

◇ 判例研究 ◇

刑事判例研究18

被告人が携帯電話機販売店で被告人を契約者とする通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込む際に、通信サービス契約を短期間で解約する意図であるのにこれを秘し、同契約を短期間に解約することなく交付を受けた携帯電話機を利用するものと携帯電話機販売店の従業員を誤信させ、その従業員から携帯電話機の交付を受けた事案において、被告人が契約を申し込む行為は、拳動による欺罔にあたらぬとして無罪を言い渡した事例（金沢地裁平成27年8月7日判決 [LEX/DB 事件番号 25542674]）

刑事判例研究会  
佐竹宏章\*

【事案の概要】

1. 被告人は、平成25年10月あるいは11月頃、知人から、携帯電話機販売店において、新規の通信サービス契約を締結するとともに一括ゼロ円あるいは一括1円で販売されている携帯電話機を購入し、その後、マイナンバーポータビリティ制度（携帯音声通信事業者を変更しても、電話番号は変更しないまま、継続して利用できる仕組み）を利用して携帯音声通信事業者を乗り換えれば、その際の特典として多額のキャッシュバックが得られ、購入した携帯電話機を通話不能とした上で転売すれば、その売却代金も得られるという話を聞き、これを実行しようと決意した。

---

\* さたけ・ひろゆき 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

一括ゼロ円あるいは一括 1 円で販売されている携帯電話機とは、携帯電話機販売店が携帯電話機本体の代金を負担することで携帯電話機本体をゼロ円あるいは 1 円で販売し、携帯電話機本体の代金について月々の分割支払が生じないものをいう。この場合、携帯電話機本体の代金は、その売買契約締結時に完済していることから、短期間で通信サービス契約を解約しても、携帯電話機本体の代金の未払分はなく、その後に携帯電話機本体の代金を支払う必要がない（なお、これと異なるのは、実質ゼロ円で販売されている携帯電話機である。実質ゼロ円で販売されている携帯電話機とは、購入者が携帯電話機本体の代金を月々分割で支払うが、その月々の分割代金を通信サービス契約の月々の基本使用料から値引きするということにより、一定期間、通信サービス契約を継続すれば、携帯電話機本体の代金が実質的にはゼロ円になるものをいう。この場合、携帯電話機本体の分割支払が終わる前に通信サービス契約を解約すれば、分割代金の未払分があるので、その後も残りの代金を支払う必要がある）。

2. ① 被告人は、平成25年11月28日、携帯音声通信事業者である株式会社 A と代理店契約を締結している株式会社 B が経営する家電量販店 B<sub>1</sub> において、同店販売員 C に対し、携帯音声通信事業者を乗り換えるために通信サービス契約を短期間で解約するつもりであるのにそれを告げずに、被告人を契約者とする A 社との間の通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込み、携帯電話機 1 台（販売価格 7 万 3080 円）の交付を受けた。② 被告人は、同月 29 日 B 社が経営する家電量販店 B<sub>2</sub> 店において、同店従業員 D に対し、上記①と同様の意図があるのにそれを告げずに、被告人を契約者とする A 社との間の通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込み、携帯電話機 1 台（販売価格 5 万 5440 円）の交付を受けた。③ 被告人は、同日、携帯音声通信事業者である株式会社 E と代理店契約を締結している株式会社 F の家電量販店 F<sub>1</sub> 店において、同店販売員（派遣従業員） G に対し、上記①と同様の意図があるのにそれを告げずに、被告人を契約者とする E 社との間の 2 件の通信サービス契約の締結及び 2 台の携帯電話機の購入を申し込み、

被告人が携帯電話機販売店で被告人を契約者とする通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込む際に、通信サービス契約を短期間で解約する意図であるのを知り、同契約を短期間に解約することなく交付を受けた携帯電話機を利用するものと携帯電話機販売店の従業員を誘惑させ、その従業員から携帯電話機の交付を受けた事実において、被告人が契約を申し込む行為は、争動による範囲にあたらぬとして無罪を言い渡した事案（佐竹）

携帯電話機 2 台（販売価格合計約 5 万円）の交付を受けた。<sup>1)</sup>

被告人は、上記①～③の契約申し込みの際、各販売員から、契約締結から 2 年以内に通信サービス契約を解約した場合には違約金が発生する旨説明されたものの、短期間で通信サービス契約を解約する場合には、携帯電話機本体の売買契約を締結しないと、販売店に損害が発生するなどという説明を受けていなかった。また、各契約申込書には、短期間で通信サービス契約を解約することを禁止したり、短期間で通信サービス契約を解約しないことを誓約したりする旨の記載はない。携帯音声通信事業者である A 社及び E 社の個別信用購入あっせん約款、通信サービス契約約款などにも、短期間で通信サービス契約を解約することを制限する規定は存在しない。

3. 被告人は、上記 2.①～③で交付を受けた携帯電話機 4 台全てから SIM カードを抜き取って通話等ができない状態にした上、平成 25 年 12 月 9 日、携帯電話機等の買取り・販売等を行う会社に、当該携帯電話を売却した。そして、被告人は上記 2.①及び②で締結した各通信サービス契約について、同月 14 日に、③で締結した各通信サービス契約について、同月 23 日に、いずれもマイナンバーポータビリティ制度を利用して、携帯音声通信事業者を株式会社 H に変更し、A 社及び E 社との間の各通信サービス契約を解約した。

4. なお、本件当時、B 社は、携帯電話機等が販売された際に、携帯音声通信事業者である A 社からインセンティブとしての金銭を受け取っていた（具体的には、B 社は、携帯電話機等が売れた翌月に A 社に対して、インセンティブとしての金銭を請求し、その支払を受けることができるが、携帯電話機等を購入した客が、新規契約をしてから 150 日以内に通信サービス契約を解約した場合

---

1) この部分は、本判決の第 1 「本件公訴事実」に対応する、第 2 「当裁判所の判断」1 「前提事実」(2) 部分である。なお、「本件公訴事実」では、被告人が「直ちに解約する意図があるのを知りて」本件契約の申込みを行ったとされていたが、金沢地方裁判所は、解約時期などから、その主張を認めず、「短期間で解約するつもりであることを告げずに」本件契約の申し込みを行ったと認定した上で、検討を行っている。

や90日以内にオプション契約を解約した場合には、A社からの請求によって、それぞれインセンティブとして支払われた金銭を返還することとなっていた)。そのため、B社では、A社から支払われるインセンティブとしての金銭を見込んで携帯電話機等の販売価格を決定していたため、客が短期間で通信サービス契約を解約した場合には、利益が出ない仕組みになっていた。

同様に、F社においても、携帯電話機等を販売することで、携帯音声通信事業者であるE社からインセンティブとしての金銭が支払われていた。そして、客が通信サービス契約を短期間で解約した場合には、一度受け取ったインセンティブとしての金銭を返金しなければならない可能性があった(なお、F社とE社間のインセンティブの支払及び解約による返還の詳細な仕組みについて明らかにされていない)。

