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

Title	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
Sub Title	Der Vermögensschaden des Betrugs und des Diebstahls im japanischen Strafrecht
Author	山内, 竜太(Yamauchi, Ryuta)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2016
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・ 政治・ 社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.111, (2016. 12) ,p.239- 271
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20161215-0239

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.

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

山内竜太

一　問題の所在
二　詐欺罪の成立範囲をめぐる議論
(一)　従来の議論状況
(二)　他人名義の預金通帳の詐取に関する判例以降の議論状況
(三)　暴力団ゴルフ場事例に関する判例以降の議論状況
(四)　小　括
三　窃盗罪における「通常の遊戯方法」をめぐる議論
(一)　詐欺罪の成立範囲をめぐる議論との関係
(二)　財産的損害および法益関係的錯誤説からのアプローチ
(三)　条件設定論からのアプローチ
(四)　小　括
四　被害者の確認措置の有する規範的意義
(一)　問題状況
(二)　被害者の取引目的の内実を問題とするアプローチの限界
(三)　被害者の確認措置の有する独自の規範的意義
(四)　私見に対して想定される批判とそれに対する応答
五　今後の課題と展望

一　問題の所在

従来、詐欺罪の成立範囲をめぐっては、財産的損害という観点から論じられ、相当対価の反対給付のある事案を念頭に、形式的個別財産説と実質的個別財産説とが対立し、経済的な損失（反対給付に関する錯誤）の要否が問題とされていた。しかし、近時の判例は、他人になりすまして他人名義の預金通帳を詐取した事案で詐欺罪の成立を認めた最決平一四・一〇・二一刑集五六・八・六七〇（平成一四年決定）に代表されるように、反対給付以外の付随的な目的の不達成の場合にも詐欺罪の成立を認めてきた。前記判例の傾向を受け、被害者の取引目的が非経済的なものであっても社会的に重要であれば同罪で保護すべきだとの見解も有力に主張されている。

そのようななか、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という暴力団ゴルフ場事例につき、詐欺罪の成立を否定する最判平二六・三・二八刑集六八・三・五八二（宮崎事件判決）と同罪の成立を肯定する最決平二六・三・二八刑集六八・三・六四六（長野事件決定）という二つの最高裁判例が出された。前記判例では、暴排措置といった被害者の確認措置の徹底度によって二項詐欺罪の成否が分かれた。これを受け、当該措置が詐欺罪の成立範囲を画するにあたって独自の規範的意義を有することを示唆する見解も主張されるようになっている。

前記傾向は、何も詐欺罪に限ったことではない。パチスロのメダル不正取得の事例に関して、最決平一九・四・一三刑集六一・三・三四〇（平成一九年決定）および最決平二一・六・二九刑集六三・五・四六一（平成二一年決定）が示した「通常の遊戯方法」という基準をめぐる議論である。学説では、詐欺罪での議論をそのまま応用する形で論じられており、近時は被害者がどのような条件を設定したかという点それ自体に着目して窃盗罪の成否を決すべきであるとの見解も主張されてきている。このように、窃盗罪においても、条件設定といった被害者の確認措置それ自体が

同罪の成否を分ける基準となっているのではないかという問題意識で議論がなされている。

では、前述した被害者の確認措置が有する規範的意義はどのように基礎づけられるのであろうか。本稿の目的は、この点を明らかにすることにある。まず、詐欺罪の成立範囲をめぐる議論を概観し、現在の議論状況を示す（二）。次に、窃盗罪における「通常の遊戯方法」をめぐって詐欺罪と同様の議論状況にあることを確認する（三）。そして、被害者の確認措置が詐欺罪および窃盗罪の成立範囲において独自の規範的意義を有することを明らかにし、当該意義がどのように法的に基礎づけられるのかを論じる（四）。最後に、住居侵入罪・詐欺罪・窃盗罪の成立範囲を「障壁の突破」という観点から限定する必要性を説いた見解[1]が主張されているため、今後の展望として、本稿で示した私見と「障壁の突破」という観点との関連性を論じる（五）。

二　詐欺罪の成立範囲をめぐる議論

㈠　従来の議論状況

相当対価の反対給付がなされた事案を念頭に、詐欺罪が個別財産に対する罪に位置づけられることを前提として[2]、形式的個別財産説と実質的個別財産説とが対立していた。前者は、欺罔行為によって生じた被害者の錯誤による個別財産の交付という事実的なつながりがあれば、財産的損害を認めて詐欺罪の成立を肯定する[3]。これに対し、後者は、「反対給付に関する錯誤に陥りながら財産を交付させられたこと」[4]、または、「被害者がみずからの財産処分により追求した経済的に重要な目的の不達成」[5]を財産的損害として捉える見解である。

このように、被害者の取引目的が経済的に重要なものである場合（反対給付に関する錯誤がある場合）に限って詐欺

罪の成立を認めるべきか、あるいは、そのような目的に限定する必要はないか、という被害者の取引目的の内実に着目して議論がなされてきた。そして、未成年者が未成年者であることを秘してアルコールやタバコを買う場合などの事例（未成年事例）では、経済的な損失がないことを理由に同罪は成立しないと解すべきだとして、実質的個別財産説が支持を集めることとなった。

㈡　他人名義の預金通帳の詐取に関する判例以降の議論状況

もっとも、他人になりすまして他人名義の預金通帳を詐取した事案で詐欺罪の成立を認めた平成一四年決定を皮切りに、必ずしも反対給付に関する錯誤があると評価できない場合にも同罪の成立を認める一連の判例[6]が出され、議論状況は一変する。すなわち、経済的に重要な目的の不達成があるとは言えないから詐欺罪の成立を否定すべきだとして平成一四年決定に反対する立場[7]も依然として有力なものの、社会情勢によって被害者のいかなる目的が経済的に重要と評価されるかは異なりうると指摘され[8]、同罪で保護される経済的な利益の範囲を社会的信用の低下やそれにともなう業績悪化といった間接的・抽象的な利益にまで拡張する立場[9]も主張されるようになる。そして、非経済的な目的であっても社会的に重要と評価できる目的であれば、当該目的も詐欺罪で保護すべきだとする見解[10]も主張され、さらには、そもそも被害者の目的の内実を限定するアプローチには根拠がないとの批判もなされてきた[11]。

これに加え、財産的損害という独立の構成要件要素を認めるべきでないといった法益関係的錯誤説[12]からの問題提起や、詐欺罪の保護法益を財産処分の自由と解する立場からの議論[13]もあり、詐欺罪の成立範囲をめぐる議論状況は複雑な様相を呈している。しかし、大まかに言えば、平成一四年決定以降は、同罪が保護すべき被害者の目的は経済的または社会的に重要な取引目的に限られるとの立場と、そもそも当該目的の内実を問題とする必要はないとの立場とが対立していると整理することができる[14]。そして、被害者の経済的に重要な目的に限られるとする前者の内部では、直

接的な経済的利益に限定する立場と間接的・抽象的な利益にまで拡張する立場とが対立している。

㈢　暴力団ゴルフ場事例に関する判例以降の議論状況

このように、平成一四年決定以降の一連の判例を受けて、経済的に重要な目的の不達成かを判断する際に間接的・抽象的な経済的利益をも含めて判断する立場および社会的に重要な目的の不達成と言える場合にも詐欺罪の成立を認めるべきとの立場が有力に主張されるようになった。その背景には、前記判例で問題となったのが銀行や航空会社といった公共性の高い企業だったこともあったように思われる。[15] 現に、暴力団ゴルフ場事例につき、ゴルフ場は必ずしも公共性が高くないなどとして、二項詐欺罪の成立を認めるべきでないとする見解が有力であった。[16]

ところが、平成二六年、暴力団ゴルフ場事例に関して、詐欺罪の成立を否定する宮崎事件判決と同罪の成立を肯定する長野事件決定が出された。その後、最決平二六・四・七刑集六八・四・七一五（ゆうちょ銀行事件決定）は、暴力団関係者が暴力団関係者であることを秘して預金通帳を取得した場合に詐欺罪の成立を認めた。前記判例は、被害者の経済的に重要な目的の不達成があるとは認めにくい事案に関する判断であるという点に特色が見られる。とりわけ、宮崎事件判決と長野事件決定は、同種の事案において被害者の暴排措置の程度によって相反する結論を示している点で参考となる。

