

予備試験

---

令和2年予備試験  
論文式試験分析会  
刑法 講師レジュメ

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 207445

LU20744



## <分析例>

### 第1 Bに対する詐欺利得罪（246条2項）の成否

甲は、後述する欺罔行為により、Bをして本件居室につき賃貸借契約を締結させたものであるところ、かかる行為は、本件居室について、その所有権を終局的に移転させて不動産を領得する行為ではないため、賃借権という財産上の利益を不正に取得する行為として2項詐欺罪の成否を検討する。 **参考判例1**

#### 1 欺罔行為 **参考判例2・3**

詐欺罪（246条）にいう欺罔行為（「人を欺いて」）とは、他人をして、財産的処分行為を行う判断の基礎となる重要な事項について錯誤に陥れる行為をいう。

ア 一般に、建物の賃貸借契約は高度な人的信頼関係に基づく継続的契約であるから、賃貸人にとって、当該物件にどのような人物が住むか、当該賃借人がどのような形態で使用するかは、当該契約を締結するか否かを判断する際の極めて重要な事項であるというべきところ、本件居室が所在する某県では、暴力団排除の観点から、不動産賃貸借契約には暴力団関係者による賃借を排除する趣旨の条項を設けることが推奨されており、実際にも、同県の不動産賃貸借契約においては、暴力団員又はその関係者が不動産を賃借して居住することによりその資産価値が低下するのを避けたいとの賃貸人側の意向も踏まえ、同条項が設けられるのが一般的であった。現に、本件賃貸借契約書にも、「賃借人は暴力団員又はその関係者ではなく、本物件を暴力団と関係する活動に使いません。賃借人が以上に反した場合、何らの催告も要せずして本契約を解除することに同意します。」との条項（「本件条項」）が設けられていた。

イ Bは、その所有するマンション居室の賃貸借契約を締結するにあたり、申込者に対し、本件条項の内容を説明した上、身分等を証明する書類の提示を求めるなど方策を講じて、暴力団関係者との賃貸借契約の締結を未然に防いでいたところ、本件においても、甲が暴力団員であり、本件居室を暴力団と関係する活動に使うつもりであることが分かれば、賃貸借契約の締結に応じることはなかった。

ウ 以上のような事実関係からすれば、賃借人が暴力団関係者であり、本件居室を暴力団と関係する活動に使用する意図があるか否かは、Bにおいて賃貸借契約締結を行う判断の基礎となる重要な事項であるから、甲が、自己がX組組員であり、その活動の一環としてA宅を監視する目的で本件居室を使用する予定である旨を告げず、本件居室を人材派遣業の事務所として使用する予定である旨告げた上、本件賃貸借契約の締結を申し込む行為は、上記重要な事項についてBを誤信させようとする挙動であり、詐欺罪にいう人を欺く行為に当たる。

## 2 錯誤に基づく処分行為

甲は、上記欺罔行為によって、Bをして、甲が暴力団関係者でなく、本件居室を暴力団と関係する活動に使うつもりもない旨誤信させた上、かかる錯誤に基づいて本件賃貸借契約を締結させて本件居室の賃借権を取得したものであるから、「財産上不法の利益を得」と認められる。

## 3 故意

甲には家賃等必要な費用を支払う意思も能力もあったものであるが、上記挙動により、Bをして上記重要な事項について誤信させた事実についての認識、認容に欠けるところはない以上、本罪の故意が認められる。

## 4 結論

以上より、本罪が成立する。

## 第2 有印私文書偽造罪、同行使罪（159条1項、161条1項）の成否

### 1 「権利、義務…に関する文書」

本件居室の賃貸借契約書（以下、「本件文書」という。）は、賃貸借契約に基づく債権債務の発生について証明力のある文書であり、本条の「文書」に当たる。

### 2 「偽造」 参考判例4

「偽造」とは、他人名義を冒用して文書を作成することをいい、その本質は、文書に名義人と作成者の人格の同一性を偽る点にある。

ア 甲は、「変更前の氏名」を記入して本件文書を作成しているところ、「変更前の氏名」から一般人に認識される人格が本件文書を作成した現実の甲と同一人格であると評価される限り、「偽造」に当たらない。

イ もっとも、本件文書には上述した暴力団排除を趣旨とする本件条項が設けられているところ、本件居室の賃貸借契約の締結に当たっては、性質上、当然に暴力団関係者ではない者が本件文書を作成することが要求されているといわなければならない。このような本件文書の性質に照らすと、本件文書に表示された「変更前の氏名」から認識される人格は、専ら人材派遣業等の活動を行っており、暴力団員やその関係者ではない人物としての甲であって、暴力団員である甲とは別の人格であることが明らかであるから、本件文書の名義人と作成者との人格の同一性に齟齬を生じているというべきである。

