

共同研究

刑法における法律上の占有
預金に対する占有と財産犯の成否中京大学法科大学院教授
名古屋高等検察庁検事

赤 根 智 子

元仙台地方検察庁検察事務官

高 橋 克 明

1 問題の所在

刑法における占有は、事実上の占有を基礎とする。したがって、他人から委託を受けて保管している金銭をほしいままに自己の用途に費消すれば横領罪が成立することに問題はない。しかし、横領罪においては事実上の占有のみならず法律上の占有もまた「占有」とされる⁽¹⁾。ここでは、一見して占有が重複するような様相を呈する場合がある。たとえば預金に対する関係においてみる場合、現実金銭に対する支配を有しているのは銀行であるが、口座名義人においてもその払戻権限により当該金銭を自由に処分できるという点で法律上の支配もまた認められうる。しかしこの「2つの占有」は排他的な関係にあり、両者の占有が同時に認められることはない。ここにおいて、「事実上の支配＝銀行」と「法律上の支配＝口座名義人」のいずれの支配をもって「占有」と認定するかが問題となってくる。このような観点から、他人の通帳及び印鑑を窃取した者が銀行窓口に向いてあたかも口座名義人本人であるかのように装って当該預金を払戻せば銀行に対する詐欺罪が成立することに問題はないとしても、では自己の預金口座に最終的に自己に帰属すべきでない金銭を預金していた者が自己の用途に供するためほしいままに当該預金の払戻を受けた場合には刑法上いかなる評価を受けるのか、その占有の所在が問題となってくるのである。詳しくは後に検討するが、このような事例において、判例は、預金に対して法律上の占有を認めたものと事実上の占有を認めたものがあり⁽²⁾、学説上も結論の一致をみていない。本稿で取扱うテーマはすでに多数の論稿も出されているところでありいささか時期を逸した感もあるが、いまだ学生諸君の関心の高さが窺われるところであり、特に預金に対する占有については、近時、誤って振込まれた金銭の払戻行為に関する詐欺罪の成否が議論の中心となまっているところ、他方で預金者は当該預金に対して法律上の占有を有していると説明されることも多く⁽³⁾、この両者の関係が学生諸君の理解を妨げる一因となっているようにも思われる。そこで本稿では、預金に対する占有一般について統一的視点から把握することを目的として、再度検討を加えようとするものである。

(1) ここでは委託物横領罪のみならず、業務上横領罪ないし一定条件の下における遺失物横領罪を含ん

だものを指す。以下、本稿において特に表記の無い場合、この広義の意味の横領罪を指すものとする。

(2) 誤振込事案に係る従来の下級審判例として、前者につき東京地判昭47・10・19(公刊物未搭載)、後者につき札幌高判昭51・11・11刑月8巻11・12号453頁、東京高判平6・9・12判時1545号113頁など。

(3) 前田雅英『刑法各論講義(第3版)』256頁[1999年]、大谷實『新版刑法各論(追補版)』298頁[2003年]、曾根威彦『刑法各論(第3版補正2版)』173頁[2005年]など多数。

2 法律上の占有の位置付けと預金に対する占有

そもそも、横領罪において法律上の占有もまた「占有」と認められるのは、奪取罪との比較においてその犯罪性格の違いに由来する。

たとえば窃盗罪や詐欺罪等の奪取罪においては、本来所持人が自由に利用できるはずであった財物を他人が勝手に侵奪するという点に当罰性の根拠を見出すことができる。すなわち、犯罪類型的に奪取罪においてはその「被害者」の「排他性」こそが奪取罪の当罰性の核心となるのである。この点を捉えて、奪取罪における占有は現実の支配を中心とする事実上の占有のみに限定されてくることになる。

これに対し、横領罪においては、濫用のおそれのある支配力を有するものの地位に着目し、当該財物が不当に処分されてしまうという点に当罰性の根拠を見出すことができる。すなわち、横領罪においては犯罪類型的に「行為者」の「処分可能性」こそがその当罰性の核心となってくるのである。したがって、横領罪においては事実上の占有のみならず法律上自由に処分できる支配形態をもその占有概念の中に取り込んでいくことができることになるのである。⁽⁴⁾

ここにおいては、「被害者」に着目した奪取罪と「行為者」に着目した横領罪とで視点が異なるという点が認識されなければならない。すなわち、両者における占有の捉え方は同一平面上にあるものではなく、当初より「かみ合わない」議論ともいえるのである。

