

---

種 別： 論説

タイトル： 預金口座内の金銭の法的性質—誤振込の事案を手掛かりとして— (3)

著 者： 照沼 亮介

所 収： 『上智法学論集』第 58 卷 1 号（平成 26 年 7 月）43-89 頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

## 論 説

---

### 預金口座内の金銭の法的性質

—誤振込の事案を手掛かりとして— (3)

照沼 亮介

---

- I 問題の所在
- II 預金債権の成否と「帰属」—平成 8 年判決の提起した問題（以上 57 卷 1=2 号）
- III 受取人の払戻と「権利濫用」—平成 15 年決定とそれ以降の判例の提起した問題（以上 57 卷 3 号）
- IV 受取人における「預金による占有」の有無
- V 金融機関の占有とその要保護性
- VI 振込依頼人の権利とその要保護性
  - 1 金銭の法的性質をめぐる議論
    - ①「占有 = 所有」？
    - ②物権的価値返還請求権をめぐる議論（以上本号）
- VII 結語

#### IV 受取人における「預金による占有」の有無

##### 1 問題の所在

既に見た通り、原因関係の存在しない振込においても受取人には預金債権が成立すると解され、原則としてその払戻請求を行うことそれ自体については民事法上適法であると考えられる。しかし、そうだとすると

口座内に入金された金銭については、刑法上も受取人に「法律上の支配」が存在し、横領罪(刑法252条以下)における「占有」が認められるということになるのだろうか。さらに、こうした「預金による占有」<sup>(1)</sup>が、銀行側に存在すると考えられる「事実上の占有」といかなる関係に立つのかも問題となる。

## 2 議論の状況

まずこの点に関し、判例<sup>(2)</sup>・多数説<sup>(3)</sup>は、当該口座の通帳・印鑑・キャッシュカード等を保持することで他人が金融機関に預けている金銭を管理している場合には、預金口座内の金銭について横領罪における「占有」が認められると解してきた。これに対しては、預金債権それ自体は特定された有体物に対する支配ではないこと<sup>(4)</sup>、払戻手続をとったとしても金融機関は自動的にそれに応じるわけではなく真実の権利者であることを確認してから応じるものであること<sup>(5)</sup>などを根拠に反対

- (1) 念のために付言すれば、有体物を客体とする横領罪との関係では、利益横領は不可罰である以上、「預金の占有」という表現は適切でない。「預金」それ自体は消費寄託〔民法666条〕であり、預金者が払戻請求権を有しているといっても、それだけでは債権が存在していることを示すに過ぎないのであるから、「金銭」に対する支配を認める上ではこうした表現は混乱を招くと思われる。
- (2) 大判大正元年10月8日刑録18輯1231頁。業務上小切手振出の権限を委ねられた者が、自己の遊興費の支払に充てるために小切手を作成、提示して、小切手資金として保管していた当座預金口座から金銭を引き出し換金した行為につき業務上横領罪の成立を認めたものとして、広島高判昭和56年6月15日判時1009号140頁。
- (3) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第13巻〕(2000年)339頁(吉本徹也執筆)、大塚『刑法概説(各論)〔第3版増補版〕(2005年)283頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕(2010年)295頁、伊東研祐『刑法講義各論(2011年)214頁、中森喜彦『刑法各論〔第3版〕(2011年)133頁、須之内克彦『刑法概説各論(2011年)191頁、佐伯仁志「横領罪(1)」法学教室375号(2011年)128頁以下、前田雅英『刑法各論講義〔第5版〕(2011年)372頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕(2012年)235頁、井田良『刑法各論〔第2版〕(2013年)150頁など。他方、山中敬一『刑法各論〔第2版〕(2009年)371頁は、預金による占有を肯定しつつ、この種の場合には引き出したとしても保管の形態が変わっただけであり、「物」を領得したことにはならないとして、背任罪の成立のみを認める。
- (4) 松宮孝明『刑法各論講義〔第3版〕(2012年)272頁。

する見解も主張されているが、多数説からはいったん現金化して領得すれば横領となるのに、振込・振替送金など預金の形態のままで処分すれば背任しか成立し得ないというのは不均衡であると批判されている<sup>(6)</sup>。

そして、以上のような前提から、誤振込の場合について有力な見解は以下のように主張する。すなわち、預金による占有が肯定されるのは、「事実上の処分可能性ではなく、銀行及び預金者に対する関係で認められる、預金の払戻権限」<sup>(7)</sup>による。これによって「払戻請求に対する銀行の要保護性が否定され」<sup>(8)</sup>るからである。結論的に、預金による占有は「委託物横領・業務上横領についてだけ」<sup>(9)</sup>肯定される、という。さらにその根本を探ると、そこには以下のような発想が存在しているように思われる。すなわち、他人の物を支配する原因は、「委託されること、偶然によること、奪取すること、の3つの場合しか考えられず」<sup>(10)</sup>、このうち、偶然による場合は占有離脱物横領罪によってカバーされ、奪取する場合は、窃盗罪をはじめとする占有侵害罪が成立し得るところ、その後の処分行為は「不可罰的事後行為」であって、重ねて横領罪の成立する余地はないから、結局物の占有の原因が委託信任関係に基づく場合に限定されることになる<sup>(11)</sup>。この点、誤振込における平成8年判決により受取人には預金債権が成立するが、同判決は、金融機関における大

---

(5) 大谷實『刑法講義各論 [新版第3版]』(2009年) 289頁。

(6) 山口『刑法各論 [第2版]』(注3) 295頁、西田・前掲(注3) 235頁など。

(7) 山口『刑法各論 [第2版]』(注3) 295頁。

(8) 山口『刑法各論 [第2版]』(注3) 295頁。さらに詳細については、山口『新判例からみた刑法 [第2版]』(2008年) 236頁以下。

(9) 西田・前掲(注3) 235頁。

(10) 大塚ほか編『大コンメンタール刑法 [第2版] 第13巻』(注3) 334頁(吉本執筆)。

(11) 大塚ほか編『大コンメンタール刑法 [第2版] 第13巻』(注3) 334頁(吉本執筆)。  
しかし、現在の判例・多数説の理解を前提とするなら、占有侵害後の領得行為も構成要件該当性を否定されるわけではないから「共罰的事後行為」と説明することになるのであろう。もっとも、本稿で問題となるような場合に両者が本当に包括一罪の関係に立つといえるのか否かについては、両者の「被害」の内実に関する掘り下げた検討を要する。

量・迅速な処理の必要上、原因関係の有無について判断する責任を問われないとしたものに過ぎず、ここでの受取人の預金債権は「正当な原因関係」に裏付けられたものとはいえない<sup>(12)</sup>。従って預金による占有は認められない、というものである。

しかし、こうした「3つの分類」を仮に承認するにしても、原因関係を欠く振込に基づく入金「偶然に基づいて支配した」ともいえる余地があり、その場合には占有離脱物横領罪の成否が問題となる余地がなお残されていることを指摘できる。そもそも、このように「銀行」に対する占有侵害罪と金銭に対して物権的権利を有している「本人」に対する横領罪とを二者択一的に理解する前提自体が妥当なのか、また仮にそう解するとしても、それを横領罪における「占有」の解釈論の範疇で決定しなければならない必然性があるのかが問題となる<sup>(13)</sup>ところ、こうした前提理解ではその点が不問に付されてしまうという点に混乱の原因があったように思われる。また、こうした発想は、そもそも平成8年判決以前の、原因関係を欠く振込の場合には預金債権は成立「しない」という理解を前提としていたものであった。現在の多数説が出発点とする実務家の見解が、いずれも「誤入金の場合は預金債権が成立しないと解する以上、誤入金額に対する占有を取得すると認めるべきではなからう」<sup>(14)</sup>、「預金債権を有しているのであるから、・・・預金による占有を認めるべきであるということになろう」<sup>(15)</sup>といった説明を行っていた

---

(12) 大塚ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第13巻』（注3）336頁、340頁（吉本執筆）参照。

(13) 後述するように、占有侵害罪としての「占有」の要保護性の有無に関する検討によって、銀行に対する占有侵害罪の成否が検討される余地、及び、横領罪の保護法益としての適格の有無に関する検討によって、本人に対する横領罪の成否が検討する余地が、それぞれ残されているし、仮にそれらがいずれも肯定されたとしても、罪数論の見地からの検討の余地がさらに残されているといえよう。

(14) 本江威憲監修『民商事と交錯する経済犯罪Ⅱ』（1995年）303頁。

(15) 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）75頁。

ことは、この間の事情を正確に反映している。この点、現在の有力説は、①平成8年判決の射程を上述のように限定して理解する<sup>(16)</sup>、②平成15年決定が受取人に預金債権が成立することを前提としつつも、口座内の金銭を終局的に自己のものとする権限は存在しないと解した点を捉えて、払戻権限に制約が付されている以上、なお「正当な」払戻権限を有していたとはいえないと理解する<sup>(17)</sup> ことによってこの問題を乗り越えようとしている。しかし、①については既に検討した通りであるが<sup>(18)</sup>、特に原因関係を欠く振込にかかる預金債権についても原則的にその払戻請求は適法な権利行使であることを認める平成20年判決が出現した以降においては、こうした理解は既に成り立たないと考えられる。②についても、平成20年判決により払戻請求が原則的に権利濫用とはならないことが確認されていることからすると、こうした理解が仮に成り立つとしてもその射程は相当に限定されたものにならざるを得ない。逆に、受取人に預金債権の成立が認められた以上は、例えば単に他人のキャッシュカードを窃取しただけの者とは利益状況が異なると解するのが素直であるようにも思われる。実際、こうした点の不明確性を指摘して、誤振込の場合にも預金による占有を肯定するべきだとする見解も有力に主張されているのである<sup>(19)</sup>。

---

(16) 大塚ほか編『大コンメンタール刑法 [第2版] 第13巻』(注3) 340頁 (吉本執筆)、西田・前掲 (注3) 236頁。

(17) 山口『刑法各論 [第2版]』(注3) 297頁、同『新判例からみた刑法 [第2版]』(注8) 243頁。さらに、今井猛嘉ほか『刑法各論 [第2版]』(2013年) 467頁以下参照。

(18) 照沼「預金口座内の金銭の法的性質 (2)」Ⅲ 2。

(19) 林幹人『刑法各論 [第2版]』(2007年) 282頁、曾根威彦=松原芳博編『重点課題刑法各論』(2008年) 159頁 (石井徹哉執筆)、西田ほか編『刑法の争点』(2007年) 199頁 (上嶋一高執筆)、高橋則夫『刑法各論』(2011年) 356頁、曾根『刑法各論 [第5版]』(2012年) 171頁。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 (2・完)」上智法学論集 48巻3・4号 (2005年) 110頁以下は、本文で示した有力説②の示す前提に従いつつも (同 111頁注 74)、払戻権限には制約が付されていないとして、これらの見解と同じ帰結に至っている。

### 3 占有侵害罪における「占有」との異同

遑つてこの問題を考える前提として横領罪における「占有」の意義について触れておくと、占有侵害罪における「占有」は保護の対象であつて、事実的支配を基礎に置き、そうした支配の可能性が肯定し得るかという問題であると解されてきたのに対して、横領罪における「占有」は領得行為の範囲を画する概念であり、目的物となる客体を有効に処分し得る可能性が肯定し得るかという問題であるから、事実的支配のみならず法的支配も含まれると一般的に解されてきた<sup>(20)</sup>。具体的には、登記済不動産との関係で登記名義人が<sup>(21)</sup>、寄託物との関係で倉荷証券の所持人が<sup>(22)</sup>、それぞれ横領罪における占有者とされている。こうした理解を前提とすると、預金債権者、あるいは預金債権者から通帳・印鑑・キャッシュカード等を預けられ、財産の管理を委託されている者については、コンビニに設置されているATM等を想起すれば、事実上24時間自由に金銭を預金口座から引き出したり送金したりすることの可能な状況にあり<sup>(23)</sup>、手元に現金を直接保持している状況にきわめて近い形で、口座内の「金銭」につき利用・処分可能性を有していると解することができる。この点、反対説の指摘する、客体となる対象が債権であつて特定された「物」ではないからこれに対する支配を観念できないのではないかという点は重要な問題であるが、そもそも金銭において「物」としての特定性をいかなるレベルにおいて要求し得るのか、また、事実上の占有を有していない者が当該金銭に対して有する権利がいかなるものであるか(特に、そこに物権的な性格を肯定できるか)については、正

---

(20) 例えば(注3)に掲げた見解を参照。

(21) 最判昭和30年12月26日刑集9巻14号3053頁。

(22) 大判大正7年10月19日刑録24輯1274頁。

(23) もちろん、例えばペイオフ等の事情により、金融機関に払戻請求に対応するだけの金銭が存在しなくなり、自由に引き出せなくなる事態が生じた場合に、個別的に預金による占有が否定され得ることは別論である。

