慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	財産的情報の移転と2項犯罪
Sub Title	Die Verschiebung der Vermögensinformationen und die Straftaten gegen die einzelne unkörperliche Vermögenswerte
Author	荒木, 泰貴(Araki, Taiki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.40 (2018. 2) ,p.265- 291
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	原田國男教授・三上威彦教授・六車明教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20180222-0265

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

財産的情報の移転と2項犯罪

荒　木　泰　貴

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　利用可能性の侵害の意義
　1　従来前提とされていた利用可能性の侵害――物理的利用可能性の喪失
　2　利用可能性の放棄による利用可能性の喪失
　3　私見の具体化
　4　利用可能性の放棄と処分意思――明示的な放棄の意思の不要性
　5　情報取得行為と利用可能性を喪失させる行為の別個性の問題
　6　利用可能性の喪失と財産的損害との関係
Ⅲ　利益の移転ないし喪失と独占的利益
Ⅳ　おわりに

Ⅰ　はじめに

財産的情報の刑法的保護の在り方については、いわゆる産業スパイに関して窃盗罪等の財産犯の成立を肯定する裁判例が登場したことを契機に[1]、議論が展開されるようになったといえる。そして、芝原邦爾らによる共同研究[2]がその中心になったといって差し支えないであろう。そこでは、「共同研究の基本的視点とまとめ」において西田典之が指摘するように[3]、「利用可能性の侵

1）産業スパイに関連する事件については林陽一「財産的情報の刑法的保護―解釈論の見地から―」刑法雑誌30巻1号（1989年）9頁以下等。
2）特集「財産的情報の刑法的保護」刑法雑誌30巻1号（1989年）1頁以下。
3）西田典之「財産的情報の刑法的保護―共同研究の基本的視点とまとめ―」刑法雑誌30巻1号（1989年）3頁以下。

害」という発想が基軸となってこの問題に対する検討がなされた。情報には非移転性があるとして、いわゆる2項犯罪を含む移転罪は成立しないと主張されたのである。

本稿では、この「利用可能性の侵害」の意義について再検討し、非移転性を有するとされる情報が移転したとして2項犯罪の成立を肯定して良い場合が存在する、ということを主張したい。

また、銀行口座の暗証番号等の他人に秘匿される情報が問題となることが多いと思われることから、情報の独占的利用可能性の問題についても検討し、その喪失では2項犯罪の成立を認めるべきではない、ということも併せて主張したい。

Ⅱ　利用可能性の侵害の意義

1　従来前提とされていた利用可能性の侵害――物理的利用可能性の喪失

まず、議論の出発点とされたと考えられる利用可能性の侵害の意義について検討する。

従来、財産的情報の詐取等に2項犯罪は成立しないとされてきた。「情報が不正に取得されても、情報の保有者から当該情報が失われるわけではなく（これを、情報の非移転性という）」[4]、したがって財産的情報に関しては移転罪である2項犯罪は成立しない、というのである。かかる主張の背景には1項犯罪との対比という発想があるため、まずはこの点について簡単に追っていきたい。

前記の共同研究のメンバーであった林陽一は、「たとえば窃盗罪の場合、財物の窃取においては財物の占有が被害者から行為者に移転することにより、被害者の利用可能性は現実に侵害される。これに対して情報侵害においては、情報内容が行為者に知られることによって、その裏面として情報が被害者の手元から失われて利用不可能になるということはない」（強調引用者）として情報の

4）山口厚『刑法各論〔第2版〕』（2010年、有斐閣）215頁および247頁。

非移転性を説明し、「情報の非移転性は、財物のみならず、財産上の利益にも見られない性質である」としたうえで、「財物罪による保護の実質が財物の占有に伴う利益であるとすれば、占有の『移転』は財物罪の処罰の根拠とも深く関わっていることになり、そのような『移転』のありえない情報について財物罪を適用することには解釈上何らかの無理が生ずることが予想される」とする[5)]。また、同じく共同研究のメンバーであった山口厚は、「移転罪の客体として、利益については、物と同様の移転性が要求されることになり、そうした移転性が認められない利益については、移転罪に固有の法益侵害が認められないものとして、同罪の成立が否定されることになるのである」（強調引用者）と明言している[6)]。ここでは有体物に対する占有が想定されていると考えられることから[7)]、それに対する利用可能性も、いわば物理的な利用可能性が想定されていたと考えられる。この物理的な利用可能性の喪失（とその取得）が、「移転」という言葉によって表現されていたのである。

この物理的な利用可能性を情報にあてはめた場合、次のように考えられよう。すなわち、財産的情報を例えば騙されて誰かに提供してしまったとしても、情報提供者は当該情報の情報源を失わず、これをを忘れてしまうわけではないから、その後も当該情報を利用することが可能である、ということになるのである。有体物の物理的な利用可能性に対応する情報の利用可能性は、情報提供によっては失われないのである。このイメージによれば、極論すればもともとの情報の保有者を記憶喪失にして当該情報を忘れさせるなどしない限り、2 項犯罪は成立しないということになろう。「情報が不正に入手されたとしても、唯一の原本（媒体）が持ち出されるような場合を除いて、情報の所有・保持者は、その所有・保持を失わず、またその利用が妨げられるわけではない」といった

5）林（陽）・前掲注 1）9–10 頁。

6）山口・前掲注 4）215 頁および 247 頁。

7）「財物」の意義に関するいわゆる管理可能性説と有体性説との対立は、ここでは問題とされていないといって差し支えないであろう。どちらの立場からも財物性が肯定される有体物が念頭に置かれているといえる。

指摘があるが[8]、唯一の原本（媒体）を問題としていることからも、前提とされていた利用可能性は物理的な利用可能性であった、情報については情報保有者が情報源を失って当該情報を忘れてしまうことが利用可能性の喪失と考えられていた、といって差し支えないであろう。

2　利用可能性の放棄による利用可能性の喪失

しかし、2項犯罪の成立に前記Ⅱ1で素描したような物理的な利用可能性の喪失は必要ではないと思われる。物理的にはなお利用可能だとしても、すなわち、情報提供者が情報源を保持していて当該情報を忘れてしまうわけではないとしても、情報提供の趣旨を考えると情報の利用可能性の喪失を肯定して良い、2項犯罪の成立を肯定して良い場合があるというべきである。それは、情報提供に、情報保有者が今後は当該情報を利用しないという利用可能性の放棄の趣旨が認められる場合である。

例えば、ノウハウを含む営業や事業の譲渡（商法16条1項、会社法21条1項）がなされた場合を考えたい。このとき、譲渡人はノウハウを覚えていることでこれを利用することが不可能ではないから、物理的には利用可能である。しかし、仮にノウハウの記憶が残っているとしても、競業避止義務をも負うこのような場合には、利用可能性の喪失を肯定して良いであろう。物理的には利用可能であるが、事実上（実際上）ノウハウを利用して営業を再開することはできないと考えることは十分に可能である。そして、刑法上、財産上の利益の喪失および取得は事実上のもので足りるのである[9]。

