HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事判例研究
Author(s)	瀧本, 京太朗
Citation	北大法学論集, 66(2), 76[303]-41[338]
Issue Date	2015-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59597
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no2_16.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

刑　事　判　例　研　究

瀧　本　京太朗

被害者側の取引実態と欺罔行為性の判断

①事件：最判平成26年３月28日（平成25年（あ）第３号）
（刑集68巻３号582頁、判時2244号121頁、判タ1409号136頁）

②事件：最決平成26年３月28日（平成25年（あ）第725号）
（刑集68巻３号646頁、判時2244号126頁、判タ1409号143頁）

Ⅰ　はじめに

詐欺罪については、従来からその罪質が特に重要な論点とされており、現在もなお議論は一致を見ない。判例・裁判例においても、いわゆる形式的個別財産説に立つと見られるものがある一方で、実質的個別財産説からも説明が可能なものも見られ、やはり統一的な見解を形成するには至っていないのが現状である。そのような中にあって、表題に掲げた２件の判例は、暴力団員によるゴルフ場の利用申込み行為と詐欺罪の成否が問題とされたという点では共通しているが、そこで認定された事実関係の差から、一方では無罪、他方では有罪という結論が導かれたという点で異なっている。詳細については後述するが、いずれの事件においても、問題となったゴルフ場では、利用約款等において暴力団関係者による施設利用を拒絶していた。しかし、有罪となった事件（②事件）では、従来の判例が示してきた判断枠組みのように、暴力団排除に関する規定が経営上の重要性を有していたという点を指摘したのに対し、無罪となった事件（①事件）では、利用約款等にもかかわらず、暴力団排除に向けた具体的な取組みがなされていないという点が指摘されているのである。

特に①事件においては、判例上しばしば用いられている「交付の判断の基礎

となる重要な事項」という要素は誰が、あるいは何が基準となって判断されるのかが問題となっているように思われる。すなわち、「取引の実態」が、法令ないし経営規則上定められていた取引のルールから逸脱していたというケースが判例上問題となったのは、特に①事件が初の事例であるように思われる。本稿は、重要事項に関する従来の議論に加え、上記の様に「規則」と「取引の実態」にずれがある場合にどのような解決をすべきかについても検証を行うことを目的とするものである。

なお、「取引の実態」という言葉は多義的であり、注意を要する。規則と実態にずれがある場合というのは、当該取引を規律する規則と「一般的な対応方針」にずれがある場合と、規則と一般的な対応方針は一致していたが、行為者の応対に当たった「具体的な被欺罔者」が規則と異なる対応をした、という場合が考えられ、①事件は前者に属するものであると考えられよう。後者に属するものについては後述する。本稿では単に「実態」と表記されている箇所もあるが、同旨である。

Ⅱ　両事件の概要[1]

1　①事件：最判平成26年３月28日刑集68巻３号582頁

（1）事実の概要

暴力団員であった被告人X1は、同じ組の副会長Dらと共に、平成23年８月15日、予約したゴルフ場「B倶楽部」に行き、フロントにおいて、それぞれがビジター利用客として、備付けの「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、これをフロント係の従業員に提出してゴルフ場の施設利用を申し込んだ。

また、Eは、同月25日、仕事関係者を宮崎県に招いてゴルフに興じるため、

[1] ①事件、②事件に関する評釈としては、伊藤渉「判批」刑事法ジャーナル42号（2014年）97頁、香月裕爾「判批」NBL1024号（2014年）５頁、齊藤彰子「判批」判例セレクト2014［Ⅰ］（2015年）35頁、白井智之「判批」研修798号（2014年）15頁、土倉健太「判批」捜査研究761号（2014年）２頁、坪井麻友美「判批」警察公論69巻９号（2014年）85頁、林美月子「判批」ジュリスト1479号（平成26年度重要判例解説）167頁、前田雅英「判批」捜査研究759号（2014年）22頁、松井洋「判批」警察学論集67巻８号（2014年）144頁、渡邉雅之「判批」銀行法務773号（2014年）24頁がある。いずれの評釈も、①事件と②事件の両方を検討している。

自らが会員となっていたゴルフ場「Cクラブ」に電話をかけ、9月28日の予約をした後、組合せ人数を調整するため、X1らを誘った。X1は、同月28日、同クラブに行き、フロントにおいて、備付けの「ビジター控え」に氏名を偽りな

以上の行為につき、X1は2項詐欺罪（刑法246条2項）として起訴された。

第一審の宮崎地裁[2]は、申込み時にX1が「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がな」かったことを認定したが、その一方で、X1は「本件各ゴルフ施設が一般的に暴力団員の利用を拒絶していることを認識していた」とした。さらに、B倶楽部及びCクラブはいずれも、「暴力団関係者の立入りプレーはお断りします。」などと書かれた立て看板を出入り口付近に設置し、利用細則ないし利用約款等を施設内に掲示し、暴力団員による利用であることが判明した場合には、利用を拒絶し、プレー中に暴力団員であることが判明した場合にはプレーを中止させるなどしており、暴力団員の利用を固く禁止していたということも併せ認定した上で、「本件各申込みは、本件各ゴルフ施設によっていわば暴力団員でない者の利用申込みを受け付ける旨明らかにされ、…D ないし被告人X1がその利用を申し込むというのである以上、いずれも自己が少なくとも暴力団員でない正規の利用客であるという積極的な意思表示を伴うものであったと合理的に評価することができ、しかも暴力団員による利用であるか否かは、判示各従業員において、当該ゴルフ施設の利用という利便提供の判断の基礎となる重要な事項であったというべきである。」と判示した。

次に、原審の福岡高裁宮崎支部[3]は、①本件各ゴルフ施設では、受付段階で申込者に対する口頭又は書面による質問はなく、警察等との連携もなされていない、②掲示されていた利用細則ないし利用約款は、利用者に認識させることが困難である、③B倶楽部ではコンプライアンス担当者が、暴力団員がプレーしているのに気付きながら最後までプレーすることを許していることから、暴力団員による利用か否かは財産的処分行為をするための判断の基礎となる重要な事項といえない、及び④宮崎県内において暴力団員の利用を許していたゴルフ施設が複数あるから暴力団員の利用拒絶の事実が周知されている事柄とは言

[2] 宮崎地判平成24年5月21日刑集68巻3号628頁参照。

[3] 福岡高宮崎支判平成24年12月6日刑集68巻3号636頁参照。

えない。また、B倶楽部、Cクラブの受付表等には「いずれにも職業欄や暴力団員か否かを確認する欄はなく、受付における確認作業もなされていなかったことから、申込行為は、一般的、客観的に暴力団員でない旨の事実を表す行為であると一義的に評価することはできないから、被告人らの申込行為は欺罔行為に当たらない」との所論に対し、以下のように判示して、被告人の控訴を棄却した。すなわち、まず①に対しては、「そのような方法は、暴力団員でない申込者の名誉を傷つけ、ゴルフ施設の信用を落としかねないことや、暴力団員に対し、そのような質問や確認をすることによって、その場における粗暴な振る舞いや事後の仕返しを受けるおそれがある」ため困難であり、また、「多くの申込みを短時間に処理しなければならない受付業務において、所論がいうような警察等との連携による確認作業を実施することは相当困難である。」とした。次に②に対しては、確かに利用細則ないし利用約款は人目に付きやすい場所に掲示されているが、「字の大きさなどから、その付近を通行中の誰もがその内容を認識することが可能であるとは言い難く、これらによって利用者にその内容を周知させるには十分でない」が、「これらの掲示をすることにより、本件各ゴルフ施設が、暴力団員を拒絶する姿勢を示していることは明らかである。」とした。そして③に対しては、担当者は離れた場所からプレーを視察していたため、X1が暴力団員であると断定することができず、「慎重を期してプレーを止めずにクラブハウスでコースから帰ってくるのを待ち受け」ていたのであるから、担当者がプレーを止めなかったことには理由がある。また、ゴルフ場は「他にも利用者がある場所であり、前記のとおり、クラブハウス内での暴力団員との応対には不測の事態が発生するおそれも考えなければならず、被告人との対応が難しかったと考えられる」から、担当者の上記対応がB倶楽部における「暴力団員の利用拒絶の方針が経営上重要な事項でなかったことの表れであるということはできない。」とした。最後に④に対しては、「警察官の問合せに対し、ゴルフ施設が過去の資料を点検したところ、暴力団員の利用が判明したというものであって、当時のゴルフ施設が、暴力団員であることを知った上で利用を許していたことを示すものではない」し、①で述べたような不測の事態が発生する恐れがあるから受付での確認作業は困難である、とした。これに対して、X1が上告した。

（2）判旨

最高裁は、下級審で認定されたような、被告人の認識やコンプライアンス担当者に関する事実等には言及せず、ゴルフ場を利用する際にX1が氏名等を記入したビジター受付表（B倶楽部）及びビジター控え（Cクラブ）には、「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、被告人が自ら暴力団関係者でない旨虚偽の申出をしたりすることもなかった。」「B倶楽部及びCクラブは、いずれもゴルフ場利用細則又は約款で暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨規定していたし、九州ゴルフ場連盟、宮崎県ゴルフ場防犯協会等に加盟した上、クラブハウス出入口に「暴力団関係者の立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、本件各ゴルフ場と同様に暴力団関係者の施設利用を拒絶する旨の立看板等を設置している周辺のゴルフ場において、暴力団関係者の施設利用を許可、黙認する例が多数あり、被告人らも同様の経験をしていたというのであって、本件当時、警察等の指導を受けて行われていた暴力団排除活動が徹底されていたわけではなかった。」という事実を認定した。

