

## 財産罪における客体の価値

野 村 健 太 郎

- 一 はじめに
- 二 客体の喪失可能性
- 三 「財物」と「財産上の利益」
- 四 侵害対象としての価値
- 五 客体の喪失に内在する法益侵害
- 六 提供コストと法益侵害
- 七 権利者排除意思と価値の喪失・減少
- 八 おわりに

### 一 はじめに

通説によれば、財産罪は、個別財産に対する罪と全体財産に対する罪とに分けられる。<sup>(1)</sup>前者はさらに、「財物」<sup>(2)</sup>を客体とする財物罪と「財産上の利益」を客体とする利益罪とに分かれる。これらの客体には、財産的価値<sup>(3)</sup>がなければならない。無価値な客体を奪ったり壊したりしても、法益侵害

(1) これに対し、財産罪全般を全体財産に対する罪とする構想として、林幹人『刑法各論〔第2版〕』（2007年）138頁以下。

(2) 261条が器物損壊罪の客体を「物」としているのも、「財物」と同義だと解されている（日沖憲郎「財物の概念」瀧川幸辰編『刑事法講座 第4巻』（1952年）837頁以下参照）。

(3) 最判昭和25年8月29日刑集4巻9号1585頁は、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

性はなく、犯罪とはならないのである。<sup>(4)</sup>

それでは、財産罪の客体は、どのような価値を備えている必要があるのだろうか。客体の価値は、領得・毀棄行為に法益侵害性を認める前提となるものである。価値の内容は、法益侵害を基礎づけるにふさわしいものでなければならない。

## 二 客体の喪失可能性

財物罪と利益罪はともに、客体の「移転性」を前提とすると考えられている。物の占有移転を内容とする財物奪取罪が客体の移転性を必要とするのは当然だが、利益罪も、移転性のある利益を客体とする犯罪だと解されているのである。<sup>(6)</sup>

この移転性要件については、これを客体の属性（移転し得る客体であること）として抽象的に論じるのではなく、移転罪（奪取罪）固有の要件（客体が現に移転したといえること）として論じるべきだという指摘もある。<sup>(8)</sup> 例えば財物性は、毀棄罪等の非移転罪にも共通する客体の属性であるか

---

ころではない」としている。もっとも、これは、物の価値をおよそ不要とする趣旨ではないと解される（山中敬一「財物の価値性」判タ540号（1985年）47頁参照）。

(4) 価値僅少物につき財物性を否定した裁判例として、例えば、大阪高判昭和43年3月4日下刑集10巻3号225頁〔メモ1枚〕、東京高判昭和45年4月6日東高刑時報21巻4号152頁〔ちり紙13枚〕、札幌簡判昭和51年12月6日刑月8巻11=12号525頁〔はずれ馬券〕等。

(5) 毀棄罪における物の価値の内容について検討したものとして、大塚雄祐「毀棄罪における『損壊』概念と物の効用の要保護性」早研164号（2017年）55頁以下。

(6) 山口厚「財産上の利益について」植村立郎判事退官記念『現代刑事法の諸問題第1巻』（2011年）130頁以下等参照。

(7) 本稿では、被害者から行為者への占有移転を内容とする犯罪の総称として「奪取罪」という言葉を用いる。これに対し、被害者の意思に反して占有を移転させる犯罪（盗取罪）のみを「奪取罪」と呼ぶべきだとする指摘もある（松宮孝明「財産犯の体系、奪取罪の保護法益」法セ782号（2020年）100頁）。

(8) 深町晋也「財産上の利益」西田典之ほか編『刑法の争点』（2007年）160頁、田山聡美「財産的利益の意義に関する議論の整理」刑ジャ49号（2016年）18頁以下。

ら、移転性を財物性の要件とすることはできないとされるのである。

もつとも、「移転」という概念には、①被害者が占有している客体の「奪取」という側面、②行為者による客体の「領得」という側面、③被害者からの客体の「喪失」という側面がある。①の側面は奪取罪と横領罪を区別し、②の側面は領得罪と毀棄罪を区別するものであるのに対し、③の側面は、財産罪としての法益侵害を基礎づけるものである。③の側面に着目して「移転性」という言葉が用いられる場合、行為によって客体が被害者から失われ得るという「喪失可能性」<sup>(9)</sup>が念頭に置かれている。個別財産に対する罪が、価値ある客体の喪失を法益侵害結果とする以上、その客体は、財産的価値とともに喪失可能性を備えていなければならない。しばしば、情報には移転性がなく財産罪の客体とはならないとされるが、そこで<sup>(10)</sup>いう移転性とは、喪失可能性を指している。客体の喪失可能性は、非移転罪である毀棄罪や横領罪にも共通する要請であるから、およそ財産罪の客体となり得るための要件としてこれを論じることには、なお意味があると思われる。

なお、学説には、利益罪の客体である財産上の利益には厳格な移転性は要求されないとする主張も<sup>(11)</sup>ある。論者によれば、移転性を厳格に要求すれ

(9) 喪失可能性の意味で「移転性」という言葉を用いるものとして、例えば山口厚「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』(1993年)30頁、松原芳博「情報の保護」法教298号(2005年)54頁。

(10) 山口厚「情報・サービスの不正取得と財産犯の成否」研修647号(2002年)5頁以下、松原・前掲注(9)59頁以下等。なお、荒木泰貴「財産的情報の移転と2項犯罪」慶應ロー40号(2018年)268頁以下は、被害者の情報提供行為にそれ以後当該情報を利用しないという趣旨が含まれる場合には、情報の利用可能性の喪失が認められるとする。たしかに、事業の譲渡のように情報利用の「権利」が移転する場合には、(情報自体の喪失ではなく)権利の喪失に基づく利益喪失が、利益罪の不法を構成し得る。しかし、行為者が情報取得とともに偽計や脅迫によって被害者の情報利用を事実上不可能にする場合(同271頁以下参照)には、そこで被害者側に生じる利用可能性喪失は、行為者側の利用可能性取得とは別個の事態であり(行為者の情報利用によって被害者の情報利用が妨げられるわけではない)、利益が「移転」したとはいいい難いであろう(田山・前掲注(8)22頁参照)。

ば、債務の免脱という 2 項犯罪の典型例ですら、不可罰となりかねないとされる。そこでは、債権そのものが「移転」するわけではないからである。また、役務（サービス）には移転性がないとしても、不正にその提供を受ける行為は 2 項犯罪として処罰されるべきではないかという問題意識も示されている。

しかし、利益罪で要求されるのは、「利益」（ないし価値）の移転であって、権利そのものの移転ではない。債務の免脱事例においては、被害者から債権相当額の利益が失われ、行為者に同額の利益が与えられる（行為者から同額の負担が取り除かれる）のであるから、利益の移転を認めることは可能である。この例を引き合いに出して利益の移転性要件を緩和し、およそ喪失可能性のない客体（情報等）<sup>(12)</sup>まで利益罪の客体に含めることには、疑問がある。

他方、役務の提供を受ける行為が利益罪に該当するかについては、これを肯定する立場と否定する立場が対立している。この点については、後に検討する（六 2）。

### 三 「財物」と「財産上の利益」

財物罪と利益罪は刑法典において並列的に規定されていることから、両者の構成要件は、<sup>(13)</sup>客体の物理的属性的の違い（有体物か否か）を除いて、同一だと解されている<sup>(14)</sup>。このような規定形式を前提とする限り、要求される客体の価値の内容も、財物罪と利益罪とで異ならないと考えるべきである。財物罪と同等の当罰性をもちながら財物罪としては処罰できないもの

(11) 林幹人『判例刑法』(2011年) 340頁以下、同「2 項犯罪の現状」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 下巻』(2014年) 138頁以下、足立友子「強盗利得罪の客体をめぐる考察」成城81号 (2012年) 159頁。

(12) 林・前掲注 (1) 180頁以下、深町・前掲注 (8) 161頁。

(13) 財物が有体物に限られるかについては争いがあるが、ここでは立ち入らない。

(14) 深町・前掲注 (8) 160頁等参照。

を捕捉するために設けられているのが利益罪だとすれば、当罰性（法益侵害性）を基礎づける客体の価値も、同様のものであるはずだからである。

財物罪と利益罪との整合的解釈という問題意識は、従来、利益罪を論じる場面で強調されてきた。「物」の物理的移転を伴わない利益罪においては、利益移転の内容が不明確になりがちであることから、財物罪における財物移転と同視し得る程度の具体性が<sup>(15)</sup>必要だと指摘されてきたのである。

