

【論説】

身分を秘匿してなした法律行為と詐欺罪 ——暴力団員のゴルフ場利用をめぐる——

四條北斗

1. はじめに
2. 近時の裁判例の動向
3. 考察
4. おわりに

1. はじめに

従来、18歳未満の者が年齢を偽って成人向け雑誌を購入したとしても、詐欺罪は成立しないと解されてきた^{1) 2)}。同様に、未成年者が成人であると偽って酒やタバコを購入したとしても、詐欺罪は成立しないとされる³⁾。行為者が年齢（身分）を偽って物品を購入しても詐欺罪は成立しないのであれば、同じく詐欺罪の成立が否定されるべきなのではないかとの疑問が想起される場面がある。暴力団員が身分を秘匿して法律行為をした場合である。特に、近時、暴力団員が身分を秘匿してゴルフ場を利用した場合に、詐欺罪の成立を認める裁判例が現れている。そこには、18歳未満の者や未成年者が年齢を偽った場合と比して、不整合はないのか。これが、本稿における問題意識である⁴⁾。

以下では、暴力団員が身分を秘匿してゴルフ場を利用したことにつき詐欺罪の成否が争われた事例を概観し、問題点を確認した上で、わが国の現在の主要な学説を基に、そのような場合に詐欺罪の成立を認めることができるのかについて、検討を加えることにする。

2. 近時の裁判例の動向

暴力団員が身分を秘匿してゴルフ場を利用したことについて、詐欺罪の成否が争われた事例として、公になっているものには以下のものがある。

2.1 神戸地方裁判所平成 24 年 11 月 29 日判決⁵⁾

(1) 事実の概要

平成 24 年 3 月 18 日、被告人は、ゴルフコンペに参加するために妻を伴って本件ゴルフ場に赴いた。そして、被告人は、本件ゴルフ場に到着後、妻に遅れて正面玄関出入口からクラブハウス内に入り、フロント付近にいた妻に指示してゴルフコンペ用の署名簿に署名させ、これを同ゴルフ場従業員に提示させて、本件ゴルフ場との間でのゴルフ場利用契約を成立させ、施設利用の対価を支払った。その際、被告人も妻も、本件ゴルフ場従業員に対して被告人が暴力団員であることを告げなかった。被告人は、本件署名行為後、プレーする前に、妻に対し「暴力団お断りの看板があるのか見てきてくれへんか」「入口近くはないか」などと依頼し、これを受けて本件立て看板を見てきた妻から、看板には「暴力的行為をする方」と書かれており、「暴力団お断り」とは書かれていない旨報告を受けたが、再度妻に本件立て看板の内容を確認するよう頼んで見に行かせ、同様の報告を受けていた。

兵庫県では、暴力団追放運動に関わる団体が、ゴルフ場からの暴力団排除を実効あるものにするため、兵庫県ゴルフ場共通利用約款を策定し、兵庫県暴力団排除条例が施行された平成 23 年 4 月にこれを施行した。その第 4 条は、利用者が暴力団員、暴力団関係者、暴力団関係団体及びその団体の関係者であるとき、利用者が入れ墨等をしているときには、当該ゴルフ場は該当者及びその同伴者の利用を断る旨定めている。

本件ゴルフ場は、本件当時、前記共通約款を使用しており、ゴルフ場の品位と信用を守り、トラブルを防止するという観点から、利用者が暴力

団員であることが判明した場合には、その利用を拒否するという方針をとっていた。このため、本件ゴルフ場では、クラブハウスの正面玄関出入口の自動ドア付近に、同ゴルフ場の方針を示す立て看板を設置し、また、同クラブハウス内のフロント付近の壁面にも、立て看板と同趣旨の内容が記載された看板を設置していたほか、前記共通約款を掲示していた。

(2) 判旨

神戸地裁は、まず、被告人の署名行為が欺罔行為に該当するかについて、「本件ゴルフ場の従業員は、同ゴルフ場の利用者が暴力団員であることが判明した場合には、同ゴルフ場の利用を当然拒否すると考えられ、同ゴルフ場従業員にとって、利用者が暴力団員であるかどうかは、同人に本件ゴルフ場を利用させるか否かを判断する基礎となる重要な事項であることが明らかであり、本件立て看板等の設置や共通約款の掲示により、「本件ゴルフ場が暴力団員の利用を拒否する姿勢をとっていることをあらかじめ施設利用申込者に対して明確に示しているといえる。」とした上で、「本件ゴルフ場の受付カウンターにおいて署名簿に署名して同ゴルフ場の利用を申し込むこと自体、自分が暴力団員ではないことを表す行為を当然に含んでいるというべきであるから、暴力団員であることを秘して上記のような署名をするのは、本件ゴルフ場の従業員をして、通常、当該署名者が暴力団員ではないとの錯誤に陥らせてしまう性質の挙動といえる。」として、「本件署名行為は詐欺罪の欺罔行為に当たる」と判示する。

次に、詐欺の故意について、「被告人が、本件署名行為の時点において、本件ゴルフ場が暴力団員の利用を拒否する姿勢であることを確実に認識していたとまではいえないけれども、少なくとも、本件ゴルフ場が暴力団員の利用を拒否する姿勢である可能性が高いと認識していたと認めるのが相当であり、それにもかかわらず、被告人が暴力団員であることを明らかにしなかったことからすると、被告人には詐欺利得罪の未必の故意があったというべきである。」と判示する。

そして、財産的損害について、「被告人は、本件ゴルフ場に対して施設利用の対価を支払っていることは認められるけれども、前記のような欺

罔行為を行い、これによって本件ゴルフ場の従業員を誤信させて、本件ゴルフ場の施設を利用する利益を提供させ、これを被告人が取得しているのであるから、被告人に詐欺利得罪が成立することは明らかというべきである。」と判示する。

以上のように判示し、神戸地裁は、本件行為について詐欺利得罪の成立を認め、求刑通り懲役 1 年 6 月（執行猶予 3 年）の判決を下した。

2.2 福岡高等裁判所宮崎支部平成 24 年 12 月 6 日判決⁶⁾

(1) 事実の概要

本件の事実関係及び原判決の概要は以下の通りである。本件被告人は A 及び B である。そのうち A は指定暴力団の構成員であり、また以下の事実に登場する C も指定暴力団の幹部構成員である。本件では、以下の二つの事実について詐欺罪の成否が問題となった。

平成 23 年 8 月 15 日、被告人 B による当日の予約により、C 及び被告人 A を含め、合計 6 名が宮崎県内にあるゴルフ施設 D でゴルフを行うに当たって、各自がフロントで利用申込みの手続をした際、D の従業員 E に対し、C 及び被告人 A がそれぞれ「ビジター受付表」に、氏名、生年月日、郵便番号、住所及び電話番号（ただし被告人 A については生年月日を除く。）を記載し、これを提出して、当該ゴルフ施設の利用に及んだ（第 1 事実）。

