

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察側が丙説を否定する積極的根拠は何か。
2. 検察側が犯意先行型の無銭飲食物事例と本問を同一視できるとする具体的な根拠は何か。
3. 仮に甲に詐欺罪が成立するとした場合、乙には詐欺の教唆が成立するのか。
4. 検察側の採用する A-2 説によれば、未成年者には成人向け雑誌を販売する意思のない書店から、未成年者が成人と偽って定価相当の代金を支払って当該雑誌を購入した事例では、
- 10 詐欺罪が成立するのか。
5. 詐欺罪というのは非親告罪であるところ、錯誤に陥ったかどうか、損失があったかどうかというのは個人の主観にかかるものである。A-2 説によれば、個人の主観において財産状況に変化がないという場合にも詐欺罪を肯定しうるようになるが、検察側はこのような帰結を妥当と考えるか。
- 15 6. 検察レジュメ 3 頁 33 行目「クレジットカード加盟店には、加盟店規約上・・・カード利用者と名義人の同一性の確認が義務付けられている。」とあるが、検察側は加盟店が本人確認のため具体的にどの程度の確認行為義務を負っていると考えているのか。

## II. 学説の検討

### 20 問題 1

#### 1. 名義を偽る行為だけで、欺罔行為となり、詐欺罪を構成するか。

##### (1) 甲説について

- 加盟店にとってはカードの有効・無効のみが重要であって利用者と名義人の同一性は関心ごとではなく、実際にはその確認はそれほど行われているわけではないことに鑑み
- 25 れば、名義の偽りが欺罔行為であるとみることはできない。

以上より、弁護側は甲説を採用しない。

##### (2) 乙説について

検察側と同様の理由により採用しない。

##### (3) 丙説について

- 30 思うに、クレジットカードというのは信販会社はその利用者への厳格な審査を経て初めて交付されるものである。とすれば、かかる交付はカード利用者への信販会社からの信用の表れであり、したがってクレジットカードを所持しているということは社会通念上経済的に信用のある人物であるいえる。もっとも、金銭の所有または金銭的価値の高いものの
- 35 所有によって個人に付加される価値としての信用と、クレジットカードを交付されこれを所有することによって生じる付加価値は、その性質を異にすると解する。

なぜなら、金銭というのは自己の意思によって自由に処分できる財産であり所有それ自

体によって個人への直接の信用が得られる。しかし、クレジットカードにおいてはカード自体はそれほど高価な価値を有するものではなく、経済的価値があるとされるのはカードを所有することによって得られる内容であるからである。

その内容とは具体的に個々の信販会社の規定によって異なるが一般に、カードの提示があれば一定限度額においてカード利用者はたとえ金銭を直接に有していない場合（来店したが現金を持ち合わせていなかった場合）やある期日まで金銭が取得できない場合（たとえば給料日前で現金の持ち合わせがなく、かつ貯金もない場合）であっても、一時的に信販会社がカード利用者の代わりに、売買代金の立替払いを行うという、いわば保証人的立場に信販会社が立つというものである。

- 5
- 10 すなわち、日常においてなされる売買契約における金銭又はクレジットカードの所有によって生じる個人に付加される価値の性質の決定的な差異は、社会から自分に向けられた個人の経済的信用であるか、自己の背後にある会社に向けられた経済的信用であるかに求められる。

- 15 とすれば、カードの提示があった以上、加盟店の信用の対象は個人でなく既に信販会社に向けられているものとみることができるとも、たとえ売買契約を締結した者が他人名義のカードを用いて売買していたとしても、加盟店はそのような個人を直接信用するのではなく、信販会社の支払能力を信用するのであるから、信販会社からの支払いがあった以上加盟店に錯誤はなく、よって名義を偽るだけでは何ら加盟店には錯誤は生じない。このことから加盟店が信用しているところの支払意思・支払能力、これを偽った場合に本件行為
- 20 を欺罔行為と認定し、詐欺罪の構成要件該当性が検討されるべきである。

