

## 誤って振り込まれた預金の払戻しと財産犯

大 沼 邦 弘  
神 元 隆 賢

はじめに  
判例の動向  
学説の状況  
不可罰説

### I はじめに

振込依頼人が、振込先の口座を誤って名前の似た別の口座に送金してしまったところ、振り込まれた口座の名義人（受取人）が、これを奇貨として、銀行から誤入金分を払い戻した場合に、その口座名義人がどのような刑事責任を負うことになるかについては、従来から議論があった。

昭和40年代後半から出てきた判例は、誤振込預金を占有離脱物と解して占有離脱物横領罪の成立を認めるものと、1項詐欺罪の成立を認めるものとに分かれていた。これに対して、学説上は1項詐欺罪説が有力であった。

その当時の下級審民事判例は、誤振込による預金債権は無効であるとして、口座名義人の債権者が誤振込預金を強制執行によって差し押さえることはできないという立場を採っていた。これに従えば、刑事においても、誤振込により無効である預金債権を、誤振込であることを秘して払戻請求する行為は、銀行員に対する詐欺行為にあたり解することが可能であったのである。

しかし、最判平成8年4月26日民集50巻5号1267頁は、従来の下級審判

例を覆し、誤振込による預金債権の成立を肯定して、強制執行に対する振込依頼人の第三者異議の訴えを退けるに至った。この最高裁平成8年民事判決は、その後の刑事判例にも大きな影響を与えている。すなわち、大阪高判平成10年3月18日判タ1002号290頁は、最高裁平成8年民事判決を引用したうえで、「刑法上の問題は別である」とし、「払戻請求を受けた銀行としては、当該預金が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」であるとして1項詐欺罪の成立を認め、その上告審である最判平成15年3月12日刑集57巻3号322頁は、最高裁平成8年民事判決と同様に誤振込による預金債権の成立を認めながらも、「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、自己の口座に誤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」として1項詐欺罪の成立を認めている。このように、誤振込預金に対する口座名義人の権利を肯定しようとする民事判例と、これを否定して詐欺罪の成立を認めようとする刑事判例の間には大きな乖離が生じているが、最高裁平成8年民事判決は、刑事判例においても無視できない存在となっているのである。

学説上も、誤振込による預金債権を有効であるとするならば、誤振込による預金債権の払戻請求は、単に有効な預金債権の正当な権利者による払戻請求であって、銀行に対する詐欺行為とは言えないのではないかとして、最高裁平成8年民事判決を前提に詐欺罪説を批判する論者が増えつつあり、その多くは、誤振込による預金債権を占有離脱物と解し、占有離脱物横領罪の成立を認めるべきだと主張している。

本稿は、誤振込による預金の払戻しに関する刑事責任について、誤振込による預金の有効性に関する民事の判例・学説の状況を踏まえつつ、刑事判例の動向、学説の状況を検討し、刑法と民法の理論の乖離を回避しうる方向を模索しようとするものである。

## II 判例の動向

### 1 最高裁平成8年民事判決前の刑事判例

誤振込預金の払戻しに関する最初の刑事判例は、東京地判昭和47年10月19日（判例集未掲載）とされている<sup>1)</sup>。本判決は、振込元の下請け会社のミスにより誤って振り込まれた預金を口座名義人が払い戻したという事案について、誤振込預金を占有離脱物と解し、占有離脱物横領罪の成立を認めたものである<sup>2)</sup>。

これに対し、札幌高判昭和51年11月11日判タ347号300頁は、誤振込預金は預金債権として成立しておらず、その払戻しを受ける行為は、銀行員を欺罔し錯誤に陥らせて現金を取得する1項詐欺罪に当たるとした。事案は、振込依頼人AがB銀行甲支店の「武輪水産株式会社」の預金口座に振り込もうとして、誤ってB銀行乙支店の「武輪水産株式会社」を受取人として振込依頼したところ、当該金員が、B銀行のミスにより、B銀行乙支店にあった「武和水産代表X」の預金口座に入金され、Xはそれを奇貨として右金員を払い戻したというものであった。

札幌高裁は、占有離脱物横領罪の成否について、「一般に預金者の預金に対する占有を認めるとしても、本件のような誤入金の場合には、銀行はこれを知れば自由に入金記帳を訂正することができるのであるから、入金の取扱いを受けた金員が預金口座の権利者の事実上の支配にあるということもできないのであつて、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、預金は占有離脱物となり得ず、占有離脱物横領罪を構成する余地はないとした。

1項詐欺罪の成否については、「振込人が被振込人の名称自体を誤った場合や、

1) 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（1976年）110頁参照。

2) 原田・前掲論文113頁は、本判決が占有離脱物横領罪の成立を認めたのは、「誤った振込み送金により振込み人の占有を離脱した金銭が被告人の預金口座に振り込まれたことによって、被告人が右金銭に対する事実上の占有を獲得し被告人において、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」故であると説明する。

誤って被仕向銀行とされた銀行支店にたまたま被振込人と全く同一名称の別個の預金口座があったという場合ならともかくも、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、その口座に対する振込はなかったものと考えらるべきである。所論は、被仕向銀行としては振込依頼の対象たる口座がある限り入金として受入れることになるというが、本件においてはその対象たる口座が存在しないのであり、それが単に振込の原因関係を欠くにすぎない場合と根本的に異なる点なのである」として、口座名義人Xの誤振込入金分の預金債権の成立を否定したうえで、「交付された現金自体については銀行から被告人に占有が移転したものであることは疑いのないところである」と判示して、1項詐欺罪の成立を認めたのである。

なお、東京高判平成6年9月12日判時1545号113頁は、送金銀行の手違いで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、窃盗罪にあたるかが争われた事例について、「横領罪との関係においては、預金口座の名義人に正当な払戻し権限がある場合に、預金債権に対する管理、占有ひいては銀行が事実上占有する金銭に対する預金額の限度での法律上の占有という観念を容れる余地がある。しかし、本件は、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つたに過ぎず、被告人に右預金について正当な払戻し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、……被告人が管理者であるとか、被告人がこれを所持（支配）していたということのできないことはもとより、被告人が法律上の占有を取得することもないと解される。したがって、本件については、横領罪の成立する余地はなく、詐欺罪が問題とならないことも明らかであり、銀行の現金に対する占有を侵害したものとして、窃盗罪が成立するというべきである。」と判示した。この判決は、機械は錯誤に陥らないという考えに基づいて、現金自動支払機から払戻しを受ける行為は窃盗罪に当たると解しており、仮にこれが銀行窓口で払戻しを受けたという事案であれば、札幌高裁昭和51年判決と同様、1項詐欺罪の成立を認めていたものと思われる。

## 2 最高裁平成8年民事判決

最高裁平成8年民事判決前の民事判例は、誤振込による預金債権の成立に否定的であった。

名古屋高判昭和51年1月28日判タ337号260頁は、送金手続の振込人が受取人の氏名を誤記したため、被仕向銀行が誤記された口座名義人の預金口座に入金手続をし、かつ入金案内を発したとしても、被仕向銀行と口座名義人との間に当該送金について預金契約が成立しないと判示していた。

また、鹿児島地判平成元年11月27日判タ718号124頁も、振込における受取人と被仕向銀行との法律関係を、「その預金契約により、あらかじめ包括的に、被仕向銀行が為替による振込金の受入れを承諾し、その受入れの都度、当該振込金を、受取人のため、その預金口座に入金し、かつ、受取人もその入金を受入れを承諾して預金債権を成立させる、準委任契約と消費寄託契約の複合的契約である」とし、「右の事前の包括的な消費寄託契約の意思表示は、……取引上の原因関係の存在を前提としているものと解するべきであり、従つて、そのような原因関係を欠く、いわゆる誤振込金については、……その預金債権とはならないものといわなければならない」と判示して、誤振込金について、預金債権の成立を否定していた。

しかし、最高裁平成8年民事判決は、従来の下級審判例を変更し、誤振込金について預金債権の成立を肯定した。事案は、振込依頼人Xが、A銀行に、Bに対する振込依頼をしようとしたところ、誤ってCの口座を指定したため、受取人となったCの口座に上記金額の入金がなされ、その約3か月後に、Cの債権者Yが、CがA銀行に対して有する普通預金債権を差し押さえたため、Xが、Yの差押えのうち、本件預金債権に対する部分につき、第三者異議の訴えによりその排除を求めたというものであった。

これについて、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みがあったときは、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在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。けだし、前記普通預金規定には、振込みがあった場合にはこれを預金口座に受け入れるという趣旨の定めがあるだけで、受取人と銀行との間の普通預金契約の成否を振込依頼人と受取人との間の振込みの原因となる法律関係の有無に懸かせていることをうかがわせる定めは置かれていないし、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、内容等を関知することなくこれを遂行する仕組みが採られているからである。……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在しないにかかわらず、振込みによって受取人が振込金額相当の預金債権を取得したときは、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から、受取人の債権者がした右預金債権に対する強制執行の不許を求めることはできないというべきである。」と判示した。

### 3 最高裁平成8年民事判決後の刑事判例

最高裁平成8年民事判決前のように、誤振込による預金債権の成立を認めない立場を前提とすれば、刑事においても、銀行員に対して、成立していない預金債権を、成立しているものと誤信させて払い戻すのであるから、そのような行為は1項詐欺罪を構成すると容易に説明することができた。

これに対し、最高裁平成8年民事判決に基づくならば、誤振込による預金債権であっても、預金契約上は有効に成立していることになる。したがって、刑事においても、口座名義人が誤振込であることを秘して預金を払い戻す行為は、当該預金債権が有効である以上、有効な預金の払戻しを被仕向銀行に請求するのであるから詐欺行為には当たらず、詐欺罪となり得ない和解する余地が生じた。

しかし、前掲大阪高裁平成10年判決は、振込依頼人が誤った振込先の預金口座を振込人に指示し、それによって入金された金員を、口座名義人がこれを奇貨として銀行から払い戻したという事案について、「本件のような振込依頼

人による誤振込であっても、振込自体は有効であって、振込先である預金口座の開設者においては、当該銀行に対し有効に預金債権を取得すると解されており（最高裁平成8年4月26日判決・民集第50巻第5号1267頁）、したがって、誤振込による入金払戻しをしても、銀行との間では有効な払戻しとなり、民事上は、そこには何ら問題は生じない（後は、振込依頼人との間で不当利得返還の問題が残るだけである。）のであるが、刑法上の問題は別である。すなわち、……振込依頼人から仕向銀行を通じて誤振込であるとの申し出があれば、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し出があれば、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、払戻しに応じた場合、銀行として、そのことで法律上責任を問われないにせよ、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、払戻し請求を受けた銀行としては、当該預金が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払戻し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……。」と判示して、1項詐欺罪の成立を認めた。

