

【論  
説】

振込取引と指図の法理

- 一 振込取引と入金記帳の法的構成
- 二 フランス法における振込学説
- 三 おわりに

柴  
崎  
暁

「一」本稿は、銀行振込取引という法現象を、論じようとするものである。とりわけ、最判平成八・四・二六<sup>1)</sup>が示した振込取引の抽象性ないし無因性、すなわち、入金記帳行為による預金債権の発生と、振込取引の実質関係との効力的牽連の切断という現象を正当化しつつ、その一方においてまったく振込依頼人の意思に基かない資金移動からのその正当化根拠を奪う<sup>2)</sup>ことを帰結する、指図 (dégagement) の構成の可能性について論じるものである<sup>3)</sup>。

(一) 最二小判平八年判批——塩畑一男・銀法五二四号一頁、野村豊弘・金判九九九号二頁、伊藤壽英・金判一〇〇一四三頁、川田悦男・金法一四五二四頁、木南敦・金法一四五五号一頁、石井眞司・金法一四六一四頁、岩原紳作・金法一四六〇号一四頁、牧山市治・金法一四六七号二頁、松岡久和・ジュリ平八重判七三頁、前田達明・判評四五六号三〇頁(判時一五八五号一九二頁)、大西武士・判タ九一八号一四頁、中田裕康・法教一九四号一三〇頁、花本広士・法セミ五〇二号八八頁、秦光昭・法時私法判例リマックス一九九七(下)一一頁、柴崎・早稲田法学七五卷一三〇一頁。論説——小笠原〓川田〓後藤〓野村〓松本「誤振込と預金の成否をめぐる諸問題」金法一四五五号一九頁、菅原胞治「原因関係を欠く振込取引の効力(上)(下)預金債権の成立と免責理論」銀法五一五号二六頁・五一六号三八頁、山田誠一「誤った資金移動取引と不当利得——最三判平三・一一・一九を手がかりとして(上)(下)」金法一三三三四号一一二〇頁、一三三五号三三三〇頁、石井〓伊藤〓上野「振込依頼人による誤振込をめぐる法律問題」銀法五二四号、今井克典「振込システムの法的構成(一)〓五完」名法一六〇一六四号、大西武士「全銀内為制度における振込の法的性質(一)〓(三)」手研四四四号四一一三頁、四四六号二四一三一頁、四四七号二八一三五頁。早川徹「誤振込と預金の成否」関法四七卷三三四九頁以下、田邊光政「ドイツにおける振替取引——現金を用いない合理的支払取引——」阪南論集一一卷二号一五頁以下、松井雅彦「西ドイツ振替取引における『貸方記帳』について」同志社法学三二卷五・六号三三九頁以下。単行書——後藤紀一・振込・振替の法理と支払取引(一九八六年、信山社)、特に、入金記帳行為の法的性質について八六一〇六頁、不当利得と対価関係欠缺について一六六一一六八頁、ドイツ法における誤記帳訂正権について二四一一三三頁、木内宜彦・金融法(一九八九年、青林書院)、西尾信一・銀行取引の法理と実際(一九九八年、日本評論社)、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(有斐閣、二〇〇〇年)一一三一一一九八頁、HAMMEL (Joseph), Banques et opérations de banque, tome 2, 1943, pp 221-323; CARRILLAC (Michel), Chèque et virement, 2e ed., 1980, Litec. 未熟ながら私見を展開した柴崎「振込取引における入金記帳の『抽象性』」

山形大学法政論叢一三〇一—一三四頁。近時在澤英俊「無因契約としての入金記帳——平成八年判決を契機に——」慶応義塾大学法政治学論究七三〇一—四三頁以下を見るが、従前の有力な見解に倣って無因債務承認が日本私法で自明に法認されているとの立場を採る。

(2) 本稿の出発点は、前田達・前掲判評四五六号三四頁において示された「仮に振込に『無因的性質』を認めるとしても、本件〔最判平成八年……引用者〕は、振込行為そのものの錯誤……であって、……民法第九五条を検討する必要がある」との認識に他ならない。この視点はおそらく、野村豊・前掲金判九九九号二頁をはじめとして、民法学説において広く支持されているところではないだろうか。

(3) 特に、入金記帳を無因債務承認と解する立場では、この「まったく振込依頼人の意思に基かない資金移動からのその正当化根拠を奪う」ことはできない（不当利得法による救済のみが認められる）。その一方で、単純に消費寄託一般そのものとして振込の過程を説明しようとするれば、最判が認める「預金債権の発生と、振込取引の実質関係との効力的牽連の切断」が満たされない。二つの要求を同時に満たしうる解は、入金記帳による返還約束が、当該返還約束外の、振込依頼人の意思表示の有効性に依存する制度を想定する以外にはない。同様の着想は、既に藤田寿夫「三者不当利得——振込・指図を中心に」法時七六卷五号八九頁以下によって示されているところである。これにより入金記帳無因債務承認説と比べるとはるかに過剰行為の危険が減殺されうる。指図の観念に拠る振込取引の分析は、これを多角的法律関係（椿寿夫「民法学における幾つかの課題」(七)法教二三二号五七頁にいう「三者全員が文字通り契約当事者として向かい合う」「安全」である反面「処理が簡便」でない、古代由来の制度の多角的法律関係の類型に該当する。一般には「全員参加型多角的法律関係」は「安全」を過度に重視し迅速性が劣るといわれるものの、指図理論によれば振込依頼人の関与による当事者の意思保護（安全）を保障しつつ、指図のもたらず抽象性によって法律関係の迅速・簡便な処理を確保することが同時に満たされ得る）として考察することを意味するのである。入金記帳は、決して自足的で孤立した単純約束ではない。

## 一 振込取引と入金記帳の法的構成

〔2〕 振込取引による預金の成立は、被仕向銀行による入金記帳がなされることによつて確定的となる。この預金の成立をどのような行為として私法上性質決定するべきかが論じられよう。

受取人は被仕向銀行との間で締結する基本契約によつて預金を予約している。預金規定ひな形の類では、内国為替による預金の受け入れが定められている。預金は一般には金銭消費寄託と解されているが<sup>1)</sup>、寄託の要物契約性を考慮すれば、為替による入金<sup>2)</sup>は厳密に言えばそれによつて要物性を充足するものではない（日銀ネットによつて仕向・被仕向銀行間の一種の集团的交互計算がなされたといふべきである）から、いったん別の権原で成立した債権に準消費寄託をもつて預金債権たる性格を付与する取引<sup>3)</sup>でも解するほかにない（そのかぎりにおいて消費寄託説<sup>4)</sup>は正しい）。したがつて預金の成否を問う上で、明らかにしておくべきなのは、ここにいう別の権原による債権を発生させる行為とはなにかという問題である。

譲渡説<sup>5)</sup>（指名債権譲渡の觀念による説明）にも難点がある。振込受取人は債権の譲受人ではない。仮にそのような構成を用いるとすると、一旦は被仕向銀行による債務引受が行われ、その上で依頼人から受取人への指名債権譲渡が行われることになるか、被仕向銀行に対して依頼人から仕向銀行に対して有する預金債権を指名債権譲渡<sup>6)</sup>の給付を預金の受け入れの原資に充当するということになるか。そのとき、出発点として依頼人が仕向銀行に対して債権を有することが前提となるため、当座貸越による資金が用いられるような場合には、債務引受も債権譲渡も目的物を欠く行為となる。また、これらの指名債権譲渡は、確定日付証書で確認されるわけではないから対抗要件を欠く

こととなり、振込依頼人の債権者がこの預金債権を差押えた場合には、受取人は預金を奪われることになるがそれによいのであろうか。

無因債務承認説<sup>7)</sup>によれば、今度は過剰行為となる危険がつきまとう。実体的な意味における無因債務承認<sup>8)</sup>として入金記帳が行なわれているとすれば、原因関係（依頼人と預金者との関係）、資金関係（依頼人と仕向銀行・仕向銀行と被仕向銀行）からの独立は勿論のこと、振込依頼人において全く何ら預金成立を意欲していない場面（例えば、仕向銀行の自発的過誤振込通知）においてさえ、入金記帳はそれ自体として独立の法律要件として預金債権を発生させるものといわねばならない<sup>9)</sup>。また、振込依頼人・仕向銀行の関係に委任、仕向・被仕向の関係に復委任の観念を用いる見解は、それぞれの当事者間の実質関係を描写するものとしては正しい。しかしそれだけならば、その委任の内容のとらえかたによっては、事柄を正しく説明できない。債務の弁済・立替払の委任であるというなら、弁済によって消滅すべき債務が存在していなければ、委任事務自体が原始不能であり、これを目的とする財産移動には給付保持力が伴わない。この見解では入金記帳の部分だけをこの委任とは独立させて、無因債務承認と解するしかないはずであるが、そうであれば今度は偽造振込であっても、あるいは、振込などという事実がまったく存在しておらず、被仕向銀行の過誤により、かつ、重過失ある錯誤によってこれがなされると、無から有を生じるように、預金が発生することになりはしないか。果たして合理的な解決であろうか。ましてや日本私法において無因債務承認を許容すべきかも議論があることには多言を要さない<sup>10)</sup>。

〔3〕「原因関係必要説」 また、いずれの性質決定を採るにしても、原因関係が存在しない場合の振込による預金の不成立を主張することは論外であろう。振込自体の意思表示には原因関係の如何は含まれていないからである<sup>11)</sup>（このような意思を当事者が有するものとして認識しなければならぬ根拠として振込の仕組の経済的役割を示した

最判平成八年の判旨を参照)。さらにいえば原因関係必要説を採る最判平成八年の原審においては、問題となつてゐるのが第三者異議の訴であるのに、必要説の結果預金不成立を観念するので、差押の対象が存在しないことを主張することとなるから、却つて第三者異議の訴は棄却されねばならず、ここでは原因関係必要説を採る実益はない(他方差押債権者も第三債務者に取立ができない。債権がないのであるから)。

〔4〕預金通貨説 このような契約法的性質決定を放棄し、これを「預金通貨」という金銭でも動産でもない、民法が認めないような特別な財貨の移転ととらえる立場も主張されているが、このような「命名」はその経済上の目的を示す用語としてはともかくも、法学的な性質決定になつておらず、一般私法における財産の分類体系そのものに修正を強いる立論とならう。勿論そのような新しい財産的概念を承認し、一部においては有価証券や動産取引と同じ論理を及ぼすといった関心があり得ることは筆者も否定するものではないが、さしあたりこの立場では振込取引にどのような要件・効果を認めるべきかの判断の基準としては無力であり、制度をめぐる当事者の権利義務が恣意的に取り扱われることの防壁にならないといふべきである。

