

Title	誤振込と財産犯の成否：財産の静的安全・動的安全と刑法
Sub Title	Strafbarkeit des Abhebens eines versehentlich eingezahlten Geldbetrages durch den Kontoinhaber
Author	黒川, ひとみ(Kurokawa, Hitomi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2008
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.9 (2008. 2) ,p.151- 202
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	堀口磊藏教授追悼号 = A special issue in memory of the Late Professor Horiguchi Raizo リサーチペーパー
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20080215-0151

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

誤振込と財産犯の成否

——財産の静的安全・動的安全と刑法——

黒川ひとみ

序章	問題の所在
1	問題意識
2	本稿の構成
第1章	誤振込に関する従来の判例・裁判例と学説の整理
1	判例・裁判例と学説の展開
2	従来の判例・裁判例と学説の整理
3	小括—本質的な対立点—
第2章	刑法の保護しようとしている財産とは何か
1	財産犯の保護法益論の重層性
2	財産の二重の法的保護
3	財産概念の変化と刑法による保護
4	民事法に依存した財産の刑法的保護
5	民事法における動的安全の保護と刑法
第3章	まとめと残された課題
補論	平成15年刑事最決の法律構成に対する疑問と一試論

序章 問題の所在

1 問題意識

高度に経済活動の発展した現代社会において、銀行を介した振込¹⁾は決済

1) 振込は「振込依頼人が（現金あるいは預金の払戻により）予め銀行に振込資金を提供したうえで、受取人の預金口座を指定し、その口座に資金を入金することにより決済を行う方法」である（森田宏樹「振込取引の法的構造—『誤振込』事例の再

手段として頻繁に用いられている。振込は、私たちが社会生活を営むために重要で必要不可欠な行為である。

ところが、全く予期もしなかった金銭が預金口座に振り込まれてくるとき「誤振込」となる。具体的には、振込依頼人の振込依頼書の誤記載²⁾、仕向銀行の被仕向銀行への誤った通知³⁾、被仕向銀行の誤った預金口座への入金処理（第三者に入金通知）等が原因となって、振込依頼人が真に受取人と考えた人と異なる人の口座へ入金されるのが「誤振込」である⁴⁾。本来の振込取引では、振込が債務の弁済、貸付の実行などのための資金移動に利用されることから、振込は振込依頼人と受取人の間に何らかの原因関係があることが前提となっている。他方で、誤振込においては、振込依頼人と受取人との間に原因関係がない。そのため、偶然の誤振込によって生じた預金債権は「棚からぼた餅」的な利益を受取人に生じさせる。

そこで、誤振込が発生すると、民事法上は関係者間の利益の調整を後始末としてどのようにするか問題になるし（不当利得返還請求、その他返還請求権の成否）、刑法上は誤振込によって生じた預金を受取人が領得する行為に違法性が

検討一」中田裕康、道垣内弘人編『金融取引と民法理論』（有斐閣、2000）148頁）。言い換えれば、「資金の支払人（債務者）が、自己の取引銀行（仕向銀行とよばれる）を通じて、受取人（債権者）の取引銀行（被仕向銀行とよばれる）に受取人の口座への入金（貸方記帳）を委託する（振込委託）取引」とも定義できる（岩原紳作『電子決済と法』（有斐閣、2003）4頁）。

- 2) 振込依頼人が振込額を誤った場合、振込依頼人が第三者に振り込むべきところ誤って受取人の口座に振り込んだ場合、振込依頼人と受取人の契約が無効の場合、すでに受取人の振込依頼人に対する債務が弁済されて債務がないのに受取人に振り込んだ場合など。
- 3) 銀行の係員の読み間違い・書き間違い、銀行の係員のコンピューターの操作ミスなど。
- 4) なお、刑事裁判例で扱われた「誤振込」が発生する類型には、振込依頼人の過誤による場合と（平成8年民事最判、平成15年刑事最決など）、被仕向銀行の記帳過誤による誤入金の場合（後掲札幌高判昭和51年11月11日など）と2類型あるが、裁判実務では特に区別して論じられていないようなので、本稿でも一緒に扱う。

あるか問題となる（財産犯の成否）。確かに、誤振込預金を受取人が領得する行為に対する「そういう不正義がまかり通っていいんですかね⁵⁾」、「刑法学者としては無罪でいいとはいいいにくいですね⁶⁾」、「誤振込であることを知りながらそれを秘して払戻請求をした行為が何ら刑法上当罰性を有しないというのはいかにも不自然な感じがする⁷⁾」、「衡平ないし正義の観念に反し、反社会性を帯びる違法な行為⁸⁾」といった評価は至極もっともらしいものではある。しかし、単なる処罰感情だけでその行為を処罰することは決して許されない。

なお、振込取引においては、決済のための資金移動取引であって、大量の取引を画一的に迅速に処理することが、銀行だけでなく振込依頼人と受取人の期待するところであり、利益になるものである。このような機能を最大限に発揮させるため、民事法では、振込取引について無因の法律構成を採用して最大限に取引の動的安全を保護する制度設計がなされている。

他方で、刑事法が財産犯として財産を保護する場合、原則として財産の静的な権利関係を保護すると考えられてきた⁹⁾。しかし、少なくとも振込取引については、民事法の制度趣旨を汲んで動的安全の保護を刑事法上も行うことが、統一的な法秩序の形成に資するのではないだろうか。つまり、民事法が保護する限度で動的安全を刑事法上の保護法益としても考慮すること、言い換えれば刑法も静的安全と動的安全の調整を保護することは出来ないのだろうか。

5) 中田裕康＝西田典之＝道垣内弘人＝佐伯仁志「民法と刑法(1)」法教241号52頁(2000)〔西田発言〕。

6) 中田他・前掲注(5)52頁〔佐伯発言〕。

7) 大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法第13巻』97頁〔高橋省吾〕(青林書院、第2版、2000)。

8) 宮崎英一「判解」曹時58巻6号(2006)220頁。

9) 西田典之『刑法各論』(成文堂、第4版、2007)215頁、佐伯仁志＝道垣内弘人『刑法と民法の対話』(有斐閣、2001)14頁〔佐伯発言〕。どちらとも寄託された現金についての文脈であることに注意。また、井田良『新論点講義・刑法各論』(弘文堂、2007)145頁。

かかる問題意識から、本稿では、最近の最高裁判例¹⁰⁾で問題となった銀行預金口座に誤って振り込まれた銀行預金の払戻の事案を題材として、民事・刑事の法解釈の統一性を図ろうとする視点から、動的安全と静的安全の調整を根拠として、悪意の受取人の払い戻し行為に詐欺罪が成立することを基礎付けられるかについて筆者なりの検討を試みたい。

2 本稿の構成

まず、第1章では、次章の議論の準備として、誤振込みに関する従来の判例・裁判例・学説の展開とその主張内容を簡潔にまとめることにする。

次に、第2章では、まず財産犯の保護法益に関する議論を簡単に整理する。刑法が保護しようとしている財産とは何か。財産犯の保護法益論は、主に窃盗罪の保護法益として議論されているが、本権説と占有説の対立は、奪取罪全般の民法と刑法の関係を考える手がかりとなる。従来の研究は財産犯の保護法

10) 最判平成8年4月26日民集50巻5号1267頁（本稿では、「平成8年民事最判」とする）、最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁（本稿では、「平成15年刑事最決」とする）。

平成8年民事最判の事案の概要は次のとおりである。株式会社「東辰」に対する債務の弁済にあてるべき金銭につき、振込依頼人は誤って以前取引のあった株式会社「透信」名義の普通預金口座への振込依頼を行ってしまったため、被仕向銀行はこれを依頼どおり「透信」の口座に入金記帳した。「透信」の債権者が金銭消費貸借契約公正証書に基づいて「透信」の預金債権に強制執行を実行したため、振込依頼人は当該後振込金が自分のものであるとして第三者異議の訴えを提起したものである。

平成15年刑事最決の事案の概要は次のとおりである。受取人の税務申告などの顧問を務める税理士の集金事務代行者が、税理士が顧問先から受け取る顧問料などの一括振込先を、誤って受取人名義の被仕向銀行普通預金口座にしたので、本来税理士が受け取るべき顧問報酬金75万31円が仕向銀行から受取人名義の被仕向銀行口座に振り込まれ、これを知った受取人が、入金分を含む金額である88万円を被仕向銀行の支店窓口において払戻請求をして、窓口受付係から現金88万円の交付を受けたものである。

益論と誤振込事例における奪取罪の成否とを関連付けて論じることは少なかつた¹¹⁾が、本権説と占有説の対立は民法と刑法の関係を解く手がかりになると考えて取り上げることにした。そして、刑事法における誤振込の評価を素材として、判例・裁判例と学説において、いわゆる本権説・民法依存モデルと占有説・秩序維持モデルの考え方が具体的な事例の結論にいかに関与を及ぼしているかを明らかにする。

これらの検討を踏まえて、民事法の振込の制度趣旨に合致した誤振込預金の刑法的保護のあり方について考察する。一方で、従前の民事法の視点は、振込依頼人が誤振込分の金銭を回収できるか、受取人（の債権者）が満足を図ることができるか、そして銀行が争いに巻き込まれないか、という点にあった。他方で、従来の刑事法の視点は、受取人の払い戻し行為が何らかの犯罪に該当するか、という点にある。民事法では様々な登場人物の利益考量がそれぞれの立場からなされるのに対して、刑法では受取人の払戻行為が犯罪構成要件に該当するかという点に焦点が絞られて議論されてきた点に特徴がある（「犯罪の被害者が誰か」という点もちろん議論されている）。たとえ刑法と民事法とで議論の焦点は異なるとしても、受取人にとって「棚からぼた餅」式の利益である誤振込預金を誰に帰属させるのが正義に適うか、という根底の価値判断は民事法と刑法で共通しているのではないだろうか。また、振込依頼人や受取人といった振込システムの利用者の財産（預金）を直接に保護することが預金の保護につながるのか、それとも振込システムの運営者である銀行の利益を保護することが間接的に預金の保護につながるのか、いわゆる民法の「利益衡量」と刑法の「財産犯の保護法益論」とは同じ場面を違う言葉で議論しているにすぎないのではなからうか。民事・刑事の法解釈の統一性を図ろうとする視点から、「動的安全」と「静的安全」の調整を刑法上保護しようとするとして、悪意の受取人の払い戻し行為に詐欺罪が成立することを基礎付けられるのか。平成8年民事最判

11) 例外的に関連性を明確に意識している論考として、木村光江「財産犯の保護法益」現刑6巻9号（2004）110頁以下。

と平成15年刑事最決の表面的な解釈にとどまらない、本質を踏まえた議論を展開したい。

第1章 誤振込に関する従来の判例・裁判例と学説の整理

1 判例・裁判例と学説の展開

誤振込みの場合にも、原因となる法律関係の有無にかかわらず、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、受取人は預金債権を取得するという平成8年民事最判と誤振込を秘して預金の払戻しをうけた受取人に詐欺罪の成立を認めた平成15年刑事最決との関係が矛盾しているのか否かが注目され、学説は活発な議論が繰り広げている。というのも、平成8年民事最判を踏まえて、振込みが有効であり、受取人と銀行との間に有効な預金契約が成立するのであれば、受取人は払戻請求権を有しているから預金相当額を引き出すことは正当な権利行使と評価されるのではないか、という疑問が生じるからで

12) 有因説とは、振込みは、あくまで依頼人と受取人の間の何らかの原因関係にも基づく資金決済のための手段にすぎず、依頼人の提供した資金によって受取人の預金が成立するという関係にあると考える立場である。

有因説の根拠として、①受取人が無資力であれば、振込依頼人は不当利得の返還を受けられないので、振込依頼人の払う犠牲が過大であること、②預金債権が成立すれば、受取人は不当利得返還義務を負い、かつ悪意に転じた後は、利息の支払というリスクとコストを負うが、一般の預金者はこのようなリスクとコストを負担する意図があるとは想定できず、また負担すべきとも考えられないこと、③被仕向銀行は、民法478条や預金契約上の免責規定によって保護されること、などが挙げられる。その前提にあったのは、誤って無関係な者の口座に振込みを行ってしまった振込依頼人と、誤って入金された資金を差し押さえようとする受取人の債権者、相殺の原資として利用しようとする受取人の取引銀行との利益を比較考量すれば、振込依頼人を保護すべきであるといった価値判断である。これらの利益衡量を前提として、振込取引は民事法上の原則どおり有因であり、誤振込があった場合には振込依頼人と受取人とされた者との間に取引上の原因関係を欠くから、受取人の口座に預金債権が成立しないと判断する。木南敦「誤った振込と預金の成否」金法1304

ある。

従来この問題は、刑法においては、銀行預金口座の名義人が自己の口座に原因となる法律関係が存在しないにもかかわらず、誤って振り込まれた金額相当額を払い戻すなどして領得したとき、かかる行為が財産犯にあたるかという問題として議論されてきており、数多くの判例評釈や論文が発表されているが、刑法の適用にあたって民事法の議論がどのように考慮されるのかという問題については未だ十分に議論し尽くされているとはいえない。なぜならば、判例法理の展開の様相も相まって、民事法と刑事法の法解釈の統一性が「問題」として認識されてからの歴史が浅いからである。誤振込があった場合の受取人の預金債権の成否につき、平成8年民事最判以前の下級審裁判例と学説の主流は、振込依頼人と受取人とされた者との間に取引上の原因関係を欠くときは預金が成立しないと判断しており（有因説¹²⁾）、誤振込の受取人の預金債権の成立を認めなかった（例えば、名古屋高判昭和51年1月28日（判タ337号260頁）¹³⁾、鹿児島地判平成元年11月27日（判タ718号124頁）¹⁴⁾、東京地判平成2年10月25日（判時

号9頁（1991）、山田誠一「誤った資金移動取引と不当利得（下）」金法1325号26頁（1992）、塩崎勤「誤振込による預金に対する差押えと振込依頼人からの第三者異議の訴えの許否」金法1299号15頁（1991）、岩原紳作「判批」金法1460号12頁以下（1996）、岩原・前掲注（1）312頁以下など参照。

