

誤振込と財産犯の解釈および立法

——ドイツおよびスイスの議論を素材にして——

松 宮 孝 明

目 次

- 一 問題の所在
- 二 ドイツの判例
- 三 スイスの立法
- 四 検 討

一 問題の所在

一 自分の預金口座に誰かが誤って別人に振り込むべき金額を振り込んだり過剰な金額を振り込んだりした場合、これに気づきつつ振込相当額を引き出した者は何らかの罪責ないし法的責任を負うのであろうか。わが国では近年、このような問題をめぐって、民事判例と刑事判例で矛盾する状況が生まれている。すなわち、従来、刑事の下級審では、誤振込による入金相当額に対しては有効な預金債権は成立せず受取人に正当な払戻権限はないとされ、したがって、誤振込であることを知りつつ銀行から払戻しを受けるときは、窓口であれば窓口係を欺罔する詐欺罪¹⁾が、現金自

動支払機であれば銀行の占有し所有する現金を窃取する窃盗罪⁽²⁾が成立するものとされてきた。ところが、最近、最高裁判所は民事事件において、誤振込であつても、受取人の銀行に対する預金債権は有効に成立するという判断を示した⁽³⁾。そこで、預金債権が成立しないことを前提にした刑事下級審判例は、この最高裁判決と矛盾することになつてしまつたのである⁽⁴⁾。

そのような場合には、この最高裁判決が変更されるべきものでない限り、その後の刑事判例はその判断を尊重して有効な預金債権を現金化する受取人に対する財産犯の成立を、原則として否定すべきものと考えられた。しかし、それにもかかわらず、その後、受取人が誤振込を知りつつ窓口で引き出した場合に詐欺罪の成立を認める下級審判例が現われたのである⁽⁵⁾。ただし、それは預金債権の不成立を根拠とするのではなく、誤振込相当額を払い戻した場合に銀行が「振込依頼人と受取人との間での紛争に事実上巻き込まれるおそれがあることなど」を根拠に、「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」と主張するのである。

二 しかし、民事上有効に預金債権が成立しているならば、債権者である受取人は債務者である銀行に当然払戻を請求できるはずである。そして、そうであれば銀行側に払戻の拒否権は認められないことになる。実際、銀行実務は誤振込を「組戻し」する場合、つまり誤振込相当額を振り出し先の口座に振り込んで戻す場合、常に受取人の承諾を得ることを建前としている⁽⁶⁾。これは、預金債権が受取人に帰属することを前提とした措置である。また、先の最高裁判事判決は、それを前提に、破産した受取人の債権者に、誤振込に基づく預金債権の差し押さえを許容し、これに対する振込人の異議申し立てを棄却した。その上で最高裁は、誤振込の場合には、振込人は受取人に対して不当利得返還請求をするしかない⁽⁷⁾と述べたのである。不当利得返還請求権は債権の一種であつて、従来の民法の通説的な考え方

によれば、債権者平等の原則に服する。ゆえに、最高裁の民事判例を前提とする限り、これは他の債権に比して、優先的な保護に値するものではなくなる。したがって、そうなると、誤振込分を含む預金債権を差し押さえた債権者は、それを現金化して自分の債権の満足に充ててよいということになる。ならば、たとえば破産前の受取人が誤振込金額を引き出して債務の返済に充てることも、少なくとも詐欺破産罪に当たるとはならない。特定債権者の優遇でない限り、許されるであろう。逆に、破産宣告が予定されている場合の振込人への返還は、特定債権者の不当な優遇となりうる。

ゆえに、仮に受取人が口座のある銀行に誤振込の事実を告げたとしても、引き出すこと自体は「やってよい」行為のはずである。むしろ、銀行側が有効に成立している預金債権の現金化を妨げれば、そのほうが銀行を法的紛争に巻き込むことになる。そうであれば、誤振込を告知しなくても、引き出しは「やってよい」はずである。また、仮に銀行に一定の場合に受取人の承諾を得ずに組み戻す権限があるとしても、後述のドイツの判例が述べるように、それは直ちに、その権限のある誤振込であることを告知する義務が受取人に認められることを意味しない。そして、この告知義務がなければ、単なる引き出しは犯罪とはならないであろう。その意味で、この場合に引き出すこと自体を犯罪として違法とするのは、刑法が民法という「法令」で適法とされる行為を禁止することを意味し、「法秩序の統一性」に反することになる。⁽⁸⁾

三 筆者はすでに数年前にこの問題について簡単な考察をしたことがある。しかし、その後、わが国の刑法学に大きな影響を与え続けているドイツにおいて、この問題に関する一連の判例があり、かつそれが興味深い展開を示していることを教えられた。⁽⁹⁾ 加えて、ドイツの隣国のスイスでは、誤振込問題の処理に焦点を当てた新たな立法が、一九九四年に行われていることにも気づいた。⁽¹⁰⁾ そこで、本稿では、わが国の刑法学界ではこれまであまり紹介されることなかったドイツの判例とスイスの立法状況を検討し、この問題について再度考察しようと思う。

- (1) 札幌高判昭和五一・一一・一一判タ三四七号三〇〇頁。
- (2) 東京高判平成六・九・一二判時一五四五号一三三頁。
- (3) 最判平成八・四・二六民集五〇巻五号一六六七頁。
- (4) この段階での問題状況に対する筆者の見解については、松宮孝明「過剰入金と財産犯」立命館法学二四九号(一九九七)四一四頁を参照されたい。
- (5) 大阪高判平成一〇・三・一八判タ一〇〇二号二九〇頁。この段階での筆者の見解については、松宮「演習刑法1」法学教室二三五号(二〇〇〇)一三六頁を参照されたい。
- (6) 鳥谷六郎ほか監修『銀行窓口の法務対策二五〇講「上巻」』(一九九三)七一頁以下参照。なお、銀行による無断組戻しを無効としたものとして最判平成一一・三・九金融法事務事情一五八六号九六頁がある。
- (7) 刑法三五条が「法令又は正当業務行為」による不処罰を宣言しているのは、行為規範は全法秩序を通じて同一であるがゆえに、行為を許容する規範は、慣習法も含めて、全法秩序から引き出すことができるという「法秩序の統一性」の核心にある考え方の表明である。この点については、松宮孝明「法秩序の統一性と違法阻却」立命館法学二三八号(一九九五)七五頁を参照されたい。
- (8) 「法秩序の統一性」は行為規範に矛盾のないことを意味し、必ずしも概念の共通性を意味しない。むしろ、例外的には、行為規範相互の矛盾を回避するために、概念の相対化が必要な場合もある。たとえば、民法七二〇条一項の「ヤムコトヲ得サルニ出テタル行為」と刑法三六条一項や三七条一項本文の「やむをえない行為」とでは、他人の不法行為からの緊急避難の場合、前者には「生じた害」が「避けようとした害」を上回らないという意味が含まれるが、後者ではそれは含まれず、単に害を避けるためにはその行為が必要不可欠という意味に解さなければならぬ。そうでないと、刑法三六条の正当防衛の成立のためにも、このような「害の衡量」要件が充たされなければならないということになってしまうからである。また、同時にここからは、正当防衛の場合には、民法七二〇条一項の「ヤムコトヲ得サルニ出テタル行為」に「害の衡量」要件が含まれないという形で同一条文の解釈が相対化されないと、かえって行為規範相互の矛盾を生み出すことになってしまうことも明らかになる。このような意味での「法秩序の統一性」と例外的な「概念の相対化」——それは相対化をすべき具体的な根拠と合理性がある場合に限った相対化という意味である——の不可避性については、K. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S.43ff. を参照されたい。重要なのは、一つの法秩序において同一の行為が禁止されると同時に許容され、禁止されると同時に命令されると同時に命令されないといった矛盾、および両立不可能な複数の行為が命令されるといった、いずれも抽象的規範レベルでの矛盾や、法適用の結果としてある具

