

# 明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の 二重抵当罪規定の成立と抵当権の公証

藤 原 明 久

はじめに

- 一 旧刑法の二重抵当罪規定(第三九三条第二項)の成立過程
    - (一) ボワソナードによる詐欺取財罪規定の起草
    - (二) ボワソナードによる詐欺取財罪としての二重抵当罪規定の追加起草
    - (三) 明治九年十二月二十八日司法省上申刑法草案の二重抵当罪規定
    - (四) 明治十年十一月二十八日司法省上申刑法草案の二重抵当罪規定
    - (五) 旧刑法の二重抵当罪規定(第三九三条第二項)の成立
  - 二 旧刑法の二重抵当罪規定(第三九三条第二項)の適用要件としての抵当権への戸長公証
    - (一) 参事院の処理方針
    - (二) 司法省の処理方針
- むすび

はじめに

本稿は、前稿「明治初年における二重書入(抵当)の処罰」——「新律綱領」の重典売田宅条の適用をめぐる——<sup>(1)</sup>の続編である。前稿の概要を以下に記しておこう。

明治六(一八七三)年一月十七日太政官第一八号布告「地所質入書入規則」は、「一箇所ノ地ヲ二重、三重ニ書入候儀ハ不相成候得共、若シ第一番ノ金主ヘ引當ニ入レ置候事ヲ第二番ノ金主承知ノ上ニテ、地所代價ノ餘分ヲ見込、一箇所ノ地所ヲ引當ニ借添ヘ致シ候儀ハ不苦」(適宜読点を付した——以下同)と定めた(第一〇条)。書人は、占有担保である質入に対して、非占有担保、すなわち抵当である。一番書入債権者の存在を承知して、二番債権者が土地の担保価値の余力を見込んで二番書入の権利を有することを認めたが、この手続に違反する二重書入は禁止された。このような二重書入を処罰するために、明治三年十二月二十七日頒布の「新律綱領」卷三「戸婚律」中の重典売田宅条が適用された。明律の敷写である同条は、左のごとくである。

「凡巳ニ典賣シテ。人ニ與ル田宅ヲ將テ。重子テ典賣スル者ハ。得ル所ノ價錢ヲ贓ニ計ヘ。竊盜ニ準シテ論シ。價ヲ追徴シテ主ニ還シ。田宅ハ。原ノ典買主ニ附ス。若シ重子テ典賣スルノ人。及ヒ牙保。情ヲ知ル者ハ。犯人ト同罪。價ヲ追シ。官ニ入ル。知ラサル者ハ。坐セス。」  
セフニシ、ウケルニシ

すなわち、債務者甲が既に典売して債権者乙に占有を移転した田宅を重ねて債権者丙に典売したとき、甲が債権者丙から借りた金銭は盗物と見做し、窃盗に準じて、その罪を論ずる。この金銭は、取り上げて債権者丙に返還する。田宅は、債権者乙に引き渡す。債権者丙および世話人・保証人は、重典売となることを知って典売させたとき、債務者甲と同罪と

なり、右金銭は没収され、他方、これを知らずに典売させたときは、その罪を問われなくとする。典売には、広く売却、質入、書入を含むと解釈された。

二重書入に重典売田宅条を適用する要件として、書入への公証の有無が問題となった。末端地方吏である町村戸長による公証の手続と、その効力は、「地所質入書入規則」に定められていた。質入または書入の土地担保証書には、戸長の奥書割印による公証を要する。戸長役場に奥書割印帳を備置し、公証申請があれば、戸長は、割印帳と証書とに番号を朱書し、割印を押捺して奥書する。戸長公証を受けない土地担保証書は、「質入又ハ書入ノ證據ニハ不相成ニ付、右證文ヲ以テ訴出ルニ於テハ、負債主財産分散ノ時、債主、他ノ債主ニ對シ先キ取りノ特權ヲ失ヒ、獨リ質入又ハ書入ナキ金穀貸借ノ處分ヲ可受事」とされた（明治七年一月十九日太政官第六号布告「地所質入書入規則」第九条改正）。戸長公証は、債務不履行による債務者の財産執行において、担保地の競売代価から優先弁済を受ける権利を被担保債権者に保証する。戸長公証が第三者に対抗して優先弁済を受ける権利を保証したのは、フランス民法の抵当権登記の効力を受容したものである。フランス民法による「地所質入書入規則」の戸長公証規定と明律による重典売田宅条との調整が図られた。戸長公証を受けた書入証書に書入の効力が認められることから、二重書入において、先の書入を承知せずに後の書入が設定され、両書入に戸長公証がなされたとき、重典売田宅条が適用された。

以上が前稿の概要である。中国法系の「新律綱領」の時代は、フランス刑法を手本とする明治十三年公布「刑法」(同十五年一月一日施行)の時代に移った。「刑法」は、以下の三段階を経て制定された。<sup>(2)</sup>① 司法省による刑法編纂。ボワソナードが起草した仏文刑法草案について、明治九年五月から日本人委員鶴田皓らとボワソナードとの間で、名村泰蔵の<sup>(3)</sup>通訳を介して審議が始まり、明治十年十一月二十八日、司法省刑法草案が太政官に上申された。② 太政官刑法草案審査

(5) 局(明治十年十二月二十五日設置)において刑法草案の修正が行われ、同十二年六月二十五日、刑法審査修正案が太政官に上進された。③ 明治十三年三月一日、元老院に刑法草案が付議され、四月十八日、元老院は修正刑法草案を上奏した。七月十七日、「刑法」(旧刑法)が太政官第三六号布告をもって公布された。二重抵当に関しては、「刑法」第三編「身體財産ニ對スル重罪輕罪」第二章「財産ニ對スル罪」第五節「詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ關スル罪」に、左の規定がおかれた。

「第三百九十條 人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若クハ證書類ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト爲シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處シ四圓以上四十圓以下ノ罰金ヲ附加ス  
因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタル者ハ偽造ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス」

「第三百九十二條 他人ノ動産不動産ヲ冒認シテ販賣交換シ又ハ抵當典物ト爲シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

自己ノ不動産ト雖モ已ニ抵當典物ト爲シタルヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重子テ抵當典物ト爲シタル者亦同シ」

本稿は、右兩規定の成立過程、その適用要件としての戸長公証について考察することを課題とする。ここで取り上げる論点は、つぎの二つである。

① 旧刑法二重抵当罪規定の成立過程。司法省刑法編纂會議において、ボワソナードが二重抵当罪規定を、如何なる状況のもとで何国法を參酌して起草したのか、そこで如何なる審議が行われ、旧刑法第三九三条第二項が成立するにいたったかを解明する。

② 旧刑法二重抵当罪規定の適用要件としての抵当権への戸長公証。戸長公証は、「地所質入書入規則」により、第三者に對抗して優先弁済を受ける権利を抵当債権者に与えた。先の抵当権設定を「欺隱」して、重ねて他の債権者と抵

当権を戸長公証を受けて設定したとき、二重抵当として旧刑法第三九三条第二項を適用しうるには、先の抵当権が戸長公証を受けているか否かが問題となった。明治政府（参事院、<sup>6</sup>司法省）は、この問題を如何様に処理したかを考察する。

註

- (1) 神戸法学雑誌五四卷三号、二〇〇四年。
- (2) 西原春夫・吉井蒼生夫・藤田 正・新倉 修編『日本立法資料全集』二九（旧刑法「明治十三年」(一)）、「はじめに」、「旧刑法制定過程年表」、信山社、一九九四年、吉井蒼生夫『近代日本の国家形成と法』第二章「近代日本における西欧型刑法の成立と展開」等。
- (3) 鶴田 皓（天保六「一八三五」年—明治二十一「一八八八」年）。明治二年刑法官兼勸刑律取調御用、同四年刑部省出仕、新律綱領撰修成功につき賞を受く、刑部少判事、司法省出仕、司法少判事、明法助、同六年明法権頭、同八年刑法草案取調掛、同九年司法大丞兼一等法制官、同十年司法大書記官、刑法編纂委員兼務、刑法草案按審査委員、同十二年治罪法草案按審査委員、同十三年検事長、同十四年参事院議官、同十八年元老院議官、同二十年法律取調委員（勅奏任官履歴原書）上巻、柏書房、一九九五年、二六五—二七二頁。
- (4) 名村泰蔵（天保十一「一八四〇」年—明治四十「一九〇七」年）。文久元「一八六一」年神奈川奉行所詰、慶応二「一八六六」年万国博覧会御用掛、徳川昭武に随行渡仏、明治元「一八六八」年長崎府上等通弁、同五年司法裁判所七等出仕、渡欧、同六年ボワソナードを伴い帰国、同八年司法省翻訳課長、同省刑法草案取調掛、同十二年治罪法草案審査委員、同十九年大審院検事長（後略）（大植四郎編『明治過去帳』東京美術、一九七一年、一〇四—頁、白井勝美・他編『日本近現代人名辞典』吉川弘文館、二〇〇一年、七七七頁）。
- (5) 浅古 弘『刑法草案審査局小考』早稲田法学五七卷三号、一九八二年。本論文は、刑法草案審査局による刑法草案審査・修正の過程を詳細に跡づけている。

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当権の公証(藤原)

(6) 明治十四年政変で、同年十月二十一日太政官六部は廃止となり、法律規則に関する事務は新設の参事院に引き継がれた。参事院は、「太政官ニ屬シ内閣ノ命ニ依リ法律規則ノ草定審査ニ參預スルノ所」であった。「事務ヲ分掌スル爲メニ内局及六部〔外務・内務・軍事・財務・司法・法制の各部―筆者補註〕ヲ置ク」（参事院章程）。同十八年十二月二十二日、太政官制廃止、内閣制度創設にともない、参事院も廃止された（内閣記録局編『法規分類大全』一〇、官職門「1」、原書房覆刻、一九七八年、二八四、二八九―二九一、三〇二頁）。

### 一 旧刑法の二重抵当罪規定（第三九三条第二項）の成立過程

#### (一) ボワソナードによる詐欺取財罪規定の起草

司法省刑法編纂会議において、ボワソナードは、財産に対する罪に関する諸規定を起草するにあたって、まず最初に鶴田皓らにフランス刑法（一八一〇年）の「盗罪ノ性質」を説明した。フランス刑法第三七九条は、「何人ニ限ラス己レニ屬セサル物ヲ盜ミシ罪ヲ名テ盜罪ト云フ」と定義する。ボワソナードは、盗罪を構成するためには、「他人ノ所有物ナル事ヲ知テ之ヲ取り己レノ所有物ト為ス事」と「所有主ノ承諾ナキヲ知テ其所有物ヲ取り自ラ所有主ト為リタル事」を要する<sup>(1)</sup>、すなわち、「盗罪ハ他人ニ屬スル物件ヲ不正ニ己レノ所有ト為スヲ以テ其本体ノ性質ト為ス」と解釈した<sup>(2)</sup>。鶴田は、これに関連して「所有主ノ承諾ナクシテ其物品ヲ取りタルヲ盜罪ト為ス而已ナラス、日本ニテハ右ノ外ニ他人ヲ詐偽シテ承諾セシメテ其物品ヲ取ルヲ詐偽取財ト云フ、之ハ窃盜強盜杯トハ自ラ其性質ニ異ル所アリ<sup>(3)</sup>」と、盗罪と詐欺取財罪との差異を指摘した。ボワソナードは、鶴田に「詐偽取財ハ仮令被害者ノ詐偽セラレタルニモセヨ、一時其詐偽タルコトヲ知ラス本心ヨリ承諾シタル者ナリ、故ニ純粹ノ盜罪トハ見做シ難シ、尤何レニモ財産ニ對スル罪ノ部類ニ置クヘキ者ナリ<sup>(4)</sup>」

と説明した。ボワソナードは、盜罪と別個に詐欺取財罪の規定を起草した。かれが範としたのは、フランス刑法第四〇五條（一八六三年五月十三日法により改正）である。同條は、箕作麟祥の翻譯によると、左のごとくである。

「僞りノ姓名ヲ用ヒ或ハ僞りノ身分ヲ稱シ（en faisant usage de faux nom ou de fausses qualités）或ハ僞りノ起作チコロミ、無實ノ威權、僞りノ信據ヲ人ニ證シ示ス可キ爲メ詐計ヲ用ヒ又ハ人ヲシテ無實ノ成功及ヒ無根ノ事故ヲ希望セシメ或ハ畏怖セシム可キ爲メ僞計ヲ用ヒテ（en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entrees, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire ou pour faire naître l'esperance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique）人ノ所有スル金銀、動産、義務ノ證書、契約書、手形、約定書、算還ノ證書（des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges）ヲ已レニ渡サシメ或ハ渡サシメント試ミ爲シ且其僞計ヲ以テ人ノ産業ノ全部又ハ一部ヲ奪ヒ或ハ奪ハント試ミ爲シタル者ハ一年ヨリ少カラス五年ヨリ多カラサル時間禁錮（emprisonnement）ノ刑ニ處セラレ且五十「フランク」ヨリ少カラス三千「フランク」ヨリ多カラサル罰金（amende）ノ言渡ヲ受ケ可シ

又其犯人ハ其刑ヲ受ケシ日ヨリ五年ヨリ少カラス十年ヨリ多カラサル時間第四十二條ニ記シタル權利「公民權、私權、親族權」（「」は筆者補注、以下同）ヲ行フノ禁ヲ受ケシムルコトヲ得可シ

但シ此規則ト其犯人ニ贗造偽造ノ重罪アル時更ニ重キ刑ニ處ス可キ規則ト相觸ル、コトナカル可シ<sup>(5)</sup>

フランス刑法の詐欺取財罪を構成する要素は三つである。すなわち、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である。<sup>(6)</sup>