さらに、この判決の上告審である前掲最高裁平成15年決定は、「このような振込みであっても、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……。」としながらも、「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じられている。……したがって、銀行にとって、払戻し請求を受けた預金が誤った振込み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っている者として、自己の口座に誤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、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、……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、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しを請求することは、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。」と判示して、やはり1項詐欺罪の成立を認めた。

この2つの判例は、1項詐欺罪の成立を認めた札幌高裁昭和51年判決と同じ結論をとっているが、最高裁平成8年民事判決を受け、誤振込による預金債権は有効であっても、誤振込による預金か否かは、銀行にとって、払戻請求に応ずるか否かを決する上で「看過できない事柄」ないし「重要な事柄」であるとし、受取人となる誤振込先の口座名義人がこれを秘して払戻しを受ける行為は詐欺罪における詐欺行為に該当するとした点で異なる。さらに、東京高裁平成6年判決は民事上の口座名義人の払戻権限の有無を問題としたが、大阪高裁平成10年判決は、「刑法上の問題は別である」とした。これに対し、最高裁平成15年決定は、受取人に「誤振込があった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務」があるとした。最高裁は、同決定において、誤振込による預金であることを秘して銀行に払戻請求する行為が銀行に対する不作為による詐欺行為に当たるとする根拠を信義則に求めることで、民法上の問題をまったく考慮しないで財産犯の成否を検討すべきではないとする姿勢を示したとも言えよう。

また、東京地裁昭和47年判決と最高裁平成15年決定の事例は、振込依頼人の過誤による誤振込、いわゆる誤記帳であり、最高裁平成8年民事判決によって誤振込による預金債権の成立が認められることとなるが、札幌高裁昭和51年判決と東京高裁平成6年判決の事例は、銀行の過誤による誤振込であり、札幌高裁昭和51年判決が預金債権の不成立を認めたのも、銀行の過誤の有無により預金債権の成否を区別する趣旨であるとする指摘がある<sup>3)</sup>。しかし、最高



裁平成 8 年民事判決以前の民事判例は、振込依頼人の過誤による誤振込についても預金債権の成立を否定しており、銀行の過誤の有無による預金債権の成否の区別がなされていたとは言い難い。確かに、札幌高裁昭和 51 年判決は、仕向銀行の過誤ではなく振込依頼人の過誤による誤振込であれば預金債権の成立が認められ、詐欺罪は成立しないとする趣旨のように理解できなくもない。だが、そのように理解すれば、同判決は、誤振込による預金債権の成否について、当時の民事判例とは異なった判断をしていたこととなり、民事上の預金債権の成否が詐欺罪の成否を左右すると解する同判決の前提自体と矛盾することになってしまう。したがって、同判決は、誤振込による預金債権の成立を否定して詐欺罪の成立を認めたものであり、銀行の過誤の有無により、誤振込による預金債権の成否、したがってまた詐欺罪の成否が左右されうる可能性を指摘するにとどめているものと理解すべきであろう。

#### 4 最高裁平成 20 年民事判決

振込みの原因となる法律関係の有無にかかわらず、受取人が振込金額相当の預金債権を取得することとなるという最高裁平成 8 年民事判決の判断は、上述したように最高裁平成 15 年決定によって刑事判例でも確認された。しかし、預金債権に基づく払戻請求権の行使が認められるかについては、民事判例と刑事判例の間に齟齬が生じた。最高裁平成 8 年民事判決は、誤振込による預金債権は有効であり、振込名義人が「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」としており、受取人による払戻請求権を認める趣旨であると解される。これに対し、最高裁平成 15 年決定は、預金債権の有効性と払戻請求権の有効性の問題を区別し、誤振込による預金債権自体は有効であるとしても、その場合の払戻請求権については、誤振込か否かが「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」であるとして、これを否定的に解したといてよい。このようにして、預金債権と払戻請求権を区別してそれぞれの有効性の有無を判断することが許されるかという点が、民事判例と刑事判例の整合性

3) 鋤本豊博「CD カードの不正使用と『預金の占有』(下)」白鷗法学 23 号(2004 年)188 頁。

にかかる新たな問題として残されることとなった。

この点について、最高裁判平成 20 年 10 月 10 日民事判決民集 62 巻 9 号 2361 頁は、誤振込とは異なるが、法律上の原因のない振込みによる預金債権の取得自体は有効であるが、払戻請求権が認められない場合もありうるとする判断を示した。事案は次の通りである。X は Y 銀行において普通預金口座を開設し、X の夫 B は C 銀行において定期預金口座を開設していた。D 他 1 名は X 宅に侵入し、X の普通預金及び B の定期預金の各預金通帳及び各銀行届出印を窃取した。D から依頼を受けた E、F 及び G は、その翌日に C 銀行において B の定期預金の預金通帳等を提示して B の口座を解約するとともに、解約金 1,100 万 7 404 円を X の口座に振り込むよう依頼し、これに基づいて X の口座に入金がなされた（以下「本件振込み」という。）ことにより、X の口座の残高は 1,100 万 8 255 円となった。さらに E 及び F は、同日、Y において、X の預金通帳等を提示して X の口座から 1,100 万円の払戻しを求めた。Y はこれに応じ、E 及び F に対し 1,100 万円を交付した（以下「本件払戻し」という。）。X は、Y に対し、本件振込みに係る預金の一部である 1,100 万円の払戻しを求め、これに対し Y は、X の払戻請求は権利の濫用に当たり許されず、さらに本件払戻しは債権の準占有者に対する弁済として有効であるなどと主張した。

原審（東京高判平成 18 年 10 月 18 日判時 1952 号 96 頁）は、本件振込みに係る金員は、本件振込みにより X に帰属するものの、X は、振込みによる利得を保持する法律上の原因を欠き、預金を振込者または最終損失者への不当利得返還義務の履行のために保持し得るにとどまるから、自己のために払戻しを請求する固有の利益を有しないとしたうえで、E らに対する本件払戻しにより、これに全く関知しない X の利得は消滅し、不当利得返還義務の履行のために保持し得る利得も消滅することになるから、Y の過失の有無にかかわらず、X は払戻しを受けるべき正当な利益を欠き、払戻請求は権利の濫用に当たるとした。

これに対し、最高裁は、本件振込みにより 1,100 万円の預金債権が X に帰属することを認めたとうえで、「受取人が振込依頼人に対して不当利得返還義務を負う場合であっても、受取人が上記普通預金債権を有する以上、その行使が不当利得返還義務の履行手段としてのものなどに限定される理由はないというべ

きである。そうすると、受取人の普通預金口座への振込みを依頼した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在しない場合において、受取人が当該振込みに係る預金の払戻しを請求することについては、払戻しを受けることが当該振込みに係る金員を不正に取得するための行為であって、詐欺罪等の犯行の一環を成す場合であるなど、これを認めることが著しく正義に反するような特段の事情があるときは、権利の濫用に当たるとしても、受取人が振込依頼人に対して不当利得返還義務を負担しているというだけでは、権利の濫用に当たるといえることはできないものというべきである。……上記のような本件振込みの経緯に照らせば、Xが本件振込みに係る預金について払戻しを請求することが権利の濫用となるような特段の事情があることはうかがわれない。YにおいてDから依頼を受けたEらに対して本件振込みに係る預金の一部の払戻しをしたことが上記特段の事情となるものでもない。したがって、Xが本件普通預金について本件振込みに係る預金の払戻しを請求することが権利の濫用に当たるといえることはできない」とし、本件払戻しが債権の準占有者に対する弁済として有効であるか等について更に審理を尽くさせるため、同部分につき本件を原審に差し戻した。

本判決の原審は、法律上の原因のない振込みによる預金の払戻請求権の行使を権利の濫用に当たるとしており、これによれば、誤振込預金の払戻請求についても、権利の濫用に当たり法律上無効ということになり、したがって銀行は常に誤振込預金の払戻請求を拒絶しうることになる。このような判断は、最高裁平成15年決定との関係では整合性が認められる。これに対し、本判決は、法律上の原因のない振込みによる預金の払戻請求権の行使は、「詐欺罪等の犯行の一環を成す場合であるなど、これを認めることが著しく正義に反するような特段の事情」がある場合には権利の濫用となるが、受取人が不当利得返還義務を負担しているというだけでは足りないとしており、最高裁平成8年民事判決と同様、原則として受取人の払戻請求権を認める趣旨であるように思われる。

それでは、誤振込預金であることは、「特段の事情」に当たるのであろうか。最高裁平成15年決定によれば、誤振込預金の払戻しは、払い戻された現金を客体、被欺罔者かつ被害者を銀行ないし銀行員とする1項詐欺罪を構成するか

ら、誤振込預金の払い戻しは、「詐欺罪等の犯行の一環を成す」と解する余地があるようにも思われる。しかし、最高裁平成8年民事判決が、「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」としていることを考慮すると、誤振込預金であることを「特段の事情」と解することは困難と思われる。最高裁平成20年民事判決の趣旨は、振り込め詐欺の犯罪利用預金口座名義人などによる公序良俗に著しく反する払戻請求を、権利濫用法理により認めないとするもので、誤振込預金の払戻請求には適用されないと解すべきであろう。

なお、刑事判例でも、津地判平成20年9月22日(判例集未登載)は、被告人が振り込め詐欺グループに自己名義の預金口座を売却した後に、同口座内に振り込め詐欺被害金が振り込まれたことを知りつつ、それを秘して銀行係員に運転免許証等を示し預金の払戻しを受けた事案について、被告人には振り込め詐欺被害金である預金の払戻しを受ける正当な権限がないのに、銀行係員をしてこれを有する旨誤信させたなどとして1項詐欺罪の成立を認めている<sup>4)</sup>。預金口座内の預金が振り込め詐欺被害金である場合に、それを告知すべき義務が口座名義人に課せられる根拠は本判決では必ずしも明らかにされていないが、最高裁平成20年民事判決を前提とすれば、被告人による上記の払戻請求は「特段の事情」ある場合に当たるから、権利の濫用として許されないと解されることとなろう<sup>5)</sup>。

## 5 まとめ

以上みたように、札幌高裁昭和51年判決は、誤振込金について預金債権の

4) 神元隆賢「振り込め詐欺は1項詐欺か - 津地判平成20年9月22日(判例集未登載)『振り込め詐欺被害金横取り事件』を契機として - 」三重中京大学地域社会研究所報21号(2009年)80頁以下参照。

