

## I. 事実の概要

① 令和元年 8 月 14 日、甲は暴力団員であったが、A 倶楽部のフロントで「ビジター受付表」に氏名、住所、電話番号等を偽りなく記入し、施設利用を申し込んだ。受付表に暴力団関係者であるか否かを確認する欄はなく、その他暴力団関係者でないことを誓約させる措置は講じられていなかったし、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するといったこともなかった。甲は施設利用後、利用料金等を支払った。同倶楽部は、ビジター利用客のみによる施設利用を認めていた。

② B クラブでは暴力団員及びその交友関係者の入会を認めておらず、利用約款でも、暴力団員の入場及び施設利用を禁止していた。同年 8 月 27 日、弁護士である乙は入会審査申請の際「暴力団または暴力団員との交友関係がありますか」というアンケートに「ない」と回答し、「私は、暴力団等とは一切関係ありません。また、暴力団関係者等を同伴・紹介して貴クラブに迷惑をかけるようなことはいたしません」と書かれた誓約書に署名押印して提出し、会員となった。

③ そして同年 9 月 16 日、会員となった乙は B クラブに電話で予約をし、組み合わせ人数を調整するため、甲らを誘った。そして、乙は事前予約の際に B クラブで用意していた「予約承り書」の「組み合わせ表」欄に氏名を交錯させるなどして乱雑に書き込んだ上、従業員に「ご署名簿」への代筆を依頼するといった異例な方法を取り、同伴者に暴力団関係者はいない旨を従業員に信じさせて施設利用を許諾させた。なお、乙は申込みの際、同クラブの従業員から改めて同伴者に暴力団関係者がいないか確認されず、自ら同伴者に暴力団関係者がいない旨虚偽の申告もしなかった。

④ 他方、乙に誘われた甲は妻と共に同クラブに到着後フロントによらず、直接練習場に向かって練習を始め、乙に施設利用の申し込みを任せ、その利用料金等は乙がクレジットカードで清算した。

⑤ A 倶楽部及び B クラブは、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絶する意向を示していた。しかし、それ以上に利用客に対して暴力団関係者でないことを確認する措置は講じていなかった。また、同様の立看板等を設置している他のゴルフ場において、暴力団関係者の施設利用を黙認する例が多数あり、甲らも同様の経験をしていた。

暴力団員甲、弁護士乙のそれぞれの罪責について検討せよ。なお、その際、参考判例の 2 項詐欺罪の成否について、意識しながら検討せよ。

参考判例:

①最高裁平成 26 年 3 月 28 日第二小法廷判決

刑集 68 卷 3 号 582 頁、判時 2244 号 121 頁、判タ 1409 号 136 頁。

②最高裁平成 26 年 3 月 28 日第二小法廷判決

刑集 68 卷 3 号 646 頁、判時 2244 号 126 頁、判タ 1409 号 143 頁。

## II. 問題の所在

甲及び乙は暴力団関係者の利用を拒否するための措置を講じている A 倶楽部及び B クラブに対し利用の申し込みをし、利用している。その申し込みの際に暴力団関係者である旨示していないが、これについていわゆる挙動による欺罔行為にあたるか。

### Ⅲ. 学説の状況

#### 1. 挙動による欺罔について

##### ア説(詐欺罪否定説)

挙動による欺罔行為での詐欺罪の成立を否定する説。

##### イ説(詐欺罪肯定説)

挙動による欺罔行為に実行行為性を認め、詐欺罪成立を肯定する説。

#### 2. 財産的損害について

##### α 説(個別財産喪失説)

##### α-1 説(形式的個別財産説)

詐欺罪の法益侵害について、個々の占有ないし財産上の利益の喪失であるとする説。

##### α-2 説(実質的個別財産説)

詐欺罪が財産犯である以上、実質的な財産上の損害という要件が必要であるとする説。

##### β 説(全体財産喪失説)

価格相当のものを得た以上、全体財産の減少は認められず、詐欺罪の成立を否定する説。

### Ⅳ. 判例

#### 1. 挙動による欺罔について

最高裁平成 26 年 4 月 7 日第二小法廷決定。

##### [事実の概要]

暴力団員である被告人は、自己名義の総合口座通帳及びキャッシュカードを取得するため、平成 23 年 3 月 10 日、郵便局において同局員に対し、真実は自己が暴力団組員であるのにこれを秘し、総合口座利用申込書の「私は、申込書 3 枚目裏面の内容(反社会的勢力でないこと)を表明・確約した上、申し込みます。」と記載のある「お名前」欄に自己の氏名などを記入するなどして、自己が暴力団組員でないものと装い、前記申込書を提出して、被告人が暴力団組員でないものと誤信させ、よって同所において、前記局員から被告人名義の総合口座通帳 1 通の交付を受け、同月 18 日、被告人方において同人名義のキャッシュカード 1 枚の郵送交付を得た。