同年 9 月 28 日、被告人 B が同年 8 月 25 日に 8 名 2 組として電話で予約を入れ、同年 9 月 27 日に同伴者として「A」ら 7 名であることにつき電話連絡を入れ、被告人 A・B 両名ら 8 名が宮崎県内にあるゴルフ施設 F でゴルフを行うに当たって、各自がフロントで利用申込みの手続をした際、F の従業員 G に対し、被告人 A が「ビジター控え」の氏名欄にその氏名を記載し、これを提出して、当該ゴルフ施設の利用に及んだ（第 2 事実）。

C 及び被告人 A は、第 1 事実ないし第 2 事実の各申込みの際、本件各ゴルフ施設の従業員から、暴力団員という属性につき直接的な確認を受けたり、これに対して積極的に暴力団員でない旨申し出たりするなどし

たやり取りはなく、前示のような各書類の記載、提出を求められるにとどまっており、偽名等を用いることもなかった。また、本件各ゴルフ施設の利用の対価についても、それぞれ即日現金で精算された。

ゴルフ施設 D 及び F は、利用規則や利用約款において、暴力団員によるゴルフ場の利用を拒絶する旨定め、暴力団排除活動に取り組む関連団体に加盟した上で、クラブハウス出入口等に「暴力団追放協議会加盟事業所」等と記載されたステッカーを貼付し、暴力団関係者の立入り及びプレーを拒絶する旨記載された立て看板を設置するとともに、施設内に利用細則を掲示する等して、利用者に周知を図っていた。さらに、暴力団員による利用であることが判明した場合には、その利用を拒絶したり、プレー中に判明した場合にはこれを中止させたりするという厳格な運用を行っていた。

なお、C 及び被告人 A は、本件各ゴルフ場利用以前に、警察官から宮崎県内のゴルフ場では暴力団員の利用が禁止されており、そこでのゴルフは許されないことを伝えられていた。また、F の会員である被告人 B は、同年 1 月に暴力団員と共に F を利用したことが判明し、同年 5 月に利用予約をした際に、F の総支配人から暴力団員が利用するのであれば拒否する旨電話で告げられ、当該予約をキャンセルしたこと、さらには、同県内の他のゴルフ場においても、同伴者に暴力団員がいることから利用を断られたことがあった。

原判決⁷⁾は、以上の事実に加え、全国的な規模で暴力団排除の社会的機運が高まっていることや、同県においても暴力団排除条例が平成 23 年 8 月 1 日から施行されていたことを指摘し、「本件各ゴルフ施設の対応として、いずれも暴力団員による利用を固く禁止することは外部的にも相応に示され、これを利用しようとする者において認知される状況にあり、被告人両名らとしても、利用細則等の詳細はともかく、本件各ゴルフ施設のこうした方針等をあらかじめ認識していたということが出来る。」とする。そして、本件各ゴルフ施設が暴力団員による利用を一般的に禁止し、前記のような厳格な運用を推進するのは、「他の正規の利用者において安心してプレーできる利用環境を整備し、自社の社会的な信用を維持

していくなど、それ自体経営的に重要な事柄であることに加え、……前記のような条例の施行により、法的にも暴力団排除の要請が強まっており、ゴルフ場の経営上、その重要性が一層高まっていたことによると考えられる」とする。

その上で、「本件各ゴルフ施設から示されていた暴力団員の利用禁止という方針と、被告人らがこれを十分に認識していたなどという事情の下では、……C において自己が暴力団員であるのにこれを秘して判示各従業員に対して当該ゴルフ場の利用を申し込む行為は、いわゆる挙動による欺罔行為として、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによりその利便の提供を受けた行為は刑法 246 条 2 項の詐欺罪を構成」し、それぞれ共同正犯が成立するとし、被告人 A に対しては懲役 1 年 6 月（執行猶予 3 年）、被告人 B に対しては懲役 1 年（執行猶予 3 年）の有罪判決を下した。

これに対し、弁護人は、被告人らが各ゴルフ施設の受付担当者に対し、暴力団員であることを告げずに施設の利用を申し込んだ各行為は、いずれも詐欺罪における欺罔行為に該当せず、また、被告人らには詐欺の故意も共謀の事実もなかったのに、上記各行為がいずれも欺罔行為に該当し、被告人らには詐欺の故意も共謀もあったとして詐欺罪の成立を認めた原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認があるとして、控訴した。

(2) 判旨

福岡高裁宮崎支部は本件控訴趣意に対して、それぞれ以下のように判示し、控訴を棄却した。

まず、欺罔行為について、原判決が依拠する各事実によれば、「本件各ゴルフ施設において暴力団員の立ち入りやプレーを禁ずることは、本件各ゴルフ施設の経営上重要な事項であり、利用申込者が暴力団員でないという属性は、本件各ゴルフ施設が利用者の申込みに応じて施設利用契約を締結するか否かの判断において重要な事項である。そして、暴力団員に対する利用拒絶の趣旨は、……社会的に周知されていたと考えられ

る。そして、クラブハウス入口の前記立看板により、暴力団員の立ち入りを拒絶していることからすれば、クラブハウス内に立ち入り、受付において利用を申し込むことができる者は、暴力団員ではない者に限られる。そうすると、被告人らが、前記掲示等がなされたゴルフ施設において、暴力団員であるという属性を秘して利用申込みをする行為は、自らがそのような属性を有しないものであることを示して申込みをしたものであり、挙動による欺罔行為といえる。」とする。

次に、詐欺の故意について、「宮崎県内のゴルフ施設が暴力団員の利用を拒絶していたことは社会的に周知の事実であって被告人らも当然承知していたと考えられる。加えて、被告人及びCは、警察官から暴力団員に対する宮崎県内のゴルフ施設の方針を聞かされていたのであるから、宮崎県内のゴルフ場では暴力団員であることが判明すれば利用を拒絶される旨認識していたのであり、これを秘して申し込むことが欺罔に当たることを認識していたというべきである。Bも、実際に暴力団員がプレーすることをFで拒絶されていたのであるから、原判示第2の時点で、Fで暴力団員であることを秘して申し込むことが欺罔に当たらないとの認識であったとは到底考えがたい。被告人らには詐欺の故意が認められる。」とする。

そして、共謀については、「被告人は、原判示第1及び第2の各事実について、自己の申込みにつき詐欺の故意をもって欺罔行為を行い、さらに、原判示第1については、暴力団員であるCの申込みについても同様の認識を有していると認められるところ、原判示第1の共犯者であるC、原判示第2の共犯者であるBは、それぞれ被告人と同様の認識の下、共に本件各ゴルフ施設の受付担当者を錯誤に陥れて暴力団員である被告人やCにプレーをさせたのであるから、それぞれ意思を通じて詐欺の犯行を遂行したものであり、共謀の事実も認められる。」とするのである。

2.3 名古屋地方裁判所平成24年4月12日判決⁸⁾

本件は、暴力団員である被告人が、内容虚偽の記載をしたクレジットカード申込書を作成し、カード会社に郵送してクレジットカードの交付

を受けたこと及び、暴力団員であることを秘匿してゴルフ場を利用したことについて、詐欺罪の成否が問われ、前者については詐欺罪の成立が認められ、後者については詐欺罪の成立が否定された一部無罪の事例である。以下では、後者に関する部分についてのみ示す。

