

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は挙動による欺罔行為は作為と捉えているか。不作為と捉えているか。
2. 検察側は財産的損害を判断するにあたってどのようなことを考慮にいれるのか。
3. 検察側は本問の検討において財産上の損害を考慮していない。詐欺罪は財産犯であるにもかかわらず、これを考慮しないことには何か理由があるのか。

10 II. 学説の検討

1. 挙動による欺罔について

ア説(詐欺罪否定説)

検察側と同様の理由によりア説は採用しない。

イ説(詐欺罪肯定説)

- 15 商取引は一定の駆け引きやはったりなど、ある程度の欺罔による危険を含みつつ存在するため¹、真実を述べないという行為を挙動による欺罔行為に該当させた場合、取引の自由を害する恐れがある。また、行為者にはすべての事実を伝えるという義務はなく、相手方もすべての事情の真偽を確認することは現実的ではないため、一切の挙動について欺罔行為にあたるか否かを考えるべきではないと考える。

- 20 よって、弁護側はイ説を採用しない。

ウ説(詐欺罪条件付肯定説)

ウ説は挙動による欺罔行為が肯定されるのは、当該の事項が取引上特に重要であり、いわば「言うまでもないこと」として認識されている場合に限られるとする説²。

- 25 例えばホテルの宿泊の申込みは、日常的に反復される定期的な行為である場合であることから、申込み自体に代金支払意思の表明と同様の社会的意味が認められるため、申込みという挙動が欺罔行為と評価可能である³。つまり、申込みをすることは後に代金を支払うということを当然に包含しているので、虚偽の事実を伝えたといえるということである。反対に、ある行為を行う際に単に真実を隠すことは、虚偽の事実を伝えたことと当然に結びつくとは言えない。したがって、このような場合には欺罔行為と評価することができない。

- 30 よって、弁護側はウ説を採用する。

2. 財産的損害について

B説(全体財産喪失説)

¹ 須之内克彦『刑法概説各論』(成文堂,2014年)156頁。

² 井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣,2016年)261頁。

³ 今井猛嘉ほか『刑法各論第2版』(有斐閣,2013年)191頁。

詐欺罪は全体財産に対する犯罪ではなく、個別財産に対する犯罪のため、犯罪の成立に全体財産の減少を求めるのは適切ではない。

よって、弁護側はB説を採用しない。

α-2 説(実質的個別財産説)

- 5 本説では個別財産の減少について、事案や規範意識の変化に応じる余地を残すべきとするが、事案ごとに財産上の損害を考慮するのは画一的な判断に失する。また、相当な対価を支払いは詐欺の手段の一種であるため、このような事情の有無を実質性の判断にすることは妥当ではない⁴。

よって、弁護側はα-2説を採用しない。

10 α-1 説(形式的個別財産説)

欺かれなければ被欺罔者は財物を交付しなかったのであろうから、交付そのものが財産的損害と評価できる⁵。また、その交付した物を使用・収益・処分する利益を失っている。この個々の財産的利益を失ったことが財産上の損害と評価することができる⁶。

よって、弁護側はα-1説を採用する。

15

III. 本問の検討

第1. 甲の罪責

1. A 倶楽部に対し施設利用を暴力団員であることを秘してビジター利用を申し込んだ行為について詐欺利得罪(刑法 246 条 2 項)が成立するか。

- 20 (2)「人を欺く行為とは、処罰範囲限定の観点から、交付判断の基礎となる重要な事項について作為又は不作为により偽ることをいう。

まず、施設利用申込みという挙動をもって暴力団関係者でないことを黙示的に表示したといえるか。

- 25 通常、氏名を含む所定事項を偽りなく記入した『ビジター受付表』等をフロント係の従業員に提出して施設利用を申し込む行為自体は、申込者が当該施設を通常の方法で利用し、利用後に所定の料金を支払う旨の意思を表すものであり、暴力団関係者でないという表示までは含まれていない。

- 30 しかし、当該施設が暴力団関係者に利用させないように積極的に策を講じており、一般的にみて、暴力団関係者は施設利用を拒絶されていることがわかる場合には、例外的に施設の申し込みが暴力団関係者でないという表示も黙示的に含まれていると考える。

本件において、たしかに A 倶楽部は、ゴルフ場利用細則または約款で暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨規定し、クラブハウス出入口に「暴力団関係者の立ち入りプレーはお断りします」などと記載された立看板を設置するなどして、暴力団関係者による施設利用を拒

⁴ 大谷實『刑法講義各論(新版第4版補訂版)』(成文堂,2015年)270頁。

⁵ 大塚仁『刑法概説(各論)[第三版増補版]』(有斐閣,2005年)255頁

⁶ 福田平『全訂 刑法各論[第三版増補]』(有斐閣,2002年)250頁。

絶する意向を示していたため、A 倶楽部施設利用の申し込む行為は、暴力団関係者ではないという意思表示も含むとも思える。

しかし、立て看板は設置してあるものの、甲のビジター受付をする際に、暴力団関係者でないことを誓約させる措置は講じられることはなく、暴力団関係者でないかを従業員が確認したり、甲が自ら暴力団関係者でない旨の虚偽の供述をしたりするといったこともなかった。立て看板だけでは暴力団関係者の入店を拒絶する旨の表示を入店時に見落とす可能性も十分考えられる上に店員からの確認や、誓約書の記入がないことから、一般的に見て利用客が、A 倶楽部が暴力団関係者を排除していると判別することはできない。