体的な行為が禁止されると同時に許容される、ないし違法とされると同時に適法とされるといった競合的矛盾を回避することである。Engisch, a.a.O., S.46.

(9) その点では、ボン大学のギュンター・ヤコプス教授に多大なご教示をいただいた。ここに謝意を表したいと思う。なお、その後川口浩一「誤振込と詐欺罪」奈良法学会雑誌二二巻二号(二〇〇一)にも接した。

(10) さらに、スイスの立法関係の資料については、パーゼル大学のクルト・ゼールマン教授にご助力をいただいた。あわせて、ここに謝意を表す。

二 ドイツの判例

一 いわゆる「誤振込」については、ドイツでは最近まで、後述のように高等裁判所(以下、OLGと表記)クラスの判例において、⁽¹⁾同一銀行内での預金元帳への「誤記帳」(Fehlbuchung)の場合と複数の銀行間での「誤振込」(Fehlüberweisung)の場合とを区別していた。ドイツの普通銀行取引約款によれば、銀行はその管理する口座に一定の金額を記帳することによって、口座名義人(ないし受取人)に対する債務を承認するものとされている。同一銀行内部での「誤記帳」の場合でも事情は同じである。しかし、このような「誤記帳」の場合には、銀行は口座名義人の承諾なしでそれを訂正ないし「組戻し」できる権限を認められているので、「誤記帳」の場合には受取人にそれを引き出す権利はないものと解されたのである。しかし、昨年(二〇〇〇年)、ドイツ連邦通常裁判所(以下、BGHと表記)は、このような「誤記帳」と「誤振込」との区別は説得力をもたないとして、銀行のオペレーターの「誤記帳」によって自分の会社の口座に誤って振り込まれた多額の金員を債務の返済等のために他の口座に振り込んだ被告人に、詐欺罪の成立を認めた原判決を破棄して事件を差し戻した。⁽²⁾

二 本決定は、原審の認定は、詐欺による有罪判決を支持するものではないとして、つぎのように述べる。すなわ

ち、原審は従来のOLGの判例⁽³⁾に従つて、振込委任書の提出によつて振込人の口座にそれに相当する預金債権が実的に存在するのだとする意思表示もなされているとすがるがゆえに、「誤記帳」された預金の引き出しを作為による欺罔と解した。しかし、銀行実務においては、残高の足りない引出しは珍しくなく、くわえて、貸越も認められるし、しばしば限度額を超える過剰引出しも受忍されている。振込人でさえも口座残高を知らないことがしばしばある。なぜなら、彼は自分の口座を管理していないからである。口座の管理と入金出金の正確な記帳は、ドイツ民法六七六f条以下によれば銀行の義務である。したがつて、現に預金が存在するかか給付が預金額を超過しないとかに關するリスクもまた、原則として銀行が負うのである。⁽⁴⁾顧客が一定の金額を要求したという理由だけで、即座に払い戻しをする銀行員はいないのであるから、単なる払い戻し要求は、始めから、銀行員に顧客の預金債権の金額に關する誤つた表象を喚起するものではない。⁽⁵⁾逆に顧客も、単なる要求だけでは銀行は給付をしないことを知っているから、彼は銀行保護のために自分の口座残高が十分であるかどうかについて口座残高を吟味する必要はない。その限りで振込委任の意思表示価値もまた、意図された送金の実行を求める要求に尽きる、と。

三 くわえて本件では、すでに口座残高の誤記帳とともに振替口座契約の範囲内でしかるべき請求権が成立するがゆえに欺罔行為は認められないのであつて、仮に振込委任によつて十分な残高があるという意思表示があつたと解しても、それは不実ではないとされる。すなわち、学説および判例では、このような場合、誤振込と誤記帳とが区別されてきたけれども、⁽⁶⁾振込の時点において対応する預金債権が存在したか否かという、詐欺に關して唯一重要な問題から見れば、誤記帳と誤振込との区別は説得力をもたない。ここで決定的なのは、原因となつたミスではなくて、このミスから生じた預金債権の有効性である。誤記帳もまた、預金の記帳によつて請求権を発生させる。銀行の預金債権記帳の通知は通常、顧客に対する抽象的な債務の約束ないし債務の承認である。⁽⁷⁾たしかに、普通銀行約款八条一項に

よって銀行に認められる組戻権 (Stornorecht) は、決算前に組戻権が行使される限りでは、顧客の請求権を遡及的に消滅させることができるが、それは逆に、預金債権記帳から生ずる請求権は組戻権が行使されるまでは存在することを例証するのである。(8)

つぎに本決定は、ミスの原因とは無関係に、実体的には不実の預金債権記帳も、振込委任の効果における瑕疵か (民法六七六 a 条)、それとも民法六七六 f 条による振替口座契約の範囲内でのその他の誤記帳かとは無関係に、民法七八〇条によってそこに存在する抽象的な債務の約束に由来する請求権を発生させる、とする。誤記帳の場合に預金債権記帳から生ずる請求権の法的根拠づけは、銀行に返還請求権がなく、したがって普通銀行約款八条による組戻権もない事例と内容的に決定的な区別はなく、後者の場合にも、預金債権記帳に由来する請求権はそこに存在する債務の約束を根拠づける、とするのである。(9) 口座を管理する銀行に固有の返還請求権がない事例の典型は、ミスの原因が振込人にある誤振込の場合であって、この場合にはせいぜい、振込人と受取人との間に返還請求権があるだけであるとする。

四 さらに本決定は、保障人的義務に基づく不作為による詐欺の成立も否定する。すなわち、銀行が依頼どおりに振り込んだ時点では請求権は存在するのであるから、被告人に詐欺の非難をする理由としては、彼が誤記帳を指摘しなかつたことしかありえない。本件では被告人は、誤記帳によって発生する組戻可能性に関する誤った表象を利用したが、これは彼にしかるべき告知義務がある場合にだけ、不作為による可罰性を根拠づける。しかし、原審のこれまでの認定では、そのような告知義務は認められないし、不作為による詐欺が認められるのは、刑法一三条の意味での保障人的義務が彼に対して誤記帳の告知を義務付ける場合だけであるとして、その詳細な検討に移る。

