
ドイツにおけるクレジットカード犯罪 関連規定

橋爪 隆

東京大学大学院法学政治学研究科・法学部教授

要旨

ドイツにおいても、日本と同様に、支払用カードの偽変造行為が処罰されているが、基本的には小切手による決済システムの保護を念頭に立法がなされたため、日本の処罰規定とはその規定方法が大きく異なっている。また、ドイツの判例は、支払能力・支払意思のない者が自己名義のクレジットカードを使用する行為については、原則として詐欺罪の成立を否定しているため、そのような行為を捕捉するためにクレジットカード濫用罪が制定されている。本稿は、比較法研究の視点として、ドイツにおける支払用カード偽変造の罪、クレジットカード濫用罪の成立要件について検討を加えるものである。

【目次】

- I. はじめに
- II. 支払用カードの偽造
- III. クレジットカード濫用罪

I. はじめに

ドイツ刑法における支払用カード関連犯罪を理解する上では、1969年以降、非現金決済手段として発展したユーロチェックカード（欧州小切手カード）の存在が重要である¹。ユーロチェック制度とは、クロスボーダーでの小切手決済の利便性を向上させるために導入されたものであり、標準化された仕様の小切手用紙【図1参照】と小切手保証カード【ユーロチェックカード：図2参照】から構成されていた。

小切手振出人は、自分のカード番号を小切手用紙の裏面に記載して、それを提示する。それによってチェックカードを発行した金融機関は、小切手の受取人に対して、小切手による支払を保証することになる。このようにチェックカードの発行金融機関による支払保証がなされるところにユーロチェックシステムの信頼の基礎があり、まさにこの点に刑法上の要保護性が認められることになる。

【図1】 ヨーロッパ小切手カード (http://de.wikipedia.org/wiki/Eurochequeから引用)



【図2】 ユーロチェックの小切手用紙 (http://de.wikipedia.org/wiki/Eurocheque-Karteから引用)



ドイツ刑法における非現金決済手段の刑法的保護については、おそらくこのようなユーロチェックシステムを基本として、制度設計が行われたものと推測される。そのため、取引の直接の相手方以外の者が支払を保証する形態のカード(3当事者システムを前提にするカード)と、第三者が保証する関係のない支払用カード(2当事者システムを前提にするカード)の区別が決定的な相違点とされている。これは日本の議論に引き付けていえば、クレジットカードとキャッシュカードの相違をきわめて重視する法体系ということができよう。

なお、ユーロチェックカードは、その後、1984年にATMでのキャッシュカード機能が導入され、ユーロ各国におけるATMの利用に関する単一基準が導入されたが、統一通貨であるユーロの導入によって、2001年12月31日、ユーロチェックカードによる小切手保証制度は廃

止されている。現在でもECのロゴを付したカード（EC-Karte）がヨーロッパでは大量に発行されているが、これらは金融機関が発行するデビット機能が付加されたキャッシュカードであり、従来のユーロチェックカードのように保証機能が付されたものではない。

このような前提を踏まえて、2ではドイツ刑法における支払用カード偽造罪について、検討を加えることにしたい。

II. 支払用カードの偽造

152条a（支払用カード、小切手、手形の偽造）²

- ①法律上の取引において欺罔するために、又は、そのような欺罔行為を可能にするために
 - 1 国内若しくは外国の支払用カード、小切手または手形を偽造若しくは変造した者、又は
 - 2 これらの偽造カード、小切手若しくは手形を自己又は第三者のために入手し、売り出し、他の者に譲渡し若しくは行使した者は、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
- ②本罪の未遂は罰せられる。
- ③行為者が、業として又は第1項に定める犯罪行為を継続的に行うために結成された団体の構成員として行為したときには、刑は6月以上10年以下の自由刑とする。
- ④第1項の意味における支払用カードとは、
 - 1 金融機関又は金融サービス機関によって発行され、かつ、
 - 2 形状（Ausgestaltung）又は符号化（Codierung）により、特に偽造に対して安全対策が施されているカードをいう。
- ⑤第149条が証券偽造に関する限りで準用され、第150条第2項が準用される。