それではこの一見「かみ合わない」ともいえる両者の関係をいかに把握していくべきであろうか。

この点、結論から言えば、法律上の占有が事実上の占有に対していわば特別法的な地位を占め、法律上の占有が認められる場合には事実上の占有は後退し、法律上の占有が事実上の占有を排斥して横領罪のみが問題となるという関係にあり、逆に、法律上の占有が否定される場合にはじめて事実上の占有が前面に出て奪取罪のみが問題となるという関係にあるというべきであろう。なぜなら、刑法においては民事法上の占有概念とは異なり、たとえば間接占有のような観念的な占有形態には非好意的な態度を取っており、現実の支配をもって占有とするのを原則としている。これは、国家刑罰権の発動という強大なレスポンスをもって犯罪行為に対抗するという刑法の機能を考えれば、その限界付けに明確性が要求されてくるのは当然との認識に基づくものである。とするならば、外形上明確な事実上の支配が認められる以上、これをもって第一義的な犯罪性認定の基礎とすべきであって、不明確な法律上の支配などという概念をわざわざ持ち出して犯罪性認定の基礎とすることは極力避けるべきということになる。それにもかかわらず、こと横領罪との関係においてはなお法律上の占有なる占有形態を肯定して処罰の対象とするのであれば、事実上の占有を排斥するだけの事情をまず検討し、これが認められたときにはじめて犯罪性を認定し、国家刑罰権の対象とすべき

と考えられるからである。そして、そのような事情が無い限り法律上の占有という不明確な概念を用いることなく、原則通り事実上の占有をもって行為者の犯罪性を認定していくという手法が採用されるべきなのである。この点において、法律上の占有と事実上の占有とは、いわば特別法と一般法との関係に類似した関係と捉えるべきことになると考えられるのである。⁽⁵⁾

法律上の占有と事実上の占有との関係をこのように捉えるとして、ではいかなる場合に法律上の占有を認めていくべきか、その要件が問題となってくる。

前述の通り、横領罪における当罰性の根拠は行為者における不当な処分可能性にある。とするならば、法律上の占有を認定するには、財物を処分するにつき濫用のおそれのある地位に就任していなければならない。ここでは、法律上の占有を構成する要素として、3つの要素に分析できるように思われる。すなわち、処分可能性があること、濫用のおそれのある地位にあること、その処分可能性は濫用に止まるものであること、の3つである。

この点を捉えて法律上の占有が認められるための要件を措定するならば、まず第一に、行為者において「処分権限」を有することが要求されてくることになる。なぜならば、処分権限を有するがゆえ事実上の支配を凌駕しうる処分可能性が認められることになり、かつ、その権限を不正に利用して不当な利得を受けうる立場にあるという意味において濫用のおそれのある地位に就任していると言い得るからである。そして、さらに、当該処分権限は、その権限行使に関し、何ら制限されることのない完全なものであることが要求される。なぜなら、完全な処分権限がないにもかかわらず不正に財物を処分する行為は権限「逸脱」行為であって、もはや「濫用」の域に止まらないからである。それゆえ、第二に処分権限の「完全性」も要求されてくることとなる。⁽⁶⁾

これを預金に対する関係においてみるならば、「払戻権限」の「完全性」と置換することができる。したがって、預金に対する占有の有無を考察するに際しては、当該預金に対する払戻権限の完全性の有無がその検討の視座となる。⁽⁷⁾

(4) 大谷・前掲注(3) 298頁、山口厚『刑法各論(補訂版)』289頁[2005年]など参照。

(5) 山口厚「誤振込みと財産犯」法学教室283号85頁[2004年]は、委託された金銭との関係において預金による占有にまで占有概念を拡張する場合には、銀行との関係において財産犯の成立を否定する意義を有するとする。

(6) このような説明は、横領罪の本質につきいわゆる領得行為説的に捉えることと親和性を持つように思われるが、同説は横領行為の意義における問題であり必ずしも同一の議論ではない。

(7) 林幹人『刑法各論』272頁[2003年]は、「有効に」処分する可能性のあることが横領罪における占有の要件であるとし、山口・前掲注(5) 86頁は、「正当な」払戻権限を認められることが預金の占有を肯定するための要件であるとする。その妥当範囲の違いは必ずしも明らかではないが、単なる処分権限の存在のみでは不十分とする点において本稿と共通するものといえよう。

3 判例の状況

さて、このように預金に対する法律上の占有が認められる要件を払戻権限の完全性に求める場合、重要な問題提起を孕むものとして登場してくるのが平成8年に出された民事判例（以下「平成8年民事判例」などという。）である。⁽⁸⁾

これは、振込依頼人の過誤により誤振込が行われ、これに基づき口座名義人の債権者が債権の差押を行ったのに対し、振込依頼人が第三者異議の訴えを提起したという事案である。判決は、結論において第三者異議の訴えを否定したのだが、その中で「振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込みがあったときには、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得するものと解するのが相当である。」と判示し、原因関係の有無を問わず口座名義人と銀行との間の預金関係の成立を認めたのである。