まず、危険状態の惹起という観点での保障人的地位が否定される。すなわち、口座の管理は、振替口座契約によつ

てそれを義務づけられている銀行にあるし、予想される損害の大きさだけでは、受取人に告知義務を根拠づけるのは不十分である。なぜなら、保障人的義務の問題は基礎となる法関係の性質から明らかになるべきものであり、かつその法関係は偶然性に左右される損害額とは無関係でなければならぬからである。⁽¹⁰⁾ 保障人的地位が契約から生ずることはありうる。しかしそのためには、契約関係によつて媒介される特別の信頼関係がなければならぬ。ところが振替口座に関する契約関係は通常の双務給付関係であるから、通常、振替口座の保持は保障人的地位を基礎づける何らの信頼関係も創出しない。⁽¹¹⁾ 同じことは、そのような契約関係から生ずる私法上の付随義務にも妥当する。⁽¹²⁾ 本件ではそれと異なつた判断を正当化する特殊事情は認められない。もつとも、刑法上の保障人的義務をも根拠づけるような開示義務が、契約当事者の間で具体的に合意されることはありうる。⁽¹³⁾ しかし、その点でそのような合意があつたか否かについての認定は存在しない。振替口座契約関係に含まれている——ドイツ普通銀行取引約款——一条のような——一般的な取引条件では、それにとつて通常は十分でない、と。

さらに、本件では、刑法二六六条の背任を理由とする可罰性も認められないとされる。なぜなら、背任罪成立に必要な法関係が存在しないからである。⁽¹⁴⁾

その上で本決定は、口座名義人と銀行との間に誤記帳の開示を義務づける特別の具体的合意が認められる可能性も否定しきれないとし、この点を検討するよう指摘して本件を原審に差し戻した。

五 さらに興味深いのは、本決定が、次章で検討を予定しているスイスにおける立法的対応に言及していることである。すなわち、スイス刑法には、従来から、横領や詐欺に関してドイツと同じ規定⁽¹⁵⁾があつたが、スイスの立法者は誤記帳や誤振込の場合に発生するこのような法状態を契機として、スイス刑法¹⁴¹条⁵¹(財産価値の不適法な使用)に、行為者に彼の意思なく与えられた財産価値の不適法な使用を処罰する刑法規範を作つたのである。⁽¹⁶⁾

なお、本決定で指摘されているように、BGHは通常の誤振込について、すでに一九七五年には、振込金額を費消した受取人に対する横領罪および口座のある銀行に関する背任罪の成立を否定していた¹⁷⁾。そこでは、払い戻された金銭は被告人の所有に属するので横領罪の客体になりえず、かつ他の犯罪、とりわけ、銀行と受取人との間に背任の成立に必要な特別の法的関係はないので背任罪にもならないと明言したのである。もっとも、そこではまだ、詐欺罪についての詳しい検討はなされていないかった。

BGHが通常の「誤振込」の場合に詐欺罪の成立を否定したのは、一九九三年一月一六日の第四刑事部判決¹⁸⁾によってである。この判決は、二〇〇〇年のBGH決定理由の至る所で引用されている。したがって、「誤振込」に関するBGHの考え方は、すでにこの一九九三年判決で固まっており、二〇〇〇年決定は、理論的には、単に「誤記帳」と「誤振込」の区別に合理性がないことを宣言しただけと見ることもできよう。もっとも、下級審に「誤記帳」の場合に犯罪の成立を認めたものがかかりあったことに鑑みれば、その実務的な影響は少なくないと見るべきである。

- (1) OLG Köln, JR 1961, 433; OLG Karlsruhe, Justiz 1978, 173; OLG Stuttgart, JR 1979, 471; OLG Celle, StV 1994, 188.
- (2) BGH 110000年11月八日決定 (BGH NJW 2001, 453ff.)
- (3) 注1)に掲げた諸判例が引用されている。
- (4) BGHSI 39, 392 [398] = NJW 1994, 950.
- (5) Vgl. Joerden, (Anm. zum BGHSI 39, 392), JZ 1994, 422.
- (6) OLG Karlsruhe の判決 (Justiz 1978, 173) が、そのリーディングケースとされる。それは別の顧客が誤って被告人の口座に五五〇〇マルクを入金したという、同一銀行内での「誤記帳」の事案を、一九七四年二月二二日のBGHの判決 (MDR 1975, 22, bei Dallinger) の「誤振込」の事案から区別するものであった。「誤記帳」は同一銀行内での口座間の債権債務の不実の記載だけを意味し、「誤振込」は銀行間での緊急の口

座移転に関するものだとごひびなる (OLG Celle, StV 1994, 188 [189]; OLG Stuttgart, JR 1979, 471 [472]; Joerden, aaO, JZ 1994, 422 [423])。その背景には、同一銀行内での「誤記帳」は銀行に預金債務を発生させず、かつ「誤記帳」を知りながらそれに相当する金員の払戻請求および他の口座への振込依頼は、同時に「誤記帳」によつて成立しないはずの預金債権の存在を主張するという意味で「欺罔」であると理解があったのである。もっとも、その事案では、「誤記帳」を引き起こしたのは別の顧客の誤った入金であつて、銀行側の過誤でないという意味では通常の「誤振込」と変わるところはない。その後、BGHは一九九三年一月一六日の判決において、後に見るように、東西ドイツ通貨統合によつて営業を終える銀行から新たに営業を始めた銀行への口座の移転に伴つて誤つた金額の振込を「誤記帳」でなく「誤振込」であると認定して、これによつて詐欺の成立を否定したが (BGHSt 39, 392 [395f.] = NJW 1994, 950)。その際「誤記帳」の刑法的評価については詳論しなかつた。「誤振込」に関しては、BGHは、振替口座契約に基づき預金の記帳によつて (当時の) 民法六七五条により口座名義人は銀行に対して支払請求権を獲得するといつて見解を主張した。それも、返還請求権や取消権が存在するか否かに関わらずである (BGHSt 39, 392 [395f.] = NJW 1994, 950)。

(7) BGHZ 72, 9 [11] = NJW 1978, 2149. そのほか、錯誤によつて振替口座に記帳がなされた場合には、それはもはや銀行が普通取引約款四四[二]項によつて一方的に組み戻すことにはならないとされている。その点 BGH NJW 1991, 2140. 又、銀行による預金債権の記帳は、通常、銀行による債務の約束ないし債務の承認を意味するところを確認している。

(8) 本決定は、組戻権は預金債権記帳に由来する顧客の請求権を消滅させるがゆえに、それは実体的法状態を変更するものであるが (BGHZ 87, 246 [252] = NJW 1983, 2501)。このことは他方で、組戻の実行前にまず、預金債権の記帳を理由とする請求権が口座名義人に成立していることを意味するところである。

(9) Vgl. auch BGHSt 39, 392 [396] = NJW 1994, 950.