そして、まずB倶楽部につき、「上記の事実関係の下において、暴力団関係者であるビジター利用客が、暴力団関係者であることを申告せずに、一般の利用客と同様に、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、申込者が当該ゴルフ場の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はあるが、それ以上に申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表しているとは認められない。そうすると、本件における被告人及びDによる本件各ゴルフ場の各施設利用申込み行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為には当たらないというべきである。」と判示した。また、Cクラブについても、「…ビジター利用客である被告人による申込み行為自体が実行行為とされており、会員であるEの予約等の存在を前提としているが、この予約等に同伴者が暴力団関係者でないことの保証の趣旨を明確に読み取れるかは疑問もあり、また、被告人において、Eに働き掛けて予約等をさせたわけではなく、その他このような予約等がされている状況を積極的に利用したという事情は認められない。これをもって自己が暴力団関係者でないことの意思表示まで包含する挙

動があったと評価することは困難である。」と判示して原判決を破棄し、X1に対して無罪を言い渡した。

なお、本判決に対しては小貫芳之裁判官による反対意見が付されている。その点については後述する。

2　②事件：最決平成26年３月28日刑集68巻３号646頁

（1）事実の概要

暴力団員であった被告人X2はFに誘われて、平成22年10月13日に、Fが会員となっている長野県内所在のGゴルフ倶楽部を訪れることになったが、X2が暴力団員であることが発覚するのを恐れたFは、フロントにおいてその事実を申告しなかった。また、G倶楽部の利用約款では、利用客は会員、ビジターを問わずフロントにおいて「ご署名簿」に自署して施設利用を申し込むこととされていたが、FはX2がフロントに赴いてこの名簿に自署せずに済むように、F自身については名簿に自署したが、X2を含む他の同伴者５名については従業員に代筆を依頼して、G倶楽部の施設利用を申し込んだ。その結果、X2は結局フロントに立ち寄ることなく、クラブハウスを通過し、プレーを開始することができた。ところでG倶楽部では、暴力団員及びこれと交友関係のある者の入会を認めておらず、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への回答を求めるとともに、「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」と記載された誓約書に署名押印させた上、提出させていた。また、ゴルフ場利用約款でも、暴力団員の入場及び施設利用を禁止していた。Fは、平成21年６月頃にG倶楽部の入会審査を申請した際、アンケートの項目に対し「ない」と回答した上、誓約書に署名押印して提出し、G倶楽部の会員となった。

第１審の名古屋地裁[4]は、「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

[4] 名古屋地判平成24年４月12日刑集68巻３号674頁参照。また、第１審判決に言及する論説として、松宮孝明「暴力団員のゴルフ場利用と詐欺罪」浅田和茂＝川崎英明＝葛野尋之＝前田忠弘＝松宮孝明編『刑事法理論の探究と発見　斉藤豊治先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2012年）147頁。

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」ことに加え、X2はFのG倶楽部への入会には関与しておらず、Fが入会時に署名押印した誓約書の内容については知らなかったのであるから、「…F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」として、２項詐欺罪については無罪とし、別罪によりX2を懲役10月、執行猶予３年に処した。検察官及びX2の双方が控訴したところ、原審の名古屋高裁[5] [6]は、X2が認識すべき内容としてFとG倶楽部の契約まで要求するのは、「行為の違法性を認識するための犯罪事実の認識として明らかに過剰」であるなどとして名古屋地裁判決を破棄し、２項詐欺罪の成立を肯定し、X2を懲役１年６月、執行猶予３年に処した。これに対してX2が上告した。

（２）決定要旨

最高裁は、先に述べた点に加え、①事件では言及されなかった、以下のような事実認定を行っている。すなわち、「ゴルフ場が暴力団関係者の施設利用を拒絶するのは、利用客の中に暴力団関係者が混在することにより、一般利用客が畏怖するなどして安全、快適なプレー環境が確保できなくなり、利用客の減少につながることや、ゴルフ倶楽部としての信用、格付け等が損なわれることを未然に防止する意図によるものであって、ゴルフ倶楽部の経営上の観点からとられている措置である。」「本件ゴルフ倶楽部においては、ゴルフ場利用約款で暴力団員の入場及び施設利用を禁止する旨規定し、入会審査に当たり上記のとおり暴力団関係者を同伴、紹介しない旨誓約させるなどの方策を講じていたほか、長野県防犯協議会事務局から提供される他の加盟ゴルフ場による暴力団排除情報をデータベース化した上、予約時又は受付時に利用客の氏名がそのデータベースに登録されていないか確認するなどして暴力団関係者の利用を未

[5] 名古屋高判平成25年４月23日刑集68巻３号686頁参照。

[6] 原審の評釈として松本英男「判批」研修785号（2013年）15頁がある。また、論説の中で原審の判断を批判的に検討するものとして、松宮孝明「挙動による欺罔と詐欺罪の故意」岩瀬徹＝中森喜彦＝西田典之編『刑事法・医事法の新たな展開〈上巻〉　町野朔先生古稀記念』（信山社、2014年）529頁。

然に防いでいたところ、本件においても、被告人が暴力団員であることが分かれば、その施設利用に応じることはなかった。」というのである。その上で、「以上のような事実関係からすれば、入会の際に暴力団関係者の同伴、紹介をしない旨誓約していた本件ゴルフ倶楽部の会員であるFが同伴者の施設利用を申し込むこと自体、その同伴者が暴力団関係者でないことを保証する旨の意思を表している上、利用客が暴力団関係者かどうかは、本件ゴルフ倶楽部の従業員において施設利用の許否の判断の基礎となる重要な事項であるから、同伴者が暴力団関係者であるのにこれを申告せずに施設利用を申し込む行為は、その同伴者が暴力団関係者でないことを従業員に誤信させようとするものであり、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによって施設利用契約を成立させ、Fと意を通じた被告人において施設利用をした行為が刑法246条２項の詐欺罪を構成することは明らかである。被告人に詐欺罪の共謀共同正犯が成立するとした原判断は、結論において正当である。」（傍点は筆者、以下同じ。）と判示して、上告を棄却した。

なお、本決定に対しては、小貫芳之裁判官による意見が付されている。

Ⅲ　評釈

両事件で共通して争点とされているのは、暴力団員であることを秘してゴルフ場利用を申込む行為が、いわゆる「挙動による欺罔行為」に当たるか否かである。しかし、本稿で特に問題としたいのは、規則と実態にずれがあった場合の処理である。これまでの判例の検討を含め、詐欺罪の罪質については、本稿の問題意識と関連する限度で検討を行うこととする。

1　詐欺罪の罪質について

（1）学説の概要[7]

人を欺く行為の手段・方法には制限がないという点については異論がなく、積極的な欺罔行為を行わなくても、挙動によって相手を錯誤させて財物を交付

[7] 学説の概説を含む論説として、伊藤渉「詐欺罪における財産的損害―その要否と限界―（１）」警察研究63巻４号（1992年）27頁、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）１頁、星周一郎「詐欺罪の機能と損害概念」研修738号（2009年）３頁など。

させれば詐欺罪が成立し、裁判実務においても、欺罔行為者が被害者に相当の対価を支払った場合でも詐欺罪が成立しうるとされてきた。そして、欺罔行為とは、「相手方が財産的処分行為をするための判断の基礎となるような重要な事実を偽ること」であり、この点に関して被害者を錯誤に陥れて、財物ないし財産上不法な利益を交付させたときに詐欺罪が成立するとされてきた。

また、通説からは、詐欺罪を個別財産に対する罪であると解する以上は何らかの財産上の損害の発生が必要であるとされている（個別財産説）[8]が、この中でもさらに形式的個別財産説と実質的個別財産説の間で対立がある。両説は、詐欺罪における法益侵害の実質が何かという点で異なっており、従前より通説とされてきたのは形式説[9]であった。この説によれば、「財物・利益の喪失」があればただちに法益侵害が認められるとされる。これに対して実質説は、形式説は財産上の損害を不要とする見解（不要説[10]）と実質的に同一であるとしてこれを批判する。そして、例えば未成年者が成人であると偽って煙草を相当対価で購入したというような場合についてまで詐欺罪の成立を肯定することは妥当でないとした上で、「財物・利益の喪失」があってもなお詐欺罪が成立しない場合があると主張し、「実質的な財産上の損害」が法益侵害の実質であると解している[11]。形式説の観点からは、この煙草の事例では、売り主が錯誤に基づいて交付行為を行っていれば、未成年者は１項詐欺罪に問われることになろう。

---

[8] 詐欺罪を全体財産に対する罪とする見解として、滝川幸辰『刑法各論』（世界思想社、1951年）160頁、林幹人『刑法各論（第２版）』（東京大学出版会、2007年）142頁以下。また、同「詐欺罪における財産上の損害―最高裁平成13年７月19日判決を契機として―」現代刑事法44号（2002年）50頁以下は、「詐欺罪と背任罪とは共に全体財産に対する罪で、損害の内容に違いはない」とする。

[9] 大谷實『刑法講義各論（新版第４版）』（成文堂、2013年）272頁、団藤重光『刑法綱要各論（第３版）』（創文社、1990年）619頁、福田平『刑法各論（全訂第３版増補）』（有斐閣、2002年）250頁、藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1976年）308頁。

[10] 木村亀二『刑法各論』（法文社、1967年）125頁、牧野英一『刑法各論　下巻（第５版）』（有斐閣、1955年）682頁以下。

[11] 西田典之『刑法各論（第６版）』（弘文堂、2012年）203頁以下、前田雅英『刑法各論講義（第５版）』（東京大学出版会、2011年）350頁、山口厚『刑法各論（第２版）』（有斐閣、2012年）267頁、山中敬一『刑法各論（第２版）』（成文堂、2009年）340頁。

これらのうち、現在は実質説が通説であるとされており、議論の焦点は「形式説か実質説か」という点から、どのような実質的基準によって財産上の損害を認定するか、という点に移ってきていると言えよう。

このほか、法益について錯誤に陥ったのでなければ当該錯誤は同意の有効性に影響を与えないとする、いわゆる法益関係的錯誤説が非常に有力に主張されている。そこでは、「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」について錯誤がある場合には法益関係的錯誤が認められるとする見解[12]や、「非経済的な目的であっても、それが社会的に重要な目的と評価できる場合には、詐欺罪の保護を認めるべき」とする見解[13]などが主張されている。これらの見解が形式説、あるいは実質説のいずれと親和的であるかについては、この見解を主張する論者によって異なっている[14]。