これを素直に読むならば、原因関係の有無とは一切離れて、およそ預金口座に対する入金記帳があれば直ちに口座名義人と銀行との間に預金関係が成立していることになる。そして、判例のいうように無条件で預金関係の成立が認められるのであれば、その払戻権限にも制限が課されることなく、およそ口座名義人であればすべて払戻権限の完全性が認められ当該預金に対し法律上の占有を有していると解することが素直な解釈ということになってくる。

事実、かつて大審院の判決は、村長が委託された村の公金を預金化し、後日これを不正の意図をもって銀行から払戻した事案に関して業務上横領罪の成立を肯定し、その判決の中で「現に被告の支配内に存せる右公金を判示銀行に預け入れたる事実ありと雖も右事実は被告の前示公金の保管者たる地位に変動生ぜしむるものにあらざれば、従って被告の右公金に対する支配関係においても消長あることなく、即ち該公金は其預入後と雖も依然被告の支配内に存せしものなるを以て、右金員は、刑法253条に所謂自己の占有する他人の物に該当するものとす」と判示し、預金に対する占有を肯定している（原文旧漢字仮名交じり文及び読点なし。以下「大審院判例」などという。）⁽⁹⁾。

この判決は委託された金銭預金に対するものであるが概ね学説上も好意的に受け入れられており、これをもって預金者には預金額に相当する金銭に対する占有があるものと評価する先駆的な位置を占めている。⁽¹⁰⁾

ところが、これが誤振込にかかる預金に対する関係では状況が一変する。すなわち、平成15年、誤振込にかかる預金の払戻行為に対して詐欺罪を肯定した最高裁決定（以下「平成15年刑事判例」などという。）⁽¹¹⁾が出されるに至ったのである。決定は「銀行実務では、振込先の口座を誤って振込依頼をした振込依頼人からの申出があれば、受取人の預金口座への入金処理が完了している場合であっても、受取人の承諾を得て振込依頼前の状態に戻す、組戻しという手続きが執られている。また、受取人から誤った振込みがある旨の指摘があった場合にも、自行の入金処理に誤りがなかったかどうかを確認する一方、振込依頼先の銀行及び同銀行を通じて振込依頼人に対し、当該振込みの過誤の有無に関する照会を行うなどの措置が講ぜられている。これらの措置は、普通預金規定、振込規定等の趣旨に沿った取扱いであり、安全な振込送金制度を維持するために有益なものである上、銀行が振込依頼人と受取人との紛争に巻き込まれないためにも必要なものといえる。ま

た、振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生を防止するという観点から、社会的にも有意義なものである。したがって、銀行にとって、払戻請求を受けた預金が入った振込みによるものか否かは、直ちにその支払に应ずるか否かを決する上で重要な事柄であるといわなければならない。これを受取人の立場から見れば、受取人においても、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に入った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。社会生活上の条理からしても、入った振込みについては、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、入った振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はないのであるから、上記の告知義務があることは当然というべきである。そうすると、入った振込みがあることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たり、また、入った振込みの有無に関する錯誤は同罪の錯誤に当たるといふべきであるから、錯誤に陥った銀行窓口係員から受取人が預金の払戻しを受けた場合には、詐欺罪が成立する。」と判示し、横領罪の類型ではなく奪取罪の類型として把握しているのである。

これは、平成8年民事判例ないし大審院判例の流れとは明らかに一線を画するものである。そこで、この決定の理解をめぐって様々な見解が登場してくることになる。

(8) 最判平成8・4・26民集50巻5号1267頁。

(9) 大判大元・10・8刑録18号1231頁。

(10) これに対し預金に対する占有を肯定することは占有概念の拡張のみならず財物概念の拡張にもなること、金融破綻の現状からすれば預金に対する占有は虚構にすぎないことなどを理由として否定的な見解として、西田典之「コンピュータの不正操作と財産犯」ジュリスト885号17頁[1987年] <後に改説、同『刑法各論(第3版)』204頁注5[2005年]>、松宮孝明「過剰入金と財産犯」立命館法学249号408頁[1996年]などがある。

(11) 最決平15・3・12刑集57巻3号322頁。

4 学説の状況及び検討

このような判例の状況の理解に関しては、大きくふたつの方向性が考えられる。すなわち、平成15年刑事判例を重視し詐欺罪の成立を支持する見解と平成8年民事判例ないし大審院判例を重視して詐欺罪の成立を否定する見解である。

