の転換

第三項 明治23年草案の詐欺罪の淵源に関する考察

第二款 明治40年草案の利益詐欺罪の「財産上不法ノ利益ヲ得タル」における「不法」の意義

第一項 明治23年草案以降の諸草案における詐欺罪の変遷

第二項 明治40年草案の詐欺罪の修正理由の考察

第三款 小 括

第四節 詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組に関する試論 (以上、本号)

第三章 ドイツにおける詐欺罪の法制史的検討

第四章 詐欺罪の構成要件の結果の判断方法について

おわりに

第二章 わが国における詐欺罪の法制史的検討¹⁵³⁾

第一節 先行研究の到達点とそれに対する疑問

本章では、詐欺罪の構成要件的结果の解釈指針を提示するという課題を見据えて、わが国の詐欺罪の法制史的検討を行う。もっとも、わが国における詐欺罪の歴史的展開の概要はすでに先行研究によってある程度示されており¹⁵⁴⁾、本稿で改めてわが国の詐欺罪の法制史的検討を行うこ

153) 本章の表記に関する留意点を述べておく。第一に、本章で条文を引用する際、基本的には旧字体を新字体に改めて表記する。第二に、合字については「コト」「トキ」「トモ」などと表記する。第三に、1つの条項内で、項を分かつ規定がある場合には、〇〇条「(1項)……」, 「(2項)……」などと示す。第四に、本章でわが国に関する事実に関して年号を示す場合には、基本的に西暦(和暦)という形で示す。ただし、〇〇年草案などと示すときはこの限りではない。

154) 旧刑法典及びその諸草案における詐欺取財罪に関する重要文献として、藤原明久「明治13年公布『刑法』(旧刑法)の二重抵当罪と抵当権の公証」*広島修造法学*28巻2号(2006年)77頁以下、渡辺・前掲注(26)「虚喝」13頁以下。現行刑法典及びその諸草案における詐欺罪に関する重要文献として、中森・前掲注(26)「二項犯罪」215頁以下。

その他に、わが国の詐欺罪の規定の沿革について触れるものとして、下秀雄「詐欺罪の研究」*司法研究*第20輯(1930年)8頁以下、浅田・前掲注(24)論文314頁以下、木村光江『財産犯論の研究』(日本評論社、1988年)29頁以下、38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——エドガーブッシュマン「19世紀における刑法の詐欺概念の発展」に関する論文を中心に——(三)」*帝京法学*18巻2号(1992年)194頁以下〔以下では、中村(勉)「詐欺概念の史的変遷(三)」と示す。なお、この論文は、*Edgar Buschmann, Die Entwicklung des strafrechtlichen Betrugsbegriff im 19. Jahrhundert, Würzburg 1939.*の日本語訳をもとに中村の評価などを随所に加えたうえで再構成したものである。本章の関連で参照するのは、中村自身によって書かれた同論文178頁以下の「九 総括」部分である〕、内田文昭『刑法各論〔第三版〕』(青林書院、1999年)241頁以下、松宮・前掲注(88)「不法領得の意思」308頁以下、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年)164頁以下(強盗罪の記述における「わが国の2項犯罪の系譜」の箇所)〔以下では、樋口「講義ノート」と示す〕、設楽・淵脇・前掲注(74)論文162頁以下、長井・前掲注(54)「形式的個別財産説」390頁注14、足立友子『詐欺罪の保護法益論』(弘文堂、2018年)25頁以下〔以下では、足立(友)『詐欺罪の保護法益』と示す。同書の初出として、足立(友)・前掲注(26)「欺罔(一)」128頁以下も参照〕。

とは、屋上屋を重ねるものではないかという疑問を抱かせるかもしれない。

そこで、本節では、これまでに先行研究によって明らかにされてきた詐欺罪の歴史的展開(前史、旧刑法典、及び、現行刑法典)を跡付けることによって、その到達点を確認したうえで(第一款)、先行研究に対する疑問点を示し(第二款)、本章の検討過程を概観する(第三款)。

第一款 先行研究の到達点

(1) 前史について

わが国の詐欺罪の沿革に関する先行研究において、旧刑法典の制定過程以前の前史として、以下のことが明らかにされている。

第一に、「詐欺取財」という記述は唐律を参考にして作成された大宝律令(701年)、養老律令(718年成立、757年施行)においてすでに現れていたということである¹⁵⁵⁾。そこでは、「凡詐欺官私以取財物者準盜論」¹⁵⁶⁾(官私を詐欺して財物を取る者を盗に準じて論じる¹⁵⁷⁾)と定められていた。もっとも、この詐欺取財は、謀反、謀殺、強盗、人身売買などを定める「賊盜律」¹⁵⁸⁾に置かれているのではなく、文書偽造や官名詐称などを定める

155) 下・前掲注(154)論文8頁以下、浅田・前掲注(24)論文314頁、設楽=淵脇・前掲注(74)論文162頁以下、足立(友)・前掲注(154)『詐欺罪の保護法益』35頁以下参照。

156) 養老律令に関して、黒坂勝美=國史大系編集會編『新訂増補國史体系第二十二卷 律・令義解』(吉川弘文館、1966年)「律」151頁の名令律の律逸文を取録している箇所を参照した(参照文献に付されている返り点等については引用にあたって省略した)。下・前掲注(154)論文8頁は、この規定を大宝律令の詐欺に関連するものの一つとして挙げている。もっとも、「『大宝律令』は、『養老律令』に代わってのち、平安時代中期ごろにすでに散逸していたようであるが、これは両律令にあまりに差異がなかったためとも考えられる」(國史大辞典編集委員会編『國史大辞典 第八卷』(吉川弘文館、1987年)884頁[青木和夫執筆])とされていることに鑑みると、下は、大宝律令ではなく逸文によって再構成された養老律令の「詐偽律」における詐欺取財を参照した可能性がある。

157) 設楽=淵脇・前掲注(74)論文162頁。さらに、小野清一郎『新訂刑法講義各論(三版)』(有斐閣、1950年)251頁も参照。

158) 賊盜律における、賊とは、「反逆、劫囚、造畜蠱毒(こどく)、謀殺などの国家・社

「詐偽律」¹⁵⁹⁾に置かれていた¹⁶⁰⁾。

第二に、江戸時代の公事方御定書(1742年)¹⁶¹⁾¹⁶²⁾、いわゆる御定書百箇条では、詐欺に相当する諸規定(六十四「巧事かたり事重きねたり事いたし候もの御仕置之事」¹⁶³⁾)は、窃盗や強盗に相当する規定(五十六「盗人御仕置之事」¹⁶⁴⁾)よりも、文書偽造や通貨偽造に相当する諸規定(六十二「謀書謀判

↘ 会・人身の安全を侵害する罪」を言い、盗とは「窃盗、強盗、略人、略奴婢などの官私財物や人身を侵害する罪」を言う(国史大辞典編集委員会編・前掲注(156)書〔小林宏執筆〕630頁)。

- 159) 「詐偽律」は、唐律において賊律から分化されたものようである(東川徳治編『中国法制大辞典』(燎原, 1979年)378頁では、「詐偽律」とは、「唐律十二篇ノ一ナリ。蓋シ本律ハ魏代始メテ秦漢以来ノ賊律内ヨリ詐偽ニ関スル事項ヲ分出シテ詐偽律ノ一篇ヲ増設ス」と定義されている)。浅田・前掲注(24)314頁、設楽=淵脇・前掲注(74)論文162頁では、「詐欺律」と示している。しかし、仮刑律や新律綱領でこの「詐欺取財」が「賊盜律」に移されていることに鑑みると、「詐偽」は「詐欺」よりも広義の概念として用いられていた可能性が高いといえる。なお、「詐偽」という用語は、明治34年草案(183条の公正証書原本等不実記載罪「詐偽ノ申立」、184条の診断書等不実記載罪「詐偽ノ記載」、187条の有価証券偽造罪「詐偽ノ裏書」)まで残っていたが、明治35年草案では削除されている(184条の公正証書原本等不実記載罪では「虚偽ノ申立」に改め、185条の虚偽診断書等作成罪では「虚偽ノ記載」に改め、188条の有価証券偽造罪では該当部分を削除している)。
- 160) 養老律令において、「詐欺取財物條」(黒坂ほか編・前掲注(156)書の「律」151頁以下)は、第八「詐偽律」(同149頁以下)に位置付けられていた。これに対して、詐欺に関連する条は、第六「賊盜律」(同55頁以下)ではみられない。もっとも、「賊盜律」には、「恐喝條」(同70頁以下)が位置付けられている。
- 161) 鎌倉時代の御成敗式目(1232年)においては、詐欺取財の規定は見当たらない。文書偽造に相当する規定(十五「謀書罪科事」)、虚偽告訴罪に相当する規定(二十八「構虚言致讒訴事」)が置かれていたにすぎない(牧健二監修/佐藤進一=池内義資編『中世法制史料集 第一巻 鎌倉幕府法』(岩波書店, 1955年)10頁以下、28頁以下参照)。
- 162) 公事方御定書に関しては、司法省秘書課『日本近代刑事法令集 上』(司法資料別冊第17号, 1945年)、法制史学会編(石井良助校訂)『徳川禁令考 別巻』(創文社, 1961年)を参照した。本稿では表題に相当する部分のみを摘示するととどめ、規定の詳細には立ち入らない。
- 163) 前掲注(162)司法資料別冊17号93頁(なお、「」内ではひらがなとカタカナが混じっているのは参照文献に基づくものである)。その他に、六十五では「申掛いたし候もの御仕置之事」(同94頁)と、六十六では「毒薬並似せ薬種売御仕置之事」(同94頁)と定められている。
- 164) 前掲注(162)司法資料別冊17号84頁。

いたし候もの御仕置之事」¹⁶⁵⁾、六十七「似セ金銀拵候もの御仕置之事」¹⁶⁶⁾に近い箇所に定められていたということである¹⁶⁷⁾。

第三に、条文の配置から、「詐欺取財」を「賊盗」の一部として位置づけ、「詐偽」（文書偽造など）と区別したのは、1868年（明治元年）の仮刑律、及び、1870年（明治3年）の新律綱領であるということである¹⁶⁸⁾。仮刑律では、「賊盗」という表題の下で、「人ヲ詐欺シテ財ヲ取」、すなわち「凡人ヲ詐欺シテ財ヲ取又ハ人ノ物ヲ我ト云懸テ奪取或ハ事ヲ構ヘネタリ掛テ取若ハ巧ナル手段ヲ仕掛ケ人ヲ信セシメ財ヲ出サセ取之類並ニ賊ヲ計ヘ窃盗ニ準シテ論ス」¹⁶⁹⁾が定められていた。新律綱領では、卷三の「賊盜律」の下で、「詐欺取財」は、「凡官私ヲ詐欺シテ。財物ヲ取ル者ハ。並ニ賊ニ計ヘ。窃一盗ニ準シテ論ス。……」¹⁷⁰⁾「……若シ人ノ財物ヲ。冒認シテ己ノ者ト為シ。及ヒ詮賺。局騙。拐帶。スル者モ。亦賊ニ計ヘ。窃一盗ニ準シテ論ス……」¹⁷¹⁾と定められていた¹⁷¹⁾。

165) 前掲注（162）司法資料別冊17号92頁。

166) 前掲注（162）司法資料別冊17号96頁。その他に、六十八では「似セ秤似セ拵似セ朱墨拵候もの御仕置ノ事」（同96頁）と定められている。

167) 浅田・前掲注（24）論文314頁、足立（友）・前掲注（154）『詐欺罪の保護法益』35頁以下参照。

168) 浅田・前掲注（24）論文314頁、中村（勉）・前掲注（154）「詐欺概念の史的変遷（三）」194頁以下、設楽＝淵脇・前掲注（74）論文162頁以下、渡辺・前掲注（26）「虚喝」14頁以下、足立（友）・前掲注（154）『詐欺罪の保護法益』35頁以下参照。

169) 松尾浩也増補改題／倉富雄三郎ほか監修／高橋治俊ほか編『増補刑法沿革綜覧』（信山社、1989年）2234頁以下〔以下では、倉富ほか監修『増補沿革綜覧』と示す〕。恐喝取財については詐欺取財罪を加重する旨の規定（「若シ無罪ノ人ヲ恐喝シテ迫テ取モノハ一等ヲ加フ……」）が存在した。なお、仮刑律でも「詐偽」という表題の規定群は維持されており、「謀判」、「偽書」、「金銀並錢ヲ偽鑄ス」、「私ニ斛斗秤尺ヲ造ル」、「詐テ官員ト称ス」が規定されている（同2257頁以下参照）。

170) 倉富ほか監修・前掲注（169）『増補沿革綜覧』2308頁以下（ここでは、「。」を句点・読点双方の意味で用いているようである）。なお、恐喝取財については、「恐喝シテ。人ノ財物ヲ取ル者ハ一賊ニ計ヘ。窃一盗ニ準シテ論ス。……」と定められていた（同2308頁）。新律綱領でも、「詐偽律」は維持されており、「詐偽官文書」、「偽造宝貨」、「偽造斛斗秤尺」、「詐称官」等が定められていた（同2329頁以下参照）。

171) その後の1873年（明治6年）に制定された改定律令では、詐欺取財に相当する条文は、

以上のように、先行研究によって、「詐欺取財」という概念は、フランス法やドイツ法の議論を参照して作出されたものではなく、養老律令の時代からすでに存在したものであるが、養老律令及び公事方御定書では、詐欺に相当する規定が偽造犯罪の隣接規定として位置づけられ、窃盗等に相当する規定などとは異なる箇所規定されていたのに対して、仮刑律や新律綱領では詐欺取財罪を賊盗律に位置付けられていたということが明らかにされている。つまり、わが国では、仮刑律や新律綱領の制定時点以前に「財産犯としての詐欺取財罪」が確立していたのである¹⁷²⁾

(2) 旧刑法典の詐欺取財罪について

旧刑法典の詐欺取財罪390条1項(第三編「身体財産ニ対スル重罪軽罪」第三章「財産ニ対スル罪」第五節「詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ関スル罪」)は、「人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若クハ証書類ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト為シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ処シ四円以上四十円以下ノ罰金ヲ附

「賊盗律」にも、「詐偽律」にも規定されていない(倉富ほか監修・前掲注(169)『増補沿革綜覧』2372頁以下、2389頁以下参照)。この点について、足立(友)・前掲注(154)『詐欺罪の保護法益』36頁注54は、改定律令と新律綱領が並行して用いられたことに着目し、扱い方に変更がなかったことの現れであるとする。

172) 浅田・前掲注(24)論文314頁は、新律綱領制定時点で、「立法上『財産犯としての詐欺罪』が確立したといえそうである」と述べているが、これらの諸規定は、法益などの観点からの体系的な整理がなされていない時代のものであることに注意が必要である。足立(友)・前掲注(154)『詐欺罪の保護法益』36頁は、仮刑律の詐欺取財において「窃盗に準じて」扱おうとしていることに着目し、詐欺取財の財産犯としての位置づけが意識されていた可能性を指摘する。しかし、詐欺取財を「賊盗律」ではなく、「詐偽律」に位置付けていた大宝律令や養老律令においても、詐欺取財は「準盗論」とされていたことも見落としてはならない。本稿の分析からすれば、詐欺取財は、大宝律令や養老律令などでは行為態様の類似性などの面から便宜上「詐偽律」に位置付けられた可能性も排斥できないのであり、大宝律令や養老律令の時点ですでに「財産犯としての詐欺取財罪」は確立していたと評価することも可能である。なお、1397年の大明律や1740年の大清律でも、詐欺取財は賊盗律に移されていた(東川編・前掲注(159)書378頁、小林宏=高塩博編『高瀬喜朴著 大明律例釈義』(創文社、1989年)436頁、内田智雄=日原利國校訂『律例對照定本明律國字解』(創文社、1966年)381頁、島田正郎編『熊本藩訓釋本清律令彙纂(三)』(汲古書院、1981年)496頁参照)。

