琉球大学学術リポジトリ

テレホンカードと変造有価証券交付罪

メタデータ	言語:
	出版者: 琉球大学法文学部
	公開日: 2007-10-28
	キーワード (Ja):
	キーワード (En):
	作成者: 清水, 一成, Shimizu, Kazushige
	メールアドレス:
	所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/2162

テレホンカードと変造有価証券交付罪

清水一成

一　はじめに
二　争点と最高裁の判断
三　判例・学説の概観と整理
四　有価証券の文書性
五　おわりに

一　はじめに

カード式公衆電話機に挿入すれば小銭がなくとも通話ができるという利便性を歌い文句として昭和五七年一二月に日本電信電話公社が発行を開始したテレホンカードは、同公社が民営化され日本電信電話株式会社（以下、NTTという）となった後も着実に普及し続け、現在では我国の各種プリペイドカードの中で最大の発行枚数を誇る存在となっている。ところが近年、NTTが発行した真正な五〇度数のテレホンカードの磁気記録部分を改竄して通話可能度数を電話機内蔵ソフトの限界である一九九八度に書き換えた不正なカードが大量に作成され、これが商品ブローカーらの間で順次売却されるという事件が相次いで発覚した。さらにごく最近では、このようなカードを入手した者が実際に電話機で使用するというケースも発生している。

ところで、これら一連の事件に先立つ昭和六二年には「刑法等の一部を改正する法律」（法律第五二号）に基づいて電磁的記録にかかわる一定の不正行為を処罰する諸規定が刑法典中に新設され、その結果、テレホンカードの磁気記録部分の度数情報を不正に書き換える行為は電磁的記録不正作出罪（刑法一六一条ノ二第一項）に、また不正に情報を書き換えたテレホンカードを電話機に用いる行為は不正作出電磁的記録供用罪（刑法一六一条ノ二第三項）及び電子計算機使用詐欺罪（刑法二四六条ノ二）にそれぞれ該当すると考えられることとなった[1]。ところが、その中間にあって単に不正に書き換えられたテレホンカードを他人に売却する行為については、不正作出電磁的記録の交付行為を処罰する規定が置かれなかったために、少なくとも新設規定の関係からは処罰することができない。しかも行為者は売却の際にそれが改竄されたテレホンカードであることを相手方に明かしていたので、詐欺罪を適用することもできない。しかしそうすると、明らかに当罰性があると思われるにもかかわら

ず、かなり多くの被疑者について不起訴とせざるを得なくなる。おそらくは以上のような事情から、検察官は「テレホンカードは有価証券である」と解したうえで、その度数情報の改竄行為は有価証券の「変造」にあたり、改竄されたテレホンカードを電話機で使用する行為は変造有価証券の「行使」にあたるとして、改竄されたテレホンカードの売却を行った者を変造有価証券交付罪（刑法一六三条一項）で起訴したのである。[2]

地裁段階では、若干の無罪判決も出されたものの、同罪の成立を認める有罪判決がむしろ圧倒的多数を占めた。[3] しかもその後のいくつかの高裁判例はいずれも有罪を認めるものであり、最高裁もつい先頃に至って有罪を支持する決定を下した[4]ので、実務においてはもはや一応の決着がついたという感は否めない。しかし右最高裁決定以前に存在していた有罪判例のいくつかは、その結論に至る過程において必ずしも最高裁と同様の論理を採っていたわけでもない。また、この問題をめぐってすでに相当数にのぼる学説が公表されている[5]が、それらの中にも、結論の点では有罪としつつも最高裁の採用した論理には明らかに反対しているものが少なからず存在している。そしてもちろん、変造有価証券行使罪の成立を否定する見解も依然として有力に主張されているのである。このような状況を考えると、この問題にすでにピリオドが打たれたとすることは適当ではない。一通り判例が出揃った今、あらためて従来の議論を整理・分析することによって、とりわけ最高裁決定の是非を検討しようとするのが本稿の目的である。

注

（1）中山研一・神山敏雄編『コンピュータ犯罪等に関する刑法一部改正（注釈）（改訂増補版）』（一九八九年）八一頁、一二九頁、米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』（一九八八年）七七頁以下、一二四頁、山口厚「テレホンカードと

有価証券変造」ジュリスト九五一号（一九九〇年）五二頁、宮澤浩一＝平良木登規男＝島岡まな「改変テレホンカードと変造有価証券交付罪の成否（上）」判例時報一三四三号（一九九一年）一六四頁などを参照。

なお、第百八回国会衆議院法務委員会議録第四号九頁には、残度数を虚偽のものに改変したテレホンカードを電話機の差し込み口に挿入する行為は電子計算機使用詐欺罪に該当するという米澤慶治法務大臣官房参事官の説明がある。

（2）　これとの関係で、度数情報の改竄行為は電磁的記録不正作出罪より法定刑の重い有価証券変造罪（刑法一六二条一項）で、改竄されたカードの電話機での使用行為はやはり不正作出電磁的記録供用罪あるいは電子計算機使用詐欺罪よりも法定刑の重い変造有価証券行使罪（刑法一六三条一項）でそれぞれ起訴されている。これらに関する裁判例は、まだ出ていない。

（3）　小島吉晴「変造テレホンカード事件についての裁判の動向―その2」研修五〇七号（一九九〇年）二八頁によると、平成二年七月末までの第一審の判決の概況は、有罪判決合計二一件（うち確定一五件、弁護人控訴六件）、無罪判決合計三件（いずれも検察官控訴）となっている。

（4）　最三決平成三年四月五日刑集四五巻四号一七一頁。

（5）　すでに前注（1）で引用した山口・ジュリスト九五一号五二頁以下、宮澤＝平良木＝島岡・判例時報一三四三号一六四頁以下（なお、同論文の（中）は判例時報一三四六号一六四頁以下に、（下）は判例時報一三四九号一六四頁以下に掲載されている）、前注（3）で引用した小島・研修五〇七号二八頁以下の他、さらに次のようなものがある。古田佑紀「テレホンカードの磁気部分の度数情報を改竄する行為と有価証券の変造」研修四九五号（一九八九年）四一頁以下、山口厚「プリペイドカード　実態と法的問題点」法学教室一一一号（一九八九年）六頁以下、岩村修二「変造テレホンカード事件についての裁判例の動向」研修四九九号（一九九〇年）四八頁以下、大谷實「テレホンカードの改ざんと有