- 13) 名古屋高裁は、「被仕向銀行と受取人の関係を定める銀行約款上の受入れ承諾の意思は、客観的にも実質上正当な受取人と指定される取引上の原因関係の存在を当然の前提としているものと解され、正当な受取人に対してでない振込の場合にまで、預金として受け入れる意思があると認めることはできないから、その場合、受取人は預金債権を取得しない」と判示した。
- 14) 鹿児島地裁は、振込依頼人が、別名義の預金口座に振り込むべきものを受取人の預金口座への振込みとした事務処理の過誤により、正当な受取人でない者の預金口座に振り込み金の入金処理がなされた場合に、被仕向銀行が自己の受取人に対するか資金と振込金を相殺したとしても、誤振込の場合には、振込依頼人と受取人との間には、振込みをすべき取引上の原因を欠くから、誤振込によって預金債権は成立しないと、被仕向銀行に振込依頼人に対して振込相当の不当利得の返還を命じた。

1388号80頁、金法1273号39頁・平成8年民事最判の第1審)¹⁵⁾、東京高判平成3年11月28日（金法1308号31頁・平成8年民事最判の控訴審)¹⁶⁾。そこで、平成8年民事最判以前は、刑事判決が受取人の預金払戻行為につき詐欺罪や窃盗罪、占有離脱物横領罪を成立させても、当時の民事裁判例の主流と整合性のある判断をしていたことになる。したがって、民事と刑事の違法判断に統一性があると考えられ、この段階では刑事法と民事法の関係が特段問題視される事態にはならなかったのである。

しかし、平成8年民事最判によって、民事法上は誤振込の場合にも受取人に預金債権が成立することが判例上確立した。そこで、従来の刑事裁判例では誤振込の受取人の払戻行為に詐欺罪を成立させてきたことから、刑事裁判例と平成8年民事最判との整合性がクローズアップされた。

このような議論の展開の経緯を念頭に置きつつ、次項では、誤振込を奇貨として預金を領得する受取人の行為の刑法的評価について従来の議論を整理する。

2 従来の判例・裁判例と学説の整理

従来の判例・裁判例と学説は、表面的には成立罪名によって(A)詐欺罪成立説、(B)占有離脱物横領罪成立説、(C)無罪説、(D)背任罪成立説に大きく整理することが可能である。従来の判例評釈・判例解説・基本書などでは、成立

15) 東京地裁は、「振込みにおける受取人と被仕向銀行が、預金債権を成立させることにつき事前に合意しているものは、受取人との間で取引上の原因関係のある者の振込依頼に基づき仕向銀行から振り込まれてきた振込金等に限られる」としたうえで、「強制執行の目的物である預金債権そのものが実存しない場合であっても、右目的物に準ずるものともいうべき振込金につきこれと同額の金員の返還請求権を有する振込依頼人は、第三者異議の訴えを提起することができる」と判示した。

16) 東京高裁は、「振込依頼書の誤記は要素の錯誤であり、振込依頼人には重大な過失があると認められるが、特段の定めがない限り受取人に振込金を受けるべき正当な原因関係の存在しないときは、明白、形式的な例外による誤振込のために受取人の預金債権が成立するとするのは、著しく公平の観念に反する」と判示した。

罪名の結論からこのような分類がなされてきたので¹⁷⁾、確認のために簡単にまとめる。

(1) (A) 詐欺罪成立説

(A) 詐欺罪成立説は論理構成によってさらに以下の3説に分かれる。

A①説は、刑法上、受取人には預金払戻権限が認められないから、誤振込の事実を秘して預金の払戻を受ける行為は詐欺罪に該当するという見解である¹⁸⁾。この見解は、平成8年民事最判はあくまでも銀行を救済することを主眼とするものであって刑法において本来払戻権限のない受取人の預金債権を正面から肯定したものではない、と理解する。すなわち、自己名義の預金口座に

-
- 17) 最決平成15年3月12日に関する調査官解説として、宮崎・前掲注(8)193頁以下。判例批評等として、松宮孝明「判批」法セ583号117頁(2003)、大谷實「誤振込による預金の払戻と刑法上の取扱い」研修662号3頁(2003)、松宮孝明「判批」法教279号132頁(2003)、今井猛嘉「預金の占有・誤振込と財産犯の成否」現刑5巻11号104頁(2003)、亀井源太郎「判批」判例セレクト2003(法教282号別冊)32頁(2004)、山口厚「誤振込みと財産犯」法教283号82頁(2004)〔『新判例からみた刑法』(有斐閣、2006)所収、218頁以下〕、重井輝忠「判批」現刑6巻6号82頁(2004)、林幹人「判批」平成15年度重判解(ジュリ1269号)165頁、木村・前掲注(11)110頁、長井圓・渡辺靖明『『誤振込』の告知義務と民刑の法的統一』横国13巻1号1頁(2004)、山本紘之「判批」新報111巻1=2号451頁(2004)、上田正和「誤振込と財産犯の成否について」大宮ローレビュー1号75頁(2004)、穴沢大輔「いわゆる『誤振込・誤記帳』事案における財産犯の成否(1)」上法48巻2号322頁(2005)、同「いわゆる『誤振込・誤記帳』事案における財産犯の成否(2・完)」上法48巻3・4号428頁(2005)、伊東研祐「判批」ジュリ1294号168頁(2005)などがある。
- 18) 三浦守「誤振込みによる預金の払戻しと詐欺罪の成否」警論52巻11号193頁(1999)、大塚他編・前掲注(7)340頁〔吉本徹也〕、山中敬一『刑法各論I』(成文堂、2004)375頁、亀井・前掲注(17)32頁、木村・前掲注(11)112頁、大塚仁『刑法概説(各論)』(有斐閣、第3版増補版、2005)694頁、前田雅英『刑法各論講義』(東京大学出版会、第4版、2007)271頁、大谷實『刑法講義各論』(成文堂、新版第2版、2007)285、286頁、西田・前掲注(9)215頁、井田・前掲注(9)145頁など。井田良教授は「刑法と民法の関係」山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(岩波書店、2006)78頁以下において従来の見解(占有離脱物横領罪成立説)を改めて、詐欺罪肯定説を採用した。

存在して事実上払い戻すことが可能な金銭でも、刑法上正当な権限のある場合とない場合があり、ない場合にはそもそも占有が認められないと考えるのである。受取人には誤振込預金に対しての正当な払戻権限は認めがたく、預金に対する「法律上の占有」は否定される。「事実上の占有」についても、預金口座の名義人と銀行との間には債権債務関係が成立しているだけなので、銀行預金口座内の預金を預金口座の名義人（受取人）が事実上これを支配するという事実はなく、銀行の支店長に預金に対する事実上の占有を認めることができる。したがって、受取人の払い戻し行為は、支店長の意思に反してその占有を侵害し、移転したのであるから、詐欺罪に該当すると考えるのである。

この考え方を採用する下級審裁判例として、札幌地判昭和51年8月2日判時838号112頁、札幌高判昭和51年11月11日刑月8巻11-12号453頁（前掲札幌地判の控訴審¹⁹⁾、東京高判平成6年9月12日判時1545号113頁²⁰⁾、東京地判昭和62年5月26日公刊物未登載²¹⁾、大阪高判平成10年3月18日刑集57巻3号353頁（平

19) 札幌高裁は、「振込人が振り込もうとした口座は、A会社という特定された法人の預金口座であって、それ以外の口座ではない。……本件のように被振込人の名称とは異なった名称を有する預金口座である以上は、その口座に振込みはなかつたものと考えらるべきであって、預金債権は成立する理由がない。……預金債権が成立していない以上は、被告人には、いかなる意味でも預金の払戻を正当に受けうる権限は生じない。……一般に、預金者の預金に対する占有を認めるとしても、本権のような誤入金の場合には、銀行はこれを知れば事由に入金記帳を訂正することができるのであるから、入金を取扱を受けた金員が預金口座の権利者の事実上の支配内にあるということもできないのであって、その意味でも被告人の占有を認めることはできない」と判示して、詐欺罪の成立を認めた。

20) 東京高裁は、「送金した銀行側の手違いにより、誤って被告人の預金口座に入金があったにすぎず、被告人に右預金について正当な払戻権限のない場合である」から、「自動支払機内の現金について、……被告人が法律上の占有を取得することもない」と判示して、金融機関を被害者とする窃盗罪を成立させた。

21) 誤振込ではなく預金払戻の際の郵便局係員の郵便貯金通帳への誤記入の事案において、東京地裁は、係員の誤記入によって預金が成立するはずはないとして、誤記入を秘して係員から貯金の払戻を受ける行為を詐欺罪にあたるとした（本江威憲『民事商事と交錯する経済犯罪Ⅱ』（立花書房、1995）306頁の紹介に依拠する）。

成15年刑事最決の控訴審)²²⁾などが挙げられる。

A②説は、受取人に預金の正当な払戻権限があるのかという観点からではなく、預金の払戻請求を受けた銀行側が、誤振込であることを知っていればその払戻請求に対してどのように対応したか、直ちにその払戻に応じたかという観点を重要視して詐欺罪を検討する見解である²³⁾。担当調査官の解説によれば、平成15年刑事最決²⁴⁾はこの立場を採用するという²⁵⁾。

A③説は、受取人と被仕向銀行との間の預金債権が成立するが、原因関係が受取人と振込依頼人との間に存在しない以上、そのような受取人には預金債権を行使すべき実質的な理由が認められないから、誤振込であることを認識した受取人からの預金払戻請求は権利の濫用にあたり、受取人には正当な預金払戻

22) 大阪高裁は、被仕向銀行の受取人に対する払戻しは民事上有効であるとしても、「刑法上の問題は別である。……振込依頼人から仕向銀行を通じて誤振込であるとの申出があれば、組戻しをし、また振込先の受取人の方から誤振込であるとの申出があれば、被仕向銀行を通じて振込依頼人に照会するなどの事後措置をすることになっている銀行実務や、払戻に応じた場合、銀行として、そのことで法律上の責任を問われずにせよ、振込依頼人と受取人との間で紛争に事実上巻き込まれるおそれがあることなどに照らすと、払戻請求を受けた銀行としては、当該預金を誤振込による入金であるということは看過できない事柄というべきであり、誤振込の存在を秘して入金の払戻を行うことは詐欺罪の『欺罔行為』に、また銀行側のこの点の錯誤は同罪の『錯誤』に該当するというべきである。」と判示した。そのうえで、民事上剰余金債権を有するXの請求に応じて払戻をした銀行が財産上の被害者であると解して詐欺罪の成立を認めた。

23) 渡辺恵一「誤って振り込まれた預金の引出し行為と犯罪の成否」研修599号113頁(1998)、大塚他編・前掲注(7)97頁〔高橋省吾〕、宮崎・前掲注(8)223頁。

24) 最高裁は、「本件において、振込依頼人と受取人である被告人との間に振込の原因となる法律関係は存在しないが、このような振込であっても、受取人である被告人と振込先の銀行との間に振込金額相当額の普通預金契約が成立し、被告人は、銀行に対し、上記金額相当の普通預金債権を取得する(「平成8年民事最判」参照)。しかし他方、記録によれば、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、組戻しという手続が

権限が認められないとして詐欺罪の成立を認める見解である²⁶⁾。大阪地裁堺支部判決平成9年10月27日刑集57巻3号351頁（平成15年刑事最決の第1審²⁷⁾）は同様の見解を採用して、受取人に詐欺罪を成立させた。

なお、(A)詐欺罪成立説の論理的帰結として、自己の口座に誤振込があったとき、ATMからカードで引き出した場合には窃盗罪が成立することになろう。

(2) (B)占有離脱物横領罪成立説

(B)占有離脱物横領罪成立説は、誤振込みによって成立した預金債権に対しても受取人の占有を認め、誤振込みによる入金は法律上の根拠を有しないから、占有離脱物にあたり、その預金を払い戻したときには、振込依頼人を被害

執られている。また、受取人から誤った振込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、当該振込の過誤の有無に関する照会を行うなどの措置が講じられている。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誤った振込によるものか否かは、直ちにその支払に応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なっている者として、自己の口座に誤った振込があることを知った場合には、銀行に上記の措置を講じさせるため、誤った振込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、誤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、誤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えるべきである。そうすると、誤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を請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たり、また、誤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えるべきであるから、錯誤に陥った銀行窓口係員から受取人が預金の払戻を受けた場合には、詐欺罪が成立する」と述べて、受取人に一項詐欺罪を成立させた。

25) 宮崎・前掲注(8) 223頁。

者とする占有離脱物横領罪が成立するとする見解である²⁶⁾。すなわち、論者は、誤って配達された書留郵便物を着服する行為が占有離脱物横領罪にあたるという既存の議論と同様に、銀行口座に誤って振り込まれた場合にも、金銭に対する委託に基づかない占有を認めることができるとして占有離脱物横領罪が成立すると考える。誤った振込みにより振込人の占有を離脱した金銭が受取人の預金口座に振り込まれたことによって、受取人が金銭に対する事実上の占有を取得し、受取人において、権利者でないことを秘して払戻を受け、もって不法領得の意思を発現したと考えるのである。

古くは、東京地判昭和47年10月19日（公刊物未登載）²⁹⁾が同様の考え方を採用

26) 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』（第一法規出版、2002）338頁。

27) 大阪地裁は、「振込自体は有効になされたものとして、振込相当額が被告人の銀行に対して有する普通預金債権の一部となるが、形式的手違いによる明白な誤振込の場合、当該振込みに係る金員が最終的に誤って指定された受取人に帰属すべきものではないことは明らかであるから、普通預金債権を有する口座名義人といえども、誤振込であることを認識した以上、自己の預金に組み込まれている振込金相当額を引き出し、現金化することは、銀行取引の信義則からして許されない行為であって、対外的法律関係の処理はともかく、少なくとも、対銀行との関係で見限り、右誤振込の金額部分にまで及ぶ預金の払戻を受ける正当な権限は有しない」と判示し、詐欺罪の成立を認めた。