ウ したがって、甲が「変更前の氏名」を用いて本件文書を作成した行為は、「偽造」に当たる。

### 3 「他人の印章若しくは署名」

「他人の」とは、文書に表示された名義人の印章若しくは署名が表示されていることをいうところ、本件文書には、「変更前の氏名」による甲の署名が表示され、その認印が押されていることから、「他人の印章若しくは署名」が認められる。

### 4 「行使の目的」

甲は、本件文書によってBとの間で本件居室につき賃貸借契約を締結しようとして本件文書の偽造に及んだものであり、「行使の目的」が認められる。

### 5 「行使した」(161条1項)

甲は、現に本件文書をBに交付した上で本件居室の賃貸借契約を締結したものであるから、「行使した」に当たる。

### 6 故意

甲は、上記各事実の認識、認容に欠けるところはない。

## 7 結論

以上より、有印私文書偽造罪（159条1項）、同行使罪（159条1項、161条1項）が成立する。

### 第3 丙に対する傷害致死罪（205条）の成否

[解答例I] 構成要件段階で行為の一体性（分断）を検討する構成

#### 1 実行行為の一体性 参考判例5

ア 甲は、丙の顔面を拳で1回殴った上（第1暴行）、更に、転倒した丙の腹部を足で3回蹴った（第2暴行）。その後、丙が死亡していることから、仮に第1暴行と第2暴行が一連一体の実行行為であるとすれば、全体で1個の傷害致死罪が成立し、後述のとおり第1暴行につき誤想防衛として故意責任が否定される点は有利な情状として考慮されるにとどまることになり得るため、両暴行の一体性を検討する。

イ 複数の行為が連続して行われた場合において、それらの行為が客観的及び主観的に強い関連性を有すると認められる場合は、全体としての1個の実行行為と評価すべきである。具体的には、①客体（法益）の同一性、②時間的場所的接着性、③行為態様の同一（類似）性、④動機、犯意の連続性等の事情を総合考慮して判断すべきである。

しかるところ、両暴行は丙の身体という同一客体に向けられており（①）、第2暴行は第1暴行の直後に同一現場において連続して行われていることに加え（②）、殴る蹴るという態様も同一類型に属する連続、発展的な行為態様といえることから（③）、客観的には相当程度の関連性が認められる。しかしながら、甲は自己の身を守るために第1暴行に及んだのに対し、第2暴行については丙に対する怒りから敢行したものであるから、両暴行は主観的な甲の動機の点で明らかに性質を異にしており、その間には断絶があるというべきである。

ウ したがって、両暴行を全体的に考察して、1個の傷害致死罪の成立を認めるのは相当ではない。以下、第1暴行及び第2暴行を別個の実行行為として捉え、各行為について犯罪の成否を検討する。

## 2 第1暴行について

### (1) 傷害致死罪の当否

甲は、第1暴行により、丙を転倒させて路面に頭部を強打させて急性硬膜下血腫の傷害を負わせ、これによって丙を死亡させたものであるから、傷害致死罪に当たる。

なお、実行行為の態様が上記の程度にとどまることから甲に殺意は認められない。

### (2) 正当防衛（36条1項）の成否

甲の第1暴行に先行して、丙は甲の行動を不審に思い、乙に電話で報告しようと考えて着衣のポケットからスマートフォンを取り出す動作をしたにとどまり、甲の身体に対する「急迫不正の侵害」は認められない。したがって、正当防衛は成立しない。

### (3) 誤想防衛について 参考判例6・7

故意責任の本質は、反対動機の形成が可能な程度の犯罪事実の認識があるのに敢えて実行行為に及んだ行為者の直接的な反規範的人格態度に対する責任非難の点にある。そうすると、急迫不正の侵害があるものと誤認して防衛行為を行った場合に、その防衛行為が相当であったときは、行為者は行為の違法性を基礎付ける事実の認識（責任故意）を欠くことから、反対動機形成可能な程度の犯罪事実を認識していたものとはいえず、故意責任を認め得ない（誤想防衛）。

以下、甲の認識していた事実を基礎とし、本件行為当時甲が置かれていた状況等を考慮して、甲の行為について正当防衛（36条1項）が成立し、違法性が阻却されるか否かについて検討する。

ア 甲の認識において、丙はスタンガンを取り出した上で、直ちにこれを凶器として用いて甲を攻撃しようとしていたものであり、甲の身体に対する「急迫不正の侵害」が認められる。

イ 「防衛するため」とは、防衛の意思を必要とする趣旨であるところ、甲は、上記丙の攻撃から自己の身を守るためにとっさに第1暴行に及んだものであり、防衛の意思が認められる。

ウ 「やむを得ずにした行為」とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己又は他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであって、相当性を有するものであることをいう。 **参考判例8**

