

窃盗罪における「財産損害」？

——「相当額の対価」が存在する事例に関連して——

野 澤 充*

目 次

1. はじめに
2. 「所有権に対する罪」と「財産に対する罪」の区別
3. 財産犯における不動産の扱いについて
4. 日本における財産犯規定の分類
5. 窃盗罪における「財産損害」の内容

1. はじめに

近年、「詐欺罪における財産損害」に関する問題が大きく議論されるようになってきている¹⁾。裁判例においても、入会の際に暴力団関係者を同

* のざわ・みつる 九州大学大学院法学研究院准教授

- 1) このような「詐欺罪における財産損害」に関する論考として、谷口正孝・中平健吉「詐欺罪の成立と財産上の損害（一）（二）」法曹時報6巻2号（1954年）27頁以下、同3号（1954年）76頁以下、香川達夫「詐欺罪における財産上の損害概念について」警察学論集15巻10号（1962年）89頁以下、安里全勝「詐欺罪の成立と財産上の損害」山梨学院大学法学論集2号（1979年）16頁以下、浅田和茂「詐欺罪の問題点」中山研一ほか編『現代刑法講座第4巻刑法各論の諸問題』（1982年）311頁以下、菊池京子「いわゆる乞食詐欺と寄附詐欺における「無意識の自己加害」について」一橋論叢98巻5号（1987年）127頁以下、菊池京子「詐欺罪における相当対価が提供された場合の財産上の損害の有無について（上）（中）（下）」東海法学6号（1991年）135頁以下、同7号（1991年）51頁以下、同18号（1997年）53頁以下、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害（一）（二）（三）（四）（五・完）」警察研究63巻（1992年）4号27頁以下、同5号28頁以下、同6号39頁以下、同7号32頁以下、同8号30頁以下、山口厚「詐欺罪における財産的損害」法学教室213号（1998年）74頁以下（同じく山口厚『問題探究刑法各論』（1999年）所収161頁以下）、菊池京子

ㄨ子「詐欺罪における財産上の損害についての一考察（一）（完）」東海法学19号（1998年）77頁以下，同23号（2000年）85頁以下，酒井安行「詐欺罪における財産的損害」『刑法の争点〔第3版〕』（2000年）182頁以下，林幹人「詐欺罪における財産上の損害」現代刑事法44号（2002年）48頁以下，小田直樹「財産犯論の視座と詐欺罪の捉え方」広島法学26巻3号（2003年）205頁以下，長井圓「証書詐欺罪の成立要件と人格的財産概念」『現代社会型犯罪の諸問題 板倉宏博士古稀祝賀論文集』（2004年）315頁以下，足立友子「詐欺罪における欺罔行為について（一）（二）（三）（四）（五・完）」名古屋大学法政論集208号（2005年）97頁以下，同211号（2006年）137頁以下，同212号（2006年）349頁以下，同214号（2006年）329頁以下，同215号（2006年）391頁以下，佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』（2006年）95頁以下，酒井安行「詐欺罪における財産的損害」『刑法の争点（新シリーズ）』（2007年）190頁以下，木村光江「詐欺罪における損害概念と処罰範囲の変化」法曹時報60巻4号（2008年）1頁以下，内田浩「詐欺罪における財産的損害」法学教室359号（2010年）34頁以下，佐伯仁志「詐欺罪（1）（2）」法学教室372号（2011年）106頁以下，同373号（2011年）112頁以下，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 現代刑事法の諸問題第一巻』（2011年）175頁以下，松宮孝明「暴力団員のゴルフ場利用と詐欺罪」『刑事法理論の探求と発見 斉藤豊治先生古稀祝賀論文集』（2012年）147頁以下，渡辺靖明「詐欺罪における実質的個別財産説の錯綜」横浜国際経済法学20巻3号（2012年）121頁以下，襄美蘭「詐欺罪における財産上の損害」法政研究（九州大学）78巻4号（2012年）F41頁以下，上嶋一高「最近の裁判例に見る詐欺罪をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル31号（2012年）12頁以下，足立友子「詐欺罪における「欺罔」と「財産的損害」をめぐる考察」川端博ほか編『理論刑法学の探究6』（2013年）133頁以下，山口厚「詐欺罪に関する近時の動向について」研修794号（2014年）3頁以下，松宮孝明「詐欺罪と機能的治安法」『自由と安全の刑事法学生田勝義先生古稀祝賀論文集』（2014年）361頁以下，田山聡美「詐欺罪における財産的損害」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（2014年）151頁以下，富川雅満「自身の身分を偽る行為と詐欺罪の可罰性」法学新報121巻5・6号（2014年）269頁以下，井田良「詐欺罪における財産的損害について」法曹時報66巻11号（2014年）1頁以下，杉本一敏「詐欺罪における被害者の「公共的役割」の意義」『野村稔先生古稀祝賀論文集』（2015年）301頁以下，長井圓「詐欺罪における形式的個別財産説の理論的構造」法学新報121巻11・12号（2015年）359頁以下，山中敬一「詐欺罪における財産的損害と取引目的」法学新報121巻11・12号（2015年）397頁以下，木村光江「「財産上の利益」の意義について」法曹時報67巻2号（2015年）1頁以下，生田勝義「最近の詐欺罪判例と罪刑法定主義」立命館法学369・370号（2016年）1頁以下，林幹人「欺罔行為について」『西田典之先生献呈論文集』（2017年）347頁以下，上嶋一高「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」同『西田典之先生献呈論文集』361頁以下，齋野彦弥「詐欺罪における損害の意義」同『西田典之先生献呈論文集』383頁以下，伊東研祐「財産犯の行為客体としての「財産上の利益」，移転罪の保護客体ないし法益とその侵害・危殆化としての個別的損害」法曹時報69巻8号（2017年）1頁以下，佐竹宏章「詐欺罪における構成要件の結果の意義及び判断方法について（1）」立命館法学374号（2017年）145頁以下など。

伴しない旨誓約したゴルフ場会員が、同伴者が暴力団関係者であることを申告せずに同人に関するゴルフ場利用を申し込み、施設を利用させた事例に 2 項詐欺罪を認めた最高裁決定²⁾などをきっかけとして、詐欺罪における犯罪結果としての「財産損害」とは何か、とりわけ「相当額の対価の支払いがあった場合」に、それでも取引内容における何らかの欺罔に基づいて経済取引を行ったのであればやはり詐欺罪が成立することになるのかについて議論・検討がなされている。

このような「詐欺罪における『財産損害』」に関する議論・検討は、それ自体として必要なものであり、また筆者も詐欺罪において「財産損害」の要件（およびそのような「財産損害」に向けられたものとしての「欺罔行為」の要件）を必要と解すべき点について、異論はなく、むしろ賛同されるべきものと考えている³⁾。しかし詐欺罪において要求されるべきこのような「財産損害」の要件を、財産犯全体に拡張し、「窃盗罪においても同様の財産損害を要求すべきである」という主張が見られることがある。例えば、「……財産的損害を独立の要素として捉える立場の最大の利点は、詐欺罪のみならず、他の財産犯にも共通の枠組みを提供することができるという点である。個別財産に対する罪を統一的に理解するうえでも、財産的損害の要件は、詐欺罪のみに限定されるべき要件ではないといえる」⁴⁾、として、「未成年者が〔書店の〕店主を脅して成人用図書を購入した」という事例を挙げて恐喝罪の成立を否定すべき、と主張した上で、さらに「……注意すべきことは、ここで想定している被害者が、書店、すなわち対価を得ることによって財物を手放すことをあらかじめ了解している者であるということである。そしてそのような場合に限定するならば、窃盗罪においても同様の結論が妥当するのではないだろうか。窃盗罪は交付罪ではない

2) 最決平成26・3・28刑集68-3-646。

3) 本来はこの点に関して検討を行う必要があるものと思われるが、この点については今後の課題とさせて頂きたい。本文中にも後述しているとおり、本論文が結論において導こうとする帰結の本筋とは異なるものだからである。