(10) BGHSt 39, 392 [401] = NJW 1994, 950.

(11) BGHSt 39, 392 [399] = NJW 1994, 950; 1. 次いで養成者の G.H. Naucke, NJW 1994, 2809.

(12) BGHSt 39, 392 [400f.] = NJW 1994, 950.

(13) BGHSt 39, 392 [399] = NJW 1994, 950.

(14) Vgl. BGH bei Dallinger, MDR 1975, 22.

(15) ドイツ刑法二四六条の横領、二六三条の詐欺に対応するスイス刑法一三七条、一四六条。

(16) その成立史については、S. Trechsel, Schweizerisches StGB 2.Aufl. 1997, §141 Rdnr. 1 を参照されたい。

(17) BGH MDR 1975, 22 bei Dallinger. なお、ドイツ刑法二四六条の横領罪 (Unterschlagung) には、一九九八年の各則改正に至るまではその解釈方法に争いはあったものの、わが国でいう「遺失物横領罪」(日本刑法二五四条) が含まれるとされていることに注意されたい。その物が委託されたものである場合は、刑の上限が三年の自由刑から五年の自由刑に引き上げられるのである(ドイツ刑法二四六条一項)。一九九八年の改正前は、その条文は「自己の占有する他人の動産を自ら領得した者」であったが、これでは誰の占有にも属さない遺失物等の占有離脱物の横領が含まれないのではないかとする疑問があったのである。そこで、多数説は、占有離脱物の場合はいったん行為者がその物を自己の占有下に置き、ついでほとんど同時に自己領得するのだと解した。これに対してヴェルツェルらの少数説は、占有取得はすでに領得意思の発現なのであるから多数説は技巧的にすぎるとして、(改正前の)ドイツ刑法二四六条は單純領得罪を規定したもので、「自己の占有する」という部分は無視して読むべきだとする見解を展開したのである。九八年の法改正は、立法論としてはこの少数説の考え方を採用したものであった。わが国の場合は逆に、他人の物が偶然にまたは過失で自己の占有下に入った後これを領得した場合に、委託信任関係がないことを理由に二五一条の委託物横領罪の適用を否定して二五四条の遺失物等横領罪を認めるのが通説であるが、それを条文解釈上どのように説明するかという課題がある。

(18) BGHSt 39, 392=NJW 1994, 950. そこでは、信義則に基づく告知義務も、従来より狭く解されるようになってきている。なお、この判決の詳細については、別稿を予定している。

三 スイスの立法

一 次に、BGHの二〇〇〇年一月八日決定が言及した、スイスの立法とそれをめぐる議論状況を簡単に紹介しよう。

スイス刑法 141bis 条は、「財産的価値の不適法な費消」と題して、次のように規定している。すなわち、

「自分に対して自己の意思なく与えられた財産的価値を不適法に自己又は他人の利便において費消する者は、告訴に基づき、軽懲役 (Gefängnis) 又は罰金刑 (Busse) に処す。」

誤振込と財産犯の解釈および立法 (松宮)

一〇〇九 (一一)

と。

この規定は、一九九四年の改正の際に議会によって挿入されたもので、それに相当する規定は、予備草案にも連邦参議院の草案にもなかった。しかし、スイス連邦裁判所は、誤振込問題に直面して、一方で、横領罪の客体である「物」の概念は民法の解釈に従うべきだとして BGE 87 IV 115ff. と BGE 116 IV 134ff. の二つの判例を否定して無罪の判断を示しつつ、他方で、きわめて異例なことに傍論において、立法者に対し、明確な構成要件によって、過度に拡張的な解釈をする義務から司法を解放するように要求したのである。⁽¹⁾したがって、その主たる立法理由は、「この構成要件が、BGE 87 IV 115ff. や最近では BGE 116 IV 134ff. がきわめて明確な矛盾にもかかわらずあったような、物概念を債権にまで拡張するということを不必要にすること」⁽²⁾にあった。

三 もつとも、連邦裁判所が指摘した法的不安定性は、一九九四年改正によっても必ずしも解消されることはできなかった⁽³⁾、刑事政策的にも疑問の声がある⁽⁴⁾。

解釈論上の不安定性は、この規定が、対象となる財産的価値を「他人に帰属すべきもの」に限定せず、かつ、不当利得返還債務の不履行一般の中からのような行為を当罰的なものとして選び出すのか、その基準がはっきりしないことにある。シュトラーターヴェルトは言う。「たとえば相手方の側での金銭の錯誤による混同の場合には、単なる不当利得返還請求権しかありえず、そしてそれに対する不履行は、他人の債権の侵害と同じく、まだ当罰的な不法を構成しないことは明らかであろう。銀行口座への錯誤による記帳の場合も、原理的に、事情は同じである。すでに連邦裁判所は、ここでそのような誤記帳によって口座の負債額が相殺されるいは減額される可能性があることを指摘している（BGE 116 IV 142）。まったく基準がないために、これらすべての事例においてどのような場合に、より狭い意味で経済的な『他人性』があるとと言えるのか、知ることはできない。⁽⁵⁾」と。

もつとも、これに対しては、本規定は不当利得返還請求権を刑法によって包括的に担保するものだとする見解がある。そこでは、金銭債務の単なる二重払いの場合にも、本規定の適用があると解されている。⁶⁾

さらに、このような難点は、財産的価値のどのような費消が不適法とみなされるべきかという問いにもついてまわる。シュトラーターテンヴェルトはこれについて、「信託財産の横領の場合には、その答えは、その財産的価値を委託者が自由に処分できる状態にしておくという、受託者の特殊な義務から導くことができる。しかし、ここでは、そのような義務はない。しかし、行為者に認められている、相手方の不当利得返還請求権を別の方法で充足するとかもつと後の時点で充足するとかいったものも含めて、当該財産的価値のあらゆる処分が構成要件を充足するというのは、困難である。前述の二つの連邦裁判所判例においては、誤振込の受取人が振込金額の返還を拒否し、かつ全額の返還は不可能であったという特殊事情もあつた。それに対応して、不適法な費消は、相手方の請求権を完全に挫折させることを狙いとした行為だけに限るべきである。」と主張する。⁷⁾

最後に、シュトラーターテンヴェルトは、「信託財産の不適法な費消というパラレルな構成要件の場合には、スイス連邦裁判所は正当にも、法律には書いていないにもかかわらず、利得の目的を要件としたことが想起されるべきである。」⁸⁾として、「利得の目的」という書かれざる構成要件要素の補充による限定解釈が必要な旨を指摘している。