そこからさらに進んで、競業避止義務のような法的義務を負う場合でなくとも、情報提供に今後は当該情報を利用しないという利用可能性の放棄の趣旨が認められるのであれば、利用可能性の喪失を肯定して良いというべきである。このことを、情報の提供に関する事例ではないが、2項犯罪が成立する典型例

8）山口厚「財産的情報の刑法的保護―立法論の見地から―」刑法雑誌30巻1号（1989年）29頁。

9）例えば、佐伯仁志「詐欺罪(2)」法学教室373号（2011年）115頁。

と考えられる、債務の免除や債権の取得を例にとって考えたい。

債権者に暴行するなどして債務を免除させる行為は 2 項犯罪の典型例の 1 つであるといえる。しかし、この場合も、債務免除後に改めて債務の弁済を請求することは物理的には可能である（請求が許されないとはいえない）。そうだからといって、これを理由に 2 項犯罪の成立を否定する者はいないであろう。債務免除には「今後は債務の弁済を請求しない」という債権の利用可能性の放棄の趣旨が認められるが、2 項犯罪の成立にはこれで十分なのである。

債権の取得についても同様である。A が B に対して有している金銭債権を X が暴行等によって譲渡させた場合に、改めて A が B に対して債務の弁済を請求することは物理的には可能である（請求が許されないとはいえない）。しかし、これを理由に 2 項犯罪の成立を否定することはないと思われる。債権譲渡による「今後はこの債権を行使しない」という債権の利用可能性の放棄で十分である。

このように、2 項犯罪の成立に物理的に利用不可能になるということまで必要ではない。むしろ、物理的利用不可能性を要求した場合、2 項犯罪の成立範囲は不当に狭くなってしまうであろう。

したがって、同じく 2 項犯罪の成否が問題となるにもかかわらず、財産的情報の場合にのみその成立に物理的な利用可能性の喪失（情報源の喪失による情報の忘却）を要求することはできないし、されるべきでない。欺罔等によって財産的情報を提供してしまった者が当該情報を忘れてしまうかどうかは、2 項犯罪の成立にとって決定的でない。その情報提供に今後は当該情報を利用しないという趣旨が認められる場合、すなわち情報の利用可能性の放棄が認められる場合には、情報の利用可能性の喪失（これが移転罪の法益侵害性の中身である）[10)] を肯定して良い。

この意味で被害者が情報の利用可能性を喪失したと認めることができ、行為者が情報の利用可能性を取得した場合、被害者の失ったそのままのものが行為

10）林（陽）・前掲注 1）9-10 頁。

者の手中に入ったといえるのである（素材同一性（Stoffgleichheit）の存在）[11]。

ここで、次のような批判が想定されよう。すなわち、債務免除と債権譲渡の場合には、事実上債務の弁済を請求すること（債権を利用すること）はできなくなっており、これで十分であるから、物理的な利用可能性は関係ない、という批判である。

しかし、「事実上利用できなくなっている」ということの意味が問題である。すぐ次で具体例を挙げるが（Ⅱ 3）、例えば「今後はこの情報を利用するな、利用すれば殺す」と脅迫して情報を聞き出した場合（このとき情報の利用可能性は放棄させられている）、この事例において事実上当該情報の利用可能性が失われたとすることができない（債務免除・債権譲渡の事例とは異なって 2 項犯罪は成立しないとする）理由は存在しないと思われる。仮にこの事例では事実上も利用可能であると考えるのであれば、そこにいう「事実上の利用可能性」と物理的利用可能性との異同が問題となる。同じく移転罪が問題となるにもかかわらず、債務免除と債権譲渡の場合には物理的な利用可能性は関係ないために 2 項犯罪になるが、情報の場合は物理的な利用可能性がある限り（情報源を失って情報を忘れてしまわない限り）2 項犯罪にはならない、とする理由が問われるであろう。しかし、そのような理由があるとは思われない。

利用可能性の放棄が認められる場合には、事実上の利用可能性も喪失されているといえる[12]。

3　私見の具体化

利用可能性の放棄が認められる場合には物理的利用可能性の喪失が認められない場合であっても 2 項犯罪の成立を肯定して良いとする私見を具体例に即して述べると、以下のようになろう。

11）林（陽）・前掲注 1）11 頁注 2 は財産上の利益に関して「債権は同時に複数の場所（帰属主体）に存在し得ないのに対して、情報はこれが可能なのであり、被害者の失ったそのままのものが行為者の手中に入ったわけではないのである（素材の同一性（Stoffgleichheit）の欠如）」と言及していた。

①フィッシング行為[13)]

いわゆるフィッシングメールを送信して他人のインターネットバンキングの ID およびパスワードを取得したといった場合、情報提供者は単に情報を提供するのみであって、当該情報の利用可能性の放棄がないために 2 項詐欺にはならない。

②営業秘密侵害[14)]

欺罔等によって営業秘密を提供させたとしても、それによって秘密性は侵害されるが、営業秘密の利用が妨げられるわけではないし、単に営業秘密を教えたとしても当該秘密を利用しないことまで意味しないため、2 項犯罪にならない。

これに対して、上記①および②を以下のように変形した場合、2 項犯罪の成立が肯定される。

①′直ちにパスワード等を変更する意図を有して「あなたの口座が犯罪に利用されているので口座を凍結するため、ID およびパスワードを教えてくださ

12）不動産の二重売買の事例で第 2 譲受人に対する詐欺罪が成立するかという問題がある。東京高判昭和 48 年 11 月 20 日高刑集 26 巻 5 号 548 頁は「対抗力の取得を目的とする不動産取引の通例にかんがみ、第一の売買を告知しなかつたことは第二の買主の買受行為との間に詐欺罪の予定する因果関係を欠くのを通常とする」と判示する。通常は第 2 譲受人に対する詐欺罪は成立しないとするが、これは第 1 売買をしたとしても売主に不動産の利用可能性が残るということまで正当化するものではない（売主には引渡し・登記移転の債務がある）。通常は詐欺罪が成立しないのは第 2 譲受人の錯誤あるいはそれに向けられた売主の欺罔行為が欠けることが理由になっているといえる（高橋則夫『刑法各論〔第 2 版〕』（2014 年、成文堂）369 頁）。さもなければ、この高裁判例は「特段の事情」を認めて詐欺罪の成立を肯定したが、それすら否定しなければならなくなってしまいかねない。

13）不正アクセス行為の禁止等に関する法律 12 条 1 号、4 条。不正アクセス対策法制研究会編著『逐条　不正アクセス行為の禁止等に関する法律〔第 2 版〕』（2012 年、立花書房）79 頁以下も参照。

14）不正競争防止法 21 条 1 項 1 号。

い」といった内容のフィッシングメールを送り、これらを取得したうえ、現にパスワードを変更するなどしたために情報提供者はこれらを利用することができなくなった。

この場合には、2 項詐欺が成立する。口座の凍結に表れているように、当該情報提供には、今後当該 ID・パスワードを利用して口座から振込み等をしないという利用可能性放棄の趣旨が含まれるからである。

