

一橋大学 法科大学院

一橋ローレビュー

第二号 2017年10月

刊行に寄せて……………小粥太郎（1）

論文

順次共謀による共同正犯の処罰根拠についての一試論……………藤田昭平（2）

誤振込の場合の預金の取り扱いについて……………三柴萌実（24）

適合性原則と私法理論の交錯……………角田美穂子（61）

エッセイ

働き方としての民法教員……………小峯庸平（70）

編集後記……………（75）

第 2 号の刊行に寄せて

この度、一橋ローレビュー第 2 号が刊行される運びとなりました。

第 1 号が刊行されたのは 2015 年 3 月でした。第 2 号の刊行までには予想外の時間が経過しましたが、まずは刊行を慶びたいと思います。

本号には、2 名の修了生（弁護士）に加え、本学の角田美穂子教授が論文を、同じく小峯庸平講師がエッセイをお寄せくださいました。第 2 号にふさわしい充実した内容になったものと考えております。

このローレビューが、学生・修了生・教員によって支えられつつ、一橋大学法科大学院の学生・修了生が執筆した論文等を公表する媒体として、また、日本の法律実務界・学界に影響力を持ちうる媒体として、定着してゆくことを期待します。

なお、本号の刊行については、森村進教授、角田美穂子教授、伏見宗弘弁護士（2015 年 3 月修了）の尽力があり、最終的には酒井智之特任助教（2017 年 3 月修了）の貢献がありました。記して感謝します。

2017 年 10 月

小粥 太郎

（一橋大学法科大学院長）

順次共謀による共同正犯の処罰根拠についての一試論

弁護士 藤田 昭平(2016年3月修了)

I	はじめに
II	共同正犯の処罰根拠
III	順次共謀による共同正犯
IV	おわりに

本論文の趣旨

順次共謀による共同正犯の問題は、XとYがある犯罪遂行について共謀した後、YとZも同犯罪について共謀し、犯罪が実行された場合に、X、Y、Zの三者は実行された犯罪につき共同正犯としての責任を負うことになるのかという問題である。この問題について、判例及び学説は、順次共謀による共同正犯の成立を当然に認めてきたが、その根拠は明らかにされてこなかった。

本稿では、まず、共同正犯の処罰根拠及び要件について検討した上で、共同正犯の処罰根拠は、共犯者が共同正犯固有の危険性を惹起し、それにより法益を侵害した点にあることを示し、共同正犯固有の危険性が生じるには、通常「意思の連絡」が必要であるということを明らかにする。そして、順次共謀による共同正犯の処罰根拠は、順次共謀により各共犯者間で犯意が強化され、順次共謀を行った者達が同一の法益侵害を目的に行動するため、共犯者全体が同一の共同正犯固有の危険性を惹起し、それにより法益を侵害した点にあり、この場合には特定の当事者間で直接的に「意思の連絡」がなくても、共同正犯の成立を肯定できると結論付ける。さらに、適切な処罰範囲を画するという観点からは、順次共謀がなされたと思われる各共犯者が同一の法益侵害の危険性を生じさせたといえるかが決定的であり、その区別の指標をできる限り示す。

従来裁判例を見る限り、順次共謀による共同正犯の成立につき、その成立範囲を慎重に検討しているものではなく、犯行計画に関わった者を処罰したいという実質的な要請から、漫然と共同正犯の成立を認めてきたのではないかという疑いもある。本稿は、従来論じられてこなかった、順次共謀による共同正犯の処罰根拠の問題について一石を投じ、適切な処罰範囲を画する契機となることを志向するものであり、理論上も実務上も重要な意義を有する。

I はじめに

1 順次共謀による共同正犯の問題点

(1) 順次共謀による共同正犯についての現状と問題点

順次共謀による共同正犯の問題は、XとYがある犯罪遂行について共謀した後、YとZも同犯罪について共謀し、犯罪が実行された場合に、X、Y、Zの三者は実行された犯罪につき共同正犯としての責任を負うことになるのかという問題である。

この場合、XとZとの間では直接的には共謀がなされていないが、判例¹(練馬事件)は「数人の共謀共同正犯が成立するためには、その数人が同一場所に会し、かつその数人間に一個の共謀の成立することを必要とするものではなく、同一の犯罪について、甲と乙が共謀し、次で乙と丙が共謀するというようにして、数人の間に順次共謀が行われた場合は、これらの者のすべての間に当該犯行の共謀が行われたと解する」と述べる。また、学説も順次共謀による共同正犯が成立するものとし、この結論に明示的に反対しているものは見当たらない。

しかしながら、上記事例でXとZ間で直接には共謀がなされていないにもかかわらず、X、Y、Zの三者間で共同正犯が成立するとされる根拠は、判例上も学説上も明らかにされていない。練馬事件では、十人について、傷害致死罪についての共同正犯の成立が認められたが、十人が常に一緒に行動していたわけではなく、十人すべての者が、それぞれ誰が当該犯行に参加し、誰がどのような行動をとるのかということについて、認識しているという状況にはなかった。このような状況であっても、共同正犯の成立を認め、全員に対して責任を負わせることは妥当なのか、妥当だとするとそれは何故なのか。

従来十分な検討が加えられてこなかった順次共謀による共同正犯について検討することは、適切な処罰範囲を画するために重要である。

(2) 共同正犯の処罰根拠論への影響

また、近年、共謀共同正犯の成否に関連して共同正犯の処罰根拠について様々な見解が述べられ、共同正犯の処罰根拠そのものについて再考を迫られている。順次共謀による共同正犯については、従来、共同正犯とされる特定の当事者間で直接の共謀がなされていないにもかかわらず、それらの者に共同正犯の成立が認められてきた。現在主張されている共同正犯の処罰根拠についての各見解から、順次共謀による共同正犯における上記結論を導けるかということは、各学説が述べる共同正犯の処罰根拠が適切かどうかを判断する一要素となりうる。

2 本稿の目的

¹ 最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁。

本稿では、まず、共同正犯の処罰根拠及び要件について検討した上で、共同正犯の処罰根拠は、共犯者が共同正犯固有の危険性を惹起し、それにより法益を侵害した点にあることを示し、共同正犯固有の危険性が生じるには、少なくとも二者間における「意思の連絡」が必要であるということを明らかにする。

そして、順次共謀による共同正犯の処罰根拠は、順次共謀により各共犯者間で犯意が強化され、順次共謀を行った者達が同一の法益侵害を目的に行動するため、共犯者全体が同一の共同正犯固有の危険性を惹起し、それにより法益を侵害した点にあり、この場合には特定の当事者間で直接的に「意思の連絡」がなくても、共同正犯の成立を肯定できると結論付ける。

さらに、適切な処罰範囲を画するという観点からは、順次共謀がなされたと考えられる各共犯者が同一の法益侵害の危険性を生じさせたといえるかが決定的であり、その区別の指標をできる限り示すこととする。

Ⅱ 共同正犯の処罰根拠

1 順次共謀による共同正犯の処罰根拠と「意思の連絡」

(1) 共同正犯の成立と「意思の連絡」

近年、二人以上の者が犯罪の実行を共謀し、そのうちのある者が実行行為を行った場合、実行行為を直接分担しなかった共謀者も共同正犯としての責任を負うのか、という共謀共同正犯の成否の問題に関連して、共同正犯の処罰根拠について様々な見解が提唱されている。

そして、その見解ごとに、共同正犯の成立に必要な要件も異なって主張されている。もっとも、共同正犯の成立要件について、多くの見解が要求するものとして、「意思の連絡」の要件がある。しかし、そもそも共同正犯を肯定するためには、「意思の連絡」が果たして不可欠な要件であるのか²。

(2) 順次共謀による共同正犯の成立と「意思の連絡」

ア 順次共謀による共同正犯の処罰根拠についても、通常の共同正犯の処罰根拠が妥当するはずであるから、まずは共同正犯の処罰根拠は何であるかということを明らかにする必要がある。

そして、順次共謀による共同正犯において、共同正犯の成立要件として共同正犯者間に「意思の連絡」が必要かどうかということは特に重要な問題である。なぜなら、XとYが共謀した後に、同じ犯罪についてYがZと共謀したという場合には、YがXとZの両者にそれぞれの存在を伝えない限り³、XZ間には「意思の連絡」はないため、共同

² 山口厚「共犯の処罰根拠論の意義」法学教室 266号 32頁(2002)。

³ この場合には、XとZは直接会話をしなかっただけで、Yを介して、又は用いて、「意思の連絡」をし

正犯の成立に「意思の連絡」が必要不可欠だとすると、XYZの三者について共同正犯を成立させることはできないように思われるからである。順次共謀による共同正犯の処罰根拠及び範囲を検討する前提として、共同正犯の成立要件として「意思の連絡」が必要なのか、必要であるとするとは何故なのかということを明らかにしなければならない。

イ そこで、以下では、まず、共同正犯の成立要件として「意思の連絡」が不可欠な要件なのかどうかということに着目しつつ、共同正犯の処罰根拠は何かということ明らかにする。

なお、「意思の連絡」の意義についても問題となるが、差し当たりは意思の連絡を要件として要求する見解の共通項であると思われる「二者以上の者達の間における相互の主観的つながり」という意味で用いる。

2 「意思の連絡」を不要とする見解

(1) 「意思の連絡」の要否についての諸見解

共同正犯の成立要件として「意思の連絡」が必要かどうかという点に関しては、従来、片面的共同正犯を肯定すべきかどうかという問題の一環として論じられてきた。

この問題につき、共同正犯の処罰根拠として、従犯と同じく因果的共犯論に立脚する見解の論者達は、片面的共同正犯を肯定してきた⁴。因果的共犯論とは、自分の行為と因果性のある結果について罪責を負うのが基本原則であり、それゆえ、他人の行為を通じて犯罪結果と因果関係をもった場合も、その結果については責任を負うという考え方である。共同正犯の処罰根拠として因果的共犯論に立脚する見解は、その見解の明確さ故か、近時有力化しつつある。そして、共同正犯の処罰根拠につき、様々な見解があるものの、共同正犯の成立に「意思の連絡」が必要不可欠ではないとして片面的共同正犯を肯定する見解は、大半が因果的共犯論に立脚する見解である⁵。

そこで、以下では、まず、共同正犯の処罰根拠として、因果的共犯論に立脚する見解が妥当か否かについて検討する。

(2) 因果的共犯論に立脚する見解(準実行共同正犯論)

ア 早くから因果的共犯論に立脚し、共同正犯の成立要件として「意思の連絡」は必ずしも必要とは言えないのではないかと疑問を呈していたのは西田典之教授である⁶。西田

たと評価できる。

⁴ 西田典之『刑法総論』(弘文堂、第2版、2010)355頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975)390頁等。

⁵ 高橋則夫『刑法総論』(成文堂、第2版、2013)445頁以下参照。なお、同書は片面的共同正犯の成立を肯定するものとして、行為共同説と因果的共犯論を挙げるが、行為共同説はそれ自体が共同正犯成立の根拠となるものではなく、共同正犯の成立根拠を他に求めた結果として、共同正犯者が何を共同しているかという点を捉えたものにすぎないとする。

⁶ 西田典之「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集(上)』382、383頁(1990)。

教授は、甲と乙が殺人を共謀して同時に丙に発砲したが、甲の弾丸のみが命中して丙が死亡した場合に、なぜ乙に殺人既遂の共同正犯が成立するのかという事例を想定し、次のように述べている⁷。「これに対する答えは、乙が甲と共謀することにより甲の殺意を強化し、その殺害行為を促進して、丙の死亡という結果と心理的因果性をもった点に求めるしかないと思われる。この点で共同正犯の刑事責任の構造は、基本的には、他人の行為を媒介として自己の行為の因果性⁸の幅を拡張する教唆犯や幫助犯と同一のものであり、その意味で、共同正犯は単独正犯とは異なる「共犯」の一種だと考えるべきであろう」。そして、西田教授は、なぜ従犯ではなく共同正犯としての責任を負うのかという点について、共謀者が「犯罪の実現にとって実行に準じるような重要な役割を果たした」ことが、共同正犯性を基礎づけると述べ⁹、これを準実行共同正犯論とする。

つまり、準実行共同正犯論は、広義の共犯の問題と、共同正犯と狭義の共犯の区別の問題とを区別する点に特徴がある¹⁰。すなわち、準実行共同正犯論は、まず、共謀をしたと思われる者のうち、厳密に誰が責任を負うのかという点につき、その者の行為が法益侵害結果との間に因果性を有するかどうかにより判断する。次に、因果性を有する行為を行った者の中で、その者が従犯と共同正犯のどちらの責任を負うのかという点につき、その者が犯罪結果実現にとって重要な役割を果たしたかどうかにより判断する。

イ この見解によると、「意思の連絡」は心理的因果性として、因果性の一種となる。その結果、「意思の連絡」は、第一判断における共犯の範囲を画する一事情及び第二判断における重要な役割を果たしたか否かという際の一事情に過ぎないことになり、共同正犯の成立要件として必ずしも必要ではないこととなる。

では、このような準実行共同正犯論は、共同正犯の処罰根拠として妥当であろうか。

(3) 準実行共同正犯論の妥当性

ア 準実行共同正犯論は、上記のように、広義の共犯の問題と、共同正犯と狭義の共犯の区別の問題とを区別し、前者は「因果性」の有無、後者は重要な役割を果たしたか否か、すなわち法益侵害結果に対する因果的寄与度で判断する見解である。

そもそも、共同正犯の処罰根拠として広義の共犯の問題と、共同正犯と狭義の共犯の区別の問題とを分けて考えることができるか、できるとしてもそれが妥当であるかという点も問題となるが、この点自体は分けて考えることができ、かつそれが妥当であると考えられる。共同正犯としての責任を負うという場合、何故、自己の行為のみでは構成要件に該当せず、他人の行為が関わって結果が生じている場合にも、法益侵害結果に対して

⁷ 西田・前掲注4 345頁。

⁸ 「因果性」の意義は明らかにされていないが、西田教授は、法益侵害結果とある行為とのつながりというように広く捉えて用いているようである。そして、共犯においては、単独正犯の構成要件における因果関係よりも因果的寄与度が小さい場合についても「因果性がある」と考えているように思われる(西田・前掲注4 336頁以下)。

⁹ 西田・前掲注4 349頁。

¹⁰ 佐伯『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013)404頁。

責任を負うことになるのか。また、その責任を負うとしてなぜ従犯ではなく共同正犯としての責任を負うのか。これら二つの点については、ある一つの事由が両者の根拠となる見解がありうるとしても、両者について何らかの根拠が必要であることは否定できない。

そこで、以下ではこれら二つの観点から、準実行共同正犯論が共同正犯の処罰根拠足り得るかを検討していく。

イ まず、広義の共犯の問題に関して、準実行共同正犯論は、実行行為を行わない者も、何らかの行為により他人を介して法益侵害結果との間に因果性を有していることから、直接は他人の行為から生じた結果についても共犯として責任を負うとする。

単独正犯の場合には、法益侵害結果と因果関係のある実行行為を行った者が責任を負うとされるため、それと同様に、法益侵害結果に影響を与える行為を行ったものが責任を負うというのは基本的には妥当である。また、今日、少なくとも従犯において、行為者が責任を負うのは、従犯となる者が他人を介して間接的に法益侵害を惹起したからであるということは異論がないことである。そして、確かに、共同正犯とされる場合も、他人を介して間接的に法益侵害を惹起していると言える場合であるため、これを根拠に直接的には他者の行為から生じた結果についても責任を負うと考えるのが素直であり、妥当である¹¹。

したがって、広義の共犯の問題については、準実行共同正犯論は十分根拠足り得る。

ウ(ア) 次に、共同正犯と狭義の共犯の区別の問題について、準実行共同正犯論は、法益侵害結果に対する因果的寄与度で区別する。

まず、準実行共同正犯の論者自身、「共同正犯を単独正犯と同じ意味で正犯としつつ、なお、『一部実行全部責任』の法理を正当化することはできないといわねばならない」と述べており¹²、そもそも準実行共同正犯論は単独正犯や間接正犯等の他の正犯と同じ意味における「正犯」性の根拠として主張されているわけではない。

そのため、準実行共同正犯論が、個人の行為で見ると正犯足りえないにも関わらず、共同「正犯」として処罰することを許容する根拠たり得るかが問題となる。

(イ) 準実行共同正犯論によると、行為者が共同正犯として処罰されるのは、行為者の行為が犯罪結果との間に因果性を有し、その因果的寄与度が大きいからである。しかしながら、単独正犯の場合には、基本的には¹³行為者一人の行為が犯罪結果との間に

¹¹ 近年、共同正犯の成立範囲につき、因果性を重視しているとみられる最高裁判例もいくつかでている(最判平成21年6月30日刑集63巻5号475頁、最判平成24年11月6日刑集66巻11号1281頁)。

¹² 西田・前掲注6 366頁。

¹³ 判例は、最決昭和63年5月11日刑集42巻5号807頁以降、行為の持つ危険性が結果に実現化した場合に因果関係を肯定するという、いわば「危険現実化」論を採用しているといわれる(山中敬一「判批」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選I』(第7版)23頁(有斐閣、2014))。これを前提にすると、他人の行為が介在する場合でも、行為者の行為の持つ危険が犯罪結果に現実化したと評価できる場合には、因果関係が肯定されるため、単独正犯であっても因果的寄与度が十割ではない場合もある。もっとも、判例を見

因果的寄与度が十割である場合であると言えるが、共同正犯の場合には因果的寄与度が大きい場合でも、他者の行為も介する以上それが十割であるとは言えないであろう。そうすると、共同正犯における因果的寄与度は単独正犯におけるものよりも小さいと言わざるを得ない。

共同正犯は修正された構成要件であると考え、共同正犯が成立するために、単独正犯における結果に対する因果的寄与度と同様の寄与度は不要であり、あくまで共同正犯における「正犯」としての責任を負う、と考えることは一応可能である。しかしながら、共同正犯も単独正犯と同様に「正犯」として同じ法定刑の責任を負うとするならば、なぜ共同正犯であれば構成要件を修正することが許されるのか、その理由が必要である。

この点につき、条文の規定も異なるため、単独正犯と全く同じ根拠により、共同正犯が単独正犯と同程度の責任を負うとされる必然性はない。しかし、準実行共同正犯が単独正犯と同程度の因果的寄与度がないにもかかわらず、共同「正犯」として単独正犯と同程度の責任を負うと考える以上、因果的寄与度が足りないことに代わる何らかの特別の理由がないと、共同「正犯」としての責任を負わせることはできない。準実行共同正犯論は、この点についてどのように考えるか明らかでなく、単独正犯原理を修正する根拠を欠くものである。

したがって、結局のところ、準実行共同正犯論は、共同正犯がなぜ正犯として処罰されるのかという点について、十分な根拠足り得ない¹⁴。

(ウ) 以上より、準実行共同正犯論は、共同正犯の処罰根拠足りえない。

準実行共同正犯論は、因果的共犯論の観点からのみ、共同正犯理論を根拠づけようとするものであるが、今まで検討してきたように、それでは根拠として不十分である。

このこと自体から、共同正犯の成立要件として「意思の連絡」が必要であると導き出せるものではない。しかしながら、共同正犯の成立に「意思の連絡」を必ずしも必要としない代表的な学説ともいえる準実行共同正犯論が、共同正犯の処罰根拠として不十分であることは明らかである。

3 共同正犯の処罰根拠

では、因果的共犯論のみによっては共同正犯の処罰根拠として十分ではないとすると、

ると、その場合でも幫助犯の因果的寄与や、共同正犯における各自の行為の因果的寄与よりも寄与度が大きい場合について単独正犯としているといえるだろう。従犯や共同正犯の各自の行為と法益侵害結果との間には条件関係すら要求されていないことから、これらの成立に必要な因果的寄与度は、単独正犯の成立に必要な因果的寄与度よりも低いことが伺える。

¹⁴ 島田教授も、準実行共同正犯論に対して「共同正犯が、通常、単独正犯の成立要件を個人では満たしていないにもかかわらず、単独正犯と同等の法的評価を受けることが基礎づけられない」と批判している(島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」『理論刑法学の探求 3』(成文堂、2010)55頁)。

共同正犯の処罰根拠をどのように考えるべきか。

ここでも、共同正犯の処罰根拠として、広義の共犯の問題と、共同正犯と狭義の共犯の区別の問題とを分けて検討することとする。

(1) 他者の行為から生じた結果につき責任を負う理由

第一に、なぜ他人の行為が関わって生じた結果についても責任を負うのかという広義の共犯の問題については、因果的共犯論を根拠とすることができるであろう。前述のように、単独正犯と同様に、法益侵害結果に影響を与える行為を行ったものが責任を負うというのは基本的には妥当であり、また従犯において因果的共犯論を根拠とすると、共同正犯の場合にも因果的共犯論が妥当すると考えるのが素直だからである。

少なくとも、法益侵害結果と自己の行為との間に因果性があることは処罰の必要条件であるということは否定できない。

(2) 共同正犯と従犯の明文上の違いに着目する嶋矢准教授の見解

ア 第二に、共同正犯と狭義の共犯の区別の問題、すなわち、法益侵害結果と因果性のある行為を行ったが故に他者の行為から生じた結果についても責任を負うとしても、なぜ共同「正犯」として重い責任を負うことになるのかという問題について、その根拠が問題となる。

共同正犯としての責任を負うということは、裏返すと従犯としての責任を負わないということであり、ここでは、共同正犯と教唆犯及び幫助犯との区別が問題となっている。

イ この問題について、それら三つの規定から生じる法定の効果の違いに着目して細やかな分析を行ったものとして嶋矢貴之准教授の見解¹⁵がある。嶋矢准教授は、どのような場合に共同正犯を認めるべきかという問いに対し、次の二点の法定の効果の違いに着目して要件を導き出している。一つは、共同正犯と狭義の共犯との区別であり、「拘留又は科料のみに処すべき罪」については、教唆及び幫助については特別の規定がなければ処罰されない(刑法 64 条)という違いである。もう一つは、共同正犯(同法 60 条)と教唆犯(同法 61 条 1 項)については正犯としての刑が科されるとされるのに対し、幫助(同法 62 条 1 項)については「正犯の刑を減輕する」(同法 63 条)として軽い刑が定められているというものであり、これは、法定刑の重さの違いである。そして、嶋矢准教授は、共同正犯の成立要件として、前者の違いから共同正犯の「共同性」¹⁶が必要であり、後者の違いから重大な寄与が必要であるとする。

ウ 私は、後者については、結局、重要な役割を果たしたからと言ってなぜ「正犯」とし

¹⁵ 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論(2)」法協 121 巻 10 号 1688 頁以下。

¹⁶ 嶋矢准教授は共同正犯要件としての「共同性」とは次のように定義できるとする(嶋矢・前掲注 14 1697 頁)。「すなわち、共同行為者の因果的影響を受けつつ、自らも寄与により共同行為者に対して因果的な影響力を与え、その双方向的な因果的影響力を経た後に、双方、もしくはどちらかの行為から結果が発生する、ということである」。

ての責任を負うかが明らかでないため不要であるとする。一方、共同正犯の成立要件として共同正犯の「共同性」が必要であるとするには概ね賛成である。もっとも、嶋矢准教授は、もっぱら法律上の規定の効果の違いという観点から、その要件が必要であることを導き出しており、形式的な根拠により、共同正犯の「共同性」という要件を導き出している。私は、法律がこのような違いを定めていることには、教唆や幫助犯とは異なる共同正犯という類型ゆえの理由があり、共同正犯の成立要件として「共同性」が必要であるということには実質的な根拠があるとする。

続けて、この点についての私の見解を述べていく。

4 共同正犯における「正犯性」

(1) なぜ共同正犯は「正犯」としての責任を負うのか

共同正犯の場合に、他者の行為から生じる結果についても責任を負う点については、因果的共犯論により根拠づけられるとしても、従犯ではなく共同「正犯」としての責任を負うのは何故なのか。

まずは、共同正犯の場合も単独正犯と全く同じ意味における「正犯」としての責任を負うと考えることが妥当であるかが問題となるも、これは妥当ではないと考える。なぜなら、共同正犯の場合、共犯者のうち個々人の行為についてだけみると、行為が単独正犯における実行行為と同等の危険性を有しない、因果的寄与度が単独正犯の場合よりも小さいなど、単独正犯が成立するに足る要件を満たしていない場合にも、共同正犯としての責任を負うからである。また、共同正犯の場合には、共犯者は間接正犯の被利用者とは異なり、自らの意思で犯罪遂行を図る者であり、共同正犯を間接正犯におけるのと同じ意味における「正犯」としての責任を負うと捉えることもできない。

もっとも、共同正犯が成立するような状況で、各人が単独正犯の要件を満たさないから、単独正犯と同等の責任を負わない、とすることも不自然である。そのように考えると、例えば、X が一人で V を拳銃で殺害した場合には X は殺人罪の責任を負う一方で、X が Y と共謀して V を拳銃で殺害した場合には X は前者よりも軽い責任しか負わないことになるが、そのような結論は一般人の感覚からして是認できないだろう。そこで、共同正犯は修正された構成要件であると捉え、共同正犯における「正犯性」が必要であると考えざるをえない。

