

# クレジット・カードの不正使用と詐欺罪

丸 山 雅 夫

## 目 次

- はじめに
- I クレジット・カード取引の概要
  - (1)取引の仕組
  - (2)取引の特殊性と詐欺罪との関わり
- II 判例と学説における取り扱い
  - (1)判例の対応
  - (2)学説の状況
- III 詐欺罪の成否
  - (1)欺罔行為と錯誤
  - (2)処分行為と損害
  - (3)若干の関連問題
- む す び

## はじめに

近年、社会情勢が高度に複雑化していくなかで、現行刑法典制定当時（明治40年）には全く予想もできなかった態様のトラブルが数多く生じてきており、それらに対する社会生活の実態に即した対応が迫られるようになってきている。このことは、経済取引の分野においても全く同様である。特に、「キャッシュレス時代」と言われる現代においては、キャッシュ・カードやクレジット・カードが急速に普及していくにつれて、それらをめぐるトラブルも急増してきている<sup>1)</sup>。

---

原稿受領日 1985年11月15日

1) たとえば、カード犯罪の主流を占めるクレジット・カードを利用した犯罪だけを見

問題をクレジット・カードだけに限ってみても、カードそれ自体を取得する段階とカードを利用して取引をする段階のそれぞれにおいて、さまざまな態様のトラブルが発生している。前者における例としては、カードそれ自体の偽造・変造、窃取、騙取等があり、後者における例としては、偽造・変造カードの不正使用、窃取ないしは横領したカードの不正使用、名義人自身によるカードの不正使用等がある。このうちでも特に、カードの取引段階でなされる不正行為は、後に述べるように、クレジット・カード取引のシステムとの関係で困難な問題を生じさせているのである。このような状況のなかで、昭和59年度には、有効な自己名義カードを不正に使用して利得した事案に対し、名古屋高等裁判所と東京高等裁判所のそれぞれで詐欺罪（刑法246条1項）の成立を認める判決が出されている。

有効な自己名義カードの不正使用について、判例は、昭和49年の和歌山地裁判決以来一貫して1項詐欺罪の成立を肯定してきており、実務上の争いは存在しないと見てよい。しかし、学説のなかには、この種の事案を犯罪として処罰することは不可能だとする見解も若干ながら主張されているし、詐欺罪の成立を肯定するという結論で一致する大方の学説においても、その理由づけについては異なった論理が見られ、1項詐欺罪と2項詐欺罪のいずれの成立を認めるかという点で相違が見られる。しかも、この種の事案は、後に述べるように、行為者の内心を別にすれば、客観的にはクレジット・カード取引が本来予定しているのと全く同一の態様においてなされるものである点に大きな特徴を持っている。したがって、この意味においては、クレジット・カード取引をめぐるトラブルの多くの問題点がこの種の事案に集約されていると言ってもよいのである。

---

でも、昭和59年度には、各都道府県警察における検挙件数12,269件、検挙人員876人、被害額12億1,295万円が報告されており、そのいずれもがここ数年間に増加していることがうかがわれる。百田春夫「カード犯罪の実態と対策」警察公論40巻5号（昭和60年）29頁表3参照。さらに、大島猛「クレジット犯罪の現状と問題点（上）」警察公論38巻2号（昭和58年）54頁以下、三枝守「クレジット・カード犯罪の実態と対策」法律のひろば37巻3号（昭和59年）19頁以下、参照。

そこで、以下では、クレジット・カード取引の特殊性に着目しながら、有効な自己名義カードを不正に使用した場合に詐欺罪が成立するかどうかという点に対象を限定して<sup>2)</sup>、考察していくことにする。具体的な状況としては、代金支払の意思も能力もない者がクレジット契約を締結したうえで、その有効な自己名義カードを使用して預金残高をはるかに超える物品を加盟店から購入し、それらを入貨ないしは売却してしまった、という事案を想定しておけば足りるのであろう。

## I クレジット・カード取引の概要

この問題を検討するにあたっては、その前提として、クレジット・カード取引の実態を把握したうえで、それが詐欺罪の構成要件との関係でどのような問題点をもたらしているのかを明らかにしておかなければならない。

### (1) 取引の仕組

我が国にクレジット・カード・システムがはじめて本格的に導入されたのは、昭和35年12月の日本ダイナースクラブ（アメリカのダイナースクラブ本社と日本交通公社および富士銀行との合併）の設立によってである<sup>3)</sup>。その後、商業

2) なお、本文で述べたように、クレジット・カードをめぐる問題は、有効な自己名義カードの不正使用に限られるものではない。それらについては別の機会に言及することにしたが、さしあたり、石井芳光「クレジット・カードの不正利用と法律問題<その2>」手形研究160号（昭和45年）53頁以下、同「<その3>」手形研究161号（昭和45年）58頁以下、兼元俊徳「クレジット・カードをめぐる法律問題」警察研究46巻3号（昭和50年）61頁以下、土本武司「民事と交錯する刑事事件（昭和54年）244頁以下、矢野光邦「クレジットカードをめぐる犯罪」研修403号（昭和57年）104頁以下、原田國男「コンピュータ、クレジット・カード等を利用した犯罪」石原一彦＝佐々木史朗＝西原春夫＝松尾浩也編「現代刑罰法大系2 経済活動と刑罰（昭和58年）235頁以下、香川達夫「クレジット・カードの法律上の性格」法律のひろば37巻3号4頁以下、小谷文夫「クレジット・カードをめぐる犯罪」法律のひろば37巻3号11頁以下、下村康正「カード犯罪の刑法上の問題点」法律のひろば37巻3号25頁以下、等参照。

3) 我が国のシステムの範となったアメリカにおいては、1920年代に石油販売会社が自社の顧客の固定化と販売促進の目的で発行したガソリン購入用のカードが起源である、とされている。その後の発展等については、黒川昌洋「クレジット・カード」手形研究150号（昭和44年）29頁以下、吉原省三「クレジットカード取引の現状と

銀行系のカード会社（日本クレジットビューロー、ダイヤモンドクレジット、住友クレジットサービス、ミリオンカードサービス、等）が相次いで設立され、今日では、非銀行系カード（いわゆるサラ金、信販会社、メーカー系のカード）を含めて、日本人の平均1.5人に1枚の割合で何らかのクレジット・カードを所有するに至っている。

多種多様のクレジット・カードが存在しているなかで、その取引の仕組は、それぞれのカードによって若干の相違はあるものの、基本的な部分においては共通していると言ってよい。その概略は、次の通りである<sup>4)</sup>。

取引は、クレジット・カード会社（およびその提携銀行）、会員（およびその取引銀行）、加盟店（およびその取引銀行）の3者を当事者として行なわれる<sup>5)</sup>。それぞれの当事者の関係は、次のようになっている。

クレジット・カードの利用を希望する者は、カード会社の提携銀行本支店に用意されている入会申込書に必要な事項を記入し、カード会社に提出する（実際は、銀行の窓口が取り次いでくれる）。カード会社が申込者の適格性を認定した場合には<sup>6)</sup>カードが送付されてくるので、その署名欄に自署し、以後そのカードを利用して買物等を行なうことができる。会員（カード・ホルダー）となった者はその取引銀行に当該カード使用代金決済のための預金口座を開設し、口座振替の依頼をすることになるが、実際には、申込書提出の時点でこれらの手続も同時に行なわれていることが多いと言ってよい。

---

法律関係」ジュリスト428号（昭和44年）111頁以下、木村晋介「クレジット・トラブル、現状と課題——クレジット・カードを中心として——」法律のひろば37巻3号32頁以下、参照。

