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

Title	詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合について： キャッシュカードすり替え事例を契機として
Sub Title	Zur tatbestandlichen Gleichwertigkeit zwischen Betrug und Diebstahl im japanischen Strafrecht
Author	山内, 竜太(Yamauchi, Ryūta)
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	2020
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・ 政治・ 社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.125, (2020. 6) ,p.35- 70
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20200615-0035

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.

詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合について
――キャッシュカードすり替え事例を契機として――

山内竜太

一　問題の所在
二　共犯の錯誤・抽象的事実の錯誤と故意の判断枠組み
(一)　問題状況の整理
(二)　構成要件的符合の判断枠組み
(三)　小　括
三　財産犯における構成要件的符合の議論状況
(一)　裁判例の概観
(二)　学説の概観
(三)　財産犯における副次的法益と構成要件的符合の関係
(四)　小　括
四　一項詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合
(一)　問題状況の整理
(二)　機械に対して不正な手段を用いた窃盗罪との錯誤
(三)　人に対して偽計を用いた場合の窃盗罪との錯誤
(四)　小　括
五　財産上の利益を客体とする詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合
(一)　二項詐欺罪と窃盗罪との錯誤
(二)　電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪との錯誤
(三)　小　括
六　結　語

一　問題の所在

本稿は、近時の社会問題であるキャッシュカードすり替え事例における共犯の錯誤の問題を契機に、従来あまり論じられていなかった詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合の問題を検討するものである。たとえば、次のような事例で問題となる。

事例Ⅰ

甲（架け子）と乙（受け子）は、次の犯行を共謀した。まず、甲が、警察官になりすまして事前にV（被害者）に対して「あなたの銀行口座が不正引出しの被害に遭っています。これからキャッシュカードの確認のために同僚の警察官がご自宅に伺いますので、あらかじめキャッシュカードと暗証番号を書いた紙（キャッシュカード等）をご準備ください」などと電話する。次に、乙が、V宅に向かい、警察官を名乗って玄関先でVに「キャッシュカードを証拠品として保全する必要がありますので、暗証番号を書いた紙とともにこちらの封筒に入れてください」などと言って封筒を渡し、Vに同封筒内へキャッシュカード等を入れさせる。そして、乙は、「割り印の必要があるので印鑑を持ってきてください」などと言い、Vにキャッシュカード等の入った封筒を玄関先に残させたまま近くの居間まで印鑑を取りに行かせ、Vがいない間にあらかじめ用意しておいたダミーのカードが入った封筒とキャッシュカード等の入った封筒をすり替え、後者を自らの所有するバッグに入れる。最後に、乙は、戻ってきたVに対してダミーの封筒に割り印をさせ、Vにダミーの封筒を手渡し、担当の別の警察官が来るまで開封しないで保管するように指示し、バッグに入れたキャッシュカード等の入った封筒を持ち去る（キャッシュカードすり替え事例）[1]。

前記の共謀に基づいて、計画どおり、甲は電話をかけてVを騙し、乙もうまくダミーの封筒とすり替えてVのキャッシュカード等の入った封筒を持ち去った。犯行後に乙は逮捕され、前記犯行を甲と共謀して実行した旨の供述をした。そこで、警察は甲

を取り調べたが、甲は一貫して「乙にVからキャッシュカード等を受け取るようにとは指示したが、すり替えを指示した覚えはなく、乙が勝手に行っただけだ」と弁解した。なお、乙の供述を裏付ける客観的証拠がなく、甲の弁解を排斥できなかった。

まず、事例Ⅰの乙に一項詐欺罪と窃盗罪のいずれが成立するのかが問題となる。裁判例は、同種事案につき、窃盗罪の成立を肯定する傾向にある[2]。たとえば、大阪地判令一・一〇・一〇公刊物未登載[3]は、被告人らの用いた嘘は被害者の注意をごく短時間そらすためのもので交付行為に向けられた欺罔行為ではないとして同罪の成立を肯定している。また、学説でも窃盗罪の成立を認める見解が見られる[4]。キャッシュカードすり替え事例では、被害者は、キャッシュカード等を自ら保管し、自己の支配領域である玄関から外には移転させないとの意思を有している。それゆえ、同人の終局的な占有移転の認識は認められず、事例Ⅰの乙の行為は交付行為に向けられていたとは言えないから窃盗罪に該当すると解すべきである[5]。

以上の理解を前提とした場合に問題となるのは、共犯者の甲の弁解が排斥できないため、「疑わしきは被告人の利益に」の原則から甲は乙がVを騙してキャッシュカード等を受け取るとの詐欺罪[6]の認識しかないと認定せざるを得ない点にある。つまり、客観的な乙の犯行は窃盗罪だが、甲の主観は詐欺罪であるため、共犯の錯誤が問題となる[7]。なお、詐欺罪のみならず窃盗罪も共謀し、未必の故意も認定できる場合は共犯の錯誤を問題とするまでもないが[8]、常に前記認定ができるとは限らないため、共犯の錯誤としてどのように処理されるかは実務上も重要である。

このような問題意識から、まず、共犯の錯誤が抽象的事実の錯誤の問題として構成要件的符合の有無という判断基準によって処理されていることを確認する（二）。次に、詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合を論じる手がかりとして財産犯相互間の共犯の錯誤・抽象的事実の錯誤に関する裁判例や学説を整理し（三）、客体が財物で共通している一項詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合について事例Ⅰなどを素材に検討する（四）。加えて、財産上の利益を客体とす

る二項詐欺罪・電子計算機使用詐欺罪と財物を客体とする窃盗罪の構成要件的符合が認められるかも論じる（五）。最後に、本稿での議論をまとめ、今後の課題を示すことにしたい（六）。

二　共犯の錯誤・抽象的事実の錯誤と故意の判断枠組み

㈠　問題状況の整理

まず、事例Ⅰでは、甲の弁解を前提とすると、指示した詐欺罪の犯行とは異なる行為を乙はしたこととなるから、共犯の錯誤を論じる前に共謀の射程が認められるかも問題となる[9]。被害者がキャッシュカード等を渡すのを拒み、そのことに焦った受け子が窃盗罪に及ぶことも容易に想定でき[10]、また、被害者からキャッシュカード等が交付されるにせよ、すり替えてキャッシュカード等を持ち去るにせよ、キャッシュカード等を得ようとする点では動機の同一性・継続性[11]が認められるから、事例Ⅰにおいても共謀の射程内だと評価できるであろう[12]。

次に、共犯の錯誤がどのような判断枠組みによって処理されるのかを確認しておきたい。共犯の錯誤は、客観的にはA罪が成立しているが、共犯者の主観としてはB罪の認識しかない場合に果たして如何なる範囲で故意が認められるかという問題である。換言すれば、共犯者に抽象的事実の錯誤が生じている場合に故意が認められるかという問題であり、抽象的事実の錯誤と故意の成否と同様の判断枠組みで解決されることになる[13]。現に、共犯の錯誤に関する最判昭二五・七・一一刑集四・七・一二六一も法定的符合説を採用したものとされ[14]、抽象的事実の錯誤の場合と同様の判断枠組みを示している[15]。

(二) 構成要件的符合の判断枠組み

そこで、どの範囲で抽象的事実の錯誤が故意を阻却するかの判断基準が問題となる。一般に、構成要件的符合の有無が基準とされ、加重・減軽類型や包摂関係といった条文相互の関係から形式的な重なり合いが認められる場合には故意が認められており、殺人罪と暴行罪・傷害罪などが例としてあげられている。[16] これに加え、判例・通説は構成要件が実質的に重なり合う場合も故意を認めている。[17] 以下、構成要件の実質的な重なり合いに関する判例・通説の議論状況を概観する。

まず、最決昭五四・三・二七刑集三三・二・一四〇は、営利の目的で麻薬であるジアセチルモルヒネの塩類粉末を覚せい剤と誤認して輸入した事例につき、覚せい剤取締法と麻薬取締法の目的の同一性と取締りの方式の近似性を指摘し、「両罪は、その目的物が覚せい剤か麻薬かの差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素は同一であり、その法定刑も全く同一であ」り、「麻薬と覚せい剤とは、ともに、その濫用によってこれに対する精神的ないし身体的依存（いわゆる慢性中毒）の状態を形成し、個人及び社会に対し重大な害悪をもたらすおそれのある薬物であって、外観上も類似したものが多いことなどにかんがみると、麻薬と覚せい剤との間には、実質的には同一の法律による規制に服しているとみうるような類似性がある」から、覚せい剤輸入罪と麻薬輸入罪の構成要件は「実質的に全く重なり合っている」として麻薬輸入罪の故意は阻却されないとした。また、最決昭六一・六・九刑集四〇・四・二六九は、麻薬所持罪を犯す意思で覚せい剤所持罪を犯した事例につき、前掲・最決昭五四・三・二七を引用し、両罪は法定刑が異なるのみでその他の構成要件要素は同一であり、麻薬と覚せい剤には先述のような類似性が認められるから、「両罪の構成要件は、軽い前者の罪の限度において、実質的に重なり合っている」として麻薬所持罪の故意を認めている。[18] このように、判例は構成要件の実質的な重なり合いが認められれば故意を肯定している。