（2）判例について

判例は、基本的には古くから形式説の立場に立っていると考えられており、いくつかの調査官解説においてもその旨説明されているが、実質説の見解に親和的な判断がなされた事例も存在している。特に近時の判例の中には、財物の交付自体が損害であるとしつつ、実質的な損害についても明文で言及した事例も見られる。そのため、最高裁が、法益関係的錯誤説も含めていずれの見解に与するものであるかを軽々に断じることはできないように思われる。以下ではこれまでの判例について若干の検討を加えるが、本稿において特に重要である事例には番号を付して示すこととする。

例えば、市価2100円のバイブレータを特殊な医療器具と偽って2200円で購入させたという最決昭和34年９月28日刑集13巻11号2993頁では、相当対価を支

[12] 佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」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）109頁、同「詐欺罪（１）」法教372号（2011年）108頁。
[13] 橋爪隆「詐欺罪成立の限界について」『植村立郎判事退官記念論文集　現代刑事法の諸問題〔第１巻〕理論編・少年法編』（立花書房、2011年）187頁。
[14] 佐伯・前掲注（12）法教107頁以下、橋爪隆「詐欺罪（下）」法教294号（2005年）94頁以下などを参照。橋爪・前掲注（13）181頁は、実質説は結局被害者の錯誤の内容によって実質的損害の存否を判断しているから、「法益関係的錯誤の観点から錯誤概念を限定する見解と、その実体において異ならないことになる」とする。

払っていたとしても「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」には詐欺罪が成立するとされており、形式説に立ったものと理解できよう。しかし、大審院時代には、医師であると詐称して被害者を診断し、症状に適応する薬品を時価で販売したという事例につき、大決昭和３年12月21日刑集７巻772頁は「判示賣藥ノ買取リニ因リ相手方ハ毫モ財産上不正ノ損害ヲ被リタル事實ナク又被告人ニ於テ之ニ因リ特ニ不法ノ利益ヲ享受シタルモノト謂フヲ得サレハナリ」と判示しており、実質説に親和的な判断であると言うことも可能である。このほか、本来受領する権限を有する工事の請負代金を詐欺的手段により早期に受領したという事例につき、最判平成13年７月19日刑集55巻５号371頁は「請負人が本来受領する権利を有する請負代金を欺罔手段を用いて不当に早く受領した場合には、その代金全額について刑法246条１項の詐欺罪が成立することがあるが、本来受領する権利を有する請負代金を不当に早く受領したことをもって詐欺罪が成立するというためには、欺罔手段を用いなかった場合に得られたであろう請負代金の支払とは社会通念上別個の支払に当たるといい得る程度の期間支払時期を早めたものであることを要すると解するのが相当である。」と判示し、詐欺罪の成立を否定している。この事件の調査官解説は、最高裁は基本的には形式説に立っていると説明しながらも[15]、実質説を有力に主張されている見解として紹介しており、裁判所の見解が形式説から実質説へと移行する障害は失われつつあることが読み取れよう。

しかし、平成13年判決以降の全ての判例が実質説に親和的になったわけではない。例えば最決平成14年10月21日刑集56巻８号670頁は、他人名義で預金通帳の交付を受けたという事案において、「被告人は、…銀行窓口係員に対し、自己が秋山本人であるかのように装って預金口座の開設を申込み、その旨誤信した同係員から貯蓄総合口座通帳１冊の交付を受けたのであるから、被告人に詐欺罪が成立することは明らかである。」というように、財産上の損害につい

[15] 朝山芳史「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成13年度135頁以下。そこでは、形式説を徹底すると「損害の要件を不要とする立場と実質的に変わらなくなり、妥当でない結果が生じかねない」とした上で、損害を形式的に捉えた④事件の第１審判決を、「実質的に損害が生じていないような場合にまで１項詐欺の成立を認めることになるので、妥当でない」として批判的に検討されている。

て言及せずに詐欺罪の成立を肯定している[16]。

また、③最決平成19年７月17日刑集61巻５号521頁は、被告人がＡと意思を通じ、Ａをして、５回に渡って５つの銀行支店の行員に対し、預金通帳を第三者に譲渡するという目的を秘して口座開設を申し込み、Ａ名義の預金通帳の交付を受けさせるなどして１項詐欺罪の共謀共同正犯に問われた事例である。最高裁は、「上記各銀行においては、いずれもＡ…による各預金口座開設等の申込み当時、契約者に対して、総合口座取引規定ないし普通預金規定、キャッシュカード規定等により、預金契約に関する一切の権利、通帳、キャッシュカードを名義人以外の第三者に譲渡、質入れ又は利用させるなどすることを禁止していた。また、Ａ…に応対した各行員は、第三者に譲渡する目的で預金口座の開設や預金通帳、キャッシュカードの交付を申し込んでいることが分かれば、預金口座の開設や、預金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。」と判示して、このような事実関係の下では、「銀行支店の行員に対し預金口座の開設等を申し込むこと自体、申し込んだ本人がこれを自分自身で利用する意思であることを表しているというべきである」から、第三者譲渡目的を秘した申込み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。

さらに、④最決平成22年７月29日刑集64巻５号829頁は、第三者を航空機に搭乗させる意図で自らの氏名が記載された航空券を提示して、搭乗券の交付を受けた事例である。最高裁はここでも、「…航空券及び搭乗券にはいずれも乗客の氏名が記載されているところ、本件係員らは、搭乗券の交付を請求する者に対して旅券と航空券の呈示を求め、旅券の氏名及び写真と航空券記載の乗客の氏名及び当該請求者の容ぼうとを対照して、当該請求者が当該乗客本人であることを確認した上で、搭乗券を交付することとされていた。このように厳重な本人確認が行われていたのは、航空券に氏名が記載されている乗客以外の者の航空機への搭乗が航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含む

[16] もっとも、本件の調査官解説では、銀行は従前より不正な目的に利用することがわかっていたら取引を拒絶すべきであるとされてきたことなどを指摘し、口座を開設しようとする者が名義人本人であるか否かは銀行にとって重要な事項であると説明されている。宮崎英一「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成14年度247頁以下。

ものであったこと…等の点において、当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していたからであって、本件係員らは、上記確認ができない場合には搭乗券を交付することはなかった。また、これと同様に、本件係員らは、搭乗券の交付を請求する者がこれを更に他の者に渡して当該乗客以外の者を搭乗させる意図を有していることが分かっていれば、その交付に応じることはなかった。」とした上で、「以上のような事実関係からすれば、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本件係員らに対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」ないと判示している。

最後に⑤最決平成26年４月７日刑集68巻４号715頁は、被告人は、自身が暴力団員であるのにこれを秘して、郵便局において自己名義のゆうちょ銀行の総合口座開設、及び総合通帳の交付を申込み、その際自身が暴力団員でないことを表明する書類に自己の氏名を記入したという事例である。最高裁は③、④事件と同じように、「…被告人に応対した局員は、本件申込みの際、被告人に対し、前記申込書３枚目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れば、総合口座の開設や、総合口座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」とした上で、「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。」と判示したのである。

（３）検討

特に③～⑤事件においては、決定文の中で、被欺罔者が一定の事項を「交付の判断の基礎となる重要な事項」であると認識していたことを裏付ける事情が

明文で認定されている[17]。問題はこれらの判例が財産上の損害概念についてどのように解しているかであるが、いずれの判例においても、財産的損害の発生については特段触れられていないことからすれば、従前の通説、すなわち形式説に立っているのだと考えるのが自然であるが、④事件の調査官解説によれば、実質説や法益関係的錯誤説に立っても④事件の判断は是認可能であろうとしており、必ずしも形式説以外の見解を排除しているわけではないと考えられる[18]。

そして、重要事項性を裏付ける事情が明記されているのは、形式説に立ったとしても、被欺罔者が単に「重要だと思っていた」というだけでは足りず、それを裏付けるための資料を要求しているからであろう。すなわち、裁判所は、被害者が「真実を知っていたら取引をしなかった」と主張すればそれだけで詐欺罪の成立を肯定しているのではなく、本当にそう言えるかどうかを、客観的事情を考慮しながら慎重に判断しているのである。これは②～⑤事件に特有というわけではないことはもちろん、詐欺罪以外の犯罪類型においても、被害者の主張が合理的かどうかを客観的証拠によって判断するであろうことは当然であるが、本稿で掲げた事例に即して言えば、②事件では「ゴルフ場利用約款」や長野県防犯協会事務局との連携が、③事件では「総合口座取引規定ないし普通預金規定、キャッシュカード規定」が、④事件では「運行の安全」が、そして⑤事件では行動憲章や貯金等共通規定がそれぞれ指摘されており、これらの点が「真実を知っていたら取引しなかった」という被欺罔者側の主張に合理性を与えるように作用しているのだと思われる[19]。例えば④事件は、単に運航の

---

[17] ③事件ではこのような文言は用いられていないが、最高裁は総合口座取引規定等を列挙して、預金通帳を第三者に無断譲渡することを禁じていると指摘し、第三者譲渡目的があることが分かれば取引をしなかったと判示していることから、③事件においても第三者譲渡目的の有無は「交付の判断の基礎となる重要な事項」であると言うべきであろう。

[18] ただし、前掲平成13年判決については実質説との「親和性が指摘されている」と述べるにとどまっていることから、裁判所としてはあくまで形式説に立って判断しているように思われる。増田啓祐「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成22年度189頁以下。

[19] 佐伯・前掲注（12）法教372号112頁、佐藤陽子「判批」刑事法ジャーナル42号（2014年）109頁。また、本江威憙編『民商事と交錯する経済犯罪Ⅱ』（立花書房、1995年）18頁は、「詐欺罪における錯誤とは、『真実を知っていたら交付しなかっ