- 4) 取引の仕組の詳細については、吉原省三・前掲論文113頁以下、鴻常夫他（座談会）「C・C、G・C取引をめぐる法律上の諸問題」手形研究153号（昭和45年）72頁以下、土本武司・前掲書223頁以下、等参照。
- 5) なお、銀行をも当事者として独立させ、4面構造とする考え方もある。
- 6) 適格性の認定にあたっては、収入、資産といった点について書面で審査をする場合が通常である。しかし、カード会社によっては、会員獲得のための便宜からかほとんど無条件で適格性を認定しているところもあるようである。そして、この点が、カード犯罪増加のひとつの要因として指摘されている。たとえば、大島猛「クレジット犯罪の現状と問題点（下）」警察公論38巻3号（昭和58年）75頁、百田春夫・前掲論文34頁。

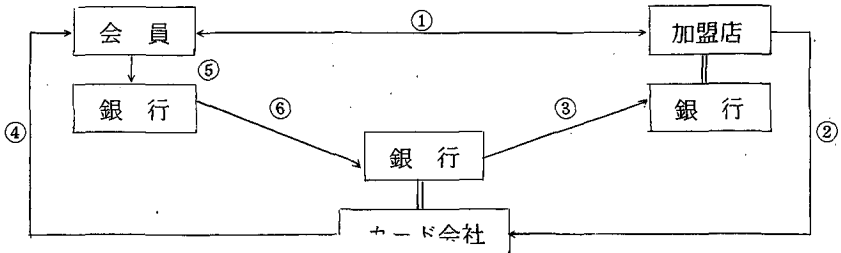
加盟店は、カード会社と加盟店契約を結び、当該加盟店で利用可能なカードの名称を店頭に表示して、会員による利用を促す。カードの利用に際して、加盟店は、代金支払の際にカードを提示した客に対して、事故カードの利用などの例外的な場合を除いては、カードの利用を拒否することができないばかりでなく、現金払いを要求することができないし、現金買いの客と差別して不利に扱ってはならないとされている。なお、会員による買物等の代金は、一定の手数料を差し引いたうえでカード会社とその提携銀行を通じて加盟店に支払い（口座振替による決済）、後にそれはカード会社と会員の間で決済される（決済は、各銀行間の口座振替による）<sup>7)</sup>。

カード会社は、加盟店から利用代金の請求があった場合に、加盟店ごとに請求金額をまとめて支払い、後日それを会員から回収する（決済は、いずれも口座振替による）。この場合に重要なことは、一定の例外的場合（加盟店からの代金請求が所定期間内にカード会社になされなかったために免責された場合やカード会社自体が倒産してしまったような場合）を除いては、カード会社から加盟店への支払は確実になされるということである。

以上の関係を実際のカード利用の場面でもう少し具体的に見ると、次のようになる（図を参照）。

---

7) 代金決済の法的性格については、カード会社が加盟店から代金債権の譲渡を受けるという考え方（債権譲渡説）とカード会社が会員の代金債務を立替払するという考え方（代位弁済説）があり、実際の取引でもこのいずれかの方法がとられている。ただ、詐欺罪との関係で言えば、カード会社と加盟店の間で第1次的に決済がなされるという事実こそが重要であり、いずれの考え方をとるかは本質的なものではないと言えよう。なお、決済方法の法的構成の詳細については、吉原省三他（座談会）「クレジットカードシステムの実情と法律問題」自由と正義24巻4号（昭和48年）32頁以下、清水巖「クレジット・カード取引の法構造・1」法律時報45巻14号（昭和48年）177頁以下、土本武司・前掲書228頁以下、伊藤進「カード会社の今後の法的課題」法律のひろば37巻3号41頁以下、参照。



①会員は、加盟店へカードを提示し、加盟店は、カード自体が有効であることと事故カード（紛失、窃取等のため利用を拒絶するように通知されているカード）でないことを確認し、カードの署名欄の筆跡と売上票の署名を対照して会員の同一性を確認する。これらの点で問題がない限り、加盟店は、取引を拒絶することができない。

② 加盟店は、請求用売上票を毎月とりまとめて、カード会社に送付する。

③ カード会社は、毎月一定日に請求用売上票を各加盟店ごとに集計し、総売上額から一定の手数料（通常、売上額の4%ないし10%）を差し引いた金額を、自己の預金口座から加盟店の預金口座に振替えて支払う。この方法により、通常、加盟店は、1カ月以内に代金を回収することができる。また、すでに述べたように、カード会社は、ごく例外的な場合を除いて加盟店への支払を拒絶できない。

④カード会社は、毎月1回会員ごとにその利用代金を集計し、会員に請求書を送付する。

⑤ 請求書を受け取った会員は、預金残高を確認し、振替日までに請求額に見合う金額を口座に入金しておく。

⑥毎月1回会員の預金口座からカード会社の預金口座に振替決済され、取引が終了する。なお、会員の預金残高が不足していて口座振替ができない場合には、銀行からカード会社に振替票が返却され、延滞債権としてカード会社が会

員から直接取り立てることになる。

このような手続のなかで、<sup>8)</sup> 会員は、カードを利用することによって、通常20日ないしは60日程度利用代金の支払猶予を受けることができるのである。

クレジット・カード取引の概要は以上のようなものであるが、このような取引の仕組は詐欺罪の成立との関係でどのような困難をもたらしているのだろうか。

## (2) 取引の特殊性と詐欺罪との関わり

詐欺罪が成立するためには、行為者が相手方を欺罔して錯誤に陥らせ、錯誤にもとづいて財産的処分行為を行なわせるという関係が必要であり、しかも、欺罔・錯誤・処分行為の間には因果関係が存在しなければならないとされている。また、錯誤に陥った者（被欺罔者）と処分行為者は同一でなければならないともされている。詐欺罪がこのような前提にもとづいて認定されるとき、有効な自己名義カードの不正使用の事案は、取引の特殊性との関わりでふたつの困難を生じさせることになる。

ひとつの困難は、欺罔・錯誤とそれにもとづく処分行為に関して生じてくる。有効な自己名義カードを不正に使用する者は、加盟店での利用に際して、支払意思と能力がないにもかかわらずその点を秘している以外には、他に積極的な欺罔行為をする必要は全くない。したがって、問題は、このような場合に、通常のカード利用者と同じ態度で買物等することを欺罔行為と見、それにもとづく錯誤を認定することができるかどうかという点にある。もっとも、この点については、判例がこの種の事案に類似した「無銭飲食」に対して、通常の客と同じ態度で飲食物を注文等した行為を欺罔行為としていることから<sup>9)</sup>、ほとん

8) なお、カードによっては商品の購入等だけではなく、キャッシング・サービスや割賦販売等の用途に利用できるものも数多くあるが、本稿との関係では、商品の購入等といった通常の取引形態を考えておけば充分である。

9) たとえば、大判大正9年5月8日刑録26輯348頁は、無銭飲食・無銭宿泊の事案に対して、「凡ソ料理店ニ至リテ飲食ヲ為シ又ハ旅人宿ニ投宿スルトキハ特ニ反対ノ事情ノ存セサル限りハ飲食代金又ハ宿泊料ヲ支払フヲ以テ取引上ノ一般慣例トスルモノナレハ飲食店又ハ旅人宿ニ在リテハ飲食ノ注文又ハ宿泊ノ申込ミニハ自ラ代金又ハ宿泊料支払ノ暗黙ノ意思表示ヲ包含スルモノト了解スルヲ通例ナリトス従テ注文