まず、前記判例の調査官解説について見ていく。宮崎事件判決の調査官解説[17]によれば、本判決は、欺罔行為の内容（重要事項性）について判断を示さずに、欺罔行為の態様として挙動による欺罔にはあたらないとしたものとされている。要するに、重要事項性を検討せず、挙動による欺罔にはあたらないとしたものと本判決を理解する。

また、挙動による欺罔かの判断は「その挙動（態度）にどのような事実が黙示的に表示されていると解釈すべきか（どのような意思表示が包含されていると解釈すべきか）」という問題だとする。そのうえで、看板や約款などで暴力団関

係者の施設利用を拒絶するだけでは足りず、本件では暴力団関係者か否かを確認する措置も十分にとられていなかったため、挙動による欺罔にはあたらないとする。ここでは、被害者の暴排措置の程度は、挙動による欺罔かの判断に際して考慮されているにすぎないものと位置づけられている。

次に、長野事件決定の調査官解説[18]は、挙動による欺罔かの判断については前述した判断枠組みを前提としつつ、本件では、入会契約といった「基本契約等を前提にした個別契約の申込みの場合に、基本契約等で合意している事項を遵守する意思を表示しているものといえるか、という点」を検討する必要があるとする。そして、入会契約の際に暴力団関係者を紹介・同伴しないと誓約しているという事実が挙動による欺罔を肯定するにあたって重要だとし、長野事件決定はこのような誓約の有無において宮崎事件判決とは大きく事案を異にしていると分析する。

また、重要事項性に関し、まず欺罔行為を「相手方が財産的処分行為をするための判断の基礎となるような重要な事項を偽ること」と定義する。本件では、暴排措置はゴルフ倶楽部の経営上の観点からなされており、入会審査にあたって暴力団関係者を紹介・同伴しないと誓約させているなどの事情から、行為者が暴力団関係者であるとわかれば被害者は施設利用に応じなかったと言え、重要事項にあたるとしている。

さらに、財産的損害の有無について、従来の最高裁判例は被害者の錯誤に基づく個別財産の喪失でもって端的に詐欺罪の成立を肯定するものが多いと指摘する。そして、「被告人は、錯誤に陥った本件ゴルフ倶楽部の従業員をして施設利用を許諾させ、現に施設利用の利益を受けている」ので、当然に財産的損害は認められるとする。

ゆうちょ銀行事件決定の調査官解説[19]は、通帳の交付それ自体で財産的損害を肯定した平成一四年決定などの判例を前提に、本決定は財産的損害に関して改めて説示する必要はないとしたものとする。また、本件事実関係からして挙動による欺罔にあたることは明白であり、本決定はその点についても特に言及しなかったとしている。このことからすると、本決定は、暴力団関係者か否かが欺罔行為における重要な事項にあたるかを主として判示したものと理解す

る余地がある。

重要事項性について、前記解説によれば、判例は「①目的が（経済的見地からも）刑法上の保護に値する客観的な合理性があるものか、②目的達成のために実効性ある体制や運用がとられており、交付者が大きな関心を寄せていることが外部的にも明らかになっているか、③当該事案においても錯誤がなければ財産的処分をしなかったという現実的具体的因果関係があるかといった視点」から客観的に重要事項に該当するかを判断しているとする。具体的には、①銀行の社会的責任や企業防衛の観点から定められた政府指針等に照らして暴力団関係者か否かを判断することに客観的な合理性があり、②本件銀行では前記事実の存否を確認する具体的な体制や運用がとられ、③本件銀行担当者において当該事実に関する錯誤がなければ通帳等を交付しなかったという現実的具体的因果関係があるので、本決定は重要事項性を認めたとする。

学説に目を転じてみると、長野事件決定に反対し、暴力団ゴルフ場事例にそもそも詐欺罪の成立を認めるべきではないとする見解が主張されている[20]。これらの見解は、詐欺罪の成立を否定すべき理由として、暴力団関係者の利用によって経済的な損失が生じないこと、暴力団排除という社会政策的な目的の達成のために詐欺罪が用いられているとの疑念があること、損害と利得との間の内容上の同一性がないことなどをあげている。これに対して、宮崎事件判決および長野事件決定を支持する見解もある[21]。これらは、被害者の目的の社会的重要性や信用低下などといった間接的な経済的損失などを理由に詐欺罪の成立を認めうるとしながらも、被害者による暴排措置の程度が不十分であれば詐欺罪の成立を否定すべきだとして両判例を支持している。

ゆうちょ銀行事件決定に関しても同様に、これを支持する見解[22]と反対する見解[23]とが対立している。後者の見解では、長野事件決定への批判と同じく、間接的な経済的損害の恐れは処分行為から直接に生じるものではない、当該事案で詐欺罪を肯定することは同罪を国家・社会的法益に対する罪に変質させる、社会的信用の低下のリスクは移転罪とし

ての詐欺罪の成立を基礎づけえないといった点が指摘されている。

ところで、このような判例の流れを受けて、詐欺罪の成立範囲を画する判断基準に関して、たとえば、客観的な目的の不達成が認められれば同罪の成立が認められるとする見解[24]、「取引交換」・「目的達成」の点に錯誤がある場合に法益関係的錯誤を認めるとの立場から重要事項にあたるか否かは事案ごとに判断せざるをえないとの主張[25]も見られる。前記見解は、経済的または社会的な重要性とは別の観点から詐欺罪で保護される被害者の目的を画すべきだとするものである。さらには、経済的・実質的な観点からの制限にあまり意味はない[26]または不当だ[27]との指摘も出されている。これらは、被害者の目的が経済的または社会的に重要か否かによって同罪の成立範囲を限定するアプローチに対する疑義を示すものである。もっとも、同種の批判は以前から出されており、近時の判例を契機に当該アプローチに対する疑義がさらに深まったと評価できる。

他方で、近時の判例が、本人確認や暴排措置といった本人か否かや暴力団関係者か否かをチェックするための被害者の確認措置の有無によって、詐欺罪の成否を分けていると考えうることから、当該措置それ自体に注目して詐欺罪の成立範囲を画そうとする見解も見られる。まず、同罪の特徴が「処分の自由の侵害」にあるとの理解を前提に、「大量・匿名・非個性的」な態様・形式の取引では被害者の処分の自由を保護する範囲が相対的に狭まるために経済的な利益しか通常考慮されないが、「少量・対面・個性的」な態様・形式の取引では被害者が固有・独特の取引条件を設定しているのであれば処分の自由を手厚く保護すべきだとする見解がある[28]。この見解は、未成年事例でも年齢確認の措置が講じられていれば詐欺罪の成立を肯定できるとし[29]、被害者の確認措置の有無によって同罪の成立範囲が異なりうることを示唆している。

また、欺罔行為を「許されざる情報格差の利用」と定義したうえで、その判断に際して、反対給付という利益の獲得を目的とする被害者の情報収集義務を問題とする見解も主張されている[30]。同見解は、被害者の確認措置が、被害者

の情報収集の義務として詐欺罪の成立範囲を画するにあたって独自の規範的意義を有するとしている点に特色がある。ここでは、被害者の情報収集義務としての確認措置がなされてはじめて、被害者は詐欺罪によって保護されると考えられている。

㈣ 小　括

以上、詐欺罪の成立範囲をめぐる議論について概観してきた。従来、被害者の交付目的を経済的に重要な目的に限定すべきか否かで対立していた。しかし、平成一四年決定を契機として、非経済的な目的であっても社会的に重要な目的であれば同罪で保護すべきではないかと論じられるようになる。ここでは、被害者の目的を必ずしも経済的に重要なものに限る必要はないのではないか、という問題意識が看取される。

そして、宮崎事件判決以降は、前記対立軸に加え、判例において重視されている被害者の確認措置の有無によって同罪の成否が画されうるのではないかという問題意識から議論がなされてきている。つまり、近時の判例が本人確認などの被害者の確認措置を重視して詐欺罪の成否を判断していることに着目し、被害者の取引目的の内実のいかんを問題としてきた従来の判断枠組みとは異なる観点からその成立範囲を画していくべきだとする。実際、被害者の取引目的の内実を限定することで詐欺罪の成立範囲を画そうとするアプローチに対しては種々の批判がなされており、そのような判断枠組みで議論することの当否それ自体も議論の対象となっている。もっとも、実質的個別財産説を含め、経済的な損失のある事案で詐欺罪の成立を認める点において、学説は一致している。つまり、近時の学説においては、前記損失のない場合にどの範囲で同罪の成立を認めるかで対立していると言える。