もっとも、実質的な法益侵害という点に着目した場合には、財物罪の解釈に際して、利益罪と同等の水準をクリアしているかをチェックすることも、重要である。「物」の物理的移転を伴わない利益罪の成否を論じる際には、被害者に生じる「不利益」という価値的側面をダイレクトに問題とせざるを得ないため、実質的法益侵害への注意が自ずと集まることにな<sup>(16)</sup>る。これに対し、財物罪では、物の移転という外形的事実が認められるために、かえって実質的な法益侵害（価値の喪失）の検討が不十分になりやすいと考えられるのである。

これに対し、学説には、財物罪の客体に要求される価値の水準は、利益罪の客体に要求される価値の水準よりも低くてよいとする見解もある<sup>(17)</sup>。論者は、財産的価値を、(ア)「主観的評価としての価値」、(イ)「客観的属性としての使用価値」、(ウ)「金銭的価値」の3つに分類したうえで、(ア)や(イ)はそれ自体としては保護の対象として不明確だが、有体物という明確な客体と結びつくことにより、刑法的保護の対象となり得るとする。他方、そのような明確性を担保し得る媒体物のない利益罪においては、原則通り(ウ)のみが保護対象となるとするのである。

しかし、それ自体として刑法上の要保護性が疑わしいとされた利益が、

---

(15) 大塚裕史「2項強盗罪における『利益移転』の意義」法セ770号（2019年）97頁等。

(16) もっとも、利益罪も、条文上は「財産上の利益を得た」としか書かれていないため、「行為者が何をえたか」に焦点が当てられ、「被害者が何を失ったか」の検討が十分になされないおそれもある（山口・前掲注（6）130頁以下参照）。

(17) 田山・前掲注（8）17頁以下。

有体物に化体されることで要保護性を認められることになるかは、疑問である。法益保護主義から要求される実質的な要保護性と、罪刑法定主義から要求される処罰範囲の形式的な明確性は、相互独立の処罰要件であり、一方によって他方を補うことはできないはずである。仮に、利益罪の客体となり得るのが上記(ウ)のみだとすれば、財物性を基礎づけるのもやはり(ウ)のみだと解すべきであり、逆に、(ア)や(イ)の価値が財物性を基礎づけ得るのであれば、それらが有体物に化体されていない場合でも、利益罪の客体となり得ると解すべきではないだろうか。

以下では、物の移転という外形によって法益侵害の実質が覆い隠されやすい財物罪を中心に、客体の価値と法益侵害をめぐる問題を検討したい。

## 四 侵害対象としての価値

### 1. 被害者の立場からみた価値

冒頭でも述べたように、客体の価値は、領得・毀棄行為に法益侵害性を認める前提となるものである。したがって、財物性を基礎づける価値は、<sup>(18)</sup>被害者(物の占有主体・権利者)にとっての効用を内容とするものでなければならぬ。<sup>(19)</sup>

ところが、判例の中には、被害者以外の者が享受する効用を根拠として<sup>(20)</sup>財物性を認めるものもある。例えば、東京高判昭和56年8月25日(判時

---

(18) 「被害者」とは、本来、法益侵害が認められることを前提とした言葉であり、法益侵害(の前提をなす客体の価値)の有無を問う文脈で用いることは、不正確である。もっとも、行為者や第三者と区別された地位を表現するうえでこの言葉が分かりやすいこと、財物罪と利益罪と(あるいは、盗取罪と交付罪と)で共通する言葉が他に見当たらないことから、以下では、「被害者になり得るかどうかの問題となる者」という意味で、この言葉を用いることにする。

(19) 田中利幸「財物の概念」芝原邦爾編『刑法の基本判例』(1988年)122頁、山口・前掲注(9)32頁参照。

(20) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第12巻』(2019年)282頁〔佐

1032号139頁)は、大学から入試問題用紙を窃取する行為について窃盗罪の成立を認める際に、「入学試験以前にこれを知りたいと欲する者の中には、多額の金員を支払ってでも、これを入手したいというものがある<sup>(21)</sup>」といったことを、財物性を認める根拠として挙げている。

しかし、買い手からみた使用価値（入学試験前に問題内容を知り得ること<sup>(22)</sup>）も、売り手からみた交換価値も、被害者である大学が享受することはそもそも想定し得ないものである。享受し得ない価値は、奪取行為によって「喪失」させられることもあり得ない。被害者以外の者からみた価値によって、窃取行為の法益侵害性を基礎づけることはできない<sup>(23)</sup>のである。

法益侵害を基礎づけ得るのは、被害者である大学にとっての効用（入学試験での使用可能性）だけである。3種類の問題用紙が1部ずつ窃取されたに過ぎない本件事案において、その法益侵害性は、極めて軽微<sup>(24)</sup>である。本件で大学が受けた被害の実質は、むしろ問題（情報）の漏洩にある。本件原判決も、財物性を認めるに際して、入試の公正を担保するために厳重な管理下に置かれていたという点を指摘しており、情報漏洩の防止という関心が、財物性の根拠とされている。このような消極的価値を理由に財物性を認め得るかについては、後に検討したい（五2）。

藤道夫＝麻生光洋]は、はずれ馬券のような無価値物であっても、何らかの理由で当初から窃盗行為の対象物とされていた場合には、物件自体に主観的価値が認められ、財物性が肯定されることもあるとする。

(21) これに賛同するものとして、吉田敏雄「判批」法セ337号（1983年）66頁。

(22) 林・前掲注（1）180頁参照。

(23) 行為者にとって価値がわずかであることも、法益侵害性を否定する理由にはならない。例えば、キャッシュカードを窃取しても、暗証番号を知らなければ、現金を引き出すことはできず、行為者にとっての価値はほとんどないともいえる（足立・前掲注（11）163頁参照）が、被害者はカードの喪失とともにその効用を失うので、窃盗罪としての可罰的違法性を認め得る。

(24) なお、公刊物で確認できる限りでも、本件被告人のうち2名が、懲役2年の実刑判決を受けている。

## 2. 証明文書の不正取得と詐欺罪

財物性を根拠づける価値が被害者にとっての効用を内容とすべきものであることは、窃盗罪だけでなく、財物罪一般に当てはまる。以下では、詐欺罪を素材として、そのことを明らかにしたい。

判例には、担当者を欺いて証明文書の発行を受ける行為について、詐欺罪の成立を否定したものがある。大判大正 3 年 6 月 11 日（刑録 20 輯 1171 頁）〔建物所有証明書の発行〕、大判大正 12 年 7 月 14 日（刑集 2 巻 650 頁）〔印鑑証明書の発行〕、最判昭和 27 年 12 月 25 日（刑集 6 巻 12 号 1387 頁）〔旅券の発行〕、高松地丸亀支判昭和 38 年 9 月 16 日（下刑集 5 巻 9 = 10 号 867 頁）〔運転免許証の発行〕等である。

学説には、これらの不正取得行為が詐欺罪に該当しない理由<sup>(25)</sup>について、国家的法益に向けられた詐欺的行為は詐欺罪としての定型性を欠くと説明するものもあるが<sup>(26)</sup>、通説は、国や地方公共団体等の公的機関も、財産権の主体として財産罪の被害者になり得ると解したうえで、法益侵害が認められないことを理由に、詐欺罪の成立を否定する。その中には、交付される証明文書の財物性そのものを否定する見解もあるが<sup>(28)</sup>、多くの論者は、文書

---

(25) 前掲最判昭和 27 年は、旅券の不正取得が軽い免状等不実記載罪（157 条 2 項）でカバーされることを理由に詐欺罪の適用を排除している。しかし、同時に二つの法益を侵害すれば二つの犯罪が成立することに妨げはない以上、他の犯罪に該当することは、詐欺罪の成立を否定する根拠にはならない（山口厚『新判例から見た刑法〔第 3 版〕』（2015 年）268 頁参照）。西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第 7 版〕』（2018 年）222 頁は、157 条 2 項は当然に内容虚偽の証明書の受交付という詐欺罪の類型まで含んで処罰しているとするが、文書への信頼が損なわれるという法益侵害と、文書の交付目的が達成されないという法益侵害とは別個のものであり、前者を不法内容とする免状等不実記載罪が後者の法益侵害をカバーしていると解することはできない。

(26) 団藤重光『刑法綱要各論〔第 3 版〕』（1990 年）607 頁以下。

(27) 佐伯仁志「詐欺罪の理論構造」山口厚ほか『理論刑法学の最前線 II』（2006 年）98 頁、松原芳博『刑法各論』（2016 年）263 頁等参照。

(28) 平野龍一「刑法各論の諸問題 9」法セ 212 号（1973 年）97 頁は、旅券の不正取



の財物性は肯定したうえで、財産的損害を否定する。

財産的損害が否定される理由をどう説明するかは、論者によって様々であるが、近年では、旅券等がそれ自体としては事実・資格を証明する文書に過ぎず、財産的給付を与えるものではないという点を理由に挙げるものが多い。後述（五 1）する健康保険証書等の交付が、交付者の経済的負担（保険金の給付義務）を生じさせ得るものであるのに対し、上記のような証明書は、そのような負担を生じさせる効果をもたないことから、財産的損害が否定されると考えるのである。<sup>(29)</sup>