ど問題がないようにも思われる。しかし、クレジット取引の場合には、無銭飲食の事案と異なり、加盟店はカード自体の有効性と事故カードでないことおよび会員と利用者との同一性が確認できる限り取引を拒絶してはならないという特殊性がある。すなわち、会員は、その内心の目的如何にかかわらず、本人自身で有効なカードを使用する限り取引を拒絶されることはないのが通常である。したがって、この点を強調するならば、欺罔行為があったために加盟店が錯誤に陥り、そのために取引に応じた（処分行為）という関係を認めるのは必ずしも容易でないと言わなければならない。また、欺罔の相手方をカード会社と考える場合にも、カード会社は加盟店がカードの有効性等を確認して取引に応じている以上加盟店への支払を拒否できない仕組みになっているのであるから、加盟店への支払はいわば自動的になされる性質のものであり、欺罔・錯誤にもとづいてなされた処分行為と見ることは困難なのである。

もうひとつの困難は、処分行為者と被害者の同一性の関係で生じてくる。クレジット取引の場合、すでに述べたように、加盟店がカードの有効性等を確認して取引に応じている以上カード会社は加盟店に対する支払を拒否できないことになっているため、現実に財産上の被害を被るのは、加盟店ではなくてカード会社だということになる。そこで、カード会社を被害者とし加盟店を処分行為者と見ると、被害者と処分行為者が一致しないという事態がもたらされるのである。もっとも、詐欺罪において被害者と処分行為者が一致しないという事態は、「訴訟詐欺」の事案に代表されるいわゆる三角詐欺においては通常の事態であり、判例も認めるところである<sup>10)</sup>。ただ、そうなると、加盟店がカード会社の財産を処分するということになるはずであるが、両者の間にこのよう

---

者又ハ宿泊者カ支払ノ意思ナキニ拘ラス其事情ヲ告ケス人ヲ欺ク意思ヲ以テ単純ニ注文又ハ宿泊ヲ為ストキハ其注文又ハ宿泊ノ行為自体ヲ以テ欺罔行為ナリト認ムルヲ当然ナリス」と判示している。さらに、最決昭和43年6月6日刑集22巻6号434頁。

10) たとえば、大判大正1年11月28日刑録18輯1431頁、大判大正6年11月5日刑録23輯1136頁、最判昭和24年2月22日刑集3巻2号232頁、最判昭和45年3月26日刑集24巻3号55頁、等。



な関係を認めることができるかが次に問題となってくる。他方、処分行為者と被害者とを一致させる構成をとる場合にも問題がある。処分行為者と被害者とを一致させる構成はカード会社と加盟店のそれぞれについて考えられるが、カード会社を処分行為者であると同時に被害者であるとする構成は、欺罔・錯誤との関係ですでに述べた困難（加盟店への支払を欺罔・錯誤にもとづく処分行為と見ることができるのか）に再び直面することになる。また、加盟店を処分行為者であると同時に被害者であるとするならば、何らかのかたちで加盟店に対する被害を考えることになるが（「観念的な被害」とでも言えようか）、それとカード会社に現実発生する被害との関係をどのように考えたらよいのかという問題が生じてくるのである。

以上のような問題点があるなかで、有効な自己名義カードの不正使用の事案は、判例によって、詐欺罪としての一致した評価を受けてきた。また、学説も、若干の無罪説を別にすれば、この種の事案に詐欺罪の成立を認める点においては一致していると言ってよい。ただ、その理由づけにはいくつかの異なったものがあるので、次に、従来の判例と学説の状況を簡単に見ておくことにする。

## II 判例と学説における取り扱い

### (1) 判例の対応

この種の事案に対する判例は、現在までのところ下級審のもののみが存在しているが、それらはいずれも加盟店に対する1項詐欺罪を認める点で一致している（和歌山地判昭和49年9月27日（確定）判例時報775号178頁，福岡高判昭和56年9月21日（確定）刑事裁判月報13巻8・9号527頁，名古屋高判昭和59年7月3日（確定）判例時報1129号155頁，東京高判昭和59年11月19日判例タイムズ544号251頁<sup>11)</sup> <sup>12)</sup>）。しかし、個別的な点ではそれぞれの判示におい

11) もっとも、原審段階においては、無罪説を採る判例もある。たとえば、福岡地判昭和56年3月26日（前掲福岡高判の原審）および名古屋地判昭和59年2月7日（前掲名古屋高判の原審）は、高裁の判決文に引用されているところからする限りでは、いずれも、クレジット取引の特殊性との関係で加盟店に対する欺罔行為が存在しない等として無罪を言い渡しているようである。

12) それぞれの判決文は相当長いものであるから、参考のために、高裁段階ではじめて

て若干の相違があることは否定できない。そこで欺罔、錯誤、処分行為のそれぞれについて各判例の判示を見てみると、次のようになっている。

欺罔行為については、和歌山地判が「代金支払の意思および能力がなく正常な取引意思がないのにこれあるように仮装して各加盟店にカードを提示し」た点にそれを見、福岡高判は「カードの使用（呈示）自体がこれ〔信販会社に対して立替払金等を支払う意思と能力＝筆者注〕をあるように仮装した欺罔行為」であるとし、名古屋高判と東京高判は、商品代金を支払う意思も能力もないのにこれあるように装った点を欺罔と見ている。

錯誤については、福岡高判だけはその点についての明示的な言及を欠いているが、他の判例はすべて、加盟店ないしはその従業員がカード利用者に代金支払の意思や能力があると信じ込んだ点にそれを見ている。また、錯誤との関係で加盟店の取引拒絶禁止をどのように評価するかという点については、名古屋

---

詐欺罪の成立を認めた福岡高裁の判決文だけを引用しておく。「先ずクレジットカードを利用する場合でも、それが売質であれ、飲食あるいは宿泊であれ、すべてその代金は利用客が負担することになることは言うまでもなく、右代金は中間で信販会社により加盟店へ立替払されるが、最後に利用客から信販会社へ返済されることが前提となって、この制度が組立てられていることは明白である。したがって、会員がカードを呈示し売上票にサインすることは、とりも直さず右利用代金を信販会社に立替払してもらい、後日これを同会社に返済するとの旨の意思を表明したものにほかならず、カードの呈示を受けた加盟店においても、その趣旨で利用客から代金が信販会社に返済されることを当然視して利用客の求めに応じたものと解するのが相当である。若し利用客に代金を支払う意思や能力のないことを加盟店が知れば、クレジットカードによる取引を拒絶しなければならないこと信義則上当然のことであり、このような場合にまで右拒絶が信販会社によって禁止されているとは到底考えられない。一見確かに、加盟店はカード利用による代金を信販会社から確実に支払ってもらえるから、利用客の信販会社に対する代金支払の有無などにかかわらず必要がないかのように考えられがちであり、この点原判決の無罪理由にも一理ないとは言えないが、前叙のようなクレジットカード制度の根本にさかのぼって考えると、一面的な見方と言うほかはない。結局被告人が、本件において、信販会社に対してその立替払金等を支払う意思も能力も全くなかったのに、クレジットカードを使用した以上、加盟店に対する関係で、右カードの使用（呈示）自体がこれであるように仮装した欺罔行為と認めるのが相当であり、その情を知らない加盟店からの財物の交付を受け、若しくは財産上の利益を得た本件各行為は、詐欺罪に当たると言わなければならない。」

高判が、このような場合は加盟店規約の趣旨（「正当な商行為ののちって信用販売するものとし公序良俗に反することは行なわない」旨の規定）に沿って拒絶することが許されるとして比較的和らげた表現を用いているのに対して、他の判例はいずれも、一定の場合（会員に代金支払意思も能力もないことが明らかでないために、カード会社に不良債権が発生するおそれのある場合）には加盟店は取引を拒絶する信義則上の義務を負うとしている。