安全を指摘するのみならず、空港係員が実際にどのような対応を行っていたかという点をも指摘した上で詐欺罪の成立を肯定しているが、この点は、各種規定を指摘するにとどまった③事件よりも一歩踏み込んで判断したものと言えよう。また、後に検討する②事件や、その直後に出された⑤事件においても、暴力団排除のための具体的な取組みがそれぞれ指摘されているのである。

学説における実質説の観点に立った場合には、これらの点は実質的な財産上の損害を根拠づけるための基礎であるというように説明されることになろうが、最高裁は形式説に立ちつつ、個別の事例ごとに被害者にとっての重要事項がどのような物であったかを認定した上で、その点について欺罔がなされ、被害者が錯誤に陥ったかを判断していると考えられる。形式説に対しては、先に挙げた煙草の事例においても詐欺罪が成立することになるとの批判が従来から展開されてきたが、①事件のように、煙草を販売した店舗の認識によっては重要事項性が否定され、詐欺罪の成立が否定される場合も十分想定されるため、形式説に立つからと言ってただちにこの批判が妥当することにはならないと思われる。さらに裏を返せば、仮に被害店舗にとっての重要事項性が肯定されるのであれば、欺罔行為性を肯定することも考えられるのではなかろうか[20]。

また、②～⑤事件の各決定要旨中で傍点を付したように、第三者譲渡目的の有無や自身が暴力団員であるかという点は、被告人の応対に当たったゴルフ場従業員、銀行員、空港係員、あるいは郵便局員にとって「交付の判断の基礎となる重要な事項」であるという認定がなされていることから、重要事項かどうかの判断は、その事件における実際の被欺罔者を基準とされているように見え

た』という主張が経済的取引の観点から見て合理的と評価される場合でなければならない」とする。

[20] 例えば、未成年者喫煙防止法（明治33年施行）４条は「煙草又ハ器具ヲ販売スル者ハ満二十年ニ至ラザル者ノ喫煙ノ防止ニ資スル為年齢ノ確認其ノ他ノ必要ナル措置ヲ講ズルモノトス」と規定し、それを受けて未成年者と思しき購入者に対しては年齢確認を徹底して行っており、未成年者と分かっていたら煙草を販売しなかったと言えるほどの事情を認定できるのであれば、欺罔行為性が肯定されることも十分考えられよう。この点につき前田巌「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成19年度332頁（注17）、長井圓「判批」ジュリスト1354号（平成19年度重要判例解説）182頁。ただし、松宮・前掲注（４）157頁は、この点を厳しく批判している。

る。そうすると、被欺罔者が、欺罔された事実を重要であると思っていなかった場合には、少なくとも欺罔行為性は否定されるということになろう。しかし、これらの事例では、各事件における被欺罔者が第三者譲渡目的の有無を重要事項であると認識していた根拠として、先に述べたような諸規定が指摘されている。そうすると、被欺罔者は通常それらを踏まえて業務を遂行していることに鑑みると、重要事項性の判断に際して重要なのは客観的な事情であって、具体的な被欺罔者がどのように考えていたかは問題とならないと考えることも十分可能である[21]。その際具体的な被欺罔者に言及している点については、246条1項の「人を欺罔して」という構成要件上、欺罔行為の客体を特定しているという以上の意味合いを有してはいない、と説明することになろう。そして、そのように考えた場合は、重要事項性の有無については、現に規則が存在している以上、(①事件のような) 特段の事情がない限りは比較的緩やかに解されることになろう。

この問題は、規則と実態が乖離していたときは、主観的に判断すべきか、あるいは客観的に判断すべきかという問題であると言えるが、前者の見解を採ると、例えば、規則上は許容されているにもかかわらず、実際の被欺罔者は「禁止されている」と誤って認識していたような場合にまで詐欺罪の成立が認められる恐れがあるが、それは妥当ではないように思われる[22]。上記の考え方のうち、いずれが妥当かについては議論もあろうが、基本的には後者の見解が妥当であろう。

2　規則と実態の乖離について

ここからは、規則と実態が乖離していた場合の処理について検討する。

これまで重要事項性が問題とされてきた事例というのは、一定の法令や経営上の規則が当該取引を規律しているような場合であるように思われるが、実際

---

[21] 佐藤・前掲注 (19) 109頁は、実行行為の有無はあくまで客観的に判断されるものであり、「一般人においては重要であるが被害者にとって特に重要でなかったからといって、欺罔行為がただちに否定され」るわけではない、としている。

[22] もっとも、実質説に立ったときは、実質的な財産上の損害がないと考えることによってこの点の批判は回避できよう。しかし、判例が基本的に採用していると思われる形式説に立ったときは、批判を免れることは容易ではなかろう。

に行為者の応対に当たった被欺罔者が当該規則等に従って業務を遂行していたか、という点はほとんど問題とされてこなかった。事件ごとの公判廷において、この点が争点とされ、そして証拠調べが行われたかどうかは不明であるが、証拠調べがなされていなかったとしても、被欺罔者が規則に従って業務を遂行していたのは当然であると考えられてきた、と説明されても特段の違和感はないだろう。規則がある以上それに従うのは当たり前のことだからである。

（1）規則と一般的な取引慣行の乖離（規則≠一般＝被欺罔者）

しかし①事件では、規則の定めと取引の実態が一致していなかったという指摘がなされ、その場合は重要事項性が欠ける、と判示された。すなわち本件では、ゴルフ場利用細則又は約款が暴力団関係者の施設利用を拒絶していたと認定されており、さらに、最高裁では認定されていないものの、条例上も、X1らがB倶楽部を利用した2週間ほど前の平成23年8月1日より宮崎県暴力団排除条例が施行されており、明文で暴力団関係者への利益供与が禁止され、これに違反した場合には、罰則はないものの、公安委員会から説明義務が課され、その義務にも違反した場合には事業者名を公表されるという措置が講じられていた[23]。しかし本件では、判示のように、立て看板等を設置する以外に暴力団排除のための具体的措置は講じられておらず、あまつさえ、立て看板を設置しているにもかかわらず暴力団員による利用を許可、黙認していたゴルフ場があったというのであり、最高裁はこれらの事実関係を踏まえて、本件申込行為それ自体を見ても、利用者が暴力団関係者でないことを示すものではない旨判示しているのである。そうするとここでは、「ゴルフ場の利用規定ないし暴力団排除条例」と、（少なくとも）「B倶楽部及びCクラブ、及びその周辺のゴルフ場の運営実態」が乖離していると言えよう。

（2）規則及び一般的な取引実態と被欺罔者の乖離（規則＝一般≠被欺罔者）

もっとも、このような乖離が見られた事例は①事件以外にも存在している。⑥東京高判平成24年12月13日高刑集65巻2号21頁がそれであり、やや立ち入って紹介する。

[23] 第1審及び原審はこの条例に言及しているが、具体的内容までは述べていない。

【事実の概要】[24]

被告人X3は、知人からプリペイド式携帯電話機（以下、「携帯電話機」とする）を用意するよう頼まれてこれを了承し、被告人Yほか1名に協力を求めた。

X3及びYは、まず平成23年6月4日、東京都新宿区所在の携帯電話販売代理店店長Aに対し、真実は、あらかじめ携帯音声通信事業者であるZ株式会社の承諾を得ないで、交付される携帯電話機を第三者に譲渡する意図であるのにこれを秘し、交付される携帯電話機をそれぞれ自ら利用するように装って、自己を契約者とする通信サービス契約の締結方及び携帯電話機2台の購入方を申し込み、Aに、被告人らが同社の規定に従い、購入する携帯電話機を第三者に譲渡することなくそれぞれ自ら利用するものと誤信させ、よって、同社との間の役務提供契約に係る携帯電話機4台（販売価格合計7920円）の交付を受けた。

被告人らが契約の申し込みを行うに当たっては、Aに対し直接あるいは他の店員を介して本人確認の求めに応じて自己名義の身分証（X3は住民基本台帳カード、Yは運転免許証）をそれぞれ提示した上で「総合確認書」（利用時の注意事項を含む各種注意事項の内容を確認し、了承した旨を記載した書面）にそれぞれ署名し、契約申込書をそれぞれ自己名義で作成した。さらに被告人らは、翌6月5日にも同様の行為を行い、携帯電話機4台の交付を受けた。

以上の事実につき、被告人らは1項詐欺罪（刑法246条1項）の共同正犯（同60条）として起訴された。

原審の東京地判平成24年3月23日（判例集未登載）は、大要以下のように判示して、被告人両名を無罪とした。

まず、本件各販売に際してのAの認識について、東京地裁は、「A店長は、被告人ら…が2日間で合計10台もの…携帯電話機を購入しようとしている状況に直面しているにもかかわらず、購入する…携帯電話機を全て自ら利用するも

[24] 評釈としては、伊藤渉「判批」ジュリスト1466号（平成25年度重要判例解説）174頁、門田成人「判批」法学セミナー702号（2013年）113頁、白鳥智彦「判批」捜査研究751号（2013年）2頁、辰井聡子「判批」判例セレクト2013［Ⅰ］（2014年）34頁、茂木潤子「判批」警察公論68巻7号（2013年）87頁、森隆志「判批」研修776号（2013年）101頁がある。また、本件の解説を含むものとして、勝山浩嗣「金融機関口座・携帯電話不正利用防止に関する法規制と捜査―第3回―」捜査研究771号（2015年）27頁。

のと誤信したと考えるのは極めて不合理である」ことなどを理由として、「A店長において、…被告人両名が購入する…携帯電話機をそれぞれ自らが利用するものと誤信したわけではないことは明らかである」とした。また、法令やZ社の約款に対するA店長の理解は極めて不正確であり、Aにとっては「携帯電話機を販売するに際し、第三者に譲渡する意図があるか否かは、販売の可否を決するほど重要な事柄ではなかった」という指摘がなされた。