もっとも、その場合もなぜ共同正犯については正犯概念を修正することができるのかという根拠が必要である。

(2) 共同正犯固有の危険性

ア 私は、共同正犯について正犯概念を修正することができるのは、共同正犯の場合には、共同正犯とされる者達が共同正犯固有の危険性を生じさせるため、これを防止する必要性があるという一般予防の考慮のためであるとする。

共同正犯は、二人以上の者が犯行を行う点で単独正犯とは異なり、共犯者すべてが自己の意思に基づいて犯行を行う点で間接正犯とは異なる。これらの違いから、共同正犯については固有の危険性が生じるといえる。具体的には、共同正犯の場合、単独正犯の場合と異なり、第一に犯罪遂行の物理的な可能性が増大し、第二に共犯者間で犯意の強化がなされるため、共同正犯の方が典型的に法益侵害の危険性が大きい¹⁷。また、間接正犯と比べた場合も、間接正犯の場合は事情を知らない他者の行為が介在するため結果発生につき予想できない部分があるが、共犯者の場合には、相手方がどういう行動をとるかも互いに予測でき、二人ともが犯罪遂行を図り協力するため、間接正犯よりも共同正犯の方が法益侵害の危険性が大きい。

実際に先ほどの例で考えてみても、人数以外の条件が同じであると仮定すると、一般的には、X が一人で V を殺害しようとする場合よりも、X が Y と共謀して V 殺害を図る場合の方が、V が殺害される可能性は高いはずである。このような場合に、共犯者それぞれが共同正犯固有の危険性の創出に加功しているため、その危険性の創出を防止するために、単独正犯における正犯概念の修正を許容するのが刑法 60 条であると解するのが妥当である。

イ このように考えると、共同正犯の処罰根拠については、端的に、共同正犯は二人以上の者が共同正犯固有の危険性を創出し、その結果法益侵害がなされたためと考えればよく、このことが広義の共犯の問題と共同正犯と狭義の共犯の区別の問題の二点についての根拠となる。この場合も、法益侵害結果及び共同正犯固有の危険性と各共犯者の行為の間には因果性があることが前提であり、因果的共犯論を内包する処罰根拠論といえる。

5 共同正犯固有の危険性

もっとも、共同正犯の場合には共同正犯固有の危険性を生じさせるために、単独正犯の正犯概念が修正されると述べても、それだけでは共同正犯の処罰範囲を画することはできない。そこで、共同正犯固有の危険性とは何かということを具体的に明らかにする必要がある。

(1) 共同正犯固有の「危険性」の内実

まず、共同正犯固有の危険性というのは何に対する危険性のことを意味するかが問題となる。

この点については、刑法は法益保護を目的とするのだから、法益侵害の危険性を意味すると考えるのが素直である。もっとも、ここでいう共同正犯固有の危険性というのは、実行者の実行行為の持つ法益侵害の危険性の高さそのものではなく、二人以上のものが協力

¹⁷ ドイツにおいても、共同正犯の正犯性の認定における「特殊な危険」として、「相互的な犯意の強化、および共同行為による犯行の過激化」ということや、「相互的な犯意の強化に加えて犯罪遂行の物理的な可能性の増大」ということが挙げられることもあるようである(内海朋子『過失共同正犯について』(成文堂、2013)115 頁)。

することにより法益侵害の蓋然性が高まるということを意味する点に注意が必要である。

例えば、XとYがV殺害について共謀し、Vが自宅へ帰るところを狙撃することにしたが、Vがxの道とyの道のどちらを通過して帰るか明らかでないため、Xはxの道で待機し、Yはyの道で待機していたという場合について考える。このとき、Vがxの道を通り、XがVを射殺した場合、Yがyの道で待機していたことは、事後的にみると無駄な行為だったのであり、Aの射殺行為自体が持つ危険性を向上させるものではない。しかしながら、Vがどちらの道を通って帰宅するかわからないという状況でXとYがxとyの道に待機し、Vがどちらを通過しても射殺される状況になっていたことを考えると、Yの行為もVの生命侵害の蓋然性を高める行為だったと言える。このような場合も考えられるため、共同正犯固有の危険性は、結果発生 of 直接的な原因となった実行行為が持つ法益侵害惹起の危険性ではなく、二人以上の者が協力することにより法益侵害の蓋然性が高まるということを意味すると考えるべきであろう。

なお、上記事例において、YがXとV殺害を図り、yの道に待機した行為については、準実行共同正犯論によると、Yの行為自体はVの生命侵害との間に物理的には因果性を有しないが、Yの参加はXに心理的影響を与え、その意味でYの行為もVの生命侵害との間に心理的因果性を有する、ということになりそうである。しかしながら、このような理解はYをXとの共同正犯として処罰する上で、捉え方が不十分なのではないだろうか。かかる見解では、Yがyの道に待機していた点が刑法上何ら評価されないことになるが、果たしてそれでいいのであろうか。この点につき、Yの参加がXの行為に心理的因果性を有することはその通りであるが、Yがyの道で待機すること自体、Vがxとyどちらの道を通っても死亡するという意味でVの生命侵害の蓋然性を高める点も考慮すべきである。つまり、XとYが共謀することで、法益侵害を直接的に惹起したXの実行行為の危険性が高まるわけではないが、X若しくはYが犯罪実行に至る可能性が高まり、その結果法益侵害惹起の現実的危険性も高まると考えることができる。そして、Yの行為はXとともに共同正犯固有の危険性を惹起し、その危険性がV死亡に現実化しているといえるので、Yの行為はV死亡及び共同正犯固有の危険性との間に物理的にも心理的にも因果性を有すると考えるべきであろう。

(2) 共同正犯「固有の」危険性の内実

ア 次に、共同正犯固有の危険性の内実について検討する。

共同正犯においては、共同正犯固有の危険性を生じるが故に正犯概念を修正すると考えるならば、その危険性が共同正犯に典型的に認められる必要がある。そして、前述のように、共同正犯では、第一に犯罪遂行の物理的な可能性が増大する点、第二に共犯者間で犯意の強化がなされる点に、共同正犯に典型的に認められる危険性がある。

イ 第一の点については、具体的には、二人以上で犯罪を遂行する場合には、情報収集や凶器の準備など準備行為の段階においても迅速にそれを行うことができ、実行段階にお

いても被害者を攻撃する量及び質が強化されることなどを意味する。このように、人数が多いほど、単独正犯の場合よりも、犯罪遂行の物理的な可能性が増大することは明らかである。なお、間接正犯の場合にも外形的には二人以上のものにより犯罪を遂行することになるが、この場合、道具として一方的に利用される者は間接正犯者と協力関係にあるわけではないため、上記におけるような共同正犯の危険性は生じない。したがって、第一の点は、単独正犯および間接正犯には認められない共同正犯固有の危険性と言える。

ウ 次に、第二の点については、共同正犯となる犯意の強化の現れには大きく分けて二通りの場合が想定できる。

(ア) まず、共犯者間でほぼ対等な立場で犯罪遂行を図る場合である。この場合、「意思の連絡」によって関与者それぞれの犯罪遂行の決意が促進され、規範意識による犯行抑制が弱まることになる¹⁸。すなわち、XとYが共謀してV殺害を図る場合、XとYは自分一人であれば殺害を決意することを躊躇い、仮に決意してもすぐに撤回するであろう場合にも、共謀することで決意自体がしやすくなり、決意後も相互に犯罪遂行の気持ちを高めて維持し、相手がいるから引き返せない、少なくとも引き返すづらいという心理になることが想定できる¹⁹。そして、このような心理的影響により、行為者は実行に着手しやすくなり、その結果として法益侵害の危険性を増大させる。

(イ) 次に、実行担当者とその他準備行為等をする者との間に上下関係があり、実行担当者の方が弱い立場にある場合である。典型的には、暴力団の長が、部下に命じて犯罪を遂行させる場合が考えられる。このような場合には、実行担当者は、準備行為等をする上の立場の者から強い影響を受けるが、上の立場の者は犯罪をやめさせようと思えば自己の判断で容易にやめさせることができるはずであり、二者間に「相互の」犯意強化がなされているとは言い難い²⁰。もっとも、この場合にも、上の立

¹⁸ 内海・前掲注16 117頁。

¹⁹ このような心理的影響については、藤木英雄教授も指摘していた。藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、1975)284-285頁では、次のように述べられる。「各人がそれぞれ意思を連絡のうへ、互いに他人を利用し補いあって共同の犯罪意思を実現しようとする場合には、みづから実行行為を分担しなかった者であっても、共同の意思をもった共同者の一員に加わることにより、仲間がいるという心強さ、あるいは団結による規律の影響力と、それぞれ集合の形態によって事情を異にするにせよ、実行担当者の、犯行を思いとどまろうとする反対動機規範的障害を抑圧し、実行担当者を共同意思の影響のもとに全員の手足として行動させた点で、自ら手を下すことがなくても実行担当者と共同して実行行為をしたものであるといえる」。そして、「実行を担当する者も背後に共同者がいるという意識によって心理的に鼓舞され、到底単独では行えないことでも容易に実行できる程度に、その意思の実現を容易にするような支援を受けているのである」とし、共謀者と実行担当者のあいだには、相互の利用、補充関係が認められることを理由に、「共同者の行為を、全体として、犯罪を共同実行したものと認めることができる」と。藤木英雄教授は、共同正犯相互間に生じる心理的影響を的確に捉えていたといえる。もっとも、そこから間接正犯類似の構成をとったため、間接正犯と同じであるなら間接正犯が成立するはずであり、間接正犯と異なるのであれば、なぜ違うにも関わらず、正犯としての責任を負うのか説明がなされていない(佐伯前掲注10 402頁)、等と批判される。

²⁰ 橋爪隆「刑法総論の悩みどころー共謀の意義について(2)」法学教室 413号 102頁(2015)でも、背後者が実行担当者に指示命令をする場合には、「背後者は、実行担当者を利用しているが、実行担当者が背後

場の者が指示、命令をすることで実行担当者に大きな心理的影響を与え、犯意を強化することで、実行担当者が実行に着手する蓋然性が高まり、その結果法益侵害の危険性を増大させる。これは、単なる教唆とは異なる心理的影響を及ぼしており、実行担当者が自己の判断で犯行決意を撤回しづらい点で、教唆とは法益侵害の危険性の蓋然性も異なる。

以上二通りの心理的影響は、単独正犯および間接正犯のみならず、教唆犯や幫助犯においても生じないということが重要であり、まさに共同正犯固有の危険性と言える。

エ 犯罪遂行の物理的可能性が増大するという第一の点は、単独正犯および間接正犯には認められない危険性であり、その意味で共同正犯の「正犯性」を修正する一根拠にはなる。もっとも、二人以上の者が協力して、犯罪遂行の物理的可能性を増大することは、幫助によっても可能である²¹。この点につき、前述のように、重要な役割を果たしたか否かで幫助犯と共同正犯を区別しようとする見解がある。しかしながら、そもそもなぜ重要な役割を果たしたら共同正犯になるのか明らかでないし、そのように量刑と同様の考慮要素で区別することは、法が幫助犯と共同正犯を別の類型として定めた意義を軽視しており妥当ではない。

また、犯罪をするよう指示命令する者と実行担当者に分かれる共犯においては、教唆と共同正犯の区別が困難であるが、この点についても前述のように共犯者間の心理的影響を見ることで区別することができる。

したがって、幫助犯、教唆犯と共同正犯については、共犯者間の犯意強化についての第二の点で区別でき、共同正犯が従犯ではなく「正犯」としての責任を負う根拠としては、第二の点が特に重要である。

6 想定される自説への批判

共同正犯の処罰根拠が二人以上の者が共同正犯固有の危険性を創出し、その結果法益侵害がなされたことにあり、その共同正犯固有の危険性が上記のようなものであるとすると、次のような批判が考えられる。

その批判とは、二人以上の者により創出される共同正犯固有の危険性という抽象的な危険性を想定して、それが現実化した場合には共同正犯としての責任を負うというのは、一種の団体責任を認めるかのような発想であり、個人責任の原則に反するのではないかとい

者を利用しているわけではない」として、両者の間に相互利用補充関係といわれる関係はないことが指摘されている。

²¹ 嶋矢・前掲注14 1704頁では、「共同決意を要素とする見解は、その必要性の論証において単なる幫助でもありうる意思連絡と共同決意を区別できないところに致命的な問題点がある。」とするが、後に検討するように、幫助における意思連絡と共同正犯の成立に必要な「意思の連絡」は区別できると考える。

う、共同意思主体説²²に向けられていたのと同様の批判である。

しかしながら、自説に対してはこのような批判は妥当しない。共同意思主体説は、単独正犯とは異なる、集合体による犯罪遂行という側面を捉えた点で秀逸であった。しかしながら、共同意思主体説は、共同正犯として処罰される各人とは異なる「共同意思主体」という主体を想定し、その「共同意思主体」の構成員が行った行為の結果につき「共同意思主体」に属する他の構成員も責任を負うという考えであり、いかにも自己の行為とは関係がない他人の行為から生じた結果についても責任を負うという感覚がぬぐえない点が問題であった。他方、共同正犯の処罰根拠が共同正犯固有の危険性を創出した点にあると考えると、共同正犯として処罰される者は、自ら共同正犯固有の危険性創出に加功しているのであり、それにより生じた結果について責任を負うのだから、自己責任に反するとは言えないであろう。

7 共同正犯の成立要件

以上検討してきたように、共同正犯の処罰根拠は、共犯者各自が共同正犯固有の危険を生じさせ、それにより法益侵害結果を生じさせた点にあり、共同正犯固有の危険性とは、犯罪遂行の物理的な可能性が増大すること、及び共犯者間で犯意の強化がなされることで法益侵害の蓋然性が高まることを意味する。それでは、それを前提にすると、共同正犯が成立するにはどのような要件を満たす必要があるだろうか。

(1) 「意思の連絡」の要否

まず、共同正犯の成立要件として、「意思の連絡」は必要であるか。

この問題については、「意思の連絡」がなくとも、共同正犯固有の危険性を生じさせることが可能であれば、共同正犯の成立を肯定でき、「意思の連絡」は必ずしも必要ではないことになる。そこで、「意思の連絡」なしに共同正犯固有の危険性が生じるかどうかが問題となる。

法益侵害結果につき処罰するには特定人の実行行為が必要であり、共犯者間の犯意強化がなされると実行行為まで至りやすくなるという点で、法益侵害結果発生の蓋然性が高まる。また、前述のように、幫助犯、教唆犯と共同正犯の区別の観点からは、共犯者間の犯意の強化を欠く場合には共同正犯固有の危険性は生じていないと言わざるを得ない。そのため、コミュニケーションの方法はともかく、少なくとも二者間で相互の主観的つながりがなければ、犯意の強化がなされることは不可能である。

したがって、共同正犯固有の危険性を生じさせるには「意思の連絡」が必要であり、共

²² 草野豹一郎『刑法要論』(有斐閣、1956)118頁は、共同正犯の処罰根拠につき、2人以上の者が、一定の犯罪を実現しようとする共同目的を持つことで、そこに超個人的社会的実在としての「共同意思主体」が形成されて、その構成員の一部の者による実行が共同意思主体の実行として認識されることになり、その責任が共同意思主体の構成員に帰属することになると説明した。このような見解は共同意思主体説と呼ばれる。

同正犯の成立要件として「意思の連絡」は必要不可欠である。

(2) 「意思の連絡」の内実

ア では、「意思の連絡」が必要であるとして、その内実はどのようなものである必要があるか。

ここまでの検討より、共同正犯固有の危険性を生じさせるには共犯者間で犯意の強化がなされる必要があり、そのためには「意思の連絡」が必要であるため、「意思の連絡」は共同正犯の成立要件となる。したがって、「意思の連絡」の内実としては、それが共同正犯固有の危険性を生じさせるような共犯者間の犯意の強化をもたらすものでなければならない。

イ それでは、共同正犯固有の危険性を生じさせるような共犯者間の犯意の強化をもたらす「意思の連絡」とは具体的にはどのようなものであるか。相互の主観的なつながりという意味以上の意義が付加されるべきであろうか。

前述のように、共同正犯固有の危険性とは、二人以上のものが協力することにより法益侵害の蓋然性が高まることを意味する。そして、共犯者間の犯意の強化とは、関与者それぞれないし犯罪実行者の犯罪遂行の決意が促進され、規範意識による犯行抑制が弱まることを意味する。具体的には、「意思の連絡」後、相互に犯罪遂行の気持ちを高めあう、いわばポジティブな影響を与えるものと、相手がいることにより引き返せないという拘束力が働く、いわばネガティブな影響を与えるものがあり、これらはともに犯意の強化をもたらすものである。そして、共犯者間の相互の主観的な犯意の強化により共同正犯固有の危険性が生じる、すなわち法益侵害の危険性が高まるのは、上記心理的影響により実行行為に至る可能性が高まるためである。

ウ 実行行為に至る可能性が高まるような共犯者間の犯意の強化として、具体的には前述の二つの類型が考えられる。

第一に、共犯者が対等な立場で犯罪遂行を図る場合である。この場合、共犯者は、特に相互に犯罪遂行の気持ちを高めあうというポジティブな影響を強く受けるとともに、ネガティブな影響も受けて、実行行為に至る可能性が高くなる。この場合、共犯者間で相互の犯意強化がなされた結果、単独正犯や従犯とは異なる危険性が生じている。

第二に、実行担当者とその他準備行為等をする者との間に上下関係があり、実行担当者の方が弱い立場にある場合である。この場合、実行担当者を X、その他準備行為等をする者を Y とすると、X は、Y がいるために引き返せないというネガティブな影響を強く受け、それとともに Y が指示するからこそ実行できるというポジティブな影響も受ける。これにより、X が実行行為に至る可能性が高まり、二者の協力により法益侵害の蓋然性も高まって、共同正犯固有の危険性を生じさせるため、X も従犯ではなく、共同正犯として責任を負うべきであるといえる。

では、上記第二の類型と同じような場合で、実行担当者が強く、その他準備行為等を

する者が弱い立場にある場合には、両者はどのような責任を負うか。実行担当者を X、その他準備行為等を行う者を Y とすると、X は Y がいなくても実行行為に至る可能性がもともと高く、Y の参加により実行行為に至る可能性が高まったとは言えない。そうすると、この場合には実行行為に至る蓋然性が特段高まったとは言えず、Y の参加により法益侵害の蓋然性が高まるわけではない。したがって、Y は共同正犯ではなく従犯の責任を負うと考えるべきである。

そして、この場合と第二類型とは、実行担当者が、準備行為等をする者の指示命令等の影響をどのくらい持続して受けているかで区別できるであろう。具体的には、実行担当者以外の共犯者が、犯意の撤回の抑止力になっているか否かにより区別できると考える。

エ 以上の検討より、共同正犯の成立に必要な「意思の連絡」の中身としては、次の二つが考えられる。第一に、二者以上の者が犯行を決意し、それらの者が対等な関係における意思の疎通である。第二に、二者以上の者が犯行をともに決意し、その後実行担当者にとって他方の存在が当該決意の撤回の抑止力となるような関係における意思の疎通である。

共同正犯の成立には、通常、上記意味における「意思の連絡」が必要となる。もっとも、それは共同正犯固有の危険性を生じさせるには、共犯者間の犯意強化が必要であり、その犯意強化は、通常は共犯者間の直接の意思の疎通によりもたらされるからであるということに留意する必要がある。

8 小括

以上より、共同正犯において正犯概念を修正することが許されるのは、共同正犯の場合には他の類型にはない、共同正犯固有の危険性が惹起され、それにより法益侵害の危険性が高まるからである。

そして、その危険性の内実は、物理的な犯行遂行可能性の増大と、心理的な犯意の強化により、法益侵害の蓋然性を高めることにある。物理的な犯行遂行の可能性の増加は従犯においても可能であること、教唆と共同正犯の区別は客観面からは困難であることを考えると、特に重要なのは心理的な犯意の強化である。

そして、このことから、共同正犯の成立要件としては、「意思の連絡」が必要であり、「意思の連絡」の意義は、二者以上の者が犯行を決意し、それらの者が対等な関係における意思の疎通、または二者以上の者が犯行をともに決意し、その後実行担当者にとって他方の存在が当該決意の撤回の抑止力となるような関係における意思の疎通であると解すべきである。

Ⅲ 順次共謀による共同正犯

1 順次共謀による共同正犯の処罰根拠

以上検討してきた共同正犯の処罰根拠からすると、順次共謀による共同正犯を処罰することは可能だろうか。

(1) 順次共謀における「意思の連絡」の有無

共同正犯の成立要件として「意思の連絡」が必要であると述べたことからすると、共犯者全員の相互間に「意思の連絡」があるとは言えない順次共謀の場合には、共同正犯は成立しないようにも思われる。しかしながら、このように考えると、順次共謀の典型例とも言える、暴力団の長が部下にある者の殺害を命じて、その部下が他の組員と順次共謀して犯罪を遂行したというような場合には、長が具体的に誰が参加したか逐次把握しているような例外的な場合を除き、長に共同正犯が成立すると考えることはできなくなるであろう。このような結論は、共同正犯とされる者につき、他の共犯者の個別具体的認識があったかを細かく認定することなく共同正犯の成立を認めていると考えられる裁判実務の態度とは相いれない。また、そのような結論は、長が背後者として犯罪遂行を命じて、長自身は容易に撤回することもでき、実行の主犯は長であるという実体を捉えておらず、理論的にも妥当でない。

(2) 順次共謀において共同正犯固有の危険性が生じるメカニズム

ア 共同正犯の成立要件として「意思の連絡」が必要であったのは、「意思の連絡」がなされることで、共犯者間で犯意が強化され、共同正犯固有の危険性を生じさせるためであった。

そうすると、二者間における共同正犯とは異なり、以下述べるように、順次共謀による共同正犯においては、特定の当事者間で意思の疎通がなされなくても、物理的に犯罪遂行の可能性は向上し、共犯者間で特定の法益侵害に向けての犯意強化がなされ、その結果法益侵害の蓋然性を高めることは可能である。具体的には、前述の「意思の連絡」の二つの場合に分けて考えると、次のような場合が想定できる。

イ 第一に、対等な三者間での順次共謀を考える。XとYが共謀して、YとZが共謀するという場合、XZ間で直接的に意思の連絡がないとしても、XとYの共謀により両者の犯意は強化され、YとZの共謀により両者の犯意は強化され、しかもXYZは同じ犯罪遂行を目指して行動する。また、仮にYがXとZにそれぞれ指示・連絡をしているならば、XYZは三人で犯罪遂行を目指すことで、様々なことができ、犯罪遂行の危険性が増大している。

そうすると、XとY、YとZと順次共謀することで、XYZは三者で同一の共同正犯固有の危険性を惹起したと評価できるため、それにより法益侵害がなされた場合には、両共謀に関わるYのみならず、XとZも責任を負うべきである。

ウ 第二に、上の立場の者が指示命令し、その後部下が順次他の者と共謀する場合を考え

る。暴力団の長 X が部下 Y に V 殺害を命じ、Y が他の部下 Z と共謀して犯罪を遂行した場合、まず X が犯罪遂行を命じた時点で、Y は強いネガティブな心理的拘束を受け、犯罪遂行の蓋然性は高まり、共同正犯固有の危険性が生じるといえる。そして、その後、Z と共謀がなされ、犯罪が実行されて法益侵害が現実化した場合、どこまで、当初 X と Y が生じさせたのと同じ共同正犯固有の危険性が実現したといえるかは問題となりうるが、それが実現したといえる限り、当初指示命令した者も共同正犯として責任を負うと考えることができるであろう。

(3) 順次共謀による共同正犯の処罰根拠

このように、順次共謀による共同正犯においては、XZ 間で「意思の連絡」がないとしても、XY 間及び YZ 間のそれぞれで「意思の連絡」があれば、三者で一つの共同正犯固有の危険性を生じさせることは可能であり、必ずしも XZ 間の「意思の連絡」がなくても処罰根拠を基礎づけることができる。

したがって、順次共謀による共同正犯の処罰根拠は、順次共謀がなされることで、共犯者全体で共同正犯固有の危険性を生じさせ、その危険が現実化して法益が侵害された点に求めるべきである。

2 順次共謀による共同正犯の処罰範囲

(1) 処罰範囲を画する必要性

順次共謀による共同正犯の処罰根拠を上記のように解するとして、具体的にはどのようなときに順次共謀の成立を認めることができるか。

二者間においてある者の殺害をひそかに計画していたところ、そのうちの一方が独断で雇ったスナイパーにより殺害が遂げられたという場合には、元の共謀者間に共同正犯が成立するのは不合理ではないかとも思われる。一方で、暴力団の長が部下に誰かの殺害を命令して、その部下が長に言わずに他の暴力団員とも共謀して殺害を実際に行ったという場合には、暴力団の長が殺人の結果について責任を負わないとするのは不合理であると思われる。そこで、順次共謀による共同正犯の適切な成立範囲及びそれを画する根拠が問題となる。