加ス」¹⁷³⁾と規定されている¹⁷⁴⁾。

先行研究によって、旧刑法典の詐欺取財罪に関して以下のことが明らかにされている。

第一に、旧刑法典の詐欺取財罪は、ボワソナード (*Gustave Boissonade*) が1810年フランス刑法典405条の詐欺罪(「實在しない企業、仮装された権限もしくは信用の存在を信じさせるために、又は架空の成功、事故、その他のあらゆる出来事についての期待や危惧を抱かせるために、偽名、虚偽の資格を用いて、又は奸計的策略 (*manceuvres frauduleuse*) を用いて、金銭、動産、債務証券、処分証券、手形、債券、領領書もしくは弁済証券を手交又は引き渡させ、これらの手段のいずれかによって財産の全部もしくは一部を騙し取った者、又は騙し取ろうとし

173) 倉富ほか監修・前掲注(169)『増補沿革綜覧』54頁。なお、同条2項は、「因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減変換シタル者ハ偽造ノ各本条ニ照シ重キニ從テ処断ス」と規定されている。

174) 詐欺取財罪に関連する規定として、391条(「幼者ノ知慮淺薄又ハ人ノ精神錯乱シタルニ乘シテ其財物若クハ證書類ヲ授与セシメタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス」)、392条(「物件ヲ販売シ又ハ交換スルニ当リ其物質ヲ変シ若クハ分量ヲ偽テ人ニ交付シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス」)、393条(「(1項)他人ノ動産不動産ヲ冒認シテ販売交換シ又ハ抵当典物ト為シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス」、「(2項)自己ノ不動産ト雖モ己ニ抵当典物ト為シタルヲ欺隠シテ他人ニ売与シ又ハ重ネテ抵当典物ト為シタル者亦同シ」)が存在する。これらの規定について、倉富ほか監修・前掲注(169)『増補沿革綜覧』54頁以下を参照した。

旧刑法典391条は、現行刑法典247条の準詐欺罪の基になった規定であり、1810年フランス刑法典406条(「未成年者の利益に反して、債務、受領証もしくは弁済証券に署名させるために、または金銭、動産、有価証券 (*effet de commerce*) もしくはその他のあらゆる債務手形 (*effet obligatoire*) の賃借のために、その交渉がもたらされたもしくは仮装された形式を問わず、未成年者の窮乏 (*besoin*)、弱み (*faiblesse*) もしくは感情 (*passion*) につけ込んだ者は、2ヶ月以上2年以下の拘禁刑および被害を被った当事者に支払われるべき損害賠償の4分の1を超えることはできないし、25フランを下回ることはできない。)(中村義孝『ナポレオン刑事法典資料集成』(法律文化社、2006年)311頁)に由来するものである。旧刑法典392条や393条にあたる規定は、現行刑法典では存在しない(明治23年草案の段階で削除されている)。393条2項は、フランス民法典のステリオンナ (*stellionat*) を参考にして導入されたものであり(ただし、この規定は1867年に、フランス民法典で廃止されていたものようである。その背景にあると思われるローマ法の *stellionatus* については後述、第三章)、1810年フランス刑法典にも存在しなかった規定のようである(藤原・前掲注(154)論文82頁以下参照)。

た者は、1年以上5年以下の懲役刑又は50フラン以上3000フラン以下の罰金刑で処罰される。』¹⁷⁵⁾を参照して作成した案をもとに、司法省の刑法草案取調掛との議論・修正を行い、太政官刑法草案審査局による審議、元老院による審議を経て成立したものであり¹⁷⁶⁾(詳細については後述、本章第二節第一款参照)、旧刑法典の詐欺取財罪はフランス刑法典の影響を受けて成立したものであるということである¹⁷⁷⁾。

第二に、旧刑法典の証書類を取得客体とする詐欺取財罪は、無形的権利自体の保護を図ったものであり、現行刑法典の利益詐欺罪の原型であるということである¹⁷⁸⁾。

その他に、第三に、詐欺取財罪と恐喝取財罪を一つの条文で規定しているが、それはボワソナードの意向ではなく、「日本従前の刑法」(仮刑律及

175) 訳出するにあたって、田中正身『改正刑法釋義 下巻〔復刻版〕』(信山社、1994年) 1312頁、平場・前掲注(69)書179頁注2、恒光徹「不法原因給付の法理と詐欺罪・横領罪の成否——フランス法との比較法的検討」岡山大学法学会雑誌41巻3号(1992年)18頁、中村(勉)・前掲注(154)「詐欺概念の史的変遷(三)」192頁注10、中村(義)・前掲(174)書310頁、Die fünf französischen Gesetzbücher in deutscher Sprache nach den besten Uebersetzungen, 1832, Strafgesetzbuch, S. 55 f.などを参照した。なお、ドイツ圏における一部の領邦刑法典の詐欺罪ないし詐欺罪の特別規定において、欺罔行為を、奸計的(arglistig)ないし奸計(Arglist)という要素によって限定するものがみられるが、これはフランス刑法典の詐欺罪の«manœuvres frauduleuse»部分に影響を受けたものである(後述、第三章)。

176) 旧刑法典の編纂過程については、新井勉「旧刑法の編纂(一)」法学論叢(京都大学)98巻1号(1975年)55頁〔以下では、新井「旧刑法(一)」と示す〕、新井勉「西欧刑法の継受と盗罪(二)」日本法学67巻2号(2001年)94頁以下〔以下では、新井「盗罪(二)」と示す〕等参照。

177) 中森・前掲注(26)「二項犯罪」217頁、浅田・前掲注(24)論文314頁、中村(勉)・前掲注(154)「詐欺概念の史的変遷(三)」196頁、松宮・前掲注(88)「不法領得の意思」308頁、足立(友)・前掲注(154)『詐欺罪の保護法益』37頁等参照。なお、中村(勉)・前掲注(154)「詐欺概念の史的変遷(三)」196頁は、旧刑法典390条はフランスの第一草案434条を模倣するものである旨指摘するが、同208頁注9の引用部分や条番号から判断するに、元老院上呈仏文刑法草案434条(西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕2-II 日本立法資料全集31』(信山社、1995年)〔以下では、西原ほか編『旧刑法2(2)』と示す〕527頁・資料11)の誤解であると思われる。

178) 中森・前掲注(26)「二項犯罪」217頁以下、225頁以下等。

び新律綱領）を重視する司法省刑法草案取調掛の鶴田皓らによる指摘に基づくものであるということも明らかにされている¹⁷⁹⁾。

（3）現行刑法典における詐欺罪について

明治40年制定時の現行刑法典（第二編「罪」第三十六章「詐欺及ヒ恐喝ノ罪」）246条は、「（1項）人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス」、「（2項）前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ」と規定されている¹⁸⁰⁾。

先行研究によって、現行刑法典の詐欺罪に関して以下のことが明らかにされている。

第一に、現行刑法典の詐欺罪の制定過程に関して、旧刑法典は施行後まもなく改正作業が進められ、行為態様や構成要件の結果を列挙する規定形式、「不正ノ利益ヲ得タル」という包括的な構成要件の結果を伴う規定形式、財物詐欺罪と利益詐欺罪を別の条文で併置する規定形式を経て、財物詐欺罪と利益詐欺罪を一つの条文の1項と2項にまとめる規定形式がとられ、文言の修正の末、成立したということである（詳細については後述、本章第三節第一款第一項及び第二款第一項参照¹⁸¹⁾）。

179) 渡辺・前掲注(26)「虚喝」15頁以下参照。渡辺は、同17頁で、鶴田がボワソナードに「支那律及ヒ日本従前ノ刑法ニハ恐喝取財ノ罪アリ之レハ即此『無根ノ事故ヲ畏怖セシムル云々』ノ罪トシテ論シテ不可ナルヘシ如何」と質問し、ボワソナードは「恐喝取財ハ此『無根ノ事故ヲ畏怖セシムル云々』ノ内ニ含蓄スル者ト看做サ、ルヲ得ス、元来日本語ノ恐喝ト脅迫トハ其字義ニ如何ナル区別アリヤ」と反問し、鶴田が「恐喝トハ人ノ恐怖スヘキ虚喝ヲ云ヒ自ラ金ヲ出ス様ニ仕向ケ竟ニ其金ヲ取ルノ類ニテ畢竟人ニ対シ間接ニ金ヲ出スヘシト云フ者ニ係ル脅迫トハ即チ人ニ対シ直接ニ金ヲ出スヘシト云フ者ニ係ル故ニ恐喝ハ脅迫ヨリ少シク輕キ情状アル者トス」と回答した経緯（早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記 第四分冊』（早稲田大学出版会、1977年）〔以下では、『草案会議筆記IV』と示す〕2500頁参照。なお、○部分の強調は参考文献に基づくものである）をもとにして、旧刑法典の恐喝取財罪の成立にとっては、中国の律の影響を受けて日本で定着していた「虚喝」の概念、すなわち「相手方を脅かして畏怖させるために、騒動やいざごに名を借りて虚勢を張って財をとる行為」が重要であったと分析している。

180) 現行刑法典246条の現在の文言は、平成7年5月12日法律第91号によって改正されたものである。

181) 中村(勉)・前掲注(154)「詐欺概念の史の変遷(三)」196頁以下、松宮・前掲注(88)ノ

第二に、現行刑法典の財物詐欺罪は旧刑法典の詐欺取財罪に由来し、さらに、利益詐欺罪も旧刑法典の取得客体を証書類とする詐欺取財罪の発展として同一線上に成立したものであり、フランス刑法典（あるいは、フランス刑法典の立場を重視するボワソナード）の影響の下で成立したものであるということである¹⁸²⁾。

そして、第三に、第二の到達点に基づいて、わが国の詐欺罪では、財物詐欺罪も、利益詐欺罪も、個別財産侵害モデル（前述、第一章第二節参照）が採用されていると主張されている¹⁸³⁾。

第二款 先行研究に対する疑問

このような先行研究の到達点に対して、本稿は、以下の三つの疑問を提起する。

第一に、詐欺取財という概念は大宝律令、養老律令、仮刑律、及び、新律綱領にも存在していたにもかかわらず、なぜ旧刑法典の詐欺取財罪はフランス刑法典に由来する規定とされているのかという疑問である（前款(2)の第一の到達点への疑問）。

1810年フランス刑法典405条と旧刑法典390条を比較すると、① 目的の有無（フランス刑法典405条は「実在しない企業、仮装された権限もしくは信用の存在を信じさせるために、又は架空の成功、事故、その他のあらゆる出来事についての期待や危惧を抱かせるために」という目的を明示、対して、旧刑法典390条は目的の限定なし¹⁸⁴⁾、② 行為態様（フランス刑法典405条では「偽名、虚偽の資

↘「不法領得の意思」308頁以下、足立（友）・前掲注（154）「詐欺罪の保護法益」37頁以下。

182) 中森・前掲注（26）「二項犯罪」225頁参照。このような立場に親和的なものとして、樋口・前掲注（154）「講義ノート」164頁。

183) 中森・前掲注（26）「二項犯罪」225頁以下は、「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包括的な構成要件の設定という線上に成立したものと見るのが適当と思われる。従って、その性格は、全体財産に対する罪ではなく、あらゆる個別の利益の取得を罰するものと見るべきであろう。」と述べている。さらに、田山・前掲注（63）「利益」18頁注9も参照。

184) 恒光・前掲注（175）論文18頁は、フランス刑法典の詐欺罪の特徴の一つとして、「欺メ

格を用いたこと、又は奸計的策略(maneuvres frauduleuse)を用いたこと」, 対して、旧刑法典390条では「人を欺罔すること」, ③ 構成要件的结果(フランス刑法典405条では「金銭、動産、債務証書、処分証書、手形、債券、領領書もしくは弁済証書を手交又は引き渡させること」と「財産の全部もしくは一部を騙し取ること、又は騙し取ろうとすること」, 対して、旧刑法典390条では「財物若しくは証書類を騙取したこと」)¹⁸⁵⁾の面で異なっており、旧刑法典390条の詐欺取財罪は、フランス刑法典405条の詐欺罪から大幅に包括化・簡略化されたものであるということが明らかになる¹⁸⁶⁾。

確かに、前款(2)で旧刑法典の詐欺取財罪に関する先行研究の到達点として、第一で確認したように、旧刑法典は、フランス人であるボワソナードによって作成された草案がもとになっており、旧刑法典の大部分はフランス法の影響を強く受けたものといえる¹⁸⁷⁾。しかし、わが国の旧刑法典はボワソナードの意見のみが反映されているのではなく、司法省の刑法草案取調掛との議論や太政官刑法草案審査局の修正などを経て成立したものである。このような制定過程を前提にするならば、旧刑法典の詐欺取財罪がフランス刑法典の詐欺罪に直接由来すると結論付けるのは早計ではなかろうか。詐欺取財と恐喝取財の関係に関する議論(前款(2)到達点第三)と同様に、このような包括化・簡略化もボワソナードではなく、鶴田皓ら刑法草案取調掛の意向を反映したものである可能性もあり、仮にそのことが認められるならば、旧刑法典の詐欺罪をフランス法由来の規定と整理すること

ゝ罔行為を一定の場合に限定していること」を挙げたうえで、さらに「目的」による限定を加えていると指摘している。

185) 藤原・前掲注(154)論文83頁は、フランス刑法の詐欺取財罪を構成する要素として、「① 法律によって定められた詐欺方法の利用、② 詐欺方法をもって取得された財物を交付させること、③ これらの財物の領得または費消」を挙げている。構成要件結果にあたる部分を二つに分けて、整理している。

186) 浅田・前掲注(24)論文314頁参照。

187) もっとも、ボワソナードは、フランス刑法のみを参照していたのではなく、ベルギー刑法、イタリア刑法、ドイツ刑法なども参照していたようである(この点につき、新井・前掲注(176)「旧刑法(一)」67頁以下参照)。

自体が誤解をはらむものといえる。このような包括化・簡略化にもかかわらず、旧刑法典の詐欺取財罪がフランス刑法典の詐欺罪に由来するという帰結を導くには、両者の規定形式の相違が、諸草案の編纂やその際の議論から重要ではないということを論証する必要があるように思われるが、先行研究では、このような検討が十分に行われていない。

第二に、現行刑法典の利益詐欺罪は、旧刑法典の証書類を取得客体とする詐欺取財罪、ないしは明治23年草案の詐欺罪を原型とするものであるといえるのか、そして、利益詐欺罪はフランス刑法典（あるいはフランス刑法典の立場を重視するボワソナード）の影響の下で成立した規定といえるのかという疑問である（前款(2)の第二の到達点及び(3)の第二の到達点への疑問）。

旧刑法典の財物詐欺罪と現行刑法典の詐欺罪を比較すると、① 行為態様（「人を欺罔すること」）の点で一致しているが、② 構成要件の結果（旧刑法典390条1項「財物若クハ証書類を騙取したこと」、対して、現行刑法典246条「(1項)財物を交付させたこと〔財物を騙取したこと〕、〔(2項)財産上不法の利益を得たこと、又は他人にこれを得させたこと〕」の面で異なっているということが明らかになる。現行刑法典の利益詐欺罪が、無形的財産一般も取得客体として把握可能であるのに対して、旧刑法典の詐欺取財罪は、あくまでも無形的財産が物体化されている証書類を取得客体としているに過ぎないのである¹⁸⁸⁾。先行研究のように、旧刑法典の詐欺取財罪にそのような無形的財産一般を保護する趣旨を読み込もうとするのであれば、まず旧刑法典の詐欺取財罪の立法趣旨がそのようなものであったのか、次いで「不法ノ利益ヲ得タル」という構成要件の結果を伴う明治23年草案の詐欺罪がそのような趣旨を継承したのか、さらに現行刑法典の利益詐欺罪がそのような趣旨を継承したのかについて段階を追って検証する必要があると思われ

188) 渡辺・前掲注(26)19頁は、適切にも、「旧刑法の詐欺取財罪には、『無形の利益の保護をも図った』面があったとしても、その保護は動産及び証書類の領得のために間接的になされるにすぎない」と述べている。さらに、フランス刑法典の詐欺罪の取得客体との関連で、有体財産の交付が必要である旨指摘するものとして、恒光・前掲注(175)論文19頁参照。