価証券偽造の罪」研修四九九号（一九九〇年）二〇頁以下、三浦正充「テレホンカードの改ざん行為をめぐる問題点」捜査研究四五七号（一九九〇年）一九頁以下、川端博「変造テレホンカードと変造有価証券交付罪」法学セミナー四二二号（一九九〇年）一一五頁、前田雅英「テレホンカードと変造有価証券交付罪」法学セミナー四二三号（一九九〇年）八二頁以下（同論文は『刑法演習講座』（一九九一年）四二一頁以下に所収されている）、浅田和茂「変造テレホンカードと刑法」法学セミナー増刊「法学入門」（一九九〇年）四二頁以下、曽根威彦「変造テレホンカードの交付と変造有価証券交付罪の成否」法学セミナー四三五号（一九九一年）一一七頁、角田正紀「テレホンカードの磁気部分の度数情報を改変する行為と有価証券の変造－東京高裁平成二年六月二五日判決－」法律のひろば四四巻一号（一九九一年）五七頁以下、同「プリペイドカードの有価証券性　テレホンカード変造事件に関する判例をめぐって」ＮＢＬ四六九号（一九九一年）二八頁以下、同「変造有価証券行使の既遂罪の成立が認められた事例」研修五一四号（一九九一年）二九頁以下、山中敬一「変造テレホンカードと変造有価証券交付罪の既遂」法学セミナー四三八号（一九九一年）一三一頁、同・「プリペイドカード関連犯罪」法学教室一三二号（一九九一年）二八頁以下。

なお、特に最高裁決定に触れたものとして、岩橋義明「改ざんテレホンカードと有価証券変造罪等の成否－最高裁第三小法廷平成三年四月五日決定－」法律のひろば（一九九一年）五二頁以下、「テレホンカードの有価証券性と最高裁判例」金融法務事情一二八五号（一九九一年）三八頁、山中敬一「テレホンカードの不正使用と有価証券変造罪・変造有価証券交付罪の成否」法学セミナー四四二号（一九九一年）一二三頁、平川宗信「テレホンカードは有価証券か」法学教室一三三号（一九九一年）一一二頁、前田雅英「変造テレホンカード上告審決定」判例評論三九五号（一九九二年）六二頁、林幹人「テレホンカードと有価証券変造」法学教室一三八号別冊判例セレクト'91（一九九二年）三七頁がある。

二　争点と最高裁の判断

（一）争点

この問題に関する下級審の判例は公刊物に搭載されたものだけでも一〇件を越えており（平成三年九月現在）、それ以外のものも合わせるとすでにかなりの数に達している。[6] これらのうち無罪の言い渡しがあったのは東京地（刑事一一部）判平成元年九月二八日判例時報一三二五号一五八頁、千葉地（刑事三部）判平成元年一一月二日判例時報一三三二号一五〇頁、千葉地（刑事三部）判平成二年二月二二日判例集未搭載の三例のみで、その他の地裁および高裁の判決はすべて変造有価証券交付罪の成立を肯定したものである。多くの文献によって指摘されているように、これらの裁判例で争点となったのは変造有価証券行使罪の構成要件をめぐる次の三つの問題であった。すなわち、①テレホンカードは「有価証券」といえるか、②テレホンカードの度数情報の改竄は「変造」といえるか、③改竄されたテレホンカードを電話機で使用する行為は「行使ノ目的」の「行使」といえるか、である。

（二）最高裁決定の判断

平成三年四月五日に第三小法廷が下した決定は、以上の争点のすべてに肯定的判断を示して変造有価証券交付罪の成立を認めた。各争点についての最高裁の判断を示すと、まず有価証券については「テレホンカードの磁気情報部分並びにその券面上の記載及び外観を一体として見れば、電話の役務の提供を受ける財産上の権利がその

証券上に表示されていると認められ、かつ、これをカード式公衆電話機に挿入することにより使用するものであるから、テレホンカードは有価証券に当たる。……従来、有価証券が文書であると考えられてきたのは、一般に文書の形態のものしか存在しなかったからであるにとどまり、文書でないものは有価証券に当たらないと解することはできない。……〔昭和六二年の刑法一部〕改正の経過から、電磁的記録を含むテレホンカードのようなものは有価証券ではないことが確認されたと解することはできない」、次に変造性については「有価証券の変造とは、真正に作成された有価証券に権限なく変更を加えることをいうと解されるところ、テレホンカードを有価証券と解する以上、その磁気情報部分に記録された通話可能度数を権限なく改ざんする行為はこれにあたる」、最後に行使の点については「偽造等をした有価証券の行使とは、その用法に従って真正なものとして使用することをいうと解されるから、変造されたテレホンカードをカード式公衆電話機に挿入して使用する行為は、変造された有価証券の行使に当たる」というものであった。なお、本決定には二名の裁判官の補足意見が付されているが、その要旨は、法廷意見の立場によると券面上の記載及び外観からテレホンカードであることが全く分からないいわゆるホワイトカードを有価証券変造罪等として処罰できず処罰の均衡性が失われる結果となるので、電磁的記録を含むカードについて、関係規定の総合的な整備を図る必要があるとするものである。

以上の最高裁の判断はすでに下級審の大半が採っていた見解を確認したものであり、その意味で特に新味があるというものではないが、これにより、今後同種の事案の処理がほぼ同じ方向で行われるであろうことを考えるなら、その意義は重大であるといわざるをえない。そこで最高裁の採用した論理が検証されなければならないが、その際には、とりわけテレホンカードのような新しい「権利媒体」に関する不正行為を有価証券犯罪の枠でとらえることの是非が問題となろう。以下では、まず、それぞれの争点についてこれまでに示されてきた判例および

学説の対応を概観し整理することによって、この問題の本質がどこにあったのかを探ることにしたい。

注

（6）　平成二年三月までの地裁判例については、宮澤＝平良木＝島岡・判例時報一三四三号一六四頁以下に詳細なリストがある。その後いくつかの高裁判決が下され公刊物に搭載されたので、それらを列挙すると次の通りである。東京高（刑事一一部）判平成二年六月二五日判例時報一三六四号一四八頁、東京高（刑事四部）判平成二年七月五日判例時報一三六四号一四八頁、東京高（刑事二部）判平成二年七月二四日判例時報一三六四号一四八頁、東京高（刑事一部）判平成二年一一月二八日判例時報一三七二号一五一頁。

三　判例・学説の概観と整理

（一）テレホンカードの有価証券性をめぐる議論

一　刑法一六二条（有価証券偽変造罪）は「公債証書、官府ノ証券、会社ノ株券」を有価証券の例として挙げるのみで、有価証券の意義については何も規定していない。そこで、有価証券とは何か、またこれら以外にどのようなものが有価証券とされるかについては専ら解釈に委ねられた問題となっている。しかし、有価証券とは「証券上ニ表示セラレタル権利ノ行使ニ其証券ノ占有ヲ必要トスルモノヲ汎稱ス」[7]あるいは「財産上の権利が証券に表示され、その表示された権利の行使につきその証券の占有を必要とするもの」をいう[8]とする判例の定義は学説においてもすでに一般的な理解となっているといってよい[9]。そして、このような定義に基づいて各種手形や小切手はもとより本来流通性の予定されていない鉄道乗車券、定期乗車券、宝くじ、競輪の車券、競馬の勝馬投

票券などにも有価証券性を認めてきた判例の結論についても、学説はほぼそれらを承認し、これまでにとりたてて大きな疑義が生じたことはなかったのである。[18]