〔5〕指図説 委任でもなく、譲渡でもなく、寄託でもなく、無因債務承認の観念にもよらず、振込の撤回不能性・抽象性を保障するとともに偽造振込の場合はその効力を否定できる想定しうる法律構成として選び採られるのが指図説である。<sup>(14)</sup>指図 (delegation) とは、三当事者の意思表示によつて成立する法律行為であり、これによつて被指図人が指図受取人に対して給付を約束するものである。実質関係に故障があつても指図への三当事者(指図人 *delegant*・被指図人 *delegue*・指図受取人 *delegataire*)の同意そのものが瑕疵を帯びない限り効力に影響せず、指図が成立する<sup>(15)</sup>によつて、資金関係 *provision* および対価関係 *valeur* の双方において、弁済 *solvere*・与信 *credere*・恵与 *donare* の目的が実現される。指図によつて債務者となるべき者と債権者となるべき者とが承諾することはいうま

でもないが、第三者である指図人の意思表示が必要であるという点において、単なる無因債務契約とは區別される。現行の日本民法典には指図の根拠規定がなく、そのため指図の機能は指名債権譲渡、債務引受、第三者のためにする契約等によって分担されてきたといつてよい。しかし、指図の適用場面のすべてをこのような他の制度に依存して説明することにはかならず限度がある。<sup>(19)</sup> 契約自由の原則から、債務免除と支払約束を組み合わせることで指図の帰結を説明することもできよう。しかし、その場合に、無制限に広く抗弁制限の結果を許容してよいのであろうか。<sup>(17)</sup> これは既に他に還元できないひとつの制度である。法文上の根拠は必ずしも定かではないが、債権法の体系が論理必然的に要求する欠けた部品、法典論争で破損した、ドーム建築の要石 (chef de voûte) がある。<sup>(19)</sup>

前述の依頼人と仕向銀行との間の委任は、被指図人である被仕向銀行への指図の意思表示である振込通知の伝達のみを事務の内容とする準委任とみるべきである（そうすることで、他店振込の場合と店内振込の場合とを同じ法律構成で説明でき、それが当事者の合理的な期待に沿う解釈ではないか）。指図の有する特殊な効力により、被指図人たる被仕向行による指図の引受である入金記帳は実質関係上の債権の不存在によって効力を妨げられない。消費寄託説とは異なり、指図の抽象性によって、仕向銀行に対する資金の提供や手数料の支払いが将来に繰り延べられている場合に、振込依頼人がこれを不履行に放置しても、入金記帳によって預金が成立する。ただし、指図引受によって成立した債権の発生原因は預金契約のものではないから、これが以降預金として受け入れられるためには、いったん成立した被指図人による債務負担を、消費寄託によって変更させる必要がある。指図が引き受けられただけでは、その後、被指図人において利息債務が発生する根拠が明らかでないからである。

「6」偽造振込と指図説 この理論によると、偽造振込の場合には指図全体が、すなわち振込取引全体が無効である<sup>(20)</sup>（無因債務承認説ではこの場合には預金が成立してしまうから、実体として存在し得なかつたはずの残高の存在を

否定する特殊な実体的権利を法律の力によって与えなければならぬことになる。偽造振込だけでなく、重過失のない錯誤による振込依頼——例えば、仕向銀行の過誤によるシステムエラーが生じているインターネットバンキングによる場合——なども同様に無効である<sup>(21)</sup>。

「[7] 日本私法にとってこの学説が受け入れがたいように思われるのは、指図を定義する明文の規定も、それを暗示する規定も存在していないことである。しかし、明治二十三年日本民法財産編には、「囑託」を定める規定がおかれていた。<sup>(23)</sup> 明治二十九年民法の起草者らは、囑託の觀念が更改の解釈において生きていることを示していたし、現代においても「一括支払システム」といった金融実務により適合するものは指名債權讓渡よりも指図である。觀念通知であるはずの指名債權質入の承諾の意思表示の表意者に錯誤無効の主張が認められるといった判例(最判平成八・六・一八裁判所時報二一七四号一頁)の存在は、問題が讓渡よりは指図に近いことを示している。

(4) 久保欣哉「関英昭・銀行取引契約(叢書民法総合判例研究二九、一粒社、増補版・一九八九年一頁)。ただし通知預金の場合には即時性がないので消費貸借に近く(松本貞夫・銀行取引法概論(二〇〇四年、経済法令)八〇頁、当座預金の場合には証券支払事務の委託の側面が強いので委任に近い(小橋一郎「預金契約の成立」銀行取引法講座(上)一一三頁、前田庸「当座勘定取引」現代契約法大系第5巻・金融取引契約(有斐閣、一九八四年)一一五―一六頁、田邊光政「当座預金」金融取引法大系第2巻(有斐閣)一五九頁)。

(5) 今井克典「金銭債務の決済とは何か」金法一七〇二号二八―三五頁、今井克典「振込システムの法的構成」(4)名古屋大学法政論集一六三号一七九―一九二頁。被仕向銀行は、振込通知の到達と同時に為替金を取得し、これによって受取人における預金債權が成立するものと解し、入金記帳は資金解放の条件であるに過ぎないと説く。偶々被仕向銀行が入金記帳を速やかに行ったか遅滞したかのために、被仕向銀行の無資力危険が依頼人に属したり受取人に属したりするのは不当だとする主張には一応の説得力があるが、受取人が被仕向銀行の無資力危険の負担を開始する時期は客観的に確定できる処分可能な財産權を取得した時点(入金記帳)に求めるべきである



う。成立していても払戻を請求できない段階にある為替金を取得したことだけでは、果して処分可能な財産権を取得した状況であるといえるであろうか。

(6) 菅原胞治「原因関係を欠く振込取引の効力(上)預金債権の成立と免責理論」銀法五一五〇二六頁。

(7) 後藤紀一・振込・振替の法理と支払取引（一九八六年、信山社）九三―九五頁。したがって、誤記帳訂正請求権を、約款または法律で、あとから与えるという構成をとらざるを得ない。後藤紀一「振込取引における法的諸問題と銀行の誤記帳訂正権」金法一〇九三号六頁。また、森田・前掲金融取引と民法法理一二五―一二六頁は、平成八年判決の理解のしかたとして、従来の見解が「錯誤アプローチ」と「契約解釈アプローチ」のいずれかに分類されるとしている。ところで、入金記帳による預金成立が無因債務承認であるとの前提をとった上で、当該債務承認の有効性に原因関係の存在が「契約解釈」を通じて影響する場合はあるとすれば、それは当該債務承認に当事者がどのような「条件」を付したかに関する契約解釈の問題となる。債務承認の「錯誤」を問題にする場合にも、債務承認の要素とは単純定額約束の要素であるから、原則として原因関係についての錯誤が要素の錯誤となる余地が無く、そこで錯誤の対象となる要素として原因関係が条件の法理を通じて債務承認と結び付けられなければならない。振込取引の場合には条件らしいものが明示されていないので、黙示的に条件が付けられているものとしてその内容を社会通念などから演繹するしかないであろう。さすればそこには無限の種類の条件を想定することができ、時にそれは解釈者の恣意的な選択に行為の結果を委ねることもなりかねない。論者がかかるとる解決方法を「錯誤アプローチ」と呼ぼうと「契約解釈アプローチ」と呼ぼうと、その前提である無因債務承認としての性質決定に疑義のまなざしを向けられない限りこの危険から自由ではない。しかし、入金記帳による預金の成立が、他人の指示に基づく出捐としてなされておき、その機能が当該他人と出捐の相手方との実質的取引関係の清算に向けられていて、当該他人と出捐者との経済的な損益の清算は別の取引行為によって行われ、これらの構造全体がその出捐の正当化事由を提供しているという諸点において、入金記帳は単なる「債務承認とは違った独特の構造に基礎付けられていることが明らかである。この独特の構造はローマ法以来大陸法諸国の民法典にも採用された「指図」の中に、既に見られたものである。そして、指図引受は伝統的にその原因 case について多くの議論が繰り返されてきた法学的構成物であり、入金記帳の考えられうる広い意味での条件に関する議論は、要するに、そのすべてが、伝統的指図理論において、指図引受の cause が何であるかについて繰り返されてきた議論において先取りされている。

(8) 例えば、BÄHR, von TUHR, COLLATZ 等の学説を想起せよ。柴崎・手形法理と抽象債務（二〇〇二年、新青出版）[2006]1207。又、あたり、渋谷光義「Andreas von Thurn の無因的債務契約論」本誌三三三二九―三四八頁。

- (9) 勿論、実体的抽象債務承認を認める立場でも、条件の法理によって、入金記帳の有効性を有効な指図の存在に条件付けることは可能である。しかし、当事者が特約でそのような条件を付けない自由があると考える限りは依然としてこの危険は去らない。このような条件付けを排除する自由を奪えば、それはもはや条件ではなく、法律行為の構成要素としての原因 *cause* として説明しなければならぬ。
- (10) 「過誤」記帳取消権（後藤・前掲金法同所）という一種の解除権を法定または約定すべきであると説かれるのは、無因行為を認めることに伴う過剰行為を調整し除去する必要があるからにはかならない。
- (11) 無因債務契約執行証書慣行への民事訴訟法学説による「断罪」こそ、実体的抽象（無因）債務契約否定説の根拠とならう。柴崎・前掲書 [2205]。
- (12) 法律行為の要素の錯誤に該当するか否かは、振込依頼の意思表示の構成要素如何である。現在の全銀システムを前提にする振込取引においては、振込依頼の内容は、①依頼人名、②受取人名、③被仕向銀行名店舗名、④預金種別、⑤口座番号、⑥金額、⑦振込日付、⑧仕向銀行名店舗名、であって（内国為替運営規約）、資金提供の方法、送金の使途等は専ら依頼人・仕向銀行間の（準）委任契約の内容でしかなく、①～⑧の内容が仕向銀行から被仕向銀行に伝達される「振込通知」の内容となる。現行の全銀システム上の振込通知は、原因関係を構成要素としていないのであって、①ないし⑧以外の要素についてその錯誤を問題とすることは原則的に不可能であると解される。おそらく、「誤振込」と呼ばれている事例の多くは、要素の錯誤ではなく、あるいは少なくとも受取人の同一性、したがって②～⑤についても生じる錯誤であらう。
- (13) CABRILLAC のフランスの学説。
- (14) 指図説は著者の創造ではない。既に、藤田寿夫「三者不当利得——振込・指図を中心に」法時七六卷五号八九頁以下は、ドイツ民法七八三条の「狭義の指図」と、この定義に該当せずとも振込のような給付である「広義の指図」とに言及し、指図自体の瑕疵と原因関係の瑕疵とを区別すべきであることを指摘している（八九頁）。最判平成八年についても論者は指図の原理による分析をしている（九〇頁）。振込依頼人と受取人との関係は対価関係（原因関係）であり、その欠缺があっても不当利得は振込依頼人と受取人との間で返還されるべきことを述べ（九二頁）、指図の効力に影響を与えるのは二重欠缺の場合に限られるというものである（同所）。さらに、有効な指図が欠缺する場合は原因関係の欠缺する場合とは別に観念できること（同所）等重要な指摘が行われている。なお、後述のように、フランスの DROULLAT の学説は一見これに近いが、彼らが援用する *délegation parfaite* の観念では、被指図人が引き受ける新