28) 大谷實「キャッシュカードの不正使用と財産罪」判タ550号84頁（1985）、林幹人『刑法各論』（東京大学出版会、1999）168頁、齊藤信治『刑法各論』（有斐閣、第2版、2003）187頁、曾根威彦『刑法各論』（弘文堂、第3版補正3版、2006）174頁。なお、大谷教授は「誤振込みによる預金の払戻と刑法上の取扱い」研修662号3頁（2003）において、占有離脱物横領罪成立という従来の見解を改めて、詐欺罪肯定説を採用している。また、齊藤教授は、振込依頼人のミスに基づく誤振込の場合には占有離脱物横領罪が成立し、仕向銀行や被仕向銀行の振込手続にミスがあった場合には、詐欺罪ないし窃盗罪が成立すると考える。

29) 大手建設会社（振込依頼人）が、下請業者の1社に工事代金を請求する際、誤って他の下請業者（受取人）のコード番号を記載したため、受取人の普通預金口座に工事代金を振り込んでしまい、受取人は、既に自社の工事代金の支払を受け終わっていたにもかかわらず、再度振込金があったことを知るやその払戻を受けて着服し

している。最近では平成8年民事最判との整合性を求めて、誤振込された金銭でも受取人は被仕向銀行に対して預金債権を取得し、誤振込による入金払戻をしても振込依頼人との間で不当利得返還請求の問題は残るものの、被仕向銀行との間では有効な払戻しとなるかのようにみえるので、受取人の払い戻し行為が窃盗罪の成立を認めるのは妥当ではないという問題意識から、むしろ受取人に預金に対する法律上の占有を認め、委託によらず偶然受取人の占有下に入ったものとして、これを領得する行為は占有離脱物横領罪を構成することが適切だと³⁰⁾再び主張されるようになった。というのも、これらの見解は、民事上適法ともみえる行為が刑法上違法という判断を受けることになり、刑法と民法の関係と法秩序の統一性の観点から問題があると考えられるからである。

なお、振込依頼人にも落ち度のある「誤振込」の場合には占有離脱物横領罪が成立し、仕向銀行に落ち度のある「誤記帳」の場合には詐欺罪が成立するとして類型ごとに結論を区別する見解もある³¹⁾。この見解によれば、平成15年刑事最決の事案では、占有離脱物横領罪が成立する。

(3) (C)無罪説

(C)無罪説は、従来の銀行実務及び平成8年民事最判によれば、誤振込の受取人は被仕向銀行に対して預金債権を取得し、正当な預金払戻権限を有しているから、受取人の預金払戻請求は、正当な権限の行使として何らの犯罪をも構成しないと見る見解である³²⁾（民事上、不当利得返還債務の債務不履行は問題にな

たという事案で、東京地裁は、受取人に占有離脱物横領罪を適用した（原田國男「判批」研修337号69頁以下（1976）の紹介に依拠する）。

30) 林・前掲注（28）279頁、斉藤・前掲注（28）187頁、曾根・前掲注（28）168頁、大谷・前掲注（28）「キャッシュカードの不正使用と財産罪」84頁（なお、大谷教授はその後詐欺罪成立説に見解を改めている。大谷・前掲注（28）「誤振込による預金の払戻と刑法上の取扱い」3頁参照）。

31) 斉藤・前掲注（28）187頁。

32) 松宮孝明「過剰入金と財産犯」立命249号404頁（1996）、川口浩一「誤振込と詐欺罪」奈良産13巻2号1頁（2000）。加えて無罪説に賛成する民事法研究者も存在

る)。平成8年民事最判を前提として、受取人の預金払戻行為に対し何らかの犯罪の成立を肯定することは、法秩序の統一性の要請に明らかに矛盾するとの価値判断が無罪説の根底にある。

(4) (D)背任罪説

(D)背任罪説は、銀行預金の法的性質は消費寄託契約（民法666条）であるところ、受取人の「預金による占有」は預金自体の占有に他ならないとして、受取人による奪取罪の成立はありえず、この場合は寄託者である受取人は預金の払戻請求権を取得するに過ぎないと考えて、銀行に対する背任罪が成立するとする見解である³³⁾。この見解は、横領罪における占有は法律上の支配関係で足りる³⁴⁾ことから、たとえ銀行に対する奪取罪を否定するとしても、現在ではほとんど支持する者がいないと思われる。

3 小括——本質的な対立点——

上述の整理を踏まえると、筆者は、学説の本質的な対立点は、どのような犯罪を成立させるかではなく、民事法上の権利関係が犯罪の成立にどのような影響を及ぼすか、という点にあると考える。民事法上の権利関係にかかわらず何らかの財産犯が成立する考え方（A①説）と民法上の権利関係が財産犯の成否に何らかの影響を及ぼすとする考え方（A②説、A③説、B説、C説）との対立の方がより本質的なのではないだろうか。

する。例えば、岩原紳作「誤振込による受取人の預金債権の差押に対し振込依頼人は第三者異議をなしうるか」金法1460号15頁（1996）、佐伯＝道垣内・前掲注（9）37頁〔道垣内発言〕、松岡久和「誤振込事例における民法と刑法の交錯」刑雑43巻1号90頁（2003）。

33) 宮本英脩『刑法大綱』（成文堂、1984）383頁〔初出1935〕、片岡聡『続民事・商事をめぐる犯罪200問』（東京法令出版、1990）284頁など。

34) 他人の金銭を委託されて保管する者が、保管の方法として他人の金銭を預金した場合、それを払い戻して領得する行為は委託物横領罪に当たるとするのが判例（大判大正元年10月8日刑録18輯1231頁）・通説である。

なるほど、近年の誤振込事例に関する研究は、誤振込当事者間の民事法上の権利関係が犯罪の成立にどのような影響を及ぼすかという点を意識的に論じているものも多い。だが、それら近年の先行研究は、同様の議論が従来はいわゆる「財産犯の保護法益論」として（実質的には「窃盗罪の保護法益論」として）議論されてきた蓄積とのつながりを見失っているように思える。より長い議論の蓄積がみられる「財産犯の保護法益論」と関連付けることで、次章では誤振込事例の適切な解決方法を探っていくこととする。

第2章 刑法の保護しようとしている財産とは何か

1 財産犯の保護法益論の重層性

(1) 保護法益論の3類型

まず本項では、財産犯の保護法益の捉え方について学説と判例の考え方を簡単に整理して、財産犯の保護法益論の射程を確認する。なぜならば、誤振込事例では、誤って振り込まれた預金をめぐる民事上の権利関係が財産犯の成立にあたっての最大の争点になることから、民事法上の権利関係を刑法の議論においてどの程度考慮するかという法秩序の統一性の考慮が重要になるからである。

財産犯の保護法益論は一般に窃盗罪の保護法益として議論されてきたが、その射程は奪取罪の保護法益に及ぶと考えられる（刑法242条、251条³⁵⁾。いわゆる財産犯の保護法益については、刑法242条の「占有」という文言の解釈をめぐって、財物に対する他人の所有権その他の本権とする見解（本権説³⁶⁾と単

35) 大塚他編・前掲注(7) 4頁〔高橋省吾〕。

36) 本権説は、①歴史的に財産犯の本質は所有権の侵害にあること、②刑法235条は窃盗罪の客体を「他人の財物」と規定しているが、旧刑法366条が「人の所有物」規定していることと比較すれば、これは他人の所有に属する財物を意味すると考えられること、③刑法242条で、例外的に、「他人が占有」するものも「他人の財物」とみなされるのであるから、この「他人が占有」とは、権原に基づいて占有し

なる財物の占有それ自体とする見解（占有説）³⁷⁾が長年にわたり対立してきた（なお、刑法242条の解釈は文理的には両説とも可能である）。本権説、占有説、両者の中間説のいずれが妥当かは、財産犯の処罰根拠を、民事上認められている財産権の侵害と見るか、事実として存在する占有（財産秩序）の侵害と見るか、又は民事上の権利と事実上の占有の双方の侵害と見るかという点の理解に依拠する。この対立の本質は、財産に対する刑法的保護を民事法上の権利関係・財産秩序と矛盾しない範囲に限定することの是非、法秩序の統一性を考慮しつつ刑法独自の立場から財産の刑法的保護の範囲を確定することの是非にある。

一方で、民事法上の権利・義務関係に基づく利益だけを刑法が保護すべきであり、財産犯の処罰根拠は財産権の侵害にあるとする見解は、財産に対する刑法的保護は民事上の保護を前提として民事上の保護を補充するにとどまるという立場を前提として、刑法の民法への従属性を認める（いわゆる民法依存モデル³⁸⁾・民法従属説）。この立場からは、「刑法上保護される財産は、民事法上適法なもので、民事法秩序によって保護されるものに限るべきである³⁹⁾」とする本権説がとられることになる。

ていることを意味することを根拠とする。近代市民社会における所有権絶対の原則の下では、奪取罪は占有侵害を手段として他人の所有権を侵害する犯罪であると理解されていた。占有を基礎づける権利は、所有権以外にも、賃借権、質権、留置権等の権利があるから、これらは「本権」として所有権と同様に保護される必要があるという考慮に基づく。

37) 占有説は、①財産犯の機能は、占有された財物の財産的秩序を保護することに重点があること、②刑法235条も、旧刑法366条のように、「人の所有物」とせずに「他人の財物」と規定しているのは、他人の所有物に限らない趣旨であること、③242条は占有それ自体を保護することを注意的に規定したものであることを根拠とする。占有説は、近代社会における経済取引の複雑化に伴い、財産権としての占有権の重要性が高まったことをうけて、当初は本権説に対するアンチテーゼとして主張された。筆者が文献にあたった限りでは、最初の占有説の提唱者は牧野英一であった（牧野英一『刑法各論下巻』594頁（有斐閣、1951）参照）。

38) 井田・前掲注（18）「刑法と民法の関係」60頁。

39) 林幹人『財産犯の保護法益』（東京大学出版会、1984）236頁以下。

他方で、民事上の権利関係とは無関係に現に存在している経済的利益は刑法上保護すべきであり、財産犯の処罰根拠は財産的秩序の侵害にあるとする見解は、財産に対する刑法的保護は、民法上の保護を前提としこれを補充するにとどまらず、刑法独自の見地から財産的秩序を形成・維持すべきであるという立場であり、刑法の民法に対する独自性を認める立場と親和性がある（いわゆる秩序維持モデル⁴⁰・刑法独立説）。この立場からは、奪取罪では、現に存在する経済的利益を保護すべきことになるから、「奪取罪の構成要件が成立するには裸の占有の侵害で十分なのである⁴¹」、「現代社会においては、裁判の結果法的根拠のないことが判明した占有でも、それを何の理由もなく侵害する行為が、原則として財産犯を構成することは否定できない⁴²」として、占有説（所持説）がとられることになる。なお、判例⁴³は、少なくとも窃盗罪に関しては占有説の論理をほぼそのまま採用すると理解されている。

占有説を修正した見解として、「平穏な占有⁴⁴」、「本権の裏付けがあるとの一応の外観を呈する占有⁴⁵」、「一見不法な占有とみられない財物の占有⁴⁶」を保護法益とする立場が挙げられる。民刑の法解釈の統一性を重視しない点で、後述の中間説とは区別される。

中間説は、多種多様であり、抽象的に説明することは誤解を生み易い。た

40) 井田・前掲注（18）「刑法と民法の関係」60頁。

41) 木村光江『財産犯論の研究』（日本評論社、1988）498頁。

42) 前田・前掲注（18）181、188頁。

43) 最判昭和34年8月2日刑集13巻10号2906頁（国鉄年金証書事件）は、戦前の本権説的（財産犯の成否を民事関係に従属させる）判例を明示的に変更した。また、最決昭和61年7月18日刑集40巻5号438頁（抵当権設定建物と建造物損壊罪）、最決平成元年7月7日刑集43巻7号607頁（自動車金融と窃盗罪）も財産犯の成否を民事関係から独立に判断する見解を採用している。

44) 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977）206頁。

45) 藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1976）273頁。

46) 大塚・前掲注（18）181、182頁。

だ、本権説、占有説と中間説とを対比すれば、その特徴は、理念形としての本権説と占有説の中間に位置すること、結論の妥当性を重視すること、法秩序の統一性を考慮しつつ刑法独自の立場から財産の刑法的保護の範囲を確定することにある。また、占有説を修正させた見解とは異なり、本権説からのアプローチをとる点に中間説の特徴がある。中間説は、「占有の背後にある事実上の利益の実態を考慮して、権利主張をすることについて一応の合理的理由があると認められる占有⁴⁷⁾」、「合理的理由のある占有⁴⁸⁾」、「民事法上認めうる利益が存在する合理的な可能性がある占有⁴⁹⁾」、「本権の保護の見地から理由のある刑法上の保護に値する実質を持った占有⁵⁰⁾」を保護法益とする。この考え方を民事法志向モデル⁵¹⁾・緩やかな民事法従属説と便宜上呼ぶことにする。

(2) 本稿の立場

すでに序章の問題意識にも現れているように、筆者は、「やはり民法上の権利と、その権利に基づいて現実はどういう対応がなされているのかということを見無視して、刑法だけで違法性を決めることはできない⁵²⁾」という問題意識を共有しており、民事法志向モデルの立場を支持する。そこで、「民事規範は一次的な規範として重要なだけけれども、どこまで刑法の観点から独自性を維持

47) 芝原邦爾「財産犯の保護法益」芝原邦爾＝堀内捷三＝町野朔＝西田典之編『刑法理論の現代的展開各論』（日本評論社、1996）172頁以下。

48) 西田・前掲注（9）145頁。文面のみでは占有説からのアプローチにもよめるが、使用貸借において借主が期限を超えて財物を返却しないため、貸主がこれを無断で取り返す行為、所有権留保付きの割賦販売において買主が弁済を行わず、清算の利益も存在しないことが明白な場合に売主が目的物を回収する行為などについて窃盗罪の成立を否定している（同書145頁）ことから、本権説からのアプローチに分類した。