確には預金による占有という概念に由来する問題ではなく、金銭の法的性質を踏まえた上で、そこに横領罪における保護法益として観念しうる実質が存在するのかという問題であるから、後に掘り下げた検討を加えることとしたい。

なお、以上のように占有侵害罪における占有と横領罪における占有を区別するという理解に対しては、以下のような異論が唱えられている。この見解によれば、「現在の社会の実情を前提にするかぎり、他人への占有委託をともなう財物の利用は、所有権者が自ら占有して財物を利用する場合と同程度の保護を与えられるべき必要性をもっている」<sup>(24)</sup>。「窃盗罪処罰による保護に値するのは、基本的に、〈財物の存在する場所・状態が、被害者の立場から見て、その利用過程に即している〉という場合である」<sup>(25)</sup>。そのような場所・状態にない財物の場合には「そもそも奪取される以前の段階で、すでに、被害者による利用過程からはずれている」<sup>(26)</sup>。ただし、いったん利用過程から離脱した財物でも、「ふたたび利用過程に回収される（はずだった時点）までの間において、被害者と財物の離隔が時間的・場所的に近接している場合」<sup>(27)</sup>には、「財物が被害者の利用過程にとどまっている場合に準じる保護が与えられるべき」<sup>(28)</sup>である。こうした理解からは、委託物横領罪においても、財

(24) 鈴木左斗志「刑法における『占有』概念の再構成」学習院大学法学会雑誌 34 卷 2 号 (1999 年) 170 頁。

(25) 鈴木「刑法における『占有』概念の再構成」(注 24) 159 頁。

(26) 鈴木「刑法における『占有』概念の再構成」(注 24) 159 頁。

(27) 鈴木「刑法における『占有』概念の再構成」(注 24) 160 頁。

(28) 鈴木「刑法における『占有』概念の再構成」(注 24) 160 頁。そして、以上のような理解から、財物の利用可能性の侵害が生じれば既遂になるとして、占有の「取得」は窃盗既遂の要件にはならないとする（松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論 [第 4 版]』[1997 年] 65 頁 [鈴木執筆]）。しかしこうした説明に対しては、単に被害者の占有を排除する（利用可能性を侵害する）のみならず、最低限行為者の事後的な回収可能性が存在しているといった形で、自己または第三者の支配領域内に置かれたことにより、財物に対する追求可能性の侵害がなければならない（深町晋也「窃盗罪」法学教室 290 号 [2004 年] 68 頁以下）、「窃取」「強取」「交付させた」という文言には占有取得が含まれており、それは領得行為の前提となる客観的状況を類型化したものである（松原「窃盗

物を委託した所有者本人になお242条における「占有」が認められることになる<sup>(29)</sup>。同罪の法定刑が窃盗罪よりも軽減されている根拠は、所有者が横領の行為者に252条における「占有」を委ねられていることに由来する<sup>(30)</sup>。そして、252条における占有に「預金による占有」が含まれるか否かについては、預金債権に財物性、特定性が観念し得ず、横領罪の処罰範囲を不当に拡大するおそれがあるという理由から、消極に解される<sup>(31)</sup>。

この見解は、占有概念を被害者となる側の客観的な事実状態を踏まえた上で再構成しようとする問題意識から出発しており、「被害の実態」に即した構成を志向している点では傾聴に値するといえる。しかし、そうした問題意識を実現する上で、窃盗と横領の「占有」概念を統一し、さらにその内容を論者の説くように定義することが必要であるとは思われない。占有侵害罪において奪取の対象となる占有を事実上のものに限定し、横領罪における領得行為の前提となる占有に法律上のものを含めるという多数説の立場を前提としても、それらの内容を精査し、より「被害の実態」を反映した構成に改める余地は十分にあると考えられるし、何よりもそうした前提から預金による占有までも直ちに否定する必然性は存在しないように思われる。

---

罪・その1」法学セミナー 694号〔2012年〕115頁注16、113頁）といった批判が加えられている。

(29) 鈴木「刑法における『占有』概念の再構成」(注24)190頁。

(30) 鈴木「刑法における『占有』概念の再構成」(注24)190頁。

(31) 鈴木「電子計算機使用詐欺罪（刑法246条の2）の諸問題」学習院大学法学会雑誌37巻1号（2001年）224頁以下。その上で、預金の形態で他人から委託された金銭を保管している者が不法領得の意思をもって自己または第三者の口座に振替送金した場合には、横領罪は成立しないが、電子計算機使用詐欺罪には、委託者本人に対する利益横領としての側面があるとする理解を前提として、同罪により対処することを説く（同226頁。ただし、その場合の処断刑の上限を委託物横領罪の限度にとどめるべきとする）。

#### 4 競合関係？

もっとも、従来の議論は、金融機関に存在する「事実上の占有」と、預金債権者に成立する「法律上の占有」がいかなる関係に立つかについて、あまりその根拠を明確にしないまま二者択一的な関係であるとして進められてきた部分がある。例えば、通常の預金債権者が存在する場合に、同人名義のキャッシュカードや通帳を窃取した無権限の第三者が、ATMを利用して口座から金銭を引き出した場合、(カード等に対する窃盗罪に加えて)金銭に対する窃盗罪が成立すると解されてきたが、それは銀行の有する事実上の占有が侵害されていることを根拠としており、預金債権者が有している法律上の占有を侵害したことを根拠としているわけではない<sup>(32)</sup>。ただし、その場合にも預金債権者に預金による占有が存在していること自体は否定されないとすると、その点に対する検討があまり加えられてこなかったのは、端的に「銀行に対する窃盗罪が成立するから、それで足りる」という意識が働いていたことによると推測される。しかしその場合にも、厳密にいうなら、銀行の占有における窃盗罪の保護法益としての要保護性の有無に関する検討(とりわけ、そこでの要保護性が実質的被害者である預金債権者の要保護性といかに結び付いているのかに関する検討)、及び預金債権者についての占有離脱物横領罪の成否に関する検討が前提として踏まえられていなければ、双方の関係は結局のところ明らかにはならない。換言すれば、この問題は横領罪における「占有」概念の解釈論のみの範疇において解決され得る問題ではなく、窃盗罪、横領罪それぞれの「保護法益」に関する解釈論を踏まえなければ解決され得ない問題なのではないだろうか<sup>(33)</sup>。

---

(32) 山口編著『経済刑法』(2012年)99頁(橋爪隆執筆)。

(33) 占有の有無で両罪の成立範囲を二者択一的に切り分ける考え方に対して疑問を示すものとして、樋口亮介「預金に対する委託物横領」刑事法ジャーナル38号(2013年)23頁参照。

例えば、用途を定めて他人から寄託された金銭について、これを指定された銀行の預金口座において管理していた者が、領得意思をもって不正に引き出し、費消した場合には、確かに銀行には金銭との関係で事実上の占有が認められる。しかし、預金債権（に加えて、正当な払戻請求により、口座内の金銭を終局的に処分する権限）を有している者との関係では、銀行自身に独立した利益主体としてその占有について私法上保護されるべき理由がない＝払戻を拒絶する理由がない以上、刑法上もこの占有移転を違法とは評価できないからこそ、銀行に対する窃盗罪をはじめとする占有侵害罪は成立せず、寄託した者との関係での横領罪の成否のみが問題とされることになる<sup>(34)</sup>。そうだとすれば、ここでは前述したように、銀行の有する事実上の「占有」と行為者の有する法律上の「占有」自体は並存しているのであって、端的にそれぞれの要保護性（法益侵害性）の有無によって成立する罪名が決定されているに過ぎない（＝論理的には二者択一の関係にあるわけではない）ということが明らかであろう。

これに対して例えば、勤務する会社の金銭を、預金口座の通帳やカードを保管することを通じて業務上管理していた甲が、そのうちの200万円を不正に取得する目的で、部下である乙にカードと通帳を預け、暗証番号や振込先の口座番号等を伝えて振込手続を行わせようとし、乙がその全額を甲の指示に従って振込送金したような場合については、2で示した有力説②の論拠を前提とした上で、「一定の金額の払戻に関する授權」がなされている以上、200万円全額について会社に対する（業務上）横領罪（の共犯）の成立のみが問題となり、他方で金融機関に対する占有侵害罪の成立が排斥されるとする見解が示されている<sup>(35)</sup>。ここでも

(34) 山口編著『経済刑法』（注32）99頁以下（橋爪執筆）、橋爪「銀行預金をめぐる犯罪の成否について」刑事法ジャーナル31号（2012年）4頁。

(35) 山口編著『経済刑法』（注32）101頁（橋爪執筆）。なお、この事例では乙に業務者・占有者としての地位・適格が認められないから、本罪を身分犯と解する多数説の理解に従えば、いかなる範囲で共犯が成立し得るかが65条の解釈論と共に問題となろう。

前記の場合と同様に、預金による占有を有している甲の意思に基づいた送金である以上、金融機関の占有には要保護性が肯定できないと解することによって、こうした帰結が導かれ得るであろう。ところが同様の事例で、乙がそのうちの 80 万円については指示された通り振込手続を完了したが、甲の意に反して残りの 120 万円については自ら引き出した上で自己の借金返済に充てたというような場合についてはどのように解されるか。この点、前記の見解は全体が単一の払戻行為であることを根拠に 200 万円全額について払戻権限を否定し、銀行に対する占有侵害罪のみを肯定すべきだとする<sup>(36)</sup>。しかし、ここで直接に問題となっているのは「払戻権限の有無」という（行為態様にかかわる）事柄それ自体というよりも、金融機関の有する事実上の占有に要保護性が肯定されるかという点なのであるから、むしろ銀行の有する事実上の占有と、甲の有する預金による占有の双方とをそれぞれ肯定した上で、銀行の占有と、金銭に対する会社の権利について、それぞれ個別に要保護性の有無を判断し、その双方が認められるのであれば、80 万円については会社に対する（業務上）横領罪の共犯、120 万円については銀行に対する占有侵害罪として扱う<sup>(37)</sup> 方が自然であるようにも思われる<sup>(38)</sup>。

(36) 山口編著『経済刑法』(注 32) 101 頁 (橋爪執筆)。

(37) この場合、後者に関しては、甲に共犯としての因果性・故意・共同正犯としての正犯性が肯定できるかが問題となり得るし、当然ながら乙の行為については罪数判断も求められる。

(38) 気付かれた読者もいるだろうが、これは平成 21 年度司法試験の論文式刑事系科目第 1 問の事例をここでの文脈に即して簡略化したものである。この点、出題趣旨 (<http://www.moj.go.jp/content/000006469.pdf>) においては、「いわゆる『預金の占有』の趣旨・根拠についての的確な理解を前提」とした上で、「口座についての『預金の占有』が対銀行との関係での払戻権限を踏まえて甲乙各人にそれぞれ認められるかによって、成立し得る財産犯が異なることに留意する必要がある」とされ、「『預金の占有』を有する者には横領罪が成立し得るものの窃盗罪や電子計算機使用詐欺罪は成立しないと解されることなどに関する正確な理解」が必要だと説明されており、2 で示した有力説②の立場に従って処理する必要があるとされている。こうした理解からは、本文で示したような理解を含め、両者の「占有」が競合する余地は排斥されていることになるのかもしれない。確かに、平成 15 年決定の検討の際に触れたように、銀行の占有の要保護性を

このように、金銭に対する事実上の「占有」と法律上の「占有」が競合する時に、いかなる範囲で窃盗罪と横領罪がそれぞれ成立し得るかは、占有の「有無」というレベルではなく、それぞれの占有に保護法益としての要保護性が肯定され得るかに依存する問題であるところ、その点について従来の学説では必ずしも明確な説明がなされないままであった。それは、従来想定されていたケースが、①無権限の第三者がカードを窃取してATMから引き出す場合のように、典型的に銀行に対する窃盗罪の成立を認めれば足りると解されてきた場合と、②用途を定めて他人の金銭を寄託された者が預金口座から不正に引き出して消費した場合のように、典型的に本人に対する横領罪の成立を認めれば足りると解されてきた場合に限定されており、かつそれらの帰結を「預金による占有」の有無によって判断すれば足りると速断されてきたことによると推測される。確かに、①では銀行が独立した利益主体として正当に保持している金銭の占有をまったくの無権利者が侵害しており、この者に預金による占有は肯定できないと解される<sup>(39)</sup>。そして、預金による占有という概念を肯定する限り、②では逆に委託者に対する横領が成立し、ここでは銀行の占有は保護されないから、窃盗罪は成立しない。しかし、指定された範囲を超えて引き出した場合や、本稿で問題としているような、原因関係に基づかずに入金されたが預金債権自体は適法に成立して

