
種 別： 論説

タイトル： 預金による占有についての一考察

著 者： 青木 陽介

所 収： 『上智法学論集』第 55 卷 3-4 合併号（平成 24 年 3 月）59-93 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

預金による占有についての一考察

青木 陽介

- 一 問題の所在
 - (一) はじめに
 - (二) 山口厚の見解の検討
 - (i) 記述の変遷
 - (ii) 疑問点
 - (三) 新たな問題点の呈示
- 二 預金による占有の議論の射程
 - (一) 占有離脱物横領罪の場合
 - (i) 肯定説及び否定説の主張の比較
 - (ii) 若干の検討
 - (二) 奪取罪の場合
 - (i) 総説
 - (ii) 奪取される前の物に対する被害者の占有の場合
 - (a) 預金者の保護
 - (b) 具体的な結論の相違
 - (c) 銀行の事実的占有の保護
 - (iii) 奪取された後の物に対する行為者の占有の場合
 - (a) 振込め詐欺と預金付け替え事例との関係
 - (b) 財物罪の既遂が否定される根拠
 - (c) 物と利益の区別
 - (d) 予想される批判
- 三 結語

一 問題の所在

(一) はじめに

委託物横領罪(刑法252条1項)及び業務上横領罪(同法253条)⁽¹⁾は、「自己の占有する他人の物」を横領した場合に成立する。ここでいう「占有」の内容は、同じく占有が問題となる窃盗罪の場合とは異なる、と解されている。即ち、窃盗罪においては、財物に対する事実的支配が問題となるのに対し、横領罪においては、それだけでなく法律上の支配も含まれる⁽²⁾、と言われている。というのも、窃盗罪における占有が

-
- (1) 委託物横領罪と業務上横領罪とでは、占有を肯定する範囲は同一と考えられているので、以下では、両者を特に区別することなく、単に委託物横領罪として述べる。
- (2) 大判大正4年4月9日刑録21輯457頁参照。学説としては、伊東研祐『刑法講義各論』(日本評論社、2011)213頁(以下では、伊東『各論』と表記。)、中森喜彦『刑法各論(第3版)』(有斐閣、2011)133頁(以下では、中森『各論』と表記。)、須之内克彦『刑法概説各論』(成文堂、2011)190頁(以下では、須之内『各論』と表記。)、高橋則夫『刑法各論』(成文堂、2011)351頁(以下では、高橋『各論』と表記。)、山口厚『刑法各論(第2版)』(有斐閣、2010)293頁(以下では、山口『各論(2版)』と表記。)、同『問題探究刑法各論』(有斐閣、1999)179頁(以下では、山口『問題探究』と表記。)、西田典之『刑法各論(第5版)』(弘文堂、2010)227頁(以下では、西田『各論』と表記。)、木村光江『刑法(第3版)』(東京大学出版会、2010)371頁(以下では、木村『刑法』と表記。)、山中敬一『刑法各論(第2版)』(成文堂、2009)370頁(以下では、山中『各論』と表記。)、林幹人『刑法各論(第2版)』(東京大学出版会、2007)185頁及び279頁(以下では、林(幹)『各論』と表記。)、伊藤渉=小林憲太郎=齋藤彰子=鎮目征樹=島田聡一郎=成瀬幸典=安田拓人(編)『アクチュアル刑法各論』(弘文堂、2007)213頁〔小林憲太郎執筆〕(以下では、伊藤他『アクチュアル』〔小林』と表記。)、今井猛嘉=小林憲太郎=島田聡一郎=橋爪隆(編)『刑法各論』(有斐閣、2007)195頁〔島田聡一郎執筆〕(以下では、今井他『各論』〔島田』と表記。)、川端博=西田典之=原田國男=三浦守(編)『裁判例コンメンタル刑法〔第3巻〕』(立花書房、2006)396頁〔岩瀬徹執筆〕(以下では、川端他『裁判例』〔岩瀬』と表記。)、堀内捷三『刑法各論』(有斐閣、2003)166頁(以下では、堀内『各論』と表記。)、大塚仁=河上和雄=佐藤文哉=古田佑紀(編)『大コンメンタル刑法(第2版)第13巻』(青林書院、2000)334頁〔吉本徹也執筆〕(以下では、大塚他『大コンメ』〔吉本』と表記。)、田中利幸「刑法における『占有』の概念」芝原邦爾=堀内捷三=町

奪取罪における侵害の対象として意味を持っているのに対し、横領罪における占有は、濫用のおそれのある支配力として意味を持っている⁽³⁾からである。その結果、横領罪に関しては、事実的には「占有」しているとはいえない不動産登記名義人についても、不動産という客体に対して登記名義を有していることにより占有を有する、と解されてきた⁽⁴⁾。

横領罪における法律上の占有は、ここで挙げた登記名義の他にも幾つ

野朔＝西田典之（編）『刑法理論の現代的展開各論』（日本評論社、1996）187頁、香川達夫『刑法講義各論（第3版）』（成文堂、1996）568頁（以下では、香川『各論』と表記。）、平川宗信『刑法各論』（有斐閣、1995）380頁（以下では、平川『各論』と表記。）、団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』（創文社、1990）635頁（以下では、団藤『各論』と表記。）、江藤孝「封緘された物と占有」西原春夫＝藤木英雄＝森下忠（編）『刑法学5』36頁（以下では、江藤「封緘」と表記。）、藤木英雄『刑法講義各論』（弘文堂、1976）330頁（以下では、藤木『各論』と表記。）参照。

- (3) 須之内『各論』190頁、高橋『各論』351頁、山中『各論』370頁、伊藤他『アクチュアル』〔小林〕213頁、今井他『各論』〔島田〕195頁、大塚他『大コンメ』〔吉本〕334頁、香川『各論』568頁、平川『各論』380頁、団藤『各論』635頁、江藤「封緘」36頁参照。処分可能性という表現が用いられることもある。伊東『各論』214頁、中森『各論』133頁、須之内『各論』190頁、高橋『各論』351頁、山口厚『刑法各論（補訂版）』（有斐閣、2005）288頁（以下では、山口『各論（補訂）』と表記。）、同『問題探究』179頁〔後に改説〕、西田『各論』227頁、川端他『裁判例』〔岩瀬〕397頁、堀内『各論』166頁、藤木『各論』330頁参照。

このような理解に批判的な見解として、林（幹）『各論』280頁は、「窃盗罪の場合とは異なり、横領罪の場合には、預金債権というような単なる債権、さらに、不動産なども、委託された場合には、横領罪による保護の対象に採りこんだ結果として（そのこと自体には合理性が認められる）、占有概念も広く構成せざるをえないことになるというべきであろう」と述べる。しかし、このように述べるだけでは、何故物を客体とする横領罪において「預金債権というような単なる債権」を客体として含むことが可能であるのかの説明にはなっていないように思われる。

- (4) 大判明治45年5月7日刑録18輯578頁参照（もともと、登記が無効の場合には、登記名義人は不動産の占有者とはならない。大判大正5年6月24日刑録22輯1017頁参照。）。学説としては、中森『各論』133頁以下、須之内『各論』190頁、高橋『各論』351頁、山口『各論（2版）』294頁、同『問題探究』179頁、西田『各論』227頁、木村『刑法』371頁、山中『各論』370頁、林（幹）『各論』185頁及び280頁、今井他『各論』〔島田〕195頁、堀内『各論』166頁、大塚他『大コンメ』〔吉本〕341頁、香川『各論』569頁、平川『各論』380頁、団藤『各論』635頁、藤木『各論』330頁参照。不動産登記名義人が占有者とされるのは、目的物それ自体の性質に基づく、という指摘もされているが（伊藤他『アクチュアル』〔小林〕211頁、川端他『裁判例』〔岩瀬〕397頁参照。）、本稿の射程を超えるので採り上げない。

かの事例において認められているが、その中でも若干争いがあるのが、いわゆる預金による占有である⁽⁵⁾。預金による占有とは、預金者や預金者から払戻しを委託された者につき、銀行に保管されている金銭に対する占有を認める、法律上の占有の一種である。即ち、「預金を自由に処分できる立場にある者は、金融機関が事実上支配する不特定物たる金銭について預金額の限度で法律上の支配を有するというべきであるから、預金した金銭についてもその占有を有するとみるべき⁽⁶⁾」、というのである。

そして、このような形態の占有を肯定する実質的理由は、「たまたま金銭が引き出され、あるいは引き出された金銭が費消された場合⁽⁷⁾については横領罪が認められるが、振替支払を受けた場合は背任罪の成立しか認められないとすることは、概念的に過ぎる⁽⁸⁾」、からである。このこと自体は妥当であると思われ、実際にも、預金による占有を肯定するというのが判例⁽⁹⁾及び通説⁽¹⁰⁾の立場である⁽¹¹⁾。このような考えに対

(5) 預金による占有については、的場純男「横領罪における占有」芝原邦爾(編)『刑法の基本判例』(有斐閣、1988)133頁以下(以下では、的場「占有」と表記。)、佐伯仁志=道垣内弘人『刑法と民法の対話』(有斐閣、2001)26頁以下(以下では、佐伯=道垣内『対話』と表記。)、上嶋一高「預金による占有」西田典之=山口厚=佐伯仁志(編)『刑法の争点』(有斐閣、2007)198頁以下(以下では、上嶋「預金」と表記。)、本江威憲(監修)『民商事と交錯する経済犯罪Ⅰ』(立花書房、1994)6頁以下(以下では、本江『交錯Ⅰ』と表記。)参照。

(6) 大塚他『大コンメ』[吉本]339頁参照。

(7) 最初から金銭が預金されることなく、受託者により費消された場合についても同様のことが妥当する。

(8) 的場「占有」134頁参照。同旨、伊東『各論』214頁、山口『各論(2版)』295頁、山中『各論』371頁、堀内『各論』167頁参照。

(9) 大判大正元年10月8日刑録18輯1231頁、大判大正8年9月13日刑録25輯977頁、東京高判昭和51年7月13日東高判時報27巻7号83頁、広島高判昭和56年6月15日判時1009号140頁、東京高判昭和59年11月6日高刑速(昭和59年)371頁参照。さらに、本江『交錯Ⅰ』12頁が紹介する、金沢地判平成2年7月17日公刊物未登載及び熊本地判昭和57年8月5日公刊物未登載参照。