る。先行研究がこのような検討を十分に行わないまま、利益詐欺罪は旧刑法典の詐欺取財罪の延長線上にあると結論付けていることには疑問がある。

そして、第三に、現行刑法典の財物詐欺罪及び利益詐欺罪が、「財産損害」を構成要件要素として要求していないフランス刑法典の詐欺罪の影響を多かれ少なかれ受けているとしても、両者を個別財産侵害モデルに基づく規定ととらえる必然性はないのではないかという疑問も生じる(前款(3)の第三の到達点への疑問)。そもそも、フランス刑法の詐欺罪においても「財産損害」を構成要件要素の判断の際に考慮するか否かは解釈にゆだねられている問題であり¹⁸⁹⁾、条文で財産損害が規定されていない場合であっても、解釈次第で「財産損害」を考慮に入れることは可能なのである¹⁹⁰⁾。この点についても、現行刑法典の財物詐欺罪及び利益詐欺罪の制定過程(とりわけ、旧刑法典の詐欺取財罪と明治23年草案の詐欺罪の制定過程)から、「財産損害」を考慮することを排斥する趣旨のものであるのか、あるいは財物や財産上の利益の喪失を超えた「財産損害」を考慮する余地があるのかを明らかにする必要がある。

第三款 本章の検討過程の概観

本章では、以上の疑問点を出発点に置き、第二節において、旧刑法における詐欺取財罪の法制史的検討を行う。ここでは、旧刑法典の詐欺取財罪の制定過程を紐解き、詐欺取財罪の行為態様及び構成要件的结果の包括化・簡略化は鶴田皓らの刑法草案取調掛の意見を反映したものであったということ

189) 恒光・前掲注(175)19頁、エルンスト・コールマン「詐欺罪」法務大臣官房司法法制調査部司法法制課『ドイツ刑法改正資料第二卷Ⅱ(下)——比較法的研究——』法務資料412号(1970年)63頁(原典は、*Ernst Kohlmann, Die strafrechtliche Behandlung des Betrugers*, in: *Materialien zur Strafrechtsreform, 2. Band, Rechtsvergleichende Arbeiten, II Besonderer Teil*, Bonn 1955)参照。

190) コールマン・前掲注(189)63頁は、かつてはフランスの詐欺罪の議論において財産損害の発生を要求する学説が主張されていたが、判例やその後の学説では財産損害の発生は不要であると解されている旨指摘している。

等を明らかにする。そして、先行研究によって旧刑法典の詐欺取財罪が1810年フランス刑法典の詐欺罪あるいは起草者であるボワソナードの影響下で成立したものであるとされてきたことに若干の修正を加えることになる。

第三節では、現行刑法典の詐欺罪の法制史的検討を行う。第一款では、明治23年草案に至るまでの諸草案の詐欺取財罪の概要を確認したうえで、旧刑法典の詐欺取財罪から明治23年草案の詐欺罪へと規定形式が抜本的に転換されたこと（とくに、構成要件の結果に関して「財物若シクハ証書類ヲ騙取シタル」から「不正ノ利益ヲ得タル」への転換）を確認し、明治23年草案の淵源を考察する。ここでは、従来の先行研究が明治23年草案をボワソナードによって主導的に作成したものであるとらえてきたこと、及び、このことに基づいて利益詐欺罪を財物詐欺罪の延長線上に位置づけてきたことに対して異議を唱え、明治23年草案の詐欺罪の規定形式や改正の端緒などから、明治23年草案の詐欺罪は主としてドイツ刑法典263条を参照して作成された可能性が高いという分析を行う。第二款では、本稿の試論との関係で、これまでの先行研究であり注目されてこなかった明治39年草案から明治40年草案での文言の修正（「不正ニ財産上ノ利益ヲ得タル」から「財産上不法ノ利益ヲ得タル」）がなぜ行われたのかについても検討を行う。

最後に、第四款でこれらの検討を踏まえて、わが国の詐欺罪（刑法246条）の構成要件の結果の判断枠組に関する試論を展開する。

第二節 旧刑法典の詐欺取財罪の法制史的検討

第一款 旧刑法典の詐欺取財罪の制定過程

(1) ボワソナードによる草案作成の経緯¹⁹¹⁾

明治の初めに、養老律令や中国の律などを参考にして、仮刑律、新律綱

191) 新井・前掲注(176)「旧刑法(一)」54頁以下、特に63頁以下、新井・前掲注(176)「盗罪(二)」88頁以下、吉井蒼生夫「近代日本における西欧型刑法の成立と展開——立法過程からみた一考察——」利谷信義ほか編『法における近代と現代』(日本評論社、1993年)181頁以下、西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕(1)日本立法資料全集29』(信山社、1994年)〔以下では西原ほか編『旧刑法(1)』と示す〕7頁以下、藤原・前掲注

領、及び、改定律令が制定されたのに対して、西欧型の刑法編纂作業は、1875年（明治8年）に、司法省の刑法草案取調掛¹⁹²⁾によって本格的に開始された。この作業が開始された当初、1873年（明治6年）に法律顧問として来日していたボワソナードは、刑法の講義や刑法編纂に関する助言という形で関わるにすぎなかった¹⁹³⁾。

その後、編纂方法の方針が変更され、ボワソナードの起草する草案を原案にして、刑法草案取調掛の鶴田皓と質疑・討論を行い（通訳は、名村泰蔵¹⁹⁴⁾、その議論を基にしてボワソナードが修正案を起草し、それを議論するという過程を繰り返すという方法がとられることになった。

（2）ボワソナードによる初期の案における詐欺取財罪（詐偽取財罪）¹⁹⁵⁾

ボワソナードが刑法取調掛との質疑後に起案した詐欺取財罪（詐偽取財罪）の第一案（「財産ヲ害スル重罪軽罪」第一章「盗罪」第二節「詐偽ノ倒産詐欺取財及ヒ背信ノ犯罪」3条）は、「無実ノ成功ヲ希望セシメ又ハ無根ノ事故ヲ畏怖セシムル為メ偽リノ姓名ヲ用ヒ又は偽リノ身分ヲ称シ其他偽計ヲ用ヒテ金額物件又義務ノ証券請取書釈放書ヲ渡サシメタル者ハ詐偽取財ノ罪トナシ二月ヨリ四年ニ至ル重禁錮並ニ四円ヨリ四百円ニ至ル罰金ニ処ス但

ㇿ(154) 論文79頁以下等参照。

192) 刑法草案取調掛に任命されたのは、鶴田皓、平賀義質、小原重哉、藤田高久、名村泰蔵、福原芳山、草野允素、昌谷千里、横山尚、澁谷文毅、濱口惟長である（新井・前掲注（176）「旧刑法（一）」58頁、西原ほか編・前掲注（191）『旧刑法（1）』91頁・資料4参照）。

193) 刑法草案取調掛の編纂作業の成果として作成されたのが、「日本帝国刑法初案」（西原ほか編・前掲注（191）『旧刑法（1）』51頁以下・資料1）である。この草案は、1876年（明治9年）に元老院に提出されたが、未審議のまま返還された。

194) 鶴田皓の経歴については、藤原・前掲注（154）論文81頁注3、名村泰蔵の経歴については、同81頁注4を参照のこと。

195) 第一案の第二節の表題が「……詐欺取財……ノ罪」であるにもかかわらず、3条の規定では「詐偽取財ノ罪」という用語を用いている（前掲注（179）『草案会議筆記Ⅳ』2455頁）。ここでは、「詐偽」と「詐欺」を使い分けていなかったと思われるので、詐欺取財罪（詐偽取財罪）と併記する。大宝律令及び養老律令下の「詐偽」と「詐欺」の関係性については、本稿注（159）を参照のこと。

シ文書ヲ偽造シタル罪ノ重キハ重キニ依テ処断ス¹⁹⁶⁾というものであった。

ボワソナードは1810年フランス刑法典405条の詐欺罪を参照して、この案を作成した¹⁹⁷⁾。彼は、当初フランス刑法典の詐欺罪のように行為態様を詳細化して規定することを考えていたが¹⁹⁸⁾、鶴田皓らとの議論を経て、フランス刑法典の詐欺罪よりも相対的に簡潔な規定案を作成したようである¹⁹⁹⁾。

(3) 「日本刑法草按 第一稿」における詐欺取財罪(詐偽取財罪)²⁰⁰⁾

これらの質疑を経て修正された「日本刑法草按 第一稿」が1876年(明

196) 前掲注(179)『草案会議筆記Ⅳ』2455頁, 2462頁。さらに、同2477頁では、第二案の3条で詐欺取財罪(詐偽取財罪)が示されているが、第一案と文言や語順に若干の相違がみられるが(同2488頁参照)、これはフランス語から日本語への翻訳による字句修正によるものといえる。

197) 前掲注(179)『草案会議筆記Ⅳ』2446頁では、1810年フランス刑法典405条に関して、「同条ニ偽リノ姓名ヲ用ヒ云々無実ノ成功及無根ノ事故ヲ希望セシメ云々ト記セリ即チ詐偽取財ニシテ之ハ各種各様ノ方法ヲ以テ犯ス罪ナリ」という解説を行っている。そして、1810年フランス刑法典405条の「無実ノ成功ヲ希望セシメ云々」に該当する詐欺罪の適用場面の例として、「甲者ノ畜馬ニ病アルヲ知テ乙者ヨリ甲者ニ向ヒ若シ余ヲシテ療治ヲ為サシメハ三日間ニ其病馬ヲ平癒セシムヘシト云ヒ其病馬ヲ欺キ預リ直ニ他ノ者ヘ売テ利益ヲ得タル」場合と「乙者ヨリ甲者ニ向ヒ今日ハ米価下落シタリ仍テ其米ヲ買ヒ置利益ヲ得ヘシト云々其米価ノ金額ヲ欺キ取り而シテ米ヲ買ハシテ自ラ他ノ私用ニ耗費シタル」場合を挙げている。

198) この案の質疑の際に、ボワソナードは、「細ニ記スヘキ積リナレトモ前日ノ議ニ於テ之ハ成丈ケ簡單ニ記スヘシトノ貴説(鶴田皓の説——引用者注)ニ付余カ勉メテ簡單ニ記ストコロノ書法ナリ……」と述べている(前掲注(179)『草案会議筆記Ⅳ』2464頁)。

199) この案の質疑の際に、ボワソナードは、「『無実ノ成功云々』ハ仏国刑法第四百五条ヨリ余程簡單ニ記シタリ然シ其本旨ニ於テハ同条ニ異ナル事ナシ」と述べていた(前掲注(179)『草案会議筆記Ⅳ』2462頁)。なお、本章第一節第二款で整理した要素に即して整理すると、ボワソナードの案では、① 目的について、「無実ノ成功ヲ希望セシメ又ハ無根ノ事故ヲ畏怖セシムル為メ」(架空の成功、事故、その他のあらゆる出来事についての期待や危惧を抱かせるために)のみが規定されており、「實在しない企業、仮装された権限もしくは信用の存在を信じさせるために」に相応する部分が削除されているが、② 行為態様については、基本的にそのまま維持されている。③ 構成要件の結果について、列挙されていた取得客体の一部と「財産の全部もしくは一部を騙し取ること、又は騙し取ろうとすること」に相応する部分が削除されている。

200) ここでも、章の表題(「……詐偽取財……ノ罪」)と規定(「詐欺取財ノ罪」)の用語が異なっているが、「詐偽」と「詐欺」を使い分けていなかったと思われるので、詐欺取財ノ

治9年)12月28日に、司法省に上申された。本草按(第四編「財産ニ対スル重罪軽罪」第二章「倒産詐偽取財及ヒ背信ノ罪」)474条の詐欺取財罪(詐偽取財罪)は、「姓名又ハ身分ヲ詐称シテ人ヲ欺罔シテ又ハ無実ノ成功ヲ希望セシメ若クハ無根ノ事故ヲ畏怖セシムル為メニ偽計ヲ用ヒテ金額物品又ハ義務ノ証書若クハ義務ノ釈放スルノ書及ヒ収納ノ証書ヲ付与シタル者ハ詐取取財ノ罪ト為シ二月以上四年以下ノ重禁錮四円以上四百円以下ノ罰金ニ処ス但シ此照シ文重ニ從テ処断ス」²⁰¹⁾と規定されている。本草按における詐欺取財罪(詐偽取財罪)は、「欺罔」という用語が用いられたことが注目されるが、基本的には前述した初期の規定案が維持されている。

この草按の質疑において、鶴田皓は、「姓名又ハ身分ヲ詐称シテ」の語は「人ヲ欺罔シテ」に含まれ、そして「無実ノ成功ヲ希望セシメ若クハ無根ノ事故ヲ畏怖セシムル」を削除することを提案している。これに対して、ボワソナードは、「仏文ニテハ『欺罔ノ字』而已ニテハ詐欺取財ノ方法ヲ十分ニ尽クスヲ得ス」と反論したが、鶴田による「此方法(「姓名又ハ身分ヲ詐称シ」——引用者注)ノ外他ノ方法ヲ用テ詐偽シタル者ヲ罰スル明文ナク却テ大ニ差支ヲ生セントス」と指摘を受けて、ボワソナードがこの部分を削除することを了承している²⁰²⁾。なお、鶴田は、これに関連して、「無実ノ成功ヲ希望セシメ若クハ無根ノ事故ヲ畏怖セシムル」という箇所も削除も提案したが、ボワソナードはこの提案を受け入れなかった²⁰³⁾。

(4) 「日本刑法草案〔確定 日本刑法草案 完〕」における詐欺取財罪

これらの質疑を経て修正された、1877年(明治10年)11月に刑法編纂委員会から司法卿に「日本刑法草案〔確定 日本刑法草案 完〕」が上申された。

ㄨ 罪(詐偽取財罪)と併記する。

201) 西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕(2)-1 日本立法資料全集30』(信人社, 1995年)
〔以下では、西原ほか編『旧刑法(2)1』と示す〕282頁・資料7。さらに、前掲注(179)『草案会議筆記Ⅳ』2499頁も参照。

202) 以上の経緯について、前掲注(179)『草案会議筆記Ⅳ』2499頁。

203) 前掲注(179)『草案会議筆記Ⅳ』2499頁。

本草案(第三編「人ノ身体財産ニ対スル重罪軽罪」第二章「財産ニ対スル罪」第五節「詐欺取財及ヒ背信ノ罪」)434条の詐欺取財罪は、「(1項)人ヲ欺罔シテ又ハ無実ノ成功ヲ希望セシメ若クハ無根ノ事故ヲ畏怖セシメ其偽計ヲ用ヒテ動産不動産若クハ義務ノ証書義務積放ノ証書及ヒ収納ノ証書ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト為シ二月以上二年以下ノ重禁錮二円以上二十円以下ノ罰金ニ処ス若シ但シ此照シ文重ニ從テ処断ス」,「(2項)若シ此條ノ罪ヲ犯ス為メニ官私ノ文書ヲ偽造シタル者ハ偽造ノ各本條ニ照シ重キニ依テ処断ス」²⁰⁴⁾と規定されている。

本草案は、詐欺取財罪の行為態様を「人ヲ欺罔シテ」と「無実ノ成功ヲ希望セシメ若クハ無根ノ事故ヲ畏怖セシメ其偽計ヲ用ヒテ」に限定しているが、これは(3)で前述したようにボワソナードの発案ではなく、鶴田皓の意見を受け入れたものである。

(5) 刑法草案審査局における修正

上記の「日本刑法草案〔確定 日本刑法草案 完〕」が、刑法草案審査局²⁰⁵⁾で計4回の審議がなされた。その結果、詐欺罪の規定は、「無実ノ成功ヲ希望セシメ……其偽計ヲ用ヒテ」は「欺罔」に含むとして削除され、「無根ノ事故ヲ畏怖セシメ其偽計ヲ用ヒテ」が「恐喝」に改められ、旧刑法第390条の文言が成立している²⁰⁶⁾。その後、この刑法審査局草案について元老院が審議を行い、旧刑法典が成立した。

204) 西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕(2)-2 日本立法資料全集31』(信山社, 1995年)〔以下では、西原ほか編『旧刑法(2)2』と示す〕845頁・資料14。