---

肯定した同決定の立場からは、他方で受取人の預金による占有を否定した（加えて、振込依頼人の要保護性を否定した）と解釈すれば、そのような帰結に至ることが容易になろうし、広く占有に関しても前記のような二者択一的な基準を採用することにも至り得る。しかしそれは同決定において明示的に示されている論理ではなく、かつ、その点の論拠が十分に示されていたとはいえない。難い有力説②の内容を踏まえた上で初めて導かれる帰結である以上、そこまで権威的な「正解」として扱うべきであったかどうかには疑問が残る（この点に言及するものとして、「[座談会第1部]『出題趣旨』『採点実感』を読む」法学セミナー701号〔2013年〕8頁、9頁〔杉本一敏発言〕、「[座談会第2部]法律学修法と法科大学院教育」同702号〔2013年〕15頁以下〔杉本発言〕）。

(39) しかしその場合でも、仮に預金者に対する占有離脱物横領罪が観念的には成立していると考えるのであれば、銀行に対する窃盗罪との罪数関係は理論上はなお問題となり得るであろう。

いる金銭を引き出した場合については、上記①②のどちらに近いのかは直ちには判断し辛い、いうなれば中間的なケースであるともいえる。ここでは少なくとも払戻請求を適法に行い、金銭に対する処分を自由になし得る地位を外観上取得していることは確かであるから、一刀両断的に預金による占有を否定すべきケースであるとは思われない。この意味で2の最後に示した見解、すなわち原因関係に基づかない振込に基づく金銭についても預金による占有を肯定し得るとする見解には理由がある。

## 5 純然たる遺失物か？

もっとも、誤振込の場合に同じく占有離脱物横領罪の成立を認める帰結に至る見解の中でも、預金による占有について以下のような指摘をするものがある。すなわち、委託物横領（及び業務上横領）では行為者自身が財物を占有している必要があるが、占有離脱物横領罪では、落し物の取得が同罪を構成することからも明らかであるように、単に財物の所有者の占有を離脱していれば足りるのであり、誤振込においても受取人の「占有」を問題にする必要がない、というものである<sup>(40)</sup>。

確かに、同罪の成立要件に行為者自身による占有が含まれないことはその通りである。ただ、誤振込においてこの点が問題となったのは、完全に公道や山林中に放置されたような遺失物とは異なり、ここではひとまず被仕向銀行の支店内に開設された受取人の預金口座内に入金された金銭の費消が問題とされているからである。もちろん、その場合に銀行との関係で占有侵害罪が成立するかは別途検討されるべきであり、それはそこでの事実上の占有に要保護性を肯定し得るかにかかっている問題である。しかし、行為者とは異なる利益主体に目的物に関する事実上の占有が存在しているとしても、それが同時に行為者本人の開設している口座内に入金されているという場合であるからこそ、偶然的な事情によ

---

(40) 青木陽介「預金による占有についての一考察」上智法学論集 55 卷 3・4 号（2012 年）74 頁以下、松原「横領罪・その 1」法学セミナー 702 号（2013 年）94 頁注 21。

って行為者の手の中に入ったケース<sup>(41)</sup>と同列に扱われ、誤って自宅に配達された他人の郵便物を領得した事例<sup>(42)</sup>との均衡論が持ち出された上で<sup>(43)</sup>、委託信任関係を欠くために単純横領罪としては扱えず、占有離脱物横領罪の成否が問題とされたのである。そうすると、上記の指摘が妥当するか否かは、振込に基づいて口座内に入金された金銭につき、誰の占有下にも属さない遺失物と同様の事例として分類すべきか否かによることになる。もちろんそのように解したとしても事実上の分類の相違に過ぎないともいえるが、少なくとも同罪の客体には、純然たる遺失物以外にも上記のようなケースが存在しており、それが金銭である場合にもなお預金による占有が肯定され得るという構造を理論的に明らかにしておくことには意義があるように思われる。

## V 金融機関の占有とその要保護性

### 1 問題の所在

既に検討したように、平成15年決定は被仕向銀行に対する詐欺罪の成立を肯定するに当たり、誤振込か否かを「確認する利益」があるとして、預金債権者である被告人との関係においても、なお銀行の有する事実上の占有に要保護性が認められることを説いたが、そうした理由付けは批判に耐え得るものではなかった。その際、唯一の可能性として残されていたのは、実質的な「被害者」である振込依頼人の金銭を銀行が事

---

(41) 大塚ほか編『大コメンタール刑法〔第2版〕第13巻』（注3）450頁（長岡哲次執筆）。青木・前掲（注40）75頁は郵便物が自宅ではなく隣人の家に誤配達されたケースと同様に捉えることが可能だとするが、確かに行為者と銀行とは利益主体として異なるとはいえるものの、自己がその銀行の支店内に開設している預金口座内に入金され、預金債権を適法に取得し、原則としてその払戻請求も適法であるとされている金銭を引き出す場合について、そのように形容することが適切なのか、疑問がある。

(42) 大判大正6年10月15日刑録23輯1113頁。

(43) 佐伯仁志＝道垣内弘人『刑法と民法の対話』（2001年）40頁、林『判例刑法』（2011年）308頁、井田・前掲（注3）150頁など参照。

実上占有していることを根拠として銀行自身にも占有侵害罪における占有の要保護性を肯定できないか、という点であった。この問題を検討する上では、やはり窃盗罪の保護法益に関する議論を参照することが必要となろう。

## 2 無権限者の占有における要保護性をめぐる議論

ここで特に取り上げたいのは、例えば窃盗犯人 X が A から財物を窃取したが、第三者 Y によってこれを窃取された場合のように、所有権者と異なる無権限者が事実上支配している目的物の占有を第三者によって侵害された際に窃盗罪の成立を認められるかという問題である。この点、純粋な占有説を除き<sup>(44)</sup>、何らかの意味で私法上の要保護性が肯定される占有に限り保護の対象と解するのが多数説の立場であるが、前記のような場合にも窃盗罪の成立を認める見解の論拠は、大きく分けて以下のように分類できる。まず、ここでの X は A に対して民法上目的物の権限を主張することはできないが、第三者との関係ではなお固有の利益が存在するとして、あくまで X に対する窃盗罪の成立を認める見解がある<sup>(45)</sup>。もっともこの場合に所有権者である A とは切り離された形においてその「固有の利益」を基礎付ける根拠をどこに求めるのかは明らかでなく、占有侵害罪における占有全体を行為態様の類型化として把握する前提から必ずしも権限による占有に限定されるべきでない<sup>(46)</sup>と

(44) なお裁判例には、目的物の占有者が犯人から善意で取得した者であることを認めつつ、傍論として、たとえこの占有者が所有権者から目的物を窃取した者であるとしても、窃盗罪の保護法益は「物に対する事実上の支配」であって、これが適法か否かにかかわらず保護の対象となるとしているものがあるが（東京高判昭和 29 年 5 月 24 日高刑判特 40 号 118 頁）、徹底した占有説の見地に立つものと解されよう。

(45) 井田・前掲（注 3）91 頁。

(46) 団藤重光『刑法綱要各論 [第 3 版]』（1990 年）567 頁、568 頁注 26。さらに、松宮・前掲（注 4）192 頁は、「窃盗罪は占有でプロテクトされた所有権その他の本権を保護するものであって、侵害される所有権は、財物の所持者がもっていないかよい」とするが、ここでは結論的に「占有者自身」の占有に対する法的裏付けが不問とされており、占有侵害それ自体を窃盗罪の法益侵害として位置付けることが困難となっているように

か、「一見不法な占有とみられない」のであれば一応保護対象となる<sup>(47)</sup>などと述べられるにとどまっている。これに対して現在の多数説は、所有権と占有の双方が保護法益に含まれ、所有権者と占有者双方が告訴権者となるという前提から、XもAの要求に対して返還すべき義務があり、その履行の必要上、第三者Yとの関係ではなお保護に値する占有であるとして、Yの行為は「Xの占有」を侵害しているとした上で、それに加えて「Aの所有権」を「再度」侵害しており、その双方によって初めて窃盗罪の法益侵害が基礎付けられると説明している<sup>(48)</sup>。

ここで留意すべきなのは、窃盗罪の被害者ないし告訴権者に占有者と本権者の双方が含まれるとした場合にも、そこでは占有者の占有の要保護性が不問とされるわけではなく、あくまで占有者自身に固有の要保護性が肯定されるかどうか吟味されなければならないという点である<sup>(49)</sup>。そこではXの占有の要保護性が、所有権者Aとの関係と無権利者Yとの関係とにおいて異なる(相対化する)ことが前提となるが、そ

---

思われる。この点、松宮教授が引用する山中・前掲(注3)239頁以下は、「没収等の法的手続を経ずして第三者から剥奪されない」から私人による奪取に対してはなお占有の要保護性が認められるとしており、占有者自身の要保護性が踏まえられている点で違いがあることに注意が必要であろう。

(47) 大塚・前掲(注3)182頁。

(48) 平野龍一『刑法概説』(1977年)205頁、西田・前掲(注3)155頁以下、山口『問題探究刑法各論』(1999年)101頁以下、同『刑法各論[第2版]』(注3)192頁、林『刑法各論[第2版]』(注19)158頁、中森・前掲(注3)94頁、高橋則夫『刑法各論』(2011年)213頁、西田ほか編『刑法の争点[第3版]』(2000年)163頁(曾根威彦執筆)、島田聡一郎「財産犯の保護法益」法学教室289号(2004年)99頁、深町・前掲(注28)70頁、西田ほか編『刑法の争点』(注19)167頁(佐伯執筆)、佐伯「財産犯の保護法益」法学教室364号(2011年)107頁など。

(49) この点を正確に意識しているのは、林『刑法各論[第2版]』(注19)158頁、島田「財産犯の保護法益」(注48)99頁、深町・前掲(注28)70頁、佐伯「財産犯の保護法益」(注48)107頁など。以上に対して、芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論[第5版]』(2003年)49頁(町野朔執筆)は、窃盗犯人から第三者が窃取するケースでは窃盗罪の成立を否定するが、他方で「所有権侵害がすでに存在する通常の窃盗においては、その占有の正当性はそれほど高くなくてもよいと考えることは可能であろう」とする。

もそも民法における占有権の解釈においてもその要保護性は相対的に判断されているのであり<sup>(50)</sup>、ましてここでは構成要件該当性判断という法的評価の文脈において占有の要保護性を検討している—しかもそれは、各個人が独立した法益主体となる財産犯の文脈においてなされている—のだから、当然のことであるといえよう。この点、多数説は所有権者 A に返還すべき義務を履行する必要上、その限度においてのみ X の占有にも要保護性が肯定されるとする。しかしこれに対しては、現実にもこの「返還義務」が履行される可能性はほとんど存在しない以上、このような観念的な義務を根拠に要保護性を基礎付けることは疑問であり、これを窃盗罪として扱うのは「もっぱら盗むという行為態様の悪質さに対する印象に由来するもの」だとする批判が向けられている<sup>(51)</sup>。

学説においてはこの点を突き詰めて検討し、ここで保護されている「手元においておくことで生じる利用可能性」は窃盗犯人固有の利益ではなく、その実体はあくまで所有者に属する返還請求権に過ぎないのであるから、ここで窃盗犯人 X が有する利益は本来 A に属するものが外形上 X に分属しているに過ぎないと説く見解がある<sup>(52)</sup>。確かに一般論としては、占有の要保護性の根拠はもっぱら背後の実質的権利者に依存しており、実質的に背後者の権利が分属しているとみられる場合という

---

(50) 従来、占有訴権の目的を自力救済禁止に求める理解が有力であったが、占有回収の訴えに対して所有権に基づく返還請求権の行使を認める判例（最判昭和 40 年 3 月 4 日民集 19 卷 2 号 197 頁。内田貴＝大村敦志編『民法の争点』〔2007 年〕112 頁以下〔青山善充執筆〕、中田裕康ほか編『民法判例百選 I 総則・物権』〔第 6 版〕〔2009 年〕138 頁以下〔笠井正俊執筆〕など参照）、多数説の立場では、既にそのような実質はほぼ失われており（内田『民法 I』〔第 4 版〕総則・物権総論〔2008 年〕423 頁以下参照）、学説では、「本権が立証不能ないし不存在の場合に限って」不法な現状破壊行為に対する現状維持のために補充的に認められるものに過ぎず、占有権は本権に劣後すると考えるべきだとする指摘もあることに注意すべきであろう（加藤雅信『物権法』〔第 2 版〕〔2005 年〕215 頁以下、230 頁以下、244 頁以下）。

(51) 松原「財産罪の保護法益」法学セミナー 693 号（2012 年）123 頁。

(52) 深町・前掲（注 28）70 頁。そこから、占有者自身に固有の利益が存在する場合にはこうした所有者の利益の「分属」は認められないとする（同 70 頁注 28）。