それにもかかわらず、今回テレホンカードについて有価証券性が問題となったのは次のような事情による。テレホンカードはＮＴＴが設置したカード式公衆電話機の通話料金を支払うための一方法として同社が発行している名刺大のカードで、表面に「テレホンカード」と「ＮＴＴ」の文字（後者はないこともある）、そのカードの発行時の最大度数、およその残度数をパンチ穴で示すための度数カウンターが印刷されている。これを電話機に挿入すると通話が可能となるが、その仕組みは、カード裏面に塗布された磁性層に発行の正当性を示す「発行情報」と「利用可能度数」が磁気情報として記録されており、これを読み取り装置が読み取って、利用可能度数を電話機の三桁の表示装置で示すとともに機械を作動させるというものである（なお、この時点で利用可能度数の情報は一旦カード上から消去され、通話終了時に残度数が改めて印磁されて利用者の手に戻ることになっている）。つまり、テレホンカードは「可視性・可読性を持つ表面の記載部分（文書）」と「可視性・可読性を持たない裏面の電磁的記録部分（非文書）」とから構成されているということになる。さて、以上のようなテレホンカードを前述の有価証券の定義に照らした場合、最も問題となるのは「財産上の権利が証券に表示されている」といえるかどうかである。なぜなら、従来は有価証券とは文書の一種であるというのが一般的な理解となっていたため、「権利が証券に表示されている」ということについても、それは可視的・可読的な形でなされていることが当然の前提とされてきたからである。この点について、これまでの判例が有価証券としてきた種々のものは、いずれも権利の内容が文字によって表示され明らかに文書の形態をとっていたのでとりたてて問題が生じたことはなかった。ところがテレホンカードの場合には、カード式電話機を利用できるという権利は磁気情報化され可視性・可

読性を失った非文書の形でカード裏面に記録されている。もしこのようなものをも有価証券とするのであれば、有価証券は文書の一種であるという従来の暗黙の了解事項を放棄するか、あるいは有価証券が文書の一種であることは維持しつつ伝統的な文書概念を一定限度で修正して、テレホンカードのような電磁的記録と一体となったものにも文書性を認めるかのいずれかをとる他はないであろう。

もっともテレホンカードの場合、カード表面には文字による一定の記載がなされており、その部分を見ればそれがＮＴＴを発行名義人とするテレホンカードであり電話利用権を化体したものであることは一応認識することができる。それゆえ、この文書部分のみについて有価証券性を肯定することは論理的には可能なことかもしれない。けれども、券面に記載された利用可能度数はカード発行時のものにすぎず、現在そのカードにどれだけの利用価値があるかという具体的な権利内容を必ずしも表してはいない（パンチ穴による度数カウンターについても、それはおよその残度数を示しているにすぎないから同様のことがいえる）のであるから、このような立論にはかなりの困難が伴うであろう。そればかりでなく、仮に券面の記載部分について有価証券性が認められるとしても、それだけをもってしては、本件のように記載部分には何らの変更も加えず専ら裏面の電磁的記録部分を改竄したにすぎない場合に「有価証券を変造した」とすることはできない。従って、もしこのような行為を有価証券の変造として処罰しようとするのであれば、やはり電磁的記録部分それ自体について有価証券性が肯定されなければならない。この意味で、テレホンカードの有価証券性の問題とは、より正確にいうならテレホンカードの電磁的記録部分の有価証券性の問題だということになるのである。

二　テレホンカードの電磁的記録部分が有価証券性を有するかどうかについては、これを否定する立場と肯定する立場とが対立している。しかし後者はさらに二つの立場に分かれるので、結局三つの見解が存在しているの

が現状である。

（a）　まず否定説は、有価証券偽造罪は文書偽造罪の特別規定であるという理解に基づいて、有価証券とはあくまで文書でなければならないという前提に立つ。そして文書といえるためには直接的な可視性・可読性がなければならないのに、テレホンカードの場合には具体的な権利内容が電磁的記録化されてそのような性質を失ってしまっているのであるから、到底これを有価証券とすることはできないとするのである。[11] 先に紹介した三件の無罪判例の一つである千葉地判平成元年一月二日はこのような理由に基づくものであるが、[12] 同判決はさらに電磁的記録概念と文書概念との関係にも触れて次のように述べている。すなわち、昭和六二年の刑法の一部改正によって電磁的記録についての定義規定（刑法七条ノ二）が新たに置かれたが、このことによって文書概念と電磁的記録とは截然と区別されることになったのだ、と。もし文書が有価証券の上位概念であるとの前提に立ち、このように考えるなら、後に見るように文書概念をある程度緩やかに解することによって電磁的記録を含む有価証券という概念を認めようとする思考は、論理的にもとりえないことになろう。

（b）　以上に対して、すでに示唆したようにテレホンカードを有価証券とするためには、そもそも有価証券に文書性を要求しないか、あるいは文書概念を一定限度で修正するかのいずれかをとらざるをえない。

端的に有価証券は文書である必要はなく、従って可視性・可読性も要件ではないとする立場からは、次のように主張されている。なるほど昭和六二年の刑法一部改正によって文書と電磁的記録は区別されることになったが、それは文書偽造罪に関する限りにおいて妥当するにすぎず、この改正によって当然に有価証券概念から電磁的記録が排除されてしまったわけではない。むしろ有価証券偽造罪について文書偽造罪におけるような手当が行われなかったことからすれば、電磁的記録に有価証券性を認めるかどうかはなお解釈に委ねられた問題だと考えるべ

きである。確かに従来、有価証券は文書の一形態であるとするのが一般的な理解ではあったが、それはこれまで文書形態のものしか存在しなかったという事実上の理由によるにすぎないのであって、技術の進歩に伴いこれまでにはなかった新たなシステムが開発され、その中で文書ではない形態で財産権を化体するものが現れれば、これに有価証券性を否定すべき理由はない。判例の定義も権利の化体性を有価証券の重要な要素としているし、また刑法一六二条の文言が有価証券の形態について特に言及していないことはこのことを裏から認めるものである。「したがって、有価証券については文書偽造罪における可視性、可読性を中心とする文書性の問題とは別途に、権利の化体性の有無によって考察されるべき」[13]である。

以上の見解は、有価証券偽造罪は文書偽造罪の特別規定ではないという理解を前提とした上で、一方では直接的な可視性・可読性を必要とする従来の伝統的な文書概念を維持しながら、他方でそれとは全く別個に存在し単に権利の化体性のみを要件とする有価証券概念を認めるものである。このような理解が妥当かどうかはともかくとして、もしこれを前提とするならば、電話利用権の具体的な内容が化体しているテレホンカードの電磁的記録部分それ自体が有価証券性を有すると結論づけることは容易であろう。しかし同時にこのような論理に従えば、通話を可能にする電磁的情報は印磁されているが外見的には明らかにテレホンカードではないような「ホワイトカード」についても、さらには「金庫を開ける唯一の手段である鍵」[14]についてさえ権利化体性を満たす以上有価証券だとせざるをえないこととなろう。[15]このような極端な結論になることを意識してか、以上の論理によってテレホンカードの有価証券性を肯定した判例は現状では存在しないようである。

（c）テレホンカードの電磁的記録部分に有価証券性を認める論理としては、さらに次のようなものが主張されている。それは、たとえば東京地（刑事三部）判平成元年一〇月三〇日判例時報一五〇頁（一五六頁以下）が

