

《論 說》

誤振込と詐欺罪

川 口 浩 一

一 問題の所在

最近、特に財産犯における民法と刑法の關係が議論され注目を集めている^①。その中でもいわゆる誤振込の事例が刑法学者と民法学者間の論争の対象になっている。従来、民事上誤振込による入金の払戻しについては有効な預金債権が成立するかどうか争いがあったが、最高裁（最判平八・四・二六民集五〇巻五号一二六七頁）^②は、AがX銀行B支店から同銀行C支店のDの普通預金口座に誤って振込を行ったため、Dの債権者EがDの同口座を差し押さえたのに対し、Aが第三者異議の訴えにより強制執行の排除を請求したという事案（図1参照）につき、「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。振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律關係が何ら存在しなかったとしても、振込依頼人は、受取人に対し、同額の不当利得返還請求権を取得し得るとどまり、預金債権の譲渡を妨げる権利を有しない」旨の新判断を示した。これに対し大阪高裁（大阪高判平一〇・三・一八判タ一〇〇二号二九〇頁）^③は、誤振込

による入金の払戻しをしても民法上は有効であるが、誤振込の存在を秘して入金の払戻しを行うことは詐欺罪に該当すると判示した。これは、刑法上の財産犯の判断が民法上の判断とは独立したものであることの一例だとされる。しかし民法上は有効で、預金債権に基づくとされる払い戻し行為を刑法上は詐欺罪とすることは、行為規範の側面からみても明らかに矛盾するものであり疑問がある。同じく誤振込に関する一九九三年のドイツ連邦裁判所判決は、詐欺罪の成立を否定している。以下ではまず大阪高裁判決とドイツの判決を紹介し、特に詐欺行為（欺罔行為）の存否を民法との関係という側面を考慮に入れて比較・検討する。

(図1)

原因関係

振込依頼人(A) ↓ 仕向銀行(B)

← 不当利得返還請求権 ←

受取人(D) ↓ 被仕向銀行(C)

→ 差押 預金債権(いわゆる「棚ぼた式」利益)

債権者(E)

二 大阪高裁判決

以下で紹介する大阪高裁の判決は、被仕向銀行と受取人の間に有効な預金債権が成立するとした最高裁の民事判決後に出された詐欺罪に関する最初の判例であり、民法との関連が述べられている点が注目される。以下、事案(一)、判旨(二)を紹介した後、従来の判例の中での位置づけを検討する(三)。

(一) 事 案

被告人Dの税務申告等の顧問を務める税理士の集金事務代行者A(法人)が、税理士が顧問先から受け取る顧問料等の一括振込先を誤ってD名義のC銀行普通預金口座にしたため、本来右税理士が受けとるべき顧問料報酬金七五万三二円が(B銀行から)⁽⁶⁾被告人名義のC銀行口座に振り込まれ、これを知ったDが、右入金分を含む金額である八八万円をC銀行K支店窓口において払戻請求をし、窓口受付係Eから現金八八万円の交付を受けた、という事案である。

原審の大阪地裁堺支部判平九・一〇・二七(判例集未登載)⁽⁷⁾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、対銀行との関係でみるかぎり、右誤振込みの金額部分にまで及ぶ預金の払戻しを受ける正当な権限は有しないものと解するのが相当である」として詐欺罪の成立を認めた。

これに対し、被告人側から次のような理由で控訴の申立てがなされた。「原判決は、被告人の本件預金の払戻について詐欺罪が成立するとするが、①本件での被欺罔者とされる判示C銀行K支店の窓口受付係Eには、財産上の被害者であるA会社の財産である本件振込金を処分し得る権能も地位もなく、また同社に代わって財産的処分行為をしたわけでもないから、騙取には該当しない、②仮に騙取に該当するとしても、被告人は、本件払戻に際し、誤って振込入金されたものであるとの認識はなかったたのであるから、被告人には詐欺罪は成立しない、したがって、原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認・法令の適用の誤りがある。」即ち、「詐欺罪が成立するためには、被欺

岡者が錯誤によって何らかの財産的処分行為をすることを要するのであり、被欺岡者と財産上の被害者が同一人でない場合には、被欺岡者において被害者のためその財産を処分し得る権能又は地位のあることが必要であると解すべきところ、これを本件についてみると、被欺岡者とされる判示支店の窓口受付係Eには、財産上の被害者であるAの財産である本件振込金を処分し得る権能も地位もなかったのであり、またA社に代わって財産的処分行為をしたわけもないから、被告人が本件振込金を騙取したものとはいえない。」

(二) 判 旨

大阪高判は、次のように述べて本件控訴を棄却した(上告)。「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つて、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(最高裁判平成八年四月二六日判決・民集第五〇巻第五号一二六七頁)、したがつて、誤振込による入金払戻をしても、銀行との間では有効な払戻となり、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、原判決が(争点に対する判断)で説示するとおり、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の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すべきであり、誤振込の存在を秘して入金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

るといふべきである（原判決の説明はやや異なるが、基本的な考えは同旨と思われる。）。

所論は、本件のような誤振込による入金のお戻りにあつて、財産上の被害者は振込依頼人であることを前提に論じているところ、確かに、民事上の法律関係を考えると、前示のように、誤振込であつても有効な入金であり、これに依つてお戻りが行われても有効として扱われるのであり、残るのはお戻りを受けた者と誤つて振込依頼をした者との間での不当利得返還の権利義務関係だけであるということになるのであるが、これは余りにも民事上の関係にとらわれた考え方である。預金名義人を装つて預金のお戻りした場合に、財産上の被害者を預金名義人ではなくお戻りに応じた銀行であるとみる典型的なケースとで別異に解さなくてはならないような事情はなく、本件を端的にみれば、法律上（形式上）預金債権を有する者の請求に応じてお戻りをした銀行が財産上の被害者であると解するのが相当である。」

（三） 従来判例

本件と同様の誤振込の事案については、従来、誤振込による預金について受取人は正当な預金債権を取得しておらず、それにもかかわらず正当なお戻り権限があるかのように装つてこれをお戻りする行為は、銀行に対する詐欺罪（銀行が所有しかつ占有する金銭の騙取）を構成するもの（①札幌地判昭五一・八・二判時八三八号一一二頁、②札幌高判昭五一・一一・一一判タ三四七号三〇〇頁（①の控訴審）と、キャッシュカードによる引き出しの事例であつたため、詐欺罪ではなく窃盗罪の成否が問題となつた③東京高判平六・九・一二判時一五四五号一一三頁、誤記入の事例について④東京地判昭六三・二・二九公判物未登載）と、占有離脱物横領罪の成立を認めるもの（⑤東京地判昭四七・一〇・一九判例集未登載）があつたが、前者が有力であり、学説上も支持されてきた。⁽⁸⁾ まずこれらの判例について検討する。その際、詐欺行為（欺罔行為）および民法的な預金債権の成否に関する記述については特に詳しく紹介する。

① 札幌地判昭五一・八・二（判時八三八号一一二頁）⁹

（事案）T 和水産株式会社札幌営業所の経理係員である被告人Eが、A 会社がH 銀行八戸支店のT 輪水産株式会社の普通預金口座へ振り込むべき商品代金二二八万余円につき、誤ってH 銀行C 店のT 輪水産株式会社を受取人として、Y 銀行B 支店に対して振込依頼をしたため、これがテレタイプにより片仮名で通知され、H 銀行C 支店において、T 和水産株式会社代表者D 名義の普通預金口座への入金取扱いがなされたところ、当時T 和水産株式会社札幌営業所に対してそのような高額の振込みがなされる可能性は全くなかったため、同入金は何らかの誤りであることを認識したが、この際これに乗じて、同入金に相当する金員を編取しようと企て、H 銀行C 支店において、同支店普通預金係員に対し、同入金額については払戻しを請求する権利がないのに、正当な権利に基づく払戻しの請求であるように装い、正当に受領し得る預金残高を超えた二二九万余円についてT 和水産株式会社代表者D 名義の普通預金払戻請求書を作成した上同係員に提出して普通預金の払戻し方を申し入れ、同係員らをして、被告人が請求に係る金員全額につき払戻請求権を有しこれに基づいて預金の払戻しを請求するものと誤信させ、よって、同支店出納係員から普通預金払戻名下に、正当に受領する権利を有する現金四三三三円とともに現金二二八万余円の交付を受けて、これを騙取したという公訴事実で詐欺罪に問われた。