(1) 事実の概要

平成 22 年 10 月 13 日、暴力団構成員である被告人は、D とともに長野県内にあるゴルフ倶楽部を訪れた。そして、本件ゴルフ倶楽部の会員である D は、被告人が暴力団構成員であることを認識していたのにこれを秘し、本件ゴルフ倶楽部従業員に対し、被告人らによるゴルフ場の施設利用を申込み、同人らと本件ゴルフ倶楽部との間でゴルフ場利用契約を成立させた上、同人らにおいて同倶楽部の施設を利用した。

D は、平成 21 年 6 月頃、本件ゴルフ倶楽部の入会審査申請をした。その当時、本件ゴルフ倶楽部においては、暴力団構成員及び暴力団構成員と交友関係のある者の入会を一切認めておらず、本件ゴルフ倶楽部への入会の際には「暴力団または暴力団員との交友関係がありますか。」という項目を含むアンケートの提出を求め、上記項目への回答が「ある」であれば入会を拒否し、さらに、「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・紹介して貴倶楽部に迷惑をお掛けするようなことはいたしません。」という内容の誓約書に署名押印させた上、提出させており、D も上記アンケートの項目に「ない」と回答した上、上記誓約書に署名押印して提出していた。

また、本件ゴルフ倶楽部は、平成 15 年 5 月 5 日実施のゴルフ場利用約款 5 条により、暴力団構成員等の入場及び施設利用を禁止しており、本件当時、クラブハウス正面出入口付近に出入口の内側から外側に向けて、その旨が記載された紙片が掲示されていた事実が認められる。このように本件ゴルフ倶楽部が暴力団構成員等の入場及び施設利用を禁止していたのは、暴力団構成員がゴルフ場を利用することにより同人らと一般のプレーヤーとの間でトラブルが発生することを予防し、プレー環境を整備するためであり、本件ゴルフ倶楽部従業員は、暴力団構成員と分かって、

同倶楽部への入場及び施設利用を認めることはなかった。

(2) 判旨

名古屋地裁は、まず、欺罔行為について、「詐欺罪にいう人を欺く行為とは、財産的処分行為の判断の基礎となるような重要な事項を偽ることをいう」として、「本件ゴルフ倶楽部にとって同倶楽部の施設に暴力団構成員が出入りしているか否かは、ゴルフプレー環境の整備に関わる営業上重要な事項」であるとした上で、「同倶楽部における上記約款の存在、Dが同倶楽部へ入会した際の手続及び審査の状況等、Dと同倶楽部との契約関係からすれば、Dについては、同伴してゴルフプレーをしようとする者の中に暴力団構成員がいることを告げずに同倶楽部の施設利用を申し込むこと自体、当然にその中に暴力団構成員はいない旨の事実を表しているというべきであるから、真実は被告人が暴力団構成員であるのにこれを秘して上記申込みを行う行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にはかならない。」とする。

しかし、その上で、名古屋地裁は、被告人の詐欺の故意を否定する。すなわち、「Dの同伴者が本件詐欺罪の故意を有していると認められるためには、本件ゴルフ倶楽部の施設を利用しようとする者が暴力団構成員であるか否かが、同倶楽部従業員においてゴルフ場利用契約を成立させた上、同倶楽部の施設を利用させるか否かの判断の基礎となる重要な事項であることを認識しているとともに、Dにおいて、同伴してゴルフプレーをしようとする者の中に暴力団構成員がいることを告げずに同倶楽部の施設利用を申し込む行為自体、当然にその中に暴力団構成員はいない旨の事実を表する行為であることを認識している必要がある」とした上で、「この点、ゴルフ場において同伴してゴルフプレーをしようとする者の中に暴力団構成員がいることを告げずにその施設利用を申し込む行為が、一般的に、その中に暴力団構成員はいない旨の事実を当然に表する行為であるとは認められない。加えて、被告人は、Dが本件ゴルフ倶楽部へ入会した際の手続及び審査には何ら関与しておらず、そのほかに被告人がDと本件ゴルフ倶楽部との契約関係の具体的内容を知っていたと認めるに

足りる証拠はないことからすると、D において本件ゴルフ倶楽部の施設利用を申し込む行為自体が、当然に同人が同伴してゴルフプレーをしようとする者の中に暴力団構成員はいない旨の事実を表する行為であることを、被告人が認識していたとは認められない」とする。さらに、「本件ゴルフ倶楽部が、暴力団構成員がゴルフ場を利用することによる同人らと一般のプレーヤーとのトラブルを予防し、プレー環境を整備するために、同倶楽部自体の方針として暴力団構成員等の入場及び施設利用を禁止していたことまで被告人が認識していたとは認められ」ないことから、被告人が暴力団員であることが、「同倶楽部従業員において、同倶楽部との間でゴルフ場利用契約を成立させた上、同倶楽部の施設を利用させるか否かの判断の基礎となる重要な事項であることを認識していたとまでは認められない。」と判示し、被告人が詐欺の故意を有していたと認めるには合理的な疑いが残るとして、被告人の本件ゴルフ場利用については無罪とした。

2.4 小括

暴力団員によるゴルフ場利用について詐欺罪の成否が問題になった近時の裁判例を概観してきたが、そこでの主たる争点は、欺罔行為の存在と詐欺の故意であった。

まず、客観的構成要件との関係で、いずれの事例においても、被告人が自己または共にプレーする者が暴力団員であることを秘匿して利用申込みをすることが、欺罔行為といえるかが問題にされた。そこでは、身分を秘匿してなす利用申込み行為を、「挙動による欺罔」（推断的欺罔）として構成し、詐欺罪の欺罔行為と認めているが、その前提として、いずれの事例においても、利用者が暴力団員であるかどうかは、同人にゴルフ場を利用させるか否かを判断する基礎となる重要な事項であり、また、暴力団員の立入やプレーを禁止することはゴルフ施設の経営上重要な事実であるとする。

これは、行為者が、第三者に搭乗させる意図を秘して、自己に対する外国行きの搭乗券の交付を請求し、その交付を受けたという事案⁹⁾にお

いて、「搭乗券の交付を請求する者自身が航空機に搭乗するかどうかは、本件係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、自己に対する搭乗券を他の者に渡してその者を搭乗させる意図であるのにこれを秘してその搭乗券の交付を請求する行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかなら」ないとした近時の最高裁の立場と、表現の上では整合的であるといえる。

しかし、利用者が暴力団員であるという事実が取引上重要な事実とされる理由として示された、「ゴルフ場の品位と信用を守り、トラブルを防止するという観点」、「他の正規の利用者において安心してプレーできる利用環境の整備」、「自社の社会的な信用の維持」、あるいは、暴力団排除条例の施行による「暴力団排除の法的要請」の高まりといった目的ないし事柄の達成は、財産犯である詐欺罪の成否との関係でいかなる意味を持ちうるのであろうか。