したがって、検察側は丙説を採用する。

## 2.詐欺罪の成立要件として財産上の損害は必要か。

### (1)B 説について

- 25 検察側と同様の理由で採用しない。

### (2)A-2 説について

- 30 A-2 説は欺罔行為に基づく財産の占有移転をもって詐欺罪の客観的成立要件は満たされると解する見解であるが、交付自体が損害という説明を形式的に徹底する形式的個別財産説は、詐欺罪が財産犯であることを実質上否定しかねない。例えば未成年者には売
- 35 のない本屋から、青年と偽って相当の代金を支払って本を購入する行為まで詐欺罪とするのは行き過ぎである。これらの場合は、本当のことも知っても販売したであろうと推定されるので、錯誤と交付の因果関係が欠ける。つまり、詐欺罪を財産に対する罪と解する以上、被害者の錯誤が財産と実質的に関係のないものは除かれるべきである<sup>1</sup>。

- 35 また、詐欺罪と窃盗罪の法益侵害を同一視するのであれば、疑問が残る。というのも、窃盗罪は財物を手元に保持し利用することを保護するのに対して、詐欺罪は、財産取引の

<sup>1</sup> 前田雅英『刑法各論講義〔第四版〕』（東京大学出版会，2007年）287頁。

局面における、財産とその交付者の関係に着目した犯罪類型だからである。つまり、窃盗罪においては、「一定の財産を持っている」という「静的状態」の侵害が、詐欺罪においては、自分の意図したとおりにその財産を交換・処分するという、財産処分の「動的な自由」の侵害が法益侵害の内実をなすため、詐欺罪は窃盗罪と異なり、財物が移転したというだけでは犯罪は成立しえないと考える。したがって、詐欺罪が主に「財産処分・交換の動的な自由」を保護するものだとすれば、財産上の損害は提供された反対給付を含めて考えざるを得ない。たとえば、だまされなければ当該財産を交付しなかったとしても、財産の交付者は対価を獲得するために自らの財産を自らの意思で交付するのであるから、交付者にとって目的にかなった対価を得たなら、そのために手放した財産は、損害になりえないからである。

A-2 説がこの点を軽視しているとすれば疑問が残る。一方、提供された反対給付を考慮に入れて財産的損害の有無を判断する A-1 説が妥当に思う<sup>2</sup>。

### (3)A-1 説について

この点、A-1 説は、相当な対価の支払いがあったといえども、その対価の喪失を補うのは、あくまでも現実に取得した財物であり、被害者が得ようとしていた特質・効能を持った財物ではない。現に被害者が取得した財物は、使用価値としては被害者の支払った対価に相当しない価値しかないものである。したがって、交付の前後における財産状態の比較において、客観的な交換価値を比較するだけでなく、被害者にとっての使用価値をも比較の要素として実質的に判断する A-1 説が妥当である。

したがって、検察側は A-1 説を採用する。

## 問題 2

### (1)B 説について<sup>3</sup>

この説は、会員に支払意思も能力もないことが明白な場合には、加盟店はカード会社に不良債権が生じないようにすべき信義則上の義務によりサービスの提供を拒むべきであるから、その限度では加盟店も会員の支払意思・能力に関心をもっており、その点について欺罔と錯誤があるという見解である。

この説は、加盟店にクレジットカードを呈示した行為をもって欺罔行為ととらえている根拠として、会員がクレジットカードを呈示し売上票に署名することは、右利用代金を信販会社に立て替え払いしてもらい、後日これを同会社に返済するとの意思を表明したものであるということや、信用取引機構の存立維持のため信販会社に対してその不良債権の発生を回避すべき信義則上の義務を負担していることを挙げている。

しかし、行為の一態様としての黙示の挙動がいかなる表示内容をもつかは取引観によって定まるべきところ、加盟店でのクレジットカードの呈示と後の信販会社への支払いの間の時間的隔たりからみて、クレジットカードの呈示の表示内容は支払意思・能力の存在に

<sup>2</sup> 内田浩「詐欺罪における財産的損害」『法学教室 8 月号』（2010 年、有斐閣）36 頁。

<sup>3</sup> 松宮孝明『刑法各論講義[第 2 版]』（2008 年、成文堂）241 頁。

あるのではなく、加盟店が信販会社から商品代金を得られるということなのである。また、加盟店は会員の支払能力や支払意思には利害関係ないし関心を有しないし、その調査義務も負わない。なぜならば、そもそも加盟店がクレジットカード所持人の収入、財産関係、したがってその支払意思・能力について何ら調査する必要のないこと、つまり加盟店が賃  
5 倒れの危険を負うことのないことこそがクレジットカード取引の要点である。そのため、加盟店には会員資格とカードの有効性さえ確認すれば、カード会社に支払を請求できる権利があるし、個別に支払能力や信用を詮索されることなくサービスを受けられるのが、カード会員の権利だからである(人を騙すたぬきや架空の生き物である河童を使った某カード会社のCMは、これをメッセージとしているのである)。

