

詐欺罪と窃盗罪における法益侵害の基本構造

相当対価の反対給付事例における

両罪の成立範囲を画する際の理論的視座を求めて

山内竜太

一問題の所在

二 ドイツにおける詐欺罪と窃盗罪の関係性

- (二) (一)
所有権に対する罪と全体財産に対する罪
詐欺罪と窃盜罪と両罪の間隙を埋めるコンピュータ詐欺

罪

(三) 小括

- ### 三 日本における詐欺罪と窃盜罪の関係性 (一) 詐欺罪と窃盜罪の関係性を検討する意義および議論状況

(二) 立法沿革史的檢討

(三) 學說史的檢討

- (一) 詐欺罪と窃盜罪における法益侵害の基本構造

財産犯という観点からの検討

被害者の同意の有効性という

- 被害者の同意の有効性という観点からの検討

小括

結語に代えて――相當対価の反

- ## 五 結語に代えて——相当対価の反対給付事例における判断基準を定立する際の理論的視座

一 問題の所在

本稿は、詐欺罪と窃盜罪における法益侵害の基本構造を明らかにし、行為者から被害者に対して代金などの相当対価の反対給付がなされた事例（相当対価の反対給付事例）における両罪の成立範囲を画する判断基準を定立する際の理論的な視座の提示を試みるものである。

相当対価の反対給付事例における詐欺罪の成否に関して、個別財産の移転・喪失といった形式的損害があれば直ちに同罪の成立を認める見解がある一方（形式説）、財産的損害や法益関係的錯誤が認められてはじめて同罪の成立を肯定する見解がある（実質説）。後者の実質説は、その内部で種々の対立はあるものの、形式的な個別財産の移転・喪失を超えた実質的損害という意味での財産的損害が生じなければ同罪が成立しないとする点では共通している。財産的損害を要求する見解はもちろん⁽¹⁾、法益関係的錯誤説も、個別財産の移転・喪失それ自身には被害者の錯誤がないことから、法益関係的錯誤を認めるには形式的な損害を超えた実質的損害に関する錯誤を要求するからである⁽²⁾。

同様の議論は、不正な遊戯によってパチスロ遊技機からメダルを取得した事例における窃盜罪の成否に関する判例⁽³⁾にいう「通常の遊戯方法」の範囲内かという基準をめぐる議論でも見られるところである。ここでも、行為者はパチスロ遊戯にあたって相当対価の反対給付を交付しており、財産的損害が生じた場合に限って同罪の成立を認めるべきだといった議論がなされているからである。⁽⁴⁾

しかし、近時の判例は必ずしも財産的損害に着目して詐欺罪の成否を判断しているわけではなく、実質説も自説の論理を一貫させているわけではないことからすれば、財産的損害が同罪の成立範囲を画する判断基準としてどれほど機能しているかは疑問である。また、窃盜罪に関しても、相当対価のものを置いて財物を盗ったとしても同罪が成立

すると解されるなど、同罪では基本的に財産的損害が要求されていないにもかかわらず、なぜパチスロのメダル不正取得事例のような場合に突如として財産的損害が要求されるのかは明らかでない。このように考えてみると、両罪を峻別するドイツとは異なり、両罪を同じ個別財産に対する罪と位置づける日本において、形式的損害を超えた実質的損害という意味での財産的損害を要求する根拠がそもそも存在しないのではないかとの疑惑も生じてくる。

もつとも、財産的損害または被害者の錯誤・意思の法益関係性という観点から詐欺罪および窃盜罪の成立範囲を画すことができないとすると、どのようにして両罪の成立範囲を画するかが問題となる。この点につき、詐欺罪では、重要事項または、欺罔行為に該当するかという観点から議論される傾向にあり⁽⁶⁾、窃盜罪では、財物の占有移転に際して被害者の行った条件付き合意の観点から議論する見解が主張されている⁽⁷⁾。しかし、これらのアプローチは、両罪の構造に照らしてその成立範囲を画する理論的視座を示しておらず、当該範囲を画する判断基準の定立に関する指針を示せていないように思われる。

以上の問題意識から、まず、詐欺罪および窃盜罪の法益侵害を肯定するうえで財産的損害が要件となるかを論じる前提として、ドイツにおける両罪の関係性を概観し（二）、日本における両罪の関係性を立法沿革史および学説史の見地から検討する（三）。なぜなら、実質説が参考するドイツは両罪を峻別するという両罪の関係性から財産的損害の要否を論じており、財産的損害が要件となるかを検討するにあたっては日本において両罪の関係性をどのように捉えてきたかが問題となるからである。そして、両罪の関係性について日独で比較検討することで両罪の法益侵害の基本構造を明らかにし（四）、当該構造に照らして相当対価の反対給付事例における両罪の成立範囲を画する判断基準を定立する際の理論的な視座を提示することにしたい（五）。

一 ドイツにおける詐欺罪と窃盜罪の関係性

(一) 所有権に対する罪と全体財産に対する罪

まず、ドイツでは、窃盜罪と詐欺罪とでは条文構造も異なるうえ、その体系的位置づけについても前者は所有権に対する罪 (Eigentumsdelikte) に、後者は全体財産に対する罪 (Vermögensdelikte) に位置づけられている。⁽⁸⁾ すなわち、両者は保護法益の異なる犯罪類型だと理解されている。そして、窃盜罪の客体である「物 (Sache)」には所有権保護を理由に経済的な価値が要求されないと解されているのに対し⁽⁹⁾、詐欺罪では一般に経済的な損害が要件とされ、たとえば、主觀的感情価値しかないラブレターのような財物は、窃盜罪では保護されるが、詐欺罪では保護されないと一般に解されている。⁽¹⁰⁾ このように、両者は広義では同じ財産犯に位置づけられているが、詐欺罪では明文で財産的損害が要求されるのに対し、窃盜罪では財産的損害が要件とはされていないのである。⁽¹¹⁾ そして、詐欺罪における財産的損害の内実として経済的損害を基本とするのが一般的な理解である。⁽¹²⁾

(二) 詐欺罪と窃盜罪と両罪の間隙を埋めるコンピュータ詐欺罪

詐欺罪と窃盜罪との関係性を考えるにあたっては、機械に対して不正な働きかけを行つて財物を取得した場合の窃盜罪の成否についても見ておく必要がある。なぜなら、日独では、両罪の関係性をどのように理解するかと関連して、前記の場合に窃盜罪をどの範囲で認めるかに違いが存するからである。そこで、「条件付き合意 (bedingtes Einverständnis)」の議論およびコンピュータ詐欺罪の存在意義について確認しておきたい。

が、前提として、「物に対する詐欺罪 (Sachbetrug)」と窃盜罪は「合意 (Einverständnis)」の有無で区別され、窃

盜罪にいう合意が認められるか否かの問題と詐欺罪にいう処分意思の有無の問題が連動する関係にある。⁽¹⁴⁾つまり、機械に不正な働きかけをして財物を得た場合、人ではなくて機械が問題となつているがゆえに詐欺罪の成立は認められず、不正な働きかけがあるとはいえ、一見すると、機械の設置者（占有者）の意思に合致する形で財物の占有が移転していることから、占有者の合意が認められるとして窃盜罪が成立しないこととなる。このような处罚の間隙を埋めるために出てくるのが条件付き合意の議論である。⁽¹⁵⁾

条件付き合意の議論とは、現金自動預払機のような財物を提供する自動機械からの不正な財物奪取が問題となる事案につき、設置者は行為者がプログラムどおりに機械を操作した場合に財物の移転を認めるとの条件で合意しているとして、当該条件を逸脱した場合には設置者の合意を否定して窃盜罪の成立を認めるというものである。もつとも、その条件は客観的に認識可能なものでなければならず（外観基準）、ドイツではこの基準が厳格に解される結果、たとえば、無権限者が他人のユーロチェックカードを用いて現金自動預払機から現金を引き出した場合に窃盜罪の成立が否定されている。⁽¹⁶⁾

では、なぜ外観基準が厳しく解されているのか。条件付き合意に関しては、窃盜罪が詐欺罪を取り込むこととなる点に問題があり、動機や内心の意思を考慮すると両罪の区別ができるなくなると指摘されていることから、外観基準が限定的に解されている背景には両罪が相互に排他的な関係にあるとの理解があるように思われる。つまり、両罪を峻別するために外観基準が厳格に解されているのである。そして、外観基準を厳格に解するがゆえに他人名義のカードを用いた現金の引出しで处罚の間隙が生じ、それを埋めるためにコンピュータ詐欺罪が制定されたという経緯がある。⁽¹⁹⁾この点、当該事例で窃盜罪の成立を認める日本とは大きく異なっている。⁽²⁰⁾

(三) 小括

以上、ドイツでは、詐欺罪と窃盜罪とではその保護法益が異なるとの理解を前提に、前者では一般に経済的な損害という意味での財産的損害が要求され、後者では経済的な価値がないラブレターなどの主觀的感情価値しか認められない財物も保護の対象とされている。また、合意の有無で物に対する詐欺罪と窃盜罪とが区別されることを前提に、条件付き合意における外観基準を厳格に解し、処罰の間隙が生じたとしても両罪を峻別する傾向にある。

このように、ドイツでは、財産的損害の要否や被害者の合意の認否の観点から詐欺罪と窃盜罪とを峻別し、両罪の構造的な差異が議論の前提となっている。そのため、同国の議論を参考するに際しては、日本における両罪の関係性を踏まえる必要がある。

三 日本における詐欺罪と窃盜罪の関係性

(一) 詐欺罪と窃盜罪の関係性を検討する意義および議論状況

ドイツでは、窃盜罪と詐欺罪とを保護法益を異にする相互排他的な犯罪類型と理解したうえで、両罪で財産的損害の要否が異なるとされている。このことから、個別財産の移転・喪失を超えた実質的な損害という意味での財産的損害を要求できるかは、両罪の関係性をいかに解するかと密接に関わり合っていると言える。それゆえ、日本における両罪の関係性がどのようなものかが問題となる。