### 【判決要旨】<sup>2)</sup>

金沢地方裁判所は、以下の検討を行った上で、犯罪の証明がないとして被告人に対して無罪を言い渡した。

#### (1) 重要事項性

「各携帯電話機販売店(以下「本件各販売店」という。)においては、A又はEからのインセンティブとしての金銭が支払われることを前提に、携帯電話機等の販売価格を決定していたのであるから、インセンティブとしての金銭が支払われる条件又は支払われた金銭の返還が要求されない条件が満たされないことを通信サービス契約及び携帯電話機の売買契約締結時に知っている場合には、契約の申込みに対して承諾することはなく、契約申込者に対して携帯電話機等を交付することはなかったと考えられる。したがって、本件各販売店において、インセンティブとしての金銭が支払われる条件及び支払われた金銭の返還が要求されない条件を満たすか否か、つ

---

2) 本評釈における【判決要旨】の見出し部分は、評釈者が便宜上付したものである。

被告人が携帯電話機販売店で被告人を契約者とする通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込む際に、通信サービス契約を短期間で解約する意図であるのこれを隠し、同契約を短期間に解約することなく交付を受けた携帯電話機を利用するものと携帯電話機販売店の従業員を誤信させ、その従業員から携帯電話機の交付を受けた事実において、被告人が契約を申し込む行為は、挙動による欺罔にあたらないとして無罪を言い渡した事案（佐竹）

まり、インセンティブが確定する条件を満たす期間より前に客が通信サービス契約を解約するか否かが、財産的処分行為の判断の基礎となる重要な事項であったということが出来る。」

## (2) 挙動による欺罔行為性

「ア しかし、本件当時、被告人と同様の目的を有しながら、携帯電話機販売店において、その目的を明らかにせずに携帯電話機等の購入を申し込んでいた者が相当数存在したことがうかがわれるにもかかわらず、一般的に、そのような行為が厳格に取り締まられていたり、携帯電話機販売店において調査をして契約を拒絶したりしていたとは認められない。

そうすると、本件当時、短期間で通信サービス契約を解約する予定がある場合には、携帯電話機販売店が携帯電話機本体の購入の申込みに対して承諾しないことや、短期間で通信サービス契約の解約によって携帯電話機販売店に損害が発生することなどについては、社会的了解事項になっていたということとはできない。

イ また、本件の各インセンティブは、あくまでもBとA、FとEとの間の内部的な契約である上、インセンティブの内容や条件等も種々あり得ると考えられるところ、本件各販売店において、短期間で通信サービス契約を解約された場合に、本件各販売店に利益が生じないということは、契約申込者にとって必ずしも明らかでない。さらに、本件で関係する各約款上、短期間で通信サービス契約を解約する予定がある場合には契約申込みを承諾しない旨の規定はなく、通信サービス契約の解約時期を制限するような規定も見当たらない。加えて、本件各販売店において、短期間で通信サービス契約を解約するのであれば契約を締結しないとの説明もしていないし、各契約申込書にも通信サービス契約を短期間で解約しないことを誓約する旨の記載もない。その他、本件当時、本件各販売店において、契約申込者が短期間で通信サービス契約を解約する意図を有しているか否かについて調査をしていたことをうかがわせる事実も認められない。

ウ そうすると、本件において、被告人が本件各販売店の販売員に対し通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込んだことについては、2年以内に通信サービス契約を解約する場合には解約金(又は解除料)を支払う旨の意思を表すものではあるが、それ以上に短期間(具体的には、本件各販売店にインセンティブとしての金銭が支払われ、かつ、その返還を求められない期間より短い期間)で通信サービス契約を解約しない意思まで表示しているとはいえない。したがって、本件においては、いずれも挙動による欺罔行為があったとは認められない。」

## 【研 究】

### 1. はじめに

本判決は、短期間で通信サービス契約を解約するつもりであるのにそれを告げずに、通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込んだ行為につき、「挙動による欺罔行為」が認められないとして、詐欺罪の成立を否定した。本判決は、詐欺罪における欺罔行為に関する、近時の重要な最高裁判例<sup>3)</sup>以降に出された無罪判例であり、最高裁判所及び裁判実務における「挙動による欺罔行為」の判断方法を精緻化するために重要なものと思われる。

本評釈では、まず、本判決を分析する前提作業として、欺罔行為に関する議論を概観し、詐欺罪における「挙動による欺罔行為」の位置づけを示した上で(後述2)、近時の最高裁判例などを踏まえて、欺罔行為の判断構造を明らかにする(後述3)。そして、この検討に基づいて、本判決における欺罔行為についての判断を分析する(後述4)。さらに、本判決の射程を明らかにするために、プライベート式携帯電話機の購入及び音声通信サービ

---

3) たとえば、最決平成19年7月17日刑集61巻5号521頁(第三者譲渡目的預金通帳受交付事件)、最決平成22年7月29日刑集64巻5号829頁(第三者譲渡目的搭乗券受交付事件)、最決平成26年3月28日刑集68巻3号646頁(暴力団員ゴルフ場利用・宮崎事件)、最判平成26年3月28日刑集68巻3号582頁(暴力団員ゴルフ場利用・長野事件)、最決平成26年4月7日刑集68巻4号715頁(暴力団員ゆうちょ銀行通帳受交付事件)など。

被告人が携帯電話販売店で被告人を契約者とする通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込む際に、通信サービス契約を短期間で解約する意図であるのこれを偽し、同契約を短期間に解約することなく交付を受けた。携帯電話機を利用するものと携帯電話機販売店の従業員を誤信させ、その従業員から携帯電話機の交付を受けた事実において、被告人が契約を申し込む行為は、争点による欺罔にあたらないとして無罪を言い渡した事例（佐竹）

ス契約締結の申込みに欺罔行為を認めた裁判例<sup>4)</sup>との相違を検討する（後述5）。最後に、本判決の意義について言及する（後述6）。

## 2. 欺罔行為に関する議論の概観

詐欺罪（刑法246条）は、「人を欺いて財物を交付させた」こと（1項）、又は「前項の方法により、財産上不法の利益を得、又はこれを得させた」こと（2項）が認められる場合に成立する犯罪である。一般的に、詐欺罪は、①欺罔行為を行い、②相手方を錯誤に陥らせ、③相手方にその錯誤に基づいて財物の交付、又は財産上の利益を処分させ、④財物又は財産上の利益を得る場合に成立すると理解されている<sup>5)</sup>。この成立要件を踏まえると、「欺罔行為」とは、「相手方の錯誤を惹起する行為」で、「相手方がその錯誤に基づいて財産処分（財物の交付、又は財産上の利益の処分）を行うことに向けられた行為」<sup>6)</sup>を指すと解される<sup>7)</sup>。そして、近時の最高裁判例<sup>8)</sup>及び

4) 東京高判平成24年12月13日高刑集65巻2号21頁。

5) なお、学説では、「詐欺罪は財産犯である」という理解から、「財産損害」を検討する必要があるという理解が支配的であり、詐欺罪の成立要件上、財産損害をどのように位置付けるかについて争われているが（(a)「財物又は財産上の利益の喪失自体」を損害と捉える立場、(b)欺罔又は錯誤の判断において考慮されるという立場、(c)書かれざる構成要件要素として財産損害を要求する立場など）、本評釈ではこの問題には立ち入らない。