四 刑事政策的な疑問は、このような現金を用いない決済について体系的、統一的な規制の方法がまだ十分に考察されていないことにある。とりわけ、シューバルトは、一九七二年という時点においてではあるが、所有権犯罪と財産犯罪との体系的相違を前提にした現在の刑法においては、現金を用いない支払いによって生じた諸問題を新しい刑罰法規の制定で解決するための前提は、今日まだ十分には存在しないがゆえに、立法者の介入は、誤振込問題だけを射程に入れた個別的構成要件を創ることで満足しなげならず、財産犯全体の新たな構想は、今日まだ不可能であ

ると述べていた。そのうえで、新しい構成要件を創るなら、次のようなものが可能であろうとして、

「自己又は他人を不適法に利する目的で、彼に対して錯誤によって又は自由なしに記帳された金員を処分した者は、告訴に応じて、軽懲役又は罰金刑に処する。」

という立法提案を示し、かつ、体系的には、この新しい構成要件は、財産に対する犯罪のところに位置づけられるべきだとしたのである。⁽⁹⁾

五 このように、誤振込問題を立法によって解決したと思われたスイスでも、誤振込金員の返還請求権が不当利得返還請求権にとどまるなら、それを他の不当利得返還請求権やさらには金銭債務の不履行一般から区別する合理的な基準や理由に関して、なお問題が残っているといえるであろう。もちろん、誤振込によって生じる返還請求権を、一般的な不当利得返還請求権とは異なり、物権的請求権とまではいわないにしても、もつと優先的な保護が与えられる権利だとするルールが民法法で定着すれば、矛盾は解消に向かう。しかし、この調整は、今のところ、スイスでもできていないようなのである。

この点では、一九七二年段階のシュバルトの立法提案は、問題を不適法な財産的利得一般ではなくて誤振込に絞ったが、それでも問題は残されていたと見るべきであろう。ましてや、これを不適法な財産的価値一般に広げた一九九四年の立法は、民法法との調整を抜きにしたという点で、拙速であったように思われる。

(1) BGE 116 IV 142; S. Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Kurzkomm. 2. Aufl., 1997, S.522.

(2) G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht BT I, Fünfte, teilweise neubearbeitete Auflage, 1995, S.295.

(3) Vgl., Trechsel, aaO., S.522.

(4) Vgl., Stratenwerth, aaO., S.295; M. Schubarth, Reformbedürftigkeit der Vorschriften über die Aneignungsdelikte?, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (=ZSR) 88 (1972), S.282 (296ff.).

- (5) Stratenwerth, aa.O., S.296.
- (6) J. Rehberg/N. Schmid, Strafrecht III, 7. Aufl., 1997, S.140. s. auch G. Arzt, Vom Bargeld zum Buchgeld als Schutzobjekt im neuen Vermögensstrafrecht, recht 13, 1995, 133.
- (7) Stratenwerth, aa.O., S.296.
- (8) Stratenwerth, aa.O., S.296.
- (9) Schubarth, aa.O., S.299f.

四 検 討

一 右に見たように、ドイツの判例は早くから、「誤振込」に気づきつつ振込金額を引き出して費消した事例に関し、占有離脱物等に対するものも含めて横領罪や——少なくとも口座のある銀行に対する——背任罪を否定し、一九九三年には、同一銀行内での「誤記帳」を除く「誤振込」について詐欺罪の成立をも否定した。そして二〇〇〇年には、同一銀行内での「誤記帳」の場合を含むすべての「誤振込」、より正確には、民法や約款に基づく預金債権——銀行側にとっては債務——を発生させる「預金元帳への誤記帳」⁽¹⁾について、銀行と受取人との間に銀行に組戻権 (Stornorecht) があることを告知すべき特別の信頼関係があることを根拠づける特段の事情がない限り、詐欺罪の成立を否定したのである。もちろん、その前提として一方的な組戻権が認められない複数銀行間での「誤振込」の場合には、そもそも「組戻権の存在を根拠づける誤振込」の告知は問題にならないことに注意が必要である。

二 このようなドイツ判例の展開は、「誤振込」に関しては、わが国の平成八年（一九九六年）最高裁判決⁽²⁾が取る立場と同じものである。後者もまた、振込依頼人が振込先をまちがえた事案について、「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。」と判示する。それは、預金元帳への預金債権の記帳によって銀行は口座名義人に預金債務を負つとするわが国の銀行実務およびドイツの法状態と同じである。そして、その結果、誤振込による受取人の利得は、不当利得返還請求によって処理するしなくなり、また受取人の債権者による差押えの対象ともなるのである。

三 しかし、B G Hの二〇〇〇年決定には、わが国の平成八年最高裁判決を超える意義がある。まず、振込依頼の意思表示には通常は単なる送金の意味しかなく、預金残高についての意思表示は含まれていない、としたことである。これは、誤記帳によつても有効な預金債権が成立するとすれば、仮に振込依頼が預金残高についての意思表示を含むとしてもそれは虚偽を述べるものではないから厳密に言えば「傍論」なのだが、おそらくB G Hはこのように述べることによつて、預金残高を超える振込依頼があつても、それを詐欺とはしないという見解を示したものである。というのも、B G Hは、現実には預金残高あるいは貸越限度額を超える現金引出しや振込依頼はめずらしくないとしても、その経済的有用性にも言及しつつ——述べているからである。たしかに、そうでないと、振込依頼や払戻請求の時には預金残高が足りないが後の——不確実な——入金を当てにしている多くの口座名義人が、詐欺犯罪者として扱われることになってしまう。これに対して、貸越限度額を超えれば払戻や振込みを銀行は拒否できるのだから問題ないとする反論は当たらない。そのような場合でも、未遂理論のいかんによつては、詐欺未遂が成立するからである。その意味で、B G Hは「傍論」によつても、実務の指針を示そうとしたのである。⁽³⁾

つぎに、もちろん、誤記帳の場合にも一般の誤振込の場合と同じく、有効な預金債権の成立を認めたことである。誤記帳以外の誤振込については、B G Hはすでに一九七五年に有効な預金債権の成立を認め、これが一九九三年の判

決によっても確認されたが、それを、振替口座契約においては銀行側の預金債務発生という点で何ら変わるころのない「誤記帳」一般に拡大して理論的一貫性と実務的妥当性をもたせたところに、この決定の最大の意義がある。それも、「誤記帳」の場合を一般の「誤振込」と区別して詐欺罪等の財産犯罪を認めてきたOLGクラスの判例を明確に否定してである。⁽⁴⁾

さらに、本決定は周到にも、誤記帳の場合は銀行に一方的な組戻権が発生する——この点が唯一、通常の誤振込と異なるところである——ことを視野に入れて、組戻権が発生するような誤記帳であることを告げなかったという不作為による詐欺が成立するか否かを検討し、近年の判例の傾向に従い、とくに信義則を理由とする告知義務も特別な信頼関係のある例外的場合に限定され、一般の振替口座契約では銀行と口座名義人との間にそのような特別の事情はないと明言したことも意義深い。しかも、本件については慎重にも、その点についての検討をさせるために事件を原審に差し戻しているのである。