既遂時期は ID やパスワードを変更して情報提供者が当該情報を利用することができなくなった時点である。当該情報・口座を利用できるという財産上の利益の取得は情報が提供された時点であるが[15]、利用可能性の喪失＝法益侵害が発生するのは変更の時点だからである。条文上は「財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた」と規定されているのみであるが、法益侵害結果は必要である[16]。

なお、処分意思との関係で、「凍結します」といった明示が不要であることについては後述する（Ⅱ 4）。

他人の口座の ID およびパスワードを取得する行為は、他人の識別符号を不正に取得する行為として不正アクセス行為の禁止等に関する法律によって処罰される。「しかしながら、本法〔不正アクセス行為の禁止等に関する法律―引用者注〕は、いうまでもなく、情報の不正入手や電子計算機の無権限使用を処罰することを目的とするものではない。本法の目的は、……アクセス制御機能に対する社会的信頼を確保して、犯罪の防止及び電気通信に関する秩序の維持を図り、もって高度情報社会の健全な発展に寄与することにあり、それ自体が保護法益となるべきものである」から、「本法の不正アクセス罪においては、電子

15）このような地位それ自体を独立の財産上の利益として認めることができるかは 1 つの問題であるが、差し当たりこれを肯定する立場を前提に考える。伊東研祐「財産犯の行為客体としての『財産上の利益』、移転罪の保護客体ないし法益とその侵害・危殆化としての個別的損害」法曹時報 69 巻 8 号（2017 年）16 頁以下等も参照。

16）山口厚「財産上の利益について」植村立郎判事退官記念論文集編集委員会編『植村立郎判事退官記念論文集（第 1 巻）』（2011 年、立花書房）131 頁。

計算機に蔵置されている他人の情報を入手したり、他人の電子計算機を無権限で使用することは、成立の要件ではない」とされている[17]。このように、財産犯と他人の識別符号を不正に取得する行為は観点が異なる。また、上記①のように他人の識別符号を取得する行為は必ずしも当該情報の利用可能性の放棄まで含まないために 1 年以下の懲役または 50 万円以下の罰金にとどまるが、①′のように当該情報の利用可能性を放棄させる態様での取得行為は法益侵害の程度が高いといえることから、2 項犯罪の規定を適用してより重く処罰することに理由がある。

②′「この新開発の商品は今後俺が作って売る。お前が勝手に作ったら殺す」と脅迫して新開発の商品の情報を提供させた。

この場合、脅迫内容から当該新開発商品の情報提供にその利用可能性放棄の趣旨が認められるので、2 項強盗として良い。提供の方法が、情報を行為者の USB メモリにコピーして手渡すといった態様、すなわち情報提供者のもとに情報が残る態様であるとしても、2 項強盗が成立する。既遂時期は、脅迫内容が即時の利用可能性放棄を意味しているので、情報提供時と考えられる。

営業秘密の法的保護に関しては、平成 2 年に検討がなされた際、刑法的にこれを保護することは見送られ、民事的な保護のみがなされた[18]。その後、平成 15 年の不正競争防止法改正によって営業秘密の取得行為が処罰されるに至った。

その際の産業構造審議会知的財産政策部会不正競争防止小委員会での議論において、営業秘密侵害罪は、財物罪との対比がなされたうえで「(現行法上不可

17）不正アクセス対策法制研究会・前掲注 13）28 頁。不正アクセス行為の禁止等に関する法律 1 条は「この法律は、不正アクセス行為を禁止するとともに、これについての罰則及びその再発防止のための都道府県公安委員会による援助措置等を定めることにより、電気通信回線を通じて行われる電子計算機に係る犯罪の防止及びアクセス制御機能により実現される電気通信に関する秩序の維持を図り、もって高度情報通信社会の健全な発展に寄与することを目的とする」と規定する。

罰とされている）無体物としての営業秘密（情報）を客体とする処罰規定」であるとの前提で[19]、「情報の『非移転性』は、人と人との間の『取るか取られるか』というゼロ・サム的な関係を前提とする財産犯の体系には必ずしも適合しない面があるとも考えられる」とされていた[20]。移転性ないし利用可能性の喪失がポイントとなって、営業秘密の取得行為によっては情報の利用可能性の喪失が認められないために2項犯罪は成立しないということを前提として、新たな立法（営業秘密侵害罪の創設）が必要との認識が共有されていたと考えられる[21]。

ここでは明示的な言及はないものの、やはりそこで前提となっていたのは物理的な利用可能性の喪失であったと考えられる。しかしながら、前述したように（Ⅱ2）、物理的な利用可能性の喪失までは必要ない。そして、私見のように利用可能性の放棄が認められる場合に2項犯罪の成立を肯定したとしても、典型的に想定される単に営業秘密を提供させる行為等、利用可能性の放棄が認められない営業秘密の侵害は十分に考えられる。2項犯罪と営業秘密侵害罪とに

18）産業構造審議会財産的情報部会「財産的情報に関する不正競争行為についての救済制度のあり方について（全文）」NBL447号（1990年）32頁は、財産的情報の不正取得・使用・開示行為それ自体を新たに処罰するには、慎重な検討を要するとした。その理由として、当時の運用上、書類等の持ち出しや任務違反を伴う場合は窃盗罪もしくは横領罪、背任罪によって処罰可能であったこと、新たに処罰する場合にはその必要性や既存の罪との関係および法定刑の均衡等も問題となること、が挙げられている。

19）産業構造審議会知的財産政策部会第3回不正競争防止小委員会配布資料3「営業秘密の刑事的保護について(1)」5頁および7頁。http://www.meti.go.jp/report/downloadfiles/g20904bj.pdfで閲覧した（最終閲覧2017年11月13日）。

20）産業構造審議会知的財産政策部会第4回不正競争防止小委員会配布資料3「営業秘密の刑事的保護について(2)」2頁。http://www.meti.go.jp/report/downloadfiles/g20927bj.pdfで閲覧した（最終閲覧2017年11月13日）。

21）平成2年時の議論をまとめたものとして産業構造審議会財産的情報部会・前掲注18）16頁以下があるが、当時の刑法上の理論的な問題については、同部会の委員で（あり、平成15年に営業秘密侵害罪を設ける際の産業構造審議会知的財産政策部会不正競争防止小委員会の委員でも）あった山口厚「営業秘密の侵害と刑事罰」ジュリスト962号（1990年）45頁以下にまとめられており、情報の非移転性が軸となって検討されている。

はそれぞれ固有の成立範囲がなお確保されている[22)]。

4　利用可能性の放棄と処分意思――明示的な放棄の意思の不要性

以上のように、財産的情報であっても情報提供の趣旨に利用可能性の放棄が認められるのであれば利用可能性の喪失を基礎づけることができる。これは、情報提供者がどのような意思で情報を提供したのかを問題とするものであり、また2項犯罪は欺罔・暴行・脅迫によって処分行為者の意思に働きかける犯罪類型であることから[23)]、このように主張すると、利用可能性放棄の意識的処分行為が必要であるかのように見える。この点についてフィッシング行為を例にとって検討したい。

