

Title	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
Sub Title	Zur Lehre vom bedingten Einverständnis 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	2018
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.116, (2018. 3) ,p.139- 173
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20180315-0139

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.

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——

山内 竜太

一 問題の所在

二 パチスロのメダル不正取得事例に関する判例の現状

(一) 最決平一九・四・一三刑集六一・三・三四〇

(二) 最決平二一・六・二九刑集六三・五・四六一

(三) 小括

三 判例にいう「通常の遊戯方法」をめぐる学説の議論状況

(一) 財産的損害を要求する見解

(二) 包括的承諾の有効性を問題とする見解

(三) 条件設定論

(四) 小括

四 窃取概念における条件設定論の検討

(一) 条件設定論の位置づけ

(二) ドイツにおける「条件付き合意」の議論——空プレイ事

例を念頭に——

(三) 私見——条件設定の際の視座——

五 窃盗罪と詐欺罪との関係性についての試論

(一) 窃盗罪における意思不存在型と意思無効型の意義

(二) 窃盗罪と詐欺罪との関係性から見る財産的損害要求説の問題点

(三) 窃盗罪と詐欺罪との関係性から見る法益関係的錯誤説の問題点

(四) 窃盗罪と詐欺罪との関係性から見る私見の意義

六 結語

一 問題の所在

詐欺罪の成立範囲をめぐって、財産的損害を要求すべきとの見解や法益関係の錯誤説も依然として有力に主張されているものの、近時は前記見解の問題点を指摘して（暴排措置や本人確認といった）被害者の確認措置に着目する見解も主張されている。そして、同様の議論は窃盗罪にも見られ、パチスロのメダル不正取得事例に関する最決平一九・四・一三刑集六一・三・三四〇（以下、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（以下、平成二二年決定）が示した「通常の遊戯方法」の範囲内かという基準に関する議論がそれである。ここでも、財産的損害を要求する見解や法益関係の錯誤説からのアプローチが主張され、両説の問題点を指摘して被害者の講じた条件設定に着目する見解（以下、条件設定論）もあり、詐欺罪の議論状況と類似している⁽¹⁾。もっとも、窃取概念における条件設定論は未だ十分に検討されていないのが現状である。

窃盗罪の前記議論は、ドイツの影響を受けた財産的損害を要求する見解や法益関係の錯誤説といった詐欺罪の議論を窃盗罪に応用して主張しているとも分析できる。その背後には、パチスロのメダル不正取得事例では、窃盗罪か詐欺罪かの違いはあれ、両罪は共通した性質であるとの認識が看取される。しかし、窃盗罪と詐欺罪とを同質的に捉えるのはドイツとは異なる見方であり、ドイツの影響を受けた前記アプローチを採用することは日本の窃盗罪・詐欺罪の理解に適合するものか再度検証する必要があるように思われる。

以上の問題意識から、条件設定論を手がかりに「通常の遊戯方法」の意義および窃取概念を明らかにし、窃盗罪と詐欺罪との関係性という観点から従来の見解についてあらためて検討する。まず、平成一九年決定と平成二二年決定という「通常の遊戯方法」において何が問題とされているかを明らかにする（二）。次に、「通常の遊戯方法」をめぐ

る議論を概観し(三)、条件設定論とドイツの「条件付き合意」を手がかりに「通常の遊戯方法」の意義・窃取概念について論じる(四)。そのうえで、前記検討の際に明らかとなった窃盗罪と詐欺罪の関係性の捉え方に関する日独の差異に着目し、従来の見解を検討し、私見の意義・位置づけを明らかにしたうえで(五)、本稿の結論をまとめることとしたい(六)。

二 パチスロのメダル不正取得事例に関する判例の現状

(一) 最決平一九・四・一三刑集六一・三・三四〇

事案は、被告人がメダル取得率を高める体感器を用いてパチスロ機で遊戯し、当該機器の使用によって大当たりの絵柄をそろえることに成功するなどして、パチスロのメダルを取得したというものである。体感器それ自体はパチスロ機に対して直接の作用を及ぼさないため、当該機器を用いてメダルを取得した行為は窃取に該当するかが争われた。最高裁は、「本件機器がパチスロ機に直接には不正の工作ないし影響を与えないものであるとしても、専らメダルの不正取得を目的として上記のような機能を有する本件機器を使用する意図のもと、これを身体に装着し不正取得の機会をうかがいながらパチスロ機で遊戯すること自体、通常の遊戯方法の範囲を逸脱するものであり、パチスロ機を設置している店舗がおよそそのような態様による遊戯を許容していないことは明らか」だとして、そのうえで、被告人の取得したメダルが「本件機器の操作の結果取得されたものであるか否かを問わず、被害店舗のメダル管理者の意思に反してその占有を侵害し自己の占有に移したものである」と判断して、被告人に窃盗罪の成立を認めている。

平成一九年決定に関する調査官解説^②は、「パチスロ遊技機の通常の遊戯方法、すなわち、基本的にはパチンコ店が

予定し客に告知しているパチスロ遊技機の遊戯方法に照らし、その範囲を逸脱した遊戯方法としてパチンコ店の意思に反するものといえるか否か」が重要だとしている。本件では、パチスロ店では体感器などの機器の持ち込みや当該機器を用いた遊戯の禁止を表示して明確にしている点、体感器を用いる場合はそうでない場合と比較して極めて高い確率で当たりを続発させることを可能にする点をあげ、体感器を用いた遊戯によるメダル取得は「個々人の経験や能力ではなく、機械の力を借りるもの」で「パチスロ遊戯として通常予定されたものとはいえず、パチンコ店の意思に反する」という。

なお、最高裁は「本件機器の操作の結果取得されたものであるか否かを問わず」同罪の成立を肯定している。この点につき、同調査官解説は、体感器を装着した遊戯それ自体が被害者の意思に反する窃取行為にあたり、そのような窃取行為からメダルを取得している以上は当該機器の操作の有無にかかわらず窃盗罪にあたるとの理解を示している。

(二) 最決平二一・六・二九刑集六三・五・四六一

事案は、共犯者のゴト行為によるメダルの不正取得を隠蔽すべく、被告人がいわば壁役としてパチスロ機で遊戯してメダルを取得したというものである。ここでは、壁役としてのパチスロ遊戯は店舗側の意思に反するが、被告人の遊戯それ自体は通常の態様と異ならないため、被告人が自ら取得したメダルについて窃盗罪が成立するか問題となった。

原判決が被告人のメダル取得行為も窃取に該当するとしたのに対して、最高裁は「被告人が自ら取得したメダルについては、被害店舗が容認している通常の遊戯方法により取得したものであるから、窃盗罪が成立するとはいえない」と判断した。

平成二二年決定の調査官解説⁽³⁾は、まず、平成一九年決定の判示によって「窃盗罪の成否の判断におけるメダル管理

者の意思の重要性が認識されるに至った」と指摘し、本件につき、「パチスロ遊技機は、一定の確率でメダルが出ることを前提としてパチスロ店の営業を成り立たせているものであるから、この前提を損なうような方法によるメダルの取得は、メダル管理者の意思に反するもの」で、「このような意思是、窃盗罪の成否を決する基準としての合理性がある」としている。これに対して、「そのような前提に関わらない意思については、ここでいうメダル管理者の意思たり得るものとは解し難い」とする。そして、「本件においては、被告人がゴト行為を行う者の仲間や壁役まで担当しているのであるから、被害店舗として、そのような者に遊戯はさせたくないと考えることは理解できる」ものの、被告人の行為は「飽くまで通常の遊戯方法であり、これをもってメダル管理者の意思に反することを理論上基礎付ける」のは困難で窃取に該当しないとした。

(三) 小括

このように、判例は、「通常の遊戯方法」の範囲内か否かによって窃取に該当するか否かを判断しているものと評価できる。平成一九年決定に対しては、「被害者の意思だけに成立が左右される窃盗事案があると解されるような理由づけが適切かどうかは、慎重に検討」すべきだといった指摘もなされていた⁴。もっとも、その後に出された平成二一年決定は「通常の遊戯方法」の範囲内だとして被告人の行為を窃取にあたらないとしており、判例は、単に被害者の主観的な意思に反するというだけで窃取該当性を肯定しているわけではないといえる。

ここで、問題となるのは「通常の遊戯方法」とは何を意味するかである。平成二一年決定の調査官解説は、平成一九年決定との対比からメダルの取得率に着目して平成二一年決定との違いを説明している。たしかに、両決定を比較した場合、メダルの取得率に関わる意思か否かに着目するアプローチは説得的である。しかし、それはどのように基礎づけられるか、また、窃盗罪において保護される意思は当該取得率に関わる意思に限られるのが問題となる。そ