しかし、詐欺罪を個別財産に対する罪と解する限り、1項詐欺罪の法益侵害（財産的損害）は、まずもって財物の交付（喪失）そのものによって基礎づけられる。たとえ交付の効果として交付者に経済的負担が生じることはなかったとしても、「財物」の交付は、その目的が達成されない限り無駄な出費となるから、財産的損害を否定することはできないはずである。

この点について、学説には、「証明の利益」を備えた文書の交付目的は、申請者である名宛人に交付することに尽きるとして、証明書が不正に取得された場合でも、その目的は達成されていると説明するものもある。<sup>(31)</sup>しかし、たとえ交付の相手が名宛人本人であったとしても、適切な証明機能を果たし得ない文書や本来交付する必要のない文書を交付したのであれば、<sup>(32)</sup>

得が1項詐欺罪を構成しない理由を、「海外旅行の『許可』をしたことが、『交付』されたことの内容であって、旅券自体の紙としての財産的価値は問題にする必要がないからであろう」と説明し、「欺罔によって運転免許を取得し、免許証の交付を受けた場合なども同様であろう」とする。

(29) 伊藤渉「判批」平成12年度重判解161頁、伊藤渉ほか『アクチュアル刑法各論』（2007年）205頁〔伊藤〕、大塚裕史ほか『基本刑法Ⅱ各論〔第2版〕』（2018年）253頁〔十河太朗〕、大塚裕史「詐欺罪の重要問題（1）」法セ778号（2019年）102頁以下等。佐伯・前掲注（27）110頁は、同様の理由から、法益関係の錯誤を否定する。鈴木左斗志「詐欺罪成否の判断枠組み」慶應ロー43号（2019年）239頁以下も参照。

(30) 山口厚『問題探究刑法各論』（1999年）167頁、同・前掲注（25）270頁参照。

(31) 山口・前掲注（25）273頁（同『刑法各論〔第2版〕』（2010年）271頁も参照）。

交付目的が達成されたとはいえないはずである。論者は、文書の内容的真実性は文書偽造罪等の保護対象であるとして、その点に関する錯誤は詐欺罪の不法内容からは除かれると説明する。<sup>(33)</sup>しかし、偽造罪の処罰目的は「不適切な事実証明がなされないこと」であるのに対し、文書の交付目的は「適切な事実証明がなされること」であるから、<sup>(34)</sup>後者の目的不達成が構成する法益侵害を偽造罪の処罰でカバーすることはできない。<sup>(35)</sup>後者の不達成は、むしろ財物罪である文書毀棄罪の不法内容と共通するものであり、行為者が利用処分意思をもってそれらの「財物」を領得したのであれば、1項詐欺罪の成立は否定できないように思われる。

このように、証明書の不正取得事例では、発行機関の交付目的は達成されていない以上、詐欺罪の成立を否定するためには、証明書の財物性そのものを否定しなければならない。この点については、資格を証明する文書<sup>(36)</sup>それ自体には経済的価値がないと説明されることもある。しかし、証明機能に一定の経済的効用（例えば、海外旅行や自動車の運転が事実上可能になること）があることは、<sup>(37)</sup>否定できないであろう。もっとも、それらの効用は、あくまで証明文書の交付を受ける者にとっての効用であり、交付者で

(32) 例えば、前掲高松地丸亀支判昭和38年は、運転免許証を紛失していないにもかかわらずこれを紛失した旨の虚偽を申告して免許証の再交付を受けた事案に関するものである。

(33) 山口・前掲注(25)273頁。同様の理解として、今井猛嘉ほか『刑法各論〔第2版〕』（2013年）205頁〔橋爪隆〕、橋爪隆「詐欺罪の実質的限界について」法教435号（2016年）106頁。

(34) 不適切な事実証明の防止は、文書をおよそ作成・交付しないことによっても実現可能であって、文書を交付すべき理由（目的）にはならない。

(35) そもそも、詐欺罪の保護対象となる利益・関心を広範に捉えたいうで、他の犯罪によってカバーされる限りで詐欺罪の保護範囲から外すという「住み分け」論は、詐欺罪を包括的な「受け皿」化するものではないかという疑問がある（小林憲太郎「詐欺罪における財産的損害の周辺」法時2395号（2019年）128頁参照）。

(36) 高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』（2018年）347頁。藤木英雄『刑法講義各論』（1976年）318頁も参照。

(37) 林・前掲注(1)248頁参照。

ある公的機関が証明文書を保有することによって、それらの効用を享受し得るわけではない。<sup>(38)</sup>したがって、それらの効用は、交付によって「喪失」されることもあり得ず、詐取行為の法益侵害性を基礎づけないのである。

こうして、それらの証明文書は、交付者（被害者）との関係では「財物」には当たらないと解すべきである。<sup>(39)</sup>これまで多くの論者がこれらの証明文書の財物性を認めてきたのは、そうしなければ、それらを窃取する行為が窃盗罪に該当しないことになってしまうと考えられてきたからである。<sup>(40)</sup>しかし、そこで窃盗罪の成立を認めるべき事案として想定されているのは、証明利益を享受する所持者から他人が証明書を窃取する場合や、申請者への交付のために発行機関が保管している証明書を第三者が窃取する場合である。いずれも、本稿のような考え方からは、被害者との関係で価値が認められて財物性が肯定されるケースであるから、窃盗罪の成立は認められる。<sup>(41)</sup>これに対し、例えば、証明書の自動発行機に虚偽の情報を入力して証明書の発行を受けるようなケースが仮に想定し得るとすれば、被害者である発行機関には何らの効用喪失も認められない以上、窃盗罪の成立を否定すべきである。

このような考え方に対しては、財物性とは「物」自体の属性であって、誰が被害者になるかによって、認められたり認められなかったりするの是不当ではないか、という疑問も生じ得る。しかし、物の価値はそれを持つ

(38) 伊藤渉「健康保険証の不正取得と詐欺罪」東洋38巻2号（1995年）265頁は、本人以外の者が発行することで初めて証明機能をもつという証明文書の特性から、発行者にとっては文書の証明価値は認められないと説明する。

(39) もっとも、後述（六1）する交付費用の観点から、財物性を認める余地は残る。

(40) 飯田喜信「判解」最判解刑事篇平成12年度（2003年）106頁、古川伸彦「判批」ジュリ1221号（2002年）170頁、佐伯仁志「詐欺罪（1）」法教372号（2011年）111頁以下、今井ほか・前掲注（33）〔橋爪〕204頁以下、橋爪・前掲注（33）105頁、同106頁、大塚（裕）ほか・前掲注（29）254頁〔十河〕等参照。

(41) 後者の場合、発行機関は、その証明書を申請者に交付することで便益を与えるという効用を享受する立場にある。

人によって異なるものであり、それを失うことの意味も、人によって異なる。財物性（物の価値）が、領得・毀棄行為の法益侵害性を基礎づけるものである以上、その有無は、物を喪失する被害者との関係を離れて、一般的・抽象的に決めることはできない。被害者からみた主観的価値によって財物性を基礎づけることを認める通説も、財物性が被害者に応じて相対的に判断されることを認めるものといえる。

もつとも、判例には、文書の不正取得について、1項詐欺罪の成立を認めたものもある。そのうち、最決平成12年3月27日（刑集54巻3号402頁）〔簡易生命保険証書の交付〕と最決平成18年8月21日（判タ1227号184頁）〔健康保険証書の交付〕については、学説の多くがその結論に賛同している<sup>(42)</sup>。しかし、保険証書の効用（金銭的給付を受けられること）は、交付者がそもそも享受し得ないものであり、証書の交付によって「喪失」されることもあり得ないから、交付者にとっての財物性を基礎づけない。財物でないものを交付しても、財産的損害は生じないはずである。これらを1項詐欺罪に問うことは、正当だろうか。以下で検討したい。

## 五 客体の喪失に内在する法益侵害

### 1. 文書交付の効果としての利益移転

保険証書の不正取得について1項詐欺罪の成立を認める見解は、文書を交付することの効果に着目する。旅券や運転免許証のような単なる事実証明文書とは異なり、これらの文書は、その効果として、交付者に財産給付

---

(42) 山口・前掲注(31)272頁は、保険証書のように財産上の利益が化体されている文書については、たとえ申請者への交付であっても、交付者の交付目的に反しているから法益侵害性を認め得るとする（同・前掲注(25)275頁も参照）。しかし、事実証明利益のみを与える文書については、その交付目的は「申請者本人への交付」に尽きるとしながら、財産的給付を与える文書については、それとは異なる理解に立つ根拠は、不明である。

