

VI. クレジットカードシステムと背任罪

品 田 智 史*

目 次

- I. はじめに
- II. 日本の背任罪
- III. クレジットカードシステムにおいて背任罪が問題になり得る場面
- IV. おわりに

I. はじめに

本報告では、クレジットカード制度をめぐる犯罪のなかでも、いわゆるクレジットカードの不正使用以外の場面について検討する。本報告で取り扱う問題状況においては、中国刑法には存在しない背任罪の成否が問題になることが多いため、まず、日本における背任罪の意義、構成要件を概観したのち、問題となる場面について検討を加える。

II. 日本の背任罪

1. 総 説

背任罪（刑法247条）は、「他人のためにその事務を処理する者が、自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で、その任務に背く行為をし、本人に財産上の損害を加えた」場合を処罰する規定である。中国刑法においては、資金流用罪（同法272条）がこれに近いのではないかと推測される¹⁾。

日本の背任罪は、ドイツ刑法266条の背任罪（Untreue）と同じく、事務処理の委

* しなだ・さとし 大阪大学大学院法学研究科准教授

1) また、背任による上場会社利益損害罪（中国刑法169条の1）は、日本における株式会社の取締役等についての背任罪の加重類型である特別背任罪（日本会社法960条）と同様の性格を持つ規定であると解される。その他に、金融機関についても背任罪に類するものと評価できる犯罪類型が存在する（中国刑法185～189条）。

託を受けた者が、その委託に反して本人に損害を与えることを内容とする犯罪であるが、その処罰範囲については若干違いがある。ドイツ刑法においては、背任罪はホワイトカラー犯罪の一つであり、一定の社会的地位にある者が職業上犯す犯罪として理解されている。他方、日本においては、背任罪はホワイトカラー犯罪としての側面もちろん有するが、それ以外に、委託物横領罪（刑法252条）の補充的規定という側面も事実上有している。委託物横領罪は、委託を受けて他人の物を占有している者が、委託物を領得する犯罪だが、客体となるのは物（有体物）のみである。そこで、当罰的な利益の横領形態を処罰するために、委託物横領罪と同様に委託関係の侵害を内容とする背任罪を用いているのである。両国における背任罪の罪質の違いは、解釈論上、日本刑法の背任罪の主体の範囲がドイツ刑法に比して拡張されているという形であらわれている²⁾。このように財産犯について時代の変化に対応するための特別な規定を設けず、刑法典の文言の解釈により基本的に対処していく方法は、クレジットカードの不正使用に詐欺罪を適用する点にも見られたところであり、日本の財産犯規定の特徴と言ってよいであろう。

2. 背任罪の本質

日本においても、ドイツと同様、背任罪の本質とは何かについて従来から盛んに議論が行われてきた。その対立の中心となってきたのは、権限濫用説と背信説である。前者は、背任罪の本質を「法律上の処分権限ある者が権限を濫用する点」に見出す³⁾。ここにいう「権限」とは、法的代理権を指すと理解されている。この権限（代理権）濫用説によれば、そもそも、法律上有効な代理権を有しない者は、背任罪の主体とはなり得ないことのほか、背任行為は、代理権の範囲内にある有効な法律行為でなければならず、代理権を逸脱した行為や無効な行為は含まれないという帰結が導かれる。

他方、背信説とは、背任罪の本質を信任関係の違反に求める見解である。同説によれば、広く信任関係に違背する行為が背任となる。すなわち、行為が法律行為であるか事実行為であるか、法律上有効か無効か、作為か不作為かは問われない。

権限濫用説によれば、背任罪の成立範囲は明瞭となるが、同罪の成立範囲が過度に狭くなる。そのため、事実上の信任関係違背を背任と見る背信説が判例⁴⁾・通説

2) 後述Ⅱ 3(1)参照。

3) 瀧川幸辰「背任罪の本質」民商1巻6号（1935年）11頁。

4) 大判1914（大正3）年6月20日刑録20輯1313頁などを参照。

となっている。しかし、単に「信任違背」というだけでは、背任罪の成立範囲が広範・無限定なものとなるため、同説の論者は、個々の要件（特に主体）の解釈に際して限定を加えている。