「テレホンカードは……カードにより行使し得る権利が当初より可変性を有する点に、従来の有価証券とは異なる、プリペイドカードたるテレホンカードの際立った特色があるといえる。したがって、テレホンカードの権利表示性を考えるに当たっては、その券面表示のみを論ずるだけでは不十分であり、磁気記録部分に印磁された残度数をも考慮の対象とすべきところ、この残度数は……テレホンカードを電話機に挿入すれば直ちに度数カウンターに赤色表示され、容易にこれを確認することができる……から、この残度数についても表示がなされているものと評価すべきである。したがって、テレホンカードは、その券面上の記載と磁気記録部分の情報とがあいまって一定の権利を表示しているものと認めることができる」とするように、テレホンカードは券面の記載部分と裏面の電磁的記録部分とが一体不可分の関係にあり全体としてひとつの有価証券を構成しているといえるから、その一部である電磁的記録部分にも有価証券性が認められるというものである。細部において若干のニュアンスの違いはあるものの、ほとんどの判例はこのような論理を採用しており、学説においても多数の者が賛意を示している。[16] 最高裁もこの立場を採用したことは明らかである。

以上の見解の出発点となっているのは、有価証券といえるためには少なくともその外観において文書の形態を有していなければならないという認識である。すなわち、作成名義人及びそこに化体されている権利の内容が一覧して認識されうるようなものでなければならない、というのである。[17] この点で、単に権利の化体性があれば足りるとする前述の見解とは異なって、一応の文書性が要求され、ホワイトカードのようなものは有価証券概念から排除されることになる。しかしここで要求されている文書性は、否定説が主張するような伝統的な意味での文書概念とも異なるものであることに注意しなければならない。なぜなら、権利の表示について、券面の記載部分を補うものとしての電磁的記録部分に印磁された残度数は電話機の度数カウンターによって可読性となるからこ

れについても表示がなされていると説明することは、電磁的記録であっても間接的に可読性を持つならば文書足りうるとする理解を前提としていることに他ならず、この限りで修正された文書概念が用いられているといえるからである。最高裁決定が「文書でないものは有価証券に当たらないと解することはできない」と述べたのは、直接的可読性を必要とする厳格な文書概念を念頭に置いたもので、間接的可読性までを不要とする趣旨ではなかろう。このような考え方は、先に（b）で述べた肯定説と同様に、文書偽造罪は有価証券偽造罪の上位概念ではなく、また直接的可視性・可読性を有する文書とそうではない電磁的記録とを区別した昭和六二年の刑法一部改正の趣旨は有価証券偽造罪には及ばないと理解することによって初めて可能になるものといえよう。[18]

（二）変造概念をめぐる議論

一　テレホンカードの電磁的記録部分に印磁された度数情報を改竄する行為が有価証券の「変造」にあたるかについては、次のことが問題となっている。従来、有価証券の変造とは有価証券が文書であることを前提として、名義人が真正に作成した有価証券に無権限に変更を加えることをいうとされ、その変更は一般人をしてそれが真正な有価証券だと誤信させるようなものでなければならないと理解されてきた。[19]このように人の判断作用を誤らせる可能性を変造概念に要求するのであれば、テレホンカードの場合、たとえば券面に記載された度数表示を別の数字に書き換えるなどテレホンカードの外観に何らかの変更を加える行為が変造にあたるのは当然だとしても、本件のように、外観には一切手を加えずただ電磁的記録部分に印磁された度数情報を書き換えただけの行為については、変造とはいえないのではないかという疑義が生ずる。言い換えるなら、有価証券の変造といえるためには何らかの外観変更が伴わねばならないかどうかが問題となるのである。

二　この問題は、すでに見た有価証券性の理解の仕方と大いに関係がある。すなわち、まず、電磁的記録部分は直接的な可視性・可読性を欠くから文書とはいえず従って有価証券性も認められないとする否定説によれば、電磁的記録の改竄を有価証券の変造とする余地はおよそありえない。この立場からは、有価証券の変造とは直接可読的な部分での変更に限られるのであり、その意味で外観の変更は不可欠な要素だとすることになる。[20] 他方、有価証券は直接的な可視性・可読性を持つ文書の一種であるという前提を放棄し、権利が化体されている以上はその形態いかんにかかわらず有価証券であるとして電磁的記録部分それ自体について有価証券性を認める見解に立てば、電磁的記録に無権限に変更を加える行為は当然有価証券の変造だとすることになろう。ここでは、有価証券概念として可視性・可読性を不要とした結果、その変造概念についても「人が真正なものだと誤認する可能性」は要件ではなく、従って外観の変更も不要だとされるのである。[21]

三　以上に対して、テレホンカードは文書としての外観と本質的権利内容が化体する電磁的記録とが一体となって有価証券性を取得しているとする見解は、有価証券性の基礎としてあくまでも「テレホンカードとしての外観」が備わっていることを要求しているのであるから、変造概念についても外観の変更を要求し、本件のような場合には変造性を否定するのが一貫した帰結ではないかとも思われよう。ところが、この立場に立つ判例や学説は、外観の変更は必要でない、あるいは、必要だとしても外観の変更が認められる、という考え方を単独であるいは共に用いることによって、結局本件のような場合にも変造性を肯定するのである。

まず外観の変更は不要であるとする見解の論拠について「『外観』の変更を伴わない改変というものは、旧来の各種有価証券では現実に起こりえなかったものであるため、『変造』という概念になじみにくいだけのことであって、法律上『変造』といえるためには必ず『外観』の変更を伴わなければならないものではないと解する。……

目に見えない部分のみを改ざんすることにより事実上その価値を変えることも、まさに巧妙な変造といえる[22]」と説明するものがある。これは、結局、人が誤信する可能性は問わないとするもので、後述するように行使概念について「機械に対する行使」を認める考えとは整合するものの、有価証券に文書の外観を要求している前提とは矛盾する考え方だといわざるをえないであろう。そこで、人が誤信する可能性を問題とする立場からは「まさに一般人をして真正に作成されたものと誤信させるに足りる程度の改ざんかどうかが重要」なのであって外観や形状の変更が重要なのではないという説明[23]も行われている。しかし人の知覚に全く訴えないところでの変更が人の誤信を引き起こすことはありえないから、この見解も「誤信させるに足りる程度」の改竄が行われているかどうかの判断にあたって磁気情報が度数カウンターを通じて間接的に可読的となる点を考慮せざるをえないのであり、この限りで次に述べる見解と同様に外観の変更を実は問題にしているといえるのである。

判例の多くは、仮に変造概念にとって外観の変更が要件であるとしても本件のような場合にはやはり外観の変更があるから変造性を肯定できるという説明も行っている。すなわち、「この〔電磁的記録〕部分は、カードを電話機に挿入すれば直ちに電話機の度数カウンターに表示されるので、人は容易にこれを見ることができること、権利の行使をする際にはそれに先立って自然にこの表示を見る仕組みになっていること……等を合わせ考えれば、この磁気部分の残度数情報もまた、テレホンカードの『外観』の一部をなすものと評価することも可能である[24]」から磁気情報のみの改竄も外観の変更を伴っているとするのである。確かに、間接的可視性・可読性を有する限り電磁的記録にも文書性を認める前提をとるのであれば、人が間接的にであれ見読しうるならそれも外観に含まれるとするのは当然の帰結といえる[25]。文書概念について拡張を認める見解は、このように変造概念についても必然的に拡張して理解すべきことになるのである。