6) 近時の学説は、欺罔行為を、両者を含む形で定義している（あるいは複数摘示する欺罔行為の要素の一部として両者について言及している）。たとえば、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）250頁以下、伊東研祐『刑法講義 各論』（日本評論社、2011年）192頁以下、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂、2012年）193頁、高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2014年）301頁以下、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2015年）136頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』（成文堂、2015年）258頁以下、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2015年）347頁、井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、2016年）258頁以下、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）265頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第4版〕』（成文堂、2016年）253頁、橋本正博『刑法各論』（新世社、2017年）244頁など。

7) 欺罔行為を、詐欺罪のその他の構成要件要素との関連で限定すること、すなわち、欺罔行為の判断の際に詐欺罪の因果構造とは逆方向の内容的限定が導かれることを端的に説明するものとして、松原・前掲注（6）書264頁参照。

8) このような判断基準を読み取ることができる最高裁判例として、最決平成22年7月29日

学説<sup>9)</sup>では、欺罔行為は、「財産処分(財物の交付、又は財産上の利益の処分)の判断の基礎となる重要な事項を偽ったか否か」という基準から判断されている。

欺罔行為の態様として、積極的な言動によって事実を偽る場合(明示的欺罔)が典型的なものである。その他に、当該状況下において、ある態度が一定の事実の有無を示すものであるにもかかわらず、そのことを告げずにその態度をとる場合(挙動による欺罔)、相手方が一定の事実について錯誤に陥っているにもかかわらず、その一定の事実を告げる義務を負っている者が、その事実を告げなかった場合(不作為による欺罔)<sup>10)</sup>も、欺罔行

ㄨ日(前掲注(3)第三者譲渡目的搭乗券受交付事件)がある。最高裁判所は、被告人が、外国行きの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、航空会社の搭乗業務を担当する係員に対し乗客として自己の氏名が記載された航空券を呈示して搭乗券の交付を請求し、その交付を受けた行為について、「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ず、これによりそ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。」と判示している。同様の判断基準が読み取れる最高裁判例として、最決平成26年3月28日(前掲注(3)暴力団員ゴルフ場利用・長野事件)、最決平成26年4月7日(前掲注(3)暴力団員ゆうちょ銀行通帳受交付事件)。さらに、最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁も参照。

なお、近時の最高裁判所における欺罔行為の判断基準は、最高裁判所によって新たに定立されたものではなく、調査官解説(たとえば、藤井敏明「判解(最決平成16年7月7日刑集58巻5号309頁)」最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度250頁以下)や学説などをもとに定式化されたものと思われる。

9) 藤井・前掲注(8)判解251頁では、この定式化の際に、団藤重光編『注釈刑法 第六巻各則(4)』(有斐閣、1967年)175頁[福田平]、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第13巻[第二版]』(青林書院、2000年)40[42]頁[高橋省吾]を参照している。もっとも、それ以前に、平場安治=尾中俊彦「詐欺罪における欺罔と騙取」『総合判例研究叢書(15)』(有斐閣、1961年)29頁以下で同種の記述は見られた。そこでは、自己の鑑識眼にしたがってなされる目利き取引に関するいくつかの判例を紹介した上で、判例は目利き取引について、「虚構隠蔽がある程度許されることは承認しているのであるが、その取引についての重要な部分において、欺罔者が積極的な事実の虚構をするような場合は欺罔行為の成立があるとしているように思われる」と分析されていた。

10) ただし、「不作為による欺罔行為」を、このような単なる告知義務から説明するので



被告人が携帯電話販売店で被告人を契約者とする通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込む際に、通信サービス契約を短期間で解約する意図でこれを偽し、同契約を短期間に解約することなく交付を受けた携帯電話機を利用するものと携帯電話機販売店の従業員を誤信させ、その従業員から携帯電話機の交付を受けた事実において、被告人が契約を申し込む行為は、挙動による欺罔にあたらないとして無罪を言い渡した事案（佐竹）

為の態様に含まれると解されている。判例及び学説において、この欺罔行為の態様の三つの類型の関係性（特に、「挙動による欺罔行為」と「不作為による欺罔行為」の関係性）に関して不明瞭な点が残っているといえるが<sup>11)</sup>、本判決では、「挙動による欺罔行為」のみを検討し、「不作為による欺罔行為」について検討していないので、この点には立ち入らない。

### 3. 欺罔行為の判断構造

#### (1) 最高裁判所による「挙動による欺罔行為」の判断枠組み

上記2.で確認したように、最高裁判例は、欺罔行為を、「財産処分（財物の交付、又は財産上の利益の処分）の判断の基礎となる重要な事項を偽ったか否か」という基準によって判断している。この判断は、(①)ある事実が、当該状況下に置かれた者にとって、財産処分の判断の基礎となる重要な事実であること（欺罔行為の内容・対象の重要事項性）と(②)ある事実を偽ったと評価できること（欺罔行為性）の二つの面から検討されること

---

ゝはなく、相手方の財産を保護する義務（中森・前掲注（6）書137頁）、または財産損害を生じさせない保障人的義務に違反する場合と限定的に捉える場合には、「不作為による欺罔行為」が認められるのは極めて限定された場合に限られよう。

- 11) たとえば、(a)「不作為による欺罔行為」が問題となるとされている多くの事案は、積極的挙動を伴うことが多く、その大部分は、「挙動による欺罔行為」に還元して説明可能であるとす立場（平場＝尾中・前掲注（9）書22頁）、(b) 挙動や仮装は、その事実の黙秘の表現形態に過ぎないという理解から、「挙動による欺罔行為」が問題になるとされている事案は、「不作為による欺罔行為」に還元して説明可能であるとす立場（中山研一「不作為による詐欺罪」法学セミナー174号（1970年）28頁。さらに、森住信人「判批（最判平成26年3月28日刑集68巻3号582頁、最決平成26年3月28日刑集68巻3号646頁）専修ロージャーナル12号（2016年）305頁以下も参照。）などが存在する。しかし、ある一定の事実の不告知が「挙動による欺罔行為」であるか、「不作為による欺罔行為」であるかは、ある一定の事実を表す挙動性を重視して記述するか、告知義務を重視して記述するかの違いに過ぎず、行為を記述する側がどのように事実を捉えたかに依存するものと思われる。この点に関連して、今井猛嘉ほか『リーガルクエスト刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2013年）190頁〔橋爪隆〕参照。さらに、詐欺罪の欺罔行為に関するものではないが、作為と不作為を明確に区別しようとする従来の見解に懐疑的な理解を示す、山下裕樹「作為・不作為の区別と行為記述」関西大学法学論集66巻4号（2016年）219頁参照。

になる<sup>12)</sup>。そして、本判決のように「挙動による欺罔行為」が問題になる場面では、(2) 当該状況下において、行為者の挙動・態度が、ある事実の有無を表すものであるにもかかわらず、その事実の有無に関して言及せずに、当該挙動・態度をとった場合に<sup>13)</sup>、ある事実を偽ったと評価することができるといえよう。

## (2) 欺罔行為の内容・対象の重要事項性と欺罔行為性の関係

次に、(1) 欺罔行為の内容・対象の重要事項性と (2) 欺罔行為性の関係について言及する。両者は、欺罔行為を判断する際の要素にすぎないのであり、「論理的にはその判断順序に先後関係はない」<sup>14)</sup>といえるかもしれない。