5) なお、平成20年6月21日に施行された「犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律」第3条及び第4条は、金融機関に対して犯罪利用預金口座であるとの疑いのある預金口座の取引停止措置等を義務づけている。同法を前提とすれば、権利濫用法理を適用するまでもなく、犯罪利用預金口座名義人について、預金口座を犯罪に利用していることを銀行に対して告知する義務を肯定することができるようにも思われる。

成立を否定し、誤振込金の払戻しは、銀行員を欺罔して、無効である誤振込預金を有効であると誤信させ、現金の交付を受けるものであると解して、1項詐欺罪の成立を認めていた。これは、誤振込金について同様に預金債権の成立に否定的であった当時の民事判例にも沿っていたといつてよい。また、東京高裁平成6年判決も、同様に、誤振込預金を無効であると解し、これを自動現金支払機により払い戻す行為は窃盗罪となつてきた。

これに対して、最高裁平成8年民事判決は、誤振込先の口座名義人の債権者による誤振込預金への強制執行に対する振込依頼人の第三者異議の訴えを、誤振込金について預金債権の成立を肯定することによって退けたうえで、誤振込金について預金債権の成立を認めることによる利益調整は、振込依頼人の口座名義人に対する不当利得返還請求によってなされるべきである旨判示した。その根拠としては、普通預金規定には、振込みがあった場合にはこれを預金口座に受け入れるという趣旨の定めがあるだけで、誤振込であるか否かというような、振込みの原因となる法律関係の有無にかかわる定めが置かれていないこと、振込みについては、多数かつ多額の資金移動を円滑に処理するため、銀行が各資金移動の原因となる法律関係の存否、内容等を関知することなくこれを遂行する仕組みが採られていることの2点が挙げられた。

この最高裁平成8年民事判決に従えば、民事上有効とされる預金債権を払い戻す行為を、刑法上詐欺罪となると解することは困難となる。従来の刑事判例は、誤振込による預金債権が無効であることを前提に、口座名義人が、銀行に対し預金債権が無効であることを秘して払戻請求した点が詐欺行為に当たると解していたからである。しかし、大阪高裁平成10年判決は、「刑法上の問題は別である」としたうえで、誤振込であるか否かは、払戻請求を受けた銀行にとって「看過できない事柄」であるから、誤振込による預金であることを秘して払戻請求することは1項詐欺罪に当たると判示したのである。この判決は、民法理論と刑法理論とを切り離すことで、1項詐欺罪の成立を認めるにあたっての理論的な矛盾を解消しようとしたものと解されよう。

だが、その上告審である最高裁平成15年決定は、誤振込による預金債権は有効であるとしたうえで、口座名義人には、銀行と預金取引を行っている者と

して、誤振込の有無を銀行に告知すべき「信義則上の義務」があり、誤振込であるか否かは、払戻請求を受けた銀行にとって、支払に応ずるか否かを決する上で「重要な事柄」であるとして、誤振込による預金であることを秘して払戻請求することは1項詐欺罪に当たると判示した。この判決については、誤振込預金が民事上有効であるにもかかわらず、その払戻請求を銀行が真に拒否できるのか、言い換えれば、誤振込の有無が銀行にとって支払に応ずるか否かを決する事柄となりうるのかという疑問が残ることになる。しかし、最高裁が、民法理論と刑法理論とを切り離すという大阪高裁の解釈を軌道修正し、限定的にはあっても、再び「信義則」に基づく作為義務を前提にしたうえで詐欺罪の成立を認めるに至った点は注目されよう。

さらに、最高裁平成20年民事判決は、法律上の原因のない振込みによる預金債権を最高裁平成8年民事判決と同様に有効としたうえで、払戻請求権の行使につき、「詐欺罪等の犯行の一環を成す場合であるなど、これを認めることが著しく正義に反するような特段の事情」がある場合には権利の濫用となるとした。本判決は、預金債権が有効であっても払戻請求を銀行が拒否しうる場合があることを明らかにした点で、最高裁平成15年決定に接近したものといえるが、同時に、受取人が不当利得返還義務を負担しているというだけでは足りないともしていることから、少なくとも、誤振込預金の払戻請求について権利の濫用は問題とならないとしたものとみるべきであろう。

### Ⅲ 学説の状況

最高裁平成15年決定以前は、札幌高裁昭和51年判決と同様、無効である預金債権の払戻請求を詐欺行為とする詐欺罪説が有力であった。当時の民事判例も、誤振込による預金債権を無効であるとしており、この時点での誤振込預金に関する刑事と民事の判例の立場は一致していたと言ってよい。

しかし、最高裁平成8年民事判決によって、誤振込による預金債権が有効であるとされ、さらに大阪高裁平成10年判決、最高裁平成15年決定によって、誤振込による預金についての預金債権が民事上有効とされた後でも、刑事判例においては、札幌高裁昭和51年判決における詐欺罪説の結論が維持され、こ

れにより、誤振込預金に関する刑事と民事の判例の立場の乖離が明らかとなった。これに伴い、学説上も、札幌高裁昭和51年判決から最高裁平成15年決定までの刑事判例と同様に1項詐欺罪の成立を認める学説と、誤振込預金債権は無効であるとする最高裁平成8年民事判決を重視して、占有離脱物横領罪の成立を認める学説とが激しく対立して現在に至っている。

## 1 詐欺罪説の検討

詐欺罪説は、誤振込による預金について、口座名義人は所有権あるいは払戻請求権を有していないのであるから、誤振込のなされた口座の名義人は誤振込の事実につき銀行に対する告知義務を負うものであるとし、口座名義人が誤振込による預金であることを秘して銀行員に払戻請求する行為は、銀行員に対する不作為の詐欺行為に当たるとして、最高裁平成15年決定と同様に1項詐欺罪の成立を認める<sup>6)</sup>。また、口座名義人が誤振込預金を自己の債務弁済のためATMによって債権者の口座に振り替えた場合には、1項詐欺罪、2項詐欺罪及び窃盗罪の成立を認めることはできないが、電子計算機使用詐欺罪の成立を認めることができる<sup>7)</sup>。

誤振込による預金に対する口座名義人の権限を認めないとする詐欺罪説の解釈は、誤振込による預金債権を無効としていた従来の民事判例の立場と合致するものであった。しかし、最高裁平成8年民事判決が従来の判例を変更して誤振込による預金債権を有効としたことから、民法的には口座名義人が誤振込預金に対する払戻請求権を有することになり、詐欺罪説の解釈との間に齟齬が生

6) 亀井源太郎「誤振込みと知りつつ払戻しを受ける行為と詐欺罪の成否」判例セレクト2003(2003年)32頁、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(2003年)108頁、山本紘之「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しを受けた場合と詐欺罪の成否」法学新報111巻1・2号(2004年)459頁、上田正和「誤振込みと財産犯の成否について」大宮ローレビュー創刊号(2005年)83頁以下、大塚仁・刑法概説(各論)(第3版増補版・2005年)694頁、川端博・刑法各論(2007年)291頁、大谷實・刑法講義各論(新版第3版・2009年)289頁、西田典之・刑法各論(第4版補正版・2009年)214頁、堀内捷三・刑法各論(2003年)167頁、前田雅英・刑法各論講義(第4版・2007年)271頁。

7) 西田・前掲書214頁、前田・前掲書271頁、大谷・前掲書290頁、堀内・前掲書167頁。

じるようになった。これにつき、詐欺罪説の論者は、同判決は、誤振込による預金を差し押えた口座名義人の債権者に対し、振込依頼人からの第三者異議の訴えを退けたにとどまるものであるにすぎず、刑法的に、本来権限のない口座名義人の払戻請求権を正面から認めたものではないから、依然として詐欺罪の成立を認めることができると解している<sup>8)</sup>。

しかし、詐欺罪説には、以下のような問題点がある。

### (1) 告知義務

まず、問題となるのは、誤振込について、口座名義人に銀行に対する告知義務があるかという点である。

最高裁平成 15 年決定は、振込依頼人から申し出があった場合の組戻しや、口座名義人からの誤振込の指摘があった場合の振込依頼人への照会などの措置を銀行が講じていることを根拠として、口座名義人に誤振込に関する信義則に基づく告知義務があるとする。同判決が告知義務を問題としたことについては、誤振込による預金であることを秘して払戻請求をすることは不作為による欺罔であるとみるべきであるから、最高裁が告知義務を問題としたこと自体は正当であったと評価されている<sup>9)</sup>。

しかし、最高裁平成 8 年民事判決は、「振込みは……、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、内容等を関知することなくこれを遂行する仕組みが採られている」ことを根拠として、誤振込による預金債権の成立を認めている。この趣旨は、多数の振込みを機械的に処理する銀行にとって、その振込が誤振込であ

8) 西田・前掲書 214 頁、前田・前掲書 271 頁、堀内・前掲書 167 頁。なお、山中敬一・刑法各論(第 2 版・2009 年) 374 頁は、誤振込預金の口座名義人について預金債権は肯定されるが払戻し権限は否定されたとした最高裁平成 15 年決定の趣旨は、「悪意者には正当な払戻し権限がないものとして、預金に対する占有を認めなかったものと解することができる」とする。

9) 山口厚「誤振込みと財産犯」法学教室 283 号(2004 年) 88 頁。もっとも、山口教授は、同論文において、「銀行は誤振込みであるか否かにかかわらず『黙って支払に応じるべきだ』と解し、誤振込みであることによって銀行が払戻しに応じるか否かが左右されるべきではないとの見地からは、誤振込みであることは重要でなく、告知義務はそもそも否定されることになる」とされている。



るかを関知することが困難だということにある。このように、振込の原因関係について知る義務が銀行にないとするならば、誤振込であるか否かが、銀行にとって「看過できない事柄」ないし「重要な事柄」であると解することはできないということになる<sup>10)</sup>。そして、最高裁平成8年民事判決は、口座名義人の預金に対する債権者の差押えを認めているのであるから、口座名義人が自ら預金を払い戻して債務の弁済に充てることも禁止されないはずであり<sup>11)</sup>、誤振込か否かにかかわらず、銀行は口座名義人からの預金払戻請求に応じるべきだということになる<sup>12)</sup>。この点から、口座名義人の銀行に対する告知義務が法律上あるとまで言えるかは疑問であると批判されている<sup>13)</sup>。最高裁平成15年決定が告知義務の根拠として信義則を挙げた点についても、そもそも信義則という一般条項から刑法上の保障人的義務を導くことは罪刑法定主義の観点からも許されないとの批判がある<sup>14)</sup>。ドイツにおいても、判例は、口座名義人に誤振込の有無について告知すべき保障人的地位を認めるほどの特別の信頼関係が口座名義人と銀行との間に成立しておらず、「債務者は、取引の慣行を配慮し、信義および誠実が求めるように給付しなければならない」と規定するドイツ民法第242条の一般的信義則規定から告知義務を導き出すこともできないとして詐欺罪の成立を否定しており<sup>15)</sup>、学説上も、誤振込 (Fehlüberweisung) や誤記帳 (Fehlbuchung) による預金債権は有効で、その払戻しは銀行に対する詐欺行