ものも考えられなくはない。しかし、その場合にはおそらく両者間の私法上の法律関係に関する解釈論を前提とした周知な裏付けが求められるはずであって、そうした見地からは、ここで問題となっているケースにおいて窃盗犯人 X が被害者 A に対して不当利得返還義務や不法行為に基づく損害賠償義務を負うという事情があるにせよ、そこから直ちに A の権利の一部が X にも帰属し、固有の利益性を帯びると解することは困難であるように思われる<sup>(53)</sup>。この点論者は、まず、A が旅館に財布を忘れて帰ったが、旅館の主人 B も財布に気付かないままであったところ、第三者 C が財布を窃取した場合に、財布は確かに B の占有に属しているとしても、保管行為を開始していないから占有について固有の利益は認められないとしつつ、他方で B がいったん保管行為を始めた場合には区別されるとも説明している<sup>(54)</sup>。しかし、当初の占有者から占有が離脱した場合に、その場所が一定程度外部から隔絶された形で正当な権限の下に管理されており、目的物に対する事実的支配が肯定されるときには、むしろ逆に B の占有に要保護性を認めて窃盗罪を成立させる余地があると考えられるところ<sup>(55)</sup>、それは必ずしも「保管行為」を開始したか否かによって区別されるものではないように思われる<sup>(56)</sup>。

以上のようにみえてくると、背後の実質的権利者の利益のために直接の占有者にも固有の利益性が付与されるという論理が認められる余地がないわけではないが、少なくとも窃盗犯人 X に自ら被害を与えた A との

---

(53) この点に関しては、田山聡美「財産犯の保護法益」神奈川法学 43 巻 1 号 (2010 年) 171 頁参照。

(54) 深町・前掲 (注 28) 71 頁注 30。

(55) この点に関しては、永井敏雄「最判解刑事事篇昭和 62 年度 114 頁以下。

(56) さらに論者は、この例で「B が返却手続の関係上、本人確認を行いたい旨述べたのを無視して、B の隙を見て財布を持ち去ったような場合」には窃盗罪の成立を認めるべきだとするが (深町・前掲 [注 28] 71 頁注 30)、「本人確認手続」が阻害された点を強調する趣旨であるならば適切ではないように思われる。旅館内での遺失物に対する支配・管理体制の有無と、それが存在する場合にはその正当性こそが検討されるべきであろう。

関係でそうした固有の法益主体としての地位が付与されると解することは困難である。仮にそうした理解を採るのであれば、前提として占有侵害罪の保護法益について要保護性を不問とする考え方、すなわち純粋な占有説を採用することに至らざるを得ないが、その帰結は不当であろうし、他方、ここでは所有権者 A に本権が存在していることも明らかであるから、このような場合に、X にはこれと切り離れた形で一応占有訴権が存在していると考え余地があるにしても、それだけを根拠として窃盗罪で保護すべき固有の利益性が存在していると解することには無理があるように思われる<sup>(57)</sup>。このように解した場合、Y には X との関係では窃盗罪は成立しないが、他方で背後に存在する A の所有権—のうち、回復請求権という「機能」—を侵害したことを根拠として、まず盗品関与罪の成立を認めることが考えられる。このうち運搬罪、保管罪（いずれも 256 条 2 項）については、Y が X からの委託を受けたわけではないため、成立を認めることは難しいが、無償譲受罪（256 条 1 項）については検討の余地があると解される。同罪については、2 項の場合よりも本犯助長性が低いために法定刑が軽くなっていることを踏まえれば、X・Y 間に合意が存在しないことも必ずしも成立を認める上での障害とはならないと考えられる<sup>(58)</sup>。もっとも「譲受」という文言との関係上、やはり同罪が成立しないと考えたとしても、同じく A の所有権の機能を侵害したことを根拠として占有離脱物横領罪の成立を認めることが可能であろう。

---

(57) 松原「財産罪の保護法益」(注 51) 123 頁。他方、禁制品との関係では法律上の没収手続を経ずしては占有を剥奪されない利益があると考えることが可能だとしても、それはあくまで私人間において占有者に本権の帰属が認められることを前提とした議論であるから、これを根拠に窃盗犯人 X について同様の論理を採用する（山中・前掲 [注 3] 239 頁以下）ことは困難であるように思われる。

(58) もっとも、Y に盗品であることの認識が欠ける場合には故意が認められない。

### 3 誤振込の場合・振り込め詐欺の場合との関連

以上のような議論を踏まえるとき、本稿の対象である原因関係を欠く振込にかかる金銭については、被仕向銀行の占有に要保護性を肯定できるだろうか。まず誤振込の場合には、受取人が依頼人に対する不当利得返還義務を負うことから、「被仕向銀行としても、振込送金制度の円滑な運用に注意を払うべき者として、終局的な権利者への支払いに関心を有しており、この権利者で無い者との関係では、当該金員の占有を継続する利益がある」<sup>(59)</sup>と説明する見解が存在したが、これまでの議論を当てはめるならば、金融機関に「振込制度の運営者」という公的立場が認められることは、むしろ固有の利益追求主体としての性格を否定する方向に働く要素であると考えられる。そうすると、ここでいう「終局的な権利者」は誤振込の依頼人であるが、果たして口座内に入金された金銭につき、被仕向銀行に、「依頼人の利益のため」に正当な権限をもって支配する利益を認めた上で、これを預金債権者である受取人に対しても優先的に主張し得る利益として位置付けることができるであろうか。確かに、2で検討した窃盗犯人Xとは異なり、無権限の第三者との関係において意思に反して占有移転されないという意味での要保護性を肯定することは可能であろう。しかしそれは、「終局的な権限」がないにせよ、適法に預金債権を取得しており、原則としてその行使は権利濫用とまでは評価されず、預金による占有も認められると考えられる受取人との関係においてまで同様に主張できるものではないように思われる。さらに、平成8年判決や平成15年決定のように、「原因関係の有無について銀行は関知し得ず、受取人と依頼人との紛争にも巻き込まれるべきではない」という理解を前提とするのであれば、背後に存在する依頼人

---

(59) 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55号(2003年)108頁。さらに、橋爪「銀行預金をめぐる刑法上の諸問題」刑事法ジャーナル38号(2013年)6頁以下も参照。

の利益、すなわち「原因関係を欠いた振込」をしてしまった者の利益に配慮すべき・関心を持つべきという視点はそれ自体として観念しにくいし、仮にそうした事情が認められるとしても、それは財産犯で保護されるべき「固有の利益」ではなく、制度運営者としての公的義務、あるいはその業務を円滑に営む必要性（業務妨害罪の保護法益）に関連し得るものでしかないように思われる<sup>(60)</sup>。以上の理由から、誤振込を秘して払戻請求した受取人に、被仕向銀行との関係で財産犯の成立を肯定することは困難であると解される。

これに対して振り込め詐欺の場合はどうであろうか。この場合の金融機関の占有に要保護性を認めるための判断基準をめぐっては、近時議論がある。裁判例では、他人名義の預金口座及びキャッシュカードを買い取った振り込め恐喝の犯人から、そこに入金された被害者の金銭を引き出すことを依頼された者が、上記カードを使用してATMから現金を引き出した行為について窃盗罪の成立を認めるもの<sup>(61)</sup>が現れているが、その理由としては、口座の譲渡、質入れ等が約款で禁じられており、預金契約の解約あるいは取引停止事由とされていること、また、被告人らは、預金者の家族等のように払戻しが許容されるような人物ではないから、払戻しの正当な権限を有していないことから、「銀行の意思に反する」という点が挙げられている<sup>(62)</sup>。また、振り込め詐欺の犯人から依頼を受けて、他人名義の預金口座に入金された被害者の金銭を引き出すことを依頼された者が、カードの交付を受けこれを用いて、「名義人になりすまし」ATMから現金を引き出した行為について窃盗罪の成立が認められた事案<sup>(63)</sup>では、約款、及び旧本人確認法16条の2における

---

(60) 滝沢昌彦「判批」ジュリスト1018号（1993年）120頁は誤振込における被仕向銀行について、いずれにせよ「振込金を取得できるわけではないので実体法上は固有の利益はない（過失なくして紛争に巻き込まれないという利益は考えられるが、これは手続上のものである）」とする。

(61) 東京高判平成17年12月15日東高刑時報56巻1～12号107頁。

(62) 東高刑時報56巻1～12号108頁。

罰則の存在が指摘され、このような行為は「正に犯罪とされ、法令ないし公序良俗に反するものであるとされるに至った」とされた上で<sup>(64)</sup>、このような行為をした者の払戻しは「金員の占有者である銀行の意思に反するもの」<sup>(65)</sup>であって窃盗罪を構成し、このことは口座名義人が銀行との関係で「普通預金債権を取得するなど解し得るか否かとは別個の問題である」<sup>(66)</sup>とされている。

これらの事案では、「意思に反する」ことのみが強調され過ぎているきらいがあるが、窃盗罪の成否が問題となる以上、ここでも銀行の有する事実上の占有にいかなる意味で要保護性が存在しているかが検討されねばならない。この点松田判事は、上記の二つの裁判例の論理について、明快ではあるが、第一に、例えばカードの貸与を受けて口座を使用している者が、犯罪とは無関係の金員をATMで引き出す場合にも、銀行から承諾を受けていない以上構成要件的には窃盗罪にあたと解さざるを得なくなるし、純粹に「意思に反するか」を問題とすると、例えば児童ポルノや規制薬物の密売代金、賄賂などのように何らかの意味で犯罪に絡む金員や、広く公序良俗違反の行為にかかる金員をATMで引き出せば、「当該銀行の信用等に影響しかねないという意味では、銀行の意思に反するともいえるから」すべて窃盗罪にあたと解される余地が生じてしまう<sup>(67)</sup>、第二に、振り込め詐欺の犯人が自己名義の口座に振り込ませてATMから引き出したり、いったん他人名義の口座に振り込ませた後に、いわゆる「出し子」となる者自身が名義人である口座に振替送金した上でATMから引き出した場合に窃盗罪の成立を否定せざる

---

(63) 東京高判平成18年10月10日東高刑時報57巻1～12号53頁。

(64) 東高刑時報57巻1～12号54頁。

(65) 東高刑時報57巻1～12号54頁。

(66) 東高刑時報57巻1～12号54頁。

(67) 松田俊哉「振り込め詐欺の被害者に振り込ませた現金をATMで引き出すことの擬律について」『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題〔第2巻 第2編 実践編〕』（2011年）67頁以下。

を得なくなる<sup>(68)</sup>、という問題があると指摘される。その上で、通常、他人の口座にある金銭を ATM から引き出して窃盗罪が成立する場合には、形式的な被害者は銀行であるが、「実質的な被害者は、当該金員の引出しにより損失を被る預金債権者（口座名義人）であり、さらに当該金員が振り込め詐欺の被害者により振り込まれたものであれば、当該詐欺の被害者こそがより実質的な被害者であることは明らかである。そのような実質的な被害者が全く存在しない場合まで、銀行の当該金員に対する占有を保護する必要性は乏しい」<sup>(69)</sup>とされ、金員の引き出しについて「銀行が実質的な被害者に対して何らかの義務を負う可能性がある場合」に限定して、その範囲で占有を保護するのが相当であるとされる<sup>(70)</sup>。もっとも、これだけではやや曖昧であるから、振り込め詐欺救済法を参照し、振り込め詐欺等に限らず同法における「振込利用犯罪行為」によって入金された金員を ATM で引き出す行為については窃盗罪が成立し得ると位置付けられた上で、例えば出資法違反の貸付をした闇金融業者が顧客に振り込ませた違法な高金利等についても、「実質的な被害者」がいるから同様に処理し得るとされる<sup>(71)</sup>。こうした基準によれば、口座振替等の操作によって別の口座に金員を移したとしても、引き続き同法の適用対象となるから、なおその金融機関の占有は窃盗罪で保護されるという<sup>(72)</sup>。判事によれば、銀行の ATM はいわば「金庫」であるところ、預金者がキャッシュカードという「鍵」を使ってこれを開け、収納されている金員を預金債権の範囲内で取り出すことは銀行の占有を侵害しないから通常は窃盗罪を構成しないが、預金者から「鍵」を窃取した者が同様のことをすれば、「金員の性質にかかわらず」窃盗罪を構成するとされる<sup>(73)</sup>。そして、そうだとすると、預金者本人が引