三　窃盗罪における「通常の遊戯方法」をめぐる議論

㈠　詐欺罪の成立範囲をめぐる議論との関係

これまで詐欺罪の成立範囲をめぐる議論を見てきたが、同様の議論は、詐欺罪に限らず、窃盗罪でも見られる。すなわち、平成一九年決定は体感器を装着してパチスロ機で遊戯する方法でメダルを取得した場合に窃盗罪の成立を肯定したのに対し、平成二一年決定では共犯者の犯行を隠すためにいわゆる壁役として通常の遊戯方法でメダルを取得した場合に窃盗罪の成立が否定されている。学説では、前記判例によって定式化された「通常の遊戯方法」の範囲内か否かという判断基準の意義をめぐり、同罪においても財産的損害が必要ではないかといった指摘がなされ、後述するように、詐欺罪の場合と同様の思考枠組みで議論がなされている。そのため、被害者の確認措置が詐欺罪の成否においてどのような規範的意義を有するかを考察するに際しては、「通常の遊戯方法」をめぐる議論についても参照する必要がある。

さて、「通常の遊戯方法」をめぐる議論を具体的に見ていく前に、平成一九年決定および平成二一年決定で問題となっている事案が本質的に詐欺罪の事案と同様の問題状況にある点を確認しておきたい。前記判例では、行為者がパチスロを遊戯して、被害者の意思に合致した形でメダルを得ているように見せかけている事案につき、実際には被害者の意思に反してメダルを取得しているのではないかが問題とされている。これは、比喩的に言えば、機械を欺いている事案である。これに対して、詐欺罪では、人を欺くことが必要とされる。要するに、両者は、人か機械かの差はあるものの、何かしら欺いているという点において共通している。[31] 別の例をあげれば、行為者が窃取したキャッシュカードで現金自動預け払い機から現金を引き出した行為は窃盗罪となり、行為者が当該カードで銀行窓口の行員から

現金を引き出した行為は詐欺罪となるところ、両者の間に事案としての本質的差異はない。[32] したがって、「通常の遊戯方法」をめぐる議論は詐欺罪においても参照に値するものなのである。

(二) 財産的損害および法益関係的錯誤説からのアプローチ

平成二一年決定の事案においては、被害者が壁役である行為者のメダル取得を認めるはずがないことから、被害者の意に反しているといえ、被害者の意思に反する占有移転と定義される「窃取」にあたるようにも思われる。それにもかかわらず、最高裁は、「通常の遊戯方法」の範囲内だとして窃取該当性を否定している。そこで、「窃盗罪における財産犯的性格を維持すべきならば、詐欺罪の成立にも『財産的損害』の発生が要求されるのと同様に、窃盗罪においても、当該行為が相手方に『財産的損害』をもたらしたといえてはじめて『窃取』と認めるべき」だとする見解[33]が主張されている。同説は、メダル取得の確率を不正に高めるといった財産的損害を生じさせる態様であれば「通常の遊戯方法」の範囲外として窃取に該当するものの、そうでない場合には窃取に該当しないとして、平成二一年決定を解釈するものと言える。

前記見解に対しては、閉店時間外でのプレーや窃取したメダルでのプレーによるメダル取得のように、メダル取得の確率を不正に高めるなどして財産的損害を生じさせるような場合以外であっても窃盗罪の成立を認めるべき場合があるとの反論がなされている。[34] また、黙ってレジに代金を置いて店から商品を持ち出す事例で同説は窃盗罪の成立を否定するが、[35] 当該場合に同罪の成立を認めるのが一般的かと思われるところ、[36] 前記事案で同罪の成立を否定するという結論には疑問が残る。

他方、法益関係的錯誤説の立場から、窃盗罪の事案では被害者の錯誤は問題とならないが、包括的同意の有効性という観点からアプローチすべきであって、同罪の法益侵害の内容に関連する条件違反があった場合に限って、包括的

同意は無効になると解すべきだとの主張がなされている。[37] 同説によれば、「①包括的同意が問題になる場面において、被害者の経済的利害を左右する条件違反があれば、直ちに窃盗罪は成立するが、②被害者の経済的な利害に直接関係しなくても、社会的に重要な目的と評価されている事実について条件違反が認められる場合」も同罪の成立は認められるとされている。この見解は、論者が詐欺罪で論じた被害者の取引目的の社会的重要性という基準を窃盗罪に応用したものと評することができよう。[38]

以上の見解は、被害者に対してどのような財産的損害が生じているのか、被害者の包括的同意が窃盗罪の法益侵害と関連性を有しているかを問題としている。これは、詐欺罪の成立範囲をめぐる議論と対比して言えば、被害者の取引目的の内実を問題としている見解と軌を一にしている。パチスロの事案には電子機器を介した取引という側面があることからすれば、このような方向性もありうるところである。[39]

㈢　条件設定論からのアプローチ

詐欺罪において、経済的な損失があるとは限らない事案でも同罪の成立を認めるべきだと主張され、さらには同罪の成否にあたって被害者の確認措置それ自体を問題とする見解が現れたように、「通常の遊戯方法」をめぐる議論においても、被害者の条件設定という被害者の確認措置それ自体に着目する見解（条件設定論）が主張されている。つまり、被害者が客観的に一定の条件を設定したにもかかわらず、行為者が当該条件に違背した場合に窃盗罪が成立するという見解である。詐欺罪に関する近時の判例で問題となっているのが、たとえば、行為者が暴力団関係者でないことを被害者が交付の条件として設定している場合にその条件違背が同罪の成立を基礎づけうるかという点であるから、両者には問題意識の共通性が見られる。[40] 以下では、条件設定論がどのような議論を展開しているかを見ていく。

まず、「通常の遊戯方法」の範囲内か否かという基準は、管理・支配手段の攻撃・解除という観点から理解される

べきだとする見解がある。[41] 同説は、窃盗罪が占有者の財物の管理手段に対する攻撃を内容とするという側面に着目すべきであり、このような観点からすれば、「窃取」とは「財物に対する管理・支配の解除」だとする。なぜなら、「管理者が定めた一定の条件にかなうときに、またそのときにのみ占有移転を許す意思がある場合には、占有引渡しの際に当該条件の充足を確認する管理手段が採用されるはず」だからである。なお、同説は、「パチプロお断り」という掲示に関して、「それを実効的ならしめる管理手段がとられていない以上、それに違反したからといって」同罪が成立するわけではないとする。要するに、「実効的ならしめる管理手段」の有無によって窃盗罪の成否が変わりうることを示唆している。

次に、占有移転を受けようとする者との関係において占有者は占有移転に関して条件を自由に設定できるという観点から窃取の概念を画する見解がある。[42] 占有者が占有移転の際に自由に条件を設定できる以上は、占有移転を受けようとする者としては、当該条件に不服があるのであれば当該占有者から財物の占有移転を受けなければよいのであって、いくら占有者の設定する条件等が厳しいものであっても、占有移転を受けようとする者がこの条件等を無視してよいことにはならないとする。そして、条件設定によって占有者の意思内容が客観的かつ明確なものである場合には、遊戯者がその意に反してメダルを排出する行為は窃取にあたるとする。

これら諸見解に比べ、より端的に条件設定論を説く見解も見られる。[43] この見解によれば、第一に、「当該機械のメカニズムにおいて設定されている条件については、被害店舗の意思が機械のメカニズムにおいて明確に客観化されている以上、基本的には尊重しなければならず、当該条件に反して財物を取得した場合には、機械の通常の利用とは言えず、窃盗の成立を肯定できる」とする。第二に、当該機械のメカニズムに反していないような場合には、「当該機械を利用する際の規約やルールを考慮しつつ、当該機械の利用についてのシステムにおいて客観化された条件に反していると言える場合であって初めて、機械の通常の利用方法に反している」として同罪の成立が認められるとしてい