ここで、次章では「通常の遊戯方法」をめぐる学説の議論を概観する。

三 判例にいう「通常の遊戯方法」をめぐる学説の議論状況

(一) 財産的損害を要求する見解

まず、「窃盗罪における財産犯の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」⁽⁵⁾とする見解が主張されている。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（財産的損害に関する条件の違背）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が、そうでない場合には窃取に該当しないとみる。このような立場からは、体感器を実際に操作してメダルの取得率を不正に高めた行為のみが窃取に該当すると解されることとなるように思われる。⁽⁶⁾

この見解からすれば、メダル取得率は財産的損害を基礎づけるものとして理解されるであろう。しかし、同説に対しては、開店時間外でのプレイなど財産的損害を生じさせるものではない場合にも同罪の成立を認めるべきだとの反論がなされている。⁽⁷⁾ また、同説は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窃盗罪の成立を否定するが、⁽⁸⁾ 当該事案については同罪の成立を認めるのが一般的であり、⁽⁹⁾ 当該事案で同罪の成立を否定するのは疑問である。以上から、同説は窃盗罪の成立範囲を不当に狭めるため妥当ではなく、メダル取得率以外のことに関する被害者の意思も保護に値する場合があるといえよう。

(二) 包括的承諾の有効性を問題とする見解

次に、法益関係の錯誤説の立場から包括的承諾の有効性という観点からアプローチすべきであって、「包括的承諾の範囲内で財物の占有が移転しても、それは被害者の意思に反するものではないから窃盗罪を構成しないが、一定の条件が充たされておらず、包括的承諾の範囲を逸脱した場合には、その占有移転は意思に反するものとして、窃盗罪が成立する」という見解が主張されている。⁽¹⁰⁾ なお、この見解は、条件違反を窃取と捉える点で後述の条件設定論と方向性を同じくする。ただし、同見解は主として条件の内実に着目する点で、条件の設定それ自体に着目する条件設定論とは区別することができる。

さて、同見解は、何らかの条件違反があれば直ちに窃取とするわけではなく、条件の内実に着目して同罪の法益侵害の内容に関連する（法益関係的な）条件違反があった場合に限って包括的承諾を無効とする。⁽¹¹⁾ 具体的には、「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」も同罪の成立が認められる。⁽¹²⁾ したがって、経済的な取引目的といった財産的損害の認められない場合にも窃盗罪の成立の余地を認めている。

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取の概念に応用したものといえる。そのため、詐欺罪における同見解に対する批判がそのまま妥当するものと思われる。すなわち、そもそも取引目的の内実に限定をかける理論的根拠に疑問があるうえ、この点を措くとしても、同説の主張する社会的に重要な目的の範囲が不明確であって成立範囲を画する判断基準として機能しないといった問題があり、⁽¹⁴⁾ 窃盗罪の成立範囲を画するにあたっても同様の問題が生じることとなる。したがって、包括的承諾の有効性に着目すること自体は正当だ

が、判断基準としては問題がある。

(三) 条件設定論

以上、財産的損害を要求する見解および包括的承諾の有効性を問題とする見解について検討してきた。これらは、被害者が財物の占有を移転する際の条件としたもののうち、財産的損害に関する条件または法益関係的な条件のみが保護に値するものとし、そのような条件に反して財物を取得した場合にのみ窃盗罪を認める見解と理解することができる。要するに、条件の内実を主として問題とする見解といえよう。しかしながら、被害者の占有移転の条件を一定の内実に限定するアプローチに対しては限界が指摘されてきた。

これらとは少し方向性を異にするのが、条件設定論である。これは、条件の内実そのものを主として問題とするのではなく、被害者がどのような措置を講じて占有移転の条件を設定したかに着目する見解といえる。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反して目的物の占有を取得した場合に窃盗罪の成立を認める見解である。以下では、条件設定論に属すると思われる見解について見ていく。

まず、「通常の遊戯方法」の範囲内か否かにつき、管理・支配手段の攻撃・解除という観点から、「窃取」とは「財物に対する管理・支配の解除」だとする見解がある⁽¹⁶⁾。なぜなら、「管理者が定めた一定の条件にかなうときに、またそのときには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。また、窃盗罪と遺失物横領罪とを比較し、「所有者が実際に占有の意思を有しているか否かではなく、その意思を読み取ることができる客観的状況が存在するか」が窃盗罪で保護に値する堅牢な占有の有無を判断するには重要だとし、占有者の管理手段に着目して窃取に該当するかを判断するものと理解できる⁽¹⁷⁾。

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。⁽¹⁸⁾ 同説は、占有者が占有移転の際に自由に条件を設定できる以上、占有移転を受けようとする者はその条件を甘受しなければならないとする。そして、財産の占有移転に直接関連し、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窃盗罪での保護に値するとしている。

これらに対し、ドイツにおける「条件付き合意 (bedingtes Einverständnis)」の議論を意識しつつ、より端的に条件設定論を説く見解も見られる。⁽¹⁹⁾ 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ない。まず、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いえず、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い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。そして、財産的損害が生じえない場合でも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ている。

さらに、ドイツの条件付き合意の議論を包括的かつ詳細に紹介し、窃取にいうところの「意思に反して」の問題だと捉え、物理的ないし心理的障壁を突破して占有を移転させた場合に窃取に該当するという見解が主張されている。⁽²⁰⁾ この見解は、ドイツのように「技術的客観化」という基準で限定してしまうと窃盗罪の成立範囲が極めて限定されてしまうことを指摘し、条件遵守のメッセージ性という観点から心理的障壁の突破も要求されるとする。⁽²¹⁾ 要するに、窃盗罪で保護される被害者の意思は「物理的ないし心理的障壁の存在により、その実効性が確保されていると評価される占有者の意思に限られる」とし、「中でも心理的障壁は、『条件遵守のメッセージを通じた他者の心理への働きかけ』を内実とするものであり、その存否は、①条件の個別具体的な表示の有無、②条件内容の客観的合理性、③確認・実行措置の強度等により総合的に判断される」という見解である。⁽²²⁾

(四) 小 括

以上、「通常の遊戯方法」をめぐる学説の議論を概観してきた。ここでは、詐欺罪の議論が窃盗罪に応用可能であることを前提に財産的損害を要求する見解や包括的承諾の有効性を問題とする見解が主張されていた。しかし、近時、これらの見解に対しては限界も指摘され、条件設定論が主張されるに至っている。前記の議論状況を踏まえると、従来のアプローチとは一線を画するものとして条件設定論は検討に値するものと思われる。

しかし、第一に、条件設定を占有の問題と位置づけるか、あるいは、「意思に反して」の問題と位置づけるかが問題となりうる。第二に、条件設定論の理論的な基礎づけはどのようなものであるかを明らかにする必要がある。まず、条件設定論は被害者の意思の客観化を問題とするところ、被害者の主観的な意思に反することは明らかであり、かつ、行為者がそのことを認識している場合であるにもかかわらず、なぜ客観化された被害者の意思のみが保護に値するとされるのであろうか。また、行為者が被害者の条件を甘受しなければならない理由も明らかでなく、「条件遵守のメッセージを通じた他者の心理への働きかけ」という観点から心理的障壁も考慮に値するというのも、なぜそのようなメッセージを受けたことで行為者は被害者の設定した条件に従わなければならないのか明らかでないように思われる。そこで、次章では、以上の問題意識から条件設定論を検討することとしたい。

四 窃取概念における条件設定論の検討

(一) 条件設定論の位置づけ

まず、被害者の条件設定を占有の問題として検討するのか、それとも、「意思に反して」の要件の下に検討するのかが問題となる。窃取は「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」と一般に定義されている。⁽²⁴⁾ パチスロのメダル不正取得事例では少なくとも占有移転は認められるため、⁽²⁵⁾ 条件設定を占有に位置づけて理解することは理論的には困難であろう。したがって、条件設定の問題は「意思に反して」の要件の問題として考えられるべきである。⁽²⁶⁾

ここで、被害者の条件設定に反した場合に「意思に反して」にあたるとされることの意義について確認しておきたい。窃盗罪の典型的な事例は、被害者が占有移転といった財産処分⁽²⁷⁾の意思がないにもかかわらず、行為者が自己又は第三者に占有移転させるといった場合である（以下、意思不存在型⁽²⁸⁾）。これと区別されるのは、パチスロのメダル不正取得事例のように、一見すると被害者の意思に基づいた占有移転のように思われるものの、実際のところはその真意に反するために「意思に反して」に該当する場合である。この場合、当該占有移転との関係では被害者の意思が無効になると評価される結果、法的効果の観点から無効は不存在と同視できるので、「意思に反して」の要件を満たすこととなる（以下、意思無効型⁽²⁸⁾）。換言すれば、被害者の意思が無効と解されてはじめて意思不存在型と同視でき、それゆえにパチスロのメダル不正取得事例を窃盗罪とすることが可能となる。

そして、意思無効型では、単に被害者の内心の意思に反しさえすれば被害者の占有移転の意思が当該占有移転との関係で無効とされるのが問題となり、条件設定論は被害者の設定した条件に反した場合にのみ当該意思が無効にな