3. 背任罪の構成要件一般

(1) 事務処理者

背任罪は、「他人のためにその事務を処理する者」（事務処理者）を主体とする身分犯である。判例・通説である背信説を採用する場合、主体の要件との関係で、単なる債務不履行と背任罪として処罰される信任違背を区別することが必要となる。この点、「他人のためにその事務」という文言からは、「他人の事務」を他人に代わって行うことを要するというのが一般的な理解である。これにより、本人と行為者が対向関係にある消費貸借契約、売買契約などにおける給付義務の不履行を「単なる債務不履行」として背任罪の成立範囲から除外しようとするのである。

判例も、従来、単なる給付義務の不履行を背任罪の成立範囲から除いていた。例えば、大審院1919年（大正8）年7月15日判決⁵⁾は、鉱業権という権利がある人に売り渡した後、権利移転登録申請（効力発生要件）を行う前に、他者に同権利を売り渡しその手続をなしたという鉱業権の二重譲渡事例において、背任罪の成立を否定している。

しかし、判例は、その後、上記事例と類似の事案において背任罪の成立を認めており、事務処理者の範囲を拡張している。すなわち、ある債権者のために既に抵当権を設定しておきながら、その抵当権が未登記であることに乗じて、別の債権者のため後に再び抵当権を設定し登記を了するといういわゆる二重抵当の事案⁶⁾や、県知事の許可を条件とした農地の売買⁷⁾後、許可がある前に農地を処分した事案⁸⁾、質権設定者が質権設定後に除権判決を申し立て、株券を失効させた事案⁹⁾において、最高裁は、いずれも背任罪の成立を認めたのである。このような最高裁の立場を理論的にどのように基礎づけるのかについては議論があるが、一つの有力な考え方は、上記各事例においては、対象となる財産が本人に既に実質的に移転しているが、登記や対抗要件などの形で形式的な処分権限を行為者がなお有しているという

5) 新聞1605号21頁。

6) 最判1956（昭和31）年12月7日刑集10巻12号1592頁。

7) 農地売買において、県知事の許可がなければ所有権は買主に移転しない。

8) 最決1963（昭和38）年7月9日刑集17巻6号608頁。

9) 最決2003（平成15）年3月18日刑集57巻3号356頁。

点が、単なる給付債務不履行の事例との違いであるとする¹⁰⁾。例えば、二重抵当や農地売買の事例においては、登記名義をなお移転していないことをもって形式的な処分権限が行為者にあるとされ、除権判決の事例においては、行為者が株主の地位にあった質権設定者であったため¹¹⁾、公示催告・除権判決の申立てをすることにより、株式質を喪失し得る地位にあったと評価されている。しかしながら、このような基準においても単なる債務不履行と前記事例との区別は不可能であるとして、反対説も有力である¹²⁾。

なお、背任罪の主体は委託された事務についてある程度の裁量の余地を有するとの有力説があるが、前述の事例において既に明らかなように、判例においてはそのような限定は要求されておらず、通説もこれを認めている¹³⁾。

(2) 任務違背

背任罪の行為態様は「その任務に背く行為」（任務違背行為）である。任務違背は、「事務処理における信任関係に違背する行為」などと定義されている。任務違背の具体的な判断基準については、法令・定款の違反があれば直ちに任務違背を肯定し、実質的な不当性は後述の図利加害目的要件などで審査されるべきとの見解もあるが、判例・通説はそのような立場をとらず、法令・定款違反をあくまで「手がかかり」として、当該措置が「通常の事務処理の範囲」から逸脱しているかなどを実質的に判断している。

