

【B日程】法律専門科目試験

刑法 採点基準

本問の論点及び各論点に対する採点配分は以下のとおりである。

各答案の記述内容を、論点ごとに配点基準内で採点してこれを合計した上で、論理的な流れが認められる答案については加算点(プラス2点を限度とする)、自己矛盾した内容を記載している答案や矛盾した論理展開をしている答案については減点(マイナス2点を限度とする)をそれぞれ考慮し、総合計した点数で評価することとした。

1 詐欺罪における欺罔行為の意義

詐欺罪における欺罔行為とは、一般社会通念上、相手方を錯誤に陥らせて財物ないし財産上の利益を処分させるような行為をすることであるが、注意すべきは、相手方に処分行為をさせることに向けられたものでなければならないという点である。また、欺罔行為の手段に制限はないため、言語による場合に限らず動作・態度による場合も含み、また作為・不作為も問わないとされている。

2 作為による欺罔と不作為による欺罔の区別

そこで、作為による欺罔と不作為による欺罔が問題となるが、分かりにくいテーマでもあるので、若干紙面を割いて説明を加えることとする。

本問のような、無銭飲食事案においては、飲食物を注文する者は飲食代金を所持し、飲食後に代金を支払うという前提が社会的に存在していることから、わざわざそのような事情を説明しなくても、お店に入って飲食を注文すればそこで食事の提供と代金の支払いを内容とする契約が成立する。ここで、所持金のない者がお店に入って注文すると、「金は持っているし、食事後支払う」という意味での騙す内容は具体的には表面化されていないが、注文するという行為には、このような内容が店主と注文者の間で暗黙のうちに表現されていることになる。

つまり、「代金を支払う意思もないのに、そのことを告げることなく商品を注文した」という場合に、その注文行為自体が「作為」による欺く行為となるのであり(最決昭43・6・6)、注文行為は代金支払を前提とするものなので、注文という動作によって支払う意思があると告知していると認められ、店主をあらたに錯誤に陥れる効果を生むことになる。「所持金がない」などと告知すべき義務の不履行が「欺く行為」となるのではないことに注意する必要がある。

これに対し、例えば、買主が1000円の物を買って5000円札を出したところ、売主がそれを1万円と誤解して9000円のおつりを渡そうとし、買主は間違いに気づきながらこれを受け取ったという釣り銭詐欺の事案では、「1万円を渡した」という騙す内容は表現されておらず、売主の頭の中になかったものであり、買主と売主との間で「1万円を渡した」ことを表現する行為は一切されていない。しかし、この場合には、「釣り銭間違ってますよ」と言う(告知する)べき義務があり、その義務を果たさなかったことにつき、不作為の欺罔行為に該当すると考えられている。つまり、不作為による「欺く行為」は、「すでに相手方が錯誤に陥っていることを知りつつ、真実を告知しない」ということを内容とし、不作為の欺罔行為による詐欺罪が成立するためには、真実を告げる作為義務(=告知義務)があることが必要となる。

※1 「不作為による欺罔」の例

- (1) 生命保険の契約にあたり疾患を告知する義務がある（大判昭7・2・19）
- (2) （民法上、借財をするには保佐人の同意を得なければならないとされている制限行為能力者である）被保佐人（当時は準禁治産者）であることを黙秘して能力者であるかのように誤信させて貸与名下に金を交付させた場合、被保佐人であると知れば相手方が取引をしなかったであろうときは詐欺罪が成立する（大判大7・7・17）。
- (3) 登記済の抵当権のついた不動産は、抵当権の行使により買主が所有権を失うおそれがある以上、抵当権のあることを知ればこれを買ひ受けないこともありうるから、信義誠実を旨とする取引の必要にかんがみ、売買契約に際して売主には同事実を買主に告知する法律上の義務がある。売主が抵当権のあることを黙秘するのはこの義務に違反するもので、買主が抵当権の負担のない不動産であると誤信して買ひ受けた以上、詐欺罪が成立する（大判昭4・3・7）。
- (4) 銀行と預金取引を行っている者には、自己の口座に誤振込みがあったことを知った場合、これを銀行に告知すべき信義則上の義務がある。誤振込みがあったことを秘して預金の払戻しを請求することは、欺く行為にあたる（最決平15・3・12）。