(10) 中森『各論』133頁、須之内『各論』、高橋『各論』352頁、山口『各論(2版)』295頁、西田『各論』228頁、堀内『各論』167頁、大塚他『大コンメ』[吉本]339頁、曾根威彦=松原芳博(編)『重点課題刑法各論』(成文堂、2008)158頁[石井徹哉執筆]

しては一部で異論があるものの⁽¹²⁾、以上のことからすると、預金による占有を肯定することは、概ね問題がないように見える。

(二) 山口厚の見解の検討

(i) 記述の変遷

他方で、預金による占有を法律上の占有の一種としてどう説明するか、という点に目を移してみると、この概念は必ずしも盤石ではないことが分かる。このことを端的に示しているのが、山口厚による記述の変遷である。

即ち、山口は、以前、法律上の占有の根拠として、「委託物横領罪に

(以下では、曾根他『重点課題』〔石井〕と表記。)、香川『各論』569頁、団藤『各論』635頁、的場「占有」135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)110頁以下(以下では、穴沢「誤振込(2)」と表記。)参照。

- (11) もっとも、学説において、「有体物である現金と指名債権である預金との間には、概念的というよりむしろ事実的な相違があるといえよう」(神元隆賢「振り込め詐欺を巡る刑法解釈上の諸問題」法政論叢46巻2号(2010)51頁(以下では、神元「諸問題」と表記。)、同「振り込め詐欺は1項詐欺か」三重中京大地域社会研究所報)21号(2009)75頁(以下では、神元「1項詐欺」と表記。))との指摘もある。しかし、通説の主張は、「有体物である現金と指名債権である預金との間」の「事実的な相違」に基づき、横領罪が成立したり、背任罪が成立したりするのは、「概念的」であるというものであった。それゆえ、「事実的な相違」を指摘するだけでは、通説に対する反論になっていないように思われる。
- (12) 松宮孝明「過剰入金と財産犯」立命館法学249号(1996)407頁(以下では、松宮「過剰入金」と表記。)、同『刑法各論講義(第2版)』(成文堂、2008)263頁(以下では、松宮『各論』と表記。)、鈴木左斗志「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)224頁以下(以下では、鈴木「電子計算機使用詐欺」と表記。)、西田典之「コンピュータの不正操作と財産犯」ジュリスト885号(1987)17頁〔後に改説〕(以下では、西田「コンピュータ」と表記。)、的場純男「欺罔による銀行振込は1項詐欺か」研修458号(1985)58頁〔後に改説〕参照。裁判例としては、本江『交錯I』13頁が紹介する、鳥取地判平成2年10月23日公刊物未登載参照。

においては、占有は他人の物の『処分可能性』という意味で成立要件とされていると解されることによって、このような占有概念の拡張ないし変容は正当化されることになる⁽¹³⁾と述べた上で、預金による占有の場合においても、「委託物横領罪の占有が『処分可能性』という見地から理解されることによって正当化しうる⁽¹⁴⁾」、という一貫した説明をしていた。

しかしながら、このような説明は、後に、放棄されることとなった。即ち、山口によると、「預金による金銭の占有は、処分可能性、すなわち、払戻しの可能性から生じる事実上の支配によって基礎付けられるのではない。このことは、預金通帳と登録印鑑を窃取した犯人が預金の払戻しを行った場合に、(預金者に対する)窃盗罪に加えて、(銀行に対する)詐欺罪が成立することからも明らかである。(中略—筆者註)預金の占有は、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、預金の払戻権限によって基礎付けられることになる⁽¹⁵⁾」、というのである。また、法律上の占有一般を記述した箇所においても、処分可能性の観点から正当化される、との記述は削除されている⁽¹⁶⁾。

(ii) 疑問点

このように、預金による占有の説明と法律上の占有一般の説明を同様に変更することにより、預金による占有の法律上の占有の一種としての位置付けは保たれている。しかしながら、このようにして、法律上の占有を「正当化」するために山口が用意した「処分可能性」という観点を自ら放棄することにより、今度は、法律上の占有を「正当化」すること自体が困難になるのではないだろうか。

(13) 山口『各論(補訂)』288頁参照。

(14) 山口『各論(補訂)』289頁参照。

(15) 山口『各論(2版)』295頁参照。

(16) 山口『各論(2版)』295頁以下参照。

もっとも、この点につき、「処分可能性」による「正当化」の代わりに、以下のような説明がなされている。即ち、「窃盗罪の客体とはならない物について、不法な領得による所有権侵害を処罰の対象として捕捉するという理由⁽¹⁷⁾」(傍点筆者一註)により、法律上の占有を認めることができるというのである。しかし、山口自身も、以前は、「窃盗罪の客体とはならない物について、不法な領得による所有権侵害が可能である限り、処罰の対象として捕捉する必要性がある⁽¹⁸⁾」(傍点筆者一註)と述べており、先の「理由」とは、実は「必要性」を置き換えたものに過ぎない⁽¹⁹⁾。それゆえ、先の「理由」をもって新たな「正当化」ということはできないと思われる。

翻って考えてみると、改説前の山口の見解はおよそ採り得ないものだったのだろうか。確かに、「預金通帳と登録印鑑を窃取した犯人が預金の払戻しを行う場合に、(中略一筆者注)(銀行に対する)詐欺罪が成立⁽²⁰⁾」しなくなるのは、妥当でないように思われる。しかし、このような問題が生じるのは、奪取罪により保護される銀行の占有と横領罪で問題となる行為者の占有を排他的なものとして解するからにはほかならない⁽²¹⁾。

法律上の占有を含む横領罪における占有と事実的占有のみが問題とな

(17) 山口『各論(2版)』293頁参照。

(18) 山口『各論(補訂)』288頁参照。

(19) 学説では、本文で述べた「理由」ないし「必要性」と「処分可能性」とを、同じものと解するものも存する。例えば、伊東『各論』214頁によると、「窃盗罪等による保護を与えることができない場合についても、不法な領得によるいわゆる所有権の侵害が可能の場合には、換言すれば、行為者に処分可能性が認められる限りは、処罰に値する不法が認められ、処罰対象として捕捉する必要がある」、というのである。このように解することにはなる。もっとも、果たしてこのような説明が、預金通帳等を窃取した犯人につき、一般的に預金による占有が否定されていることと整合的であるかが問題にならざるを得ないように思われる。

(20) 山口『各論(2版)』295頁参照。

(21) 橋爪隆「銀行預金の引出しと財産犯の成否」研修735号(2009)6頁(以下では、橋爪「銀行預金」と表記)、山口『各論(2版)』297頁註122参照。

る奪取罪における占有とでは、占有を肯定する範囲が異なるとの前提に忠実であれば、ある物に対して、法律上の占有と事実的占有の両方が成立している事態もあり得るはずである⁽²²⁾。そうであれば、仮に預金通帳等を窃取した犯人につき、法律上の占有を肯定したとしても、銀行との関係で、銀行の事実的占有の侵害を理由に詐欺罪を肯定することも十分可能なはずである。それゆえ、上記の事例で詐欺罪が成立しなくなるという不都合を回避するために、「処分可能性」による「正当化」を放棄する必要はなかったのではないだろうか。

(三) 新たな問題点の呈示

そうであるにもかかわらず、現在の通説は、預金による占有を肯定するための一要素として、適法な払戻し権限を要求している。それゆえ、預金通帳等を窃取した犯人につき、預金による占有を肯定する結論は支持されていない。このことは同時に、預金による占有という占有形態は、「処分可能性」とはますます調和しない方向へ進んでいることをも意味する。

では、預金による占有を肯定すべきであるという前提が誤っていたのだろうか。やはり、そうではないだろう。通説が預金による占有を必要とする実質的理由、即ち、「たまたま金銭が引き出され、あるいは引き出された金銭が費消された場合については横領罪が認められるが、振替支払を受けた場合は背任罪の成立しか認められないとすることは、概念的に過ぎる⁽²³⁾」という価値判断は、「銀行が実際に果たしている社会的機能〔、即ち、〕実社会においては金銭を銀行の預金口座に預け入れるという行為が、それを自宅にある金庫にしまうのと実質的に同様の意味

(22) 松宮『各論』263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(1)」上智法学論集48巻2号(2005)317頁(以下では、穴沢「誤振込(1)」と表記。)参照。

(23) 的場「占有」134頁参照。

を有している⁽²⁴⁾」(〔 〕内は筆者挿入一註)ことに鑑みれば、妥当と思われるからである。

そして、預金による占有という構成は、財物性や他人性という要件の拡張をも含むもので認めるべきでない^{(25) (26) (27)}、という少数説からの

(24) 伊藤他『アクチュアル』〔小林〕215頁参照。

(25) 預金による占有を肯定することに対しては、以下のような批判がなされている。まず、「いかに銀行の当座預金や普通預金が自由に引き出しできるものであったとしても、それが債権であることに変わりはない。とくに、昨今銀行や信用機関の倒産や事実上の倒産が増えていることは、銀行預金が債権にすぎ」(松宮「過剰入金」409頁参照。) ず、金銭をいつでも引き出せるわけではないことを示している、というのである。しかしながら、これらの事情は、銀行の経営が逼迫する等して、預金者が預金を自由に引き出せなくなる等の制限がなされる事態に至った場合に、預金による占有を否定する理由にはなるものの、そうではない通常の状態の銀行についてまで預金による占有を否定する理由にはならないだろう。要は、そのような緊急事態に陥っている銀行については、預金による占有を否定すれば良いだけの話であり、個別的にそのような問題が発生し得るからと言って、そのことから預金による占有一般を否定することはできないと思われる。