---

(68) 松田・前掲（注 67）68 頁。

(69) 松田・前掲（注 67）68 頁。

(70) 松田・前掲（注 67）68 頁以下。

(71) 松田・前掲（注 67）69 頁。

(72) 松田・前掲（注 67）70 頁注 9。

き出す場合でも、その金員が「振込利用犯罪」にかかる被害金であれば、銀行はその被害者を保護すべき義務を負い、預金者による引き出しを認めてしまうと銀行は被害者から責任を追及される可能性があるから、銀行の占有を窃盗罪によって保護すべきであるが、そうでない場合には、「たとえ犯罪がらみの金員であろうとも、窃盗罪を構成しないと考えるのが相当である」とされる<sup>(74)</sup>。確かに、銀行の「意思に反するか否か」という基準だけではあまりに無限定に過ぎる上に、預金債権者の払戻請求に対しても占有の要保護性を認めるべき根拠にはなっていないから、これを限定すべきであるという問題意識は至極正当なものである。また、他方で、振込の原因が狭い意味での振り込め詐欺かそれ以外の場合かで、入金された銀行における占有の要保護性の有無を分ける理論的根拠はないし、実際上もその区別は困難な上、故意阻却の範囲が広範になり過ぎてしまうという指摘<sup>(75)</sup>もその通りであろう。

しかし、振り込め詐欺救済法の適用の有無のみをその具体的な判断基準とした上で、「背後の実質的被害者」が存在すれば金融機関の占有も自動的に保護されるとするかのような論理に対しては、以下のような批判がある。すなわち、「銀行に対する財産犯の成否は、その金銭の占有について銀行に正当な利益が認められるかによって決まってくるのであるから、その判断が振り込め詐欺救済法の規定内容に全面的に依存してくると解すべきではない」<sup>(76)</sup>、「実質的には背後の振込人等の利益が侵害されている場合について、銀行に対する財産犯を無制限に肯定することは妥当な解決とはいえないであろう。とりわけ預金者が自己名義の預

---

(73) 松田・前掲(注67)71頁注10。もっとも、後述するように、ここでは金融機関の占有自体に要保護性が存在するか否かが問題なのであるから、「金銭の性質を問わない」というのは誤解を招く表現であるように思われる。

(74) 松田・前掲(注67)71頁注10。ここでの窃盗罪の成否は「引出権限の如何と引き出す金員の性質により相関的に決まる」とされる。

(75) 松田・前掲(注67)71頁注11。

(76) 橋爪「銀行預金の引出しと財産犯の成否」研修735号(2009年)13頁。

金口座からの払戻しを請求する場合、預金者には原則として正当な払戻権限が認められるのであるから、たとえ銀行が解約権等を有しているとしても、それだけで銀行の占有が保護されると解するべきではない<sup>(77)</sup> というものである。現行の振り込め詐欺救済法が定めている保護の範囲が背後の「実質的被害者」の存在する範囲をすべてカバーしているわけではないだろうし、同法の改正によって自動的に銀行の占有の要保護性が肯定される範囲が変動するものでもないから<sup>(78)</sup>、こうした問題意識自体は十分理解できるものである。また、ここでの議論は「預金債権者との関係においても銀行の占有に要保護性を認められるか」が理論的な検討課題であるから、預金債権者の側の「払戻権限の有無」については、要件事実としての意味を認めることは可能であるが、正面から占有の要保護性を判断するための基準として位置付けることは混乱を招くように思われる。当該払戻請求が「権限濫用」か否かをめぐる議論が銀行に対する財産犯の成否と直結するものではないこと<sup>(79)</sup> を想起すれば明らかであるように、ここでは金融機関自身に固有の利益主体としての地位、占有侵害罪の被害者としての適格を認め得るか、という点こそが掘り下げて検討されるべきである。

この点、いくつかの場合に分けて検討していくと、まず、①行為者が他人名義の口座を不正に入手して継続的に利用していた場合、確かにそうした行為は犯罪収益移転防止法 27 条によって禁止されており、銀行としては取引停止・口座解約等の措置を講じることになるが、その口座に給与等、預金契約者や行為者が正当な権利を有する金銭が入金されて

---

(77) 橋爪「銀行預金の引出しと財産犯の成否」(注 76) 16 頁。

(78) 橋爪「銀行預金をめぐる犯罪の成否について」刑事法ジャーナル 31 号 (2012 年) 11 頁。

(79) そもそもここでの権利濫用論はあくまで金融機関との関係での預金債権の行使が対象となっていたものであって、背後に存在する者(誤振込における依頼人、振り込め詐欺における被害者)の有する実質的利益の有無や内容によって濫用か否かの判断が直接変動するという帰結を導き得る性質のものではないように思われる。

いたのであれば、行為者による払戻請求との関係では、その金銭に関する事実上の占有につき銀行自身に要保護性が認められるものではない(口座を解約したとしても最終的には金銭自体は返還しなければならない)から、占有侵害罪の成立は認められないであろう<sup>(80)</sup>。次に、②児童ポルノや規制薬物の密売代金、贈収賄にかかる金銭などが預金債権者自身の口座に振込入金されたような場合にも、それらは公序良俗に反する行為に基づく取引ではあるが、やはり金融機関自身が金銭を正当に保持すべき利益を有しているわけではなく、他方でこの振込が不法原因給付であって振込依頼人には返還請求権が認められないこと(振り込め詐欺救済法9条2号参照)も踏まえるならば、保護に値する「実質的被害」が存在していない以上、同様に、預金者による払戻請求との関係では占有侵害罪による保護は及ばないと解すべきであろう。他方、③闇金融業者が顧客に違法な高利を付して返済のために指定した口座に金銭を振り込ませた場合については、確かに松田判事が指摘するように振り込め詐欺救済法の適用対象であり<sup>(81)</sup>、背後に「実質的被害者」が存在している。しかし、それらの事情から直ちに金融機関自身の占有の要保護性が導かれるわけではないから、より掘り下げた検討が必要となる。

この点、振り込め詐欺の場合は原因関係を欠いた形で預金債権者である受取人の口座内に入金がなされているという点では誤振込の場合と類似した状況にあるといえるのに対し、③のようなケースでは直ちにそのようにいえるわけではない。しかし、振り込め詐欺救済法の規定によれば、犯罪利用預金口座であることの疑いがあるときは、金融機関自身が口座取引停止等の措置を講じ(同法3条)、公告等の手続きを経て預金債権を消滅させること(4条~7条)が同法によって義務付けられているということ、また、そもそもそうしたことの原因を作出して被害者に振

---

(80) 橋爪「銀行預金をめぐる犯罪の成否について」(注78)10頁。

(81) 同法2条3項。田尾幸一朗「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」ジュリスト1352号(2008年)94頁以下参照。

込送金をさせたのが受取人（側の人間）であることを踏まえるならば、この場合の預金債権者による払戻は、被仕向銀行が単に預金債権者の同意の下でのみ、いわば依頼人に対するボランティアとして組戻しを行い得るに過ぎない誤振込における払戻の場合とは状況が異なり、実質的にみて、銀行に対し権限を有さない者が他人のカードを窃取して口座内の金銭を ATM から引き出す場合に近い状況にあると考えられる。そうだとすると、銀行には、単に振込制度の運営者として業務の円滑性を維持する必要があるというだけにとどまらず、専ら背後に存在する被害者の救済のためではあるものの、自ら金銭を主体として保持することにつき、当該口座の預金債権者との関係においても優位するだけの地位・権限が振り込め詐欺救済法によって付与されたと解することができる。以上のことから、振り込め詐欺の場合に限らず、③のように同法の適用対象となる場合においては、受取人は預金債権者であることを根拠として「預金による占有」を取得することはできず、さらに、当該払戻によって銀行の占有を侵害したことについては占有侵害罪の成立が認められる余地があるように思われる。ただし、注意すべきであるのは、現行の振り込め詐欺救済法の規定内容との関係ではこのようにいえるとしても、例えば上記のような関係を認めることができないケースが適用対象に含まれるなど、こうした実質が存在しない場合をも含めるような改正が行われた場合には、仮に形式的には同法の適用対象に含まれることになったとしても、それだけで銀行の占有について自動的に要保護性を肯定できるわけではないということであろう。あくまでも「金銭の占有について銀行自身に固有の正当な利益が認められるか」のみが、ここでは重要なのである。

なお、最近では、振り込め詐欺の犯人側の人物と目される者から依頼を受け、いったん別人の口座に入金された詐欺被害者の金銭が、口座振替によって自己名義の預金口座に入金されたのちに、その事情を知らなから ATM からこの金銭を引き出した被告人の行為について、ATM 内

の現金は銀行の ATM 管理者が占有するものであって、被告人にはその占有は認められないとした上で、被告人が引き出した金額が、振り込み詐欺によって取得され、その直後に被告人の口座に振替送金された金員に相当し、これを超えるものでないこと、被告人には、事前の経緯から振り込まれる金銭が犯罪にかかわるものではないかという思いがありながら、報酬欲しさに上記のようなプロセスを経るという条件付きで依頼を引き受けたということ、そして、金融機関においても、預貯金債権を有する口座名義人が払戻請求をした場合であっても直ちに無条件でその請求に応じるわけではなく、「預貯金口座が法令や公序良俗に反する行為に利用され、または利用されるおそれがあると認められるとき」<sup>(82)</sup>には取引を停止するという規定に基づき、口座を凍結して払戻請求には応じないという取り扱いをしていることに照らすと、自己名義の口座からの引き出しであっても、「ATM 管理者の意思に反するものである」<sup>(83)</sup>から、現金に対する ATM 管理者の占有を侵害するものであるといわなければならないとして、口座が自己名義であり、使用したカード等も真正なもので、相当額を振替送金した者からの依頼に基づくものであることなどの事情は上記の判断を左右しないとされた裁判例がある<sup>(84)</sup>。ここでは、被害者自身が直接、払戻の対象となった預金口座への振込を行っているわけではない。しかし、振り込み詐欺救済法2条4項2号によれば、直接犯罪の振込先として利用された口座でなくとも、専らその口座等に係る資金を移転する目的で利用された預金口座等で、その資金が振込に係る資金と実質的に同じであると認められるのであれば、なお同法における犯罪利用預金口座と認められるとされている。本件においてもこのように解することができれば、なお同法の適用対象

---

(82) 名古屋高判平成24年7月5日高刑速平成24年207頁(209頁)。五十嵐恒彦「判例紹介」研修774号(2012年)102頁も参照。

(83) 高刑速平成24年209頁。

(84) なお、五十嵐・前掲(注82)104頁によれば、本件はその後、平成24年11月28日に最高裁第2小法廷で上告棄却決定がなされたとのことである。

として、預金債権者との関係においても、金融機関の占有に優越的な地位＝要保護性を認めることが可能である<sup>(85)</sup>。

#### 4 小括

以上のように、振り込め詐欺の場合とは異なり、誤振込の場合には、受取人である預金債権者の払戻行為との関係で被仕向銀行の占有に要保護性を認めることは困難であることが明らかになった。そうすると、直接金銭を占有下に置いていない依頼人との関係で占有離脱物横領罪の成立を認めることができるかが残された問題となる。この点については、金銭の法的性質を踏まえた包括的な検討を要するため、次章で取り扱うこととする。

## VI 振込依頼人の権利とその要保護性

### 1 金銭の法的性質をめぐる議論<sup>(86)</sup>

#### ①「占有＝所有」？

金銭は一般に高度の代替性（不特定性）及び流通性を有しており、仮

---

(85) これに対して、例えば預金者になりすましてその預金を解約し、解約金を自己名義の預金口座に振込送金させて、直後にATMから引き出すような行為（橋爪「銀行預金をめぐる犯罪の成否について」[注78]11頁）については、預金者の意思に基づかない振込によって入金された口座であることを重視すれば同様に犯罪利用預金口座として扱う余地があるようにも思われるが、「被害を受けた者からの振込みが利用された」犯罪行為（同法2条3項）とは言い難いため、同法の適用対象に含めることは困難である。そうすると、仮にこの払戻請求が権利濫用に当たるとするような私法上の解釈をいったん経由したとしても、それだけでは被仕向銀行「自身」の占有に占有侵害罪における要保護性を認めることは困難であろう。他方、仕向銀行との関係では電子計算機使用詐欺罪の成否が、預金者との関係では占有離脱物横領罪の成否（仮に預金者の依頼に基づいてカードや通帳を預かっていたのであれば委託物横領罪の成否）がそれぞれ検討されるのは別論であり、当罰性の評価としてもそれらで十分であるように思われる。

(86) 以下の叙述に関しては、差し当たり、能見善久「金銭の法律上の地位」『民法講座別巻1』（1990年）101頁以下、古市峰子「現金、金銭に関する法的考察」金融研究14巻4号（1995年）101頁以下、佐伯＝道垣内『刑法と民法の対話』（注43）3頁以下、