フィッシングメールを送る際に、前記①′のように「口座を凍結します」などと明示的に記載されていれば、それに応じてIDやパスワードを提供した場合には情報提供者も明示的・意識的に利用可能性を放棄したものと認められる。しかし、このような明示的表示がなされることはあまりないように思われる。メール受信者の警戒心を喚起するからである。通常は、「本人認証の必要がある」などと述べて偽サイトにアクセスさせるなどして、そこでIDやパスワードを入力させることで情報を取得するのであろう。それでは、このような明示を伴わない文面では利用可能性の放棄が認められないとして、常に2項詐欺は成立しなくなってしまうのであろうか。

結論としては、このような明示は不要であると考えられる。自分が喪失するものに対して完全に意識的な処分行為は要求されないと考えられるから[24)]、

22）もっとも、私見のように2項犯罪の成立が認められる場面を肯定するとしても、現在不正競争防止法における営業秘密侵害罪（同法21条1項1号）は「十年以下の懲役若しくは二千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」と規定されており、刑法上の詐欺罪・恐喝罪と法定刑の上限は同じになっている。なお、同法21条9項は「第一項から第四項までの規定は、刑法その他の罰則の適用を妨げない」と規定する。

23）強盗罪の成立に処分行為・処分意思は不要であるが（最判昭和32年9月13日刑集11巻9号2263頁）、暴行・脅迫によって被害者の意思を制圧して強制的に財物・財産上の利益を奪い取るという意味において、被害者の意思への働きかけが存在する。

行為者がパスワードを変更するなどして当該情報を利用できなくさせる意図で情報を提供させた場合には、利用可能性を喪失させるとの明示的な表示がなくとも 2 項犯罪が成立すると考えるべきである。この場合、行為者の意図が隠蔽されることで情報提供の趣旨（利用可能性の放棄）もまた隠蔽されているのであるが、そのような趣旨が存在することに変わりはない。そして、情報提供者は利用可能性が失われることに気が付かずに情報提供を行い、パスワードを変更するか否かを相手の一存で決定しうる状態に置いたのである。このような場合には、無銭飲食・宿泊の事例で「相手方に事実上財産上の利益の処分を委ねるという外形的事実の認識」があれば「利益の終局的移転の認識」があるとされるように[25]、明示的な利用可能性の放棄の文言がなくとも、処分意思・処分行為として欠けるところはないのである。したがって、パスワードを変更してしまうつもりでフィッシングメールを送った場合にも 2 項詐欺が成立する。情報提供をさせた時点では 2 項詐欺の未遂であるが、パスワードを変更するなどして当該情報が利用できなくなった時点で既遂に達する。

これに対し、当初は単に預金を他の口座に振り込む目的でフィッシングメールを送信してパスワード等の情報提供を受けたが[26]、後に振り込め詐欺の口座に利用しようと考え付いたために口座を自らのものにすべくパスワードを変更するなどした場合には、パスワード等を提供させた行為をもって 2 項詐欺とすることはできない。提供させた時点で行為者にパスワード変更の意思がなかった以上、情報提供行為は利用可能性の喪失に向けられていたとはいえないからである（口座の利用可能性が共有されるのみである）。また、パスワード等を提供させる行為が欺罔行為となりうる行為であるが、提供させる行為の時点で

24）佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』（2006 年、岩波書店）120 頁は、いわゆる無意識的処分行為説も（緩和された）意識的処分行為説も「外形的移転の認識を要求しているので、結局、両説の違いは、ほとんど名前だけということになっている」とする。

25）西田典之『刑法各論〔第 6 版〕』（2012 年、弘文堂）198 頁参照。

26）預金を他の口座に振り込んだ行為は電子計算機使用詐欺（刑法 246 条の 2）となろう。

パスワード変更の意思がなければ利用可能性を喪失させることの故意も認められず、欺罔行為が既に存在しない。したがって、提供させる行為は 2 項詐欺未遂にもならない。

もう 1 つ例を挙げよう。近時、他人のメールアプリのアカウントを乗っ取ることで当該他人の友人になりすまして iTunes カードの購入を依頼し、iTunes カードの番号を教えさせるという行為があった[27]。この事例では、番号提供の意味（一度番号が入力されればもはや利用できなくなること）を知っている者もいれば知らない者もいたであろう。これに対し、行為者は、直ちに番号を入力して番号提供者の利用可能性を喪失させ、自己または第三者のアカウントにカードの購入金額に応じた利益を取得しようと意図していたものと考えられる。そのため、番号提供の意味を知らなかった者も、番号を提供すれば当該 iTunes カードによって得られる財産上の利益（音楽データをダウンロードするなどの利益）を失うことについて無意識的に処分行為をしたといえる。行為者が番号を入力した時点で 2 項詐欺の既遂となる[28]。

5　情報取得行為と利用可能性を喪失させる行為の別個性の問題

上記Ⅱ 4 における構成は、移転性ないし利用可能性の喪失につき、利用可能

27）iTunes カードは、コンビニ等でこれを購入し、裏面に記載されている番号を入力すると購入金額に応じた iTunes ストア等における利用権を取得することができるものである。一度番号を入力すると、当該番号は利用できなくなる。

28）足立友子「刑法が保護する『利益』の範囲とは」刑事法ジャーナル 49 号（2016 年）29 頁は「パスワードについては『移転性』が欠けるため『財産上の利益』性を否定する見解もありうるが、それが一度限りアクセスできるアクセスキーのようなものであった場合には、かような指摘は否定の理由として当たらない」と指摘する。しかし、仮に当該アクセスキーを取得するのみで使用するつもりがなく、実際にも使用していない場合には、アクセスキーの利用可能性の喪失が認められない。1 度しか使用できないという情報の性質だけでなく、それが使用される可能性についても検討しなければならない。もっとも、iTunes カードの番号のように番号を知っているだけでは基本的に意味がない（番号を入力することで初めて経済的な利益が得られる）ものについては、通常、取得行為自体が使用の意図を推認させるであろう。

性を取得する行為（上記の例でいえばパスワード等を受け取る行為）と喪失させる行為（パスワードを変更する行為）とを一応区別できるとしても、取得行為の時点で喪失させる意思が認められる場合には2項犯罪の成立を妨げないとするものである。

これに対して、田山聡美は「行為者が情報を盗むと同時に、元のデータを消去してしまったとしても、それは喪失と取得が表裏一体なのではなく、全く別々の二つの行為が同時的に行われているに過ぎないと見るべきであろう」と指摘する[29]。利用可能性を喪失させる行為とそれを取得する行為とが別個の行為によってなされている場合には移転したとはいえないとするものであると考えられる。