通説も、判例と同様に構成要件の実質的な重なり合いを問題とし、同一条文または実質的に見て同一構成要件に複数の手段が択一的に規定されている場合にも故意を認めている[19]。具体的には、法益・行為態様の同一性の観点から構成要件の実質的な重なり合いの有無を判断している[20]。ただし、行為態様の同一性を考慮する点には疑問が呈されている[21]。もっとも、刑法は一定の態様の法益侵害に限定して処罰していることから行為態様の限定にも一定の意味が認められるので、行為態様の同一性も考慮すべきであろう[22]。とはいえ、刑法の目的が法益保護であることから法益の同一性は不可欠な要素であるが[23]、行為態様の同一性は、強盗罪や略取誘拐罪のように同一の構成要件内部で異なる複数の実行行為が択一的に規定されている場合が多く、同一の構成要件内部でもその区別が重視されていないことに鑑みれば、保護法益の同一性ほど厳格に要求すべきではない。それゆえ、実質的に見て同一構成要件内部の択一的な行為態様だと評価する余地があれば行為態様の同一性が認められると解すべきである[24]。

㈢　小　括

以上から、共犯の錯誤においては構成要件が形式的または実質的に重なり合えば故意が認められ、実質的な重なり合いの有無は法益・行為態様の同一性から判断される。なお、法益・行為態様の同一性を判断するに際しては各構成要件の解釈論が決定的だと指摘されている[25]。そこで、次章では、裁判例・学説が財産犯相互間でどの範囲で構成要件的符合を認めてきたかを概観し、詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合の有無を判断する際の手がかりとしたい[26]。

三　財産犯における構成要件的符合の議論状況

㈠　裁判例の概観

まず、①最判昭二三・五・一刑集二・五・四三五は、他の共犯者は強盗の意思で犯行に及んだところ、被告人のみが窃盗の意思で見張りをしていた事案で、被告人の予期していない強盗罪の責任を問うことはできないと述べて刑法三八条二項により被告人を窃盗罪とした原審の判断を是認した[27]。また、②最判昭二五・四・一一裁判集刑一七・八七は、被告人はAらと恐喝を共謀したところ、Aが強盗に及んだ事案で、被告人は刑法三八条二項によって恐喝罪の責任を負うと指摘した[28]。

さらに、③東京高判昭三五・七・一五下刑集二・七＝八・九八九は、被告人が占有離脱物横領罪の故意で窃盗罪の事実を実現した事案で「刑法第二百三十五条、第三十八条第二項、第二百五十四条を適用すべき場合である」とした。また、④東京高判昭五九・八・二九東高刑時報三五・八＝九・七〇は、背任罪の故意で横領罪を実行した事案で軽い背任罪の限度で犯罪が成立するとした。

このように、裁判例は、①強盗罪と窃盗罪、②強盗罪と恐喝罪、③窃盗罪と占有離脱物横領罪、④背任罪と横領罪の間で構成要件的符合を肯定するが[29]、構成要件の重なり合いが認められる理由を明確に論じているわけではない。また、他の財産犯の間でも構成要件的符合が認められるかも問題となる。そこで、学説の議論状況を概観することにしたい。

(二)　学説の概観

まず、学説は、①強盗罪と窃盗罪につき、前者は後者を包含するという包摂関係にあり、意思に反する占有侵害を処罰する点で両罪の構成要件は共通し、両者には形式的な重なり合いが認められるとしている。[30] これに対し、②強盗罪と恐喝罪の場合は構成要件の実質的な重なり合いを根拠に構成要件的符合が認められている。なぜなら、財物・利益の移転意思の有無で排他的関係にあって厳密には両罪の間で重なり合いはないものの、強盗罪の実行行為には恐喝罪の実行行為が実質的に包含されていると評価できるからである。[31]

また、③窃盗罪と占有離脱物横領罪の場合も占有侵害の有無という観点からは排他的な関係にあって形式的な重なり合いは認められないが、[32] 両罪は領得意思による所有権侵害という点で共通し、実質的には窃盗罪は占有侵害の点で占有離脱物横領罪の加重類型と評価できるため、両罪の構成要件の実質的な重なり合いが認められている。[33] なお、窃盗罪の保護法益をめぐっては本権説と占有説の対立があるところ、後者の立場からは構成要件の実質的な重なり合いが認められないようにも思えるが、[34] 同説からも窃盗罪は所有権も保護していると解されるので構成要件的符合を肯定することができる。[35] さらに、④背任罪と横領罪は他人の信頼に背いて財産を侵害する点では共通し、[36] 法条競合の関係にあることから、[37] 実質的には加重・減軽類型の関係にあるので構成要件的符合が認められる。加えて、⑤窃盗罪と器物損壊罪も、不法領得の意思による占有侵害の点で前者は後者の加重類型となるので実質的な重なり合いが肯定されている。[38]

⑥詐欺罪と恐喝罪でも構成要件の実質的な重なり合いを肯定する見解が主張されている。[39] その理由としては、法益が同一であること、[40] 被害者の瑕疵ある意思による財物・利益の交付という点で共通していて同一構成要件内部に包摂し得る関係にあること[41]の二つがあげられている。これに対し、恐喝罪は脅迫等によって被害者を畏怖させるという独

自の法益侵害を含むため、両罪の構成要件的符合を肯定することは構成要件の重なり合いという基準の放棄に等しいとの批判がある[42]。しかし、この理解を徹底すれば、たとえば、暴行による恐喝と脅迫による恐喝も身体と意思の自由といった法益侵害の内容を異にするので、この場合も両者の間に構成要件の重なり合いが認められないこととなって妥当ではない[43]。そこで、副次的法益の侵害の違いは構成要件の実質的な重なり合いを認めるにあたっては重要ではないとの指摘がなされている[44]。

⑦窃盗罪と委託物横領罪も、先述した窃盗罪と占有離脱物横領罪と同様に、領得意思に基づく所有権侵害という点では共通しているので、窃盗罪は委託物横領罪の加重類型だとして構成要件的符合が肯定されている[45]。ただ、委託物横領罪では委託信任関係も保護法益とされており、共通するのは領得意思による所有権侵害の部分のみであるから、占有離脱物横領罪の限度でしか構成要件的符合が認められないのではないかとの疑問が呈されている[46]。しかし、その論者自身が示唆するように、委託信任関係は副次的法益にすぎないとして両罪の構成要件的符合を認める余地は十分にあると言えよう[47]。

このほかにも、「同一の法益を保護するために選択的に規定された等価値の要素に関する錯誤も故意を阻却しない」との立場から、⑧一項詐欺罪と二項詐欺罪、⑨詐欺罪と準詐欺罪、⑩詐欺罪と電子計算機使用詐欺罪との間にも構成要件の実質的な重なり合いを認める見解が主張されている[48]。これらの場合は、実質的に見て同一構成要件に複数の手段が択一的に規定されている場合として構成要件の実質的な重なり合いが認められるから、これらについても構成要件的符合を認めるべきであろう[49]。

(三) 財産犯における副次的法益と構成要件的符合の関係

財産犯における構成要件的符合に関する裁判例と学説を概観してきた。裁判例は、①強盗罪と窃盗罪、②強盗罪と

恐喝罪、③窃盗罪と占有離脱物横領罪、④背任罪と横領罪で構成要件的符合を肯定するが、その理由は明確ではなかった[50]。そこで、学説を見ると、一方で、①強盗罪と窃盗罪では包摂関係を理由に構成要件の形式的な重なり合いが肯定されている。他方で、②強盗罪と恐喝罪、③窃盗罪と占有離脱物横領罪、④背任罪と横領罪、⑤窃盗罪と器物損壊罪、⑦窃盗罪と委託物横領罪では、形式的には排他的関係にあるが、実質的には減軽・加重類型の関係にあるとして構成要件の実質的な重なり合いが認められている。また、法益の同一性や被害者の瑕疵ある意思による財物・利益の交付という共通性から⑥詐欺罪と恐喝罪でも構成要件的符合が肯定されている。さらに、実質的には同一構成要件に複数の手段が択一的に規定されている場合と理解できるとの理由から、⑧一項詐欺罪と二項詐欺罪、⑨詐欺罪と準詐欺罪、⑩詐欺罪と電子計算機使用詐欺罪の構成要件的符合も認められている。

ところで、⑥詐欺罪と恐喝罪や⑦窃盗罪と委託物横領罪では、意思の自由や委託信任関係といった財産侵害とは異なる副次的法益の侵害は重要でないとして両罪の構成要件的符合が認められている。また、本稿の検討対象である詐欺罪と窃盗罪でも、前者は財産処分の自由を、後者は占有を副次的法益とし、その侵害は重要でないとして両罪の構成要件的符合を認める見解がある[51]。しかし、副次的法益の違いでしかないとはいえ、構成要件的符合の判断基準である法益の同一性からすれば本来的には無視しえない事情のようにも思える。現に、かつては副次的法益の違いを理由に詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合が否定されるとの理解もあった[52]。では、なぜ副次的法益の侵害は構成要件的符合の判断にあたって考慮されないのであろうか。

ここでは、財産犯における最大の関心事はどのような財産侵害を処罰するかであり、財産以外の副次的法益の侵害それ自体が財産犯の実体を基礎づけているわけではない点が重要である。つまり、実質的な観点からより重要なのは財産犯の各類型においてどのように財産を侵害しているかであり、その侵害行為が財産以外の副次的法益の侵害を伴うとしてもそれ自体は財産侵害の一態様として評価されるにすぎない。それゆえ、構成要件的符合の文脈においては

副次的法益の侵害の違いは財産侵害との関係では行為態様の差でしかなく、実質的に見て同一構成要件内部の択一的な行為態様の関係にあると評価できるのであれば構成要件的符合を認めることが可能である。[53] 換言すれば、財産犯における財産侵害の基本構造において副次的法益の侵害がどのように位置づけられるかを吟味し、行為態様の同一性の問題として把握すれば足りることとなる。以上につき、先述の⑥詐欺罪と恐喝罪および⑦窃盗罪と委託物横領罪を具体例に検討する。