さらに、(財物性を緩和しつつ)預金による占有という占有形態を一度肯定すると、「類似の機能を有するその他の債権債務関係」(鈴木「電子計算機使用詐欺」226頁参照。)においても占有を肯定せざるを得なくなるので、このような影響を避けるためにも預金による占有を否定すべき、と言われることもある。しかしながら、先に述べたとおり、ここで預金による占有を肯定する根拠は、銀行の実質的な金庫としての機能に着目してのことであった。それゆえ、このような実質的な機能が認められない限り、たとえ当事者間に消費寄託関係があったとしても、占有を肯定できるわけではない。確かに、銀行預金や郵便貯金(的場「占有」135頁)の他に何が含まれるかは、慎重に検討する必要があるだろう。しかし、このような作業が困難であるからといって、その作業自体を放棄してよいということにはならないだろう。

(26) 財物性との関係では、以下の批判が考えられる。まず、預金による占有を認めることで、物ではない債権について横領罪を認めることとなるが、それは現行法上不可罰である、との批判が考えられないわけではない。確かに、預金による占有を肯定する場合、それを預金債権に対する横領として構成することも、構成の仕方の一つという意味では有り得るし、実際そのように主張されている(団藤『各論』635頁参照)。しかし、預金による占有をこのように構成しなくてはならない必然性はなく、単に金銭を客体、預金債権を占有の根拠と解することでこの問題は解決する。逆に、もし預金による占有肯定説が債権横領を正面から認めるものであれば、少なくとも金銭を客体とする構成と比較して、罪刑法定主義違反の可能性がより増大するだろうから、特段の事情がない限りこのような構成を採るべきではないだろう。

なお、金銭を客体とする構成に対しては、不特定物と債権とを混同するものである(松宮「過剰入金」410頁註4参照)との批判もなされている。この批判は、預金による占有を肯定する場合、それを債権横領として構成しなくてはならない、ということ

批判は、いずれも決定的なものとはまでは言えない。少なくとも、少数説

前提にしているように思われるが、何故債権を客体にする構成しか認められないかは明らかでない。もし、その理由が、ここで問題になっているのは預金債権に過ぎないから、という実体に着目するものであれば、それは債権横領として構成するから、預金債権が問題になっているに過ぎないのであって、結論の先取りであろう。

さらに、この構成は、「銀行が事実上支配する金銭は預金残高総額のごく一部に過ぎ〔ず、〕一種の擬制を前提とする」(的場「占有」134頁参照。同旨、松宮「過剰入金」408頁、鈴木「電子計算機使用詐欺」225頁。なお、〔 〕内は筆者挿入)ものではあるものの、我々が日々銀行から金銭を引き出す際に、たまたま金銭が不足しており引き出せなかったという事態がないことからすると、銀行としてもどの程度金銭を手元に残しておけば、引き出しに対応できるかを勘案しているのだから、擬制を行う実質的理由があるとも言える。さらに、一つの物に対し、複数人が同時に占有をしていることは一般論として肯定するだろうから、預金残高総額につき金銭が実際になくとも、必ずしも不都合ではないだろう。

- (27) 他人性との関係では、預金による占有を金銭の横領として構成する場合、預金契約は消費寄託契約であり、銀行が金銭の所有者となってしまう、という点が問題となる(松宮『各論』263頁参照。この結論を積極的に肯定するものとして、藤木『各論』331頁参照。)。この点は、以下のように考えることができるように思われる。預金による占有を肯定する理由は、銀行の金庫としての実質的機能であった。そして、「金庫」に入れたに過ぎないという理由から、厳密には三当事者(委託者・受託者・銀行)が登場しているにもかかわらず、二当事者(委託者・受託者)の場合と同様に、依然として受託者の占有を肯定したのであった。そうであれば、所有の点についても、「金庫」に入れたに過ぎないのだから、「金庫」が所有しているというのではなく、ここでも二当事者間の関係と同様に、依然として委託者が所有していると解することができるのではないか。このように預金による占有を肯定するための実質論から、銀行が金銭について所有していない、ということまでは導くことが許されるように思われる。

この問題を越えて、委託者と受託者のうちいずれが保護されるべきかという点は、預金による占有を肯定することにより生じる問題ではない。確かに、預金による占有を肯定する実質的理由、即ち「たまたま金銭が引き出され、あるいは引き出された金銭が費消された場合については横領罪が認められるが、振替支払を受けた場合は背任罪の成立しか認められないとすることは、概念的に過ぎる」(的場「占有」134頁参照。)というためには、預金の状態で領得がなされた場合に、委託者・受託者の二当事者のうち、委託者(少なくとも受託者以外の者)が所有者として保護されなくてはならない。このことは、金銭における所有と占有との一致の原則(最判昭和29年11月5日刑集8巻11号1675頁、最判昭和39年1月24日判時365号26頁参照。)との関係で自明ではないが、金銭以外の客体が問題となる場合に、委託者が所有者として保護されるにもかかわらず、金銭が客体となった途端に委託者が所有者として保護されなくなるというのは、やはり不均衡のように思われる(田山聡美「不法原因給付と横領罪の成否(四・完)」早稲田大学大学院法研論集93号(2000)116頁参照。)。少なくとも、この限りでは委託者は横領罪により保護されるべきである(もっとも、金銭の性質に基づき、委託者が

からの批判を受け入れて、上記の「概念的に過ぎる」という問題の解決を断念するか、それとも、「概念的に過ぎる」という問題の解決を優先させるか、との二者択一を迫られている状況においては、後者の選択肢を採るべきように思われる。

また、この「概念的に過ぎる」という問題を解決するにあたっては、預金による占有を肯定するという方法以外の方法に依拠するということも考えられる。即ち、預金による占有を肯定することを通じて横領罪を適用するのではなく、電子計算機使用詐欺罪や背任罪を適用することで対処することも考えられるのである⁽²⁸⁾ ⁽²⁹⁾。しかしながら、これらの方

保護される範囲が、通常の物の場合と比較して異なるということも考えられるが、このことは別論である。いずれにせよ、これは預金による占有を肯定することに伴い他人性要件が問題となっているのではなく、金銭横領一般の成立範囲の問題であるので、預金による占有を肯定することの難点ではない。

- (28) 電子計算機使用詐欺罪により対応を図る鈴木左斗志の見解は、本稿のテーマとの関係では、以下のように整理できるだろう。即ち、①利益横領の事案に電子計算機使用詐欺罪の規定を適用することは、同罪の構造上可能である、②預金による占有が問題となる事案は、預金債権に着目する限り、利益横領の事案となるので、委託者を被害者とする電子計算機使用詐欺罪が成立する、③そもそも預金による占有を肯定するべきではないので、このような事案を、金銭という物の横領と捉えることはできない、というものである。

このような解釈は、被害の実態を踏まえた形で財産犯の成立を認めることを可能にするもので、非常に魅力的であると評価できる。しかしながら、以下の不都合も認められる。まず、論者も自認するように、単純利益横領の類型に電子計算機使用詐欺罪を適用する場合、252条とのバランスから、法定刑の修正が不可欠となる（鈴木「電子計算機使用詐欺」226頁参照）。

次に、論者は、東京高判平成5年6月29日高刑集46巻2号191頁が利益横領の事案に電子計算機使用詐欺罪を適用したものと解し、この事案との整合性を理由に、利益横領の類型に電子計算機使用詐欺罪を適用することを根拠付けている。しかしながら、この平成5年判決を支持するという態度は必ずしも自明ではない（林幹人『判例刑法』（東京大学出版会、2011）328頁以下（以下では、林（幹）『判例刑法』と表記。）参照）。

そして、たとえ電子計算機使用詐欺罪に二項窃盗や二項横領の事案が含まれることを承認したとしても、「本罪の『財産上の利益の取得』とは、本条前段・後段いずれの場合にも、『財産権の得喪若しくは変更に係る電磁的記録』にもとづいて『自動的に』生じるものでなければならぬ」（鈴木「電子計算機使用詐欺」207頁参照）。そうすると、預金による占有が問題となる局面において、行為者が機械を使用すれば電子計算機

法によったとしても、ここでの問題を十分に解決することができないことに鑑みると、やはり預金による占有を肯定すべきように思われる。

さらに、預金による占有を肯定する前提として払戻し権限が要求されている点についても、以下のように正当化できるだろう。即ち、確かに、払戻し権限がある預金者等との関係においては、銀行が実質的に金庫として機能しているとの評価が可能である。これに対し、預金通帳等を窃取した犯人は、金庫のカギを占有しているとは言えるとしても、金庫の中身を占有しているわけではない、と考えられる⁽³⁰⁾。このことか

使用詐欺罪が成立し、それにより委託者が保護されるにもかかわらず、係員を欺罔して同様の目的を達成したという場合には、委託者に対する財産犯は成立しないこととなる。しかし、電子計算機使用詐欺罪の適用範囲に利益横領の事案を含めることで、敢えてこのような不均衡を創設すべきではないように思われる。

また、「『10万円の払い戻しを依頼されて預金通帳と印鑑を預かった者が、これを奇貨として窓口の行員をして10万円を自己の口座に不正に振り込ませた』という事例(=預金窓口振替事例)」(鈴木「電子計算機使用詐欺」220頁)において、預金による占有を否定する論拠が妥当ではないように思われる。鈴木は、「他人名義の預金について、このような効果を付与しても妥当であるような『占有』(252条)が認められるのは、すくなくとも『預金を自由に処分(払戻し、小切手の振出し等)する権限ないし地位を預金者から正規に委託されている』といった特別な場合に限られる」(鈴木「電子計算機使用詐欺」221頁註49参照)と述べるが、何故、預金窓口振替事例において、「権限ないし地位を預金者から正規に委託されている」とは言えないかは明らかでない。預金窓口振替事例においては、預金者の意思に基づき、委託者に払戻しが依頼されているのであるから、これでもなお「正規に」と言えないのであれば、他人名義の預金について、占有を認める余地がおよそないということであろうか。