る。そして、財産的損害が生じえない場合でも、占有者の条件設定によってその関心事が客観化可能であれば、同罪の成立を認めるのである。

なお、同見解は、ドイツなどにおける条件付き合意の議論[44]を参照している。そこで、ごく簡単に当該議論について確認する。まず、商品や金員を提供する自動機械から不正に財物を取得する場合、事前の一般的・包括的な合意によって「奪取（Wegnahme）」の要件に欠けるとしてしまうと窃盗罪は成立しないうえ、人でないために欺罔の相手方に欠けて詐欺罪も成立しないとなり、処罰の間隙が生じることとなりかねない。そこで、条件付き合意に反しているとして窃盗罪を認めることで、前述した処罰の間隙を埋めている。裏を返せば、当該条件に合致している場合には窃盗罪は成立しないとなる。そして、その要件は、①機械が設定されたプログラムなどに適った形で操作されていること、②それが外観から判断できること（外観基準）とされている。

さて、このようなドイツの議論を参照することに対しては、ドイツにおいてはコンピュータ詐欺罪と窃盗罪との区別といった棲み分けの問題という文脈で条件付き合意が議論されており、可罰か不可罰かを問題としている日本と議論状況が異なるとの指摘がある[45]。けれども、コンピュータ詐欺罪が制定される以前のドイツでは、不正に入手したキャッシュカードを用いるなどして現金自動預け払い機から現金を引き出した場合には窃盗罪が成立しないという見解が多数であり[46]、条件付き合意は可罰か不可罰かの分水嶺として機能していた。このことからすると、前記議論は我が国においても参考となる。

また、ドイツにおける外観基準を適用した場合、他人名義のカードを不正に利用した現金の引出しに関しても、プログラムどおりに機能させているので、窃盗罪が成立しない[47]こととなるが、それではあまりに処罰範囲が限定されすぎてしまい、我が国の実状と合わないという問題もある。ただ、スイスでは外観基準が採用されていないようであり[48]、オーストリアでもそこまで厳格に用いられておらず、当該基準の範囲は一義的に決まるようなものではない[49]ことから

すれば、条件付き合意という枠組みの下で日本独自に処罰範囲を設定することも十分に可能である。そのため、条件の設定によって窃盗罪の成否が変わりうる点において、前記議論は日本でも参考になる。

㈣ 小　括

以上、窃盗罪における「通常の遊戯方法」をめぐる議論を概観してきた。一方で、パチスロのメダルの不正取得が窃取に該当するかについて、詐欺罪と同様に、財産的損害ないし法益関係的錯誤説からのアプローチが主張されていた。他方で、これまた詐欺罪の場合と同じく、そのようなアプローチには問題があるとして、被害者の確認措置と相通じる条件設定に着目して窃盗罪の成否を判断すべきとの見解も出されている。

ここで興味深いのは、パチスロのメダル不正取得の事例では、保護される被害者の意思は、客観的に明示されているものでなければならないとされている点である。[50] たとえば、平成二一年決定の調査官解説は、当該事例では他に比べて被害者の合理的意思を解釈する際により客観的な観点からの認定が必要だとしている。[51] その理由として、交付行為や個別の承諾等が予定されていないという詐欺罪との違いをあげている。とはいえ、すでに指摘したように、パチスロのメダル不正取得の事例は詐欺罪の事例と本質的に異なるものではない。また、論者は、パチスロのメダル不正取得の事例につき、所有者と実際に財物を交付する機械とが分離していることからより客観的な認定が必要だと考えているのかもしれない。しかしながら、近時の詐欺罪の判例で問題となった銀行等の場合も、銀行等の法益主体と行員等の実際に交付する者とが分離する関係にあり、この点でも両者は共通している。したがって、詐欺罪でも同様に被害者の意思が客観的に示されている必要があると解すべきである。[52]

なお、詐欺罪における確認措置と窃盗罪における条件設定との関係についても一言しておく。詐欺罪の成立範囲に関する近時の判例で問題とされた暴排措置などの被害者の確認措置は、行為者が暴力団関係者でないことなどを被害

者が交付の条件とし、当該条件を客観的に明示するためになされている。他方、窃盗罪にいう条件設定も同様の観点に基づいてなされている。それゆえ、窃盗罪における条件設定と詐欺罪における被害者の確認措置とは同視できる。以下では、窃盗罪における条件設定も含めた意味で被害者の確認措置という語を用いることとしたい。

四　被害者の確認措置の有する規範的意義

㈠　問題状況

このように、詐欺罪であれ、窃盗罪であれ、財産的損害ないし法益関係的錯誤といった被害者の取引目的の内実を問題とするアプローチに対して批判がなされ、被害者の確認措置それ自体に着目して犯罪の成否を画そうとする見解が主張されている。後者は、当該措置が独自の規範的意義を有することを示唆している。

では、そのような規範的意義はどのように基礎づけられるのであろうか。この点を検討する前に、被害者の確認措置が独自の規範的意義を有するとの見方に対して想定されうる反論について検討しておく。第一に、詐欺罪に関する近時の判例では挙動による欺罔に該当するか問題となっているところ、被害者の確認措置は挙動による欺罔か否かといった事実認定の際に意義を有するにすぎないといった反論が考えられる。第二に、被害者の確認措置は、被害者の取引目的が経済的に重要かないし社会的に重要かを認定する際の間接事実としての意義を有するにすぎず、それ自体が詐欺罪および窃盗罪の成否のメルクマールになるわけではないとの反論もありうる。ここでは、前者について検討し、後者については節を改めて論じる。

すでに見たように、宮崎事件判決の調査官解説は、本判決につき、重要事項性の判断を示さずに、端的に挙動によ

る欺罔にあたらないと判断したものだとする。[53] 要するに、暴排措置の程度は、挙動による欺罔の事実認定において考慮されるにすぎないというのである。これに対しては、宮崎事件判決には重要事項性について否定する趣旨も含まれるとの解釈が示されている。[54] また、同判決に付された反対意見[55]は、重要事項性の判断にあたって暴排措置の程度を考慮している。さらに、ゆうちょ銀行事件決定の調査官解説は、当該事案の事実関係からすれば挙動による欺罔にあたることは明白であるとしながらも、[56] 重要事項性の判断に際して、実効的な被害者の確認措置によって交付者が欺罔の対象となる事項に大きな関心を寄せていることが外部的にも明らかであることを要求している。つまり、挙動による欺罔かの事実認定とは別に当該措置を問題としており、当該措置は単に挙動による欺罔の事実認定の際に意義を有するにすぎないものとは言えない。

(二) 被害者の取引目的の内実を問題とするアプローチの限界

次に、被害者の取引目的を一定の内容に限定することで詐欺罪および窃盗罪の成立範囲を限定するとの立場を前提に、被害者の確認措置はそのような目的の判断に際しての間接事実という意義を有するにすぎないのかを検討する。ここでは、経済的または社会的に重要な目的というように、被害者の取引目的の内実を一定の内容に限定するアプローチを採用すべきなのかが問題となる。なぜなら、そのようなアプローチ自体が採りえないのであれば、前記目的に関する間接事実として被害者の確認措置を位置づけられず、当該措置に独自の規範的意義が認められることとなるからである。

まず、経済的に重要な目的に限定することの当否について検討すると、反対給付の瑕疵といったような直接的な経済的利益に狭く限定してしまうと詐欺罪の成立範囲が狭すぎることになる反面、間接的・抽象的な利益までも考慮する立場に対しては、そのような財産的損害の可能性を客観的に判断・認定しうるかに疑問があり、[57] 判断基準として十

分に機能しえないように思われる。そのため、同罪の成立範囲を経済的に重要な目的の不達成の場合にのみ限定することは困難である。

他方、社会的に重要な目的の不達成の場合に限定する立場についても、財産を処分するか否かは個人の自由だというのが財産権の基本的な理念であるところ、社会的に重要と評価される場合に限って詐欺罪の成立を認めることは、前記理念に反する[58]。また、社会的に重要な目的の範囲が不明確なため、その捉え方によっては形式的個別財産説との差異がなくなり、詐欺罪の成立範囲を画する判断基準として機能しないとの問題もある[59]。さらに、社会的な重要性は単に法規制などの存在から認定されるわけではなく、被害者が実際に講じている確認措置から判断されているようである[60]。つまり、社会的な観点から見て被害者の取引目的が重要か否かを判断するというよりは、被害者の確認措置の有無によって最終的に詐欺罪の成否を判断している。そうだとすれば、端的に被害者の確認措置それ自体にどういった規範的意義があるのかを探究すべきである。その意味において、被害者の取引目的が社会的に重要か否かの基準は大きな意義を有していないように思われる。