まず、⑥詐欺罪と恐喝罪に関して言えば、前者は欺罔行為によって、後者は暴行・脅迫によって被害者の意思に瑕疵を生じさせ、その結果として被害者に財産を交付させて領得している点に特色がある。ここでは、その行為態様である暴行・脅迫によってその人の意思の自由や身体といった副次的法益が侵害されているが、両者は単に被害者の瑕疵ある意思によって財産移転を生じさせるという財産侵害の手段として着目されているにすぎない。すなわち、財産犯の実質という観点からは、前記行為によって被害者の財産処分の意思が瑕疵あるものとして無効[54]となる結果として同人の財産が侵害されるという両罪の法益侵害の基本構造が重要である。そして、暴行・脅迫による身体や意思の自由という法益侵害は被害者の瑕疵ある（無効な）意思による財産移転という財産侵害の実質という観点からは付随的なものでしかなく、欺罔行為か暴行・脅迫かの違いは当該意思を無効にする手段の違いでしかない。そのため、両罪は、行為態様の同一性がないので構成要件的符合を認めないとする余地もあると指摘されるが[55]、無効な被害者の財産処分の意思を介した財産侵害という実質においては共通性を有しているので行為態様の同一性が認められ[56]、両罪の構成要件には実質的な重なり合いが認められる。

また、⑦窃盗罪と委託物横領罪については、前者は「被害者の意思に反して」という財産処分の意思が存在しない形態での財産侵害であるのに対し[57]、後者は委託信任関係に背く形態での財産侵害であり、両者は大きく異なるようにも思える。しかし、後者は被害者（委託者）から与えられた権限を逸脱する場合であり、当該財産処分が被害者の意

思（委託者の権限）に基づくものではない点では前者と共通性を有する。つまり、両罪の法益侵害の基本構造からすれば委託信任関係の侵害は付随的な意味しかなく、被害者の意思に反する領得という財産侵害の実質においては共通しているので行為態様の同一性が認められ、両罪の構成要件は実質的に重なり合っていると言える。

㈣　小　括

以上から、⑥詐欺罪と恐喝罪や⑦窃盗罪と委託物横領罪の構成要件的符合の有無という文脈においては、身体・意思の自由・委託信任関係という副次的法益の侵害は重要でないと言える。要するに、行為態様の同一性を判断するにあたっては（各財産犯における）法益侵害の基本構造からして財産侵害の実質において共通性が認められるかが決め手となる。このことは、加重・減軽類型や包摂関係の有無の判断に際しても領得行為といった法益侵害の基本構造が問題とされていた点からも首肯できるものと言えよう。次章では、一項詐欺罪と窃盗罪の法益侵害の基本構造を踏まえ、法益・行為態様の同一性という観点から両罪の構成要件的符合について検討する。

四　一項詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合

㈠　問題状況の整理

まず、詐欺罪と窃盗罪の法益の同一性を検討する[58]。窃盗罪では、前述のように占有説であっても所有権が同罪の保護法益と解され[59]、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）、占有していることで財物を自由に利用したりその占有を移転したりできるという意味での財物に対する財産処分の自由が同罪の保護法益と言える[60]。

また、詐欺罪も、被害者が自ら財産を処分するかどうかを判断しているが、被害者の瑕疵ある意思に基づく点でその真意に反する財産処分をさせられたという意味での財産処分の自由の侵害が認められ、その保護法益は財産処分の自由と解することができる。[61] このことは、詐欺罪が窃盗罪と同じ個別財産に対する罪と位置づけられる以上は、前者も後者と保護法益を共通にしていると解すべきであることからも裏付けられる。[62] 以上から、両罪の保護法益は財産的処分の自由で法益の同一性が認められる。

次に、行為態様の同一性であるが、被害者の交付行為に向けられているか否かで一項詐欺罪と窃盗罪が排他的に区別される点に注意を要する。[63] つまり、両罪は被害者の瑕疵ある意思に基づく占有移転の有無で峻別されて競合しない点で、法条競合の関係にあって構成要件的符合が認められる背任罪と横領罪の関係とは明らかに異なる。また、強盗罪と恐喝罪の関係とも異なる。たしかに、盗取罪と交付罪の関係にあるという点では共通するが、強盗罪と恐喝罪の行為態様は脅迫・暴行の強度に差があるにすぎないのに対し、一項詐欺罪と窃盗罪はそのような関係にはないからである。[64] したがって、排他的で行為態様にも前述した強度の差を超えた違いのある両罪の構成要件的符合を認めるには慎重な検討を要する。[65]

以上を踏まえ、一項詐欺罪と窃盗罪の法益侵害の基本構造に照らして行為態様の同一性を検討していく。その際、機械に対する不正な手段による窃盗罪と事例Ⅰのような典型的な窃盗罪の場合を分けて考える必要がある。なぜなら、前者は機械が人の財物の交付の判断を代替していて本質的に詐欺罪の性質を有していると解されているのに対し、後者は被害者の財産処分の意思が介在しない点で本質的には同罪とは異なる性質を有しているからである。そして、事例Ⅰにおける共犯の錯誤の問題は後者の窃盗罪と一項詐欺罪との構成要件的符合の問題であるが、従来から議論されていたのは前者の窃盗罪と一項詐欺罪との構成要件的符合である。そこで、従来の議論で念頭に置かれていた事例を確認し、事例Ⅰにおける両罪の構成要件的符合の問題を取り上げることにしたい。

(二)　機械に対して不正な手段を用いた窃盗罪との錯誤

従来、一項詐欺罪と機械に対して不正な手段を用いた窃盗罪という抽象的事実の錯誤の事例を念頭に両罪の構成要件的符合が認められるとの見解が主張されてきた[66]。具体的には、次のような事例があげられる。

事例Ⅱ

丙は、偽造プリペイドカードを使ってセルフサービスのガソリンスタンドで不正に給油しようと考えた。そこで、給油機に偽造プリペイドカードを挿入して給油を受けた。丙は、セルフサービスのガソリンスタンドの給油機は自動的にカードを読み取って給油するもので、当該スタンドには従業員はいないものと認識していた。ところが、実際は、外からは見えない別室に従業員がおり、同人がモニターで確認して給油許可のボタンを押すことではじめて給油が開始されるという仕組みであった[67]。

事例Ⅱでは、丙の挙動による欺罔によってガソリンを交付させているから、客観的には一項詐欺罪が成立している[68]。しかし、丙は、従業員によって給油許可のボタンが押されて給油されるというシステムを認識しておらず、窃盗罪の認識しか有していない[69]。そこで、両罪の構成要件的符合を認めることができるかが問題となる。

事例Ⅱと同種の事案につき、名古屋地判平二〇・一二・一八公刊物未登載[70]は、財産の侵害を内容とする点、客体が財物である点、財物の占有を奪取する点が共通することから一項詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合を認めている。学説も、①錯誤に陥った被害者を利用して占有を移転させる詐欺罪は事実上、窃盗罪の間接正犯の一部の類型を特別に規定していると理解でき[71]、②両罪では保護法益・客体が共通であって保護法益の侵害を惹起する態様が異なるにすぎない点[72]を論拠に両罪の構成要件的符合を肯定する理解がある。後者につき、すでに述べた理由から両罪の法益は共通

していると言え、侵害態様の違いでしかないという点はその理由を説明したのが前者だと位置づけられるので、ここでは客体の共通性を構成要件的符合を認める根拠の一つにしていると整理できよう。以下、機械に対する不正な手段による窃盗罪と詐欺罪の法益侵害の基本構造を論じ[73]、先述の①・②の論拠から両罪の構成要件的符合が認められるかを論じる。

機械に対して不正な手段を用いて財物を得る場合、機械の設置者がどのような条件を充たせば財物を交付するかを事前に決定し、財物の占有を移転する際にはその決定に基づいて機械が人に代わって財産処分をする際の条件の充足を確認して財物を移転する点に特色があり、その限りでは詐欺罪にいう交付行為と構造的に近似している。たとえば、東京高判昭五五・三・三判時九七五号一三二頁は窃取した他人のキャッシュカードを用いてＡＴＭから現金を引き出した行為を窃盗罪とするが、窃取した他人のキャッシュカードを用いて窓口の係員から現金を引き出せば詐欺罪が成立する[74]のと比べると、両者は本質的に異なるものではないと評価できる。つまり、当該事案では行為の対象が人ではなくて機械であるが故に窃盗罪となるにすぎず、本質的には詐欺罪の性質を有する事案が窃盗罪のなかに取り込まれるという「窃盗罪の詐欺罪化[75]」が生じている。

ところで、前述の詐欺罪の本質を有する機械に対する不正な手段による財物取得は、被害者である機械設置者の「条件付き合意」に基づいて占有が移転したとなるので、財物の占有移転の認識はあって被害者の真意に反するといった動機の錯誤があるにすぎない場合である[76]。そのため、被害者の真意に反するといった動機の錯誤があるにすぎず、被害者の有効な同意に基づいた財物移転と解する余地があり[77]、後述する被害者の財産処分の意思が存在しない典型的な窃盗罪（意思不存在型の窃盗罪）とは問題状況を異にしている。したがって、判例・学説はこの場合に広く窃盗罪の成立を認めてきたが、理論的に突き詰めれば、被害者の瑕疵ある意思に基づく財産移転という詐欺罪の本質を有する機械に対する不正な手段によって財物を得る場合を意思不存在型の窃盗罪に含めることは困難である[78]。