しかし、「挙動による欺罔行為」の場合には、当事者間で問題となっている事項(欺罔行為の態様・内容)を確定させた後でなければ、当該挙動・態度が、ある事実の有無を表すものであったかを判断することはできないと思われる。最判平成26年3月28日(暴力団員ゴルフ場利用・宮崎事件)が、

---

12) 近時の最高裁判例を踏まえて、欺罔行為を、「欺く対象・内容の重要事項性」と「欺く行為」を分けて検討する理解が示されている(もちろん、論者によって細かな表現は異なる)。たとえば、野原俊郎「判解(最判平成26年3月28日刑集68巻3号582頁)」法曹時報68巻4号(2016年)270頁では、「詐欺罪の欺罔行為といえるか否かは、① 欺く行為といえるか(欺罔行為の態様)、② 欺いた内容・対象が財産的処分行為の判断の基礎となる重要な事項か(欺罔行為の内容・対象)の両面から検討される」と述べられている(なお、同「判解(最決平成26年3月28日刑集68巻3号646頁)」法曹時報68巻4号(2016年)305頁以下も同旨)。さらに、最判平成26年3月28日(前掲注(3) 暴力団員ゴルフ場利用・宮崎事件)における小貫芳信裁判官反対意見(刑集68巻3号587頁)、白井智之「判批(最判平成26年3月28日刑集68巻3号582頁、最決平成26年3月28日刑集68巻3号646頁)」研修798号(2014年)20頁、松原・前掲注(6)283頁、深町晋也「演習」法学教室418号(2015年)144頁、橋爪隆「詐欺罪における『人を欺く行為について』」法学教室434号(2016年)95頁以下、富川雅満「判批(最判平成26年3月28日刑集68巻3号582頁、最決平成26年3月28日刑集68巻3号646頁)」法学新報123巻1=2号(2016年)212頁等も参照。

13) 富川・前掲注(12)212頁では、この部分を「行為者態度の中に真実とは異なる事実が含まれ、その態度自体がその事実を意味するものといえるか(以下、意味内包性と呼ぶ)」と表現している。

14) 野原・前掲注(12)判解(暴力団員ゴルフ場利用・長野事件)306頁。

被告人が携帯電話販売店で被告人を契約者とする通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込む際に、通信サービス契約を短期間で解約する意図であるのこれを察し、同契約を短期間に解約することなく（交付を受けた携帯電話機を利用するものと携帯電話機販売店の従業員を誤信させ、その従業員から携帯電話機の交付を受けた事実において、被告人が契約を申し込む行為は、争動による欺罔にあたらないとして無罪を言い渡した事案（佐竹）

(2) 挙動による欺罔行為性の判断のみを行っているように見えるのは<sup>15)</sup>、事実関係を確認する部分<sup>16)</sup>によって、(0) 欺罔行為の内容・対象が「被告人が暴力団関係者あるか否か」に関する事実であることを確認した上で、(2) 挙動による欺罔行為性の判断を行っているからである<sup>17)</sup>。

15) 最判平成26年3月28日（前掲注（3）暴力団員ゴルフ場利用・宮崎事件）は、「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当たらないというべきである。」と判示している。これに関連して、野原・前掲注（12）判解（暴力団員ゴルフ場利用・宮崎事件）287頁では、本判決は「欺罔行為の内容（財産処分行為の判断の基礎となる重要な事項か否か）」について検討していないと捉えている。これに対して、山口厚「詐欺罪に関する近時の動向について」研修794号（2014年）6頁は、最判平成26年3月28日（前掲注（3）暴力団員ゴルフ場利用・宮崎事件）及び最決平成26年3月28日（前掲注（3）暴力団員ゴルフ場利用・長野事件）では「ゴルフ場施設の利用者が暴力団関係者でないことが施設利用許諾の判断にとって有する意義・重要性が暴力団排除活動の実際に照らして判断されており、その評価が詐欺罪の成否を分かつものである」と述べているように、実質的には、重要事項性の判断が問題になったと理解しているものと思われる。同様の理解として、杉本一敏『詐欺罪における被害者の『公共的役割』の意義』高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2015年）319頁以下。なお、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）183頁、白井・前掲注（12）判批26頁注7などは、最判平成26年3月28日（前掲注（3）暴力団員ゴルフ場利用・宮崎事件）では、重要事項性について判断されていないが、否定される可能性があることを指摘する。

16) 最判平成26年3月28日（前掲注（3）暴力団員ゴルフ場利用・宮崎事件）の第2「当裁判所の判断」（1）及び（2）。

17) この点に関して、東京地判平成26年9月4日〔LEX/DB事件番号25504929〕が参考になる。東京地方裁判所は、被告人が、暴力団員の利用を禁止しているゴルフ場において暴力団員であることを秘して施設利用の申し込みを行った事案について、「詐欺罪における人を欺く行為とは、財産の処分行為の判断の基礎となる重要な事項を偽ることをいうところ、本件で人を欺く行為があったというためには、被告人らの本件ゴルフ場に対する利用申込みについて、暴力団関係者でないことの意味表示を包含する挙動があったといえるかが問題となる。」と確認した上で、「本件ゴルフ場において、被告人Xが暴力団員であることを申告せず、氏名等を偽りなく申告して作成したポイントカードを提出して施設利用を申し込む行為、被告人YとZが暴力団員であることを申告せず、氏名等所定事項を偽り」

なお、挙動による欺罔行為が問題になる場合には、(①) 重要事項性と (②) 欺罔行為性の判断が重なると指摘されることがあるが<sup>18)</sup>、それは、両要素の前提となる (③) 欺罔行為の内容・対象の確定作業が共通していることから生じるものと思われる。

### (3) 欺罔行為の内容・対象の重要事項性の判断方法

#### ア. 基準者

まず、「財産処分(財物の交付、又は財産上の利益の処分)の判断の基礎となる重要な事項」を問題としていることから、被欺罔者・処分行為者の側にとって「判断の基礎となる重要な事項」であるかを基準に判断されると解される。このような理解に立つとしても、会社などが被害者になる場合に、(A) 会社、施設、店舗などを基準者にすべきか、(B) 実際に処分を行う従業員、担当者等を基準者にすべきかが問題になり得る<sup>19)</sup>。

近時の最高裁判例は、(B)の立場をとっていると評されている<sup>20)</sup>。これに

---

なく記入したゲストカードを提出して施設利用を申し込む行為は、いずれも一般の利用客と同様に、通常の方法で本件ゴルフ場を利用して所定の代金を支払う旨の意思を表しているにすぎず、申込者が当然に暴力団関係者でないことまでを表しているとは認められない。」と (②) 欺罔行為性(挙動による欺罔行為性)を否定し、さらに、「付言すると、本件当時、本件ゴルフ場が講じていた暴力団排除措置は、それほど徹底されたものではなく、本件ゴルフ場において、利用客から暴力団関係者を排除することが、財産的処分行為の判断の基礎となる重要な事項であったことを認めるだけの証拠もない」と判示して、(①) 欺罔行為の内容・対象の重要事項性も否定したのである。一見すると、(②) 挙動による欺罔行為性から検討しているように見えるが、最初の部分で、前提として (③) 「被告人らが暴力団関係者であるか否か」に関する事実が本件の欺罔行為の内容・対象であることを確認してから、(②) と (①) の判断を行ったものと読むことが可能である。