処分行為については、いずれの判例も、加盟店ないしはその従業員が物品を交付した点にそれを見ている。ただ、処分行為との関係で問題となりうる損害については、名古屋高判が「各商品を被告人に交付したこと自体」を「各加盟店の損害」として、処分行為と損害とを表裏一体のものとして理解しているのに対して、他の判例はいずれも、処分行為の言及にとどまって損害にまでは触れていない<sup>13)</sup>。

以上のような状況のなかで判例は全体として加盟店との関係で1項詐欺罪の成立を肯定しているのであるが<sup>14)</sup>、ひとつひとつの判決それ自体は、多かれ少なかれ根拠として充分でない部分を有しているのではないかという印象が残るのも事実である。したがって、その意味では、従来の4件の判例理論のすべてをひとつにまとめることによって、はじめてこの種の事案に対する対応の仕方

13) なお、他人名義のカードを不正に使用した事案に対して詐欺罪の成立を認めた判例のなかには、損害の点について比較的詳しく判示しているものがある。たとえば、東京高判昭和56年2月5日（確定）東高刑時報32巻2号9頁は、「犯人の欺罔行為により錯誤に陥り、その結果犯人に物品等財物を交付し、あるいは犯人を宿泊飲食させる等してその代金相当額の財産上の利益を提供した場合には、それだけで詐欺罪は成立し、その結果被害者の全体としての財産的価値が減少することは必要ではないから被欺罔者と第三者との関係において私法上あるいは当事者間の約定等にもとづきその損害が補填されることがあっても詐欺罪の成立は妨げられず、またもともと財物の交付、財産上の利益の提供によるそれらの占有の喪失自体を損害と解しうるから……損害の補填があっても財産上の損害が発生しなかったとい得ないことは明白である」としている。

14) なお、東京高判のみは、2項詐欺罪の成否の可能性についても言及し、カードの不正使用が刑法246条1項の詐欺罪の構成要件に該当することが明らかである以上、「加盟店を介してのクレジット会社に対する同条2項の詐欺罪の成否を論ずる要はない」としている。

として説得力のあるものになっている、と言ってもよいように思われる。

## (2) 学説の状況

判例が加盟店に対する1項詐欺罪の成立を一致して認めるのに対して、学説においては、無罪説、1項詐欺説、2項詐欺説のそれぞれが主張されている。それらの考え方の概要は、次の通りである。

無罪説は<sup>15)</sup>、クレジット取引の特殊性との関係で詐欺罪の構成要件が充足されないとするものである。まず加盟店との関係では、名義人自身が有効なカードを使用している以上加盟店は取引を拒絶できないはずであるから、行為者がどのような内心にしたがって使用しているかは問題にならず、したがって加盟店には錯誤がなく、欺罔行為も否定されるとする。次にカード会社との関係では、名義人による不正使用がかりに判明したとしてもカード会社はそのことを理由として加盟店に対する支払を拒否できない仕組みになっているのであるから、加盟店への支払はいわば自動的になされるものであり、それと不正使用との間には因果関係が存在しないとす。この2点を主な根拠として、無罪説は、1項詐欺罪と2項詐欺罪のいずれの成立をも否定するのである<sup>16)17)</sup>。

1項詐欺説は、さらにふたつの立場にわかれる。ひとつは、判例とはほぼ同様の論拠によってもっぱら加盟店との関係で1項詐欺罪の成立を認めるものであり、検察官を中心に主として実務家の人々によって支持されている(1項詐欺説①)<sup>18)</sup>。もうひとつの立場は、欺罔と錯誤の認定については判例ないし1項詐

15) 石井芳光・手形研究161号59頁以下。なお、香川教授も、1項詐欺罪と2項詐欺罪のいずれについてもその成立に消極的な態度を示しておられることから、無罪説に立たれるものと思われる。香川達夫「小切手カードの呈示支払いと詐欺罪の成否」同・刑法解釈学の現代的課題(昭和54年)497頁、同・刑法講義〔各論〕(昭和57年)452頁注55、同「法解釈の限界」同・〔ゼミナール〕刑法の解釈(昭和60年)179頁以下、参照。

16) なお、石井芳光・手形研究161号60頁注56は背任罪(刑法247条)の成立可能性についても言及し、「他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者」という要件が欠けるとしている。

17) したがって、無罪説によれば、有効な自己名義カードの不正使用はクレジット取引に内在する必要悪だということになり、それへの対応としては信用調査の強化やコンピューター・システムの導入による取引状況の把握等の自衛策を講じる以外にはないことになる。石井芳光「クレジット・カードの不正利用と法律問題<その5・完>」手形研究166号(昭和45年)68頁以下参照。

欺説①とはほぼ同様の立場を採りながら、処分行為と損害との関係について、現実に財産上の被害を受けているカード会社の存在を強調するものである（1項詐欺説②）<sup>19)</sup>。すなわち、判例および1項詐欺説①が加盟店の処分行為それ自体を損害としたり、処分行為者と財産上の被害者とは同一でなくてもよいとの認識のもとにカード会社の存在にほとんど言及しないで、もっぱら加盟店との関係で1項詐欺罪の成立を認めるのに対して、1項詐欺説②は、処分行為者と被害者とは同一でなくてよいとしながらも、現実に財産上の被害を受けているカード会社の存在を無視することはできないとして、カード会社を含めた加盟店との関係で1項詐欺罪の成立を認めるものである。

2項詐欺説もふたつの立場にわけることができる。ひとつは、事態をもっぱらカード会社との関係でとらえ、将来会員から約款に従って代金決済がなされると誤信した点に欺罔と錯誤を見、そのような誤信にもとづいて加盟店に支払をなしたことを処分行為として、カード会社に対する2項詐欺罪の成立を認めるものである（2項詐欺説①）<sup>20)</sup>。もうひとつの立場は、加盟店との関係で欺罔、

- 
- 18) 佐藤勲平「自己名義のクレジットカードの不正使用と詐欺罪」研修326号（昭和50年）52頁以下、村山弘義「クレジット・カード会員による不正使用と詐欺の成否」捜査研究24巻10号（昭和50年）71頁以下、土本武司・前掲書237頁以下、原田國男・前掲論文239頁、北村道夫「クレジットカードと詐欺罪」捜査研究32巻11号（昭和58年）101頁以下、大塚仁・刑法各論上巻〔改訂版〕（昭和59年）508頁以下、小谷文夫・前掲論文14頁以下、米澤慶治「会員のクレジットカード不正利用と詐欺」研修436号（昭和59年）45頁以下、古田佑紀「クレジット・カードの不正利用と詐欺罪の成否」警察学論集38巻3号（昭和60年）150頁以下、同「クレジットカードの不正使用」旬刊商事法務1034号（昭和60年）35頁以下。なお、吉田敏雄「自己名義のクレジットカードの不正使用と詐欺罪」法学セミナー337号（昭和58年）67頁も同旨であろうか。
- 19) 芝原邦爾「クレジットカードの不正使用と詐欺罪」法学セミナー334号（昭和57年）117頁、吉川経夫・刑法各論（昭和57年）167頁、大谷実・刑法講義各論（昭和58年）267頁、同・刑法各論の重要問題（中）（昭和58年）58頁以下、中山研一、刑法各論（昭和59年）272頁注⑥。なお、加盟店とカード会社の双方を被害者とする内田教授も、この立場に教えてよいであろう。内田文昭「詐欺罪（2）——クレジットカードの不正使用と詐欺罪の成否——」警察公論38巻4号（昭和58年）111頁以下、同・刑法各論〔第二版〕（昭和59年）314頁以下、同「クレジットカードの不正使用と詐欺罪の成否」判例タイムズ548号（昭和60年）32頁以下、参照。
- 20) 藤木英雄・刑法各論（昭和47年）369頁以下、兼元俊徳・前掲論文63頁以下。