10 したがって、クレジットカードの呈示が信販会社への支払意思・能力を表示しているとみることはできないし、支払能力や支払意思に関する欺罔は加盟店の処分行為の動機づけに影響を与えるべきものではない。また、前述の通り、加盟店の関心事は信販会社から立替払いを受けるということにあり、クレジットカード呈示人と信販会社の内部関係は関心外であるし、調査義務も負わないのであるから加盟店に信用取引機構の存立維持のための  
15 義務も観念しえない。そして、加盟店は会員資格とカードの有効性さえ確認すれば足りるのであるから、会員の代金支払意思・能力の有無を確認する必要はないため、クレジットカード呈示行為から錯誤は生じえない。

以上により、弁護側はB説を採用しない。

(2)γ-1説について

20 検察側と同様の理由で採用しない。

(3)γ-2説について

この見解は、だまされた加盟店が信販会社の財産を処分しうる結果として信販会社が財産被害をこうむるとする説である。

25 しかし、信販会社は、加盟店から売上票が送付されてきた場合、無効通知されたクレジットカードでないかぎり、会員の支払能力・支払意思の有無に関係なく、加盟店に代金決済をしなければならない。そうすると処分行為時に、信販会社には会員の支払能力・意思につき積極的に誤認があるとはいえない。そのため、錯誤が認められない。

したがって、加盟店への売上票の送付に会員の支払能力・意思の存在を表示内容とする黙示の挙動による欺罔行為を認めることはできないのである。

30 また、加盟店に信販会社の財産を処分する権限があるとするところにも問題がある。売上票の送付行為によって、自動的に信販会社の立替払いがなされ、損害が発生することから、加盟店に処分権限があるものとみられるのであるが、しかし加盟店の処分行為は商品の提供につきるのであって、加盟店は審判会社の財産を保管しているわけではない。立替払いには信販会社自身の別個の処分行為を必要とする。

35 したがって、加盟店に信販会社の財産を処分する権利があるとするのは、妥当ではない。

(4)α 説について<sup>45</sup>

この点について、そもそも詐欺罪における欺罔は、錯誤を惹起し、その錯誤は処分行為を引き起こすに相当なものである必要がある。そして、被欺罔者の関心外にある事実にある欺罔は錯誤を惹起しえないのである。

- 5 そのように考えると、自己名義のクレジットカードを支払能力も意思もないにもかかわらず使用した場合、クレジットカードの呈示行為は加盟店でのクレジットカードの呈示と後の信販会社への支払いの間の時間的隔たりがある。そのため、クレジットカードの呈示の表示内容は支払意思・能力の存在にあるのではなく、加盟店が信販会社から商品代金を得られるということを示すものであり、会員本人が支払うとまでは示す行為とはいえ、
- 10 加盟店に対する欺罔行為とはいえない。また、加盟店の関心としては、信販会社から立替払いを受けるということにあり、クレジットカードの呈示人と信販会社の内部的な関係については関心外であるといえるため、加盟店に対する錯誤も生じえない。

- 次に、クレジットカード会社に対しても、信販会社は、加盟店から売上票が送付されてきた場合、無効通知されたクレジットカードでないかぎり、会員の支払能力・支払意思の
- 15 有無に関係なく、加盟店に代金決済をしなければならない。そのため、錯誤も認められず、錯誤を惹起しえない以上、欺罔も認められない。そして、加盟店には信販会社の財産を処分する権利は認められないのであるから、加盟店の商品公布行為をもって、処分行為とすることはできない。

- また、仮に信販会社に対する欺罔はその処分行為は一応認められるとしても、信販会社
- 20 は、会員によって欺罔されようとされまいと加盟店に対して商品購入代金の支払いをしなければならないのであるから、信販会社における錯誤とその処分行為とのあいだには必然的な因果関係が存在しない。

- よって、加盟店に対しても、信販会社に対しても欺罔行為、錯誤が認められない以上、自己名義のクレジットカードを支払能力・意思がないにも関わらず、使用することは現行
- 25 刑法では何ら罪責を生じないと解するべきである。結果として不当というのであれば、1986年に新設されたドイツ刑法 266 条 b(小切手・クレジットカード濫用罪)のような立法的解決がなされるべきである。