ると解する見解だと理解できる。このようなアプローチは、条件設定論の一部が参照する、「条件付き合意」の範囲内として被害者の意思に基づく占有移転のかを問題とするドイツの議論と、構造的に類似する面がある。そこで、ドイツの条件付き合意の議論を見ていくことにしたい。⁽²⁹⁾

(二) ドイツにおける「条件付き合意」の議論——空ブレイ事例を念頭に——

ドイツの通説によれば、意思に反する占有移転である「奪取 (Wegnahme)」は被害者の当該占有移転の「合意 (Einverständnis)」がある場合には満たされない。そして、被害者は当該合意に条件を付すことができ、現金自動預け払い機などの金員などを提供する自動機械から財物を取得する場合、プログラムどおりに操作したときに占有を移転するとの条件付きの合意がなされていると解され、プログラムどおりに当該機械を操作している以上は設置者の包括的な占有移転の合意によって奪取の要件が排除される。ただし、被害者の付した条件が客観的に認識可能な形で設定されていること（以下、外観基準）が必要であり、そのような条件に反した財物取得は条件付き合意に反するとして窃盗罪となる。たとえば、賈金を使うという不正な手段で当該機械から財物を取得する場合は、条件付き合意が当該占有移転との関係では認められず、奪取の要件を満たすこととなる。これにより、機械ゆえに詐欺罪が成立しないとといった事態をなくし、同罪と窃盗罪との間の処罰の間隙を埋めることが可能となっている。⁽³⁰⁾

ここで注目に値するのは、「空ブレイ (leerpfeifen)」による硬貨の不正取得事例に関する裁判例・学説の対応である。空ブレイとは、「スロットマシンのプログラム情報を不正に入手した者が、ボタンを押すタイミングを把握した上で、そのタイミングでボタンを押してメダルを取得する」ことである。⁽³¹⁾ スロットマシンには当たれば硬貨を倍に、外れればすべて失うというブレイを可能とする「リスクボタン (Risikobaste)」が備え付けられているが、プログラム情報を不正に入手した者は、どのタイミングで当該ボタンを押せば当たりが出るかわかるため、負けて喪失するリス

クを負うことなくスロットマシンをプレイできるのである。このような空プレイによる硬貨の不正取得事例は、本稿の主題であるパチスロのメダル不正取得事例と類似するため、ドイツにおける当該事例の処理は日本にも示唆を与えるものである⁽³²⁾。以下では、空プレイに関する裁判例・学説を見ていく。

まず、裁判例について、空プレイがドイツ刑法二四三条一項の犯情の特に重い窃盗⁽³³⁾に該当するとしたザールブリュッケンラント裁判所一九八九年三月一六日判決⁽³⁴⁾があるものの、裁判例は空プレイによる硬貨の取得について窃盗罪の成立を否定する傾向にある。たとえば、ツェレ上級ラント裁判所一九八九年四月一日判決⁽³⁵⁾は空プレイであつてもプログラムどおりに操作しているので窃盗罪は成立しないとした。また、ラーベンスブルクラント裁判所一九九〇年八月二七日決定⁽³⁶⁾は、空プレイをスロットマシンの設置者が禁止したことが外部に現れていないので、当該機械をプログラムどおりに操作したにすぎないとして窃盗罪の成立を否定した。ここでは、空プレイに窃盗罪を否定した理由を比較的详细に論じたフライブルクラント裁判所一九九〇年四月一七日決定⁽³⁷⁾を見ていくことにする。

事案は、次のとおりである。被告人の車内から空プレイに用いたと思われるプロセッサなどが発見され、近隣のゲームセンターのスロットマシンから被告人が短時間で五〇ドイツマルク以上も獲得したことが明らかとなり、レハハ区裁判所は不正競争防止法一七条違反⁽³⁸⁾を理由に前記発見物の押収を決定した。これに対して、被告人が抗告した。裁判所は、結論として不正競争防止法一七条二項二号に反する疑いが濃厚だとして被告人の抗告を認めなかった。

もっとも、裁判所は、その理由中において窃盗罪の成立の余地を否定している。すなわち、スロットマシンの設置者は、適切な硬貨でもってプレイし、リスクボタンをプレイマニユアル (Spielanleitung) どおりに操作したことによる占有移転に合意しているとする。そして、被告人はするようにプレイしているものであるから、前記合意によって占有が移転している以上は奪取にあらず、窃盗罪は成立しないとしている。また、スロットマシンの設置者は、負けるリスクを負担した遊戯者に対してのみ硬貨の占有を移転するという意思を有しているかもしれないが、そのような意

思は動機の領域に属するものにすぎず、リスクを負わない遊戯者がプレイして硬貨を取得したとしても、合意にとつては注目されない動機の錯誤 (Motivirrtum) が生じているにすぎないとする。そして、そのような内心の留保が外部に明白に認識できるのであれば別だが、リスクボタンが備わっていることのみからはそのような留保は看取されえないから、被告人の前記プレイがスロットマシンの設置者の合意に反するとはいえないと結論づける。要するに、空プレイしないという条件は外観基準を満たさず、空プレイがスロットマシンの設置者の条件付き合意に反したとはいえないことから、窃盗罪の成立が否定されたものと理解できる。

このように、空プレイによる硬貨の取得に対して窃盗罪の成立を否定するのが裁判例の傾向であり、学説もこのような判断を支持している。⁽³⁹⁾ その理由として、たとえば、動機の錯誤が問題になっているにすぎないために条件付き合意が否定されず窃盗罪が認められないという指摘がなされている。⁽⁴⁰⁾ 加えて、これらの裁判例は空プレイについてコンピュータ詐欺罪の成立にも否定的であった。もっとも、連邦通常裁判所一九九四年一月一〇日決定⁽⁴¹⁾は、ドイツ刑法二六三条aにいう「データ処理過程への無権限干渉」にあたるとしてコンピュータ詐欺罪の成立を肯定している。以下では、同決定について見ていく。

事案は、次のとおりである。被告人は、N株式会社が製造しているスロットマシンのゲーム過程 (Spielverlauf) にとって重要なコンピュータプログラムを入手し、それを用いて空プレイを行った。前記プログラムを用いた被告人の空プレイは、コンピュータ詐欺罪にいう「データ処理過程への無権限干渉」にあたるかが問題となった。

裁判所は、「無権限干渉」にあたるとしてコンピュータ詐欺罪の成立を認めている。すなわち、スロットマシン設置者の意思が重要だとし、違法に得られた企業秘密であるところのコンピュータプログラムを用いてプレイすることとは当該設置者の意思に反するとしている。また、熟練の技術でプレイして当たりを出すのとは異なり、前記空プレイは当該設置者のリスク領域 (Risikobereich) の範囲内とはいえないという点も指摘している。

以上、判例上は、空ブレイの事案に対してコンピュータ詐欺罪の成立が肯定されているといえよう。そして、通説も基本的には空ブレイ事案にコンピュータ詐欺罪の成立を肯定している。⁽⁴²⁾ 空ブレイの事案にコンピュータ詐欺罪の成立が認められるということは、その前提として財産的損害も肯定されていることを意味する。つまり、ドイツでは、財産的損害が生じる、換言すれば、被害者の財産的損害に関わる意思に反する場合であっても、窃盗罪の成立が否定される場合がありうることを意味する。また、空ブレイの事案は、窃盗罪とコンピュータ詐欺罪の振り分けの問題と見ることもできる。⁽⁴³⁾ とはいえ、以前の裁判例には窃盗罪もコンピュータ詐欺罪の成立も認めていなかったものもあることから、条件付き合意が両罪の振り分けの問題にしかすぎないとはいえないであろう。

さて、先述したように、ドイツでは、日本のパチスロのメダル不正取得事例と類似する空ブレイの事案につき、外観基準を満たさないことを理由に窃盗罪の成立が否定されている。このことは、パチスロのメダル不正取得事例で窃盗罪の成立を認める日本の議論状況とは大きく異なる。ただ、このような違いは、ドイツにおいては窃盗罪と詐欺罪とをかなり厳格に分けるというところから来ているように思われる。というのも、条件付き合意について、窃盗罪が詐欺罪を取り込むこととなって問題があるとの指摘⁽⁴⁴⁾、動機や内心の意思を考慮すると両罪の区別が不明確になるとの指摘⁽⁴⁵⁾がなされているからである。他方、日本では、パチスロのメダル不正取得事例のような場合には、人か機械かの違いしか意識されておらず、詐欺罪も窃盗罪と同じ個別財産に対する罪と位置づけられるなど、少なくとも財物に関していえば、両者の本質が異なるものとして区別する傾向にはないように思われる。⁽⁴⁷⁾ そのため、日本では、ドイツとは異なり、条件付き合意として占有移転が有効となる範囲を広く解して窃盗罪の成立範囲を狭く解する理論的な要請はないと評価できる。