さらに、そもそも実質的な観点から詐欺罪で保護される目的の内実を一定のものに限定するアプローチそれ自体に根拠があるのかといった点も批判されている[61]。実質的損害を要求する根拠として、詐欺罪が財産犯であることがあげられる。しかし、同じ個別財産に対する罪である窃盗罪では一般に実質的な観点から同罪の成立範囲を制限すべきとはされていないにもかかわらず、なぜ詐欺罪の場合に実質的な財産的損害が要求されるのかは明らかでない[62]。それゆえ、詐欺罪が財産犯であることからその成立にあたって実質的な損害を要求するアプローチに根拠はない。

このように、経済的または社会的に重要な目的に限定して詐欺罪ないし窃盗罪による保護を与えようとする見解は、その成立範囲を画する基準として不十分であるうえ、そもそも被害者の目的を一定の内容に限定するというアプローチの根拠それ自体を明らかにできていない点において問題がある。その限りにおいて、詐欺罪および窃盗罪の法益侵

害は、個別財産の喪失というように形式的に捉えるほかない。

このような理解に対しては、詐欺罪に関して、「たとえ財産の交付によって具体化されているといっても、純然たる個人の主観的な感情までを詐欺罪で保護するのはやはり過剰」だとの批判がある。[63] けれども、同じ財産犯である窃盗罪では主観的な価値のある財物についても保護の対象とされており、財物の占有によって具体化された主観的な価値が保護されていると理解できるところ、もし前記批判の論理を貫くのであれば、同罪の場合も主観的な価値しかない財物を保護するのは過剰だとなるように思われる。とはいえ、それを理由に財産犯という観点からこのような場合に同罪の成立を否定するのであれば、そのような理解は妥当でない。よって、前記批判はあたらない。

㈢　被害者の確認措置の有する独自の規範的意義

以上から、被害者の取引目的の内実を問題とするアプローチ自体が採りえない以上、前記内実を基礎づける間接事実として被害者の確認措置を位置づけることはできず、当該措置は詐欺罪および窃盗罪の成否を判断する際に独自の規範的意義を有していると見るべきである。もっとも、当該措置の規範的意義がどのように基礎づけられうるかは未だ明らかでなく、その点を解明する必要がある。

窃盗罪における条件設定論では、その根拠として、占有者が占有移転につき自由に条件を付せる以上、占有移転を受けようとする者はそれに従わざるをえず、その条件に反した態様で占有移転を受ける自由はないという点があげられていた。けれども、なぜ占有移転を受けようとする者は占有者の設定した条件に従わなければならないのかという点はさらに追究する必要があるように思われる。

次に、詐欺罪においては、取引の態様・形式が「大量・匿名・非個性的」か「少量・対面・個性的」かで被害者の有する取引の自由の保護の範囲が変わりうると説明する見解がある。たしかに、事実的には「大量・匿名・非個性

的」な取引を行う者は経済的な利益にしか興味を有していない。しかし、私的自治の原則ないし契約自由の原則からすれば、どのような相手方と契約するかなどの取引の自由は「大量・匿名・非個性的」な取引を行う者にも認められているはずである。そのため、「大量・匿名・非個性的」か否かで被害者の有する取引の自由の広狭が変わると解することは法的には無理があるように思われる。

このように見てくると、被害者の確認措置の独自の規範的意義を基礎づける根拠としては、「許されざる情報格差の利用」という観点から被害者の情報収集義務を問題とする見解が検討に値するもののように思われる。なぜなら、欺罔行為の判断にあたって情報格差に着目することの必要性それ自体はかつてから指摘され[64]、先述したように、当該措置は暴力団関係者でないことなどといった条件に合致しているかといった情報を収集するためのもので、被害者の情報収集の責任が問題になるからである。

もっとも、その理論的根拠については異論がある。同見解は、被害者の情報収集義務を行為者からの反対給付という利益を求めることに伴う自己防御という観点から導き出している。しかし、この観点を押し進めれば、振り込め詐欺といった詐欺罪が成立することに争いのない経済的な損失が認められる場合であっても、反対給付を求める際に被害者は十分に虚偽を見抜くことが要求され、同罪の成立範囲が極端に狭くなりかねない[65]。それゆえ、前記観点を何らかの形で限定する必要がある。そこで、被害者の情報収集の責任はどのような観点から考慮されるのかを論じることとしたい。

この点を考えるにあたっては、まず詐欺罪の構造に着目する必要がある。同罪は、「①財産移転結果がまず被害者に帰属するが、②最終的には欺罔行為者に遡及的に帰属する、という二段構造」となっている[66]。つまり、①は自らの意思による財産移転という処分行為の要件から導かれ、②は、①によって「交付行為者である被害者に帰属した財産移転も、最終的にはさらに欺罔行為者に遡及して帰属しないと、そもそも財産犯とならない」ということを意味して

いる。そして、②が認められるには、結果との関係において行為者への財産移転を基礎づけうる「行為者＞被害者」といった「欺罔行為者の積極的な優位性」が必要とされる。それを基礎づけるのが欺罔行為である。

さて、①は、瑕疵ある意思とはいっても被害者の意思に基づく財産処分であることから、いわば意思決定に伴う自己責任として財産移転の結果が被害者に帰属するということを意味する[67]。そのため、これのみでは詐欺罪の法益侵害性は基礎づけられない。つまり、そのような被害者の自己責任として財産移転の結果を被害者が甘受しなければならない場合を超えていることを基礎づける事情として、②にいう「行為者＞被害者」という関係が認められる必要がある。そして、前記関係性を基礎づける要件である欺罔行為では、行為者と被害者との間の情報格差が問題となる。

ところで、ここで問題とされている被害者の自己責任とはどういう意味であろうか。ここでは、取引における行為者と被害者との情報格差が問題となっているが、取引を法的に規定している民法においては私的自治の原則が妥当する。同原則からは、契約を締結するにあたって必要な情報の分析・収集は各人の責任だとするのが基本的な考え方とされる[68]。このような法的観点からすれば、単に行為者が被害者に対して交付の判断に際して何らかの虚偽情報を提供したというだけでは、欺罔行為と評価されない。ここから、詐欺罪の成立範囲を限定すべきだとする法的要請が導かれる。

とはいえ、このような原則を突き詰めれば、情報弱者である当事者の利益を一方的に犠牲にすることになりかねない。そこで、民法学では、前記自己責任の原則は、あくまでも当事者が必要な情報を収集することが可能で、当該情報について適切に分析できることが前提となっていることから[69]、当事者間の情報収集能力の格差や専門知識の差などによってそのような前提が妥当しない場合には前記原則が妥当せず、自己決定およびその基盤を確保する要請から[70]、当事者の一方が他方に情報提供義務を負う場合があるとされている[71]。要するに、当事者の情報収集に関する自己責任とそれが妥当しない場合における当事者の保護とのバランスによって、法的保護の要否を検討している。

そして、詐欺罪において「情報格差の利用」が問題とされ、被害者の情報収集の責任を考慮する必要がある以上、このような考え方は同罪の成立範囲を考えるに際して参考となるものである。[72] 現に、刑法学においても、「詐欺は初期資本主義の自由放任思想のもとではむしろ当然のこととして是認されていたくらいである」から多少の欺罔的要素を含む行為も許されうるが、そのことを過度に強調することは詐欺が取引社会で横行することを認めてしまうことになる、といった指摘がなされている。[73] それゆえ、先述した民法学の観点と同じく、詐欺罪でも当事者の情報収集に関する自己責任とそれが妥当しない場合における当事者の保護とのバランスが問題になると考えられる。

以上を踏まえると、詐欺罪の成立範囲を画するにあたっては、次のように考えることができる。まず、被害者も取引の当事者として情報収集の責任を負うことから、行為者に対して全ての事項について真実の情報を提供してくれると期待することはできず、その意味において、行為者が騙したからといってその行為が直ちに「許されざる情報格差の利用」として欺罔行為にあたるわけではない。これは、詐欺罪の成立範囲を制限する方向に働くベクトルであり、このような観点から、情報収集の責任として被害者の確認措置がなされてはじめて詐欺罪が成立しうる場合が生じることとなる。