日本では、一方で、ドイツと違つて窃盜罪と詐欺罪とで規定の構造に差異がないと指摘され⁽²⁾、通説は両罪ともに個

別財産に対する罪と位置づけている⁽²²⁾。個別財産に対する罪と全体財産に対する罪という日本での分類がドイツにおける所有権に対する罪と全体財産に対する罪の分類に対応するものだとすれば、処分行為の有無で異なるとはいっていい。詐欺罪を個別財産に対する罪と位置づけることは、両罪を同質的なものと捉えることを意味するはずである。他方で、詐欺罪は窃盜罪とは沿革的に異なるもので、後者は財産の静的状態を保護しているのに対し、前者は財産の動的状態を保護しているとの指摘もある⁽²³⁾。要するに、両罪を同質的に捉える見解と異質的に捉える見解とが混在しているのが日本の現状である。

このように、詐欺罪と窃盜罪とを峻別するドイツに対し、日本では両罪の関係性が必ずしも明確とは言えない状況にある。そこで、両罪の成立に先述した意味での財産的損害が要件となるかという問い合わせに答える準備作業として、日本における両罪の関係性を立法沿革史および学説史の観点から検討することにしたい。

(二) 立法沿革史的検討

以下、詐欺罪・窃盜罪の立法沿革を概観していく⁽²⁴⁾。まず、仮刑律では、両罪は「賊盜」の章という同一の章に定められ、詐欺罪は「窃盜に準して論す」とされていた⁽²⁵⁾。また、新律綱領においても、仮刑律と同様に、「賊盜律」という章に両罪が規定され、詐欺罪にあたる詐欺取財罪を窃盜罪に準じて扱うとしていた⁽²⁶⁾。このように、両罪を分けて規定してはいるが、現行刑法とは異なり、両罪を同一の章に規定し、詐欺罪を窃盜罪に準じて扱うとするなど、両罪を同質的なものとして理解していたと解する余地がある。

次に、旧刑法における窃盜罪と詐欺罪の規定を見ると、窃盜罪と詐欺取財罪はともに「第二章 財産に対する罪」に規定され、前者を「第一節 窃盜の罪」に、後者を「第五節 詐欺取財の罪及び受寄財物に関する罪」に規定している⁽²⁷⁾。このように、節を分けて規定していることに加え、窃盜罪は客体が「所有物」であるのに対し、詐欺取財罪で

は「財物若くは証書類」となつており、両罪で客体も異にしている。それゆえ、両罪を峻別しているとも思えるため、この点に関する当時の学説を概観しておきたい。

まず、詐欺取財罪は「窃盜と其所為同しからずと雖も其情同じ」⁽²⁹⁾として所為以外の違いをとくに意識していないと思われる指摘や、所有権を侵害する犯罪として窃盜罪・強盜罪・詐欺取財罪をあげ、その手段方法が異なるがゆえに罪名が区別されているにすぎず、詐欺取財罪は被害者の承諾の有無で他とは区別されるが、欺罔によつて誤つて被害者が承諾していることから、「畢竟は是れ承諾なきに同じ」⁽³⁰⁾だとして詐欺取財罪は「被害者の承諾なくして財物を取る犯罪に外ならず」との指摘⁽³¹⁾がある。これらの指摘からすれば、両罪をドイツのように保護対象の異なる異質な犯罪として区別していたかは疑問である。

次に、客体の違いに関して、厳密に両者を区別しようという傾向があつたかは疑わしい。たしかに、詐欺取財罪にいう「財物」は、窃盜罪などと異なり、不動産や有形・無形の動産など「財産を形容する者は皆貯蓄するもの」であり⁽³²⁾、「諸種の物権」や債権を意味する「人権」（旧民法・財産編三条）も含むとの理解が示されていた。もつとも、このような理解に対しても、詐欺取財罪の性質からすれば権利も客体として含まれるもの、旧刑法三九〇条がとくに「証書類」と規定している以上は同条にいう「財物」の範囲も限定されるとし、「財物」には権利を含まないと理解も示されている。⁽³³⁾したがつて、理論的には詐欺取財罪の性質からして権利もその保護対象になるとの理解は看取されるが、「財物若くは証書類」という文言によって限定がかかつており、必ずしも窃盜罪の客体と大きく異なるものと理解されていたわけではないようと思われる。

以上からすれば、旧刑法は窃盜罪と区別して詐欺取財罪を規定してはいるが、両者の性質が大きく異なるものとは理解されていなかつたと考えられる。このことを踏まえたうえで、どのような経緯で現行刑法のような規定となつたのかについて確認していく。

旧刑法の施行後、その起草者であつたボアソナードは独自の改正案を作成し、窃盜罪の客体を「有形の動産」とし、詐欺罪の客体を「金額、有価物品、不動産若しくは動産又は権利の譲渡、義務若しくは義務の免脱を記載せる証書」としていた⁽³⁴⁾。ここでは、詐欺罪のほうが窃盜罪の客体よりも広い客体が想定されているという点に両罪の違いがある。そして、この案を基に作成された明治二三年改正刑法草案は、両罪を「第六章 財産に対する罪」に規定し、「第一節 盗罪」の「第一款 窃盜の罪」に窃盜罪を規定し、詐欺取財罪を同章の「第四節 詐欺取財及び背信の罪」に規定している⁽³⁵⁾。後者は客体に「不正の利益」といった無体財産も含むとしており、この点で前者と客体を異にしている。ただし、同案の詐欺取財罪の規定は、当時のドイツ帝国刑法典の詐欺罪の構成要件と類似するが、「財産上の損害」を明文で定めていない点で異なり、ドイツ帝国刑法典を参照していたとしても、詐欺罪をドイツと同様に全体財産に対する罪と位置づけるまでの意図は有していなかつたとの指摘があるように⁽³⁶⁾、同罪を窃盜罪と異質のものと理解していたかは定かでないようと思われる。

その後、現行刑法の原型をなすとされる明治三〇年刑法草案では、窃盜罪と詐欺罪とを「第十四章 財産に対する罪」の「第一節 賊盗の罪」に規定し、両罪をそれぞれ「窃盜の罪」と「詐欺盜の罪」と分けて規定している⁽³⁷⁾。いずれも「動産」を客体とする点では共通し、後者はそれに加えて「財産上の利益」も客体としている。つまり、この時点での現行刑法の一項と二項のように、詐欺罪の客体は窃盜罪よりも拡張されている。

明治三四年草案でも、窃盜罪と詐欺罪を別々の節に規定していた旧刑法および明治二三年改正刑法草案とは異なり、両罪をまとめて「第十四章 貢産に対する罪」の「第一節 賊盗の罪」に規定している⁽³⁸⁾。そのため、両罪を同質的に捉えていたと解する余地がある。現に、明治三四年第一五回帝国議会に提出された明治三四年草案に関する「刑法改正参考書」は、両罪の性質が同じであることから一節にまとめたと説明している⁽³⁹⁾。もつとも、詐欺罪を純然たる盗罪とした例はなく、民法一九三条の「盗品」に詐欺罪で得た場合が含まれるのは妥当でないといし、第一節の標題を「賊

盜の罪及び詐欺取財「の」罪に改めるべきだとの当時の大審院長の意見がある。⁽⁴⁰⁾ ただ、同意見は、両罪に関する通則を定めるのは可としており、どこまで両罪を異質なものとして捉えていたかは判然としないと言えよう。

また、前記「刑法改正参考書」では、「財産上の利益」という文言に改正された理由として、「財物若くは証書類」という語の意義が不明確であり、かつ、「狭きに失すこと」があげられている。⁽⁴¹⁾ ここからは、詐欺罪の客体を拡張すべきだとの問題意識を見て取ることができる。しかし、「動産」が並置されているように、ドイツのような「財産（Vermögen）」という包括的な概念の下に財物と権利・利益などを包括的に規定するという方法は採られていない。すなわち、動産をベースとしつつ、それ以外の権利・利益を財産上の利益として拡張することが意図されていたにすぎず、ドイツのようにそれらを統合する概念としての「財産」という考え方は、少なくとも立法上は採用されていないのである。⁽⁴²⁾ このことは、財物と財産上の利益を並置する現行刑法においても同様であろう。

さて、明治三五年改正案も、「人の動産」が「他人の財物」という文言に変わった点を除いては、その改正理由も含めて明治三四年草案とほぼ同様である。⁽⁴³⁾ そして、明治四〇年改正案を経て、平易化以前の現行刑法の条文となつた。そこでは、窃盗罪と詐欺罪はそれぞれ「第三六章 窃盗及び強盗の罪」と「第三七章 詐欺及び恐喝の罪」と分けて規定されている。現行刑法の刑法改正政府提出案理由書は、窃盗罪と異なり、詐欺罪の場合は、財物以外の財産上の利益を取得する場合もありうることから、二項を新設したとしている。⁽⁴⁵⁾ また、同理由書は、窃盗罪と強盗罪に關して、その性質を同じくしていることから同一の節にまとめたとしており、章を異にする詐欺罪と窃盗罪とを同一の性質と見ていいとも考えられる。もつとも、章を分けて規定したことから直ちにドイツのよう両罪の性質が異なるものと考えられていたと断じることはできない。被害者の意思の関与の有無という点で窃盗罪は詐欺罪と異なるにすぎないと理解していたと解する余地があり、それを超えて両罪が性質を大きく異なるとする犯罪として考えられていたとまでは言い切れないからである。