このことは、詐欺罪の成立要件との関係では、詐欺罪を構成する欺罔行為は、何に対する錯誤を生じさせるものでなければならぬかという問題である。またそれは、詐欺罪における財産的損害の要否およびその内容はいかなるものなのかという問題と関係する。暴力団員が利用することによるゴルフ施設の利用環境や信用の低下や暴力団排除という法的要請に答えられないことが、直ちに詐欺罪を構成する財産的損害を意味し、それ故に暴力団員であることを秘匿してなす利用申込みが欺罔行為になるとの構成は支持されるべきか。また、前記の目的や法的要請に答えられないことが直ちに財産的損害を意味するわけではないが、その先に生じうるゴルフ施設の利用環境についての風評による間接的な損害（の可能性）を財産的損害と捉えることは許されるのかが問われなければならない。

つぎに、主観的構成要件との関係で、いずれの事例においても、詐欺の故意が問題にされた。神戸地裁判決では、被告人が、少なくとも本件ゴルフ場が暴力団員の利用を拒否する姿勢である可能性が高いと認識していたにもかかわらず、暴力団員であることを明らかにしなかったことに未必の故意が認められた。また、福岡高裁判決では、被告人らが「暴

力団員であることが判明すれば利用を拒絶される旨認識していたのであり、これを秘して申し込むことが欺罔に当たることを認識していたといふべきである」とされた。

これに対し、詐欺罪の成立を否定した名古屋地裁判決では、利用申込者の同伴者である暴力団員が詐欺罪の故意を有していると認められるためには、ゴルフ倶楽部の施設を利用しようとする者が暴力団員であるか否かが、「同倶楽部従業員においてゴルフ場利用契約を成立させた上、同倶楽部の施設を利用させるか否かの判断の基礎となる重要な事項であること」の認識とともに、利用申込者が、同伴してゴルフプレーをしようとする者の中に暴力団構成員がいることを告げずに同倶楽部の施設利用を申し込む行為自体、当然にその中に暴力団構成員はいない旨の事実を表す行為であることの認識が必要であるとする。ここでは、前二者の判決に比べ、故意の認識対象となる事実について、より具体的な内容を求めている。

もっとも、そこで要求されているもののうち、前者は、詐欺罪を構成する欺罔行為は何に対する錯誤を生じさせるものでなければならぬかという、客観的要件の捉え方と相関する問題であり、客観的要件として、利用者が暴力団員であるという事実が取引上重要な事実といえるかという問題との関係で、そのような認識を求めることの意味も変わりうる。また、後者については、他者を介する挙動による欺罔の認識を要求するものであるが、ここでも、そもそも暴力団員であることを秘匿することが欺罔行為といえるのかという客観的要件の検討がまずなされるべきであろう。したがって、以下では、まず、詐欺罪における財産的損害の意義、欺罔行為および錯誤の対象について考察する。

3. 考察

暴力団員によるゴルフ場利用が詐欺罪に該当するのかを検討するために、詐欺罪の財産的損害、欺罔行為および錯誤について、わが国における現在の主要な学説を概観し、検討することにする。その際、本稿にお

ける問題意識との関係で、主として、身分を秘匿して取引を行った場合について如何なる理論構成になるかに着目してなされることになる。その上で、暴力団員によるゴルフ場利用が詐欺罪に該当するかについて、検討を加えることにする。

3.1 財産的損害の意義

従来通説は詐欺罪を個別財産に対する罪と解し¹⁰⁾、詐欺罪も財産犯であるから、その成立には財産的損害の発生が必要であるとする。この財産的損害の発生について、いわゆる形式的個別財産説は、「その財物の喪失したいが損害と考えられる」¹¹⁾として、欺罔行為により錯誤に陥り、個別の財産の交付（喪失）それ自体が財産的損害に当たると解する。しかし、この見解に対しては、騙されなければ財産を交付しなかったというだけで詐欺罪の成立を認めることになり、実質的には財産上の損害を不要とする立場とかわりがないとの批判がなされる¹²⁾。また、詐欺罪においては交付行為が要件となっており、そこでは瑕疵ある意思ではあるが被害者側の意思に基づいているので、相当対価を得ている場合には、占有・支配の喪失だけで財産的損害を基礎づけうるのかという疑問がある¹³⁾。

形式的個別財産説よれば、18歳未満の者が年齢を偽って成人向け雑誌を購入した場合、店主が騙されたことにより成人向け雑誌を交付したという事実をもって財産的損害があるとして、詐欺罪が成立し得るといえようが¹⁴⁾、実際には、形式的個別財産説の論者も、このような場合に詐欺罪の成立を否定する。交付自体を損害であると解しても、「そのような行為は財物の交付に向けた詐欺行為とはいえないであろう。それは、本当のこと（17歳）を知っても、通常相手方は販売したであろうからである。」¹⁵⁾とするのである。ここでは、詐欺罪の成否について財産的損害の有無というよりは、むしろ年齢を偽って購入の申込みをする行為が、何に対する錯誤を生じさせているのかが重視されているといえよう。

現在では、形式的個別財産説と同じく、詐欺罪を個別財産に対する罪とした上で、「詐欺罪が財産犯である以上、やはり実質的な財産上の損害という要件が必要である」¹⁶⁾として、財産的損害を固有の要件とする実

質的個別財産説が有力な見解になっている¹⁷⁾。実質的財産説は一般に、18 歳未満の者が年齢を偽って成人向け雑誌を購入した場合に、実質的損害がないとして詐欺罪の成立を否定する。その理由について、ある論者は、「被害者の錯誤が財産と実質的に関係ないもの」である点に求めている¹⁸⁾。そこでは、実質的損害を独立した要件として検討するのではなく、被欺罔者の錯誤の内容との関係でその存否を判断しているといえよう¹⁹⁾。このことは、実質的個別財産説の論者が、財産の交換手段・目的達成手段という性格に着目して、個別の財物・利益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ことにも見てとることができる。このように取引の目的の不達成に着目する場合、「書店は代金の獲得という取引の目的を達成し、雑誌はその効用を全うしたのであるから、財産的損害が否定され、詐欺罪は不成立になる」²⁰⁾と理解されることになる。

もっとも、実質的個別財産説に対しては次のような疑問が提起されている。それは、実質的個別財産説の論者は一般に、18 歳未満の者が年齢を偽って成人向け雑誌を購入した場合に、実質的損害がないとして詐欺罪の成立を否定するが、恐喝罪についても同様の結論を導くのかというものである。すなわち、「未成年者には売る意思のない本屋に暴行・脅迫を加えて本を売らせた場合にも、本屋は本の代金を受け取っており実質的損害がないので恐喝罪が否定される、と考えるのかは不明である」。そして、この場合に恐喝罪の成立を認めるべきであるならば、「実質的損害の考慮は、詐欺罪独自の要件の中で考慮される必要がある。それは、錯誤の要件であり、ひいては欺罔行為の要件である。」と^{21) 22)}。

そこで、このように実質的損害の考慮を詐欺罪独自の要件の中で行う立場から主張されるのが法益関係の錯誤説である。すなわち、「詐欺罪における錯誤は、法益関係の錯誤でなければならず、詐欺罪における欺罔行為は、そのような法益関係の錯誤に向けた欺く行為でなければならぬとする見解」²³⁾である。18 歳未満の者が年齢を偽って成人向け雑誌を購入した場合、論者は、「店主の錯誤は、詐欺罪が保護する財産的利益に関する錯誤ではなく、青少年保護という社会的法益に関する錯誤である