他方、行為者が被害者に対してある情報につき錯誤を生じさせている以上、取引における被害者の自己決定を害しているという側面は否定できず、自己決定を保護すべきとの観点からは、過度に被害者に嘘を見抜く能力を要求すべきではないということが導かれる。これは、詐欺罪の成立範囲を拡張する方向に働くベクトルであり、ここから被害者が情報収集のための確認措置を講じなくても保護される余地が導かれる。

このように、詐欺罪の成立範囲を制限するベクトルと拡張するベクトルとを考慮することにより、同罪の成立範囲を適切に限定する解釈が可能となる。そこで、前記観点から、被害者の確認措置の有する規範的意義とはどのようなものかを明らかにする。

ここで重要となるのは、欺罔行為の対象が、反対給付[74]に関する事実なのか、反対給付以外の付随的な目的に関する事実なのかである。なぜなら、両者のいずれに該当するかで被害者の情報収集の責任の程度が異なるからである。すなわち、反対給付に関する事実については、取引の根幹をなすものであって、取引当事者としては自身の提供する反対給付に関する事実の情報が真実であることを保証する必要がある。というのも、もし反対給付に関する事実にまで相手方の情報収集の責任を認めると、当事者は取引に際して過度に注意深くならざるをえず、取引を円滑に行うことができなくなるからである[75]。このような価値判断は、経済的な損失が認められる場合に当然に詐欺罪の成立を認めている点で学説が一致していることからしても支持できるものと思われる[76]。また、被害者の取引目的は客観的に示される必要があるところ、特段の情報収集の措置がなくても反対給付に関する事実はすでに客観的に示されているという見方も可能である[77]。そのため、当該措置がない場合であっても、当該事実について偽ったのであれば、行為者に詐欺罪の成立が認められうる。

これに対して、間接的・抽象的な経済的利益のように欺罔行為の対象が反対給付以外の付随的な目的に関する事実である場合には、原則として被害者の側に情報収集の責任があり、被害者が暴排措置などの確認措置を行ってその責任を果たさなければ、詐欺罪の成立は否定される。なぜなら、このような事実は取引の根幹をなすものではなく、当該事項についてまで行為者が真実の情報を提供しなければならないとすると、自由であるべき取引が過度に萎縮することになってしまうからである[78]。もっとも、被害者が確認措置といった特段の情報収集の措置を講じたのであれば、そのような措置が合理的である以上、行為者としてはその措置に従って真実の情報を提供すべきであるから、当該事実について偽ったのであれば詐欺罪の成立を肯定できる[79]。

なお、前記立論は詐欺罪を念頭に行ってきたが、窃盗罪における「通常の遊戯方法」に関する議論にもあてはまる。パチスロのメダル不正取得の事例では、占有移転に関する事前の包括的承諾があり、当該承諾に反してなされた占有

移転が窃取に該当するか問題となっている。つまり、事前の包括的承諾があるという意味で被害者の自己責任としての要素が認められる。また、ここでは条件に合致しているか否かという情報収集の責任が問題とされ、この点においても詐欺罪との違いはない。よって、前記議論は、占有移転の事前の包括的承諾がなされている場面での窃盗罪にも妥当する。もっとも、そのような事前の包括的承諾がなされていない場面における通常の窃盗罪の成否においては、前記立論は妥当しない点に留意する必要がある。

㈣　私見に対して想定される批判とそれに対する応答

ところで、本稿三章四節で述べたように、被害者の確認措置はその関心事を客観的に外部的に明らかにするという意味を有するところ、私見に対しては、それは故意の問題に解消できるものであり、当該措置にそれ以上の独自の規範的意義はないとの批判が考えられる。そこで、当該批判の当否について検討したい。

この点に関して、パチスロのメダル不正取得の事例につき、次のような指摘がなされている。[80]「パチプロお断り」の掲示がある店でパチプロが通常のプレーにてメダルを取得した場合、当該掲示だけでは条件設定がなされたとは言えず、故意の有無以前に客観的に窃盗罪が成立しない。[81]これに対して、パチスロ店同士がパチプロのブラックリストを作成し、当該リストに掲載されているパチプロの利用を断るというような掲示がなされている場合には、その者がプレーしてメダルを取得すれば同罪が客観面としては成立しうるものの、当該掲示を見落とすなどしてその者に故意のない場合には主観面の問題として同罪が成立しないことはありうるとする。要するに、故意といった主観面の問題とは別に、窃盗罪の客観面として条件設定に反した占有移転があったか否かが問題となり、その際に被害者の確認措置の有無が重要な役割を担っているのである。その意味において、当該措置の有する規範的意義は、故意の問題とは全く区別される。[82]同様のことは、詐欺罪における被害者の確認措置についても当然に妥当する。[83]

以上から、被害者の確認措置は故意の問題とは別の次元に属するものであり、行為者において被害者の関心事を単に認識していたかという問題には還元できない。[84] 付言すれば、被害者にとっての重要事項を行為者が認識しているかではなく、当該事項に関する情報を収集・提供する責任が誰に帰属しているのかという被害者の確認措置の要否および有無が問題の核心である。そして、付随的な目的に関する事項の場合であれば、被害者の確認措置という「障壁の突破」があってはじめて可罰的とされる程度の行為がなされたと評価されうるのである。

五　今後の課題と展望

本稿では、詐欺罪および窃盗罪における被害者の確認措置の有する規範的意義がどのように基礎づけられるかを明らかにしてきた。そこでは、両罪の成立範囲を画するにあたって当該措置それ自体が独自の規範的意義を有しており、その意義は被害者の情報収集の責任という観点から基礎づけられると論じた。具体的な事案においてどの程度の被害者の確認措置が要求されるかという点は、今後の課題としたい。

ところで、近時、住居侵入罪・詐欺罪・窃盗罪を横断的に検討し、これらの罪に関する近時の判例を単に被害者の意思に反したという意思侵害を法益侵害と同視するものと批判したうえで、単なる意思侵害のみではなく何らかの「障壁の突破」があってはじめて可罰的になるといった指摘がなされている。[85] すなわち、住居侵入罪にいう「侵入」や窃盗罪にいう「窃取」といった概念には「障壁の突破」が含意され、単に住居権者の意思に反する立入りや所有者の意思に反する占有移転では足りないとする。ただ、同見解は、詐欺罪につき、「障壁の突破」について明示的に言及しているわけではない。

本稿では、詐欺罪においても、被害者の確認措置といった「障壁」を突破した場合に限って同罪の成立が認められ

る場合のあることを論じてきた。同罪にいう「欺いて」という概念にも、行為者が欺くことによって占有などといった被害者の財産状態の支配を解除するという意味合いがあることからすれば、「侵入」や「窃取」と同様に、「欺いて」という概念にも「障壁の突破」という意味合いは含まれている。このことからすれば、「障壁の突破」という観点は詐欺罪においても問題となる。その意味で、本稿は、「障壁の突破」という観点から同罪の成立範囲を限定する方向性を志向している。

なお、論者は、法益・財の客観化という観点からの限定が必要だとし、窃盗罪について「障壁の突破」に加えて財産的損害も要求されるとする。[86] しかし、すでに論じたように、詐欺罪および窃盗罪について財産的損害を要求することは妥当でない。つまり、法益・財の客観化という観点からこれらの犯罪の成立範囲を画することには限界がある。そうだとすれば、当該範囲を画するうえでは、「障壁の突破」という観点がより重要となる。そして、このことは、被害者の意思侵害が問題となる場面一般にも言えることのように思われる。以下では、本稿で示した基本的な視座がこのような場面においてどのような意義を有するかを論じ、今後の展望を素描することにしたい。