第1暴行は素手で顔面を1回殴るという態様にとどまるのに対し、スタンガンを用いた攻撃は、相手に火傷を負わせ、又は相手を失神させ得るものであり、重大な危険を含む行為である。加えて、甲が身長165センチメートル、体重60キログラムであるのに対し、丙が身長180センチメートル、体重85キログラムであって、体格面において丙が優位であることも考慮すれば、第1暴行は、自己の身体を防衛する手段として必要最小限度の相当なものであったといえる。したがって、第1暴行は「やむを得ずにした行為」と認められる。

エ 以上より、甲の認識上、第1暴行には正当防衛が成立する。そうすると、甲は第1暴行について違法性を基礎付ける事実の認識（責任故意）を欠くことから、故意責任が阻却される。

- (4) 以上より、傷害致死罪は成立しない。
- (5) もっとも、甲が丙の態度を注視していれば、丙が取り出したものがスマートフォンであり、丙が直ちに自己に暴行を加える意思がないことを容易に認識することができたのであるから、「急迫不正の侵害」の存在を誤信したことにつき甲に過失が認められる。したがって、丙に対する過失致死罪（210条）が成立する。

### 3 第2暴行について

- (1) 甲は、第2暴行により、丙に加療約1週間を要する腹部打撲の傷害を負わせたものであるから傷害罪（204条）に当たる。なお、第2暴行により丙の死期が早まることはなかったことから死亡結果との因果関係を有しないため傷害致死罪には当たらない。
- (2) 甲は、第2暴行の時点で丙が身動きせず、意識を失っていることを認識した上で第2暴行に及んでいることから、誤想防衛として故意責任が阻却される余地はない。
- (3) 以上より、丙に対する傷害罪が成立する。



## 〔解答例Ⅱ〕責任段階で行為の一体性（分断）を検討する構成

### 1 傷害致死罪の当否

#### (1) 実行行為

甲は、丙の顔面を拳で1回殴った上（第1暴行）、更に、転倒した丙の腹部を足で3回蹴った（第2暴行）。両暴行は、丙の身体という同一客体に対し、同一現場において連続、発展的に行われた暴行であるから、一連一体の実行行為というべきである。

(2) 上記一連の実行行為によって、丙は転倒して路面に頭部を強く打ち付け、その結果、急性硬膜下血腫により死亡した。

(3) 甲は、上記各事実の認識、認容に欠けるところはない。

なお、実行行為の態様が凶器を用いることなく殴る蹴るの暴行に及んだというものととどまることから、甲に殺意は認められない。

(4) 以上より、上記一連の実行行為は、全体として1個の傷害致死罪に当たる。

### 2 正当防衛（36条1項）の成否

上記一連の実行行為に先行して、丙は甲の行動を不審に思い、乙に電話で報告しようと考えて着衣のポケットからスマートフォンを取り出す動作をしたにとどまり、甲の身体に対する「急迫不正の侵害」は認められない。したがって、正当防衛は成立しない。

### 3 責任非難としての意思の一貫性 参考判例9

(1) もっとも、上記一連の実行行為の全体について完全な故意責任を問うためには、両暴行に対する一体的な責任非難を基礎付ける事情として、両暴行が同一の機会に同一の意思の発動に出たものであること（意思の一貫性）が不可欠の前提となると解すべきである。

しかるところ、甲は自己の身を守るために防衛の意思をもって第1暴行に及んだのに対し、第2暴行については丙に対する怒りから専ら攻撃の意思で敢行したものであるから、両暴行は甲の防衛の意思の有無という点で明らかに性質を異にしており、その間には断絶があるというべきである。

したがって、両暴行を全体的に考察して、1個の傷害致死罪の成立を認めるのは相当ではない。以下、第1暴行及び第2暴行を別個の責任非難の対象と捉え、各行為について犯罪の成否を検討する。

(2) 第1暴行について

ア 甲は、第1暴行により、丙を死亡させたものであるから、傷害致死罪に当たる。

イ 誤想防衛について

故意責任の本質は、…（省略）

ウ 以上より、傷害致死罪は成立しない。

エ もっとも、甲が丙の態度を注視していれば、丙が取り出したものがスマートフォンであり、丙が直ちに自己に暴行を加える意思がないことを容易に認識することができたのであるから、「急迫不正の侵害」の存在を誤信したことにつき甲に過失が認められる。したがって、丙に対する過失致死罪（210条）が成立する。

(3) 第2暴行について

ア 甲は、第2暴行により、丙に加療約1週間を要する腹部打撲の傷害を負わせたものであるから傷害罪（204条）に当たる。なお、第2暴行により丙の死期が早まることはなかったことから死亡結果との因果関係を有しないため傷害致死罪には当たらない。