右の詐欺方法は、偽姓名あるいは偽身分の使用、法律が定めた偽計である。偽計たるには、詐欺行為によって、虚偽に

しる企画が存在すると納得させられ、あるいは、仮想にしる権限や信用が存在すると納得させられること、または、成功事故もしくは、その他総ての無根の事態について希望あるいは畏怖が生ぜしめられることである。<sup>(7)</sup>

ボワソナードは、フランス刑法第四〇五条の「書法ヨリ余程簡單ニ記シタリ、然シ其本旨ニ於テハ同條ニ異ル事ナシ」として、刑法草案第三編第一章「財産ヲ害スル重罪輕罪」第二節「詐偽ノ倒産詐欺取財及ヒ背信ノ犯罪」の中に、左の詐欺取財罪規定を設けた。

「第三條 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ハ偽リノ身分ヲ稱シ、其他偽計ヲ用ヒテ金額物件又ハ義務ノ証券、請取書、積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  
但シ文書ヲ偽造シタル罪ノ重キハ重キニ依テ處断ス」<sup>(9)</sup>

ボワソナードは、本来、フランス刑法第四〇五条のように「詐偽ノ方法ヲ細ニ記スヘキ積リ」<sup>(10)</sup>であったが、鶴田の「成丈ケ簡單ニ記スヘシ」<sup>(11)</sup>との要望を容れて詐欺方法を簡略化して、「偽リノ姓名ヲ用ヒ又ハ偽リノ身分ヲ稱シ」、「無実ノ成功ヲ希望セシメ」、「無根ノ事故ヲ畏怖セシム」を規定した。鶴田は、「偽姓名偽身分ハ偽計中一部分ニシテ、畢竟皆其犯人ノ被害者ヲ詐偽スル方法ナリ、而シテ希望畏怖ハ其被害者ノ感シ方ヲ示シタル迄ノ事ナリ、故ニ之ヲ約言スレハ総テ偽計ト云フ内ニ含蓄スヘキ筈ナリ」と批判した。<sup>(12)</sup>ボワソナードは、「偽姓名ヲ用ヒ偽身分ヲ稱スル」、「希望セシムル」、「畏怖セシムル」を「三ツ事柄トシテ區別セサルヲ得ス」<sup>(13)</sup>と、フランス刑法第四〇五条の詐欺方法を存置させるべきであると鶴田に反論した。

ボワソナード日本刑法草案は、詐欺取財罪の刑を二月以上四年以下の重禁錮ならびに四円以上四百円以下の罰金とした。



ボワソナードは、詐欺取財罪の禁錮刑の期間を定めるにあたり、フランス刑法を参照して司法省刑法編纂会議において説明した。「佛國刑法ニテモ竊盜ト詐偽取財トハ之ヲ同刑期「一年以上五年以下」ノ禁錮ニ処スル者ナレハナリ」。「何トナレハ竊盜ハ事主「盜まれた被害者」ニ不注意ナル落度アルヘキナレトモ、詐偽取財ハ犯人ニテ欺クニ道ヲ以テスル者ニ付、其事主不注意ノ落度ナシ、故ニ之ヲ竊盜ヨリ輕ク為スノ理ナケレハナリ」<sup>(14)</sup>。竊盜は、被害者に不注意の落度があり、詐欺取財は、被害者を欺かんとするもので、被害者に不注意の落度はない。したがって、詐欺取財を竊盜よりも軽く罰すべきではないとする。鶴田は、ボワソナードに反対して、「詐偽取財ハ竊盜ヨリ輕ク為サントス」と主張した。「何トナレハ詐偽取財ハ仮令犯人ヨリ詐偽シタルニモ事主ノ承諾上ヨリ渡スヲ得テ財物ヲ取りタル者ナレトモ、竊盜ハ全ク其承諾ナキニ之ヲ取タル者ナレハナリ」<sup>(15)</sup>という。すなわち、詐欺取財は、被害者の承諾を得て財物を取るが、竊盜は、被害者の承諾なくして財物を取るからである。詐欺取財と竊盜の輕重の基準を、ボワソナードは、被害者の不注意の有無に、鶴田は、被害者の承諾の有無に求めたのである。

ボワソナードは、日本刑法草案でフランス刑法と同様に、「通常ノ盜罪」を「一月ヨリ五年ニ至ル重禁錮」としたが、<sup>(16)</sup>詐欺取財罪を「二月ヨリ四年ニ至ル重禁錮」と定めた。フランス刑法に倣い詐欺取財罪を「竊盜ト同刑カ又ハ少シ重ク」<sup>(17)</sup>したいとするボワソナード案を、鶴田が過酷であると批判したために、ボワソナードは、詐欺取財罪の刑を輕減して竊盜罪と詐欺取財罪の両刑の均衡を図ったのである。

ついで、ボワソナードは、鶴田に「詐偽取財ノ罰金ハ何程ニ為スヘキヤ」と質問した。<sup>(19)</sup>鶴田は、「罰金ハ隨分多ク科スルトモ宜シ、何トナレハ竊盜ト違ヒ別ニ夜間又ハ攀援破壞等重情狀ノ加重スヘキ者ナケレハナリ」と答えた。<sup>(20)</sup>これを受けて、ボワソナードは、「通常ノ盜罪」の「二百ヨリ百円ニ至ル罰金」に対して、詐欺取財罪を「四円ヨリ四百円ニ至ル罰

金」と定めたのである。

ボワソナードは、さらに、「詐偽取財ト背信ノ罪ト粗相似タル者ニシテ自ラ異ル所アル所以<sup>(21)</sup>」を解説している。フランス刑法の背信 (abus de confiance) 罪に関する第四〇八条（一八六三年五月十三日法により改正）は、算作麟祥によつて、つぎのように翻訳されている。

「借受、附托、質入、借用ノ爲メ或ハ雇賃ノ有無ヲ論セス人ノ用ヲ達スル爲メ人ヨリ動産、金銀、商品、手形、算還ノ證書又ハ其他借受或ハ算還ノ證書類ヲ受取り後ニ之ヲ還シ又ハ示シ又ハ定マリタル用法ニ之ヲ用フ可キノ約ヲ爲シ<sup>(22)</sup> 其約ニ背キ此等ノ諸件ヲ竊取シ又ハ消費シテ其所有者ノ損害ヲ爲セシ者ハ第四百六條ニ記シタル刑ニ處セラル可シ」

（後略）

すなわち、ボワソナードは、「背信ノ罪ハ犯人ニテ已ニ金銀等ヲ受取タル後、現ニ之レヲ見テ始テ出来心ノ悪意ヲ生シタル者ナレトモ、詐偽取財ハ犯人ニテ最初ヨリ悪意ヲ生シ詐偽ノ方法ヲ以テ金銀等ヲ渡サシムル様ニ仕向ケ受取タル者ナレハナリ」、「背信ノ罪ハ固ヨリ窃盜又ハ詐偽取財ヨリ輕ク処セサル可カラス」とする。<sup>(23)</sup> フランス刑法の背信罪は、「二月ヨリ少カラス二年ヨリ多カラサル時間禁錮ノ刑ニ處セラレ且其罪犯ノ爲メ損害ヲ受ケタル者ニ償還ス可キ總高ノ四分一ヨリ多カラス二十五「フランク」ヨリ少カラサル罰金ノ言渡ヲ受ク可シ」とされていた（第四〇六条<sup>(24)</sup>）。

(二) ボワソナードによる詐欺取財罪としての二重抵当罪規定の追加起草

(1) 日本委員鶴田 皓の二重抵当罪規定起草の要求

ボワソナードが起草した最初の日本刑法草案には二重抵当罪規定は置かれていなかった。詐欺取財罪に関する規定の審

議において、鶴田皓は、二重売買・二重抵当を処罰する規定を設けることを要求した。鶴田は、ことに二重転売を組上に載せ、「二重轉賣ハ固ヨリ詐偽取財ヲ以テ論セサルヲ得ス」、「別ニ一條ヲ以テ特書センコトヲ要ス」と口火を切った。<sup>(25)</sup>「二重轉賣」とは、「甲者へ賣渡スヘキ契約ヲ為シ其手付金ヲ受ケ取タル上、又乙者へ賣渡シ其代價ノ金額ヲ欺キ取タルノ類」<sup>(26)</sup>である。鶴田の念頭にあつたのは、「新律綱領」の重典売田宅条であり、当時、二重売買・二重抵当事件が少なくなく、<sup>(27)</sup>本条の適用によって処罰されていたのである。ポワソナードは、二重売買は詐欺取財罪規定の「其他偽計ヲ用ヒテ金額物件云々」に含むと弁明した。<sup>(28)</sup>鶴田は、不動産の二重売買について日仏を比較して論じた。すなわち、「佛國ニテハ不動産ノ賣買ハ「イボテキー」役所ニ於テ登記スヘキ規則アルニ付、詐偽シテ賣買スルコトナキ筈ナレトモ、日本ニテハ未タ「イボテキー」役所ノ規則モ十分ナラス」、しかのみならず、日本では「區戸長ト犯人ト私和シテ詐偽スルコトナキニモアラス」<sup>(29)</sup>と。フランスでは不動産売買による所有権移転は、第三者に対抗するためには、「イボテキー」役所 (bureau de conservation des hypothèques) にて登記されなければならない。日本では、不動産登記制度が未整備であり、区戸長と売主とが結託した重典売が不正に行われている。鶴田がフランス登記制度に関する知識を何処から得ていたかは確認できないが、明治五年二月に司法省法律顧問に招聘されたフランス人法律家ジョルジュ・ブスケ (Georges Bousquet) から教示を受けたと推測される。ブスケは、フランスの登記官である「書入質取扱役」について、つぎのように詳説していた。

「書入質ハ不動産ニ付タル物權ヲ云フ、抑モ此權ヲ生スルハ、甲者、不動産ヲ書入トナシ乙者ヨリ金ヲ借りタルトキ、其不動産ニ付タル物權ヲ乙者ニ與フル法ナリ、其物權ニヨリ書入質トナリタル不動産ヲ賣拂ヒタルトキハ、其乙者ハ無抵當ノ債主并ニ第二号以下ノ書入質ノ權ヲ有スルモノヨリ、其代金ヲ先取スル特權ヲ有セリ、

債主トナル可キ乙者、書入質ヲ引當ニ取りタルトキ、其以前、丙者ニテ其不動産ヲ書入質ニ取りタルコトナキヤヲ知

り易カラシムル爲メ、各郡ニ於テ書入質取扱役所ヲ設置シ、其役所ニ一ノ簿冊ヲ備ヘ、其簿冊ヘ債主ト爲ルヘキモノ、甲者ノ不動産ヲ書入質ニ取りタル旨ヲ記載ス、若シ債主怠リテ之レヲ記載セサルトキハ、其不動産ニ付、先取特權ヲ失フヘシ、若シ一ノ不動産ヲ數人ニ書入タルトキ、其賣拂代金ヲ以テ債主ニ負債消却ノ順序ハ簿冊ニ登記シタル順序ニ從フベシ、

此役所ノ長トシテ各郡ニ置キタル者ヲ稱シテ書入質取扱役ト云フ、其取扱役ノ職務ハ、書入質ノ確實ナリト認ルトキハ之レヲ簿冊ニ記入シ、而シテ其權アル者ニ記入ノ印ヲ與ヘ又其不動産ヲ讓與賣買シテ甲ヨリ乙ニ其所有權ヲ移轉シタルトキハ、之レヲ簿冊ニ記入スルコトヲ司ル<sup>(30)</sup>」

抵当權(「書入質」)(*hypothèque*)は不動産物權である。抵当債權者は、一般債權者および後順位抵当債權者に優先して抵当不動産の代価より弁済を受ける權利を有する。第三者に抵当權が設定されていることを知らしめるために、抵当權は、登記所(「書入質取扱役所」)<sup>(31)</sup> (*bureau de conservation des hypothèques*)の登記簿への登記によつて公示される。抵当債權者は、抵当權の登記を怠るならば、抵当不動産の代価から優先弁済を受ける權利を失う。同一不動産に數人の債權者が抵当權を設定したとき、抵当權の順位は、登記の順序によつて決定される。登記所は、フランスの各郡(*arrondissement*)に設置され、登記官(「書入質取扱役」)(*conservateur des hypothèques*)の職務は、抵当權の登記、不動産の売買・讓渡による所有權移轉の登記である。フランス民法は、抵当權の登記(*inscription*)<sup>(32)</sup>を定め、一八五五年三月二十五日の「騰記法」(*Loi sur la transcription en matière hypothécaire*)<sup>(33)</sup>は、不動産所有權移轉の騰記(*transcription*)<sup>(34)</sup>を定めた。

(2) ボワソナードの二重抵当罪規定の起草——フランス民法のステリオナ (stellionat) による——

ボワソナードは、登記制度が整備されている「佛國ニテハ不動産ノ賣買ニ付テ詐偽スル者ナキ筈ナリ、若シ之ヲ詐偽スル者アリタル時ハ、民事上ニ於テ損害ノ償ヲ求ムル而已ナリ」、「然ルニ動産ハ他へ轉讓シ竟ニ其形迹ヲ現在セサルニ至ル故ニ一旦詐偽セラレタル以上ハ到底其損害ヲ受クルヲ免レス、仍テ動産ノ二重轉賣ハ詐偽取財ヲ以テ論スヘキナレトモ、不動産ハ之ヲ罪ト為スニ及ハサルヘシト思考ス<sup>(35)</sup>」と不動産ニ重売買の処罰に否定的であつた。しかし、鶴田は、「日本ニテハ未タ「イホテーキ」ノ規則十分ナラサル故ニ不動産ニテモ或ハ之ヲ二重轉賣又ハ二重抵當ト為ス者ナキヲ保シ難シ」と主張した<sup>(36)</sup>。ボワソナードは、日本が「他日「イボテーキ」ノ規則十分ニ確シタル時ハ全く不用ニ属スヘシ<sup>(37)</sup>」と期待しつつ、他人の財産の売却・質入・抵当、自己不動産の二重抵當を詐偽取財罪をもつて論ずる、左掲の条文を起草した。