から、法益関係の錯誤に向けた欺罔行為を認めることができず、詐欺罪は成立しない²⁴⁾とする。また、別の論者は、『本を売る相手が未成年か成人か』に関する錯誤は、詐欺罪が予定する被害者の錯誤ではないと解するべきである。そして、詐欺罪が予定する錯誤を惹起する虞が認められない場合、何らかの欺く行為があっても、それはそもそも『欺罔行為』にあたらないと考えることができよう²⁵⁾とする。もっとも、この見解は考え方の枠組みを示すものであり²⁶⁾、何を詐欺罪の法益関係の錯誤と解するかにより、結論は異なりうる。したがって、この見解からも、詐欺罪の法益関係の錯誤の内容が、さらに検討されなければならない。

このように、詐欺罪の処罰範囲の限定に関して、現在の学説の潮流は、固有の要件としての財産的損害の発生の要否およびその内容を問うのではなく、むしろ、何についての錯誤の惹起に向けられた欺罔行為なのかという点に、(そして、それとの関係で財産的損害を考慮することに、)その関心が移っているといえよう²⁷⁾。また、このことは翻って、従来の財産的損害の要否をめぐる議論は、「仮象問題を巡る対立」という側面を持つものであって、むしろ、「移転した個別の客体に対する支配の喪失それ自体が、詐欺罪における構成要件の結果・法益侵害」であり、「重要なことは、移転した個別の客体に対する支配の喪失それ自体が、詐欺罪によって発生を防止されるべき性格のものであるか否か」であるとする見解²⁸⁾、とも、議論の方向性の軌を一にしているといえよう。

3.2 欺罔行為と錯誤

それでは、どのような事実についての錯誤を生じさせる行為が、詐欺罪を構成する欺罔行為たり得るのであろうか。この問題は、前述のように、財産的損害の要否について如何なる理解をする場合においても、共通する問題である。そして、被欺罔者が財物・財産上の利益の移転については意識しているが、反対給付や給付の目的についての錯誤や付随的事情についての錯誤を生じている場合に着目されるひとつの要素が、取引関係における重要な事実としての当該取引における目的である²⁹⁾。もっとも、その目的ないし重要な事項をどのように捉えるかによって、詐欺罪

の成立範囲は大きく異なることになる。

個人の自由な価値決定による財産の排他的支配を保護法益とする人格的財産概念を唱える論者からは、客観的に示された当事者(被害者)の主観的効用(取引目的)は、すべて保護すべきであるとされる³⁰⁾。この見解からは、18歳未満の者が年齢を偽って成人向け雑誌を購入した場合にも、店主の主観的価値が害されているとして、詐欺罪の成立が認められることになる³¹⁾。この見解は、現行法体系において自由・財産については「個人の自由な処分・私的自治」が尊重されなければならない、その利益の衝突・侵害がある場合にのみ「公共の福祉」(共存)の観点から公的規制が許されるにすぎない³²⁾、という思想に裏付けられた一貫した主張である。

しかし、この見解を徹底した場合には、結局のところ、詐欺罪は「被害者の意思決定を保護する犯罪」ということになろうが³³⁾、その場合、意思決定の自由を保護法益とする強要罪との法定刑の著しい差を、財産が形式的に交付されているという事情だけでは説明することが困難であるといわざるを得ないであろう³⁴⁾。

他方で、詐欺罪の財産犯としての性格を重視し、そこで保護される被害者の目的を限定しようとする見解が主張されている。そのひとつが、財産は、その利用・収益・交換価値において保護されているので、財物・財産上の利益の移転それ自体には錯誤がない場合であっても、そのような財産処分の「客観化可能で具体的給付に内在し、かつ経済的に重要な目的」に錯誤がある場合には、法益関係の錯誤を認めることができる、という見解³⁵⁾である。この見解によれば、その目的の達成に錯誤がなければ、付随的事情について錯誤があったとしても、詐欺罪の成立を認めるべきではないとされる。したがって、年齢を偽って成人向け雑誌を購入する場合、「本屋がいかにか青少年保護に熱心で、金儲けよりも未成年者に成人向けの本を売らないほうが重要であると思っていたとしても、本を販売する(代金と交換して利益をあげる)」という目的が達成されていれば、詐欺罪の成立を認める必要はない」ことになる³⁶⁾。ここでは、被害者の目的の重要性に着目されているが、何が重要な目的なのかは、社会情勢の変化が一定の影響を有することは否定できず、さらにその基準が求められる³⁷⁾。

その試みのひとつとして、近時、次のような見解が主張されている。論者は、詐欺罪における錯誤を、「①交付した財産自体の内容・価値に関する錯誤か、②被害者が自己の財産と引替えに達成しようとした社会的・経済的目的に関する錯誤」³⁸⁾と捉え、この社会的・経済的目的の範囲をいかに限定するかが、事実上きわめて重要であるとした上で、重要性を判断する視点として、以下の視点を提示する。

第一の視点は、財産の交付が経済的取引なのか個人の主観的な価値実現として行われているかの区別である³⁹⁾。前者の場合は、その取引社会において一般に重要とされる目的のみが保護されることになり、交付者の主観的目的が保護されないこともあり得るとされる。

第二の視点は、財物・利益の交付と経済的な不利益の発生の直接性である。「財物・利益の交付それ自体から直接的に経済的な不利益が生ずる場合は、行為者は目的達成に失敗しており、当然に詐欺罪が成立する」とされる⁴⁰⁾。なお、論者は、交付した財物の不正使用などによる経済的なリスクを間接的・抽象的な利益として保護することは不適切であるとした上で、「詐欺罪で保護されるべき目的は経済的な目的に限られるわけではなく、社会的に重要な目的も同罪の保護対象に含まれると解すべきであり、「経済的利害に直結しなくても、重要な社会的目的は保護されると端的に解した方が適切である」⁴¹⁾とする。

第三の視点は、付随的目的の重要性の判断における取引主体の社会的な位置づけである。そこでは、「取引主体が利潤を追求するだけでなく、いわば公的な存在として一定の公的な利益を保持すべき立場にあるといえる場合には、たとえ十分な対価を得ている場合であっても公的な利益の不達成があれば詐欺罪の成立を認めるべきであろう」⁴²⁾とされる。ただし、このような考慮は、業務内容の公益性が極めて高いような例外的な状況に限定してなされるべきであるとされる⁴³⁾。

第四の視点は、他の構成要件との「住み分け」である。刑法典内部の保護目的に関する重複の評価をさけるために、刑法典の犯罪類型については「住み分け」を図ることが重要であるとする⁴⁴⁾。

第五の視点は、社会的・経済的な目的に対する社会における評価（社

会的重要性)である⁴⁵⁾。これは、挙動による欺罔の評価と関係するとされる。すなわち、「申込行為自体が挙動による欺罔行為と評価できるような場合には、欺罔された事実が社会的に重要な目的達成に係る内容であり、したがって、詐欺罪の実質的法益侵害を肯定できる場合が多くなる」とするのである。