もっとも、先述の理解を徹底して機械に対する不正な手段によって財物を得た場合の窃盗罪の成立範囲を限定的に解した場合、機械を対象とするが故に一項詐欺罪も成立せず、財物であるが故に財産上の利益を客体とする電子計算機使用詐欺罪も成立しないため、処罰の間隙が広く生じることになる。これを回避したいのであれば、機械に対して不正な手段を用いて財物を得る場合には設置者の真意に反することから同人の同意は無効だと解する必要がある（意思無効型の窃盗罪）。なぜなら、同意の無効はその不存在と法的効果としては同じであり、前記の場合も意思不存在型の窃盗罪と同様に評価することが可能となるからである。このように解してはじめて「窃盗罪の詐欺罪化」を認めることができる。そして、詐欺罪の本質を有する機械に対して不正な手段を用いた窃盗罪の場合にその同意を無効と解する以上は、それと本質的には異ならない詐欺罪の場合も被害者の同意を無効と解さなければ理論的に整合しないため、意思無効型の窃盗罪と同様に詐欺罪も被害者の同意が無効な場合を前提とする犯罪類型だと解することになる。[79] 逆に、詐欺罪における被害者の同意が有効ならば、機械に対する不正な手段による財物取得における同意も有効と解することになるが、この立場から機械に対して不正な手段を用いて財物を得る場合を窃盗罪として捕捉するという「窃盗罪の詐欺罪化」を認めるのは困難であろう。

このように、事例Ⅱで問題となる機械に対して不正な手段を用いた窃盗罪は詐欺罪の本質を有しており、両者は被害者の同意が無効である場合を念頭に置いたものと評価できる。それゆえ、両者は行為者の行為の作用する対象が人か機械かの差でしかなく、いずれも被害者の同意を無効にするという形態で財物の占有を取得するという意味で同種のものと言え、その結果として被害者を利用したある種の間接正犯と評価する余地があり、①の論拠のように両罪の行為態様の同一性が認められる。あるいは、窃盗罪の構成要件には「機械に対する詐欺的手段を用いて財物を取得する行為態様」が含まれ、一項詐欺罪で問題となる「人に対する詐欺的手段を用いて財物を取得する行為態様」と択一的な関係にあるとして両罪の構成要件的符合が認められるとも言える。[80] もっとも、このような理解は、窃盗罪のなか

には意思無効型が含まれていて詐欺罪も被害者の同意が無効な場合であると解する私見を前提としてはじめて可能となろう。なぜなら、私見の立場を前提としなければ、窃盗罪の構成要件に「機械に対する詐欺的手段を用いて財物を取得する行為態様」が含まれること、および、それが「人に対する詐欺的手段を用いて財物を取得する行為態様」と択一的な関係にあることが説明できないからである。私見からすれば、意思の不存在も無効も法的効果としては同じく扱われることから窃盗罪には意思無効型が含まれ、それが被害者の財産処分の意思の無効を前提とする詐欺罪と同質的であるため、両者は択一的な関係にあると説明されることとなる。なお、前掲・名古屋地判平二〇・一二・一八が言及するように行為客体の共通性も認められるので[81]、②の論拠からしても両罪の構成要件的符合を認めることに支障はないであろう[82]。

㈢　人に対して偽計を用いた場合の窃盗罪との錯誤

他方、事例Ⅰでは、人に対して偽計を用いた場合の窃盗罪と一項詐欺罪の構成要件的符合が問題となる。事例Ⅱで検討した機械に対して不正な手段を用いた窃盗罪と一項詐欺罪の場合、両者は機械か人かの点で区別されるが、その本質が被害者の無効な同意を前提とする占有侵害だという点で共通していると理解してはじめて、両罪の構成要件的符合を認めることができた。これに対し、事例Ⅰでは、架け子の甲が認識した事情も客観的に成立した受け子の乙の犯行も人に対して詐欺的手段を用いて財物を取得する点で共通し、事例Ⅱのような人か機械かの違いもなく、一見すると構成要件的符合を容易に認めてよいようにも思える。

しかし、事例Ⅰは、事例Ⅱで検討した意思無効型の窃盗罪ではなく、被害者の財産処分の意思が介在しない意思不存在型の窃盗罪が問題となっている。ここで問題となる意思不存在型の窃盗罪は、意思無効型の窃盗罪において被害者の瑕疵ある「条件付き合意」に基づく財物の占有移転が観念できるのとは異なり、被害者の瑕疵ある意思に基づく

占有移転を観念することができない点で一項詐欺罪との乖離が大きい。現に、両罪は交付行為の有無で排他的に区別されている。このような乖離からすれば、事例Ⅱの場合とは異なる議論状況にあると言え、両罪の構成要件的符合を認めるのには慎重な検討を要すると言わざるを得ない。以上を踏まえ、両罪における法益侵害の基本構造[83]から事例Ⅰにおける両罪の構成要件的符合について検討する。

ここで注目すべきは、基本的には窃盗罪が被害者の財産処分の意思の存在しない場合を念頭に置いた犯罪類型だと解されている点である。なぜなら、被害者が渡したくないと思っているのに財物を奪うひったくりのような現に被害者の意思に反している場合はもちろん、家にある物を外出中に盗み出す空き巣のような被害者が物を渡すかどうかを判断していない（渡さないという意思決定を現にしているわけではない）場合でも同罪は成立するが、一見すると異なるように見える両者がともに窃取にあたると解されているのは被害者に財産処分の意思がない点で共通するからである[84]。このように、典型的な窃盗罪は被害者の意思の不存在を念頭に置いている。これに対し、詐欺罪は、被害者の交付行為が要件とされ、被害者の財産処分の意思が介在する場合を念頭に置いた犯罪類型である。そのため、両罪は交付行為の有無によって一つの行為が同時にいずれの構成要件も充たすことはないという意味で排他的に区別される（盗取罪と交付罪の排他性）。この理解を徹底すれば、両罪の構成要件の実質的な重なり合いは肯定できないはずである[85]。

しかし、詐欺罪では、被害者は行為者に騙されており、その意思は瑕疵あるものとして法的には無効と解される[86]。そして、被害者の財産処分の意思が不存在であると解される場合であれ、被害者の意思は存在するが無効であると解される場合であれ、同意の不存在も無効も同様に扱われるという法的効果の点に違いはない。つまり、被害者の財産処分の意思の不存在に乗じて財産を侵害するのも、被害者の瑕疵ある意思を介在させて財産を侵害するのも、被害者の真意に反する財産処分という財産権侵害の実質においては共通している。このように解するからこそ、先述のように意思無効型と意思不存在型という本来性質を異にするものが窃盗罪として一つに統合され、かつ、同罪と詐欺罪が

その排他性にもかかわらず財産侵害の実質において共通性を有すると理解できるのである。そして、事例Ⅱの検討の際に紹介した詐欺罪は窃盗罪の間接正犯の一種だという①の論拠も、被害者の財産処分の意思の無効も不存在も等価だとの理解を前提としてはじめて成り立つものである。それゆえ、①の論拠からして両罪の行為態様は実質的には同一構成要件内部の択一的な行為態様と評価できる。また、先述の客体の同一性という②の論拠からして構成要件的符合を認めるにあたって支障はないと言えよう。以上から、事例Ⅰでも両罪の構成要件的符合が認められる。

㈣ 小括

一項詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合につき、具体的な事例に即して検討してきた。事例Ⅱのように機械に対する不正な手段による財物取得という意思無効型の窃盗罪と一項詐欺罪では、被害者の財産処分の意思が無効であることを前提としている点で共通することから両罪の構成要件的符合を認めることができた。これに対し、事例Ⅰのように意思不存在型の窃盗罪と一項詐欺罪では、被害者の財産移転の意思の有無で峻別されるという盗取罪と交付罪の排他性から両罪の構成要件的符合について慎重に検討する必要があった。もっとも、被害者の同意の無効は被害者の意思の不存在と法的効果としては同様に扱われるため、後者の場合でも両罪の構成要件的符合が認められると解すべきである。

なお、詐欺罪と窃盗罪が騙取と盗取という行為態様の違いによって類型化されていることから、両罪の構成要件的符合を認めることは「領得行為といった相当抽象度の高いレベルでの共通性を要求するにとどめるしかない」ことを意味するとの指摘がある[87]。本来的には異なる構成要件であるのに実質的な観点からとはいえ両罪でその重なり合いを認めるのであるから、行為態様の同一性の判断にあたってはある程度の抽象化はやむを得ないであろう。なお、私見は、意思不存在型・意思無効型の窃盗罪と一項詐欺罪の構成要件的符合につき、法益侵害の基本構造に着目して行為

態様の同一性を判断するとの枠組みを提示しており、単に「相当抽象度の高いレベルでの共通性」を問題とするよりも精緻な検討であると言えよう。

最後に、事例Ⅰの架け子の甲に何罪が成立するかを確認しておきたい。甲は一項詐欺罪の認識であるのに対し、客観的に実現した受け子の乙の行為は窃盗罪であるが、両罪の構成要件的符合が認められるので甲の故意は阻却されない。問題は、甲に一項詐欺罪と窃盗罪のいずれの共犯が成立するかである。ここでは両罪の軽重が問題となる(88)。