10) なお、最高裁平成15年判決を受けて、民事においても、誤振込かどうかを銀行にとって「看過できない事柄」ないし「重要な事柄」であるとすると、誤振込された預金であると疑うべき相当の事情があるにもかかわらず、口座名義人からの払戻請求に銀行が応じた場合に、それによって振込依頼人に生じた損害について銀行が民事責任を負う懸念があるとの指摘がなされている（三上徹「誤振込と預金の成立」銀行法務21 645号（2005年）11頁）。

11) 松宮孝明「誤振込み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（2003年）133頁。

12) 山川一陽・犯罪と民法（2003年）112頁、山口・前掲論文88頁。

13) 林幹人「誤振込みと詐欺罪の成否」ジュリスト1269号（2004年）166頁、鋤本・前掲論文（下）193頁。しかし、「信義則」は民法第1条第2項に規定されているのであるから、「信義則」上の告知義務があるならば、少なくとも法律上の告知義務は肯定されて良いと思われる。

14) 川口浩一「誤振込と詐欺罪」奈良法学会雑誌13巻2号（2001年）23頁。

15) BGH 39, 392. なお、川口・前掲論文13頁以下、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）」上智法学論集48巻2号（2005年）308（15）頁以下参照。

為に当たらないと解されている<sup>16)</sup>。

さらに、最高裁平成 15 年決定は、銀行が組戻し措置を講じていることを告知義務の根拠のひとつとしたが、組戻しは、単に、振込依頼人の要請により銀行が振込依頼人と口座名義人を仲介し、口座名義人の同意のもとで、口座名義人が誤振込金相当額を振込依頼人に振り込むという、あくまでも振込依頼人、口座名義人、銀行の三者間の同意のもとで行われる一連の手続きであるに過ぎない<sup>17)</sup>。銀行が組戻しの措置を講じているとしても、それによって振込依頼人、口座名義人、銀行の三者のいずれかに何らかの法的な権利・義務が生じるわけではなく、銀行は、口座名義人が同意しなければ、組戻しを行うことができないのである。そうすると、組戻しを告知義務の根拠にするのは、やはり困難であるように思われる。

もっとも、東京地判平成 17 年 3 月 30 日判時 1895 号 44 頁は、振り込め詐欺の被害者 A が、無資力の振込先口座名義人 B に対して有する不当利得返還請求権を被保全債権として、B の被仕向銀行 C に対する預金債権を代位行使することを認めている。学説上も、少なくとも C が B の預金を騙取金銭であるということを知っていたか、あるいは知ることができたのであれば、A は C に対して直接に B の預金債権を代位行使できるものとし、その際に B が無資力がどうかは問題とすべきではないとするものがある<sup>18)</sup>。これを誤振込預金払戻し事例に当てはめるならば、誤振込であることを銀行が知り得べき場合に、振込依頼人は口座名義人の預金債権を銀行に直接代位行使し得ることとなるのであるから、銀行にとって誤振込かどうかは、「看過できない事柄」ないし「重要な事柄」

---

16) Karl Lackner / Kriatian Kühnl, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar 26. Aufl. (2007), § 263 RdN. 9; Thomas Fischer, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl. (2010) § 263 RdN. 24; Urs Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, 5. Aufl. (2008) § 27 RdN. 20.

17) 佐伯仁志 = 道垣内弘人・刑法と民法の対話 (2001 年) 38 頁, 松宮・刑法各論講義 (第 2 版・2008 年) 176 頁。

18) 本田純一・債権各論 (第 2 版・2006 年) 196 頁。これに対し、内田貴・民法 債権各論 (第 2 版・2007 年) 551 頁は、不当利得返還請求権に基づく債権者代位権の行使として預金の払戻請求を認めるとするのは「いかにも迂遠な感を否めない」とし、端的に預金債権の成立を否定して、振込依頼人の銀行に対する不当利得返還請求を認めるべきであるとする。

であると言えよう。

また、東京地判平成 17 年 9 月 26 日金融商事判例 1226 号 8 頁は、誤振込の振込依頼人から組戻依頼を受けた被仕向銀行が、振込依頼人に対し、既に事実上倒産状態にあった口座名義人である会社と連絡が付かず組戻しの承諾が得られていないと回答し、その一方で、被仕向銀行自身が口座名義人に対して有していた貸付債権と当該誤振込金を含む預金債権とを相殺し、これについて、振込依頼人が銀行に対して不当利得返還を請求したという事案について、最高裁判平成 8 年民事判決を前提に、このような相殺も「権利の濫用に当たるような特別の事情がない限りは、その効力が否定されることはないというべきである」としながらも、被仕向銀行の「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、不当利得となるものと解するのが公平の理念に沿うものといえる」と判示している。この判決については、被仕向銀行は、振込取引制度の運営者、そして口座名義人の預金口座の管理者という地位に基づいて、当該誤振込金の本来の帰属者である振込依頼人に対して、誤振込の事実の有無の確認や、その確認の間に誤振込金にかかる金員を預金と区別して管理するといった、何らかの救済措置を講じるべきであるから、これを怠った場合には、振込依頼人の誤振込金回収不能の危険は被仕向銀行自身が負うべきだとする趣旨であるという指摘もなされている<sup>19)</sup>。被仕向銀行の地位をこのように解するのであれば、銀行は誤振込について、振込依頼人の救済を行うべき一定の義務を負うのであるから、誤振込がどうかは銀行にとって「看過できない事柄」ないし「重要な事柄」であるとも言えるかもしれない。そうすると、銀行の負うべき誤振込の有無の確認義務に対応して、預金契約者である口座名義人は告知義務を負うと解することもまた、必ずしも不可能ではないということになる。

しかし、銀行取引に伴う口座名義人の誤振込に関する告知義務の存在を認めることができるとしても、それが不作為による詐欺罪の成立において要求され

19) 栗原由紀子「誤振込された預金と受取人に対する貸付債権を相殺した被仕向銀行が、振込依頼人に対して不当利得返還請求義務を負うとされた事例」銀行法務 21 662 号 (2006 年) 63 頁。

程度の義務と言えるかは疑問である。なぜなら、口座名義人が誤振込であることを銀行に告知しつつ払戻請求をしたとしても、銀行が払戻拒否できないというのであれば、口座名義人が詐欺行為を行い、銀行がそれにより錯誤に陥って払戻請求に応じたとは、到底言えないことになるからである。民事上も、振込依頼人の救済措置として、上述した振込依頼人による口座名義人の預金債権の銀行に対する代位行使を認めることができるとしても、口座名義人自身による払戻請求を銀行が拒否できるとまで解することは、最高裁平成8年民事判決を前提とするかぎり困難だと思われる<sup>20)</sup>。もっとも、誤振込による預金債権の成立を認めた最高裁平成8年民事判決は必ずしも妥当な解決を導けないとしたうえで、最高裁平成15年決定を引用し、刑事的規律ではなく民事的規律の方を改め、原因関係のないことが明白な預金債権の成立を否定すべきとする主張があることは留意すべきであろう<sup>21)</sup>。

ところで、誤振込による預金の払戻しについては、いわゆる釣銭詐欺と同様の不作為による詐欺が問題となるが、口座名義人に誤振込に関する告知義務はないとする主張がある。通説は、釣銭が多いことに気づいたがそのまま黙って受け取った、いわゆる典型的釣銭詐欺の事例について、釣銭が多いことを黙っていた不作為による詐欺であるとして1項詐欺罪の成立を認める<sup>22)</sup>。これに対

---

20) 栗原・前掲論文 63頁は、「被仕向銀行が、組戻しを阻害する事情がないにもかかわらず、組戻しに応じることなく誤振込金相当額を相殺した場合」などといった、被仕向銀行自身が振込依頼人に対して誤振込金回収不能の危険を負わせた場合については、被仕向銀行の民事責任を認めるが、「受取人の一般債権者が預金債権を差し押さえた場合や、受取人自身が任意弁済してしまったとき」は、振込依頼人のこれらの者に対する不当利得返還請求を認める処理が妥当とするにとどまり、被仕向銀行が誤振込の事実を知り、なおかつ組戻しを阻害する事情がないにもかかわらず、無資力の口座名義人(受取人)が払戻請求ないし債権者への任意弁済としての預金の振替請求をした場合に、被仕向銀行がその請求を拒否できるのかについては言及していない。仮にこれを拒否できないとするのであれば、誤振込がなされた場合に被仕向銀行がとるべき、誤振込の有無の確認や誤振込金と預金との区別・管理といった、振込依頼人に対する上述の救済措置は、被仕向銀行自身による相殺を防ぐためだけの、極めて限定されたものとなるといわざるを得ず、そうすると、誤振込の有無が被仕向銀行にとって「看過できない事柄」ないし「重要な事柄」であるとは、到底言えないことになってしまうであろう。

21) 内田貴・民法 551頁。

22) 大谷・前掲書 252頁、西田・前掲書 180頁、前田・前掲書 270頁、曾根威彦・刑法各論(第4版・2008年) 141頁、川端・前掲書 303頁。

して、不作為による詐欺罪が成立するには、行為者が相手方の財産を保護する義務が必要であり、行為主体が継続的な取引関係にある商人である場合であればともかく、釣銭詐欺における店と顧客のような通常の取引関係からそのような義務が生じるとは考えられないから、この場合には詐欺罪は成立せず占有離脱物横領罪が問題となるに過ぎないとする学説もある<sup>23)</sup>。このような考え方によれば、誤振込預金払戻しについても不作為による詐欺が問題となるが、口座名義人と銀行という通常の取引関係からは、口座名義人の誤振込に関する告知義務は生じないということになる<sup>24)</sup>。

確かに、釣銭詐欺における店と顧客との取引関係の多くは1回ずつの契約であるから、釣銭詐欺の事例は、顧客に店の財産を保護する義務がなく、したがって詐欺罪ではなく占有離脱物横領罪となると解しうるかもしれない。しかし、誤振込預金払戻し事例を、釣銭詐欺の事例と同様に解して詐欺罪とならないとってよいかは疑問である。なぜなら、銀行と顧客との取引関係は、預金契約が解除されるまで銀行に顧客の預金口座が存在し続けるものであって、継続的な取引関係のように思われるからである。