それとも、このような場合に権限が否定されるのは、払戻しの権限は付与されているものの、払戻しとは異なる振替の権限は付与されていないから、という趣旨であろうか。しかし、そうであるとすると、他人名義の預金を払戻しという形で領得した場合には横領罪となるにもかかわらず、振替という形で領得した場合には一律に横領罪が否定される、という結論になり妥当とは思われぬ。

(29) 「たまたま金銭が引き出され、あるいは引き出された金銭が費消された場合」も、「振替支払を受けた場合」も共に背任罪の成立を肯定すれば、「概念的に過ぎる」という問題を解消することは可能である。しかしながら、客体が金銭以外の物であれば横領罪が適用される関係が当事者間で認められるにもかかわらず、その客体が金銭へと置き換わった途端に背任罪しか成立しなくなる、というのは不均衡のように思われる。そして、これが決して不均衡ではなく、横領罪の適用が否定されるのは金銭の一定の性質に基づくものであるとの積極的論拠を、筆者は現時点では見出せないと考えている。

(30) 米澤慶治「キャッシュカード関連犯罪」経営刑事法研究会(編)『事例解説経営刑事

らずれば、預金による占有の説明付けが「処分可能性」の観点から離れてきていることは、実は妥当と思われるのである。

そうであるとする、次のような疑問が生じてくるのではないだろうか。それは、預金による占有というものが法律上の占有を正当化する「処分可能性」という観点から認められているわけではないのなら、委託物横領罪以外の犯罪においても預金による占有を肯定する余地があるのではなからうか、というものである。

このような問題関心にに基づき、以下では、預金による占有を肯定する根拠である、銀行が実質的に金庫として機能している、という点が、委託物横領罪における行為者の占有以外の、他の占有との関係でも妥当するか否かにつき検討を行うこととする。

二 預金による占有の議論の射程

(一) 占有離脱物横領罪の場合

(i) 肯定説及び否定説の主張の比較

まずは、委託物横領罪と同じく横領罪の一種である占有離脱物横領罪について検討を行うこととする。この点につき、一部の学説は、占有離脱物横領罪の場合には預金による占有を認めるべきではない、と主張している。例えば、西田典之は、「委託された金銭を保管のために預金するという類型の場合に、現金のまま持っていれば領得する行為が横領になり、預金の形態にしてこれを預金のまま処分すれば背任にしかならないというのは不合理であるという批判は無視しえないように思われる。この点を考慮するならば、委託物横領・業務上横領罪については預金による金銭の占有（預金の占有でない）を認めるのが妥当である

法Ⅱ』（商事法務研究会、1987）128頁参照。

う⁽³¹⁾」(傍点筆者一註)、と述べる⁽³²⁾。

これに対し、占有離脱物横領罪においても預金による占有を肯定する論者は以下のように述べる。即ち、(占有離脱物横領罪における預金による占有の問題が注目される契機となった)誤振込事案⁽³³⁾の文脈においてで

(31) 西田『各論』228頁参照。

(32) 佐藤文哉「誤って振り込まれた預金の引出しと財産犯」『佐々木史朗先生喜寿祝賀 刑事法の理論と実践』(第一法規、2002)342頁(以下では、佐藤「預金の引出し」と表記。)も、預金による占有は委託関係がある場合のみに認められる例外であるとする。

(33) 最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁参照。解説等として、宮崎英一「誤った振込みがあることを知った受取人がその情を秘して預金の払戻しを受けた場合と詐欺罪の成否」『最高裁判所判例解説刑事篇平成15年度』(法曹会、2006)112頁、林幹人「誤振込みと詐欺罪の成否」『平成15年度重要判例解説』(有斐閣、2004)165頁以下、山口厚『新判例から見た刑法(第2版)』(有斐閣、2008)236頁以下参照。

この結論を支持するものとして、佐藤「預金の引出し」340頁以下、今井猛嘉「預金の占有・誤振込みと財産犯の成否」現代刑事法5巻11号(2003)108頁、大谷實「誤振込みによる預金の払戻しと刑法上の取扱い」研修662号(2003)12頁、長井圓=渡辺靖明「『誤振込』の告知義務と民刑的法的統一」横浜国際経済法学13巻1号(2004)1頁以下[ただし、占有離脱物横領罪を否定する趣旨ではない。](以下では、長井=渡辺「誤振込」と表記。)、渡辺恵一「誤って振り込まれた預金の引出し行為と犯罪の成否」研修599号(1998)114頁、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)76頁参照。

占有離脱物横領罪の成立(の可能性)を主張するものとして、林(幹)『判例刑法』308頁以下、穴沢「誤振込(2)」110頁以下[ただし、受取人が預金債権を取得しない場合は別。117頁以下参照。]、鋤本豊博「CDカードの不正使用と『預金による占有(下)』」白鳩法学23号(2004)195頁(以下では、鋤本「占有(下)」と表記。)[ただし、受取人が預金債権を取得しない場合は別。184頁以下参照。]、大谷實「キャッシュカードの不正使用と財産罪」『刑法解釈論集Ⅱ』(成文堂、1990)193頁[後に改説](以下では、大谷「キャッシュカード」と表記。)、松宮孝明「演習」法学教室235号(2000)136頁、同「過剰入金」414頁[後に改説]参照。

無罪を主張するものとして、松宮孝明「誤振込と財産犯」渥美東洋=椎橋隆幸=日高義博=山中敬一=船山泰範(編)『刑事法学の現実と展開 齋藤誠二先生古稀記念』(信山社、2003)423頁、同「誤振込と財産犯の解釈および立法」立命館法学278号(2001)23頁、高橋『各論』357頁参照。

なお、平成15年決定以前のものであるが、窃盗罪の成立を認めたものとして、東京高判平成6年9月12日判時1545号113頁参照。この事案については、木村光江「銀行預金の占有と窃盗罪」東京都立大学法学会雑誌37巻1号(1996)323頁以下(以下では、木村「銀行預金」と表記。)、大谷晃大「送金銀行の過誤により自己の普通預金口座に過剰入金された金員を自己のキャッシュカードを用いて現金自動支払機から引き出したことが、横領罪にはあたらず、窃盗罪にあたることとされた事例」研修573号(1996)

あるが、穴沢大輔によると、「受取人は、預金債権を取得すれば、銀行に請求することで、振込人との関係で、正当な預金金額を処分することが可能だから⁽³⁴⁾」、こ「のような限定〔委託物横領罪の場合に限り預金による占有を肯定すること―筆者註〕は必ずしも理由がない⁽³⁵⁾」、「銀行口座にある金銭は、銀行の同意を得ずとも、いつでも処分可能なものであり、かつ、預金債権は一般の債権とは異なり履行の可能性が極めて高い。そうだとすると、預金債権が認められるのであれば、それを行使する時点において、行使それ自体に制限がない場合には、占有を肯定することができる。したがって、誤振込の場合にも、前述したように預金債権の行使が制限されていない以上、占有離脱物横領罪についての預金による占有を肯定すべき⁽³⁶⁾」、というのである⁽³⁷⁾。

しかしながら、この穴沢の論拠は、西田の主張に対して正面から反論していないと思われる。西田の主張は、行為者が占有を有しているか否かにより、横領罪になったり背任罪になったりするという不都合が占有離脱物横領罪の場合には妥当しないのであるから、あえて預金による占有を肯定する必要がないし、肯定すべきでもないというものであった。そしてこのように言えるのは、占有離脱物横領罪では行為者が占有を有しているか否かがそもそも問題とならないからであろう。

これに対する穴沢の見解は、受取人が預金債権を自由に行使できることを根拠に、預金による占有を肯定するために必要な払戻権限を基礎づけようというものである。しかしながら、このような主張はあくまでも占有離脱物横領罪において預金による占有を肯定することが必要である

25 頁以下、野口元郎「送金銀行の手違いにより預金口座に過剰に入金された金員をキャッシュカードで払い戻す行為は窃盗罪に当たるか（積極）」研修 586 号（1997）61 頁、高部道彦「銀行預金の占有」研修 597 号（1998）73 頁参照。

(34) 穴沢「誤振込（2）」110 頁参照。

(35) 穴沢「誤振込（2）」110 頁参照。

(36) 穴沢「誤振込（2）」110 頁以下参照。

(37) 同旨、上嶋「預金」199 頁参照。

ことを前提にして、初めて成立するもののように思われるのである。

(ii) 若干の検討

以上のことからすると、西田の見解を正面から検討する必要があると思われる。そして、西田が言うように、委託物横領罪では行為者が物を占有しているか否かが重要であり、行為者の占有の有無が同罪の成否を左右するのに対し、占有離脱物横領罪では物の所有者(=被害者)が占有を失っているか否かが重要である。それゆえ、行為者の占有を問題にする必要はないだろう。

誤振込事例においても、占有離脱物横領罪として構成する論者は、同罪を振込人に対する関係で肯定しようとしている⁽³⁸⁾。それゆえ、金銭を占有しているのが、受取人でなく銀行であったとしても、この場合に所有者(=振込人)が占有していないことは明らかであるので、その所有者との関係では占有離脱物横領罪が成立するはずである。それゆえ、「同罪〔占有離脱物横領罪のこと—筆者註〕を認めるためには、銀行ではなく、被告人に金銭の占有があることが必要⁽³⁹⁾」であるとは言えないように思われる。

それでは、何故、誤振込事案に占有離脱物横領罪を適用するにあたり、行為者の占有を問題にする傾向が生じることとなったのだろうか。それはおそらく、誤振込事案が、誤って配達された郵便物を領得した場合につき占有離脱物横領罪を肯定した事案⁽⁴⁰⁾と類似しているからであろう⁽⁴¹⁾。