4) 田山・前掲「詐欺罪における財産的損害」163頁。

ため、利益の移転をめぐって本人の同意がない点、状況はやや異なるが、最終的な損害の認定にあたっては同様の考慮を働かせることも可能ではないかと思われる。もちろん、一般に指摘されている通り、人から物を盗むにあたって市場価値相当の金銭を置いて行ったとしても、窃盗に変わりはないであろう。しかし、定価をつけて物を陳列している店舗において、店員が不在のときに、定価通りの金銭を置いて品物を持ち去った場合、はたして窃盗とするだけの理由があるのだろうか。一般の窃盗においては、移転した財物に対応して、被害者のもとには、財物所持に伴って有していた利用利益などの喪失が財産的損害として残ることになる。しかし、定価で売ろうとしていた商人にとっては、定価の収入こそが重要であって、それが満たされている以上、その財物の喪失に伴う経済的損害はないといえるのではないだろうか⁵⁾、として、詐欺罪において要求されるべき「財産損害」を、詐欺罪だけでなく窃盗罪にも要件として要求しようとする見解が見られるのである。

しかしそもそもこのような見解において、詐欺罪の理論構成がなぜ窃盗罪にも応用できることになるのかについて、理論的・事例的分析は何らなされておらず⁶⁾、その理論的根拠は不明であるといわざるを得ない。単純に「同じ財産犯なのだから窃盗罪の扱いも詐欺罪の扱いも同じでいい」⁷⁾

5) 田山・前掲「詐欺罪における財産的損害」163頁以下。

6) 田山・前掲「詐欺罪における財産的損害」においては、詐欺罪における財産的損害をめぐる学説の状況が検討されており（同152頁以下）、さらに詐欺罪を素材に実質的な損害の必要性を主張した（同157頁以下）うえで、突如として本文中に挙げたように「詐欺罪のみならず、他の財産犯にも共通の枠組みを提供することができる」（163頁）とする記述が現れる——それ以前の記述においては詐欺罪以外の財産犯を素材とする検討は見られないにもかかわらず——のである。しかもこのような傾向は、当該論考の執筆者が2017年5月20日の日本刑法学会第95回大会において行った研究報告で、その表題に「財産犯における客体と損害概念」とあって、「詐欺罪における客体と損害概念」という表題ですらなかった点にも強く現れている。実際、当該研究報告で検討の素材に挙げられたのは詐欺罪に関する事例のみであり、また詐欺罪に関連しての理論分析しかなされなかったにもかかわらず、いつの間にかそれが「財産犯」全体に妥当するかのような主張となっていたのである。

7) 野澤充「刑法典における一般的自首規定の制度根拠——明治期以降の規定を素材に」✕

というのは、およそ理論的に検討がなされたものとは言えないのであって、学問的手法そのものに関してもそれ自体として批判されるべきものといえる。

このような観点からは、「窃盗罪における『財産損害』とは何か」が検討されなければならない。そしてそれは、「詐欺罪に対する検討からの応用」ではなくて、正面から窃盗罪の罪質から検討されなければならない。このためには、財産犯全体の中での「詐欺罪の罪質」と「窃盗罪の罪質」を対比させる必要が出てくる。すなわち、「(詐欺罪と窃盗罪を含む)財産犯全体の分類をどのように考えるべきか」ということについて考察すべきことになるのである。この点に関して参考とすべきは、ドイツにおける議論状況である。なぜなら上述のような近年多く議論されるようになった「詐欺罪における財産損害」に関する検討に際して、多く参考とされているのがドイツにおける議論状況だからである。よって、上述のような「詐欺罪における財産損害」を必要とするべきと考える見解において、同趣旨のドイツにおける見解が、窃盗罪に関してはどのように考えているのか、そして財産犯全体の分類をどのように考えているのかは、多く参考になるものと考えられる⁸⁾。次にこれを見ていくことにする。

2. 「所有権に対する罪」と「財産に対する罪」の区別

この「財産犯の分類」という点に関して、ドイツでは所有権犯罪(Eigentumsdelikte)と財産犯罪(Vermögensdelikte)という分類がなされている⁹⁾。ただし後者の「財産犯罪」には広義の定義と狭義の定義が存在

↘法政研究84巻3号(2017年)F94頁注101における表現からの引用である。

8) もちろん、日本刑法の規定・要件とドイツ刑法の規定・要件には差異が存在するのであり、解釈論を前提とする限り、その違いは無視できない。ただし、その要件上の差異を踏まえつつ、日本での解釈論としてのあり方を検討することは、十分意義があるものと考えられる。

9) Jörg Eisele, Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl., 2012, S. 2f. Eisele は当該教科書↗

し、広義では（所有権犯罪を含む）財産犯全体を指すものとされている¹⁰⁾。そして「狭義の財産犯罪」としては「全体財産に対する罪」¹¹⁾，すなわち詐欺罪（263条以下）や恐喝罪（253条）などが挙げられている。これに対して、窃盗罪（242条以下）や強盗罪（249条以下）は、「所有権犯罪」に分類されているのである¹²⁾。すなわち、「詐欺罪や恐喝罪」は「財産（Vermögen）」をその保護の対象とする犯罪類型であるとされているのに対し、「窃盗罪や強盗罪」は「（物に付随する）所有権（Eigentum）」をその保護の対象とする犯罪類型であるとされている¹³⁾のであって、そもそもその保護法益の観点から差異が存在するものと考えられているのである。

このような分類をする1つのポイントとなるのは、例えば「経済的価値のない物」や「純粋に観念的な価値を伴う物」¹⁴⁾に対する扱いである。すなわち、これらの物が客体となる場合に、「全体財産に対する罪」として規定されている詐欺罪や恐喝罪においては、それらの犯罪類型が予定する「財産損害」があったとは評価できず、犯罪成立が否定され得ることにな

↘の表題の副題を「Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte（所有権犯罪と財産犯罪）」としており、この概念の区別が前提になっていることがうかがわれる。なお、このようなドイツにおける財産犯の分類に関しては、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 8号（2013年）149頁以下も参照。

10) Rudolf Rengier, Strafrecht BT I, 10. Aufl., 2008, S. 1; Eisele, aa.O., S. 1. よって、ドイツでのこの「広義の財産犯罪」の定義内容は、日本において「財産犯」といった場合の一般的な定義内容に対応するものであるといえる。

11) ドイツ刑法における詐欺罪（263条）や恐喝罪（253条）においては、その条文の文言上、それぞれ「他人の財産（Vermögen）を侵害した」もしくは「被強要者またはその他の者の財産（Vermögen）に不利益を与えた」ことが成立要件とされているので、このような文言の形式から詐欺罪や恐喝罪も「全体財産に対する罪」であると考えられているのである。これは日本の詐欺罪および恐喝罪に対する一般的な見解とは異なるものであるが、この点については本文中での後述箇所を参照。

12) Eisele, aa.O., S. 1f. Eisele は「所有権犯罪」に分類されるものとして、本文中に述べた窃盗罪および強盗罪の他に、横領罪（246条）、強盜的窃盗罪（252条）を「領得罪（Zueignungsdelikt）」としてまとめて挙げ、さらにこれに加えて器物損壊犯罪（303条以下）が併せて「所有権犯罪」に分類されるものとしている。

13) Eisele, aa.O., S. 1f.

14) Eisele, aa.O., S. 2.

る¹⁵⁾。これに対してこれらの物が客体となる場合において、(価値判断として)「所有権に対する犯罪」としての窃盗罪等については成立させるべきものと考えられているのである¹⁶⁾。なぜなら経済的価値の有無に拘わらず、当該「物(に付随する所有権)」が侵害されさえすればその限りにおいて、「所有権に対する犯罪」は成立させるべきことが望ましいからである。ただ、「経済的価値のない物」や「純粹に観念的な価値を伴う物」に対してまで、その「所有権」について「(広義の)財産犯」としての保護を本当に及ぼす必要があるのかは、疑問視され得る¹⁷⁾。しかしこの点に関しては

15) ただし、後述注18および注19を参照。また、後述注17の Gössel の見解も、「法的経済的財産説の意味でのすべての金銭価値のある利益」を持たない客体に対して詐欺罪が不成立となることを前提としているものとみられる (Karl Heinz Gössel, Strafrecht Besonderer Teil Band 2, 1996, S. 3ff.)。

16) Eisele, a.a.O., S. 1f. Eisele は「〔狭義の財産犯罪には全体財産に対する犯罪のみが位置付けられるのに対して、〕所有権犯罪は広義の財産犯罪に分類され得る、なぜならここでは確かに財産損害は何ら必要ではないが、しかししたいの場合特定の物の価値が所有権に付随するものであり、そしてそれゆえにこのような犯罪においては通常は財産損害がもたらされているからである」、とする。