152条b（保証機能付き支払用カードおよびユーロチェック用紙の偽造）

- ①保証機能付き支払用カード（Zahlungskarten mit Garantiefunktion）またはユーロチェック用紙（Euroscheckvordrucke）について、第152条aに掲げる行為の一を行った者は、1年以上10年以下の自由刑に処する。
- ②行為者が、業として又は第1項に定める犯罪行為を継続的に行うために結成された団体の構成員として行為したときには、刑は2年以上の自由刑とする。
- ③第1項のうち、犯情があまり重くない事案では3月以上5年以下の自由刑を、第2項のうち、犯情がそれほど重くない事案では、1年以上10年以下の自由刑を言い渡すものとする。

④第1項の意味における保証機能付き支払用カードとは、クレジットカード、ユーロチェックカード及び

- 1 支払流通において、発行者が支払を保証することを可能にし、かつ、
- 2 形状または符号化によって、特に偽造に対して安全対策が施されているその他のカードをいう。

⑤第149条が証券偽造に関する限りで準用され、第150条第2項が準用される。

(1) 総説

本条は、現金を用いない支払取引の安全および機能を保護することを目的とする規定である³。1986年の第2次経済犯罪対策立法によって、本罪の処罰規定は導入されたが、当初はユーロチェックカードとユーロチェック用紙の偽造のみが処罰対象とされていたところ、1998年の第6次刑法改正法によって、非現金の支払手段全般の偽造行為が処罰対象とされるに至った。これはユーロチェックカードの機能の変遷とも関係がある。すなわち、当初、ユーロチェックカードは、ユーロチェック（小切手）の保証手段として位置付けられていたが、その後、キャッシュカード機能、デビットカード機能が付加され、それ自体が独立の支払手段としての機能を有するに至ったため、ユーロチェックカード以外の電子的決済手段についても同様の刑法的保護が必要とされ、第6次刑法改正法によって支払保証付きの支払用カードの偽造行為が広く処罰対象にされたのである。もっとも、その後、2003年12月に成立した第35次刑法改正法によって、支払保証がなされていない支払用カード、さらに小切手、手形についても処罰対象に含められることになった。なお、この改正によって、改正前の152条aが152条bに移され、新たな処罰規定として152条aが新設されている。

(2) 支払用カード

支払用カードについては、152条aが支払保証機能の有無にかかわらず客体としているのに対して、152条bは支払保証機能のある支払用カードに限定しているため、当然に152条aの適用範囲は支払保証機能のないカードに限定されることになる。この場合、カード発行者がカード利用者の支払について保証をする関係が要求されないため、たとえば発行金融機関のATMでのみ利用可能な支払用キャッシングカード（Bargeldkarte）も152条aにおける支払用カードに該当することになるし、デビット機能やクレジット機能が付されていることも（152条aでの処罰においては）必要ではない。

152条aにおける支払用カードは、金融機関または金融サービス機関によって発行される必要があるため、それ以外の機関が発行するプリペイドカードはこれに当たらない。また、一

定のサービスを受ける地位を表象するカード（Leistungskarte）については、たとえ金融機関が発行するカードであっても、その行使によって金銭的な価値を移転させることができるわけではないから、（152条bを含めて）本罪における支払用カードには該当しない。したがって、たとえば金融機関が発行するATMコーナーへの立ち入りを許可するカードや貸金庫を利用する権限を示すカードなどについても、本罪における「支払用カード」には該当しない。

支払用カードは、その形状または符号化によって、偽造から保護されていなければならない。すなわち偽造を困難にするような一定の防止策が講じられていることが保護の前提とされている。もっとも、前者の形状の例としては、印刻された画像（ロゴなど）やホログラム、後者の符号化の例としては磁気ストライプの情報が挙げられていることから、実際にはそれほど限定されているわけではない。クレジットカードについては、偽変造を防止するために、ICチップを埋め込んだカード（ICカード）への切り替えが進んでいるといわれるが、そのような防止措置を講じていなくても、本罪における「支払用カード」に該当する。

152条bの保護客体は、支払用カードであり、その発行者がその支払手続において支払の保証を行うカードである。すなわち、カード発行者（金融機関等）、カード名義人（利用者）、取引の相手方（加盟店）の3当事者の関係が原則として必要とされることになる。このようにカード発行者による支払保証が認められることによって取引の信頼が高まることになり、その分だけ、支払制度の機能や安全を保護する必要性が高まるのである。したがって2当事者間のみで通用する（信用取引が可能な）顧客カードはこれに該当せず、もっぱら152条aで保護されることになる。