債務が、指図人の旧債務の存在に從属する結果を認めざるを得ず、振込取引において争いなく認められる抗弁制限の効果を却つて否定することにもなる。この指図説は、MALAURIEらによつて得られた現代の *délégation certaine* である。 *délégation certaine* が更改の目的で用いられることには問題がなからう。このでは結果的に無因的更改を伴う *délégation certaine et novatoire* の觀念を認めることになる。なお、フランスの HAMEL の擬制的弁済説は、振込取引に關与する当事者の間に成立する入金記帳前の法的状態と入金記帳後の法的状態とを混同してゐるからいがある。

(15) 指図の概念については、柴崎・手形法理と抽象債務（二〇〇二年、新青出版）を参照。なお、債務法・時効法改正草案 AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil) ET DU DROIT DE LA PRESCRIPTION (Articles 2234 à 2281 du Code civil) Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice 22 Septembre 2005, *Opérations sur créances* (art. 1251 à 1282) [Hervé Simeul] の部分では、従来の指図学説の成果がそのまま明文の規定とされ、既存債務の存在がなくても指図が成立すること（草案第一二七六条）、指図に抗弁制限の効果が伴うこと・抗弁制限の効果を排除する特約が可能なこと（草案第一二七九—一条・草案第一二八〇条第一項）、資金処分凍結（草案第一二八一条）等が定められた。

(16) 最も指図に接近すると思われる異議をどめない承諾を伴う指名債権譲渡でも、譲渡契約の独立的準物権契約性を承認しない限りは、譲渡契約そのものの無効な場面においては、異議をどめない承諾があるとしても、そのことを譲受人に対抗できないとする帰結を導くことはできない。これに対して指図はそれ自体が有効に成立すれば、原因契約の無効な場面でも指図給付が有効なものとして実行される（二重欠缺の抗弁の適用は留保しよう）。電信為替取引を第三者のためにする契約と解した大審院の判決は、受取人が被仕向店に赴いて為替金を受領する手前の段階（＝被指図人の債務負担行為が行われぬ状態）で完結している取引の法的性質決定としては正しく、現在の全銀システム上の振込取引に關する指図説にとつて障害となるものではない。

(17) 手形法における権利濫用の抗弁や二重無権の抗弁に相当する場合には合意であらかじめ抗弁を放棄させる条項は果たして有効であるうか？ デイマンド・ギランティーにおける、フラウド・ブルーフ・ギランティーというものは認められようか？ おそらく、これは許されない。契約自由はここに果てる。なぜならば、無因行為法定主義のもとでは、まったく *cause* を欠くこととなる債務負担は認められないからである。また、権利濫用の法理は、私人による秩序形成の外におかれている。勿論、指図引受の可能性を契約自由の原理の延長上に位置づけた上で、実体的無因債務承認として説明できるといふ考え方もあるかもしれない。さらばその前に実体的無因債務承認が日本の私法の許容するものであるか、とりわけ、物權變動における独自性・無因性否定の主義との整合性を論証する必要がある。

る。

(18) 旧民法財産編(明治三年公布)「第二部人権及び義務第三章義務ノ消滅第二節更改」に「囑託」とされて規定されていた。矢代操・佛國民法講義(明治大学創立百周年記念学術叢書第五卷、一九八五年)では、「代任」と訳される。現代の文献では、「指図」と訳されることが一般である(神戸大学外国法研究会・現代外国法典叢書(一六)佛蘭西民法(Ⅲ)財産取得法(2)(一九五六年復刻、有斐閣)など)。関連規定を挙げておくと、財産編第四九六条①債務者ノ交替ニ因ル更改ハ或ハ舊債務者ヨリ新債務者ニ爲セル囑託ニ因リ或ハ舊債務者ノ承諾ナクシテ新債務者ノ随意ノ干渉ニ因リテ行ハル②囑託ニハ完全ノモノ有リ不完全ノモノ有リ③第三者ノ随意ノ干渉ハ下ニ記載スル如ク除約又ハ補約ヲ成ス／Art. 518. La novation par changement de débiteur s'opère, soit par délégation ou mandat du premier débiteur au nouveau, soit par l'intervention spontanée de celui-ci sans le concours du premier débiteur. [1274.] (以下対応仏文草案は BOISSONNADE (Gustave), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire. Nouvelle édition.* Tomes 1-4. Tokyo, 1890-1891 [ボワソナード民法典資料集成(後期Ⅳ、一九九八年、雄松堂)による] 財産編第四九五条①舊義務ヲ更改スル爲メ異議ナク又ハ異議ヲ留メスシテ有効ニ新義務ヲ諾約シタル債務者ハ其了知セル舊義務ノ無効ノ理由ヲ以テ債権者ニ對抗スルコトヲ得ス②債務者カ次條ニ從ヒ舊債権者ノ囑託ニ因リ新債権者ニ對シテ義務ヲ諾約シタルトキモ亦同③Art. 517. Le débiteur qui a valablement contracté une dette pour en nover une précédente, par changement d'objet ou de cause, ne peut plus opposer au créancier les exceptions ou fins de non-recevoir qui existaient contre la première obligation et dont il avait connaissance, à moins qu'il n'ait fait des réserves à cet égard. / Il en est de même, s'il s'est engagé envers un nouveau créancier, conformément à l'article 521. [C. it., 1278] なお、)のイタリヤ民法典の規定は、Codice civile (1866) Art. 1278. Le débiteur qui a accepté la délégation ne peut opposer au second créancier, les exceptions qu'il aurait pu opposer au créancier primitif, sauf cependant son action contre ce dernier. / Toutefois s'il s'agit d'exceptions dépendant de la qualité de la personne, le débiteur peut les opposer, si cette qualité existait encore au temps où il a consenti à la délégation. 指図を引受けた債務者は、最初の債権者に対して對抗し得た諸抗弁を、第二の債権者に対抗することができない。ただし、最初の債権者に対して(償還の)訴権を行使することを妨げない。／前項の規定にも拘わらず、抗弁が人の性質に依存するものである場合には、かかる性質が債務者による指図への同意の時点において依然として存する限り、債務者はこれを對抗することができる(HUC (Th.), Le code civil italien et le code napoléon. Etudes de législation comparée (Traduction complète du code civil italien par ORSIERE Joseph.), tome II, 1868, Paris, p. 272. から柴崎が重訳。なお同条は、イタリヤ民法典(一九四二年)一二七一条に対応。

(19) 不当利得の条項の中に無因債務の負担が給付に当たることが定められ、不当利得の抗弁が基礎づけられるほど日本民法典の不当利得規定は十分明快なものではない。仮にその種の解釈が可能であるとして、かかる許容自体が、現代の契約正義に適合的なのか。

(20) 偽造の場合と振込依頼人の無重過失錯誤の場合とでは、いずれも指図全体が無効となるという意味において同様に評価される。すなわち、「有効な指図が欠ける場合」として、実行された指図によって発生する不当利得は、被指図人と指図受取人との間に成立する。東京地判平成五・三・五判時一五〇八号一三二頁は、先日付振込（先日付振込に付いては、被仕向銀行への振込依頼の撤回通知の到達が振込指定日より前であれば、たとえ被仕向銀行が既に受取人の預金勘定元帳に入金記帳してしまっていた場合であっても、受取人における預金債権は成立しておらず、振込依頼の撤回は有効に為され得る。大阪地判昭和五五・九・三〇判時九九八号八七頁、金判六一号三八頁）依頼の撤回されたにもかかわらず、振込依頼の撤回は有効に為され得る。この事実を「有効な指図が欠ける場合」と解する限り、被指図人から指図受取人に対する不当利得返還請求を認容したものである。この事実を「有効な指図が欠ける場合」と解する限り、被指図人から指図受取人に対する不当利得が認められるべきである。福瀧博之「振込依頼の撤回後に実行された振込みと仕向銀行の受取人に対する不当利得返還請求」商事一四五七号六三―六七頁（東京地判平成五年の判批）六六頁。四宮和夫・事務管理・不当利得（一九八一年、青林書院）二二二頁。なお、この場面に關する近時のドイツ学説について、松坂佐一・最近のドイツ不当利得法の概観（一九九二（平成四）年）一〇五頁は、Weinauer, Die Leistung, Festschrift für Caemmerer, 1978, S. 285, を紹介し、これによれば、Xによる偽造指図を銀行（B）が支払った場合における不当利得はBの、受領者（C）、以上符号は同箇所の記述中のそれによる）に対する侵害利得請求権に基づく請求権であると解されているようである。なお、二重欠缺における Durchgriffskondition——直接的な貴徴請求——直接的な貴徴請求権、なお、山田幸二・現代不当利得法の研究（一九八九年、創文社）三二九頁によれば「直接的な貴徴請求」。なお、柴崎・手形法理と抽象債務（二〇〇二年、新書出版）三五九頁では、「通過取得による不当利得」との誤記があるが、これはこの「直接的な貴徴請求」の趣旨である。この機に訂正しておきたい——については、同じく Weinauer の見解としてこれを否定する趣旨が紹介されている（一〇三頁）。しかし、通説の *Kondition der Kondition* 理論に対して Canaris, Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, Festschrift für Larenz, 1973, S. 811. の批判として知られる、通説の「抗弁及び破産の危険」の被指図人一人への累積への無反省を批判する立場——山田幸・前掲三三二―三三三頁——をも認める趣旨であるのか、確認はできなかった。なお、この Canaris 説への反論として四宮和夫民法論集（一九九〇（平成二）年、弘文堂）一七九頁参照。