17) 例えば、Karl Heinz Gössel, Strafrecht Besonderer Teil Band 2, 1996, S. 3ff. は、「所有権がつねに財産価値として評価され、そしてそれゆえに財産犯を攻撃客体としての個別的財産的利益によって、例えば所有権に対する犯罪、その他の特殊化された財産価値に対する犯罪、および全体としての財産に対する犯罪に分類しようとする見解」について、「ほとんど異口同音に主張される見解に反して、あらゆる市場価値の存在しない他者の物は、所有権に対する犯罪行為の有効な行為客体ではもはやあり得ないことになるだろう」(S. 3)とする。そしてこのような観点から Gössel は、「保護法益を援用」しての分類を行い、それによって「実質的な法益に対する2つの大きな犯罪のグループが形成され得る。1つは、場合によっては金銭的価値について顧慮することなく、実質的な客体に関する利益に対する犯罪であり、もう1つは、法的経済的財産説の意味でのすべての金銭価値のある利益のまとまりとして理解される、財産に対する犯罪である」(S. 4)、とした上で、前者のグループをさらに「所有権に対する犯罪」(器物損壊、窃盗、強盗、横領など)、「利用権に対する犯罪」(乗物の権限無き使用罪(248b条)など)、および「占有権に対する犯罪」(猥褻密猟罪(292条)など)に細分化し、後者のグループ(詐欺、恐喝など)の犯罪類型と区別するのである。Gössel が、「市場価値の存在しない他者の物」に対しても窃盗罪の成立を認めるべきとしつつ、しかしそのような物に対しては、「所有権がつねに財産価値として評価され」るような見解からは「所有権に対する犯罪行為の有効な行為客体ではもはやあり得ない」ことになってしまうがゆえに、このような「所有権」に「財産価値が

ドイツにおいても、そのような価値のない物についても民法上の所有権としての権利の対象として保護されており、そのような他人の所有物の領得からの利益はやはり財産的利益として保護されるとするようである¹⁸⁾。すなわちこれにより、「経済的価値のない物」や「純粋に観念的な価値を伴う物」に対しても窃盗罪等が成立し得るものとされているのである¹⁹⁾。

ただし、このような「窃盗罪や強盗罪」と「詐欺罪や恐喝罪」とでは異なる保護法益がそれぞれ前提になっているという観点からすれば、窃盗罪において「相当額の対価の支払いがあった場合」——「1. はじめに」で前述した見解が挙げる事例に即して言うならば、「相当額の対価を現場に置いて行った場合」——には、やはり当然に窃盗罪が成立すべきものと言わざるを得ない。なぜならば窃盗罪は「所有権に対する罪」なのであって、すなわち「物」でありさえすればそれに「所有権」が付随し得るものである以上、「窃取行為」によってその「物に付随する所有権」が侵害されるのであり、そうであるからにはそれに対して対価や反対給付がもたらされたか否かにかかわりなく、窃盗罪は成立し得ることになるからである。これに対して「詐欺罪」において「財産損害」が必要とされたの

ゝ付随している」と評価づける見解を批判して、「（金銭的価値について顧慮することなしでの）実質的な客体に関する利益」としての「（生の）所有権」を窃盗罪の保護法益としている点は、「財産に対する犯罪」と「所有権に対する犯罪」の区別をある意味徹底する見解と評価できる。

18) Eisele, a.a.O., S. 2. Eisele は「……民法903条が明文に示しているように、当該物について所有権者として任意に処分する権利は、価値に左右されることなく保護されているのである。したがって以下において、広義の財産的利益という言葉が用いられる限りにおいて、その言葉によって全体としての財産に対する犯罪について言及されるだけではなく、他人の所有物の（獲得された）領得からの利益もまた含まれるのである」、とする。

19) その上で、これらの「経済的価値のない物」や「純粋に観念的な価値を伴う物」に対する「所有権」それ自体が財産的価値を有すると評価できるのであれば、これらの物を客体とする詐欺罪や恐喝罪の成立もあり得ることにはなる。Eisele, a.a.O., S. 2 の「広義の財産的利益という言葉が用いられる限りにおいて、その言葉によって全体としての財産に対する犯罪について言及されるだけではなく、他人の所有物の（獲得された）領得からの利益もまた含まれる」という表現もこのことを示しており、このような見解を Gössel は批判したのである。

は、詐欺罪が「財産に対する罪」であって、そこに経済的な損失を犯罪結果として要求すべき契機が存在していたからなのである。ドイツ刑法において詐欺罪や恐喝罪がいわゆる「全体財産に対する罪」として財産損害を条文上の要件としていたことも、このことの現れであると言えるかもしれない。

しかしこの点に関しては、「日本においては詐欺罪や恐喝罪も『全体財産に対する罪』ではなくて『個別財産に対する罪』として考えられているのであり、条文上の要件も異なるものとなっている。よってドイツの財産犯に対する見解をそのまま日本の財産犯規定の解釈に持ち込むことはできない」といった類の批判がよく言われる²⁰⁾。確かに、日本の詐欺罪や恐喝罪の規定とドイツの詐欺罪や恐喝罪の規定とでは、条文上の違いが明確に存在する。とりわけ、ドイツ刑法においては全体財産に対する罪として条文上明確に規定されている点は大きく異なる点であると言える。そして、日本の詐欺罪規定に関してこの点をどのように考えるべきなのかについての議論が、まさに前述の「詐欺罪における財産損害」をどのように考えるべきなのかの議論なのである。

しかし、本稿で筆者が検討の対象としたいのは、「詐欺罪そのものがどうあるべきか」という点よりは、むしろ「詐欺罪に比較して、窃盗罪は異なる内実を持つ犯罪なのではないか」という点なのである。この限りにおいて、「詐欺罪における財産損害を（具体的に）どのように考えるべきなのか」、「詐欺罪を全体財産に対する罪と考えるべきなのか」といった点は関係がない²¹⁾。そしてそうであるからには本稿の結論のために明らかにされなければならないのは、「『所有権に対する罪』と『財産に対する罪』という形での財産犯の分類が、（日本の刑法においても）可能なのか」という点になる。そしてこの点を検討するにあたって1つの手がかりを与えてくれ

20) 古くは谷口・中平前掲「詐欺罪の成立と財産上の損害（一）」法曹時報6巻2号30頁以下にもみられる批判である。

21) これらの点についての検討は、今後の課題とさせて頂きたい。

るのが、「不動産」の扱いなのである。

3. 財産犯における不動産の扱いについて²²⁾

日本の財産犯処罰規定において、「不動産」はどのような犯罪の客体となると考えられているのだろうか。

「不動産」は「有体物」ではあるので、日本の民法上は「物」である（民法85条）。その一方で日本の刑法235条における客体は「財物」（＝物）とされており²³⁾、このような観点からは「不動産」も窃盗罪の客体になるという解釈も成り立ち得るが、しかし現在の圧倒的通説は「不動産」は窃盗罪の客体に含まれないと解釈している²⁴⁾。この点に関しては、以前には争いがあったものの、1962年に不動産侵奪罪（235条の2）が新設されたことによって明確にされたと一般的には解されている²⁵⁾。

これに対して、詐欺罪や恐喝罪に関しては、「不動産」も「財物」（＝物）ではあるので、その限りにおいてそれぞれ1項詐欺罪および1項恐喝罪の客体になり得るものとされている²⁶⁾。しかしこのような観点から言う

22) 財産犯における不動産の扱いに関する論考としては、丸山雅夫「財産犯における不動産の扱い」『佐々木史朗先生喜寿祝賀 刑事法の理論と実践』（2002年）318頁以下（同じく丸山雅夫『刑法の論点と解釈』（2014年）所収234頁以下）、小林憲太郎「不動産を客体とする財産犯罪」法学教室359号（2010年）30頁以下、佐伯仁志「不動産を客体とする財産犯」法学教室368号（2011年）108頁以下、田山聡美「奪えるけれど盗めない物って何だ？」法学セミナー737号（2016年）104頁以下、田山聡美「不動産の占有について」研修833号（2017年）3頁以下などを参照。

23) なおドイツでは窃盗罪の客体は「動産（bewegliche Sache）」であり、文言からすでに窃盗罪の客体から不動産は除外されているといえる。

24) 団藤重光『刑法綱要各論第三版』（1990年）574頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（2010年）174頁、西田典之『刑法各論第六版』（2012年）140頁など。しかし古くは、不動産に対する窃盗罪を認める見解も多く存在した（牧野英一『刑法各論下巻』（1951年）611頁以下など）。