の負担を生じさせ得るものであることから、財産的損害が認められるというのである<sup>(43)</sup>。

しかし、そのような損害（リスク）は、証書の「移転」という事象のうち、行為者が証書を「取得」したという側面によって生じるものであり、交付者（被害者）が証書を「喪失」したことによって生じるものではない（証書を毀棄しても、同様の損害は生じない）。ここでは、価値ある物の喪失という、財物罪に予定された法益侵害<sup>(44)</sup>は生じていない<sup>(45)</sup>。

保険証書の詐取による財産的損害の実質は、交付者に金銭的給付負担のリスクが生じる反面で受領者が金銭的給付を受け得る地位を得たという、「利益移転」<sup>(46)</sup>にある。物の喪失とは別個に生じる利益喪失が法益侵害を基礎づけている以上、1項詐欺罪ではなく、2項詐欺罪の成否が検討されるべきではないだろうか<sup>(47)</sup>。

これに対しては、1項犯罪か2項犯罪かの区別は、実質的な判断ではなく、移転する客体の形式的区別によるものであるとして、物の移転が認め

(43) 伊藤・前掲注(38)268頁以下、同・前掲注(29)161頁、古川・前掲注(40)172頁、松原・前掲注(27)279頁、大塚(裕)・前掲注(29)104頁等。佐伯・前掲注(27)109頁も、同様の理由から法益関係の錯誤を認める。

(44) 田山聡美「財産犯における客体と損害概念」刑法57巻2号(2018年)23頁以下は、財産犯の処罰根拠は、客体の喪失と表裏一体のものとしての損害に尽きるとする。

(45) 行為者による占有「取得」に、法益侵害性を基礎づける機能を認める見解もある（それぞれ趣旨は異なるが、深町晋也「窃盗罪」法教290号(2004年)69頁、内田幸隆「財産犯における可罰性の根拠」刑法50巻2号(2011年)58頁以下）。もっとも、これらの見解は、被害者の占有喪失に基づく法益侵害に、行為者の占有取得による法益侵害が「上乗せ」とされると理解するものであり、行為者の占有取得のみで奪取罪の不法が充足されると主張するものではない。

(46) 松宮孝明「判批」立命323号(2009年)248頁は、「この種の証明書類では、財産犯である詐欺罪の成否を決するのは、『財物』としての証明書類ではなく、それが証明する『財産的利益』にある」とする。

(47) 松宮孝明「証拠証券の受交付と詐欺罪」立命286号(2002年)231頁以下は、保険証書が有価証券ではなく証拠証券に過ぎないことを指摘したうえで、「詐欺罪の既遂には、本命の財物ないし財産的利益の現実の移転が必要」と述べる。

られる以上は 1 項詐欺罪が成立するという主張もある。<sup>(48)</sup>しかし、そのようにして客体の喪失と実質的価値の喪失とを切り離せば、1 項犯罪の客体が「財物」（財産的価値のある物）とされていることの理由を、説明できなくなるのではないだろうか。仮に、物の喪失自体が価値の喪失を意味する必要はなく、交付の「効果」として財産上の利益の喪失が生じていればよいとするならば、<sup>(49)</sup>移転する物自体に財産的な価値が備わっていることは、不要となるはずである。

さらに、後に生じ得る金銭的給付を根拠として、証書の移転自体を 1 項詐欺（既遂）罪に問うことは、2 項詐欺罪の既遂時期との間に不均衡を生じさせる。2 項犯罪については、行為者が「財産を取得し得る地位」を得た場合に、<sup>(50)</sup>どの範囲で財産上の利益の移転を認め得るかが、議論されている。この点について、学説では、1 項犯罪の未遂や予備を 2 項犯罪の既遂に格上げしてはならないという問題意識の下、<sup>(51)</sup>財物移転と同視し得る程度の具体性・現実性を利益移転にも要求する立場が有力である。<sup>(52)</sup>ところが、

(48) 今井ほか・前掲注 (33) 205頁 [橋爪]。古川・前掲注 (40) 172頁も同旨か。

(49) 古川・前掲注 (40) 172頁は、1 項詐欺罪としての実体の有無を論じる際にも「利益」を観念せざるを得ない以上、仮に「利益」移転の側面を捉えて 2 項詐欺罪とするのであれば、金券等の移転も 2 項詐欺罪となって、1 項と 2 項を別に定めた意味が失われると指摘する。しかし、保険証書の詐取を 2 項詐欺罪の問題とすべきなのは、利益移転が伴うからではなく、利益（価値）の移転・喪失が物の移転・喪失に内在しておらず、法益侵害の実質を「物の喪失」に求めることができないからである。これに対し、金券の移転・喪失はそれ自体が価値の移転・喪失を意味するのだから、これを 1 項詐欺罪に問うことに支障はない。

(50) 被害者を脅迫してキャッシュカードの暗証番号を聞き出す行為につき 2 項強盗罪の成立を認めた東京高判平成 21 年 11 月 16 日 東高刑時報 60 巻 1～12 号 185 頁は、行為者が得た「キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ATM を通して当該預貯金口座から預貯金の払い戻しを受け得る地位」を、同罪にいう財産上の利益と認めている。

(51) 山口・前掲注 (6) 135 頁参照。

(52) 大塚（裕）・前掲注 (15) 100 頁等。このような観点から、東京高判平成 21 年・前掲注 (50) の事案について、2 項強盗（既遂）罪の成立を疑問視するものとして、島岡まな「判批」刑ジャ 25 号（2010 年）52 頁以下、佐伯仁志「強盗罪（1）」

証書の取得をもって1項詐欺罪の既遂とする立場からは、「地位」の取得が証書という「物」の取得を原因としている限りで、利益移転の具体性・現実性のチェックは素通りされてしまう。法益侵害性を基礎づけているはずの利益移転・喪失について、それが財産罪の法益侵害として十分に具体的・現実的なものであるかが検討されないまま、既遂罪が認められることになるのである。

学説には、このような帰結をむしろ望ましいものと考えているかのような主張もある。<sup>(53)</sup> 論者は、保険証書の不正取得は2項詐欺罪に問うべきだとする見解<sup>(54)</sup>に対し、「契約上、一定の要件が備わった場合には給付を受けることができる地位」の取得を理由に2項詐欺罪の成立を認めることには、「給付の現実性の欠如」という見地から疑問の余地があると指摘し、証書自体の移転を捉えて1項詐欺罪に問うべきだとする<sup>(55)</sup>のである。しかし、法益侵害の実質をなす「給付を受け得る地位」（被害者からみれば「給付負担の可能性」）に現実性がないことを認めながら、物の移転という外形的事実をもって詐欺（既遂）罪の成立を認めることは、法益侵害の実体<sup>(56)</sup>のない侵害犯を認めるものではないだろうか。<sup>(57)</sup>

法教369号（2011年）134頁、松原・前掲注（27）245頁等。

(53) 山口・前掲注（25）275頁。

(54) 松宮・前掲注（47）231頁以下。もっとも、同・前掲注（46）248頁注29は、財物としての保険証書が詐取されている以上、罪名は財物詐欺罪でも差し支えないとする。

(55) 山口・前掲注（6）136頁も参照。

(56) 物の物理的移転の惹起が財物奪取罪の必要条件であることは、いうまでもない。内海朋子「預貯金の払い戻しを受けうる地位は財産上の利益たりうるか」横国21巻3号（2013年）242頁は、東京高判平成21年・前掲注（50）の事案について、暴行・脅迫を用いて被害者から暗証番号を聞き出す行為は、占有を確保しつつあるキャッシュカードの財産的価値を高めるための行為だとして、1項強盗罪の成立を認める。しかし、物の移転を伴わず「利益」のみを移転させる行為を財物奪取罪に問うことには、罪刑法定主義上の疑義がある（金澤真理「財産上の利益に対する刑法的保護に関する一考察」『川端博先生古稀記念論文集 下巻』（2014年）110頁参照）。

(57) そもそも、物の移転と法益侵害の実体とを切り離すことは、個別財産の喪失そ



こうして、保険証券の不正取得のように、行為者による文書取得の効果として財産の給付可能性が生じる場合には、物の移転という外形を捉えて 1 項犯罪とするのではなく、法益侵害性を基礎づける実質的利益の移転・喪失が 2 項犯罪としての水準を充たしているかを検討すべきである<sup>(58)</sup>。