支払保証が付された支払用カードの典型がクレジットカードであり、それ以外にユーロチェックカード（2001年末まで）、マエストロカードなどがこれに当たる。さらに、プライベートカード（elektronische Geldbörse）であっても、一定の金額をチャージし、それを商品やサービスの取得などの場面で支払手段として利用できるものについても（3当事者の関係が認められる限り）これに該当する。

152条bの客体は、152条aと異なり、金融機関や金融サービス機関で発行される必要がないため、企業グループが発行する顧客カードであり、独立の機関がその支払を保証する関係が認められるのであればこれに該当することになる。また、支払用カードとサービス提供用のカードの両者の機能を有するカード（2当事者システムと3当事者システムが併存するカード）であっても、152条bの客体に該当する。

なお、152条bではユーロチェック用紙も処罰対象に含まれている。既に述べたように、2001年末にユーロチェックによる小切手の保証制度は廃止されており、現在においてはこの類型が問題となることはないが、2001年以前に行われた行為の可罰性を明らかにするために、

現行法においてもこの規定が存置されている。

(3) 実行行為

本罪の実行行為は、偽造・変造（1号）、自己若しくは第三者のために入手し、売り出し、第三者に譲渡し、または行使する行為（2号）である。

偽造（Nachmachen）とは虚偽の支払用カードを作成する行為（Anfertigen）であり、はじめから偽造のカードを作成する場合のみならず、真正なカードの変造によって新たな内容のカードを作り上げる行為もこれに当たる。

表面はまったく無地のプラスチックカード（いわゆるホワイトカード）であっても、磁気ストライプの情報を改ざんしている場合には、本罪における「偽造」に該当すると解するのが判例（BGHSt.56,170）の立場である。すなわち、対人取引においては支払用カードとしての外観を有することが必要になるが、たとえばキャッシュカードをATMに挿入して預金を払い戻す場合には、一定の情報がカードに含まれていれば十分であって、外観が真正のカードに類似していることは必要ではない。本罪をカードの支払機能を保護する規定として理解した場合、真正なカードとしての外観それ自体には決定的な意味がないとして、判例の立場が支持されることになるだろう。

変造（Verfälschen）とは、真正なカードの変更を前提としており、有効期限、写真や署名欄などの改ざん、さらにこれらに対応する電子データの改ざんがこれに当たる。偽造との区別の基準は必ずしも明確ではないが、そもそも同一の構成要件で規律されている以上、両者を明確に区別する必要性も乏しい。

第2号の行為類型は、偽造カード等の自己または第三者が入手すること、売り出すこと、第三者に譲渡すること、または、使用することである。カードそれ自体を行為者自らが偽変造していない場合であっても、本罪を構成しうるのは当然である。

(4) 最近の判例

本罪の成否が具体的に問題となった最近の判例として、連邦通常裁判所2011年2月17日判決（BGHSt.56,170）の事実関係と判旨を紹介しておくことにしたい。

被告人Bらは、2010年1月17日、ドイツ銀行のATMにカード情報をスキミングする機材を取り付け、また、カード利用者の入力情報を撮影するためにカメラ機能付きの携帯電話を備え付けて、3名分のECカードのデータを取得した。被告人らはこのデータをホワイトカードに入力した。それから数日後、そのカードを用いて氏名不詳者によってブカレストとローマのATMから3600ユーロの現金が引き出された。その後、被告人Bらは、1月19日、1月23日

にも同様の機材をATMに取り付けたが、それらの機材は直ちに発見され、被告人らはデータを入手できず、したがって、カードを偽造することもできなかった。

原審は、第1の行為について、保証機能付き支払用カードの偽造罪、データ探知罪（202条a）、コンピュータ詐欺罪の幫助の観念的競合を認め、第2の行為についても、支払用カード偽造罪の未遂の成立を肯定したところ、連邦通常裁判所は、第1の行為についてデータ探知罪の成立は否定したが、支払用カード偽造罪の成立を肯定している。ここではホワイトカードの作成も支払用カードの「偽造」に当たることが明らかにされている。さらに、第2の行為についても、ATMにスキミング用の機材を取り付けるだけでは偽造罪の実行の着手を認めることができず、この段階では偽造の予備段階にすぎないとして、偽造未遂罪の成立を否定し、これはせいぜい152条a第5項、152条b第5項が準用する149条（証券偽造の予備）に該当する限度で処罰されるにすぎない旨を明らかにしている。本判決によれば、支払用カード偽造罪の実行の着手を認めるためには、まさに行為者が偽造行為それ自体に着手しようとすることが要求されることになる。