このような基準から、例えば、暴力団関係者がそのことを秘して賃貸マンションの賃貸借契約を締結する行為について、次のように述べる⁴⁶⁾。まず、十分な収入のない暴力団関係者が職業や年収について虚偽の事実を申し向けた場合、不動産について賃貸借契約を締結する際に賃貸人は賃料を確実に受け取ることに重大な関心を有していることから、暴力団関係者が否かという点に関わりなく、詐欺罪の成立が認められることになる。また、賃貸人は居住用など一定の目的に限定して不動産の賃貸に応ずることから、暴力団事務所として用いる意図を秘して、居住用の賃貸マンションを申し込んだ場合も、詐欺罪の成立が認められるとする。これに対して、家賃を支払う十分な資力のある暴力団関係者が暴力団関係者であることを秘して、居住目的で賃貸マンションの契約を締結する場合には、挙動による欺罔や不作為の欺罔行為は認めることができないとする。

この見解は、詐欺罪における法益関係的錯誤を、交付した財産自体の内容・価値に関する錯誤か、被害者が自己の財産と引替えに達成しようとした社会的・経済的目的に関する錯誤であると捉え、後者についてさらにその範囲の限定を試みるものである。また、そこで示された視点の具体的事例への適用の帰結は、基本的に、詐欺罪の成立範囲を制限的に捉えることのできるものである。

しかし、この見解は、詐欺罪を構成する錯誤に社会的目的に関する錯誤を含むことによって、詐欺罪による社会的法益の保護を制約することに困難さを孕んでいる。既に指摘されているように⁴⁷⁾、社会的目的を含むとする場合、18歳未満の者が年齢を偽って成人向け雑誌を購入した場合に詐欺罪は成立しないとする見解に対して示された、それは「それらに対する規制及びその運用やこれを取り巻く社会の意識が『おおらかな時

代』には妥当したものと思われるが、決して所与のものでも不動のものでもない……現今の法規制や社会情勢を踏まえ、成人のみに対する販売を重視し、励行しているという販売者が決して珍しくない中で、そのような販売者に対して敢行されたのであれば、上記行為について詐欺罪の成立は妨げられないという解釈をするのがむしろ自然であるように思われる⁴⁸⁾との見解を否定することができなくなろう。

さらに、これらの見解とは別に、目的不達成を詐欺罪の成立要件としての財産損害の内容と捉える立場から、目的不達成にいう目的を、「財産権の行使として合理的と評価されるものに限定」する見解がある⁴⁹⁾。論者は、未成年者が成人であると偽ってタバコを買い代金を支払った場合を引き合いに出して、次のように述べる。すなわち、「この場合に詐欺罪の成立を認める見解は、未成年者喫煙禁止法によって追求される喫煙の害の防止という公衆衛生上の法益の侵害をもって、財産犯である詐欺罪の成立を根拠づけることになる。しかし、今述べたように、未成年者に対する喫煙の害の防止という目的は、公衆衛生上のものであって、詐欺罪において尊重されるべき財産の行使として合理的と評価されるものには属さない。」⁵⁰⁾と。そこでいう目的の財産犯的限定は、取引主体の役割に応じて変化するとされる。そして、利潤追求を旨とする「商人」の役割においては、原則として、利潤追求のみを「財産権の行使として合理的と評価される目的」と解すべきであるとして⁵¹⁾、「商人」的利潤追求の場合には、通常、取引対象の「交換価値」が重要であるから、相当対価があれば、原則として、「財産損害」はないとするのである⁵²⁾。

詐欺罪における欺罔行為および錯誤の対象をどのように捉えるかについて、現在の主要な見解とその帰結を概観してきた。詐欺罪を財産犯として捉え、それにより保護されるべきものが、基本的に、交換手段や目的達成手段としての財産であると解するならば、取引における目的との関係における重要な事項は、そのような意味での財産犯的な限定がなされたものと把握されるべきであり、その目的が失敗に終わった場合に詐欺罪の法益侵害性が認められ、それが詐欺罪によって発生が防止されるべき結果であると考えられるべきであろう。したがって、詐欺罪の外延を不

明確にする虞を孕む社会的目的は、ここでの重要な事項として取り込むべきではない。そのような目的を取り込むことで、場合によっては、社会的に害のある「行為に財やサービスの交換が伴えば、新たな立法を待つまでもなく、簡単に詐欺罪で処罰することができてしまう」⁵³⁾ ことが危惧されるからである。

3.3 暴力団員のゴルフ場利用と詐欺罪

それでは、欺罔の対象となる重要な事項を取引における目的のうち財産犯的な限定のなされたものに限るとして、暴力団員によるゴルフ場の利用は、詐欺罪の成立が認められるべき場面なのであるか。ここまでの検討から、この問題は主として、先に挙げたいずれの裁判例においても重要な事項であるとされた被告人の暴力団員という身分、および、その前提とされるゴルフ場の品位や利用環境、ゴルフ施設の社会的な信用、暴力団排除の法的要請といった事項が、ゴルフ場の利用申込者とゴルフ施設側との取引における財産犯的な限定がなされた目的に含まれるか否かによる。

この点、近時ゴルフ施設が暴力団員の利用を拒むことになったひとつの大きな要因である暴力団排除条例等による暴力団排除の法的要請については、およそ財産犯的な限定のなされた目的とはいえないであろう。ゴルフ施設が条例等に基づいて暴力団員の利用を拒むことは、各施設の経営方針として尊重されるべきではあるが、それはあくまでも刑事政策的な社会的利益の追求であり、ゴルフ施設の経済的な利益と直接的には関係しない付随的目的である⁵⁴⁾。このような付随的目的の考慮は、原則的に詐欺罪の成否について取り入れられるべきではないし、その考慮がなされるとしても、例外的に、業務内容の公益性が極めて高い場合に限られるべきであろう。そして、既に指摘されているように⁵⁵⁾、ゴルフ場には、そのような刑事政策の追求において、他の一定の公共的役割を負う事業とされる銀行や航空会社などと同等の公共的役割があるとはいえないのではなかろうか。

また、ゴルフ場の品位や利用環境、さらにはゴルフ場の社会的な信用

といった風評は、暴力団員が利用することによりそれらが低下することでゴルフ場の経営がダメージを受け、それが財産的損害になると考えられているのだとすれば、そこには論理の飛躍がある。暴力団員の利用による風評の低下とゴルフ場による利用許可というサービスの提供は、直接的な対応関係にはないからである⁵⁶⁾。また、もし暴力団員がゴルフ場を利用する際に他の利用者との間でトラブルを起こし、それにより他の利用者とそのゴルフ場の利用を敬遠するようになったとしても、それは、業務妨害罪で対処すべき事柄であっても、詐欺罪で対処すべき事柄ではない。

そもそも、ゴルフ場経営は利潤追求を目的とする経済的取引を行う主体であって、個人の主観的な価値実現を図るものではない。その取引の経済的な目的は、申込者にゴルフ場の利用を許可することと引き換えに申込者から利用代金を得ることである。18歳未満の者が年齢を偽って成人向け雑誌を購入した場合に、青少年保護という社会的目的が詐欺罪における欺罔の対象から除外されたように、現在の社会において公共的役割の負担がそれほど大きいとは考えられないゴルフ場についても、その取引の目的から暴力団排除という社会的目的は除外されて考えられなければならないであろう。そうであるならば、暴力団員が相当対価を支払ってゴルフ場を利用する行為には、当該取引における重要な事項についての欺罔行為も錯誤も存在しないのであり、詐欺罪の成立を認めるべきではないのである。