最後に、立法論としてスイス刑法111^{bis}条に言及していることも興味深い。この問題が刑法によつて処理されるべきだとすれば、類似の規定を作るべきだという意味であろう。しかし、本決定は、作るべきか否かの判断は示していないのである。問題は、他のさまざまな事情を考慮することのできる立法者の冷静な判断に委ねられたといえるであろう。

四 もつとも、BGHが検討を示唆したスイス刑法111st条にも、さまざまな問題が見られた。とりわけ、それがあくまで、誤振込によつて生じた返還請求権は一般の不当利得返還請求権であることを前提とするなら、それは他の不当利得返還請求権ないし金銭債務の返還請求権と比べて、誤振込の場合に不自然な優遇を与えるものである。それは、いわゆる債権者平等の原則に反するおそれがあり、ゆえに民事法と刑事法における行為規範レベルでの矛盾を

もたらず、つまり「法秩序の統一性」を害する危険がある。ゆえに、立法に当たっては、その必要性、有効性と同時に、民法法をはじめとする他の法領域との間での行為規範の統一を図る必要がある。これが、スイスの立法から得られた教訓である。

五 ぶりかえって、わが国の刑事下級審の状況はどうであろうか。問題は、平成八年最高裁判決の後も、典型的な誤振込の場合に詐欺罪の成立を認めた平成一〇年の大阪高裁判決⁽⁵⁾である。たしかにそれは預金債権の不成立を根拠とするものではない。しかし、誤振込相当額を払い戻した場合に銀行が「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」を根拠に、「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」という場合、銀行側には何らの財産的損害もなく、また受取人の引出しを阻止する法的権限もないのに、これを「払戻しという処分行為の動機となる錯誤」だとするのは、詐欺罪における欺罔行為をあまりに広く認めるものである。これでは、よくクレームをつける客だということと秘してこの人物を何らかの業者に紹介して契約させた場合に、その業者がクレームの多い客なら契約したくないと内心思っていたなら、紹介者は詐欺になってしまう。そうではなくて、取引社会において一定の地位をもつて立ちあわられる人物の場合には、その地位に基づく役割から見て取引上重要な、つまり取引の動機となるべき事実についての欺罔が必要なのである。本件では、預金債権は有効に成立しており、払戻を請求しているのはその債権者なのであるから、その払戻請求の意思表示には何らの虚偽も含まれていない。もちろん、銀行側には一方的な組戻権はないのであるから、その発動を示唆するために誤振込の事実を告知する義務というものは、そもそもはじめから問題にならない。ゆえに、不作為による詐欺を根拠づける作為義務ないし保障人的義務を論ずる余地もない。

もちろん、このような誤振込では、受取人は不当な利得を得たわけだから、これを知りつつ勝手に使ってしまうの

は、たしかに「よくない」ことである。しかし、それは銀行が被害を受けるからではない。平成八年の最高裁判決は、これもBGHの見解と同じく、誤りを犯した振込依頼人に受取人に対する不当利得返還請求権があることを認めているのであるから、被害を受けるのは振込依頼人なのである。先の刑事下級審判決は、いずれも銀行を被害者とする財産犯罪を認める点で、この被害実態を反映していない。

そればかりではない。たとえば、AがY銀行にあるBの普通預金口座に振り込むべき五〇万円を誤って同じ銀行にあるXの普通預金口座に振り込んだことにXが気づき、Y銀行に事情を告げずに五〇万円を窓口で払い戻させて現金化し、その五〇万円をAに返還したという場合には、実質的に何ら問題は生じないにもかかわらず、銀行が被害者とする構成では、この場合でも何らかの財産犯罪の成立を否定できないことになってしまう。というのも、銀行が被害者なら、振込人が損害を受けなかったことは犯罪の成否に関係ないからである。もっとも、この場合には、「振込依頼人と受取人との間での紛争に事実上巻き込まれるおそれがある」とはいえないから犯罪でない、との反論があるかもしれない。しかし、Xが引き出すときYはまだ誤振込みであることを知らず、したがって当然、XがこれをAに返還するつもりであることも知らないのである。Yからすれば、これは「紛争に事実上巻き込まれるおそれがある」事態である。したがって、この反論は無理である。

それどころか、「紛争に事実上巻き込まれるおそれ」を重視するのであれば、YがXの払戻請求に応じなかった場合のほうが、そのおそれは大きい。なぜなら、Xには事実上どこか民事法上有効な預金債権があるからである。それにもかかわらずYが払戻に応じないなら、Xは裁判に訴えて勝つことができる。したがって、銀行は、誤振込の事実を告知されても、Xがあくまで払い戻せというなら、どうしようもないのである。

五 それでは、右の説例において、Xが誤って振り込まれた金額を引き出して、Aに返すことなく勝手に使っ

まつた場合には、何らの犯罪も成立しないのであろうか。かつて筆者は、この行為が価値的に遺失物等の横領に類似することを理由に、少なくとも預金引き出され有体物である現金となったときには、その所有権が誤振込人に留保されていると解釈できれば、遺失物等横領罪の成立は可能であると述べたことがあった。⁶⁾しかし、BGHはすでに一九七五年段階で、誤振込の場合に引き出された現金は受取人の所有に帰することを明言していた。これをどのように考えるべきかが、最後の問題である。

たしかに、価値的に見れば、誤振込相当額の費消は遺失物等横領に匹敵する行為であつて、可罰性を認めるべき行為であるといえよう。実際、スイス刑法典は、そのように考えて、対象が有体物に限られていた（遺失物等）横領罪規定を拡張することで、この問題に対処した。しかしそれは立法論であるから、まずもって現行日本刑法の解釈として、二五四条の適用が可能か否かを検討すべきであらう。

その際、わが国の下級審判例のように詐欺罪や窃盗罪⁷⁾を認めるべきだとする見解は問題にならない。それが詐欺罪や窃盗罪の構成要件に当てはまらないことは、前述のように預金債権が有効に成立し銀行側にその払戻を阻止する権限がないことから明らかであるし、価値的に見ても、銀行の当座預金口座や普通預金口座は口座名義人の財布のようなものだとして、委託物横領罪における物の占有者の地位を認める多数説⁸⁾の価値判断からすれば、それをより重い評価に服する詐欺罪や窃盗罪に問うのは「類推」ともいえないからである。

六 まず何よりも、払戻請求によつて銀行窓口ないし現金自動支払機から引き出された現金の所有権が誰にあるかが問題となる。なぜなら、遺失物等横領罪が成立するためには、客体たる物が「他人の」ものでなければならぬからである。