加えて、すでに指摘されているように、スイスやオーストリアでは外観基準が厳格に要求されているわけではなく、⁽⁴⁸⁾ そもそも外観基準が要求される根拠も不明確であるから、当該基準を相対化することはでき、日本独自の基準を展開

することも可能であろう。現に、財産的損害については当然に客観化されているとして窃盗罪の成立を肯定すべきだとの主張⁽⁵⁰⁾や心理的障壁の場合にまで条件設定を拡張して理解すべきだとの主張⁽⁵¹⁾がなされていたところである。とはいえ、なぜドイツと違ってそのような拡張が認められるかを明らかにする必要があるところ、これらの見解は説得的な理由を示せていないように思われる。以下では、前述の条件付き合意の議論および空プレイの事案に対する裁判例・学説を手がかりに、条件設定論がどのように基礎づけられるかを検討し、どのような場合に被害者の条件設定が認められるかを論じることにはしたい。

(三) 私見——条件設定の際の視座——

前記の空プレイに関する裁判例は、空プレイであってもプログラムどおりにスロットマシンが作動して硬貨の占有を被告人が得ている以上は窃盗罪が成立しないとしていた。ここでは、要するに、空プレイか否かを確認する手段が講じられていないから外観基準を満たさないとされているように思われる⁽⁵²⁾。現に、空プレイとは事案が異なるものの、他人のユーロチェックカードを無権限に利用して現金自動預け払い機から現金を引き出した事案で、連邦通常裁判所は窃盗罪の成立を否定しているが、ここでは当該機械がカードの権限までも確認していないという点が考慮されているように思われる。偽造カードを利用した現金自動預け払い機からの現金の引出しについて、連邦通常裁判所はカードの真正さを審査するものではないとの理由から窃盗罪の成立を否定しているが、ここでもカードの真正さを確認する手段が講じられているかを問題としている⁽⁵³⁾。

このように、外観基準の背後にあるのは、被害者が利用者に空プレイをしないといった占有移転の条件を確保する実効的な手段を講じたか否かという配慮であるように思われる。つまり、条件設定論において問題とされるのは、行為者が条件を遵守している（条件に合致している）かを確認する措置を被害者が講じていたかという点にある。そして、

このような被害者の確認措置は、近時、詐欺罪においても着目されているところであり、本稿が主題としているパチスロのメダル不正取得事例のような窃盗罪の意思無効型は本質的に詐欺罪の性質を有することからすれば、詐欺罪の理論を応用することが可能である。そこで、被害者の確認措置を詐欺罪においてどう位置づけるべきかを論じたいうえで、当該議論を窃盗罪に応用するとどのような帰結になるかを検討する。

詐欺罪における被害者の確認措置は、被害者の情報収集の責任という観点から基礎づけられうる。なぜなら、財産処分について被害者の意思関与があることから、一旦は被害者の自己決定として他人に財産移転結果が帰属するものの、最終的には行為者への財産移転結果を基礎づける必要があるとの同罪の構造を前提に、被害者の自己決定に伴う責任と当該意思決定に瑕疵があることに由来する被害者の自己決定を保護すべき要請とのバランスを、被害者の情報収集の責任という観点から考慮する必要があるからである。⁽⁵⁹⁾ パチスロのメダル不正取得事例の場合も、被害者の包括的承諾から財産移転結果が被害者に帰属するものの、その意思が真意に反することから瑕疵ある意思決定として保護すべきかが問題となり、被害者の情報収集の責任を考慮する必要がある点で前述した詐欺罪の状況と類似している。

そのため、条件設定も、行為者が条件を遵守しているか否かを確認する必要があるという意味での被害者の情報収集の責任から基礎づけられうる。

このように、パチスロのメダル不正取得事例においても被害者の情報収集の責任が問題となり、このような観点から窃取概念の外延を画していくことが考えられる。換言すれば、条件設定論では被害者の設定した条件を遵守しているか否かが問題となるが、その際、どの程度の措置を講じればよいかは被害者の情報収集の責任という観点から決せられることになる。そして、被害者が条件設定によつて情報収集の責任を果たしたといえる場合には、被害者の設定した条件に反した財物取得行為は窃取に該当することとなる。

情報収集の責任の程度を考えるにあたっては、反対給付に関する事項についての条件（契約の主要目的）と反対給

付とは関係のない条件（契約の付随的目的）とに分けて考えるべきである。情報収集の責任の程度は被害者の条件がどのような事項に関するもので異なり、それによって被害者に要求される情報収集の措置の程度が異なるからである。⁽⁶⁰⁾

まず、反対給付に関する事項についての条件、たとえば、パチスロのメダル不正取得事例におけるメダル取得率を人為的に操作しないといったことにつき、被害者が行為者の条件遵守を確認する措置をどの程度まで講じなければならないかが問題となる。多くの論者が財産的損害の認められる場合には当然に窃盗罪の成立を肯定していることから明らかのように、この場合には特段の確認措置が条件設定としてなされていなくとも同罪の成立が認められている問題は、なぜこのように解することができるにある。

この点につき、平成一九年決定で問題となったメダル取得率を高めるような体感器の利用については店側の負うべきリスクでないとして、当該機器の利用によるメダル取得について窃盗罪の成立を認めるべきだとの主張が参考になる。⁽⁶¹⁾ 私見は、反対給付に関する事項についてまで被害者が行為者の条件遵守を確認しなければならないとすると、被害者にとって過度のリスク負担となって妥当ではないと解している。つまり、反対給付に関する事項は取引の際の当然の前提であり、被害者は行為者に対してその遵守を当然に期待でき、当該期待が裏切られることを想定して特段の措置を講ずる必要まではないこととなる。

このような期待の保護の考慮は、電子計算機使用詐欺罪に関するものであるが、自動改札機を利用したキセル乗車に電子計算機使用詐欺罪の成立を認めた東京地判平二四・六・二五判タ一三八四・三六三にも見られる。同判決では、往路および復路に用いられた乗車券が、それ自体は不正な改変はされていないにもかかわらず、「虚偽の電磁的記録」に該当するかが争われた。その判断に際して、自動改札機などの事務処理システムの欠陥・瑕疵に由来するもので「虚偽」にあたらないとの弁護人の主張につき、裁判所は、そもそも被告人の事務処理システムの悪用行為であつ

て、当該システムの欠陥・瑕疵に由来するものではないと述べたうえで、「仮に、このようなシステムの前提となる事柄についても、それが電磁的記録化される必要がある、かつ、その不正な作出、改変がない限りは本罪が成立しない」とすれば、それは、迅速かつ効率的な事務処理のために電子計算機による事務処理システムを導入する企業等にとって、当該システムの構築及びその維持に多大な負担を生じさせ得るものであることは明らかであり、妥当性を欠いた」ものだとする。これは旅客がその欠陥を悪用しないという信頼が保護に値するというものであり、JR東日本の有する前記信頼の要保護性は財産犯の観点から基礎づけられる、と指摘されている⁽⁶⁵⁾。私見からは、このような信頼を保護しなければ被害者に過度の情報収集の責任が要求され、被害者の有する財産処分自由が圧迫されるとの考慮から当該信頼は保護に値すると解されることになる。したがって、運賃に関わる事務処理システムの欠陥・瑕疵の悪用を見越して確認措置を講じる必要はない。

以上から、反対給付に関する事項については、行為者がいわば当然に条件を遵守しなければならず、被害者の情報収集の責任を問題とする必要はなく、被害者が反対給付に関する条件を満たしているか否かを確認するための特段の措置は不要である。もともと、反対給付に関する事項を確認するための特段の措置⁽⁶⁴⁾、たとえば、メダル取得率を確認するための措置が講じられる必要はないものの、一定の条件に従った場合にのみ財物を移転するということがそれ自体は示されなければならない。これは、たとえば、単に物が置いてある状態と無人農産物販売所のように金銭の交付を条件に物を購入できる状態との区別の問題であり、その限りで一定の条件の下に財物を移転することが示されなければならないからである⁽⁶⁶⁾。

これに対して、反対給付とは関係のない条件については、被害者が条件設定に関する確認のための特段の措置を講じてはじめて窃取に該当すると解すべきである。なぜなら、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ぬ（条件に合致するよう行為しなければならない）とすると、行為者は被害者の内心を慮って行動することが

窃盗罪によって強制され、自由であるべき取引における財産処分が過度に萎縮することになってしまふからである。⁽⁶⁷⁾ といえ、被害者が自身の設定した条件を遵守しているかを確認する特段の措置を講じたのであれば、当該措置が合理的である以上、行為者はその措置に従うべきであるから、当該条件違反の場合には「通常の遊戯方法」の範囲外として窃取に該当する。被害者としては情報収集の責任を果たしている以上、行為者には被害者の条件設定をいかくぐつてまで財物の占有を受ける理由はないからである。それゆえ、たとえば、未成年者に遊戯させないことが被害者の占有移転の条件であれば、行為者が未成年者でないことを確認するための措置がなされていれば、窃盗罪の成立する余地がある。⁽⁶⁸⁾