以上、仮刑律から平易化以前の現行刑法に至るまでの規定の変遷について概観してきた。先述の立法沿革に鑑みると、行為態様としては詐欺罪と窃盜罪を区別していたものの、その性質が大きく異なるものとして把握されていたわけではなかつたと言えよう。たしかに、両罪を異なる章・節・款で規定し、詐欺罪は窃盜罪と違つて権利や利益などを保護する性質の犯罪類型と考えられるなど、両罪を意識的に区別しようとする傾向はあつた。他方で、両罪は基本的に性質を同じくしているとの理解が見られたり、詐欺取財罪の客体である「財物若くは証書類」では不明確かつ狭いとの指摘はなされたりしてきたが、財産的損害を詐欺罪の要件とすべきだといった議論が意識的になされてきたわけではなかつた点も看過することはできないであろう。

先述した窃盜罪と詐欺罪とを同質的なものとして捉えてきたとの立法沿革理解に対しても、ルードルフの意見書が日本の立法に影響したこと理由に、日本の詐欺罪の規定はドイツの影響を受けて客体の包括化を図つたもので、同罪の本質は利益詐欺罪にあつて「財産上不法の利益を得たこと」の解釈を「財物を交付させたこと」の解釈に用いるべきだとして実質的損害が詐欺罪の要件になるとの主張がある。⁽⁴⁷⁾ 同意見書の影響力がどの程度あつたかは措くとしても、同意見書は客体が有体物に限定されるのは狭すぎると主張しているにすぎず、それを超えて財産的損害が必要であるとか、「財産上の利益」が同罪において本質的な部分であるとまで主張するものではないよう思われる。また、立法沿革からは同罪の客体を拡張するとの意図は確認できるが、それを超えて財産的損害を要求する意図までは読み取れないであろう。現に、ドイツのように「財産」と包括的に規定する（全体財産に対する罪と位置づける）ことの意義は、客体を拡張する点と形式的な財産の移転・喪失を超えた実質的な損害を要求する点にあるように思われる⁽⁴⁸⁾が、日本の立法沿革では、前者のみが問題とされていたにすぎず、後者までは問題とされていなかつたのである。よつて、ルードルフの意見書を根拠とする前記見解を支持することは困難である。

(三) 学説史的検討

以上、立法沿革史の観点からは、ドイツのように詐欺罪と窃盜罪を峻別していたわけではなく、行為態様や被害者の意思の関与という点で異なるとはいっても、両罪は同質的なものと理解されてきたと解される。もつとも、仮に立法沿革としてはそのように理解できるとしても、その後の学説においてどのように解されてきたかは別問題である。そこで、学説史の観点から両罪の関係性について見ていくことにしたい。⁽⁵⁰⁾

旧刑法下の学説においては、詐欺取財罪は権利といった無体財産も保護するものとの理解がある一方で、同罪の「財物」に権利は含まれないとの異論が見られたり、窃盜罪と詐欺取財罪とともに所有権を侵害する犯罪類型と解する立場も主張されていたりと、行為態様や客体を超えて両罪を峻別していたわけではなかつた。このことを踏まえたうえで、現行刑法下の学説における両罪の関係性の理解を見ていくことにしよう。

かつては、詐欺罪は財産的損害が生じた場合にのみ成立するとして全体財産に対する損害がなければならぬといふように同罪を全体財産に対する罪と位置づけるのに親和的な見解⁽⁵¹⁾と、そのような損害は要求されないとが対立していた。そこでは、窃盜罪と詐欺罪が異なる性質のものか否かという観点から財産的損害の要否が争われていた。⁽⁵²⁾

個別財産に対する罪と全体財産に対する罪という分類をより強く意識した見解として、「個々の財物を侵害する罪」と「包括的財産を侵害する罪」（他人の財産状態に不利益を及ぼす罪）とに分け、窃盜罪は前者に属し、詐欺罪は「両者に跨っている」との主張がある。⁽⁵³⁾また、「個別財産に対する罪」と「全体財産（財産状態）に対する罪」とに分け、窃盜罪は前者に属し、一項詐欺罪は個別財産に対する罪のみが含まれるが、二項詐欺罪は、債権といった個々の財産権に関しては個別財産に対する罪にあたるが、それ以外の利益に関しては全体財産に対する罪にあたるとの主張

もある。⁽⁵⁶⁾

そして、近時は、一項と二項とを区別せずに、詐欺罪を全体財産に対する罪と位置づける見解も主張されている。⁽⁵⁷⁾これに対しても、現在の通説は、一項詐欺罪と二項詐欺罪とを区別せず、窃盜罪と詐欺罪とともに個別財産に対する罪と位置づけている。⁽⁵⁸⁾もつとも、詐欺罪を個別財産に対する罪に位置づける見解においても、相当対価の反対給付が全く考慮されていないわけではなく、個別財産の移転・喪失を基本しながらも財産的損害がない場合には同罪の成立を認めない実質的個別財産説も主張されている。⁽⁵⁹⁾

先述したように、通説は、一項詐欺罪と二項詐欺罪とを区別せずに詐欺罪は窃盜罪と同じく個別財産に対する罪にあたると解しており、個別財産に対する罪として両罪を同質的なものと理解している。もつとも、二項詐欺罪については全体財産に対する罪の場合も含むとする見解もあつたことから、なぜ詐欺罪全体が個別財産に対する罪に属するとの理解が通説となつたのかを検討する必要がある。

まず、一項詐欺罪と二項詐欺罪とを分けて考えることに対しては、同一条文の犯罪を二つの性質の異なるものと分けて理解する根拠はなく、あえて二項詐欺罪が全体財産に対する罪の場合を含むと解する必要性はないといったことが指摘されている。⁽⁶⁰⁾また、個別財産に対する罪と全体財産に対する罪とは概念的に両立しないため、二項詐欺罪に全体財産に対する罪が含まれると解することは論理的に成り立たないとの批判がある。⁽⁶¹⁾以上から、詐欺罪全体を個別財産に対する罪と位置づける理解が妥当であろう。なお、二項詐欺罪のすべてが個別財産に対する罪にあたると解する以上、債権などの個別の財産権やその他の「財産上の利益」が個別財産に含まれることとなる点に留意する必要がある。

次に、そもそも一項詐欺罪も二項詐欺罪も全体財産に対する罪と位置づける見解の当否も問題となる。これに対しても、背任罪との条文の文言の違いを無視するものであるなどと批判されている。⁽⁶²⁾また、詐欺罪は奪取罪に分類され

るところ、詐欺罪と窃盜罪とを同質的なものと捉えることを前提に、奪取罪のうち詐欺罪のみを全体財産に対する罪と位置づけるのは困難であるうえ、奪取罪すべてを全体財産に対する罪と位置づけると、相当対価のものを置いて他人の物を盗んだ場合が不可罰となつて不当だとの批判もある。⁽⁶³⁾

以上の批判を考慮してか、通説は、窃盜罪・詐欺罪ともに個別財産に対する罪と位置づけており、両罪の区別がそれほど厳格になされていなかつた立法沿革と親和的である。また、実質的個別財産説も含め、学説の多数は、個別財産の移転・喪失が詐欺罪の法益侵害の中核であり、詐欺罪はこの点で窃盜罪と異ならないと理解していると言える。

四 小 括

以上、立法沿革史および学説史の観点から、詐欺罪と窃盜罪の関係性を検討してきた。まず、立法沿革上、詐欺罪の客体に債権といった財産上の利益を含めるべきだとの問題意識は看取されるものの、それ以上に個別財産の移転・喪失を超えた実質的損害という意味での財産的損害の必要性について議論がなされていたわけではなかつた。また、学説史上は、詐欺罪を全体財産に対する罪と位置づける見解などが主張されていたが、学説の多くは、窃盜罪と詐欺罪を個別財産に対する罪と位置づけており、両罪を峻別してこなかつた立法沿革と親和的であつた。

もつとも、近時は、詐欺罪を個別財産の移転・喪失を超えた実質的損害という意味での財産的損害を要求する実質説が主張されている。ただ、同説はドイツの議論を参考に主張されているが、ドイツでは窃盜罪と詐欺罪を峻別することを前提に議論がなされている。それゆえ、ドイツを参照する同説が両罪を同質的に解してきた日本の伝統的な理解と整合するかは、慎重に検討する必要があろう。

四 詐欺罪と窃盜罪における法益侵害の基本構造

(一) 日独における詐欺罪と窃盜罪の関係性の相違点

以上、ドイツでは窃盜罪と詐欺罪を峻別することと財産的損害の要否が関連づけられ、両罪の関係性と財産的損害の要否とは密接に関係しているため、日本における両罪の関係性について立法沿革・学説史的にどのように解されてきたかを見てきた。以下では、日独の比較を通じて両罪における法益侵害の基本構造を明らかにしたい。

まず、詐欺罪と窃盜罪の関係性における日独の相違点を確認することにしよう。ドイツでは、窃盜罪は経済的な価値のない物も保護の対象とするのに対し、詐欺罪では一般に経済的な損害という意味での財産的損害が必要だとして、両罪を峻別している。また、物に対する被害者と窃盜罪は占有者（被害者）の合意の有無によって区別され、機械に不正に働きかけて財物を取得した事例で条件付き合意における外観基準を厳格に解する結果、占有者の合意が認められて窃盜罪にも詐欺罪にもならない領域が広く認められており、合意の觀点からも両罪を峻別する傾向にある。