この点、民法では現金の所有と占有は原則として一致する⁹⁾から、引き出された現金の所有権は引き出した受取人に

あるといふべきであるなら、遺失物等横領罪の成立する余地はない。

これに対しては、民事においては金銭の所有と占有は一致するが刑法ではそのように解する必要はないとして、刑法上の特殊な所有権概念を認め、かつそれによれば誤振込された金員を引き出した場合、その所有権は誤振込者に留保されるとする見解が考えられる。しかし、この見解は、三つの点で問題を抱えている。第一は、判例において現金の所有と占有が原則として一致するとしたリーディングケースは、実は刑事の判例だったのであるが、このことから明らかなように、現金の所有占有の一致説は、判例理論としては民事に特殊なものではなく、むしろ刑事の判例理論が先行していたといふことである。⁽¹²⁾したがって、現金の所有権について民事と異なる所有権概念を主張するのは、刑事の判例理論と矛盾するといふことである。第二は、現金の所有占有一致説は、民事においても例外のないものではないから、民事でどのような場合に両者の一致が認められないかを検討しないで民事理論を批判することはできないといふことである。預金債権の引出しに限ってみても、特殊刑法上の所有権などというものが観念されていなかった大審院時代の判例には、委託者と受託者との間に所有権留保の合意があると認められる場合には、銀行預金の形で預かった金員を勝手に引き出して費消した被告人に、「他人の」現金に対する横領罪を認めたものがある。⁽¹³⁾実際、現金の所有と占有が一致するのは、原則として、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る必要性はないと解する余地がある。そして第三に、何よりも、民事では適法で許容される行為が刑法で違法とされて禁止されるという矛盾は、「法秩序の統一性」に反し認められるべきでない。ゆえに、現金について刑法上の特殊な所有権概念を認める見解は妥当でない。

七　しかし、たしかに、たとえば窃盗犯人が窃取した現金については所有権は被害者に留保されるとしても、そのことは、誤振込ないし誤記帳によつて生じた預金債権から払い戻した現金についても所有権が誤振込者や誤記帳の

あつた銀行に認められるべきことまで保証するものではない。実際、ドイツの判例は日本より広く例外を認めるが、それでも誤振込等によつて生じた預金債権からの払戻では、前述のように、所有権は引き出した受取人にあるとして⁽¹⁴⁾いる。

むしろ、十分な預金残高がある口座への誤振込の場合は、引出後も組戻に十分な金額が残る以上、払い戻された現金の所有権が他人にあるとするのは妥当でない。したがつて、可罰的な行為といえるのは、せいぜい、誤振込以前の預金残高が払い戻される金額に満たない場合か、あるいは、一定限度までの貸越が許される口座では誤振込以前の預金残高が貸越限度額を超える場合に限られよう。しかし、現在の普通預金口座契約の実体に鑑みると、このような限定は、少なくとも二つの点で問題をはらむ。

第一は、口座名義人の意思に基づくとはいへ、普通預金口座には給与の払込や電気水道ガス料金等、保険料、自動車税や固定資産税などの税金、クレジットカード使用による立替金の支払い等についての自動引落が行われている場合が普通のこととなっているという事実である。これは、預金残高が口座名義人の個別の意思表示なくして絶えず変動するということを意味する。ゆえに、B.G.H.の二〇〇〇年決定が述べるように、口座名義人でさえ、正確な預金残高を日々把握しておくことは難しい。そのような場合に、口座名義人が誤振込の事実気づいたとしても、自分の預金残高が誤振込金額を割り込まない限度で払戻や振込の請求をなすということは困難である。しかも、問題は、払戻請求の時点にとどまらない。たとえば、つぎの給与の入金までに限度額が維持できるか、といった計算も要求されることになる。そうすると、維持できない可能性を是認しつつ引き出した金員を費消すれば、それが、少なくとも預金残高が払戻時点以後に限度額を割り込んだ段階で遺失物横領が成立する、という結論にもなりかねない。しかしそれは、可罰性のはなはだしい拡張を招く。むしろ、口座の管理は金融機関の責任に委ねた方がよい。

第二は、銀行を媒介する金銭取引の国際性である。銀行取引の約款がそうであるように、この領域では国境を越える取引が当たり前のこととなっているので、銀行取引のルールもまた国際的な統一性普遍性を志向することになる。その一分野である誤振込に関するルールについては、日本とドイツを比較しただけでも、民事判例には強い共通性が見られたのである。ひとり日本の刑事判例だけが、それと異なる、ないし矛盾するルールを維持できるはずがない。そして、誤記帳を含む誤振込の場合には銀行に有効な預金債務が発生し口座名義人はこれに対して払戻請求権を持つ、というルールが普遍性を持つのであれば、振込人ないし口座のある銀行と受取人との間に特段の合意その他特段の事情がない限り、払戻後の現金の所有権は受取人にあると解さざるを得ないであろう。そして、誤振込や誤記帳の場合には、通常、振込人や銀行と受取人との間には、そのような特別の合意ないし事情は存在しないのである。¹⁵⁾

このような困難に鑑みると、払い戻された現金の所有権が他人にあるとするのは、特段の事情がない限り困難である。ゆえに、現行法の解釈として誤振込に何らかの財産犯罪を認めるのは無理である。

八 さらに、右の困難は、立法論にも反映する。有体化されていない価値そのものについて犯罪を認めるには、現行の民法における債権の取り扱いを見る限り、可罰的行為の限界確定が困難だという事情が付きまとう。この点についてはスイス刑法¹⁴⁾ 141 条という「実験」が我々に教えるところである。仮に、この問題の解決のために刑事立法が必要だとしても、それは民法法その他の法領域との調整を経る必要がある。それは、もちろん、全法領域を視野に入れた立法者の仕事であつて、裁判官の仕事ではないのである。

(1) ドイツでは、普通、日本の銀行が発行するような「預金通帳」は存在せず、個別の口座取引についての報告書を、最近では通常自動発行機で、出してくれるだけである。

(2) 前掲最判平成八・四・二六民集五〇巻五号二二六七頁。この判決の紹介として、花本広志「誤振込みに係る普通預金契約の成否」肯定」と

その預金債権が差し押さえられた場合における振込依頼人の第三者異議の訴えの可否【否定】法学セミナー五〇二号(一九九六)八八頁、中田裕康「誤振込による預金債権の成否」法学教室一九四号(一九九六)一三〇頁。

(3) 現に OLG Stuttgart, JR 1979, S.471 は、誤振込を誤記帳と勘違いしつつ預金を引き出した被告人に詐欺未遂を認めている。

(4) なお、同一銀行内での「誤記帳」に関するわが国の刑事判例は、筆者は算間にして今のところ見つけられていない。郵便貯金について東京地判昭和六三年・二・二九、本江威憲編『民商事と交錯する経済犯罪Ⅱ』(一九九五)三〇六頁が見受けられただけである。前掲の東京高判平成六・九・二二判時一五四五号一三頁は送金銀行(仕向銀行)の行員が円をドルと表記した誤記を理由とする過剰入金的事案であって、受取人の口座のある被仕向銀行と受取人との関係に限定される「誤記帳」の事案ではない。この点で、複数の銀行にまたがる誤振込の場合にまで口座名義人の同意なしに訂正ができるとする齋藤信治『刑法各論』(二〇〇一)一八八頁の見解は、疑問である。