錯誤、処分行為を認め、カード会社を被害者と見る点で1項詐欺説②と同様の論拠に立ちながら、加盟店への代金支払が口座振替によって行なわれることに着目して、2項詐欺罪の成立を認めるものである(2項詐欺説②)<sup>21)</sup>。したがって、1項詐欺説②と2項詐欺説②は、詐欺罪そのものを認める論拠においては本質的な相違がなく、加盟店に対するカード会社の支払を代金そのもの(財物)と見るか利益と見るかの点でのみ相違していると言えよう。

このような判例、学説の状況のなかで、我々は、この種の事案をどのように考えていけばよいのであろうか。問題は、この種の事案に詐欺罪が成立するの否か、また詐欺罪が成立するとしたらそれは1項詐欺罪なのか2項詐欺罪なのか、という点にある。

### III 詐欺罪の成否

検討にあたっては、クレジット・カード取引の特殊性と詐欺罪の構成要件との関わりが問題とされなければならない。そこで、以下、欺罔行為・錯誤、処分行為・損害のそれぞれについて個別的に考察していくことにする。

#### (1) 欺罔行為と錯誤

はじめに、1項詐欺説①、②および2項詐欺説②が主張するような、加盟店との関係で欺罔行為と錯誤が存在するという考え方について検討してみよう。

有効な自己名義カードの不正使用という事案においては、行為者が加盟店から物品を騙し取ったり、サービス代金を踏み倒そうとしている点は問題がないと言ってよい。その意味では、行為者の側においては、詐欺罪の故意に欠けるところは全くない。また、その方法は、自己に支払意思も能力もないのにかかわらず、その双方を兼ね備えている通常の利用者と同じように有効なカードを利用して購入等を行なうというものである。したがって、その限りでは、いわゆる無銭飲食の事案とも何ら異なるところがない。しかし、無銭飲食の事案

21) 山口厚「クレジットカードの不正使用」平野龍一・松尾浩也編・刑法判例百選Ⅱ各論(第二版)(昭和59年)96頁以下、中森喜彦「クレジットカードの不正使用と詐欺罪の成立」判例タイムズ526号(昭和59年)79頁以下。

と決定的に異なるのは、加盟店はカード会社との契約上（取引拒絶禁止特約により）ごく例外的な場合を除いてカード取引を拒絶できない立場に置かれているという点である。そこで、加盟店のこのような立場を強調して、カード自体の有効性と事故カードでないことおよび名義人と利用者の同一性を確認した以上取引に応じなければならないとするのであれば、自己名義の有効なカードを利用している限り不正使用者もいわば自動的に物品購入等が可能だということになる。したがって、このような考え方を採る限り、加盟店は行為者の主観等と一切無関係に取引に応じざるをえないことになり、錯誤（そしてその前提としての欺罔）の要件は充足されないことになる。無罪説の主張は、まさにこのような考え方に立ったものだと言ってよい。

加盟店に対して原則的に取引拒絶を禁止する条項は、たしかに、クレジット取引の円滑な運用という観点からは必要不可欠なものであると言ってよい。その意味では、無罪説の論拠がかなり説得的なものであることは認めざるを得ない。しかし、加盟店のこのような義務を例外なく強調し、一貫することははたして妥当なのであろうか。たとえば、何らかの事情で加盟店が利用者に支払意思と能力がないことを察知したような事案において、そのような場合にまで加盟店が取引に応じなければならないとすることは、かえって実態にそぐわないことになりはしないだろうか。そのような場合には、取引制度の効率的な運用のための条項を徹底するのではなく、通常の売買等における一般原則によって取引を拒絶しようとするべきであらう<sup>22)</sup>。したがって、このような事案を想

22) この点につき、たとえば、古田佑紀・警察学論集38巻3号153頁は、「カード使用者の代金決済の意思の有無が一般的、典型的に加盟店とカード使用者との間の取引における判断の基礎から民事法的には排除されていても、使用者の行為が人を欺罔したという評価が可能ならば、詐欺罪の成立を認めるのに困難はない」とされ、同151頁は、「カード使用者において、クレジット会社に対して代金決済の意思がないことが判明しているときにカードによる取引をすることが拒絶できること又は拒絶すべきであることは、法律以前の条理の問題として余りにも当然であって、右のような約款〔取引拒絶禁止約款＝筆者注〕の存在をもってこのような場合にまで、加盟店が取引義務を負うとするのは、いかにも非常識な理解といわざるをえない」とされている。これに対して、無罪説に立つ石井芳光・手形研究161号59頁以下、香川達夫・〔ゼミナール〕刑法の解釈179頁以下は、取引拒絶禁止条項をクレジット

定する限りにおいて、加盟店は、支払意思の有無といった行為者の内心に対しても重大な関心を持つわけであり、欺罔されることもあると言うべきである。もっとも、加盟店は利用者がカードを不正に使用しているのではないかということを知り疑って取引に応じたとしても、カードの有効性等の確認に手落ちがない限りカード会社から確実に代金を回収しうるのであるから、加盟店の側だけからすれば、行為者の内心を問題にする必要は全くないとも言う。しかし、ごく例外的にはあれ、カード会社が倒産してしまったり、加盟店の手續違背を理由にカード会社から支払を拒絶されることによって、加盟店が直接利用者に対して代金を請求しなければならない事態も絶無というわけではない。したがって、この意味においても、加盟店は利用者の支払意思および能力に対して重大な関心を有していると考えられるのである。また、より根本的には、クレジット取引が当事者相互の高度の信用関係を基礎に成り立っているものであることとの関係で、加盟店も、その制度の円滑な運用と発展の一翼を担う存在として、不良債権の発生防止に努めなければならないことは明らかであろう。そして、この点からすれば、加盟店が何らかの事情で利用者に支払意思も能力もないことを知っていたというような稀有で偶然的な事態を引き合いに出すまでもなく<sup>23)</sup>、クレジット取引全体との関わりのなかで、加盟店はカード利用者の内心について重大な関心を有していると言うのである<sup>24)</sup>。

以上のところから明らかなように、加盟店は、行為者の内心との関係で欺罔されることがあり、したがって錯誤に陥ることもあるということになる。すなわち、行為者が代金の支払意思と能力を欠いているにもかかわらず、それらを兼ね備えた通常のカード利用者と同じような態度でカードを加盟店で利用する

---

ト取引の本質的部分として強調している。

23) 中森喜彦・前掲論文79頁は、「加盟店が会員の支払い能力・意思について知ることはまったくの偶然に属する。このような偶然を根拠として加盟店に対する欺罔・詐欺を認めることは、正当とは思われない」とされながら、「加盟店が販売に応じなかったであろうという事情を、カード会社に対する関係で評価することは不可能ではない」とされている。

24) クレジット取引全体との関わりを強調する立場として、村山弘義・前掲論文72頁以



(換言すれば、瑕疵ある信用内容を秘匿して取引行為をする) 点に欺罔行為が存在し<sup>25)</sup>26)、加盟店側がそのような行為者を通常のカード利用者となした点に錯誤が存在するということになるのである。

