

I. 事実の概要

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て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、同様の立て看板等を設置している他のゴルフ場において、

10 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。

令和2年9月4日、甲(暴力団員)は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。また、従業員が甲に対し暴力団関係者でないかを確認したり、甲が自ら暴力

15 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。

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9月17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

20 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。

そして同年10月6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

25 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ない旨虚偽の申告もしなかった。

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。

30

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。

35 参考判例：最高裁平成26年3月28日第二小法廷判決
最高裁平成26年3月28日第二小法廷決定

II. 問題の所在

詐欺罪における財産的損害の認定について

III. 学説の状況

5 A 説(実質的個別財産説)¹

詐欺罪を個別財産に対する罪と解しつつ、財産の交換手段・目的達成手段としての機能からみて個別の財産の喪失が被害者にとって財産的損害と評価できる場合にのみ詐欺罪の成立を肯定する説。

10 B 説(法益関係の錯誤説)²

実質的個別財産説と共通の発想に立ちつつ、「財産的損害」を不文の構成要件的要素とするのではなく、詐欺罪の成立要件としての交付者の「錯誤」が同罪の法益に係る錯誤といえるかどうかで詐欺罪の成否を決すべきとする説。

15 C 説(全体財産説)³

詐欺罪の成立には、背任罪と同様、被害者の財産状態の悪化が必要であるとする説。

D 説(形式的個別財産説)⁴

詐欺罪も財産罪であるから、その成立には財産的損害の発生が必要であるとしつつ、個別の財物・財産上の利益の占有・支配の喪失自体が財産的損害になるとする説。

IV. 判例

最高裁判所第二小法廷昭和 34 年 9 月 28 日決定。昭和 34(あ)1156

[事実の概要]

25 被告人は、昭和 33 年 1 月から 3 月にかけて、13 回にわたり、17 名の顧客に対し、実際には電気器具店・利用器具店等で一般に市販され、何人も容易に入手できる 2100 円程度のドル・バイブレーターを、九州大学・久留米医科大学・県立朝倉病院にのみあって、一般には入手困難であり、中風や小児麻痺に特効のある高価なものであるとの虚偽の事実を
30 ら 2400 円) を受けた。

[決定要旨]

たとえ相当価格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

¹ 高橋則夫『刑法各論[第 2 版]』(成文堂,2014)325 頁以下。

² 西田典之『刑法各論[第 6 版]』(弘文堂,2012)204 頁以下。

³ 林幹人『刑法各論[第 2 版]』(東京大学出版会,2007)143 頁。

⁴ 団藤重光『刑法綱要各論[第 3 版]』(創文社,1990)619 頁。

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。

[引用の趣旨]

- 5 本決定は、財物の移転自体が損害であって、対価があっても損害はあると解していると考えられ、検察側が採用する D 説に親和的なものであり、有用であったので引用した。

V. 学説の検討

A 説(実質的個別財産説)

- 10 この説によれば、被害者が自らの財産処分により追求した、取引上(経済的に)重要な目的の不達成(反対給付の不獲得)があったといえなければ、財産的損害を肯定できない⁵。しかしながら、欺かれなければ交付しなかったであろう財物を交付して占有を失うこと、または欺かれることがなければ相手方に提供されることはなかったであろう財産上の利益が提供されることにより、被害者の財産には一定のマイナス状態が生じていることは疑い得ないのであり、このことを「財産的損害」と評価しないのは妥当でない。

- 15 また、反対給付で提供された利益をも考慮に入れて、その意味で「実質的に」判断すべきだというのであれば、全体的財産説と同じことであり、詐欺罪を個別財産に対する罪とすることと矛盾する。

以上より、検察側は A 説を採用しない。

20 B 説(法益関係的錯誤説)

この説は、詐欺罪の法益を個別財産に対する罪とした上で、詐欺罪成立のためには財産的損害が必要だと考え、このような前提に基づいて法益を導き出すものである。この説に立つと、例えば反対給付に関する錯誤については、経済的損害についての錯誤として法益関係的であると評価することとなる。