イ 甲は、第2暴行の時点で丙が身動きせず、意識を失っていることを認識した上で第2暴行に及んでいることから、誤想防衛として故意責任が阻却される余地はない。

ウ 以上より、丙に対する傷害罪が成立する。

#### 第4 罪数

以上より、甲には、①Bに対する詐欺利得罪（246条2項）、②有印私文書偽造罪（159条1項）、③同行使罪（161条1項）、④丙に対する過失致死罪（210条）、⑤丙に対する傷害罪（204条）が成立し、②と①及び③は手段と目的の関係にあるから牽連犯（54条1項後段）となり、これと④及び⑤とが併合罪（45条前段）となる。 以上

## ＜参考判例＞

### 1 【大阪地判平 17.3.29（賃借権の不正取得）】

「【罪となるべき事実】

第1 被告人3名は、〇〇協会（以下「〇〇協」という。）の…グループ（以下これを便宜上「〇〇協反主流派」という。）の活動家であるが、同派活動家Xと共謀の上、…A（以下「A」という。）が所有し、…所在のMa 4 0 7号室（以下「Ma 4 0 7号室」という。）の賃借権を不正に取得しようとして企て、…Xが、同社員Bに対し、真実は、Ma 4 0 7号室を同派主宰の××関西支社事務所とし、対立抗争する勢力からの攻撃に備えて同室内及びベランダ内に金属製単管及び金属板等を固定して設置するなどの措置を施すとともに、…同室を同派の活動拠点として使用する意図であるのに、その情を秘し、X及び…の女性2人で入居して住居用に使用する旨虚偽の事実を申し向け、賃借人をX…とする同室の賃借方を申込み、上記Bを介し、上記Aをして、その旨誤信させ、…Xが、上記Bを介して上記賃貸借契約書を上記Aに提出し、よって、上記Bを介し、上記Aをして、…同室をXに賃貸する旨の賃貸借契約を締結せしめ、…同室の引渡しを受けるとともに…、X…が同室に入居して賃借権を不正に取得し、もって、人を欺いて財産上不法の利益を得た  
…（中略）…

本件における詐欺罪の成立可能性について

Xが、平成14年6月13日ころ、Aとの間で、賃借人をA、賃借人をX、使用目的を住居用としてMa 4 0 7号室の賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」という。）を締結したこと、そして本件賃貸借契約に基づいて、AがXに住居用として同室を貸し渡したことはおおむね争いがなく、関係各証拠上も明らかに認められるところである。

ところが、実際の同室の使用形態は、後述（3の（6））のとおり、室内及びベランダ内に、金属製単管及び金属板を固定し、建築足場状に組み上げるなどして要塞化されるとともに、〇〇協反主流派が主宰する××関西支社の事務所として使用されていたものであって、住居用という、本件賃貸借契約におけるMa 4 0 7号室の使用目的とはおよそかけ離れた形態での使用がなされていたものである。

建物の賃貸借契約は高度な人的信頼関係に基づく継続的契約であるから、賃借人にとって、当該物件にどのような人物が住むか、当該借主がどのような形態で使用するかは、当該契約を締結するか否かを判断する際の極めて重要な事項であり、本件賃貸借契約証書の第2条にも、「本物件を住居用に使用し、これ以外の目的に使用しないものとする」旨明確に記載されていることからすると、Aが、〇〇協反主流派の主宰する××関西支社の事務所とし、室内及びベランダ内に金属製単管及び金属板等を固定し、建築足場状に組み上げて要塞化するなどして、同室を同派の活動拠点として使用するなどという使用形態を事前に知っていたならば、当然契約を締結せず、同室を貸さなかったであろうことは明らかであって、このことは、住居用建物の賃貸借契約を締結する当事者にとって自明の事柄に属するものというべきである。従って、賃借人として本件賃貸借契約を締結したXにおいても、Ma 4 0 7号室が前記のとおり形態で使用されることを賃主が知れば、当然本件賃貸借契約の締結を拒絶されるであろうことを認識していたことは容易に推認可能であるところ、Xにおいて、本件賃貸借契約締結時において、Ma 4 0 7号室が上記のような形態で使用されることを告知していなかったことは証拠上明白であるから、Xにおいて、本件賃貸借契約締結時にMa 4 0 7号室が前記のとおり形態で使用する意図を有していたのであれば、Xに詐欺罪が成立することは明らかというべきである。」

### 2 【最決平 26.3.28（暴力団員であることを秘したゴルフ倶楽部施設利用①）】

「1 原判決及びその是認する第1 審判決の認定並びに記録によれば、本件の事実関係は次のとおりである。  
（1）本件は、暴力団員である被告人が、本件ゴルフ倶楽部の会員であるAと共謀の上、平成22年10月13日、長野県内のゴルフ倶楽部において、同倶楽部はそのゴルフ場利用約款等により暴力団員の入場及び施設利用を禁止しているにもかかわらず、真実は被告人が暴力団員であるのにそれを秘し、Aにおいて、同倶楽部従業員に対し、「〇〇〇〇」等と記載した組合せ表を提出し、被告人の署名簿への代署を依頼するなどして、被告人によるゴルフ場の施設利用を申し込み、同倶楽部従業員をして、被告人が暴力団員ではないと誤信させ、よって、被告人と同倶楽部との間でゴルフ場利用契約を成立させた上、被告人において同倶楽部の施設を利用し、もって、人を欺いて財産上不法の利益を得た、という事案である。