なお、前記銀行においては、従前より企業の社会的責任等の観点から行動憲章を定めて反社会的勢力との関係遮断に取り組んでいたところ、申込者に対し、通常貯金の新規申し込み時に、暴力団員を含む反社会的勢力でないこと等の表明、確約を求めることとしていた。

さらに被告人に應對した局員は、本件申し込みの際、被告人に対し、前記申込書 3 枚目の裏面の記述を指でなぞって示すなどの方法により、暴力団員等の反社会的勢力でないことを確認しており、その時点で被告人が暴力団員だと分かっていたら、総合口座の開設や、通帳及びキャッシュカードの交付に応じることはなかった。

##### [判旨]

以上のような事実関係の下においては、総合口座の開設並びにこれに伴う総合口座通帳及びキャッシュカードの交付を申し込む者が暴力団員を含む反社会的勢力であるかどうかは、本件局員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、暴力団員である者が、自己が暴力団員でないことを表明、確約して上記申し込みを行う行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為に当たり、これにより総合口座通帳及びキャッシュカードの交付を受けた行為が刑法 246 条 1 項の詐欺罪を構成することは明らかである。

##### [引用の趣旨]

本決定では欺罔「行為」といえるかについて具体的判断が示されているとはいえないが、これは本件被告人が暴力団排除に関する説明を示されたうえで、反社会的勢力でないこと

を表明、確約する記載のある枠内に署名押印していることから、上記署名行為による申し込み行為が挙動による欺罔に該当することは明らかであり省略したもの、と考えられることから挙動による欺罔行為を肯定する検察側の主張の補強になると考え引用した。

## 2. 財産的損害について

最決昭和 34 年 9 月 28 日刑集 13 卷 11 号 2993 頁。

### [事実の概要]

被告人は医師または電気医療器販売につき福岡県知事の指定を受けている者でないのに、被告の所持するドル・バイブレーターは一般の電気器具店、理容器具店において市販され、誰でも簡単に入手可能な時価 1500 円程度の普通の電気アンマ器で中風、小児麻痺その他の疾患に特効がないにも関わらず、あたかも医師または電気医療器販売につき福岡県知事の指定を受けている電気医療器販売業者であるかのように告げ、ドル・バイブレーターが中風・小児麻痺の治療に効果がある点、本件ドル・バイブレーターが九州大学、久留米医科大学・県立朝倉病院のみにある点、一般には入手が困難で、高価である点などを申し向け、ドル・バイブレーターを販売または貸与し、販売代金もしくは保証金・使用料・診断料といった名義で金員の交付を受けたものである。

本件において、1 審、2 審共に詐欺罪の成立を認めている。これに対して、被告人側から、被告人はドル・バイブレーターを指定価格通りに販売しているのであって、売買の名義の元に金員を交付させて不当に高価な金額を詐取したとは言えないと上告理由において主張し、上告している。

### [判旨]

上告棄却。

「たとえ価格相当の商品を提供したとしても、事実を告知するときは相手方が金員を交付しないような場合において、ことさら商品の効能などにつき真実に反する誇大な事実を告知して相手方を誤信させ、金員の交付を受けた場合は、詐欺罪が成立する。そして本件の各ドル・バイブレーターが所論のように D 型で、その小売価格が 2100 円であったとしても、原判決の是認した第一審判決が確定した事実によると、被告人は判示 A 外 16 名に対し判示のごとき虚構の事実を申し向けて誤信させ、同人らから右各ドル・バイブレーターの売買、保証金などの名義の元に判示各現金の交付を受けたというのであるから、被告人の本件各所為が詐欺罪を構成するとした原判示は正当に帰する。」

### [引用の趣旨]

詐欺罪の成立には財産的損害が必要だとされるところ、本判決は、相当対価の給付を受けたとしても、財産的損害が認められるかにつき、形式的個別財産説的な言い回しを用いているものの、医師の資格や電気医療器販売業者の指定を欠くことを詐欺罪成立の根拠とするのではなく、被告人が一般に市販されている本件ドル・バイブレーターを中風、小児麻痺などの治療に効果を有し、限定された病院などにしかない医療機器であるということを偽っている点が被害者との間の取引において経済的な重要性を有し、経済的な観点から損害を生じさせたといえるとしている。従って、それを根拠として、つまり経済的に評価して損害が発生したかどうかを実質的に判断する実質的個別財産説の立場から財産的損害の発生が認められており、本問を検討する上で参考になると考え引用した。