この事案において、確かに行為者は郵便物を占有しているが、それは委託に基づくものではないので、委託物横領罪ではなく占有離脱物横領

(38) 穴沢「誤振込(2)」111頁以下、林(幹)『判例刑法』309頁参照。

(39) 穴沢「誤振込(2)」110頁参照。

(40) 大判大正6年10月15日刑録23輯1113頁参照。

(41) 穴沢「誤振込(2)」114頁、林(幹)『判例刑法』308頁、佐伯=道垣内『対話』40頁参照。

罪が問題となる⁽⁴²⁾。これとパラレルに、誤振込事案についても、確かに振込人の委託に基づくものとは言えないが、受取人が預金による占有という形で占有をしていると言えるのなら、占有離脱物横領罪を肯定できるというのであろう。

しかしながら、そもそも誤振込事案が誤配の郵便物の事案と類似していると感じるのは、預金による占有を肯定することを前提にしているからではないだろうか。見方を変えれば、郵便物が誤って隣人の家（誤振込事案においては銀行）へ配達された事案に類似している、と捉えることも十分可能なはずである。それゆえ、このような類似性に依拠することは、必ずしも理由がないように思われる。

もっとも、このような指摘に対しては、銀行が占有していると解するならば、振込人に対する占有離脱物横領罪の他に、銀行に対する奪取罪が成立するのではないか、これに対し、預金による占有を肯定するのであれば、このような不都合は生じないのであるから、預金による占有を肯定することに依然として意味があるのではないか、との反論が考えられなくはない。

しかし、実際には、論者は、「以上述べたように、（中略—筆者註）銀行に対する奪取罪の成立は否定されるべきである⁽⁴³⁾」（傍点筆者—註）と論じた後で、「同罪〔占有離脱物横領罪のこと—筆者註〕を認めるためには、銀行ではなく、被告人に金銭の占有があることが必要⁽⁴⁴⁾」と述べ、その点の論証を試みているのである。ということは、預金による占有を肯定するための論拠を呈示する前段階において、すでに銀行に対する奪取罪が否定されるべきことは論証されていることになる。つまり、預金による占有を肯定することによって、銀行に対する奪取罪が否定されているわけではないのである。それゆえ、預金による占有がこの

(42) 大判明治43年12月2日刑録16輯2129頁参照。

(43) 穴沢「誤振込(2)」110頁参照。

(44) 穴沢「誤振込(2)」110頁参照。

場面では必要ないと主張したからと言って、上記の不都合が生じることにはならない。

以上のことからすると、占有離脱物横領罪の成否を検討するにあたり、預金による占有を問題にする必要はないというべきであろう。

(二) 奪取罪の場合

(i) 総説

次に問題となるのが、預金による占有を、横領罪以外においても認めることができるか否か、という点である。

この点につき、学説上、預金による占有を、窃盗罪等の他の財産犯にまで拡張することについて懐疑的な見解が多い。例えば、西田によると、「CDカードの不正利用によって、他人の預金を自己の口座に振り替えた⁽⁴⁵⁾」場合に、「自己又は第三者の口座への振込の段階で窃盗の既遂を認めてよいとするので⁽⁴⁶⁾」は、「財物概念の放棄であり、実質的に二項窃盗を認めることになって妥当でない⁽⁴⁷⁾」、というのである。

しかしながら、このような主張は必ずしも説得的でないように思われる。まず、西田がここで問題にしているのは、行為者が奪取した物に対する占有、即ち占有の取得の場面であるが、一般的に奪取罪で問題となる占有は、被害者の奪取される前の物に対する占有（占有の有無ないし帰属）であるので、両者が完全に同一であると言えなければ、西田の論証は成立しないこととなる。

次に、いわゆる振込め詐欺（恐喝も含む。以下同様。）の事案では、一般的には、振込みがなされた段階で一項詐欺の既遂との見解も有力であり⁽⁴⁸⁾、このこととの整合性も視野に入れるならば、西田による「妥当

(45) 西田「コンピュータ」16頁参照。

(46) 西田「コンピュータ」17頁参照。

(47) 西田「コンピュータ」17頁参照。

(48) この問題については、神元「諸問題」43頁以下、同「1項詐欺」65頁以下、的場「銀行振込」49頁以下参照。一項詐欺として処理した裁判例として、大判明治44年12

でない」という価値判断が本当に妥当であるのかも問題となる。

第一の疑問に対しては、奪取罪においては、ある特定の物（や場合によっては利益）が移転しているのであるから、占有を肯定すべき範囲は占有移転の前後において同じではないのか、との反論も考えられる。しかしながら、二つの占有がそれぞれ果たしている役割の違いに鑑みれば、（結果的に両者が一致することはあっても、）アプリアリに両者の占有

月14日刑録17輯2185頁、大判昭和2年3月15日刑集6巻89頁、東京高判昭和36年11月14日高刑集14巻8号570頁、大阪地判昭和59年12月21日判タ553号270頁、浦和地判平成4年4月24日判時1437号151頁（ただし、未遂として処理。）、東京高判平成9年10月16日東高刑時報48巻1～12号70頁（ただし、未遂として処理。）、宮崎地判平成13年2月26日公刊物未登載（鎌田隆志「出金禁止措置が採られた銀行預金口座に振込入金させた場合の詐欺既遂罪の成否」研修636号（2001）3頁以下（以下では、鎌田「出金禁止措置」と表記。）参照。）、最決平成15年12月9日刑集57巻11号1088頁、大阪高判平成16年12月21日判タ1183号333頁参照。学説としては、松澤伸「演習」法学教室374号（2011）166頁（以下では、松澤「演習」と表記。）、水本和彦「振り込み詐欺・恐喝事犯における一考察」捜査研究644号（2005）38頁、木村光江「演習刑法」（東京大学出版会、2003）275頁、大谷「キャッシュカード」194頁、鋤本豊博「CDカードの不正使用と『預金による占有』（上）」白鷗法学14号（2000）13頁（以下では、鋤本「預金（上）」と表記。）、本江威憲（監修）『民商事と交錯する経済犯罪Ⅱ』（立花書房、1995）310頁参照。

これに対し、二項詐欺として処理したものとして、大判大正14年3月20日刑集4巻184頁、大判昭和9年12月3日刑集13巻1639頁、大判昭和10年9月12日刑集14巻923頁、東京高判昭和28年2月23日東高刑時報3巻2号79頁、最判昭和32年1月31日刑集11巻1号346頁参照。学説において二項詐欺罪説を主張するものとして、神元「諸問題」55頁、同「1項詐欺」78頁、伊東『各論』214頁以下、山口『各論（2版）』296頁、山中敬一「払戻しができない体制の整った状況で振込入金があった場合と恐喝罪の未遂」法学セミナー459号（1993）117頁、的場「占有」135頁、同「銀行振込」56頁参照。

折衷的な見解として、藤本英雄『経済取引と犯罪』（有斐閣、1965）26頁以下は、普通預金口座と当座預金口座を区別し、前者に振り込ませた場合には二項詐欺、後者に振り込ませた場合には一項詐欺とする。中森喜彦「被害者を脅迫して金員を指定の預金口座に振込送金させたが、警察からの連絡により預金の払い戻しができない態勢が整えられていた場合につき、恐喝未遂の限度で有罪とした事例」判例評論422号（1994）61頁以下（以下では、中森「恐喝未遂」と表記。）及び同「2項犯罪における財産上不法の利益と処分行為」西原春夫＝宮澤浩一＝阿部純二＝板倉宏＝大谷實＝芝原邦爾（編）『判例刑法研究第6巻』（有斐閣、1983）296頁は、犯人が口座を有する銀行に現金を持ち込む、振込んだ場合には一項詐欺とし、それ以外の場合については二項詐欺とする。

の範囲を一致させる必要はないように思われる。

つまり、奪取される前の物に対する被害者の占有は、行為者による侵害の対象として問題となるのに対し、奪取された後の物に対する行為者の占有は、一般的には既遂時期とリンクさせる形で占有取得が要求されており⁽⁴⁹⁾、それぞれ異なった機能を営んでいる。そして、行為者につき、どの時点で奪取罪の既遂を認めるべきかの判断は、被害者の占有を肯定すべきか否かの判断に影響しないことは明らかであろう。

以上のことから、両者は別個の問題であることを正面から認めるべきである。その上で、奪取される前の物に対する被害者の占有と奪取された後の物に対する行為者の占有のそれぞれにつき、預金による占有を認めることができるか否かを個別的に検討すべきように思われる⁽⁵⁰⁾。また、西田の論拠に対する第二の疑問については、行為者の奪取された後の物に対する占有との関係で問題となるので、その箇所で言及することとしたい。

(49) いわゆる取得説が通説である。須之内『各論』125頁、高橋『各論』240頁、山口『各論(2版)』196頁、松宮『各論』198頁、中森喜彦「窃盗の着手・既遂時期」西原春夫=藤木英雄=森下忠(編)『刑法学5』(有斐閣、1978)28頁参照。

これに対し、占有取得と既遂時期をリンクさせることに批判的なものとして、鈴木斗志「詐欺罪における『交付』について」芝原邦爾=西田典之=井上正仁(編)『松尾浩也先生古稀祝賀論文集(上)』(有斐閣、1998)579頁参照。これに対する反論として、深町晋也「窃盗罪」法学教室290号(2004)69頁(以下では、深町「窃盗罪」と表記。)参照。

(50) 預金による占有に諸々の類型があることを指摘するものとして、長井=渡辺「誤振込」29頁参照。もっとも、そのうちの一つは、銀行の事実上の所持という意味で用いられており、本稿でいう奪取される前の物に対する被害者の占有を認めないようである。

また、木村「銀行預金」333頁は、「同じく『銀行預金の占有』といっても、恐喝の事案のように、第三者である被害者から自己の銀行口座に金員の占有を移転させる場合と、誤入金の場合とを別異に解することは十分可能である。詐欺・恐喝手段による場合は、第三者に喪失させた金員の占有を、口座への入金による被告にが『確保』したか否かが問題となる」、と述べており、預金による占有に幾つかの類型があることを指摘している。