「第 條 故意ヲ以テ己レニ属セサル動産不動産ヲ要償ノ契約ヲ以テ讓與シ又ハ不動産ヲ書入ト為シ又ハ動産ヲ典物ト為シ又ハ所有者已ニ其不動産ヲ書入ト為シタル事ヲ欺隱シテ他人へ賣渡シ又ハ他人へ書入ト為シタル者ハ詐偽取財ヲ以テ論シ前同刑ニ處ス<sup>(38)</sup>」

① 故意に他人の不動産を要償の契約をもつて讓渡し、また他人の不動産に抵当権を設定し、または他人の動産に質権を設定した者、② 自己所有の不動産に抵当権が設定されたことを「欺隱」して他人に該不動産を売渡し、または他人に対して該不動産に抵当権を設定した者は、詐欺取財の刑に処すとする。

ボワソナードが起草した右条文は、部分的修正を経るにせよ、基本的にその趣旨は、後述するように、明治十三年公布「刑法」(旧刑法)第三九三条に結実する。後日、かれは、同条の範をフランス民法のステリオナ (stellionat) に求めた<sup>(39)</sup>とを明言している。

フランス民法第二〇五九条は、ステリオナを次のように定義する。

「民事上の身体拘束 (*contrainte par corps en matière civile*) は、ステリオナのために行われる。ステリオナが存在するのとは、以下の場合である。① 自分が不動産の所有者でないことを承知して、該不動産を売却し、または、それに抵当権を設定するとき。② 抵当財産を抵当権が設定されていないとして呈示するとき、または該財産が負担するよりも少ない抵当権が設定されていると申述するとき。」

ステリオナは、フランス民法において、不動産売買あるいは抵当権設定における一種の詐欺行為であり、特別な民事犯罪として維持されたが、一八六七年七月二十二日の「身体拘束に関する法律」(*Loi relative à la contrainte par corps*)<sup>(41)</sup>が民事上の身体拘束を廃止したため、既に消滅していた。<sup>(42)</sup>

ボワソナードは、参事院の司法部から二重抵当の公証に関して下問を受け、これに回答した「書入質欺隠——負債及詐欺取財」(*Dissimulation d'hypothèque—Emprunt, Esroquerie*) (明治十五年五月二十日) (参事院書記生 高田重義訳) のなかで、フランス民法のステリオナについて詳説し、これを日本「刑法」の詐欺取財罪として構成したと述べている。同回答の関連の箇所を左に掲げる。

「歐羅巴」ニ於テハ書入質ノ權ハ、書入質管理者 (*conservateur des hypothèques*) ト云フ特別官吏ノ保管スル公ケノ帳簿ニ登記スル公ケノ手續ヲ履行スルニ非サレハ第三ノ人 (*tiers*) (他ノ債主、土地ノ買主) ニ取テ効ナシトス、故ニ既ニ自己ノ財産ヲ抵当物ト為シタル後、尚ホ又之ヲ以テ負債ヲ為サントスル者アルモ、決シテ其債主 (第二ノ) ヲ詐欺スルコト能ハス、何トナレハ若シ第一ノ書入質ノ權ニシテ公ケノ帳簿ニ登記シアレハ、第二ノ債主ハ其旨ヲ通知セラル、ヲ以テ或ハ貸渡サ、ル歟、或ハ該不動産ノ尚ホ貸渡ス可キ見込アル丈ケノ金額ヲ貸渡セハナリ、若シ又公ケノ

帳簿ニ登記ナケレハ、第二ノ債主ハ第一ニ帳簿ニ登記セラル、ヲ以テ毫モ損害ヲ被ルコトナシ、然レトモ法律上ニ於テハ已ニ抵当物トナシタル財産ヲ無債（libres）ノモノト述べ又ハ其財産ヲ抵當ト為シタル高ヲ實ヨリ少ナク述ル者ハ「ステリヲナー」（佛朗西民法第二千五百九條ニ詳ナリ）ト云フ民事上ノ罪犯（délit civil）ナリト看做セリ、尤モ法律ノ精神ニ於テハ若シ負債主ガ不實ノ陳述ヲ為シ、之ヲ信セシメタルヨリ債主ハ書入質ノ帳簿ヲ調査セサリシヲ以テ之レヲ為タルハ即チ第二ノ債主ヲ詐欺シタルナリ

又「ステリヲナー」ノ場合尚ホ一アリ、何ゾヤ即チ書入質ノ權、帳簿ニ登記ナクシテ（sans inscription）、第三ノ人ニ對シテ効アル場合はレナリ（婦、幼者、治産ノ禁ヲ受ケタル者ノ法律上ニテ得ル所ノ書入質ノ權（hypothèque légale））、但シ此場合ニ於テハ夫タル者及ヒ後見人ニ於テ第三ノ人ノ損害ヲ豫メ防遏スルカ為メ書入質ノ權ヲ帳簿ニ登記セサル可ラス、若シ法律上ニテ得ル所ノ書入質ノ權アルコトヲ陳述スルコトナク直チニ借入レルトキハ、「ステリヲナー」ノ犯罪アリトス、第一ノ場合ニ於テハ事實相違ヲ申述ヘタルナリ（佛朗西民法第二千〇五十九條）、第二ノ場合ニ於テハ陳述ヲ怠リタルナリ（全上第二千三百三十六條）、「ステリヲナー」ノ刑ハ固ト尋常ノ禁錮ナリシガ、現今ニ至テハ廃止ニ屬ス、

抑モ日本刑法ノ旨趣ニ於テハ斯クノ如キ詭詐ノ所為（fraude）ハ、最トモ嚴格ニ罰セント欲セリ、故ニ之ヲ詐欺取財（escroquerie）ト看做シタリ（43）（後略）

ヨーロッパ、ことにフランスでは、抵当權は、登記官が管理する登記簿に登記されることによつて公示されないと、第三者に対して効力を持たない。したがつて、人は、自己の財産に抵当權を既に設定した後に、さらに借金しようとしても、一番抵当權が登記されているので、二番債權者を詐欺することができない。もし一番抵当權が登記されているのであれば、

二番債権者は、一番抵当権を知り、金を貸さないであろうし、また不動産が担保しうるだけの金額を貸すであろう。もし一番抵当権が登記されていないのであれば、二番債権者は、一番抵当権を登記しうるので、全然損害を被ることはない。フランス民法第二〇五九条は、抵当財産を、抵当権が設定されていないとして呈示する者、または、抵当財産が実際に負担するよりも少ない抵当権が設定されていると申述する者を、ステリオナをなした民事犯罪人とした。法律の精神によれば、債務者が虚偽の申述をしたために、それを信用して抵当権登記簿の閲覧に行かないであろう二番債権者は、債務者によって欺かれたことになる。一番抵当権を欺隠して二番抵当権を設定した二重抵当が行われたのである。債務者は事実上反することを申述したのである。

フランス民法第二一三六条は、法定抵当権 (hypothèque légale) におけるステリオナを定めた。妻、未成年者、禁治産者が夫、後見人の財産について有する法定抵当権は、第三者に対して効力を持つためには、夫、後見人によって登記されなければならぬ。夫、後見人は、該財産が法定抵当権を負担することを申述せずに沈黙していたのであれば、ステリオナをなしたとされる。ポワソナードは、日本では登記制度が未整備であり、フランス民法第二〇五九条のステリオナに類似する不正行為を処罰するために、これを日本「刑法」の詐欺取財罪として構成したのである。

フランス民法のステリオナは、上述のように、一八六七年法で既に消滅していた。フランスでは、所有権の所在、抵当権の状況を第三者が知る手段を持たなかった時代には、ステリオナを詐欺行為として処罰することは重要であった。フランス民法は、抵当権の登記を定め、ステリオナの危険を減じたにもかかわらず、ステリオナを特別民事犯罪として維持した。一八五五年の「贍記法」は、不動産所有権移転の贍記を定め、ステリオナの危険をさらに緩和した。一八六七年の「身体拘束に関する法律」による民事上の身体拘束の廃止は、民事犯罪としてのステリオナを存在させる利益を失わしめ



たのである。<sup>(44)</sup>

また、ボワソナードは、明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の改正草案(明治十九年)を起草し、そこに「刑法」第三九三条と同旨の行為をなした者を詐欺取財罪の刑に処す第四三四条第三項<sup>(45)</sup>を設け、左の註釈をしている。

「本法ニ詐欺取財ノ第三ノ場合トシテ豫定シタル詐欺ハ佛法ヲ以テ罰スルコト或ハ難カラン、佛法ニハ此詐欺ヲ「ステリオナー」即チ假冒售賣(一ニ重典賣ト譯ス)ト稱シテ専ハラ羅馬法ヨリ由來シタルモノナリ、然レトモ佛法ニハ「ステリオナー」ヲ以テ民事上ノ犯罪ト看做シタルニ過キス、故ニ唯損害ノ賠償ヲ犯者ニ命スルノミ(佛國民法第二千五十九條第二千六百六條及ヒ第二千三百三十六條參觀)

〔附言〕 假冒售賣者ニ對スル嚴格處分ハ、獨リ損害賠償ノ擔保トシテ之レニ民事上ノ拘留ヲ宣告セシナリ(佛國民法同上參觀)、然レトモ千八百六十七年七月二十二日ノ法律ヲ以テ一般ニ民事ノ拘留ヲ廢止シタルニ因リ隨テ右ノ處分モ消滅セリ

然レトモ尚ホ佛法ニ就テ論センニ、讓渡者ノ權利生存上ノ詐偽、唯眞實ニ背反スル變更ニ止マラスシテ假想ノ權利アリト信セシムル爲メノ奸策又ハ欺計ナルトキハ、吾人ハ此詐欺ヲ以テ同「フランス」刑法第四百五條ニ於テ罰スル詐欺取財ノ罪アリトスルニ易ク否其罪アリトスルノ必要アルモノ、如シ

以上述ヘタルカ如ク、本「日本刑法改正草案第四三四」條第三ノ場合ハ佛法ヲ以テ之レヲ罰スルニ難カルヘキモ、我草案ニ於テ之レヲ罰スルハ難カラサルナリ<sup>(46)</sup>

ボワソナードは、フランス民法のステリオナーは既に廢止されているが、日本刑法において、これを詐欺取財罪として構成することを提言する。讓渡された權利、設定された抵当權についての詐欺が、たんに虚偽的歪曲から成るのみならず、

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当權の公証(藤原)

該諸権利を信用せしむるための偽計によつて補強されているならば、フランス刑法第四〇五条の詐欺取財罪に当てはまる。ボワソナードは、日本刑法改正草案に第四三四条第三項をおくことに困難はないとしている。

(三) 明治九年十二月二十八日司法省上申刑法草案の二重抵当罪規定

司法省刑法編纂会議において、ボワソナードが鶴田らと協議して纏めた日本刑法草案が、明治九年十二月二十八日、太政官に上申された。同刑法草案第四編「財産ニ對スル重罪輕罪」第二章「倒産詐偽取財背信ノ罪」中の詐欺取財と二重抵当に関する規定は左のごとくである。

「第四百七十四條 姓名又ハ身分ヲ詐稱シテ人ヲ欺罔シ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證書若クハ義務ヲ積放スルノ證書及ヒ收納ノ證書ヲ付與セシメ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四円以上四百円以下ノ罰金ニ處ス  
但官私ノ文書ヲ偽造シタル者ハ偽造ノ例ニ比照シ重ニ從テ處斷ス」<sup>(47)</sup>

「第四百七十七條 故意ヲ以テ自己ニ屬セサル動産不動産ヲ販賣シ又ハ要償ノ契約ヲ以テ他人ニ付與シ又ハ其不動産ヲ抵當トナシ若クハ動産ヲ典物ト為シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

自己所有ノ不動産ヲ已ニ抵當ト為シタルヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重テ抵當ト為シタル者モ亦同シ」<sup>(48)</sup>

司法省刑法編纂會議は、本上申刑法草案の詐欺取財罪規定（第四七四条）の審議を行い、これを修正した。

鶴田は、「姓名又ハ身分ヲ詐稱シテ」、「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」を削除して、「欺罔」に「総テ含蓄スヘキ」と提案した。<sup>(49)</sup>ボワソナードは、「佛文ニテハ「欺罔ノ字」而已ニテハ詐偽取財ノ方法ヲ十分ニ尽ス

ヲ得ス、故ニ其方法ノ一部分ナル「姓名又ハ身分ヲ詐称シ」ノ語ヲ記セサルヲ得ス」と反論した。<sup>(50)</sup>さらに、鶴田は、「姓名分ヲ詐称スル等詐偽取財ノ方法ヲ細カニ記スルハ不都合ナリ、仍テ成丈ケ之ヲ簡易ニ記センコトヲ要ス」<sup>(51)</sup>と食い下がったので、ボワソナードは、「姓名又ハ身分ヲ詐称シ」の削除を認めたが、しかし、「無実ノ成功ヲ希望セシメ云々」については、その削除を拒否した。<sup>(52)</sup>

鶴田は、詐欺方法の「無根ノ事故ヲ畏怖セシムル」を恐喝取財罪として論じうるか、とボワソナードに質問した。鶴田によれば、「支那律及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為メ云々」ノ罪トシテ論シテ不可ナカルヘシ如何」という。<sup>(53)</sup>「清律」卷十八「賊盜」の「恐嚇取財」は、「凡恐嚇取人財者、計贓、準竊盜論、加一等」<sup>(54)</sup>（凡そ恐嚇して人の財を取る者は贓に計え、竊盜に準じて論じ、一等を加う）（後略）、「新律綱領」卷三「賊盜律」の「恐嚇取財」は、「凡恐嚇シテ。人ノ財物ヲ取ル者ハ。贓ニ計ヘ。竊盜ニ準シテ論シ。一等ヲ加フ。罪。流三等ニ止ル」<sup>(55)</sup>（後略）と定めていたのである。