他方、日本では、詐欺罪も窃盜罪も個別財産に対する罪と位置づけられ、両罪を客体や被害者の意思の関与という点で区別しているが、ドイツのように両罪を保護対象が異なる犯罪とはしてこなかった。つまり、両罪は同質的なものとして理解されている。現に、両罪では、不動産については議論があるものの、財物の意義は共通だとされ、ラブレターなどの主觀的・感情的価値しかない物についても詐欺罪で保護すべきだと解説されることもドイツとは異なる。⁽⁶⁵⁾また、条件付き合意との関連でいえば、たとえば、他人のキャッシュカードを無断で使用して現金を現金自動預払機から引き出した事例につき、日本ではこの場合に窃盜罪の成立を認めるのに対し、ドイツでは、一般に被害者の合意が認められるとして窃盜罪は成立せず、コンピュータ詐欺罪の成否が問題となるにすぎない。つまり、前記の場合に、

同じ事案であるにもかかわらず、日本では合意が認められないとして窃取に該当するとされるのに対し、ドイツでは合意が認められるとして窃取に該当しないとされている点に違いがある。

以下では、先述した日独の差異を踏まえつつ、まず、詐欺罪および窃盗罪で個別財産の移転・喪失を超えた実質的損害という意味での財産的損害が要件となるかを検討する。すなわち、詐欺罪の財産犯性および被害者の有効な同意の存在という当該損害を要求する根拠の当否を論じ、両罪における法益侵害の基本構造について論じる。

(二) 財産犯という観点からの検討

第一に、財産的損害を詐欺罪の要件とする根拠として一般に財産犯であることがあげられている。⁽⁶⁸⁾しかし、財産犯であることから直ちに財産的損害が要求されるかは疑問である。⁽⁶⁹⁾すでに見てきたように、かつては詐欺罪と窃盗罪と同じ異質のものと捉えるか否かという観点で財産的損害の要否が争われていたのに対し、現在は詐欺罪を窃盗罪と同じ個別財産に対する罪と位置づけている。つまり、現在の通説は両罪を異質なものとは捉えず、同質的なものとして両罪を個別財産に対する罪と位置づけていることになる。そうだとすれば、両罪の法益侵害の内実は同様に解するのが素直である。また、窃盗罪では財産的損害が要求されず、レジに代金を置いて商品を持ち出す行為に同罪の成立を認めるのが一般的であるように、⁽⁷⁰⁾財産犯だからといって常に財産的損害が要求されているわけではない。加えて、形式的な個別財産の移転・喪失によって窃盗罪の法益侵害が基礎づけられるのであれば、窃盗罪と同質的なものとして個別財産に対する罪と位置づけられる詐欺罪でも同様に解す余地がある。以上のことからすれば、財産犯であることから直ちに財産的損害が同罪の要件になるとは言えないはずである。

また、財産的損害の内実として経済的な損失を要求する見解が有力であるが⁽⁷¹⁾、なぜ詐欺罪の成立範囲が経済的な損失の生じた場合に限られるのかも疑問である。ここで注目すべきは、日本ではラブレターのような主觀的情感価値し

かない財物も詐欺罪で保護されると解されている点である。仮に何かしら経済的な損失が必要だとするのであれば、ドイツのように、経済的な価値のないラブレターを詐取したところで同罪は成立しないと解するのが論理的には一貫しているはずである。このような理解とは異なり、経済的な損失を要求しつつ、主観的価値しか有さないラブレターの詐取に同罪の成立を認めるのは、論理的整合性という観点からは難点があるようと思われる。

前記の理解に対しては、主觀的感情価値が高ければ経済的価値があると評価できるとの反論が考えられる⁽⁷⁴⁾。しかし、同見解にいう「経済的価値」は少なくともドイツで一般に言われているものとは異なるもので、論者の意図している「経済的価値」は何を意味するかが明らかでない。この点、たとえば、財産的価値を「社会通念上、当該客体が内在的・類型的に担っている経済的価値」と定義し、そこでいう「経済的価値」には社会一般の目から見て類型的に存在する価値とは認できる「思い入れ」も含まれるとの主張がある⁽⁷⁵⁾。これは「社会一般の目」という客観的評価の観点から何かしらの限定を加えようという意図のものと思われるが、それによって限定される範囲はあまりないように思われ⁽⁷⁶⁾、そうであれば、論者のいう「経済的価値」が何を意味するかは不明確と言わざるをえない。以上から、同見解は支持しがたいように思われる。

以上、財産犯という根拠から財産的損害を要求することはできず、詐欺罪の成立範囲を形式的損害とは別に経済的損害が生じた場合に限定する論理的必然性はないと言えよう。

(三) 被害者の同意の有効性という観点からの検討

第二に、財産的損害の根拠として被害者の有効な同意の存在をあげることができる。すなわち、被害者の同意があることから、詐欺罪の保護の主眼は財産の静的な「状態」よりも動的な「活用」にあるとして、財産的損害が要件になるとする見解がある⁽⁷⁷⁾。これは、被害者の有効な同意によつて個別財産の移転・喪失は正当化され、それとは別に財

産的損害が必要になると解するもののように思われる。なぜなら、仮に詐欺罪における被害者の同意を無効だとするのであれば、形式的な個別財産の移転・喪失によって同罪の法益侵害性は基礎づけられ、それを超えた実質的損害としての財産的損害を別個に要件とする必要はないからである。前記見解は説得的ではあるが、機械に対する不正な働きかけによる財物の取得に窃盗罪の成立を認める結果、本質的には詐欺罪の性質を有する事案が、人ではなくて機械であるがゆえに、窃盗罪に取り込まれることになる「窃盗罪の詐欺罪化」⁽²⁷⁾という現象を説明できないのではないかという疑問がある。

この疑問を論じる前提として、「窃取」の意義を確認しておきたい。窃取は、一般に「財物の占有者の意思に反して、その占有を侵害し、自己又は第三者の占有に移すこと」と定義される⁽²⁸⁾。ここでいう「占有者の意思に反して」の意義について、ドイツの議論を参考に分析的に検討することにしたい。

ドイツの窃盗罪の実行行為である「奪取（Wegnahme）」は、「占有者の意思がない又は当該意思に反する（ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers）」場合に認められる⁽²⁹⁾。筆者なりに敷衍すれば、占有者が渡したくないと思っているのに盗るひつたくりのような場合は、現に渡したくないと思っているため、占有者の意思に反して（gegen den Willen）財物を盗つたとなる。他方、家にある物を外出中に盗まれた空き巣のような場合、当該占有者が行為者に対して当該物を渡すかを判断していないため、占有者の意思がない場合（ohne den Willen）にあたる。そして、日本においても、窃取にいう「占有者の意思に反して」は、前者のみならず、後者の場合も含むと一般に解されているように思われる。

1)のように、「占有者の意思に反して」には、占有者の実際の意思に反する場合とその意思が存在しない場合が含まれることになるが、両者は同じことを意味している⁽³⁰⁾。なぜなら、占有者の実際の意思に反する場合も占有者が相手に渡すという財産処分の意思決定を行つておらず、当該財物を移転するという占有者の意思はなく、両者は占有者の

財産処分の意思のない場合と言えるからである。したがって、窃盜罪は占有者の財産処分の意思がない場合を念頭に置いた犯罪類型だということになる。

以上のことを踏まえ、窃盜罪の詐欺罪化について検討する。仮に詐欺罪における被害者の同意が有効だとすれば、機械の場合であつても本質は同罪と変わらないため、占有者の有効な意思による移転と評価されることになる。窃取した他人のキャッシュカードを用いて現金自動預払機から現金を引き出した場合を例にとれば、キャッシュカードと暗証番号さえ合致すれば、占有者である銀行の有効な同意に基づいて現金という財物が移転したと考えることに理論上はなるはずである。このように考えると、占有者の財産処分の意思があることになり、「占有者の意思に反して」にはあたらない結果、窃盜罪の成立が否定されることとなってしまう。しかし、財物の場合に、人に対してもあれば詐欺罪になる行為を、機械に対してもあれば何も成立しないというのは、結論の妥当性からして疑問である。⁽⁸³⁾

では、このような場合に窃盜罪を認める理論構成はどのようなものであろうか。ここでは、占有者の財産処分の意思があるにもかかわらず、法理論的にそれがない場合と同様に評価できるかが問題となる。理論構成としては、占有者の財産処分の意思は無効となるので当該意思がない場合と同視できるとして窃盜罪の成立を認めることが考えられる。先述の例であれば、現金自動預払機の設置者（占有者）は、窃取した他人のキャッシュカードを用いての引出しであればそれに応じないという意思を有しており、そのような占有者の真意に反する財産処分の意思は無効だと解すれば、占有者の財産処分の意思が不存在である場合と法的効果としては同視でき、当該事案を同罪で处罚することが可能となる。

なお、前記のように解した場合、窃盜罪は、占有者の財産処分の意思が存在しない場合のみならず、当該意思が無効になる場合も含むことになる。要するに、窃盜罪には意思不存在型と意思無効型とが存在するのである。⁽⁸⁴⁾そして、ドイツでは、他人名義のカードを用いた現金自動預払機からの現金の引出しに窃盜罪の成立を否定しているように、

条件付き合意における外観基準を厳格に運用している結果として、被害者の同意の無効となる範囲がかなり限定されているのに対し、日本ではその無効となる範囲がかなり広く解されている点に特色がある。

このように、被害者の同意が無効となる範囲を広く認めた結果として窃盗罪の詐欺罪化が生じ、日本では両罪の区別が相対化している。⁽⁸⁵⁾ そして、現金自動預払機などの機械に不正な働きかけをして現金などの財物を得た場合には窃盗罪で対応できることを前提に、電子計算機使用詐欺罪が「財産上の利益」の場合のみを対象としていることから、⁽⁸⁶⁾ 窃盗罪の詐欺罪化を広く認めなければ処罰の間隙が生じるという問題がある。もちろん、両罪を峻別するため前記処罰の間隙もやむを得ないと解することもできるが、従来そのように解されてこなかったのは、両罪の同質性から主として人が機械かの違いにしか着目されてこなかつたからであろう。