18) たとえば、橋爪・前掲注(12) 論文107頁、深町・前掲注(12) 演習145頁。さらに、宮崎・前掲注(15) 論文183頁も参照。

19) この点に関して、深町・前掲注(12) 演習144頁参照。なお、財産損害の理解(形式的個別財産説と実質的個別財産説)からこの問題について触れるものとして、瀧本京太郎「判批(最判平成26年3月28日刑集68巻3号582頁、最決平成26年3月28日刑集68巻3号646頁)」北大法学66巻2号[317]頁以下参照。

20) 深町・前掲注(12) 145頁。最決平成26年3月28日(前掲注(3) 暴力団員ゴルフ場利用・長野事件)では、「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」

被告人が携帯電話機販売店で被告人を契約者とする通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込む際に、通信サービス契約を短期間で解約する意図であるのこれを窺し、同契約を短期間に解約することなく交付を受けた携帯電話機を利用するものと携帯電話機販売店の従業員を誤信させ、その従業員から携帯電話機の交付を受けた事実において、被告人が契約を申し込む行為は、争動による欺罔にあたらぬとして無罪を言い渡した事案（佐竹）

対して、(A)の立場をとる高裁判例<sup>21)</sup>などが見受けられる。ただし、近時の裁判例の事案では、会社等と従業員等の関心や利害が相反していない事案であり、基準者まで意識されて判示されていないという可能性もある。

ここでは、「財産処分（財物の交付、又は財産上の利益の処分）の判断の基礎となる重要な事項」を検討しているのであり、基本的には(B)の立場、すなわち被欺罔者・処分行為者自身を基準者として想定して判断するのが妥当である。

## イ. 判断基底

上記のように最高裁判所が(B)の立場をとっていると理解するとしても、(a) 処分行為者の主観的事情のみを考慮して判断するか、(b) 客観的事情を考慮して判断するかで帰結が変わりそうである（なお、上記(A)の立場に立てば、処分行為者の認識を考慮することは否定されないとしても、基本的には(b)の立場に立つことになるう）。

この点について、最高裁判所の立場は明らかではないが、近時の最高裁判例では、従業員や担当者の個別的な認識を正面から問題にしておらず、「経営上の観点」<sup>22)</sup>、「経営上重要性を有している」こと<sup>23)</sup>などを踏まえて判断されていることに鑑みれば、(b)に立つものと思われる<sup>24)</sup>。また、主観

---

において施設利用の拒否の判断の基礎となる重要な事項である」と判示しており、ゴルフ倶楽部の従業員を基準にして判断していると読むことができる。また、最決平成22年7月29日（前掲注（3）第三者譲渡目的搭乗券受交付事件）ではチェックインカウンターの係員を、最決平成26年4月7日（前掲注（3）暴力団員ゆうちょ銀行通帳受交付事件）では郵便局の局員を基準者として重要事項性を検討していると捉えることが可能である。

21) 東京高判平成24年12月13日（前掲注（4）、事案の概要については後述5）では、実際に交付した店長ではなく、「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」を基準者として、重要事項性を検討している。また、最判平成26年3月28日（前掲注（3）暴力団員ゴルフ場利用・宮崎事件）における小貫芳信裁判官反対意見（刑集68巻3号587頁）では、ゴルフクラブを基準者として、重要事項性を検討している。

22) 最決平成26年3月28日（前掲注（3）暴力団員ゴルフ場利用・長野事件）。

23) 最決平成22年7月29日（前掲注（3）第三者譲渡目的搭乗券受交付事件）。

24) 佐藤陽子「判批（最決平成26年4月7日刑集68巻4号715頁）」刑事法ジャーナル42

的な事情のみから重要事項性を判断することになれば、被欺罔者・処分行為者の錯誤との関係性が不明瞭になりかねないのであり、(b)の立場が妥当である。

#### (4) 欺罔行為性についての判断方法

挙動による欺罔の判断方法として、最判平成26年3月28日(暴力団員ゴルフ場利用・宮崎事件)の野原俊郎判事の調査官解説が参考になる。野原判事は、「どのような場合に、事実の黙秘を伴う挙動(態度)が『挙動による欺罔行為』となるかについては、その挙動(態度)にどのような事実が黙示的に表示されていると解釈すべきか(どのような意思表示が包含されていると解釈すべきか)、という問題に帰着する。」と分析したうえで、「まずは挙動による意思表示の法律解釈を基本とし、従前からの当事者間の取引関係・基本契約、契約の際の確認内容(確認事項)、さらには取引慣行、社会的理解等を総合的に考慮して、当該挙動が黙示的に表示する事項(黙示的に包含する事項)を解釈すべきことになろう。」<sup>25)</sup>と述べている。

欺罔行為は、一般人が錯誤に陥る程度のものであるということを基準にして判断されるものであるという理解を前提にすると<sup>26)</sup>、被欺罔者・処分

---

ㄨ号(2014年)109頁では、「判例は欺罔行為における事項の重要性を判断する際に、少なくともそれが重要事項であることを決定づけた理由(動機)を合理的に説明できるような客観的な要素を求めているものいえよう。……実行行為の有無はあくまで客観的に判断されるのである」と述べられている。さらに、橋爪・前掲注(12)論文106頁では近年の最高裁の判示からも「被害者本人の関心だけでなく、当該取引・業務において、一般的・客観的に重要な事項と評価されていることが重視されていることがうかがわれよう。」と述べられている。

25) 野原・前掲注(12)判解(暴力団員ゴルフ場利用・宮崎事件)280頁(同旨、野原・前掲注(12)判解(暴力団員ゴルフ場利用・長野事件)288頁以下)。

26) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』(創文社、1990年[1999年第4刷])611頁。西田・前掲注(6)書194頁、高橋・前掲注(6)書302頁。よりの確な表現として、伊東・前掲注(6)書194頁。そこでは、「行為が錯誤を惹起しうるか否かは、問題となっているものと同様な具体的状況を想定したときに、被欺罔者と同様の知識・判断能力等の属性を有する人が錯誤に陥るか、という基準によって判断される。」と述べられている。

被告人が携帯電話機販売店で被告人を契約者とする通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込む際に、通信サービス契約を短期間で解約する意図であるのこれを隠し、同契約を短期間に解約することなく交付を受けた。携帯電話機を利用するものと携帯電話機販売店の従業員を誤信させ、その従業員から携帯電話機の交付を受けた事実において、被告人が契約を申し込む行為は、挙動による欺罔にあたるかとして無罪を言い渡した事案（佐竹）

行為者を基準者とする (①) 重要事項性とは異なり、(②) 欺罔行為性の判断は当事者相互間の関係や社会的状況などを踏まえて判断する必要があるといえ、この定式化には一定の意義ある。

もっとも、この定式化は、(②) 挙動による欺罔行為性を判断する際に、どのような事情を考慮する必要があるかを明確にしている点で参考にはなるが、「総合判断」がどのようになされるのかを明らかにしていない以上、判断基準として不十分である。このような「総合判断」を、さらに精緻化して、具体的な基準を定立するためには、「従前からの当事者間の取引関係・基本契約、契約の際の確認内容（確認事項）、さらには取引慣行、社会的理解等」がなぜ考慮されるのかを探究する必要がある。