(ii) 奪取される前の物に対する被害者の占有の場合

(a) 預金者の保護

ここでは、奪取される前の状態の被害者が、預金形態においても金銭を占有しているといえるかにつき検討する。この点は従来必ずしも意識的に議論されてこなかったものと思われる。裁判例においても、他人のキャッシュカードを利用して ATM 機から金銭を引き出した場合に、銀行が管理する現金に対する窃盗罪が肯定されているに過ぎない⁽⁵¹⁾。もっとも、学説上、「真の被害者である預金者は法理上窃盗罪の被害者となりえず⁽⁵²⁾」という指摘もされていることからすると、消極的に解するのが一般的であるとの推測も立つ⁽⁵³⁾。

確かに、A が B に金銭を預けた場合を考えると、B の手元にある金銭について、A が占有しているとは一般的に考えられていない。となると、A が預金者、B が銀行である場合についても、同様に銀行のみが占有者であると解することは十分理由があることのようにも見える。

しかしながら、銀行が実質的に金庫として機能していることに着目することで、預金による占有というものが肯定されているのであれば、以下の理由に基づき、預金者の銀行内の金銭に対する占有を肯定できると思われる。

(51) 東京高判昭和 55 年 3 月 3 日判時 975 号 132 頁参照。

(52) 大谷「キャッシュカード」189 頁参照。同様の指摘として、佐伯＝道垣内『対話』27 頁、鋤本「預金（上）」4 頁参照。実益がないと指摘するのは、穴沢「誤振込（1）」317 頁註 12 参照。

(53) もっとも、このような指摘に対しては、預金者を所有者として捉えることにより、預金者を被害者と解することは可能ではないのか、との疑問もあり得る。そして、銀行が実質的に金庫として機能しているに過ぎないという点を強調すれば、この場面において、金銭の所有者は銀行ではなく預金者である、と解することは十分可能と思われる（この点につき、註 27 参照。もっとも、鋤本「預金（下）」182 頁は反対。）。実際にも、委託物横領罪において預金による占有が問題となる場合に、銀行を所有者と解する学説はほぼ皆無であった。そうであるならば、あえて預金による占有という特殊な占有を肯定しなくても済むことになるようにも見える。しかし、本文で述べるように、預金者を占有者として解することには独自の意味があると思われる。

奪取罪における占有の有無の判断は、占有の事実と占有の意思を総合考慮してなされている⁽⁵⁴⁾。判例も、「物が占有者の支配力の及ぶ場所に存在するを以て足りる⁽⁵⁵⁾」としている。それでは、銀行内の金銭に対して、預金者の支配力が及んでいると言えるだろうか。先にも述べたとおり⁽⁵⁶⁾、預金による占有は、正当な払戻し権限がある場合に限り認められるものであった。そして、正当な払戻し権限がある限り、預金者はいつでも金銭を引出すことが可能な地位にあるのであるから、預金者等は預金額に見合う金銭に対して支配力を及ぼしているように思われる。

実質的にも、以下のように考えられる。つまり、一般的に、財物の所有者が、自宅の金庫内に当該財物を仕舞った場合に、当該財物が奪取罪により保護されることに疑問の余地はない。そして、このことの妥当性は、金庫が金属製のものであろうと、銀行という「金庫」であろうと、何ら消長をきたさないように思われるのである。即ち、預金者が銀行という「金庫」に預けた金銭についても、全く同レベルの要保護性を肯定できると考えられる。

もっとも、このようにして預金による占有を肯定する場合に、奪取罪における占有は事実的なものであるという一般論と整合するかが問題となる。一般的に、奪取罪における占有は現実的なもの、事実的なものと主張されている⁽⁵⁷⁾。それでは、何故、奪取罪における占有は事実的でなくてはならないのだろうか。これについては、以下のように考えられ

(54) 西田『各論』141頁、山口『各論(2版)』178頁、深町「窃盗罪」71頁参照。

(55) 最判32年11月8日刑集11巻12号3061頁参照。

(56) 一(三)参照。

(57) 伊東『各論』136頁、中森『各論』97頁、山口『各論(2版)』177頁、西田『各論』140頁、香川『各論』489頁、団藤『各論』568頁参照。なお、横領罪における占有と比較する文脈においては、奪取罪における占有では排他的支配力が重要である、と説明されている(香川『各論』568頁、団藤『各論』635頁参照)。もし、ここでいう占有の「排他」性が重疊的占有や占有補助者のように他者を媒介した占有を完全に否定するというものであれば、一般的な見解とも整合しないし、結論的にも妥当でなからう。そうではなく、誰かが「排他的」に支配していれば良いという趣旨であるように思われる。そうであれば、本文で論じたことが同様に妥当することとなる。

る。

通説によると、奪取罪において保護される占有とは、被害者が物を利用しているといえる場合の全て、というわけではなく、中には奪取罪により保護されない占有もある⁽⁵⁸⁾。むしろ、行為者により他人が占有しているという状態を侵襲することが可能な占有に着目することで、奪取罪による処罰が基礎づけられている。そして、このように行為者が侵襲を行うことの前提として、占有は事実的でなくてはならないと考えられる⁽⁵⁹⁾。

しかしながら、このことから、およそ全ての占有は事実的でなくてはならないということまでは導けないと思われる。なぜなら、同一物に対する重畳的占有が問題となる場合、誰か一人が物を事実的に占有してさえいれば、上記の行為者が侵襲を行う上での前提は充足されるからである。そして、預金に対する占有が問題となる局面においても、銀行の金銭に対する事実的占有の他に、預金者の預金による占有が重畳的に問題になっているのである。この意味において、奪取罪における占有の一形態として、預金による占有を肯定することは可能であると考えられる。

(b) 具体的な結論の相違

それでは、預金者につき預金による占有を肯定することで、従来の結論との間で、具体的に、どのような結論の違いを生み出すことになるのだろうか。まず、銀行は金銭を事実的に占有しており、この事実的占有が奪取罪により保護されるものである以上、他人のキャッシュカードを

(58) 被害者が利用しているにもかかわらず奪取罪により保護されない物については、それを行為者が占有している場合には委託物横領罪の成否が問題となり、それ以外については占有離脱物横領罪の成否が問題となる。

(59) これに対し、被害者が物を利用している以上、全て奪取罪により保護される占有であると解するならば（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）133 頁以下参照。）、なおさら占有の事実性は問題とならないだろう。

不正に利用してATM機から現金を引き出す事案では、このような事実的占有の侵害を理由に奪取罪が成立することとなる。それゆえ、預金による占有を肯定するにせよ否定するにせよ、問題が表面化することはない。

しかし、このような銀行の事実的占有の侵害は、銀行の金銭を占有していると見られる者が奪取罪を行う場合や同様の人物が第三者による奪取罪に関与する場合には認められなくなる。例えば、預金者のキャッシュカードを窃取した犯人が、暗証番号が分からなくて困っていたところ、銀行の支店長⁽⁶⁰⁾がこの窃盗犯に対して暗証番号を教えた結果、窃盗犯は金銭を引き出すことに成功した、という場合が問題となる。ここでは、銀行の意に反して事実的占有が移転しているわけではないので、事実的占有の侵害は認められないこととなる。

この場合に、確かに、預金者が金銭の所有者であると解することができれば、所有権の侵害を理由に横領罪を肯定することはできる。しかしながら、同じく「金庫」の中身を「奪取」されたという実態であるにもかかわらず、銀行側が共犯関係にあるか否かにより、奪取罪が成立したりしなかったりするのとは妥当でないと思われる。やはり、預金者の金銭に対する占有を肯定し、この占有に対する侵害を肯定することで、一律に奪取罪を肯定すべきある。

また、次のような場合にも、相違が生じることとなる。詐欺罪が問題になる場合において、被欺罔者が犯人に対して現金を手渡しした場合、被欺罔者を被害者とする詐欺罪が成立する。このことは、被欺罔者が現

(60) これに対し、銀行における末端の従業員が第三者の犯行に加わった場合については、このような従業員は銀行の占有補助者に過ぎないとして、銀行の金銭に対する事実的占有の侵害を依然として肯定できるであろう。

なお、銀行の支店長であっても、銀行の金銭を占有をしていないという考えも十分あり得る。確かに、どの程度の地位の者であれば、銀行の金銭を占有していると言えるかについては、判断が分かれるだろう。しかし、銀行との関係で横領罪が現実の問題になっているからには、このような地位の者が、一定の範囲では存在するということになるだろう。

金を銀行に持ち込み、犯人の口座に振込んだ場合においても同様であろう。それでは、被欺罔者が自己の口座から犯人の口座へと振込んだ場合については、どうであろうか。この場合、もし仮に預金者につき預金による占有を肯定しないとすると、預金者を被害者とする詐欺罪が成立しなくなるのではないだろうか。しかし、このような結論は妥当でないように思われる。

(c) 銀行の事実的占有の保護

それでは、預金者につき金銭に対する占有を肯定するととどまらず、さらに進んで銀行の事実的占有の要保護性を否定するべきであろうか。しかしながら、これは妥当でないと思われる。なぜなら、このような事実的占有も、預金者ではない第三者との関係で、保護される実体を有しているからである。

例えば、以前、重機等を利用して ATM 機をそれぞれ盗み出すという事件が問題となったが、この場合の ATM 機内の金銭の奪取に対して、金銭の究極的な出所が預金者による預金であるとの理由により、銀行が保護されなくなる、というのは妥当ではないだろう。というのも、預金者との関係では、確かに銀行は金庫として機能していると言えるものの、他方で、銀行は単なる金庫ではない。銀行も独自の経済主体として、預金者から集めた金銭を管理し、運用を行っている。以上のことからすれば、銀行の事実的占有の要保護性を否定することは困難であろう。

また、第三者との関係だけでなく、預金者との関係でも、「預金者が、(中略—筆者註) 深夜、銀行に忍び込み金銭を領得した場合に⁽⁶¹⁾」、預金者は銀行に対して預金債権を有しているという理由により、銀行の金銭に対する占有が保護されないのでは不当である。預金者（や預金者から