(5) 日本法との比較

ごく簡単に、日本法における支払用カード関連の処罰規定との比較を試みることにしたい。検討の便宜上、日本の支払用カード関連の処罰規定を挙げておくことにしたい。

163条の2（支払用カード電磁的記録不正作出等）①人の財産上の事務処理を誤らせる目的で、その事務処理の用に供する電磁的記録であって、クレジットカードその他の代金又は料金の支払用のカードを構成するものを不正に作った者は、10年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。預貯金の引出用のカードを構成する電磁的記録を不正に作った者も、同様とする。
②不正に作られた前項の電磁的記録を、同項の目的で、人の財産上の事務処理の用に供した者も、同項と同様とする。
③不正に作られた第1項の電磁的記録をその構成部分とするカードを、同項の目的で、譲り渡し、貸し渡し、又は輸入した者も、同項と同様とする。

163条の3（不正電磁的記録カード所持）前条第1項の目的で、同条第3項のカードを所持した者は、5年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

163条の4（支払用カード電磁的記録不正作出準備）①第163条の2第1項の犯罪行為の用に供する目的で、同項の電磁的記録の情報を取得した者は、3年以下の懲役又は50万円以下の罰

金に処する。情を知って、その情報を提供した者も、同様とする。

②不正に取得された第163条の2第1項の電磁的記録の情報を、前項の目的で保管した者も、同項と同様とする。

③第1項の目的で、器械又は原料を準備した者も、同項と同様とする。

日本刑法における支払用カードとは、①クレジットカード、プリペイドカード、ETCカードなどの代金・料金の支払用のカード、②預貯金の引出用のカード（キャッシュカード）をいうところ、あくまでも「カード」としての外観・形態が必要であると解される。したがって、決済手段としては同様の機能を有しうるとしても、いわゆる「おさいふケータイ」はこれに該当しないことになる。また、ローンカードや量販店のポイントカード、マイレージカードなども、上記①②の性質を有しない限り、これに該当しないことになる。

このような日本法の規定をドイツ刑法の規定と比較した場合、次のような相違点を指摘することができると思われる。

①ドイツ刑法においては、カード発行者が取引先に対してカード会員の支払を保証するカード（3当事者間のカード）と、カード発行者による支払保証がなく、純然たる支払手段としてのカード（2当事者間のカード）が異なる構成要件によって保護されている。これに対して、日本法における支払用カード電磁的記録不正作出等では、両者がまったく区別されずに同一の構成要件のもとに規定されている。なお、「おさいふケータイ」のデータ改ざんなどについては、ドイツ法で議論はなされていないようであるが、客体が支払用「カード」（Karte）に限定されている以上、やはりカードとしての形状を有することが当然に前提とされていると解すべきであろう。

②ドイツ刑法では、支払保証のないカード、すなわちキャッシュカード、プリペイドカードなどについては、金融機関または金融サービス機関が発行するものであることが要求されている（クレジットカードのように支払保証があるカードについてはこのような限定は付されていない）。日本法ではこのような限定がないことから、たとえば図書カードやテレホンカードなど、特定のサービスのために、特定の事業者が発行するプリペイドカードも支払用カードに該当すると解されている⁴。なお、ドイツ刑法においては、支払保証の有無にかかわらず、支払用カードとして保護を受けるためには、「偽造に対して安全対策が講じられていること」が要求されているが、既にみたように、安全対策として要求されている水準はそれほど高いものではないため（日本法と比較して）処罰範囲が限定されているわけではない。

③ドイツ刑法では、偽造・変造行為の未遂までが処罰されているが⁵、日本刑法では情報取得や準備行為それ自体が独立の構成要件として規定されており、処罰時期の早期化が明確に意

図されている。もっとも、ドイツ刑法においても149条が準用されているため、器械または原料の入手など、同条に列挙されている準備行為については処罰が可能であり、それほど大きな相違が生じているわけではない（情報取得それ自体については、ドイツ刑法では処罰対象にされていないと解される）。