(2) 適切な処罰範囲についての具体的検討

ア では、上述の順次共謀による共同正犯の処罰根拠からすると、具体的にどのような場合に共同正犯が成立するか、以下具体的な事例を交えつつ、順次共謀による共同正犯の適切な処罰範囲について検討する。

今から、X と Y の間で共謀がなされて、Y が Z と順次共謀して犯行が実行された場合について、X の主観に応じて次の三つの場合に分けて考察する。まず、X が具体的に Z という参加者がいることを認識している場合。次に、具体的に Z が参加するということは認識していないが何者かが参加することを認識している場合。最後に、X と Y 以外に

共犯者がいることを認識していない場合である。

イ 第一に、当初の共謀者が具体的に第三者の参加を認識している場合について検討する。

XとYがV殺害を共謀して、その後YがZともV殺害を共謀し、YがXとZにも三者でV殺害を図ることを伝えて、Vを殺害した場合に、XYZに共同正犯が成立するか。

この場合、そもそもYを介しているだけで、XZ間に「意思の連絡」があるといえ、実質的にも、XYZは三人で犯罪遂行を図ることで物理的にできることが増加し、三者間で犯意の強化をすることで同一の共同正犯固有の危険性を生じさせているといえる。また、XもZもお互いの存在を具体的に認識しており、共同正犯固有の危険性を生じさせる事実についての故意もある。

したがって、この場合にXYZに共同正犯が成立することには異論がないであろう。

ウ 第二に、当初の共謀者が不特定の第三者の参加を認識している場合について検討する。

XとYがV殺害を共謀し、YはXに対して誰かを誘う旨伝えた後、YがXとの計画を説明した上でZを誘い、Xは具体的に誰が参加しているのかを認識することなくそれぞれの分担に従い行動し、Vを殺害した場合には、XYZに共同正犯は成立するか。

この場合、Xは、具体的にZが犯罪計画に参加するということを認識していない以上、XZ間に「意思の連絡」があるとはいえない。役割分担次第では、Xは犯罪実行時まで具体的に誰が計画に参加したか、そもそも本当に参加しているかがわからない場合も想定でき、そのような場合にXZ間に「意思の連絡」があったとは言えないであろう。もっとも、XとYが「意思の連絡」をすることで、Vの生命侵害の蓋然性が増大するという共同正犯固有の危険性が生じているところ、後にYとZで共謀がなされ、ZはXYの立てた計画を認識したうえで、YとV殺害について「意思の連絡」をなしている。そうすると、ZはXYが建てた計画を踏まえて、役割を与えられるはずである。この場合、当初XとYの共謀により生じた共同正犯固有の危険性は、Zの参加により、危険性の同一性を失うことなく、法益侵害の蓋然性をさらに高めるものであるといえる。

したがって、XYZはXZ間に直接の「意思の連絡」はなかったとしても、Yを介して三者間で同一の共同正犯固有の危険性を生じさせたといえるであろう。そして、その危険が現実化してVの死亡結果が生じているため、XYZに共同正犯が成立する。

なお、仮に順次共謀による共同正犯が成立するためには、故意の内容として、第三者が参加することにつき認識認容が必要だとしても、Xは不特定の他の者の参加についての認識認容はあったのだから、故意もあると言わざるを得ない。したがって、Xが故意を欠くことを理由に共同正犯としての責任を負わないとすることもできない。

エ 第三に、当初の共謀者が第三者の参加を全く予見していなかった場合について検討する。

(ア) XとYがV殺害を共謀し、計画が漏れるのを嫌ったXはYに二人だけの内密にしようとして述べていたが、Yが勝手にZとV殺害について共謀し、Vを殺害した場合に

は、XYZに共同正犯が成立するか。

この場合、さらに分けて、Yが確実にV殺害を図るために、少しでも可能性をあげようとして、Xとの計画とは別に、ZとV殺害の計画を立てて、V殺害を図るという場合と、XとYがV殺害を共謀した後、内密のはずだったが、XY間の計画を手伝ってもらおうと、YがZと共謀したという場合が考えられる。

(イ) まず、前者については、Yが別個に計画を立ててZとともにVの殺害を図っている以上、XYが生じさせた共同正犯固有の危険性とYZが生じさせた共同正犯固有の危険性は別個のものといえるだろう。そうすると、三者で同一の共同正犯固有の危険性を生じさせたわけではないため、XYZに共同正犯は成立しない。もっとも、かかる場合にも、XYの共謀内容とYZの共謀内容次第では、三者で同一の共同正犯固有の危険性を生じさせたといえる場合があるかもしれない。

(ウ) 次に、後者については、仮にXがZの参加を予期していなくとも、Zも当初のXとYの計画に基づきYを手伝うという状況である以上、XYZは三者間で同一の共同正犯固有の危険性を生じさせたといわざるを得ないように思われる。そして、その危険性が現実化してVの死亡結果が生じた場合、XYZの三者で生じさせた同一の共同正犯固有の危険性が現実化してVの死亡結果が生じているといえる。

もっとも、XはZの参加につき、全く予期していなかったにもかかわらず、XYZで共同正犯が成立すると考えることは妥当であろうか。この場合、共同正犯の処罰根拠は共同正犯固有の危険性を生じさせ、それにより法益が侵害された点にあり、共同正犯固有の危険性が生じるには「意思の連絡」たる共犯者間のつながりが必要であることからすると、そのつながり、すなわち同じ共同正犯とされる犯罪に誰が参加しているかという点は、故意の対象となるのではないかという疑問がありうる。

確かに、共同正犯の処罰根拠を上記のように考える以上、二人以上の者で犯罪を遂行するという点は故意の対象となるであろう。しかしながら、本件のように、XY間でV殺人を図っている場合、二人でVの生命を侵害する認識認容はある。この場合に、XはZも含めた三者以上でVを殺害する認識認容はなかったから、故意を欠くと考えことは、三者間で客観的に同一の共同正犯固有の危険性を生じさせたと評価する以上は、できないように思われる。

したがって、本件では、Xには故意も認められ、XYZを共犯とする共同正犯の責任を負うことになるであろう。

オ 以上、具体的事例を想定して、順次共謀による共同正犯の成立範囲について考察してきた。

順次共謀による共同正犯の成立については、他者が参加することについての認識を欠く場合も、当初の共謀の時点において、二者以上で犯罪を遂行するという認識認容はある以上、故意がないと考えることができないであろう。そうであるならば、第三者の参

加により、当初の共謀で生じた共同正犯固有の危険性が現実化して法益侵害がなされたかどうかの検討が、適切な処罰範囲を画する上で決定的に重要になる。換言すると、当初 XY の共謀により生じた危険性は、その後 Y が Z と順次共謀することにより、XYZ で同一の危険性を生じさせることになるのか、それとも XY で生じた危険性と YZ で生じさせた危険性は別個のものなのかどうか、それらを区別することが重要となる。

(3) 同一の危険性の判断について

ア では、上記のような区別は、どのようにすることができるか。この点については、明確に一つのメルクマールがあるわけではなく、諸般の事情の総合考慮によるしかないのではないかと考える。そうとはいえ、いくつか具体的に考慮すべき要素はあるように思われるため、本稿ではそれを指摘することとする。

イ まず、共同正犯固有の危険性とは、二者以上の者で法益侵害の蓋然性を高めることを言うのであるから、XY 共謀と YZ 共謀により侵害する対象たる被害者、対象物が同一であることは必要条件である。X と Y が V の殺害を共謀し、その後 Y が X に告げずに、Z と共謀して W の殺害を図る場合には、両者は別の危険といえるであろう。

そして、被害者、対象物の同一性を前提にし、その他には、X と Y が犯罪を遂行する日時、場所と Y と Z が犯罪を遂行する日時、場所が一致するかという点が考慮要素となる。もっとも、X、Y、Z が V 殺害につき順次共謀して、Y が指示を出し、X は x という道、Z は z という道で V を待ち伏せたという場合や、同様に共謀がなされ、V は関東のどこかにいるという情報のもと、Y が指示を出し、X は東京、Z は神奈川県で V を探して殺害を図るというような場合も考えられ、これらの場合は両共謀の内容の日時や場所は異なるが、三者で同一の危険性が生じるといえる。したがって、日時、場所は一考慮要素にすぎないことになるろう。

また、XY 間での計画と YZ 間の計画の類似性も一考慮要素となるだろう。すなわち、XY 間で法益侵害に至るまで予定している具体的な経過と、YZ 間で予定している経過が同一であるほど、XYZ は全体として一つの計画に基づき、犯罪遂行を図っているといいやすいであろう。

さらに、XY 間の共謀による犯行で主導的に犯罪遂行を図る者と、YZ 間の共謀による犯行で主導的に犯罪遂行を図る者が同一であるかという点も考慮要素となる。この点は、特に、X が上の立場の者で、Y に V 殺害を命じたところ、Y が第三者 Z と共謀して V を殺害したという場合に重要な考慮要素となる。例えば、その後誰が参加しても、Y が主導的な地位を保ち犯罪を遂行した場合には、X から Y への心理的影響が強く、法益侵害に至ったといえ、X も含め同一の共同正犯固有の危険性を生じさせたといいやすい。他方、Y が Z にも話を持ち掛けたが、Z は X と全然関係ない者であり、Y よりも目上の者で Y もむしろ Z の言うことを聞かざるを得ない、という場合には、当初 XY 間で生じた共同正犯固有の危険性とは別の危険性だと評価されやすくなるだろう。もっとも、この

場合も今までに挙げた要素も考慮して、危険の同一性を判断する必要がある。

ウ 以上のような要素を総合的に考慮して、共同正犯固有の危険性の同一性を判断することで、順次共謀による共同正犯の適切な処罰範囲を画することができるであろう。

IV おわりに

従来、判例及び学説は、順次共謀による共同正犯の成立を当然に認めてきたが、その根拠は明らかにされていなかった。以上検討してきたように、共同正犯の処罰根拠は、共同正犯とされる者達が、順次共謀をすることで、同一の共同正犯固有の危険性を生じさせ、その危険が現実化して法益侵害結果が生じた点に求められる。

しかしながら、順次共謀による共同正犯の適切な処罰範囲を画するためには、当初の共謀により生じた共同正犯固有の危険性は、順次共謀がなされ第三者が参加したことにより、三者間で同一の危険性を生じさせることになるのか、それとも全く別個の危険性を生じさせることになるのか、慎重な検討が必要不可欠である。

従来の裁判例を見る限り、順次共謀による共同正犯の成立につき、そのような慎重な検討をしているものはなく、犯行計画に関わった者を処罰したいという実質的な要請から、漫然と共同正犯の成立を認めてきたのではないかという疑いもある。

本稿が、従来論じられてこなかった、順次共謀による共同正犯の処罰根拠の問題について一石を投じ、適切な処罰範囲を画する契機となれば、幸いである。

誤振込の場合の預金の取り扱いについて

弁護士 三柴 萌実(2016年3月修了)

I	本稿の問題意識
II	前提知識の確認
III	判例
IV	預金の成立
V	「著しく正義に反するような特段の事情」について
VI	第三者が預金債権行使にかかわる場合について
VII	結論

本論文の趣旨

誤って振り込まれた金銭に対し、差押がなされた事案で、最判平成8年4月26日民集50巻5号1267頁(以下、平成8年判決)は、預金債権の成立に、原因関係がかかわらないことが示された。一方、刑事事件ではあるが、誤振込された預金を知りながら受取人が払戻しを請求した事案について、最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁(以下、平成15年決定)は平成8年判決の上記判示を引用しつつも、「誤った振込みがあることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たり、また、誤った振込みの有無に関する錯誤は同罪の錯誤に当たるといふべきであるから、錯誤に陥った銀行窓口係員から受取人が預金の払戻しを受けた場合には、詐欺罪が成立する」と判断した。

このように、平成8年判決は、振込の原因となる法律関係が存在しなくとも預金債権は成立するとした一方、平成15年決定は、誤った振込みによる預金の払戻しを請求した場合には、詐欺罪が成立するとし、この2つの判例には矛盾があるようにも思えるところ、平成20年10月10日民集62巻9号2361頁(以下、平成20年判決)は、平成8年判決を引用し、預金債権は成立するとした。そして、受取人による払戻し請求は「著しく正義に反するような特段の事情」がある場合には「権利濫用に当たる」として払戻し請求を全面的には認めないことを判示した。ここでは、平成15年決定の引用はしていないものの、払戻し請求を全面的に認めない点で、同様の考えに沿ったとも思える判断をした。

以上3つの判例を中心に、誤振込等、原因関係のない預金債権の効力について、検討し、それを踏まえ、平成20年判決において明確に示されたとは言えない「権利濫用」といえる「特段の事情」について考察する。さらに、その考察をさらに深めるために、原因関係のない預金債権とその第三者による行使にかかわる判例の検討をする。

I 本稿の問題意識

誤って振り込まれた金銭に対し、差押がなされた事案で、最判平成 8 年 4 月 26 日民集 50 卷 5 号 1267 頁(以下、平成 8 年判決)は、「振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込みがあったときは、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得する」と判断した。このように、預金債権の成立に、原因関係がかかわらないことが示された。一方、刑事事件ではあるが、誤振込された預金を知りながら受取人が払戻しを請求した事案について、最決平成 15 年 3 月 12 日刑集 57 卷 3 号 322 頁(以下、平成 15 年決定)は平成 8 年判決の上記判示を引用しつつ、組戻し等の制度について、「普通預金規定、振込規定等の趣旨に沿った取扱いであり、安全な振込送金制度を維持するために有益なものである上、銀行が振込依頼人と受取人との紛争に巻き込まれないためにも必要なものということができる。また、振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生を防止するという観点から、社会的にも有意義なものである」と指摘した上で、「銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちにその支払に应ずるか否かを決める上で重要な事柄であるといわなければならない」と評価した。加えて、「社会生活上の条理からしても、誤った振込みについては、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならない、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとすべき実質的な権利はないのであるから」、「受取人においても、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には、銀行に上記の措置を講じさせるため、誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務がある」とした。そして、このような義務が認定できることから、「誤った振込みがあることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たり、また、誤った振込みの有無に関する錯誤は同罪の錯誤に当たるといふべきであるから、錯誤に陥った銀行窓口係員から受取人が預金の払戻しを受けた場合には、詐欺罪が成立する」と判断した。

以上のように、平成 8 年判決は、振込の原因となる法律関係が存在しなくとも預金債権は成立するとしたが、他方、平成 15 年決定は、誤った振込みによる預金の払戻しを請求した場合には、詐欺罪が成立するとしたので、この 2 つの判例には矛盾があるようにも思える。この点について、民法と刑法にはそれぞれに独自の観点がありうることを前提にして、平成 8 年判決は民法の観点から預金債権の成立を認めたのであるから、矛盾はないとする見解がある。他方で、平成 15 年決定は、原因関係にかかわらず預金債権が成立するとした平成 8 年判決を引用しつつも、信義則上引き出しを否定したのであるから、預金債権は成立しているが、それを行行使することは権利濫用となることがあると考えるものとし、平成 8 年判決と平成 15 年決定を矛盾なく説明できるとする見解も生じた。

このように平成 8 年判決と平成 15 年決定により、原因関係のない預金の成立についての議論が高まるなか、平成 20 年 10 月 10 日民集 62 巻 9 号 2361 頁(以下、平成 20 年判決)において、再度、民事事件において問題となった。裁判所は、平成 8 年判決を引用し、預金債権は成立するとした。そして、受取人による払戻請求は「著しく正義に反するような特段の事情」がある場合には「権利濫用に当たる」として払戻請求を全面的には認めないことを判示した。ここでは、平成 15 年決定の引用はしていないものの、払戻請求を全面的に認めない点で、同様の考えに沿ったとも思える判断をした。

この判示により、原因関係がなく、権利濫用と評価される場合には、預金債権を行使できないとする権利濫用論がとられることが分かった。しかし、平成 8 年判決の事案は、第三者による差押えの事案であり、受取人本人による払戻しであった平成 20 年判決と必ずしも同様といえず、また、その違いを考慮したとしても、誤振込の場合にはその振り込まれた経緯等にかかわらず払戻請求を認めない権利濫用肯定説を採用したと言い切れるかが問題となる。また、平成 15 年決定が権利濫用論をとったことで詐欺罪の成立を認めたのだと考える場合、平成 15 年決定の詐欺罪の成立範囲と平成 20 年判決に示された「権利の濫用にあたる」といえる範囲との関係が同様に考えることができるか問題となる。

その点とも関連するが、平成 20 年判決は「権利濫用」といえる「特段の事情」について、「払戻しを受けることが当該振込みに係る金員を不正に取得するための行為であって、詐欺罪等の犯行の一環を成す場合であるなど、これを認めることが著しく正義に反する」場合であり「振込依頼人に対して不当利得返還義務を負担しているというだけでは、権利の濫用に当たらない」として、明確な基準は示していない。この「著しく正義に反する」場合をいかに解するか、平成 15 年決定との関係をいかに解するべきかは、この判例を理解する上で重要な問題となる。

II 前提知識の確認

上記判例を検討する前提として必要と思われる概念について、確認しておきたい。

1 普通預金と定期預金¹

普通預金は、預金口座を開設して預入れ、払戻しを反復継続して行いうるもので、預金者がいつでも払戻しを求めうる預金である。最初の預入れによって口座が開設され、個々の預入れごとに当該金額につき消費寄託が成立するが、その金額は既往のものと一体となり、預金残高を債権額とする 1 個の預金債権が存することになると解する見解²が多い。

¹ 小橋一郎「預金契約の成立」加藤一郎他『銀行取引法講座』109 頁、特に 114 頁(1976)

² 大阪金融法務研究会報告金法 148 号 107 頁、特に 108 頁(1957)、座談会「預金取引」【吉原省三発言、

定期預金は、預入期間を定めて預入れ、期間が満了するまでには原則として払戻請求のできない期限付き預金である。預入れごとに当該金額について消費貸借が成立し、預金債権も個々の消費寄託について独立して存在し、既存の定期預金債権に合一されることはない。

2 振込み³

振込依頼人が予め銀行に振込資金を提供したうえで、受取人の預金口座を指定し、その口座に資金を入金することにより決済を行うことを指す。まず、振込依頼人の振込依頼によって、振込依頼人と仕向銀行との間には委任契約の一種としての振込契約が成立し、仕向銀行は振込依頼人との関係では、受任者として振込依頼人の支払指図を実行すべき義務を負う。そして、その実行として、仕向銀行は、支払指図に従って、受取人が被仕向銀行に有する決済口座に、指示された振込金額を入金記帳すべき旨の為替通知(支払指図)を被仕向銀行に伝達する。被仕向銀行はこの為替通知に基づき、受取人の決済口座に振込金を入金記帳を行う。この入金記帳をもって、受取人の口座への入金が完了するとされる。

3 組戻し⁴

一度取り組んだ為替取引を何らかの事情により、仕向銀行にその取消を申し出ることをいう。この法的性質は、為替取引が振込依頼人と仕向銀行の間の委任契約であるので、委任契約の解除に相当する。そのため、被仕向銀行が受取人の預金口座への入金処理が完了するまでは、いつでも解除の意思表示である組戻依頼をすることができる。

受取人の預金口座に入金した後に組戻依頼を受けた場合には、既に仕向銀行は依頼を受けた時点では委任事務の処理が終了していることとなるので、組戻依頼に応じる義務はないが、実務では受取人の承諾を得て、組戻依頼に応じている。

III 判例

まず、平成 20 年判決を確認した後に、平成 8 年判決、平成 15 年決定と判例の流れに沿って、平成 20 年判決との関係を検討したい。

前田庸発言]金法 786 号 11 頁，特に 21 頁(1976)

³ 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』123 頁，特に 148 頁(2007)

⁴ 藤田祥子「名古屋高裁平成 17 年 3 月 17 日判批」法研 79 巻 10 号 59 頁，特に 70 頁(2006)

1 最判平成 20 年 10 月 10 日民集 62 巻 9 号 2361 頁

(1) 概要

普通預金口座の振込みについて、振込依頼人と受取人の間に振込みの原因となる法律関係が存在しない場合において、この口座の名義人である受取人が当該振込みによる預金の払戻しを受けることができるかが問題となった。本件で問題となった、振込みは以下のようになされた。

まず、A が、受取人 X の普通預金の通帳とその夫 B の定期預金通帳を盗んだ。A を含む窃盗グループの一部の者が、B の定期預金口座を解約し、その解約金 1110 万 7404 円を上記受取人 X の普通預金口座へ振り込んだ。さらに、窃盗グループの一部の者が X の普通預金から、1110 万円の払戻しを請求し、銀行 Y はこれに応じた。本件で問題となった払戻しは、窃盗グループによる引出しの後に、受取人 X が、銀行 Y に対し 1110 万円の払戻しを請求したものである。

(2) 判旨

判旨はまず、後述する平成 8 年判決を引用し、「振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込みがあったときは、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人において銀行に対し上記金額相当の普通預金債権を取得する」としたうえで、「上記法律関係が存在しないために受取人が振込依頼人に対して不当利得返還義務を負う場合であっても、受取人が上記普通預金債権を有する以上、その行使が不当利得返還義務の履行手段としてのものなどに限定される理由はない」とした。そして、「受取人の普通預金口座への振込みを依頼した振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在しない場合において、受取人が当該振込みに係る預金の払戻しを請求することについては、払戻しを受けることが当該振込みに係る金員を不正に取得するための行為であって、詐欺罪等の犯行の一環を成す場合であるなど、これを認めることが著しく正義に反するような特段の事情があるときは、権利の濫用に当たるとしても、受取人が振込依頼人に対して不当利得返還義務を負担しているというだけでは、権利の濫用に当たるということはできない」と判断した。これをうけ、本件では、窃盗グループによる受取人の普通預金口座への振込みであり、その原因関係は認められないとしつつ、本件振込みの経緯から、特段の事情を見出すことはできず、本件払戻しは権利濫用には当たらないとした。そうして、本件払戻しが債権の準占有者に対する弁済として有効であるか等について更に審理を尽くさせるため、同部分につき本件を原審に差し戻すこととなった。その後、本件は和解が成立し、終結した。

2 平成 8 年判決・平成 15 年決定との比較

(1) 最判平成 8 年 4 月 26 日民集 56 卷 5 号 1267 頁

(ア) 概要・判旨

冒頭(本稿 2 頁)にも紹介した,平成 8 年判決は上記平成 20 年判決においても引用されており,平成 20 年判決を考える上で前提となる判例である。

本件では,振込依頼人が,誤った口座を指定したために生じた預金債権に対し,本件受取人の債権者により差押がなされた。これに対し,振込依頼人が,誤った振込みであり,受取人に帰属すべき債権ではないとして,差押債権者に対し,第三者異議を提起した。そこで,原因関係のない振込においても,預金債権が成立するかが問題となった。本件振込みは訴外株式会社「東辰」に対し行おうとしたところ,誤って訴外株式会社「透信」を振込先として振込依頼したことにより,この「透信」に振込まれたものである。なお,本件では,振込みの際,口座番号ではなく,振込先の名前で行われ,その表示がカタカナによる音のみを表示するものであったことから,いずれの会社についても「トウシン」との表示がされていた。

判旨は,「振込依頼人から受取人の銀行の普通預金口座に振込みがあったときは,振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず,受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し,受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得するものと解するのが相当である」とした。その理由として,普通預金規定には,振込みがあった場合にはこれを預金口座に受け入れるという趣旨の定めがあるだけで,受取人と銀行との間の普通預金契約の成否を振込依頼人と受取人との間の振込みの原因となる法律関係の有無に懸からせていることをうかがわせる定めは置かれていない点をあげた。さらに,振込みは,銀行間及び銀行店舗間の送金手続を通して安全,安価,迅速に資金を移動する手段であって,多数かつ多額の資金移動を円滑に処理するため,その仲介に当たる銀行が各資金移動の原因となる法律関係の存否,内容等を関知することなくこれを遂行する仕組みが採られているという点もあげた。また,振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在しないにかかわらず,振込みによって受取人が振込金額相当の預金債権を取得したときは,振込依頼人は,受取人に対し,右同額の不当利得返還請求権を有することがあるにとどまり,右預金債権の譲渡を妨げる権利を取得するわけではないから,受取人の債権者がした右預金債権に対する強制執行の不許を求めることはできないと判断した。そのうえで,本件でも原因関係のない誤った振込依頼による預金債権は成立したとして,振込依頼人による第三者異議の請求は棄却された。

(イ) 平成 20 年判決との比較

平成 8 年判決では,誤振込による預金債権の行使の主張を行ったのは,受取人ではない第三者であった。そもそも,平成 8 年判決は,預金債権の「取得」について論じただけであり,「行使の可否」についてまでは論じていない。これは,権利の「取得」と「行使」は