(3) よって甲の申し込み行為は挙動による欺罔と言えない。

10 (4) 仮に甲の行為が挙動による欺罔にあたる場合、これは交付行為に向けられた重要事項を偽る行為といえるのか。

確かに甲は自己が暴力団員であることを隠しており、A 倶楽部はこれを知ればゴルフ場利用細則または約款により暴力団の利用を拒絶すると考えられる。しかし、A 倶楽部は利用客が暴力団関係者か否かを尋ねることはなく、確認することもなかった。ゴルフ利用に際しては利用料金が支払われることが重要な関心事だと考えられるので、甲の行為は重要な事項を偽ったとはいえず、欺罔行為にもあたらない。

(5) 仮に甲の行為が欺罔行為にあたる場合、詐欺罪に必要な他の要件は充足したといえるか。

A 倶楽部は甲が暴力団員であることは知らず、これは錯誤といえる。また、この錯誤に基づきゴルフ場の利用を認めており、錯誤に基づく交付行為があったといえる。

20 甲にゴルフ場の利用を許可したことは財産上の損害といえるか。弁護側は α-1 説を採用して判断する。A 倶楽部は、利用客が暴力団関係者かどうか確認することはなかった。また、周辺のゴルフ場では、暴力団関係者の利用を黙認していたことから、A 倶楽部も他のゴルフ場と同様に暴力団関係者であっても、利用料金を支払ってもらえさえすれば利用を許可した可能性は十分に考えられる。また、ゴルフ場の利用を許可することに対しては、物ではないため使用・収益・処分する利益を失ったともいえない。よって、ゴルフ場の利用の許可は財産上の損害とはいえない。

(6) すべての要件を満たし、一連の行為には因果関係があると仮定する。

(7) 「故意(38条1項本文)」とは構成要件該当事実の認識・認容をいい、甲は上記の事実を認識していたと考えられるため、「故意」があるといえる。

30 (8) もっとも、甲は本件行為が詐欺にあたるとは考えていなかったため、詐欺についての責任を負わないのではないか。

責任とはその者に対する非難可能性をさす。そのため、行為者に非難可能性がなければその者に対して刑罰を科すことはできないと考える。具体的には自らの行為について違法性の意識の可能性すらない場合を指す。

35 甲は暴力団関係者の利用が禁止とされているゴルフ場で、何度もゴルフ利用をしており、今回についても特段自らの行為が違法であるという認識をなかったと考えられる。また、そ

の意識の可能性がなかった。

よって、甲に対して非難可能性はなく責任を負わせることはできない。

(9) したがって、詐欺利得罪は成立しない。

2. 甲が B クラブを利用した行為について詐欺利得罪が成立するか。

- 5 甲は B クラブ使用にあたって、B クラブ従業員と対峙していないため、欺罔行為を観念できない。また、B クラブも A 倶楽部と同様の暴力団関係者に対する対策をしていた点に鑑みれば、A 倶楽部に対する行為と同様に挙動による欺罔行為もないと考える。したがって、詐欺利得罪は成立しない。

第 2. 乙の罪責

- 10 1(1) 乙が B クラブで会員申込みをした行為に詐欺利得罪が成立するか。

(2) 乙は暴力団員と交友関係がないと誓約書等で述べている。確かに B クラブは乙が暴力団等と関わりがあれば会員となることを認めなかったと考えられるため、重要な事項を偽ったといえる。しかしながら、会員となったのみではゴルフ場が利用できるという利益の移転はまだなされないため、交付行為に向けられた行為とはいえない。したがって、暴力団等

- 15 と交友関係がないと述べた行為は欺罔行為といえない。

(3) したがって、詐欺利得罪は成立しない。

2(1) 乙が甲らのために B クラブの事前予約をした行為に詐欺利得罪が成立するか。

- (2) 事前申し込みはその後、ゴルフ場を利用するという事に直接関連しているため、交付行為に向けられた行為といえる。また、乙は氏名を交錯させ実際の利用者が分からないよう
- 20 な状態にしているため、B クラブを偽っているといえる。しかし、B クラブは利用者の身分を確認するような措置はとっておらず、たとえ名前が分かっても暴力団関係者であるかを確認することはないので、名前が真正であるかどうかはゴルフ場の利用許可をするという交付行為において、重要な事項とはいえない。よって、事前予約した行為は欺罔行為にあたらない。

- 25 (3) したがって、詐欺利得罪は成立しない。

IV. 結論

甲及び乙の行為には犯罪は成立しない。

以上