49) 山口厚『刑法各論』（有斐閣、2004）191頁。なお、山口厚『問題探究刑法各論』（有斐閣、1999）104頁以下も参照。

50) 井田・前掲注（9）89頁。

51) 井田・前掲注（18）「刑法と民法の関係」64頁。

52) 佐伯＝道垣内・前掲注（9）37頁〔佐伯発言〕参照。

していく⁵³⁾」のが適当かという基準が大変に重要になる。

2 財産の二重の法的保護

(1) 刑法の補充性・謙抑性

財産に対しては、民法と刑法により二重の法的保護がなされている⁵⁴⁾。刑法の補充性・謙抑性の観点から、刑法が保護すべき財産は、民事法上保護される財産権であることは必要条件であって十分条件ではない。法秩序の統一性を考慮しつつ刑法の財産的保護の範囲を決定するためには、刑法の民法に対する補充性・謙抑性をどのように考えるべきか。

周知のように、刑法の補充性・謙抑性とは、法益の保護は、刑法のみがこれを担うものではなく、他の多くの法律もそれぞれの形式によって法益保護の機能を営んでいるので、刑法は、刑罰という強力な制裁を手段として法益を保護しようとするものであるから、他の法律による保護が十分でないときにはじめて刑法による保護を認めるべきだという考え方である⁵⁵⁾。民事法上やってはいけない行為を刑法上もやってはいけないとして犯罪として違法とする場合は、刑法と民法とで違法判断が異なるわけではない。刑法の補充性・謙抑性の問題が残るのみで、法秩序の統一性の問題はおこらない。しかし、もし刑法が民事法で適法とされる行為を禁止するならば、刑法の補充性・謙抑性の問題だけでなく、法秩序の統一性の問題も生ずる。

(2) 行為規範と法秩序の統一性

一般市民にとっては、刑事法も民事法もその他の法律も全体として1つの法秩序が見えているだけである。だから、法律家が、ある法領域の問題を考える

53) 川端博＝西田典之＝日高義博「鼎談・財産犯論の現代的課題」現刑12号（2000）6頁〔日高発言〕。

54) 井田・前掲注（18）「刑法と民法の関係」65頁。

55) 福田平『全訂刑法総論』（有斐閣、第4版、2006）3頁参照。山口厚『刑法総論』（有斐閣、第2版、2007）5頁、西田典之『刑法総論』（弘文堂、2006）31頁も同旨を述べる。

に際しても個別の法律のみを考えるだけでは足りないだろう。確かに、法律ごとに一定の立法目的があるから、ある法律の解釈や適用にあたっては、その立法趣旨や目的、及び機能が考慮されることは必要である。しかし、1つの法律だけに視野が限られて、他の法律の存在を無視することも、法秩序の統一性を保持するためには不合理である。そこで、刑法上の犯罪の成否を考える前提として、特に財産犯の分野においては、民事法上の判断が大きく影響することになる。民事法上の制度、議論を内在的に理解したうえでなければ、適切に犯罪の成否自体を判断することができない。また、結論においては、刑法上の法的効果と民法上の法的効果との乖離が大きくなりすぎないように解釈する配慮が求められる。すなわち、民法上は違法ではないが刑法上は違法だと判断される事態は（極論すれば、秩序維持モデルとはそのような結論を認めかねない危険性を孕んでいる）、行為規範の統一という面からも避けなければならないだろう。双方の法分野が調和して、一つの整合性のある法体系が構築されなければ、一般市民が混乱してしまう。というのも、行為規範が複数存在することになり、法が行為規範としての役割をはたさなくなってしまうからである。

（3）民事法上の概念と刑法上の概念のずれ

経済の発展に合わせて取引のために（非典型）担保や決済手段が大きく発展すればするほど、民事法上の権利関係が複雑化する。また、民事法においては、権利を取得した者はみだりに権利を奪われることはないという原則（静的安全）だけでなく、元々の権利者の権利を犠牲にしても取引関係に入った者を保護する要請（動的安全）についても善意取得、表見代理、意思表示の解釈方法、権利外観法理などを用いて保護される。さらに、手形小切手法においては、手形取引の安全が確保されてこそ、手形取引の迅速が確保される⁵⁶⁾として、手形取引の安全・迅速の双方が、動的安全の内容とされている。

しかし、民事法上さまざまな言葉を用いて保護される財産であっても、刑法

56) 弥永真生『リーガルマインド手形法・小切手法』（有斐閣、第2版補正版、2006）18頁。

では「所有」と「占有」いう2つの概念のみを用いて保護するしかない。誤振込事例においては、誤振込金銭の実質的な権利者である振込依頼人の利益は、民事法における「静的安全」にあたり、刑法では「所有」と表現されている。他方で、受取人に誤振込にかかる預金債権が成立する利益（その前段階として被仕向銀行が振込を適切に処理する利益）は、民事法における「動的安全」の保護にあたり、刑法においては「占有」と表現されている。

誤振込であっても預金債権は有効に成立するという平成8年民事最判の判断は、民事法上の「動的安全」の保護のためであって、刑法上保護すべき財産に該当しないから、刑法は民法の判断に合わせた判断をする必要はないのか。それとも、民事法で「動的安全」を重視する判断がなされた以上は、刑法もそれに合わせて受取人が誤振込金銭を払い戻したとしても、刑法上も犯罪にならないと考えるべきなのか。または、民事においても誤振込事例では「動的安全」と「静的安全」とが衝突していることを前提に、刑法を補充的に用いることで両者の調和をはかるべきなのか。

以上の検討を踏まえると、刑法が保護すべき財産は、従来から認識されている民事法上の静的な権利関係である「静的安全」のみではないと思われる。では、「動的安全」をどのような刑法上の概念に置き換えて考慮するのか。そこで、次項では、民事法の「動的安全」を含めた財産権は、刑法上の概念では「取引秩序」や「財産秩序」に該当するのかについて検討する。

3 財産概念の変化と刑法による保護

(1) 刑法独自の財産概念

刑法上の財産について、民事実体法の権利関係への従属性を否定し、民事関係を支配すべきルールないし秩序を確立・保護するために、財産犯の成立を肯定しようとする解釈が主張されている（秩序維持モデル）。この立場は、刑法独自の財産概念を肯定するので、民法上保護されない経済的利益の侵害を理由としても財産犯の成立を肯定する。突き詰めると、刑法が保護すべき財産は、民事上の固有の財産というよりも秩序維持となる。すなわち、「『財産に関して市

民が自由な意思決定に基づく（利用・処分等を含んだ意味での）支配を為し得る、且つ、為している事実的状态・基盤』を保護する為に刑罰規範を機能させるべきである⁵⁷⁾」からである。果たして、刑法が保護すべき財産概念そのものが変化しているのだろうか。

（2）刑法が秩序維持を保護することの難点

上述のような見解が有力に主張されているにもかかわらず、通説によれば、詐欺罪の保護法益は、個人の財産である⁵⁸⁾。取引における信義誠実の維持という社会的法益も詐欺罪の保護法益とする見解もあるが、ごく少数にとどまっている⁵⁹⁾。また、最高裁の判例にも、闇取引については取引当事者の財産的利益が問題ではないとの主張に対し、「詐欺罪の如く他人の財産権の侵害を本質とする犯罪が処罰されたのは単に被害者の財産権の保護のみにあるのではなく、かかる違法な手段による行為は社会の秩序を乱す危険があるからである⁶⁰⁾」とするものがある。

しかし、詐欺だけが財産犯のなかでも特別に、その手段が取引に関する公の秩序を乱すわけではなく、個人的法益とすれば十分だと考えられるから、この少数説は不当であるし、前述の占有説を採用する立場も保護法益は個人の財産と理解している⁶¹⁾。信義誠実の原則そのものが刑法上の保護法益となっているわけではなく、信義誠実の原則に背反する詐欺手段によって他人の財産を取得することが詐欺罪の本質である。したがって、個人の財産が詐欺罪の保護法益であるとの理解を前提とするならば、処罰根拠を財産保護から取引秩序の維持へと抽象化しかねないような財産概念の変化を認めることはできない。

また、刑法が保護すべき対象を財産から秩序維持へと変化させることは、財産保護のために発動すべき財産犯処罰規定を、およそ一般的な違法行為の抑止

57) 伊東研祐『現代社会と刑法各論』（成文堂、第2版、2002）173頁。

58) 大塚他編・前掲注（7）4頁〔高橋省吾〕。

59) 長島敦「詐欺罪の研究（1）—判例を中心として」警研22巻1号58頁（1951）。

60) 最判昭和25年7月4日刑集4巻7号1168頁。

61) 前田・前掲注（18）155頁、大谷・前掲注（18）182頁など。

のために用いることになりかねず、処罰根拠を財産保護から何らかの公益の保護ないし純然たる秩序の維持へと抽象化・希薄化してしまうおそれがある。すなわち、「財産犯」はあくまでも財産に対する罪であって、「財産秩序侵害犯」（＝財産秩序に対する罪）ではない。

したがって、刑法独自の財産概念を前提として、刑法の保護する財産が秩序維持であるということとはできない。

（3）秩序維持モデルを前提とした誤振込事例の処理

なお、秩序維持モデルを採用する学説は、誤振込された預金を払い戻す行為が詐欺罪に該当すると考える（A説）。

というのも、占有は占有として保護する以上、銀行の預金の占有は、それ自体少なくとも構成要件上保護に値する占有として認められるからである⁶²⁾。つまり、現に引き出された預金口座内の金銭を占有しているのは、口座名義人ではなく銀行（支店長）だと理解する。

そして、この見解は、平成8年民事最判は誤振込みでも口座名義人に有効な預金債権が成立するという判断を示したものの権限のない引出し行為を刑法上正当化するものではないと考えて、平成8年民事最判と平成15年刑事最決との整合性を以下のように説明する（A①説）。すなわち、「判例の採用する所持説は、『財産』を民事法上の権利を根拠とする場合に限定せず、より実質的に、刑法上の観点から考慮しようとするものである」ことを前提としたうえで、誤振込の事案においては、「紛争処理の危険を誰に負担させるべきかという民事上の価値判断と、『受取人の払戻行為を詐欺罪として処罰すべきか』という刑事上の判断とは、それぞれ別個の法目的からなされるものであって、必ずしもその間に統一性が要求されるものではない⁶³⁾」と考える。そこで、秩序維持モデルを前提とすれば、民事の判断とは独立して刑事上の財産的法益の保護の必要性が判断されるがゆえに、平成8年民事最判で預金債権が成立することと平

62) 木村・前掲注（11）115頁。

63) 木村・前掲注（11）115頁。

成15年刑事最決で詐欺罪が成立することは両立する。したがって、民事と刑事とでは全く異なる財産の保護を想定しているとする見解（秩序維持モデル）を前提とする限り、二つの最高裁判例の間に矛盾があるという批判は当てはまらない。

しかし、あくまでも民事法上の権利関係を財産権についての一次的な規範とするならば、この見解はとり得ない。そこで、「財産罪の任務は民事法秩序をより強い制裁で補強しようとする⁶⁴⁾」ものであるならば、民事法が現実に保護する財産権に対してのみ刑法的保護を図るのが適切なのか、次項で検討する。

4 民事法に依存した財産の刑法的保護

(1) 民法に依存した財産概念

刑法の役割を「民法上の権利関係の補強」に求める限りは、財産犯の成否の判断にあたりつねに民法上の権利関係の確認を行うべきとする立場が、民法依存モデルの立場である。すなわち、「民事訴訟を提起すれば権利の実現ができるときには、財産犯の成立は否定すべきであろう。刑法上の財産は、民事法上保護された適法な利益に限られるべきであって、民事法上返還が義務づけられている物を、刑法で保護する理由はないと思われる。そして、そのような場合、そもそも保護すべき法益がないのであるから、構成要件該当性を欠くとするべきであろう⁶⁵⁾」と考える。

(2) 民法に依存した刑法解釈の難点

民法依存モデルは「法秩序の統一性」という価値観を広く知らしめることに貢献したが、しかし重大な難点があることが既に指摘されている⁶⁶⁾。

第一の難点は、民法依存モデルが民法上の権利関係を刑事裁判において確認

64) 林・前掲注(28) 178頁。

65) 林・前掲注(28) 169頁。

66) 島田聡一郎「財産犯の保護法益」現刑6巻6号(2004)20頁、井田・前掲注(18)「刑法と民法の関係」70頁など参照。

することを要求するとすれば、それは私的自治の原則（処分権主義）の支配する民事の関係への公権力による過度の介入が認められることになりかねないことである。なるほど、民法依存モデルは、民事法上の権利関係の補強を刑法に求める限り、このような形での民事関係への介入はまさに不可欠のことであり、その意味において、いわば公益の追求が優先させられなければならないと考える。しかし、民事法上所有権の帰属が争われている財産については民事上の権利保護の前提として物の現状を保護する必要があること、民法上の誤解に基づいて故意阻却が生じることにより民事上の権利の刑罰的保護がその限りで弱められる可能性が生じてしまうことから、民法上の権利関係を刑事裁判で確認することは、必ずしも適切でない。

第二の難点は、民法依存モデルはどのような民事法解釈に依拠すべきか明確でないことである。仮に、民法依存モデルが前提とするように、民事法上受取人に預金債権及び正当な払戻権限が成立しているのであればその主張は妥当である。だが、誤って振り込まれた預金口座内の預金が「民事法上保護されない権利」だと民事法上で解釈可能ならば（例えば、受取人の払戻請求が銀行に対する権利濫用として民事法上保護されない場合）、民法依存モデルを採用する学説が平成15年刑事最決を批判する根拠がなくなることになる。

（3）民法依存モデルを前提とした誤振込事例の処理

この民法依存モデルを前提とする立場からは、誤振込事例について（B）占有離脱物横領罪説、（C）無罪説が主張されている。

（4）刑法による静的安全の保護

一方で、（B）占有離脱物横領罪説は、平成8年民事最判は、誤振込の場合でも普通預金契約は成立し、受取人が銀行に対して振込額分の預金債権を取得するとしたのであるから、この場合に奪取罪の成立を認めるのは妥当ではないとして、振込人に対する占有離脱物横領罪が成立すると考える。この考え方は、「引き出された金銭は事実上は銀行が占有していたことはたしかであるが、自分の口座に入っている金銭はいつでも引き出しうるかぎり銀行の支配力は口座名義人に対する関係で弱い⁶⁷⁾」こと、「預金による金銭の占有を認める立場