では、他人のキャッシュカードを用いて現金自動預払機から現金を引き出した場合に被害者の同意は無効だとして窃盗罪の成立を認めるとして、詐欺罪の場合に前記の窃盗罪の場合とは違つて被害者の同意を有効と解してしまつていいのであろうか。すなわち、窃取した他人のキャッシュカードを用いて銀行窓口で行員から現金を引き出した場合には詐欺罪が成立するが、この場合、銀行員は窃取した他人のキャッシュカードだと知つていれば引出しには応じなかつたはずであるから、先述した窃盗罪における現金自動預払機の設置者の真意に反した場合と同様の問題状況にある。このとき、同じ問題状況であるのに、窃盗罪との関係では当該意思は無効で、詐欺罪との関係では当該意思は有効だとするのは論理的に矛盾している。このような矛盾を回避するには詐欺罪の場合も被害者の同意が無効だと解すほかないが、その場合には、被害者の有効な同意から財産的損害が要求されるとの理解は放棄せざるを得ないであろう。

以上から、詐欺罪の場合でも被害者の同意は無効だと解すべきである。ところで、詐欺罪における被害者の同意を無効と解するのは法益関係的錯誤説と親和的である。また、窃盗罪においても、法益関係性のある被害者の意思に反

した場合に限つて被害者の同意が無効になるとして同罪の成立を認めるべきだという見解が主張されている。⁽⁸⁷⁾ そのため、法益関係的錯誤および被害者の意思の法益関係性を問題とするアプローチの当否が問題となる。

まず、個別財産の移転・喪失に関して錯誤はないことから、法益関係的錯誤説はその理論的前提として個別財産の移転・喪失を超えた実質的損害を観念しているはずである。けれども、実質的損害を同罪の要件とできない以上は当該損害に関する錯誤も要件としては不要であり、また、詐欺罪は法益関係的錯誤がない場合を念頭に置いた犯罪類型であり、同説を同罪に応用するのは困難であろう。加えて、ドイツでは、日本では窃盜罪の成立が認められている体感器によるパチスロのメダル不正取得に類似する空プレイにおいて動機の錯誤として被害者の合意の有効性を認め同罪の成立を否定しており⁽⁸⁸⁾、体感器の事例で被害者の同意を無効にして同罪の成立を認めるることは、動機の錯誤を含めて広い範囲で被害者の同意を無効とすることを意味する。しかし、前記のように広く被害者の同意を無効とすることは、同説の当初の意図とは背馳するものであろう。⁽⁹⁰⁾

四 詐欺罪と窃盜罪における法益侵害の基本構造

このように、日独の議論の相違点に着目すれば、窃盜罪と同様に詐欺罪に財産的損害を要求できず、窃盜罪の詐欺罪化が示すように詐欺罪の場合も被害者の同意が無効であるとの理解を前提にすべきである。以上を踏まえうえで、詐欺罪と窃盜罪における法益侵害の基本構造について論じる。

まず、窃盜罪の詐欺罪化との関係から詐欺罪でも被害者の同意が無効だと解すべきだと論じてきたが、このことは単に当該現象を正当化するという意味にとどまるものではない。詐欺罪は、個別財産の移転・喪失が法益侵害になるという意味で個別財産に対する罪とされている。仮に詐欺罪における被害者の同意を有効と解すれば個別財産の移転・喪失は正当化されるから、そもそも同罪を個別財産に対する罪と位置づけることと整合しない。つまり、同罪を

個別財産に対する罪と位置づける以上、被害者の同意は無効と解ざるを得ない⁽⁹¹⁾。このように、詐欺罪において被害者の同意を無効と解することは、同罪を個別財産に対する罪と位置づけることから論理的に導かれるものなのである。

以上から、詐欺罪は、たとえ被害者の意思に基づいて個別財産が移転・喪失しているとはいっても、当該意思は瑕疵あるものとして無効であり、個別財産の移転・喪失が法益侵害を構成するという意味で、個別財産に対する罪と位置づけられることになる。そして、個別財産の移転・喪失が法益侵害の内実をなすという意味では、窃盜罪も詐欺罪と同質的だと解される結果として、両罪は個別財産に対する罪と位置づけられる。もつとも、法的効果の面では意思の不存在も無効も異なるものではないが、両者は被害者の意思の関与の有無という点で構造的に大きな差異がある。そのため、意思不存在型を典型とする窃盜罪は詐欺罪と本來的には大きく異なるのであるが、窃盜罪の詐欺罪化という現象が承認されたことで窃盜罪に意思無効型が含まれた結果、両罪の差異は相対化しているのである。

さて、窃盜罪の詐欺罪化によって意思無効型の窃盜罪が承認され、詐欺罪も被害者の同意が無効である場合を想定した犯罪類型であると論じてきた。そして、意思無効型の窃盜罪と詐欺罪は、機械か人かの違いはあれ、いずれも同じ理論状況にあつて重要事項性が問題とされていると言え⁽⁹²⁾、そうであれば両者は統一的に解決されるべきことになる。⁽⁹³⁾

これに対し、窃盜罪における同意に付しうる条件と詐欺罪の欺罔行為にいう重要事項とが一致する論理的必然性はないとの批判がなされている⁽⁹⁴⁾。しかし、重要事項性が「法益関係的錯誤はないが動機の錯誤はある場合のうち、どこまでを財産犯である同罪によつて捕捉すべきであるか」という問題だとすれば、体感器を利用したパチスロのメダル不正取得の事例はこれと同様の問題状況にあるはずである。なぜなら、パチスロ遊技機の設置者は行為者がメダルを入れて遊戯した場合にメダルを移転させるという意思を有し、当該事例においてもメダルを入れて遊戯をしている点では被害者の設定した条件に合致しているため、メダル排出率に関してはあくまで動機の錯誤の問題にすぎないからである。現に、先述したように、ドイツでは当該事例と類似する空プレイに関して動機の錯誤の問題として捉えられ

ている。よって、同意に付しうる条件と重要事項の議論は同様の問題状況にあると言えよう。

では、意思無効型の窃盗罪と詐欺罪はどのような構造のものであろうか。ここで着目すべきは、両者が、意思不存在型の窃盗罪とは異なり、瑕疵ある意思とはいえた被害者の財産処分の意思が介在している点である。議論の前提として、窃盗罪の保護法益について言及しておきたい。窃盗罪の保護法益について占有説と本権説の対立があるものの、いずれの見解も究極的には所有権を保護している点では一致が見られる。⁽⁹⁶⁾ そして、所有権は物を使用・収益・処分する権利であるから（民法二〇六条）、窃盗罪では財物に関する処分の自由が保護されていると解される。⁽⁹⁷⁾ 厳密には、窃取されても法的には被害者に所有権が存することから、処分しようと思えば処分できるという処分可能性が保護されており、財産処分の自由はそのような可能性を内実とするものである。

以上を踏まえ、まず、意思無効型の窃盗罪と詐欺罪の比較対象として意思不存在型の窃盗罪の基本構造について見ていく。従来、意思不存在型の窃盗罪に関しては財産的損害の問題は論じられてこなかった。これは、同罪が財産処分の自由を保護しているところ、財産を好きに処分できる可能性が占有者の意思に反する占有移転によって侵害され、そのような自由の侵害は相当対価のものが置かれたとしても治癒されないため、財産的損害の有無を論じるまでもなく同罪の成立が認められていたことによるものであろう。

これに対し、意思無効型の窃盗罪では、占有者である機械の設置者は一定の条件を満たせば機械を通じて財物を交付するという意思決定を事前にしており、その意味で被害者の財産処分の意思決定が介在している。そのため、一見すると被害者の意思に反しないようにも思えるが、行為者が機械に不正な働きかけを行うことで被害者の真意には反しているため、その同意が無効となつて同罪が成立するかが問題となる。ここでは、瑕疵ある意思とはいえた被害者の財産処分の意思決定が介在していることから、同罪の成否が議論されているのである。

同様のことは、詐欺罪にもあてはまる。なぜなら、同罪の場合も、欺罔行為によつてもたらされた瑕疵ある意思と

は言え、被害者は処分行為という形で財産处分の意思決定を行っているからである。もつとも、窃盗罪は財物を対象として所有権を保護しているが、詐欺罪は二項で「財産上の利益」も客体としている点をどのように解するかが問題となる。

民法学者では、財産上の利益の代表格である債権につき、「債権の上の所有権」という議論がなされていた。もつとも、現在では、そのような所有権を認める必要はないと一般に解されている。⁽⁹⁹⁾しかし、債権の上の所有権を否定する立場においても債権は権利の譲渡性などといった点で所有権と共通の性質を有するということは承認されており、处分権限という点では所有権も債権も共通しているとされる。⁽¹⁰⁰⁾刑法の通説は財物（所有権）も債権も同じ個別財産に含まれると解しているが、両者は異なるものであるにもかかわらず同じカテゴリーに分類されるのは、両者が处分権という意味で共通していることに由来するものと思われる。要するに、一項でも二項でも財産に対する処分権が問題となり、いざれも財産処分の自由を保護するものなのである。⁽¹⁰¹⁾

（五）小括

以上から、窃盗罪と詐欺罪の保護法益は財産処分の自由であり、被害者の意思を介在させないことで、あるいは、その意思が無効となることで、被害者の財産処分の自由が侵害されることになる。前者に属する意思不存在型の窃盗罪および後者に属する意思無効型の窃盗罪・詐欺罪は、法的効果の点では共通しているが、後者については被害者の瑕疵ある財産処分の意思が介在している点において意思不存在型の窃盗罪とは構造的に異なるものである。そして、窃盗罪か詐欺罪かの違いはあるが、意思無効型の窃盗罪と詐欺罪は被害者の意思が介在する点で同じ構造・問題状況にあるため、パチスロのメダル不正取得の事例に関する判例があげ、「通常の遊戯方法」の範囲内と言えるかという問題と詐欺罪の欺罔行為の重要事項にあたるかという問題は同様の判断基準で解決されるべきだと考えている。