## V. 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)

本説は挙動による欺罔行為は、積極的に真実と異なる事柄を述べていないため、246 条 1 項の「人を欺く行為にあたらぬ」として詐欺罪の成立を否定する。しかし、積極的に事実と反する内容の告知がされなくとも、相手方を錯誤に陥らせることは可能であるため、本説は妥当でない。したがって、検察側は本説を採用しない。

### イ説(詐欺罪肯定説)

詐欺罪が成立するには、財物もしくは財産上の利益の交付に向けた欺罔行為が必要とされるところ、挙動による欺罔行為によっても相手方に財物もしくは財産上の利益を交付させることは可能である。そして、これによって積極的な告知がなくとも詐欺罪を成立させるべきである。したがって、検察側は本説を採用する。

## 2. 財産的損害について

### α-1 説(形式的個別財産説)

本説は交付自体を損害とし、これを徹底することで真実を知っていれば交付しなかったであろう場合を財産犯として処罰することとなる。しかしながら、そうであれば処罰範囲が不当に拡大するといえるため妥当でない。したがって検察側は本説を採用しない。

### β 説(全体財産喪失説)

詐欺罪は、窃盗罪と基本的に同じ奪取罪として規定されており、全体財産の減少は不要であると考えられる。したがって検察側は本説を採用しない。

### α-2 説(実質的個別財産説)

本説においてはより実質的な観点を踏まえた財産的損害を認定し得る。したがって検察側は本説を採用する。

## VI. 本問の検討

### 第1. A 倶楽部に対して

#### 1. 甲の罪責

(1) 甲の 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申し込んだ行為について詐欺利得罪(246条2項)が成立するか。

そもそも、かかる罪の構成要件は①「欺」くこと②錯誤③それに基づく処分行為④①～③の因果関係があること⑤故意である。

ア. まず、「欺」くとは、処分行為の基礎となる重大な事実を作為又は不作為により偽ることをいう。

本件では単に申し込んでおり、作為により偽っているかが問題となる。

この点、作為によって偽っているかが認められるためには黙示的に虚偽の情報を示していると評価できる場合をいう。

本件においては、確かに受付表に暴力団関係者が確認する欄はなく、暴力団関係者でない旨の誓約をさせる措置もないし、従業員が甲に暴力団関係者が確認する等のことはしておらず、黙示的に虚偽の情報を示しているとはいえないと思える。もっとも、A 倶楽部のゴルフ場利用細則または約款では暴力団関係者の施設利用を拒んでおり、また、クラブハウス出入口には暴力団関係者のプレー禁止の立看板を設置するなどしていた。このことからすると、甲が何も言わずに申し込みをすることは暴力団関係者でない旨の黙示的意思表示にあたり、虚偽の情報を示していると評価できる。

よって、作為により偽っているといえる。

次に、甲が暴力団関係者であるかどうか A 倶楽部にとって重要な事実といえるかが問題となる。

本件では上記の通りゴルフ場利用細則又は約款、立看板等で暴力団関係者の施設利用を明確に拒んでおり、また、暴力団関係者がゴルフ場を利用していることを一般利用客が知ったら利用を拒んでしまうなど営業に悪影響を及ぼす可能性がある。したがって、申し込みを許せば先述の通り営業に悪影響を受ける可能性があるので甲が暴力団関係者だと従業員が知っていれば申し込みを許可するとはいえず、甲が暴力団関係者であるかどうかは重要な

事実であるといえる。

よって「欺」く(①充足)といえる。

イ.そして、その甲の欺く行為によって従業員は甲を一般利用客だと思ふ錯誤に陥り(②充足)、ビジター利用客のみによる施設利用を認めた(③④充足)。また、故意(38条1項)とは構成要件該当事実の認識認容である。本件では出入口の立看板や細則は見ているはずであり、それを知った上で申し込みをしているといえるので故意も認められる。

したがって、甲がA倶楽部に対し暴力団関係者であることを秘して施設利用を申し込んだ行為について詐欺利得罪が成立するといえる。

## 第2. Bクラブに対して

### 1. 乙の罪責

(1) 乙がBクラブに対し入会の際暴力団関係者との交際等を否定した上申し込みをしたものの、暴力団関係者である甲とともに施設利用するための申し込みをした行為について詐欺利得罪(246条2項)が成立しないか。