次に、カード会社との関係で欺罔・錯誤を認めようとする見解(2項詐欺説①の立場)について考えてみよう。

2項詐欺説①は、加盟店がカード会社から確実に代金を回収しうる立場にあることを重視して、もっぱら現実的な財産上の被害が発生するカード会社を詐欺の相手方として把握するものである。したがって、この見解によれば、カード会社が加盟店に対して支払をなすにあたって後日それが会員から回収できると考えた点に錯誤が存在するということになる。ところで、錯誤の前提となる欺罔行為について、この立場は、「加盟店が売上票を受領した時点」<sup>27)</sup>ないしは行為者が「売上票にサインして加盟店に交付した時点」<sup>28)</sup>を欺罔の着手と考えている。したがって、この立場によれば、加盟店が売上票を受領してその一部をカード会社に送付した点に欺罔行為が存在することになる。しかし、そうだとすると、このような事実(加盟店による請求用売上票の送付)を行為者による欺罔行為と解するのは困難になるのではないだろうか<sup>29)</sup>。また、かりに間接正犯の形態による欺罔を肯定するとしても<sup>30)</sup>、カード会社は行為者の不正使用を察知していた場合にも加盟店が必要事項を落度なく確認して取引した以上代金支払を拒否できないのであるから、カード会社には錯誤が存在しないこと

---

下、古田佑紀・警察学論集38巻3号153頁以下、同・旬刊商事法務1034号37頁。

25) このような欺罔行為を作為と見るか不作為と見るかはひとつの問題であるが、無銭飲食の事案と同様に作為と見ることができよう。大谷実・刑法各論の重要問題(中)62頁。なお、従来の判例のうち、和歌山地判と福岡高判は明確に作為的構成をとっているが、名古屋高判と東京高判はこの点必ずしも明らかではない。

26) もっとも、このように考えると、欺罔・錯誤の内容が具体的事情から遊離して、相当程度観念化されてしまうことは否定できないであろう。

27) 藤木英雄・前掲書370頁。

28) 兼元俊徳・前掲論文64頁。

29) 内田文昭・警察公論38巻4号114頁注3。

30) この場合、行為者がクレジット取引の仕組を利用して、加盟店を道具としてカード会社を欺罔したという構成をとれば、間接正犯による欺罔を認めることも一応可能であろう。なお、内田文昭・警察公論38巻4号113頁。

になる。このような場合に錯誤の存在を肯定しようとするのであれば、加盟店において生じた錯誤がカード会社に引き継がれたというような構成をとる以外にはないであろう。しかし、加盟店に錯誤が生じていることを認めるのであれば、なにもわざわざカード会社を登場させてくるまでもなく、加盟店に対する欺罔・錯誤を肯定しておけば充分である。しかも、行為者自身は加盟店から物品等を騙し取ろうという認識をもって行為しているのが通常であると考えられることから<sup>31)</sup>、加盟店との関係で欺罔・錯誤を肯定することの方が素直であろう。

このように考えた場合、カード会社との関係で欺罔・錯誤を肯定する考え方は、相当困難があると言わざるをえないのである。

## (2) 処分行為と損害

便宜上、2項詐欺説①の立場から検討することにする。

2項詐欺説①は、後日会員から支払ってもらえるであろうことを信頼してカード会社が加盟店に対して支払をなすことを処分行為と見ている。これは、カード会社に現実の財産的被害が生じていることを重視するものである。すなわち、詐欺罪における損害を現実的被害と同視し、しかも処分行為者と被害者とを一致させるという構成をとっているのである。したがって、その意味で、この考え方は常識的な見方と一致していると言ってよい。しかし、他方、この考え方は、クレジット取引におけるカード会社と加盟店との関係を看過していると言わざるをえないであろう。すなわち、カード会社は、加盟店が必要事項の確認のうえ取引に応じて売上票を送付してきた以上、加盟店に対する支払を拒むことはできないのである。つまり、カード会社は、カード利用者の支払意思や能力に重大な関心をたとえ持っていたとしても、そのことを理由として加盟店への代金支払を左右する立場にはなく、言わば自動的に加盟店への支払を余儀なくされているのである。したがって、後日会員から支払ってもらうことができると考えた点にカード会社の錯誤を認めうるとしても、加盟店との関係がこのようなものである限り、加盟店への代金支払は錯誤にもとづいたものではない

31) 中森喜彦・前掲論文79頁，米澤慶治・前掲論文48頁。

(錯誤と処分行為との間には因果関係が存在しない)と言わざるをえないことになる。また、2項詐欺罪の処分行為について「債務免除の意思表示」等を要求する判例<sup>32)</sup>との関係ではもちろんのこと<sup>33)</sup>、そこまで強い処分行為を要求しない立場においても<sup>34)</sup>、加盟店契約にもとづくカード会社の代金支払をそもそもカード利用者に対する処分行為と見ることができるのかという疑問さえ生じてこよう。

したがって、この点およびすでに述べた欺罔・錯誤の構成の困難さという点から、2項詐欺説①は採りえないことになる。

そこで、次に、加盟店を処分行為者とする考え方が検討されることになる。加盟店を処分行為者とする考え方は、加盟店との関係で損害も考える立場(1項詐欺説①)とカード会社に発生する現実的な財産上の被害を損害と見る立場(1項詐欺説②、2項詐欺説②)とにわかれる。まず、前者の立場について考えてみよう。

この立場は、加盟店における物品の販売等を処分行為と見ると同時に、そのような財物の交付それ自体を損害と理解するものである。このような考え方の背景においては、1項詐欺罪については損害の発生を必要としないとする判例<sup>35)</sup>ないしは財物の交付それ自体が損害であるとする判例<sup>36)</sup>の存在が重視され

32) たとえば、最決昭和30年7月7日刑集9巻9号1856頁は、結論的には1項詐欺罪の成立を認めた無銭飲食・宿泊の事案において、2項詐欺罪にも言及して、「刑法246条2項にいわゆる『財産上不法の利益を得』とは、同法236条2項のそれとはその趣を異にし、すべて相手方の意思によって財産上不法の利益を得る場合をいうものである。従って、詐欺罪で得た財産上不法の利益が、債務の支払を免れたことであるとするには、相手方たる債権者を欺罔して債務免除の意思表示をなさしめることを要するものであって、単に逃走して事実上支払をしなかっただけで足りるものではない」と判示している。

33) 佐藤勲平・前掲論文55頁、村山弘義・前掲論文75頁、土本武司・前掲書243頁、内田文昭・警察公論38巻4号114頁注⑤。

34) 平野龍一「詐欺罪における交付行為」同・犯罪論の諸問題(下)各論(刑事法研究第2巻-II, 昭和57年)338頁参照。

35) たとえば、大判大正2年11月25日刑録19輯1299頁は、「犯人ニシテ真正ノ事実ヲ告知センカ相手方ハ財物ヲ交付セサルヘキ場合ニ於テ真実ニ反セル事実ヲ告知シ相手方ヲ錯誤ニ陥レ因テ財物ヲ交付セシメタル以上ハ詐欺罪ハ直ニ成立スヘク」と判示している。同旨、大判明治43年5月17日刑録16輯879頁、大判昭和17年2月2日刑

ていると言えよう。詐欺罪における損害をどのように考えるべきであるかという点は従来から学説においても議論されてきたところであるが<sup>37)</sup>、1項詐欺罪が利得罪としての性格を持つものであることを強調するならば、従来の判例の立場も理解しうる。しかし、それにしても、クレジット取引の事案は、判例においてこれまで問題にされてきた事案と異なり、財物を騙取された加盟店はカード会社からの支払によってほぼ確実に損失を填補しうるという点に特徴を有しているのである。また、加盟店は、カード会社から代金を回収することによって現実の営業目的を達成してしまうものでもある。そのため、クレジット取引のこのような特徴をも重視したうえで1項詐欺罪の成立を認めようとするならば、「処分行為にもとづく損害」（加盟店の損害）と「現実的な財産上の損害」（カード会社の損害）とを明確に切り離したうえで「利得」行為それ自体（したがって、前者の「損害」）を重視するという構成をとることになる<sup>38)</sup>。あるいは、加盟店においても何らかの財産的利益が失われることがありうるとの前提から、カード会社から代金を回収できなくなるような万一の事態（カード会社の倒産、加盟店の重大な手続違背等）に備えて加盟店が会員に対して代金債権の履行請求を確保することが不可能になったという点を財産的「損害」と