以下、それぞれについて検討する。

(1) 詐欺罪の成立を肯定する見解

まず、詐欺罪の成立を肯定する見解については、詐欺罪の成立を肯定するとしてもその理由付けについてさらに検討を要することになる。

この点、第一に、刑法と民事法上の違法性は異なるとして、誤振込事案に対しなお法律上の占有を否定し詐欺罪を肯定することが考えられる。⁽¹²⁾

確かに、このように解すれば処分権限の完全性が認められるか否かは刑法独自の問題となり平成

8年民事判例の言に左右されることなく処分権限の完全性を否定し、詐欺罪を肯定することが可能となろう。

しかし、本来、国家刑罰権の発動という強力なレスポンスを持つ刑法は謙抑的であるべきであり、安易に刑法独自の違法性を構築すべきではないように思われる。法秩序の統一性という観点からも基本的に民事法に沿った理解がなされるべきである。また、仮にこのような刑法独自の違法性を構築することが可能であるとしても、その内実は空虚なものであり、何をもって刑法上の違法とするかはなお検討されなければならない。

そこで第二に、銀行側が誤振込であるという事実を認識したならば払戻請求に対し直ちには応じなかったであろう利益を重視し、刑法独自の評価として詐欺罪の成立を肯定するという方向性が考えられる⁽¹³⁾。

なるほど、この見解は、被害者側の保護利益を無視して犯罪の成否を論じることはいかなる点においても正当性が認められるであろう。

しかし、この見解は、口座名義人及び銀行間の預金関係の成否を離れ、誤振込に際して執られる銀行側の措置のみに力点が置かれている点において十分とはいえない。なぜなら、そもそも口座名義人において払戻権限が認められるのであれば銀行側はその払戻請求に応じざるを得ないはずであり、口座名義人の払戻権限の有無を検討することなく銀行側の利益のみを問題としている点において詐欺罪を肯定する論拠としては不十分と言わざるを得ないからである。仮に、口座名義人において払戻権限が認められるのであれば、そのような銀行側の利益は事実上のものにすぎず、詐欺罪の成立を基礎付けるだけの法的利益とはなりえないのである⁽¹⁴⁾。

そこで第三に、口座名義人の払戻権限の有無に着目して詐欺罪の成立を肯定するという方向性が考えられる。このような理解に立脚するものとして、悪意の口座名義人との関係においては払戻権限が否定されることを理由に詐欺罪を肯定する見解がある⁽¹⁵⁾。この見解は、判例も誤振込であることを知っている者との関係でまで払戻権限を肯定したものではないとし、悪意者の払戻請求は信義則違反ないし権利濫用（以下、単に「信義則違反」という。）としてその払戻権限を否定するものである。

この見解は、払戻権限に着目しているという点においては基本的に正当なものを含んでいると言ってよいであろう。

もっとも、その払戻権限を否定する要素として悪意を唯一のものとしている点については多少の疑義を差し挟む余地もあるように思われる。すなわち、確かに悪意はその払戻行為が信義則違反と認定されるに際して重要な要素とはなるが、悪意であることの一事をもって直ちに信義則違反とするのは視野狭窄にすぎるように思われるのである。また、ここで問題とされているのは構成要件該当性であって、本来客観的であるべき構成要件該当性の問題に行為者の主観が唯一のメルクマールとなるとの解釈にはいささか躊躇を感じざるを得ない。そもそも、悪意であるということは誤振込であることを知っているということであるから、悪意であることの一事をもって法律上の占有を否定し、事実上の占有を侵害するものとして詐欺罪を肯定するのであれば、それは故意とほぼ同意となるように思われ、これをもって払戻権限の有無を判断することは故意の先取りとなり、過度の

主観化を招くおそれがあるように思われるのである。さらに、この見解によれば他の論点に与える影響についても問題が生じうる。たとえば不動産の二重譲渡の事例において判例は二重譲渡人に対して横領罪の成立を肯定するが、⁽¹⁶⁾悪意者との関係において法律上の占有を否定するのであればこの場合に横領罪の成立を肯定することは困難となるように思われる。もちろん、この見解は誤振込事例に限って悪意者との関係を別個に取扱うとするのであろうが、そうすると何故に誤振込の場合には別個の取扱いが許されるのかが説明されなければならなくなってしまう。

このように考察してみると、いずれの見解を採用するにしても詐欺罪の成立を基礎付ける論拠とすることはなお困難であるように思われる。

(2) 詐欺罪の成立を否定する見解

そこで、誤振込に関する事例を平成8年民事判例ないし大審院判例の同一線上で捉え詐欺罪の成立を否定しようとする方向性が考えられる。この見解は、たとえ誤振込であっても正当な預金関係が成立する以上、その払戻権限も否定されることなく、詐欺罪は成立しないとするものである。⁽¹⁷⁾そして、このように理解する見解は当該事例につき法律上の占有が認められることから横領罪の類型と把握しつつも、振込依頼人との間の委託関係が欠ける点に着目し遺失物横領罪が成立するとする。⁽¹⁸⁾この見解の論拠は、たとえば郵便物が誤配されてきたような事例と同視しうるとするところにある。