Ⅲ. クレジットカード濫用罪

266条b（キャッシュカード・クレジットカード濫用罪）

①小切手保証カード（Scheckkarte）またはクレジットカードの交付によって、その者に認められる発行者に支払いを行わせる可能性を濫用し、これによって発行者に損害を加えた者は、3年以下の自由刑または罰金に処する。

②248条aを準用する⁶。

(1) 総説

本条はキャッシュカード（小切手カード）、クレジットカードの名義人による不正使用を処罰する規定である。これらのカード名義人によるカード濫用行為が詐欺罪、背任罪によって処罰することができるかについては、判例・学説における活発な議論があった⁷。すなわち、連邦通常裁判所1972年7月26日判決（BGHSt.24,386）は、限度額を超過して小切手を振り出した被告人について、小切手カード発行金融機関に対する背任罪の成立を否定しつつ、限度額を超えた小切手の振出・交付については、交付の相手方に対する挙動による欺罔が認められるとして、詐欺罪の成立を肯定している。詐欺罪の成立を肯定するためには、当該小切手が発行金融機関によって支払保証されていることが当然の前提であり、被告人はこの点について挙動によって事実を欺いていると評価することが必要になるが、このような理解の当否については議論があったところである⁸。

その後の重要な判例が、連邦通常裁判所1985年6月13日判決（BGHSt.33,244）である。本件は、支払意思・能力を有しないカード会員によるクレジットカード使用の事例について、原判決が詐欺罪、背任罪の成立を否定して被告人を無罪にしたのに対して検察官が上告した事件であるが、結論としては検察官の上告を容れて原判決を破棄しているが、法律判断としては、正当に取得されたクレジットカードの濫用について、詐欺罪、背任罪の成立を否定している⁹。本判決の概要は以下の通りである。

①クレジットカードを発行する段階において、はじめから被告人が支払意思・能力を仮装していた場合であれば、そもそもクレジットカードの発行について詐欺罪が成立する可能性がある。

- ②被告人が、商品・サービスの購入を目的としておらず、単に現金調達するための手段として、(加盟店の従業員との共同のもと)商品・サービスの購入を仮装した事案であれば、クレジットカード会社に対する詐欺罪が成立する余地がある。
- ③被告人が商品・サービスの購入を目的としてクレジットカードを呈示した場合、加盟店の従業員は、カードの有効期限、カード会員の同一性および会員がブラックリストに掲載されていないことを確認すれば十分であり、支払意思・能力について確認する必要がないから、加盟店従業員は欺罔されておらず、したがって詐欺罪は成立しない。もっとも、クレジットカードの呈示という挙動によって被告人が支払意思・能力を仮装したと評価できる場合には、挙動による欺罔行為が認定できるため、詐欺未遂罪が成立する余地はある。
- ④クレジットカード発行会社に対する背任罪は成立しない。背任罪が成立するためには、本人の財産を保護する義務を有する者が、その権限を濫用して本人に財産上の損害を生じさせる必要がある。カード会員については、たしかにクレジットカード会社に債務を負担させる権限を有しており、その際にはカード会社の財産状態について配慮するべきであるといえる。しかし、それがクレジットカード契約の本質的な内容であり、カード会員の主要な義務であるとは評価できない以上、背任罪における財産保護義務を認めることはできず、同罪は成立しない。

本判決を前提とした場合、自己名義のクレジットカード濫用行為の一定の類型については、詐欺罪でも背任罪でも処罰することができず、処罰の間隙が生じることになる。この点に適切に対応するために、1986年の第2次経済犯罪対策立法によって、カード濫用罪が成立し、カード名義人による不正使用は同罪で処罰されることになった。

本罪は背任罪に類似した犯罪類型として位置付けられている。すなわちカード会員には、(背任罪で要求される)カード発行会社の財産を保護する義務が課されているわけではないが、カード利用によって、事実上、カード発行会社の財産を処分する可能性が認められる。このような事実上の可能性を濫用して発行会社に財産上の損害を加える点において、背任罪に類似した法益侵害性を肯定することができる。