なお、ドイツでは一般に機械の設置・メカニズム自体から条件設定が看取されなければならないと解されているが、⁽⁶⁹⁾ そのように解する必然性はないであろう。条件設定は行為者の条件遵守を確認するためのもので、行為者の条件遵守を確認するために実効的でありさえすれば、機械それ自体に条件を確認するための機構が備わっている必要はないからである。それゆえ、システム全体から被害者の条件設定の有無を問題とすれば足りる。⁽⁷⁰⁾

このような私見からすれば、平成一九年決定および平成二一年決定は次のように理解される。まず、平成一九年決定については、メダルの取得率を人為的に高めるといった反対給付に関する事項についての条件に違背するもので、被告人の行為は窃取に該当する。⁽⁷²⁾ 他方、平成二一年決定では壁役の遊戯を排除するなどの実効的な措置が講じられていないから、⁽⁷³⁾ 壁役の行った遊戯行為は「通常の遊戯方法」の範囲内として窃取に該当しないと解される。

五 窃盗罪と詐欺罪との関係性についての試論

(一) 窃盗罪における意思不存在型と意思無効型の意義

以上、「通常の遊戯方法」に関して、ドイツにおける条件付き合意の議論を参考に私見を展開した。条件付き合意の議論は参照に値するものではあるが、すでに概観したように、日本とドイツとは窃盗罪の成立範囲が異なるといった違いも見られた。とりわけ、ドイツでは窃盗罪と詐欺罪との区別がかなり意識されているが、後述するように、日本ではむしろ窃盗罪と詐欺罪とが同質のもの又は連続的なものとして捉えられている。本章では、窃盗罪と詐欺罪との関係性についての試論を展開し、日独の差異を意識しながら財産的損害要求説および法益関係的錯誤説の判断枠組みを両罪に用いることの問題点を明らかにし、従来とは異なる判断枠組みの必要性を論じることとしたい。

まず、本稿第四章一節で述べたように、窃盗罪には意思不存在型と意思無効型の二類型が存在する。そして、従来、後者の意思無効型に関しては詐欺罪との同質性が強調され、それゆえに詐欺罪での議論が窃盗罪の意思無効型に応用可能だと考えられてきた。すなわち、財物に関しては人を欺けば詐欺罪となり、機械に対して詐欺的手段を用いれば窃盗罪になる⁽⁷⁵⁾というように、人か機械かの違いはなく、機械が人に代替したことで詐欺罪の守備範囲の一部が窃盗罪に取り込まれたという「窃盗罪の詐欺罪化」が生じている⁽⁷⁶⁾。さらに、電子計算機詐欺罪の立案担当者は、同罪が詐欺罪の類型として構成され、同罪が財物を対象としないのは財物の場合には窃盗罪で対応されてきたことに由来すると指摘している⁽⁷⁷⁾。つまり、詐欺罪の類型である電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪とは財物か財産上の利益かといった客体の違いで振り分けられるものの⁽⁷⁸⁾、本質的には両者に大きな差異はないとの理解が立法上の前提となっている。以上から、窃盗罪の意思無効型は、詐欺罪の本質を有するものの、客体の違いによって窃盗罪とされているにすぎない

といえる。これは、条件付き合意として占有移転の包括的合意が妥当して窃盗罪は成立せず、当該合意の存在および有効性を前提にコンピュータ詐欺罪の成否を検討するドイツ⁽⁷⁹⁾とは異なる。

このように、窃盗罪の意思無効型は詐欺罪と同質とされるが、裏を返せば、詐欺罪の基本的な理解として意思無効型と同様に被害者の瑕疵ある意思は無効だとの発想があるように思われる。⁽⁸⁰⁾このような理解は、(少なくとも財物との関係で)詐欺罪を窃盗罪の間接正犯とする見方と親和的である。⁽⁸¹⁾現に、そのように解さなければ、窃盗罪の意思無効型と詐欺罪の同質性ないし連続性は説明できない。⁽⁸²⁾また、詐欺罪における同意が無効だと解することで、無理なく同罪を個別財産に対する罪と位置づけることも可能となる。なぜなら、被害者の同意が無効であるからこそ個別財産の喪失それ自体を同罪の法益侵害結果と捉えることが可能となり、それゆえに詐欺罪は個別財産に対する罪と位置づけられるからである。

(二) 窃盗罪と詐欺罪との関係性から見る財産的損害要求説の問題点

当該理解を前提とした場合、財産的損害を窃盗罪の意思無効型および詐欺罪に要求することは困難のように思われる。まず、議論の前提として、財産的損害が要求される根拠について検討してみたい。⁽⁸³⁾一般に、財産犯の性格から財産的損害が必要だと主張される。しかし、ラブレターのような主観的感情的価値しか有さない財物の窃取も窃盗罪となり、⁽⁸⁴⁾相当対価を置いて他人の物を盗む行為が同罪として処罰することが妥当でないとされていることから、⁽⁸⁵⁾財産犯という理由から直ちに財産的損害が必要だとはならないであろう。⁽⁸⁶⁾

ここで注目すべきは、詐欺罪は取引を念頭に「個別の財物・権利等の占有・支配の移転自体については法益主体の同意がある場合を対象とする」ため、「本罪による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」として財産的損害を必要とする見解である。⁽⁸⁷⁾同見解は、機械に対する不正な働きかけによる財物の取得といった

窃盗罪の場合も、行為者と被害者の一定の取引関係を理由に財産的損害が要求されるとする。⁽⁸⁸⁾

この見解は、法益主体の同意がある、換言すれば、有効な同意によって個別財産の移転それ自体は正当化されるために、単なる個別財産の喪失のみでは法益侵害とは評価されない結果として、実質的な損害が必要になるとするものと理解でき、理論的にも説得力がある。現に、詐欺罪の同意は有効だとの指摘もある。⁽⁸⁹⁾けれども、前述したように、日本では被害者の同意が無効だという前提で詐欺罪を個別財産の喪失のみで法益侵害を肯定する個別財産に対する罪と位置づけているように思われ、同見解はそのような理解と相容れないであろう。それゆえ、財産的損害要求説には問題がある。

(二) 窃盗罪と詐欺罪との関係性から見る法益関係的錯誤説の問題点

では、近時の有力説である法益関係的錯誤説からのアプローチはどうであろうか。たしかに、窃盗罪の意思無効型における被害者の包括的同意が当該占有移転との関係では無効であり、詐欺罪においても被害者の同意が無効だと解されるとの理解を前提とすれば、当該同意の有効性を問題とする法益関係的錯誤説は正当なアプローチのように思われる。

しかし、ドイツでは、空プレイの事案から明らかなように、窃盗罪との関係では動機の錯誤にすぎないとして合意の有効性が認められている場合であつても、コンピュータ詐欺罪の成立が認められている。つまり、コンピュータ詐欺罪の成立範囲は前記錯誤の場合を含むものであり、詐欺罪の錯誤も法益関係的錯誤以外のものを含むと解する余地がある。⁽⁹⁰⁾そして、法益関係的錯誤説の射程を詐欺罪・窃盗罪にまで拡張する日本の議論は前記錯誤も広く法益関係的錯誤に取り込むことを意味するが、これは同説の理論的前提と相容れないであろう。⁽⁹¹⁾それゆえ、法益関係的錯誤説からのアプローチにも同様に問題がある。

(四) 窃盗罪と詐欺罪との関係性から見る私見の意義

このように、日独を比較すると、財産的損害要求説や法益関係的錯誤説を日本の窃盗罪・詐欺罪において採用するのは困難であるように思われる。⁽⁹²⁾ このことは次のことを意味する。

第一に、日本では、先述したように被害者の同意が無効だと解する以上は、形式的な個別財産の喪失それ自体で窃盗罪・詐欺罪の法益侵害性は基礎づけられることになる。この点につき、近時、詐欺罪・窃盗罪は財産的処分の自由を保護するものだとの理解が有力である。⁽⁹³⁾ 私見は、基本的にこのような理解に立ち、次のように考えている。まず、窃盗罪の意思不存在型では、被害者がどのように財物を処分するかを判断する機会それ自体を行為者が奪うことで財産的処分の自由が侵害されており、当該機会を侵害している以上は、たとえ相当対価のものを代わりに置いて盗んだ場合でも同罪が成立する。他方、窃盗罪の意思無効型および詐欺罪では、被害者の財産処分についての意思決定はあるが、その過程に錯誤があるため、被害者の真意に反する財産処分がなされたという意味で財産的処分の自由の侵害が認められる。⁽⁹⁴⁾ ここでは、被害者の真意をどの範囲まで保護するかが問題となるのである。