## (2) 預金に対する占有

次に、詐欺罪説において問題となるのは、口座名義人による誤振込預金の払戻しに1項詐欺罪の成立を認めようとする場合に、被害者となる銀行に当該預金についての占有があることが必要であるが、誤振込の場合には、むしろ口座名義人が既に当該預金を占有しており、払戻しの時点での銀行から口座名義人への占有移転が存在し得ないのではないかという点である。

林教授は、「銀行は事実上問題の金員を所持していたことは確かであるが、……AからBが金銭を預かり、保管のためにB名義の預金口座に入金した場合、Bはその預金を占有しており、それを領得すれば横領罪が成立するというのが判例である」から、誤振込事案においても、預金の占有者は銀行ではなくむしろ

23) 中森喜彦・刑法各論(第2版・1996年)144頁,山口・刑法各論(補訂版・2005年)251頁,林・刑法各論(第2版・2007年)281頁。

24) 林・前掲論文166頁,松宮・各論237頁。

る口座名義人であって、詐欺罪ではなく占有離脱物横領罪の成立を認めるべきであるとされている。さらに、預金の占有は、口座名義人が「正当な権限」をもっている場合にのみ認められるものであり、誤振込の事案において口座名義人に正当な権限がないと考えるのであれば、預金に対する占有は認められないかもしれないが、預金債権の成立を認めた最高裁平成8年民事判決を前提とするならば、「正当な権限」がなかったとも言えないであろうと指摘されている<sup>25)</sup>。財産犯の保護法益について、「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ているものに限るべきである」と主張する適法占有説<sup>26)</sup>によれば、誤振込による預金債権については、最高裁平成8年民事判決によって民事法上の適法性が裏付けられているのであるから、刑法上も誤振込による預金に対する口座名義人の占有を認めるべきということとなる。同様に、山口教授も、「預金の払戻権限を受取人に（無条件で）肯定する場合には、……『預金の占有』を肯定することができ、したがって、銀行に対する詐欺罪の成立は否定されることになる」と指摘されている<sup>27)</sup>。

もっとも、このような主張については、改めて預金に対する占有が認められるかどうかを検討しておく必要がある。

判例・通説は、横領罪については、預金者の預金に対する占有を認めている。例えば、大判大正元年10月8日刑録18巻1231頁は、被告人である村長が業務上保管する公金を銀行へ預け入れた後、自己の用途にあてるため引き出したという事案について、「刑法でいう占有があると認めるには、物を現実支配する事実があれば足りるとされる。……銀行に預け入れた事実があったからといって、これが被告人の公金の保管者としての地位に変動を生じさせるものではない。したがって、被告人の公金に対する支配関係には少しも消長をきたすものではなく、公金は、その預入れ後であっても、従前どおり、被告人の支配内にあるものであるから、この金員は、刑法253条の『自己の占有する他人の物』に該当するものである」として、業務上横領罪の成立を認めている。また、

---

25) 林・前掲論文 167頁。

26) 林・財産犯の保護法益 (1984年) 236頁。

27) 山口・前掲論文 88頁。

大判大正9年3月12日刑録26輯165頁も、被告人が、第三者に交付することを頼まれた現金を、依頼者の認容の下に被告人名義で銀行に当座預金として預け入れていたところ、その一部を引き出して費消したという事案について「被告人は、いつでも自由にその現金の払戻しを受けることができるのであるから、その状態は、ちょうど、当初から委託金を手中に占有する場合と同一であり、依頼者との間には、従来どおりの委託関係が存続し、その預金は、被告人が払戻しを受けたからといって、被告人の所有のものになるものではなく、……被告人がこれを自己の用途に費消したときは、横領罪を構成する」として、いずれも預金者の占有を肯定している。学説上も、古くから、預金という債権関係が刑法上の占有に属するなどとして、これを肯定するのが一般的である<sup>28)</sup>。これに対して、預金の占有は銀行にあるから、受寄者が預金債権のままでも処分をすれば背任罪となり、預金を引出した後に処分をすれば「自己の占有する他人の物」の領得であるから横領罪となるとして、預金に対する口座名義人の占有を否定する学説もあるが<sup>29)</sup>、預金前または預金引出後においては横領罪が成立し、預金中においては背任罪が成立するというのは、あまりに概念的区別に過ぎて不合理であるという批判がなされており、少なくとも横領罪においては、預金に対する占有の概念を認める立場が支配的であると言ってよい。

もっとも、判例・通説は、窃盗罪、強盗罪の奪取罪と、詐欺罪、恐喝罪の交付罪における占有は事実的支配を意味するのに対し、横領罪における「占有の重要性はその排他力に在るのでなくして、濫用の虞ある支配力に在る」などとして<sup>30)</sup>、事実的支配に加えて法律的支配を含むものと解している<sup>31)</sup>。したがっ

28) 牧野英一・刑法各論下巻(1951年)782頁、江家義男・増補刑法各論(1963年)326頁、的場純男「横領罪における占有の意義 - 不動産及び預金の占有を中心として -」芝原邦爾編・刑法の基本判例(1988年)134頁、西田・前掲書214頁、林・各論279頁、堀内・前掲書166頁。

29) 宮本英脩・刑法大綱(1935年)383頁、松宮・各論263頁。

30) 宮本・前掲383頁。これに対し、林・各論280頁は、「濫用のおそれがあるというだけで、処罰の範囲を広げてもよいことにはならないであろう」とし、むしろ、窃盗罪による保護の対象とはなり得ない委託された預金債権や不動産などが、横領罪による保護の対象に取り込まれた結果として、横領罪の占有概念もまた窃盗罪の占有概念より広く構成されざるを得なくなったというべきであるとする。

31) 大判大正4年4月9日刑録21輯457頁、団藤重光・刑法綱要各論(第3版・1990

て、預金が1項詐欺罪・1項恐喝罪の客体に当たるか否かを論ずるためには、預金に対する占有が、1項詐欺罪・1項恐喝罪の客体である事実的支配による占有物であるのか、それとも横領罪の客体にしかかなり得ない法律的支配による占有物であるのかを明らかにしなければならないことになる。

この問題は、主に、欺罔・脅迫により自己の口座に入金させる行為が、1項詐欺罪・1項恐喝罪と2項詐欺罪・2項恐喝罪のいずれに該当するかという点を巡って議論されている。預金に対する占有を事実的支配と解するならば、財物を客体とする1項詐欺罪・1項恐喝罪が成立し、法律的支配と解するならば財産的利益を客体とする2項詐欺罪・2項恐喝罪が成立すると解されるのである。この点について、判例は、1項詐欺罪・1項恐喝罪を認めたもの<sup>32)</sup>と、2項詐欺罪・2項恐喝罪を認めたもの<sup>33)</sup>とに分かれているが、1項と2項とを区別する基準が明らかではない。一方、学説では、1項詐欺罪・1項恐喝罪に当たるとする事実的支配説と、2項詐欺罪・2項恐喝罪に当たるとする法律的支配説の対立がある。事実的支配説の論者は、「預金は、現金を自分の金庫へ入

---

年) 635頁、林・各論 277頁、山口・各論 288頁、西田・前掲書 212頁、曾根・前掲書 165頁、川端・前掲書 327頁。

- 32) 他人を欺罔して金員を自己の預金口座に振り込ませた事案について1項詐欺罪の成立を認めたものとして、大判明治44年12月14日刑録17輯2185頁、大判昭和2年3月15日刑集6巻89頁、大阪地判昭和59年12月21日判タ553号270頁、大阪高判平成16年12月21日判タ1183号333頁。金融機関を欺罔して金員を自己の預金口座に振り込ませた事案について1項詐欺罪の成立を認めたものとして、仙台高判昭和60年12月17日(判例集未掲載)。被告人義の当座預金口座開設のため一時的に100万円を貸してもらいたい旨を申し向け、被害者をして、預金口座開設資金として現金、小切手等100万円を払い込ませた事案について1項詐欺罪の成立を認めたものとして、東京高判昭和36年11月14日高刑集14巻8号570頁。被害者を脅迫して金員を指定の預金口座に振込送金させたが、捜査官の指示により預金払戻しができない体制の整った状況にあった事案について1項恐喝未遂罪の成立を認めたものとして、浦和地裁平成4年4月24日判時1437号151頁。
- 33) 金融機関を欺罔して手形の割引金を預金口座に振替入金させた事案について2項詐欺罪の成立を認めたものとして、大判大正14年3月20日刑集4巻184頁、大判昭和9年12月3日刑集13巻1639頁、大判昭和10年9月12日刑集14巻923頁、東京高判昭和28年2月23日東高刑3巻2号79頁。政府の所有米である「刺米」を、特別多額な超過供出報奨代金の支払われる「匿名供出米」として生産者から売渡を委託されたかのように装い、食糧管理官を欺罔してその代金を預金口座に振り込ませた事案について2項詐欺罪の成立を認めたものとして、最判昭和32年1月31日刑集11巻1号346頁。



れて保管するのと同じであるとみてよい……。しかも、現金を保管する場合、これを手元の金庫へ入れておくより、銀行へ預金しておく方が安全で確実である」と主張する<sup>34)</sup>。これに対し、法律的支配説の論者は、「預金に対する占有……の態様は、預金された一定金額についての金銭的価値に対する法律的支配と解される」と主張する<sup>35)</sup>。

預金に対する占有を、事実的支配と法律的支配のいずれと解するかは、誤振込による預金の占有と財産犯の関係にも当然に影響する。すなわち、事実的支配説によるならば、口座名義人は、払戻しを受ける以前において、既に当該預金の占有を取得しているのであるから、詐欺罪の成立を認めることは困難となり、占有離脱物横領罪の成立を検討すべきこととなる。これに対し、法律的支配説によるならば、口座名義人は、払戻しを受けた段階ではじめて当該預金を銀行から現金として交付され占有することとなるのであるから、1項詐欺罪の成立を認める余地も生ずることとなる。

この点について、通説は、預金に対する占有は法律的支配によるものであり、法律的支配による占有は横領罪においてのみ問題となることから、預金に対する占有もまた横領罪においてのみ問題となり、詐欺罪等の他の財産犯においては問題とならないと解している<sup>36)</sup>。この通説的理解によるならば、誤振込事例においては、口座名義人の預金が誤振込されて増額した時点で、口座名義人が誤振込分の預金を法律的に支配することになるが、事実的な支配までは認められない。したがって、口座名義人が払戻以前に既に預金を占有しているとして、詐欺罪の成立を否定するというのは困難であるように思われる<sup>37)</sup>。