25) 佐伯・前掲「不動産を客体とする財産犯」法学教室368号109頁。

26) 団藤・前掲『刑法綱要各論第三版』607頁など。

のであれば、1 項詐欺罪や 1 項恐喝罪と同じく客体が条文上「財物」とされている窃盗罪において、その客体に「不動産」が含まれないとするのは、(ドイツのように) 条文上の「客体」の定義内容からは説明できないことになり、すなわち窃盗罪の「行為態様」である「窃取」行為が占有「移転」を伴うことを必要としていることから説明されることになる²⁷⁾。不動産はその定義上の概念として動かすことができないものであるので占有「移転」は不可能であり、そして登記制度によって権利関係が公示されていることから、占有「侵奪」の場合であってもそのみで所有権の取得(不法領得)は不可能であるため²⁸⁾、「事後的な民事的救済等により保護を図ることで足る」²⁹⁾ものとされており、このような観点から不動産は窃盗罪の客体からは外されていると解釈され、そしてこのような考え方に基づいて、この「占有侵奪」の場合を独立に対象とした「不動産侵奪罪」が新設される必要があることとされたのである³⁰⁾。

では、「強盗罪」はどうか。この点に関し、1 項強盗罪が「暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した」ことを要件としており、「強取行為」が「窃取行為」と「共通」³¹⁾していることから、窃盗罪と同様に、不動産

27) 田宮裕『注釈刑法(6)』〔団藤重光編〕(1966年)76頁、平野龍一『刑法概説』(1977年)201頁、林幹人『刑法各論〔第2版〕』(2007年)199頁以下、井田良『講義・刑法学各論』(2016年)191頁など。なお佐伯・前掲「不動産を客体とする財産犯」法学教室368号109頁も参照。

28) 所有権者の知らない間に不動産の登記名義を移転させた場合には、公正証書原本不実記載罪が成立するにとどまるものと解する(千葉地佐倉支判昭和42・8・30高刑集21-4-314などを参照)。

29) 山口厚「刑法における財物の意義」阿部純二ほか編『刑法基本講座第5巻財産犯論』(1993年)23頁。なお不動産に対する(2項)強盗罪の成否に関して山口・前掲『刑法各論〔第2版〕』214頁注59(「……不動産は移動しないから、保護の必要性が低いとして、処罰の対象から除外することすら考慮の余地がある……」)も参照、これを批判するものとして佐伯・前掲「不動産を客体とする財産犯」法学教室368号113頁以下。

30) 白井滋夫「不動産侵奪罪等に関する立法経過と問題点」警察学論集13巻6号(1960年)85頁、高橋勝好「不動産侵奪罪と境界毀損罪」法曹時報12巻6号(1960年)14頁以下。

31) 団藤・前掲『刑法綱要各論第三版』574頁。

は1項強盗罪の客体にはならないものと解されている³²⁾。しかしその一方で、不動産は2項強盗罪の客体にはなるものと解されている³³⁾。すなわち、「暴行又は脅迫を用いて」「財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた」ことが2項強盗罪の成立要件となっており、「不動産」が「財産上の利益」と評価される限りにおいて、2項強盗罪が成立するものとされているのである³⁴⁾。

しかしこの点に関して以下のような批判が存在する。すなわち、「暴行・脅迫によらない他人の不動産の占拠は……不動産侵奪罪を構成することに疑いがなく、それでいて「暴行・脅迫による他人の不動産の占拠については、二項強盗罪説によれば、不動産そのものに対する一項強盗罪ではなく、不動産に関わる利益を客体とする強盗罪が成立するということになる」、とした上で、このような結論に対して「暴行・脅迫の有無を別にして、同種の客体に同種の侵害結果を生じさせながら、盗取罪としての共通の性質を有する窃盗罪と強盗罪で異なった扱いが必要となるのは、二項

32) 団藤・前掲『刑法綱要各論第三版』574頁以下、平野・前掲『刑法概説』202頁、林・前掲『刑法各論〔第2版〕』200頁、曾根威彦『刑法各論〔第四版〕』（2008年）124頁、高橋則夫『刑法各論』（2011年）250頁、松原芳博『刑法各論』（2016年）240頁以下、井田・前掲『講義・刑法学各論』191頁など。

33) 団藤・前掲『刑法綱要各論第三版』589頁、曾根・前掲『刑法各論〔第四版〕』128頁（ただし曾根威彦『刑法の重要問題〔各論〕第2版』（2006年）114頁も参照）、高橋・前掲『刑法各論』250頁、井田・前掲『講義・刑法学各論』191頁、松原・前掲『刑法各論』240頁以下、中森喜彦『刑法各論第4版』（2015年）122頁など。この点に関して、「不動産の事実的支配・利用を侵害する類型」（「事実的支配類型」）と「不動産の登記名義を移転させる類型」（「登記移転類型」）に分類し、前者については2項強盗罪の成立を認めるが、後者に関しては1項強盗を認める見解（山口・前掲『刑法各論〔第2版〕』214頁、西田・前掲『刑法各論第六版』173頁）もある。佐伯・前掲「不動産を客体とする財産犯」法学教室368号108頁以下を参照。なお、筆者がここで検討対象とする事例は、「不動産」という財物の「所有権侵害」を問題の中心とするので、「登記移転類型」ととどまるものであって、「不動産」という財物の「利用権侵害」ともいうべき「事実支配類型」を含めての検討については、今後の課題とさせていただきたい。

34) 山口・前掲「刑法における財物の意義」23頁は、「不動産の財物性」に関して1項強盗罪については「……窃盗同様財物性を否定しても、利益強盗が成立し得るので議論の実益はない」とする。

強盗罪で処断すれば『充分』だと考えたことに原因がある」,とし、さらに「二項強盗罪説によれば、不動産そのものを客体として問題にすることはできず、占有を侵害された不動産との関係での利益を考えなければならぬから、そのような利益は……不明確なものとならざるをえない」のであって、「こうした形で二項犯罪の成立が認められるのであれば、強盗罪・詐欺罪・恐喝罪においては一項の存在はそもそも不要だということにすらなるであろう」,と批判する見解である³⁵⁾。この見解はさらに「二項強盗罪説は、いわゆる赃物罪との関係でも重大な問題に直面する」,として、「赃物罪の客体は、『盗品その他財産に対する罪に当たる行為によって領得された物』であり、当然のことながら利益は含まれない。したがって、いわゆる不動産強盗の事案に二項強盗罪しか成立しえないのであれば、暴行・脅迫によって占拠された不動産については赃物罪が成立しえないことになる。そこには、『領得された物』を観念できないからである。他方、侵奪された不動産については、赃物性が認められると説明されていた……。二項強盗罪説は、この場面でも、不動産侵奪罪との不整合を露呈することになる」,として、「二項強盗罪説によりながら不動産の赃物性を暗黙のうちにも当然視している学説」に対して「二項強盗罪説による限り、『強取された不動産』を問題にすることはできないはずである」,とも批判するのである³⁶⁾。

この批判的見解は、ある客体が「財物」と評価される場合には「財産上の利益」概念からは排除され、逆に「財産上の利益」と評価される場合には「財物」概念から排除されること、すなわち「財物」と「財産上の利益」が排他的に概念上分離していることが前提になっているように見受け

35) 丸山・前掲「財産犯における不動産の扱い」318頁以下（同じく丸山・前掲『刑法の論点と解釈』所収234頁以下）。同様の批判として香川達夫『強盗罪の再構成』（1992年）75頁以下、町野朔『犯罪各論の現在』（1996年）102頁。

36) 丸山・前掲「財産犯における不動産の扱い」319頁以下（同じく丸山・前掲『刑法の論点と解釈』所収235頁以下）。同様の批判として香川達夫「不動産の強取は二項強盗か」警察研究62巻3号（1991年）12頁以下、香川・前掲『強盗罪の再構成』81頁以下。

られる。しかし、このような捉え方がそもそも疑問視されるべきであるように思われる。すなわち不動産に対する強盗行為の事例において2項強盗罪が成立するとする見解は、「不動産」は「物」でありながら、その財産的価値から同時に「財産上の利益」概念の範疇に含まれることを示しているのではないか。