(5) 大阪高判平成一〇・三・一八判タ一〇〇二号一九〇頁。

(6) 松宮・前掲立命館法学二四九号四一四頁、同・前掲法学教室二三五号一三六頁。後者は、少なくとも価値的には、Xは自己の財布に誤って入れられた他人の現金を領得したのと同じような行為をしたのであり、その意味で占有離脱物横領(刑二五四条)の成立はありうるように思われる。」と述べている。もっとも、「そのためには『引き出した現金』が『他人の物』でなければならない(預金債権自体を『他人の物』とするものでないことに注意。『債権』は『物』ではない)。それを説明するには、Aの側に誤振込金額に対する『物権的価値返還請求権』が存在し、対象となる価値が有体化したときに、それが『A所有の現金』になるとする構成を採るべきである」というように、条件付の見解ではあったが。

(7) 現金自動支払機から引き出した事案に窃盗罪を認めたものとして、前掲東京高判平成六・九・二二判時一五四五号一三三頁。

(8) これが「物の占有」という二五二条の構成要件に当てはまらないことについては、松宮・前掲立命館法学二四九号四一四頁、同「横領」概念について「産大法学三四巻三号(二〇〇〇)三〇八頁以下参照。ただし、価値的に遺失物等横領に匹敵することまでは、必ずしも否定していない。

(9) 民事のリーディングケースとしては、最判昭和三九・一・二四判時三六五号二六頁が挙げられる。その事案は、訴外Aが原告人Xを騙して一十萬円の交付を受け、これにAが横領した六万円余を加えて執行吏に提出したもので、金員の返還を求めるXの上告に対して最高裁は「金銭は、特別の場合を除いては、物としての個性を有せず、単なる価値そのものと考えるべきであり、価値は金銭の所在に随伴するものであるから金銭の所有権者は、特段の事情のないかぎり、その占有者と一致すると解すべきであり、また金銭を現実に支配して占有する者は、それをいか

なる理由によつて取得したか、またその占有を正当づける権利を有するか否かに拘わりなく、価値の帰属者即ち金銭の所有者とみるべきものである(昭和二十九年一月五日最高裁判所第二小法廷判決、刑集八卷一―号一六七五頁参照)。」として、その上告を斥けた。

(10) 団藤重光『刑法綱要各論(第三版)』(一九九〇)六三九頁、西田典之『刑法各論』(一九九九年)二一九頁、前田雅英『刑法各論講義』(第三版)『(一九九九年)二五八頁以下、大谷 實『新版刑法講義各論』(二〇〇〇)二九七頁等。さらに佐伯仁志は、所有権の帰属は原則として民法によつて判断されているのですが、例外的には民法における所有権の帰属の判断と、刑法における帰属の判断が分かれる場合がある、と刑法の学説は考えています。」と断言する。佐伯仁志『道垣内私人』刑法と民法の対話(二〇〇一)三頁参照。これに対して林 幹人『刑法各論』(一九九九年)二八二頁は、「一般的に、横領罪の『他人』の意義を民法上の所有権概念と独立に理解しようとする…のは妥当でない。」とするし、道垣内私人は、民法の「簡単な教科書レベルでは、『占有』所有権』説が一人歩きをして、どんな場合にも金銭の占有者は所有者である、というふうに記述され、それが、さらに刑法に伝わっていったという感じがします。」と述べている。佐伯『道垣内・前掲書六頁。

(11) 注(9)の最高裁判決が引用する最判昭和二九・一一・五刑集八卷一―号一六七五頁。これは、貯蓄信用組合が組合員以外から受け入れた法律上無効な貯金を、組合の理事が第三者に不法に融資した行為が背任罪に当たるとしたものである。そこでは、「たとえ、右貯金が組合員以外の者のした貯金であるが故に法律上無効であつて、組合に対する消費寄託としての法律上の効力を生ずるに由ないものであるとしても、右貯金の目的となつた金銭の所有権自体は一応組合に帰属したものと云わなければならない。けだし、金銭は通常物としての個性を有せず、単なる価値そのものと考えべきであり、価値は金銭の所在に随伴するものであるから、金銭の所有権は特段の事情のないかぎり金銭の占有の移転と共に移転するものと解すべきであつて、金銭の所有が移転した以上、たとえ、その占有移転の原由たる契約が法律上無効であつても、その金銭の所有権は占有と同時に相手方に移転するのであつて、ここに不当利得返還債権關係を生ずるに過ぎないものと解するを正当とするからである。」と判示された。

(12) 判決や決定の理由中で述べられている理論構成そのものを、刑訴法四〇五条の意味での「判例」だとする見解によれば、現金の所有は占有一致説は最高裁の刑事「判例」だということになる。もっとも、筆者はこのような見解に与しない。実務もまた、暗黙のうちにもそのような見解を拒否している。詳細は、松宮『判例』について、井戸侃先生古希祝賀論文集・転換期の刑事法学(一九九九年)六七三頁以下を参照されたい。

(13) 大審院の大正九年三月二日の判決(刑録二二輯九四頁)である。その事案は、被告人が甲から頼まれて預かった金員を一時保管の方法として甲の認容の下自己名義の当座預金として銀行に預けていたが、その一部の払戻しを受けてこれを甲に無断で自己の用途に費消したというも

のである。原審は、金員を一旦銀行に預けた以上はその所有権は銀行に帰属し、被告人は甲に対して銀行より払戻しを受けこれを引き渡すべき債務を負担するにすぎず、銀行に対する預金返還請求権に基づき払戻しを受けた現金は被告人の所有に属するとして横領罪の成立を否定した。これに対して大審院は、甲が当座預金を認容したのは一時の保管方法としてのものにすぎないから、甲と被告人との間には依然として委託関係が存続し、その本旨に従えば当該預金は被告人が払戻しを受けても被告人の所有に帰すべきものではなく、ゆえに、被告人は甲に無断でそれを自己の用途に費消することで他人所有の金銭を横領したものである、と判示した。

(14) とりわけ、BGHZ 87, 246; なお、不法な目的で委託された現金につき、委託者にその所有権を認めて委託物横領罪を認めた判例として、BGH NJW 1954, 889; OLG Braunschweig, NJW 1950, 636.

(15) この点が、先の大判大正九・三・二刑録二一輯九四頁の事案と異なるところであり、ゆえに、誤振込等に関するこの結論は、この大正九年判決と矛盾しない。