別の概念であり、前者が認められると後者が必然的に認められるという関係にはないからである⁵。そのため平成 8 年判決からは、受取人自らが払戻請求する場合には当然に払戻しが認められるかどうかは必ずしも断言できなかった。ここで、平成 20 年判決は、受取人自らが払戻しを請求する場合についても、平成 8 年判決を引用し、普通預金債権の成立を認め、原則として払戻しを受けることができるとした。これにより、原因関係のない振込みにより、預金債権が成立することはもちろん、それを誤振込の発生には何らかかわりのない第三者が差押できるのみならず、受取人自らが払戻しを受けることが認められることが示され⁶、平成 8 年よりも進んだ判決といえよう。

また、平成 20 年判決は、平成 8 年判決のような振込依頼人に過誤がある場合に加え、窃盗犯による振込みについて判断することで、振込依頼人に過誤のない無権限者の振込みについても普通預金契約の成立を認めた。これにより、振込みがあれば、原因関係の有無・内容とは無関係に振込金相当額について普通預金契約を成立させる考えを徹底させたといえる⁷。一方、平成 8 年判決に対しては、何ら制限なく預金債権の成立が認められることについて、「棚ぼた的」であるとして、問題とされていたが、平成 20 年は、「著しく正義に反する特段の事情」のある場合における払戻請求に制限をかけた。

(2) 最決平成 15 年 3 月 12 日刑集 57 卷 3 号 322 頁

(ア) 概要・判旨

誤って振り込まれた預金の引き出しについて、刑法の観点から判断した判例である。受取人が自己の普通預金に誤って振り込まれた預金を、誤振込であることを知りながら、それを秘して引き下ろした行為が銀行に対する詐欺罪に当たるかが問題となった。A は振替口座の変更を行い、B(夫)の口座に入金するつもりであったが、振込みの際の書類の作成を誤ったため、B の口座ではなく、被告人の口座に振込まれることとなった。被告人は自己の口座に入金予定のない入金が行われていることに気付いたが、多額の債務を抱えていたため、振り込まれた預金を借金の返済に充てようと、誤振込の原因を追求することなく窓口係員に対して、誤振込があったことを告げずに誤振込がなされた分の金員について払戻請求をした。

判旨は、平成 8 年判決を引用し、誤振込のように原因関係がない場合にも、普通預金契約が成立し、預金債権を取得することを認めた。しかし、誤振込の際の組戻手続や、受取人から誤振込がある旨の指摘があったときに、自行の入金処理に誤りがなかったかどうかを確認し、振込依頼人に対しては、当該振込の過誤の有無に関する照会を行うなどの措置が講じられる銀行実務を指摘し、これらの制度は社会的に有意義なものであるとした。それは、これらの制度が安全な振込送金制度維持に有益であり、銀行が振込依頼人と受取人

⁵ 山口敬介「最高裁平成 20 年判批」法教 127 卷 2 号 262 頁、特に 266 頁(2011)

⁶ 野口大作「最高裁平成 20 年判批」法時 82 卷 12 号 132 頁、特に 134 頁(2010)

⁷ 野口・前掲注 6 特に 134 頁

との紛争に巻き込まれないためにも必要で、振込依頼人・受取人間の無用な紛争発生防止という意義を持つからである。そして、銀行にとって誤振込であるか否かは、直ちにその支払に応ずるか否かを決する上で重要な事柄であるとした。そのため、受取人は、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤振込があることを知った場合には、銀行に、上記措置を講じさせるため、誤振込があった旨を銀行に告知すべき、信義則上の義務があるとした。その上で、本件のように誤振込があることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たり、錯誤に陥った銀行窓口係員から受取人が預金の払戻しを受けた場合には、詐欺罪が成立すると判断した。

(イ) 平成 20 年判決との比較

本判決が出たことで、預金債権が成立するとしても、払戻しが認められない場合がありうるという、権利濫用肯定説の考えが強まっていった⁸。本判決では、受取人の払戻請求そのものが権利の濫用に当たるか否かについては明確にされなかった⁹が、平成 20 年判決ではこの点につき、「払戻しを受けることが当該振込みに係る金員を不正に取得するための行為であって、詐欺等の犯行の一環を成す場合であるなど特段の事情がある」ときは、「権利の濫用に当たる」と判断したと捉える考え方もある¹⁰。平成 8 年判決における、受取人が預金債権を取得するとの判断に対し、平成 15 年決定が受取人による払戻請求が詐欺罪に当たると判断したことから、平成 20 年判決は、民事責任と刑事責任の衝突を回避しようとしたともいえ¹¹、議論を民事責任に限定したとしても平成 8 年判決より議論を進めて、払戻請求権の行使の可否についても判断し、その一方で平成 15 年判決との整合性を保つため権利の濫用に当たる場合を示唆している¹²ともいえる。仮に平成 8 年判決、平成 15 年決定に矛盾はなく、結論が異なったのは事案の違いにすぎないとしても、平成 15 年決定には、平成 8 年判決が展開した一般論との間に、受取人が誤振込であることを知らない場合、および知っていても銀行の利益を害さない場合に、どのように考えるかという隙間があったところ、平成 20 年判決は、原則として、受取人が振込依頼人に対して不当利得返還義務を負担しているという原因関係上の問題は払戻請求に影響は与えないとして、原因関係との分断を前提としつつ、例外的に、「払戻しを求めることが著しく正義に反するような特段の事情があるとき」は、銀行との関係において払戻請求が権利の濫用に当たるこ

⁸ 石丸正利「最高裁平成 20 年判決判解」平成 20 年度民事篇 489 頁、特に 505 頁(2011)(平野英則「振り込め詐欺の被害者による債権者代理の行使(上)」金法 1743 号 8 頁、特に 11 頁(2005)、岡本雅弘「誤振込により成立した預金の払戻請求」金法 1733 号・4 頁、5 頁(2005)、堀裕＝高木いづみ「『振り込め詐欺』事件と金融機関の資金移動取引」金法 1741 号・8 頁、特に 12 頁(2005))

⁹ 石丸・前掲注 8 特に 515 頁

¹⁰ 松本恒雄「最高裁平成 20 年判批」金判 1344 号 7 頁、特に 9 頁(2010)

¹¹ 滝沢昌彦「最高裁平成 20 年判批」セレクト 2009 21 頁(2010)

¹² 野口・前掲注 6 特に 134 頁(2010)

とを認め、この隙間を埋めようとした¹³との評価がある。しかし、平成 20 年判決は、平成 8 年判決を引用するものの、平成 15 年判決については引用がなされていない。また、平成 15 年判決で考慮された、銀行の利益というものが考慮されているとはいえず、平成 20 年判決が平成 15 年判決にのっとったものであるかという点では疑問である。「払戻しを受けることが当該振込みに係る金員を不正に取得するための行為であって、詐欺罪等の犯行の一環を成す場合」を権利の濫用に当たる場合として例示したうえで、「受取人が振込依頼人に対して不当利得返還義務を負担しているというだけでは、権利の濫用に当たるということはできない」との平成 20 年判決の判示に照らすと、単なる誤振込であった平成 15 年判決の場合も「不当利得返還義務を負担している」だけでも解することができ、権利濫用には当たらないとも考えられる。平成 15 年判決と平成 20 年判決の関係性は判旨から明らかであるとはいえない。平成 20 年判決の「特段の事情」には平成 15 年決定の場合も含むとの考え方もある¹⁴。平成 20 年判決が念頭にしているのは「振り込め詐欺」等であり、平成 15 年決定が想定している場合とやや異なるとの見解¹⁵もある。両判決の関連性ととともに、権利濫用となりうる「特段の事情」について、平成 15 年判決が含まれるのか、また、どのような場合を指すのかが、問題といえよう。これについては、平成 15 年決定と平成 20 年判決が両立すると考えるならば、誤振込の場合、信義則上告知義務があり、調査のための合理的期間内は払戻しを受けられなくても受忍すべき義務があり、この義務に反して払戻しを受けた場合詐欺罪の成立する余地を認めたもので、それ以上に、振込みの原因関係がなく、受取人が振込依頼人に対して不当利得を負担することのみで直ちに権利濫用になると判断したものではない¹⁶と考えもある。一方で、平成 20 年判決によれば、銀行は、誤振込に係る調査をしたところで、いずれにせよ受取人に払戻しをしなければならないのであるから、平成 15 年決定において認められたような詐欺罪を構成する法益関係的な錯誤がある¹⁷かという点については疑問であり、民事法と刑事法との法領域ごとの相対性を肯定しなければ、平成 8 年判決、平成 15 年決定、平成 20 年判決を統一的に理解することは相当困難である¹⁸とする見解もある。他方、平成 15 年決定の場合も権利濫用に当たるものの、「振り込め詐欺」等に当たる場合も権利濫用といえる特段の事情とするため、平成 15 年決定のみが特段の事情に当たるとの誤解を避けるために、あえて平成 15 年

¹³ 中舎寛樹「最高裁平成 20 年判批」リマークス 40 号 6 頁、特に 8 頁(2010)、中田裕康「最高裁平成 20 年判批」金法 1876 号 15 頁、特に 17 頁(2009)

¹⁴ 稲葉威雄「最高裁平成 20 年判批」金判 1319 号 2 頁、6 頁(2009)

¹⁵ 滝沢・前掲注 11 21 頁

¹⁶ 大島崇史「最高裁平成 20 年判批」別冊判タ 29 号平成 20 年度民主解 20 頁、特に 21 頁(2010)

¹⁷ 詐欺罪成立について、財産的損害の発生要件につき法益関係の錯誤説に立ったものと考えられる。この説からは、財産的利益に関する錯誤が認められることを要求する。判例(最判平成 22 年 7 月 29 日刑集 64 卷 5 号 829 頁)は、「交付の前提となる重要な事項」としか判示していないものの、経営上の重要性を重視しており(大塚裕史「平成 22 年 7 月 29 日判批」ジュリ 221 号 102 頁、特に 103 頁)、判例の立場からも同様の批判が考えられるところであろう。

¹⁸ 妹尾直人「最高裁平成 20 年判批」銀法 705 号 24 頁、特に 28 頁(2009)

決定を引用しなかった¹⁹とみる見解もある。

(3) まとめ

以上のように、平成 8 年判決において、原因関係のない振込みにおける第三者による差し押さえの際に、預金債権が成立すると判示がなされた後、平成 15 年決定・平成 20 年判決によって、自らの払戻しの場合であっても預金債権が成立することが確認された。平成 15 年決定によって払戻しについて詐欺罪が成立するとの判断を示された後での、平成 20 年判決のこの点についての確認は、改めて、預金債権の成立に原因関係がかかわらないことが確定したことを確かめるものであったといえる。また、誤振込の原因が振込依頼人にあるか否かという点についてはかかわりなく、預金債権が成立するとの判断もされたといえよう。

また、平成 15 年決定により、権利濫用説が盛り上がり、平成 8 年判決の段階では問題にはなりえなかった受取人自らの払戻しの可否をいかに解するか、という点について、平成 20 年判決が判断をした。原則としては、預金債権は成立するが、特段の事情のある場合に限り、権利濫用として払戻し請求は認められないというものであり、これは、一部の権利濫用肯定説²⁰がとる、原則として権利濫用となるというものではなく、例外的に権利濫用となる場合が存在すると判断するにとどまるものである。いずれにしろ、平成 8 年判決、平成 15 年決定における議論をさらに進める判断となった。

結局、預金債権はどのような場合に行使が認められるのか注目されるが、それには、上記 3 つの判例の関係を理解する必要がある。しかし、この関係もたとえば、平成 15 年決定においては、受取人には振込金相当分を最終的に自己のものとする実質的な権利はないとするとともに、組戻制度を評価して上記のような論理過程を示しているにもかかわらず、平成 20 年判決にのっとると、調査・照会により原因関係を欠く振込みであることが明らかになったとき、被仕向銀行は「著しく正義に反する特段の事情」を立証しない限り、払戻しを拒否したうえで組戻し等の措置を取ることができないといえ、何のための調査・照会かわからなくなるとして、批判するものもある²¹ように、明確に示されているわけではない。平成 20 年判決の「特段の事情」をいかに解するかにより預金の払戻し請求権が認められる範囲が定まり他の 2 つの判例との関係も決定されるといえる。もっとも、払戻し請求をすることが権利濫用となると判断される場合に、どのような特段の事情が必要であるのかという限界線は、事例判決にすぎない本判決からはわからない²²といった指摘が多い。実際、平成 15 年決定のような場合についても「特段の事情」といえると解釈できるかについてさえ、見解が分かれている。

ここで、原因関係のない振込みの問題をより深く検討する上で、上記 3 つの判例が一貫

¹⁹ 山口・前掲注 5 特に 276 頁

²⁰ 平野・前掲注 8 特に 11 頁、岡本・前掲注 8 特に 5 頁、堀他・前掲注 8 特に 12 頁

²¹ 本多正樹「最高裁平成 20 年判批」金判 1336 号 176 頁、特に 178 頁(2010)

²² 松岡久和「最高裁平成 20 年判批」ジュリ 1376 号 75 頁、特に 76 頁(2009)

して、原因関係のない振込に対しても、預金債権の成立を認めているにもかかわらず、預金債権の成立で問題とされる、「客観説」「主観説」について言及が一切なく、また、平成 20 年判決の評釈等にもほとんど言及がないことに気が付く。原因関係の有無にかかわらず、預金債権が成立するとの結論においては、この問題が前提となるのではないか。その前提を踏まえることで預金債権成立における原因関係の要否の問題や、払戻請求が権利濫用となる場合をいかに解するべきかとの答えも見つかるのではなかろうか。

IV 預金の成立

1 本件での位置づけ

前述の通り、平成 20 年判決の「特段の事情」の解釈に役立てるため、あまり重視されていない、預金の成立の点から、3 つの判例を検討する。従来、定期預金で採用されてきた客観説にのっとれば、平成 20 年判決では預金債権は窃盗犯に成立すると考えられるはずである。同判決は、「客観説」等につき言及することなく、預金債権は受取人たる X に成立するとしている。平成 20 年判決の評釈の中でも、数は少ないといえども、「客観説」「主観説」といった対立についていかに解しているかという点について言及しているものがある。まず、振込依頼人が受取人に対して不当利得返還請求権を取得すると考えるとの誤振込論理の延長として、本判決でも、振込行為をした窃盗犯らに不当利得返還請求権が成立するとの言及もある。これは、本件振込によって、一旦は預金債権が受取人に帰属すると考えるものであり、振込みを依頼し自己の金銭として完全に取得しようとしていた窃盗犯に帰属させるとの法的構成をとらなかったことから、客観説をとってはいないと考えることができよう。また、平成 8 年判決の段階において、預金債権の帰属者の認定について、少なくとも普通預金では客観説は採用できないと判断されたとの評価もある²³。一方で、預金残額が日々変化する流動性普通預金口座に関しては、個々の入金ごとに預金の帰属を捉えるのではなく、残高に対する 1 個の預金債権として一括して口座名義人に帰属するとするものもあり²⁴、これは、平成 20 年判決の 1 審原審が採用した考え方でもある²⁵。さらに、定期預金解約と普通預金口座への振込みを一連の行為と見て、定期預金口座の名義人に帰属すると考えるべきとするものもある²⁶。

ここで、主観説・折衷説であれば、振込依頼人たる窃盗犯の意思の通りに、窃盗犯に帰属させるという考え方もできよう。また、そもそも当該金銭は定期預金口座に入っており、窃盗犯が無権限でこれを引き出したにすぎず、当該金銭の権限は定期預金口座名義人に帰

²³ 稲葉・前掲注 14 特に 3 頁

²⁴ 石田剛「最高裁平成 20 年判批」法教 340 号 162 頁(2009)

²⁵ 麻生裕介「最高裁平成 20 年判批」金判 1320 号 8 頁、特に 11 頁(2009)

²⁶ 森田宏樹「最高裁平成 20 年判決原判決批判」金判 1844 号 7 頁、特に 8 頁(2008)中田・前掲注 13 特に 18 頁

属することを重視すれば、定期預金口座名義人を実質的な預入者として預金債権の帰属主体と認めることもできる。よって、本件では、前述のように客観説も採用されておらず、いずれかの説を採用したものと解することができないようである。

2 学説

(1) 学説²⁷

本来、流動性のない預金である定期預金における預金者の認定の学説が、流動性のある普通預金等における振込金の帰属の問題をも説明するものとして議論されるようになった。

従来、預金者の認定において想定されていたものは、あくまで銀行と預金者の間の関係にすぎなかった。これに対し、振込みにおいては、銀行と預金者(振込依頼人)に加え、受取人が加わることとなる。そうであるとする、従来考えられた客観的ないし主観的に預入者とされた人に預金債権が帰属するというものではなく、別に預金債権の帰属の主体となる受取人をいかに考えるべきかとの問題が生ずる。この違いを埋めるものとして、振込みとは、振込依頼人 X が銀行に出捐をなしそれを社会観念上 X と受取人 Y の原因関係に基づき Y の出捐に転換しそれを Y が自分で預金したものとみなす「預金債権を支払手段として利用した原因関係上の決済取引」なのだと解釈する限り、その振込金も Y の出捐により Y が預入行為をした預金(消費寄託)といえとする考え方がある²⁸。このように原因関係に基づいて考えないとしても、各学説による預金者の認定の基準をもとに振込みにより、帰属は振込先に転換されると考えられる。

(ア) 客観説

自らの出捐によって、自らの預金とする意思で、銀行に対して、自らまたは使者・代理人を通じて預金契約をした者を預金者とする考え方。実質的な預金支配者を保護しようとするもの。

(イ) 主観説

預入者をもって預金者とする考え方。

(ウ) 折衷説

原則としては客観説によりつつも、預入者が、自己が預金者であると明示的若しくは黙示的に表示した場合には、預入者が預金者となるとする考え方。

(エ) 定期預金と普通預金は異なるものとしてとらえるもの

流動性預金については、常に一個の預金残高債権という別の債権の一部に融合してしまうのであって、これらの流動性預金については、常に一個の預金債権が全体として誰に帰属するのかが問題となるだけであって、預金債権の帰属先は、通常は、

²⁷ 高木多喜男「預金者の認定」加藤他・前掲注1 127頁、特に134頁

²⁸ 菅原胞治「振込理論はなぜ混迷に陥ったか②—決済システムの本質論から見た誤振込、振り込め詐欺等をめぐる議論の問題点—」銀法 671号 16頁(2007)

預金口座の開設時における預金名義人であるとする考え方²⁹。

(2) 判例

定期預金については客観説を採用している³⁰とされ、記名式定期預金も客観説をとる³¹とされている。もっとも、普通預金に関しては、最高裁平成15年2月21日民集57巻2号95頁は一般論は示されていないが、客観説的なアプローチはとっていないと考えられている³²。

(3) 各学説に対する批判

主観説に対しては、客観説からは、預金契約においては一般の契約の場合と異なり、名義人の表示をもって当然に本人の表示と解することは妥当でないとの指摘がある³³。これは、預金が代理人・機関・使者等によってなされることが多いことは、周知の事実であり経験則といえ、また、架空名義・他人名義が多いことも、周知のところであり³⁴、預金契約においては、預金を受け入れる銀行の側では預金者が誰であるかを原則として特に問題とせず、預金をする者の側では名義人を便宜的に定め、特に名義人をもって預金者とする意思を有しないという点から導かれる。さらに、銀行が大量の取引を処理することもあげ、預金契約における預金者の認定には、契約理論を用いて決定できないとするのである³⁵。このように解した上で、預入行為者または名義人を預金者と信頼した金融機関の保護は、預金通帳または届出印章の所持人を預金者と信頼した場合と同様に、免責の問題ないし表見代理による権限の擬制の問題として決するのが妥当とする³⁶。

こうした客観説に対しては、預金契約に契約理論をそのまま適用しがたいことは認めつつも、預金者が誰かという問題は、預金契約(消費寄託)の効果を誰に帰属させるかという問題に他ならず、通常の契約理論からすれば、契約当事者となるのは、預金をするに合意した者がであるはずにもかかわらず、出捐者説(客観説)の説明では出捐者が積極的に預金者となる積極的根拠が何も説明されていない³⁷との批判がある。また、免責理論についても、民法478条等を普通に解釈するならば、銀行の不測の危険は十分に保障されない³⁸

²⁹ 森田・前掲注3 特に136頁

³⁰ 最判昭32年12月9日民集11巻13号2278頁、最判昭35年3月8日金法244号4頁、最判昭48年3月27日民集27巻2号376頁他

³¹ 最判昭57年3月30日金法992号83頁

³² 大橋寛名「最判平15年6月12日判解」平成15年度(上)民事篇308頁、特に316頁(2006)

³³ 平出慶道「預金者の認定と預金の払戻し」鈴木禄弥＝竹内昭夫『金融取引法体系 第2巻 預金取引』70頁、特に73頁(1983)

³⁴ 河合伸一「記名式定期預金の預金者―出捐者説、それでよいのか―」金法1047号6頁、特に15頁(1984)

³⁵ 高木・前掲注27 特に134頁

³⁶ 平出・前掲注33 特に104頁

³⁷ 河合・前掲注34 特に8頁 預金払戻しにおける478条の類推適用について、判例が積み重ねられてきた現在においては(最判昭和41年10月4日民集20巻8号1565頁、最判昭和59年2月23日民集38巻3号445頁、最判平成15年4月18日民集57巻4号337頁注43参照)、必ずしも妥当しない反論といえるかもしれないが、478条類推適用においても、あくまで銀行が善意無過失であることが要求される点で十分に保障されない可能性はあるといえる。

³⁸ 河合・前掲注34 特に14頁

との指摘や、訴訟構造として、原告が当該預金の「出捐者」といえるかは、原告と行為者間の内部関係に属し、被告たる銀行の与り知らぬところであるとともに、預入行為者は原告と一体となるため、原告が、預入行為者の協力を得てなす一方的な主張・立証に対し、被告側たる銀行が有効な反論・反証を提出し得ないままに事実認定がされてしまうとの指摘もある³⁹。

このように、客観説に対しての批判もあったなか、平成8年判決は、従来の判例とは異なり、明示的には客観説の議論をしなかった。これを受けて、流動性のある普通預金等においては、もはや客観説はとられなくなったとの主張も見られることとなった。これに対しては、客観説に続く免責理論を無視した不十分な理解であるとの再反論がある⁴⁰。

また、平成8年判決が預金債権の出捐関係を問わずに預金契約の解釈から、誤って受取人とされた者を預金者と認定したという意味で、預金者の認定につき契約法的アプローチを採ることを明確にしたともいえ、従来判例が採ったと言われる客観説からの変化が見いだせる⁴¹との指摘がされる。しかし、これに対しても、そのように原因関係を問わず、普通預金が口座の残額と一体化して1つの債権となることで、受取人に対して支払義務を負うのだと解すべき具体的条文は存在しないという批判がある⁴²。

3 検討

(1) 預金者の帰属について

誤振込がなされた場合に、客観説・主観説それぞれの立場からどのように解決できるかを検討する。AがB銀行にDへの振り込みを依頼しようとしたところ、Cを指定してしまい、Cに振込みがなされた。この場合に、Cによる払戻し、あるいはB銀行による相殺、第三者による差押がなされたとする。銀行が利害関係人となる場合には特殊性を有するので、このいずれがなされるかにより多少の違いが生じると考えられるところ、それについては、後述する。

(ア) 客観説を応用する場合

客観説による場合、表示としてはCへの振込みを依頼しているが、出捐者たるAには、Cに振り込む意思はないことから、Cへの預金契約は成立しないことになりそうである。銀行が誤ってCの払戻請求や第三者の差押に応じた場合、あるいは、銀行がCへの債務と相殺した場合には、478条もしくはその類推適用により⁴³銀行の二重払いの危険からの救

³⁹ 河合・前掲注34 特に10頁

⁴⁰ 菅原・前掲注28 特に16頁

⁴¹ 岩原紳作「預金の帰属」黒沼悦郎＝藤田友敬編『江頭憲次郎先生還暦記念 企業法の理論(下)』422頁、特に438頁(2007)

⁴² 菅原胞治「振込理論はなぜ混迷に陥ったか①—決済システムの本質論から見た誤振込、振り込み詐欺等をめぐる議論の問題点—」銀法690号18頁特に24頁(2007)、菅原・前掲注28 特に20頁

⁴³ 民法478条は弁済の場合の規定であり、預金債権について払戻し・相殺する場合も「弁済」として、本条が適用できるかという問題がある。判例は、払戻しについて期限前後を問わず、預金債権の弁済とし

済を図る。

(イ) 主観説を応用する場合

主観説によれば、A が B に対し、C への振込を委任する意思表示をした以上、C への振込がなされ C に預金契約が成立することになりそうである。この場合、銀行は、表示通り運用すればよいので、二重払いの危険はないものの、A は不利益を被ることとなる。もっとも、誤振込であることに悪意の者については、公平・正義の観点⁴⁴、権利濫用の法理⁴⁵を用いれば、A が原因関係不存在について対抗できるとも考えられる。このように解すると、銀行は、C への払戻し、C の債権者による差押において、C あるいはその債権者の悪意であったときに、やはり、誤った弁済となり、二重払いの危険を被る恐れがある。その場合には、ここでも、478 条の成立が問題となりうる。