このように、詐欺罪と窃盜罪における法益侵害の基本構造は、被害者の意思の不存在または無効による財産処分の自由の侵害であり、後者の場合には、無効とはいえた被害者の意思が介在するという点から、両罪の成立範囲を限定する必要が生じてくるのである。以上の問題意識から、次章では、意思無効型の窃盜罪と詐欺罪の成立範囲を画する判断基準を定立するにあたっての基本的な視座とはどのようなものであるかについて論じることにしたい。

五 結語に代えて——相当対価の反対給付事例における判断基準を定立する際の理論的視座——

意思無効型の窃盜罪と詐欺罪は、瑕疵ある意思とはいえた被害者の財産処分の意思決定が介在している点に特色がある。この被害者の意思の介在という要素が、相当対価の反対給付事例における判断基準を定立する際には重要なとなる。以下、前記要素から当該判断基準の定立に際してどのような理論的視座が導かれるかを論じ、本稿の結語に代えることとしたい。

先述したように、財産的損害を要求する根拠として被害者の同意の有効性があげられていた。ここからも明らかのように、瑕疵ある意思とはいえた被害者の財産処分の意思決定がなされている点が詐欺罪の成立を限定する根拠となっていたのである。このことは、同一の構造にある意思無効型の窃盜罪にもあてはまる。

もつとも、詐欺罪では、被害者の意思決定プロセスに行為者の欺罔行為が介在している結果、その意思に瑕疵があるという点に注意が必要である。意思無効型の窃盜罪においても、行為者の機械に対する不正な働きかけの結果として、一見すると被害者の設定した条件に合致した占有移転がなされているものの、その真意に反する財産処分をさせ

られているという点で被害者の意思に瑕疵があると言える。それにもかかわらず、被害者の同意を有効なものとして両罪の成立範囲を限定することは、その意思に瑕疵がある点を無視するもので問題がある。

一方で、被害者の財産処分の意思が介在していることからその成立範囲を限定する必要性が一定程度認められるのに対し、他方で、その意思に瑕疵があるので当該意思を有効だとして当該範囲を過度に限定するのにも問題がある。つまり、瑕疵ある意思とはいえ自ら財産処分を行うと決定した以上は責任を負わなければならないという財産処分に関する自己決定の自己責任的側面と、欺罔行為や不正な働きかけから被害者の意思決定を保護するという財産処分に関する自己決定の要保護的側面がある。敷衍すれば、自己決定の自己責任的側面は、詐欺罪と意思無効型の窃盗罪の成立範囲を限定する要素であり、これを強調すれば、個別財産の移転・喪失は被害者の自己責任とされ、それを超えた損害があつてはじめて保護に値するため、実質説は前記側面を強調するものと言える。他方、自己決定の要保護的側面は詐欺罪の成立を拡張する要素であり、これを強調すれば、行為者によつてだまされた以上は広く被害者の意思決定を保護すべきだとして、だまして財産を交付させれば直ちに詐欺罪にあたることとなるため、形式説は前記側面を強調するものと言える。しかし、形式説も相当対価の反対給付事例で詐欺罪の成立範囲の限定を試み、実質説も当該範囲を広げる傾向にあるから、妥当な处罚範囲はその中間にあると言え、両側面の調和が求められているのである。では、自己決定の自己責任的側面と要保護的側面の調和を求める際のポイントは何であろうか。ここで注目すべきは、意思無効型の窃盗罪と詐欺罪が取引を念頭に置く犯罪類型だということである。⁽¹⁸⁾ そして、民法では私的自治から当事者には原則として取引における情報収集の責任があるとしつつ、取引当事者間の情報の非対称性・格差の是正という観点から情報提供義務の生じる場合があるとされ、刑法の欺罔行為でも情報格差が問題とされていることからすれば、両者の調和を考える際には情報収集の責任および行為者の情報提供義務に着目すべきである。⁽¹⁹⁾ つまり、両罪の成立範囲を限定する視座は、從来主張されてきた財産的損害ではなく、情報収集の責任および行為者の情報提供義務

に求められるというのが私見である。

以上の理解からすれば、情報収集の責任という観点から被害者の確認措置がなされてはじめて意思無効型の窃盗罪や詐欺罪が成立する場合があるということになる。⁽¹⁸⁾もつとも、大判大九・五・八刑録二六輯三四八頁が飲食・宿泊の申込みには「特に反対の事情の存せざる限り」代金の支払いの暗黙の意思表示が含まれているとするように、常に被害者の確認措置が要求されるわけではない。他方で、暴力団関係者が暴力団関係者であることを秘してゴルフ場を利用した事例で、最高裁は、ゴルフ場が実効的な暴排措置を講じてはじめて詐欺罪の成立を認めている。⁽¹⁹⁾このように、事案によつて被害者の確認措置の要否が異なるつており、そのような差異がなぜ生じるのかについて理論的に検討する必要があるようと思われる。今後は、前記の差異に着目した具体的な判断基準の定立を課題としたい。

(1) 財産的損害を要求する見解として、詐欺罪を全体財産に対する罪と位置づける全体財産説と同罪が個別財産に対する罪であることを前提とする実質的個別財産説とがある。もつとも、両者は同様の判断構造にあると指摘されている（たとえば、照沼亮介「判批（最決平二二・七・二九）」刑ジャ二七号（二〇一）九〇頁）。これに対し、「得ようとしたものと現実に得たもの」との比較であつて全体財産説とは異なるとの指摘もある（橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」植村立郎判事退官記念論文集編集委員会編『現代刑事法の諸問題 第一巻 第一編』一八〇頁以下（立花書房、二〇一一））。しかし、形式的な個別財産の移転・喪失のみでは詐欺罪の法益侵害が基礎づけられないとする点では両説に違いはない。その意味では、両説における同罪の法益侵害の捉え方に大きな差はないと言える。

(2) たとえば、松原芳博「刑法各論」二七七頁（日本評論社、二〇一六）は、法益関係的錯誤説と実質的個別財産説が表裏の関係にあると指摘する。なお、小林憲太郎「詐欺罪における財産的損害の周辺」判時二三九五号（二〇一九）一二五頁以下も参照。

(3) 体感器を利用した事例に関する最決平一九・四・一三刑集六一・三・三四〇および壁役として遊戯した事例に関する最決平二一・六・二九刑集六三・五・四六一。

- (4) たとえば、内田幸隆「窃盗罪における窃取行為について」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』1113頁（成文堂、11014）。
- (5) 齋野彦弥「詐欺罪における損害の意義」山口厚ほか編『西田典之先生獻呈論文集』三八三頁以下（有斐閣、11017）。
- (6) たとえば、暴力団関係者が暴力団関係者であることを秘してガルフ場を利用した事案で詐欺罪の成立を認めた最決平11六・三・二八刑集六八・三・六四六の調査官解説である野原俊郎「判解」『最高裁判所判例解説・刑事篇平成二六年度』1五七頁以下。
- (7) 深町晋也「判批（最決平11・六・11九）」論究ジョリ111号（11015）1八八頁以下、菊地一樹「占有者の意思と窃盜罪の成否」早法九二巻11号（11017）八一頁以下。
- (8) *Günther Axt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf*, Strafrecht BT, 3. Aufl., 2015, § 11 Rn. 5 ff.; *Rudolf Rengier*, Strafrecht BT I, 20. Aufl., 2018, § 1 Rn. 2 ff.; *Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schuh*, Strafrecht BT 2, 41. Aufl., 2018, Rn. 1 ff.
- (9) 井田良「詐欺罪における財産的損害について」曹時六六巻11号（11014）111頁、野澤充「窃盗罪における「財産損害」～」立命1175・1176号（11014）116九頁。
- (10) *Joachim Vogel*, in: LK Bd. 8, 12. Aufl., 2010 Vor §§ 242 ff. Rn. 53.; *Rengier*, a. a. O. (Ann. 8) § 2 Rn. 6.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, a. a. O. (Ann. 8) Rn. 74. 樋口亮介「マイク財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローマン法一八号（110111）115四頁、野澤充・前掲注（8）117〇頁。
- (11) *Rengier*, a. a. O. (Ann. 8) Rn. 2.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, a. a. O. (Ann. 8) Rn. 1. なお、樋口亮介・同右118七頁。
- (12) 井田良・前掲注（9）・野澤充・前掲注（9）116九頁以下、佐竹宏章「詐欺罪における構成要件的結果の意義及び判断方法について（五）」立命118〇号（110118）四七頁。なお、佐竹宏章・前掲四八頁以下は、全体財産に対する罪と位置づけることと経済的な損害が要求されることは論理必然的に結びつくわけではなくといふ。いはるべく、マイクでは一般に詐欺罪の成立に経済的な損害が要求される点は看過しきれぬ点は看過しきれぬ。
- (13) 議論の詳細にいわ、*Andreas Hoyer*, in: SK Bd. 5, 7. Aufl., 2004, § 263 Rn. 88 ff.; *Klaus Tiedemann*, in: LK Bd. 9/1, 12. Aufl., 2012 § 263 Rn. 126 ff.; *Eric Hilgendorf/Brion Valerius*, Strafrecht BT II, 2017, § 13 Rn. 67 ff.; *Rengier*, a. a. O. (Ann. 8) § 13 Rn. 117 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, a. a. O. (Ann. 8) Rn. 530 ff.; *Roland Hefendehl*, in: MK Bd. 5, 3. Aufl., 2019,