(3) 財産上の損害

背任罪が既遂になるためには、「財産上の損害」が必要である。一般的な理解によれば、背任罪は窃盗、詐欺、横領などの個別財産に対する罪に対して、全体財産に対する罪であるとされている。「全体財産に対する罪」とは、「被害者の財産状態全体に対して侵害が加えられ損害を生じた場合に成立する犯罪」であり、その具体的帰結として、「財産上の損害」を判断するためには、財産の喪失及び取得を全体として評価し、犯罪行為によって損害が生じたが、同時に相当対価の反対給付を取

10) 西田典之『刑法各論 [第 6 版]』(2012年) 257頁、香城敏磨「背任罪の成立要件」阿部純二ほか編『刑法基本講座第 5 卷』(1993年) 263頁参照。

11) 質権設定者も公示催告申立権者となる。

12) たとえば、山口厚『刑法各論 [第 2 版]』(2011年) 323頁以下参照。

13) 他方、ドイツにおいては、背任罪の主体には裁量の余地を必要とするのが通説である。たとえば、Schönke/Schröder/Walter Perron, 28. Aufl. (2010) §266 Rn 23a参照。

得したような場合には、既遂犯の成立が否定される。喪失及び取得した財産は、経済の見地により評価される¹⁴⁾。たとえば、銀行の取締役が信用に不安のある企業に無担保で融資を行う場合、銀行は企業に対する現金の貸付と同時に、企業に対する返還請求権という債権を取得する。この場合、銀行が取得した債権は、たしかに、額面上は貸し付けた現金と等価であるといえることができる。しかしながら、金融機関の取得した債権は実現可能性に乏しいもので、経済的に評価すれば貸付金と等価とはいえず、損害があると評価されるのである。

（4） 図利加害目的

以上の客観的要件に加えて、背任罪の成立には、「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的」（図利加害目的）という主観的要件が必要である¹⁵⁾。図利加害目的は、条文上、自己・第三者図利目的、本人加害目的のいずれかを有していれば認められるが、加害目的と「財産上の損害」要件に対する故意が重複するように見えることから、その意義が議論されている。この点、図利加害の積極的意欲や確定的認識を要求する見解もあるが、学説においては同要件を動機と理解する見解が有力である。その中でも、判例が採用しているとされる見解は消極的動機説と呼ばれる。同説によれば、図利加害目的は、「図利加害の認識・認容があり、かつ、本人図利の動機がないこと」を内容とし、本人の利益のためにする行為を背任罪から排除する機能を持つ。この見解によれば、自己・第三者図利の動機も本人図利の動機もない場合であっても、背任罪は成立することになる。なお、本人図利目的と、自己・第三者図利目的が併存する場合、いずれの目的が主であるかによって図利加害目的が判断される。

（5） 他罪との関係

以上の成立要件の問題に加え、従来活発な議論が行われてきたものとして、同じ委託信任関係の違反を内容とする委託物（業務上）横領罪との関係が挙げられる。現在の有力な見解によれば、背任罪と委託物横領罪は交差する二つの円の関係にあり、両罪の区別はその交差する部分においていずれの犯罪が優先的に成立するかという問題として捉えられ、横領罪が優先されると理解されている。したがって、両罪の成立が問題になり得る場合、委託物横領罪の成立要件を検討してその要件を満

14) 判例（最決1983（昭和58）年5月24日刑集37巻4号437頁）。通説である。

15) ドイツ法にはこのような主観的要件はない。

たせば委託物横領罪が成立し、同罪の成立要件が満たされない場合には、背任罪の成立要件を検討することになる。

学説においては、行為者が与えられた権限を超えた場合には委託物横領罪が、権限を逸脱しておらず濫用にとどまる場合には背任罪が成立するという見解も有力に主張されている。しかしながら、権限逸脱と権限濫用の区別は同説の論者によっても明確ではないこと、客体が利益である場合には権限逸脱であっても背任を認めざるを得ないことなどが批判されている。