34) 神出兼嘉「預金に対する占有」研修451号(1986年)115頁。

35) 曾根・前掲書166頁。

36) 林・各論185頁、山口・各論289頁、西田・前掲書212頁、川口・前掲論文87頁。これに対し、鋤本「CDカードの不正使用と『預金の占有』(上)」白鷗法学14号(2000年)13,16頁は、「詐欺罪における占有は、必ずしも排他的な支配である必要はない」として、1項詐欺・恐喝罪における占有を事実的支配でも法律的支配でもない「意思的支配」による占有と位置づけたうえで、この占有は預金に対する占有を含むとして、欺罔・脅迫により自己の口座に入金させる行為について1項詐欺・恐喝罪の成立を認める。

37) これに対し、松宮・各論262頁は、横領罪と窃盗罪・詐欺罪等で異なる占有概念を採用すると、窃盗罪と横領罪を区別することが不可能になるとし、さらに誤振込預金払戻事例の処理についても、預金口座名義人が預金を占有しているとする解釈

### (3) 客体と被害者

さらに、誤振込による預金の払戻しについて、詐欺罪の成立を認めようとするれば、その客体は、銀行から口座名義人に交付される現金であり、銀行と口座名義人の間で現金の占有移転が生じていると解することになるが、このように解することが妥当かという点が問題となる。

林教授は、最高裁平成8年民事判決によって、誤振込による預金債権の口座名義人への帰属が認められた以上、当該誤振込預金について銀行の有する利益は従属的・副次的なものに過ぎず、それをもって財産犯の保護法益とするのは無理ではないかと指摘されている<sup>38)</sup>。確かに、民事上、銀行が誤振込預金の払戻しにより財産上の損害を被っているとは言い難い。口座名義人は、誤振込による預金を払い戻すことで、不当利得に関する民法第703条に規定される「法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした者」に該当し、「損失」を被った「他人」に対し「その利益の存する限度において、これを返還する義務を負う」こととなるが、この場合の「他人」は、振込依頼人であって銀行ではない。銀行は口座名義人からの払戻請求に応じて現金を支払っており、ここで現金の占有移転が生じてはいるが、これは有効な預金債権の行使による支払いであって、支払った金額分の財産上の損害を銀行が被るわけではないのである。

あるいは、銀行もまた、口座名義人からの誤振込金の払戻請求に応じることにより、後に振込依頼人が銀行に対し組戻依頼や誤振込の照会を行った場合に銀行業務が煩雑化するとか、健全な振込制度を構築・維持することができなくなるという損害を被っていると言えるかもしれない。しかし、これを民事上の損害として評価するには足りないように思われるし、刑法上も、詐欺罪によ

---

と、誤振込預金の払戻しにおいて占有移転を伴う詐欺罪の成立を認める解釈は矛盾するものであると主張する。もっとも、占有が事実的支配によるならば、その処分については窃盗罪が成立し、占有が法律的支配によるにとどまり事実的支配にまで至っていないならば、その処分については横領罪が成立するというようにして、窃盗罪と横領罪を区別することは可能であるように思われるし、そうであるならば、口座名義人が法律的に支配するにとどまっている誤振込預金を、銀行員を欺罔して現金として払い戻すことで事実的に支配した点について、1項詐欺罪の成立を認める余地もあるように思われる。

38) 林・前掲論文 167頁。

て処罰するほどの財産上の損害があるとは言い難いであろう<sup>39)</sup>。口座名義人からの払戻請求を銀行は拒否できないが、調査・照会の措置をとるために払戻しに応じなかったであろう期間だけ口座名義人が早く受けた預金の払戻しは、調査・照会を経たうえでの預金の払戻しと質的に異なり社会通念上別個の支払いとみるべきであるから、預金の払戻しを早く受けた行為について詐欺罪の成立を認めるべきとの主張もあるが<sup>40)</sup>、調査・照会を経たとしても預金債権の成立が明らかになるだけであり、別個の支払いにあたるといってよいかは疑問が残る<sup>41)</sup>。

もっとも、誤振込預金払戻事例については、クレジットカード詐欺と同様に、銀行を被欺罔者かつ処分行為者、振込依頼人を被害者とする三角詐欺と解する余地がある。このように解すると、1項詐欺罪の客体は銀行から口座名義人に支払われる現金であるが、被害者は実際に経済的損害を被る振込依頼人であるから、誤振込預金に対して銀行の有する利益を格別問題とする必要はないということになるであろう。

## 2 占有離脱物横領罪説の検討

占有離脱物横領罪説は、誤振込による預金の払戻しについて、誤配達された物を領得した場合（大判大正6年10月15日刑録23輯1113頁）と実質的に同じだとして、詐欺罪ではなく占有離脱物横領罪の成立を認める<sup>42)</sup>。また、いわゆる釣銭詐欺について、不作為による詐欺罪の成立を否定して占有離脱物横領

39) 穴沢「いわゆる『誤振込・誤記帳』事案における財産犯の成否（2・完）上智法學論集48巻3・4号（2005年）397（108）頁。

40) 宮崎英一「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しを受けた場合と詐欺罪の成否」最判解刑事篇平成15年度133頁、樋口亮介「欺罔による請負代金の本来の支払時期より前の受領と詐欺罪の成否」ジュリスト1249号（2003年）160頁、重井輝忠「誤振込みの事実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行為が詐欺罪にあたることとされた事例」現代刑事法6巻6号（2004年）85頁、伊東研祐「自己の銀行預金口座に誤って振り込まれた金銭の引出しと詐欺罪の成否」ジュリスト1294号（2005年）171頁。

41) 上蔦一高「預金による占有」西田他編・刑法の争点（新・法律学の争点シリーズ、2007年）199頁、高橋則夫「誤振込み」西田他編・刑法判例百選 各論（第6版・2008年）101頁。

42) 林・前掲論文167頁、曾根・前掲書166頁、穴沢・前掲（2）395（110）頁。

罪の成立を認める学説に依拠して、誤振込による預金の払戻しも、釣銭詐欺と同様、詐欺罪ではなく占有離脱物横領罪の成立を認めるべきだとする<sup>43)</sup>。

最高裁平成 8 年民事判決は、誤振込による預金債権を有効としたのであるから、銀行は、誤振込の事実を知ったとしても、口座名義人からの払戻請求を拒否することができないことになる。この点から、詐欺罪説には、最高裁平成 8 年民事判決以前であればともかく、今日では、銀行を被欺罔者と解するのは困難ではないかという疑問がある。しかし、占有離脱物横領罪説は、振込依頼人の占有から離脱した預金を口座名義人が払い戻すことで領得したと解するのであるから、銀行が誤振込の事実を知っていたか否かは問題とならないし、最高裁平成 8 年民事判決によっても、占有離脱物横領罪の成否は影響されない利点がある。

しかし、占有離脱物横領罪説についても、以下のような問題点がある。

#### (1) 占有離脱物横領罪における「他人の物」

まず、問題となるのは、誤振込相当額の預金が、占有離脱物横領罪における「他人の物」と言えるのかという点である。

すなわち、金銭を委託された者がそれを銀行に預金した後に領得した場合に、預金に対する占有を認め、当該預金を委託物すなわち「他人の物」と解して委託物横領罪の成立を肯定するとしても、誤振込の場合には委託関係がないから、誤振込に係る預金を振込依頼人のものと認めることができるかが問題となる。しかし、預金債権の差押えに対する振込依頼人による第三者異議の訴えを否定した最高裁平成 8 年民事判決の考え方を前提とする限り、これを認めることは困難であるから、当該預金は「他人の物」ではなく「受取人の物」と解さざるを得ないのではないかというのである<sup>44)</sup>。この点について、占有離脱物横領罪説の論者は、最高裁平成 8 年民事判決への疑問を提示し<sup>45)</sup>、さらに「委託人が受託人名義で預金することを許容している場合にすら刑法上他人性を肯定して

---

43) 林・前掲論文 166 頁。

44) 山口・前掲論文 88 頁。

45) 林・前掲論文 167 頁。

おり、その意思がまったくない本件のような場合、より強い理由で他人性を認め得るとすらいえる」と主張する<sup>46)</sup>。

そもそも、民法では、金銭の代替性と流通性を重視し、金銭の占有と所有は常に一致すると解するのが判例・通説である<sup>47)</sup>。しかし、刑法では、判例は、一定の使途を定めて寄託された金銭や、受託者が委託者のための事務処理上受領した金銭は、受託者にとって「他人の物」であるから、委託物横領罪の客体となるとする<sup>48)</sup>。学説上は、委託者が受託者の占有する寄託金に対して「金額についての所有権」を有しているから、受託者にとって寄託金は「他人の物」となると説明されている<sup>49)</sup>。したがって、誤振込事例においても、振込依頼人は口座名義人（受取人）に対し不当利得返還請求をすることができるから、口座名義人の預金中の誤振込金額分に対する振込依頼人の「金額についての所有権」を認めることができると解する余地はある<sup>50)</sup>。しかし、「金額についての所有権」を認めるには、誤振込による預金に対し、振込依頼人に先取特権的な優先権が認められなければならないのではないかとする指摘もなされている<sup>51)</sup>。誤振込の場合には振込依頼人を被害者とする占有離脱物横領罪の成立を認めてよいが、銀行の過誤による誤記帳の場合には、仕向銀行は口座名義人に対し不

46) 林・前掲論文 167 頁。

47) 最判昭和 39 年 1 月 24 日判時 365 号 26 頁，我妻榮（有泉亨補訂）・新訂物権法（民法講義）（1983 年）236 頁，内田貴・民法 総則・物権総論（第 3 版・2005 年）466 頁。

48) 最判昭和 28 年 4 月 16 日刑集 7 卷 5 号 915 頁，最判昭和 36 年 10 月 31 日刑集 15 卷 9 号 1622 頁。

49) 藤木英雄・刑法講義各論（1976 年）332 頁，山口・各論 296 頁，穴沢・前掲（2）392（113）頁。これに対し，松宮・各論 265 頁は、「民事では金銭の所有と占有は通常一致するとされるが，それは当事者の意思で価値の帰属割当てが変更された場合に限られるべきで，刑法独自の金銭所有権があると考えする必要はない」とする。このように解することで，民法・刑法のいずれにおいても，寄託金の占有者は寄託者，所有者は委託者となり，寄託者にとって寄託金は「他人の物」に当たるから，寄託者による寄託金の領得を横領罪と解することができるというのである。もっとも，民法上，金銭の占有と所有が一致すると解されるのは，金銭の代替性と流通性を重視する趣旨であって，譲渡人と譲受人との間に金銭の価値帰属先変更の意思表示があるからではないし，刑法上の横領罪の「他人」性の解決のために民法上の解釈を変更するという点にも疑問が残る。