（三）行使概念をめぐる議論

一　仮に電磁的記録を改竄したテレホンカードが変造有価証券にあたるとしても、「行使の目的」をもって交付したのでなければ変造有価証券交付罪は成立しない。結論として同罪の成立を認める多くの判例や学説は本件のように改竄されたテレホンカードを情を知る他人に売却する行為にも「行使の目的」が認められるとするのであるが、その場合でも、その論拠をテレホンカードの電話機での使用行為それ自体に求めるか否か、さらには「機械に対する行使」という概念を認めるか否かによって見解が分かれている。

二　テレホンカードの本来的用法が電話機での使用である以上、改竄されたテレホンカードの交付者に転得者がこれを電話機で使用するであろうという認識が存在することは当然といえよう。そこでこの観点で「行使の目的」を肯定しようとする立場からは、電話機でのテレホンカードの使用行為が行使にあたるという説明がなされることになる。

有価証券の要件は権利化体性のみであるとして電磁的記録それ自体に有価証券性を認める立場にたてば、人が真正なテレホンカードだと誤認するような外観が変造概念において問題とならないのと同様に、行使概念についても行使の相手方における誤信の存在は一切問題とはされない。従って、ここからは行使の相手方が人でなければならないという限定は導かれず、単に電話機の磁気読み取り装置にテレホンカードの度数情報を読み取らせ通話システムを作動させることもまた行使概念に含まれると理解することになる。論者の言葉を借りるなら、行使というのは「『その用法に従って使用する』（大判明治四四．三．三一刑録一七．四八二参照）ということに本来の意味があるのであって、文書については人に対して使用するときはそれが真正なもののように装うとい

うことを当然含むというに過ぎず、機械的システムに対して使用するときもそれがその文書の用法である以上、やはり行使に当たる[26]」のである。

以上のような「機械に対する行使」が仮に認められるとしても、それは人の誤信の可能性を全く不要とする立場、いいかえれば直接的な可視性・可読性はもちろん間接的な可視性・可読性すらも有価証券概念に要求しない立場に立って初めていいうることである。判例や学説の中には、券面の記載部分と裏面の電磁的記録部分との一体性を理由にテレホンカードの有価証券性を認める考え方から出発しつつ「機械に対する行使」を認めようとするものがあるが[27]、これは全く奇妙なことといわざるをえない。なぜなら、すでに見たように、このような有価証券概念の基礎には拡張されているとはいえ一応の文書性を要求する考えが置かれているのであり、少なくとも間接的な可視性・可読性を持つことが有価証券の条件とされていたのである。そうであるならば変造概念について人の誤信する可能性がある外観を問題にせざるをえないのと同様に、ここでも人の判断作用を全く度外視した行使概念をとることは不合理なのである。確かに右で引用した論者の言葉にもあるように、大審院はかつて「偽造手形ノ行使ハ手形本来ノ効用ニ従ヒ之ヲ流通ニ置ク場合ノミニ限ラス偽造ノ手形ヲ真正ノ手形トシテ使用スルコトヲ汎称スル[28]」と述べたことがある。そしてこの判示は、一見、行使の要件として相手が人であることまでは要求していないかのように見えるため、有価証券概念について文書性を全く不要としたわけではない立場の判例・学説までがこのことを論拠として「機械に対する行使」を認めようとするのである。けれども、大谷教授が指摘されるようにこの判決は「『真正ノ手形トシテ親族ニ呈示セシムル』目的を『行使の目的』に当たるとしたものであり、むしろ『行使の目的』は、『流通ニ置ク』目的であることを必ずしも要しないとした点に、判例としての意味があるものといえる。判例は、およそ文書の行使とは他人をして真正なものと誤信される状態に置くこと

をいい（最判昭和二八、一二、二五裁集九〇・四八七）、したがって、文書である有価証券の行使についても、真正な有価証券として人に認識させ、または認識しうる状態に置く行為として、人に対する使用を当然の前提にしてきたものと解される[29]」のである。それゆえ、有価証券概念に直接的可視性・可読性を要求する場合はもちろんのこと、たとえ間接的であってもそれを要求する立場を出発点とするならば、やはり行使概念には「人を誤信させる」という要素が欠かせないのであり、その意味で「機械に対する行使」を認めることはできないというべきである。

三　そこで判例の中には、改竄されたテレホンカードで電話機を作動させることは検知機構を設置したＮＴＴ（ないしはその担当者）に対して電話機を通じて不真正なカードを真正なもののように装って呈示し、これを信用したＮＴＴの判断を誤らせたと評価できるから行使といえるとして、「人に対する行使」の観点で説明しようとするものが見られることになる[30]。しかし、テレホンカードによる通話システムは完全に自動化されているのであり人の判断作用が介在する余地は存在していないのだから、このような説明はフィクションにすぎない[31]。しかも、もしこのような説明が可能であるとすると、自動販売機に金属片を投入して商品を入手するという従来は一般に窃盗と考えられていた行為についても自動販売機の設置者を錯誤させたものとして詐欺罪を認めるべきこととなり、窃盗と詐欺の限界について根本的な見直しをしなければならなくなってしまうであろう[32]。学説においてこのような説明方法を採用する者がいないのはもっともなことであるといえよう。

このような説明が無理であるとすると、「人に対する行使」の観点から「行使の目的」を肯定するためには、結局、改竄されたテレホンカードの転得者がそれを真正なテレホンカードであると偽って他人に譲渡するであろうという認識が行為者にあったのだとする他はない。いくつかの判例はこのような認識の存否を問題とし、その

ほとんどが肯定的な判断を示した。[33] また、学説においても、不正なテレホンカードを大量に作成した本件のような場合には他人に真正なものとして売却されることも想定されている等の理由で肯定的意見を述べる者がいる。[34] しかし外観からうかがえる定価よりはるかに高額で取引されるのであるから、それにもかかわらず真正なテレホンカードとして譲渡される可能性を行為者が抱いていたといいうるかはかなり微妙な問題であろう。現に、東京地判平成元年九月二八日はこの点を否定して無罪を言い渡している。もっとも、これは事実認定の問題に帰するのであるから、この認識の存否を一般的な形で肯定または否定することは妥当ではないだろう。