(21) また、誤振込であることを知って預金引出を行うことの刑法的評価としても、原因関係が欠缺するにとどまる場合には預金は成立し、

完全に受取人の財産権なのであるから、本来自由な処分が許される（ただし、振込依頼人との関係において、一定の制約が加えられている場合、例えば、払戻請求をする都度振込依頼人の承諾を要するとする内部的な取決めがあったような事例では、預託物の着服事例に準じて占有離脱物横領罪として論じうる）。これに対して、原因関係の欠缺にとどまらず、振込指図そのものが有効に成立しておらず、預金が不成立であるにもかかわらず入金記帳がされていること、金融機関がそのことについて不知であったことを奇貨として故意にその「預金」の引出を行う行為は銀行を被害者とする詐欺罪として論じうる。それにもかかわらず、最決平成一五・三・一二（刑集五七巻三号三三二金法一六九七号四九頁）は、原因関係が欠缺するに過ぎない誤振込事例について銀行を被害者とする詐欺罪として論じたため、刑法学説から執拗な批判を受けている。従前より、他人の金銭を委託されこれを保管する者が保管の方法として預金した場合に、その払戻を受けて領得する行為は委託物横領罪と解されている（大判大正元・一〇・八刑録一八輯一二三三頁。横領は、自己が占有する他人の物を奪取する行為である以上、この場合の預金者は「占有」する者でなければならない。この点は「横領罪における占有は法律上の支配関係で足りる」ということで解決しているようである——大谷實「誤振込による預金の払戻と刑法上の取扱い」研修六六二号八頁——）。誤振込に関する刑事判例および学説は、占有離脱物横領罪説（東京地判昭和四七・一〇・一九研修三三七号六九頁、大谷實〔旧説〕「キヤッシュ・カードの不正使用と財産罪」判タ五五〇号八四頁。前掲研修六六二号一二頁で改説され、窓口で払戻すと詐欺罪、CD機で払戻すと窃盗罪であるという）と詐欺罪説（札幌高判昭和五一・一一・一一判タ三四七号三〇〇頁）とに見分けが分れていた。最決平成二五年はこの論争に決着を付けた。しかし同決定の判旨のようにいわゆる「誤振込」の場合の全部を一様に取り扱うというこの整理のし方には疑問を禁じえない。成程、振込取引自体が無効のときには、払戻請求は民事でも許容されない行為であり、刑法でも財産犯罪の成立する余地がある。この場合に被害者は専ら銀行であり、「自己」が占有する他人の財物」は問題にならないから横領ではなく、欺罔・錯誤・交付の構成要件が存するので一頂詐欺となる。ところが、この論法は、それ自体の有効性の障害がない誤振込にはまったく妥当しない。平成一五年決定の事実関係がこの類型に該当するものとすれば、受取人による払戻請求を詐欺罪で処罰することはできない。

学説はこの観点から、最決を厳しく批判している。同決定は預金者に「告知義務」があるとしているが、口座の管理と入金出金の正確な記帳は、（例えば、準占有者弁済のように特段の免責を法および合意が定めるような場合以外）銀行の義務である。「単なる払戻要求は銀行員に預金債権の金額に関する誤った表象を喚起するものではない」（松宮孝明「誤振込と財産犯の解釈および立法」立命館法学二七八号六頁——この部分はドイツ連邦通常裁判所の判旨の紹介であるが、論旨は日本法における議論にそのままあてはまる。

ちなみに、論者は一九九四年改正スイス刑法一四〇bis条の「財産的価値の不適法な費消」罪に言及され、誤振込金員の返還請求権が不当利得債権にとどまるなら、それを他の不当利得と区別する合理的基準・理由についてな問題が解決していないとの批判も指摘される。したがって、誤振込における受取人が不当利得となることを知りながら預金を引き出したことが非難されるとしてもそれは銀行が被害を受けるからではない。被害を受けるのは振込依頼人なのであるから、銀行を被害者として財産犯罪を認める判例は、この被害実態を反映していない。例えば受取人が誤振込であることに気付いてそのことを銀行に告げずに金員を引き出して振込依頼人に返還すれば実質的には何ら問題がないにもかかわらず銀行を被害者とするので財産犯罪の成立を否定できないことになる（松宮・前掲一八一―一九頁）。「民事では適法で許容される行為が刑法で違法とされて禁止されるという矛盾は、『法秩序の統一性』に反し認められるべきでない。ゆえに、現金について刑法上の特殊な所有権概念を認める見解は妥当でない」（松宮・前掲二二頁）。最決平成一五年は「払戻しを拒む違法な利益を詐欺罪で保護する」（山口厚「誤振込と財産犯」法教二八三号八七頁）ものとして非難されるのである。

(22) しいていえば、三角関係における不当利得が指図の概念を前提にしているといえる。我妻栄・債権各論下巻一（民法講義Ⅳ）（岩波書店、一九七二年）九五―一〇三頁（二四八―一四九九）は、民法七〇三条の要件である受益の法律上の原因の欠缺の例として、損失者の意思に基づく第三者による出捐による給付不当利得を挙げ、銀行を被指図人とする決済目的の指図（Anweisung）を以て説明する。そこで独民七八三の要式主義を留保しつつも、「理論としては、わが民法の下でも同様である」（九五頁）とし、小切手による決済も同じことであると見ている。四宮和夫・事務管理・不当利得（事務管理・不法行為上巻）（青林書院現代法律学全集一〇、一九八一年）二二八―二三三頁でも「A―B・B―Cという二つの財貨移動をA―Cという単一の出捐によって——決済しようとする関係当事者間の債権債務関係からの『無因』的効力をもって——実現しようとする仕組を、指図（広義）という」（二二八頁）と定義し、独民の指図の他、不代替物の指図あるいは口頭の指図の可能性も示す他、振替指図、為替手形小切手の振出、信用状の発行、中間省略給付などの具体例を列挙する。手形裏書による抗弁制限理論、権利濫用の抗弁、二重無権の抗弁等との関係でも指図が援用される。大塚龍児「原因関係と人的抗弁——手形の無因性と直接の当事者間における人的抗弁の基礎。人的抗弁の個別性、権利濫用の抗弁、二重無権の抗弁等の理解のために——」Law School一八号四四―四五頁。森田宏樹「電子マネーをめぐる私法上の諸問題」金融法研究一五号五一―九〇頁は「指図型の電子マネー」という名は持ち出すものの、指図の理論的内容への言及はない。

(23) 前出、財産編の各条文を参照。富井政章（講述）・民法論綱人權之部下巻（二八九〇―明治二十三年、復刻二〇〇一年、新青出版）二五九乃至二七七丁、磯部四郎（著）・大日本新典民法釋義 財産篇第二部人權及ヒ義務（下）（信山社・日本立法資料全集別巻八四、

復刻一九九七(平成九年)。嘱託とは、フランス民法上の *delegation* の当時の日本語訳である。すなわち「指図」の同義語である。ただし、後代の学術論文において「指図」の訳が定着したことを尊重し、本研究においてもこの語を用いる。後代の比較法研究として伊澤孝平「指圖の觀念」法学四卷四号、伊澤孝平「指圖(*Anweisung*)の本質」法協四八卷一・二号・四九卷六号、伊澤孝平「指圖の効果」法学五卷一号・五卷二号、上柳克郎「フランス法における指図について」民商二八卷一号、濱田一男「商業信用状の一考察」(二・完)論叢四八卷三号、梶山純「イタリアにおける指図とその理論的展開」(一)八論二四卷一号、廣瀬克巨「通過取得論序説」(一)法学新報九一卷八・九・一〇号、野澤正充「契約当事者の地位の移転」の再構成」(一)立法三九号、柴崎暁・手形法理と抽象債務」(二〇〇二年、新書出版)。また、近時、片山直也「フランスにおける不動産賃料の許害的な処分に対する法規制の変遷および賃料債権の担保化の実務」(二・完)法研七五卷九号一九一七八頁のうち四九一五四頁が、近時の動向を含め *delegation* 法理を簡潔に紹介している。論者は *delegation* を「支払指図」と訳す。

## 二 フランス法における振込学説

「8」そこで、さらに指図説の帰結を展開する前に、指図理論と振込との関連付けを、比較法の観点からレビューしておきたい。抽象行為の存在が自明ではない私法体系においては、一定の制度がその社会的機能を果たすべく、抽象性と同じ帰結を認められている例を見る。例えばフランス法における三角型法的取引のプロトタイプである指図の法理がこれである<sup>24</sup>。実際に行われている振込取引は、仕向行と被仕向行とが異なる四者取引の場合であろうが、それは、振込依頼人を指図人、被仕向銀行を被指図人、受取人を指図受取人とする一つの指図であり、仕向銀行は、振込依頼人の指図の意思表示を伝達する使者であり、かつ資金関係上の資金提供行為の履行補助を受任する者として行為している、と解することができる。日本の私法体系が抽象行為を問題なく認めていることが疑われたとしても、最判平成



八年の帰結が正当化できることは、フランス法の理論を見ることで確認できる。

〔9〕旧説（更改的指図説）

抽象行為否認論の体系であるフランス法においては、まず、二〇世紀前半の学説が、

振込取引を「更改的指図 *délegation novatoire* と解することによって（資金関係からの）「指図抽象性」を承認した。

HAMEL (1943), CABRILLAC (1980) のように概観するならば、かつて主張されていた債権譲渡 (*cession de*

*créance*) 説は、振込取引には民法典一六九〇条（對抗要件としての通知・承諾）の方式の遵守が要求されていないこ

と、銀行が依頼人との間の事由を受取人に抗弁として對抗できないことを説明できないため採ることができないこと

れた。これに対して、多数説をなしたのは「更改的指図 *délegation novatoire*（または完全指図 *délegation parfaite*）説であ

った。<sup>(30)</sup> 預金小切手でない小切手と異なり、銀行破綻時に受取人が振込依頼人に対して遡求権を有することがない点を

とらえて、これは更改だと説くからである。<sup>(32)</sup> 民法典第一二七五条は既存債務のない、更改の伴わない指図を禁止する

趣旨ではない。そして、指図は弁済を実現することを目的としないうちでも振込を説明できるというのである。

〔10〕旧説の批判 HAMEL は、伝統的指図説の功罪として、旧債務の抗弁を免れた新債務を発生させ、指図人

ある振込依頼人を確定的に免責するという説明は正しいとしつつも、その反面、①受取人において、入金記帳後の預

金債権に利息がつくことが認められることをどう正当化できるのかが説明されていないこと、②更改的指図にあって

は、対価関係上の既存債務が、更改契約の効力発生要件となるためこの牽連性が障害となることを挙げる。<sup>(34)</sup>

〔11〕HAMEL の擬制的弁済説 HAMEL はこの問題を解決するため、振込取引を、指図にもう一つの段階の法的

取引を組み合わせることによって完成する。すなわち、支払の指示 (*ordre de payer*) + 支払 (*paiement*) + 寄託 (*dépôt*)

の三つの要素からなる取引が振込である（かつ、この *paiement* は *ficif* である。＝擬制的弁済）。被仕向銀行と受取人と

の契約によって、入金記帳の瞬間、被仕向銀行は一度払戻をなし、これがあらためて受取人より預金として払い込ま

れたものとして擬制される(要するに、準消費寄託。HAMELは、この工夫が必要な点を除けば指図説は妥当だという)。<sup>(35)</sup>

〔2〕承前 HAMELは、振込に対する同意(consentement(意思表示))の錯誤について述べている。<sup>(36)</sup> 銀行の一方的な錯誤によって実行された存在しない振込の効力については、指図において有効な指図が欠缺する場面で被指図人が給付を行った場合における処理と同様に扱いうるものとし、他人の不存在債務の非債弁済(民法典第二二六三条第二項)として取戻の対象となるとしている。<sup>(37)</sup> 「擬制的弁済説においては、検討の対象であるこの設例において、銀行が非債弁済返還請求権を行使する事を許されるかという問題が生じる。原則としては肯定に解するべきであろうようにおもわれる。<sup>(38)</sup> というのは、銀行のなした弁済は、それ自体がその原因 cause を振込依頼人に対する銀行の負債に有するからである。銀行は、受取人に向けて、自らがそれについて振込依頼人に対する債務者であると信じている物を、かつ、自らが債務者であると信じているがゆえに支払うのである。もし銀行がこの負債を振込依頼人に対して弁済していたのであるならば、返還請求権が銀行に与えられることには何人も疑いを挟まないところであろう」<sup>(39)</sup>。そして、このあと、HAMELは、それにもかかわらず、職業者に要求される注意を果たさない過失によって錯誤した銀行については、民法典第一三八二条による賠償の可能性もあるので、このような取戻は大きく制限されるであろうことを付け加えている。<sup>(40)</sup>