Ⅲ. クレジットカードシステムにおいて 背任罪が問題になり得る場面

以下では、クレジットカードシステムとの関係で背任罪が問題となり得る3つのケースを挙げて検討する。

1. カード会員が他人にカードを使用させていた事例

背任罪の成立が問題になり得る事例としてまず考えられるのは、カード会員が他人（非会員）にカードを一定限度の条件付きで使用させている場合に、非会員が、その限度額を超えたカードの利用を行う事例である。

この場合、会員との関係で委託物横領罪の成立は考えにくい。非会員は、クレジットカードを用いて、実質的には会員の資金（通常は引き落とし口座に入っている）を自己のために消費しているわけであるが、その金銭という財物を占有しているとはいえないからである。たしかに、横領罪における「占有」要件は、行為者の委託財産に対する支配力を意味するものであるので法律上の占有でもよいと一般的に理解されており、例えば、行為者が委託された預金の正当な払戻権限を持つ場合には、預金されている金銭に対する法的な占有を認めるとされている（いわゆる預金の占有）。しかし、この法律構成は、実際には、占有だけではなく、物概念さえも拡張するものであり、取扱いは慎重でなければならない¹⁶⁾。行為者は会員から預かったクレジットカードによる商品購入を通じて、会員の預金口座にある金銭を事実上処分することが可能である。しかし、その実質は会員に債務を負担させた反射的效果に過ぎないのであって、預金口座の金銭を処分できる権限を有していると

16) 「預金の占有」構成を否定する見解として、松宮孝明『刑法各論講義〔第3版〕』（2012年）272頁。

は評価できないであろう。

なお、クレジットカードの限度額を超えた使用により、クレジットカード自体を財物としてその横領と構成する余地はあり得ないではないが（この場合、カードの所有権は通常、カード会社にあるため被害者はカード会社になる）、被害を被っているのは会員である以上、そのような構成は実態にそぐわないであろう¹⁷⁾。

背任罪の成否を考える際、問題となるのは、カード会員が他者にカードを利用させることは、クレジットカードシステムの規約上、一般的に禁止されているという点である。また、他人名義のカードを用いて加盟店から商品・サービスを購入する行為は、加盟店に対する詐欺罪をも構成するとされている¹⁸⁾。このように、他者の利用がそもそも認められていないのに、非会員によるカード会員との間の委託関係を保護してよいのかという点が問題となる。

委託関係が民事上無効や取り消し得る場合であっても、背任罪における委託信任関係は否定されないという理解が一般的であると解される¹⁹⁾。他方、同様に委託信任関係を犯罪の成立要件とする委託物横領罪において、盗品の保管・あっせんを委託された者が当該委託に反し物を領得する場合、委託信任関係は保護されないという理由で委託物横領罪を認めない見解が有力である²⁰⁾。このことと比較して、委託関係がいわば詐欺の一部を構成するといえる本事例の場合、委託信任関係を保護してよいのかという問題が生じ得るであろう。もっとも、盗品の横領の場合、被害者（最初に盗まれた人）との関係では盗品等罪（刑法258条）が成立しているのに対し、本事例の場合には、背任罪の成立を否定すれば被害者（本人）との関係では犯罪は成立しないことになる。また、カード会員が非会員にカードの使用を許したことが詐欺を構成し得るとしても、盗品の横領の場合と異なり、被害客体（会員の財産）自体は適法なものであるので、背任罪の成立を肯定する余地はあると思われる。

17) この場合、カードの所有権は通常カード会社にあるため被害者はカード会社になる。

18) 最決2004（平成16）年2月9日刑集58巻2号8頁。

19) この点、横領罪のように必ずしも議論があるわけではないが、委託関係の発生根拠に事務管理・慣習が含まれ、また、客観的な信任関係でよいとされていることから、当然の前提とされているものと思われる。