（判旨）札幌地裁は、詐欺罪の成否は預金債権が有効に成立しているかどうかに係っているとした上で、「本件は、振込依頼契約そのものに附着する瑕疵であり、しかも被仕向銀行（ひいては受取人の特定）を誤るといふ法律行為の要素に関する錯誤であるから、振込依頼契約の無効を来たし、預金債権もこの瑕疵を引き継ぐ」可能性があることを指摘した上で、本件の口座名義は「『輪』と『和』」で一字を異にするほか……一方は純然たる会社名義であるのに対し、他方は個人名義と見るべきものか、少なくとも個人名が付加された口座という重要な差異がある。……本件のように

振込人が被仕向銀行に存在すると信じた口座が実際には存在せず、これと類似の名義を持つ口座が存在することもありうるのであるから、受取人と当該口座の同一性について疑いを差しはさむべき重要な差異がある場合には、被仕向銀行としては、軽々にその同一性を認定すべきではない。本件のように口座番号が特定されていない場合には、受取人名と口座名義との同一性のみが振込の正確性を担保する手がかりであり、またテレタイプによる片仮名のみでの通知ではその同一性を誤ることも多いからである。銀行業務の確実性、安全性についての社会的信頼、またいったん事故が起った場合の影響の重大性を考え、また、第一次的には振込人の過失が重大で、銀行の責任は限定されうることを考慮すると、以上のように解したとしても、銀行に対して決して過重な義務を課するものとも、振込制度の円滑を害するものともいえないであろう」として、銀行に確認義務があると認定し、その上で次のように結論する。「本件は、振込人において、右口座に振込みをなす意思を有していなかったのはもちろん客観的にも、本件振込は、そのままでは直ちに右口座に対するものとみることはできない。中央市場支店としては、入金を留保し、受取人と右口座との同一性を確認する手段をとるべきであったと考えられる。結局、本件においては、振込依頼の趣旨にそった振込入金はなされておらず、同支店は、入金すべきでない口座に入金の取扱いをしたものといわなければならない。このような場合、当該口座に対して真実振込みがあつたわけではないから、振込の法律的性質についていかなる見解をとるにかかわらず、右入金について預金が成立することはなく、当該口座の預金者が、右金額について、払戻請求権を取得することもないのである。銀行は、自由に入金記帳を取消することができることも、一般的に認められているところである。従つて、たまたま入金の取扱いがなされているのに乗じ、それが誤りであることを認識しながら、正当な払戻請求であるように装つてその入金額の払戻しを請求する行為は、銀行に対する欺罔行為と評価することができる。けだし、銀行としては、入金記帳が誤りであることを知れば、払戻しに応じることはないからである。」

②札幌高判昭五一・一一・一一（刑月八卷一一・二二号四五三頁）判タ三四七号三〇〇頁）

この①判決に対して、弁護人が「本件振込金について、T和水産株式会社は預金債権は有効に取得している。被告人は本件預金の払戻しを正当に受け得る地位にあり、本件では欺罔行為も錯誤もない。……入金された金員は振込入金がなされた時点で既に被告人の占有に帰しているから、詐欺罪は成立しない」旨主張したところ、「振込人たるA会社が振り込もうとした口座は『T輪水産株式会社』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、その口座に対する振込みはなかつたものと考えるべきであって、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しを正当に受け得る権限は生じない。……本件における欺罔行為については、預金払戻請求書の提出により、銀行係員をして被告人が請求にかかる金員全額につき預金払戻請求権を有するものと誤信せしめた、という積極的欺罔行為と評価することも、誤入金により預金債権の存否について既に錯誤に陥っている銀行係員に対し、事実を告知しないことによつてその誤信状態を継続させた、という不作為による欺罔と評価することも可能である。……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内にあると言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」旨判示して、詐欺罪の成立を認めた。

誤振込の引き出しに関して詐欺罪を認めた以前の判例は、公刊されたものでは本件のみである。本判決の特徴としては①と同じくC—D間に預金債務が成立しないことを前提としている点である。以下では、引き出しが現金自動支払機においてなされたために詐欺罪ではなく窃盗罪が問題となった事例を紹介する。

③ 東京高判平六・九・一二（判時一五四五号一—三頁）⁽¹⁰⁾

被告人Dが、Aからの送金について送金銀行Bの手違い（外国からの送金において円建てとドル建てを誤ったもの）によりC銀行にある自己の普通預金口座に過剰な入金があったことを奇貨として、自己のキャッシュカードを用いて、C銀行支店の現金自動支払機から過剰入金された現金を引き下ろしたという事案において、被告人の行為が窃盗罪にあたることされた事例である。弁護人は、送金を受けた銀行の側に何らのミスもない場合には、被告人は、實際上これを払い戻し、解約し、振替送金する等財産権を主体的に処分し得るから、預金の実質上の管理者で、預金を所持（支配）していたというべきであり、この預金について不正な処分行為をしても、他人の所持を奪ったことにならず、窃盗罪は成立しないと主張した。それに対し、本判決は、預金口座の名義人と銀行との関係は、正当な払戻し権限がある場合であっても、債権債務関係が成立しているだけであって、銀行の現金支払機内の現金については銀行の管理ないし占有に属するものであるから、本件は、銀行の占有を侵害したものととして窃盗罪にあたりと判示した。

この判例は、もし仮に被告人が窓口で引き出していたならば、詐欺罪を認めるものであり、基本的に②の判例の系列に属するものである。但しその論拠については重要な差異が見られる。それは②が預金債権の成立を否定しているのに対し、ここではたとえ正当な払戻し権限がある場合、即ち債権債務関係が成立している場合であっても窃盗罪の成立を肯定している点である。この点は大阪高裁判決の論拠にも繋がるものである。また事案についても送金者（A）ではなく送金銀行（B）のミスがあった点が異なっている。次に誤振込ではなく誤記入が問題になった事例を紹介する。

④ 東京地判昭六三・二・二九（判例集未登載）⁽¹²⁾

被告人Aは、昭和六二年五月二六日、B郵便局で自己名義の郵便貯金通帳を使用して五万円を払い戻したところ、逆に、同金額が同貯金通帳の預り高欄に誤記入されたことを奇貨とし、同郵便貯金の解約・払戻名下に金員を編取し

ようと企て、同日、C郵便局貯金課窓口において、同課係員Dに対し、真実は貯金現在高二〇一四八二円のうち一〇万円については前記のとおり誤記入されたものであるのに、あたかも、同貯金現在高を貯金しているように装い、同通帳を提出して現在高の解約とその払戻しを求め、Dらをして真正正当に預入した貯金の解約・払戻請求であると誤信させ、よって、即時同所において、Dから郵便貯金の解約・払戻名下に前記現在高に利子一六円を付加した現金二〇一五九八円の交付を受けてこれを編取したという公訴事実について、詐欺罪の成立を認めた。

本件は、後述のドイツの判例・学説でも誤振込と区別されている誤記入の事例であることが注目される。この事例の評釈においても「本件は誤振込みの事案ではなく、貯金払戻しの際の郵便局係員の貯金通帳への誤記入の事案であるところ、係員の誤記入によって貯金が成立するはずがないから、詐欺を構成するのは当然であろう」とされ、預金債権が成立しないことが重視されていた点が重要である。

⑤東京地判昭四七・一〇・一九（判例集未登載）⁽¹³⁾

大手建設業者であるH組が、各下請業者に対してコード番号を付し、これによってコンピュータを使用して工事代金の支払業務を行っていたところ、下請業者のA社が工事代金を請求する際誤って他の下請業者（被告人が代表取締役を勤めるD会社）のコード番号を記載したため、H組が誤ってD社の普通預金口座に工事代金を振り込んでしまい、被告人は、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しを受けて着服したという事案について、占有離脱物横領罪を適用した。

これは、大阪高裁の事例と同じく、振込依頼人のミスによる誤入金に係る事例であるが、詐欺罪でなく、占有離脱物横領罪であるとした点が注目される。その理由付けは明らかではないが、預金に対して預金者の占有を認めただ上、誤配達によって占有を取得した物とパラレルに考えて、占有離脱物横領を認めたものと考えられる。学説にはこれを

支持するものもあるが、⁽¹⁴⁾「当該払戻金員については、振込人にとって見れば、誤った振込送金によってその占有を離脱したものと見ることは可能であろうが、他方、被仕向銀行にとつてみれば、これはその所有しかつ占有するものであるから、これを占有離脱物と解するのは相当ではなからう」⁽¹⁵⁾としたり、あるいは預金の占有が認められるのは委託物横領に限定される等の理由からこの結論を否定するものが多数である。⁽¹⁶⁾