(61) 長井＝渡辺「誤振込」36頁参照。

委託された者)が払戻し手続きに則ることなく金銭を引き出した場合には、形式的には預金債権に消長をきたすことなく、金銭が引き出されたこととなる。ということは、預金者の「金庫」の中身はそのまま保たれているにもかかわらず、預金者は金銭を取得したことになる。このように、銀行が事実的に占有している金銭のうち、預金者の「金庫」内に収まっている金銭以外については、預金者との関係でも事実的占有の要保護性を肯定できるように思われる。

(iii) 奪取された後の物に対する行為者の占有の場合

(a) 振込め詐欺と預金付け替え事例との関係

次に、物を奪取した行為者につき、その物との関係で預金による占有という占有形態を肯定できるか否かを検討する。先に述べたとおり、この場面で預金による占有を肯定するかという問題は、奪取罪の既遂をこの時点で認めることが妥当であるか否か、という問題に他ならなかった。そして、西田は、預金による占有を認めることにより、この時点で既遂とするのは妥当でないと解していた。

しかしながら、他方で、振込め詐欺の事案の処理との整合性も視野に入れつつ、行為者の奪取した物との関係においても預金による占有を肯定すべき、との主張も見受けられる。即ち、「預金者が即時に確実にかつ自由に預金を引き出せる状況にある場合には、銀行に預金した金銭についても占有がおよぶべきものと解すべき⁽⁶²⁾」、「預金による金銭の占有という事態は、擬制的要因をはらみつつ事実的支配の領域にも、浸食しているのである⁽⁶³⁾」。果たして、いずれが妥当であろうか。

まず、どの時点で既遂を認めるかという時間的観点から考えるならば、振込め詐欺の事案において、振込みが完了した時点で一項詐欺の既遂を肯定していることは妥当であるようにも見える。一般的に、被欺罔

(62) 曾根他『重点課題』〔石井〕158頁参照。

(63) 曾根他『重点課題』〔石井〕158頁参照。

者が、犯人の自宅の金庫内に入れるという形で財物を交付した場合において、この時点で一項詐欺罪の既遂を肯定できるだろう。そうであれば、ここでいう金庫が、実質的に金庫としての役割を果たしている銀行であったとしても、犯人の預金口座に入金がなされた時点で、金銭が犯人の「金庫」内に入った、即ち、金銭という財物の占有を取得したと言えるように思われるのである⁽⁶⁴⁾。

しかしながら、このような考えを貫徹することはできないと思われる。従来、他人のキャッシュカードを不正に使用して、他人の預金口座から自己の預金口座へと預金を付け替えた、という事案（以下では、「預金付け替え事例」と略する。）は、電子計算機使用詐欺罪が成立する典型的な事例であると解されてきた。このように解されてきたのは、この段階では、預金による占有を肯定することを通じて窃盗罪の既遂を認めるのは妥当でないからであった⁽⁶⁵⁾。

もし仮に、上述のように、振込め詐欺の事案において、振込が完了した時点で既遂を肯定するのであれば、この預金付け替え事例においても、窃盗罪の既遂が成立していると解さなくては論理一貫しないように思われる⁽⁶⁶⁾。しかし、このような結論は、現行法が電子計算機使用詐欺罪を規定しているという事実及び預金付け替え事例を同罪により処理しているという事実と一致しないのであるから、採り得ないのではないだろうか。

-
- (64) 中森「恐喝未遂」62頁は、「銀行は犯人の『機械』」、「自己と同視できる者」と説明する。なお、裁判例において、振込まれた段階では未遂に過ぎないとしたものもあるが（浦和地判平成4年4月24日判時1437号151頁、東京高判平成9年10月16日東高刑時報48巻1～12号70頁、宮崎地判平成13年2月26日公刊物未登載（鎌田「出金禁止措置」3頁以下）参照。）、それらの事案においては、犯人が振込まれた金銭を自由に引出すことができない事情が指摘されている。
- (65) 米澤慶治（編）『刑法等一部改正法の解説』（立花書房、1988）115頁〔的場純男執筆〕（以下では、米澤『刑法一部改正』〔的場〕と表記。）、的場純男「コンピュータ犯罪に関する刑事法上の問題点」ジュリスト846号（1985）13頁参照。
- (66) 神元「諸問題」54頁、同「1項詐欺」79頁参照。

(b) 財物罪の既遂が否定される根拠

それでは、そもそも何故この時点で窃盗罪の既遂が否定されるのだろうか。まず思いつくのが、行為者による金銭の引き出し行為が後に予定されている、という点である。

預金付け替え事例の犯人が、振込まれた金銭を預金の状態で利用する意思がなく、それを全額引出すことを予定していた場合には、犯人の引出し行為なくしては、犯行全体が終了することはない。その意味において、犯人が振込まれた金銭を預金の状態のまま、自動引落し等に利用しようとする場合と比較して、犯人の占有取得が相対的には認めにくい状況にあるといえるだろう⁽⁶⁷⁾。

もっとも、このように犯人が後に引出し行為を予定しているからといって、このことが既遂の成立を否定する決定的論拠となるわけではない。従来、窃盗罪の既遂時期が問題となった事案を見てみると、他人の浴室に指輪を隠匿した事案⁽⁶⁸⁾や列車から積み荷を突き落とした事案⁽⁶⁹⁾においても、窃盗罪の既遂と解されている。これらの事例においても、犯人による物の回収行為が事後に予定されていることは明らかである。

それでは、預金付け替え事例や振込め詐欺の事案において、一項犯罪の既遂が否定されるのはなぜだろうか。ここで重要と思われるのが、既遂を肯定するために一般的に要求されている占有取得の内容である。即ち、ここで問題となっているのは、何かしらの占有取得ではなく、あくまでも物の占有取得である、という点である。

そこで改めて振込の場合を考えてみると、たとえ犯人の口座に金銭が

(67) 実際にも、銀行により出金禁止措置が採られることにより、振込まれた金銭を引出すことができなくなる事態が考えられる。宮崎地判平成13年2月26日公刊物未登載(鎌田「出金禁止措置」3頁以下。)参照。なお、この事案は、振込みがなされる以前に出金禁止措置が採られた事案であるが、振込み完了後、犯人の引出し行為以前の時点において、銀行により同措置が採られるということも十分考えられるだろう。もっとも、この点については、犯罪既遂後の事情に過ぎないとの反論もあり得る。

(68) 大判大正12年7月3日刑集2巻624頁参照。

(69) 最判昭和24年12月22日刑集3巻12号2070頁参照。

振込まれたからといっても、犯人のために金銭という物が格別用意されるというわけではない。あくまでも、引出し行為の時点で、初めて金銭という物が具体化するのである。それゆえ、物の占有を取得したと言うためには、引出しの時点まで待つ必要があると思われる。この点が、欺罔して自宅の金庫に金銭を仕舞わせた事例と異なるのである。

以上のことから、財物罪の犯人が振込まれた金銭を後に引出すことを予定している場合においては、財物罪の既遂を否定すべきように思われる⁽⁷⁰⁾。

もっとも、ここで述べたことが妥当するのは、振込め詐欺の事案の中でも、犯人が入金された金銭を引き出す予定がある場合（下図におけるⅠの場合）についてのみである。振込め詐欺には、実際には幾つかのヴァリエーションを観念することが可能である。即ち、振込まれた金銭につき、犯人が引き出しを予定している場合とそうでない場合が考えられる。前者の場合には、当該事案において実際に引出されているか否かも問題となる⁽⁷¹⁾。これまでの検討で明らかになったのは、犯人の口座に

(70) 近時、振込め詐欺における出し子の刑事責任が問題となっている（橋爪「銀行預金」3頁以下、松澤「演習」166頁以下、橋本修明「振り込め詐欺の捜査（『出し子』検挙事案）について」捜査研究661号（2006）30頁以下参照。）。裁判例では、銀行に対する窃盗罪として処理されている。東京高判平成17年12月15日東高刑時報56巻1～12号107頁、東京高判平成18年10月10日東高刑時報57巻1～12号53頁参照。

本稿の立場からは、被害者から振込め詐欺の犯人の口座へと振込みがなされた時点では財物奪取罪の既遂とはならない。よって、出し子の刑事責任についても、振込め詐欺の被害者との関係で、承継的共犯として構成することが可能となる。仮に、承継的共犯による構成そのものを否定する場合には、振込め詐欺の被害者との関係で、窃盗罪が成立することとなる。

もっとも、これは別個に、銀行の事実的占有をいかに評価するかも問題となる。銀行に対する奪取罪の成否については、銀行の事実的占有がいかなる範囲で保護されるのかという問題であるので、本稿の射程外の議論となる。

(71) さらに仔細に見れば、被害者が振込資金を現金で持ち込んだ場合と、自己の口座から振込んだ場合とを区別することが可能である。そして、預金付け替え事例とパラレルであると評価できるのは、後者のみではないか、との疑問もあり得るだろう。しかし、前述のように（二（二）（ii）（b）参照。）、いずれの場合も等しく、振込者（＝預金者）を被害者とする詐欺罪とすべきように思われる。そうであるならば、このような区別に

入金がなされ、それを後に犯人が引出すことを予定している場合の処理のみである。

それでは、これ以外の場合の処理はどうなるのだろうか。以上の検討に基づく限り、犯人が入金された金銭を実際に引出した場合(Ⅲの場合)には、明確に物の占有取得を肯定することができる。それゆえ、この場合には、問題なく一項詐欺罪の既遂を肯定できるように思われる。

【図：振込め詐欺の事案とカード不正使用事例との関係】

	犯人の口座内に入金		犯人の口座から引出し
	引出しの予定あり	引出しの予定なし	
被害者が自分自身で振込	I	II	III
犯人が被害者の口座から振込	電子計算機使用詐欺罪により処理		