第二に、保護に値する被害者の真意の範囲を考えるにあたっては、動機の錯誤も含め瑕疵ある被害者の同意は広く無効とされることを前提に解釈論を展開する必要がある。もともと、前記の解釈論を採用する場合、錯誤の内実でもって成立範囲を限定するのには限界がある。現に、通説は広く被害者の同意が無効になりうると解し、⁽⁹⁵⁾ 法益関係的錯誤の範囲も近時は拡張傾向にあり、⁽⁹⁶⁾ そこから窃盗罪・詐欺罪の成立範囲を限定する視座を得ることは困難であろう。したがって、錯誤の内実や包括的同意の法益関係性という見地とは異なる観点からのアプローチが必要であるように思われる。

以上の問題意識から、私見は、財産的損害や法益関係的錯誤とは異なる被害者の情報収集の責任に着目したアプ

ローチを試みている。すなわち、被害者の取引目的や同意の内実を内容的に限定しないことで被害者の処分の自由を広く認めつつ、その結果として行為者が過度に被害者の内心の意思を忖度して取引を行い、そのことで取引の委縮が生じないよう、成立範囲を画する指標として被害者の情報収集の責任に着目している。

もっとも、本稿が問題とする被害者の情報収集の責任が妥当するのは、窃盗罪のうちの意思無効型についてのみであることには注意を要する。意思無効型は、一見すると占有移転の同意があるものの、被害者の真意に反するために当該同意が無効となる場合であり、被害者の意思決定が介在していることが前提となっているため、被害者の情報収集の責任が問題となる。他方、意思不存在型は、そもそも被害者の意思決定の関与がなく、被害者の情報収集の責任を問う前提に欠けている。それゆえ、たとえば、鍵をかけ忘れた金庫から金員を盗んだ場合⁹⁷、たとえ被害者に落ち度があるとしても窃盗罪の成立が否定されるわけではない。

六 結 語

以上、私見は、条件設定論を参考に「通常の遊戯方法」は条件設定によって決せられる、換言すれば、窃盗罪で保護される被害者の意思は条件設定によって基礎づけられた意思であると解している。そして、そのような条件設定は被害者の情報収集の責任という観点から導かれ、反対給付に関する事項についての条件であれば特段の確認措置は必要ないが、反対給付以外の事項についての条件は被害者の確認措置が必要だとした。ただ、後者の場合にどのような確認措置が条件設定として必要かについては、今後の課題としたい。

また、本稿では、窃盗罪と詐欺罪との関係性の日独の違いを意識しつつ、日本における窃盗罪と詐欺罪との捉え方に関する試論を提示することを試みた。すなわち、窃盗罪には、被害者の財産処分の意思がない意思不存在型と被害

者の財産処分決定が真意に反して無効とされる意思無効型があることを明らかにした。後者の意思無効型は詐欺罪と同様に扱われ、詐欺罪も被害者の同意が無効となる場合であることを指摘し、この理解を前提に同罪や窃盗罪の意思無効型に財産的損害を要求することや法益関係的錯誤説からアプローチすることは困難ではないかとの問題提起を行った。そのため、前記二つとは異なるアプローチが必要であり、「通常の遊戯方法」に関する私見がそのような試みであることを示した。もつとも、その妥当性を検証するには、詐欺罪の構造や、窃盗罪との関係における詐欺罪の財産犯での位置づけを明らかにする必要があるが、それも今後の課題としたい。

- (1) 以上につき、拙稿「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」法学政治学論究一一一号(二〇一六)二二九頁以下。なお、被害者の確認措置・条件設定という問題意識は住居侵入罪でも考慮しうる点につき、拙稿二六三頁以下、橋爪隆「住居侵入罪をめぐる問題」法教四四七号(二〇一七)一〇二頁。
- (2) 入江猛「判解」『最高裁判所判例解説・刑事篇平成一九年度』一三二頁以下。
- (3) 三浦透「判解」『最高裁判所判例解説・刑事篇平成二二年度』一四三頁以下。
- (4) 丸山雅夫「被害者の意思と犯罪の成否」南山法学三二巻三・四号(二〇〇九)八四頁。なお、「通常の遊戯方法」と「意思に反して」の関係性につき、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)一〇九頁。
- (5) 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」』一三三頁(成文堂、二〇一四)。窃盗罪にも財産的損害が必要とするものとして、たとえば、松原芳博『刑法各論』二〇〇頁以下(日本評論社、二〇一六)。なお、中森喜彦『刑法各論』一一二頁(有斐閣、四版、二〇一五)も参照。以下では、詐欺罪および窃盗罪に財産的損害を要求する見解を財産的損害要求説と呼称する場合がある。
- (6) この点を指摘するものとして、内田・同右一三五頁、齋野彦弥「詐欺罪における損害の意義」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』三九九頁(有斐閣、二〇一七)。
- (7) 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」(最決平二一・六・二九)論究ジュリ一三三号(二〇一五)一九〇頁。

- (8) 内田・前掲注(5) 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)。
- (9) たとえば、高橋則夫『刑法各論』三二四頁(成文堂、二版、二〇一四)。
- (10) 橋爪・前掲注(4) 一一〇頁。
- (11) 橋爪隆「窃盗罪における『窃取』の意義について」刑法五四卷二号(二〇一五) 三〇一頁以下。
- (12) 橋爪・同右三〇四頁。
- (13) 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』一八六頁以下(立花書房、二〇一一)。
- (14) 詳しくは、拙稿・前掲注(1) 二五六頁以下。なお、近時、法益関係的錯誤説を詐欺罪に应用すること自体に疑義が出されていることにつき、本稿五章三節にて論じる。
- (15) 林陽一「判批(最決平二・六・二九)」平成二二年度重判解(二〇一〇) 一八三頁以下。
- (16) 林(陽)・同右。
- (17) 林陽一「窃盗罪と占有の保護」研修八一四号(二〇一六) 六頁以下。
- (18) 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)。
- (19) 深町・前掲注(7) 一九〇頁以下。
- (20) 菊地一樹「占有者の意思と窃盗罪の成否」早法九二巻二号(二〇一七) 八一頁以下。なお、窃盗罪が成立するためには物理的ないし心理的障壁の突破および財産的損害が必要だとする見解として、松原・前掲注(5)。
- (21) 菊地・同右一〇六頁以下。
- (22) 菊地・同右一一六頁以下。
- (23) パチスロのメダル不正取得事例が本質的に詐欺罪と異ならない点につき、拙稿・前掲注(1) 二四八頁以下。窃盗罪と詐欺罪との連続性は、本稿五章一節で論じる。
- (24) たとえば、前田雅英ほか編『条解刑法』七二三頁(弘文堂、三版、二〇一三)。
- (25) 葛原力三「演習」法教三六〇号(二〇一〇) 一五四頁。
- (26) 同旨、菊地・前掲注(20) 一〇一頁。

- (27) なお、ここでのいう意思不存在という概念は、事実的ではなく規範的なものである。
- (28) 菊地一樹「法益主体の同意と規範的自律（二・完）」早稲田法学会誌六七卷一号（二〇一六）二〇五頁は、財産犯を同意不存在型（たとえば、窃盗罪）と同意無効型（たとえば、詐欺罪）とに分け、前者と後者とが価値的に異ならないと指摘する。
- (29) ドイツの条件付き合意の議論が窃取概念において参照に値するものであることにつき、拙稿・前掲注（一）二五二頁以下。菊地・前掲注（20）八三頁は、条件付き合意が問題となる自動機械からの奪取という事案の類似性から当該議論に着目している。
- (30) 以上の議論につき、佐藤陽子『被害者の承諾』二二五頁以下（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、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・回答」、菊地・前掲注（20）八四頁以下。Andreas Hoyer, in: SK, 6. Aufl., 1999, § 242 Rn. 59; Roland Schmitz, in: MK, 2. Aufl., 2012, § 242 Rn. 91 ff.; Albin Eser/Nikolaus Bosch, in: Sch/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 242 Rn. 36a; Gunter Arz/Ulrich Weber/Bernid Heinrich/Eric Hilgendorf, Strafrecht BT, 3. Aufl., 2015, § 13 Rn. 55 f.; Wolfgang Misch, Strafrecht BT Teil 2 (Vermögensdelikte), 3. Aufl., 2015, S. 29; Hans Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Widmayer, 3. Aufl., 2016, § 242 Rn. 29 ff.; Johannes Wessels/Thomas Hiltenkamp, Strafrecht BT Teil 2 (Vermögensdelikte), 40. Aufl., 2017, Rn. 119 f.; Rudolf Rengier, Strafrecht BT 1 (Vermögensdelikte), 19. Aufl., 2017, § 2 Rn. 70 ff.
- (31) 橋爪・前掲注（11）三〇〇頁。
- (32) 事例の共通性から出発してその解決方法を相互に比較するという比較法の手法の意義につき、井田良『入門刑法学・各論』二二五頁（有斐閣、二〇一三）。
- (33) なお、罪名などは基本的に法務省大臣官房司法法制部編「ドイツ刑法典」法務資料四六一号（二〇〇七）に依拠している。
- (34) LG Saarbrücken NJW 1989, 2272. なお、同裁判所は窃盗罪の成立それ自体を詳細に論じてはいないが、不正に取得したプログラムに関する知識を利用したブレイがスロットマシン設置者の意思に反することを理由としているかのように読める判決となっている。
- (35) OLG Celle wistra 1989, 355. なお、本判決につき、長井圓『カード犯罪対策法の最先端』二一八頁以下（日本クレジット産業協会クレジット研究所、二〇〇〇）。