確かに、一般的に遺失物横領罪は遺失の結果誰の占有にも属することのなくなった財物のみならず、当初の所持人の意思に基づかず他人の占有下に入った財物をもその客体とする。⁽¹⁹⁾したがって、誤配達事例のような場合も、発送者の意思によらずに他人のポスト（占有下）に入った財物として、これを領得する行為は遺失物横領罪となりうる。

しかし、問題はその論拠とするところの誤配達事例と誤振込事例を同視できるかという点である。すなわち、遺失物横領罪の成立を認めるには、占有を離脱した他人の物がその客体となるところ、振込依頼人自身は当該金銭を振り込んだ以上当該金銭を弁済等の事実関係に基づき他人に譲渡する意思を有しており、これにより当該金銭の「所有権」は失われたものと解することができる。そうであるならば、少なくとも占有を離れた「他人の物」ということはできず、遺失物横領罪は成立しないこととなるであろう。⁽²⁰⁾動産が客体である郵便物事例が発送者の手を離れてもなお発送者に所有権を觀念することができるのに対し、誤振込事例は価値代替物である金銭を客体する点において両者は区別されなければならない。また、大審院判例にみられるような委託された金銭においてはなお委託者に所有権が觀念しうる余地があるとしても、誤振込事例の場合、委託関係が無い以上振込依頼人に所有権を觀念することは困難であるという点においても別個に取り扱うべき理由が見出される。

もっとも、本来弁済等のため正規の債権者に譲渡すべきものであったのであるから、振込依頼行為に錯誤が存するとして民法上の錯誤無効を主張することが考えられる。⁽²¹⁾

なるほど、民法上、錯誤無効の主張が認められるのであれば意思の欠缺として振込依頼人の意思によらずその占有を離れた所有物ということもできよう。

しかし、錯誤無効を主張するためには、民法上の要件として、行為者に重過失がないことが要求

され、さらにその錯誤は法律行為の重要部分を構成する要素に錯誤があることが必要とされているのである（民法95条）。振込依頼人過誤の場合、多くは振込先の口座番号を誤って記入するなど振込行為に重過失が認められるであろうから、錯誤無効の主張を認めることは困難となつてこよう。さらに、銀行側過誤の場合であっても平成8年民事判例が、振り込まれた預金関係の成立に「原因関係は不要である」と明言している点が問題となる。この判例を重視するのであれば、判決が預金関係の成立に原因関係が不要だとしている以上、それは誰が受取人かは法律行為の瑕疵を認定するに際して重要な要素ではないと読むことが素直な解釈ということになってくる。したがって、要素の錯誤に該当するとの理由をもってしても錯誤無効の主張を肯定することはできず、やはり、遺失物横領罪⁽²²⁾の成立を肯定するのは困難であるように思われるのである。

- (12) 西田典之「誤振込による預金の払戻と詐欺罪の成否」（判例セレクト'98）30頁など。
- (13) 大阪高判平10・3・18刑集57巻3号353頁＜同判決は、前掲注（11）最決15・3・12刑集57巻3号322頁の控訴審判決＞、渡辺恵一「誤って振り込まれた預金の引き出し行為と犯罪の成否」研修599号〔1998年〕113頁など。
- (14) 山口・前掲注（5）87頁。
- (15) 大阪地堺支部判平9・10・27刑集57巻3号351頁＜同判決は、前掲注（11）最決15・3・12刑集57巻3号322頁の第一審判決＞、佐藤文哉「誤って振り込まれた預金の引出しと財産犯」（佐々木史朗先生喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』）338頁以下〔2002年〕。
- (16) 最判昭30・12・26刑集9巻14号3053頁。
- (17) 上嶋一高「預金による占有」（西田＝山口編『刑法の争点（第3版）』）190頁〔2000年〕。
- (18) 曾根・前掲注（3）174頁、林・前掲注（7）279頁。
- (19) 大谷・前掲注（3）321頁など参照。
- (20) 山口・前掲注（5）88頁。
- (21) 錯誤無効の主張を含む振込依頼人と銀行との間の振込委託契約の有効性及びその場合の受取人の預金債権の成否に関する民法上の問題点の詳細については、森田宏樹「振込取引の法的構造『誤振込』事件の再検討」（中田＝道垣内『金融取引と民法法理』）156頁以下〔2000年〕参照。
- (22) 松岡久和「受取人を誤記した誤振込による預金債権の成否」平成8年度重要判例解説75頁〔1997年〕は、平成8年民事判例をもって受取人の誤記も広義の原因関係の問題として錯誤としない趣旨ではないかと評する。また、森田・前掲注（21）157頁は、誤振込が錯誤論における要素の錯誤に該当すると解するのが民法上の多数説であるとしつつ、同162頁以下において誤振込について錯誤アプローチを採ったとしてもそれは受取人の預金債権の成立の否定には結びつかないとして錯誤による解決に難色を示す。