からは、……金銭は誤って配達された郵便物の場合と同様、委託によらず偶然自己の占有に帰したものとして、これを領得する行為は占有離脱物横領罪を構成する⁶⁸⁾」ことを根拠としている。

確かに、誤振込において「静的安全」を重視することは、誤って振り込んだ預金の実質的権利者である振込依頼人の利益を保護することにつながる。なぜならば、振込システムは、社会の経済活動を支える基盤であるが、利用者である振込依頼人と受取人が安心して利用できるものであるためには、動的安全のみならず静的安全にも配慮が必要であり、少しでもミスをすれば利用者は全く救われないというものであってはならない⁶⁹⁾からである。

この点、民事法においては、いわゆる「物権的価値返還請求権⁷⁰⁾」などの「強い権利」を振込依頼人に認めて、受取人の債権者による預金債権の差押に対する第三者異議の訴えを認める構成⁷¹⁾や、受取人と被仕向銀行との間の契約について誤振込であることが明白な金銭については受取人の預金口座に預金として成立させないとの合理的意思表示をして、預金債権は成立しないとする構

67) 林・前掲注(28) 279頁。

68) 曾根・前掲注(28) 174頁。

69) 岩原紳作＝森下哲朗「預金の帰属をめぐる諸問題」金法1746号(2005) 31頁。

70) 金銭の不当利得返還請求権に、物権的な効力を認めようという考え方(物権的価値返還請求権)。物権的価値返還請求権を認める見解は、騙取金による弁済について不当利得を認めた判例(最判昭和49年9月26日民集28巻6号1243頁)を援用し、被騙取者が騙取金によって債権の回収を得た者に対して不当利得返還請求権を持つことと同様に考え、誤振込人は、誤って振り込まれた預金によって債権の回収を得た者に不当利得返還請求権を持つとする。あくまで債権(請求権)であるがゆえに、受取人に主観的要件(誤振込の事実について悪意)が必要である。(四宮和夫「物権的価値返還請求権について」我妻栄先生追悼『私法学の新たな展開』(有斐閣、1975) 183頁以下、能見善久「金銭の法律上の地位」星野英一他編『民法講座別巻1』(有斐閣、1990) 101頁以下参照。)

71) 小笠原浄二＝川田悦男＝後藤紀一＝野村豊弘＝松本貞夫「誤振込と預金の成否をめぐる諸問題」金法1455号(1996)26頁[野村発言]、花本広志「判批」法セ502号(1996) 88頁以下、松岡久和「判批」平成8年重判解(ジュリ1113号、1997) 73頁以下など。

成⁷²⁾が、振込取引の無因性を前提としつつも静的安全を重視すべきとして主張された（なお、預金債権の成立が有因だとすれば預金の「静的安全」はより保護される）。

他方で、刑事法においては、振込依頼人に対する占有離脱物横領罪の成否として、預金の静的安全の保護が問題となる。なるほど、振込依頼人の預金に対する実質的な権利としての「静的安全」が刑法上不当にも全く保護されないことは不当だという価値判断は、「取引の安全のための配慮が問題とならない刑法⁷³⁾」という一般的な理解を前提とすれば、民事法以上に重要な意味を持つ場合がある。もし刑法が保護すべき財産について民事法上の権利関係を一次的な規範として尊重する立場に立脚し、かつ刑法が保護すべき財産の中身として静的安全のみで動的安全が含まれないと考えるのであれば、振込依頼人に対する占有離脱物横領罪の成否を検討するのが論理的帰結ということになる。そのため、平成15年刑事最決が詐欺罪を成立させることについて「辛うじて肯定する余地がある⁷⁴⁾」と躊躇をみせざるを得ないのだろうか。

（5）刑法が静的安全のみを保護することの難点

しかし、筆者は、振込依頼人に対する占有離脱物横領罪の成立を認めることは、銀行に対する詐欺罪の成立を認めるよりも困難が大きいと思う。

第一に、振込依頼人につき預金相当額についての物権的保護の必要性を刑法上肯定しえない。なぜならば、平成8年民事最判は、振込依頼人は受取人に対し、振込金額と同額の不当利得返還請求権を有するにとどまるとしているから、その物権的保護を語るものが矛盾を生じさせることになるからである（も

72) 前田達明「判批」判評456号（1996）192頁以下。

73) 西田・前掲注（9）215頁、佐伯＝道垣内・前掲注（9）14頁〔佐伯発言〕。どちらとも寄託された現金についての文脈であることに注意。また、井田・前掲注（9）145頁。

74) 山口厚「コメント④」山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』（岩波書店、2006）86頁、なお山口・前掲注（17）88頁（『新判例からみた刑法』所収229頁）。

し振込依頼人の物権的価値返還請求権が肯定されるならば、占有離脱物横領罪が成立する余地はある)。また、客体の特定性を度外視して一定の金額への物権的保護を肯定することは、金銭債権が認められるに過ぎない場合（債権的保護しか認められない場合）との区別を曖昧にするおそれがある⁷⁵⁾からである。一定当事者間で委託された金銭のような場合とは異なり、誤振込された金銭のような多数当事者の利害関係に影響するような場合においても金額所有権を認めることにはなお疑問がある。

第二に、振込システムは無因であるから、実質的な権利者である振込依頼人の静的安全は、振込システムの安全と銀行の紛争に巻き込まれない利益、すなわち動的安全に原則として劣後するからである。平成8年民事最判は、振込取引について無因の法律構成を採用し、最大限に取引の動的安全を保護しようとした。平成8年民事最判は「本来振込依頼人と受取人間の原因関係をめぐるトラブルにすぎないにもかかわらず、銀行を紛争に巻き込み、対応困難な立場におくことになるのは不合理であること、振込みは、振込依頼人が債務の弁済等のために行うものであるが、現金の送金と果たすべき機能は実質的に同じで、銀行はいわば支払仲介機関にすぎないのであり、銀行としては、どのような原因で振込みがされるかについては一切考慮しないし、考慮も出来ないものであり、振込みは原因関係から切り離されたいわば無色の取引ということができること⁷⁶⁾」などを考慮したものと説明している。確かに、振込依頼人に対する占有離脱物横領罪を肯定することは、振込依頼人の誤振込金銭に対する権利——民事上の静的安全——を刑法が保護することを意味する。しかし、動的安全を優先させる価値判断が刑法の「依存すべき」民事法の権利関係について一定の判断を示した平成8年民事最判の背後にある点を忘れてはならない。

振込取引においては、決済のための資金移動取引であって、大量の振込み

75) 井田・前掲注(18)「刑法と民法の関係」80頁、森田・前掲注(1)182頁以下、道垣内弘人「判批」手形小切手判例百選(有斐閣、第5版、1997)221頁。

76) 大坪丘「判解」『平成8年度最高裁判所判例解説民事篇(上)』(法曹会、1999)378頁。

取引を画一的に迅速に処理することが、銀行だけでなく振込依頼人と受取人の期待するところであり、両者にとっての利益になる。このような振込の機能を最大限に発揮させるため、従来から銀行実務家のほとんどは無因説⁷⁷⁾を支持していたところ⁷⁸⁾、平成8年民事最判も無因説を採用したこと⁷⁹⁾を契機として、最近では民法学者の間でも無因説が有力である⁸⁰⁾。その根拠として、①誤振込の場合に受取人の預金債権が成立しないとすると、手続上正規に行われた多数の振込み入金の中に、有効なものと同効なものが存在することになるが、どのようにして原因関係の存在、不存在を判断するのか疑問であること⁸¹⁾、②ミスをした振込依頼人が振込手続外で受取人から不当利得返還請求をすればよいとするのも1つの公平であること⁸²⁾、③振り込み手続は、原因関係から無因的・機械的に処理されるところにその本質があること⁸³⁾などが挙げられている。無因説の背後には、預金債権の成立に原因関係の存在を要件とすると、平成8年民事最判のような事例の場合には、受取人の債権者の信頼保

77) 無因説は、振込依頼人と受取人との間の振込みの原因関係の有無にかかわらず、（誤振込の受取人にも）預金債権が成立すると考える立場である。

78) 鈴木正和「誤振込と預金者の認定」判タ746号（1991）105頁以下、同「誤振込みと預金債権の成立」判タ841号（1994）46頁、川田悦男「誤振込による預金成否の問題点」金法1234号（1992）5頁以下など参照。有因構成は預金名義を信頼して取引している銀行の利益の保護を軽視しているとの価値判断に基づいている。

79) 最高裁は、「振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込があったときは、振込依頼人と受取人との間に振込の原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振り込み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し、そうした原因関係が存在しないときは、「振込依頼人は、受取人に対し、右同額の不当利得返還請求権を有することがあるにとどまり、右預金債権の譲渡を妨げる権利を取得するわけではない」として、強制執行の不許を求めることはできないと判示した。

80) 森田・前掲注（1）197頁、佐伯＝道垣内・前掲注（9）35頁以下〔道垣内発言〕など。

81) 後藤紀一「振込取引をめぐる最近の判例と問題点」金法1269号（1990）16頁。

82) 後藤・前掲注（81）16頁。

83) 牧山市治「依頼人が振込先を誤記入した場合の受取人は預金債権を取得しないとされた事例」金法1267号（1990）18頁。

護や被仕向銀行にリスクが生じることになり、ひいては振込制度の手段性、大量性、迅速性といった性質が阻害されることになるという利益考量が働いているといえよう。

第三に、占有離脱物横領罪の成立を認めるためには、振り込まれた金銭について、振込依頼人の所有権を肯定すると同時に受取人に占有が認められなければならないが、預金の占有は正当な払戻権限がある場合にのみ肯定されるべきものであるから、自己の預金口座に誤って振り込まれただけで受取人の占有下に置かれたかという点には疑問が残る⁸⁴⁾点があげられる。なぜならば、誤振込預金は、銀行の事実的な占有を離れていないのであって、未だ占有離脱物になっていないと考えられるからである。

第四に、もし誤振込事例で受取人に預金の占有を肯定すれば、従来の解釈の限界を更に拡張することとなり、例えばCDカードの不正利用による他人の預金の付替の場合にも窃盗罪を認める解釈を許すことにもなるだろう⁸⁵⁾。これに関連して、かつて、牧野英一は、「権利の窃盗」も可罰的であると論じた⁸⁶⁾。例えば、盗んだ銀行通帳・印鑑を使用して預金を引き出した場合、銀行に対しては詐欺罪が成立するが、その分の預金債権を失った(民法478条、480条)預金者本人に対しては「権利の窃盗」で窃盗罪が成立する、というのである。この解釈は、類推解釈で「二項窃盗」を認めるものだと批判され、現在では支持者がいない。したがって、所有と占有が分離した場合の金銭債権を物権として考えない限り、筆者は、振込依頼人に対する占有離脱物横領罪を認める構成は、実質的に「権利の窃盗」を肯定することにならざるをえないと考える。

よって、受取人の払戻行為に対して占有離脱物横領罪の成立を認めることはできない。

(6) 刑法による動的安全の保護

他方で、(C)無罪説は、平成8年民事最判が、誤振込に対する振込依頼人の

84) 大谷晃大「判批」研修573号32頁(1996)、佐藤・前掲注(26)342頁など。

85) 井田・前掲注(18)「刑法と民法の関係」80頁。

86) 牧野英一『刑法各論(下)』(有斐閣、1951)614頁以下。

異議申立ての後でも、差し押さえた預金からの債権者の満足を認める以上——この判断は、誤振込みに関する債権者の不知を理由とするものではない——、債務者である受取人が自らこれを引き出して債務の返済に充てることもまた、禁止できないと考えるべきであり、受取人が預金を払い戻す行為について何ら犯罪が成立しないと考える⁸⁷⁾。そうでなければ、やってよい行為とやってはならない行為との区別に関する「法秩序の統一性」は破壊されてしまうであろうと批判する⁸⁸⁾のである。

この(C)無罪説が前提としている民事法上の権利関係は、①組戻しが「受取人の承諾を得たうえで」行われることは、再度の振込み行為が受取人から行なわれていると評価するのが、私法上は素直な解釈であること、②受取人に振込人に対する弁済期到来前の債権があった場合に、受取人が債権を回収できておかしくないとして、「一般論として誤振込の場合には、対銀行との関係で見限り、預金の払戻を受ける正当な権限を有しない、といえるのかは疑問⁸⁹⁾」であることから、受取人に預金債権が成立する以上当然に払戻請求権がみとめられるというものである。つまり、(C)無罪説は、「動的安全」を最大限に保護しようとする民事法の学説に依拠している。

(7) 動的安全のみを保護することの難点

確かに、平成8年民事最判の「受取人と（被仕向）銀行との間に振込金相当額の普通預金契約が成立する」との判示を素直に読めば、振込取引は無因であることから、誤って振り込まれた預金についても預金債権が成立することになる。そこで、(ア)預金債権が成立することと、(イ)受取人がそれを払い戻す正当な権限（実質的な権利）を有していることとの関係が問題となる。すなわち、(ア)が認められるならば自動的に(イ)も認められるのか、それとも(ア)は認め

87) 松宮・前掲注(32)414頁、川口・前掲注(32)22頁以下。

88) 松宮・前掲注(17)132頁、同『刑法各論講義』（成文堂、2006）174・175頁、川口・前掲注(32)21頁参照。同旨の見解として、林・前掲注(17)165頁。

89) 佐伯＝道垣内・前掲注(9)38、40、41頁〔道垣内発言〕参照。この見解は、民事法の一学説に過ぎないものの、刑事法の議論への影響は未だに大きい。

られても(イ)が認められない場合——受取人が誤振込の事実について悪意の場合——を平成8年民事最判の判断を前提に想定しうるのか。

まず、平成8年民事最判自体は、形式的に悪意の受取人にも正当な払戻権限があるかについて(事案における争点となっていないので)傍論としてもこの点に言及していない⁹⁰⁾と考えるほうが自然である。