一項詐欺罪と窃盗罪の軽重に関しては、意思による占有移転を要件とする詐欺罪は意思によらない占有移転を要件とする窃盗罪よりも軽く評価されるべきだとして窃盗罪は詐欺罪よりも重いとする理解がある(89)。これに対し、窃盗罪に罰金刑が導入される前の議論ではあるが、法定刑が同一であることを理由に窃盗罪が詐欺罪よりも重いとは言えないとの批判があり(90)、詐欺罪が窃盗罪よりも軽いとする見解には疑問が残る。結局、今日では窃盗罪に罰金刑が導入されており、形式的には窃盗罪は詐欺罪よりも軽い犯罪類型と解することができるであろう(91)。したがって、甲は軽い窃盗罪の限度で責任を負うことになる。

ここまで、事例ⅠおよびⅡなどを素材に一項詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合について検討してきた。もっとも、両罪は財物という客体の共通性が認められて構成要件的符合を肯定しやすかったのに対し、二項詐欺罪と窃盗罪や電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪は財産上の利益と財物と客体を異にしており、前者と同様に後者の場合でも構成要件的符合を認めてよいかは別途問題となる。そこで、次章では、二項詐欺罪と窃盗罪および電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合について検討する。

五　財産上の利益を客体とする詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合

㈠　二項詐欺罪と窃盗罪との錯誤

一項詐欺罪と窃盗罪では構成要件的符合を認める一方で、二項詐欺罪と窃盗罪では構成要件的符合を否定する見解がある。すなわち、「レストランの代金支払いを免れるために、脱兎の如く逃走することを教唆したところ、正犯者が従業員に見つかってしまい、欺罔行為によって代金支払いを免れた」事例をあげ、窃盗罪は財物に限って客体を保護しており、前記事例の教唆者の認識内容は利益窃盗という構成要件に該当しないものであるから当然に故意を欠き、その逆は客観的に犯罪が成立しないことから、構成要件的符合が認められるのは一項詐欺罪と窃盗罪の間に限られるとする(92)。しかし、前記事案の教唆者には利益窃盗という構成要件に該当しない事実の認識しかなく、また、その逆は客観的に構成要件該当事実が存在しないので、主観と客観における異なる構成要件間の錯誤（抽象的事実の錯誤）が問題となる事案ではない。二項詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合が問題となるのは、むしろ教唆者が窃盗罪の認識で正犯者が二項詐欺罪を実現した場合またはその逆である。以下、そのような場合を念頭に両罪の構成要件的符合の有無を検討する。

第一に、客体が異なることが構成要件的符合を否定する理由となるかが問題となる。一項犯罪と二項犯罪を分けて規定する現行の刑法典の財産犯体系からは、財物と財産上の利益との間には客体の同一性が認められないと解する余地は十分にある。仮に客体の同一性が認められなければ構成要件的符合を否定する立場を採るのであれば、二項詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合は否定されることとなる。そのため、そもそも構成要件的符合を認めるためには客体の同一性が必要か、仮に必要だと解したとして財物と財産上の利益との間に客体の同一性が認められるかが問題となる。

学説では、保護法益が共通であれば客体も類似するにすぎず、客体の同一性は事実上の考慮要素で規範的な意義を有しないとの指摘がある[93]。この指摘からすれば、財物と財産上の利益で客体が異なるとして直ちに構成要件的符合を否定するべきではないことになる。また、仮に客体の同一性を要求するにしても、通説によれば、一項詐欺罪も二項詐欺罪も個別財産に対する罪と解されており[94]、窃盗罪も個別財産に対する罪と位置づけられ、財物も財産上の利益も個別財産という点で共通性が認められる[95]。そして、詐欺罪と窃盗罪の保護法益を財産処分の自由と解する立場からすれば、財物と財産上の利益は財産処分の対象という意味で両者は共通していることになる[96]。それゆえ、客体の同一性を肯定でき[97]、両罪の構成要件的符合を認めるのに何ら支障がないようにも思える。以上のことは、一項詐欺罪と二項詐欺罪の構成要件的符合が認められていることからして首肯できるものであろう。

第二に、しかしながら、構成要件的符合を考えるにあたっては窃盗罪が客体を財物に限って保護している点をどのように解するかが別途問題となる。なぜなら、窃盗罪があえて客体を財産上の利益ではなく財物に限っているのだとすれば、その趣旨を構成要件的符合の文脈でも徹底して構成要件的符合を否定すべきだと解する余地が生じるからである。現に、二項詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合を否定する前記見解は、窃盗罪が財物に限って客体として保護していることをその論拠の一つとしてあげている[98]。

まず、現行刑法の制定にあたって出された刑法改正政府提出案理由書は、詐欺罪の場合は窃盗罪と違って財物以外の財産上の利益の取得もあり得ることから二項詐欺罪が新設されたとする[99]。裏を返せば、財産上の利益を取得する場合が観念できないとして窃盗罪では客体を財物に限定しており、その是非は別として、少なくとも形式的には立法者は同罪の客体から財産上の利益をあえて除外したと見る余地がある。実質的にも、財産上の利益を同罪の客体に含んで一般に利益窃盗を処罰すれば借金の返済が遅れた等の民法上の債務不履行が直ちに犯罪になるという社会的に耐えがたい帰結が生じることから[100]、利益窃盗一般を処罰しないという趣旨であえて財産上の利益を同罪の客体から除外し

たと解される。

次に、財産上の利益を窃盗罪の客体から除外した趣旨を構成要件的符合の文脈においてどのように考慮すべきかが問題となる。そもそも形式的には構成要件の重なり合いが認められないのに実質的な構成要件の重なり合いがあれば故意を認めるのは、実際には構成要件の認識がないのに故意を認めることを意味するという難点があり[101]、「共通構成要件」や「みせかけの構成要件要素」という概念を用いた説明が試みられている[102]。しかし、いずれの説明にせよ、実質として超法規的な構成要件を観念している点では共通する[103]。なぜなら、「みせかけの構成要件要素」を用いた説明も、たとえば、占有離脱物横領罪の認識で窃盗罪を行った場合に「占有を離れた物」は前者の構成要件要素ではなく、その部分の錯誤は故意を阻却しないとするが、裏を返せば両罪で共通する「財物の領得」という点を認識すれば故意を認めており、実質的には両罪の共通部分を抽出した超法規的な構成要件を観念していることは否定できないからである。つまり、積極的に「財物の領得」という共通部分を「共通構成要件」として抽出するか、消極的に「占有を離れた物」という非共通部分を「みせかけの構成要件要素」として構成要件から除外するかの違いであり、両説はいわば説明の仕方が異なるにすぎず、両罪の共通部分を認識すれば故意が認められるという意味で当該部分を超法規的な構成要件として観念している点では同じである。

このように、構成要件の実質的な重なり合いを肯定することが前述の意味での超法規的な構成要件を想定することにならざるを得ないのだとすれば、二項詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合を肯定することはできない。なぜなら、両罪の構成要件的符合を認めることは本来的には不可罰である利益窃盗を処罰する新たな構成要件の創出を意味するからである。すなわち、窃盗罪の認識で二項詐欺罪を実現した場合であれ、その逆の場合であれ、両罪の構成要件的符合を認めるのであれば軽い窃盗罪が成立するが、それは「財産上の利益または財物を窃取した」という構成要件を想定することになる。しかし、両罪の構成要件的符合を認めて窃盗罪で処罰することは、「財産上の利益を窃取した」

という不可罰の利益窃盗を可罰的なものとする新たな構成要件を立法ではなくて解釈によって創出することを意味するが、このような理解は財産上の利益を窃盗罪の客体から除外した趣旨を没却するものとして認められない。それゆえ、両罪の構成要件的符合を認めることは許されないと解される。

㈡　電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪との錯誤

次に、電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合について検討する。[104] 一見すると、先述した財産上の利益を客体から除外する窃盗罪の趣旨から両罪の構成要件的符合を否定すべきであるようにも思える。しかし、電子計算機使用詐欺罪は詐欺罪と窃盗罪の処罰の間隙を埋める趣旨で設けられた犯罪類型であることから、別途検討する必要がある。

議論の前提として、電子計算機使用詐欺罪と詐欺罪の構成要件的符合について確認しておく。三章二節で見たように、実質的に見て同一構成要件に複数の手段が択一的に規定されている場合には両罪の構成要件的符合が認められている。もっとも、刑法二四六条の二は「前条に規定するもののほか」と規定し、詐欺罪が成立する場合には電子計算機使用詐欺罪は成立しないとされ[105]、両罪は相互に排他的で構成要件的符合を認めるべきではないようにも思える。しかし、電子計算機使用詐欺罪は、人を欺罔して財産上の利益を得る場合に類似しており、いわば「機械を騙す」詐欺罪の類型[106]として同罪の補充類型と解されている[107]。このことからすれば、実質的には両罪は同一構成要件に複数の手段が択一的に規定されている場合と評価でき、両罪の構成要件的符合を肯定できる[108]。

以上を前提に、電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合について検討する。ここで着目すべきは、電子計算機使用詐欺罪が不可罰であった利益窃盗の一部を取り上げて処罰する犯罪類型だという点である[109]。つまり、同罪は、機械に対する不正な手段による財物取得に窃盗罪が成立することを前提に不可罰とされる利益窃盗の一部を捕捉する