- 25 また、短時間貸すつもりで渡したが、借りる側には返すつもりがないような場合には、財物の喪失を認識していないため、当然法益関係的錯誤となる。しかしながらこの場合においては、被害者の錯誤ゆえに同意の有効性が否定されるのであれば、現行法の解釈としても、詐欺罪ではなく窃盗罪が成立することになり⁷、(詐欺罪における被害者の錯誤に基づく承諾にこの説を適用すればそもそも承諾など存在しないため、むしろ窃盗罪の成立が問題となる) 妥当でない。

以上より、検察側は B 説を採用しない。

⁵ 井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣,2016)275頁。

⁶ 林・前掲 144頁。

⁷ 佐藤陽子『被害者の承諾 - 各論的考察による再構成 - 』(成文堂,2011)144頁以下。

C 説(全体財産説)

刑法 246 条は、詐欺取財罪と不法利得罪とを一項、二項に並列的に規定し、その形式規定も同じである。一項が「財物を交付させた」と規定し、一項の罪を個々の財産権に対する侵害を内容とする罪である旨を示している以上、二項の罪も一項の罪と並列的に、財物以外の個々の財産権に対する侵害を内容とする罪と解するのが妥当である⁸。よって、詐欺罪を全体財産に対する罪と解するこの説は妥当ではない。

以上より、検察側は C 説を採用しない。

10 D 説(形式的個別財産説)

個別財産に対する罪においては、個々の財物や利益を喪失した以上、その穴埋めをする反対給付があったとしても財産罪の成立が認められる。そして、詐欺罪は個別財産を対象とするものであるから、損害の有無の判断は詐欺の対象となった個別の財物または財産上の利益それ自体について行うべきである。

15 また、本説をとると詐欺罪の成立範囲が広くなりすぎるという批判もあるが、欺罔行為や可罰的違法性による限定は可能であり⁹、本説を否定する理由にはならない。

以上より、検察側は D 説を採用する。

VI. 本問の検討

20 第 1. 暴力団員甲が A 倶楽部で施設利用の申し込みをした行為について

1. 甲のかかる行為につき、詐欺利得罪(刑法(以下省略)246 条 2 項)が成立しないか。

(1) 欺罔行為とは、相手方がその事実を知っていれば処分行為をしなかったであろうと認められる重要な事項を偽ることである。そして処分行為とは、相手方が錯誤に基づき財産上の利益を移転させることであり、本件における処分行為は、ゴルフ場を利用させることである。

25 (2) これを本件についてみるに、甲が暴力団員であることは、A 倶楽部が施設利用を許可する上で、重要な事項といえるかが問題となる。

(3) まず、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は、暴力団関係者の立ち入りを断るとする立て看板を設置するという措置を講じていた。しかし、実際には、同様の立て看板を設置している他のゴルフ場においては、暴力団関係者の利用を黙認していた例もあることから、規則と一般的な取引の実態に大きく乖離があったといえる。加えて、規則の定めや立て看板の設置があるにも関わらず、A 倶楽部はフロントで誓約書やアンケートなどに基づく具体的確認措置を一切講じておらず、暴力団関係者の利用排除が徹底されていたとはいえない。このような事情に照らせば、A 倶楽部にとって、甲が暴力団関係者であることは、甲の施設利用を認める上

⁸ 福田平『刑法各論[第三版増補]』(有斐閣,2002)249 頁以下。

⁹ 内田浩「つまずきのもと刑法 VII 詐欺罪における財産的損害」『法学教室 359 号』(有斐閣,2010)35 頁。

で重要な事項であったとはいえない。

(4) よって、甲の申し込み行為は、挙動による欺罔行為にあたらぬ。

2. 以上より、甲は上記行為につき、何ら罪責を負わぬ。

5 第2. 弁護士乙及び暴力団員甲らが申し込みの上、Bクラブを利用した行為について

1. まず、乙はBクラブの会員となり、同伴者に暴力団員がいることを秘して、Bクラブの利用申し込みをした。かかる行為につき、詐欺利得罪(246条2項)が成立しないか。

10 (1) この点、Bクラブは、暴力団関係者及びその交流関係者の入会を認めておらず、入会審査申請の際には、暴力団又は暴力団員との交友関係に関するアンケートを実施している。加えて、暴力団との関係がないことに関する誓約書の署名押印も要求している。しかし、乙は、