以上、誤振込に関連する刑事判例を概観したが、特徴的なのは①②判例において民法上被仕向銀行と受取人の間に預金債務が成立しないということが、詐欺罪成立の論拠とされてきたことである（①は明示的に「逆に、本件預金がなんら瑕疵なく成立しているならば、……その払戻について詐欺罪が成立する余地はないものといわなければならぬ」⁽¹⁷⁾としている）。さらに当時の学説においては、この点是一般に支持されていたのである。ところが前述の最高裁の平成八年民事判決の⁽¹⁸⁾新判断を前提にすると、誤振込であっても受取人である被告人は銀行に対して預金債権を取得し、誤振込による入金⁽¹⁹⁾の払戻しをしても、（振込依頼人との間で不当利得返還の問題は残るが）銀行との間では有効な払戻しとなり、民事上は何ら問題はないことになる。そうであるとすると、従来の前記解釈では詐欺罪が成立しないのではないかとの疑問が生じた。この点について大阪地裁判決では「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つて、対外的法律関係の処理はともかく、少なくとも、対銀行との関係でみるかぎり、右誤振込みの金額部分にまで及ぶ預金の払戻しを受ける正当な権限は有しないものと解するのが相当である」⁽¹⁹⁾とした。しかしこのような構成に対しては詐欺罪を肯定する見解からも「信義則上、対銀行との関係では払戻しを受ける権限がなるとすることは、やや技巧的であるとの感は否めないところであろう」⁽²⁰⁾とか「理論的に若干苦しい」⁽²¹⁾ものであると批判されている。その控訴審である大阪高裁判決は、民事判決との関連の点は、正面からは主張されな

かつたものの、他の所論の前提問題としてこの点に触れ、「民事上は口座名義人と銀行との間では何ら問題は生じないが、刑法上の問題は別であ」り、「銀行実務の状況や、事実上の紛争に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』に該当するといふべきである」旨を判示した。原判決及び本判決とも、民事上は預金債権（払戻しの権限）があるとしても刑法上の問題は別である、との理解を前提にしている点では共通するが、高裁判決は、前記最高裁判決の判断と直接抵触することを回避しようとした上で、銀行実務の実状等を踏まえ、詐欺の成立を認めたものである。これについて学説の反応を見てみると、「有効な預金債権の債権者による銀行に対する財産犯を認める点で、『法秩序の統一性』との矛盾をはらむ⁽²³⁾」との評価がある一方、多数説は、この結論を肯定し、「そうなることでは、民事と刑事の処理が分離することになるが、その点は何等問題はない⁽²⁴⁾」としたり、民法と刑法の視点の違いがあり、民法上預金債権を肯定するのは振込制度の円滑な運用という利益のための例外的な制度に過ぎず、それが刑法にも直ちにあてはまるわけではない等⁽²⁵⁾としている。この点に関する理論的問題については後述する。なお、大阪高裁の判例においては、欺罔行為の内容は「誤振込であることを秘して払戻請求をした」という告知義務違反となり、「正当な権限がないのにあるかのように装って支払請求をした」という従来の構成とは異なる構成をとっている点が注目される⁽²⁶⁾。これはいわゆる挙動による欺罔行為ではなく、不作為による欺罔構成を採ったものとも考えられ、ドイツの判例との対比において重要な意義を持つものである。

三 ドイツ連邦裁判所判決

以上で見えてきたように日本の判例は(⑤)の例外的判例を除き)ほぼ一貫して誤振込の引き出しを詐欺罪で処罰する可能性を肯定してきており、その結論は民事の最高裁判決が被仕向銀行と受取人の間に有効な預金債務が成立するとした後も維持された。これに対してドイツの判例は対照的に誤振込の引き出しについて詐欺罪の成立を否定する見解をとっている。以下ではその代表的な判例である連邦裁判所一九九三年一月一六日判決(BGHSt 39, 392)⁽²⁷⁾について、事案(一)、判旨(二)を紹介した後、従来の判例の中での位置づけを検討する(二)。

(一) 事案

旧東独マグデブルクの有限会社Hの取締役であった被告人Aは、統一直前の一九九〇年六月一三日以来、同地のK銀行に口座を持っていた。そして同年七月一日の通貨同盟の成立によってドイツ・マルクに切り替えられた。このような状況の中でK銀行はまもなく銀行業務を停止することになるので他の銀行に口座を移すことを薦められたAはK銀行の口座を解約し、D銀行に口座を新設し全額をそこへ振込むことにした。そして同年七月七日に書式に記入しK銀行があった建物の窓口に渡した。この時点ではまだ東西両ドイツの利率の差異が残っていたために、金額は記入されていなかった。K銀行は(厳密な日付は確定されなかったが)七月一日までにそれを受領した。ところがAは同月一〇日の午後に突然、現金五〇〇〇〇〇マルクが必要となりK銀行の窓口から引き出した。しかしその現金引き出しはK銀行において銀行員のミスで差引残高リストに記載されなかった。翌一日にD銀行への振込が行われ、五〇〇〇〇〇マルクの引き出しに気づかなかった銀行員によって五五〇〇〇一二、五〇マルクがD銀行のAの口座に振込ま

れた。その後、K銀行ではAによる七月一〇日の現金引き出しが記載されたが、統一前の混乱期であったため他の業務の負担が著しく、誰もそれに気付かず、Aに対して組戻請求等をなさなかった（事態が把握されたのは同年一月になってからであった）。そしてAは七月一九日と二三日に現金の引き出しを行い、同一九日に小切手の振出しを行った。⁽²⁸⁾

(二) 判 旨

この事案について連邦裁判所は、詐欺罪（ドイツ刑法二六三条一項⁽²⁹⁾）の成立を否定した。その中心的な論拠は、欺罔行為が存在しないことである。まず前提としてこの事例が誤記入の事例ではなく、誤振込の事例であること⁽³⁰⁾、民法上、当座契約（Girovertrag⁽³¹⁾）において振込受取人は貸方記入（Gutschrift）によって被仕向銀行に対して支払の法的請求権を取得する（BGHZ 87, 246, 252）ことが述べられ、K銀行を被害者とした詐欺罪が成立しないのは、明示的な表示（ausdrückliche Erklärung）または推断的挙動（schlüssiges Verhalten）による欺罔行為は看取されず、不作為による欺罔行為⁽³²⁾も認められないからであり、それは、K銀行に対して誤振込を告知する法的義務は存在しないためであるとし、次のようにそれを理由付ける。「⁽³³⁾」で出発点となるのは債務が存在し、給付が請求権を越えないということとは給付者の危険領域に属するかどうかの原則である（RGSt 25, 95, 96；OLG Köln JZ 1988, 101 m. Anm. Joerden；Lackner in LK 10. Aufl. § 263 Rdn. 48 m. w. N.；Maab, Betrug verübt durch Schweigen S. 41 f. 108）。過剰給付の受取り後の単なる黙秘（bloßes Schweigen）は、既に存在している錯誤をただ利用したものと同一（als reine Ausnutzung eines bereits vorhandenen Irrtums）原則として可罰的行為とはならず（vgl. BGHR StGB § 263 I Irrtum 6；OLG Karlsruhe Justiz 1978, 173；OLG Köln NJW 1961, 1735 = JR 1961, 433 m. Anm. Schröder）⁽³⁴⁾。可罰的とすべ

のは——刑法一三条の下では——保障人的義務によって個別事例において当該行為者に告知 (Offenbarung) が義務づけられる場合のみであり (OLG Karlsruhe aaO, Schröder JR 1961, 434; Lackner aaO; Ranft Jura 1992, 66, 67) その場合でもあらゆる解明 (Aufklärung) の不作為に刑法的帰結が生じるわけではなく (Maab aaO S. 21 f.)。この『解明危険 (Aufklärungsrisiko)』は、取引行為の社会的通常性 (Sozialüblichkeit des Geschäftsverkehrs) に従って錯誤に陥った被害者が負担する場合もある (Ranft aaO)。必要となるのは、不作為者が他人の財産法的決定の自由に対する特別に基礎付けられた保護義務 (Einstandspflicht) に基づいて「[配慮しなければならない] 地位に置かれていゝる (auf Posten gestellt) となつてゐる (Ranft aaO)。」⁽³⁶⁾