つまり、「不動産」という概念は、『物』という概念に含まれる客体でありながら、同時に『財産上の利益』という概念にも含まれる客体である場合³⁷⁾があり得ることを示している。これを一般化するならば、「財産上の利益」概念と「財物」概念は排他的関係にある概念ではなく、「財物」概念全体は「財産上の利益」概念の中に包摂されているのである³⁸⁾。すなわち、「財産上の利益」が「有体性」を持つことによって、「財物」になる³⁹⁾のである⁴⁰⁾。

37) ただしこれは、不動産を客体とする強盗行為について「利益強盗罪」が成立しうる、とする学説が存在する限りにおいて、「学説上」意味があるものである。すなわち「実務上」、つまり裁判例においては、実は不動産を客体として利益強盗罪を認めた事例は存在しない（佐伯・前掲「不動産を客体とする財産犯」法学教室368号110頁。根拠当権設定のために必要な実印、不動産権利証などの書類——「不動産そのもの」ではない——を脅迫して強取した事案について、強盗罪を認めたものとして東京地判昭和57・9・17判タ482-169参照）。この点についての検討は、今後の課題とさせていただきます。

38) 同様の趣旨は、実は「1. はじめに」で前述した見解も、前提にしているように見受けられる（田山聡美「財産的利益の意義に関する議論の整理」刑事法ジャーナル49号（2016年）19頁、「……財物は、大きな括りでは財産的利益の中に包摂される存在である。……」）。

39) このような捉え方は、2項犯罪の位置づけにも整合するものと考えられる（中森喜彦「二項犯罪小論」法学論叢94巻5・6号（1974年）215頁以下、中森喜彦「二項犯罪」中山研一ほか編『現代刑法講座第4巻刑法各論の諸問題』（1982年）297頁以下など）。なお、これは、いわゆる財物性に関する「有体性説」からの説明である。「管理可能性説」からは同様には、『財産上の利益』が『管理可能性』を持つことによって、『財物』になる」という説明の仕方になる。

40) このような考え方からは、前述の批判的見解が盗品等関与罪に関連して行った批判も、問題にならないと考える。「不動産」が、その価値の観点から2項強盗罪の客体である「財産上の利益」になるとしつつも、それと同時に「有体性」をも備えている以上、盗品等関与罪の客体にもなる点については何ら問題がないと考えられる。

「財物」も、「有体性」だけがその定義の内容にあるわけではなく、「財産上の利益」、すなわち「財産的価値」があることが前提になっている。かつての日本の裁判例においては、窃盗罪や強盗罪の客体について、「金銭的価値が無くても、所有権の目的となり得る有体物であれば財物となる」として、「財物」であるための要件としては「金銭的価値」は必要ではないと明言するものも多く見られた⁴¹⁾。しかしその後の裁判例においては、「何らかの経済的利益」と結びついてその財物性が説明されるようになってきた⁴²⁾。そしてこのような「財産的価値」の認められないものについては、「財物性」を否定する裁判例も見られるのである⁴³⁾。すなわち、日本において

41) 大判明治43・2・15刑録16-256（脅迫されて作成されたことにより無効となる約束手形について、「強盗又ハ竊盗ノ目的物タル財物ハ所有権ノ目的ト爲リ得ヘキ有體物ニシテ必スシモ金銭的価値ヲ有スルモノタルコトヲ要セサルナリ」（下線は筆者による）として財物性を肯定）、大判明治43・6・20刑録16-1238（署名のある文書作成用の白紙について、「刑法上財物ト云フハ必スシモ經濟上交換價值ヲ有スルモノニ限ラス苟クモ財産權ノ目的ト爲リ得ヘキモノヲ汎稱スルモノトス」（下線は筆者による）として財物性を肯定）、大判大正1・11・25刑録18-1421（価格二銭程度の石塊について、「一塊ノ石ト雖モ苟モ他人ノ所有ニ屬スル以上ハ其經濟的価値ノ如何ヲ問ハス刑法ニ所謂財物トシテ法ノ保護スル目的タルコトヲ失ハス」（下線は筆者による）として財物性を肯定）、最判昭和25・8・29刑集4-9-1585（共産党の中央指令綴等について、「強、窃盗罪において奪取行為の目的となる財物とは、財産権殊に所有権の目的となり得べき物を言い、それが金銭的乃至経済的価値を有するや否やは問うところではない」として財物性を肯定）。

42) 大判昭和4・7・4刑集8-386は消印済収入印紙について、「消印済収入印紙ト雖原判示ノ如ク既ニ裁判所ニ於テ保管ノ利益ヲ有スル書類ニ貼付セラレ其ノ一部ヲナストキハ財産權ノ目的トナルヲ以テ之ヲ不法ニ剥離竊取スレハ刑法第二百三十五條ノ財物ヲ竊取シタルモノニ該當シ竊盜罪ヲ構成スルモノニシテ之ヲ所論ノ如ク反古ヲ竊取シタルモノト同一視スヘキモノニアラス」（下線は筆者による）として「経済的価値が無くても構わない」という表現なしに、「保管の利益を有する書類の一部をなすときは財産権の目的となる」のであって「反古を窃取したものは評価できない」として、財物性を肯定した（最決昭和30・8・9刑集9-9-2008も参照）。また最決昭和29・6・1刑集8-6-787は、支払呈示期間後に窃取された小切手について「斯くの如き小切手は小切手法上無効であつても財産的価値全くなしとは言い得ないから、猶財産権の対象たり得ることは謂うまでもない」と判示した原判決を是認し、「本件小切手は純然たる反古ではなく所有権の目的となり得る財物と認められる」（下線は筆者による）とした。

43) 大阪高判昭和43・3・4下刑集10-3-225はメモ1枚のスリ行為について、「財産犯の客体としての「財物」といいうるためには、交換価値ないし経済的価値を有するか、またはメ

「経済的価値のない物」や「純粋に観念的な価値を伴う物」について財物性を否定した裁判例は、その「財産的価値」がないことから当該客体の財物性を否定したのであって、つまりここでは「財物」に「財産上の利益」として評価される側面がやはりあることを示しているのである。

しかしここで注意すべきなのは、「財物犯罪」である窃盗罪において、「財産的価値」の否定により財物性が否定されたこれらの事例は、その客体それ自体に付随する「財産的価値」が「所有権」としての保護の対象になり得ないとされたもの⁴⁴⁾なのであって、つまり「保護されるべき所有権が既に存在しない」と評価された事例なのである。この限りにおいては、「その客体自体」の価値（絶対的価値）だけが問題とされているのであって、「他の反対給付や対価との関係（相対的価値）において損害がない」と

ㄨ少なくとも主観的価値を有することを要し、したがって、右いずれの価値をも有しない物が「財物」にあたらないことはもちろん、右いずれかの価値を有するとしても、その価値が極めて僅少で、いうに足りないような物も、また「財物」とはいえないものと解するのが相当である」として、本件メモの交換価値ないし経済的価値を否定し、主観的価値もないか、少なくとも極めて僅少であったとして財物性を否定した。また東京高判昭和45・4・6 東高刑時報21-4-152はちり紙13枚のスリ行為について、「……財物とは、財産権とくに所有権の目的となりうべき物であつて、必ずしもそれが金銭のないし経済的価値を有することを要しない……が、それらの権利の客体として刑法上の保護に値する物をいうものと解すべきであるから、その物が社会通念にてらしなんらの主観的客観的価値を有しないか、またはその価値が極めて微小であつて刑法上の保護に値しないと認められる場合には、右財物に該当しない……」として、本件ちり紙の財物性を否定した（札幌簡判昭和51・12・6 刑月8-11=12-525も、ほぼ同様の基準定立により、はずれ馬券1枚の財物性を否定した）。さらに東京高判昭和54・3・29 東高刑時報30-3-55は、被害者の持っていた手提袋内から、パンフレット二通在中の封筒を抜き取った事案について、当該客体が広告用パンフレットでだれでも自由に入手可能であり、被害者も「さほど価値を認めていなかった」ことから「客観的にも主観的にもその価値が微小であつて、窃盗罪の客体である財物としてこれを保護するに値しないと解するのが相当」であるとした。なお、これらの裁判例において被害客体の「財物性」が否定されても、いずれの事案においてもなお「窃盗未遂罪」が成立するとされている点について注意を要する。

- 44) 例えば、前掲の東京高判昭和45・4・6 東高刑時報21-4-152の、「財物とは、財産権とくに所有権の目的となりうべき物」であることを前提にしつつ、「それらの権利の客体として刑法上の保護に値する物をいう」という表現は、まさにこのような捉え方に基づくものであるといえる。