この際、管轄 (Zuständigkeit) ないし責務 (Obliegenheit) という観点を基準に答責配分を行うという思考が参考になると思われる<sup>27)</sup>。「挙動による欺罔行為」が問題になる場面では、その挙動の際に、行為者が被害者のいずれかが、その挙動が表している意味を確認していれば、被害者が錯誤に陥ることはないのであり、それを回避する責務をいずれの者が負担するかの問題と捉えなおすことができるからである。そして、一般的な取引関係において、取引の相手方に当該取引の重要事項について確認を行う管轄 (責務) があり、行為者がその点について管轄 (責務) を負うのは例外的な場合であると思われる<sup>28)</sup>。当該取引において、ある事実について確認する

27) ドイツにおいて、このような議論を展開するものとして、*Michael Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, S. 139ff. なお、*Pawlik* の欺罔行為の理解について、川口浩一「詐欺罪における欺罔行為の意義——その理論的基礎——」姫路法学38号 (2003年) (1) 頁以下、同「詐欺罪における不作為の欺罔について (三・完) ——銀行内部的誤記帳 (bankinterne Fehlbuchung) に関する BGH 新判例を契機として——」姫路法学41=42号 (2004年) 11頁以下参照。

28) 松宮孝明「挙動による欺罔と詐欺罪の故意」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開 (上) ——町野朔先生古稀記念』(信山社, 2014年) 546頁は、「当該事実が『営業上重要な事実』に当たるか否かが、行為者からみて不確実である時には、一般に、それについて問い合わせる管轄は当該取引の相手方にある。行為者の側に問い合わせ管轄があるのは、例外的に、そのような問い合わせの作為義務が認められる場合だけである。」と述べている。さらに、野原・前掲注 (12) 判解 (暴力団員ゴルフ場利用・宮崎事件) 281頁

管轄(責務)が被害者にあるのか、行為者にあるのかを判断する際には、取引内容や社会的状況を踏まえて、両者の関係性を明らかにする必要があるといえ、このような理解に立つ限りで、上記の定式化は、挙動による欺罔行為についての具体的な判断基準足り得るといえよう(とはいえ、今後、本判決も含め、「挙動による欺罔行為」に関する判例の蓄積により具体的基準を精緻化することが求められよう<sup>29)</sup>)。

#### 4. 本判決における欺罔行為の判断

本判決も、基本的には、近時の最高裁判例による欺罔行為の判断構造と同様の枠組み、すなわち(①)欺罔行為の内容・対象の重要事項性、(②)挙動による欺罔行為性という判断枠組みに基づいて検討を行っている。

---

注12が「当該重要事実が当然の前提になっていると見えない場合には、原則的にそれにつき確認する責任は相手方(被害者)にあり、例外的に行為者に確認の責任が発生するのは、そのような確認につき作為義務が認められる場合といえよう」と述べているのも、このような理解を示唆している。

29) なお、富川雅満「詐欺罪における被害者の確認措置と欺罔行為との関係性(三・完)」法学新報122号7=8号(2016年)252頁が、「私見は欺罔行為を『許されざる情報格差の利用』と捉え、客観的欺罔適性において、とりわけ、被害者の情報収集措置の内容を重視するものであり、いわば、被害者の落ち度が行為者の可罰性・答責性の判断に影響を及ぼすことを正面から認めるものである。」(具体的には、「行為者による欺罔が規範的にみて許されないと見えるのは、被害者が情報収集の努力を行ったにもかかわらず錯誤に陥った場合、または行為者が被害者による情報収集を、その功を奏することがないように阻害していた場合である」(同「(二)」法学新報122号5=6号(2015年)57頁))と述べていること、さらに、山内竜太「詐欺罪及び窃盗罪における被害者の確認措置の規範的意義」法学政治学論究(慶應大学)111号(2016年)261頁が「反対給付に関する事実については、取引の根幹をなすものであって、取引当事者としては自身の提供する給付に関する事実の情報が真実であることを保証する必要がある(り)」、特段の情報収集措置がなくても「当該事実について偽ったのであれば、行為者に詐欺罪の成立が認められよう。」「これに対して、間接的・抽象的な経済的な利益のように欺罔行為の対象が反対給付以外の付随的な目的に関する事実である場合には、原則として被害者の側に情報収集の責任があり、被害者が暴排措置などの確認措置を行ってその責任を果たさなければ詐欺罪の成立は否定される」と述べていること等も、「挙動による欺罔行為」の判断基準を精緻化するために参考になると思われる。



被告人が携帯電話機販売店で被告人を契約者とする通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込む際に、通信サービス契約を短期間で解約する意図であるのにこれを隠し、同契約を短期間で解約することなく交付を受けた携帯電話機を利用するものと携帯電話機販売店の従業員を誤信させ、その従業員から携帯電話機の交付を受けた事実において、被告人が契約を申し込む行為は、争動による欺罔にあたるものとして無罪を言い渡した事案（佐竹）

### (1) 欺罔行為の内容・対象の重要事項性（【判決要旨】(1)）

本件では、具体的に交付行為を行った各携帯電話機販売店従業員（C, D, G）の認識については検討しておらず、各携帯電話機販売店を基準者として、裁判によって明らかになった客観的事実をもとに、財産的処分行為の判断の基礎となる重要な事項であったかについて判断しているといえる。

本判決では、「本件各販売店（各携帯電話機販売店 B<sub>1</sub>, B<sub>2</sub>, F<sub>1</sub>——引用者注）において、インセンティブとしての金銭が支払われる条件及び支払われた金銭の返還が要求されない条件を満たすか否か、つまり、インセンティブが確定する条件を満たす期間より前に客が通信サービス契約を解約するか否かが、財産的処分行為の判断の基礎となる重要な事項であったとすることができる。」と判示されている。

この帰結にとっては、各携帯電話機販売店（B<sub>1</sub>, B<sub>2</sub>, F<sub>1</sub>）において、携帯音声通信事業者（A社, E社）からのインセンティブとしての金銭が支払われることを前提に、携帯電話機等の販売価格を決定したことが重要であったと言える。なぜなら、この価格決定により、本件各販売店は、インセンティブとしての金銭が支払われる条件又は支払われた金銭の返還が要求されない条件が満たされないことを契約締結時に知っている場合には、契約の申込みを承諾することはなく、契約申込者に対して携帯電話機等を交付することはなかったといえるからである。

### (2) 挙動による欺罔行為性（【判決要旨】(2)）

上記 3. (4) で確認したように、一般的な取引関係では、取引の相手方（被害者）に当該取引の重要事項について確認を行う管轄（責務）があるといえるが、例外的に、行為者がその点について管轄（責務）を負う場合も存在する。そして、取引の相手方（被害者）又は行為者のいずれに、この点についての管轄があるかを判断するために、「従前からの当事者間の取引関係・基本契約、契約の際の確認内容（確認事項）、さらには取引慣行、

社会的理解等」を考慮する必要があるといえる。

本件では、上記 (1) 欺罔行為の内容・対象の重要事項性で判断されたことを踏まえると、被告人が携帯電話機購入及びその通信サービス契約を申し込む行為が、「インセンティブが確定する条件を満たす期間より前に通信サービス契約を解約する意思がないこと」を示しているかが問題になっているといえる。