そして保障人的義務の発生根拠毎に、即ち (a) 法律、(b) 契約、(c) 先行行為、(d) 信義則について、以下のような検討を行い、いずれの根拠によつても告知義務は生じないこととする。

「(a) 『結果が発生しないことを法的に保証する』 (刑法第一三条一項) 法律上の義務は存在しない。……」

(b) 相互的法律行為から生じる契約上の義務から直ちに保障人的義務が基礎付けられるわけではなく (Ranft Jura 1992, 66, 67 n. w. N.; 異論として Maurach/Schreder/Maiwald, Strafrecht BT Teilband 1, 7. Aufl. § 41 Rdn. 51 ff.)。当座口座 (Girokonto) の保持は、原則として銀行に対する単なる契約関係を越えた信頼関係 (Vertrauensbeziehung) を基礎付するものではない (OLG Köln NJW 1961, 1735; 1736 n. Ann. Schröder JR 1961, 434 f.; LG Bremen JZ 1967, 370, 371; Joecks JA 1979, 390, 391)。

私的自治 (Privatautonomie) の枠内にあっては、明示的合意 (ausdrückliche Vereinbarung) によつて——一般的な契約関係を越えて——刑法的にも重要性を持つ契約の相手方の保障人的地位を伴う特別の信頼関係を創設する契約関係を形成するものが得られる (Maab aaO S. 94)。⁽³⁷⁾ 当座契約 (Girovertrag) の枠内における通常の交互計算関係 (Konto-

Korrentverhältnis) もそれに含まれる (Maab aO S. 125, 127) 通常の給付交換関係 (Leistungsaustauschverhältnis) においては受給者は給付者に対して過剰支払 (Zuvielzahlung) を告知する必要はないとされる (vgl. RGSt. 25, 95, 96; Lackner in LK 10. Aufl. § 263 Rdn. 48) 一方、長年の取引パートナー関係 (Geschäftspartnerschaft) の枠内での相互信頼に基づいて、一定の期限までに……決算 (Abrechnung) による確認が行われ、その際に沈黙した場合には承認したものともみなされるといふという交互計算型の取引清算 (kontokorrentartige Geschäftsbwicklung) に合意した場合には、異なった判断がなされる (Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip S. 81; Maab aO; 継続的取引関係 (Geschäftsverbindung) の枠内における商品と給付の相互交換に関しては vgl. BGH wistra 1988, 262, 263)。しかしたとえ相手方の利益のための確認が合意されている場合であっても、——刑法的にも重要な——解明義務は例外的にしか認められない (Maab aO S. 127)。……いずれにせよ被告人ならびに被告人によって代理される日有限会社とK銀行の間にそのような、相手方の財産的利益の保護をも含む特別な信頼関係が成立しており、継続していたということは看取されない。……

(c) 事実的な危険状況の惹起からは、いずれにせよ本件では結果回避義務は生じない。被告人は、確かに振込委任において振り込まれるべき金額を記入していなかったこと及び五〇〇〇〇〇マルクの引き出しによって銀行における過誤の成立につき原因的 (ursächlich) に関与している。しかし被告人は、全体状況によれば (nach den Gesamtumständen) それによって危険状態が発生するということを計算にいれる必要はなかった。むしろ被告人は、清算が通常通り行われ、それに対応して——引き出された五〇〇〇〇〇マルクを差し引いた——残りの金額のみがその新しい口座に振り込まれることを信頼することが許されていたのである。

(d) 最後に被告人の解明義務は一般的信義則 (民法二四二条)⁽³⁷⁾ から導き出されえない。その種の解明義務の根拠

付けは、当初、比較的広くこれを認めようとした (vgl. RGSt 66, 58; 69, 284; 70, 151, 155 und 225, 227; BGHSt 6, 198; 今なお民事判例はこれを広く認めてくる: BGH NJW 1987, 185)。しかし最近連邦裁判所は (wistra 1988, 262, 263) 、『これをかなり制限した。この中でも基本的な前提となるのは、特別の信頼関係による (BGH aO m. w. N.)。従って小切手提示の後の過剰支払の受取人における保障人的義務を否定し (OLG Düsseldorf NJW 1969, 623 m. Anm. Deubner) 、『年金受領権限者の死後の年金給付の受領者の保障人的義務をも否定した (OLG Köln NJW 1979, 278)。判例では『間人間的領域における特別の関係 (besondere Umstände im zwischenmenschlichen Bereich)』が必要とされ (OLG Düsseldorf NJW 1987, 853, 854; OLG Frankfurt NJW 1971, 527 m. Anm. Böhm S. 1143; OLG Köln NJW 1980, 2366, 2367; 1984, 1979, 1980; JZ 1988, 101, 102 m. Anm. Joerden) 、『その際、同様の事例における銀行の保護の必要性を否定した (vgl. 既に OLG Köln NJW 1961, 1735, 1736 m. Anm. Schröder JR 1961, 434)。これに二重支払の事例においても銀行に対する刑法的に重要な解明義務は否定されたのである (LG Bremen JZ 1967, 370, 371 m. Anm. Naucke) 』⁽⁸⁸⁾

そして詐欺罪に関する論点の一つである損害額の問題については、次のように述べて、損害額の大きさは詐欺罪の成否とは無関係であるとする。『……損害の大きさは、それ自体、告知義務を基礎付けなく (OLG Köln NJW 1980, 2366, 2367 m. Bespr. Volk Jus 1981, 880; Maab aO S. 147f.; 異なる見解を採る判例として OLG Hamburg NJW 1969, 335, 336)。なぜなら、『損害とシッパクター (Schadenfaktor)』 (Eser, Strafrecht IV S. 128) 45、ハルペ判断されるべき法的関係の性質に影響を及ぼさないからである。即ち、他人の自己侵害へと導く事実の黙秘という点の当罰性は、損害が大きいか小さいかに影響されないのである (Maab aO S. 148)。保障人的義務の限界を損害の大きさによって定めることは、基本法一〇三条二項の明確性の要請 (Bestimmtheitsfordermis) から見ても問題がある

う (vgl. OLG Köln NJW 1980, 2366, 2367)。⁽³⁹⁾

また背任罪 (ドイツ刑法二六六条一項)⁽⁴⁰⁾も、被告人によって代理された日有限会社への不利益が存在しないので成立しないとしている。

(二) 従来判例

ドイツにおける判例・通説は、事例を誤記入 (または誤記帳) (Fehlbuchung) と誤振込 (Fehlüberweisung) に分類してきた (上述の連邦裁判所判例もこの区別を踏襲している)⁽⁴¹⁾。前者、即ち、誤記入については原因となる振込がないのに誤記入された場合、挙動による欺罔行為を認め、詐欺罪の成立を肯定してきた。⁽⁴²⁾そしてその根拠としては、この場合に一定の給付を強く求める (einfordern) 者は、たとえ対応する給付に対して明示的な関連付けがなかったとしても、黙示的にその請求権の存在を表現しているとされてきたのである。学説の中には、通常この場合には黙示的ではなく明示的欺罔⁽⁴³⁾が認められるとするものもある。即ち、この場合における払戻用紙 (Auszahlungsguttung) への記入及びその提示は、「私の預金から払い戻してくれ」という形で (実際には存在しない) 預金及びその請求権の存在が意思表示されているとするのである。⁽⁴⁴⁾これに対して後者の誤振込の場合には、受取人には預金及びそれに基づく請求権が存在するのであり、たとえ誤振込であるということを黙秘して引き出したとしても、それは不作為であり、⁽⁴⁵⁾銀行との間に特別の信頼関係は通常存在しないので、告知義務を導く保障人的地位に受取人は立たないとされ、不作為による欺罔行為が存在しないことを根拠にして詐欺罪の成立を否定してきた。⁽⁴⁶⁾即ちここには帝国裁判所以来認められてきた「既に錯誤に陥っている者による給付の単なる受け取り」は欺罔ではないという原則が適用されるのである。⁽⁴⁸⁾このことを前提とした次の連邦裁判所判決では、詐欺罪については論じられていない。

① 連邦裁判所一九七四年二月二日判決 (BGH bei Dallinger MDR 1975, 22)

被告人が、第三者によって誤振込された八八五、七五マルクを、誤振込であることを知りつつ引き出し、自らのために費消したという事例について、横領での可罰性を否定し、同時に、その行為はいかなる観点においても、とりわけ刑法二六六条の背任罪では処罰されないとされていた。