このような考え方からは、例えば、鉄道の窓口で駅員を欺いて乗車券の交付を受ける場合にも、乗車券の交付によって生じるサービスの提供義務を根拠に財産的損害を認めて、1 項詐欺罪の成立を認めることはできないことになる。ここでも、2 項詐欺罪の成否を問題としたうえで、サービス提供に財産上の利益の移転を認め得るか、仮に認め得るとして「ただ乗り」が財産罪の不法を構成し得るか（後述六 2）といった点が検討されるべきである。乗車券という「物」の移転があることを理由に、それらの検討を不要とすべきではない<sup>(59)</sup>。

近年の最高裁判例で 1 項詐欺罪の成立が認められている預金通帳の不正取得についても、同様のことがいえる。通帳の効用（預金の預け入れや払い戻しができること）は、銀行側が享受し得ないものであり、銀行にとっての財物性を基礎づけ得ない<sup>(60)</sup>。したがって、通帳の喪失は、銀行にとっては法益侵害とならないから、これを 1 項詐欺罪に問うことは（六 1 で述べ

のものに法益侵害の実質を求める論者の考え方（山口・前掲注（25）270頁）に反するように思われる。

(58) 自動発行機に虚偽の情報を入力して保険証券の発行を受けるような事案が仮に想定し得るとすれば、電子計算機使用詐欺罪（246条の 2）の問題となる。

(59) 航空機の搭乗券の不正取得（最決平成 22 年 7 月 29 日刑集 64 巻 5 号 829 頁）についても、2 項詐欺罪の成否が問われるべきである。

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

(61) 最決平成 14 年・前掲注（60）参照。

(62) 最決平成 14 年・前掲注（60）によって破棄された福岡高判平成 13 年 6 月 25 日（刑集 56 巻 8 号 686 頁参照）は、詐欺罪の成立を否定するに際して、「預金通帳は、……口座開設に伴い当然に交付される証明書類似の書類にすぎないものであって、銀行との関係においては独立して財産的価値を問題にすべきものとはいえない」（傍点引用者）と判示していた。



る交付費用を根拠とするのでない限り）できないと考えられる。ここでも、2項詐欺罪の成否を問題としたうえで、「利益移転」が認められるかどうか<sup>(63)</sup>が検討されるべきである。

## 2. 積極的価値と消極的価値

価値ある物の「喪失」が財物罪の法益侵害の内容をなすという本稿の考え方からは、財物性を基礎づけ得る価値の内容にも、限定がかかることになる。

物の価値は、効用を意味する積極的価値<sup>(64)</sup>と、悪用防止の関心を意味する消極的価値<sup>(65)</sup>とに分類される。積極的価値が財物性を基礎づけることに異論はないが、消極的価値が財物性を基礎づけ得るかについては、争いがある。判例には、財物性を認める根拠として消極的価値を挙げるもの<sup>(66)</sup>がある。学説でも、消極的価値によって財物性を基礎づけることを認めるもの<sup>(67)</sup>が少なくない。

(63) 松原・前掲注(27)280頁は、1項詐欺罪の成否を論じる文脈で、銀行に生じるリスクと行為者の得た地位との間には実質的な同一性がないことから、財産移転は認められないとする。この考え方からは、2項詐欺罪の成立も否定されることになる。

(64) 積極的価値のうち、財物性を基礎づけ得るのは交換価値のみだとする見解もあるが(石川才頭「財物概念の再構成」植松博士還暦祝賀『刑法と科学 法律編』(1971年)557頁以下)、学説のほとんどは、使用価値(主観的なものも含む)も財物性を基礎づけ得ると解している。

(65) 前述の保険証書等も、発行者からみれば「根拠のない給付義務を負うことの防止」という消極的価値を有しているとみることもできる。

(66) 東京地判昭和39年7月31日下刑集6巻7=8号891頁〔失効した運転免許証。もともと、犯行当時免許証は有効であったと認定されている〕。積極的価値と並んで消極的価値を指摘するものとして、東京高判昭和63年12月20日判時1302号86頁〔米軍の技術指示書〕。入試問題用紙に財物性を認めた前掲東京高判昭和56年8月25日(四1)の原審である東京地判昭和56年1月26日(公刊物未登載。判タ455号158頁以下に抄録)は、問題用紙が「入学試験の公正を担保するため高度の機密を化体する文書として特に厳重な管理下におかれていたもの」であること指摘している。

しかし、価値ある物（財物）の喪失を法益侵害とする財物罪において、価値は、物の「存在」によって基礎づけられる。これに対し消極的価値は、物の「不存在（悪用者の支配下に存在しないこと）」によって基礎づけられるものであり、物の喪失によって損なわれることもあり得ない<sup>(68)</sup>（消極的価値しかない物を毀棄しても、損害は生じない<sup>(69)</sup>。「物が存在することの利益」と「物が存在しないことの利益」という異質な利益を同一の処罰規定で保護しようとするのは、刑法が保護法益やその侵害態様によって犯罪を類型化している趣旨に反するようと思われる。また、財物奪取罪の保護法益である財物の占有<sup>(70)</sup>は、権利者の利用可能性の確保のために保護されるものであるところ、消極的価値は、権利者が物を利用することによってではなく、（悪用意思を持った）他者が利用しないことによって実現されるものであり、奪取罪の保護対象とはなり得ない<sup>(71)</sup>。

(67) 最近のものでは、船山泰範「財物の意義」西田典之ほか編『刑法の争点』（2007年）159頁、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（2015年）103頁以下、井田良『講義刑法学・各論』（2016年）188頁、橋本正博『刑法各論』（2017年）176頁、西田〔橋爪補訂〕・前掲注（25）155頁等。

(68) そもそも、物の不存在によって基礎づけられる利益を「物の価値」と呼ぶことができるかも、疑問である。

(69) 消極的価値しかない物は、毀棄罪の客体にはならないが、領得罪の客体にはなり得るとする見解（山口・前掲注（9）31頁以下。島田聡一郎「議論のまとめ」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』（2007年）223頁も参照）もあるが、領得罪と毀棄罪との区別基準を利用処分意思の有無に求め、両類型の法益侵害内容を同一だと解する限り、毀棄罪の対象とならない法益侵害が領得罪の対象となり得るかは疑問である。なお、中森喜彦「不法領得の意思」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第5巻』（1993年）95頁は、利用処分意思を違法要素と位置づけるが、これは、一般予防の必要性（規範違反の程度）を違法要素とする立場からの説明であり、法益侵害の内容が毀棄罪と領得罪とで異なるという主張ではない。

(70) 占有説と本権説との対立は、保護に値する占有の範囲をめぐる対立に過ぎない（松原・前掲注（27）174頁以下参照。佐伯仁志「財産犯の保護法益」法教364号（2011年）104頁以下も参照）。

(71) 占有が排他的利用可能性を基礎づけるものであることに着目すれば、他者の利用を排除することによって実現される消極的価値も、奪取罪の保護対象に含まれるようにも思える。しかし、排他性は、他者の利用によって権利者の利用が妨げられ

悪用防止という利益によって財物性を基礎づけ、財物罪を適用すれば、実質的な犯罪準備行為を財物罪の既遂として処罰することになる。<sup>(72)</sup>「悪用」の内容をなす犯罪が、財物罪よりも法定刑の軽いものである場合には、準備行為の方がかえって重く処罰される可能性もある。また、「悪用」がそれ自体としては犯罪を構成しない場合には、刑法が本来処罰を断念している行為を、財物罪の規定を用いて処罰することになってしまう。

他方、消極的価値しかない物を移転しても、「価値の移転」は生じない。被害者側の消極的価値の侵害（悪用のリスクが生じたこと）と行為者側の効用取得とは別個の事象であるし、前者が後者を「生み出している」<sup>(73)</sup>ともいえないからである。利益罪の客体である財産上の利益については「移転性」<sup>(74)</sup>を厳格に要求する論者が、財物性の基礎づけに関しては消極的価値の援用を認めるのは、<sup>(75)</sup>「物」の物理的移転さえあれば、財物罪としての実質を備えているという考えに基づくものと思われる。しかし、物の移転・喪失が「価値の移転・喪失」を意味するものでなければ、財物罪としての実体を備えたことにはならない。

こうして、財物性を基礎づけ得るのは、積極的価値に限られると解すべきである。このような考え方からは、財物罪の量刑で消極的価値の侵害を加重根拠<sup>(76)</sup>とすることも、認めるべきではないと思われる。量刑上の考慮を<sup>(77)</sup>

ることを防ぐために要求されるものであり（芥川正洋「窃盗罪における占有」早誌69巻2号（2019年）27頁以下参照）、あくまで積極的価値を権利者が享受するための要請である。

(72) 田中・前掲注(19)122頁、伊藤ほか・前掲注(29)161頁以下〔伊藤〕、松原・前掲注(27)170頁参照。高橋・前掲注(36)216頁は、「悪用した時点で刑法的評価を加えれば足りる場合もあろう」とする。