20) 西田・前掲注10) 243頁、山口・前掲注12) 303頁以下など。

2. 加盟店の従業員がカードの不正利用者と通謀している、

若しくは、途中で不正利用に気付いた場合

(1) 加盟店との関係

カード会員が支払意思なく加盟店から物・サービスを購入する場合、日本の裁判例においては、加盟店の商品を詐取したとして、加盟店に対する 1 項・2 項詐欺が成立する²¹⁾。では、加盟店の従業員が、カード会員が不正利用をしていることに気付いた場合や、そもそも、カード会員と通謀して不正利用を行おうとする場合は、どのような犯罪が成立するであろうか。

この問題は、加盟店の従業員に物・サービスの処分権限があるか否かによって結論が異なると解される。まず、従業員に処分権限がない場合、従業員は、単独で若しくは会員と共謀して、加盟店の処分権者を欺罔して物・サービスを会員に販売させることになるので、加盟店に対する 1 項・2 項詐欺（の共犯）が成立することになる²²⁾。

次に、従業員に処分権限がある場合、処分権者の錯誤による交付行為が存在しないため、詐欺罪の成立は問題にならない。この場合、販売する商品が物であれば、従業員は、加盟店の物を処分権限を有することによって占有していると評価できるため、物を会員に販売した点を捉えて加盟店に対する業務上横領罪（刑法253条）が成立し得る²³⁾。業務上横領罪の成立において問題になるのは、（支払意思のない）カード会員に対する物の販売行為が横領行為に該当するか否かである。本人の名義かつ計算で取引を行う場合、前記 II 3(5)のいずれの立場に立っても横領行為とは評価されない²⁴⁾。加盟店の従業員が商品をカード会員に販売する場合、当該法

21) 福岡高判1981（昭和56）年9月21日刑月13巻8＝9号527頁、東京高判1984（昭和59）年11月19日判タ544号251頁など。

22) 本江威憲監修『民商事と交錯する経済犯罪Ⅱ』（1995年）277頁。また、古田佑紀「クレジットカードの不正使用」経営刑事法研究会編『経営刑事法Ⅰ』（1986年）187頁。

23) ただし、詐欺罪の被欺罔者であることを基礎づける処分権限と、窃盗罪と横領罪の区別としての占有の有無を基礎づける処分権限の意義が完全に一致するかどうかについてはなお検討を要すると思われる。この点の詳細な検討は本報告では行わないが、仮に行為者たる従業員の処分権限が被欺罔者性を基礎づけても、占有を基礎づけなければ、窃盗罪が成立することになる。また行為者が占有者と評価されても、それ以外の者も（被欺罔者とは評価できないが）占有者と評価できる場合には共同占有となるため、横領罪ではなく窃盗罪が成立する。

24) 領得行為とも権限逸脱とも評価されないためである。判例は、この基準を用いて横領と背任を区別していると評価されている。大判1914（大正3）年6月13日刑録20輯1174頁、最判1958（昭和33）年10月10日刑集12巻14号3246頁など。

律行為の名義は加盟店であることに間違いはない。問題は、当該行為が加盟店の計算といえるか、すなわち、加盟店に経済的な効果が帰属しているといえるかという点である。もっとも、この判断はかなり実質的に行われており、必ずしも明確な基準があるわけではない。従業員に商品の処分権限があるとしても、支払能力・意思のない者と通謀して同人に商品を販売することは許されていないと考えるのであれば、形式的には加盟店名義であっても、その経済的効果は加盟店には帰属しないと見て、横領行為と評価される余地がある。

業務上横領罪が成立しない場合、又は、販売する商品がサービスの場合（委託物横領罪の成立はおよそ問題にならない）、加盟店に対する背任罪の成否を問題とすることになる。背任罪の成否において問題になるのは、財産上の損害の有無である。すなわち、加盟店はサービスを提供したとしても、その代金の支払いを原則的にカード会社から受けられることになるため、損害が発生していないと一般的に理解されているのである²⁵⁾。このように、物の場合には業務上横領罪が成立し得るのに対して、サービスの場合には背任罪が成立せず、不可罰となるのは、背任罪が全体財産に対する罪であるのに対し、業務上横領罪が個別財産に対する罪であることからくる帰結である。