集21巻77頁，最決昭和34年9月28日刑集13巻11号2993頁，等。

- 36) たとえば、大判昭和17年4月7日法律新聞4775号5頁は、偽造の割当証明書を行使して銃鉄を買い受けた事案に対して、「銃鉄業者ヲ錯誤ニ陥ラシメ銃鉄ヲ買受ケケヲ取得シタル以上銃鉄業者ガ銃鉄ヲ売渡シタルコト自体既ニ損害ナリト解スルヲ相当トス」と判示している。同旨、東京高判昭和32年8月21日東高刑時報8巻9号279頁。なお、他人名義のクレジット・カードの不正使用の事案につき、前掲東京高判昭和56年2月5日。
- 37) 学説の状況については、さしあたり、福田平「詐欺罪の問題点」刑法講座第6巻（昭和39年）82頁以下、同・注釈刑法（6）（昭和41年）232頁以下、等参照。
- 38) たとえば、古田佑紀・旬刊商事法務1034号37頁は、「もともと詐欺罪は人を欺罔して財物を取得するなど財産上の利益を得ることを処罰するものであって、そのような形で財産的利益を得さえすれば、それ以上に財産的被害の発生を議論することは元来無意味な筈である」とし、「もともと、誰かが財産的な利益を不法に得れば一方で不当に損をする者があることもまた当然である筈で、財産犯である以上、そのような損害が発生することが必要であるということの問題に」したとしても「財産を不法に得た行為と法律上、事実上の直接的な因果関係のある財産的損害が生ずれば足りるのであるから、クレジット会社に当然に損害が発生する以上、問題にするには当たらない」とされている。なお、同・警察学論集38巻3号155頁。

する構成もありえよう<sup>39)</sup>。しかし、いずれの構成をとるにしても、この種の事案に1項詐欺罪の成立を認める場合には、従来判例において取り扱われてきた事案以上に「損害」概念が形式化ないしは観念化していくことは否定できないと言わざるをえないのである。

最後に、加盟店を処分行為者とし、カード会社を被害者と見る考え方を検討しよう。

この立場は、詐欺罪における処分行為者と被害者とは一致しなくてもよいという前提に立って、「処分行為にともなう損害」と「現実の財産的損害」とをいずれもカード会社との関係で把握しようとするものである<sup>40)</sup>。処分行為者と被害者とが一致しないことがあるという事態は、いわゆる三角詐欺の事案においてはごく一般的に見られるものであり、両者の間に一定の関係がある限り、判例<sup>41)</sup>、学説<sup>42)</sup>のいずれによっても詐欺罪の成立が肯定されている。そして、有効な自己名義カードの不正使用の事案が欺罔行為者（会員）、被欺罔者＝処分行為者（加盟店）、被害者（カード会社）という三角構造をなすものであることからすれば、この立場の前提は肯定されてよいことになる。問題は、加盟店とカード会社との間の結びつきをどのようにとらえるかということである。処分行為者と被害者の関係について、従来の判例は、処分行為者に被害者の財産的利益を処分しうる「権限」ないしは「地位」のあることを必要としてきた<sup>43)</sup>。その典型的な例としては、代理人が欺罔されて本人の財産を処分してし

39) これに対して、山口厚・前掲論文97頁は、カード会社からの支払拒否という事態は「現実には無視しうる」とされ、中森喜彦・前掲論文79頁は、カード会社から支払を受けえない「危険はごく少ないはずであり」、「加盟店について実質的な損害（危険）を論証しようとする試みは成功していない」とされる。さらに、大谷実・刑法各論の重要問題（中）68頁、芝原邦爾・前掲論文117頁。

40) ただ、内田教授のみは、加盟店とカード会社の双方が被害者でありうるとして1項詐欺罪の成立を認められる点に注意すべきである。本稿注19) 掲記の諸論稿参照。

41) 本稿注10) 参照。

42) 福田平・刑法講座第6巻90頁、浅田和茂「詐欺罪の問題点」中山研一＝西原春夫＝藤木英雄＝宮沢浩一編・現代刑法講座第4巻（昭和57年）329頁以下、平野龍一・前掲論文342頁以下、参照。

43) たとえば、前掲大判大正6年11月5日は、「其犯罪ノ成否ニハ被欺罔者ト被害者ト

まうというような、両者の間に法律上密接な関係のある場合が考えられる。しかし、法律上の権限ないしは地位にもとづいてなされるのと同じくらいの確実さをもって具体的に処分される場合であれば、両者の関係は、必ずしも法律上のものに限定される必要はなく、事実上の関係であっても問題はないのではないだろうか<sup>44)</sup>。特に、クレジット取引のように、加盟店が必要事項を落度なく確認したうえで売上票を送付してきた以上カード会社が支払を一切拒否できない仕組になっていることを考えれば、そのような事実的な関係は、法律上密接な関係のある場合と同視されてよいであろう。すなわち、加盟店は、売上票をカード会社に送付することによって（処分行為）その財産を処分しうる地位にあると言ってよいのである<sup>45)</sup>。そこで、次に、このように加盟店を処分行為者とし、カード会社を被害者とした場合に、加盟店によって処分されるのは「財物」なのか「利益」なのかという点が問題となる。この点について、1項詐欺説②は、カード会社が支払うのは「代金」であるとし、財物が処分されたと見ている。しかし、取引の仕組との関係ですでに述べたように、現在すべての支払はそれぞれの取引銀行間における口座振替によってなされているのであるから、実質的には代金の支払であるとしても、現実的に処分されているのは利益と考えるべきであろう。したがって、この意味で、2項詐欺説②の方が実態に

---

カ同一ナルコトヲ要セスト雖モ被欺罔者カ被害ニ係ル財産ノ利益ニ付キ之レカ処分ヲ為スコトヲ得ヘキ権限又ハ地位ヲ有スルコトヲ必要トス」と判示し、前掲最判昭和45年3月26日は、「詐欺罪が成立するためには、被欺罔者が錯誤によってなんらかの財産の処分行為をすることを要するのであり、被欺罔者と財産上の被害者とが同一でない場合には、被欺罔者において被害者のためその財産を処分しうる権能または地位のあることを要するものと解すべきである」と判示している。

44) 浅田和茂・前掲論文329頁，平野龍一・前掲論文343頁，参照。

45) これに対して、佐藤勲平・前掲論文56頁は、無効な和解調書について裁判所書記官補を欺罔して執行文付与を受け強制執行した事案に訴訟詐欺罪の成立を否定した判例の存在すること（最判昭和45年3月26日刑集24巻3号55頁）を根拠に、「加盟店がカード会社の行う代金決済を左右しうる立場になれば詐欺罪を認めることはでき」ないとされている。しかし、引用されている判決の事案は、もともと被害者に対して全く効力の及ばない債務名義の執行の事案であることに注意しなくてはならない。これに対して、加盟店による売上票の送付は、まさにカード会社の財産それ自体を事実上減少させる有効な行為なのである。