本稿では、詐欺罪および窃盗罪のうち、被害者が一定の条件を満たした場合には財産を交付するという意思を有する場面において、交付時ないし事前の被害者の意思決定があるため、被害者の自己決定に伴う財産処分に関する情報収集の責任という観点から、両罪の成立範囲が被害者の確認措置によって画されうることを示した。一般化して述べれば、次のようになる。被害者は法益を処分する際に自ら情報を収集してその判断を自己決定として行っている以上はその情報収集に関して一定の責任を負うべきであって、単にその意思に反したという理由のみでは可罰性が基礎づけられない場面がありうることとなる。他方、被害者がその責任を果たすべくして行った一定の措置を超えて行為者が被害者を欺くなどした場合には、「障壁の突破」が認められるので可罰性が基礎づけられる。なぜなら、すでに被害者としては前記責任を果たしたのであり、行為者としては被害者の確認措置に協力して真実の情報を提供する責任

を負うからである。

そうだとすれば、私見の被害者の自己責任とその自己決定の保護のバランスを考慮するといった判断枠組みは、詐欺罪や窃盗罪に限らず、意思侵害が問題となる場面において一定の示唆を与えるものである。[87] ただ、私見の視座が他の犯罪類型についてどの程度まで妥当するかは各犯罪類型の有する固有性も含めて慎重に吟味する必要がある。今後は、その点に留意しながら、「意思侵害と障壁の突破」という観点から、他の犯罪類型の考察も行うことにしたい。

（1）松原芳博「法益侵害と意思侵害」浅田和茂ほか編『生田勝義先生古稀祝賀論文集 自由と安全の刑事法学』四八頁以下（法律文化社、二〇一四）。

（2）なお、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）四八頁以下。

（3）たとえば、団藤重光『刑法綱要各論』六一九頁（創文社、三版、一九九〇）。

（4）和田俊憲「詐欺罪における『財産的損害』」同ほか『ひとりで学ぶ刑法』一七一頁（有斐閣、二〇一五）。なお、実質的個別財産説に立つものとして、たとえば、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害（五・完）」警研六三巻八号（一九九二）四一頁以下。

（5）たとえば、井田良『刑法各論』一二八頁（弘文堂、二版、二〇一三）。なお、近時の文献として、山中敬一「詐欺罪における財産的損害と取引目的」新報一二一巻一一＝一二号（二〇一五）三九七頁以下。

（6）たとえば、第三者への譲渡目的を秘して自己名義の預金通帳を詐取した事案で詐欺罪を肯定した最決平一九・七・一七刑集六一・五・五二一、第三者への譲渡目的を秘して搭乗券を詐取した事案で同罪を肯定した最決平二二・七・二九刑集六四・五・八二九。

（7）たとえば、伊藤渉「判批」ジュリ一二七七号（二〇〇四）一三九頁以下。

（8）木村光江「詐欺罪における損害概念と処罰範囲の変化」曹時六〇巻四号（二〇〇八）二四頁、星周一郎「詐欺罪の機能と損害概念」研修七三八号（二〇〇九）六頁。なお、星周一郎「詐欺罪」法教四一八号（二〇一五）二九頁以下。

（9）たとえば、西田典之『刑法各論』二一〇頁以下（弘文堂、六版、二〇一二）は財産的損害の可能性で足りるとしている。

（10）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』一七五頁以下（立花書房、二〇一一）。

（11）長井圓「証書詐欺罪の成立要件と人格的財産概念」板倉宏博士古稀祝賀論文集編集委員会編『現代社会型犯罪の諸問題』三一五頁以下（勁草書房、二〇〇四）、前田巌「判解」『最高裁判所判例解説・刑事篇平成一九年度』三三〇頁、伊東研祐『刑法講義 各論』一九六頁（日本評論社、二〇一一）、渡辺靖明「詐欺罪における実質的個別財産説の錯綜」横国二〇巻三号（二〇一二）一二一頁以下。

（12）たとえば、佐伯仁志「詐欺罪（一）」法教三七二号（二〇一一）一〇七頁以下。これに対し、詐欺罪に法益関係的錯誤説は妥当しないとするものとして、小林憲太郎「刑法判例と実務（第八回）被害者の同意」判時二二九六号（二〇一六）七頁以下。

（13）長井圓・前掲注（11）三三一頁以下、足立友子「詐欺罪における欺罔行為について（五・完）」名法二一五号（二〇〇六）三九一頁以下。

（14）なお、詐欺罪の成立範囲を財産的損害の要件で論じるべきか錯誤の要件で論じるべきかで対立し、近時は欺罔行為の要件で論じる傾向にある。しかし、財産的損害と錯誤とは表裏の関係にあり（松原芳博『刑法各論』二七七頁（日本評論社、二〇一六））、体系的な要件の位置づけに関する議論は「論理としても相互に転換可能」である（杉本一敏「詐欺罪における被害者の『公共的役割』の意義」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』三〇五頁以下（成文堂、二〇一五））。したがって、本稿では、これらの区別は脇に置くこととする。

（15）この点を示唆するものとして、橋爪隆・前掲注（10）一九一頁以下。

（16）たとえば、松宮孝明「暴力団員のゴルフ場利用と詐欺罪」浅田和茂ほか編『刑事法理論の探求と発見 斉藤豊治先生古稀祝賀論文集』（成文堂、二〇一二）一六五頁、松原芳博「詐欺罪・その二」法セ七〇〇号（二〇一三）一一一頁、四條北斗「身分を秘匿してなした法律行為と詐欺罪」桐蔭二〇巻二号（二〇一四）九四頁以下。

（17）野原俊郎「判解」曹時六八巻四号（二〇一六）二五八頁以下。

（18）野原俊郎「判解」曹時六八巻四号（二〇一六）二九〇頁以下。

（19）駒田秀和「判解」曹時六八巻五号（二〇一六）二〇三頁以下。

（20）たとえば、松原芳博・前掲注（14）二八三頁、松宮孝明『刑法各論講義』二六八頁（成文堂、四版、二〇一六）。なお、

前掲注（16）の文献も参照。

（21）たとえば、伊藤渉「判批」刑ジャ四二号（二〇一四）九七頁以下、橋爪隆「判批」金法二〇二五号（二〇一五）一〇頁。

（22）たとえば、伊藤渉・前掲注（21）一〇五頁、橋爪隆・前掲注（21）。

（23）たとえば、松原芳博・前掲注（14）二八三頁以下、松宮孝明・前掲注（20）。

（24）井田良「詐欺罪における財産的損害について」曹時六六巻一一号（二〇一四）二五頁以下。

（25）山口厚「詐欺罪に関する近時の動向について」研修七九四号（二〇一四）一〇頁。

（26）宮崎英一「詐欺罪の保護領域について」刑法五四巻二号（二〇一五）三三三頁以下は、判例においても経済的見地は考慮されているが、それを広く解しているため、詐欺罪の成立範囲を画する指標にはなりにくいと指摘する。

（27）長井圓「詐欺罪における形式的個別財産説の理論的構造」新報一二一巻一一＝一二号（二〇一五）三五九頁以下。なお、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。

（28）成瀬幸典・前掲注（27）二八七頁以下。

（29）同右二九〇頁以下。なお、冨川雅満「賃貸借契約における暴力団排除条項と詐欺罪の成否について」中央大学大学院研究年報法学研究科篇四二号（二〇一三）一六八頁。

（30）冨川雅満「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）」新報一二二巻五＝六号（二〇一五）五四頁以下。なお、客観的帰属の観点からの限定を示唆するものとして、渡辺靖明「外国文献紹介 Nikolai Harbort 著『詐欺罪における客観的帰属の意義』（Die Bedeutung der objektiven Zurechnung beim Betrug）」横浜国際社会科学研究一九巻六号（二〇一五）一四五頁以下。

（31）たとえば、高橋則夫『刑法各論』三〇二頁（成文堂、二版、二〇一四）は、詐欺罪の成立には「人を欺くことを要するから、機械を欺くのは、詐欺罪ではなく、窃盗罪が成立する」と表現している。なお、井田良「西ドイツにおけるコンピュータ犯罪処罰規定」刑法二八巻四号（一九八八）六〇一頁以下。

（32）なお、橋爪隆「窃盗罪における『窃取』の意義について」刑法五四巻二号（二〇一五）三〇一頁以下。

（33）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『曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集［下巻］』一三三頁（成文堂、二〇一四）。なお、窃盗罪にも財産的損害が必要だとするものとして、松原芳博・前掲注（1）六〇頁以下。