(ウ) 両説の違い

客観説によっても、478 条により銀行は保護され得る。一方、主観説による場合、銀行が利害関係人(相殺の場合)でないときには、相手方の主観により二重払いの危険を負う可能性がある。ここでも 478 条が使われるとすると、結局振込依頼人保護と銀行の保護の調整において問題となるのは、銀行における 478 条成立の有無であると思われる。もっとも、銀行の悪意・過失の対象が異なり、前者(客観説における 478 条の適用)は原因関係の存在、後者(主観説における 478 条の適用)は、C や第三者の悪意についてであると考えられる。

(2) 「客観説」をとることの可否

客観説が、従来、預金契約においては契約理論を適用できない面を有することから利用されたのであるとすれば、平成 8 年判例以降、契約理論を利用しようとする流れが出てきたことも踏まえると、再検討の契機が生じたといえるのではないだろうか。ここで、定期預金で従来考えられてきた「客観説」の可否をめぐって、契約理論を利用すべきと考えられるようになった理由を検討する必要があるといえる。

そもそも、客観説の指摘する、銀行が預金者に原則として関心がなく、また、預金者としても、名義人を便宜的に定めるということが現在においても妥当するのであろうか。現在、元来客観説を適用すべきとされた無記名定期預金は取り扱われなくなっている⁴⁶。普通預金に関しては直接関係がないが、平成 14 年 4 月のペイオフ解禁により預金保険制度のもとで預金は定額保護に移行し、実際の預金払い戻しにあたっては、同一預金者を名寄せした上で合算する必要がある、厳格な「預金者の認定」が必須となったとされる⁴⁷。ま

て本条の適用が認められる(期限前の払戻しについて最判昭 41 年 10 月 4 日民集 20 巻 8 号 1565 頁)。相殺については、預金担保貸付の場合においても相殺が実質的に払戻しと同視できることから本条の類推適用が認められるとの判例がある(最判昭 48 年 3 月 27 日民集 27 巻 2 号 376 頁)。(中田裕康『債権総論第三版』337 頁(2013))

⁴⁴ 名古屋高判平 17 年 3 月 17 日金判 1214 号 19 頁(2005)参照

⁴⁵ 東京地判平 17 年 9 月 26 日判タ 1198 号 214 頁(2006)

⁴⁶ 金融法務研究会『預金の帰属』6 頁(2003)

⁴⁷ 金融法務研究会・前掲注 46 6 頁

た、普通預金も含め、平成 15 年 1 月「金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律」が施行され、同法 3 条により、金融機関等は顧客等から預金などの取引を行う場合に、氏名、住所、生年月日を免許証等により確認を行わなければならなくなった⁴⁸。これらの変化は、銀行が名義を便宜的に定めることを否定していることを示しているものであり、そうであれば、当然、預金者に関心があることを示していると思われる。

さらに、仮に客観説からの指摘が現在にも妥当する指摘であるとしても、それを元に原則的な権利関係を定める必要があるのだろうか。そうした預金契約の通常の契約理論とは異なる特殊性は、免責理論等により反映させるという法律構成も考えられる。もっとも、いずれの理論を採ったとしても、利益衡量においてどの点を重視するかという問題となり、実際に結論に違いが生じるかという点、そのようなこともないと思える。

ここで、「銀行は『振込みは原因関係など無関係』などと考えているわけではなく、それがないというのは本来異常であると考え、明らかに受取人となるべき理由のないことが確認された場合には、その部分の資金解放を撤回(組戻し)すべきは当然である。しかし、銀行は、もともと振込依頼人の委託に基づき正当な払戻手段の提示者に対して資金解放を応じるべき権限と拘束を受けるのであって、その資金解放開始時から現金支払いをなす面での間に『あれは間違いだった』という連絡がきたからといって、即座に資金解放を停止すべきかについては慎重な対応も必要なのである」との指摘⁴⁹がある。確かに、原因関係があるか否かという問題は、やはり、預金の帰属について少なからず影響はある。しかし、それはあくまで預金口座を停止するか否かの判断がなされるかという局面に限られているのであり、原則としては、入金・払戻しを預金契約に沿って行うことが求められているのではないだろうか。それは、銀行取引が大量取引であるとか、銀行が原因関係につき知りえない、調査義務を課すことは逆に利用の便宜を妨げる、という理由ではなく、預金制度を利用する預金者には、預入れや振込により預金契約が成立したら、それは、その預入れや振込みの通りになされ、それに基づき払戻しを受けられるとの期待を当然有していることを重視すべきと考えられることを理由とする。このような期待をないがしろにしてまで、名義人と出捐者が異なるような預金契約や、振込制度の利用により生じうる、誤りによる振込みという例外的な場合の処理を重視する方針をとる必要があるとはいえない。こうした場合に、銀行が事実関係を確認し、対応するための法理として、平成 15 年決定の詐欺罪の成立や平成 20 年判決の権利濫用論が考えられたといえるのではないだろうか。このように考えると、原則として、預金債権が帰属するのは、預金契約の通り、契約の相手方とすべきであると考えらる。

(3) 契約の当事者論の預金契約への応用

以上のように、預金契約においても、原則として一般的な契約の概念により当事者を確

⁴⁸ 金融法務研究会・前掲注 46 6 頁

⁴⁹ 菅原・前掲注 28 特に 30 頁

定するとした考えのもと、どのように解釈されるかを検討するため、まず、一般的契約当事者の考え方について検討し、その後に預金契約における応用を考える。

(ア) 一般的な契約の当事者の考え方

契約の当事者となる者は、第三者のためにする契約の場合を除けば、当事者となろうとする意思のもとに、自ら、または代理人ないし使用者を通して契約を締結した者であると考えることが一般的であるといえる⁵⁰。とくに契約を実際に締結する者が他人の名義を使用した場合に問題が生じる。このような場合には、原則として名義人との契約が成立すると考えられ、例外的に、名義に重要性が認められない宿泊契約のような場合には、実際に契約締結行為をした名義利用者が契約当事者になると考えられてはいる⁵¹。しかし、契約当事者の確定の問題についての一般原則は、いまだあまり議論がされていないところ、検討の際に有用であるのが、代理における顕名の原則をめぐる議論である⁵²。

民法 99 条より、代理人 B が代理権の範囲において本人 A のためにすることを示した意思表示の効果は、A に対して直接効果が及ぶ。これは、本人 A と相手方 C の間において、契約の当事者は代理人 B ではなく本人 A とその相手方 C であるとの認識があるからである。

次に、代理人 B が本人 A のためにすることを示さなかった場合には、民法 100 条本文に従い、代理人の意思表示は自己である B のためにしたものとみなされる。しかし、この場合には、例外が認められ、相手方 C が、代理人 B が本人 A のためにすることを知り、または知ることができたときは、民法 99 条 1 項の原則に立ち戻り、契約の当事者は本人 A と相手方 C と解することとなる。

これらのルールを相手方の側から考察すると、本人 A が契約当事者であると認識し、あるいは、周囲の事情からこれを認識することができたときには、契約の相手方となるのは本人 A であり、これに対し、代理人 B が契約の当事者であると認識し、かつそのように認識することが許される場合、すなわち、代理権を与えた者を契約の当事者であるとする必要がなかった場合には、契約の相手方となるのは代理人であるということになる。このことは、契約当事者確定の原則において、一方契約当事者が、当事者の同一性錯誤により、自分の相手方となるべき者とは考えなかった者との間で契約の成立が認められ、そのために当該契約が錯誤無効となり得ることと同様である。

このように考えると、民法 99 条及び 100 条は誰が契約当事者となるべきかについての一般原則に対応するものといえる⁵³。

⁵⁰ 安永正昭「預金者の確定と契約法理」石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集・下巻『金融法の課題と展望』161 頁、特に 172 頁(1990)、池田真朗「契約当事者論 現代民法における契約当事者像の探求」別冊 NBL51 頁『債権法改正の課題と方向—民法 100 周年を契機として—』(1998)参照

⁵¹ 山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』58 頁(2005)

⁵² 磯村保「契約当事者の確定をめぐって」Law&Practice No.7 91 頁、特に 100 頁(2013)

⁵³ 我妻栄『新訂民法総則』345 頁(1965)は、民法 100 条ただし書は意思表示解釈の一般原則を示す注意的規定であるとした。

(イ) 預金契約における契約の当事者確定について

上記のように、原則として契約の当事者として示された者である名義人が当事者となるが、例外的に、名義に重要性が認められない場合には、実際に契約締結行為をした者が契約当事者になるとの考えからすると、まず、預金契約の当事者であるとの意思を有する者は、自らの金銭を一それが他人から借り受けた金銭あるいは、他人から盗取、横領したものであっても一金銭を預金する契約の当事者であるとする考えが出てくる。使者、代理人による場合には、使用名義がいかなるものであろうと、顕名の存在が問題となり、顕名が欠け、相手方も代理人に委任した本人につき認識可能性がなければ、預入行為をした代理人が契約当事者たる預金者となる。なお、名義を基準に検討すると、出捐者が他人名義でなしたときは、一般に名義に重要な意味はないから出捐者が契約当事者になろうが、代理人が関与した場合、本人の名義でなした場合はともかく(通常、顕名の意味がある)、代理人または第三者名義でなしたときには、本人を知る手がかりは薄くなる。これに加え、出捐者が預入行為者に対し、とくに預入行為者の名義で預金することを認める場合には、自分が預金者であるにもかかわらず、真意と異なる預入行為者を預金者とする表示をなさしめるものであるから、出捐者の関与による心裡留保(民法 93 条)の問題も生じうる。

これらの考え⁵⁴は、従来考えられてきた、出捐者を当事者と解する判例・通説⁵⁵に合致しているとも思える。

しかし、私は、出捐者が当事者であるとの意思の形成・外観が生じていないのではないかと考え、一般的契約当事者確定の方法によっても、もっぱら出捐者が契約当事者となると解することは適切ではないと考える。

たしかに、無記名定期預金契約における当事者の確定の問題においては、制度的にも無記名にすることで預金者がだれであるか秘密にすることを認めたものともいえ、払戻しの際にも通帳と印鑑の同一性のみ確認できれば少なくとも 478 条により、払戻しに応じた銀行は保護・免責されることとなり、名義人と当事者とを結びつけるインテンシブが低く、金銭の帰属すべき出捐者が当事者であるとの認識は、銀行・預金者に共通する意思であったともいえよう。しかし、現在では、無記名定期預金のような預金形態はなくなっており、記名式が中心となっている。前述のように、誰が口座を開設し、口座名義人が誰を表示しているのかといった事情が重視されるようになった状況の変化からすると、出捐者が契約当事者であるとの前提ではなく、口座名義人が契約当事者であると考えることが、預金契約における当事者の意思といえるのではないだろうか。

このように、考えると、預金契約の当事者は、契約当事者確定の一般的な理論に従っても、客観説のような出捐者に生じるのではなく、むしろ主観説でとられるような、口座名義人に生じると考えるべきである。

⁵⁴ 安永・前掲注 50 特に 174 頁

⁵⁵ 山本・前掲注 51 61 頁

上記の検討より、現代においては、もはや、客観説を採るべきではなく、主観説によるべきであり、判例もこの流れに乗っていると考えることができる。

V 「著しく正義に反するような特段の事情」について

1 はじめに

前述のように、平成 20 年判決のいう「著しく正義に反する特段の事情」について、どのような場合を指すかという点については、本件判示からは明らかとは言えない。学説上も、この要件については様々な解釈が示されており、結局は、今後の裁判所の判断に期待するとするものが多いが、その後の判例は、見当たらないのが現状である。しかし、誤振込の権利関係・処理を考える上では、どのような払戻請求が「権利の濫用」と評価されるかという問題は重要であり、その点を明らかにする上記要件の解釈は、まさに、平成 20 年判決を解釈する上で要となる事項ではないかと思われる。

2 学説

権利濫用の法律構成を採用すること賛同する学説⁵⁶上は、大きくは、まず、平成 15 年決定との関係で分類ができ、(1)平成 15 年決定が想定している場合と異なるとする見解と(2)平成 15 年決定の場合も含むと考える見解に分けられる。さらに、「特段の事情」について、平成 15 年判決との関係にとどまらず検討したものとして(3)平成 15 年判決以外にも「特段の事情」といえる場合があるとする見解や、(4)さらに「特段の事情」を広くとらえ、原則として「権利濫用」になるとの見解もある。

(1) 平成 15 年決定が想定している場合とはやや異なる⁵⁷とする見解

平成 15 年決定は想定している場合と異なる理由としては、これまでの権利濫用の構成を主張する論者が想定していたのは、振り込め詐欺の犯人や犯人に名義を冒用された者が預金の払戻しを請求するようなケースであり、単なる悪意以上の場合だった⁵⁸という点をあげるものや、「犯罪の一環をなす」とは、振り込め詐欺により振り込まれた資金を払い戻す行為を想定していることは想像に難しくないが、それ以外どのような場合に、権利濫用になるかというのは、今後の裁判例の蓄積を待つほかない⁵⁹と主張するものがあげられる。

もっとも、このように、平成 15 年決定とは異なるとする見解においても、「振り込め詐

⁵⁶ 本多正樹「判批」民商 141 巻 1 号 92 頁(2009)は、判例のとり権利濫用構成を批判する考えのもと、判例の示す「事情」の解釈としては、原則として権利濫用になるものと考えられるものと思われる。

⁵⁷ 滝沢・前掲注 11 21 頁

⁵⁸ 松岡・前掲注 22 特に 76 頁

⁵⁹ 武田典浩「最高裁平成 20 年判批」新報 116 巻 11=12 号 321 頁、特に 340 頁(2010)

欺」等については念頭に置いている⁶⁰とする考えが多いといえる。平成 20 年判決中の受取人の預金債権の「行使が不当利得返還請求義務の履行手段としてのものなどに限定される理由はない」との文言と合わせて評価すれば、振り込め詐欺のような場合は別として、平成 8 年判決や平成 15 年決定のような依頼人の単純なミスに基づく誤振込については、受取人が誤振込であることを明言して払戻請求をしても、被仕向銀行との関係で平成 15 年決定の認定した詐欺罪にも当たらず、権利濫用にも当たらない⁶¹として、少なくとも振り込め詐欺の場合には含まれると解することができるとの主張がある。振り込め詐欺を特に含める見解では、誤振込により取得した預金について振込依頼人が受取人に対して不当利得返還請求するという請求循環は望ましくないことからあらかじめ権利行使を否定すべきといった考えからではなく、振り込め詐欺等の不正行為・犯罪行為に銀行制度が加担すべきでないとの政策論が前面に出ていることにより導ける結論である⁶²との指摘がある。

(2) 平成 15 年決定の場合も含むとの見解

平成 15 年決定の場合も含むとの見解は、平成 20 年判決が平成 15 年決定との整合性を保つために、権利濫用とした⁶³とするものや、受取人による預金債権の行使が詐欺罪に該当する場合には当該権利行使が権利濫用に当たるとして、平成 15 年決定とのバランスをとっている⁶⁴と考えるものがあげられる。誤振込であることを告知せずする払戻請求は、銀行の利益を侵害することも目的としているということができ、それを「不正」と評価するのであり、また、この払い戻しは銀行に対する詐欺罪も構成するので「犯罪の一環」という要件を満たすとの説明をするもの⁶⁵もある。

(3) 平成 15 年決定以外にも「権利濫用」となる場合を検討したもの

振り込め詐欺の場合が含まれることはもちろんであるが、それ以上に平成 15 年決定の場合やその他の場合に権利濫用となると指摘するもの⁶⁶である。例えば、資金洗浄目的や賭博金送金など原因関係が公序良俗に反し無効である場合や受取人が自ら払戻金を受領した上で振込依頼人に直接返却することを申し出ているが実際に申出の通り行う意思がないという払戻請求自体が銀行に対する詐欺的な行為である場合⁶⁷などを挙げるものがある。覚えのない振込みを知った受取人は、その旨を銀行に告げて事実関係の調査をまち、原因関係のない振込みと判明した場合には、上記のような不当利得返還義務の履行手段として得たこと、またはその者に既に同額の金銭を支払ったことを証明するなどしてでなければ、

⁶⁰ 滝沢・前掲注 11 21 頁

⁶¹ 松本・前掲注 10 特に 9 頁

⁶² 武田・前掲注 59 特に 341 頁

⁶³ 野口・前掲注 6 特に 134 頁

⁶⁴ 麻生・前掲注 25 特に 13 頁

⁶⁵ 山口・前掲注 5 特に 276 頁

⁶⁶ 稲葉・前掲注 14 特に 6 頁

⁶⁷ 中田・前掲注 13 特に 17 頁

払戻請求をすることができないのではないかと指摘するもの⁶⁸もある。

以上(1)から(3)において「著しい正義に反するような特段の事情」については、それが示す範囲をいかに解するかについては、様々な意見があるが、払戻しが原則として可能であることを前提に、例外的にその払戻しが否定される場合を指摘したと考える点ではほぼ一致しているといえる。しかし、上記とは正反対に、実質的には原則として「権利濫用」となると主張する見解が以下の(4)である。

(4) 原則として「権利濫用」になるとの見解

その説明としては、本判決は、誤振込であることを知らない第三者の行使を認めた平成 8 年判決と誤振込であることを知って受取人の行使を否定した平成 15 年判決の間隙を埋めた判例であるとした。そして、その間隙は、①受取人が誤振込であることを知らない場合、および②知っていても銀行の利益を害さない場合であり、このような場合は実際には少なく、また、現在では、振込が犯罪行為に利用された場合には、預金債権消滅手続が取られ、被害者の申請により被害の回復が図られ(犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復の分配金の支払等に関する法律(振り込め詐欺救済法))、払戻しのような方法をとる必要はなくなった⁶⁹と説明するものである。

3 検討

検討する際には、まず、判例が明示している文言に着目する必要があると考える。平成 20 年判例の「受取人が当該振込みに係る預金の払戻を請求することについては、払戻しを受けることが当該振込みに係る金員を不正に取得するための行為であって、詐欺罪等の犯行の一環を成す場合であるなど、これを認めることが著しく正義に反するような特段の事情があるときは、権利の濫用に当たる」との判断の文言から解釈して、原則払戻請求は認められ、例外として特段の事情がある場合、権利濫用として認められないと解すべきである。そのことから、単に、誤振込みであることを秘して払戻しを請求した平成 15 年決定のような場合も「特段の事情」には入らないと考える。そもそも、誤振込みがあった際に、払戻請求をする場合には、誤振込みであることを秘することが多いと思われ、このような場合はむしろ例外的場合であり、平成 15 年決定のような場合の方が多いといえるからである。確かに、平成 15 年決定は詐欺罪になると判断したが、これは、まさにその行為が犯罪を構成するものであり、「犯罪の一環を成す」とは少しニュアンスが異なる。また、平成 20 年判例は、続けて「受取人が振込依頼人に対して不当利得返還義務を負担しているというだけでは、権利濫用に当たるといえることはできない」と判示していることから、不当利得返還義務を負担するにすぎない平成 15 年の受取人の払戻請求はやはり、「権利濫用」にはあたらないと考えるのが素直な判例の「読み方」であろう。

⁶⁸ 佐久間毅「事例から考える民法 第 2 回『私の預金が……』」法教 398 号 88 頁、特に 95 頁(2011)

⁶⁹ 中舎・前掲注 13 特に 8 頁

このように権利濫用の場合を狭く解するのは、やはり、振込の原因関係を知ることのできない銀行が多数の振込みを安全、安価、迅速に円滑に処理するため、ひいてはそれが預金を利用する者にとっても利益となるからであろう。前述のように(本稿 3 頁)、振込みが準委任契約と消費寄託契約の成立によりなされることから、その原因関係がこれら契約の成立にかかわってくると考えることは難しい。そこで、平成 8 年判決の「振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係が存在するか否かにかかわらず、受取人と銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、受取人が銀行に対して右金額相当の普通預金債権を取得する」との法的構成を原則として採用する。

もっとも、近年において、銀行の振込制度が、マネーロンダリングや、振り込め詐欺等に利用されることが目に余るようになってきた。これらが他の犯罪(平成 15 年決定のような場合)と異なるのは、犯罪行為の中に振込制度を組み込み、まさに振込制度を利用することにより、犯罪達成による利益を受けている点である。これは、一見すると銀行が犯罪行為を助けているような状態を作りだしているということもできる。これに対しては、銀行は、社会における経済的基盤たる役割を持つ点でのみ「公共性」を有する(銀行法 1 条 1 項)⁷⁰にすぎないと反論できる。しかし、近年では、上記犯罪に対応すべく、通達や法により、銀行はこのような犯罪に手を貸すべきではないとの社会的期待が高まっているといえる。例えば、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(振り込め詐欺救済法)⁷¹では、犯罪利用預金口座と疑うに足りると認められると、銀行に取引停止等が義務づけられることとなった(同法 4 条)。この考えからは、銀行制度を利用して犯罪を行おうとすることが許されず、このような利用をすることが「権利濫用」であると考えることができる。そこで、「特段の事情」とは、マネーロンダリングや振り込め詐欺といった振込制度を利用する犯罪により、振込がなされた場合であると考ええる。平成 15 年判決は、銀行制度を利用して犯罪を行ったものではなく、利用する過程で詐欺罪を犯してしまったものであり、上記考え方からすると、「特段の事情」には含まれないのである。

このように考えると、平成 15 年決定の場合にも、払戻しができることとなり、民法と刑法の間で、評価が矛盾してしまうのではないかとの問題が生じる。平成 15 年決定は詐欺罪を成立させるにつき、銀行には組戻しの手続に向けて調査、確認、照会等の措置を講ずる可能性があることを重視している⁷²。たとえ、銀行が払戻請求に応じた場合に法的リスクを負わないときでも、この手続上の利益を保護するため詐欺罪を成立させたものと考えられる。では、民法において、この手続上の利益をどのように考えるべきであろうか。

⁷⁰ 中田裕康「銀行による普通預金の取引停止・口座解約」金法 1746 号 16 頁、特に 18 頁(2005)、岩原紳作＝森下哲朗「預金の帰属をめぐる諸問題」金法 1746 号 24 頁、特に 31 頁(2005)

⁷¹ 齋藤秀典「普通預金規定ひな型等における預金口座の強制解約等に係る規定について」金法 1620 号 11 頁(2001)、干場力「『振り込め詐欺救済法に係る全銀協ガイドライン(事務取扱手続)』の概要」金法 1840 号 12 頁(2008)参照

⁷² 橋爪隆「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 4 頁、特に 6 頁(2013)

この手続が、弁済を行うべき相手であるかの調査をするという点においては、民法 470 条に規定される「証書の所持人並びにその署名および押印の真偽を調査する権利」に類似する。これは、疑念を抱いて、調査するために必要な期間、弁済を拒絶しても遅滞の責めを負わないということであるとされている⁷³。また、悪意重過失でない限り、調査せずに真実の債権者でない者に弁済する場合も弁済を有効とする規定である。これは、弁済者の保護と取引の安全を図るため、弁済の相手方が正当な受領権者らしい外観を有していたためにこの外観を信頼して弁済が行われた場合に、有効な弁済とするとの法律構成をとったものである。誤振込みの払戻しについても、銀行に悪意有過失でない限り、有効な払戻しとされ、一方、銀行は法的には調査義務を負っていないことから、470 条と同様に考えることができよう。では、この調査権を侵害した場合に、何らかの民事上の責任を問われるかという点、そうとは限らないだろう。ここから、平成 15 年決定で保護しようとした手続的利益は、刑法上、侵害することで罰せられる権利である一方、民法上は侵害することで直ちに責任を負うことはないが、民法においても保護はされている権利である点では共通しているといえる。よって、刑法と民法で統一的な解釈ができないものではない。

以上より、平成 20 年判例は、平成 15 年決定に矛盾するとは言えず、平成 8 年判例を維持しつつ、現代の犯罪の状況に銀行がその役割を果たすために、さらなる判断をしたものといえよう。

VI 第三者が預金債権行使にかかわる場合について

平成 20 年判決は、受取人による払い戻し請求の場合について判示したものであった。ここで、第三者が預金債権行使にかかわる場合についても検討する。具体的には、受取人(口座名義人)の債権者による差押えの場合と相殺の場合について検討する。さらに、平成 20 年判決から、権利濫用として払戻請求ができないと考えられる振り込め詐欺による振込の処理について確認し、検討に役立てたい。

1 差押え⁷⁴

誤振込みによる預金債権に対する差押えに関する判例としては、前掲平成 8 年判決があげ

⁷³ 島田志帆「民法 470 条の法的構造—民法上の指図債権における『形式的資格』」法学政治学論究 50 号 467 頁、特に 468 頁(2001)

⁷⁴ 弁護士の委任事務処理のために委任者から受領した金額を預け入れるため弁護士の名義で開設した普通預金口座債権に対して、委任者の債権者が差押えを行った平成 15 年 6 月 12 日判決(民集 57 巻 6 号 563 頁)がある。この判決の争点は、弁護士に委託した事務処理のための口座預金の債権者は誰になるかという点であり、誤振込の場合の預金債権の成立・帰属の問題とは異なることから、ここでは取り上げない。