そして、暴力団員による利用を拒む意思を看板やフロント付近への文書の掲示によって明示しているとしても、そのことをもって、結論が左右されるべきではない。前述のように、ゴルフ場で暴力団員が利用申込みをするにあたって身分を秘匿したことが詐欺罪との関係での重要な事項ではない以上、暴力団員としての身分を秘匿すること自体に対する評価は変わらないからである。

暴力団員の利用を拒むことを明示してある場合には、その身分を秘匿することが欺罔行為になり、それによりゴルフ場を利用したことが二項詐欺罪になるとするならば、「空腹の組員が『暴力団関係者の来店は一切お

断り!』と張り紙をする店に入り、一般人を装って飲食物を注文しその代金を支払ったという場合」⁵⁷⁾にも、詐欺罪を認めなければならないであろう。しかし、そのような結論は支持し得ないのではなからうか。ここでも、失敗に終わったのは、暴力団の撲滅という非財産的な目的だからである⁵⁸⁾。この場合に詐欺罪が成立するとすれば、どのような店舗でも「暴力団関係者の来店は一切お断り!』と張り紙等をしていれば、暴力団員が他の客と変わらない穏当な態様で利用したとしても、詐欺罪の成立を認めることになろう。それは反社会的勢力の排除という刑事政策上の目的には資することになるのかもしれないが、正当にも、「詐欺罪が社会政策の実現に広範に利用される社会というのは、恐るべき社会である」⁵⁹⁾と指摘されるように、それは財産犯である詐欺罪によって実現されるべき目的ではないのである。

冒頭に挙げた裁判例では、いわゆる挙動による欺罔という概念によって欺罔行為が認められていた。しかし、前述のように、すでに暴力団排除の法的要請に応えることや、暴力団員がゴルフ場を利用することによるゴルフ場の利用環境および品位・信用の低下を防ぐという目的が、詐欺罪の欺罔の対象となる重要な事項とはいえないとするならば、暴力団員という身分を秘匿することを欺罔行為であるということとはできないことになろう。いかなる場合に挙動による欺罔が認められるのかはその限界が不明確であり、なお議論がなされる必要があるが、そもそも錯誤の対象となる事項が、詐欺罪において考慮されるべきものでない以上、そのような事項に向けられた欺罔を詐欺罪を構成する欺罔行為とすることはできないからである。

また、名古屋地裁判決では詐欺の故意を否定することで、詐欺罪の成立を否定したが、そこで故意の認識対象とされた事実は詐欺罪における欺罔行為の内容ではないのであるから、そのような内容について具体的な認識が欠けていたことを理由に詐欺罪の故意を否定して、詐欺罪の成立を否定するのではなく、そもそも、客観的要件について欺罔行為が存在しないとして、詐欺罪を否定すべきであると思われる。名古屋地裁判決が詐欺罪の成立を否定した結論においては支持し得るが、その理論構

成には、なお疑問が残る。

4. おわりに

このようにして、暴力団員が身分を秘匿してゴルフ場を利用する場合に、詐欺罪の成立を認めることはできないと解するべきである、との結論に至る。

ところで、冒頭に挙げた事例で有罪判決を下された事例では、執行猶予付きの懲役刑が科されている。いずれの事例においても、「実刑をもって臨むまでのことはない」との量刑理由が述べられている。取締当局の側からは、そのような軽微な行為に対しても法定刑に懲役刑しか規定されていない詐欺罪をもって臨むことにより、暴力団排除のより実効的な統制効果をもたらすことが期待されるのかもしれない。執行猶予が付されることにより、その他の場面における場合によっては軽微な行為によっても、執行猶予を取り消すことが可能になり、取締を強化しうるからである。このような取締方法が支持されうるかは、取締目的だけでなく、適用される罰条の本来の趣旨及び保護法益に鑑みて検討されなければならないであろう⁶⁰⁾。そして、本稿はそれを支持し得ないものと考えている。このような刑罰法規の適用は、実質的に罪刑法定主義に反しているのではなかろうか。

また、このことは一定の身分や属性を理由に行為の自由を制約することになるが、そのような取締方法に限界を設けることはできるのであろうか。反社会的勢力として暴力団員の行為を制約することに、おそらく多くの市民は異を唱えることはないであろう。しかし、一旦このような規制のあり方を認めるならば、他の場面においても、その時々刑事政策的に取締りが望まれる者に対して、間接的に関係しうる罰条をもって恣意的に取締ることを可能にすることになる虞がある。刑法は刑事政策の越えられない壁であるとするならば、各々の刑罰法規の目的および射程を厳格に画することを放棄すべきではないのである。

【註】

- 1) 西田典之『刑法各論 [第 6 版]』209 頁, 前田雅英『刑法各論講義 [第 4 版]』(東京大学出版会・2007 年) 287 頁など。
- 2) 長井圓「判批」平成 19 年度重要判例解説(2008 年) 180 頁は,これを「通俗的誤解」に由来する「騙し絵」と評する。
- 3) 林幹人『判例刑法』(東京大学出版会・2011 年)297 頁, 山口厚『刑法各論 [第 2 版]』(有斐閣・2010 年) 267 頁。
- 4) 既にこの問題を論ずるものとして, 松宮孝明「暴力団員のゴルフ場利用と詐欺罪」浅田和茂ほか編『刑事法理論の探求と発見 斉藤豊治先生古稀祝賀論文集』(成文堂・2012 年) 147 頁以下がある。
- 5) 神戸地判平成 24 年 11 月 26 日 LEX/DB 文献番号 25445789。
- 6) 福岡高判平成 24 年 12 月 6 日 LEX/DB 文献番号 25500177。
- 7) 宮崎地判平成 24 年 5 月 21 日 LEX/DB 文献番号 25500176。
- 8) 名古屋地判平成 24 年 4 月 12 日 LEX/DB 文献番号 25481215。
- 9) 最決平成 22 年 7 月 29 日刑集 64 卷 5 号 829 頁。
- 10) これに対し, 林幹人『刑法各論 [第 2 版]』(東京大学出版会・2007 年) 144 頁以下は, 財産犯のすべてを全体財産に対する罪と解した上で, 詐欺罪についても背任罪と同様に「財産上の損害」の発生を要求する。
- 11) 団藤重光『刑法綱要各論 [第 3 版]』(創文社・1990 年) 619 頁。その他に, 大塚仁『刑法概説 (各論) [第 3 版増補版]』(有斐閣・2005 年) 255 頁以下, 大谷實『刑法講義各論 [新版第 4 版]』(成文堂・2013 年) 272 頁, 福田平『刑法各論 [第 3 版増補版]』(有斐閣・2002 年) 249 頁。
- 12) 西田・前掲註 (1) 203 頁。
- 13) 松原芳博「詐欺罪・その 2」法学セミナー 700 号 (2013 年) 108 頁。
- 14) もっとも, 店主が, 客が 18 歳未満の者であると分かっていたら販売を拒んでいたはずであるとして, 不本意にも雑誌の占有を手放したことに書店の財産的損害を見出し詐欺罪の成立を認めることに対しては, 「詐欺罪を青少年の健全育成や店主の意思決定の自由一般を保護する