(2) 本件ゴルフクラブでは、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。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。共犯者のAは、平成21年6月頃、本件ゴルフ倶楽部の入会審査を申請した際、上記アンケートの項目に対し、「ない」と回答した上、上記誓約書に署名押印して提出し、同倶楽部の会員となった。

(3) 被告人は、暴力団員であり、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が、Aから誘われ、本件当日、その同伴者として、本件ゴルフ倶楽部を訪れた。

本件ゴルフ倶楽部のゴルフ場利用約款では、他のゴルフ場と同様、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。しかし、Aは、施設利用の申込みに際し、被告人が暴力団員であることが発覚するのを恐れ、その事実を申告せず、フロントにおいて、自分については、「ご署名簿（メンバー）」に自ら署名しながら、被告人ら同伴者5名については、事前予約の際に本件ゴルフ倶楽部で用意していた「予約承り書」の「組合せ表」欄に、「△△」「○○○○」「××○○××」などと氏又は名を交錯させるなどして乱雑に書き込んだ上、これを同倶楽部従業員に渡して「ご署名簿」への代署を依頼するという異例な方法を取り、被告人がフロントに赴き署名をしないで済むようにし、被告人分の施設利用を申込み、会員の同伴者である以上暴力団関係者は含まれていないと信じた同倶楽部従業員をして施設利用を許諾させた。なお、Aは、申込みの際、同倶楽部従業員から同伴者に暴力団関係者がいないか改めて確認されたことはなく、自ら同伴者に暴力団関係者はいない旨虚偽の申出をしたこともなかった。

他方、被告人は、妻と共に本件ゴルフ倶楽部に到着後、クラブハウスに寄らず、車をゴルフ場内の練習場の近くに停めさせ、直接練習場に行って練習を始め、妻から「エントリーせんでええの。どこですの」と尋ねられても、そのまま放置し、Aに施設利用の申込みを任せていた。その後、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、プレーを開始した。なお、被告人の施設利用料金等は、翌日、Aがクレジットカードで精算している。

(4) 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。

2 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A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、A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。」

### 3 【最判平 26.3.28 (暴力団員であることを秘したゴルフ倶楽部施設利用②)】

「1 原判決及びその是認する第1審判決の認定並びに記録によれば、本件の事実関係は次のとおりである。

(1) 被告人は、暴力団員であったが、同じ組の副会長であったDらと共に、平成23年8月15日、予約した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。その際、同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、被告人ら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。被告人らは、ゴルフをするなどして同倶楽部の施設を利用した後、それぞれ自己の利用料金等を支払った。なお、同倶楽部は、会員制のゴルフ場であるが、会員又はその同伴者、紹介者に限定することなく、ビジター利用客のみによる施設利用を認めていた。

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、自らが会員となっていたCクラブに電話を架け、同年9月28日の予約をした後、組合せ人数を調整するため、被告人らを誘った。被告人は、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。その際、同控え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、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。被告人は、Eらと共にゴルフをするなどして同クラブの施設を利用した後、自己の利用料金等を支払った。なお、同クラブは、会員制のゴルフ場で、原則として、会員又はその同伴者、紹介者に限り、施設利用を認めていた。

(2) 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い。

2 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。

なお、Cクラブの施設利用についても、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味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。

### 第3 結論

したがって、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が挙動による欺罔行為に当たるとして詐欺罪の成立を認めた第1審判決及びこれを是認した原判決には、判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があり、これを破棄しなければ著しく正義に反すると認められる。

そして、既に第1審及び原審において検察官による立証は尽くされているので、当審において自判するのが相当であるところ、本件各公訴事実については犯罪の証明が十分でないとして、被告人に対し無罪の言渡しをすべきである。」

## 4 【最判昭 59.2.17 (通称の使用と人格の同一性)】

「再入国許可申請書の性質について考えるのに、出入国管理令(昭和五六年法律第八五号、第八六号による改正前のもの)二六条が定める再入国の許可とは、適法に本邦に在留する外国人がその在留期間内に再入国する意図をもって出国しようとするときに、その者の申請に基づき法務大臣が与えるものであるが、右許可を申請しようとする者は、所定の様式による再入国許可申請書を法務省又は入国管理事務所に出頭して、法務大臣に提出しなければならず、その申請書には申請人が署名すべきものとされ、さらに、その申請書の提出にあたっては、旅券、外国人登録証明書などの書類を呈示しなければならないとされている