られる。この判例からは、特段要件を加重していないことから、第三者による差押えは当然に認められると判断したと解される。もっとも、学説の中には、誤振込みがなされなければ差押えができず、債権回収を図ることができないときには、債権者に「棚ぼた」的利益を与えるものであり、振込依頼人を害してまで保護すべきではないと考えるものもある⁷⁵。平成8年以降、差押えの判例はないが、後述の相殺の判例を踏まえ、このような利益を認めるべきかさらに検討を加えたい。

2 相殺

誤振込による預金債権との相殺に関する判例としては、名古屋高判平成17年3月17日金判1214号19頁(以下、名古屋高裁判決)と東京地判平成17年9月26日判タ1198号214頁(以下、東京地裁判決)があげられる。これらは、いずれも被仕向銀行が、受取人に対する債権と誤振込により受取人に成立した預金債権を相殺したものである。

(1) 名古屋高判平成17年3月17日金判1214号19頁

(ア) 事案

原告(振込依頼人)が、仕向銀行に対して、訴外A(受取人)が被告(被仕向銀行)に有する当座預金口座(以下、本件預金口座)に振込みを委任したが、この振込依頼は、振込先一覧を一行間違えたために誤ってなされたものであった。誤りに気付いた振込依頼人は、組戻手続の請求をした。しかし、被告被仕向銀行は、本件口座は、Aの倒産により、強制解約済みであったので組戻しはできないとした。なお、Aは、本件誤振込による振込金について何ら権利を有しておらず、被告から支払いを受ける意思もないため、原告に返還してもらいたい旨の確認書を作成していた。それにもかかわらず、被仕向銀行は、原告による不当利得返還請求訴訟係属中、書面で、本件振込による預金債権と被告のAに対する債権を相殺する旨の通知をした。

(イ) 判旨

原因関係の存否に関わらず、預金債権が成立するとし、誤振込によって直ちに被仕向銀行に振込金額相当の利得が生じるものとはいえないとした。もっとも、相殺の可否については、明示せず、本件については、正義・公平の観点に照らし、不当利得返還請求が認められると判断した。

つまり、受取人が誤振込であることを認め、被仕向銀行による返還を承諾している場合には、受取人において入金拒否あるいは振込金額相当の預金を事実上放棄する意思表示をするものと解することができ、被仕向銀行においても、受取人が預金債権を行使することは考えられないことから、振込金の返還先が存在しないことになり、被仕向銀行に利得

⁷⁵ 三枝健治「名古屋高裁平成17年判決判批」民研581号13頁、特に16頁(2005)

が生じたのと同様の結果になるとした。さらに、被仕向銀行が誤振込であることを知っている場合には、預金取引の迅速・円滑な処理の面からの保護は必ずしも必要とはいえず、かつ、振込依頼人と受取人の原因関係をめぐる紛争に被仕向銀行を巻き込み、対応困難な立場に置くこともなく、個別の組戻し手続をとることを妨げるものではないとの理由をあげ、「正義、公平の観念に照らし、その法的処理において、実質はこれが成立していないのと同様に構成し、振込依頼人が誤振込みを理由とする振込金相当額の返還を求める不当利得返還請求においては、振込依頼人の損失によって被仕向銀行に当該振込金相当額の利得が生じたものとして、組戻しの方法をとるまでもなく、振込依頼人への直接の返還義務を認めるのが相当である」。振込依頼人の銀行に対する不当利得返還請求を認めないとする、誤振込みをした振込依頼人は、受取人に対する不当利得返還請求権(受取人に上記預金債権が成立し、他方、振込依頼人と受取人との間に振込みの原因となる法律関係を欠くことから、受取人に法律上の原因なく利得が生じることになる。)の行使しかできず、受取人としては、常に被仕向銀行に対する預金債権を行使せざるを得なくなる(しかも、当座預金口座の場合には当座取引の終了が必要となる。)。受取人が、振込金について預金債権を有しないことを認めており、被仕向銀行には組戻しを拒む正当な理由がないのにもかかわらずこのような処理をすることは、「いたずらに紛争の解決を迂遠なものとし、実質的に保護すべき関係にないものを保護する結果となり、無用な混乱を招くものといえる」とし、原告の被告に対する不当利得返還請求を認めた。

(2)東京地判平成 17 年 9 月 26 日判タ 1198 号 214 頁

(ア)事案

原告は、C に対する決済のため B 銀行に振込依頼したが、振込先一覧を一行間違え、誤って振込先を被告被仕向銀行の A 会社の普通預金口座(以下、本件預金口座)と指定したことにより、本件預金口座に入金がなされることとなった。誤振込に気が付いた原告は B 銀行を通して、本件誤振込について、組戻しの手続を依頼したが、被仕向銀行からは、A 会社との連絡がつかず、その承諾が得られないため、原告の組戻しの依頼には応じられないとの回答がされた。そして、振込依頼人の代理人が誤振込金回収方法について被仕向銀行に問い合わせたところ、裁判所による差押えの方法があるとの説明がされた。その一方で被仕向銀行は、A 会社に対し有していた貸付債権の一部を自働債権とし、A 会社の Y 銀行に対する預金債権を受働債権として、これらを相殺するとの意思表示をした。そこで、原告は被仕向銀行に対し、不当利得返還請求をした。

(イ)判旨

平成 8 年判決を引用し、原因関係のない振込みによっても、振込金相当額の預金債権が成立すると判断した。そのうえで、相殺の有効性に関し、「それが権利の濫用に当るような格別の事情のない限りは、その効力が否定されることはない」とした。そのうえで、本件相殺は、貸付債権の回収を図ってなされたものであり、権利濫用に当たる事情もなく有効

に効果を生じるものであると判断した。

しかし、本件相殺に関しては、原告が誤振込をしていなければ、あるいは組戻手続が完了していれば原告は振込金額相当の損失を被ることなく、一方で被告の誤振込相当額の債権回収もなされていなかったとして、『『棚からぼたもち』的に利得したもの』であるとした。

さらに、「不当利得の制度の本質は、形式的・一般的には正当視される財産的価値の移動が、実質的・相対的には、正当視されない場合に、公平の理念に従ってその矛盾の調整を試みることにありと解される」とした上で、被告の利得が法律上の原因に基づくものといえるかについては、形式的に判断するのではなく、公平の理念の実現の見地に立って、実質的に判断すべきとした。そして、受取人の状況により組戻しができない場合、振込制度を運営する銀行に対しては、振込依頼人から受取人の所在が不明であって組戻しの承諾を得ることができない事情について相当の説明を受けたときには、誤振込をした振込依頼人の救済の機会を残すために、誤振込の事実の有無の確認に努め、その間、受取人の預金口座に入金された当該振込みに係る金員を受取人の預金とは区別して管理するなどの適当な措置をとることが望まれるとした。

本件で、説明を受けながら、誤振込の確認をせず、受取人に対する債権をもって当該振込みに係る預金債権と相殺して、自らの債権回収を敢行したような場合には、この債権回収は、振込依頼人に対する関係においては、法律上の原因を欠き、不当利得になるものと解するのが公平の理念に沿うものであると判断した。

(3)検討

両判決について、平成 8 年判決・平成 15 年決定等これまでの最高裁判例との整合性を維持したものであるとの評価⁷⁶がある。判例は、日常的に迅速かつ画一的に多数・多額の資金移動が行われる銀行実務維持のため、誤振込の場合でも預金契約が成立するとして、受取人に対する債権者らの行為を阻害することのない法律構成を採用した。その反面で、受取人及び被仕向銀行が誤振込を承知している場合には、正義・公平の観念に照らし、実質的には預金契約が成立していないとの処理をした。この結論は妥当であるとする見解が多い一方で、その法律構成については疑問を呈するものが多い。

結論につき評価する見解としては、平成 8 年判決の理論では、原因関係を考慮しない形式的解釈しか行えず、誤振込の場合にも組戻手続を利用して処理を行ってきた従来の銀行の実務慣行を否定しかねないとの危機感が生じていた。そのため、利益衡量を踏まえ、原因関係に基づく例外的処置を行う論理をとる必要性が指摘されており、両判決は、これを受けて判断されたと考えるものがある⁷⁷。

⁷⁶ 柏谷秀男「名古屋高裁平成 17 年判批」判タ 1215 号 72 頁、特に 73 頁(2006)

⁷⁷ 菅野佳夫「誤振込をめぐる最近の判例について」判タ 1199 号 78 頁、特に 80 頁(2006)

一方、結論に反論する立場からは、不当利得返還義務を負うべきは、受取人であり、被仕向銀行への不当利得返還請求をすることが可能とすることは、法的安定を欠くとの指摘⁷⁸がある。しかし、両判決の場合には、被仕向銀行が誤振込の事実を知っていたのであるから、預金取引で重視される銀行の保護を図る必要がなく、法的安定の要請も極めて弱まるのであり、この批判は妥当ではないと考えられる。

では、法律構成について、判決はどのように考えているのか。名古屋高裁判決では、受取人が誤振込を認める旨の確認書を差し入れていることをもって預金債権を放棄したと解することで、被仕向銀行は受取人に対する預金返還義務が消滅するとした。そして、誤振込金は残存したままとなるので、被仕向銀行に誤振込相当額の利益が生じると考えるのである。これに対しては、実際に組戻しが行われるまでは、確認書の差し入れがあろうとも受取人に預金債権が成立しているとして、判例の法律構成に懐疑的な見解⁷⁹もある。一方で、判旨の「組戻しの方法をとるまでもなく」との言及から、当該判決は、誤振込の場合に被仕向銀行に組戻しに応じる義務があることを明らかにしたのだと解釈し、本件のような受取人の承諾がある場合には、組戻しに応じるべきものといえ、本件被仕向銀行の組戻しの拒否は不当なものとして、不当利得返還請求を認めたとの見解⁸⁰もある。

受取人が誤振込を認めていることをうけ、「債権の放棄」や組戻し手続の効果を認定することで不当利得を認める名古屋高裁判決の法律構成のもとでは、受取人が行方不明で、その権利の放棄につき言及がなかった東京地裁判決においては、不当利得が認められないとも考えられる。ここで、東京地裁判決については、騙取金による弁済の法理(最判昭和 49 年 9 月 26 日民集 26 卷 6 号 1243 頁(以下、昭和 49 年判決))に類似する構成により、不当利得返還請求を認めたものとする見解もある⁸¹。この法理(騙取金による弁済の法理)は、例えば甲から乙が騙取等した金銭により、自己の債権者丙に対する債務を弁済した場合において、右弁済の受領につき丙に悪意または重大な過失があるときは、丙の金銭の取得は甲に対する関係では法律上の原因を欠き不当利得となるものである。これによれば、東京地裁判決のような事案(受取人が預金債権を放棄していない場合)でも、被仕向銀行に悪意または重過失があるのならば、振込依頼人に対する関係では「法律上の原因」を欠き不当利得になると考えられるのである。もっとも、東京地判決の判旨においては、昭和 49 年判決の引用が明示になされていない点から上記法理によるものではないとするものや、被仕向銀行の主観的要件(悪意または重過失)についていかに解するかといった点で議論がある。

⁷⁸ 森口充康「名古屋高裁平成 17 年判批」金法 1753 号 1 頁(2005)、柴崎暁「名古屋高裁平成 17 年判批」金判 1219 号 59 頁、特に 61 頁(2005)

⁷⁹ 松岡久和「名古屋高裁平成 17 年判批」金法 1448 号 11 頁、特に 13 頁(2005)、柴崎前掲注 78 特に 61 頁

⁸⁰ 藤田・前掲注 4 特に 70 頁

⁸¹ 麻生裕介「東京地裁平成 17 年判批」金判 1228 号 6 頁、特に 9 頁(2005)、大滝哲祐「東京地裁平成 17 年判批」横国 14 卷 3 号 285 頁、特に 297 頁(2006)

以下では、議論の多い法律構成に対する検討と、さらにこれを踏まえ、適切な判例のない第三者による相殺について検討する。

(ア) 不当利得返還請求権の構成について

誤振込みの場合に相殺がされそうなときに、振込依頼人からの返還請求を認める法律構成をいかに解するかという問題については、①受取人の承諾を得て組戻しにより対処するか、②受取人に対する不当利得返還請求の勝訴判決に基づき、その預金債権を差し押さえるか、③平成 8 年判決の例外的場合として、受取人の預金債権の成立を否定し、預託金としての性質を持つ誤振込金の返還を認めるか、④何らかの理由により銀行による相殺の効力を否定するか、⑤昭和 49 年判決の騙取金弁済における不当利得返還請求の法理を類推適用し、銀行の悪意の場合において、不当利得を肯定するか、⑥転用物訴権に係る判例理論(最判昭和 45 年 7 月 16 日民集 24 卷 7 号 909 頁、最判平成 7 年 9 月 19 日民集 49 卷 8 号 2805 頁)の延長として、不当利得の実質的、補充的制度趣旨から、対価関係なしに得た利益については法律上の原因があっても不当利得を肯定するとの法律構成が考えられる⁸²。②は銀行による相殺の場合、訴訟は相殺前に行うには、手間のかかる行為であり、対応に遅れ救済方法としては妥当せず、①は受取人の承諾を得られない場合には利用できない。③については、平成 8 年判決が今や預金債権成立の先例となってしまったこと、例外的場合が明らかでないことから不適切である。そして、④については、振込依頼人が誤振込金相当額を回収する際には、受取人の被仕向銀行に対する預金債権を債権代位請求することが必要となるが、その請求のためには受取人の無資力要件を満たすことが必要となり、また受取人の一般債権者との競合可能性を伴い、振込依頼人の救済が薄くなってしまい、不適切である⁸³。また、⑥については、⑤のような悪意重過失要件を要求していないことから、採用しやすいとの考えがある⁸⁴一方で、転用物訴権は、本来物権的請求権の目的物に代わる代替物に対する追求権を言うのであり、振込金の帰属をめぐる物権的アプローチに軸足を置いた解決方法には適切⁸⁵であろうが、契約法的アプローチでは、当然に採用できるとは言えない。これらに対して、⑤の騙取金による弁済の法理を使う法律構成は、まず、不当利得返還と法律構成する点で、平成 8 年判決後、誤振込等における処理に対し機械的に処理せざるを得ないかのような法律構成に対する疑問を解消することができるものである。不当利得制度の本質は、形式的、一般的には正当視される財産的価値の移動も、実質的・相対的に正当視されない場合に、公平の理念に従ってその矛盾を調整するところにあるとされ、この性質をもってこそ、平成 8 年判決がとった原因関係にかかわらない形式的解釈を修正し得るものであるといえる。そして、⑥の構成と比較して、「悪意・重過失」の要件につき両判例とも要件として明示に取り上げることはしていないことから、法律構成

⁸² 三代川俊一郎「東京地裁平成 17 年判批」判タ 1245 号 64 頁(2007)

⁸³ 三枝健治「名古屋高裁平成 17 年判批」民研 580 号 15 頁、特に 20 頁(2005)

⁸⁴ 三代川・前掲注 82

⁸⁵ 牧山市治「東京地判平成 17 年判批」金法 1770 号 81 頁、特に 86 頁(2006)

として採用するには、⑥の構成に劣ると思われるが、類する事実の認定は両判決とも行っている。例えば、名古屋高裁判決においては、銀行が誤振込の事実・受取人の誤振込であることの承認を認識している事実、東京地裁判決においても銀行が誤振込の事実・受取人行方不明のために組戻しの承諾を得られない状況であることを認識している事実が認定されている。敢えて昭和 49 年判決を引用することなく、主観的要件につき明示しなかったのは、銀行の主観的態様を立証しなければならなくなってしまう振込依頼人の負担を軽減する一方、組戻しの依頼のみならず、受取人が不在で承諾が得られない点をも説明しているという事実を鑑み、銀行側に主観的態様の立証義務を負わせたものであると指摘する見解⁸⁶もある。一方で、被仕向銀行は、振込取引制度の運営者として利用者たる振込依頼人が不当な損失を被ることのないよう配慮すべき地位にあるとして、受取人が行方不明であるとか、無資力であるとかにより生ずる債権回収の危険は、もっぱら被仕向銀行が負うべきとして、銀行の主観的態様を斟酌する必要はなく、騙取金による弁済による法理は不適切であるとの主張⁸⁷もある。

私見としては、騙取金による弁済による法理と同視してよいと考える。これに対し、銀行の主観的態様を斟酌する必要はないとする見解の理由は、受取人の無資力等により生じる債権回収不能の危険を、振込制度の運営者たる地位にあり預金口座の管理者である被仕向銀行が負うべきであるというもの⁸⁸である。しかし、通常原因関係を確知することなく預金・振込制度を運用する被仕向銀行に、受取人の無資力等に対する責任を全て負わせようということは、銀行の振込制度の運営者たる立場を鑑みても無理を強いるものであるといえる。一方、不当利得がそもそも公平の観点から認められるものであるとすれば、騙取金による弁済の法理を採用するとしても、振込依頼人と銀行の立場の差を踏まえ⁸⁹、昭和 49 年判決の「悪意・重過失」の要件を緩和すること、無理のない構成であると考えられる。この要件の緩和は、昭和 49 年判決における金銭を騙取された者と債権者(利得者)の関係と比較して、振込依頼人と銀行の関係は、大きく銀行が優位に立つことを鑑み、導くことができる当該要件が振込依頼人と銀行の間の利益考慮を図るという面を持つことから、名古屋高裁判決・東京地裁判決における認定が受取人の対応により、多少異なっていたが、同じ結論をとるに至ったのではないだろうか。

よって、両判決とも、騙取金による弁済の法理に類し、銀行の振込制度の運営者であることに鑑み、公平・正義の観点から、不当利得を認めるという点で要件を変化させつつも、妥当な結論を導いていると考える。

(イ) 第三者の相殺について

平成 8 年判決後、両判決を経て、誤振込による「棚ぼた」が否定される方向になったこ

⁸⁶ 麻生・前掲注 81 特に 8 頁

⁸⁷ 栗原由紀子「東京地裁平成 17 年判批」銀法 662 号 60 頁、特に 63 頁(2006)

⁸⁸ 栗原・前掲注 87 特に 63 頁

⁸⁹ 銀行と振込依頼人には、受取人の資力状況等、情報の格差もあるとの指摘がある。

とは間違いないといえよう。そうだとすると、当然、銀行以外の利得者についても不当利得返還請求を負わせるべき場合が予想できる。もっとも、銀行に対する不当利得返還請求が認められたのは、銀行の振込制度運営者たる地位にあることが大きな理由であるとする、銀行のような認識よりも、より厳格な「悪意・重過失」が要求されると解する見解もある⁹⁰。そこで、悪意あるいは背信性のある悪意等まで要求され则认为ることができる。

3 受取人による払戻請求

銀行(あるいはその他第三者)による差押え・相殺の場合には、「棚ぼた」であることを重視し、当然に認められないのとする考えが、判例・学説の流れであるといえる。対して、平成 20 年判決によれば、受取人は「特段の事情」がない限り、原則として払戻請求をすることができるとされる。誤振込の場合多くの受取人が悪意となると考えられるにもかかわらず、悪意・重過失の銀行に対する扱いと矛盾するといえるのではないだろうか。では、受取人も場合も銀行の場合とパラレルに考え、払戻請求を原則認めるべきではないのだろうか。そこで、判例で判断された銀行による相殺の場合と、受取人自身が払い戻す場合の違いを検討したい。

ここで取り上げる銀行の相殺の場合に銀行に対する不当利得を認めることと、受取人が払戻請求することとはレベルが違い、そもそもパラレルに考えることはできないと考える。銀行に対する不当利得返還請求を認めることは、振込依頼人が原因関係のない誤振込の際の救済の方法として、受取人に対する不当利得返還請求以外の方法を示したものである。一方、受取人の払戻請求権の行使の可否については、受取人への不当利得請求に至る以前に、原因関係なくとも受取人には預金債権が成立するところ、この権利行使はどのようになるかという、振込依頼人の救済方法とは無関係な問題につき検討したものである。そのため、不当利得返還請求できるか、それ以前に払戻請求を認めざるを得ないのかというレベルの異なる問題なのである。

しかし、レベルは違うといえども、被仕向銀行の振込制度運営者としての地位を考慮する考え方は、預金債権の処理を考える際には、有用な考え方であると考えられる。例えば、平成 15 年決定では、受取人には、誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があるとしていることとのバランスを図るべく、両判決において、被仕向銀行についても振込制度の運営者の一員として振込依頼人の要請と矛盾する行動をとらないことを期待することとしたのではないかと指摘がある⁹¹。

4 振り込め詐欺の場合の被害者による債権者代位請求

以上は、平成 8 年判決のもとで払戻請求権が行使できる誤振込の場合の処理であったが、

⁹⁰ 三枝・前掲注 75 特に 17 頁

⁹¹ 大滝・前掲注 81 特に 306 頁注 28

平成 20 年判決が払戻請求さえ認めなかった、振り込め詐欺の場合には、第三者による行使が認められるか⁹²。振り込め詐欺被害者が被害回復のため、受取人(詐欺犯人)に対する不当利得返還請求権を被保全債権とし、受取人の銀行に対する払戻請求権を代位債権として債権者代位請求した東京地裁平成 19 年 10 月 5 日金法 1826 号 56 頁(以下、平成 19 年判決)を検討する⁹³。

(1) 事案

振り込め詐欺の被害者 X が、被振込先銀行 Y に対し、X の振り込んだ 240 万円のうち、被振込先口座の残高相当額 92 万円余りを、同口座名義人 A に対する X の不当利得返還請求権を被保全債権として、A の Y 銀行に対する預金払戻請求権を被代位債権とする債権者代位請求により口座にかかる預金債権の払戻請求を行った。

(2) 判決

判旨は本件について、X の A に対する不当利得返還請求権、A の Y 銀行に対する預金払戻債権の存在を認め、また、口座残金が、X の払込によるものであるとの認定もしている。無資力要件については、口座凍結後も A が何ら措置をとっていないことから、今後も A が払戻請求する見込みがないといえ、その事実を無資力要件判断につき有利に解釈できるとして、A は所在が不明であり、その所在の判明が容易でない本件口座名義人の A は、X の不当利得返還請求権を弁済するについて本件口座に係る預金払戻請求権のほか十分な資力を有していないというべきであり、同預金払戻請求権のみが A の財産として判明している状況において、X がその被保全権利につき満足を得られなくなる恐れがあると解され、X の代位には保全の必要性が認められるとした。

以上のように判断し、X の債権代位請求を認めた。

(3) 検討

平成 20 年判決によれば、振り込め詐欺により振り込まれた預金の払戻請求は、権利濫用として認められない。口座名義人には行使できない払戻請求権を、被害者たる振込依頼人は代位することはできるのであろうか。この点については、判決において特に言及されていない。被告たる銀行側からの主張がなかったためと思われる。

学説においては、代位行使することができるとした上で、法律構成について議論するものが多い。一方で、債権者代位の行使が、あくまで債務者の責任財産に対する権利行使であることに鑑み、債権者代位請求による構成に疑問を呈する考え方もある。この考えの

⁹² 平成 19 年 12 月 21 日に「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(振り込め詐欺被害者救済法)」が成立し、被害者は加害者の口座から被害回復できることとなったが、私法上の関係については今一度整理が必要といえる。(斐涼胤『振り込め詐欺』被害者による名義人の預金払戻請求権の代位」ジュリ 1413 号 114 頁、特に 117 頁(2010))

⁹³ このほかに、同様の法律構成により、振り込め詐欺に係る振込金の返還を認めた判例として、東京地裁平 17 年 3 月 30 日金法 1741 号 41 頁、東京地裁平成 17 年 3 月 29 日金法 1760 号 40 頁がある。

とでも、被害者は銀行を被告として返還請求ができると考えられている。前述の名古屋高裁判決において言及された受取人が権利行使できないと考えられる場合には、振込先の返還先が存在しないとして、銀行に振込金相当額の利得を認めることで銀行に対する不当利得返還請求を認めた。この法律構成を採用し、振り込め詐欺による振込である以上、受取人は権利濫用として、払戻請求権を行使できない。このため、振り込まれた被害金は、被仕向銀行の利得となり、振込依頼人は不当利得返還請求権を理由に、銀行に直接返還を請求できると考えるのである⁹⁴。

しかし、名古屋高裁判決が単に客観的に受取人が権利行使できないことのみならず、銀行がその事実につき知っていたあるいは知らないことに過失があったことについても考慮していると考えられ、銀行の主観的要件により被害者の救済が果たされなくなってしまう可能性がある。