次に下級審の判決においては、詐欺罪の成否が論点とされていたが、結論的に誤振込について欺罔行為を肯定するものはなかった。以下これらの判例を概観する。

② ケルン上級地方裁判所一九七八年一月一日判決 (OLG Köln NJW 1979, 278)⁽⁵⁴⁾

被告人は、年金受給者であった叔母の代理人としてその貯蓄銀行口座に保険機関から保険金の振込が行われていたが、叔母が死亡した後も、保険機関がその死亡を認識しなかったために口座に振り込まれてきた五三七一二マルクを引き出し、その内三〇三四マルクを費消したという事例について、死亡の告知義務は、第三者については法律からも信義則からも導き出されず、刑法二六三条の欺罔行為が存在しないので、詐欺罪は成立しないとされ、一定の場合には刑法二六六条の背任罪が成立しうるとしたが、その可能性の指摘にとどめられた。⁽⁵⁵⁾

③ シュツットガルト上級地方裁判所一九七九年一月一九日判決 (OLG Stuttgart JR 1979, 471)⁽⁵¹⁾

払込者が口座番号の四七三三に振り込むつもりであったのに誤って被告人の妻の口座番号四三七七の口座に六二〇〇マルクを振り込こんだために、総計一二九五〇〇マルクの預金が入入されているのを代理人として確認した被告人は、それが銀行員の記入のミスによってもともとあった預金が増額されているものと考えたが、それを告知せずその殆どを数回にわたって引き出して、費消したという事例について、被告人は、誤振込の事例を銀行員の誤記入の事例と錯誤して行爲したもので、客観的には欺罔行為は存在しないが主観的には欺罔行為だと思つて行爲したといえ

るので詐欺の未遂が成立するとした。そしてこの結論は①の連邦裁判所の判決とは矛盾しないとされた。

④ ハム上級地方裁判所一九七九年二月二二日 (OLG Hamn, MDR 1979, 692)

被告人は、年金受給者であった父親が死亡した後、連邦保険機関からその死亡を認識しなかったために、毎月、郵便振替口座に振り込まれてきた金額を引き出し、それを費消したという事例について、②のケルン上級地裁判決を引用し、⁽⁵²⁾死亡の告知義務は、法律からも信義則からも導き出されず、刑法二六三条の欺罔行為が存在しないので、詐欺罪は成立しないとされた。

以上で確認されたように判例では、連邦裁判所判決においても、下級審判決においても、誤振込については不作為による欺罔行為が存在しないために詐欺罪が成立しないという通説と同じ見解が採られている。結論的に詐欺の未遂を認めた③の判例は、被告人は主観的には誤記入の事例だと錯誤していた事例であって不能犯も原則的に可罰的であるドイツ刑法の規定に従って未遂とされたもので、理論的には誤振込の事例において欺罔行為の存在を否定する他の判例と同じ立場を採るものなのである。

さらにこれらの判例で重要なことはいずれも保障人的義務を否定していることである。その理由については一九九三年連邦裁判所判決の理由付けが非常に説得的であるが、⁽⁵⁴⁾特に信義則から保障人的義務を導くのに非常に制限的な立場を採っていることである。⁽⁵⁵⁾この点でわが国の判例においては、詐欺罪において比較的広く信義則から告知義務を認め、不作為による欺罔行為という構成によって詐欺罪の成立を肯定する傾向があるといえよう。⁽⁵⁶⁾

四 民法との関連

このようにドイツにおける判例・学説においては誤振込の場合に被仕向銀行と受取人の預金債権が成立し、受取人

は請求権を持つことが当然の前提とされている。これは最高裁平成八年民事判決と共通したものであるが、日本ではこの民法的な前提についても異論があり⁽⁵⁷⁾、そこから刑法学者においてもその射程を限定的なものと解そうとするものが見られる。例えば西田教授は、「この判決は、誤振込に係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り、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と解すべきであろう⁽⁵⁸⁾」とされる。しかしながら民法学においては、この判例の射程をそのように限定することには批判的なものが多くなってきたように思える。そこで平成八年判決を支持する民法学説の論拠を検討してみたい。まず以前の学説や下級審判例においてかなり有力に主張されていた被仕向銀行(C)・受取人(D)間に預金債務が成立しないという見解は、最近の分析によれば、誤振込をした振込依頼人(A)の仕向銀行(B)に対する意思表示(振込委託契約)の錯誤無効に着目して、そこからDの預金債権を否定する①「錯誤アプローチ」と、CとDの預金契約の解釈からDの預金債権を否定する②「契約解釈アプローチ」のいずれかから、いわゆる原因関係必要説を導くという理論構成をとっていた。しかしその背後にある実質的な考慮は、Dや、特に平成八年判決の事案のようにDに債権者(E)がいてそのEがDの預金を差し押さえた場合等についてEにいわゆる「棚ばた式」利益が生じるのは、妥当ではなく、むしろAの利益の方を優先させる必要があるのではないかということであった。この点については、刑法学者からも同様の指摘があるところである。しかしながら、それにもかかわらず最高裁が原因関係必要説を採らなかつた背景には、「振込契約のメカニズム」や「振込取引の実態」からみて原因行為が後の関係にまで影響を及ぼすとする振込の「流動性」が害されるという考慮によると思われる⁽⁶¹⁾。一方でいわゆる物権的価値返還請求権⁽⁶²⁾を認め、「振込取引は、いわば使者として金融機関が依頼人の金銭を預かって受取人に引き渡し、次いで受取人がその金銭を金融機関に預け入れるという一連の行為を簡略化したにすぎない⁽⁶³⁾」ものであるとか、あるいは被仕向銀行(C)に対する預金債権は確かに成

立するがそれは受取人(D)ではなく、振込依頼人(A)が持つものである等とする新しい反対説も主張されているが、⁽⁶⁵⁾本判決以降、民法学説においても預金債権が成立するという見解が次第に有力化しているように思われる。⁽⁶⁶⁾これに対して大阪高裁はまず①「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」があることと②「払戻に応じた場合、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の紛争に事実上巻き込まれるおそれがあること」等の事情に照らすと、「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」とする。しかし①については「約款上は、銀行自体の誤発信および誤記帳の場合において、受取人の承諾なしに入金を取り消し得るといふ規定があるだけで、振込依頼人の誤発信の場合当然に組み戻しができるといふ規定は存在しない」のであって受取人の同意が必要であるといふことは、むしろ組み戻しが当然にはできないことを意味しているし、⁽⁶⁷⁾②についても「それが銀行にとって重要なことなのか、言い換えれば、誤振込の金銭は返還したいと銀行が思っているのかといえ、そうではな」く、例えばCがDに債権を持っていてDが支払不能状態にある場合などは銀行は相殺しようと考えてであろうとされる。⁽⁶⁸⁾逆にそのような場合に被仕向銀行は誤振込であるかどうかという判断リスクを負うことになるのではないかという問題⁽⁶⁹⁾も生じてくるように思える。従って、最高裁平成八年判決の射程が刑法の問題には及ばないと構成することは、困難であるように思われる。⁽⁷⁰⁾

五 結 論

私見によれば、大阪高裁の事案においては、詐欺罪は成立しない。以下、詐欺罪の成立を否定する論拠を示す。前

提問題として、受取人に欺罔行為（詐欺行為）があるとすれば、それは挙動による欺罔行為なのかそれとも不作為による欺罔行為なのかという問題がある。これは特にドイツの判例・通説のように誤記入事例の場合には挙動による欺罔行為を認めるが、誤振込の事例においては不作為が問題となり、通常の場合には保障人的作為義務が認められないので詐欺罪が成立しないという見解を採った場合に重要となる。私見では、ドイツにおける少数説と同様に誤記入の場合においても不作為とみる可能性を留保しつつ、少なくともドイツの判例・学説がこの点については一致して認めよう、誤振込の場合については不作為犯とみるべきであると考えられる。この点は、前述のように大阪高裁判決においても前提とされているように思える。そうだとすると、保障人的義務として、受取人に告知義務が存在するかどうかが決定的な論点となる。それを大阪地裁は信義則から、また大阪高裁は「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の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」という理由で肯定する。しかし両者ともに疑問である。まずドイツ連邦裁判所判決においても述べられているように、そもそも信義則という内容の不明確な一般条項から刑法上の保障人的義務を導き出すことは、罪刑法定主義の観点からも問題であると言わざるを得ない。次に大阪高裁の理由付けについても、組み戻しについては民法との関係で論じたように、それはあくまで受取人の同意が前提となるものであり、また事実上の紛争に巻き込まれる可能性があるような場合にそれに関連することを隠していたならばすべて欺罔行為になるとすれば、欺罔行為の範囲は際限なく広がってしまうことになるので首肯することはできない。⁽¹⁾ 私見では、受取人は被