(昭和五六年法務省令第一七号による改正前の出入国管理令施行規則二四条一項、二項、一八条二項、別記第二五号様式)。つまり、再入国許可申請書は、右のような再入国の許可という公の手續内において用いられる文書であり、また、再入国の許可は、申請人が適法に本邦に在留することを前提としているため、その審査にあつては、申請人の地位、資格を確認することが必要、不可欠のこととされているのである。したがつて、再入国の許可を申請するにあつては、ことからの性質上、当然に、本名を用いて申請書を作成することが要求されているといわなければならない。

ところで、原判決が認定した前掲事実によれば、被告人は、密入国者であつて外国人の新規登録申請をしていないのかかわらず、〇〇〇名義で発行された外国人登録証明書を取得し、その名義で登録事項確認申請を繰り返すことにより、自らが右登録証明書の〇〇〇その人であるかのように装つて本邦に在留を続けていたというべきであり、したがつて、被告人が〇〇〇という名称を永年自己の氏名として公然使用した結果、それが相当広範囲に被告人を指称する名称として定着し、原判決のいう他人との混同を生ずるおそれのない高度の特定識別機能を有するに至つたとしても、右のように被告人が外国人登録の関係では〇〇〇になりすましていた事実を否定することはできない。以上の事実関係を背景に、被告人は、原認定のとおり、再入国の許可を取得しようとして、本件再入国許可申請書を〇〇〇名義で作成、行使したというのであるが、前述した再入国許可申請書の性質にも照らすと、本件文書に表示された〇〇〇の氏名から認識される人格は、適法に本邦に在留することを許されている〇〇〇であつて、密入国をし、なんらの在留資格をも有しない被告人とは別の人格であることが明らかであるから、そこに本件文書の名義人と作成者との人格の同一性に齟齬を生じているというべきである。したがつて、被告人は、本件再入国許可申請書の作成名義を偽り、他人の名義でこれを作成、行使したものであり、その所為は私文書偽造、同行使罪にあつたと解するのが相当である。」

## 5【東京高判平 13.2.20 (実行行為の一体性)】

「右認定事実を前提に検討すると、被告人は、刺突行為を終え、本件包丁を流しに戻した後も、被害者を自己の支配下に置いておけば出血多量により死に至るものと思つていたため、被害者が玄関から逃げようとするのを連れ戻し、また、ベランダから逃げようとした被害者を連れ戻してガス中毒死させようと考えて、掴まえようとしたものである。刺突行為により相当の出血をしている被害者が、地上からの高さが約二四・一メートルもあるベランダの手すり伝いに逃げようとしたのも、このまま被告人の監視下であれば死んでしまうと考え、命がけで行つた行為と解される。

そうすると、被告人の犯意の内容は、刺突行為時には刺し殺そうというものであり、刺突行為後においては、自己の支配下に置いて出血死を待つ、更にはガス中毒死させるというものであり、その殺害方法は事態の進展に伴い変容しているものの、殺意としては同一といえ、刺突行為時から被害者を掴まえようとする行為の時まで殺意は継続していたものと解するのが相当である。

次に、ベランダの手すり上にいる被害者を掴まえようとする行為は、一般には暴行にとどまり、殺害行為とはいいい難いが、本件においては、被告人としては、被害者を掴まえ、被告人方に連れ戻しガス中毒死させる意図であり、被害者としても、被告人に掴まえられれば死に至るのは必至と考え、転落の危険も省みず、手で振り払うなどして被告人から逃れようとしたものである。また、刺突行為から被害者を掴まえようとする行為は、一連の行為であり、被告人には具体的内容は異なるものの殺意が継続していたのである上、被害者を掴まえる行為は、ガス中毒死させるためには必要不可欠な行為であり、殺害行為の一部と解するのが相当であり、本件包丁を戻した時点で殺害行為が終了したものと解するのは相当でない。

更に、被告人の被害者を掴まえようとする行為と被害者の転落行為との間に因果関係が存することは原判決が判示するところである。

以上によれば、被告人が殺人既遂の罪責を負うのは当然である。」

## 6【広島高判昭 35.6.9 (誤想防衛①)「急迫不正の侵害」の存在の誤信】

「被告人の本件行為は被害者Vが右手を同人のオーバーのポケットに突込んだことにより、同人の凶暴な性格と、その直前における前記の如き言動と合わせ、同人が被告人に対し凶器を以て攻撃し来るものと、急迫の事態を錯覚し、自己の生命身体の危険を防ぐため、やむなく原判示の如き傷害に及んだものであつて、換言せば、正当防衛の成立に必要な客観的条件たる急迫不正の侵害がないのに、これが存するものと誤信して権利を防衛する意思を以てした行為、すなわち講学上いわゆる誤想防衛行為と解すべきであつて、しかも被告人の右錯誤については記録上これが同人の責に帰すべき過失によるものとは認められないか