5 本稿の立場

（1）犯罪不成立の可能性

処分権限の完全性を法律上の占有が認められるための要件と解する本稿の立場からは、誤振込事案の検討に当たっても、払戻権限の完全性が認められるか否かがその検討の指針となる。そして、その払戻権限の完全性の有無の判断は、民事上の評価と刑事上の評価の矛盾を避けるべく法秩序の統一性を是とするならば、刑法の謙抑的立場にかんがみて、基本的に民事的規律に従うべきことになる。

このような指針の下で考察するならば、平成8年民事判例の存在は無視することができないであろう。そして、同判例が原因関係の有無にかかわらず、口座名義人と銀行との間に預金関係の成立を認めている以上、原則として払戻権限は何ら制限されることはないと言わざるを得ない。⁽²³⁾⁽²⁴⁾

大審院判例が村長事例について横領罪をもって処断した事例は、このような理解の下に位置付けることができよう。なぜなら、確かに公金の用途については制約があったのかもしれない。しかし、保管委託された金銭を預金化すること自体は何らの制約も受けていないのである。仮に、用途につき制約がなされていたとしてもそのような預金外の事情については原因関係の存否以上に預金関係成立の障害となりえないことは明らかであろう。したがって、当該事例において預金関係自体は有効に成立しているとみることができる。そして、保管形態について何らの特約も付されていない限り、いわば委託された金銭を右手から左手に持ち替えることが許容されるのと同様に、委託された金銭を預金化することはもちろん払戻を受けることも制限を受けることはない。このような点において、当該事例における村長には預金に対する法律上の占有を肯定することができることになるのである。

他方、預金関係の成立をこのように捉えるのであれば、誤振込による預金であってもこの延長線上においてやはり法律上の占有が否定されることはないと解されることになってこよう。なぜなら、確かにこの場合原因関係が欠けることになるが、そのような原因関係の有無が預金関係の成立に影響を与えるものでないことは平成8年民事判例の明言するところである。したがって、この場合も預金関係は有効に成立していることになる。また、この場合、民事法上の不当利得関係が残存することになるが、その清算手続は必ずしも組戻しシステムによらなければならないものではなく、誤って振込まれた金銭相当額を払戻したうえで現金による返還という清算方法によることも許されるのである。そうであるとするならば、払戻権限を否定することは逆に不当利得関係を解消する手段を制約することになり、⁽²⁵⁾かえって不当な結論となってしまう。そもそも誤振込事案に関し民事法上の不当利得関係が生じるということは判決が預金関係の成立に原因関係が不要だとしたことの論理的帰結であって、不当利得関係が残存することをもって払戻権限を否定するとすれば、それは判決の自己否定ということになってしまふであろう。このように考えると、不当利得関係の存在は口座名義人における払戻権限を否定する要素とはならず、たとえ誤振込であったとしても口座名義人の預金に対する占有が否定されることはないことになってくるのである。

そして、誤振込であるか否かを問わず、口座名義人に当該預金に対する法律上の占有が認められると解するのであれば、少なくとも預金の払戻行為に対する詐欺罪の成立は否定されることになり、横領罪の成否のみが問題となってくる。この場合、委託関係のある大審院の事例においてはなお横領罪の成立が認められうるとしても、前述のとおり委託関係のない誤振込事例においては遺失物横領罪の成立を肯定することは困難となる。したがって、当該預金の払戻行為に対し犯罪性を認めることはできず、結局、誤振込事例については原則として犯罪は成立しないと解すべきこととなる⁽²⁶⁾こよう。

(2) 平成15年刑事判例再考

もっとも、平成15年刑事判例が詐欺罪の成立を肯定した結論の当否については別途考慮する余地もある。なぜなら、本稿は、基本的に民事的規律に従うところから払戻権限の完全性を肯定してきたが、なお「民事的に」払戻権限の完全性が否定されうる場面もあるように思われるからである。そこで、このような指針を示しつつ、平成8年民事判例の射程範囲から検討しておこう。