仕向銀行側が既に陥っている誤振込であるということに関する錯誤を利用したにすぎず、それを強化も維持もしていないということができるので挙動による欺罔行為はひとめられず、またその場合に保障人的告知義務も認められないので、それを詐欺罪として処罰することはできないと考えられる。問題となるのは、この場合でも被告人は作為によって預金を引き出しているので挙動による欺罔行為が認められるのではないかという点であるが、これに関しては最近 Jakobs によって特に強調されているように自然主義的な作為・不作為の区別は必ずしも重要ではないとも考えられよう。⁽⁷²⁾ たとえば交通事故の原因が運転者がブレーキを踏まなかった(不作為)か、アクセルを踏んでいた(作為)のかは重要ではない。またレスピレーターのスイッチを切る行為のように「作為による不作為」とされる場合や、作為犯についても「義務犯」と呼ばれる類型が存在する。詐欺罪との関係では既に一九八一年に、VON が挙動による欺罔か不作為による欺罔かの区別は二次的であり、「明示の欺罔か解明義務違反による欺罔か」が重要で、後者の場合、作為でも不作為でも同様に実現される一種の義務犯と捉えることができる⁽⁷³⁾ としていたことが注目される。⁽⁷⁴⁾ したがって、このような構成を認めれば作為の欺罔行為であるとしても、やはり告知義務の有無が決定的となる場合がありうるのである。この点についてはさらなる検討が必要であろうが、いずれにせよ本事例においては、預金債権が成立している以上、ドイツの連邦裁判所においても詳細に検討されているように告知義務は否定されるものと考えられよう。

以上、私見によれば、そもそも被告人の預金引出行為は、欺罔行為(詐欺行為)といえないので詐欺罪は成立しない。なお仮に欺罔行為が認められ、一項詐欺と構成とした場合にも、被仕向銀行は本当に被害者といえるかという問題がある。この点に関して、大阪高裁は「預金名義人を装って預金の払戻をした場合に、財産上の被害者を預金名義人ではなく払戻に応じた銀行であるとみる典型的なケースとで別異に解さなくてはならないような事情はなく、本件を端的にみれば、法律上(形式上)預金債権を有する者の請求に依じて払戻をした銀行が財産上の被害者であると

解するのが相当である」としている。しかし最近の有力説は「詐欺罪が財産犯である以上、やはり実質的な財産上の損害という要件が必要である」⁽⁷⁶⁾とし、例えば自己名義のクレジットカードの不正使用の場合、一項詐欺説を、加盟店は「立替払いによつて損失を被らない以上被害者といいうるかという点で疑問が残る」と批判している。そうだとすると本件についても、被仕向銀行は、民事裁判によれば免責されるのであるから財産上の被害があるといえないのではないかとの疑問が残るのである。

このように本件について詐欺罪が成立するとした大阪高裁判決は、民法との関係の点でも、また告知義務違反の欺罔行為（詐欺行為）といえるかという点からみても疑問がある。詐欺罪が否定されるとしても、日本の前述⑤判例がいうように、占有離脱物横領罪の方は成立するのであろうか。たしかに誤つて配達されてきた物の領得を占有離脱物横領とする判例の立場から見れば、それとパラレルになるようにも見える。この点に関しては上述のように従来の議論においては、預金者に預金の占有があるかどうか議論されてきた。しかしその前提として、その金銭の所有権が誰にあるかという問題が検討されるべきだと思われる。一般に銀行預金は、受寄者が受寄物を消費することができ、これと同種・同等・同量の物を返還すればよい民法六六六条の消費寄託（不規則寄託）であるとされ、寄託者は特定の寄託物の所有権を維持しなくなるとされる。もし被仕向銀行に既に所有権があるならば、それを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ので占有離脱物横領を認めることは困難であるように思える。従つて占有離脱物横領を認めるとするならば、それは（価値所有権に基づく）物権的価値返還請求権という概念を認め、依頼人に残ると考えた場合⁽⁷⁷⁾には、占有離脱物横領の成立する可能性も出てこよう⁽⁷⁸⁾。しかし、上述のように、この場合に振込の流動性を重視する民法上の多数説からは物権的価値返還請求権という考え方が認められないので、占有離脱物横領罪の成立する余地もなくなることにならう。

以上、結論的にいえば、大阪高裁の事案においては、詐欺罪も、占有離脱物横領罪も成立せず、被告人は無罪である。⁽⁸⁰⁾従って、これを民法と刑法の判断の相違する事例と位置付けることは妥当ではないと考える。なお民法上預金債権が成立しない誤記入の場合についてもドイツでは見解が分かれているが、これについては別稿で検討を予定している。

(1) 特に道垣内弘人・佐伯仁志「対談・民法と刑法」(全一六回) 法学教室二二三号—二三八号(一九九九年—二〇〇〇年)及び中田裕康・西田典之・道垣内弘人・佐伯仁志「特別対談・民法と刑法」法学教室二四一号—二四三号(二〇〇〇年)が興味深い論点を網羅的に扱っている。この問題を扱った古典的な著書として藤木英雄・経済取引と犯罪(一九六五年)および林幹人・財産犯の保護法益(一九八四年)がある。私もこれまでに拙稿「刑法二六〇条の『他人ノ』建造物の意義——最三小決昭和六一年七月一八日の評価をめぐって」警察研究五九卷一号(一九八九年)三九頁及び同「親族相盗例の人的適用範囲」奈良法学会雑誌九卷三・四号(一九九七年)一七二頁等で財産犯と民法の関係について若干の検討を行った。

(2) 誤振込をめぐる刑事上の問題については、高橋省吾・大コンメンタール一〇卷(一九九〇年)九〇頁以下、大谷實「キャッシュ・カードの不正使用と財産罪」判タ五五〇号(一九八五年)八四頁、原田国男「誤って振り込まれた預金の払戻しと占有離脱物横領罪」研修三三七号(一九七六年)六九頁、本江威憲編・民商事と交錯する経済犯罪II(一九九五年)三〇二頁以下、松宮孝明「過剰入金と財産犯」立命館法学二四九号(一九九六年)四〇四頁、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」研修五九九号(一九九八年)一〇七頁等を参照されたい。

(3) この判例には非常に数多くの判例評釈がある(それらは森田宏樹「振込取引の法的構造——『誤振込』事例の再検討——」中田裕康・道垣内弘人編・金融取引と民法法理(二〇〇〇年)一—三頁以下注(1)に列挙されている)が、特に岩原紳作・金融法務事情一四六〇号(一九九六年)一一頁、中田裕康・法教一九四号(一九九六年)一三〇頁、花本広志・法セ五〇二号(一九九六年)八八頁、道垣内弘人・手形小切手判例百選(第五版・一九九七年)二二〇頁、前田達明・判評四五六号(一九九七年)野村豊弘・法教一九八号別冊判例セレクト96(一九九七年)二四頁、松岡久和・平成八年重判(ジュリ一一一三三号・一九九七年)七三頁が本稿との関連では重要と思われる。