そして、この判断を行う際に、ア部分で、「短期間で通信サービス契約を解約する予定がある場合には、携帯電話機販売店が携帯電話機本体の購入の申込みに対して承諾しないことや、短期間で通信サービス契約の解約によって携帯電話機販売店に損害が生じることなどについて社会的了解事項になっていないこと」、イ部分で、(ア) インセンティブが携帯電話機販売店の運営会社 (B社、F社) と携帯音声通信事業者 (A社、E社) の内部契約に基づくものであること、(イ) 約款や契約申込書において解約を制限する旨規定されていないこと、(ウ) 契約時に、短期間で通信サービス契約を解約するのであれば契約を締結しないとの説明をしていないことなどを考慮して、ウ部分で、「本件において、被告人が本件各販売店の販売員に対し通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込んだことについては、2年以内に通信サービス契約を解約する場合には解約金 (又は解除料) を支払う旨の意思を表すものではあるが、それ以上に短期間 (具体的には、本件各販売店にインセンティブとしての金銭が支払われ、かつ、その返還を求められない期間より短い期間) で通信サービス契約を解約しない意思まで表示しているとはいえない。」と判示して「挙動による欺罔行為」に当たらないという結論を述べている。

このように見ていくと、本判決は、「当事者間の取引関係・基本契約、契約の際の確認内容 (確認事項) (イ部分) や「取引慣行、社会的理解」 (ア部分) を踏まえて、「インセンティブが確定する条件を満たす期間より前に通信サービス契約を解約する意思がないこと」を確認する管轄 (責務) は、通常取引と同様に、取引の相手方 (被害者) 側にある (すなわ

被告人が携帯電話機販売店で被告人を契約者とする通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込む際に、通信サービス契約を短期間で解約する意図であるのにこれを隠し、同契約を短期間に解約することなく交付を受けた携帯電話機を利用するものと携帯電話機販売店の従業員を誤信させ、その従業員から携帯電話機の交付を受けた事実において、被告人が契約を申し込む行為は、争動による欺罔にあたらぬとして無罪を言い渡した事案（佐竹）

ち、行為者側には「短期間で（インセンティブが確定する条件を満たす期間より前に）通信サービス契約を解約する意思があること」を告げる管轄（責務）はないと判断したものと思われる<sup>30)</sup>。

## 5. 参考判例（東京高判平成24年12月13日高刑集65巻2号21頁）との比較

次に、被告人がプリペイド式携帯電話機を第三者に無断譲渡することを秘して自己名義で携帯電話機の購入等を申し込んだ行為に詐欺罪の欺罔行為を認めた東京高裁平成24年12月13日判決（以下、「東京高裁平成24年判決」という。）との相違について触れる<sup>31)</sup>。

### (1) 事案の概要及び判決要旨

被告人X及びYが、A株式会社の携帯電話機販売店Bにおいて、同店店長Cに対し、真実は、あらかじめ携帯音声通信事業者であるD株式会社の承諾を得ないで、交付されるプリペイド式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、交付されるプリペイド式携帯電話機をそれぞれ自ら利用するように装って、購入するプリペイド式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、プリペイド式携帯電話機（合計8台、販売代金合計15840円）の交付を受けたということについて、東京高等裁判所は、携帯電話不正利用法7条1項により契約者が

30) 類似の判断を示していたのは、欺罔行為性を否定した、最判平成26年3月28日（前掲注(3) 暴力団員ゴルフ場利用・宮崎事件）である。そこでは、判断の前提として、「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いた暴力団排除活動が徹底されていたわけではない。」と判示している。この部分は、当該周辺地域のゴルフ場における「取引慣行、社会的理解」を確認したものと読むことが可能である。

31) 携帯電話機を第三者に無断で譲渡する意図を秘しての携帯電話機の購入等の申込みに詐欺罪を認めたものとして、大阪地判平成23年2月14日判例集未登載、仙台地判平成23年6月13日判例集未登載、京都地判平成24年1月10日判例集未登載。詐欺罪の未遂を認めたものとして、東京地判平成25年2月21日判例集未登載（以上の判例につき、飯島泰「判批（東京高裁平成24年12月13日判決）」警察学論集66巻6号（2013年）161頁参照）。

携帯音声通信事業者の承諾を得ないで親族以外の第三者に譲渡することが禁止されていること<sup>32)</sup>、携帯電話機の購入等を申し込む行為は、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ことを表していること（契約上、法令上も当然の前提として要請されているということが周知の事実）などについて言及した上で、「このような法律上の規制措置及び携帯電話音声通信事業者であるD株式会社における取扱状況等を踏まえてみれば、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（プリペイド式携帯電話機を含む。）の購入及びこれに伴う携帯音声通信サービスの締結（この2つをまとめて『携帯電話機の購入等』ともいう。）を申し込む行為は、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こと……を表しているものと理解すべきである。」「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。」と判示し、欺罔行為を認めている<sup>33)</sup>。

なお、東京高等裁判所は、錯誤について合理的な疑いが残るとし<sup>34)</sup>、被

---

32) 携帯電話不正利用防止法7条1項「契約者は、自己が契約者となっている役務提供契約に係る通話可能端末設備等を他人に譲渡しようとする場合には、親族又は生計を同じくしている者に対し譲渡する場合を除き、あらかじめ携帯音声通信事業者の承諾を得なければならぬ。」

33) これに対して、原審は「C店長において、被告人両名が購入するプリペイド式携帯電話機を第三者に譲渡することなくそれぞれ自ら使用するものと誤信したとは認められないし、被告人両名において、購入するプリペイド式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ように装ったとも認められない」として、欺罔行為を否定し、無罪を言い渡している。

34) 東京高等裁判所は、「C店長は、被告人両名の意図に薄々感づいていながら、たとえそうであったとしても構わないとの意思でプリペイド式携帯電話機を販売交付したのではないかの合理的疑いを払拭できない。つまり、C店長が被告人両名にプリペイド式携帯電話機を販売交付したのは錯誤によるものであると認めるには合理的疑いが残るといふ」

被告人が携帯電話販売店で被告人を契約者とする通信サービスの締結及び携帯電話機の購入を申し込む際に、通信サービスを短期間で解約する意図であるのを知り、同契約を短期間に解約することなく交付を受けた携帯電話機を利用するものと携帯電話機販売店の従業員を誤信させ、その従業員から携帯電話機の交付を受けた事実において、被告人が契約を申し込む行為は、挙動による欺罔にあたらないとして無罪を言い渡した事案（佐竹）

被告人に詐欺罪の未遂を認めている。

## (2) 本判決（金沢地裁平成27年8月7日判決）との相違点

東京高裁平成24年判決の事案は、被告人が(ア)自己名義でのプリペイド式携帯電話機の購入及び(イ)これに伴う通信サービス契約の締結を行い、これにより得られたプリペイド式携帯電話機（通話可能端末設備<sup>35)</sup>）を携帯音声通信事業者の承諾を得ずに第三者に譲渡する事案である。したがって、東京高等裁判所は、携帯電話不正利用防止法による本人確認義務等を前提に、(ア)及び(イ)の契約の申し込み行為を、「第三者に無断譲渡することなく自ら利用する意思を表すもの」と評価している。