この点、この判例に登場する関係者はすべて「善人」であるという点を見逃すことはできないであろう。仮に、差押債権者が取引社会上信義に外れるような状況にあれば同じ事案であっても同様の結論が出るか否かは未だ不明であるように思われる。たとえば差押債権者が当該差押債権が誤振込にかかるものであることを十分に熟知しながら振込依頼人をあえて倒産させるがごとき意図及び状況の下で差押を実行したような場合にまで同様の結論となるであろうか。ましてや、口座名義人において同様の背信性が認められる場合にまでその払戻行為を正当なものと評価することはありえないように思われる。同判例の直接の対象は、振込依頼人における第三者異議の訴えの肯否であり、口座名義人が直接に銀行に対して払戻請求をした事案を対象としたものではない。口座名義人において「不正に」払戻請求をした場合も同じ判断がなされるか否かは未だペンディングの状態にあるというべきであろう。⁽²⁷⁾

平成8年民事判例の位置付けをこのように解するのであれば、誤振込によって口座名義人と銀行との間に預金関係が成立するとしてもなお何らかの（背信的）事情が介在することによって払戻権限が制限されることがあると考える余地があることになる。⁽²⁸⁾

そして、何らかの事情を介在させることによって払戻権限に制限が課せられることがあるとするならば、次に問題となってくるのが、では払戻権限の完全性を否定する要素とは何かという点であろう。

この点、前述の悪意者との関係においては払戻行為は信義則違反となるとの見解が注目される。この見解は、前述の通り信義則違反となる要件を悪意に限定している点においてにわかに賛同しがたいものではあるが、払戻行為が信義則違反となるのであればその完全性を否定する方向に向かうことになるのは間違いないであろう。

問題は、いかなる事情をもって信義則違反と認定するかである。

ごく一般論としていえば、行為者の主観と払戻行為における客観的事情を総合的に考慮することが必要となってくるであろう。民事法上の一般条項をもって払戻権限の完全性を計ろうとするものである以上、いささか具体性に欠けるくらいはあるが、いくつかの要素をあげるとするならば、行為者の主観、被害者側が失う利益の多寡、さらには行為者と銀行との間の取引の頻度及び態様、社会生活上の許容性などを総合考慮して、その背信性を認定していくべきものと考えられる。⁽²⁹⁾ そうだとすると、先にあげた悪意者であるという行為者側の事情に着目する見解や銀行側の利益に着目する見解も、実は信義則違反を認定するに際しての一要素としてその判断構造の中に位置づけられるべきものと考えることができるのである。

そして、このような理解を採用するならば、平成15年刑事判例を次のように位置付けることができるように思われる。すなわち、同判例は口座名義人において誤振込であることに対して悪意であ

ることを前提にしつつ、誤振込の場合には、振込前の状態に戻すという、いわゆる「組戻し」ができること、誤振込に関し銀行側は当事者に照会ができることを援用し、銀行及び当事者が無用な紛争の発生を防止できるという社会的有用性から誤振込か否かは、銀行が直ちに支払いに応ずるか否かを決定する重要なことがらであると指摘する。さらに、告知義務に関連してではあるが、口座名義人において銀行との間に継続的取引をなしている立場であることをもその理由のひとつにあげている。これは、悪意であるという行為者の主観に着目すると共に、銀行側との関係における保護されるべき利益の存在、さらには組戻しシステムの社会的有用性、行為者と銀行との信頼関係の高低までもその判断要素とし、その実質は信義則違反ゆえに口座名義人の払戻権限の完全性が否定され、結論として詐欺罪の成立を肯定したと読むことも不可能ではないように思われるのである。⁽³⁰⁾

このような観点から平成15年刑事判例が「民事的に」払戻行為を信義則違反として払戻権限の完全性を否定したものと位置付けられるのであれば（それが民法上信義則違反を構成するに足るものであるか否かの問題は残るとしても）、なお法律上の占有を否定し、銀行に対する事実上の占有を侵害した物として詐欺罪の成立を肯定する余地は残されているように思われるのである。⁽³¹⁾

(23) 中田＝道垣内＝西田＝佐伯「特別座談会 民法と刑法（1）」法学教室241号50頁〔2000年〕道垣内発言は、送金メカニズムの内容として原因関係の存否は預金成立に影響を及ぼしえないとし、さらに同51頁同人発言は、受取人は利得を保持できないにとどまり、払戻が受けられないということではないとする。

(24) この点において、平成8年民事判例が出される以前の論稿における誤振込の場合にはおよそ払戻権限が認められないとする原田國男「誤って振り込まれた預金の払戻しと占有離脱物横領罪の成否」研修337号75頁〔1976年〕、大谷晃大「送金銀行の過誤により自己の普通預金口座に過剰入金された金員を自己のキャッシュカードを用いて現金自動支払機から引き出したことが、横領罪にはあらず、窃盗罪にあたとされた事例」研修573号32頁〔1999年〕などの論拠は見直されることになるう。