さらに、代位債権が権利濫用により受取人が行使できないものであるとしても、債権者代位できると考えることはできると考える。

この考え方をとる学説は、払戻請求行使できないのは、振り込め詐欺における預金払戻請求権は預金名義人またはこれと実質的に同一と評価し得る加害者が行使する場合にのみ権利濫用となる一身専属的なものと言えるのだとの指摘⁹⁵や、権利濫用というすぐれて個別具体性が問題になり得る判断事項においては、実際に権利行使する者の個別事情(目的・手段等)によりその濫用性が判断されるべき⁹⁶などと指摘して、被害者が代位行使する場合には払戻請求権の行使が認められるとの考えをとる。受取人の払戻請求権の行使が権利濫用と判断されたのは、被害者を不当に害する行為の性質を理由とするものであり、今回は、その被害者が請求しているのであるから、権利濫用により行使できないと考える必要はないと考えは首肯できる。また、債権者代位権は責任財産の保全から認められるとともに、優先弁済機能を有する⁹⁷といった点を重視すると、被保全債権である被害者の受取人に対する不当利得返還請求権と代位債権とする払戻請求権は振り込め詐欺により生じたという点で関連性が強いことから、不当利得返還請求を満足させるため、払戻請求を認めるべき強い要請があると考えることができると思われる。(代位債権者と被代位債権との関係において、被代位債権の代位行使の可否を決すると示唆する意見もある⁹⁸)。

以上の理由により、払戻請求権行使が認められると考えると、被害者ではない第三者が何らかの形で振り込め詐欺により成立した預金債権を行使することはできないと考えられる。その者自身の行為として権利濫用とは言い切れないものの、権利濫用法理が被害者保護の観点から採用されたこともかんがみると、その行使を認めると被害者保護の目的を果

⁹⁴ 裴偉胤・前掲注 92 114 頁、特に 116 頁(2010)

⁹⁵ 平野・前掲注 8 特に 13 頁

⁹⁶ 藤原彰吾「振り込め詐欺による振込の被仕向金融機関の対応」金法 1764 号 24 頁、特に 28 頁(2006)

⁹⁷ 下森定『新版注釈民法(10)Ⅱ』706 頁奥田昌道編(2011)

⁹⁸ 武田・前掲注 59 特に 346 頁

たせないからである。これは、前述の誤振込の場合の処理と大きく異なるものではあるが、振り込め詐欺の特殊性から、妥当な結論であると考えている。

VII 結論

平成 20 年判決を出発点として、預金債権について様々な考察を行ってきた。この考察を経て、預金債権の考え方は、判例の大きな流れとして、①原因関係と連動するとの考え方から、②原因と無関係に成立するとの考えになり、その後、③原因関係とは無関係に成立すると、「棚ぼた」的な利得をどのように処理するのか、振込依頼人の保護をどのように図るかといった観点が問題視されるようになったと考える。また、原因関係とは無関係に成立することにより、預金制度が悪用されるともいえる、振り込め詐欺・マネーロンダリングといった犯罪への対策も要求されるようになったといえよう。

まず、平成 8 年判決が、原因関係と無関係に預金が発生すると判断し、その後も、多くの判例において先例として引用されることとなる。この判例により、②原因関係を要するとする考えから、不要とする考えへ大きく流れが変わったといえよう。振込みが弁済の方法として利用されることが多いことから、原因関係の存在が当然の前提と考えることもできようが、預金関係は、預金契約という原因関係と独立した契約で成り立つことに立ち返れば、素直に預金契約自体の成立の可否の観点から考えることが自然といえ、原因関係を問わない考え方にも納得ができる。

この考えは、預金の帰属についての学説で主張されていた、「主観説」と同視できるものである。ここで、定期預金において判例が認めてきた「客観説」との整合性に疑問が生じる。そもそも、客観説においては前提として、銀行も預金された金銭の実質的所有者も、預金債権の名義を重視していなかった。むしろ、名義と実質的所有者が合致しないことが当然とも考えられていたことがある。しかし、現在では、銀行は預金債権の名義に関心がないということはある程度なくなっている。それは、「金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律」の制定により、預金口座作成時に本人確認がなされるなど、銀行実務を取り巻く状況の変化からも明らかといえる。このような状況から、客観説を支える根拠は現代にはなくなっており、だからこそ、平成 8 年判決の判断がその後も受け入れられることとなったのだと考える。

原因関係を要しないとする流れが定着すると、今度は、③「棚ぼた」的な利得の扱いが問題とされるようになる。つまり、原因関係を要せず預金債権が成立してしまう以上、振込依頼人の振込依頼の誤りにより、本来受取人に帰属することのなかった金銭が振込依頼人の犠牲のもと、受取人に帰属することを良しとしてしまうこととなる。このような場合、原因関係がないことから受取人に対し不当利得請求をすることはできるが、振込依頼人は

受取人の無資力の危険を負うこととなり、十分な救済を図ることはできない。さらに、原因関係がないにもかかわらず成立した預金債権も受取人の責任財産として把握され、第三者の差押えや銀行との相殺がなされることとなる。これについては、差押えも相殺も、それぞれ行使者が受取人に債権を有していることからなされたものであり、それによる「利得」は「法律上の原因」がないとはいえず、振込依頼人はこれらの者に対しては不当利得返還請求をすることはできなくなってしまう一方、受取人が無資力であるなど、本来なら回収できなかった債権が振込依頼人の誤り等により得られるこれもまた、銀行や第三者にとっては、「棚ばた」的利得ともいえるのである。

まず、受取人本人の払戻請求については、刑事法の判例として平成 15 年決定が、詐欺罪の成立という形で、請求を認めないとの考えを示した。これにより、預金債権は成立するが、それを行使できないとする権利濫用論が盛り上がってくることとなる。しかし、平成 15 年決定が銀行との関係で信義則上、誤振込である旨の告知すべき義務があるという理由を挙げるのみであり、振込依頼人に対する何らかの責任を問うものではないようにとらえられること、刑法と民法における法律の統一的解釈についての問題から、刑法と同様に民法においても解釈すべきかという問題もあり、「棚ばた」的利得の処理をどのようにすべきかとの前述の問題を結論付けることは難しい状況であった。

次に、民事法の判例により、名古屋高裁判決、東京地裁判決により、銀行は預金債権との相殺をすることはできるものの、誤振込の事実について悪意あるいは過失がある場合には、その相殺による利得は不当利得返還請求の対象となると判断された。これは、銀行が誤振込がなければ回収できなかった債権を相殺により回収するような「棚ばた」的利益を認めないことに加え、銀行には誤振込の事実を知った場合には、組戻しに向けた調査等の義務があるということも読み取ることができる。このような義務は、銀行に預金制度を運用する者としての責任があることから導かれるといえる。そのため、適切な判例はないが、このような立場にない第三者による差押えの場合には、銀行よりも厳格な要件が備わることで、ようやく不当利得返還請求をすることができると解することとなるのではないかと考える。銀行にこのような義務を課そうとする考えには、平成 15 年決定が受取人に組戻しの利益のために誤振込である旨の告知を要求したこととのバランスを図っているといえる。平成 15 年決定も平成 17 年の各判例も、預金制度の円滑な運用という点で関係者にそれぞれ義務を課しているとはいえると考えられるからだ。もっとも、あくまで、平成 15 年決定(さらには平成 20 年判決)はそもそも払戻請求自体ができるかという段階の話であるが、平成 17 年判決は払戻後に不当利得返還請求できるかという異なる局面における問題を取り扱っていることには注意しなければならないであろう。

さらに、単なる誤振込ではなく、振り込め詐欺の場合が問題にあるいはそれについて言及された判例として、平成 19 年判決と平成 20 年判決がある。

平成 19 年判決は、振り込め詐欺の被害者である振込依頼人が銀行に対し債権者代位請

求をし、詐欺により成立した預金債権を代位行使し、被害を回復することを認めたものである。一見、問題なく成立するようにも思えるが、権利濫用論・その後判断されることとなる平成 20 年判決との関係で、受取人が権利濫用として引き出すことのできない債権を代位することができるのかという問題が生ずることとなる。これについては、被害回復という点を鑑み、権利濫用法理が被害者には妥当しないと考えることで解決できよう。この考えは、振り込め詐欺救済法が積極的に預金口座から被害者の救済を図ろうとする方針と合致しており、このような運用を私法上どのように裏付けるかという観点からも採用することができる法律構成であると考ええる。

最後に平成 20 年判決が、預金債権は成立するとともに、原則として払戻請求も権利濫用となるものではない、と判断した。平成 15 年決定、名古屋高裁判決、東京地裁判決により、「棚ぼた」を認めない方向性が取られているように思われていたことから、過去の議論に戻るような期待外れの判示であったかもしれない。そのような過程があったからこそ、判例の例外的に権利濫用となり得るとの指摘に対し、実質、原則権利濫用になるのだとの考えが生じてきたのであろう。しかし、私は、名古屋高裁判決や東京地裁判決のような「棚ぼた」を認めないとの判例は、あくまで前述したように場面の異なるものであり、あくまで払戻請求できるか、という場面においては「棚ぼた」的利得をも認めざるを得ないとするのが判例の立場であると考ええる。そうだとすると平成 20 年判決は、平成 15 年決定において払戻請求を詐欺罪として認めなかった判例との整合性が問題とされる。確かに、刑法の分野においては、請求を詐欺罪として認めず、民法の分野においては請求を認めたのであり、結果として違いがあることは否定し得ない。しかし、刑法の分野において詐欺の理由とされた銀行の利益である、組戻しとその実行のための調査をする利益は、民法上も認められる権利であると考えすることはでき、民法上、権利として認められるものの、それを侵害したことにより何らかの責任を必ず負わされるとはいえないであろうが、これは東京地裁判決において、銀行に組戻し手続にむけた義務を認めたことから、この義務を認めるにつき、民法と刑法に矛盾はないといえる。このように、刑法の分野においても民法の分野においても、銀行の調査する権利を認めていることには変わりがなく、この点で統一的に解釈することができると思う。このように考えると、平成 15 年決定のような場合は平成 20 年判決における「権利濫用」に当たる場合とはいえないとの解釈も可能となる。判例の言及するように振り込め詐欺の場合やさらに、マネーロンダリングのような場合には、「権利濫用」となると考える。この線引きは、その犯罪が預金制度・振込取引そのものを利用したものであるかという点にある。平成 15 年決定は引き出したことで犯罪となったが、その受取人が預金口座を作り、振込取引をしていたのは犯罪行為のためではない。一方、「権利濫用」となる振り込め詐欺等は犯罪行為を円滑あるいは可能とすべく預金制度を利用したものである。このような利用は、銀行への通達・振り込め詐欺救済法等により認められないことが社会的認識となっており、当然銀行はそのような利用を阻止すべく一

定の責任を有する。このような風潮は利用者に対しても、社会的に容認される銀行制度の利用をすべきとの要請がなされているといえ、それに反する利用は「権利濫用」として、払戻請求権の行使を制限されるのだと考える。このように、平成 20 年判例をもって、「棚ぼた」的利益の否定については、払戻請求の可否においては考慮することなく、原則として認めるとの姿勢をとりつつ、銀行振込制度を利用し犯罪を行うような「特段の事情」のある場合のみ、払戻請求の行使に一定の歯止めをかけることとし、各関係者の利害調節・銀行の社会的役割を果たす結論を導いたといえる。

脱稿日 平成 27 年 1 月 5 日

付記

脱稿後に本論文にかかわる裁判例が出たため、紹介する。

名古屋高裁平成 27 年 1 月 29 日金判 1468 号 25 頁(以下、平成 27 年判決)

(1) 事案

債務超過であった株式会社 A 組(以下、A 組)が株式会社 A(以下、A)に債務を除く権利・設備等を承継させ、任意整理を行うこととなった。A 組の取引先 Y 信用金庫は、A 組の任意整理の通知を受け、A 組の普通預金口座等を支払差止め設定した。

A の取引先である、X が A に対する請負代金として、A の普通預金口座に振込みをしようとしたところ、誤って、A 組の普通預金口座に振り込んでしまった。Y 信用金庫の担当者は、A 組の支払差止め設定を一時的に解除し、X の行った振込みを完成させ、同日、Y 信用金庫は、A 組に対する貸金債権と上記振込金を含む A 組の預金債権とを相殺した。

後日、X は Y 信用金庫に対し、誤振込を理由に返金を求めた。Y 信用金庫がこれに応じなかったため、X が Y に対し、不当利得に基づき返還請求をした。

(2) 判旨

平成 8 年判決を引用し A 組と Y 信用金庫との間に上記振込金相当額の普通預金契約が成立するとした。しかし、Y は本件相殺の時点で誤振込であることを知っていたと認めることができるとしたうえで、Y には、相殺前に、X や A 組合に誤振込みか否かを確認するなどの対処をすべきであったとして、あえて支払差止めを一時的に解除して上記振込みを完了させて直ちに相殺をしたものと認められ、振込制度における被仕向金融機関としては不誠実な対応であったといわざるを得ないとし、正義、公平の観点から、被仕向け金融機関である Y 信用金庫が、事実上回収不能な A 組に対する貸金債権等を本件相殺により回収して、本件振込金相当額について X の事実上の損失の下に利得することは、X に対する関

係においては法律上の原因を欠いて不当利得になると解するのが相当である旨判示した⁹⁹。

(3) 検討

この判決は、名古屋高裁判決、東京地裁判決と異なり、振込人の誤振込の連絡前に相殺を行った事案である。しかし、この判決においても、金融機関が誤振込であることを認識していたことを前提に、「正義、公平の観点から」不当利得返還請求を認めたものである。判旨が、金融機関が誤振込についての認識があったことを前提にして、振込制度において被仕向金融機関としては不誠実であるなどと言及していることから、銀行(信用金庫)が振込制度の運営者であることに鑑み、公平・正義の観点から不法行為を認めているといえる。そのため、名古屋高裁判決、東京地裁判決の考えに沿う判例といえる。

⁹⁹ 藤原正則「平成 27 年判批」金法 2049 号 15 頁(2016)

● 招待論文

適合性原則と私法理論の交錯

一橋大学教授 角田 美穂子

本法科大学院の研究者教員の研究内容の今を伝えるという趣旨から、この度、本誌編集部にご招待いただいたこともあり、2014年に上梓した論文集『適合性原則と私法理論の交錯』（商事法務・2014年）の内容紹介をさせて頂く。光栄にも第2回津谷裕貴・消費者法学術実践賞の学術賞を授与され、学内広報誌(HQ54号)に本書の紹介記事を寄稿したところ「ようやく著書の内容を理解できた」などの感想をお寄せいただいたところでもあり、本誌にも寄稿させて頂くこととした。

I はじめに

1 適合性原則とは何か

本書のテーマである「適合性原則」とは何か？この問いに対する答えは、おそらく国によって、時代によって異なり、専門家の間でも統一した理解が確立しているとは言い難い。まずは、コンセンサスが得られているところから始めることとしたい。

適合性原則とは、大まかにいえば、投資勧誘にあたって事業者は、顧客の目的や人的属性を調査・確認し、そのうえで、それに適合した取引を勧誘・販売しなければならない、逆にいえば、適合しない取引を勧誘・販売してはならないというものである。このルールは、もともとは、アメリカの証券取引の領域における自主規制や行政監督ルールに起源をもつものであるが、1991年国際証券監督者機構(IOSCO)、2004年EUの金融商品市場指令(MiFID)でも採用されるなど、こんにちではグローバルスタンダードとなっていること、わが国においても金融商品取引業者等の行為規制の一翼を担う重要なルールであることは、よく知られている。

ここで、この適合性原則の役割と機能について考えてみると、それは、金融市場の発展と市場の裾野の広がりがもたらす様々な問題への対処を託されたルールということができる。具体的には、金融技術の革新がもたらした商品の多様化・複雑化によって生じたリスク、あるいは、高齢社会の到来を背景に専門家に依存する投資家層の出現といった問題で、これらの物的・人的側面の変化に法はどのように向き合えばよいかが課題とされているのである。

2 問題意識——何故ドイツ法か？

本書は適合性原則をテーマとするなかで、検討の手掛かりをこのルールの母法であるアメリカ法ではなくドイツ法に求めている。それはいかなる理由によるのか、この点については若干の説明を要しよう。

元来、ドイツ法は適合性原則を知らない法制であったところ、後からグローバルスタンダードのルールとして導入するに至ったという経緯をもつ。他方、ドイツには、個人の権

利救済をベースに司法的救済を通じて投資家保護を実現してきた長い歴史がある。言い換えれば、投資家保護において民事ルールが重要な役割を果たしてきた伝統があるということであり、本書はここに着目して、わが国で議論されている民事救済と行政救済との協働のあり方という今日的テーマへの示唆を求めたものである。というのも、ドイツでは投資勧誘・販売の領域において 1990 年代以降に導入・整備された監督ルールと一般民事ルールの協働と、この協働を下支えする精緻な私法理論も展開されているからである。

さらには、ドイツ固有の歴史として、取引のもつ「投機性」に着目した投機取引をめぐる民事ルールに興味深い変遷が観察されることも注目に値する。ドイツでは、先物取引への参加者資格を制限するために特別な「取引能力」制度が採用されてきた。この制度は度重なる変遷を経て「情報提供モデル」(情報提供をもって自己決定を支援する投資家保護のあり方で、情報提供を超えるパターンナリスティックな法的介入を排する考え方)に投資家保護機能を移譲する形で法制度としては消滅したものの、リーマンショックに端を発する金融危機を経て「情報提供モデルの限界」が露呈するに及び、この制度を再評価する揺り戻しの動きがみられる。このような状況にあるドイツは、後に述べるように日本といろいろな点で共通性をみとめることができ、わが国にとって示唆に富むのではないかと考えられるからである。この先物取引能力制度の検討が、本書の分析のいわば「縦糸」としての位置づけを占めている。

Ⅱ 投機取引論から「情報提供モデル」へ

1 ドイツ固有の投機取引論

(1) 取引所法(1896 年)

先物取引に関する特別の取引能力制度は、1896 年に制定された取引所法で創設されたものである。当時のドイツでは、先物取引が大衆を巻き込む深刻な被害を引き起こしており、この混乱をいかに収束させ、先物取引をいかにして健全な形で発展させるかは重要な政策課題であった。それにしても、なぜこのような制度が必要とされたのであろうか。それは、時期を同じくして制定された民法典(1896 年)に、相互の調整をすることにないまま規定されてしまった差金の抗弁を排除することによって、法的安定性を確保し、先物取引市場の機能の十全な発揮と大衆投資家保護の実現を図ることを狙ったものであった。この「差金の抗弁」とは、ドイツ民法 764 条に規定されていたもので、①合意した価格と給付時の相場との差額を敗者から勝者に支払う意図で、物品・有価証券の提供を内容とする契約を締結した場合、それを賭博とみなし、しかも、②差金決済の意図を一方の当事者しか有していない場合にもその点について認識可能性があれば足りるとして、差金取引と認定する要件が緩和されていたのである。賭博とみなされることがもたらす法的効果は、相場で負けて負担した債務は自然債務、つまり、法的に訴求できなくなるというものである。

先物取引取引能力制度は、不適格者は取引所先物取引無能力者として法的拘束力を否定する形で救済する一方(先物の抗弁の承認)、先物取引能力は登記簿への登録によって付与さ

れる(登記のテーゼ)。この登記は、当初、取引所登記(1896年)という取引所が特別の登記制度を創設する形をとったものの普及せずに失敗に終わったことで、1908年には商業登記に役割を委ねた(1908年改正)。こうして1908年改正法では、商業登記に登録された商人は先物取引能力者となる一方、非商人である大衆についてはどうかといえば、法的拘束力を証拠金の範囲内に限定するという措置がとられている(証拠金モデル、1908年法)。

ところで、ドイツの取引所法は、投機取引に対する法的措置として、これまで述べてきた「先物取引能力制度」と並んで、「取引所投機取引」未経験・軽率を利用して「誘惑」した者に刑罰を科す規定も導入した。というのも、先物取引能力制度は先物取引市場への参加者層をコントロールすることによって先物取引市場の発展を企図したものであるが、その出発点においてすでに、投機取引がもたらす社会的弊害に直截的に対処する措置を用意し、機能分担を意図していたからである。なお、この投機取引未経験者の誘惑した業者に刑罰を科す規定は、幾次にわたる金融制度改革を経てなお存続しており、金融危機後ににわかに存在感を放つこととなった。

(2) 取引所先物取引能力制度の本質と機能

ここで、すこし立ち止まって「取引所先物取引能力制度」について検討を加えてみることにしたい。この制度は、「取引所先物取引」を有効におこなう法的資格を登記への登録と結びつけていた。この「登記のテーゼ」は、どのように正当化されたのであろうか。

取引所法の立法資料や当時の文献から明らかになった理由は次の3点である。①投機売買は商行為にあたることから、投機取引を反復継続する者は、「商人」同様の登記義務を課しても過剰な負担とはいえない。その根底にあるのは、②後見的な法的介入は回避すべきであるとの思想、そして、③取引所法という独自の法領域を確立させる要請がある、との認識である。

もっとも、ここに挙げられた理由のみでは、なぜ一定の取引類型のみを対象とした特別の取引能力が構想され、その能力付与と登記登録とが結びついたのかという疑問を払拭することができないであろう。筆者の暫定的な結論は以下のようなものである。取引能力制度の着想は、実質上「商人」と扱うことによって登記義務を正当化したことにかんがみれば、登記のテーゼの手掛かりは商業登記制度に求められるべきであろう。ドイツの商業登記制度の基礎は中世初期のギルドの構成員目録であったとされているが、それは手形行為への参加資格を有する者の登録簿として機能していた。そして、17世紀以降のドイツ、オーストリア、スイスでは、「手形能力」のある者の登録簿として商業登記が法制化されてきていたところ、19世紀にはいって商業登記は、特別の手形能力から商法の領域で活動する商人の公示へと一般化された。このような沿革のなかに、登録簿と特殊な取引をなす資格としての「能力」の接点を見出すことは可能であろう。

(3) 『情報提供モデル』(1989年)、そして、取引能力制度の役割の終焉(2002年)

しかしながら、このドイツ固有の法制度は、一連の金融システム改革というグローバル化の波に洗われ、その機能を失っていくこととなった。すなわち、1989年の取引所法改正

では非商人の先物取引能力は法定の情報が記載された書面が交付され、署名をすれば付与されるという『情報提供モデル』となることで、先物取引能力制度はその投資家保護機能を大きく減殺されることとなったのち、ついに 2002 年の第 4 次資本市場振興法により、制度として廃止されるに至る。

これに代わって投資家保護を担うこととなったのは、監督ルールと民事ルールの協働による「情報提供モデル」である。これは、わが国の目からみれば、より馴染みのある法制への変更であることはいうまでもない。

2 監督ルールと民事ルールの協働による「情報提供モデル」

(1) 監督ルール

・ 1994 年証券取引法

ドイツにおける連邦レベルでの監督ルールの整備は、1994 年に制定された証券取引法による行為規制の導入を待たねばならなかった。そして、これが 1993 年の EU 投資サービス指令(ISD)の国内法化であったことも、以降のドイツ法の改革と発展の方向性を決定づけている点で見逃せない。

この行為規制によって、証券投資サービス提供者には、監督ルール上の行為規範として、①有償事務処理契約上の利益擁護原理が EC 法上の統一基準となるとともに、②十分な技量、注意、勤勉性のある行動の原理、③利益相反の回避に努め、それができない場合に顧客を公正に扱うことの確保、④取引の透明性の確保(重要情報の適切な開示)といった原則が確立することとなった。

また、この段階では適合性原則は行為規範や禁止規範として明確に規定されず「顧客調査義務」としてしか規定されていない。すなわち、顧客の「対象となる取引についての経験または知識、取引で追求する目的、および財産状態」を調査する義務(31 条 2 項 1 号)として、「目的に適った情報をすべて提供する義務」(同 2 号)と共に規定されていた。

・ EU 金融商品市場指令(MiFID)国内法化による「適合性原則」の明文化(2007 年)

この行為規制の転機となったのが、ISD の次世代のルールに当たる金融商品市場指令(MiFID)の国内法化である。ところで、この MiFID の行為規制には、次のような特徴があった。いずれも、後に触れるリーマンショック以降の規制改革と対比して指摘されているものである。①投資家保護の強化と市場活性化策とがリンクしていること。これは、家計の貯蓄を投資へと振り向けて流動化させることを企図したもので、その目的において投資家保護が必要であるとされた。②投資家保護のあり方・方策は「情報提供モデル」志向が打ち出され、プロセス重視の最小限の規制が採用されている。③わが国の金融商品取引法に影響を与えたものであるが、「行為規制の柔構造化」が導入されている。すなわち、顧客を「リテール顧客／プロ顧客／適格相手方」に区分し、証券投資サービスが「投資助言またはポートフォリオ管理／それに該当しない勧誘・販売／注文執行のみのサービス(Execution Only: EO サービス)」のいずれに該当するかによって業者の行為義務の一部軽減・免除するというものである。

投資勧誘ルールとしては、中核をなす「投資助言」またはポートフォリオ管理については「適合性審査」に服させる一方、要保護性の一段低いサービスには「適切性審査」でよしとし、EO サービスであれば一定の要件で適合性審査フリーとされた。そして、ここにいる「適合性審査」は、次のように規定されていた。「投資助言またはポートフォリオ管理を提供する場合、投資業者は、顧客または見込み顧客に適合的な投資サービスと金融商品を推奨するにあたり、顧客または見込み顧客の特定の種類の商品またはサービスに関連する投資分野における知識と経験、その財産状態および投資目的について顧客から必要な情報を取得しなければならない」。このように、プロセス重視のルールにとどまっており、適合性原則はわが国におけるような禁止規範としては規定されるに至っていない。これは、2011年改正まで待たねばならないことになる。