に盗まれたり騙し取られたような場合でも、通常は奪われた紙幣や硬貨自体が返還される必要はなく、原所有者には不当利得返還請求権ないし不法行為に基づく損害賠償請求権による保護を認めれば足りると考えることができる。もっともこれらは金銭債権であり、消滅時効にかかるほか、相手方の責任財産に組み込まれると考えられてきたため、相手方が破産した場合にも一般債権者と同等の地位でしか弁済を受けることができない。そこでこうした場合に金銭の「所有権」に基づく返還請求権が行使できないかが問題となる。しかし、例えば他人の紙幣を奪った者がこれによって他の債権者に債務を弁済した場合のように、既に第三者に金銭が移転している時にも、第三者が即時取得の要件を充たさない限り、原所有者による取り戻しが常に可能である（あるいは他の債権者は原所有者に常に劣後する）とすると、金銭の流通が妨げられ、動的安全が害されると考えられることから、原所有者における返還請求権の行使を制限することにより、こうした高度の流通性を保護すべきだと解されてきた（この間の事情を指して、「カネに色はつけられない」と表現されることもある<sup>(87)</sup>）。

この点に関する現在の一般的な理解の起点となった末川博士の見解によれば、以下のように説明される。すなわち、「金銭が金銭としてはたらくところでは、高度の代替性をもって流通過程におけるいわば消費物として現われるのであるから、そこでは個々の金銭のもつ個性は没却されて、金銭の所有権は金銭の占有のなかにとけこむのである。つまり、金銭を現に支配して占有する者が、金銭の所有者として立ち現われるの

---

中田裕康ほか「特別座談会 民法と刑法（1）」法学教室 241号（2000年）40頁以下、西島良尚「金銭の管理と帰属について（1）」NBL810号（2005年）89頁以下、加藤『物権法 [第2版]』（注50）262頁以下、内田ほか編『民法の争点』（注50）164頁以下（田高寛貴執筆）、中田ほか編『民法判例百選I 総則・物権 [第6版]』（注50）156頁以下（川地宏行執筆）などを参照。

(87) 松岡教授はこの点を指して、原権利者の保護が物権から債権に「格下げ」される問題だと称される。松岡久和『『価値追跡』説の展開と限界』『法と民主主義の現代的課題 龍谷大学法学部創立二十周年記念論文集』（1989年）323頁。

であって、金銭の所在はすなわちその表示する価値の所在であるといつてよい。これを逆にいえば、若し金銭について所有権と占有とが分離していて、所有権に基づく返還請求権がどこまでも金銭の所在に追及し得るものだとすれば、われわれは、安心して金銭を受け取ることはできず、金銭の交換手段たる機能は完全に破壊されてしまうであろう<sup>(88)</sup>。「金属貨幣においても金属は単に価値制度としての価格単位を担う純然たる技術的な支柱と化しており」「紙幣においては素材価値としては零に近い紙の小片が価値」であるから、「それ自体で使用価値したがってまた交換価値を有する他の物と同一視することはできないのであって、貨幣は、その意味において物たる領域を超越しているともいうことができる<sup>(89)</sup>。「たとえ自分の意思に反して貨幣を奪取された者が奪取者に対して金銭の返還を請求するという場合でも、それは、自分の所有物たる特定の貨幣の返還を目的とするのではなくて、奪取されたのと同額の貨幣数量すなわち同額の金銭的価値量の返還を求めることを目的とするのである」<sup>(90)</sup>。

さらにこのような理解を徹底した川島博士の見解においては、以下のように説明される。すなわち、「たとえば、自分が『所有』—その本質は以下にのべるように特殊なものであるが、仮に一応こうよんでおく—していた貨幣が、法律上の理由なくして他人の手中にある場合に、自分がその貨幣に対する観念的所有に基づいて物権的返還請求権を行使する、ということは全く不必要であり且つ不当である。貨幣支配権が客体の全くの抽象的な支配である以上、その貨幣の返還を要求する必要がな

---

(88) 末川博『占有と所有』(1962年)12頁以下。

(89) 末川・前掲(注88)195頁以下。以上のような前提から、例えば銀行券の番号を指示した上で他人に預けるなど、物としての同一性が認識され、立証し得るような例外的な場合を除いて、192条以下の即時取得の規定は金銭には適用されないと解されることになる(同199頁以下)。「要するに、貨幣については、即時取得を問題とするまでもなく、一般にその占有に所有権がとけこんでいるのだから、その占有を取得した者はすなわち所有者だと解してよいのである」(同202頁)。

(90) 末川・前掲(注88)204頁。

いのみならず、貨幣がこの程度においても具体的支配に服するとすれば貨幣の流通性（その唯一の利用価値）ははなはだ阻害されざるを得ないからである」<sup>(91)</sup>。「所有の客体たる貨幣がその所有者の占有中に存在しない場合には、所有者は右に述べたように物権的請求権を行使し得ないのであるから、貨幣所有は一定交換価値量の給付を目的とする債権として存在するほかはない」<sup>(92)</sup>。「貨幣の占有者は絶対に他人から物権的請求権によってはその占有貨幣をとりあげられないのであり、債権的にとりあげられる場合にもどの貨幣で給付してもよいのであるから、占有は常に当然に所有であることになる」<sup>(93)</sup>。

もっとも、既に説かれているように<sup>(94)</sup> 両者の間には重大なニュアンスの差がある。末川説では、主人が占有補助者の所持を介して保管させていたような場合には所有権は主人にあるのが通例とされるほか<sup>(95)</sup>、「親権者・後見人・不在者の財産管理者・法人の理事その他の機関または役員・組合の業務執行者・信託における受託者・破産管財人・執行吏」などが他人のために財産の保管や処理を行う場合、その占有が所有を伴うものであるかは「当事者間の法律関係または当事者の意思によって決定するほかはないのであるが、これらのうちある場合においては管理せられる貨幣は貨幣本来の職能を失って流通過程におかれることなくただ保存の対象となっていることが少くない。そういう場合には、管理者は、占有するけれども、なおあたかも占有補助者におけると同じように、貨幣の所有権を取得することはない。しかしまた、一定数量の金額として保管する場合もまれではない。そういう場合には、貨幣の所有権は、占有と共に管理者に移る。そして管理者は、常にその一定数量の金

---

(91) 川島武直『新版 所有権法の理論』(1987年)178頁以下。

(92) 川島・前掲(注91)179頁。

(93) 川島・前掲(注91)179頁。そこから、公信の原則すら適用する必要がなく、即時取得既定の適用の余地はないことが説かれる(同179頁)。

(94) 佐伯=道垣内『刑法と民法の対話』(注43)4頁以下。

(95) 末川・前掲(注88)197頁。

額を計算上本人のために保有することを要する」<sup>(96)</sup> という形で、かなりの場合に例外が存在することが承認されているのに対し、川島説では、ここでの占有は「常に現実の占有・直接占有」でなければならず、「間接占有者が所有者であることはあり得ないのであり、間接占有者の地位は単なる引渡債権たるにとどまらざるを得ない」<sup>(97)</sup> と述べられるだけで、上記のような「例外」が承認されている記載は見当たらない。加えて、末川説ではさらに、「封筒に入れた貨幣を甲が乙に寄託したような場合に、甲が所有者であり乙が単なる占有者であることは疑ない」<sup>(98)</sup> として、いわゆる封金の場合も別途に扱われており、その延長線上で、他人のために一定数量の金銭を保管している場合に、「一定数量の金銭価値量」が保管されている時にはそれは「他人の物」<sup>(99)</sup> だと解され、「返還についての誠実義務に違反して返還の可能性を稀薄ならしめる」<sup>(100)</sup> 場合には横領罪が成立し得るが、「預かった金を銀行に預金とするがごときはもちろん、その金を一時自己のために融通しても後日返還の資力が十分ある限りは横領にはならない」<sup>(101)</sup> ことが説かれている点が、非常に重要である。

他方、判例においても、程度の差や位置付けはともかくとして、実はこうした末川説が慎重に場合分けをした上で展開していたような「原

---

(96) 末川・前掲(注88)198頁。そして、「実際の事例について観ればその区別が容易でないことが多い」として、一例として執行官が金銭を差し押さえる場合を挙げられている(同198頁以下)。

(97) 川島・前掲(注91)179頁以下。舟橋諄一『物権法』(1960年)224頁、235頁以下も同様に、ここでの占有は現実の直接占有に限定され即時取得の規定は全面的に否定されるとする(ただし、拾った現金を自分の財布の中に入れてきたままで混和するに至った場合が例外として挙げられている)。

(98) 末川・前掲(注88)194頁。この場合には流通過程に置かれておらず、単に保管されているだけであって「貨幣は貨幣としての職能を失っている」とされる。

(99) 末川・前掲(注88)203頁。

(100) 末川・前掲(注88)204頁。

(101) 末川・前掲(注88)204頁。「その限界はきわめてデリケートであり、こうした誠実義務違反に伴う「横領の意思の具体化が、返還可能性の稀薄ということに結び付けて、観察せられるのが常である」とされる(同204頁)。

則一例外」の関係が基本的には維持されてきたと考えられる。まず、大審院においてはむしろ金銭についても通常の動産と同様に扱う立場が採用されていた。例えば大判明治35年10月14日刑録8輯9巻58頁では、窃盗及び贓物收受の付帯私訴において、窃盗犯人から金銭の交付を受けた者に対し被害者が返還請求をなした場合には、192条、193条の即時取得の規定が当然に適用されると解されており、そこでは通貨も常に他の動産と同様に被害者の回復請求権の対象となることが前提とされている。また、大判昭和2年9月29日法律新聞2767号14頁では、混和によって金銭の特定性が失われた場合にはその原所有者は不当利得返還請求のみをなし得るとどまるが、特定物として保管されていた場合にはなお所有権を失わず、これに基づく返還請求をなし得るとされた。このほか、消費貸借の目的物となる金銭の取得に際し善意・無過失であった場合の即時取得の成立を前提とする大判昭和9年4月6日民集13巻492頁や、未成年者の所有にかかる金銭をその母親の名義で信用組合に預金していた際に、母親が独断でその預金債権に対して質権を設定した時も、未成年者はその質権者が悪意若しくは重過失の場合に限りこれを取消し得るとした大判昭和10年10月4日民集14巻1954頁も、金銭を「物」として理解し、通常の動産と同様の範囲で原所有者の追求権を認めている点で共通しているといえる。

これに対して、最高裁は一転して「占有=所有」の立場を採用し、今日に至っていると解されてきた。最判昭和29年11月5日刑集8巻11号1675頁は、貯蓄信用組合の理事である被告人が組合名義で組合員以外の者から貯金を受け入れた場合に、たとえそれが法律上無効であって組合に対する消費寄託としての効力を生じないとしても、目的物である金銭の所有権自体は組合に帰属するとされているが、その根拠は以下のように説かれている。すなわち、「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、価値は金銭の占有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と

共に移転するものと解すべきであって、金銭の占有が移転した以上、たとえ、その占有移転の原由たる契約が法律上無効であっても、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って、ここに不当利得返還債権関係を生ずるに過ぎないものと解するを正当とする<sup>(102)</sup>。ここでは、「特段の事情」がある場合が留保されており、末川説と同様の理解が前提とされていることが明らかである<sup>(103)</sup>。その後、民事判例においても、最判昭和39年1月24日判タ160号66頁が、上記昭和29年判決を引用した上で、金銭は単なる価値そのものであり、価値はその所在に随伴するものであるから、特段の事情のない限り所有権者は占有者と一致し、占有者は「それをいかなる理由によって取得したか、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」と説いた上で、第三者が詐欺行為や横領行為によって上告人らから取得した金銭を、債権者からの仮差押えに際して自己の金銭だとして執行官に提出したという事案に関し、詐欺行為や横領行為の時点で金銭の所有権は第三者に帰属し、上告人らはその所有権を喪失したと解して、上告人らの第三者異議の訴えを否定している<sup>(104)</sup>。さらに近年では、先に検討した、預かり金の帰属をめぐる最判平成15年2月21日民集57巻2号95頁（保険料事例）において、

(102) こうした理解で他人性を肯定しつつ、被告人が主として信用能力の乏しい第三者の利益を図る目的で、この第三者に無担保で組合資金を貸し付けた行為につき、背任罪の成立を肯定した原判決の判断を是認している。これを受けて、学説では、金銭が用途を定めて寄託された場合には、特定性が維持されており、その所有権はなお寄託者に存するから、これをほしいままに費消すれば横領罪が成立するが（最判昭和26年5月25日刑集5巻6号1186頁）、用途の定めがなくまったくの不特定物として委託された金銭の所有権は委託と同時に受託者に移転し、これに対する同様の費消行為は背任罪しか構成しないとする主張がなされた（大塚・前掲〔注3〕286頁）。

(103) 中田ほか「特別座談会 民法と刑法（1）」（注86）43頁（道垣内発言）は、本判決につき、取引の安全が問題となった事案ではないにもかかわらずこのような議論を展開している点を指摘して、「刑事判例こそが、『占有=所有権』説を確立したとさえいえる気がします」とする。

(104) 本判例の匿名解説では、昭和29年判例との関係につき、「民事について同一の理論を宣明し、さらに一步おし進めたものである」と評されている（判タ160号66頁）。