ボワソナードは、鶴田に「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見做サ、ルヲ得ス、元來日本語ノ恐喝ト脅迫トハ其字義ニ如何ナル區別アリヤ」と反問した。<sup>(56)</sup>鶴田は、「恐喝」とは「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、畢竟人ニ對シ間接ニ金ヲ出スヘシト云フ者ニ係ル」のに対して、「脅迫」とは「人ニ對シ直接ニ金ヲ出スヘシト云者ニ係ル」ものであり、「恐喝ハ脅迫ヨリ少シク軽キ情状アル者トス」とボワソナードに返答した。<sup>(57)</sup>これを聞いて、ボワソナードは、「脅迫取財ハ即強盜ナリ、然シ佛語ニハ脅迫ヨリ軽キ情状ノ恐喝ト云フヘキ意味ヲ示スヘキ好原語ナシ、故ニ已ムヲ得ス」「無根ノ事故ヲ畏怖セシムル為メ云々」ト記セサルヲ得ス、「この「教語ヲ省クヲ得ス」と判断した。<sup>(58)</sup>鶴田は、ボワソナードの説に従い、「恐喝取財ハ此無根ノ事故ヲ畏怖セシムル為

メ云々」ニ含蓄スル者ト見做スヘシ」と述べた。<sup>(59)</sup>

ついで、ポワソナードは、詐欺取財罪の刑を取上げ、「重禁錮ノ刑期「二月以上四年以下」及罰金ノ科数「四円以上四百円以下」ハ異議ナキヤ」と鶴田に念を押した。<sup>(60)</sup> 鶴田は、窃盜罪の刑との均衡を取り上げた。ポワソナードは、既述のよ  
うに、最初の刑法草案で、フランス刑法第四〇一条にならって窃盜罪の刑を「一月ヨリ五年ニ至ル重禁錮」とした。しか  
し、鶴田は、窃盜罪の「刑名ニテ重禁錮ノ長期ヲ五年迄ト為スハ過酷ニ失セントス」、<sup>(61)</sup>「重禁錮ノ長期ハ余程減セン事ヲ要  
ス、何トナレハ若シ之レヲ五年ト為ス時ハ、後条ノ重情状ヲ加等スル場合ニ至リ、刑名ノ割合方ニ付、太夕面倒ヲ生スル  
恐レアレハナリ」と批判したので、明治九年十二月二十八日司法省上申刑法草案は、窃盜罪の刑を「二月以上二年以下ノ  
重禁錮」に修正した（第四四七条）。<sup>(62)</sup> 鶴田は、詐欺取財罪の「重禁錮ノ長期「四年」ハ窃盜ノ刑「二月以上二年以下」ヨリ  
重ク少シ不権衡ナリ、故ニ之ヲ減セントス、尤詐偽取財ノ内ニハ或ハ窃盜ヨリ情状ノ重キ者モアルヘキニ付、一概ニ窃盜  
ヨリ輕ク為スヘシト云フニアラス」、<sup>(63)</sup>「罰金モ多数ヲ減シ四十円位ニ為サントス」と答えた。<sup>(64)</sup> ポワソナードは、「二月以上  
四年以下ノ重禁錮四円以上四十円以下ノ罰金ト為スヘシ」と罰金の輕減を提案し、詐欺取財罪の「重禁錮ノ長期ヲ四年ト  
為ス時ハ、攀援破壞ノ窃盜「三月以上三年以下」ヨリ重ク不権衡ナレハナリ」と指摘した。<sup>(65)</sup> 鶴田は、「然リ」とポワソナー  
ド説に賛成した。<sup>(66)</sup>

(四) 明治十年十一月二十八日司法省上申刑法草案の二重抵当罪規定

明治九年十二月二十八日司法省上申刑法草案は、同省刑法編纂會議において、前述のように審議が続行され、それに基  
づいた暫定刑法草案が、翌十年六月中に脱稿した。同草案第三編「人民ニ對スル重罪輕罪」第二章「財産ニ對スル罪」第

四節「詐欺取財ノ罪」中の詐欺取財と二重抵当に関する規定は左のとおりである。

「第四百三十八條 人ヲ欺罔シテ無実ノ成功ヲ希望セシメ又ハ無根ノ事故ヲ畏怖セシメ其他偽計ヲ用ヒテ金額物品若クハ義務ノ證書義務釋放ノ證書及ヒ収納ノ證書ヲ付與セシメタル者ハ詐欺取財ノ罪ト為シ二月以上三年以下ノ重禁錮四円以上四十円以下ノ罰金ニ處ス

但官私ノ文書ヲ偽造シタル者ハ偽造ノ各本條ニ比照シ重ニ從テ處斷ス」<sup>(67)</sup>

「第四百四十一條 故意ヲ以テ自己ニ屬セサル動産不動産ヲ賣却シ又ハ要償ノ契約ヲ以テ他人ニ付與シ若クハ其不動産ヲ抵當ト為シ及ヒ動産ヲ典物ト為シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

自己所有ノ不動産已ニ抵當ト為シタルヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重ネテ抵當ト為シタル者亦同シ」<sup>(68)</sup>

司法省刑法編纂會議での両規定の審議について検討する。

(イ) 詐欺取財(第四三八條)。明治十年六月暫定刑法草案の詐欺取財罪の刑については、鶴田の前意見を入れて、重禁錮の上限四年が三年とされ、罰金の上限四百円が四十円に大幅に引き下げられた。詐欺取財罪規定の審議では、詐欺取財罪と窃盜罪との刑の均衡が論議された。本暫定刑法草案の窃盜罪の刑は、明治九年十二月二十八日司法省上申刑法草案を引き継いで、二月以上二年以下の重禁錮とした(第四一四條)<sup>(69)</sup>。

鶴田は、「詐偽取財ノ刑」(二月以上三年以下)を「窃盜」(二月以上二年以下)より重ク為スハ少シク不權衡ナリ」と批判した。「何トナレハ窃盜ノ全ク事主不承諾ナル物品ヲ窃取スル」のに対して、詐欺取財は「幾部分カ事主ノ承諾ヲ受テ騙取スル者ナレハナリ」とする。<sup>(70)</sup> ポワソナードは、鶴田に以下のように説明した。すなわち、詐欺取財は「通常ノ窃盜ヨリ重ク即水火震災ノ變ニ乗シタル窃盜ト同權衡ナリ」、「窃盜ハ幾部分カ事主ニ於テ懈怠ノ落度アレトモ、詐欺取財ハ欺ク

二道ヲ以テスル者ニ付、事主ニ於テ落度ナシ、故ニ之レヲ少シ重ク為スモ決シテ不権衡ニアラス<sup>(72)</sup>、しかも、「佛國刑法ニテハ詐偽取財ヲ窃盜ヨリ重ク罰スル」と。ボワソナードは、同旨の説明を、窃盜罪と詐欺取財罪の刑の轻重についての鶴田との協議で既になしていたところであり、これを再説したのである。

鶴田は、ボワソナードに先の協議で述べたのと同旨の反論を繰り返した。「詐偽取財ハ其被害者ニテ幾部分カノ承諾ヲ為シタル者ニ付、窃盜ヨリハ輕ク論スヘキ者ナリ」、「詐偽取財ト雖モ全ク事主ニ不注意ノ落度ナシトハ言ヒ難シ、何トナレハ通常思慮アル者ナレハ、其詐偽ニ瞞着セラレサル様ニ注意スレハ、其害ヲ受クル事ナキ筈ナレハナリ<sup>(73)</sup>」。詐欺取財罪を窃盜罪よりも重く罰すべきでないとするのが鶴田の持論であった。

ボワソナードは、「詐偽取財ハ窃盜ト同権衡ノ刑ニ改正スヘシ<sup>(74)</sup>」として、鶴田の意見を受け入れた。

(ロ) 他人の財産の売却・質入・抵当、自己不動産の二重抵当(第四四一条)。本条は、明治九年十二月二十八日司法省上申刑法草案第四七七条とほぼ同文である。鶴田は、他人の財産の売却・質入・抵当に関する第四四一条第一項が「煩文」であり「簡短」に記すべしと要求した<sup>(75)</sup>。ボワソナードは、先に「要償ノ契約」の文言を「恩恵ノ契約ノ外ハ賣買貸借交換ノ契約等ハ総テ之ヲ要償ノ契約」と説明していた<sup>(76)</sup>。鶴田は、「此〔第四四二〕条〔第一項〕ノ罪ハ日本ニテ所謂冒認ノ罪ナリ」と解釈し、「他人ノ動産不動産ヲ冒認シ人ヲ騙瞞シテ販賣交換シ又ハ抵当典物ト為シタル者云々」との修正案を提示した<sup>(77)</sup>。「新律綱領」卷三「賊盜律」の「詐欺取財」に「若シ人ノ財物ヲ。冒認シテ。己ノ物ト爲シ<sup>(78)</sup>。」との文言があり、近藤圭造は、この冒認を「元ヨリ我が物ナリト云フテ取ル」と註釈している<sup>(79)</sup>。ボワソナードは、「畢竟他人ノ物品ヲ自己ノ所有トシテ販賣交換等ヲ為シ利ヲ得タル者ヲ云フ故ニ日本文ニハ貴説ノ如ク記スヘシ<sup>(80)</sup>」と鶴田に賛意を表したが、しかし、「不動産ヲ抵当ト為シ及ヒ動産ヲ典物ト為シタル」と二様ニ書分ケサルヲ得ス、何トナレハ不動産ハ抵当ト為スナ

レトモ、動産ハ抵当ト為スヲ得サル區別アレハナリ<sup>(81)</sup>と注意を喚起した。抵当権の目的物は、不動産に限定されるとした  
のは、フランス民法に従ったものである。動産は「典物」(質入)の目的物になりえた。鶴田は、「日本ニテハ動産ト雖モ、  
或ハ之ヲ抵当ト為スコトナキニアラス<sup>(83)</sup>」と、日本では動産にも抵当権が設定されている現況をボワソナードに語った。ボ  
ワソナードは、日本でも「後來ハ動産ヲ抵当ト為ス法ハ廢セサル可カラス<sup>(85)</sup>」と勧告した。動産抵当は、債務者が動産の占  
有を継続することから、弊害が目立っており、その廃止の試みはなされていた。たとえば、明治十年十一月二十八日、神  
戸裁判所(所長松岡康毅)は、動産抵当の廃棄を司法省に再建議した<sup>(86)</sup>。司法省は、同年十二月十五日、動産抵当の弊害を  
認識していたが、回答を留保して、「動産書入ハ多少ノ弊害モ有之ニ付、目今詮議中ニ有之候條、爲參考留置候事、但民  
事訴訟ト雖トモ、狡黠詐偽ノ所爲アルヲ見ハ精々吟味ヲ遂ケ刑事相當ノ處分ニ及フヘシ<sup>(87)</sup>」と神戸裁判所へ指令するにとど  
めた。

鶴田は、ボワソナードが「不動産ヲ抵当ト為シ及ヒ動産ヲ典物ト為シタル<sup>(88)</sup>」と刑法草案に明記すべしと述べたのに対し  
て、「抵当ノ字ハ前文ノ不動産ニ係リ、典物ノ字ハ同シク動産ニ係ル者トシテ之レヲ解シ得ヘキ筈ナレハナリ<sup>(88)</sup>」と答えた。  
鶴田修正案が、如何に簡略を旨とするにせよ、かように読まれるためには、相当の法律学の素養を必要とするであろう。  
鶴田は、刑法草案第四四一条第二項について、二重抵当の罪を論じない特例を提案した。すなわち、「他人ヲ害スルニ  
意ニアラス一時ノ融通ノ為メニ二重典物ト為シタルノ類ハ、其已ニ抵当トシタル物品ヲ他人ヘ賣リ代價ヲ得タル者トハ大  
ニ異ル所アリ、然ルニ之レヲ一樣ニ詐偽取財ヲ以テ論スルハ少シク過酷ナラン、一体此自己ノ所有物ヲ二重ニ抵当ト為ス  
ハ、詐偽取財ノミニニアラス背信ノ罪ノ性質ニ属スヘキ者ナラン<sup>(89)</sup>」と。一時の融通のための二重抵当に詐欺取財の罪を論ず  
るのは過酷であるという。鶴田は、その理由を以下のように詳述している。

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当権の公証(藤原)

「全ク債主ヲ害スル意ニアラサレハ、仮令一時ノ融通ノ為メ二重ニ抵当ヲ為ストモ、現ニ之ヲ返償スルカ又ハ返償スヘキ手当ヲ為シタル時ハ、其罪ヲ免シテ不可ナカラン、日本ノ實際ニ於テハ往々ナルヘキ事ナリ、故ニ若シ否ラサレハ一旦二重ニ抵当ヲ為シタル者ハ、仮令之ヲ返償スルモ、矢張其罪ニ処セラルニ付、寧口全ク之ヲ返償セサルニ如カスト考へ、却テ債主ヲ害スルニ至ル事アル恐レアリ」<sup>(90)</sup>。

二重抵当をなしても、それが一時融通の手段であり、債務者が直ちに返償するか、または返償を用意しているときは、詐欺取財の罪を論じるべきではない。詐欺取財罪となすならば、債務者は、返償できるにもかかわらず、逆に返償をなさず債権者に損害を与えるであらうとする。