しかしながら、この結論に不都合はないであろうか。すなわち、ここでは財産上の損害を考慮するか否かのみで処罰の可否が分かれているが、業務上横領罪の成立に財産上の損害が必要ではないのかについてあらためて考える必要があるように思われる。日本において、横領罪は所有権を保護法益とする財産犯であると解されているが、被害者に実害がない場合にまで犯罪を成立させる必要はなく、やはり横領罪においても財産上の損害の要素は何らかの形で考慮される必要があると解すべきであろう²⁶⁾。また、財産上の損害の有無については、詐欺罪の成否においても同様に問題になり得る。実際、学説の多くは、クレジットカードの不正利用の形態において、加盟店に被害が生じていないことを理由に、被害者をカード会社とする三角詐欺の理論構成を主張しているのである²⁷⁾。

25) 厳密に言えば、提供した商品に相応する対価と評価されるのは、カード会社に対する代金支払請求権である。

26) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第13巻 [第2版]』（2000年）384頁〔吉本徹也〕は、「横領罪は財産罪であるから、財産的損害の全く発生していない場合にまでその成立を認めることはできない」とする（ただし、必ずしも本文のような事例を念頭に置いているわけではない）。

27) 中森喜彦『刑法各論 [第3版]』（2011年）123頁、西田・前掲注10）202頁以下、山ノ

なお、カードの不正利用の形態が他人名義のカードの不正利用の場合には別の考慮が必要である。自己名義のクレジットカードの不正利用の場合と異なり、カード会員と購入者の同一性はクレジットカードシステムの根幹にかかわる内容であり、加盟店が本人確認を怠れば規約上カード会社から商品代金の支払いがなされない可能性がある。具体的に言えば、加盟店は、カード会社に対して事実上代金支払請求を行うことは可能であるが、実際にはその請求権はカード会社に拒絶され得るものであり、実現できないリスクを負ったものと評価される。したがって、経済的見地から財産上の損害が認められ背任罪が成立する可能性があるであろう。

(2) カード会社との関係

では、実際の被害者であるカード会社との関係では、加盟店の従業員にいかなる犯罪が成立するであろうか。まず従業員に商品の処分権限がない場合、裁判例の立場に従えば、従業員はカード会員の代わりに若しくは共犯として加盟店に対する詐欺罪が成立し、クレジットカードの不正利用において被害者をカード会社とする三角詐欺構成を採る有力説によれば、従業員に処分権限がない場合には、被害者をカード会社、処分権者を加盟店の決済権者とする三角詐欺が成立する。他方、従業員に商品の処分権限がある場合、カード会社に対する背任罪が成立する余地があるであろう（物をカード会員に提供した場合には加盟店に対する横領も成立し得る）。この場合、問題となるのは、加盟店の従業員がカード会社の事務処理者といえるか否かである。この点、前述の三角詐欺構成を採る立場は、加盟店の従業員がカード会社との関係で事務処理者に該当することを前提としているとも思われるが、あらためて検討が必要であろう。事務処理者の意義・限界について、II 3(1)で述べた判例の立場を基礎づける有力説に立つ場合、加盟店がカード会社との関係で財産の形式的な処分権限を有していることが必要であるとされる。この観点からは、加盟店（の従業員）は、会員への商品の販売によりカード会社に立替払請求権を生じさせることで、カード会社の財産一般に対する処分権限を有しているといえなくもない。しかしながら、このような基準に従えば、債権者は債務者との関係で常に事務処理者性が認められることになりかねず不都合が生じる。実際、判例が事務処理者を認めた事案も、担保権の侵害の事案や登記などの対抗要件具備の関係でなお処分権が行為者に留保されている場合のみである²⁸⁾。