50) 穴沢・前掲（2）392（113）頁。

51) 松岡久和「誤振込事例における刑法と民法の交錯」刑法雑誌 43 卷 1 号（2003 年）90 頁，高橋・前掲論文 101 頁。

当利得返還請求権を有しているから、預金が口座名義人にとって「他人の物」となるとして、仕向銀行を被害者とする占有離脱物横領罪の成立を肯定する主張もあるが<sup>52)</sup>、これについても、仕向銀行に「金額についての所有権」を認めるべきほどの優先権があるのかとの批判が向けられることとなろう。

これに対し、一部の論者は、被仕向銀行を被害者とした占有離脱物横領罪の成否を検討したうえで、これを認めるのは困難であるとして不可罰説を主張する。すなわち、預金は口座名義人が法律的支配、保管する被仕向銀行が事実的支配により占有する物であり、預金の所有権は被仕向銀行にあるが、法律的支配による占有が優先するとしたうえで、銀行預金は消費寄託契約（民 666 条）であり、被仕向銀行に所有権を認めたとしても、預金債権に基づいて引き出した者はこの金銭の所有権を取得することになるから「他人の物」とはいいないとして、被仕向銀行を被害者とする占有離脱物横領罪の成立を否定するのである<sup>53)</sup>。しかし、払戻しによって口座名義人が預金の民法上の所有権を取得することから「『他人の物』とはいえない」というのであれば、金銭を客体としたすべての財産犯の成立自体を観念できなくなってしまう。他人の金銭の所有権を自己に移転する行為は、「他人から自己の所有になった物」を領得する行為ではなく、「他人の物」を領得する行為そのものというべきである。

もっとも、占有の存否を、占有の事実と占有の意思の有無によって決定しようとする通説<sup>54)</sup>を前提とするならば、預金の「他人」性の問題を解決することも可能ではないかと思われる。すなわち、振込依頼人によって預金が誤振込された段階では、口座名義人には、誤振込による預金に対する占有の事実は認められるが、誤振込の事実を認識していないのであるから、占有の意思は否定される。したがって、この段階での誤振込による預金は、口座名義人の占有が未だ完全には成立してはず、振込依頼人すなわち「他人の物」であり、振込依頼人の占有を離れた物である。そして、口座名義人が誤振込の事実を認識しながら、当該預金を払戻す行為、振替する行為、または自己の預金口座からの引

52) 穴沢・前掲(2)389(116)頁。

53) 川口・前掲論文 25 頁、高橋・前掲論文 101 頁。

54) 林・各論 186 頁、山口・各論 175 頁、西田・前掲書 134、136 頁、川端・前掲書 245 頁。

落しや差押えのあり得ることを知りながら放置するような行為は、占有の意思を発現する行為に出た段階で、口座名義人は「他人の物」を完全に自己の占有下に置いて領得したのであるから、占有離脱物横領罪が成立すると解するのである。

ところで、預金の「他人」性の問題を以上のようにして回避したとしても、そもそも銀行に対する指名債権である預金債権を「物」と言ってよいのかという疑問は残る。この点については後述する。

## (2) 占有離脱物横領罪における占有概念

次に、占有離脱物横領罪において問題となるのは、占有離脱物横領罪における「占有」は事実上の支配によるものでなければならず、預金について占有離脱物横領罪は成立し得ないのではないかという点である。

札幌高裁昭和51年判決は、誤振込による預金の払戻しについて、「一般に預金者の預金に対する占有を認めるとしても、本件のような誤入金の場合には、銀行はこれを知れば自由に入金記帳を訂正することができるのであるから、入金の取扱いを受けた金員が預金口座の権利者の事実上の支配にあるということもできないのであつて、その意味でも被告人の占有を認めることはできない」として、占有離脱物横領罪の成立を否定している。本判決は、占有離脱物横領罪の客体は事実上の支配による占有からの離脱物であるから、これを行為者が横領したというためには、行為者の客体に対する事実上の支配による占有が確立されていなければならないと解しているようである。そのうえで、本判決は、預金に対する占有については事実上の支配説が妥当するものの、誤振込による預金について口座名義人は事実上の支配による占有を確立することができず、占有離脱物横領罪は成立し得ないというのであろう。

もっとも、占有離脱物横領罪における占有が、事実上の支配と法律的支配のいずれによる占有を意味するのかという点に言及した判例・学説は、本判決を除いて、これまでは殆どなかったと言ってよい。判例は、錯誤によって引き渡された物も占有離脱物であるとしているが<sup>55)</sup>、このような物の横領は、引き渡さ

55) 大判明治43年12月2日刑録16輯2129頁。

れ自己の客観的な占有状態にある物に対し、不法領得の意思を発現することによってなされるのであるから、事実的支配において重要な「排他力」ではなく、法律的支配において重要な「濫用の虞ある支配力」の行使が問題となっているようにも思われる。そうすると、占有離脱物横領罪における占有は、委託物横領罪と同様、法律上の支配による占有を含むと解すべきことになろう。

### (3) 銀行の過誤の有無

さらに、占有離脱物横領罪説において問題となるのは、銀行の過誤による誤記帳の事例においては、口座名義人の預金債権は成立しておらず、銀行約款上、銀行も口座名義人の承諾なくして入金を取り消すことができるのであるから、これは最高裁平成8年民事判決の射程外であって、詐欺罪説が妥当ではないかとされる点である。

鋤本教授は、東京地裁昭和47年判決、最高裁平成15年決定のような振込依頼人の過誤による誤振込事例については、最高裁平成8年民事判決によって誤振込による預金債権の成立が認められたことから、詐欺罪説より占有離脱物横領罪説が妥当であるとされる<sup>56)</sup>。これに対して、銀行の過誤による誤振込事例である札幌高裁昭和51年判決、銀行の過誤による過剰入金事例である東京高裁平成6年判決のように、「仕向銀行に対する実際の振込額と被仕向銀行における預金残高の増額とが対応しない、つまり(過剰入金分の)資金移動がない場合には、実体のない登記と同様、何らの権利関係も発生しないと考えることも可能」であり、過剰入金分に見合う預金債権が発生していない以上は、占有離脱物横領罪ではなく詐欺罪の成立を認めるべきであると主張されている<sup>57)</sup>。

しかし、民事上、誤記帳事例において口座名義人の預金債権が成立しないと云えるかどうかについては疑問がある。最高裁平成8年民事判決は、安全、安価、迅速に資金を移動する銀行手続としての振込の性質を重視して、その仲介にあたる銀行の資金移動原因となる法律関係の精査を省略する趣旨から、誤振込による預金についての債権の成立を認めている。そうすると、仕向銀行の過

56) 鋤本・前掲論文(下)189頁以下。

57) 鋤本・前掲論文(下)188頁。



誤により誤振込がなされた場合に、被仕向銀行の口座名義人に対する誤振込入金分の預金債権の成立を認めないということは、被仕向銀行に振込入金の原因の精査義務を負わせるということであるから、最高裁平成8年民事判決の趣旨に反すると思われるのである。ドイツにおいても、判例は、誤記帳の場合であっても銀行が帳簿修正権を行使するまでは口座名義人の預金債権が成立するとしたうえで、口座名義人に誤記帳の有無について告知すべき保障的地位を認めるほどの特別の信頼関係が口座名義人と銀行との間に成立していないとして、誤振込と同様に詐欺罪の成立を否定しており<sup>58)</sup>、学説上も同様に解されている<sup>59)</sup>。

また、最高裁平成8年民事判決が、口座名義人の債権者による預金差押えに対する振込依頼人の第三者異議の訴えを排斥するために、誤振込による預金債権の成立を認めたということも無視できないであろう。最高裁平成8年民事判決は、預金債権の外観を信じて差押えを行う口座名義人の債権者を保護するため、振込という銀行手続に一種の公信力を付与したものと解する余地があるように思われるのである。このように考えると、銀行の過誤により、振込依頼人の指示とは異なる口座名義人に誤振込が行われた場合であっても、口座名義人の債権者による預金債権への差押えに対する振込依頼人の第三者異議の訴えが認められる可能性は乏しいと言わざるを得ない。

さらに、銀行の過誤による誤振込事例の振込依頼人は、振込依頼に関する銀行の債務不履行について、銀行に対し損害賠償請求をすることで、民事上の損害の回復を確実かつ十分に行うことができる。これに対し、銀行の過誤によらない誤振込事例の振込依頼人は、口座名義人に対し誤振込預金分の不当利得返還請求をすることとなるが、口座名義人が無資力である可能性を考えると、民事上の損害の回復を確実かつ十分に行うことができるとは言い難い。それにもかかわらず、刑法上、前者を重い詐欺罪、後者を軽い占有離脱物横領罪とするのは、民事上の解決との均衡を失するようにも思われる。加えて、自己の口座に入金された預金を払い戻すという行為を、行為者の知り得ない銀行の過誤の

---

58) BGH 46, 196.

59) 前注 16) 参照。

有無によって、科刑に大きな差異のある詐欺罪と占有離脱物横領罪とに分けるという点についても、やはり均衡を失するのではないかとの疑問が残る。

#### IV 不可罰説

以上、詐欺罪説と占有離脱物横領罪説の問題点を検討した。

詐欺罪説には、誤振込による預金に関する民事的規律を前提とすると、銀行を被欺罔者と解することができないという問題がある。最高裁平成8年民事判決は、誤振込による預金について預金債権の成立を認めているから、誤振込による預金の払戻請求は、口座名義人の正当な権利の行使ということになる。従って、口座名義人が払戻請求している預金が誤振込によるものであることを銀行が知っていたとしても、銀行がその払戻請求を拒否することはできない。このように、銀行が、誤振込の事実を知っていたか否かによって、払戻請求に応ずるか否かを決することができない以上、銀行は詐欺の被欺罔者とは言い難い。また、振込依頼人が銀行に対し組戻依頼をしたとしても、銀行は何ら経済的損害を被らないから、銀行にとって誤振込の事実は「看過できない事柄」ないし「重要な事柄」には当たらないと言わざるを得ない。最高裁平成8年民事判決以前の民事判例は、誤振込による預金債権を無効と解しており、これを支持する学説も今なお主張されているが、このような立場によれば、刑法において詐欺罪説を主張する余地もあるかもしれない。しかし、誤振込による預金を有効とした最高裁平成8年民事判決後も、詐欺罪説を主張するのは疑問が残るといわざるを得ない。ドイツにおいても、かつての判例は、誤振込の場合には預金債権が成立するが、誤記帳の場合には成立しないとして、誤記帳の場合のみ詐欺罪の成立を認めていた<sup>60)</sup>。しかし、その後、判例が変更され、誤記帳の場合にも預金債権が成立するとして、詐欺罪の成立が否定されている<sup>61)</sup>。

これに対し、占有離脱物横領罪説には、銀行が誤振込の事実を知っていたか否か、そして誤振込による預金債権が民法上有効か無効かによって、占有離脱

60) Köln NJW 61, 1735. Vgl. Fischer, a.a.O., § 263 RdN. 24.