しかし、（おそらくは自然的な意味において）1つといえる行為に利用可能性を喪失させる行為とそれを取得する行為とが担われていなければならないとする根拠は十分ではないように思われる。また、「喪失と取得が表裏一体なのではなく」と表現されているが、表裏の関係に立つべきは喪失と取得の対象であって、十分な根拠となっていないように思われるから、これらの点について検討する[30]。

パスワード等の変更の事案が辿る経過は、a行為者がフィッシングメールを送信し、b情報の保有者によって情報が提供され、c行為者がパスワードを変更する、というものである。これに対して、一般に2項詐欺の既遂が肯定される無銭飲食・宿泊の事例は、a′行為者が「夕方帰る」などと偽り、b′従業員によって外出が認められ、c′行為者が逃走するという経過を辿る[31]。b情報の提供は被欺罔者が行為者に利用可能性を取得させる行為であるのに対し、b′外出の承認はそれ自体が直ちに債務の免脱（これが利用可能性の取得に相当する）を

29）田山聡美「財産的利益の意義に関する議論の整理」刑事法ジャーナル49号（2016年）22頁。

30）勿論、財物のみが客体とされている現行法の窃盗罪では情報を盗んで消去する行為を処罰することはできない。

31）仙台高判昭和30年7月19日高裁刑特報2巻16＝17号821頁。

引き起こすものではなく、c′行為者の逃走が必要である。しかし、不正な利得という点においては、被欺罔者の処分行為が直ちに行為者に利得させることからｂの方がｂ′よりも悪質と考えられる。そして、ｃパスワードの変更は既に取得した情報の利用可能性をもともとの保有者から喪失させることで確実なものとする行為であり、財産の侵害という点において、債権の請求を断念させるｃ′と異なるところはない。不正な利得という点においてより悪質であり、財産の侵害という点で異ならない以上、ｃが情報の利用可能性を取得する行為でないとしても、2 項詐欺を認めるべきである。

なお、情報保有者による情報提供が処分行為となる行為であるが、行為者によるパスワード変更行為が処分行為と利用可能性の喪失との間に介在している。これが処分行為と財産移転との直接性を否定するかが問題となりうる。しかし、処分行為の後に別個の行為が介在するとしても、被欺罔者・処分行為者が財産移転（利用可能性の喪失）について被害者であるといえるのであれば、当該別個の行為の介在は詐欺罪の成立を妨げないと考えられる[32)]。無銭飲食・宿泊の事例においても、欺罔行為者が飲食店・旅館等から外に出て行くと述べる行為および被欺罔者による外出の承認の後に行為者が逃走して債務を免脱する行為が介在するが、「相手方に事実上財産上の利益の処分を委ねるという外形的事実の認識」が「利益の終局的移転の認識」にあたり、被欺罔者はこの認識のもとに承諾という処分行為を行ったといえるのであるから、2 項詐欺罪の成立は妨げられない[33)]。これと同様である。

次に、表裏の関係に立つべきものは何かという問題である。

議論が複雑になる原因として、素材同一性の定義があると思われる。素材同一性の定義として「利益と損害が同一の処分行為に基づき、利益が被侵害財産の負担となることで十分である」[34)] や「行為者は、被害者の財産から直接に、

32）拙稿「詐欺罪における処分行為と財産移転との直接性について」慶應法学 34 号（2016 年）67 頁。

33）前掲注 25）とそれに対応する本文も参照。

34）BGHSt 34, 391.

利益が損害の裏面であるという方法で追求しなければならない」[35]というものが挙げられる[36]。ここでは「同一の処分行為」という言葉や「利益が損害の裏面である」という言葉が出てきている。これが議論を錯綜させるように思われる。

しかし、ここで検討した情報取得行為と利用可能性を喪失させる行為の別個性の問題は、行為者の行為の同一性の問題であって、被欺罔者による処分行為の同一性の問題ではない（なお、既に言及したように処分行為の同一性ないし直接性は肯定されるのである）。「喪失と取得が表裏一体なのではなく、全く別々の二つの行為が同時的に行われているに過ぎない」との指摘は、処分行為の同一性とは区別される、行為者の取得行為と行為者の喪失させる行為とが同一でなければならないとするように読める。しかし、表裏一体性によって問題とされていたのは、喪失される対象と取得される対象との内容的関連性であった。田山自身も、新たに債務を負担させるような態様の2項犯罪について「行為者が得る債権と、被害者が負担する債務とが表裏一体のものと認められれば、その債権額相当分の利益に対する支配が移転したと見てよいだろう」と指摘しており[37]、喪失・取得の対象たる債権額相当分の表裏一体性を問題としていた。対象の問題として捉えた場合、情報を受け取る行為・パスワードを変更する行為によって取得・喪失される対象は情報の利用可能性という点で同一ないし表裏一体であるといえる。

以上より、情報取得行為と利用可能性を喪失させる行為とが区別できるとしても、2項犯罪の成立を肯定することができる。

35）BGHSt 6, 115. 日本でこの定義を挙げるものとして松宮孝明『刑法各論講義〔第4版〕』（2016年、成文堂）256頁。

36）Vgl. Walter Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, §263, Rdn. 168; Klaus Tiedemann, in : Heinrich Wilhelm Lauhütte u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 9/Teil 1, 12. Aufl. 2012, §263, Rdn. 256.

37）田山・前掲注29）20頁。

6　利用可能性の喪失と財産的損害との関係

2 項犯罪を個別財産に対する移転罪と考えるのであれば、利用可能性の喪失はぜひとも必要である。そこで、この利用可能性の喪失と財産的損害との関係について言及したい。ここでは、特に検討を要すると思われる詐欺罪を取り上げる。

近年、預金通帳等の詐取[38]・搭乗券の詐取[39]・ゴルフ場の利用[40]等、詐欺罪が積極的に用いられるようになってきている。そこで、詐欺罪の成立を画するために、（挙動による）欺罔行為性、錯誤の重要事項性、財産的損害、といった各要件について議論が交わされている。（挙動による）欺罔行為性については、これが否定されることで無罪となった事例も存在し[41]、成立範囲を画する概念として機能する場面が認められる。もっとも、欺罔の対象となる錯誤の重要事項性の限定ないし財産的損害の発生の必要性については、十分に限定機能を果たしているとはいい難いように思われる[42]。

しかしながら、客体の利用可能性の喪失は、財産的損害の発生に先立つ要件である。財産的損害に関する議論は、客体の利用可能性が喪失されたことを前提に、その喪失を財産的損害と捉えることができるのか、相当対価が払われている場合等であれば埋め合わされていて損害とはいえないのではないか、といった議論である[43]。移転罪であることの重要な帰結の 1 つは、客体の利用可能性の喪失が必要であるとする点にある。財産的損害が発生していれば足り

38）最決平成 14 年 10 月 21 日刑集 56 巻 8 号 670 頁、最決平成 19 年 7 月 17 日刑集 61 巻 5 号 521 頁、最決平成 26 年 4 月 7 日刑集 68 巻 4 号 715 頁。