- (36) LG Ravensburg StV 1991, 214.
- (37) LG Freiburg NJW 1990, 2635.
- (38) 不正競争防止法一七条は、営業上の秘密漏洩などについて定めたものである（中田邦博「ドイツ不正競争防止法の新たな展開」立命二九八号（二〇〇四）二七六頁）。なお、不正競争防止法は二〇〇四年に改正されたが、同条に関して旧法から大きな変更はない。
- (39) 前掲注（30）のドイツの文献を参照。
- (40) Hoyer, a.a.O. (Anm. 30) Rn. 59. なら *Ellen Schlicher*, *Zweckentfremdung von Geldspielgeräten durch Computermanipulationen*, NSZ, 1988, S. 59 は「機械設置者の動機の領域（Motivationsbereich）に關係するにすぎないと指摘する」。
- (41) BGH NJW 1995, 669.
- (42) *Andreas Hoyer*, in: SK, 142, Lfg. 2014, § 263a Rn. 45. 以下「データの無権限使用」にあたるのか、または「データ処理過程への無権限干渉」にあたるのかといった点について議論がある。通説は「無権限干渉」にあたるとしている。議論状況については *Wolfgang Wohlers/Tilo Mühlbauer*, in: MK, 2. Aufl., § 263a Rn. 41 ff.; *Martin Wegner*, in: *Leitner/Rosenau* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 2017, § 263a Rn. 64 f. なら「判例は主観的解釈（subjektive Auslegung）を採用している」と理解されるが、同立場には学説上異論があることに *Eric Hilgendorf*, in: *Satzger/Schuckebier/Widmayer*, 3. Aufl., 2016, § 263a Rn. 25.
- (43) 橋爪・前掲注（11）三〇〇頁、菊地・前掲注（20）一〇〇頁。
- (44) *Heinrich*, a.a.O. (Anm. 30) Rn. 55. なら 佐藤・前掲注（30）二二六頁。
- (45) *Schmitz*, a.a.O. (Anm. 30) Rn. 91; *Eser/Bosch*, a.a.O. (Anm. 30) Rn. 36a. なら 樋口・前掲注（30）一五八頁。
- (46) なお、林（陽）・前掲注（17）五頁以下は、ドイツでは窃盗罪と詐欺罪とを厳格に区別することから、詐欺的色彩を表象する要件として外観基準が要求されるのではないかと指摘する。
- (47) 議論の詳細は、本稿五章一節で論じる。
- (48) 樋口・前掲注（30）一五八頁、深町・前掲注（30）四八〇頁。すなわち、オーストリアでは、外観基準が要求されているものの、ドイツとは対照的に無権限者によるキャッシュカードを利用した現金の引出しには窃盗罪の成立を認めるのが判例である（たとえば *Helmut Fuchs/Susanne Reinold-Krauskopf*, *Strafrecht* BT II, 5. Aufl., 2015, S. 159.）。また、スイスの伝統

的な通説は、機械が確認できない条件に被害者の同意を従属させることができる」としてきた (Marcel Alexander Niggli/ *Christof Riedo*, in: Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Aufl., 2013, § 139 Rn. 54. あわせに、議論状況に「*Guinter Stratenwerth/ Guido Jenny/Felix Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, 7 Auflage*, 2010, § 13 Rn. 85 も参照)。ただ、具体的な事案やどこまで合意の有効性を認めているかは、他罪との関係も踏まえて体系的な見地から慎重に吟味する必要がある(たとえば、スイスにつき、BGE 97 IV 194)。⁴⁹ 裁判例を素材に具体的基準を明らかにしたうえで、日本との比較検討を行うことが今後の課題となる。とはいえ、このように外観基準の運用や要否がドイツと異なる点は、ドイツと違った議論を展開する理論的可能性という観点からは、示唆的である。

- (49) 林(陽)・前掲注(17)五頁。なお、*Eric Hilgendorf, Grundfälle zum Computerstrafrecht, Jus 1997, S. 131* は、「外観基準の根拠として法的安定性 (Rechtssicherheit) をあげる。もともと、これではあまりに抽象的であり、ここから条件付き合意の範囲を画する視座を導き出すことは困難なように思われる。

- (50) 深町・前掲注(7)一九二頁。

- (51) 菊地・前掲注(20)一〇四頁以下。

- (52) 以下の議論につき、菊地・前掲注(20)八八頁以下。

- (53) BGHSI 35, 152.

- (54) この点を指摘するものとして、*Misch, a.a.O. (Anm. 30) S. 29*.

- (55) BGHSI 38, 120. なお、同判決につき、長井・前掲注(35)一七八頁以下。

- (56) なお、*Rengier, a.a.O. (Anm. 30) Rn. 75* は、同判決が偽造カードの事案で真正さを確認してないことに着目して窃盗罪を認めないのは、贋金で自販機から商品を購入した事例で窃盗罪を認めることと相容れないとして、同判決に反対している。

- (57) たとえば、上掲一高「詐欺罪における交付の判断の基礎となる重要な事項の意義」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』三八〇頁以下(有斐閣、二〇一七)、松原芳博「判批(最判平二六・三・二八、最決平二六・三・二八)」論究ジュリニ三号(二〇一七)一八六頁以下。

- (58) 詳しくは、本稿五章一節を参照。なお、橋爪・前掲注(4)一一〇頁は、「通常の遊戯方法」では詐欺罪でいうところの重要事項性が問題になっていると指摘する。

- (59) 拙稿・前掲注(1)二五八頁以下。なお、私見が、近時主張されている「障壁の突破」を被害者の情報収集の責任という

- 観点から基礎づけようとするものである点につき、拙稿・前掲注(1)二六三頁以下。ちなみに、被害者の同意と情報収集の責任につき、菊地・前掲注(28)一八四頁、詐欺罪と情報収集の責任につき、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)一三二頁以下。
- (60) 拙稿・前掲注(1)二六一頁以下。なお、挙動による欺罔に関してではあるが、管轄という観点から対象となる事項によって問い合わせ管轄が異なるという見解として、松宮孝明「挙動による欺罔と詐欺罪の故意」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開 上巻』五三七頁以下(信山社、二〇一四)がある。あわせて、佐竹宏章「判批(金沢地判平二七・八・七)立命三七一号(二〇一七)二八七頁以下。
- (61) 林幹人「判批(最決平一九・四・一三)」ジュリ一四〇二号(二〇一〇)一四八頁。前掲ドイツ連邦通常裁判所一九九四年一月一〇日決定もリスク領域内かを考慮する。ちなみに、単にメダル取得率を高めることのみが考慮されているわけではなく、パチスロ遊戯を成り立たせている基本的条件(遊戯者の「努力」が前提とされていること)が加味されている点に注意する必要がある(江口・前掲注(18)一四三頁以下・一五六頁以下)。これに関連して、詐欺罪に関して反対給付が経済的価値のあるものに限られない点につき、井田良「詐欺罪における財産的損害について」曹時六六巻一号(二〇一四)二二頁以下。また、取引を成り立たせている基本的条件に関する欺罔で足りる点につき、中森・前掲注(5)一三七頁以下。
- (62) なお、本稿第五章一節で述べるように、電子計算機詐欺罪と窃盗罪とは財産上の利益か財物かの違いしかなく、基本的には両者はその性質をほぼ同じくしていると考えられている。
- (63) 和田俊憲「キセル乗車」法教三九二号(二〇一三)一〇〇頁。なお、渡邊卓也「判批(東京地判平二四・六・二五)」平成二五年度重判解(二〇一四)一七六頁以下、同「電子計算機使用詐欺罪における「虚偽」性の判断」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』三七六頁以下(成文堂、二〇一五)。
- (64) 被害者の条件設定に実効性が求められる点につき、菊地・前掲注(20)一〇三頁以下。
- (65) この問題を論じたものとして、林(陽)・前掲注(17)一〇頁。
- (66) 詐欺罪の場合は当事者間のコミュニケーションが観念でき(森永真綱「欺罔により得られた法益主体の同意」井田良ほか編『理論刑法学の探究④』一五五頁以下(成文堂、二〇一一)、被害者が行為者との当該やり取りのなかで財産交付の条件を示すため、基本的にその提示の有無が問題とはならない。もっとも、機械に対して不正な手段を用いて財物を取得する場合は前記やり取りが想定されないので、一定の条件に基づいて交付がなされることを示す必要がある。この限りで、詐欺罪