(25) 松宮孝明「誤振込を知った受取人がその情を秘して預金の払戻しを受けた場合と詐欺罪の成否」法学教室279号133頁〔2003年〕、中田＝道垣内＝西田＝佐伯・前掲注(23) 51頁道垣内発言。

(26) 松宮孝明「誤振込と財産犯の解釈および立法」立命館法学278号1頁以下は、ドイツ法、フランス法を検討材料にしつつ犯罪不成立説を説得的に説く。なお、同稿23頁によれば、払戻された金銭についても遺失物横領罪は成立しないとするが、振込依頼人に所有権を觀念できないとする本稿の立場からみても正当であろう。さらに、告知義務を否定するところから犯罪不成立を説く見解として川口浩一「誤振込と詐欺罪」奈良法学会雑誌13巻2号22頁〔2001年〕がある。

(27) 今井猛嘉「預金の占有・誤振込みと財産犯の成否」現代刑事法5巻11号108頁〔2003〕は、振込送金制度を悪用する場合には、平成8年民事判例と別異の評価を下すことも可能とする。

(28) なお、近時、振込依頼人の過誤により口座名義人が銀行に対して有することとなった預金債権を、銀行が口座名義人に対する反対債権をもって相殺したという事例につき、名古屋高判17・3・17金融・商事判例1214号19頁は、口座名義人と銀行との間に「当座預金契約は成立しているものの」、当該口座名義人の有する債権は「受動債権とはなりえない」ものであり、「行使できない債権である」とした。これは、口座名義人が誤振込であることを認め、振込依頼人の組戻し請求に応じる意思を表明していたという民法上の不当利得返還請求に関する事案であり、本稿で取扱うテーマとは直接の関係性を有するものではないが、「預金関係の成立」と「当該債権行使の可否」の峻別を示唆するものとして本稿と通ずるものがあるように思われる。

(29) 大判昭10・10・5民集14巻1965頁、同判決の評釈として大村敦志「権利の濫用 - 宇奈月温泉事件」

民法判例百選（第5版新法対応補正版）12頁〔2005年〕は、同判決は権利濫用の判断要素として、客観的要件と主観的要件をともに考慮したとする。

(30) 信義則違反をもって詐欺罪の成立を肯定した判例として、誤振込事例につき前掲注(15) 大阪地堺支部判平9・10・27刑集57巻3号351頁、その他、大判大13・3・18刑集3巻230頁、大判大13・11・28新聞2382号16頁、大判昭4・3・7刑集8巻107頁などがあるが、この点の詳細は川口浩一「信義則違反と詐欺罪(1)」奈良法学会雑誌13巻3・4号〔2001年〕191頁以下参照。

(31) これに対し、川口・前掲注(30) 192頁は、告知義務に関連してではあるが一般条項から可罰性を直接導き出すことは許されないとする。しかし、一定の場合には一般条項から告知義務（作為義務）を導くことができるというのが通説的見解であり、問題は当該告知義務（作為義務）が犯罪の成立を基礎付けるに足るものであるか否かであろう。本稿では私権侵害について民事法的に否定されうる可能性を説くものであり、必ずしも同一の議論ではないが、その限界付けにはなお慎重さが要求されよう。

6 むすびにかえて

このように、本稿は、法律上の占有が認められるための要件として処分権限の完全性を要求し、法秩序の統一性という観点から誤振込であるか否かを問わず、基本的に預金に対する法律上の占有を肯定するものである。

そして、委託された金銭預金に関してはなお横領罪の成立する可能性があるとしても、誤振込を含めた委託関係のないその他の場合には、私権請求が信義則違反と評価されるような例外的な場合を除いては、何ら犯罪性を帯びることは無いと解するものである。

このような結論に対しては、誤振込事例に関し「刑法学者としては無罪とは言いにくい」とする意見もあるが、⁽³²⁾そもそも「はじめに犯罪ありき」的な発想自体に疑問を感じる。実際、検察実務としても、誤振込であることの一事をもってその全てを当罰的なものとして起訴相当事案と評価することはないであろう。もちろんこの点は刑事訴訟法上のいわゆる起訴便宜主義の問題であるとも言いうるが、実務的には本稿で示したような諸々の事情を考慮して真に背信性の高いもののみを当罰的なものとして司法判断の対象としてきたものと思われる。法律上の占有という概念は外形上の不明確さを残すものであることが否定できない以上、これをもって可罰的なものとするには慎重でなければならない。財産犯は刑事法、民事法両面にまたがる問題を多く内包していることから、その当罰性を計るに際しても刑事法的観点のみならず民事上における判例学説の推移も見守りつつ、真に当罰的なものを厳選していくことが必要となつてこよう。

(32) 中田＝道垣内＝西田＝佐伯・前掲注(23) 52頁佐伯発言。