〔3〕その批判 ところで、指図の原理を適用するならば、そこでは抗弁制限の原則が作用しているから、第一三八二条の登場を待たなくても銀行が自らを振込依頼人の債務者と誤信して実行した入金記帳は、なお有効である。それは、まったく瑕疵のない指図の引受に他ならない。そして、銀行のなした出捐の回収は、振込依頼人に対する委任・事務管理を根拠とする資金償還請求権によるものとなる。このようにして銀行は、振込依頼人に対しては資金の償還を請求できることは当然に認められ、その意味において非債弁済による不当利得の法理が適用されるということ

に何人も疑いを挟まない。しかし、受取人に対しては、あくまで有効な指図の支払としてなされた当該出指には、その給付保持力を奪い得る事情が存在しない。これに対して、右引用部分のように、抗弁制限の適用されない帰結を正当とするこの HAMEL の説明は、だからこそ、指図説を採らずに擬制的弁済説を採るべきだといっているのである。この価値判断の妥当性を問う前に、用いられている現実の仕組み・当事者の合意が何であったのかを、すなわち、そこで検討の対象とする取引とはいかなるもので、当事者に意欲されたのはどのような効果なのかを問わねばならないであろう。これは学説の問題ではなく、事実の問題である。少なくとも当時のフランスにおいて、依頼人の依頼どおりの入金記帳がなされることのみが、単純な債務負担の委託のみが、振込の意思表示の構成要素であるならば、HAMEL 説は妥当しない。振込取引といっても、それには千差万別のバリエーションがありうる。日本の全銀システムにおける振込を前提にする限りは、銀行と受取人との間の預金契約において、「入金記帳は、当行が、振込依頼人より資金を受取り、あるいは振込依頼人に対する負債の残高が十分であることを条件として行います」等と言う約款がない限り、HAMEL の擬制的弁済説を選択する余地はない。しかも、この判断の前提となるパリ控訴院判決一八五九年四月二日<sup>(4)</sup>は、フランス銀行の *mandat rouge* の仕組みに関するもので、事案ではまだ入金記帳されていなかったという事例であるから、被指図人の新たな債務負担の意思表示がなされていない段階の指図 (*delegatio incohata*) として別に論じなければならぬ。

[14] その後の理論 二〇世紀後半に至り、判例は、受取人口座への入金記帳は「真実の資金移転行為 *veritable transfert de fonds* と呼び、現代の理論においては、振込とは「預金通貨の移転 *transfert de monnaie scripturale* と解されるに至った。RIPERT et ROBILOT (1994)<sup>(5)</sup>は、更改的指図説を批判し、振込受取人が銀行に対して債権者になるのは、振込指示の効果ではなくて入金記帳の効果であるという点をとらえ、振込取引を二つの行為に分解し、振込指示

と入金記帳とは続けて行われる各々二当事者間の別々の行為であり、後者は前者の帰結ではあるが、法的に一体の取引(une union juridique)ではないとし、それゆえに資金の存在への誤信に基づいてなされた入金記帳であつても受取人は有効に債権者たりうることを説明できるといふのである。このように振込が抽象性を有するということについては右文献も触れているが、これだけでは、預金契約として把握される入金記帳が、要物性の欠如にもかかわらず効力を持つのかをまったく説明しておらず、そのうえで結論において指図説を模倣するにとどまるのであるから、指図説が正確でないという非難は十分正当化できていないように思われる。

#### 〔5〕 預金通貨説

現代の代表的な論者においても法律構成は明瞭でない。CABRILLACによる銀行振込の定義は次のとおりである。「振込とは、二つの口座の存在を前提として、単なる帳簿上の操作、即ち振込依頼人の口座に借方記帳を、これに対応して受取人の口座への入金(貸方)記帳を行うことによつて資金または価値の移転を実現する取引である le virement est une opération, subordonnée à l'existence de deux comptes, qui réalise un transfert de fonds ou de valeurs par un simple jeu d'écritures: l'inscription d'un débit au compte du donneur d'ordre et d'un crédit corrélatif au compte du bénéficiaire.」<sup>(44)</sup> CABRILLAC自身はその法的性質に関しては説明らしい説明もしないが、経済の理論書として知られるCATAIA, La nature juridique du paiement, th. Paris, 1961を援引する。「硬貨pièces」、紙幣billetのような伝統的な貨幣手段は、有体動産 meubles corporelsである。その価値すべては、権原のなかに化体されている。その盗難・遺失が起こるときには、所有者には救済手段がない。それゆえ、その他の支払手段が発達することは、驚くに値しない。〆口座引落prélèvement、振込virementといつた手段は、〆預金通貨monnaie scripturaleの利用を可能にするためのもの<sup>(45)</sup>である<sup>(46)</sup>」<sup>(47)</sup>。このような「非物質性」は一般に債権という財産において認められる。しかし、債権よりもはるかに高い財産性を持つものでなければならぬ。預金通貨は、債権の移転一般と区

別される高度な安全性が確保されているものでなければならぬ。例えば、次の性質である。すなわち、振込であれば、振込依頼人から資金をまだ受領していないのに、サービスとして先に入金記帳をしてしまったような場合、あるいは、受領したものと誤認して入金記帳をしていた場合に、錯誤無効を受取人に対して主張し得ないこと。また、振込依頼人と受取人との関係に、入金記帳の有効性が依存しないこと、などである。これらの性質を正当化するには、指図の観念が適格なことは、既述から理解できるであろう。

〔6〕判例 振込取引が決済力を認められ、実際上は既存債務の弁済を目的として行われることが頻であるという理由で、更改的指図説は依然として主張されつづけていた。しかし、振込によって贈与や与信など既存債務を前提にしない取引を行うことは可能である（破産院一九六六年七月二日）<sup>(48)</sup>。やがて判例においても、振込は「抽象的な」(abstract)「預金通貨の移動」(une remise de monnaie scripturale)と解されるべきものとされるに至り、既に振込は「完全指図」ではないとされるに至った。<sup>(50)</sup>「完全指図」説では対価関係上の既存債務の不存在に際して錯誤無効を主張できることになるが、現代の理論においては、かかる無効の抗弁は不対抗とされている。<sup>(52)</sup>裁判所は依頼人の誤りによる同一受取人への二重の振込において、依頼人（の不当利得返還請求権）は受取人の破産債権者と同順位で競合する結論を支持している。<sup>(53)</sup>しかし、このことは預金通貨説の普遍的な勝利を意味しない。なぜならば、既述のとおり、預金通貨という動産類似の財貨を、民法学が承認している場所に限ってそのような法律構成が可能であるに過ぎない。さらに、預金通貨が動産類似の財貨であるとすれば、振込を通じてなされる出捐行為の実効力は、完全に対価関係上の取引行為の有効性に従属することになってしまう。その無因的移転について承認するためには別の原理を当該私法体系のどこから借用する以外にはない。

### 〔17〕 確実指図説

振込取引に付与された諸属性を矛盾なく説明できる概念とは、指図のなかでも「確実指図

délégation certaine」(または、純粹指図 delegazione pura / Reineanweisung)と言われる類型である。MALAURIE et AVINES (1994)は、確実指図の名において、被指図人の定額約束が、資金関係上の抗弁事由からはいうまでもなく、対価関係上の抗弁事由からもまた解放されている類型の取引を認めている<sup>(54)</sup>。ローマの共和制期には、帳簿を用いた幾種類もの取引が実用されていたが、そのうちでも、transcriptio a persona in personam<sup>(55)</sup>は、債務者が債権者に直接弁済する代わりに第三者への債務負担行為(第三者の帳簿への収入記帳 acceptaの方法による)をおこなって自らは債務を免れる(債権者への支出記帳 expenssaの方法による)取引であり、一部の論者によればこれがローマの銀行業者の振込取引であるという<sup>(56)</sup>。この法的取引は delegatioとして分析されており、ガイウスの著名な法文の一つは、transcriptioの受取人に delegatarius (転付受益者)の地位を与え、この者は、既に delegatus (転付指示者)が負担していた金額を、delegatus (被転付者)の名における expenssumとして記帳する場合を描く<sup>(57)</sup>。

[18] 振込の cause 次に、三者間取引である店内振込の法律構成を念頭に、銀行による入金記帳の原因(cause)概念を定義してみたい。法律行為の社会的経済的機能という見地から言えば、原因は、「依頼人が実現しようとする意欲する実質的取引(opération fondamentale)に存する」(CARRILLAC)<sup>(58)</sup>といえるであろう。他方、もっと精密に、銀行の入金記帳行為(inscription)の経済的な引当となつている要素という意味での原因は、銀行と依頼人との関係(同店内振込の場合)、すなわち顧客の預金の残高であり(HAMEL)<sup>(59)</sup>、あるいは、依頼人への与信残高であろう<sup>(60)</sup>。他方、CARRILLACによれば、振込の抽象性と呼ぶとき、それは入金記帳行為が資金関係からも、決済しようとしている実質的取引からも影響も受けない、という二面的な独立を意味するという。抽象的債務負担行為を認めない私法体系においても、「三角型的取引」(opération juridique triangulaire)は特殊な扱いを受けることができるが、その根拠として、右類型の取引は、出捐者と受益者とが双方に共通の目的を追求するのではなく、共通する第三者との間で各追求

する別の目的を有していて、互いに自己の知るべきでない法律関係上生じた故障の影響を受けずに当該三角取引の効果を享受するという点に、当該取引の社会的機能がある（確実な決済と給付過程の節約）ことが挙げられる。この原因概念の「外在化」（第三者の介入）「二重化」（出指目的と受益目的の分裂）<sup>(61)</sup>こそが、三角型法的取引における原因の構造の特殊性であるといえる。ここでいえば、振込依頼人と銀行との間では資金の払戻をさせないかわりに、依頼人と受取人との関係で生じた故障を銀行は無視してよく、他方、振込依頼人と受取人との間では、依頼人と銀行との間にどんな事情があろうとも入金記帳の効力を破壊されず、そのかわり、消滅させようとしていた既存債務について既に代物弁済を受けるなどしていた場合には、受取人は不当利得として右資金を依頼人に返還する義務を負うということがある。

〔6〕入金記帳の抽象性 指図法理によることなく、振込取引における「抽象性」を基礎付けるためには、入金記帳を抽象的債務負担行為（単純約束）とみることになる。そして、そのような行為はいかにして可能であるかという点については、契約自由の原理に根拠づけられるという見解<sup>(62)</sup>と、法規によって決定されるとする見解<sup>(63)</sup>とが我が国の解釈論では並びたっている。私人の合意次第で無因行為から無因性を事実上剥奪する——無因行為の存続を原因関係が無効である場合にドイツ民法一三九条（一部無効の法律行為の全部無効）を援用することによって——ことはできないものの、無因性を自由な合意によって付与することはできないとは言われていないので、前者の見解を是とする見解もある<sup>(64)</sup>。既述のとおり日本の私法においては、抽象的法律行為は特段の法規による正当化をされていない。手形行為のように制定法により定義づけられた抽象的法律行為についてはこれを承認するための基礎があるといえるが、一般私法上の法律行為は、やはり、原因を要素とすることをもって原則と考えるべきであろう<sup>(65)</sup>。然らば、振込取引とは、指図と同じように、原因の役割が制限されている三角型法的取引であると考えるほかにない。

(24) 柴崎・手形法理と抽象債務。ところで、ドイツ法では、「支払指図 Anweisung 説は、支持されていないという。ドイツ民法典七八三条以下の Anweisung は、書面を要する行為であり、これが妨げになっている。詳細は、大西武士・後掲手研四四七号二九頁以下参照。なお、日本法の問題として抽象行為の法認は自明との出発点を採る見解の代表が後藤紀一・前掲注(7)である。」

(25) c. civ. art. 1275.