ボワソナードは、「佛國ニテモ」、「抵当ノ金額ヲ債主ヘ返償スルカ又ハ其返償スヘキ手当ヲ為シタル事ノ証拠判然ナル時ハ、其罪トハ為サ、ルナリ」<sup>(91)</sup>と鶴田に教えた。鶴田は、「然ラハ其抵当ノ金額ヲ返償シタル時ハ其罪ヲ論セスノ一事ヲ此第二項ノ末ニ附記セントス」と応じ、ボワソナードは、「附記スヘシ」と指示した。<sup>(92)</sup>

明治十年十一月二十八日、司法省刑法草案の確定稿が太政官に上申された。刑法草案第三編「人ノ身體財産ニ對スル重罪輕罪」第二章「財産ニ對スル罪」第五節「詐欺取財及ヒ背信ノ罪」中の詐欺取財と二重抵当に関する規定は左のごとくである。

「第四百三十四條 人ヲ欺罔シテ無實ノ成功ヲ希望セシメ又ハ無根ノ事故ヲ畏怖セシメ其他偽計ヲ用ヒテ動産不動産若クハ義務ノ證書義務釋放ノ證書及ヒ收納ノ證書ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト爲シ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス

若シ此條ノ罪ヲ犯ス爲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從テ處斷ス」<sup>(93)</sup>



「第四百三十七條 他人ノ動産不動産ヲ冒認シ人ヲ騙瞞シテ販賣交換シタル者又ハ抵當典物ト爲シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

自己所有ノ不動産ト雖モ己ニ抵當ト爲シタルヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重子テ抵當ト爲シタル者亦同シ

但判決ノ前ニ於テ抵當ノ金額ヲ辨償シタル者ハ其罪ヲ論セス」<sup>(94)</sup>

詐欺取財罪の重禁錮について、明治十年六月暫定刑法草案の上限三年を二年に下げ、窃盜罪と同刑（二月以上二年以下）とした。また、罰金について、同草案の四円以上四十円以下を二円以上二十円以下に半減した。第四三七条に但書が、鶴田の提案を入れて追加されている。

#### （五） 旧刑法の二重抵当罪規定（第三九三条第二項）の成立

明治十年十二月二十五日、太政官に刑法草案審査局が設置され、総裁に参議伊藤博文、審査委員に元老院幹事陸奥宗光、元老院議官細川潤次郎、同津田出、同柳原前光、太政官大書記官井上毅、司法大書記官鶴田皓、太政官少書記官村田保、同山崎直胤が任命され、翌十一年二月二十八日、司法大輔山田顕義が追加任命された。<sup>(95)</sup> 同十一年一月十四日、元老院に刑法草案審査局が開設され、同審査局は、司法省より上申された刑法草案の四回に及ぶ審査を行い、これに修正をくわえた。<sup>(97)</sup> 明治十二年六月二十五日、総裁柳原前光から刑法審査修正案が太政大臣三條實美に上進された。<sup>(98)</sup> 刑法審査修正案の第三編「身體財産ニ對スル重罪輕罪」第二章「財産ニ對スル罪」第五節「詐欺取財及ヒ受寄財物ニ關スル罪」中の詐欺取財と二重抵当に関する規定は、左のとおりである。

「第三百九十條 人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若クハ證書類ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト爲シ二月以上四年以下

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当権の公証(藤原)

ノ重禁錮ニ處シ四圓以上四十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタル者ハ偽造ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス<sup>(100)</sup>

「第三百九十三條 他人ノ動産不動産ヲ冒認シテ販賣交換シ又ハ抵當典物ト爲シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

自己ノ不動産ト雖モ已ニ抵當典物ト爲シタルヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重ネテ抵當典物ト爲シタル者亦同シ」<sup>(101)</sup>

第一回審査は司法省と連携してなされ、「刑法草案修正稿本」が出来上がった。詐欺取財罪に関する第三九〇条において、二月以上三年以下ノ重禁錮ニ處シ、四圓以上四十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」と修正された。罰金を附加刑とし、重禁錮の刑期、罰金額は、明治十年六月暫定刑法草案に戻された。明治十年十一月上申刑法草案（確定稿）第四三四条の「無實ノ成功ヲ希望セシメ」、「無根ノ事故ヲ畏怖セシメ」の文言が削除された。前者は「欺罔」に含められ、後者は「恐喝」に改められた。右「稿本」の二重抵當罪に関する第三九三条第二項において、「抵當」に「典物」（質入）が付け加えられた。「地所質入書入規則」が地所質入を規定し、それが債権担保として広範に行われていた状況を勘案したものである。フランスの不動産質契約（*antichrèse*）は、債務者が不動産の占有を債権者に移転するもので、それは、債権者が債務が完済されるまで、不動産の果実あるいは収益を、債務額から控除する条件で、受領するためであり、稀にしか利用されなかつた。それゆえに、起草者ボワソナードは「典物」を除外したとおもわれる。<sup>(106)</sup>

明治十年十一月上申刑法草案（確定稿）第四三七条第二項但書は、第二回審査により成立した「刑法審査修正第二稿」第三九〇条で削除され、審査修正案第三九三条に引き継がれた。同「第二稿」第三八七条は、詐欺取財罪の重禁錮の上限を「稿本」の三年から四年と重くしている。

明治十三年三月一日、刑法審査修正案が元老院に付議され、<sup>(108)</sup>四月十七日、元老院は修正刑法案を上奏した。<sup>(109)</sup>詐欺取財と

二重抵当に関する両条文に修正はなかつた。四月二十日、太政官法制部は元老院修正案の通り布告することを求め、七月十七日、「刑法」が公布された。

「刑法」第三編「身體財産ニ對スル重罪輕罪」第二章「財産ニ對スル罪」第五節「詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ關スル罪」中の詐欺取財と二重抵当に関する両規定について、立法者が如何様に解釈していたかをみておこう。刑法草案審査局委員村田保の『刑法註釋』（明治十三年七月刊）が有益である。

「第三百九十條 人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若クハ證書類ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト爲シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處シ四圓以上四十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタル者ハ偽造ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス

本條ハ、方略ヲ設ケ人ノ知ラサルヲ欺罔シ又ハ無根ノ説ヲ唱ヘ恐喝シテ其人ヲ畏懼セシメ財物若クハ證書類

〔讓渡證書、拂濟證書、負債返却證書、借用證書ノ類〕ヲ騙取シタル者ハ竊盜ト其所爲同シカラスト雖モ、其情同シ

ケレハ二月以上四年以下ノ重禁錮、四圓以上四十圓以下ノ罰金ニ處ス、本條ノ罪ハ固ヨリ貪慾心ヨリ出テ犯シタル

ニアレハ當然罰金ヲ加フ可キノトス、

詐欺恐喝ヲ以テ人ノ財物證書類ヲ騙取スルニ當リ其手段ニ用フル爲メ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタル者、其官ノ文書ニ係レハ第二百二條以下ノ重キニ從ヒ、私書ニ係レハ第二百九條、第二百十條ニ照ラシ偽造ノ罪重ケレハ偽造ノ刑ニ處シ、詐欺ノ罪重ケレハ本條ニ從テ處斷ス

「第三百九十三條 他人ノ動産不動産ヲ冒認シテ販賣交換シ又ハ抵當典物ト爲シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

自己ノ不動産ト雖モ已ニ抵當典物ト爲シタルヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重ネテ抵當典物ト爲シタル者亦同シ

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当權の公証(藤原)

本條ハ、自己ノ所有ニ非サル他人ノ動産〔物件ヲ云フ〕、不動産〔家屋田畑山林等ヲ云フ〕ヲ冒認シテ己レノ所有ト爲シ、之ヲ販賣シ又ハ他物ト交易シ、若クハ抵當典物<sup>キヤウテンモノ</sup>ニ入レ人ヲ欺罔シテ利益ヲ得ル者ナレハ亦詐欺取財ノ罪ト爲シ、二月以上四年以下ノ重禁錮、四圓以上四十圓以下ノ罰金ニ處ス可シ、然レトモ若シ他人ノ物ヲ冒<sup>ワシ</sup>認シタルノミナレハ民事ノ賠償ニ止ラン、其之ヲ販賣、交換、抵當典物ト爲スニ至テ始テ本條ノ罪ニ處スヘシ、

自己所有ノ不動産ト雖モ、一タヒ他人ニ抵當典物ト爲シタル時ハ、其所有權他人ニ屬ス、若シ之ヲ秘隱シテ更ニ別人ヲ欺キ之ヲ賣與シ又ハ重ネテ抵當典物ト爲シタル時ハ、詐欺取財ト何ソ異ナラン、因テ前項ト同刑ニ處ス、茲ニ不動産ノミヲ言ヒテ動産ニ及ハサル者ハ、動産ノ典當ハ必ス之ヲ手ニ領<sup>アツカサス</sup>置スルモノナレハ更ニ重ネテ典スルコトヲ得ス、若シ之ヲ領置セスシテ典シタル時ハ、更ニ他人ニ典シタルモ其人ノ不注意ナレハ通常ノ貸借ト看做スヨリ外ナシ、若シ區戸長、不動産ノ二重典賣ノ情ヲ知テ其證書ニ奧印ヲ爲シタル時ハ、固ヨリ共犯ヲ以テ論ス可シト雖モ、誤テ奧印ヲ爲シタル時ハ、其罪ヲ論スルコトヲ得ス、但其損害ノ償ヲ免カル、コトヲ得ス<sup>(13)</sup>

二重抵當罪に関する第三九三条第二項の注釈を中心に考察する。自己所有の不動産を「抵當典物」になしたとき、その所有權は債權者に属すとす。「地所質入書入規則」によれば、ことに質入は、土地とその地券をも債權者たる質取主に渡し(第四条)、「質入ノ地所ハ、金主〔債權者〕ニテ其地所耕作可致答ニ付テハ、地租諸役トモ總テ金主ニテ可相勤事」とされた(第六条)。質取主が質地を耕作し、その地租諸役を負担すべきとされたことは、かれに質地の所有權者であるとの意識を強く植付けたであろう。本条第二項は、不動産に限定し、動産に及ばないとする。抵當が非占有担保で、動産を目的物とする理解されている。質入は、要物契約であつて、既に質入した動産は、債權者の占有のもとにあり、該動産を重ねて他人に質入することは現実に不可能である。抵當後の売与、質入後の抵當、抵當後の質入、二重抵當が頻繁

に行われていたのである。区戸長が「二重典賣」であることを知って、公証をなしたとき、区戸長を共犯として論ずるのは、「新律綱領」の重典売田宅条の「牙保」が区戸長に当たる解釈されていたことによったものであろう。

註

- (1) 早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記』第IV分冊、早稲田大学出版部、一九七七年、二二二九頁（以下、『日本刑法草案会議筆記』IVと略記）。
- (2) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二二二八頁。
- (3) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二二三三頁。
- (4) (3)と同。
- (5) 鱒譯局譯述『佛蘭西法律書』下卷、印書局印行、明治八年四月、一一八三—一一八四頁。
- (6) Faustin Hélie, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, t. 2 (Code pénal), 1872, n° 796.
- (7) Hélie, *op. cit.*, t. 2, n°s 797-799.
- (8) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二四六二頁。
- (9) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二四五五頁。
- (10) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二四六四頁。
- (11) (10)と同。
- (12) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二四六三頁。
- (13) (12)と同。
- (14) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二四四八頁。
- (15) (14)と同。
- (16) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二三三九頁。
- (17) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二四四八頁。

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当権の公証(藤原)

- (18) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二四四九頁。
- (19) (18)と同。
- (20) (18)と同。フランス刑法は、窃盜罪において刑を加重する五つの事由を定めた(第三八一条)。そのなかに「第一夜間 (la nuit) 盜ヲ爲シ」、「第四 其盜者、人ノ居住シ或ハ居住ス可キ家屋又ハ居室或ハ其家ニ屬スル房舎ノ外部ヲ破壊 (effraction) シ或ハ攀援 (escalade) シ或ハ僞鑰 (fausses clefs) ヲ用ヒ其家屋又ハ房室或ハ房舎内ニ於テ其罪ヲ犯シ」がおかれている(前掲『佛蘭西法律書』下卷、一二六七頁)。
- (21) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二四四七頁。
- (22) 前掲『佛蘭西法律書』下卷、二二八六頁。
- (23) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二四四七頁。
- (24) 前掲『佛蘭西法律書』下卷、一二八五頁。
- (25) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二四七五頁。
- (26) (25)と同。
- (27) 前掲・拙稿「明治初年における二重書入(抵当)の処罰」神戸法学雜誌五四卷三号参照。
- (28) (25)と同。
- (29) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二四七六頁。
- (30) 『質問録』(司法省蔵版)明治十一年五月印行、一三四—一三六頁。
- (31) 登記所は、共和曆七年ヴァントーズ(風月)二十一日(一七九九年三月十一日)の「登記所組織法」(Loi relative à l'organisation de la conservation des hypothèques)によつて民事裁判所所在の各郡に設置された(Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. 2, 4<sup>ed.</sup>, 1924, p. 1004)。
- (32) 抵当権の登記は、財産所在の郡にある登記所においてなされる(フランス民法第二一四六条第一項)。債権者は、登記官に登記申請書(bordereaux)(債権者・債務者の氏名・住所、権原「契約あるいは判決」とその日付、債権額、抵当財産等記載)を

提出する（同第二二四八条）。登記官は、登記申請書の内容を登記簿に記入する（同第二二五〇条）。登記は、登記申請書を原文  
通り登記簿に写し取ることである（Léopold Thézard, Du nantissement des privilèges et hypothèques, 1880, n° 139）。

- (33) *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, quatrième partie*, 1855,  
p. 27.