次に欺罔行為の有無については、携帯電話不正利用防止法（以下、「不正防止法」とする）が、携帯電話機を「契約者本人が利用すべきことが契約上も法令上も当然の前提として要請されているとは到底いえない」し、「同一店舗から2日間で1人4台もの…携帯電話機を購入するという行為自体、契約者本人以外の者の利用を示唆する行為といえる」ことなどを理由として、「被告人両名らが、購入する…携帯電話機を自ら利用するかのように振る舞っていたとは認められない」とした。さらに被告人X3は、購入する携帯電話機の色を決めるに際して、店員のBに対し、「自分で使うんじゃないから別に何色でもいい。」というように、第三者に利用させることを前提とする言動があったという事実が認定されており、被告人らの行為は欺罔行為には当たらないと判断した。これに対して検察官が控訴した。

【判旨】

東京高裁は、「原判決の判断は経験則等に照らして不合理といわざるを得ず、是認できない。」として原判決を破棄し、詐欺未遂罪の成立を肯定し、被告人両名を各懲役1年6月に処した（上告後棄却）。

東京高裁はまず不正防止法について検討を加え、同法は第三者への無断譲渡を禁止しているとして、これが禁じられていないとした原審の判断を覆した。そして、Z社も約款において無断譲渡を不正行為として取り扱っていたことを認定した。その上で、このような状況を考慮すれば、「本人確認の求めに応じて自己名義の身分証を提示するなどして、自己名義で携帯電話機…の購入…を申し込む行為は、申込みをした本人が、…事業者との契約及びその前提となる法令に従い、…自らの責任において正当に利用する意思であることを表しているものと理解すべきであ」り、また、携帯電話機を第三者に無断譲渡することなく自ら使用すべきであるということは、「本件当時既に周知の事実となっていたものとみてよい」とした上で、「自己名義で携帯電話機の購入等を申し込

んだ者が、真実、購入する携帯電話機を第三者に無断譲渡することなく自ら利用する意思であるのかどうか、換言すれば、本当は第三者に無断譲渡する意図であるのに、その意図を秘しているのかどうかという点は、申込みを受けた…事業者あるいはその代理店が携帯電話機を販売交付するかどうかを決する上で、その判断の基礎となる重要な事項といえる。関係証拠によれば、本件当時既にＺ株式会社においても、自己名義で携帯電話機の購入等を申し込んだ者が第三者に無断譲渡する意図であることが分かっていれば、その申込みに応じて携帯電話機を販売交付することはしないという取扱いをしていたことが認められる…。」「以上検討したところからすると、第三者に無断譲渡する意図を秘して自己名義で携帯電話機の購入等を申し込む行為は、その行為自体が、交付される携帯電話機を自ら利用するように装うものとして、詐欺罪にいう人を欺く行為つまり欺罔行為に当たると解することができる。」と判示した。

次にＡの認識については、「同じ店舗から２日間で１人４台の…携帯電話機を購入するなどした被告人両名の行為を全体としてみれば、本当に自ら利用する意思であるのかどうかについて、行為の相手方から怪しまれかねない面があったことは確かである。」とし、公判廷におけるＡの証言などから「Ａ店長は、被告人両名の意図に薄々感づいていながら販売交付したのではないかとの合理的疑い」があると指摘した。しかし、このことは「Ａ店長において被告人両名が購入する…携帯電話機を第三者に譲渡することなくそれぞれ自ら利用するものと誤信したとの事実を認定できない、つまり、詐欺既遂罪の成立を肯認できないということを意味するにとどまり、被告人両名が欺罔行為をした事実を認定できるかどうかの判断を直ちに左右するものとはいえない。…被告人両名の行為により、…事業者あるいはその代理店の担当者が、正当な携帯電話機の購入等の申込みであると誤信する具体的危険性は十分にあったと認められ、その危険性すらなかったとみるのは、経験則等に照らして不合理といわざるを得ない。」と判示した。また、第三者に使用させる旨の言動については、供述の信用性に欠けるとして、この事実を認定しなかった。

プリペイド式か否かを問わず、携帯電話機の売買・譲渡に際しては不正防止法及びＺ社の約款が取引を規律している[25]。すなわち、不正防止法は、まず契

[25] 不正防止法成立の経緯及び概要を解説したものとして、親家和仁「『携帯音声

約者に対し、携帯電話機を第三者に譲渡するときは事業者の承諾を得なければならない旨規定し（７条１項）、他方で事業者に対しては、契約者の本人確認義務（３条１項）、第三者に譲渡する際の譲受人の本人確認義務（５条１項）、５条の要件を満たさなければ譲渡の承諾をしてはならないこと（７条２項）、本人確認は代理店に行わせてもよいこと（６条１項）、及び代理店の適正監督義務（12条）等を規定し、７条１項に違反した契約者が業として有償で携帯電話機等を譲渡したときは２年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処され、又は併科される（20条１項）。また、Z社の約款も不正防止法と同旨の本人確認条項を規定していることが認定されている。しかし、本件の被欺罔者であるAは、携帯電話販売代理店店長という身分でありながら、（原審の認定ではあるが）不正防止法及びZ社の約款に対する理解が「極めて不正確」であると指摘され、本判決においても「A店長は、被告人両名の意図に薄々感づいていながら販売交付したのではないかとの合理的疑い」があるとされている。すなわちここでは、「法令及び企業の約款」と「一般的な取引実態」は一致していたが、それらと「被欺罔者の認識」が乖離していると考えられる。

（３）検討

このように、①事件と⑥事件を比べてみると、規則と実態が乖離していると言える点では共通しているが、その具体的な構造は、それぞれ異なっている。すなわち、①事件では、問題となったゴルフ場のみならず、その周辺の施設までもが規則から逸脱していたという判断がなされ、X1は無罪とされている。これに対して⑥事件では、他の携帯電話販売代理店一般では不正防止法や約款に従って取引がなされていると認定した上で、問題となった店舗の店長であっ

通信事業者による契約者等の本人確認等及び携帯音声通信役務の不正な利用の防止に関する法律』について」警察学論集58巻８号（2005年）52頁。また、同法の改正の経緯及び概要を解説したものとして、小栗宏之「携帯音声通信事業者による契約者等の本人確認等及び携帯音声通信役務の不正な利用の防止に関する法律の一部を改正する法律について」警察学論集61巻10号（2008年）84頁。改正法では、旧法では規制対象とされていなかったSIMカード（契約者特定記録媒体）単体の売買を新たに規制対象とされたほか、事業者にのみ課せられていた顧客情報の保存義務（３年間）をレンタル業者に対しても課されることとなった。

たAのみが規則ないし「一般」の取引慣行から逸脱していたと判断され、X3及びYについて1項詐欺未遂罪の成立が肯定されているのである。

先ほど、重要事項性は客観的に判断すべきであると述べたが、より正確には、結論から言うと、重要事項性は「一般的な取引実態」を基準として判断すべきである。それは①事件と⑥事件からも明らかになるように思われる。

①事件から分かるように、欺罔行為性を肯定するという結論を導くためには、関係する規則を検討するだけでは十分ではない。関係規則が実際の取引に対して影響力を有していたか、すなわち、取引が実際に規則に従ってなされていたか、という点が検証されなければならないのである。そうすると、重要事項性にとって最も重要なのは、規則ではなく、一般的な取引実態であると考えられよう。一般的な取引実態が規則の定めと相違していたとき（一定の事実が、関係規則にとっては重要であるが、一般的には重要とみなされていなかった場合）に規則を重視して詐欺罪の成否を検討した場合は、詐欺罪における法益侵害の実質についてどの見解に立ったとしても、取引を行った店舗等に財産上の損害を観念することは容易ではないように思われる。詐欺罪は個別財産を保護するための規定であると考える通説の立場からも、あるいは全体財産を保護する規定と考える立場からも、その保護の対象である自然人ないし法人にとって重要でないというのであれば、もはや財産上の損害に向けられた欺罔行為があったと言うことはできないように思われる。規則に書かれているという理由のみで欺罔行為性を認めるのは、保護の押し付けであると言うべきであろう[26]。

では、①事件と⑥事件では、この点につきどのように判断がなされたのであろうか。

先に述べたとおり、①事件では「ゴルフ場の利用規定（ないし暴力団排除条例）」と、（少なくとも）「B倶楽部及びCクラブ、及びその周辺のゴルフ場の取引実態」が乖離しているが、規則だけを見れば、重要事項性は明らかに認められていたであろう。にもかかわらず、本件で被告人が無罪とされたのは、事

[26] 規則は、実際に実践されなければ意味を持ち得ないのではないだろうか。すなわち、先に述べたように、一般的な取引実態の合理性を裏付けるために規則を参照すべきなのである。実態を見ずに規則の存在自体を指摘するのみだと、事案によっては被害者が存在しないまま行為者の処罰を許容することになりかねないであろう。

実認定の結果、B倶楽部、Cクラブ及びそれらの周辺ゴルフ場では暴力団関係者の施設利用を黙認していたという事実をはじめとした、規則がおよそ存在していないかのような経営実態が明らかになったからであると考えられる。本件では、被告人を無罪とするに当たって、B、Cいずれのゴルフ場の申込書にも「暴力団関係者であるか否かを確認する欄はな」かったという事実が認定されているが、この欄の有無のみで詐欺罪の成否が決せられると考えるのは早計であろう。本件における両ゴルフ場の経営実態を重視するのであれば、仮にそのような欄があり、かつ、被告人がその欄に署名などをして、自身が暴力団関係者ではないという表示をしていたとしても、詐欺罪の成立が否定される余地は十分に考えられるのではないだろうか。具体的な取組みを認定できないのであれば、そのような欄は形式的なものであるとみなすことも可能であろう。