（34）島田聡一郎ほか『事例から刑法を考える』三八六頁［小林憲太郎］（有斐閣、三版、二〇一四）、深町晋也「判批」論究ジュリ一三号（二〇一五）一九〇頁。
（35）内田幸隆・前掲注（33）一三二頁以下。同旨、林幹人『刑法各論』一四六頁（東京大学出版会、二版、二〇〇七）。
（36）たとえば、高橋則夫・前掲注（31）三二四頁。
（37）橋爪隆・前掲注（32）。
（38）林陽一「窃盗罪と占有の保護」研修八一四号（二〇一六）六頁は、「詐欺罪と連続したものとして窃盗罪の成否を検討する」ものと指摘する。なお、社会的に重要な被害者の意思に反した場合に窃取該当性を認める見解の当否については、詐欺罪における同見解の当否という形で、本稿四章二節にて論じる。
（39）松原芳博・前掲注（1）六〇頁以下。
（40）深町晋也・前掲注（34）一九二頁も「詐欺罪の『人を欺く行為』の判断においても、条件設定論は意味を持つと思われる」と指摘している。
（41）林陽一「判批」平成二一年度重判解（二〇一〇）一八三頁以下。あわせて、林陽一・前掲注（38）三頁以下。
（42）江口和伸「パチンコ玉やメダルの不正取得と窃盗罪の成否について」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集［下巻］』一二七頁以下（成文堂、二〇一四）。
（43）深町晋也・前掲注（34）一九〇頁以下。
（44）*Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2012, § 242 Rn. 91 ff.; *Rudolf Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 18. Aufl. 2016, § 2, Rn. 70 ff. 邦語文献として、たとえば、佐藤陽子『被害者の承諾』二二五頁以下および二四三頁（成文堂、二〇一一）、樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー八巻（二〇一三）一五七頁以下。
（45）橋爪隆・前掲注（32）三〇〇頁。
（46）井田良・前掲注（31）六〇三頁。なお、樋口亮介・前掲注（44）一五八頁。
（47）たとえば、BGHSt 35, 152.
（48）森永真綱「法益関係的錯誤説の再検討」刑法五四巻三号（二〇一五）四八〇頁［深町晋也報告］。
（49）樋口亮介・前掲注（44）一五八頁。また、外観基準の根拠が不十分だと指摘するものとして、林陽一・前掲注（38）五頁。

(50) たとえば、江口和伸・前掲注（42）一三二頁、深町晋也・前掲注（34）一九一頁以下。なお、井田良・前掲注（31）六〇四頁。

(51) 三浦透「判解」『最高裁判所判例解説・刑事篇平成二一年度』一五四頁。

(52) 詐欺罪において被害者の取引目的が客観化されている必要性があると説くものとして、井田良・前掲注（24）二六頁以下。

(53) 野原俊郎・前掲注（17）二八七頁。同旨、林美月子「判批」平成二六年度重判解（二〇一五）一六九頁。

(54) たとえば、杉本一敏・前掲注（14）三一九頁以下。

(55) 最判平二六・三・二八刑集六八・三・五八六以下。

(56) これに対して、本件を明示的欺罔の事例だと理解するものとして、白井智之「判批」研修七九八号（二〇一四）二八頁、冨川雅満「判批」新報一二三巻一＝二号（二〇一六）二二四頁。

(57) 山口厚・前掲注（25）九頁以下。あわせて、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）。

(58) 渡辺靖明・前掲注（11）一四六頁以下。なお、長井圓・前掲注（11）三四五頁。

(59) この点を示唆するものとして、杉本一敏・前掲注（14）三〇二頁。

(60) 同右三二二頁以下および三二五頁以下。なお、窃盗罪に関するものであるが、橋爪隆・前掲注（32）三〇六頁以下。

(61) 渡辺靖明・前掲注（11）一六二頁以下。なお、成瀬幸典・前掲注（27）二八七頁以下。

(62) 渡辺靖明・前掲注（11）一五一頁。なお、橋爪隆・前掲注（10）一七八頁以下、木村光江「『財産上の利益』の意義について」曹時六七巻二号（二〇一五）六頁以下。

(63) 橋爪隆・前掲注（10）一八五頁。

(64) たとえば、佐久間修『実践講座・刑法各論』四一頁（立花書房、二〇〇七）。

(65) もっとも、冨川雅満・前掲注（30）七四頁は、振り込め詐欺のように被害者が通常よりも錯誤しやすい心理状態を行為者が一方的に作出した場合には、被害者の情報収集努力が軽減されるとする。しかし、特殊詐欺の一種である金融商品等取引名目の詐欺のように、必ずしも被害者の心理状態が通常よりも錯誤しやすい状態にない場合はそのような議論は妥当しないが、当該場合にまで被害者の情報収集義務を要求するのは酷であろう。なお、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』一〇二頁以下（岩波書店、二〇〇六）。

(66) 和田俊憲「財物罪における所有権保護と所有権侵害」山口厚編『クローズアップ刑法各論』一九七頁以下（成文堂、二〇

○七）。

(67) なお、詐欺罪が「有効な法益処分」を前提とすることにつき、井田良「コメント」山口厚ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』一四三頁（岩波書店、二〇〇六）。

(68) たとえば、山田誠一「情報提供義務」ジュリ一一二六号（一九九八）一八一頁。

(69) たとえば、横山美夏「消費者契約法における情報提供モデル」民商一二三巻四＝五号（二〇〇一）八五頁以下。

(70) 小粥太郎「説明義務違反による不法行為と民法理論（上）」ジュリ一〇八七号（一九九六）一一八頁以下。

(71) なお、情報提供義務と民法上の詐欺との関係性につき、たとえば、川井武宜ほか編『注釈民法（三）総則（三）』四七六頁以下［下森定］（有斐閣、新版、二〇〇三）。

(72) なお、長井圓＝渡辺靖明「『誤振込』の告知義務と民刑の法的統一」横国一三巻一号（二〇〇四）二四頁以下は、詐欺罪において情報提供義務を考慮すべきだとする。

(73) 団藤重光・前掲注（3）六〇五頁。

(74) なお、反対給付の内容が金銭に限られないことにつき、井田良・前掲注（24）六頁以下。

(75) この点につき、契約法上の詐欺に関する記述ではあるものの、スティーブン・シャベル（田中亘ほか訳）『法と経済学』三七八頁（日本経済新聞出版社、二〇一〇）は、取引の際に詐欺を見抜くことに用心深くなることは社会の浪費だと指摘する。

(76) 現に、本稿二章で見たように、詐欺罪の成立範囲を最も狭く解する立場でも経済的な損失が認められれば詐欺罪の成立を認めている。なお、山口厚・前掲注（25）九頁。

(77) なお、形式的個別財産説であっても要件上は反対給付に関する事情が判断されていたことにつき、井田良・前掲注（24）一三頁以下。

(78) 窃盗罪に関するものであるが、深町晋也・前掲注（34）一九二頁は、「財産的損害の有無は、財物占有者の関心事のうち最も客観化可能なもの」だとする。つまり、反対給付に関する事実は被害者の確認措置がなくとも、すでに客観的に明らかにされている場合が多いと考えられる。

(79) なお、成瀬幸典・前掲注（27）二九一頁。

(80) 深町晋也・前掲注（34）一九一頁。

(81) なお、この点につき、江口和伸・前掲注(42)一五一頁以下。

(82) 井田良・前掲注(24)二六頁以下は、「行為者の側に被害者の主観的価値決定について故意があるというだけで詐欺罪の成立を認めることは適切ではない」とする。

(83) 深町晋也・前掲注(34)一九一頁は、窃盗罪におけるこのようなルールの客観化・明確化および当該ルールに関する行為者の認識という議論は、暴力団ゴルフ場事例に関する最高裁判例とも共通すると指摘している。

(84) なお、被害者の承諾の表示およびその認識の要否に関する文脈であるが、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』二一〇頁(有斐閣、二〇一三)は両者が理論的には別個の問題だと指摘している。

(85) 松原芳博・前掲注(1)。

(86) 同右六〇頁以下。

(87) なお、佐藤陽子・前掲注(44)二二九頁以下は、住居侵入罪につき、窃盗罪でいうところの条件付き合意が問題となりうることを示唆している。

山内　竜太(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
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
専攻領域　刑法