205) 総裁として伊藤博文、審査委員として、陸奥宗光、細川潤次郎、津田出、柳原前光、井上毅、鶴田皓、村田保、山崎直胤、山田顕義である(早稲田大学鶴田文書研究会『刑法審査修正関係諸案』(早稲田大学比較法研究所, 1984年)193頁、藤原・前掲注(154)論文101頁参照)。

206) 早稲田大学鶴田文書研究会・前掲注(205)書233頁(なお、「刑法審査修正稿本」390条の詐欺取財罪は同114頁、「刑法審査修正 第二稿」387条の詐欺取財罪は同179頁を参照のこと)。さらに、藤原・前掲注(154)論文101頁以下、渡辺・前掲注(26)「虚喝」18頁以下も参照。

第二款 旧刑法典の詐欺取財罪の淵源について

前款の検討によって、旧刑法典における詐欺取財罪は、ボワソナードの作成した草案がそのまま採用されたわけではなく、ボワソナードと刑法草案取調掛の鶴田皓らとの議論によって、いわば共同作業の下で成立したものであり、詐欺取財罪が1810年フランス刑法典405条の詐欺罪よりも規定の表現方法に関して包括化・簡略化されているのは、ボワソナードの提案に基づくものではなく、鶴田皓ら刑法草案取調掛側の意向が反映されたものであったということが明らかになった。

そして、目的及び行為態様の包括化・簡略化については、単なる訳語の修正というものではなく、詳細に規定することによる処罰の間隙を避けるためであったということも明らかになった。これに対して、構成要件の結果の包括化・簡略化については、特段の議論はされておらず、その趣旨は判然としない。もっとも、旧刑法典制定の時点で、ボワソナードも、鶴田皓ら刑法草案取調掛も、無形の財産一般を保護する必要があるということを積極的に主張してはいなかったこと、及び、「財物若しくは証書類の騙取」の判断の際に「財産損害」を考慮することを排斥する意思は示していなかったこと²⁰⁷⁾は少なくとも確認され得る。

以上のような旧刑法典の詐欺取財罪がボワソナードと鶴田皓ら刑法草案取調掛の共同作業で成立したという経緯に鑑みれば、この規定はボワソナードの立場（フランス刑法典のように詐欺の具体的行為態様を列挙するという見解）が色濃く反映された規定ではなく、その淵源は、フランス刑法の詐

207) ボワソナード『刑法草案注釈（下巻）〔復刻版〕』（宗文館書店、1989年）709頁（原典として、BOISSONADE, gustave, *Projet révisé de code penal pour l'empire du Japon*, 1886, p. 1154）において、ボワソナードが、詐欺罪を認定するには、目的（意思）と行為態様（手段）だけでは十分ではなく、「犯者ノ希望シテ遂ニ獲タル終末ノ結果カ財産上ニ損害ヲ及ホシテ其損害ハ法律ニ認定シタル性質ノモノ即チ『動産、不動産ヲ問ハス有価物ノ随意ノ交附、譲渡ノ証、義務ノ証又ハ義務免除ノ証ヲ記載セル証書類ノ交付』ニ係ルコト要トス」（傍点は原文による強調。旧字体を新字体に改めた）と述べていたことが注目される。なお、「財産上ニ損害」の原語は「*dommage aux biens*」である。

欺罪のみにあると断ずることはできない²⁰⁸⁾。

第三節 現行刑法典の詐欺罪の法制史的検討

第一款 明治23年草案の詐欺罪の構成要件的结果としての「不正ノ利益ヲ得タル」の意義

第一項 旧刑法典制定から明治23年草案以前の諸草案における詐欺罪の変遷

旧刑法典は施行後まもなく改正作業が進められ、明治23年草案に至るまでに多数の草案が作成されている。詐欺取財罪との関係では、二つの時期に分けることができる。

第一期の詐欺取財罪は、基本的に旧刑法典の詐欺取財罪の規定を維持し、若干の修正を加えたものである²⁰⁹⁾。

第二期の詐欺取財罪は、ボワソナードの当初の案のように目的や行為態様を詳細に列挙するものである²¹⁰⁾。この時期の詐欺取財罪は、旧刑法典

208) これまでにみてきたように、わが国の旧刑法典の詐欺取財罪には、フランス刑法典の詐欺罪のような目的及び行為態様を具体的に列挙するという規定形式を採用していないが、構成要件的结果の取得客体として、「財物」のほかに、「証書類」を規定したのは、フランス刑法典の影響を受けたものともいえ、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。

209) 第一期の詐欺取財罪に分類されるのは、① 1882年(明治15年)末から1883年(明治16年)初の司法省改正案390条(内田文昭ほか編『刑法(1)(明治40年)日本立法資料全集20』(信山社, 1999年)[以下では、内田ほか編『刑法(1)』と示す]152頁以下・資料5)。② 二つ目の司法省改正案404条(内田文昭ほか編『刑法(1)-Ⅲ(明治40年)日本立法資料全集20-3』(信山社, 2009年)[以下では、内田ほか編・前掲『刑法(1)Ⅲ』と示す]338頁・補遺Ⅰ)。③ 司法省改正案[上記①]の再修正案の404条(内田ほか編・前掲『刑法(1)Ⅲ』)430頁・補遺Ⅱ)。④ 明治16年7月13日に上申された明治一六年「参事院改正案」(校了)の390条(内田ほか編・前掲『刑法(1)』)393頁以下・資料8。なお、資料は四段組になっており、一段目が旧刑法、二段目が原案、三段目が修正委員修正案、四段目が総会議決となっている)である。

210) 第二期の詐欺取財罪に分類され得るのは、① 明治18年「ボワソナードの刑法改正案(日本刑法草案)」ある。この改正案は、「日本刑法案」(本章第二節第一款(4))の注釈書をもとに、さらに修正・増補を加えた旧刑法案に対する改正案及びそのコンメンタール(ボワソナード・前掲注(207)参照)の翻訳に先立って改正案の「正条二係る部分」

390条の行為態様（「欺罔」及び「恐喝」と構成要件の結果（「財物若シクハ証書類ヲ騙取シタル」）を具体的に示し、さらに、392条や393条を一つの条文にして3つの項に配置したものである。基本的には、ボワソナードの初期段階の案と同様の趣旨（フランス刑法典405条の規定を重視する立場）によるものと思われる²¹¹⁾（ただし、ボワソナードによる明治18年刑法改正案の構成要件の結果の拡張に関しては後述、本款第三項(1)参照）。

↘のみを印刷したものである（内田文昭ほか編『刑法（1）-Ⅱ〔明治40年〕日本立法資料全集20-2』（信山社、2009年）〔以下では、内田ほか編『刑法（1）Ⅱ』と示す〕4頁参照）。この改正案434条は、「左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者ハ詐欺取財ノ犯人ト為シ三月以上二年以下ノ重禁錮四円以上四十円以下ノ罰金ニ処ス」「第一 仮想ノ危害ヲ以テ恐懼ヲ懐カシメ又ハ虚偽ノ利益ヲ希望スルノ念慮ヲ生セシメ其他奸策ヲ以テ金額、有償物又ハ動産不動産物件ノ交付ヲ不当ニ得書面又ハ口頭ニテ譲渡ノ契約、義務ノ契約、義務ノ釈放ヲ不当ニ得又ハ此等ノ一ヲ目的トスル訴訟ニ於テ願下、承認若クハ勝訴ノ裁判言渡ヲ不当ニ得タル者、但シ公私ノ証書類ヲ偽造シタルトキハ第二百三十七条乃至第二百五十条ニ照シ重ニ從テ処断ス」（内田ほか編・前掲『刑法（1）Ⅱ』146頁以下・資料31参照。なお、第二、第三の規定は省略した）と規定されている。② 司法省が①の改正案に修正を加えて作成した「ボワソナードの刑法改正案に対する修正」の434条の詐欺取財罪（内田ほか編・前掲『刑法（1）Ⅱ』192頁・資料32）。③ 明治22年に法律取調委員会による仏文刑法草案493条の詐欺取財罪がある（内田ほか編・前掲『刑法（1）Ⅱ』、資料35）。この規定の反訳として、「左ニ掲ケル者ハ詐欺取財ノ犯罪人ト為シ三等ヨリ五等迄ノ有役禁錮及同等ノ罰金ニ処ス」「第一 空想ナル危難ノ恐怖又ハ空妄ナル利益ノ希望ヲ生セシメ又ハ其他総テ罪トナルヘキ方法若クハ詭計ニ依リ或ハ金額、有価証券、動産若クハ不動産ノ引渡或ハ譲渡証書債務証券若クハ免責証券或ハ訴訟取下書許諾書又ハ同一ナル目的物ノ一ヲ請求ニ付キ勝利ノ裁判ヲ不正ニ得タル者」（内田ほか編・前掲『刑法（1）Ⅱ』415頁以下・資料36参照。なお、ここでは、第二、第三の規定は省略した）と規定されている。

211) ボワソナード・前掲注（207）書707頁（BOISSONADE, op. cit, pp. 1152-1153）では、明治18年「ボワソナードの刑法改正案（日本刑法草案）」（本稿注（210）①参照）の詐欺取財罪に関して、「詐欺取財ノ構造スヘキ計略及ヒ手段数多ナルモノニシテ有罪ノ事実ニ属スルヨリモ寧ロ不良（有罪ニ非ス）ノ事実ニ属スヘキ狡猾及ヒ詭計ニ甚ク近キモノナリ……本法ハ此等ノ手段ヲ査定スル無限ノ権利ヲ委附スルコトヲ得サリキ即本法自カラ其手段ノ性質、目的並ニ結果ヲ定ムルヲ要ス」、「（附言）旧草案ニハ予見セサリシ詐欺ナルモ本草案ニテ予見スルノ要アリト信シテ記載セリ」（旧字体を新字体に改めた）と解説している。なお、詐欺罪の構成要件の結果の変更及びその理由については後述、本款第三項(1)を参照のこと。

第二項 明治23年草案における詐欺罪の規定形式の転換

明治23年草案は、1887年(明治20)年10月21日に外務省から司法省に移管された法律取調委員会²¹²⁾による刑法改正作業の結果、1890年(明治23年)12月に成立したものである²¹³⁾。この草案(第六章「財産ニ対スル罪」第四節「詐欺取財及ヒ背信ノ罪」)372条の詐欺罪は、「自己又ハ他人ヲ利スルノ意ヲ以テ虚偽ノ事ヲ構造シ又ハ真実ノ事ヲ変更、隠蔽シ其他詐欺ノ方略ヲ用ヒテ人ヲ錯誤ニ陥レ以テ不正ノ利益ヲ得タル者ハ詐欺取財ノ罪ト為シ二月以上四年以下ノ有役禁錮及ヒ十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス」²¹⁴⁾と規定されている。

この規定は、① 主観的要素に関して、「自己又は他人を利する意思」を、② 行為態様に関して、「詐欺の方略を用いて(虚偽の事を構造すること、真実の事を変更すること、真実の事を隠蔽することなど)」「人を錯誤に陥れること」を、③ 構成要件的结果として、「不正の利益を得ること」を要求しているといえる。すなわち、旧刑法典390の詐欺取財罪の規定とは異なり、① 主観的要素が加えられ、② 行為態様及び③ 構成要件的结果は異なる表現が用いられている。この規定形式の方向性は、ボワソナードが旧刑法典の詐欺取財罪の起案段階(本章第二節第一款(2)参照)又は旧刑法典制定後の改正案(前項の第二期の諸草案)において望ましいと考えていたフランス刑法典の詐欺罪のような② 行為態様及び③ 構成要件的结果の詳細化の方向性とは異なるものである。

212) 司法省への移管後、1887年(明治20年)10月21日に、山田顕義が法律取調委員長に任命された。同年11月4日に、委員として、尾崎忠治、細川潤次郎、鶴田皓、清岡公張、南部麿男、西成度、渡正元、村田保が任命されている(大久保泰甫=高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』(雄松堂出版、1999年)144頁以下、内田ほか編・前掲注(210)『刑法(1)II』5頁参照)。

213) 内田文昭ほか編『刑法(2)〔明治40年〕日本立法資料全集21』(信山社、1993年)〔以下では、内田ほか『刑法(2)』と示す〕5頁参照。

214) 倉富ほか監修・前掲注(169)『増補沿革綜覧』130頁。なお、同規定では、「詐欺取財ノ罪ト為シ」とされているが、これまでの詐欺取財罪よりも規定対象が拡張されている点を重視して、「詐欺罪」と表記している。

それでは、明治23年草案の詐欺罪がこれまでの規定形式と異なっているのは、どのような趣旨、背景に基づくものであろうか。明治23年草案の説明書では、旧刑法典392条及び393条1項が「詐欺取財ヲ以テ論ス」と扱われていたのを、純然たる詐欺取財罪として扱うことに狙いがあることが述べられているにすぎず（これに対して、393条2項は削除²¹⁵⁾、明治23年草案の詐欺罪の規定形式がなぜ改められたのか、そしてその射程が旧刑法典390条（詐欺取財罪）、392条（性質や数量を偽った売買・交換）、及び、393条1項（他人物売買又は他人物の抵当権設定）以外の事案にも及ぶのかは示されていない。

もともと、明治23年草案の詐欺罪が、現行刑法典の利益詐欺罪の原型であると考えられていることに鑑みれば、明治23年草案の詐欺罪の趣旨、射程を明らかにすることが現在の詐欺罪の解釈指針を導くうえで必要なことであると思われる。そこで、次項では明治23年草案の利益詐欺罪の淵源に関する考察を行う。

第三項 明治23年草案の詐欺罪の淵源に関する考察

(1) 旧刑法典の詐欺取財罪の延長線上の規定であるという見解

まず、中森喜彦によって主張されている、旧刑法典の詐欺取財罪（とり

215) 内田ほか編・前掲注(209)『刑法(1)Ⅲ』221頁以下・資料45では、「現行刑法(旧刑法典——引用者注)ハ其第三百九十条ニ『人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若クハ証書類ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト為ス』ト定メ而シテ第三百九十二条ヲ以テ『物件ヲ販売シ又ハ交換スルニ当リ其物質ヲ変シ若クハ分量ヲ偽テ人ニ交付シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス』又第三百九十三条ヲ以テ『他人ノ動産不動産ヲ冒認シテ販売交換シ又ハ抵当典物ト為シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス』ト規定シタリト雖モ第三百九十二条及ヒ第三百九十三条ニ記載シタル所為果シテ詐欺ノ方略ヲ用ヒテ人ヲ錯誤ニ陥レ以テ不正ノ利益ヲ得タルモノナリトセハ則チ純然タル詐欺取財ナリ別ニ詐欺取財ヲ以テ論スト言フニ及ハサルナリ又第三百九十三条第二項『自己ノ不動産ト雖モ己ニ抵当典物ト為シタルヲ欺隠シテ他人ニ売与シ又ハ重ネテ抵当典物ト為シタル者亦同シ』ト規定シタレトモ……必〔畢〕竟第二買主等ノ怠慢ヨリ生スルニ在テ之ヲ一個ノ犯罪ト為ス可キ理之ナカル可シ因テ改正法ニ於テハ右第三百九十二条及ヒ第三百九十三条ハ総テ之ヲ削除スルコトト為シタリ」(〔 〕部分は参照文献に基づくものである)と述べられている。

わけ、証書を取得客体とする詐欺取財罪)は、無形の利益一般を保護する趣旨のものであり、明治23年草案の詐欺罪はその流れをくむものいえ、詐欺取財罪の延長線上に位置づけることができるという理解について検討する。この主張は、明治23年草案の詐欺罪の淵源を旧刑法典の詐欺取財罪にみる見解といえる。

中森は、この結論を導くために、① 明治10年日本刑法草案の詐欺取財罪や証書強取罪²¹⁶⁾が「義務ノ証書義務積放ノ証書及ヒ収納ノ証書」を取得客体として扱っていたこと²¹⁷⁾、及び、旧刑法典の詐欺取財罪でも「証書類」を取得客体として扱っていること²¹⁸⁾から、これらの規定は無形の利益一般を保護するものであると述べる。さらに中森は、② ボワソナードが、明治18年改正案の基になっている注釈書で、詐欺取財罪について「金額、有償物又ハ動産不動産物件ノ交付ヲ不当ニ得書面又ハ口頭ニテ譲渡ノ契約、義務ノ契約、義務ノ積放ヲ不当ニ得又ハ此等ノ一ヲ目的トスル訴訟ニ於テ願下、承認若クハ勝訴ノ裁判言渡ヲ不当ニ得タル者」²¹⁹⁾という