(34) 登記は、登記官が管理する登記簿に所有権移転証書を写し取るものである（Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*,  
t. 1, 10<sup>ed.</sup>, 1925, n° 2600）。不動産所有権を移転する生前行為は登記所に登記される（「登記法」第一条。登記されるまで、不動  
産に権利を持つ第三者に対抗されない（同第三条））。

(35) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二四七六―二四七六頁。

(36) (35) と同。

(37) (35) と同。

(38) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二四七六―二四七七頁。

(39) 旧刑法の注釈者は、第三九三条とステリオナについて、つぎのように説明している。

岡田朝太郎（帝國大学法科大学助教授）。「現行法「刑法第三九三条」ノ本罪ニ關スル規定ハ、却テ佛蘭西民法ニ重抵當、抵當物  
販賣（*Stellionat*）ノ條ヨリ脱化シ來レルモノ、如シ、但シ彼ニ在リテハ抵當ニ附シタル不動産ノ販賣并ニ二重抵當ノミヲ定メ且  
ツ之ヲ民法上ノ制裁アルニ止メ、我ニ在リテハ他人ノ動産ニ係ル場合ヲ加ヘ且ツ之ヲ刑法上ノ犯罪ト定メタルノ差アリ」（岡田  
朝太郎『日本刑法論』完）『訂正増補再版』（各論之部）、有斐閣、一八九六年、一〇三六頁）。

勝本勘三郎（京都帝國大学法科大学教授）。「本「刑法第三九三」條ハ草案理由書『ボワソナード氏刑法草案註釋』ノ説明ス  
ル如ク羅馬及ヒ佛國古法「ステリオ」（*stellio*）又ハ佛國民法第二千五十九條ノ「ステリオナ」（*stellionat*）（佛國民法第二千五十  
九條ニ曰ク「ステリオナ」ノ行為アルトキハ民事上ノ禁錮ニ處ス、左ノ場合ニ於テハ「ステリオナ」ノ行為アリトス、自己ノ所  
有物ニ非サルコトヲ知リナカラ他人ノ不動産ヲ販賣シ又ハ抵當トシタルトキ、抵當ニ係レル財産  
佛國ニ於テ抵當ノ目的物ハ我現行法ト同ク不  
動産ニ限ルカ故ニ茲ニ財産トハ不動産ヲ云フ  
抵當ニ係レル物ニ非スト申述シテ提示シ又ハ實際抵當ニ係レルヨリモ少額ノ抵當ニ係レル物ナリト申述シタルトキ）ヨリ來リタ

明治十三年公布「刑法」（旧刑法）の二重抵當罪規定の成立と抵當權の公証（藤原）

ルモノニシテ要スルニ他人ノ所有物ナルカ故ニ對手者ヲシテ其上ニ所有權、抵當權若クハ質權ヲ有セシムルコトヲ得サルニモ拘ハラス自己ノ所有物ナリトシテ之ヲ對手者ニ販賣交換抵當典物トシ又ハ自己ノ不動産ト雖モ已ニ他人ニ抵當典物ト爲シタルモノナルカ故ニ若シ對手者ニ於テ之ヲ知得セハ更ニ之ヲ買取り若クハ重ネテ抵當典物トスルコトヲ肯セサルニモ拘ハラス故ラニ之ヲ欺隱シテ對手者ニ賣與シ若クハ重ネテ抵當典物トシ以テ對手者ヨリ不正ニ財物ヲ詐取シタル者即チ一種ノ詐欺取財ヲ規定シタルモノナリト云フコトヲ得」(勝本勘三郎『刑法析義』(各論之部)下卷、第四版、有斐閣、一九〇三年、三八二—三八三頁)

岡田、勝本は、フランス民法の「ステリオナ」が何故に日本刑法に取り入れられたかの事情に關しては十分明らかにしてない。

(40) Plantoi, op. cit., t. 2, 9<sup>ed.</sup>, 1923, n° 939; Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. 12, 5<sup>ed.</sup>, 1922, p. 606.

(41) Jurisprudence générale-Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, quatrième partie, 1867, p. 75-87.

(42) Plantoi, op. cit., t. 2, 9<sup>ed.</sup>, n° 940; Coin et Capitant, op. cit., t. 2, 4<sup>ed.</sup>, p. 38.

(43) 『翻譯類纂』(明治十五年五月第二一六三)、『明治政府翻譯草稿類纂』四二卷「ゆまに書房、一九八七年)。ボワソナードの仏語原文が添付されている。邦訳文は部分的に意識されているが、正確である。

(44) (42)と同。

(45) 「第四百三十四條 左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者ハ詐欺取財ノ犯人ト爲シ二月以上二年以下ノ重禁錮四圓以上四拾圓以下ノ罰金ニ處ス(中略)

第三 自己ノ所有ニアラサルコトヲ知テ故ラニ詐欺ノ手段ヲ以テ動産不動産ヲ賣渡シ又ハ有償ノ名義ニテ讓渡シ若クハ書入質入ヲ爲シ或ハ其所有ニ係ルト雖トモ既ニ他ニ讓渡ヲ爲シ書入質入又ハ物上權ヲ該財産ニ付承諾シタル上其物上權ノ全部又ハ一部ヲ隱蔽シタル時亦タ同シ」(3° Celui qui a frauduleusement vendu ou cédé à titre onéreux, hypothéqué ou donné en nantissement, un immeuble ou un meuble dont il savait n'être pas propriétaire, ou qui, étant propriétaire, a consenti une aliénation, une hypothèque ou un droit réel quelconque sur ledit bien, en dissimulant frauduleusement tout ou partie des autres droits réels dont il était



grevé.」(『ボワソナード氏刑法草案註釋』下巻、司法省、六九八頁。Gustave Boissonade, *Projet révisé de Code pénal pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 1886, p. 1146.)

- (46) 前掲『ボワソナード氏刑法草案註釋』下巻、七一―七二頁。Boissonade, *op. cit.*, n° 900.
- (47) 『日本刑法草案會議筆記』IV、二四九九頁。西原春夫・吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編『日本立法資料全集』三〇(旧刑法「明治十三年」(2)―1)、信山社、一九九五年、二八二頁。
- (48) 『日本刑法草案會議筆記』IV、二五〇三頁。前掲『日本立法資料全集』三〇、二八二頁。
- (49) 『日本刑法草案會議筆記』IV、二四九九頁。『清律例彙纂』が引用する「詐欺官私取財」の「輯註」(『大清律輯註』に「欺罔」の語がある。〔熊本藩訓譯本〕清律例彙纂』(三)汲古書院、一九八一年、四九六頁)。
- (50) 『日本刑法草案會議筆記』IV、二四九九頁。
- (51) (50)と同。
- (52) (50)と同。
- (53) 『日本刑法草案會議筆記』IV、二五〇〇頁。
- (54) 『大清律輯註』(下)、(清)沈之奇註、懷效鋒・李俊點校、法律出版社(北京)、二〇〇〇年、六一〇頁。
- (55) 内閣記録局編『法規分類大全』五四、刑法門「1」、原書房覆刻、一九八〇年、一六六頁。
- (56) 『日本刑法草案會議筆記』IV、二五〇〇頁。
- (57) (56)と同。
- (58) (56)と同。
- (59) (56)と同。
- (60) (56)と同。
- (61) 『日本刑法草案會議筆記』IV、二三四一頁。
- (62) 『日本刑法草案會議筆記』IV、二三四二頁。

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当権の公証(藤原)

- (63) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二三二八頁。
- (64) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五〇〇―二五〇一頁。
- (65) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五〇一頁。
- (66) (65)と同。
- (67) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五一八頁。
- (68) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五一九頁。
- (69) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二三七三頁。
- (70) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五一九―二五二〇頁。
- (71) (70)と同。
- (72) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二一頁。
- (73) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二〇頁。
- (74) (73)と同。
- (75) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二四頁。
- (76) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二三頁。
- (77) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二四頁。
- (78) 前掲『法規分類大全』五四、刑法門「I」、一六七頁。宮城浩蔵は、「冒認ノ文字タル新律綱領ヨリ出タルモノナリ」と指摘する(宮城浩蔵『刑法講義』(三版)二、明治法律学校出版、一八八六年、七〇七頁)。「清律例彙纂」の「詐欺官私取財」総註に「原、非<sup>二</sup>己<sup>一</sup>カ、物<sup>二</sup>認<sup>テ</sup>為<sup>二</sup>己<sup>一</sup>カ有<sup>一</sup>」(原と己が物に非ざるを認めて己が有と為す)を「冒認」と言うところある(前掲『熊本藩 訓譯本清律例彙纂』(三)、四九六頁)。
- (79) 近藤圭造訓註『新律綱領 改定律例合卷註釋』卷三、五一丁表。近藤圭造は、岡崎藩の儒者出身で、明治維新後、出版に従事していたが、司法省の囑託を受けて、『新律綱領 改定律例合卷註釋』を著し、司法省の検定を経て出版した(前掲・拙稿「明治初年における二重書入(抵

当)の処罰」神戸法学雑誌五四卷三号、五五頁。

(80) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二四―二五二五頁。

(81) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二五頁。

(82) フランス民法は、抵当権は不動産を目的物とするとしている(第二一八条)。

(83) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二五頁。

(84) 拙稿「明治前期における書入の戸長公証とフランス抵当権の登記」神戸法学雑誌五三卷三号、二〇〇三年、六四―六五頁参照。

(85) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二五頁。

(86) 『司法省指令録』民事部、三三号、「二八二」(『官令全報』二〇号、弘令社、明治十一年三月刊行)。

(87) (86)と同。

(88) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二五頁。

(89) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二六頁。

(90) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二七頁。

(91) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二七頁。フランスでは、抵当権が設定されていないとして抵当不動産を売却した者は、売買契約後、該不動産が負担していた抵当権を脱し、そして取得者が、かれに対してなされた虚偽の申述に従ったことで、何ら損害を被らなかつたのであれば、身体拘束に処せられなかつた(Aubry et Rau, op. cit., t. 12, Séd., p. 608)。

(92) 『日本刑法草案会議筆記』IV、二五二七頁。

(93) 西原春夫・吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編『日本立法資料全集』三一(旧刑法「明治十三年」)(2)―II)、信山社、一九九五年、八四五頁。

(94) (93)と同。岩谷十郎氏は、国立公文書館内閣文庫所蔵「手稿(仏文)草案」(Projet de Code pénal)が明治十年十二月司法省提出「確定稿」成立前に近接するボワソナードによる刑法草案であると考証されている(前掲『日本立法資料全集』三〇、第一部第四章「仏文章案から見た旧刑法編纂の展開」。「手稿(仏文)草案」は同書「資料一二」に収載)。「確定稿」第四三七条と、

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当権の公証(藤原)

七〇五(一一一)

これに対応する「手稿(仏文)草案」第四三七条は同旨であるが、後者の仏文を参考までに左に掲げる。

437. Est encore coupable d'escroquerie et puni des peines portées à l'article 434 celui qui, à l'aide de manoeuvres frauduleuses, a vendu ou cédé à titre onéreux, hypothéqué ou donné en nantissement un immeuble ou un meuble dont il savait n'être pas propriétaire, ou qui, étant propriétaire, a vendu ou hypothéqué un immeuble, en dissimulant, à l'aide des mêmes manoeuvres, tout ou partie des hypothèques dont il était grevé.

Le coupable, dans ce dernier cas, sera exempt de peine, s'il a remboursé, avant la condamnation, les créances hypothécaires par lui dissimulées.

- (95) 『太政類典』二編三四六卷、七。
- (96) 『太政類典』二編三四六卷、八。
- (97) 浅古弘「刑法草案審査局小考」早稲田法学五七卷三号、一九八二年参照。
- (98) 明治十一年五月二十八日、伊藤博文は、総裁を免ぜられ、元老院議員柳原前光が総裁に任命された(『太政類典』二編三四六卷、七)。
- (99) 『太政類典』四編五七卷、六。
- (100) 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、一九八四年、一三三頁。
- (101) (100)と同。
- (102) 前掲『刑法審査修正関係諸案』一一四頁。
- (103) (102)と同。
- (104) Planiol, *op. cit.*, t. 2, 9<sup>éd.</sup>, n° 2490.
- (105) 拙書『ボウソナード抵当法の研究』有斐閣、一九九五年、八一九頁参照。
- (106) 前掲『刑法審査修正関係諸案』一七九頁。
- (107) (106)と同。

(108) 明治法制經濟史研究所編『元老院會議筆記』前期第八卷、元老院會議筆記行會、一九六四年、五四頁。

(109) 前掲『法規分類大全』五四、刑法門「I」、四四二頁。

(110) (109) と同。

(111) 村田 保(天保十三「一八四二」年—大正十四「一九二五」年)。明治二年刑法官出仕、大学少助教、同三年刑部權大録、同四年刑法調査のため英国へ派遣、新律綱領編修成功により賞を受く、同六年帰国、同七年司法大解部、同八年三等法制官、同十年太政官少書記官、法制局専務、刑法草案審査委員、同十二年治罪法草案審査委員、太政官權大書記官、同十四年参事院議官補、同十五年太政官大書記官、同十八年元老院議官、同二十年法律取調委員、同二十三年貴族院議員(『勅奏任官履歴原書』下巻、柏書房、一九九五年、三八〇—三八六頁、日本水産會編『村田水産翁傳』大日本水産會、一九一九年、一一—一八頁)。