即したものであると言っているのである。

### (3) 若干の関連問題

これまで検討してきたところから、有効な自己名義カードの不正使用の事案については、1項詐欺説①ないしは2項詐欺説②の考え方によって詐欺罪の成立を認めることが可能である。しかし、いずれの論理によることがより適切なのかという点は、にわかには断定しがたい。前者は、行為者の故意（加盟店からの物品の騙取）と一致するという点等では常識的であるが、処分行為、被害といった点が相当観念化してしまうことは否定できない。他方、後者は、現実の被害者という観点では常識に合致するが、行為者の故意とのずれといった点で困難がないわけではない。この点で、内田教授が基本的に後者と同じような論理をとりながら、加盟店とカード会社のそれぞれを刑法上の被害者とする構成をとられるのは（折衷的な形態での1項詐欺説②）、クレジット取引の現実との合致を意識されてのことと思われる<sup>46)</sup>。いずれにせよ、現在の段階ではそれぞれの見解が可能であることを一応認めたくえて、若干の関連問題に言及しておくことにする。

ひとつは、行為者が途中で犯意を放棄した場合の問題である。1項詐欺説①および2項詐欺説②によれば、加盟店が物品を販売等した時点ないしは加盟店がカード会社に売上票を送付した時点が、それぞれ詐欺罪の既遂時期だということになる。そうだとすると、それ以後に何らかの事情によって金策の目途がつき、自己の預金口座に入金して、現実にカード会社への口座振替がなされた場合であっても、それは既遂後の行為とされ、詐欺罪の成立を否定することはできないとされることになる<sup>47)</sup>。無罪説をとる香川教授は、この点をとらえて、「外形上はカード利用による通常の形態が、そのまま進行しているだけのことにすぎないのに、なお利用時の悪意を基礎に、詐欺罪だとする理由が私にはわ

46) 本稿注19) 掲記の内田教授の諸論稿参照。また、古田佑紀・旬刊商事法務1034号37頁は、告訴権者との関係で、カード会社を被害者と見ることの可能性に言及している。

47) 浅田和茂・前掲論文322頁以下。

からない」と批判されている<sup>48)</sup>。たしかに、このような場合に詐欺罪の既遂を認めることは、内心の悪さのみを処罰することと同じことにもなり、常識的な観点から抵抗感のあることは否定できない。しかし、現実的には、信用調査段階やカード利用時に万一不正使用の目的が判明したとしても、その段階では単に会員契約の不締結ないしは売買の一般原則にもとづくカード取引の拒絶が問題となるだけであり<sup>49)</sup>、不正使用にもとづく詐欺罪の成否の問題は、カード会社が事実上代金を回収できなくなった段階に至ってはじめて表面化してくる場合がほとんどであると考えられる。したがって、物品購入等ないしは売上票の送付以後の犯意の放棄は、理論的には詐欺罪の既遂後の問題として中止未遂の可能性も否定されるが、現実的にはカード会社における被害発生を「客観的処罰条件」的にとらえた常識的な運用がなされることになると言えよう。

次に、通常のかたちでカードを利用した後になってはじめて犯意を生じた場合を考えてみよう<sup>50)</sup>。この場合は、カード利用時にすでに犯意を持っていた場合とは異なり、加盟店からの財物騙取に向けられた欺罔行為が存在しないことには疑いが無い。また、現在のクレジット取引では、会員からの代金回収が不能になった場合、カード会社はただちに会員に対して直接債務の履行を請求することができるようになっている（一般の債権債務関係への移行）。この点からすれば、このような場合は、必ずしもクレジット取引に特有の問題ではなく、一般の債権債務関係における詐欺的な債務免脱の問題にほかならなくなってくる。したがって、この場合には、カード会社からの履行請求に対して「欺罔」によってそれを免れたという事実関係が存在する場合に（単なる債務不履行の場合との関係で、このような認定はかなり困難になると思われるが）、はじめて2項詐欺罪の成立が検討されることになるだろう。

48) 香川達夫・〔ゼミナール〕 刑法の解釈182頁。

49) また、信用調査段階で積極的な欺罔行為によってクレジット・カードを取得した場合には、すでにその段階でカードそれ自体の騙取（1項詐欺罪）を考えることができよう。

50) このような事案の指摘として、内田文昭・警察公論38巻4号114頁注②。



## む す び

これまで有効な自己名義カードの不正使用について詐欺罪が成立しうるか否かという観点から検討してきたが、この種の事案においては、1項詐欺罪の成立を認める構成と2項詐欺罪の成立を認める構成のいずれもが成り立ちうると言わなければならない。それは、この種の事案が三角詐欺的な構造をもつものであることとそれぞれの当事者の間が一定の契約によって拘束されているという特殊事情があるために<sup>51)</sup>、クレジット取引のそのような特殊性をどのように理解するかで詐欺罪の構成が異なってくるからである。したがって、現在のクレジット・カード取引の仕組を前提とする以上、ふたつの理論構成のありうることは否定できないであろう<sup>52)</sup>。その意味では、この種の事案についてははず

51) もっとも、このような特殊事情は必ずしもクレジット・カード取引に限られるものではなく、西ドイツのチェック・ギャランティ・カード(Scheck Karte)取引などにおいても見られるものであり、そこでも同じような問題が生じている。チェック・ギャランティ・カード取引は、金融機関の発行するカードに一定額面金額までの小切手の現金化が保証されており、その受取人は振出人の同一性の確認を条件として小切手の現金化を受けられるものである。このようなカードを利用した超過支払の事案について、BGHSt. 24, 386は、詐欺罪の成立を肯定している(この判例の研究として、香川達夫・刑法解釈学の現代的課題472頁以下)。しかし、学説の多くはこの種の事案を無罪とし、犯罪の成立を認める立場にあっても、詐欺罪ではなしに背任罪の成立を認めている。Vgl. Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1978—, § 263 (K. Lackner) Rdn. 44, 320-326; § 266 (E. Hübner) Rdn. 29, 38; A. Schönke = H. Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl., 1982, § 263 (P. Cramer) Rdn. 29, 50; § 266 (T. Lenckner) Rdn. 12; H.-J. Rudolphi = E. Horn = E. Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, B.T., 3. Aufl., 1985, § 263 (E. Samson) Rdn. 58, 96-98; § 266 (E. Samson) Rdn. 7, 8.

なお、最近では、西ドイツにおいても、有効な自己名義カードの不正使用の事案が問題とされるようになってきている。BGHNJW 1985, 2280は、社会的に見ても害があり当罰的であるべきこの種の事案に対して詐欺罪も背任罪も成立しないとするのは遺憾なことであるとしながらも、このような行為を対象とする刑罰法規が存在しないことに対しては立法者が新たな立法の可能性をも含めて検討すべきであるとしている。

52) 将来的には、この種の事案におけるカード会社の損害を保険によってカバーしていく事態になることも予想される。そうなれば、現実的な財産上の被害は、保険会

れにせよ詐欺罪の成立が認められるという、言わば「常識的な結論」が確認されたわけである。

しかし、このような結論それ自体は多くの人々によって支持されるにしても、それぞれの考え方を検討した際に明らかにしたように、それぞれの考え方の構成に必ずしも難点がないわけではない。そして、その難点もまた、クレジット取引の特殊性に根ざしたものなのである。そうだとすれば、この種の事案については、詐欺罪による処罰という刑事司法的規制の前段階においても、取引の仕組それ自体の改善への努力も忘れられてはならないと言ってよいであろう。たとえば、会員獲得のための過度な競争の自制、プライバシーの侵害にわたらない限りでの信用調査制度の確立、オンライン・システムの普及による会員の取引状況の適正判断などといった対策は、現段階で充分に実施可能なものと考えるのである。

---

社ひいては一般大衆へと拡散していくことになる。したがって、そのような状態がもたらされた場合に詐欺罪の成立を認めるとするならば、現実的被害を重視する2項詐欺説②によるのは困難となり、加盟店の交付行為それ自体を損害と見る1項詐欺説①によることになる。