ら、被告人の本件行為は、錯誤により犯罪の消極的構成要件事実即ち正当防衛を認識したもので故意の内容たる犯罪事実の認識を欠ぐことになり従つて犯意の成立が阻却されるから犯罪は成立しないものと云わざるを得ない。

## 7【大阪地判平 23.7.22（誤想防衛②）「相当性（防衛行為の過剰性を基礎付ける事実）」の誤信】

### 「4 正当防衛ないし誤想防衛が成立するか

被告人は、Aが使っていたコップを床にたたきつけて割るとともに、水差しを床にたたきつけ、Aの携帯電話を二つに折って投げ捨てており（以下、これら被告人の一連の行為を「本件先行行為」という。）、これがAの怒りを一定程度誘発すべき違法行為であったことは否定できない。しかし、Aはこれに対して、被告人に上記のような暴行を加えているのであり、物を壊す行為と人を傷つける行為とを比較すれば、Aの行為は、被告人による物を壊す行為の違法性の程度を大きく超えているといえる。

また、本件先行行為は、上記のとおり、Aの怒りを誘発し得るものであったが、被告人とAが七、八年間、殴り合いの喧嘩をしておらず、その間、被告人とAとの間で暴力が振るわれたという事実は認められないことからすると、被告人にとって、Aが本件先行行為に応じて、被告人の歯が折れるほどの暴力を振るうなどということは、予想外の出来事であったと考えるのが自然であり、被告人が、Aの攻撃を予期していたという事実は認められない。さらに、既に述べたように、被告人はAの首を締めることを認識していたとは認め難いこと、被告人の検察官調査（乙1号証）によれば、本件事件以前に被告人とAが殴り合いのけんかをした際、被告人はAに力では到底かなわないことを認識していた事实在認められ、そのような状況において、被告人が素手で、Aに対して積極的に攻撃を加えようと思いつくとは考え難いこと、被告人とAは普段は仲が悪いわけでは決してなかったことなどからすると、被告人が本件事件当時、Aに対して積極的に危害を加える意思を有していたとは認められない。

そして、被告人がAに対する怒りもあるものの、自己の身を守ろうという意味を抱いて行動していたことは明らかであり、もっぱらAに危害を加える意思であったとは到底認められない。

以上によれば、本件事件当時、被告人は、急迫不正の侵害に当たるAの攻撃に対して反撃が正当化される状況の下、防衛のために公訴事実記載の行為に及んだものといえる。

もっとも、人の急所である首を締めるという行為は、人の生命を侵害する重大な危険を含む行為であるから、Aの攻撃に対する防衛行為としては許容範囲を超え、相当性に欠けるものであった。

しかし、本件では、上記のとおり、被告人にAの首を締めているという認識があったと認定することはできず、被告人はAの首の辺りを腕で押さえ込み、Aの動きを封じようとする認識にとどまっていたという前提で判断せざるを得ない。そして、このような被告人の認識していた事実に基礎とし、本件事件当時被告人が置かれていた状況等を考慮すれば、被告人の認識上、被告人がAに対してした行為は、Aの攻撃から身を守る防衛行為として許容範囲を超えておらず、相当性を有するものと認められる。そうすると、被告人は、防衛のため相当な行為をするつもりで誤ってその限度を超えたものであり、防衛行為が過剰であることを基礎づける事実の認識に欠けていたのであるから、被告人の行為は誤想防衛に当たり、被告人に対し、Aに対する傷害致死罪の故意責任を問うことはできない。

### 5 結論

以上のとおり、被告人の本件行為は、防衛行為としての過剰性を基礎づける事実の認識を欠くものであり、誤想防衛として罪にならないものであるから、刑事訴訟法336条により、被告人に対し無罪の言渡しをする。」

## 8【最判昭 44.12.4（「やむを得ずにした行為」）防衛行為の相当性】

「刑法三六条一項にいう「已ムコトヲ得サルニ出テタル行為」とは、急迫不正の侵害に対する反撃行為が、自己または他人の権利を防衛する手段として必要最小限度のものであること、すなわち反撃行為が侵害に対する防衛手段として相当性を有するものであることを意味するのであって、反撃行為が右の限度を超えず、したがって侵害に対する防衛手段として相当性を有する以上、その反撃行為により生じた結果がたまたま侵害されようとした法益より大であつても、その反撃行為が正当防衛行為でなくなるものではないと解すべきである。本件で被告人が右Vの侵害に対し自己の身体を防衛するためとつた行動は、痛さのあまりこれをふりほどこうとして、素手でVの胸の辺を一回強く突いただけであり、被告人のこの動作によつて、被告人の指をつかんでいた手をふりほどこかれたVが仰向けに倒れたところに、たまたま運悪く自動車の車体があつたため、Vは思いがけぬ判示傷害を蒙つたというのである。してみれば、被告人の右行為が