※2 「作為による欺罔」の例

- (1) 他人から通帳と印鑑を一時的に預かったにすぎない者が、それを利用して勝手に銀行窓口で銀行員から預金払戻名下に金員の交付を受けたというような場合、「預金の払戻権限があるように偽って払い戻し手続きをとっている点で、銀行員を相手方とする詐欺罪が成立する。
- (2) 旅館で、支払の意思がないのに、その事情を告げずに宿泊する場合は、その宿泊行為自体が欺罔行為である（大判大9・5・8）。
- (3) 預金に関する権利や通帳等の譲渡を禁止する預金約款の下では、口座の開設、通帳・キャッシュカードの交付を銀行員に申し込むことは、これを自分自身で利用する意思を表しているといえるから、通帳等を第三者に譲渡する意図を秘して上記申込みをする行為は人を欺く行為にあたり、これにより通帳等の交付を受ける行為は詐欺罪を構成する（最決平19・7・17）。
- (4) 暴力団を含む反社会的勢力に該当しないことを条件に口座開設等を認め、これに反したときは預金の取扱いを停止するなど定めている銀行においては、口座の開設、通帳・キャッシュカードの交付を申し込む者が反社会的勢力であるかどうかは、係員において交付の判断の基礎となる重要な事項であるから、暴力団員が、自己が反社会的勢力でないことを確約する文言を含む申込書に氏名を記入するなどして口座開設を申し込む行為は欺く行為にあたり、これにより通帳等の交付を受ける行為は詐欺罪にあたる（最決平26・4・7）。
- (5) 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、運航の安全・不法入国の防止等の点で航空会社の運送事業の経営上重要性を有しており、係員において交付の判断の基礎となる重要な事項であるから、他者を搭乗させる意図を秘して搭乗券の交付を請求する行為は、人を欺く行為にあたる（最決平22・7・29）。

3 「所持金がないことを認識しながら、酒食を注文する行為」の刑法的評価

上記のとおり、本問において、酒食を注文したXの行為は、作為による欺罔行為に該当するが、

前記2の記載内容を踏まえて、簡潔かつ論理的に論述する必要がある。

4 酒食の提供を受けることと接客サービスを受けることの評価

酒食の提供は、246条1項の客体であり、接客サービスは同条2項の客体であるところ、本件のように、1個の欺罔行為で、1項及び2項の各客体の提供を受けた場合には、包括して246条の罪が成立することになる。

5 処分行為の意義

詐欺罪が成立するためには、欺罔行為により錯誤を生ぜしめ、この錯誤による瑕疵ある意思に基づいて財物又は財産上の利益を移転させる処分行為が必要である。

処分行為は、窃盗罪と詐欺罪を区別する要素であるが、利益詐欺は可罰的であるのに対して利益窃盗が不可罰的であることからすると、処分行為の有無によって可罰性の有無が決められる場合がある。

例えば、本問において、代金を請求されたものの、「トイレに行く」などと嘘を言ってトイレの窓から逃げ出したとしても、代金債務の支払免除という処分行為に向けられた欺罔行為はないことになり、利益窃盗ともいえる一例として、詐欺罪は成立しない。

また、処分行為につき、意識的な処分行為が必要か、無意識的な処分行為で足りるかについては争いがあるが、いずれの立場に立つにしても、理由付けをきちんと述べる必要がある。

5 本問における処分行為の有無

本問においては、3日の支払猶予を申し出て、結果的に債務の支払いを逃れている点をどう評価するか。支払猶予を得ることをも処分行為として考えることができるかが課題である。

自己の立場を明示した上で、きちんとした理由付けが欲しいところである。

6 酒食及び接客サービスを受けることに対する詐欺と代金債務を免れるあるいは支払猶予を得ることに対する詐欺との関係

いずれの詐欺の罪についても、それぞれ客体が異なるため、別罪を構成することにはなろうが、経済的な損失や評価からすれば、両者は共通のものと考えられる。そこで、どう評価するのか課題である。

以上