(73) この点については、後述六1参照。

(74) 山口・前掲注(6)130頁以下。

(75) 山口・前掲注(9)31頁以下、同・前掲注(31)176頁。

(76) 判例は、余罪について、これを実質的に処罰する趣旨での考慮は許されないが、起訴された犯罪の情状を推知するための資料として考慮することは、許されるとしている（最大判昭和41年7月13日刑集20巻6号609頁、最大判昭和42年7月5日刑集21巻6号748頁）。もっとも、財物罪における消極的価値の侵害のように、行

認めれば、結局は、消極的価値の侵害を、財物罪の規定を用いて処罰することになるからである。<sup>(78)</sup> 例えば、キャッシュカードや家の鍵の窃取行為において、不法内容となり得るのは、被害者がそれらの使用価値を喪失したこと（当該キャッシュカードでお金をおろすことができなくなったこと、その鍵で家に入ることができなくなったこと）に限られ、他人に預金を引き出されてしまうリスクや、家に侵入されるリスクは含まれないと解すべきである。それらを量刑事情として処罰対象に取り込めば、刑法が窃盗や住居侵入の処罰の早期化を未遂の限度にとどめている趣旨が、没却されてしまう。また、「預貯金の払い戻しを受け得る地位」<sup>(79)</sup>を客体とする 2 項犯罪が成立するには、「地位」の現実性・具体性が認められなければならないと指摘されているところ、<sup>(80)</sup>量刑事情としての処罰であれば現実性・具体性が不要とされるのは、不当であらう。<sup>(81)</sup>

---

為によって惹起された「損害」を内容とする事情を考慮すれば、実質処罰であるとの評価は免れ難いであろう。

(77) これに対し、小池信太郎「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應ロー7号（2007年）65頁は、消極的価値も財物性を基礎づけ得るという前提に立ったうえで、日記の窃取によるプライバシー侵害も、窃盗罪の保護範囲に含まれる事情として量刑上考慮し得るとしている。

(78) 量刑を通じた間接処罰の問題について、井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（三）」法研55巻12号（1982年）82頁以下参照。

(79) 東京高判平成21年・前掲注（50）参照。

(80) 前掲注（52）に挙げた文献を参照。

(81) この点で、東京高判平成21年・前掲注（50）の事案について、キャッシュカードの移転を捉えて1項強盗罪の成立を認める見解（山口・前掲注（6）138頁等）には疑問がある。東京高裁は、法益侵害の実質を、当該キャッシュカードの効用の喪失ではなく、「自らの預金を被告人によって払い戻されかねないという事実上の不利益」に求めており、そのような不利益は、キャッシュカードという財物の喪失とは別個のものだからである。

## 六 提供コストと法益侵害

### 1. 作出コストと財物性

これまで述べてきたように、財物罪の法益侵害の内容をなすのは、価値ある物の移転・喪失である。もっとも、被害者が物の価値・効用を享受し得ない場合に、常に財物性が否定されるとすれば、不合理な帰結に至る場合がある。例えば、飲食店で店主を欺いて料理を提供させる無銭飲食事例では、料理を「財物」とする1項詐欺罪を認めることに異論はないと思われる。ところが、被害者である店主は、交付によって料理の使用価値を喪失したとはいえない。その料理は、そもそも店主自身が食べるために作られたものではないからである。

たしかに、店主は料理の交換価値を享受し得るから、行為者への交付によって、他の客への交付の機会が失われたと評価し得る場合には、交換価値の喪失を法益侵害として1項詐欺罪の成立を認め得る。しかし、注文を受けてから料理を作るような場合には、当該料理を他の客に提供する可能性はそもそもないので、交換価値の喪失を観念することもできない。この場合に、材料の使用価値・交換価値を喪失した点を法益侵害と捉え、材料の詐取を1項詐欺罪とすることも不可能ではないが、それで損害の実体が

(82) 2項犯罪についてそのような説明をするものとして、小林憲太郎「財産上の利益の周辺」判時2386号（2019年）127頁。

(83) 行為者が代金を支払ってくれることへの期待を前提とした交換価値によって、財物性を基礎づけることはできない。そのような意味での交換価値は、行為者が代金を支払わないことによって実現を阻まれるのであって、交付によって喪失されるものではないからである。そもそも、行為者の欺罔（注文）行為がなければ作られなかったはずの料理について、侵害対象となり得る（欺罔行為がなければ実現し得たであろう）交換価値は、観念し得ない。

(84) このほか、代金の免脱が利益罪を構成する場合もある。しかし、そのためには、代金の免脱と因果関係を有するような欺罔行為や暴行・脅迫が故意に基づいて

評価し尽されているかは疑問である。

この場合、提供された料理に、(被害者である店主からみた)財物性を肯定することはできないのだろうか。証明書の不正取得事例とは異なり、交付者である店主自身が物の使用価値を享受すること(料理を食べること)が、およそ不可能なわけではない。しかし、店主の受けた損害の実質は、そのような使用価値の喪失<sup>(85)</sup>ではない。店主は、価値ある物を生み出すために、材料費等の金銭的コストのほか、料理を完成させるための労働という人的コストをかけている。損害の実質は、そのようなコストにある。たしかに、それは、価値を生み出すためのコストであり、「価値の喪失」と評価することは難しい。しかし、例えば料理の(他の客への提供可能性を前提とする)交換価値も、被害者がコストを「支払って」得たものだとすれば、交換価値の喪失(「骨折り損」になったこと)とそれに先行するコスト(「骨を折った」こと)とは、表裏のものであって、損害としての実体は同一<sup>(86)</sup>だともいえる。前者が財産罪の法益侵害を構成するのであれば、後者も同様だと解すべきではないだろうか。そこでは、財産的価値のある物を生み出すためのコストが損害を基礎づけていることから、「財物(財産的価値のある物)」を客体とする財物罪が予定する不法類型に、なお含まれると思われる。

こうして、価値ある物を生み出すために被害者がコストを負担する場合には、客体の(被害者からみた)財物性を認めるべきである。たしかに、この場合には、被害者が失った価値と行為者が得た価値とが同一ではないため、価値の「移転」を認めることには、疑問も生じ得る。しかし、被害者が負担するコストという「マイナスの価値」が、行為者が享受する「プラスの価値」を生み出していること(コストが、形を変えて価値ある物を作

---

行われる必要があるし、処分行為の存否も問題となる。

(85) 楽器の弾けない職人を欺いて楽器を作らせた場合に、使用価値の喪失がないという理由で財産的損害を否定することは、不当である。

(86) もっとも、無償譲渡された物のように、コストをかけずに交換価値を得る場合もあるから、コストと交換価値の喪失とが常に表裏の関係にあるわけではない。

り出していること)を「価値の移転」と捉えることは、可能ではないだろう<sup>(87)</sup>。この場合、損害は、物の「移転」よりも前の段階ですでに生じている(注文した行為者が料理を食べずに逃走した場合にも、損害は生じる)<sup>(88)</sup>。しかし、被害者の負担したコストは、行為者に価値ある物を移転させるためのものであることから、財物移転(に伴う価値の移転)を内容とする財物罪の不法を、なお構成し得ると考えられる。

もっとも、作出コストが行為者の行為の法益侵害性を基礎づけ得るのは、行為との間に条件関係が認められる場合に限られる。店舗の家賃のように、行為者への交付と無関係に生じるコストは、損害を基礎づけ<sup>(89)</sup>ない。また、店頭で販売されている商品を奪取するような場合にも、その商品を作るコストは行為者の行為によって生じたものではないため、法益侵害性を認める理由にはならない。そこでの法益侵害は、奪取により他の客への販売の機会が失われたという、交換価値の喪失に求められるべきである<sup>(90)</sup>。

このような考え方からは、前述した証明文書の不正取得事例(四2、五1)についても、文書の作成・交付にかかる費用を根拠に、財物性を肯定する余地がある<sup>(91)</sup>。もっとも、そのような費用は、手数料の支払いによって

(87) 木材を繋留するための電線の窃取(最決昭和35年9月9日刑集14巻11号1457頁)等が窃盗罪を構成するように、被害者が失う効用と行為者が得る効用とが同一であることは、価値の移転を認めるうえで必要ではない(同様の指摘として、荒木泰貴「詐欺罪における間接的損害について」慶應ロー37号(2017年)437頁以下)。

(88) この場合、料理の「損壊」に匹敵する当罰性が認められるようにも思えるが、料理が物理的に毀損されたわけではなく、料理自体の効用も害されていないことから、料理に対する器物損壊罪の成立を認めることは困難であろう(材料に対する器物損壊罪の間接正犯を認める余地はある)。