(112) 『刑法註釋』卷七、明治十三年七月刊、内田正榮堂、三二丁表—三三丁表。

(113) 前掲『刑法註釋』卷七、三三丁表—三四丁裏。

## 二 旧刑法の二重抵当罪規定(第三九三条第二項)の適用要件としての抵当權への戸長公証

### (一) 参事院の処理方針

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)第三九三条第二項は、自己所有の不動産を「抵當典物」となしたことを欺隠して、他人に該不動産を「賣與」または「抵當典物」となした者を詐欺取財罪をもって論じると規定する。土地所有權を移轉するためには、明治十三年十一月三十日太政官第五二号布告「土地売買讓渡規則」により戸長公証が要件とされた。土地の売主は、地券を添付して売渡証書に戸長公証を受けた後に、同証書を買主に付与し、この手續をもって、土地所有權が移轉する。「地所質入書入規則」は、質入・書入への戸長公証が第三者に対抗して質入・書入地の代価から優先弁済を受ける權利を質入・書入債權者に付与する。したがって、戸長公証を受けずに自己所有の不動産を「抵當典物」となした後に、

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当權の公証(藤原)

他人に該不動産を「賣與」し、または「抵當典物」となすために、戸長公証を申請するとき、「刑法」第三九三条第二項に触れるかが問題となった。

明治十五年二月十四日、新潟県は、内務省に、この問題の処理について伺ひでた。伺書は言う。

「戸長ノ公証ヲ受ケス土地家屋ヲ甲へ抵当差入置タルモノ更ニ該不動産ヲ乙へ質入若クハ賣却セントシテ戸長ノ公証ヲ乞フモノアリ、

右等ハ條理上不都合ノモノト雖トモ之ヲ成規ニ照セハ、前約定(戸長ノ公證ヲ受ケス甲へ抵当差入タル義)ハ無効ノモノニ付、戸長ニ於テハ公証セサルヲ得サル義ト思考罷在候処、刑法第三百九十三條後項ノ趣及ヒ治罪法第六十條警部在ラサル地ノ戸長ハ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査スヘシトノ明文モ有之以上ハ、

譬へハ公証ハ受ケサルトモ、已ニ抵当差入アル義判然タル土地家屋ニ對シ尚公證取斗候義ハ頗ル不都合ニ被相考、旁如何相心得可然哉、疑義決シ兼候條、至急御指揮相成度、此段相伺候也<sup>(1)</sup>

土地家屋への抵当権設定に戸長公証がなされていないとき、その抵当権は、第三者に対抗する効力を持たないので、該土地家屋の後の質入または売却に戸長公証を与えることができるが、しかし、「刑法」第三九三条第二項によれば、処罰せられるおそれがある。したがって、後の質入または売却に戸長公証を与えるべきではないという。

明治十五年四月十三日、内務省は、新潟県伺に如何なる回答をなすべきか参事院につきのように質問した。

「刑法第三百九十三條後項ニ自己ノ不動産ト雖トモ已ニ抵当典物ト為シタルヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重ネテ抵当典物ト為シタル者亦同シト有之、

右旨趣ニ拠ルトキハ戸長ノ公証ヲ受ケスシテ他ニ抵当典物又ハ賣與セントスルモノ有之トキ戸長ニ於テ他ニ抵当典物

又ハ賣與シタルコトノ確知スヘキモノ有之ニ於テハ公証與付セサル法理ナル歟、

別紙新潟縣伺写相添へ及御質問候条、至急御回答有之度候也<sup>(2)</sup>」

「刑法」第三九三条第二項の旨趣によれば、それは、戸長公証を受けずに甲に典売（売却、質入、抵当）した不動産について、後日、戸長公証を受けて、乙に典売せんとするとき、戸長は、先の甲への典売を確知しておれば、乙への典売に公証を付与してはならない法理であるかという。

明治十五年四月、参事院は、法制部において、内務省質問を審査し、左の回答案を作成した。

「別紙内務省質問戸長公証<sup>(3)</sup>ノ儀部會議ヲ以テ審査決定スルコト左ノ如シ、

右ハ其情ヲ知ラス誤テ公証スルハ無余儀次第ト雖トモ、判然他ニ抵當差入アルヲ知ルモ、猶ホ公証ヲ與ヘ妨ケナキモノトセハ、刑法第三百九十三條並ニ治罪法第六十條、第九十六條等ノ律旨ニ戻ルハ勿論、實際貸借上ニ紛乱ヲ来ス不<sup>(4)</sup> 尠義ト認定ス、

右ニ由リ回答案左ノ通ニテ可然哉、上申候也

回答案

本月十三日質問戸長公証ノ義ニ、其見解ノ通

右及回答候也

司法省へ通牒例文<sup>(3)</sup>」

参事院は、「判然他ニ抵當差入アルヲ知ルモ、猶ホ公証ヲ與ヘ」るのは、「刑法」第三九三条および警部の存在しない地の戸長の司法警察官としての任務を定めた治罪法第六〇条・九六条<sup>(4)</sup>に違反するのみならず、「實際貸借上ニ紛乱ヲ来ス」

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当権の公証(藤原)

として、内務省見解を支持した。

本回答案は内務省への回答となった(回答の月日不明)。このことは、明治十五年十二月二十二日の参事院への内務省質問書の左の記述から知られる。

「本〔明治十五〕年四月中、戸長ノ公証ヲ受ケスシテ抵當典物又ハ賣與シタル不動産ヲ後日更ニ戸長ノ公証ヲ受ケテ他ニ抵當典物又ハ賣與セントスル者ハ、戸長ニ於テ公証付與セサル法理ニ可有之哉ノ旨御質問ニ及候處、見解之通ト御回答有之、

右ハ假令私約ニ屬スルモ相互ノ間ニ於テ其効ヲ有スル義ニ付、欺隱シテ重典賣スルヲ許サ、ル義ニ可有之<sup>(5)</sup> (後略) 内務省は、参事院回答について、典売(売却・質入・抵当)は、戸長公証を受けていなくとも、契約当事者間では有効に成立しており、戸長公証を受けていない典売を「欺隱」して、さらに戸長公証を受けて他人に典売することは、「刑法」第三九三条第二項によって罰せられるべきであるとした。すなわち、内務省は、第三九三条第二項は、「新律綱領」重典売田宅条の重典売を詐欺取財罪として構成したもので、戸長公証が先の典売になく、後の典売にあるときに適用されると解釈したのである。

## (二) 司法省の処理方針

自己所有の不動産を「抵當典物」となしたことを「欺隱」して同不動産を他人に「賣與」し、または、重ねて他人に「抵當典物」となした者を、明治十三年「刑法」(旧刑法)第三九三条第二項により詐欺取財罪をもって論ずるとき、最初の抵当権設定に戸長公証を受けたことを要件とすべきとする見解が一方であり、その可否が問われた。



明治十五年一月十六日、滋賀県は、司法省に左の伺書を提出した。

「第三百九十三條第二項ニ自己ノ不動産ト雖トモ己ニ抵當典物トナシタルヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重子テ抵當典物トナシタル者亦同シトアリ、

右ハ不動産質入書入規則ニ依リ戸長ノ公証ヲ受ケタルモノニ限リタルカ、

若シ然ルトキハ戸長ノ公証ヲ受ケサルトキハ、假令欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重子テ抵當典物トナスモ其罪ヲ問ハサルヤ如何<sup>(6)</sup>」

伺書は、左掲の司法省指令理由から推して、最初に抵當權が設定された場合を想定していると解しうる。伺書の趣旨は以下のごとくである。「地所質入書入規則」によれば、戸長公証は、抵當債權者に第三者に対抗して抵當不動産の代価から優先弁済を受ける權利を付与する。戸長公証を受けないときは抵當權の効力は認められない。自己所有の不動産に戸長公証を受けずに抵當權を設定したことを「欺隱」して、他人に同不動産を売与し、または、それに重ねて「抵當典物」となしても、「刑法」第三九三条第二項による罪を論ぜられないのか。

明治十五年二月十日、司法省は、「戸長ノ公証ヲ受ケサルモ亦第三百九十三條ニ依ル」と滋賀県に指令した。<sup>(7)</sup> 司法省は、その理由をつぎのように付記している。

「不動産ノ抵當ニシテ戸長ノ公証ヲ受ケサルモノハ、他ノ債主若クハ該不動産ニ就テ權利ヲ有スル者ニ對スルノトキニ至リ始メテ其抵當ノ効ヲ失フモノニシテ、初メヨリ抵當ノ効ナキモノニ非ス、債主負債主ノ間ニ在テ十分ニ其効ヲ有スル者ナリ、故ニ戸長ノ公証ヲ受ケサルモ、ニタヒ抵當物トナシタルモノニハ相違ナキヲ以テ、仍ホ本條ニヨリ處分スヘキモノトス」<sup>(8)</sup>

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵當罪規定の成立と抵當權の公証(藤原)

抵当債権者は、抵当権に戸長公証を受けていないとき、第三者に対抗して抵当不動産の代価から優先弁済を受ける権利を持たないが、抵当権設定契約者間では抵当権は有効に成立する。したがって、他の債権者と重ねて抵当権を設定すれば、「刑法」第三九三条第二項が適用されるとする。二番抵当権に戸長公証が付与されたか否かは論じられていない。

そこで、戸長公証なき一番抵当権を知らしめずに、戸長公証を受けて二番抵当権を設定した場合、「刑法」第三九三条第二項によって、その罪を論ずべきかが問われた。

明治十六年十二月二十日、静岡始審裁判所は、この問題について、左のごとく司法省に請訓した。

「第一條 甲所有スル田地壹町歩ヲ公證ヲ經スシテ乙ニ抵當ニ差入レ金百圓ヲ借受ケ、數日ヲ經テ、其既ニ乙ニ抵當ニ差入レアルコトヲ知ラシメス、丁ニ對シ更ニ又右田地ヲ抵當トナシ、公證ヲ經テ金八拾圓ヲ借用セリ、然ルニ兩件共、返済期限ヲ經過シ甲ニ於テ義務ヲ盡サ、ルニ付、乙丁各之ヲ出訴セリ、

此場合ニ於テ、乙丁ノ抵當何レカ先取權ヲ有スル者ニ候哉、

抑モ第一ノ抵當ハ甲乙相互ノ間ニ止ル私抵當ナレハ、丁ニ對シテ抵當ノ効ヲ有セサルハ當然ナルヘシ、

第二ノ抵當ハ公證ヲ經タル抵當ナレハ、乙ハ勿論一般公衆ニ對シテ確タル抵當ノ特權ヲ有スル者ナレハ、其日付ノ前後ニ拘ハラス必ス第二ノ抵當ヲ以テ先取權ヲ有スル者ト相心得可然哉

第二條 果シテ第二ノ抵當ヲ以テ先取權ヲ有スルモノト爲ス時ハ、其實第二ノ抵當ハ二重ノ抵當ナルモ、第一ノ抵當ハ、前陳ノ如ク抵當タルノ効ヲ有セサル者ニシテ第二ノ債主ニ損害ヲ加ヘサル譯ナレハ、刑法ノ問フ所ニアラサルヘキ歟、

又或ハ第一抵當債主ニ對シテハ無論損害ヲ加フル者ニ付、第一抵當債主ヲ被害者ト認メ尙ホ刑法ニ問フヘキ者ニ候哉」<sup>(9)</sup>

静岡始審裁判所の質問事項は、左の二つである。

(イ) 抵当権の公証とその順位。

甲が自己所有地に公証を受けずに抵当権を設定して乙から借金し、さらに後日、この旨丁に通知せずに、該土地に抵当権を設定し、丁から借金した。一番抵当債権者乙と二番抵当債権者丁のいずれが、先取特権を有するか。公証は、第三者への対抗要件であるから、公証のない一番抵当債権者乙は、公証を受けた二番抵当債権者丁に対抗しえない。抵当権設定日付の先後に関係なく、二番抵当債権者丁は、一番抵当債権者乙に対して先取特権を持つとすべきか。

(ロ) 公証が一番抵当権になく、二番抵当権にある事実上の二重抵当の罪を論ずる可否。一番抵当債権者乙は、公証を受けていないため、抵当権の効力を持たず、二番抵当債権者丁に損害を与えていないので、刑法に問うべきではないとするか。または、一番抵当債権者乙は、損害を被ったので、乙を被害者と認めて刑法に問うべきとするか。

明治十七年一月二十五日、司法省は、静岡始審裁判所に対して「第一條 見込ノ通、第二條 後段見込ノ通」と内訓した。<sup>(10)</sup>公証に第三者に対抗する抵当権の効力を認め、公証が一番抵当権になく、二番抵当権になされたときは、二番抵当債権者が先取特権を有する。一番抵当債権者が損害を受けたので、刑法に問うとした。なぜなら債務者が一番抵当債権者と戸長公証を受けずに抵当権を設定したために、戸長公証を受けて二番抵当債権者が先取特権を有することになり、抵当権の効力を奪われた一番抵当債権者が損害を受けたからである。刑法に問うとは、いうまでもなく「刑法」第三九三条第二項の適用を意味する。公証を受けずに一番抵当権を設定し、この旨通知することなく、公証を受けて二番抵当権を設定したとき、「刑法」第三九三条第二項を適用して二重抵当の罪を論ずべしと解釈されたのである。これは、前掲・参事院回答の趣旨と同じくする。同回答が司法省へも通牒されたことによるものであろう。

ところで、右の解釈に対立して、先後両抵当権に戸長公証がなされていることを「刑法」第三九三条第二項適用の要件とする解釈があった。<sup>(11)</sup>この対立の解決を迫られた司法省は、「地所重抵当ノ件」を法律諮問会に諮問した。<sup>(12)</sup>明治十九年四月六日、同諮問会は、その議決を司法大臣山田顕義へ具申した(会長判事玉乃世履、会員判事池田彌一、同岡内重俊、同奥山政敬、同中村元嘉、検事安藤源五郎、弁明員司法省参事官内藤直亮)。議決は左のごとくである。