正当防衛行為にあたるか否かは被告人の右行為がVの侵害に対する防衛手段として前示限度を超えたか否かを審究すべきであるのに、たまたま生じた右傷害の結果にとらわれ、たやすく被告人の本件行為をもつて、そのよつて生じた傷害の結果の大きさにかんがみ防衛の程度を超えたいわゆる過剰防衛であるとした原判決は、法令の解釈適用をあやまつた結果、審理不尽の違法があるものというべく、右違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであり、かつ、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。」

#### 9【長崎地判平 4.1.14（責任非難のとしての意思の一貫性）実行行為開始後の責任能力低下】

「被告人は、酩酊に至るに十分な量の酒を飲んでおり、右飲酒によって、本件犯行の初めの時期には単純酩酊の状態にあったが、その後、本件犯行の中核的な行為を行った時期には複雑酩酊の状態になっていたものであって、右状態において、被告人の是非善悪を弁別する能力は著しく減退しており、それに従って行為する能力は著しく減退していた。すなわち被告人は犯行途中より心神耗弱の状態になったと認めるのが相当であると判断される（これに対し、被告人は普通酩酊状態であったとするA作成の鑑定書は、被告人が本件犯行を相当詳細に記憶していることを前提にしているものであるが、その前提事実については、前述のとおり被告人の記憶には部分的欠落が散見されることに鑑みると、疑問が残るものと言わざるをえず、採用できない。）。

五　そこで、更に検討するに、本件は、同一の機会に同一の意思の発動にでたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものであるところ、被告人は、心神耗弱下において犯行を開始したのではなく、犯行開始時において責任能力に問題はなかったが、犯行を開始した後に更に自ら飲酒を継続したために、その実行行為の途中において複雑酩酊となり心神耗弱の状態に陥ったにすぎないものであるから、このような場合に、右事情を量刑上斟酌すべきことは格別、被告人に対し非難可能性の減弱を認め、その刑を必要的に減輕すべき実質的根拠があるとは言いがたい。そうすると、刑法三九条二項を適用すべきではないと解するのが相当である。」



## ☆ 欺罔行為の認定

「～」か否かという事情

⇐ 個別具体的な取引の運用・実態の分析

┌ 約款・規約上の禁止（一般的法律関係）  
+  
└ 確認・拒絶措置等の徹底（具体的事実関係）

「(取引に応じる) 判断の基礎となる重要な事項」

⇒ 上記事情について錯誤を導く行為 = 欺罔行為

= 取引の申込は、

┌ 「～」であることを告知すべき信義則上の告知義務違反  
or (不作為)  
└ 「～」でないことの黙示の意思表示を包含する挙動  
(作為)

テーブルコード

--	--	--

# ☆ 行為の一体性

## 【構成例 I】 実行行為の一体性

[構成要件] 一連の実行行為

第1暴行

⊗ 客体（法益）の同一性  
 行為態様の同一性  
 時間的場所的接着性

⊕ 動機・犯意の連続性

第2暴行

実行行為  
の一体性

○ → 全体として1個の傷害致死罪（I）  
 × → 傷害致死罪 + 傷害罪（II）

[違法性] 「急迫不正の侵害」不存在 → 正当防衛不成立

[責任] 第1暴行 = 誤想防衛

I（一体）→ 傷害致死罪（誤想の点は有利な情状）  
 II（分断）→ 過失致死罪 + 傷害罪

テーブルコード

--	--	--

## 【構成例Ⅱ】 責任非難としての意思の一貫性

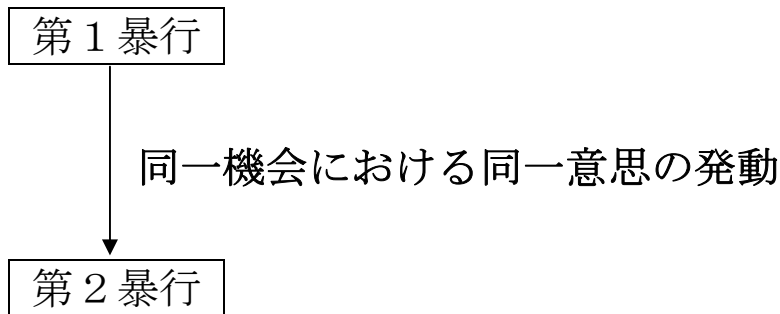
### [構成要件]

一連の実行行為 = 全体として1個の傷害致死罪

### [違法性]

「急迫不正の侵害」不存在→正当防衛不成立

### [責任] 意思の一貫性



第1暴行：防衛の意思 ~~--->~~ 第2暴行：(専ら) 攻撃意思

意思の断絶 — { 第1暴行 = 誤想防衛 ⇒ 過失致死罪  
+  
第2暴行 = 傷害罪

テーブルコード

--	--	--

**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2020 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU20744