39）最決平成 22 年 7 月 29 日刑集 64 巻 5 号 829 頁。

40）最決平成 26 年 3 月 28 日刑集 68 巻 3 号 646 頁。

41）最判平成 26 年 3 月 28 日刑集 68 巻 3 号 582 頁。

42）詐欺罪における財産的損害を広い意味での反対給付の瑕疵に求め、被欺罔者の主観を広く取り入れるものとして、井田良「詐欺罪における財産的損害について」法曹時報 66 巻 11 号（2014 年）1 頁以下。

43）林幹人『刑法各論〔第 2 版〕』（2007 年、東京大学出版会）154 頁、井田・前掲注 42）21 頁。

るのではない。

この点に関し、林幹人は、2項犯罪においては損害と利益との対応関係があるにすぎないとして、2項犯罪において厳密な移転性を要求することはできないとする。そこから、林（幹）は、損害と利益が対応していれば、財産的情報の詐取等も広く2項犯罪で補足することを肯定するのである。その主張は以下のとおりである[44)]。

> 2項犯罪の場合、客体は無形の利益であり、有体性をもつ財物の場合とは異なり、素材の同一性＝移転性を厳格に要求することはできないと思われる。たとえば債権侵害の場合でも、債権が移転するわけではない。欺罔や暴行・脅迫によって、その行使が困難となり、したがってそれを財産的損害となしえ、行為者がそれに対応した利益を得ることになる、というにすぎない。被害者の下に存在した利益が、そのままの形で行為者の下に移転するというわけではない。それでも2項犯罪の成立を認めることはできる。むしろ、2項犯罪の場合には、厳密な意味での移転性がある場合はほとんどないとすらいえるように思われる。

確かに、林（幹）の述べるように、1項犯罪におけるのと全く同じ形で2項犯罪における利益の移転を考えることはできないであろう。敢えて説明しようとすれば、債権が債権者から行為者に移ることで喪失され、債務者である行為者が債権を取得し、債務者との混同（民法520条）によって債務の消滅という利益を得た、などと説明することも不可能ではないかもしれない。しかし、このような説明は、いかにも迂遠であり、牽強付会の感が否めない。

44）林幹人『判例刑法』（2011年、東京大学出版会）340-341頁。中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（2015年、有斐閣）105頁や井田良『講義刑法学・各論』（2016年、有斐閣）234頁等も、財産上の利益に移転性は要求されないとする（ただし、中森は「物と同様の移転性を要求すること自体に疑問がある」とする）。佐伯仁志「財産上の利益」西田典之＝山口厚編『刑法の争点〔第3版〕』（2000年、有斐閣）157頁は、「被害者が役務を提供したという事実と行為者がその役務を享受したという事実が対応している以上、利益の移転を認めて差し支えないと思われる」とする。

しかし、そうだからといって、林（幹）の見解に与しなければならないわけではない。というのも、債権侵害の場合にも、客体たる債権の利用可能性の喪失は十分に観念されるからである。移転性によって犯罪の成立範囲を限定する際の重要な点は、客体の利用可能性の喪失にある。目に見える形で客体が形状を変えずに右から左に移動するといった、「移転」という言葉の持つ感覚的な意味合いは、さして重要でない[45]。振り込め詐欺によって自己または第三者が支配する口座に金銭を振り込ませた場合には、実務上 1 項詐欺の既遂が認められることが多いといえようが[46]、これは、1 項犯罪においても目に見える形で客体が形状を変えずに右から左に移動することが必要不可欠と考えられているわけではないことの証左である。このような移動を要求できないことは、客体の利用可能性の喪失は不要で財産的損害（とそれに対応した利益の取得）があれば足りるとすべきということを意味しない。

あるいは、林（幹）は、債権の「行使が困難となり」という言葉を用いていることから推測されるが、債権それ自体は喪失されるものではないために利用可能性の喪失もないと考えているのかもしれない。確かに、暴行・脅迫・欺罔がなされたとしても、後で改めて行われる債権の行使が否定されるいわれはない[47]。

45）ドイツの刑法 263 条 1 項に規定される詐欺罪は、全体財産に対する罪と解されている点で日本の詐欺罪における一般的な理解と異なるが、財産移転罪であると解されている点は共通している。ドイツにおいて次のような指摘がなされているが、これは日本においても参考になると思われる。すなわち、「勿論、物質的な同一性（substantiellen Identität）が問題となるのは財物詐欺の事例のみである。それに対して、債権詐欺においては、そのような同一性は必然的に欠如する。それにもかかわらず、これらの事例においても『素材同一性』は、その対象が特定の金額であれまたはそのほかの給付であれ、債権の対象と無理なく関連する」との指摘である（Urs Kindhäuser, in: Urs Kindhäuser u.a. (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, 5. Aufl. 2017, § 263, Rdn. 360）。物質的な同一性（substantiellen Identität）が問題となるのは財物詐欺の場合のみであるという指摘も参考になるが、債権の対象の同一性という視点は、利益の喪失および取得の対応関係を明確化する際に参考となりうる視点であると思われる。

46）判例の引用も含め、佐藤拓磨「詐欺罪における占有」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集［下巻］』（2014 年、成文堂）239 頁以下。

しかし、この点も、債権の利用可能性の喪失を不要とする根拠とはならない。移転罪において、当該財産が永久に利用不可能になることは要求されないからである。このことは1項犯罪を考えれば明らかである。1項犯罪の場合も、永久に当該財物が被害者の手元に返ってこないことは要求されていない。そうでなければ、例えば裁判の後に被害品が還付されることが十分に予測される場合に、窃盗罪の成立が（遡って？）否定されなければならなくなる。移転罪の成立に要求される利用可能性の喪失は、不法領得の意思の権利者排除意思を肯定できる程度の利用可能性の喪失で十分である[48)]。

以上のように、2項犯罪においては1項犯罪で通常想定される移転性（目に見える形で客体の形状を変えずに右から左に移動すること）を要求できないからといって、客体の利用可能性の喪失は不要であって財産的損害（とそれに対応する利益）が存在すれば足りるとすることはできない。やはり、2項犯罪においても移転性・客体の利用可能性の喪失は要求されなければならないのである。そして、客体の利用可能性の喪失は他の要件と独立に、あるいは他の要件に先立って要求されるものであるから、例えば財産的損害について広く解したとしても[49)]、客体の利用可能性の喪失まで緩やかに解されるべきとはならない。さもなければ、後述する独占的利益の喪失の問題についても（Ⅲ）、常に2項犯罪の成立を肯定しなければならなくなってしまうであろうが、それは過度に広範な処罰である。

利用可能性の喪失と財産的損害との関係について、キャッシュカードと暗証番号を併せ持つことが財産上の利益として保護されることが肯定された東京高

47）勿論、善意の第三者の保護等の他の要請が存在する場合には別論である。

48）念のため付言すると、期限の利益の問題とここでいう永久に利用不可能になる必要はないという問題は、別個のものである。期限の利益が問題となった判例に最決昭和30年4月8日刑集9巻4号827頁がある。この判例については、古川伸彦「2項詐欺における処分行為と利得との関係」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第7版〕』（2014年、有斐閣）114-115頁参照。