「曩キ二本會ニ付セラレタル刑法第三百九十三條第二項ニ、所謂自己ノ不動産ト雖モ、已ニ抵當ト爲シタルヲ欺隱シテ他人ニ重子テ抵當ト爲シタルモノトハ、最初地所質入書入規則ニ據リ公證ヲ經ス重子テ抵當ト爲スニ付テ公證ヲ受ケタルモノヲ云ヤ如何ト云ヘル問題ニ對シ審議ノ末、左ノ通決定ス

抑モ地所質入書入規則ニ據リ公證ヲ經サル不動産ノ抵當ハ、啻ニ法律上債主ニ先取特權ヲ與ヘサルノミナラス、法律ノ見ヲ以テ質入又ハ書入ト爲スモノニアラサルカ故ニ、之ヲ欺隱シ重子テ他ニ抵當ト爲スコトアルモ、爲メニ第二ノ公證ヲ經タル債主ノ先取特權上ニ毫モ損害ヲ致スコト無ケレハ、則チ決シテ本條第二項ノ罰セント欲スル所ニアラサルヤ知ルヘシ、此理ヲ推セハ則チ最初公證ヲ經テ抵當ト爲シタル不動産ヲ重子テ公證ヲ經スシテ抵當ト爲シタル場合ノ如キモ、亦當ニ右ニ準シテ論決セサルヘカラス、何トナレハ第二ノ債主若シ公證簿冊ヲ檢閱スルノ勞ヲ取ラハ、則チ決シテ損害ヲ被ムルコト無カルヘキニ、一片ノ證書又ハ負債者其人ヲ妄信シタルニ因リ若クハ簿冊檢閱ノ勞ヲ取ルコトヲ厭ヒタルニ因テ、先取特權上ニ損害ヲ被ムルニ至リタルハ、即チ債主自ラ招キタルノ災ト云フテ可ナリ、豈ニ自己ノ怠慢ノ爲メニ他人ノ犯罪ヲ構造スルカ如キコトアル可ケンヤ、果シテ然ラハ則チ本條第二項ノ罰セント欲スル所ノ場合ハ如何、曰ク止夕最初公證ヲ經テ抵當ト爲シタル不動産ヲ欺隱シテ更ニ公證ヲ經テ他ニ抵當ト爲シタル場合アルノミ、是レ實際頗々現出スル所ノ犯罪ニシテ、即チ本條第二項ノ設アル所以ナリ

右法律諮問會則第十則ニ依り具申仕候也<sup>(13)</sup>

「地所質入書入規則」によれば、戸長公証を受けていない不動産の抵当権は、法律上、債権者に先取特権を与えないのみならず、抵当権を有効に成立せしめない。戸長公証を受けていない一番抵当権を「欺隠」して、二番抵当権が設定されたとしても、それに戸長公証を受けた二番抵当債権者は、抵当権の効力を与えられ、先取特権上の損害を受けない。「刑法」第三九三条第二項は適用されえない。また、戸長公証を受けた抵当不動産に、公証を経ず重ねて抵当権を設定した場合も、同様に本条第二項は適用されえない。二番抵当債権者は、公証簿を検閲する労をとるならば、既に抵当権が設定されたことを知り、先取特権上の損害を被ることはない。しかし、二番抵当債権者が、証書または債務者を妄信したり、公証簿を検閲しなかったために、先取特権上の損害を被ったのは、自己の怠慢による。それにもかかわらず債務者が詐欺取財罪に論ぜられるのは不合理である。戸長公証を受けて抵当権を設定した不動産を「欺隠」して、さらに同不動産に戸長公証を受けて他の債権者と抵当権を設定したときに限り、「刑法」第三九三条第二項が適用される。法律諮問會は、先後両抵当権が戸長公証を受けている場合に、二重抵当の罪を論じうると議決したのである。

四月十日、司法大臣山田顕義は、法律諮問會議決を大審院、裁判所、警視庁、北海道庁、府県、憲兵本部へ訓令した。<sup>(14)</sup> 本訓令が大審院、諸裁判所の判例に如何なる影響を与えたかは、後考を俟ちたい。

註

(1) 新潟県令永山盛輝より内務卿山田顕義宛「戸長公證之義ニ付伺」〔翻譯類纂〕明治十五年五月第二、六二一〔明治政府翻譯草稿類纂〕四二卷、ゆまに書房、一九八七年。

(2) 内務卿山田顕義より參事院議長山県有朋宛質問（前掲『翻譯類纂』明治十五年第一、六一）。

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当権の公証(藤原)

(3) 前掲『翻譯類纂』明治十五年第二、六二。回答案作成を担当したのは、参事院議官補兼書記官 清浦奎吾・大森鐘一、同院議官補 周布公平(主査)・山脇玄である。

(4) 治罪法第六〇条「左ニ記載シタル官吏ハ検事ノ補佐トシテ其指揮ヲ受ケ、第三編「犯罪ノ捜査起訴及ヒ予審」ニ定メタル規則ニ從ヒ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査ス可シ

一 警視 警部

二 区長 郡長

三 治安判事

四 警部ノ在ラサル地ノ戸長」

同第九六条「官吏、其職務ヲ行フニ因リ重罪輕罪アルコトヲ認知シ又ハ重罪輕罪アリト思料シタル時ハ、速ニ其職務ヲ行フ地ノ検事ニ告発ス可シ」

(5) 『民事令訓集』三六一頁(神戸大学人文社会科学系図書館蔵)。本書(四六判、活版、表紙・扉・奥付欠、刊行年不明、全四一六頁)は、神戸地方裁判所旧蔵書で、明治十五—十八年の多数の司法省宛何と同省指令等を事項別に編集している。

(6) 司法部内同盟編纂『刑事訓令類纂』同盟印刷、明治十七年九月、六九二頁。

(7) (6) と同。

(8) (6) と同。

(9) 『民事令訓集』三四九—三五〇頁。

(10) 『民事令訓集』三五〇頁。

(11) 宮城浩蔵は、「刑法」第三九三条第二項の適用要件としての戸長公証について、以下のように述べている。「抑モ不動産ヲ抵當典物ト爲スニハ、戸長ノ公証ヲ經サルトキハ、仮令双方間ニ於テハ効アリトスルモ、他人ニ對シ効ナキモノトス、故ニ甲者ノ初メニ抵當典物ニ得タル不動産ヲ乙者後ニ買取若クハ抵當典物ニ得テ甲者ヨリ先キニ公証ヲ經ルトキハ、甲者ノ抵當典物ニ得タルハ乙者ニ對シ効ナキモノナリ、今本項ノ不動産ハ公証ヲ經タル者ニ限ル可キ乎、將タ公証ヲ經サル者モ亦茲ニ含蓄ス可キモノナ

ルヤ如何、此點ニ付テハ議論紛々未タ一定セス」(宮城浩威講述『刑法講義』二、明治法律学校出版、明治十八年一月刊、七〇八―七〇九頁)。「法学協會雜誌」第九号(明治十七年一月)は、「討論題」に、「土地百坪ヲ所有セル甲者アリ、之ヲ抵當トシテ乙ヨリ金七拾圓ヲ借受ケタリ、甲乙間平常交淺カラサリシヲ以テ、乙ハ甲ノ依頼ニ應シ別ニ公證ヲ經サリシニ、甲ハ再ヒ該百坪ヲ公證付ノ抵當トシテ丙者ヨリ百圓ヲ借受タリ、甲ノ所爲ハ果シテ罪ヲ以テ論ス可キ者ナルヤ否ヤ」を取り上げている。採決によれば、甲処罰賛成者三九名、反対者二三名であつた。

(12) 法律諮問会は、「法律ノ解釋ヲ一定セシムル爲メ」に司法省に設置された機関であり(明治十七年十月二十七日司法省より大審院へ達「法律諮問会規則」第一則)、会員は、大審院の判事五名、検事一名、司法卿より命じたる弁明員一名とし(同第三則)、「二年ヲ四期ニ分チ每期之ヲ改選ス」る(同第四則)(内閣記録局編『法規分類大全』一四、官職門「5」、原書房覆刻、一九七八年、一八九―一九一頁)。

(13) 『明治十九年閣省特達並訓令』(滋賀県行政文書「明う四三」、滋賀県庁蔵)。司法省蔵版『類聚法規』第九編、明治二十年十一月印行、七一八―七二〇頁。

(14) (13)と同。

## むすび

本稿では、① 明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定(第三九三条第二項)の成立過程、② 同規定の適用要件としての抵当権への戸長公証を中心に考察を試みた。本稿を要約し、今後の課題を提示して結語としたい。

① 旧刑法の二重抵当罪規定(第三九三条第二項)の成立過程。

ボワソナードは、司法省刑法編纂会議において、日本刑法草案の詐欺取財罪の条文をフランス刑法第四〇五条を手本にして起草した。しかし、日本委員鶴田皓は、多発していた重典売を処罰する規定を同草案に欠いていたため、これに関する

明治十三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当権の公証(藤原)

る規定を設けることをボワソナードに要求した。ボワソナードは、フランス民法第二〇五九条に定められた、不動産売買・抵当権設定における詐欺行為であるステリオナ (stellionat) が重典売に類似することを見だし、ステリオナを日本刑法の詐欺取財罪として構成した。すなわち、「故意ヲ以テ己レニ属セサル動産不動産ヲ要償ノ契約ヲ以テ讓與シ又ハ不動産ヲ書入ト為シ又ハ動産ヲ典物ト為シ又所有者己ニ其不動産ヲ書入ト為シタル事ヲ欺隱シテ他人へ賣渡シ又ハ他人へ書入ト為シタル者ハ詐偽取財ヲ以テ論シ前同刑ニ處ス」との条文を起草した。

明治十年十一月二十八日、司法省が太政官に上申した刑法草案(確定稿)の二重抵当罪規定(第四三七条第二項)は、「自己所有ノ不動産ト雖モ己ニ抵當ト爲シタルヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重子テ抵當ト爲シタル者亦同〔詐欺取財をもつて論ず〕」であり、ボワソナード起草案に基づいていた。同刑法草案は、刑法草案審査局で審査され、刑法審査修正案が明治十二年十二月二十五日、太政大臣三條實美に上進された。刑法審査修正案の二重抵当罪規定(第三九三条第二項)は、「自己ノ不動産ト雖モ己ニ抵當典物ト爲シタルヲ欺隱シテ他人ニ賣與シ又ハ重ネテ抵當典物ト爲シタル者亦同シ」となり、「抵當」に「典物」(質入)が付け加えられた。不動産質入が日本で債権担保の主要な手段として盛んに行われている状況に対処したと考えられる。同条は、元老院の審議において修正を受けず、明治十三年公布「刑法」第三九三条第二項となった。

② 旧刑法の二重抵当罪規定(第三九三条第二項)の適用要件としての抵当権への戸長公証。

抵当権への戸長公証は、フランス民法に倣い、第三者に対抗して抵当債権者が抵当不動産の代価から優先弁済を受ける権利を与える。内務省は、戸長公証と旧刑法第三九三条第二項との関係を、参事院に質問した(明治十五年四月十三日)。第三九三条第二項の旨趣によれば、戸長公証を受けずに典売(売却、質入、抵当)した不動産について、後日、戸長公証



を受けて他人に典売せんとするとき、戸長は、先の典売を確知しておれば、後の典売に公証をなしてはならない法理であるかという。参事院は、この法理を認める回答を内務省に与えた。内務省は、本条第二項は重典売を詐欺取財罪として構成したもので、戸長公証が先の典売になく、後の典売にあるとき、本条第二項が適用されると解釈した。

一方、当初、司法省は、抵当債権者は、戸長公証を受けていないとき、第三者に対抗して抵当不動産の代価から優先弁済を受ける権利を持たないが、抵当権設定契約者間では抵当権は有効に成立する、したがって、該抵当不動産について、重ねて他の債権者と抵当権が設定されたならば、旧刑法第三九三条第二項が適用されると指令した（明治十五年二月十日指令〔同十五年一月十六日滋賀県伺〕）。二番抵当権に戸長公証が付与されたか否かは、ここでは論じられていない。その後、司法省は、この問題については、債務者が公証を受けずに一番抵当権を設定し、そして、これを通知せず公証を受けて二番抵当権を設定したとき、二重抵当罪として本条第二項が適用されると指令した（明治十七年一月二十五日指令〔明治十六年十二月二十日静岡始審裁判所伺〕）。本指令は、右参事院回答の趣旨と同じくする。参事院回答が司法省へも通牒されたのであろう。

このような解釈と対立して、先後両抵当権への戸長公証付与を、旧刑法第三九三条第二項適用の要件とすべしとする解釈があった。この対立を解決するために、司法省は法律諮問会に「地所重抵當ノ件」を諮問し、同会は、債務者が戸長公証を受けて抵当権を設定した不動産を「欺隠」して、さらに同不動産に戸長公証を受けて他の債権者と抵当権を設定したときにかぎり、二重抵当罪として本条第二項が適用されると議決した（明治十九年四月六日）。なぜなら戸長公証によって抵当権が有効に成立するとされたからである。司法省は、この議決を大審院、諸裁判所等に訓令した（同年四月十日）。戸長公証簿の体裁不統一と、その杜撰な管理は、増大する不動産取引に対応できず、信用の失墜を招いていた。公証制

度の整備は、プロイセンの登記制度を模範にして、「登記法」(明治十九年八月十三日法律第一号)と、その附属法令である「登記法取扱規則」(同年十二月三日司法省訓令第三三二号)等の制定によって達成された。物的編成主義をとり、登記簿は、地所、建物、船舶の三種とし別冊とする。登記所は最下級審の治安裁判所とし、始審裁判所が登記事務を監督する。登記なき売買譲与、質入、書入は、「第三者ニ対シ法律上其効ナキモノトス」る。戸長公証、そして登記が、旧刑法第三九三条第二項適用の要件として裁判所によって、どのように取扱われたかを、とくに大審院判例の動向に焦点を当てて考察することが、残された課題である。