61) 前注 58) 参照。

物横領罪の成否が左右されないという利点がある。しかし、占有離脱物横領罪説についても、そもそも預金を占有可能な「物」と言ってよいかという点で疑問がある。近年は、横領罪の客体に、事実の支配による占有物に加えて法律の支配による占有物が含まれると解したうえで、預金債権についても、これは法律の支配による占有可能物であるから横領罪の客体となりうるとする立場が有力である。占有離脱物横領罪における「占有」が事実の支配によるもののほか、法律の支配によるものをも含むかについては判例上争いがあるが、前述したように、法律の支配によるものを含むと解する余地はある。それでは、そもそも法律の支配による占有とは、どのようなものなのであろうか。

判例・通説は、法律的にみても、動産・不動産を外見上有効に処分できる状態を法律の支配による占有と解している<sup>62)</sup>。具体的には、不動産の登記名義人<sup>63)</sup>、土地の登記済権利証と白紙委任状の所持者<sup>64)</sup>、貨物引換証・倉荷証券・船荷証券等の物権的有価証券の所持者<sup>65)</sup>が、法律の支配による「他人の物」の占有者であるとされている。この法律の支配による占有は、民法上の占有を必ずしも意味しない。不動産登記は、民法上、第三者に対する対抗要件ではあるが(民法第177条)、不動産登記名義人が必ずしも不動産の占有者であるとは限らない<sup>66)</sup>。土地の登記済権利証と白紙委任状の占有者は、民法上、土地所有者の代理人としての外観を備えていると言えるが、必ずしも土地の占有者ないし所有者であることを意味しない。貨物引換証・倉荷証券・船荷証券等の物権的有価証券は、証券上に表示された物品の引渡請求権を表章し、商法上、その物品の処分をするにはその証券をもってしなければならないと規定され(商法第573・604・627・776条)、処分に関して証券自体の引渡しは運送品の引渡しと

62) 最判昭和34年3月13日刑集13巻3号310頁(不動産について登記名義人は「不動産を引渡した後においても第三者に対し有効に該不動産を処分し得べき状態にある」とする)。大谷・前掲書289頁、曾根・前掲書165頁。

63) 最判昭和30年12月26日刑集9巻14号3053頁。なお、未登記不動産について、最判昭和30年4月5日刑集9巻4号645頁は、現実に支配管理する者が占有者であるとする。

64) 福岡高判昭和53年4月24日判時905号123頁。

65) 大判大正7年10月19日刑録24輯1274頁。

66) ただし、不動産を譲渡したものの、登記を未だ移転していない登記名義人は、不動産の所有権の一部を保持していると言える。後注54)参照

同一の、いわゆる物権的効力を持つ（商法 575 条）とされるが、それはあくまでも、証券に表章された物品の引渡しを請求しうる債権を有しているということである。商法上、証券の占有が、ただちに証券に表章された物品の占有を意味するというわけではない。

しかし、法律的支配による占有が、民法とまったく関係していないかという点、そうではない。法律的支配による占有が認められた判例事案はすべて、法律的支配による占有者が権利者としての外観ないしそれ以上の地位（例えば、不動産の譲渡後も登記の移転を完了していない者<sup>67)</sup>）を備えるに至っているものである。言い換えれば、民事法上のいわゆる外観法理を第三者のために用いることが可能な事案であって、第三者が、法律的支配による占有者の権利の外観を信じて取引関係に入ったならば、その第三者は民事法上保護されることになる。したがって、刑法上の法律的支配による占有とは、民事法上の所有者としての外観ないしそれ以上の地位を備えることによる占有であると解すべきであるように思われる。

それでは、預金に対する占有は、法律的支配による占有に当たると言ってもよいであろうか。不動産については、登記によって権利者としての外観、すなわち法律的支配による占有が登記名義人に認められるのであるから、預金口座に入金処理された預金についても、口座名義人の法律的支配による占有を認めて良いようにも思われる。最高裁平成 8 年判決は、誤振込による預金債権について、口座名義人の債権者による差押えを認めているのであるから、外観を信じ

---

67) 不動産については、登記名義人である所有者 X が A と B に当該不動産を二重譲渡して B に登記を移転した場合に、横領罪が成立するというのが判例・通説であるが（最判昭和 30 年 12 月 26 日刑集 9 卷 14 号 3053 頁、西田・前掲書 216 頁）、この場合の X が、B への第二譲渡時においても未だ不動産の法律的支配を確立しているかは問題となり得る。民法上は、X A 間の物権変動は登記を完了していない限り完全な効力を生じず、B への譲渡時においても X は完全な無権利者ではない（不完全物権変動説、我妻・前掲書 149 頁）、あるいは、所有権とは当該物の使用权、収益権、処分権、妨害排除請求権、危険負担の地位といった様々な権能の束で、これらの権能とともに徐々に譲渡人から譲受人に移転するものであり、X の A への履行がすべて完了するまで、X は権能とともに所有権の一部を保持している（段階的所有権移転説、内田・民法 427 頁）から、X から B への第二譲渡が可能であると解されている。これによれば、刑法上も、第二譲渡時における X の当該不動産への法律的支配は肯定されることとなろう。

た債権者を保護したと見ることもできよう<sup>68)</sup>。

だが、口座名義人が、銀行によって自己の預金口座に入金処理されることによって、預金に対する法律的支配を確立することができるとしても、それを「物」の占有とまで言って良いのであろうか。不動産は、民法上は「物」と定義される（民法第85・86条）が、預金口座に入金処理された預金債権は、民法上はあくまでも「債権」であって「物」ではない。物権的有価証券は、証券に記載された「物」である物品の引渡しを請求しうる「債権」であるが、商法上、処分について、何人に対しても主張できる物権的効力が与えられていることから、証券自体が記載された物品の化体した「物」であると解することはできようが、預金債権は、口座名義人と預金契約を締結した銀行との間で債権的効力を有するにとどまる指名債権であるから、これを金銭が化体した「物」とまで言うことは困難ではないかと思われる。

このように、不動産登記・物権的有価証券の示す外観上の権利は物権ないし「物権的」な債権であるのに対し、預金債権のそれは銀行に対する「債権」であり、これを法律的支配による占有「物」とまでいって良いかは疑問である。また、民法上は、封金のような事実的支配による占有物と言える金銭の場合は別として、通常は金銭の占有と所有が常に一致すると解されており<sup>69)</sup>、預金は銀行に入金された時点で、当該預金は、口座名義人ではなく、銀行の占有物＝所有物となると解されよう。

以上のことから、預金債権は、占有可能な「物」ではなく、銀行に対する債権という利益と解すべきである。このように考えるならば、刑法上、特定されていない金銭や預金は横領罪の客体にはなり得ず、行為者が事務管理者である場合に背任罪が問題となるに過ぎないことになる。誤振込による預金の払戻しについても、振込依頼人によって誤振込入金された金銭は、振込依頼人の占有を離れて仕向銀行の占有物＝所有物となる。そして口座名義人は、預金口座に入金処理された誤振込分の「他人の」預金を払い戻すことで、預金を横領した

68) もっとも、最高裁判平成8年判決のいうとおり、口座名義人を預金債権の正当な権利者であると解すると、占有離脱物横領罪説について占有の「他人」性をどのように説明するのかという問題が生じることは、上述したとおりである。

69) 前注47)参照。

と言えるが、そもそも預金は占有離脱物横領罪の客体である「物」ではなく、被仕向銀行に対する預金債権という「利益」である。口座名義人は払戻しによって、「物」である金銭への事実的支配による占有を確立するが、この金銭は、払戻し以前は振込依頼人ではなく被仕向銀行の占有物であって、被仕向銀行は正当な預金債権の権利者である口座名義人に対し払戻請求分の預金を支払ったに過ぎないのであるから、当該預金を被仕向銀行の占有離脱物と評価することもまた困難である。したがって、この場合の口座名義人の罪責については、利益横領であって不可罰となると解するほかないのではなかろうか<sup>70)</sup>。

誤振込預金の払戻しについて、従来の判例が詐欺罪の成立を認めていたにもかかわらず、これを不可罰とすべきだというのは、処罰の間隙を生じさせる点で妥当ではないとも考えられよう<sup>71)</sup>。しかし、最高裁平成8年民事判決を前提とすれば、口座名義人による誤振込預金の払戻しは、少なくとも銀行との関係においては民法上の問題を生じないことになるから、刑法上も、上記払戻しについて銀行に対する詐欺罪の成立を認めるべきではないと思われる。一方、振込依頼人は誤振込先の口座名義人に対して民法上の不当利得返還請求権を有しているから、刑法上も、振込依頼人に対する占有離脱物横領罪の成立を認める余地はあるかもしれない。だが、それほど科刑の重くはない占有離脱物横領罪の成立を認めるために、預金債権を「物」と解して民法理論から乖離していくことが妥当であるか疑問である。今後も検討されるべき課題であろう。

---

70) なお、川口・前掲論文 25 頁、高橋・前掲論文 101 頁は、詐欺罪説については口座名義人の告知義務を認めることが困難であること、占有離脱物横領罪説については誤振込預金の「他人」性を肯定しがたいことから、結局は不可罰とせざるを得ないとする。しかし、誤振込預金の「他人」性の説明が可能であることは上述したとおりである。

71) 宮崎・前掲論文 138 頁は、誤振込の払戻しを処罰すべき根拠の一つとして、振込依頼人の犠牲の下に利益を得ようとする口座名義人の行為が「衡平ないし正義の觀念に反し、反社会性を帯びる違法な行為といえる」ことを挙げる。

誤って振り込まれた預金の払戻しと財産犯

(本稿は、2007・2008年度成城大学特別研究助成共同研究「所有と占有概念の再構成」の成果の一つである。)

(おおぬま・くにひろ = 本学教授)

(かんもと・たかよし = 三重中京大学准教授)