ために設けられた犯罪類型であり[10]、同罪の要件を充たす範囲で利益窃盗を処罰するものである。換言すれば、意思無効型の窃盗罪と被害者の瑕疵ある意思の無効を前提とする詐欺罪の一類型である電子計算機使用詐欺罪は、財物か財産上の利益かの差はあるが本質的には共通した性質を有していると解することができ、電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪は一項詐欺罪と二項詐欺罪のように客体で振り分けられているにすぎない[11]。それゆえ、電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪は個別財産という共通の法益の有形か無形かという点で異なるにすぎず[12]、両罪の構成要件的符合を認めても利益窃盗を可罰的とする超法規的な構成要件を想定するわけではないから、両罪の構成要件的符合を認めたとしても、二項詐欺罪と窃盗罪の場合とは異なり、窃盗罪が財産上の利益を除外した趣旨を没却することにはならない。要するに、電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪は単なる財物と財産上の利益の振り分けがなされているにすぎず、両罪の構成要件的符合を認めることができる。

㈢　小　括

本章では、前章で見たように法益・行為態様の同一性という観点から一項詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合が認められることを前提に、客体を異にする二項詐欺罪・電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合について検討した。

二項詐欺罪と窃盗罪では、利益窃盗一般を処罰しないためにあえて財産上の利益を客体から除外したという窃盗罪の趣旨から両罪の構成要件的符合を否定すべきであるとした。これに対し、電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪では、両罪が捕捉している事態が本質的には共通しており、前者が不可罰な利益窃盗の一部を可罰的なものとする趣旨から両罪の構成要件的符合を肯定すべきだと論じた。

六　結　語

本稿では、キャッシュカードすり替え事例における共犯の錯誤の問題を契機として、詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合の問題を検討してきた。まず、当該事例では共犯の錯誤・抽象的事実の錯誤という形で両罪の構成要件的符合が問題となることを指摘し、判例・通説である構成要件の形式的または実質的な重なり合いという判断基準から一項詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合の有無を判断するとした。そして、両罪では財産処分の自由を保護している点で法益の同一性が認められ、法益侵害の基本構造として被害者の意思の不存在と無効という違いはあるが、法的効果の面では同一である点で行為態様の同一性が認められるから、両罪の構成要件的符合を肯定できるとした。また、客体が財産上の利益と財物で異なる二項詐欺罪および電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合の問題も検討し、利益窃盗を不可罰とするために財産上の利益を客体から除外した窃盗罪と利益窃盗の一部を可罰的なものとする電子計算機使用詐欺罪の趣旨の違いから、前者では構成要件的符合を否定すべきだが、後者では構成要件的符合を肯定すべきだと論じた。

このように、各論的な検討が必要だと指摘されてきたにもかかわらず、これまで十分な検討がなされていなかった共犯の錯誤・抽象的な事実の錯誤における構成要件的符合の問題につき、詐欺罪と窃盗罪という限られた範囲ではあるが、両罪の法益侵害の基本構造や窃盗罪・電子計算機使用詐欺罪の趣旨に立ち返った検討を試みた点に私見の特色がある。なお、同様の観点から他の犯罪類型間の構成要件的符合を検討していく必要があるが、それは今後の課題としたい。

（1）　山本修「いわゆる『すり替え作戦』の手口によりキャッシュカードを取ろうとした受け子について、詐欺未遂罪及び窃盗未遂罪の成否が問題となった事例」研修八四四号（二〇一八）九四頁以下で紹介されている事案や二〇一九年度の司法試験刑事系科目第一問の【事例1】（法務省、「論文式試験問題集［刑事系科目第一問］」、二頁、http://www.moj.go.jp/content/001293667.pdf（最終閲覧：二〇二〇年四月二九日））を参考に作成した。

（2）　裁判例の傾向につき、大塚雄毅「被害者をだましてキャッシュカードを封入させた封筒をその隙を見てダミーカードを封入しておいた封筒にすり替えて奪う手口に関する擬律判断について」警論七二巻一二号（二〇一九）一〇頁以下・二二頁以下。なお、金沢地判平二六・八・二五LEX／DB二五五〇四六四八も同種事案で受け子に窃盗罪の成立を肯定する。

（3）　本判決を紹介したものとして、大塚雄毅・前掲注（2）二頁以下、同「被害者をだましてキャッシュカードを封入させた封筒をその隙を見てダミーカードを封入しておいた封筒にすり替えて奪おうとしたが財物の占有移転が未遂に終わった事案に関し、窃盗の実行の着手があったとして窃盗未遂の成立を認めた事例」研修八五九号（二〇二〇）三一頁以下。

（4）　たとえば、山本修・前掲注（1）九六頁、江見健一「特殊詐欺の受け子の罪責に関する諸問題（上）」警論七二巻一一号（二〇一九）一一頁以下・二七頁、佐川友佳子「刑事系科目〔第一問〕解説」法学セミナー編集部編『司法試験の問題と解説二〇一九』七〇頁（日本評論社、二〇一九）、高橋健太「特殊詐欺事件において、成立罪名及び実行の着手の有無が問題となった事例」捜査研究八二〇号（二〇一九）五六頁以下、松宮孝明「判批［京都地判令一・五・七LEX／DB二五五六三八六八］」法セ七七五号（二〇一九）一二二頁、高橋直哉「判批［京都地判令一・五・七］」法教四七四号（二〇二〇）一二七頁。

（5）　以上につき、品田智史「窃盗と詐欺の関係」法セ七七九号（二〇一九）三四頁以下、大塚雄毅・前掲注（2）九頁以下、髙橋直哉・同右。なお、キャッシュカードすり替え事例は、騙された被害者が自ら持参するつもりで玄関の上り口に置いた現金を包んだ風呂敷を同人がトイレに立った隙に被告人が持ち去ったのを一項詐欺罪とした原審の判断を是認した最判昭二六・一二・一四刑集五・一三・二五一八の事案とは異なっている。すなわち、同判例の事案では、被害者が自宅の外に持ち出す意図で現金を置いており、占有の終局的な移転の認識があったとして交付行為を認定する余地がなくはなかった（このような可能性を示唆するものとして、品田智史・同右三五頁、松宮孝明・同右）。現に、当該事案で詐欺罪の成立を肯定すべきだとする見解も有力である（たとえば、大谷實『刑法講義各論』二七九頁（成文堂、新版五版、二〇一九）、前田雅英『刑法各論講義』二三二頁（東京大学出版会、七版、二〇二〇））。これに対し、キャッシュカードすり替え事例では、被害

者は自ら保管するつもりで玄関の外に持ち出すことを何ら意図しておらず、キャッシュカード等も玄関という被害者の支配領域内に未だあるため、同判例と違って占有の終局的な移転の認識を認めるのがより困難であると言える（品田智史・同右三五頁も参照）。現に、前掲・最判昭二六・一二・一四の事案で詐欺罪の成立を肯定する見解のなかには占有喪失の認容に欠けるとしてキャッシュカードすり替え事例の受け子の行為を窃盗罪とするものもある（前田雅英・同右二三二頁以下）。

（6）　このようなキャッシュカードを受け子が被害者から受け取るという事案（キャッシュカード直接交付型）が詐欺罪となる点につき、大塚雄毅・前掲注（3）三八頁。

（7）　以上につき、高橋健太・前掲注（4）五九頁。なお、大竹依里子「特殊詐欺の受け子が、被害者の離席時に、現金入り封筒を持ち去った点につき、詐欺罪か窃盗罪かの判断を要した事例」研修八四六号（二〇一八）五八頁以下、品田智史・前掲注（5）三八頁も参照。

（8）　大竹依里子・同右五一頁、高橋健太・同右五九頁、品田智史・同右三七頁。なお、江見健一・前掲注（4）二四頁以下。

（9）　共犯の錯誤と共謀の射程の関係につき、たとえば、橋爪隆「共同正犯をめぐる問題（四）――共謀の射程について」警論七〇巻一〇号（二〇一七）一六一頁以下、照沼亮介「いわゆる『共謀の射程』と『教唆の射程』」伊東研祐ほか編『市民的自由のための市民的熟議と刑事法　増田豊先生古稀祝賀論文集』二〇二頁（勁草書房、二〇一八）。

（10）　キャッシュカードすり替え事例とは異なる事例だが、大竹依里子・前掲注（7）六〇頁。

（11）　橋爪隆・前掲注（9）一六六頁以下、照沼亮介・前掲注（9）二〇六頁。

（12）　なお、品田智史・前掲注（5）三六頁以下も参照。共謀の射程につき、鈴木彰雄「共謀共同正犯における『共謀の射程』について」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』五〇九頁以下（成文堂、二〇一〇）、十河太朗「共謀の射程について」川端博ほか編『理論刑法学の探究❸』七三頁以下（成文堂、二〇一〇）、嶋矢貴之「共犯の諸問題――共犯と錯誤、共犯の離脱、承継的共同正犯、共謀の射程」法時五八巻一号（二〇一三）三三頁以下、亀井源太郎「『共謀の射程』について」都法五六巻一号（二〇一五）四二一頁以下。特殊詐欺を念頭に論じたものとして、伊藤嘉亮「特殊詐欺における承継的共同正犯と共謀の射程」法時九一巻一一号（二〇一九）七三頁、十河太朗「共謀の射程、共犯関係の解消」法セ七七九号（二〇一九）二六頁以下。

（13）　たとえば、福田平『刑法総論』二九七頁（有斐閣、全訂五版、二〇一一）、大塚裕史「共謀の射程と共同正犯の錯誤」法セ七四六号（二〇一七）一〇七頁以下。

(14) たとえば、大野真義「判批［最判昭二五・七・一一］」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論』一七五頁（有斐閣、二版、一九八四）、福田平・同右一二五頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法　第三巻』二一四頁〔佐久間修〕（青林書院、三版、二〇一五）。