49）もっとも、私見によれば財産的損害として考慮できる範囲にも限界がある。拙稿「詐欺罪における間接的損害について」慶應法学37号（2017年）419頁を参照。

判平成 21 年 11 月 16 日高刑速報平成 21 年 138 頁において、興味深い判示がなされた。それは次のようなものである。

> 原判決は、刑法 236 条 2 項の財産上の利益は移転性のあるものに限られるというのであるが、2 項強盗の罪が成立するためには、財産上の利益が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必ずしも必要ではなく、行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益（損害）を被るという関係があれば足りると解される（例えば、暴行、脅迫によって被害者の反抗を抑圧して、財産的価値を有する輸送の役務を提供させた場合にも 2 項強盗の罪が成立すると解されるが、このような場合に被害者が失うのは、当該役務を提供するのに必要な時間や労力、資源等であって、輸送の役務そのものではない。）。そして、本件においては、被告人が、ATM を通して本件口座の預金の払戻しを受けることができる地位を得る反面において、本件被害者は、自らの預金を被告人によって払い戻されかねないという事実上の不利益、すなわち、預金債権に対する支配が弱まるという財産上の損害を被ることになるのであるから、2 項強盗の罪の成立要件に欠けるところはない。

ここで検討したように、移転罪であることから導かれる重要な帰結は利用可能性の喪失が必要であるということであって、財産的損害が発生していれば足りるわけではない。この高裁判例が利用可能性の喪失すら不要とするのであれば、賛成することはできない[50)]。

この東京高判によれば、原審は「刑法 236 条 2 項の『財産上不法の利益』について、『移転性』のある利益に限られ、同項に該当するためには、犯人の利益の取得に対応した利益の喪失が被害者に生じることが必要であると解した上で、被告人が上記のとおり暗証番号を聞き出したとしても、キャッシュカードの暗証番号に関する情報が本件被害者と被告人との間で共有されるだけで、本件被害者の利益が失われるわけではないから、被告人が『財産上不法の利益を得た』とはいえないとして、強盗罪の成立を否定し、強要罪が成立するにすぎ

ないとし」た。暴行・脅迫によるとしても、利用可能性の放棄も認められない単なる暗証番号の聞き出しではそれが共有されるのみで移転しない（被害者から失われるわけではない）というのはそのとおりであろう。

しかし、原審は暗証番号単体を問題としていたのに対して、東京高判は「キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、それ自体財産上の利益とみるのが相当であ」るとして、併せ持つことを問題としている。客体が異なっているのである。行為者がキャッシュカード・暗証番号を奪ったことによって被害者はこれらを併せ持つことはできなくなったため、被害者は併せ持つことによる利用可能性を喪失しているといえる[51)]。東京高判の考え方によれば移転性からも説明可能な客体が想定されていたといえる[52)]。

50）判示の中では輸送役務の問題が触れられている。試論の域を出ないが、次のように考えることで役務の利用可能性の喪失はなお認められるように思われる。すなわち、暴行・脅迫によって輸送役務を提供させられた場合、輸送役務の経済的価値ないし交換価値は失われる。これを捉えて輸送役務の利用可能性の喪失を肯定することができるのではないだろうか。当該客体と当該客体が担う経済的価値ないし交換価値とでは次元が異なるのではないかという疑問が残るものの、現在は有償役務のみが2項犯罪で保護されると解されている（例えば西田・前掲注25）192頁等）こととも整合的である。また、この構成には、行為者の存在にかかわらず提供される役務・サービスを得る事例にも2項犯罪の成立を認めることが可能であるという利点がある。例えば、有料のコンサートに欺罔行為によって侵入してコンサートを鑑賞したという場合、行為者の存在にかかわらずコンサートに必要な時間や労力、資源等は提供されることから、欺罔行為とコンサート提供者の利用可能性の喪失との因果関係が存在しえないようにも思われる。しかし、コンサートの経済的価値ないし交換価値は、欺罔行為によって失われているといえるのである。

51）足立・前掲注28）27-28頁等も参照。足立は「今回〔東京高判―引用者注〕のこの説明は、暗証番号（＝情報？）を単体で財産上の利益と評価することを回避するための構成であり、基本的にこの『～できる地位』構成には『財産的な』・『経済的利益に直結した』地位であることが要求されよう。……本判決の帰結を前提とすると、結局は、財物（の存在）が介在しないと、『～できる地位』構成は認められないのではないかと考えられる」とする。しかし、キャッシュカードおよび暗証番号を併せ持つことに限らず、財産的情報一般に関して考えると、私見によれば、利用可能性の放棄が認められる場合には財物の介在がなくとも利用可能性の喪失・移転が認められる（前述Ⅱ3）。

52）勿論、併せ持つことそれ自体が独立の財産上の利益といえるかという問題は残る。伊東・前掲注15）16頁以下や佐伯仁志「強盗罪(1)」法学教室369号（2011年）134頁等参照。

Ⅲ　利益の移転ないし喪失と独占的利益

近時、「〜できる地位」という構成によって財産上の利益を記述し、これに対する 2 項犯罪の成立を肯定する傾向が見られる。例えば、前述（Ⅱ 5）の東京高判は「キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ATM を通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財産上の利益」を想定した。財産上の利益が「財物以外の財産的利益の一切をい」うとされることから[53]、このような地位構成は直ちに否定されるものではない[54]。金銭債権も「金銭の支払いを受けられる地位」と記述することが可能である。

地位構成が財産的情報の移転ないし利用可能性の喪失との関係で問題となりうるのが、独占的に利用できる地位の喪失である。例えばインターネットバンキングの ID とパスワードは、他人に知られることが予定されていないものであり、財産権と密接に関わる財産的情報である。これらが第三者に知られた場合、当該情報を自分が独占的に利用できる地位が喪失されたと記述することが可能である。従来は、情報それ自体が情報の保有者から失われるわけではない（第三者に知られてしまった後でも ID とパスワードを入力してインターネットバンキングを利用することは可能である）ことから、2 項犯罪の成立は否定されてきたと考えられるが、独占的利用可能性の喪失が観念できる以上、2 項犯罪の成立は否定できないのであろうか。

この点に関し、田山は、「喪失したものと取得したものとの間にどの程度の同一性まで要求すべきかについては、見解によって相当の開きがあるが、私見では、両者が表裏一体であることを要求し、何らかの関連性を持つレベルまで広げるべきではないと考える」としたうえで、「独占的利用の利益を喪失した一方では、独占的利用の利益を取得する必要がある」とする[55]。それゆえ、ID とパスワードが第三者に知られたとしても、当該第三者が独占的にこれら

53）西田・前掲注 25）191 頁等。
54）照沼亮介「財産的『利益』の刑法的保護」刑事法ジャーナル 49 号（2016 年）11 頁参照。
55）田山・前掲注 29）20 頁注 14 および同 22 頁注 23。