では、有罪の判断がなされた⑥事件はどうであろうか。この事件では、不正防止法上、第三者に携帯電話機を無断で譲渡することは禁止されていたことに加え、Z社の約款上も同法を踏まえ、無断譲渡を不正行為として扱っていたという事実が認定されているが、その上で、「携帯電話機を購入した契約者が、これを第三者に無断譲渡することなく自ら利用すべきことは、契約上も法令上も当然の前提として要請されているのであって、…このことは本件当時既に周知の事実となっていたものとみてよい」と判示されているのである。本稿の問題意識に引きつけて論ずるならば、この判示部分は、規則と取引実態が、少なくとも一般的には一致しているということを示すものであろう。一般的には、と限定を付したのは、判旨を読む限り、重要事項性の認定に際しては、Aが店長を務めていた代理店に関する言及がまったくなされていないためである。すなわち東京高裁は、「…自己名義で携帯電話機の購入等を申し込んだ者が、…本当は第三者に無断譲渡する意図であるのに、その意図を秘しているのかどうかという点は、申込みを受けた携帯音声通信事業者あるいはその代理店が携帯電話機を販売交付するかどうかを決する上で、その判断の基礎となる重要な事項といえる。関係証拠によれば、本件当時既にZ株式会社においても、自己名義で携帯電話機の購入等を申し込んだ者が第三者に無断譲渡する意図であることが分かっていれば、その申込みに応じて携帯電話機を販売交付することはしないという取扱いをしていた」と判示しているように、具体的に問題となった代理店の方針についてはもちろん、Aについても言及せず、「代理店一般」にとっては第三者譲渡目的の有無は重要な事項であったし、Z社の取扱いがそ

れを裏付けている、という論理構成をとっている。このような論理構成が妥当であるならば、携帯電話機を実際に販売するに際しては、不正防止法やＺ社の約款に忠実に従って取引がなされていたと言うことが可能であり、したがって、①事件の判断との相違を整合的に説明することができるように思われる[27]。

[27] しかし、⑥事件については疑問とすべき点も少なくない。本判決は不正防止法とＺ社の約款を重要事項性の判断資料として用いているが、実際に携帯電話の販売を担っているのは全国に多数展開されている代理店であり、これら代理店が等しく不正防止法やＺ社の約款に沿うような対応をしていなかったとすれば、本来重要事項性を肯定することはできないように思われる。本判決は、「統一審査基準」によって各代理店に本人確認を徹底するよう指導していたという点や、不正防止法及びＺ社の約款が無断譲渡を禁じていたということがすでに周知のものとなっていた点を指摘している。これは一般の代理店も無断譲渡を禁止していたということを意味すると考えられるが、仮にＺ社において無断譲渡を禁止するような対応をしていたとしても、携帯電話販売代理店は、「銀行等と比べると店頭での対応にはばらつきがあることが推測される」と指摘する見解（辰井･前掲注（24）34頁）もあり、この指摘が正しいと考えるのであれば、不正防止法や約款が存在するにもかかわらず、販売実務上は第三者譲渡目的の有無は、実は重要事項ではなかったのではないか、少なくとも、一般的な代理店が一致して無断譲渡を禁止するような状況にはなっていなかったのではないか、と指摘することも可能である。そうすると、本件では欺罔行為性を否定すべきとする余地があったという批判も考えられるところである。本判決は、法令、約款に加えてＺ社の実際の対応を挙げているが、そこから直接に、全国の代理店がそれに追従していた、と言えるかは疑問である。

東京高裁は､全ての代理店が一致して無断譲渡を禁じていたと理解しており、それが真実正しいのであれば問題はない。しかし、本判決はただ「本件当時既に周知の事実となっていたものとみてよい」と述べるにとどまっており、具体的な認定を行っているわけではない。また、「周知の事実となっていた」ということと、「その周知の事実に従って実務が運営されていた」ということはイコールではないとも考えられ、本判決の論理を無批判に受け入れることはできないように思われる。

本稿としては、代理店全般が無断譲渡を禁じていたというのであれば、結論は妥当であると考えているが、判旨を読む限りでは、重要事項性の判断方法についてはなお疑問が残るところである。仮に代理店毎で対応にばらつきがあるというのであれば、本件では欺罔行為性はもちろん、具体的危険性も否定されるべきである。

3　両事件の検討

それでは、①事件と②事件の判断枠組みについて検討する。

（1）①事件

1）第1審

第1審判決は、まず被告人の認識について、「本件各ゴルフ施設は、その施設利用に関し、いずれも暴力団員による利用を固く禁ずることとし、そのことが外部的にも示され、平成23年8月時点において、これらを利用しようとする者において相応に認知される状況にあったと合理的に認定でき、また、被告人Eはもとより、指定暴力団の構成員である被告人X1及びその幹部構成員であるDにおいても、利用細則等の詳細はともかく、本件各ゴルフ施設が一般的に暴力団員の利用を拒絶していることを認識していた。」とした。

次に同判決は、B倶楽部及びCクラブはいずれもゴルフ場経営団体等に加盟の上、暴力団員を排除する趣旨が書かれた立て看板や利用規則等を施設内に設置・掲示し、B倶楽部については「暴力団員による利用であることが、利用予約を受けた時点あるいは来場の際に判明して、その利用を拒絶したり、プレー中に判明した場合に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」し、Cクラブにおいては「元警察官を雇用し、コンプライアンス強化推進室として暴力団員がゴルフ場等に押しかけてきた際に備えるなどし、さらには、暴力団員等の利用が判明した場合には、警察官の協力を求めるなどしてその利用を排除したり、暴力団員やその関係者による利用の疑いがある場合には、財団法人宮崎県暴力通報センター等に照会するなどして、暴力団員等と確認できれば、プレー中止を要請したり、今後の再来場の拒否を伝えたりする運用を行っていた」という事実を認定している。

以上の判示を一見したときは、B、C両ゴルフ場でも暴力団排除に向けた具体的な取組みがなされていたと考えることも可能であろう。第1審では、過去にEがCクラブを利用しようとした際、支配人から電話で「暴力団員が利用するのであれば拒否する」と告知されたため予約を取り消したという事実や、宮崎県内にある別のゴルフ場をDらと共に利用しようとした際、同伴者の中に暴力団関係者がいるという理由で利用を断られたことがあったという事実が認定されているが、これらの点は具体的な取組みが実際になされているということを証明するものと理解できよう。

しかし、暴力団排除の具体的な取組みがなされていたかということと、申込行為が、自身が暴力団関係者ではないことを表示するものと言えるかということは本来別個の問題である。ここで認定されている取組みは、予約時から実際にプレーしている時まで幅広く行われているものであるが、暴力団員であることがプレー中に判明した場合が想定されているのは、予約や受付の時点では利用者が暴力団員であるということを確認できない場合があるということを織り込んでいるからではないだろうか。具体的な取組みという要素は、被欺罔者、本件で言えば各ゴルフ場従業員にとっての重要事項が何であったかを明らかにするための参考にはなるが、そこから直ちに、受付表への記入行為が当然に暴力団員でないことを示していると言うことはできないように思われる。つまり、「暴力団員であると分かればプレーを拒絶していた」ということは、「暴力団員でないかを確認していた」ということを必ずしも意味するわけではないように思われる。そのように言えるためには、（最高裁では認定されなかったが）受付表に誓約欄があったとか、従業員が口頭で確認を行っていた、などといった事情を別途認定する必要があろう。また、故意の点についても同様に考えれば、「本件各ゴルフ施設が一般的に暴力団員の利用を拒絶していることを認識していた」というだけでは足りず、申込段階においても暴力団排除のための確認措置がとられていたという認識が必要であると言うべきである。

２）原審

原審は、第１審判決を概ね是認し、弁護人の所論に応える形で展開されている。事実の概要の部分でも述べたが、あらためて所論の要点を挙げると、①受付時に口頭又は書面による確認がない、②約款等を認識するのは困難である、③Ｂ倶楽部ではコンプライアンス担当者が暴力団員の施設利用に気づいていたのに最後までプレーできた、④他のゴルフ場では施設利用が黙認されたことがあるため暴力団排除は周知の事実にはなっておらず、受付表には暴力団員か確認する欄がなく確認作業もなかったのであるから、申込行為が暴力団員でないことを示しているということはできない、というのである。

それらに対して原審は、大要①暴力団員でない者の名誉を害するし、暴力団員による粗暴な振る舞いや後の報復の危険があるので受付での確認は困難である、②約款等の掲示によって暴力団員を拒絶する姿勢を示していることは明らかであるし、約款等の趣旨は立て看板からも読み取れる、③慎重を期してプレー

を止めずに本人確認をしていたという点には理由がある、④事実関係に鑑みれば暴力団員であることを知った上で利用を許していたわけではなく、不測の事態が起こるかもしれないことに鑑みれば受付での確認作業は困難であると判示して、所論を退けているのである。

しかし、これらの説示に説得力があるかは慎重に検討しなければならないだろう。特に、受付表に暴力団員でないか確認する欄を設けたり口頭で確認したりすると一般客の名誉が害される、と考えるのは困難ではなかろうか。容貌等からその疑いがある者にのみ確認措置をとるというのであれば格別、どの利用者に対しても一律に確認措置をとるのであれば、暴力団員でない一般客の名誉を害することはないはずである。また、不測の事態や報復という点を懸念するというのであれば、予約・受付、プレー中、あるいはプレー後のいずれの時点においても施設利用を拒絶することはできないだろう。どの時点で施設利用を拒絶しても、不測の事態や報復がなされる恐れがあるからである。

3）最高裁

最高裁は、下級審で認定された取組み内容をほとんど否定している。すでに述べたように、最高裁は、立て看板や利用約款等の設置・掲示については認定したものの、受付表に暴力団員かどうかを確認する欄はなく、確認作業も行われておらず、他のゴルフ場では施設利用が黙認されており、警察等による暴力団排除活動も徹底していなかった、と指摘しているのである。そして、このような事実を前提として、B倶楽部については、申込行為は「申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表しているとは認められない」し、Cクラブについても「予約等に同伴者が暴力団関係者でないことの保証の趣旨を明確に読み取れるかは疑問」があり、被告人が積極的にEに働きかけたという事情もないとして、無罪を言渡したのである。