された事例ではないのである。よって、「財物犯罪」である窃盗罪において「財物」が「財物」として評価されるためには、それ自体として「所有権の目的（対象）」となるだけの「財産上の利益」が伴うべきなのであるから、そうであるならば、この「財物」における「財産上の利益」は、「物」それ自体の「所有権」に付随するものとしてだけ観念できる⁴⁵⁾のであって、すなわちここでの「財産損害」は、「所有権（に伴う財産上の利益）に対する侵害」に尽きるのである⁴⁶⁾。

よって、このような財物犯罪において、この「財物」における「財産上の利益」は、当該財物に対する「所有権」に付随するものとしてしか観念することはできないのである。このような「財産上の利益」を侵害するという意味で、「財物」に対する犯罪においても「財産損害」はあり得るのであるが、それは物への所有権に付随した財産的価値に対する侵害に尽きるのであり、それとは別の「対価」や「反対給付」などをも併せて考えるようなものではないのである。振り返ってみれば、大審院の初期の判例は「金銭的価値が無くても、所有権の目的となり得る有体物であれば財物となる」としていたのであるが、ここでたとえ「金銭的価値（財産的価値）」を要求しなかったとしても、「所有権の目的となるものであること」

45) 窃盗罪の保護法益に関して、いわゆる「本権説」と「所持説」の対立があるが、筆者が前提とする「本権説」からは窃盗罪の保護法益はまさしく「所有権その他の本権」ということになるのであって、この保護法益である「所有権」の対象となる客体である「財物」の「財産的価値」が無いのであれば、保護法益である所有権の対象客体が存在しないことになり、よって法益侵害もなかったことになるのである。ちなみに「1. はじめに」で前述した見解も、「本権説」を前提にしているようである（田山聡美「財産犯の保護法益」神奈川法学43巻1号（2010年）149頁以下）。

46) ドイツにおいても、前掲の Eisele の記述にあったように、「……所有権犯罪は広義の財産犯罪に分類され得る、なぜならここでは確かに財産損害は何ら必要ではないが、しかしたいいの場合特定の物の価値が所有権に付随するものであり、そしてそれゆえにこのような犯罪においては通常は財産損害がもたらされているからである」（Eisele, a.a.O., S. 1f.）として、窃盗罪の客体である「動産」にも「特定の物の価値が所有権に付随する」ことによってやはり客体として認められることになるのであり、したがってそこでは「所有権」に付随する「価値（利益）」が存在することが前提とされているのである。

は当初から首尾一貫して要求していたのであり、すなわち所有権の侵害がその法益侵害の中心にあるとされていたのである⁴⁷⁾。のちに「財産的価値」が具体的に要求されるようになったのは、この「所有権」の目的（対象）としての内容が、裁判例の中で徐々に具体化・実質化していったことの現れであるといえよう。

そうであるならば、すべての「財物」には「財産上の利益」としての性質が——「所有権」に伴うものとして——必然的に付随しているのである。不動産が2項強盗罪の客体となるという見解は、上述のような「財物」と「財産上の利益」の関係をおのずから前提にしていると考えられるのであり⁴⁸⁾、そしてそのように考えた場合の「財物」における「財産上の利益（＝財産的価値）」は、当該「財物」に対する「所有権」に付随するものとしてはじめて保護されるべきものとなるのである。

47) 前掲大判明治43・2・15刑録16-256（「財物ハ所有権ノ目的ト爲り得ヘキ有體物ニシテ」）、前掲最判昭和25・8・29刑集4-9-1585（「財物とは、財産権殊に所有権の目的となり得べき物」）、前掲最決昭和29・6・1刑集8-6-787（「所有権の目的となり得る財物」）、前掲東京高判昭和45・4・6東高判時報21-4-152（「財産権とくに所有権の目的となりうべき物」）など。

48) ここまでの論述に関して、「『不動産が2項強盗罪の客体となる』という点から『財物概念が財産上の利益概念に包摂されている』という結論を導いた上でなくても、直接に『財物』における『財産的価値』を検討することによって『窃盗罪における財産損害』が検討できたのではないか」、すなわち「『財産犯における不動産の扱い』に関する論証は、本稿の結論を導くためには別に不要だったのではないか」という指摘も考えられる。これについては、まず①「財物」と「財産的価値」の関係を明らかにしなければ、そもそも「財産的価値」についての『財産損害』に関する議論の射程が明らかにならないと考えたのである。主張としては、「『財物における財産的価値』の論点と『詐欺罪などにおける』財産的価値に対する財産損害」の論点は全く異なる論点であり、無関係である」との主張も可能であり、まずこの主張を否定する必要があったのである。そのために、「不動産」の扱いに関する検討が必要であった。その上で②財物犯罪において、「財物」概念における「財産上の利益（財産的価値）」が「所有権」に付随するものとしてしか観念できない——だからこそ「窃盗罪」の客体は「財物」に限定されているのである——ことにより、「財物に対する罪」と「（財物を含む）財産上の利益に対する罪」の対比が、「所有権に対する罪」と「財産に対する罪」の関係に対応していることを示すことで、このような「『所有権に対する罪』と『財産に対する罪』という分類」の正当性を導くことに結び付いたのである。

4. 日本における財産犯規定の分類

そしてこのような「財物」と「財産上の利益」の関係を前提にするのであれば、日本においても「所有権に対する罪」と「財産に対する罪」という形での財産犯の分類が可能であることが示される。すなわち、「客体が財物でなければ犯し得ない犯罪」と「客体が財物に限られるわけではなく、財産上の利益であっても観念し得る犯罪」の区別が可能になるのである⁴⁹⁾。

「所有権」は、「物」に付随するものとしてはじめて観念することができるのであり、必然的に「所有権に対する罪」は、その客体を「財物」(=物)に限ることになる。このような「客体が財物でなければ犯し得ない犯罪」であり、なおかつ「当該財物の領得 (=自分⁵⁰⁾のものにする)」をその内容とする犯罪が「領得罪 (Zueignungsdelikт)」と呼ばれるものなのである⁵¹⁾。これに対して、「財産に対する罪」は、その客体にももちろん「財物」は含まれるが、それ以上に「何らかの財産上の利益の収奪」がある場合にも成立する犯罪として理解することが可能なものなのである。このような「客体が財物に限られるわけではなく、財産上の利益であっても観念し得る犯罪」であり、なおかつ「当該利益の取得 (=自分のものにする)」をその内容とする犯罪が「利得罪 (Bereicherungsdelikт)」と呼ばれるものなのである。

49) 松宮孝明『刑法各論講義【第4版】】(2016年)186頁, 194頁。また, Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 339 も参照。

50) いわゆる「第三者領得」の問題があるが、とりあえずは「第三者領得の場合も一旦は自分のものにしてから第三者に領得させているので問題なく領得が認められる」とした上で、その詳細は別稿に譲ることにしたい。ちなみに第三者領得に関しては、穴沢大輔「いわゆる第三者領得について」上智法学論集50巻2号(2006年)103頁以下を参照。

51) なおここでは、「『領得罪』は『所有権に対する罪』である」ことを明確にしておくにとどめており、「『所有権に対する罪』であれば『領得罪』である」ことを指摘するものではないことに注意を要する。すなわち、「器物損壊犯罪」を(ドイツのように)「所有権に対する罪」に加えるべきか否かの検討については、今後の課題としたい。

である⁵²⁾。

そして窃盗罪は、まさしく前者の「客体が財物でなければ犯し得ない犯罪」と言える。このことは窃盗罪の客体としては「財物」のみが予定されており、利益窃盗の処罰規定が存在しないことにも現れている。よって「窃盗罪」は領得罪であり、「所有権に対する罪」に含まれることになるのである⁵³⁾。

これに対して詐欺罪や恐喝罪は、それぞれ2項で「財産上の利益」が客体となる場合の処罰規定が置かれていることから、後者の「客体が財物に限られるわけではなく、財産上の利益であっても観念し得る犯罪」であることになる。よって詐欺罪や恐喝罪は利得罪であり、「財産に対する罪」に含まれることになるのである⁵⁴⁾。

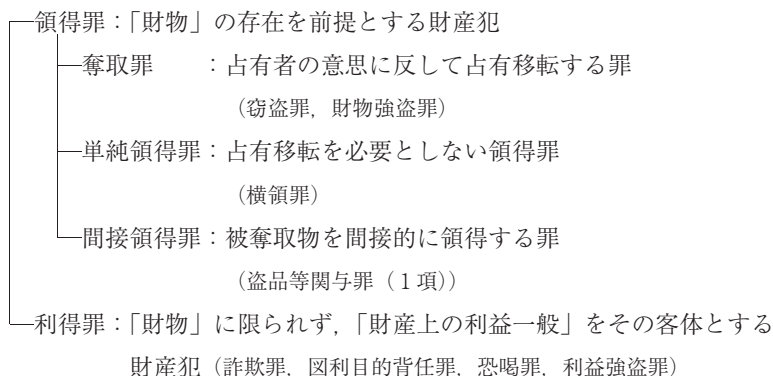
では、強盗罪はどのように考えるべきであろうか。現行の日本の刑法典の規定からは、(1)「強盗罪を利得罪と解釈する考え方」と、(2)「1項強盗罪を領得罪と解釈する考え方」の2通りが考えられ得る。しかし前者の考

52) Welzel, aa.O., S. 339.