- (4) 本件の判例評釈として西田典之・法教三二二号別冊判例セレクト'98(一九九九年)三〇頁、三浦守・警論五一卷一一号(一九九九年)一九三頁以下がある。
- (5) BGHSt. 39, 392.
- (6) 判例タイムズ誌上に掲載された判決文中には何銀行から振り込まれたのかは明示されていない。
- (7) この判決文の一部は渡辺・前掲注(2)一一五頁、判タ一〇〇二号二九〇頁等で引用されている。
- (8) 高橋省吾・前掲注(2)九〇頁、原田国男・前掲注(2)六九頁等。これに対して後者を支持するものとして大谷實・前掲注(2)八四頁、林幹人・刑法各論(一九九九年)一七九頁。
- (9) 本件の評釈として寺西輝泰・捜査研究三〇二号(一九七六年)三七頁がある。
- (10) 本件の評釈として大谷晃大・研修五七三号(一九九六年)二五頁、木村光江・都法三七卷一号(一九九六年)三二三頁、野口元郎・研修五八六号(一九九七年)六一頁、前田雅英・最新重要判例50刑法(第三版・二〇〇〇年)一五四頁がある。
- (11) 一般に、預金払戻し用のキャッシュカードあるいはキャッシング機能のあるクレジットカードを、正当な使用権限がないのに、正当な権限者同様に用いて現金自動支払機から現金を引き出す行為は、行為者の欺罔により被害者の誤信による現金の交付があったものではなく、行為者が、現金自動支払機の管理者の意思に反し、その支配を排除して現金を自己の支配下に移したものであるから窃盗罪に該当するとされている(東京高判昭五五・三・三刑裁月報二二卷三三〇六七頁)。しかしこの点についても問題がある。この点については松宮・前掲注(2)四一五頁以下を参照。
- (12) 本江編・前掲書注(2)三〇六頁による。評釈も同所による。
- (13) 原田・前掲注六九頁以下による。
- (14) 大谷實・前掲注(2)八四頁、林・前掲書注(8)一七九頁。なお三ツ木健益「やさしい刑事法」32「警察時報三二卷(一九七六年)七号九七頁以下は、当座預金口座の場合は、占有離脱物横領罪が、普通預金口座の場合は詐欺罪が成立するとする。
- (15) 本江編・前掲書注(2)三〇四頁。
- (16) 西田典之・刑法各論(一九九九年)二二七頁。
- (17) 判時八三八号一一三頁(四段目)。
- (18) 最二小判平八・四・二六民集五〇卷五号一二六七頁

- (19) 判タ一〇〇二号二九一頁。
- (20) 判例タイムズの解説、判タ一〇〇二号二九〇頁。
- (21) 前田雅英・前掲書注(10)四〇頁。
- (22) この内容の検討については後述する。
- (23) 松宮孝明・本田稔「判例回顧と展望・刑法」判時七二巻六号(二〇〇〇年)四〇頁。
- (24) 前田雅英・前掲書注(10)一七三頁。ここでは法領域の相対性の例として金銭の所有権の問題が挙げられている。なお同・刑法各論講義(第三版・一九九九年)二二八頁では大阪高裁判決を引用しているが、詐欺罪成立の理由付けとしてはなお「誤って振り込まれただけでは預金が成立せず、行為者に払い戻し請求権がないのがあるように装って引き出す行為が詐欺行為になる」としていた。
- (25) 法教二四一号五一頁の西田発言。なお同五二頁の佐伯発言は、「受取人については、大阪高裁の理屈、つまり、事実上すぐ引き出すことができないでしょう、というところがギリギリかなと思う……刑法学者としては、無罪でいいと言いくらいとする。
- (26) この点は判例タイムズの解説によっても指摘されている(判タ一〇〇二号二九〇頁)
- (27) 本件の評釈として *Joerden JZ* 1994, 422; *Nauke*, Ausnutzen einer Fehlbuchung kein Betrug durch Unterlassen, *NJW* 1994, 2809 か、解説として *Th. Schmidt Jus* 1994, 804; *Gebbert, JK* 94, StGB § 263/40 かも。なお本件は *Maurach/Schröder/Maunold, Strafrecht BT Teilband 1*, 8. Aufl. 1995, S. 437 (§ 41 II Rn. 42) を初めとして数多くの教科書類にもっとも基本判例として引用されている。
- (28) BGHSt. 39, 393f.
- (29) 同条一項は「自己又は第三者に違法な財産的利益を生ぜしめる目的をもって、虚偽の事実を本当だと見せかけること (Vorspiegelung) 又は真実の歪曲或は隠蔽によって錯誤を引き起こし又は維持することにより他人の財産に損害を与えた者は五年以下の自由刑又は罰金刑に処す。」と規定する。
- (30) BGHSt. 39, 395.
- (31) この契約は、ドイツ民法六七五条の有償事務処理契約であるとされていた(同条については *Plandt/Sprau, Bürgerliches*

- (Gesetzbuch, 58. Aufl. 1999, §675 Rn. 8 を参照)。若原紳作「振込取引と法」法協二一七巻二号(二〇〇〇年)七八頁は、同条は委任に関する規定が殆ど準用されているため、実際上は、委任として扱っているに近かったとする。なお一九九九年七月一日の振込法(Überweisungsgesetz, BGBl. I S. 1642)により民法六七六条以下に「振込契約(Überweisungsvertrag)」の規定が新設され、いわゆるマネー・ネットワーク・システムの制度が導入され(若原・前掲六八頁参照)、委任ではなく請負契約構成が採られるようになった(若原・前掲八〇頁参照)。この新规定については Plandt/Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl. 2001, vor §§ 676a-g, §§ 676a-g; Koch/Klamm, Das neue Überweisungsgesetz, NJW 1999, 2776 及び若原・前掲八一頁以下を参照。
- (32) ドイツにおける誤振込の民法上の問題については、判決による引用がほとんど *Mischel, Fehlerhafte Banküberweisung und Bereicherungsausgleich*, Jus 1972, 297 を参考とする。
- (33) BGHSt. 39, 396.
- (34) この挙動による欺罔又は推断的欺罔(konkludente Täuschung)の理論については、LK-Lacener, 10. Aufl. 1979 §263 Rn. 28 ff. を参照。
- (35) ドイツ刑法学では不作為による欺罔を否定する見解(*Grimmold*, Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, H. Mayer-FS, 1966, S. 281, 291; *Nauche*, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964, S. 166 ff, 214; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip, 1972, S. 72)もあるが、通説は存在を肯定している(*Ramf*, Grundprobleme des Betrugstatbestandes, Jura 1992, 67)。Vgl. *Maab*, Betrug verübt durch Schweigen, 1982; *ders.*, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen beim Betrug, GA 1984, 264; *Paulik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 106 ff.
- (36) BGHSt. 39, 398.
- (37) ドイツ民法二四二条は、「債務者は、誠実及び信義(Treu und Glauben)が社会倫理(Verkehrssitte)への配慮を要する場合には給付をなす義務を負う。」と規定する。
- (38) BGHSt. 39, 398 ff.
- (39) BGHSt. 39, 401.
- (40) ドイツ刑法二六六条一項は「法律、官庁の委任若しくは法律行為によって認められた他人の財産を処分し若しくは他人を義

務づける権限を濫用し、又は法律、官庁の委任、法律行為若しくは信任関係 (Treueverhältnis) によつて義務づけられた他人の財産的利益を管理する義務を侵害し、それによつて自己がその財産的利益の保護すべき (betreuen) 者に不利益を与えた者は、五年以下の自由刑又は罰金刑に処する。」と規定する。

- (41) BGHSt. 39, 395; *Rengier*, Strafrecht BT I, 4, Aufl. 2000, S. 160 (§13 Rn. 8).
- (42) OLG Köln NJW 1961, 1735 m. Anm. *Schröder* JR 1961, 434; LG Bremen JZ 1967, 370 m. Anm. *Naucke*; OLG Karlsruhe Justiz 1978, 173; OLG Celle StV 1994, 188 m. Anm. *Schnoller*.
- (43) LK-Lackner, 10. Aufl. 1979 §263 Rn. 23.
- (44) *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, 23. Auflage, 2000, S. 203 (Rn. 498); LK-Lackner, 10. Aufl. 1979 §263 Rn. 48.
- (45) LK-Lackner, 10. Aufl. 1979 §263 Rn. 48.
- (46) *Trendel/Frischer*, StGB 49. Aufl. 1999, §263 Rn. 7, 13; Schönke/Schröder/Cramer, Strafgesetzbuch, 25. Aufl. 1997, §263 Rn. 22.
- (47) RGSt. 25, 95; 46 414.
- (48) LK-Lackner, 10. Aufl. 1979 §263 Rn. 48. 49. 50 SK-Samson/Günther, 5. Aufl. 1996 §263 Rn. 46 47 「契約上の危険分配」からの結論を導いたことである。
- (49) 本件の評釈として *Kühl* JA 1979, 682
- (50) なおこの事例については民事裁判も提起され、これについては連邦裁判所の判決 (BGH NJW 1979, 763) が出されている。
- (51) 本件の評釈として *B. Müller* JR 1979, 472 及び *Joacks* JA 1979, 390.
- (52) NJW 1979, 248 と引用されているが、これは誤植を正しては NJW 1979, 278 である。
- (53) ドイツ刑法二三条三項は、行為者が著し、無分別から (aus grobem Unverständnis) 客体・手段の不能を認識しなかった場合に限り、刑の免除・軽減を認めている。
- (54) 学説におけるこのような制限的傾向は支持を得るべきであると認められる。Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, 前掲書注(47) S. 206 (Rn. 506); Lackner/*Kühl*, StGB 23. Aufl. 1999, §263 Rn. 14; *Krey*, Strafrecht BT Bd. 2 Vermögensdelikte, 12. Aufl. 1999, S. 193 (Rn. 353).