(26) HAMEL (Joseph), *Banques et opérations de banque*, tome 2, 1943, pp. 221-323, notamment pp. 240 et s. n° 819.

(27) CABRILLAC (Michele), *Chèque et virement*, 2e éd., 1980, Litec.

(28) トウエイ控訴院判決一九三一年五月一日(S. 1932. 57, note DROULLAT)等。

(29) CABRILLAC, op. cit. n° 390; DROULLAT, *infra.*, n° 26.

(30) THALLER (Edmond) et PERCEROU (Jean), *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion de droit maritime*, 8e éd., 1931, tome 2, n° 1609; LACOUR (Léon) et BOUTERON (Jacques), *Précis de droit commercial*, 3 éd., tome 2, n° 1411; LYON-CAEN (Charles) et RENAULT (Louis) par AMIAUD, *Traité de droit commercial*, tom. IV, 4e éd., n° 678 et l. VII, n° 345 note 6; ESCARRA (Jean) et RAULT, *Principes de droit commercial*, tome VI, n° 356; DROULLAT, *Etude juridique du virement en banque*, th. Paris, 1932, n° 26 et *supra*, HARISTOY, op. cit., n° 165 et *supra*; CABRILLAC, op. cit., n° 391, note 2; HAMEL, op. cit., n° 819, p. 240. は「全員一致 unanime」によりくる。HAMEL, *ibid.* によれば「この多数説はローマ法」とりわけガイウスの法学提要にも *transcriptio a persona in personam* を指図に同視している箇所があることを根拠とするという。HAMEL いわくこの指図は無論「不完全指図」ではなく、既存債務の更改を伴う指図であるとしている。これは振込実行後に旧債務者は免責され、銀行の支払能力を担保する者ではないのが通常であるとの理解による。この点が小切手と異なるのだと。

(31) ただし HAMEL は「民法典一二七六条 (Code civil des français (1804) Art. 1276. La. Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation. 第一二七六條 債権者が指圖ヲ爲シタル債務者ヲ免責シタルトキハ、被指圖人ガ無資力トナリタルトキト雖モ、債務者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ズ、但シ契約書ニ於テ明カニ求償權ヲ留保シタルカ、又ハ被指圖人ガ指圖ノ當時既ニ破産ヲ開始セラレ居タルカ若ハ家資分産ニ陥リ居タルトキハ此ノ限ニ在ラス(神戸大學外國法研究会前掲・佛蘭西民法(Ⅲ))」の定める、特別の……すなわち、明示の特約による留保の



場合と、被指図人破産・家資分産の場合のみに認められる……遡求権に言及する。前者は振込に関する議論が前提にしている取引態様からいえばほとんど問題とはならないであろうが、後者の場面では実益がある。HAMEL, *op. cit.*, n° 841.

(32) 更改意思は明示されねばならないが、これは受取人が振込の方法で弁済を受けることを承諾したことのうちに含まれると解される。DROUILLAT は、破毀院民事部判決一九〇三年一月十三日 (S. 1903. I. 397) を以て判例が一二七五条…… Art. 1275. La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation. 第一二七五條 債権者ガ債権者ニ對シテ義務ヲ負フ他ノ債務者ヲ債権者ニ供與スルコトヲ目的トスル指圖ハ、債権者ガ指圖ヲ爲シタル債務者ヲ免責スルノ意思ヲ明示シタルニ非ザル限り、更改ノ効力ヲ生ズルコトナシ（神戸大學外國法研究會前掲・佛蘭西民法（Ⅲ）……の振込への適用を排したものと解している。同条は更改意思の証拠は、書面をもってなされることを要するものとしておらず、明白であれば足るからである。判例は、第一二七三条の「明示の免責 discharge expresse」がないためにそれを完全指図と呼べないときでも、第一二七五条の「明らかに表明された意思 volonté expressément déclarée」による更改があるものとした（破毀院審理部一八九六（？）年二月二二日、D. 67. I. 433）が、HAMEL はこの判例の努力をとりあげた、そして、一二七五条と一二七三条とでの明示的更改意思の存在の要件が同義反復であることを示した論者として、HUBERT を挙げる。HAMEL, *op. cit.*, n° 819, pp. 241-242, note 3. この見解は同時に PLANIOL を JOSSERAND に支持された。COLIN が反対論者として挙げられている。

(33) HAMEL, *op. cit.*, n° 820.

(34) BAUDRY-LACANTINIERE (G.) et BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, tom. 3e, 3e éd., (1908), n° 1752, p. 70. その他ロー法源として Dig. liv. 44. tit. 4. (De doli mali et metus 悪意の抗弁と不安の抗弁), 7 (Ulpianus lib. 76 ad Edictum) 及び POTHIER (Robert), *Traité des obligations* (1761), n° 602, p. 96 d'Oeuvres complètes de Pothier, Nouvelle Edition (1821), par M. BUGNET.

(35) HAMEL, *op. cit.*, n° 821. この「支払（弁済）paiement」は、factif なものであることに特色がある。HAMEL は、この行為を、振込の要部を実現するものとしてこの要部とはすなわち「依頼人から受取人への資金移動 transport de fonds du donneur d'ordre au bénéficiaire」と表現して、しかも、この資金移動に、場合によっては「二組の免責 double libération」が伴うものとしている。したがってこの paiement は、もはや依頼人の受取人に対する債務の弁済という以上の意味を持つに至ったものであって、為替手形や

小切手におけるような単純な金銭支払委託に応じた支払なのである。HAMEL, op. cit., n. 893. は、委任者が受任者に事務処理費用を前渡するケース、あるいは贈与のような場合を挙げ、「それ自体は指図の諸規則と矛盾しない」といい、いかなる既存債務もない指図を可能とする COLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil, tome 2, n. 330. を挙示する。民法典第一二七五条は、既存債務のない更改の伴わない指図を禁止する趣旨ではない。そして、指図は弁済を実現する目的をもたないとしても振込を説明できるというのである。La délégation pourrait donc servir à expliquer le virement même quand celui-ci n'a pas pour objet de réaliser un paiement. HAMEL, ibid. においても指図説が受けた批判が妥当なるといい、指図によって成立した債権に期限の利益と利息とが伴うという効果を説明できないうとしている。したがって、HAMEL の複合行為的な理解……ordre + paiement + depot……の説明が妥当なと言おうのかと思いきや、HAMEL は、前言を覆して自説をも捨つてしまう。即ち、既存債務の弁済を目的としていないから、これは paiement ではないというのである。既に述べたように、HAMEL 説が正しいと思われるのは、それが「弁済」ではなくて単純無色中立の「支払」という意味で用いられる限りにおいてである。結局、HAMEL は、paiement を含む複合行為説が採れないとした上で「ここではこの行為が資金の給付 remise de fond を実現することを確認しておけば十分である」と曖昧に終始し、事柄をただ描写するだけである。このような記述がたとえて法的性質決定の名に値するであろうか。何の法律効果も導かないからである。むしろ HAMEL の記述を独立した一つの学説として扱うことには慎重でなければならない。ただ、既述のことから明らかのように、同書には正解に至るヒントが隠されている。なぜ指図の観念を排斥する必要があるのか。なぜ指図と寄託とを組み合わせる行為だと言ってはならないのであろうか。HAMEL はこのことを明らかにしていない。おそらく、フランス法では準消費寄託の観念がないためであろう。しかし原因の交替する更改があるではないか。指図説の利点としての抗弁制限の正当化は paiement を含む複合行為説では必ずしも明らかではない。資金関係からの独立は説明できても、paiement を支払ではなく弁済と解する限り対価関係への完全な従属が待っている。これは後の理論で確認されたことはいえ、フランス法は既に GIDE とともに délégation certaine の観念を知っていた。おそらく HAMEL の煩悶の延長上に現代指図理論を据えるとき、得られる解は、「振込≡確実指図+準消費寄託」であるはずではないか。

(36) HAMEL, op. cit., n. 828, pp. 257-258.

(37) HAMEL の説明は、指図説からみれば、次のように批判できるであろう。銀行が受取人に払渡した金員の返還を求めうるのは、有効な指図が存在しなかったからであって、対価関係上の既存債務の不存在について過失なく錯誤して弁済をしたことのみに根拠をもとめるときではないからである。もし HAMEL の説明でゆくと、資金関係が存している、現実に依頼人からの振込の意思表示がなされてい

て、これに対応した入金記帳をした場合であっても、対価関係の不存在について銀行が過失なく不知であればこれを返還請求できることになってしまいが、これは容認できない結論であろう。少なくとも現代日本の振込学説であれば容認しない帰結である。したがって問題は、指図学説ないし三者不当利得学説における二重欠缺ないし直接貫徹請求権の理論に拠るべきである。

(38) HAMEL, op. cit., n° 822.

(39) HAMEL, op. cit., n° 828, p. 259.

(40) HAMEL, op. cit., n° 828, p. 260.

(41) Journ. trib., 1859, 417.

(42) RIPPERT (George) et ROBLLOT (René) par DELEBECCQUE (Philippe) et GERMANN (Michel), *Traité de droit commercial*, tome 2, 14e éd., 1994, LGDJ, n° 2309.