（四）小括

一　以上述べてきたことを整理すると次のようになる。まず、有価証券とは直接的可視性・可読性をもった文書でなければならないとする立場に立てば、電磁的記録部分に権利が化体されているテレホンカードを有価証券とすることはできない。すでにこれのみで変造有価証券交付罪の成立は否定されるが、さらにいえば、直接的可視性・可読性のない部分での改竄は外観変更を伴わないから変造ではなく、またそのような改竄カードを行使したといいうるのは対人的使用の場合に限られる。これとは逆に、有価証券概念にたとえ間接的な意味でも可視性・可読性を要求しないのであれば、電磁的記録部分の有価証券性が肯定されるのはもちろん、その改竄は変造であり対物的使用も行使といいうることになる。以上はそれなりに一貫した論理であるといえよう。これに対し、多くの判例や学説は券面の記載部分と電磁的記録部分とが一体となって有価証券性を取得するという立場をとりつつ、変造概念に外観変更は全く不要であるとし対物的使用も行使に当たるとするが、これは一貫しない議論である。この立場は有価証券概念に少なくとも間接的可視性・可読性を要求しているのであるから、それを前提とす

るなら変造概念にも何らかの外観変更が要求され、行使概念も対人的使用に限られねばならない。最高裁決定は特に理由を明らかにしないまま変造・行使を認めたので、この点での判例の混乱はなお続くことが予想される。

二　さて、このようにしてそれぞれの立場の主張を整理すると、それはその出発点においてすでに対立していることが明らかである。すなわち、有価証券とは文書であるべきか否か、文書であるべきだとしてもそれは直接的な可視性・可読性を有するものでなければならないか否かという点が問題とされ、これへの解答が有価証券概念のみならず変造概念、行使概念を論理的に決定してゆくのである。これらの問題には、以上でもたびたび触れてきたように、電磁的記録の不正作出等を文書偽造罪とは別に処罰する新規定を設けつつ有価証券偽造罪等にはそのような措置をすることがなかった昭和六二年の刑法一部改正どのように理解するか、さらには文書偽造罪と有価証券偽造罪との関係をどのように考えるかが必然的にかかわってくる。そこで次にはこのような点が検討されなければならない。

注

(7)　大判明治四二年三月一六日刑録一五輯二六一頁。

(8)　最判昭和三二年七月二五日刑集一一巻七号二〇三七頁。同旨、最判昭和三四年一二月四日刑集一三巻一二号三一二七頁。

(9)　たとえば、岡田雄一・大コンメンタール刑法第六巻一九二頁を参照。

(10)　かつての大審院判例には流通性を要求する立場から勝馬投票券につき有価証券性を否定したものがあった（大判昭和九年三月三一日刊集一三巻三六二頁）が、その後の最高裁や下級審の判例は流通性を不要とすることを明らかにしてい

る。通説も、刑法上の有価証券概念にとって流通性は（商法上のそれと異なり）本質的要素ではないという理由から、流通性を問わないとしている。

(11) 山口・法学教室一一一号二一頁、同・ジュリスト九五一号五四頁、川端・法学セミナー四二二号一一五頁。

(12) 公刊物未搭載であるので明らかではないが、千葉地判平成二年二月二二日も同一の裁判長による無罪判決であるので、おそらくその理由づけは同じであろうと思われる。

(13) 古田・研修四九五号四二頁。同旨のものに鶴田六郎「日本中央競馬会の発行する勝馬投票券の裏面に印磁された組合せ番号等の磁気記録を改変し、これを現金自動払戻機に挿入した行為につき、刑法第一六一条ノ二第一項、第三項の私電磁的記録不正作出・同供用罪の成立を認めた事例」警察学論集四二巻九号一四五頁以下（特に一五三頁以下）がある。

(14) 山口・ジュリスト九五一号五七頁。

(15) 古田・研修四九五号五〇頁は、ホワイトカードについてこの帰結を認めている。

(16) 行使性を否定して結論においては無罪とした東京地判平成元年九月二八日も、有価証券性の点についてはこの見解に従って肯定している。学説においてこのような見解をとるものとしては、大谷・研修四九九号二一頁以下、宮澤＝平良木＝島岡・判例時報一三四九号一六九頁、前田・法学セミナー四二三号八四頁以下、角田・ＮＢＬ四六九号二九頁以下、同・法律のひろば四四巻一号五八頁以下、三浦・捜査研究四五七号二一頁以下、岩橋・法律のひろば四四巻八号五三頁以下などがある。

(17) 大谷・研究四九九号二二頁を参照。

(18) 山口・ジュリスト九五一号五三頁を参照。

(19) たとえば団藤重光「刑法綱要各論」（第三版）（一九九〇年）二六二頁を参照。

(20)　山口・ジュリスト九五一号五三頁。

(21)　古田・研修四九五号四六頁以下。

(22)　東京地判平成元年八月八日判例時報一三一九号一六〇頁。同旨のものに角田・法律のひろば四四巻一号六〇頁、岩橋・法律のひろば四四巻八号五五頁などがある。

(23)　大谷・研修四九九号二五頁。同旨の学説として、前田・法学セミナー四二三号八六頁がある。

(24)　東京地判平成元年八月八日判例時報一三一九一六〇頁以下。

(25)　もっとも、このように電話機の度数カウンターに表示される数字（たとえば９９８）もテレホンカードの外観の一部であると解すると、カード面に印刷されている度数表示の数字（たとえば５０）との間で「外観上の矛盾」が発生することになり、一般人が真正なカードだと誤信する程度の外観はもはや存在しないのではないかという疑問が生ずる。もしそうだとすると、本文に述べたような変造概念に従ったとしても変造性は否定されなければならない。しかし判例は、人は印刷部分よりも電話機の度数カウンター上の数字を信頼して印刷部分の度数表示を無視ないし看過するのが通例であるから、真正なカードだと誤信する者もかなりいるであろうとして、このような事情は変造性を肯定することの支障とはならないとしている。

(26)　古田・研修四九五号四九頁。

(27)　前田・法学セミナー四二三号八七頁、角田・法律のひろば四四巻一号六二頁、宮沢＝平良木＝島岡・判例時報一三四九号一六八頁以下、三浦・捜査研究四五七号三一頁、岩橋・法律のひろば四四巻八号五五頁以下など。判例も、東京地判平成元年八月八日、東京地判平成元年一〇月三〇日、東京高判平成二年七月二四日、東京高判平成二年一一月二八日

など多数がこのような立場をとる。

(28) 大判明治四四年三月三一日刑録一七巻四八二頁。

(29) 大谷・研修四九九号二六頁以下。

(30) 千葉地判平成元年一〇月一二日、東京地判平成元年一〇月三〇日、東京高判平成二年六月二五日、東京高判平成二年七月二四日、東京高判平成二年一一月二八日など。

(31) 山口・ジュリスト九五一号五五頁、岩橋・法律のひろば四四巻八号五六頁などを参照。

(32) 山中・法学セミナー四三八号一三一頁、岩橋・法律のひろば四四巻八号五六頁などを参照。

(33) 東京地判平成元年八月八日、東京地判平成元年一〇月三〇日など。

(34) 山口・ジュリスト九五一号五五頁、大谷・研修四九九号二八頁を参照。

四　有価証券の文書性

(一)　昭和六二年の刑法一部改正と有価証券概念

一　電磁的記録は、それが社会で果たす証明機能という点では「文書」に勝るとも劣らないものがあるにもかかわらず、人間の五感の作用では記録の存在や状態を直接認識することができないばかりか作成名義人を観念することが困難であるという理由からその文書性に疑いが持たれ、その結果電磁的記録を不正に作成したり変更したりする明らかに取締りの必要がある行為を文書偽造罪等により処罰することが妥当かどうかが争われていたことは周知の通りである。すなわち、伝統的な文書概念を堅持しようとする学説が電磁的記録は直接的な可視性・