(2) 民事ルール

・ ボンド判決 BGH 1993 年 7 月 6 日

民事ルールとしての「情報提供モデル」の中核を担っているのが、連邦通常裁判所(BGH)の1993年のボンド判決である。それによれば、事業者は推断的に成立する「投資助言契約」に基づく助言義務を負う。ここにいる投資助言契約は、先のMiFIDにも影響を及ぼしたもので、別に投資顧問契約の締結を要するものではなく、ボーナス預金契約に満期が到来したので次の投資はどうしたらよいだろうかと顧客から銀行に問い合わせをした、その助言を求めるという会話の開始をもって推断的に成立するとされている。以降、ボンド判決ルールと呼ばれることになる判例法理は、次のようなものである。銀行は投資助言に際して、①企図されている投資取引に関する顧客の知識状況やリスク許容度を考慮しなければならず(投資家適合的助言)、②推奨される投資対象の特徴・リスクで投資決定にとって本質的重要性を有し、または有し得るものについて、助言がなされなければならない(対象適合的助言)。この助言義務違反の効果は損害賠償である。

・ リベート判決 BGH 2006 年 12 月 19 日

この民事責任法理の発展の転機となったのが、業者がリベートをもらうという自己の利益を隠して投資助言を行うことには利益相反の危険があり、それを開示しなければならないとした2006年のリベート判決である。顧客にはその上でその商品を買うか否かの判断を下させるべきであるとしたものであり、ここに、「情報提供モデル」は投資助言の「質」を問うという視点を獲得したといわれており、その後の投資家保護ルールに大きな影響を及ぼしている。

・ 内部手数料に関する 15%ルール BGH 2004 年 2 月 12 日

このリベート判決のルールと密接に関連するものとして、2004年判決で確立した内部手数料に関する判例法理がある。これは、隠れた形で15%以上の手数料を投資額から抜いていれば採算性の判断がゆがめられ説明義務違反になるというものである。もっとも、リベートと内部手数料の関係は不明瞭で、その後の民事裁判実務上の一大争点となる。

Ⅲ ヨーロッパ・ドイツにおける新たな展開

1 ヨーロッパにおける金融危機以降の規制改革の動向

(1) リテール投資家保護政策の転換

金融危機以降の規制改革の動向に目を向けると、リテール投資家保護政策に大きな方向転換があったことが確認できる。新たな規制の鍵は、リテール顧客を分節化したうえで「金融商品・サービスの消費者」に着目している点にある。すなわち、①リテール投資家を平均的リテール顧客と「家計による投資家」に分節化したうえで、②規制の失敗、「情報提供モデル」の限界を踏まえた投資助言の規制を強化する。そして、③「家計による投資家」保護については、消費者法における製品安全規制を参照するというものである。

(2) MiFID-II (2014年5月13日成立、7月2日発効、国内法化期限2016年7月2日)

EU レベルでは金融危機を踏まえた大規模な改正(MiFID-II)が2014年5月に成立しており、2018年1月に全面施行を控えている状況にある。ここでは、次のような投資家保護ルールが導入されている。

まず特徴的なのが、①市場への悪影響など一定の問題性が認められる商品の販売禁止を含む介入規制の導入である。そのほか、②EO サービスへの参入規制(アクセス制限)という、適合性原則フリーのサービスで提供できる商品や投資家層に絞りをかけるルールも導入している。加えて、「情報提供モデル」の質を担保するための措置として、③報酬ベースの投資助言というカテゴリーが創設されている。すなわち、ボンド判決ルールが前提としていた推断的に成立する無償の「投資助言契約」の限界を踏まえ、(a)第三者からの報酬の不存在が担保され、(b)広汎な市場分析に基づいた、(c)自己に密接に関連する事業者に限定しない投資商品を推奨する、独立した有償のサービスが構想されている。そのほか、④「情報提供モデル」の改善として、投資推奨の根拠を記す文書作成義務の導入、付随的投資助言における価格・コスト・第三者への報酬・利益供与に透明性を確保するためのルール整備がなされることとなった。

(3) 司法的救済を強化する統一ルールの模索

金融危機以降、ヨーロッパ各国においても損失を被った投資家が投資商品を販売・勧誘した金融機関に損害賠償を請求する訴訟が頻発している(「訴訟洪水」ともいわれる)。MiFID-II の審議過程では、これらの民事ルールを通じた投資家の司法的救済を強化するルールを模索する動きもみられた。投資家に対する重要事項説明書(Key Information Document)の規則の審議過程において、行為規制違反の行為(過失ないし違法性)と損害の発生との因果関係につき、立証責任を転換する旨の規定の導入が検討されたことがそれであるが、結果的には実現をみていない。もっとも、同じ内容は、ドイツでは説明義務損害賠償法理で実現しているものである(後述の「金利賭博」判決ほか)。

2 ドイツ法の新たな展開

(1) 「情報提供モデル」の軌道修正

EU レベルでの改革と平行に、ドイツにおいても2009年、2011年、2013年と相次

いで法改正がなされている。まず、社債法および投資家保護に関する法律(2009 年 7 月 31 日)では、個人顧客への投資助言に「記録調書(Protokolle)」作成義務を導入し、民事ルールとしての「情報提供モデル」を監督ルールにより補強する措置が講じられている。

つづいて投資家保護および資本市場機能の改善に関する法律(2011 年 4 月 7 日)では、監督ルール上の「情報提供モデル」の強化が図られている。まず、①それまで「顧客調査義務」を定めるに過ぎなかった適合性原則がここに至ってはじめて行為規範として規定され(違反には秩序違反・過料)、連邦金融監督庁に投資助言の「質」のコントロール権限が付与されるに至った。くわえて、②利益相反規制が強化され(違反には秩序違反・過料)、③投資助言、販売、コンプライアンスに責任を負う従業員に登録制が導入されたほか、④投資家保護規定違反の制裁措置に投資助言業務停止命令が加わっている。同法では「情報提供」のコンパクト化もおこなわれており、「簡潔で理解が容易な情報書面」の交付が義務づけられている。

ドイツの投資助言実務の改革を企図して制定された、報酬ベースの助言の振興と規制に関する法律(2013 年 7 月 15 日)は、MiFID-II が採用した投資助言の「質」確保措置の先取りである。

(2) 一般民事ルールの「情報提供モデル」における新展開

監督ルールの改革と軌を一にする形で、司法的救済にも展開がみられた。

なかでもエポック・メイキングだったのは、BGH2011 年 3 月 22 日の CMS スプレッド・ラダー・スワップ判決——通称「金利賭博」判決である。そこでは「本件のように高度で複雑な商品の事案においては、取引のリスクに関する説明は、基本的に顧客に助言をした銀行と同様の専門知識を顧客に保障するものでなければならない」と実質的販売禁止に近い、極めて高度な説明義務を課し、本件スワップ「契約締結時点でネガティブな市場価値を組み入れた点で重大な利益相反があったといえ、ここに顧客の利益が害される危険性が存在した...指標価格の 4%のネガティブの市場価格である旨を説明しなかった点で助言義務違反があった」としている。

監督ルールとの協働という点で注目になるのが、BGH の 2014 年 6 月 3 日判決であり、そこでは、投資助言契約に基づき助言をした銀行は、2014 年 8 月 1 日以降、第三者から隠れた「内部手数料」を受領していた場合、その金額の多寡を問わず、その旨を説明する義務を負うとの判例法理が定立されている。報酬ベースの助言に関する規定(2013 年 7 月 15 日法)が 2014 年 8 月 1 日に施行されることを受けての判断である。

(3) 学説の動向

●「機能上の民事ルール」と一般民事ルール

近時のドイツで支持を得ている議論に「機能上の民事ルール」という概念がある。これは、契約法と領域を共有する公法規制を切り出し、公私協働のあり方を議論する際に用いられているものであるが、EU 法という特殊事情も加わって、MiFID 国内法化のルール(監督ルール)と一般民事ルール(国内実体法秩序)の抵触をめぐる議論という実益をもつ議論と

して激しく争われている問題である。

見解は3つに分かれており、①機能上の民事ルールの特権性——MiFIDの定めるルールは監督ルールであると同時に民事ルールでもあるという二重規範(Doppelnorm)性を肯定する立場、②一般民事ルールの特権性——国内実体法秩序の自律性を認める立場、③折衷的に、反射効を認める立場(参照できるが、しなければならないわけではない)である。立場の分岐点は、MiFIDのフル・ハーモナイゼーションの射程をめぐる理解であることはいままでもない。

そのようななか、欧州司法裁判所の2013年5月30日判決は、「投資助言上の義務(適合性原則)違反の効果の問題は国内法秩序で確定すべき問題」であるとして、③に親和的な判断を示した(リテール顧客に対するスワップ契約の不当販売(適合性・適切性審査の懈怠)が問題となった事案)。一方、EU各国において業者にMiFIDルール違反はなかった事案でも損害賠償責任を負うかが争われているが、消極(イギリス)、積極(オランダ、スペイン、イタリア)と判断が分かれており、引き続き注視していく必要がある。

●「情報提供モデルの限界」

もうひとつの近時のドイツの学説のキーワードに「情報提供モデルの限界」がある。その文脈は様々なものがあるが、ひとつには、適合性原則の理解として、情報過多への対処として、投資家・投資対象適合性にくわえて「投資家理解能力適合性」が要請されるとの理解が普及しつつある。これは、情報を理解するリスクの業者負担へ転換を肯定するものである。

さらには、監督ルール違反に司法的救済を実現する途も模索されている。説明義務の内容を、金利賭博判決のように事実上の禁止規範にまで高度化することを肯定するほか、禁止法規違反による無効、暴利行為論、賭博の抗弁、錯誤論などが候補に挙げられている。

ここで注目しているのは、この模索にあたって、立法論として「先物取引能力制度」の経験が参照されていることである。近時のEU立法では、先のMiFID-IIとは別に、一定の複雑な投資商品につき小口投資家にアクセス制限措置を導入する例もみられるところであるが、この動向を、「洗練された投資家にアクセス限定する」アメリカ法を参照しつつ、「先物取引能力制度」を現代化したものとして評価しようというものである。

IV 結び——わが国への示唆

1 わが国における民事ルールとしての適合性原則の特徴

最後に、これまでのドイツ法の検討を踏まえて、わが国における適合性原則の特徴と課題をスケッチして結びに代えることとしたい。

わが国においては、最高裁平成17年7月14日判決(民集59巻6号1323頁)によって、適合性原則は「公法上の業務規制、行政指導…自主規制という位置づけではあるが…適合性原則から著しく逸脱した勧誘(は)…不法行為上も違法となる」との判例法理が確立された。この判示は、「著しい」というクッションはあるものの、「機能上の民事ルール」に

相当する監督ルールと一般民事ルールを架橋したという意味で、二重規範論に近い反射効を肯定した画期的な判決であったといえることができるであろう。

他方、わが国における投資家の司法的救済は、信義則上の説明義務違反を根拠とする損害賠償責任(しばしば柔軟な過失相殺を伴う)によって実現されることが多く、説明義務違反の法理と民事ルールとしての適合性原則との関係をめぐる理解も帰一するところはない。しかし、比較法を踏まえていうならば、適合性原則との切り分けがうまくいっておらず、本来、狭義の適合性原則で扱われるべき問題も説明義務違反で処理されているように思われる。義務違反行為と損害発生との因果関係の認定、説明すべき事項・対象の絞り込み等などについても、「機能上の民事ルール」論を踏まえ、司法的救済の果たす役割・機能に相応しい運用、立証の緩和措置の工夫が探られてしかるべきではあるまいか。

2 適合性原則の機能と多層性

わが国では、投資サービス論の初期段階から、適合性原則を広義／狭義に分けて議論がなされてきたが、近時のドイツ・ヨーロッパにおける「情報提供モデルの限界」論は、この議論枠組みを再評価すべきことを示唆しているように思われる。その際には、狭義の適合性原則が商品特性／投資家の属性を組み合わせた行為規制であることから、賭博論が商品特性による絶対的禁止規範であるのとは異なり、相対的禁止規範であることの特性を活かすことが望ましい。

また、適合性原則は、元来、「機能上の民事ルール」であることからすれば、それを受け止めて協働する一般民事ルールのあり方は、単一ではなく、弊害への直截的措置を意味するような公序論や、能力論のような市場の健全性確保措置などの多層性を承認すべきではなかろうか。

※ 本稿は 2015 年 4 月 24 日金融庁金融研究センター金曜ランチョンにて行った講演をもとに再構成したものである。席上で賜った貴重なご教示にこの場を借りて御礼申し上げる。また、本書の問題意識や今後の展望につき、第 2 回津谷裕貴・消費者法學術賞受賞スピーチ・現代消費者法 31 号 50 頁以下も参照されたい。

働き方としての民法教員

一橋大学専任講師 小峯 庸平

I	はじめに
II	法学研究者の道との出会い
III	働き方としての民法教員
IV	現在に至るまで
V	おわりに

I. はじめに

この一橋ローレビューの読者の中に、将来大学で法律を教えたいと考えている方はいるだろうか。おそらくいないだろう。私自身もロースクールに入ったばかりの頃は、はっきりとそう考えていたわけではない。なぜなら、そこに至る道がどんなものであるか、よく分かっていなかったからだ。私がロースクールに入ってから 6 年余りの時が経過したが、その間どのような道をたどって私が現在ここにいるのかをご紹介しますことで、読者の将来の進路の選択肢の一つとして、大学教員という道があることを知っていただければと思う。

II. 法学研究者の道との出会い

ロースクールに進学した時点で私は、他の多くの学生と同様に、司法試験を受験し、実務家になることを志していた。いずれかといえば民事法の勉強を好んでいたために、弁護士あるいは(民事)裁判官になればと考えていたが、自分が教壇の上に立っている姿は、イメージしたこともなかった。

(1) はじまりは、ロースクールの講義

そんな私が法学の研究をしてみたいと思うに至ったきっかけは、ロースクールの授業だった。在籍していた東京大学法科大学院では、第 2 学年前半に民事系判例研究という授業が存在した。この授業自体は、あらかじめ選択された判例について、評釈のためのスキルを学ぶためのものだったが、この授業を担当されていた森田修教授より、自由に選択した最高裁判例について評釈せよという自由課題が課された。私がこの時選択した判例は、集合動産譲渡担保権に基づく物上代位の可能性を判示した最判平成 22 年 12 月 2 日民集 64 巻 8 号 1990 頁だった。この課題にあたった当時、この判決が出てから半年ほどしか経過して

おらず、公表されていた評釈もほとんどなく、暗闇の中を手探りで進むような感覚だったことを覚えている。森田修教授曰く、評釈というのは判例の持つ先例的意義を確定する作業であるが、そのためには、対象判例だけでなく、さらにその先例となる判例を定め、この先例との比較を行う必要がある。このときの自由課題においては、対象判例を選択したものの、どの判例を先例として、どのような軸で比較を行うか、それ自体を記した文献がほとんどない中で、自力で方針を立てる必要があった。ただ、思い返してみれば、この時初めて、自分で課題を設定し、自ら議論を組み立てることの楽しさを見出したのだろうと思う。

(2) リサーチペーパーの苦悩

判例評釈の自由課題について、森田修教授から個別に講評をいただいている最中に、この評釈を土台にリサーチペーパーを書いてみないかと提案があった。評釈を書きながら楽しかったことに加えて、リサーチペーパーでは評価 A ほぼ確定で 2 単位もらえるという現実的な(?)理由もあり、リサーチペーパーに挑戦することに決めた。

振り返ってみると、ここで研究という活動の難しさを思い知らされることとなる。評釈という課題においては、対象判例を確定すれば、何をなすべきかはある程度定型的に決まっていたが、リサーチペーパーにおいては、それ以上にテーマ設定の幅も広がり、調査すべき文献の範囲もより広いものとなる。自由課題で作成した判例評釈を土台とするために、担保権の実行時期の選択の自由と集合動産譲渡担保権における担保動産を用いた営業の継続の保護のあいだの調整をテーマとして掲げたが、このテーマを論文にするための、具体的な問いの立て方に難航し、結果的には担保法と倒産法の双方を調査しなければならず、リサーチペーパー作成のために与えられた半年弱の時間の中では、十分な調査を行うことができなかった(リサーチペーパーの指導をお願いしていた森田修教授からも後日、何を言いたかったのかわからなかったとの辛辣なコメントをいただいている。)

このような次第で、自身を失っていたロースクール 2 年生当時の私は、森田修教授から、幸運にも研究者の道を志すつもりがないかと声をかけていただいていたにもかかわらず、これを社交辞令のようなものだと思い、あまり本気では受け止めていなかった。

(3) 同級生の存在

リサーチペーパーの提出と時期を同じくして、東京大学法科大学院ローレビュー編集委員の募集があった。同委員は、学生の投稿論考について、一定の水準に達しているかなど、定められた基準に合致しているかを審査し、掲載の可否を審査する業務を担当している。

自分のリサーチペーパー作成経験に基づき、同級生がどのような論文を書くのだろうかということについて深く興味を持っていた私は、審査の過程で多くの論文を査読することができるまたとない機会であると思い、委員の募集に応募した。

ここでの体験は、二つの意味で多くの経験をもたらしてくれた。第一に、投稿された論考は、極めて多種多様な分野に及び、その水準もさまざまであった。さまざまな完成度の論考を読む過程で、その中にはプロの学者の書いている論文の完成度に近いものもあった。このことにより、そのような世界と自分のいる場所が全く別世界というわけではなく(長い道のりの先にはであろうが)地続きであると感じるようになった。第二に、編集委員をともに務めた諸先輩や同級生から、様々なことを学んだ。はじめから研究者を志している委員もあり(現実には半数近くの委員がその後研究者になっている)、そのような同級生や先輩と、投稿論考の評価をめぐって議論を進めるうちに、一つの論文を評価するにも様々な視点があり、そのような考え方の違いに触れることが、知的好奇心を強く刺激されている自分に気が付いたのである。

Ⅲ. 働き方としての民法教員

このようにして法学研究者という生き方に興味を持った私だったが、現実にはどうすればそうなれるのか、職業としての教員の働き方も分からなかったために、具体的な将来の進路としての具体的な選択肢とはなっていなかった。

これまでの自分の経験と、諸先輩方のお話を踏まえると、働き方としての民法教員の特徴はおおよそ以下の通りまとめることができる。

(1) 研究者・教育者・大学職員という三つの顔

大学の教員を職業とする場合、研究者としての顔、教育者としての顔、大学職員としての顔、という三つの顔を使い分けていくこととなる。

第一に、根幹にあるのはやはり研究者としての顔であろう。大学は教育機関であると同時に研究機関であり、各々の教員が独自に研究活動を行っている。また、学内学外を問わず研究会が組織され、複数の教員が共同で研究を行うことも多い。もっとも、後述のとおり、その内容については広い裁量が認められている。

第二に、学生の立場から見て最も親しみがあるのは教育者としての一面であろう。私自身未だ経験は浅いが、授業を実施するにあたっては、取り扱う内容の確定、教材の選定、授業全体のスケジュールの策定等、決めるべきことがさまざまある。カリキュラム上求められる内容と、学生のレベルを念頭に置き、定められた時間の中で説明を管轄させるためにレジュメ及び講義ノート(あるいは台本)を作成するのは、想像以上に時間を要するだけでなく、創造的な作業である。

第三には、大学の職員という顔が存在する。大学教員は大半が各学部(各研究科)教授会のメンバーとなり、その運営の方針について議論する。また、これだけではなく、入試の実施に関する業務や、カリキュラムの作成に関する業務等、大小様々な委員会が組織されて

おり、その構成員としての業務も存在する。

先ほどから登場している森田修教授曰く、第一に研究者であるべきである。もっとも、研究者としての顔、教育者としての顔、どちらにどれだけ注力するかは、教員ごとにさまざまであるように感じる。授業のための準備の過程で、新たな研究課題に行き当たることもあるだろうし、自らの研究の成果をいち早く公表する場として授業の場を用いるのであれば、二つの側面は相互に影響を与えるものであり、車の両輪のようなものだと見ることもできるのではないだろうか。

第三の顔についても、大学という研究教育の場を維持していくためには不可欠な業務であるが、大学の業務に忙殺される諸先輩方の顔色を見ると、やはり研究教育が本職であるということを、改めて実感するのである。

(2) 高い自律性

少なくとも私の経験に基づく限り、研究者として働くにあたっては、極めて広い裁量が与えられている。キャリアの初めのうちは、指導教員の指導を仰ぎながら研究を進めることになるが、あくまで、自らの興味関心に従った研究をするための手段や方法について指導を受けるのみであって、テーマの選定については本人の自由に委ねられている。また、方法論上の指導を受けることがあったとしても、結論を出すのは自分自身である。

働き方として、実務家との最も大きな違いはこの点にあるように感じる。実際に働いたことがあるわけではないので無責任な物言いしかできないが、弁護士であればクライアントの依頼によってテーマが定まり、主張の方向性も依頼人の利益になるように限定されることになる。裁判官であれば、結論を下す主体となることはできるが、係属した事件にテーマが拘束されることとなる。

もっとも、ここまで自由があることを強調してアピールをしてきたが、良いことばかりではない。テーマを自ら決めるということは、自分の興味関心が枯渇してしまえば、研究はそこで立ち往生してしまうことになる。調査すべき文献が大量にあり、あるいは必要な資料が見つからない場合、苦しい思いをすることになるが、なんでこんなことをしているのだろうと自問してみても、自分が面白いと思ったからという答えしか返ってこないわけである。言い換えると、どんな苦勞をしようとも責任はすべて自分に帰属する。働き方としての自由さについても同様であり、論文の執筆に力を傾けすぎた結果、現に私は締め切り当日にこうして筆を走らせている。

IV. 現在に至るまで

以上のようなことを迷いに迷って、ロースクール最終学年の10月1日、私は森田修教授の研究室のドアをノックする。こんな私だけけれどこの道で生きていく資格はあるのだろう

かと、相談に行ったつもりだったが、返ってきた返事は意外や意外、相談に来るのが遅すぎる、やるなら今この場で決めよう、というものだった。教授にとってみれば、リサーチペーパーの指導以来、気にかけていてくれており、指導の過程で勧誘をしたものの、私が断ったという形になっていた。それから、大慌てで手続きを進め、次年度の4月から東京大学で助教として採用され、無事、3年間で助教論文の執筆に取り掛かることになるのである。ここには読者諸君に伝えたい教訓が二つある。まず、(人にもよるが一般論として)教員側としては学生が研究者の道を志すことを大いに期待しているようである。自身を過小評価してチャンスを逃すこと程もったいないことはない。つぎに、少しでも気になっているなら気軽に早めに仲の良い教員に相談しておくのが良い、ということである。

その後の私の人生はというと、様々なトレーニングを通じて論文執筆の基本的な手法を学び、3年間で一本の論文を書き上げ、この拙い論文を幸いにも評価していただけた一橋大学に講師として採用されて現在に至っている。助教として採用されていた3年間は、教育活動や大学の事務的業務から手厚く保護され、給与を受け取りながら研究活動に専念することのできるという、極めて恵まれた環境に身を置くことができた。一橋大学でも、漸く同様の趣旨の特任助教というポストが整備され、ロースクール修了生のリクルート体制が強化されている。

V. おわりに

回顧録のような日記のような拙い文章に最後までお付き合いいただいた読者には尊敬の念を禁じ得ないが、結局のところ、言いたいことを簡単にまとめると以下のようなになる。実務家を志してロースクールに入った私のような学生であっても、レポート一本をきっかけに気づけば大学の教員になっていた。この間には、森田修教授をはじめとする教員との出会いはもちろん、同じ道を志すことになった同級生や先輩との出会いが不可欠な要素として作用している。少しでも興味を持っていただけたのなら、司法試験に一直線に向かったその目線を、ほんの少し横に広げてみていただけると幸いである。

編集後記

本号刊行に向けた作業は、第1号の編集委員でもあった伏見宗弘弁護士が開始し、これを一橋大学法科大学院のロー・レビュー担当教員の森村進教授および角田美穂子教授が支援ないし引き継ぎ、最後は、本学の酒井智之特任助教と私がお手伝いをさせていただく形になりました。

業務の承継が必ずしも円滑に行われなかったこともあり、予定した時期に刊行することができませんでした。とりわけ、早々に力作をお寄せくださった藤田昭平弁護士、三柴萌実弁護士（いずれも一橋大学法科大学院修了生）には、刊行まで長くお待たせすることになり、お詫びを申し上げます。

難産だった第2号ではありますが、各論考の内容はそれぞれにたいへん興味深いもので、私自身は、ロー・レビューという場を設けることの意義を改めて感じております。

今後は、順調に刊行を続けることができるような体制が構築されることを願います。

一橋大学法科大学院の在学生、修了生そして教員におかれましては、引き続き、一橋ロー・レビューへのご支援を賜りますようお願いいたします。

2017年9月

小粥 太郎