53) 同様のことは、「物」のみを客体として予定する横領罪（252条以下）や盗品等関与罪（256条1項）においてもあてはまる。よってこれらの犯罪も「領得罪」に含まれる（横領罪は（占有侵害を伴わないという意味で）「単純領得罪」であり、盗品等関与罪は（領得行為に間接的に関わるという意味で）「間接領得罪」となる（ただし256条2項についてはさらなる検討が必要であり、今後の課題としたい。))。

54) このような理解に対しては、とりわけ不動産取得を「財産上の利益を得た」として評価するような通説的理解を念頭に、「……強盗罪・詐欺罪・恐喝罪においては1項は不要だということになるだろう」（町野・前掲『犯罪各論の現在』102頁、丸山・前掲「財産犯における不動産の扱い」319頁（同じく丸山・前掲『刑法の論点と解釈』所収235頁））という批判が向けられている。確かに筆者の見解によれば、詐欺罪および恐喝罪においてはむしろ2項が原則的規定であることになり、財物が「財産上の利益」と評価され得るものとする限りで、1項は不要だったということになるかもしれない（ただし強盗罪については本文中で後述）。しかし筆者の考えでは詐欺罪・恐喝罪の1項の規定は「無くてもよかったが、存在することにより財物が客体になり得ることを明確化した」役割（注意規定）があったものとする。客体が「財産上の利益」であれば原則的に2項詐欺罪・2項恐喝罪の成立可能性があるものであり、その客体が有体性を持った場合には1項詐欺罪・1項恐喝罪になるにすぎないと考えるべきなのである。そしてそれ以上に具体的に不都合な帰結を何ら導かない以上、これは解釈として何ら問題はないと考える。

え方は、現在の強盗罪の財産侵害態様部分、すなわち「強取行為」が窃盗罪の「窃取行為」と同じものであると解されていることと整合しなくなる。また、238条の事後強盗罪が、条文上「窃盗」を前提にしており、すなわち窃盗罪と同様の財物に対する領得行為が予定されている——すなわち「利益事後強盗罪」という処罰規定は存在しない——ことは、1項強盗罪がやはり「客体が財物でなければ犯し得ない犯罪」であり、後者の(2)「1項強盗罪を領得罪と解釈する考え方」を採用すべきことを示しているように考えられる。このような観点からは「利益強盗罪」は、(ドイツ刑法における「強盜的恐喝罪」と同様に)加重恐喝罪として——すなわち「利得罪」として——理解すべきように考えられる⁵⁵⁾。



5. 窃盗罪における「財産損害」の内容

以上の内容をまとめることにする。

まず窃盗罪や1項強盗罪は「客体が財物でなければ犯し得ない犯罪」,

55) 松宮・前掲『刑法各論講義〔第4版〕』226頁、また財産犯の分類に関して同186頁以下も参照。なお、恐喝罪に関して「利得罪」として評価される事例だけでなく、「奪取罪」として評価される事例があり得ることを指摘するものとして、松宮孝明「強盗と恐喝の区別について」法学新報121巻11・12号(2015年)341頁以下。この点については今後の課題とさせていただきたい。

つまり領得罪であり、すなわち「所有権に対する犯罪」なのである。この「所有権」は具体的な「財物」に対する支配権として考えられるものであり、したがって当該財物の財産侵害結果は「占有者の意思に反する占有移転」によって現れる。よって、このようにして占有移転された財物に対する「所有権侵害」こそが、これらの領得罪の「犯罪結果」そのもののなのであって、それとは別の「財産損害」など観念しようがないのである。その限りで、これらの領得罪については、「相当額の対価の支払いがあった場合」であっても、占有移転によって当該財物に対する「所有権侵害」が存在する以上、これらの犯罪が成立するのである。

これに対して、詐欺罪や恐喝罪は「客体が財物に限られるわけではなく、財産上の利益であっても観念し得る犯罪」、つまり利得罪であり、すなわち「財産に対する犯罪」なのである。この「財産」に対する侵害は「物」についてだけ観念できるわけではなく、「財産上の利益」についても観念可能である。したがって財物詐欺罪や財物恐喝罪に限られず、およそ一般的に利益詐欺罪や利益恐喝罪をも含めての侵害を想定するのであるならば、「占有移転」という概念によってだけでは賄えない。ここで詐欺罪や恐喝罪の「犯罪結果」としての「財産損害」を独自に検討することの意義が現れるのである。

このような財産犯の分類は、「不動産を客体とする2項強盗があり得る」という一般的な見解を前提に、「(窃盗罪の保護法益を所有権とする)本権説」という、これまた学説上十分に認められた見解をも前提にするのであれば、十分に首肯され得る考え方なのである⁵⁶⁾。このような観点からするならば、「詐欺罪における財産損害」に関して導かれた結論を、何らの理論的根拠・事実に根拠もなく「同じ財産犯なのだから」という理由で窃盗罪

56) このような点から、「1. はじめに」で前述した見解の執筆者が2017年5月20日の日本刑法学会第95回大会において行った（前述の）研究報告の質疑応答において、本文中に述べた筆者の財産犯の分類を「独自の見解」として打ち切った司会者（佐久間修）には、見識不足があったものといわざるを得ない。

にも拡張しようとする⁵⁷⁾のは、その研究・検討手法においても、またその導かれる結論においても、過ちを犯すものでしかない。最後に、具体的事例に基づいての検討をしておきたい。

事例 1A：未成年者 A がコンビニで、成年者と偽ってタバコを購入した。

事例 1B：18 歳未満の者には購入を禁止されている書籍を、17 歳の者で

57) このような「1. はじめに」で前述した見解に関して、もう 1 点批判されるべき点があることを指摘しておきたい。すなわち、本文中にも記述したような「領得罪」と「利得罪」の区別を前提にした上で、「……財産犯には、財物の所有権その他の本権を害する罪のほかに、財産上不法の利益を得る罪がある。それは、利益詐欺罪（246 条 2 項）や利益恐喝罪（249 条 2 項）に限られるわけではない。厳密に言えば、詐欺罪や恐喝罪は、財物を対象とするものも含めて、所有権を侵害する罪ではなく、財産上不法の利益を得る罪なのである。なぜなら、これらの罪の手段である詐欺と脅迫——民法では「強迫」——は、民法 96 条 1 項によれば、意思表示の単なる取消事由にすぎず、取り消されるまでは、その意思表示は有効だからである。したがって、詐欺または脅迫によってなされた財物の所有権を移転するという意思表示は、その財物の所有権を有効に移転させるものであり、その結果、詐欺者や脅迫者ないし第三者は、有効にその所有権を取得する。つまり、財物は、正当な所有権を無視して不法に領得されるのではなく、有効に譲渡されるのである。／にもかかわらず、刑法の詐欺罪や恐喝罪は、被害者による取消の意思表示がなくても成立する。つまり、詐欺罪や恐喝罪は、有効に譲渡される財物の所有権を攻撃する罪ではなく、詐欺や脅迫による不法な圧力によって所有権を含む財産上の利益の処分を動機づけられない権利を害するものである。窃盗罪等の領得罪の保護法益と詐欺罪等の利得罪の保護法益は、このようにして区別される」（松宮・前掲『刑法各論講義〔第 4 版〕』202 頁），として、窃盗罪の保護法益と詐欺罪の保護法益の違い——その内容は、本文中に述べた観点からも全く以て賛同されるべきものであると考える——を指摘した上で、「このことは、錯誤に陥った被害者を利用した窃盗罪の間接正犯における『法益関係の錯誤』と、詐欺罪における被害者に必要な『法益関係の錯誤』との相違として現れる」（同 202 頁），と指摘する見解が存在するのである。この見解からするならば、「1. はじめに」で前述した見解——前述のとおり、詐欺罪における「財産損害」を窃盗罪においても同様に要求するという点から、詐欺罪と窃盗罪の保護法益を同一視していることがうかがわれる見解——においては、上述の「錯誤に陥った被害者を利用した窃盗罪の間接正犯における『法益関係の錯誤』と、「詐欺罪における被害者に必要な『法益関係の錯誤』とは全く重なり合うことになり、すなわち「すべての財物詐欺罪は、被害者を利用した窃盗罪の間接正犯である」ことになってしまうのである（松宮・前掲『刑法各論講義〔第 4 版〕』212 頁および 260 頁以下も参照）。これは「詐欺罪と窃盗罪の保護法益は同じである」とする見解であれば、直面せざるを得ない問題なのであり、この点についてどのように対応するのか、回答が求められるべきものといえる。