216) 明治10年日本刑法草案427条の証書強取罪は、「暴行脅迫ヲ為シテ義務ノ証書又ハ義務積放ノ証書及ヒ収納ノ証書其他ノ物件ヲ強取シタル者ハ強盗ヲ以テ論ス」(西原ほか編・前掲注(201)『旧刑法(2)1』437頁・資料10)と規定されている。同草案434条では、詐欺取財罪では、一つの条文中、「動産不動産若クハ義務ノ証書義務積放ノ証書及ヒ収納ノ証書」を騙取する場合を規定しているが、証書強取罪は、同草案424条の強盗罪(「人ヲ脅迫シテ暴行ヲ加ヘテ財物ヲ強取シタル者ハ強盗ノ罪ト為シ輕懲役ニ処ス」とは別個に規定されていた。なお、証書強取罪は、旧刑法典では採用されていない。

217) 中森・前掲注(26)「二項犯罪」217頁。この規定は、1810年フランス刑法典400条1項(「暴力又は強制(force, violence ou contrainte)により、義務、処分免除を含みまたはもたらす文書、証書、証券、およびなんらかの書類に署名させ、またはそれらを手渡させた者は、有期強制労働に処せられるべきものとする」(中村(義)・前掲注(174)306頁))を参照して作成されたものであるとされている。

218) 中森・前掲注(26)「二項犯罪」217頁以下。併せて同218頁では、旧刑法典392条において、有体物の取得を伴わない債務免脱を把握する可能性、393条でも財物の交付を受けない場合も把握している可能性も指摘している。

219) 内田ほか編・前掲注(210)『刑法(1)II』146頁以下・資料31。ボワソナード・前掲注(207)書911頁(BOISSONADE, op. cit, p. 1297)。中森・前掲注(26)「二項犯罪」221頁が注目している「書面又ハ口頭ニテ譲渡ノ契約、義務ノ契約、義務ノ積放ヲ不当ニ得」の原語は、«……aura indûment obtene, ……soit des aliénations, obligations ou

文言への修正の提案をしたことについて、（労務提供を除く）あらゆる口頭での利益取得を含むものであるととらえている²²⁰⁾。そして、③ 明治23年草案にボワソナードが関与していたと述べたうえで、明治23年草案の詐欺罪は上記②の方針をさらに一般化したものであるという論証が行われている²²¹⁾。

しかし、このような論証には疑問がある。まず、①について、これらの規定の存在によって、ボワソナードが草案起草当時、財物以外の証書類を詐欺取財罪の取得客体として取り込む趣旨であったこと導き出すことができるとしても、それを越えて無形的財産一般を保護する必要があると考えていたということまで導き出すことができるのであろうか。この点、本章第二節第一款で旧刑法典の詐欺取財罪の制定過程に立ち返ってみた限り、そのような趣旨がうかがえる議論はなされていない。

次に②について、確かに、ボワソナードは明治18年の詐欺罪の改正案について、「詐欺取財の構造化において、不法な利益 (profit illegitim) をなすのは、金銭、動産、債務証書等、すなわち、物品 (effet) 又は証書 (titre) を手交又は引き渡すことであるとするフランス刑法 (405条) に従いすぎた。日本では、奸計的策略 (manœuvres frauduleuse) によって不法な利益をもたらす態様 (manières) がほかにもあるということは日々経験上証明されている。434条の条文に加えられた変更は、まさに、その用語の一般性において、さまざまな偽計 (fraude) を含むという趣旨である。」²²²⁾と述

↳libérations écrites ou verbales……」である。

220) 中森・前掲注 (26)「二項犯罪」221頁。

221) 中森・前掲注 (26)「二項犯罪」223頁。ボワソナードによる明治18年改正案をもとにして明治23年草案が作成されたと指摘するものとして、足立 (友)・前掲注 (154)『詐欺罪の保護法益』37頁以下。

222) BOISSONADE, op. cit, p. 1297. なお、ボワソナード・前掲注 (207) 書911頁以下、及び、中森・前掲注 (26)「二項犯罪」221頁を参照しつつ訳出した。この説明部分との関係で追加されたのは、ボワソナードによる明治18年改正案の詐欺罪の「書面又ハ口頭ニテ譲渡ノ契約、義務ノ契約、義務ノ釈放ヲ不当ニ得〔タル者〕と」「訴訟ニ於テ願下、承認若クハ勝訴ノ裁判言渡ヲ不当ニ得タル者」である。

べている。この記述は、ボワソナードが物や証書以外に詐欺の取得客体を広げる必要があると考えていたことを示すものであろう。しかし、本章第二節第一款の旧刑法典の詐欺取財罪の制定過程でみたように、ボワソナードは鶴田皓らによる処罰の間隙を避けるための詐欺罪の行為態様の抽象化・簡略化の主張に対して基本的に消極的な立場をとっていたことに鑑みれば、構成要件の結果の抽象化・簡略化にも慎重であったと推測される²²³⁾。以上の分析を前提にすれば、ボワソナードは、詐欺罪の構成要件の結果の拡大の必要性を認識し、明治18年改正案においてその具体化を試みたが、この際に利益一般を取得客体とする明治23年草案の詐欺罪のような包括的な文言を立案することまでを意図したものではなかったと解するのが妥当である。

最後に、③については、ボワソナードは、明治18年改正案を作成しているが（その後の明治22年仏文刑法草案は、明治18年改正案をもとに司法省及び法律取調委員会が調査・修正を行ったものである²²⁴⁾）、ボワソナードが明治23年草案に直接関与したかについては、必ずしも明らかではない²²⁵⁾²²⁶⁾。

223) この点に関して、ボワソナードが詐欺罪の行為態様の包括化・簡略化に慎重であること示すものとして、本稿注(211)を参照のこと。

224) 内田ほか編・前掲注(210)『刑法(1)Ⅱ』23頁参照。

225) 中森・前掲注(26)「二項犯罪」222頁では、倉富ほか監修・前掲注(169)『増補沿革綜覧』150頁、236頁を参照しつつ、「ボアソナードも案(明治23年草案——引用者注)作成過程に参加していた」ということを指摘する。確かに、倉富ほか監修・前掲注(169)『増補沿革綜覧』150頁(明治23年草案の審議を行った第1回衆議院会議録の政府委員・河津祐介の発言)では、「(明治23年草案の起草は——引用者注)明治十九年アタリカラテアウト思ハレマス、其草案ハ幾度モ造リ幾度モ毀シ、又彼ノ現行法(旧刑法典——引用者注)ヲ起草シタルボアソナード氏ニモ依託シテ、度々此ノ草案ヲ起コシタノテアル、テ只今提出ニナツテ居ルノカ、其ノ材料ヲ我々カ纏メテ、然ウシテ一ノ此ノ結果ヲ生シタノテ、始カイツト云フコトハ、明ニオ答ヘスルコトハ出来マセズ、ケレトモ四五年掛ツテ居リマス」と述べられている。おそらく、中森はこの部分をもとに明治23年草案にボワソナードが関与したということを導いたものと思われる。しかし、倉富ほか監修・前掲注(169)『増補沿革綜覧』236頁(明治34年草案の審議を行った貴族院特別委員会議事録の政府委員・倉富勇三郎の明治34年草案の大要に関する説明の一部)で、「……(旧刑法制定直後の司法省の改正案などを説明した後——引用者注)ソレカラ其他ニボアソナードノ

以上より、明治23年草案の淵源が旧刑法典の財物取財罪にあるという見解に与するとはできない。

(2) 明治22年法律取調委員会の仏文刑法草案反訳の準詐欺罪に着目する見解

樋口亮介は、前述した中森喜彦の見解に依拠して、明治23年草案の淵源は、旧刑法390条の証書騙取罪(証書を取得客体とする詐欺取財罪)及び明治10年日本刑法草案437条の証書強請罪(証書強取罪)であり、二項犯罪(利益強盗罪, 利益詐欺罪, 利益恐喝罪)はこれらの延長として把握可能であると主張する²²⁷⁾。

そして、樋口は、この主張に関連して、詐欺罪等において「不正ノ利益」という文言が初めに現れたのは、明治22年仏文刑法草案494条の準詐欺罪(「……前条ニ規定シタル不正ノ利益ノ一ヲ得タル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス」²²⁸⁾)である旨指摘する。そして、明治22年仏文刑法草案の反訳では、

㍷カ起草シタ刑法改正案ト云フモノカアリマス、是ハ当時ノ司法卿ノ故山田伯ヘ本人カ出シマシタ書面ニ依リマスレハ、明治十八年ニ其脱稿ヲ致シテ居ルト云フ事実ハ明瞭ナル、後ニ司法省ハ更ニ委員ヲ置キマシテ、ボアソナードモ其委員ト共同シテ明治二十一年頃出来上ツタモノト思ハレマス、是等ノ数多ノ案カ参酌シテ編成イタシマシタノカ、第一期ノ議會ニ司法省ヨリ刑法改正案トシテ提出シタ案(第1回衆議院會議に提出した明治23年草案——引用者注)ニナリマス……」と述べられているように、ボアソナードが関わっていたことが明らかなのは、明治22年の法律取調委員会の仏文刑法草案までといえる。

226) なお、ボワソナードは、1879年(明治12年)又は1880年(明治13年)に民法典起草を付託されており(大久保=高橋(良)・前掲注(212)書23頁参照)、1889年(明治22年)3月2日にこの法典の注釈作成を終えるまで、その起草に関わっており、さらに、彼は、同年4月27日に雇用期間を終えて一旦帰国し(帰国直前の4月26日に再雇用契約を締結していたので)、12月3日に再来日し、旧民法典の公布にあわせ、その理由書の作成などを行っていたのである(同書190頁~195頁、および、262~267頁参照)。これらの事実を前提にすると、ボワソナードが明治23年草案の立案に直接関与していたと考えるのは困難であるといわざるをえない(ただし、彼が再来日した1889年(明治22年)12月3日から明治23年草案が成立した1890年(明治23年)12月までの間に、何らかの形で意見を求められたという可能性は存在する)。

227) 樋口・前掲注(154)「講義ノート」165頁。

228) 明治22年仏文刑法草案の反訳について、内田ほか編・前掲注(210)『刑法(1)Ⅱ』415頁・資料36を参照。なお、同草案493条の詐欺取財罪については、本章注(210)③を参照のこと。

「詐欺罪の多様な客体の規定の繰り返しを回避するため『不正の利益』という文言が使用された」²²⁹⁾のものであり、明治23年草案372条で詐欺罪の取得客体を「不正ノ利益」に包括化したことは、「明治22年案を前提に、客体の規定の煩雑さを避けるため、準詐欺罪の規定形式を詐欺罪に及ぼしたものと推測することも許されるであろう」²³⁰⁾と述べている。

確かに、明治23草案の詐欺取罪に至るまでの諸草案において、「不正ノ利益ヲ得タル」を構成要件の結果として規定したものは見当たらない²³¹⁾。樋口自身は、フランス刑法典の影響を受けたという推察を強化することを狙いにして²³²⁾、明治22年仏文刑法草案の反訳の準詐欺罪に着目したようであるが、この規定を明治23年草案の詐欺罪の淵源であると主張することも考えられる。

しかし、両者の規定形式の相違からして、明治22年仏文刑法草案を淵源とすることはできないと思われる。明治22年仏文刑法草案494条の準詐欺罪の規定は、直前の493条の詐欺取財罪の具体的な列挙を前提に規定されているのに対して、明治23年草案の詐欺罪では、具体例を提示せずに「不正ノ利益ヲ得タル」という用語を用いているという点で違いがあるからである。

このような相違を念頭に置けば、詐欺罪の構成要件の結果を「不正ノ利益ヲ得タル」に一元化したことを、明治22年仏文刑法草案の準詐欺罪のみから説明することはできないものと思われる。

(3) 私 見

次に、明治23年草案の淵源について考察を行う。ここでは、明治23年草

229) 樋口・前掲注(154)「講義ノート」164頁以下。

230) 樋口・前掲注(154)「講義ノート」165頁。

231) ただし、明治22年仏文刑法草案以前に、ボワソナードが明治18年の詐欺罪の改正案との関係で「不法な利益」について言及していること(前述本項(1)、とりわけ本稿注(222)に対応する本文での引用部分を参照のこと)、及び、ルードルフが意見書で旧刑法典の詐欺取財罪の客体の狭隘性を指摘する際に「利益」という用語を用いていたこと(後述本項(3)イを参照のこと)が注目され得る。

232) 樋口・前掲注(154)「講義ノート」164頁。

案の規定形式の分析、オットー・ルドルフ (Otto Rudorff) の意見書などから、明治23年草案の詐欺罪の立案において、ドイツ帝国刑法典263条を参照した可能性が高いということを導き出す。

ア. ドイツ帝国刑法典263条の文言との類似性

まず、明治23年草案の規定形式に着目する。前節で確認したように、明治23年草案の詐欺罪は、① 主観的要素については、「自己又は他人を利する意思」を、② 行為態様に関しては、「詐欺の方略を用いて(虚偽の事を構造すること、真実の事を変更すること、真実の事を隠蔽することなど)」、「人を錯誤に陥れること」を、③ 構成要件の結果については「不正の利益を得たこと」を要求しているように、フランス刑法典の詐欺罪や旧刑法典の詐欺取財罪とは全く異なる規定形式のものである。

それに対し、この規定は、これまでの諸草案の制定過程では全く顧みられてこなかったと思われる、ドイツ帝国刑法典263条1項の詐欺罪²³³⁾との類似性が認められる。ドイツ帝国刑法典の詐欺罪では、① 主観的要素については、「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」を要求しており、② 行為態様については、「虚偽の事実を真実に見せかけることにより、又は真実を歪曲若しくは隠蔽すること」、それによって「錯誤を生じさせ又は維持させること」を要求しており、さらに③ 構成要件の結果として、「他人の財産に損害を与えたこと」を要求している。明治23年草案372条の詐欺罪とドイツ帝国刑法典263条1項の詐欺罪は、① 主観的要素及び② 行為態様について若干の相違はあるにしても非常に類似しているといえるが、③ 構成要件の結果については、明治23年草案の詐欺罪が「不正の利益を得たこと」を要求しているのに対して、「他人の財産に損害を与えること」を要求している点で異なってい

233) 現行ドイツ刑法典263条1項とドイツ帝国刑法典263条1項は、法定刑の部分などは改正されているが、基本的な文言は維持されている。したがって、本稿注(36)の現行ドイツ刑法典263条1項を参照のこと。

る²³⁴⁾。明治23年草案の詐欺罪はドイツ帝国刑法典の詐欺罪の「直訳」⁽²³⁵⁾によって立案されたとははいえないとしても、文言の類似性からすれば、それを参照して作成された可能性が高いものと思われる。

イ. ルードルフの意見書

次に、明治23年草案の詐欺罪の構成要件の結果の包括化の契機について検討する。明治23年草案の詐欺罪は、旧刑法典の詐欺取財罪の延長線上の規定であるという見解(前述、本項(1))を検討する際に、ボワソナードによる明治18年改正案の詐欺取財罪は、明治10年日本刑法草案やフランス刑法典405条の構成要件の結果の不十分性の認識を基礎にして、明治10年日本刑法草案の詐欺取財罪を拡大する趣旨のものであったということを確認した。そこでは、この見解が明治18年改正案の趣旨を過度に重視して明治23年草案の詐欺罪はボワソナードの理解に基づくものであるととらえていることに対して、ボワソナードの修正提案の趣旨は構成要件の結果を具体的に列挙するというそれ以前から有していた彼の規定方針の枠から外れるものではないという分析に基づいて疑問を呈した。

このような疑問は、ボワソナードによる明治18年改正案の注釈の趣旨が明治23年草案の詐欺罪の改正の一つの契機になったことまで否定するものではなく、あくまで、ボワソナード主導で明治23年草案の詐欺罪が立案されたという評価に対して提起したものである。それを踏まえここでは、明治23年草案の詐欺罪の改正のもう一つの契機となったのは、御雇外国人