したがって、弁護側は α 説を採用する。

30 III. 本問の検討

第1 問題 1 について

1. 甲の、乙本人に成り済まし、乙名義のクレジットカードを使用してガソリンスタンドから給油を受けた行為に詐欺罪(246 条 1 項)が成立しないか。

<sup>4</sup>刑法判例百選第 3 版。

<sup>5</sup> 山中敬一「自己名義のクレジット・カードの不正使用に関する一考察--西ドイツとわが国の判例と学説-1、2」『関西大学人文科学研究所』(1987 年)33 頁以下。

2. 詐欺罪が成立するためには、①欺罔行為、②錯誤、③錯誤に基づく処分行為、④財産的損害の発生が必要である。

(1) まず、①欺罔行為は相手方に錯誤を起こさせる行為であり、かつ処分行為に向けられた行為であることを必要とする。甲は乙の承諾を得て当該クレジットカードを使用  
5 しており、その際に乙本人であると成り済ましているがこれが欺罔行為に当たるのか。名義を偽ったことに、欺罔行為が認められるかどうか問題となる。

(2) この点弁護側は、丙説(消極説)を採用するところ、単に名義を偽るだけでは欺罔行為  
10 とは言えないと考える。

(3) したがって、本問においても甲の名義を偽る行為は①欺罔行為にはあらず、それ  
10 によって相手方が②錯誤し、③錯誤による処分行為を行ったとは言えない。

(4) よって、甲の行為は詐欺罪の構成要件該当性しない。

3. 甲はA社の請求に応じて代金を支払っており、ガソリンスタンドBは立替払いを受ける  
15 ことができる。したがって、このような場合にも④財産的損害の発生が認められるのか。また、そもそも詐欺罪の構成要件として④財産的損害の発生が必要か否か、必要であるとしてどのような場合に認められるが問題となる。

(1) この点、弁護側はA-1説を採用するところ、詐欺罪の構成要件には④財産的損害  
20 の発生が必要であり、さらにその損害が実質的なものであることを要すると考える。そしてその判断は、交付の前後の被害者の財産状態に格差が存在するか否かで見べきである。

(2) 本問において、被害者であるガソリンスタンドBは、甲に対してハイオクガソリン  
20 104.9ℓを給付している。その時点においてBには、その代金分の損失が認められる。しかしながら、Bは信販会社であるA社から代金の立替払いを受け取ることが出来、また甲はA社の支払いに応じて代金分の1万1748円を支払っているため、Bの交付前後のBの財産状態にはなんら格差が生じていない。

(3) したがって、本問においては④財産的損害の発生が認められない。

4. よって、甲の行為に詐欺罪の構成要件該当性は認められないため、詐欺罪は成立しない。

## 第2 問題2について

1. 甲の、口座に十分な金銭がないにもかかわらずそれを黙秘し、自己名義のクレジットカード  
30 を使用し給油を受けた行為に詐欺罪(246条1項)が成立しないか。詐欺罪の構成要件は先述の通りである。

2. しかし、加盟店であるガソリンスタンドBは、カード会社Aから代金の立替払いを受  
けられることから、そもそもBに対しては①欺罔行為も④財産的損害の発生もないと思われ、問題となる。

(1) この点、弁護側はα説(否定説)を採用するところ、加盟店は信販会社から代金の支払  
35 いを受けるのだから、加盟店に財産的損害の発生が認められず、またクレジットカードを用いる行為自体に欺罔行為が認められるわけではないから、それによって加盟店

は錯誤に陥ったとは言えないと考える。

(2) 本問において、BはAから給油代金の立替払いを受けることが出来るため、先述のα説における財産的損害の発生の判断基準に照らしても、交付の前後に財産状態の格差が生じたとは言えないため、④財産的損害の発生はない。また、クレジットカードを用いる行為自体を①欺罔行為とは認められないため、Bが②錯誤に陥ったとは言えず、それによる③処分行為も認められない。

3. よって、甲の行為は詐欺罪の構成要件に該当しない。

#### IV. 結論

1. 第1問において、甲はなんら罪責を負わず、不可罰となる。
2. 第2問においても同様とする。

以上

15

20

25

30

35