- § 263 Rn. 365 ff. 照沼亮介「ドイツにおける詐欺罪の現況」刑ジャ31号（110-111）111頁以下、樋口亮介・前掲注（10）1八七頁以下、足立友子『詐欺罪の保護法益論』110頁以下（弘文堂、110-1八）、佐竹宏章・同右五二頁以下。
- (14) *Rengier*, a. a. O. (Ann. 8) § 13 Rn. 75 ff.; *Wessels/Hilkenkamp/Schuh*, a. a. O. (Ann. 8) Rn. 624. 樋口亮介・同右「八四頁」議論の詳細につき、拙稿「窃取概念における条件設定論の検討」法学政治学論究1一六号（110-1八）1五〇頁以下。
- (15) BGHSt 35, 152.
- (16) *Heinrich*, a. a. O. (Ann. 8) § 13 Rn. 55. なお、佐藤陽子「被害者の承諾」111六頁（成文堂、110-11）。
- (17) *Roland Schmitz*, in: MK Bd. 4, 3. Aufl., 2017, § 242 Rn. 99.; *Albin Eser/Nikolaus Bosch*, in: Sch/Sch, 30. Aufl., 2019, § 242 Rn. 36a.
- (18) BT-Drs. 10/5058, S. 30. 樋口亮介・前掲注（10）1五八頁。なお、クラウス・ティーマン（神山敏雄訳）「ロハムーラタ刑法」宮澤浩一ほか監訳「ドイツおよびECにおける経済犯罪と経済刑法」1七六頁以下（成文堂、一九九〇）。
- (19) 長井圓「カード犯罪対策法の最先端」1四二頁（日本クレジット産業協会クレジット研究所、110〇〇〇）。
- (20) 林幹人「財産犯の保護法益」1〇一頁（東京大学出版会、一九八四）。
- (21) 林幹人「財産犯の保護法益」1〇一頁（東京大学出版会、一九八四）。
- (22) たとえば、山口厚「刑法各論」1七〇頁（有斐閣、110-1〇）。
- (23) 林幹人「刑法各論」1三八頁（東京大学出版会、二版、11〇〇七）、中森喜彦「刑法各論」1〇〇頁以下（有斐閣、四版、11〇-1五）。
- (24) 松原芳博・前掲注（2）二六三頁、松宮孝明「刑法各論」1四九頁以下および二六七頁（成文堂、五版、110-1八）。なお、小林憲太郎・前掲注（2）一二五頁も参照。
- (25) 詐欺罪の規定の沿革について、佐竹宏章「詐欺罪における構成要件的結果の意義及び判断方法について（11）」立命三七七号（110-1八）一九八頁以下および同稿で引用されている文献を参照。とくに、中森喜彦「二項犯罪小論」論叢九四卷五・六号（一九七四）一一五頁以下、渡辺靖明「詐欺罪と恐喝罪との関係をめぐる考察」横浜国際社会科学研究一八卷三号（110-1三）一三頁以下、足立友子・前掲注（13）三五頁以下。
- (26) 具体的な規定につき、松尾浩也解題「倉富勇三郎ほか監修／高橋治俊ほか編『増補 刑法沿革総覧』二二二三五頁以下（信山社、一九九〇）。なお、立法資料および大審院の判例に関しては、適宜、旧字体を新字体に、カタカナをひらがなに改めている（以下同様）。

- (27) 具体的な規定につき、松尾浩也ほか・同右二三〇六頁以下。
- (28) 具体的な規定につき、松尾浩也ほか・同右五二頁以下。
- (29) 村田保『刑法注釈 再版 卷七』三一頁（内田正栄堂、一八八一年）。
- (30) 古賀廉造講述『刑法各論』一九六頁以下（和仏法律学校、一九〇三）。
- (31) 宮城浩蔵『刑法「明治一三年」講義』四版 第二卷 日本立法資料全集 別巻 八〇 六九二頁（信山社、一九九八）。
- (32) 宮城浩蔵（明治大学創立百周年記念学術叢書出版委員会編）『刑法正義（創立百周年記念学術叢書第四巻）』七四三頁（明治大学、一九八四）。
- (33) 豊島直道「刑法上所有物と財産とは如何なる差異ありや」梅謙次郎ほか『法典質疑問答第八編 刑法・国際公法・国際私法全』一六四頁（信山社、復刻版、一九九四）。
- (34) ボアソナード『刑法草案註釈（下巻）』五九七頁および六九八頁（宗文館書店、復刻版、一九八八）。
- (35) 具体的な規定につき、松尾浩也ほか・前掲注（26）一二七頁以下。
- (36) 渡辺靖明・前掲注（25）二二頁。
- (37) 具体的な規定につき、明治二八年刑法草案とあわせて、内田文昭ほか編『刑法「明治四〇年」（二）日本立法資料全集二』一七八頁（信山社、一九九三）。
- (38) 具体的な規定につき、内田文昭ほか編『刑法「明治四〇年」（三）——I 日本立法資料全集二二』五七頁以下（信山社、一九九四）。
- (39) 内田文昭ほか・同右一五二頁。
- (40) 内田文昭ほか編『刑法「明治四〇年」（三）——II 日本立法資料全集二三』二〇八頁（信山社、一九九四）。なお、同一四頁（内田文昭）も参照。
- (41) 内田文昭ほか・前掲注（38）一五四頁。
- (42) 井田良・前掲注（9）二頁。
- (43) 具体的な規定および改正理由につき、内田文昭ほか編『刑法「明治四〇年」（四）日本立法資料全集二四』五五頁以下および一四七頁以下（信山社、一九九五）。
- (44) 具体的な規定につき、松尾浩也ほか・前掲注（26）一五九〇頁以下。

- (45) 松尾浩也ほか・同右二二一一二頁。
- (46) 松尾浩也ほか・同右二二一〇九頁。
- (47) 佐竹宏章・前掲注(25)三四三頁以下。また、同説からの帰結につき、佐竹宏章「詐欺罪における構成要件的結果の意義及び判断方法について（六・完）」立命三八一・三八二号（二〇一九）一五四頁以下。なお、野澤充・前掲注(9)二七七頁以下。
- (48) オットー・ルードルフ（宮島鈴吉訳）「日本刑法意見書」内田文昭ほか編『刑法（明治四〇年）（一）——I 日本立法資料全集一〇』五二〇頁（信山社、一九九九）。なお、長井圓「詐欺罪における形式的個別財産説の理論的構造」新報一二一卷一一・一二号（二〇一五）三六三頁も参照。
- (49) 中森喜彦・前掲注(25)二二一六頁。
- (50) 学説の展開につき、設楽裕文・淵脇千寿保「詐欺罪における財産的損害」Law & Practice八号（二〇一四）一七一頁以下。
- (51) なお、中森喜彦・前掲注(25)二一七頁以下。
- (52) 大場茂馬「刑法各論 上巻 復刻叢書法律学編 四二」五六九頁以下（信山社、一九九四）、宮本英脩「宮本英脩著作集第三巻 刑法大綱（第四版）」三七〇頁以下（成文堂、覆刻版、一九八四）、瀧川幸辰「増補 刑法各論」一六〇頁（世界思想社、一九六八）。
- (53) 牧野英一「刑法各論 下巻」六八一頁以下（有斐閣、六版、一九五五）。
- (54) 瀧川幸辰・前掲注(52)と牧野英一・同右六八四頁の対立を参照。
- (55) 小野清一郎「新訂 刑法講義 各論」二二五頁以下（有斐閣、一九四九）。
- (56) たとえば、团藤重光「刑法綱要各論」五四六頁および六一九頁以下（有斐閣、三版、一九九〇）。なお、山中敬一「刑法各論」二五三頁（成文堂、三版、二〇一五）は、二項犯罪を全体財産に対する罪と位置づける。
- (57) 林幹人「詐欺罪における財産上の損害」現刑四四号（二〇〇二）五一頁以下。
- (58) たとえば、福田平「全訂 刑法各論」二五〇頁（有斐閣、三版増補、二〇〇一）。
- (59) たとえば、西田典之（橋爪隆補訂）「刑法各論」二二〇頁（弘文堂、七版、二〇一八）。
- (60) 中森喜彦「二項犯罪」中山研一ほか編「現代刑法講座 第四巻 刑法各論の諸問題」二九八頁以下（成文堂、一九八一）、曾根威彦「二項犯罪」阿部純二ほか編「刑法基本講座（第5巻）——財産犯論」一五六頁（法学書院、一九九三）。

(61) 山口厚・前掲注(22)二四四頁。

(62) 山口厚「新判例から見た刑法」二九五頁以下（有斐閣、三版、二〇一五）。

(63) 松原芳博・前掲注(2)二七五頁。

(64) すなわち、実質的個別財産説の代表的な研究である伊藤涉「詐欺罪における財産的損害（一）～（五）」警研六三巻四号（一九九三）二七頁以下・同五号（同年）二八頁以下・同六号（同年）三九頁以下・同七号（同年）三二頁以下・同八号（同年）三〇頁以下は、詐欺罪を全体財産に対する罪と位置づけるドイツの議論・裁判例を参考していた。また、法益関係的錯誤説を同罪に応用した代表的な研究である佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号（一九八五）一〇二頁以下は、ドイツにおける同説の議論を同罪に導入・展開したものであった。

(65) 議論状況につき、佐伯仁志「不動産を客体とする財産犯」法教三六八号（二〇一二）一〇八頁以下。

(66) 田山聰美「財産犯における客体と損害概念」刑法五七巻二号（二〇一八）五四頁以下。また、先述したドイツの一般的な理解とは異なり、法律的・経済的財産概念を採用する立場からもラブレターの詐取に詐欺罪の成立を認めるべきだとするものとして、井田良・前掲注(9)八頁、高橋則夫『刑法各論』二二一頁（成文堂、三版、二〇一八）。