234) 同趣旨の整理として、渡辺・前掲注(26)論文22頁。ただし、渡辺は、構成要件の結果についてのこのような相違を重視して、わが国の詐欺罪を全体財産に対する罪と位置づけることには消極的な態度を示している。

235) 中村(勉)・前掲注(154)「詐欺概念の史の変遷(三)」198頁では、ドイツ帝国刑法典263条と明治23年草案の規定を引用した上で、「両者はきわめて瓜二つほどに相似することに気付かれるであろう。ある意味で、ドイツ刑法263条を直訳したかと思われる節さえ感じさせるものであるからである。ドイツ刑法の影響をまろに受けた条項である。否、むしろドイツ刑法を積極的に採用しようと努めたといえる代物である」と述べている。

ルードルフの旧刑法典に関する意見書²³⁶⁾があったことを示す。これまでの先行研究では、この意見書はあまり重視されてこなかった。おそらく、この意見書の提出された時期が不明であったことが原因であろう²³⁷⁾。そこで、本稿では、まずこの意見書がいつ頃書かれたものであるのかについて推測を行ったうえで、意見書の内容を確認することにする。

オットー・ルードルフは、裁判所構成法の原案の起草者であり、来日以前はドイツの地方裁判所裁判官であった²³⁸⁾。ルードルフは、1884年(明治17年)11月4日に東京大学のドイツ法の講師として来日し、1885年(明治18年)8月6日付の契約で司法省顧問となり、1886年(明治19年)8月6日にボワソナードらとともに、法律取調委員会の委員に任命され、1890年(明治23)年10月11日にドイツに帰国している²³⁹⁾。このような彼の経歴を踏まえると、旧刑法典及び明治10年日本刑法草案について意見を求められた学者ら²⁴⁰⁾とは異なり、彼は刑事法の分野で活躍していた学者ではなかったのであるから、来日以前の時期に旧刑法典に関する意見書を求めら

236) ルードルフの旧刑法典に関する意見書「ルードルフ氏「日本刑法意見書」(宮島鈴吉訳)」は、内田ほか編・前掲注(209)『刑法(1)』497頁以下・資料26に収録されている。

237) 内田ほか編・前掲注(209)『刑法(1)』42頁の資料解題などで、この意見書の公表年代は示されていない。

238) 小柳春一郎「裁判所構成法原案起草者オットー・ルードルフについて」小柳春一郎=蕪山巖編著『裁判所構成法 日本立法資料全集94』(信山社、2010年)297頁以下参照。同316頁では、彼の来日以前の主著として、『ハノーファー私法(Das hannoversche Privatrecht)』(1884年)があるとされている。

239) 内田ほか編・前掲注(210)『刑法(1)II』5頁、小柳・前掲注(238)論文327頁、339頁、358頁参照。さらに、「ルードルフに就いて」『裁判所構成法注釋——並裁判所構成法議事速記録』司法資料259号(1939年)1頁以下も参照。

240) 旧刑法典又は明治10年日本刑法草案に関する意見が求められていたのは当時ベルリン大学正教授のベルナー(*Albert Friedrich Berner*)((内田ほか編・前掲注(209)『刑法(1)』475頁以下・資料25)、当時ウィーン大学教授のザロモン・マイアー(*Salomon Mayer*) (同書521頁以下・資料27)、当時アムステルダム大学教授のハーメル(*Gerard Anton van Hamel*) (同書525頁以下・資料28、29、30)、当時フランスの大学教授であったア・エスマン(*A. Esmein*) (同書598頁以下・資料30)、当時フランスの大学教授のラベ(*J. E. Labbé*) (同書604頁以下、資料30)である。ただし、これらの意見書では詐欺罪に関して重要な指摘は見当たらない。

れた可能性は限りなく低いといえる。したがって、ルードルフがこの意見書を求められたのは、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いえそうである²⁴¹⁾。

次に、ルードルフの意見書の内容をみる。彼は、詐欺取財罪に関して次のような重大な指摘を行っている。すなわち、彼は旧刑法典の第二章「財産ニ対スル罪」第五節「詐欺取財及受寄財物ニ関スル罪」の項目において、「日本原文ノ種々ナル反訳(旧刑法典を翻訳したものをさすと思われる——引用者注)ニ拠レハ一物件又ハ証書ヲ騙取スルニ非サレハ詐欺取財トナサシテ例ヘハ詐欺ノ作為アルトモ其物件ノ留置ハ以テ詐欺取財ノ意義ヲ生スルニ足ラサルカ如シ又此条ニ拠レハ詐欺ノ項件ハ只物体ノミニ止リテ要求権利又ハ其他ノ利益ニ及ハス故ニ此見解ハ甚タ狭隘ニ失スルカ如シ」²⁴²⁾と指摘している。つまり、ルードルフは、旧刑法典の詐欺取財罪の取得客体は物または証書類のみを対象としているにすぎず、権利やその他の利益を対象としていないので、狭隘であると指摘しているのである。そして、この意見書とは別の文書で、ルードルフは、訴訟詐欺についてドイツ帝国刑法典の詐欺罪では対応可能であるが、旧刑法典390条の詐欺罪では対応できない旨主張していたことを踏まえると²⁴³⁾、ルードルフはこの

241) 『独訳書 第参巻』(1887年)・国立国会図書館デジタル資料 [http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367294] 2018年4月16日閲覧) コマ番号191では、「刑事詐偽ノ二問題ニ関スル答議(1886.6.9 ルードルフ)」という文書が存在する。この文書の位置付けは判然としないが、コマ番号188からはじまる、「訴訟ニ関スル質疑二点」〔訴訟詐欺に関する二つの事案を記載するもの〕に対応する文書であると推測される。すなわち、質問者は一定の事案を想定して質疑事項を作成し、それについてルードルフに意見を求めたというものではないであろうか。なお、ルードルフは、1885年(明治18年)8月6日付の司法省の法律顧問の契約で、「オット、ルードルフ君ハ司法卿ノ命ヲ受ケ諸裁判所長検事長及司法省各課長ノ法律上ノ質疑ニ答フルコト……」とされていたので(前掲注(239)・司法資料259号1頁、小柳・前掲注(238)339頁参照)、これに基づいて行われた質疑の可能性が高い。

242) 内田ほか編・前掲注(209)『刑法(1)』520頁・資料26(旧字体を新字体に改めた)。

243) ルードルフの意見書との先後関係は不明であるが、ルードルフは、前掲注(241)『独

意見書でもドイツ法と比較して取得客体の狭隘性を指摘していたものと推測されうる。

この意見書の作成時期が1884年(明治17年)11月4日から1890年(明治23年)10月11日の間である可能性が高いということを前提に据えると、明治23年草案における詐欺罪の構成要件的结果(「不正ノ利益ヲ得タル」)は、この意見書の影響を受けて包括化された可能性が生じる。ボワソナードが明治18年の改正案において、旧刑法典の詐欺取財罪の構成要件的结果を拡大する必要性を示していたのとほぼ同時期に、客体の狭隘性について指摘されていたことは、明治23年草案の淵源を探るうえで意義があると思われる。

ウ. 明治23年草案の詐欺罪の淵源と「不正ノ利益ヲ得タル」の意義

以上の検討を前提に明治23年草案の詐欺罪の淵源について考察する。

明治23年草案の詐欺罪の端緒は、ボワソナードによる明治18年の改正案での趣旨説明とルードルフによる意見書であったといえる。両者ともに構成要件的结果を拡大する必要性を指摘するものであったといえる。おそらく、当時の立法者は、詐欺罪について、当初はボワソナードによる明治18年改正案の詐欺罪の立場をベースにして修正を図ることを試みたが²⁴⁴⁾、

㍷ 訳書 第参巻』に収録されている「刑事詐偽ノ二問題ニ関スル答談(1886.6.9 ルードルフ)」において、想定事例(甲が乙に金100円を貸し付け、乙から弁済期日に返金を受けたので、貸金証書を返戻すべきであったが、見当たらなかったから返金を受領したという受取証を乙に渡した。後に甲は乙が当該受取証を紛失したのを知り、乙に貸金返還請求の訴訟を提起した。乙は返金した旨抗弁したが、受取証を紛失していたため、敗訴し甲に百円を支払った。その後乙は受取証を発見して詐欺取財罪で告訴したという事案〔同コマ番号188以下参照〕等)に関して、本事案は不正の証拠を用いて裁判官を欺き、裁判官に誤想を生じさせ、よって乙に弁償の義務を負わせたものであるが、ドイツ刑法では当然詐欺罪で罰することが可能であるが、日本の刑法は欺罔の種類を限定しており(ここで、ルードルフは旧刑法典390条では規定されていない明治10年日本刑法草案の行為態様を挙げている。彼が参照した翻訳条文の資料に齟齬があるか、質問者が旧刑法典390条の「欺罔」をそのようなものであると説明したかのいずれかであると思われる)、裁判官の誤想の如きはこの欺罔の種類に属しない旨回答し、390条の改正の必要性を述べていた。

244) ボワソナードによる明治18年改正案の詐欺罪で追加された「書面又ハ口頭ニテ譲渡ノノ

規定の煩雑さからこれを断念し、旧刑法典の詐欺取財罪の行為態様についての刑法草案取調掛の立場と同様に、処罰の間隙が生じないような包括化・一般化を目指すに至ったのであろう。そして、この際に、ボワソナードと同様に詐欺罪の構成要件的结果の不十分性(詐欺罪の取得客体の狭隘性)を指摘していたルードルフの意見書が着目され、この意見書がドイツ法を背景にしたものであったことからドイツ帝国刑法典263条を参照するに至ったと思われる(この際に、ドイツ帝国刑法典263条と併せて明治22年仏文刑法草案の準詐欺罪の文言が参照された可能性もある)。なお、その背景として、この時期にドイツ法の影響力が増しており、これを参照する土壌が出来上がっていたことも重要である²⁴⁵⁾。以上に基づき、本稿は、明治23年草案

ㄨ契約、義務ノ契約、義務ノ釈放ヲ不当ニ得〔タル者〕と「訴訟ニ於テ願下、承認若クハ勝訴ノ裁判言渡ヲ不当ニ得タル者」の部分、平成22年仏文刑法典反訳では「譲渡証書債務証書若クハ免責証書或ハ訴訟取下書許諾書〔ヲ不正ニ得タル者〕」と「同一ナル目的物ノ一ノ請求ニ付キ勝利ノ裁判ヲ不正ニ得タル者」に変更されており、「口頭ニテ」の部分には削除されている。これらの規定自体は本稿注(210)①及び③を参照のこと。

245) 第一に、「明治14年の政変」以降にドイツ法の影響力を増していたこと(大久保泰甫『ボワソナード』(岩波新書, 1977年)124頁以下)、第二にドイツ刑法の翻訳がこれ以前になされたこと(名村泰蔵訳『獨逸刑法 完』(司法省蔵版, 1882年)、山脇玄=今村研介訳『獨逸六法 刑法第貳冊』(獨逸学協会, 1885年))、第三に、刑法学において、江木衷がドイツ法の影響力を受けた刑法各論の教科書(江木衷『現行刑法各論全』(1888年, 博聞社))を執筆していたことなどがあげられる。この点に関連して、江木衷が、明治23年草案以前に、旧刑法典390条では要求されていなかった「財産上ノ利得ヲ凶ル意」が、詐欺罪に必要であると明言していたこと(江木・前掲書の増補である『改正増補刑法各論 全』(博聞社, 1889年)[本稿ではその復刻版である『改正増補現行刑法〔明治13年〕各論全〔復刻版〕』(信山社, 2007年)を参照した。以下では、この復刻版を江木『増補各論』と示す)389頁参照)。江木は、構成要件の結果について、「利益を得る」という観点は触れていないが、理論上は財産損害の発生で足りるところ、現行法(旧刑法典)からは財産を害する方法である証書類を獲得することを必要とせざるを得ない旨述べていたこと(同388頁以下)も注目に値する。なお、江木衷は、1886年(明治19年)3月から司法省参事官・刑事事務局兼務であったようであるが(江木衷の経歴に関して、江木千之「冷灰全集の後に書す」『冷灰全集第4巻』(冷灰全集刊行会, 1927年)(冷灰全集第四巻終の後に続く部分)2頁、七戸克彦「現行民法典を作った人々(15)」法学セミナー667号(2010年)56頁参照)、1887年(明治20年)10月21日に外務省から司法省に法律取調委員会に移管されているので(内田ほか編・前掲注(210)『刑法(1)Ⅱ』5頁参照)、江木が明治23年草案に何らか

の詐欺罪の淵源は、ドイツ帝国刑法263条にあると解する。

しかし、このように明治23年草案の詐欺罪が、ドイツ帝国刑法典を参照して規定されたものであると推論する場合には、構成要件の結果の文言の相違という壁を乗り越える必要がある。すなわち、主観的要素と行為態様の類似性にとらわれ、構成要件の結果の相違を看過しているのではないかという疑問を解消する必要がある。この点について、明治23年草案の詐欺罪の構成要件の結果である「不正ノ利益ヲ得タル」という文言は、行為者(詐欺によって利益を得る者)の側からみた構成要件の結果であり、ドイツ帝国刑法典の「他人の財産に損害を与えたこと」は、被害者(詐欺によって被害を受ける者)の側からみた構成要件の結果であり、両者は同じ事象を別の表現で示したものであると捉えるということによって十分に解消可能であると思われる。

このような見方の萌芽はボワソナードの注釈書²⁴⁶⁾にすでに見られる。また、ドイツ刑法の詐欺罪の議論でも²⁴⁷⁾、構成要件の結果である「財産損害」と主観的要素である「違法な財産上の利益を得る意思」との関係を考える際に「損害」と「利得」の関係性が意識されており²⁴⁸⁾、わが国の詐欺罪の議論でも同種の主張が展開されている²⁴⁹⁾。要するに、詐欺罪に

＼の形で関与した可能性もある。

246) このような発想に近いものとして、ボワソナードが、「損害」と「動産、不動産ヲ問ハス有価物ノ随意ノ交附、譲渡ノ証、義務ノ証又ハ義務免除ノ證ヲ記載セル証書類ノ交付」を対比していたこと(ボワソナード・前掲注(207)書709頁、BOISSONADE, op. cit, p. 1154. この点について、本稿注(207)を参照のこと)、及び、彼が「不法な利益(profit illegitum)をなすのは、金銭、動産、債務証書等、すなわち、物品(effet)又は証書(titre)を手交又は引き渡すこと」と述べていたこと(BOISSONADE, op. cit, p. 1297. この点について本稿注(222)を参照のこと)が想起され得る。

247) 本稿第三章で行うドイツの詐欺罪の法制史的検討で扱う19世紀の領邦刑法典の一部では、財産損害を構成要件の結果と規定している詐欺罪と、利得を構成要件の結果と規定している詐欺罪を併置しているものが存在したことも、注目に値する(たとえば、ヴェルテンベルク刑法典351条、ブラウンシュバイク刑事法典224条)。

248) このような議論は、ドイツでは、「損害と利得の」[素材の同一性(Stoffgleichheit)]という表題の下で展開されている。この点については後述、第四章。

249) 本稿第一章第三節第三項(e)利得・損害関連説(松宮・前掲注(17)[「暴力団員と詐欺」152頁以下や大塚(裕)ほか[十河]・前掲注(87)書240頁[なお、同書の第二版であ

において「損害」と「利得」の関係が表裏の関係にあるということは独自の見方ではなく、ある程度普遍的な見方なのである。

第二款 明治40年草案の利益詐欺罪の「財産上不法ノ利益ヲ得タル」における「不法」の意義

第一項 明治23年草案以降の諸草案における詐欺罪の変遷

前款では、旧刑法典の詐欺取財罪とは異質な構成要件的结果（「不正ノ利益ヲ得タル」）を伴う明治23年草案の詐欺罪の規定を確認し、その淵源を考察した。本款では、明治40年草案の利益詐欺罪において、「不法ニ財産上ノ利益ヲ得タル」とされていた部分を、なぜ「財産上不法ノ利益ヲ得タル」に改められたのかを検討する。本項では、この検討に先立って、明治23年草案から明治40年草案までの詐欺罪の規定の変遷を概観する。