最高裁は「受任者が委任契約によって委任者から代理権を授与されている場合、受任者が受け取った物の所有権は当然に委任者に移転するが、金銭については占有と所有が結合しているため、金銭の所有権は常に金銭の受領者（占有者）である受任者に帰属し、受任者は同額の金銭を委任者に支払うべき義務を負うことになるにすぎない」と述べて<sup>(105)</sup>、損害保険代理店が契約者から收受した保険料の所有権はいったん代理店に帰属し、代理店は損害保険会社に対しては同額の金銭を送金する義務を負担することになり、保険会社はこの金銭の送付を受けることによって初めて保険料に相当する金額の所有権を取得するに至っている。

もっとも、判例の中にも異なった方向性を示すものが存在することが指摘されている。例えば、最判平成4年4月10日家月44巻8号16頁、判時1421号77頁<sup>(106)</sup>では、死亡した父親Aの共同相続人であるX、Yらのうち、YはAが死亡時に所有していた現金の占有を取得して「A遺産管理人Y」名義で銀行に預けたところ、遺産分割協議が成立する以前に、XらがYに対して訴えを提起し、法定相続分に応じた金銭の支払をYに請求したという事案に関し、「相続人は、遺産の分割までの間は、相続開始時に存した金銭を相続財産として保管している他の相続人に対して、自己の相続分に相当する金銭の支払いを求めることはできないと解するのが相当である」として、Xの上告を棄却している。ここでは、もし現実の占有を取得したYに所有権も帰属すると解するなら、この時点で金銭の単独所有者となり、金銭は遺産分割の対象とはならな

---

(105) 民集57巻2号99頁。もっとも、この点については既に触れたように、一審判決以来「原資の所有者」が問題とされていたこととの関係で付加的に言及されたに過ぎないとする指摘がある（内田貴＝佐藤政達「預金者の認定に関する近時の最高裁判決について（上）」NBL808号〔2005年〕22頁）。

(106) 本判決については例えば、林良平「遺産中の金銭の遺産分割前の帰属」金法1336号（1992年）6頁以下、佐伯＝道垣内『刑法と民法の対話』（注43）3頁以下、内田『民法Ⅳ〔補訂版〕親族・相続』（2004年）405頁、道垣内「かわいいふりしてあの子（その1）」法学教室334号（2008年）83頁以下など。さらに、「預金の帰属をめぐる最新判例と実務対応」金法1686号（2003年）21頁も参照。

ということになるが、本判決では分割協議が成立する以前は共同相続人の共有となっていることが前提とされていると解され<sup>(107)</sup>、そうだとすると、他人である共同相続人のために金銭を管理している間は、Yの占有にはなお所有権は伴っていないことになる旨指摘されている。また、最判昭和43年7月11日民集22巻7号1462頁は、Xから株式等の買入れの委託を受け、その代金の預託も受けた証券会社Aが、これに従ってA名義で株式を購入したが、これを保管中に破産宣告を受け、Yが破産管財人に選任されたため、XがYに対してXを譲受人とする株式の裏書と引渡しを求めたという事案で、Aを商法上の問屋(551条以下)と解した上で、「問屋が委託の実行として売買をした場合に、右売買によりその相手方に対して権利を取得するものは、問屋であって委託者ではない。しかし、その権利は委託者の計算において取得されたもので、これにつき実質的利益を有する者は委託者であり、かつ、問屋は、その性質上、自己の名においてではあるが、他人のために物品の販売または買入をなすを業とするものであることにかんがみれば、問屋の債権者は問屋が委託の実行としてした売買により取得した権利についてまでも自己の債権の一般的担保として期待すべきではないといわなければならない。されば、問屋が前記権利を行使した取得した後これを委託者に移転しない間に破産した場合においては、委託者は右権利につき取戻権を行使し得るものと解するのが相当である」と述べ、これを否定していた原審の判断を違法として破棄差戻しをした。ここでは、売買の目的物が問屋Aに帰属することを前提としつつも、これをAの責任財産から除外し、委託者Xに取戻権が肯定されているため、目的物が金銭であったとしても同様に解される余地がないかが論じられている<sup>(108)</sup>。

(107) 判時1421号78頁の匿名解説も「金銭債権については民法427条の適用を考えざるをえないのに対し、金銭にはこのような規定がないので、遺産の共有の法律論をそのまま当てはめればよい」とする。

(108) 弥永真生「判批」ジュリスト995号(1992年)109頁以下など参照。もっとも、理論構成については必ずしも明らかでない(道垣内「かわいいふりしてあの子(その2)」

さらに重要なのは、騙取金を用いた弁済と不当利得に関する判例である<sup>(109)</sup>。Xから金銭をだまし取ったAが、これを用いて第三者Yに対する債務の弁済をなしたような場合、XがAに対してではなく金銭を受領したYに対して不当利得返還請求をなし得るかが問題となる場合、弁済が有効であれば民法703条における「法律上の原因」が存在しているようにも思えるし<sup>(110)</sup>、他方でAの行為が介在しているため同条における「受益」と「損失」の間の因果関係が否定されるようにも思われ<sup>(111)</sup>、長らく判例・学説の議論が錯綜していたところ、まず最判昭和42年3月31日民集21巻2号475頁は、この場合のYは、自己に対してAが負担する債務の弁済として金銭を「善意で受領した」のだから、法律上の原因に基づいて取得したと述べて、Xの不当利得返還請求権を否定した。ここでは、判例・学説が採用するとされた「占有=所有」論の観点からすれば、騙取金であってもその所有権はAに移転し、さらにYに移転することになり、即時取得の適用が問題とはならないから、いかなる意味でYの「善意」を要求したのかは明らかでなかった<sup>(112)</sup>。その後、最判昭和49年9月26日民集28巻6号1243頁は、この場合のAが騙取・横領した金銭を自己の金銭と混同させ、両替し、銀行に預け入れ、その一部を他の目的のため費消したのち、その費消した分を別途工面した金銭によって補填するなどしてから、これによってYに対す

---

法学教室335号〔2008年〕70頁以下、加藤雅信=加藤新太郎編著『現代民法学と実務(下)』〔2008年〕254頁以下など参照。

- (109) 詳しくは、高木多喜男ほか『民法講義6 不法行為等』(1977年)85頁以下(加藤執筆)、加藤『財産法の体系と不当利得法の構造』(1986年)654頁以下、同『事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』(2005年)75頁以下、磯村保「騙取金銭による弁済と不当利得」『石田喜久雄・西原道雄・高木多喜男先生選暦祝賀記念論文集下巻 金融法の課題と展望』(1990年)251頁以下、中田ほか編『民法判例百選Ⅱ債権〔第6版〕』(2009年)150頁以下(平田健治執筆)。
- (110) 大判大正13年7月23日新聞2297号15頁参照。
- (111) 大判大正10年6月27日民録27輯1282頁参照。
- (112) 例えば谷口知平『民法論第3巻 不当利得・知的財産権等の研究』(1990年)191頁以下。

る債務の弁済に充てたときにも、「社会通念上 X の金銭で Y の利益をはかったと認められるだけの連結がある場合」にはなお不当利得の成立に必要な因果関係があると述べた上で、その際 Y が金銭を受領する上で「悪意又は重大な過失」がある場合には、X との関係では「法律上の原因がなく、不当利得となる」として、その点の審理を十分に尽くさせるために原審を破棄し、差し戻した。これによって、判例は不当利得における因果関係の存否を「社会通念上の連結」の有無という基準によって判断しており、弁済受領者 Y における悪意・重過失の有無は「法律上の原因」の有無にかかわる問題であると位置付けていると解されるに至った<sup>(113)</sup>。

本稿との関連では、これらの判例に多大な影響を与え通説的見解を形成したとされる<sup>(114)</sup> 我妻博士の見解が注目される。我妻説によれば、金銭（貨幣）は動産の一種であっても、抽象的な価値を体現するのみで、全く個性を持たず、「骨董品としてではなく、通貨として取引関係に立ち現われる限り」その占有者の所有に帰するから、騙取された場合にも騙取者の所有となり、その返還請求についてはもっぱら不当利得のみが問題となる<sup>(115)</sup>。そして、この場合の不当利得の構造に関しては、以下のように説かれる。すなわち「数人の間に財産価値の移動が行われた場合には、それらの人々の間における財産価値の移動を生ずる法律要件の形式（法律要件が 1 個か数個か、何人の名で行われたか、何人の計算でなされたかなど）や関係するそれぞれの者に帰属する法律的性質（帰属する利益の法律的性質、とりわけ所有権の帰属の有無）などに拘泥せず、同一

---

(113) 谷口・前掲（注 112）199 頁以下。

(114) 高津環・最判解民事篇昭和 42 年度 100 頁以下、井田友吉・最判解民事篇昭和 49 年度 576 頁以下のいずれも、「占有＝所有」論、及び不当利得に関する解釈論について当時の多数説を掲げ、中でもそれらの代表として我妻説を引用した上で、判例ではこれらの議論が十分に顧慮され、採用されていると説明している。この点につき、詳しくは好美清光「騙取金銭による弁済について」一橋論叢 95 卷 1 号（1986 年）20 頁以下参照。

(115) 我妻栄（有泉亨補訂）『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（1983 年）37 頁、185 頁以下、235 頁以下。

の財産的価値の移動として追究される限り、いいかえれば、Aの損失がBの利益に帰したと社会通念上認められる限り、不当利得の成立要件として必要な因果関係の存在を認め、しかる上で、一連の関係者のうちの誰から誰への不当利得返還請求権を認めることによって全関係の調整を行うべきかは、専ら『法律上の原因の有無』というつぎの要件によって決すべきものとする<sup>(116)</sup>。そして、そのように解すべきだとする最大の理由は騙取金による弁済の場合の処理にあるとされ、例えばAがXから騙取した金銭をそのままYに弁済しても、自分の金銭と混同させ、両替し、銀行に預けてからYに弁済しても、Xの金銭でYの利益を図ったと「社会通念上認められるだけの連結がある場合」には因果関係を肯定すべきであり、上述の通り金銭の所有権が占有移転に伴ってYに移動したとしても、それによって常に因果関係を欠き、XからYに対する不当利得返還請求権がそのために一切認められなくなるというのは決して妥当な結論ではないのであって、因果関係の存否を金銭所有権の帰属によって決定しようとするべきではない<sup>(117)</sup>。そこで、因果関係が肯定されると考えた上で、この場合のYの利得について法律上の原因があるかどうかを検討すると、騙取金が騙取者の所有に帰するというのは「金銭の特殊性に基づくいわば形式的な理由による」のであり、騙取金は「実質的にはなお騙取された者に帰属しているとみるべきだから、弁済受領者がそのことについて悪意または重過失がある場合には、不当利得の関係では、なお有効な弁済とならず」、YはXに対して返還義務を負うと解することが「制度の趣旨に適する」<sup>(118)</sup>。ここでの受領者Yには、「金銭の融通性にかんがみ、積極的に善意を要求せず、悪意または重大な過失なき限り、弁済は有効となると解するのが一層妥当である」<sup>(119)</sup>という。我妻説においては、一見すると金銭の「占有=所有」

---

(116) 我妻『債権各論下巻一』(1972年)977頁。

(117) 我妻『債権各論下巻一』(注116)978頁以下。

(118) 我妻『債権各論下巻一』(注116)1022頁。

論がかなり徹底されており、このケースでもその前提自体は否定されず、問題は不当利得における「法律上の原因」という要件の解釈論に委ねられているが、これは不当利得法を一種の衡平法とみる考え方によって裏付けられているといえる<sup>(120)</sup>。ただし、見方を変えれば、騙取金による弁済の場合には、受領者に悪意・重過失がある場合に限るという制限を付してはいるものの、これによって受領者に不当利得返還義務が認められる範囲を拡張しつつ、原所有者 X に一種の優先的な返還請求権・追求権を肯定すると同様の効果を導いているということになる。この限りで一定の「原則—例外」関係を承認しているともいえる<sup>(121)(122)(123)</sup>。

---

(119) 我妻『債権各論下巻一』(注 116) 1023 頁。

(120) 加藤『財産法の体系と不当利得法の構造』(注 109) 663 頁。より詳しくは同『事務管理・不当利得・不法行為 [第 2 版]』(注 109) 86 頁以下。

(121) 鈴木博士も同様に、「占有＝所有」を広範に認め、例えば貸与や寄託などの場合はもちろん、盗取・騙取による占有移転でも所有権移転を生じさせ、原所有者は不当利得返還請求（あるいは損害賠償請求）による回復が可能であるにすぎず、即時取得の問題は生じないとされているが（鈴木緑弥『物権法の研究』[1976 年] 329 頁以下、同『物権法講義 五訂版』[2007 年] 447 頁以下）、他方、封金のように特定されている場合は通常の動産と同様に扱われるとされ（『物権法講義 五訂版』447 頁）、雇主が使用人に委託して保管させているような場合にも所有権は雇主に留保されており使用人からの譲受人には即時取得が認められ得るとされる（『物権法講義 五訂版』450 頁）。また、山野目章夫『物権法 [第 5 版]』(2012 年) 71 頁では、「占有＝所有」論の例外として、「金銭をなす物体の物理的特性に着目した法律行為がなされたと認められる場合は、その物体を特定物（たとえば特定の番号の通貨）または種類物（たとえば特定の種類の記念硬貨）として扱い、それらのものとして通常物権変動の規律に服せしめることは、ありうる」とされている。