(43) RIPPERT et ROBLLOT, op. cit., n° 2308. SIMLER (Philippe), *Juris-classesur Civil, Code - Art. 1271 à 1281*, Fasc. 40, *Contrats et obligations - Délégation*, 2004, n° 42. は、振込に更改的指図の適用を見る学説(TOURNON, note sous Cass. civ., 7 fév. 1944, JCP G 1944, II, 2604)を訂正し、銀行を以て被指図人に見るものの問題点を指摘する。銀行は新たな債務負担をするわけではない。記帳行為の作用を通じて「振込金額を口座から口座に移転する transferer le montant du virement d'un compte à un autre だけである」。これは銀行取引独特の仕組み・mécanisme bancaire original であり、民法にはこれに相当する制度はなく、その指図を援引する RIVES-LANGE (J.-L.) et CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 6e éd. 1995, n° 249 s; MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, t. 2, Le régime, Sirey, 2e éd. 1989, n° 427; MARTIN (D.), *Aspects juridiques du virement*, *Revue de droit bancaire et bourse*, 1989, p. 149; GRUA (F.), *Sur les ordres de paiement en général*, D. 1996, chron. p. 172; *Contrats bancaires*, *Economica*, 1990, n° 160 s.)。これに対して銀行カードに関する法律構成としては、指図説の可能性を示唆している。それは「取引がカードの発行主体によって担保 guarantee されていく。これが人的・自律的債務を負担するものから、指図による説明も可能である(LUCAS DE LEYSSAC (Claude), *Les cartes de paiement et le droit civil*, in *Les cartes de paiement*, *Economica* 1981, p. 67 s; BENABENT (Aimé), *Les obligations*, Précis Domat, 7e éd. 1999, n° 757; BILLIAU (Marc), *La délégation de créance, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, préf. J. Ghestine : LGDJ 1989, n° 444 s., spécialement n° 469; GRUA, op. cit., n° 187; MARTIN (Didier), *L'analyse juridique du règlement par carte bancaire*, D. 1987, chr. p. 51; ECONOMIDES-POSTOLIDIS (R.-C.), *La nature juridique des relations issues de*

Utilisation d'une carte de crédit dans les droits des États membres de la CEE, *Revue internationale du droit comparé*, 1994, p. 1023 s. CA Versailles, 26 oct. 1995, *Juris-Data* n° 1995-045942) などのごとき……などについては、振込取引におおむね、被仕向銀行が入金記帳をなすことが完了してそれが完成するものとして見るときは、同様の可能性が認められよう……。

(44) CABRILLAC, op. cit., n° 365.

(45) CATALA, La nature juridique du paiement, th. Paris, 1961, n° 75, p. 141. 預金通貨 monnaie scripturale の語自体は、*depositi currency* の仏訳であり、ネルギーの経済学者 ANSIAUX が採用したものであった。LASSA LAS (Christine), L'inscription en compte des valeurs: la notion de propriété scripturale, 1997, LGDJ, n° 48.

(46) CATALA, op. cit., n° 76, p. 141. 預金通貨とは、「非物質的 immatérielle 貨幣である。救済手続が申立てられない限りは、それを何ら具体化するものではなく、銀行の記帳 écritures のみがその存在の証明になる。この貨幣はこれを占有する者の財産の要素に含まれるが、「その所有権のために触知しうる獲得物を与えない要素である un élément qui n'offre pas de prise tangible à son droit de propriété」) の非物質的貨幣は、もっぱら銀行や郵便小切手管理局 Administration des chèques postaux が顧客との間での預金契約に基づいて設定する口座への記載にしか依拠しない。預金通貨を移動させる手段としては、「自動引落 prélèvement automatique」「小切手 chèque の振出」「振込の指示 ordre de virement による」ことができる。現金による弁済と比べて、預金通貨による弁済には次のような違いが指摘できる。後者では、小切手に資金が不足していた場合、あるいは、銀行が破綻した場合などにおけるリスクが伴う。そして、預金通貨による弁済の本質は、受領者における「購買力 pouvoir d'achat」の増加にはかならない。

(47) 残念ながら CATALA は、法律構成としては、これらの行為を「債権譲渡 cession de créance」と見ているにとどまる。ここにいう振込取引も、資金が欠けていけば不渡の振込となるものだけを対象に語られている。そうすると、わが国において全銀システムを用いて行われているような内国為替取引とは違った対象を語っているように思われる。現代日本のテレ為替に参考となる議論は、むしろ、現在フランスにおいて普及している Carte bleue のシステムによるカード決済に関する LUCAS DE LEVSSAC の理論である (Carte bleue のシステム自体については、柴崎暁「フランスにおけるカードの法律問題」個人情報専門誌アイ(日本情報センター)二八号(一九九七年)二六一―二八頁)。預金通貨という名称は、その取引の法的性質を表現する独特の範疇ではなく、金銭債権の譲渡が、生活関係上の現象として銀行口座の利用、現金の省略という物的属性をもって現れたときに与えられる総称であるに過ぎず、法的にはほとんど無意味に近い。ましてや、小切手の授受と、引受がなされた為替手形の授受との違いを、電信為替と全銀システムとの相違を語りうる

ような概念ではないようである。

- (48) 破毀院判決一九六六年七月二二日、D. 1966, jur. 614.
- (49) サイロン控訴院判決一九五四年三月二二日、Banque, 1954, 521, obs. MARTIN (Xavier), cité par CABRILLAC, op. cit., p. 214.
- (50) CABRILLAC, op. cit., n° 392.
- (51) HAMEL, op. cit., n° 828.
- (52) CABRILLAC, op. cit., n° 394.
- (53) 破毀院商事部判決一九九五年一月二〇日、Revue de droit bancaire et de la bourse, 1995, n° 48.
- (54) MALAURIE (Philippe) et AYNES (Laurent), Cours de droit civil, tome VI, Les obligations, 5<sup>e</sup> éd., 1994, n° 1251, p. 740, note 12. がある。ただし論者は確実指図の類型の中に、銀行振込が含まれることをはっきりとは述べていない。また、一部学説は確実指図を「精密に言えは、右の場合とは、デマン・ド・キャランティの場合である」として付従性のない人的担保たる *garantie à première demande* と同視する。STARCK (Boris), ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), Obligations 3, Régime général, 4<sup>e</sup> éd., 1992, n° 94, p. 60, 確実指図にあっては、被指図人の義務は資金関係と対価関係との双方から自律性を獲得する。
- (55) 「人から人への移転記入」船田享二・ローマ法第三卷（岩波書店、一九七〇年）一一九頁。文書契約の一種。
- (56) HARISTOY, Virement en banque et chambres de compensation, th. Paris, 1906, p. 38 et s., p. 57 et suiv.
- (57) GALLUS, Institutes, III, 130, "a persona in personam transcriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi, id expensum tulero, id est si Titius te pro delegaverit mihi," cité par HAMEL, n° 814, p. 227. 「人から人への移転記入は、ティティウスが私に負担するものを、君の支出として記帳する場合、すなわち、ティティウスが自分の代わりに君に宛てて、私を受益者として指図した場合に行われる」REINACH (Julien), Gaius Institutes (Collection des Universités de France, éd. Les belles lettres), 1950, p. 118 の仏語訳による。多くの場合には「債務者の交代する更改」型の *delegatio* である（ティティウス⇨指図人、君⇨被指図人、私⇨指図受取人。しかし必ずしも指図人が被指図人に対して資金債権を有している必要はない）。なお、REINACH, op. cit., p. 117 によれば、Huschke, Jurisprudentiae antequistinanae reliquae quae supersunt, Leipzig, 1878 で、右引用部分中「pro」の二語が付加されたという。なお船田享二訳・ガイウス法學提要（一九四三・昭和一八年）二二三頁によると、「人より人に移す記入は例えばチチウスが予に対して負擔するものを予が汝に對する支出として記入したる場合、即ちチチウスが同人の爲に汝を予に對して代人として指圖したる場合に生ず」とある。この法文から、ローマの銀

行業者の実務である振込取引類似の行為には *délegatio* の法準則が適用されていたことがわかる。

- (58) CABRILLAC, op. cit. n° 376. ただしこれは振込委託 (*ordre de virement*) の原因についての記述であるとも読める。
- (59) HAMEL, op. cit. n° 822. 下の箇所では HAMEL が、"cause de paiement effectuée par le banquier"<sup>2</sup>と題して cause に言及していることが興味深い。即ち、HAMEL は cause を、銀行 (銀行) では店内振込を想定している) の、振込依頼人に対する関係に見ようとする (と読める)。そこでは *solde*、残高や *ouverture de crédit* 与信、*avance* 前貸金等を、銀行が *paiement* を実行することの理由としてあげている (ただし、*cause* という *cause* が民法典第一一〇八条の *cause*、客観的原因のことを示しているのかは不明である)。しかし、指図説を採るならば、しかも、HUBERT のような立場を採用するならば、*cause* とは、二組の実質関係全体をさすことになる。それと同時に、*délegation* における *délegé* の *engagement* の *cause* そのものと同様に、銀行による入金記帳には *abstraction* が認められ、実質関係の二つが同時に欠缺する場合にこそ、二重欠缺の理論によって履行拒絶権が説明可能となるはずである。
- (60) 振込取引において被仕向銀行がなす入金記帳の性質が、指図の引受と決定されるべきであるのは、この構造ゆえである。前田前掲「最判平八判批」一九八頁は、木内前掲・金融法三三五頁の「入金記帳＝一方的債務負担行為」説を捉え、振込依頼人が仕向銀行に払渡した消費寄託物である資金が「一方行為」の「対価」となることに疑問符を付しているが、入金記帳は周囲のコンテクストから切断された抽象的な一方行為ではなく、指図取引の一部としてなされるがゆえの片務性と「抽象」性を有するものとみるべきである。
- (61) HUBERT (Frédéric), *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, th. Poitiers, 1899, n° 204.
- (62) 後藤・前掲・振込・振替の法理と支払取引六三頁。
- (63) 伊藤・前掲「平八判批」四三頁。
- (64) 前田・前掲「平八判批」三七頁注一八。
- (65) 明治三三公布民法財産編三〇四条参照。入金記帳行為自体をア・プリオリに抽象行為とするならば、振込の場合だけでなく、預金者と銀行との間の関係でも抽象性を認めなければ一貫しない。

### 三 おわりに

〔20〕振込の法的性質 最後に、指図理論を適用してとらえた振込取引を再定義しておこう。振込取引とは、振込依頼人が指図人となり、仕向銀行を使者として、被仕向銀行（被指図人）への振込通知（指図）の意思表示を全銀システムによって伝達せしめ、被仕向銀行がこれを入金記帳によって引き受けるとともに、受取人（指図受取人）の被仕向銀行への直接の債権を生じせしめ、これを預金契約の効果によって預金残高に組み入れ（準消費寄託）る行為である。資金関係は依頼人・仕向銀行間の準委任契約であつて、委任事務処理費用の前渡として資金の払込が行われる。受任者である仕向銀行が委任事務を本旨履行し、振込通知が伝達される限り被仕向銀行は仕向銀行との間の合意に基づき、入金記帳（指図引受）を拒み得ないため、振込依頼人は、入金が行われることに高い期待を持つことができる。被仕向銀行は入金記帳によって預金を成立させた以上、資金を仕向銀行に対して請求でき、日銀ネットによって日銀支店内当座勘定の残高付け替えによる銀行間差引計算を実行する。被仕向銀行が為替金の払渡しを受ける前に預金が成立することが説明可能であり、原因関係が存在しない場合であっても預金が成立することが説明可能であり、振込依頼の意思表示が存在していない場合には入金記帳は無効で預金は不成立となることも説明可能である。