まず、前述した明治23年草案の詐欺罪の後に登場したのは、財物詐欺罪と利益詐欺罪を別の条文で併置する規定形式（明治28年草案及び明治30年草案）である。明治28年草案（第二編「罪名」第十四章「財産ニ対スル罪」第四款「詐欺盗ノ罪」）304条の詐欺盗罪は、「人ヲ欺罔シテ動産ヲ騙取シタル者ハ詐欺盗ノ罪ト為シ十年以下ノ懲役ニ処ス」と、305条は「前条ノ方法ヲ以テ不法ニ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者ハ詐欺盗ノ罪ヲ以テ論ス」と規定されている²⁵⁰⁾。現行刑法典のように詐欺罪を財

ゝる大塚裕史ほか『基本刑法Ⅱ各論〔第2版〕』（日本評論社、2018年）249頁〔十河太郎執筆〕では、若干説明が変わっている。）参照。

250) 内田文昭ほか編『刑法(2)〔明治40年〕日本立法資料全集21』（信山社、1993年）179頁・資料3・4〔以下では、内田ほか編『刑法(2)』と示す〕参照。明治30年草案では、条文番号が、304条が308条に、305条が309条に変更されているだけで、文言は同じである（同179頁・資料3・4）。この草案は、明治23年草案が決議未了に終わった後に、司法省では刑法改正審査会を組織し、そこで、1892年（明治25年）1月から改正作業に着手し、1895年（明治28年）12月までに明治28年草案が脱稿されている（同5頁参照）。なお、この委員会では、ドイツ、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、フランス、オランダなどの刑法典も参照されていたようである（同31頁以下）。明治30年草案は、司法省によって、1897年（明治30年）に起草されたもので、同年12月28日に刊行したものである。

物詐欺罪と利益詐欺罪の二つに区分する規定形式の原型は、この明治28年草案といえる²⁵¹⁾。

次に、財物詐欺罪と利益詐欺罪を一つの条文の1項と2項にまとめる規定形式(明治33年草案以降の諸草案)²⁵²⁾が採用された。明治33年刑法改正案(第二編「罪」第十四章「財産ニ対スル罪」第一節「賊盗ノ罪」)288条は、「(1項)人ヲ欺罔シテ動産ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス」,「(2項)前項ノ方法ヲ以テ不法ニ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ」と規定されている。

さらに、その後の草案では、財物詐欺罪と利益詐欺罪を一つの条文の1項と2項にまとめる、この規定形式をベースに文言の修正が行われた。すなわち、明治35年刑法改正案では、財物詐欺罪でそれまで用いられていた「動産」という文言を「財物」という文言に変更された²⁵³⁾。さらに、明治40年草案では利益詐欺罪でこれまで用いられていた「不法ニ財産上ノ利益ヲ得タル」という文言が、「財産上不法ノ利益ヲ得タル」という文言に変更された²⁵⁴⁾。

251) 中村(勉)・前掲注(154)「詐欺概念の史的変遷(三)」199頁は、明治30年12月28日発行の刑法草案目録が、財物詐欺罪と利益詐欺罪を併置する「今日的表現形式」となっている旨指摘する(同旨、設楽=淵脇・前掲注(74)論文163頁注14)。しかし、本文で示したように、明治28年草案ですでに、財物詐欺罪と利益詐欺罪を併置する規定形式が採用されていた。

252) 内田ほか編・前掲注(213)『刑法(2)』492頁・資料15。さらに明治34年改正案(第二編「罪」第十四章「財産ニ対スル罪」第一節「賊盗ノ罪」)281条の詐欺罪は、明治33年草案281条と同じ内容である(倉富ほか監修・前掲注(169)『増補沿革綜覧』201頁参照)。

253) 明治35年草案(第二編「罪」第三十五章「賊盗ノ罪」)281条は、「(1項)人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス」,「(2項)前項ノ方法ヲ以テ不法ニ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ」と規定されていた(倉富ほか監修・前掲注(169)『増補沿革綜覧』474頁参照)。なお、明治39年草案(第二編「罪」第三十七章「詐欺ノ罪」)271条は、明治35年草案281条と同じ内容である(内田文昭ほか編『刑法(6)〔明治40年〕日本立法資料全集26』(信山社、1995年)〔以下では、内田ほか編『刑法(6)』と示す〕147頁、資料40)と規定されている。

254) 明治40年草案(第二編「罪」第三十七章「詐欺及ヒ恐喝ノ罪」)248条の詐欺罪は、2項の「不法ニ財産上ノ利益ヲ得」から「財産上不法ノ利益ヲ得」に変更されている(倉富)

第二項 明治40年草案の詐欺罪の修正理由の考察

- (1) 「不法ニ財産上ノ利益」から「財産上不法ノ利益」への修正理由を明らかにする意義

二項犯罪（利益強盗罪，利益詐欺罪，利益恐喝罪）における「財産上不法の利益」について，わが国の通説は，「『不法の』とは，不法の手段によっての意味であり，得られた利益自体が不法なものであることを要しない」²⁵⁵⁾と説明している。この見解は，手段の不法性に着目するものである。これに対して，少数説からは，「『不法の利益』というのは，行為者からみて不法な利益，すなわち行為者に取得の権利がない利益の意味に解すべきであろう」²⁵⁶⁾と主張されている。この見解は，行為者の権利性に着目するものといえる。

通説の立場を前提にすれば，明治40年草案の利益詐欺罪における文言修正は不要であり，むしろ誤解を生じさせるような望ましくない修正であったということになりそうである。しかし，当初から「財産上不法ノ利益ヲ得タル」という文言が用いられていたのであればいざしらず，明治28年草案の利益詐欺罪から「不法ニ財産上ノ利益ヲ得タル」という文言が用いら

ゝほか監修・前掲注(169)『増補沿革綜覧』1591頁参照。

255) 大塚(仁)・前掲注(40)260頁。これと同旨の説明として，山口・前掲注(24)書214頁，247頁，伊東・前掲注(41)166頁，高橋(則)・前掲注(41)書257，298頁，大塚(裕)ほか[十河]・前掲注(249)書236頁，松原・前掲注(16)書241頁，井田・前掲注(41)書271頁，鳥伸一編『たのしい刑法Ⅱ 各論〔第2版〕』(弘文堂，2017年)159頁[足立友子執筆]，浅田和茂=井田良編『新基本法コンメンタール 刑法〔第2版〕』(日本評論社，2017年)551頁[川口浩一執筆]，橋本・前掲注(41)260頁以下，西田典之(橋爪隆補訂)『刑法各論〔第7版〕』(弘文堂，2018年)189頁，207頁等。近時の文献ではないが，同様の説明を行うものとして，岡田庄作『刑法原論 各論〔補訂改版第六版〕』(明治大学出版部，1919年)578頁以下，宮本・前掲注(69)書342頁など。さらに，大判昭和13・10・4法律新聞4333号17頁も参照。

256) 曾根・前掲注(41)書131頁。松宮・前掲注(105)書194頁も，「『財産上の利益』とは，あらゆる財産上の利益(権利取得，債務免除，履行期の延期，所有権移転，労務の提供等)であって，行為者や他人にその利益を得る正当な理由がないものをいう」と述べている。さらに，関・前掲注(42)書238頁参照。

れてきたものを、明治40年草案であえて修正したのであり、この文言の変更が何の意味もない改正であったとは考えられない。そこで、以下では、この修正の経緯を確認したうえで、その理由を考察する。

(2) 修正の経緯

「不法ニ財産上ノ利益」から「財産上不法ノ利益」への修正は、明治39年草案を審議する法律取調委員会²⁵⁷⁾の1906年(明治39年)12月26日開催の第27回総会にて岡松参太郎委員²⁵⁸⁾によって提案されたものである。

まず強盗罪の審議の際に、岡松参太郎が「(明治39年草案260条²⁵⁹⁾——引用者注)第二項『前項ノ方法ヲ以テ財産上不法ノ利益ヲ得』云々ニ修正シタシ」と発言し、花井卓蔵が「賛成」と、松田正久委員長が「採決ス可キトスル者大多数ニテ可決ス」と述べ、修正された²⁶⁰⁾。

さらに、詐欺罪の審議の際にも、岡松が「本條(明治39年草案271条²⁶¹⁾

257) ここでの法律取調委員会は、1906年(明治39年)1月7日に成立した第一次西園寺公望内閣の司法大臣松田正久が、司法省において刑法改正案の調査を行うため、同年6月8日に、貴族院議員、衆議院議員、学者、及び、弁護士の中から24名選び囑託したものである(内田ほか編・前掲注(253)『刑法(6)』8頁以下)。ここで任命された委員は、都筑馨六、古賀廉造、穂積八東、岡田朝太郎、岡松参太郎、勝本勘三郎、中川孝太郎、穂積陳重、富井政章、栗塚省吾、三好退蔵、高木豊三、菊池武夫、一木喜徳郎、鳩山和夫、奥田義人、磯部四郎、村田保、岸本辰雄、江木衷、元田肇、關直彦、山根正次、花井卓蔵である(同9頁)。

258) 岡松参太郎は、当時京都帝国大学法科大学教授で、民法を専門に研究を行っていた人物である(田口正樹「岡松参太郎のヨーロッパ留学」北大法学論集64巻2号(2013年)61頁以下等参照)。

259) 明治39年草案(第二編「罪」第三十六章「窃盜及ヒ強盜ノ罪」)260条は「(1項)暴行ヲ用ヒ又ハ現ニ被害者ニ於テ救護ス可キ者ノ生命、身体、自由若クハ財産ニ対シ危害ヲ加ヘント脅迫シテ財物ヲ強取シタル者ハ強盜ノ罪ト為シ二年以上ノ有期懲役ニ処ス」,「(2項)前項ノ方法ヲ以テ不法ニ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ」(内田ほか編・前掲注(253)『刑法(6)』146頁以下・資料40)と規定されている。

260) 内田ほか編・前掲注(253)『刑法(6)』246頁以下・資料62。なお、同106頁以下・資料31の「刑法取調委員総会議決修正条項(五)」も参照。

261) 明治39年草案(第二編「罪」第三十六章「詐欺ノ罪」)271条は「(1項)人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス」,「(第二項)前項ノ方法ヲ以テ不法ニ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ」(内田ほか編・前掲注(253)『刑法(6)』147頁・資料40)と規定されている。

——引用者注) 第二項ヲ『財産上不法ノ利益ヲ得』云々ニ修正シタシ」と発言し、各員が「異議ナシ」と述べ、修正された。なお、恐喝罪についてもこの修正が踏襲されている²⁶²⁾。

このように、利益詐欺罪等での「不法ニ財産上ノ利益」から「財産上不法ノ利益」への修正は、岡松参太郎が主導して提案したものであるが、なぜこのような提案を行ったかについてこれまで明らかにされてこなかった。そこで岡松参太郎がどのような理解に立っていたかに立ち返り、そこから修正の理由を考察する必要がある。

(3) 修正理由の考察

私法分野の研究者である岡松参太郎は、1901年(明治34年)3月18日に、『刑法ノ私法観——刑法改正案批評』²⁶³⁾という書籍を公刊している。この書籍は、刑法ではなく、私法を専門に研究している岡松が、刑法改正案(明治34年草案²⁶⁴⁾)に対して私法的観点から観察して批評を行うという趣旨のものである²⁶⁵⁾。

262) 明治39年草案(第二編「罪」第三十六章「詐欺ノ罪」)274条の恐喝罪は「(1項)第二百六十条ニ記載シタル以外ノ脅迫ヲ用ヒテ財物ヲ奪取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ処ス」, 「(第二項)前項ノ方法ヲ以テ不法ニ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ヲシテ之ヲ得セシメタル者亦同シ」(内田ほか編・前掲注(253)『刑法(6)』148頁・資料40)と規定されている。経緯については、ここではまず、勝本勘三郎の提案によって「脅迫ヲ用ヒテ財物ヲ交付シタル」に修正されたのち、磯部四郎によって「第二項ハ前例ニ依リ修正ヲ望ム」との発言があり、修正された(内田ほか編・前掲注(253)『刑法(6)』248頁・資料40)。

263) 岡松参太郎『刑法ノ私法観——刑法改正案批評』(有斐閣書房, 1901年3月)。なお、本書以前に、岡松参太郎「刑法改正反対論」明治法学17号(1901年2月)40頁以下、本書以降に岡松参太郎「刑法改正案ノ欠点」明治法学31号(1902年3月)28頁以下があるが、利益詐欺罪に関連する記述は見当たらない。

264) 岡松・前掲注(263)書「自序」などでは明言されていないが、検討内容や公刊時期などから、1901年(明治34年)2月8日に第15回帝国議会上に提出された明治34年草案を検討するものと思われる。なお、同書は、第一章「組織上ノ観察」〔体系や各章の表題など〕, 第二章「用語上ノ観察」, 第三章「理論上ノ観察」〔没収, 違法ノ除去, 犯意, 財産毀損ノ罪, 金銭犯罪, 有価証券ニ関スル犯罪, 占有侵害ノ犯罪〕という三章構成で検討が行われている。

265) 岡松・前掲注(263)書「自序」2頁参照。

岡松は、第二章「用語法ノ観察」第一節「一般ノ用語ニ就キ」第五「『不法ニ』、『故ナク』、『不正ニ』」という表題の下で、まず、犯罪というためには、その行為が違法であること、すなわち「法律ノ許容セサル行為（権利ナキ行為）」であることを要するが、通常、それを要するとは規定されていないということを確認し²⁶⁶⁾、① 改正案が「不法ニ」、「故ナク」、「不正ニ」と規定するのは一般論を確認するだけであり、蛇足に過ぎないのか、あるいは、②「不法ニ」、「故ナク」、「不正ニ」の意味は、その行為が違法であるという条件を単に示すだけのものでなく、違法であることを自覚していることを要するという趣旨であるのか（たとえば、「不法ニ財産上ノ利益ヲ得」とは、その利益を得る行為が権利なしに行われてることを要するだけでなく、行為者がその権利がないことを知っていることを要する趣旨か）という問いを提起する²⁶⁷⁾。

岡松は、この問いに対して、「其所謂『不法ニ』『故ナク』『不正ニ』ナル文字カ常ニ或行為ニ繋ルヨリ見レハ其意思ニ関スル条件ニ非ストセルヲ得サルカ如シ。且ツ若之ヲ意思ニ繋ラシムルモノナラハ改正案ノ用語ハ不当ナリ。毫モ其趣旨ヲ認ムルコト能ハサルナリ」と述べたうえで²⁶⁸⁾、「若単ニ違法ナル条件ヲ示スニ過キサルノナラハ改正案起草者モ亦其蛇足タルコトヲ知ル可キカ故ニ此等ノ場合ニ特ニ此等ノ条件ヲ掲クルノ要ナク」としたうえで、結論として「余輩ハ改正案ハ此条件（違法ナル条件——引用者注）ヲ挙クルニ依リ一般ノ場合ニ対スル例外タリ、則特ニ違法ナルコトノ自覚ヲ要スルコトヲ示ス趣旨ナリト見ルノ適当ナルヲ信ス」²⁶⁹⁾と述べている。すなわち、岡松は「不法ニ」、「故ナク」、「不正ニ」を主観的意思に関連付けるとすることは用語として疑問であるが、不要な文言となってしまうのにも疑問があるので、結局のところ、この趣旨は行為者がその

266) 岡松・前掲注（263）書34頁参照。

267) 岡松・前掲注（263）書34頁以下参照。

268) 岡松・前掲注（263）書35頁（旧字体を新字体に改めた）。

269) 岡松・前掲注（263）書36頁（旧字体を新字体に改めた）。

行為が違法であることを自覚していることを要求する趣旨と解するのが相当であると述べているのであろう。

このような記述を踏まえれば、明治40年草案の利益詐欺罪の文言の修正は、この解釈を条文の文言に反映させるという趣旨のものとして推測される²⁷⁰⁾。したがって、「提案者」の趣旨に沿う解釈を行うのであれば、利益詐欺罪の「財産上不法の利益を得たこと」の「不法」は、手段の不法を意味するのではなく、「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」を意味すると解することになる。