(15) なお、部分的犯罪共同説と行為共同説の対立と共犯の錯誤の関係につき、十河太朗「共同正犯における抽象的事実の錯誤」瀬川晃編代『大谷實先生喜寿記念論文集』三二一頁以下（成文堂、二〇一一）、大塚裕史・前掲注（13）一〇八頁。

(16) たとえば、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』二八四頁以下（有斐閣、二〇一三）、大塚裕史「抽象的事実の錯誤」法セ七三五号（二〇一六）九五頁、橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』一六一頁（有斐閣、二〇二〇）。

(17) 大塚仁『刑法概説（総論）』一九六頁以下（有斐閣、四版、二〇〇八）、伊東研祐『刑法講義総論』一三二頁（日本評論社、二〇一〇）、福田平・前掲注（13）一二二頁以下、佐久間修・前掲注（14）二一四頁、橋本正博『刑法総論』一一一頁（新世社、二〇一五）、大谷實『刑法講義総論』一七四頁以下（成文堂、新版五版、二〇一九）、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論』二四八頁以下（弘文堂、三版、二〇一九）。

(18) 岡次郎「判解［最決昭五四・三・二七］」『最高裁判所判例解説・刑事篇昭和五四年度』四一頁、安廣文夫「判解［最決昭六一・六・九］」『最高裁判所判例解説・刑事篇昭和六一年度』九九頁。

(19) たとえば、平野龍一『刑法総論Ⅰ』一八〇頁（有斐閣、一九七二）、佐伯仁志・前掲注（16）二八五頁、松宮孝明『刑法総論講義』一九三頁（成文堂、五版補訂版、二〇一八）、大谷實・前掲注（17）一七六頁。なお、抽象的事実の錯誤に関する学説の議論状況・評価につき、佐伯仁志「故意・錯誤論」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』一一八頁以下（岩波書店、二〇〇一）、橋爪隆・前掲注（16）一五四頁以下。

(20) たとえば、伊東研祐・前掲注（17）一三三頁、大谷實・同右一七五頁。

(21) たとえば、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』三二二頁（判例時報社、二〇一八）、高橋則夫『刑法総論』二〇五頁（成文堂、四版、二〇一八）。

(22) 大塚裕史・前掲注（16）九四頁。なお、橋爪隆・前掲注（16）一六七頁以下。

(23) たとえば、小林憲太郎・前掲注（21）三二一頁、高橋則夫・前掲注（21）、薮中悠「人の生死に関する錯誤と刑法三八条二項」法時九一巻四号（二〇一九）九一頁。

(24) 以上につき、品田智史・前掲注（5）三八頁、橋爪隆・前掲注（16）一六二頁。

（25）　たとえば、伊東研祐・前掲注（17）、佐伯仁志・前掲注（16）二八七頁、橋爪隆・同右一六七頁、高橋則夫・前掲注（21）二〇四頁、品田智史・同右。

（26）　本稿では、詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合を検討するのに必要な範囲で財産犯相互間の構成要件的符合を検討することとし、財産犯とそれ以外の犯罪との構成要件的符合は取り上げない。なお、大判大一・一一・二八刑録一八・一四四五は脅迫罪の意思で恐喝罪に加功した場合に脅迫罪の成立を認めるのは違法でないとする。

（27）　前掲・最判昭二五・七・一一、仙台高秋田支判昭二五・三・六判特七・八五も参照。

（28）　東京高判昭三五・四・二一東高刑時報一一・四・八六も参照。

（29）　裁判例の概要につき、佐久間修・前掲注（14）二一九頁以下、町野朔『刑法総論』一九五頁（信山社、二〇一九）。

（30）　たとえば、橋爪隆・前掲注（16）一六一頁および一六九頁、大塚裕史・前掲注（16）九五頁。なお、前掲・仙台高秋田支判昭二五・三・六は、窃取と強取は占有者の不知かその意思の抑圧強制かの差しかなく、他人の財物の奪取という点で両者を同種のものとする。

（31）　たとえば、大塚裕史・同右。ただし、佐伯仁志・前掲注（16）二八五頁、橋爪隆・同右一六九頁以下。

（32）　佐伯仁志・同右、山口厚『刑法総論』二三九頁（有斐閣、三版、二〇一六）。

（33）　たとえば、大塚裕史・前掲注（16）九六頁、山口厚・同右、井田良『講義刑法学・総論』二〇三頁（有斐閣、二版、二〇一八）、橋爪隆・前掲注（16）一七〇頁以下。

（34）　たとえば、高橋則夫・前掲注（21）二〇四頁以下。

（35）　たとえば、大塚裕史・前掲注（16）九六頁、橋爪隆・前掲注（16）一七〇頁以下。

（36）　たとえば、井田良『講義刑法学・各論』二九六頁（有斐閣、二〇一六）。なお、平場安治ほか編『刑法改正の研究 二 各則』三九六頁〔大谷實〕（東京大学出版会、一九七三）。

（37）　たとえば、山口厚『刑法各論』三三三頁（有斐閣、二版、二〇一〇）。

（38）　たとえば、橋爪隆・前掲注（16）一七一頁。なお、不法・責任符合説の立場から窃盗罪と器物損壊罪の構成要件的符合を否定するものとして、町野朔・前掲注（29）一九四頁。批判として、林幹人「抽象的事実の錯誤」同『刑法の現代的課題』九六頁（有斐閣、一九九一）。前記批判が正当であろう。

（39）　たとえば、高橋則夫・前掲注（21）、橋爪隆・同右一七〇頁。

(40) たとえば、高橋則夫・同右。

(41) 橋爪隆・前掲注(16)一七〇頁。なお、恐喝罪と詐欺罪が構成要件の構造として共通することを立法史の観点から論じたものとして、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巻三号(二〇一三)一三頁以下がある。あわせて、同「ドイツ刑法における詐欺罪と恐喝罪との競合問題」横浜法学二二巻二号(二〇一三)七二頁以下、井田良・前掲注(33)二〇九頁以下も参照。

(42) 井田良『刑法総論の理論構造』一〇八頁(成文堂、二〇〇五)。なお、井田良・同右。

(43) たとえば、佐伯仁志・前掲注(16)二八九頁、橋爪隆・前掲注(16)一七〇頁。

(44) たとえば、佐伯仁志・同右、橋爪隆・同右、山口厚・前掲注(32)二四一頁。

(45) たとえば、大塚裕史・前掲注(16)九六頁、井田良・前掲注(33)。

(46) 橋爪隆・前掲注(16)一七三頁。

(47) 橋爪隆・同右。

(48) 松原芳博『刑法総論』二四四頁(日本評論社、二版、二〇一七)。なお、電子計算機使用詐欺罪と詐欺罪との間で構成要件的符合を認める見解として、十河太朗・前掲注(12)二九頁、橋爪隆・同右一七二頁。私見につき、本稿五章二節を参照。

(49) なお、林幹人『刑法総論』二六三頁以下(東京大学出版会、二版、二〇〇八)。

(50) なお、判例の評価につき、佐久間修・前掲注(14)二二〇頁以下。

(51) 佐伯仁志・前掲注(16)二八九頁、山口厚・前掲注(32)二四一頁。ただし、本稿四章一節で述べるが、詐欺罪も窃盗罪も財産処分の自由を保護していると解すべきである。

(52) 山口厚『問題探究　刑法各論』一五五頁(有斐閣、一九九九)。

(53) 山口厚・前掲注(32)二四一頁は、副次的法益の侵害の差でしかないと解される場合は改正前の強姦罪と準強姦罪のような侵害態様が相違する場合と同様に解されると指摘する。なお、恐喝罪と脅迫罪で構成要件的符合が認められているように(前掲・大判大一・一一・二八)、副次的法益の範囲で法益の重なり合いが認められれば構成要件的符合を肯定する余地がある点につき、たとえば、林幹人・前掲注(38)九四頁、石井徹哉「抽象的事実の錯誤(下)」早稲田大学大学院法研論集六三号(一九九二)三一頁。

(54) 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巻一号(二〇一六)二〇三頁は、詐欺罪と恐喝

罪を「同意の『存在』自体は肯定されるものの、それが『無効』である場合を規律している」犯罪類型だとする。なお、本稿四章二節も参照。

(55) 高橋則夫・前掲注（21）二〇五頁。ただし、論者は法益符合説の立場から詐欺罪と恐喝罪の構成要件的符合を認めている。

(56) 付言すれば、恐喝罪で暴行・脅迫という異なる法益侵害を伴う二つの行為が「恐喝して」という文言の下に択一的に規定されているのは無効な被害者の財産処分の意思を介して財産を侵害する点で共通しているからであり、詐欺罪にいう欺罔行為もこの点において前記の暴行・脅迫と共通していると言える。

(57) 菊地一樹・前掲注（54）は、窃盗罪を「財産の占有移転に対してそもそも同意していない場合」としている。なお、同罪には被害者の同意のない場合に加えてその同意を無効とする場合も含まれることにつき、本稿四章二節を参照。

(58) 議論の詳細につき、拙稿「詐欺罪と窃盗罪における法益侵害の基本構造」法学政治学論究一二一号（二〇一九）二三頁以下。

(59) たとえば、井田良・前掲注（36）二〇一頁以下。

(60) 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・一二＝一三（二〇一五）三七〇頁以下、拙稿・前掲注（58）二三頁。なお、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』一七八頁（立花書房、二〇一一）は、窃盗罪でも「占有の喪失によって処分可能性が失われるのであるから、財産処分の自由が潜在的に侵害されている」とする。