ために転用するものではなかろうか」との正当な指摘がなされている(松原・前掲註(13)108頁)。

- 15) 大谷・前掲註(11)273頁。
- 16) 西田・前掲註(1)203頁。その他に、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)2頁以下、曾根威彦『刑法の重要問題〔各論〕〔第2版〕』(成文堂・2007年)190頁、同・『刑法各論〔第5版〕』(弘文堂・2012年)144頁、高橋則夫『刑法各論』(成文堂・2011年)319頁、中森喜彦『刑法各論』(有斐閣・2011年)121頁、星周一郎「詐欺罪の機能と損害概念」研修738号(2009年)3頁以下、堀内捷三『刑法各論』(有斐閣・2003年)153頁、前田・前掲註(1)287頁、山中敬一『刑法各論〔第2版〕』(成文堂・2009年)340頁など。
- 17) 佐伯仁志「詐欺罪(1)」法学教室372号(2011年)106頁は、「現在では、実質的個別財産説の方が通説になっているといえる」とする。
- 18) 前田・前掲註(1)287頁、木村・前掲註(16)3頁。
- 19) 橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」『植村一郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題〔第1巻第1編理論編・少年法編〕』(立花書房・2011年)181頁。
- 20) 松原・前掲註(13)108頁。
- 21) 佐伯仁志「詐欺罪の理論構造」山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』(岩波書店・2006年)106頁。既に、伊藤涉「詐欺罪における財産的損害(五・完)——その要否と限界」警察研究63巻8号(1992年)42頁以下。
- 22) これに対し、松宮・前掲註(4)152頁は、財産的損害を詐欺罪の成立要件とし、その条文上の根拠を、財物詐欺では、「錯誤」に基づく「財産交付」によって、「目的が達成できないのに財物を失ったこと」にあり、利益詐欺では、欺罔者側が「財産上不法の利益を得た」ことの裏返しとして、被欺罔者側にそれに対応する「財産的損害が生じた」ことであって、それぞれ「財物交付」ないし「財産上不法の利益を得た」ことの中に読み込めると解釈すべきであろうとする。

- 23) 佐伯・前掲註 (17) 「詐欺罪 (1)」107 頁・その他に、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、橋爪隆「詐欺罪 (上)・(下)」法学教室 293 号 (2005 年) 71 頁以下、294 号 (2005 年) 91 頁以下、同・前掲註 (19) 175 頁以下、山口・前掲註 (3) 267 頁、同・『問題探究刑法各論』(有斐閣・1999 年) 161 頁以下、同・『法益関係の錯誤説』の解釈論的意義」司法研修所論集 111 号 (2004 年) 107 頁以下。法益関係の錯誤説の詳細は、佐伯仁志・「被害者の錯誤について」神戸法学年報 1 号 (1985 年) 115 頁以下、同・前掲註 (21) 95 頁以下、参照。
- 24) 佐伯・前掲註 (17) 107 頁、同・前掲註 (21) 106 頁。
- 25) 橋爪・前掲註 (23) 「詐欺罪 (下)」94 頁。
- 26) 佐伯・前掲註 (17) 108 頁。
- 27) 橋爪・前掲註 (23) 「詐欺罪 (下)」94 頁は、『「財産上の損害」の要否をめぐる議論されてきた問題の多くは、詐欺罪における被害者の錯誤の解釈によって解決することができる」とする。松原・前掲註 (13) 109 頁は、実質的個別財産説と法益関係の錯誤説とは「表裏であって、対置されるべきものではない」とする。なお、財産的損害の内容およびそれと詐欺罪の他の要件との関係については、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——損害概念の多義性と中間結果としての錯誤に着目して——」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑥』(成文堂・2013 年) 133 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 卷 3 号 (2012 年) 121 頁以下、藁美蘭「詐欺罪における財産上の損害」法政研究 78 卷 4 号 (2012 年) 156 頁以下、参照。
- 28) 伊東研祐『刑法講義各論』(日本評論社・2011 年) 196 頁。
- 29) その他に、伊藤・前掲註 (21) 41 頁は、「いかなる給付に対し、いかなる対価を得るか」という決定に必要な前提事実が正しく認識されている限り、被欺罔者はその交換関係で満足したのであって、財産的に害されているとはいえない、とする。
- 30) 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』(勁草書房・2004 年) 339 頁以下。
- 31) 長井・前掲註 (30) 344 頁、さらに、同・前掲註 (2) 182 頁。

- 32) 長井・前掲註(2) 182頁。
- 33) 橋爪・前掲註(9) 185頁。
- 34) 橋爪・前掲註(19) 185頁。
- 35) 佐伯・前掲註(21) 107頁。
- 36) 佐伯・前掲註(21) 109頁。
- 37) 橋爪・前掲註(19) 187頁以下。
- 38) 橋爪・前掲註(23) 「詐欺罪(下)」95頁。
- 39) 橋爪・前掲註(19) 188頁。
- 40) 橋爪・前掲註(19) 189頁。
- 41) 橋爪・前掲註(19) 189頁以下。
- 42) 橋爪・前掲註(19) 191頁。
- 43) 橋爪・前掲註(19) 192頁。
- 44) 橋爪・前掲註(19) 193頁。
- 45) 橋爪・前掲註(19) 193頁。
- 46) 橋爪・前掲註(19) 197頁以下。
- 47) 佐伯・前掲註(17) 「詐欺罪(1)」112頁以下。
- 48) 前田巖「判解」『最高裁判所判例解説刑事編平成十九年度』(法曹会・2011年) 143頁。
- 49) 松宮・前掲註(4) 155頁以下。
- 50) 松宮・前掲註(4) 157頁。
- 51) 松宮・前掲註(4) 158頁。
- 52) 松宮・前掲註(4) 163頁。
- 53) 佐伯・前掲註(17) 115頁。
- 54) 松原・前掲註(13) 111頁。
- 55) 松宮・前掲註(4) 165頁。
- 56) 松原・前掲註(13) 111頁。
- 57) 内田・前掲註(23) 34頁。
- 58) 内田・前掲註(23) 36頁。
- 59) 佐伯・前掲註(17) 115頁。
- 60) 正当にも松宮・前掲註(4) が指摘するように、それは、「暴力団対策

の話ではなく、刑法の適正な解釈の問題」なのである。

【付記】本稿脱稿後、福岡高裁宮崎支部平成 24 年 12 月 6 日判決の上告審判決である最高裁判所第二小法廷平成 26 年 3 月 28 日判決 LEX/DB25446329 および名古屋高裁平成 25 年 4 月 23 日判決（名古屋地裁平成 24 年 4 月 12 日判決の控訴審）の上告審である最高裁判所第二小法廷平成 26 年 3 月 28 日決定 LEX/DB25446340 に接した。これらの検討は別稿で行う。

(よじょう・ほくと 大阪経済大学経営学部ビジネス法学科 専任講師)