〔21〕誤振込の本質 「誤振込」の語で示されている事柄には、区別しなければならない二つのカテゴリーがある。振込の意思表示が存在し・無効である、存在しない振込と、振込の意思表示は存在し・有効であるが原因関係の欠缺する有効な振込とが含まれる。

〔22〕振込の撤回不能性 一旦有効な振込が実行されて入金記帳がなされ預金が成立すれば、原因関係の存否にか

かわらず、この預金は受取人の財産であるから、最早受取人の同意のない「組戻」は不可能である。<sup>(67)</sup> 受取人の責任財産であつて、受取人の差押債権者はこれを差押えることができる。原因欠缺から生じる不当な財産移動は、振込依頼人から受取人に対する不当利得返還請求によつて矯正されるべきものであつて、受取人の差押債権者に対して第三者異議の訴を以つて執行を排除すべき地位になく、このことは、差押債権者側の原因欠缺についての知・不知にかかわりない。

〔23〕付論 下級審裁判例として、名古屋高判平成一七・三・一七金判二二四号一九号および東京地判平成一七・九・二六金判一二二六号八頁が話題となつているので、これらとの関係について一瞥しておきたい。いずれの事案も、インターネットバンキングを通じて、振込依頼人が受取人の名称を誤つて振込依頼を行い、受取人取引停止処分の後に入金記帳がなされてしまったため、振込依頼人が被仕向銀行に組戻をしよう求めたところ組戻への受取人の明らかな同意が得られないうちに被仕向銀行が受取人に対して行つた貸付債権を自働債権としてこの預金債権の相殺を行い、そこで、振込依頼人が被仕向銀行を相手に不当利得の返還を求めたという事例である。前者では取引停止処分の同日に振込があり、後者では取引停止処分後一ヶ月以上後になつて振込がなされたものである。振込依頼の意思表示において錯誤無効は申し立てられておらず重過失の有無についても判断されていない。結論として、事案は、依頼人の受取人に対する不当利得返還請求によつて決着すべきものであつて、被仕向銀行に請求することは認められないといふべきである。<sup>(68)</sup> 東京地判で指摘されている(と思われる)因果関係の問題についていえば、おそらく、判旨は、騙取金銭不当利得に関する著名な事件である、利得と損失の「社会通念上の因果関係」を援用した最判昭和四九・九・二六等<sup>(70)</sup>に依つて、振込依頼人による価値追跡を認めようとしたものと想像できる。もし「公平の理念の実現の見地」に立つて社会通念上の見地から「実質的に判断」すべき事柄があるとすれば、それは利得と損失の因果関係、



即ち、XとY(略符は注(68)の事実関係をみよ)とを以つて利得当事者とすべきかどうかの問題であろう。また、仮に判旨がいうように、Yが相殺によつて得た自らの(預金払戻)債務を免れるという「利得」についてその「原因[causa]」を探索せよというならば、それは相手方(A⇨受取人)に対して有していた(貸金)債権の消滅という不利益の受忍にはかならない。相殺という制度自体その構造の内部で財貨の往復的増減は正当化済みである。もしここに不当利得があり得るとすれば、例えば受働債権がもともと他人に帰属するか、権利者による処分が法的に凍結されているような場面(強制執行)である。しかし、かような場合はそもそも相殺適状にあたらぬ。不当利得の一般的成立要件である財貨移動の直接性を最も厳格に考えれば、XYの間にはそれがあるか疑わしい。成程、近時判例・学説ともに直接性を緩和しているから、振込委託契約と銀行間入金委託契約とが事実上不可分の契約であると観念するならば、ここに社会通念上の因果関係を見ることは不可能ではないかもしれない。振込資金はX(依頼人)⇨B(仕向銀行)⇨Y(被仕向銀行)へと、それぞれ別々の委任契約に基き委任事務処理費用の前渡として出捐され、「その財貨」はさらにYの財産圏域を超えて入金記帳によつて一旦A(受取人)の一般財産に至り、最後に相殺によつて被仕向銀行Yの満足に至った(社会通念上X⇨B⇨Y⇨A⇨Y)。しかしながら、財貨移動のそれぞれの過程を見れば、そこに必然的な連鎖があるわけではない。Xが提供した資金は一旦Bの一般財産となり、BからYへの為替金の移転については、改めてBの財産中より任意の部分が出捐されるに至るにとどまる(しかも多銀行間交互計算による決済であるから資金の特定性など存在しない)。それはさらに続行されるYからAへの出捐(入金記帳)についても同様である。これらの過程で財産は現実には混和を繰り返して特定性を失う。キャッシュフローとして連続した現象に見えても、法的な因果性を切断されているというほかにない。しかもこの過程のいずれもが不当性を持たない(法律上の原因に基づく)のがこの取引の特徴である。唯一、XとAとの関係においてのみ、原因関係の欠缺にも拘らずXの財産が

減少しこれに因りAの財産が増加している、この出捐は矯正されなければならない、即ち「法律上の原因を欠く」のである。振込取引の他のいずれの過程にも自足的な財貨移動の正当化事由が存し、それらはXA間の原因関係の存否には初めから無関係な行為として行なわれている。よってこの過程は、三者不当利得類型のうち「直線連鎖型」でなく「複合型」に属する。<sup>(72)</sup>と解されなければならない。そこでの原因欠缺の問題は、原因の欠缺する当事者間のみで処理しなければならず、これを外部へ波及させることは許されない。振込依頼人の損失は、振込依頼人が受取人からその対価に相当する何物かを受領することなく(またはその対価の欠缺に代償性を有する惠与意思を生じることなく)受取人に財貨を取得せしめる結果を生じたことに因って発生したものであって、そのひとつ及び取得された財貨の事後処分に過ぎないYとの相殺によつて生じた第三者たるYの「利得」との間には因果関係は存しない。<sup>(73)</sup>

(66) 最高裁判平成八年四月二六日第二小法廷判決・民集五〇巻五号二二六七頁。

(67) 名古屋高判平成一七・三・一七(金判一二一四号一九頁)では、受取人の同意のある「組戻」の準備が完了している状況であることが問題とされたが、受取人の同意のある「組戻」が実行されたわけではない。また、受取人が他人の受託者として預金を暫定的に保管しているわけでもない事例であった。相殺権の濫用により相殺が無効であるとの判示がなされていたが、相殺が無効であれば預金は消滅しておらず、依然として受取人の財産である。その結果、依頼人―受取人間における不当利得はともかくとして、依頼人の被仕向銀行に対する不当利得債権の発生を基礎付けるべき、被仕向銀行の利得も、それと因果関係のある依頼人の損失は存在しないのであって、相殺無効の判示と主文とが抵触するという問題を呈していた。類似の事案である東京地判平成一七・九・二六金判二二二六号八頁では、相殺権濫用の主張は正当にも排斥された。しかし同判決でも依然として、依頼人の損失は誤振込そのものによつて生じたのであって、被仕向銀行による相殺によつて生じたものではないとの問題が残る。相殺による債権者間の不公平は、倒産法制における相殺制限に委ねられるべきものであって、不当利得法理を歪めることによつて解決することは妥当でない。

(68) 判旨は、被仕向銀行(Y)による相殺は濫用ではないとした上で、本件では、依頼人(X)が本件誤振込みさえしていなければ、X

は本件誤振込金相当額の事実上の損失を免れたはずであるところ、Yは、誤振込によって成立した預金を相殺して受取人（A）への貸金債権の満足を得たのであるから、①「Xの損失のもとで、本件誤振込金相当額を利得したものと見えるところ、これを形式的にみれば、Yは、YのAに対する貸金債権等とAのYに対する預金債権とを対当額で相殺したに過ぎないのであるから、Yの利得は法律上の原因を欠くとはいえない（したがって、XがYに対して本件誤振込金相当額の不当利得返還請求権を取得することはない）ようにも思われる。」②「しかし、そもそも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から、XがYに対して本件誤振込金相当額の不当利得返還請求権を取得するか否か（Yの利得が法律上の原因に基づくものといえるかどうか）についても、形式的にこれを判断するのではなく、公平の理念の実現の見地に立って、実質的に判断しなければならぬといえるべきである。」③「振込取引においては、〔中略〕入金記帳がされるまでは、〔中略〕『組戻し』という手続が認められており、入金処理完了後であっても、受取人の承諾があれば、組戻しの依頼に応じる取扱いがされている。」④「しかし、誤振込をした振込依頼人の中には、たまたま受取人の所在が不明であったために、受取人から組戻しの承諾を得ることができないという者もいるはずであり、そのような振込依頼人に対してさえ救済手段が残されていないというのは、振込取引制度が多数かつ多額の資金移動を円滑に処理するための仕組みであるとはいえず、制度として好ましいことではない。」⑤「むしろ、振込取引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つて組戻しの承諾を得ることができない事情については、誤振込みをした振込依頼人に救済の機会を残すために、誤振込み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記帳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ころである。」⑥「このように考えると、銀行が、振込依頼人から受取人の所在が不明であつ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ていながら、誤振込みの事実の有無を確認することのないうまま、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を相殺して、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、不当利得となるものと解するのが公平の理念に沿うものといえる。」⑦「Yは、Xから、Aの所在が不明であつて組戻しの承諾を得ることができない事情を十分に説明されているものといえる（〔中略〕Y内部において本件預金口座に入金記帳された一九万余円が誤振込みに係るものである可能性を認識していたことは明らかというべきである。）」⑧「それにもかかわらず、Yは、Xに救済の機会を残すことなく、本件相殺を敢行したものであり、上記のような本件における具体的な事情に鑑みると、Yの本件誤振込金相当額の利得は、Xに対する関係においては、法律上の原因がなく、不当利得と

なるものと解するのが不当利得の制度の本質である公平の理念に沿うものといえる」

(69) なお、依頼人による受取人の同一性に関する錯誤が仕向銀行によって誘導されたものであって、重過失があったとはいえない場合には、振込取引は全体として無効であるから、資金は仕向銀行から依頼人に返還されねばならない。このときでさえ、依頼人は仕向銀行を相手に資金を取り戻すのであって、被仕向銀行からではない。仕向銀行の無資力危険を依頼人が負担する形となるが、仕向銀行を敢えて選択したのは依頼人自身であるから、このことは正義に適う。

(70) 民集二八卷六号一二四三頁。

(71) 四宮和夫・前掲事務管理・不当利得六五―六七頁。

(72) 四宮・前掲書二二三頁。

(73) さらに、判旨⑦は、Yの「認識」を問題にしている。これは、最判昭和四十九年が受領者側が悪意であれば騙取金銭追及の対象となるということを描べていたことに由来するのであろう。ここでは詳細にはふれない。

(早稲田大学准教授)