民事法においても、振込と(手形)小切手の機能、登場人物、及び契約関係に関して強い類似性が認められる以上、振出に意思表示に関する瑕疵があつて小切手(手形)金の誤支払がなされたときの受取人の小切手(手形)金の支払請求権の効力という問題と振込依頼人の振込委託に意思表示に関する瑕疵があつた場合に受取人の被仕向銀行に対する振込金支払請求権の効力問題とはパラレルに論じられている⁹¹⁾。また、権利濫用法理を用いて受取人の預金債権の行使を制限し、結果として振込依頼人の保護を図ろうとする考え方が、被仕向銀行が受取人に対する債権と誤振込により成立した預金債権で自己の債権を満足させることを権利の濫用として制限し、振込依頼人を保護しようという局面において提唱されている⁹²⁾。

次に、平成8年民事最判及び平成15年刑事最決以後、民事下級審は、平成8年民事最判の射程を短く解する傾向にある(例えば、東京地判平成14年6月27日金法1667号96頁⁹³⁾、名古屋地判平成16年4月21日金判1192号11頁⁹⁴⁾、名古屋高

90) 佐藤・前掲注(26)336頁。

91) 岩原・前掲注(1)308頁以下(小切手)、313頁以下(振込)。

92) 中田裕康「判批」法教194号(1996)130頁。

93) 東京地裁は、平成8年判決を維持しつつも、「被仕向銀行は、窃盜被疑事件と口座の預金者ないし払戻請求者との関係については、何ら知りえなかつたのであるから、普通預金契約上、預金者による正当な払戻請求があつた場合に、被仕向銀行には、同払戻に応じる私法上の義務があり、その支払を拒絶することはできなかつたというべきである」として、振り込まれた預金の払戻について一定の留保を付している。この判決は、控訴審東京高判平成14年11月28日金法667号94頁によって、支持され確定した。

94) 平成16年名古屋地判、平成17年名古屋高判の事案は、振込依頼人が、銀行の受取

判平成17年3月17日金判1214号19頁・金法1745号34頁（平成16年名古屋地判の控訴審）⁹⁵⁾、東京地判平成17年9月26日判タ1198号214頁⁹⁶⁾、東京高判平成18年10月18日判時1952号96頁（東京地判平成17年12月16日金商1263号51頁の控訴審）⁹⁷⁾。すなわち、下級審裁判例は、被仕向銀行が自己の預金契約者を受取人とする振込が誤振込であったことについて悪意となった後に、誤振込みによって成立した受取

人名義の当座預金口座に振り込んだ金員は誤振込であるとして、銀行に対して不当利得返還請求権に基づき誤振込金相当額の返還を求めたのに対して、銀行が受取人に対する貸付債権と相殺したとして返還を拒み、誤振込金による相殺の適否争ったものである。名古屋地裁は、「振込依頼人から受取人の銀行の当座預金口座に振込があったときは、同振込が誤振込であっても、受取人と銀行との間に振り込み金相当額の当座預金契約が成立する」とした上で、「銀行が、前記振込は誤振込であり、受取人から振込依頼人に返還されるべき不当利得金であることを認識できたという判示事実関係の下で、当該誤振込された預金について受取人に対する貸付債権をもって相殺することは、正義、公平の観念に照らして無効である。」と判示した。

95) 名古屋高裁は、平成15年刑事最決に言及して、「いわゆる『誤振込』によって預金契約が成立した受取人の被仕向銀行の預金口座に対する当該誤振込にかかわる預金相当額につき、振込依頼人が仕向銀行を通じて被仕向銀行に組み戻しを依頼し、受取人がその組み戻しに同意している場合には、正義、公平の観念に照らして、その法的処理において、実質は預金が成立していないのと同様に構成し、振込依頼人への直接の返還義務を認めるのが相当であるから、被仕向銀行は、これを振込依頼人に対して不当利得として返還しなければならない」と判決した。なお、この事件は、現在は上告審に係属中のようである。

96) 被仕向銀行が受取人の銀行口座に誤振込された預金について受取人に対する貸付債権を持って相殺した場合に、振込依頼人が被仕向銀行に対して誤振込金相当額の不当利得の返還を求めた事案である（名古屋地裁、高裁と同様の事案）。東京地裁は、「誤振込をした振込依頼人の中には、たまたま受取人の所在が不明であったために、受取人から組み戻しの承諾を得ることが出来ないという者もいるはずであり、そのような振込依頼人に対してさえ救済手段が残されていないというのは、振込取引制度が多数かつ多額の資金移動を円滑に処理するための仕組みであるとはいえ、制度として好ましいことではない。むしろ、振込取引制度を運営する銀行に対しては、振込依頼人から受取人の所在が不明であって組み戻しの承諾を得ることができない事情について相当の説明を受けた場合には、誤振込をした振込依頼人に救済の機会を残すために、誤振込の事実の有無の確認に努め、その間、受取人の預金口座に入金記帳された当該振込にかかわる金員を受取人の預金とは区別して管理す

人の預金債権を受動債権とし、被仕向銀行が受取人に対して有する貸付金債権を自動債権として、被仕向銀行が相殺をした場合に、被仕向銀行は振込依頼人に対して不当利得返還債務を負うことを肯定する⁹⁸⁾。この判断の背後には、平成8年民事最判の原則を肯定した上で、平成15年刑事最決で確立した悪意の受取人が払戻をうければ詐欺罪に問われることとの均衡が働いていると考えられる⁹⁹⁾(この点、刑法を考慮して民法が解釈されることによって、法秩序の統一性を

るなどの適当な措置をとることが望まれるところである。このように考えると、銀行が振込依頼人から受取人の所在が不明であって組み戻しの承諾を得ることができない事情について相当の説明を受けていながら、誤振込の事実の有無を確認することのないまま、受取人に対する債権を持って当該振込みに係る預金債権を相殺して、自らの債権回収を敢行したような場合には、この債権回収は、振込依頼人に対する関係においては、法律上の原因を欠き、不当利得になるものと解するのが公平の理念に沿うものといえる」と、説示して、受取人の被仕向銀行に対する不当利得返還請求権の成立を肯定した。

97) 1審被告(銀行)の普通預金口座及び貯蓄預金口座を有していた1審原告が、各預金の通帳及び届出印を窃取され、その窃取者から依頼を受けた者によって各預金が払い戻されたことについて、これらの各払戻しは無権限者による無効な払戻しであると主張して、1審被告に対して、各払戻しに係る預金の払戻し等を求めて提訴し、原判決は1審原告の請求を一部認容したところ、双方が控訴した事案である。東京高裁は、本件振込みに係る金銭は本件普通預金を構成するものとして1審原告に属すると解すべきであるが、1審原告による本件普通預金中、払戻しに係る部分の払戻請求権は、1審原告固有の利益に基づくものではなく、また不当利得返還義務の履行手段としてのものでもないから、1審原告は払戻を受けるべき正当な利益を欠くことになり、権利の濫用に該当すると解すべきであるとして、原判決を取消し、1審原告の請求を棄却した。現在、上告中のものである。

98) 同旨、今井・前掲注(17)108頁。

99) 同旨の判例評釈として以下のものが挙げられる。平成16年名古屋地判につき、菅野佳夫「判批」判タ1152号(2004)105頁、谷本誠司「判批」銀法644号(2005)24頁、波床昌則「判批」判タ1184号(2005)66頁。平成17年名古屋高判につき、松岡久和「判批」金法1748号(2005)11頁、藤田祥子「判批」慶院79巻10号(2006)59頁。他に、岡本雅弘「誤振込と被仕向銀行による相殺(上)・(下)」金法1751号(2005)9頁・金法1752号(2005)37頁、猪猛「誤振込と預金の相殺」銀法657号(2006)8頁など。

確保しようとする先例となる¹⁰⁰⁾か、筆者も最高裁の判断を注目している)。

したがって、預金債権の成立と受取人がそれを引き出す正当な権利を有することとを区別して論じる解釈を採用することは、平成8年民事最判とは抵触せず、可能であろう¹⁰¹⁾。預金取引が無因であるとしたうえで、たとえ預金債権が成立するとしても、受取人がそれを払い戻す正当な権限（実質的な権利）を有していない場合が想定できる。平成8年民事最判は「振込みは、銀行間及び銀行店舗間の送金手続を通して安全、安価、迅速に資金を移動する手段であって、多数かつ多額の資金移動を円滑に処理するため、その仲介に当たる銀行が各資金移動の原因となる法律関係の存否、内容等を知ることなくこれを遂行する仕組みが採られている」として、振込依頼人と受取人以外のものの利害に関わることに注目して差押えの排除を認めなかったのであり、それによりただちに受取人が銀行との関係において正当な払戻請求権を有することにはならない¹⁰²⁾のである。

また、平成8年民事最判も、振込依頼人は受取人に対して誤振込金銭を不当利得としてその返還を求めることを肯定している（債権の保護の肯定）¹⁰³⁾。平成8年民事最判と平成15年刑事最決の表面的な議論に囚われると見落としがちであるが、民事上も誤振込の受取人が誤振込預金を取得することは「不当」という評価を与えられているのである。だが、この返還請求権が「債権」であることから、民事上でも十分に保護されていない。なぜならば、平成8年

100) 佐伯仁志「コメント②」山口厚＝井田良＝佐伯仁志『理論刑法学の最前線Ⅱ』（岩波書店、2006）94頁参照。

101) 宮崎・前掲注（8）222頁参照。

102) 井田・前掲注（18）「刑法と民法の関係」63頁。

103) 振込依頼人と仕向銀行間の契約の有効・無効を問わず、振込依頼人と受取人との間に原因関係がないのに、振込依頼人から受取人に対して金銭が振り込まれたのであれば、その金銭は不当利得となる（これは、被仕向銀行が行った入金記帳が有効であること（預金債権の成立）とは無関係である）。したがって、振込依頼人は受取人に対して不当利得の返還を請求することが出来る。

民事最判は、振込依頼人の受取人の債権者に対する第三者異議を認めなかったし、振込依頼人は仕向銀行には返還を求められず受取人にしか返還を求めることが出来ない¹⁰⁴⁾からである。

確かに、平成8年民事最判はルールの明確性や銀行を余計な紛争に巻き込まないという配慮を踏まえたうえで振込取引の無因性を担保する法律構成として一般的に優れている。だが、誤振込の場合においては受取人の「棚からぼた餅的利益」を実質的に解消できず、民事法上受取人が預金債権を取得することは必ずしも妥当な解決を導けない¹⁰⁵⁾から、学説上騙取金弁済における物権的価値返還請求権の議論を準用して振込依頼人に「物権」的保護を与える見解¹⁰⁶⁾、権利濫用・信義則によって払戻権限を否定する見解（手形小切手法の人的抗弁の準用¹⁰⁷⁾が有力に主張されるに至っている。たとえ振込取引が無因だとして

104) 受取人と仕向銀行とは無資力である可能性が著しく異なる。というのも、常識的に考えて、銀行が無資力であるのは異常であるが、受取人が無資力であることは想定し得るからである。ミスをした振込依頼人は受取人の無資力リスクを負担することになる。

105) 内田貴『民法Ⅱ債権各論』（東京大学出版会、第2版、2007）551頁。

106) 金銭の不当利得返還請求権に、物権的な効力を認めようという考え方（物権的価値返還請求権）。物権的価値返還請求権を認める見解は、騙取金による弁済について不当利得を認めた判例（最判昭和49年9月26日民集28巻6号1243頁）を援用し、被騙取者が騙取金によって債権の回収を得た者に対して不当利得返還請求権を持つことと同様に考え、誤振込人は、誤って振り込まれた預金によって債権の回収を得た者に不当利得返還請求権を持つとする。あくまで債権（請求権）であるがゆえに、受取人に主観的要件（誤振込の事実について悪意）が必要である。四宮和夫「物権的価値返還請求権について」我妻栄先生追悼『私法学の新たな展開』（有斐閣、1975）183頁以下、能見善久「金銭の法律上の地位」星野英一他編『民法講座別巻1』（有斐閣、1990）101頁以下参照。

107) 同じく無因の法律行為である手形・小切手法においても無因の原則が修正されて、被裏書人に権利を行使すべき実質的理由がない場合には被裏書人の振出人に対する権利行使を信義則に反して許されないとする権利濫用論によって結論の妥当性が導かれているから、誤振込による預金債権の行使は許されないとする見解。佐伯＝道垣内・前掲注（9）41頁〔佐伯発言〕、佐藤・前掲注（26）338頁参照、中田・前掲注（92）130頁。

も、誤振込預金を受取人が得ることは、振込依頼人と受取人との間に原因関係上の債権債務関係が存在しない以上、民事法上も決して正当化されていないのである。

したがって、誤振込預金に対する振込依頼人の権利について、民事法と刑法の違法評価のベクトルが同方向に揃っているならば、刑事法が民事法上保護されていない経済的利益を保護することは、民法志向モデルに立脚する立場からは、法秩序の統一性を阻害することになり、望ましくない（民法依存モデルでも同様である）。よって、(C)無罪説は適当でない。たとえ振込取引が無因であり、原則として動的安全が重視されているとしても、(C)無罪説は、動的安全に対して行き過ぎた保護を与え、民事法上も保護に値しない受取人の経済的利益すら刑事法上の保護を与える解釈なのである。

(8) 静的安全と動的安全の調和の保護

以上の議論をまとめると、民法依存モデルに立脚したうえで、(B)占有離脱物横領罪説は、民事法上の財産権のうち「静的安全」のみを刑法が保護すべき対象として捉え、(C)無罪説は「動的安全」のみを刑法が保護すべき対象としてとらえている。ここで明らかになったのは、従来の刑法が保護すべき財産の理解とは異なり、民事法上「動的安全」と評価されているものを刑法上の財産として保護しうることである。しかし、両説とも、民事法が重視する静的安全と動的安全の調和点についての考慮が欠けているのではないだろうか。

民事法が財産の動的安全のみを保護しているわけでは決してない。民事法においても大原則は、財産の静的安全の保護なのであって、動的安全は例外的な規定に過ぎない。動的安全という例外の限界を大々的に論じられてきた民事法の議論においてこそ、「動的安全は静的安全の保護を前提とす。一定の程度に於て静的関係の保護せらるるに非ざれば、動的関係の保護は意味をなさず¹⁰⁸⁾」という大原則を改めて確認する必要があるだろう。