- の場合よりも窃盗罪の場合の方がより客観的に判断されるべきだという三浦・前掲注(3)一五四頁の主張には理由がある。
- (67) なお、成瀬幸典「詐欺罪の保護領域について」刑法五四卷二号(二〇一五)二九一頁。
- (68) 深町・前掲注(7)一九一頁以下。
- (69) 菊地・前掲注(20)一〇二頁。Ulrich Neumann, Unfares Spielen an Geldspielautomaten, JuS 1990, S. 367.
- (70) 菊地・前掲注(20)一〇七頁以下。なお、Michael Fullkrug/Martin Schnell, Zur Strafbarkeit des Spielens an Geldspielautomaten bei Verwendung von Kenntnissen über den Programmablauf, wistra 1988, S. 178は、機械のメカニズムに着目するアプローチの限界を指摘する。
- (71) 菊地・前掲注(20)一〇五頁以下。深町・前掲注(7)一九一頁も機械のメカニズム以外の事情が考慮しうることを前提とする。
- (72) ちなみに、体感器が作動して実際にメダル取得率が高まった行為以前の遊戯によって得たメダルに関する窃盗罪の成否も問題となる。体感器を装着して遊戯する行為も前記行為と質的・時間的に全体として一体のものと評価できるから、当該行為から得たメダルについても同罪が成立すると解される(西田真基「メダルの不正取得と窃盗罪」池田修ほか編『新実例刑法「各論」九頁(青林書院、二〇一一)。加えて、菊地・前掲注(20)一二三頁以下。
- (73) 深町・前掲注(7)一九一頁、菊地・前掲注(20)一一四頁。実効的な措置としては、単なる巡回では足りず、たとえば、従業員が巡回して不審なプレイを注意し当該注意に従わない場合は退店を命じるなどの措置を講ずるといったことが考えられる。
- (74) ドイツでは窃盗罪と詐欺罪とが峻別されている点につき、井田・前掲注(61)三頁。
- (75) たとえば、井田良『講義刑法学・各論』二五八頁(有斐閣、二〇一六)、中森・前掲注(5)一三六頁。
- (76) 松原・前掲注(5)二〇〇頁。
- (77) 米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』一一六頁(的場純男)(立花書房、一九八八)。
- (78) たとえば、仲道祐樹「いわゆるセルフレジに安価な商品のバーコードを読み込ませた上で、それよりも高価な商品を持ち出す行為に対してコンピューター詐欺罪ではなく窃盗罪を認めた事例」判時二三〇四号(二〇一六)二六頁。
- (79) 窃盗罪の合意と詐欺罪の処分行為との連動性につき、樋口・前掲注(30)一八四頁。
- (80) たとえば、森永真綱「法益関係的錯誤説の再検討」刑法五四卷三号(二〇一五)四八一頁「杉本一敏報告」。なお、先述

したように、菊地・前掲注(28)二〇三頁は、窃盗罪を同意不存在型と解し、詐欺罪を同意無効型と位置づける。

- (81) たとえば、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』九六頁以下(岩波書店、二〇〇六)。
これに対して、詐欺罪を窃盗罪の間接正犯と解すべきでないとする見解として、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』一六九頁以下(東京大学出版会、二〇〇二)。同見解は、窃盗罪と詐欺罪を「外からの侵害」と「内からの侵害」とに区別したうえで(仲道・前掲注(78)二六頁、Wessels/Hillenkamp, a. a. O. (Anm. 30) Rn. 623)、詐欺罪を窃盗罪の間接正犯と位置づけないのが一般的とされるドイツの考え方(Klaus Tiedemann, in: LK, 11. Aufl., 1999 § 263 Rn. 98、照沼亮介「ドイツにおける詐欺罪の現況」刑ジャ三一(二〇一二)三一頁)とは親和的であろう。なお、日独における詐欺罪を間接正犯と捉える見解に関する議論状況につき、足立友子「詐欺罪における欺罔行為について(二)」法政論集二二(二〇〇六)一五六頁以下。

- (82) 橋爪隆「ネット取引と犯罪」法教三九(二〇一三)九三頁は、法益関係的錯誤説からは窃盗罪と詐欺罪とを連続的に解することができる旨指摘していた。

- (83) ここで、財産的損害の意義と関連して、詐欺罪という全体財産説と実質的個別財産説との関係について一言しておく。実質的個別財産説は反対給付を考慮する点において全体財産説と同様の判断構造にある(たとえば、照沼亮介「判批(最決平二二・七・二九)刑ジャ二七号(二〇一一)九〇頁、林幹人「欺罔行為について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』三四九頁以下(有斐閣、二〇一七)、齋野・前掲注(6)三八九頁)。他方、「得ようとしたものと現実を得たもの」との比較であって全体財産説とは異なるとの指摘もある(橋爪・前掲注(13)一八〇頁以下)。だが、反対給付や取引目的を犯罪成否の分水嶺として考慮する以上は本来の個別財産に対する罪とは性質を異にして理解している点で共通している(なお、渡辺靖明「ドイツ刑法の詐欺罪における全体財産説の混迷」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来』四四五頁以下(信山社、二〇一七)。以上の理解から、個別財産の喪失以上のものを法益侵害に要求する見解として財産的損害要求説を検討する。
- (84) 拙稿・前掲注(1)二五六頁以下。なお、ドイツでは、所有権に対する罪(Eigentumsdelikte)はラプレターのような経済的無価値物も保護の対象とするのに対し、全体財産に対する罪(Vermögensdelikte)である詐欺罪では被害者が経済的により貧しくなる(wirtschaftlich ärmer(原文ママ))必要がある(Wessels/Hillenkamp a. a. O. (Anm. 30) Rn. 1)。日本の個別財産に対する罪と全体財産に対する罪の区別がドイツの前記区別を参照しているのであれば(たとえば、林(幹)・前掲注(8)一三八頁、中森・前掲注(5)一〇一頁)、このような両罪の区別も意識して論じる必要がある。

- (85) たとえば、松原・前掲注(5)二七三頁。
- (86) 加えて、詐欺罪において書かれざる構成要件として財産的損害を要求することが妥当でないことにつき、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)、木村光江『欺く行為』における『重要な事項』の判断(井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集「下巻」』一九七頁以下(成文堂、二〇一七))。
- (87) 松原・前掲注(5)二六三頁・二七四頁以下。
- (88) 松原・前掲注(5)。
- (89) 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)。
- (90) 小林憲太郎「被害者の同意」判時二二九六号(二〇一六)七頁以下。なお、日本の詐欺罪は動機の錯誤か否かを問わないと解されている(たとえば、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第一三巻』四一・六九頁「高橋省吾」(青林書院、二〇〇〇))。
- (91) 深町・前掲注(30)四八三頁、小林・同右、菊地・前掲注(28)二〇八頁、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」』二二六頁(成文堂、二〇一七)。なお、林(幹)・前掲注(83)三五五頁以下。
- (92) 杉本一敏「三角詐欺」は存在しない(井田良ほか編『理論刑法学の探究④』一七五頁以下(成文堂、二〇一一))は、詐欺罪を行為帰属は認められ責任帰属が否定される類型と理解し、そのような理解と財産的損害要求説や法益関係の錯誤説は相容れないと指摘する。
- (93) たとえば、成瀬・前掲注(67)二八八頁、林(陽)・前掲注(17)九頁、足立友子「詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成」刑法五六巻二号(二〇一七)二一〇頁以下。あわせて、橋爪・前掲注(13)一七八頁。なお、ドイツでは、所有権に対する罪は財産的処分の自由を保護するものと解されている(*Wessels/Hiltenkamp a.a.O.* (Anm. 30) Rn. 5)。日本における個別財産に対する罪がドイツにおける所有権に対する罪と対応するのであれば(前掲注(84))、個別財産に対する罪は財産的処分の自由を保護する類型と理解されうる。
- (94) 松宮孝明『刑法各論講義』二四九頁(成文堂、四版、二〇一六)は詐欺罪の保護法益を「瑕疵のある動機に基づいて財産の処分をさせられない権利」とするが、私見の真意に反してなされることによる財産的処分の自由の侵害という理解もこれと親和的な見方である。もっとも、当該侵害が同罪固有の法益侵害とは解せない点につき、成瀬・前掲注(67)二八八頁。

- (95) たとえば、大谷實『刑法講義総論』二五五頁（成文堂、新版四版、二〇一二）。なお、品田・前掲注（59）一三一頁。
- (96) 木村・前掲注（86）二〇二頁以下。なお、野村和彦「わが国における法益関係の錯誤説に対する疑問」日法八〇巻四号二〇一五）四九頁以下。
- (97) この事例につき、佐伯・前掲注（81）一〇二頁。
- (98) 松宮・前掲注（94）二四八頁以下は、立法沿革から詐欺罪は窃盗罪と性質が異なると指摘する。他方で、ドイツと異なり、日本の詐欺罪と窃盗罪は条文構造が同一であるとの指摘もなされている（林幹人「財産犯の保護法益」一〇一頁（東京大学出版会、一九八四））。

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、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』第一一一号（二〇一六年）