(67) たとえば、窃取したキャッシュカードを用いて現金自動預払機から現金を引き出した事例に窃盜罪の成立を認めた例として東高判昭五五・三・三判時九七五号一三三頁。

(68) 西田典之・前掲注(59)一五〇頁。加えて、足立友子・前掲注(13)一二三頁。

(69) 窃盗罪に財産的損害を要求できないとの文脈だが、野澤充・前掲注(9)二六七頁以下。

(70) 井田良「講義刑法学・各論」二七二頁（有斐閣、二〇一六）、橋爪隆「銀行預金に関連する財産犯について」法教四四〇号（二〇一七）九八頁。

(71) たとえば、高橋則夫・前掲注(66)三三九頁。

(72) 高橋則夫・同右。

(73) たとえば、田山聰美「詐欺罪における財産的損害」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集「下巻」』一五七頁以下（成文堂、二〇一四）。

(74) 田山聰美・前掲注(66)一五五頁。中国刑法に関するものであるが、付立慶（毛乃純訳・甲斐克則補正）「詐欺罪における財産損失に関する試論」甲斐克則編『日中刑法総論・各論の先端課題』二二二頁（成文堂、二〇一八）。

(75) 田山聰美・同右一五四頁以下。

(76) 山口厚「刑法における財物の意義」阿部純二ほか編『刑法基本講座（第五巻）——財産犯論』二七頁および三一頁（法学書院、一九九三）。

(77) 松原芳博・前掲注（2）一一六三頁および二七四頁以下。

(78) 井田良「コメント②」山口厚ほか『理論刑法学の最前線II』一四三頁（岩波書店、一一〇〇六）。

(79) 前掲注（67）であげた裁判例を参照。誤振込みでも同様の現象が問題となることにつき、橋爪隆・前掲注（70）一〇八頁。

(80) たとえば、前田雅英ほか編『条解刑法』七二二頁（弘文堂、三版、一〇一〇一）。

(81) *Rengier*, a. a. O. (Ann. 8) § 2 Rn. 64; *Wessels/Hüllerhamp/Schuh*, a. a. O. (Ann. 8) Rn. 115.

(82) なお、*Vogel*, a. a. O. (Ann. 10) Rn. 107.; *Schmitz*, a. a. O. (Ann. 18) Rn. 88.

(83) 現に、前掲注（67）の裁判例の結論に賛成するのが一般的であろう。たとえば、山口厚・前掲注（22）二五一頁。

(84) 拙稿・前掲注（15）一四九頁以下・一五九頁以下。

(85) 井田良・前掲注（78）は、詐欺罪に法益関係的錯誤説を応用することに対して、被害者の同意を無効とするのであれば、詐欺罪ではなく窃盜罪が成立するはずだと指摘する。たしかに、財物に関しては処分行為の有無によって両罪が区別され、そこでは処分意思の有効性が問題となることから、詐欺罪において被害者の同意を無効としてしまうと、両罪の区別が相対化することとなってしまう。もっとも、日本では、ドイツで窃盜罪の成立が否定される傾向にある空ブレイなどの機械に対して不正な働きかけを行つて財物を取得する場合に広く窃盜罪の成立を認めており、日本においてはドイツほど両罪の区別が厳格に解されているわけではないと指摘することができよう。つまり、日本では、前記の場合に人か機械かで一項詐欺罪と窃盜罪とが区別されているにすぎず、被害者の同意の効力という観点から厳格に両罪が区別されているわけではない。

(86) 米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』一六頁（的場純男）（立花書房、一九八八）。

(87) 橋爪隆「窃盜罪における『窃取』の意義について」刑法五四卷二号（一一〇一五）三〇一頁以下。なお、同「ネット取引と犯罪」法教三九一号（二〇一三）九三頁は、法益関係的錯誤説からは窃盜罪と詐欺罪とを連続的に議論できると指摘する。

(88) 井田良・前掲注（78）、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』一九九頁（判例時報社、一〇一八）。

(89) ドイツの裁判例や議論の詳細につき、拙稿・前掲注（15）一五〇頁以下。

- (90) 葛原力三「財産的損害のない詐欺罪」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』一二二五頁以下（成文堂、二〇一七）。なお、小林憲太郎・前掲注（2）一二五頁は、「詐欺罪の捕捉する錯誤が法益関係的錯誤を超えている」と指摘している。
- (91) なお、品田智史「詐欺罪における契約上の規律について」阪法六七巻一号（二〇一七）一三一頁は、民法の詐欺の場合には一応契約が成立するという発想を刑法理論が前提にしていると指摘する。たしかに、民法の詐欺効果は取消しとなつており（民法九六条一項）、取り消されるまでは有効とされている。もつとも、取消しの効果は無効と同じで（同一二二条本文）、あくまで「不確定的有効」（佐久間毅『民法の基礎1 総則』一三三三頁（有斐閣、四版、二〇一八））とされているにすぎない、取消しと無効の違いは相対的なものである（我妻榮ほか『我妻・有泉コンメンタール民法——総則・物権・債権』）二四九頁以下（日本評論社、五版、二〇一八）。現に、民法改正では、錯誤の効果が無効から取消しへと変更されている（筒井健夫ほか編著『一問一答 民法（債権関係）改正』二〇頁（商事法務、二〇一八））。このように両者の違いが相対的なものにすぎず、また、犯罪の成否と詐欺取消しによる私法上の効力は別次元の問題だとされていてことからすれば（一）の点につき、葉玉匡美編著『新・会社法100問』一二二頁（ダイヤモンド社、二版、二〇〇六）、品田智史・前掲一二八頁、民法の詐欺による意思表示が取消し可能という意味で不確定的有効であることから、刑法の詐欺罪における被害者の同意を有効と解する論理的必然性はないようと思われる。
- (92) 橋爪隆「詐欺罪の実質的限界について」法教四三五号（二〇一六）一〇八頁。
- (93) そのような試みとして、拙稿・前掲注（15）一五四頁以下。
- (94) 小林憲太郎「詐欺罪における処分（交付）意思の周辺」判時一二一八三号（二〇一八）一四二一頁。
- (95) 小林憲太郎・同右一三八頁。
- (96) たとえば、井田良・前掲注（70）二〇二一頁。
- (97) 橋爪隆・前掲注（1）七八頁、成瀬幸典「詐欺罪の保護領域について」刑法五四巻二号（二〇一五）二八八頁。
- (98) ドイツの議論であるが、Wessels/Hilkenkamp/Schuh, a. a. O. (Anm. 8) Rn. 5は、所有権に対する罪は「物に対する自由な处分可能性という所有者の利益（das Interesse des Eigentümers an der freien Verfügungsmöglichkeit über die Sache）」を保護しているとする。また、長井圓・前掲注（48）三七〇頁以下も参照。
- (99) 議論状況につき、松岡久和「債権の価値帰属権についての予備的考察」社会科学研究年報一六号（一九八六）七〇頁以下。

(100) 我妻榮「権利の上の所有権といふ觀念について（三・完）」法協五四卷五号（一九三六）八八九頁。

(101) 平野裕之『物權法』二六三頁（日本評論社、二〇一六）。

(102) もつとも、その発展過程から財産上の利益については財物と異なる配慮が必要となる。すなわち、財産の存在形態の変化から財物罪のみならず利得罪・利益罪も処罰されるようになつたと指摘されるように（西田典之・前掲注（59）一四八頁）、財産上の利益は財物に比べて後発的なものである。たとえば、財産上の利益の代表格である債権も物権に後れて発達し、徐々にその重要性が認められ（我妻榮『近代法における債権の優越的地位』六頁以下（有斐閣、復刊、一九九七）、詐欺罪などで保護されるようになつたと言えよう。そのため、財産上の利益では所有権ほどには確立していない後発的な権利や利益が問題となり、利益性や移転性の觀点から財産上の利益の範囲をいかに画するかが議論されている（議論状況につき、照沼亮介「財産的『利益』の刑法的保護」刑ジャ四九号（二〇一六）四頁以下）。このように、財産上の利益には財物と異なる配慮が必要となる。しかし、詐欺罪などにおいて条文上は両者が並列的に扱われている以上は、両者に何らかの共通した性質が見いだされる必要があろう。私見は、その共通した性質が財産処分の自由だと解する前掲注（97）であげた諸文献を参照。

(103)

(104) たとえば、团藤重光編『注釈刑法（六）各則（四）』一八三頁〔福田平〕（有斐閣、一九六六）。

(105)

(106) たとえば、井田良・前掲注（70）二七九頁、西田典之・前掲注（59）二二五頁以下。

(107)

(108) 詳細につき、拙稿「詐欺罪および窃盜罪における被害者の確認措置の規範的意義」法学政治學論究一二一号（二〇一六）二五八頁以下。また、富川雅滿「詐欺罪における被害者の確認措置と欺罔行為との関係性（二）」新報一二二一卷五二六号（二〇一五）五四頁以下、品田智史・前掲注（91）一三二頁以下。

(109)

(110) 暴力団ゴルフ場事例で詐欺罪の成立を否定した最判平二六・三・二八刑集六八・三・五八二および同罪の成立を肯定した前掲・最決平二六・三・二八を参照。

山内 龍太 (やまうち りゅうた)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

信州大学先鋭領域融合研究群社会基盤研究所（経法学部）助教（特定雇用・刑事法）

最終学歴 慶應義塾大学大学院法務研究科

所属学会 日本刑法学会、慶應法学会

専攻領域 刑法

主要著作

「詐欺罪および窃盗罪における被害者の確認措置の規範的意義」『法学政治学論究』第一二一号（二〇一六年）

「窃取概念における条件設定論の検討——パチスロのメダル不正取得事例にいう「通常の遊戯方法」をめぐって——」『法学政治学論究』第一六号（二〇一八年）