108) 鳩山秀夫「法律生活の静的安全及び動的安全の調節を論ず」『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣、1955）1頁以下〔初出：穂積先生還暦祝賀論文集（1915）〕。

なるほど、振込取引においては、決済のための資金移動取引であって、大量の振込取引を画一的に迅速に処理することが、銀行だけでなく振込依頼人と受取人の期待するところであり、利益になるものである。このような機能を最大限に発揮させるため、振込取引は無因の法律構成を採用し、最大限に取引の動的安全を保護しようとした。民事法の通説¹⁰⁹⁾・判例・立法においては、静的安全より動的安全の保護を優先させるという考え方が強く、平成8年民事最判をはじめとする誤振込にかかる預金の紛争処理に関してもその強い影響のもとにある。なぜならば、経済発展のために経済活動を刺激するためには、動的安全の保護を重視すべき、との価値判断が根底にあるからである。しかし、民法においては、近代法における所有権絶対の原則——財産権の静的安全——はあまりに当然のこととして殊更に取り上げて論じられていないのであって、動的安全は、大原則の例外であるからこそ集中的にその限界が論じられてきた経緯を見過ごすべきでない。それゆえ、静的安全の調和と動的安全の調和が振込取引においても要求される。

振込取引の静的安全と動的安全の調和を考えるにあたっては、決済のための資金移動取引として共通する機能を営んでおり、当事者間の法律構成とその無因性でも共通する手形・小切手取引の議論が参考になる。最高裁は、手形の裏書の原因関係が消滅した場合の所持人の手形上の権利行使について「手形の無因性は維持しつつ、すなわち、所持人の形式的権利は認めつつ、それを行使すべき実質的理由を欠くとき」は、信義則違反あるいは権利濫用理論によってその行使を許されないと判示した¹¹⁰⁾。そうであるならば、誤振込についても、誤振込に係る振込金額相当分については、預金債権が成立するとしても、本来不当利得として返還すべきものであり、その預金の払戻を受けて自己の用途に充てる利益を受取人が有しているわけではないから、受取人には実質的権利はない。したがって、権利の濫用という見地から悪意の受取人は銀行に対して正

109) 我妻栄『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953）57頁等。

110) 最判昭和43年12月25日民集22巻13号3548頁。

当な払戻権限を有しないとして（なお、平成15年刑事最決は継続的な預金取引を理由として「誤った振込があった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務」を受取人に課している）、銀行は悪意の受取人に対して預金の支払を拒むことができるのである。

確かに、日本の民事法においてはほとんどの法律行為が有因なので、原因関係がなければそもそも債権が成立しないことになるから、債権の成立と払戻権限とは別個に扱う必要性がない。しかし、法律行為が無因である場合は原因関係がなくても債権が成立してしまって一方の当事者の利益を著しく害する場合があるので、債権の成立と払戻権限とを別個に扱うことが、必要だし相当でもある。振込取引が無因だからこそ、債権の帰属と払戻権限の効力とは別個に扱うことが必要なのである。

徹底した無因論が貫かれている手形法においてすら、手形の無因性は維持したうえで、所持人の「形式的権利」は認めつつ、それを行使すべき「実質的理由」を欠くときは、権利の行使は、権利の濫用として許されないという判例理論が確立している¹¹¹⁾。したがって、手形法においても悪意の受取人には実質的権利が認められていないのであるから、どのような法律構成をとるかはともかくとして、預金債権についても悪意の受取人の実質的権利が内在的に制約されるのはむしろ当然であろう。繰り返しになるが、預金債権は、判例法理上原因関係を問わずに成立するとされたにすぎないのである。

いったん権利を取得した者はみだりに権利を奪われることがない原則（静的安全）と、元々の権利者の権利を犠牲にしても取引関係に入った者を保護する要請（動的安全・取引の安全）とはしばしば衝突してその調整が必要になる。資本主義が発達して取引が活発に行われるようになったことから、立法及び解釈の上で、動的安全に重点を置く必要性が強調されてきた。手形・小切手法を典型例とする「無因」という法技術の活用は、取引の安全と迅速性に資することを目的とするものである。だとすれば、振込取引においても、「無因」（=取

111) 同上

引の安全のために預金債権の成立を原因関係から切り離すこと)を貫くことで、その目的である「取引の安全」が損なわれるときは、預金債権に対する振込依頼人の権利の保護たる「静的安全」を重視する原則に戻ることが適切であろう。振込取引が無因であるとしても、「動的安全」のみが保護され「静的安全」が全く保護されないわけではなく、動的安全と静的安全をどのように調整するかが民事法の価値判断の重要な基礎となっている。そこで、「動的安全」と「静的安全」の調和という民事法の価値観は、刑法の保護すべき財産にも反映しうるのか。言い換えれば、刑法は民事法上の「静的安全」と「動的安全」の調和という民事法の財産秩序を援護できるのだろうか。

5 民事法における動的安全の保護と刑法

(1) 刑法が保護すべき財産の動的安全

民法上の所有権概念が基本とされつつも、その(手続保護を含めた)保護の十全を期するため、その限りで刑法上の保護客体が拡大される。刑法上の観点から別個の所有権概念が打ち立てられているというのではないし、所有権概念の無制限な拡大が危惧されることにもならない。このように考えるのが代表的な民事法志向モデルの立場である¹¹²⁾。

民事法志向モデルに対しては、どの程度民法の議論を取り入れ、かつ刑法の独自性を発揮するかその基準が曖昧であり、権利関係確認の必要性という見地からは、結局、秩序維持モデルと同様の帰結がもたらされることにならないのかという批判¹¹³⁾が向けられている。確かに、秩序維持モデルと民事法志向モデルとの境界線は不明確である。そこで、刑法が保護すべき財産の基準を考える際には、従来の刑法の議論では無視されていた「動的安全」がポイントになる。

少なくとも本稿で検討する誤振込事案においては、秩序維持モデルと民事法

112) 井田・前掲注(18)「刑法と民法の関係」63頁以下。

113) 山口・前掲注(74)86頁。

志向モデルとの差異を見出すことができる。というのも、秩序維持モデルは民事法の議論を一切無視して財産犯を成立させるのに対して、民事法志向モデルは民事法上の「動的安全」と「静的安全」の調和を前提として銀行に対する詐欺罪の成立を認めるからである。ただ、従来の刑事法の議論では「動的安全」は刑事法が保護すべき財産の範囲外とされて無視されていたのである。そこで、銀行に対して詐欺罪を成立させるためには、民事法の議論を無視する秩序維持モデルに立脚する理論構成を採るしかなかった。

なるほど「動的安全」は、刑法の任務の範囲外にあると考えられてきた。引用は横領罪における委託された金銭についての指摘であるが、あたかも一般論のように「民事法において所有と占有が一致するとされるのは、金銭というきわめて流通性の高い交換・決済手段に関しては、取引の安全・動的安全保護のために……所有権の移転を認める必要があることによる。（中略）これに対して、刑事法は、甲—乙間の静的な権利関係を保護する¹¹⁴⁾」という言説が刑事法においては通説的な理解となっている。すなわち、刑法は「静的安全」のみを財産として保護し、「動的安全」は保護しないという。

しかし、刑法が保護すべき財産として「動的安全」が除かれていることを前提に、刑法学説が誤振込事例の解決を論じているのであれば、その理解は振込取引の民事上の特質を踏まえたものではない。なぜならば、銀行の誤振込預金の占有をその意思に反して移転させた受取人に詐欺罪を成立させることは、振込取引の法律構成が動的安全を重視して無因であることを前提とすれば、刑法が振込依頼人の財産としての誤振込預金という「静的安全」ではなく、銀行が所有・占有する誤振込金銭や銀行が負担する振込システムの取引の安全という「動的安全」をも保護していることの現われと考えるからである。

114) 西田・前掲注 (9) 215頁、佐伯＝道垣内・前掲注 (9) 14頁〔佐伯発言〕。どちらとも寄託された現金についての文脈であることに注意。また、井田・前掲注 (9) 145頁。

(2) 刑法が民事法の評価に従属すべき範囲

筆者も、平成8年民事最判を素直に読めば誤って振り込まれた預金についても形式的には預金債権が成立すると考える。平成15年刑事最決が誤振込分の組戻し手続に受取人の承諾が必要だとしているのは、預金債権が成立していることに他ならない。なぜならば、仕向銀行は振込に関する原因関係の有無を判断できる立場にないし、すべきでもないから、振込による預金債権の成立の有無と振込人と依頼人との間の原因関係とは切り離して考えるべきだからである¹¹⁵⁾。振込を無因とすることは、決済手段として共通の機能と制度をもつ手形・小切手も無因論を前提としていることとも均衡がとれる。したがって、原因関係とは切り離されているから、誤振込であっても受取人と被仕向銀行との間で預金債権自体は成立していることになる。少なくとも、この限度において刑法上の評価は、平成8年民事最判の評価に従属すべきである。

したがって、民事法志向モデルを前提として、平成8年民事最判の誤振込にかかる預金の処理について「銀行が払戻請求に応じた場合を救済することを主眼とするものであるから、刑法的に、本来権限のない受取人の預金債権を正面から認めたものではない¹¹⁶⁾」と説明し（前述のA①説の論理構成）、詐欺罪の成立を認めることは論理的でない¹¹⁷⁾。

(3) 刑法による被仕向銀行の地位の保護と動的安全

民事法志向モデルに立脚して、詐欺罪成立の結論の妥当性を検討するにあたり、銀行が誤振込預金を所有・占有する利益が民事法上も刑法上も保護される利益かが問題になる（詐欺の実行行為をどのように構成するかはまた別個の問題である。この点でA②説とA③説は異なる）。というのも、詐欺罪によって保護される銀行の実質的利益は、受取人の払戻請求があった場合に直ちに支払に应ず

115) 松岡久和「判批」平成8年度重要判例解説（ジュリ1113号、1997）74頁参照、森田・前掲注（1）179頁以下参照、岩原・前掲注（1）340頁以下参照など。

116) 西田・前掲注（9）214頁、西田典之「判批」法教別冊判例セレクト98（1999）30頁。

117) 同旨、松宮孝明「財産犯における刑法と民法の交錯—誤振込金員の引出しを素材に—」刑雑43巻1号85頁（2001）。

るか否かを決する時間的余裕¹¹⁸⁾にすぎず、実質的な被害者は振込依頼人だからである。それにもかかわらず、刑法は、民事法上被仕向銀行が受取人の払戻請求を拒める地位にあること——保護に値する利益を有すること——を刑罰というより強い制裁を用いて保護している。

第一の理由は、銀行実務上、被仕向銀行としては、誤振込みがあったときには、当事者の申出により振込前の状態に戻す「組戻し」の手続をとるものとされていることである¹¹⁹⁾。銀行を利用する振込送金制度が現在の取引社会や国民の日常生活等に広く普及し、その安全性・確実性に対する国民の信頼は極めて高いという現実¹²⁰⁾を考慮したものである。組戻し手続の措置は、銀行が紛争に巻き込まれないためにも必要なものであり、無用の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¹²¹⁾である。

第二の理由は、民事法における「金銭の所有と占有の一致」ドグマ¹²²⁾を前提とすれば、被仕向銀行には誤振込金銭を正当な払戻権限のない受取人の払戻請求を拒んで手元においておくことで生ずる利用可能性が認められるからである。というのも、被仕向銀行は、振込取引の無因性に由来する「動的安全」の見地から¹²³⁾、誤振込金銭の占有を取得するからである。なお、たとえ銀行の固有の利益が認められないとしても、銀行が振込依頼人からの組戻し手続請求に応じて組戻し手続を履行するためには、手元においておく利益を保護しなければならないだろう。振込依頼人と受取人との間に振込の原因関係が存在しない場合の組戻しは、組戻しという銀行が整備した制度を利用しているが、その

118) 伊東・前掲注 (17) 171頁。

119) 松本貞夫「振込」鈴木祿弥＝竹内昭夫編『金融取引法体系第3巻—為替・付随業務』（有斐閣、1983）93、94頁参照。

120) 上田・前掲注 (17) 84頁。

121) 宮崎・前掲注 (8) 213頁。

122) 我妻栄＝有泉亨『新訂物権法』（岩波書店、1983）185頁以下。

123) 被仕向銀行は、振込依頼人と仕向銀行間の振込契約が有効であるという外観を信頼して、仕向銀行から振込入金を受ける立場にある。

実質は振込依頼人の不当利得返還請求権の行使である¹²⁴⁾。その意味で銀行の誤振込預金に対する占有を保護することは、振込依頼人の誤振込預金に対する「静的安全」を保護することに密接に関連する。

第三の理由は、誤振込みにおける預金の占有とそれに伴う財産犯の成否の場面における動的安全の保護と静的安全の保護の調和は、個別の当事者間の契約の解釈による解決¹²⁵⁾ではなく、振込取引の制度全体を見据えた多数当事者の利害関係の調整という視点から紛争の解決を図る場合に非常に重視されるからである。

平成8年民事最判の背後には、第一次的には銀行が形成する取引秩序を保護することで振込取引の安全という「動的安全」を保護し、それによって間接的に振込依頼人に対する預金の保護という「静的安全」を保護しようという発想があるように思える。誰と誰との間の紛争かによって誰の権利を保護すべきかを相対的に考えていくというよりも、すべての当事者との関係で預金者は誰かという問題を一律に確定しようとしているからである。確かに、振込を、振込人と仕向銀行間の契約、仕向銀行と被仕向銀行間の契約、被仕向銀行と受取人との契約をそれぞれ別個独立したものと捉えれば、被仕向銀行と受取人との間の預金契約（普通預金規定）に基づいて受取人の預金の取得が肯定され、その預金の行使に制約がないから、受取人は自由に処分できるし、銀行が金銭を占有する利益はないようにも思える¹²⁶⁾。しかし、振込制度全体を考察する立場からは、被仕向銀行と受取人との契約において預金債権の成立が認められたと