本判決の事案でも、被告人は、第三者に携帯電話機を転売する目的で、(ア)自己名義での携帯電話機の購入及び(イ)これに伴う通信サービス契約の申し込みを行っている。また、実際に、被告人は、後にこれらの契約によって交付された携帯電話機4台を、被告人が携帯音声通信事業者（A社、E社）、携帯電話機販売店（B1店、B2店、F1店）に確認を取ることなく、携帯電話機等の買取り・販売等を行う会社に売却している。一見すると、東京高裁平成24年判決と同様に、本判決の被告人が(ア)及び(イ)の申し込み行為を、「第三者に無断譲渡することなく自ら利用する意思を表すもの」と捉え、そのような意思の有無が、携帯音声通信事業者あるいは携帯電話機販売店にとって、携帯電話機を販売する判断の基礎となる重要な事実であるとして、挙動による欺罔行為を認定することができそうである。

しかし、本判決で、このような構成はとられていない。東京高裁平成24年判決のように「第三者に無断譲渡することなく自ら利用する意思」を秘

---

る。」と判示している。前掲東京高判平成24年12月13日についての判例評釈等では、この点も注目されているが、本評釈では、立ち入らない。

35) 携帯電話不正利用防止法2条5号では、「この法律において『通話可能端末設備』とは、携帯音声通信端末設備であって携帯音声通信役務の提供に利用されている電気通信回線設備（電気通信事業法第九条第一号に規定する電気通信回線設備をいう。）に接続され通話が可能なものをいう。」と規定されている。

して契約の申込みを行ったことを、挙動による欺罔行為を問題にすることができるのは、(ア) 自己名義での携帯電話機の購入及び(イ) これに伴う通信サービス契約の締結を行い、その契約によって交付された携帯電話機をそのまま(通話等が可能な状態で)第三者に無断譲渡する意図があったのにそれを秘して当該契約の申込みを行うような場合に限られると解することができる。なぜなら、携帯音声通信事業者は、顧客が一定期間利用後に通信サービス契約を(一定の解約料の支払により)解約することを制限していないのであり、顧客が通信サービス契約解約後に携帯電話機本体をどのように処分するかについて関知しておらず<sup>36)</sup>、SIMカードを抜き取った上で、通話等が可能ではない携帯電話機、いわゆる「白ロム」に状態を変更して第三者に転売することは許容されているからである<sup>37)</sup>。このような説明は、本判決が「当事者間の取引関係・基本契約、契約の際の確認内容(確認事項)」以外に、「取引慣行、社会的理解」も踏まえて判断していることにもなじむものと思われる。

以上の検討より、東京高裁平成24年判決における欺罔行為の判断についての射程は、本判決には及ばないと解される<sup>38)</sup>。

---

36) 総務省ホームページ内の平成27年12月16日付の「携帯電話機の料金その他の提供条件に関するタスクフォース取りまとめ」([http://www.soumu.go.jp/main\\_content/000390882.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000390882.pdf)) [閲覧日2017年4月19日] 11頁では、「利用者の選択肢をさらに拡大する観点から、行き過ぎた端末購入補助の適正化と相まって、中古の端末市場の発展が望まれる」と言及されているように、携帯電話機本体の中古販売も推奨されている。

37) 通信サービス契約を解約した状態の携帯電話機は、携帯電話機不正利用防止法2条5号の「通信可能端末設備」にあたらなといえる。このような理解を示すものとして、総務省ホームページ内「携帯電話の犯罪利用の防止——Q&A 電気通信事業者向け」([http://www.soumu.go.jp/main\\_sosiki/joho\\_tsusin/d\\_syohi/050526\\_1.files/Page444.html](http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/joho_tsusin/d_syohi/050526_1.files/Page444.html))

[閲覧日2017年4月19日]) 参照。そこでは、「2-3 いわゆる『白ロム』の販売は、法の対象とはなりますか。」という問いに対して「いわゆる『白ロム』とは、SIMカードが挿入されておらず、それだけでは通話が可能でない携帯電話を指します。したがって『白ロム』のみの販売では、携帯音声通信役務の提供にはあたらないため、法の対象外です。」と述べられている。

38) この帰結は、通常の携帯電話機とプリペイド式携帯電話機の相違から生じるのではなく、通話等が可能な携帯電話機(通信可能端末設備)とそれが可能ではない「白ロム」

被告人が携帯電話販売店で被告人を契約者とする通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込む際に、通信サービス契約を短期間で解約する意図であるのを知り、同契約を短期間に解約することなく交付を受けた携帯電話機を利用するものと携帯電話販売店の従業員を誤信させ、その従業員から携帯電話機の交付を受けた事実において、被告人が契約を申し込む行為は、挙動による欺罔にあたらないとして無罪を言い渡した事案（佐竹）

## 6. 本判決の意義

まず、本判決の欺罔行為の判断方法については、最高裁判例における欺罔行為の判断枠組みと同様に、欺罔行為を、(1)「重要事項性」、(2)「欺罔行為性（挙動による欺罔行為性）」の二つの要素を考慮して、判断を行ったものであり、最高裁判例及び近時の裁判実務の延長線上に本判決を位置付けることができる。そして、本判決が(1)「重要事項性」と(2)「挙動による欺罔行為性」を截然と区分して検討し、「インセンティブが確定する条件を満たす期間より前に客が通信サービス契約を解約するか否か」が、「財産的処分行為の判断の基礎となる重要な事項」であるとしても、「挙動による欺罔行為」に当たらない場合があることを明らかにした点は、両者の判断の相違を示すものであり、近時の最高裁判例による欺罔行為に関する判断枠組みに従う立場からも、詐欺罪の処罰範囲を、一定程度限界づけることができるという可能性を示した点に、意義があるといえる。

また、これに関連して、(2)「欺罔行為性」の判断において、本判決は、「当事者間の取引関係・基本契約、契約の際の確認内容（確認事項）」や「取引慣行、社会的理解」などを踏まえて、判断の基礎となる重要な事実（本件では「インセンティブが確定する条件を満たす期間より前に通信サービス契約を解約する意思がないこと」）を確認する管轄（責務）が、取引の相手方（被害者）側にあるか、行為者側にあるかを判断することを示唆している点も重要である。この意味で、本判決は、「挙動による欺罔行為」の判断基準を精緻化するための素材になり得ると思われる。

最後に、本判決は、短期間で通信サービス契約を解約するつもりであるのにそれを告げずに、通信サービス契約の締結及び携帯電話機の購入を申し込んだ行為につき、「挙動による欺罔行為」が認められないとして、詐

---

ゝの相違から生じるのであると思われる。この意味で、本評釈の理解は、飯島・前掲注(31)判批167頁の「本件（東京高裁平成24年判決——引用者注）で詐取されたとする財物はプリペイド式携帯であるが、これに関する場合とそれ以外の携帯電話機に関する場合とで、法における規制に径庭がないことなどに鑑み、その解釈を特段に異にする理由はないと考えられる。」という指摘に反するものではない。

欺罪の成立を否定した事例判例といえるが、東京高裁平成24年判決との比較から明らかなように、同種の事案が問題にされた場合に、詐欺罪が成立しないということを主張する上で、参考判例になり得るだろう。また、携帯電話機以外にも継続的取引を誘引する際に、キャッシュバックを付与する取引態様は多数存在するのであり、その仕組みを利用して利益を得た者が、本件のように詐欺罪で起訴された場合にも同様に参考にされうるだろう。