第三款 小 括

本節では、第一款で、明治23年草案の詐欺罪の構成要件の結果としての「不正ノ利益ヲ得タル」の意義を検討した。ここでは、明治23年草案の詐欺罪は旧刑法典の詐欺取財罪やボワソナードが主導的に関与した諸草案とは異質な立法形式がとられていることを明らかにし、その淵源がどこにあるのかを探究した。この検討によって、明治23年草案の詐欺罪は、旧刑法典の詐欺取財罪（とくに、証書類を取得客体とする詐欺取財罪）の延長線上に位置づけられるとされてきた先行研究の到達点に異議を唱えた。次いで、明治18年ボワソナードの改正案の注釈書やルードルフの意見書、さらに明

270) ただし、本文で示した岡松の指摘からすれば、むしろ主観的要素（ドイツ刑法典263条の詐欺罪の「違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的」あるいは明治23年草案の詐欺罪の「自己又ハ他人ヲ利スルノ意」）を要求する方が妥当であったのではないかという疑問は残る。

この点に関して、岡松・前掲注(263)書41頁(第二章「用語法ノ観察」第一節「一般ノ用語ニ就キ」第六「不実、虚偽、詐欺」の箇所)が、民法上の詐欺概念との比較の際に、「刑法上ノ詐欺取財則第二百八十一条ノ犯罪ニハ利益ヲ得ル目的(Gewinnabsicht)アルヲ要スルコト通説ナリト雖モ民法上ノ詐欺ニハ之ヲ要セス」と述べていたことが影響したものと思われる。もっとも、この認識が適切なものであったかについては疑問が残る。なぜなら、当時通用していたのは、目的要件が規定されていない旧刑法典の詐欺取財罪であり、この時期に利得意思を要求していたのは、江木・前掲注(245)『増補各論』389頁や明治23年草案の詐欺罪の規定など一部の見解や草案に過ぎなかったからである。

治23年の規定形式などを踏まえて、明治23年草案の詐欺罪は旧刑法典の詐欺取財罪の延長線ではなく、詐欺罪の構成要件的结果の不十分性を解消するために、ドイツ帝国刑法典263条を参照して包括化を図ったものではないかという考察を行った。そして、これらの検討から、明治23年草案の淵源はドイツ帝国刑法典263条にあるといえ、「不正ノ利益ヲ得タル」は、行為者側からみた構成要件的结果を意味するものであり、被害者側に生じる「財産損害」とは表裏の関係にあるという帰結に至った。

第二款では、明治40年草案の利益詐欺罪の「財産上不法ノ利益ヲ得タル」における「不法」の意義について検討した。ここでは、明治40年草案の利益詐欺罪で「不法ニ財産上ノ利益ヲ得タル」から「財産上不法ノ利益ヲ得タル」への文言の修正は、私法を専門とする学者である岡松参太郎の提案によるものであり、この修正の趣旨は単なる手段の不法を指すという趣旨によるものではなく、「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」を要求する趣旨であったという帰結を導き出した。

第四節 詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組に関する試論

(1) 財物詐欺罪と利益詐欺罪の関係性の再考

本稿第一章第三節第二款(3)で触れたように、わが国の通説は、財物詐欺罪が基本類型であり、利益詐欺罪はその拡張類型であるという前提の下で、財物詐欺罪の解釈を利益詐欺罪の解釈に転用すべきであると主張してきた²⁷¹⁾。この見解によると、「財産上不法の利益取得」は、財物のように「有体物性」(あるいは「管理可能性」)による限定がないので、非常に広汎な概念となってしまう、利益詐欺罪の射程が過度に広がってしまうという問題が生じる²⁷²⁾。このような問題は、学説においてかねてより意識され

271) このことを端的に示しているのが、同所で引用した平野・前掲注(54)書218頁である。

272) ボフソナードが明治18年の改正案で取得客体の不十分性を認識しつつも、明治23年草案の詐欺罪のように取得客体を「不正ノ利益」と包括化することに乗り出さなかったのメ

てきた²⁷³⁾。そして、近時の高等裁判所判例²⁷⁴⁾を契機に関心が高まっており、二項犯罪の射程を限定する必要性があるということは学説上共有されているといえる²⁷⁵⁾。しかし、「財物騙取」と「財産上不法の利益取得」の関係性を通説のように解する場合には、処罰範囲を限定するという目的論的解釈、すなわち拡張類型とされる利益詐欺罪について基本類型である財物詐欺罪の解釈論から限定するということを導かざるを得なくなり、拡張類型である利益詐欺罪の限界線があいまいになるおそれがある²⁷⁶⁾。

↘は(本章第三節第一款第三項(1)参照)、まさにこのような問題を避けることに狙いがあったものと思われる。

273) たとえば、法典質疑會編『続法典質疑録』(法政大学蔵版, 1911年)〔本稿では、復刻版として、多々納瀧蔵編『続法典質疑録(憲法・行政法・刑法・民法・民事訴訟法・破産法・刑事訴訟法・国際公法・国際私法)日本立法資料全集別巻26』(信山社, 1993年)を参照した〕101頁では、「財物ヲ騙取セント欲シテ人ヲ欺罔シ之ト財物交付ノ契約ヲ為シタルトキハ詐欺罪ノ未遂ヲ以テ論ス可キカ既遂ヲ以テ論ス可キヤ」という質問がなされていた。もっとも、解答者である牧野英一は、同101頁以下で「若シ同項(現行刑法典246条2項——引用者注)ノ規定ヲ以テ現実的利益ニノミ關スルモノナリトセハ本問ノ場合同条第一項ノ犯罪未了ヲ以テ論セサル可カラサルヤ疑ナシト雖モ所謂『財産上ノ利益』ナル語果シテ現実的利益ニ限ラサル可カラサルヤハ決シテ単純明白ナル問題ニ非サルナル。余輩ハ寧ロ利益ナル語ヲ解シテ広ク現実上ノ利益ト法律上ノ利益トヲ包含スルモノト解(ス)」と答え、利益詐欺罪の既遂を肯定して。これに対して、金銭交付の約束の独立性がないという観点から、交付の契約時点での利益詐欺罪の成立を限定する立場として、宮本・前掲注(69)書369頁、伊東・前掲注(41)書190頁、中森・前掲注(74)書171頁等。取得の終局的目的あるいは取得の本来の目的という観点から限定する試みとして、島田武夫『刑法概論(各論)』(有斐閣, 1934年)245頁以下、高橋(則)・前掲注(41)書299頁、松原・前掲注(16)書172頁、橋本・前掲注(41)書263頁等。

274) 東京高判平成21年11月16日判時2103号158頁参照。この判決では、キャッシュカード窃取後に、脅迫を用いて暗証番号を聞き出した段階で、利益強盗罪(236条2項)を認めている。

275) たとえば、刑事法ジャーナル49号(2016年)4頁以下の「財産的『利益』の刑法的保護」という特集の下で寄稿されている論稿(照沼亮介「財産的『利益』の刑法的保護——特集の趣旨——」同4頁以下、田山・前掲注(63)「利益」同15頁以下、足立友子「刑法が保護する『利益』の範囲は——強盗利得罪をめぐる東京高裁平成21年11月16日判決を手がかりに——」同23頁以下、佐藤結美「財産上の利益と他の無形的利益の区別」同31頁以下)は、前掲・東京高判平成21・11・16を契機にして、「財産上の利益」の無体性、射程の不明瞭性に懸念を示し、解釈による限定を模索するものである。

276) 「情報の非移転性」から、情報を「財産上の利益」に含めることに消極的である見解も

本稿では、このような通説のアプローチに対して、利益詐欺罪と財物詐欺罪の関係性を再考すること、すなわち利益詐欺罪が詐欺罪の原則類型であり、財物詐欺罪は「財物性」（有体物性）が備わった「財産上不法の利益取得」を意味する場合の規定にすぎないと解することによって²⁷⁷⁾、詐欺罪の中核である利益詐欺罪の射程を正面から検討すべきであると主張する²⁷⁸⁾²⁷⁹⁾。

このような主張は、旧刑法典の詐欺取財罪の構成要件的结果の不十分性の指摘（ボワソナードヤルドルフ）を受けて登場したのが明治23年草案の「不正ノ利益ヲ得タル」という構成要件的结果を伴う詐欺罪であったということによって裏付けることが可能である。明治23年草案の詐欺罪は財物を取得客体とする詐欺罪の規定を置いていないが、詐欺罪の沿革からすれば、旧刑法典の390条（詐欺取財罪）も当然射程内に含むものであった（本

として、山口・前掲注（24）書247頁など。田山・前掲注（63）「利益」22頁は、「金銭的評価の可能な（明確な財産価値のある）情報」（インターネットバンキングのIDやパスワードなど）を「財産上の利益」に含めると主張するが、移転性要件の充足を否定し、二項犯罪の成立を限定する。これに対して、インターネットバンキングのIDやパスワードを「財産上の利益」に含め、二項犯罪の成立可能性を認める見解として、足立（友）・前掲注（275）論文29頁以下。

277) 野澤充「窃盗罪における『財産損害』？——『相当額の対価』が存在する事例に関連して——」立命館法学375号=376号（2018年）277頁。なお、同283頁注54は、本稿と同旨の立場から、「詐欺罪・恐喝罪の1項の規定は『無くてもよかったが、存在することにより財物が客体になりうることを明確にした』役割（注意規定）があったものと考え」と述べている。もっとも、一項犯罪（財物強盗罪、財物詐欺罪、財物恐喝罪）を規定することは、盗品等関与罪（刑法256条）の射程との関係で、一定の意義が認められると思われる（野澤も、同276頁で不動産を客体とする二項強盗罪がありうるという見解を検討する際に、赃物罪〔盗品等関与罪〕との関係に触れているので、これを否定する趣旨ではないであろう）。

278) 「財物」と「財産上不法の利益」の関係性について、松宮・前掲注（105）書194頁、小田泰三『詐欺罪解説』（小田泰三、1934年）16頁参照。

279) このような解釈が、詐欺罪と同様に、2項で「前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。」と規定する強盗罪と恐喝罪にも妥当するかは別途検討する必要がある（この点について、一つの考え得る立場を示すものとして野澤・前掲注（277）論文283頁以下参照）。

章第三節第一款第二項の明治23年草案の説明書など参照)。明治23年草案の詐欺罪のこのような射程は、それを継承しているとされる明治28年草案以降の利益詐欺罪、ひいては現行刑法典の利益詐欺罪にも及ぶと考えるのが妥当であろう²⁸⁰⁾。このような理解からは、財物を取得客体とする場合には、理論レベルでは利益詐欺罪の対象になりうるが、財物詐欺罪の規定が存在することから適用レベルでは財物詐欺が問題にされると解することになる。

(2) 詐欺罪における「財産損害」と「財産上不法の利益取得／財物騙取」の対応性

本稿の財物詐欺罪と利益詐欺罪の関係性の理解(利益詐欺罪が詐欺罪の原則類型であるということ)からすると、利益詐欺罪の構成要件の結果である「財産上不法の利益を得たこと(財産上不法の利益取得)」の解釈が、財物詐欺罪の「財物を交付させたこと(財物騙取)」にも用いられる。

そして、現行刑法典の利益詐欺罪の構成要件の結果である「財産上不法の利益を得たこと」は、その原型である明治23年草案の詐欺罪の構成要件の結果の「不正ノ利益ヲ得タル」と同様の意義を持った規定であり、本章第三節第一款第三項(3)ウで述べたことが、現行刑法典の「財産上不法の利益を得たこと」にも妥当することになる。すなわち、「財産上不法の利益

280) 第23回帝国議会で提出された明治40年草案の理由書では「……本案ニ於テハ第一項ヲ以テ財物ニ関スル規定ヲ設ケ第二項ニ於テハ其他ノ財産上ノ利益ニ関スル規定ヲ設ケタリ其理由ハ強盗ニ付キ述ベタルトコロトシ……」(傍点は引用者によるものである)と述べている。明治33年草案の理由書(内田ほか編・前掲注(213)『刑法(2)』583頁)、明治34年の草案の刑法改正参考書(内田文昭ほか編『刑法(3)-I[明治40年]日本立法資料全集22』(信山社, 1994年)[以下では、内田ほか編『刑法(3)I』と示す]154頁)、明治35年草案の理由書(内田文昭ほか編『刑法(4)[明治40年]日本立法資料全集24』(信山社, 1995年)[以下では、内田ほか編『刑法(4)』と示す]148頁)でも同様の記述が存在する。さらに、類似の記述として、田中・前掲注(175)書1339頁、江木衷監修/日本法学会編『理論應用日本刑法通義』(日本法学会, 1916年)311頁以下(なお、執筆者は明示されていない)があげられる。これらの記述は、「財物」が「財産上の利益」に含まれるということを示唆するものといえる(この点に関して、本稿注(64)も参照のこと)。

を得たこと」及び「財物を交付させたこと」は、行為者の側からみた構成要件の結果を意味するのであり、被害者の側からみた「財産損害」と同じ事象を別の視点からとらえた表現であるということがここでも妥当するのである。

したがって、本稿の法制史的検討からは、わが国の詐欺罪の構成要件である「財産上不法の利益取得」及び「財物騙取」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、両者は実質的に共通の基盤を持った規定であるということが導き出される。

（3）詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組

さらに、利益詐欺罪が詐欺罪の原則類型であるという本稿の理解からは、明治40年草案の利益詐欺罪において、「不法ニ財産上ノ利益ヲ得タル」から「財産上不法ノ利益ヲ得タル」に文言が修正されたことの意義が財物詐欺罪の解釈にも及ぶことになる。すなわち、明治40年草案で「提案者」の修正趣旨に基づき、現行刑法典の利益詐欺罪の「財産上不法の利益を得たこと」における「不法」は、①「行為者が財産を得ることについて権利がないことを自覚していること」、②「行為者に、財産を得ることについての権利が存在しないこと」を意味し、この理解が「財物を交付させたこと」にも及ぶということである²⁸¹⁾。もっとも、①は故意又は主観的要素の問題と思われるので、詐欺罪の構成要件の結果の意義を明らかにするという本稿の検討対象からは、さしあたり、はずれることになろう。

以上によれば、詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組として、(①) 行為者が財物又は財産上の利益を得たこと、(②) 行為者が当該財物又は当該

281) 246条1項の現在の文言である「財物を交付させた」という文言は、一見すると事実的な構成要件の結果のみを意味するように読めるが、「財物ヲ騙取シタル」という現行刑法制定当時の文言は一定の規範的評価（利益詐欺罪の「財産上不法の利益を得たこと」と同様な「不法」性）を含んでいると解することは可能であろう。

財産上の利益を得たことが不法であること、すなわち、当該財物又は当該財産上の利益を得る権利が行為者に存在しないことが示される²⁸²⁾。そして、(②)の判断の際に、被害者側の観点(すなわち「財産損害」)を踏まえて不法性が判断されることになる。換言すれば、この(②)の観点は、財物又は財産上の利益の喪失を超えた「実質的損害」を検討する枠組なのである²⁸³⁾。

ここで示した詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組は、わが国の詐欺罪の法制史的検討から導いた試論にすぎない。そこで、第三章では、この判断枠組の前提に置いている「詐欺罪における『財産損害』と『財産上不法の利益取得／財物騙取』の対応性」が、ドイツの詐欺罪の歴史的展開からも導けるのかを検証するために、ドイツの詐欺罪の法制史的検討を行う。

282) 本稿の詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組に近い立場として、曾根・前掲注(41)書144頁。曾根は、構成要件該当性判断の段階では、「形式的意味での個別的損害」を判断するにすぎないが、違法性の判断の段階で、対価の支払いなどの事実も考慮して「実質的な損害」が発生しているかを判断する。もっとも、本稿は、ここでの「不法」を、違法性の段階ではなく、構成要件該当性の段階で検討すべきと考えており、その限りで曾根の立場とは異なっている。

283) 品田・前掲注(84)論文188頁注78は、詐欺罪の実質的損害を「財産上不法の利益」の「不法」に読み込む可能性を示唆する。