(2) 客体

キャッシュカード(Scheckkarte)に該当するのは、かつて用いられていたユーロチェックカード(欧州小切手カード)であった。既に述べたように、ユーロチェックカードの所持人はカード発行金融機関の保証を付して小切手を発行することができるため、支払意思・能力を有しない所持人が小切手を発行する行為が本罪に該当するとされたのである。もっとも、ユーロチェックカードは統一通貨ユーロの導入によって廃止されているため、現在は厳密な

意味においては、この類型に該当するカードは発行されていないことになる。もっとも、現在においても、ユーロチェックカード（ECカード）は発行されており、電子マネーとしての機能を有していることから、これがなお本罪の客体として保護されるとする見解も有力である。かりに、このような見解を前提にするとしても、ECカードの濫用について本罪の成立を認めるためには、本来のユーロチェックカードによる決済と同様に、発行元の金融機関がカード利用者の加盟店に対する支払を保証する関係が必要とされることになる。したがって、キャッシュカードの所持人が、カード発行金融機関以外の金融機関のATMにおいてカードを利用して（貸越制度を利用するかたちで）現金を払い戻した場合には、本罪が成立しうることになるが、カード発行金融機関のATMで貸越として現金を引き出した場合には、本罪は成立しないことになる。なお、貸越制度が存在せず、単に預金を払い戻す手段としてカードを利用している場合については、信用供与という性質が欠けるため、本罪の成立は当然に否定されることになる。

クレジットカード（Kreditkarte）は、いわゆる3当事者システムを前提にする決済手段である。すなわち、クレジットカード会員がカードを呈示して、加盟店で商品・サービスを購入した場合、クレジットカード発行会社は加盟店に対して、当該債務の支払を保証する。そして、発行会社はカード会員に対して、一定の期間ごとにカード利用代金を請求する。このように3当事者間の関係、すなわちカード会員・加盟店間の決済について、カード発行会社がその支払を保証する関係が前提とされている。なお、クレジットカード実務においては、3当事者ではなく、カード発行会社（イシューア）と取扱業者（アクワイアラ）が登場する4当事者システムが一般的になっているが、これはカード発行側の主体が2分化しているものであり、実質的な相違をもたらすわけではない。いずれにせよ、カード契約によって、カード会員が発行機関に債務を負担させる事実上の地位が必要である。

これに対して、もっぱら2当事者間の関係を規律するカード、すなわちカード発行者自らがサービス・商品を提供するカードは、本罪における「クレジットカード」には該当しない。この場合であっても、カード会員は商品購入段階では代金を支払う必要はなく、その後、カード使用代金を支払えばたりるという意味においては、クレジットカードに類似した機能を有することは否定できない。しかし、このようなカードは、カード発行者に（第三者に対する支払債務に対して）支払保証を行わせるものではないため、本罪の保護対象から除外される。文言上も、266条bは、行為者が「発行者に支払いを行わせる可能性を濫用」することを要求しているが、もっぱら2当事者間を規律するカードについては、発行者が（第三者に）支払を行うわけではないから、この要件を充足しないことになる。

これに対して、2当事者間でも3当事者間でも利用可能なカードについては、それが3当事

者間のカードとして利用された場合に限って本罪の処罰対象に含まれることになる。わが国の状況に引き付けていえば、たとえば百貨店が発行しているクレジットカードについて、カード会員が同カードを百貨店で利用した場合は本罪を構成しないが、別の加盟店でクレジットカードとして利用した場合に限って、本罪が成立しうることになる。

(3) 実行行為

本罪の実行行為の内容は、「発行者に支払いを行わせる可能性を濫用」する行為であり、「これによって発行者に損害を加え」ることが必要である。

そもそも「濫用」を認める前提として、カード発行者に支払を行わせる可能性（＝権限）が認められる必要があるから、本罪の主体たり得るのは、カードの利用権限を有するカード名義人に限られることになる。したがってカードの無権限使用は本罪を構成することはなく、詐欺罪、コンピュータ詐欺罪で処罰されることになる。もっとも、権限といっても、それは法律上の権限に限定されるわけではない。本罪は背任罪の構成要件とは異なり、「支払を行わせる事実上の可能性」を濫用していれば足りるから、クレジットカード契約がかりに私法上無効であるとしても、カード発行会社によってクレジットカードの交付がなされていれば、本罪の成立を認めることができる。