ㇿ口・前掲注12) 266頁。

28) 広島地判2002(平成14)年3月20日判タ1116号297頁は、請負代金支払のために融資

また、加盟店に対して詐欺罪における欺罔行為及び錯誤が成立する論拠を、信義則上加盟店が支払意思・能力のないカードによる取引を拒絶すべき点に求めるのであれば、処分権者が不正使用であることを秘してカード会社に支払いを請求することについても、詐欺罪と評価される余地がないわけではない²⁹⁾。しかし、そのような信義則上の義務を根拠に詐欺罪を認めることについては議論があるところである³⁰⁾。他方、他者名義のクレジットカード不正利用の場合、その事実を知っているながら加盟店の従業員がカード会社に代金を請求する場合には、別途詐欺罪が成立し得ることに問題はないと解される。

仮に背任と詐欺のいずれも成立すると解した場合、両罪の関係が問題になる。背任罪と詐欺罪の関係も、背任罪と横領罪の関係と同様に、両者が同時に成立する場面があることを前提に、どちらが優先するかを考えることになるものと解される。そして、背任罪は、あくまで補充的な犯罪類型である以上、詐欺罪が成立する場合にはそちらが優先するとの理解が有力である。一部の見解は、背任と横領の場合と異なり、背任と詐欺の場合には背任罪についてのみ委託信任関係の侵害があることから両罪の観念的競合を唱えるが、委託信任関係はあくまで財産の侵害態様にすぎないと思われる³¹⁾。

3. 加盟店の従業員が、架空売買により代金をカード会社から得る場合

最後に、従業員が、カード会員と通謀するなどして売買を仮装し、カード会社から代金を取得する場合が考えられる。ここでは、加盟店との関係では財産犯の成否は問題にならない。2の場合と異なり、商品の流出が存在しないからである。加盟店が架空売買により得た利益は、カード会社からの損害賠償請求により返還され得るが、利益自体が犯罪行為により得たものであり、損害賠償請求の反対給付といえるため、損害賠償請求（の可能性）をもって損害と構成することはできない。また、従業員が架空取引という犯罪行為を行ったことによる加盟店の信用低下を経済

↘金が振り込まれる預金口座の指定を債権者と合意したのに、実際には同合意とは異なる口座を指定した者について、「未だ物権的な信任関係」はないことを理由に背任罪の成立を否定している。

29) 本江・前掲注22) 277頁。

30) 松宮・前掲注16) 250頁参照。

31) 観念的競合を認める見解は、従来の通説であったが、現在は、詐欺罪が優先するという立場が多く主張されている。判例（最判1953（昭和28）年5月8日刑集7巻5号965頁）は詐欺罪のみを認める。

的な損害と見て、そのみを理由として背任罪を成立させることも困難であろう。

したがって、もっぱらカード会社との関係で犯罪の成否を検討することになる。架空売買の場合、商品が現実には販売されていない以上、カード会社に支払義務は存在しないため、架空売買であることを秘して売上票をカード会社に送付し代金を請求する行為は当然詐欺罪に該当する。判例においても、傍論ではあるが詐欺罪の成立を示唆したものが見受けられる³²⁾。また、2と同様に背任罪の成立も考えられるが、結局のところ詐欺罪が優先するであろう。

IV. おわりに

クレジットカードの不正利用を巡る問題においては、登場人物が多く、また、民事上の複雑な契約関係が絡むため、刑事責任を問う場合にも様々な考慮が必要である。もっとも、従来の議論は、カード会員による不正利用の事例が中心であり、また、日本の実務においては、加盟店に対する詐欺罪を認めることでこの問題が既に決着したような感さえ漂っている。しかしながら、今回挙げた事例のように、クレジットカードを巡る財産犯の問題は未だ様々な議論の余地を残しており、不正利用の問題も、それらの事例についての処理と併せてあらためて検討する必要があるように思われる。

32) 最決2003（平成15）年12月9日刑集57巻11号1088頁。