かかる要件は上記の通りである。

ア. また「欺」くも上記の通り判断する。

(ア) 本件では単に施設利用申し込みをしており、作為により偽ったといえるかが問題となる。

この点、作為により偽ったかは上記の通り黙示的に虚偽の情報を示したと評価できる場合をいう。

本件において、BクラブもA倶楽部同様、利用細則、約款において暴力団員の施設利用を禁止していた。その上、乙に対し入会審査申請の際、暴力団関係者などと交際がない旨回答し、暴力団関係者等を同伴、紹介して貴クラブに迷惑をかけないと書かれた誓約書に署名押印して提出し、会員になっている。そして、施設利用の際に予約承り書の組み合わせ表に氏名を乱雑に書き込んだ上、従業員に署名の代著を頼むなどして同伴者に暴力団関係者がいない旨信じさせて施設利用を許諾させた。確かに、申し込みの際、同クラブは改めて乙に対し同伴者に暴力団関係者がいないか確認しなかったり、乙も暴力団関係者がいない旨の申告はしたりしていないものの、上記のようにし、入会の際、同伴者に暴力団関係者を連れてこないことや施設利用申し込みの際も同伴者に暴力団関係者がいない旨を氏名を乱雑に書く等などして信じこませており、黙示的に虚偽の情報を示したと評価でき、作為により偽ったといえる。

(イ) 次に、その情報が重要事項といえるかが問題となる。

本件でBクラブは上記のように利用細則、約款とともに入会審査申請の際に暴力団関係者を同伴者とするのを禁止し、それとともに出入口にも暴力団関係者の利用お断りの旨の立看板を設置していた。また、上記の通り暴力団関係者の利用を一般人が知ったら利用をやめ、もってBクラブの営業に悪影響を及ぼす可能性がある。確かに乙が施設利用申請しようとした際に同伴者に暴力団関係者がいないか確認しなかったり、同様の立看板がある他のゴルフ場においては暴力団関係者の施設利用を黙認したりする例が多数あった。しかし、Bクラブでは上記の通り何重にも同伴者に暴力団関係者を連れてこないことを示しており、また、何度も口頭で確認するのは利用者を不快にさせる可能性もある。そうだとすれば、Bクラブにおいては暴力団関係者の利用拒否の措置をできるだけしているといえる。そして、仮にBクラブが暴力団員である甲が利用することを知っていれば営業への悪影響を避けるため利用を拒否していたであろう。

したがって、同伴者に暴力団関係者があることは重要な事項といえる。

よって、「欺」くといえる(①充足)。

イ.そして、Bクラブは乙の欺く行為により同伴者に暴力団関係者がいないと錯誤に陥り(②充足)、施設利用を認めた(③④充足)。また、故意も問題なく認められる(⑤)。

よって、乙が同伴者に暴力団関係者ことを秘して施設利用を申し込んだ行為について詐

欺利得罪が認められる。

## 2. 甲の罪責

甲がゴルフ場を利用する際、乙が B クラブに対し暴力団関係者がいない旨で施設利用を申し込んだ行為について詐欺利得罪の共犯(246 条 2 項、60 条)は成立するか。

(1) まず、甲は実行行為をしていないものの共犯として認められるか。

そもそも共犯の処罰根拠は自己又は他者の行為を介して法益侵害を共同惹起し、結果との因果性を有する点にある。そうだとすれば、①共謀②正犯意思③①に基づく実行があれば、それが認められる。

本件では甲は B クラブはもとより以前の A 倶楽部や他のゴルフ場で暴力員の施設利用を断っているゴルフ場を見ており、乙に誘われた時もそれを知っていたとすることができる。そして、乙に申し込みや支払いを任せているところ、フロントによらずゴルフ場に直行しているところを考えると甲と乙に黙示の意思連絡があったといえる(①充足)。また、確かに利用料金は乙が払っているものの、甲は B が他クラブ同様暴力団員の利用を拒否していることを認識していると考えられ、その上で施設を利用しているところからすると正犯意思も認められる(②充足)。そして、乙は甲との黙示の意思連絡に基づき、上記の通り B に対して施設利用の詐欺を行なっている(③充足)。

したがって、甲がゴルフ場を利用する際、乙が暴力団関係者が同伴者にいない旨で施設利用の申し込みをする行為に詐欺利得罪が成立する。

## 第 3. 罪数

1. 乙には詐欺利得罪(246 条 2 項)が成立し、その限りで甲との共犯(60 条)が認められる。
2. 甲には A 倶楽部に対する詐欺利得罪(246 条 2 項)と B に対する詐欺利得罪(246 条 2 項)と共犯(60 条)が成立し、両者は機会も被侵害法益も異なるので併合罪(45 条前段)になる。

## VII. 結論

1. 乙には詐欺利得罪(246 条 2 項)が成立し、その限りで甲との共犯(60 条)が認められる。
2. 甲には A 倶楽部に対する詐欺利得罪(246 条 2 項)と B に対する詐欺利得罪(246 条 2 項)と共犯(60 条)が成立し、両者は機会も被侵害法益も異なるので併合罪(45 条前段)になる。

以上