(89) これは、後述の「ただ乗り」が利益罪を構成しないことと同様である。

(90) あらかじめ仕込んでおいた料理を、行為者の注文を受けてから仕上げて提供する場合には、(他の客への提供機会を奪われたという)価値の喪失と、行為者の行為に起因するコストとの両者が合わさって損害を基礎づけるケースも考えられる。

(91) 最決平成14年・前掲注(60)の調査官解説(宮崎英一「判解」最判解刑事篇平成14年度(2005年)244頁)は、預金通帳の財物性を認める根拠の一つとして、冊子としての時価を350円とする1審判決の認定を引いている。



相殺されれば、法益侵害とはならない。<sup>(92)</sup> また、預金通帳の作成・交付に要する費用についても、口座開設によって銀行が受ける利益（預金の運用利益を得られる可能性）によって埋め合わされると考えるならば、法益侵害<sup>(93)</sup>とはならないであろう。

## 2. 役務の移転性

関連する問題として、役務（サービス）が「財産上の利益」として利益罪の客体となり得るかを検討しておきたい。学説では、役務を全て「財産上の利益」と認めると強要罪の多くが恐喝罪になってしまうことから、<sup>(94)</sup> 有償の役務に限って「財産上の利益」と認める見解が主張されている。<sup>(95)</sup> もっとも、有償性が有効な限定基準となり得るかについては、疑問も示されて<sup>(96)</sup>いる。

これに対し、およそ役務は「財産上の利益」には当たらないとしたうえで、対価の免脱を利益罪に問うべきだとする見解も、有力化している。<sup>(97)</sup> しかし、対価を支払うべき債務が行為者に認められるのは、役務が対価を要求し得るものだからである。対価免脱に違法性を認めるためには、役務が有償であることを理由とするほかない。<sup>(98)</sup> それは結局、有償の役務を「財産上の利益」とすることと同じではないだろうか。<sup>(99)</sup> 「利益提供への対価が支

(92) 松原・前掲注(27) 264頁参照。手数料を納めずに旅券を詐取する行為は1項詐欺罪を構成するとの指摘として、佐伯・前掲注(40) 112頁。

(93) 松原・前掲注(27) 280頁参照。

(94) 山口・前掲注(6) 133頁参照。

(95) 曾根威彦「二項犯罪」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第5巻』(1993年) 155頁、中森・前掲注(67) 104頁等。

(96) 町野朔『犯罪各論の現在』(1996年) 127頁以下、小林・前掲注(82) 126頁以下等。

(97) 山口・前掲注(10) 6頁、松原・前掲注(27) 174頁等。

(98) 「有償性」が民法上の裏付けを要するかについては、議論の余地がある(佐伯・前掲注(52) 136頁参照)。

(99) なお、小林・前掲注(82) 126頁は、寄付金詐欺が1項犯罪を構成することを挙げて、客体の有償性は詐欺罪の成立要件ではなく、処罰限定原理にはならないと



払われな<sup>(100)</sup>いこと」と「対価の支払われな<sup>(100)</sup>い利益提供がなされること」は、同一の法益侵害であり、前者を財産罪の不法内容と認めながら、後者を認めないことは、一貫性を欠くように思われる。

役務は「財産上の利益」に含まれないとする論者は、役務には移転性がないという点を根拠に挙げる。役務自体は、提供によって被害者から失われるものではないというのである。これは、財産上の利益について厳密な移転性を不要とする立場からも、その根拠として援用されることがある。<sup>(102)</sup>

たしかに、被害者の失った利益と行為者の得た利益とは、同一のものではない。被害者が受けた損害の実質は、役務の効用の喪失ではなく、役務の提供に要したコストである。しかし、すでに述べたように、財物罪においても、被害者が失った効用と行為者が得た効用とが同一であることは、必ずしも要求されない。無銭飲食事例の被害者が受けた損害の実質は、料理の使用価値の喪失ではない。それでも、被害者がかけたコストが行為者の享受する使用価値を生み出していることを捉えて、価値の「移転」を認め得るのだとすれば、役務の提供に要するコストが行為者の享受する便益を生み出している（コストが形を変えて便益を作り出している）点に利益の「移転」を認めることは、可能ではないだろうか。<sup>(103)</sup>

もっとも、利益の移転が認められるのは、行為者の行為と被害者のコストの間に条件関係がある場合に限られる。例えば、駅員を欺罔して電車にただ乗りしたような場合には、仮に行為者の行為がなかったとしても同じ

---

する。しかし、寄付とは、本来対価を要求し得る（と交付者が考えている）財産を社会的目的のために対価なく提供するものであるから、客体の属性としての有償性は備えていると考えるべきではないだろうか。

(100) 財産の奪取行為とそれに対する対価の免脱行為とが包括一罪となる（最決昭和61年11月18日刑集40巻7号523頁）のも、そのためである。

(101) 町野・前掲注(96)132頁以下、松原・前掲注(27)174頁、小林・前掲注(82)126頁等。

(102) 東京高判平成21年・前掲注(50)等。

(103) 役務について移転性を認めるものとして、佐伯仁志「財産上の利益」西田典之ほか編『刑法の争点〔第3版〕』（2000年）157頁、田山・前掲注(8)21頁。

コストが生じていたといえるのであるから、行為者の利益に対応した損害は生じておらず、利益移転は認められ<sup>(104)</sup>ない。ここでは、他の客への提供機会が失われたという意味での、「交換価値」の喪失が認められる限りで、<sup>(105)</sup>法益侵害性が肯定される。

役務の提供において法益侵害を基礎づけているのは、被害者（提供者）に生じたコストである。したがって、行為者（提供を受ける側）に生じる利益がいくら大きくても、提供に要するコストが軽微である場合には、可罰的違法性が否定される。例えば、著名な芸能人を欺罔して行為者所有の色紙にサインをしてもらうような場合、サインに要するコストがごく軽微なものであるならば、たとえそのサイン入り色紙が高値で売れることにな<sup>(106)</sup>るとしても、2項詐欺罪には該当しないと解すべきである。

## 七 権利者排除意思と価値の喪失・減少

判例・通説は、占有移転を内容とする奪取罪について、不文の要件として不法領得の意思を要求<sup>(107)</sup>する。不法領得の意思のうち、不可罰な一時使用との限界を画するのが、権利者排除意思である。

権利者排除意思は、奪取（占有移転）行為の可罰的違法性を基礎づけるために、奪取後の法益侵害の危険を、奪取時の意思内容として要件化した<sup>(108)</sup>ものである。そこで要求される危険とは、奪取行為による法益侵害の深化

(104) 山口・前掲注(10) 5頁、同・前掲注(6) 132頁以下、小林・前掲注(82) 125頁参照。

(105) 小林・前掲注(82) 127頁参照。

(106) たしかに、その芸能人のサインに価値が認められるのは、当人がその地位を得るまでにかけた多大なコストがあつてのことである。しかし、そのようなコストは、行為者の欺罔行為とは無関係に生じているものであるから、行為の法益侵害性を基礎づけ得ない。行為者は、当該芸能人の長年の努力に「ただ乗り」したに過ぎない。

(107) 不法領得の意思の定義については、最判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁参照。

を内容とするものであるから、奪取行為と同様の侵害構造を有している必要がある。奪取行為の予定する法益侵害が、物の喪失に内在する価値の喪失であるならば、権利者排除意思の内容をなす危険も、物の喪失可能性に内在する価値の喪失可能性を内容とするものでなければならぬ<sup>(109)</sup>。

判例には、景品と交換する目的でパチンコ玉を窃取する行為（最決昭和31年8月22日刑集10巻8号1260頁）や購入品の返品を装って代金相当額の交付を受ける目的で商品を窃取する行為（大阪地判昭和63年12月22日判タ707号267頁）<sup>(110)</sup>について、権利者排除意思を認めたものがある。しかし、これらの事案における危険の實質は、本来不要な財産交付（景品の提供や「返金」）を行ってしまうことであり、客体そのものの利用可能性が害されるわけではない<sup>(111)</sup>。窃取の客体とは異なる財産への危険によって、窃取行為の可罰的違法性を基礎づけることはできない<sup>(112)</sup>。これらの事例では、景品や代

(108) 佐伯仁志「不法領得の意思」法教366号（2011年）79頁等参照。

(109) 区役所で希望者に閲覧が許されていた住民基本台帳閲覧用マイクロフィルムを、閲覧のためとして正規の手続で借り出したうえ、複製目的で短時間持ち出した行為について、札幌地判平成5年6月28日判タ838号268頁は、「管理権を有する各区长が私人による所定の閲覧場所からの持出しや複写を容認しないことは明らか」であること等を指摘して、権利者排除意思を認めている。しかし、短時間の持ち出し・複写によってマイクロフィルムの価値が失われたり、減少したりするわけではない（山口・前掲注（25）195頁注18参照）。管理者の意思に反した不正な使用を意図していたことだけで、権利者排除意思を認めることには、疑問がある（松原・前掲注（9）59頁参照）。