あるBが、書店で18歳と偽って購入した。

この事例1Aや事例1Bは、「詐欺罪における財産損害」に関する議論の中でよく取り上げられる事例である。確かに事例1Aでは「成年者である」と欺罔してタバコを受け取っているものの、当該タバコの代金は成年者が購入した場合と同様の金額を支払っているものであり、コンビニ側としての財産損害はなく、また事例1Bにおいても書籍の代金はきちんと支払われており、書店側としての財産損害はない。多くの論考において、この事例1Aや事例1Bは「詐欺罪が成立しない事例」として挙げられている⁵⁸⁾ところであり、筆者もその結論に賛成するところである。しかし次の事例2はどうか。

事例2：未成年者Cがコンビニで、店員の間を見て、販売用のタバコが置かれている所にタバコの代金（および消費税分の金額）を置いて、勝手にタバコを持ち去った。

この事例2⁵⁹⁾に関して「対価が置かれていたのだから窃盗罪は成立しな

58) 山口・前掲『刑法各論〔第2版〕』267頁、西田・前掲『刑法各論第六版』205頁、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（2015年）378頁、中森・前掲『刑法各論第4版』138頁注70、松原・前掲『刑法各論』275頁以下、井田・前掲『講義刑法学・各論』273頁など。

59) なおこの事例2は、「1. はじめに」で前述した見解が「……一般の窃盗においては、移転した財物に対応して、被害者のもとは、財物所持に伴って有していた利用利益などの喪失が財産的損害として残ることになる。しかし、定価で売ろうとしていた商人にとっては、定価の収入こそが重要であって、それが満たされている以上、その財物の喪失に伴うその財物の喪失に伴う経済的損失はないといえるのではないだろうか」（田山・前掲「詐欺罪における財産的損害」164頁）、として「相当額の対価の支払いがあった場合」を、「商人が被害者となった場合」と「(商人以外の) 一般人が被害者となった場合」とに分けて、前者については窃盗罪は成立しないが、後者については窃盗罪が成立する、という「場合分け」を行うことに対応して（あえて商人が被害者となる事例として）設定した事例である。しかしそもそも、窃盗罪において「商人」と「一般人」とでこのような区別した取扱いがなぜなされなければならないのか、その必然性からして甚だ疑わしいものである。

事例2-2：Jがカフェの喫煙席でコーヒーを飲んでいるときに、隣の座席に座ったKが椅子に荷物を置いてテーブルにタバコを置いて、コーヒーの注文のために席を離れた。タバコを切らしていたJにとって、テーブルの上に置かれたKのタバコが魅力的な銘柄であったので、隙を見て、当該タバコの代金に十分である以上の金額（仮に消費税が〆

い」という結論に賛成する見解は少数にとどまるのではないだろうか⁶⁰⁾。

ゝかかったとしても)の金銭をKのテーブルに置いて、勝手にKのタバコを持ち去った。
事例 2-3: 美術愛好家Mは自宅の廊下の壁に絵画をかけていた。ある時、知人のLがその絵画を見て、その絵画が、昔優しかった、今は亡きLの祖母を描いた肖像画であることに気づき、是非売ってくれるよう頼み、200万円まで出すといったにもかかわらず、Mは譲渡に応じなかった。やむを得ずLは隙を見て当該絵画を持ち出し、絵画のあった場所に200万円の札束を置いて立ち去った。なお当該絵画は市場価格的には10万円相当であり、200万円の価値はおよそ無いものであった。

前述の見解の主張によれば、これらの事例においては窃盗罪が成立するものとするようである。これらの事例、とくに事例 2-2 と事例 2 との間で、その行為態様・所有権侵害などに関して、それほど決定的な差があるようには思われない。被害者にとって、「勝手に(意思に反して)タバコを持っていかれた」という状況については同様だからである。「いわゆる無人販売所などでは対価としての金銭を置いておくだけで取引として問題ないではないか」という反論も考えられるが、無人販売所はそのような取引形態での物品販売を行う場所として設定されているのであり、通常の会計手続を前提とする通常の商店を含めてこれを一般化することはできない(なお無人販売所で「対価を置かず野菜を持って行った」事例について、前述の見解からは当該財産被害は「置かれなかった対価」とするのかもしれないが、普通に考えて当該事例の財産被害は「持っていかれた野菜」であるように思われる)。詐欺罪であれば、その財産損害の検討の際に被欺罔者の出捐目的や、その立場などを考慮する必要があると考えられる。しかし「所有権に対する犯罪」である窃盗罪において、なぜ同様の考慮が必要となるのか、前述の見解の論考においては「窃盗罪の事例を対象とした」検討は一切なされていないのである。

- 60) この事例 2 のような事例において窃盗罪の成立を否定するものとして、林・前掲『刑法各論 [第 2 版]』146 頁を参照(「……例えば、タバコ売店に売主が居なかったので、代金を置いてタバコをもってきた場合に、窃盗罪の成立を認めるというのは不当である。このような場合を起訴する検察官はいないであろう。欺罔による場合に詐欺罪を否定しながら窃盗罪は認めるというのは均衡を失する。」)。しかし、このような場合を起訴する検察官が(起訴便宜主義の下で)想定できるか否かは犯罪の成否とは基本的に関係がなく、犯罪類型の各成立要件が満たされれば犯罪の成立は肯定されることになるのであり、犯罪不成立の根拠とはならない。また「詐欺罪を否定しながら窃盗罪は認めるというのは均衡を失する」という点は、まさに本論文が主張したかった「詐欺罪と窃盗罪の法益侵害の具体的内容は異なるのではないか」という観点からは、逆に「なぜ詐欺罪の成否と窃盗罪の成否がバラレルでなければならないのか」という疑問が投げかけられ得ることになる(この点については前述注 57 も参照)。また、林幹人『財産犯の保護法益』(1984 年) 84 頁以下のドイツ学説の分析も、何らかの取引関係が前提になった上での権利行使の際の財産犯の成否(いわゆる「権利行使と財産犯」の問題)であったり、特殊な事例(ないしは見解)を素材とするものであって、「何らの取引関係もない前提で、相当額の対価の付与により『所有権に対する罪』が否定される」ことにまで一般化できるものではないように

この事例2において、タバコという「財物」の「所有権」に対する侵害はやはり発生しているのであり、その限りにおいて窃盗罪が成立することにならざるを得ないのである。さらに次の事例3はどうなるか。

事例3：未成年者Dがタバコを獲得する意図で、コンビニで店員に暴行を加えて気絶させ、その上でタバコを入手すると、Dは——自らの行為についての後ろめたさから——タバコの代金（および消費税分の金額）を置いて、コンビニから逃走した。

この事例3に関して、「対価が置かれていたのだから強盗罪は成立しない（せいぜい暴行罪等にとどまる）」という結論には、やはり納得できない部分が残る。これは「財産に対する犯罪」である利得罪の結論を、「所有権に対する犯罪」である領得罪（窃盗罪・財物強盗罪）に対して単純に適用しようとするにより現れる誤りなのである。

本稿において、財産犯全体の分類にもかかわる検討を行ったが、細かい部分での理論的検討については、時間と紙幅の都合で先送りせざるを得ない部分が多数あった。とりわけ詐欺罪に関しては、その保護法益の位置づけ自体そのものにおいてすらも変革を迫られているように見受けられる。財産犯全体に関しても、今後の課題として検討を続けていきたい。

↘思われる。