(c) 物と利益の区別

それでは、Ⅱの場合において、一項詐欺罪の既遂を否定すべきなのだろうか。ここでは、既遂であるか、それとも未遂であるか、という問題以前に、犯人の意図が、振込まれた金銭を引出すことなく、振替や各種引落しに利用するというものである以上、一項詐欺罪の問題ではなく、二項詐欺罪の問題として捉えるべきように思われる。

一般的には、詐欺罪における一項と二項の区別は、物であるか利益であるか、という客体の性質に基づいて行われている。しかし、本稿で問題にしている預金は、金銭という物とみることも可能であるし、預金債権として把握することも可能である。それゆえ、ここでは客体の性質に基づき一項ないし二項の適用を区別することはできない。それでは、何故、ここでは利益が問題となるのだろうか。

確かに、これまで再三繰り返してきたように、預金というものが金銭

は実益がないだろう。

を金庫に入れることと同様の機能を果たしているのならば、金銭という物として把握すべきようにも見える。しかし、必ずしもそうではないように思われる。というのも、確かに、銀行は実質的に金庫として機能しているものの、金庫としての機能しか有していないというわけではないからである。預金の状態においても振替や自動引落しの形で利用可能であるということは、「金庫」に入れたままの状態においても利用可能であるということである。この点が、通常の金属製の金庫とは異なるのである。

このように、預金の利用の側面が問題になっているのであるから、二項詐欺罪として把握することには十分理由があると思われる。そして、預金債権という利益として把握した場合においても、犯人の口座に入金がなされた時点で犯人に利益が移転したと言えるだろう⁽⁷²⁾。それゆえ、Ⅱは二項詐欺罪の既遂となる。

これまでの検討結果を先の図に当て嵌めると、以下のとおりとなる。

	犯人の口座内に入金		犯人の口座から引出し
	引出しの予定あり	引出しの予定なし	
被害者が自分自身で振込	一項詐欺罪未遂	二項詐欺罪既遂	一項詐欺罪既遂
犯人が被害者の口座から振込	電子計算機使用詐欺罪既遂		

(d) 予想される批判

以上のような結論に対しては、幾つかの批判が考えられる。まず、Ⅰの場合に物の占有取得を否定するということは、預金による占有を肯定することは財物性の観点から無理であることを自認しているのではない

(72) 利益罪においても移転性が必要であるというのが一般的であろう。山口『各論(2版)』247頁参照。その内容については、深町晋也「財産上の利益」西田典之=山口厚=佐伯仁志(編)『刑法の争点』(有斐閣、2007)161頁参照。

か、そうであれば、この既遂時期が問題となる局面に限らず、預金による占有を肯定することは許されないのではないかと、との批判が考えられる。しかしながら、Ⅰの場合に物の占有取得が否定されるからといっても、ここで問題となっている客体が物であることまで否定しているわけではない。そうではなくて、物と犯人との関係を考慮して、いまだ物の占有を取得したとは言えない、即ち既遂ではない、と主張しているに過ぎないのである。

次に、Ⅰの場合のみ未遂にとどまるため、同じく犯人の口座内に入金された状態であるⅡの場合が既遂になるのと比較すると、不均衡ではないかと、との批判も考えられる。しかしながら、本稿の立場によると、Ⅱの場合とパラレルであるのは、ⅠではなくⅢの場合である。そして、Ⅱ及びⅢでは共に既遂になるので、何らアンバランスは生じていないこととなる。

更に、Ⅰの場合は未遂にとどまるにも関わらず、預金付け替え事例では、犯人の口座に入金された時点で、等しく電子計算機使用詐欺罪の既遂になるので、この点が不均衡のようにも見える。しかしながら、電子計算機使用詐欺罪が問題となる預金付け替え事例における同罪の被害者は、振込め詐欺の事案における詐欺罪の被害者とは異なる。即ち、前述のように⁽⁷³⁾、預金付け替え事例において、犯人の口座に入金がされた時点において、窃盗罪の既遂と解することができないために、電子計算機使用詐欺罪が新設されたのであるが、同罪はあくまでも電子計算機の設置者を被害者とする犯罪として規定されたのである⁽⁷⁴⁾。それゆえ、確かに、結論のみを採り上げる限りでは不均衡に見えるものの、実はこれは電子計算機使用詐欺罪の立法形式に由来する事情でしかない。

(73) 二(二)(iii)(a)参照。

(74) 米澤『刑法一部改正』〔的場〕141頁参照。このような理解に反対する見解も存在するのは事実である(鈴木「電子計算機使用詐欺」251頁参照)。しかしながら、論者の見解については疑問がある(註28参照)。

もつとも、このような均衡論を離れて、Iの場合に詐欺罪の未遂にとどまるという結論が妥当でないという批判も考えられる。しかし、まず注意しなくてはならないのは、引出しの予定があるが故に一項詐欺罪の未遂にとどまる場合というのは、それほど多くないということである。例えば、実際発生する事案の中には、犯人の口座に振込まれた百万円のうち、五十万は引出し、残余部分は預金状態のまま利用するという場合もあるだろう。このような場合であれば、理論的には、五十万円ずつにつき一項詐欺罪の未遂と二項詐欺罪の既遂が成立していることになるであろうが、実際上の処理としては、二項詐欺罪の既遂として包括されるであろう。

また、Iの場合も、一項詐欺罪の未遂ではなく、二項詐欺罪の既遂と解することができるのではないかと、との主張も考えられる。しかし、犯人の口座に入金された時点で利益の取得を肯定できると感じるのは、振込まれた金銭を、多かれ少なかれ預金状態で利用することを暗黙裡に想定しているからではないだろうか⁽⁷⁵⁾。このような場合ではない、即ち、振込まれた金銭を預金状態のまま利用する意図が全くなく、後に金銭を引出す予定である事案にもかかわらず、これを二項詐欺罪の既遂として評価するのであれば、一項詐欺罪の未遂を潜脱して二項詐欺罪の既遂と評価するものとの批判が逆に可能と思われる⁽⁷⁶⁾。

(75) 「ATMやインターネット・バンキング等が普及している現在においては、金銭が口座に振り込まれれば、これを即時に自在に処分できる」(松澤「演習」166頁参照。)ので、一項詐欺罪の成立が認められるという見解も、預金状態での利用の側面に着目しているように思われる。

(76) なお、学説において、「法律上財物とそれ以外の利益とを区別して定めるのは余り理由がない。このことは、財物罪の未遂であるものが利益罪の既遂として扱われざるを得ないことから裏づけられよう」(中森喜彦「二項犯罪小論」法学論叢94巻5=6号(1974)226頁参照。)との指摘も見受けられる。しかしながら、現行法上、物と利益の区別がなされているのであるから、財物罪の未遂を利益罪の既遂と解するべきではないように思われる。

三 結語

本稿では、預金による占有を肯定する場合、これを肯定できる範囲は委託物横領罪の場合に限られる理由はないはずである、という問題関心に基づき、預金による占有の射程につき検討を行った。その結果、①占有離脱物横領罪においては、預金による占有を問題にする必要はないこと、②従来の一般的な見解とは異なり、奪取罪における被害者との関係においても、預金による占有という占有形態を採り入れるべきこと、③ a) 奪取罪における行為者につき預金による占有を肯定するべきか否か、という問題は、奪取罪における既遂時期の問題である以上、②とは区別して検討を行うべきであること、③ b) 奪取罪の行為者については、財物罪が問題となる限りでは、預金状態においては一項犯罪の未遂にとどめるべきであること、という結論に到達した。

ところで、預金による占有を法律上の占有の一種として肯定するわけではない、と言うだけでは、何故預金による占有が認められるのかが分からなくなりかねない。本稿冒頭における検討も、払戻し権限に基づき預金による占有を肯定する立場が処分可能性の観点から法律上の占有を肯定する立場と整合的でないことを指摘するにとどまり、預金による占有という占有拡張の一形態が、如何なる根拠に基づき認められるのかについては、明言していない。

そして、この点については、以下のように説明することができるのではないだろうか。即ち、預金による占有とは、預金というものの性質に基づき認められる占有の拡張の一種と言えるのではないだろうか。つまり、銀行が実質的には「金庫」として機能しているのであるから、横領罪における行為者が委託された金銭を預金形態にしようといまいと、いずれにせよ金銭を手元に保管しているのと同様の状況にあると評価できる。それゆえ、委託物横領罪の行為者の金銭に対する占有を肯定

できる。奪取罪における被害者についても、被害者が金銭を自宅の金庫に保管しようとして、預金形態にして保管しようとして、銀行の金庫としての機能に着目する限り、金庫内にて保管している物が奪取罪で保護されるのと全く同様の理由により、預金による占有を肯定することができるのである。

もっとも、このような銀行の金庫としての性質に着目した考察にも、限界があると言わざるを得ない。この点が明らかになったのが、奪取罪の行為者の罪責が問題となる局面においてであった。具体的には、犯人の口座に金銭が振り込まれた時点では、一見すると「金庫」の中に物が仕舞われたように見えるものの、物の占有取得を肯定できないため、財物罪の既遂が否定されることとなった。

さらに、預金者は、預金をそのままの状態において利用することもできるので、この限りでは、銀行の金庫としての機能ではなく、預金の利益性が問題になっていると考えられる。そして、預金のこのような側面が問題となる場合は、二項犯罪により処理すべきこととなる。

本稿における検討は以上である。しかしながら、本稿で扱ったのは預金による占有という占有を巡る問題の一局面に過ぎない。これ以外にも、預金による占有と密接に関連する金銭所有権の問題⁽⁷⁷⁾など、解決しなくてはならない問題がなお残されているように思われる。これらについては、今後の研究課題としたい。

(本学大学院博士後期課程)

(77) 中田裕康＝道垣内弘人＝西田典之＝佐伯仁志「特別座談会 民法と刑法(1)」法学教室 241号(2000)40頁以下、佐伯＝道垣内『対話』3頁以下、島田聡一郎「いわゆる『刑法上の所有権』について」現代刑事法 6巻6号(2004)15頁以下参照。