支払を行わせる可能性を「濫用」したというためには、許容限度を超えて、行為者に与えられている（法的な）可能性を行使したことが必要である。まさにカード会員が支払意思・能力がないにもかかわらず、加盟店でカードを利用することによって、カード発行会社に（事実上、回収不能な）債務を負担させる場合がその典型である。これに対して、契約上、クレジットカードの譲渡が禁じられている場合に、クレジットカード名義人が第三者にカードを譲渡する行為は、名義人自らが「支払を行わせる可能性」を「濫用」しているのではなく、本罪を構成しない。もっとも、交付を受けた第三者がカード名義を冒用して、同カードを使用した場合には、それ自体が詐欺罪、文書偽造罪を構成することになるため、カード名義人はこれらの罪の幫助犯の罪責を負うことになる。

本罪が成立するためには、さらにカード発行会社に損害が発生することが必要である。本罪における「損害」は被害者の全体財産の減少を意味する。したがって、たとえばカード会員が限度額を超えてカードを利用した場合であっても、カード会員がその支払に対応しうる資金状態であり、かつ、支払に応ずる意思がある場合には、損害が生じず、本罪を構成しないことになる。これに対して、支払意思・能力を有しないカード会員がカードを利用して商品等を購入した場合、カード会員によって決済が行われる見込みがない以上、会員のカード利用によって発行会社が債務を負担した段階で、全体財産の減少が発生しており、本罪が成

立することになる。このような自己名義カードの不正使用の典型的なケースについては、「濫用」と「損害」の要件は事実上一致することになる。

(4) 判例の動向

最後に本罪の成否が問題となった代表的な判例を2つ、紹介しておくことにしたい。

①連邦通常裁判所1992年5月12日決定（BGHSt.38,281）

本件の被告人は支払意思・能力がないにもかかわらず、ルフトハンザ航空が発行している“AIR-Plus-Kreditkarte”を不正に利用して、同社に損害を与えたとして、カード濫用罪で起訴され、原判決は同罪の成立を認めたが、BGHはこの点に関する原判決の判断を破棄した。すなわち、本罪における「クレジットカード」はカード発行会社が加盟店に対して、会員の支払債務を保証するという3当事者の関係を前提にするものであり、カード発行主体が商品・サービスを交付する関係（2当事者関係）には適用がない。したがって、本件事実関係について266条bの適用を認めるためには、被告人が（カード発行会社以外の）加盟店で本件カードを利用し、カード発行会社が当該加盟店に対して支払保証債務を負っていたことを証明する必要があるが、原判決はこの点について十分な認定を行っておらず、この点について審理不届があるとしている。

②連邦通常裁判所2001年11月21日決定（BGHSt.47,160）

被告人は偽造された身分証明書を入手すると、名義を偽って金融機関の口座を開設し、同口座を利用してECカード（キャッシュカード）やクレジットカードを発行した。原判決は、ECカードを利用して、弁済意思も能力もないにもかかわらず（口座貸越として）ATMから現金を引き出した行為について、コンピュータ詐欺罪（刑法263条a）の成立を認めたが、BGHは名義を偽ったとしても被告人は自ら口座を開設し、契約に基づいてカードを取得している以上、カードを利用する権限を有しており、したがって、同罪における「データの無権限使用」に該当しないと判示した¹⁰。そして、このように権利者によるカード濫用行為については、266条bの適用が問題となるどころ、BGHの判示によれば、ATMからの引出が同罪を構成するためには、発行金融機関による支払保証の関係が不可欠である。したがって、被告人が発行金融機関以外の金融機関のATMを利用して（当座貸越として）現金を引き出した場合に限って、同罪の成立が認められることになる。

なお、本件については、そもそもECカードの交付それ自体について詐欺罪の成立を認める余地がある。そして、発行金融機関以外の金融機関ATMからの現金の引き出しが行われた場合には、（カード交付に関する）詐欺罪とカード濫用罪は一所為数法（Tateinheit）として観念的競合の関係に立つ¹¹。これに対して、発行金融機関のATMから払戻が行われた場合には、