問題なのは、この判決が、B倶楽部及びCクラブの従業員にとって、利用客が暴力団関係者でないかが重要な事項であったかを明示していない点である。事実関係を前提とすると、暴力団関係者かどうかということは従業員にとってそもそも重要ではなかったというように最高裁は判断した、と考えることも可能である。しかし、「申込者が当然に暴力団関係者でないことまで表しているとは認められない」という判示からは、暴力団関係者かどうかは従業員にとって重要事項であったが、本件行為ではその点を偽ったとは言えない、と考える

こともできよう[28] [29]。

これらのうち、いずれの解釈を採ることも不可能ではないと思われるが、いずれに解釈するかによって、被告人が積極的に暴力団関係者でないということを表示していた場合の結論が異なることになろう。すなわち、前者の解釈を採った場合、被告人が積極的な表示をしたとしても、ゴルフ場従業員にとって重要事項でない以上欺罔行為性は認められないことになる。他方、後者の解釈を採った場合は、被告人の表示内容はまさに重要事項であるため、積極的に表示したのであれば、その行為は欺罔行為と見ることが可能となるのである[30]。

また、被告人の故意については何も述べられていないが、「暴力団関係者の施設利用を許可、黙認する例が多数あり、被告人らも同様の経験をしていた」という判示から、被告人に詐欺罪の故意がなかったということを推認することも可能であっただろう。過去にも暴力団員でありながらゴルフ場の利用を黙認されてきたという経験があったのであれば、X1は、B倶楽部及びCクラブを利用する際もこれまでと同じように「黙認されるだろう」と認識していたのではないか、と評価するのは不自然なことではない。そして、黙認されるだろうと思いながら施設利用を申し込む意思は、詐欺罪の故意を構成するものではな

---

[28] 坪井・前掲注（1）92頁以下は、①事件のような事実関係を前提とすると、判決において明確に示されてはいないが、暴力団員であることは両ゴルフ場にとって「重要な事項には該当しないとの判断に親和的であると思われる」とする。また、宮崎英一「詐欺罪の保護領域について―直近の判例を中心として―」刑法雑誌54巻2号（2015年）331頁は、①事件の最高裁判決は重要事項性判断をしていないものの、「暴力団関係者排除のための実効性ある方策が十分とられていないとされていることからすると、重要事項にも当たらないという判断も考えられるところである。」としている。一方、土倉・前掲注（1）9頁は、①事件は申込者が暴力団員か否かが「ゴルフ場において施設利用の許否の判断の基礎として重要であるか否かについて判断したものではない」としている。

[29] なお、①事件の匿名解説は、本判決は「欺罔行為の内容（財産的処分行為の判断の基礎となる重要な事項か否か）、財産上の損害の有無を判断することなく、挙動による欺罔行為性という観点から」詐欺罪の成立範囲の限界を示した、としている。判時2244号123頁、判タ1409号138頁。

[30] 宮崎・前掲注（28）331頁は、取引に際して、その相手方に対して確認作業を行っているような事案では、重要事項性と挙動による欺罔行為性はリンクすると指摘している。

いように思われる。もちろん、過去の黙認という事情は、周辺ゴルフ場の経営実態を指摘することで一般的な経営実態が規則と異なっていることを示すために援用されているから、この判示は故意とは関係ない。また、X1が過去にどのゴルフ場を訪れたのかという点や、当該ゴルフ場では受付表にどのような注意書きがあったのかという点についても述べられていない。しかし、黙認されるだろうという認識の下で施設利用を申し込んだのであれば、例えば受付表に暴力団員でないことを誓約する欄があったとしても[31]、故意は認定されず、同様の結論が導かれていたのではないだろうか[32]。

4）小貫反対意見について

小貫芳之裁判官は、B倶楽部については多数意見に同調していると思われるが、被告人のCクラブに対する行為については欺罔行為性を認めるべきと主張している。本稿では概要のみ紹介するが、まず重要事項性について、反対意見は①Cクラブでは会員の紹介・同伴がなければビジターが施設を利用することができず、②本件以前にEの施設利用が拒絶されており、③本件においても従業員がコースに出向いて暴力団員が施設を利用しているのではないかを確認していた、などの事情が認められるとし、Cクラブにとっては施設利用者が暴力団員かどうかは重要な事項であると主張した。

また、偽る行為（実行行為性）については、Cクラブの会則及び利用約款上、会員による人物保証を通じて暴力団排除の実効性を高めようとする措置を講じていたのであるから、本件申込み行為は「紹介・同伴された者が暴力団関係者でないことを会員によって保証された申込みと評価することができる」として、欺罔行為性も肯定できると主張した。

その上で反対意見は、「会員でないため単独ではCクラブの施設利用ができず、かつ暴力団員であるため施設利用を拒否されることとなる被告人にとって、

[31] 誓約欄の有無が詐欺罪の認定を左右することにはならないことは、すでに本文で述べたとおりである。

[32]「黙認されるだろう」という認識は、自分が暴力団員であることをゴルフ場従業員は分かっているだろうが施設利用は拒絶されないだろう、というものであると思われ、そのような主観状態が裁判で立証されたのであれば、「暴力団員ではない」旨を表示していたとしても、それは故意を立証する手段にはならないように思われる。

プレーをしようとすれば会員の紹介・同伴による人物保証はなくてはならないものであり、このような状況の下における本件の被告人の施設利用申込みは、Eの紹介・同伴による人物保証を積極的に利用したものと評価できるのではなかろうか。」として、積極的な利用を否定した多数意見を批判したのである。

ここでは、多数意見では認定されていない事実関係が主張されているため、いずれの意見が妥当かを単純に比較検討することはできないが、仮に反対意見の主張する事実が認定できるのであれば、重要事項性については確かに肯定する余地があろうし、人物保証を行うべきEが施設利用を申込む行為には欺罔行為性を認めることも不可能ではない。しかし、X1は、すでに予約を済ませたEから誘われてCクラブを訪れているのであり、X1がEを積極的に利用したと言うことには違和感が伴う。Eの紹介・同伴がなければX1は施設を利用できなかったことは確かであるが、積極的に利用したと言えるためには、X1がCクラブの会則等や具体的な取組みを知っていた、などといった事情が必要であろう。

（2）②事件

1）第1審、原審

②事件の第1審は、これまでの判例の流れに沿う形でもって重要事項性を肯定したが、被告人の故意を否定して、ゴルフ場詐欺罪については無罪という結論に至っている。すなわち、重要事項性については「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って、同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は、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り、その点を偽る行為は人を欺く行為といえる」とした。そして、FがG倶楽部の会員になる際に誓約書に署名押印していたという事実関係を踏まえれば、F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」として、欺罔行為性を肯定した。

しかし、X2が詐欺罪の故意を有していると言えるためには、暴力団員の利用かどうかがG倶楽部従業員にとって重要事項であると認識し、かつ、Fの

申込行為自体が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ということを認識していなければならない、とした。そして、「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」として、Fの契約内容を知らなかったという点を併せ認定して、X2については詐欺罪の故意を否定したのである。

原審は、第１審判決中、重要事項性の判断についてはこれまでの判例（③、④事件）の趣旨に沿うもので妥当であるとした。また、「施設利用申込者（その同伴者を含む。）が暴力団構成員等か否かというその属性を、施設利用を許すかどうかの判断の一つの基準としていて、暴力団構成員等が含まれれば、当然に施設利用を拒否するというのであるから、それを承知しながら、施設利用を拒絶されないために、自己及び同伴者の中に暴力団構成員等が含まれているのにその情を秘して申込みをすることは、そのような者が含まれない旨の積極的言動を伴わなくとも、その挙動自体で、当然に自己及び同伴者の中に暴力団構成員等はいない旨の表示としか解し得ないものである」として、欺罔行為性についても肯定し、Ｆの行為につき２項詐欺罪の成立を肯定した点を結論において妥当であるとした。しかし故意については、「被告人において、証拠上、Fの利用申込みが詐欺に当たることの少なくとも未必的な認識が認められれば、Ｆとの間で、特定の犯罪に関する共同遂行の意思の連絡としての共謀の成立に欠けるところはない」とした上で、「そのような認識としては、被告人が、自分が暴力団構成員であることが発覚すると本件ゴルフ倶楽部から入場や施設利用を拒絶されること（欺罔対象事項の重要性）、及び、それを承知しながら、Fが、その情を秘すなどそれが露見しないような手段を用いてゴルフ場利用契約締結をすること（実行行為についての認識）のそれぞれにつき、少なくとも未必的な認識があれば足りる」とした。そして、第１審判決が要求した認識の内容は「行為の違法性を認識するための犯罪事実の認識として明らかに過剰で、…Fの行為の詐欺罪該当性を基礎付ける事実として導かれるものではないものまで対象としている点においても、誤りといわざるを得ない」と批判し、事実関係を精査して、X2は初めてＧ倶楽部を訪れたにもかかわらず真っ先に練習場に向かっていること、妻が受付をしなくて良いのかと問いただされてもフロントへ行こうとせず、「まさにＦの企図と呼応したといえるような行動をとっ

ている」などと指摘した。そして原審は、「被告人が、自分が暴力団構成員であることが発覚すると本件ゴルフ倶楽部から入場や施設利用を拒絶されること、それを承知しながら、Fが、その情を秘すなどそれが露見しないような手段を用いてゴルフ場利用契約締結をすることを認識していたことは明らかであり、…被告人の本件詐欺の犯意及びこれを基礎としたFとの共謀は優に認めることができる」と判示して、X2につき詐欺罪の故意を認定した。

下級審において、重要事項性と欺罔行為性に関する事実認定の他に争われたのは、故意の内容に関する点である。第1審の判示は要するに、a）G倶楽部従業員にとっての重要事項と、b）Fがした申込行為の性質の両方を認識していなければならないとしているのに対して、原審はa）については第1審と同様であるが、b）については過剰な要求であるとし、c）Fが、X2が暴力団員であることを隠して申込みをしていることの未必的認識があればよいとしたのである[33]。