15 (2) そして会員となった乙は、後日Bクラブに電話予約をし、同伴者に暴力団関係者がいることが発覚することを恐れて、その事実を申告することなく「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う正規とは異なる方法で、乙がフロントに赴き署名する必要があるようにして、乙の分の施設利用も申し込んだ。

(3)ア ここで、乙が暴力団の交流関係者であるかどうかは、Bクラブが施設の利用許可をする上で、重要な事項であったかどうか問題となる。

20 イ 本件において、Bクラブは、暴力団関係者の排除のため、出入り口の立て看板やアンケート、誓約書といった措置を講じるなどして、暴力団関係者の利用を未然に防いでいる。そしてこれらの措置は、利用客の中に暴力団関係者が存在すると、一般の利用客に不安や畏怖が生じ、社会的な信頼や将来の利益が損なわれるという観点から施された経営上合理的な措置である。ゆえに、もし、施設利用者に暴力団員及びその交流関係者が含まれていたとしたら、当然に本件従業員は施設の利用を拒絶したと考えられる。

25 ウ 以上より、乙はゴルフ場の利用許否に関する重要な事項を偽ったといえ、乙の申し込み行為は、挙動による欺罔行為と認められる。

30 (4) また、本件従業員は、乙の欺罔行為により、同伴者に暴力団員がいない旨を信じ込まされているため、錯誤も認められる。かかる錯誤に基づき従業員は、ゴルフ場施設の利用を許可していることから、処分行為も認められる。

35 (5) もっとも、詐欺罪は財産犯である以上、財産的損害があったかを考慮することが必要である。本件において、乙は利用の対価をクレジットカードで支払ったのであるから、財産的損害は発生していないようにも思える。しかし、検察側はD説の形式的個別財産説を採用するため、財産上の利益の喪失自体が財産的損害であると解する。ゆえに、Aクラブ従業員が乙らにゴルフ場施設を利用する権利を与えたこと自体が財産的損害と評価できる。そして実際に、乙らにこの財産上の利益は移転した。

(6)ア 加えて、欺罔行為から財産上の利益の移転までの一連の流れには因果関係があり、乙は、暴力団関係者を同伴していれば、ゴルフ場の利用を拒絶されることを知りながら本件行為を行っているのであるから、客観的構成要件該当事実の認識認容である故意も認められる。

5 イ 以上より、乙の上記行為につき、詐欺利得罪(246条2項)が成立する。

2. 次に、同伴者である甲に詐欺利得罪の共謀共同正犯(246条2項、60条)が成立しないかを検討する。

(1)ア この点、共同正犯の処罰根拠は、各関係者が行為と結果に因果性を有していることにある。そしてこのような因果性を及ぼすことは、実行行為を行っていない者でもできるの

10 あるから、共謀共同正犯を認めることは可能である。

イ ゆえに、本件において甲は詐欺利得罪の実行行為を行っていないが、共謀共同正犯として処罰することができる。

(2) そして共謀共同正犯の成立要件は、①共謀、②正犯意思、③共謀に基づく実行行為である。

15 ア まず、甲は、ゴルフ場では暴力団関係者の施設利用が拒絶されるということを認識した上で、自身が暴力団員であるという事実を隠すため、署名を含めた全ての申し込みを乙に任せ、自身がフロントに赴く必要のないようにした(①充足)。

イ 次に、甲には、暴力団員であることを秘してゴルフ場を利用するという、財産上不法の利益を得る動機があった(②充足)。

20 ウ さらに、③を認めるためには、共謀に基づき少なくとも一人が実行行為を行う必要があるが、前記のように乙は、詐欺利得罪の実行行為を行っている(③充足)。

よって、共謀共同正犯の成立要件が認められる。

(3) さらに、甲は自身が暴力団員であることが発覚すれば、施設利用を拒絶されることを知り、かつ、乙がこの事実を秘して本件実行行為に及ぶことを認識していた。ゆえに、故意も

25 ある。

(4) 以上より、甲の上記行為につき、詐欺利得罪の共謀共同正犯(246条2項、60条)が成立する

VII. 結論

30 乙は、詐欺利得罪(246条2項)の罪責を負う。

甲は、Bクラブに対する申し込み行為につき、乙との関係で、詐欺利得罪の共謀共同正犯(246条2項、60条)の罪責を負う。

以上