(110) 塩見淳『刑法の道しるべ』（2015年）174頁は、これらの事例では行為者がパチンコ玉や商品の効用を享受する意思を有していることを理由に、領得意思を認める。しかし、権利者排除意思と効用享受意思（利用処分意思）とは相互独立の要件であり、前者の不存在を後者によって埋め合わせることはできない。

(111) 今井ほか・前掲注（33）156頁〔小林憲太郎〕、松原・前掲注（27）214頁参照。山口・前掲注（31）200頁以下は、これらの事例を、価値の消耗を伴う利用の意思が認められる事例と位置づける（深町・前掲注（45）75頁も参照）が、客体の使用価値や交換価値の減少は認め難いだろう。

(112) 西田〔橋爪補訂〕・前掲注（25）175頁は、権利者にさらなる損害を与えるような目的があれば権利者排除意思を認め得るとしている。

(113) 伊東研祐「判批」平成23年度重判解（2012年）158頁は、東京高判平成21年・

金相当額の詐取がなされた段階で 1 項詐欺罪の成立を認めるにとどめるべきである。

これに対し、学説には、これらの事例の客体には「景品を取得できる正当な地位」や「返品・交換を受けるべき地位」を証明する手段としての機能があり、不正利用によってそれらの機能が害されるとして、不正利用の意思を権利者排除意思と認める見解もある。しかし、「不正に利用すること」は、「正しい利用を妨げること」を必ずしも意味しない<sup>(115)</sup>。不正利用によって正しい利用の機会が奪われるという特別な事情がない限り、二つの利用方法は両立するから、正当な証明手段としての機能が害されるとは評価し難い。これらの事例で害されるのは、「不正な証明手段として利用されないこと」という消極的価値に過ぎない<sup>(117)</sup>。

---

前掲注(50)に対する論評の中で、キャッシュカードの奪取における不法領得の意思には、カードをATMで使用することも含まれると指摘する。しかし、キャッシュカードを預金引き出しのための「鍵」と捉えるならば(四條北斗「銀行預金に対する侵害と財産犯成否の一断面」大阪経大論集65巻1号(2014年)167頁参照)、金庫の鍵を窃取したうえで金庫を開けて中身を盗んでも鍵の効用を侵害したことにはならないのと同様に、ATMで預金を引き出すことを、カードの効用侵害と評価することはできない。カードがATMで使用されるという危険は、カードの利用可能性の危殆化ではなく、不正な引き出しの防止という「消極的価値」への危険に過ぎないから、(利用処分意思はともかく)権利者排除意思を基礎づけることはできない。

- (114) 橋爪隆「窃盗罪における不法領得の意思について」法教428号(2016年)78頁。類似の見解として、和田俊憲「財物罪における所有権保護と所有権侵害」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』(2007年)195頁。
- (115) 例えば、犯罪目的で自転車をういたからといって、正しい目的での利用を妨げたことにはならない(住居侵入・強姦目的での自転車の一時使用について権利者排除意思を否定したものとして、京都地判昭和51年12月17日判時847号112頁)。
- (116) 橋爪・前掲注(114)78頁注14は、穴沢大輔「不法領得の意思について」刑法55巻2号(2016年)107頁が、景品と交換するまでの間パチンコ玉を店の営業に利用できない点を捉えて権利者排除意思を肯定するのに対し、「このレベルの利用可能性侵害によって排除意思を肯定することは困難であろう」と指摘している。
- (117) 橋爪・前掲注(114)79頁は、物の「消極的効用」を損なう意思がある場合にも、権利者排除意思を認め得るとしている。

他方、新薬開発の資料を無断複製目的で窃取した事案について窃盗罪の成立を認めた東京地判昭和59年6月28日（刑月16巻5＝6号476頁<sup>(118)</sup>）は、「本件ファイルが権利者に返還されるとしても、同様のものが他に存在することにより、権利者の独占的・排他的利用は阻害され、本件ファイルの財物としての価値は大きく減耗する」と指摘しており、客体そのものの価値の減少を、権利者排除意思を認める根拠としている<sup>(119)</sup>。しかし、そこで認められる価値の減少は、被害者以外の者が情報を利用できるようになることの結果として生じるものであり、被害者が物の占有（物に対する支配）を喪失していることによって生じるものではない（そのような意味での価値の減少は、占有回復後にも生じ得るものである<sup>(120)</sup>一方で、毀棄目的での窃取によつては生じ得ないものである<sup>(121)</sup>）。ここで違法性を基礎づけているのは、物の喪失可能性とは別個に生じる利益の喪失可能性であつて、財物の窃取に<sup>(122)</sup>内在する法益侵害の深化とは評価し難い<sup>(123)</sup>。

これに対し、消耗品を使用後に返還する意思や、自動車を長時間使用した後<sup>(124)</sup>に返還する意思のように、物自体の消耗を内容とする意思について

(118) 東京地判昭和59年6月15日刑月16巻5＝6号459頁も参照。

(119) 批判的検討として、荒川雅行「情報と財産犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座第5巻』（1993年）39頁以下、今井猛嘉「刑法における情報の保護」西田典之ほか編『刑法の争点』（2007年）162頁、今井ほか・前掲注（33）157頁〔小林〕、松原・前掲注（9）57頁以下等。

(120) 山口・前掲注（30）120頁参照。

(121) もっとも、毀棄目的での窃取では、利用処分意思が否定されるため、いずれにせよ不法領得の意思は否定される。

(122) なお、行為者（およびその関係者）が情報によって利益を得ることと、被害者が損害を受けることとは、異なる事象であつて、対応関係を欠くことから、「利益移転」を認めることにも疑問が残る（情報に移転性がないことを理由に、2項犯罪の成立も否定するものとして、松原・前掲注（9）60頁、今井ほか・前掲注（33）157頁〔小林〕）。

(123) 林陽一「財産的情報の刑法的保護」刑法30巻1号（1989年）16頁以下は、「財物罪であることを一貫するならば、『その物』自体の利用・処分の可能性のみに注目すべき」だとして、複製目的に権利者排除意思を認めることに疑問を示す。

(124) 最決昭和55年10月30日刑集34巻5号357頁。

は、価値の減少が物に対する被害者の支配の部分的な喪失に内在するものであることから、権利者排除意思を認めることができる。

## 八 おわりに

従来、財産罪の客体（特に「物」）の価値が論じられる際には、法益侵害との結び付きが必ずしも十分に意識されてこなかったように思われる。しかし、客体の価値は、領得・毀棄行為の法益侵害性を基礎づけるものであるから、被害者にとっての効用を内容とするものでなければならない。被害者以外の者からみた価値は、法益侵害を基礎づけ得ない。

また、刑法が、客体の移転・喪失を財産罪（個別財産に対する罪）の不法内容としている以上、法益侵害の実質は、客体の移転・喪失に内在するものでなければならない。物の移転・喪失という外形的事実と、それとは別個に生じる法益侵害（リスク）との「合わせ技」によって、財物罪の成立を認めることは、財物罪が予定する不法類型から外れた事実をその処罰対象に取り込むものであって、罪刑法定主義ないし刑法の断片性の観点から、疑問がある<sup>(125)</sup>。

このような観点から、本稿では、財産罪の法益侵害は、①価値（被害者にとっての価値）ある客体の喪失、または②価値（行為者にとっての価値）ある客体の提供にかかるコストによって基礎づけられなければならないと考えた。このような法益侵害の構造は、権利者排除意思の内容をも規定する<sup>(126)</sup>。

(125) なお、学説には、財産移転後の別個の意思決定によって初めて現実化する損害は、詐欺罪の財産的損害を構成しないとする見解もあり（荒木・前掲注（87）428頁以下）、財産移転罪の処罰範囲を限定する試みとして、注目される。もっとも、本稿の主張は、たとえ物の移転それ自体によって損害が現実化する場合であっても、それが被害者側の物の「喪失」ではなく行為者側の物の「取得」によって基礎づけられるものである限り、財物罪の不法内容とはならないというものである。

(126) もっとも、作出コストの内容は、財物移転以前に確定するから、財物移転（奪

---

取) 後の利用態様は、行為の法益侵害性に影響しない（例えば、提供された料理に一切手を付けずに「返還」したとしても、被害者に生じたコストを無かったことにはできないから、法益侵害性が認められる）。したがって、②の類型では、権利者排除意思は常に認められることになる。