2）最高裁

しかし、最高裁は原判断を「結論において正当である」としていることからも分かるように、最高裁が用いた枠組みは、原審の枠組みとは異なっている。

すなわち、まず重要事項性についての判示部分を見ると、「ゴルフ場が暴力団関係者の施設利用を拒絶するのは、利用客の中に暴力団関係者が混在することにより、一般利用客が畏怖するなどして安全、快適なプレー環境が確保できなくなり、利用客の減少につながることや、ゴルフ倶楽部としての信用、格付け等が損なわれることを未然に防止する意図によるものであって、ゴルフ倶楽部の経営上の観点からとられている措置である」という部分は、原審と類似の点を指摘しているようにも見える。しかし、最高裁はそれに加えて「ゴルフ場利用約款で暴力団員の入場及び施設利用を禁止する旨規定し、入会審査に当たり上記のとおり暴力団関係者を同伴、紹介しない旨誓約させるなどの方策を講

[33] 松宮教授は、「ある事情が『営業上重要な事実』か否か不確実な場合には、この事実の有無を個別に問い合わせて錯誤を免れる管轄は、その事実を重要と考える側にある」（傍点は削除）とし、本件においては、暴力団員であるかどうかはゴルフ場従業員が確認すべきであると主張されている。松宮・前掲注（6）537頁以下。

じていたほか、長野県防犯協議会事務局から提供される他の加盟ゴルフ場による暴力団排除情報をデータベース化した上、予約時又は受付時に利用客の氏名がそのデータベースに登録されていないか確認するなどして暴力団関係者の利用を未然に防いでいた」というように、暴力団排除に向けた取組みを指摘しており、この点で原審の判示とは異なっている。この点の認定は①事件と対照的であり、②事件においては、（①事件では認定できなかった）暴力団排除のための具体的な取組みが認定され、このような事実があるから「利用客が暴力団関係者かどうかは、本件ゴルフ倶楽部の従業員において施設利用の許否の判断の基礎となる重要な事項である」とされている。そうすると、①事件と②事件を整合させて検討するためには、①事件の各ゴルフ場従業員にとっては、暴力団関係者であるかどうかはそもそも重要な事項ではなかった、と解釈すべきことになろう。

次に欺罔行為性の点については、最高裁は本件の事実関係を基礎として、「入会の際に暴力団関係者の同伴、紹介をしない旨誓約していた本件ゴルフ倶楽部の会員であるＦが同伴者の施設利用を申し込むこと自体、その同伴者が暴力団関係者でないことを保証する旨の意思を表している」と述べて欺罔行為性を認めているが、この点は原審とほぼ同旨であろう。

そして故意の点については、最高裁は事実認定において「長野県内のゴルフ場では暴力団関係者の施設利用に厳しい姿勢を示しており、施設利用を拒絶される可能性があることを認識していた」と指摘するのみであり、第１審及び原審のような、詳細な判断を下していないが、「施設利用を拒絶される可能性」を被告人が認識していれば故意の認定にとっては十分であり、それ以上立ち入って判断をする必要はない、という考慮が働いたとも考えられよう。

（３）両事件の射程について

両事件では暴力団員によるゴルフ場利用が問題とされたが、これらの射程はゴルフ場利用に限られるものではない。特に②事件の射程については、「暴力団員」がその身分を偽って取引に臨む場合はもちろん、暴力団員でなくとも、被欺罔者が一定の身分・属性を重要事項であると合理的に考えていたのであれば、そのような身分･属性を偽って取引に臨む場合にまで、広く妥当し得よう。実質的個別財産説の立場から従来主張されてきたように、身分を偽る取引行為

すべてに射程が及ぶわけではないのは当然であるが[34]、その射程の外延は、その時々の社会構造に合わせて変化していくものであり、なお明確ではないように思われる[35]。

特に①事件の判旨からは、規則と取引実態が乖離していた場合は、取引実態が規則と合致していたかを考慮するという姿勢を示したと理解することが可能であるが、この点についても、暴力団員との取引のみならず、規則に反した取引実態が認められる場合に広く及ぶものと思われる。しかし、実際には、規則と一般的な取引実態の乖離が見られる場面というのはさほど多くはないはずである。例えば、契約を行うことで暴力団関係者の活動が、あるいは、そうでなくとも何らかの犯罪活動[36]が容易となり得るような類型の取引に関しては、実際に取引に当たる企業等は政府や地方公共団体等の要請を受け[37]、規約・約款等において暴力団関係者等との取引を拒絶している場合がほとんどであろうから、特に法律で規制されているような取引については、乖離はほとんど見られないであろう[38]。

---

[34] 伊藤・前掲注（1）105頁。また、暴力団員の取引につき、松本・前掲注（6）27頁（注5）は、「現時点において、日常的な買い物を含めあらゆる取引について、およそ一般的に、暴力団構成員であることを秘して契約を申し込む行為が直ちに欺罔行為となるとまでいえるのかについては、躊躇を覚える。」と指摘している。

[35] 実質説に立つ論者は、年齢を偽って煙草や酒類、あるいは春本等を購入する場合には財産上の損害が認められないとして詐欺罪の成立を否定していることはすでに述べたが、将来社会構造が変容し、未成年者へのこれらの販売が強く規制されるに至った場合には、年齢が販売店舗の従業員にとって重要な事項になるということも十分考えられよう。前掲注（19）参照。

[36] 例えば、先に挙げた不正防止法の本来の目的は暴力団排除ではなく、いわゆる振り込め詐欺等を防止することである。

[37] 日本政府の犯罪対策閣僚会合は、平成19年６月19日付で「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」（いわゆる「政府指針」）を策定し、企業にとって経済的合理性がある取引であったとしても、反社会的勢力との取引を一切行わないよう企業に要求している。また、政府指針を含め、暴力団排除条例の解説として、虎門中央法律事務所編『暴力団排除条例で変わる市民生活』（民事法研究会、2012年）。

[38] ⑥事件の判断に疑問があることはすでに述べたが、東京高裁の認定にそのま

また、②事件については、先に判例の検討で述べたように、重要事項性の判断につき、単に暴力団排除の規定が存在しているという点を指摘するのみならず、④事件の最高裁が、厳重な本人確認手続きの存在を指摘した上で詐欺罪の成立を肯定したように、事実認定の中から暴力団排除に向けた具体的な取組みを指摘した上で判断をしており、②事件は④事件の判断枠組みに沿ったものであると言えよう。そして、その直後に出された⑤事件も、「被告人に応対した局員は、本件申込みの際、被告人に対し、前記申込書３枚目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」していたという具体的な取組みを指摘した上で、郵便局員にとって申込者が暴力団員かどうかは重要な事項であったと判断しており、やはり④事件の判断手法が踏襲されていると理解することが可能である。今後、重要事項性が争点となる事例が現れたときは、最高裁はこのような手法で判断をしていくということが予想されよう。

Ⅳ　おわりに　「一般」という概念の捉え方について

本稿において中心的に扱った２つの事件は、詐欺罪の罪質をどのように解するかという従来の論点の他に、特に①事件においては、本稿の問題意識として提示したような、規則と実態が乖離している場合にどのような解決をすべきか、という点も併せ問題となっていると思われるが、もちろん、本稿で検討し尽くされていない問題点はなお残っている。

例えば①事件では、「B 倶楽部、C クラブ及びその周辺のゴルフ場における経営実態」を認定した上で欺罔行為性が否定されているが、仮に、宮崎県以外のすべてのゴルフ場が一致して暴力団排除に向けた取組みを行っていたような場合には、（特に⑥事件と比較して）どのような解決をすべきなのかについては、①事件の判決やこれまでの判例、裁判例から読み取ることはできないであろう。全国のゴルフ場が暴力団排除に向けた取組みをしていたという事実が認定できるのであれば、たまたま訪れたゴルフ場にとって暴力団排除が重要ではなかったからといって、欺罔行為性が否定されることにはならない、と解することも不可能ではないように思われるのである。同じように⑥事件では、特に

ま従うのであれば、不正防止法と一般的な店舗の間に乖離は見られないことになる。

限定を付すことなく「申込みを受けた…事業者あるいはその代理店」と判示されていることや、Z社による携帯電話機販売事業は全国で展開されている（と思われる）ことからすれば、事業者あるいは代理店というのは全国のそれらを「一般」としていると考えるのが自然であると思われるが、仮に、東京都新宿区所在の本件店舗及びその周辺店舗においては第三者譲渡を黙認していたというような事情が付け加わっていた場合には、①事件の判断枠組みを用いて欺罔行為性を否定する余地も十分考えられるのではないだろうか。

要するに、⑥事件であれば「代理店一般」、①事件であれば「B、C、及び周辺ゴルフ場」というような、「一般」という範囲の画定を、恣意的にならないような形でもって、どのようにして行うのか、という点はなお未解決のままである。③～⑤事件のように、法令による実務に対する拘束力ないし影響力が非常に強固であり、すべての末端店舗に法令の規範が行き届いていると言える場合には、必然的にすべての店舗が「一般」となるであろうことは想像に難くない。しかしながら、①事件（宮崎県）や②事件（長野県）、そして⑥事件のように、末端店舗の対応にばらつきがある可能性があり、裁判所の事実認定によらなければならない場合には、「一般」という外枠をどのように画定するかによって犯罪の成否に直接影響を与える可能性もあるため、この点は今後解決していくべき問題として、自覚的な議論を行っていくべきではないだろうか。

※脱稿後、①、②事件の検討を含む論考として、木村光江「『財産上の利益』の意義について」法曹時報67巻２号（2015年）１頁以下、星周一郎「詐欺罪」法学教室418号（2015年）28頁以下に、②事件の検討を含む論考として、笹井武人「暴力団排除における詐欺罪適用の限界」高橋則夫＝松原芳博＝松澤伸編集『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015年）331頁以下に、⑥事件を題材とする論考として、深町晋也「演習」法学教室418号（2015年）144頁以下に接した。