可読性を有しないから文書とはいえないとして文書偽造罪等の適用を拒否したのに対し、電磁的記録も表示装置を用いることによって間接的に可読的となる以上文書に含めうるとする「拡張された文書概念」をとる学説は文書偽造罪等の適用を認めようとしたのであり、実務においてもこの点で必ずしも統一的な運用がなされていたとはいえなかったのである。[35]

このような混乱した状況を立法的に解決することを目的として、昭和六二年の刑法一部改正では刑法典中にいくつかの新規定が設けられ、あるいは既存の条文を修正するという措置が行われた。これらの改正の中でも、総則部分に「本法ニ於テ電磁的記録ト称スルハ電子的方式、磁気的方式其他人ノ知覚ヲ以テ認識スルコト能ハサル方式ニ依リ作ラルル記録ニシテ電子計算機ニ依ル情報処理ノ用ニ供セラルルモノヲ謂フ」とする電磁的記録の定義規定（七条ノ二）が置かれたことと、「第十七章　文書偽造ノ罪」に「人ノ事務処理ヲ誤ラシムル目的ヲ以テ其事務処理ノ用ニ供スル権利、義務又ハ事実証明ニ関スル電磁的記録ヲ不正ニ作リタル者ハ五年以下ノ懲役又ハ千円以下ノ罰金ニ処ス」とする私電磁的記録不正作出罪（一六一条ノ二第一項）、「前項ノ罪公務所又ハ公務員ニ依リ作ラル可キ電磁的記録ニ係ルトキハ十年以下ノ懲役又ハ二千円以下ノ罰金ニ処ス」とする公電磁的記録不正作出罪（同第二項）、「不正ニ作ラルレタル権利、義務又ハ事実証明ニ関スル電磁的記録ヲ第一項ノ目的ヲ以テ人ノ事務処理ノ用ニ供シタル者ハ其電磁的記録ヲ不正ニ作リタル者ト同一ノ刑ニ処ス」とする不正作出電磁的記録供用罪（同第三項）などが置かれたことが、ここでの問題にとってさしあたり重要であろう。これらの規定が新設されたことによって、少なくとも文書偽造・行使罪にいう「文書」とは電磁的記録を含まないことが、言い換えるならそれは直接的な可視性・可読性を有するものに限られることが明らかになったのである。

二　ところが、このような立法的手当は「第十八章　有価証券偽造ノ罪」については何ら行われることがなかっ

た。立案当時の審議においては「テレホンカード等のプリペイド・カード等の出現等を踏まえ、刑法第一八章の有価証券偽造の罪についても手直しすべきではないかとの議論がなされた」[36]にもかかわらず結果的にはそれが見送られることとなった理由としては、立法当時「プリペイド・カードのような携帯型のものはともかく、いわゆる備付型の電磁的記録により権利の移転等がおこなわれるようなものまで有価証券といえるかどうかは私法上も問題があり、両者を含めて電磁的記録一般について有価証券として取り扱うところまでは議論が煮詰まっていない段階にあった」[37]こと、有価証券偽造罪にも文書偽造罪と同様の手当をするには有価証券性を有する電磁的記録の定義などの点において立法技術的に種々の困難が伴ったこと[38]が挙げられている。また「立案当時の関係者が電磁的記録の有価証券性を一般的に否定する考えではなかった」[39]という指摘も行われている。このような経緯を踏まえて、多くの論者は有価証券の文書性については依然として解釈に委ねられたままであるとし、有価証券とは直接的な可視性・可読性を持った文書である必要はないと主張する。いわば、改正前に文書偽造罪の文書性について行われていた議論が、ほぼパラレルな形でここで復活したということになろう。だが、仮に有価証券についての立法的手当が見送られた事情・背景が前述のようなものであったとしても、それが直ちに電磁的記録に有価証券性を認めなければならないという理由となるものでもない。直接的可読性を欠くものも有価証券にあたるかどうかは、やはり有価証券について手当の行われることのなかった現行法を前提として語らなければならないのであり、他の条文とりわけ文書偽造罪との関係から論定されなければならない。その意味で、この問題は依然として解釈に委ねられているといいうるのである。

（二）　文書偽造罪と有価証券偽造罪の関係

一　有価証券概念に全く文書性を要求しない考えも、文書性を要求するがそれは間接的に可読なものであれば足りるとする考えも、昭和六二年の刑法一部改正による「文書」と「電磁的記録」との峻別が有価証券偽造罪には及んでいないことを前提としている。このような考え方は、文書偽造罪と有価証券偽造罪との間に一般法・特別法という特別関係が存在しないという理解をしなければ成り立たないものである。なぜなら、特別関係とは「両法規が同一の構成要件を包含しており、その一方（特別法）がより狭く限定されているために他の法規（一般法）に対し特殊的に構成されている関係[40]」であるから、もし両者の間にそのような関係があるのだとすると、有価証券偽造罪における「有価証券」は文書偽造罪における「文書」を構成要件的に限定したものであり、その意味で「文書」の下位概念だということになる。そしてそうだとするなら、上位概念である「文書」についてそれが直接的な可視性・可読性を有するものに限られることとなった以上、そのような改正の趣旨は下位の概念である「有価証券」についても当然に及び、有価証券も直接的に可読なものに限られることになるはずだからである。

二　文書偽造罪と有価証券偽造罪の関係の問題を考えるに当たっては、両罪の保護法益のどのように理解するかという観点が重要な意味を持つといえよう。なぜなら、前述したような一般法・特別法の関係を保護法益の観点で説明するとすれば、一方（特別法）の保護法益が他方（一般法）の保護法益を包含しているような刑罰法規の関係だということができるからである。このことは、たとえば一般に特別関係にあるとされている普通殺人罪（一九九条）と尊属殺人罪（二〇〇条）、強制猥褻罪（一七六条）と強姦罪（一七七条）、窃盗罪（二三五条）強盗罪（二三六条）などにおいて、前者の保護法益である「人の生命」「性的な自由」「財産権」がそれぞれ後者の保護法益に包含されているという関係にあることを見ても明らかであろう。従って、もし文書偽造罪と有価

証券偽造罪との間において保護法益の点でこのような関係があるとするならば、両罪は特別関係にあるとすることになる。しかし、両罪の保護法益が全く異なるものであるとすれば、それらの間に特別関係は認められないことになる。ところで、文書偽造罪についていえば、そこにいう「文書」がすでに直接的な可視性・可読性を有するものに限られることとなった以上、同罪が保護しようとするのが人の文書に対する信用であることは明らかである。問題は、むしろ有価証券偽造罪の保護法益をどのようなものとして理解するかにあるといえよう。