の情報を利用することができるようになるわけではないから、2 項犯罪は成立しないとするのである。

しかし、移転性によってこのような結論を導くことができるのかについては疑問が残る。対応関係の問題および表裏一体性の問題の 2 点に分けて検討する。

まず、対応関係の問題である。典型的な 2 項犯罪の 1 つといえる債権侵害の場合も、債権がそのまま債務者に移転するわけではない。債権行使の困難性と債務からの解放が対応しているにすぎないといえる。2 項犯罪においては、1 項犯罪におけるように目に見える形で客体の形状を変えずに右から左に移動するといったものを要求することはできない。したがって、利益の喪失と利益の取得とが全く同一でなければならないとするのであれば、債権侵害の場合にも 2 項犯罪の成立が否定されなければならなくなってしまう。しかし、そのような厳格な見解を採ることはできないであろう[56)][57)]。

次に、表裏一体性の問題である。田山は、対応関係を表裏一体の関係に限定していた。しかし、独占的利用（自分だけが利用できる状態）の反対は共有的利用（皆が利用できる状態）であるといえる。そして、喪失の反対は取得である。したがって、独占的利用可能性の喪失と共有的利用可能性の取得とは、表裏一体の関係に立つといえる。ID・パスワードが知られてしまったことで自分だけが独占してこれらを利用できる地位が失われ、第三者もまた当該 ID・パスワードを利用することができる地位を取得した場合、喪失と取得の表裏一体の関係性が肯定されるのである。少なくとも、表裏一体の関係性が存在する部分が全く存在しないとはいえないように思われる（やや言葉遊びに陥っている感が否めないが）。

56）以上につき、前述Ⅱ 5。もっとも、そこで述べるように、そうだからといって利用可能性の喪失まで不要と解するべきではない。

57）田山・前掲注 29）20 頁も、「新規取得型〔欺罔・脅迫等によって新たに債権を取得する場合―引用者注〕のような場合も、客体が全く形を変えずに移転することまで厳密に要求するべきではなく、行為者が得る債権と、被害者が負担する債務とが表裏一体のものと認められれば、その債権額相当分の利益に対する支配が移転したと見てよいだろう」とする。

このように、利益の喪失とその取得とが全く同一であることは要求できず、表裏一体性（が存在する部分）も肯定されるのであるから、移転性を根拠に独占的利用可能性の問題を解決することは難しいと考えられる。

ここでは、独占的利用可能性の喪失だけでは不十分で、利用可能性それ自体の喪失が必要であると考えるかどうかが問題である。それは、2 項犯罪の客体として何を想定するのかという、客体性の問題である。結論としては、利用可能性それ自体の喪失が必要と考えるべきである。その根拠は、利益性の基礎、2 項犯罪の成立範囲限定の必要性、他の法律との整合性の 3 点にある。

まず、利益性の基礎についてである。情報の独占的利用可能性に利益性が存在するのは、当該情報を利用することができることに由来する。また、共有的利用可能性の取得に利益性が認められるのも、当該情報を利用することができるようになったことに由来する。利益性の基礎は、やはり情報を知ったことにある。この基礎を無視して、「独占的」といった形容詞を付すことによって独立の利益を創出し、その喪失を観念することには謙抑的であるべきである。従来も、物理的な利用可能性の喪失が前提とされていたと考えられる点は問題であるが（前述Ⅱ 1 およびⅡ 2）、利用可能性それ自体の喪失を問題としていた。

次に、成立範囲限定の必要性についてである。ここまでの議論では、パスワードといった他人に知られることが予定されていない情報を念頭に置いてきた。しかし、独占的利用可能性の喪失によって記述可能なものには、ある個人だけが利用することが予定されているものに限られない。利用予定者が複数人いるとしても、当該グループに属する者のみが利用することができる地位の喪失があったと記述することは否定されない。例えば、日本刑法学会の会員のみが利用できるデータベースがあったとして（そのようなものが存在すると聞いたことはないが）、これにアクセスすることができるパスワード等を刑法学会に所属していない民法学会の人間が暴行・脅迫によって聞き出した場合、刑法学会の会員が独占的に利用することができる地位が喪失されたということができてしまう。このように、独占的利用可能性の構成はそれ自体が拡散可能性を有している。そこへ、詐欺罪の成立にあたって財産的損害を広く考慮することを否

定しない最近の傾向が合わされば、「私の真意に沿う者だけが利用できる地位が失われた」として2項詐欺の成立が肯定されてしまう危険性が生まれる。しかし、このような広範な処罰は退けられなければならないであろう。

最後に、他の法律との整合性についてである。不正アクセス行為の禁止等に関する法律および不正競争防止法との整合性が重要である。インターネットバンキングのIDおよびパスワードを欺罔行為等によって取得した行為は、不正アクセス行為の禁止等の法律によって処罰されうる[58]。また、営業秘密の詐取等の行為は、不正競争防止法によって処罰されうる[59]。勿論、2項犯罪の行為類型にあたらない行為態様も想定しうることから、財産的情報の詐取等に2項犯罪を適用したからといって、これらの処罰規定が全く無意味になるわけではない。しかし、独占的地位の喪失をもって2項犯罪の成立を肯定することは、不正アクセス行為の禁止等に関する法律や不正競争防止法の適用範囲の大きな部分を2項犯罪によってカバーしてしまうことになってしまう。前述のように（Ⅱ3）、これらの規定を作るにあたっては、刑法上の2項犯罪とは異なる観点に基づくものであること、または、2項犯罪が成立しないと考えられていたことが前提にされていた。これを無視すべきではない。

以上の3点から、やはり独占的利用可能性の喪失では不十分で、利用可能性それ自体の喪失が必要というべきである。

Ⅳ　おわりに

本稿での検討の結果を要約すると、以下のとおりである。

①2項犯罪が成立するために必要な財産上の利益の利用可能性の喪失とは、物理的な利用可能性の喪失ではなく、利用可能性の放棄で足りる。

②利用可能性の放棄の明示的な処分意思までは必要でない。

③情報取得行為とその利用可能性を喪失させる行為が（自然的な意味におい

58）不正アクセス行為の禁止等に関する法律4条、12条1号。

59）不正競争防止法21条1項1号。

て）1 個の行為といえなくとも、2 項犯罪は成立しうる。

④ 2 項犯罪において目に見える形で客体が形状を変えずに右から左に移動することは要求できないが、客体の利用可能性の喪失は必要である。財産的損害（とそれに対応する利得）があれば足りるとすることはできない。

⑤財産的情報の独占的利用可能性は独立の財産上の利益ではなく、情報それ自体の利用可能性の喪失が必要である。

本稿が掲載されるのは『原田國男先生・三上威彦先生・六車明先生退職記念号』である。三上・六車両先生に日頃大変お世話になっていることは勿論であるが、私の専攻が刑法学であるため、原田先生には格別のご高配を賜っている。その学恩に報いるにはあまりに拙いものであるが、先生方のご退職を祝して謹んで献呈させていただきたい。