(122) より進んで、好美「騙取金銭による弁済について」(注 114) 21 頁以下では、我妻説では既に、X に帰属する「価値」所有権と Y に帰属する「物」所有権の分離が承認されており、前者による追及効を遮断する概念として即時取得の議論が参照されていると説かれているが、中田ほか編『民法判例百選Ⅱ債権 [第 6 版]』(注 109) 151 頁（平田執筆）によれば、「この読み方が一般に支持されている」とされる。なお、川村泰啓「『所有』関係の場で機能する不当利得制度 (二)」判例評論 120 号（1969 年）100 頁以下も参照。

(123) 能見「金銭の法律上の地位」(注 86) 104 頁、113 頁では、「占有＝所有」論においても原所有者に不当利得返還請求権の行使を許容するのであれば動的安全の保護は劣後することになる点が指摘されている。確かに、原所有者に不当利得返還請求権を認めて

## ②物権的価値返還請求権をめぐる議論

以上のような通説的見解とそこから導かれる帰結に疑問を抱き、壮大なスケールの議論を展開されたのが加藤教授と四宮博士であった。以下では騙取金による弁済の場合の処理を中心とし、関連する限度において両説の内容と特色を示すことを試みたい。

加藤説<sup>(124)</sup>によれば、金銭の代替性からすれば、弁済受領者が騙取金であることを知っていたかどうかは問題にならないから、判例及び我妻説のいう「善意・悪意」は、騙取金を用いた弁済により、他に十分な資力のないAがXに対して弁済することが不可能となることに関する知・不知と解されるが、そうだとすれば、これはAのXに対する詐欺の事実を知っていたか否かの問題であることになり、「結局、判例がかかげた『悪意』という要件は、424条の定める債権者取消権の要件と完全に符合する」。そうすると、一部債権者に対する弁済であっても債権者との通謀がある場合には詐害行為となり得るとする一般的な理解を前提としつつ、機能的に考察すれば、ここでXに肯定され得るのは不当利得返還請求権ではなく、債権者取消権そのものになる。すなわち、前者についてはYは自らの債権に基づいて金銭を受領している以上、法律上の原因が存在しているからであり、後者については、債務者の無資力及び詐欺の事実に関する悪意が存在しているからである。前述の二つの最高裁判例の事案も、こうした位置付けの下に処理されるべきであっ

---

も一般債権者と同等の地位であるに過ぎず、未だ優先効が肯定されたわけではないが、判例における騙取金による弁済の事案のようなケースでは、実際上そうした問題は浮上せず、むしろ不当利得が認められる範囲を拡張することで物権的保護を認める場合と同様の帰結が導かれているといえよう。さらに、従来の判例・学説において例外的取扱いが認められてきたケースと今後の検討課題を網羅的に示したものとして、古市「現金、金銭に関する法的一考察」(注86)135頁以下。同135頁注39は、「『占有=所有権』説が現金は価値そのものといっておきながら、所有権を持ち出すことはやや奇異である。そもそも『現金は価値である』という一種のドグマですべてを解決しようとするところに無理がある」とする。

(124) 以下については、加藤『財産法の体系と不当利得法の構造』(注109)663頁以下、同『事務管理・不当利得・不法行為[第2版]』(注109)79頁以下。

た。

もっとも、Xにこのような債権の対外的効力としての保護を与えるのみでは十分でない場合も存在する。例えば無資力であるAの一般債権者が配当加入してきたような場合には、「すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる」(民法425条)という制約が存在していることから、Xには他の一般債権者と同等の保護にとどまり、Aの無資力の危険を負うことになる。しかし、騙取の対象となった客体が金銭でない、通常の有体物であった場合には所有権に基づき優先的な回復が可能となることに比べると、その保護が弱められてしまうというのは妥当でない。そこで、一定の要件を具備した場合には、単純な金銭債権としてではなく、「価値の上のヴィンデカチオ」に基づく物権的な優先的効力と追及効が付与されるべきである。具体的な要件としては、騙取・盗難に遭った金銭につき価値の特定がなされていること、また、弁済者が債務超過に陥っていることを受領者が知っていることが必要である。これによって、要件としては詐害行為取消権に類似しているものの、他の一般債権者に対する優先的効力が認められることになり、通常の有体物所有権と完全に同一ではないものの一種の「金銭所有権」概念が認められることになる<sup>(125)</sup>。

四宮説<sup>(126)</sup>によれば、前述したような判例・多数説における「占有＝所有」論は、例えば金銭を騙取されたX(財産の帰属者)に第三者異議の権利を認めないことで、結果的に騙取者Aの一般債権者を保護することになり、時として不当な結論を招いている。金銭は物であると同時に価値でもあるが、価値についても帰属割当を考え得るから、これを変

---

(125) 以上のような問題意識から類型化された不当利得のケースと、そこから除外されるべきケースについては、加藤『事務管理・不当利得・不法行為 [第2版]』(注109)90頁以下で概観することができる。

(126) 以下については、四宮和夫「物権的価値返還請求権について」『私法学の新たな展開』(1975年)183頁以下、同『事務管理・不当利得』(1981年)77頁以下、197頁以下。

更する附合いがないのに事実上価値を失った場合に、価値帰属者を保護するため、何らかの物権的効力による復原を認めるべきである。ただし、「金銭の高度の代替性からは、回復されるべきは価値であって物としての金銭ではない」こと、金銭の流通手段としての性質からは、大幅に第三者に影響しない救済手段を用いることが留意される必要がある。

そこで、「価値の同一性」を認識し得る限り、物権的価値返還請求権（「価値のレイ・ヴィンディカチオ (r.v.)」）を認めるべきである。ここでは「価値所有者に所有権が全面的に残って r.v. が与えられるというのではなく、金銭の所有権はいわば、価値所有権と物所有権に分裂し、一方では占有者が物所有権を取得し、他方、価値所有者はその復原を事実上の価値の回復という形で、しかし、r.v. ほどには第三者に影響することのない物権的効力（準物権的効力とでもいうべきか）をもって、実現することができる」「それは金銭の特質によって変容せしめられた r.v. であるということもできよう」。ここでの「価値の同一性」は、他人の紙幣と両替したり、自己の金銭と混和したり、預金口座に振り込まれて帳簿上の金銭に変形したりすることがあったとしてもなお失われない。混和の場合には、混和物に関して割り当てられるべき共有持分を想定し、それに回復権が及ぶことになる。預金の場合も、原所有者が預金債権者になるということではなく、対銀行の関係では（口座名義人などの）他人に預金債権が帰属して、原所有者はその上に回復権を持つに過ぎないから、銀行を不安定な地位に置くことにはならない。他方、同一性が失われた場合には価値の r.v. は債権的効力しか持たない不当利得返還請求権に転化する<sup>(127)</sup>。

---

(127) 四宮説は当初、有効な取引関係に基づいて金銭を取得した第三者に対しては動的安全の見地から追及権を有さないと解していたが（四宮「物権的価値返還請求権について」〔注126〕201頁以下、205頁）、その後、前述した最高裁昭和49年判例や、有価証券に関する善意取得規定の存在（商法519条、手形法16条2項、小切手法21条）などを踏まえた上で、悪意又は重過失の第三者には保護の必要がないため、こうした者に移転した場合には、なお追及効が及ぶと改説した（同『事務管理・不当利得』〔注126〕

以上の両説は、第一に、金銭の流動性に由来する動的安全に配慮する見地から、占有移転に伴って物権も移転することを認める点では「占有=所有」論と同様の前提に立ちつつ、第二に、意思に基づかずに移転したケースでは金銭の原所有者にはその「価値」に対する追及権を認め、一般債権者に優先する効力を付与することで、通常の動産の場合と同等の保護を与え、これによって、単なる不当利得返還請求権にとどまらない、金銭固有の「所有」概念を考案したという点で共通している。もっとも、加藤説ではこうした保護が認められる場合はそう多くないとされており、具体的には金銭価値の特定がなされていることに加え、弁済者が無資力に陥っており、かつその点に関する受領者の「悪意」が存在していることが必要であるとされているのに対して、四宮説では両替や混和等によっても特定性は直ちに失われず、さらに受領者が「重過失」であった場合にもなお追及効が及ぶとされている点で異なっている。

以上のような議論に対し、学説上は、むしろ封金のような場合を例外とすれば「占有=所有」論が現在も主流であり、「価値に対する」所有権という概念は一般には受け容れられていないと評価されている<sup>(128)</sup>。その理由は前述してきたような「占有=所有」論の論拠に求められているが、異なった角度から付け加えるならば、現行民法が有体物である「物」を所有権の対象としていると解されること(85条)、また、金銭債権は「種類債権の極限」ともいわれるように、特定の金貨などが取引対象とされる場合を除けば、強制通用力を有する通貨でありさえすればどの種類で弁済を行ってもよく(402条1項)、履行不能はあり得ないと解されていること<sup>(129)</sup>も、こうした議論の根拠とされているように思われ

---

78頁)。

(128) 中田ほか「特別座談会 民法と刑法(1)」(注86)41頁以下における中田発言、道垣内発言。

(129) 以上に関しては、奥田昌道編『新版注釈民法(10) I 債権(1) 債権の目的・効力(1)』(2003年)323頁以下(山下末人=安井宏執筆)、内田『民法Ⅲ [第3版] 債権総

る。

もっとも、こうした表面的な対立状況はともかくとして、議論の実質に踏み込んでみると、先述した通り末川説や判例においては「例外的」に所有権ないし物権的な追及権がなお原所有者に留保されている場合がかなり承認されていたといえるし、それは我妻説においても結論的には一定範囲において承認されていたと考えられる<sup>(130)</sup>。そして、物権的価値返還請求権概念を明示的に批判しつつも、結論的には同様に例外的な取り扱いの余地を残している見解も見受けられるのである<sup>(131)(132)</sup>。

---

論・担保物権】(2005年)62頁以下、大村敦志『基本民法Ⅲ債権総論・担保物権【第2版】】(2005年)14頁以下、『我妻・有泉コンメンタール民法—総則・物権・債権【第3版】】(2013年)703頁以下など参照。

(130) 注122も参照。

(131) 例えば注121の鈴木説のほか、清水誠「騙取された金銭をめぐる法律関係」東京都立大学法学会雑誌24巻1号(1983年)96頁以下は、物権的な追及効を否定しつつ、昭和49年判例のような場合は不当利得の問題ではなく詐害行為取消権の問題だと捉えることに賛成し、弁済者Aと受領者Yとの間に、主観的には「共謀関係」が存在し、客観的には「価値章標としての通貨の授受とはいえない確固たる」事情が存在する場合には、不当利得返還請求権が「拡張される」と説明している。他方、藤原正則『不当利得法】(2002年)373頁以下は、具体的取引の安全を原則とするわが国において、金銭の高度の流通性・代替性を考慮するならば、騙取・横領金による弁済のような場合以外にも第三者に対する金銭の追及を拡大することには慎重であるべきだとし、執行法上・破産法上の優先権がどのように付与されるのかが明らかでない以上、価値所有権という構成の意味は判然としないと評価して、判例及び我妻説を支持し、あくまで例外的に不当利得とされるケースであると位置付ける(ほぼ同様の見解として、船越隆司『物権法【第3版】】[2004年]21頁、205頁以下は、昭和49年判決は不当利得返還請求権の要件事実と有価証券の善意取得規定の要件事実を「融合」させたものだとする)。また、同書372頁は、判例ではAの無資力が要求されているかどうか疑問であることなどを指摘して、詐害行為取消権の問題として理解することには疑問があるとする。この点に関して結論的には鈴木『債権法講義【四訂版】】(2001年)767頁も疑問を示しているが、他方、奪取された金銭について原所有者につき「所有権的なものの残存を説くことは、不可能ではあるまい」としている点が注目される。

(132) なお、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法【第2版】第2巻】(2010年)483頁以下(渡辺咲子執筆)では、盗品となった現金の被害者還付(刑訴法124条1項)に関し、「占有=所有」論を前提としつつ、実務上は窃盗の被害者である原所有者に対する還付も認められることが説かれている。この点に関し、佐伯=道垣内『刑法と民法の対話】(注43)19頁以下も参照。

預金口座内の金銭の法的性質—誤振込の事案を手掛かりとして— (3) [照沼亮介]

[未完]

(本学法学部教授)