- (55) *Sehmann, Grundfälle zu den Eigentums- und Vermögensdelikten*, 1988, S. 63; *Kamberger, Treu und Glauben* (§242 BGB) als Garantstellung im Strafrecht? 1996, S. 157, 266 等は「このような保障人的地位を肯定する」とは罪刑法定主義の観点から違憲の疑いがあるとする。
- (56) 例えば、大正一三・一一・二八法律新聞二三八二号一六頁は、真実を告知したならば、到底その信用を得て取引をすることができない事情を了知しているにかかわらず、これを沈黙して告げないのは、信義誠実を旨とする取引通念上の告知義務に違反し、詐欺罪の欺罔行為となるとする。同様に信義誠実を旨とした取引上存在する法律上の告知義務を認めた判例として、大判昭和四・三・七刑集八巻一〇七頁、東京高判昭和三一・一・一六高等裁判所刑事裁判特報三巻一・二号一二頁判タ五六号七六頁、東京高判昭和三一・一二・一九判タ六七号八〇頁、東京高等裁判所(刑事)判決時報七巻一二号四八二頁、東京高判昭和三五年三月九日東京高等裁判所(刑事)判決時報一巻三三六〇頁等がある。なお東京高判平成一年三月一四日判タ七〇〇号二六六頁、東京高等裁判所(刑事)判決時報四〇巻一、四号一一頁は「およそ、売買の目的である土地が、いかなる法的規制を受けるかは、その利用方法に直接影響を与え、価格にも当然影響するから、信義則上、売り主において、買手にこれを告知すべき法律上の義務があり、その秘匿、不告知がときに詐欺罪における欺罔行為にあたる場合がありうる」としたが、国立公園内の土地の売主が、当該土地に対する法的規制の有無・内容等を逐一告げなくても、その概要を告げ相手方においてこれを調査する機会が与えられていれば、詐欺罪における欺罔行為に当たるとすることはできないとした。
- (57) これらの異論を検討したものととして森田・前掲注(3)一二三頁以下が特に参考になる。
- (58) 西田典之・前掲書注(16)二一八頁。
- (59) 鹿兒島地判平元・一一・二七判タ七一八号一二四頁、名古屋高判昭五一・一・二八判タ三三七号二六〇頁。
- (60) 森田・前掲注(3)一二三頁以下。
- (61) 森田・前掲注(3)一二三頁以下。
- (62) この概念については四宮和夫「物権的価値返還請求権について」四宮和夫民法論集(一九九〇年)一二三頁以下を参照。
- (63) 花本・前掲注(3)八九頁。
- (64) 前田達明・前掲注(3)三〇頁以下。
- (65) このような見解に対して森田・前掲注(3)一八三頁は「振込依頼人に物権的権利を認めるのは、……普通預金や当座預金な

どの決済性預金口座の『流動性』という法的性質に反する」とし、その理由を「決済性預金口座においては、個別の預入金(債権)は、被仕向銀行の入金記帳により特定性を喪失し、その時点における一個の残高債権の一部に組み込まれ、これに『融合』すると捉えると、もはや物権的権利の目的としての特定性・同一性が保持されていない」ことに求めている。また後者については、それは判例の採る預金者⇨出捐者説(客観説)に適合するかのように見えるが、客観説の準則が主として妥当するのは定期性預金などのその成立時からないような流動することのない預金口座であつて決済性預金には妥当しないと(同・一八六頁)。

(66) 松岡・前掲注(3)七四頁等。

(67) この点について参考になるのは振込送金を受けた銀行が預金者の承諾なしに、手形不渡事故を回避するために組戻しに応じた場合において、この組戻しは無効であり、預金者とその無効を主張して払戻を請求しても、それは信義則に反するとはいえないとした最近の最高裁判決(最判平成一二・三九金融商事判例一〇八八号八頁⇨金融法務事情一五八六号九六頁)である。

この判例の評釈として山田誠一・金融法務事情一五八八号七頁、椽川泰史・金融・商事判例一一〇〇号五七頁がある。

(68) 法教二二四号五二頁および法教二四一五二頁における道垣内発言。これに対して野村・前掲注(2)二四頁は、平成八年最高裁判決の射程は被仕向銀行が受取人に対する債権を相殺した場合にまでは及ばないとする。

(69) 法教二四一五二頁の中田発言。これに対して同所の西田発言は被仕向銀行は払ってもよいが、払わなければいけないわけではないので、そのようなリスクを負うわけではないと反論している。しかしそうだとすれば、被仕向銀行は、組戻しも受取人の同意なしにできるはずであり、最高裁が認めている債権者の差押えに対しても拒否できることになるのではなからうか。

(70) なお前述の棚ばた式利益の問題について森田・前掲注(3)一九七頁以下は、「振込依頼人に受取人の預金債権に対する先取特権に類似した優先権を付与する」かたちで解決すべきであり、「そのためには、立法的解決または振込取引の『仕組み』を構成する契約の関連規定の改定によって、振込制度の枠内で振込依頼人に『取消』請求手続を創設するという方向が今後は模索されるべきである」とする。

(71) この点において、必ずしも不作為構成をとられるのかは明らかではないが、もし不作為構成をされるとするならば、西田教授の見解には疑問がある。なぜならば、西田教授は、総論において不作為犯について非常に限定的な見解を採られるからである。参照、西田典之「不作為犯論」刑法理論の現代的展開・総論(一九八八年)六七頁以下。特に信義則違反もその一類型

であるとされる条理について「それが十分な限定たりうるかは、なお疑問であろう」とされる(同・八五頁)。

- (72) Jakobs, Das strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996 (紹介・松宮孝明・平山幹子・立命館法学二五三号 二一八頁以下)、山中敬一訳「不作為犯における組織による管轄——作為と不作為の区別の表見性について——」関西大学法学論集四三巻三号二七一頁以下、松宮孝明・平山幹子訳「刑法における作為と不作為」立命館法学二六八号(一九九九年)二五六頁以下等を参照。このJakobsの見解を紹介・検討したものととして平山幹子「不真正不作為犯について(三・完)」立命二六五号(一九九九年)一〇五頁以下がある。

- (73) この義務犯の概念と作為と不作為の区別の問題の関連に関しては、平山幹子「義務犯」について(一)立命館法学二七〇号(二〇〇〇年)五〇二頁以下を参照。

- (74) Volk, Täuschung durch Unterlassen beim Betrug, Jus 1981, 882.

- (75) 西田・前掲書注(16)一九二頁。

- (76) 西田・前掲書注(16)一九〇頁。

- (77) 花本・前掲注(3)八九頁。なお前述の二(三)③の東京高裁の事例については仕向銀行の価値所有権が問題になることを指摘するものとして、松宮・前掲注(2)四一四頁。

- (78) 松宮・前掲注(2)四一四頁は「引き出し後の現金に対して、これを勝手に消費した場合には占有離脱物横領罪が認められる場合があるかもしれない」とする。なお鋤本豊博「CDカードの不正使用と『預金の占有(上)』」白鷗法学一四号(二〇〇〇年)一頁以下は、大阪高裁判決の事例について「この局面では、民事と刑事の処理を分離できるとする合理的な理由は見出し難」く、「詐欺罪の成立を否定して占有離脱物横領罪を帰結すると共に、処罰の間隙は『預金の占有』を肯定することにより埋めるという、もう一つの方策に解決の糸口を求めざるを得ないであろう」とする。

- (79) 前述の森田・前掲注(3)一八三頁における批判を参照。

- (80) もちろん民事的には、振込依頼人は受取人に対して不当利得返還請求権を有する。しかし、受取人がそれに応じなかったとしても、それは債務不履行に過ぎず、財産犯を構成することはないのである。なお中山研一・概説刑法II(第二版・二〇〇〇年)一七四頁参照。

(補注) 脱稿後、高橋省吾・大コンメンタール(改訂版・二〇〇〇年)二四六条及びLK-Tiedemann, II Aufl. 2000, §263に接し

た。特に後者は、一〇版とは注釈者が代わった全面改訂であり、別項で詳しく検討する予定である。