カードに関する詐欺罪の法益侵害性がより拡大したものとして包括的に評価される。

本決定においても、カード濫用罪においては、発行機関による支払保証の濫用が本質的要素であり、発行機関が第三者に対して（カード会員の）支払債務を保証する関係が必要であるという観点が一貫して示されている。このように2当事者間のシステムと3当事者間のシステムの区別は、ドイツ刑法においては決定的な区別となっている。もちろん2当事者間のシステムの場合であっても、カード発行機関の従業員などが商品やサービスを交付する際に挙動による欺罔行為が認定できれば、詐欺罪として処罰することが可能である。しかし、本決定によれば、ATMなどのコンピュータを利用する場合、カード所持人は無権限でデータを使用したことにならず、コンピュータ詐欺罪の成立も否定されるため、その結果、2当事者間か3当事者間かによって、処罰範囲のギャップが生じてしまうのである。

[注]

- ¹ この点に関連して、長井圓「クレジットカードの濫用に関するドイツ刑法の犯罪規定と裁判例（1）」クレジット研究18号（1997年）77頁以下を参照。
- ² ドイツ刑法の条文の日本語訳については、法務省大臣官房司法部編『ドイツ刑法典（法務資料461号）（2007年）を参照した。
- ³ なお、ドイツ刑法の解釈については、主として次に掲げる文献を参照した（煩瑣にわたるため、個別的に引用することは割愛させていただきたい）。vgl. Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1, 37.Aufl., 2013 ; Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 36.Aufl., 2013 ; Gunther Arzt/Urlich Weber/Bernd Heinrich/Erich Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2.Aufl., 2009 ; Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29.Aufl., 2014 ; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4.Aufl., 2013, Band 2, Band 3.
- ⁴ この点について、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（2012年）345頁以下を参照。
- ⁵ 支払保証のないカード等については、152条a第2項が未遂犯処罰を規定している。支払保証カードに関する152条bには明文の規定がないが、同項は短期1年以上の自由刑を法定刑とする重罪（Verbrechen）であることから、明文の規定がなくても未遂犯が処罰されている（ドイツ刑法23条1項参照）。
- ⁶ 248条aは、価値些少物に対する窃盗・横領は原則として親告罪として取り扱う旨の規定である。
- ⁷ 日本語による詳細な紹介としては、既に山中敬一「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（1）（2）」関西大学法学論集36巻6号（1987年）1071頁以下、同37巻1号（1987年）33頁以下、神山敏雄『経済犯罪の研究 第1巻』（1991年）275頁以下、長井圓「クレジットカードの濫用に関するドイツ刑法の犯罪規定と裁判例（2）」クレジット研究21巻（1999年）27頁以下などがある。
- ⁸ 後述のBGHSt.33, 244は、小切手カードとクレジットカードの場合では、その支払手段としての機能が異なるとして、両者の濫用の事例について、詐欺罪の成否の結論が異なることを正当化している。もっとも、学説の多数は、小切手カードについても詐欺罪の成立を認めることについて批判的である（vgl. Ulrich Weber, NStZ 1986,481）。
- ⁹ ドイツ刑法における詐欺罪、背任罪の規定内容は以下の通りである。
263条（詐欺罪）①違法な財産上の利益を自ら得または第三者に得させる目的で、虚偽の事実を真実に見せかけることにより、または真実を歪曲もしくは隠蔽することにより、錯誤を生じさせまたは維持させ、他人の財産に損害を与えた者は、5年以下の自由刑または罰金に処する。（2項以下、略）
263条a（コンピュータ詐欺）①違法な財産上の利益を自ら得または第三者に得させる目的で、プログラム

の不正作成、虚偽もしくは不完全なデータの使用、データの無権限使用またはその他のデータ処理過程への無権限干渉により、データ処理過程の帰結に影響を及ぼし、これによって他人の財産に損害を与えた者は、5年以下の自由刑または罰金に処する。(2項以下、略)

266条(背任罪)①法令、官庁の委任もしくは法律行為によって行為者に与えられた他人の財産を処分し若しくは他人を義務付ける権限を濫用し、または法令、官庁の委任、法律行為もしくは信任関係に基づいて課される他人の財産上の利益を保護する義務に違反して、財産上の利益を保護すべき者に損害を加えた者は、5年以下の自由刑または罰金に処する。(2項以下、略)

¹⁰ この点については、樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー8巻(2013年)198頁以下を参照。

¹¹ 両罪は保護法益が異なるため、カード濫用罪を共罰的事後行為として評価することはできないとする。