124) 小笠原他・前掲注(71)22頁〔川田発言〕参照。

125) 佐伯＝道垣内・前掲注(9)35、36頁〔道垣内発言〕参照。

126) 普通預金規定3条1項（平成7年3月改正後のもの。改正前の規定との間に実質的な差異はない。）は「この預金口座は為替による振込金を受け入れます」、普通預金規定3条2項は「この預金口座への振込について、振込通知の発信金融機関から重複発信等の誤発信による取消通知があった場合には、振込金の入金記帳を取消します」と規定する。したがって、被仕向銀行に過誤がある場合には、預金債権は成立しない（普通預金規定3条1項）また、仕向銀行に過誤がある場合には、取消

してもなお誤振込金銭が銀行にあるべき状態が維持されることが、被仕向銀行と受取人の関係における「静的安全」と「動的安全」の調和点となる。民事法上も銀行実務においては受取人の口座に入金記帳がされた後でも組戻しの制度を認めている¹²⁷⁾ことから、安全な振込送金制度を維持するための銀行実務の運用を担う被仕向銀行の利益は保護されているが、組戻しの手続をとるためには預金口座内に誤振込金相当額が残されていることが必要である。そこで、預金口座内に誤振込金銭を残しておくことを刑法によっても保護する必要性が生ずるのである。

第四の理由は、誤振込にかかる振込金額相当分については、預金債権が成立するとしても、本来不当利得として返還すべきものであり、その預金の払戻を受けて自己の用途に充てる利益を受取人が有しているわけではないから、受取人には実質的権利はないからである。刑法が受取人の誤振込金の払戻行為に詐欺罪を認めても、受取人の行為は民法上も振込依頼人に対する不当利得返還責任を発生させるのだから、いずれにせよ「やってはいけないこと」であり、行為規範に関する矛盾も何ら生じない。

したがって、銀行は、悪意の受取人に対しては、平成15年刑事最決によれば信義則上の告知義務違反を理由に（A②説）、又は受取人の権利濫用を理由として（A③説）、預金の支払を拒むことができる地位にあり、刑法はかかる銀行の地位を保護しようとする。このように考えると、平成15年刑事最決の立場は平成8年民事最判の立場と矛盾を生じることなく根拠づけうる。刑法は、振込依頼人の財産としての誤振込預金という「静的安全」そのものではなく、被仕向銀行が所有・占有する誤振込金銭や銀行が負担する振込システムの取引の安全という「動的安全」を保護するため、詐欺罪を成立させたのである。

通知により預金債権が成立しなかったことになる（普通預金規定3条2項）。他方で振込依頼人に過誤がある場合について、普通預金規定の形式的な解釈によれば、受取人と被仕向銀行との間で預金債権は問題なく成立していることになる。

127) 振込規定ひな型6条1項、8条参照（松本貞夫＝小笠原浄二＝川田悦男「振込規定ひな型の逐条解説」金法1410号22、24頁）。

(5) 民事法の趣旨に合致した刑法による財産の保護

したがって、刑法は財産の静的安全のみを保護しているわけではない。検討してきたように、誤振込について悪意の受取人の払戻行為に銀行に対する詐欺罪を成立させる考え方は、民事法における静的安全と動的安全の調和を考慮して、動的安全をも刑法上保護すべき財産と捉えているからである。よって、刑法の保護しようとしている財産の範囲には、民事法上の実質的な権利関係である「静的安全」だけでなく、刑法上の違法性が認められる限りで「動的安全」も含まれる。

民事法が保護する限度で「動的安全」を刑法の保護法益として考慮することは民事法志向モデルの立場と矛盾するものではない。振込取引においては、決済のための資金移動取引であって、大量の振込み取引を画一的に迅速に処理することが、銀行だけでなく振込依頼人と受取人の期待するところであり、利益になる。このような機能を最大限に発揮させるため、振込取引は無因の法律構成を採用し、最大限に取引の動的安全を保護しようとした。刑法による「動的安全」の保護は、民事法の制度趣旨に合致したものである。

確かに、無因性の徹底による動的安全の行き過ぎた重視は、民事法においては銀行の利益の偏重となり、刑法においては振込取引秩序の維持・保護を財産犯の保護法益と解することに結びつき易いおそれがあることは否定できない。しかし、行き過ぎない適度な動的安全の重視という価値判断は刑法においても十分に尊重されるべきものである。そうであるならば、民事法の制度趣旨を汲んで刑事法上の保護を与えること——動的安全にも一定の保護を与えること——が、統一的な法秩序の形成に資するのではないだろうか。

民事法における「静的安全」と「動的安全」を含む多種多様な利益衡量要素が、刑事法だと「所有」(本権)・「占有」という二つの言葉に集約される。そこで、奪取罪の保護法益をめぐる民法依存モデルに立脚する本権説と秩序維持モデルに立脚する占有説とが対立してきた。刑事法の言語では、民事法における財産の「動的安全」をそのままでは評価することができない。なぜなら、刑法は、財産の「動的安全」という言葉をもたないからである。しかし、「動

的安全」を刑法の保護すべき財産に含めて解釈することが可能である。決して、刑法は「動的安全」を無視しているわけではない。むしろ、間接的ではあるが積極的に評価しているのである。

第3章 まとめと残された課題

(1)結論を述べると、少なくとも誤振込事例においては、刑法は、銀行に対する詐欺罪を成立させることで、「静的安全」と「動的安全」との調和を図って、民法の権利関係をより強い制裁で保護しようとしている。したがって、刑法が保護すべき財産の射程に動的安全も含まれる。

民事法志向モデルに対しては、権利関係確認の必要性という見地からは、結局、秩序維持モデルと同様の帰結がもたらされることにならないのかという批判¹²⁸⁾が向けられてきた。しかし、少なくとも誤振込事案においては、秩序維持モデルと民事法志向モデルとでは差異がある。というのも、秩序維持モデルは民事法の議論を一切無視しているのに対して、民事法志向モデルを前提とした場合、動的安全と静的安全の調和点として、受取人の払戻請求権が実質的に存在しないことを理由に銀行に対する詐欺罪の成立を認めるからである。この考え方は、民事法上振込取引が無因であったとしても有因説的な理解が残されていることから、動的安全と静的安全の調和が図られており、民事法と刑法の法解釈に齟齬をきたすものではない。

(2)筆者は、民事法上の権利関係を尊重して刑法が誤って振り込まれた預金の保護をすべきとの立場から、受取人の預金債権の成立を認めた平成8年民事最判と詐欺罪を成立させた平成15年刑事最決との法的評価が相反するものではないと考える。判例の立場は、民事法志向モデルの立場に基づく首尾一貫した解決に合致する。以下、理由を説明する。

第一に、振込取引に関しては、民事法上動的安全の保護が重視されているこ

128) 山口・前掲注(74)86頁。

とから、動的安全を一次的・直接的に保護するために銀行に対する詐欺罪を認めることが有効だからである。なお、二次的・間接的に、振込依頼人の預金に対する権利（静的安全）が保護されることになる。

第二に、受取人の払戻請求は、信義則上の告知義務違反（または権利濫用）として民事法上も違法と判断されうるので、民事法上受取人に法的に保護されるべき利益があるとは考えられないからである。受取人の払戻請求権は完全に否定されるわけではない¹²⁹⁾。形式的には存在するが、実質的には行使不能なのである。

第三に、刑法は、民事法の保護が不十分な振込依頼人の誤振込金銭に対する実質的な権利、及び銀行が組戻し手続を迅速かつ紛争に巻き込まれることなく実行しうる利益を保護していると考えられるからである。誤振込金を黙って自分のものにしてしまう行為が犯罪に該当するという判断を裁判所が示せば、他の人間にも制裁を避けるインセンティブが働くので誤振込金の払戻行為は抑止される。払戻行為が抑止されれば、銀行の預金口座内に誤振込金銭が継続的に存在する蓋然性が高くなる。これは、民事法上の保護が決して十分でない振込依頼人の受取人に対する不当利得返還請求権行使と銀行の有する利益を間接的に援護することになる。

(4)ところで、民事法においても、平成15年刑事最決の背後にある誤振込された金銭を領得する行為は刑法上放置できないという価値判断が民事法上の判断にどのように反映されるか、具体的には、誤振込金と疑うべき相当の事情があるが払戻に応じた場合に銀行は振込依頼人に生じた損害につき民事責任を負うか、誤振込された預金債権であることを知りつつ銀行が相殺することは妥当なのかといった議論は未成熟であるように見受けられる。刑法の議論に目配りをした民事法の議論を期待したい。

(5)最後に今後の課題を挙げる。誤振込預金の存在を秘して払戻を受ける行為が詐欺罪にあたるかという場面は、民事法が保護する限度までは動的安全を

129) 山口・前掲注(74)89頁。

刑事法においても保護できることを示す一例にすぎない。機会があれば、他の場面においても考えてみたい。

刑法の財産犯規定は、所有権その他の本権の保護を基本としつつも、刑法242条においては、事実上の占有にも保護範囲を拡張していると理解することが可能である。平成15年刑事最決を踏まえると、最高裁の判例法理は、所有権保護を基調としつつ、刑法242条で処罰範囲を占有侵害にまで拡張する立場を採っている¹³⁰⁾と読むほうが自然ではないだろうか。そこで、今後検討すべき最高裁判例の整合性は、平成8年民事最判と平成15年刑事最決との関係よりも、自動車金融事件（最決平成元年7月7日刑集43巻7号607頁）や抵当権設定建物事件（最決昭和61年7月18日刑集40巻5号438頁）と誤振込の平成15年刑事最決や請負契約代金に関する事件（最判平成13年7月19日刑集55巻5号371頁）との間にある。すなわち、昭和61年最決の長島裁判官補足意見は「民事法は、その物の所有権が誰に帰属するかを終局的に決することによって財産関係の法秩序の安定を図ることを目的とするのに反し、刑法は、この場合、そのものに対する現実の所有関係を保護することによって既に存在している財産関係の法秩序の破壊を防止することを目的とすると考えられるからである¹³¹⁾」と述べており、判例は秩序維持モデル的な立場を採っているようにも見える。それに対して、平成15年最決の調査官解説は、同決定が「民刑の法解釈の統一」という点を考慮している旨を繰り返し強調しているのである¹³²⁾。この点についても今後検討したい。

130) 町野朔「窃盗罪の保護法益」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論』（有斐閣、第5版、2003）48頁以下。

131) 最決昭和61年7月18日決定長島裁判官補足意見（刑集40巻5号444頁）。

132) 宮崎・前掲注（8）211頁。

補論 平成15年刑事最決の法律構成に対する疑問と一試論

(1) 詐欺罪を検討する視点について

筆者は、民刑の法解釈をできるだけ統一したうえで、誤って振り込まれた預金の保護をすべきとの立場から、平成8年民事最判と平成15年刑事最決との法的評価が相反するものではないと考えるし、平成15年刑事最決の詐欺罪成立の結論に賛成する。

しかし、平成15年刑事最決は、受取人が誤振込み預金の払戻を請求した場合、それを知った被仕向銀行がその払戻請求を拒むことが出来るかという観点からのみ検討を行っており、受取人の払戻請求そのものが権利の濫用にあたるかという観点からの検討をしていない。そのため、筆者は、平成15年刑事最決の理論構成には賛成できず、刑法は第一次的には行為規範であるという理解を前提とすれば、「受取人の払戻請求そのものが権利濫用にあたるか」という観点から検討すべきであると考え。そこで法律構成としては、故佐藤文哉教授が提唱された「受取人と被仕向銀行との間の預金債権が成立するが、原因関係が受取人と振込依頼人との間に存在しない以上、そのような受取人には預金債権を行使すべき実質的な理由が認められないから、誤振込であることを認識した受取人からの預金払戻請求は権利の濫用にあたり、受取人には正当な預金払戻権限が認められないとして詐欺罪の成立を認める¹³³⁾」見解が最も優れていると評価したい。

なぜならば、銀行側の利益侵害という結果から財産犯の成否を論ずるのではなく、一次的には受取人が誤振込預金を認識してどういう対応をしたかという点から財産犯の成否を論ずる方が、刑法の行為規範としての機能、法秩序の統一性を要求する趣旨に適するからである。

(2) 「欺く行為」について

また、平成15年刑事最決は、誤振込でないことを銀行が確認することと組戻

133) 佐藤・前掲注(26)338頁。

手続の重要性を前提に、信義則上の告知義務を負う受取人が誤振込を知らずながら、これを銀行に告知せずに預金の払戻請求をすることが詐欺罪の構成要件である「欺く行為」になるとする¹³⁴⁾。しかし、誤振込があることを知りつつそれを秘して銀行に対して預金の払戻請求をすることが直ちに（不作為の）「欺く行為」にあたらない場合もあると考える。例えば、誤振込前から100万円の受取人自身の預金が存在する預金口座に1万円の誤振込がされたとき、誤振込を秘して受取人が1万円払い戻す行為が「欺く行為」にあたると言えるだろうか。なぜならば、受取人は誤振込分の金額を除く残額については正当な払戻権限があるからである。誤振込を知らずながらこれを銀行に告知せずに預金の払戻請求をする行為そのものが詐欺罪の構成要件である「欺く行為」に該当しない場合も想定できるのではないだろうか。なお、この点は詐欺罪の損害額にも関連する問題である¹³⁵⁾。

（3）誤振込の認識と故意の認定について

また、窓口での払戻し行為に対して詐欺罪を肯定すればATMから誤振込預金を引き出す行為に対して窃盗罪が肯定されるであろうが、市民がATMから預金を引き出すとき、その預金口座から頻繁に出し入れしていればしているほど、また誤振込金額が少なければ少ないほど、誤振込の存在に気づきにくい。特に、キャッシュカードの場合は通帳と違って残高と取引明細がすぐに照合できないから、預金の残高が「少し多いかな」と感じた程度で、誤振込の存在を認識したと認定されるのは不当である。受取人が単に自己の預金口座内の金銭の増額を認識しただけでは足りず、増加分が誤振込みによるものであることを認識してはじめて故意を認定すべきであろう。

134) 宮崎・前掲注（8）207、223頁参照。

135) 宮崎・前掲注（8）224頁参照。