(61) 詐欺罪の保護法益を財産処分の自由と解するものとして、たとえば、足立友子『詐欺罪の保護法益論』一二七頁以下・一五一頁以下（弘文堂、二〇一八）、松宮孝明『刑法各論講義』二六七頁（成文堂、五版、二〇一八）。また、山口厚・前掲注(32)二四一頁は財産処分の自由を同罪の副次的法益と位置づける。

(62) たとえば、品田智史・前掲注（5）三八頁。なお、橋爪隆・前掲注（60）一七八頁、成瀬幸典「詐欺罪の保護領域について：近年の判例を素材にして」刑法五四巻二号（二〇一五）二八八頁は、詐欺罪と窃盗罪の保護法益をともに財産処分の自由だとする。あわせて、長井圓・前掲注（60）も参照。

(63) たとえば、平野龍一『犯罪論の諸問題（下）各論』三三〇頁（有斐閣、一九八二）、山口厚・前掲注（52）一四八頁以下、井田良・前掲注（36）二六二頁。これに対し、林幹人「詐欺罪における処分行為」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開―各論』二一三頁以下（日本評論社、一九九六）、同『刑法各論』二三五頁（東京大学出版会、二版、二〇〇七）は一項

詐欺罪と窃盗罪が競合する場合を認める。議論状況の詳細につき、佐伯仁志「詐欺罪（二）」法教三七三号（二〇一一）一一七頁以下。

(64) なお、強盗罪と恐喝罪の構成要件は包含関係にあるとして実質的ではなくて形式的な重なり合いが認められるとする見解もあるが（大塚裕史・前掲注（16）九五頁）、詐欺罪と窃盗罪に同様の関係性を認める余地はないであろう。なぜなら、前者には暴行・脅迫という行為態様としての高度の類似性が認められるのに対し、後者には必ずしもそのような関係性があるとは言えないからである。現に、前記見解の論者も詐欺罪と窃盗罪については構成要件の実質的な重なり合いが認められる場合に位置づけている（大塚裕史・同右九六頁）。このように、詐欺罪と窃盗罪の関係が強盗罪と恐喝罪の関係とは異なるとすれば両者を同列に論じることはできないから、後者で構成要件的符合が認められることを前者の構成要件的符合が認められる根拠の一つとすること（橋爪隆・前掲注（16）一七二頁）には疑問がある。

(65) なお、高橋健太・前掲注（4）五九頁。

(66) 佐伯仁志・前掲注（16）二八九頁、橋爪隆・前掲注（16）一七一頁以下。なお、山口厚・前掲注（32）二四一頁も詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合を肯定するが、どのような事例を念頭に置いているかは定かでない。また、西原春夫『刑法総論』三六五頁（成文堂、一九七七）は共犯の錯誤の事例を念頭に両罪の構成要件的符合を認める。

(67) 橋爪隆・同右、森田昌稔「不正に入手した給油カードを使用したセルフ方式のガソリンスタンドにおける給油行為の擬律が問題となった事例」研修七六一号（二〇一一）八三頁以下を参考に作成した。なお、佐伯仁志・同右はサラ金の自動契約機の事例をあげる。

(68) 橋爪隆・同右。なお、事例Ⅱにおいて従業員の錯誤に基づく交付行為が認められる点につき、森田昌稔・同右八五頁。

(69) 事例Ⅱの丙の認識が窃盗罪にあたる点につき、森田昌稔・同右八七頁以下。

(70) 森田昌稔・同右九一頁の紹介による。

(71) 橋爪隆・前掲注（16）一七二頁。

(72) 森田昌稔・前掲注（67）九一頁。

(73) 議論の詳細につき、拙稿・前掲注（58）一七頁以下。

(74) 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。

(75) 松原芳博『刑法各論』二〇〇頁（日本評論社、二〇一六）。

(76) 小林憲太郎「詐欺罪における処分（交付）意思の周辺」判時二三八三号（二〇一八）一三八頁以下、拙稿・前掲注（58）二二頁以下。なお、「条件付き合意」の議論の詳細につき、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、拙稿「窃取概念における条件設定論の検討」法学政治学論究一一六号（二〇一八）一四九頁以下。

(77) ドイツでの理解につき、拙稿・前掲注（76）一五一頁以下および一六一頁以下。

(78) 現に、ドイツでは「条件付き合意」の有効性の範囲を広く解して窃盗罪と財物に対する詐欺罪を峻別する。これに対し、日本では当該合意が無効とされる範囲を広く解して窃盗罪と一項詐欺罪の区別が相対化している。詳細につき、拙稿・同右一四九頁以下。

(79) 以上につき、拙稿・前掲注（58）一八頁以下。

(80) 品田智史・前掲注（5）三八頁。

(81) ただし、客体の共通性がなければ構成要件の実質的重なり合いが認められないかについては別途検討の必要がある。議論の詳細は本稿五章一節を参照。

(82) ちなみに、本文で述べた私見からすれば、たとえば、事例Ⅰを変形して、架け子の甲は被害者のVから得たキャッシュカード等を用いて受け子の乙（または出し子）にATMでVの口座から現金を引き出すように指示したが、乙（または出し子）はそれに反して銀行口座の窓口で係員から現金を引き出した共犯の錯誤の事例でも、一項詐欺罪と窃盗罪の構成要件的符合を肯定することができる。

(83) 詳細につき、拙稿・前掲注（76）一四九頁以下、同・前掲注（58）二一頁以下。

(84) 詳細につき、拙稿・前掲注（76）一四九頁、同・前掲注（58）一八頁以下。

(85) なお、品田智史・前掲注（5）三八頁も参照。

(86) なお、詐欺罪の錯誤を法益関係的錯誤と解する見解も、被害者の同意が無効なのを前提とする（たとえば、山口厚・前掲注（52）一四九頁、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（岩波書店、二〇〇六））。ただし、法益関係的錯誤説を同罪に応用することが妥当でない点につき、拙稿・前掲注（58）二一頁。

(87) 安田拓人ほか編『ひとりで学ぶ刑法』一一二頁〔安田拓人〕（有斐閣、二〇一五）。

(88) 議論状況につき、たとえば、井田良・前掲注（33）二〇七頁以下。

(89) 平野龍一「刑法各論の諸問題一〇」法セ二一三号（一九七三）五一頁。

(90) 山口厚・前掲注（52）一四八頁。ただし、佐伯仁志・前掲注（63）一一九頁は、実務的には窃盗罪のほうが詐欺罪よりも重く解されてきたと指摘する。

(91) 森田昌稔・前掲注（67）九一頁、佐伯仁志・同右、橋爪隆・前掲注（16）一七二頁。

(92) 橋爪隆・同右。

(93) 小林憲太郎・前掲注（21）。

(94) たとえば、福田平『全訂刑法各論』二五〇頁（有斐閣、三版増補、二〇〇二）。

(95) 拙稿・前掲注（58）一二頁以下、品田智史・前掲注（5）三九頁。なお、田山聡美「財産的利益の意義に関する議論の整理」刑ジャ四九号（二〇一六）一八頁も参照。

(96) 詳細につき、拙稿・同右二四頁および三五頁。

(97) なお、財物を財産上の利益の一部と解する立場（野澤充「窃盗罪における『財産損害』？」立命三七五・三七六号（二〇一七）二七七頁、佐竹宏章『詐欺罪と財産損害』七七頁以下（成文堂、二〇二〇））からも客体の同一性は認められよう。もっとも、前記理解が財物から財産上の利益へと客体が拡張してきたという立法沿革からして適切かは疑問である（拙稿・同右一一頁）。

(98) 橋爪隆・前掲注（16）一七二頁。

(99) 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』二二一二頁（信山社、一九九〇）。

(100) 井田良・前掲注（36）一九二頁以下。

(101) 玄守道「故意」法教四〇七号（二〇一四）一六頁、橋爪隆・前掲注（16）一六四頁以下。

(102) 「共通構成要件」につき、山口厚・前掲注（32）二三九頁以下。「みせかけの構成要件要素」につき、松宮孝明『先端刑法総論』一一七頁以下（日本評論社、二〇一九）。

(103) 橋爪隆「構成要件的符合の限界について」法教四〇七号（二〇一四）一〇四頁は、超法規的な構成要件を作り出す点は実質的符合を認める見解すべてに妥当する問題だと指摘している。また、佐伯仁志・前掲注（19）一二〇頁は、構成要件の実質的な重なり合いによる説明も共通構成要件による説明と実質的には同じだとする。この点につき、山口厚「コメント①」同ほか『理論刑法学の最前線』一二九頁（岩波書店、二〇〇一）も参照。

(104) 電子計算機使用詐欺罪と窃盗罪の錯誤の事案につき、品田智史・前掲注（5）三八頁。

(105) 米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』一一六頁・一三五頁以下〔的場純男〕（立花書房、一九八八）。
(106) 的場純男・同右一一六頁、中森喜彦『刑法各論』一四三頁（有斐閣、四版、二〇一五）。
(107) 高橋則夫ほか『財産犯バトルロイヤル』二〇八頁〔内田幸隆〕（日本評論社、二〇一七）。
(108) 同旨、十河太朗・前掲注（12）二九頁。
(109) たとえば、中森喜彦・前掲注（106）一四三頁、井田良・前掲注（36）二八七頁。
(110) 的場純男・前掲注（105）一一六頁。
(111) 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。
(112) 以上につき、品田智史・前掲注（5）三九頁。

山内　竜太（やまうち　りゅうた）
所属・現職　信州大学先鋭領域融合研究群社会基盤研究所特任助教（刑事法）
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
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）
「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』第一一六号（二〇一八年）
「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――」『法学政治学論究』一二一号（二〇一九年）