三　有価証券偽造罪は、経済取引の確実性を担保する手段として重要な意義を有する有価証券に対する公共の信頼を保護するものであるというのが従来の一般的な理解であった[41]。このように同罪の保護法益が有価証券に対する人の信用であるとすれば、同罪は文書偽造罪の特別法であると理解することになろう。そしてこのような理解からは、すでに述べたように必然的に有価証券についても直接的可視性・可読性を要求する考えに至ることになる。この意味で、有価証券概念に直接的可視性・可読性を要求する論者が、有価証券偽造罪の保護法益を有価証券に対する人の信用であるとしていることは論理一貫している[42]。他方、有価証券に全く文書性を不要とする立場からは有価証券偽造罪の保護法益について次のような理解が示されている。「仮に、有価証券に関する罪の保護法益が文書と同様本来は専ら人に対する関係での公共的信用の問題であるとすれば、人が誤診する可能性がまったくなければ、偽造、変造の罪は成立しないこととなろう。しかしながら、コンピュータにより事務処理に用いる電磁的記録の不正作出等についての保護法益は、電磁的記録があるシステムの中で人の認識を介さずに証明作用等を発揮し得るという性質上、これが用いられるコンピュータシステムを前提としてその中でこれに適合し、したがって真正なものとして扱われるか否かでその公共的信用が論じられるべきものであることは、前記の改正の際の立法過程で承認されている前提であって（米澤慶治「刑法等一部改正法の解説」八〇～八二頁参照）、特

定のシステムにおいてこれに適合するものとして使用可能であれば、公共的信用を害することについて問題はなく、このことは電磁的記録部分が権利を化体している場合における有価証券についても同様であ[18]る。ここには、有価証券偽造罪の保護法益は有価証券制度そのものであり、その証券に対する一般人の信用は当該制度が適正に運用されていることによって反射的副次的に保護されるにすぎないのだとする理解が見られる。このような理解は、文書偽造罪の保護法益についての前述のような理解とは全く異なったものである。もしこのように両罪の保護法益が異なるものであるとすれば、確かにそこに特別関係を認めることはできない。そしてこのように有価証券偽造罪の保護法益が有価証券制度の維持にあるとするなら、そこから有価証券の文書性は問わないとする考えに至ることはむしろ当然である。これに対して、間接的に可視性・可読性を持つものは有価証券たりうるとする立場には以上のような論理的一貫性を認めることができない。なぜなら、間接的なものであれば足りるにせよとにかくも人の認識に訴える性質を有価証券概念に要求するのであれば有価証券偽造罪の保護法益は端的に証券に対する一般人の信頼であるとするか、あるいはそれもまた有価証券制度の維持と同時に保護法益となっているとしてこの関係から有価証券には文書としての外観が要求されているのだと説明するほかはないであろう。しかし、有価証券偽造罪の保護法益に少なくとも証券に対する人の信頼があることを認めるのであるとすれば、それは文書偽造罪の保護法益が有価証券偽造罪の保護法益に包含されていることを認めることにほかならないから、両罪の関係はやはり一般法・特別法の関係で理解されなければならない。そうだとすると、有価証券に求められる文書性は間接的に可読なものであれば足りるとすることはできず、文書偽造罪の場合と同様に、直接的な可視性・可読性をもつものでなければならないことになるのである。

注

（35）当時の判例・学説の状況については米澤編『刑法等一部改正法の解説』九一頁注（1）に簡潔な紹介がある。この論点に関しては、但木敬一「キャッシュカードと文書偽造罪の成否」研修四〇八号（一九八二年）五四頁以下、板倉宏「キャッシュカードと私文書偽造罪」法律のひろば三五巻一二号（一九八二年）二七頁以下、中森喜彦「電磁的記録物の文書性」判例タイムズ五〇八号（一九八三年）七頁、西田典之「DCカードの偽造と窃盗罪」法学教室四八号（一九八四年）八八頁、山口厚「電磁的記録物の刑法による保護」法学教室五一号（一九八四年）八四頁以下、大越義久「電磁的記録物の文書性」刑法判例百選Ⅱ各論（第二版）（一九八四年）一八〇頁以下、大谷實「電磁的記録物の文書性」刑法の争点（新版）（一九八七年）二〇三頁以下など、非常に多数の文献がある。

（36）鶴田・警察学論集四二巻九号一五九頁注（10）。

（37）鶴田・警察学論集四二巻九号一五九頁注（10）。同旨の指摘は古田・研修四九五号四九頁注（2）、角田・NBL四六九号三四頁にも見ることができる。

（38）角田・NBL四六九号三四頁を参照。

（39）古田・研修四九五号四九頁注（2）。

（40）高田卓爾・注釈刑法（2）のⅡ（一九六九年）五五七頁。

（41）藤木英雄・注釈刑法（4）（一九六五年）一八五頁、岡田・大コンメンタール刑法第六巻一八七頁などを参照。

（42）山口・ジュリスト九五一号五六頁を参照。

（43）古田・研修四九五号四六頁以下。

五　おわりに

不正に度数情報を増加させたテレホンカードを売却することによって利益を得ようとする行為が反社会的であることはいうまでもない。ところが、有価証券を伝統的な文書概念で理解するとこのような行為を不処罰とせざるを得ない。有価証券が全く文書である必要はないとすれば処罰は可能となるが、反面、そのような有価証券概念は従来の理解とは余りにも掛け離れてしまう。多くの判例や学説が有価証券は間接的に可読なものであれば足りるとしたのは、それらの「不都合」を意識し中間的なところで妥当な解決を目指そうとしたものだといえよう。しかし、以上で見たように、最高裁も是認したこのような解決方法は、昭和六二年の改正によって文書偽造罪では伝統的な文書概念が妥当することが明白となった時点ですでにとることができなくなったのである。現行法を前提とするなら有価証券は直接的可視性・可読性のある文書でなければならないとするか、あるいは財産上の権利が化体されているものすべてを指すとするかのいずれかを選ぶより他に道はないのである。

もし後者を選べば、確かに本件のような場合を変造有価証券交付罪として処罰することができる。しかし同時に、このような有価証券概念による処罰の範囲は、客体が文書及び電磁的記録に限られている「第十七章　文書偽造ノ罪」の処罰範囲に比べて著しく広いものとなる。たとえば、すでに述べたように、権利を化体する手段に限定がない以上は貸し金庫の鍵であっても有価証券と解すべきことになろうが、その結果、無権限に合鍵を作ることも有価証券偽造罪として処罰することとなる。このようなドラスティックな解釈が取りえないとすれば、やはり有価証券は直接的可視性・可読性をもったものでなければならないと理解するべきである。この立場からは

本件を無罪とすることになる。しかし、昭和六二年の改正案の審議の際にテレホンカード等の有価証券性が議論の俎上に上りながらも敢えて有価証券偽造罪等についての改正を見送ったのだとすれば、それはテレホンカードのようなものについては差し当たり有価証券の関係では処罰しないことにしたのだと考えるのがむしろ常識的である。そうだとすれば、本件について変造有価証券交付罪の成立がないとすることは格別不合理であるとも思われない。処罰の間隙という不都合が生じるとすれば、それは不正作出電磁的記録の交付行為を罰する規定を置かなかったためであるから、この点の立法の不備を是正することは必要であろう。